

# 自由権審査と平等審査の関係

岡田俊幸

- I はしがき
- II 日本の学説・判例
- III ドイツの学説・判例
- IV 結語

## I はしがき

2015年（平成27年）司法試験論文式試験公法系科目第1問（以下、「15年公法系第1問」という。）は、BがA市の専門職員として正式採用されなかったことについて、「A市を被告として国家賠償請求訴訟を提起しようと考え」ているBの訴訟代理人として、「Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行うという観点から」憲法上の主張を行い、かつ、この憲法上の主張に対して想定されるA市の反論のポイントを簡潔に述べた上で、「あなた自身の憲法上の見解」を論じることを求めている。問題文によると、まず、①「Bは、Cと自分とは、A市におけるY採掘事業に関して公の場で反対意見を表明したことがある点では同じであるが、その具体的な内容やその意見表明に当たってとった手法・行動に大きな違いがあるにもかかわらず、Cと自分を同一に扱ったことについて差別であると考えている」。また、②「Bは、自分と同程度あるいは下回る勤務実績の者も含まれているDらが正式採用されたにもかかわらず、A市におけるY採掘事業に反対意見を

持っていることを理由として正式採用されなかったことについても差別であると考えている」。さらに、③「差別以外にも、Bは、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている」。「平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）」（以下、「採点実感」という。）は、上記のBの考えに基づいて、原告であるBの主張を、①Cとの同一取扱い、②Dらとの差別的取扱い、③自分の意見等を述べたことで正式採用されなかったことによる憲法上の権利侵害の三点に整理している。2015年司法試験が実施された直後に15年公法系第1問の問題文を読んで筆者が何よりもまず悩んだのは、Bの3つの主張をどのような順序で論じていくかという点であった。主張①と主張②は平等違反の問題であり、主張③は自由権（表現の自由）侵害の問題であるが、筆者は、司法試験などに出题される事例問題においては自由権侵害を検討した後に平等違反を検討するというのが通常の手順であるところまで漠然と考えてきたので、15年公法系第1問の問題文を読んだとき、この考えを15年公法系第1問に適用して、まず、主張③を論じ、その後、主張①と主張②を論じるのがもっとも説得的な答案構成ではないかと考えた。<sup>(1)</sup>ところが、その後、研究者による15年公法系第1問の解

(1) なお、主張①と主張②をどのような順序で論じるかも悩ましい論点である。筆者は、主張②を論じた後で主張①を論じるべきではないかと考えているが、本稿においては、この点に触れることはできない。上記の点については、別途論文を作成して検討を加える予定である。

説が雑誌等に掲載され、それを読んでみたところ、筆者と同じような考えを見出すことはできなかった。むしろ、そこにおいては、問題文に示されたBの考えの順序に従って主張①→主張②→主張③の順序で何の躊躇もなく素直に説明がなされており、<sup>(2)</sup>また、解説の中で示されている答案例においても上記の順序で論述がなされていた。<sup>(3)</sup>さらに、「平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨【公法系科目】〔第1問〕」（以下、「出題趣旨」という。）及び「採点実感」においても、Bの3つの主張を論じる順序については何も述べられていない。<sup>(4)</sup>むしろ、「出題趣旨」においても、また「採点実感」においても、「平等」の問題を説明した後に「表現の自由」の問題を説明しており、出題者側は、筆者の考え方とは異なり、答案では主張①→主張②→主張③の順序で論じることを想定している<sup>(4)</sup>と読むことも可能である。すでに述べたように、筆者は、司法試験などに<sup>(4)</sup>出題される事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であると漠然と考えてきたが、研究者による15年公法系第1問の解説を読み、さらには、「出題趣旨」及び「採点実感」を読んで、筆者は、現在、これまで考えてきたことが間違いだったのかもしれないという不安を払拭できないでいる。また、筆者は、法科大学院において学生を指導する際にも、事

例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときに、どのような順序で論述したらよいのか、という問題について、一大変に恥ずかしいことではあるが—自信をもって指導できない状況に陥ってしまった。そこで、筆者は、まことに勝手ながら、自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）という問題について筆者の悩みを率直に告白し、学界の第一線でご活躍されている優秀な研究者の先生方からご教示を賜り、現在の苦境から脱出したいと考えた次第である。また、自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）という問題について司法試験関係者の間で立ち入った検討がなされ、学界の第一線でご活躍されている優秀な研究者の先生方から何らかの見解が示されることになれば、実際に司法試験を受験する法科大学院修士も安心して答案を作成できることになり、法科大学院において受験指導に携わる現場の一教員としては、大変に有難いことでもあると考えている。そこで、本稿は、筆者が、事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であるとこれまで漠然と考えてきた経緯・理由を多少とも詳しく説明し、司法試験関係者の間で今後さらに深い検討を行うための一つの素材を提供することにしたい。以下、まず、日本の学説・判例を素材として筆者が上記の考えを有するに至った経緯・

