

金沢幸彦の

答案スキルいっき習得講義

憲 法

辰巳専任講師・弁護士

金沢幸彦 先生

辰巳法律研究所

答案スキルいっき習得講義

憲法の構成

総論

第1 憲法の問題の処理パターン

出題形式による分類	(1)訴訟を意識した形式	P.1
	(2)リーガルオピニオン形式	P.1
合格答案の書き方	(1)当事者の主張	P.2
	(2)自分の見解を書くときの注意点	P.7

第2 公式資料などに見る憲法の学習指針

P.8

司法試験の出題趣旨が示す「憲法の答案の書き方」
司法試験委員の採点実感が示す「憲法の答案の書き方」

各論

問題演習

1	外国人の人権—政治活動の自由（マククリーン事件）	P.12
2	防犯カメラによる撮影とプライバシー・肖像権	P.16
3	職員採用における積極的差別是正措置	P.22
4	国歌斉唱等と思想・良心の自由	P.26
5	神道式地鎮祭と政教分離（津地鎮祭事件）	P.32
6	営利広告の自由	P.36
7	屋外広告物条例の憲法21条1項適合性	P.40
8	モデル小説とプライバシー権（「石に泳ぐ魚」事件）	P.44
9	知る権利と市規則による規制	P.48
10	表現の自由と反論文掲載請求権（サンケイ新聞事件）	P.52
11	薬局の距離制限規定と職業選択の自由	P.56
12	認可されなかった場合の職業選択の自由	P.60
13	共有林分割制限規定と憲法29条（森林法共有林事件）	P.64
14	教育内容決定権能の所在（旭川学テ事件）	P.70
15	党内民主主義	P.74

総論

第1 憲法の問題の処理パターン

<以下、『趣旨・規範ハンドブック公法系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.2～9より>

出題形式による分類	(1)訴訟を意識した形式	P.1
	(2)リーガルオピニオン形式	P.1
合格答案の書き方	(1)当事者の主張	P.2
	(2)自分の見解を書くときの注意点	P.7

第1 憲法の問題の処理パターン

1 出題形式

(1) 訴訟を意識した形式

ア フルスケールでない形式（主流）——司19年第1問～29年第1問，予備23年～R1年

原告代理人の主張についてはフルスケール（予備27年は，簡潔でよいとされている）で述べさせることを前提にして，被告代理人（主として，被告は国や地方公共団体）の主張については，自分の見解を展開する前提として踏まえれば良いという形式（被告側の主張はコンパクトで，ポイントを絞った形で記載しても良いという形式）

→この形式では，被告側の主張としては，原告の主張に対する反論のポイントのみ簡潔に挙げれば足り，それによって，原告側の主張と被告側の主張の対立軸を明らかにすることが求められる。

自分自身の見解については，それを踏まえて原告側の主張と被告側の主張の対立点を意識したうえで，体系的・論理的に一貫した論述をする必要がある。論点ごとに被告側の反論と自分の見解を書く形式では，自分自身の見解が論点ごとに分断されてしまい，全体としての論理的一貫性が読み解きにくいので，評価が下がるおそれがあるとされていた（平成26年採点実感参照）。なお，平成27年公法系第1問では，設問1で原告側の主張と被告側の反論のポイントを論じ，設問2では，設問1を踏まえつつ自分自身の見解を論ずることが求められており，自分の見解の論述は独立した設問となっている。また，原告側の憲法上の主張，被告側の反論のポイント，自分自身の憲法上の見解のそれぞれに配点が示されていて，それぞれ40，10，50となっていた。平成28年，平成29年公法系第1問では，設問1で原告側の主張を論じ，設問2で被告側の反論を想定しつつ自分自身の見解を論ずることが求められており，各設問の配点は示されなかった。もっとも，配点の有無にかかわらず，各主張の分量についてのバランスには注意を要する。

イ フルスケール形式——司18年第1問

原告代理人，被告代理人（主として，被告は国や地方公共団体），解答者の三者三様の立場からそれぞれ論述させる出題形式

→被告側の主張に沿った考え方を自分も採るという場合には，重複した部分が出てくる可能性がある。適宜，論述をコンパクトにする。

(2) 法律相談における意見を求める形式

（新傾向問題いわゆるリーガルオピニオン問題）

——司30年第1問～R2年第1問，予備R2年

行政や国会議員等から相談を受けた弁護士と仮定して，憲法上の問題点について参考判例，当該判例に対する批判及び自己の主張に対する反論を踏まえて自らの見解を述べる形式。

