

論文式試験問題集 [公法系科目第1問]

【改題】

〔問題文〕

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図上の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像（以下「Z機能画像」という。）に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後（地上約4メートル）の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周（水平方向360度、上下方向290度）を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の塀を越えた高さから撮影するので、庭にいる人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特にX社は、以下のように、より積極的にZ機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

ところで、Z機能画像をめぐる問題は、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。

20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した。法は、システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出ることを求めている（法第6条）。また、法は、システム提供者が遵守すべき事項を規定している（法第7条）。A大臣

は、Z機能画像の提供によって被害を受けた者からの申立てがあったときは、法に定める手続に従って被害の回復のための措置を講じることとされ（法第8条）、特定地図検索システムの提供の中止命令を命ずることもできる（同条3項）。

法が制定されてから、多くの会社は、法の定める遵守事項を守り、また個別の苦情に応じて必要な修正を施している。X社も、人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報と車のナンバープレートについてはマスキングを施し、車載カメラの高さも法が定める高さに改めた。しかし、X社は、家の中の様子など生活ぶりがうかがえるような画像については、法で具体的に明記されていないとして、修正しなかった。数件の申立てに応じて、X社に対して、そのような画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされた。しかし、X社は、それらの修正を行わなかった。その結果、X社は、A大臣から、行政手続法の定める手続に従って、特定地図検索システムの提供の中止命令（以下「本件命令」という。）を受けた。

〔設問〕

X社は、本件命令の取消しを求める訴訟を提起した。同訴訟におけるX社の憲法上の主張を述べた上で、それに対して想定される反論や関連する判例を踏まえて、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、適用違憲については論じなくてよい。

参考答案
[過去問ゼミ・憲法]

第1 X社の憲法上の主張

1 法8条3項は、表現の自由として保障されるX社の本件システム提供の自由（以下「本件自由」という。）を不当に制約するため、憲法21条1項に反し違憲である。

2 事実の提供も、国民の知る権利に資するものであれば、表現の自由として憲法21条1項により保障される。

本件システムは、Z機能画像により、実際に歩いている感覚で画像を見ることができるといった利便性の高い情報を提供している。住所や行先を考える上で有益な事実を提供するものであり、国民の知る権利に資する。

さらに、ネットによる情報の発信及び収集が当然となった現代では、本件自由も表現活動として厚く保障されるべきである。

したがって、本件自由は、表現の自由として憲法21条1項により保障される。

3 法8条3項の中止命令は、本件システムの提供を全面的に中止させるものであり、本件自由に対する強力な制約である（以下「本件制約」という。）。

このような重要な自由に対する強力な制約は、目的が真にやむを得ないもので、手段が目的達成のために必要最小限度といえなければ正当化されない。

4 法8条3項の目的は、本件システムの提供継続によるプライバシー侵害拡大を防ぐことにある（以下「本件目的」という。）。

確かに、ネット上に秘匿性の高い個人情報が公開されれば、重大なプライバシー侵害が拡大する可能性があるから、目的自体は正当といえる。

しかし、法が制定されたのは、公道上の自分の居場所や行動を知られたくない人、公開されては困る施設や子供の姿が映されていること及び第三者による二次的利用を懸念する人が、Z機能画像の提供中止を求めたからである。現実に秘匿性の高い個人情報が公開されて、重大なプライバシー侵害が生じた旨の被害報告があったからではない。そのような被害報告がない以上、法8条3項を制定して本件システムの提供によるプライバシー侵害の拡大を防ぐ必要性がない。

したがって、本件目的を支える立法事実が存在せず、目的は真にやむを得ないものではない。

仮に目的が真にやむを得ないとしても、本件目的は、本件システムの提供を全面的に中止せずとも、申立てにかかる被害及びこれと同種の被害を生じさせているZ機能画像の提供だけを中止させれば十分に達成できる。

したがって、手段は目的達成のために必要最小限度ではない。

5 以上により、本件制約は正当化されず、違憲である。

第2 私の見解

1 被告である国（以下「被告」という。）は、マスメディアが行う事実の報道は表現の自由として保障されるが、それ以外の法人

や私人が行う事実の提供は表現の自由として保障されないと反論することが想定される。

しかし、現代では、誰もがパソコン等を使って情報を全世界に発信できるのだから、マスメディア以外の法人や私人が行う事実の提供も表現の自由として保障されると考えるべきである。

2 次に、被告は、国民の政治的表現活動に資する情報を提供する自由は憲法21条1項によって保障されるが、単に国民の生活に資する情報を提供する自由は同条項によって保障されないと反論することが想定される。

しかし、人は、自己の価値観に基づいて、住所や行先を主体的に決める存在である。そうすると、住所や行先を決める前提となる情報も、国民の人格的生存にとって重要な情報といえる。

したがって、本件自由も、表現の自由として、憲法21条1項により保障される。

3 また、被告は、次のように反論することが想定される。

すなわち、Z機能画像の二次的利用の頻繁化及びネット上の情報拡散化の速さから、被侵害者の知らぬ間にプライバシー侵害が際限なく拡大し続けるおそれがある。現実に重大なプライバシー侵害が生じた旨の被害報告がある前に規制する必要がある、本件目的を支える立法事実が存在する。

確かに、ネットの特殊性を考慮すると、被侵害者が覚知して被害報告していないから重大なプライバシー侵害がないと考え

るのは早計である。覚知し得ないプライバシー侵害及びその拡大から国民を保護するため、重大なプライバシー侵害が生じたとの被害報告がある前に規制する必要性が認められる。

したがって、本件目的を支える立法事実が存在するため、法8条3項の目的は真にやむを得ないものといえる。

4 被告は、本件システムの提供継続によるプライバシー侵害拡大の程度が未知数であるため、一旦全面的に本件システムの提供を中止することもやむを得ないと反論することが想定される。

確かに、プライバシー侵害拡大の程度が未知数という点を考慮すると、申立てにかかる被害及びこれと同種の被害を生じさせているZ機能画像の提供だけを中止させるのみでは目的を達成できず、全面的に中止することもやむを得ない。

