

## 第1部 総論

第1章 憲法と立憲主義 p1

第2章 国民主権の原理 p1

第3章 平和主義 p1

掲載なし

## 第2部 基本的人権

第1章 問題処理の基本とコツ p3~22

第1節. 基本的人権が問題となる典型事例 p3~7

1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するか否かが問題となる p3
2. 違憲審査の流れ p3~5
3. 法令違憲審査と適用違憲審査 p5~6
4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」 p6~7

第2節 違憲審査の枠組み p8~15

第1. 違憲審査の基本的な枠組み p8~9

1. 三段階審査論 p8
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p8
3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係 p8
4. 違憲審査の基本形 p8~9

第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p9~13

1. 問題提起 p9
2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか p9~10
3. 上記2の権利（利益）に対する制約 p10
4. 違憲審査基準の定立 p10~11
5. 違憲審査基準の適用 p11~13

厳格審査の基準／中間審査の基準（厳格な合理性の基準）／合理性の基準／明白の基準

第3. 適用違憲（処分違憲） p14~15

1. 適用違憲の類型 p14
2. 適用違憲の審査の手法 p14
3. 三者間形式における注意点 p14
4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事項の差異 p15

第4. 三段階審査論以外の手法 p15

第3節. 判例・学説を踏まえた論述 p16~17

1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する p16
2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる p16
3. 判例・学説の使い方のパターン p16~17
4. インプットのゴールを明確にする p17
5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える p17

第4節. 出題形式ごとの答案の書き方 p18~20

第1. 三者間形式 p18~19

1. 設問1 p18
2. 設問2 p18~19

第2. 法律意見書形式 p19～20

1. 平成30年以降の出題形式 p19
2. 答案の書き方 p19～20

第5節. 権利選択における視点 p21

第6節. 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p21

第7節. 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p21

第8節. 立法目的の把握の仕方 p22

第2章 基本的人権の原理 p23

第3章 人権の享有主体性 p24～37

1. 天皇・皇族 p24

2. 法人 p24～27

[論点1] 法人の人権享有主体性（八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24・百I8）

[論点2] 自然人と異なる特別の制約（八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24・百I8）

[判例1] 八幡製鉄事件（最大判 S45.6.24・百I8）

[判例2] 南九州税理士会事件（最判 H8.3.19・百I36）

[判例3] 群馬司法書士会事件（最判 H14.4.25）

[判例4] 三井美唄炭鉱労組事件（最大判 S43.12.4・百II144）

[判例5] 国労広島地本事件（最判 S50.11.28・百II145）

3. 外国人 p27～31

[論点1] 外国人の人権享有主体性（マクリーン事件・最大判 S53.10.4・百I1）

[判例1] マクリーン事件（最大判 S53.10.4・百I1）

[判例2] 森川キャサリン事件（最判 H4.11.16・百IA2）

[判例3] 塩見訴訟（最判 H元.3.2・百I5）

[判例4] ヒッグス・アラン事件（最判 H5.2.28）

[判例5] 外国人地方選挙訴訟（最判 H7.2.28・百I3）

[判例6] 外国人管理職訴訟（最大判 H17.1.26・百I4）

4. 公務員 p31～35

(1) 特別権力関係の理論 p31

(2) 政治活動の自由 p31～34

[判例1] 猿払事件（最大判 S49.11.6・百I12）

[判例2] 堀越事件（最判 H24.12.7・百I13）

[判例3] 寺西事件（最大判 H10.12.1・百II177）

(3) 争議行為 p34～35

[判例1] 全農林警職法事件（最大判 S48.4.25・百II141）

5. 在監者（刑事収容施設における被収容者） p35～36

[判例1] 禁煙処分事件（最大判 S45.9.16・百IA4）

[判例2] よど号ハイジャック記事抹消事件（最大判 S58.6.22・百I14）

6. パターナリスティックな制約 p36～37

第4章 人権の私人間効力 p38～39

1. 人権の私人間効力 p38～39

[論点1] 人権の私人間効力（三菱樹脂事件・最大判 S48.12.12・百I9）

[判例1] 三菱樹脂事件

[判例 2] 昭和女子大事件 (最判 S49.7.19・百 I 10)

[判例 3] 百里基地事件 (最判 H 元 6.20・百 II 166)

2. 純然たる事実行為による人権侵害 (国家行為の理論) p39

## 第 5 章 包括的基本権 p40~47

第 1 節. 個人の尊厳 p40

第 2 節. 生命・身体の権利 p40

第 3 節. 明文根拠のない基本権 p40~47

1. 包括的基本権の保障 p40

[論点 1] 新しい人権

2. プライバシー権 p40~40

(1) 保護領域 p40~41

[論点 1] 伝統的プライバシー権

[論点 2] 自己情報コントロール権

[論点 3] 公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利 (京都府学連事件・最大判 S44.12.24・百 I 16)

(2) 保障の程度 p41

(3) 判例 p41~45

[判例 1] 前科照会事件 (最判 S56.4.14・百 I 17)

[判例 2] 「宴のあと」事件 (東京地判 S39.9.28・百 I 60)

[判例 3] 「石に泳ぐ魚」事件 (最判 H14.9.24・百 I 62)

[判例 4] 京都府学連事件 (最大判 S44.12.24・百 I 16)

[判例 5] 指紋押捺拒否事件 (最判 H7.12.15・百 I 2)

[判例 6] 早稲田大学講演会事件 (最判 H15.9.12・百 I 18)

[判例 7] 住基ネット事件 (最判 H20.3.6・百 I 19)

[判例 8] グーグル検索結果削除請求事件 (最決 H29.1.31・百 I 63)

[判例 9] 車内広告放送事件 (最判 S63.12.20・百 I 230)

3. 自己決定権 p45~47

[論点 1] 自己決定権の憲法上の保障

[判例 1] 熊本丸刈り事件 (熊本地判 S60.11.13・百 I A5)

[判例 2] どぶろく事件 (最判 H 元.12.14・百 I 21)

[判例 3] 「エホバの証人」輸血拒否事件 (最判 H12.2.29・百 I 23)

4. 環境権 p47

## 第 6 章 法の下での平等 p48~57

1. 平等の観念と歴史 p48

2. 差別的取扱いの正当化審査 p48~49

3. 判例 p49~57

[判例 1] 尊属殺人事件 (最大判 S48.4.4・百 I 25)

[判例 2] 非嫡出子相続分規定事件 (違憲) (最大決 H25.9.4・百 I 27)

[判例 3] 女子再婚禁止期間事件 (違憲) (最大判 H27.12.16・百 I 28)

[判例 4] 夫婦同氏事件 (最大判 H27.12.16・百 I 29)

[判例 5] 国籍法違憲訴訟 (最大判 H20.6.4・百 I 26)

[判例 6] サラリーマン税金訴訟 (最大判 S60.3.27・百 I 31)

[判例 7] 東京都売春取締条例事件 (最大判 S33.10.15・百 I 32)

4. 積極的差別解消措置 (アファーマティブ・アクション) p57

[論点 1] 国立法科大学院の入学者選抜試験における女性優遇 (平成 23 年予備試験)

## 第 7 章 思想・良心の自由 p58～62

1. 保障の趣旨 p58
2. 「思想及び良心」の意味 p58
3. 「思想及び良心の自由」の保障内容 p58
4. 「思想及び良心」に対する制約・介入の類型 p58～59
5. 憲法 19 条と憲法 21 条 1 項との関係 p59
6. 判例 p59～62

[判例 1] 謝罪広告強制事件 (最大判 S31.7.4・百 I 33)

[判例 2] 麹町中学内申書事件 (最判 S63.7.15・百 I 34)

[判例 3] 「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件 (最判 H23.5.30・百 I 37)

## 第 8 章 信教の自由 p63～68

1. 保障の趣旨 p63
2. 「信教」の定義 p63
3. 信教の自由の保障の内容 p63
4. 信教の自由の保障の限界 p63～62
  - (1) 信仰自体への直接的介入 p63～64
  - (2) 宗教的行為・宗教的結社の自由に対する制約 p64
    - [論点 1] 法的制約 (牧会事件・神戸簡裁 S50.2.20・百 I 40)
    - [論点 2] 間接的ないし事実上の制約 (オウム真理教解散命令事件・最決 H8.1.30・百 I 39)
  - (3) 判例 p64～66
    - [判例 1] 京都市古都保存協力税条例事件 (京都地判 S59.3.30・百 I [5 版] 44)
    - [判例 2] 日曜日授業参観事件 (東京地判 S61.3.20・百 I A6)
    - [判例 3] 「エホバの証人」剣道受講拒否事件 (最判 H8.3.8・百 I 41)
5. 政教分離の原則 (国家と宗教の分離の原則) p66～68
  - (1) 国家と宗教の分離 p66
  - (2) 制度的保障 p66
  - (3) 判断枠組み p66～68
    - [論点 1] 目的効果基準 (1) (津地鎮祭事件: 憲法 20 条 3 項)
    - [論点 2] 目的効果基準 (2) (愛媛玉串料事件: 憲法 20 条 3 項・89 条前段)
    - [論点 3] 総合衡量型 (1) (空知太神社事件: 憲法 20 条 1 項後段・89 条前段)
    - [論点 4] 総合衡量型 (2) (空知太神社事件: 憲法 20 条 1 項後段・89 条前段)
    - [論点 5] 少数者の信教の自由に配慮してなされるべき行為の政教分離原則適合性の判断の仕方
6. 宗教的プライバシー (宗教的人格権) p68

## 第 9 章 学問の自由 p69～71

1. 保障の趣旨 p69
2. 「学問」の意義 p69
3. 保障の内容 p69～70
  - 学問研究の自由 / 研究結果の発表の自由 / 教授の自由
4. 国家の助成制度 p70
5. 大学における学問の自由 p70
6. 大学の自治 p70～71

7. 大学における学生の地位 p71

[論点 1] 大学における学生の集会 (東大ポポロ事件・最大判 S38.5.22・百 I 86)

第 10 章 表現の自由 p72~96

第 1 節. 総論 p72

1. 表現の自由の意義・価値
2. 萎縮効果除去の要請
3. 違憲審査基準を定立する際の考慮要素

第 2 節. 表現の自由と国家による援助 p73

[判例 1] 公立図書館の図書廃棄事件 (最判 H17.7.14・百 I 70)

第 3 節. 表現の自由の制約 p74~77

1. 二重の基準の理論 p74
  2. 明確性の理論 p74~75
  3. 事前抑制/事後抑制 p75~76
- [論点 1] 「検閲は、これをしてはならない」の意味 (税関検査事件・最大判 S59.12.12・百 I 69)
- [論点 2] 名誉毀損を理由とする裁判所による出版物の頒布等の差止め (北方ジャーナル事件・最大判 S61.6.11・百 I 68)
- [論点 3] プライバシー侵害を理由とする裁判所による出版物の頒布等の差止め (週刊文春記事差止事件・東京高決 H16.3.31)
4. 表現内容規制/表現内容中立規制 p76~77
  5. 直接的制約/間接的・付随的制約 p77

[論点 4] 表現行為を理由とする不利益取扱い

第 4 節. 表現の自由の類型 p78~92

1. 知る自由・知る権利 p78~79
  - (1) 知る自由 p78

[論点 1] 憲法上の保障 (よど号ハイジャック記事抹消事件・最大判 S58.6.22・百 I 14)

[論点 2] 違憲審査基準 (青少年保護のための有害図書規制) (岐阜県青少年保護育成条例事件・最判 H 元.9.19・百 I 50  
: 伊藤正己裁判官の補足意見)
  - (2) 知る権利 p79

[論点 1] 憲法上の保障 (博多駅事件・最大判 S44.1.26・百 I 73)
2. 筆記行為の自由 p79~80

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準 (レペタ事件・最大判 H 元.3.8・百 I 77)
3. アクセス権 p80

[論点 1] アクセス権の根拠 (サンケイ新聞事件・最判 S62.4.24・百 I 82)
4. 報道の自由・取材の自由 p80~82
  - (1) 報道の自由 p80

[論点 1] 憲法上の保障 (博多駅事件・最大判 S44.1.26・百 I 73)
  - (2) 取材の自由 p81~82

[論点 1] 憲法上の保障 (博多駅事件・最大決 S44.11.26・百 I 73)

[論点 2] 地方裁判所による取材結果の提出命令 (博多駅事件)

[論点 3] 捜査機関による取材結果の差押え (TBS 事件・最決 H2.7.9・百 I 74)

[論点 4] 「職業の秘密」を理由とする証言拒絶 (NHK 記者証言拒絶事件・最決 H18.10.3・百 I 71)
5. 放送の自由 p82
6. 政治的表現の自由 p82~83

[判例 1] 自衛隊官舎ビラ配布事件 (最判 H20.4.11・百 I 58)
7. 低価値表現 (無価値表現) p83~92
  - (1) せん動 p83

(2) わいせつ表現 p83～85

[判例 1] チャタレイ事件 (最大判 S32.3.13・百 I 51)

[判例 2] 「悪徳の栄え」事件 (最大判 S44.10.15・百 I 52)

[判例 3] 第 2 次メイプルソープ事件 (最判 H20.2.19・H20 重判 6)

(3) 名誉毀損表現 p85～88

ア. 刑事責任

(ア) 公共利害事実

(イ) 公益目的

(ウ) 真実性の証明

[論点 1] 真実性の錯誤 (「夕刊和歌山時事」事件・最大判 S44.6.25・百 I 64)

[論点 2] 「現実の悪意」論

[論点 3] 対抗言論の法理

[論点 4] インターネット上の表現による名誉毀損罪の免責要件 (名誉毀損被告事件・最決 H22.3.15・H22 重判 8)

イ. 民事責任

[論点 1] 不法行為責任の免責要件 (最判 S41.6.23)

[論点 2] 公正な論評の法理 (長崎教師批判ビラ事件・最判 H 元.12.21・百 I 66 等)

[論点 3] 配信サービスの抗弁 (ロス疑惑配信記事訴訟・最判 H14.1.29 等)

(4) プライバシー侵害 p88

(5) ヘイト・スピーチ (差別的憎悪言論) p88～89

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準

(6) 営利的言論 p89

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準

(7) 象徴的言論 p89～90

(8) 虚偽表現 p90

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準

8. インターネット異性紹介事業 p90～91

9. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p91～92

(1) ビラ配布

(2) ビラやポスターの貼付

10. 消極的表現の自由 p92

[論点 1] 憲法上の保障・制約・違憲審査基準

第 5 節. 集会の自由・集団行動の自由・結社の自由・通信の自由 p93～96

1. 集会の自由 p93～94

[論点 1] 集会のために公共施設を利用する権利

[論点 2] 明らかな差し迫った危険の基準 (泉佐野市民会館事件・最判 H7.3.7・百 I 81)

[論点 3] 敵意ある聴衆の法理 (上尾市福祉会館事件・最判 H8.3.15)

[論点 4] 暴走族の集会に対する事後的かつ段階的規制 (広島市暴走族追放条例事件・最判 H19.9.18・百 I 84)

2. 集団行動の自由 p94～96

[判例 1] 新潟県公安条例事件 (最大判 S29.11.24・百 I 82)

[判例 2] 東京都公安条例事件 (最大判 S35.7.20・百 I A8)

3. 結社の自由 p96

4. 通信の秘密 p96

第 11 章 経済的自由 p97～106

第 1 節. 職業の自由 p97～100

1. 保護領域 p97

2. 違憲審査基準 p97～98

[論点 1] 職業規制に関する違憲審査基準についての判例理論（薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I 92）

[論点 2] 上記の判例理論の適用

3. 判例 p98～100

[判例 1] 薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）

[判例 2] 酒類販売免許制事件（最判 H4.12.15・百 I 94）

[判例 3] 医薬品ネット販売事件（最判 H25.1.11・百 II A19）

第 2 節. 居住・移転の自由／国籍離脱の自由 p101～102

1. 居住・移転の自由 p101～102

[論点 1] 一時的な移動の自由（旅券発給拒否処分事件・最判 S60.1.22・伊藤正己裁判官の補足意見）

[判例 1] ハンセン病訴訟（熊本地判 H13.5.11・百 II 192）

2. 国籍離脱の自由 p102

第 3 節. 財産権 p103～106

1. 憲法 29 条 1 項・2 項 p103～104

[論点 1] 既得の具体的財産権の制限

[論点 2] 財産権の内容形成の限界

2. 損失補償 p140～106

[論点 1] 憲法 29 条 2 項に基づく財産権の制限に対する補償の要否

[論点 2] 補償の要否の判断基準

[論点 3] 消極目的規制に対する補償の要否（河川附近地制限令事件・最大判 S43.11.27・百 I 102 等）

[論点 4] 「正当な補償」の意味（農地改革事件・最大判 S28.12.23・百 I 100）

[論点 5] 直接憲法に基づく補償の請求（河川附近地制限令事件・最大判 S43.11.27・百 I 102）

第 1 2 章 人身の自由と手続的権利 p107～108

1. 奴隷的拘束・苦役からの自由 p107

2. 適正手続 p107～108

[論点 1] 憲法 31 条の保障内容

[論点 2] 適正手続の内容（第三者所有物没収事件・最大判 S37.11.28・百 II 107）

[論点 3] 行政手続と憲法 31 条（成田新法事件・最大判 H4.7.1・百 II 109）

3. 被疑者の権利 p108

[論点 1] 行政手続と憲法 35 条（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百 II 114）

