

## 違憲審査におけるLRAの基準

藤 井 俊 夫

### 一 法曹教育と憲法訴訟論

#### (一) 憲法論と憲法訴訟論

憲法訴訟論は、現在の訴訟制度の枠組みの中で、また、問題となっている具体的な事案の内容・性質に対応して、どのようにしたらそこで憲法を活かせるか、あるいは活かすべきか(例えば、どのような訴訟類型が利用できるか、また、ここでは立法違憲の主張をすべきか、あるいは適用違憲の主張の方が妥当かなどを含めて、どのような形で憲法上の主張をすべきか)、を考えるものである。その意味では、憲法訴訟論は憲法論の中でも手続的・技術的な性格が強いといえる。

また、そのような意味では、特別に憲法訴訟論という枠組みがきちっとした形で存在していて、それが他の分野の憲法論と明確に分けられているというわけでは必ずしもない。むしろ、憲法に関する実体論(例えば人権にかかわる解釈論)とそれを現実の裁判の中で活かすための手続論ないしは技術論としての憲法訴訟論とは不即不

離の関係でつながっていることも少なくない。さらに、憲法に関する実体論（例えば人権論）の内容が、憲法の内容を現実の社会の中で活かしていることとする指向性が強ければ強いほど、それは憲法訴訟論の中で強く反映されざるを得ないことはいうまでもない。というのは、問題の具体的な事案の中では、当事者としてはどのような違憲審査基準論の採用を主張すべきかとか、具体的な憲法上の争点に関して考えられる憲法解釈の中でどのような解釈をどのように主張すべきかが、当然最後の課題となるからである。

ところで、憲法を現実の社会の中で活かそうとするという場合、それはいうまでもなく憲法訴訟を通じてそれをするということが中心ではないということに留意すべきである。むしろ、憲法の趣旨が社会の中に活かされるためには、裁判の場よりも立法や行政などの政治の場面でのウエイトがきわめて高いということを忘れてはならない。裁判の中の憲法の実現というのは、それに比べるときわめて個別的・偶然的なものにとどまっているのである（ある意味では、それはむしろ憲法的価値の実現が妨げられているために生ずる病理的現象であるともいえる）。その意味では、学問的には、憲法論の中で憲法訴訟論それ自体のもつべきウエイトは本来それほど大きなものであるべきではないともいえる。とはいえ、逆に、法科大学院における教育（法曹教育）の中では憲法訴訟論の占めるべきウエイトが大きなものにならざるを得ないことはいうまでもない。というのは、ここでは、憲法上の実体的な論点について深く議論するという憲法演習の充実が求められるだけでなく、さまざまな具体的な事案のそれぞれにおいて最も効果的な形で憲法問題を提起するにはどうすべきかを考えることが求められているからである。また、当然のことながら、司法研修所の段階では民事、刑事の研修が中心となり、憲法、行政法といった公法関係についてはほとんど手が回らないというのが実状のようである。そして、その点からいえば、とくに法科大学院の段階での憲法訴訟論の学習の意義は決して小さくないということにならう。

## (二) 法曹養成と憲法訴訟論についての基本的な視点

法律そのものの違憲審査および法律の適用上の違憲審査についての基本姿勢と技術とを把握するために、いいかえれば、法律に対して違憲審査基準を適用したり、法律の適用上の違憲審査に際して利益衡量の判断を行ったりする（必要な場合には「基準」を設定する）中でのバランス感覚をみがぐために、例えば弁護士としての主張・立証とか裁判所としての判断・判決の出し方などを研究し、その活用能力を身につけるといえるのは、法曹教育の中での憲法教育の重要な課題の一つである。そして、わが国の違憲審査に関する理論を考えるに際しては、外国の判例理論や学説などを参考としつつも、さまざまな審査方法とか審査基準などについての理念型を立てた上で、それらをわが国の法制度や裁判制度に合わせて使いこなすためのトレーニングをすべきである。芦部教授がアメリカ最高裁の判例を参照しつつ憲法訴訟論の研究を提唱されたのも、決してアメリカ最高裁の判例と同じことをわが国でもすべきだということではなく、あくまでもわが国の憲法裁判においてもそれらの理念とか技術などを参照してわが国の法理念・制度にふさわしい憲法訴訟論を展開すべきであるという趣旨であったものと思われる<sup>1)</sup>。

私はすでに別稿で、アメリカ憲法研究やドイツ憲法研究などももちろんそれ自体としては重要であるが、わが国の憲法訴訟論はそれらをあくまでも参考にしつつもそれらとは別にわが国独自の問題として検討されなければならない。ともにわが国とは法体系あるいは裁判制度において全く同じというわけではないのであるから、例えば違憲審査基準論などについてもあくまでもわが国で使えるものを取り出せばよいのである。いいかえれば、わが国の憲法訴訟の理論の展開のためにはもっと自由かつ独自にさまざまな理論的可能性が追究されるべきである、と述べたが、それはこの趣旨である<sup>2)</sup>。そこで、本稿では、違憲審査における一つの技術としてのLRAの基準

(LRAの原則、あるいは、LRA論)を中心的な素材として、この点について考えておきたい。<sup>3)</sup>

## 二 違憲審査基準論の意義について

### (一) 違憲審査基準の位置づけ方についての基本的な考え方

ただし、その前に、そもそも違憲の疑いのある法律に対する違憲審査基準論の一般的な意義についてふれておきたい。

たしかに、何ごとにも原則的な基準論は必要である。しかし、厳格な基準を採用すれば法律がただちに違憲だという結論が導き出され、また、緩やかな基準を採用すれば法律がただちに合憲だという結論が導き出されるといえるのではない。いいかえれば、一定の違憲審査基準の採用それ自体は、理論的には特定の事件で問題となっている法律の合憲・違憲の結論とは直結しないということに留意すべきである。

一定の違憲審査基準の採用を前提とした後でも、その基準を前提とした上で具体的な社会的基礎事実に関する資料などをふまえた利益衡量的判断がなされ、その結果として具体的な結論が下されなければならないのである。もちろん、裁判における利益衡量的判断を手放して認めることは危険であるという問題意識をもつべきことはいうまでもないが、だからといって、利益衡量的判断を否定して、いわゆる審査基準論が全面的にそれに取って代わる(いわば、一定の基準の採用によって自動的に結論が下される)と考えるべきではない。わが国では、この点についての考え方がやや硬直しているといえないこともない。

