

重要判例&採点実感準拠

理解が 伝わる

論 証 講 義

憲法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所

憲法論証集

清武宗一郎

目次

人権総論.....	7
審査基準論	7
保護範囲	8
☆規制対象行為と「憲法上の権利」.....	8
☆「権利の重要性」との連続性.....	9
☆複合的権利・権利の多面性.....	9
・論証例.....	10
制約	11
☆「保護範囲」及び「審査基準」(の定立)との連続性.....	11
・論証例(続き).....	12
正当化—基準定立	12
☆「審査基準」の定立とは.....	12
—「原則論」の意義.....	12
—具体的事案に応じた「原則論」の修正.....	12
—修正の理由付け.....	14
・一般的見解.....	15
—権利の重要性.....	16
—制約の態様・強度.....	18
正当化—あてはめ	20

☆あてはめの意義	20
☆目的審査	21
①問題文の分析	21
①目的規定の一般的目的の引用指摘	21
②具体的目的の分析認定	22
③具体的目的の評価	22
④同じ目的の審査	23
☆手段審査	24
①最低限の関連性の確認	24
②必要性相当性審査	24
—各論	25
人権の享有主体	27
・法人の人権(予 H26、H28)	27
・外国人の人権	27
—権利性質説(予 R1、旧 H19、新 H29)	27
—在留制度の枠内での保障(新 H29)	28
—地方参政権(旧 H19).....	29
—公務就任権(旧 H19).....	30
・未成年の人権(予 R1、新 H20、H30).....	31
基本的人権の限界	32
・私人間効力	32
—間接適用説(旧 S59、H2、H20)	32
—国家と私人との私法上の契約.....	33
人権各論.....	34
包括的人権と法の下での平等	34
☆包括的人権を認めた判例のまとめ	34
—個人情報のみだりに開示公表されない自由.....	34
—みだりに容ぼう、姿態を撮影されない権利.....	34

—パブリシティ権(氏名や肖像の顧客吸引力を排他的に使用する権利)	34
—氏名(をみだりに利用されない権利)	34
—前科犯罪歴等をみだりに公開されない権利	35
—宗教上の信念に基づく(明確な)意思決定の権利	35
• 幸福追求権	35
—人格的利益説(旧 H2、H17、新 H29)	35
—プライバシー権(旧 S56、H16、新 H21、R3)	36
• 法の下での平等	37
—意義(予 H23、旧 H2、新 H27、R5)	37
—実質的平等の保障の有無(予 H23)	39
選挙権	42
☆選挙権の重要性	42
• 選挙権制約の審査基準(予 H25、新 H22)	42
• 立候補の自由(予 H25)	43
内心の自由・信教の自由	44
☆位置づけ	44
• 内心の自由の保障の範囲(予 H28、H30)	44
• 政教分離の原則	46
—宗教団体	47
—政教分離原則	47
表現の自由・集会の自由	51
☆表現の自由の優越的地位の根拠	51
☆表現の自由における制約の類型	51
—積極目的の制約の禁止	51
—内容規制	51
—事前抑制	52
—萎縮効果	53
☆厳格審査基準とその例外	53

・ 漠然故に無効の法理(新 H20、H23、H30、R1、予 R3)	53
・ 過度に広汎故に無効の法理(新 H30、R1)	55
・ 営利的表現(旧 S57、H18).....	56
・ 報道機関の表現の自由(旧 H21、予 R2、R5)	57
・ 知る権利	58
一知る自由(旧 S57、H14、新 H20、H30).....	58
一政府情報公開請求権(旧 S56、H16)	59
・ 集会の自由	60
一集団行動の自由(新 H25)	60
一公共施設の利用許可(旧 H8).....	62
一集会の自由に対する制約の必要性(新 R3)	63
…肯定；集団暴徒化論	63
…否定；敵意ある群衆の法理.....	63
学問の自由	65
☆答案構成の注意点	65
・ 学問の自由の保護範囲(新 R4).....	65
・ 大学の自治の限界(新 R4)	65
一学問の自由との衝突	66
一大学の自治の範囲	66
一裁量論	67
経済的自由・財産権	69
・ 経済的自由	69
一保護範囲(予 H26、旧 H17、H22、新 H30).....	69
一違憲審査基準	69
・ 移動の自由(新 R2)	71
・ 財産権制約の審査基準.....	72
一一般論；証券取引法 164 条 1 項合憲判決	72
一既得権；国有農地売払特措法事件	73