- 
- (2) 蟻川恒正「2015年司法試験公法系第1問」法学教室418号（2015年）99頁以下、大林啓吾「司法試験論文式問題と解説 憲法」受験新報774号（2015年）27頁以下、木村草太「公法系科目〔第1問〕の解説」別冊法学セミナー no. 236『司法試験の問題と解説2015』（日本評論社、2015年）8頁以下、同「憲法 平成27年公法系第1問」『平成27年司法試験論文 合格エッセンス本』（辰巳法律研究所、2015年）66頁以下。
- (3) 蟻川・前掲注(2)110頁以下に蟻川が自ら作成した「起案例」が掲載されているが、主張①→主張②→主張③の順序で論述されている。また、木村「公法系科目〔第1問〕の解説」前掲注(2)12頁には、木村の作成した「解答例」が掲載されているが、これも同じ構成である。さらに、受験新報774号（2015年）31頁以下に掲載されている「答案例」も、『平成27年司法試験論文 合格エッセンス本』（辰巳法律研究所、2015年）101頁以下に掲載されている「インタビュー内容に沿った優秀と目しうる再現答案」も、同じ構成である。加えて、『平成27年司法試験 論文過去問答案パーフェクト ぶんせき本』（辰巳法律研究所、2016年）8頁以下に掲載されている「答案構成案～出題趣旨と採点実感等をもとに一」も、また玄唯真『読み解く合格思考 憲法』（辰巳法律研究所、2015年）294頁以下に掲載されている「参考答案」も同じ構成である。
- (4) 「採点実感」には「全体構成等について」という項目が設けられているが、「これらの三点を憲法上どのような問題として捉えて構成するかはともかくとして、少なくともその三点の検討が求められている」との指摘があるだけで、Bの3つの主張を論じる順序について何も述べられていない。

理由を説明した上で、少なくとも日本の学説においては上記の考えが必ずしも確立されたものではないことを示す（Ⅱ）。つぎに、自由権審査と平等審査の関係（審査の順序）に関するドイツの学説・判例を多少とも詳しく紹介する（Ⅲ）。何故なら、ドイツの学説・判例の状況こそが、筆者が上記の考えを有するに至った最大の要因だからである。最後に、自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）についての筆者の現時点での結論を一暫定的なものとするが、一示すことにしたい（Ⅳ）。

## Ⅱ 日本の学説・判例

(1) 司法試験等で出題される事例問題において複数の基本権侵害を検討しなければならない場合にどのような順序で論述すべきであるのかという問題を筆者に考えるきっかけを与えたのは、1993年度（平成5年度）旧司法試験憲法第1問（以下、「93年憲法第1問」という。）であった。筆者がこの問題にはじめて解答を試みたのが何時だったのかは全く覚えていないが、この問題に真剣に取り組んだのは、おそらく2005年春ころで、設立されたばかりの法科大学院において担当した授業を準備するためであったと記憶している。93年憲法第1問は、「都道府県知事の長期在職は、地方自治の固定化ないし沈滞を招き、地方自治の発展を阻害するとして、知事の連続四選禁止の規定を公職選挙法に設けたと仮定する。このような立候補の資格制限は、憲法第14条、第15条第1項、第22条第1項、第92条に違反するかどうか、論ぜよ。」というものであったが、この問題を読んで筆者が悩んだのは、「憲法第14条、第15条第1項、第22条第1項、第92条に違反するかどうか、論ぜよ。」という問いをどのように理解したらよいかという点であった。問題文には4つの条文が並べ

られているが、これは、①14条→②15条1項→③22条1項→④92条というように、問題文で並べられている順序に従って立候補の資格制限の合憲性について論じなさいという指示と理解すべきか、それとも、4つの条文は番号が若い順番で並べてあるだけで、4つの条文をどのような順序で論じていくかも一つの論点として問われていると理解すべきかが、問題文それ自体からは必ずしも明らかではなく、問題文の趣旨はどちらであるのかについて検討を迫られたのである。筆者は、問題文を読んだときには、問題文の趣旨は後者であり、14条と15条1項を論じる順番は①14条→②15条1項ではなく、①15条1項→②14条である、つまり、憲法上の権利が侵害されているかどうかを検討した後で、平等違反を検討するのが説得的な答案構成ではないかと考えた。<sup>(5)</sup>