→法律家としての助言を求められているため，具体的な法令の文言を指摘しつつ，当該規定で合憲といえるか否かを答えることが不可欠であり，違憲であるとする場合には，法令のどの部分がどのような憲法上の規定との関係で問題なのかを具体的に指摘することが求められている。

また，設問文において関連する判例への言及及び判例の立場に対する批判を検討することを要求している。そのため，判例を表面的に理解しただけでは足りず，当該判例を正

確に理解し、本問との区別の可能性（判例の射程）を検討した上で、自らの見解を述べることが求められている。直近の3年で連続してこの形式で出題されていることから、次年度以降もこのような出題形式が続くことが予想される。そのため、日頃から判例の事案及び判旨を読み込んだ上で、判例の射程を意識した解答ができるよう練習を重ねる必要がある。

そして、この形式では、問題となる条文や規制態様、論点などが多くなることが考えられるので、メリハリをつけつつ、網羅的に言及することが望まれる。問題点ごとの分量を調整する必要がある点に注意である。

ここで、期待される論述は、全ての論点において違憲・合憲の主張を対立させるものではなく、自らの主張を展開する中で、必要に応じて自らの見解と異なる立場に触れるものである。この形式の時には、主張、反論、私見という構成を取ると、設問の問われ方に即していないばかりか、極端な内容の記載や重複した記載をするなど、説得力の乏しい答案として厳しい評価を受けてしまうので注意が必要である（平成30年・令和元年採点実感参照）。

なお、予備R2年に出题された立法による人権制限に関する憲法適合性を問う問題もこの類型に属する。

2 合格答案の書き方

(1) 当事者の主張

ア 処理方法

(7) 前提

まず憲法上の主張をするための訴訟選択が求められる。いわゆる「受け皿」としての訴訟を選択しなくてはならない。例えば、平成24年の公法系第1問では、住民訴訟として、地方自治法242条の2第1項4号（いわゆる4号訴訟）を挙げる必要がある。

憲法の問題では、出題意図、すなわち出題者が何を中心にして論じることを求めているかを意識しつつ問題文中の事実を検討し、誘導に沿って答案を作成しなければならない。問題文の特殊事情を無視して書いたり、誘導を無視すると、点を得ることが困難になる。

問題文や参考資料を読む際には、①誰の、②どのような権利が、③誰によって（公権力か私人か）、④どのような形で（法律なのか条例なのか、直接的規制か間接的規制なのか等）、⑤どの程度（強制力があるのか、刑罰を科されるのか）、制約されているかに注意する。

一定の筋の通った憲法上の主張を論述しつつ、原告・被告・自分の見解の各主張がきちんとかみ合う形で論述することも要求されている。

また当該事案の解決に必要な「判例の言及、引用」が必要となる（平成23年採点実感参照）。

(4) 権利選択について

当事者の主張を書くにあたっては、当該事案において問題となっている憲法上の権利を選択する。この際、当事者にとって最良な主張は何か、すなわち、勝訴するにはどんな主張をすべきかという観点から選択を行わなければならない。

問題文から、原告のいかなる権利が侵害されているのか分析発見する必要がある。

権利の選択について、平成23年公法系第1問については、原告の主張として、21条1項の表現の自由、22条1項の職業選択の自由、あるいは13条1項のプライバシー権のい

ずれも主張しうる。しかしながら、事案の特性ならびに、勝ち筋か否かという点で、「弱い権利を選択する」ことは「センスが悪い」と評価されかねず（平成23年採点実感）、適切な権利を選択することが求められる。また、平成26年公法系第1問においては、事案に、「C社は、本条例自体が不当な競争制限であり違憲であると主張して、不許可処分取消訴訟を提起した。」とあるので、法令違憲のみを検討させる趣旨であることを読み取らなければならない。

