

令和6年 司法試験予備試験論文対策ゼミ「憲法」

2024年7月29日実施 講師：弁護士 伊奈達也

論文式試験問題集 [公法系科目第1問]

【改題】

〔問題文〕

市町村長は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して、住民基本台帳を作成しなければならない。生活の本拠である住所（民法第22条参照）の有無によって、権利や利益の享受に影響が生じる。国民の重要な基本的権利である選挙権も、住所を有していないと、選挙権を行使する機会自体を奪われる（公職選挙法第21条第1項、第28条第2号、第42条第1項参照）。また、国民健康保険や介護保険等の手続をするためには、住民登録が必要である。ただし、生活保護法は、「住所」という語を用いておらず、「居住地」あるいは「現在地」を基準として保護するか否かを決定し、かつ、これを実施する者を定めている【参考資料1】。

ボランティア活動などの社会貢献活動を行う、営利を目的としない団体（NPO）である団体Aは、ホームレスの人たちなどが最底辺の生活から抜け出すための支援活動を行っている。団体Aは、支援活動の一環として、Y市内に2つのシェルター（総収容人数は100名）を所有している。その2つのシェルターに居住する人たちは、それぞれのシェルターを住所として住民登録を行い、生活保護受給申請や雇用保険手帳の取得、国民健康保険や介護保険等の手続をしている。

Xは、Y市内にあるB社に正規社員として20年勤めていたが、B社が倒産し、突然職を失った。そして、失職が大きな原因となり、X夫婦は離婚した。その後、Xは、C派遣会社に登録し、紹介されたY市内にあるD社に派遣社員として勤め始め、Y市内にあるD社の寮に入居した。しかし、D社の経営状況が悪化したために、いわゆる「派遣切り」されたXは、寮からも退去させられた。職も住む所も失ってしまったXは、団体Aに支援を求めた。そして、その団体Aのシェルターに入居し、そこを住所として住民登録を行った。不定期のアルバイトをしながら、できる限り自立した生活をしたと思っているXは、正規社員としての採用を目指して、正規社員募集の情報を知ると応募していたが、すべて不採用であった。その後、厳しい経済不況の中、団体Aの支援を求める人も急増し、2つのシェルターに居住し、そこを住所として住民登録を行う人数が200名を超えるに至った。シェルターが「飽和状態」となって息苦しさを感じたXは、シェルターに帰らなくなり、正規社員への途も得られず、アルバイトで得たお金があるときはY市内のインターネット・カフェを泊まり歩き、所持金がなくなったときにはY市内のビルの軒先で寝た。

202*年4月に、Y市は、住民の居住実態に関する調査を行った。調査の結果、団体Aのシェルターを住所として住民登録している人のうち、Xを含む60名には当該シェルターでの居住実態がないと判断した。Y市長は、それらの住民登録を抹消した。

住民登録が抹消されたことを知ったXは、それによって生活上どのようなことになるのかを質問し、市役所に行ったところ、国民健康保険被保険者証も失効するなどの説明を受けた。Xは、胃弱という持病があるし、最近体調も思わしくなかったが、医療費が全額自己負担になるので、病院に行くに行けなくなった。住民登録を抹消され、貧困ばかりでなく、生命や健康さえも脅かされる状況に追い詰められたXは、生活保護制度に医療扶助もある

ことを知り、申請日前日に宿泊していたインターネット・カフェを「居住地」として、Y市長から委任（生活保護法第19条第4項参照）を受けている福祉事務所に生活保護の認定申請を行った。

Y市は、財政上の問題（生活保護のための財源は、国が4分の3、都道府県や市、特別区が4分の1を負担する。）もあるが、それ以上にホームレスなどが市に増えることで市のイメージが悪くなることを嫌って、インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」（生活保護法第19条第1項第1号）あるいは「現在地」（同第2号）とは認めない制度運用を行っている。そこで、Y市福祉事務所長は、Xの申請を却下した（以下「本件却下処分」という。）。

Y市は、衆議院議員総選挙における選挙区を定める公職選挙法別表第1によれば、市全域で1選挙区と定められている。Xは、住民登録が抹消された年の10月に行われた衆議院議員総選挙の際に、選挙人名簿から登録を抹消されたために投票することができなかった。

Xは、無料法律相談に行き、生活保護と選挙権について弁護士に相談した。

〔設問〕

Xは、相談した弁護士に依頼して訴訟を提起した。同訴訟におけるX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。

参考答案

[論文対策ゼミ・憲法]

第1 Xの憲法上の主張

1 生存権について

(1) 本件却下処分は、生活保護法により生活保護受給権として具体化されたXの生存権（憲法25条1項）を不当に制限し、違憲・違法である。

(2) 生存権は、憲法上は抽象的権利であるが、生活保護法により生活保護受給権として具体化されている。したがって、同法は生存権を保障した憲法に適合するように解釈すべきである。

同法が「住所」ではなくあえて「居住地」（同法19条1項1号）や「現在地」（2号）という文言を用いる趣旨は、生活困窮者の多くが住居を有しないことを考慮し、広く生活困窮者を保護する点にある。かかる趣旨から、生活保護の要件である「居住地」や「現在地」には、インターネットカフェやビルの軒先も含まれると解釈すべきである。それが広く国民に生存権を保障した憲法にも適合すると考える。

