

第2版 はしがき

本書は、基本権＝憲法上の権利に関する全く新しい構想の体系書を世に問う試みだった。そこには当然に大きな不安と多少の自信があったのだが、本書は幸いにして多くの読者を得るとともに、学界にも一石を投ずることができた。本書初版公刊後今日までの7年の間に、社会では新型コロナウイルス感染症の流行のような、予想もしなかった出来事が起こった。またこの間、重要な新法令の制定や改正があり、新たな判例・裁判例も多数現れた。さらに2020年には、本書の続編である『憲法Ⅱ 総論・統治』を公刊できたため、同書との関連について記載する必要も生じた。憲法学の発展は目覚ましく、われわれの学問も、わずかではあれ深まってきた。こうした諸事情を考慮して、この度初版の叙述を全面的に見直し、第2版として公刊することとした。

改版にあたっては約1年の間に数回の検討会をもち、お互いの執筆部分について綿密な意見交換を行ってきた。この過程を通じて、執筆者各自の学問的な個性と本書全体の統一性とのバランスが、最適化されてきたように思われる。またその際には、読者の方々からいただいたご意見なども参考にさせていただいた。本書のさらなる改善に向けて、今後ともご指摘を賜りたい。日本評論社第一編集部室橋真利子さんからは、編集会議の設営から原稿の整理に至るまで、大変に献身的なご支援をいただいた。深く感謝申し上げたい。

2023年2月
著者一同

はしがき

日本国憲法に関する概説書・体系書は、枚挙に暇がないほど存在する。そのなかで新たな著作を公刊するには、屋上屋を架すことにならないような配慮を必要とする。本書は、それなりの準備の産物であり、基本権＝憲法上の権利に関する現在の憲法学の状況を、国家試験などの受験を意識する学生をはじめとして、憲法に関心をもつ広い読者にわかりやすい形で伝え、確実な知識と知的刺激を与えることができるものとなっているはずである。

本書の第1の特色は、判例を重視していることである。これまでの概説書は、どちらかといえば学説の解説に比重を置いていた。しかし、最高裁70年の歴史のなかで、憲法判例は既に相当程度蓄積され、その内容もずいぶんと深化している。また、法科大学院設立後の憲法学は、研究・教育の両面において、判例動向の正確な把握を重視するようになってきている。そこで本書は、そうした成果を踏まえつつ、判例を詳しく紹介して丁寧に読み解き、憲法が裁判上どのように解釈・適用されてきたのかを示そうと努めている。

現在の憲法学では、判例を整理・分析する手法についても新しい発想が登場している。憲法上の権利に関して、保護領域該当性・制限の有無・制限の正当化という、三つの段階を踏んで合憲性審査を行うべきだという提言である。本書の第2の特色は、この三段階審査の手法を全面的に活用して基本権に関する判例を位置づけた上で、批判すべきは批判し、評価すべきは評価しようとしていることにある。

三段階審査は基本的に防御権に関わる合憲性審査に用いられるものであるが、日本国憲法には、防御権以外にも、政教分離規定のような客観的法規範や、被疑者・被告人の権利のような手続的権利、あるいは財産権・生存権・選挙権・裁判を受ける権利など、その具体的内容や行使方法が立法

者による制度形成に依存する権利が含まれる。そうした規定に関わる合憲性審査の手法は、極めて重要な課題であるにもかかわらず、学説上も未だ確立されていない。本書は、萌芽を示す判例を手がかりとしながら、そのような領域における審査手法を開拓しようとしている。これが本書の第3の特色であり、他書よりもこの領域に関する叙述が手厚いのは、このための苦心の現れである。

以上のような特色をもつ本格的な教科書を出版する機が熟した、という共通の問題意識を抱いていた執筆者が集まり本書の企画が始まったのは、2009年3月のことだった。それから20数回の編集会議を重ね、お互いの草稿を立ち入って検討し合ってきた。この過程は大変有益なものだった。もちろん各章は最終的には執筆者の責任で書かれているため、分担は明記している。

本書の第1章から第4章までが基本権総論に当たり、第5章から第20章までが各論である。総論と各論を一体化して読むことができるように、クロスリファレンスを充実させた。とりわけ第3章と第4章は、他書にはない叙述であるため、難解に感じる読者もいるかもしれない。関係する各論の記述と往復しながら読んでいただきたい。なお本書で扱う法令・判例は、原則として2015年末を基準としている。