ここで重要なのは、原告の制約されている権利がいわゆる自由権であるのか、あるいはそれ以外の権利（例えば、平等権や積極的権利）であるのかという点である。

(ウ) 権利制約について

違憲主張を行う側は、法令あるいはその適用が(イ)で選択した権利を制約していることを論じ、反論する側は、制約はないと（可能であれば）主張する。

(エ) 法令違憲と適用違憲について

大まかに言って、違憲主張の方法には、法令そのものを違憲とする法令違憲の主張と、法令の当該事例における適用を違憲とする適用違憲の主張がある。違憲の主張を基礎付ける根拠が法令の文言自体や、立法者が立法にあたって斟酌した社会的事実（立法事実）である場合には法令違憲を論じる。法令に基づいて処分を行った者が斟酌した、当該事案における個別具体的事実（司法事実）によって違憲主張を基礎付ける場合には適用違憲を論じる（平成23年採点実感）。

参考資料として与えられた法令が実際に存在する場合には、無理に法令違憲を主張する必要はない。例えば、平成22年公法系第1問では生活保護法の規定自体を憲法25条で争ったところで、原告の救済になるわけではなく、あくまで争うべきは却下処分そのものである。

解答にあたっては法令違憲・適用違憲の両方を考える必要がある（平成26年、平成28年、平成29年公法系第1問は除く）が、必ずしも両者を同じバランスで論述する必要はなく、どちらがより勝てる見込みがあるかによって論述の力点を変えなければならない。その際、原告がいかなる立場に置かれているか、いかなる法令に基づいていかなる処分がされているのかなどを事案から正確に分析して、どちらを重点的に論じるかを考えることが求められる。例えば、平成25年公法系第1問においては、「論ずべき中心は当該不許可処分の違憲性」であり（平成25年出題趣旨）、条例の違憲性よりも重点が置かれるべきである。

なお、平成27年公法系第1問においては、「Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行う」という観点から、どのような憲法上の主張を行うか。」という指定が付されており、このような場合は、原告の言い分を考慮した上で、権利の選択を行うことになる。

(オ) 法令違憲を主張する場合

法令違憲の主張は、法令の文言のみを審査する文面審査と、立法事実を検証して法令の内容を審査する実体審査に分けられる。

実体審査においては、法令による権利制約が公共の福祉によって正当化されるか判断するための違憲審査基準を定立する。定立にあたっては、当事者は自己にとって有利な結論を導きやすい基準を定立すべきであると主張することになる。その際、なぜそのような基準を立てるべきなのか、具体的事案に即した説得的な論述をする必要がある。

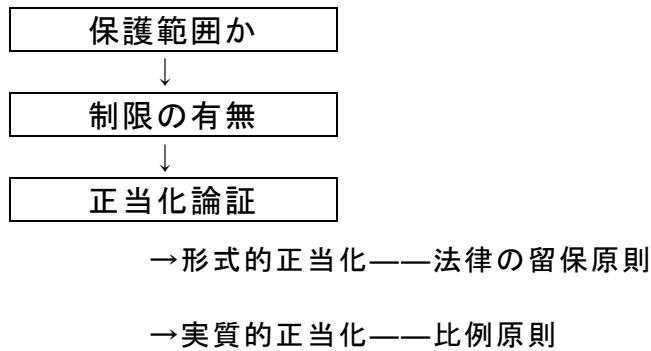
審査基準の定立後は、事実を評価しながら丁寧にあてはめ、結論を導く。違憲審査基準の選択から直ちに、合憲・違憲の結論が出るわけではなく、「当該合憲性の結論は、事案に即して個別的・具体的に検討することから導き出される」（平成23年出題趣旨）。

(カ) 適用違憲を主張する場合

適用違憲の主張は、法令が合憲であるとしても、当該事案に適用する限りでその処分が違憲であるとの主張である。違憲主張を行う側は、本件における個別具体的事実の下では、法令を適用して処分することは憲法上の権利の不当な侵害であると主張することになる。

行政は法令が挙げる処分要件に該当すると判断して処分を行ったが、実質的には要件に該当しないと主張するパターンや、要件に該当するとしても比例原則に反していると主張するパターンなどがある。適用違憲の主張においては、必ずしも審査基準を定立する必要はない。

- ※1 比例原則とは、目的の正当性を前提に、人権制約が許されるためには、手段が、
①目的と適合的であり（適合性の原則）、②目的達成のために必要であり（必要性の原則）、かつ、③目的と均衡するものでなければならない（狭義の比例原則）という原則であり、手段審査に重きがおかれる。
- ※2 なお、自由権（防御権）の制約の場合には、違憲審査基準の定立という判断枠組みではなく、いわゆる三段階審査、比例原則の判断枠組み（P 23参照）で答案作成する方法もある（司平成18年、平成19年、平成20年、平成21年、平成23年、平成25年、平成26年、平成27年、平成28年、平成29年、平成30年、令和元年、令和2年では、自由権が出題されている）。



