

第1部 答案作成上の作法

第1章 違憲審査の枠組み p1~9

第1節. 違憲審査の基本的な枠組み p1

1. 三段階審査論
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査
3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益衡量論（判例）の関係

第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p2~6

1. 問題提起
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
3. 上記2の権利（利益）に対する制約
4. 違憲審査基準の定立
5. 違憲審査基準の適用

第3節. 適用違憲（処分違憲）p7~8

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

第4節. 三段階審査論以外の手法 p9

第2章 判例・学説を踏まえた論述 p10~11

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
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
3. 判例・学説の使い方のパターン
4. インプットのゴールを明確にする
5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える

第3章 出題形式ごとの答案の書き方 p12~14

第1節. 三者間形式 p12~13

1. 設問1
2. 設問2

第2節. 法律意見書形式 p13~14

1. 平成30年以降の出題形式
2. 各年度の設問
3. 答案の書き方

第4章 権利選択における視点 p15

第5章 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p15

第6章 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p15

第7章 立法目的の把握の仕方 p16

第2部 総論

第1章 憲法と立憲主義 p17

掲載なし

第2章 国民主権の原理 p17

掲載なし

第3章 平和主義 p17

掲載なし

第3部 基本的人権

第1章 基本的人権の原理 p18

第2章 人権の享有主体性 p19～32

1. 天皇・皇族 p19

2. 法人 p19～22

[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）

[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 p22～26

[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 p26～30

(1) 特別権力関係の理論

(2) 政治活動の自由

[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

[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） p30～31

[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 p31～32

第3章 人権の私人間効力 p33～34

1. 人権の私人間効力 p33～34

[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I10）

[判例3] 百里基地事件（最判 H元6.20・百II166）

2. 純然たる事実行為による人権侵害 p34

第4章 包括的基本権 p35～41

1. 明文根拠のない基本権の存在（包括的基本権の保障） p35

[論点1] 新しい人権

2. プライバシー権 p35～39

（1）保護領域

[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I16）

（2）保障の程度

（3）判例

[判例1] 前科照会事件（最判 S56.4.14・百I17）

[判例2] 「宴のあと」事件（東京地判 S39.9.28・百I60）

[判例3] 「石に泳ぐ魚」事件（最判 H14.9.24・百I62）

[判例4] 京都府学連事件（最大判 S44.12.24・百I16）

[判例5] 指紋押捺事件（最判 H7.12.15・百I2）

[判例6] 早稲田大学講演会事件（最判 H15.9.12・百I18）

[判例7] 住基ネット事件（最判 H20.3.6・百I19）

[判例8] グーグル検索結果削除請求事件（最決 H29.1.31・百I63）

[判例9] 車内広告放送事件（最判 S63.12.20・百I230）

3. 自己決定権 p40～41

[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IA5）

[判例2] どぶろく事件（最判 H元.12.14・百I21）

[判例3] エホバの証人輸血拒否事件（最判 H12.2.29・百I23）

4. 環境権 p41

第5章 法の下での平等 p42～51

1. 平等の観念と歴史 p42

2. 差別的取扱いの正当化審査 p42～43

3. 目的・手段審査の力点 p43

4. 判例 p43～51

[判例1] 尊属殺人事件（最大判 S48.4.4・百I25）

[判例2] 非嫡出子相続分規定事件（違憲）（最大決 H25.9.4・百I27）

[判例3] 女子再婚禁止期間事件（違憲）（最大判 H27.12.16・百I28）

[判例4] 夫婦同氏事件（最大判 H27.12.16・百I29）

[判例5] 国籍法違憲訴訟（最大判 H20.6.4・百I26）

[判例6] サラリーマン税金訴訟（最大判 S60.3.27・百I31）

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

5. 積極的差別解消措置 (アファーマティブ・アクション) p51

[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 6 章 思想・良心の自由 p52~55

1. 保障の趣旨
2. 「思想及び良心」の意味
3. 「思想及び良心」に対する制約・介入の種類
4. 憲法 19 条と憲法 21 条 1 項との関係
5. 判例

[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 7 章 信教の自由 p56~61

1. 保障の趣旨 p56
2. 「信教」の定義 p56
3. 信教の自由の保障の内容 p56
4. 信教の自由の保障の限界 p56~57
 - (1) 信仰自体への直接的介入
 - (2) 宗教的行為・宗教的結社の自由に対する制約

[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)

5. 判例 p57~59

[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 (東京地裁 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 45)

6. 政教分離の原則 (国家と宗教の分離の原則) p59~61

- (1) 国家と宗教の分離
- (2) 制度的保障
- (3) 判断枠組み

[論点 1] 目的効果基準 (津地鎮祭事件: 憲法 20 条 3 項)

[論点 2] 目的効果基準 (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

7. 宗教的プライバシー (宗教的人格権) p61

第 8 章 学問の自由 p62~63

1. 保障の趣旨
2. 「学問」の意義
3. 保障の内容
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
5. 大学における学問の自由

6. 大学の自治の内容

7. 大学における学生の地位

[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9章 表現の自由 p65～88

第1. 総論 p65

1. 表現の自由の意義・価値
2. 違憲審査基準を定立する際の考慮要素

第2. 表現の自由と国家による援助 p66

[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. 表現の自由の制約 p67～70

1. 二重の基準の理論
2. 明確性の理論
3. 事前抑制/事後抑制

[論点1] 「検閲は、これをしてはならない」の意味 (札幌税関検査事件・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
5. 直接的制約/間接的・付随的制約

[論点4] 表現行為を理由とする不利益取扱い

第4. 表現の自由の種類 p71～84

1. 知る自由・知る権利 p71～72

(1) 知る自由

[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

[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 p72～73

[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 p73

[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 p73～75

(1) 報道の自由

[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

[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 p75

6. 政治的表現の自由 p75～76

[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) p76～83

(1) せん動 p76

(2) わいせつ表現 p76～78

[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 p78～81

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] 内容が真実に反する言論 (北方ジャーナル事件・最大判 S61.6.11・百 I 68 : 谷口政孝意見)