(3) Y市は、インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」や「現在地」とは認めない制度運用（以下「本件運用」という。）に基づいて本件却下処分を行った。本件運用は、生活保護の要件解釈を誤り、保護すべき生活困窮者を不当に限定するものであり、生存権を保障した憲法に適合しない。

したがって、本件運用に基づいて行われた本件却下処分は、Xの生存権を不当に制限し、違憲・違法である。

2 選挙権について

(1) 国政選挙における「住所」要件を課す公職選挙法の各種規定（以下「各種規定」という。）は、住所登録がないXの選挙権行使の機会を奪い、Xの選挙権を不当に制限し、憲法15条1項、3項に反し、違憲である。

(2) 選挙権は、国民主権（憲法前文、1条）及び議会制民主主義（憲法43条1項）の根幹をなす重要な権利であり、Xにも選挙権が保障されている。

各種規定により、住所登録が抹消されたXは選挙人名簿からも抹消され、選挙権を行使することができない。したがって、各種規定は、Xの選挙権を制限する。

選挙権の重要性から、国民の選挙権又はその行使の制限は原則として許されない。制限するためには、そのような制限がやむを得ないと認められる事由がなければならない。やむを得ない事由は、選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが不可能ないし著しく困難であるといえる場合に限り認められる。

以下の理由により、選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが不可能ないし著しく困難とはいえないから、やむを得ない事由はない。

まず、住民登録抹消者の選挙人名簿を別個に作成し、選挙日当日に投票所において本人確認ができた者には、選挙権の行使を認めるべきである。本人確認を適正に行えば、他人が選挙権

を行使するという不正が生じることではない。また、登録が抹消された最後の住所地において選挙権の行使を認めれば、住民登録抹消者の選挙区が決まらないという問題も生じない。

したがって、各種規定は、Xの選挙権を不当に制限し、違憲である。

第2 想定される反論と自身の見解

1 生存権について

(1) Y市は、以下の理由から、本件運用も憲法に適合しないとはいえないと反論することが考えられる。

すなわち、財政上の問題から、Y市には生活保護の要件解釈に当たり広い裁量が認められる。したがって、要件解釈の際にホームレス増加による市のイメージ悪化を考慮することも、かかる裁量の範囲内のものとして許される。

(2) しかし、生活保護のための財源は、国が4分の3も負担しており、Y市はその一部しか負担していないから、財産上の問題を理由にY市に広い裁量を認めることはできない。また、ホームレス増加による市のイメージ悪化を考慮することは、広く生活困窮者を保護しようとする生活保護法の目的に反する。

Xは、住民登録が抹消されて国民健康保険証が失効したために、胃弱という持病があり、体調も思わしくないにもかかわらず、医療費が全額自己負担となるため病院に行けなくなり、貧困ばかりでなく、生命や健康さえも脅かされる状況に追い詰め

られている。Xのような生活困窮者を保護することが生存権を具体化した生活保護法の目的であるから、Xの置かれた状況を個別具体的に考慮せず、ホームレス増加による市のイメージ悪化という考慮すべきでない事項を考慮する本件運用は、同法の目的に反する。

以上により、本件運用に基づいて行われた本件却下処分は、Xの生存権を不当に制約し、違憲・違法である。

2 選挙権について

(1) Y氏は、以下の理由から、やむを得ない事由があると反論することが考えられる。

すなわち、選挙日当日に投票所で本人確認を行うことは、現実的には極めて困難であり、他人が選挙権を行使するという不正が生じ得る。また、住民登録抹消者が最後の住所地に住み続けているとは限らず、遠方に移動していた場合には選挙権の行使が事実上不可能になる。

(2) しかし、選挙日当日だけでなく、選挙日前にも本人確認を実施するという二重の本人確認を行えば、他人が選挙権を行使するという不正は防ぐことができる。また、遠方に移動した住民登録抹消者は、自ら選挙権行使の機会を放棄したものとみなされてもやむを得ない。

以上により、各種規定は、Xの選挙権を不当に制約し、憲法15条1項、3項に反し、違憲である。 以上

平成22年司法試験憲法過去問【改題】の解説

◆出題の意図

- 1 三段階審査（自由権・防御権に対する違憲審査）が使えない権利の書き方を学ぶ。
- 2 判例の判断枠組みに問題文中の事実を当てはめて具体的に論じる練習をする。

