

【速修】矢島の速修インプット講座（2024年合格目標）

矢島の体系整理テキスト

憲法 I（人権）

・はじめに

この講座は各科目の重要基本事項を短期間で体系的に理解して真の応用力を身に付けることを目的としています。この目的を達成するために、講義中は重要度が特に高い「●」や「○」の記号を付した箇所を中心に解説し、必要に応じてその他の記号を付した箇所を解説していきます。講義を聴いて重要事項の理解をした上で、講義の復習の際は、下記の重要度のランクを参考にして、まずは、重要度の高い「●」や「○」の記号があるところを優先して可能な限り理解と記憶を深めていってください。「●」や「○」の復習が終わったところで、受講生各自の可処分時間にに応じて、それ以外の記号の項目を復習していくと安定した学力を身に付けることができます。

令和5年7月25日（8月9日 講義後補訂版）

LEC専任講師 矢島 純一

・連絡事項

だいたいどの辺りのところを講義しているのかが分かるように、講義中にテキストの原稿を画面に表示することがあります。その際、手書きのメモ等が映っていても、気にしないでください。手書きのメモ等は、講義終了後に、受験対策上必要があるものについては、内容を調整した上でテキストに記載しておきます。なお、通学クラスの受講生にも後日、調整後の原稿を製本したテキストを、通信クラスの受講生と同時期に発送します。

・重要度のランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に記載することがある事項のうち、内容を理解して答案に記載できるように記憶しておかなければならない知識を、重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。

また、論文試験でこれをそのまま答案に記載することはあまりないけれど、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を、重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

・条文の略記：I＝1項 ①＝1号 本＝本文 但＝ただし書 前＝前段 後＝後段

・短答の問題番号の略記： H30-4＝平成30年度司法試験第4問（R＝令和） プレ＝プレ試験
予H25-7＝平成25年度予備試験第7問 サ＝サンプル問題

* 講義進行メモ

憲法 全7回

講義終了後に、テキストの頁数など講義の進行状況をこの欄にメモしておきます。

また、講義終了後に、製本されたテキストの末尾の方に、**目次**と**判例索引**を付けておきます。講義の進行中でも最新の情報が入ってくれば、それをテキストに記載する都合上、講義が全回終了するまで頁数が確定しないために、上記のような取扱いとしています。

第1回

前半 テキストの冒頭 1頁 ～ 序編の最後まで 39頁

後半 第1編 人権 第1章 人権の意義・人権共有主体性 40頁

～ 第1章の最後 63頁

第2回

前半 第2章 基本的人権の限界 64頁 ～ (3) 公務員の労働基本権 105頁

後半 5 刑事収容施設の被収容者の人権 106頁

～ ク 指紋押捺を強制されない自由 153頁

お知らせ ～今期の講義の方針

論文試験の本番で、憲法上の争点の設定を適切に行うために必要な憲法の基本的な考え方をしっかりと理解してもらうために、憲法22条1項の職業の自由の学習が終わるあたりのところまでは、比較的丁寧な講義をしていきます。それ以降は、けっこう速いペースで講義を進行するつもりです。統治や憲法総論に関する「憲法Ⅱ」のテキストは、最後に余った時間でポイントを絞って講義をする予定です。

第3回

前半 ケ グーグル検索結果の削除請求の要件 154頁

～ (4) 女性の再婚禁止期間 209頁

後半 14条の合憲判決のうち3つ (サラリーマン 222頁、堀木 224頁、条例 226頁)、

～ 第5章 思想良心の自由 261頁

第4回

- 前半 前回講義の思想良心の自由の補足 258 頁
～ (5) 政教分離に関する判例の流れ 299 頁
後半 判例の判断枠組みに関する考え方の要点 300 頁
～ 2 表現の自由の保障の範囲 372 頁

第5回

- 前半 288 頁の補足説明 3 知る権利 373 頁 ～ 3 文面無効 431 頁
後半 4 表現の内容規制 432 頁 ～ (1) 集会の自由の意義 477 頁

第6回

- 前半 (2) 集会の自由の限界 478 頁
～(2) 規制目的二分論とその修正 ア 意義 520 頁
後半 イ 明白の原則と厳格な合理性の基準 521 頁 ～ 6 国籍離脱の自由 579 頁

第7回

- 前半 第16章 財産権 580 頁 ～ 憲法Ⅰの巻末付録 725 頁
後半 憲法Ⅱの統治の分野のうち特に重要な箇所を講義

・あしがき

講義を全部視聴したところで、一度、このテキスト（「憲法Ⅰ」）の「巻末付録」を見て下さい。「巻末付録」に掲載された判断枠組みの名称をみただけで、その内容を頭の中で説明できるようなら、十分な復習ができている証拠になります。なお、巻末付録には「憲法Ⅱ」で学習する事項も含まれています。

*合格に必要な学力を修得する方法の「概要」

・短答試験の合格に必要な学力の修得

① 矢島の体系整理テキストを用いた知識の体系的な理解

まず、なるべく短期間で講義を全回聴く。その後、各自の可処分時間に応じて、繰り返しテキストを読んで、理解と記憶を深める。その際、下記②と③を同時に進める。

② 判例六法などの六法の条文チェック

上記①の学習の際に登場した条文を六法で探してその条文に印を付して、たまにその条文を読み返して条文に馴染む。下記③の学習を始めたら、その際に登場した条文も、同じように六法の条文に印を付して、条文知識を徐々に増やしていく。

③ 短答の過去問による知識のインプット

何でもよいので市販の短答の過去問集を購入して、過去問を利用して短答知識をインプットしていく。司法試験と予備試験で短答の科目が異なるので、自分が受験する試験の短答過去問の学習をすればよい。予備試験の受験生は、予備試験の過去問だけだと量が少ないので、司法試験の過去問も学習する。

短答過去問を用いて学習する際は、問題文を見て自力で解答できないときは、学習効率を考えて、直ぐに解答や問題集の解説を見て、それを知識として吸収するとよい。短答試験は似たような問題が繰り返し出題されることが多いので、過去問を利用して短答知識のインプットをしていくというスタイルでよい。

短答の過去問集の解説に、理解できないことが書いてあったら、「？」などの記号を付して、とりあえずパスをして先に進む。今、分からないことでも、学習を進めていくうちに分かるようになることがあるので、学習効率を考慮して先に進む。

過去問集を、各自の可処分時間に応じて何度か繰り返し読んで、短答知識をインプットしていく。その際、もう二度と見ないでも大丈夫という問題又は問題の中の肢に、「◎」などの記号を付して、復習が必要な問題を絞り込む。

短答試験の合格に必要な能力が習得できたか否かのチェック方法の1つとして、短答過去問の問題文を見ただけで、頭の中で瞬時に、自分なりに理由を付して肢の正誤を説明できるよになっているかを確認する。その際、解説は見ない。問題文を見ただけで、瞬時に肢の正誤とその理由が説明できることは、その問題を自分の実力として吸収している証拠となる。これができなければ、まだその問題を自分の実力として吸収できていない。なお、受験勉強に費やせる可処分時間が少ない人は、一定の正答率を上回るもの、あるいは、年度を限定するなどして、検討する過去問の分量を各自調整する。

・論文試験の合格に必要な学力の修得

① 矢島の体系整理テキストを用いた知識の体系的な理解

各自の可処分時間に応じて、繰り返しテキストを読んで、理解と記憶を深める。この点は、短答試験の合格に必要な学力の習得の方法と同じである。

ただし、論文試験の対策としては、短答試験と異なり、何も書かれていない答案に要件（規範）や法的効果を自力でアウトプットできるようにしなければならないので、非常に大変である。アウトプットできるかどうか自信が無い規範等は、何か不要な紙などに書きながら記憶するなど、試験本番の日までに、計画的に理解と記憶を繰り返す。

② 過去問を利用した答案作成

上記の①がある程度終わったところで、または、上記①と同時並行して、過去問を利用して答案を作成することで、試験考査委員が受験生に求める法的思考能力を磨いていく。

司法試験は、予備試験との比較で、出題の趣旨が丁寧であり、また、試験考査委員が将来の受験生に向けたメッセージというコンセプトで公表している採点実感には、良い答案や悪い答案がどのようなものかについての指摘や、基本事項の正しい理解の仕方などが記載されているので、正しい方向で論文試験の対策を行うことができる。司法試験と予備試験の試験考査委員の多くは同一人物が兼任しているため、同じ科目なら試験考査委員が受験生に求めることは共通している。そのため、予備試験の受験生も司法試験の過去問を利用して論文学習をすることで、飛躍的に実力を上げることができる。また、予備試験の合格後に、司法試験の準備のために慌てなくて済むというメリットもある。

論文試験に向けた学習方法の詳細は「矢島の論文完成講座」で実践していくので、「矢島の速修インプット」の受講中は、とりあえず、上記①の点を最低限しっかりやっているとよい。上記①が、論文試験の答案を作成する際の基礎になる。矢島の論文完成講座が開講したら、矢島の速修インプット講座の復習が計画どおり進んでいなくても、論文の勉強を中心にするようにして、知識のインプット学習は可能な範囲で同時並行していくとよい。

注：アウトプット

2026年度（令和8年度）以降の司法試験ではコンピュータを用いた試験方式（CBT：Computer Based Testing）が導入される予定である。この話題はニュースでも取り上げられた。予備試験については今のところニュース等での目立った告知はないが、予備試験についても法務省が試験のデジタル化に向けた調査等の準備をしており、最近、予備試験をCBT化する閣議決定がされている。予備試験も司法試験と同時期にCBT化されることが予想される。

*合格するための**復習の仕方**

～読んで分かるだけでなくアウトプットできるようにする！

テキストを読んでその意味が分かるという程度に理解と記憶をする**学習**と、さらにその先に進んで、テキストに書いてあるキーワードをヒントにして答案に法規範をアウトプットすることができる程度に理解と記憶をする**学習**とがある。**前者の学習**だと問題文の記載の中に答えが含まれている**短答試験**には対応できるが、**問題文に答えが記載されていない論文試験**には**通用しない**。論文試験に対応するには後者の学習をする必要がある。このことは全ての科目にいえる。**論文の答案が作成できない主な原因**の1つに、そもそもテキストに記載されている**法規範を答案にアウトプットできない**ということが挙げられる。そこで、**復習**の際は、テキストを読んでいるだけでは答案にアウトプットできなさそうだと思う法規範をアウトプットできるかどうかを試して、それができないなら、できるようになるまで何度も繰り返しアウトプットする必要がある。

また、一度アウトプットできるようになった事項でも、徐々に記憶から消えていく。**受験対策は、記憶と忘却の繰り返しであり、忘却する量よりも日々繰り返し学習により記憶する量が上回ったときに、合格に必要な知識が蓄積され合格**できるようになる。**特に覚えづらい法規範は、例えば、机の上やトイレなど毎日確認しやすいところに張り出しておき、きちんと記憶できるまで毎日確認**するなどして、**合格に必要な基礎学力を蓄積**できるように各自いろいろと工夫するとよい。

・アウトプットできるかどうかの**確認項目**の具体例（ほんの一例）

マクリーン事件判決の問題点

憲法14条1項適合性の判例の判断枠組みと学説の判断枠組みの違い

憲法19条適合性の判例の判断枠組み

政教分離原則違反の判例の判断枠組み

憲法21条1項適合性が問題となった主な判例の判断内容

職業の自由に対する規制の憲法22条1項適合性の判例の判断枠組み

憲法25条の生存権についての堀木訴訟最高裁判決の判断枠組み

合格に必要な学力を修得する方法の「**概要**」は以上

次頁以降は、学習方法がよく分からないという受験生に向けたものである。各自、必要に応じて参照されたい。

※論文試験の初日から逆算した計画的なインプット学習の重要性

矢島の速修インプット講座で学習した事項は、**試験当日**に理解と記憶をしておかなければ、**論文試験でアウトプット**することができない。一度覚えたことでも、時間の経過と共に忘却するため、記憶しておくべき事項を全て記憶して試験本番に臨むには、**論文試験の前日を基準日**にして、**その日からだいたい1週間以内に、全科目**について論文試験対策上、記憶しておくなければならない事項を**全体的**に見直して**記憶喚起**をしておくのが**理想**である。

具体的には、論文試験の直前に、民法は範囲が広いので、見直しに丸1日かかることを想定し、**憲法、刑法、商法（司法試験であれば会社法が事実上中心、予備試験であれば会社法・商法・手形法）、民訴法、刑訴法、行政法、選択科目（令和4年度の試験から予備試験でも選択科目の制度が導入）**については、**1日でだいたい2科目くらいを、もし予定が遅れたとしても、全科目を1週間以内で見直せるくらい**の理解と記憶を事前^にしておけば、**試験直前期**の記憶喚起が十分にできて、安心して論文試験に臨むことができる。

予備試験の受験生は、上記に加えて、**法律実務基礎科目**の民事と刑事の両方を1日で総復習して必要な事項を記憶喚起できるようにしておく^とよい。ちなみに、法律実務基礎科目については、「矢島の速修インプット講座」の民法、民訴法、刑法、刑訴法、「矢島の短答対策シリーズ」の民訴法、刑訴法で短答試験と論文試験に必要な知識をインプットし、さらに、「矢島の論文完成講座」の民法、民訴法、刑法、刑訴法で、法的な思考能力と法的な文章の書き方のルールを学んだ上で、試験の直前対策講座として実施している「**矢島の法律実務基礎科目**」の講義を聴いて復習しておけば、かなり上位に入り込めるはずである。

上記のように試験直前の1週間くらいで全科目の総復習をするには、**さらにその前にその倍の2週間か3週間くらいで全科目を総復習できるくらい**の学力を修得しておくのが**理想**である。この段階を踏まないと、1週間でテキストを総復習するつもりでも、記憶すべき事項についてそもそも理解が不十分であることや、記憶すべき事項を今からだと試験当日までに記憶しきれないことに気づく。こうならないように、計画的に復習をしていかなければならない。

さらにいえば、**上記2～3週間くらいで全科目を総復習できるくらい**の学力を修得するには、**その前の4～6週間くらいで全科目を総復習できるくらい**の学力を修得しておくのが**理想**である。4～6週間で総復習する学力を修得するには、その倍の8～12週間の学習期間があるのが理想的である。期間の確保が学習開始時期によって不可能ならやれる範囲でやるしかない。

以上のような学習をすることで、論文試験の本番までに、**理解と記憶すべき事項を3回復習**することができる。なお、**物事の理解力と記憶力**、理解や記憶に必要な**集中力**については、**個人ごとに大きな差**がある。自分は1回で大丈夫だという素晴らしい理解力と記憶力をもっているなら、1回だけ復習する時間を確保すれば足りる。逆に、3回では足りないという人もいる。**復習が何回必要になるかは、各自の能力次第**なので、各自、自分の能力に応じた学習計画を立てて復習をする必要がある。基本的には、**人は一度記憶したことで時間経過とともに忘却**するということを踏まえた**学習計画**を立てることが**重要**と思われる。

※**短答試験**の学習の仕方（**論文試験**の学習の**事前準備**としてのインプット学習を**含む**）

司法試験と予備試験とでは短答試験で課される科目が異なる。各自が受験する試験で短答試験が課される科目については、**例えば、下記の「第1段階」以下に掲載した学習方法**をすると試験本番で合格点を獲得できる学力を修得できる。**ただし、合格するためにどのような学習が必要になるかは、各自の現時点の能力**によって異なる。学習方法に絶対というものはないので、**以下の学習方法は1つの例にすぎない**。最終的には、**各自の可処分時間、現時点での学力、理解力、記憶力**に応じて、自分に合った方法と分量で学習を継続していく必要がある。