[論点 5] 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 p81

(5) ヘイト・スピーチ (差別的増悪言論) p81～82

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準

(6) 営利的言論 p82～83

[論点 1] 憲法上の保障・違憲審査基準

(7) 象徴的言論 p83

8. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p83～84

(1) ビラ配布

(2) ビラやポスターの貼付

9. 消極的表現の自由 p84

[論点 1] 憲法上の保障・制約・違憲審査基準

第 5. 集会の自由・集団行動の自由・結社の自由・通信の自由 p85～88

1. 集会の自由 p85～86

[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 p86～88

[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 p88

4. 通信の秘密 p88

第 10 章 経済的自由 p89～97

第 1. 職業の自由 p89～92

1. 保護領域

2. 違憲審査基準

[論点1] 消極目的に基づく職業の許可制 (薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I 92)

[論点2] 職業遂行の自由に対する制約

3. 判例

[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. 居住・移転の自由／国籍離脱の自由 p93～94

1. 居住・移転の自由

[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

第3. 財産権 p95～98

1. 憲法29条1項・2項 p95～96

[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 p96～98

[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」 (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11章 人身の自由と手続的権利 p99～100

1. 奴隸的拘束・苦役からの自由

2. 適正手続

[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

[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

[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12章 国務請求権 p101

1. 請願権

2. 裁判を受ける権利

3. 国家賠償および刑事補償請求権

[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13章 参政権 p102～105

[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 II 152)

[論点4] 選挙運動の自由の制限 (個別訪問禁止事件・最判 S56.7.21・百 II 158・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14章 社会権 p106~114

第1. 生存権 p106~111

1. 生存権の二つの側面
2. 生存権の問題類型

(1) 立法

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

[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

[論点2] 生活保護法上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. 教育を受ける権利 p112~114

1. 教育を受ける権利の主体
2. 教育を受ける権利の3つの側面
3. 教育内容決定権の所在

[判例1] 旭川学カテスト事件 (最大判 S51.5.21・百II136)

第3. 労働基本権 p115

保障の趣旨／労働基本三権の内容／労働基本三権の性格／労働基本三権の制限／消極的団結権

第4部 統治

第1章 権力分立 p116

第2章 国会 p117~126

第1. 国会の地位 p117~120

1. 国民の代表機関 p117

[論点1] 「全国民で代表」の意味

2. 自由委任と党議拘束 p117

[論点1] 党議拘束と自由委任の関係

3. 国権の最高機関 p117~118

[論点1] 「最高機関」意味

4. 唯一の立法機関 p118~120

(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. 国会の組織と活動 p120~121

1. 二院制 120~121

2. 選挙制度 121

3. 国会議員の地位 121

[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II170）

4. 国会議員の権能 p12

第3章 国会の活動 p122～126

1. 会期 p122

2. 衆議院の解散 p122

3. 参議院の緊急集会 p122

4. 会議の原則 p122

5. 国会の権能 p122～124

[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II163）

[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 124～126

(1) 議院自律権

[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

[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II171）

[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 p127～129

1. 行政権と内閣 p127～128

[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 p128

3. 議院内閣制 128～129

[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 p130～134

1. 司法権の意味と範囲 p130～132

(1) 司法権の概念

(2) 司法権の範囲

(3) 法律上の争訟

(4) 司法権の限界

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

[論点 1] 判例の部分社会の法理 (富山大学事件・最判 S52.3.15・百 II 182)

[論点 2] 学説の外在的制約論

2. 裁判所の組織と権能 p132~133

(1) 最高裁判所裁判官の国民審査

[論点 1] 国民審査の性質

(2) 最高裁判所規則制定権

[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 II 207)

[論点 2] 規則と法律の優劣

3. 司法権の独立 p133~134

第5章 財政 p135~137

1. 財政民主主義 p135

2. 租税法律主義 p135

[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・最判 H18.3.1・百 II 196)

3. 予算 p135~136

[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 p136

5. 公金支出の禁止 p136~137

[論点 1] 憲法 89 条後段の「公の支配」の意義

第6章 地方自治 p138~141

1. 総説 p138

2. 地方自治の本旨 p138

3. 地方公共団体の機関 p138

4. 条例 p138~141

[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 I 98)

[論点 2] 自主条例による罰則の設定 (最大判 S37.5.30・百 II 208)

[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 I 83)

[判例 1] 徳島市公安条例事件 (最大判 S50.9.10・百 I 83)

[判例 2] 神奈川県臨時特例企業税事件 (最判 H25.3.21・百 II 201)

第7章 憲法の保障 p142~147

1. 違憲審査制 p142~145

(1) 違憲審査権の根拠

(2) 違憲審査権の性格

[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 II 187)

(3) 付随的違憲審査制の特質

(4) 合憲限定解釈

[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 I 69)

(5) 違憲審査の主体

[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

[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II 107)

[論点 6] 第三者の憲法上の権利の侵害可能性がある場合 (徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83 : 高辻正己
裁判官の意見)

(7) 違憲判断の方法と判決

[論点 7] 判決で違憲とされた法律の効力

2. 憲法改正 p145~146

[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 p146~147

[論点 1] 憲法の変遷

第1部 答案作成上の作法

第1章 違憲審査の枠組み

第1節 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 総まくり 1~2 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

➡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・実質的観点到分類される¹⁾

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）と利益衡量論（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、利益衡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。

¹⁾ 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。

第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

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」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を抽出する際には、制約から考える。

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

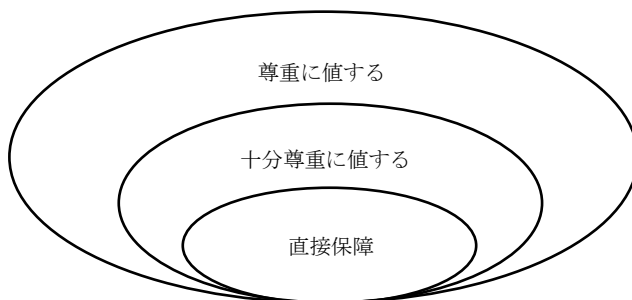
- ・形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示したうえで、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

(2) 保障の程度

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

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・附随的制約（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。

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／間接的附随的制約、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する論法を、安易に採用すべきではない。

➡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うえで、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、

