

予備試験憲法書き方のポイント

辰巳講師・弁護士 城戸 直樹

1 人権分野の答案の書き方

1 制約の原因

- ① 法令による制約
- ② 処分による制約，法適用による制約

2 人権の選択

- ① 「誰のどのような行為が制約されているか」から出発
↓
- ② 「制約されている自由は何なのか」を素朴に考えてみる
↓
- ③ 「その憲法上の権利で基礎付けるのが筋なのか」を考える

人権選択については、問題文に書かれた**依頼者の意向**が大きなヒントとなる。また、**依頼者が受ける不利益**について、どのような人権で保障するのが筋なのかを考えていく。

たとえば、出産の自由について、職業選択の自由として論じる答案もありうる。しかし、人権の性質を考えると、経済的な不利益が問題の核心ではないのだから、不十分である。この場合、出産の自由については自己決定権（13条後段）等で論じるのが筋となる。

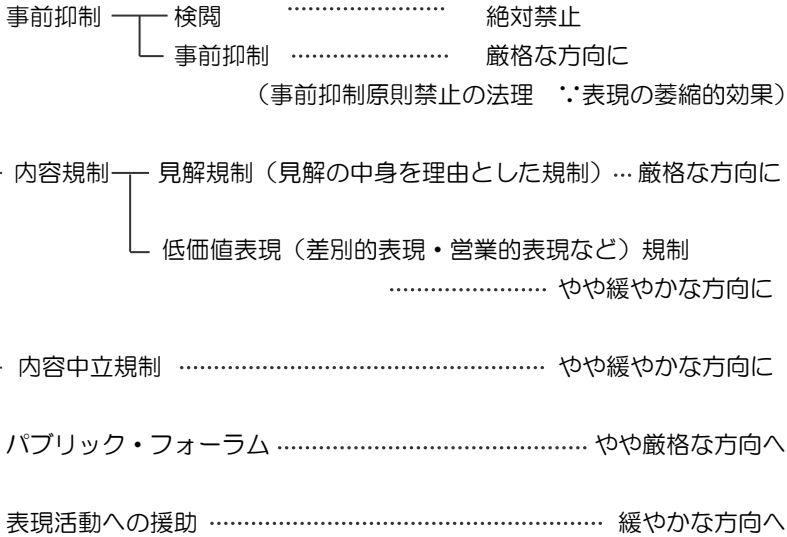
人権選択をみれば、その受験生の憲法感覚がある程度判断できてしまう。過去問演習を通じてよく訓練しておく必要がある。

3 違憲審査基準の定立

- ① 人権の性質
- ② 規制態様（事案の特殊性）

→ ここから、【審査基準】を導く。

表現の自由における主な違憲審査基準判断要素



【審査基準】

① 目的・手段審査

	厳格	中間	緩やか
目的	必要不可欠	重要	正当
手段	必要最小限	実質的関連性	合理的関連性

② 文言審査

不明確な法令は、表現活動への**萎縮的効果**が大きく、表現の自由の保障の意義を害する。

↓ そこで、

通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に行為に適用されるかの**基準**が読み取れない場合は、文言上無効となると解すべきである。

【論証のサンプル】

3 財産権

かつては人間は財産を保護するための保障機関として国家を作り上げた」と説明された（社会契約説）。そこでは、財産権は「神聖で不可侵の権利」とされた。

しかし、資本主義の発展に伴い、貧富の差が拡大し、財産権は制約される権利と考えられるようになった。

(1) 権利性

- ① 29条1項が**財産「権」**と規定している。
- ② **人間としての価値ある生活**を営む上で、個々の財産について自由に使用・収益・処分できることが重要である。

↓ それゆえ、

29条1項は**私有財産制度**のほか、各人が**現に有する具体的な財産上の権利**（既得権）も保障している（現存保障）。

ストゥディア I 1
39頁参照。

(2) 審査基準

- ① 経済的自由権の瑕疵は、**民主政の過程**での自己回復が可能である。
- ② 経済問題については、**国政調査権**（62条）等を有する国会の方が裁判所よりも**判断能力**に優れている。

↓ そのため、

緩やかな審査基準で足りる。

(3) 損失補償

ア 補償の要否

財産権の制約が特定の者に特別の制約を課するものであるときは、①**平等原則**（14条1項）、及び、②**個別的な財産権**を保障した29条1項の趣旨に反する。

↓ そこで、

特別の犠牲を加えた場合に補償を要すると解すべきである。

↓ 具体的には、

形式的基準（特定人に対する制約か）だけで判断するのではなく、**実質的基準**（財産権侵害が受忍限度内か）を中心に判断するべきである。

イ 「正当な補償」(29条3項)

