

【憲法(人権)】

人権の処理手順

1 憲法では、答案の書き方は基本的に一通り。一度身に着けさえすれば、大半の問題は答案が作成可能。

要件効果の整理

1 法令違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

又は

考慮要素(権利の性質, 制約態様)→効果(考慮要素に即した審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば, 合憲)

2 処分違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の結論)※この時点で合憲性が判断される

1主張(法令違憲)

〇〇は、憲法××条に反し、違憲(合憲)である。

2権利の制約

権利の保障(△△という権利は、××条により保障される。)

権利の制約(その権利について、□□のような制約を受けている)

3審査基準

学説・現場思考タイプ

△△という権利は、～～といった点で、非常に重要な権利である。また、本件制約は、～～という点で、強い制約である。したがって、制約が正当かどうかは、厳格に判断すべきである。そこで、…(審査基準定立)

判例の射程タイプ

本件は、～～目的の制約であって、～～規制であるから、～～判決の射程が妥当する。そこで、…(審査基準定立)

(射程が及ばない場合は、及ばない部分が制約を厳しい方と緩い方のどちらに触れる事由かを示して、審査基準を判例から上下調整する)

4個別具体的検討

審査基準に沿ってあてはめをする

(1) 目的審査(〇〇の目的は、～～といったものであり、重要である。)

(2) 手段審査

ア手段適合性審査(上記目的のための手段として、〇〇は目的と実質的(合理的)関連性を有する(有さない。))

イ手段必要性審査(〇〇という手段を採らなくても、より制約の小さい◎◎という手段を採れば目的は達成できるから、手段必要性を欠く)

(ウ手段相当性審査)←基本的に書かなくて良い

エ以上より、〇〇

→5 仮に法令は合憲なら、同じ処理手順で今度は処分違憲の検討

2 以下、答案の型を解説する。

(1) 1について

実は重要。そもそも、**一体何が問題なのかをまずは素人目線で考える(不利益＝権利の制約の特定)**。制約が特定できたら、①制約しているものは何か(法令なのか、処分なのか)②制約されている権利は、憲法上保障されているのかを考える必要がある。権利、制約の存在、憲法の問題となる条文が決まれば、すぐに書ける。

(2) 2について

1の主張を書くためには、頭の中では2について判断していることになる。それを2で保障→制約の順に書けばよい。

そもそも権利として保障されるか問題となることが多いことから、問題となる権利が憲法上保障されていることは必ず書くこと。具体例としては、13条とプライバシーの権利、22条1項と営業活動の自由、等が問題となる。制約がなければ憲法上問題がないことになるから、そもそも制約があることも述べなくてはならない。

(3) 3, 4について

3, 4は重要である。**制約があるだけで即違憲になる訳ではない。権利の重要性や、権利の制約態様を具体的に考察した上で、制約が正当化される条件を考え、それに従ってあてはめをして結論を出さなくてはならない。**この条件のことを**違憲審査基準**という。

3の立て方、4でのあてはめ方が答案の差がつくポイントである。審査基準の中身が分かっていなければ、3ができて4はできないし、そもそも満足に3も書けないだろう。そこで、審査基準の種類とその中身について詳述すると、次項(1)アの表のようになる。あとは、自分が立てた審査基準に沿って、①～④をそれぞれあてはめしていけばよい。

3 もっとも、平等権だけは少し癖がある。

いわゆる三段階審査は防御権(自由権)で採用される審査図式であり、固有の保護領域が存在しない平等権では三段階審査は妥当しない。ある区別の平等原則適合性審査は大きく分けて二段階で審査されることとなる。

- | |
|--|
| 1 別異取扱いの存在 (※1) (※2) (※3)
2 別異取扱いが正当化されるか (※4) 1での処理手順に合流する。
(1) 別異取扱いそれ自体の適合性 (目的)
(2) 別異取扱いの程度の適合性 (手段と目的の関連性) |
|--|

