

第一部 総論

一、国民主権

第1問

次のような法律案は合憲か

「国会は法律案を①**国民投票**に付すことができ、法律案に賛成の票が過半数ある場合に②法律として可決されたことになる」
(過去問改題)

①国民投票に付す→直接民主制的制度

②立法の過程に国民を関わらせる→唯一の立法機関性に反しないのか(41条)

*立法過程の問題だから、国会単独立法の問題といえるがあまり重要ではない。

①の問題であることが分かって23点

②の条文に気づいて24点

①の内容が書けて25点

解答例

一、本問立法は、国民に法案の可決権を与えるものであるから、国会を唯一の立法機関とする 41 条に反する可能性がある。

ここに 41 条の趣旨は、国民代表機関たる国会に立法権を独占させることで、もって人権保障を貫徹しようとした点にある。

● 41 条の趣旨

とすると、国民に権限を委譲する本問立法は、上記 41 条の趣旨に反しないかに見える。

二、1、しかし、権力は代表者が行使し、唯一の立法機関は国会とされている(前文1段、41条)。一方で、本問立法は直接民主制的な制度である。

そこで、憲法が国政レベルにおいて、直接民主制的な制度を創設することを許容しているか。国民主権(前文1段・1条)の内容が問題となる。

2、国民主権という場合の主権とは、国政の最終決定権のことであるが、もともと主権とは憲法制定時には制憲権、すなわち権力的契機として現れ

【論点】国民主権の意味

た。しかし、制憲権は憲法制定後、憲法典の中に憲法改正権として制度化された。

結果として、権力的契機は国家の権力行使を正当づける究極的な権威が国民に存するという正当性の契機に転化されたとみうる。

実質的にいっても、国民の国家レベルでの政治的判断能力には疑義があるし、国民全体による実質的討論を確保することはほぼ不可能である。

したがって、現行憲法における国民主権とは原則として正当性の契機を指し、権力的契機の現れとしての制度は例外として認められるに過ぎないと解する。少なくとも、憲法の明文上の根拠もなく、直接民主制的制度を法律で制定することは許されない。

三、以上から、本問立法は違憲である。

以上

第2問

①法治主義と②法の支配の関係を説明した上で、③日本国憲法はいずれの立場を採っているかについて説明せよ。

①②法治主義は法が国家権力を拘束するという考え方

法の支配は、正義の法が、法律すら拘束するとの考え方である。

法の支配の法を憲法だと考えれば、憲法に反する一切の国家行為が無効になることも理解しやすいかも知れません。

ただ、この法の支配について直接出題されることはほとんどないでしょう。特別権力関係を否定するぐらいしか、使い道はないと思います。

③現れは3つぐらい覚えておけばいいと思います。

①②それぞれの単語の意味がある程度とらえられていたら23点

違いについてある程度書けたら24点

法の支配が議員の立法まで拘束する概念であることを捉える

③この点について3つ以上例が挙げることができれば+1点

解答例

一、法の支配と法治主義の関係

法の支配とは、すべての権力を正義の法によって拘束することで、国民の権利・義務を保障することを目的とする原理である。

●法の支配の定義

それに対して、法治主義は行政権の行使を法律の範囲内に制約することによって、国民の権利・自由を守るための原理である。

●法治主義の定義

ただ、法治主義は法の内容を問題としないから、法治主義には法によりさえすれば国民の権利・自由を制約できるというように形式化するおそれがある。

●法治主義の問題点と法の支配の特徴

そこで、法の支配は議会を含めた全ての国家権力を正義の法によって拘束することで、人権保障を徹底する点にその特徴があるといえる。

二、法の支配の原則の日本国憲法上の現れ

【論点】法の支配の憲法上の現れ

1、かかる法の支配の原則を日本国憲法もまた採用していると解される。

その現れとして、①法律によっても侵害できない人権（第3章、その他）、②憲法の最高法規性（第10章）がある。

法律が人権を侵害できないということは、法律が万能でなく他の規範の制約下にあることを示す。

次に、憲法が最高法規であるということは、まさに国会を含むすべての国家権力が特定の規範に拘束されることの現れである。

2、さらに、③司法権の独立、違憲審査制度（76条、81条）④適正手続の保障（31条等）もまた、法の支配の現れである。

憲法の規定を実現し、国家権力を正義の法によって拘束するには、国家行為の正当性をチェックし、不当な行為の違憲性を宣言する制度と機関が必要である。

また、手続の適正は、それによって権力の恣意的

行使を防ぐのみならず、法内容の適正も要求するものである。法内容の適正を要求するものとして、法の支配が現れた者といえる。

以 上

第 3 問

①自衛隊の基地付近の住民が、基地の廃止を求めるため、訴えを起こしたい。訴えを起こす根拠を②憲法前文に求めることができるか。

①自衛隊→戦力・武力

↓ とすると

平和主義に反する？

②前文→「全世界の国民が…平和のうちに生存する権利を有することを確認する」

①②平和主義の問題に気づき、平和的生存権の問題であることが分かれば 23 点

②前文の法的性質について裁判規範性の有無について論証ができれば＋1 点
法規範性についての論証が 1 点

解答例

一、1、自衛隊は相当な実力を持つ組織であり、戦争遂行能力も事実上備えている。一方で、前文は「平和のうちに生存する権利」の存在を明示しているから、かかる前文の文言を根拠に自衛隊基地の撤廃を求めることが可能であるかに見える。

しかし、前文違反を根拠とした訴え提起は認められるか。前文の裁判規範性の有無が問題となる。

二、1、前文は憲法の一部であるので、改正には憲法改正の手続を経なければならない。また、憲法の目的・原理を述べたものであるから、これに法的拘束力がないとは考えられない。

したがって、裁判規範性を認める前提としての、法規範性は認められると解する。

【論点】前文の法規範性

2、しかし、前文の内容は抽象的であるから、具体的な裁判における判断基準とするには無理がある。

また、憲法第3章に詳細な人権のカatalogがおかれているから、これをもって裁判規範とすればたりる。

したがって、前文の裁判規範性は否定すべきである。

【論点】前文の裁判規範性

三、以上から、前文を根拠として訴え提起をすることはできない。本件基地の廃止を求める訴えも、他の法的根拠によってなすほかない。

以上

第二部 基本的人権

第4問

①制度的保障の具体例を挙げ、②意味・③その採用の可否を説明せよ。

① 択一の知識

② ある制度を保護（又は禁止）することで間接的に人権を保障

例 検閲制度を禁止すれば、表現の自由を保障できる

③ 現代の人権は法によっても侵害できない

∴ 制度的保障の意味がない

判例は制度的保障を人権制約の根拠に使っている

基礎点を22点として

① 1点、② 1点、③ 不要性1点 有害性1点

解答例

一、制度的保障の意味と具体例

1、制度的保障とは一定の制度に特別の保護を

【論点】制度的保障の定義、趣旨、

与え、立法によって制度の核心を侵害できないとする理論である。その趣旨は、制度の保障によって間接的に人権の保障を強化する点にある。

具体例としては、20条の政教分離の原則、21条2項の検閲の禁止、23条の大学の自治、92条の地方自治制度など憲法上に多く見られる。

二、制度的保障の制度採用の可否

1、制度的保障の理論は、もともととは法治主義が妥当し、法律による人権侵害の危険があった時代のものである。すなわち、法によっても制度の核心を侵害できないという形で人権を擁護する点にその趣旨があった。

2、しかし、現代においては、法の支配が妥当し、法による人権侵害自体が許されないので、その存在意義は希薄である。

しかも、本理論は、制度の周辺部分に位置するとの理由で、逆に人権侵害の根拠に使用されるおそれがある。

3、したがって、制度的保障の理論の適用範囲は限定すべきである。具体的には、①制度の核心の内容が明確であり、②制度と人権との関係が密接であるとの要件を満たす場合に限ると解する。

以上

●具体例

●制度的保障の歴史的意義

●制度的保障の問題点

●採用の可否

第5問

Y製鉄①株式会社の取締役会は、国会における最多議席を誇るL政党に相当額の②政治献金をなす決定を行った。しかし、③同社の株主であり他のS政党を支持するAは、このような決定は株主の政治活動の自由を害するものとして、取締役会決議の無効を確認する訴えを起こした。

本事例に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

①株式会社の取締役会→会社の経営に関する重要事項を決定

②法人が特定の政党を支持することはできるか

→できるでしょうね（会社として、政策を支持する政党はいる）

∴ 政治活動の自由

③ a 株主→基本的には会社の経営権はない

株主・会社→私人→憲法問題になるのか？

＊基礎点 22 点

①法人の人権→1点

②政治活動の自由 1点

③ a この事実の評価は 25 点以上の条件

b 私人間効力 1点

解答例

一、1、本件事案における当事者はいずれも私人である。そこで、憲法の規定が私人間の法律関係にも適用できるかをまず検討しなければならない。

2、本来、憲法は公権力との間で国民の権利・自由を保護するために設けられた規範である。

しかし、資本主義の高度化に伴い、巨大な力を持った私的団体が社会に登場し、かかる社会的権力による人権侵害のおそれが高まった。

この状況を放置するならば、人権侵害を憲法が禁じた意味がなくなりかねない。何らかの形で私人間の法律問題にも人権規定を適用する必要があると考えられる。

確かに、人権は歴史的には対国家防御権であった。しかし、そのように限定する必然性は必ずしもなく、人権の価値は全法秩序の基本原則とみることができる。したがって、私人間の法律関係への人権規定の適用は理論的に不可能ではない。

ただ、憲法の規定を私人間の法律関係に直接適用するならば、権利を定めたはずの憲法が義務規定に変貌するおそれがある。しかも、国家による私人関係への不当な介入を招き、私的自治の原則に反するおそれがある。

そこで、民法 90 条・709 条等私法上の一般条項の解釈をする際に、憲法価値による意味充填解釈を通じて、事件解決を図るのが妥当であると解する。

二、さらに、本件事案では、会社とその構成メンバーとの両者の政治活動の自由が対立している。

そこで、Y 会社の政治活動の自由が憲法上認められるかに関して、法人は人権享有主体といえるかど

【論点】憲法の私人間効力

●原則の指摘

●無効力説の問題点

●私人間効を認める法的構成

●直接適用説への批判

●間接適用説

うかが問題となる。

法人は自然人ではないが、社会的実在であり、社会の重要な構成要素をなしている。ただし、選挙権のように性質上法人が享有しえない人権も存在する。

したがって、性質上可能な限り法人の人権を認めるのが妥当である。

【論点】法人の人権享有主体性

2、それでは法人に政治活動の自由は認められるか。

思うに、政治活動の自由は、表現の自由の自己統治の価値が端的に現れる重要な権利である。したがって、法人にも可及的に保障すべきである。

しかし、強大な経済力を持つ法人に全面的にかかる自由を認めるならば、自然人の参政権を不当に制約する結果になるおそれがある。

したがって、法人への政治活動の自由の保障の程度は、自然人に比較して制約され则认为るべきである。

三、以上をもって本件Aの主張の可否を判断する。

株主は会社の実質的所有者である。しかし、会社法上株主は会社の経営権は認められておらず、基本的事項の決定と、会社の取締役の一定の不当行為について、無効・差止の主張をなす権限が与えられているに過ぎない（商法 272 条等）。

その上で、会社が政策を支持する政党に対して、政治献金を行うことは、一般的には不当な行為とはいえない。株主個人の支持政党とは別に、会社の目的達成の観点から、支持すべき政党は存在するからである。

このような事情からすると、原則会社の政治献金について、自己の支持政党と異なるとの一事をもって株主が無効を主張することは認められないというべきである。株主の主張を認めるには、例えば献金の額が不相当に過大であるなどの特段の事情が必要であるというべきである。

本問では特段の事情は何も認められないから、Aの主張は認められない。

以 上

第 6 問

①強制加入の団体である K 労働組合が、L 政党に②政治献金を行うため、③寄付金を構成員から徴収し、応じない組合員には総会における議決権を一定期間剥奪するなど、一定の不利益を与える旨の決議を行った。

一方で、この④労働組合の委員である A は次の選挙において、S 政党から立候補することを計画していた。その計画を知った⑤当該労働組合では、A に対して、立候補を断念するように求め、それが聞き入れられないとなって、A に対して、委員会への出席停止などの制裁を加えた。

上記事案に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

- ①労働組合→憲法上労働基本権が保障→組合員への強力な統制権
- ②政治献金→組合の政治活動の自由は認められるか
- ③寄付金の徴収→例えば、労働組合の活動資金を寄付にまわすことに比べて構成員の権利侵害の度合いはどうか
- ④組合員の立候補の自由（憲法 15 条）
- ⑤立候補の断念→組合員への統制権の行使

＊

- ①この点の指摘が 1 点
- ②この点の指摘 1 点
- ③この点の指摘が 25 点以上になる条件
- ④⑤この点の指摘 1 点

解答例

一、前段について

1、本問では、労働組合が、組合員から政治献金にする目的の金銭を、制裁をもって強制的に徴収する決議をなしている。

かかる決議は組合員の政治活動の自由の一つである寄付の自由を害する可能性があり、無効ではないか。

2、労働組合には、憲法上労働基本権の一内容とし

て、団結権（28条）が認められている。その内容として、労働組合には構成員の統制権が認められる。

労働基本権は、弱者たる労働者に使用者との対等な交渉を可能にするための権利である。このような目的を達成するため、組合への加入強制が認められる。また、その内容たる組合の統制権は、通常の団体における統制権よりもより強力に憲法上保障されている。

【論点】労働基本権の内容

ただし、そのような強制加入の団体であることから、その構成員の権利は通常の団体に比較して、より厚く保護しなければならない場合もあるというべきである。

●強制加入の団体である点の評価

結局、労働組合の目的と労働組合の統制内容との関係、義務の内容、程度、制約される構成員の権利の性質など諸般の事情を基礎に比較衡量するしかない。

●基準

3、以上をもって、本問前段を検討する。

労働組合がその目的を達成するために、特定の政党を支持することは必要である。その意味で政治活動の自由は労働組合にも認めなければならず、そのような目的達成のため組合員を統制することは認められる。

しかし、献金行為を含む政治活動は、選挙権と密接に関連をする行為である。選挙権は民主政を支える重要な権利であるから、その行使の自由は強く保障されなければならない。その文脈から、献金の宛先もまた各個人が決定すべき事項であるというべきである。

しかし、本件決議は、献金の目的にしか利用しない金銭を、徴収に応じない組合員に不利益を課して強制的に徴収するものである。かかる権利侵害の内容・態様を共に考えあわせると、許されるものではない。

したがって、本問税理士会の決議は無効である。

二、後段について

1、後段事案では、団体の内部統制権と、構成員の立候補の自由が対立利益を構成している。

まず、内部統制権に強度の保障が与えられるべき

であることは既に述べたとおりである。

一方、立候補の自由は選挙権と表裏をなす権利であるから、15条によって保障される。かかる権利は民主政の過程を支える重要な権利であるから、その保障もまた最大限度なされねばならない。

2、そこで、両利益を比較衡量するに、立候補を思いとどまるよう勧告又は説得をなすに過ぎない場合は、正当な統制権行使といいうる。しかしその域を越え不利益処分を構成員に課すことは立候補の自由を過剰に侵害するものであり、許されないと考えるべきである。

以上より、制裁は違法であり、その決定は無効である。

以 上

【論点】立候補の自由
明文がない点に注意

・外国人の人権

第7問

①語学学校で教員をするため来日したイギリス国籍のAは、日本での在留期間中に②日本政府の政策に反対する集会やデモに参加した。Aは在留期間終了前に、在留期間の更新を法務大臣に申請したが、③法務大臣はこのような政治活動をなしたことを理由に在留期間の更新を認めなかった。

一方、④日本人と婚姻し、生活の本拠を日本におくアメリカ国籍のBは韓国に旅行する計画を立て、法務大臣に⑥再入国許可の申請をした。ところが、⑤Bが指紋押捺制度を、人間の品位を傷つける制度であるとして拒否をしていたことを理由に、これを⑥不許可とした。

それぞれの法務大臣の措置に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

(⑤なお、指紋押捺制度は、永住権ある外国人の一部には免除されている)

- ①一時滞在の外国人
- ②政治活動を行う→政治活動の自由
- ③政治活動をなしたことを理由に在留期間更新を拒否→在留の自由の制約
- ④日本人との婚姻→定住外国人
- ⑤指紋押捺制度→人を物のように管理する制度とも言える

⑥再入国の自由の制約

＊ 22 点が基礎点

- ①この点の事実の評価もできればするとよい
- ②この点の指摘 1 点
- ③この点の指摘 1 点
- ④この点の事実の評価は 25 点以上になるために必要
- ⑤この点の事実の評価は 25 点以上になるために必要
- ⑥この点の指摘 1 点

解答例

一、前段について

1、本件で権利侵害が問題となっている A は外国人である。そこで、外国人は人権を享有するか。第 3 章の表題が「国民の」権利及び義務とされていることから問題となる。

思うに、人権は前国家的性格を有するものであるから、原則外国人は人権を享有すると解すべきである。このように解すれば国際協調主義（98 条 2 項）にもそぐう。

しかし、例えば単なる外国人旅行者に国会議員の選挙権を与えるわけにはいかない。このようにひとくちに人権・外国人といっても様々である。したがって、外国人にいかなる程度人権が保障されるかについては、人権や外国人の性質などの事情を考慮して具体的に決すべきである。

2、次に本問事案では、A の在留期間更新申請が拒否されることによって、在留の自由が制約されている。そこで、外国人に在留の自由が認められるかが問題となる。

自国の安全と福祉に危害を及ぼすおそれがある外国人を立ち入らせない権利が国家にあることは国際慣習法上確立しているといつてよい。

したがって、入国の自由は外国人には認められていない。

その文脈からすれば、在留の自由も入国の自由

【論点】外国人の人権享有主体性
性質説によった

【論点】外国人の在留の自由

●入国の自由についての説明

●在留の自由を入国の自由と違って

同様認められないことになりそうである。

しかし、在留の自由は、既に一度入国を許可した後問題となる権利である。いったん国内への入国が認められた以上、性質上可能な限り人権保障は認めるべきである。

とすれば、その在留資格はみだりに奪われないものと解すべきである。その意味で、入国許可に比べ、法務大臣の在留許可についての裁量は広くは認められないというべきである。

3、以上をもって、本問を検討する。

本件では、在留不許可の理由が日本国内で政治活動を行ったこととされている。しかし、政治活動の自由は、性質上外国人にも保障される権利であると解される。

特に、その保障は国民に政策評価のための情報を与えるものであるから、一定の評価をなすことすらできる。国民主権（前段 1 段・1 条）の建前からして、外国人が政治的な意思形成に不当な影響を及ぼすことは許されないが、本件程度の政治活動については、そのようなおそれはほぼないといってよい。

にもかかわらず、政治活動を理由に在留機関の更新を認めないならば、萎縮的効果が生まれ、政治活動の自由を保障した意味がなくなる。

したがって、法務大臣の判断は違憲というべきである。

二、後段について、

1、後段は外国人 B が申請した再入国申請について不許可とされているから、外国人の再入国の自由を制約するものである。

そこで、外国人には再入国の自由が保障されるかをまず検討しなければならない。

この点、外国人に入国の自由は認められない以上、再入国の自由も同様であるかに見える。

しかし、再入国の自由をいかなる場合も、入国の自由と同一視するのは妥当ではない。単なる入国の場合と異なり、既にその外国人の性向、行状は把握されているといえる。

特に、在留地へ入国する者については在留の自

考える理由

●政治活動の自由の制約にもなっている点に配慮

●本質的理由

【論点】再入国の自由
外国人の海外旅行の自由

由同様の特別な配慮が必要である。すなわち定住外国人の再入国の自由については、日本国民に海外旅行の自由を認めるのと本質的に異なるものではない。

したがって、再入国の自由については、特に外国人の性質も考え、その権利性を把握するのが妥当である。

2、以上をもって、後段を検討する。

本件Bは結婚をして日本に住んでおり、その生活の本拠は日本にあるというえる。とすると、その再入国の自由はそれなりに強く保障しなければならない。

ここに、指紋押捺制度が人間の品位を傷つける制度であるという主張を否定することはできない。現に一部ながら永住権ある外国人には指紋押捺義務は免除されている。

Bはさらに進んで、指紋押捺義務に違反するという具体的行動を行っているが、これを取り締まるには他の適切な方図があるはずである。

少なくとも、再入国の自由を制約することによって、かかる目的を達成することは、生活の本拠を日本におく者の権利を不当に制約するものである。

したがって、後段における法務大臣の処分も違憲というべきである。

以 上

●あてはめ

方針を明らかにする。

●Bの行動の評価

主張

●義務違反の事実への評価

●結論

第8問

外国人に①社会権の保障をなすことはできるか。②参政権を認めることと比較しながら論ぜよ。

①②社会権と参政権→大きな違いは？

社会権 … 社会権を認めることに矛盾はない

参政権 … 「国民」主権の国民は日本国民である

→外国人に参政権を認めることは矛盾

＊基礎点 21 点

社会権を認めることができるかの論証 2 点

参政権を認めることができるかの論証 2 点

①②の違いを指摘するのが合格の条件（25 点以上）

解答例

一、本問の検討に先立って、まず、外国人に人権保障がなされるか。第 3 章の表題が「国民の」権利及び義務とされていることから問題となる。

思うに、人権は前国家的性格を有するものであるから、原則外国人は人権を享有すると解すべきである。このように解すれば国際協調主義（98 条 2 項）にもそぐう。

しかしひとくちに人権・外国人といっても様々である。したがって、外国人にどの程度の人権が保障されるかは、人権や外国人の性質などの事情を考慮して具体的に決すべきである。

二、それでは、社会権は性質上外国人に保障される権利か。

思うに、社会権は後国家的権利であり、一次的には、国籍を有する国に対して要求すべき権利である。したがって、外国人には原則社会権の保障は及ばない。

しかし、社会権は本国への保障要求が事実上困難な場合があるし、参政権のように原理的に認められないものでもない。したがって、法律によって外国人に社会権を保障するのは憲法の許容するところである。

加えて定住外国人の生活実態からすると、社会権について日本人と区別する必然性はない。また在日中国・韓国人等については歴史的経緯も考慮する必要がある。

したがって、定住外国人には、原則として日本国民と同程度に社会権を保障すべきである。

●外国人の社会権

●性質説を意識して論じること

三、これに比べ、参政権は性質上、当該国家の国民

●外国人の参政権

民にのみ認められる権利であるから、選挙権、被選挙権は外国人には原則認められない。

しかし、地方レベルにおいては別途の考慮を要する。

思うに、地方公共団体が扱うのは生活に密着した事項であるから、選挙権を認めたところで、国家レベルの政策決定への影響は少ない。

理論的にも、定住外国人は地方公共団体の「住民」(93条2項)とみることができる。とすれば、「住民」として定住外国人にも政治参加させるべきである。

したがって、このような場合には外国人にも選挙権を法律で付与することは可能である。

以上

国政レベルでは認められない

∴ 国民主権に反する

● 地方レベルでの参政権

● 実質的理由付け→許容性

● 形式的理由付け

第9問

① 18歳未満の**未成年者**が②**わいせつ表現・暴力表現**がされた書籍を閲覧することを禁ずる条例の合憲性について、③**未成年者に飲酒を禁ずる立法**と比較しながら説明せよ。

① 未成年者→未成年者であることを理由に特に制約を加える

② 特定の圖書の閲覧が制限される→知る権利の制限

③ 飲酒の自由→自己決定権の一内容

* 飲酒と閲覧→ 人格的生存・健全な成長に必要不可欠か

* 基礎点 21 点

① 未成年者の人権制約の可否 2 点

② この点の論証 1 点

③ この点の論証 1 点

比較をきちんと指摘して合格答案

解答例

一、 未成年者は「国民」(第3章)であるから、

【論点】 未成年者の人権

● 問題提起

当然人権は保障される。しかし現実には、選挙権・閲読の自由などにおいて、成年者とは異なる制約が加えられている。このような制約は許されるか。

思うに、人権は十分な判断能力を有する成熟した市民を想定して保障されたものである。もし、かかる判断能力を欠く者に同程度の人権を保障するならば、誤った人権行使によって心身への自己加害が行われ、回復不可能な損害を発生させるおそれがある。

このような害悪を回避するため、未成年者を成年者と異なった制約に服せしめることは必要である。

しかし、その制約の程度が目的達成のために必要最小限度のものであることを要するのは勿論である。以上から、未成年者への人権制約については、限定されたパターナリスティックな制約しか許されないというべきである。

具体的に、どの程度の制約が認められるかについては、制約される人権の性質、制約の程度、未成年者の成熟の度合い、制約される文脈などを総合判断して、合憲・違憲を決することになる。

二、1、それでは、暴力的・猥褻図書閲読の自由は未成年者に認められるか。

閲読の自由は知る権利として21条によって保障される。特に、自己の人格を形成し、次代の国民を育成するという点で、未成年者に知る権利を保障することは特に重要である。

しかし、このような図書が未成年者に対して、悪影響があることは社会共通の認識といってよい。しかも、暴力・わいせつ表現の閲読が人格的成長・形成においてそれほどの必要性・重要性が認められるわけでもない。

したがって、閲読の禁止は原則として認められると解する。

2、これを飲酒の自由への制約と比較する。

まず、飲酒は情報の受領とは異なり、人格的生存

人権保障される→特別な制約が可能かという点に注目

●制約の必要性

●結論

一般論として制約は肯定

●制約も無制限ではない

*パターナリスティック
＝「後見的な」で十分

●判断基準の定立

●閲読の自由の根拠、内容

に必要不可欠というほどの重要性はない。しかも、誤った酒類の摂取によって心身が回復不可能な程度に害される危険性は有害な図書が未成年者に害悪を与える危険性よりも格段に高い。

したがって、飲酒行為を未成年者に禁止することはいっそう合憲と認定しやすいというべきである。

以 上

第 10 問

①未成年者 A の通う②公立中学校は、③髪型について男子はスポーツ刈りかそれよりも短髪にすること、女子は 3 つ編みか肩にかからない程度の長さにすることと決められていた。

このような校則に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

①この問題では未成年者の人権を書くかどうかは少し迷うところ

→生徒の人権として構成する方が妥当かもしれない

②公立中→主体は公権力

③髪型の制約→不当かも知れないが違憲とまではいえない？

＊基礎点 22 点

①未成年者の人権 2 点

髪型の自由の評価 1 点

③髪型への制約→評価が非常に難しいが…合格答案の条件

解答例

一、未成年者は「国民」（第 3 章）であるから、当然人権は保障される。しかし現実には、選挙権・阅读の自由などにおいて、成年者とは異なる制約が加えられている。このような制約は許されるか。

思うに、人権は十分な判断能力を有する成熟した市民を想定して保障されたものである。もし、かかる判断能力を欠く者に同程度の人権を保障するならば、誤った人権行使によって自ら心身を加害し、回

●未成年者の人権については触れなくても結構

復不可能な損害を発生させるおそれがある。このような害悪を回避するため、未成年者を成年者と異なった制約に服せしめることは必要である。

しかし、その制約の程度が目的達成のために必要最小限度のものであることを要するのは勿論である。以上から、未成年者への人権制約については、限定されたパターナリスティックな制約しか許されないというべきである。

具体的に、どの程度の制約が認められるかについては、制約される人権の性質、制約の程度、未成年者の成熟の度合い、制約される文脈などを総合判断して、合憲・違憲を決することになる。