29条3項は財産権保障の貫徹と平等権保障の徹底を図る規定である。

↓ そうだとすれば,

当該財産の**客観的な市場価格**によるのが原則である。

完全補償説

↓ しかし,

財産権を巡る社会状況は刻々と変化し, その**社会的評価は変わりうる以上**, 社会国家的見地からの制約は免れない。

↓ したがって,

既存の財産法秩序を構成している財産権に対する社会的評価が根本的に変化した場合には, **合理的に算出された相当な額**でよく, 客観的な市場価格を下回ってもよいものと解される。

相当補償説

ウ 法律が補償規定を欠く場合

① 違憲無効とすると当該法律の趣旨を全うできない。

② **権利の内容が明確**なので29条3項による**直接請求が可能**である。

↓ そのため,

当該法律は無効とはならない。

平成29年予備試験<憲法>参考答案

第1 甲の立場からの憲法上の主張

- 1 本件条例が、Xの廃棄を命ずることができる旨を定め、代執行を認めていることは、甲のXを廃棄されない自由を害し、29条1項に反して違憲である。
 - (1) 29条1項は、各人が現に有する具体的な財産上の権利を保障する。そして、Xは、本件条例制定前から特産品として価値があるものとして産出されてきたものだから、Xを廃棄されない自由は、29条1項によって保障されている。

また、本県条例は、Xの廃棄を命じ、代執行を認めるのだから、このようなXを廃棄されない自由が大きく制約されている。
 - (2) 財産権は、個人が生活を営み人格的に生存するために不可欠の権利である。また、本県条例の定める廃棄命令と代執行はXを相当量強制的に廃棄するものであるから、財産権の制約が極めて大きい。

そこで、①目的が重要で、②手段が実質的関連性を有する場合に、合憲となると解すべきである。
 - (3) 本件条例の目的は、A県で算出されるXの流通量を調整し、一定以上の価格で安定して流通させ、A県産のXのブランド価値を維持し、もってXの生産者を保護することにある。しかし、甲が用いているような特別の生産法を使用すれば、天候に左右されない高品質のXを生産することが可能なのであるから、天候による価格変動は各農家が対処すべきことといえ、この目的は重要でない①。

次に、仮に①の目的に一定の正当性があるとしても、この目的は天候によって価格変動を受ける農家を保護するものである。そうだとすれば、Xの廃棄による総量調整は価格変動を受けるような一般の品質のXについてなされれば十

1

分である。したがって、天候に左右されない高品質のXをも一律に一定割合を廃棄対象とする本件条例の手段は過大なものであって、実質的関連性がない②。

以上より、本件条例は29条1項に反する。

- 2 本件条例が、Xの廃棄に起因する損失を補償しない旨定めていることは、29条3項に反して違憲である。
 - (1) 生産者保護の目的は「公共のため」といえる。また、Xの廃棄命令・代執行は、Xを取り上げるものであり、「用ひる」にあたる。
 - (2) 個人の財産を「用ひる」ことが、特定の個人に「特別の犠牲」を加える場合、補償が必要となる。

本件では、本件条例が定めるXの廃棄命令・代執行は、特定の個人であるA県の特定期域でXを生産している特定の農家を対象としている。また、自らが生産したXを相当量廃棄させられることは、財産権そのものを確定的に剥奪されることを意味する。そのため、「特別の犠牲」にあたるというべきである。

したがって、本件条例は、29条3項に反するから、同項に基づき、相当の補償を求める。

第2 想定される反論との対立点

- 1 (1) まず、XはA県の特定期域の機構・土壌に適応した特産品であり、事前の生産調整、備蓄、加工等は困難であり、迅速な出荷調整の要請があるから、一律廃棄はやむを得ない反論が想定される。そのため、一律廃棄について、手段の相当性が対立点となる。
- (2) 次に、価格を安定させ、Xのブランド価値を維持するためには、総流通量を

2

一律に規制する必要があるとの反論が想定される。そのため、総流通量の一律の規制が手段として相当かが対立点となる。

- 2 さらに、損失補償の要否について、価格が著しく下落したときに出荷を制限することはやむを得ず、また、本件条例上の措置によってXの価格が安定することにより、ブランド価値が維持され、生産者の利益となり、ひいてはA県全体の農業振興につながるため、受忍限度内であるとの反論が想定される。そのため、本件条例が定める廃棄命令・代執行が受忍限度内かが対立点となる。

