

違憲審査における「目的審査」の検討（一）

——自由権規制立法法の違憲審査基準論を主たる素材として——

門田 孝

第一節 はじめに

第二節 日本の違憲審査基準論における目的審査とその問題点——声部説を中心に

第三節 日本の違憲審査における目的審査の可能性——浦部説を手がかりに（以上本号）

第四節 具体的事例に即しての検討

第五節 むすびに代えて

第一節 はじめに

憲法によって保障された基本権を制限する立法の合憲性が争われた個々の事例において、そうした制限の合憲性を判断していくうえで、いわゆる違憲審査基準^①というものが決定的に重要な意味をもってくることは、今更言うまでもないであろう。憲法訴訟論の中樞を占めるとさえ言われる違憲審査基準論は、^②「最高裁の初期の単純な公共の福祉論に対抗して、違憲審査の緻密化・厳格化によって実体的憲法価値を手続的に擁護しようとする理論として発展してきたと言」え、^③「数多くの人権裁判における論証を通じて、実務にもかなりの影響を与え、一定の成果を挙げてきたといえる」^④。本稿は、そうした違憲審査基準論のさらなる精緻化に向けての、試論的な作業のひとつとして、特に違憲審査基準の適用場面のひとつである「目的審査」とよばれる手法に焦点を当て、主に自由権規制立法法の違憲審査基準

論を考察対象として、その内容と問題点を検討しようとするものである。⁶⁾

違憲審査基準論が学説上広く定着したかにみえる現在にあつても、こうした論点を問題にする意義が失われたわけではないことは、次のような事情からも肯首されよう。ひとつには、立法の合憲性が問題となった個々の事例において、そうした事例の審査の基準あるいは手法をめぐって、判例と学説との隔たりが依然大きいという点である。周知のように、日本の違憲審査基準論は、学説においていわゆる「二重の基準」論を基本枠組として構築されてきたのであるが、とりわけこの理論の真髄である、精神的自由の制限に厳格な審査を行うという側面は、「判例上、これまでに全く生かされておらず、……最高裁は、精神的自由の規制立法を、ほとんどなんのためらいもなく合憲としているのであつて、そこには、『二重の基準』論的でない、まわしすら見出すことはできない」という実態、従つて「審査方法や審査基準についての憲法訴訟論の成果は、最高裁を動かすことができないうのが残念ながら実状である」との認識は、今も基本的には妥当といえる。こうした現状を前に、「一層精緻な理論を組み立てることによつて、この壁を破ることができるか、それとも結局は空しい努力に終わるかはわからない」と¹⁰⁾としても、前者の可能性はなお追求されるべきであらう。

さらに、このことに関連するが、日本の学説が判例に十分反映されていないことの一因として、日本の学説が、外国法（特にアメリカ法）における議論から強い影響を受けて違憲審査基準論を展開してきたため、いまだ日本国憲法における解釈論として十分に適合的な議論に昇華しきれていない面があるのではないか、という点である。日本の憲法訴訟論に対しては、「アメリカの憲法判例・理論の直輸入にすぎないような感じがする」とか、「アメリカ」での判例理論を日本の側にひきつけるにしては、わが憲法訴訟制度はアメリカのそれとはあまりにも違った格好で成長し発展してしまつたようである……この彼此の差を認識せずにアメリカ法になぞらえて語れば語るほど、是

正すべき日本固有の論点が見えなくなつてしまひ、結果的に現状から抜け出せないことにならう」といった疑問が早くから寄せられていたところであるが、憲法訴訟論の隆盛を経た現在にあつても、こうした問題点が克服されたいのであるのか、疑問なしとしないのである。

以上の問題点は、違憲審査基準論全般、さらには違憲審査論全般に関わるもので、何も違憲審査における「目的審査」に限られるものではむろんない。のみならず、違憲審査基準論の問題を検討する場合に、専ら「目的審査」の場面のみを切り離して、個別に論じることがほとんど不可能であり、手段審査や立法事実に関する議論に触れないわけにはいかないであろう。それにもかかわらず、本稿が主として自由権規制立法の「目的審査」の手法を中心に考察しようとするのは、限られたスペースの中で、テーマを絞つたうえで極力立ち入った検討を加えたいという、純粹に便宜的な理由からに他ならない。

以下では、まず、日本の違憲審査基準論のうち、主に自由権を規制する立法の目的審査と手段審査の場面で用いられるとされる違憲審査基準を、この分野の開拓者である若部信喜教授の所説を中心に分析・整理したうえで、特に「目的審査」において用いられる基準および手法の問題点を指摘する。次に、そうした問題点を検討していくための手がかりを、同じく違憲審査基準論の分野で詳細な議論を展開している、浦部法穂教授の所説のうちに求め、それを基に、若干の考察を試みる。次に、そうした考察を通して得られた「目的審査」の考え方に照らして、日本の主要判例のいくつかを分析・検討したうえで、最後に、日本国憲法のもとでの違憲審査において、あるべき「目的審査」の手法について論じてみたい。総じて、これまでの日本の憲法学において論じられてきた違憲審査基準論においては、目的審査の際に、ややもすると立法目的の「重要性」あるいは「正当性」をいささか漠然と問うだけにとどまつていたのではないか、というのが本稿の問題意識であり、そうした状況を脱して、「目的審査」を活性化していくために

は、目的の「正当性」および「重要性」の意味を「公共の福祉」論等との整合性にも配慮しつつ、そう検討していく必要があるのみならず、目的と規制対象行為との「関連性」も自覚的に問われていくべきではないか、というのが本稿の基本的な立場である。

第二節 日本の違憲審査基準論における目的審査とその問題点——芦部説を中心に

今日、学説の採用する違憲審査基準論は広く知られているところであり、それをここで再述することはいかにも迂遠なようであるが、後の議論の不可欠の前提として最低限の確認をあらかじめ行っておくことは有用であるのみならず、すぐ後にみるように、論者間でも細かい部分で見解を異にしていることからすると、若干の議論の整理は必要な作業でもあろう。そうした点に鑑み、ここではまず、いささか教科書的な記述の繰返しをあえて厭わず、日本の違憲審査基準論の目的審査と手段審査の手法に関する議論を見定める作業から始めていくこととする。

そもそも違憲審査基準論の対象としてどのようなものを含めるかについても、厳密な見解の一致がみられるかは若干疑問であるが、「目的審査」と「手段審査」とよばれる手法が、違憲審査基準の適用の場面で中心的な役割を果たすことは疑いないであろう。これらの手法の意味について、「立法目的の審査（以下『目的審査』と略）とは、ある法令が『憲法上の権利』を制約する場合、それを制約するのは何のためか、つまりどのような権利・利益を守り、あるいは促進するためのものか¹²⁾」であり、他方「立法目的達成手段の審査（以下『手段審査』と略）とは、そのような手段は立法目的を達成するために果たして有効か、またその手段はそれによって制約される権利・利益との関係で妥当か否かを問うものである¹³⁾」として、通常説明される。それらは、「文面判断のアプローチ」とは異なり、原

