

基本的人権保障の基本問題

1. 未修・憲法 I（人権）の授業と事前準備

＊2 年次配当の「憲法演習 I・II」が、司法試験論文式・公法系第 1 問について適切な解答を記述できる能力の涵養を目指しているため、未修「憲法 I」は、その基礎となる憲法人権規定の内容、特に憲法判例の概要に関する知識の修得を目的としている。

＊未修「憲法 I」の教科書となる芦部信喜／高橋和之補訂『憲法』（岩波書店）と、長谷部・石川・宍戸編『憲法判例百選 I・II（第 7 版）』（有斐閣、2019 年）を必ず準備してもらいたい。芦部・憲法は 2023 年 9 月に第 8 版が出版されたので、こちらを購入するのが望ましいが、すでに第 7 版をお持ちの方は第 7 版でよい。

＊入学までの事前準備としては、少なくとも芦部・憲法の第 8 章・第 9 章・第 10 章・第 11 章・第 12 章・第 13 章・第 7 章にひととおり目を通し、記述の意味がわからなかった箇所をチェックしておいてもらいたい。

＊今日は憲法の人権規定とそれに関する判例を学ぶ上で基本的な知識として、「憲法訴訟」というものの性質と、違憲審査の主要な論証法である「目的手段審査」について、簡単な説明をしておきたい。

2. 憲法訴訟

（1）憲法訴訟とは何か、憲法判例とは何か

＊日本の制度では、訴訟は民事訴訟・行政訴訟・刑事訴訟のいずれかである。憲法訴訟という独自の訴訟類型は存在しない。民事訴訟法・行政事件訴訟法・刑事訴訟法と別に憲法訴訟法という法律が存在するわけではない。

＊したがって、民事訴訟・行政訴訟・刑事訴訟のなかで憲法問題が提起され、裁判所が見解を示した事件が民事訴訟だが同時に憲法訴訟、行政訴訟だが同時に憲法訴訟、刑事訴訟だが同時に憲法訴訟ということになり、そういう判決が憲法判例だということになる。

（2）民事・行政・刑事訴訟で憲法問題が提起されるのはどういう場合か

典型的な例を以下にあげる。

①民事訴訟の当事者が、その事件に適用される法令が憲法違反だと主張し、違憲・合憲の判断が勝訴・敗訴に直結するケース。

ex.父親から持分 50%ずつの兄弟共有の形で森林を譲り受けた兄と弟が森林経営をめぐって対立し、弟が自分の共有持分を単独所有に切り替えようとして、兄を被告とする共有持分の分割請求訴訟を起こしたが、森林法では共有持分 50%以下の共有者による単独所有への切り替えが禁止されていた。そこで弟は訴訟のなかでこの規定が憲法 29 条の財産権を侵害する違憲の法律だと主張した（森林法事件：最大判昭和 62・4・22 民集 41 卷 3 号 408 頁）。

②刑事訴訟の被告人が、自分に適用される刑罰法律が憲法違反だと主張し、違憲・合憲の判断が判決の結論に直結するケース。

ex.実父から長く性的虐待を受け続けた女性が、職場の同僚との結婚を望んで父親に告げたところ、監禁に等しい状態でさらに暴言や虐待を受けたため、将来を悲観して父親を絞殺し、刑法 200 条の尊属殺重罰規定で起訴された。被告人の弁護人は、死刑・無期懲役刑しかない刑法 200 条が憲法 14 条 1 項の平等権を侵害する違憲の法律だとして、3 年以上の有期懲役刑（現在は 5 年以上）も可能な刑法 199 条の普通殺への切り替えを求めた（尊属殺重罰事件：最大判昭和 48・4・4 刑集 27 卷 3 号 265 頁）。

③取消訴訟の原告が、行政処分の根拠となった法令が憲法違反だと主張し、違憲・合憲の判断が勝訴・敗訴に直結するケース。

ex.離婚後、子どもを 1 人で養育していた全盲の女性が、視力障害者ということで既に受給していた障害福祉年金とマッサージの仕事だけでは生活が困難なため、母子家庭なので児童扶養手当の給付も申請したところ、児童扶養手当法が他の公的年金受給者には児童扶養手当を給付しないと規定していたため、管轄の行政機関（県知事）によって申請が却下された。そこでこの人は児童扶養手当法のこの規定が憲法 25 条の生存権等を侵害する違憲の法律だと主張して、却下処分の取消訴訟を提起した（堀木訴訟：最大判昭和 57・7・7 民集 36 卷 7 号 1235 頁）。

3. 目的手段審査

（1）目的手段審査というものがもつ意義

*「目的手段審査」は、芦部信喜らの先駆者が、1950 年代末から 60 年代初頭に、アメリカ合衆国最高裁判所の判例理論から輸入したもので、法令違憲の主張および審査の基本的なツールである。裁判官目線に立って「審査」と称されているが、学説は、可能な限りつねに、当事者も法令違憲の主張についてはこの作法に従って主張を展開すべきだという前提に立っている。

＊しかし、最高裁判例のデフォルトは、目的手段審査の形式をとらない「比較衡量論（利益衡量論）」である。最高裁が、なぜある判決では法令違憲の争点について目的手段審査の形式を踏んで判断を下し、別な判決ではそうしなかったのか、その理由は必ずしも明確ではない。