※1 14条1項前段にいう「平等」とは相対的平等であると解されるどころ、**別異取扱いの存在が認められたからといって正当化が要求されるわけではない。**また、平等権が問題となった場合には、比較すべき他者の範囲に限定がなく、保護範囲論証が成立し得ない。したがって、三段階審査は妥当せず、二段階審査を行うこととなる。

※2 別異取扱いの存在が否定されることは殆どない。もっとも、婚外子住民票記載義務付け事件判決は、婚外子であることを出生届の必要的記載事項とする戸籍法49条2項1号につき、規定それ自体によって婚内子と婚外子又はその父母の法的地位に差異が生じるものではないとして別異取扱いの存在自体を否定した。

※3 法文上中立的であっても、制度の実態・結果において差別的になっている場合を間接差別と呼ぶ。例えば、雇用の場面で身長170cmを採用条件として掲げ、女性に事実上の不利益を与える場合が挙げられる。

夫婦同氏を定めた民法750条は間接差別の疑いがある。しかし、夫婦同氏規定事件判決は、本件規定は夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねており、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、その協議の結果として夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが本件規定自体から生じた結果であるということとはできないとした。

判例・多数説は、14条1項の適用は直接差別に限られると解しているが、差別的意図が認められる場合には間接差別も含まれるとする見解が有力である。

※4 正当化にあたっては①誰と誰の間の区別か、②何(どのような属性、範疇, classification)に基づく区別か、③どのような権利・法的利益に関する区別かの3点に着目して審査密度を決定することになる。

法令違憲・処分違憲

(1) 法令違憲

法令や法令に基づく処分が問題となる場合、まず法令を潰しにいくことになる。審査基準を定立して審査していくことになるが、まずは審査基準の中身について要件を整理してみよう。位置づけは、以下のグレー部分。

要件効果的整理

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば、合憲)

ア 各違憲審査基準の違憲ないし合憲とするための条件のまとめ

⇒①目的審査と②手段審査(適合性, 必要性, 相当性審査)で構成される。意識してあてはめるとよい

違憲審査基準	①目的	②手段適合性	③手段必要性※	④手段相当性
厳格審査基準	必要不可欠	過大でも過小でもない	○	相当であること
LRAの基準	重要	実質的関連性あり	○	相当であること
厳格な合理性の基準	重要	実質的関連性あり	○	相当であること
実質的関連性の基準	重要	実質的関連性あり	×	相当であること
合理的関連性の基準	正当	合理的関連性あり	×	相当でないといえないこと

※①=必要な制約か②=役に立つ手段か③=LRA審査④=適正手続や比例原則に違反していないか

※厳格な合理性の基準とLRAの基準はどちらも審査内容は同じように見えるが、前者は合理的関連性の基準を厳格にみたものであって、原則合憲と推定される経済的自由権に対する制約基準として用いられる。一方で、後者は厳格審査基準を緩やかにみたものであって、原則違憲と推定される精神的自由権に対する制約基準として用いられる。したがって、両者は全くの同内容の審査基準ではあるが、違憲性の推定の有無と妥当する人権制約の領域が異なる。

イ 目的審査の内容

目的の内容	必要不可欠	重要	正当
他者の憲法上の権利や生命・身体又は財産などを保護するため	○	○	○
他の憲法条項の要請	○	○	○
権利の性質上要求されるもの	○	○	○
法律上保護すべき利益	×	○	○
法律上の保護に値しない利益	×	×	○
憲法と矛盾する目的	×	×	×

☆すなわち、判例の射程の検討をしたのちに審査基準を定立したあとに、審査基準にあてはめるといえるのは、上記要件を一つ一つ検討していくことを意味する。ここを適当にやっている答案は、作文にすぎない。

(2) 適用違憲

法令に基づく処分が問題となっている場合、まず法令を潰しにいき、法令が潰れたらそれに基づく処分も違憲ということと結論がでる。しかし、仮に法令が合憲の場合、今度は本件処分の限りにおいて違憲という主張をしていくことになる。