自由権の場合、基本的にこの思考枠組みで検討することができる。しかし、厳しい時間制限がある試験中においては、メリハリをつけて問題になる部分を厚く、そうでない部分は端的に論じる必要がある。

例えば、平成23年公法系第1問の場合⇒21条1項の保護範囲に入るかが大きな問題になる。すなわち、国が画像の提供行為を禁止することが、対象者のいかなる憲法上の権利を制約するのかを問題にする。そして、21条1項が表現の自由を保障する根拠から、丁寧に画像提供行為が21条1項の保護範囲に入ることをいわなければならない。

ただし、三段階審査、比例原則の判断枠組みは万能ではなく、自由権以外の権利の場合には個別の処理手順が必要になる。例えば、平成22年公法系第1問の生存権、平成24年公法系第1問の政教分離、平成25年公法系第1問及び平成27年公法系第1問の平等権などの場合である。

- ※3 前記(イ)～(カ)は、実質的に三段階審査ともいえる。

※検討の流れと事案分析のポイント—自由権侵害が問題となる場合の一例

保護範囲

① 主張する権利・自由の特定（憲法上の条文を摘示する）

*原告の立場では、原告にとってより望ましい権利を選択する。原告の立場で弱い権利を主張するのは、当事者意識を欠く。

② 当該権利の主体の特定

日本国民／外国人，成人／未成年者，公務員／私人，法人，当事者／第三者

*権利の主体によって，保護される権利の範囲が異なりうる。

*第三者の権利を主張する場合には，違憲主張適格が問題となる。

③ 問題とする権利の保障根拠・性格

権利の意義，保障の根拠を述べ，そこから権利の性質を導く。例えば，表現の自由は自己統治の価値と自己実現の価値があり重要であるなど。この際，具体的な事案に即して権利の保障根拠を考える。同じ表現の自由でも，思想の自由市場論を保障根拠とするのが適当な場合もある。

④ 問題とする権利の保障内容

そもそも表現の自由はどのような行為を保障しているのか，本件で問題とする行為は保障範囲に含まれるのかを検討する。

制約

① 制約の特定

法令による制限／法令の適用による制限／処分による制限，法律による規制／条例による規制

② 制約の態様

直接的規制／間接的規制／付随的規制，内容規制／内容中立規制

③ 制約の程度

重大な制約／軽微な制約，全面的禁止／部分的規制，事前規制／事後規制

判断枠組みの設定

主張する権利と制約の検討を踏まえて審査基準を導く。一般に権利の重要度と制約の程度が高いほど厳格な審査基準が適用される。判例がある場合には，判例の立場を意識して，必要に応じて判例の引用・言及をする。

絶対的禁止（検閲の禁止など）／相対的禁止，文面審査／実体審査，合理性の基準／中間審査基準／厳格審査基準（個別の審査基準の内容については，58～63頁などを参照）

<27採点実感>

判断の枠組みの定立にばかり気を取られてしまい，事実関係への着眼がおろそかになっている答案や，他方で，事実関係には適切にかつその細部にも着眼できているが，判断の枠組みを定立するという意識を欠いており，結局は本問限りの場当たりの判断をしているのではないかと疑われるような答案は不適切である。事例問題では，判断の枠組みを適切に定立した上で，事実関係に即して結論を考えていくという両方がきちんとできて初めて説得力のある論述となることを意識してほしい。

具体的な事案の検討

① 制約の目的

目的の重要性（必要不可欠な目的か，重要な目的か，正当な目的か），対立する権利利益の

検討（憲法上の権利が衝突する場合もある）。

② 手段

手段が目的達成のために必要か、目的と手段の適合性（手段が目的達成に役立つか）、手段が目的達成のために必要か、関連性（合理的関連性、実質的関連性）、実効性など。

③ 手段の相当性

自ら設定した判断枠組みに従って、手段の相当性を検討する。比例原則、必要最小限度性など。

イ 具体例（司26年第1問）

【訴訟代理人の主張】

I 保護範囲

C社を含むタクシー事業者のB市の自然保護地域でタクシー運行事業を行う自由は、特定の場所でタクシー運行事業を行うという職業選択に関わるものであり、職業選択の自由（憲法22条1項）として保障される。そしてかかるタクシー事業者の自由は、広大な自然の中でタクシーを走らせる職業に就くという自己実現とも関連し、人格的価値に不可分に結びつく重要な権利である。

