HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	よど号のゆくえ : 最高裁の比較衡量
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 76(5), 1-27
Issue Date	2026-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98769
Type	departmental bulletin paper
File Information	01_Saito_lawreview_76_5.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

よど号のゆくえ――最高裁の比較衡量

齊　藤　正　彰

問題の所在

①よど号ハイジャック記事抹消事件判決（最大判昭58･6･22民集37巻5号793頁。以下では、「よど号」判決という）は、「未決拘禁者の閲読の自由」ないし「未決拘禁者の新聞閲読の制限」に関する判例であった。ところが、②成田新法事件判決（最大判平4･7･1民集46巻5号437頁。以下では、成田新法判決という）の担当調査官によって「猿払事件大法廷判決より後に出現した精神的自由に対する合憲性審査基準を示した最高裁大法廷判決の先例」[1]の一つとされた「よど号」判決は、その後、「猿払基準」を抑えて「優勢」[2]となったとされ、「よど号」判決に示された

[1] 千葉勝美／（聞き手）渡辺康行「〈インタビュー〉私のかかわった憲法判例と裁判官人生」憲法研究16号（2025年）11頁［千葉］。

[2]「80年代から90年代にかけての表現の自由規制領域の判決および調査官解説では、「合理的関連性」論を意識的に広げようとする動きと、個別的、実質的な比較衡量論を押しだす動きが対抗し、後者が次第に優勢になる経過をたどることになったといえそうである」（大久保史郎「「調査官解説」論――憲法」（市川正人ほか編著『日本の最高裁判所――判決と人・制度の考察』（日本評論社・2015年）262頁）との見立てが示されていた。これに関して、広島市暴走族追放条例事件判決（最判平19･9･18刑集61巻6号601頁）が猿払判決に加えて成田新法判決を引用するに至った経緯をめぐる、当時の主席調査官の述懐も参照（千葉・前掲インタビュー（註1）26-28頁［千葉］。なお、千葉勝美＝上田健介＝

比較衡量のスタンスは、現在の最高裁判例に支配的な影響力を有しつつあるとみられる。しかし、「違憲審査の基準としての比較衡量論」[3]に批判的な構えをとってきた憲法学説は、最高裁が「利益衡量」論[4]において切り拓く違憲審査の地平を適切に把握できているであろうか[5]。

Ⅰ　判　例

1　〈「よど号」型衡量〉の引用

「よど号」判決は、もちろん、刑事施設被収容者の人権（かつての「在監者の人権」）に関する先例として引用される[6]。また、知る権利等に関

片桐直人＝木下昌彦＝堀口悟郎「〈座談会〉千葉勝美・元最高裁判事との対話」法時91巻9号（2019年）105頁［千葉］との相違や、同判決の調査官解説の書きぶりにも注意）。

[3] 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1994年）208頁。

[4]「判例・学説では、比較考量、比較較量、利益衡量、利益考量など複数の用語が使われている」（渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第2版〉』（日本評論社・2023年）101頁［渡辺］）。違憲審査に関する判例における比較衡量は「利益衡量」と呼ばれることも多い。後掲の⑧堀越事件判決における千葉勝美補足意見は、「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量する」という判断手法を「利益較量」と呼んでいる。本稿では、最高裁の判断手法には、規制によって〈得られる利益〉と〈失われる利益〉を衡量するだけでなく、規制手段も考慮に入れた衡量があることから、「利益」の語を避けて「比較衡量」と称することとする。

[5]「判例実務は1970年代後半以降、利益衡量論に基づく独自の違憲審査の方法を確立させていったが、学説の側は、合憲か違憲かという判決の結果に着目した外在的批判の傾向が依然として強く、最高裁による利益衡量判断や限定解釈という手法への理解が十分であったとはいえない」（木下智史「「表現の自由」論と判例・実務との関わり」法教536号（2025年）23頁）。

[6] たとえば、未決拘禁者の未成年者との接見制限事件判決（最判平3・7・9民集45巻6号1049頁）、死刑確定者から新聞社宛の信書発信制限事件判決（最判平11・2・26判時1682号12頁）、受刑者接見制限事件判決（最判平12・9・7判時1728号17頁）、未決拘禁者と弁護人の間の信書発受制限事件判決（最判平15・9・

して引用されることもある[7]。

ところが、成田新法判決は、集会の自由の制限について判断するに際して、最高裁の比較衡量のスタンスを示す先例として「よど号」判決を引用した。「制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量」するという比較衡量についての定式を、便宜上、〈「よど号」型衡量〉と呼ぶこととする。

それ以降に、表現の自由の制約の合憲性について「よど号」判決を引用して〈「よど号」型衡量〉を提示しながら判断する最高裁判例として、たとえば、以下のものが知られている。すなわち、③家永教科書検定第１次訴訟判決（最判平５・３・16民集47巻５号3483頁）、④家永教科書検定第３次訴訟判決（最判平９・８・29民集51巻７号2921頁）、⑧堀越事件判決（最判平24・12・７刑集66巻12号1337頁）、⑨世田谷事件判決（最判平24・12・７刑集66巻12号1722頁）、⑪府中市議会議員政治倫理条例事件判決（最判平26・５・27判時2231号９頁）、⑫大阪市ヘイトスピーチ対処条例事件判決（最判令４・２・15民集76巻２号190頁）である。

２　比較衡量のスタンスを共有する判例

最高裁判例には、「よど号」判決を明示的に引用しないものの、〈「よど号」型衡量〉と通底するスタンスを示すものがみられる。

⑬金沢市庁舎前広場事件判決（最判令５・２・21民集77巻２号273頁）は、集会の自由について成田新法判決を引用しながら、「このような自由に

５判時1850号61頁）、受刑者から新聞社宛の信書発信制限事件判決（最判平18・３・23判時1929号37頁）である。

[7] たとえば、札幌税関検査事件判決（最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁）、麹町中学校内申書事件判決（最判昭63・７・15判時1287号65頁）、レペタ法廷メモ訴訟判決（最大判平元・３・８民集43巻２号89頁）、受刑者の図書閲読制限事件判決（最判平５・９・10判時1472号69頁）、鴨川ダムサイト訴訟判決（最判平６・３・25判時1512号22頁）、未決拘禁者の図書閲読制限事件判決（最判平６・10・27判時1513号91頁）、受刑者の新聞・信書等の一部抹消事件判決（最判平10・４・24判時1640号123頁）、県立高校生徒会誌切りとり事件判決（最判平16・７・15判時1875号48頁）である。

対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である」とした[8]。

また、⑭性同一性障害特例法決定（最大決令５・10・25民集77巻７号1792頁）は、「本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべきものと解するのが相当である」としている。

⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決（最判平23・５・30民集65巻４号1780頁）は、思想・良心の自由についての「間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である」とした。⑦判決自体は、「よど号」判決を引用しているわけでもなく、〈「よど号」型衡量〉にも明示の言及はない。しかし、同判決の調査官解説は、成田新法判決の調査官解説を詳細に引用して確認したうえで、「本判決等」[9]においては「職務命令の必要性及び合理性の程度につき、近時の判例の採る……利益衡量論の判断枠組みに沿って、……間接的な制約の態様等との相関関係における総合的な較量によって判断されるべきものとした」[10]と解されるとする。そして、それを「相

[8] 泉佐野市民会館事件判決（最判平７・３・７民集49巻３号687頁）も、成田新法判決を引用しており、「基本的には同じ考え方で出来ているのだろう」（千葉ほか・前掲座談会（註２）105頁［千葉］）とされる。しかし、会館の使用の許否が問題であったためか、〈「よど号」型衡量〉の特徴である「具体的制限の態様及び程度」への言及がない。

