

一般的に精神的自由権の方が強く保護される。原告訴訟代理人としては、①を選択すべきである。
権利の強さ：選挙権＞精神的自由権＞経済的自由権＞財産権

具体例2：インターネット上に平和と死刑存廃問題に関する情報をアップした。

- ①インターネット上で情報を流通させる自由と表現の自由（21条1項）
- ②インターネット上の情報を閲覧する権利と知る権利と表現の自由（21条1項）

第三者の権利より、自己の権利を主張すべきである。原告訴訟代理人としては、①を選択すべきである。

※外国人や法人の人権享有主体性を論じる必要があるときは、保護範囲の部分で論じる。

※近年の司法試験、予備試験では原告・被告の主張反論型ではなくなっているものの、この考え方自体は重要である。

2 制約

(1) 問題となっている法令が、憲法上の権利を制限しているかを検討する。

→憲法の問題となる以上、制約があることが9割以上である。

ほとんどの場合はあっさりとはめて終わってしまってもよい。

→判例上、制約の有無が問題となったものはほとんどない。

ただし、信教の自由や思想良心の自由に関しては制約の有無を争う。

(制約がないとした判例)

・最判平成19・2・27（ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決）

それ自体授業等で職務上行っている行為と外形的に異ならない（ピアノ伴奏）行為の要求は、直接的制約に当たらないだけでなく間接的制約にも当たる可能性がないとされた。

⇔最判平成23・5・30（「君が代」起立・斉唱の職務命令と思想・良心の自由）

「…上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国家に対する敬意の表明の要素を含む行為であるといえることができる。」「その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い。」

・最判平成20・4・11（立川テント村事件）

「自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることができる場所ではない。」

(2) 制約が問題となる具体例としては、以下のようなものが挙げられる。

具体例：A教団の信者は集団で居住して修行するという教義を有し、そのために教団本部施設を建設しようとしたが、条例に定める要件を満たさないとして不許可処分にした。

→本件不許可処分は条例の定める要件を満たさない施設の建設事業に対するものであって、宗教活動をさせないことを目的としたものではない。よって、本件不許可処分は宗教活動の自由に対する制約にはあたらない。

3 正当化

(1) 審査基準の種類

・原告：厳格審査基準

→①目的が必要不可欠で、②手段が目的達成のために必要最小限度である場合のみ合憲

・被告：緩やかな基準

→①目的が正当で、②目的と手段との間に合理的関連性がある場合であれば合憲

・私見：中間審査の基準

- ①目的が重要で、②目的と手段との間に実質的関連性がある場合に合憲
- ※実質的関連性…過度の制約かどうかの検討

上記のように決め打つことに賛否があるところだが、個人的には理由付けさえしっかりしていれば、これでよいと考える。むしろ理由付けをしっかりと書くべき！！

(2) 権利の重要性と規制態様の厳しさ

・権利の重要性の際に検討すべき考慮要素

- 当該権利に着目して個別具体的に論じる必要がある。
- 抽象論を書いても点数が付かない。
 - ×精神的自由権だから重要な権利である。
 - ×歴史的に迫害されてきた権利であり、要保護性が高い。
 - ×自己実現・自己統治に資するものである。

- ・具体例：遺伝子治療に関する研究を行っているA教授に対し、県立大学が中止命令を行った。
 - 遺伝子治療に関する研究は、難病の治癒のための新たな可能性を有する治療法であり、その研究を通じて社会に貢献する性質のものである。遺伝子治療に関する研究は、研究者にとって自らが社会に貢献していることを実感するものであり、自己実現に資するものである。

その他、相対する人権についても意識を払う（被告側の反論や私見で使う。）。

- 教授の自由⇔大学の自治
- 情報公開請求権⇔プライバシー権
- 権利の重要性を弱める方向の議論となる。

・規制態様の厳しさの際に検討すべき考慮要素 ※左側の方が規制態様が厳しい。

- ①事前規制⇔事後規制
- ②直接的規制⇔間接的・付随的規制
- ③内容（着目）規制⇔内容中立規制
- ④消極目的規制⇔積極目的規制
- ⑤刑罰（懲役・罰金）⇔行政罰（過料）

- ・具体例：遺伝子治療に関する研究を行っているA教授に対し、県立大学が中止命令を行った。
 - 原告側の場合：本件中止命令は、遺伝子研究そのものの中止を命ずるものである。遺伝子治療研究は安全性という点でなお不十分な面があり、また未知の部分も多いため、大学など機器が十分に設置された施設で遺伝子の知識を有するスタッフと共に行わなければ満足な研究ができないという性質を持つ以上、大学での研究を中止されることは事実上遺伝子研究自体ができなくなるものである。よって、当該中止命令の規制態様は極めて強いものである。
 - 被告側の場合：遺伝子治療研究は、その性質上、未知の部分も多く、いかなる弊害が生ずるか予測できないため、取り返しのつかない損害が社会に生じかねない（＝事前規制の必要性）。

