

## 改訂補正版はしがき

読み解く合格思考憲法の改訂版の出版から4年（初版からは9年）を経過したものの未だに本書で司法試験の憲法の勉強をされている方が多いと伺い、この度改訂補正版を出版させていただきました。筆者自身司法試験の受験及び指導から大分時間がたってしまっておりますので、内容の根幹に関わるような大きな改訂は行っておらず、一部表現に不適切な部分があったところを修正し、また、近時の司法試験の出題趣旨、採点実感の記載を踏まえた若干のアップデート、最近の重要な裁判例の追加のみを行っております。改訂箇所は基本的には第一部のみに限っており、問題の追加等を行っておりません。したがって、改訂補正版と題して出版しております。

初版のはしがきにも記載していますが、本書は、あくまで司法試験の憲法に対応できる能力を身に着けることを目的としたものにすぎませんので、定評のある基本書、論文、判決文の読解、法学部やロースクールで憲法を専門とされている先生方の講義の理解を手助けする補助線として活用いただければ幸いです。

本書を利用される皆様が司法試験に合格し、将来法曹として活躍されることを影ながら応援しております。

令和6年4月 玄 唯真

## 改訂版はしがき

読み解く合格思考憲法を出版してから早いもので約5年が経過しました。幸いにも読み解く合格思考憲法は多数の受験生に使用していただいたようで、著者として冥利に尽きるころではありますが、書籍の内容が若干古くなっていること（例えば、近時の司法試験で出題されるリーガルオピニオン型の問題には対応していないこと等）から改訂をしてほしいとの声を多数いただいております。改訂のご要望をお聞きすることは大変嬉しかったのですが、読み解く合格思考憲法を多数の受験生に使用していただいた一番大きな理由は、司法試験の相場感を肌身感じていた受験直後の合格者が自分の悩みもさらけ出しつつ執筆したところにあると思われるころ、私はすでに受験時代の感覚を完全に失っており、また、憲法の知識もアップデートできていないことからすると改訂するに相応しくないと考えておりました。もっとも、嬉しいことに読み解く合格思考憲法を実際に利用して勉強をし、司法試験に合格したという方が増えてきているようで、私が母校の中央大学で拙著を用いたゼミにも参加していただいた司法試験合格者である大野さんとお会いする機会がありました。大野さん自身拙著をベースに今の受験生の受験指導も行っていたということのようで、合格直後の大野さんに改訂をしていただければ、読み解く合格思考憲法の意義は失われたいのではないかと考え、この度大野さんに全面的に内容をアップデートしてもらい、また、収録問題も増やしてもらうこととした次第です。私も大野さんのアップデートについて監修はしており、読み解く合格思考憲法のコンセプトに変更はなく、更に使いやすくパワーアップした内容になっていると思います。

是非本書を使って司法試験憲法の答案の書き方の理解を深めつつ、司法試験合格を勝ち取る一助になれば幸いです。

## 改訂のコンセプト

改訂にあたり、基本的な思考・方針について変更を加えたつもりはありませんが、次の3点を意識して改訂しました。

1つ目は、“総論の思考”です。本書は各論に重点を置いたものですが、各論としての知識を覚えていても使いこなせない受験生が多いと思います。そこで、改訂にあたり、各論の知識をどのように使うのかを理解しやすいように総論部分の説明を加筆しました。

2つ目は、“網羅性”です。従来書かれていなかった知識などについて加筆をしました。司法試験の解説も含めて、受験に最低限必要な部分を網羅したつもりです。ただし、発展的な内容も含まれますので、初めからすべてを理解する必要はないと思います。

3つ目は、“問題文の分析”です。近年の司法試験の傾向や問題文の読み方について、分析をし、それを意識した記載をしてみました。分析の得意な受験生が、どのように問題文を見ているのかを体感できるような解説にしました。

