

# 司法試験 予備試験 まとめ 憲法

☆本まとめノートに記載されることに関連する事項について、1時間3500円でオンライン家庭教師を行っています。

興味がある方は、[the.origin.study@gmail.com](mailto:the.origin.study@gmail.com) まで。

[twitter\(@origin\\_study\)](https://twitter.com/origin_study)に情報をのせています。

憲法(答案から考える=当てはめ勝負、答案のパターンは少ない)

何が大事か!!

※

・適用違憲第1類型(狭義の適用違憲)は、最高裁は部分無効の法理で処理。

・答案作成では、次の5つのステップを意識する。

①何が違憲かを見極める

②法令違憲の主張(=法令審査)をする ※法令違憲では、個人の権利侵害ではなく、その個人含めた集団の権利侵害として書く!

③合憲限定解釈を試みる

④部分違憲判決を試みる

⑤処分違憲の主張(=処分審査)をする

適用違憲:要件違憲 処分違憲:効果違憲

原告被告私見の書き方!!

権利が保障されているか

争う場合

## 三者対立の書き方

被告は原告の意見を潰すように、反論

複合的権利 社会権→自由権 自由権→社会権

人権問題 どの人権で保障されるか(精神か否か)、人権の性質、規制態様、審査基準、手段の当てはめ(適合性、必要性)で対立 保障されていること・制約があることは争わない

消極的自由 沈黙の自由(思想の沈黙 19条 事実の沈黙 21条) 外部に公表されない自由 19条 結社・組合に入れられない自由 団体に入れられない(消極的団結権) 信仰させられない自由 思想と違うことを表現させられない自由(21)

※思想良心の自由は思想を了知させるものでない、として制約で切れることも!

差止請求 差止の可否の比較衡量(公益目的か、侵害が予想されるか、損害が重要か、事後回復できるか、別の手段をとれるか)の当てはめで対立

平等権 当てはめがメイン 社会的身分への当てはめ・区別される権利の性質を対立させて、基準も争える

職業選択・営業の自由 基準の争い方：人権の性質・規制態様強度で争い、積極消極目的どちらも述べてどちらがメインかで争う(原告は消極メイン、被告は積極メイン、自己はどっちもあるので緩やかにならないと主張)。その後、当てはめではどちらの目的に関しても当てはめをする。

財産権 当てはめ、補償の要否範囲がメイン 制度後退・原則の例外(既得権侵害)かどうかで基準も争える

生存権 当てはめがメイン 一言、権利が存在し制約があるかについて対立させる 給付の性質(お金の種類・中身、救済防貧)・規制態様(制度後退)を対立させて、基準も争える

教育権 国家の介入が許されるかの当てはめ、過度の介入じゃないかの当てはめで対立

私人間 当てはめで対立

政教分離 当てはめで対立

適正手続 適用しうるか対立、適用しうるとしても比較衡量するときの当てはめで対立

統治 原則→修正の必要性→趣旨 必要性・許容性のあてはめ

※ 人権が問題になる場合、条文を使って裁量権の中で論じる

手段の必要性の対立軸 事前↔事後、内容規制↔内容中立規制 間接(行動のもたらす害防止 行為自体の禁止じゃない)・付随的(偶然)なものか 法規制↔自主規制 規制↔監視、許可↔届出、罰則があるか、一部↔全部 今する必要↔今しなくてもいい 自分がする↔別の人がする 強者規制↔弱者補助

### 裁量権の逸脱濫用で書く場合

立法(選挙制度、(経済的自由の積極目的・財産権(著しく不合理であることが明白→裁量権の逸脱) これで行かなくていいと思う)、生存権(裁量の逸脱濫用なら合理的理由なし)、教育権 ※選挙権制約は別！立法を前提としている)、生存権、校長・高校先生(必要性合理性 比較衡量)、教師  
→裁量権の逸脱濫用といえても、さらに国賠法上の違法にあたるか

### 必要かつ合理的

特別権力関係(監獄(31,18条)) ※①公務員は15,73-4を理由に制約されるが、②大学は国立私立問わず学問を目的とする公共的な施設で、法の規律がなくとも設置目的達成のために必要な事項を一方的に制定し、在学する学生を規律する法制的権能を有するが無制限ではないので、目的手段審査で判断 ※私立は間接適用説で