II 制約

本条例は車種、年数、運転者に関する要件により、上記自由を制約し、各要件は本人の努力によって解決することが著しく難しいものである。また、本条例は事前規制たる許可制を採用している。よって上記自由に対する強度な制約が認められる。

III 判断枠組みの設定

上述のような権利の重要性および制約の強度に鑑みれば厳格な審査基準に服すべきである。

なお、規制目的が積極目的か消極目的かで基準を形式的に二分する、いわゆる目的二分論を用い得ると思えるが、本条例の規制目的は複合的なものであるから、いずれの目的にも割り切ることはできず、規制目的の性質をもって基準の厳しさを変えるべきではない。

IV 具体的な事案の検討

厳格な審査基準に従い、車種、年数、運転者に関する各要件が違憲であることを論じていく。

【被告側の反論】

I 保護範囲

原告が主張する自由は、あくまでB市の自然保護地域での事業というタクシー運行事業の一形態に過ぎないため、職業選択の自由ではなく営業の自由に留まり、要保護性は高くない。

II 制約

本条例の各要件のうち、年数要件以外は本人の努力によってクリアできる要件であるのだから、強度の制約とはいえない。

III 判断枠組みの設定

権利の要保護性および制約の強度が高いとはいえないことから、緩やかな審査基準に服すべきである。

IV 具体的な事案の検討

緩やかな審査基準に従い、車種、年数、運転者に関する各要件が合憲であることを論じていく。

(2) 自分の見解を書くときの注意点

自分の見解を書く場合には、中立的な立場を意識する。

審査基準の定立については、事情を考慮せず、原告の主張で厳格な基準を、被告の主張で緩やかな基準を主張し、自分の見解で中間的な基準を定立するといった安易なパターンに陥らないように注意する（平成22年採点実感2(1)エ参照）。

結論として当事者のどちらかに賛同する場合でも、両者の見解を検討した上で自分なりの説得的な理由を論述しなければならない。

<29採点実感>

原告の主張、被告の主張、自己の見解を示すことが求められているが、原告や被告の主張として、およそ認め難いものを想定して容易に反論するという論述では、淡白な内容とならざるを得ない。判例・通説の立場からして、極端な、若しくは単純に過ぎる（したがって批判も容易な）主張を前提にして答案を構成するのは適当ではなく（例えば、外国人の人権はおよそ保障されないなど）、判例や通説の見解と異なる見解を採用することは差し支えないが、少なくともそれらの存在を前提とした立論をすべきである。

第2 公式資料などに見る憲法の学習指針

司法試験の出題趣旨が示す「憲法的答案の書き方」

司法試験委員の採点実感が示す「憲法的答案の書き方」

第2 公式資料などに見る憲法の学習指針

1 公式資料などに垣間見える適切な答案の書き方

(1) 主張・反論・私見型

——平成22年新司法試験論文式試験問題公法系科目第1問出題趣旨より抜粋

「本問では、原告側、被告側、そして『あなた自身』と、三つの立場での見解を展開することが求められる。その際、三つの立場を答案構成上の都合から余りに戦略的に展開することは、適切ではない。三つの立場それぞれが、判例の動向及び主要な学説を正確に理解していることを前提としている。その上で、判断枠組みに関する検討、そして事案の内容に即した個別的・具体的検討を行うことが求められる。

設問1では、原告側は一定の筋の通った主張を、十分に行う必要がある。

設問2では、『被告側の反論を想定しつつ』検討することが求められている。『想定』される反論を書くパートでは、反論の憲法上のポイントだけを挙げればよい。そこでは、反論の内容を詳細に書く必要はない。反論の詳細な内容は、『あなた自身の見解』のパートで書けばよい。そこでは、原告・被告双方の主張内容を十分に検討した上で、『あなた自身』の結論及びその理由を書くことが求められる。

