

## 補助レジュメ①

令和3年3月29日

辰巳専任講師・弁護士 金沢幸彦 講師

### 本講座の目的

#### 1 論文の「型」を短期集中で習得すること

本講座を受講すれば、論文の「型」を最速で習得することができる。

- ・「型」を習得すれば、答案を量産できる。
- ・答案を量産できれば、論文合格も見えてくる（短答合格レベルの知識があることが前提）。

#### 2 「型」とはなにか

- ・論文答案を作成する際の基礎言語といってよい（これが身につかないと評価の対象にならないし、答案が場当たりのになる）。
- ・しかも科目の特性があって厄介
- ・論文合格レベルの受験生が、答案を量産し実戦経験の中で身につけてきたスキル。
- ・ゼミのチューター、勉強の先輩や、勉強仲間から教えてもらって習得するものだった。そのような機会や時間的余裕がない人のための講座。

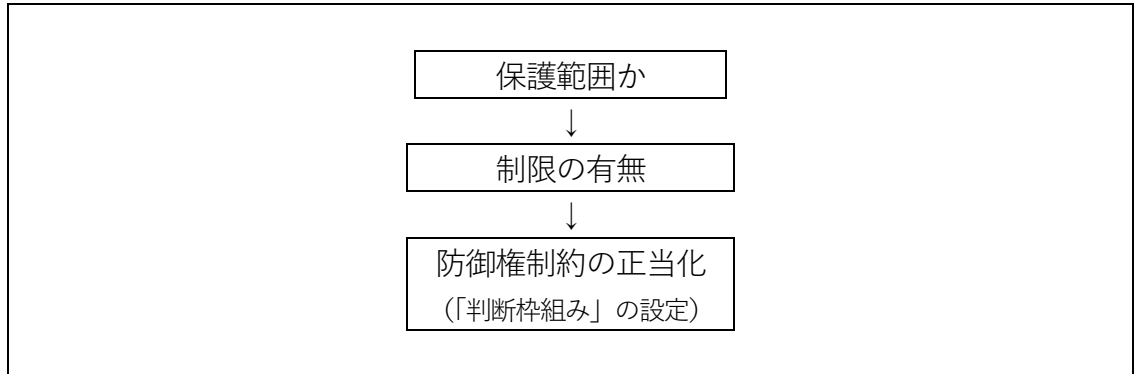
#### 3 本講座の利用法

- ・講義のコメントや補助レジュメの内容を、例題を素材に身につける（復習重視）
- ・本講座は、インプット講座ではない。書き方に特化したものなので、論点的な説明は原則行わない。
- ・レジュメ等で引用した文献は、余裕があれば該当箇所を参照してほしい。
- ・本講座の該当科目を受講し終わったら、すぐその科目の問題を解いていただきたい。

## 憲法のレジューメ

### 第1 自由権侵害が問題となる場合の答案の流れ

★憲法の答案には、独特な「型」がある。図示すると以下の通りである。



※問題文や参考資料の読み方

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。

### 第2 補助説明

#### 1 保護範囲

★ 憲法上の防御権の保障により、国家による妨害・制裁が禁止される国民の行為の範囲のことを、その防御権の保護範囲という。

憲法上の防御権は、保護された行為類型ごとに信教の自由、表現の自由、営業の自由などに分類される（木村草太「憲法の急所」第2版11頁参照）。

#### ① 主張する権利・自由の特定（憲法上の条文を摘示する）

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。

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。

#### ◆ポイント

①いきなり、「人権」と考えない。まずは「素のままの利益」をとらえる。

②国によって、なんの権利が制約されているかを、そのまま抽出。その上で、その権利が、法律的に保護の対象になりうる権利だというだけでなく、憲法で保護されている権利とまで言えるかどうかを検討する。

## ② 当該権利の主体の特定

日本国民／外国人，／未成年者，公務員／私人，法人など  
＊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。

### ◆ポイント

特に外国人・法人の人権享有主体性については，論じる。ただし短く。  
そのうえで，外国人や法人であることから，①人権が保障されるか②されるとして，どの程度保障されるかを論じることになる。