☆

保障されているのか

制約はあるのか、何によって制約と言えるのか

正当化されるのか、裁量はあるのか 人権の性質からみた制約根拠に色を出す！財産権、特別権力関係

目的はなにか

も問題になることがあるので注意

## ◎パターン

通常の違憲…～は～の自由・権利を侵害し、違憲・無効ではないか？①～の自由は、～条で～として保障される。②そして、～は～なので、上記自由に対する制約が認められる。③もつとも、上記自由も無制約ではなく、〈制約根拠〉によって制約される。そこで、上記制約は〈制約根拠〉による制約として正当化されるか、その審査基準が問題となる。→権利の性質(自己実現、人格的生存、個人の尊厳、人格形成、自己統治の価値があるか、資するか / 自己統治の価値が希薄でないか=政治と関係ない 行政裁量が働く・専門技術的・財政社会と関連・公共性を有する)、制約の性質(ここで、権利侵害の度合いを述べる 罰則があり事実上強制、脱退できないので事実上強制、萎縮効果、他では入手困難・実現困難、恣意的広範な運用)→審査基準→当てはめ (目的：**憲法上の権利**と結び付けて検討 e.g.)生命・身体・健康保護(13 後段参照)、福祉主義 25 条以下 手段：適合性=必要不可欠(逆効果、効果的じゃない、科学的に証明されていない、根本解決にならない ～じゃないとできない **手段を取れば目的を達成できるか**)、必要性=必要最小限(代替手段、今まで他の例で大丈夫だった、制約の強さ、不利益大きい、全部禁止されていないか=1 部の制約で問題ないのではないか、(抽象的な危険で)現状あえてする必要がない 目的のために**その手段である必要・その手段までする必要**) →よって、違憲/合憲

厳格な審査基準…目的がやむにやまれぬもので、手段が目的達成のために必要不可欠かつ必要最小限

やや厳格な実質関連性の審査基準…目的が重要で、手段が効果的かつ過度でない(目的と手段に実質的関連性がある) / 公共の福祉のために必要かつ合理的で、よりゆるやかな制限では目的を十分に達成できない(経済的自由の時は、手段のみ検討 目的は規範定立で使う)

緩やかな審査基準(積極規制のみ、財産権)…目的が正当で、目的と手段に合理的関連性がある / 目的達成の手段として著しく不合理が明白でない(手段のみ検討 経済的自由の時)

代替手段(事後にすればいい↔事後じゃ厳しい 一部禁止にすればいい 対処療法 危険を防止する策)

判例と同じじゃない限り、これで攻める！！比較問題では、むしろ適合性があり制約なし、という結論の場合もある

### 審査基準

目的が正当+手段が合理的・必要(石川説)

人権：自己実現(～を通じて自己の人格を発展させる)、人格的生存、個人の尊厳、人格形成、自己統治(～によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主制に資する社会的価値)

平等…～規定・処分は～の自由・権利について、(～に比べ)～を区別しているとして、憲法 14 条 1 項に反し、違憲ではないか。①まず、～の自由は、～条で～として保障される。②そして、法適用が平等であっても法内容が平等でなければ個人の尊厳(13)が無意味に帰する恐れがあるため、「法の下」の平等(14-1 前段)とは法適用の平等だけでなく、法内容の平等も意味する。そして、各人には、事後的、実質的差異がある以上、「平等」とは、相対的平等を意味し、事柄の性質に応じた合理的根拠に基づくものでない限り、差別的な扱いを禁止する趣旨であると解する。→では、本件規定・処分は合理的根拠に基づく区別として正当化されるか。この点について、本件規定・処分は、～の自由という〈権利の大切さを説明 自己実現、人格的生存、人格形成、自己統治〉な権利について、～という民主主義の理念に照らし不合理な区別事由を示した 14 条 1 項後段列举事由に当たる事項を理由として区別するものであるため、不合理といえる

(※but 社会的・経済的弱者の社会的差別を是正し、実質的な平等を実現する、積極的是正措置(アフターマティヴアクション) こうするより、区別の目的で認定する!!) なので、区別の許容範囲が広がる)→そこで、合理的根拠に基づく区別か否かは、～な審査基準で判断→当てはめ→違憲・合憲