むしろ、一定の違憲審査基準の採用を前提とした上で、法律の合憲性の判断については、さらにその背景にあ

る立法事実とか法律で現実に採用された規制手段などさまざまな要素を考えた上で結論を出すことが必要なのである。また、適用上の合憲性の判断については、裁判事実についてもよく吟味する必要がある。とくに法曹養成教育の場面では、前提となる規定あるいはそれにかかわる基準とそれに適用されるべき事実との間の関連性を十分に把握するためのトレーニングが必要なのである。<sup>4)</sup>

## (二) 違憲審査基準論研究の意義について

例えばLRAの基準とか「明白かつ現在の危険の原則」などについて、アメリカ最高裁の判例や学説などを参照した上で、例えばこれこれのような使い方が真正のLRAの基準であるとか、これが真正の「明白かつ現在の危険の原則」であるなどという議論をすることにも、たしかに研究者的な観点からの意義がないわけではない。実際、学説上はこの点を中心とならざるを得ないかもしれない。しかし、少なくともそれらの理念とか技術などをわが国の憲法訴訟の中でできるだけ利用すべきであるといういわば法曹実務教育的な観点からすれば、そのこと自体だけに意味があるというわけではない。むしろ、ここでは、例えばLRAの基準とか「明白かつ現在の危険の原則」などについて、それが現実に採用された判決とか、それにかかわる学説などを参照しつつ、一応それらの理念型にあたるものとかその中に含まれる問題点などを把握した上で、さまざまな形をとって現れるわが国の憲法訴訟の中でそれらがどのような形で利用できるのか(あるいは、利用されるべきか)という点を検討したり、あるいは、その使い方側のトレーニングをしたりすることの方が重要であるといえよう。

## (三) 違憲審査基準論にかかる基本的な立場について

なお、私は、違憲審査基準論に関する基本的な立場として、人権規制については憲法一三条を根拠として、必要最小限の規制という厳格な審査基準を原則としている<sup>(5)</sup>。しかし、別段これはいわゆるドイツ的な比例原則の立場に立つというようなものではない。考え方の基本的な枠組みとしていわゆるアメリカ流の憲法訴訟論の枠組みをとることを前提としながらも、右に述べたように人権規制については憲法一三条を根拠として、必要最小限の規制という厳格な審査基準を原則とするということはできないわけではない。もちろん、かりに表現規制立法についての厳格な審査を原則としてそれ以外を緩やかにするというのがアメリカ流の憲法訴訟論であるというのであれば、私の立場は、それとは異なる。しかし、すでに述べたように、本質的に重要なことは、私がアメリカ流の立場に立つか、あるいはドイツ流の立場に立つかということではない。むしろ、わが国の違憲審査基準論を考へる場合にさまざまなレベルでのわが国の事情を前提としながらも、自分なりの考え方をつきつめた上で、どのような立場を基本とするかということが重要なのである。

## 三 L R A の基準の違憲審査基準論の中での位置づけ方

すでに述べたように、憲法訴訟におけるさまざまな理念や技術についてはわが国独自の問題としてもっと自由に展開させることを考えるべきである。その観点からすれば、例えば L R A の基準の違憲審査基準論の中の位置づけ方についても、以下のようないくつかの考え方がありうる。

## (一) 最も厳格な立場

第一は、同じ立法目的を達成するためのLRAがないことを主張・立証しなければ違憲であるとする考え方である。

これは、LRA (less restrictive alternatives、すなわち、制限の度合いのより少ない他の代替手段) が必ずあるはずだから探せ、ということであり、本来の典型的なLRA論とは違うパターンである。あるいは、これは、厳密に言えばLRA論とはいえないかもしれない。というのは、ここでは、どうしてもこのような規制をするほかはないということの主張・立証が求められるのであって、ほぼ全面的な違憲性の推定の原則(問題の法律の合憲性を支えるような立法事実が存在することを国側が主張・立証しない限りはその法律を合憲とすることはできないとする原則) に等しいからである。

現実の裁判では、在宅投票制度「全体」の廃止以外に(選挙における不正という)弊害の発生の防止ないしは除去のための手段があり得ないことを主張・立証しなければ「全体」の廃止は違憲だとした在宅投票廃止違憲訴訟の一審判決(札幌地裁小樽支判昭和四九・一二・九判時七六二号八頁)がこれに近いといえる。これは、LRAが必ずあるはずだ(何かあるはずだから探せ)ということである。要するに、とにかく選挙権行使の重要性を考えると、その機会を実質的に奪うような「在宅投票制度全体の廃止」は許されないとするのである。

また、選挙区制選挙における選挙権の行使を実質的に否定していた公職選挙法の附則を違憲・無効とした在外投票に関する最高裁判決(最大判平成一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁)も、とくにLRAについては言及していないが、その考え方の基本はこれに近いといえるかもしれない。

## (二) 違憲性推定原則とLRA

第二は、ほぼ同じ立法目的が達成できるようなLRAが考えられる場合には、そのLRAでは立法目的の達成が不十分であるという立証ができない限りは、その規制は必要最小限度とはいえないとする考え方である。

これは、LRAの存在を前提とする違憲性の推定の原則（いいかえれば、LRA論と違憲性推定原則との結合）にあたるともいえる。別の言い方をすれば、考えられるLRAでは有効ではないことの証明責任を国側に負わせていることになる。例えば表現規制立法とか選挙権の制限立法などについては徹底して厳しい審査をすべきであるとすれば、この型の主張がなされることになろう。

在宅投票制度「全体の廃止」ではなく、「何らかの一定の制度改善」でも選挙における不正の防止は可能であろうという意味でのLRA論を念頭に置いていると思われるという点からいえば、在宅投票廃止違憲訴訟の一番判決は、むしろこの例だといえるかもしれない。これに対して、在外投票に関する最判は、そのようなLRAを想定しているとはいえないので、この型としてあげることができない。その意味では、すでに述べたように、第一の型は、考え方としてはLRA論を最も徹底したものだともいえるが厳密にはLRA論からははずしておく方がよいかもしれない。