いずれにしても、問われるのは理由の説得力である。」

(2) 法律相談における意見を求める設問型（平成30年司法試験型）

——平成30年司法試験論文式試験問題公法系科目第1問出題趣旨より抜粋

「全国都道府県では、青少年の健全育成を目的とした図書類の販売等に関する規制が行われている。本問は、そのような目的にとどまらず、一般市民がむやみに羞恥心等を覚えるような卑わいな画像等に触れることがないようにして性風俗にかかる善良な市民の価値観を尊重するという観点も併せ、健全で文化的な環境を保持するという目的のために種々の規制を行う架空の条例案について、その合憲性の検討を求めるものである。従来は、訴訟の場面を想定し、当事者の主張等において憲法論を展開することを求める出題が通例であったが、実務的には、必ずしも訴訟の場面に限られず、法令を立案する段階においても法律家としての知見が必要であることから、そのような場面で憲法論をどのように活用、展開するかを問う出題とした。

法律家としての助言を求められているため、具体的な条例の文言を指摘しつつ、当該規定で合憲といえるかどうかを答えることが不可欠であり、違憲であるとする場合に、条例案のどの部分がどのような憲法上の規定との関係で問題なのかを具体的に指摘することが期待される。

本条例の検討に際しては、問題文の最後の甲の発言にあるとおり、図書類を購入する立場と販売等をする店舗の立場から憲法上の権利を検討することが必要であり、前者については、憲法第21条の表現の自由に含まれる『知る自由』を、後者については、憲法第22条の職業選択の自由に含まれる『営業の自由』の観点から検討する必要がある。」

(3) 単に憲法適合性に関する私見を論じさせる型(旧司法試験型, 令和2年予備試験型)

—令和2年司法試験予備試験論文式試験問題憲法出題趣旨(赤色は辰巳法律研究所が付した。)

「本問は、犯罪被害者等の私生活の平穩の確保を目的とする取材の自由の制限について、その憲法適合性を問うものである。取材の自由を、関連判例も参照しつつ、表現の自由との関係で適切位置付けた上で、その制約の憲法適合性に関する判断枠組みを的確に定立し、本問の立法が憲法に適合するか否かについて、その目的と手段を評価して判断することが求められる。

一方で、犯罪被害者等の私生活の平穩の確保は、それをある程度限定的に捉えるならば、取材活動を制約する立法目的として十分に重要なものでありえよう。また、犯罪被害者等にはそもそも取材に応じる義務はない。加えて、本問の立法による処罰は命令の発出を経た段階的なものとなっている。

他方で、私生活の平穩ということ幅広く理解すれば、取材活動を制約する根拠としてこれを直ちに承認することは困難である。また、基本的には公共性を有するはずの犯罪報道について、本問の立法は、当該報道の内容や性質、犯罪の種類や犯罪被害者等の立場などにかかわらずに、取材活動を、取材目的での接触を行うことについてまで、同意のない限り一律に禁止し、命令違反については刑罰をもって臨んでいる。

解答に当たっては、以上のような諸点について類型的・具体的に想定をして検討することが求められよう。捜査機関を同意確認のための主たるルートとすることの問題性や、犯罪被害者等の心情が時間とともに、また、取材者とのコミュニケーションの中で変化する可能性についても、考慮して論じることが期待される。

(4) 答案の書き方全般の留意点

—令和2年司法試験の採点実感(公法系科目第1問)第1総論

(赤色は辰巳法律研究所が付した。)

「1 論述内容全般について

- (1) 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。
- (2) 基本概念(経済的自由、立法裁量、積極目的・消極目的、LRAの基準等)の理解が正確であるかどうか疑わしいものが多かった。
- (3) 違憲審査基準(以下『審査基準』という。)の定立までは十分な記述をしながら、その具体的な適用においては、極めて形式的で簡潔過ぎる内容に終始した答案が目についた。
- (4) 資料を積極的に活用し、具体的に論述を進めるように努めるべきである。

2 違憲審査について

- (1) 例えば、判例が『他のより緩やかな制限によっては立法目的を十分に達成することができないこと』を問題にしているにもかかわらず、目的達成との関係を考慮せずに手段が最小限度であるかどうかを論じる等、審査基準の具体的な内容の理解が不十分な答案が非常に多かった。
- (2) 多くの答案は、審査基準を設定するに際し、①制約されている権利の重要性、②制約の強度、③制約の目的(消極目的か積極目的か)を検討した上で基準の設定を行っていたが、①から③までの検討と具体的な審査基準とのつながりが不明確な答案が少なくなかった。また、定立した審査基準とその具体的な適用が実質

