

## 法令違憲・処分違憲

### (1)法令違憲

法令や法令に基づく処分が問題となっている場合、まず法令を潰しに行くことになる。審査基準を定立して審査していくことになるが、まずは審査基準の中身について要件を整理してみよう。位置づけは、以下のグレーの部分。

#### 要件効果的整理

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば、合憲)

### ア 各違憲審査基準の違憲ないし合憲とするための条件のまとめ

⇒①目的審査と②手段審査(適合性, 必要性, 相当性審査)で構成される。意識してあてはめるとよい

違憲審査基準	①目的	②手段適合性	③手段必要性※	④手段相当性
厳格審査基準	必要不可欠	過大でも過小でもない	○	相当であること
LRAの基準	重要	実質的関連性あり	○	相当であること
厳格な合理性の基準	重要	実質的関連性あり	○	相当であること
実質的関連性の基準	重要	実質的関連性あり	×	相当であること
合理的関連性の基準	正当	合理的関連性あり	×	相当でないといえないこと

※①=必要な制約か②=役に立つ手段か③=LRA審査④=適正手続や比例原則に違反していないか

### イ 目的審査の内容

目的の内容	必要不可欠	重要	正当
他者の憲法上の権利や生命・身体又は財産などを保護するため	○	○	○
他の憲法条項の要請	○	○	○
権利の性質上要求されるもの	○	○	○
法律上保護すべき利益	×	○	○
法律上の保護に値しない利益	×	×	○
憲法と矛盾する目的	×	×	×

☆すなわち、判例の射程の検討をしたのちに審査基準を定立したあとに、審査基準にあてはめるといのは、上記要件を一つ一つ検討していくことを意味する。ここを適当にやっている答案は、作文にすぎない。

## (2)適用違憲

法令に基づく処分が問題となっている場合、まず法令を潰しにいき、法令が潰れたらそれに基づく処分も違憲ということで結論ができる。しかし、仮に法令が合憲の場合、今度は本件処分の限りにおいて違憲という主張をしていくことになる。

### 要件効果的整理

#### 法令違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば、合憲)

#### 適用違憲

第一段階：要件(法令の合憲部分に基づかない処分)→効果(処分は違憲)

### ア 適用違憲の種類

- ①まず、法令が全部違憲ならそれに基づく処分も全部違憲である(これはただの法令違憲)
- ②法令が一部違憲の場合、本件処分が違憲部分に基づく場合のみ処分は違憲となる
- ③法令を合憲限定解釈した場合、その解釈からはみ出した処分は違憲となる

	法令違憲	処分違憲
一部違憲(部分審査)	目的手段審査・立法事実の審査 芦部第一類型(法令の一部違憲)	当該部分に該当する処分か判断・司法事実の審査 芦部第三類型① (違憲部分に該当する処分は違憲)
合憲(合憲限定解釈・部分無効による除去)	合憲限定解釈 芦部第二類型(法令の解釈限定)	要件充足性を判断・司法事実の審査 芦部第三類型② (解釈と合致しない処分は違憲)

※芦部は法令の一部違憲(ないし合憲限定解釈)と処分違憲をまとめて適用違憲として考えている

※一部違憲・合憲限定解釈は本来の意味では適用違憲ではない。事件限りでの適用の違憲が適用違憲。

## (3)処分違憲

処分に根拠法令がない場合。この場合、処分自体の合憲性を見ていくことになる。適用違憲が問題となる場合であっても、処分違憲の審査は可能。

ここでは明確な処理手順がないため、事案ごとに判例を見様見真似でなぞるしかない。だがしかし、侵害留保原則の下、そもそも人権を制約するような処分は根拠法令がないとできない以上、ここで問題となるのは平等権侵害や、刑訴法における強制処分に至っているのではないかといった問題、或いは政教分離等の公人の活動を巡る問題くらいである。平等権侵害であれば処分ピンポイントの検討でも、法令違憲における平等権の処理と同様の処理で片づけられるし、強制処分は有名な刑訴法の論点そのものである(ゆえに憲法では出題されない)。政教分離などは目的効果基準など判例の処理手順が明確である。ゆえに、処分違憲は出題がそもそもされにくいし、出題されても範囲は相当限られている。