第5章 法の下での平等

1. 平等の観念の歴史

自由と平等は、いずれも個人尊重の原理（憲法13条前段）に由来する。このように、自由と平等は、元来、相互に密接に関連し依存し合う原理なのである。

しかし、自由が結果の不平等をもたらすという形で、自由と平等とが相矛盾することもある。

そこで、現代の社会福祉国家においては、形式的平等の結果として弱い立場に置かれている社会的・経済的弱者に対してより厚く保護を与え、それによって他の国民と同等の自由と生存を保障していくという実質的平等も憲法上の要請であると考えらるべきである。実質的平等は、社会的・経済的弱者の個人としての尊厳（憲法13条前段）と結びつくからである。

もっとも、憲法14条を根拠に、現実の結果の不平等の是正を国に請求する権利が認められるわけではない。実質的平等の実現は、社会権の保障にかかわるものとして、国の政治的義務に属する問題だからである。

実質的平等の要請は、平等権との関係では、国家が実質的平等を積極的に実現するために形式的平等に例外を設ける積極的差別解消措置の差別の合理性の審査基準を緩和するという形で考慮されるにとどまる。

2. 差別的取扱いの正当化審査

憲法14条1項適合性は、①「平等」の意味⇒②「平等」でない差別的取り扱い⇒③正当化（合理的理由の有無）という流れで審査される。

(1) 「平等」の意味

ア. 相対的平等

平等の理念（憲法14条1項）は、個人尊重の原理（憲法13条前段）に由来するものであるから、個々人には事実上さまざまな違いがあり、その事実上の違いに着目した上で個々人を等しく取り扱うべきことを前提にしているといえる。

したがって、「平等」は、事実上の差異に着目した相対的平等を意味し、等しいものは等しく、等しくないものは等しくなく取り扱うということの内容とする。

イ. 法内容の平等も含まれる

「法の下に平等」には、法適用の平等だけでなく、法内容の平等も含まれると解される。

違憲審査権（憲法81条）により立法権を含むあらゆる国家権力から人権の不可侵性が保障されていること、内容の不平等な法を平等に適用しても平等の保障は実現されず個人尊厳の原理（憲法13条前段）が無意味に帰することが、その理由である。

ウ. 形式的平等

平等の理念（憲法14条1項）は、自由とともに、個人尊重の原理（憲法13条前段）に由来するものである。

このように、自由と平等は、元来、相互に密接に関連し依存し合う原理なのである。

そこで、「平等」とは、すべて個人を法的に均等に取り扱いその自由な活動を保障するという形式的平等を意味すると解される。

A 総まくり 129～160 頁

A 総まくり 129 頁

19 世紀から 20 世紀にかけての自由国家における現象

積極的差別解消措置については論証集 51 頁・5 を参照

A 総まくり 130～131 頁

(2) 差別的取扱いの合理的理由

平等の理念（憲法 14 条 1 項）は、個人尊重の原理（憲法 13 条前段）に由来するものだから、同条の「平等」は、合理的理由のない差別を禁止する相対的平等を意味すると解される。

合理的理由の審査の厳格度は事柄の性質によって変わり得る。事柄の性質としては、①差別の理由、②差別の対象となる権利・利益・法的地位の重要性、③差別的取扱いによる②に対する制約の態様（直接的制約／間接的制約）、④②に関する裁量の存否・広狭が挙げられる。

憲法 14 条 1 項後段列举事由は、歴史的に存在した不合理な差別事由であり、これらの事由による差別については、原則として不合理が推定されるから、厳格に審査されることになる（①）。

3. 目的・手段審査の力点

平等違反における目的手段審査には、①目的審査：区別の目的 - 手段審査：区別そのもの、②目的審査：区別そのもの - 手段審査：区別の程度、という 2 つ方法がある。

試験対策としては、①を基本としつつ、事案によっては、手段審査において、区別そのものに加えて補的に区別の程度も審査する、という理解が望ましい。

4. 判例

[判例 1] 尊属殺人事件

事案：改正前刑法 200 条では「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」と規定していた。この尊属殺人重罰規定の合憲性が問題となった。

要点：本判決は、①「憲法 14 条 1 項は、…事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきこと」を確認した上で、②目的審査では被害者の卑属であることを理由に普通殺人罪よりも刑を加重すること自体（＝区別そのもの）を審査し、③手段審査では「刑罰加重の程度」（＝区別の程度）を審査している。

[判例 2] 非嫡出子相続分規定事件（違憲）

事案：非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 とする改正前民法 900 条 4 号但書の憲法 14 条 1 項違反が問題となった（なお、現在、民法 900 条 4 号但書が改正され、法定相続分の格差は解消されている。）。

以下は、改正前民法 900 条 4 号但書の憲法上の問題点について論じた答案例である。

(答案)

- 改正前民法 900 条 4 号但書（以下、「本件規定」とする）には、法定相続分について嫡出子と非嫡出子を「差別」するものとして、憲法 14 条 1 項に反し得るという問題点がある。
- まず、「法の下に平等」には、法適用の平等だけでなく、法内容の平等も含まれると解される。…略…（理由）

そうすると、非嫡出子には、法定相続分に関する民法規定の内容で平等に扱われるという意味での「平等」権が認められる。

A 総まくり 131 頁

総まくり 132～160 頁

C

最大判 S48.4.4・百 I 25

A

最大決 H25.9.4・百 I 27

3. 次に、本件規定は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1と定めることで、嫡出子との関係で、法定相続分について、非嫡出子を「差別」している。

4. そして、平等の理念（憲法14条1項）は、個人尊重の原理（憲法13条前段）に由来するものであるから、同条の「平等」は、合理的理由のない差別を禁止する相対的平等を意味すると解される。では、前記「差別」について、合理的理由は認められるか。

(1) 差別の合理的理由の審査の厳格度は、事柄の性質によって変わり得る。

これにつき、最高裁平成7年大法廷決定では合憲性推定の原則と結びついた単なる合理性の基準が用いられているとの反論が想定される。

本決定は、民法900条4号が遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であること（区別を設ける規定の補充性）、および、相続制度が総合考慮を要するものであり立法裁量に委ねられていることの2点を理由に、単なる合理性の基準を用いている。