[9] 岩井伸晃＝菊池章・最判解民事篇平成23年度（下）473頁において、⑦判決と「近接した時期に同旨の判断を示した」最判平23・６・６民集65巻４号1855頁および最判平23・６・14民集65巻４号2148頁を併せて「本判決等」というとされている。なお、本稿では、これらと、関連する諸判例のうち、⑦判決を扱うにとどめる。

[10] 岩井＝菊池・前掲判解（註９）480頁。

関的・総合的な比較衡量」[11]と称している。

3　伊藤正己補足意見のパブリック・フォーラム論との連関

また、成田新法判決の調査官解説は、最高裁判例のなかには「表現の自由に対する当該制約が公共の福祉のための必要かつ合理的な制限として許されると判示し、それ以上の説明をしない」ものがあるけれども、そのうち、吉祥寺駅ビラ配布事件判決（最判昭59･12･18刑集38巻12号3026頁）と大分県屋外広告物条例事件判決（最判昭62･３･３刑集41巻２号15頁）には、「伊藤裁判官が利益較量論に立ち、詳細な補足意見を付している」ことに注意喚起している[12]。両判決の伊藤正己補足意見は、「一般公衆が自由に出入りできる場所」としてのパブリック・フォーラムにおける表現の自由の保障に可能な限り配慮した比較衡量によって、所有権・管理権との調整を行うべきとしていた。

この吉祥寺駅ビラ配布事件判決を引用して判断したのが、⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決（最判平20･４･11刑集62巻５号1217頁）と、⑥葛飾マンション政党ビラ投函事件判決（最判平21･11･30刑集63巻９号1765頁）である。⑥判決の調査官解説は、⑥判決が⑤判決の「判示を踏襲したものとなっている」としながら、成田新法判決の調査官解説が示す最高裁の比較衡量のスタンスを確認する。そして、「伊藤裁判官の補足意見のようなアプローチは、そのような最高裁の合憲性審査の方法ないし基準に沿うものであるといえよう。加えて、昭和59年判決も行為の

---

[11] 同判解479頁・481頁。ここで、「相関的・総合的な比較衡量」とは、「外部的行動の制限を介して生ずる思想及び良心の自由についての間接的な制約」に関する「具体的な事案に応じたその処理に適する基準として、上記の利益衡量に係る判断枠組みを基礎とし、一定の外部的行動を求める職務命令が個人の思想及び良心の自由について及ぼす間接的な制約の態様等との相関性の度合いに応じて、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量し、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かの観点から当該職務命令の合憲性を判断する」ものとされている（同479頁）。

[12] 千葉勝美・最判解民事篇平成４年度232-233頁。

具体的態様を指摘して判示していることや、平成20年判決も、具体的事実関係を前提に法益侵害が軽微でないことを指摘していることも踏まえると、伊藤裁判官の補足意見において示された比較較量の考え方は、ビラ配布規制の憲法適合性を判断する枠組みとして妥当するものと考えられる」としている[13]。

Ⅱ　学　説

「よど号」判決をめぐっては、特別権力関係論の残滓が問題視された「在監者の人権」という論点に関して、最高裁が採用した「相当の蓋然性」の基準が議論の中心であった。刑務所での喫煙の自由が問題となった先例（最大判昭45・9・16民集24巻10号1410頁）の定式[14]を書き改めた〈「よど号」型衡量〉については、あまり注目されることがなかったようである（「よど号」判決の調査官解説においても言及がなかった）。かつては、「よど号」判決が「相当の蓋然性」の基準を掲げながら監獄の長の裁量的判断を尊重したことに批判が集まっていた。

「よど号」判決は、「監獄法31条２項の内容を憲法解釈によって大幅

[13] 西野吾一・最判解刑事篇平成21年度549-551頁。なお、「伊藤裁判官の補足意見で示された考え方を前提にして本件立入り行為について検討」すると、「本件マンションは民間の分譲マンションであって、いわゆるパブリック・フォーラムに該当しないことは明らか」であるが、「本件マンションの玄関ホールには集合ポストが存在し、そのポストに投かんすることによって本件ビラの配布という目的は達成できると考えられる」のであって、本判決の判示からは、「本件マンションの集合ポストへの投かん及びそのための立入りという限度でとどまったのであれば、違法性がなく、刑法130条前段の罪に問うことも憲法21条１項違反となるという判断を読み取ることも可能」であり、「少なくとも、本判決は、本件マンションの集合ポストへの投かん及びそのための立入りのみにとどまった場合についての刑法130条前段の罪の成否については判断を留保しているものと理解することができよう」との説明（同552頁、555頁註14）がなされている。

[14] 「制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立つて決せられるべきものというべきである」としていた。

に書き換え」ることで、「歴史的事情から法律の留保原則による統制が弱い箇所を憲法解釈により補って、実質的に人権保障を拡大するという手法を取った」[15]ために、「相当の蓋然性」の基準によって監獄法の合憲・違憲の判断が示されることはなかった。ただ、「相当の蓋然性」の基準は、「逃亡と罪障隠滅の防止や監獄内の規律および秩序が害される抽象的なおそれでは足りないが、しかし、「明白かつ現在の危険」までは要求しない、両者の中間に位置づけられる基準」[16]と評価されていた。

「よど号」判決が長らく「在監者の人権」についての基本判例であったように、成田新法判決についての議論の重心は、行政手続に憲法31条の保障が及ぶかにあったと解される。

その後、「堀越事件判決および同判決における千葉勝美裁判官の補足意見が学説上の議論を誘発」[17]するとともに、〈「よど号」型衡量〉によって違憲審査を行う判例が目立つようになった。「よど号」判決の解説には、次のような一節が追加されることとなった。すなわち、「なお、この基準については、他の最高裁判決でも参照され（最大判平成４・７・１民集46巻５号437頁、最判平成５・３・16民集47巻５号3483頁、最判平成24・12・７刑集66巻12号1337頁、最判平成26・５・27判時2231号９頁など）、比較的、慎重な審査を求めるものとして受け止められるようになってきている」[18]。

---

[15] 宍戸常寿「よど号ハイジャック記事抹消事件」棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）81-82頁。宍戸常寿＝曽我部真裕編『判例プラクティス憲法〈第３版〉』（信山社・2022年）36頁［宍戸］も同旨。

[16] 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第５版〉』（有斐閣・2012年）247頁［中村睦男］。宍戸＝曽我部編・前掲書（註15）36頁［宍戸］も同旨。

[17] 渡辺康行「憲法判例における比較衡量論――その歴史と現在」稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念『行政法理論の基層と先端』（信山社・2022年）248頁。

[18] 土井真一「未決拘禁者の新聞閲読の制限――よど号ハイジャック記事抹消事件」別ジュリ『メディア判例百選〈第２版〉』（2018年）171頁。2005年刊行の初版では、この段落は無かった。「よど号ハイジャック記事抹消事件判決……以後の最高裁は、刑事施設被収容者の人権が問題になる場面を超えて、憲法21条が問題になる場面一般について同判決を先例として参照し、比較較量により憲法適合性を判断する姿勢を採用してきた」（宍戸常寿「はじめに・人権制限の判断枠組」警論75巻４号（2022年）107頁）。そして、「現在の判例法理は、猿払事

Ⅲ　検　討

1　最高裁の比較衡量論と学説の審査基準論

最高裁は、昭和40年代になると、「それまでの抽象的な公共の福祉論から比較衡量論の立場に移っている」[19]とされ、最高裁の比較衡量論と学説の審査基準論（違憲審査基準論）[20]の対立が長らく論じられてきた[21]。それでも、近年では、「従来の研究は、主に審査基準論か比較衡量