第1段階： まずは、矢島の速修インプット講座の**講義を聴く**。

第2段階： 次に、テキスト中、講義で言及した「●」と「○」印を付した箇所を中心に理解と記憶をするための**復習**をする。復習の際は、テキストを読み直して、テキストの記載事項を**理解**できているかを**確認**する。その際、**テキストに掲載してある条文番号は、各自の六法に掲載された条文番号に何か印を付しておき、たまに印を付した条文を読み直すと、重要な条文を効率よく復習**できる。六法は、特にこだわりがなければ、有斐閣の判例六法（3400円前後）を用いると、条文をチェックする際に気になった判例もついでに見られるので学習効率がよい。**なお、試験用六法は、見出しがない法令はそのまま見出しがないまま掲載しており、見づらいところがある**。そのため、**条文に慣れる前に背伸びして試験六法を用いて学習しようとすると、かえって条文全体の構造を把握するのに時間がかかるので注意する**。**究極の目的は、試験用六法に慣れるのではなく、だいたいどのあたりにどのような条文があるのかを把握**しておくという意味で、**条文に慣れるところにあるということを意識する**。**例えば、民法で不動産物権変動の条文はどこかと考えたときに、それが177条の辺りに存在しているということ**を把握しておけば、**どのような六法を用いたとしても、直ぐにその条文を参照**できる。こうして**条文に慣れておけば、試験本番で試験用六法を用いた際もすぐに目当ての条文を探し出せる**。

また、復習の際、特に、「●」を付した箇所は、論文試験の答案で**規範**または**法的効果**としてアウトプットする可能性があることを考慮して、**何も見ないでアウトプットできるかを確認**する。こうした**アウトプットできないことは、理解と記憶が足りていない客観的な証拠**となり、**そのまま放置すると本番の試験でもアウトプットできないのは当然なので、何も見ずにアウトプットできるようになるまで、何度もアウトプットする**。**ただし、「●」印の全てをそのような方法で学習**をすると、他の科目を学習する時間が確保できなくなるので、**これは絶対に書ける**というものは、**こうした作業を省略するとよい**。ここでどれだけ省略できるものがあるかは、受験生各自のこれまでの学習の質と量によって全く異なるため、**この講座が始まった時点で、スタートラインが全員同じというわけではない**。自分が他の人より学習が後れていると感じるのであれば、**他の人よりも努力をしないと合格ラインに到達できない**。

→次頁の第3段階、第4段階に続く

第3段階： 上記の第2段階がだいたいできるようになったところで、講義時間の都合で講義中に言及できなかったテキストの記載部分（「●」や「○」を付していない項目）を、各自読んで理解して、必要に応じて記憶するよう試みる。それと同時に、前記第2段階と同様、テキストに掲載した条文番号を各自の六法の条文番号にマーキングして、その条文番号をたまに読み返す。そうすることで、短答合格に必要な知識を効率よく復習できる。

第4段階： 上記の第3段階と同時並行的に、市販の問題集を用いて、短答試験の過去問を題材に短答知識の理解と記憶をする。過去問集の解説に登場する条文番号も、各自の六法の条文番号にチェックしてたまに読み返すと、効率よく短答知識の復習ができる。短答試験で8割以上を獲得できる受験生の多くは、こうした学習を繰り返すうちに、最終的には、短答試験の問題文だけを読んで、短答の肢の正誤を理由込みで瞬時に判断できるようになっている。この段階になると、解説を読まないでも短答知識の復習ができ、試験前に、短時間で大量の短答知識を総復習できるため、本番での獲得可能点数が高くなる。

司法試験は、短答試験の得点も最終合格の決定の際の判断材料とされるので、短答試験で少しでも順位を上げて最終合格を確実なものとしたいと考えるのであれば、問題文を読んだだけで瞬時に正誤を判断できるようにして、8割以上の得点を獲得したいところである（175点満点中の8割は140点）。

予備試験は、司法試験と異なり、短答試験の成績は、次のステップの論文試験以降の合否の判断に考慮されないので、必要な限度をはるかに超える程の高得点を獲得する余裕があるなら、はっきり言って、短答試験前から論文試験の学習をした方がよい。ただし、短答試験で一般教養の対策をほとんどせず、法律科目だけで合格点を獲得しようという作戦にできる場合は、法律科目で少しでも多くの点数を獲得できるように、予備試験と司法試験の短答過去問の問題文を読んだだけで瞬時に正誤が分かるところまで知識を修得しておく。法律科目（210点）だけで8割弱（168点弱）を安定して獲得できる学力を身に付けておけば、一般教養（60点）が運悪く全滅しても、合格点を獲得できる。ただし、合格点は年度により異なることに注意を要する（例：270点満点で合格点は、令和2年度は156点、令和3年度は162点、令和4年度は159点、**令和5年度**は168点）。

なお、市販の短答過去問集を用いた学習について注意すべき点があるので最後に述べておく。知識が足りないうちは、過去問集の解説を読んでも意味が分からず、読解に莫大な時間を要するときがある。そのようなときは、試験科目全体の学習効率を上げることを優先し、その解説はとりあえずパスして、現時点で自分が理解できる解説だけをおさえておく。今現在、理解できないことでも、他のところを学習しているうちに法的思考能力や関連知識が身に付くことで理解できるようになることもある。ちなみに、市販の過去問集の解説の中には、解説自体が、誰が読んでも理解できないというものも存在する可能性があるため、いずれにしろ、ある程度読解を試みても意味が分からないものは、パスした方がよい。

*論文試験の学習の仕方

・論文対策を始めるタイミング

論文試験の具体的な学習方法は、本講座の後に続く「矢島の論文完成講座」が開講した際に話をする予定である。矢島の速修インプット講座で学習した事項のうち、特に「●」や「○」印を付した項目の復習がしっかりとできていれば、論文対策に入ったときに、質の良い論文対策ができるので、今は、全力で本講座の受講と復習をする。

ただし、矢島の速修インプット講座の復習が各自の予定どおりいかなかった場合や、同講座の受講時期が開講日から何か月も経過している場合は、同講座の復習を完璧にしようとする、次の試験までに論文対策をする時間が十分に確保できず、論文対策が不十分なまま試験本番を迎えてしまうおそれがある。「矢島の論文完成講座」が開講したときなど、何かタイミングで各自、論文対策を開始するとよい。論文対策をしている過程で、インプット学習の理解と記憶が深まることが多いので、インプット学習が中途のまま論文対策に入っても、受験対策上、特に支障はない。

なお、矢島の速修インプット講座の受講中に復習をしてもなお余力がある受講生は、矢島の論文完成講座で取り扱う「メイン問題集」で取り扱う司法試験の論文過去問の問題文を法務省のウェブページでダウンロードして印刷するなどして入手した上で、問題文を読んで答案構成をし、さらに余裕があれば答案を書いてから、同講座の講義を受講すると、効率よく講義を吸収することができ、合格に大幅に近づくことができる。同講座の「メイン問題集」での取扱い予定問題は、LECのパンフレットやLECのウェブページで公開している。

・試験の合否は他の受験生との関係での相対評価で決まる ～最後まで諦めない

司法試験でも予備試験でも、他の受験生との関係での相対評価で合否が決まる。そのため、合格するためには、今度受験する試験で出題されることを事前に全部知っている必要はなく、知らないところが出題されたときでも、問題文をよく読んだ上で、日頃の学習で培った法的思考能力を駆使して、条文や趣旨から規範（判断枠組み）を定立して、その規範を定立した趣旨を踏まえて、具体的事案を検討（当てはめ）して一定の結論を導ければ合格できる。

最近の試験の傾向からすると、何でもかんでも事前に知っていることを求めているわけではなく、基本知識の正確な理解とその応用能力があれば十分に合格できる。仮に、年間を通じて一生懸命学習した結果、試験本番までに覚えきれないところがあったとしても、既に覚えている事項を学習する際に培った法的思考能力（例：条文や趣旨から規範定立をした上で、その規範を事案に当てはめて一定の結論を導く能力）を駆使して合格することは可能である。重要事項の学習を通じてこうした法的思考能力を習得しておくことが合格にとって重要なのである。

*参考 ～論文の答案を作成できない主な原因

法的三段論法をするなど論文試験の答案の形は分かっているし、基本知識のインプットは一通りやったのに答案を作成できない場合、その主な原因としては次のものが考えられる。

- ・ **原因1** ～論文に必要な基本知識の理解不足や記憶不足 ←本人に自覚はないが**一番多い原因!**
インプット学習で学んだ論点を抽象的に理解しているだけで、その論点が具体的にどのような事例で問題になるのかを理解していない。そのため、問題文の事実関係から事例処理に必要な論点を抽出できない。また、一度理解した法規範や法効果も、試験本番で白紙の答案にアウトプットできるようになるまで**記憶する努力**をしていなければ、**答案作成はできない**。
- ・ **原因1の対処法**
基本知識のインプット学習の際に、そこで登場する論点が、具体的にどのような事例の下で問題となるのかを意識する。ちなみに、インプット用のテキストの見出しを見ただけで、規範(要件)やその規範を充足することで発生する法効果の内容、さらにはその規範を用いて処理する具体的事例が頭の中で説明できたら、その論点のインプット学習ができている証拠になる。また、一度理解した法規範や法効果は、試験本番で白紙の答案にアウトプットできるように記憶する努力を継続する。
- ・ **原因2** ～問われていることに正面から答えようとする意識の欠如
問題文の指示誘導に従って答案を作成するという意識が低い。そのため、出題者が求めていることに正面から答えられず、合格に必要な点数を獲得できない。
- ・ **原因2の対処法**
同じ問題でもよいので、問題文の指示誘導に従って答案を作成することを強く意識しながら、繰り返し答案作成をした上で、作成直後に答案を見直して指示誘導に従った答案になっているかを確認する。なお、問題文を覚えた頃に、つい油断して問題文をきちんと読まずに、記憶に頼って答案を作ってしまうがちだが、それをしてしまうと、問題文の指示誘導に従って答案を書く能力が向上しない。問題文を覚えていたとしても、その問題を復習する度に、問題文で問われていることを、問題文の文言から読み取ろうとする意識をもつことが重要である。
- ・ **原因3** ～些細なことにこだわる
事案の処理にあまり影響がない事項にこだわりすぎて、試験時間内に合格に必要な点数を獲得できるだけの事項を論述できない。
- ・ **原因3の対処方法**
まず、答案構成の段階で当該問題に解答するのに必要な事項を把握することを最優先し、自分がこだわろうとしている事項が、当該問題の全体をみたときに、どれくらいの配点がされているかということを想像してみる。たいした配点がされていなさそうな事項はこだわらない。

*** 予備試験の受験生の段階で司法試験の過去問を検討するべきか？ →検討するべき！**

～司法試験の論文過去問は論文対策に便利なツール

結論を先に示すと、予備試験の受験生でも、司法試験の論文過去問を早いうちから検討すると、予備試験の論文試験に役立つ。その理由は次のとおりである。

〔理由1〕予備試験の試験考査委員と司法試験の司法試験考査委員は、同じ人が兼任していることが少なくないので、司法試験の論文試験で求められていることを理解することは、予備試験の論文試験で求められていることを理解することにつながる。司法試験の論文試験については、予備試験のものと比べてかなり丁寧な出題の趣旨が公表され、さらに、試験考査委員が将来の受験生に向けたメッセージとして公表している採点実感というものがあり、どのような答案が良いのか、あるいは悪いのかということが具体的に記載されている。そのため、司法試験の過去問を題材にして学習すると、司法試験のみならず予備試験の試験考査委員が受験生に求める良い答案、悪い答案がどのようなものかを効率よく理解できる。

〔理由2〕司法試験の問題文は予備試験のものに比べると長い。もともと、司法試験の問題文は複数の設問から構成されており、設問1つ1つに分解すると、予備試験の設問1つ1つとそれほど長さが変わらないものが多い。そのため、司法試験の論文過去問を題材に学習することは、予備試験の論文対策にもつながる。なお、司法試験の論文過去問は、設問によっては予備試験のものよりも難しいものがあるので、自力での検討が困難なら、全体の学習効率を上げることを考慮して、矢島の論文完成講座が始まるまでとりあえずパスしておくとよい。

*** 家で学習できない人は学習できる環境を整えることが重要**

合格をするための学習の多くは、1つの教材を徹底的に繰り返し学習するという意味で、同じことの繰り返しで、精神的にきついところがあるかもしれない。そこで、自宅だと学習に集中できず勉強がはかどらないというのであれば、例えば、どこでもよいので有料の自習室を借り、図書館を利用するなど、質の高い学習を日々継続できる環境を整える必要がある。家で学習できない人は、学習できる環境を整えることも合格に必要なこととなる。

家で勉強できない人は、「外に出て勉強しよう！」ということである。有料自習室の利用料金は試験に合格すれば直ぐにもとがとれる。変なところをケチって合格の年度を遅らせるのは得策ではない。自己に対する投資は、自分の頑張り次第で株価が確実に上がるので、損はしない。自分の株を買って、株価を自ら上げるために日々努力することをお勧めしたい。

・ **前年度の論文試験**で出題された**論点を学習する必要性**

司法試験でも予備試験でも、論文試験の問題は、条文の文言や制度趣旨を踏まえて多角的な利益衡量をするなどの**法的思考能力**を磨くのに良い題材になる。確かに、論点単位でみたときに、前年度に出題された論点が翌年の試験で出題される可能性は低くなる。しかし、前年度の論文試験で出題された論点の学習を通じて**法的思考能力**を磨くことによって、その論点だけでなく、他の論点も深く理解することができるようになる。また、設問の形式も含めて**近時の試験の傾向に沿った答案作成**をする能力も修得することができる。そのため、前年度の論文試験で出題された論点を学習することは、今度の試験のためにも必要といえる。

序編

第1章 憲法の論文試験の本質と出題形式の変化

- ・憲法の論文試験においては、これまでの司法試験や予備試験の過去問を見ていると、問題文の事案に含まれる憲法上の争点（当該事案で真に解決されるべき憲法上の論点）を発見した上で、判例や主要な学説を踏まえて、その争点についての受験者自身の考えを論じさせる出題がされている点で共通する。このことを理解していれば、設問の形式がどのように変化しても、それは本質的なところの変化ではないことが分かり、前年度と設問の形式が変わったとしても、試験本番で慌てずに対処できる。

司法試験でも予備試験でも、設問の形式が突然変わることがあるのは、出題者としては、受験者がパターン化された論証例のようなものを丸暗記して、それを答案に貼り付けるような論述ができないようにするためだと思われる。試験考査委員は、パターン化された答案ではなく、受験者が自分で考えた答案を求めている。解答のパターン化防止のために、今後も設問の形式が変化していくことが予想される。どのような設問形式であっても、憲法の基本知識の修得と過去問分析をすることで合格に必要な点数を安定して獲得できるようにする。

ちなみに、これまでの設問形式を紹介すると、例えば、平成29年度以前の司法試験であれば、まず、法令又は処分が違憲であるとの主張を立論し、次に、その主張に対する反論として、その法令又は処分が合憲であるとの主張を端的に示すことで、当該事案で解決されるべき憲法上の争点を明らかにする。最後に、その争点について、受験者自身の考えを深く論じさせる出題が頻繁に出題されていた【下記の司法論文H27の設問形式を参照】。