しかし、本件規定による差別は、非嫡出子という、子にとって自らの意思や努力によって変えることのできない「社会的身分」を理由とする差別であるから、原則として不合理が推定されるはずである。

また、差別による不利益は、法定相続分という財産権（憲法29条）に対する直接的制約をもたらすものであることに加え、本件規定の存在自体が非嫡出子を嫡出子に比べて劣る存在であるという差別意識を生じさせる一因となり得るということにもある。

そうすると、本件規定の補充性や相続制度に関する立法裁量を強調すべきではない。

そこで、本件規定の合憲性は、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。

(2) では、①・②を満たすか。

立法目的は、法律婚を尊重することにある。民法が法律婚主義を採用しており（民法739条1項、732条）、法律婚という制度自体が我が国に定着していることからしても、法律婚の尊重という立法目的は、重要といえる（①）

…略…（規定の合理性に関する立法事実の変遷など）

遅くとも、本件相続が開始した〇〇当時（判例では、平成13年7月当時）においては、本件規定の実質的関連性は失われていたといえる（②）。

5. よって、本件規定は、憲法14条1項に違反し、違憲である。

[判例3] 女子再婚禁止期間事件（違憲）

事案：改正前民法733条1項は、「女は、前婚の解消又は取消の日から6箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」と定めていた。

以下は、改正前民法733条1項の憲法上の問題点について論じた答案例である。

(答案)

1. 改正前民法733条1項（以下、「本件規定」とする）には、再婚可能期間について男子と女子を「差別」するものとして、憲法14条1項に反し得るという問題点がある。

最大決 H7.7.5・百1 [5版] 31

A

最大判 H27.12.16・百128

(2) 知る権利

知る権利とは、①政府情報（政府が保有する情報、国民が政治に有効に参加するために必要な情報）を対象とするものであり、②自由権としての側面のみならず、参政権（国家への自由）としての側面（個人は、様々な情報を知ることによって、はじめて政治に有効に参加することができる）及び社会権（国家による自由）としての側面（ex.情報公開請求権）も有する。

〔論点 1〕 憲法上の保障

「表現の自由」は、その文理からしても、本来的には、送り手の自由を意味するものである。

もっとも、国民は、様々な情報を知ることにより、表現の対象とする自分の思想・意見を形成するという意味で、表現の自由は送り手と受け手の立場の互換性を前提にしている。

そこで、マスメディアの発達により情報の送り手と受け手の立場の互換性が保たれていない現代では、表現の自由を一般国民の側から再構築することで、一般国民には憲法 21 条 1 項により知る権利が保障されると解する。

なお、最高裁も、博多駅事件において、国民の知る権利を認めている。

A 総まくり 249 頁

A

最大決 S44.1.26・百 I 73

2. 筆記行為の自由

最高裁は、レペタ事件において、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決を引用した上で「さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由は、憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らし尊重されるべきである」としつつ、「筆記行為の自由は、憲法 21 条 1 項の規定によって直接保障されているわけではないから、その制限または禁止については表現の自由の制約の場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求されるわけではない。」と述べている。

〔論点 1〕 憲法上の保障・違憲審査基準

知る自由については、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決により、それが個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であるなどの理由から、憲法 21 条 1 項等により保障されるとされている。

そうすると、筆記行為の自由についても、情報を摂取するために必要不可欠な行為ともなり得るものだから、情報を摂取する自由そのものとして構成し、憲法 21 条 1 項により直接保障されると考え得る。

これについては、筆記行為がなくても情報を摂取することができるから、筆記行為の自由については、情報を摂取する自由そのものとは異なり、憲法 21 条 1 項により直接保障されるものではないと解すべきであるとの反論が想定される。

確かに、最高裁は、レペタ事件において、筆記行為について、情報を摂取する自由から切り離して憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らして尊重される行為であると述べた上で、憲法 21 条 1 項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるとの理由から、その制限・禁止については表現の自由の制約の場合に一般に必要なとされる厳格な審査基準は要求されないとしている。

しかし、摂取した情報を個人の人格・思想の形成・発展に役立たせるためには、知覚した情報を理解することが必要である。

そして、摂取の対象となっている情報の内容・性質・量などによっては、知

A 総まくり 249～252 頁

最大判 H 元.3.8・百 I 77

A

最大判 S58.6.22・百 I 14（論証集
71 頁）

覚した情報を理解できるように記憶するために筆記行為が必要不可欠と心得る場合がある。

そこで、このような場合には、情報の摂取のためになされる筆記行為は、情報を摂取する自由として憲法 21 条 1 項により直接保障されると解すべきである。

したがって、筆記行為を制限・禁止する法令の憲法 21 条 1 項適合性は、厳格に審査されるべきである。

3. アクセス権

アクセス権とは、一般に、情報の受け手である一般国民が、情報の送り手であるマス・メディアに対して、自己の意見の発表の場を提供することを要求する権利（具体的には、意見広告や反論記事の掲載、紙面・番組への参加等）の意味に使われることが多い。

[論点 1] アクセス権の根拠

まず、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から、私人間に直接・類推適用されないと解される。そうすると、私人間に適用・類推適用されない憲法 21 条を直接の根拠にして、私人間における反論文掲載請求権を認めることはできない。

次に、反論文掲載請求権は、相手方に一定の作為を求めるものだから、名誉回復処分を定める民法 723 条および人格権としての名誉権に基づく差止請求権も、その実定法上の根拠とならない。

さらに、反論文掲載請求権は、新聞を発行・販売する者にとってことに公的事項に関する批判的記事の掲載を躊躇させ、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由（憲法 21 条 1 項）に対し重大な悪影響を及ぼすおそれがあるから、具体的な成文法なしにやすく認めるべきではない。

B 総まくり 252～255 頁

B

サンケイ新聞事件・最判 S62.4.24・
百 182

4. 報道の自由・取材の自由

(1) 報道の自由

もともと表現の自由は、思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるから、事実に関する情報の伝達まで「表現の自由」として保障されるのかには議論がある。

[論点 1] 憲法上の保障

確かに、「表現の自由」は、伝統的には、思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるから、事実の伝達は「表現の自由」として保障されないと考える。