件判決（最大判昭49・11・6刑集28巻9号393頁）の神通力を自ら否定する一方、学説の二重の基準論に頼ることも拒否して、本判決の比較較量の枠組みから表現の自由の制限の合憲性を判断している」（宍戸・前掲論文（註15）83頁）。

[19] 野中ほか・前掲書（註16）262頁［中村］。初期の学説も、「通説は「公共の福祉」という制約概念にいわば寄りかかり、個々の人権の限界として現われる「公共の福祉」の具体的内容にふかく立ちいらない傾向にある」（奥平康弘「人権の限界」芦部信喜ほか編『演習憲法』（青林書院・1984年）188頁）と批判されていた。

[20] 本稿では、いわゆる三段階審査論については検討しない。そこで用いられる〈違憲審査の基準としての比例原則〉については、規制の目的に対する手段の適合性・必要性・相当性を検討することから、「目的手段審査」と呼ばれることもある。「比例原則では、⑴立法目的が正当で、⑵目的達成手段が①目的達成を促進し（適合性）、②目的達成に必要であり（必要性）、③達成される規制目的と制限される基本権の間で均衡が取れている（相当性ないし狭義の比例性）ことが要求される」（林知更「「地方自治の本旨」と比例原則――地方公共団体への国の指示権をめぐって」ジュリ1615号（2025年）68-69頁）とするならば、「比例原則」と「目的手段審査」の互換性が高まることになりそうである。論述が煩瑣になるのを避けるため、本稿で論及するのは審査基準論によって厳格度を定めて行われる「目的手段審査」であり、比例原則においていわれるものを含まない。なお、比例原則の視座から、「法令の憲法適合性審査の場面」での「判例における比較衡量論」を考察するものとして、渡辺・前掲論文（註17）247頁以下がある。

[21] 「公共の福祉三段論法」と決別した最高裁は、「法令の合憲性が問題となる場合も、個別行為自体の合憲性が問題となる場合も、比較衡量（利益衡量）の発想を基本に据えている」のに対し、学説は、「とりわけ法令の合憲性審査については目的手段審査を推奨してきた」（赤坂正浩「公務員と人権――最高裁判例小史の視点から」法教370号（2011年）19-20頁）とされる。

論かという規範的な関心から行われることが多かった」けれども、「学説による批判の対象とされてきた憲法判例における比較衡量論とはいかなるものだったのかを再確認することが、まずは必要な作業」と指摘されている[22]。

一般論としていえば、「人権の限界問題も結局は、それぞれに矛盾対立する諸価値・諸利益にとりまかれて構成されており、これらの諸価値・諸利益のいずれを、他を犠牲にして優先させるかという決定（価値選択）であることは否定できないから、そのかぎりで比較衡量論の説くところは異論の余地がない」[23]とされる。

忌避されるべきは「基準のない、場合に応じて行われる個別的な衡量」であって、「個別的利益衡量論に否定的態度をとることは、決して憲法判断において裁判所が利益衡量をすることを否定することではない」ことは、早くから繰り返し確認されている[24]。比較衡量に対する周知の批

---

[22] 渡辺・前掲論文（註17）247-248頁。

[23] 奥平・前掲論文（註19）188-189頁。「一般論としての比較衡量は、それ自体その正否を論ずるわけにはゆかない」ものであって、「どのように「比較衡量」するのかが、問われねばならない」のであり、「ケース・バイ・ケースで処理するほかないというのでは、答えにならない」とされる（同189-190頁）。芦部信喜『現代人権論――違憲判断の基準』（有斐閣・1974年）170-175頁も参照。

[24] 伊藤正己「憲法解釈と利益衡量論」ジュリ638号（1977年）203頁。「真の衡量は、決定を指導するルールの発見の努力を放棄することなく、判断のための基準の形成に力をそそぐ方向で行われるのであって、このような努力をあとづける先例が累積することによって基準が確立し、さらにこの基準に即して衡量が行われることになる」（同頁）のであって、「基準にのっとった利益衡量」、「ルールをともなう衡量」（同204頁）が求められる。「もとより、憲法訴訟における具体的事実関係は多種多様であり、これらの判断基準も、もし硬直した適用をすれば、かえって利益の妥当な衡量を妨げる」可能性があり、「基準はあくまでも判断を指導する準則であって、どの事件でも直ちに解決を与えてくれる魔法の鍵ではない」（同204頁）。伊藤正己『憲法〈第３版〉』（弘文堂・1995年）222-226頁も参照（同書の新版［＝第２版］の該当箇所（222頁以下）を「同旨」として千葉・前掲判解（註12）233頁が参照指示している）。後にアメリカでの議論を詳細に跡づけながら比較衡量論について考察した学説も、同様に、「比較衡量の手法は権利の性質やその行使の場面を慎重に考慮」することで「適切に用いられるならば、当事者の諸利益を広く取り込み慎重に分析することを通じて、現実社

判にも、一定の応答がなされている[25]。

問題は、「比較衡量の場合に、どのように対立する諸利益を取り上げ、それをどのように比較するのか、比較衡量の基準を明確にすること」であり、「法令の違憲審査における比較衡量（利益衡量）を枠づける一般的枠組の一つとして二重の基準論がある」とされる[26]。学説は、二重の基準論を、「わが国の人権に関する違憲審査基準の大枠をおさえるうえで有効な理論」[27]としてきた。最高裁判例が二重の基準論を受け入れているのかをめぐっては議論もあったが、二重の基準論は裁判官の間でも「基本の理解」として共有されており、「改めて書くまでもないから書かない」のであるとの指摘もなされている[28]。

会と法の世界を結ぶ架け橋となりうる」と展望している（川岸令和「比較衡量論――憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準――アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂・2018年）92頁・119頁）。

[25] 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店・2017年）214-215頁。また、「裁判所が中立的で公平な立場にある民事事件では有効に働く」（千葉・前掲インタビュー（註１）13頁［渡辺］）が、「国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」のであって、「同じ程度に重要な二つの人権（たとえば、報道の自由とプライバシー権）を調節するため、裁判所が仲裁者としてはたらくような場合に原則として限定して用いるのが妥当」といわれる（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第８版〉』（岩波書店・2023年）105頁）。しかし、「裁判所も国家機関であるため、公益の側を重視しがち」と懸念するのであれば、私人間にも種々のものがあるのに、なぜ「裁判所は中立的な第三者として判断することができる」（渡辺康行「憲法判例における比較衡量論の諸相――法令の違憲審査から視点を移して」憲法研究10号（2022年）21-22頁）といえるのであろうか。

[26] 野中ほか・前掲書（註16）264頁［中村］。

[27] 同書266頁［中村］。

[28] 千葉ほか・前掲座談会（註２）114頁［千葉］。木下昌彦「最高裁における憲法判断の現況――調査官解説を踏まえた内在的分析の試み」論ジュリ23号（2017年）169頁。なお、「成田新法判解242頁や堀越千葉補足意見は、最高裁は基準に自縛することなく柔軟に対処しているとするが、これは厳格な基準のうちどれを選択するかという文脈での言説であり、厳格な基準か敬譲的基準かの選択まで柔軟に行っているとの言説ではない」（同頁註21）との推察についても、上掲の座談会において「正しくその通りです」（同114頁［千葉］）と応答されている。

2　規制手段を考慮に入れた比較衡量

学説において「違憲審査基準としての比較衡量論」とは、「人権制限によって得られる利益と、人権の制限によって失われる利益を比較衡量し、前者が大きい場合には人権の制限を合憲とし、後者が大きい場合には人権の制限を違憲とする判断方法」をいうとされる[29]。他方、最高裁は、「基本的な審査手法」として比較衡量を採用するようになったが、「その内実は判決により異なっている」のであって[30]、「利益衡量論については、多様な定式がありうる」[31]とされる。