## (三) 合憲性推定原則とLRA（厳格審査ないしは中間審査）

第三は、LRAがあり、違憲の主張をする側が、これでもほぼ同じ立法目的が達成できると主張・立証すれば違憲となるとする考え方である。

ここでは、主張・立証の責任はあくまでも違憲の主張をする側に負わされることになり、その意味ではいわゆる合憲性の推定の原則（問題の法律の合憲性を支えるような立法事実が存在するものと推定する原則。したがって、違憲の主張をする側がそれを覆すような主張・立証をしなければならぬ）が基礎となる。

そして、違憲審査基準論との関係では、人権に対する規制は必要最小限であるべきだとする原則（最も厳格な意味での比例原則）を前提とするのであれば、それは合憲性推定の原則を前提とする厳格審査とLRA論とが結合したものとなる。この場合には、とにかくLRAが存在するのだから問題となっている法律のように人権侵害の程度により強い規制は選択すべきではないという点が強調されることになろう。そして、その際に、かりに想定されるLRAが問題となっていない法律の採用する規制方法と同程度に立法目的の達成をすることができるといふ場合には、問題の法律による規制方法は不必要に人権を侵害するものであることは明らかだと主張することになるが、さらに例えば表現規制立法のような場合には、かりに想定されたLRAでは立法目的の達成（例えば一定の社会的な弊害の発生の防止ないしは除去）のための手段としては、問題の法律の定める規制方法よりもその有効性においてやや劣るとしても、表現の自由の保障の重要性を考慮すればあえて強い規制を採用すべきではないという主張がなされることになろう。すなわち、ここでは、LRA論を手掛かりとして人権の保護の方を重視した利益衡量的判断がなされるべきだと主張することになるのである。

これに対して、違憲審査基準論として、規制の必要最小限度という要求をやや緩めた基準（いわば中間審査基準）をとる場合には、単にLRAが存在するというだけでは不十分とされるかもしれない、すなわち、ここではさらに、そのLRAでも立法目的が十分に、あるいは、かなり法律と同程度に近い形で達成されうるのであるから、問題の法律で定めるような規制方法をあえて採用する必要がないという主張がなされることが求められるこ

とになるであろう。ここでは、立法目的達成の上でのLRAの有効性の立証が重要な意義をもつことになる。

いずれにせよ、ここではLRA論というのは厳格な審査基準あるいは中間審査基準のいずれとも結合しうるものだということなのである。また、ここでは、LRAの存在とかその有効性などについての最も徹底した形での議論が求められる。それもいわゆる立法事実（立法の背景にある社会的基礎事実）についての調査や評価が基礎になければならぬ。いいかえれば、ここでは一定の人権規制の目的の正当性とか、そのための規制手段の採用の正当性などが社会的基礎事実についての調査や評価に根拠づけられているかを吟味することが求められているのであり、その中でもとくにLRAの存在が考えられる場合には、その点の関係での吟味をきちんと行うべきことが求められるのである。その意味では、これはむしろ典型的なLRA論の場面だともいえる。なお、ここでのさまざまな課題については後述する。

#### (四) 立法裁量論とLRA（緩やかな審査）

第四は、たとえLRAがあつたとしても、それを採用しなかつたことが著しく不合理でない限りは合憲であるとする考え方である。

ここでは、立法裁量の尊重を前提とする緩やかな審査基準が採用されているため、LRA論が実質的に働く余地はほとんどないといえる。ただし、ここでも、かりに立法目的を十分に達成できるLRAが想定されていて、なおかつ、問題の法律が定める（強い）規制を採用すべき根拠が十分に説明できないとか、あるいは、そのような規制をあえて採用したことについては何らかの悪意の政策的意図が推定されるなどという場合には、そのLRAの存在は問題の法律が採用した手段が「著しく不合理」だから違憲であると主張するための一つの有力な手掛

かりとなる可能性がないわけではない。

#### (五) どのレベルのLRA論が採用されるべきか

そして、第一から第四までのレベルの中でどのLRA論を使うべきかは、問題となつてくる人権についての価値評価とか人権の制約のあり方(例えば、そこでの「公共の福祉」はどのような意義をもっているのか)などによつて異なることにならう。例えば、在宅投票の一番判決とか在外投票の最判などは、選挙権が国民にとつて極めて重要な権利であること、また、在宅投票制度の廃止とか在外投票の制限などというのは実質的にその選挙権を奪うに等しい意味をもつことなどが考慮されたために、このような厳しいレベルでのLRA論の使われ方がなされたものだといえる。そして、もちろん、LRAの議論においても、この点についての価値選択がまずはじめに決定されるべき本質的な問題であることはいうまでもない(ただし、すでに述べたように、そのような価値選択、すなわち、一定の違憲審査基準の採用だけで、すべてが終わるといわけではない)。

#### 四 LRAの基準の適用上の問題点

さらに、かりに本件ではLRAの基準を適用すべきだと主張するとしても、それはあくまでも議論の出発点にすぎない。例えば、本件ではどのようなLRAが考えられるかが、立法目的との関係で立法事実を参照しながら具体的に主張されなければならない。また、その前提として、そもそもどのような規制方法であればLRAといえるのが、ある程度一般論として考えられている必要がある。ここでは、それらの点を考えておく。

## (一) 立法目的との関係

理論的にはLR A論というのは、立法目的（例えば一定の社会的弊害の発生を防止しないしは除去）そのものが憲法一二条、一三条にいう「公共の福祉」としての正当性（合憲性）があることを前提とした上で、その立法目的を達成するための手段として現実に採用された規制方法が正当といえるかどうかを相対的な比較論を通じて吟味するというものである。ただし、その際には設定された立法目的の具体性の程度が問題となる。というのは例えば一定の社会的な弊害の発生を防止することを目的とするといっても、それが「インターネット上の悪質なサイトから直接的な影響を受けて青少年が殺人などの重大な犯罪行為に走るのを防止する」という立法目的と、より抽象的に「青少年がさまざまな表現物から悪影響を受けてその道徳性が害されるのを防止する」という立法目的とでは、採用された規制手段の正当性（合憲性）の吟味のしかたが全く異なってくるからである。