4. 被告人の権利 p108

[論点 1] 行政手続と憲法 38 条 1 項（川崎民商事件（最大判 S47.11.22・百 II 114）

第 1 3 章 国務請求権 p109

1. 請願権

2. 裁判を受ける権利

3. 国家賠償及び刑事補償請求権

[論点 1] 立法行為・立法不作為の国家賠償法上の「違法」（1）（在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・最大判 H17.9.14・百 II 147）

[論点 2] 立法行為・立法不作為の国家賠償法上の「違法」（2）（女子再婚禁止期間事件・最大判 H27.12.16・百 I 28）

第 1 4 章 参政権 p110～113

[論点 1] 選挙権又はその行使を制限する法令の違憲審査基準（在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・最大判 H17.9.14・百 II 147）

[論点 2] 公職選挙に立候補する自由（三井美唄炭鉱労組事件・最大判 S43.12.4・百 II 144）

[論点3] 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の広い裁量（最大判 H11.11.10・百II152）

[論点4] 選挙運動の自由の制限（戸別訪問禁止事件・最判 S56.7.21・百II158・伊藤正己裁判官補足意見）

[論点5] 議員定数不均衡（最大判 S51.4.14・百II148、最大判 H23.3.23・百II153、最大判 H25.11.20・H25重判1）

## 第15章 社会権 p114～124

### 第1節. 生存権 p114～120

#### 1. 生存権の二つの側面 p114

#### 2. 生存権の問題類型 p114～120

##### (1) 立法 p114～p117

##### ア. 生存権の給付請求権としての側面の侵害

[判例1] 生活保護老齢加算廃止訴訟（最判 H24.2.28・百II135）

##### イ. 生存権の自由権的側面の侵害

[論点1] 立法による作為的な介入により国民の「最低限度の生活」が脅かされる場合

##### (2) 立法不作為 p117

[判例2] 学生無年金障害者訴訟（最判 H19.9.28・百II134）

##### (3) 行政権による具体化立法の違憲的な解釈・適用 p117～120

[論点2] 生活保護法の受給要件を満たさないことを理由とする生活保護認定申請却下処分（平成22年司法試験）

### 第2節. 教育を受ける権利 p121～123

#### 1. 教育を受ける権利の主体 p121

#### 2. 教育を受ける権利の3つの側面 p121

#### 3. 教育内容決定権の所在 p121～123

[判例1] 旭川学力テスト事件（最大判 S51.5.21・百II136）

[判例2] 伝習館高校事件（最判 H2.1.18・百II141）

#### 4. 義務教育の無償 p123

### 第3節. 労働基本権 p124

#### 1. 労働基本三権とは

#### 2. 労働基本三権の内容

#### 3. 労働基本三権の性格

#### 4. 労働基本三権の制限

#### 5. 消極的団結権

## 第16章 国民の三大義務 p125

## 第3部 統治機構

### 第1章 権力分立 p127

#### 1. 権力分立

#### 2. 政党

### 第2章 国会 p128～137

#### 第1節. 国会の地位 p128～131

##### 1. 国民の代表機関 p122

[論点1] 「全国民で代表」の意味

##### 2. 自由委任と党議拘束 p128

[論点1] 党議拘束と自由委任の関係

3. 国権の最高機関 p128～129

[論点 1] 「最高機関」意味

4. 唯一の立法機関 p129～131

(1) 「立法」の意味

[論点 1] ・実質的意味の立法

[論点 2] 処分的法律（措置法）

(2) 「唯一」の意味

[論点 1] 内閣の法律案提出

[論点 2] 最高裁判所の法律案提出権

[論点 3] 委任立法の可否・限界

第2節. 国会の組織と活動 p131～132

1. 二院制 p131～132

2. 選挙制度 p132

3. 国会議員の地位 p132

[論点 1] 免責特権による免責範囲（病院長自殺国賠訴訟・最判 H9.9.9・百II 170）

4. 国会議員の権能 p132

第3節. 国会の活動 p133～137

1. 会期 p133

2. 衆議院の解散 p133

3. 参議院の緊急集会 p133

4. 会議の原則 p133

5. 国会の権能 p133～135

[論点 1] 条約と法律の優劣関係

[論点 2] 条約と憲法の優劣関係

[論点 3] 条約の違憲審査（砂川事件・最大判 S34.12.16・百II 163）

[論点 4] 国会の承認を得られなかった条約の効力

[論点 5] 国会の条約修正権

6. 議院の権能 135～137

(1) 議院規則制定権 p135

[論点 1] 国会法と議院規則との効力上の優劣関係

(2) 国政調査権 p135～137

[論点 1] 国政調査権の性質

[論点 2] 司法権との関係

[論点 3] 検察権との関係（日商岩井事件・東京地判 S55.7.24・百II 171）

[論点 4] 一般行政権との関係

[論点 5] 人権との関係

第3章 内閣 p138～140

1. 行政権と内閣 p138～139

[論点 1] 独立行政委員会の合憲性（憲法 65 条との関係）

[論点 2] 独立行政委員会の合憲性（憲法 41 条後段との関係）

[論点 3] 独立行政委員会の合憲性（憲法 76 条との関係）

2. 内閣の組織と権能 p139～140

3. 議院内閣制 p140

[論点 1] 衆議院の解散の実質的決定権の帰属

## 第4章 裁判所 p141～145

### 1. 司法権の意味と範囲 p141～144

- (1) 司法権の概念 p141
- (2) 法律上の争訟 p141～142
- (3) 司法権の限界 p142～144

- ア. 自律権に属する行為
- イ. 自由裁量行為
- ウ. 統治行為

[論点1] 統治行為の論拠と範囲・限界

- エ. 団体の内部事項に関する行為

[論点1] 外在的制約論 (最大判 R2.11.25)

[判例1] 市議会議員出席停止事件 (最大判 R2.11.25)

### 2. 裁判所の組織と権能 p144～145

- (1) 最高裁判所裁判官の国民審査 p144

[論点1] 国民審査の性質

- (2) 最高裁判所規則制定権 p145

[論点1] 規則の所轄事項を法律で定めることの可否 (最大判 S30.4.22・百II207)

[論点2] 規則と法律の優劣

### 3. 司法権の独立 p145

## 第5章 財政 p146～148

### 1. 財政民主主義 p146

### 2. 租税法律主義 p146

[論点1] 租税法律主義の適用範囲 (旭川市国民健康保険条例事件・最大判 H18.3.1・百II196)

### 3. 予算 p146～147

[論点1] 予算の法的性質

[論点2] 予算の増額修正

### 4. 決算審査 p147

### 5. 公金支出の禁止 p147～148

[論点1] 憲法89条後段の「公の支配」の意義

## 第6章 地方自治 p149～152

### 1. 総説 p149

### 2. 地方自治の本旨 p149

### 3. 地方公共団体の機関 p149

### 4. 条例 p149～152

[論点1] 自主条例による財産権の規制 (奈良県ため池条例事件・最大判 S38.6.26・百I98)

[論点2] 自主条例による罰則の設定 (最大判 S37.5.30・百II208)

[論点3] 自主条例による課税

[論点4] 「法律の範囲内」(徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百I83)

[判例1] 徳島市公安条例事件 (最大判 S50.9.10・百I83)

[判例2] 神奈川県臨時特例企業税事件 (最判 H25.3.21・百II201)

### 5. 地方自治特別法 p152

## 第7章 憲法の保障 p153～158

### 1. 違憲審査制 p153～156

(1) 違憲審査権の根拠 p153

(2) 違憲審査権の性格 p153

[論点1] 違憲審査権の性格（警察予備隊違憲訴訟・最大判 S27.10.8・百II187）

(3) 付随的違憲審査制の特質 p153

(4) 合憲限定解釈 p153～154

[論点2] 合憲限定解釈の限界（要件）（税関検査事件・最大判 S59.12.12・百I69）

(5) 違憲審査の主体 p154

[論点3] 下級裁判所による違憲審査の可否（ヤミ米販売事件・最大判 S25.2.1）

(6) 違憲主張の適格 p154～155

[論点4] 法令中の他の規定・法令全体の違憲主張

[論点5] 第三者の憲法上の権利が現実に侵害される場合（第三者所有物没収事件・最大判 S37.11.28・百II107）

[論点6] 第三者の憲法上の権利の侵害の可能性がある場合（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百I83：高辻正己裁判官の意見）

(7) 違憲判断の方法と判決 p155～156

[論点7] 判決で違憲とされた法律の効力

### 2. 憲法改正 p156～157

[論点1] 内閣の憲法改正発案権

[論点2] 憲法改正の限界

### 3. 憲法の変遷 p157～158

[論点1] 憲法の変遷



## 第1部 総論

### 第1章 憲法の立憲主義

C 基礎応用 1~2 頁

#### 1. 憲法とは

憲法とは、国家統治の基本を定めた国家の基礎法である。

国家統治の基本は、いつの時代でも国家権力であり、この国家権力によって幾度となく国民の権利・自由が不当に侵害されてきた。

典型的には、国家が法律を制定し、それを国民に適用する形で、国民の権利・自由が制約されるのであり、その制約が不当な侵害に至らないよう、国家権力を縛る必要がある。

国家権力を制限して国民の権利・自由が守ることが、憲法の最たる役割であり、これを立憲主義的な憲法という（憲法により国家権力を制限し、憲法に基づいた政治を行うことを、立憲主義という。）。

日本国憲法は、立憲主義的な憲法と、統治機構について定める部分に大別することができ、前者については主として第2部で、後者については主として第3部で取り上げる。

#### 2. 法の支配

法の支配とは、専断的な国家権力による支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である。

法の支配の内容として重要なものは、①憲法の最高法規性の観念、②権力によって侵されない個人の人權、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続、④権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重、などだと考えられている。

### 第2章 国民主権の原理

B 基礎応用 5~8 頁

#### 1. 国民主権

国民主権の原理は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威が国民に存することを意味する。

これには、①権力的契機（国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使すること）と、②正当性の契機（国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存すること）という2つの要素が含まれている。

#### 2. 代表民主制

民主主義は、主権者である国民による政治の実現を理想とするものであり、この理想を最高度を実現するものとしては、国民が国民代表である議会（国会）を媒介しないで直接に政治を行う直接民主制が考えられる。

しかし、全国民で集まって国政について審議・決定することは現実的に不可能であるし、仮にそれが可能であっても全国民が自ら直接に国政について審議・決定できるだけの政治的素養を備えているとは限らない（その結果、その時々のお雰囲気によって国政について決定してしまう危険性もある）。

そこで、日本国憲法では、原則として、直接民主制をとらず、国民の中から自らの代表者（国会議員）を選び、その代表者が国民に代わって国政を担当する代表民主制（間接民主制）が採用されている（憲法前文1段、43条1項）。

### 第3章 平和主義

…略…

C 基礎応用 9～10 頁

## 第2部 基本的人権

### 第1章 問題処理の基本とコツ

#### 第1節. 基本的人権が問題となる典型事例

A 基礎応用 11~15 頁

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、飲食店全般を対象として、20時以降の酒類の提供を一律に禁止し、違反者には営業停止処分等の制裁を科すことができる旨の法律 A が制定された。

個人で居酒屋を営む X が自店で 20 時以降も酒類を提供していたことを理由として、営業停止 1 か月間の処分を受けた。

なお、X が 20 時以降に客に酒類を提供していたのは 1 か月に 2~3 日ほどであり、いずれも店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯であった。

#### 1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するかが問題となる

基本的人権の問題は、典型的には、case1 のように、国家が国民の自由に対して法令の制定又はその適用行為によって介入する場合に、法令やその適用行為は国民の基本的人権を侵害するものとして憲法違反（=違憲）ではないかという形で生じるものである（あくまでも典型事例にすぎず、基本的人権の侵害事例の類型は他にもある。）。

X は、弁護士に依頼して、国側を被告として、営業停止期間満了前であれば営業停止処分の取り消しを、営業停止期間満了後であれば営業停止期間中の逸失利益（営業していれば得られたであろう利益）の賠償を求めて、裁判所に訴えを提起して、営業停止処分の違法性を基礎づけるために、（1）飲食店全般を対象とする 20 時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律 A 自体が飲食店の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反する、（2）仮に法律 A 自体が合憲であっても、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎない X に法律 A を適用して営業停止処分をすることは X の営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反すると主張する。

X の主張とこれに対する国側の反論を踏まえて、裁判所が、法律 A 自体と法律 A の適用行為としての本件営業停止処分の双方について、飲食店や X の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するかどうかを審査することになる。この審査は、違憲審査（又は合憲性審査）と呼ばれるものである。

#### 2. 違憲審査の流れ

##### （1）問題となっている自由が憲法上の基本的人権として保障されるか

まず、法律 A や本件営業停止処分によって干渉されている X の自由を特定した上で、それが「憲法上の基本的人権として保障」されているか否かを検討することになる。干渉されている X の自由は、自らが経営する飲食店で酒類を提供する自由（以下、「酒類提供の自由」という）であり、これは、営業の自由に属するものである。

憲法 22 条 1 項は、「職業選択の自由」については明文で定めているが、営

業の自由については明文で定めていない。そこで、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして憲法 22 条 1 項によって保障されるかが問題となる。この点について、判例は肯定説に立っているから、X の酒類提供の自由も「職業選択の自由」の一環として憲法 22 条 1 項によって保障される。

## (2) 国家の干渉が基本的人権に対する「制約」に当たるか

次に、法律 A や営業停止処分が、X の酒類提供の自由に対する「制約」と評価するに値するのかが問題となる。

仮に国家による国民の自由に対する干渉が自由権に対する「制約」に当たる場合には、その「制約」には憲法的正当化が要求され、憲法的正当化が認められなければ違憲となる（法律であれば、少なくとも当該事案では無効となり当該事案への適用が否定されるとともに、通常は国会で廃止又は改正される）。そのため、国家による自由権に対する干渉がことごとく自由権の「制約」と評価されるのではなく、「制約」と評価される干渉はある程度限定されるべきである。<sup>1)</sup>

法律 A も本件営業停止処分も、その法律効果として X の酒類提供の自由をダイレクトに禁止するものだから、問題なく、X の酒類提供の自由に対する制約に当たる。

## (3) 制約の憲法的正当化

人権も、内心の自由など一部の人権を除き、「公共の福祉」による制約に服する（一般規定：憲法 12 条後段・13 条後段 個別規定：憲法 22 条 1 項・憲法 29 条 2 項）。

酒類提供の自由を制約している法律 A や本件営業停止処分の憲法的正当化の可否について、「公共の福祉」による制約として許容されるか否かを検討することになる。

なお、制約の正当化の観点、形式的観点と実質的観点に分類されるが、ここでは試験でほぼ毎回出題される実質的観点についてのみ取り上げる。

### ア. 違憲審査基準の定立

#### (ア) 目的手段審査

実質的観点では、目的と手段の双方から合憲性を検討する違憲審査基準と呼ばれる基準を定立した上で、問題となっている法令やその適用行為について、目的と手段の双方から合憲性を検討することになる（これを、目的手段審査という）。

違憲審査基準を用いた目的手段審査では、法律を対象とする場合であれば、法律がある基本的人権を制約している目的（＝立法目的）が合憲であるかと、当該制約が立法目的を達成する手段として合憲であるかを審査することになる。

#### (イ) 審査の厳格度

目的と手段の合憲性をどれくらい厳格に審査するのか（＝違憲審査基準の厳格度）は、事案によって異なるため、事案ごとに違憲審査基準の厳格度を決定する必要がある。

典型的には、基本的人権の性質（主に重要性）と制約の態様（主に強度）の 2 点から、違憲審査基準の厳格度を決定することになる。

例えば、ある法律が、重要な人権に対する強度な制約である場合には、

目的審査と手段審査の厳格度は一致する。

<sup>1)</sup> 直接的な干渉のみならず間接的な干渉も制約と評価されるかをはじめとして、いかなる干渉までが「制約」と評価されるのかは、人権によって微妙に異なる。

その法律の合憲性は、厳格に審査される。反対に、問題となっている人権がさほど重要でないことや、人権に対する制約の強度が弱いことは、緩やかに審査すべきという方向で評価される（職業規制である case1 では、主として「制約の目的」と「規制の目的」が考慮されることになるが、ここでは割愛し、第 11 章で説明する）。<sup>2)</sup>

#### (ウ) 「厳格な基準」と「緩やかな基準」

憲審査基準は、「厳格な基準」と「緩やかな基準」に大別される。「厳格な基準」では、目的が必要不可欠又は重要であること、手段が目的達成にとって有効かつ必要であることが要求される。「緩やかな基準」では、目的が正当であることで足り、手段も目的達成にとって有効であれば足り（厳密には、制約によって得られる利益と失われる利益の均衡も必要である）、必要性までは要求されない。

手段審査における有効性とは、基本的人権を制約していること（制約していること自体だけでなく、制約の仕方も含む）が制約目的を達成する手段として役に立つことを意味し、手段審査における必要性とは、制約目的を達成できるより制限的でない（基本的人権に対する干渉が弱い）他の選び得る手段が存在しないことを意味する。

#### イ. 違憲審査基準の適用（当てはめ）

例えば、法律 A 自体の憲法的正当化の審査において、「厳格な基準」を用いる場合には、目的審査では、新型コロナウイルスの感染拡大を防止することで国民の生命・健康を守るという立法目的が重要であるか否かを審査することになる（なお、人権ごとに違憲審査基準の厳格度の上限が決まっており、職業規制では、必要不可欠まで要求されることはない）。手段審査では、飲食店における 20 時以降の酒類提供を制裁付きで禁止することが立法目的を達成するうえで役に立つか（ここでは、20 時以降の酒類提供が感染拡大につながるか否か、制裁付きでそれを禁止することで 20 時以降の酒類提供を抑止できるか否かの 2 点が問題となる）と、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段の存否（例えば、客席の間隔を一定程度保ったり、客席の間に一定サイズの間仕切りを設置することを義務付けるなどの手段により、感染拡大を防止できるか否か）が問題となる。