第3 私見

1 財産権の制約について

- (1) Xは特産品として価値があるため、Xを廃棄されない自由は29条1項で保障されている。また、本件条例は廃棄命令を定め、これに従わないと代執行もありうることから、Xを廃棄されない自由に対する強度の制約がある。
- (2) 農産品は農家にとって重要な生計のための商品であるから、人格的に生存するために不可欠である。そして、上記のように、強度の誓約があることから、甲の主張する基準によることが相当である。
- (3) まず、本件条例の目的について、XはA県の特定地域の気候・土壌に適応した特産品であり、Xの豊作等の事情によって価格が下落し、ブランド価値が下がることが懸念された。そして、Xのブランド価値保持の利益は、Xを生産する者すべてが得られる共通の利益であるから、本件条例の目的は重要である(①)。

次に、Xの特定地域の気候・土壌に適応した特性から、事前の生産調整、備蓄、加工等は困難であるのだから、事後的に廃棄措置にすることはやむを得な

3

い。また、急激な価格下落を避けるためには、迅速な出荷調整が必要だから、一律廃棄とすることに合理性があり、実質的関連性が認められる(②)。

さらに、総流通量を一律に規制することについては、価格を安定させるためには、すべてのXを対象とすることが合理的である。特定の農家が製品を差別化しているとしても、その差別化が次の豊作の年でも成功して価格が下落しないかは、売却の段階にならなければ判らない。そして、いったん価格が付いてしまってからでは、本条例の目的は達成できない。そのため、総流通量を一律に規制することにも合理性があり、実質的関連性が認められる(②)。

したがって、本件条例は、29条1項に反しない。

2 補償の要否について

- (1) 同条3項の趣旨は、財産権保障の貫徹と平等権(14条)保障の徹底にある。そこで、「特別の犠牲」にあたるかは、①特定人を対象とするかという形式的要件と、②その制約が財産権の本来的な効用をどの程度制限するか等という実質的要件を総合的に考慮して判断すべきである。

- (2) まず、①本件条例は、A県のXを産出する地域の農家全体を対象としており、特定の農家を狙い撃ちするものではない。

また、②特定の農家が製品を差別化して価格下落を免れたとしても、X全体のブランド価値が落ちれば、イメージ悪化は避けられない。よって、ブランド価値保持のための制約は受忍すべきである。

これらを総合的に考慮すれば、本件条例は「特別の犠牲」を加えるものではないと考えられる。

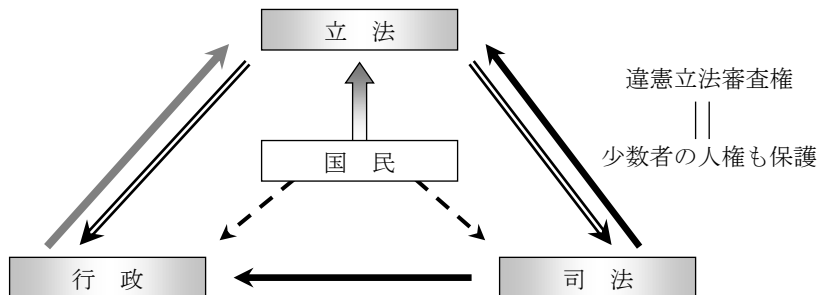
したがって、補償を要しない。

以上

4

2 統治分野の答案の書き方

【権力分立】



【参考：国民審査制の現場思考による論証】

たしかに、国民主権原理、統治機構に民主的コントロールを及ぼすことは、重要である。

↓ しかし、

日本国憲法の採る立憲主義では、基本的人権を多数者によっても侵害されないものとして保障することが重要である。

↓ この点、

司法は、**少数者の基本的人権を守る最後の砦**として、たとえ民主的に制定された方であろうとも否定できる違憲立法審査権（81条）という強力な権限が与えられている。

↓ そして、

もし仮に司法に対しても民主的コントロール、つまり、多数決原理を完全に及ぼしてしまうと、少数者の人権保障という司法に課された重要な役割を果たせなくなってしまう危険がある。

↓ こうしたことから、

憲法は、司法に対し、民主的コントロールを完全に及ぼすことはせず、逆に、裁判官の強固な身分保障の規定を置いている（78条、79条5項、6項、80条2項）ものと解される。

↓ とはいえ、

民主的コントロールが全く及ばないとすると、国民主権の観点から望ましくないので、国民が最高裁判所の裁判官として適任な者を排除するため、国民審査の規定が置かれているものと考えられる。

↓ そうだとすれば、

「罷免を可とするときは・・・罷免する」（79条3項）との文言のとおり、国民審査制は、**リコールの制度**であると解すべきである。