## 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。

## 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。

## 2 制約

★ 防御権の保護範囲に含まれる行為に対する妨害・制裁を防御権の制約という。上記の防御権の制約といえるためには，①防御権の保護範囲に含まれる行為に対する妨害または制裁がなされていること②その主な原因が国家行為だと評価できること，が必要である（木村草太「憲法の急所」第2版11頁参照）。

### ◆ポイント

制約のところは，必ず検討しなくてはならないが，①は端的でよい。②③は問題文の事情を使って認定する。

## 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

## 3 防御権制約の正当化（「判断枠組み」の設定）

★ 防御権の制約は原則として違憲の評価を受ける。もっとも，上記制約を正当化する特別な事情がある場合には，防御権の制約は合憲と評価される（木村草太「憲法の急所」第2版12頁）。

防御権の制約を正当化する根拠の一つが，公共の福祉である（同書同頁）。

★ 公共の福祉による正当化

防御権を制約する国家行為が，それにより失われる利益を上回る公益（＝社会全体の利益）を実現する場合には，その国家行為は違憲無効と評価されない（同書同頁）。  
この公益による正当化がどのような場合に許されるか？を判断するための枠組みが，

いわゆる「違憲審査基準」（＝「判断枠組み」）である。

#### 一般論

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。

#### ◆ポイント

予備試験、司法試験においては、判例への言及は必須である。

合格答案の特徴は、判例の規範、ロジックが「判例に使われたキーワードを頻繁に使用しつつ答案上に記載されている点である。

★具体的な違憲審査基準の例（木村草太教授の分類を参照した。詳細は、同教授「憲法の急所」羽鳥書店を参照のこと）

#### ◆ポイント

違憲審査基準自体は、なるべく有力説等で紹介されている基準を使うこと。自分で独自の基準を打ち立てると、マイナス方向で目立ってしまう。

違憲審査基準自体は無難なものを用いる。問題は、「なぜその基準を、ここで用いるか」という、審査基準を導くに至る思考過程である。思考過程を丁寧に示すことが、よい評価をうける答案を作成するコツである。

### その1 緩やかな基準

#### ①合理性の基準

重要性の低い権利に対する軽微な制約に用いられる（例：平等権の制約、営業の自由の軽微な制約）

目的の正当性 + 規制と目的の合理的関連性

※関連性とは、その国家行為が目的の実現に役立つものであることをいう（同書13頁）。

※合理的関連性とは、合憲の推定がなされる場合のもの。関連性が積極的に証明された場合はもちろん、関連性があるかないか不明な場合にも「合理的関連性はある」ということになる（同書15頁）

#### ②厳格な合理性の基準

厳格審査基準が適用されるほどには重大ではないものの、典型的に不合理性が疑われるなど、比較的厳しい審査を行う場合（同書17頁）

目的の正当性 + 規制と目的との実質的関連性

※「実質的関連性」とは、違憲の推定が置かれる場合のものである。

関連性のないことが積極的に証明された場合はもちろん、関連性があるか不明な場

合にも「実質的関連性はない」とされる（同書15頁）。

## その2 厳格な審査基準（同書17頁以下）

権利の重要度が高い、あるいは、制約の程度が強い規制の場合に用いる基準である。厳格審査基準は、そこで制約された権利の価値に応じて、要求される目的の重要度が変化する。

### ①狭義の厳格審査基準

価値の高い権利（表現の自由など）の厳しい態様での規制（内容規制など）に関するもの

目的がやむにやまれぬほどに重要なものであること

+

規制がその目的達成のために必要不可欠であること

※「明白かつ現在の危険の基準」はこれを具体的な形で定式化したものと考えられる。

### ②中間審査基準

価値の高い権利の、さほど厳しくない態様での規制（表現内容中立規制など）

目的が重要であること

+

より制限的でない他の選べる規制がないこと（＝「必要性」があること）

※必要性とは、その行為と同程度に目的を達成できる、より制限的でない手段（いわゆるLRA）を採りえないことが必要であるとの概念をいう（同書14頁）。

以上