



平成28年度司法試験予備試験（論文試験）解説

1 戦略

論文試験公法系（憲法・行政法）の試験時間は2時間20分。

パターンとしては答案構成10分～20分として残り50分～60分で作成するのがオーソドックスな方法か（憲法は行政法に比べて答案構成に時間をかけて良いと個人的には思う）。

具体的時間配分

〈パターン①〉

憲法答案構成20分→50分答案作成→行政法答案構成20分→50分答案作成

〈パターン②〉

憲法答案構成、行政法答案構成40分→憲法、行政法答案作成100分

①、②のどちらの方法でも憲法、行政法の難易度の違いを踏まえて時間調整する必要。例えば、憲法が難しく、行政法が憲法に比べて平易な場合は憲法に多くの時間を割く戦略もあり。

2 憲法

(1) 憲法論文試験を解くには、どのような事実に憲法上の問題があるか把握し (A)、その生の事実から法律構成をしていくというプロセスを経る必要がある (B)。

※民事刑事実体法も同じ

平成28年度の問題は①A 市が助成の要件として本件誓約書を提出させることが、NPO 法人 X の方針に沿わない見解を表明させるものであり、②それが助成を受けられなくなる結果を招き、X の活動を著しく困難にさせるという X の生の主張を (A)、X の憲法上の権利を侵害するという主張に法律構成していくことになる (B)。

★平成28年度はどのような生の事実に憲法上の問題があるのかという点 (A) には誘導があるものの、どのような憲法上の権利が侵害されているのかを法律構成する部分 (B) に難しさがある。

(2) どのような憲法上の権利が侵害されているのか

上記②の事実からは、結社の自由 (憲法21条1項) による侵害を主張することはおそらく多くの人が思いつく。

※受験者の中には平等権ないし平等原則 (憲法14条1項) 侵害で構成した人もいたと思われる。しかし、平等権ないし平等原則は他の憲法上の権利と比べて個別化、主観化の契機に欠ける (他者との比較において成立する相関的権利とも言われる) ため、他の憲法上の権利と同じ程度に強い憲法的保護を享受させることはできないと考えられている (宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』105頁 (2011年 日本評論社)、小山剛『「憲法上の権利」の作法第3版』107頁 (2016年 尚学社) 参照)。

つまり強い権利侵害である結社の自由の侵害を主張できるのであれば、少なくともまず平等権よりも先にそちらを主張すべきではないかと思われる。

※なお、平等権と自由権の競合は上記『憲法上の権利の作法』105頁では

- ①差別禁止が自由権に当然に含意されており、自由権のみ審査が行われる場合
 - ②自由に対する侵害であることは、平等権の審査に吸収され、平等権のみの審査が行われる場合
 - ③実体的権利と平等権が異なる観点から並列的に審査される場合
 - ④実体的権利が存在しないところで平等権が適用される場合
- の4類型を挙げている。詳しくは本書を確認すべし。

問題は上記①の事実をどう構成するか。

受験生が思いついたパターンは

- ① 思想良心の自由（憲法19条）構成
 - ② 消極的表現の自由（憲法21条1項）構成
- だと思われる。

★法律構成をする場合、「最も直裁的であり、的を得たもの」である必要がある（出題趣旨参照）。どのようなものが「最も直裁的であり、的を得たもの」なのかは判例、学説を踏まえて判断する必要。

具体的には、判例の射程が及ぶため判例と同じ議論が可能な場合や、判例を応用できる場合。判例が存在しない特定の場面が憲法の問題関心となっている場合等。

★ どちらの法律構成を選ぶべきか

- ①今回の問題は受験生が知るべき判例がネタになっているものではない。また、そのような判例の射程が直接問題になるようなものでもない。
- ②違憲の条件の法理等の規制・給付二分論に関する憲法の問題関心を知っているか。また、問題文を読んでこれが今回問題になっていることに気付くことができるか。

規制・給付二分論という問題関心は21条1項の表現の自由の領域の話であり、これを知っている人は消極的表現の自由という法律構成が最も適切なことに気づくことができると思われる。

しかし、規制・給付二分論は最近の憲法学の問題関心であるものの応用分野であり、通常の予備試験受験生の大部分は知らない。一方、19条構成にしる21条1項構成をとっても今回の問題が通常の意味での権利侵害ではなく、給付の条件という形での権利侵害ということには気づくことは可能である。高評価か低評価の差はこれに気づけたかどうかで生じたのであり、19条構成、21条1項構成どちらを取るべきか自体は今回そこまで大きな問題にならなかったと思われる。