第1 論じるべき権利

1 生活保護（＝生存権）と選挙権

問題文の最後に明らかな誘導がある。

(1) 生活保護（＝生存権）

明らかな誘導に加え、生活保護に関する問題文の量の多さから、主に論じるべき権利の一つ。

(2) 選挙権

明らかな誘導から、主に論じるべき権利の一つ。

具体的には、いかなる内容について論じるべきか？

→住民登録を抹消されたXが選挙権を行使できなかったこと

第2 対象となる法令・処分（行為）

1 生活保護（＝生存権）

(1) 候補となる法令・行政庁の処分（行為）

① 生活保護法

→eX.「居住地」や「現在地」とはいえない場所でも生活保護を認める立法をしていないこと

② Y市長が、団体AのシェルターにおけるXの住所登録を抹消した行為

③ Y福祉事務所長が、インターネット・カフェを「居住地」（生活保護法19条1号）として行ったXの生活保護の認定申請を却下した処分

(2) 対象とすべき法令・行政庁の処分（行為）

◆対象とすべき法令・行政庁の処分（行為）の選択基準

1 救済の可否・実効性

その法令・処分（行為）を攻撃対象とすることで、依頼者（X）の救済ができるか。できるとして、それは実効的な救済といえるか。

2 依頼者（X）の意思

その法令・処分（行為）を攻撃対象とすることは、依頼者の意思に合致するか。

→民事訴訟において、訴訟物の選択するのと同じ発想といえる。

ア ①を対象にしてはいけない。

そもそも①のような立法不作為を攻撃しても、直接的にXの救済につながらないし、Xの意思にも反する。また、法律ではなく、政令や規則、解釈基準で対応すべきこと。

イ ②も対象にしてはいけない。

現実にXはシェルターにいないのだから、住基法3条1項、3項を考慮すると本件抹消行為が行われたのは当然といえる。そうすると、①が取り消される可能性は低く、Xの救済につながらない。また、Xは、シェルターが「飽和状態」となって息苦しさを感じてシェルターに帰らなくなったのだから、②を取り消してシェルターにおけるXの住所登録を復活させるのは、Xの意思に反するようと思われる。

ウ ③を対象とすべき。

ホームレスが増えることで市のイメージが悪くなることを理由の一つとしてなされた③は、Xの生存権を侵害するものとして、取り消される可能性が十分に認められる。そして、③が取り消されれば、国民健康保険証が有効になって病院にも行けるようになるのだから、直接的にXの救済につながるし、Xの意思にも合致する。

2 選挙権

(1) 候補となる法令・行政庁の処分（行為）

- ④ 国政選挙における「住所」要件を課している公職選挙法の各種規定
- ⑤ 前記②の住所登録を抹消した行為

(2) 対象とすべき法令・行政庁の処分（行為）

ア ④を対象とすべき。

「住所」要件を違憲無効とすることで、Xは国政選挙において選挙権を行使できるようになるのだから、直接的にXの救済につながるし、Xの意思にも合致する。

イ ⑤は対象にしてはいけない。

前記②の箇所参照。

第3 各権利における主張内容

1 生活保護（＝生存権）

(1) 三段階審査を使用することの可否

ア 三段階審査とは

三段階審査は、個人の自由に対する国家（公権力）制限が問題となったときに、その制限が正当化できるかどうかを判断するための審査方法である。基本的に、「原則として自由に行使できるが、例外として法律や行政庁の処分などによって制限されることがある。」という原則－例外関係が観念できる自由権に対する制限があった場合にのみ、使用できる。

例えば、人は、自由に表現活動できるのが原則であるところ、特定の内容の表現行為を禁止（制限）する法律ができた場合に、その法律による表現活動の禁止（制限）が例外的に正当化されるか、といった場面で使用される。

イ 社会権に対する三段階審査の可否

生存権をはじめとする社会権が問題となる場面では、基本的に、三段階審査は使えない。なぜならば、社会権は、法律による具体化をまっしてはじめて具体的に行使できる権利であるから、「原則として自由に行使できるが、例外として法律や行政庁の処分などによって制限されることがある」という原則－例外関係が観念できないからである。自由権と比較するならば、社会権は、「抽象的であるためそのままでは行使できず、法律による具体化をまっしてはじめて具体的に行使できる。」ということになる。

自由権の場合、法律は権利を「制限」するものであるから、自由権と法律は「対立関係」にある。これに対し、社会権の場合、法律は権利を「具体化」するものであるから、社会権と法律は「友好関係」にある。例えば、生存権を具体化する生活保護法は、まさに生存権と「友好関係」にあるといえる。ただし、例えば、ある一定地域に住む国民に対してのみ生活保護の支給を停止する特別措置法ができた場合には、生活保護法によって「具体化」された生存権を別の法律が「制限」するということになるから、前述の原則－例外関係が観念でき、三段階審査が使用できると考えられる。このような考え方と類似の思考方法で三段階審査を行ったのが、泉佐野市民会館事件判決（最判平成7・3・7民集49巻3号687頁）である。

◆自由権と社会権の違い

1 自由権

法律との関係は、原則－例外関係にあり、三段階審査が使用できる。

権利の内容は、憲法レベルで既に具体的であり、法律による権利の具体化は不要。

2 社会権

法律との関係は、原則－例外関係になく、三段階審査が使用できない（例外あり）。

権利の内容は、憲法レベルではまだ抽象的であり、法律による権利の具体化が必要。

(2) 制限の有無・内容

ア 法律による制限はあり得るか

前記(1)に記載したことからすれば、生存権をはじめとする社会権が法律によって制限されるという事態は、ほとんど想定できない。

イ 政令・規則などの行政立法による制限はあり得るか

これは十分にあり得る。法律が要件を抽象的に規定しており、政令や規則が要件を具体化した結果、ある特定の範囲に属する国民が生存権をはじめとする社会権の保障を受けられなくなった（網の目からすり落ちた）、というような場合である。

ウ 行政処分（行為）による制限はあり得るか。

これは十分にあり得る。本問における、Xの生活保護申請の却下処分がこれに当たる。

(3) 三段階審査以外の審査手法

以上のとおり、生存権をはじめとする社会権に対する制限が問題となるのは、基本的には、法律によって具体化された社会権が行政立法、行政処分によって制限される場合である。

このような場合には、以下のような審査手法を用いるのがよいと考えられる。

ア 行政立法に独自の審査手法

⑦ 委任立法の限界を超えているかどうか（委任される側の問題）

例えば、仮に生活保護法19条が、生活保護の対象者を「次に掲げる者」ではなく「政令で定める者」と規定していたとする。そして、この仮の19条を受けて、政令が「居住地を有する者に限る」と規定していたとする。この場合、委任立法の限界を超えているのはいかという問題がある。