本書改訂にあたっては、ともに受験を乗り越えた同期（特に受験指導の経験のある者）の意見も反映し、受験生にとってより勉強しやすいようにしたつもりです。しかし、あえて議論が生じるような記載をした部分や結論を明示していない部分、参考答案に対して疑問が生じる部分などもあり、完璧な「到達点」を示していません。このような部分は、みなさんが勉強する中で考え、“改訂”する必要があります。そうして最後に出来上がった「本書」は、受験生にとって支えになると思います。憲法の学習の「出発点」の1つとして利用していただければ幸いです。

## 初版はしがき

人権総論（審査基準論や三段階審査、適用違憲論）の視点から司法試験答案の書き方を解説する書籍は多々見受けられます。しかし、人権の各条項に着目して司法試験の答案の書き方を解説する書籍はそこまでありません。法務省の発表する「司法試験の採点実感等に関する意見」（採点実感）では、事案に即した個別的具体的検討が求められると、毎年のように言われていますが、事案に即した個別的具体的検討を十分に行うためには、審査基準論や三段階審査の理解を深めるだけでは足りず、各人権条項の意義、保障根拠を理解しなければなりません。そこで、本書では、人権総論の観点よりも、人権各論の観点到に重きを置き、それぞれの人権類型ごとの着眼点を明らかにしながら答案への表現方法を解説します。

また、採点実感では、司法試験の問題文に類似する判例を想起してその理解を表現しろとよく言われますが、実際にどのように判例を答案に活かしていいかわからない人が大多数だと思います。受験生にとっての永遠の謎であり課題です。そこで、本書では、憲法上の権利の検討において判例を分析し、当該判例を司法試験風にアレンジしたらどう記述されるのか？という観点から論証例を設けました。判例の論証化をし、それを示すというのは、判例の主體的な検討・理解を阻害するおそれがあるため憲法を理解する上では好ましくないかもしれません。しかし、受験生の心理としては、実際に答案への表現の仕方を知らなければ、試験に合格することはできないわけで、やはり書き方を知る必要があることは否定できません。そこで、筆者なりの見解から判例の司法試験答案への表現の活かし方の例を示した次第です。また、論証には二種類のものを用意しました。一つは、一つの立場から記載された論証例であり、一つは、司法試験の出題形式に即して主張・反論・私見形式で記載された論証例です。主張・反論・私見形式で記載された論証例をわざわざ記載した理由は、主張・反論・私見形式の書き方がよくわからないという質問を山ほど受けており、実際の記載例をたくさん見たほうが書き方をマスターすることができると思ったところにあります。主張・反論・私見形式の書き方について参考にさせていただきたいです。

なお、この論証例は答えではなく、あくまで「例」であるので、この論証例をそのまま試験の答案に表現することは厳禁です。しっかりと当該条文の保障根拠、

事案と類似する判例の結論を導いた理由づけを頭に入れながら、事案に即した答案作成を行ってください。

加えて、実際に問題に取り組まなければ、人権条項をそれぞれ十分に理解することはできません。

そこで、上記で解説された人権類型ごとの着眼点をベースとして、問題をどのように解けばいいのか明らかにするため、旧司法試験の事例問題を改題したものを題材にして、事案の検討方法について解説を行っていきます。最後の仕上げとして、現行の司法試験や司法試験予備試験の問題を題材とした解説も行います。

本書を用いて、司法試験憲法の答案の書き方について理解を深めることができれば幸いです。

最後に、本書は、あくまで司法試験憲法に対応できる能力を身に着けることができるものにすぎず、本書だけで憲法に対する理解を十分に深めることはできません。本書だけでなく、重厚な基本書の読解や、専門的な論文、判決文の読み解きに取り組むことなくして、十分な憲法に対する理解を深めることはできないので、そういった勉強も欠かさず行ってください。

平成 27 年 10 月 玄 唯真

# 目次

はしがき…………… i

## 第一部 憲法答案の書き方

第1 司法試験出題趣旨・採点実感の分析…………… 2

1 序論……………	2
2 分析……………	2
(1) 総論……………	2
(2) 「憲法上の権利の制約」の認定……………	2
(3) 「判断枠組み」の定立……………	4
(4) 「個別的具体的検討」(いわゆる「当てはめ」)……………	6
(5) 主張・反論・私見型の問題への答え方……………	6
(6) リーガルオピニオン型の問題への答え方……………	8