※出題趣旨には「私的団体の活動に対する政府による助成の条件付けが論点となっており、これを踏まえた検討が求められる。」と書かれている。逆に21条1項構成でもこれを書けなかった場合は高評価にならなかったと思われる。

(3) 答案構成

【Xの立場】

① 21条1項 or 19条構成

○まずは保護領域及び制約の検討

・ 21条1項

消極的表現の自由が21条で保障されるか

本件ではその制約があるか→強制された表現が、強制された本人の見解と認識されうるものか（平成18年司法試験採点実感）。

・ 19条

「思想及び良心」の意義（信条説 or 内心説）、沈黙の自由が19条で保障されるか

「侵してはいけない」の意義→本件で内心の告白があったと言えるか（権利制約があると言えるか）

※制約態様の類型として代表的学説は①内心に反する行為の制約、②内心を理由とする不利益処分、③内心の告白の強制、④内心の操作を挙げている（渡辺康行ら『憲法 I 基本権』163頁（2016年 日本評論社）参照）。

○正当化の検討（21条1項違反のみ、19条で沈黙の自由構成によった場合は、公権力による特定の思想の強制または思想の告白は絶対的禁止であるため、正当化を論じる必要はないと思われる（木下智史ら『基本憲法 I 基本的人権』100頁（2017年 日本評論社））

内容規制、精神的自由の制約→厳格な審査基準

②結社の自由の侵害

○同様に保護領域及び制約の検討

「結社」の意義、結社の自由の内容、本件では結社の自由制約がある旨

○正当化の検討

強い制約態様、内容規制、精神的自由の制約→厳格な審査基準

※最高裁は①重要な権利侵害に対する②強力な制限であれば特段の事情のない限り厳格な審査を行っていると言われている（上記『憲法上の権利の作法』73頁参照）。審査基準を定立する際にはこの2つの観点は少なくとも意識すると良いかと。

【Yの反論と私見】

〈19条 or 21条1項違反について〉

反論①

給付自体は裁量行為であり給付を受ける権利というのは19条に含まれていない。また、給付に条件をつけるのも裁量の範囲であるため、権利制約を観念できない。よって本件において NPO 法人が自らの思想に反する誓約書の提出を強制されずに助成を受けられるという権利を観念することができず、権利制約も存在しない。

→国家が一度給付水準を決定した場合、その水準が保障を義務付けられる基本的水準（ベースライン）となって憲法上の権利として保障される。そして、基本的水準を下回る場合は権利に対する制約を観念することができる。

本件では結婚支援事業を行う NPO 法人等に対する助成が本件条例で定められており、当初は結婚支援事業を行う NPO 法人等は申請のみをすることで無条件に助成を受けることができた。つまり、結婚支援事業を行う NPO 法人が自らの思想に反する誓約書の提出を強制されずに助成を受けられることが基本的水準であったと言える。よって、NPO 法人 X が沈黙の自由として、自らの思想に反する見解である内容の誓約書の提出を強制されずに助成を受けられることは19条によって保障される。

そして、本件誓約書の提出を助成の条件として義務付けることは沈黙の自由に対する制約となる。

※ベースライン論、パブリックフォーラム論を意識。やや無理のある部分は否定できないが、何かの学説を意識していればありえない見解とはならないと思われる。未知の問題は主要な学説を参考にすると良い。そのために主要な学説はある程度知っておく必要はあると思う。

※なお安西文雄ら『憲法学読本第2版』158頁（2014年 有斐閣）は表現活動に対する公権力の給付の憲法問題における、パブリックフォーラム論の応用の可能性を指摘している。ベースライン論の利用については『憲法上の権利の作法』203頁に書かれている。

反論②

権利制約を観念できるとしても、本件助成は結婚支援事業に対する助成であり、結婚とは法律婚を前提にしているものである。法律婚支援を前提とする給付に対して法律婚を推進する旨の誓約書の提出を条件として義務づけることは、給付制度の趣旨と合致するものであり、合理的制約である。

→確かに制度を前提とした権利は制度に依存しているため、制度の目的に適合した合理的制限は認められる（制度準拠審査（『憲法上の権利の作法』175頁以降参照）を意識。制度準拠審査の判例としては国籍法判例等）。