## 各論

次に、判例の射程について整理してみよう。位置づけは、以下のグレーの部分。第二段階と異なり、結論は合憲違憲の二択でないのだから、効果まで含めて整理しておかなければならない。

### 要件効果的整理

法令違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の制約の認定，審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば，合憲)

## 1 判例の射程

権利制約や審査基準の考え方は、判例の事案から「こういう場合は、こういう風に考えればいいのか」と学ぶのが、一番答案のクオリティや考え方の水準を向上させるにはよい。そこで、判例の答案への生かし方を紹介する。

(1)まず、判例を読んで事例と審査方法と理由づけを理解する(判例の射程の理解)

(2)それぞれについて(1)を表に整理する(判例の射程の整理)

(3)設問と判例が似ている場合、似ている点を挙げるか、同じ理由づけをして、同じような審査基準を立てる。

似ていない場合、違う点を挙げ、審査基準を自分で立てる(答案での判例の射程の論述)。

⇒おそらく、一番この概念が分かりやすいのは薬事法判決。憲法 22 条 1 項から取り組むと学習しやすい。

## 2 射程表の使い方

以下、主要な判例についての射程表である。答案で判例の射程が争点となるのは、以下の赤字部分である。

### 2 権利の制約

権利の保障(△△という権利は、××条により保障される。)

↓

権利の制約(その権利について、□□のような制約を受けている)

### 3 審査基準

判例の射程タイプ

本件は、～～目的の制約であって、～～規制であるから、～～判決の射程が妥当する。そこで、…(審査基準定立)

⇒民法では条文上の要件を満たせば効果が生じるのと同じように、憲法では判例の射程が妥当する要件を満たす場合、権利保障、制約、審査基準について判例と同じ判断が下されるという効果が生じる。

たとえば、住基ネットと似た事案だと思ったら、以下のように射程を答案に用いる。

①まず、問題となる射程を思い出す。今回は13条・プライバシー権の制約の有無の射程。

侵害過程	秘匿性	侵害危険判断	制約の有無	判例
収集過程	秘匿性の高い情報		当然にあり	京都府学連事件
	秘匿性の低い情報	漏えいのおそれ	あり	
		公開目的	あり	早稲田江沢民事件, 外国人指紋押捺拒否事件
		漏えいのおそれ・公開目的なし	なし	住基ネット訴訟, Nシステム事件
公開過程			当然にあり	

②これを答案にするとこのようになる。

## 第2 相手方の反論

### 1 権利制約について

(1)①秘匿性の低い情報の②情報収集段階の問題であるから、③漏えいのおそれがなく、公開目的がなければ(要件)、住基ネット訴訟の射程が及び、制約は認められない(効果)。

(2)これを本件についてみると、氏名は一般的に公表されている情報であって、①秘匿性の低い情報である。また、②情報収集段階の問題であることは明らかである。そして、(あてはめ)という事実を考慮すると、③漏えいのおそれがあるとはいえず、公開目的であるともいえない(あてはめ)。

したがって、住基ネット訴訟の射程が及び、そもそも権利制約が認められない(結論)。

百選レベルの射程表を叩き込めば、上位答案を作成できる。百選レベルの判例は網羅しているので、一通り試験に対応できると思われる。あくまで判例百選を一通り読んだ上で利用すること。

一方で、必ずしも判例がクリアな射程や処理手順を示しているとは限らない。そのような判例については、あくまで表で特色を整理しつつ、別途答案としての処理手順を掲載している。主に表現の自由や(古い判例は比較衡量ばかりしていてあまり参考にはならない)、13条(権利概念がフワフワしているため解釈が多すぎる)に多い。この場合権利の性質や制約の態様から淡々と審査基準を導いていくしかない(作者は苦手である)。