的に整合していない答案，審査基準の具体的な適用の結論を記載していない答案，摘示した事実に対する法的観点からの評価の記載がない答案等の問題のある答案があった。」

(5) 中央大学法学部教授（令和2年・同3年司法試験及び予備試験考査委員（出題委員））への考査委員就任前のインタビュー

・『平成24年司法試験 論文 解説&合格エッセンス』（辰巳法律研究所，2012）P.5

「受験生 問題分量が減ったこと，扱っている問題点が政教分離に限定されたということについて，出題者の意図はどのようなものであると考えられるでしょうか。

中央大学准教授 問題文自体は問題文自体は短いですが，答案構成については，やはり今までと同じくらいの時間がかかります。この出題の前提には，受験生の側で，問題文を見た瞬間に，**関連する判例を具体的な事案も含めて思い出し補う**という作業が含まれていると思います。これまでの出題の場合，関連する判例があるかどうかを思い出すこと自体にやや難があるものもあったのですが，今回の試験はそうではありません。**どこまで正確に，事案や基準，その背後にある考え方，基準の問題点，その運用の仕方，あるいは個々の判例において実際の決め手となった事実ないしその評価等を思い出しながら，それらを全部放り込んだ議論ができていますか。**そういう法律家としての能力を見たいという思い，まさに普段の実力の勝負というねらいで出題されたのだらうと思います。…」

・『平成26年司法試験 論文 解説&合格エッセンス』（辰巳法律研究所，2014）P.3

「受験生 論証ブロックを覚えるという勉強の仕方だと，今回の問題は具体的にどのあたりが難しくなるのでしょうか。

中央大学教授 そういう人は，まず問題文をパッと見たときに，原告と被告の対立の仕方が消極目的規制なのか積極目的規制なのかという争いに収斂してしまうだろうと思います。ところが，本問ではどちらとも受けとれる要件が含まれていますので，消極目的規制なのか積極目的規制なのかにばかりこだわっている余裕はありません。もしもこだわらなければならない問題であれば，ある特定の目的について『どうして積極目的なのですか』『どうして消極目的なのですか』という説明が求められるように作ります。

また，本問では『積極目的規制の場合には合理性の基準』『消極目的規制の場合には厳格な合理性の基準』ということだけを覚えていても，原告側と被告側の対立という形の，実のある対立にならないと思うんです。旧司法試験型の『あなたの見解だけ書いて』という問題ならば，本問のように事案をわざわざ細かく設定する意味はないですよ。具体的に裁判所がどういうふう**に事案を捉えているのか，あるいは，どういうふう**に立法目的の正当性を判断したり，立法目的達成手段の合理性・必要性を具体的に判断したりしているのか。そして受験生がそういう視点で判例を読んでいるのか，そういった判断をする訓練をしているのかが，非常に重要だと思います。」

2 基本書の精読の勧め

上記令和2年司法試験の採点実感(公法系科目第1問)第1総論の「基本概念(経済的自由, 立法裁量, 積極目的・消極目的, LRAの基準等)の理解が正確であるかどうか疑わしいものが多かった。」との指摘に対しては, 標準的な基本書を精読することで対応可能と思われる。そこで本教材では, 下記の2つの基本書の該当頁を各事例に付す。受講生の学習の便宜となれば幸いである。

- ・芦部信喜『憲法』(岩波書店, 第7版・高橋和之補訂, 2019)(以下「芦部」という。)

憲法学の大家である故・芦部先生の基本書で, その初版以来, 最も多くの受験生に使用されてきた名著。芦部先生逝去後は, 門下生の高橋和之教授により適宜補訂され, 常に憲法学の最新情報を知ることができる。

- ・安西文雄・巻美矢紀・穴戸常寿『憲法学読本』(有斐閣, 第3版, 2018)(以下「読本」という。)