しかし、博多駅事件大法廷決定は、報道機関が事実を報道する自由について、報道が民主主義社会において国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであるとの理由から、表現の自由を規定した憲法 21 条 1 項により直接保障されると解している。

そして、報道機関が事実を報道する自由は、上記の性質上、憲法 21 条 1 項が保障する「表現の自由」のうちでも特に重要なものである。

A 総まくり 255～256 頁

A

最大決 S44.1.26・百 173

第2章 国会

総まくり 432~449 頁

第1. 国会の地位

総まくり 432~437 頁

国会は、憲法上、①国民の代表機関、②国権の最高機関、③唯一の立法機関という三つの地位を有する。

1. 国民の代表機関

C 総まくり 432~433 頁

憲法 43 条は、国会（両議院）が「全国民で代表する選挙された議員」で組織されると定めている。ここでいう「全国民で代表」の意味については種々の議論がある。

〔論点 1〕「全国民で代表」の意味

C

「全国民で代表」の意味について法的代表と考える見解は、国民を意思能力を有しない政治的無権利者として扱う点で、国民主権の下における「国民」の理解としては妥当でない。

そこで、「全国民で代表」については、法的代表という意味ではなく、国民は代表機関を通じて行動し、代表機関は国民意思を反映するものとみなされるという趣旨の政治的代表的意味であると構成される必要がある。

もっとも、経済の発展とともに社会構造が複雑化し国民の価値観も多元化したという状況下では、議員の地位の国民意思による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになっている。

そこで、「全国民で代表」については、政治的代表的意味に加え、社会学的代表的意味を含むものとして構成するべきである。

2. 自由委任と党議拘束

C 総まくり 433 頁

政党政治が発達し、とくに政党規律が強くなると、議員は事実上党議に拘束され、党の指示に従って行動することを強いられる。

〔論点 1〕党議拘束と自由委任の関係

C

「全国民の代表」（憲法 43 条 1 項）には、議員は、選挙区民が求める個々の具体的な指示に法的に拘束されることなく、自らの良心に基づいて自由に意見を表明し、表決を行う権利を有するという意味もある。これを、自由委任という。

そして、党議拘束は自由委任の思想に適合しないとする見解もある。

しかし、現代の政党国家においては、議員は所属政党の決定に従って行動することによって国民の代表者としての実質を発揮できるのであるから、党議拘束は自由委任の枠外の問題であると理解するべきである。

もっとも、議員の所属政党変更の自由を否認したり、党からの除名をもって議員資格を喪失させたりすることについては、自由委任の原理に矛盾する。

3. 国権の最高機関

C 総まくり 434 頁

憲法 41 条では、「国会は、国権の最高機関である」と定められている。

〔論点 1〕「最高機関」の意味

C

これについては、国家法人説を前提として、「国権の最高機関」とは、国会が国権を統括する機関であることを意味しており、内閣・裁判所は国会の下位にあり国権の発動の仕方について国会の意思に従わなければならないとする見解がある（統治機関説）。

しかし、国会は主権者でもなければ統治権の総攬者でもなく、権力分立の原理のもとで内閣の解散権と裁判所の違憲立法審査権（憲法 81 条）によって抑制されていることからすれば、「最高機関」という点について上記のように法的意味を与えることはできない。

そこで、「最高機関」については、国会が主権者である国民によって直接選任され、その点で国民に連結しており、しかも立法権をはじめ重要な権能を憲法上与えられ、国政の中心的地位を占める機関であるということを強調する政治的美称であると解すべきである。

4. 唯一の立法機関

B 総まくり 434～438 頁

憲法 41 条では、「国会は、…国の唯一の立法機関である」と定められている。これは、立法権を国会が独占することを意味する。

(1) 「立法」の意味

[論点 1] 実質的意味の立法

B

およそ立法には、国法の一形式である法律（国会が制定する法規範）の定立という意味での形式的意味の立法と、法規という特定の内容の法規範の定立という意味での実質的意味の立法（規範の形式が法律であると命令であると問わず、中身に着目する）がある。

憲法 41 条でいう「立法」を形式的意味の立法として理解すると、それは同語反復にすぎないか、せいぜい国会以外の機関が法律の形式で法規範を定立すること禁止する意味しか持たないことになってしまい、憲法上の権能帰属の解釈としては妥当でない。

そこで、「立法」については、実質的意味の立法と解すべきである。

そして、実質的意味の立法の対象となる法規とは、およそ一般的・抽象的な法規範（＝不特定多数の場合ないし事件に適用される法規範）をすべて含むと解すべきである。

法律の一般性・抽象性は、公権力がある特定人を差別すること禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することを目的としている。

[論点 2] 処分的法律（措置法）

C

社会国家的課題もしくは行政国家的現実から要請される種々の行政処分的性質をもつ個別具体的な措置について、立法的統制の観点から、この種の措置を内容とする処分的法律が制定されることがある。法規の一般性・抽象性との関係で、受範者もしくは事件が少なからず特定された処分的法律をどう評価するかが問題となる。

憲法 41 条でいう「立法」は実質的意味の立法を意味し、その対象となる法規は、およそ一般的・抽象的な法規範をすべて含むと解する。

このように法規につき一般性・抽象性を要求する目的は、公権力がある特定人を差別することを禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することにある。

そうすると、処分的法律であっても、市民的平等性が保持され、公権力の恣意性が排除されているのであれば、法規の一般性・抽象性に反しない。

そこで、権力分立原理の核心を侵し議会・政府の憲法上の関係が決定的に破壊されることがなく、かつ、社会国家にふさわしい実質的・合理的な取扱いの違いを設定する趣旨のものであれば、処分的法律は法規の一般性・抽象性に反しないと解すべきである。

(2) 「唯一」の意味

国会が「唯一」の立法機関であることは、実質的意味の立法はもっぱら国会が（法律という形式で）定めなければならないことを意味する。

すなわち、①国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の定めがある場合（議院規則：憲法 58 条 2 項、最高裁判所規則：憲法 77 条）を除いて許されないこと（国会中心立法の原則）、②国会による実質的意味の立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）を意味する。

国会が「国の唯一の立法機関である」こととの関係で、内閣の法律案の発案権、最高裁判所の法律の発案権、委任立法の可否・限界が問題となる。

〔論点 1〕内閣の法律案提出権

憲法上、内閣に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、内閣に法律案提出権が認められるか、「国会」が「国の唯一の立法機関である」（憲法 41 条後段）こととの関係で問題となる。