則として「立法事実」の審査を必要とする「事実判断のアプローチ」として位置づけられる。⁽¹⁵⁾このように、目的審査と手段審査は密接な関係に立っており、それぞれの場面で適用されるべき様々な違憲審査基準が提示されているのである。以下では、日本の通説的見解として、憲法訴訟論の開拓者の一人とされる芦部信喜の所説をさしあたり念頭におき、それを中心に整理を試みる。

(一) 自由権を規制する立法の目的審査と手段審査

多くの学説がそうであるように、芦部も、精神的自由(特に表現の自由)の規制立法が、経済的自由のそれよりも厳格な審査基準に服するべきであるという「二重の基準」論を基本枠組としたうえで、「理論の内容」⁽¹⁶⁾として違憲審査基準を詳細に論じている。このうち「事実判断のアプローチ」は、①表現内容規制、②表現内容中立規制、職業の自由に係る③消極目的規制、および④積極目的規制の4つの領域が区別され、目的審査・手段審査という枠組みをとる違憲審査基準も、これらに応じて、次の四つが区別されている(以下の違憲審査基準を、日本国憲法の下で採られるべき議論として、芦部自身が積極的に主張しているか疑問は残るが、ここでは「芦部説」と称してその要点を拾っていくこととしたい)。⁽¹⁹⁾

最初の二つは、主に表現の自由を規制する立法に用いられる基準である。すなわち、第一は、厳格審査の基準である「必要不可欠な公共的利益」(compelling public [governmental or state] interest)の基準であり、これは、「立法目的はやむにやまれぬ必要不可欠な(つまり、最高度に重要性の高い)公共的利益であり、規制手段はその公共的利益を具体化するように『厳格に定められていなければならない』こと(つまり、立法目的の達成に是非とも必要な最小限度のものであること)、という2つの要件の充足を求める(しかも、举证責任は公権力側にある)」⁽²⁰⁾というものであって、「高い価値の表現の内容規制」に妥当するという。⁽²¹⁾

第二は、中間審査の基準とされる「より制限的でない他の選び得る手段」(less restrictive alternative)の基準(LR Aの基準)であり、これは、「立法目的は表現内容には直接かわりのない正当なもの(十分に重要なもの)として是認できるが、規制手段が広汎である点に問題のある法令について、立法目的を達成するため規制の程度のより少ない手段⁽²²⁾が存在するかどうかを具体的・実質的に審査し、それがありうると解される場合には当該規制立法を違憲とする基準」であって、「とりわけ表現の時・所・方法の規制(表現内容中立規制)の合憲性を検討する場合に有用」⁽²³⁾だとされる。

以上の二つの基準が、主として表現の自由(憲法二二条)の規制立法に用いられるのに対して、職業選択の自由(憲法二二条一項)を規制する立法に対しては、「合理性」の基準が用いられるとされ、これは、「立法目的および立法目的達成手段の双方について、一般人を基準にして合理性が認められるかどうかを審査するもので、立法府の下した判断に合理性があることを前提としている(合憲性推定の原則)ので、比較的ゆるやかな審査の基準」として説明されるが、この基準は職業活動の規制目的に応じてさらに二分され、それらが、ここで第三および第四の基準として挙げるものに該当する。

すなわち、第三は、消極的・警察的規制(消極目的規制)に用いられる「厳格な合理性」の基準であり、「裁判所が規制の必要性・合理性および『同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段』の有無を立法事実に基づいて審査する」⁽²⁴⁾ものである。また、第四は、積極的・政策的規制(積極目的規制)に用いられる「明白の原則」であり、「当該規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って違憲とする」という方法⁽²⁵⁾である。

以上のように素描される所説を全て詳細に分析することは、本稿の意図するところではないが、議論の整理のために以下の三点を確認しておく。

第一は、芦部説にあつては、自由権規制立法の目的審査・手段審査に係る違憲審査基準として、今みたとおり規制態様に応じて少なくとも四種の基準、すなわち、①「必要不可欠な公共的利益」の基準、②LRAの基準、③「厳格な合理性」の基準、および④「明白の原則」(基準)が区別されていることである。⁽²⁸⁾このうち、特に②と③の区別は微妙である。芦部自身、「精神的自由と経済的自由との保障の程度が段階的にまったく異なる形で区別されるのではなく、両者は保障の程度をほぼ同じくする領域を含み、重なる関係にあること」⁽²⁹⁾を認めており、②と③の相対性を示唆している。しかしながら、今みたように、LRAの基準は、「中間審査の基準」として「具体的・実質的」な審査を要求するものとされるのに対し、「厳格な合理性」の基準は、「一般人を基準にして合理性が認められるかどうかを審査」する「合理性」の基準のひとつとして位置づけられていることからすると、両者は異なる基準として理解されているとみるのが自然であろう。⁽³⁰⁾

この点、多くの学説においては、むしろ厳格度に応じて基準を三分する立場が有力なようである。例えば、松井茂記教授は、立法の「合憲性判断基準」と「審査基準の適用」を分けたうえで、⁽³¹⁾法律の合憲性審査にあたり両者が適用される場合を、①法律を違憲と推定したうえで、立法目的がやむにやまれないほど圧倒的に重要な政府利益であり、かつ目的達成手段が必要不可欠であることを必要とする「やむにやまれない政府利益の基準・厳格審査」、②法律の合憲性の推定を排除したうえで、重要な政府利益を達成するため必要最小限度の制約であることが要求される「重要な政府利益の基準・厳しい審査」、および③法律を合憲と推定したうえで、立法目的が合理的で、手段と合理的に関連していればよいとされる「合理的根拠テスト・緩やかな審査」に区別する。⁽³²⁾また、渋谷秀樹教授も、①目的が「非常に強力な利益」であり、手段が「必要最小限度」で、目的との関係において「必要不可欠」であることを要求する「厳格な審査」の基準、②目的が「重要な利益」であり、手段が「より制限的でない代替手段」の有無が具体的・実

質的に審査され、目的との関係において「実質的関連性」があることを要求する「厳格な合理性の審査」の基準、および③目的が「正当な利益」であり、手段が目的との関連において「合理的関連性」があること、そして手段自体について「著しく不合理であることが明白でないこと」を要求するにとどまる「合理性」の基準という三種の審査基準を定式化している⁽³⁵⁾。このように審査基準を三分する説であっても、その内容理解においてはかなり見解を異にし得る点は注意が必要であろうが、⁽³⁴⁾厳格度を大きく三つに分ける枠組自体は、有力になりつつあるといっているように思われる⁽³⁵⁾（むろんこのような三分説に反対する見解もある⁽³⁶⁾）。