〈「よど号」型衡量〉は、〈自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、(a)制限が必要とされる程度と、(b)制限される自由の内容及び性質、(c)これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を衡量して決める〉というものである。これについて、(a)を「制約によって得られる利益（制約利益）の査定方法」とし、(b)と(c)を合わせて「規制によって失われる利益（被制約利益）」の査定方法とする説明もあるが[32]、(b)と(c)は区別すべきであろう。(a)が制限によって得られる利益の問題、(b)が制限によって失われる利益の問題、そして、(c)は規制手段の問題を扱うものと解されるのである。

「初期の判例は、規制の目的に一定の合理性があれば、規制手段の適否を問うことなく、直ちに当該規制を合憲としたが（……）、次第に規

---

[29] 野中ほか・前掲書（註16）262頁［中村］。芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）105頁参照。

[30] 渡辺・前掲論文（註17）247頁。学説においては、最高裁による「違憲審査基準としての比較衡量論」の嚆矢として、全逓東京中郵事件判決（最大判昭41・10・26刑集20巻８号901頁）が挙げられることが多い。しかし、同判決は、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量」したものであって、学説がいう「人権制限によって得られる利益と、人権の制限によって失われる利益を比較衡量」したものとはいいにくい。

[31] 木下・前掲論文（註28）167頁。

[32] 駒村圭吾「さらば、香城解説!?――平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣・2013年）437頁。

制手段についても「公共の福祉の維持に必要」な制限であるか否かを審査するように」なったとされる[33]。そうした判例の流れを汲むのが〈「よど号」型衡量〉であろう。

(a)自由の制限によって得られる利益が、(b)自由の制限によって失われる利益より大きいと判断される場合に、自由を制限することが許されるとしても、どのような規制を行っても構わないことにはならないはずである。(c)具体的制限の態様や程度等も考慮に入れ、規制が不均衡なものでないかも含めて比較衡量を行う必要がある。〈「よど号」型衡量〉は、自由に対する制限の合憲性を審査するに際して、規制手段を考慮に入れた比較衡量を行うものと解される[34]。

学説には、最高裁の比較衡量を「総合衡量」あるいは「総合判断」として批判する傾向が強い[35]。たしかに、考慮要素の位置づけやその評価

---

[33] 野中ほか・前掲書（註16）473-474頁［高見勝利］。

[34] 成田新法判決の調査官解説は、「よど号」判決について、「利益較量論が採られているが、閲読の自由の価値とこれを制限することにより得られる価値とを抽象的に比較しているのではなく（すなわち、私権と公共の利益という図式のみで比較しているのではなく）、具体的な制限の態様・程度等を前提にした利益較量が行われていることに注目すべき」（千葉・前掲判解（註12）234頁）としている。学説からも、「「具体的制限の態様及び程度」といったものもあえて考慮要素に挙げられている点が重要」であり、「抽象的には極めて重要な公共利益を実現するための規制でも、具体的な制限の態様・程度によっては、利益衡量の結果、違憲となる場合があり、その逆もありうることになる」との指摘がなされている（木下・前掲論文（註28）167頁）。

[35] 高橋・前掲書（註25）は、「最高裁判例が「諸般の事情を総合考慮すると」式の「総合判断」を多用する」ことが問題であるとする（251頁）。「人権の規制により得られる利益と失われる利益の個別的利益衡量により判断するという「総合判断」手法」の欠点は、「諸利益の衡量から結論に至る判断過程がブラックボックス化され不透明になること」とされる（269-270頁）。ところで、成田新法判決は、憲法31条に関して、「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきもの」とするが、31条に関する比較衡量では「総合較量」と明示されているのに対して、〈「よど号」型衡量〉においては、当初から、その後の引用判例でも、「総合較量」とはされていない。学説は、成

が示されない「ブラック・ボックス」的な判断がなされることはあり、それこそが「総合衡量」とされるべきものであろう。本来、議論すべき問題は、「最高裁が採用している利益衡量手法の性格と問題点」を究明することであったが、学説と判例を対比して「基準を明示して行う利益衡量と基準を示すことなく行う利益衡量の間の対立」が強調されたため[36]、最高裁判例のなかでの分類という観点が後退してしまったのではなかろうか[37]。

田新法判決が、「以上を総合して較量すれば」と述べた点を捉えて、〈「よど号」型衡量〉も総合衡量に分類することがある（たとえば、渡辺・前掲論文（註17）264頁）。また、成田新法判決について、「本判決全体は「総合較量」という審査方法によって貫かれている」（渋谷秀樹「「成田新法」の合憲性――成田新法訴訟最高裁判決」法教148号（1993年）109頁）ともいわれる。しかし、それは、政教分離の違憲審査についての目的効果基準が、その定式においては「総合」と述べていないのに総合的判断と同視するのと同様に、「考慮における総合」と「判断における総合」を混淆するものとの批判（蟻川恒正「政教分離規定「違反」事案の起案(1)」法教434号（2016年）111頁以下）を受けるのではなかろうか。31条に関する「総合較量」と〈「よど号」型衡量〉を別種のものと解することに関しては、「前任の上田豊三上席調査官は、既に、争点１の憲法31条関係の合憲性に関する調査報告書を完成させていました。しかし、突然の人事異動のため、争点２の集会の自由の規制の合憲性についての調査が残されていたのです」（千葉・前掲インタビュー（註１）10-11頁［千葉］）との発言も参照。

[36] 高橋和之「「猿払」法理のゆらぎ？――「堀越訴訟」最高裁判決の意味するもの」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』（商事法務・2013年）40頁。

[37] 川岸・前掲論文（註24）は、「比較衡量の思考は、……違憲審査制の活性化には決定的に重要」であるが、「日本の最高裁は、総合考慮・総合判断を説く判例が多い」と指摘する（122頁）。その最近の例として挙げられているのは、「空知太事件判決」、「堀越事件判決」、「嫡出性にもとづく法定相続分違憲決定」であり、「総合考慮・総合判断」と指弾されるものには〈「よど号」型衡量〉を用いた判断はない（122頁註99および註100参照）。たしかに、⑧堀越事件判決は〈「よど号」型衡量〉を含んでいるが、しかし、同判決で「諸般の事情を総合して判断する」とされたのは、被告人の具体的な行為の評価に関することである。他方で、憲法学説においては、空知太判決以降の最高裁の「総合的判断」について、従来の目的効果基準を置き換えるものとして受け入れる見解が少なくない。学説が総合衡量・総合判断のブラックボックス性を批判してきたこととの平仄が問題となるのではなかろうか（齊藤正彰「富平神社の在り処――目的効果基準

3　目的手段審査の限界

学説の審査基準論は、二重の基準論に基づいて比較衡量をコントロールする枠組みとして、人権を規制する〈目的〉の合理性と、その目的を達成するための〈手段〉の合理性を、問題となる人権の性質に応じて設定された３段階の厳格度によって審査するものとされる[38]。

審査基準論が提唱する目的手段審査は、アメリカで平等保護の領域において形成されたものが、汎用性のある違憲審査基準として、自由権の制限の合憲性を審査する場面でも用いられるようになったものとされる[39]。人権の制限は国会が制定する法律で定めなければならないから、国会が法律を制定した目的（立法目的）と、その目的を達成するために法律によって採られた措置（目的達成手段）を違憲審査のチェックポイントとすることになる。