#### ウ. 結論

以上の審査を経て、目的審査と手段審査の双方をクリアできたなら、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものではなく、憲法 22 条 1 項に違反しないから、合憲である。

これに対し、目的審査と手段審査のどちらかをクリアできない場合には、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして、憲法 22 条 1 項に違反し、違憲である。

### 3. 法令違憲審査と適用違憲審査

違憲審査には、法令自体の違憲性を審査する法令違憲審査と、法令の適用行為に固有の違憲性を審査する適用違憲審査とがある（適用違憲の正確な意味については、基礎応用講義で説明する）。

例えば、case1 における X の主張のうち、(1) 飲食店全般を対象とする 20

<sup>2)</sup> 平等権（憲法 14 条 1 項）、職業の自由（憲法 22 条 1 項）など、違憲審査基準の厳格度を決定する際の考慮要素が典型的な考慮要素と異なる人権もある。

時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律 A 自体が飲食店の営業の自由を侵害するから「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するとの主張は、法令違憲審査に関する主張であり、(2) 仮に法律 A 自体が合憲であっても、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎない X に法律 A を提供して営業停止処分を X の営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するとの主張は、適用違憲審査に関する主張である。

法令違憲審査では、法令の仕組みそのものを対象として、その違憲性を審査するため、登場人物 (case1 の X) に関する固有事情を直接用いることはできない。例えば、手段審査において、X による 20 時以降の酒類提供は、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に限るというものであるため、感染拡大の危険性は小さいから、X に対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないと論じることはできないのである。これは、適用違憲審査で直接取り上げるべき事情である。

すなわち、適用違憲審査では、仮に法律 A 自体が合憲であったとしても、上述の X の事情からすれば、X に対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないといえるから、X の酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲であると論じることが可能である。<sup>3)</sup>

#### 4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」

違憲審査基準のうち目的手段審査は、典型的には次のように分類される。<sup>4)</sup>

<b>厳格な審査</b>	(厳格審査の基準)
	<p>①目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的を達成するために必要最小限度のものでなければ、違憲である。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる (つまり、立法事実を根拠として、保護法益が必要不可欠である、手段が必要最小限度であると心象形成できなければならならず、観念上の想定でそのように心象形成できるだけでは足りない)。</p>
	(厳格な合理性の基準 - 中間審査の基準)
	<p>①目的が重要であり、かつ、②手段が目的との間で実質的関連性を有するものでない限り、違憲である。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。</p>

実質的関連性の基準ともいう。

<sup>3)</sup> 厳密には、適用違憲審査は、法令自体が合憲でもそれが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるといえるか否かを審査するものであるから、法令の適用行為に固有の違憲性を問題としているわけではなく、法令が適用された当該事件の当事者に関する事情も考慮する形で、法令のうち違憲的に適用される部分 (=法令の違憲的適用部分) の有無を問題にしているのである。

<sup>4)</sup> 人権ごとに、違憲審査基準の厳格度の標準 (ベースライン)、下限及び上限が決まっているから、論文試験ではそれを守る必要がある。例えば、表現の自由 (憲法 21 条 1 項) では、厳格な合理性の基準 (中間審査の基準) がベースラインとなるから、明白の原則まで緩やかになることはない。反対に、職業の自由 (憲法 22 条 1 項) では、厳格度の上限は厳格な合理性の基準であるから、それよりも厳格である厳格審査の基準が用いられることはない。

緩やかな審査	<p>(合理的関連性の基準 - 合理性の基準)</p> <p>①目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的との間で合理的関連性を有するなら、合憲である。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない(観念上の想定で、保護法益が正当な利益である、手段が合理的関連性を有すると心証形成できれば足りる)。</p> <p>(明白の原則)</p> <p>目的・手段のいずれかが著しく不合理であることが明白である場合に限り、違憲となる。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない。</p>
--------	---

## 第2節. 違憲審査の枠組み

### 第1. 違憲審査の基本的な枠組み

以下では、法令の違憲審査の基本的な枠組みについて取り上げる。

A 基礎応用 16～17 頁

#### 1. 三段階審査論

違憲審査の手法の代表的なものとしては、三段階審査がある。三段階審査は、防御権又は防御権的に構成できる権利に対する制約の正当化審査に際して用いられるものである。三段階審査では、以下の手順により違憲審査が行われる。

①問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか

①を抽出する際には、制約から考える。

➡基本権によって保護された行為・状態の領域を画定する段階（基本権の保護領域）

②①に対する制約があるか

➡基本権の保護領域に介入し基本権を制限する国家行為を確認する段階（基本権制限）

③制約の正当化（形式的観点・実質的観点）

➡憲法的正当化の観点は、形式的観点・実質的観点到に分類される<sup>1)</sup>

違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査は、③制約の正当化の観点のうち、実質的観点到に属する

#### 2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

全ての事案類型に妥当する枠組みではないが、「表現の自由」をはじめとする一部の人権に妥当する違憲審査の基本的な枠組みであると考えられている。

#### 3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係

判例は、多くの場合、違憲審査の手法として、「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量する」という「利益衡量」論を採用しており、「違憲審査基準」そのものは採用していないと理解されている。

最高裁は、違憲審査基準っぽい基準を定立することもあるが、それは大きな判断枠組みである「利益較量」による判断の指標として言及されているものにすぎないと理解されている。

もっとも、司法試験委員会は、「保障⇒制約⇒違憲審査基準の設定⇒当てはめ」を違憲審査の基本的な枠組みであると理解している。

そこで、学説が違憲審査基準を採用している領域では、利益較量論に立っている判例を「違憲審査基準の定立・適用」という枠組みに引き直して理解・使用することになる。

#### 4. 違憲審査の基本形

##### (1) 憲法上の保障

・問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか。

<sup>1)</sup> 形式的観点としては、㉞法律の留保原則、㉟委任立法の限界、㊱条例と法律の関係（憲法 94 条）、㊲憲法の法律留保事項（憲法 29 条 2 項・31 条・84 条）、㊳規範の明確性（明確性の原則・過度の広汎性の原則）及び㊴検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）の 6 つが挙げられる。

## (2) 制約

- ・ 国家の干渉（国家の介入行為）が（1）の権利に対する制約といえるほど強いものか。

## (3) 制約の正当化

### ア. 形式的観点

- ・ 明確性の原則・過度の広汎性の原則といった形式的観点は、実質的観点に先立って検討する。
- ・ 形式的観点から違憲との結論に達した場合でも、実質的観点についても検討する。

### イ. 実質的観点

- ・ 違憲審査基準の厳格度は、①権利の性質と②制約の態様を基本的な考慮要素としつつ、場合によっては③立法裁量を尊重すべき例外的事情の有無も考慮することにより判断される。違憲審査基準の厳格度と立法裁量を尊重すべき要請とは逆相関の関係にあり、違憲審査基準の厳格度は①～③により立法裁量を尊重すべき要請の有無・程度を明らかにすることにより決せられる。
- ・ 厳格審査・中間審査の基準における手段審査については、適合性・必要性の2要件で理解し、相当性（狭義の比例性）を独立の要件としない見解もある。試験対策としては、(i)原則として適合性・必要性だけで審査し、相当性としてでなければ評価することができない事情がある事案に限って相当性まで審査する、(ii)相当性まで審査する場合であっても、適合性⇒必要性⇒相当性という流れで審査する、と理解するべきである。

## 第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

A 基礎応用 18～24 頁

### 1. 問題提起

平成30年・令和1年司法試験における新しい出題形式（法律意見書形式）では、設問において、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、本法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確」にするようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利（生の権利）、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

### 2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか

#### (1) 条文の文言、人権の定義、当該条文の保障内容に形式的に該当するか

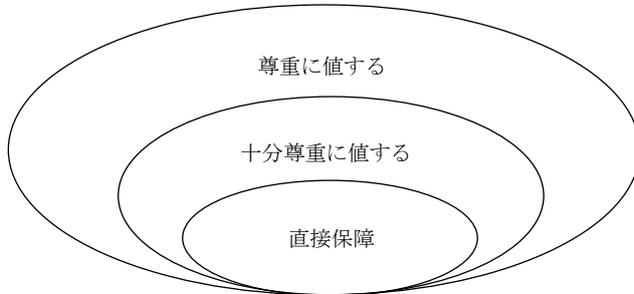
- ・ 形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示した上で、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・ 形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・ 形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

## (2) 保障の程度

憲法上保障される権利（利益）は、①憲法〇条により直接保障される権利、②憲法〇条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値する権利、③憲法〇条の趣旨（精神）に照らし尊重に値する権利に大別される。

保障の程度は、「①>②>③」となる。

①につき、保障の中核に属する権利（利益）と保障の外延（周辺）に属する権利（利益）という分類も観念し得る。



## 3. 上記2の権利（利益）に対する制約

人権によっては、間接的・付随的制約（あるいは、事実上の制約）であっても、正当化が要求される憲法上の権利（利益）に対する「制約」が肯定される。

## 4. 違憲審査基準の定立

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質（重要性が中心）や制約の態様（強度が中心）を考慮して決定される。

法令違憲審査であれば、これらの要素を考慮することにより、違憲審査基準の厳格度と逆の相関の関係に立つ立法裁量を尊重すべき要請の程度を明らかにすることを通じて、違憲審査基準の厳格度を決するわけである。

その際、判例・学説を無視して適当に権利の性質や制約の態様の足し算（掛け算）をするのではなく、判例・学説を踏まえて権利の性質や制約の態様を考慮する必要がある。

### (1) 権利の性質

権利の重要性が中心的な考慮要素となるが、これに限られない。

例えば、思想良心の自由（憲法 19 条）や信教の自由（憲法 20 条）、学問の自由（憲法 23 条）では、保障の趣旨（沿革等）にも言及するのが望ましい。

### (2) 制約の態様

㊦制約の態様では、具体的な規制の態様には言及しないで、事前／事後規制、直接的／間接的付随的制約、表現内容／表現内容中立規制といった判例・学説により類型化された規制態様を考慮することと定める。

➡具体的な規制態様（例えば、禁止範囲の広さ、罰則による禁止など）は、主として、手段必要性の審査の段階で取り上げる。

㊧規制の必要性（あるいは反対利益の重要性）を理由として違憲審査基準の厳格度を下げるという論法を、安易に採用するべきではない。

➡仮にこれらも考慮するのであれば、人権の性質や制約の態様に絡めて考慮すべきである。

### (注) 違憲審査基準の厳格度に関する原則論・判例学説の相場を守る

➡判例・学説上、人権・事案類型ごとに原則的な違憲審査基準の厳格度とその上限が決まっている。

例えば、表現内容規制には原則として厳格審査基準が適用されるから、事案特性を踏まえて中間審査基準以下まで下げる場合には、まずは表現内容規制には厳格審査基準が適用されることをその根拠とともに明示した上で、その根拠の全部又は一部が妥当しないことなどを理由として中間審査基準以下まで下げることができないのかを論じることになる。

また、職業規制で厳格審査基準を用いることなど、違憲審査基準の厳格度の上限（相場）から逸脱することのないよう注意する。

## 5. 違憲審査基準の適用

違憲審査基準を正しく適用するためには、厳格度が異なる違憲審査基準ごとに目的・手段審査の内容を正確に理解する必要がある。

### (1) 厳格審査の基準

厳格審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的を達成するために必要最小限度のものでなければ、違憲である。

#### ア. 目的

①必要不可欠な利益は、他の基本的人権のレベルの利益であると考えることが可能である。もっとも、必ずしも他者の人権である必要はない。例えば、判例によれば、選挙の公正を確保することも含まれる。

➡厳格審査の基準・中間審査の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。

(例1) 目的審査では、例えば、ある法令が、「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」が公開されることにより「子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪が誘引されるおそれがある」という想定に立ち、他者のプライバシー保護を規制目的として「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」の公開を禁止している場合、「他人の家の様子など生活ぶり」に関するプライバシーの保護という規制目的の必要不可欠性や重要性は、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害される⇒子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがある」という因果関係により基礎づけられている。そのため、上記因果関係について立法事実による支持が必要とされ、仮に立法事実による支持がない場合、規制目的の必要不可欠性や重要性を評価する際には、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害されても、子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがあるとはいえない」ということを前提にすることになる。

(例2) ある法令が「社会的混乱」を防止することを規制目的として、「公共利害関係事実について虚偽表現を流布すること」を罰則により禁止しており、問題文に、立法過程で考慮された事実として「過去に、〇〇という公共利害関係事実に関する虚偽表現が流布されたことにより△△という大きな混乱が生じた」ことが記載されている場合には、当該過去の事実は、目的審査において、防止しようとしている「社会的混乱」の中身を明らかにするために用いることができる。厳格審査の基準・中間審査の基準では、立法事実を根拠とする心証形成が必要とされるため、「社会的混乱」はこういった内容・規模

のものであるということについて、観念上の想定として認められるのでは足りず、立法事実を根拠として認められる必要がある。その上で、立法事実を根拠として明らかとなった内容・規模の「社会的混乱」を防止するという目的が必要不可欠といえるか・重要といえるかについて評価を下すことになる。<sup>2)</sup>

## イ. 手段

②手段の必要最小限度性は、当該手段が立法目的を達成するための唯一の手段であることを意味する。具体的には、⑦手段の適合性が認められることに加え、④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が存在しないことが必要とされる（このように、目的と手段の間に必要不可欠の関係が要求される）。④を手段必要性という。

### (ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。そして、(i)については、「科学的な証明」というレベルでの立法事実による支えが要求される。

### (イ) 手段必要性

④手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

中間審査基準との違いは、目的を達成するための「唯一」の手段であることまで要求されるという点にある。すなわち、(iii)他の手段の有効性としては、立法目的を達成できただけで足り、争われている法令上の手段と同程度に立法目的を達成できることまでは要求されない。

## (2) 中間審査の基準（厳格な合理性の基準）

実質的関連性の基準ともいう。

中間審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するものでない限り、違憲である。

中間審査の基準でも、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。

### ア. 目的

①立法目的の重要性は、制約されている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で判断される。

このように、「重要な利益」は、制約されている憲法上の権利との比較による相対的な重要性を意味すると理解される。

## イ. 手段

②手段の実質的関連性では、⑦手段の適合性が認められることに加え、④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が存在しないことが必要とされる。④を手段必要性という。

### (ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)

<sup>2)</sup> 上記の立法事実、手段適合性の審査において、「規制対象である公共利益関係事実に関する虚偽表現により、社会的混乱がもたらされる」という因果関係を根拠づけるものとしても使うことになる。

その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。(i)を支える立法事実、「社会共通の認識」や「相当の蓋然性」といった、「科学的な証明」よりも緩やかなもので足りる。

#### (イ) 手段必要性

①手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により争われている法令上の手段と同程度に立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

### (3) 合理性の基準（合理的関連性の基準）

合理性の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的との間で合理的関連性を有するものであれば、合憲である。

合理性の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない。

#### ア. 目的

①合理性の基準のもとでは、合憲性の推定が働いているから、その推定を覆すだけの事情が認められる場合、すなわち、正当でない利益のための立法であることが明らかな場合（ex.反憲法的な目的）にのみ目的審査で違憲となる。

#### イ. 手段

②手段の合理的関連性では、⑦手段の適合性（その手段が立法目的の実現を促進すること）と④利益の均衡（規制により得られる利益と失われる利益の均衡）のみが審査され、⑧手段の必要性（より制限的でない他の手段により立法目的を達成できるか）までは審査されない。

#### (ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。

厳格審査の基準・中間審査の基準との違いは、(i)規制対象が立法目的を阻害する関係について、立法事実による支持は不要であり、観念上の想定に基づき心証形成できれば足りるという点である。

#### (イ) 利益の均衡

⑦は単なる関連性であり、⑦関連性に加えて④利益の均衡も認められることで初めて、合理的関連性といえる。

### (4) 明白の基準（明白の原則）

積極目的に基づく営業規制などについて、合理性の基準よりも緩やかな、明白の基準が用いられることがある。

これが用いられる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、それが著しく不合理であることが明白である場合に限り違憲となる。

明白の基準では、①立法目的が著しく不合理であることが明白か、②手段が立法目的の実現を促進しないことが明白か、③利益の均衡を著しく欠くことが明白かという3点について審査されることになる。

### 第3. 適用違憲（処分違憲）

#### 1. 適用違憲の類型

第1は、法令の合憲限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用できる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合を含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である、という趣旨の判決である。

第2は、法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した、その適用行為は違憲である、という趣旨の判決である。

第3は、法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に、その解釈適用が違憲である、という趣旨の判決である。

#### 2. 適用違憲の審査の手法

##### (1) 目的手段審査の可否・方法

適用違憲の審査は、基本的には、法令の目的・手段（法令の適用）関係の検証という形で行われる。

もともと、法令違憲⇒適用違憲という流れで検討している場合、法令適用の目的と通常は一致するはずの法令の目的の審査を経ていることになる。そうすると、法令違憲の審査で法令の目的の合憲性が認められている場合、法令適用の目的が法令の目的と異なるという特殊な事情がない限り、適用違憲の審査では、法令適用と法令の目的の関係という問題だけが顕在化するから、目的手段審査のうち手段審査だけを切り出して審査をすれば足りよう。

