

採点講評

(2018年2月11日 憲法)

第1 全体について

- ・ Xの憲法上の権利主張を、憲法19条の思想・良心の自由に的確に位置付け、Yの団体の性格（非公権力性、強制加入団体性）を踏まえて、判例（南九州税理士会事件、群馬司法書士会事件等）を意識した判断枠組みを示して、議論を展開できていた方が、3～4名いました。点数でいえば、50点前後の方ですが、十分に合格答案です。
- ・ また、Yが公共団体でないことに気づいたうえで（地方自治法260条の2第6項参照）、私人間効力の問題として、あるいは団体の権利享有性の問題として、公序良俗（民法90条）、「目的の範囲内」（民法34条、地方自治法260条の2第1項）の議論を展開できていた方も少なからずいました。点数でいえば、40点前後の方ですが、これらも合格答案だと思います。
- ・ 以上の方々は、憲法の学習が十分に進んでいることを感じさせ、頼もしい限りです。また、全体としても、当初考えていたより答練参加者の平均点は高く、私自身の受験時代のレベルを考えても（この問題には手も足も出なかったでしょう）、今後十分に期待できると思えました。
- ・ 点数が低かったと思われる方も、点数それ自体は気にする必要はありません。今回を機会に、団体と個人が対立する憲法問題について、理解を深めることができれば、成果ありと考えてください。この分野は、憲法学習の盲点でもあり、他の受験生も学習が手薄であると思われるが、今後の予備試験、司法試験で出題される可能性のある現代的課題ですので、十分に復習していただければと思います。
- ・ 以下、気づいた点についてコメントします。

第2 Xの権利

- ・ Xの権利主張を、憲法19条の思想・良心の自由に的確に位置付けていた方は、約半数でした。一方、寄附行為を表現行為と捉えて、表現の自由（憲法21条1項）に位置付けていた方、また、結社の自由（同条同項）に位置付けていた方もいましたが、それも十分ありえる憲法上の主張だと思います。一方、結社の自由に位置付けていた方のなかで、「自治会費増額分を拒否することで、Yからの脱会を強要されることになるから、Yに加入するか脱会するか自由が侵害されている」とする方が少なからずいました。必ずしも間違っているとはいえませんが、XがYを脱会せざるを得ないのは、自己の意思に沿わない寄附行為を強制させられる結果にすぎないので、端的に、寄附行為＝結社行為として、その制約・侵害と構成すればよく、迂遠ではないかと思いました。

- ・ Xの権利主張を、憲法13条（自己決定権）、あるいは憲法29条（財産権）に位置付けている方がいましたが、まず、「一般条項より、まず個別条項を」、「経済的自由より、精神的自由を」という鉄則を再確認ください。たかだか1000円の財産権侵害では、原告としても勝負にならないと思います。この点は、司法試験の出題趣旨・採点実感でも、試験委員から度々指摘されているところです。
- ・ 憲法19条に位置付けることができた方でも、19条の解釈論がきちんとできていない方が少なからずいました。憲法も、民法や刑法などと同様「実体法の解釈、適用の問題」ですので、保護範囲の確定の手順として、特にXの主張においては、条文の解釈はしっかりと示すべきでしょう。
- ・ Xの権利主張については、近年の試験問題で、Xの「生な主張」が示されるなど親切な誘導がありますので（本問で誘導が成功しているかはともかく）、誘導に素直に乗って、余計な権利主張をしないよう留意ください。

第3 私人間効力について

- ・ 本問の事案は、厳密に言えば、私人間効力の論証を展開する必要はありませんが（第2類型と第3類型について、解説レジュメ参照）、私人間の対立構造ととらえて、「公序良俗」（民法90条）違反の問題として論じたとしても、前記のように、十分に評価されると思われます。しかし、Xは直接適用説を主張（あるいは、私人間効力について言及せず）→ Yは無適用説を主張→ 私見でようやく間接適用説を主張、と使い分けるのは、試験委員にまったく評価されず、かえって、評価を下げることになるとも思われます。私人間効力の問題は、議論の前提に過ぎないし、判例・通説は、間接適用説で固まっているとされる（有力な異論＝無適用説はありますが）にも関わらず、ほとんど採られることのない直接適用説をあえて主張することは、試験委員が嫌う「原告において、極論を展開する」ことになりかねません。

第4 判断枠組み

- ・ Yが公権力の主体でない（公共団体でない）ことを無視して（あるいは気づかず）、漫然と通常の違憲審査基準を定立している方が少なからずいました。通常の違憲審査基準は、公権力が個人の憲法上の権利を、「公共の福祉」の名のもとに制約することが正当化できるか否かの判断枠組みですので、本問において、あえて通常の違憲審査基準を使う理由付けがない限り、それを採用することは、違憲審査基準のなんたるかを理解していない、と評価されることになりかねません。
- ・ また、Xは厳格審査→ Yは緩やかな審査→ 私見は中間審査、というパターン化された論証も見受けられました。そのようなパターン化された論証では、本問中の事実を的確に拾って、評価することが難しくなりますので、気をつけてください。

第5 事実への着目

- ・憲法に限らず、試験では、「その事案の特殊性に向き合う」ことが大切であるとされます。また、特に憲法においては、問題中の事実を無視した「空中戦」が繰り返されがちです。今回の答案の中でも、そのような傾向が見受けられました。本問における事案の特殊性は、①Yは自治会であり、形式上は任意加入団体であるが、様々な公的サービスを排他的に担っていることから、実質的には強制加入団体に近いこと、②本件各会は、いずれも公益団体であり、政治性・宗教性は薄いものであるが、それでも、これまでは会員において個別的に寄附・募金の判断がされていたこと、③本件決議の内容は、名目上は会費の1000円の増額にすぎないが、実態としては、それらはすべて寄附等に用途が限定されていることなどです。
- ・では、事案の特殊性に向き合うためにどうすればよいか。まずは、判例の理解を深めることだと思います。判例が採る「判断枠組み」のみならず、その前提となる「事実関係」、判断枠組みを導く「理由付け」、そして、その判断枠組みの中で検討される具体的な「考慮要素（下位規範）」まで十分に理解し、判例と本問との距離（射程）を計ることだと思います。
- ・本問が前提とする判例（南九州税理士会事件、群馬書士会事件等）において、結論を導く具体的な考慮要素は、「団体の種類や性格、構成員の人権の性質、具体的な団体の行為とそれにより構成員が受ける不利益の内容、程度、態様等といった諸要素」となります。これらの要素に対応する事実が、本問ではどうなっているに着目すれば、おのずと対立点（争点）が形成され、事案の特殊性にも向き合うことができると思います。

以上