(2) 上記のような筆者の考えが的外れではないことは、研究者による93年憲法第1問の解説からも確認することができた。例えば、鴨野幸雄は、この問題について、①資格制限は四選希望候補者の被選挙権を侵害しないか、②資格制限は四選希望候補者を不平等に取り扱うことはないか、③資格制限は四選希望候補者の公務就任権の侵害にならないか、④資格制限は、住民自治、団体自治から成る「地方自治の本旨」に違反しないか、という順序で検討を加えていた。<sup>(6)</sup>つまり、鴨野は、①14条→②15条1項という問題文で示された順序を①15条1項→②14条に変更しているのである。ただし、鴨野は、①14条→②15条1項という問題文で示された順序をあえて変更して、①15条1項→②14条という順序で説明を加える理由については何も述べていない。また、棟居快行は、93年憲法第1問の「問題の所在」として、①「知事選立候補の資格制限は公務就任権の制約である」ところ、「公務就任権は、職業選択の自由（22

(5) 22条1項と92条を加えて検討すると複雑になるので、検討の対象から外すが、15条1項と22条1項の相互関係は難問であり、理論的な解明がなされなければならないことは指摘しておきたい。

(6) 鴨野幸雄「知事の大選禁止」岩間昭道・戸波江二編『司法試験シリーズ 憲法I第3版』（日本評論社、1994年）223頁以下。

条1項)のほか、選挙権と表裏一体をなす被選挙権(15条1項)によっても保障されていると解される」こと、②「また、本問規定が立候補者間で三選を果たした現職と新人などを区別し、現職を不利益に取り扱うものである以上、平等原則(14条)違反の有無が問題となる」こと、③「さらに、93条2項が知事の住民による直接選挙を定め、そこに国が法律で要件を付加することは地方自治の本旨(92条)を侵すものではないかも、問題となる」ことを指摘していた。このように棟居も、93年憲法第1問の問題の所在として、憲法上の権利の侵害の後に平等原則違反の有無を指摘していたのである<sup>(7)</sup>。当時、筆者

は、研究者による93年憲法第1問の解説を読んで、司法試験の答案では、まず、憲法上の権利の侵害について検討し、その後、平等違反について検討するという構成を採用すべきであることは、当時の学説において、言わば暗黙の前提とされてきたのではないかと考えた<sup>(8)</sup>。そして、筆者は、さらに、このことは、憲法上の権利である自由権の審査と平等審査との関係(審査の順序)についても当てはまるのではないかと推測したのである。

(3) 上記のような筆者の考えは、司法試験受験界において「ケンサポないしオサホウ」という通称<sup>(9)</sup>で親しまれている書物に強力な援軍を求めることがで

(7) 棟居快行『憲法講義Ⅱ〔理論演習2〕〕(信山社、1993年)35頁。ただし、同書37頁以下においては、①「まず、14条と15条1項とを合わせ、本問規定が被選挙権の平等を侵害するものであるかを検討」し、その後、②「職業選択の自由」と③「地方自治の本旨」を検討するという構成を採用しており、棟居の考えによると、答案では、①15条1項→②14条の順序ではなく、「14条と15条1項とを合わせ」て検討するという構成を採ることになる。棟居は、同『司法試験 論文本試験過去問 憲法』(辰巳法律研究所、2000年)69頁以下においても、「条文列举の意味」について、「そういう論点を発見するだけで喜ぶなよと、14条とか22条とか掲げているのであります。しかしウエイトは15条1項、92条にあるはずであります」と指摘しつつも、「14条と15条はリンクして選挙権、被選挙権の平等の要請となり」、「一括りの平等選挙権、平等被選挙権」として捉える「14条と15条の一体的処理」を説いている。ただし、同書80頁に掲載されている「棟居先生監修答案」は、①15条1項違反→②14条1項違反→③22条1項違反→④92条違反という順序で論述がなされている。棟居が、「棟居先生監修答案」においては、同書69頁で自ら提唱している「14条と15条の一体的処理」を採用しなかったのは、「14条と15条の一体的処理」は平均的な司法試験受験生には無理な注文だと考えたからだろうか。