つまり、審査基準論が提唱する目的手段審査を用いることができるのは、自由権を規制する法律の違憲審査の場面と、法律による区別の合理

と総合的判断」北法76巻４号（2025年）１頁以下参照）。

[38]「アメリカを参照しつつわが国で展開されてきた学説」である日本の審査基準論は、「アメリカの実践を抽象化・理論化したもの」であって、「アメリカのような込み入った先例や歴史が決定打となる分節化されたルールではなく」、「一般的理論への志向性」を有するものとされる（青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリ1400号（2010年）68頁・73頁・74頁）。しかも、日本国憲法は、アメリカと比べて、「「公共の福祉」による制約を明らかにしており、衡量による人権制約の議論に接合しやすい条件がある」（同72頁）と指摘される。また、「ヨーロッパとアメリカでは利益衡量ということに対する抵抗感が大きく異なっている」とされ、「利益衡量に対するアメリカの警戒感は、利益衡量にまつわるアメリカ憲法の独特な歴史に由来する」ことが指摘される（阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量――「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」一法９巻３号（2010年）44-45頁）。なお、村山健太郎「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地――判例・学説から探究する現代的論点』（日本評論社・2020年）88頁以下参照。

[39] 常本照樹「違憲審査の方法」（笹田栄司編『Law Practice 憲法〈第３版〉』（商事法務・2022年）154-155頁。法の下の平等について判例が行っている「二段構えの審査」と、自由権についての目的手段審査の異同には立ち入らない。

性についての違憲審査の場面であると解される。逆に、以下のような場面には、目的手段審査は適さないと考えられる[40]。

⑷行政処分による人権の侵害・制約が問題となる場面には、目的手段審査は適さない。処分の根拠となる法律は違憲ではないが、その合憲とされた法律に基づく処分に問題があるとみられる場合にも、行政権による規制の合理性を検討するのに審査基準論による目的手段審査が「従来は使えるものと考えていたようである」[41]とされる。しかし、「目的手段審査は法令の合憲性を審査する手法であるから、個別行為の合憲性審査には本来適していない」[42]ことが指摘される[43]。「違憲審査基準が議会と裁

---

[40]「二重の基準論にしても三段階審査論にしても、国家権力に対抗する主観的権利として憲法上の権利を観念するのになじみやすい人権、代表的には自由権を念頭に議論が組み立てられてきたことにも留意が必要である。これに対して、憲法自身が立法による制度設計を前提として保障する人権である社会権や選挙権について、さらには、政教分離原則や平等原則のような客観法としての人権保障についての憲法適合性の判断のあり方は、また別途の考慮を必要とする。さらに、法律が憲法に適合するものであることを前提としつつ、その下での行政・司法の行為が憲法に適合するかどうかの判断のあり方についても、なお検討すべき論点が残されている」（宍戸・前掲論文（註18）106頁）。

[41] 櫻井智章「裁量をめぐる憲法論」神橋一彦ほか『憲法と行政法の交差点』（日本評論社・2025年）257頁。「憲法学は、行政法学で説かれる行政裁量統制の手法とは無関係に、行政処分についても違憲審査基準を用いて審査することを想定してきた」（同頁）ことが批判される。

[42] 赤坂・前掲論文（註21）20頁。「法令の違憲審査において、目的・手段審査は違憲審査を分節化する枠組みとして、少なくとも学説上は広く受け入れられており、判例でも導入されつつある。これに対して、……行政処分のような個別的な国家行為の場合は、目的と手段が結合している場合が多いため、この枠組みを使うことは難しい」（渡辺・前掲論文（註25）28頁）。また、「目的手段審査は、主に、法令審査における審査手法」であり、「法令を分解してその合憲性を検証することを可能にした」ものとして、「法令の構造計算のやり直しをするのに有効なこの手法は、法令審査（構造審査）の手法」と説明される（駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回――憲法的論証を求めて』（日本評論社・2013年）35頁）。

[43]「目的・手段の２段構えの型をとらない憲法判例の分布状況について考える際、法令（憲法81条の文言で言えば「法律、命令、規則」）ではなく、行政庁や裁判所による個別具体的規律（行政処分や裁判判決など）や事実行為（憲法81

判所の役割分担の問題なのだとすれば、そのような違憲審査基準を行政処分との関係でも用いてよいかは疑問視されるべき」[44]といわれる。目的手段審査ではなくて、「比較衡量論でも、行政法学の裁量統制論を参考に、より厳格な衡量を志向する道もありうること」は、「なお慎重に検討する必要がある」とされる[45]。

(B)社会権を具体化する法律の合憲性が問題となる場面には、目的手段審査は適さない。憲法の要請を具体化する法律の立法目的が、裁判所に

条の文言で言えば「処分」）を対象とした憲法判断（以下これを「処分審査」という。）の中に、２段構えで審査した例を、少なくとも最高裁判例に限って言えば、見出すことができない」（大石和彦「「『目的』と『手段』の２段構え」の型をとらない憲法判断――処分審査を中心に」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社・2023年）132頁）とされる。

[44] 櫻井・前掲論文（註41）257頁。「通説の説いてきた違憲審査基準論や二重の基準論は、“法令を支えている立法事実に対する裁判所の目線の置き方問題であって、……処分審査（行政決定の裁量審査）には通用しない”と、教科書は明言すべきである」（阪本昌成『権力分立――立憲国の条件』（有信堂高文社・2016年）251頁）とされる。審査基準論は、「裁判所による立法事実への“噛みつき方”の標準パターンを浮かび上がらせるための議論」であって、換言すれば、「議会（国会）が法律制定に当たって認定・評価した立法事実に対して、裁判所がどのような目線でこれを review すべきか――議会の判断を尊重して審査するか、それとも、議会の判断に代えて裁判所が審査するか――という議論」であるとされる。この「裁判所による立法事実への“噛みつき方”のレベル問題は、裁判所と議会とは憲法上対等な統治機関だ、という権力分立と関連している」のであって、「司法審査権の権力分立上の限界問題がこの基準論に反映されている」とされるのである（同238頁）。それゆえ、「行政機関の活動についての司法審査のありかたについては、憲法教科書のいう「違憲審査基準」をそのまま応用してはならない。行政機関の活動は、議会制定法によってもたらされるもので、この活動への司法審査のあり方は法令のなかに求められるべきところである」（同頁。同261頁も参照）と注意喚起される。同様に、「処分の合憲性を問題としたい場合（処分違憲の主張）には、違憲審査基準を使うことができず、その合憲性はそれ以外の方法によって判断しなければならない」（岡山大学法科大学院公法系講座編著『憲法 事例問題起案の基礎』（岡山大学出版会・2018年）24頁［田近肇］）との解説もなされている。

[45] 赤坂・前掲論文（註21）20頁。

よって違憲と判断されるとは考えにくい。したがって、生存権の具体化立法に目的手段審査を行っても、空回りすることになろう。社会保障制度において併給制限の規定があったとしても、それは、法律が生存権を「制限」するものではなく、具体化のあり方の問題であるから、目的手段審査を行う場面ではない[46]。同様に、公務員等の労働基本権の「制限」も、労働基本権として刑事免責や民事免責をどこまで認めるかという具体化の問題であって、目的手段審査を行う筋合いではない[47]。なお、財産権や選挙権も含めて論じる見解もある[48]。

(c)法律による自由権の制約が問題となるとしても、「規制の対象に着目して、規制が人権の行使そのものに向けられているのか、それとも、他の行為に向けられたが、その結果として付随的に人権行使が規制を受けることになったのかを区別」するならば、「人権規制以外の目的によ