本書が完成するまでには、執筆者が勤務する各大学法学部・法科大学院などの学生との授業内外での対話から、多くの示唆を得ている。また日本評論社第一編集部の田中早苗さんには、万事について大変お世話になった。感謝を申し上げたい。憲法学は、基本権と総論・統治とが両輪である。姉妹編の『憲法Ⅱ』では後者を扱う。

2016年3月
著者一同

第3章 三段階審査の手法

第1節 総説

1 基本権の名宛人としての国家

基本権の重要な特質は、保護されるべき内実が自由であれ平等であれ財産であれ何であれ、国家（公権力）を名宛人とするところにある。基本権が憲法の一部であり、憲法が国家を名宛人としている以上、基本権もまた国家を名宛人とする。国家を名宛人とするということは、国会、内閣、行政各部、裁判所、地方公共団体等を相手にするという意味である。国家といっても憲法によって統制されない外国の政府は対象外である。また私人は、たとえ国家に匹敵するほど大きな実力を有していたとしても、基本権の直接の名宛人にはならない。基本権に私人を縛る効力はないのかという問題（私人間効力論）も提起されているが、この問いは基本権の名宛人を国家であると言い切ってよいのかという反問であることに注意すべきである。その意味で基本権の私人間効力論は特殊な議論である（→第2章第2節3）。

2 原則・例外図式

憲法は国家と基本権の関係を規律する。基本権保障のあり方も国家との関係において決まる。基本権と国家が関わり合う場面はさまざまであるが、国家が個人の基本権を侵害しているのではないかと疑われる典型的場面として想定されているのが、基本権によって保障された個人の自由が国家の行為によって制限される場面である。

国家による基本権的自由の制限の場面とは、国家による介入行為があ

り、それが個人の基本権的自由を縮減したとみなしうる場面である。例えば、近隣住民の迷惑も顧みず、真夜中に異常に大きな音を出して楽器を演奏する者に対して、警察がそのような行為を制止し、さらにその制止を無視する行為を、裁判所が処罰する場合が考えられる。軽犯罪法1条14号は実際にそのような場面を想定して制定されている。この場面では、一方において、警察による制止行為、裁判所による処罰行為、それらを承認し、警察や裁判所に制止・処罰の権限を与える国会の立法行為があり、他方において、警察や裁判所（さらには国会）によって制約される個人の自由、すなわち真夜中に異常に大きな音を出して楽器を演奏する自由があつて、両者（国家の行為と個人の自由）が対置されている。

もちろん、そもそも真夜中に異常に大きな音を出して楽器を演奏する自由などない、そのような自由は最初から憲法上認められていない、と主張することもできないわけではない。もしそのようにいえるのであれば、警察や裁判所（さらには国会）の行為が個人の自由を縮減したとみなす必要自体がなくなる。そのような自由など最初からなかったのだから、国家の行為も近隣にとってはた迷惑な行為を単にやめさせただけで、それを基本権的自由の制限とみなすこともない。

しかしそうなると、検討されるべきは個人の行為のあり方だということになる。個人が非常識で不合理な振舞いをしたのかどうか問題にされてしまう。逆に、国家の権力行使が不適切ではなかったのか、行きすぎたものではなかったのか、といった検討は省略されてしまいかねない。

そこで、個人の自由が原則であつて、国家の介入は例外とみなすべきとする主張が唱えられることになる。個人の自由が原則で国家の介入が例外だということの意味は、個人の自由の行使はそれ自体が正当とみなされ、一見、奇妙な行使の仕方だと思われても改めて正当化される必要はないのに対し、国家の介入行為は、たとえ権威のある国家機関から出たものであつても、それだけでは正当とみなされず、改めて正当化されなければ憲法上許容されないということである。先の例でいえば、真夜中に異常に大きな音を出して楽器を演奏する個人の行為の奇妙さに着目するのではなく、それを規制する国家行為の正当性の方に焦点を合わそうというのである。

3 三段階審査（保護領域・制限・正当化）

ここに、個人の自由と国家の介入を対置し、個人の自由のあり方は問わないが、国家の介入については正当化できない限り一切認めない、という捉え方が生まれる。個人の自由は原理的に無限定であるが、国家の介入は原理的に限定されている、という原則・例外図式をシュミット（C. Schmitt）は法治国家的配分原理（→第1章第1節7）と呼んだ。これを論証の手続という点からみると、個人の自由はもともと正当だから、あえて正当化しなくてもよいのに対し、国家の介入はそもそも許されないの、いちいち正当化しなければならない、とする論証の手法として構成できる。