生活保護法がその1条において「生活に困窮するすべての国民に対し」保護を行うと規定していることからすれば、要保護者を居住地を有する者に限るのは狭すぎるといえる。そうだとすれば、このような政令は生活保護法19条による委任の範囲を逸脱した違法なものであり、ひいては生活保護法により具体化した生存権を不当に制限するものであって、憲法25条に反し違憲である。

このように政令や規則が法律の委任の範囲を超えた場合、正当化は問題とならず、ただちに違憲となる。最高裁も、児童扶養手当事件において、「母が婚姻によらないで懐胎した児童」のうち「父から認知された児童」を児童扶養手当の支給対象から除外する児童扶養手当法施行令1条の2第3号かつこ書は、「法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである」と判示している（最判平成14・1・31民集56巻1号246頁）。

⑧ 包括的委任になっているかどうか（委任する側の問題）

前述と同様に、仮に生活保護法19条が、生活保護の対象者を「次に掲げる者」ではなく「政令で定める者」と規定していたとする。この場合、生活保護法1条の目的からすれば、

要保護者は法律で明確に定めるべきだと考えられるから、このような委任は、立法者が委任できない事項まで執行者に委任している包括的委任であるとして、違憲となる可能性もある。

イ 行政処分に独自の審査手法

生存権をはじめとする社会権を具体化した法律の趣旨に反する（趣旨を逸脱する）行政処分がなされた場合には、その法律に反して違法というだけでなく、憲法 25 条にも反し違憲となることがある。このような場合も、委任立法の限界を超えた場合と同様に、正当化は問題とならず、ただちに違憲となる。

この審査手法は、行政法学で判断代置審査と呼ばれるものと同様の審査手法と考えられる。後述のウ⑦の判断過程審査との違いは、判断過程審査は処分の際に行政庁に認められた裁量が広い場合の審査手法であるのに対し、判断代置審査は処分の際に行政庁に認められた裁量が（比較的）狭い審査手法といえる。

憲法 25 条を具体化する法律が既に制定されている場合、憲法 25 条はプログラム規定ではなく法的に国家を拘束するのであるから、行政庁は、当該法律を憲法に適合するように解釈・適用する義務を負う。つまり、憲法 25 条が法律の解釈原理になるのである。

ウ 行政立法、行政処分に共通の審査手法

⑦ 判断過程審査

判断過程審査とは、行政決定にかかる考慮要素を抽出した上で、それらの考慮のされ方に着目しながら、当該決定に至る判断形成過程の合理性につき追行的に審査する手法である。

行政立法に関する裁量審査に判断過程審査を用いた代表的な判決としては、老齡加算廃止訴訟判決（最判平成 24・2・28 民集 66 卷 3 号 1240 頁）が挙げられる。この判決では、生活保護基準という行政立法に関する裁量審査に判断過程審査の手法が用いられている。

行政処分に関する裁量審査に判断過程審査を用いた代表的な判決としては、エホバの証人剣道受講拒否事件判決（最判平成 8・3・8 民集 50 卷 3 号 469 頁）が挙げられる。この判決では、なされた処分が退学処分という重大な不利益を課するものだったことから、行政裁量の審査密度が深められて、判断過程審査が用いられた。信仰の自由という重要な憲法上の自由に対する間接的な制約が認められたことも、審査密度が深められた理由の一つといえる。また、呉市学校施設目的外使用事件判決（最判平成 18・2・7 民集 60 卷 2 号 401 頁）でも、判断過程審査が用いられている。

⑧ 比例原則審査

比例原則とは、三段階審査の手段審査においても用いられる審査方法であり、①適合性、②必要性、③狭義の比例性の 3 つを審査する。もっとも、ここでの比例原則は、③狭義の比例性のことのみを意味する。すなわち、「行政立法・処分によって得られる利益と失われる

利益のバランスが均衡を保っていること」である。この審査手法は、権利を制約する性格をもつ処分に適合的であるが、とりわけ懲戒処分のような、行政庁がいくつかの種類を選び得る処分に対する審査に対してよく用いられる。

比例原則が用いられた代表的な判決としては、「君が代」起立斉唱懲戒処分事件判決（最判平成24・1・16判時2147号127頁①②事件）がある。

㊦ 三段階審査を用いることの可否

行政立法・処分が法律によって具体化された生存権をはじめとする社会権を制限しているときに、三段階審査を用いることは、論理的には考えられる。

しかし、行政立法・処分が問題となった場合に、三段階審査を用いている判例は、あまり見たことがない。したがって、三段階審査を用いるよりは、判例が用いている判断過程審査や比例原則審査を用いた方がよい。

◆三段階審査以外の審査手法～生存権をはじめとする社会権の場合

1 行政立法に独自の審査手法

- ① 委任立法の限界を超えているかどうか（委任される側の問題）
- ② 包括的委任になっているかどうか（委任する側の問題）

2 行政処分に独自の審査手法

- ③ 判断代置審査

3 行政立法・処分に共通の審査手法

- ④ 判断過程審査
- ⑤ 比例原則審査

(4) 本問における検討

ア 問題点

インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」とは認めないY市の制度運用に基づいて、Y市福祉事務局長がXの生活保護申請を却下した（以下「本件却下処分」という。）ことは、生活保護法によって生活保護受給権として具体化されたXの生存権を侵害するのではないか。