第二に、第一の点と関連するが、芦部説では、LRAの基準が「中間審査の基準」として位置づけられている点である。もともと、「LRA」の意味するところの「より制限的でない他の選び得る手段」の有無の審査自体は、芦部の言うところの「厳格審査」の基準の内容である「必要最小限度の手段」の要請とも、「厳格な合理性」の基準の内容をなす「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」の有無の審査とも類似しており、事実、LRAの基準を、「厳格審査」基準の内容として理解する立場も、⁽³⁷⁾「厳格な合理性」の基準のそれとして理解する立場も、共に存している（実は芦部説にあっても、LRAの基準の位置づけは不明確な部分もある⁽³⁸⁾）。芦部説が、LRAの基準を「中間審査」の基準に位置づける理由としては、LRAが要請する厳格度の程度もさることながら、⁽⁴⁰⁾「立法目的が重要なものであること」という目的審査の要請、および「具体的・実質的な審査」という審査手法と一体のものとして、「LRAの基準」を理解する点に求められるのではないかと思われる。しかしながら、「LRAの基準の基本的な考え方は、規制の目的を達成するために必要最小限度の手段を要求する」点にあるとして、⁽⁴²⁾「精神的自由規制立法の合憲性審査のみに限定されず、むしろ人権制限一般の審査基準となると解するのが妥当であろう」という見解にみられるように、この基準を専ら手段審査のみに限定したうえで、広く用い得るものとして理解する立場も考えられる。「LR

Aの基準」が、各論者においていかなる意味で理解されているかにつき、慎重な見極めが必要になってこよう。

第三に、芦部説では、「合理性」の基準が、職業の自由規制立法の目的を、「消極目的規制」と「積極目的規制」とに分ける、いわゆる「目的二分論」に対応するかたちで、さらに「厳格な合理性」の基準と「明白の原則」（基準）の二つに区別されている点である。この「目的二分論」の妥当性をめぐっては種々議論のあるところである——芦部自身「規制目的のみですべて判断できると考えるのは妥当ではな「く」：規制の態様をも考えあわせる必要がある」⁽⁴⁵⁾と述べる——が、深くは立ち入らず、ただここでは、「合理性」の基準の意味するところについても、論者間で理解を異にしているのではないかという点のみ指摘しておきたい。すなわち、芦部説にあつては、「合理性」の基準が「厳格な合理性」の基準をも含む広い概念として理解されていると思われるのであるが、「厳格な合理性」の基準を「中間審査」基準と同視し、「合理性」の基準とは異なるものとみる立場からすると、「合理性」の基準とは、芦部説にいうところの「明白の原則」（基準）と同じものと捉えられ、極めて緩やかな審査基準として理解される傾向にあり、むしろこれが日本の憲法学にあつては主流のようにもみえる。⁽⁴⁶⁾ ここでも結局は「言葉の問題」に帰着するのであるが、本家であるアメリカにおいても、「合理性」の基準の意味は「歴史的变化しており一様ではない」⁽⁴⁷⁾ことが知られている他、本来の定義の核となる「立法目的・手段双方が共に合理的であるということ」自体は——「合憲性の推定」を前提としても——厳格度という点からかなり幅をもった概念であるといふべきであろう。⁽⁴⁸⁾

(二) 通説的立場における目的審査の内容とその問題点

以上みてきたように、自由権規制立法の違憲審査に関して、現在提唱されている目的審査・手段審査に係る審査基準論は、細部において論者間で見解を異にする部分もあれば、その基本枠組についてはおおまかな合意が形成されつつあるように思われる。これを——やや強引であり、用語としても適切か若干疑問だが——仮に「通説的立場」

としてくくった場合、本稿の主たる関心事である「目的審査」の手法および基準に関して、通説的立場の見解は、概ね次のようにまとめることができるであろう。

すなわち、通説的立場によれば、自由権規制立法の違憲審査における目的審査の手法として、①「厳格審査」の基準にあつては、権利を制限する立法の目的が「必要不可欠」(compelling)な—あるいは「やむにやまれぬ」もしくは「最高度に重要性の高い」—利益(の維持・増進)であることが必要とされ、②「中間審査」の基準(厳格な合理性)の基準とされる場合もある)にあつては、立法目的が「重要」(important)な利益(の維持・増進)であることが要請され、そして③「合理性」の基準(単なる合理性)の基準とされる場合もある)にあつては、立法目的が「合理的」(rational)であること、あるいは「正当」(legitimate)な利益(の維持・増進)であることをもって足りる、と解されている。これらは、①から③に下るにつれて、基準の「厳格度」が下がり、立法目的の「重要度」も減じていくものとされ、①は「優越的地位」に立つとされる精神的自由の規制立法の審査に、③は経済的自由のそれに主として用いられる(個々の基準の適用領域については、細部に渡つては異論もある)。

繰り返しになるが、こうした枠組は、主としてアメリカの判例理論を参考にしたもので、現在はよく知られたものであり、極めて明快な理論のようにも思われる。しかしながら、こうした「目的審査」の基準ないし手法を、理論的に掘り下げようとした場合、あるいは実際の事案にあてはめようとした場合、少なからぬ疑問もまた生じてくるのである。

第一に、通説的立場にあつては、基本権規制立法の目的をなす「利益」の性質が、厳格度から順に、①「必要不可欠」(「やむにやまれぬ」)、②「重要」、および、③「正当」(「合理的」)といった形で提示されるのであるが、これらは同一尺度の中で語り得る概念であるか、という点である。おそらく通説的立場は、利益の「重要度」という尺度の

もと、①から③でその程度が異なるものであるとして理解しているものと思われる⁽⁴⁹⁾。しかしながら、「重要度」の尺度は①と②については適合的でも、③とは直接関係ない——例えば、「正当」でなくても「重要」な利益というものも考えられる——のではないか。厳密に考えた場合、利益が「重要か否か」という問題と、「正当か否か」という問題は、別個のものとして解されるべきではなからうか。

第二に、通説的立場における「目的審査」の対象たる「利益」の「重要性」あるいは「正当性」は、どのようにして判断していくのか、という点である。確かに「やむにやまれないほど重要な…利益」というためには「単に合理的とか重要とかでは足りない⁽⁵⁰⁾」ということとはわかる。しかし、何をもちて、単に「重要」でなく「やむにやまれないほど重要」といえるのかについては、通説的立場は具体的に何も語っていないのである(それを一般的に提示することは、おそらく不可能に近いであろう⁽⁵¹⁾)。そうだとしたら、利益の「重要性」の判断は、目的審査を行う者の主観によって大きく左右されることになってしまうのではないか。実際、こうした難点はすでに自覚されているところであつて、例えば厳格審査基準に代わる「より優れた基準」として、ブランデンバークの基準、現実的悪意の法理、あるいは「明白かつ現在の危険」の基準などを挙げる論者もいる⁽⁵²⁾。このことは、今までみてきた審査基準において、少なくとも「目的審査」の基準は合憲性判断のための「準則」として十分機能し得ないことを示すものではなからうか。そして、同じような疑問は、利益の「正当性」あるいは「合理性」の判断についても、同様に提起できるであろう。