##### (2) 法律適合性審査と憲法適合性審査の違い

少なくとも、処分要件該当性の検討のうち、通常解釈を前提としたものは、処分の法律適合性審査であり、処分の憲法適合性審査ではない。

試験対策としては、①憲法的評価を取り込むことで処分要件を通常解釈よりも狭く解釈する、②解釈の結果が処分要件やその文言になじまないなら処分要件や文言から離れて解釈する、という理解で構わない。

自由権規制における適用違憲の本質は、権利の性質や規制の態様などを考慮した憲法的評価により処分根拠規定の違憲的適用部分を洗い出し、本件が違憲的適用部分に当たるかを検討することにあると考えられるからである。

#### 3. 三者間形式における注意点

原告・被告人側のパートでは、法令違憲・適用違憲の双方を主張するのであれば、適用違憲については、①「仮に法令自体が合憲であるとしても」と仮定をした上で、②適用違憲に関する前記三類型の第一類型を前提に、人権の性質や規制の態様を考慮することを通じて「具体的事案に適用してはならない違憲的適用部分の内容ないし範囲」を明らかにし、③本件事案が上記①の違憲的適用部分に該当することを主張する。

原告・被告人のパートにおいて、合憲限定解釈ができないことを前提とした法令違憲の主張をする一方で、適用違憲については合憲限定解釈が可能であることを前提とした第二類型に従って違憲主張を展開することは、法令違憲と適用違憲とで主張が整合しないことになりかねないから、極力避けるべきである。

#### 4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事由の差異

立法事実とは、法律の基礎となっている一般的な社会的事実である。司法事実とは、立法事実の対概念であり、法律が適用される当事者に関する事実のことであり、判決事実とも呼ばれる。

法令違憲の判断は、司法事実ではなく、立法事実の領域で行われる。司法事実を（直接に）考慮することができるのは、適用違憲の段階である。

もっとも、問題文に書かれている当事者（原告、被告人）に関する事情であっても、それが一般的な社会的事実として捉えることができるものであれば、立法事実レベルにまで一般化・抽象化した上で、法令違憲の判断において考慮することができる。

#### 第4. 三段階審査論以外の手法

防御権又は防御権的に構成できる権利以外の憲法上の権利や客観法的規範に関わる法律の憲法適合性審査については、三段階審査以外の手法を用いる必要がある。

また、憲法上の争点を含む行政処分については、行政裁量審査が用いられることがある。後者では判断過程審査が用いられることが多く、憲法規範が考慮要素の指定・重みづけを通じて判断過程審査において実質的な役割を果たすことがある。

例えば、「エホバの証人」剣道受講拒否事件最高裁判決は、信教上の理由により剣道実技を拒否した学生に対する退学処分の“適法性”審査に際して、判断過程審査を用い、退学処分が信教の自由という重要な憲法上の権利に対する間接的制約になることを理由として、代替措置の積極的な探求義務を導き出すことで、判断過程審査の密度を深めている。

本判決が行った判断過程審査は、退学処分の適法性の審査である。もっとも、これについては、本判決の違法判断のポイントが憲法上要求される考慮義務を果たさなかった点にあるとすれば、これを違憲判断と呼ぶことも許されるとして、本判決の判断過程審査について裁量を前提とした違憲審査の一手法として捉える余地もあるとする見方もある。

B 基礎応用 26 頁

最判 H8.3.8・百 141

### 第3節 判例・学説を踏まえた論述

A 基礎応用 27～28 頁

#### 1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する

憲法も法律科目の試験であるから、自由作文が求められているわけではない。関連する判例・学説がある問題点については、判例・学説を踏まえて論じるのが望ましい。

「保障⇒制約⇒違憲審査基準の定立・適用」という違憲審査の基本的な枠組みが妥当する領域では、判例・学説を上記の枠組みに落とし込み、答案に書くことができる形で理解・記憶することになる。

#### 2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる

判例・学説を「違憲審査の基本的な枠組みに落とし込んだ上で、答案に書くことができる形で理解・記憶する」ためには、理解・記憶の水準を下げる必要があることもある。

自分や合格答案のレベルを踏まえ、試験的に許容されそうな範囲でどこまで判例・学説をデフォルメするのかを決めるという「割り切り」も大事である。

例えば、閲読の自由（平成30年司法試験）の憲法上の保障については「閲読の自由は、個人の人格・思想の形成・発展に必要不可欠であるから、憲法21条1項の派生原理として同条項により保障される。」、選挙のルール論（令和1年司法試験）については「選挙運動規制については、国会の立法裁量（憲法47条）が強調されるから、厳格な審査基準は妥当しない。」といった論述でも構わない。

まずは、使える（＝答案に書くことができる）判例・学説を増やす。正確性や説得力を高めるのは、その後で構わない。

よど号ハイジャック記事抹消事件  
（最大判 S58.6.22・百 I 14）  
戸別訪問禁止事件（最判 S56.7.21・  
百 II 158・伊藤正己裁判官の補足意見）

#### 3. 判例・学説の使い方のパターン

##### （1）積極的利用

###### ㊦判例・学説を典型事案に直接適用する

➡判例・学説のルールとそれを支える根拠を示してから、当てはめに入る。

###### ㊧判例・学説を典型事案とは異なる事案や異なる論点に転用（応用）する

➡(i)判例・学説のルールとそれを支えている根拠を示した上で、(ii)判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例・学説と本件の事案（事案類型を含む）又は論点を比較することで、判例・学説のルールを支えている根拠が事案又は論点の違いを跨いで本件の事案又は論点にも妥当するのかを検討する。妥当するのであれば、判例・学説のルールを当該事案や論点に適用する。

判例・学説のルールを事案類型や論点の違いを跨いで適用する場合には、そのルールが事案類型や論点の違いを踏まえてどのように変容した上で適用されることになるのかまで示すべきときもある。

同一事案類型に属する個別事案間での射程が問題になっている場合には、ルールを「変容」させる必要はない。

##### （2）消極的利用

###### ㊨判例・学説の理論自体を否定する場合

➡判例・学説のルール自体やそれを支える根拠の妥当性を検討し、妥当でないとして判例・学説のルール自体を否定する場合には、判例・学説のルールに代わって当該論点に適用されるルールまで示す。

㊦判例・学説の射程を否定する場合

➡前記㊤と同じ検討過程を経て、判例・学説のルール<sup>①</sup>の射程を全面的に否定する場合には、判例・学説のルールに代わって当該事案又は論点に適用されるルールまで示す。

判例・学説のルール<sup>②</sup>の射程を部分的に否定する場合には、判例・学説のルールがどのように変容して当該事案又は当該論点に適用されることになるのかまで示す。

#### 4. インプットのゴールを明確にする

憲法の判例・学説の学習における難点は、ゴール（答案の型・水準）が不明瞭になりがちなことにある。

前記1・3により、ある程度、判例・学説を使った答案の型をイメージすることができ、前記2により、判例・学説を使った合格答案（あるいは、目標とする順位の答案）の水準をイメージすることができる。

答案の型と水準を意識しながら判例・学説を学習することで、学習効率が飛躍的に向上する。

#### 5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える

憲法の答案練習では、判例・学説の使い方について硬直的に捉え過ぎないようにする。

判例・学説のルール<sup>①</sup>の射程・応用を正面から論じることがあれば、判例・学説の考え方を自説の論証の補強材料（理由付けの一部）として使うにとどまる場合もある。

採点上積極的に評価される判例・学説の使い方は、その正確性も含めかなり広い。

例えば、SNS事業者の選挙運動中及び選挙当日におけるSNS上の特定虚偽表現の削除義務を定める立法措置<sup>②</sup>の憲法上の問題点が問われた事例（令和1年司法試験）において、グーグル検索結果削除請求事件決定を参照し、「同決定では憲法21条1項による保障には言及がないこと」や「SNS事業者と検索事業者の違い」を無視して、「SNS事業者によるSNS利用者の表現内容の提供には、事業者自身の表現行為という側面がある」として「表現の自由」（憲法21条1項）としての保障を認めても構わない。

厳密には、「同決定では憲法21条1項による保障には言及されていないこと」や「SNS事業者が特定の方針に沿って利用者の表現内容を提供している」とは言い難いこと」等が問題となるが、これらの点を踏まえて論じることができないから同決定に言及しないよりも、何らかの形で同決定を使ったほうが点が付くからである。

「判例を踏まえて」論じることが明示的に求められている平成30年以降の司法試験で大事なことは、使い方の正確性に囚われすぎて判例を使うことについて過度に萎縮しないということである。

①「まずは、答案練習でとりあえず判例を使ってみることで、判例を使うことに慣れる」、②「次に、使える判例を増やす」、③「それができたら、使い方の精度を高める」、という学習順序が望ましい。

最決 H29.1.31・百 I 63

以下のことは、学説についても妥当する。

## 第4節. 出題形式ごとの答案の書き方

A 基礎応用 29~30 頁

### 第1. 三者間形式

平成18年から平成29年までの司法試験は、「原告・被告人による違憲主張⇒国・県・市・検察官側の反論⇒自身の見解」という三者間形式による出題であった。

基本的には、設問1で違憲主張をフルスケールで展開し、設問2で違憲主張に対する反論を踏まえて自身の見解を論じさせるという出題である。

#### 1. 設問1

##### (1) フルスケール

原告・被告人（以下「原告」とする）のパートは、フルスケールで書くべきである。

ここでいう「フルスケールで書く」とは、違憲の結論を導くために必要な主張を一通りさせるということであり、第1章で説明した「違憲審査の基本的な枠組み」を用いる事例であれば、「保障⇒制約⇒権利の性質や制約の態様を考慮して違憲審査基準を定立⇒違憲審査基準の適用（当てはめ）」のすべてについて主張させるということである。

##### (2) 原告側の訴訟代理人は、重要判例・主要学説を前提として、一定の筋の通った憲法上の主張する

例年指摘しているように、原告側の訴訟代理人は、重要な憲法判例を知っており、主要な学説も知っていると措定している。したがって、何でも主張すればよいのではない。そのような主張は「有害」でしかない。（平成23年司法試験・採点実感）

設問1でも、原告にとって不利な判例があるのであれば、それに言及した上で原告に有利な主張を展開するのが望ましい。例えば、原告にとって不利な判例理論の射程を区切ったり、判例理論そのものを批判して原告にとって有利な学説に従った主張を展開するという書き方が理想的である。

もっとも、答案戦略上、原告にとって不利な判例については、設問2の反論段階で初めて言及するという書き方もあり得る。例えば、生存権の事案では、原告は学説ベースの主張を行い、堀木訴訟大法廷判決については反論の段階で初めて出すという書き方もあり得る。

平成23年司法試験・採点実感で「有害でしかない…主張」として念頭に置かれているのは、明らかな事後規制である中止命令について検閲を主張するような答案であろう。

最大判 S57.7.7・百 I 132

#### 2. 設問2

##### (1) 反論の内容

反論は、①簡潔に争点のポイントを示す程度で足り、反論の具体的な中身は自身の見解の中で論じる。その一方で、②結論だけを示すのではなく、その結論に繋がる理由（＝反論を支えている理由）を明示する必要がある。

##### (2) 反論・自身の見解の展開方法

理想的な書き方は、設問2前半で反論を一括して書いた上で、設問2後半で主張・反論の対立により争点化された事柄について一括して自身の見解を論じるというものである。

もともと、この書き方は難しい上、かえって伝わりにくい答案になることもあるから、争点ごとに反論・自身の見解を展開するという書き方でも構わないと思われる。

### (3) 自身の見解

- ・最も大きな配点があるのは、自身の見解である。したがって、原告側の主張と被告側の反論では、自身の見解の先取りにならないように、分量も含めて論じ方を工夫する必要がある。
- ・法律意見書形式と異なり、三者間形式における「反論」は「原告側の主張」に対する反論であるから、「自身の見解」で「反論」を採用することも可能である。

## 第2. 法律意見書形式

### 1. 平成30年以降の出題形式

平成30年以降、①従来の三者間形式(平成18年～29年)から、受験者が法律案・条例案の憲法上の問題点について国や県・市側から意見を求められた法律家として、「あなた自身の見解」を論じるという意見書形式の出題に変更されるとともに、②「参考とすべき判例」に言及することと、自己の見解と異なる立場に言及することについて設問で明示的に指示されるに至った。

### 2. 答案の書き方

#### (1) 問題提起

平成30年・令和1年の設問では、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確に」するようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利(生の権利)、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

#### (2) 自己の見解に対する反論を踏まえて論じる

平成30年以降、必要に応じて「自己の見解と異なる立場」にも言及しながら「自己の見解」を論じることが求められている<sup>1)</sup>

「自己の見解と異なる立場」とは、その文字通り、自己の見解と異なる立場に基づく論述であるから、これを「自己の見解」として採用する構成はあり得ない。

#### (3) 判例を踏まえた論述

平成30年以降は、設問で「参考とすべき判例を…を踏まえて」論じることが明示されているため、平成29年以前に比べ、「判例を踏まえて」論じることの重要性が増したといえる。

もともと、すべての検討事項について「判例を踏まえて論じる」ことがで

左の指示が無くなった令和2年以降でも、問題提起の仕方は変わらな  
いと考えられる。

<sup>1)</sup> “ 特段必要もないのに各段階で自己と異なる立場から論述をするなど、「自己の見解と異なる立場に言及すること」に不必要にとらわれすぎている答案が一定数あったが、自説を中心に記述を展開する中で、必要な限度で他説に触れつつ、批判的検討を加えていくという書き方をすべきである。”(令和2年司法試験・採点実感)

きるとは限らないし、そのような答案が求められているわけでもない。

検討事項のうち、「参考とすべき判例」がないものについては、学説に従って論じたり、学説を応用して論じたりすることになる。

#### (4) 違憲主張の適格

訴訟の場面ではないのであり、主張適格について論じることは必要ない。  
(令和1年司法試験・採点実感)

### 第5節. 権利選択における視点

本問で問題とするべき人権を選択する際、規制から最も近い権利は何かという視点から判断するのではなく、第一次的には、問題文のヒントに従って判断すべきである。

その上で、第二次的な視点として、問題文のヒントから導いた人権で解答することの理論的余地について、判例や学説なども踏まえながら検討し、その人権を選択することについて理論的余地もあるのであれば、その人権で論じることになる。

A 基礎応用 33~36 頁

### 第6節. 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断

平成 26 年以降は、問題文や設問で明確に誘導される傾向にある。

平成 30 年以降は、制定すらされていない法律案・条例案の憲法上の問題点について、国・市側から相談を受けた法律家として意見を述べるという状況設定である上、設問においても意見を述べる対象が「本条例案の憲法上の問題点」「この立法措置が合憲か違憲かという点」「規制①及び②の憲法適合性」に限定されていることからしても、適用違憲を論じる余地はない。

A 基礎応用 37 頁

### 第7節. 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成

近時の司法試験（平成 25 年以降）では、①合憲性の検討対象とするべき立法措置、②問題とするべき憲法上の権利、及び③違憲審査の過程で争点とするべきことについて、問題文・設問で指示・誘導される傾向にある。

A 基礎応用 38~39 頁

## 第8節. 立法目的の把握の仕方

- ・ 目的手段審査において「立法目的」として把握するのは「規制目的」である。
- ・ 規制目的に関する記述が問題文にある場合には、問題文の記述に従って規制目的を把握した上で、目的規定の文言を参照して問題文の記述に従った規制目的の把握が正しいものであるのかを最終確認する。
- ・ 問題文や目的規定に複数の目的が書かれている場合、問題文のヒントや目的規定の接続詞等から、規制手段との繋がりも含めて複数の目的の関係を整理する。
  - ➡ 目的としてABCとある場合、ABが中間目的でCが究極目的、Aが中間目的でBCが究極目的、ABCの複合目的といった整理の仕方がある。

### (例1)

「この法律は、自然保護地域におけるタクシーの運行の許可制を定めることにより、①自然保護地域におけるタクシーによる輸送の安全を確保すること、及び②自然保護地域の豊かな自然を保護するとともに③観光振興を図ることを目的とする。」

- ➡ ①②③は、いずれも許可制の目的（規制目的）として定められている。しかも、①②③は、全て「及び」又は「とともに」で接続されているから、並列的な関係にある。したがって、許可制の規制目的は①②③という複合的なものである。この場合、①②③ごとに目的手段審査をすることになる。

### (例2)

「この法律は、性犯罪者の継続監視を行うことにより、①性犯罪の再発の防止を図り、もって②その社会復帰を促進するとともに、③地域社会の安全の確保を推進することを目的とする。」

- ➡ ①と②③は、「もって」で接続されているから、並列的な関係に立たず、「①を図り、もって②③を実現する」という関係、すなわち「①が継続監視の直接的目的（中間目的）、②③が継続監視の究極目的」という関係に立つ。そこで、①を規制目的として捉えて目的手段審査をすることになる。目的審査では、①の重要性や必要不可欠性を検討し、②③は①の重要性や必要不可欠性を基礎づけ得るものとして位置付けられる。手段審査では、「継続監視」（規制手段）と②③の関係ではなく、「継続監視」と①の関係を審査する。

### (例3)

「この法律は、特定地図検索システムによる情報の提供が、①インターネットの普及その他社会経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進に寄与するものであることに留意しつつ、当該情報の提供に伴い個人に関する情報が公にされることによる被害の防止及び回復のために必要な事項を定めることにより、②国民生活の安全と平穩の確保に資することを目的とする。」