しかし、法8条3項は、単に「中止を命ずることができる」と規定するだけで、中止期間を明示していない。また、システム提供者に不服申立てを認める規定や、画像の修正後に中止命令の解除の申立てを認める規定もないと思われる。仮にそうだとすると、いつまでも本件システムの提供を中止させることが可能となり、本件自由を過度に制約する。

したがって、手段は目的達成のために必要最小限度ではない。

5 以上により、本件制約は正当化されず、違憲である。

以上

憲法答案の書き方～基本編～

第1 憲法答案の難しさ

憲法答案は多くの受験生が苦手としている。その理由としては、以下の3つが挙げられる。

◆苦手な理由

- ① 憲法上の権利の思考方法を理解・整理できていない。
- ② 審査基準の内容・考慮要素を正確に理解していない。
- ③ 判例に基づいた主張の重要性を理解していない。

第2 憲法上の権利の思考方法

1 6つの類型

憲法上の権利や制度保障には、様々なものがあり、それぞれについて特徴的な思考方法がある。特に司法試験で出題されやすいものの思考方法を整理すると、以下の6つに分類できる。

◆憲法上の権利の思考方法

- (1) 消極的自由権（＝防御権）の思考方法
 - ア 精神的自由権
 - イ 経済的自由権
 - ウ その他
- (2) 包括的基本権の思考方法
- (3) 平等権の思考方法
- (4) 法律による具体化が必要な権利の思考方法
- (5) 法律による制度形成が必要な権利の思考方法
- (6) 制度保障の思考方法

2 各類型の説明

(1) 消極的自由権

憲法上の権利は、自由に行使できるのが原則であり、制限は例外的にのみ許される（＝正当化できる）。このような「原則としての自由」と「例外としての制限」という原則例外関係が観念できる権利を消極的自由権という。例えば、表現の自由や職業選択の自由がこれに当たる。

消極的自由権の場合は、「ある国民の自由に対する国家による制限が正当化されるか」が問題となる。その場合には、三段階審査を用いて検討する。三段階審査とは、①**保護範囲**（ある国民の自由が憲法上保障されるか）、②**制限**（国家の法令ないし行為が国民の自由を制限しているか）、③**正当化**（制限は正当化しうるか）のという順で審査するものである。

(2) 包括的基本権

包括的基本権の場合、その性質が自由権的か請求権的かによって、思考方法が変化する。

自由権的なもの（ex 私生活をみだりに公開されない権利という意味でのプライバシー権）である場合には、消極的自由権と同様に三段階審査で審査すればよい。ただし、**その権利の内容が不明確であるため、①保護範囲の論証を厚くする必要がある。**

請求権的なもの（ex 自己情報コントロール権という意味でのプライバシー権）である場合には、後述の法律による具体化が必要な権利と同様に考えることになると思われる。

(3) 平等権

平等権は、①別異取扱いがあるか、②別異取扱いは正当化されるかという二段階で審査する。正当化は消極的自由権と同様に考えればよい。

(4) 法律による具体化が必要な権利

憲法上はその内容が不明確であり、法律による具体化が必要な権利をいう。例えば、生存権などがこれに当たる。

この権利の場合、消極的自由権とは異なり、法律が憲法上の権利を制限するという関係にない。**法律が憲法上の権利の内容を具体化する**という関係にある。例えば、生存権は、生活保護法によって具体化される。生活保護法が生存権を制約することは基本的には想定できない。比喩的にいえば、消極的自由権の場合には権利と法律が「敵対関係」にあるのに対し、法律による具体化が必要な権利の場合には権利と法律が「友好関係」にある。

このように、法律による具体化が必要な権利の場合、消極的自由権の場合と異なり、「原則としての自由」と「例外としての制限」という原則例外関係が観念できない。そのため、法律による具体化が必要な権利の場合、三段階審査を用いて合憲性を審査することはできない。

また、法律による具体化が必要な権利の場合、国会には広範な立法裁量が認められるため、法令違憲を論じることはほとんどない（理論的には、国会の立法裁量に逸脱濫用がある場合には法令違憲となる場合があり得る。立法裁量統制型審査と呼ばれる。）。それよりも、**具体化する法律を憲法に適合するように解釈・適用しているか（憲法適合的解釈＝合憲限定解釈）**という点について、適用違憲の枠組みで論じることが多いと思われる。

(5) 法律による制度形成が必要な権利

憲法上ではその内容が不明確とまではいえないが、その行使のために法律による制度形成が必要な権利をいう。例えば、選挙権などがこれに当たる。

この権利の場合、憲法上権利の内容がある程度具体的であるため、法律による具体化が必要な権利と異なり、法律による権利内容の具体化までは必要がない。ただし、**憲法上権利の行使方法が定められていないため、権利の行使方法等（＝制度）を法律で定める必要がある。**

例えば、選挙権の場合、国民・住民の代表者を定める権利ということで、権利の内容自体は憲法上でも具体的に定まっている。しかし、選挙権を行使する方法は憲法上定められていない。そのままだと選挙権が行使できないので、選挙権を行使する方法等（＝選挙制度）を法律で定める必要がある。そのような法律として制定されたのが、公職選挙法である。

法律による制度形成が必要な権利の場合、①**法律が権利を制限している場合**と、②**法律が権利行使のための制度を形成する場合**がある。例えば、特定の人物の選挙権の行使を禁止する公職選挙法 11 条の公民権停止規定は、当該人物の選挙権を制限するものといえる。一方、投票の方法を定める公職選挙法の規定は、その方法では選挙権の行使が事実上できない人物が生じてしまうとしても、当該人物の選挙権を制限するものとはいえず、単に投票制度を定めたに過ぎない（ex2003年に期日前投票の制度ができるまでは、選挙期日当日に投票に行けない人物は選挙権が事実上行使できなかった。）。

①の場合は、消極的自由権の場合と同様の思考方法で合憲性を判断することになる。一方、②の場合には、法律による具体化が必要な権利と同様の思考方法で合憲性を判断することになる。