(8) この考えは、筆者のみならず、当時の司法試験関係者にも共有されていたようにも思われる。例えば、佐藤剛志(監修)『新版 合格レベル答案再現集H1～15年度 憲法』(辰巳法律研究所、2004年)91頁は、「14条が一般的条項であり、15条、22条が個別的条項であることを考えれば、まず個別的条項を検討した上で、14条の検討をすべきだろう」と指摘している。もっとも、14条の検討の前に15条、22条の検討をしなければならぬという指摘は確かにそのとおりであるが、14条と個別的自由権(15条、22条)は一般法と特別法の関係にはないと考えられる(例えば、Michael Sachs/Chirstian Jasper, Der allgemeine Gleichheitssatz, JuS 2016, S. 769 (775))。は、一般平等原則は、他の防御権と並んで適用されるのであり、一般法特別法の関係は存在しない、と指摘している。)ので、理由付けの点においてこの指摘には疑問の余地がある。また、Wセミナー編『司法試験シリーズ 新論文過去問集 <平成17年度版>』(早稲田経営出版、2005年)394頁以下は、①立候補の自由(15条1項)→②法の下での平等(14条)→③職業選択の自由(22条1項)の順序で検討している「参考答案」を掲載している。さらに、『えんしゅう本憲法〔第2版〕』(辰巳法律研究所、2005年)125頁以下は、「公職選挙法で、知事の連続4選を禁じる規定が制定されたと仮定する。この場合における憲法上の問題点について論ぜよ。」という、93年憲法第1問を素材とした問題を掲載しているが、「論じる順序についても工夫が必要である」(128頁)ことを指摘しつつ、①15条1項に反しないか、②14条に反しないか、③22条1項に反しないか、④92条に反しないか、という順序で検討を加えている「答案構成例」を掲載している。

なお、上記の三冊を引用したのは上記の三冊を筆者がたまたま所有しているからであり、筆者は、いわゆる予備校本のすべてに目を通してはいるわけではない。このことを、念のために述べておきたい。

(9) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第2版』(日本評論社、2014年)69頁。

きる。自由権審査と平等権審査との関係は、ドイツでは、基本権競合論<sup>(10)</sup>の一つの論点として位置付けられるが、小山剛は、同書において、「基本権の競合」について詳細に論じている。小山によると、「基本権の競合」とは、「規制の対象となった一の基本権主体の行為ないし利益が、複数の基本権の保護領域と関わりを持つ場合<sup>(11)</sup>」をいうが、「法の下での平等の保障は、自由権等の実体的基本権とは保障の観点<sup>(12)</sup>が異なることから、実際の憲法問題においては、競合は容易に生じ得る」。小山は、「平等権と実体的基本権の競合」について、「①差別禁止が自由権に当然に含意されており、自由権のみの審査が行われる場合、②自由に対する侵害であることは、平等権の審査に吸収され、平等権のみの審査が行われる場合、③実体的権利と平等権が異なる観点から、並列的に審査される場合、④実体的権利が存在しないところで平等権が援用される場合」に分類しつつ、「並列的に適用される場合、実体的基本権の審査を先に行うが通例である<sup>(13)</sup>」と説いている。実体的基本権と平等権が並列的に適用される場合、実体的基本権の審査を先に行うのが通例であるとの小山の主張を読んで、筆者は、自分の考えが間違っていないかと安堵したのであった。これは2009年の話であるが、それから6年後、2015年司法試験論文式試験公法科目第1問によって上記のような筆者の考えが間違っているかもしれないとの疑念が生じた

ことは、すでに述べたとおりである。そして、正直に告白すると、日本の学説においては、司法試験の答案では、まず、憲法上の権利の侵害について検討し、その後、平等違反を検討するという構成を採用すべきであるとの考えとは必ずしも合致しない、むしろこの考えと対立する見解が唱えられていたことも、2005年当時に筆者は認識しており、そうだからこそ、小山の見解を読んだときに安堵したのであった。そこで、以下においては、自由権審査（又は実体的基本権の審査）と平等権審査に関する日本の判例・学説の状況を、筆者の見解と相容れないものも含めて、できる限り客観的かつ公平に観察しておくことにしたい。

(4) 知事の大選制限の合憲性は演習書で好んで取り上げられるテーマであるが、そこでは、事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、平等違反を検討する前に自由権審査を行うことが原則であるという筆者の考えと対立する見解が唱えられていることも指摘しておかなければならない。例えば、大西芳雄は、知事四選禁止の合憲性について、①四選禁止は憲法14条に反しないか、②四選禁止は憲法22条に反しないか、③四選禁止は憲法92条の保障する「地方自治の本旨」に反することになりはしないか、という三つの問題点を、①→②→③の順序<sup>(14)</sup>で検討している。また、1993年度司法試験において司法試験考査委員を務めている阿部照