第三に、通説的立場の「目的審査」にあつては、利益の「重要性」あるいは「正当性」の判断のみをもつて足りるのか、という点である。もつと言へば、規制の対象となつた「行為」と、守ろうとする「利益」との「関連性」は問題にしないでいいのか、ということである。やや極端な例を挙げるなら、例えば、「性的文書の頒布・販売」を制限する立法の「目的」として、「他人の生命の保護」という事由を掲げた場合、こうした「目的」自体は、おそらく

「重要」で「正当」であろうが、性的文書の頒布・販売行為と、他人の生命との間に通常「関連」は認められず、制限の「目的」として妥当であるとの結論には至らないであろう。もともと実際には、「立法事実」の審査を前提とする通説的立場が、このような「目的」たる「利益」と規制対象たる「行為」との「関連性」を、全く度外視しているとは考えられず、あるいはそれが目的の「正当性」判断の一内容をなすと解されるとの見方も成り立つが、「目的審査」の内容をより明確にする意味でも、「目的」自体の「正当性」とは別に、「目的」と規制対象行為との「関連性」を意識的に問うていくべきではないか。

第四に、これは通説的立場に内在する問題ではないが、「目的審査」の対象たる「立法目的」を、どのようにして特定するのか、という点である。⁵⁴⁾それは、立法者が主観的に意図した目的なのか、あるいは、法の解釈によって導き出すことのできる法の客観的な目的なのか。通常の憲法訴訟においては、立法の合憲を主張する側（多くの場合、国・公共団体）が、その主張の中で「立法目的」を提示する場合が多いであろうが、それをもって直ちに「目的審査」の対象としていいものであろうか。この点に関して、例えば、「国会が法律を制定する場合、通常その立法の目的を掲げるが、立法が妥協の産物である以上、しばしばその本来の目的が隠されていたり、複数の矛盾する目的が掲げられていることがある。…「が」このような場合、裁判所としては、国側の代理人が訴訟で主張した立法目的ではなく、あくまで法律に明記された立法目的（あるいはせめて立法史の中で確定される目的）に照らしてのみ合理性の判断をすべきである」といった指摘は、妥当なものとして評し得るであろうか。「結局、立法目的は、様々な要素からなる複合的な性質を有し、それは様々な証拠に依拠しながら、確定するしかないようである」というのが、おそらく実際のところであろう。このことは、違憲審査基準論は、「立法目的の特定」については、何も語り得ないということなのであろうか、それとも、違憲審査基準論を深化させることによってこの難問に回答していくうえで何らかの示唆を得

ることはできないであろうか。こうした問題も、「目的審査」に関連して、ここで挙げておきたいと思う。

第三節 日本の違憲審査における目的審査の可能性——浦部説を手がかりに

前節において、目的審査と手段審査に係る違憲審査基準論の概要を辿り、とりわけ「目的審査」の基準および手法を確認し、併せてその問題点をいくつか抽出する作業を試みた。そうした中で、違憲審査における「目的審査」にあつては、とりわけ「立法目的」の「正当性」、「重要性」および規制対象行為との「関連性」を区別したうえで、各々の意味するところを明らかにしていくことが必要なのではないかということが、検討されるべき課題として浮彫りにされたのではないかと思う。本稿では、こうした課題に取組んでいくための手がかりの一端を、浦部法穂によつて主張・展開された違憲審査基準論に求めたいと思う。浦部による違憲審査基準論は、これまでみてきた「通説的立場」として取り上げてきたそれよりも、かなり趣を異にしている。とりわけ、自由権規制立法法の違憲審査における「目的審査」の場面で、「通説的立場」のよつて立つ違憲審査基準論では、立法目的の「重要性」が主として問題にされるのに対し、浦部説では、規制対象行為と規制目的たる「害悪」との「関連性」が主たる関心事となつてることがみとれる。それはまた、日本国憲法のもとでの、違憲審査における「目的審査」のあり方を考えるうえでも、示唆に富む所説であるように思われるのである。

（一）浦部説における自由権規制立法法の目的審査と手段審査

浦部説においては、「目的審査」の基準そのものについて詳細に論じられている。それによると、目的審査の基準は、「法が規制対象としている行為と『害悪』発生との間にどの程度の関連性（因果関係）が認められれば合憲とし

うるか、にかかわるもの⁽⁵⁷⁾である。浦部によれば、人権は、原則として内在的制約以外の制約を受けることはなく、したがって、「制限されうるのは、①他人の生命・健康を害する行為、②他人の人間としての尊厳を害する行為、③他人の正当な人権の行使を妨げる行為（あるいは、他人の人権と衝突する場合の相互調整を必要とする行為）に限られる⁽⁵⁸⁾」のであり、「法律による人権制限は、右の①②③の行為を規制するものであるときに、はじめて、憲法上正当な目的によるものと認められるのである⁽⁵⁹⁾」（このような「他人の生命・健康や人間としての尊厳を害したり相互調整を必要とする」ことを、浦部は便宜上「害悪」と称する⁽⁶⁰⁾）。浦部によれば、このほかに、経済的自由については、「社会権の実現ないし社会的・経済的弱者の保護という目的も、正当なものとして承認される⁽⁶¹⁾」したがって、浦部説では、立法による人権制限の「目的」として憲法上許されるものは、今述べた意味での「『害悪』の規制」と、経済的自由の制限に係る「社会権の実現」に限定されることになる。

以上のような理解をもとに、人権を制限する法律の目的審査基準は、次のように定式化される。まず、精神的自由の規制立法については、いわゆる「明白かつ現在の危険」の基準が適用されるという。すなわち、「その法律が規制対象としている類型ないし範疇に属する行為が、必ず、あるいはほとんど不可避免的に『害悪』をもたらしということが証明されなければならない⁽⁶²⁾」（『明白性』の要件⁽⁶²⁾）か、あるいは「現実的に『害悪』をもたらしただけで規制しなければならぬ⁽⁶³⁾」（『現在性』の要件⁽⁶³⁾）という。このように、「精神的自由を制限する法律が、その目的において合憲とされるためには、その法律が規制対象としている類型ないし範疇に属する行為が必ず「あるいはほとんど不可避免的に『害悪』をもたらし」ということが証明されるか、そうでない場合には、法律の規定上（文言上または規定の趣旨から）現実的に「害悪」をもたらしただけで規制するものでなければならぬ⁽⁶⁴⁾」とされるのである。

他方、精神的自由以外の人権の規制立法については、「規制対象行為と『害悪』発生との間に合理的な関連性が認められる必要がある」という意味での、「合理性の基準」が適用されるという。つまり、「精神的自由以外の人権を制限する法律の場合には、その法律が規制対象とする類型ないし範疇に属する行為が必ず（あるいは、ほとんど不可避的に）『害悪』をもたらすということまでいえなくても、通常一般的な状況のもとではその可能性が高いといえれば、その目的の合憲性を承認することができる」⁽⁶⁵⁾のであり、「類型的・範疇的に『害悪』をもたらす可能性が大きいといえるならば、法律の規定上、必ずしも現実には『害悪』をもたらした行為だけを規制するという形をとる必要はなく、また、問題となっている具体的な行為が、ごく例外的に、実際に『害悪』をもたらすようなものではなかったとしても、その法律は全体として合憲とされ、当該の具体的な行為に対してもその法律の適用は排除されないことになる」⁽⁶⁷⁾というのである。