・ 損失補償	73
一 補償の要否(予 H29、旧 S60、H6、H18、新 H18)	73
一 「正当な補償」の意義(旧 H6)	74
一 法律上補償規定を欠く場合の処理(予 H29、旧 S60、H6)	75
社会権	76
☆ 検討方法	76
・ 婚姻及び家族に関する事項の立法裁量の限界	76
・ 生存権	77
一 法的性質(新 H22)	77
一 立法裁量の統制基準(新 R5)	78
手続的権利	80
・ 行政手続と適正手続	80
一 事前告知聴聞の機会の付与(新 R1)	80
一 令状主義(新 H29)	80
統治機構	82
国会・内閣	82
・ 国会単独立法の原則と国会中心立法の原則(旧 H10)	82
・ 措置法	82
・ 白紙委任	83
・ レファレンダムの合憲性(旧 H18)	84
・ 国会議員の免責特権	85
一 対象となる行為の範囲(旧 H21)	85
一 「責任」の意義(旧 H21)	85
一 国家賠償請求の可否(旧 H21)	85
・ 国政調査権	86
一 性質と範囲(旧 H3)	86
一 司法権の独立(旧 H3)	87
一 検察権の独立(旧 H3)	88

司法	89
・ 司法権の範囲	89
― 一般論(予 H25、H30、旧 H9、H14)	89
― 一部分社会の法理	91
― 国会の自律権(旧 H22)	93
― 統治行為(予 H27、旧 H14)	94
・ 違憲主張の適格(旧 S57、新 H20、H21)	94
・ 違憲審査権	95
― 抽象的違憲審査制の採用の可否(旧 H14、H19)	95
― 条約の違憲審査の可否(予 H27、旧 H19)	96
・ 立法行為と国家賠償請求(新 H22)	96
・ 判例変更の必要性(予 H24)	98
・ 裁判の公開(旧 H5)	98
財政	100
・ 公金支出の制限(旧 H20)	100
地方自治	101
・ 条例制定権	101
― 根拠	101
― 限界(旧 H11、新 H19)	101
― 罰則制定の可否	102
・ 住民投票の合憲性(旧 H18)	103

表現の自由・集会の自由

☆表現の自由の優越的地位の根拠

表現活動を通じて自己の人格を発展させるという自己実現の価値と国民が表現活動を通じて政治的意思決定に参画するという自己統治の価値とが挙げられている(また、自由に意見を表明し競争し合うことで真理に到達できるという「思想の自由市場」論も挙げられる)。しかし、これらを抽象的に記述するだけで権利の重要性を論証する答案は低評価の典型であるから、なぜ、どのように両価値が認められるのかを具体的に論じる(=上記定義を事案に当てはめる)必要がある。

☆表現の自由における制約の種類

—積極目的の制約の禁止

小売市場事件判決＝最大判 S47.11、22＝百選 I 91 は、「個人の経済活動の自由に関する限り」としているため、精神的自由に対し積極目的(社会経済政策目的)の制約を課すことはできない(短 H24-5)。また、精神的自由の制約については立法裁量の肯定を前提とすべきではない(新 R3 採実第 2 の 1(3))。

—内容規制

内容規制は内容中立規制と比べ権力による恣意的な権利侵害の危険が大きいため、慎重に審査される。

⇒ 一見内容中立規制でも、特定の場所・時間・方法等の規制が実質的には特定の表現の規制といえる場合は内容規制と評価し得る(新 R3 採実第 3 の 2(3))

∴「人によって極めて重要な意義を持つはずの表現の時・場所・方法等の規制の危険性・問題性」。短 R3-5、H20-5 参照)。
→当該表現のために当該場所等がどこまで重要かを検討する必要が出てくる(予短 H25-3。徳島市公安条例事件参照)。

—事前抑制

事前抑制とは、権利行使の前にこれを妨害、または遅延させる規制(ある時点での権利行使の機会を奪う規制)をいい、表現の場合は既に「思想の自由市場」に表現を顕出させれば事前規制にならない(日本テレビ事件＝最二決 H1.1.30。短 H24-4)。

その許容要件について、北方ジャーナル事件判決＝最大判 S61.6.11＝百選 I 68 は、「表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法 2 1 条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件」を求める。