社会的地位：人が社会において一時的でなく、自分の力で脱却できない地位

☆平等権の規範を立てるときと、当てはめるときに他の憲法上の権利侵害についてのべる。

※立法目的を頑張って考える 立法事実が変化している場合は、それを示す！立法目的の評価の根拠を述べる。

審査基準 厳格：目的が必要不可欠で、手段と目的に実質的関連性+必要性+相当性

中間：目的が重要で、手段と目的に実質的関連性+相当性

合理性：目的が正当で、手段と目的に合理的関連性

※公務就任権 市職員という公務に就任する権利は、政策遂行に関わるという点で参政権の側面を持つ。そこで、15条1項で保障される。

議員定数・議員定数の配分に著しい不均衡があり、人口との比率において選挙人の投票価値に不平等が存在する場合、平等原則(14-1)に反し違憲では？→投票価値の平等は保障されるか？→議会制民主主義が機能するために、主権者たる国民の意思を、できる限り正確に議会勢力に伝える必要+法の下での平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきとする徹底した平等化を志向→そこで、投票価値の平等も保障→どの程度の不均衡があれば違憲か？→投票価値の平等は、個人の人格的平等(13,14-1)に基礎をおく重要な権利で、各選挙区間における議員定数と人口の比率は、厳格に解し、1体1が原則で、徹底した投票価値の平等を目指すべきである(→but 民意の公正な反映のためには行せぬ判断が必要で、1対1を維持することは技術的に困難なので、実質的に複数投票を認めることにならない程度、すなわち2対1の限度なら許されるとする見解もある→but)技術的困難を理由に反することは許されない→そこで、1対1維持すべきで、それに反する場合違憲→ただし、人口流動を鑑みて、常に定数配分を違憲とすると立法府に不可能を強いるので、議員定数不均衡の是正に必要とされる合理的期間が過ぎたのに是正しなかった場合に、違憲となる→違憲となる範囲は？→議員総定数と各選挙区の定数配分は密接な関連を有しており、定数配分規定は全体として不可分のものであるため、選挙全体が違憲となる→訴訟形態(また、選挙無効の訴え(公職204)以外に適切な訴訟形態がなく、国民の基本的権利である投票価値の平等を救済する必要性+議員定数不均衡をめぐる訴訟を排除する趣旨でなく許容性もある→右訴えで争える)→統治行為論(そして、投票価値の平等は、選挙権の内容として民主制の過程に直結した権利であり、その侵害は民主制の過程を通じて治癒できないので、国家統治に関連する高度に政治性のある国家行為でも、統治行為論は採用し得ず、裁判所は憲法判断を回避すべきではない)→判決：政治的混乱をさけるため、事情判決の法理(行訴31)を用いて、定数配分規定は違憲で、当該選挙は違法だが、選挙自体は有効

思想良心の自由…～命令は、思想良心の自由を反し、違憲ではないか？～(～するかどうか)は、世界観・人生観・主義・思想・信条に大きく左右されるものなので、それについての意思決定は個人の人格形成に関連のある内面的な精神作用といえ、思想良心の自由として保障される→〈制約といえる理由・事情〉なので、個人の信条から～したくないと考える～に～を実質、強制的に命ずるものであって、憲法19条が規定する思想・良心の自由に対する間接的な制約といえる。

※職務上、それをするを当然とされている場合は制約と言えない。→一方、～は公務員であり、公務員は職務命令・

法令に従う義務を負っているところ、それとの関係で、思想良心の自由も間接的な制約の場合は許されることもある。そこで、制約が正当化されるかの審査基準が問題になる。

▶判例は、職務命令が目的・内容において合理的であれば適法であると述べているが、思想・良心の自由は、内心にとどまる限り本来一切の規制が許されないものである。そこで、間接的にであれ、思想良心の自由を侵害する形で、何らかの外面的な行為を強制する場合には、厳格に考え、その規制目的がやむにやまれぬ公共の利益であること、規制手段が最小限度のものであることを必要とする。▶あてはめ(目的：教育上の行事にふさわしい秩序を確保し、式典の円滑な運営手段：将来の身分関係・地位に大きな影響を及ぼす)

内心にとどまれば、絶対無制約なので、思想・良心を了知させるものは違憲

政教分離…「宗教団体が特権を受ける or 政治的活動をする」(宗教団体)が～する行為は、「」(20-1 後段)にあたり、政教分離原則(20-1 後段)に抵触して違憲とならないか。「宗教的活動」(公機関)が～する行為は、「宗教的活動」(20-3)にあたり、政教分離原則(20-3)に抵触して違憲とならないか。「公金支出」(公機関)がした～という支出は、「宗教上の組織もしくは団体」への「公金」「支出」(89 前段)にあたり、政教分離原則(89 前段)に抵触して違憲とならないか。▶まず、「宗教的活動」「宗教上の組織もしくは団体」(国家が当該組織ないし団体に対して財産の支出を行うことが政教分離に反するようなものをいい、特定の宗教の信仰、礼拝又は布教等の**宗教活動を行うことを本来の目的とする組織団体**)への「公金」「支出」にあたるか▶当たるとして、政教分離原則に抵触するか否かの判断基準が問題となる→この点について、政教分離原則既定の趣旨は、国家と宗教との分離によって、間接的に宗教の自由のを保証する、制度的保障。かかる趣旨から、国家と宗教の分離は厳格に→しかし、福祉国家理念(25 以下)の下、完全な分離は不可能で、完全な分離を要請すると、かえって信教の自由の侵害につながる→そのため、社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度のかかわり合いを認めることができる。具体的には、①行為の目的が宗教的意義(社会的儀礼を尽くす目的といえない)をもち、②その効果が宗教に対する援助、助長、促進、または圧迫、干渉に当たらない限り、許されると解する。そして、その判断は社会通念に従って、総合的客観的に判断されるべき。▶当てはめ