イ 原告の主張

㊦ 結論

本件却下処分は、生活保護法19条1項に反し、生活保護法によって具体化されたXの生存権（憲法25条1項）を侵害するから、違法・違憲である。

㊦ 理由

インターネット・カフェやビルの軒先も、憲法25条に適合するよう、「居住地」あるいは「現在地」に該当すると解すべき。

∴①生活保護法は、「日本国憲法第25条に規定する理念」に基づき、「生活に困窮するすべての国民」に対し、保護を行うことを目的としている（同法1条）。

ウ 被告の反論

インターネット・カフェやビルの軒先は、「居住地」あるいは「現在地」に該当しないと解釈することも許される。

∴①財政上の問題から、生活保護受給者の決定に際しては、Y市に広い裁量が認められる。

②ホームレスがY市に増えて市のイメージが悪化すれば、市民が減って税収も減り、Y市の財政が破たんしてしまう。

エ 私見

㊦ 結論

本件却下処分は、生活保護法19条1項に反し、生活保護法によって具体化されたXの生存権（憲法25条1項）を侵害するから、違法・違憲である。

㊧ 理由

インターネット・カフェやビルの軒先も、憲法25条に適合するよう、「居住地」あるいは「現在地」に該当すると解すべき。

∴① 原告の主張①、②のとおり。

② 生活保護のための財源は、国が4分の3を負担しており、Y市は4分の1しか負担していないのだから、財産上の問題を理由にY市に広範な裁量を認めることはできない。

③ ホームレス増加による市のイメージ悪化を考慮することは、生活保護法の目的、生存権の趣旨に反する。

④ Y市がインターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」と認めない制度運用（以下「本件制度運用」という。）をすること自体は生活保護法の目的や生存権の趣旨に反しないとしても、やはり本件却下処分は、違法・違憲である。

なぜならば、Xは、住民登録が抹消されて国民健康保険証が失効したために、胃弱という持病や体調不良であるにもかかわらず、医療費が全額自己負担となるため病院に行けなくなり、生命や健康さえも脅かされる状況に陥っている。このような状況に追い込まれた国民を救うことこそがまさに生活保護法の目的、生存権の趣旨なのであるから、Xが追い込まれた状況を個別具体的に考慮せず、本件制度運用を機械的に適用してなされた本件却下処分は、やはり生活保護法の目的、生存権の趣旨に反するといえるからである。

◆生活保護（＝生存権）に関する争点表

	原告	被告	私見
保障	Xに生活保護法により 具体化された生存権が保 障される。	争わない。	判断しない。
制限	<p>インターネット・カフ ェやビルの軒先は、「居住 地」あるいは「現在地」 に該当すると解すべき。 ∴①生活保護法の目的 →該当しないとしてなさ れた本件却下処分は、違 法・違憲。</p>	<p>インターネット・カフ ェやビルの軒先は、「居住 地」あるいは「現在地」 に該当しない。 ∴①財政上の問題 ②ホームレス増加に よるY市のイメージ 悪化防止 →該当しないとしてなさ れた本件却下処分は、適 法・合憲。</p>	<p>インターネット・カフェやビ ルの軒先は、「居住地」あるいは 「現在地」に該当すると解すべ き。 ∴①原告の主張①のとおり。 ②国が4分の3も財源を負 担している以上、Y市に広 い裁量は認められない。 ③ホームレス増加によるY 市のイメージ悪化防止を考 慮するのは、生活保護法・ 生存権の趣旨に反する他事 考慮。 ④Xの置かれた状況を個別 具体的に審査せず本件制度 運用を機械的に当てはめた ことは、考慮不尽。 →該当しないとしてなされた本 件却下処分は、違法・違憲。</p>

2 選挙権

(1) 三段階審査を使用することの可否

ア 選挙権と制度形成

選挙権は、その具体的な内容や行使方法が立法者による制度形成に依存する権利である。選挙権と社会権とは、行使するためには法律が必要であるという点では共通するが、選挙権が法律によって「制度形成」されてはじめて行使できる権利であるのに対し、社会権は法律によって「具体化」されてはじめて行使できる権利という点に違いがある。

すなわち、選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利であり、その保障内容は憲法レベルでも相当に具体的であるが、どういった場合にどのような方法で行使できるのかという、行使のためのルールがなければ行使できない。

一方、社会権も、行使するためにはルールが必要だという点では選挙権と変わらないが、その前に保障内容が憲法レベルでは抽象的であるから、制度形成の前に保障内容の具体化が必要になると考えられる。つまり、社会権における「具体化」という場合、その「具体化」には、①保障内容の具体化と②制度形成（行使のためのルール設定）という、2つの要素が含まれているということである。

以上をまとめると、社会権は、憲法レベルでは保障内容が抽象的であるから、②制度形成の前に①保障内容の具体化が必要である。これに対し、選挙権は、既に憲法レベルで保障内容が相当に具体的であるから、①保障内容の具体化は不要で②制度形成のみが必要になる。(あくまで私見！ 正しいかどうかは憲法学者に聞いてみてください。)

イ 「制度形成」か「権利制限」か

選挙権を行使するためのルールを設定する法律が制定された場合、ときとして、その法律が国民の選挙権の行使を制限するという事態が生じることがある。そして、当該法律が、「選挙制度を形成する」ものか、それとも「選挙権を制限する」ものかによって、審査手法に大きな違いが生じる。