(10) ドイツにおける基本権競合論について、杉原周治による精力的な研究がある。杉原周治「基本権競合論（1）、（2・完）——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として」広島法学29巻3号（2006年）27頁以下、29巻4号（2006年）129頁以下、同「プレスの自由と意見表明の自由の競合（1）、（2・完）——プレスの自由の主観的権利としての側面」広島法学30巻1号（2006年）127頁以下、30巻2号（2006年）71頁以下、同「職業の自由、意見表明の自由、プレスの自由（1）——商業広告をめぐる基本権競合の問題」広島法学30巻3号（2007年）99頁以下、同「職業の自由と表現の自由——ドイツにおける職業の自由と意見表明の自由・プレスの自由の基本権競合をめぐる議論」東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究73号（2008年）1頁以下、同「包括的基本権と個別基本権の競合——基本法2条1項の個別基本権に対する『受け皿的機能』、『保護補完機能』、『観念的競合』をめぐるドイツの判例・学説の展開」東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究78号（2010年）19頁以下。さらに、日本法を素材として基本権競合論を展開している論文として、工藤達朗「憲法における構成要件の理論」法学新報121巻11・12号（2015年）671頁以下がある。

(11) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（尚学社、2016年）30頁。

(12) 小山・前掲注(11)34頁及び105頁以下。

(13) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』の初版は2009年に出版された。

(14) 大西芳雄「知事四選禁止と憲法」清宮四郎・佐藤功『統憲法演習』（有斐閣、1967年）238頁以下。

哉は、知事の大選制限の合憲性について、①14条1項違反、②15条1項違反及び③92条違反の三つの問題点を、①→②→③の順序で検討している<sup>(15)</sup>。他方、甲斐素直は、「都道府県知事の長期在職は、地方自治の固定化ないし停滞を招き、地方自治の発展を阻害するとして、知事の連続4選再選を禁止とする趣旨の規定を、公職選挙法に設けたとする。(改行)この規定に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。……」という自ら作成した問題<sup>(16)</sup>について、「知事大選禁止は、要するに立候補権が人権といえるかの一点に尽きる」のであり、「それを具体的な条文のレベルにブレークダウンすれば、中心となるのは、当然93条であり、「これを受けて、14条の平等原則、15条の普通選挙の保障などが論ぜられることになる」と指摘している<sup>(17)</sup>が、この指摘は、答案においては、まず、憲法上の権利の侵害について検討し、その後、平等違反を検討するという構成を採用すべきことを示唆しているようにも読める。

自治省(当時)に設置された「首長の大選の見直し問題に関する調査研究会」<sup>(18)</sup>は、平成11年7月27日に報告書を提出した。同報告書は、「地方公共団体の長の大選の見直しについて地方分権推進委員会の勧告や地方分権推進計画を踏まえ、大選禁止に関する立法と憲法との関係等立法上の論点について整理する」とともに、「大選禁止が憲法上許容されるとした場合」を想定して、「禁止する大選の期数、連続就任を禁止するか否か、対象とする地方公共団体の長の範囲、さらに禁止は条例等によるのかと

いった制限方式に係る論点について考え方」を、「個別の制限方式について憲法上の論点」を含めて「整理」した(1頁以下)ものであるが、「大選禁止に関する憲法上の論点としては、大選禁止は、15条の保障する立候補の自由(憲法13条の保障する幸福追求権に根拠を求める考え方もある)、14条の保障する平等原則、及び22条の保障する職業選択の自由といった憲法の保障する人権を侵害しないか、92条の保障する地方自治の本旨等に反するのではないかという点がある」と指摘し(3頁)、①「15条の保障する立候補の自由」→②「14条の保障する平等原則」→③「22条の保障する職業選択の自由」→④「92条の保障する地方自治の本旨」の順序で各論点について検討を加えている(3頁～6頁)。これに対して、「首長の大選問題に関する調査研究会」<sup>(19)</sup>が平成19年5月30日にとりまとめた報告書は、「憲法の基本原理である立憲主義及び民主主義と大選制限との関係について考察」し(3頁～9頁)、「地方公共団体の長の大選制限は、立憲主義の見地から権力をコントロールする一つの合理的な手法となりうるものと考えられ、また、民主主義の基本原理とも必ずしも矛盾するものではなく、民主主義をより実効的なものとする可能性もあるとも考えられる」(9頁)から、「地方公共団体の長の大選制限は、……立憲主義及び民主主義の観点から長の権力をコントロールする合理的な手法の一つとなりうるものであるが、一方で、基本的人権の尊重の基本原理や地方自治の原則に反するものであってはならない」の