さらに、浦部によれば、こうした「合理性の基準」は、経済的自由に対する「政策的制約」に係る立法の目的審査にも妥当するという。つまり、社会権の実現を目的とした経済的自由の制限であっても、問題となった行為の規制目的が、「社会権の実現ないし弱者保護ということと全然無関係でなければよい、というのではなく、その行為を規制することによって社会権なり弱者保護が実現されるということが、合理的な程度にはいえなければならぬ」⁽⁶⁸⁾のである。「その規制が本当に社会権の実現なり弱者保護につながるのかどうかを、科学的・経験的な客観的証拠に基づいて調べたうえで、そこに合理的な関連性が認められてはじめて、憲法上正当な目的の制限として承認することができる」⁽⁶⁹⁾とされる。

人権規制立法の手段審査の基準についても簡単に触れておこう。浦部説では、手段審査の基準としては、「内在的制約」つまり「害悪」の発生を防止するための制約については、「制限の程度・手段は目的達成のための必要最小限

度のものでなければならぬという意味の「必要最小限度の基準」ないし「LRAの基準」が適用される」とされ、⁽⁷⁰⁾ 他方、「経済的自由に対する『政策的制約』の場合の手段審査の基準としては、法の定める制限の程度・手段が著しく不合理であることが明白でないかぎり合憲とされるという意味の『明白性の基準』が適用される」とされる。⁽⁷¹⁾ これは、「内在的制約」の場合と異なり、「政策的制約」に関しては、「国は、社会的・経済的弱者の生存を最大限に保障すべき義務を負っている」(憲法二二五条二項参照)：以上、この目的のために経済的自由に対して加えられる制限が、必要最小限度にとどまらなければならないという理由はな「く」：社会的・経済的弱者の保護のための政策を実現するために経済的自由に対してどのような程度・手段において制限を加えるべきかの判断は、原則として立法府の裁量に委ねられている」との考慮に基づくものである。⁽⁷²⁾

このように、浦部説にあつては、「目的審査」に関する、①「明白かつ現在の危険の基準」、および②「合理性の基準」、そして「手段審査」に関する、③「必要最小限度の基準」(あるいは同じ事を意味する基準として「LRAの基準」)、および④「明白性の基準」という、併せて四種の基準が認められ、精神的自由規制立法の違憲審査については①と③、経済的自由に対する「政策的制約」を定める立法のそれについては②と④、それ以外の人権を制限する立法の違憲審査については②と③の組み合わせによって、それぞれ違憲審査基準が目的審査と手段審査の各々について用いられることになるというのである。

(二) 日本の違憲審査においてあるべき「目的審査」とは——若干の考察

それでは、以上のように素描できる、違憲審査基準論に関する浦部説は、いかなる特徴と問題点を有するものとして理解できるであろうか。以下では、前節で明らかにした「通説的立場」における「目的審査」の問題点を念頭におきつつ、浦部説の特徴を検討することを通じて、とりわけ、日本の違憲審査において、自由権規制立法の「目的審査」

はいかにあるべきかに関し、若干の考察を試みることにしたい。

さて、浦部説の特徴としては、第一に、人権を制限する立法において許容される「目的」の内容が、①「害悪（つまり、広い意味で人権相互の調整を必要とする行為）の規制」と、②「社会的弱者の保護」との二つに限定されていることを、指摘することができるであろう。

そして、この点に関してまず言えるのは、このように自由権の規制目的をあらかじめ限定することは、一見したところ違憲審査の硬直化を招くようにみえるものの、日本国憲法における「公共の福祉」論との関係では、整合的な理論となり得ているのではないか、という点である。そもそも、浦部説にいう「害悪の規制」と「社会的弱者の保護」という事由自体、「人権の限界」に関する議論として、「公共の福祉」の意味とも関連づけるかたちで提示されるに至ったものであることが想起されるべきであろう。そして、実際、日本国憲法における「公共の福祉」論のひとつの到達点⁽⁷⁵⁾が、それを「人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する」ところの、「人権相互間の矛盾・衝突を調整する原理」と解する立場にあるとするなら、違憲審査の場で人権制限の合憲性を考える際にも、「人権相互の調整」および「社会的弱者の保護」（それは社会国家的見地からする「人権相互の調整」の一内容をなすものとみること⁽⁷⁶⁾もできる）を、許容し得る「制限の目的」として掲げることが、十分理由のあることと言えるのではなからうか。そしてまた、この説は、先に挙げた、立法目的の「正当性」とは何か、という問いにもひとつの答えを与え得るのではないかと考えられる。すなわち、人権の「規制目的」（それは厳密には「立法目的」とは区別されるべきであろう）を「正当」というためには、それが広い意味での「人権相互の調整」を行なうものであることが必要である、ということである。そしてこの立場からすれば、人権規制の「目的」の内容として、「公共の利益」や「政府の利益」をもつてくることは、⁽⁷⁷⁾厳密には「正当」な目的を提示しているとは言えないのではないか、との疑問も生じよう。

ただ、ここで改めて問題にされるべきは、「公共の福祉」を従来の通説通り「人権相互の矛盾・衝突を調整する原理」として理解することが果たして妥当か、という点であろう。この点、現在では、このような「公共の福祉」観を批判する立場も有力化している。⁽⁷⁸⁾ また実際、基本権制限の合憲性が問題になる事案にあつては、具体的な「人権」が相互に衝突し合うことは稀であり、基本権と対立するのは、せいぜい「抽象的な権利・利益」である場合が少なくない。しかしながら、だからと言って「公益」や「政府利益」を理由に、安易に基本権制限を認めてしまうことは、やはり問題であろう。以上を踏まえて、ここではさしあたり、基本権の「規制目的」が「正当」であるためには、抽象的なものではあるにせよ、「他者の権利・利益の保護」(あるいはそうした「権利・利益に対する弊害の防止・除去」)を内容とする必要がある、とする立場を(仮説的に)示しておきたい。いずれにしても、日本国憲法のもとで、自由権を制限する立法の「目的」を考察しようとする際には、基本権の限界に関する「公共の福祉」論との整合性は、常に留意されるべき論点ではなからうか。

浦部説の特徴の第二は、規制対象行為と目的との「関連性」を問うことが、「目的審査」の主たる内容とされていることである。このことは、繰り返しになるが、目的審査基準が、「法が規制対象としている行為と『害悪』発生との間にどの程度の関連性(因果関係)が認められれば合憲とするか、にかかわるもの」という言明の中にはつきりと表れている。そしてこのように、規制対象行為と、「害悪」発生との「関連性」を問うことは、人権(あるいは広く権利・利益)相互間の「調整」に際して、不可欠のプロセスと言えるのではなからうか。そうした意味で、規制対象たる「行為」と、それが規制目的の内容をなす「権利・利益」に及ぼすとされる「害悪」(ないし弊害)との「因果関係」ないし「関連性」を問うことは、「目的審査」の重要な内容をなすものと考えられる。