⑦ 制度形成と判断された場合

当該法律が選挙制度を形成するものと判断された場合、国会（立法府）にかなり広い裁量が認められることになり、その制度形成に明らかに合理性がないと認められる場合でない限り、当該法律は違憲とならない。

この場合、社会権と同様に、原則として三段階審査を使用することができず、国会に広い立法裁量が認められることを前提とした上で、審査手法は判断過程審査を用いることになると考えられる。

このような考え方を前提としたのが、衆院選挙小選挙区制訴訟（最大判平成11・11・10民集53巻8号1704頁）である。

① 権利制限と判断された場合

当該法律が選挙権を制限するものと判断された場合、自由権と同じく三段階審査を使用することができると考えられる（小山剛教授も、「憲法上の権利の作法」において、「権利制限の場合には、【A基礎編】（三段階審査の解説箇所）で述べた理屈がそのまま妥当する。」と論じている。）。選挙権を制限すると判断して厳しい審査基準を用いて判断したのが、在外国民選挙権訴訟（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）や、精神的原因による投票困難者選挙権訴訟（最判平成18・7・13判時1946号41頁）である。

もともと、最高裁は、自由権におけるような三段階審査の判断枠組みを採用していない。最高裁は、前記在外国民選挙権訴訟において、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない。」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない」という「やむを得ない事由」の基準を用いて判断した。

司法試験の憲法では、判例の判断枠組みを使用した方が高得点を狙えることからすると、選挙権の制限が問題となった場合には、三段階審査ではなく「やむを得ない事由」の基準を用いた方がよいと思われる。

◆憲法上の権利間の比較（私見！）			
	自由権	選挙権	社会権
保障内容	憲法レベルで具体的 →法律による保障内容の具体化は不要。	憲法レベルで具体的 →法律による保障内容の具体化は不要。	憲法レベルで抽象的 →法律による保障内容の具体化が必要。
制度形成	行使のためのルール設定は不要。	行使のためのルール設定が必要。	行使のためのルール設定が必要。
三段階審査の可否	原則として、三段階審査を使用することができる。	1 「制度形成」の場合 →三段階審査を使用することができない。 2 「権利制限」の場合 →論理的には、三段階審査を使用することができる。ただし、判例は、「やむを得ない事由」の基準を用いる。	原則として、三段階審査を使用できない。

(2) 本問における検討

ア 問題点

国政選挙における「住所」要件を課す公職選挙法の各種規定は、住所登録がないXの選挙権行使の機会を奪っているのではないか。

イ 選挙権の制限か否か

⑦ 原告の主張

I 結論

国政選挙における「住所」要件を課す公職選挙法の各種規定（以下「各種規定」という。）は、住所登録がないXの選挙権行使の機会を奪い、Xの選挙権を不当に制限するものであるから、憲法15条1項、3項に反し、違憲である。

II 理由

i 保障

選挙権は、国民主権（憲法前文、1条）及び議会制民主主義（憲法43条1項）の根幹をなす重要な権利であり、Xにも選挙権が保障されている。

ii 制限

各種規定により、住所登録が抹消されたXは選挙人名簿からも抹消され、選挙権を行使することができない。したがって、各種規定は、Xの選挙権を制限する。

iii 正当化

選挙権の重要性からすれば、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されない。制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない。そのやむを得ない事由は、選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが不可能ないし著しく困難な場合に限られる。

本件では、以下の理由により、やむを得ない事由はない。

① 住民登録抹消者の選挙人名簿を別個に作成し、選挙日当日に投票所において本人確認ができた者には、その場で投票所入場券を渡して選挙権を行使させるべき。本人確認を適正に行えば、わざと他人に選挙権を行使させるというような不正が生じることもない。

② 登録が抹消された最後の住所地で選挙権を行使させるということにすれば、住民登録抹消者の選挙区が決まらないという問題も生じない。

⑧ 被告の反論

I 結論

本件では、以下の理由により、やむを得ない事由がある。

II 理由

- ① 選挙日当日に投票所で本人確認を行うことは、現実的には極めて困難であり、他人に選挙権を行使させてしまうというような不公平な事態が生じ得る。
- ② 住民登録抹消者がそのまま最後の住所地に住み続けているとは限らず、遠方に移動していた場合には、それこそ住民登録抹消者の選挙権行使が困難になってしまう。

㊦ 私見

I 結論

本件では、以下の理由により、やむを得ない事由はない。

II 理由

- ① 選挙日当日だけでなく、選挙日前にも本人確認を実施するという二重の本人確認を行えば、他人に選挙権を行使させてしまうというような不公平な事態は防ぐことができる。
- ② 遠方に移動した住民登録抹消者は、自ら選挙権行使の機会を放棄したものとみなされてもやむを得ない。

◆選挙権に関する争点表

	原告	被告	私見
保障	選挙権は、国民主権（憲法前文、1条）及び議会制民主主義（憲法43条1項）の根幹をなす重要な権利であり、Xにも選挙権が保障されている。	争わない。	判断しない。
制限	各種規定により、住所登録が抹消されたXは選挙人名簿からも抹消され、選挙権を行使することができない。したがって、各種規定は、Xの選挙権を制限する。	争わない。	判断しない。
正当化	本件では、以下の理由により、やむを得ない事由はない。 →以下省略	本件では、以下の理由により、やむを得ない事由がある。 →以下省略	本件では、以下の理由により、やむを得ない事由はない。 →以下省略

【参考文献】

- ・ 小山剛「憲法上の権利の作法」（尚学社、新版、2009）
- ・ 渡辺康行ほか「憲法 I 基本権」（日本評論社、2016）

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びう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**ことに加えて、**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手段の必要性和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もかく、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」とことだと思われる。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**ということの意味している。

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、○年○月○日、300万円を貸すという合意をし、同日、被告名義の○○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として、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」



表

試験科目	試験地
憲法	明治大学

最優秀答案

回答者：T.S.