(15) 阿部照哉「知事の大選制限」同『演習憲法』(有斐閣、1985年)243頁。

(16) 甲斐素直『憲法演習ゼミナール読本(上)』(信山社、2008年)195頁

(17) 甲斐・前掲注(16)196頁。

(18) 「首長の大選の見直し問題に関する調査研究会」の委員は、大沢秀介(座長、慶應義塾大学法学部教授(憲法))、金井利之(東京都立大学法学部助教授(行政学))、北村喜宣(横山国立大学経済学部助教授(行政学))、交告尚久(神奈川大学法学部助教授(行政学))、西尾隆(国際基督教大学教養学部教授(行政学))、毛利透(筑波大学社会科学系助教授(憲法))の六人である(肩書は当時のものである)。

(19) 「首長の大選問題に関する調査研究会」の委員は、高橋和之(座長、明治大学法科大学院教授(憲法))、岩崎美紀子(筑波大学大学院人文社会科学系研究科教授(比較政治学))、金井利之(東京大学大学院法学政治学研究科教授(行政学))、斎藤誠(東京大学大学院法学政治学研究科教授(行政学))、只野雅人(一橋大学大学院法学研究科教授(憲法))、横道清孝(政策研究大学院大学教授(地方自治論))の六人である(肩書は当時のものである)。

で、「これらに関係する規定のうち、地方公共団体の長の多選制限と関係があると考えられるものを取り上げ、多選制限がこれらの規定と抵触する可能性があるかどうかについて考察する」（10頁）と述べて、①「第14条との関係」、②「第15条との関係」、③「第22条との関係」、④「第92条との関係」、⑤「第93条との関係」を、①→⑤の順序で検討した（10頁～16頁）上で、「法律に根拠を有する地方公共団体の長の多選制限については、必ずしも憲法に反するものとは言えない」のであり、地方公共団体の長の多選制限の「問題は、すぐれて立法政策に属する問題として位置づけられる」（21頁）との見解を打ち出している。

以上の叙述から明らかになったのは、研究者が知事の大選制限の合憲性を検討する際には、憲法上の権利の侵害について検討し、その後、平等違反を検討するという構成がつねに採用されているわけではないことである。

(5) つぎに、判例を見ると、事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であるとの筆者の考えが的外れではないことは、いくつかの最高裁判決によって裏付けることができる。例えば、小売市場事件最高裁判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）は、小売商業調整特別措置法及び同法施行令の各規定の定める小売市場の許可規制が「営業の自由」（憲法22条1項）に反するかどうかを検討した後、小売商業調整特別措置法及び同法施行令の各規定が指定都市の小売市場のみを規制の対象としていることが憲法14条1項に違反するかどうかを検討している。また、レベタ事件最高裁判決（最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁）は、憲法21条1項の規定の精神に照らして「尊重に値し、故なく妨

げられてはならないものというべきである」と解される「傍聴人のメモを取る行為」の禁止又は制限について論じた後、司法記者クラブ所属の報道機関の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可し、一般傍聴人に対して禁止した裁判長の措置が憲法14条1項に違反するかどうかを検討している。さらに、指紋押なつ拒否事件最高裁判決（最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁）は、指紋押なつ制度を定めた外国人登録法の各条項が「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」（憲法13条）を侵害しているかどうかについて検討した後、「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法の前記各条項は外国人を日本人と同一の取扱いをしない点で憲法14条に違反する」<sup>(20)</sup>かどうかを検討している。

しかし他方、最判平成27年3月27日民集69巻2号419頁は、西宮市営住宅条例の規定のうち、入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求することができる旨を定める部分は憲法14条1項及び憲法22条1項に違反しないと判断したが、同判決は、まず、憲法14条1項違反を検討し、つぎに、憲法22条1項違反を検討している。この判決は、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であるとの筆者の考えとは相容れない可能性があり、この判決をどのように理解するかは一つの問題である。

下級審判例の中にも注目すべきものがある。例えば、東京地判平成12年10月5日判時1741号96頁は、松山地裁において、刑事事件の判決言渡しに際して判決要旨が司法記者クラブ加盟の記者には交付されたのにフリーのジャーナリストである原告への交付は拒否された事案について、まず、原告に対して判決要旨を交付しなかったことが、原告の報道の自由、取材の自由を侵害し、憲法21条1項に違反するかどうかを検討し、つぎに、原告に対して判決要旨