・平成27年度の司法試験の設問形式

〔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）

なお、市職員の採用に係る関連法規との関係については論じないこととする。また、職業選択の自由についても論じないこととする。

- (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さい。

平成30年度から令和3年度までの司法試験であれば、法案の立案段階において、立法担当者から法案についての憲法適合性についての意見を述べることを求められた法律家の立場に立って、当該法案の憲法適合性を論じさせる出題がされていた。論述の際は、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及することも求められていた。

・令和3年度の司法試験の設問形式

〔設問〕

あなたが検討を依頼された法律家甲であるとして、規制①及び②の憲法適合性について論じなさい。なお、その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。規定の文言の明確性、手続の適正については、論じる必要はない。

令和4年度の司法試験であれば、本問は処分の憲法適合性が問題となる事案だったので、**まず**、処分が合憲であると主張すべき立場にある公権力側の立場から処分が**合憲**である旨の立論をし、**次に**、その主張に対する反論として、その処分が**違憲**であるとの主張を端的に示すことで、当該事案で解決されるべき憲法上の争点を明らかにした上で、**最後に**、その争点について、受験者自身の考えを深く論じさせる出題がされた。自己の見解と異なる見解への言及が必須になった点が、平成30年度から令和3年度までの問題と異なる。

論述の際は、必要に応じて、参考とすべき判例に言及することも求められていた。この出題形式は、平成29年度以前の司法試験の出題の比較でいえば、先に合憲の立場からの主張を立論させる点で、目新しい。

どのような設問形式であっても、①憲法上の争点設定、②その争点に対する受験者自身の憲法論の論述をするという点で、問われていることの本質は共通する。出題者の意図に沿った憲法上の争点設定をするには、憲法の重要な判例や学説を理解しておく必要がある。○

・令和4年度の司法試験の設問形式

〔設問1〕

X大学長Gは、X県公立大学法人の顧問弁護士Zに対して、Yとの再度の話し合いに応じるつもりだが、大学としては憲法を踏まえてできるだけ丁寧な説明を行いたい、と相談した。あなたがZであるとして、X大学の立場から、決定①及び決定②それぞれについて、次回の面会においてどのような憲法上の主張が可能かを述べなさい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた憲法上の主張に対するYからの反論を想定しつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、〔設問1〕及び〔設問2〕とも、司法権の限界については、論じる必要がない。また必要に応じて、参考とすべき判例に言及すること。

令和5年度の司法試験においては、法案の立案段階において、A省の立法担当者から法案について相談をされた法曹資格を有する任期付き公務員甲と、同じく法曹資格を有する若手の任期付き公務員Xとの会話を読んで、法案の憲法適合性について批判的な見地から意見をまとめるという指示誘導の下で、次のような設問が出題されている。解答の際は、「判例や学説を踏まえてどのような意見をまとめるべきか論じなさい。」との指示誘導に従う必要がある。令和4年度以前の出題では、「**判例**」を踏まえた論述をすることは指示されていたが、令和5年度は、「**判例**」に加えて「**学説**」も踏まえて論述することも指示されるようになった。

「判例や学説」を踏まえた意見を求めている点で、現代文の作文ではなく、あくまで「憲法」の基本知識を踏まえた論述をすることが求められていることが分かる。こうした論述をするには、知識のインプット学習を日頃からしっかりと行う必要がある。憲法はその場のノリで何とかかなると思って憲法の試験を甘く見ていると、試験本番でどうにもならないような答案を提出して目に涙を浮かべながら帰宅することになる。そうならないで欲しい。

「法案の憲法適合性について批判的な見地からの意見をまとめる」よう指示されている点で、下記の設問1では、法案が違憲であることを、「**判例**や**学説**」を踏まえて主張していくことになる。

令和5年度の出題は、設問1で違憲の方向性での主張をする点で、前年の令和4年度の司法試験の設問形式と異なっている。

メモ：令和4年度の出題があつてから、今後は合憲の主張から論じさせる問題が出題されると予想して、そうした問題に解答するための方法を機械的に学習してきた受験生が当日慌てたことが推測できるのが令和5年度の出題であった。どの科目においても、試験考査委員は、パターン化された形式的機械的な解答を嫌う。パターン化された解答ができないように、今後も全科目的に解答がパターン化されないように設問形式の工夫がされていくことが予想される。試験考査委員の意図に沿った解答をする能力を習得するには、各科目の本質をしっかりと学習することが重要である。

・令和5年度の司法試験の設問形式

〔設問1〕

あなたがXであるとして、甲とXの会話で触れられた論点をめぐり、新制度案の憲法適合性について、判例や学説を踏まえてどのような意見をまとめるべきか論じなさい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられたXの意見について、それへの反論も想定しつつ、あなたの立場からその適否を論じなさい。

(調整余白)

*参考 ～憲法の論文試験の答案に求められること

- ・以下に掲載した司法試験の採点実感の抜粋は、平成の時代のものが含まれるが、令和の時代の司法試験の出題にも妥当するものである。以下のことを意識しながら答案を作成すると、試験審査委員の高評価が受けられる。

・ H26 司法論文 採点実感等

憲法の論文式試験で受験者に求められていること、逆に求められていないことや不適切とされることについては、上記の指摘事項と重なるものも含め、毎年公表される採点実感において記載してきたところである。それにもかかわらず、これまでも指摘されているような、求められていないこと、あるいは不適切とされることを記載している答案については、全般として厳しい評価とならざるを得なかった。〔注：合格答案を作成するには、過去の採点実感の分析も重要である。〕

1 当該事案で「真に解決されるべき憲法上の論点」の発見と受験生の「考える」答案

・ H21 試験審査委員のヒアリング → 「考える」力が現れている部分が高く評価されている

受験雑誌等で成績上位者が再現した答案が「模範答案」とか「優秀答案」として掲載されているが、そのような答案の内容が、真の意味で優秀あるいは模範であるわけではない。実際の採点においては、「考える」力が現れている部分に高い評価を与えるように、いわばメリハリをつけて評価するように努めている。〔パターン化された部分の記述が高く評価されているわけではない。〕

・ H21 司法論文 出題の趣旨（抜粋）

今年度も、「憲法」論文式問題は、判例及び学説に関する知識を単に「書き連ね」たような、観念的、定型的、「自動販売機」型の答案を求めめるものではなく、「考える」ことを求めている。すなわち、判例及び学説に関する正確な理解と検討に基づいて問題を解くための精緻な判断枠組みを構築し、そして事案の内容に即した個別的・具体的な検討を求めている。

・ H22 司法論文 採点実感（抜粋）

荒削りな中でも的確にポイントをつかみ、予備知識が少ない中でも論点の本質に迫った「悩み」を見せてくれた答案もあったが、そのような答案は少数にとどまった。法令や処分の合憲性が問題となる場合には、原告・被告双方の主張にはそれぞれ相当な根拠があり、結論をどうするか相当に頭を悩ますのが通常である。悩みが感じられない答案とは、真に解決されるべき論点にまで議論が深まっていない答案といえる。

要求されるのは、パターン化した思考ではなく、事案についての適切な分析能力や柔軟な法解釈能力である。

2 判断枠組みの定立や定立した枠組みで事案を検討する際の注意点

・ H 2 1 司法論文 採点実感等

提供された素材を読みこなし、事案に即して考える力が求められているが、いわば定型的に「問題となるのは、違憲審査基準である。」という趣旨を記載する答案が多く、〔中略〕例えば、事案の分析をほとんどせずに、直ちに違憲審査基準の議論に移行し、一般論から導いた審査基準に「当てはめ」て、そのまま結論に至るという答案が相当数見られた。このように、審査基準を具体的事案に即して検討せずに、審査基準の一般論だけで規則の合憲性を判断するのは、事実に即した法的分析や法的議論として不十分である。

・ H 2 7 司法論文 出題の趣旨

どのように判断枠組みを構成するかは人それぞれであるが、いずれにしても、一定の判断枠組みを用いる場合には、学説・判例上で議論されている当該判断枠組みがどのような内容であるかを正確に理解していることが必要である。その上で、本問においてなぜその判断枠組みを用いるのかについての説得的な理由付けも必要であるし、判例を踏まえた論述をする際には、単に判例を引用するのではなく、当該判例の事案と本問との違いも意識した論述が必要となる。

・ R 1 司法論文 採点実感等

違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。

・ R 1 司法論文 採点実感等

厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまっただけでは、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。

3 判例を踏まえた論述の必要性

・ H 2 6 司法論文 採点実感等

司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。

第2章 憲法判例の読み方 ～日本の最高裁の判断方法の特徴

→憲法の論文試験においては、**判例を踏まえた論述**が求められている。このことは設問に明示されているときもあれば、明示されていない場合でも出題の趣旨を読むとそのような論述が求められていることが分かる。ここで、「**判例を踏まえた論述**」というのは、**判例だから**と**いって**、**何の理由もなく判例に迎合する論述を意味するのではなく、学説から批判**を受けている判例についてはそのような批判があることを踏まえて自分の考え方を論述し、また、学説から特に批判を受けているわけではない判例の立場に立つ場合でもその立場を採用する理由（例：判例の立場を支持する理由、判例の射程が試験の問題文の事案に及ぶことの説明など）を自分で考えて論述することを意味する。

以上のような判例を踏まえた論述をするためには、**人権を制約する立法に対して判例がどのような判断方法**で憲法判断をしているのかを十分に**理解**しておく必要がある。このことを理解して修得することが、「**憲法**」の科目の**受験対策の中核**になるといってもよい。このことは、講義の回数が進むごとに登場する重要判例を1つ1つしっかりと理解することで修得することができる。

・資料

憲法的答案を作成する際の難点の1つとして、「**判例と学説の距離も様々**であるという点である。」と指摘したうえで、「**判例の中には、学説からの評価も高い判断枠組みを確立している領域**がある。評価は相対的ではあるものの、このような領域として、**北方ジャーナル事件、泉佐野市民会館事件、薬事法判決、在外日本国民選挙訴訟**などがある。これらの領域では判例と異なる判断枠組みを示すというよりも、**基本的には、判例の判断枠組みを踏まえつつ判例の射程を検討**することが問われる。現実の裁判でも、当該領域ではこれらの判例の射程を巡る議論こそが中心争点となる。」との指摘が参考になる。一方、「**判例の中には、判断枠組みを提示していなかったり、判断枠組みを提示しているものの学説による強い批判**を受けているものもある。このような領域では、**判例に基づいた分析も要求され、双方の内在的な理解を示しつつ双方の論理の優劣について説得力をもって論ずる必要**がある。」との指摘が参考になる。

この文献は、「**判例は絶対的な正解ではなく学説の批判を受けて将来的に変更される可能性**もあるため〔注：一例として、従来の判例を変更して地方議会の議員の出席停止処分が司法審査の対象になるとした最高裁令和2年11月25日大法廷判決〕、**判例・学説の双方の理解が問われる**のである。」と指摘する。**R5司法論文**の憲法の論文試験の問題文の「**新制度案の憲法適合性について、判例や学説を踏まえてどのような意見をまとめるべきか論じなさい。**」との指示誘導の意味を理解するのに非常に参考になる指摘と思われる。

参考：【憲法】事案に即して「悩み」を見せる 御幸聖樹 法学セミナーNo.823 2023年8月

- ・憲法の科目で判例を踏まえた論述をするというときの「判例」とは、基本的には**日本の最高裁の判例**を意味する。**純粋な違憲審査基準論**を採用した場合、人権を制約する立法の憲法適合性の審査基準（判断枠組み）を定立する際は、制約されている人権の性質や規制態様などに着目して事案類型に応じた審査基準を定立する。純粋な違憲審査基準論は、審査基準を定立する際に対立利益を考慮しない。アメリカの連邦最高裁は、このような考え方に近い。日本においても、アメリカの考え方を基軸にした学説がこのような考え方を採用している。どこかで「**審査基準を定立する際に対立利益を考慮していけない。**」ということを教えられたのであれば、それはこのような考え方に基づいているものと思われる。この点、違憲審査基準論を支持する学者は、「**対立する利益が重要だからという理由で、基準を緩和することを認めるべきはない**」と強く主張する（LAW IN CONTEXT 憲法 松日茂記 有斐閣 246 頁）。対立利益が重要だという理由で基準を緩和することを認めると、表現の自由など二重の基準論から権利の性質上強く保護されるべき人権の保護が弱められることや、裁判官が対立利益を考慮して具体的事案ごとに基準を設定して審査すると恣意的な比較衡量がされることなどを懸念しての主張である。

もつとも、**日本の最高裁**の判決文や決定文を読んでいると分かるが、**憲法適合性の判断枠組みを定立する過程で対立利益に言及**することが多い。一例を挙げると、公務員の政治活動を制約する立法の憲法 21 条 1 項適合性が問題となった**猿払事件**の最高裁判決（最高裁判所昭和 49 年 1 月 6 日判決）は、「行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼の維持」に言及した上で、違憲審査基準論を支持する学説から緩やかすぎると批判される猿払基準と呼ばれる判断枠組みを定立している。判断枠組みに即した事例の具体的検討に入る前の判断枠組みを定立する段階でも対立利益を考慮する日本の最高裁の判断方法は、**ドイツの連邦憲法裁判所の比例原則**の考え方に整合しやすいと指摘する学者が最近では増えている。ドイツ流の比例原則を日本流に調整した**学説**は三段階審査論などと呼ばれ、違憲審査基準論を採る**学説**と**対立**している。 →次頁に続く

・ H26 司法論文（採点実感・抜粋）

利益衡量論である**ドイツ流の比例原則**で答えを導き出そうとするならば、どのような利益の衝突をどのように衡量するのかを個別的・具体的に示す必要がある。

・ R4 予備論文（出題の趣旨・抜粋）

印刷物配布の規制についても、まず合憲性判断の枠組み又は基準を設定する必要があるが、その際、道路が本来的に表現活動に開かれている場所であることが踏まえられなければならない。

メモ：「**枠組み又は基準**」とあるのは、ドイツの連邦憲法裁判所の考え方を基礎とする比例原則における判断「**枠組み**」と、アメリカ連邦最高裁判所の考え方を淵源とする違憲審査基準論からの違憲審査「**基準**」を念頭に置いたものとみられる。

→前頁の続き

また、日本の最高裁は、第1次的にはドイツ流の比例原則を用い、事案の処理の必要に応じて、第2次的に違憲審査基準論を組み合わせていると指摘する学者もいる。

以上のとおり、日本の最高裁の判例をどのように見るかについては様々な考え方があり、ここに唯一の正解はない。「憲法」の科目の受験対策としては、短答試験では判例がどのような事案でどのような判断をしているのかということを最低限おさえておけば足りることが多い。論文試験では、自己の見解と反対の見解に言及することが求められることが多いところ、前述のように判例に対する見方が一様でないことを理解しておくと、自己の見解と反対の見解を適切に指摘することで、その事案で真に処理されるべき争点を設定した上で、その争点についての自分の見解を説得的に論じることができるようになる。こうした論述をすることができるようになるには、日本の最高裁の憲法判断の構造を自分なりにしっかりと理解することが必要となる。ここに唯一の正解があるわけではないが、全7回の憲法の講義全体を通じて、こうしたことを理解することを目標にして講義を受講してもらえれば、憲法の学力が格段に上昇する。○