(6) 制度保障

制度保障には、政教分離のほかに、大学の自治や私有財産制などがある。さしあたり、政教分離の思考方法を理解しておくことが大切である。

第3 審査基準の内容・考慮要素

1 はじめに

憲法の答案を書くには、審査基準の内容と考慮要素を正確に理解することが必要不可欠である。そうでなければ、的確にポイントを捉えた審査ができないからである。

前述のとおり、問題となる憲法上の権利や制度によって思考方法が異なっていた。この思考方法の違いは、審査基準の内容・考慮要素にも影響する。問題となる憲法上の権利や制度に応じて、それぞれ特有の審査基準があり、考慮要素も異なってくるので、整理して理解することが必要である。

以下では、基本となる消極的自由権の審査手法である三段階審査を説明しつつ、その正当化の論証で用いられる審査基準の内容・考慮要素を説明する。三段階審査とは、前述のとおり、①**保護範囲**、②**制限**、③**正当化**の順で法令ないし行為の合憲性を審査する手法である。

◆三段階審査

- ① 保護範囲
- ② 制限
- ③ 正当化—形式的正当化
—実質的正当化

2 保護範囲

ある国民の自由が憲法上保障されるか否かを問題とする。保障されるなら②制限の審査へと進み、保障されないならそれ以上合憲性を検討する必要がなくなる。

もっとも、「保障されない」という結論になることは少ない。それよりも、「保障される」ことを前提に、「どの程度保障されるのか」という**保障の程度**が問題となることが多い。保障の程度により審査基準の厳格度が変化するからである。その自由の**核心的なもの**として保障されるのか、**周辺的なもの**として保障されるにすぎないのか、検討することが必要になる。判例では、保障の程度が低いときには、「保障される」という表現ではなく「尊重に値する」といった表現を使用している。

3 制限

国家の法令ないし行為が国民の自由を制限しているか否かを問題とする。制限しているなら③正当化の審査へと進み、制限していないならそれ以上合憲性を検討する必要がなくなる。

もっとも、「制限がない」という結論になることは少ない、それよりも、「**直接的な**」**制限なのか**「**間接的な**」**制限にすぎないのか**という**制限の程度**が問題となることが多い。制限の程度により審査基準の厳格度が変化するからである。

4 正当化

(1) 形式的正当化

ア 法律の根拠の有無

憲法上の権利に対する制限は、法律の根拠がなければならない。法律の根拠に基づかない制限は、直ちに違憲である。

イ 委任立法

憲法上の権利を制限する命令が法律による委任の範囲を逸脱していないか、委任を行う法律自体に欠陥（ex 白紙委任）がないかなどを審査する。そのような命令による権利制限は、法律に根拠がない権利制限となり、アと同様に違憲となる。

ウ 条例による制限

国の法令の範囲内かどうか等が審査される。

エ 規範の明確性

憲法上の権利を制限する規範は明確でなければならない。表現の自由を規制する法律や刑罰を定める法律の場合に問題となる。

(2) 実質的正当化

ア 絶対的禁止か相対的禁止か

どのような理由があっても国家による制限が禁止されるか、正当な理由があれば制限が許されるのかの違いがある。

絶対的禁止の場合には、制限があれば直ちに違憲となる。相対的禁止の場合には、その制限が正当化されるか否かを審査基準を使って判断することになる。

例えば、表現の自由に対する制限が検閲の場合、検閲は絶対的に禁止されるから直ちに違憲となる。一方、その制限が検閲以外の方法である場合、その制限を正当化する合理的な理由があるかどうか、審査基準に基づき判断することになる。

イ 審査基準

審査基準は、⑦いかなる点について審査するのか、⑧どれだけ厳格に審査するのかという2つの観点から理解する必要がある。

⑦は、法令違憲と適用違憲に分けて理解しなければならない。⑧は、まず、重要な憲法上の権利に対する強力な制限であれば厳格に審査する必要があるという定式を理解する必要がある。

⑦ いかなる点について審査するか

◆いかなる点について審査するか
1 法令違憲の場合
(1) 目的審査
(2) 手段審査
ア 適合性
イ 必要性
ウ 狭義の比例性

I 法令違憲の場合

目的と手段の2つの観点から審査する。

i 目的審査

◆アメリカ型	◆ドイツ型
1 審査の厳格度（密度） 変化させる。 →【厳格】真にやむを得ないものか。 【中間】重要か。 【緩やか】正当か。	1 審査の厳格度（密度） 変化させない。 →正当かどうかのみ。
2 達成しようとする目的 何らかの法益を保護すること。 →①他者の憲法上の権利に基礎を持つ法益（ex 生命、身体又は財産の安全） ②その他憲法条項に基礎を持つ法益（ex 公正な裁判や選挙の実現） ③立法者が定立した法律レベルの法益（ex 町的美観）	

<p>3 目的の性質</p> <p>いかなる憲法上の権利に対するいかなる態様の制限が問題となっているのかに応じて、以下の①、②が異なる。</p> <p>→①正当化のために要求される法益の重要性</p> <p>②①が害される危険発生の蓋然性</p>	
<p>4 目的審査をクリアしない場合</p> <p>以下の3つの場合がある。</p> <p>→①目的が不当・恣意的である。</p> <p>②目的を支える立法事実が存在しない。</p> <p>③規制により得られる法益と失われる利益が均衡していない。</p>	<p>4 目的審査をクリアしない場合</p> <p>以下の1つの場合しかない。</p> <p>→①目的が不当・恣意的である。</p> <p>※左の②、③は、手段審査の狭義の比例性において検討する。</p>

A 憲法上の権利を規制する目的が審査される。審査基準の厳格度により、目的が真にやむを得ないものか（厳格）、重要なものか（中間）、正当なものか（緩やか）というように3つに分かれる（ただし、これはアメリカ型の場合である。ドイツ型は後述。）

B 目的審査では、まず、その規制によってどのような目的を達成しようとしているか検討する必要がある。多くの場合、達成しようとしている目的は、何らかの法益を保護することである。そして、その法益は、①他者の憲法上の権利に基礎を持つ法益（ex 生命、身体又は財産の安全）、②その他憲法条項に基礎を持つ法益（ex 公正な裁判や選挙の実現）、③立法者が定立した法律レベルの法益（ex 町の美観）の3つに区別することができる。