(20) さらに、堀木訴訟最高裁判決（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）も、周知のように、①25条違反→②14条違反の順序で検討を加えているが、実体的基本権と平等権が並列的に適用される場合、実体的基本権の審査を先に行った判例として、ここで挙げておく。

を交付しなかったことが司法記者クラブ加盟の記者らとそれ以外のジャーナリストを差別するもので憲法14条1項に違反するかどうか検討し、原告に対して判決要旨を交付しなかったことは憲法21条1項にもまた14条1項にも違反しないと判断した。控訴審である東京高判平成13年6月28日訟月49巻3号779頁も、①21条1項違反→②14条1項違反の順序で検討を加え、本件控訴を棄却した。

また、東京地判平成18年1月25日判タ1229号234頁も、①21条1項違反→②14条1項違反の順序で検討を加えている。事案は、次のとおりである。フリーのジャーナリストである原告は、札幌地方裁判所の職員に対し、刑事事件の判決言渡期日における傍聴席の確保と判決要旨の交付を申し入れたところ、北海道司法記者クラブ加盟の報道機関の記者には傍聴席が確保され、また、判決要旨が交付されたにもかかわらず、原告の申入れは認められなかった。また、原告は、東京地方裁判所において、刑事事件の公判期日に東京の司法記者クラブ加盟の報道機関の記者用の傍聴席に着席していたところ、東京地裁の職員から、離席するよう指示され、審理の傍聴ができなかった。原告は、上記の裁判所職員の各行為は、原告の報道の自由及び取材の自由を侵害するもので憲法21条1項に違反し、また、原告と司法記者クラブ加盟の報道機関の記者とを合理的な理由もないのに差別するもので憲法14条1項にも違反すると主張して、国（被告）に対し、国家賠償法1条1項に基づき、損害賠償金等の支払を求めた。この事案について、東京地裁判決は、札幌地裁の職員の行為について、まず、「報道の自由ないし取材の自由は、報道機関の報道行為、取材行為に対して国家機関が介入してはならないといういわゆる消極的な自由を意味するにとどまるのであり、国に対して一定の行為を請求することができるという積極的な権利まで当然に含むものではないから、報道機関が裁判所に傍聴席の確保や判決要旨の交付を請求するというような権利が、当然に報道の自由ないし取材の

自由に含まれることにはならない」と指摘しつつ、「原告に対して傍聴席が確保されず、また、判決要旨が交付されなかったことが、原告の報道の自由ないし取材の自由を侵害することになる余地はな」と判断し、つぎに、札幌地裁の職員が、傍聴席の確保及び判決要旨の交付について、北海道記者クラブ加盟の報道機関の記者と原告とを区別して取り扱ったことには合理的な理由があり、憲法14条1項に反するものではないと判断した。また、同判決は、東京地裁の職員の行為についても同様の判断を示した。

さらに、大阪地判平成19年2月16日判タ1250号87頁も、①21条1項違反→②14条1項違反の順序で検討を加えていると読むこともできる。事案は、次のとおりである。大阪市会委員会条例（以下、「本件条例」という。）12条1項は、「委員会は、議員のほか傍聴を許さない、但し、報道の任務にあたる者その他の者で委員長長の許可を得たものについては、この限りでない。」と規定していたところ、フリージャーナリストである原告は、大阪市議会財政総務委員会委員長から同委員会の傍聴を許可しない旨の処分を受けたため、①地方公共団体の議会における委員会の会議を原則非公開とし、その傍聴を委員長長の許可にかからせている本件条例12条1項は、国民の知る権利及び報道機関の取材の自由を保障した憲法21条1項に違反し、無効である、②市政記者クラブ所属の記者の傍聴のみを許可するとしている大阪市会先例314は、憲法21条1項、14条1項に違反し無効である、などと主張して、国（被告）に対し、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料等の支払を求めた。

大阪地裁判決は、まず、本件条例12条1項の規定が、議員以外の者の委員会の傍聴を委員長長の許可の判断にゆだねていることが、国民（住民）の様々な意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由を保障する憲法21条1項に反するものではなく、また、本件条例12条1項の規定が、報道の任務に当たる者