＊憲法判例を読む場合、法令違憲が問題となった事案か、法令以外の何かの違憲性が問題となった事案かを確認した上で、法令違憲が問題となった事案の場合、最高裁はどのような審査手法で合憲・違憲の判断を下したか、学説はどのような審査手法をとることを提案しているかを知っておく必要がある。

＊法令違憲の論点を論ずるときには、違憲の主張をする場合、合憲の主張をする場合、第三者の立場で判断する場合のいずれでも、目的手段審査の形式を踏んだ文章を書けることが、法科大学院生に求められる最低限のスキルである。

（２）目的手段審査の内容

＊「目的手段審査」とは、合憲性が問題となっている法令の規定はどのような目的で制定されたのかを問い（「目的審査」）、この目的を達成するためにその法令はどのような手段を選択しているかを問うて（「手段審査」）、目的も手段も納得のいくものであれば合憲と判断し、どちらかに納得のいかない点があるなら違憲と判断する、という考え方だ。

＊したがって、「目的手段審査」では、問題の法令の「目的の認定」「目的の評価」「手段の認定」「手段の評価」が、この順番でおこなわれる。この認定と評価は、現実の裁判では裁判官に委ねられる。

＊「目的」と「手段」のそれぞれが納得のいくものかどうかの判断にあたっては、その法令によって規制されている人権の種類や性質、法令が採用している規制の方法や強度に応じて、厳しさを変えるべきだと考えられている。

＊目的手段審査の形式を踏んだ文章は、「規範定立」と「あてはめ」の２部構成とするのが定石だ。「規範定立」のパートでは、その事案で合憲性が問題となっている法令が規制している人権の種類・性質、その法令が採用している規制の方法・強度、違憲審査の基準などを論ずる。これを受けて、「あてはめ」のパートでは、合憲性が問題となっている法令の目的を認定・評価し、さらに規制手段を認定・評価する。

（３）目的手段審査のグレード

①**合理性の基準**。ベースとなる標準的な違憲審査方法は、いわゆる「合理性の基準」による審査だ。合理性の基準による審査では、「問題となっている法令の規定の目的は正当であるか」「その法令が目的達成のために選択した手段は目的と合理的関連性をもつか」が審査される。

②**厳格な合理性の基準**。「合理性の審査」をより厳格におこなうという趣旨の「厳格な合理性の基準」というものがある。「厳格な合理性の基準」による審査は、「問題となっている法

令の規定の目的は重要であるか」「その法令が目的達成のために選択した手段は目的と実質的関連性をもつか」を審査する方法だと説明される。

③**厳格審査**。さらに最も厳格な審査方法として、「厳格審査」がある。「厳格審査」とは、「問題となっている法令の規定の目的は、やむにやまれる政府利益の保護と言えるか」「その法令が目的達成のために選択した手段は必要不可欠と言えるか」を審査する方法だと説明される。

④**二重の基準論**。伊藤正己・芦部信喜らの先駆的研究に由来する「二重の基準論」は、目的手段審査の仕方についての提言である。「二重の基準論」は、アメリカ合衆国最高裁の判例理論を範として、職業選択の自由などの「経済的自由」を規制する法令の合憲性については「合理性の基準」にもとづいて比較的緩やかに（したがって立法者にやさしく）審査し、表現の自由を中心とする「精神的自由」を規制する法令の合憲性については厳しく審査することを提唱した。精神的自由の規制は端的に独裁につながりやすく、立憲民主制そのものの脅威となるものであり、裁判所が監視する能力をもっているのに対して、経済的自由は多くの場合経済的強者の自由であるから社会全体のために規制や調整が必要となり、その判断能力は裁判所よりも議会や政府にあるからである。

4. 目的手段審査の実例—薬局距離制限事件判決（最大判昭和 50・4・30 民集 29 巻 4 号 572 頁）

（1）事実関係

X が医薬品一般販売業の許可申請をしたところ、Y 県知事は X の店舗開設予定地が、「薬局の適正配置」を求める薬事法（旧）6 条 2 項（「・・・薬局の設置の場所が配置の適正を欠くと認められる場合には・・・許可を与えないことができる。」）と、これにもとづく広島県条例 3 条の距離制限規定（「既存業者から水平最短距離にして 100 メートルを隔てていること」）に抵触するという理由で不許可とした。X はこの行政処分を取り消しを求めて出訴した。

（2）最高裁判決の要旨

薬局の営業許可の 1 要件として薬事法・条例が定めていた距離制限制を違憲と判断し、控訴審判決を破棄した。

①合憲性審査の手法を示した一般論（「規範定立」）

「一 憲法二二条一項の職業選択の自由と許可制

（一） 憲法二二条一項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可

分の関連を有するものである。」

「(二)・・・職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法二二条一項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

・・・職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。・・・一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の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うるためには、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し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対する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

する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

②上で示された審査方法にもとづく許可要件としての距離制限制の評価（「あてはめ」）

* **目的の確認**→「薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として・・・不良医薬品等の供給の危険が生じるのを防止する・・・」。「適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」である。

* **目的の評価**→「目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益とすることができる・・・」。

* **手段の確認**→許可要件としての距離制限制

* **手段の評価**→被上告人（合憲主張）側は、「薬局等の偏在―競争激化―一部薬局等の経営の不安定―不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害」を主張した。これに対して、最高裁は、現行法による医薬品の製造・貯蔵・販売の全過程に対する厳重な規制が遵守されるかぎり、「不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはず」だとし、「常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる」と述べて、薬局の経営の不安定→不良医薬品供給の危険というのは「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認めがたい」とした。