- ➡ 目的規定の構造は、「特定地図検索システムによる情報の提供」による「被害の防止及び回復」のために必要な事項を定めることにより、②を実現するというものであるから、規制目的は②である。①は、②のための規制を設ける際には、規制対象である「特定地図検索システムによる情報の提供」の利点にも配慮して行き過ぎた規制にならないように留意すべきとの理念にすぎない。

A 基礎応用 40～43 頁

平成 26 年司法試験

平成 28 年司法試験

平成 23 年司法試験

## 第2章 基本的人権の原理

B 基礎応用 44 頁

### 1. 人権の観念

人権の観念としては、①固有性（人権は憲法や天皇から恩恵として与えられたものではなく、人間であることにより当然に有するとされる権利である）、②不可侵性（人権は、公権力によって侵されない）、③普遍性（人権は、人種・身分などの区別に関係なく、人間であることに基づいて当然に享有できる権利である）が挙げられる。

### 2. 「公共の福祉」による制約

基本的人権の不可侵性（憲法 11 条後段）は、人権が無制約であることを意味するものではない（つまり、人権を「侵す」と「制約」とは、同意義ではない。）。

人権も特に他人の人権との関係で制約されることがあり、これを「公共の福祉」による制約という（一般規定：憲法 12 条後段・13 条後段 個別規定：憲法 22 条 1 項・憲法 29 条 2 項）。

「公共の福祉」は、基本的人権のうち制約の実質的正当化を観念できる人権の問題処理において、人権の保障⇒人権の制約⇒制約の実質的正当化（違憲審査の枠組みの設定&当てはめ）という流れのうち、制約の実質的正当化の一番最初に出てくるものである（理論上はそうであるが、実際に答案で言及する必要があるかどうかは、別の話である）。すなわち、制約を認定した後で、「人権も『公共の福祉』による制約に服する。では、〇〇法による人権の制約は、「公共の福祉」による制約として許容される範囲内のものといえるか」という形で、登場するのである。

## 第3章 人権の享有主体性

基礎応用 44～73 頁

### 1. 天皇・皇族

C 基礎応用 44 頁

天皇・皇族も、日本の国籍を有する日本国民であり、人間であることに基  
いて認められる権利は保障される。もっとも、皇位の世襲（憲法 2 条）と職務  
の特殊性から必要最小限度の特例が認められる。どのような人権がどの程度保  
障されるかについては、個別的な検討が必要である。

### 2. 法人

B 基礎応用 44～51 頁

人権は、個人の権利であるから、その主体は、本来人間でなければならない。  
しかし、経済社会の発展に伴い、法人その他の団体の活動の重要性が増し、法  
人もまた人権享有の主体であると解されるようになった。

#### 〔論点 1〕法人の人権享有主体性

A

八幡製鉄事件大法廷判決は、憲法第三章に定める国民の権利・義務の各条項  
は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されると解している。

最大判 S45.6.24・百 18

法人が現代社会において 1 個の社会的実体として重要な活動を行っているこ  
と、及び法人の活動が自然人を通じて行われその効果は究極的には自然人に帰  
属することからすれば、上記のように考えるのが妥当である。

#### 〔論点 2〕自然人と異なる特別の制約

A

八幡製鉄事件大法廷判決は、株式会社による自由民主党に対する政治献金が  
問題となった事案において、株式会社について、政治的活動をなす自由の一環  
として政治資金の寄附の自由を認めた上で、株式会社の政治資金の寄附の自由  
に対する自然人と異なる特別の制約を否定している。

最大判 S45.6.24・百 18

しかし、法人の精神的自由権、例えば政治的行為の自由については、法人の  
もつ巨大な経済的・社会的な実力に鑑み、一般国民の政治的自由を不当に制限  
する効果を伴ったり、法人内部の構成員の政治的自由と矛盾衝突したりする場  
合がありうるから、自然人と異なる特別の規制に服すべき場合があると解すべ  
きである。

また、法人の経済的自由権についても、人権の実質的公平を確保しようとする  
社会国家の理念に基づき、自然人よりも広範な積極的規制を加えることが許  
されると解すべきである。

#### 〔判例 1〕八幡製鉄事件

B

事案：株式会社による自由民主党に対する 350 万円の政治献金について株主が  
損害賠償請求訴訟（旧商法 266 条）を提起した事案において、①政治献金  
としての寄附が定款所定の目的の範囲外であること、②それが株主の参政  
権を侵害する民法 90 条違反の行為であることなどが論点となった。

最大判 S45.6.24・百 18

要点：①まず、(i)会社の権利能力は定款所定の目的により制限される。次に、  
(ii)取引安全の観点から、会社の目的の範囲内の行為であるかについては、  
客観的・抽象的に観察して定款所定の目的を遂行する上で直接又は間接に  
必要か判断すべきである。そして、(iii)政党が議会制民主主義を支える  
不可欠の要素であり、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体である  
政党のあり方いかんは国民の重大な関心事であるから、政党の健全な発展  
に協力することの一態様としての政治資金の寄附は、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解すべきである。

②については、[論点 1] [論点 2] の通り。

### [判例 2] 南九州税理士会事件

B

最判 H8.3.19・百 I 36

事案：強制加入団体である税理士会（公益法人）が、業界に有利な税理士法改正を働きかける運動に要する特別資金として関連する政治団体（税理士政治連盟 - 政治資金規正法上の政治団体）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5000 円を徴収する旨の決議をしたという事案において、当該決議の無効原因として、政治団体に対する寄付が税理士会の目的の範囲外であるかが問題となった。そして、この問題との関係で、①税理士会の目的の範囲、②税理士会員の協力義務の限界が論点になった。なお、協力義務の限界という論点が、税理士会の目的の範囲という論点に属するものとして議論されている。

要点：①税理士会が公益目的で設立された法人であること、及び強制加入団体であり会員には実質的には脱退の自由が保障されていないことからすれば、その目的の範囲について会社のような広汎なものと解することはできない。そのため、株式会社の定款所定の目的の範囲を広く解した八幡製鉄事件大法廷判決の射程は及ばない。

②強制加入団体である税理士会の会員には様々な思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されているから、会員の協力義務に限界がある。そして、政治団体に対する寄付は、それが選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想・見解・判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるから、多数決原理によって会員に協力を義務付けることができないというべきである。したがって、政治団体に対する寄付については、会員の協力義務は認められず、税理士会の目的の範囲外の行為と解すべきである。

### [判例 3] 群馬司法書士会事件

B

最判 H14.4.25

事案：群馬司法書士会が、阪神淡路大震災で被災した兵庫県司法書士会に 3000 万円の復興支援拠出金を寄付するために、会員から登記申請 1 件あたり 50 円の復興支援特別負担金を徴収する旨の決議をしたという事案において、①復興支援拠出金寄付が司法書士会の目的の範囲外であるか、②仮に目的の範囲内であるとしても、公序良俗違反など会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるかということが論点になった。なお、[判例 2] と異なり、協力義務の限界が、目的の範囲の内外という論点から区別された論点として位置づけられている。

要点：①本件拠出金は、被災者の相談活動等を行う同司法書士会ないしこれに従事する司法書士への経済的支援を通じて司法書士の業務の円滑な遂行による公的機能の回復に資することを目的とする趣旨のものである。そして、司法書士会は、司法書士の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行うことを目的とするものであるが（司法書士法 14 条 2 項）、その目的を遂行する上で直接又は間接に必要な範囲で、他の司法書士会との間で業務その他について提携・協力・援助等をするのもその活動範囲に含まれる。そうすると、阪神・淡路大震災が甚大な被害を生じさせた大災害であり、早急な支援を行う必要があったことなどの事情を考慮すると、その金額の大きさを踏まえても、本件

拠出金の寄付は司法書士会の権利能力の範囲内にあるというべきである。

②本件拠出金の寄付が司法書士会の権利能力の範囲内である以上、その調達方法についても、それが公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情がある場合を除き、多数決原理に基づき自ら決定することができる。そして、本件負担金の徴収が会員の政治的又は宗教的立場や思想信条の自由を害するものではないこと、会員に社会通念上過大な経済的負担を課するものではないことからすれば、会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとはいえない。したがって、本件負担金の徴収について、会員の協力義務が認められる。

**[判例 4] 三井美唄炭鉱労組事件**

事案：A 労働組合は、B 市市議会議員選挙に際して、組合が支援する統一候補を決定したのに組合員 C が独自に立候補しようとしたため、C に対して立候補を断念するよう再三にわたって説得を試み、その際、組合の決定に対する統制違反として組合規約により処分されることがある旨を C に示したり、その旨を機関紙に掲載して C 宅に配布させたり、さらに、選挙に当選した C に対して 1 年間の組合員資格停止とする統制処分を行うなど、組合と C との特殊な利害関係を利用して、選挙に関し、C を威迫した。これらが選挙の自由妨害罪（公選法 225 条 3 号）、刑法 60 条に該当するとして、組合役員が起訴された。

最高裁は、①労働組合の統制権の法的性質、②立候補の自由の憲法上の保障・重要性、③組合員の立候補の自由との関係における組合の統制権の限界について判断している。

要点：①憲法 28 条による労働者の団結権保障の効果として、労働組合は、その目的を達成するために必要であり、かつ、合理的な範囲内において、その組合員に対する統制権を有する。

②公職選挙に立候補する自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持する上で極めて重要であるから憲法 15 条 1 項により保障される。

③公職選挙における立候補の自由は、憲法 15 条 1 項の趣旨に照らし、基本的人権の一つとして、憲法の保障する重要な権利であるから、これに対する制約は、特に慎重でなければならない。そこで、組合の団結を維持するための統制権の行使に基づく制約であっても、その必要性と立候補の自由の重要性とを比較衡量して、その許否を決すべきであり、その際、統制権の前記性格と立候補の自由の重要性を十分考慮する必要があると解すべきである。具体的には、統一候補以外の組合員で立候補しようとする者に対し、勧告又は説得の域を超え、立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分するがときは、組合の統制権の限界を超えるものとして、違法である。

**[判例 5] 国労広島地本事件**

事案：日本国有鉄道の従業員で構成される X 労働組合は、臨時組合費を徴収する決議を行った。

本事件では、①他の労働組合の活動を支援するための「炭労資金」、② X 労働組合が実施した安保反対闘争により法的不利益を受けた組合員を救済するための「安保資金」、③総選挙に際して X 労働組合出身の候補者を支援するために所属政党に寄付するための「政治意欲昂揚資金」を納付義

B

最大判 S43.12.4・百 II 144

論証集 110 頁 [論点 2]

B

最判 S50.11.28・百 II 145

務が問題となった。

要点：組合加入が労働者にとって重要な利益であること、及びユニオン・ショップ協定などにより組合脱退の自由が事実上大きな制約を受けていることからすれば、組合活動と組合員個人の権利・利益の矛盾衝突が生じる場面では、組合員の協力義務の肯否については、問題とされている具体的な組合活動の内容・性質、これについて組合員に求められる協力の内容・程度・態様等を比較考量し、多数決原理に基づく組合活動の実効性と組合員個人の基本的利益の調和という観点から、組合の統制力とその反面としての組合員の協力義務の範囲に合理的な限定を加えるべきである。

そして、団体構成員の多数決に従って政治的行動をすることを予定して結成されたわけではない労働組合の組合員に対して、多数決による政治的活動への協力を義務づけることは、組合員個人の政治的自由を侵害するものとして原則として許されない。

具体的には、政治的要求に対する賛否は、本来、各人が国民の一人としての立場において自己の個人的かつ自主的な思想・見解・判断等に基づいて決定すべきことであるから、国の政策上の問題を直接的な対象とする活動への協力義務を認めることはできない。また、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかも、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各人が市民としての個人的な政治的思想・見解・判断・感情等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるから、これについての協力義務を認めることもできない。

### 3. 外国人

憲法第3章の標題が「国民の権利及び義務」とされていることから、外国人についても、人権享有主体性が問題となる。

#### [論点1] 外国人の人権享有主体性

マクリーン事件大法廷判決は、憲法第三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、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであると判示している（権利性質説）。

その根拠は、人権の前国家性（憲法11条、97条）、及び国際協調主義（憲法前文3項、98条2項）・人権保障の国際化傾向にあると考えられる。

#### [判例1] マクリーン事件（入国の自由、在留権、政治活動の自由）

事案：アメリカ国籍をもつXは、出入国管理令（現：出入国管理及び難民認定法）に基づき語学学校の英語教師として在留期間を1年とする上陸許可を得て入国し、法務大臣に対して1年間の在留期間の更新を申請したところ、更新不許可とされ、不許可の理由にはXが在留期間中に政治活動を行ったことも含まれていた。

要点：①在留更新不許可処分により外国人が直接の不利益を受けることになる権利は、入国の自由及び在留権である。そして、外国人には、入国の自由及び在留権が憲法上保障されているとは解されない。国際法上、外国人の入国・滞在に関する判断は、当該国家の主権的権利に属し、国家の自由裁量に委ねられると解されているからである。

②在留更新不許可処分により直接の不利益が生じる外国人の入国の自

B 基礎応用 51～58 頁

A

最大判 S53.10.4・百11

A

最大判 S53.10.4・百11

由・在留権が憲法上も国際慣習法上も保障されていないことに対応して、「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」（出入国管理令 21 条 3 項）の判断について、法務大臣の広汎な裁量が認められる。

③政治活動の自由は、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鑑みこれを認めることが相当でないとは解されるものを除き、外国人にもその保障が及ぶ。外国人の政治活動の自由の保障に一定の限界があるのは、政治活動の自由が参政権的機能をもつことに鑑み、国民主権原理（憲法前文、1 条）に照らし参政権が外国人に保障されないとは解されることとの平仄を保つ必要があるからである。

④在留更新の許否が法務大臣の（広汎な）裁量に委ねられていること、及び外国人の在留権は憲法上・国際慣習法上保障されていないことから、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度のわく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斟酌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。

もっとも、この判例理論に対しては、基本的人権の行使に萎縮効果が生じるとの批判がある。そこで、萎縮効果が強く生じること（例えば、在留期間途中における強制出国）や、萎縮効果を除去すべき要請が強く働く（例えば、問題となっている基本的人権が重要性の高いものであり、行使可能期間にも限りがあるなど）といった事情により、判例理論の射程が否定されることがあると解すべきである。

**[判例 2] 森川キャサリーン事件（再入国の自由）**

事案：アメリカ合衆国国民 X は、入管法（出入国管理及び難民認定法）に基づき 1973 年に日本に上陸し、その後在留更新許可申請を許可されて日本に在留し続けてきた者であり、1982 年 11 月、韓国旅行の計画を立てて再入国許可申請をしたところ、法務大臣は、X が当時の外国人登録法 14 条 1 項の指紋押なつを拒否していることを理由に再入国許可申請を不許可とした。

要点：確かに、最高裁は憲法 22 条 2 項を根拠として外国人の出国の自由を認めており、一般に出国が帰国（再入国）を当然の前提にしていることからすれば、再入国の自由も外国人に保障されるともいえそうである。

しかし、マクリーン事件大法廷判決では、外国人の入国の自由の保障が否定されている。それは、国際法上、外国人の入国に関する判断は、当該国家の主権的権利に属し、国家の自由裁量に委ねられると解されているからである。

そして、海外旅行の自由は、出国の自由のみならず、帰国という意味での再入国の自由も前提とするものである。

そうすると、判例上、入国の自由の保障が否定されていることからすれば、再入国の自由を前提とする海外旅行の自由の憲法上の保障も認められないと解すべきである。

**[判例 3] 塩見訴訟（生存権）**

事案：1959 年に制定された国民年金法では、国籍要件が課されていたため、在日外国人は、老齢・死亡・障害に対する年金のいずれにおいても社会保障の対象から除外されていた。このうち、障害福祉年金は、全額国庫負担で支給された無拠出制の年金であった。

C

最判 H4.11.16・百 I A2

不法出国・密輸事件（最大判  
S32.12.25）

B

最判 H 元.3.2・百 I 5

本事件では、国民年金の受給資格としての国籍条項について、憲法 25 条違反、憲法 14 条 1 項違反、憲法 98 条 2 項違反が主たる争点として問題になった。

要点：①憲法 25 条にいう「健康で文化的な最低限度の生活」はきわめて抽象的・相対的な概念であり、国の財政事情の考慮や政策的判断を要するものである。とすれば、生存権の具体化立法は、広範な立法裁量に委ねられるべきであるから、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、憲法 25 条に違反しないと解すべきである。

②全額国庫負担の無拠出制の年金の支給対象者の決定については、国家の財源に対する依存が強いため、拠出制の年金に比べて更に広範な立法裁量が認められる。また、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、国は、特別の条約の存しない限り、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。とすれば、法 81 条 1 項の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見るべきであるから、憲法 25 条違反は認められない。

③憲法 14 条 1 項違反についても、②と同様の理由から、否定される。

④憲法 98 条 2 項違反についても、国籍条項との抵触が問題となっている条約・宣言等は、わが国に対して法的拘束力を有しないか、法的拘束力を有していても国籍条項を直ちに排斥する趣旨のものではないから、認められない。