このような理解に対応して、浦部説にあつては、目的審査の基準として提示される「明白かつ現在の危険」の基準

も「合理性」の基準も、この規制対象行為と「害悪」発生との「関連性」を問う基準として構成されている。⁽⁸⁰⁾したがって、そこでは、「明白かつ現在の危険」の基準も、通常理解されるそれよりも、抽象化・一般化された概念として用いられている点に注意が必要である。一般に、「明白かつ現在の危険」(clear and present danger)の基準は、やはりアメリカの判例を参考にしつつ、「①ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪をひき起こす蓋然性が明白であること、②その実質的害悪がきわめて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫していること、③当該規制手段が害悪を避けるのに必要不可欠であること、の三つの要件の存在が論証された場合にはじめて、当該表現行為を規制することができる」として説明され、「一定の表現内容を規制する立法（たとえばせん動を処罰する法律）に用いるのが妥当」とされる。ただ、この基準についても、それを厳密に、いかなるものとして理解すべきかをめぐっては、論者間でも必ずしも見解の一致がみられるとは限らないようである。⁽⁸¹⁾ここでも結局は、「明白かつ現在の危険」の基準として、いかなるものが理解されているかを見定める必要があるが、概念の用い方としては、この基準概念の中核をなす「明白な関連性」という要素を抽出し——「LRA」の基準の用法にみられたように——⁽⁸²⁾広く一般的に用いることも許されるのではなからうか（もつとも、誤解を避ける意味では、端的に「明白な関連性」の基準（テスト）と称した方がよいかもしいれない）。浦部説にいう「合理性の基準」についても、同様の注意が必要である。⁽⁸³⁾

第三に、「通説的立場」と比較した場合、浦部説にあつては、立法目的（規制目的）の「重要性」については、特に何も言及されていない点が目につく。「目的」となる「権利・利益」の「重要性」の検討は、「目的審査」においては不要と考えるべきであらうか。この点、基本権制限の目的が、「権利・利益間の矛盾・衝突の調整」にあるという基本に立ち返って考えた場合、「規制対象行為」と、権利・利益に対する「害悪」の発生との、「関連性」審査のみで

は、やはり不十分な場合があるのではないかと思われる。例えば、「規制対象行為」と「害悪」発生との間に「明白な関連性」が認められる場合であっても、「規制対象行為」が極めて重要なものである一方、発生する「害悪」がごく些細なものにすぎない、というような場合、なお「目的審査」の段階で、当該行為を規制することが違憲であるとの判断を下す場合も考えられるのではなからうか。ただ、「権利・利益間の矛盾・衝突の調整」のプロセスとして、立法目的（規制目的）の「重要性」を審査しようとする場合、「通説的立場」のように、選択される「審査基準」によって、自動的に必要とされる「利益」の重要性が決まるとみるべきではなく、規制される行為（権利・自由）との対比で、「利益」の「重要性」も検討されるべきではなからうか。このような考え方は、アドホックな「利益衡量」の途を開くもので、結局のところ恣意的な判断に陥ることになるのではないかとの懸念もあるが、とりあえずここでは、こうしたかたちでの「立法目的」（規制目的）の「重要性」審査を、「目的審査」において考えられる手法の一つとして、残しておきたいと思う。（続）

(1) 従来、日本の憲法学においては、「基本的人権」または「人権」と「憲法上の権利」の語が、必ずしも厳密には区別されてこなかったが（参照、辻村みよ子「人権の観念」ジュリ増刊・憲法の争点【第三版】（高橋和之Ⅱ大石眞編）五〇頁（一九九九年）、最近では自然権とは区別された実定的権利として「基本権」の語が用いられることも多い（参照、初宿正典「憲法2」（一九九六年）四三頁）。本稿においても、「基本的人権」または「人権」とは区別して、「憲法で保障された権利」の意味で「基本権」という語を充てることとする。ただし、本文中で各論者の所説を直接・間接に引用する場合には、当該論者の用語法を尊重して、「人権」等の用語を用いることもある。

(2) 本稿では便宜上「立法」の違憲審査基準という用語を用いるが、このことはむしろ、国会が制定する法律のみを対象とする趣旨ではなく、「法律、命令、規則又は処分」（憲法八一一条）等、違憲審査の対象となり得るもの全てを念等に置くものである。

(3) 周知のように、本稿で用いる「違憲審査基準」という語の他にも、「司法審査基準」や「合憲性判定基準」、あるいは単に「審査基

- 「準」等の用語が充てられることもあるが、それぞれの意味に特にながいがあはるわけではない（ただし、「合憲性判断基準」と「審査基準」を区別するものとして、参照、松井・後掲注（31）二〇〇頁）。違憲審査基準の意味について、例えば憲法訴訟について包括的に論じた戸松教授によれば、「司法審査の基準」とは、「裁判所が司法権を行使して合憲・違憲の結論に至った理由中で示す判断の規準であり、判例を通して確認できる準則であ」って、「この定義のもとでは、裁判法理とかテスト、あるいは準則と呼ばれるものもそこに含まれる」（戸松秀典「憲法訴訟」二〇〇〇年（二七三頁）という）。
- (4) 野中俊彦「学説にみる憲法訴訟論」ジュリハ三三五頁三六頁（一九八五年）四二頁（憲法訴訟論のいわば中樞をなしているのは、違憲審査の基準・方法論である）。なお参照、芦部信喜「憲法訴訟論の課題」芦部信喜編「講座憲法訴訟第一巻」三頁（一九八七年）三七頁（「違憲審査基準は実体的な憲法解釈と不可分に結びつくとともに、立法事実の顕出・論証のあり方（範囲ないし程度）とも密接に関連する点で、憲法訴訟論の最も重要な課題の一つである」）。
- (5) 野中・前掲注（4）三六頁。
- (6) 憲法訴訟における「目的審査」の役割についての考察を試みるものとして、主に平等保障の問題に関するものがあるが、参照、平地秀哉「憲法上の平等保障と立法目的の審査」早法七七卷二号一四三頁（二〇〇二年）。
- (7) 参照、後掲注（16）。「二重の基準」論については、第五節でも簡単に言及する。
- (8) 浦部法穂「違憲審査の基準」（一九八五年）三七頁（傍点ママ。原注省略）。
- (9) 野中俊彦「憲法訴訟論の意義と問題点」憲法理論研究会編「違憲審査制の研究」一七三頁（一九九三年）一九二頁。同。
- (10) 同。
- (11) 奥平康弘「憲法訴訟の軌跡と理論」法セミ増刊・憲法訴訟二頁（一九八三年）二〇頁。
- (12) 渋谷秀樹Ⅱ赤坂正浩「憲法2統治」第三版（二〇〇七年）一六一頁（渋谷執筆）。
- (13) 同。
- (14) なお参照、戸松・前掲注（3）二二五頁、高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（二〇〇五年）一一四頁。
- (15) 芦部信喜「憲法学Ⅱ人權総論」（一九九四年）二二七—二二八頁。
- (16) 参照、芦部信喜（高橋和之補訂）「憲法」第四版（二〇〇七年）一〇一頁・一二二頁
- (17) 芦部・前掲注（15）二二七頁。