メモ：争点の設定に関して、例えば、犯罪を煽動する表現行為を刑罰の対象とする破壊活動防止法の規定が憲法21条1項等に適合するかが問題となった事例で、表現の自由の制約の中でも内容規制という制約の程度が非常に強度なものであったにもかかわらず、厳格な審査をせずに簡単な理由で合憲と判断した最高裁平成2年9月28日判決（渋谷暴動事件）のように、純粋な違憲審査基準論からすると表現の自由の内容規制として非常に厳格な審査がされるべき事案といえるのに、最高裁がそのような審査をしていない領域が論文試験で出題された場合は、違憲審査基準論と判例の判断方法の両方を理解しておくことで、答案上、事案処理を説得的に行うための争点を設定することができる。○

この事案の処理において違憲審査基準論の立場を支持するか、判例は比例原則と審査基準論を併用していると解してそうした判例の立場を支持するか、あるいは、純粋な比例原則の考え方を支持するかは、受験生各自が考えて決めることである。ちなみに、放火罪など犯罪を煽動する表現行為により害される法益保護の必要性という対立利益の要保護性を重視すると、厳格な審査はされないことになる。この考え方は、渋谷暴動事件の最高裁判決に整合しやすい。○

なお、純粋な比例原則を採用する場合でも、事案に即して比例審査の判断枠組みを設定する必要がある。何の目安もなく受験生が比例審査の判断枠組みを設定するのは困難だと思われる。その目安として、判例が比例原則と審査基準論を併用していると理解する考え方を参考にすると、答案作成がしやすいかもしれない。審査基準論を併用している部分を比例審査の枠組み設定だと思って参考にするわけである。

- 日本の最高裁の憲法判断の方法を理解する際に比較検討すると良い判例の一例を挙げて事案類型的にみると制約される人権の性質が共通するため、審査基準を設定する際に対立利益を考慮しない純粹な違憲審査基準論を形式的に用いると、同じ判断枠組みで処理されるべき事案があったとする。このような事案でも、日本の最高裁は異なる判断枠組みを用いて判断することがある。ここから何が分かるだろうか。この点、日本の最高裁は、事案類型ごとに予め明確な審査基準を決めるという立場には立っておらず、制約されている人権の内容性質、制約の態様、制約の必要性などの諸般の事情を考慮して当該事案を分析した上で、適切な判断枠組みを設定する立場に立っていることが分かる。

上記に関連すると思われる情報として、**H2 1 司法論文の採点実感に悪い答案**の例として、「例えば、事案の分析をほとんどせずに、直ちに違憲審査基準の議論に移行し、一般論から導いた審査基準に「当てはめ」て、そのまま結論に至るという答案」というものが挙げられている。この出題においては、判例を踏まえた論述が明示的に求められていたわけではないが、判例を踏まえた論述するのであれば、事案の分析をほとんどしないうまま、一般論から導かれた審査基準を提示して、それに当てはめるだけの答案は作成してはいけない。

なお、以下に挙げた判例を比較検討すると、日本の最高裁は、一般論から導かれた審査基準に当てはめをするという判断方法は採用していないことが分かる。以下に挙げた判例は、事案類型的には同質的な権利の制約の憲法適合性が問題となっているため、一般論から導かれた審査基準で審査するなら、同じ審査基準で審査されるように思えるが、最高裁はそのような審査はせず、事案分析した結果、異なる判断枠組みを定立している。いずれも講義が進むと登場する判例なので、その都度しっかりと理解して欲しい。他にも比較すべき判例はたくさんある。講義の進行に合わせてその都度、判例の理解を深めて欲しい。○

* **比較検討** ～このテキストの「新しい人権の具体例」の項目に掲載

以下の2つの判例は、制約されている人権が、**個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益**の事例という点で共通する。

- ・ グーグル検索結果削除請求事件（最高裁平成29年1月31日決定）
- ・ ツイッター投稿記事削除請求事件（最高裁令和4年6月24日判決）

* **比較検討** ～このテキストの「集会の自由」の項目に掲載

以下の2つの判例は、制約されている人権が、**集会の自由**である点で共通する。

- ・ 泉佐野市民会館事件（最高裁平成7年3月7日判決）
- ・ 金沢市庁舎前広場事件（最高裁令和5年2月21日判決）

*メモ ～日本の学説の1つである**違憲審査基準論の特徴**

- ・事案類型に応じた明確な審査基準が存在する。
- ・違憲審査基準を設定する際に対立利益を考慮しない。
- ・日本の学説における違憲審査基準論は、アメリカの連邦最高裁の判例法理として発展してきた違憲審査基準論を日本に輸入したものである。ただし、アメリカでは、経済的自由に対する規制については、裁判所は立法裁量を非常に尊重する姿勢から、全て一番緩やかな合理性の基準で審査する。アメリカでは経済的自由の規制を中間審査基準で審査しない。これに対し、日本の学説における違憲審査基準論は、経済的自由に対する規制に対しても事案によっては中間審査基準を用いるのが一般的である。その理由は、小売市場事件判決と薬局距離制限違憲判決という2つの最高裁判決が登場した当時、日本において違憲審査基準論を採用している学者（例：芦部先生）が、薬局距離制限違憲判決は中間審査基準であると分析したことが大きな要因となっている。
- ・日本の学説における違憲審査基準論は、アメリカの違憲審査基準論をそのまま取り入れているわけではなく、日本流にアレンジしている。

*メモ ～日本の最高裁の審査手法とドイツの比例原則の関係

- ・日本の最高裁の判例は、合憲審査の判断枠組みを設定する際に、対立利益を考慮するものが多いため、学説における違憲審査基準論と整合しないところがある。
- ・日本の学説においては、日本の最高裁は、アメリカ型の違憲審査基準論ではなく、ドイツの連邦憲法裁判所の比例原則を採用していると分析する日本の学説が近時非常に有力となっている。この学説は、違憲審査基準論と違って、判断枠組みの設定の段階でも対立利益を考慮する。この学説は三段階審査論を提唱する。
- ・この学説からは、小売市場事件判決も薬局距離制限違憲判決も、違憲審査基準論ではなく、比例原則から、規制の目的・必要性、権利の内容性質、制限の程度等を比較考量して、事案を踏まえた判断枠組みを設定したものだと理解する。なお、規制の目的・必要性というのは職業の自由の制約を正当化しようとする対立利益を意味する。

メモ：ドイツの比例原則を参考にした三段階審査論を提唱する日本の学者は、小売市場事件判決と薬局距離制限違憲判決は、比例原則を採用していることを当然の前提として説明することがある。この点、「三段階審査／比例原則は日本の裁判実務に対する良き提案となりうるのか。自由権が制限される権利であるという理解、そして、衡量が裁判官の基本的所作の作業であるという理解は、日本の実務にも共通しているように思われる。」「ドイツにおいて連邦憲法裁判所が職業の自由について比例原則を展開したのが偶然ではないとされるように、最高裁が薬事法判決においてドイツを参考に、比例原則的手法を採ったのも、偶然ではなかろう。」との指摘がある（「三段階審査論」 小山剛 347頁）。

第3章 憲法の基本

1 法令違憲と処分違憲

・憲法の基本的思考方法 その1 ～法令違憲と処分違憲 ○

訴訟で憲法違反の主張をするときは、**(1) 法令が人権を不当に制約していることを理由に当該法令の違憲を主張する場合**と（例：尊属殺重罰規定違憲判決、薬局距離制限違憲判決、森林法違憲判決）、**(2) 行政庁等の処分が人権を不当に制約していることを理由に当該処分の違憲を主張する場合**とがある（例：国歌斉唱起立命令事件〔君が代訴訟〕）。処分の違憲主張の仕方については、処分の根拠法令が合憲であることを前提に処分の違憲のみを主張する場合と、処分の根拠法令が違憲であることを主張する場合とがある。

(1) 法令違憲の主張に対して、裁判所が人権を制約する法令の憲法適合性を審査する場合は、立法事実（立法の目的や目的達成のための手段の合理性を支える社会的な一般事実）を検証して、立法の必要性・合理性を審査することになる。立法事実の存在の確証度をどの程度まで求めるかは、審査基準（判断枠組み）の厳格度によって決まる。なお、法令違憲の審査については立法事実に着目せずに文面上無効と判断する方法がある（例：明確性の原則、過渡に広範ゆえに無効）。○

(2) 処分違憲の主張に対して、裁判所が人権を制約する処分の憲法適合性を審査する場合は、誰が、いつ、どこで、何をしたのかなど当該事件に関する個別具体的な事実を確定することが必要となる。このような事実を司法事実という。裁判所は司法事実を確定してその事実に処分の憲法適合性を判断するための判断枠組みを適用して、当該処分が当該人権を制約することを正当化できるかという観点から処分の合憲・違憲を判断する。○

なお、**法令違憲**の事案でも**処分違憲**の事案でも、規範定立をした上でその規範に即して事案を検討（当てはめ）して結論を導くという法的三段論法をするために、規範定立をする際は、当てはめの際に論述することを意識的に抽象化する必要がある。このような法的三段論法をするための基礎は、本講座の判例学習を通じて習得してもらうことになる。そして、こうした思考方法を事例処理の中で行う応用能力は、「**矢島の論文完成講座**」で実際に事例処理をするを通じて修得してもらうことになる。○

メモ：法令の憲法適合性を審査する際に用いる判断枠組みのことを違憲審査基準ということがある。違憲審査基準の具体的な内容は、人権の性質や規制の態様などに応じて、判断枠組みがある程度類型化されているので、初学者が比較的理解しやすい。

一方、処分の憲法適合性を審査する際に用いる判断枠組みは類型化されておらず、事案ごとに対立利益を適切に調整するための判断枠組みを考えていく必要があるので、憲法の学習を始めたばかりのころは難しく感じるかもしれない。

もっとも、憲法の全体が体系的に理解できると、法令違憲の問題も処分違憲の問題も、結局は、制約されている人権と制約を正当化する対立利益を適切に調整するにはどのような判断枠組みを用いるのが妥当なのかという問題に帰着することが理解できる。

・参考 ～**法令の憲法適合性を判断**した判例の一例

薬局の開設に距離制限を設けていた旧薬事法の規定が憲法22条1項に適合するかが問題となった事案で、最高裁は、規制の目的、権利の内容・性質、制限の程度等を比較衡量するという観点から、規制の必要性和合理性を立法事実¹に照らして厳格に審査した上で、結論として、「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を裏づける理由として被上告人〔公権力側〕の指摘する薬局等の偏在 — 競争激化 — 一部薬局等の経営の不安定 — 不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによって右の必要性和合理性を肯定するに足りない。」²「この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、**憲法22条1項に違反し、無効である**。」と判示した（**薬局開設距離制限違憲判決**）。

メモ：本判決は、**立法事実**（規制の必要性和合理性を支える社会的事実）に照らして、人権を制約する法令の規定の憲法適合性を審査した上で違憲と判断したものである。この判例の**判断枠組み**や、その枠組みによる**事案の具体的検討**の仕方の詳細は、「職業選択の自由」の章で取り扱う。

・参考 ～**処分**の**憲法適合性**を判断した判例の一例

東京拘置所長が、未決拘留者が自費で購読している新聞紙の特定の記事を黒塗りにして抹消した行為が憲法21条1項に適合するかが問題となった事案で、最高裁は、「殊に本件新聞記事抹消処分当時までの間においていわゆる**公安事件関係の被拘禁者ら**による**東京拘置所内の規律及び秩序**に対する**かなり激しい侵害行為**が**相当頻繁**に行われていた**状況**に加えて、本件抹消処分に係る**各新聞記事**がいずれもいわゆる**赤軍派学生**によって敢行された**航空機乗っ取り事件**に関するものであること等の**事情**」があることに着目し、「東京拘置所長において、**公安事件関係の被告人として拘禁されていた上告人ら**に対し本件各新聞記事の閲読を許した場合には、拘置所内の静穏が攪乱され、所内の**規律及び秩序の維持に放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性**があるものとしたことには**合理的な根拠**があり、また、**右の障害発生を防止するために必要であるとして右乗っ取り事件に関する各新聞記事の全部を原認定の期間抹消する措置をとったこと**についても、当時の状況のもとにおいては、**必要とされる制限の内容及び程度**についての同所長の判断に裁量権の逸脱又は濫用の違法があったとすることはできない」とした（よど号ハイジャック新聞記事抹消事件）。この判旨を憲法論としてみれば、要するに、本件抹消処分は憲法21条により保障されるXの新聞閲読の自由を不当に制約するものとはいえず、合憲であるということである。

メモ：本判決は、**司法事実**（当該事件に関する**個別具体的な事実**）に着目した判断をしている。この判例の**判断枠組み**や、その枠組みによる**事案の具体的検討**の仕方の詳細は「**基本的人権の限界**」の章で取り扱う。

2 比較衡量論

・憲法の基本的な思考方法 その2 ～比較衡量論（比較衡量の基準） ○

法令や処分の合憲適合性を検討するに当たっては、**まず**、問題になっている法令や処分が、**どのような権利**を、どのように**制約**しているのかを**確定**することが必要である。**次に**、制約されている権利が憲法上保障されているか否かを**確定**する必要がある。この二つが確定されて初めて、人権（憲法）問題が存在することになるのであり、ここから、当該制約の憲法適合性の検討が始まる。（以上はH22司法論文の採点実感）。

人権制約の合憲審査の**判断枠組みの大枠**として、制約される権利の内容・性質、権利に対する制約の必要性の程度、権利に対する制約の態様などを**考慮要素**とした上で、**制約により得られる利益と失われる利益を比較衡量**して、**制約の必要性と合理性**が認められるかを審査する**比較衡量論（比較衡量の基準）**といわれるものがある。

注：裁判所による恣意的な比較衡量（利益衡量）を防止するために目的手段審査が登場した。

メモ：比較衡量論（比較衡量の基準）は、具体的状況をふまえて対立する利益を衡量して妥当な結論を導き出そうとするものである点で優れているが、比較衡量の基準が必ずしも明確でなく、特に個人の利益と国民全体の利益（例：猿払事件判決における行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼）とを比較衡量すると、全体の利益が優先されがちで、個人の利益が保護されにくいという点に問題があるとの指摘がされている。

この問題を解決するための考え方の1つとして、比較衡量の基準は、**同じ程度に重要な2つの利益**を、裁判所が仲介者として第三者的な立場で**調整**する場面に限定して用いるべきであるとの見解がある。（例えば、個人のプライバシーを侵害する表現行為を裁判所が仮処分により差し止める場合など。）この場合でも、**比較の基準**は、何と何を、どのように比較衡量するのかが分かるような明確なものでなければならないと指摘されている。

上記の比較衡量の基準の適用場面を限定する趣旨の考え方は、唯一絶対の考え方というわけではないが、比較衡量の基準の問題点を理解するのに役立つ。どのような見解に立っても、法令や処分による人権の制約が憲法に適合するかは、当該人権の憲法保障の必要性と、当該事件に対する制約を正当化するための対立利益との比較衡量的（利益衡量的）な判断をすることが必要となる。ただし、この比較衡量的な判断を裁判所がどこまで厳格に行うかは、権利の性質その他の要素により異なりうる。比較衡量的な判断をする際は、**裁判所の判断の過程を明確にして、恣意的な判断がされるのを防止**することが重要となる。