#### [判例 4] ヒッグス・アラン事件（国会議員の選挙権）

事案：外国人に国政選挙権を認めていない公職選挙法 9 条 1 項の違憲性が問題となった。

要点：本判決は、公職選挙法 9 条 1 項の憲法 15 条違反・憲法 14 条違反を否定している。

禁止説（外国人に選挙権を認めることは違憲であるとする説）は、「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、憲法の国民主権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。」と考える。あるいは、「参政権は、国民が自己の属する国の政治に参加する権利であり、その性質上、当該国家の国民にのみ認められる権利である。」と考える。

これに対し、要請説（外国人に選挙権を認めないのは違憲であるとする説）は、次のように考える。国民主権原理は民主主義政治と同じ理念をもち、治者と被治者の同一性を本来的内容とするものであり、人民の自己統治（自己の政治的決定に自己が従うこと）を意味する。したがって、国民主権原理の下で主権者たるべき者は、その政治社会における政治的決定に従わざるをえない者、すなわち政治社会を構成するすべての人である。そして、定住外国人は、日本国の永住資格を持ち、生活の本拠地である日本国の国政に密接な関係を有しているから、日本の政治社会の構成員といえ、主権者に含まれる。よって、日本に生活の本拠地を有する定住外国人には、選挙権が保障されなければならない。

#### [判例 5] 外国人地方選挙訴訟（地方公共団体の選挙権）

事案：外国人に地方公共団体の選挙権を認めていない地方自治法 11 条・18 条

B

最判 H5.2.28

B

最判 H7.2.28・百 13

及び公職選挙法 9 条 2 項の違憲性が問題となった。

要点：憲法 15 条 1 項は、国民主権の原理（憲法前文、憲法 1 条）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である。

そして、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び 1 条に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民（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。

とすれば、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、同条項による選挙権の保障は、外国人には及ばないものと解すべきである。

さらに、前記の国民主権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するものと解すべきである。

そうすると、地方公共団体における選挙権の保障も、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、外国人には及ばないものと解すべきである。

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、住民の意思に基づき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である。そこで、在留外国人のうち永住者等その居住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者について、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるために、法律により地方公共団体の選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されないと解すべきである。とはいえ、上記措置を講ずるかは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であり、これを講じなくても違憲の問題は生じない。

#### [判例 6] 外国人管理職訴訟（公務就任権）

事案：東京都の管理職任用制度において、日本国籍を有しない者に管理職選任の受験資格を認めていないことについて、主として憲法 14 条 1 項・15 条 1 項違反が問題となった。

要点：①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わりを有するものである。そうすると、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な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いるとみるべきであり、外国人がこれに就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないというべきである。

②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る。そうすると、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

B

最大判 H17.1.26・百 14

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、憲法 14 条 1 項に違反しない。この理は、前記の特別永住者についても異なるものではない。

#### 4. 公務員

基礎応用 58～70 頁

##### (1) 特別権力関係の理論

B 基礎応用 60 頁

公権力と特殊な関係にある者（公務員、在監者、国立大学学生）の人権の制約根拠については、かつては、特別権力関係の理論が唱えられていた。

特別権力関係の理論は、法治主義の排除、法律の根拠によらない人権の制限、司法審査の排除を内容とする。

しかし、このような特別権力関係の理論は、日本国憲法が法の支配の原理を採用し、基本的人権の尊重を基本原理とし（憲法第 3 章）、国会を唯一の立法機関と定めていること（憲法 41 条）に抵触する。

そこで、特別権力関係の理論によることなく、それぞれの法律関係において、いかなる人権が、いかなる根拠から、どの程度制約されているのかを具体的に明らかにするべきである。

##### (2) 政治活動の自由

A 基礎応用 60～72 頁

国家公務員法 102 条 1 項は「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らかの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」と定め、同法 110 条 1 項では、同法 102 条 1 項違反について「3 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」という罰則が定められている。同法 102 条 1 項が禁止する「政治的行為」については、人事院規則 14-7 により具体的に定められている。

##### [判例 1] 猿払事件

B

事案：猿払村の郵便局勤務の事務官 X は、昭和 42 年の衆議院議員選挙に際し、自身が事務局長を務める猿払地区労働組合協議会の決定に従い、日本社会党を支持する目的で、同党公認候補者の選挙用ポスター 6 枚を自ら公営掲示板に掲示したほか、同ポスター合計 184 枚の掲示方を他に依頼して配布したところ、これらの行為が人事院規則 14-7 第 5 項 3 号及び第 6 項 13 号に当たるとして国家公務員法違反で起訴された。

最大判 S49.11.6・百 112

要点：①「表現の自由」（憲法 21 条 1 項）は、思想・意見を表明する自由である。政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面をも有するから、その限りにおいて「表現の自由」として憲法 21 条による保障を受ける。そして、「表現の自由」は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであるから、法律によってもみだりに制限できない。

②公務員の政治的行為の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠として、合理的で必要やむをえない限度の制約に服する。すなわち、行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは国民全体の重要な利益にほかならない。そして、公務員の政治的行為禁止の憲法 21 条適合性は、禁止の目的、目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁

止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の3点から検討されるべきである。

③前記②の要件のうち、利益の均衡については、次のように考えるべきである。すなわち、本件規制は、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するにとどまる間接的・付随的な制約にすぎない。他方で、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益である。そうすると、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであるから、利益の均衡も認められる。

④…略…（適用違憲を否定）

⑤刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮が必要とされ、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであり、到底許容し難いものであるときは、違憲と評価されるべきである。そして、刑罰法規における法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定められるべきものである。

⑥…略…（人事院規則への委任を許容）

#### [判例 2] 堀越事件

事案：本事件では、①国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項 19 号・人事院規則 14-7 第 6 項 7 号・同項 7 号（5 項 3 号）の法令違憲、及び②被告人の行為の構成要件該当性が問題となった。

以下は、①に関する答案例である。

（答案）

1. 国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項・人事院規則 14 条-7（以下、これらを「本件各規定」ということがある。）は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。
2. 「表現の自由」（憲法 21 条 1 項）は、思想・意見を表明する自由である。政治活動の自由は、政治的な思想・意見の表明を伴うものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。
3. 本件各規定は、公務員の政治活動を罰則をもって禁止することで、公務員の政治活動の自由を制約している。
4. 他方で、公務員の政治活動の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠として、合理的で必要やむをえない限度の制約に服する。

その上で、前記規定の違憲審査基準については、猿払事件大法廷判決は、禁止の目的、禁止の目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為の禁止により得られる利益と失われる利益との均衡の3点により審査する合理的関連性の基準を用いているとの反論が想定される。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結び付きが強いから、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であり、民主主義社会を基礎付ける重要な権利である。

A

最判 H24.12.7・百 113

また、前記規定については、政治的意見の表明そのものの制約を狙いとしているのではなく、単に政治的行為の禁止に伴う限度で間接的・付随的に政治的意見の表明を制約しているにとどまるという見方もあるが、政治的意見を効果的に表明する手段としての政治活動の重要性に鑑みれば、政治的意見の表明に対する間接的・付随的な制約であることを重視するべきではない。

さらに、前記規定は、政治活動という活動内容に着目した規制であるため、国家が自己に都合の悪い表現を抑圧するために濫用される危険が高い。

そこで、前記規定の合憲性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

5. では、①・②を満たすか。

(1) まず、前記規定の目的は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持するという点にある。

憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。そうすると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することは、公務員の政治的行為の自由を制約するにふさわしい、憲法の要請に適う国民全体の重要な目的であるといえる (①)。

(2) 次に、公務員の政治活動には、公務員の政治的中立性を阻害するものもあるから、これを禁止することには、前記目的を達成する手段として有効であるといえる。

他方で、政治活動を全面的に禁止しているという点で、手段の必要性を欠くという反論が想定される。しかし、法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的、規制される政治活動の自由の重要性、さらには、同条項が刑罰法規の構成要件であることを考慮すれば、同条項が禁止する「政治的行為」は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものに限定されると解すべきである。そうすると、禁止される「政治的行為」は、立法目的を阻害する現実的なおそれがあるものに限定されることになるから、規制対象という点で手段の必要性が否定されるとはいえない。

さらに、禁止の方法として、服務規律違反を理由とする懲戒処分にとどまらず、刑罰まで設けている点で、手段の必要性を欠くという反論も想定される。しかし、刑罰を定める法 110 条 1 項は、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容・態様等が懲戒処

これは憲法適合的解釈であり、合憲限定解釈ではない(論証集 153 頁 1 (4) 参照)。

禁止の方法としての罰則について、常に必要性が問題となるわけではない。公務員については、禁止の方法(禁止の実効性を担保するための

分等では対応しきれない場合に初めて刑罰を科するという趣旨であると解される。そうすると、刑罰が設けられている点で手段の必要性が否定されるともいえない。

したがって、前記規定には、実質的関連性も認められる(②)から、前記規定は憲法 21 条 1 項に違反せず、合憲である。

**[判例 3] 寺西事件**

事案：裁判官が「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法 52 条 1 号の憲法 21 条 1 項適合性が主たる争点となった。

要点：①三権分立原理の下、裁判官の職権の独立(憲法 76 条 3 項)が要請され、これを担保するためには裁判官はとりわけ政治的な勢力から距離を置く必要がある。また、司法に対する国民の信頼を確保するためには、外形的にも裁判官が中立・公正な態度をとることが求められる。そこで、裁判官が「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法 52 条 1 号の立法目的は、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにあると解すべきである。

②前記の立法目的や同号で禁止される「積極的に政治運動をすること」を限定列挙する規定がないことからすれば、同号の「積極的に政治運動をすること」の意味は、国家公務員法の「政治的行為」の意味に近いと解されるが、これと必ずしも同一ではないというのが相当であり、組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるものを意味するとして、限定解釈することができる。

③裁判官の表現の自由は上記①で述べた裁判官の憲法上の特別な地位を根拠とする制約を受ける。そして、それが合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものとして憲法上許容されるかは、禁止の目的の正当性、目的と禁止との間の合理的関連性、利益の均衡により判断されると解すべきである。

④…略…(当てはめ)

**(3) 争議行為**

公務員の労働基本権は、国家公務員法 98 条 2 項、地方公務員法 37 条、国営企業労働関係法(現：特定独立行政法人の労働関係に関する法律) 17 条などにより制限されている。

**[判例 1] 全農林警職法事件**

事案：全農林労働組合(非現業の国家公務員である農水省(当時)職員により組織される労働組合)の役員 Y らは、警察官職務執行法改正案に反対するため、同省職員に対し職場大会への参加を慫慂し争議行為をおおった等として、国家公務員法 110 条 1 項 17 号(98 条 5 項[現 98 条 2 項]による違法とされる争議行為の煽り行為等に対して刑事罰を定めている)違反で起訴された。

要点：①憲法 28 条による労働基本権の保障は、生存権保障(憲法 25 条)を基本理念として、勤労者の経済的地位の向上を目的とする。そして、公務員は、私企業の労働者とは異なり、使用者との合意によって賃金その他の労働条件が決定される立場にないものの、「勤労者」として自己の労務を提供することにより生活の資を得ているものである点におい

手段)として懲戒処分もあることから、懲戒処分との比較で、罰則の必要性が問題とされているのである。

B

最大判 H10.12.1・百 II 177

B 基礎応用 72~77 頁

A

最大判 S48.4.25・百 II 141

て一般の勤労者と異なるから、憲法 28 条の労働基本権の保障を受ける。

②公務員の労働基本権については、「全体の奉仕者」（憲法 15 条 2 項）であることを理由とする公務員の地位の特殊性と職務の公共性を根拠として、必要やむをえない限度の制限が許容される。なぜならば、公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性及び職務の公共性と相容れないばかりでなく、公務の停廃をもたらし、勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼし得るからである。

③（i）勤務条件法定主義・議会制民主主義、（ii）使用者側の対抗手段・市場抑制力の欠如、（iii）人事院等による代償措置の存在を根拠として、国公法 98 条 5 項による公務員の争議行為及びそのあおり行為等の禁止は、勤労者をも含めた国民全体の共同利益の見地からするやむをえない制約といえ、憲法 28 条適合性が認められる。

④処罰対象であるあおり行為やその対象となる争議行為につき限定的に解釈する見解は、不明確な限定解釈であり、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法 31 条に違反する疑いすらあるから、否定されるべきである。

## 5. 在監者（刑事収容施設における被収容者）

C 基礎応用 70～72 頁

在監者とは、刑事収容施設（刑事施設、留置施設、海上保安留置施設）に収容されている者（被疑者、被告人、受刑者、死刑確定者など）であり、刑事収容施設の収容関係には、判決確定前の身柄の拘束（逮捕・未決勾留）と判決確定後の身体刑執行としての懲役・禁錮・拘留・死刑確定者の拘置等がある。

在監関係においても、伝統的な特別権力関係の理論はもはや通用せず、在監者の人権制限を正当化する根拠は、公務員の場合と同じく、憲法が在監関係とその自律性を憲法的秩序の構成要素として認めていること（憲法 18 条・31 条）に由来する。

この憲法が予定している在監関係を維持するため、すなわち拘禁と戒護（逃亡・罪証隠滅・暴行・殺傷の防止・紀律維持等）及び受刑者の矯正教化という在監目的を達成するために、必要最小限度にとどまる制約が許容される。

### 【判例 1】禁煙処分事件

C

事案：在監者の喫煙を禁止する旧監獄法施行規則 96 条の違憲性が問題となった。

最大判 S45.9.16・百 1 A4

要点：①逃走又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のためには監獄内の秩序を維持する必要がある、これらの目的に照らし、被拘禁者の身体以外の自由に対しても必要かつ合理的な制約を加えることができる。そして、その判断は、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量により行う。

②喫煙の自由については、①の比較較量の際に、制限される基本的人権として考慮される。そして、本判決は、喫煙の自由について、「憲法 13 条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない。」と言及するにとどまり、憲法上の保障について明言していないと理解されている。

[判例 2] よど号ハイジャック記事抹消事件

B

最大判 S58.6.22・百 114

事案：旧監獄法 31 条 2 項は文書・図画・の閲読に関する制限を命令に委任しており、これを受けて旧監獄法施行規則 86 条 1 項は「拘禁ノ目的ニ反セズ且ツ監獄ノ紀律ニ害ナキモノニ限り之ヲ許ス」と定めていた。

Xらは、国際反戦デー闘争等に関連して凶器準備集合罪などで起訴され、東京拘置所に勾留されていたところ、私費で購入した読売新聞について東京拘置所長からよど号乗っ取り事件に関連する記事を抹消した上で配布されたため、国家賠償請求訴訟を提起し、知る権利の侵害などを主張した。

要点：①逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のためには監獄内の規律及び秩序を維持する必要がある、これらの目的に照らし、被拘禁者の身体的自由及びその他の行為の自由に対して必要かつ合理的な制約を加えることができる。その判断は、目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して行う。

②前記①の利益較量の片側の秤に乗る利益は、意見・知識・情報の伝達媒体である新聞紙・図書等を閲読する自由である。閲読の自由は、個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であり、思想・情報の自由な伝達・交渉の確保という民主主義社会の基本的原理を真に実効あらしめるためにも必要であるから、憲法 21 条 1 項の規定の趣旨・目的からその派生原理として当然に導かれるものとして、同条項により保障される。

③閲読の自由は、それに優越する公共の利益のために一定の合理的制限を受けることがある。もっとも、未決拘禁者が拘禁関係に伴う制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障されるべき者であることからすれば、監獄内の規律・秩序の維持のためにする未決拘禁者の閲読の自由に対する制限は目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきである。とすれば、在監関係に基づく制約の特殊性を踏まえても、閲読の自由に対する事前抑制的な制限は、閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上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と認められる場合に、その障害発生防止のために必要かつ合理的な範囲でのみ許容されると解すべきである。

6. パターナリスティックな制約

B 基礎応用 72～73 頁

パターナリスティックな制約とは、公権力の主体（政府）が、本人自身の保護のために、本人の意思を無視して、本人の自由に干渉することである。本人にとっては、自分にとっての利益・不利益が何であるのかを政府（又は社会の多数派の意思）によって他律されることになる。

まず、パターナリスティックな制約である点は、合憲ではなく、違憲の方向に評価される。すなわち、何が自己にとって利益かは本人が最もよく判断できることであり、他人が「これがあなたの利益だ」といって押し付けることは、自由主義に反すると考えられる。そのため、個人を個人として尊重するためには個人の人権を本人の重大な利益のために制限する必要もあるというパターナリズムの考え方は、自由主義の下では原則として忌避される思想であるといえる。

次に、パターナリスティックな制約である点は、違憲審査基準の定立過程ではなく、目的手段審査における目的審査で論じるのが通常である。パターナリ

ズムな考えに基づく目的（本人の利益を図るという目的）は自由主義に反するものとして原則として違憲であるという原則論を示したうえで、例外的に目的の合憲性が認められるかについて論じることになる。

**(1) 未成年者**

子どもは大人になる過程にあり、失敗によって学ぶ特権を有しているということを踏まえて検討する必要がある。つまり、子どもが自由を誤って行使してしまうことがあるとしても、それを理由に安易に権利行使を制限してはならない。そこで、人格的自律そのものを回復不可能なほどに永続的に害する場合に限り、例外的に、後見的介入の余地が認められると解する。

**(2) 成年者**

近代立憲主義の下では、本人の意思（価値観）を理性と同視し、政府又は社会の多数派の意思（価値観）と理性を同視することが否定される。

そうすると、成年者に対するパターンリスティックな制約は、原則として違憲であると推定される。

近代立憲主義のもとでも、絶対的客観的価値が仮に存在するのであればそれが本人の意思（価値観）に優越すると考えることができるが、絶対的客観的価値として想定できる自由は生命に対する権利（及び、その部分集合を構成する身体に対する権利）のみである。