二、1、それでは、本件のように髪型を校則等で禁止することは許されるのか。

思うに髪型の自由は自己決定権の一部として憲法上保障するに値する利益である。

しかし、いかなる団体においても、秩序維持のため、管理権者による取り決めによって、団体内の行動についてある程度制約されることは当然である。
特に学内においては、生徒は学校の管理権者である校長および教師による教育目的達成のためにある程度の自由が制約されることはやむを得ない。

【論点】校内における生徒の人権が制約される根拠

このように、校内風紀の維持、教育上の配慮の点から、髪型の自由は絶対無制約ではない。とはいえ、その制約は必要最小限度のものであることが要求されるのはもちろんである。

具体的には、他の髪型を選択しえ、自由度もそれなりの程度は確保されていなければならないというべきである。またそのような髪型の制限と教育目的達成との間に合理的関連性が認められなければならない。

2、以上をもって、本問を検討すると、男性、女性共に指定により限定されていながらも、一応選択の幅は認められる。また、そのような髪型の制約の効果はいささか不明確であるが、それによって校内風紀の維持が容易になることは否定できない。

したがって、かかる定めは違憲とまではいえない。

＊本問校則は違憲にしてもよい。

第二章 基本的人権の限界

一、人権と公共の福祉

第 11 問

①人権制約の必要性と制約が可能かどうかの判断基準について、②憲法上の根拠を示しながら論ぜよ。

①人権の制約について、許される制約かそうでないかは憲法 1 問目の全問題でテーマになると言っても間違いない。

②憲法も法であり、我々が法解釈を行う以上、必ず法の条文を引き合いに出さなければならない。

＊基礎点 22 点

①必要性について 1 点

限界について 1 点

②憲法上の根拠の指摘 1 点

解答例

一、人権制約の必要性について

1、日本国憲法は、人権を侵すことのできない永久の権利としている（11 条・97 条）。

しかし、人権を行使する際、特に行為を伴う場合は、他の利益と衝突するおそれが常に存在する。したがって、人権は絶対無制約ではなく、そこには制約可能性が常に内在していると考えべきである。

「公共の福祉」（11 条、13 条、22 条、29 条）は、利益調整のための実質的な公平の原理であり、その意味において、人権の制約原理であるといえる。

しかも、現代社会においては、資本主義の高度化に伴い、社会的弱者が生まれることは避けられ

●人権制約の根拠

●利益調整の必要性
→内在的制約

●社会的・経済的弱者の保護
→外在的制約

ない状況になっている。かような社会的弱者に対して実質的な自由を確保するため、経済的な自由には特別な制約を加える必要がある。

したがって、公共の福祉の内容は、以上のような内在的制約、外在的制約の２種類からなると解する。

具体的には、11条、13条の公共の福祉は全ての人権についての総則といえるから、必要最小限度の規制のみを認める自由国家的な意味をさす。一方、22条1項、29条2項の公共の福祉は、かかる経済的自由権が外在的制約にまで服するという社会国家的な意味をさすといえることができる。

●結論

●条文ごとに「公共の福祉」の意味が異なる点の指摘

二、人権制約が可能か否かの判断基準について

1、人権は絶対不可侵であるから、制約が許されるとはいっても、目的を達成するため必要最小限度に止めなければならない。

そうとするならば、何をもって必要最小限度というのかを判断する必要がある、そのための基準が問題となる。

「公共の福祉」は憲法上の唯一の人権制約の根拠といえることができる。しかし、その内容は不明確であり、そのまま具体的な人権制約の根拠とすることはできない。さもないと、公共の福祉の一言で人権を制約することを許すことになりかねないからである。

そこで、その内容を合憲性判定基準となしうように具体化する必要がある。

●「公共の福祉」では判断基準にならない

2、かかる要請に応える理論が、二重の基準である。

これは、精神的自由権についての制約立法は、経済的自由権への制約立法よりも厳格な基準で合憲性を判断するという理論である。

思うに、精神的自由権は民主政の正常な運営の前提となる権利である。だから、いったん侵害されるならば、民主政の過程では回復不可能となりかねない。

しかも、裁判所は専門・技術的判断能力が十分

●二重の基準の内容・根拠

でなく、経済的自由権への制約立法についてよく判断できるものではない。

以上が、二重の基準の理論の根拠である。

以 上

二、特別な法律関係における人権の限界

第 12 問

①国家と特別な法律関係にある国民が一般国民に比べて強度の人権制約に服することは憲法上許されるか。②具体例を挙げながら説明せよ。

＊基礎点 21 点

①特別な法律関係の意味を説明した方がよい（1 点）

強度の人権制約の可否（2 点）

②具体例→公務員など（1 点）

解答例

一、1、特別の目的達成のため、本人の同意や、法律上の根拠の下で、国家と特別な法律関係にある者がいる。具体的には公務員や在監者である。

ここに、公務員の職務は国民の幸福・安全を守るという特殊なものである。また、在監関係においては刑事司法制度の目的達成の必要がある。

したがって、このように国家権力と特別な法律関係にあるものは、一般国民とは異なった特別な人権の制約に服さしめる必要がある。

●特別な制約の必要性

二、1、しかし、かかる特別な制約をなしうることの憲法上の根拠は何か。

2、この点は、かつては特別権力関係理論によって説明されていた。特別権力関係とは法律の規定・本人の同意によって、公権力と私人との間に成

【論点】特別な法律関係における人権制約

●特別権力関係理論

立する関係である。

この理論は、①公権力は法律の根拠なしに包括的にその私人を支配でき、②法律の根拠なくして人権を制限できる。そして、③特別権力関係内での公権力の行為は司法審査に服しないとするものである。

しかし、日本国憲法ではすべての公権力は正義の法によって拘束されとする法の支配の理念が採用され、人権を永久不可侵のものとする。かかる理論はこのような憲法の規定に明らかに反するものであり、採用できない。

しかも本理論は公務員・在監者など全く性質が違ふ法律関係を一括してとらえている。このような、態度自体が妥当性を欠く。

3、思うに、特別な法律関係における人権制約については、各法律関係の特殊性をふまえ、制約根拠・制約の程度を個別具体的に考えるのが妥当である。

たとえば、公務員については、憲法も 15 条、73 条 4 号などによって特別な公務員関係を予定していると解される。したがって、かかる関係の存立と自律性を確保するため必要な限度で公務員の人権を制約しうると解する。

なお、制約の程度は公務員の職種・制約される人権の性質など具体的事情を考慮に入れながら個別に判断すべきであると考ええる。

以 上

●理論の内容

●問題点

●議論が雑である点の指摘

●自分の立場

各法律関係ごとに個別具体的に考える

●憲法上の根拠を示す

第 13 問

①郵便局に勤務する A は、② N 政党を支持する目的をもって、同党公認候補者の③選挙用ポスター 6 枚を公営掲示板に掲示したほか、同ポスター合計約 184 枚の掲示を他に依頼して配布した行為について、④国家公務員法 102 条に違反するとして、国家公務員

法 110 条 1 項 19 号の罰則を適用され、⑤罰金の支払を命じられた。

なお④、国家公務員法 102 条は公務員の職種や政治活動の種類を区別しないで一律の政治活動を禁止している。

本件事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①郵便局員→公務員

②N 政党支持→政治活動

③選挙用ポスターの掲示

本問では結構大規模に行っているが、①と考えあわせてみる

④ものすごく包括的な規定

→本件 A を処罰するのはよいとしても、この法令自体の合憲性は相当問題がある

⑤罰則→強度の制約であることに注意

＊基礎点 22 点

①公務員の人権への特別の人権制約（1 点）

②政治活動の自由（1 点）

③④⑤

あてはめに使う（合格のための条件）

解答例

一、1、まず、本問事案において、A は公務員であることを理由に他の国民とは異なる特別の権利の制約がなされている。そこで、このような特別の人権制約は許されるのか。

2、思うに、公務員は国民の生命・安全を守り、福祉を担う特別な職務に服するものだから、その人権は特別な制約に服すると解さざるをえない。憲法も 15 条、73 条 4 号などによってかかる公務員関係を予定しているというべきである。したがって、かかる関係の存立と自律性を確保するのに必要な限りで公務員の人権を制約しうると解する。

なお、制約の程度は公務員の職種・制約される人権の性質など具体的事情を考慮に入れながら個別に判断すべきであると考ええる。

【論点】公務員の人権

二、1、本問 A がなした選挙用ポスターの掲示その他の行為は政治活動にあたる。そこで、政治活動の

【論点】公務員と政治活動の自由

自由（21条1項）は公務員に保障されるか。

確かに、行政の中立性を保つことは、公務員関係の自律性の確保のため必要である。したがって、公務員は、政治活動の自由については一般人とは異なる制約に服するといわざるをえない。

しかし、政治活動の自由は、表現の自由における自己統治の価値がまさに現れるところであるから、可及的に保障されなければならない。

したがって、その制約の程度は必要最小限度であることが必要であり、制約の合憲性は厳格に判断されることになる。

●特別な制約の必要性

●政治活動の自由の重要性

●精神的自由権

→厳格な判断基準で

3、以上をもって本問を判断する。

思うに、本件Aに適用された法令は公務員の職種、政治活動の種類のいずれも区別しないで一律全面的に公務員の政治活動を禁じている。

しかし、郵便局員は私企業の職員に比較し特別な職務についているものではない。また、本件政治活動の内容に、政治的偏向が見られるとしても、それをもって直ちに公務員の職務の公正について国民の信頼を失う性質の行動であるとは考えられない。

したがって、刑事罰を適用するのは行き過ぎである。このような適用ができる国家公務員法 110 条 1 項は、合理的な限定解釈ができないかぎり、違憲無効のそしりと免れないというべきである。

（この点、判例は、合理的関連性の基準を用い、当該立法の目的を行政の中立的運営とそれによる国民の信頼確保する点にあり、正当であるとした。さらに、勤務時間の内外、公務員の職種を区別せず一律禁止することも目的達成のための手段として合理的関連性があると判示した。

しかし、郵便局員が勤務時間外にポスターを貼ることで国民の信頼を失うとは考えにくいから、刑事罰を適用するのは行き過ぎである。

しかも、判例は、禁止によって得られる利益と失われる利益との均衡があるとしている。しかし、かかる利益衡量は一見公平であるかに見えつつ、衡量の前にその結果は見えているといえるものである。個人の人権保障の観点から、かかる利益衡量をなす

ことは憲法問題では許されるべきでない。)

以 上

() 内は書く必要はありません。

第 14 問

① **公務員の労働基本権**について、②一般国民と異なった特別の制約ができるかについて説明した上で、公務員の労働基本権の制約が問題となった判例について論評せよ。

＊参考 判例の推移

②判例 1 公共の福祉と「全体の奉仕者」(15 条 2 項)の概念を用いて、特別の人権制約を簡単に合憲とする

③判例 2 公務員にも一般の労働者と同様基本権が保障されるとし、制約は最小限度、必要やむをえない場合に限るべきと判示された。

④判例 3 二重の絞りによる合憲限定解釈を用い、法令の効力を救いながら、争議行為を行った者の人権を救う判断を示した

⑤判例 4

公務員の地位の特殊性と職務の公共性から公務員の人権は特別な制約に服するとした。一方、財政民主主義からして政府に対する争議行為は外的外れであるとした上で、公務員の争議行為に対する市場抑制力がなく、代償措置が講じられていることから、一律全面的禁止を合憲との結論を導いた。

①制約をする場合には、

必要性・憲法上の根拠・合憲性の判断の仕方について述べるのがお約束

②各判例とも簡単にコメントを加える

この判例の理由付けは抽象的で説得力がない

③公務員に労働者と同様の基本権が保障されると言い切ったのは画期的

④国民代表機関たる立法権を尊重しながら、事件の当事者を救うためにそのままでは違憲となる法令を限定解釈した。

⑤これまでのリベラルな判例に比べて非常に公務員の人権に冷たい。

理由の不当さを批判すればよい。

＊基礎点 20 点

①公務員の人権・労働基本権の説明 (1 点)

各判例の評価 1 点ずつ

解答例

一、公務員の労働基本権への制約について

1、公務員は国民の生命・安全を守り、福祉を担う特別な職務に服するものだから、その人権は特別な制約に服すると解さざるをえない。

憲法も 15 条、73 条 4 号などによってかかる公務員関係を予定しているというべきである。したがって、かかる関係の存立と自律性を確保するのに必要な限りで公務員の人権を制約しようと解する。

なお、制約の程度は公務員の職種・制約される人権の性質など具体的事情を考慮に入れながら個別的に判断すべきであると考える。

2、ここに、公務員が労働基本権（28 条）の行使によって怠業・罷業など労働争議行為が行えば、国民生活に支障が発生する可能性があることは疑いない。そのため、一定限度で労働基本権が制約されることはやむを得ない。

しかし、労働者の生きる権利であるから、その制約の程度は必要最小限度の制約に止まるべきである。

すなわち、その制約への合理性は厳格に判断すべきであると考える。具体的には目的の重要性を要求し、手段は L R A の基準で判断すべきである。その際には、公務員の種別、制約の程度など具体的事情を考慮して判断をなすべきである。

例えば、公務員の職種について、権力的なものがある一方で、郵便業など私人による職務と変わらないものがある。かような職務につく公務員について労働基本権を特別強度に制約する合理性は認められない。

にもかかわらず、現行の公務員法では争議権が一律に否定されているから、かかる立法は違憲の疑いが強いというべきである。

二、以上を踏まえて、判例を評価する。

1、まず判例 1 にいう公共の福祉と「全体の奉仕者」（15 条 2 項）の概念のみを用いた根拠付けはあまりに抽象的で、説得力がない。

2、しかし、判例 2 では一般の労働者と同様基本権

【論点】公務員の労働基本権

●判断基準の定立

●個別具体的判断

が保障されるとしている点、抽象的理由付けを放棄している点で、画期的なものと評価できる。

3、判例3の判決手法である合憲限定解釈は、法令の効力を救い、国民代表機関たる国会を尊重しながら、争議行為を行った者の救済を可能にするもので一定の評価ができる。

この点、合憲限定解釈は明確性の原則に反し、憲法違反のおそれがあるとの警戒もある。確かに法文から合理的に読みとれないような解釈は国民の予測可能性を奪うから、避けるべきである。しかし、前述のような解釈の意義を一切認めない解釈にもまた、賛成できない。

●合憲限定解釈への評価

4、判例4の問題点を指摘する。

①公務員の地位の特殊性と職務の公共性というような抽象的理由で公務員の人権制約を肯定することは許されない。

②また、財政民主主義からして政府に対する争議行為は的外れであるとの論法は本末転倒である。人権を守る手段にすぎない財政民主主義を人権制約の根拠に使っているからである。

③さらに、公務員の争議行為に対する市場抑制力がない点について、世論による抑制力が存在すると反対できる。

④しかも、代償措置とは制約できる際に始めて講じるものである。代償措置があるから制約できるのではない。

したがって、判例4の判断は失当であるといわざるをえない。

以 上

第 15 問

Aは公務執行妨害罪などの罪名で起訴され、①T拘置所に勾留、収容されていた。Aは同拘置所内で②Y新聞を定期購読していた。ところが、同拘置所長は、特定の記事を

「犯罪の手段、方法などを詳細に伝えたもの」として③抹消し、Aに配布した。

本問事案に含まれる憲法上の問題点について、Aが④喫煙を④全面禁止された場合と比較しながら論ぜよ。

①拘置所に勾留→在監者、未決勾留の者である点に注意
(未決勾留の者＝一般市民と同様の自由を認められるべき)

②新聞の定期購読→新聞閲読の自由

③抹消→新聞閲読の自由の侵害

④喫煙の自由の制約→しかも全面禁止は許されるのか
(前段との違いは、権利の性質、制約の度合い)

＊基礎点 20 点

①在監者の人権 (1 点)

②新聞閲読の自由への制約の可否 (1 点)

③あてはめ (1 点)

④喫煙の自由への制約・あてはめ (各 1 点)

解答例

一、まず、Aは在監者であることを理由として人権制約がされているが、このような特別な制約が許されるかが問題となる。

在監者については逃亡・罪証隠滅を防止し、受刑者の懲戒・再起更生などの在監目的を達成するため、特別な人権制約が必要である。

そして、18 条・31 条は在監関係という特別の関係の存在を予定している。したがって、在監関係の存立と自律性を確保するために必要な限度で、特別な制約をなすことは許されると解する。

もっとも、その制約が在監目的達成のため必要最小限度でなければならないのは勿論である。

【論点】在監者の人権

二、1、それでは、Aは新聞の閲読を制限されているが、かかる自由を特別に制限することは許されるか。

思うに、新聞閲読の自由は表現の自由 (21 条 1 項) の一環として保障され、自己実現・自己統治の価値が支える重要な権利である。

●表現の自由の重要性

ただ、かかる自由の行使によって外部情報が未決勾留された者に知らせることで、罪証隠滅防止など、勾留の目的に反するおそれがないわけではない。しかし、かかるおそれは希薄であり、自由を制約する合理性はあまりない。

そのため、かかる制約については裁判所の厳格な審査に服すると解される。

具体的には、新聞閱讀の自由は監獄内の秩序の維持にとって障害が生ずる相当の蓋然性がなければ制約できない。そして、そのような蓋然性の有無については裁判所が判断すべきである。

●判断基準

本問でいうならば、例えば、新聞が犯罪のための通信の手段とされているなどのそれなりの特段の事情がない限り、拘置所長の処分は違憲というべきである。

2、(1)次に、上記事案を喫煙の禁止と比較する。

喫煙行為は人格的生存に必要不可欠とはいえないから、その自由が権利として保障されているわけではない。その意味で、閱讀の自由同様の保障がなされるわけではない。

しかし、喫煙行為が当該人物の人格を形作っていることは否定できない。また、愛煙家にとって喫煙は精神の安定をもたらすものである。

●喫煙の自由を認める利益

(2)したがって、喫煙の自由は、権利に至らざる利益として憲法上一定の地位が与えられる。すなわち、喫煙行為に対して、いかなる制約をなすことも許されるのではない。具体的には憲法 13 条の自己決定権の一内容として保護されているというべきである。

但し制約の合憲性の判定基準は新聞閱讀の自由に対して緩やかなものになる。具体的には、目的の正当性と、手段と目的との合理的関連性をもって合憲としてよいというべきである。

●判断基準

(3)以上を踏まえて、在監者への喫煙の全面禁止の合憲性を判断すると、喫煙は証拠隠滅の手段と使われるおそれがあるし、火災発生による被拘禁者の逃走の危険も存する。

●あてはめ

このような具体的理由があるから、在監者の喫煙の自由を全面的に制約することは不当ではない。

この点、制約の必要性が少ないなど、権利の性質

上制約が、原則として許されない新聞読書の自由とは異なる結論になると解する。

以 上

三、私人間における人権の保障と限界

第 16 問

①業界最大手の自動車会社である A 会社は、②その年の就職活動の際、志願者に**学生運動歴を申告**させた。ところが、その年、内定を与えた志願者のうち、③**学生運動歴について虚偽の申告をなした X の存在が判明した**ので、④試用期間終了後、X に本採用拒否の意思表示を行った。

さらに、A 社では、⑤男子 60 歳、女子 55 歳の年齢別の定年制を設けていることを理由に、今年 55 歳を迎える Y に⑥**定年退職の勧告**を行った。

本問事案における憲法上の問題点を論ぜよ。

①通常の企業とは違う社会的実力を持った企業である

②就職活動において学生運動歴を申告させる

→学生としてはイヤだが、企業としては議論好きの学生は困る

③虚偽の申告→まあ学生としては仕方ないか？

④試用期間を終了してしまっている

→仕事に怠慢であるなどのよほどの理由がない限り本採用を拒否するのはどうか
学生は雇用してもらえていたのが突然就職できないことになる

ただ、企業には雇用の自由があるし…

(例 商店街の個人商店の親父が阪神ファン→巨人ファンの学生は雇わない)

⑤男女別定年制→不平等取扱だから、14 条の平等の意味を解釈

⑥定年退職→男女の不平等取扱

＊基礎点 21 点

①私人間効力 1 点

大企業であるという事実の評価 1 点

②思想信条の自由の問題 1 点

④雇用の自由 (合格答案の要件)

⑤⑥平等違反 1 点

解答例

一、1、まず、本問事案における当事者は会社と被用者であり、いずれも私人である。そこで、私人間の法律関係に憲法は適用されるかが問題となる。

2、憲法は公権力との間で国民の権利・自由を保護するために設けられた規範である。

しかし、資本主義の高度化に伴い、巨大な力を持った私的団体が社会に登場し、かかる社会的権力による人権侵害のおそれが高まった。

この状況を放置するならば、人権侵害を憲法が禁じた意味が無に帰するおそれがある。何らかの形で私人間の法律問題にも人権規定を適用する必要があると考えられる。

確かに、人権は歴史的には対国家防御権であった。しかし、そのように限定する必然性は必ずしもなく、人権の価値は全法秩序の基本原則とみることができる。したがって、私人間の法律関係への人権規定の適用は理論的に不可能ではない。

3、ただ、憲法の規定を私人間の法律関係に直接適用するならば、権利を定めたはずの憲法が義務規定に変貌するおそれがある。

しかも、国家による私人関係への不当な介入を招き、私的自治の原則に反するおそれがある。

そこで、民法 90 条・709 条等私法上の一般条項の解釈をする際に、憲法価値の意味を充填解釈を通じて、事件解決を図るのが妥当である。

二、1、次に、本問前段においてXは思想・信条の内容を了知しうる事実の申告を求められ、それが原因となり、本採用が拒否されている。

これは、Xの思想信条を制約する結果となるが、このように採用拒否につながるような上記事実の申告をさせること違法ではないのか。

2、この点、企業は雇用の自由があり、どんな思想・信条を持つ者を入社させるかを選択する権利がある。したがって、その手段として、思想・信条の申告を要求することは違法ではないとも考えられる。

確かに、思想・良心の違いを理由に雇用を拒否することも通常の企業ならば違法とはいえない。

しかし、本件A会社は巨大企業であると考えられ

●しばらく私人間効の効力について論じている。これは前に出てきたので、スキップしてよい。

●あてはめ
企業の雇用の自由の指摘

●一般論

●本問の特殊性

る。このような企業が思想・信条の告白を要求することの社会的影響は大きい。

しかも、その社の目的・業務の遂行が思想内容と深い関係があるわけではないとすれば、思想・信条の告白をさせることは不合理である。この点を看過して、通常の企業と同様に、雇用の自由を認めて結論を導くことは妥当ではない。

特に、本問では試用が既に行われており、当該学生が他の企業に就職活動をなすことが既に難しい状況になっていることも考慮すべきである。

3、したがって、本件採用拒否は例外的に違法行為を構成するというべきである。

三、1、対して、後段では男女別定年制を理由に、Yは定年退職の勧告を受けている。このような男女別定年制は、公序良俗（民法 90 条）に反し無効ではないか。

2、(1)まず、憲法の福祉国家の理念の観念からして、平等の内容は実質的なものをさすというべきである。その上で、14 条後段は、民主政治の下では不合理と思われる区別の理由を列挙したものである。

(2)とすると、そのような観点から、男女の身体差を考慮した合理的な区別は認められる。しかし、そのような差別には違法性の推定が働き、区別を主張する者がその合理性を証明しなければならない。

3、ここで本問事案を検討するに、女子に限りて仕事能力が早く衰えるなど、女子に限定した若年定年制を認めるための合理的理由は何もない。とすれば、かような制度は、性別に基づく理由のない差別にあたる。

したがって、かかる社内規定は公序良俗（民法 90 条）に反するものとして無効である。

以 上

●結論

【論点】14 条 1 項の「平等」の意味

【論点】後段列挙事由の意味

●判断基準の定立

●あてはめ

●私法規定をあえて書く必要はない。

*私人間効力→「公序良俗違反」「法律上の原因がないこと」などを憲法を使って理由づけるとのこと

第 17 問

① L 私立大学②学生である S は、③「政治活動を行ってはならない」との生活要録に反して政治的集会に参加したことを理由に、④自宅謹慎を命じられた。にもかかわらず、かかる大学の処分の不当性を訴え、⑤テレビで自己の主張を行ったため、大学側は当該学生を⑥退学処分にした。そこで、S は処分の無効を訴え、裁判所に⑦訴えを提起した。S の訴えは認められるか。

- ①②私立大学とその学生→私人間効力の問題
- ③まずは処分の根拠＝生活要録の無効性を検討すること
- ④いったんは自宅謹慎を命じている→いきなり退学にしたのではない
- ⑤テレビで自己の主張→大学としては相当迷惑
- ⑥退学→学生の人生に大きな影響があるのは間違いない
- ⑦一応訴えの利益が問題となるが（部分社会の法理）
退学処分にしていることから部分社会法理の適用はないといってよい。
部分社会の法理は、裁判所が判断しないという場合のみ書く。

＊基礎点 22 点

- ①②私人間効力 1 点
- ③生活要録の無効性の検討 1 点
- ④⑤あてはめで使うのが合格答案の要件
- ⑥この処分の無効性の検討 1 点
- ⑦無益的記載事項

解答例

一、本件では S 大学も学生 L も私人である。そこで、私人間の法律関係に憲法は適用されるかが問題となる。

●私人間効の論証

憲法は公権力との間で国民の権利・自由を保護するために設けられた規範である。

しかし、資本主義の高度化に伴い、巨大な力を持った私的団体が社会に登場し、かかる社会的権力による人権侵害のおそれが高まった。

この状況を放置するならば、人権侵害を憲法が禁じた意味がなくなりかねない。何らかの形で私人間の法律問題にも人権規定を適用する必要がある。

ると考えられる。

確かに、人権は歴史的には对国家防御権であった。しかし、そのように限定する必然性は必ずしもなく、人権の価値は全法秩序の基本原則とみることができる。したがって、私人間の法律関係への人権規定の適用は理論的に不可能ではない。

ただ、憲法の規定を私人間の法律関係に直接適用するならば、権利を定めたはずの憲法が義務規定に変貌するおそれがある。しかも、国家による私人関係への不当な介入を招き、私的自治の原則に反するおそれがある。そこで、民法 90 条・709 条等私法上の一般条項の解釈をする際に、憲法価値の意味を充填解釈を通じて、事件解決を図るのが妥当であると解する。

二、1、以上をふまえ、本問事案を検討する。

まず、政治行為を禁ずる生活要録自体は違法か。

思うに、私立大学には独自の建学、教育方針があるから、このような内容を生活要録に規定することは、不合理なものとはまではいえない。

しかも、学生は入学を自由な選択によって決定したのであるから、かかる拘束には同意しているものとの推定を及ぼすべきである。

2、一方、処分の違法性であるが、大学は教育機関であり、その処分が教育的な意味を持つものであれば、その内容の適否は大学側の広い裁量に任されるところと考えるべきである。

しかし、退学処分は教育の放棄を意味する上、学生の生活に重大な影響を及ぼすものであるから、その決定における学校側の裁量は広範に認めることはできない。

3、本件でいう、政治活動は教育関係を解消すべきほど重大な事項であるとは考えにくい。したがって、自宅謹慎はともかく、退学処分に付したことについては、大学側には教育的に反省を促す努力を怠っているとのうらみがある。

