

憲法①

憲法の論文の書き方

- まずは問題文から

様々な問題文の問いかけ

〔設問1〕

あなたが弁護士としてどのような主張を行うかを述べなさい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた検察官の反論を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

〔設問1〕（配点：50）

(1) あなたがBの訴訟代理人となった場合、Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行うという観点から、どのような憲法上の主張を行うか。（配点：40）

(2) (1)における憲法上の主張に対して想定されるA市の反論のポイントを簡潔に述べなさい。（配点：10）

〔設問2〕（配点：50）

設問1(1)における憲法上の主張と設問1(2)におけるA市の反論を踏まえつつ、あなた自身の憲法上の見解を論じない。

Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい

あなたがこの相談を受けた法律家甲であるとした場合、本条例案の憲法上の問題点について、どのような意見を述べるか。本条例案のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にした上で、参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて論じなさい

3

これらの相違は？

- 司法試験の出題趣旨、採点実感

まず、従来は、「被告の反論」を「あなた自身の見解」を中心とする設問2に置いていたが、それを「原告の主張」と対比する形で設問1に置き、さらに、各設問の配点も明記することにした。これまで出題例としては、「被告の反論」の要点を簡潔に記述した上で、「あなた自身の見解」を手厚く論じることを期待して、その旨を採点実感等に関する意見においても指摘してきたが、依然として「被告の反論」を必要以上に長く論述する答案が多く、そのことが本来であれば手厚く論じてもらいたい「あなた自身の見解」の論述が不十分なものとなる一つの原因になっているのではないかと考えたからである。そこで、本年は、「原告の主張」と「被告の反論」の両者を設問1の小問として論じさせることとし、かつ、配点を明記することによって、「被告の反論」について簡潔にして要を得た記述を促し、ひいては「あなた自身の見解」の論述が充実したものとなることを期待した。（平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨）

4

結局のところ…

- 問いかけによって配点が異なってくる可能性がある。
- そのため、問いかけで問われている形式の通りに記述していく必要がある。
 - 三者間形式であるからといって全て同じ書き方をしているものではない!!!
 - いくつもの書き方を普段から練習しておく事が大事!

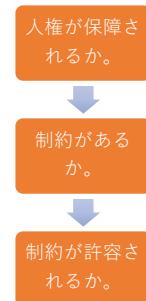
例えば…

- 「Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい」という問題文の場合を考える。
- 要するに問われているのは「あなた自身の見解」。そのため対立点を把握するのに必要な限度で「Xの立場からの憲法上の主張」と「反論」を書けば良い。
- そのため書き方としては、論点ごとに主張、反論、私見を繰り返す方法で書く事が望ましい。

まず、目次を見てみよう。

7

しかし、実際の論文は…



実際の論文は目次のような並びにはなっていない。⁸

例えば…

- 外国人が問題になる場合
 - まず、目次においては、人権享有主体の問題として扱われている。
 - そうだとすれば、いわゆる「人権が保障されるか。」の部分で問題になるのでは？
 - そこで判例を見るに…。
 - 「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及び」（最大判昭和53年10月4日 マクリーン事件判決）ここでは保障の問題としてできている。
 - 一方で、「戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できる」（最判平成7年12月15日 指紋押捺制度について）と目的と手段の中で外国人であることを取り上げている。

9

結局のところ

まず、一つの事情をとっても、複数の部分で論点となりうる。

- 単純に事情を捨うだけでは論点を拾えきれない

また、どのような論点がどのように存在するのかを明らかにすることが必要。

- そもそも論点を知らないというのは論外

10

そこで

まず論点を知ろう。

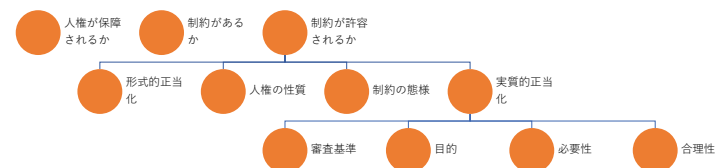
論点のランク付け（博士君マーク）

- 基本論点
 - 芦部信喜「憲法」に載っているような内容。例えば、思想と良心かどうかみたいなもの。
- 判例論点
 - 著名（百選）判例で争われているような内容。例えば、間接的附随的制約かどうかみたいなもの。
- 応用論点
 - 最近の基本書や判例評釈、学術本で書かれているもの。補助金をカットする行為についてや結果が等しい場合にも平等原則の適用があるかみたいなもの。