→恣意的な判断の防止策の一例として、目的手段審査などの違憲審査基準論を参照

- ・参考 日本最高裁が行う比較衡量的な判断についての2つの方法

日本最高裁は、人権を制約する規制が公共の福祉による制約として憲法に適合するかを判断するに当たり、「当該規制が公共の福祉のための合理的な制限 – または必要かつ合理的な制限 – かどうかを審査する傾向にある。その際、目的手段審査や、規制利益と権利利益の比較衡量を行う傾向にあり、問題となる権利の性格に応じて、裁判所が直接その比較衡量を行う場合 (A) と、立法府が行った利益衡量を基に、それが裁量を逸脱していないかどうかを審査する場合 (B) とがある。」との分析がされている。最高裁は、例えば、表現の自由が問題となるケースでは (A) のアプローチを用いる傾向にあり、営業の自由が問題となるケースでは (B) のアプローチを用いる傾向があるとの指摘がされている。

参考：法学入門2022 「公共の福祉」とはなにかー基準としての公共の福祉 大林啓吾 41頁
法学セミナーNo.807 2022年(令和4年)4月

- ・以上の指摘が理解できると、例えば、以下に抜粋した令和2年度の司法試験の採点実感の意味を正確に理解することができ、将来の試験で、試験考査委員が受験生に望む答案を作成しやすくなる。ここには、表現の自由の規制の憲法適合性の審査は、経済の自由の規制の審査の際に用いる基準よりも厳格な基準で行うべきとの二重の基準論の考え方が根底にある。二重の基準論の下では、経済的自由の規制については立法裁量が尊重され、裁判所は、精神的自由の規制に対する基準と比べて緩やかな基準で審査する。二重の基準論は、日本においては、アメリカの連邦最高裁の判例法理の影響を受けた学説により主張されてきたものであるが、現在は、日本の最高裁も、基本的な発想としては、二重の基準論を受け入れていると分析されている。

二重の基準論の詳細は、「表現の自由の意義」の章を[参照](#)

- ・R2司法論文(採点実感・抜粋)

判例を引いている場合でも、その内容の理解が不正確な答案が散見された。確かに薬事法事件判決は、具体的規制措置の憲法第22条第1項適合性の判断については、規制の目的・必要性、制限される職業の自由の性質・内容等の程度を検討し、これらを比較衡量した上で決定されなければならないと述べている。

しかし、判例は、このような比較衡量と検討は第一次的には立法府の権限と責務であるとし、立法府の裁量の行使を前提として判断を下しているのであって、その点を無視して直ちに比較衡量で判断することを判例の趣旨であるかのように説くのは適切ではない。

3 違憲審査基準論の基礎 ～目的手段審査

・憲法の基本的な思考方法 その3 ～違憲審査基準論 — 目的手段審査 ○

裁判所による恣意的な利益衡量を防止するために、精神的自由の規制立法は経済的自由の規制立法よりも厳格な基準で審査すべきとの**二重の基準論**を採用した上で、これを**具体化**する試みとして、**規制目的の重要度**や、規制目的と目的達成手段との**関連性**を、権利の性質や規制の態様などに応じて厳格度を変化させて審査する**目的手段審査**といわれる違憲審査基準論が提唱されている。

典型的には、①精神的自由などの重要な人権を制約する法令の違憲審査をするときは**厳格審査基準**、②経済的自由を人の生命、健康等に対する危険を防止するという消極目的のために制約する法令の違憲審査をするときは**中間審査基準**、③経済的自由を経済的弱者の保護や経済の調和のとれた発展を実現するという積極目的のために制約する法令の違憲審査をするときは**緩やかな審査基準**を用いる。

メモ：**違憲審査基準論**は、**アメリカの連邦最高裁**の判例法理を基に発展してきたものである。**二重の基準論**がその根底にある。**違憲審査基準論**は、**日本の学説**においても、**日本風にアレンジ**して取り入れられている。**学説**の中では、**違憲審査基準論**の論者と、**ドイツの連邦憲法裁判所**が取り入れている**比例原則**（三段階審査論）の論者との間に**意見の対立**が見られる。**日本の最高裁**は、**比例原則**を**基本**として、必要に応じて**違憲審査基準論**を**併用**する立場に立つとの見方をする学者がいる。

・H26 司法論文（採点実感・抜粋）

利益衡量論である**ドイツ流の比例原則**で答えを導き出そうとするならば、どのような利益の衝突をどのように衡量するのかを個別的・具体的に示す必要がある。

メモ：アメリカの純粋な違憲審査基準論においては、**判断枠組みの定立の過程**で対立利益を考慮せず、**人権の内容・性質や規制態様**などを踏まえて、**審査基準を類型化**している。

一方、日本の最高裁は、規制の憲法適合性の判断枠組みとして、**違憲審査基準**のようなものを定立する際に、**対立利益を考慮しているため**、**同種の人権に対する規制の憲法適合性を審査するのに、判断枠組みの厳格度を異にすることがある**（公務員の政治活動の自由に関する猿払事件と堀越事件の各最高裁判決の判断枠組みの違いを**参照**）。本講座の憲法の講義を全て聴き終えた頃には、**日本の最高裁**の判断枠組みの**特徴**を理解していることだろう。これにより、**論文試験**において、**判例を踏まえた論述**をすることができるようになる。

メモ：違憲審査基準論を用いる場合でも、目的手段審査をする際は、目的審査、手段審査のそれぞれにおいて、対立利益を比較衡量（利益衡量）して、当該規制の憲法適合性を判断するという視点が重要である。この比較衡量をどこまで厳格にするかは、自らが定立した目的手段審査の判断枠組みの厳格度に対応する。○

例えば、目的審査における比較衡量的な判断が要求されていることが分かる資料として、以下のH30司法論文の出題の趣旨と、最高裁判所平成17年1月26日大法廷判決（東京都管理職選考事件）の泉徳治裁判官の**反対意見**を紹介する。これらを読むと、違憲審査基準論においても、審査の際は、利益衡量的な判断をしていることが分かる。なお、H30司法論文は、**矢島の論文完成講座**で取り扱う。ここでは詳細な説明は割愛する。目的審査のみならず、手段審査における利益衡量の仕方は、別に学ぶ。○

・H30 司法論文（出題の趣旨・抜粋） ～目的審査の仕方 ○

〔情報を受領する者の知る自由や販売者の営業の自由に対する制約となる猥褻な図書等の販売規制に関して、〕審査基準の設定又は当てはめにおいて、後述するように、本条例の目的についての検討、すなわち、青少年の健全育成の目的や、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的が、憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかを意識した議論をすることが考えられよう。

・東京都管理職選考事件の泉徳治裁判官の**反対意見**

特別永住者が通常は生涯にわたり所属することとなる共同社会の中で自己実現の機会を求めたいとする意思は十分に尊重されるべく、特別永住者の権利を制限するについては、より厳格な合理性が要求され、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求されるというべきである。具体的に採用される制限の目的が自治事務の処理・執行の上で重要なものであり、かつ、この目的と手段たる当該制限との間に実質的な関連性が存することが要求される。

本件をみると、東京都の昇任管理ないし人事管理政策を実施するためという目的は、自治事務を適正に処理・執行する上において合理性を有するものであって、一応の正当性を肯定することができるが、特別永住者に対し法の下での平等取扱い及び職業選択の自由の面で不利益を与えることを正当化するほど、自治事務を処理・執行する上で重要性を有する目的とはいいい難い。

メモ：本判決で、泉徳治裁判官は、合憲判決を言い渡した法定意見が採用した判断枠組みと比べて厳格度の高い判断枠組みを定立した上で、その枠組みによる事案の検討の際も、かなり厳格に実質的な利益衡量をして、結論として違憲としている。

・審査基準の**厳格度**を決定する**主要要素**（日本の**学説**における着眼点の典型例）○

一般論としては、**権利の内容や性質、規制の態様**（事前規制か事後規制か、内容規制か内容中立規制か等）、さらに、経済的自由については、規制目的についての立法裁量を特に尊重して、**規制の目的**をも考慮して当該規制に適用すべき審査基準の厳格度を検討することが多い。厳格度の違いに応じた**学説**における典型的な審査基準は次の①ないし③である。

① 厳格審査基準 ●

(1)**立法目的**（規制目的）が**必要不可欠**な利益（やむにやまれぬ利益）を確保するためのものといえるか、(2)**目的達成手段**として是非とも**必要最小限度**のものといえるかを厳格に審査する。

メモ：①の基準を導く**根拠**としては、立法により制約される人権が、**二重の基準論**から、経済的事由との比較で要保護性が高い**精神的自由**であることや、**規制態様が厳しい**ことなどが挙げられる。

② 中間審査基準（厳格な合理性の基準）（実質的関連性の基準） ●

(1)**立法目的**（規制目的）が**重要**なものといえるか、(2)**目的と手段**との間に**実質的関連性**があるかを具体的に審査する。実質的関連性の有無は、目的達成手段としての**実効性**（関連性）、相当性が**実質的に認められるか**により判断される。

メモ：**薬局開設距離制限違憲判決**が示した**厳格な合理性の基準**は、学説の中間審査基準と表現は異なるが、中間審査基準の1つに位置づけられる。同判例は、手段審査において、より緩やかな規制により目的を達成できるかを厳格に審査する立場に立っている。中間審査基準である実質的関連性の基準を用いる場合は、手段審査を厳格にするために、規制手段の実効性（関連性）と相当性を慎重に判断する。

メモ：典型的には表現の自由に対する内容中立規制の違憲審査に用いる**LRAの基準**は、ここでの**中間審査基準に含まれると理解する見解と、ここでの中間審査基準とは別個のものとして理解する見解**があるが、受験対策上は、考慮すべき要素に着目して適切に審査基準の定立さえできれば事例処理ができるため、ここでの見解の違いについて深入りする必要はない。

③ 緩やかな審査基準（単なる「合理性の基準」、合理的関連性の基準） ●

(1)**立法目的**（規制目的）が**正当**なもの（憲法によって禁止されていない利益を確保するためのもの）といえるか、(2)**目的と手段**との間に**合理的関連性**があるか（一般人が合理的な手段と判断するか）どうかを審査する。

メモ：中間審査基準に分類される規制立法の合理性を厳格に審査する**厳格な合理性の基準**と区別するために「**単なる合理性の基準**」といわれることがある。

・H20 司法論文 採点実感等 ○

審査基準の内容を正確に理解することが、必要不可欠である。中間審査基準における目的審査で「正当な目的」とするのは誤りである。中間審査基準では、「重要な目的」であることが求められる。合理性の基準で求められる「正当な目的」の意味・内容を正確に理解してほしい。

・H26 司法論文 採点実感等 ○

定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。また、審査基準で示した厳格度と具体的検討で行っている内容がずれているものも多く見られた。

・H23 司法論文 採点実感等の補足 (H23は採点実感等の追加公表(「補足」)があった)

目的と手段の実質的(あるいは合理的)関連性の有無、規制手段の相当性、規制手段の実効性等はどうかについて、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することを求めている。

メモ：「関連性」が実質的あるいは合理的なものといえるかは、規制の目的を達成するために当該手段を採用することについて「実効性」があるのか、実効性が認められるとしても目的達成のために当該手段を採ることは過剰な人権制約となり「相当性」を欠くのではないかという点から審査する。関連性の有無を実質的に審査する「実質的関連性」の基準を採用した場合、「合理的関連性」の基準と比較して、「実効性」と「相当性」を慎重(厳格)に判断して、規制手段と規制目的との間に実質的に関連性があるかを審査する。学説における実質的関連性の基準は、その厳格度の程度が、薬局開設距離制限違憲判決が示した「厳格な合理性の基準」といわれる基準のそれと同程度のもので、共に中間審査基準に分類される。○

なお、初学者のうちには、判例と学説を混同しがちだが、近時の論文試験では、判例を踏まえた論述が求められているので、両者はしっかりと区別しておさえておく必要がある。

・判例と学説の違い(違憲審査基準論を採用する学者の立場からの説明) ○

最高裁は判決文に明示するかは別として利益衡量論から規制の合憲性を検討することを基本とし、必要に応じて審査基準論を併用している(最大判昭 58. 6. 22・よど号ハイジャック新聞記事抹消事件判決、最大判昭 50. 4. 30・薬局開設距離制限違憲判決など)。一方、学説はこうした併用をしていない。[判例と学説の違いを解説した文献:法律時報・2019年5月号・58頁「利益衡量論と審査基準論のあいだ」]

なお、「憲法」第7版・芦部信喜・高橋和之補訂の106頁に高橋先生が付記した「審査基準論と比例原則」の項目にも、学説と判例の違いが記載されている。

・判断枠組みを設定する段階で枠組みの厳格度に影響する考慮要素の一例

→以下は、**規制の態様**が判断枠組みの厳格度にどのように影響するかを示すものである。

- ・ある規制の憲法適合性を判断するための枠組みを設定する際は、その論述が**規範定立の段階**にあることから、規範定立後の具体的検討（あてはめ）の段階での論述との比較で、**意識的に論述を抽象化**する必要がある。これにより**法的三段論法**をすることができる。○

その一例として、個人の自由を制限する規制立法を、ある行為を禁止した上でその禁止に違反したことに対して事後的に罰則を科すという**事後規制**と、ある行為をするのに事前に一定の許可要件を充足することを要求するという**事前規制**に区別して、特に、事前規制については自由権の行使に対する萎縮効果が強いことから、事後規制との比較で厳格に審査すべきだとの考え方がある。このような考え方は、事前規制の憲法適合性が問われたときに、事後規制との比較で事前規制の態様が厳しいことを強調するときに用いる。なお、ここで言っているのは、事前規制は事後規制と比較して萎縮効果が強いので厳格に審査する方向に作用する考慮要素になりうるということであって、事後規制だからといって当然に緩やかに審査されるということを言っているわけではないことに注意して欲しい。あくまでも、事前規制に対しては厳格な審査を要求すべきだということを強調しているにすぎない。○

事後規制の憲法適合性が問われたときに、厳格な基準を定立したい場合は、例えば、その事後規制が、行為に対して事後的に刑罰を科されるものか、そうでないのかに着目して、刑罰を科すものであるときは、刑罰以外の手段で規制する場合と比べて規制手段が厳しいと評価することなどが考えられる。○

上記のとおり、**規範定立段階**では、事後規制の具体的内容（例：身体刑や罰金刑の具体的内容）や事前規制の具体的内容（例：当該許可要件の詳細）には立ち入らずに、事後規制か事前規制かというところまで**抽象化**して、判断枠組みの厳格度を決定する際の考慮要素にするわけである。判断枠組みを設定した後の具体的検討（あてはめ）の段階になったら、事後規制あるいは事前規制の具体的内容に踏み込んだ論述をすることになる。

- ・前述のとおり、人権の行使に対する許可制による規制は典型的な事前規制となるが、**許可制**の中でも、許可要件の内容に着目して、**申請者の努力によってはどうもできないような要件**については、**申請者の努力によってどうにでもすることができる要件**と比べて、厳格に審査すべきとの考え方がある。この場合、判断枠組みの設定の段階では、制限の程度（規制の態様）の問題として、申請者の努力によりどうにでもなるのかなりかという点に着目するにとどめる。ここで具体的に論じすぎると、当てはめで論じる内容と重複する。判断枠組みの設定の後の具体的検討（あてはめ）の際は、自らが定立した判断枠組みに則して許可要件の具体的な内容に踏み込んだ検討をする。○