- (18) 同。なお参照、芦部前掲注(15) 二二二頁。
- (19) 芦部にあつては、例えば、「アメリカの判例法で用いられてきた……基準が参照に値する」(芦部・前掲注(16) 一八三頁(傍点筆者))とか、「この『合理性』の基準は……2つに分けて用いられるようになった」(同二二二頁(傍点筆者))といった記述にみられるように、自説の主張というより、アメリカの法理の「紹介」であつたり、最高裁判例の「説明」といったニュアンスが色濃く表れている。
- (20) 同一八三頁。
- (21) 同。「高い価値の表現」としては「政治的表現」が挙げられ、「低い価値の表現」である「性表現」や「名誉毀損的表現」と區別される(同)。高い価値の表現の内容規制については、本文に示した「必要不可欠な公共的利益」の基準の他に、「明白かつ現在の危険」の基準が挙げられるが(同)、この基準については後で触れる(後掲注(81) 参照)。
- (22) 芦部・前掲注(16) 一九六頁(傍点ママ)。
- (23) 同(傍点ママ)。
- (24) 同二二二頁。
- (25) 同。
- (26) 同。
- (27) 本稿では直接検討の対象とはしないが、自由権規制立法の他にも、平等違反が問題となつた場合の違憲審査基準としては、「厳格審査」の基準、「厳格な合理性」の基準、および「合理的根拠」の基準が區別されている(同二二七頁)。なお参照、戸松秀典「平等原則と司法審査」(一九九〇年) 三三二頁以下。
- (28) これらのうち、③「厳格な合理性」の基準と④「明白の原則」が共に「合理性の基準」に含まれることからすると、芦部説における審査基準を、A. 厳格審査の基準、B. 中間審査の基準、C. 合理性の基準に三分し、③と④をCのサブカテゴリーとする理解も成り立ち得るが、すでにみたように(前掲注(18))、芦部説では「事実判断のアプローチ」が妥当するものとして四つの領域を區別していることから、審査基準もそれに応じて四分されるとみるのが妥当ではないかと思われる。
- (29) 芦部・前掲注(16) 一〇二頁。また、芦部・前掲注(15) 二二七頁によれば、「表現の時・所・方法の規制」と経済的自由の「消極目的規制」とは、「ほぼ同じ基準で合憲性の審査が行われる」(傍点ママ)という。

- (30) 参照、芦部・前掲注(15)一三七頁(「ここに言う『厳格な合理性』基準はLR Aの基準よりも厳格度が若干弱い)。なお参照、芦部・後掲注(40)三〇二頁。
- (31) 松井によれば、「合憲性判断基準」とは、「裁判所が法律の合憲性を審査する際に、どのような実体的な基準を用いるべきかの基準」(松井茂記「日本国憲法」【第二版】(二〇〇二年)一一二頁)であり、「審査基準」(審査の程度)とは、「裁判所が法律の合憲性を審査する際に、立法者の判断にどの程度の尊重を与えるかについての基準」(同)である。
- (32) 参照、同一六一一八頁。
- (33) 参照、渋谷・前掲注(12)一六二一―一六五頁。
- (34) 例えば、松井の三分論は、芦部説にいう、「厳格な合理性」の基準と「明白の原則」の区別を認めず、経済的自由規制立法を全て緩やかな「合理性」の基準で審査すべきであるとするものであるのに対し(参照、松井・前掲注(31)五五二頁)、渋谷のそれは、芦部説にいう「中間審査」の基準と「厳格な合理性」の基準を同様のものとして理解するものであり(渋谷・前掲注(12)一六一頁以下)、当然両説の内容はかなり異なってくる。
- (35) 例えば、戸松・前掲注(3)二七四頁は、審査基準を「厳格な審査基準」、「中間の審査基準ないし厳格な合理性の基準」、および「緩やかな審査基準」という「三つの類型ないし段階」に分ける。
- (36) 審査基準を三分することに批判的な論者として戸波江二教授を挙げることができるであろう。戸波は、審査基準を三分する説に疑問を呈し、「違憲審査の基準・方法としては、基本的に精神的自由と経済的自由とに分け、原則として、後者には合理性審査を、前者には厳格な審査を行うことが妥当である」(戸波江二「憲法」【新版】(一九九八年)四五四頁)と述べる。なお参照、同一二四一頁。
- (37) 戸松・前掲注(3)三二〇頁以下。もっとも戸松は、アメリカでは「LR A」以外の呼称も用いられていることを指摘し、「LR Aの基準といった呼び方は、日本の学説で独自に使われているものであり、審査基準の名称として適切であるのかとの疑問もともなう」(同一三二二頁)と述べて、自身は「より制限的でない他の選び得る手段」のテスト」という用語を用いている。
- (38) 参照、渋谷・前掲注(12)一六五頁、長谷部恭男「憲法」【第三版】(二〇〇四年)二四〇頁等。高橋・前掲注(14)一一六頁は、アメリカの審査基準論の紹介の文脈ではあるが、LR A基準を「中間審査基準(日本では『厳格な合理性基準』と呼ばれることもある)」と位置づけつつも、「LR A基準の適用の仕方における厳格度は柔軟で、厳格審査基準における手段審査に用いられることもある」という。

- (39) 例えば、かつて芦部は、LRAの基準を「厳格な基準」のひとつに数えつつも(例えば参照、芦部信喜「演習憲法」〔新版〕(一九八八年)九八頁)、「厳格な合理性」の基準でも用いられるとしたうえで(同一〇二頁)、「経済的自由に関する条項の下でLRAの原則が適用される場合には、厳格の度が低くなっている」(同)と説明していた。
- (40) 「LRA」自体の詳細な内容については、本稿では立入らない。例えば参照、芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」(一九八一年)二二〇頁以下、藤井俊夫「憲法訴訟の基礎理論」(一九八一年)二六一頁以下。
- (41) 前掲注(22) 参照。
- (42) 戸波・前掲注(36) 二三七頁。戸波は、この観点から、LRAの基準の基本的な考え方が「比例原則」と同種のものであり、また、一般的にいわれる必要最小限度の原則とも類似している」(同)という。
- (43) 同。浦部も、後述するように(後掲注(70) 参照)、LRAの基準を「必要最小限度の基準」と同視し、人権の内在的制約が問題となった場合の手段審査の基準として、広く用いている。これに対して、松井前掲注(31) 一一五頁は、「LRAの準則に合憲性の推定を認めてしまつては、その意義自体が失われてしまう」として、同準則を「表現の自由など政治参加のプロセスに不可欠な諸権利の制約の場合にのみ適用される特別なルールと考えるべき」だとする。
- (44) 芦部・前掲注(16) 二二二―二二四頁。
- (45) 学説は、芦部説と同様に目的二分論を支持しつつも、区別は相対的なものであるとして、規制の目的だけでなく、態様も併せ考慮すべきだとするものが多いようである。例えば参照、野中俊彦他「憲法I」〔第四版〕(二〇〇六年)四五五頁(高見勝利執筆)。目的二分論に反対するものとして、参照、松井・前掲注(31) 五五一頁、戸波・前掲注(36) 二八八頁。最高裁が採る目的二分論の論拠を「説明」しようとするものとして、参照、長谷部・前掲注(38) 二四九頁以下。
- (46) 例えば参照、渋谷・前掲注(12) 一六四頁。
- (47) 芦部・前掲注(40) 二四六頁。
- (48) なお、後掲注(85) 参照。
- (49) 例えば、渋谷・前掲注(12) 一六三頁は、本文で示した①から③の利益に関して、「これらの利益の重要度は、後のものになるにつれ薄れていくものである」とする。
- (50) 松井・前掲注(31) 一一七頁。