しかし、学生が大学の批判をテレビでなすことは、大学として事実上相当のダメージを被る可能性がある。この意味で、学生の行動は行き過ぎであったといわざるをえない。

●生活要録の適法性

●学生の承諾

●大学の裁量から処分の違法性

●退学処分の特殊性

●あてはめ

学生の謹慎中の態度、その他の事情を総合すると、大学側に裁量の逸脱があり、処分に違法性があるとまではいえない。

以 上

第3章 包括的基本権と法の下の平等

一、生命・自由・幸福追求権

1 幸福追求権の意義

第18問

A企業に勤めていた甲は①突然Aに解雇されたので、解雇の不当性を訴え、A企業と係争中であるが、仮処分によってその地位は保全されていた。その渦中で、②B区役所がAの委任を受けた弁護士による前科の照会に応じ、甲の前科及び*犯罪歴すべてについて回答を行った。弁護士を通じて甲の前科について知ったAは甲に当該事実を摘示し、あらためて解雇通告をなした。

他方③C雑誌社は、人気④芸人乙の前科に関する事実を同社発行の雑誌に掲載した。本問事例に含まれる⑤憲法第13条に関する問題点について論ぜよ。

①この事情は13条とは関係ない

②B区役所という公権力がプライバシー侵害

公権力は国民のプライバシーに関する情報を一手に握っている

③雑誌社→報道・出版の自由

④芸人の情報公開は、通常人の情報公開に比べて表現の自由が優先する→芸人は社会的影響力が大きいから

⑤13条→新しい人権を認める根拠条文

*すべて→この部分をあてはめで使ってください

*問題点2点

②⑤プライバシーの侵害

憲法上の根拠の指摘・合憲性判定基準（1点）

あてはめ 1点

③私人間効力の問題 1点

④あてはめで利用（1点）

解答例

一、1、まず、本問事案における甲・乙ともに前科という、個人情報のうちで最も他人に知られたくないものを公開されている。かかる処分の違法性を検討する。

まず、プライバシーの権利は憲法上保障されているか。明文なく問題となる。

【論点】 プライバシーの権利

憲法第3章に列挙された人権規定は、歴史的に侵害されることが多かった権利を列挙したにすぎない。およそ個人の尊厳を確保するに必要なならば、このような利益を新しい人権として保護すべきである。

【論点】 13条は新しい人権の根拠となるか

すなわち、憲法上保障される人権は明文にあるものに限定されるものではないと解する。ここに、13条は時代の変遷にしたがって新たな人権の保障が必要となった場合、その保障を予定した規定であるというべきである。

ただし、安易に新しい人権を認めるならば、人権がインフレ化するおそれがある。また、他者の人権を不当に制約する結果を招くことになりかねない。

そこで、新しい人権を認めることには慎重になるべきである。具体的には、人権と認めうるのは、個人の人格的生存に必要な利益であるものに限定されると解する。

2、ここにプライバシーの権利について検討をすると、私的領域を侵害されないことは平穏な生活をするためには欠かせない利益である。かかる権利の保障は人格的生存のために必要不可欠といえるから、プライバシーの権利は憲法上保障されているといえる。

●あてはめ

3、次にプライバシーの権利の内容が問題となる。

【論点】 プライバシー権の内容

思うに、高度に情報社会化が進行し、行政による個人情報集中管理されているという状況に鑑

みれば、その意味内容は、積極的なものと解することが必要である。

すなわち、プライバシーの権利は自己に関する情報をコントロールする権利として、請求権的側面を重視した内容とすることが妥当である。

二、1、ただし、プライバシーもその者の公的地位、公開される事情の如何によっては例外的に制約される場合がありうる。そこで、プライバシーの制約について合憲性判定基準が問題となる。

既に述べたように、プライバシーの自由は人格的生存の根源にかかわる権利であるから、最も厳格な審査基準を用いるべきである。具体的には、合憲というためには①必要不可欠な利益を確保する目的が必要であり、②手段はL R Aの基準をクリアーすることを要求すべきである。

2、以上をもって本問事案を検討する。

本件情報公開は、適正な裁判を行うためのものであり、その目的の必要不可欠性は肯定できる。

しかし、前科は人の重大な利益に関わる情報であるから、かかる情報がみだりに公開されないことはとくに厚い法的保護に値するというべきである。

その意味で、弁護士会の照会に対して、漫然と地方公共団体が情報提供に応じることは認められない。情報が裁判をなすにどうしても必要であり、その他の方法によるしかないという事情が必要であるが、そのような事情は本問では認められない。

したがって、本問情報開示は違憲である疑いが強い。

三、1、一方、Cは雑誌社であるから、報道・出版など表現の自由を有する。報道・出版は知的作業の所産であるばかりか、知る権利に資するものであるから、憲法上厚く保護されなければならない。

2、このように、プライバシーの権利が表現の自由の利益と衝突した場合、いずれの利益を優先すべきかが問題となる。

思うに、表現の自由は自己実現、自己統治の価

●プライバシー制約についての合憲性判定基準

●あてはめ

【論点】プライバシーと表現の自由

値が支える重要な権利である。一方プライバシーの権利も人格的生存には不可欠な人権であるから、その保障は最大限度与えなければならない。

このように両人権はいずれ劣らない重要な権利である。したがって、等価値的な比較衡量によって、いずれの人権が優先されるかを決しなければならない。

その際には、プライバシーが制約される者の身分、公開される情報の種類、公開されることの社会的必要性などの要素を総合して判断すべきである。

3、以上をもって本問を検討するに、乙は芸能人であり、社会に対してそれなりの影響力を有するから、その行状を知ることが国民の利益にあたるといえなくもない。

しかし、安易な情報の公開は、単に世人の乙への偏見を生み、その芸能活動に支障がきたされるおそれもある。したがって、単なる興味本位の情報の公開は、乙が芸能人であっても許されるものではないというべきである。

以上、C社の情報公開が不法行為（民法 709 条等）を構成する可能性はある。

以 上

二、法の下での平等

第 19 問

次の各事案において、①憲法上の問題点を論ぜよ。

- 1、②女子のみに再婚禁止期間を設ける立法
- 2、③非嫡出子の相続分を嫡出子の半分とする規定
- 3、④給与所得者には必要経費の実額控除を認めない立法
- 4、⑤尊属殺重罰規定

①憲法上の問題点

- ・問題となる事実・条文を挙げ、

- ・ 条文を解釈し
- ・ 合憲性判定基準をたて
- ・ あてはめというのがお約束パターン

②「女子」は後段列举事由である

再婚禁止期間とは、離婚後の再婚の際には…

③非嫡出子が社会的身分にあたるか

非嫡出子は嫡出子に劣るという偏見を助長するか

④租税立法→専門的・政策的判断が必要

⑤尊属か卑属か→社会的身分というべき

＊基礎点 21 点

②③④⑤各 1 点ずつ

解答例

一、1、本問事案はいずれも、平等権（14 条）違反が問題となる事案である。しかし、1～3 は立法であるから、14 条は法内容の平等を要求しているか。

2、思うに、不公平な法をいくら平等に適用しても、無意味である。したがって、14 条の平等は法内容の平等まで要求していると解すべきである。

【論点】14 条は立法者を拘束するか

それでは本件立法の合憲性を判断するため、「平等」（14 条 1 項）の意味を明らかにする必要がある。

【論点】「平等」の意味

思うに、事実上の差異を無視した形式的取扱いを行えば妥当な結論を導くことはできない。したがって、合理的区別は許容され则认为（相対的平等）。しかも、憲法は福祉国家の理念を謳っている（25 条等）。かかる理念達成のため、「平等」とは、実質的平等をさすと解するべきである。

3、さらに、1 について見ると、「性別」に着目して異なった取扱いがされている。そこで、14

【論点】後段列举事由の意味

条 1 項の後段列举事由の意味を明らかにする必要がある。

まず、平等的な取扱が要求されるのは列举事由に限られない。列举されずとも、平等な取扱が要求される場合がありうるからである。その意味で、かかる列举は例示と見るべきである。

しかし、列举事由を見る限り、民主国家においては、通常は区別をするのに理由がない事由といえる。したがって、後段列举事由による差別的立法については、違憲性の推定が働くというべきであり、単なる例示と解するべきではない。

二、以上をふまえて、14 条 1 項に反するか否かの合憲性判定基準を明らかにする。

まず、後段列举事由に基づく差別的取扱は、違憲性の推定が働き、厳格な基準で判断すべきである。

具体的には当該取扱が合憲といえるには、必要不可欠な利益を確保する目的があり、手段について L R A の基準を満たすことを合憲を主張する側が立証しなければならない。なお、L R A とはより制限的でない選びうる手段の基準をいう。

一方で、後段列举事由でない事由に基づく場合であるが、後段列举事由の内容を考慮すると、結局 14 条は民主主義的な合理性を満たさない取扱を禁じていると考える。

そこで、対象となる権利の性質の違いを考慮し、二重の基準の考え方を加味して、当該取扱の合理性を判断するのが妥当である。

【論点】平等権に関する合憲性判定基準

三、それでは、以上を踏まえて具体的な事例ごとに判断を行う。

1、女子のみに再婚禁止期間を設ける立法

本問立法は女性であることに着目して、男性と異なる制約を課しているから、「性別」による差別にあたる。したがって、本問制約立法には、厳格な基準を用いて合憲性を判断すべきである。

本問立法の目的は、父性推定の重複を防止する点にあり、目的の必要不可欠性は肯定しうる。

しかし、本問立法の規定する手段は、再婚禁止期間を6ヶ月とするものである。父性推定は、婚姻200日後、離婚後300日までに産まれた子に及ぶから、**再婚禁止期間は100日に設定すれば、その目的が達成できるはずである。**

にもかかわらず再婚禁止期間を6ヶ月も設ける本問立法は、手段の点において必要最小限度性を満たさず、不合理なものといわざるをえない。したがって、本問立法は違憲である。

2、(1)非嫡出子の相続分を嫡出子の半分とする規定

まず、非嫡出子たることは、「社会的身分」にあたるかが問題となる。

非嫡出子は一時的でなく占めている身分であるし、非嫡出子たる状態からの脱却は、準正の手続が必要である。これは子のみの意思ですることはできない。

したがって、非嫡出子たることは「社会的身分」にあたると解すべきである。

とすると、本問立法は社会的身分に着目して、不利益をその者に与えるものといえる。したがって、その合憲性は厳格な基準を用いて判断すべきである。具体的には、目的の必要不可欠性、手段と目的の実質的な合理的関連性の有無をもって判断すべきである。

(2)まず、本問立法の目的は法律婚制度の維持にあり、かかる利益は必要不可欠なものといってよい。

一方、本問立法は非嫡出子に対して不利益を与えることで、この目的を達成しようとしている。しかし、法律婚制度を維持するには、まず婚姻の当事者である親に対して何らかの不利益を与えるのが筋である。かかる手段は目的と実質的な関連性があるといえない。

非嫡出子は自らの生まれについて何の責任もないというべきであるから、これに不利益を与えることは不合理である。

したがって、本問立法は違憲である。

3、給与所得者には必要経費の実額控除を認めない立法

{(1)かかる立法は租税に関するものである。租税

* 200 日後→ 201 日目から父性推定が及ぶ

●社会的身分の意義と、それへのあてはめ

●あてはめ

●租税立法の特殊性

法の定立には優れて専門・技術的判断が必要とされるから、その内容は、立法府の広範な裁量に委ねられざるをえない。

したがって、本立法については、最も緩やかな基準で立法の合理性を判断するのが妥当である。具体的には目的が正当であり、手段が不合理なことが明白でない限り合憲とすべきである。

(2) 本問立法の目的を検討する。

本件立法の目的は、租税の効率的かつ公平な徴収を実現するものである。かかる目的は正当であるといえる。

また、給与所得者については必要経費の算定が困難である上に、多人数に上る。ここで、実額控除を実施するならば、税務執行に混乱をきたし、かえって租税負担の不公平をもたらすおそれがある。

とすれば、目的達成手段として、税額の計算において概算控除の制度を用いることが不合理であることが明白であるとはいえない。

したがって、本問立法は合憲である。

4、尊属殺重罰規定違憲判決

(1) 本件立法は、尊属・卑属という地位に着目して、それ以外の者と異なる取扱いをするものである。

卑属たる地位は一定の社会的評価を伴い、自己の努力では離れることができないものである。したがって、「社会的身分」にあたるといってよい。

そうすると、本問立法には違憲性の推定が働き、厳格な基準で判断することになる。具体的には目的が必要不可欠であり、より制限的でない他の選ぶ手段がないことが必要である。

(2) その上で本問立法を検討すると、その目的は尊属の尊重報恩にある。しかしかかる道徳概念を法で強制することが必要不可欠であるとは考えにくい。

しかも、手段としての刑罰が死刑か無期懲役しかないので、いかなる手段を用いても、被告人に執行猶予を認めることができない。かかる重い刑を正当化する根拠はなく、本問立法は著しく不合理なものという他はない。

したがって、本問立法は憲法 14 条 1 項に反し、違憲である。

第四章 精神的自由権

一、思想・良心の自由

第 20 問

次の各事案に含まれる、憲法 19 条に関する憲法上の問題点について論ぜよ。

1、A は① K 公立中学を卒業し、都立及び私立の高等学校複数校を受験したが、② ことごとく不合格になった。A の③ 内申書には、④ K 中全共闘を名乗り、M L 派の集会に参加したり、中学校の学園祭でビラまきを行ったりしたと記載されており、基本的な生活習慣・公共心等の項目に最低の C 評価がなされていたことが後日判明した。

2、一方、この事件に対して⑤ L 新聞社が報道したが、その中で、事実誤認のまま、A を不当に非難する記述が存在した。

A は L 社を相手取って訴えを提起し、⑥ 裁判所は L 社に謝罪広告を命じる判決をくだした。

① 内申書記載の主体

② ことごとく不合格→単に「A の成績が悪かったのでは？」と考えると憲法問題にならないので考えない（笑）

③ 内申書→この文書の性質をきちんと評価する

④ ちょっと危ない中学生だが、いかなる思想をもっているかをもって、高校は入学者の選抜を行ってはならない

＊でも、他人の迷惑を考えない行動をする人というだけで素行不良といえなくもないが…まあ、素行が悪い学生はたくさんいるから

⑤ 新聞社が主体だから私人間効力…と考えてはならない→新聞社が本問の被害者

⑥ 謝罪広告→沈黙の自由に関しないか

＊基礎点 21 点

③ 内申書という事実の評価 1 点

④ 思想良心の自由の問題 1 点

合憲性判定基準 1 点

⑥ 謝罪広告の合憲性 1 点

解答例

一、事案 1 について

1、(1) 本問では、内申書に M L 派の集会に参加しているなど、A の思想・信条が了知しうるような特定の事実が記載されている。このような記載は、A の思想・良心の自由（19 条）を不当に制約するものではないか。

その判断のため「思想・良心」の意味を明らかにする。

(2) 思うに、19 条は 20 条、23 条に対しての一般規定に位置づけられるものである。

とすると、「思想・良心」とは、学問・信仰に準じる、世界観、思想のようなある程度確固とした信条をさすと解する。

とすれば、本問における M L 派等の事情から了知される思想内容は政治的思想であるから、19 条にいう「思想・良心」にあたる。

(3) かかる思想・良心の自由は歴史的に制約される可能性が多い一方で、これを制約する必要性・合理性がない権利である。

したがって、思想・良心の自由は内心にとどまり限り絶対無制約である点に注意しなければならない。

2、(1) 以上をもって、本問事案を検討する。

内申書を作成する権利は、中学校の教育評価権の一内容として、中学校長および担当教師にある。しかし、その決定権は全くの自由裁量に服するのではない。内申書は入学選抜において参考にされるもので、公正さが強く要求される文書である。かかる内申書の性質・目的から必要と考えられる範囲で裁量は認められるに過ぎない。

(2) 本問では内申書に「M L 派の集会に参加している」「麴町中全共闘を名乗る」等の事実を記載したものである。上記記載は、当該学生 の思想・信条を推知するに十分な事実を記載するものである。

しかし、いかなる思想・良心の持ち主であるかについては、少なくとも 高校の入学選抜において問題にされるべき事情ではない。

となると、本事実 は入学許可を与えるか否かの判

【論点】 思想・良心の意味

● 思想・良心の意義

断に不当な影響を与える余事記載として、内申書への記載が許されない性質のものといわざるをえない。本件内申書の作成は 19 条に反し、違憲である。

二、事案 2 について

本問では、裁判所が L 社に謝罪広告を命じる判決を下している。かかる判決が、沈黙の自由を侵害するものとして違憲かどうかの検討をする。

思うに、内心の思想・良心の表白の強制が許されるならば、自由に思想・良心を形成できるものではない。したがって、沈黙の自由は 19 条によって保障されているというべきである。

そうすると、謝罪広告を命じることが思想・良心の自由を侵害するか。

思想・良心の内容を前述の通り信条をさすと考えた場合、場合によって謝罪広告の強制が違憲と評価される場合もありうる。しかし、単に事実の真相を告白し、陳謝の意を表するに止まるならば、謝罪広告も思想良心の保護の埒外というべきである。

したがって、上記事実が認められる限り、謝罪広告は合憲である。

以 上

【論点】沈黙の自由

二、信教の自由

2、信教の自由の内容と限界

第 21 問

高校生 A は①成績優秀であり、学校への出席状況も滞りなかった。しかし、A は②「格技を行ってはならない」との教義を持つ宗教の信者であったので、このような宗教上の理由から③ A は必修科目である剣道実技の受講を拒否したところ、高校側は④体育実技の単位を不認定とし、留年処分にした。翌年度も A は剣道実技を受講しようとしなかったため、規定に従い、高校は⑤ A を退学処分にすることを決定した。

A は自らの信教の自由を侵害するものであるとして、学校を相手取り、退学処分の取消を求める訴えを提起した。

当該事案に含まれる憲法上の問題点について、暴力的破壊活動を行った宗教団体への

法人としての解散命令と比較しながら論ぜよ。

- ①成績優秀・学校への出席状況も滞りない→ごくまじめな生徒
- ②格技を行ってはならない→ごく普通の教義
- ③剣道実技の受講を拒否→我々からすればちょっと極端に見えるが
宗教上の理由は絶対的であるのが普通 例 豚・牛を食べない
- ④単位不認定→これは仕方ないかも
- ⑤退学→ちょっと問題では？
教育的配慮が欠けてないか？

＊基礎点 22 点

②信教の自由の問題

権利の重要性・制約可能性・合憲性判定基準（3点）

③④⑤あてはめで使用（合格答案の要件）

解答例

一、1、本問事案は格技を行ってはならないとする教義にのっとり、格技を内容とする授業の受講拒否をした結果、単位不認定・退学とされたものである。

かかる授業の強制及びそれに伴う処分は、宗教的良心に反する行動をとることを強制するものである。そこで、かかる強制が信教の自由の保障（20条）に反しないのか。

2、(1) 信教の自由は、戦前において神道が国家的宗教とされ、軍国主義の精神的支柱となった裏で他の宗教は冷遇された歴史的経緯をふまえ、特に明文で保障された重要な権利である。

●信教の自由の重要性

(2) しかし、信教の自由も内心に止まらず外形的行為となって社会生活と関連を有する場合には一定の制約に服することを免れることはできない。

そこで、かかる信教の自由に対する制約立法の合

●合憲性判定基準

憲性判定基準が問題となる。
(3) 思うに、信教の自由は、上記の通り重要な権利であるから、その合憲性は厳格な基準で判断すべきである。すなわち目的が必要不可欠であり、他に選ぶより制限的でない手段が存在しないことが必

要と考えるべきである。

二、以上をもって本問を検討するに、剣道は高専教育において必須とはいえない。Aの普段の学習態度から察するに、剣道実技参加拒否は信仰の核心に関わる真摯なものということができる。

しかも、体育実技の種目は他に多数選ぶうるわけであり、代替措置を講じることは可能である。人権擁護のためにかかる措置を取る以上、本措置は政教分離に抵触するわけでもない。

退学処分が、学生に与える影響を考えると、かかる処分は社会通念上著しく妥当を欠くものであるといわざるをえない。本件高専の処分は違憲無効である。

三、1、上記事案を、暴力的破壊活動を行った宗教団体への解散命令と比較する。

解散命令が下されれば、宗教活動にそれなりの支障が生ずる。

しかし、本件解散命令は宗教的側面を対象とするものでなく、教団の社会活動の危険性に着目してなされたものである。したがって、処分は合理的なものというべきであり、宗教活動に生じる支障は事実上のものにすぎない。

この点、前段におけるAの態度が、特に他人の権利・自由を侵害するものではなく、教義に従うことに違法性がないことと異なる。

2、また、信者は宗教法人としての活動ができなくなるだけであり、宗教的活動を行うことが禁止されるわけでもない。

それに対して、退学処分となれば、当該高専における講義の受講は不可能となるなど、学習をする上での不利益は著しいものである。それだけに、信教の自由に与えるインパクトの度合いも大きい。

したがって、かかる解散命令は前段と異なり憲法に反するとはいえない。

以 上

3、政教分離の原則

第 22 問

T 市体育館の起工式が①神主主宰の下で神式に則り地鎮祭として挙行され、市は②神官への謝礼・供物代金などの費用 7663 円を公金より支出した。

また、本件体育館の建設予定地に、③戦没者遺族会所有の忠魂碑があったので、T 市は遺族会に④立ち退きを求め、遺族会が応じた見返りとして、⑤土地移転費用を負担し、代替地も用意した。

かかる各事案に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

- ①神主主宰の下で神式に則り→宗教的行事であることは間違いない
- ②公の財産の支出
- ③戦没者遺族会の忠魂碑→宗教団体・宗教施設か？
- ④立ち退き→公共の事業のための犠牲
- ⑤公の財産を支出しているが
犠牲への補償ではないか？

＊基礎点 21 点

- ①あてはめで利用（前段のあてはめ 1 点）
- ②政教分離の意義 1 点
分離違反判定基準 1 点
- ③④⑤あてはめで利用（後段のあてはめ 1 点）

解答例

一、1、(1) 本件両事案は地方公共団体が宗教と関わり合いを持った事例といえることができる。したがって、本件市の行為は政教分離原則に反する可能性がある。

ここに、政教分離（20 条 1 項後段、20 条 3 項、89 条）とは国家の宗教的中立性を保つため、国家と宗教を分離することを指す。

しかし、政教分離といえども、政治と宗教の関わり合いを一切排除するものではない。宗教法人への税制の優遇、宗教法人の経営する学校への助成金交付のいずれも許さないと結論は不当であるからである。

●定義

●政教分離原則→いっさいの分離意味しない

そこで、かかる違反の有無を判断するための判断基準を明らかにする。	●問題提起
2、政教分離原則は、①少数者の信教の自由を確保し、②国家・宗教双方の墮落を防止することを目的とするもので、その法的性格は、目的達成のために定められた制度的保障というべきである。	●政教分離原則の目的・法的性質
しかし、制度的保障は、制度の周辺部分の侵害を許すものであるから、運用の方法如何によっては、信教の自由の保障がはかれないおそれがある。	●分離の程度
したがって、権利の保障を実現するため、政教分離の程度は厳格なものが要求される。	
具体的には、①問題となった国家行為が世俗的か宗教的か、②その行為の主要な効果が宗教を振興し、または抑圧するものか、③宗教と国家との過度の関わり合いを促すものかどうかという三要件をもって判断するのが妥当である。	●具体的判断基準 連邦裁判所が採用した目的効果基準
二、1、以上を踏まえて、本問前段について検討する。	
思うに、地鎮祭は工事の無事を願って儀礼を行うという起工式の際に行われる儀式であるから、その際に<u>主催者は世俗的目的しか有していなかった</u>と見うる。	
2、しかし、儀式が<u>神主によって神式に則って実施された</u>とすれば、地鎮祭が宗教的意義を持つことは否定できない。	
かかる行為を地方公共団体が行為主体になって行えば、<u>神道が特別な宗教であるとの認識を呼び起こすおそれがあり、神道及び他の宗教に何ら不当な影響が及ばないとはいえない。</u>	
このような行為の性質、公権力と神道との関係を考えて、本件地鎮祭の挙行は、政教分離に抵触するというべきであり、違憲である。	
三、1、次に、後段について検討する。	
忠魂碑は<u>礼拝の対象</u>となっているから、宗教的施設といえるし、遺族会はまさにかかる礼拝を行う<u>団体である</u>から、宗教団体というべきである。	●遺族会は宗教団体か
2、しかし、かかる団体に公金を支出する行為が、政教分離原則に反するか否かはまた別問題である。	宗教団体とすれば 20 条 1 項の問題にしやすい
すなわち、本件事件は<u>小学校の増改築工事</u>に際して忠魂碑に移転の必要が生じたものである。とする	●政教分離原則違反の有無

と、本件支出は公共のため財産が用いられ、不利益を被る団体に対する補償にあたる（29条3項参照）。

とすると、本件支出は世俗的目的によるものである。しかも、支出が不当に過大なものにのぼるなど特別事情がない限り、宗教団体との過度の関わり合いを促すものともいえない。

逆に、政教分離原則違反を理由に保障を拒むことは、宗教を理由に特定の宗教団体を不利に扱うことになり、妥当でない。

したがって、かかる支出は憲法に反せず、合憲である。

以 上

第 23 問

殉職自衛官 A の①遺族である両親その他から県の護国神社で合祀して欲しいという要望を受けた②自衛隊地方連絡会は神社と協力し、その結果合祀が可能となった。しかし A の妻であり、キリスト教徒である③ B は自らの望まない宗教に基づく夫の合祀によって心が乱されたとして、自衛隊地方連絡会に損害賠償請求を行った。

また、その年には④県から⑤当該護国神社に金銭の寄付が行われている。
かかる事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①両親→妻に負けず劣らない近親

②自衛隊→公権力

③妻→夫の冥福を一番祈りたい人

キリスト教→一神教・他の宗教を認めない、キリスト教徒からすれば他の宗教に則って合祀されるのは嫌

④県→公権力

⑤宗教団体への公金の支出→政教分離

＊基礎点 20 点

①あてはめで使用

②⑤心の平穏を求める利益・宗教の自由の問題 1 点

規範定立 1 点

あてはめ 1 点

③あてはめで使用

⑦政教分離の意義・違反の基準・あてはめ 2点

解答例

一、前段について

1、BはAの親族の申請によって実現した神社による合祀によって、心が乱されたと主張している。かかる不利益を与えることの違法性を検討する。

まず、本問Bの主張する夫の追慕の際に心の平穏を求める利益は、宗教的行為の自由の一種として、憲法20条で保護されるべき利益と解する。親しい者の死について思考をめぐらせることは宗教的な行為のうちでも、人格的生存のため重要な役割を果たすと考えられるからである。

【論点】宗教的な人格権

ただし、そのような利益がどのような場合にも絶対無制約とされるわけではない。かかる利益に反することを理由として、例えば他人の信教の自由を害する可能性があるからである。

2、その上で、本問事案を検討する。

キリスト教は一神教であるから、キリスト教信者が神道による合祀を認めないことは当然である。

しかし、他の遺族の希望が神社への合祀であることを考えるならば、その他の遺族の希望を入れて、合祀を行うことが違法とまではいえない。その他の遺族もまた宗教的行為をなす自由があり、いずれの自由もまた等価的であるからである。

したがって、妻Bと他の親族、神社との関係では、Bの主張は認められない。

3、(1)しかし、本件事案では合祀行為に国家機関である地連が関わっているので、政教分離原則違反が問題となる。

●政教分離原則違反

(2)政教分離原則は、争いあるも制度的保障と解すべきであるが、その分離の程度は、信教の自由をあつく保障するため、厳格なものを要求すべきである。

●判断基準を短めにまとめた

具体的には、①当該行為に宗教的目的がないか②当該行為の効果が宗教を振興・抑圧するものではな

いか③当該行為が宗教と公権力との過度の関わり合いを促すものではないかという三要件をもって判断すべきである。

(3) 本件合祀を行うにあって、地連は神社との協力関係にあり、合祀に深く関わっていると思われるから、国が宗教的活動（20 条 3 項）を行った場合にあたると思われる。