法令による規制の場合、第1条に目的規定があるため、多くの受験生がその目的規定に書かれている事項を目的として記載することが多い。しかし、第1条に書かれている目的は、その法令全体の目的であり、個々の規定の目的ではない。憲法上の権利を制限する国家行為の根拠条文が個々の規定にあるならば、その規定の目的を個別に検討した上で記載すべきである。そちらの方が、より直接的な目的といえるからである。

例えば、逮捕（刑訴法199条以下）の目的は何かと聞かれたとき、刑訴法第1条の目的を答える人はいないだろう。逮捕の目的は、罪証隠滅と逃亡の防止である。

C 次に、審査基準の厳格度に応じて、その目的（保護しようとしている法益）の性質（真にやむを得ないものか、重要なものか、正当なものか）を検討する必要がある。いかなる憲法上の権利に対するいかなる態様の制限が問題となっているのかに応じて、その正当化のために要求される法益の重要性とこれが害される危険発生の蓋然性も異なる。

例えば、表現の自由に対する強力な制限が問題となっている場合には、その制限が正当化されるための法益は、原則として、表現の自由よりも重要なもの、少なくともそれに匹敵するほど重要なもの（ex 生命・身体の利益やプライバシー権など）であることが要求されるだろう。また、その法益が害される危険発生の蓋然性は、単なる可能性やおそれでは足りず、発生することが確実であり、しかもその発生が明らかに差し迫ったもの（明白かつ現在の危険）であることが要求されるだろう。

D 目的審査において、どのような事情があれば目的審査をクリアしない（目的が真にやむを得ないものとはいえない、重要とはいえない、正当とはいえない）といえるのか、合格者の再現答案を検討するなどして、その類型を整理しておくべきである。その類型としては、①**目的が不当・恣意的である**、②**目的を支える立法事実が存在しない**、③**規制により得られる法益と失われる利益が均衡していない**、などが考えられる。

a ①**目的が不当・恣意的である**場合とは、戦前の治安維持法のような、国民の憲法上の権利を不当に侵害したり、国家による恣意的な人権侵害を可能としたりすることを目的とする場合を意味する。また、憲法に適合しない目的もこれに当たる。

実際の例として、尊属殺重罰規定違憲判決が挙げられる。平等権の事例であるが、6人の裁判官は、その意見で目的が違憲であると述べた。そのうちの1人である田中二郎裁判官は、刑法200条が「一種の身分制道徳の見地」、「旧家族制度的倫理観」に立脚するものであり、「個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するとの疑いが極めて濃厚だ」とした。田中二郎裁判官と同様に考えるならば、刑法200条の目的は憲法に適合せず不当だということになるだろう。

b ②**目的を支える立法事実が存在しない**場合とは、ある法令が保護しようとする**法益が害される危険発生の蓋然性がない**、もしくは、**単なる可能性やおそれしかない**ため、**憲法上の権利を制約してまでその法益を保護する必要性や緊急性がない**場合を意味する。一般的に、法律により憲法上の権利を制約して特定の法益を保護しようとする場合には、その**法益が現に侵害されていたり、侵害されることが確実視されたりする状況**が必要である。そのような状況がない、もしくは、単なる観念上の想定にすぎないにもかかわらず憲法上の権利を制約することは、保護する必要性や緊急性がない法益保護のために憲法上の権利を制約するものとして許されない。そのような状況＝事実のことを立法事実という。

正確には、立法事実とは**法令の合憲性を支える社会的・経済的事実**をいう。薬事法判決を例にとると、薬事法による薬局の開設の距離制限規定については、国側から次のような立法事実が主張された。すなわち、制限しなければ過当競争が生じ、その結

果一部薬局の経営不安定をきたし、不良医薬品の供給につながるというものである。

立法事実については、その**確証度**は多様である。**確実な社会科学データ**によって**根拠づけられたものから、単なる推測にすぎないものまで**、様々なレベルのものがある。法令の根拠となる立法事実について、どれほど確証されたものであることを求めるかは、審査基準の厳格度に関係する。審査基準が厳格であれば、立法事実は確実なものであることが要求される。審査基準が緩やかであれば、立法事実は相応の根拠に基づいて推測されるものでよいということになる。

- c ③規制により得られる法益と失われる利益が均衡していないとは、**軽微な法益を保護するために重要な憲法上の権利を制限している**場合を意味する。そのような場合、規制により得られる法益に比べて失われる利益を方が大きい**ため、軽微な法益を保護する**という目的が正当化されないのである。

ただし、③は往々にして主観論になりやすく、ともすれば水掛け論にもなりかねない。憲法上の権利に比べて保護しようとしている法益が明らかに軽微だと明確な根拠をもって主張できる場合にのみ、③を指摘すべきである。

- E ここで、アメリカ型の審査基準と、ドイツ型の審査基準について言及しておきたい。

- a アメリカ型の場合は、審査基準の厳格度に応じて目的審査の厳格度も変化させる。前述のように、真にやむを得ないものか、重要か、正当かといった具合に、厳格度を変化させるのである。

一方、ドイツ型の場合は、審査基準の厳格度に応じて目的審査の厳格度を変化させることはしない。目的審査では、目的が正当かどうかだけを問う。そのため、ドイツ型の場合は、目的審査は①**目的が不当・恣意的である**場合を排除する役割しかない。その代わり、後述のとおり、手段審査において、適合性と必要性のほかに、**狭義の比例性**（手段は目的と適切な比例関係になければならない、軽微な目的達成のために重要な利益を侵害する手段を用いてはならない。）も審査する。ここで、②**手段を支える立法事実が存在するか**、③**規制により得られる法益と失われる利益が均衡しているか**、を問うことになる。