## 第4章 人権の私人間効力

基礎応用 73～78 頁

### 1. 人権の私人間効力

A 基礎応用 73～77 頁

#### [論点 1] 人権の私人間効力

A

憲法の人権規定は対国家的なものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。これは、私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じである。

最大判 S48.12.12・百 I 10

そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用ないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。

私人間における人権侵害については、私法の一般条項（民法 1 条、90 条、不法行為に関する諸規定等）を憲法の趣旨（精神）を取り込んで解釈・適用することで、対処すべきである（間接適用説）。

#### [判例 1] 三菱樹脂事件

B

事案：X は、Y 会社に試用期間付きで採用されたところ、入社試験の際に学生運動・生協理事としての活動を秘匿する虚偽の申告をしたことを理由として本採用を拒否された。

最大判 S48.12.12・百 I 9

要点：①人権の私人間効力については、[論点 1] のように述べており、これは間接適用説を採用したものと理解されている。

②憲法 22 条・29 条等により、広く経済活動の自由が基本的人権として保障される。そのため、企業者には、憲法 22 条・29 条等により、経済活動の自由の一環として、雇入れの自由（＝自己の営業のためにいかなる者をいかなる条件で雇い入れるかを自由に決定する権利）が保障される。そうすると、企業者が特定の思想・信条を理由として雇入れを拒むことは当然に違法となるものではない。また、そうである以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想・信条を調査し、そのためにその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも違法ではない。

#### [判例 2] 昭和女子大事件

B

事案：同大学の学生であった X は、昼休みや放課後を使用して政治活動を行っていたことから大学から取り調べを受け、生活要録違反を理由に補導・自宅謹慎を受けたため、これらの大学側の対応に反発して女性週刊誌に手記を寄せたほか、討論集会やラジオ番組において大学側の対応を批判する発言を行ったところ、一連の行動が学則の退学事由に該当するとして大学から退学処分を受けた。

最判 S49.7.19・百 I 10

要点：①人権規定の私人間効力の問題について、[判例 1] を引用し、直接適用説を否定した。

②大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であるから、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有する。もっとも、この包括的権能は無制限なものではなく、在学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照らして合理的と認められる範囲においてのみ是認されるものである。

[判例 3] 百里基地事件

事案：航空自衛隊百里基地の予定地内に本件土地を所有していた X は、国・国防庁との間で本件土地の売買契約を締結したところ、本件土地売買契約について、憲法 9 条・公序良俗違反により無効となるかが問題となった。

争点は、①「国務に関するその他の行為」（憲法 98 条 1 項）の意義、②平和主義の裁判規範性・平和主義を定める憲法規定の直接適用、③平和主義の趣旨（精神）を取り込んだ民法 90 条の解釈・適用である。

要点：①憲法 98 条 1 項は憲法が国の最高法規であることを定めた規定であるから、同条項にいう「国務に関するその他の行為」とは、公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味する。そうすると、国の行為であっても、私人と対等の立場で行う国の行為は、法規範の定立を伴わないから、「国務に関するその他の行為」に該当しない。

②憲法 9 条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではないから、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解する。そのため、国が行政の主体としてではなく私人と対等の立場に立って、私人との間で個々の締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となら変わりが無いといえるような特段の事情のない限り、憲法 9 条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎない。

③憲法 9 条の宣明する国際平和主義・戦争の放棄・戦力の不保持などの国家の統治活動に対する規範は、私法的な価値秩序とは本来関係のない優れて公法的な性格を有する規範である。そのため、これらの規範は、私法的な価値秩序のもとで確立された私的自治の原則・契約における信義則・取引の安全等の私法上の規範によって相対化された上で、民法 90 条にいう「公の秩序」の内容の一部を形成することになるにとどまる。

C

最判 H 元 6.20・百 II 166

2. 純然たる事実行為による人権侵害（国家行為の理論）

B 基礎応用 77～78 頁

①法律行為に基づく人権侵害、②事実行為に基づく人権侵害のうち、その事実行為自体が法令（学則等も含む）の概括的な条項・文言を根拠としているものについては、法令の解釈の際に人権規定の趣旨が考慮される。

これに対し、③純然たる事実行為による人権侵害については、①・②のように真正面から憲法問題として争うことができず、また、民法 709 条の不法行為に基づく損害賠償責任による救済手段にも限界があることから、憲法を直接適用する必要がある。これを、国家行為の理論という。

具体的には、（i）公権力が私人の私的行為に極めて重要な程度にまでかわり合うに至っている場合、又は（ii）私人が国の行為に準ずるような高度に公的な機能を行使している場合には、当該私的行為を国家行為と同視して、憲法を直接適用することが考えられる。

## 第5章 包括的基本権

基礎応用 79～94 頁

### 第1節. 個人の尊厳

B 基礎応用 79 頁

判例は、憲法 13 条前段について、「本条は、個人の尊厳と人格価値の尊重を宣言したものである」と判示している。

個人の尊厳とは、人間は、他者と異なる一人ひとりが「かけがえのない個人」であり、その個別性を尊重しようという考えである。

### 第2節. 生命・身体の権利

B 基礎応用 79 頁

憲法 13 条後段は、「生命…に対する国民の権利」を保障している。憲法 31 条も、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命…を奪われ…ない」と規定しているが、これは生命という実体的権利そのものの保障ではなく、それを手続的に保護するための手続的権利の保障について定めたものである。

身体の権利については、奴隷的拘束からの自由及び意に反する苦役からの自由（憲法 18 条）、居住・移転の自由（憲法 22 条 1 項）、外国移住の自由（憲法 22 条 2 項）によって保障されているが、それ以外の身体の権利は後述する「幸福追求」権（憲法 13 条後段）によって保障される。

### 第3節. 明文根拠のない基本権

A 基礎応用 79～94 頁

#### 1. 包括的基本権の保障

A 基礎応用 79～80 頁

##### [論点 1] 新しい人権

A

憲法 14 条以下の個別的人権の規定は歴史的に重要な権利・自由を列挙したにすぎず、人権の固有性からしても、これらの規定がすべての人権を網羅的に掲げていると解すべきではない。

そこで、憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として、憲法上の明文根拠のない新しい人権が保障されると解する。

そして、基本権の量的拡大には人権の重要さを失わせる危険もあるから、新しい人権として保障される「幸福追求…権」は、個人の人格的生存に不可欠な利益を意味すると解する（人格的利益説）。

#### 2. プライバシー権

A 基礎応用 80～91 頁

##### (1) 保護領域

##### [論点 1] 伝統的プライバシー権

A

人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解する。

そして、私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利という意味での伝統的プライバシー権が、個人の人格的生存に不可欠な利益として同条により保障される。

京都府学連事件大法廷判決等も、実質的にはプライバシー権を国家に対して主張しうる憲法上の権利として認めていると評価しうる。

最大判 S44.12.24・百 I 16

##### [論点 2] 自己情報コントロール権

A

人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が憲法 13 条後段の

「幸福追求…権」として保障されると解する。

そして、国家により個人情報的大量に収集・保有・利用されている現代社会においては、情報の公開だけではなく、それ以前の収集・保有・利用自体が脅威であり得るから、それぞれの段階で自己に関する情報をコントロールすることも、個人の人格的生存に不可欠である。

そこで、伝統的プライバシー権に加えて、自己情報コントロール権も、個人の人格的生存に不可欠な利益として同条により保障されると解すべきである。

自己情報コントロール権は、①本人が知らないうちに自己に関する情報を利用されることを禁止すること（収集制限）、②情報収集は明確な目的に基づきその目的に必要な範囲内で行ってはならず、目的外利用は許されないこと（目的外利用の禁止）、③情報の正しさを担保するための本人の閲覧・訂正・使用停止請求権などを内容とする。

**[論点 3] 公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利**

まず、人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解する。

次に、国家により個人情報的大量に収集・保有・利用されている現代社会においては、それ以前の収集・保有・利用の各段階で自己に関する情報をコントロールする自己情報コントロール権も、個人の人格的生存に不可欠な利益として同条により保障されると解すべきである。

そして、京都府学連事件大法廷判決が、その承諾なしにみだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由が憲法 13 条により保障されることを認めていることから、最高裁判例は、公権力により個人情報を公開されない権利のみならず、強制的に収集されない権利をも憲法 13 条により保障する趣旨であるといえる。

そこで、公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利が、プライバシー権として憲法 13 条後段により保障されると解する。

A

最大判 S44.12.24・百 I 16

**(2) 保障の程度**

プライバシー権の保障の程度に関する考え方（着眼点）は様々であるが、情報の「質」に着目するという点では共通していると思われる。

①プライバシー固有情報（＝個人の思想・信条・精神・身体に関する基本情報等）、プライバシー外延情報（個人の人格的自律に直接かかわらない外的事項に関する個人情報であり、氏名・住所・生年月日・電話番号・性別といった個人識別情報などが挙げられる）という分類がある。

②当該情報と内心との関わり合いの程度も、プライバシー保護の程度を決める要素として重要である。

③人の名誉・信用に直接かかわる事項に関する情報についても、プライバシーとしての要保護性が強くなる。

④他人にどれくらい知られたくない情報であるかも、プライバシー保護の程度を決める要素として用い得る。

A

指紋押捺拒否事件（最判 H7.12.15・百 I 2）

前科照会事件（最判 S56.4.14・百 I 17）

前科照会事件・伊藤補足意見

**(3) 判例**

**[判例 1] 前科照会事件**

事案：A 会社から X・A 会社間の労働事件を受任していた弁護士は、弁護士法 23 条の 2 に基づき、所属弁護士会に対し、事件の相手方 X の前科前歴の照会の申し出を行ったところ、同弁護士会から照会を受けた区長が

B

最判 S56.4.14・百 I 17

Aの前科の存在・内容について報告・回答したことから、プライバシー侵害が問題となった。

要点：多数意見は、前科等（前科及び犯罪経歴）が人の名誉・信用に直接にかかわる事項であることを理由に、前科等のある者についてこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を認めた上で、前科等の取扱いには格別の慎重さが要求されると述べている。もっとも、プライバシーという用語は用いられていない。

これに対し、伊藤補足意見では、他人に知られたくない情報を公開されないという意味でのプライバシー権を認めた上で、前科等は最も他人に知られたくない情報の一つとしてプライバシー権による保障対象に含まれるとともに、プライバシーに優越する利益が存在する場合に必要な最小限の範囲に限りその公開が許容される、とされている。

### 【判例2】「宴のあと」事件

事案：モデル小説の主人公のモデルとされているXは、小説の作者及び出版社を被告として、プライバシー侵害を理由に謝罪広告・損害賠償を求めて出訴した。

要点：本判決は、民事訴訟においてモデル小説の出版によるプライバシー侵害を理由とする損害賠償請求（民法709条）の可否が問題となった事案において、プライバシー権を「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」と理解した上で、その侵害要件として、①公開された内容の私事性（私生活上の事実又はそれらしく受け取られるおそれのある事柄であること）、②秘匿性（一般人の感受性を基準にした場合に当該私人が公開を欲しないであろうこと）、③非公知性（一般の人々に未だ知られていない事柄であること）の3つを示している。

この3要件は、「モデル小説」による「情報の公開」による「伝統的なプライバシー権」侵害が「私人間で問題となった」事案における「不法行為に基づく損害賠償請求の要件」として示されたものだから、プライバシー侵害が問題となる事案全般にそのままの形で適用されるわけではない。

例えば、性犯罪者継続監視法によるプライバシー侵害が問題となった事案（平成28年司法試験）では、対象となっているプライバシー情報が「位置情報」であるという点で私事性・秘匿性・非公知性という3要件による判断になじまないし、プライバシー情報の公開ではなく収集が問題となっているという点でも上記3要件による判断になじまない。

論文試験対策としては、以下のように理解するべきである。

⑦上記3要件がそのまま妥当する事案では「宴のあと」事件判決を引用した上で上記3要件に従って判断する

⑧部分的に妥当する事案では、「宴のあと」事件判決を引用した上で、事案類型の違いを踏まえて上記3要件がこういった形に修正されて適用されることになるということを説明し、修正後の要件に従って判断する

⑨部分的にも妥当する余地がない事案（性犯罪者継続監視法の事案など）では、そもそも「宴のあと」事件判決に言及しない

### 【判例3】「石に泳ぐ魚」事件

事案：「石に泳ぐ魚」（小説）は、生まれつき顔面に大きな腫瘍を持った若

B

東京地判 S39.9.28・百I60

B

最判 H14.9.24・百I62

い女性と「私」との関係の一つの軸として構成されているものであり、この女性の腫瘍について詳細かつ苛烈な描写があるほか、この女性の父親の逮捕歴があることとされるとともに、この女性の新興宗教へ入信し「私」に金員を無心する場面などが含まれている。

顔面に腫瘍のある女性のモデルとされている X は、本件小説中の女性と X との同一性は容易に識別できるため、本件小説中の上記描写等によってプライバシー権・名誉権・名誉感情を侵害されたとして、小説の作者及び出版社を被告として、慰謝料の賠償・謝罪広告の掲載・本件小説の単行本の出版等による公表の差止め等を求めて出訴した。

要点：①人格的価値を侵害された者は、人格権を根拠として、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる。

②予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量し、(i)侵害行為が明らかに予想され、(ii)その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、(iii)その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは、人格権に基づく侵害行為の差止めが認められると解すべきである。

③モデル小説によるプライバシー侵害が成立するためには、その前提として、登場人物と実在人物との同定可能性（読者が登場人物と実在人物との同一性を確認（認識）できること）が必要である。本判決では、顔面の腫瘍の描写という特殊な事例であることを考慮したからなのか、一般読者による同定可能性までは要求せず、登場人物を知る読者（登場人物の周囲の人々）による同定可能性で足りるとされている。

#### [判例 4] 京都府学連事件

事案：警察官は、現行犯又は準現行犯的状况下において、証拠保全のために、本人の同意を得ることなく、犯人の容ぼう・姿態と、犯人の身辺又は被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう・姿態を写真撮影した。

要点：憲法 13 条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している。

個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりに容ぼう等を撮影されない自由を有する。

もともと、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは憲法 13 条の規定に照らして明らかである。

#### [判例 5] 指紋押捺拒否事件

事案：廃止前の外国人登録法では、外国人の新規登録・登録証明書の再交付などの際に指紋押捺を義務付け、指紋押捺の拒否について刑事罰を定めていたが、平成 11 年に指紋押捺制度は廃止され、本人確認方法として写真と署名が用いられており、さらに平成 24 年には外国人登録法自体が廃止され、外国人の登録と身元確認は外国人住民登録制度によることとなった。

要点：憲法 13 条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している。

B

最大判 S44.12.24・百 I 16

B

最判 H7.12.15・百 I 2

確かに、指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や個人の内心に関する情報となるものではない。

しかし、指紋には、性質上万人不同性・終生不変性という性質上、採取された指紋の利用方法次第では、個人の私生活情報・内心に関する情報へのアクセスが可能になるという検索性・インデックス性がある。

そうすると、指紋は、その利用方法次第では、個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性があるという意味で、国民の私生活上の自由と密接な関連を有する。

そこで、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由が憲法 13 条により保障されると解する。

**〔判例 6〕 早稲田大学講演会事件**

事案：早稲田大学は、江沢民中華人民共和国国家主席（当時）の講演会を主催した際に、警視庁からの警備上必要であるとの求めに応じて、本人の同意を得ることなしに、講演会の参加希望者が学籍番号・氏名・住所・電話番号を記入した名簿を警視庁に提出した。

要点：①大学生の学籍番号・氏名・住所・電話番号は、本人が自己の欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることが自然な情報であるから、プライバシーの保護対象に含まれるべきである。

②このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。

③もともと、これらの情報は、大学が個人識別等を行うための単純な情報（単純な個人識別情報）であり、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。

**〔判例 7〕 住基ネット事件**

事案：住民基本台帳法改正により、氏名・生年月日・性別・住所の 4 情報に、住民票コード（無作為に作成された 10 桁の数字及び 1 桁の検査数字を組み合わせた数列）及び転入・出生等の変更情報を加えた本人確認情報を、市町村・都道府県・国の機関等で共有してその確認ができるネットワークシステム（＝住基ネット）が構築された（従前は、住民基本台帳の情報はこれを保有する当該市町村においてのみ利用されていた）。

要点：①住基ネットにより制約されている個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由は、個人の私生活上の自由の一つとして、憲法 13 条により保障される。

②住基ネットによって管理・利用等される本人確認情報（氏名・生年月日・性別・住所から成る 4 情報）は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報であるから、秘匿性の高い情報ではない。また、変更情報も、個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない。さらに、住民票コードも、住基ネットによる本人確認情報の管理・利用等の目的に利用される限り、その秘匿性の程度は本人確認情報と異なるものではない。

**〔判例 8〕 グーグル検索結果削除請求事件**

事案：X は、逮捕から 3 年以上経過した時点でもインターネット検索サービスで自分の逮捕歴が表示されることから、当該サービスを提供する検索事業者に対し、人格権に基づき検索結果の削除を命じる仮処分命令の申

B

最判 H15.9.12・百 I 18

B

最判 H20.3.6・百 I 19

B

最決 H29.1.31・百 I 63

立てをした。

要点：確かに、①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は、法的保護の対象となる。

しかし、②検索結果の提供は、検索事業者自身による表現行為という側面を有することに加え、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。