憲法 41 条後段は、国会による実質的意味の立法が国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）をも意味している。

そうすると、法律案提出が立法作用の一部であると捉えれば、内閣の法律案提出権は国会単独立法の原則に違反する。

しかし、法律案の提出は、立法過程の不可欠の要素ではあるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法の準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。

また、憲法 72 条の「議案」提出権という「議案」には法律案も含まれていると解することができる。

さらに、議院内閣制（67 条 1 項、68 条 1 項、69 条等）の下では、国会と内閣の協働が要請されることからすれば、内閣の法律案提出権を認める必要がある。

そこで、内閣の法律案提出権は、憲法 72 条の「議案」提出権として許容され、国会単独立法の原則に違反しないと解する。

〔論点 2〕最高裁判所の法律案提出権

憲法上、最高裁判所に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、最高裁判所に法律案提出権が認められるか。

確かに、法律案の提出は、立法の契機を与える立法の準備行為にとどまり、「立法」作用の一部ではないから、最高裁判所の法律案提出権は国会単独立法の原則（憲法 41 条後段）には違反しない。

しかし、これについては、内閣の法律案提出権と異なり、手掛かりとなる憲法上の規定がない（憲法 72 条対照）。

そして、司法権には立法権・行政権からの独立性が要求される（憲法 77 条、78 条、80 条）。

その趣旨は、非政治的権力としての司法権が政治的権力から侵害・干渉を受けることを排除して、特に少数者の人権保護を図るということにある。

ところが、最高裁判所の法律案提出権を認めると、最高裁判所みずからが国会の審議の場に提案者として登場し、その法案成立に向けて政治的駆引きに関与することになるから、司法権に対する政治的権力による侵害・干渉を排除するという司法権独立の原則の趣旨に反する。

したがって、最高裁判所の法律案提出権は認められないと解する。

B

C

[論点 3] 委任立法の可否・限界

委任命令とは、法律の委任を受けて行政機関が制定する命令をいい、国会の定立する規範である法律とは区別される。

委任命令には、委任の可否と委任立法の限界という問題があり、後者の問題はさらに、委任の方法の問題（委任をする法律の側の問題）と委任命令の内容の問題（委任を受けた命令の側の問題）に分類される。

（論証 1）委任立法の可否

委任立法の憲法上の根拠は必ずしも明確ではないところ、国会を唯一の立法機関であるとする憲法 41 条との関係で委任立法の合憲性が問題となる。

行政需要に迅速に対応する、専門的・技術的事項を詳細に定める、地域的な特殊事情に配慮するといった要請から、委任立法を許容する必要がある。

また、憲法 76 条 6 号但書は委任命令の存在を予定しているといえる。

これらの実質的根拠及び形式的根拠から、委任立法は一定の範囲で許容されると解する。

（論証 2）委任の方法の限界

憲法 41 条が国会を国の唯一の立法機関であると定めている趣旨からすれば、法律において、命令で定める事項を列挙する等、委任事項を個別的・具体的に定める必要があり、国会で本来定めるべき立法事項を行政機関に白紙委任するような委任は憲法 41 条に反し違憲であると解される。

もっとも、委任事項の個別的・具体的な指示は、委任を定める法律の規定自体の中で明示する必要はなく、当該法律の他の規定や法律全体を通じて合理的に導出されるものであれば足りる。

（論証 3）委任命令の内容の限界

委任を受けた行政機関は、法律の委任の趣旨に従って命令を制定しなければならない。したがって、委任の趣旨をどのように具体化するのかについては行政機関に裁量が認められるものの、委任命令の内容が法律の委任の趣旨を逸脱・濫用している場合には、当該命令は違法となる。これは、法律による行政の原理のうち、法律の優位の原則の問題である。

委任命令の内容が委任の範囲内であるかについては、委任の趣旨を踏まえて判断することになり、委任の趣旨を解釈する際には、①当該法律の委任規定の文言だけでなく、②当該法律の趣旨・目的、③当該法律が命令に委任した趣旨、④規律の対象となる私人の権利利益の性質も（規制であれば、その強度も）考慮する。

例えば、④国民の重要な権利利益を規制する場合や、規制の程度が強い場合等には、法律に置かれた委任規定の趣旨が一定程度厳格に解釈される。

B

第 2. 国会の組織と活動

総まくり 438~441 頁

1. 二院制

国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する（憲法 42 条）。

C 総まくり 438 頁

第5章 財政

B 総まくり 474~479 頁

1. 財政民主主義

財政は国民の負担に帰属するものであるから、財政の適正な運営は国民の重大な関心事である。そこで、憲法 83 条は、財政に対して国会による強い民主的コントロールを及ぼすために、国の財政処理権限を国民の代表機関である国会の権能に服させている（財政民主主義）。

B 総まくり 474 頁

2. 租税法律主義

憲法 84 条は、租税の新設および税制の変更は法律の形式によって国会の議決を必要とする、租税法律主義の原則を定めている。これは、国民に対して直接負担を求めることになる租税については、その分だけ強い民主的コントロールを及ぼす必要があるから、必ず国民の同意を得なければならないという意味で国民の代表機関である国会が制定する法律によることを要求するものである。

A 総まくり 474~477 頁

租税法律主義は、課税要件法定主義と課税要件明確主義を内容とする。

[論点 1] 租税法律主義の適用範囲

A

1. まず、租税法律主義の「租税」（憲法 84 条）は、固有の意味の租税、すなわち、国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてではなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付を意味する。固有の意味の租税と手数料等を区別して両者の性質上の差異に応じて国会によるコントロールを及ぼすのが妥当だからである。

旭川市国民健康保険条例事件（最判

H18.3.1・百II196）

なお、固有の意味の租税として同条が直接適用されるのは、反対給付の性格が部分的にも存在しない場合（すなわち、具体的な特定の給付に対する反対給付の性格が全く存在しない金銭給付の賦課）に限られる。