しかし、本件条例は未婚化、晩婚化の克服と、安心して家庭や子を持つことができる社会の実現を目指すことを内容とするものである。事実婚の促進でも実現できるものであり、法律婚に限定するような限定は条例には見られない。よって、法律婚を推進する旨の誓約書の提出を条件として義務付けることは合理的制約とは言えず、制約の正当化は認められない。

〈結社の自由違反について〉

反論③

助成を受けられなくなることは、Xの活動に事実上の支障を発生させるにとどまり、助成を受けなくてもNPO法人としての活動が妨げられるわけではない。よって権利制約を観念できない、もしくは間接的な制約しか認められない。このような場合は厳格な審査はすべきでなく合理的な理由があれば制約を正当化できる（最一決平成8年1月30日民集50巻1号199頁、宗教法人オウム真理教解散命令事件判決を意識）。

→制約の有無、態様は実質的に判断すべきである。本件において、Xは本件条例の制定当初から助成を受けており、活動資金の大部分を占めている状況である。以上からXは助成を受けられることを前提に活動を行なっていると言え、助成を受けられなくなることでXのNPO法人としての活動は実質的に困難になる。よって、助成を受けられなくなることはXにとっては実質的に結社の自由の直接侵害と評価できる。

★出題趣旨には「解答者としては、A市の側から想定される反論を、助成の性質を踏まえつつ明確にした上で、**基本的な判例・学説の知識を前提にしながら**、説得力のある形で自身の見解を述べることが求められる。」と書かれている。基本的な判例・学説の知識をフル活用してこそ未知の問題でも問題意識に気付くことができ、外さない答案を書くことができるかと。特に憲法では基本的な学説も必要条件。

(4) 講師受験時再現答案 (おまけ)

第1Xの主張

1 Xとしては、本件誓約書を提出させることは思想良心の自由(19条)、結社の自由(21条1項)を侵害し、違憲であると主張することが考えられる。

2 (1) 「思想及び良心」とは思想良心の自由が絶対的保障であることから、それに値する程度のものであると考える。よって、内心の中でも、個人の人生観、世界観、思想体系など人格形成に関わる部分のみを意味すると解する¹。

本件誓約書は法律婚を積極的に推進することに力を尽くす旨の内容の書面であり、法律婚の推進の賛否は家族制度をどのように考えるのかという人生観、世界観に結びつくものである。よって本件誓約書の内容は「思想及び良心」に該当する。

(2) 19条は思想良心の自由として沈黙の自由を保障する。そこで、本件誓約書の提出を求めることが沈黙の自由を侵害し、「侵してはならない」と言えるかどうか検討する。

Xは本件条例の制定当初から助成を受けており、助成は活動資金の大部分を占めていた。つまりXは助成を受けられなければNPO法人としての活動を継続するのが困難であり、助成はXの活動に不可欠であった。そのようなXに対して助成を本件誓約書の提出の条件とすることはXに本件誓約書の提出を事実上強要するものであると言える。

そして、Xは結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきという理由から結婚の形にはこだわらない活動方針を採用しており、事実婚も推進する立場である。そのようなXに法律婚を積極的に推進することに力尽くす旨の内容の本件誓約書を提出させることは、Xの価値観とは異なる思想を事実上強要する形で表明させるものであるから、特定の思想強制が認められ、沈黙の自由の制約が認められる²。

(3) 沈黙の自由は絶対的保障であり、特定の思想の禁止は絶対的な禁止である、よって、正当化の余地は存在しない。以上から、本件誓約書を提出させることは19条

¹ Xとしてはあえて保障範囲が狭い信条説を主張する必要なかったかもしれないが、信条説を取ることが19条による沈黙の自由構成を取ることに実は繋がっている。詳しくは脚注2参照。

² 19条の「思想及び良心」を信条説のように限定する立場では、その限定された範囲に関して沈黙する自由が保護される。それ以外の沈黙の自由は、21条1項が保障する表現の自由の消極的側面である表現の自由として保障される。つまり沈黙の自由に関しては21条1項が一般保障規定であり、19条が個別保障規定となる(上記『憲法I基本権』162頁参照)。この見解によれば信条説→19条構成もあながち間違いではなかったのかもしれない。