また、例えば右の後者のような抽象度の高い立法目的については、そもそもその目的それ自体の正当性（合憲性）が問題となるであろう。その意味では、現実には、LR A論というのも単に立法目的を所与の前提としておけばよいというものではないということになるのである。

## (二) LR A論と立法事実の使い方

LR A論においては立法事実というのはきわめて重要な意義をもっている。例えばかりに表現規制立法でこのLR Aの基準を適用すべきだということになったとしても、それだけで結論が出るわけではない。いいかえれば、ただ単に、「LR Aの基準を適用すべきだ。よって、この法律は違憲である」というわけにはいかないのである。

実際に、どのような社会的背景の下でどのような法律の規定が定められたのかを確認しつつ、その中でどのようなLRAが考えられるかを示しながら法律で現実に採用された規制の妥当性の問題が具体的に説明されなければならない。そして、その場合に立法事実をどのように収集して、それをどのように利用すべきかは重要な意義をもっている。

例えば平成二〇年度新司法試験の公法系第一問の事例で、この点を考えておこう。ここでは、違憲を主張する立場からのLRA論としては、製造・販売の段階でのフィルタリングの義務づけ（違反者の処罰）までではなくても、フィルタリングについてのキャンペーンに加えて販売店での説明をするだけでも十分に立法目的は達成できるとする主張が考えられるであろう。そして、これに対しては、政府側からは国民の意識に関するアンケート調査の結果からするとフィルタリングについて知らない者の割合が高いのであるから、そのようなLRAでは不十分であるという反論がなされるかもしれない。その意味では、ここではアンケート調査の結果というデータが立法の背景にある社会的基礎事実として一定の意義をもつことになる。ただし、新司法試験の問題で示された資料を離れて考えると、いいかえれば、実際上の問題としては、ここでは、そのようなデータそのものについてもなお問題の余地があるともいえる。すなわち、違憲を主張する側としては、ここで示されたデータ（立法事実）を覆すようなデータを提示できないわけではない。例えば、「もともとフィルタリングについて知らなかったとしても、販売店でそのことについて十分な説明がなされれば、フィルタリングを付けることを求めますか」というような質問項目を立てて、それに対する肯定的な答えが例えば過半数をかなりこえる高い割合の数字が出た場合には、そのデータをもとにして、右に述べたLRA（例えば、販売店に対してフィルタリングについての十分な説明義務を負わせるだけにとどめる）でも十分に立法目的の達成は可能であると主張することもできるであろう（も

ちろん、この場合には、表現の自由の保障は重要であるから規制は必要最小限度にすべきであるという主張を併せて行うべきことはいうまでもない。

このように、LR Aの主張は、ただ単にそれが考えられると主張すればよいというのではなく、それを支えるような立法事実の主張・立証が基礎になければならないのである。もちろん、試験問題に対する答案の作成というレベルの話としては、受験者は問題の中で前提とされたデータそのものを勝手に変えるわけにはいかないのであるから、それを前提として答案をまとめるべきであろうが、これが実際の事件であれば、当然実務上では右のような観点からの努力が必要となるのである。いいかえれば、LR A論の基礎となる立法事実というのは必ずしも絶対的な所与の前提なのではなく（すなわち、政府側の主張を鵜呑みにするのではなく）、とくに違憲の主張をする当事者が自分で収集すべきものだ（さらにつきつめれば、違憲の主張をする当事者は常に社会の現実を見きわめた上でそれについての価値判断をきちんとしていなければならない）ということに留意すべきなのである。

### (三) 二つのタイプのLR A

すでに別稿で述べたように、想定されるLR Aのタイプとしては、一般的には「別種の規制方法」（他の伝統的な代替手段など）と「狭められた法律」（適用範囲を狭くした法律など）とがある。<sup>6</sup> 例えば選挙のための戸別訪問の禁止とか悪質なセールズや宗教の勧誘のための戸別訪問の禁止などという規制方法に対するLR Aとしては、選挙における買収禁止とか住居侵入罪や詐欺罪による処罰などを考えることができるであろう。また、例えば距離制限のような競争制限条項のついた営業許可制（ないしは特許制）に対するLR Aとしては、単純な営業許可制、営業届出制などを考えることができる。これらは、前者の例にあたる。また、例えば一定の表現活動を一律

全面禁止するという規制に対するLRAとしては、時、場所など一定の条件の下で限定的に禁止をするというような規制方法が考えられる。あいまいな文言により適用範囲が広がり過ぎると思われるような規制に対するLRAとしても、同様に限定的な禁止をするという規制方法が考えられる（もちろん、このような場合には、あいまいさの故の無効という形での違憲の主張も可能であるが）。これらは後者の例にあたる。なお、これは、差別立法において一定の差別目的は正当であるがその目的を達成するための差別の範囲が広すぎたり、あるいは差別の程度が強すぎたりしているという疑いがあるときに、その差別の範囲を狭めたり、差別の程度を弱めたりしたLRAが主張される場合も、同様である。ただし、公務員の政治活動制限とか外国人に対する指紋押捺制度などの例にみられるように、「公共の福祉」のための憲法上の自由（権利）の制約の合憲性の問題は、「合理的な差別」のための差別の合憲性の問題と実質的に重なっているという場合も少なくない。

このうち、前者のLRA論については、多くの場合、国側としては従来の伝統的な規制方法では立法目的の達成（例えば、一定の社会的弊害の発生の防止ないしは除去）のために不十分であるとして、新しい（より強い）規制方法が採用されたのだと主張するかもしれない。したがって、この場合には、背景にある社会的な状況の変化などについての価値判断などをふまえた上で、従来の伝統的な規制方法というLRAが立法目的達成のために有効であるかどうか（その効率性）が問題となる。また、かりに効率性が不十分であるとしてもそのことについての評価のしかたが問題となる。というのは、例えば表現規制立法の場合には、かりに従来の規制方法ではやや不十分な点があるとしても、なお表現の自由の保障の重要性を考えれば社会はあえてその不十分さを甘受すべきであるとする考え方もありうるからである。