- ・上記の他にも、例えば、表現の自由をはじめとする精神的自由については、**内容規制**と**内容中立規制**とに区別した上で、内容規制については、特に厳格に審査されるべきとの考え方がある。この考え方を採用するなら、判断枠組みを設定する段階では当該規制が内容規制か内容中立規制かという点を指摘することとどめて、判断枠組みの設定の後の具体的検討（あてはめ）の際は、自らが定立した判断枠組みに則して規制の具体的な内容に踏み込んだ検討をする。

・おまけ **三段階審査論（比例原則）**

ある目的のためにどこまでの人権制約が許容されるかを利益衡量の基準で判断すると、裁判所が恣意的に利益衡量をするおそれがあるため、裁判所の恣意を防止するために、目的、手段審査を精密にする試みがなされてきた。試みの1つとして、精神的自由の制約を経済的自由の制約よりも厳格な基準で審査すべきとの二重の基準論を具体化する理論として、**違憲審査基準論**というものがある。これは、権利の内容・性質、規制の態様・程度に応じて、規制の目的の重要度と、規制手段と規制目的との関連性（規制手段と立法事実との関連性）の審査の密度を変化させて、厳格審査基準、中間審査基準、緩やかな審査基準を使い分けて審査するものである。しかし、違憲審査基準論に対しては、人権制約に対する違憲審査の判断枠組みは多様であって、これら3つの基準の選択と当てはめに終始するのは無理があり、事案に応じた具体的な検討をすることが難しいとの難点を抱えているとの指摘がされている。

そこで、近年、違憲審査基準論に代替する違憲審査の手法として、ドイツの学説や判例を参考に、日本の学説上、導入することが試みられているのが**三段階審査**といわれるものである。三段階審査は、(1)ある権利利益が憲法上保障されているかを検討する権利の保護領域、(2)憲法上の権利に対する制約があるかを審査する権利に対する制約、(3)権利への制約を憲法上正当化できるかを検討する権利制約の正当化（権利侵害の正当化）の三段階で合憲性の論証を行うとするものである。(3)権利制約の正当化の段階では、①権利制約に対する法令上の根拠があるかどうかを審査する形式審査と、②権利制約の目的の正当性ないし重要性、規制手段の適合性または合理性（目的達成に効果的な手段といえるか）、当該規制手段を採用する必要性（より緩やかな手段で同じ目的を達成できるか）、規制によって得られる利益と失われる利益の均衡を審査する実質審査といわれる2つの審査がされる。②の実質審査は、まず、目的審査がなされ、次に、手段審査がなされる。

三段階審査に対しては、実質審査の段階で裁判所による総合的な利益衡量がなされることで、結局、利益衡量による判断と同様の問題点が生じるとの批判が向けられている。

メモ：違憲審査基準論を提唱する論者や、三段階審査論（比例原則）を提唱する論者が存在するが、両者とも、裁判所が抽象的な比較衡量の基準をそのまま用いることで恣意的な判断をすることを防止しようとしている点で**共通**している。

メモ：「最近、論者によって、**審査基準論**に対する鮮烈に攻撃的なレトリックを伴いながら、**比例原則・三段階審査**について論じられる場合がある」との指摘をした上で、この指摘を批判して審査基準論の方が正当であるとの説明をする文献がある。

参考までに一部を紹介する。三段階審査は、「権利の保障の範囲の特定、介入ないしは侵害の有無の判断、その正当化の可否という三段階」で審査するもので、「正当化の部分について、比例原則が問題となり、そこでは、手段の合理性、必要性、狭義の比例性」を問題とするものであるとする。この点につき、二段階目までの問題は、審査基準論か比例原則かという問題ではなく、従来からの審査基準論でも必要な際は分析をしており、実際上不要な際にわざわざ項目立てをしていなかったにすぎない。ただ、三段階目の正当化の部分については、スライディング・スケール的な思考方法〔注：個別具体的な事情を踏まえて審査密度を上げ下げする思考方法〕をとることを、比例原則が思考する場合、基準の類型化を志向する審査基準との差があらわれてくる。しかし、審査密度の上げ下げを検討する際に「比例原則〔注：三段階審査論〕の論者も類型化の必要を説くのであれば、結局は、狭義の比例性について裁判官の判断を信頼できないからこそ〔、〕その恣意を統制する必要があるとの審査基準論者の発想が基本的に正当だということにならないか。」との指摘がある。

参考：LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権 第3版 有斐閣 15頁 Column 1-1
2022年（令和4年）4月10日

メモ：三段階審査論（比例原則）であろうが、審査基準論であろうが、憲法学者は、いかにして裁判所の恣意的な判断を抑止するかということを考えている。この点について参考になる文献は、「<規制が公共の福祉に合致すれば憲法適合性を認める>というのが判例〔注：日本の最高裁〕の基本的な判断スタイルである。」「しかし、公共の福祉の内容はブラックボックスに等しく、裁判所が具体的に何を審査しているのかがわからないため、公共の福祉は基準として不適切」との批判がされてきた。そこで、憲法学者は、公共の福祉を権利相互の衝突を調整する原理であるとした上で、ただ、そのような抽象的な概念から直ちに権利の制約を正当化するのではなく、「具体的な利益衡量を行うべきであるとし、さらにはより客観的・具体的な物差しとなりうる**アメリカのような違憲審査基準**を採用すべきであるとして、裁判官の裁量統制をはかろうとしてきた。」「しかし、その試みは発展途上にある。時折、最高裁は違憲審査基準らしきものを用いることがあるものの、アメリカのように『〇〇の基準』といったような**明確なフレーズで基準を設定**することはしない。」との指摘が参考になる。

参考：法学入門 2022 「公共の福祉」とはなにかー基準としての公共の福祉 大林啓吾 40頁
法学セミナー No.807 2022年（令和4年）4月

- ・参考 違憲審査基準論ではなく比例原則（三段階審査論）を採用する理由

違憲審査基準論の問題点を指摘して、ドイツの比例原則（三段階審査論）の考え方を採用する憲法学者がいる。この点について参考になる文献の一部を引用して紹介する。そこに記載されたことを理解しておく、**違憲審査基準論を踏まえて答案を作成する場合であっても、違憲審査基準論の弱点**を理解して、**そこを克服**するという観点から、**説得的な答案を作成**することができるようになる。実際上、**判例**〔日本の最高裁の判例〕**を踏まえた論述**をするという意味で、**試験考査委員に評価される答案の作成の仕方**は「**矢島の論文完成講座**」で学習するので、ここでは、とりあえず、違憲審査基準論に批判が向けられている理由をおさえておけば足りる。

上記文献の引用は次のとおりである。「近時、ドイツ法を比較対象とする憲法学者を中心に、ドイツの違憲審査基準である比例原則を中心に据えた違憲審査基準論の再構築の動きがある。『これは自由権を精神的自由と経済的自由に二分し、**ほぼ自動的に精神的自由には優越的地位と厳格審査**を、経済的自由には（精神的自由に比較して相対的な）**劣位と合理性審査**を当てはめる**アメリカ法に由来する二重の基準論に代わる違憲審査基準論の可能性を模索**してのことである。自らはアメリカ法を主な比較対象にしているにもかかわらずドイツ流の三段階審査論へも理解と共感を示す駒村圭吾の言葉を借りるならば、俗流化した違憲審査基準論が『精神的自由がらみの規制は厳格審査』、《経済的自由に対する積極規制や社会権がらみの事例には、合理性の審査》、《経済的自由に対する消極規制は、中間審査》、《**なんだかよく分からない場合は、とにかく中間審査**》、という**機械的操作**』に**望してしまい、そのことが人権論の貧困化**につながっているという問題意識〔駒村 2008：41f.〕が共有されつつあることの現れと言えよう。」

参考：憲法上の比例原則の構造と段階説 — ドイツにおける職業の自由の議論を参考として 淡路智典
社学研論集 Vol. 17 2011年3月

メモ：比例原則を推奨する文献の冒頭の部分を引用して紹介する。中には**司法試験や予備試験の試験考査委員の経験者の氏名が挙げられているため、ロースクールなどで著名な憲法学者から憲法を学んだ経験がある受験生にとっては、面白いところがあるかもしれない**と思い、紹介することにした。

「近年、**ドイツを比較対象国とする憲法学者による三段階審査論の紹介により、違憲審査基準論に関する議論が活発**になっている。**石川健治、小山剛、宍戸常寿**らをはじめとした論者による**積極的な紹介により、比例原則は憲法学においても大きな地歩を占めるようになった**といっても過言ではないだろう〔石川 2005; 宍戸 2005: 218; 小山 2011〕。それに伴い、**日本でも比例原則が単なる比較衡量に過ぎないという誤解は払拭**されつつあり、**適合性・必要性・狭義の比例性という3つの部分原則から成り立つ比例原則という理解は一定程度、定着**してきていると言える。」

参考：比例原則における事実と価値 — Bernhard Schlink による必要性審査中心の比例原則理解を参考に —
淡路智典 社学研論集 Vol. 20 2012年9月

[調整余白]

第1編 人権

第1章 人権の意義・人権享有主体性

1 人権の意義

→人権は、国家から恩恵として与えられたものではなく、人間の尊厳に由来する自然権的な権利（人が生まれながら当然に享有する権利）として保障されている。「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことができない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」と規定する憲法11条がこのことをあらわしている。○

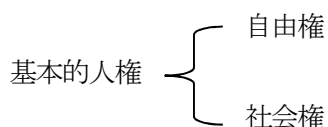
・基本的人権の由来 ○

人類が自由を求める思想や運動は、古代や中世から存在したが（例：いずれもイギリスにおいて国王に国民の権利を認めさせた1215年のマグナ・カルタ、1628年の権利請願、1679年の人身保護法、1689年の権利章典など）、人間が生まれながらに有する権利という基本的人権が世界で最初に登場したのは、18世紀末になってからアメリカの独立宣言（1776年）やフランスの人権宣言（1789年）においてであった。

注：上記に関する憲法の短答知識の詳細は、矢島の速修インプット講座の「憲法Ⅱ」のテキストに掲載している。

*基本的人権の分類 ～自由権と社会権

基本的人権の主要な区別の仕方として、自由権と社会権が区別されている。



・自由権 ○

18世紀、19世紀の憲法で宣言された人権は、個人が国家に干渉されずに自由に活動できる自由としての国家からの自由を意味する「自由権」が中心であった（例：表現の自由、職業の自由、財産権、人身の自由など）。

・社会権 ○

自由権の保障が確立すると、国家は犯罪の取締まりなど必要な限度で個人に干渉するだけで、基本的には個人の自由に任せ、国家が個人に干渉しないようになった（自由国家、消極国家、夜警国家）。ところが、自由権を中心とした国家観からもたらされた形式的な自由と平等により貧富の格差が拡大し、貧困に陥った者が隷属的な状態に置かれて固定化されるという問題が生じた。その後、こうした問題の対処の必要性が強く意識されるようになり、20世紀になって、基本的人権は、自由権と別に、国家に対して人間らしい生存を確保することを要求することができる権利として社会権といわれる新たな類型のものが観念されるようになった。

第1次世界大戦の敗戦がきっかけで崩壊したドイツ帝国の後に成立したワイマール共和国の憲法（ワイマール憲法・1919年）において、「ドイツ人の基本権及び基本的義務」として、国民の生存権を保障する国家の義務を定めたことは有名である。社会権の保障が進むと、これまで自由に放任されていた市民社会に国家が積極的に介入するようになった（積極国家、福祉国家）。

2 制度的保障

→人権の保障と密接に結びついている一定の制度を保障し、立法によってもその制度の核心部分を侵害できないものとして、そのような制度を保障することを通じて人権保障に結び付けようとするものを制度的保障という。制度的保障は、人権保障と密接な関係がある制度を保障することで、間接的に人権を保障する機能を有する。●

- ・制度的保障の具体例として、「学説は一致していないが、**政教分離**（20条）、**大学の自治**（23条）、**私有財産制度**（29条）、**地方自治の保障**（92条）を挙げるものが多い。」との指摘がある。制度的保障は、制度それ自体を保障するもので、基本権（個人の主観的権利）ではないため、制度的保障の規定に違反する国家行為は、違憲ではあるが、権利侵害ではないため、法律に特別な規定がない限り、裁判所にその違反行為の是正を求めて出訴することはできない。また、制度の核心部分は憲法改正の手続による必要があるが、制度の周辺部分はそのときどきの状況に適合させるために、法律により柔軟な修正が許容される〔メモ：制度的保障の性質から導かれる効果〕。○

参考：憲法I 第2版 基本権 日本評論社 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗 24頁

2023年〔令和5年〕3月30日

- ・制度を保障しても必ずしも人権保障に結びつくとは限らず、また、制度的保障を強調すると制度が人権に優越して、かえって人権保障を弱めることになるとの指摘がされている。この指摘に対して、立法によっても奪うことができない制度の核心の内容が明確であり、制度と人権との関係が密接であるものに限り制度的保障を認めるべきとの見解がある。例えば、学問の自由を保障するための**大学の自治**の保障や、個人の財産権を保障するための**私有財産制**の保障などが制度的保障の例に挙げられる。○

・制度的保障と制度内部の人権保障の対立 ○

例えば、大学側が、大学の自治を根拠に、大学内での学問研究の内容を規制するルールを作って、大学の内部にいる教授個人の学問研究の自由（例：研究の内容の決定の自由）や、教授の自由（例：講義の内容の決定の自由や、保障の可否が問題になる余地はあるが学生に対する成績評価や単位認定の自由）を制約するという問題が生じる。この問題の対処方法の1つとして、どちらの利益が優越するかを比較衡量（利益衡量）により決することが考えられる。

関連問題：**司法論文 H21**（公立大学側が教授に発令した遺伝子研究の中止命令処分）、**R4**（公立大学の教授が学生に対して行った成績評価を取消した上で他の教員による再試験と再評価をする旨の大学の決定）

・H21 司法論文（採点実感・抜粋）

大学の自治は通常、学問の自由を保障するための制度的保障であると理解されているが、本問では、両者は対立関係にあるため、これをどう調整するのかという問題を避けて通ることはできない。

・制度的保障論の適用範囲を限定する学説 ▲

議会は憲法の想定する制度を維持する義務がありその制度の本質的内容を侵害することを禁止する制度的保障という理論は、法律の範囲内で権利保障を行ってきた明治憲法の下で、「憲法に先立って存在する権利に還元しきれない何かが憲法的保障に取り込まれた場合に説かれた理論」であるため、地方自治や天皇制については、この理論が妥当することはありうるが、政教分離原則については、日本国憲法が国教制度を明確に忌避していることから、制度的保障の理論によることは適切ではないとの学説がある。これは憲法が禁忌している制度を制度的保障という形で憲法上保護することに疑問をもつものである。

一方、最高裁は、政教分離原則は制度的保障であるとの立場に立っている。詳細は、「信教の自由」の章を参照。

参考：LEGAL QUEST 憲法Ⅱ 人権 第3版 有斐閣 16頁 2022年（令和4年）4月10日

メモ：なお、最高裁は、政教分離原則を制度的保障と捉えている。短答試験の際に、判例の立場を勘違いして誤答しないように注意されたい。また、論文試験でも、政教分離からの出題がされた場合は、問題文に特段変わったところがなければ、政教分離の法的性質は制度的保障であるとの最高裁の立場に立って論じてよい。