しかも、護国神社に死者を祀るという発想自体軍国主義的であり、世俗的行為と評価することはできない。

かかる合祀が地連が関わって行われたことを考え合わせると、本件合祀は政教分離原則に反し、違憲である。

二、後段について

1、護国神社が宗教団体に当たることは疑いがない。これに玉串料を支出することは政教分離原則に反し（20 条 1 項後段、89 条）、違憲ではないか。

2、前段で検討した基準を用いて、政教分離原則違反の有無を検討する。

思うに、玉串料としての公金支出は慣習化した社会的儀礼とはいえないし、これを支出しなければならない合理的理由もない。

にもかかわらずかかる金銭が支出されれば、地方公共団体が特定の宗教団体を支援しているとの認識を呼び起こす可能性がある。となると、一般人は神道が特別な宗教であると認識し、特定の宗教への関心が呼び起こされかねない。

かように特定の宗教に対して振興・抑圧をする効果が発生するおそれがある以上、政教分離原則違反となる。したがって、かかる公金支出は、20 条 3 項、89 条に反し違憲である。

以 上

●あてはめ

三、学問の自由

第 24 問

① 正規の手続きを経て借りた② T大学の教室で③ T大学生が劇を演ずる途中、③ 学生であり、劇団員であるAが④ 目的不明の私服の警官に警察手帳の提示を求め、その際に暴行を加えた。結果、Aは暴行罪などの罪状で起訴された。

かかる事案について次のような見解がある。この見解を論評せよ。

「劇の発表は⑤ 学問の研究発表でなく、実社会の政治的⑤ 社会的活動であるので、大学の自治を享有しない」

① 正規の手続き→悪いことは何もやっていない

② 大学→学問の自由の担い手

③ 学生→大学の自治を享有するか

④ 目的不明の警官→公安活動

⑤ 劇の発表でも、表現の一種であるし、これが学問の研究発表でないと断定できない
政治・社会は学問の対象として代表的なものであるが？

＊ 3 点

① あてはめで使用

②③ 大学の自治 1 点

大学の自治に反するか否かの基準 1 点

④ あてはめで使用

⑤ あてはめで使用

あてはめ 1 点

解答例

一、1、Aの暴行は、事件もなく構内に入り込んだ警官に対して加えられたものである。そこで、Aの行為は大学の自治を守る正当行為とされる可能性がある。

そこで、本件警官の行為が大学の自治を侵すものとして、違法性が認められるかどうかを検討する。

2、大学は学問研究の中心であるから、大学の自主性を保障すれば、間接的に学問の自由の保障に資することになる。

したがって、大学の自治は制度的保障として 23 条によって保障されている。

その保障内容は、研究者人事の自治と施設・学生の管理の自治が挙げられる。

● 刑法の問題

● 違法性阻却（刑法 35 条）か、正当防衛（36 条）？

【論点】大学の自治

3、ただ、大学の自治とはいえども、大学は治外法権ではない。したがって、大学内の警備活動について、一切警察の関与を許さないものではない。

しかし、学問の自由は個人的な価値に止まらず、社会的にも最大の尊重を払わなければならない貴重な権利である。

かかる権利を保障するためには、警察側の一方的判断の下に学内活動が監視下におかれるという事態は許されない。

すなわち、事件が学内で発生したなど緊急事態以外は、大学の要請、許可なくては警察活動を学内で行うことはできないと考えるべきである。

たとえば、犯罪の発生する抽象的危険に基づいて、大学内で公安活動を行うことは許されない。

【論点】大学の自治と警察権

二、以上をもって本問事案を検討する。

1、本件私服警官は、学内において犯罪が発生したわけでもないのに警察活動を行っていたものであるので、公安活動を行っていたと考えられる。しかし、犯罪の発生する抽象的危険に基づいて大学内で公安活動を行うことは、到底許されない。

本件警官の警察活動は違法である。

2、また、学生も大学における研究主体たりうるものであるから、程度の差はあれ、大学の自治の享有主体と見るべきである。

以上から、学生の暴行は大学の自治を守るための正当な行為として、違法性が阻却され则认为すべきである。

三、最後に、本問見解について論評する。

思うに、政治的・社会的活動と学問的研究・発表との区別は極めて困難である。にもかかわらず、本件見解のようにこれを区別し、後者は学問の自由を享有しないとすることは無理がある。

しかも、かかる区別を警察権力の一方的判断にすることができれば、学内において、その判断で自由に警備活動を行うことが許されることになり、大学の自治の保障は無に帰しかねない。

したがって、本問見解は是認できるものではない。

以上

●あてはめ

【論点】学生が大学の自治の享有主体か

●上の見解は判例の根拠

四、表現の自由

第 25 問

① J 政党が S 新聞に意見広告の形で掲載した広告について、② K 政党は其中で J 政党が K 政党について述べた部分は誹謗中傷であり、そのような広告を載せた③ S 新聞にも、責任があると主張し、④ 憲法第 21 条 1 項を根拠に S 社に無償の反論文の掲載を要求する訴えを起こした。

一方、かかる裁判の取材をしていた新聞記者 A は⑤ 法廷内でメモを採ることの許可申請を数度にわたって⑥ 裁判所になしていたが、いずれも認められなかった。

本問各事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

① 意見広告→掲載はよほどの内容でない限り新聞社の自由に任される（編集権）

② 誹謗中傷→K の単なる主張（事実がどうかは別）

③ 当事者は S 新聞と K 政党だが→ 本問は私人間効力の問題ではない

K 政党が公権力である裁判所に反論文掲載命令を出してもらえるかどうかの問題

④ 憲法 21 条を根拠に裁判所に請求

反論文掲載の根拠に民法の名誉毀損の条文などを利用した場合

→ 言論内容の違法性が問題となる、反論権の場合は考えなくてよい

⑤⑥ 法廷内でのメモ→裁判所（長）の訴訟指揮権とメモを取る自由の対立

基礎点 21 点点

① 意見広告の自由 アクセス権の可否で理由に使う

③④ アクセス権の可否 2 点

⑤⑥ メモを取る自由の重要性・合憲性判定基準 1 点

あてはめ 1 点

解答例

一、前段について

S 社の 21 条 1 項を根拠とした反論文の掲載請求が認められるか。表現の自由の保障内容として反論権が含まれるかが問題となる。

確かに、現代において一般国民は情報の受け手

【論点】反論権は憲法上の権利か

* 反論権を立法によって認めることができるかという論点もある

国家による言論統制のおそれなど

としての地位に甘んじており、思想を発信する自由はほとんど享有できない。

しかし、アクセス権を実現するには、紙面を無料で割くことを新聞社その他マスメディアに強要しなければならない。

となれば、マスメディアに批判的記事の掲載を躊躇させ、マスメディアの表現の自由に重大な影響を及ぼす結果になるおそれがある。

したがって、アクセス権を憲法上の権利と認めることはできないし、アクセス権を裁判所が認めることも憲法に反するというべきである。

以上から、K 政党の請求は認められない。

二、後段について

1、A は法廷内でメモを取る自由が侵害されている可能性がある。まず、かかる自由は憲法による保障がされるか。

2、(1) 思うに憲法は裁判の公開を保障しているが (82 条 1 項)、その趣旨は裁判の公正を確保する点にある。一方で、裁判内容の記録は、裁判内容を的確に評価するために行うものであるから、かような 82 条の趣旨を全うするため、記録行為は、最大限度保障されねばならない。

しかも、筆記行為は自らの表現の前提をなす行為でもある。

したがって、筆記行為の自由は 82 条 1 項、21 条 1 項の両条文で保障されていると見るべきである。

(2) もちろん、このような筆記行為の自由も絶対無制約ではない。例えば、裁判官の訴訟指揮を妨げるようになる結果が是認できるわけではない。

しかし、筆記行為が訴訟指揮を妨げる結果を招くことは通常考えられない。したがって、法廷内での筆記行為は、特段の事情がない限り、故なく妨げられてはならないと解する。

3、本問ではそのような特段の事情は何も認められない。したがって、A のメモ採取行為の許可申請を認めない裁判所の態度は違憲の可能性が強い。

以 上

から否定するのが一般

【論点】メモを取る権利

●基準

●あてはめ

第 26 問

国民が公権力に対して、①情報の開示を請求すること、逆に②裁判所がマスメディアに対して、取材した情報について証拠として提供を請求することそれぞれについて憲法 21 条 1 項で問題となる点について論ぜよ。

①まず、そもそも請求ができるか、

次にどのような要件の下に請求できるか→要件は法律家なら明らかにすべき

②マスメディア→取材・報道

証拠を提供→取材に応じてもらえなくなるおそれ

＊基礎点 21 点

①情報の開示請求の根拠 1 点

この要件 1 点

②報道の自由・取材の自由の論証 1 点

制約の合憲性判定基準・合憲性の判断 1 点

解答例

一、国民の公権力への情報開示請求について

1、公権力への情報開示請求権については、そもそも憲法上保障されるかが明らかでない。かかる情報開示請求権は、知る権利の一内容と解することができる。

そこで、知る権利は憲法上保障されているか。
明文なく問題となる。

もともと、表現の自由は情報を発表し、伝達する自由である。しかし、現代社会においてはマスメディアの高度の発達の結果、情報の送り手と受け手の分離・固定化状況が顕著になった。情報の価値も飛躍的に高まっている。

このような問題状況においては、受け手の地位に固定化された一般国民の側から表現の自由を再

【論点】知る権利は憲法上保障されているか

構成し、その権利を保障しなければならない。

このような事情に鑑み、知る権利は、憲法 21 条 1 項によって保障されていると考えるべきである。

2、かかる権利が憲法上保障されたとしても、21 条を直接の根拠として情報の開示を請求できるか。

知る権利の内容としては、情報を知ることを妨害されないという自由権的側面に加え、情報の公開を請求できるという社会権的側面を有すると解すべきである。本問は後者に関わる問題である。

しかし、21 条のみを根拠に情報公開を請求するにはあまりにその内容は抽象的である。情報の開示といえども、情報には個人のプライバシーに関わる事項など、様々なものがあるから無制限にすべての情報を開示できるわけではない。

また、開示請求の手続、開示の態様など明らかにすべき点が多い。

したがって、請求権的側面は、具体的立法の制定をまって始めて権利行使しうる抽象的な権利であるというべきである。

21 条を直接の根拠に情報の開示を請求できるわけではない。

【論点】知る権利の内容

二、マスメディアへの情報提供請求について

1、裁判所によるマスメディアに対する情報提供請求は、マスメディアの取材の自由を侵害する可能性がある。情報が裁判で証拠として使われるとすると、今後取材拒否をされる可能性が高まるからである。

まず、取材の自由は憲法上保障されているかを検討する。

取材は報道のためにするものであるが、かかる報道は思想でなく事実の表現である。しかし、報道の自由は知る権利に奉仕するものである。また、報道は編集という知的作業の所産でもある。

したがって、報道の自由は 21 条 1 項で保障されると解する。

【論点】報道の自由

そして、報道は取材・編集・発表という一連の行為からなるから、取材は報道の不可欠の前提である。とすれば、取材の自由を保障しない限り、報道の自由の保障は達成されない。

したがって、取材の自由もまた、21 条 1 項によって保障されていると解する。

2、しかし、かかる報道の自由及び取材の自由も絶対無制約ではない。したがって、必要最小限度の制約には服さざるをえないと解する。

もっとも、報道の自由、取材の自由は民主政の過程をなす表現の自由の一環をなす権利である。かかる自由を制約する処分には、原則として違憲性の推定が働き、国家機関の裁量は狭いものにならざるをえない。

3、本事例の提出命令の目的は公正な裁判の実現にあり、かかる目的は必要不可欠なものというる。

さらに、本件フィルムが証拠として他に代わりうるものがない事案であるならば、例外的に取材の自由を制約することは許容されるとみうる。

裁判所は証拠収集能力が低いから、目的を達成する手段としての必要限度性は認めやすいと思われる。

したがって、以上のような条件を満たしているならば、かかるフィルムの提出命令は合憲といえる。

以 上

【論点】取材の自由

●制約可能性

●基準

精神的自由権への制約である点から、厳格に判断することを指摘

●目的

●手段

第 27 問

①公務員から国家機密を取材する際、②国家機密の漏洩をそそのかした事例を題材に、③取材の自由の限界について論ぜよ。

*基礎点 22 点

①②国家機密と取材の自由の関係 2 点

③取材の自由の論証 1 点

解答例

一、1、本件取材行為を、国家機密の漏洩をそそのかすものとして罰することは、反面において取材の自由を侵害するものといえる。そこで、かかる処罰は取材の自由の侵害として憲法に反しないのか。

2、思うに、報道は編集という知的作業の所産である。しかも一般国民が受け手の地位に固定化された現代において、知る権利の保障は特に重要となっているが、その保障に報道の自由は奉仕するものでもある。

したがって、報道の自由は21条1項で保障されると考えるべきである。

そして、報道は取材・編集・発表という一連の行為からなされるものだから、取材は報道の不可欠の前提といえる。とすれば、取材の自由を保障しない限り、報道の自由の保障は達しえない。

したがって、取材の自由もまた、21条1項によって保障されていると解する。

二、1、しかし、取材の自由も、絶対無制約ではなく他の利益との関係で制約される可能性があるのは勿論である。

ここで、国家の扱う事項の中には、外交、国防その他の観点から発表されては意味がなくなるものが含まれている。そのような国家機密は保護に値するものであり、その前では取材の自由も一歩後退せざるを得ない場合も存する。

ただし、取材の自由は重要な権利である上、民主国家において国家機密の存在はあくまで例外である。したがって、保護に値する秘密か否かは厳格に判断しなければならない。

三、1、本問事案を検討すると、国家機密漏洩罪によって保護されるべき秘密とは、非公知の事実であって、実質的に保護するに値するものでなくてはならない。さらに実質秘にあたるかの判断は裁判所がなすべきであると考えている。

2、また、仮に取材対象が実質秘にあたるとしても、

●取材の自由と国家機密との関係

●「国家機密」の意義

→限定解釈して、犯罪の成立範囲を制限

●取材行為の違法性

機密の漏洩をそそのかす行為が直ちに処罰に値するわけではない。取材が誘導・唆誘的性質を伴うのはやむを得ないからである。

したがって、取材の方法が、相当なものとして社会観念上是認できる程度のものであれば、国家機密の取材も正当な業務行為として違法性が阻却されると解する。

3、取材の自由の制約は上記のような要件をもって、判断される。

以 上

●基準

第 28 問

①営利的表現の自由と、②集団行動の自由それぞれに関する憲法上の根拠と保障の程度について、③共通点、相違点を説明せよ。

①営利的表現の自由→広告など

②集団行動の自由→集会・デモ行進など

場所を伴う→他の利用者との関係

③共通点→通常の表現の自由と比較して、特別の制約に服する点

根拠条文が同じ

相違点→権利の重要性、合憲性判断基準の厳格度

*本問のような説明型の問題は、適当に項目をたて、それに従った、論述をするのがよい。

共通点と相違点を書き出した上で、それを見ながら項目の内容を考えればよい。

*基礎点 21 点

①営利的表現の自由の保障の根拠条文 1 点

保障の程度 1 点

②集団行動の自由の根拠条文 1 点

保障の程度 1 点

③両者の比較 合格答案の条件

解答例

一、憲法上の根拠について

1、まず、営利的表現の自由は憲法上保障されるか。その根拠とともに、問題となる。

表現の自由の価値は自己統治に資する点にあるとすれば、営利的表現の自由は営業の自由として、別に 22 条などで保障されとすることも考えられる。

しかし、国民一般には消費者として広告を通じて情報を受け取る必要がある。かかる必要性に奉仕するものとして、営利的な言論の自由も表現の自由（21 条 1 項）によって保障されるというべきである。

【論点】営利的表現の自由の根拠

2、一方、集団行動の自由は、「集会」と 21 条 1 項に保障が明示されているし、その他の集団行動の自由もまた、ここで保障されているとって差し支えない。例えば、デモ行進は動く集会として保障されるというべきである。

【論点】集団行動の自由

二、保障の程度について

1、営利的表現の自由は自己統治の価値が支えるものではないから、憲法上厚く保障する必要性は、通常の表現の自由よりも低いといわざるをえない。

しかも、営利的表現の自由は、不当な制約がなされても、民主政の過程が破壊されるわけではないから、回復可能性も高い。また、消費者保護の要請も無視できない。

したがって、かかる自由に対する制約の度合いは比較的強度なものであっても許される。また、その合憲性は比較的緩やかな基準によって判断されるというべきである。

【論点】営利的表現の自由に関する合憲性判定基準

2、一方、集団行動の自由は一般国民が情報の送り手の立場に立てる数少ない場である。したがって、当該権利には最大限度の保障がなされねばならぬ。ただし、集団行動は一定の行動をとるもの

【論点】集団行動の自由に関する合憲性判定基準

う。したがって、他の表現の自由とは異なる特別の規制に服すると解さざるをえない。

このような特別な制約に服さざるをえないことは両権利の共通点である。

もっとも、集団行動の自由への規制は集会の重複による混乱回避・もしくは道路・公園について他の利用者との事前の調整の要請を満たすためのものである。

そして、かかる目的の達成手段としては必要最小限度の制約をなすにとどまるものでなければならない。たとえば規制態様でいうと、届出制で足りるはずである。

だから、それ以上の規制をなす場合は違憲の疑いがあると考えるべきである。

以 上

四、集会の自由

第 29 問

A 団体が①集会を開催するために②市民会館の使用許可の申請をしたところ、③当該市民会館の管理権者は、④A 団体に敵対する他の団体が反対運動を繰り広げることで交通が混乱し、周囲の平穏が害されるおそれがあるとして、⑤不許可処分を下した。

本問事例に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①集会目的の使用申請→市民会館の本来の使用目的通りの申請

よほどのことがない限り使用許可を出さねばならない

②市民会館→集会に利用するための公共施設

③管理権者→処分の合憲性は彼の裁量の範囲といえるかどうかの問題

④理由は妥当か

交通が混乱・周囲の平穏が害される→この理由はもっとも

他の団体が反対運動を繰り広げる→この理由はダメ

∴まずは他の団体を取り締まるべき

⑤不許可処分→集会の自由の制約

＊基礎点 22 点

①②あてはめで事実の評価を行う

集会の自由の保障と特殊性 1点

公共施設利用の自由について 1点

④あてはめ 1点

解答例

一、1、本問事案では集会目的の市民会館の使用について不許可処分がなされている。これによりA団体は集会開くことができないから、集会の自由が制約されたといえる。そこで、本問のような集会の自由の制約の合憲性を検討する。

2、集会の自由は憲法で保障された国民の権利・自由である（21条1項）。

しかし集会は一定の行動を伴う。したがって、他の表現の自由とは異なる特別の規制に服すると解さざるをえない。

とはいえ、そのような規制は集会の重複による混乱回避、もしくは他の利用者との事前の調整の要請を満たすためのものである。

そして、かかる目的の達成手段は必要最小限度の制約を課すにとどまるものでなければならない。

3、しかも、本問事案は集会をするために用意された公共施設の使用許可の問題である。

したがって、利用の許否は管理権者の単なる自由裁量に属するのではない。具体的に不許可にできるのは、①利用が競合したとき、及び②他の基本的人権が侵害される危険性がある場合に限ると考えるべきである。

そして、後者の場合にいう人権侵害の危険性とは、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要と解する。

このような危険が予見される場合、集会の自由の重要性と他の人権保護の重要性を比較衡量しながら不許可の場合を決定すべきであることになる。

二、以上をもって本問事案にあてはめると、交通の

●集会の自由が特別な制約に服することの指摘

混乱・周囲の平穏が害される可能性がいかなる程度に具体的であるかが不明確である。しかも、仮にその危険性が具体的であっても、まずはその危険の発生を取り締まる等その他の方法をもって避けることを管理権者も考えるべきである。

もしも、取締が不可能であることなどそのような要素を考慮せずに本件不許可処分が下されているのであれば、このような処分は違憲であるといわざるをえない。

以 上

3、表現の自由の限界

第 30 問

①表現の自由への制約の可否と②制約が許される場合の合憲性判定基準について説明せよ。

①表現の自由への制約

その前に表現の自由の重要性を書くこと

∵憲法上の権利は簡単に制約してはならないという姿勢を見せるため

さらに制約の必要性について書くこと

②合憲性判定基準

代表的なものとしては四つあります

●文面審査

- ・事前抑制原則禁止の法理
- ・明確性の理論

●目的・手段審査

- ・明白かつ現在の危険の基準
- ・L R A の基準

＊基礎点 20 点

①表現の自由の重要性・制約の必要性 1 点

②それぞれの合憲性判定基準の説明

1 点ずつ

一、表現の自由の制約の可否

人権は永久不可侵(11条)である。特に、表現の自由は、それを支える価値が二つある。

一つは、個人が言論活動を通じて自己の人格を
発展させるといふ自己実現の価値である。もう一
つは言論活動によって国民が政治的意思決定に関
与するといふ自己統治の価値である。

●表現の自由を支える二つの価値

特に自己統治の価値の実現のため、表現の自由は
最大限度保障されなければならない。

二、1、しかし、表現は思想の外部表明であるから、
常に他の利益と衝突するおそれがある。

したがって、表現の自由は絶対無制約ではなく、
一定の制約に服すると考えるべきである。表現の自
由の制約は許されることになる。

2、そこで、制約の合憲性判断基準をいかに解する
かが問題となる。

思うに、精神的自由権は民主政を支える権利で
あるから、いったん不当に制約されるならば民主
政の過程で是正することは困難である。しかも精
神的自由権については、経済的自由権に比して政
策的・専門的判断は要求されず、裁判所の判断能
力も十分である。

【論点】二重の基準

したがって、精神的自由権は経済的自由権より
厳格な基準で判断すべきである。

三、1、そのような厳格な基準の中でも文面審査の
基準と、目的手段審査の基準の2種類がある。

文面審査の基準としての厳格な基準としては、事
前抑制の理論と明確性の原則がある。

●事前抑制の理論

事前抑制の理論とは、表現活動を事前に抑制す
ることは原則許されないとする理論である。

事前抑制は抑止的効果が大きい。しかも、明確
な基準・手続が定められないままなされることが
多く、濫用の危険性が高い点にその根拠がある。

2、次に明確性の理論が挙げられる。

明確性の理論とは、精神的自由を規制する立法は明確でなければならず、不明確な法令は違憲無効とする理論である。

明確性の理論に反する立法の種類として、まず「漠然性故に無効」な法令が挙げられる。

法文が不明確な法が無効とされるのは、このような法は許される行為まで差し控えさせ、表現の自由に萎縮的効果を与えるからである。

さらに、「過度の広汎性の故に無効」な場合が挙げられる。これは、規制の範囲があまりにも広汎な立法によるならば、許される行為まで処罰の対象になるからである。

● 明確性の理論の内容

明確性の理論に反した法文であるか否かはいかに判断すべきであろうか。

思うに明確性の理論が、不明確な法文を違憲であるとするのは、表現の自由へ萎縮的効果が及ぶことを避ける点にある。そこで、かかる効果が現実には発生する危険性ある法文であるか否かをもって、本原則違反の有無を判断するのが妥当である。

具体的には、通常の判断能力を有する一般人が、当該具体的場合において、禁止される行為か否かを法文から判断できるかどうかによって決すべきである。

● 明確か不明確かの判断基準

四、1、さらに、目的・手段審査として、明白かつ現在の危険とLRAの基準がある。

2、明白かつ現在の危険の基準とは、次の三要件からなる基準である。すなわち、①実質的害悪を引き起こすことが明白であること②実質的害悪が重大で、時間的に切迫していること③当該規制手段が害悪を避けるのに必要不可欠であることである。

上記基準は、以上を立法府が証明できなければ違憲無効とする非常に厳格な基準である。そのよ

● 明白かつ現在の危険の基準

うな意味で、原則制約が許されない表現の内容を直接に規制する法律に対して用いる基準といえることができる。

● LRA の基準

3、対して、LRAとは「より制限的でない他の選べる手段」の意味である。この基準は目的は正当と認められる場合に用いる基準であり、必要最小限度の規制手段を要求する基準といえる。そこで表現の時、所、方法に関する規制の合憲性を検討するに有用な基準といえる。

五、内容規制と内容中立規制

表現の自由への規制といっても目的・態様とも様々である。そこで、内容規制と、内容中立規制とに規制の種類を分類するアプローチが存在する。

内容規制とは、ある表現が伝達する内容を理由に表現を制約するものである。一方、内容中立規制とは、表現が伝達するメッセージの内容に関係なく制限を及ぼすものである。

【論点】内容規制と内容中立規制

思うに、内容中立規制にあっては、表現者は同様の内容を他の場所、時、方法によって表現できる。

その意味で、表現の自由に与える抑止的効果は低く、合憲性の判断も、内容規制に比較して緩やかな基準を用いてしてよいと解する。

以上

第 31 問

Aは社会科の教科書の執筆者であったが、A執筆の教科書が①教科書検定で②不合格処分とされた。③不合格処分の理由は、例えば「アメリカ軍『基地』の表現は妥当ではなく、アメリカ軍『施設』と呼ぶのが正しい」というような内容が数十項目並ぶものであった。

さらに、Aは近いうちに④地元の町長選に立候補するつもりであったが、その対立候補で、出版社に強いつながりを持つBは、⑤Aの名誉を毀損する目的をもって、先の教科書検定の不合格処分の内容について、虚偽の事実や、侮蔑的表現を散りばめた文章を雑誌にトップ記事として掲載することを計画した。そこで、Aは裁判所にかかる雑誌の出版を差し止める仮処分を請求し、⑥裁判所はこれを認容した。

以上の事例に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

- ①教科書検定制度→まず制度自体の合憲性が問題
- ②不合格処分→処分自体の合憲性も問題となる
- ③理由の不当性→少なくとも処分の違憲性を認めることはできるのでは？
- ④地元の町長選→名誉毀損的損害によって落選するおそれがある
落選したらその期におけるやり直しは無理
- ⑤名誉毀損 うそ
侮辱
- ⑥裁判所が仮処分の認容→私人間効力ではない

＊基礎点 21 点

- ①②検閲の意義 1 点
- ③前段へのあてはめ 1 点
- ④後段へのあてはめ 1 点
- ⑤⑥裁判所の仮処分の合憲性 1 点

解答例

一、前段について

1、前段事例では、Aの執筆した教科書が検定不合格処分に付せられている。となれば、本件Aの執筆した書籍は、少なくとも教科書としての出版が不可能になる。

このように、出版を不可能にした教科書検定制度は検閲（21条2項前段）として違憲ではないか。その判断のため、検閲の定義が問題となる。

まず、検閲は、表現の自由に与える影響の重大性、抑止的效果の大きさから、絶対禁止と考えるべきである。ただ、絶対禁止と考える関係から、検閲の主体は行政権であると考えべきである。

かかる結論は、歴史的沿革・本来の語義からも明らかである。また、手続保障が十分でなく、表

【論点】検閲の定義

判例の定義をそのまま用いてもよい

現への影響が大きいと考えられるのは行政権による事前抑制であることから、是認できる。

審査の対象は、表現行為への萎縮的效果を避けるため、広く表現内容全般と捉えるべきである。また、検閲の時期は、知る権利を保護するため、受領前に重大な抑止的效果を及ぼすような規制を検閲の問題とするのが妥当である。

