

## 第2章 違憲審査基準の使い分け

平成20年の採点実感では、『事案に即して考えるのではなく、単純に違憲審査基準を立場によって使い分け、自分は中間の基準をとるといふ、パターンとして答案を記載しようとする…例えば、X側の主張として厳格審査基準、Y側として合理性の基準、自分としては中間審査の基準を採るといふ』という、違憲審査基準の使い分けが明確に批判されている。

採点実感で批判されている違憲審査基準の使い分けとは、『具体的事案と判例・学説に依拠した論拠を論じないまま、答案戦略上、違憲審査基準を使い分ける』ことである。

訴訟戦略上、原告は、具体的事案との関係で判例・学説を使って厳格審査基準を導くことができるのであれば、厳格審査基準を主張すべきであり、被告についても同様のことがいえる。

原告と被告のそれぞれにおいて、具体的事案との関係で判例・学説を使って自己に有利な違憲審査基準を主張し、自身の見解において双方の主張を具体的に検討した結果として、原告が厳格審査基準、被告が合理性の基準、自身の見解が中間審査の基準という結果になったとしても、これは事案に即した具体的な検討をした結果としてのものであって、パターンの思考により導かれたものではないから、採点実感で批判されている違憲審査基準の使い分けには当たらない。

以下では、平成23年新司法試験の過去問を題材にして、許容される違憲審査基準の使い分けについて説明する。

事案の概要は、ある複数の会社が、公道から特定の地域の風景を3次元カメラで撮影した画像（「Z機能画像」）をインターネット上で提供していたところ、国は、(a)公開されたくない画像が大量に含まれている、(b)公開されては困る画像が大量に含まれている、(c)誘拐等の誘因になる、(d)第三者による二次利用という弊害を理由に、法律をもって、Z機能画像の提供を行う者の遵守事項を定めるとともに、一定の場合にZ機能画像の提供サービスそのものの中止を命ずることができる旨を定めた、というものである。

原告) 表現の自由 + 内容規制 → 厳格審査基準

被告) 内容規制の実質が妥当しない → 中間審査

私見) 内容規制について厳格審査基準が適用される根拠 (①国家による恣意の危険が大きい、②特定の表現が思想の自由市場に登場することを禁じられるため制約的効果が大きい) を論証したうえで、本件内容規制が①②に該当するかどうかを検証したうえで、一方にしか該当しない場合又はいずれにも該当しない場合には「内容規制⇒厳格審査基準」という原則論がどのように変容するのかについて検討する。

まず、①についてであるが、中止命令を発令する際には、第三者委員会への諮問・答申を経る必要があるから、一般的な内容規制でいわれるほどの国家による恣意の危険が大きいとはいえない。

次に、②についてであるが、インターネット上での表現の規制にすぎないから、制約的効果は、内容中立規制と同程度であるともいえそうであるが、Z機能画像に係る情報の提供方法は、事実上、インターネットに限られるから、中止命令により、Z機能画像に係る情報そのものの提供が遮断されるという点において、一般的な内容規制と同じである。

したがって、本件の中止命令については、①はあまり妥当しないが、②についてはほぼそのまま妥当する。このような場合に、「内容規制⇒厳格審査基準」という原則論を維持できるのか、維持できないとすればこの原則論はどのように変容するのかということについて、検討する。

理論上は、営業の自由の構成もあり得るが、原告のパートにおいて、営業の自由で構成しておきながら、厳格審査基準を導くことはできない。

これは、判例・学説における違憲審査基準の相場を大きく逸脱するからである。

判例・学説上、職業規制に適用できる最もグレードの高い違憲審査基準は、中間審査の基準 (実質的関連性の基準、厳格な合理性の基準) であるから、厳格審査基準を導くことはできない。

原告のパートでグレードの高い違憲審査基準を導く方法には、大きく分けて2つある。

1つは、強い権利を選択することである。平成23年新司法試験の事案でいえば、営業の自由で構成して、無理やり中間審査基準以上の違憲審査基準を導くことを考えるよりも、

そもそも明白性の審査が原則である営業の自由で構成することについて、疑問を抱くべきである。

2つ目は、当該権利についての原則的な違憲審査基準論を論じたうえで、例外的事情を指摘することで、当該権利について適用される審査基準のグレードを引き上げるというものである。

例えば、表現内容中立規制については中間審査基準が原則であるが、規制された表現の手段や場所の特殊性に着目して、本件における内容中立規制が内容規制に等しいといえる場合には、そのような特殊事情を原告で指摘して、厳格審査基準を主張することも可能である。

この原告の主張に対し、被告は、本件内容中立規制が内容規制に準じるといえるような特殊事情がないとして、中間審査基準を主張し、自身の見解では、内容規制について厳格審査基準が適用される根拠（前記①②）が、本件内容中立規制に妥当するかどうかを検証する。

これは、原告・被告・自身の見解における各論述が、主要な学説に依拠しながら具体的事案に着目してなされたものとなっているため、違憲審査基準を答案戦略上都合よく使い分けたことにはならない。

違憲審査基準論で大事なことは、

- ①それぞれの権利・制約についての原則的な違憲審査基準と、その原則論を支えている論拠をしっかりと理解・記憶したうえで、
- ②原則的な違憲審査基準論を支えている論拠が当該事案に妥当するかどうかという観点から、本件事案においても原則的な違憲審査基準を用いることができるかを検討し、
- ③原則的な違憲審査基準論を支えている論拠が当該事案に妥当しない場合には、原則的な違憲審査基準論を維持できるのか、維持できないとすれば原則論がどのように変容するのかについて検討することである。

これがしっかりとできているのであれば、各パートで採った違憲審査基準のグレードが違ったとしても、採点実感で批判されているパターン思考による違憲審査基準の使い分け、には該当しない。

要するに、

- (1)ある原則論を支えている理由付けが、当該事案において妥当するのか、
- (2)妥当しない場合にもその原則論を維持できるのか、
- (3)維持できないとすればその原則論はどのように変容するのか、

ということを論じることが重要なのであり、これは違憲審査基準論、さらには憲法の問題に限ったことではない。