そして、その意味では、より強い規制を容易に正当化しやすくするような立法目的が設定されているような場

合には、逆に、そのような立法目的の設定そのものの正当性への疑問も提示しなければならないことになるかもしれない。すでに述べたように、立法目的の抽象度を高めれば高めるほどそのための規制手段を広げる可能性は大きくなるからである。逆にいえば、それだからこそ、規制手段についてだけでなく立法目的そのものについても厳格な審査基準を設定してそれをチェックする意味があるのだということになる。

なお、このことは、立法目的の解釈をめぐる争いという形をとることもある。例えば猿払事件（国家公務員の政治活動規制）では、一審判決（旭川地判昭和四三・三・二五判時五一四号二〇頁）と最高裁判決（最大判昭和四九・一一・六刑集二八卷九号三九三頁）との基本的な違いは、実質的には立法目的である「行政の政治的中立性」の確保をどのようにとらえるかという点にあったといえる。すなわち、一審判決は立法目的を「行政の政治的中立性」が実質的に阻害されるのを防止するというようにとらえたため、その規定の合憲限定解釈ないしは適用違憲の余地が生じたものである。しかし、これに対して最高裁は「行政の政治的中立性」を最大限抽象化してとらえた上でそれを正当としたため、この規定を全面合憲とすることになったのである。そして、こうしてみると、LR A論は、少なくとも理論的には、立法目的を正当とした上でそれを達成するための手段の妥当性について、比較衡量的方法によって、それを批判するためのものであるが、すでに述べたように、実質的には立法目的そのものについての批判も含まざるを得ないかもしれない。というのは、後述するように、実際上は立法者は立法目的とそれを達成するための手段とをはじめからセットにして決定することも少なくないからである。

また、後者のLR A論については、いくつか留意すべき点がある。例えば、問題の法律の適用範囲（規制範囲）が広すぎる（過度の広汎さ）から違憲・無効だということを主張するためには、このような「狭められた法律」というLR Aをあえて提示せずに、単に「この法律では、これこれのような違憲な形での適用（違憲な適用）」

の危険性がある」から法律それ自体が無効であるということだけを主張することもできる。例えば平成二〇年度新司法試験の公法系第一問で出された内閣府令の定めについては、その文言を形式的にとらえる限りでは、かりにある者が戦争に反対するために軍隊による虐殺の写真を載せたり、死刑制度を真摯に批判するつもりで処刑の写真を載せたりしたとしても、それは「残虐な殺人」などの場面を「刺激的に描写し、又は表現」した有害情報であるとされて法律による規制を受けるおそれがあるが、その規定の違憲性を主張する立場からは、このような表現に対して法律を適用して規制・処罰するのは憲法上保障されているはずの正当な表現活動に対する違憲な適用になると批判されることになる。その意味では、過度の広汎さの故の無効の主張とLRA論とは関連はあるが、一体不可分というわけではないのである。

ところで、そもそも（例えば過度に広汎な適用範囲をもった刑罰法規の下で起訴された刑事事件の）弁護人としては、割り切っていえば、被告人を無罪とするためには、①法律そのものが違憲・無効だからその法律を適用することはできず無罪であるという形と、②かりに法律が合憲とされるとしても、本件でそれを適用するのは違憲だから無罪であるという形との、いずれでもよいことになる。そして、この場合①の法律そのものの無効を主張するためには、右に述べたようにLRA論とか適用違憲の指摘などをすべきことになる。そして、かりに①が認められないとしても②の被告人の無罪を主張するためには、後述するように「狭められた法律」というLRA論に基づく合憲限定解釈をして被告人はその適用範囲外だから無罪だと主張するか、あるいは、かりに限定解釈をしないまま法律が合憲だとされるとしても、なお本件での適用は違憲である（被告人の行為は憲法上保障されるべき人権の行使であるから正当行為とされるべきだとか、違法性が阻却されるべきだなど）と主張すべきことになる。いずれにせよ、このように、LRA論というのは過度に広汎な法律の違憲の主張との関係では、ありうべ

き選択肢の一つであるが、同時に、そのような選択肢の一つにすぎないということなのである。

猿払事件一審判決は、「狭められた法律」というLR Aをあえて提示せずに適用上違憲の疑いがあることを指摘したという事例にあたる。このように判決が「狭められた法律」をあえて提示しなかった、したがって合憲限定解釈もしなかつたというのは、立法院に対する司法権の役割というものを配慮（遠慮）したということがあってもいい。ただし、この一審判決では、適用上違憲の可能性があるとして「過度の広汎さの故に」（法律の規制範囲が広すぎるとして）立法違憲とするという形をとらずに、あえて本件では「適用違憲」であるとしている。これは右に述べた立法院に対する配慮およびすでに下されている最高裁の合憲判決に対する配慮からくるものかもしれないが、同時に、本件ではまさに適用上違憲の事例だからあえて立法違憲とせずに「適用違憲」として、立法院および最高裁への配慮と本件での具体的妥当な解決をはかるということとの間の調整をはかったものかもしれない。いずれにせよ、ここでは、その当否はともかくとして、「狭められた法律」というLR Aを想定できたのにあえてそれを提示しなかつたという点が特色だともいえる。

なお、これらの二つのタイプのLR Aというのは常に明確に区別できるというものでもない。例えば、右に述べた距離制限付の営業許可制に対するLR Aとしての単純な営業許可制とか営業届出制度などというのは、基本的には同じ営業規制方式の中での規制の強さの違いを表しているものと見ることができないわけではない。そして、そのように見た場合にはこれはむしろ「狭められた法律」だといえないこともない。とはいえ、これらの規制方式は単なる量的な違いではなく、やはりあくまでも質の違いのものであると考えれば、これは「別種の規制方式」だということになる。

これについて、最高裁の薬事法違憲判決（最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）は、単なる許可