さらに

まず枠組みを決めよう。

実際の論文の書き方



14

採点方法

- 基本的に論点に触れていれば基準点の6割を与える(小数点以下繰上げ)。もっとも、論述が充実しているものに関しては加点し、不足しているものに関しては減点する。
- 大まかに28点以上がA、24点以上がB、20点以上がC、16点以上がD、12点以上がE、8点以下がF、みたいな形でつけます(実際の予備試験のつけ方とは関係ありません)
- 完璧に書くのは無理です。

人権が保障されるか

- 例えば、政治的行為の自由
 - マクリーン事件(前掲最大判昭和53年10月4日)
 - 「政治活動の自由についても…その保障が及ぶ」
 - 猿払事件(最大判昭和49年11月6日)
 - 「およそ政治的行為は、行動としての面を持つほかに、**政治的意見の表明としての面を有するものであるから、その限りにおいて、憲法21条による保障を受ける**」
- 判例は政治的行為の全てを表現の自由として保障しているわけではなく、「意見の表明」の部分に限りて保障している。
 - これに対する反論として、「行為」全体が自己統治自己実現の価値を有する以上は政治的行為全体が保証されるべきという反論が考えられる。
- 保障と制約は密接に関連するためどのような自由がどのように保証されるかは一筋縄ではいかない論点である。

制約があるか

- 事実上の制約である場合はどうか
- 既存権益を奪うものも制約か

形式的正当化

- 法律の留保
 - 法令上の根拠はあるか
 - 当該制限を十分規律しているか
 - 委任立法の論点
 - 根拠規定が組織規定に置かれているか
- 規制対象の広汎さ・不明確故に無効の法理

人権の性質

- 判例をよく読む事
 - 例えば、職業の自由について、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」(最大判平成50年4月30日薬事法違憲判決)
- 人権共有主体性
- 表現の方法など

制約の態様

- 直接規制/間接規制
- 事前規制/事後規制
- 目的規制/付随的規制
- 内容規制/内容中立規制
- 見解規制/主題規制
- 客観的要件による規制/主観的要件による規制
- 強制手段/任意手段
- 直罰方式/間罰方式

審査基準

- 僕が教わった基準は合理的関連性の基準を用いる場合は適合性だけを見て、実質的関連性を用いる場合は適合性と必要性をみる。さらに密度の濃い審査基準として、必要最小限度の基準があるみたいな感じ。
- しかし、合理的関連性の基準が取られたと言われている猿事件においても判例は「必要最少限度」という文言を用いており、学説と判例は言葉使いの面において乖離している。また、判例は合理性必要性という文言を一貫して用いている。
- よって、お勧めは目的との関連で必要性、合理性があるかを審査する基準で書くこと。もっとも別に違う基準で書くことも否定しません。

目的

- 反憲法的な立法動機の排除
- 別な立法目的の密輸入
- 弊害発生の蓋然性
- 立法事実的基礎の有無

合理性

- 適合性or関連性
 - 「目的を十分に達成すること」（薬事法違憲判決）
 - 審査の厳しさという面ではどの程度で十分と言えるかで合理的関連性、実質的関連性と言えるかが問われる。

必要性

- LRAの基準
 - 「規制手段が広汎である点に問題のある法令について、立法目的を達成できる他のより制限的でない手段の有無を具体的に審査することによって、違憲か合憲かの結論を導き出す基準」（芦部信喜『憲法学II 人権総論』有斐閣、1994年234ページ）
 - 「ゆるやかな制限で…右の目的を十分に達成することができない」（薬事法違憲判決）
- 比較衡量
 - 「目的と手段の均衡を著しく失するもの」（薬事法違憲判決）