第2 憲法訴訟論概論…………… 10

1 「憲法上の権利の制約」の主張方法……………	10
2 民事訴訟における主張方法……………	11
(1) ①不法行為型……………	11
(2) ②差止め型……………	12
(3) ③経済公序型……………	12
(4) ④法令違憲型……………	13
3 刑事訴訟における主張方法……………	13
(1) ①構成要件型……………	14
(2) ②違法性阻却型……………	14
4 行政訴訟における主張方法……………	15
(1) ①抗告訴訟型……………	15

ア    i に関して	16
イ    ii - a に関して	16
ウ    ii - b に関して	17
(2) ②国賠型	17
(3) ③客観訴訟型	17
(4) ④実質的当事者訴訟型	18

### 第3 人権総論 19

---

1 入口の特定	19
2 憲法上の権利の制約	19
3 判断枠組み	20
(1) 判断枠組み（審査基準）とはなにか。	20
(2) 判断枠組みの設定方法	21
ア 権利の重要性	22
イ 制約の重大性	22
ウ その他の要素—裁量	23
エ 判断枠組みの種類	24
4 個別的具体的検討	24
5 違憲の対象の選択	25
(1) 法令違憲の中身	25
(2) 適用違憲の中身	26

### 第4 人権各論 27

---

1 憲法 13 条 包括的自由権	27
(1) 総論	27
(2) 私生活上の自由—いわゆるプライバシー権	27
ア 憲法上の権利の制約	28
(ア) プライバシー情報の公開過程	28
(イ) プライバシー情報の収集過程	32
イ 判断枠組み	34
(ア) 法令審査	34
(イ) 処分審査	35

(3) 人格的生存に不可欠な権利：自己決定権など……………	38
ア 憲法上の権利の制約……………	38
(7) 自己決定権……………	38
(1) 身体への侵襲を受けない自由……………	38
イ 判断枠組み・個別的具体的検討……………	39
(7) 自己決定権……………	39
(1) 身体への侵襲を受けない自由……………	40
(4) 人格的生存に不可欠でない自由……………	41
<b>2 憲法 14 条 平等権……………</b>	<b>42</b>
(1) 総論……………	42
ア 「法」の意義……………	42
イ 「平等」の意義……………	42
ウ 憲法上の権利の制約の認定—別異取扱いの認定……………	42
(2) 判断枠組み……………	42
ア 基本的な考え方……………	42
イ そのほかの要素—特別意味説とアファーマティブ・アクション…	44
(3) 個別的具体的検討……………	45
<b>3 憲法 19 条 思想・良心の自由……………</b>	<b>47</b>
(1) 総論……………	47
(2) 内心に基づく不利益取扱い……………	47
ア 憲法上の権利の制約……………	47
イ 判断枠組み……………	50
(3) 内心の告白の強制……………	50
(4) 外面的行為の強制……………	51
ア 憲法上の権利の制約……………	51
イ 判断枠組み……………	57
ウ 個別的具体的検討……………	59
(5) 私人間効力……………	60
ア 間接適用説の論証を行う場面……………	60
イ 間接適用説の論証を行わない場面—団体と構成員……………	61
<b>4 憲法 20 条 信教の自由……………</b>	<b>65</b>
(1) 総論……………	65
(2) 憲法上の権利の制約……………	66
ア 保障範囲……………	66
イ 制約……………	66
(3) 判断枠組み……………	69