この論証の手法は一般に三段階審査と呼ばれる。それはこの手法が以下の三つの段階を踏んで審査していく手法だからである。すなわち、第1に、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）、第2に、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）、第3に、その基本権制限を憲法上の要件に照らして正当化できるかどうかを問う段階（基本権制限の憲法的正当化）である。基本権制限は正当化できないと、その存立自体が許されない、すなわち基本権侵害として退けられる。逆にいえば、基本権制限は正当化される限りにおいて、その存立が憲法上承認される。このような論証の手法は、もともとドイツの憲法裁判で用いられてきたものであるが、発想そのものは普遍性を有しており、日本においても、基本権制限の合憲性を判断する手法として十分参考にできる。

三段階審査の詳細は節を改めて論じることにして、ここでは三段階審査が、主として、基本権によって保護された行為・状態が国家の行為によって制限される場面を念頭に置いて構成された論証の手法であること、それゆえ、これとは異なる場面での国家・基本権の関係には異なる手法を用いて対処せざるをえないと思われること（→第4章）、またこの手法の特色が、基本権の保護領域と国家による基本権制限を対置し、保護領域はそれだけで正当とみなされ、基本権制限についてだけ正当化の論証責任が課されるところにあること、その限りにおいて、基本権制限に対する基本権の保護領域の優位性を認める結果になるということを確認しておきたい。

第2節 基本権の保護領域と基本権制限

1 基本権の保護領域

(1) 保護領域の意義

基本権は個人の行為・自由・利益を法的に保護している。例えば、憲法21条1項は表現の自由を保護しており、憲法22条1項は職業選択の自由を保護している。これらは個人の自己決定の自由（主観的法益）を保護しようとするものである。あるいは、憲法13条は生命を保護しており、憲法35条1項は住居の不可侵を保護している。これらは個人の支配下にある状態（客観的法益）を保護しようとするものである。基本権によって保護される個人の主観的・客観的法益の集合体を、ここでは基本権の保護領域と呼んでおく。

もし個人の行為・自由・利益が基本権の保護領域に該当すると論証できるのであれば、それはすなわち憲法上正当とみなされたことを意味する。保護領域該当性の論証だけで当該行為等は憲法上正当とみなされるのである。当該行為等が保護領域に該当するか否かは、憲法に列挙された個別の基本権規定の解釈によって明らかにされる。先の例の真夜中に異常に大きな音を出して楽器を演奏する行為は、異論はあるかもしれないが、おそらく憲法21条1項の表現の自由の行使とみなされよう（あるいは、13条の幸福追求権に含まれる一般的行為自由の行使であると主張されるかもしれない）。その場合、行為そのものがいかに奇妙なものであっても、憲法上は正当なのであり、その規制が特に正当化されない限り、その自由を妨げることはできない。

(2) 保護領域の画定

保護領域該当性の論証は、個別の基本権規定の解釈を通じて行われる。ある行為等が保護領域に該当していないようにみえて、実際は該当しているという場合もあれば、該当しているようにみえて、実際は該当していないという場合もあるため、その判別を基本権解釈によって明らかにするのは、現実には大きな困難を伴う。

例えば、新聞記者による取材行為は表現行為そのものではないので、表現の自由の保障は受けないようにも思われる。しかし、取材は報道のために行われるのであるから、事実の報道の自由が表現の自由（21条1項）に含まれるのなら、取材の自由も同じく表現の自由の保障の下にあるとってよさそうである。学説ではそのように解する立場も多い。が、最高裁は「憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値する」（博多駅事件決定：最大決昭和44・11・26刑集23巻11号1490頁）と述べて、憲法21条の保障の下にあるのか、そうでないのか不明瞭な歯切れの悪い説示に終始している（→第10章第4節2）。保護領域該当性は認められるが、制限の正当化の際に要求される水準は高くないという意味なのかもしれない。

* 最高裁は、法廷メモ事件判決（最大判平成元・3・8民集43巻2号89頁）において、傍聴人が法廷でメモを取る行為を「筆記行為の自由」と理解した上で、「憲法21条1項の規定の精神に照らして尊重されるべきである」としつつも、「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表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求されるものではないというべきである」と判示した。ここでは保護領域段階での不明瞭な該当性判断に加えて、制限の正当化段階での別扱いが示唆されている（→第10章第3節1(2)）。なお、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」とした再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁）の判示も、理解が難しいが、立法裁量の余地が大きい制度的自由としての保護領域が観念されているのかもしれない（→第6章第5節4(3)、第20章第2節2）。