2、(一)その上で、教科書検定が検閲にあたるか。

思うに、いかなる形式で出版を行うのかという点も表現の自由の一内容である。したがって、教科書という形で出版が禁じられるのみであるの一言をもって検閲でないとはいえない。

不合格処分となれば、教科書としての出版を一切禁じられるのであるから、その抑止的效果は大きい。のみならず、検定不合格となった出版物の出版を引き受ける出版社が事実上皆無であることからして、教科書検定は検閲にあたる可能性があるというべきである。

確かに国家は一定の教育水準を確保するため、必要かつ相当な範囲で教育内容を決定できる。そして、そのために教科書の内容を審査することは必要である。

しかし、そのような審査対象は、誤植や、造本など技術的なもの、さらに教育課程の大綱基準の範囲内にあるかの判断など限定してはじめて認めうるものである。

以上から、教科書検定が広範な思想内容の網羅的審査をなすものであるならば、違憲と断ぜざるを得ない。

(二) 仮に検定制度が検閲にあたらなくても、そのような検定制度の運用の際に違憲的な処分がなされることが考えられる。

教科書検定にはそれなりの専門技術的知識が必要であるから、検定官の裁量はそれなりに認めざるをえない。

しかし、表現内容の制約にあたる検定制度においては、少なくとも目的と処分とに実質的な合理的関連性が認められない限り違憲であるといわざるを得ない。

●あてはめ

このように当てはめが長くなるので、検閲の定義を判例にして、簡単にすますのがおすすめ。

●検定制度運用の違憲性

3、本問事案のような、「アメリカ軍…」のような処分が、上記教育課程の大綱基準がめざす目的達成のために必要であるとは考えられない。

もしも、検定制度の大綱にそって行われた結果、上記理由が付けられたのであれば、検定制度の内容自体が違憲である。一方そうでない場合は、検定官の処分自体が違法不当なものといわざるをえない。

二、後段について

1、後段では、記事の発表を仮処分によって事前差

●テーマの確認

2、思うに、検閲の主体は行政権であるから、本件事案は検閲ではない。しかし、事前抑制は、その抑止的効果が大きいことなどから原則禁止されるものというべきである。

【論点】事前抑制原則禁止の法理

しかし、裁判所による事前抑制は、行政権による事前抑制に比較し、公正な手続と厳正な要件の下に行われるものである。したがって、一切許されないものではないと解する。

そのような厳格な基準とは、①表現内容が真実でないか、又はそれがもたら公益を図る目的のないことが明白な場合であり、②被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあるとき、の二要件をもってそれとするのが妥当である。

3、以上をもって本問事案を検討すると、記事の内容は真実ではない。しかも、そのような内容の記事がトップに掲載された雑誌が大々的に発表されれば、Aとしては多大の不利益を被る可能性がある。選挙戦が近いことを考えると、その不利益は回復しがたいものとなる危険性が高い。

したがって、本問裁判所の仮処分は事前抑制であっても、許されるべき要件を満たす。違憲ではない。

以上

① 青少年の健全な育成を阻害するおそれがある図書を②法務大臣が有害図書に指定し、
③ 青少年への販売・④自動販売機への収納が禁止される法令の合憲性について、⑤「公
安又は風俗を害すべき書籍を⑥輸入してはならない」とする制度と比較しながら論ぜよ。

- ①このような図書にあたるかあたらないかの基準は？
→書いてないので、判断はしなくてよい
- ②法務大臣が有害図書に指定して、制約を課す→検閲にあたらないか
- ③青少年への販売禁止→青少年のみへの制約
- ④自動販売機の収納を禁止→目的達成の手段として適切か
- ⑤文面の明確性はあるか
- ⑥輸入禁止→国内に当該書籍を持ち込むことが全面禁止

＊基礎点 21 点

- ①② 検閲の問題・事前抑制 1 点
- ③未成年者の人権 1 点
- ④あてはめ 1 点
- ⑤明確性の理論 1 点

解答例

一、1、本問規制は特定の図書を青少年へ販売することを禁止し、かつ自動販売機への収納を禁止するものである。かかる規制の問題点について順に説明する。

まず、本問規制は特定の図書の青少年への販売を禁じているから、未成年者に特定の制約をなすことができるのか。

2、未成年者は「国民」（第3章）である以上、当然人権の保障は及ぶ。

しかし、人権は十分な判断能力を有する成熟した市民を想定してその内容が保障されている。

もしも、かかる判断能力を欠く者に同程度の人権保障を与えるならば、誤った人権行使によって、回復不可能な程度の心身への害悪が発生することが予見される。

したがって、このような自己加害を防ぐため、未成年者を成年者と異なった制約に服せしめるこ

●特に未成年者にのみ図書の販売を禁じている→未成年の人権

【論点】未成年者の人権

とは必要であるというべきである。

しかし、その制約の程度は目的達成のために最小限度のものであることを要するのは勿論である。

そして、どの程度の制約が認められるかについては、制約される人権の性質、制約の程度、未成年者の成熟の度合い、制約される文脈などを総合判断すべきである。

二、1、その上で本問前段の事案を検討する。

本件制約は、図書の閲読を禁ずるものである。図書の閲読は、表現の自由の派生原理として、21条1項で保障されるというべきである。

そして、表現の自由は自己実現、自己統治の価値が支える重要な権利である。しかも、いったん表現の自由に対して不当な制約がなされるならば、回復は困難である。

したがって、表現の自由への制約立法は厳格な基準で判断されるべきである。

2、(1)具体的に、まず本件法令は検閲（21条2項前段）として違憲ではないか。その判断のため検閲の定義が問題となる。

●検閲との関係

まず、その主体は、歴史的経緯や、他の事前抑制との区別のため行政権に限るというべきである。

【論点】検閲の定義

審査の対象は、表現行為への萎縮的効果を避けるため、広く表現内容全般と捉えるべきである。また、知る権利保護の観点から、発表後であっても受領前に重大な抑止的効果を及ぼすような規制であるならば、検閲にあたるとするのが妥当である。

以上をもって本問制度にあてはめると、主体・対象が本基準を満たすのは問題ない。そして、本問制約の内容は未成年者への販売禁止と自動販売機への収納禁止である。成年者であれば通常の書店で書籍は買えるし、飲料品など他の商品ほど書籍の自動販売機による販売は中心的ではない。したがって、当該制約は検閲とはいえない。

(2) 一方、後段の制度は問題である。表現物は国外で発表済みであるとするが、現代においては、検閲の禁止は知る権利を中心に捉えるべきである。したがって、検閲でないというには、日本国内で発表する機会が与えられる必要がある。しかし、後段制度は日本での発表が一切禁止されるものである。したがって、その抑止的効果は強く、検閲にあたる可能性が高い。

3、(1) また、本問規制は、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると指摘された図書のみが規制の対象となる。

とすると、何が有害図書であるのかについて、その基準が明確になされないまま、かかる規制が行われるならば、表現行為に対し萎縮的効果が及ぶことは十分考えられる。このような場合は憲法上許されない事前抑制といえることができる。

ただし、有害図書とは性的・暴力表現であると考えられ、一般人からすれば何がかかる表現かを判断することはできる。その合憲性は十分肯定できる。

(2) 明確性の理論が問題となるのは、特定の図書の輸入を禁止する制度でも同様である。

基準の明確性としては、通常の判断能力を持つ一般人が、当該書籍が禁止の対象となる書籍となるかについて判断をなしうるかどうかをもって決すべきである。

ここに、公安または風俗を害すべきという文面は本基準からすると、不明確であるとのそしりを免れない。

三、1、(1) 以上文面上の問題はないので、本件立法の合理性を実質的に判断する。

合憲性判定基準としては、表現の自由の重大性から、目的の必要不可欠性、手段の相当性はLRAの基準によって判断すべきである。

(2) まず、有害図書の未成年者販売禁止について、性的または暴力的表現が未成年者の成長に悪影響を与えることは社会共通の認識といってよい。本問立法の目的はかかる表現から未成年者を保護する点にあるから、その正当性は認められる。

● 明確性の理論との関係

【論点】 明確性の判断基準

● 目的・手段審査

● あてはめ

かつ、効果的な規制をするには、特定の図書の閲読そのものを禁ずることはやむをえない。

また、未成年者の成長の度合いは様々であるが、閲読を禁止する以上、その線引きはどこかで行わなければならない。その基準を 18 歳未満の未成年者に限定することは合理的であるというべきである。

したがって、本問立法はこの点では 21 条 1 項に違反するものではない。

(3) 一方、自動販売機の収納を禁ずることは合憲性について、目的の正当性は肯定できるので、手段の相当性について、前段であげた基準をもって検討する。

思うに、自動販売機による購入は心理的に禁止されるべき書籍の入手を容易にするものである。さらに自動販売機が未成年者か否かを判別できない以上、禁止されるべき書籍の自動販売機への収納は禁止せざるをえない。

したがって、自動販売機への収納禁止は必要最小限度の制約として合憲である。

2、一方、輸入禁止制度の目的は公安・風俗への害悪発生を防止する点にある。この目的は正当である。しかし、一律輸入が禁じられることからして、手段の合理性は認められない。未成年者への販売禁止、自動販売機による販売禁止というように、禁止の範囲が限定されているものではない。

よって、本問税関検査制度は違憲である。

以 上

＊参考

判例は税関検査を「審査の目的が思想内容の審査にあるのではない」として、検閲ではないとした。しかし、この論法からすると、まさに思想内容の当否を調査とするような制度でない限り検閲にあたることはなくなる。これは検閲の範囲として狭きに失し妥当でない。

そもそも、表現の自由の価値を守るためには、目的が何であれ、行為の結果いかなる影響が表現の自由に及ぼされるのかを問題にすべきである。

また、表現物は国外で発表済みであるとするが、現代においては、検閲の禁止は知る権利を中心に捉えるべきである。したがって、検閲でないというには、日本国内で発表する機会が与えられる必要がある。

さらに、司法審査の機会が与えられるという理由であるが、行政処分に司法審査が及ぶのは当然であるから、行政処分を正当化する理由にならない。

したがって、判例の見解は失当の批判を免れない。

第五章 経済的自由権

第 33 問

- 1、小売店舗の開設を許可する条件として適正配置を要求する立法、
 - 2、薬事法における薬局開設についての距離制限についての立法
 - 3、公衆浴場の開設に適正配置を要求する立法
- それぞれの合憲性を判断せよ。
- なお、それぞれの立法目的は、
- 1、①小売商の過当競争による共倒れの防止
 - 2、②不良医薬品の供給防止
 - 3、③過当競争による衛生設備の低下が国民の健康に悪影響を及ぼすことを防止しつつ、
 - ④公衆浴場業は転廃業が難しいので、自家風呂の普及によって経営基盤が弱体化した公衆浴場業者を保護するというものである。

合憲性判定基準としていかなる基準を用いるか→結論はほとんど見えている

- ①小売店の倒産を未然に防止する→積極目的
 - ②不良医薬品は健康に悪いのは明らか→消極目的
 - ③衛生設備の低下→健康に悪影響、消極目的
 - ④公衆浴場業者の経営の安定→積極目的
- ③④からすると、目的が混在している場合

＊基礎点 21 点

経済的自由権制約への合憲性判定基準 1 点

- ①事例 1 へのあてはめ 1 点
- ②事例 2 へのあてはめ 1 点
- ③④事例 3 へのあてはめ 1 点

解答例

一、1、本問立法は、いずれも職業選択の自由（22条1項）を制約するものである。かかる制約の合憲性を検討する。

2、職業選択の自由は、個人の自己実現に資するのみならず、職業が生活の糧を得るための手段であることから、個人の生存を支える自由でもある。

●職業選択の自由の重要性

しかし、職業選択の自由を含めた経済的な権利行使を自由なまま放置する場合、国民の生命・健康に害悪をもたらすおそれがある。しかも社会国家の理念の実現の要請があるので、経済的自由権は制約の必要性が高い。

また、経済的自由権に不当な制約が加えられたとしても、民主政の過程で回復可能である。

したがって、経済的自由権は、一般に精神的自由権に比較して強度の制約を受けると考えるべきである。

3、それでは、いかなる判断基準をもって、かかる経済的自由権に対する制約立法の合憲性を判断すべきか。

この点については、まず規制目的ごとに検討すべきである。具体的には、消極目的規制については、伝統的な警察比例の原則が働くので、比較的厳格な基準によるべきである。

すなわち、合憲というには、立法目的が必要かつ合理的であり、目的達成手段については、同じ目的を達成できるより緩やかな手段があるか否かによって判断すべきである。

一方、積極目的規制については、福祉国家理念の実現のため広範な規制が要求される。したがって、立法目的が正当であり、著しく不合理であることが明白であって初めて違憲とすべきである。

しかし、このように規制目的だけでは一律に分類できない規制立法も存する。そのような場合は、さらに規制態様など、他の観点も加味して、その合憲性を判断するのが妥当である。たとえば、届出制・許可制の別がある場合、一般に許可制の方が制約の度合いが強いので違憲の可能性が強いとのごとくである。

二、以上をもって本問各事案を検討する。

●経済的自由権の制約可能性

●経済的自由権の合憲性判定基準 消極積極二分論

●目的二分論の限界 二分論を用いない判断方法

1、立法1について

本問立法の目的は社会的弱者である小売商保護にある。このような社会的弱者保護のための積極目的の規制を判断する際には、緩やかな基準で判断すべきことになる。

そして、本問立法の目的は、小売商の過当競争による共倒れ防止にあるから、かかる目的の正当性は認めてよい。

さらに、かかる目的達成の手段としての距離制限は特に不合理なものとはいえない。特に一部の地域に同業種が集中すれば、共倒れになることは十分考えられるからである。

したがって本問立法は合憲というべきである。

2、立法2について

本問立法の目的は不良医薬品の供給防止にあるから、消極目的に属する規制である。かかる目的自体は重要であるといえる。

しかし過当競争がひいては不良医薬品の供給につながるとの論法に実質的な合理性があるとはいえない。

したがって、本問立法は違憲である。

3、立法3について

本問立法は消極目的・積極目的が併有されている。このような場合、審査基準に規制態様など他の要素を加味して、合憲性の判断基準を考えることになる。

そして、本問の規制は、本人の力ではいかんともしがたい条件であるといえる。このような規制に対しては、厳格な基準をもって臨むべきであると解する。

具体的には、目的が重要であり、目的と規制手段との間に実質的関連性があることを要求すべきであると解する。

上記基準をもって本立法を判断するに、目的については公衆衛生、弱者保護ともに重要なものという。それに対して、手段として距離制限を行うことは、過当競争を避け、既存の公衆浴場の経営を守ることになる。したがって、目的と手段の間に実質的な合理的関連性があるといつてよい。

したがって、本問立法は合憲であると解する。

以 上

●小売市場距離制限について

●薬事法距離制限について

●公衆浴場の距離制限について

＊参考

【論点】営業の自由

特定の営業をなすことの制約である。そこで、営業の自由は憲法上保障されるか。明文なく問題となる。

思うに、職業選択の自由を認めてもそれを遂行する自由を認めなければ、職業選択の自由を保障した意味がなくなる。

したがって、営業の自由は 22 条 1 項で保障されていると解する。

第 34 問

A は酒類販売業を営むため、税務署長に酒類販売業の許可を申請したが、①酒税法上の規定が要求する程度に強固な経営基盤をもたないことを理由に、②不許可処分とされた（③この規定は税務署長の裁量の余地がないくらい明確である）。本問事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①酒税法→酒類販売業の免許制

立法の合憲性を判断

②不許可処分→処分の合憲性も判断すべき

③裁量の余地がない以上、①が合憲なら、②も合憲になるだろう

＊基礎点 22 点

①経済的自由権制約への合憲性判断基準 1 点

税法の特殊性の指摘 1 点

あてはめ 1 点

解答例

一、本問酒類販売業の免許制・税務署長の処分は本問 A の職業選択の自由を制約するものである（22 条 1 項）。かかる制約の合憲性を検討する。

2、職業選択の自由は、個人の自己実現に資するのみならず、職業が生活の糧を得るための手段であることから、個人の生存を支える自由でもある。

しかし、経済的な権利行使を自由なまま放置す

●職業選択の自由の有望性

る場合、国民の生命・健康に害悪をもたらすおそれがある。しかも社会国家理念を実現すべきとの要請があるので、経済的自由権は制約の必要性が高い。

また、経済的自由権に不当な制約が加えられたとしても、民主政の過程で回復可能である。

したがって、経済的自由権は、一般に精神的自由権に比較して強度の制約を受けると考えるべきである。

3、それでは、いかなる判断基準をもって、かかる経済的自由権に対する制約立法の合憲性を判断すべきか。

この点については、まず規制目的ごとに検討すべきである。消極目的規制については、伝統的な警察比例の原則が働くので、比較的厳格な基準による。一方で、積極目的規制については、立法府の判断を尊重して緩やかな基準で判断する、とのごとくである。

●目的二分論

しかし、本問規制の目的は税収の確実な確保にあり、上記のいずれの規制目的にも分類できない。

このような場合は、さらに規制態様など他の観点も加味して、その合憲性を判断するのが妥当である。

●規制目的二分論が利用できない場合

そして、本問立法は租税立法である。かかる立法の合理性は専門的・技術的知識を要求されるので、立法府に広い裁量が認められるというべきである。

したがって、判断基準は緩やかな判断基準を用いるべきである。すなわち、目的が正当であり、手段が目的達成のために合理的であれば足ると解する。

●租税立法の特殊性

二、以上をもって、免許制の合憲性を判断する。本問立法の目的は酒税の確実な徴収にあり、正当であ

るといいうる。

さらに、手段として許可制をとっている点について、確かに許可制は自由への制約の度合いが大きい規制手段である。しかし、税収確保のため酒類販売業者の素性を正確に把握する必要がある。さらに酒類は致酔性があることを考えあわせると、酒類販売業は規制の必要性が大きい。

したがって、許可制は目的達成のため不合理であるとまではいえない。

以上から、酒類販売業の免許制は合憲である。

さらに、その不許可処分についても、条文上裁量の余地がないわけであるから、税務署長が法の適用を誤っていない限り、違法ではない。

以 上

二、居住・移転の自由

第 35 問

①アメリカ占領下の日本において、国会議員Hは②共産圏における国際会議出席のために③旅券の発給を法務大臣に申請したが、法務大臣は④「著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する行為」をHがなすものとして、⑤発給を拒否した。かかる事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①②このような特殊状況にあることから、Hの海外渡航を許すこと自体は問題である。

海外渡航の自由の重要性・制約可能性は触れること

単なる経済的自由権ではないことに留意

③旅券→渡航許可証ではない

旅行者の身分を明らかにし、旅行者の安全確保を要請する文書である。

④このような法文は十分明確と言えるか。

⑤発給の拒否→海外渡航が不可能になる

＊基礎点 21 点

①②海外渡航の自由の重要性 1 点

⑤合憲性判定基準の定立 1 点

③あてはめ（旅券の性質）1 点

④明確性の理論 1 点

解答例

一、1、まず、国会議員Hは旅券の発給拒否によって、海外渡航が不可能となっている。

かかる海外旅行の自由への制約の合憲性の判断にあたり、まず海外渡航の自由が憲法上認められる権利か否か、明文なく問題となる。

思うに、海外旅行は外国移住と類似する。そこで、1項は国内、2項は外国に関する規定と考え、22条2項によって海外旅行の自由は保障されていると解する。

【論点】海外旅行の自由

2、かかる海外旅行の自由は経済的自由権である。

一般的には経済的な権利の行使を自由なまま放置する場合、国民の生命・健康に害悪をもたらすおそれがある。しかも社会国家の理念を実現するとの要請があるので、経済的自由権は制約の必要性が高い。

また、経済的自由権に不当な制約が加えられたとしても、民主政の過程で回復可能である。

したがって、経済的自由権は、一般に精神的自由権に比較して強度の制約を受ける。

●経済的自由権への制約可能性

しかし、海外渡航の自由を含む移動の自由は知的接触の機会を求める手段である点にその意義を有する。

したがって、上記の権利には、精神的自由権に準じた保護を与えるべきであり、制約への合憲性の判断も厳格に行うべきである。

●移転の自由の特殊性

二、以上をもって、本問事案を検討する。

1、具体的には、本問で問題となる条文は「著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する行為」を旅券の発給拒否の対象としている。かかる文面は、漠然故に無効といえないか。その判断基準が問題となる。

●あてはめ

●厳格な判断基準

●明確性の判断基準

思うに、漠然とした文面の法によれば、運用いかんによって許される行為まで処罰できる可能性がある。この点に不明確な法文の問題点があるから、そのような可能性が高いか否かによって、条文の有効性を判断すべきである。

具体的には、通常の判断能力を有する一般人が、当該具体的場合において、禁止される行為か否かを法文から判断できるかどうかによって決すべきである。

また、旅券は渡航許可証ではないから、あくまで発給されるのが原則である。とすれば、よほどのことがない限り、旅券は発給しなければならない。発給不許可にできる場合は、犯罪行為を行う危険性が極めて顕著な場合等に限るべきである。

上記法文はそのような限定を何も施していない。したがって、文面上違憲無効の可能性が高い。

(2、但し、アメリカ占領下の日本という特殊状況にあることは考慮すべきである。H氏が海外渡航を行うことによって国際関係の悪化など、公共の福祉に反する結果を導くことが明らかである場合、海外渡航の自由への制約もやむをえない。

ただ、その制約は旅券の発給拒否ではなく、他の手段を用いて行うのが妥当であったと思われる。)

以 上

*旅券 日本人であることの証明書

三、財産権の保障

第 36 問

ため池の堤とうに農作物を植えたり、建物その他の工作物を設置するなど、①ため池の破損または決壊の原因になる行為を禁止し、②違反者を三万円以下の罰金刑の対象とする法令が制定された。

一方で、③森林経営の安定を目的として、本来共有持分を持つ者は、共有物の分割請求ができるところ（民法 256 条 1 項）、④共有林については過半数の持分を有しないと分割請求できないとの法令も制定された。

以上法令に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

①財産権の制限→財産権の制限の必要性（1点）、合憲性判定基準（1点）

②罰則→手段として相当か、あてはめ（1点）で利用

③森林経営の安定の目的は合理的か

分割制限は手段として合理的か（1点）

＊基礎点 22 点

解答例

一、前段について

1、（一）本問法令はため池の堤とう部分の土地を有する者の土地利用権を制約するものである。本問のような財産権（29 条 1 項）の制約は合憲か。「公共の福祉に適合するように」（29 条 2 項）の意味が問題となる。

財産権は近代までで権力者に侵害されることが多かった権利の一つである一方で、生産手段の私有により、生存を確保するための手段になるという面がある。そこで、近代においては「神聖不可侵」なものとして篤く保護されてきた。

●財産権の重要性

しかし、財産権のような経済的な権利の行使を自由に放置する場合、国民の生命・健康に害悪をもたらすおそれがある。しかも社会国家の理念の実現の要請があるので、経済的自由権は制約の必要性が高い。

【論点】経済的自由権の制約可能性

したがって、経済的自由権は、一般に精神的自由権に比較して強度の制約を受ける。財産権も例外ではない。このような趣旨を確認した規定が「公共の福祉」（22 条 1 項、29 条 2 項）というべきである。

（二）そこで、そのような制約の合憲性をいかに判断すべきかが問題となる。

【論点】経済的自由権の制約の合憲性判定基準

経済的自由権に不当な制約が加えられたとして

＊目的二分論に頼らないパターンの

も、民主政の過程で回復可能である。また、国民代表機関である立法府の判断を原則は尊重すべきである。したがって、経済的自由権は、一般に精神的自由権に比較して緩やかな判断基準を用いてよい。

ただし、財産権の制約立法の目的は様々あり、立法の合憲性判断基準を一義的に定めることはできない。

したがって、立法の必要性・合理性に欠けていることが明らかな場合初めて違憲判断を下せると解すべきである。

(三) 以上をもって本問立法の合理性を検討する。
ため池の破損・決壊を防止し、周辺住民の安全を守る目的の重要性は当然認められる。

そして、本件条例では、特定の行為を禁止し、罰則まで制定している。しかし、農作物の植栽、工作物の設置がため池の破損・決壊の原因になることは疑いない。

しかも、それによって発生する害悪は住民の生命・身体への危険である。かような害悪の大きさを考慮に入れると、条例の実効性を高めるため罰則を定めることもやむをえない。

以上から、本問制約は合憲である。

2、(一)その上で、権利の制約がされる者に補償をする必要はないか。

(この点、2 項による制約は法律による一般人への制約であり、3 項による制約は特定人への制約をさすと考えer見解がある。

本見解では、2 項の場合が補償が不要であり、3 項の場合が補償が必要となろう。

しかし、規制対象が一般人であっても、保障が必要な場合はあると考えるべきである。)

思うに、2 項と 3 項は一般的制約、特定の制約と分離して考えるべきではなく、一体として捉えるべきである。

それを前提に、補償の要否はもっぱら実際に補償が必要か否かという実質的要件だけで判断するのが妥当である。

論証

●あてはめ

●罰則→制約の程度は高い

【論点】補償の要否

左の論証の反対説を自説にしてもよい。

思うに、2 項による制約は法律による一般人への制約であり、3 項による制約は特定人への制約をさすと考えられる。

2 項による制約については補償必要がない。もっぱら、3 項による制約がされた場合に補償が必要になる。

ただし、1 項との関係で 2 項によって財産権の本質を剥奪するような

具体的には、財産権の剥奪、本来の効用の発揮を妨げるような侵害がなされる場合には、特段の事情がない限り補償が必要とすべきである。

一方、その程度にいたらない規制については、社会的制約として受忍すべき範囲のものについては、補償不要とする。一方、本来の効用とは無関係の規制の場合は補償が必要と見るべきである。

(二) 以上をもって本問における補償の必要性について検討する。

ため池の堤とう部分について、損壊を避けるように利用すべきであるのは、当該場所の性質上当然である。すなわち、本問の法令による制約は、当該場所の所有権に内在する限界であるというべきである。

したがって、本問立法による制約には補償が不要である。

二、後段について

まず、後段立法の合憲性について判断する。

本問立法の目的は、森林経営の安定に求められ、必要なものというる。

しかし、手段として、森林の範囲、期間の限定がなく分割制限を定めている。価額賠償によれば合理的分割が可能であるにもかかわらず、本件のような広範な規制をなすことには、必要性・合理性がないというべきである。

したがって、本問立法は違憲である。

以 上

強度の制約は不可能である。

以上をまとめると、補償の要否は、制約の対象が一般人か特定人かという形式的要件と、制約が財産権の本質を侵すような強度なものかという実質的要件の二つで判断すべきである。

●あてはめ

第 37 問

中南アフリカ旅行に行く計画を立てた S は、①当該地域の伝染病への感染を防ぐ予防接種を受けることになった。ところが、②予防接種の副作用によって、S は高熱を発し、熱が引いたときは味覚がほとんどなくなっていた。高級料亭の料理人を業としていた S はこの事故によって、③当該職を続けることができなくなった。

S はいかなる根拠によって、どのような請求を国家に対してなせるか。

①②予防接種事故→法的根拠は国家賠償法によるのか、損失補償として憲法 29 条によるのか

③職業を奪われる→新しい職を補償してもらえるのか

＊基礎点 22 点

①法的根拠の説明 1 点

補償額の論証 1 点

③生活権補償 1 点

解答例

一、1、まず、S は予防接種によって、身体に障害が発生している。このような場合 S は国家に何らかの請求をいかなる根拠をもってなすことができるか。

2、(1)これについて国家賠償請求をする方法が考えられる。しかし、この場合公務員の行為の違法性、故意・過失があったことを証明しなければならない。それを証明することは非常に困難である。