そして、③検索結果の削除は、②でいう「表現行為」や「役割」に対する制約にあたる。

そこで、ある者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトの URL 等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実を公表されない法的利益と当該 URL 等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解すべきである。

#### [判例 9] 車内広告放送事件

事案：大阪市交通局が運行中の列車内で拡声器装置を用いた企業等の商業宣伝放送を実施したところ、通勤のために市営地下鉄を利用する X は、商業宣伝放送は乗客に聞きたくない音の聴取を強制するものであり人格権を侵害するとして、商業宣伝放送の差止め・損害賠償請求を求めて出訴した。

要点：①他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益は、広い意味でのプライバシーと呼ぶことができ、これは人格的利益として現代社会において重要なものであり、「幸福追求…権」（憲法 13 条後段）に含まれると解する余地がある。

②もっとも、上記①の利益は、社会に存在する他の利益との調整を要するものであり、これを精神的自由権の一つとして憲法上優越的地位を有するものとするのは適当ではないから、対立する利益との較量により侵害を受忍しなければならないこともありうる。

③そして、本来、プライバシーは公共の場所においてはその保護が希薄とならざるをえず、受忍すべき範囲が広がる。他方で、対立する利益は表現の自由であるところ、表現の自由が憲法上強い保障を受けるのは受け手に表現受領の自由がある場を前提にしているから、特定の表現のみが受け手に強制的に伝達されるところでは表現の自由の保障は典型的に機能するものではなく、その制約をうける範囲が大きいこととなる。前記②の利益衡量では、③で述べた 2 点を考慮する必要がある。

B

最判 S63.12.20・百 I 20

伊藤補足意見

### 3. 自己決定権

#### [論点 1] 自己決定権の憲法上の保障

人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解する。

そして、重要な私的事柄について公権力からの干渉なしに各自が自律的に決定できる自由としての自己決定権が、人の人格的生存に不可欠な利益として、同条後段により保障される。

ここでいう「重要な私的事柄」とは、「人格的生存に不可欠な重要事項」を意

A 基礎応用 91～93 頁

A

味し、これは、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③その他の事柄に分類される。

**[判例 1] 熊本丸刈り事件**

事案：熊本県の町立中学校における、男子生徒の髪型について「丸刈、長髪禁止」を定める校則の違憲・違法が問題となった。

要点：本判決は、「髪形が思想等の表現であるとは特殊な場合を除き、見ることはできず、特に中学生において髪形が思想等の表現であると見られる場合は極めて希有であるから、本件校則は、憲法 21 条に違反しない。」と判示している。

しかし、髪型や服装などの身じまいを通じて自己の個性を実現させ人格を形成する自由は、精神的に形成期にある青少年にとって成人と同じくらい重要な自由であるから、重要な私的事柄を決定する自由に該当するとして、自己決定権としての憲法上の保障を肯定することも可能である。

**[判例 2] どぶろく事件**

事案：被告人は、無許可のまま清酒及び雑酒（どぶろく）を公然と製造し、酒税法違反で起訴された。

酒税法 7 条 1 項は、製造目的を問わず酒類製造を免許制の対象にし、同法 54 条 1 項は同法 7 条 1 項違反について罰則を設けている。これにより、自己消費目的の酒類製造も制限されることになる。

要点：「幸福追求…権」を定める憲法 13 条後段が憲法 14 条以下の個別的な基本権に対して補充的に適用されるものであることからすれば、自己消費目的の酒類製造の自由について個別的な基本権として保障することができるのであれば、「幸福追求…権」として捉えるべきではない。

憲法 29 条 1 項は、私有財産制のみならず、個人が現に有する具体的な財産上の権利も保障していると解される。

そして、自己の所有物を用いて生活財を生産・消費することは、財産権たる所有権の内実である所有物の使用・処分（民法 206 条）に当たるから、憲法 29 条 1 項により「財産権」として保障されると解すべきである。

なお、財産の使用目的・態様が憲法上特段の意義を有する場合があります、宗教活動や表現活動に不可欠な財産の所有及び使用は、それ自体が宗教行為あるいは表現行為と解されるため、憲法 20 条ないし 21 条 1 項の問題として考慮すべき場合がある。

**[判例 3] 「エホバの証人」輸血拒否事件**

事案：「エホバの証人」の信者 X は、信仰上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることは拒否するという固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して東京大学医科学研究所付属病院に入院し、同病院の医師らに対し輸血を受けることができない旨を説明していた。

同病院では、外科手術を受ける患者がエホバの証人の信者である場合にはできる限り輸血をしないことにするが、輸血以外に救命手段がない事態に至ったときには患者及びその家族の諾否にかかわらず輸血をするという方針を採っており、その方針を X に説明することなく手術を実施したところ、手術中に輸血をしなければ X を救うことができない可能性が高いという判断に至ったために、X に対して輸血を行った。

X は、医師らに対しては、自己決定権及び信教上の良心が侵害されたと

C

熊本地判 S60.11.13・百 I A5

B

最判 H 元.12.14・百 I 21

B

最判 H12.2.29・百 I 23

して、不法行為に基づく損害賠償請求を求めて出訴した。

判旨：「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」

C 基礎応用 94 頁

#### 4. 環境権

環境権は、一般には、健康で快適な生活を維持する条件としての良い環境を享受し、これを支配する権利と理解されている。

環境権は、環境破壊を予防し排除するために主張された権利であり、そういう良い環境の享受を妨げられないという側面では自由権であるから、憲法 13 条後段の「幸福追求…権」の一内容をなし、人格権と結びついたものと理解することができる。

もっとも、環境権を具体化し実現するには、公権力による積極的な環境保全ないし改善のための施策が必要であるから、その面では社会権として性格づけられる。この社会権的な側面との関連では、憲法 25 条も環境権の根拠となると解される。



## 判例索引

- ・最大判 S25.2.1 (ヤミ米販売事件) p154
- ・最大判 S27.2.20 p144
- ・最大判 S27.10.8 (警察予備隊違憲訴訟・百Ⅱ187) p153
- ・最大判 S28.12.23 (農地改革事・百Ⅰ100) p105
- ・最判 S29.1.22 (百Ⅰ [6版] 105) p104
- ・最大判 S29.11.24 (新潟県公安条例事件・百Ⅰ82) p95、96
- ・最大判 S30.2.9 (公民権停止事件・百Ⅱ146) p110
- ・最大判 S30.4.22 (百Ⅱ207) p145
- ・最大判 S31.7.4 (謝罪広告強制事件・百Ⅰ33) p59
- ・最大判 S32.12.25 (不法出国・密輸事件) p28
- ・最大判 S32.3.13 (チャタレイ事件・百Ⅰ51) p84
- ・最大判 S33.10.15 (東京都売春取締条例事件・百Ⅰ32) p56
- ・最大判 S34.12.16 (砂川事件・百Ⅱ163) p134
- ・最大判 S35.6.8 (苫米地事件・百Ⅱ190) p142
- ・最大判 S35.10.19 (村会議員出席停止事件・百Ⅱ181) p144
- ・最大決 S35.7.6 (強制調停違憲決定・百Ⅱ124) p109
- ・最大判 S35.7.20 (東京都公安条例事件・百ⅠA8) p95
- ・最大判 S37.3.7 (警察法改正無効事件・百Ⅱ180) p142
- ・最大判 S37.5.30 (百Ⅱ208) p150
- ・最大判 S37.11.28 (第三者所有物没収事件・百Ⅱ107) p107、155
- ・最大判 S38.3.27 (百Ⅱ200) p149
- ・最大判 S38.5.22 (東大ボボロ事件・百Ⅰ86) p69、71
- ・最大判 S38.6.26 (奈良県ため池条例事件・百Ⅰ98) p149
- ・東京地判 S39.9.28 (「宴のあと」事件・百Ⅰ60) p42
- ・最大判 S41.10.26 (全通東京中郵事件・百Ⅱ139) p124
- ・最大判 S43.11.27 (河川附近地制限令事件・百Ⅰ102) p105、106
- ・最大判 S43.12.4 (三井美唄炭鉱労組事件・百Ⅱ144) p26、110
- ・最大判 S44.6.25 (「夕刊和歌山時事」事件・百Ⅰ64) p83、85、87
- ・最大判 S44.10.15 (「悪徳の栄え」事件・百Ⅰ52) p84
- ・最大決 S44.11.26 (博多駅事件・百Ⅰ73) p89
- ・最大判 S44.12.24 (京都府学連事件・百Ⅰ16) p40、41、43
- ・最大判 S45.6.24 (八幡製鉄事件・百Ⅰ8) p24
- ・最大判 S45.9.16 (禁煙処分事件・百ⅠA4) p35
- ・最大判 S47.11.22 (川崎民商事件・百114) p108
- ・最大判 S48.4.4 (尊属殺人事件・百Ⅰ25) p49
- ・最大判 S48.4.25 (全農林警職法事件・百Ⅱ141) p34
- ・最大判 S48.12.12 (三菱樹脂事件・百Ⅱ9) p38
- ・最判 S49.7.19 (昭和女子大事件・百Ⅱ10) p38
- ・最大判 S49.11.6 (猿払事件・百Ⅰ12) p31、77
- ・最大判 S50.4.30 (薬事法事件・百Ⅰ92) p97、98
- ・最大判 S50.9.10 (徳島市公安条例事件・百Ⅰ83) p74、150、151、155
- ・最判 S50.11.28 (国労広島地本事件・百Ⅱ145) p26
- ・最大判 S51.4.14 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・百Ⅱ148) p112

- ・最大判 S51.5.21 (旭川学力テスト事件・百Ⅱ136) p70、**121**
- ・最判 S52.3.15 (富山大学事件・百Ⅱ182) p142
- ・最大判 S52.7.13 (津地鎮祭事件・百Ⅰ42) p66
- ・最大判 S53.10.4 (マクリーン事件・百Ⅰ1) p27
- ・最判 S56.4.14 (前科照会事件・百Ⅰ17) p41
- ・最判 S56.4.16 (「月刊ペン」事件・百Ⅰ65) p85
- ・最判 S56.7.21 (戸別訪問禁止事件・百Ⅱ158) p16、**111**
- ・最大判 S57.7.7 (堀木訴訟・百Ⅱ132) p18、114、115
- ・最判 S58.2.18 (行百Ⅱ247) p105
- ・最大判 S58.6.22 (よど号ハイジャック記事抹消事件・百Ⅰ14) p16、**36、78、79**
- ・京都地判 S59.3.30 (京都市古都保存協力税条例事件・百Ⅰ [5版] 44) p64
- ・最大判 S59.12.12 (税関検査事件・百Ⅰ69) p75、154
- ・最判 S59.12.18 (吉祥寺駅構内ビラ配布事件・百Ⅰ57) p91
- ・最判 S60.1.22 (旅券発給拒否処分事件) p101
- ・最大判 S60.3.27 (サラリーマン税金訴訟・百Ⅰ31) p56
- ・熊本地判 S60.11.13 (熊本丸刈り事件・百ⅠA5) p46
- ・最判 S60.11.21 (在宅投票廃止違憲訴訟・百Ⅱ191) p102
- ・東京地判 S61.3.20 (日曜日授業参観事件・百ⅠA6) p65
- ・最大判 S61.6.11 (北方ジャーナル事件・百Ⅰ68) **p75、83、85**
- ・最判 S62.3.3 (大分県屋外広告物条例事件・百Ⅰ56) p91
- ・最大判 S62.4.22 (森林法共有林事件・百Ⅰ96) p103
- ・最判 S62.4.24 (サンケイ新聞事件・百Ⅰ76) **p80、85**
- ・最大判 S63.6.1 (自衛官合祀訴訟・百Ⅰ43) p68
- ・最判 S63.7.15 (麴町中学内申書事件・百Ⅰ34) p60
- ・最判 S63.12.20 (車内広告放送事件・百Ⅰ20) p45
- ・最判 S63.12.20 (共産党袴田事件・百Ⅱ183) p127
- ・最判 H元.3.2 (塩見訴訟・百Ⅰ5) p28
- ・最大判 H元.3.8 (レペタ事件・百Ⅰ72) p79
- ・最判 H元6.20 (百里基地事件・百Ⅱ166) p39
- ・最判 H元.9.19 (岐阜県青少年保護育成条例事件・百Ⅰ50) p74、**78**
- ・最判 H元.12.14 (どぶろく事件・百Ⅰ21) p46
- ・最判 H元.12.21 (長崎教師ビラ事件・百Ⅰ66) p87
- ・最判 H2.1.18 (伝習館高校事件・百Ⅰ137) p123
- ・最決 H2.7.9 (TBS事件・百Ⅰ74) p81
- ・最大判 H4.7.1 (成田新法事件・百Ⅱ109) p97、**107**
- ・最判 H4.11.16 (森川キャサリン事件・百ⅠA2) p28
- ・最判 H4.12.15 (酒類販売免許制事件・百Ⅰ94) p98、**99**
- ・最判 H5.2.16 (箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決・百Ⅰ46) p66
- ・最判 H5.2.28 (ヒッグス・アラン事件) p29
- ・最判 H7.2.28 (外国人地方選挙訴訟・百Ⅰ3) p29
- ・最判 H7.3.7 (泉佐野市民会館事件・百Ⅰ81) **p93、94**
- ・最大決 H7.7.5 (非嫡出子相続分規定事件(合憲)・百Ⅰ [5版] 31) p50
- ・最判 H7.12.15 (指紋押捺拒否事件・百Ⅰ2) p41、**43**
- ・最決 H8.1.30 (宗教法人解散命令事件・百Ⅰ39) p54、**64**
- ・最判 H8.3.8 (「エホバの証人」剣道受講拒否事件・百Ⅰ41) p15、**65**

- ・最判 H8.3.15 (上尾市福祉会館事件) p94
- ・最判 H8.3.19 (南九州税理士会事件・百 I 36) p25
- ・最大判 H9.4.2 (愛媛玉串料事件・百 I 44) p67
- ・最判 H9.9.9 (病院長自殺国賠訴訟・百 II 170) p132
- ・最大判 H10.12.1 (寺西事件・百 II 177) p34
- ・最大判 H11.11.10 (重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟・百 II 152) p111
- ・最判 H12.2.29 (「エホバの証人」輸血拒否事件・百 I 23) p46
- ・熊本地判 H13.5.11 (ハンセン病訴訟・百 II 192) p101
- ・最判 H14.1.29 (ロス疑惑配信記事訴訟) p87
- ・最大判 H14.2.13 (証券取引法事件・百 I 97) p103
- ・最判 H14.4.25 (群馬司法書士会事件) p25
- ・最判 H14.9.24 (「石に泳ぐ魚」事件・百 I 62) p42
- ・最判 H15.3.14 (長良川事件報道訴訟・百 I 67) p88
- ・最判 H15.9.12 (早稲田大学講演会事件・百 I 18) p44
- ・東京高決 H16.3.31 (週刊文春記事差止事件) p76
- ・最判 H16.7.15 (ゴーマニズム宣言事件) p87
- ・最大判 H17.1.26 (外国人管理職訴訟・百 I 4) p30
- ・最判 H17.7.14 (公立図書館の図書廃棄事件・百 I 70) p73
- ・最大判 H17.9.14 (在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・百 II 147) p109、110
- ・最大判 H18.3.1 (旭川市国民健康保険条例事件・百 II 196) p146
- ・最決 H18.10.3 (NHK 記者証言拒否事件・百 I 71) p81
- ・最判 H19.2.27 (「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件) p61
- ・最判 H19.9.18 (広島市暴走族追放条例事件・百 I 84) p74、**94**
- ・最判 H19.9.28 (学生無年金障害者訴訟・百 II 134) p117
- ・最判 H20.2.19 (第 2 次メイプルソープ事件・H20 重判 6) p85
- ・最判 H20.3.6 (住基ネット事件・百 I 19) p44
- ・最判 H20.4.11 (自衛隊官舎ビラ配布事件・百 I 58) p82
- ・最大判 H20.6.4 (国籍法違憲訴訟・百 I 26) p55
- ・最大判 H22.1.20 (空知太神社事件・百 I 47) p68
- ・最決 H22.3.15 (名誉毀損被告事件・H22 重判 8) p86
- ・最大判 H23.3.23 (議員定数不均衡訴訟・1 人別枠方式・百 II 153) p112
- ・最判 H23.4.28 p87
- ・最判 H23.5.30 (「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件・百 I 37) p60
- ・最判 H24.2.28 (生活保護老齢加算廃止訴訟・百 II 135) p114
- ・最判 H24.12.7 (堀越事件・百 I 13) p32
- ・最判 H25.1.11 (医薬品ネット販売事件・百 II A19) p100
- ・最判 H25.3.21 (神奈川県臨時特例企業税事件・百 II 208) p151
- ・最大決 H25.9.4 (非嫡出子相続分規定事件 (違憲)・百 I 27) p49
- ・最大判 H25.11.20 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・H25 重判 1) p112
- ・最判 H26.1.16 (H26 重判 6) p91
- ・最大判 H27.12.16 (女子再婚禁止期間事件 (違憲)・百 I 28) **p50**、109
- ・最大判 H27.12.16 (夫婦同氏事件・百 I 29) p52
- ・最決 H29.1.31 (グーグル検索結果削除請求事件・百 I 63) p17、**44**
- ・最大判 R2.11.25 (市議会議員出席停止事件) p143



(参考文献1)

- ・「憲法」第7版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法Ⅰ基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」初版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)

(参考文献2)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法②」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)