公の支配：趣旨は公財産の濫費を防止し、慈善事業活動の営利的傾向・公権力に対する依存性を排除すること⇒国または地方公共団体等の公権力が当該事業の運営・存立に影響を及ぼすことにより、事業が公の利益に沿わない場合にはこれを是正する途が確保され、公の財産が濫費されることを防止し得る程度の支配

宗教的活動にあたるか定まらない場合、「宗教的活動」に当たるか自体の判断のために目的効果を使う

立法不作為について…立法裁量あり▶それを逸脱し、違憲▶司法的救済方法として、立法不作為の違憲性を主張することは認められるか▶義務付け訴訟、違憲確認訴訟は取りえないので、国賠▶「違法」の要件

立法裁量…～という国会の立法不作為・行為は～権を侵害しないか。まず、47 条、〈条文〉と憲法上一義的に決まっていなかったことから、国会に立法裁量が認められ、立法不作為・行為が立法裁量の範囲内にとどまる限り、～権の侵害はないと解する。もっとも、国会の立法裁量も自由裁量ではなく、立法不作為・行為がその立法裁量の範囲を逸脱した場合には、国民の権利を侵害するものとして、違憲となると解する。▶まず、～権は、〈条文〉によって保障され、当該立法不作為・行為は～権を制約している。そして、その～権の〈重要性〉と、制約の〈内容・性質〉にかんがみて、その立法裁量は限定されるべき。→そこで、①必要性があり、②不当な制約とならず相当と認められない限り(立法義務があるか、合理的期間内にやっているかから判断)、立法裁量を逸脱するものとして違憲となる▶当てはめ

国賠…立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟(17 条、国賠法 1 条)は認められるか。立法不作為が「違法」といえるための要件が問題となる▶この点、国会議員の立法不作為が国賠法 1 条 1 項の適用上違法となるか否かは、国会議

員の立法過程における行動が国民に対して職務上の注意義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきである。そのため、立法不作為が違憲であるからと言って、国会議員の立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではないと解する。→もっとも、①(国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置をとることが必要不可欠であり)法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約する②それが憲法に違反することが明白であるにもかかわらず、③国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合、当該立法不作為は国賠上の違法の評価を受ける。→当てはめ (昔あったことや、請願されていることを考慮 権利として保障されているか=社会権、権利じゃなくとも自由権を実質的に侵害していないか)  
(正当な補償)

#### 選挙権の制約

逸脱濫用した場合は違憲となる→憲法は国民主権の原理に基づき、「国民固有の権利」として選挙権を保証しており、その趣旨を全うするために、国民に対して投票の機会を平等に保障している→かかる趣旨に鑑みると、①不作為によって制限されている場合には、②そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる時でない限り、逸脱するものといえる。

争議権…～のような労働組合には、団体行動権(28)として争議権が保障されていることから、その行った〈行為〉は正当な争議行為であるとして違法性が阻却されないか。争議行為の正当性をいかに判断すべきかが問題となる。→そもそも、争議権が憲法上保障された趣旨は、経済的弱者である労働者側が使用者との交渉力を高めることで、労働者を使用者と実質的に対等な地位に立たせる点にある。そこで、争議権として憲法上保障を受けるというためには、両者を実質的に対等な地位に立たせることを要する行為でなければならず、争議行為の目的・態様の正当性が認められなければならないと解する→当てはめ

統制権(団結権 28)…～は〈勤労〉の自由を侵害し、公序良俗(民 90)に反しないか? →〈勤労〉の自由は勤労する権利として憲法 27 条 1 項で保障される。→制約あり→もっとも、憲法は団結権(28)を保障しているのであるから、労働組合には、組合員に対する一定の処分権限が認められるのではないか。→団結権が保障された趣旨は、経済的弱者である労働者側が使用者との交渉力を高めることで、労働者を使用者と実質的に対等な地位に立たせる点にある。そして、統制権を有していないとすると、団結権の維持・強化が阻害されることになり、かかる趣旨を達成できない。そこで、労働組合には、組合の目的を達成するために必要かつ合理的と認められる範囲内で、組合員に対する統制権が認められると解する→当てはめ

団体の行為について…そもそも、団体の行為は本件団体の目的の範囲内か(目的をあげて、目的を遂行する上で直接又は間接的に必要 but 法律上・事実上強制加入で脱退の自由がない or 公共・公益性があるとき、それは限定)→団体の行為は、構成員の～の自由を侵害し、無効ではないか? →自由は保障されている→制約あり→私人間効力→比較考量

◎そもそも保障されるのか?(主体)