2. 次に、憲法 84 条は法律の留保原則を租税について厳格化した形で明文化したものであるから、同条の固有の意味の「租税」以外の公課であっても、賦課徴収の強制の度合い等の点において租税に類似する性質を有するものについては、同条の趣旨が及ぶと解する。

もっとも、租税以外の公課は、租税とその性質が共通する点や異なる点があり、また、賦課徴収の目的に応じて多種多様であるから、賦課要件について求められる明確性は、当該公課の性質、賦課徴収の目的、その強制の度合い等を総合考慮して判断すべきものである。

3. 予算

C 総まくり 477~478 頁

国の収入・支出が、予算という形式で、国会に提出され、審議・議決されるのは近代国家に通ずる大原則である。

予算とは、一会計年度における国の財政行為の準則であり、それによって、国の財政が運用される。

憲法は、予算について、「内閣は、毎会計年度の予算を作成し、国会に提出して、その審議を受け議決を得なければならない。」（憲法 86 条）と定めている。

(1) 法的性格

予算の法的性格については、予算という独自の法形式であるとみるか（予

算法形式説・予算法規範説)、それとも法律の一種とみる(予算法律説)かについては、学説上、争いがある。多数説は前者の見解である。

[論点 1] 予算の法的性質

①予算は政府を拘束するのみで一般国民を拘束しないこと、②予算の効力は一会計年度に限られていること、③予算の提出権が内閣に属すること(憲法 73 条 5 号、86 条)、④法律と異なり予算については衆議院に先議権があること(憲法 60 条 1 項)、⑤法律と異なり予算には衆議院の再議決制(憲法 59 条 2 項)が認められていないこと(憲法 60 条 1 項・2 項)などから、予算は法律とは異なる特殊の法形式であると解すべきである。

C

(2) 予算の修正

予算は内閣によって作成され、国会の審議・議決を受ける。国会は議決に際し、原案にあるものを排除削減する修正(マイナス修正)はもとより、原案に新たな款項を設けたり、その金額を増加する修正(プラス修正)を行うことができる。なお、増額修正の可否については、学説上、争いがある。

[論点 2] 予算の増額修正

内閣が作成・提出した予算について国会が議決に際して増額修正をすることについては、内閣の予算提出権(憲法 73 条 5 号、86 条)を侵すとの理由から、許されないとする見解もある。

しかし、「国権の最高機関」としての国会の地位(憲法 41 条前段)、および国会による財政に対するコントロールを趣旨とする財政民主主義の基本原則(憲法 83 条以下)からすれば、国会による増額修正を認めるべきである。

もっとも、増額修正は、予算の性質上、必ずそれに相当する財源を伴うものでなければならない。

また、憲法が国会を財政処理の最高議決機関とする(憲法 86 条 1 項)一方で、予算発案権を内閣に専属せしめている(憲法 73 条 5 号、86 条)ことからすれば、予算の同一性を損なうような大修正は、後者の建前を根本から覆すものとして許されないと解すべきである。

C

(3) 暫定予算

会計年度が開始する時までに当該年度の予算が成立しない場合は、前年度の予算を施行することも考えられるが(明治憲法 71 条)、日本国憲法の下では、財政民主主義の原則を重視し、財政法で暫定予算制を採用している。

4. 決算審査

国の収入支出の決算はすべて、毎年、会計検査院がこれを検査し、「内閣は、次の年度に、その検査報告とともに、これを国会に提出しなければならない。」(憲法 90 条)。

C 総まくり 478 頁

5. 公金支出の禁止

国または地方公共団体の所有する「公金その他の公の財産」は、国民の負担と密接にかかわるものであるから、それが適正に管理され、民主的にコントロールされることが必要である。そこで、憲法 89 条は、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない。」と定めている。

B 総まくり 478~479 頁

[論点 1] 憲法 89 条後段の「公の支配」の意義

B

憲法 89 条後段の趣旨については、財政民主主義の原則（憲法 83 条以下）の立場から、公費の濫用をきたさないように当該事業を監督すべきことを要求することにあると解する（公費濫用防止説）。

そこで、「公の支配」については、国または地方公共団体の一定の監督が及んでいることをもって足りると解する。

第6章 地方自治

1. 総説

日本国憲法は、特に第八章に「地方自治」の章を設け、憲法上の制度として地方自治を厚く保障している。この保障の性質は、地方公共団体の自然権的・固有権的な基本権の保障ではなく、地方自治という歴史的・伝統的制度の保障であると解されている（制度的保障説）。

B 総まくり 480～490 頁

C 総まくり 480 頁

2. 地方自治の本旨

憲法 92 条の「地方自治の本旨」には、住民自治と団体自治の二つの要素がある。

住民自治とは、地方自治が住民の意思に基づいて行われるという民主主義的要素である。団体自治とは、地方自治が国から独立した団体に委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされるという自由主義的・地方分権的要素である（憲法 94 条参照）。

B 総まくり 480 頁

「地方公共団体の組織及び運営に関する事項」を定める「法律」のうち、その内容が住民自治・団体自治の要請に反するものは、違憲である。

3. 地方公共団体の機関

地方公共団体には議会が設置され、また、地方公共団体の長、議会の議員等は住民の選挙によらなければならない（憲法 93 条）。これは、地方自治の民主化を徹底しようとするものである。

C 総まくり 480 頁

憲法第 8 章の趣旨は、政治民主化の一環として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務はその地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障することにある。そこで、憲法 93 条の「地方公共団体」は、法律で地方公共団体として取り扱われているだけではならず、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在し、沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権・自主行政権・自主財政権等地方自治の基本的権利を附与された地域団体であることを要すると解する。

最大判 S38.3.27・百 II 207

4. 条例

条例とは、地方公共団体がその自治権に基づいて制定する自主法である。

地方公共団体は、広義の自治事務（地方自治法 2 条）を実施するに際し、条例を制定できる（憲法 94 条）。

条例制定権には、以下の限界がある。

B 総まくり 481～489 頁

(1) 自治事務

条例制定権には、広義の自治事務に関するものでなければならないという限界がある。

(2) 憲法の法律留保事項

〔論点 1〕 自主条例による財産権の規制

「財産権の内容は、…法律でこれを定める」と規定する憲法 29 条 2 項との関係で、自主条例による財産権の規制の可否が問題となる。

B

最大判 S38.6.26・百 I 98

確かに、財産権が全国民の利害にかかわるものであったり、全国的な取引の対象となるものであることが多く、法律で規制する必要性が高いということからすれば、憲法 29 条 2 項の「法律」には自主条例は含まれないと解す