現審査委員である穴戸常寿教授も執筆者の一人である人気の基本書。わかりやすくコンパクトにまとまっており, 現審査委員の問題意識を知ることができる。

問題演習

1 外国人の人権—政治活動の自由（マククリーン事件）

最大判昭53・10・4（百選Ⅰ-1事件）

【事案】

アメリカ合衆国国籍を有するXは、昭和44年5月10日、在留期間を1年とする上陸許可を得て入国し、A語学学院で英語教師として働いていたが、入国後数週間でA語学学院を退職し、他に転職した。Xは、外国人ベ平連に所属しており、ベトナム反戦、出入国管理法案反対、日米安保条約反対等のデモや集会に参加していた。

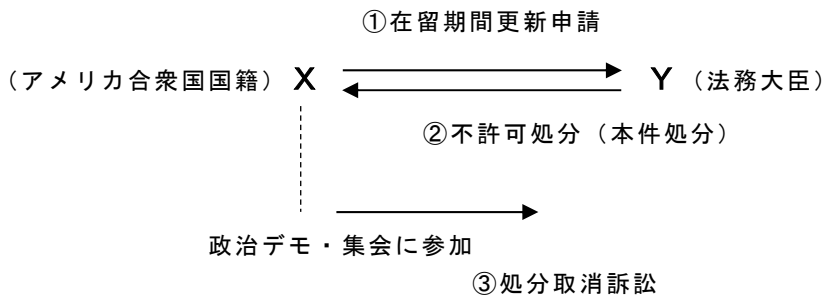
Xは、昭和45年5月1日、Y（法務大臣）に対し1年間の在留期間の更新を申請した。Yは、同年8月10日に出国準備期間として同年5月10日から同年9月7日まで120日間の更新を許可する処分をした。Xは、同年8月27日、Yに対し、さらに1年間の在留期間の更新を申請したが、Yは、同年9月5日付けで9月8日以後の更新を不許可とする処分（以下「本件処分」という。）を下した。

そこで、Xは、Yの本件処分を不服として取消しを求めて出訴した。

【設問】

本件処分はXの政治活動の自由を侵害しないか。

【図解】



【論点】

- 1 外国人の人権享有主体性（趣規P.18）
- 2 外国人の政治活動の自由（趣規P.20）

【本問選定理由】

外国人の人権は、国際化社会の進展に伴い、今後ますます重要となってくるテーマであり、そのリーディングケースであるマククリーン事件は、論文合格のための必須判例である。裁量論と関連して若干書き難い面もある。

・ 芦部P.92～8、読本P.66～9参照

【MEMO】

答案構成

1 1 外国人の人権享有主体性

2 <①人権は、個人の尊厳（13条）を確保するために必要不可欠な前国家
3 的な自然権

4 ②日本国憲法は国際協調主義を採用（前文3段・98条2項）>

5 ↓

6 **3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみ
7 をその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人
8 に対しても等しく及ぶ（判例）。**

判例の規範を正確に示す。

9
10 2 外国人に政治活動の自由は認められるか。

11 政治活動の自由についても、我が国の政治的意思決定又はその実施に
12 影響を及ぼす活動等外国人の地位に鑑みこれを認めるのが相当でない
13 と解されるもの<は、国民主権原理との関係で、権利の性質上日本国民
14 のみを対象としていると解されるから、これ>を除き、その保障が及ぶ。

15 ↓もっとも

16 外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、我が国に在留する外国
17 人は、憲法上我が国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求
18 することができる権利を保障されているものではない。

19 ↓したがって

20 **外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度の枠内で
21 与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留期間中
22 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
23 的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられている
24 ものと解することはできない。**

規範を正確に示す。

25 ↓本件では

26 Xの在留期間中の政治活動は、その行動の態様等からみて直ちに憲法
27 の保障が及ばない政治活動であるとはいえないが、Xの活動のなかには、
28 我が国の出入国管理政策に対する非難行動、あるいはアメリカ合衆
29 国の極東政策ひいては日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び
30 安全保障条約に対する抗議行動のように我が国の基本的な外交政策を
31 非難し日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえないも
32 のも含まれており、Yが、当時の内外の情勢に鑑み、Xの活動を日本国
33 にとって好ましいものではないと評価し、また、Xの活動から同人を将
34 来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間
35 の更新を適当と認めるに足る相当の理由があるものとはいえない<
36 と判断することは許される。>

問題文の事実を評価して
あてはめを充実させる。

37 ↓よって

38 Yの本件処分はXの政治活動の自由を侵害しない。

39

以上