制（これがLRAにあたる）と距離制限付の許可制を比較して、あえて強い規制の方をとる根拠はないとしたという意味では、LRA論を使ったものだとも評価しうる（もちろん、この判決は、単に距離制限という許可条件そのものが不合理だからそれを違憲・無効としたにすぎないとする評価もありうるが）。そして、ここでは、単なる許可制というLRAに比してより規制の強い距離制限付の許可制をとる場合には、国側にその必要性についての立証（説明）責任があるが本件ではその立証（説明）が十分になされていないとしたものだと考えることもできる。その意味では、ここでの基本的な姿勢は、必要最小限規制を求めるといむしろ厳格な（ただし、判決もはじめに述べているように、表現規制に対するほどではないという意味では「やや厳格な」立場であるといえる。そして、その点は、営業許可制は「狭義の職業の選択の自由そのものに制約を課するもの」だから規制のしかたは慎重でなければならぬとする判示にも現れているといえる。

そして、これについては、後述するようなLRAと合憲限定解釈との関係とあわせて考えてみる必要がある。例えば単なる量的な違いであれば問題となっている法律の規制を「狭められた法律」に切り縮めて合憲限定解釈をすることもできないわけではないが、例えば営業許可制をこれは営業届出制であるとして合憲限定解釈してしまうことには問題がある。これは、質の違う規制については、それを合憲限定解釈することは難しいということである（もっとも、昭和三五年の東京都公安条例の最高裁判決（最大判昭和三五・七・二〇刑集一四卷九号一二四三頁）では、デモ行進の許可制を「実質届出制」であるとしている点に注意すべきである。しかし、ここではあくまでもデモ行進の「許可制」をそのまま本質的には「実質届出制」と同じだと「みなした」だけだとすべきであろう。また、例えば距離制限付の営業許可制については、昭和五〇年の薬事法違憲判決のように、距離制限の条項だけを違憲・無効とし単なる営業許可制として合憲とすることがあり得る。ただし、この場合にはあくまでも法律の一部の条項が違憲・無効

とされたものであって合憲限定解釈にあたるとはいえない。

#### (四) LRA論の使い方

例えばいくつか想定されるLRAのうち、達成すべき立法目的との関係での効果(効率性)とか、権利制限の程度との相関性での評価などから、最も効果的な主張は何かを考えられなければならない。また、いずれにせよ、かりにそのようなLRAを考えついた場合にそれをどのように利用すべきなのかについては、すでに述べたLRA論の位置づけと組み合わせられる必要がある。そして、少なくとも実務的には、これらの点についてさまざまな形でのトレーニングをしておく必要がある。ただし、裁判所(裁判官)と弁護士とでは、このLRA論の使い方には違いが生じるはずである。

裁判所の場合には、権力分立論の観点からいえば、そう安易には、この法律にはLRAがある、これがLRAである、これを採用せよ、などということはできない。かりにそうするとしても、そのためにはあくまでもこれはというような決定的なLRAの存在が必要である。しかし、弁護士にはそのような限界論はない。むしろ、さまざまな議論を展開してみても、最終的に裁判所が採用しうるような決定的なLRA論の主張ができるような工夫をする必要がある。したがって、事前に、そのためのトレーニングをくり返しておく必要があるのである。

また、国(刑事事件では検察)側としては、ことの性質上自らがLRAを提示したり、合憲限定解釈を提案したりすることはないであろう。ただし、すでに述べたように被告人側から問題の法律の適用上の違憲の可能性があると法律そのものの違憲・無効が説得的に指摘され、なおかつ、本件での適用上はあくまでも合憲であると思われるという場合には、国側から問題の法律の合憲限定解釈(これは実質的にはLRAにあたる)の主張が行

われる余地がないわけではない。例えば広島市暴走族条例事件の最判（最判平成一九・九・一八刑集六一巻六号六〇一頁）とか福岡県青少年保護育成条例事件の最判（最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九巻六号四一三頁）などは、実際に檢察側がそのような主張をしたかどうかは別として、結果的にはそれと同様の形となったものだといえる。もつとも、本来ならば、違憲な法律は違憲・無効とされた上で改めて適正な内容の法律として制定され直すべきである。その意味では、このような形が好ましいというべきかどうかについては問題があることはいうまでもない。

なお、立法者とLRA論との関係も無視できない意義がある。というのは、そもそも立法者が法律や条例の制定過程において実際に制定しようとしている法律や条例の規定に対するLRAがないかどうかを常に吟味していれば、法律や条例の違憲問題が生じる可能性はより減少するはずだからである。おそらく通常は立法者は法律とか条例などを制定するに際しては規制を受ける人権への配慮よりも立法目的を達成するための効率性（効果的な規制）の方をより重視しがちであると思われるだけに、この点は重要だといえよう。実際の立法経過の中では、まず、ある程度漠然とした立法目的（一定の社会的な弊害の発生の防止ないしは除去）を念頭に置きつつ一定の規制方法が構想・立案され、その後それを正当化するための立法目的の明文化が行われ、そして、これらの立法目的と規制手段とがセットになってそのまま一気に立法化されることになるかもしれない。しかし、このような場合でも、本来ならば、立法目的が明示された後に改めてその目的を達成するためのより規制の度合いの低い別の規制手段（LRA）がないかどうかを立法者自身がチェックし直すことが求められるというべきである。現実などとの批判が加えられ、それを受けてその規制内容がさらに明確化されたり、あるいは適用除外規定が設け

られたりしたという例も少なくない。これは、いわば裁判所での違憲審査に至る前の段階でのLRA論だということになろう。

これについて、私はより一般的に、「その意味では、違憲審査基準論は、単なる技術論にとどまるものではなく、よりさかのぼっていえば、人権に関する一定の価値評価および国会との関係での裁判所の機能論に関する一定の価値評価をふまえた上での、裁判所による違憲審査のあり方に関する議論となるのである」。「また、このように人権にかかわる実体論と結びつくことよって、この判断基準は裁判所が違憲審査を行うに際しての単なる技術論にとどまるのではなく、さらに進んで、立法府たる国会および行政府たる内閣が遵守すべき行為基準としての意味をもつことになるということが確認できるであろう」と述べたことがあるが、これはLRA論についてもあてはまるものである。<sup>17</sup>