べきとも思える。

しかし、地方的な事情により地方公共団体が財産権を規制することが適切な場合もあるし、法律による統一的規制の必要性という点は「法律の範囲内」（憲法 94 条）の問題として処理するのが適切である。

また、自主条例は住民の代表機関である地方議会の議決によって成立する民主的立法であるから、実質的には法律に準ずるものであるといえる。

そこで、憲法 29 条 2 項の「法律」には自主条例も含まれ、自主条例による財産権規制も可能であると解する。

奈良県ため池条例事件大法廷判決も、自主条例による財産権規制を許容しているとみることができる。

〔論点 2〕 自主条例による罰則設定

自主条例による罰則設定については、罪刑法定主義を定める憲法 31 条および命令への罰則の一般的委任を禁止する憲法 73 条 6 号但書との関係で問題となる。

判例は、自主条例が住民の代表機関である地方議会の議決によって成立する民主的立法であることに着目して、自主条例は「法律」に類するものであるとしつつ、憲法 73 条 6 号但書が政令への罰則の一般的委任を禁止していることにも配慮して、法律の授権が相当な程度に具体的であり限定されていることを条件として、自主条例による罰則設定を肯定している。

〔論点 3〕 自主条例による課税

租税法律主義（憲法 84 条）との関係で、自主条例による課税の可否が問題となる。

租税法律主義を定める憲法 84 条の趣旨は、租税に対して国民の代表機関である国会が制定した民主的立法である法律を通じて民主的コントロールを及ぼすことにある。

そして、自主条例は住民の代表機関である地方議会の議決によって成立する民主的立法であるから、実質的には法律に準ずるものであるといえる。

そこで、憲法 84 条の「法律」には自主条例も含まれ、自主条例による課税も可能であると解する。

（3）法律との関係

条例制定権には、「法律の範囲内」という限界がある（憲法 94 条）。なお、条例は、命令にも劣る（地方自治法 14 条 1 項）。

特に、国の法令で定める規制基準よりも厳しい基準を定める「上乗せ条例」や、法令の規制対象以外の事項について規制を定める「横出し条例」について、「法律の範囲内」であるかどうか問題となる。

〔論点 4〕 「法律の範囲内」

徳島市公安条例事件大法廷判決は、自主条例が「法律の範囲内」（憲法 94 条）といえるかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによって決せられるとする。

その上で、判断の例として、①国の法令中に明文規律がない場合でも、それが当該事項についていかなる規制も許さない趣旨であれば、当該事項を規制する条例は法令に違反する、②当該事項について国の法令と条例とが併存する場合でも、①両者の目的が異なり、かつ、条例の適用により国の法令の

B

最大判 S37.5.30・百 II 208

B

A

最大判 S50.9.10・百 I 83

目的・効果が何ら阻害されないとき、および、⑩両者の目的が同一であっても、国の法令が地方の実情に応じた別段の規制を容認する趣旨であるときは、条例は法令に違反しない、と述べている。

〔判例 1〕 徳島市公安条例事件

事案：道路交通法 77 条 1 項 4 号の委任に基づき、徳島県公安委員会は「集団行進」を管轄警察署長の許可の対象として指定しており、同条 3 項は、警察署長が許可に条件を付すことを認めており、条件違反に対する罰則として 3 月以下の懲役又は 3 万円以下の罰金が定められている（119 条 1 項 13 号）。

他方で、徳島市の条例では、集団示威行進等について市公安委員会への届出制を定め、「公共の安寧を保持するため」集団示威行進を行う者が遵守すべき事項として「交通秩序を維持すること」を掲げ（3 条 3 号）、それを遵守しない集団示威行進の「主催者、指導者又は扇動者」に対する罰則として「1 年以下の懲役若しくは禁錮又は 5 万円以下の罰金」を定めていた。

要点：①道交法 77 条 1 項 4 号は、許可対象の範囲について公安委員会規則へ委任しているから、道路の特別使用行為等について、全国的に一律に同一内容の規制を施すのではなく、地方の実情に応じた別段の規制を許容する趣旨であるといえる。しかし他方で、地域の実情に応じた地域ごとの規制を許容する趣旨であるとしても、地域ごとの規制は専ら公安委員会規則の専権事項とする趣旨であるとも解釈し得る。そこで、道路交通法が地域ごとの規制を許容する趣旨であるとしても、地域ごとの規制について公安委員会規則の専権事項とする趣旨なのか、それとも条例による規制も許容する趣旨なのか不明確であり、このように国の法令の趣旨が不明確である場合にはどのように判断すべきかが問題となった。本判決は、このような場合には、「条例における重複規制がそれ自体としての特別の意義と効果を有し、かつ、その合理性が肯定される場合には、道路交通法による規制は、このような条例による規制を否定、排除する趣旨ではなく、条例の規制の及ばない範囲においてのみ適用される趣旨のものと解するのが相当である」と判示した。

②本判決に対しては、本件条例は表現の自由の制約であるから、道路交通法が条例による地域ごとの規制を許容する趣旨であるかどうかはより厳格に判断すべきである、との批判もある。しかし、表現の自由の規制について厳格な審査基準を要求する二重の基準論は、民主政の過程や裁判所の審査の能力からくる司法権と立法権との権限分配の問題であるから、国会と地方議会という立法機関同士の役割分担が問題となっている自主条例の限界について適用することはできない。

〔判例 2〕 神奈川県臨時特例企業税事件

事案：地方税たる法人事業税の課税については前年度以前の欠損金額が繰越控除されるため、単年度黒字の法人であっても、神奈川県は、「外形標準課税が導入されるまでの間の臨時特例措置として、県の行政サービスを享受し、かつ当該事業年度において利益が発生していながら、欠損金の繰越控除により相応の税負担をしていない法人に対し、担税力に見合う一定の税負担を求める」趣旨で、条例により、

B

最大判 S50.9.10・百 1 83

B

最判 H25.3.21・百 II 201