---

[46] 学説は、小売市場判決（最大判昭47･11･22刑集26巻９号586頁）についても堀木訴訟判決（最大判昭57･７･７民集36巻７号1235頁）についても、そこでの違憲審査を「明白の原則」と呼ぶが、その呼称が共通して意味しうるのは、違憲審査の厳格度（それが極めて緩やかなこと）であろう。前者の判決は、緩やかな目的手段審査を行ったものであるが、後者の判決は、目的手段審査を行っていない。なお、堀木訴訟判決において、憲法14条違反の主張に関して目的手段審査（二段構えの審査）が行われていないのは、同一の法制度（特定の法律）の内部にある区別が問題となっていないためと解される。

[47]「労働基本権に関する事件ではあっても、その制限が争点となっているため、自由権としての意味が問題となっている」（渡辺・前掲論文（註17）248頁）とされるが、疑問がある。齊藤正彰『力点憲法』（信山社・2024年）176頁参照。

[48]「財産権、福祉受給権または選挙権といった憲法上の権利を具体化する法令を対象とした憲法適合性審査において、それら憲法上の権利を具体化するという立法目的それ自体が違憲かどうかを問うて見せる必要性は見出し難い」（大石・前掲論文（註43）131頁）といわれる。さらに、「立法者による制度形成が必要となる場合」については、目的手段審査は適さないとの説明（櫻井・前掲論文（註41）253頁）もみられる。「違憲審査基準論とは「自然的自由」を制約する国家行為の憲法上の限界をいう」のであり、「「制度依存型基本権」の保障の合憲・違憲の分岐点を探ろうとするさいには、従来の違憲審査基準論は通用しがたい」（阪本・前掲書（註44）262頁）とされる。なお、これに関して「「自然的自由」と「制度依存型基本権」の区別」についての批判（小川亮『一元的司法審査論』（東京大学出版会・2025年）144頁）がある。

り一定の行為を規制したところ、その規制がたまたま結果的に人権行使まで射程に含むことになった」という場面には、目的手段審査は適さない。この場面では、「規制が正当化される限度で人権の範囲が画定されることになる」けれども、その「正当性の決定を規制の利益の観点のみからするとすれば、正当とされうる規制目的は無限とっていいほど多種多様でありうるから、人権の射程は無限に縮減されうる」と懸念される。それゆえ、「正当性の判断に際して、付随的にであれ規制される人権価値を、考慮することが不可欠となるが、そうすると、この枠組みのなかで利益衡量を行わざるをえなくなる」とされるのである[49]。自由権の「弊害」を規制するために制定された（とされる）法律について、その規制目的＝立法目的（と目的達成手段）の合理性を審査するのが、目的手段審査の考え方であろう。他に相応の保護法益があって制定された法律が、表現の自由に対する制約として作用する場合等において、当該法律の立法目的を審査しても、表現の自由に対する規制としての合理性を判断することはできないはずである。

なお、地方公共団体の制定した「条例」には、多様な性質のものがあることが行政法学において論じられており、その分類によっては、目的手段審査には適さないものが含まれている可能性がある。審査基準論が国会と裁判所の役割分担の問題を背景に形成されているとすれば、条例については、国の立法機関である国会が制定した法律に対する違憲審査とは異なる扱いの可能性を検討することが求められる場合もあるかもしれない。

[49] 高橋和之「審査基準論――個別的衡量論と「絶対主義」理論のあいだ」ジュリ1089号（1996年）167頁。なお、「規制目的が常に規制される人権の重要度に匹敵している保障はないし、また、付随規制といえど、規制の仕方によっては、人権が稀に、例外的に制約されるに過ぎないどころか、広範に制約されるということも十分ありうる。ゆえに、付随規制の場合には失われる利益は小さいなどとは、決して一般的には言えない」（同172頁）ことに注意喚起される。

4　〈「よど号」型衡量〉を行う判例の分類

判例は、各様の比較衡量のなかで、自由権の制限が問題となっている場合には、規制手段を考慮に入れた〈「よど号」型衡量〉による審査を行うものと解される。そして、その制限が、自由権がもたらす弊害を直接に規制する法律（国会制定法）によるものであるときには、その立法目的と目的達成手段の合理性を検討する目的手段審査を行うというのが判例のスタンスかもしれない[50]。

法律の違憲審査の場面と、「法令の解釈適用や事実行為としてなされ

---

[50] ⑧堀越事件判決における千葉補足意見の土台となった成田新法判決の調査官解説は、「精神的自由を制限する措置の合憲性の審査基準として利益較量論を採る場合、それが無原則、無定量に行われることがないように、利益較量を指導するルールが必要であるということになろう。このようなルールによって利益較量の枠付けがされ、客観性が確保できることになる。そして、これらのルールこそが、前述した「明白かつ現在の危険」の原則、「不明確のゆえに無効」の原則、「LRA」の原則などの厳格な基準である」（千葉・前掲判解（註12）233頁。千葉ほか・前掲座談会（註２）100頁［千葉］、上田健介「事実をみつめて――千葉勝美」渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社・2017年）367-370頁も参照）とする。この立場からは、猿払基準は、「立法裁量を広く認める場合でも狭く認める場合でも、使えるもの」であり、「判断基準としてはいささか融通無碍なところがある」と批判される（千葉・前掲インタビュー（註１）11頁［千葉］）。猿払基準「のような利益衡量の仕方は、その後、昭和50年代から今日まで積み上げられてきたように、……各法的利益の性質を見極めながら、それらに相応しい様々な判断基準・判断指標……により利益衡量を行うという判断の手法とは全く異なるもの」（同13頁）とされる。このような立場は、比較衡量を違憲審査基準で枠づけるという思考と一定の親和性を有するものと解することも可能であろう。そうした判例の理解と、「得られる利益と失われる利益の衡量を方向づける基準を設定し、その基準をパスすれば、得られる利益の方が大きいとみなそう」（高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリ1363号（2008年）69頁）という考え方、ないし、「規制される人権価値の重要度に応じて三つの審査基準を設定し、それぞれの基準をパスすれば利益の均衡は保たれているというフィクションを採用し、それにより審査にある程度の客観性を与えようとするアプローチ」（同・前掲論文（註49）170頁）との異同については、ここでは立ち入らない。赤坂・前掲論文（註21）20頁参照。

る個別の国家行為の憲法適合性を審査する場面」を比べると、「衡量される利益の抽象度」に違いがあることが指摘される。後者の場面では、「いわゆる司法事実に即して衡量が行われるため、考慮される利益は具体的」となる[51]。

学説が、比較衡量について、「個々の事件における具体的状況を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導き出そうとする方法であるから、優れた一面を有している」ことを認めながら、「比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」ことを懸念して目的手段審査の導入を主張するのは、一般的・抽象的な規定が問題となる法律の違憲審査の場面を念頭に置いて、「小さな私益対重要な公益という対置構図が形成」[52]されることを避けようとしているからではなかろうか[53]。

これまでに〈「よど号」型衡量〉を用いた判例およびその流れを汲むと解される判例を瞥見するならば[54]、成田新法判決の直後に猿払判決と

---

[51] 渡辺・前掲論文（註25）21頁。後者の場面では、「衡量する諸法益が法令の違憲審査の場面より具体的であるため、衡量を準則化する試みも考えられやすいという事情がある」（同35頁）。それゆえ、「行政処分は、法令を事実に媒介するものであるためその分司法事実に接近しており、……このような処分の審査に無理やり目的手段の思考枠組をねじこむのはいかがなものであろうか」（駒村・前掲書（註42）35頁）とされる。