(4) 個別的具体的検討	71
5 憲法 20 条 政教分離	73
(1) 条文上の問題	73
ア 平成 24 年司法試験憲法出題趣旨の分析	73
イ ルール 1 (条文の使い分け)	74
ウ ルール 2 (「宗教団体」、「宗教上の組織若しくは団体」の定義)	75
(2) 判断枠組み(ルール 3)	76
ア 政教分離規範総説	77
イ 目的効果基準	78
ウ 空知太基準	79
エ 目的効果基準と空知太基準の使い分け	81
(3) 個別的具体的検討	82
ア 目的効果基準	82
イ 空知太基準	83
6 憲法 21 条 表現の自由	84
(1) 表現の自由総論	84
ア 保障根拠	84
イ 保障範囲	85
ウ 制約の態様Ⅰ－制約の対象に着目した類型	85
エ 制約の態様Ⅱ－制約の時期に着目した類型	86
(2) 情報提供の自由	87
ア 性表現の自由	87
(7) 憲法上の権利の制約	87
(1) 判断枠組み	87
イ 営利的表現	88
(7) 憲法上の権利の制約	88
(1) 判断枠組み	88
a 権利の重要性	88
b 制約の強度	89
(ウ) 個別的具体的検討	89
ウ 報道の自由	89
(7) 憲法上の権利の制約	89
(1) 判断枠組み	89
a 権利の重要性	89
b 制約の強度	89

エ プライバシー権・名誉権侵害的表現	90
(7) 憲法上の権利の制約	90
(1) 判断枠組み	90
オ 政治活動の自由	95
(7) 憲法上の権利の制約	95
(1) 判断枠組み	96
カ ビラ配布	99
(7) 憲法上の権利の制約	99
(1) 判断枠組み	100
a 権利の重要性	100
b 制約の強度	100
(3) 情報受領の自由	101
ア 知る自由	101
(7) 憲法上の権利の制約	101
(1) 判断枠組み	102
a 権利の重要性	102
b 制約の強度	102
(4) 情報収集の自由	104
ア 取材をする自由・取材源の秘匿	104
(7) 憲法上の権利の制約	104
(1) 判断枠組み	105
a 権利の重要性	105
b 制約の強度	105
イ 政府情報開示請求権	107
(5) 文化助勢	107
ア 国家による表現の自由に対する援助	107
<b>7 憲法 21 条 集会・結社の自由</b>	<b>108</b>
(1) 集会の自由	109
ア 憲法上の権利の制約：日本の判例上のパブリックフォーラム論	109
イ 判断枠組み	110
(7) 権利の重要性	110
(1) 制約の強度	110
(2) 集団行動の自由	113
ア 憲法上の権利の制約	113
イ 判断枠組み	113
(7) 権利の重要性	113

(1) 制約の強度	114
(3) 結社の自由	116
<b>8 憲法 23 条 学問の自由・大学の自治</b>	<b>117</b>
(1) 学問の自由	117
ア 憲法上の権利の制約	117
イ 判断枠組み	118
(7) 権利の重要性	118
(1) 制約の強度	118
(2) 大学の自治	119
<b>9 憲法 22 条 職業の自由</b>	<b>121</b>
(1) 職業選択の自由総説	121
(2) 憲法上の権利の制約	121
(3) 判断枠組み	122
ア 権利の重要性	122
イ 制約の強度	123
ウ 規制目的二分論	123
<b>10 憲法 29 条 財産権</b>	<b>126</b>
(1) 財産権総説	126
(2) 既得権型の問題の思考—国有農地特措法事件を読む	126
ア 憲法上の権利の制約	128
イ 判断枠組み	128
(3) 制度形成型の問題の思考—森林法違憲判決を読む	129
ア 大前提となる判断枠組み	129
イ 審査密度の確定における個別事情	130
(4) 損失補償	132
ア 損失補償の要否—「特別の犠牲」の意義	132
イ 「公共のために用いる」の意義	132
ウ 「正当な補償」の意義	132
<b>11 憲法 25 条 生存権</b>	<b>134</b>
(1) 生存権に絡む論点	134
ア 「二重の未確定性」とは何か。	134
イ 「抽象的権利説」とは何か。	134
(2) 生存権に絡む裁量—堀木訴訟を読む	134
(3) 生存権に絡む裁量の統制手法	136
ア 結果に着目する手法—裁量に「枠」をつける	136