要件効果的整理

法令違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば、合憲)

適用違憲

第一段階：要件(法令の合憲部分に基づかない処分)→効果(処分は違憲)

ア 適用違憲の種類

- ①まず、法令が全部違憲ならそれに基づく処分も全部違憲である(これはただの法令違憲)
- ②法令が一部違憲の場合、本件処分が違憲部分に基づく場合のみ処分は違憲となる
- ③法令を合憲限定解釈した場合、その解釈からはみ出した処分は違憲となる

	法令違憲	処分違憲
一部違憲(部分審査)	目的手段審査・立法事実の審査 芦部第一類型(法令の一部違憲)	当該部分に該当する処分か判断・司法事実の審査 芦部第三類型① (違憲部分に該当する処分は違憲)
合憲(合憲限定解釈・部分無効による除去)	合憲限定解釈 芦部第二類型(法令の解釈限定)	要件充足性を判断・司法事実の審査 芦部第三類型② (解釈と合致しない処分は違憲)

※芦部は法令の一部違憲(ないし合憲限定解釈)と処分違憲をまとめて適用違憲として考えている

※一部違憲・合憲限定解釈は本来の意味では適用違憲ではない。事件限りでの適用の違憲が適用違憲。

(3) 処分違憲

処分に根拠法令がない場合。この場合、処分自体の合憲性を見ていくことになる。適用違憲が問題となる場合であっても、処分違憲の審査は可能。

ここでは明確な処理手順がないため、事案ごとに判例を見様見真似でなざるしかない。だがしかし、侵害留保原則の下、そもそも人権を制約するような処分は根拠法令がないとできない以上、ここで問題となるのは平等権侵害や、刑訴法における強制処分に至っているのではないかといった問題、或いは政教分離等の公人の活動を巡る問題くらいである。平等権侵害であれば処分ピンポイントの検討でも、法令違憲における平等権の処理と同様の処理で片づけられるし、強制処分は有名な刑訴法の論点そのものである(ゆえに憲法では出題されない)。政教分離などは目的効果基準など判例の処理手順が明確である。ゆえに、処分違憲は出題がそもそもされにくいし、出題されても範囲は相当限られている。

「意見書型」問題の処理手順

H30 司法試験憲法において、立法案について意見書を作成させる問題が出題された(「意見書型」などと呼ばれる)。基本的な処理は、例年の人権パターンと変わらないが、文面審査が重要になってくる点の特徴である。そこで、以下「意見書型」の処理手順を解説する。

1 文面審査の検討

☆過度広汎の理論、明確性の理論を検討(ただし、21条や罪刑法定主義以外にも妥当するかは学説による)。

⇒採点実感によれば、両理論を混同する答案が多い。

(1)問題文から立法目的と、制約したい対象(ターゲット)を特定

(あくまで、立法者の意思解釈をせよ。立法目的が正当かどうか、立法目的と制約したい対象に関連性があるかは、考えない)

(2)立法案の文言を読む

- ・規制対象がターゲットのみと問題なく読み取れる場合

⇒文面審査問題なし(2へ)

- ・ターゲット外も規制していると読み取れる場合

⇒**過度広汎**

- ・ターゲットのみに対する規制なのか読み取れない場合

⇒**明確性**

<p>Aだけを規制したい → AだけでなくBも規制している=過度広汎 ↓ Aだけの規制なのか読み取れない⇒明確性</p>
--

2 実体審査

☆ここからは、通常の人権処理。

(1)権利制約

- ・文面審査で最終的に認定された制約対象が検討の対象となる。

(2)審査

- ・1で検討した立法目的が真の立法目的なのか、立法目的と権利制約の間に手段適合性が認められるのかを、ここで踏み込んで検討する。

【ポイント】

- ・文面審査で考慮するのは、あくまで問題文(立法者の説明)から読み取れる立法目的及びターゲット。その是非、関連性の考察には立ち入らない。