憲法 1 頁

1. 生活保護において

(1) Xは、Y市の市幹部下処分は、生存権を具体化した生活保護法19条1項等に違反し、Xの生存権(憲法25条1項)を侵害するとして主張する。

憲法25条1項は、「健康で文化的な最低限度の生活を保障するが、最低限度の生活に当たるかどうかはその時の事情により異なることから、生存権の法的性質は相対的権利と解されるが、それは具現化する立法が定められたときは当該具体的立法と一緒にして是々の権利性を有するとして解することができる。

(2) 本件では、生活保護法は、生存権を規定した憲法25条の理念に基づいて、最低限度の生活を保障することを目的とした立法であり、生存権を具現化する立法といえる。

理由です。

Y市は、~~財政上の問題から~~ ホースレスなどから市に増えることで、市のイメージを損なうことを嫌って、インターネットカフェやセルの軒先を「居住地」として「現在地」として認めない制度運用を行っているが、このように制度運用は市のイメージを、~~先ず~~生存権保障に優先するものであり、憲法25条1項に違反するとして主張する。

(3) これに対し、Y市としては、「健康で文化的な最低限度の生活」は、その時の社会事情で財政事情に左右されるものであり、行政府に任意の裁量が認められ、~~憲法~~ Y市内のインターネットカフェを消す必要は、Y市内のセルの軒先で寝ていたとしてもY市内に定住した居住地や現在地では無いと判断することには、財政上の問題を考慮するとして、~~裁量~~裁量の範囲内にあると主張するとして主張する。

(4) これに対し、行政府に一定の裁量が認められることはYの存続上不可欠。しかし、生存権を具現化する生活保護法が、「住所」という概念を用いておらず、~~ある~~「居住地」として「現在地」を基準としておらず、生活保護



※

C

A B C



憲法 2 頁

の認定に当たっては、考慮すべき事項を適切に考慮して認定すべきであり、考慮すべき事項に基づいて甲市幹部下処分をすることは、裁量権の濫用として生存権を侵害するとして主張する。

(5) 本件では、Xは Y市内にあるB社で20年勤めた後、B社が倒産し失業した後にY市内にあるD社に勤められた。D社から退職切りにあつた後、Y市内のセルに入室し、セルの管理がなくなった後、Y市のインターネットカフェやセルの軒先で寝泊りしており、Y市の「居住地」として「現在地」として認められ、一方、Y市は市のイメージを損なうことを嫌って、インターネットカフェやセルの軒先を「居住地」として「現在地」として認めないことを理由として申請を却下しているが、「居住地」として「現在地」として認めないことを理由として考慮すべき事項を考慮している。「~~なぜ~~」?

よって、Y市の市幹部下処分は裁量の濫用であり、Xの生存権を侵害する。

2. 選挙権について

(1) Xは、住民登録が抹消されたことにより衆議院議員補選区画の投票をすることができないが、「住所要件を必要とする公職選挙法が「居住地」として「現在地」として投票を認めていることは、立法不作為の違憲であり、憲法15条1項により保障されている選挙権を侵害するとして、~~憲法~~憲法15条1項により衆議院議員補選区画の投票を認めるべきとして主張する。選挙権は国政の善悪に直接関係するものであり、中立的理由から公職選挙法15条1項は、選挙人名簿の登録の要件として、「住所」要件を課しているが、これは「住所」を基準として身分証明を確定するものであると主張する。しかし、選挙権は国民団員の権利であり、「住所」として「現在地」として身分証明を行うことは可能である。したがって、公職選挙法の「住所」要件は、中立的理由に基づき、憲法15条1項に反し違憲である。

(2) 元来、立法不作為は、権利が創設されたことか明白に認められ、それが長期にわたって

判例から引く



裏

【重要事項】
 1 解答用紙の種類
 本解答用紙は、慶応の解答用紙です。
 行方誤りや破損や本題に塗写した場合は、試験開始前に申し出た場合を除き、奪取となるので、注意してください。
 なお、試験開始中に解答用紙の取違えや破損した場合は、試験監督員の指示に従ってください（試験監督員は解答用紙の取違えの申出は一切おこないません）。
 2 解答用紙の取扱い
 本解答用紙の取扱い、成績開示はしませんので、汚しや折損は避けたいです。
 3 解答用紙上の注意
 ① 解答は採点され、解答欄の枠外に回答は記入してはなりません。
 ② 解答は、黒いボールペン又は万年筆（赤）で記入してください。
 ③ 解答を訂正する場合は、訂正欄が用意されていますが、訂正欄の範囲を越えて解答を修正し、修正欄に記入することは認められません。
 ④ 解答用紙の取扱いに注意して記入してください。
 ⑤ 解答用紙の取扱いに注意して記入してください。
 ⑥ 解答欄に受験番号の氏名又は姓記入は厳禁であると判