[52] 川岸・前掲論文（註24）92頁。

[53] 宍戸・前掲論文（註18）106頁・108頁は、昭和40年代以降、比較衡量を「基本的な枠組として採用」した最高裁も、「比較の準則が明確でなく、人権と公益の比較較量に当たっては公益が優先される可能性が強いという批判」に対して、「「目的手段審査」を、憲法上の正当化判断における二次的な枠組として構築することで、対応を図ってきた」とする。なお、「その代表例」（同108頁）として猿払判決を挙げることには議論があろうが、最高裁は「猿払事件判決の判断枠組から自覚的に離れ」（同113頁）たとされている。猿払判決の「目的・手段における必要かつ合理性の原則」については、比較衡量が恣意的にならないようにするための「厳格な基準に含ませたくない」（千葉・前掲インタビュー（註1）17頁［千葉］）とされるものである。

[54] 事案・判旨や学説による検討等についての詳細な考察に基づくものではな

「よど号」判決を並べて引用した③家永教科書検定第１次訴訟判決とそれを参照した④家永教科書検定第３次訴訟判決は過渡期のものとして措くことにすると[55]、まず、⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決は、㈠法律の合憲性が問題となる場面ではないため目的手段審査は行われず、成田新法判決[56]、⑪府中市議会議員政治倫理条例事件判決[57]、⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決、⑥葛飾マンション政党ビラ投函事件判決は、㈡付随的規制の場面に分類され、目的手段審査は適さないため、自由権の制限が問題となっている場合の基本に戻って〈「よど号」型衡量〉が行われたものと解される。⑫大阪市ヘイトスピーチ対処条例事件判決[58]

い。また、最高裁が〈「よど号」型衡量〉をどのように用いているかについての関心によるものであって、最高裁による事案の扱いへの疑問・批判については別途の検討を要する。

[55] 千葉・前掲インタビュー（註１）も千葉ほか・前掲座談会（註２）も、猿払判決と「よど号」判決に言及する広島市暴走族追放条例事件判決に関しては饒舌であるが、③判決と④判決には言及がない。

[56]「本法の規制は、建築物その他の工作物を所有者・管理者・占有者自身が一定目的で使用することを行政行為によって禁止する手法をとるので、直接的には財産権の行使の制限が、そして間接的にはその行使の一形態である屋内の私的場所での集会および居住の事前的禁止が問題となる」（渋谷・前掲論文（註35）109頁）。そこで、「私有の建物での集会を禁止するものであるが、……命令を発しうる要件の一つとして規定された「多数の暴力主義的破壊活動者の集会の用」に供しまたは供するおそれがあると認めて発した命令であることを考えると、規制目的は破壊活動という「行為」の予防であり、集会の目的（表現）に向けられているのではないと捉えるべきであろう。それが正しいとすれば、集会の自由の付随的規制ということになる」（高橋和之『人権研究Ⅰ表現の自由』（有斐閣・2022年）169頁）とされる。

[57] ⑪判決についての匿名コメント（判時2231号（2014年）10頁）は、「本件規定による二親等規制は、議員活動の自由を直接制約するものではなく」、⑪判決は「総合的・相関的に衡量して判断する立場に立つもの」とする。「相関的・総合的な比較衡量」については、⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決の調査官解説が「間接的な制約の態様等との相関関係における総合的な較量によって判断」するものと説明していた（岩井＝菊池・前掲判解（註９）479-480頁）。

[58] ⑫判決については、「表現の自由の制限の合憲性を比較較量論により判断するという判例の傾向に沿って、目的・手段審査により本件各規定が憲法21条１

と⑬金沢市庁舎前広場事件判決[59]も、ここに分類されると説明できるかもしれない。

「よど号」判決、⑧堀越事件判決、⑨世田谷事件判決は、かつて特別権力関係と呼ばれた問題について学説がいわゆる憲法秩序構成要素説を唱えてきた領域に属する。刑事施設や公務員についての基本法制が、憲法によって特別の法律関係の存在とその自律性を憲法秩序の構成要素と

項に反しないものとした」（宍戸常寿「ヘイトスピーチ対処条例と憲法21条」別ジュリ『地方自治判例百選〈第５版〉』（2023年）45頁）とする見解もある。しかし、㋐成田新法判決が付随的規制とみられること、㋑「たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」とする⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決に示された最高裁のスタンス、㋒本件条例が「憲法上の表現の自由との関係を考慮し、単なる批判や非難を上記措置等の対象外」とする考え方に基づいて制定され、条例の「適用に当たっては、表現の自由その他の憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない旨を規定している（11条）ことに照らせば、本件条例は、表現の自由の保障に配慮しつつ、上記のような人種又は民族に係る特定の属性を理由とする過激で悪質性の高い差別的言動の抑止を図ることをその趣旨とするもの」と解されていること等が指摘されうるであろう。「一般論としては厚く保護されるべき政治的表現にあたる」とされる問題であっても、⑫判決が「制限対象の性質の一般論的評価だけではなく、大阪市内において「実際に……過激で悪質性の高い差別的言動を伴う街宣活動等が頻繁に行われていたこと」も勘案していることにも注目」して、「その地域で攻撃対象とされた住民が強い脅威を感じるといった被害を実際に受けている」ことを勘案するならば（毛利透「大阪市ヘイトスピーチ対処条例の合憲性」新・判例解説 Watch 31号（2022年）25頁）、ヘイトスピーチ規制一般の問題は別として、本件条例による規制に関しては、上記㋐～㋒を考慮して〈「よど号」型衡量〉を行う余地も認められるのではなかろうか。⑫判決は、〈「よど号」型衡量〉の３要素に沿って衡量を行っており、そこで規制によって得られる利益の内容を説明するために、条例の規定の目的に言及しているものと解される。

[59] そのこと自体の是非は措くとして、最高裁は、「市長の庁舎管理権に基づき制定され」、「庁舎等の管理に関し必要な事項を定めることにより、庁舎等の保全及び秩序の維持を図り、もって公務の円滑な遂行に資することをその目的とする」規則を、市庁舎前広場における集会に係る行為に対して適用することが集会の自由を侵害しないかを〈「よど号」型衡量〉によって判断したものとみることができよう。

して認められていることに立脚するものであるならば[60]、その立法目的の合憲性を問うても審査は空回りすることになりそうである。この事情は、問題領域は異なるけれども、(B)社会権を具体化する法律の合憲性が問題となる場面で生じる筋合いと類似する。「よど号」判決が監獄法の合憲性をめぐって目的手段審査ではなく〈「よど号」型衡量〉を行ったことについて、説明を考えるならば、そのようになるのではなかろうか。〈「よど号」型衡量〉は、司法事実に基づいて規制手段も含めて衡量するものであり、裁判所が踏み込んだ手段審査を行う枠組みとなる可能性がある[61]。

経済的自由に対する規制立法については目的手段審査が行われてきたこと、併せて、法律による区別の憲法14条違反が問題になる場面でも二段構えの審査（目的手段審査）が行われていることと照らし合わせると、表現の自由に関しては、それを直接的に規制する法律が問題となった（と最高裁が解する）事案がなかったために、目的手段審査が行われる機会がなく、〈「よど号」型衡量〉の判例が目立つ結果となっているのではなかろうか。

もちろん、表現の自由を直接的に規制する法律の合憲性が問題となっても、最高裁は〈「よど号」型衡量〉を行うかもしれない。また、本来（学説の見地から）は、表現の自由の直接的制約が問題となっているはずなのに、最高裁が〈「よど号」型衡量〉で処理していると疑われることもあるかもしれない。