## (五) 二二での小括

要するに、LRAの基準（LRA論）といっても、それは決してそれを持ち出せば違憲問題が直ちに解決できるといようなものではない。むしろ、そこではさまざまな使い方あるいは課題が考えられるのである。わが国では、どのような規制立法の違憲審査ではどのような使い方が望ましいかというのは、アメリカでの使い方とは別に、わが国独自の理論に基づいて決めていくべきである。また、何がLRAに当たるかという点について、具体例を積み上げておく、あるいは、具体例をさまざまに想定するというトレーニングをしてみる必要がある。

また、右のように見てくると、たしかに裁判所による違憲審査の場においてLRAの基準が典型的に利用できる場面というのはそれほど多くはないかもしれない。しかし、同時に、右に見てきたように利用できるときには

できるだけ利用すべきだといえる。そして、何よりもこのLRA論についてのトレーニングをするというのは、より一般的に常に不必要な規制はできるだけ減少させるべきだとする発想のトレーニングとなるということに注意すべきである。

## 五 その他の問題についての補足

なお、ここで、LRAの基準とそれをめぐるいくつかの原則・理論などとの関係について補足的な説明をしておこう。

### (一) LRAの基準と、単なる必要最小限度規制の原則あるいは比例原則との違い

すでに述べたように、LRAの基準は、多くの場合、必要最小限度規制の原則あるいは比例原則を適用する中で限られた場面での技術的な判断の枠組みである。したがって、それをつめることによって、両者の違いは明らかになる。

たしかに、必要最小限度規制の原則（最も厳格な意味での比例原則）という主張をするというのは、違憲審査に関する基本的な立場（考え方）を示すという意味では重要なのであるが、それだけでは不十分である。すなわち、この規制は必要最小限度の規制とはいえないと言っただけでは、ただそれを言っただけにすぎない。例えば問題の法律についてはこれこれのようなLRAが考えられるのであるから、この規制（禁止）あるいは処分は必要最小限度の原則（比例原則）の要求を充たしていないなどというより具体的な主張が必要なのである。いいかえれば、LRA論は必要最小限度の原則（比例原則）による違憲性についてのチェックを具体的な形で助けるための

一つの基準として利用されるべきものなのである。ただし、すでに述べたように、LRA論を使わずに、例えばこの法律によればこれこれのような場合には明らかに憲法上保障されているはずの人権の行使が侵害されることになる(適用上違憲)から、これは規制範囲が広すぎて必要最小限規制の要求をみたしていないというような形の主張もありうる。その意味では、必要最小限度規制の原則とLRA論とは全く重なるというわけではない。

## (二) LRAの基準と、いわゆる利益衡量論との違い

(一)でも述べたように、LRAの基準は、多くの場合、必要最小限度の原則あるいは比例原則を適用する中で限られた場面での技術的な判断の枠組みである。違憲審査の場において、かりに必要最小限度の原則あるいは比例原則を適用すべきだということになっても、そう言うだけでは決して結論が出せるわけではない。例えばLRAの基準の手助けを受けた利益衡量的な判断によつて、それに関する結論が適正に出せるということもあるのである。その意味では、両者は全く相反するということではない。そもそも裁判(だけでなく、立法その他すべて)においては適正な利益衡量的判断(あるいは比較衡量的判断)が行われることが必要であり、したがって、そのような適正な利益衡量的判断ができるようなトレーニングがなされることが必要である。その意味では、決して利益衡量的判断そのものを軽視してはならない。むしろ、適正な形でのLRAの基準の利用が適正な利益衡量的な判断を助けるのである。

たしかに、アメリカ最高裁やわが国の最高裁の判例などで何度か評判の悪い利益衡量論とよばれるべきものが出されている(例えば、昭和四九年の猿払事件最高裁判決など)が、そこで本来批判されているのは、単に規制されている人権よりも規制によつて得られる利益(公共の福祉)の方がはるかに大きいだから規制は正当化され

るべきであるとする議論のしかた（合憲という結論の決めつけ）なのである。むしろここで問題なのは「公共の福祉」のためだから法律による規制は合憲であるとする結論を押しつけるための正当化根拠としての利益衡量論なのであって、結論を出すプロセスとしての利益衡量的判断が常に非難されるべきだというわけではないのである。いいかえれば、本来、この利益衡量的判断それ自体というのはいわば価値中立的なものだ（すなわち、人権保護の方を重視した利益衡量的判断が行われることもあれば、逆に、規制目的である公共の利益を重視した利益衡量的判断が行われることもある）ということに留意すべきである。しかし、多くの議論では、これらが混同されてきたとあってよい。したがって、すでに述べてきたように、LRAの基準を適用するに際しては当然何らかの形での利益衡量的判断が行われるという可能性があるが、だからといってそれは「利益衡量論」だから常に否定的にとらえられるべきだということにはならないのである。

### （三） 立法事実論（合憲性の推定原則あるいは違憲性の推定原則）との関係

すでに述べたように、LRAの基準がどのような人権規制立法との関係で、どのように適用されるべきかは、問題となっている人権および立法目的たる「公共の福祉」の内容についての価値判断ともかかわって変化していくものである。したがって、その場面によって、LRAの基準は合憲性の推定原則を前提とすることもあるし、また、違憲性の推定原則と結合することもありうる。いいかえれば、理念型としての（あるいは、技術論としての）LRAの基準は、人権規制立法の全体に関する価値判断と結合してその具体的な適用のしかたを変化させていくということなのである。

## (四) LRA論と判決手法との関係（違憲判決および合憲限定解釈）

LRA論には、「別種の規制方法」と「狭められた法律」という二つのタイプがあるということはずで述べた。ただし、そのうちの一つである「狭められた法律」については、そのようなLRAの主張にもとづいて、①法律そのものを違憲とする、という結論の出し方と、②その「狭められた法律」の主張にもとづいて法律を限定解釈した上で法律そのものは合憲とするという結論の出し方との二つの可能性があることに留意すべきである。