∴①時機を逸する不利益、②予測に基づくことによる広汎・濫用の危険、③抑止的效果の大きさ。

※問題となる局面

判例上、表現の自由において事前抑制が正面から問題となるのは、名誉権やプライバシー権(反対利益)と表現の自由とが対立する、私人の請求による差止処分等の処分違憲の事例である(前掲北方ジャーナル事件、検索結果削除命令事件＝最三決 H29.1.31＝百選 I 63)。特に事前抑制の対象となる表現が公益的事項に関するものであったり社会的価値を有したりする場合は憲法上特に尊重されるので、差止処分等が認められるのは、反対利益の優越が明らかなときに限られる(同前)。

⇔一方、法令違憲については、税関検査も教科書検定も「事前規制そのもの」ではないとされている(後掲札幌税関事件、第一次家永教科書訴訟＝最三判 H5.3.16＝百選 I 88)。なお、検閲(憲法 22 条 2 項後段)は事前抑制の典型だが、判例の検閲の定義は非常に狭く(後掲札幌税関事件)、これに当たることはまずない。

—萎縮効果

萎縮効果とは、本来適法にできるはずの表現行為が、規制対象となるリスクにより事実上制約されてしまうことをいう。特に表現の自由は、「思想の自由市場」が重要であるのに壊れやすい権利として萎縮効果が問題視されるため、「漠然故に無効の法理」や「過度に広汎故に無効の法理」が論じられる。

☆厳格審査基準とその例外

表現の自由は憲法上の権利の中でも優越的地位を有するため原則として厳格審査基準が妥当すると解されているものの、その例外を認めうる類型は多く存在する。例えば、保障根拠の1つである自己統治の価値を欠く場合(営利的表現、低価値表現など)、表現の自由そのものではなくそこから派生した自由に過ぎない場合(メモの自由、取材の自由など)、制約の態様が強くはない場合(内容中立規制など)、である。

・ 漠然故に無効の法理(新 H20、H23、H30、R1、予 R3)

- 1 法○条の規定は、規制範囲の明確性を欠くから、憲法 21 条 1 項(or31 条)に反し違憲無効ではないか。
- (1) 規制対象が不明確な法令の規定は本来許されるべき表現に対しても萎縮効果を及ぼすから(or 罪刑法定主義は国民への公正な告知や法適用者の恣意の防止のため刑罰法規の明確性を要求する一方、法規はその性質上ある程度抽象的であらざるを得ないから)、表現の自由に対する規制(or 刑罰法規)は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるか否かの判断を可能とするような基準が読み

取れない限り、憲法 21 条 1 項(or31 条)に反し、違憲と解する。

→「法○条の『』という文言が明確性を欠き憲法 21 条 1 項に反しないか。表現に対する萎縮効果を防ぐため、通常の判断能力のある一般人が具体的行為への適否を判断できなければ当該条項は文面上違憲と解する」。

※徳島市公安条例事件＝最大判 S50.9.10＝百選 I 83

※※検討の方法

- ①「当該条文のうちどの文言の明確性が問題になるのかを具体的に示す」(新 R1 採実第 2 の 2(1))。
- ②「明確性の観点から、[特定]の要件の適用がもたらし得る問題について…検討し…、その判断が恣意的となる危険性」を検討する(同前(4)。挿入は講師)。裁量(＝法が与えた判断の余地)が広すぎて予想可能性を害しないかを論じるとよいかと思われる。
- ③「合憲限定解釈の可能性に触れてしかるべき場合」なら触れる(同前(5))。

※※※検討の必要性

原告側の代理人としての立場であっても、一般的な規定に対し文面上違憲の主張をすることは現実的な主張とは言えないため、不要である。また、新 R1 採実も必ずしも絶対に触れろとまでは言っておらず、文面審査以外の目的手段審査でも「表現行為に対して極めて広汎な規制をする異例の措置」(新 R1 採実第 3 の 1(2))などと指摘できる(同採実第 3 の 3(6)も参照)。しかも論じる場合は丁寧な論述が要求されている。そうすると、内容審査が薄い総花論的な答案になるよりは論じない方がいいかもしれない。上記順序のうち②を飛ばして③で済ませる手(「合憲限定解釈をしなければ救うことのできない憲法上の瑕疵」)の具体的指摘。新 R3 採実第 2 の 3(7))もありうるだろう。