に反し、違憲である。

3 (1) 「結社」とは多数人が共通の目的で継続的に結合するものを言い、このような結社は団体として活動する自由を有している。

Xは、結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきという共通の価値観の下、事実婚を望む者を含む広く男女の出会いの場を提供し、相談に応じる事業を行なっている NPO 法人であり、当然に「結社」と言える。

そのような X に対し、A 市は本件誓約書の提出を条件として助成を受けさせなかったのであるが、先に述べたように助成は X の活動資金の大資金を占めるため、助成を受けられないことで X の団体としての活動は不可能になる恐れがある。よって結社の自由の制約が認められる。

(2) 本件誓約書の提出を行わない団体のみ助成を認めないのは結社の内容に基づく規制であり、また結社の自由が精神的自由の重要な権利であるから制約の正当化は厳格に行うべきである、よって、重要な目的のために必要不可欠な制約と言えなければ正当化できないと考える。

本件において誓約書の提出を求めることは、未婚化、晩婚化の克服、安心して子供を持つことができる社会の実現を目的としており、その目的自体は重要な目的と言える、しかし、その目的のために法律婚を推進する旨の内容の誓約書を提出させることが目的達成役立つとは言えず適合性が認められない。また目的達成のために事実婚を容認する団体を排除する必要性も認められない。よって必要不可欠な制約とは言えず、21 条 1 項に反し、違憲である。

第2 反論と私見

1 (1) 給付自体は裁量行為であり給付を受ける権利というのは 19 条に含まれていない。また、給付に条件をつけるのも裁量の範囲であるため、権利制約を観念できない。よって本件において NPO 法人が自らの思想に反する誓約書の提出を強制されずに助成を受けられるという権利を観念することができず、権利制約も存在しないと反論することが考えられる。

(2) しかし、国家が一度給付水準を決定した場合、その水準が保障を義務付けられる基本的水準（ベースライン）となって憲法上の権利として保障される。そして、基本的水準を下回る場合は権利に対する制約を観念することができると言える。

本件では結婚支援事業を行う NPO 法人等に対する助成が本件条例で定められており、当初は結婚支援事業を行う NPO 法人等は申請のみをすることで無条件に助成を受けることができた。つまり、結婚支援事業を行う NPO 法人が自らの思想に反する誓約書の提出を強制されずに助成を受けられることが基本的水準であったと言える。よって、NPO

法人 X が沈黙の自由として、自らの思想に反する見解である内容の誓約書の提出を強制されずに助成を受けられることは19条によって保障される。

そして、本件誓約書の提出を助成の条件として義務付けることは沈黙の自由に対する制約となると言える。

2 (1) 権利制約を観念できるとしても、本件助成は結婚支援事業に対する助成であり、結婚とは法律婚を前提にしているものである。よって法律婚支援を前提とする給付に対して法律婚を推進する旨の誓約書の提出を条件として義務づけることは、給付制度の趣旨と合致するものであり、合理的制約であると反論することも考えられる。

(2) 確かに制度を前提とした権利は制度に依存しているため、制度の目的に適合した合理的制限は認められる。

しかし、本件条例は未婚化、晩婚化の克服と、安心して家庭や子を持つことができる社会の実現を目指すことを内容とするものである。事実婚の促進でも実現できるものであり、法律婚に限定するような限定は条例には見られない。よって、法律婚を推進する旨の誓約書の提出を条件として義務付けることは合理的制約とは言えず、制約の正当化は認められない。

3 (1) 助成を受けられなくなることは、X の活動に事実上の支障を発生させるにとどまり、助成を受けなくても NPO 法人としての活動が妨げられるわけではない。よって権利制約を観念できない、もしくは間接的な制約しか認められないと言える。このような場合は厳格な審査はすべきでなく合理的な理由があれば制約を正当化できると反論することも考えられる。

(2) しかし、制約の有無、態様は形式的ではなく、実質的に判断すべきである。本件において、X は本件条例の制定当初から助成を受けており、活動資金の大部分を占めている状況である。以上から X は助成を受けられることを前提に活動を行っていると見え、助成を受けられなくなることで X の NPO 法人としての活動は実質的に困難になる。よって、助成を受けられなくなることは X にとっては実質的に結社の自由の直接侵害と評価できる。以上から X の主張通り厳格に合憲性を審査すべきであり、X の主張と同様に違憲になる。