- b 両者の違いは、②**立法事実の支えが存在するか**、③**規制により得られる利益と失われる利益が均衡しているか**という2つの考慮要素を、**目的と手段のどちらの観点から審査するか**という点にある。アメリカ型のように目的審査において目的を厳格に審査するならば、手段審査においてさらにドイツ型のように狭義の比例性を検討する必要はないということになる。検討する中身は共通しているため、後は目的と手段のどちらの観点から審査するかという形式的な違いがあるだけにすぎない。

c. ただし、この違いは、説明の仕方の違いを生じさせる。

前述のとおり、②立法事実の支えが存在するかという点は、**法益が侵害される危険発生の蓋然性の有無・程度**を問うものであった。目的の観点からすると、法益が侵害される危険発生の蓋然性がない場合には、**当該法益を保護するという目的には必要性や緊急性が認められず**、目的を支える立法事実がないという説明になる。一方、手段の観点からすると、法益が侵害される危険発生の蓋然性がない場合には、**当該法益を保護するために憲法上の権利を強力に制限する手段を用いることは許されず**、手段を支える立法事実がないという説明になる。

また、③規制により得られる利益と失われる利益が均衡しているかという点は、**保護の対象となる法益と制限の対象となる憲法上の権利の優劣を比較する**ものであった。目的の観点からすると、保護の対象となる法益が制限の対象となる憲法上の権利と比較して著しく軽微なものである場合には、規制により得られる法益と失われる利益が均衡していないため、**当該法益を保護するという目的に正当性がない**という説明になる。一方、手段の観点からすると、保護の対象となる法益が制限の対象となる憲法上の権利と比較して著しく軽微なものである場合には、規制により得られる法益と失われる利益が均衡していないため、**当該法益を保護するために憲法上重要な権利を強力に制限する手段を用いることは許されない**という説明になる。

◆私の経験談

立法事実の支えの有無につき目的と手段の双方から審査したが、評価はAだった。適切な説明があれば、目的と手段の一方で説明しようがその双方で説明しようがどちらでも構わないのかもしれない。

ドイツには、「AであればあるほどBでなければならない。」という公式がある。これは、「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する**公益に対する危険が差し迫ってなければならない**」、「憲法上の権利に対する制限が重大であればあるほど、その制限を正当化する**公益は重要でなければならない**。」というものである。前者は②**立法事実の支えが存在するか**、後者は③**規制により得られる利益と失われる利益が均衡しているか**に対応するものである。

ii 手段審査

◆アメリカ型	◆ドイツ型
審査のポイントは、以下の2つ。 →①適合性 ②必要性 ※右の③で検討することは目的審査で検討済み。	審査のポイントは、以下の3つ。 →①適合性 ②必要性 ③狭義の比例性

規制目的をクリアした後は、次に目的と手段の関係が審査される。ここで用いられるのが比例原則である。比例原則は、①手段の適合性、②手段の必要性、③狭義の比例性（利益の均衡）という3つの審査を内容とする。

A 各審査項目の内容

a 適合性

①手段の適合性とは、**その手段が規制目的の実現を促進するか**を審査するものである。その手段が目的の実現を促進しない場合や、むしろその実現を阻害するような場合には、適合性が否定される。逆に言えば、その手段が少しでも規制目的の実現を促進するならば、適合性は肯定される。

合理性の基準は、この適合性のみを審査するものである。それゆえに、合理性の基準は緩やかな基準であるといわれる。

b 必要性

②手段の必要性とは、**規制目的の実現に対して等しく効果的であるが、憲法上の権利に対する制限の程度が低い他の手段が存在するか**を審査するものである。すなわち、より制限的でない他の選べる手段の有無が審査されることになる。

ここで重要なのは、**他の手段が等しく効果的でなければならない**ということである。規制目的の実現のために明らかに効果が低い、もしくは、効果がない手段は、代替手段の候補とならない。

厳格基準や中間基準（厳格な合理性の基準やLRAの基準）では、この必要性について重点的に審査する必要がある。

c 狭義の比例性（利益の均衡）

③狭義の比例性とは、前述のとおり、**手段を支える立法事実が存在するか、規制により得られる法益と失われる利益が均衡しているか**を審査するものである。

③狭義の比例性について特化した基準として最高裁判例も採用しているのは、**明らかな差し迫った危険の基準**である。規制により得られる利益と失われる利益の均衡を厳格に審査すれば、（極めて）重要な憲法上の権利に対する強力な制限を正当化するには、この制限により**保護される法益が重要でなければならない**に加えて、**法益に対する明らかな差し迫った危険が存在しなければならない**。仮に保護される法益が（極めて）重要であっても、危険発生の蓋然性が低いのであれば、重要な憲法上の権利に対する強力な制限と釣り合いが取れないからである。

B 薬の例え

これを薬に例えると、次のように説明できる。風邪を治すという目的（この目的自体

は正当である。)で、薬を飲むとする。飲む薬の候補として、A、B、C、Dの4種の薬がある。Aは効き目が0で副作用が5、Bは効き目が5で副作用が4、Cは効き目が5で副作用が2、Dは効き目が7だが副作用が10である(効き目=目的達成にどれだけ効果的か、副作用=憲法上の権利をどれだけ制限するか)。どの薬を飲むか。

副作用のみで風邪を治す効果のない薬は、目的達成に不適合な手段であるため、その副作用を正当化し得ない。したがって、Aは①**適合性**がなく排除される。

次に、同程度に風邪を治す効果を有する薬が複数存在する場合には、副作用の少ない薬が選択されなければならない。この点、BとCは等しく風邪を治す効果を有しているが、Cの方がより副作用が少ない。したがって、Bは②**必要性**がなく排除される。

最後に、軽微な風邪という病気を治すために重大な副作用のある劇薬を用いてはならない。この点、Dは、他のどの薬よりも風邪を治す効果を有しているが、副作用が極めて強い。これでは、風邪を治すどころか逆に死亡してしまうかもしれない。したがって、Dは③**狭義の比例性**の観点から排除される。なお、風邪になっていない、もしくは、風邪になる可能性も少ない場合には、風邪を治すために副作用のある薬を飲むことは許されないということになる。