- (51) もっとも、渋谷前掲注(12)一六三頁は、それぞれの「利益」の具体例を、判例をもとにして、いくつか挙げている。
- (52) 松井・前掲注(31)一一七頁。松井によれば、「これらの基準はあらかじめやむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠な制約といえるための基準を設定しておいて、あとは具体的事例ではその基準を適用するという手法と理解することができる。『定義的衡量』と呼ばれているものである」(同)という。
- (53) 周知のように「立法事実」(legislative facts)とは、「違憲が合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段(規制手段)の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」(声部・前掲注(16)三六六頁)であり、例えば、戸別訪問禁止規定の合理性を支える立法事実として——その当否は別として——「戸別訪問を自由にする」と買収が行われやすくなる」などの事実が考えられる(参照、戸波・前掲注(36)四五五頁)。こうした例からも伺えるように、「立法事実」の当否を審査することは、立法目的の内容をなす、擁護すべき「利益」(あるいは防止すべき「弊害」と、規制対象行為との「因果関係」の有無を問うという側面を有している。「立法事実」に関して、なお参照、声部・前掲注(40)二九五頁以下。
- (54) 違憲審査における「立法目的」について、参照、平地・前掲注(6)一四八頁以下。
- (55) 松井・前掲注(31)一一六頁。
- (56) 平地・前掲注(6)一五三頁。
- (57) 浦部法穂「憲法学教室」〔全訂第二版〕(二〇〇六年)八五頁。
- (58) 同八六頁。
- (59) 同。
- (60) 同。
- (61) 同。なお参照、同八一頁以下。
- (62) 同九〇頁。
- (63) 同。
- (64) 同。
- (65) 同九一頁。
- (66) 同。

(67) 同九一—九二頁。

(68) 同九三頁。

(69) 同。

(70) 同。

(71) 同九五頁。

(72) 同。

(73) 同八二頁以下参照。

(74) 宮沢俊義「憲法Ⅱ」〔新版〕(一九七四年)二三六頁。

(75) 同二三七頁。この観点から、「自由国家的公共の福祉」では「基本的人権を公平に保障することがその狙い」であり、「社会国家的公共の福祉」では「基本的人権を実質的に保障することがその狙いである」とされる(参照、同二三五—三三六頁(傍点ママ))。

(76) これは、日本国憲法にいう「公共の福祉」(二二条・二三条・二九条)の意味をめぐる議論のうち、いわゆる「二元的内在制約説」として分類される立場である(参照、芦部・前掲注(16)九八頁。ただし、浦部説にあつては、二二条・二三条の「公共の福祉」が「内在的制約」を、二二条・二九条のそれは「政策的制約」を意味するものとされており(浦部・前掲注(57)八二頁)、その意味ではむしろ、いわゆる「内在・外在・三元的制約説」(参照、法学協会編「註解日本国憲法上巻」(一九五三年)二九六頁以下)と親和的であるが、「二元的内在制約説」とも整合的に解釈できるのではないかと思われる。

(77) 例えば参照、前掲注(20)、および前掲注(32)等。

(78) 例えば、長谷部・前掲注(38)一一三—一四頁は、「二元的内在制約説」に対して、「人権を制約する根拠となるのは、かならず他の人権でなければならぬとの前提は、「人権」という概念をよほど拡張的な意味で用いない限り理解が困難である」と批判し、またかかる理解には「およそ人は自らの好むことは何であれこれをなすうる天賦の『人権』を有するという前提がある」が、「しかし、このような考え方は我々の直観に反する」という。また、松井・前掲注(31)三四三頁も、「基本的人権は他の基本的人権によつてのみ限界付けられると考えること」も「基本的人権を制約しうるのは他人の権利利益のみだという立場を文字通り貫くこと」も「困難である」として、「他人の権利利益を侵害しない場合でも、基本的人権の制約根拠となりうる政府利益は存在するはずである」という。

(79) 前掲注(57) 参照。

(80) 浦部説にあつては、規制対象行為と「害悪」発生との間に、どの程度の関連性が必要かについても、詳細に述べられている。すなわち、規制対象行為により「害悪」をもたらすことが、①「明白な関連性」では、ほとんど一〇〇パーセントそうであることが必要であり、②「合理的な関連性」では、一〇〇パーセントとまではいえなくても多くの場合にそうだといえることが必要であり、③「全然無関係ではないという程度の関連性」では、少しでもそうであるといえればよいという(参照、浦部・前掲注(57) 八七頁)。このうち、①が「明白かつ現在の危険の基準」に、②が「合理性の基準」に、③が「明白性の基準」に対応するものとして理解されるのである。

(81) 芦部・前掲注(16) 一九四頁(傍点ママ)。

(82) 同。

(83) 例えば、坂本昌成「憲法理論Ⅲ」(一九九五年)二四頁は、「明白かつ現在の危険テスト」を、「問題の表現は、明白で、切迫した、重大な害悪をもたらすであろうことが明らかにされない限り、制限されることはない、とする理論」として理解し、芦部説のように、この基準が「手段の必要不可欠性まで要求していると説くものもあるが、そうではない」(同二六頁)と述べる。

(84) 前掲注(37) — (43) 参照。

(85) 浦部・前掲注(57) 九二頁は、「二重の基準」論のなかでいわれてきた「合理性の基準」は、…規制対象行為と「害悪」発生との間に、全然無関係ではないという程度の関連性が認められればよい、とするものである」との認識を示したうえで、「しかし、人権に対する制約は、その行為が一定の「害悪」をもたらすようなものでありその「害悪」を防止する必要があるという場合にのみ、憲法上正当な目的による人権制限として承認されるものであるから、全然無関係でなければよい、というのでは、いかにも乱暴すぎる」として、「当該規制対象とされている類型ないし範疇に属する行為が「害悪」をもたらす可能性が大きい、という程度には、その関連性が明らかにされなければならない、とすべきであろう」と述べる。そして、このような意味での「合理性の基準」は、「まぎらわしい、というのであれば、…「厳格な合理性の基準」というようにいつてもよい」(同)という。