それでも、憲法13条が保障する「自己の意思に反して身体への侵襲を

---

[60] 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）111頁参照。なお、「基本的な制度構築法令の場合、多方面の利害、諸要因に目配りしつつ定立されるであろうから、単発の特別法のように、１つの主要目的（規制により得られる利益）とその実現手段（がもたらす憲法上の権利に対するダメージの大きさ）というシンプルな２項図式に乗せにくいという事情もあるのかもしれない」（大石・前掲論文（註43）131-132頁）と指摘する見解もある。

[61] 「よど号」判決が〈「よど号」型衡量〉に「未決勾留の性格を掛け合わせて」導いた「相当の蓋然性」の基準は、的確に運用すれば、実質的にはLRA基準と「同趣旨」との評価がなされるのも、「理由のないことではない」（宍戸・前掲論文（註15）83頁、芦部・前掲書（註３）276頁参照）。

受けない自由」をめぐって、⑭性同一性障害特例法決定は、当該規定が「性同一性障害を有する者一般」に対して「手術を受けることを直接的に強制するものではない」として〈「よど号」型衡量〉を行ったのに対して、旧優生保護法違憲判決（最大判令６・７・３民集78巻３号382頁）は、「直接的な制約」と解して、目的手段審査において「最高裁が初めて立法目的の正当性を否定して法律の規定を違憲だと判断した」のであるとすれば[62]、最高裁の違憲審査における目的手段審査と〈「よど号」型衡量〉の使い分けはなお存在していると解する余地があろう。

5　さらば、「出会い系」解説

説明が難しいのは、⑩出会い系サイト規制法判決（最判平26・１・16刑集68巻１号１頁）である。⑩判決は、「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」が規定する事業の届出制度が憲法21条に違反するとの主張に対して、「本法は、インターネット異性紹介事業の利用に起因する児童買春その他の犯罪から児童（18歳に満たない者）を保護し、もって児童の健全な育成に資することを目的としているところ（１条、２条１号）、思慮分別が一般に未熟である児童をこのような犯罪から保護し、その健全な育成を図ることは、社会にとって重要な利益であり、本法の目的は、もとより正当」であり、本件届出制度は「正当な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的」であるとして、合憲と判断したのである。その際に、「よど号」判決と成田新法判決も引用されている。しかし、〈「よど号」型衡量〉には明示の言及がない。

〈「よど号」型衡量〉に言及がないことから、「情報流通過程の意義に

[62] 中山茂樹「旧優生保護法違憲判決」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第８版〉』（2025年）49頁。「最高裁は、多くの裁判例において、目的・手段の審査手法を採用しているが、採用していない裁判例も相当数あり、目的・手段の審査手法が判例となっているとまでは言えない」（泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路――実務と学知のあいだ』（弘文堂・2019年）347頁）との評価には疑問がある。

言及」[63]した判例として札幌税関検査事件判決とともに「よど号」判決と成田新法判決を引用したと解したうえで、簡略で緩やかながら目的手段審査をしたと解することもできるかもしれない。他方、「表現の自由の制約は直接的なものではない」[64]とみるなら、明示してはいないけれども「利益較量の判断手法」を採り、規制によって得られる利益を説明するにあたって、法律の規定する目的（保護法益）を援用して説明したと解することになろうか。

簡潔な説示にとどまる判決に比して詳悉な⑩判決の調査官解説は、「合憲性判断の枠組み等」との標題で、「よど号」判決と成田新法判決を挙げて、「この利益較量の判断手法は、その後の最高裁判例においても、これを明示するか否かは別にして、合憲性判断の基本的な枠組みとして踏襲されてきて」いるとし、さらに、「国公法２事件判決」の千葉勝美補足意見を詳細に引用したうえで、「本判決も、このような利益較量の判断手法を合憲性判断の枠組みとして採用」したものと説明している。

しかし、調査官解説が「表現の自由や集会の自由を規制する法律や条例の合憲性に関する近時の小法廷判例」として挙げるのは、①泉佐野市民会館事件判決（最判平７・３・７民集49巻３号687頁）、②ストーカー規制法事件判決（最判平15･12･11刑集57巻11号1147頁）、③広島市暴走族追放条例事件判決（最判平19･９･18刑集61巻６号601頁）、④福島県青少年健全育成条例事件判決（最判平21･３･９刑集63巻３号27頁）である。いずれも〈「よど号」型衡量〉を明示して判断したものではなく、②判決と④判決では、引用判例のなかに「よど号」判決も成田新法判決も含まれていない。

㋐法律による直接的な規律が問題である場合には、規制によって得られる利益は、法律が規定する一般的・抽象的な公共の利益となりがちである一方、規制によって失われる利益が当事者の個別的なものである場合には、的確な衡量が期待できない可能性が高い。そこで、目的手段審

---

[63] 尾形健「出会い系サイト規制法の合憲性」法教413号（2015年）別冊付録〔判セレ2014［I］〕９頁。

[64] 曽我部真裕「「出会い系サイト規制法」上の届出制度の合憲性」ジュリ臨増『平成26年度重要判例解説』（2015年）19頁。

査を導入して、規制によって得られる利益＝立法目的について、その合理性を厳しく審査することが適切であると考えられる[65]。それに対して、㋑当該法律が憲法の要請に立脚している場合には、立法目的の審査は空回りしかねない。また、表現の自由の付随的規制の場合には、当該法律の立法目的を審査しても、表現の自由の規制の合憲性の判断には結びつかず、司法事実に基づく具体的な衡量による判断が求められるであろう[66]。

学説は、従来、最高裁はあらゆる人権の規制について合憲性を比較衡量によって判断していると捉え、その比較衡量の態様を分類することもなく、「総合衡量」として包括的に批判してきたのではないかと懸念される[67]。また、審査基準論は、自らの目的手段審査の適用範囲を再検討

---

[65] 調査官解説においても、制限によって得られる利益と失われる利益は、「一方が国家ないし社会の利益、一方が個人の利益」であるなど、「その性質が異なったり、常に一方が他方より優先するというものではなかったりするため、単純に較量することが困難な場合がある」から、比較衡量の「枠付けとして、学説のいう審査基準論が機能し得る」との指摘（岩﨑邦生・最判解刑事篇平成24年度494-495頁・496-497頁註５）がみられる。

[66] 「法令審査で用いられてきた目的・手段の２段構えの審査と、処分審査において用いられてきた個別的衡量」を対比すれば、「両者とも政府利益の重要性と憲法上の権利に対してもたらされるダメージの大きさとの間の衡量の手法という点で変わりはない」けれども、「両者の間には、やはり無視できない違いがある」とされ、「個別的衡量は、あくまで司法事実に照らした価値判断である」ことが指摘される。それに対して、目的手段審査における「目的とは、法令審査レベルであるがゆえの「一般的・抽象的」なもの」であり、また、「立法事実を念頭に置く手段審査……には、処分審査において重視されるべき司法事実を受け止めるための受容体は無い」とされる。それゆえ、「処分審査の事例において憲法上の権利の一層の実効的救済を目指す場合に有望なのは、それを目的・手段の２段構えの型に無理やり押し込もうとすることではなく……個別的衡量の中身の、司法事実に照らした詳細化・具体化ではないか」と論じられるのである（大石・前掲論文（註43）139-141頁）。

[67] 文脈はやや異なるが、調査官解説において、「利益較量の「方法」に関する最高裁の判例のタイプの違い」について、「一部の学説が指摘するように、単なるアドホックな判断の集積ととらえるべきではなく、そこには統一的な思考体系が存在しているとみるべき」（岩﨑・前掲判解（註65）495頁）との指摘がな

する必要に迫られていると解される。「比例原則」をめぐる議論も多様化しているようにみえる。⑩判決とその調査官解説は、そうした学理の荒径にさしかかっているのかもしれない。

＊引用に際して、原典に付された圏点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

されている。