いわゆるわいせつ表現については、一見、表現の自由の保護領域に該当すると思われるが、その価値の低さゆえに保護領域の外に括り出され、表現の自由の保障は与えられないといわれることがある。低価値表現は表現の自由の対象とみなさないということであろう。もっとも、最高裁は必ずしも低価値表現を保護領域から全面的に排除しているわけではなく、わいせつ表現にも保護領域該当性を認めた上で、「最少限度の性道徳を維持する」ため、「公共の福祉によって制限されるもの」とし（チャタレイ事件判決：最大判昭和32・3・13刑集11巻3号997頁）、さらにわいせつの概念を絞って、制約されざるをえないわいせつ表現と制約されない非わいせつ表現

を区別しようとしている（「悪徳の栄え」事件判決：最大判昭和44・10・15刑集23巻10号1239頁、「四畳半襖の下張」事件判決：最判昭和55・11・28刑集34巻6号433頁。以上につき、→第10章第2節1(3)参照）。

(3) 保護領域外の自由？

仮にわいせつ表現が表現の自由の保護領域に該当しないと解釈された場合、それが他の基本権規定によって拾い上げられない限り、どの基本権の保護領域にも該当しないとみなされる可能性が高い。そうなると、当該行為にはそもそも基本権保障が及ばないということになるのか。もちろん、その場合も、わいせつ表現の処罰にあたっては、憲法31条以下の手続的権利の保障はある（例えば、法律なしに刑罰が科せられることはない）。しかし、実体的権利の保障はどうなのか。

この問いに対する解答は、憲法13条の包括的基本権の保護領域をいかに解するかによって左右される。例えば、包括的基本権の保護領域を広く解して、個別的基本権の保護領域からこぼれた行為等をそこで拾い上げるという方法が考えられる。しかし、包括的基本権の保護領域を無限に広いものと解しない限り、そこにすら該当しないという判断に至る可能性もある。その場合、どの基本権の保護領域にも該当しない個人の行為に対して、何らかの憲法上の保護を与えることができるかどうかの検討が必要になる。この点の検討は後述する（→第5章）。

(4) 基本権の競合

ある行為・自由・利益が一つの基本権の保護領域のみならず、別の基本権の保護領域にも該当すると考えられる場合、すなわち、複数の基本権の保護領域に該当すると考えられる場合がある。そのような並立状態を基本権の競合という。基本権の競合は基本権規定が憲法上細分化されている場合に起きやすい。一見、競合関係にあるようにみえる基本権同士でも、それが一般法と特別法の関係にある場合は、もちろん、特別法が適用される。例えば、憲法20条の宗教的結社の自由と憲法21条の結社の自由が競合する場合は、前者が適用される。

もっとも、基本権の競合が発生していると判定するのは難しいことも多い。例えば、営利的表現（営利広告）は、表現の自由の行使に当たるの

か、職業の自由の行使に当たるのか、それとも両方だろうか。営利的表現はたしかに営業行為の一環として行われるものだが、その善し悪しは原則として言論市場で判断されるべきものだとすると、制限される可能性があることは否定できないとしても、職業の自由の行使というより、表現の自由の行使とみなさなければならぬだろう（→第10章第2節1(6)）。もっとも、最高裁はこの点について態度を明確にしていない（最大判昭和36・2・15刑集15巻2号347頁、最判平成28・12・15判時2328号24頁、最判令和4・3・8判時2537号5頁）。

- * 営利的表現の保護領域の問題は、後述する二重の基準の適用と関わっている（→本章第3節5）。すなわち、それが表現の自由の行使とみなされるのか、職業の自由の行使とみなされるのかという二者択一問題は、厳格な審査に付されるべきか、緩やかな審査に付されるべきかの二者択一問題を提起すると考えられている。両方の保護領域に該当するとされた場合は、結局、厳格な審査に付されるべきとの判断が下されたものとみなせる。

基本権の競合があるとみなさざるをえない場合は、それぞれの基本権に照らして基本権制限の合憲性が判断されることになる。例えば、外国人に対してだけ指紋押捺を強制する場合、それは憲法13条が保障する「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」と憲法14条が保障する法の下の平等の両方に関わっていると考えざるをえない。それゆえ、どちらの基本権制限に対しても、合憲性の判断をしなければならない（最判平成7・12・15刑集49巻10号842頁）。

2 基本権制限

(1) 基本権制限とみなされる国家行為

基本権の保護領域に対する国家の介入行為が基本権制限である。ある国家行為が基本権制限であるとみなされると、それは正当化の対象になる。三段階審査の論証作法においては、ある国家行為が基本権の保護領域に関わるようにみえても、基本権制限とみなせなければ正当化を試みるまでもなく、基本権侵害ではないとされる。だから、ある国家行為が基本権制限に当たるか否かの判断は、当該国家行為に基本権侵害の疑いなしとして放