C 審査基準の厳格度(審査密度)や事案に応じた審査

あらゆる場合において以上の3つの項目を等しく審査するのではなく、審査基準の厳格度や事案に応じて重点を置いて審査すべき項目の違いが生じる。大切なのは、メリハリのある審査である。

a 厳格基準・中間基準の場合

目的審査において、厳格基準は目的が真にやむを得ないものであることを要求するのに対し、中間基準は目的が重要といえればよい。

一方、手段審査においては、厳格基準も中間基準も、同じく②**手段の必要性**を重点的に審査する。目的を達成するための手段による**権利制約の程度が必要最小限度といえるか、より効果的かつより制限的でない手段や、等しく効果的かつより制限的でない手段があるのではないか**を審査する。

厳格基準や中間基準の場合、法益を保護するために強力な制限を加えていることから、ほとんどの場合において①**手段の適合性**があることは前提となっている。

したがって、厳格基準や中間基準の場合には、①**手段の適合性**は当然に認められるものとして、審査しないことが多い。重点を置いて審査すべきは、アメリカ型の場合には②**手段の必要性**のみ、ドイツ型の場合には②**手段の必要性**と③**狭義の比例性**である。

◆狭義の比例性審査の存在意義

1 審査の観点の違い

②手段の必要性を重点的に審査する基準（ex 厳格な合理性の基準、LRAの基準）と、③狭義の比例性を重点的に審査する基準（ex 明らかな差し迫った危険の基準）を比較すると、どちらも手段の合憲性を厳格に（実質的に）審査するという点で共通している。両者の違いは、**審査の観点**にある。

前者は、**他の手段との比較**という観点から、立法者の採用した手段が必要最小限といえるかを審査するものである。すなわち、採り得る手段が**複数ある**ことを前提とする審査である。

後者は、**法益が侵害される危険発生の蓋然性の有無・程度**という観点から、ある特定の手段を正当化するために生命・身体等の極めて重要な法益に対する明らかな差し迫った危険が認められるかを審査するものである。すなわち、採り得る手段が**1つしかない**ことを前提とする審査である。

2 最後の砦としての役割

②手段の必要性審査と③狭義の比例性審査のどちらを行うべきかは、次のように考えられる。

大きく分けると、⑦②と③が表裏の関係にあり、**どちらで審査しても実質的には差異がない**場合と、①手段の必要性審査が空転し、**最後の砦として特定手段の正当化審査が行われる**場合がある。⑦の場合には、単に説明の仕方の違いに過ぎないといえる。理解しておくべきは、①の場合である。

例えば、テロ対策のために通信傍受ができる法令があるとする。テロから国民の生命、身体又は財産等を守るという目的は、真にやむを得ないものである。次に、通信傍受という手段は、目的達成のために①適合的な手段であり、かつ、他に同じだけ実効性のある手段は存在しないから②手段の必要性も認められる。しかし、テロの危険が切迫しているのであればとにかく、単に「おそれがある」という段階では、強力すぎる手段の投入は狭義の比例性を欠き、違憲となる。

狭義の比例性は、**憲法上の権利に対する制限の強度、発生し得る損害の重大性、危険発生の蓋然性**という3つの要素の均衡を求めるものであり、**仮に発生し得る損害が重大でも、具体的な危険がない段階では、重要な憲法上の権利に対する強力な制限は均衡を欠くことになる。**

b 緩やかな基準の場合

緩やかな基準の場合は、①手段の適合性のみ審査する。立法府に広範な裁量が認められることから、②手段の必要性や③狭義の比例性は審査しない。

◆関連性の意味

緩やかな基準の類型の1つとして合理性の基準がある。これは、目的と手段の間に**合理的関連性があるか**を問うものである。

一方、中間基準のタイプの1つとして厳格な合理性の基準がある。これは目的と手段の間に**実質的関連性があるか**を問うものである。

①手段の適合性が認められる場合、目的と手段の間に合理的関連性があるという。一方、①手段の適合性に加えて②手段の必要性も認められる場合、目的と手段の間に実質的関連性があるという。

II 適用違憲の場合

i 適用違憲の意義

適用違憲とは、法令が**当該事件に適用される限りにおいて**違憲と評価する違憲判決の手法である。

法令違憲において、目的手段審査の際に考慮される事実は立法事実である。これに対し、適用違憲において、解釈・運用の適否の審査の際に考慮される事実は司法事実である。司法事実とは、**当該事案において、誰が、誰に対して、何を、いつ、どこで、どうしたか**（5W1H）に関する事実である。すなわち、法的三段論法において小前提に該当する事実であり、法適用の際に考慮される具体的な事実である。

なお、**法令違憲の際に司法事実を検討したり、適用違憲の際に立法事実を検討したりしてはならない**。これを誤ると、審査の枠組みを正確に理解していないとみなされる。

ii 適用違憲の類型

適用違憲には、次の4つの類型があるとされる。

◆適用違憲の4類型

- ① 法令そのものの合憲性に問題はないが、その解釈・適用の仕方が憲法に抵触する場合
- ② 法令そのものの合憲性に問題はないが、その法令を実施する手続が問題となる場合
- ③ 合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、限定解釈をせずに法令を適用したことに対して、その適用行為を違憲とする場合
- ④ 合憲限定解釈が不可能な場合に、「その法令を本件に適用した限りにおいて違憲である」とする場合

もっとも、理解しておくべきは、①と③である。①は、法令違憲があまり問題とならない法律による具体化が必要な権利等の審査方法として用いられる。③は、法令違憲も問題となり得る消極的自由権や包括的基本権の審査方法として用いられる。

②は、行政法における手続上の違法と同様に考えればよいと思われる。ある法令を適用する際に手続を適切に履践しなかったので、手続上違憲であるということになるだろう。

④は、判例上見受けられる表現（全農林警職法事件判決中の田中二郎ら5裁判官意見参照。）ではあるが、具体的にどういった場合が④に該当するのか明らかでない。司法試験のレベルでは、④を理解しておく必要はないと思われる。

iii 合憲限定解釈＝憲法適合的解釈

A 意義

合憲限定解釈とは、ある法令の規定に複数の解釈の可能性がある場合、そのうちで憲法に最もよく適合する解釈を選択すべしという解釈手法である。消極的自由権の場合、憲法に最も適合的な法令の解釈は権利・自由の制限の範囲が最も狭い解釈であるため、合憲「限定」解釈と呼ばれる。ドイツでは、憲法適合的解釈と呼ばれる。以下では、憲法適合的解釈という。