イ 過程に着目する手法－審査対象を拡大させる	136
(4) 自由権的側面	138
<b>12 憲法 15 条 選挙権</b>	<b>140</b>
(1) 憲法上の権利の制約	140
(2) 権利制限の論理の思考	140
(3) 制度形成の論理の思考	141
(4) 付随論点としての立法不作為を理由とする国家賠償請求	144
<b>13 憲法 26 条 教育を受ける権利</b>	<b>146</b>
(1) 総説	146
(2) 憲法上の権利の制約	146
ア 子どもの教育権	146
イ 親の教育権	147
ウ 教師の教育権	147
エ 国家の教育権	148

## 第二部 短文事例問題で判断枠組みの構築を学ぼう ——司法試験・予備試験の論文対策としての旧司法 試験論文過去問を解く

～解説・参考答案

### I 憲法上の権利の制約を中心に考えさせるタイプ…………… 151

- |   |  |     |
|---|--|-----|
| 1 | 信教の自由・学問の自由・表現の自由・政教分離<br>(旧司平成 10 年度第 1 問) ……………151 | 151 |
| 2 | 閲読の自由と知る権利(旧司平成 14 年度第 1 問) ……………                    | 161 |
| 3 | 知る自由(旧司昭和 53 年度第 1 問) ……………                          | 171 |

### II 判断枠組みを中心に考えさせるタイプ…………… 184

- |   |                                |     |
|---|--------------------------------|-----|
| 1 | 営業の自由(旧司平成 22 年度第 1 問) ……………   | 184 |
| 2 | 集会の自由(旧司平成 8 年度第 1 問) ……………    | 199 |
| 3 | プライバシー権(旧司平成 16 年度第 1 問) …………… | 207 |

### III 個別的具体的検討の仕方を中心に考えさせるタイプ… 215

- |   |                                |     |
|---|--------------------------------|-----|
| 1 | 輸入の自由(旧司昭和 60 年度第 1 問) ……………   | 215 |
| 2 | 政教分離(旧司平成 4 年度第 1 問) ……………     | 225 |
| 3 | 広告放送の自由(旧司平成 18 年度第 1 問) …………… | 235 |

※上記の旧司法試験の問題(旧司平成(昭和)\*\*年度第1問)と記述があるものは、全て、当該年度の旧司法試験の問題を司法試験の出題形式(主張・反論・私見方式)に沿った形にアレンジしたものです。

## 第三部 予備試験問題にチャレンジ

1	平成 23 年予備試験問題について……………	246
	解説……………	248
	参考答案……………	255
2	平成 29 年予備試験問題について……………	258
	解説……………	261
	参考答案……………	267
3	令和元年予備試験問題について……………	270
	解説……………	273
	参考答案……………	282

## 第四部 司法試験問題にチャレンジ

1	平成 26 年司法試験問題について……………	286
	解説……………	290
	参考答案……………	296
2	平成 30 年司法試験問題について……………	302
	解説……………	310
	参考答案……………	318
3	令和元年司法試験問題について……………	324
	解説……………	330
	参考答案……………	340

## 第五部 統治の問題について

1	総論	346
2	統治の解法パターン	346
3	各国家機関の権限及び内在的制約	347
(1)	総論	347
(2)	各論	347
ア	統治機関に属する権限の内容と内在的制約	347
(7)	国会	347
a	権限	347
b	内在的制約	347
(1)	内閣	348
a	権限	348
b	内在的制約	348
(ウ)	裁判所	349
a	権限	349
b	内在的制約	349
(エ)	国民	350
(オ)	地方公共団体	350
イ	外在的制約（機関相互の権限分配）	350
(7)	国会対内閣	350
(1)	内閣対裁判所	351
(ウ)	裁判所対国会	351
(エ)	国会対地方自治	351
(オ)	内閣対地方自治	352
(カ)	裁判所対地方自治	352
4	平成27年司法試験予備試験問題について	354
	解説	356
	参考答案	362

●本書掲載判例索引……………366

※本文中で、憲法判例百選Ⅰ、Ⅱ〔第7版〕は、それぞれⅠ-〇〇、Ⅱ-〇〇（〇は事件番号）のように表記しています。