・ 生存権

—法的性質(新 H22)

1 本件受給権について定める法○条(以下、「本件規定」という)は、生存権を侵害し、憲法 25 条に反しないか。

(1) 同項は福祉国家理念の下、国民が「最低限度の生活」を営めるよう国政を運営すべき法的義務を国に課す趣旨だから、生存権は法的権利と解する。しかし、生存権の内容は抽象的で不明確だから、具体化立法があって初めて具体的な権利となり、裁判規範となると解する(朝日訴訟判決、堀木訴訟判決)。

本件では、法○条により本件受給権が定められているから、具体化立法があるといえる。

※問題となる局面

生存権の法的性質は具体化立法の存否が疑わしかったり、それが争われたりするとき特に問題となる。逆に、具体化立法が「既に存在し、その解釈適用(運用)が問題となっている」場面では、本論証を「長々と論じる必要はない」(新 H22 採実 2(2)イ)。

※※見解の対立

抽象的権利説は具体化立法があって初めて生存権の裁判規範性を認める見解であり、具体的権利説との違いは生存権に基づく不作為の違憲確認請求を認めるか否かである。具体的権利説もいきなり給付請求を認めるわけではない。なお、「現在の判例学説上プログラム規定説は採られていないから、『被告側の反論』においても、プログラム規定説を主たる主張にするのは適切でない」(新 H22 採実 2(2)イ)。

—立法裁量の統制基準(新 R5)

(2) しかし、生存権は国家に積極的な作為を期待する性質のものであり、しかも、「健康で文化的な最低限度の生活」はきわめて抽象的・相対的な概念だから、具体化立法に当たっては、その時々の社会状況との相関関係を前提に、国の財政事情を含め多方面にわたる複雑多様かつ高度な専門技術的考察とそれに基づく政策的判断を要し、広い立法裁量が認められる。

とすれば、生存権の具体化立法が同条に違反するか否かは、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるを得ないような場合に限られると解する(前掲堀木訴訟判決)。

※朝日訴訟判決＝最大判 S42.5.24＝百選Ⅱ131、堀木訴訟上告審判決＝[最大判 S57.7.7](#)＝百選Ⅱ132。

※※憲法13条、14条の違憲審査との関係

堀木訴訟判決は立法が憲法25条に反しなくとも「別に所論指摘の憲法一四條及び一三條違反の問題を生じうることは否定しえない」としているが(判旨三三第1段落)、13条・14条についても25条と区別せず緩やかに審査したとされている。なお関連して、憲法14条違反については、制度設計の結果としての区別取扱いは典型的に、恣意的な差別としての性格に乏しいと指摘されている(百選Ⅱ134解説3参照)。

※※※裁量統制を厳格化する見解(新 R5)

以下のうち、どれか1つくらいは知っておくと安心である。

・憲法25条1項と2項とを区別する見解(短 H24-8)

堀木訴訟原審判決＝大阪高判 S50.11.10。1項は最低限度の生活を営む国民の権利を定め、2項はそれを上回る生活できるような施作＝積極的防貧施作を採るべき責務を定めたものと解する。これにより1項違反の審査では基準が厳格化する。

- ・平等原則

堀木訴訟第一審判決＝神戸地判 S47.9.20 は、悲惨な生活実態を理由に憲法 14 条 1 項に反するとした。この理由付けは「権利の重要性」とも位置付けられるが、本来的に憲法 25 条の問題である(憲法 25 条では裁量が認められるのに憲法 14 条の「権利の重要性」として論じると審査基準が厳格化するのはおかしい)との批判がある

- ・ベースライン論(短 H28-8)

生存権の自由権的側面による不作為請求権的側面に注目し、制度後退の場合に審査基準を厳格化する。根拠として、財産権保障、抽象的権利説の 2 つがある。

- ・期待的利益論

老齢加算廃止訴訟＝最三判 H24.2.28＝百選Ⅱ 135 は、「支給されることを前提として現に生活設計を立てていた被保険者に関しては、…具体化されていたその期待的利益の喪失を来す側面がある」として、これに「可及的に配慮するため」、裁量があると解したうえで、判断過程審査を行う。

参考文献

- ・芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第 7 版）』278-281 頁（岩波書店、2019）。
- ・宍戸常寿ほか『憲法学読本（第 3 版）』228-236 頁（有斐閣、2018）。