例えばすでに述べた平成二〇年度新司法試験の公法系第一問の事例についても、この二つの議論の出し方が考えられる。すなわち、ここでは、弁護側の主張としては、内閣府令による「著しく残虐性を助長する」についての定義が広すぎる（それによれば、実際には著しく残虐性を助長しないものも含めて不必要に表現の自由が侵害される可能性がある）から内閣府令（ひいては法律）が違憲・無効であり、したがって適用すべき法律がなくなるから無罪だとする主張と、例えば問題の内閣府令の「刺激的に描写し、又は表現」という規定は単に殺人などの場面を描写・表現するだけでなく、それを賛美したり勧誘したりするなどのまさに「残虐性を助長」するような形での描写・表現をすることを意味するとして、この内閣府令の合憲限定解釈（これが、本件ではLRAにあたるが）をすれば、本件での被告人の表現行為は「著しく残虐性を助長する」ものではなく、法律の定める禁止行為にはあたらない（したがって、それを見てもらえるようにするために解除ソフトをアップロードしようとした行為は違法性が阻却されるべきである）から無罪であると主張とが、考えられる。そして、後者の主張は「狭められた法律」というLRA論が合憲限定解釈と結合した例にあたるということになる。

なお、すでに述べた広島市暴走族条例事件判決は広い意味では②のタイプにあたるが、この判決の少数意見に

見られるように、弁護側は適用上の違憲の可能性を指摘しつつ、この条例そのものが過度に広汎である（あいまいな文言を用いているために適用範囲が広すぎる）から違憲・無効であると主張したのに対して、むしろ判決がえて合憲限定解釈をしたものである。それは、この事件での条例の被告人への適用がある意味では条例の（立法目的の）中核的部分にあたり適用上も合憲と思われるような事例であったため、このような形になったものだといえる。これは、福岡県青少年保護育成条例事件でも同様である。

### （五）適用違憲とLRA論

LRA論は本来は立法違憲の審査のために用いられるべきものである。ただし、ここではその手法が適用違憲の審査においても使えないかどうかについて一応考えておこう。しかし、その場合には、それは立法違憲の審査の時のように法律の定める規制手段一般の違憲性をチェックするという形での使い方にはならない。あくまでも、相対的な比較論を通じて問題の法律の適用上の違憲性を主張するための、一つの手がかりとして使えるかもしれないというにとどまる。したがって、ここでは立法事実一般との関係で規制手段の妥当性が論じられるわけではなく、あくまでも特定の事件における裁判事実との関係で、それに即して適用行為の違憲性が論じられるだけである。

例えば行政処分との適用違憲の主張との関係でどのような使い方が考えられるであろうか。ここでのLRA論に相当するものがあるとすれば、例えば職員の非違行為に対する制裁でいえば、問題となっている事案の内容を見ると懲戒免職処分ではなく、より軽い処分でも公務員の勤務関係における規律保持という法律の目的は十分に達成できるのであるから、問題の処分はやりすぎであり（比例原則違反）違法（違憲）だとする主張などが、それ

にあたるかもしれない。ただし、ここでは懲戒権者に与えられた一定の裁量権との関係を考慮すると、実際上その主張は、例えば平等原則違反、著しい比例原則違反、他事考慮など、いわゆる裁量権の濫用の主張と重なることとなる。その意味では、ここではLR A論の手法が独自の意味をもつことはあまりないかもしれない。

また、例えば不許可処分（違憲）を争うというような事例でいえば、例えば不許可にしないで条件付許可とするだけでも一定の社会的な弊害の発生を防止するという法律の目的を十分に達成できるのだから、本件では不許可処分はやりすぎであり（比例原則違反・違法（違憲）だとする主張などが考えられるかもしれない。もちろん、この場合には発生を防止すべき社会的弊害の内容とか法律の定める要件などのほか右に述べた裁判事実との関係を考慮しなければならないが、公務員の懲戒処分のような事例とは異なり、どうすれば一定の社会的弊害の発生を防止ができるかなどという問題は客観的に判断することができるという場合もありうることを考えると、このような主張の可能性がないわけではない。とくに、ここでは、右に述べたように不許可処分にかわる代替的な処分の可能性を原告側が提示することによって処分の違法性を主張するという意味での積極性が認められないわけではない（なお、この場合には義務付け訴訟の併合提起の可能性も考えられるが、ここでは必ずしもそれを前提としているわけではない）。ただし、このような事例は本来は処分の違法性という行政法上の問題の中で比例原則違反の主張を徹底することによって処理することが可能なものであり、あえてLR A論などというものを持ち出すまでもないといえないわけではない。なお、不許可処分のような場合でも、例えば平等原則違反、著しい比例原則違反、他事考慮など、いわゆる裁量権の濫用の主張ができる場合もありうるが、その場合には、右に述べたように、やはりLR A論の手法が独自の意味をもつことはないかもしれない。

このほか、例えば刑事事件においても、量刑の問題との関係ではLR A論の手法が使えないことはない。ただ

し、ここでは、公務員の懲戒処分の場合と同様に裁判所に与えられた量刑判断にかかわる裁量権の問題との関係では、実際上問題となるのはその刑が著しく比例原則に反するという場合でないと違憲問題にはならないかもしれないし、また、その場合にはもともと量刑不当という形で争うことが可能であるということになる。ただ、いずれにせよこうしてみると、右にあげた不許可処分にかかわる事例のほかは、適用違憲の場面でのLRA論の直接的な利用の可能性はあまりないであろう。

- (1) 例えば、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣一九八一年）三頁以下（初出は、同「憲法訴訟の理論と技術」公法研究三七号）。
- (2) 藤井俊夫「適用違憲と法曹教育」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣二〇一二年）三八六頁。
- (3) なお、LRAの基準についての最近の論稿としては、君塚正臣「LRAの基準―他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め―」横浜国際経済法学一九卷三号一〇三頁以下。LRAの基準に関する文献の詳細については、ここでの引用文献を参照されたい。
- (4) 適用違憲をめぐる課題については、藤井・前掲「適用違憲と法曹教育」二七〇頁以下を参照。
- (5) 例えば、藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』（成文堂二〇〇七年）一八九頁以下を参照。
- (6) 例えば、藤井・前掲『司法権と憲法訴訟』二五三頁以下、また、古くは、藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』（成文堂一九八一年）二九一頁以下を参照。
- (7) 藤井・前掲『司法権と憲法訴訟』一九三頁。