B 手法

a 対象

憲法適合的解釈の対象は、どのような場合に憲法上の権利を制限し得るかを定めた**法令の文言**である。法令の条項は、①**どのような場合に（要件）**、②**どのような制限をするか（効果）**という2つの要素から成り立っているが、主に対象となるのは①である。

ここから分かるように、憲法適合的解釈とは、憲法上の権利を制限する法令が**適用される場合を限定する**ものである。限定した場合に該当するならば、当該法令を適用することは正当化されるので、合憲である。一方、限定した場合に該当しないならば、当該法令を適用することは正当化されないので、違憲である。

b 基準

憲法適合的解釈の基準、すなわち、当該法令の文言をどこまで限定的に解釈するかは、法令違憲の違憲審査基準定立の場面と同様に、**憲法上の権利の重要性（及びそれに対する制限の態様・程度）**に応じて判断すべきである。重要な憲法上の権利に対する強力な制限が問題となっている場合には、特に適用できる場合を限定するように解釈すべきである。

c 具体例

憲法適合的解釈が行われた具体例としては、泉佐野市民会館事件判決が挙げられる。解釈の対象となったのは、「公の秩序をみだすおそれがある場合」という条例の文言である。また、解釈の基準となるのは、集会の自由（及びそれに対する制限（市民会館で適法に集会ができない））である。

最高裁は、「集会の自由に対する制約は、基本的人権のうち精神的自由を誓約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下に衡量されなければならない」とし、「公の秩序」については「**人の生命、身体又は財産が侵害**」されること、「おそれ」については「**明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見さ**

れる」ことという限定を加えた。これにより、利用申込みが競合した場合を除き、市民会館の使用を拒否できる場合はかなり限定的になった。その結果、このような限定的な場合に該当するならば、条例を適用して市民会館の利用を拒否することは正当化され、合憲である。一方、このような限定的な場合に該当しないのならば、条例を適用して市民会館の利用を拒否することは正当化されず、違憲である。

C 限界

憲法適合的解釈は、法令の「解釈」であって、立法行為ではない。したがって、法律の文言及び立法目的を超えた解釈にまで至ると司法による法律の改変となり、法令の予見可能性も失わせることになるため許されない。

憲法適合的解釈の限界について、税関検査事件判決は、次の2基準を提示している。

◆憲法適合的解釈（合憲限定解釈）の限界に関する基準

- ① その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合であること。
- ② 一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読み取ることができるものであること。

税関検査事件判決では、関税定率法21条1項3号の「風俗を害すべき書籍、図画」という文言の憲法適合的解釈が問題となった。多数意見は、当該文言をわいせつな書籍、図画の意味に限定的に解釈した。一方、反対意見は、そのような限定解釈は、通常の判断能力を有する一般人に可能であるとは考えられないと、多数意見を批判した。

④ どれだけ厳格に審査するのか

I 最高裁判例が採用している定式

最高裁判例は、**重要な権利**に対する**強力な制限**であれば、特段の事情がない限り、**厳格に**審査するという定式を採用している。

II 審査基準が緩和される場合

この定式から外れるものは、審査基準が緩和される。

i 権利の観点から緩和される場合

権利としての重要性が劣る場合、権利そのものでなく「尊重に値するもの」にすぎない場合、当該憲法規定の直接の規律対象外の事項が問題となる場合については、審査基準が緩和される。

ii 制限の観点から緩和される場合

憲法上の権利に対する制限が軽微な場合、制限が間接的・付随的なものにすぎない場合については、審査基準が緩和される。

iii 立法裁量を尊重すべき事情があることから緩和される場合

重要な憲法上の権利に対する強力な制限であるが、立法裁量を尊重すべき例外的な事情が認められる場合、審査基準が緩和される。例えば、積極目的の規制の場合や税法の領域が問題となる場合がある。

iv その他の理由で緩和される場合

例えば、主体が特別な場合（未成年、外国人、公務員、在監者など）や一定の制度を前提とした憲法上の権利が問題となる場合などには、審査基準が緩和される。

第3 判例に基づく主張の重要性

1 試験委員が求めていること

- (1) 試験委員が求めているのは、主張反論型の問題では、「原告の立場と被告の立場の主張を対立させて争点整理を行い、それによって形成された争点について自説を示す」ということだと思われる。また、リーガル・オピニオン型の問題では、「原告の立場と被告の立場から想定される争点を考えて、その想定される争点について自説を示す」ことだと思われる。どのような形式であっても、要求されるのは**争点を意識した論述**である。

なぜこのような思考方法が求められているのか。それは、**現実の訴訟も、各当事者の主張を対立させて争点整理を行い、それによって形成された争点について裁判所が判断を下している**からだと思われる。この点は、民事事件でも、刑事事件でも同様である。

- (2) 民事訴訟を例にとって説明する。民事訴訟では、各当事者が主張した事実について、他方当事者による認否が行われて、争点が形成されていくことになる。

例えば、貸金返還請求訴訟において、原告が、請求原因として、「原告は、被告に対し、200万円を貸し付けた。」と主張したのに対し、被告が、「確かに200万円は被告から受け取ったが、それは贈与の趣旨で受け取ったものである。」と反論したとする。

一般に、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の要件事実は、⑦金銭の交付と⑧返還の合意であると考えられているところ、この被告の主張によって、被告は、⑦は認めるが、⑧は否認するという認否をしたということが明らかになる。

⑦については自白が成立しているから、当事者間に争いがない事実として、裁判所はそのまま判決の基礎とすることになる。一方、⑧については双方の主張が対立している争いのある事実であるため、裁判所は証拠によって認定しなければならない。したがって、この訴訟における争点は、⑧ということになる。