・資料 制度的保障の不要論

「近年は、日本国憲法の解釈上、制度的保障の概念は不要であるとする学説が有力になりつつある。」との指摘がある。その根拠として、「制度的保障の名で呼ばれているものに共通性は希薄で、憲法により積極的に創設された制度と憲法が忌避した制度が区別されず、公法上の制度と私法上の制度も区別されていない。」との問題点があることや、制度的保障の性質から導かれる効果は、憲法20条や憲法23条などの「客観的法規範の内容に解消することが可能」と考えられることなどが挙げられている。

なお、「客観的法規範」とは、「基本権規範は、個人からみると主観的権利を保障する規範であるが、国家からみると、その活動を拘束する客観的法規範である。」「基本権の主観的権利としての側面と客観的保規範としての側面は表裏の関係にある。」との見解に登場する概念である。このような説明の仕方もあるということで、一応紹介しておく。

参考：憲法Ⅰ 第2版 基本権 日本評論社 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗
22～25頁 2023年〔令和5年〕3月30日

3 人権享有主体性

→人権は人種や身分に関係なく人であれば当然に享有できる普遍的な権利である。もつとも、憲法第3章の表題が「国民の権利及び義務」となっていることから、**文言上**は人権の主体を一般国民に限定しているようにも読める。ここでは、法人や団体の人権、外国人の人権など、一般国民以外の者に対する人権保障の問題を取り上げる。○

- ・天皇や皇族も日本国籍を有する日本国民として人権享有主体となり、憲法の人権保障を受けるが、皇位の世襲と公務の特殊性から、一般国民と異なる制約を受ける。学説では、天皇には国籍離脱の自由は保障されないと解されている。また、天皇は国政に関する権能を有さないため、選挙権・被選挙権等の参政権の保障も受けないと解されている。政治的な発言など、言論の自由も一般国民と異なる制約を受けると解されている。憲法8条は、皇室と財界の結びつきを排除するために、皇室の財産の譲り渡しや皇室が財産を譲り受ける等をするには、国会の議決を要求しているため、天皇や皇族には、財産権の保障が及ぶものの、一般国民とは異なる制約を受けている。▲ 予R4-1

メモ：天皇の詳細については、矢島の速修インプット講座の「憲法Ⅱ」の「第3編 憲法総論・平和主義」の「憲法総論」の章の「天皇」の項目を参照。

4 法人や団体の人権

(1) 意義

→法人が人権享有主体たり得るかという問題については次のように説明されている。すなわち、法人は現代社会において一個の社会的実体として重要な活動を行っているので法人の人権を無視できないといえること（メモ：法人や団体の人権を認める必要性を基礎付ける理由）や、法人の活動は人権享有主体たる自然人の活動を通じて行われ、法人の行為の効果は最終的には自然人に帰属すること（メモ：法人や団体の人権を認める許容性を基礎付ける理由）を考慮すると、権利の性質上可能な限り法人にも人権が保障されると解されている（権利性質説・性質説）。● プレ-20、H26-2

・法人に保障される人権の範囲

会社が営利活動を行ったり営利活動により得た財産を保持したりすることが典型例となるが、権利の性質上、経済的自由（営業の自由、財産権など）が法人にも保障されることには争いがない。精神的自由については、判例は、株式会社に政治献金の自由（政治活動の自由の一類型）を認めており（八幡製鉄事件）、また、宗教法人に信教の自由、新聞社やテレビ局など報道を業とする法人に表現の自由、報道の自由が保障されることは、今日では常識となっている。したがって、精神的自由は、権利の性質上、法人にも保障されると解してよい。○ 予R4-1

一方、権利の性質上、自然人固有の権利としての人身の自由の一部（奴隷的拘束及び苦役からの自由を保障する18条、逮捕に関する令状主義を規定する憲法33条、抑留・拘禁に関する憲法34条、拷問・残虐な刑罰を禁止する憲法36条）、生存権、選挙権・被選挙権は、法人には保障されないと解されている。ただし、人身の自由の中でも、適正手続を保障する憲法31条、搜索差押えの令状主義を規定する憲法35条は、権利の性質上、法人にも保障されると解されている。◇

(2) 関連判例 ～八幡製鉄事件

→法人に政治活動の自由の一環として政党に寄付（寄附）をする自由が認められるかが問題となった事案で、最高裁は、憲法の人権規定は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるとした上で〔注：権利性質説〕、「会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由〔政治活動の自由〕を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあったとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。」として、八幡製鉄株式会社の自由民主党に対する350万円の政治資金の寄付は公序良俗に違反せず無効ではないとして、役員等の責任追及の訴えについて請求を棄却した原審の判断を是認した（**最大判昭 45. 6. 24・八幡製鉄事件**）。○ 予 H30-9、R4-2

メモ：この判例の考え方に対して、法人の寄附の額は資金力の違いから自然人のそれと比べて多額になりがちで、会社の政治献金が特定の政策をめぐる国民の意思形成に与える影響力が大きいことを考慮すると、国民の意思を公平に政治に反映させて、健全な民主主義を実現するためにも、法人に自然人と同程度の自由を付与すべきではないとの反論が考えられる。○

メモ：最高裁が公序良俗（民法 90）に違反せず無効ではないと結論付けたのは、本件が、株主代表訴訟において株主が会社の役員等の責任を追及するという私企業たる株式会社と私人である個人という私人間の問題として、憲法の私人間効力が問題とりうる**事案**であることが影響している。資金力のある株式会社による巨額の政治献金が、それよりも少額になりがちな個人の政治献金と比べて影響力が大きい点に着目して、当事者から、「会社が政党に寄附することは国民の参政権の侵犯である」との上告理由が主張されたが、最高裁は、「政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではない」などとして、上告理由を認めなかった。

「憲法の私人間効力」は、第 2 章で改めて学習する。

・最大判昭 45. 6. 24 ・八幡製鉄事件

定款において「鉄鋼の製造および販売ならびにこれに附帯する事業」を目的として定める会社の代表取締役が、昭和35年3月14日、会社を代表して、自由民主党に政治資金350万円を寄附（政治献金）したところ、株主が、政治献金は会社の定款の目的の範囲外の行為であるとして、株主代表訴訟を提起して、役員等に対して任務懈怠責任に基づく会社に対する損害賠償を求めた。以下の【争点1】のところは、政治献金をすることが、会社の定款の目的の範囲内のものとして会社の権利能力に属することを判示する部分で、【争点2】は、政治献金をする自由は、権利の性質上、会社にも保障される旨を判示した部分である。

【争点1】第1に、**株主側**は、本件政治献金が会社の定款に定められた目的の範囲外の行為であるから、会社は政治献金をする権利能力を有しないと**主張**した。

この点について、**最高裁**は、「**会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含されるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要であったかどうかをもってこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないのである**」とした。

その上で、「**会社は、…自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下「社会等」という。）の構成単位たる社会的実在**なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであって、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、**会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところ**であるといわなければならない。そしてまた、会社にとっても、**一般に、かかる社会的作用に属する活動**をすることは、無益無用のことではなく、**企業体としての円滑な発展を図るうえに相当の価値と効果**を認めることもできるのであるから、その意味において、これらの行為もまた、**間接ではあっても、目的遂行のうえに必要なもの**であるとするを妨げない。災害救援資金の寄附、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力などはまさにその適例であろう。**会社が、その社会的役割を果たすために相当な程度のかかる出捐**をすることは、**社会通念上、会社としてむしろ当然**のことに属するわけであるから、…**これらの行為が会社の権利能力の範囲内**にあると解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはないのである。」とし、「以上の理は、**会社が政党に政治資金を寄附する場合においても同様**である。**憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えてはいないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできない**のであるから、**憲法は、政党の存在を当然に予定**しているものというべきであり、**政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素**なのである。そして同時に、**政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体**であるから、**政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事**でなければならない。したがって、**その健全な発展に協力することは、会**

社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待されるところであり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである。…要するに、会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとすることに妨げないのである。」と判示した。

〔争点2〕第2に、株主側は、株式会社の政治献金が、自然人である国民にのみ参政権を認めた憲法に反し、民法90条に反する行為であるため無効であると主張した〔憲法の私人間効力の間接適用説を前提とする主張〕。

この点について、最高裁は、「憲法上の選挙権その他のいわゆる参政権が自然人たる国民にのみ認められたものであることは、所論のとおりである。しかし、会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はなく、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから〔注：権利性質説〕、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあったとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。論旨は、会社が政党に寄附をすることは国民の参政権の侵犯であるとするのであるが、政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでなく、政党の資金の一部が選挙人の買収にあてられることがあるにしても、それはたまたま生ずる病理的現象に過ぎず、しかも、かかる非違行為を抑制するための制度は厳として存在するのであって、いずれにしても政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。会社が政治資金寄附の自由を有することは既に説示したとおりであり、それが国民の政治意思の形成に作用することがあっても、あながち異とするには足りないのである。所論は大企業による巨額の寄附は金権政治の弊を産むべく、また、もし有力株主が外国人であるときは外国による政治干渉となる危険もあり、さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであって、憲法上は、公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもって国民の参政権を侵害するとすなわ論旨は採用のかぎりでない。以上説示したとおり、株式会社の政治資金の寄附はわが憲法に反するものではなく、したがって、そのような寄附が憲法に反することを前提として、民法90条に違反するという論旨は、その前提を欠くものといわなければならない。」と判示した。

メモ：判旨に登場する「寄附」は、公文書や法令上で用いられている漢字である。日常的には「寄付」という漢字が用いられるが、意味は同じである。

5 外国人の人権

(1) 意義

→人権は国家や憲法が創設される前から存在したという人権の前国家的、前憲法的な性格や、憲法は日本が独立した主権国家であることを前提としつつ他国との相互の協調や連携を重視する国際協調主義の建前から(憲法前文)、条約及び確立された国際法規の遵守(98条2項)、その国際法規たる国際人権規約は締約国がその領域内にいる全ての個人に対して一定の差別をすることを禁止(人権B規約2条1項)するなど、人権の国際化が進んだことを考慮すると、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、外国人にも人権が保障されると解されている(権利性質説)。○ H26-2

メモ：上記が長くて大変ならとりあえず以下の簡略版を記憶する。

関連問題：司法論文 H29

・権利性質説の簡略版 ●

人権の前国家的・前憲法的な性格や、憲法前文、98条2項の国際協調主義の精神から、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、外国人にも人権が保障されると解されている。

メモ：国家に対して一定の給付を請求する権利としての生存権は、国家が存在することを前提とする「後国家的権利」であるため、外国人の生存権の保障を肯定するときは、「人権の前国家的、前憲法的な性格」という理由付けは用いない。○

メモ：憲法の文言上、「何人も」と規定されている人権(22条1項、2項等)に限り、外国人にも保障されるとする見解(文言説)がある。この見解に対しては、形式的すぎるとの批判が向けられている。△

・H29 司法論文（採点実感・抜粋）

権利性質説に関する論証も不十分なものが少なくなかった。例えば、「妊娠・出産の自由も、権利の性質上外国人にも保障される。」としか記載していないものが見られたが、妊娠・出産の自由がどのような性質の権利なのかを指摘して初めて妊娠・出産の自由が外国人に保障されるという論証になるはずである。

メモ：妊娠や出産の自由は自己決定権の1つとして憲法13条で保障されると解することができる。この自由は、国籍の違いによる制限になじまず、誰しもが享有しうる自由とみれば、権利の性質上、外国人にも保障されるといえる。

*権利性質説からの帰結（学説の考え方） ○

- ・ **選挙権**は、国民主権に関わるものなので、権利の性質上、外国人には保障されないと解されている。○
- ・ **入国の自由**は、国家の主権（対外的独立性）に関わるものであるため、権利の性質上、外国人には保障されないと解されている。○
- ・ **生存権**などの**社会権**は、当該外国人が所属する国籍国により実現されるべきものであるため、権利の性質上、外国人には保障されないというのが従来の見解であった。しかし、最近では、社会権は、その国で共同生活を営み、税金等により社会的な負担も果たしているすべての個人に対して国籍に関係なく保障されるべき権利であると解する見解が有力になっているとの指摘がある（立憲主義と日本国憲法 第5版 高橋和之 有斐閣 99頁 2020年4月15日）。○

メモ：「生存権の権利主体は『国民』である。社会権は各人の所属する国家によって保護されるべき権利であるから、憲法25条の保障も外国人には及ばない（通説。…」と記載しつつも（395頁）、「かつては社会権の保障は国民に限られるとする説も有力であった」（40頁）との記載があり、1つの基本書の中でも表記にぶれが見られる。この問題が議論されている過程にあることがうかがえる。

参考：憲法I 第2版 基本権 日本評論社 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗

2023年〔令和5年〕3月30日

- ・**精神的自由**の保障は原則として外国人も及ぶが、その中でも、**参政権的機能を有する政治活動の自由**については、無限定に保障されるとする見解と、**限定的に保障される**とする見解とがある。限定保障説が通説・判例とされる。○

メモ：芦部先生の著書に、**限定保障説**は、「外国人の参政権（選挙権・被選挙権）は認められないので、その趣旨と矛盾すると考えられる程度に参政権的機能を果たすような政治活動の自由は、外国人に保障されないと解する説」であり、**無限定説**は、「参政権的機能を果たす表現活動は、狭義の参政権と異なり、国民の主権的意思決定に影響を与えるにすぎないもので、両者の質的相違は軽視できないこと、外国人による多様な見解・視点の提起は国民的意思決定を豊富にするものであること、などの理由を挙げて、外国人の政治活動の自由を国民と等しく認める説」とした上で、**芦部先生自身**は、「外国人の政治活動の自由は、日本国民の政治的意思ないし政治的意見の形成に対する**直接かつ著しく不当な妨害ないし干渉を排除するのに必要な最小限度の制約**を課されても、止むをえないと解される」として、一定の限界を設ける見解を支持する。

ただし、前記の限定説だと制約を判定する基準が抽象的過ぎて限定に厳しさが欠けるし、**マクリーン判決の示した基準**では**外国人は政府のすることに何もいえないことになるおそれがある**との指摘（批判）をしている。（憲法学Ⅱ 人権総論 芦部信喜 有斐閣 151、152頁）。

- ・**公務就任権**については、従来は、公務就任権を参政権とパラレルに理解して、外国人に被選挙権（参政権の1つ）が認められないのと同様に、公務就任権も認められないとの見解が支配的であったが、国や自治体の議員や地方の首長に就任するのではなく、外国人が一般職の公務員に就任する権利に対する制約が問題となる時は、平等権・職業選択の自由に対する侵害にならないかという観点から検討すべきとの見解が主張されている（立憲主義と日本国憲法 第5版 高橋和之）○

(2) 関連判例

ア マククリーン事件

→外国人の入国の自由と在留の権利を否定し、外国人の**政治活動の自由**を限定的に肯定した判例を紹介する（**最大判昭 53. 10. 4・マククリーン事件**）。

アメリカ国籍をもつXは、語学学校の英語教師として在留期間を1年間とする上陸許可を得て、期間満了前に在留期間の更新申請を法務大臣にしたが、無届けで別の学校に転職したこと、ベ平連（「ベトナムに平和を！市民連合」）に所属して米国のベトナム戦争に反対する運動や、日米安全保障条約に反対する運動などに参加したことを理由に不許可処分とされた。そこで、Xは、処分の取消訴訟を提起して、本件不許可処分は、在留の自由、政治活動の自由を侵害するなどとして争った。