(2)思うに、29 条 3 項の趣旨は、公の利益のためなされた個人の財産権への制約を、全国民の負担に転嫁させることが平等原則の観点から望ましい点にある。

そして、確かに身体は財産ではないが、身体は財産よりも重要な利益であるといえる。とすれば、身体へ加えられた不利益を甘受する理由はない。

(3)ここに、予防接種はまれに副作用が発生することが分かりつつも、伝染病防止という公の利益にそぐうべく接種が行われるものである。

とすると、発生するとされる副作用によって不利益を被った者には、公の利益のために犠牲になったものとして、損失を補償しなければならないと解する。

したがって、29 条 3 項を類推して、補償を認めるべきである。

【論点】 予防接種過

二、 1、 それでは、上記条文を類推してなす請求としては、金銭による補填が考えられる。

それについてどの程度の補償を請求できるか。
29条3項の「正当な補償」の意味が問題となる。
思うに、公の利益のためなされた個人の財産権への制約を、全国民の負担に転嫁させることが平等原則の観点から望ましい。
このような29条3項の趣旨から考えると、「正当な補償」とは、発生した損失について全額を補償することをさすと解する。
したがって、Sは発生した損失のうち、金銭的評価をした上でその全額を請求できるというべきである。

【論点】「正当な補償」の意味

2、 (1)次に、Sはこれまでなしてきた生業を営めなくなっている。この点については単純に金銭を受け取れば填補されるというものではない。
そこで、代わりの職業を訓練・斡旋するなど何らかの具体的な処置を、補償として要求できるか。
(2)思うに完全補償を要求する趣旨から、かかる生活権の補償も憲法上の要請と見るべきである。生活を保障すべきであるという観点からは、25条の趣旨からもそのように言えると解する。
但し、その補償の程度・方法は29条3項の条文からは読み取ることが不可能である。したがって、具体的な生活権の補償は、立法をまつ必要があると解する。
(3)したがって、Sは具体的な就職その他についてまで29条3項を根拠とした請求はできない。

【論点】生活権補償

以 上

第六章 人身の自由・国務請求権・参政権

一、適正手続

第 38 問

①税務署の質問検査権に基づく調査によって、Xが②脱税をしていることが発覚した。そこで、検察官が脱税容疑で、Xを逮捕し、かつ捜査のために③証拠物件を押収したところ、その中に③第三者の財産が含まれていた。第三者には③特に告知・弁明の機会を与えられていない（第三者の財産を押収できることについての根拠条文はあるとする）。上記事案に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①②質問検査権→刑事事件が発覚

行政手続ながら、それなりの手続保障が必要では？

③第三者の財産も押収→悪いことをしていないのに押収されるのは困る

それなりの説明が必要では？

＊基礎点 22 点

①質問検査権の合憲性

行政権に憲法の手続保障の規定の適用はあるか（1点）

②あてはめて使う（1点）

③第三者に手続保障を及ぼさなくてよいか（1点）

解答例

一、1、まず、税務署の質問検査権は行政手続である。

しかし、31条が「その他の刑罰を科せられない」としているように、31条以下の諸規定は刑事手続の規定であるといえることができる。とすると、かかる適正手続の要請は行政手続に及ばないのか。

思うに、資本主義の発達に伴い発生する矛盾を回避するため、積極国家の理念が要請される。しかし、この傾向にしたがって行政権の役割が飛躍的に増大した。その結果、行政手続による人権侵害の危険が顕著になっているといえる。

しかも、行政手続でも場合によっては、刑事手続と異ならない人権侵害を伴う場合もある。したがって、行政手続にも31条等の規定を準用すべきである。

2、但し行政手続と一口に行っても様々な種類が

【論点】行政につづきに憲法 31 条の保障が及ぶか。

あり、中には迅速性を要求されるものも多い。したがって、行政手続の種類ごとに行政の円滑な運営の利益と適正手続との調整を施すことが必要であると解する。

3、ここに税務署の質問検査権は、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を有するものではない。

強制の度合いは低いし、実効性のある検査制度たるにはかかる権限の存在が必要不可欠である。したがって、税務署の質問検査権は合憲である。

二、1、次になんら告知・弁明の機会を与えずに、第三者の所有物を押収する行為は合憲か。

思うに、被告人に対する押収により、第三者の所有権が剥奪される効果が生じることは明らかであり、この点は考慮しなければならない。

したがって、第三者にも事前に告知、弁解、防御の機会を与えるべきである。

2、本問で、もしもそのような手続が何ら定められないとすれば、そのような立法は違憲無効といわざるをえない。

また、そのような手続が定められているのであれば、かかる処分は違憲であり、国家賠償その他の対象となると解する。

以 上

●あてはめ

●告知・聴聞手続が必要ではないか。

●根拠となる法律がない場合とある場合について

三、参政権

第 39 問

憲法上選挙に関する事項は①法律事項とされている（47 条）。そこで、②選挙に関する事項における立法府の裁量の広狭について、次の事案を素材に検討せよ。

1、新しい選挙制度として、③間接選挙、または④複選制を導入することの可否

2、⑤在宅投票制度の廃止

①法律は国会が作る

②法律の作成は国会の裁量事項

- ③間接選挙の合憲性
- ④複選制の合憲性→あくまで憲法に反するかどうかを裁判所が判断
- ⑤身体障害で投票に出かけることが困難な者のための制度

＊基礎点 21 点

- ②選挙に関する事項についての国会の裁量（1点）
- ③間接選挙の合憲性（1点）
- ④複選制の合憲性（1点）
- ⑤在宅投票制度への評価（1点）

解答例

一、選挙制度は憲法上法律事項とされている（47条）。しかし、選挙に関する立法について、立法府の裁量の範囲をいかに考えるべきか。

思うに、選挙について、国家の機関を選ぶ公務としての性格は否定できない。しかし、選挙権は民主主義を支える重要な基本権である。すなわち、選挙権は公務であると同時に権利であると考えべきである。

したがって、選挙に関する立法について国会の裁量は全くの自由ではない。むしろ、権利である点を重視し、立法の合理性は厳格に判断すべきであると解する。

【論点】選挙に関する事項の立法裁量→選挙権の法的性質から論じる

二、以上を前提に、まず事案1について検討する。

間接選挙とは、有権者がまず選挙人を選定し、選挙人が候補者から選挙する選挙の方式をいう。

かかる制度は国政レベルの政治担当者の選出の際には、一定の合理性を有する。選挙人の方が政権担当者としての適格者の判断能力が一般に優れていると見うるからである。

その意味で、間接選挙を選挙制度の中に盛り込むのは直ちに違憲とはいえない。

【論点】間接選挙の合理性

一方、複選制とは既に選挙で選ばれた者が選挙

【論点】複選制の合理性

を行うものである。

かかる制度によれば、選挙時の民意を反映できず、民意と代表者意思との乖離（かいり）が過度に大きくなる。

したがって、複選制は国民主権（前文・1条）の建前に反し、憲法上認められない。

三、さらに、事案2について、在宅投票制度の廃止が立法裁量の範囲内のものとして、合憲といえるか。

本制度廃止の目的は不正の多発を是正する点にある。しかし、かかる目的は、個別的対応で達成できる。

思うに、身体障害で投票に出かけることが困難な者にとって、投票現場自署主義を徹底することは選挙権が奪われるに等しい結果を招く。身体障害ある者にも健常者と比較して、平等に選挙権を行使する機会をあたえるべきである。

以上から、在宅投票制度の廃止は、違憲であると解する。

以 上

第 40 問

①選挙運動の方法への制約について、②戸別訪問の禁止を題材として論ぜよ。

①表現の自由の一種→ただ、特別な制約がある（選挙の公正な実施）

②戸別訪問の問題点は覚えておきたい

①選挙運動の自由の重要性（1点）

合憲性判定基準（1点）

②戸別訪問制度合憲の理由への反論（2点）

解答例

一、1、まず、一般に選挙運動の方法に対して規制

ができるか。

思うに、選挙運動の自由は表現の自由（21条1項）で保護される。しかも、かかる自由は、表現の自由の自己統治の価値が端的に現れる場面であるから、最大限の保障が与えられねばならない。

しかし、公正な選挙の確保の要請があるから、選挙運動の方法について、絶対無制約というわけにはいかない。

2、そこで、制約が許されるか否か判断するための合憲性判定基準が問題となる。

思うに、精神的自由権は民主政を支える権利であるから、いったん不当に制約されるならば民主政の過程で是正することは困難である。しかも精神的自由権については、経済的自由権に比して政策的・専門的判断は要求されず、裁判所の判断能力も十分である。

したがって、精神的自由権は経済的自由権より厳格な基準で判断すべきである。

具体的には必要やむにやまれぬ利益の保護が要求される場合に、必要最小限度の制約のみが許されるというべきである。

二、1、以上をもって、戸別訪問の禁止について、その合理性を判断する。

その合理性について肯定する見解は、廃止の理由を戸別訪問が不正の温床となることを防ぐ点にあるとする。また、戸別訪問は有権者にとって迷惑であり、候補者の側にとっても過大な費用がかかるとされている。

2、しかし、個別訪問が不正の温床になるか否かを立証する事実はない。

また、有権者にとって迷惑になる点も時間制限で対処できる。費用がかかる点については、あくまで候補者の側の問題であるから、立法によって禁止してまで配慮すべきことではない。

3、そもそも戸別訪問は資金のない候補者が、自分の体だけで選挙運動をなすための重要な手段であっ

【論点】選挙運動の自由への制約

【論点】二重の基準

●あてはめ

た。

そのような点も考慮し、戸別訪問の禁止は、違憲であると考えるべきである。

以 上

第 41 問

①議員定数の配分に不均衡が生じたまま③選挙がなされたとして、②議員定数の不均衡が違憲と評価されることがあるのか。違憲とされるならいかなる基準でこの点を判断するのか、さらに違憲状態とされた場合、いかなる効果が発生するかについて論ぜよ。

①一議席あたりに割り当てられる票の数が選挙区によって多かったり少なかったりする

②憲法問題

違憲になる可能性があること

合憲性判定基準→この二つは基本

↓ ただ

違憲となったときどういう効果が発生するか

③選挙がなされているから選挙はどういう影響を受けるか

＊基礎点 21 点

①議員定数配分の不均衡→違憲状態を構成するか（1点）

違憲か否かの判断基準（1点）

③選挙自体の効力（1点）

立法不作為の違法性の評価（1点）

解答例

一、1、議員定数の配分に不均衡がある場合、人口数対議員数の比率からして、選挙区ごとに投票価値が不平等になる。このような投票価値の不平等が憲法違反を構成するか。

思うに、個人の持つ投票価値が不平等であれば、実質的に一人一票の原則に反する結果となる。

したがって、投票価値の平等もまた、憲法上の

【論点】投票価値の平等は平等選挙の原則に違反するか

要請と考えるべきである。

2、(1) それでは、かかる投票価値を不平等とする選挙区割を定める法令について、違憲審査基準をいかに考えるべきか。

(2) 思うに、選挙権は民主政を支える重要な基本権であるから、精神的自由権と同様の厳格な審査に服すると見るべきである。

その上で、どの程度の格差が生じた場合違憲となるかが判断なされねばならない。

まず、選挙権における平等の意味は、形式的平等を意味すると解すべきである。平等選挙の原則は、個人の価値が平等な点から導き出されるものであるからである。

但し、選挙区割について、技術的要請も無視できない。したがって、完全な平等を達成することは不可能である。

以上から、本場面で要求される平等が形式的平等であることを重視し、二対一以上の格差は違憲であると解するべきである。

(3) 但し、上の比率も絶対ではない。

思うに、衆議院は最新の民意を反映せねばならない。一方で、参議院は安定した民意を反映することが要求され、それで足りる。しかも、半数改選の制度が取られていることから、技術的要請も無視しがたい。

したがって、参議院については、上記比率を維持できなくても合憲になるというべきである。

二、1、次に、定数の不均衡状態が無視できず、違憲と評価できる場合、どのような効果が導かれるかについて検討する。

まず、かかる基準に照らし違憲となった選挙区割に基づいて行われた選挙は無効とすべきか。

もしも選挙を無効とするならば、その影響が大きいばかりでなく、新たな選挙区割を定めた立法をすべき議員がいなくなる。

したがって、選挙自体は無効とせず、事情判決

【論点】 不均衡が違憲状態を構成するかどうかの判断方法

● 選挙を無効とすべきか

として選挙区割の違憲無効を宣言するにとどめるべきであると解する（行政事件訴訟法 31 条参照）。

2、次に、そのような違法な選挙区割を放置した立法府に何らかの責任追及をすることが考えられる。

(1) まず、不作為の違憲確認訴訟は認められるか。

【論点】 立法不作為

この点、かかる形態の訴訟を認める規定が現行法上存在しない。

しかも、かかる訴訟が認容された場合、判決にいかなる効力を認めるかが不明確である。仮に、判決に法的効果を持たせ、立法の義務づけを命ずるものであるならば、国会の立法権を侵害するおそれがある。一方、単に違憲であることを確認するだけであれば、何の救済効果もなく、意味がない。

したがって、かかる形態の訴訟は認められないと解する。

(2) それでは、国家賠償請求は認められるか。

思うに、選挙区割が違憲状態にあれば直ちに立法不作為として違憲となるとすると、この場合も立法権を侵害するおそれがある。

したがって、一定の要件をもって国家賠償請求をなしうる場合を限定すべきである。

具体的には①立法をなすべき義務があることが明白であることに加え、②義務が発生したときから現在までに立法措置をなす合理的期間が経過したことを要求すべきである。

以 上

第 7 章 社会権

一、生存権

第 42 問

障害者である H は① 障害福祉年金を受け取っていたが、未亡人となったので、新たに

②児童扶養手当の受給申請を行ったが、③両請求については併給禁止規定が存在したので、受給申請は却下された。

かかる事案に含まれる憲法問題について論ぜよ。

①②とも社会的弱者を保護するための制度→生存権の問題

③併給禁止

- ・生存権の侵害ではないか
- ・障害をもっている者に対する不平等な取扱ではないか？

＊基礎点 22 点

①②生存権の法的性質（1 点）

生存権に関する立法の合憲性判断基準（1 点）

③あてはめ（1 点）

解答例

一、1、まず、本問障害福祉年金、及び児童扶養手当は生存権（25 条）の具体化立法であるという。かかる立法における立法権の裁量の広狭どう見るべきか。

2、判例は、25 条は国家の努力目標を示したにすぎず、当該規定に法的拘束力はないとする。

しかし、かかる解釈は 25 条がわざわざ権利として明示して生存権を保障しようとした意味を無にするものである。あくまで生存権を法的権利と認めるべきである。

とはいえ、生存権の内容は抽象的であり不明確である。そのまま条文を根拠に何らかの請求をできるほどの具体性は 25 条にはない。

3、以上から、25 条は法律による具体化をまって初めて裁判規範たりうる抽象的権利であると考えられるべきである。

【論点】25 条の法的性格

二、1、本問併給禁止規定は、本件は具体的な立法によって認められた国民の給付請求権を奪うものと見ることができる。

そこで、生存権を保障する義務に反し、25 条違反となる可能性がある。また、本問児童扶養手当の

不支給は、障害福祉年金受給者を不当に差別するものとして、14条違反を構成する可能性もある。

2、それでは、かかる併給禁止規定の合理性をいかなる基準で判断すべきか。

思うに生存権はまさに生きる権利そのものであることからすれば、生存権の侵害が問題となる立法についてはそれなりに厳格な基準で判断すべきである。

具体的には目的が重要であり、かかる目的と手段との間に実質的な合理的関連性があるか否かをもって判断すべきである。

【論点】生存権の関する合憲性判定基準

3、以上をもって本問事案を検討する。

本問併給禁止規定の目的は、財政の適正な運営であり、その目的は重要であるという。

しかし、その手段として、併給を禁止することが合理的か。

思うに、障害者は障害者年金によって最低限度の生活が保障されたと見ることができる。同様に、寡婦とその子は児童福祉年金が支給されて初めて生活が保障されたと見るべきである。

したがって、その併給を禁ずることは二重のハンディを持つ者にとって不合理な取扱をなすものと見るべきである。

したがって、本問のような併給禁止規定は、違憲無効の疑いが強い。

以 上

第 43 問

Aは①生活保護として、一定の金銭の支給を受けていた。しかし、Aはかかる額では②憲法 25 条にいう健康で文化的な最低限度の生活が維持できないと考えている。

Aはこの場合③裁判所への救済を請求できるかについて論ぜよ。

①生活保護→生存権の問題

- ② 25 条違反の状態→本当に違反状態かどうかは分からない
そもそも、違反状態ということがありえないかも（25 条の法的性質に関わる）
- ③裁判所への救済→実体的な違憲であっても手続的にどうか？

＊基礎点 21 点

①生存権の法的性格（1 点）

生存権に関する立法の合憲性判定基準（1 点）

③裁判所への救済の請求方法

a、違憲状態の確認訴訟（1 点）

b、国家賠償請求（1 点）

解答例

一、1、まず、生活保護としての金銭の支給は生存権の具体化立法であるという。かかる立法における立法府の裁量の広狭を判断するため、25 条の法的性格をいかに解すべきかが問題となる。

2、この点判例は、25 条は国家の努力目標を示したにすぎず、当該規定に法的拘束力はないとする。しかし、かかる解釈は 25 条がわざわざ権利として明示して生存権を保障しようとした意味を無にするものである。

したがって、あくまで生存権は法的権利と認めるべきである。

3、しかし、生存権の内容は抽象的であり不明確である。そのまま条文を根拠に何らかの請求をできるほどの具体性は 25 条にはない。

以上から、25 条は法律による具体化をまって初めて裁判規範たりうる抽象的権利であると考えべきである。

二、1、上記のような権利の救済をもとめて、いかなる訴えを裁判所になすことができるかについて検討する。

まず、不作為の違憲確認訴訟は認められるか。
この点、かかる形態の訴訟を認める規定が現行法上存在しない。

【論点】25 条の法的性格

【論点】立法不作為

しかも、請求が認容された場合、判決にいかなる効力を認めるかが不明確である。判決に法的効果を持たせ、立法の義務づけを命ずるものであるならば、国会の立法権を侵害するおそれがある。

一方、単に違憲であることを確認するだけであれば、何の救済効果もなく、意味がない。

したがって、立法不作為の違憲確認訴訟なる訴訟形態は認められないと解する。

2、それでは、国家賠償請求は認められるか。

思うに、ある時点における「最低限度の生活」がいかなるものであるかについては、ある程度客観的に算定することができる。

とすれば、立法によって実現されている現状が、客観的基準から著しく逸脱していると思われる場合には、損害を観念することができる。

しかし、そのような状態にあれば直ちに立法不作為を違憲とするならば、立法府に無理を強いることになり、やはり立法権を侵害するおそれがある。

したがって、一定の要件をもって国家賠償請求をなしうる場合を限定すべきである。

具体的には①立法をなすべき義務があることが明白であることに加え、②義務が発生したときから現在までに立法措置をなす合理的期間が経過したことを要求すべきである。

Aは国家賠償請求をし、上記要件そのほかの要件を証明することで救済を受けることができる。

以 上

【論点】立法不作為における国家賠償請求の可否

二、教育を受ける権利

第 44 問

①全国の中学校 2、3 年生を対象とする全国一斉学力テストを①文部省が実施すること

に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

①文部省が学力テストを全国的に実施→特定の指導要領に基づくテスト

- ・地域によって教えていたり、教えていなかったりすることがある
- ・地域ごとの平均点を出す→特定の指導要領に基づく学力差が明らかになる

↓

- ・教師や親は自由な教育がしにくくなる

(学力テスト向きの教育をすることになりかねない)

＊基礎点 22 点

①教育の自由の内容説明 1 点

教育内容決定権の所在 1 点

本件事案の評価 1 点

解答例

一、1、当該学力テストを文部省が実施できるか。
まず、いかなる教育方法を選択するかについての決定権限が国家に存するかが問題となる。

2、26 条 1 項は、国民各自が自己の人格を完成するために必要な学習をする権利があることを明らかにしている。これを受けて国家に教育条件の整備を行う義務があることになる。

のみならず、26 条 1 項は子供が教育を施すことを大人に対して要求する権利まで保障していると解するのが妥当である。これは、1 項を受けて 26 条 2 項が子女に教育することを国民の義務として、明示していることから明らかである。

3、これらの義務はそのまま教育内容・方法決定の自由とひきなおすことができる。

したがって、国家および子の親と、それから教育の委託を受けた教師には、教育内容の決定権、つまり教育権が認められる。

二、1、では、かかる教育権の内容として、国家が学力テストを実施することはできるのか。

その範囲がいかなるものか、親・教師の教育権との関係で検討する。

【論点】教育を受ける権利の内容

2、思うに、教育の自主性が確保されるべきであるから、親及びその委託を受けた教師の教育権は尊重すべきである。

しかし、義務教育では、一定水準の教育内容が確保されなければならない。しかも児童生徒には教育内容を批判する能力がないし、学校・教師を選択する余地も乏しい。

3、したがって、親・教師に教育の自由を全面的に認めることはできない。必要かつ相当と認められる範囲において国家は教育内容について決定できると解すべきである。

【論点】教育権の所在

三、1、以上を前提に本問事案を検討すると、全国一斉学力テストの目的は、全国において一定の教育水準を確保されていることの確認にあると思われる。

かかるテストの実施が目的達成のために、必要な措置である。

●問題点

2、確かに、学力テストの実施により、特定の指導要領に基づいた学力の高低が明らかとなる。これは、事実上教師・親に学力テスト向けの教育をさせることになり、教育権の行使の自由を阻害する結果を招くおそれはある。

●制約の程度が低いこと

しかし、具体的に文部省が指導内容に対して、直接の指示・拘束をするのではなく、学力テストがなされるに過ぎない。これは、親・教師の教育権の行使を直接に拘束するものではない。

つまり、学力テスト外の内容の教育を施す余地が剥奪されるなどの事情はなく、親・教師の教育権行使の自由は残されているといえる。

したがって、本件学力テストの実施は合憲である。

以 上

①「党内部秩序は民主的でなければならない」②「資金の出所及び使途について公的に報告しなければならない」など③**政党法の制定**について、④**政党の意義と、それが必要となる問題状況**について説明した上で、⑤**その合憲性について論ぜよ。**

①党首が世襲ではダメとかそういうことです

②特定の利益を反映する団体では困る

③政党法→①②のような規制

政党というと公的団体であるイメージが強い

実際に政治において重要な役割を担っている

④重要な役割→好きなように振る舞われては困る

⑤政治を担う団体→不当な影響を受けても困る

＊基礎点 22 点

③政党法の必要性 1 点

④問題状況の説明 1 点

⑤当否の評価 1 点

解答例

一、政党について

政党とは、政治上の意見を同じくする者が政治権力に参加し、意見を実現するために結成する集団である。政党は私的結社ながら民意の統合・媒介・実現する機能を営んでいる。

したがって、議会制民主主義においては不可欠であり、非常に公的側面が強い存在であるといえる。

政党の憲法上の位置づけについては、憲法上明確な規定はない。しかし、日本国憲法が議院内閣制を採用している以上、(66 条 3 項・67 条等) 憲法は政党を当然のものとして予想していると思われるべきである。

【論点】政党の意義

【論点】政党の憲法上の位置づけ

二、現代の問題状況

1、政党が国家意思の形成において果たす役割は大きく、結果として権力分立制度(41 条・65 条・76 条)が変容を遂げている。

＊権力分立の意義

すなわち、権力分立とは、国家の諸作用を性質に応じて区別・分離した上で、相互に抑制と均衡を保たせる制度をいう。

2、議院内閣制が採用された結果、国会における第一党が内閣を構成する。結果として、事実上国会と内閣との対立は起こりえず、国会内における与党対野党の対立構造に変化しつつある。

のみならず、現代社会においては、福祉国家の理念の実現のため、行政府の活動が飛躍的に増大している。それに伴い肥大化した行政府が、国家の政策決定において事実上中心的な役割をなす行政国家の現象が顕著になってきている。

そして、政党の発達によって、政党がそのような行政府による政策決定の前提としての国家意思形成において事実上中心的な役割を果たすようになってきている。

3、かような政党の発達は、民意の国政における実現という観点から、基本的には民主主義に資することになる。

しかし、その発達が同時に国会による行政監督という建前と事実との不一致を招く結果ともなっている。

三、政党法の当否について

本来政党は私的団体であり、その結成・活動は自由に任されるべきである。

しかし、前段で述べたように、政党が国家の意思形成・政策決定において中心的な役割を果たしていることからすれば、政党への監督は国民の人権保障の観点から必要になると思われる。

その意味で、通常の私的団体に対するよりも、強度の制約をなしうると考えられる。

ただし、本規定に関して法的義務を課すと、政党の健全な発展を侵す虞がある。また、かかる立法は大政党が少数党を侵害する手段となる可能性もある。

したがって、原則として法的義務を課すものでなく訓示的なものに止まるべきと解する。

ただし、政党の資金関係についての規制は、国政の民主化、政治腐敗の防止という重要な目的を達成するためのものである。また、罰則がなければその

国家権力が単一に集中した場合、濫用のおそれ大きい。その結果として人権侵害がなされることを防ぐ点に権力分立の目的がある。

権力分立の原理は、国家権力による権利侵害の防止という観点からして、自由主義的原理というる。

【論点】政党国家現象

【論点】行政国家現象

●政党への規制の必要性

●応用問題

実効性は疑わしい。

したがって、罰則の適用を含め、政党に法的義務を負わせるものであっても合憲であると解する。

以 上

第一章 国会

第 46 問

次の見解の根拠を説明した上で論評せよ

「裁判所が①法令の違憲審査を行う場合には、②消極的でなければ③ならない」

- ①法令の違憲審査→憲法に反しているかどうか
- ②消極的→違憲判決をなかなか出さない
- ③裁判所が国会の決定を否定してはいけない→国会は国民代表機関だから

＊基礎点 22 点

②本問見解の根拠

国会が国民代表機関であること 1 点

裁判所は民主的な正当化根拠が弱いこと 1 点

③本問見解への評価 2 点

一定の肯定・問題点の指摘

解答例

一、設問の見解の根拠

1、違憲審査権の行使が「消極的」であるとは、違憲審査自体を回避することと、違憲審査をした場合に違憲判決を下すことを避けることの両方をさす。

2、このような態度を裁判所がとるべきであるとされることには理由がある。

(1) 憲法は、国会を唯一の立法機関としている(41条)。その趣旨は、治者と被治者の自同性を実現することで、国家による人権侵害を防止しようとする点にある。

●意義

●理由の説明

【論点】唯一の立法機関性

その一方、裁判所は「司法権の独立」が憲法上保障されており（76条など）、制度上国民からもっとも遠いところに位置する。

(2) また、国会は国政調査権など立法のための様々な権限を有し、専門技術的知識も裁判所に比べ豊富である。

このような事情から、国会が制定した法律には原則として合憲性の推定が働くといえる。その反面、裁判所は国会の立法を原則尊重しなければならない。

そのため、裁判所は立法が不合理であることが明白でない限り、違憲であるとの判断をすべきでない。

これが、裁判所が法令の違憲審査権の行使について消極的でなければならないことの理由である。

二、見解の当否

1、かかる姿勢は一般的には妥当と評価してよい。

2、しかし、これには例外を認める必要がある。

精神的自由権・選挙権については、民主政の過程の一部をなすので、いったん制約されると回復されがたい。また、多数の論理が支配する政治過程では、少数者の人権が救済されにくい。