憲法 3 頁

45
 上記の例外的な場合に ~~違~~ 違法ではない。

46
 (1) 事件は、住所要件の法改正を争突点とした長期間欠違として認められ

47
 例外的に違法に生じ主張する。

48
 (1) これに対し、国は、公職選挙法の住所要件は、公正な選挙を保障するために

49
 必要合理的制約であり、憲法15条1項に反しない旨を主張する。

50
 (5) 選挙の公正な維持を目的として選挙権の行使に必要の基礎が認められるべきである

51
 「住所要件が認められれば選挙権を行使することから、その者が当該選挙区に選挙権を

52
 有するが明確にはなく、その結果選挙権を有しない者が当該選挙区に選挙権を有し

53
 ない者が選挙権を行使することになり、公平な選挙の行使に認められるべきである

54
~~と主張するが、公職選挙法の「住所」要件は、選挙権行使の制約であり、~~

55
 制約であり、憲法15条1項に反しない。

56
 (1) それで、「住所要件は合憲を前提とし、立法府の裁量に制約が認められる

57
 長期間欠違として上記の例外的な場合とは異なる。

58
 上記の主張は認められず。以上

59

60

61

62

63

64

65

66



最優秀答案

回答者 T.S. 評価：C

1. 生活保護について

(1) Xは、Y市の本件却下処分は、生存権を具体化した生活保護法19条1項等に違反し、Xの生存権（憲法25条1項）を侵害すると主張する。

憲法25条1項は、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するが、「最低限度」の生活に当たるかどうかはその時々事情によって異なることから、生存権の法的性質は抽象的権利と解されるが、それを具体化する立法が定められたのちは当該具体的立法と一体となって具体的権利性を有すると解すべきである。

(2) 本件では、生活保護法は、生存権を規定した憲法25条の理念に基づき、最低限度の生活を保障することを目的とした立法であり、生存権を具体化する立法といえる。

Y市では、ホームレスなどが市に増えることで、市のイメージが悪くなることを嫌って、インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」とは認めない制度運用を行っているが、このような制度運用は市のイメージを、生存権保障に優先するものであり、憲法25条1項に違反すると主張する。

(3) これに対し、Y市としては、「健康で文化的な最低限度の生活」はその時々社会事情や財政事情に左右されるものであり、行政府に広範な裁量が認められ、Y市内のインターネット・カフェを泊まり歩いたり、Y市内のビルの軒先で寝ていたとしてもY市内に定まった居住地や現在地ではないと判断することは、財政上の問題も考慮すると裁量の範囲内であると反論することが想定される。

(4) たしかに、行政府に一定の裁量が認められることはYの反論通りである。しかし、生存権を実現する生活保護法が、「住所」という語を用いておらず、あえて「居住地」あるいは「現在地」を基準としていることからすると、生活保護の認定に当たっては、考慮すべき事項を適切に考慮して認定すべきであ

って、考慮すべきでない事項に基づいて申請却下処分をすることは、裁量権の逸脱・濫用として生存権を侵害すると考える。

(5) 本件では、XはY市内にあるB社で20年勤めB社が倒産し失職した後もY市内にあるD社で勤めていた。D社から派遣切りにあった後もY市内のシェルターに入居し、シェルターの居住がなくなった後もY市のインターネット・カフェやビルの軒先で寝泊まりしており、Y市内に「居住地」あるいは「現在地」があるといえる。一方でY市は市のイメージが悪くなることを嫌って申請を却下しているが、「居住地」あるいは「現在地」があるかどうかによって考慮すべきではない事項を考慮している。

よって、Y市の本件却下処分は裁量の逸脱・濫用があり、Xの生存権を侵害する。

2. 選挙権について

(1) Xは、住民登録が抹消されたことにより衆議院議員総選挙の投票をすることができなかったが、「住所」要件を必要とする公職選挙法が「居住地」あるいは「現在地」による投票を認めていないことは、立法不作為の意見であり、憲法15条1項により保障されている選挙権を侵害するとして、国はXに対して国家賠償（国家賠償法1条）すべきであると主張する。選挙権は国政に参加する重要な機会であり、やむを得ない理由がない限り制限は許されない。公職選挙法21条1項は、選挙人名簿の登録の要件として、「住所」要件を課しているが、これは「住所」を基準として身分証明を確実なものとするためと考えられる。しかし、選挙権は国民固有の権利であり、「住所」によらなくても身分証明を行うことは可能である。したがって、公職選挙法の「住所」要件は、やむを得ない理由とはいえず、憲法15条1項に反し違憲である。

(2) そして、立法不作為は、権利が制約されていることが明白なのにそれを長期間放置しているような例外的な場合に違法となる。

(3) 本件では、住所要件の法改正をする契機があったのに長期間放置しているといえるので例外的に違法になると主張する。

(4) これに対し、国は、公職選挙法の「住所」要件は、公正な選挙を維持するためにやむを得ない制約であるから、憲法15条1項には反しないと反論する。

(5) 選挙の公正を維持するためには選挙権の行使について明確な基準が必要であると考えられる。「住所」要件がなければ選挙の通知を送ることができず、その者が当該選挙区に選挙権を有するか明確ではなくなり、その結果当該選挙

区で選挙権を有しない者が選挙権を行使することにもなりかねず、公平な選挙が行えない恐れがある。したがって、公職選挙法の「住所」要件は、選挙権行使に対するやむを得ない制限であるから、憲法15条1項に反しない。

(6) そして、「住所」要件は合憲と考える以上、立法不作為の権利の制約が明白なのに長期間放置しているような例外的な場合とはいえない。

よって、Xの主張は認められない。

以 上