・外国人の入国の権利、在留の権利 ○

最高裁は、外国人が日本に**在留する権利**の侵害の主張に対しては次のように判示した。憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定することどまり、外国人がわが国に入国することについては何ら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないとした（**最大判昭 53. 10. 4・マククリーン事件**）。

・外国人の政治活動の自由 ●

同最高裁は、外国人の**政治活動の自由**の侵害に対する主張に対しては次のとおり判示した。憲法の人権保障の規定は、外国人についても、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ぶとした上で、政治活動の自由については、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、外国人にもその**保障**が及ぶとした。**もつとも、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を、在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものではない**とした（**最大判昭 53. 10. 4・マクリーン事件**）。 判-3、H21-1、H25-1、R2-1

関連問題：司法論文 H29

- ・同最高裁は、上記の一般論を踏まえて、Xの政治活動は、その態様からみて直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえないとしたが、法務大臣の判断に裁量の逸脱濫用があったとはいえず、本件処分は違法ではないとした。

・マクリーン事件判決の問題点 ○

本判決のポイントは、外国人の基本的人権は在留制度の枠内で保障されているにすぎず、在留更新許可につき広範（広汎）な裁量を有する法務大臣は、外国人が在留期間中に憲法上の保障を受ける行為をしたことを理由として、在留更新不許可処分を行うことができるとした点である。このような本判決は、表現の自由は外国人にも保障されるが、表現の自由に含まれるものの中でも政治活動の自由は、参政権的機能があることから、限定的に保障されるとする見解と整合する。

こうした見解に対しては、憲法上の保障を受ける権利の行使を理由に不利益処分をすると、権利行使に対する萎縮効果が生じ、結局、外国人に政治活動の自由が保障されていないといっているに等しいことになるとの批判や、政治活動は参政権そのものではないし、外国人の政治活動は国民が多様な意見を考慮して主権的な意思決定をするのに有意義であるため、国民と同様に保障すべきとの批判が向けられている。

・H29 司法論文（採点実感・抜粋）

本問では、単純な権利性質説の論述では不十分であり、マクリーン事件判決の「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない。」「在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」という論理とどのように向き合うのかということが問われている。

・資料

マクリーン事件判決は、現在も、国際人権法の観点からみて問題のある退去強制を正当化する役割を果たしているが、同判決は、現在の判例・学説にみられる緻密な裁量審査手法が定着する前のものであることや（三浦大介）、国際人権法の発展と行政裁量論の深化を踏まえて（申恵丰）、『マクリーン判決を超える』ことは憲法学にとっても喫緊の課題である。』と指摘されている（愛敬浩二）。

参考：判例百選Ⅰ 第7版 1事件の解説 愛敬浩二 令和元年11月30日

イ 森川キャサリーン事件

→日本人と婚姻して日本に居住する外国人が外国に一時旅行するために事前に再入国の申請をしたのに対して法務大臣が過去の指紋押捺拒否を理由に申請拒否処分をした事例で、外国に一時旅行する自由が外国人に保障されるのかが問題となった。

最高裁は、憲法上、外国人が外国へ一時旅行する自由は保障されているものではないことは、これまでの大法院判決（外国人の入国の自由を認めなかった最大判昭32.6.19及び最大判53.10.4〔マクリーン事件判決〕）に徴して明らかであるとして、法務大臣の本件拒否処分には裁量の逸脱濫用はないとして処分の取消訴訟の請求を棄却した（**最判平4.11.16・森川キャサリーン事件**）。◇ H22-1

- ・この判例は、日本に居住する外国人に、外国に一時旅行をする自由が、憲法上、保障されていないことを明示した上で、そのような外国への一時旅行に必然的に伴う一時旅行後に日本に再入国する自由について、法務大臣に広範な裁量を認めたものである。ここでの再入国は、一時旅行を前提とするものなので、一時旅行の自由を否定したこの判例は、日本に居住する外国人に、再入国の自由も、憲法上、保障されていないことも示したものと理解されている。◇

学説には、最高裁は憲法22条2項を根拠に外国人に出国の自由を認めているところ（最大判昭32.12.25）、日本に生活の本拠を置く外国人の在留期間満了前に出国の自由を認めておきながら再入国の自由を認めないと、事実上、出国の自由が抑制されることになるため、外国人に再入国の自由が保障されるとの見解もある。△

*まとめ 出入国管理関係の外国人の人権 ～短答対策

入国の自由 →憲法で保障されていない（マクリーン事件）

在留の自由 →同上

外国に一時旅行する自由 →憲法で保障されていない（キャサリーン事件）

再入国の自由 →キャサリーン事件判決の趣旨からすると憲法で保障されていないと解されている。

ウ 外国人の地方参政権事件

→憲法93条2項は、地方公共団体の長や議会の議員は「住民」が直接選挙する旨規定していることから、当該地方公共団体の住民であれば外国人にも地方公共団体の長や議員の直接選挙権が保障されるのかが**問題**となった事案がある。

最高裁は、概ね次のとおり判示した。

憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、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、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものである。そこで、憲法15条1項にいう**公務員を選定罷免する権利の保障**が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、**民主主義の原理**に基づき、**公務員の終局的任免権**が**国民に存する**ことを**表明**したものにほかならないところ、**主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び1条**の規定に照らせば、**憲法の民主主義の原理**における**国民**とは、日本国民すなわち**我が国の国籍を有する者**を意味することは明らかである。そうとすれば、**公務員を選定罷免する権利**を保障した憲法15条1項の規定は、**権利の性質上日本国民のみをその対象**とし、右規定による権利の保障は、我が国に**在留する外国人には及ばない**ものと解するのが相当である。○

そして、地方自治について定める憲法第8章は、93条2項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の**民主主義の原理及びこれに基づく憲法15条1項**の規定の趣旨に鑑み、**地方公共団体**が我が国の**統治機構の不可欠の要素**を成すものであることをも併せ考えると憲法93条2項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する**日本国民**を意味し、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるといふことはできない。●

もっとも、憲法第8章の**地方自治**に関する規定は、**民主主義社会**における**地方自治の重要性**に鑑み、**住民の日常生活に密接な関連**を有する公共的事務は、**その地方の住民の意思**に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の**制度として保障**しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも**永住者等**であって、その居住する区域の地方公共団体と**特段に緊密な関係**を持つに至ったと認められるものについて、**法律**をもって、**地方公共団体の長、その議会の議員等**に対する**選挙権**を付与する措置を講ずることは、**憲法上禁止**されているものではないが、右のような措置を講ずるか否かは、**専ら国の立法政策**にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって**違憲の問題**を生ずるものではない（**最判平7.2.28**）。● R2-1

メモ：この判例は、外国人の地方参政権は憲法上保障されていないが、これを法律で付与することは禁止されないとするものである。○ プレ-12、H25-1

メモ：この判例に対しては、**永住者等**であって当該地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至った者は、日本国籍がなくても**社会的生活関係が実質的に日本人と差異がない**ので、地方自治は住民の意思に基づき行われるべきとの**住民自治**の観点から**憲法93条2項の「住民」に当たる**ものとして、地方の選挙権を保障すべきであるとの**批判**が向けられている。○

エ 外国人の管理職公務員への就任権（東京都管理職選考事件）

→Xは、昭和25年に岩手県で出生した大韓民国籍の外国人であり、日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法に定める**特別永住者**である。Xは、昭和63年4月、保健婦（現保健師）として東京都の職員に採用された。その後、Xは、外国人であることを理由に日本人には認められる管理職選考試験の受験を許さない措置をされたため、この措置が憲法14条1項に違反する等として管理職選考試験の受験資格を有する地位の確認や慰謝料の支払いを請求した。

原審は、地方公務員の管理職の中でも**公権力を行使する公務員**については国民主権の原理から外国人が就任することには問題があるが、**管理職でも公権力を行使しないもの**については国民主権の原理によって外国人をこれに任用することが一切禁じられていると解することは相当でなく、両者を**分別**して考える必要があるとした上で、**後者の管理職**については、わが国に在住する外国人をこれに任用することは国民主権の原理に反するものではなく、したがって、憲法22条第1項、14条第1項の規定による保障が及ぶとして、都に慰謝料20万円の支払いを命じた。

最高裁は概ね次のとおり判示した。地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下「公権力行使等地方公務員」という。）については、次のように解するのが相当である。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかかわりを有するものである。それゆえ、国民主権の原理から、国や地方公共団体による統治の在り方については最終的には国民が責任を負うべきものであること（憲法1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されており、外国人がこれに就任することは想定されていない。そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する**一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用**を図ることも、その判断により行うことができるものというべきであり、普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは、**合理的な理由**に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを**区別**するものであり、上記の措置は、憲法14条1項にも違反するものではない。この理は、特別永住者についても異なるところはない（最大判平 17. 1. 26・東京都管理職選考事件）。○

H18-15、H23-1

・平成17年判決の補足 ～**憲法22条1項違反の点についての判断の回避** ○

前記平成17年判決の事件における原審や上告理由では、憲法14条違反の他に憲法22条1項違反の有無が問題とされていたが、最高裁は、憲法22条1項違反の点については何ら判断を示さなかった。調査官解説には、本件のように国籍により管理職への昇格に関する差別がある場合は、外国人が日本の公務員制度の中で管理職に昇格する権利が憲法上保障されようがされていまいが14条1項の問題として論じることができるため、その権利の保障の有無を判断する必要がないという趣旨のことが記載されている。

・**反対意見** ○

本判決には裁判官1人の補足意見、2人の意見、2人の反対意見がある。そのうち泉徳治裁判官の**反対意見**の要点は次のとおりである。

(1) **特別永住者が通常は生涯にわたり所属することとなる共同社会の中で自己実現の機会を求めたいとする意思は十分に尊重されるべく、特別永住者の権利を制限するについては、より厳格な合理性が要求され、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求される**というべきである。具体的に採用される制限の**目的が自治事務の処理・執行の上で重要なもの**であり、かつ、**この目的と手段たる当該制限との間に実質的な関連性が存する**ことが要求される。

(2) 本件をみると、**東京都の昇任管理ないし人事管理政策を実施するためという目的は、自治事務を適正に処理・執行する上において合理性を有するものであって、一応の正当性を肯定することができるが、特別永住者に対し法の下での平等取扱い及び職業選択の自由の面で不利益を与えることを正当化するほど、自治事務を処理・執行する上で重要性を有する目的とはいいい難い。**

また、4級の職員が第一次選考である本件管理職選考に合格しても、直ちに課長級の職に就くわけではなく、更に選考を経て5級及び6級の職をそれぞれ数年間は経験しなければならないのであり、**東京都が多数の機関を擁し、多数の課長級の職を設けていることを考えれば、特別永住者に本件管理職選考の受験を認め、将来において課長級の職に昇任させた上、自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員に任用しても、東京都の昇任管理ないし人事管理政策の実施にさほど支障が生ずるものとは考えられず、特別永住者に対し本件管理職選考の受験自体を拒否し、自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員になることを制限するという手段が、上告人の昇任管理ないし人事管理政策の実施という目的と実質的な関連性を有する**とはいいい難い。したがって、上記の制限をもって合理的なものということではできない。以上のとおり、特別永住者である被上告人に対する本件管理職選考の受験拒否は、憲法が規定する法の下での平等及び職業選択の自由の原則に違反する。

注：泉徳治裁判官の反対意見は、多数意見と異なり、実質的関連性の基準を採用している。

オ 塩見訴訟

→Xは、朝鮮が日本の植民地とされていた当時、1934年（昭和9年）、朝鮮戸籍の両親の長女として大阪市で出生して日本国籍を取得した。Xは麻疹に罹患し、1936年に両目を失明した。終戦後しばらく経った1952年、Xは、対日講和条約の発効により日本国籍を喪失し、大韓民国の国籍となった。1959年、国民皆年金制度の創設のための国民年金法が制定、施行された。同法は、拠出型の年金を基本とするものであるが、それとは別に無拠出型の各福祉年金も創設した。Xは、無拠出型の障害福祉年金の受給を申請したが、同法が、障害認定日に日本国籍を有さない者を支給対象外としていたため、Xの申請は認められなかった。Xは、却下処分の取消訴訟を提起した。訴訟では、外国人の障害福祉年金の受給権を制限する障害福祉年金法の規定が憲法25条、14条に違反するかが争われた。

最高裁は、まず、憲法25条違反の点につき、憲法25条にいう健康で文化的な最低限度の生活なるものは、きわめて抽象的、相対的概念であって、同条の規定の趣旨を現実の立法として具体化するにあたっては国の財政事情を無視することはできず、また多方面にわたる複雑多様な考察とそれに基づいた政策判断を必要とすることから、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱、濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しない事柄であるとの判断枠組みを示した。○

その上で、同最高裁は、社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも許されるとした。そして、障害福祉年金の支給対象者から在留外国人を除外することは、立法府の裁量の範囲に属する事柄であるとして、外国人の障害福祉年金の受給権を制限する障害福祉年金法の規定は憲法25条に違反しないとした（**最判平元. 3. 2・塩見訴訟**）。○ H19-2、H25-1、H26-10

メモ：生存権に関する広範な立法裁量 VS 外国人の生存権の要保護性

メモ：最高裁は、生存権を規定する憲法25条の憲法適合性を判断する際、広範な立法裁量があることを踏まえた判示をしている。○

- ・本判決に対しては、次のとおり、学説から強い**批判**が向けられている。

〔批判1〕生存権の保障は、社会的弱者の生きる権利を保障するものであるところ、特に、無抛出の障害福祉年金は、障害という不慮の事故に対応するもので、**権利の保障の必要性が高い**ため、**立法裁量**の範囲は**狭い**ものと解されるべきである。○

〔批判2〕障害者が障害福祉年金を受給することの重要性に鑑みると、本判決のように外国人を全て一律に扱うのではなく、**外国人の中でも著しく異なる立場の者がいる**ことを踏まえるべきであるとして、**日本に生活の本拠をもち、生活実態において自己の国籍にもまして日本と深く結びついている**定住外国人****を、その他の外国人を区別して憲法適合性を検討すべきであるとの**批判**が向けられている。○

- ・憲法14条違反の点につき、同最高裁は、「**憲法14条1項**は法の下での平等の原則を定めているが、右規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する**経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異**を理由としてその法的取扱いに**区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない**」との**判断枠組み**を示した上で、障害福祉年金の支給対象者から在留外国人を除外することは、立法府の裁量の範囲に属する事柄というべきであるから、その支給についての**外国人と日本人の取扱いの区別**については、その合理性を否定することができず、本件区別は、憲法14条1項に違反しないとした（**最判平元. 3. 2・塩見訴訟**）。



メモ：本判決後の話になるが、現在、日本は、外国人の差別を原則禁止する国際人権規約（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約2条2項）等を批准したため、**社会保障関係法令**に従来存在した**国籍要件**を原則として**撤廃**されている。今後は、本件と全く同じ事例で全く同じ争点が問題となることはないであろうが、外国人の社会保障に関する憲法問題が生じた時は、**本判決や本判決を批判する学説の考え方を参考にして適切に事案を解決**するとよい。○

なお、権利の要保護性が高いことを理由に、**立法裁量が狭くなる**という論法は、日本人の生存権の問題にも応用できる。○