そこで、精神的自由権・選挙権・少数者の人権を制約する立法については、裁判所は積極的に違憲審査しなければならないというべきである。

3、このような余地を認めないならば、上記見解を支持することはできない。

以 上

●原則肯定

●問題点の指摘

●結論

二、国会の地位

第 47 問

国の①行政機関の内部部局の設置及び所掌事務が政令事項と定められていること（国家行政組織法第7条第5項参照）と、②国会は「国の唯一の立法機関である」と定める憲法第41条との関係を説明せよ。

また、③政令がさらに各省庁に上記事項の制定を任せることは許されるか。さらに、

④法律の委任がないまま、73条6号を根拠に上記のような事項を政令で定めることは許されるかについても論ぜよ。

①内部部局の設置・所掌事務→内部に関する事項を定める

∴ 裁判所・議院はそうだから、内閣もそれでいいのでは？

②政令も国法の一形式→唯一の立法の意味が問題となる

(立法に政令が入らないなら、問題は何もない)

③委任立法の再委任

④委任がない場合の政令の認定

→執行命令しかない(独立命令・緊急勅令が現行憲法上で許されないのは当然)

＊基礎点 21 点

①政令委任事項の内容→あてはめで使う(1点)

②国会中心立法(委任立法)の問題 1点

③再委任の可否(1点)

④法律の委任がない場合の処理 1点

解答例

一、まず、41条の「立法」に国の行政組織を定める法令が含まれるか。「立法」の意味内容が問題となる。

これを法律をさすものとする見解がある。しかし、国会の定立する法が法律である以上、同義反復になり、これでは意味をなさない。

また、国民の権利・義務を定める法規範に限定する見解もある。しかし、民主的責任行政の確保のため、行政組織についても法律で定めうる解釈を取るべきである。

したがって、一般的抽象的法規範をさすと考えるべきである。

【論点】「立法」の意味

二、1、このように「立法」の内容を考えるならば、41条が「唯一」としていることと、本問国家行政組織法の規定とはどのような関係にあるか。

まず、委任立法の可否が問題となる。

思うに、73条6号但書では、罰則すら法律の委任があれば制定しうると読める。しかも、専門的

【論点】委任立法

・技術的立法の必要性から、一定の事項の定めを
かかる知識に優れた内閣に委任することは合理的
ですらある。

したがって、委任立法は憲法上認められると解
する。

2、但し、無条件にそれを認めるならば、国会中
心立法の定めが無意味になるおそれがある。した
がって、委任の程度は個別的・具体的でなければ
ならない。

3、以上をもって、本問行政組織法の内容を検討す
る。本問委任の程度は具体性に欠ける嫌いはある。
しかし、その内容は、適切な判断を内閣がなすこと
ができ、かつ内閣の自主性の尊重を要請すべき事項
でもある。

したがって、本問委任は憲法上許容されるもので
ある。

三、1、次に、再委任は許されるか。

再委任は、委任者である国会の意図との隔絶が
大きくなるから、本来望ましいことではない。

したがって、やむをえない合理的理由ある場合
に限って認めうるに過ぎない。認めるにしても、
受任者の裁量の余地を厳しく限定することが必要
である。

2、(一)また、委任なくして、直接政令で内閣の内
部事項その他について定めることができるか。

まず、明治憲法下で認められていた独立命令、緊
急勅令については、日本国憲法上は認められない。
いずれも国会中心立法の原則に正面から抵触するか
らである。したがって、そのような形で政令を定め
ることはできない。

(二) 一方、「憲法及び法律」を執行するため執
行命令の制定が、73条6号から認められる。そ
こで、憲法を直接執行する命令は許されるか。

思うに、そのような命令を認めるならば、内閣
に立法権を認めるも同然の結論になる。あくまで、
「憲法及び法律」とは、一体として把握すべきで

【論点】再委任の可否

【論点】憲法を直接執行する政令制
定の可否

あると解する。

したがって、かかる執行命令は認められない。

結局、法律とは無関係に政令を制定することは
いっさいできないことになる。

以 上

第 48 問

国会が①唯一の立法機関（41 条）とされていることと内閣の関係について、

- 1、②政令によって罰則を定めることはできるか。
- 2、③内閣に法案の提出権を認めることはできるか。

①唯一の立法機関→国会だけが国法のいかなる形式の法も定立する（国会中心立法）

国会しか法の定立の過程に関わることができない（国会単独立法）

② a 国会中心立法の問題

b 罰則→特に国会が定める必要が高い（人権侵害の程度が高い）

③国会単独立法→法「案」を提出するだけなら問題ないのでは？

＊基礎点 21 点

②委任立法の可否 1 点

罰則委任の問題の説明 1 点

③法案提出権の立法過程の中における重要性 1 点

内閣の法案提出の可否 1 点

解答例

一、小問 1 について

政令による罰則の制定については明文があり、
法律の委任がなければ罰則を設けることはでき
ない（73 条 6 号）。

それでは、法律の委任さえあれば、政令によ
って罰則を制定することは自由か。

思うに、無条件にそれを認めるならば、国会中
心立法のたてまえが無に帰するおそれがある。し

【論点】政令による罰則の制定

たがって、委任の程度は個別的・具体的でなければならない。

特に、罰則の委任の際には、罪刑法定主義（31条）の要請から、一般の事項を委任する場合と異なり、特に厳重な要件の下で許されると解すべきである。

具体的には、立法の目的、概括的構成要件、刑の範囲が定められる必要があると解する。

二、小問2について

内閣に法案提出権を認めることは憲法上認められるか。特に国会単独立法との関係で問題となる。

思うに、立法過程の核心は、法の審議・可決の点にあり、法案提出権はその前提に過ぎない。そこで、国会の審議権が確保されていれば、国会単独立法の原則に反しないと解する。

また、内閣の構成員が国会議員として法案を提出できるから否定したところで意味はない。

したがって、内閣に法律案提出権を認めるのは憲法に反しない。

以上

【論点】内閣の法律案提出権

2、国民の代表機関

第49問

X議員は議会で絶対多数を誇る甲政党党员として、①比例代表制による選挙によって、国会議員となった。しかし、国会におけるある法案の審議において、②甲政党は選挙時から方針を改めることとなったことに甲は反対し、③議会で反対の質問を繰り返した。

そこで、甲政党は、④比例代表制により選出された議員は党の除名と共に議員資格も失うという議院規則を制定した上で、⑤X議員を党から除名した。本問事案における憲法上の問題点について、規則制定後⑥Xが自主的に離党した場合と比較しながら論ぜよ。

①比例代表→議員個人でなく、政党に投票する。

②甲政党が態度を変える→選挙時の民意を反映していない可能性が高い

③反対の質問→選挙時の民意を反映したい

④党の除名と共に議席を失う

形式的理由→政党に投票するから

実質的理由？→とりあえずXに分からせる？

⑤党から除名すれば、同時に議員としての地位も失う

⑥自主的に離党→議席を失うのを分かっていて離党するのならいいのでは？

＊基礎点 20 点

①④比例代表制選出議員が党員としての地位を失った場合

→議席を失うことの合理性 1 点

②③あてはめで使う 1 点

④自由委任の原則の指摘 1 点

⑤除名処分自体の違法性 1 点

⑥場合分け 1 点

解答例

一、1、本問でXは党の支持に反した行動をとった結果、党を除名され、かつ議員としての身分も失っている。

しかし、議員は「全国民の代表」（43条）であり、議員が特定の選挙母体の意思には拘束されないことを明らかにしている。そこで、除名処分は自由委任の趣旨に反し違法ではないか。

まず、X議員、甲政党とも私人であるから、両者の間の法律関係に憲法は直接適用されない。すなわち、私法の一般条項である公序良俗違反、不法行為（民法90条、709条）の規定の解釈の際に憲法価値を反映させることができるに過ぎない。

【論点】私人間効（短文）

2、それでは、甲党の処分は本条文に触れるか否かを判断する。

思うに、国民主権（前文1段・1条）の意味を無にしないため、自由委任の原則の下といえども、事実上選挙民の意思と代表者意思との一致が要求されている（半代表）と考えるべきである。

【論点】党議拘束と自由委任

そして、政党は国民意思を統合・実現する機関である。とすれば、党議拘束を認めることは、かかる半代表の概念に適合し望ましいともいえる。

但し、あくまで自由委任が原則であるから、党議拘束違反に法的責任を負わせる効果は認められない。

3、政党の除名自体は議員たる身分に関して法的効果を発生させるものではない。したがって、除名処分だけならば違法ではない。

二、1、しかし、甲政党は、党の除名と議員の議席の喪失という法的効果を結びつけた規則を制定している。このような規則は違憲無効ではないか。

2、確かに、比例代表制の下では有権者は政党に投票し、得票率に応じて政党に議席を割り振ることになる。

ということは、議員たりうるには、政党员でなければならないとも考えられる。つまり、当選後政党を何らかの理由で離脱した場合、この者は議員たりえないとも考えうる。

しかし、議員の資格喪失という法的効果はあくまで憲法上の自由委任の原則に反する。特に、政党を除名された場合に上記のような法的効果を結びつけるならば、党员への不当な拘束のおそれがある。

したがって、本問規則は違憲無効というべきである。

3、これに対して、自ら党籍を離脱した場合はどうか。

確かに、自ら党籍を離脱した場合議席を失うとしても、党による不当な拘束を議員が受けるおそれは少ない。

しかし、本問のように党が選挙時から政策を転換した際、本来の政策を実現するため党を離脱する道を議員に認める必要がある。また、現実には自主脱党の形をとるよう議員に圧力がかけられた上で、離党させられるおそれも存する。

したがって、この場合も結論に違いを設けるべきではない。

【論点】比例代表制下における党籍離脱と議員の身分の関係

●自ら党籍を離脱した場合

以 上

三、国会の組織と活動

3、国会議員の地位

第 50 問

⑥国会議員 A は①委員会開催中に②他の国会議員 B に殴りかかり傷害を負わせたが③その場で警官に取り押さえられた。ただ、議院は A の行為について懲罰をしないし、刑事告発もしない方針とした。本問事案に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

また、A が④休日中 B を殴ったと⑤ B から告発されたが、議院は期限付きの逮捕しか許諾しない。この時、捜査機関・裁判所は議院の許諾に従う必要があるか。

- ① ⑥委員会開催中→形式的には職務行為中？
- ② 殴る→傷害罪
これが職務行為とはとてもいえないでしょう
- ③ 現行犯→不逮捕特権の恩恵にはあずかれない（国会法参照）
- ④ 休日中→職務行為外
- ⑤ B から告発→現行犯逮捕でない
- ⑥ 国会議員→免責特権・不逮捕特権

＊基礎点 21 点

- ① 免責特権の対象範囲 1 点
免責特権の対象の判断権者 1 点
- ② あてはめ 1 点
- ④ 不逮捕特権の趣旨 1 点

解答例

一、前段について

1、まず、A が B を殴った行為は傷害罪（刑法 204 条）に該当するし、民事上も不法行為による損害賠償請求の対象となる。

しかし、憲法 51 条は、国会議員の免責特権を認めている。本規定によって、A は上の責任を免除されるか。

2、本条は、その対象として、「演説、討論または評決」に限定しているかに見える。

【論点】免責特権の対象

しかし、同条の趣旨は、政府に対して議員活動の自由を確保する点にある。

かかる趣旨を実現するには、本特権の対象となる行為は、51条所定の行為のみならず、議員活動に付随する行為まで含まれると解するべきである。

ここに、Aの行為を評価するに、暴行・傷害の態様からして、これが国会における審議など職務行為と関連があるとは考えられない。

したがって、Aの行為は免責特権の対象とはならない。民事・刑事双方の責任をAは問われると解する。

3、(1)しかし、議院はAの行為について懲罰をしないし、刑事告発もしない方針としている。ここで、議院の告発は刑事訴追の条件といえるか。議院の自律権(58条)の尊重の観点から問題となる。

(2)思うに議院の告発を訴訟要件とするのは、議員に一般国民とは異なる特別な取扱いをすることになる。法的根拠もなく、新たな特権を議院及び議員に認めるべきでない。

(3)したがって、裁判に議院の告発は必要ないと解する。裁判所はAについて公判手続を開始し、刑事責任を確定することができる。

二、後段について

2、(1)Aが休日中Bを殴った場合、Aに前段と同様の責任が生じる。しかし、Aは国会議員であるので、会期中は不逮捕特権(50条)によって、議院の許諾か、現行犯逮捕でない限り逮捕されない。

ここで、議院が許諾を与える際、条件を付けることは可能か。

(2)不逮捕特権は、歴史的には、議員の職務執行が政府によって妨げられることを防止するために認められた特権である。さらに加えて、議員が逮捕されなければ、議院の審議権を確保することにも資する。

したがって、本条文の趣旨は、上記のいずれか一方ではなく両方と考えるべきである。

(3)とすれば、かかる不逮捕特権の趣旨から本件

●あてはめ

【論点】議院の告発は議員の刑事訴追の要件か

【論点】条件付き逮捕の可否

問題について一義的に結論を導くことはできない。

思うに、議院はいったん逮捕を可とするということは、逮捕が不当逮捕でないことを認めたということになる。ならば、後は裁判所に事件の処理をまかせるべきである。

憲法および国会法も、単に議院の「許諾」としかしておらず、これは許諾するか否かのいずれかの意味と解するべきである。

したがって、逮捕の許諾に議院が条件を付けることは許されない。

すなわち、捜査機関・裁判所はかかる条件に従う必要はない。

以 上

四、国会と議院の権能

第 51 問

産業の育成を目的とした①条約を、A 国との間で内閣が締結した。

1、事後に②国会の承認が得られなかった場合、条約の効力はどうなるか。

2、事後に国会が承認するに際して、国会が③原案の一部に変更を加えた場合、かかる修正は認められるか。

3、上記の条約（本件条約は自動執行力がある）の内容が④憲法の明文に反するとして、訴え提起がなされた場合、裁判所は審理が可能か。

①条約→内閣が締結・国会が承認

②国会の承認が得られない→条約の効力はどう考えるか

③原案の一部に変更→修正

（国会が勝手に相手国のことを考えないで修正は変では？）

④憲法の明文に反する（条約が憲法に反する）

→違憲であることを判断できるのはこの場合裁判所しかない

（国会は承認、内閣は締結しているし…）

＊基礎点 20 点

①条約の締結と承認行為との関係 1 点

- ②国会の事後承認が得られない場合の条約の効力 1点
③国会の変更権 1点
④条約が違憲ということがありうるか 1点
条約の違憲性を裁判所が判断できるか。 1点

解答例

一、小問1について

1、事後に国会の承認が得られなかった条約の効力を検討する。

まず、かかる承認の意味は憲法上明らかでな区、問題となる。

思うに、条約締結権は伝統的に行政権に属する権限であり、実際上も外交の担当者として内閣の方が適任である。

しかし、条約は法律よりも形式的効力が強い。とすると内閣の条約締結権に対して民主的コントロールを及ぼす必要性がある。国会に立法権を独占させた（41条）意味を没却しないためである。

国会の条約承認権はかかる趣旨から認められたものであるから、条約の承認は条約が有効に成立するための要件であり、条約締結は国会と内閣との協働行為であると見るのが妥当である。

【論点】国会の条約承認の意義

2、(1)このような理由から、国会の事前の承認が得られない条約については、内閣は締結してはならない。

しかし、本小問のように、内閣の締結後、国会の承認を得られなかった条約の効力をいかに解すべきであろうか。

(2)まず、国内法上は問題なく無効である。

しかし、条約締結行為は、相手国のある行為である。したがって、むやみに無効にすべきではなく、国際法上は原則有効であると考えべきである。

もっとも、いかなる場合も有効とするならば、国会に承認権を与え、条約締結に民主的コントロールを及ぼそうとした趣旨が没却される。

【論点】国会の承認なき条約の効力

そこで、国会の承認権が諸外国にも周知の要件と解される場合、事後承認のない条約は無効となると解する。かかる場合は、相手国の信頼を害しないからである。

(3) なお、通常条約を結ぶ相手国は日本国憲法の内容については周知であると解される。したがって、結局は本件条約の効力は認められない

二、小問2について

1、本小問における条約の修正の効力を検討するに、国会には条約修正権があるのか。明文なく問題となる。

思うに、条約締結は、本来内閣の職務である。条約締結は専門・技術的判断が要求されるから、このような職務分担に合理性もある。

それに対して、国会は条約の内容についての判断能力が欠けると思われる。しかも条約の修正を認めることは、まさに内閣の条約締結権を侵害することになりかねない。

したがって、国会には条約修正権は認められない。国会の条約承認は一括承認か不承認かと考えるべきである。

【論点】国会の条約修正権

2、そして、国会が一部修正を加えたということは、内閣の締結した条約について、そのままでは承認できないということを意味する。したがって、国会の修正提案は不承認の意味だと解すべきである。

三、小問3について

1、(1) 裁判所が条約の合憲性について判断するには、条約が国内法の一つということができなければならない。

しかし、条約には本小問のように具体的立法なしで国内法的効力を持つものがある。したがって、条約と国内法とは一元的な関係にあると考えるべきである。

●条約と国内法との関係

(2) このように考えると、本件条約の内容に憲法と矛盾が考えられる。しかし、その場合どちらの効力が優先するか。条約と憲法について形式的効

【論点】条約と憲法の形式的効力の優劣

力はどちらが強いかが問題となる。

2、思うに、簡易な手続で憲法を改正する手段を認めることはできない。また、授權規範が下位規範であるとするのは論理矛盾である。となると、条約締結・承認権を授權した憲法が条約よりも下位の規範であると考えすることはできない。

したがって、形式的効力は憲法の方が強いと考えるべきである。

3、(1)となれば、条約についても違憲の問題が生じる。そこで、条約を違憲審査の対象とできるか。

(2)確かに、81条からは意識的に条約が除かれているが、それは条約の「国家間の合意」という特殊性に配慮したものである。だから、国内法として側面については裁判所は合憲性を判断できるとしてよい。

また、条約には政治的内容を持つものが多いとしても、それは統治行為など他の法理で対処すべき問題である。一般的に憲法判断を否定する理由にならない。あくまで憲法の最高法規性を維持できる解釈を採るべきである。

(3)したがって、条約は違憲審査の対象となりうる と解する。

【論点】条約の違憲審査の可否

他の理由がない限り、本件条約に関する訴え提起は認められることになる。

以 上

＊小問3は条約の内容に関する問題であるのに対して、小問1、2は制定手続の問題である。

2、議院の権能

第52問

①法律と議院の規則制定権の効力関係について説明した上で、②法律と条例との効力関係・③法律と裁判所の規則制定権の関係についても比較せよ。

- ① a 中心は議院の規則制定権→他は比較の対象
- b 議院の規則制定権→自主性の確保のため
内部事項について定める
- ② 条例→もっぱら地方自治体内部の事項しか扱わないが…
一般人が対象になることが多い
- ③ 法律と裁判所の規則制定権→基本的には議院の規則制定権と同じに考えればよい

＊基礎点 21 点

- ① 議院の規則制定権と法律との効力関係の論述 1 点
- ② 条例と法律との効力関係 1 点
- ③ 法律と裁判所との規則制定権 1 点
- ①と②③とを比較している姿勢が出ているか 1 点

解答例

一、法律と規則制定権の効力関係につて

1、憲法は各議院に規則制定権を与えており（58条2項）、議員の内部事項について自主的に定めうるものとしている。

しかし、現実には例えば国会法が定められており、法律で議院内部の事項の定めがなされている。「唯一の立法機関」の立法とは、一般的抽象的法規範を指す以上、かかる事態が生じることが憲法上ありうる。

とすれば互いに制定事項が競合する可能性があるので、そのような場合、法律と規則とのいずれが優位するかが問題となる。

【論点】「立法」の意味

●問題提起

2、思うに、法律が優位すると解するならば、衆議院の優越が認められている憲法法制上、法律の運営如何で参議院の自律は致命的になるおそれがある。

【論点】法律と議院規則の効力関係

規則制定権が議院に自律権を与えることから、規則固有の所管に属する内部事項は規則が優先すべきであると考えらるべきである。

それに対して、一般国民の権利義務に関する事項については、両議院の審議の結果が重視されるべきである。両議院の意思こそが国会の意思であるからである。したがって、法律が優位すると考

えるべきである。

二、法律と条例との効力関係との比較

1、まず、条例は法律の範囲内で制定されなければならない（94 条後段）。このような憲法の明文による限定は規則にはない。

2、それでは当該条例が「法律の範囲内」というのか否かについて、いかに判断すべきか。

規則は、議院の自主性を尊重するためのものであり、条例は地方自治を保障するためのものである。しかし、地方自治事務の内容は、その性質上法律と範囲が重なり合うものが多いので、特にその効力関係は問題となる。

3、(1)（かつては、法律が定めた事由については条例は改めて制定できないとする法律先占論が唱えられていた。しかし、これはあまりにも硬直した解釈であるといわざるをえない。）

思うに、憲法が地方ごとのきめ細かな政治を実現するため条例制定権を地方自治体に与えた趣旨を生かした解釈を取るべきである。

したがって、単に条例と法律の法文を比較対照するだけではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較した上で、両者に矛盾抵触があるか否かをもって判断するのが妥当である。

(2) 例えば、ある事項について法律が既に定立されている場合でも、その法が別段の規制を許す趣旨である場合は、同事項についての条例を制定することは可能である。また、そうでないとしても条例が法律の目的・効果を侵さないならば条例制定は可能であろう。

また、法律がなくても、それが規制をせずに放置する趣旨であるならば、条例制定は不可能であると解すべきである。

三、(1) 裁判所にもその独立性保障のために、規則制定権が与えられている。しかし、たとえば訴訟法と、訴訟に関する規則のように、制定内容が重なる場合がありうる。

● 条例 < 法律

● 問題提起

【論点】「法律の範囲内」の意義

● 判断基準

【論点】法律と最高裁判所規則との効力関係

ここで、かかる規則と法律との間に矛盾抵触がある場合、形式的効力の優劣をどのように解すべきか。

思うに、両院の可決によってはじめて成立するというように、法律は成立要件が規則よりも厳格である。しかも、国会は国民代表機関であり、裁判所よりも民主的基盤が強固である。したがって、法律が規則に優位すると考えるのが原則である。

しかし、規則制定権は司法権の自律性・独立を守るために最高裁判所に認められた権能である。したがって、内部事項については規則が優先されるべきである。

また、それ以外の事項についても、裁判所の専門的判断を尊重すべきであるから、規則事項についてはなるべく規則で規定すべきであると解する。独立性の確保と専門技術的知識の尊重という観点は同様である。

以 上

・国政調査権

第 53 問

①訴訟進行中、②国政調査権の行使として、国会の委員会が③訴訟関係者に報告書を提出させた。かかる事案に含まれる憲法上の問題点について、④検察庁の捜査・捜索中に報告書を提出させることと比較しながら論ぜよ。

- ①②訴訟進行中、国政調査権の行使→裁判所と国政調査権の関係を書く
- ③報告書の提出→国政調査権の行使の仕方の一態様（62条）
- ④警察の捜査・捜索→検察権と国政調査権の関係

＊基礎点 22 点

- ①国政調査権の法的性質 1 点

国政調査権と裁判所との関係 1 点

- ④国政調査権と検察権との関係 1 点

解答例

一、まず、本問では国会の委員会が国政調査権（62条）を行使している。かかる権利行使の合憲性を検討する。

まず、国政調査権（62条）行使がいかなる範囲で認められるか。

思うに、国政調査権は諸外国の立法例を継承したものであるので、他の理由がない限り法的性質も同様に解すべきである。

（国会を明治憲法における天皇に代わる最高機関であるとを前提に、国政調査権を独立した権能であるとする見解もある。しかし、他の二権もそれぞれの権能においては最高機関であるから、国会を統括機関であると解するのは妥当ではない。

41条の「国権の最高機関」との文言は、国会が国民代表機関であることを政治的に強調したに過ぎない。したがって、何らかの法的効果をかかるとの文言に結びつけて考えるのは妥当ではない）。

したがって、国政調査権は国会の権能を効果的に行使するための補助的権能であると解する。

【論点】国政調査権の趣旨

*（ ）内は不要

このように解した場合、国会の権能は国政のうちでも多岐に及ぶから、国政調査権の及ぶ範囲は国政のほぼ全範囲にわたると解される。

但し、他の国会が有する権能行使に役立つ限りでしか調査権を行使できないという限界を有することになる。

【論点】国政調査権行使の範囲

二、1、本問事案では、訴訟進行中に報告書を提出させている。かかる行為は裁判官に予断を抱かせ、判断に不当な影響を与えるものとして違憲ではないか。

【判例】二重煙突事件

司法権については、その独立が憲法上保障されている（76条、78条等）。国政調査権といえどもかかる司法権の独立を侵すことは認められない。

【論点】司法権と国政調査権

現に進行中の事件について、訴訟指揮の可否を調査する目的で行う国

2、以上をもって本問事案を判断すると、かかる報告は新聞紙上の事件の報告と性質を同様にするものである。

とすると、国政調査権の行使として、訴訟関係者に報告書の提出を求めることは、直ちに裁判官に予断を抱かせるものでない。

したがって、本問国政調査権の行使は裁判官の判断に不当な影響を及ぼすものではなく、合憲である。

三、1、次に後段では、検察官の捜査・捜索中に、検察官に報告書を提出させている。かかる行為を憲法上いかに評価すべきか。

2、検察権は行政権である。民主的責任行政の観点から、行政権に対しては、原則国会は広範な調査をなしうると考えられる。

但し、検察権との関係ではこの限りでない。検察事務は、準司法作用であるから、かかる作用には司法権に類似する独立性を保障する必要があるからである。

したがって、そのような要請に反する調査は許されない。

具体的には、起訴不起訴について政治的圧力を加えるような調査は許されない。また、起訴事件に直接関係する事項や公訴追行の内容、捜査の続行に重大な支障を及ぼすような方法による調査もすべて許されないと解する。

3、本問事案において、目的は明らかでない。

しかし、単に報告書を提出させるに止まるならば、裁判所にも、検察権にも不当な影響が及ぶ可能性は少ない。

したがって、後段事例もまた合憲になると解する。

以上

政調査は許されない。

また、裁判進行中と否とに関わらず判決内容の当否を判断する国政調査は許されない。判決確定後でも、国政調査を裁判内容に及ぼせば、将来の同種の事件における裁判所の判断に不当な影響が及ぶ可能性があるからである。

一方、裁判所と異なる目的から裁判と並行調査を行うことは許される。この場合、司法権の行使に不当な影響を及ぼす危険性は少ないからである。

【論点】検察権と国政調査権

一、行政権と内閣

第 54 問

- 1、②国家公務員法が特定の事項を①人事院の②規則事項としていることは合憲か。
- 2、③独占禁止法が、④公正取引委員会が⑤その審決手続の中で認定した事実について⑥これを立証する実質的な証拠があるときには⑦裁判所を拘束するとしていることは合憲か。

- ①人事院→独立行政委員会
②法律が規則事項にしている→委任立法
③独占禁止法→公正取引委員会を設置した法
④公正取引委員会→独立行政委員会
⑤審決手続→76条に反しないか
⑥実質的な証拠がある→拘束される理由がある
⑦裁判所は事実認定を行う
∴ 裁判所の職務を侵していないかが問題となる