これは、裁判所は、⑧については判断を示す必要があるが、⑦については全く判断を示す必要はないということを意味する。

- (3) 憲法の答案も、これと同じだと思われる。「争点を意識した意見」を述べるというのは、**争点整理によって当事者間に争いがあるところを見つけ出して、その争いのあるところだけについて判断を示せばよい**ということを意味している。

試験委員は、争いのあるところだけをメリハリをつけて論じることを求めているので、全ての要素 {保護範囲、制限、正当化 (審査基準、目的、手段)} について、争いのないところも含めて均一に論じると、非常に悪い印象を与えてしまう。

◆試験委員が求めていること

- 1 争点整理によって当事者間に争いがあるところ (=争点) を見つけ出す。
- 2 争点について、自説の結論と理由を述べる。

2 争点整理の方法

- (1) では、憲法答案における争点整理はどのように行うべきか。

先ほどと同様に、民事訴訟の例で説明する。民事訴訟では、要件事実論をベースに、当事者の主張が組み立てられ、これに対する認否を経て、争点が整理されていく。**要件事実論は、基本的に、民法等の実体法の最高裁判例の考え方に基づいている**。最高裁判例の考え方を考慮せずに、有力ではない学説や独自説をもとに要件事実を組み立てても、民事訴訟では、主張自体失当として排斥されてしまう。

そうだとすれば、憲法答案における争点整理も、**憲法の基本的な判例の考え方に基づいて、その考え方を軸として、当事者の主張を組み立てて争点を整理すべき**である。司法試験は、「実務家登用試験」なのだから、判例実務の考え方を参考に議論を展開した方が、確実に高得点が狙える。

- (2) この点は、平成28年司法試験の採点実感では、次のように言及されている。

◆平成28年の採点実感

「参考となる判例の射程を正確に理解し、本問事例との相違を指摘しつつ議論の展開を可能な限り判例に基づいたものにしようとする答案は、論述も説得的なものとなり、評価が高かった。」

また、憲法ガールにおいても、次のように指摘されている。

◆憲法ガールの指摘

- 1 「最高裁の判例を用いて主張したほうが実務家らしいし、本問でも説得力が出る。」
- 2 「判例を起点にすることで、地に足のついた議論が可能になる。」

- (3) 以下では、平成23年の司法試験をもとに、具体的に検討する。

原告は、博多駅事件を参考に、インターネット上で地図検索システムを提供する権利は、報道の自由と同じく、事実を伝達する自由として、憲法21条1項によって保障されると主張すると考えられる。

これに対し、被告としては、報道の自由という事実を伝達する自由は、あくまでも国政に関する情報を国民に提供するマスメディアだけに保障されたものであって、それ以外の企業や国民には保障されないと反論すると考えられる。

そして、自説においては、現代社会においてインターネットが発達したことから、誰でも情報提供の主体になり得るという事実を踏まえた上で、原告と被告のどちらの主張が認められるかを論じていくことになると考えられる。

3 事案の事実関係をもとにした主張

(1) 以上の平成23年の司法試験の例を見ればわかるように、**各当事者の主張は、憲法のキーワードだけを並べた抽象的なものではなく、事案の事実関係をもとにした具体的なものでなければならない。**「自己実現」、「自己統治」、「人格的生存に不可欠」、「民主制の過程に不可欠」といったような抽象的なキーワードを使用してもよいが、その場合には、なぜ「自己実現」に資するのかといった、より具体的な事実関係に基づく論述が要求される。

(2) これも、司法試験が「実務家登用試験」であることが関係している。

弁護士は、実際の裁判において、抽象論だけを主張していても裁判官を説得できない。具体的な事実に基づいた主張の方が、わかりやすく、説得的である。裁判官は、事実と証拠に基づかない主張を本当に嫌がる。そのような主張では、事実関係が明らかになっていないため、判断のしようがないからである。

(3) ここでも、先ほどの民事訴訟の例で説明する。実際の民事訴訟においては、要件事実を具体的に主張することが要求される。司法研修所では、事案に即して要件事実を具体的に記載しろと指導される。それにもかかわらず、㊦金銭の交付、㊧返還の合意といったように抽象的に要件事実を記載すると、全く評価されないし、教官にもそのように記載するなど厳しく指導される。そうではなく、「原告は、被告との間で、〇年〇月〇日、300万円を貸すという合意をし、同日、被告名義の〇〇銀行の普通預金口座に300万円を振り込んだ。」といったように、その事案に応じた要件事実を、具体的に記載しなければならない。

憲法の答案でも同じである。**原告の主張も、被告の反論も、自説も、必ずその事案の事実関係に基づいたものでなければ、全く評価されない。**憲法の答案で点を取りたいのであれば、抽象的な主張をやめて、その事案の事実関係に基づく具体的な主張を展開するしかない。

◆事実関係をもとにした主張

- 1 抽象的なキーワードだけを書いて終わりにしない。
- 2 事案の具体的な事実関係に基づいて、原告の主張も、被告の反論も、自説も論じる。

→要件事実論の発想

4 判例を勉強する際に注意すべきこと

以上から分かるように、争点を整理したり、事実に基づく説得力のある主張を展開したりするためには、判例に基づいて考えることが極めて重要である。

判例に基づいて考えることができるようになるためには、普段から、判例を勉強する際に、判旨だけでなく事実関係も含めて整理して理解しておく必要がある。いつ、どこで、誰が、誰の権利・自由を、どのような方法・態様で制限しているか、というように、5W1Hに基づいて事実関係を整理しておくべきである。

5 学説について

念のため注意しておく、いくら判例が重要だからといって、学説の勉強をおろそかにしてはならない。判例がない分野については、学説の考え方に基づいて主張を組み立てる必要に迫られる場合もあるからである。

以上

【参考文献】

- ・ 小山剛 「『憲法上の権利』の作法」
- ・ 安西文雄ほか 「憲法学読本第3版」
- ・ 大島義則 「憲法ガール」
- ・ 渡辺康行ほか 「憲法 I 基本権」