4 あてはめ

第2 適用違憲の書き方

法令違憲と適用違憲をしっかりと区別して論じるべき

- 適用違憲では、司法事実（個別具体的な事実）をもって当該行為の合憲性判断を行うべき。
- 保護範囲⇒制約⇒正当化⇒あてはめの流れは変わらない。

1 文言解釈

権利の重要性及び規制態様の厳しさから、条文上の文言に絞りをかける。

- ・具体例：A教団の信者は集団で居住して修行するという教義を有し、そのために教団本部施設を建設しようとしたが、条例〇条の「市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合」にあたるとして、不許可処分とした。

→権利の重要性

：A教団の教義によると、信者は集団で居住して修行しなければならず、集団居住をするために施設を建設することはB教団の信仰にとって絶対に欠くことのできない重要なものである。

→規制態様の厳しさ

：不許可処分がなされると、教団本部施設の建設そのものができず、A教団は教義に従うことがそもそもできなくなる。

⇒「市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある場合」とは、明白に差し迫った現在の危険を避けるために必要不可欠な場合を指すものと解する。

※明白かつ現在の危険の法理は、適用違憲との方が親和性が強い。

2 必要性・相当性

問題文に人権制約の根拠となる条文が掲載されていない場合や、掲載されていても抽象的である場合、

①必要性、②相当性という言葉を使い換えることで審査基準を導く。

- ・原告：①やむにやまれぬ必要性があり、②手段としての相当性がある場合のみ合憲
- ・被告：①必要性及び②手段としての合理性がある場合であれば合憲

第3 論じ方が特殊なもの

- 1 平等権
- 2 政教分離

※近年の傾向として、関連判例の明示が求められることも多い。重要判例について理解・暗記することまで求められる。

<平等権の書き方>

1 保護範囲

個人が平等権による保障を受けることに争いはない。あっさり認定する。

→14条1項は法適用のみならず、法内容の平等をも保障しており、〇〇は平等権の保障を受ける。

2 制約

制約部分の書き方が重要となる。誰と誰との間での別異取扱いかをしっかりと書く。

- ・最大判平成20・6・4（国籍法違憲判決）

原告：父（日本国籍）、母（フィリピン国籍）、父母は法律上の婚姻関係にない。父の認知あり。

→日本国籍なし

→誰との間の別異取扱いを主張すべきか？

①父（日本国籍）、母（日本国籍）、父母は法律上の婚姻関係にない。父の認知あり。

→日本国籍あり

②父（日本国籍）、母（フィリピン国籍）、父母に法律上の婚姻関係がある。父の認知あり。

→日本国籍あり

→①ではなく、②を選択し、父母の婚姻という子にはどうすることもできない父母の身分行為によって、自身の日本国籍の有無に別異取扱いが生じていることを指摘する。

3 正当化

別異取扱いに合理的理由があるかどうか

→必要性・相当性の有無で違憲審査基準を定立する。

厳格な基準：①やむにやまれぬ必要性があり、②手段としての相当性がない限り違憲となる。

緩やかな基準：①必要性及び②手段としての合理性があれば合憲である。

※権利の重要性の部分で、14条後段列举事由となるかどうかを検討する。自分の力ではどうすることもできない旨の指摘をする。

<政教分離の書き方>

・まず、「宗教上の組織」（89条前段）といえるかどうかを検討する。

→「宗教上の組織」＝何らかの宗教上の事業ないし活動を目的とする団体

・次に目的効果基準を論証する。

→政教分離原則とは、公共団体と宗教の墮落を防止し、また、少数者の信教の自由（20条1項）を間接的に保障するため、社会的・文化的諸条件に照らし、公共団体と宗教の相当とされる限度のかかわり合いを公共団体に禁じるものである。かかる趣旨から、「宗教的活動」とは、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解する。その判断の際には、公共団体の行為の外形的側面のみならず、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の評価、行為者の意図等を考慮すべきものと解する。※このまま暗記する！！

※予備試験・司法試験では学説の対立を論じることは不要である。

→例えば、アメリカの判例理論であるレモンテストを原告側で主張する必要はない。

①国の行為の目的が世俗的であること、②国の行為の主要な効果がある宗教を援助、助長し、又は抑圧するものではないこと、③国の行為と宗教との間に過度の関わり合いがないことという3つの要件のうち、1つでもクリアできない国家行為はそれだけで違憲とされる。