＊基礎点 20 点

- ①独立行政委員会の合憲性判定基準 1 点
人事院・公正取引委員会の合憲性 1 点
②委任立法の可否 1 点
③審決作用の合憲性 1 点
実質的証拠法則の評価 1 点

解答例

一、小問 1 について

1、(一)まず、人事院は内閣から独立して職務を遂行する合議制の行政機関である。そこで、独立行政委員会は、行政は内閣に属するとする 65 条に反しないのか。

(二) 65 条は、41 条、76 条と相まって、権力分立を定める条文である。それと同時に、議院内閣制の下、内閣に行政を担当させることで行政権に国会による民主的コントロールを及ぼそうとする目的も含まれる。したがって、かかる二つの意義に反しないのかを判断する必要がある。

まず、権力分立とは、分離された国家機関相互

【論点】独立行政委員会と 65 条との関係

実際の答案では、もう少し短い方がよい

に抑制均衡させることで、国民の権利侵害を防ぐことを目的とする原理である。とすれば、さらに行政権を分離し、特定の職務を他の機関に担当させることはかかる目的に反するものではない。

一方、独立行政委員会の職務とされるものは、行政作用のうち中立性を要求されるものが多い。このような作用を担う機関は政党から独立した地位を保持する必要性がある。

もっともこのような機関についても民主的コントロールを及ぼす必要性は皆無ではない。

そこで、独立行政委員会ごとに合憲性を判断するのが妥当であると考ええる。その際には、ある程度国会のコントロールが及んでいるか、担当業務が民主的コントロールになじまないものか等条件を総合勘案すべきである。

(三) これをもって人事院の合憲性を判断すると、人事行政は中立性が要求されるので、民主的コントロールになじまない。また、委員の任命権・予算の承認権が国会にあるので、相当な民主的コントロールに服している。

したがって、人事院の存在は合憲である。

2、それでは、人事院のような行政府が準立法作用を行うことは合憲か。これは委任立法の可否の問題である。

思うに、73条6号但書では、罰則すら法律の委任があれば制定しようと読める。しかも、専門的・技術的立法の必要性から、一定の事項の定めにかかる知識に優れた内閣に委任することは合理的ですらある。

したがって、委任立法は憲法上認められると解する。

【論点】委任立法の可否

しかも、内閣の中でも専門的・技術的知識が豊富な委員会がかかる知識を要する立法を制定することは、適任でありさえすると考えるべきである。

●独立行政委員会の特殊性

二、小問2について

1、まず公正取引委員会は内閣から独立した活動が保障された行政委員会であるから、その合憲性が問

題となる。

公正取引委員会の委員任命権・予算承認権とも国会にあり、民主的コントロールは及んでいる。また、公正な取引を確保することを目的とした職務内容は、民主的コントロールになじまないものである。

したがって、公正取引委員会の存在は合憲である。

2、次に、公正取引委員会は審決作用を営むが、その点は合憲か。

憲法 76 条 2 項を反対解釈する限り、終審でなければ行政機関も裁判してよいと解される。

また、独立行政委員会の裁定について不服があれば普通裁判所に対して提訴することはできる。しかもまず専門的知識を有する委員会が一次的に判断をなすのは合理的ですらある。

したがって、独立行政委員会の裁定作用は合憲である。

3、但し、問題文にあるような実質的証拠法則を独占禁止法が定めていることは、司法権を裁判所に独占させ、行政機関の終審裁判を禁ずる 76 条 1 項 2 項に反しないか。

思うに、結論が事実認定の如何によって左右されることからして、事実認定も司法権の内容であると解すべきである。

とすると、実質的証拠法則は 76 条に反し、違憲であるかに見える。

しかし、専門的知識が豊富な委員会の事実認定に、そのような知識に乏しい裁判所が拘束されることが合理的である。

しかも、本規定では、裁判所が実質的な証拠の有無を判断できるとされており、裁判所には自ら拘束されるか否か決定する自由が留保されている。

したがって、実質的証拠法則は合憲である。

●存在の合憲性を検討

【論点】司法権と独立行政委員会

【論点】実質的証拠法則の合憲性

以 上

三、議院内閣制

1、議院内閣制の本質

第 55 問

①議院内閣制と衆議院の解散権の関係について論じた上で、②解散権の所在、及び③解散権を行使できる場合について説明せよ。

- ①議院内閣制の内容に衆議院の解散は含まれるか
- ②解散権の所在→①の内容によっては、解散権の所在が分からなくなる（均衡本質説なら内閣に解散権があるのは明らか）
- ③②の結論によって、内容が変わる

＊基礎点 22 点

- ① 1 点
- ② 1 点
- ③ 1 点

解答例

一、1、日本国憲法は議院内閣制（66 条 3 項など）を採用していると考えられるが、解散権は議院内閣制の内容か。

2、もともと、議院内閣制とは、相互抑制によって均衡を保ちながら協働の関係にあることをその本質的要素としていた。

しかし、現代に至るまでに議院内閣制は様々な形で変容を受けている。その上で、様々な他国の議院内閣制の立法例を比較し共通する要素を分析してかかる問題を考えるべきである。

3、そのようにして考えるならば、議会による政府の民主的コントロールを議院内閣制の本質的要素とすべきである。

そして、このように考えるならば、解散権は議院内閣制の要請ではないことになる。解散権は内閣の議会への対抗手段であるからである。

【論点】解散権と議院内閣制の関係

【論点】解散権の所在

二、1、それでは、解散権の所在をいかに解すべきか。解散権は形式的には天皇の下にある（7条3号）。しかし、実質的な解散権の所在は憲法上明文なく問題となる。

2、まず、国会の自律解散が認められるか。

思うに、多数派議員の意思によって少数派議員の身分を失わせる結果となることは避けるべきである。したがって、国会の自律解散は認められないというべきである。

3、それでは解散権の所在をいかに考えるべきか。

本来衆議院の解散は政治的行為である。

それでも、天皇の解散権は形式的儀礼的行為とされるのは、助言と承認（7条3号）によって内閣が解散について実質的判断を行っているからであると解される。

したがって、内閣が衆議院の解散権を持つと考えるのが妥当である。

【論点】解散権を行使できる場合

三、1、最後に内閣に解散権があるとして、どのような場合に解散することができるか。

2、この点、69条を解散権の根拠条文として、解散ができる場合を国会が不信任決議をなした時に限定する見解がある。

しかし、解散は権力分立の抑制手段としてばかりではなく、国民の信を問う制度としての民主主義的契機も併有するので、その点を重視すべきである。

したがって、内閣が自発的に国会を解散できる場合を認めるべきである。

3、但し、政治的戦略としての解散は当然認められない。あくまで民主主義的側面に役立つ限りでという限界があると解すべきである。

具体例としては、選挙の時に問題にならなかった重大問題が生じたときや、内閣と国会が対立し、責任ある政策形成ができなくなった場合などが挙げられる。

第3章 裁判所

一、司法権の意味と範囲

第56問

①司法権の独立と②その限界について、③それぞれ根拠と共に説明せよ。

①司法権の独立→意味

②要は独立性が保障されない場合

次の問題と区別すること

③①②→根拠を順々に説明

＊21点

①司法権独立の内容・根拠 1点

②司法権独立の限界

指名・任命 1点

国民審査 1点

裁判の公開 1点

解答例

一、司法権の独立について

1、司法権は、政治的権力から国民、とりわけ政治過程の中では犠牲にされることが多い少数者の保護を図る義務を帯びている。

そのためには、外部的圧力を受けないで、公平な裁判を実現する必要がある。

しかし、裁判所は非政治的権力だから、立法・行政権に干渉される危険性が高い。

そこで、その使命を全うさせるため、司法権の独立が憲法上保障されたのである。その内容は、裁判所の独立（80条・77条）裁判官の独立（78条）からなる。

【論点】司法権の独立の意義

＊参考

特に裁判官の身分保障と関連し、下級裁判所裁判官の再任の問題がある。

すなわち、憲法上・下級裁判官は、任期終了後再任されることができる（80条）とされている。この場合の再任について、指名権者の裁量をいかなるものとするべきか。

裁判所は特に少数者の人権を保障

二、司法権の独立の限界について

1、このように司法権には独立が保障されているが、独立の保障が絶対的であると、裁判所が独善に陥る可能性がある。国民主権の下、裁判所もまた、国民の信任の下存在すると考えるべきである。

そこで、司法権にも一定の民主的コントロールが及ぶべきであり、その限度で司法権の独立には限界が存在する。

2、具体的に、このような民主的コントロールの内容について説明する。

(一)まず、最高裁判所長官の指名(6条2項)、その他の裁判官の任命権は内閣に存する(79条1項・80条1項)。ただ、下級裁判所裁判官の任命は、最高裁判所の名簿にしたがってなされることになる(80条1項但書)。

(二)次に、国民審査制度(79条2項)によって、最高裁判所裁判官がその裁判官としての適格性を審査される。ここに本制度はいかなる法的性質を有するか争いある。

本制度は、条文上投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときその裁判官を罷免するとされている。したがって、国民審査制度は原則は解職制度と見るのが妥当である。

但し、任命後一回目の国民審査では、任官間もないものが国民審査される場合もある。したがって、この場合には、任命行為としての性質も併有すると解する。

(三)また、裁判は公開を要するとされている(82条1項)。裁判を公開することで、国民の監視の下による裁判を保障し、国民による裁判へのコントロールを実現しようというものである。

ただ、この「公開を要する」裁判とはいかなるものをさすか。条文上明らかでなく、問題となる。

思うに、裁判所は訴訟事件の他、事件解決の性質を有する裁判行政作用を営む。かかる作用を行使する際には、プライバシー・秘密保護などの観

する役割を担っているから、裁判所の構成員たる裁判官の身分は厚く保障されなければならない。

そのような要請に適合するよう、本問題は解さねばならない。すなわち、裁判官の弾劾事由がある・心身の故障に基づく職務不能など、不適格者であることが客観的に明白である場合でない限り、再任されなければならない。

●裁判官の指名・任命

【論点】国民審査の法的性質

【論点】裁判の公開

点から、公開になじまないものが多々ある。

とすれば、公開を要する裁判とは、これを純然たる訴訟事件に限定するべきである。

ここに純然たる訴訟事件とは、当事者の意思如何に関わらず終局的に事実を確定し、当事者の権利義務の存否を確定することを目的とする裁判手続をいう。

(このように解した場合、32条と82条は相まってかような争訟について公開と対審・判決による裁判を受ける権利を保障したものといえることができる。)

以上

＊学説

この点、判例は公開を要する裁判を純然たる訴訟事件に限定する。

ここに純然たる訴訟事件とは、当事者の意思如何に関わらず終局的に事実を確定し、当事者の権利義務の存否を確定することを目的とする裁判手続をいう。

このように解した場合、32条と82条は相まってかような争訟について公開と対審・判決による裁判を受ける権利を保障したものといえることができる。

しかし、純然たる訴訟事件と非訟事件の区別は明確でない。しかも、裁判行政作用が増加しているから、非訟事件への配慮も必要である。

そこで、82条の対象か否かの区別は、事件の性質・内容にしたがって個別的に判断するのが妥当である。すなわち、裁判においても常に対審・公開を要求する必要はないと解する。

一方、32条はそれなりの公平な手続を要求したものであると解することになる。

3、司法権の限界

第57問

①司法権の限界について説明した上で、次の各事案に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

事案1 ②議会の議員に対する③出席停止の懲罰議決の効力

事案2 ④学生の単位認定処分と、必要単位が具備されている場合の⑤専攻科終了不認定処分の効力

①司法権の限界→司法権そのものの限界

②議員と議会→部分社会とその構成員

③出席停止→懲罰の程度も問題になる

構成員に対して懲罰を加えるのは一定の限界で認められる

- ④ 学生の単位→学生にとって不利益の程度は低い
教授の自由には任される範囲は広い
- ⑤ 専攻科終了不認定→学生にとっての影響は大きい

- ① 司法権の限界とその根拠 1点
具体例の説明 2点
- ②③ 議会の懲罰処分の事案の評価 1点
- ④⑤ 単位不認定 1点
専攻科終了不認定処分の効力 1点

解答例

一、司法権の限界について

司法権の行使にあたっては、次のような限界が存在する。

1、まず、司法権は、法律上の争訟について法を解釈・適用し、宣言する国家作用である。

●司法権の定義

●事件性の要件

したがって、法律上の争訟でない、いわゆる事件性の要件を欠く事件に対しては司法権は行使できない。なお、法律上の争訟とは、具体的な権利義務または法律関係の存否についての争いで、法律の適用によって終局的に解決できるものをいう。

このような事件性を欠く事例としては、学問上の知識の当否・宗教上の教義の真否等についての争いが挙げられる。

特に、法律によっては終局的な解決ができないが、問題解決にはその判断を避けられないという前提問題が存在する場合がある。

【論点】前提問題に法律問題以外の問題がある場合

このような場合、形式的には法律上の争訟の形をとっていても、同様に司法権の対象外と解すべきである。

2、次に、事件性の要件を満たしていても、他の国家機関の権限との関係で司法権が行使できない場合がある。根拠は三権分立などがあげられる。

●自律権、裁量の問題

その例としては、各議院・閣議の自律権に属する事項、他の機関の裁量に属する行為を挙げることができる。

3、さらに、高度に政治性ある国家行為である統治行為については、司法権は性質上判断ができないとされる。

司法権は独立が保障されているから、裏を返すと、他の二権とは異なり国民に政治責任を負えない立場にある。とすると、国家の命運を左右する行為については、政治的責任を負えない裁判所は判断できないというべきである。

以上のように、司法権の内在的制約として、統治行為論は認められると解する。

但し、憲法上の根拠がない司法権の例外を無闇に認めてはならない。

したがって、他の法理によって説明できるときには他の法理を使うべきである。また、精神的自由権・選挙権の侵害を争点とする事件の場合には、本理論を適用して判断を回避してはならない。

上記権利はまさに民主政を支える権利であるから、不当に制約された場合、非政治的機関である裁判所でないと回復しうるものではないからである。

【論点】統治行為論

4、最後に、部分社会法理が存在する。

部分社会の法理とは、自律的な法規範を有する特殊な部分社会について、内部紛争は司法審査の対象にならないという理論である。一方、一般市民法秩序と接点がある問題については司法審査の対象となるとするものである。

しかし、かかる法理は様々な性質を有する団体を一般的・包括的にとらえすぎるらいがある。

思うに、司法審査の対象となるか否かは団体や問題となる事項ごとに個別具体的に判断すべきである。

【論点】部分社会の法理

二、事案の検討

1、事案1について

●地方議会の内部事項

●大学の自治

(1) 大学は憲法上自治の運営が認められていると解される（23条）。したがって、大学内部の運営については自律的判断が尊重されるべきであり、純粋な内部事項については司法審査は差し控えるべきである。

(3)しかし、単位が具備されているにもかかわらず、専攻科終了を不認定とする処分は、大学の利用拒否といえる。国民は公の研究施設として、大学を利用する権利を有するから、大学の利用拒否は一般市民として有する権利の侵害といえる。また、要件具備後の専攻科終了の認定は専門的判断が必要なわけでもない。

以上

①国会が予算案を修正→修正権はあるかがまず問題となる

②予算と法律が不一致をきたしたとき→予算・法律を執行する内閣が困る

発展 自ら矛盾することを行っている

＊基礎点 20 点

①予算の法的性質 1 点

修正権の有無 2 点

②予算と法律が不一致をきたした場合の処理 2 点

解答例

一、1、国会は予算の議決権を有するが、そこには修正権も含まれるか。この点を検討するため、まず、予算の法的性格をいかに考えるべきかが問題となる。

2、思うに、財政に民主的コントロールを及ぼすべく、予算に国会の議決を必要としたものである。この趣旨に反しないため、予算には法的拘束力を認めるべきである。

そこで、予算を法律とみる見解もある。しかし、予算は内閣が作成するし、法律とは議事手続が異なる、一会計年度限りの効力しかないなど、法律と解するには特別な要素が多すぎる。

したがって、予算は法律ではないが、政府の財政行為を規律する法規範であると解するのが妥当である。

【論点】 予算の法的性格

二、その上で、国会の予算案修正権はいかなる範囲で認められるか。

1、予算は国法の一形式であり、国会は立法機関であるから、国会に予算の修正権は認められると解する。

2、但し、どの程度の修正権が認められるかについては、別途の考慮を要する。

まず、減額修正については、無限界になしうると考える。特にそれを認めない理由もない。

一方、増額修正のためには、予算に相当する財源が必要である。

したがって、一定の制限があると解すべきであ

【論点】 国会による予算の修正権

る。すなわち、同一性を損なうような大修正はできないというべきである。

いずれにせよ、国会は矛盾する行動をとることはできるだけ避けるべきではあるが、法律と食い違う修正もまたなしうると解する。

三、それでは、予算と法律が食い違ったとき、どのように内閣は振る舞うべきか。

まず、予算があって法律がない場合、法律がない以上、内閣は何もできない。したがって、内閣は予算の執行のためには国会の法制定を待つしかないことになる。

一方、法律があって予算がない場合であるが、内閣は法律を誠実に執行する義務があるはずである。すなわち、法律にあわせて予算は作成されるべきである。

したがって、内閣は法律の施行のために予備費の支出、補正予算を組むなど対策を講じるべきである。

以 上

【論点】予算と法律が食い違った場合の処理

第 59 問

①学校教育法にいう幼稚園にはあたらない幼児教室への②公金支出は合憲か。なお、本件幼児教室には、③定期的に支出された公金の用途について報告義務が課されており、必要があるときには個別の指導を受けるとされている。

①幼稚園にあたらない幼児教室→教育の事業にあたるか（89条の問題になるか）

②公金支出→公の支配に属さない団体には公金を支出できない

③ある程度の支配が本問幼児教室には課されている。

＊基礎点 20 点

① 1 点

②公の支配の意味 1 点

③あてはめ 1 点

解答例

一、「公の支配」に属しない「教育」の事業に関する団体への公金支出は禁止されている（89 条）。そこで、本件幼児教室への公金支出の合憲性が問題となる。

「教育の事業」とは、人を教え、導くことを目的とする継続的活動のことを指す。

当該幼児教室は、幼稚園とほぼ同様な教育事業をなしている。したがって、幼児教室の経営は「教育の事業」にあたることになる。

二、では、本件幼児教室は、「公の支配」に属しないのか。「公の支配」の意義が明らかでなく、問題となる。

思うに、89 条の趣旨は公の支配に属しない団体に公費を支出することで、公金が濫費されることを防止すべきことにある。

とすれば、公金の濫費を防止できる程度の監督・コントロールを 89 条が要求する程度の支配と解するべきである。

したがって、濫費を防止しうる程度の支配を及ぼせる団体に対しては、公金支出をなしてよいと解することになる。

三、本件幼児教室には公の利益に反する支出が行われないよう、個別の指導・管理がなされているから、濫費が防止しうる程度の相当な支配は及んでいると言てよい。

特にかかる幼児教室は本来公権力がなすべき教育の事業を（26 条参照）代わって行っているものである。かかる教室に公権力が補助をなすことは公の利益に沿うものとするらえる。

したがって、かかる幼児教室への公金支出は合憲と解すべきである。

● 89 条の問題になることを指摘

● 「教育の事業」にあたるか

● 「公の支配」の意義

二、地方自治

1、地方自治の本旨

第 60 問

①地方自治の法的性質を明らかにした上で、②特別区の住民に③区長を公選する権利が憲法上保障されているかについて論ぜよ。

- ①地方自治制度の法的性質
- ②特別区→地方自治の公共団体か
- ③区長を公選する権利
 - ②が肯定されたら保障される
 - ②を肯定するには①が関係ある

＊基礎点 22 点

- ① 1 点
- ② 1 点
- ③あてはめ 1 点

解答例

一、地方自治の法的性質

1、憲法上地方自治制度が保障されているが、かかる保障の法的性質が問題となる。

思うに、地方自治を保障すれば地方の実状にあった施政を行えるし、権力を地方に分散させることで、権力の濫用を防ぐことができる。

すなわち、地方自治制度の保障は間接的に人権保障を行うための、制度的保障と見るべきである。

2、そして、かかる制度的保障の核心が「地方自治の本旨」である。

かかる「地方自治の本旨」の内容は団体自治・住民自治の二つの内容からなる。その中心は住民

【論点】地方自治の法的性格

自治にあり、住民自治を支えるものとして、団体自治が保障されるという関係にあると解する。

二、1、地方自治の保障の一環として、「住民」には地方公共団体の長を公選する権利がある（93条2項）。そこで、93条2項にいう地方公共団体に特別区はあたるか。

2、思うに、憲法上地方自治を認められているのは前段にいう地方自治の保障を受けるにふさわしい実質を備えた団体である。単に法律の規定で定まるものではない。

ここにそのような地方公共団体といえるには、事実上住民が経済的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的意識が存在する必要がある。さらに、相当程度の地方自治の基本的権能が付与された地域団体であることも必要であると解する。

【論点】地方公共団体の意義

3、ここに、特別区は市の性格をも併有した独立地方公共団体の一部ともいえる。とすると、特別区は憲法上の地方公共団体とは認められず、地方自治の保障が及ばないことになりそうである。

●あてはめ

しかし、通常国民には都道府県レベルと、市町村レベルの二レベルにおける地方自治が保障される。にもかかわらず、特別区の住人に対してのみそのような保障が及ばないとするのは妥当でない。

また、特別区に条例制定権が付与されていることの合憲性を説明するには、特別区を普通地方公共団体と見るほかない。

したがって、特別区にも地方自治の保障は及ぶと解すべきである。その意味で、特別区の住民にも区長・区議会議員を直接公選する権利は憲法上保障されている。

以 上

3、条例

第 61 問

憲法で、①法律事項とされている事項を②条例で定めることができるか。

①②法律事項とされているもの

2種類ある

そもそも条例の守備範囲内か

守備範囲のものでも条例で定められるか

(条例→法律の範囲内)

＊基礎点 21 点

①条例の守備範囲 1 点

財産権・租税賦課について 2 点

罰則について 1 点

解答例

一、1、まず条例は自治事務を遂行するために地方公共団体に制定する権限が付与された自主的立法である。したがって、条例で定めることができる事由は自治事務に限定される。例えば選挙に関する事項などを条例が定めることはできない。

2、そこで、法律事項ながら条例が定めることができる可能性があるのは、もっぱら自治事務の内容に含まれると解される、財産権・租税賦課に関わるものである。さらに様々な定めの実効あらしめるための罰則の制定においてもまた、問題が生じる。

二、個別的検討

1、財産権・租税賦課について

(1) 憲法上財産権の内容、及び租税賦課に関する規定は法律で定めなければならないとされている(29条2項・84条)。

にもかかわらず、条例でこのような事項を定めることはできるのか。

(2) 思うに、両事項が憲法上法律事項とされたのは、国民代表機関たる国会の制定する法律にかかる内容をかからしめることで、国民の権利が不当

【論点】財産権・租税に関する事項を条例で制定できるか

に侵害されることを防ごうとした点にある。

一方、条例は地方議会によって定められる立法であり、民主的基盤を有する自治法である。

すなわち条例は準法律的性格を有するものであるから、条例によってかかる事項を定めることは憲法の趣旨に反するものではない。

特に地方自治を強固にするためには自主財源の確保は不可欠であるから、条例に租税賦課をなしうる権限を与えることは特に重要である。

(3) 以上から、いずれの事項についても問題はないと解する。

2、罰則について

罰則は法律事項とされているが（31条など）、条例で罰則を定めることは許されるのか。

罰則は国民の人権を強度に侵害するものであるから、条例で無制限に定めうるとすることはできない。すなわち、罰則を定めるには、法律による授権が必要であると解すべきである。

しかし、条例は民主的基盤を有する自主的立法であり、準法律的な性格を有するといえる。

したがって、法律による授権は、相当程度に具体的な委任であれば足りると解すべきである。

そして、地方自治法はかかる程度の罰則制定の委任をなしていると考えられる。したがって、条例で罰則を定めることは憲法上問題ない。

以 上

【論点】 条例による罰則制定

第五章 憲法の保障

二、違憲審査制

2、違憲審査の方法

第 62 問

次の見解を論評せよ

「日本国憲法は①**抽象的審査制**を採用しており、故に憲法判断がなされた際の②判決の効力は**一般的効力**をもつというべきである。このように解すると、裁判所が③**消極的立法作用**を営むことができるが、④憲法を**無限界に改正**し、憲法によって裁判所を拘束すれば足りる」

①抽象的審査制→具体的事件がなく裁判所が判断をできる

②一般的効力

→事件がないのなら一般的効力（法令が廃止されたのと同じ）

事件に付随して憲法判断する場合は？

③消極的立法→その通りだが

④憲法改正によって裁判所を制約→このこと自体がめちゃくちゃ
（最高法規を変えるなんて）

まじめに無限界説をたたいておきましょう。

＊基礎点 22 点

①抽象的審査制の可否 1 点

②違憲判決の効力 1 点

③憲法改正の限界 1 点

解答例

一、1、まず、本問見解は日本国憲法は具体的事件の発生を必要としないで法令その他の違憲性を判断できる**抽象的審査制**を採用していると述べる。

2、この点について 81 条は違憲審査権を最高裁判所が有することを明らかにしている。しかし、かかる違憲審査の方法として、いかなる制度が取られているか不明確なので、検討する。

思うに、81 条は司法の章に定められている。司法は具体的事件の存在を前提とする概念である。したがって、具体的事件の判断にあたって違憲審査権を行使する付随的審査制を取っていると考えべきである。

かかる結論は抽象的審査制を積極的に認める条文が憲法上存在しないことから、支持できる。抽象的審査制を認めるならば、そのための手続法が必要であるがそのような条文はないからである。

●見解のポイントを引用

【論点】日本国憲法における違憲審査制

3、以上から本問見解は妥当でない。

二、1、このようにして、憲法が付随的審査制をとると解するならば、その際に下された違憲判決の効力も別に考えなければならない。そこで、この点をいかに解すべきか。

2、もしも、法令が客観的に無効になるとするならば、裁判所が消極的立法作用を営む結果となる。かかる結論は、41条に反する。しかも、かかる大きな影響を恐れ、裁判所が違憲判断をなす事に消極的になる可能性もある。

思うに、日本国憲法は違憲審査の方法について個別的審査制を取ると解される。この場合、違憲審査は事件の解決に必要な限りでなされる。

このような違憲判断の方法からすれば、その効力も当該事件の解決に必要な限りで発生すると解するのが自然である。

したがって、個別的効力しかないと見るのが妥当である。

3、個別的効力説には、事件ごとに公平な結論を導けず、平等原則に反するとの指摘がある。

しかし、文面上無効の判決手法が存在するし、さらに、他の国家機関は違憲判決を尊重することになる。

このようにして、個別的効力説からも事実上一般的効力に近い結論も取ることはできる。公平さには十分配慮が可能であると解する。

【論点】 違憲判決の効力

いずれにせよ、本問見解のいう一般的効力説を採用することはできない。

三、1、しかし、本問見解は、憲法改正権の運用によって裁判所を拘束するという議論をしているが、そもそも憲法は無限界に改正できるか。

思うに、憲法改正権は制憲権に創設された権利である。したがって、論理的には、自己の存立基盤を変更することは許されないはずである。

前文が、人類普遍の原理に反する憲法は排除されるとしているのはかかる趣旨の確認であると解する。

【論点】 憲法の改正

以上から、この点についても本見解は妥当ではない。

以 上