についても、委員会の傍聴を委員長の許否の判断にゆだねていることは、取材の自由を保障した憲法21条1項に反するものでもないと判断した。そして、つぎに、同判決は、委員長が、本件条例12条1項に基づく委員会の傍聴の許否の判断に当たり、本件先例に依拠して、原則として大阪市政記者クラブ所属の記者にのみ傍聴を許可するという運用をすることは、憲法21条1項に違反するというはできず、また、合理的な理由なくして同クラブに所属する記者とそれ以外の報道機関ないし記者を差別するものとして憲法14条1項に違反するということもできないと判断したが、この判断においては、本件条例12条1項に基づく委員会の傍聴の許否の判断に当たり、本件先例に従って、報道機関のうち市政記者クラブに所属する報道機関（市政記者クラブ所属の報道関係者）と、原告のようなフリージャーナリストを含めたそれ以外の報道関係者とを区別して取り扱うことの合理性が詳しく検討されている。

以上において紹介した判例は、最判平成27年3月27日民集69巻2号419頁を除いて、事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であるとの筆者の考えが的外れではないことを裏付けていると見ることができよう。<sup>(21)</sup>

(6) さらに、学説を見ると、自由権審査と平等審査との関係について説明を加えている教科書として戸波江二の教科書を挙げることができる。戸波は、「平等違反と一般人権規定違反との関係」について、「たとえば、公務員の政治活動の禁止に関して、政

治活動の自由を保障する憲法21条違反を論ずるのか、一般国民と区別して特別に公務員の人権を制限するものとして憲法14条違反を論じるのかが問題となる」が、「人権規定違反と平等違反が同時に問題となった場合に、原則として事例にもっともふさわしい人権規定が優先されるべきである」と主張している。そして、戸波は、「公務員の政治活動の例では、国民との不平等よりも、公務員の政治的な意見表明を制約している言論規制法としての側面を重視して、憲法21条違反がまず問題とされるべきであろう」が、「女性差別、外国人差別など、特定のグループに対する差別的不利益がとくに問題となる場合には、平等違反の争点前面に出よう」と指摘している。<sup>(22)</sup>このように戸波は、筆者の考えとはやや異なり、「人権規定違反と平等違反が同時に問題となった場合に、原則として事例にもっともふさわしい人権規定が優先されるべきである」との見解を主張している。<sup>(23)</sup>

すでに述べたように、自由権審査と平等権審査との関係は、ドイツでは、基本権競合論の一つの論点として位置付けられるが、日本の教科書においても、基本権競合論に言及しているものもある。例えば、宍戸常寿は、「三段階審査の手法を全面的に活用して」<sup>(24)</sup>書かれている教科書の中の「基本権の競合」という項目において、「基本権の競合があるとみなさざるをえない場合は、それぞれの基本権に照らして基本権制限の合憲性が判断されることになる」ところ、「外国人に対してだけ指紋押なつを強制する場合、それは憲法13条の保障する『みだりに指紋の押なつを強制されない自由』と憲法14条が保

(21) 憲法14条1項に関する判例は膨大な量の蓄積を見せており、ここで紹介すべき判例を見落としている可能性も高い。憲法14条1項に関する判例については、戸松秀典・今井功編『論点体系 判例憲法1』(第一法規, 2013年) 118頁以下〔戸松秀典・君塚正臣執筆〕によって手際よく整理されている。

(22) 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい, 1998年) 193頁以下。

(23) 周知のように、日本では極めて多くの教科書・概説書が出版されており、筆者がそのすべてに目を通すことは不可能であるため、見落としがあることは否定できず、従って、戸波の教科書以外にも自由権審査と平等審査との関係(審査の順序)について言及されているものがある可能性も否定できないことを付言しておく。

(24) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗著『憲法I』(日本評論社, 2016年)「はしがき」。

障する法の下での平等の両方が関わっていると考えざるをえない」から、「どちらの基本権制限に対しても、合憲性の判断をしなければならない」と説いている。<sup>(25)</sup>しかし、宍戸も、「憲法13条の保障する『みだりに指紋の押なつを強制されない自由』と憲法14条が保障する法の下での平等を両方が関わっている」ので、「どちらの基本権制限に対しても、合憲性の判断をしなければならない」場合に、「どちらの基本権制限」の「合憲性の判断」を先にしなければならないのか、という「合憲性の判断」の順序については、全く述べていない。

また、同じ教科書の別の箇所では、渡辺康行は、「平等原則と憲法上保障された実体的な権利は競合するが多い」と指摘しつつ、競合事例の類型化を行っている。渡辺によると、「①実体的権利のなかに差別禁止が含意されている場合は、実体的権利が優先的に問題とされる。……②実体的権利に対する制約が平等原則審査に吸収される場合は、平等原則が優先的に適用される。例えば、サラリーマン税金訴訟……などはこの類型の事例である。③実体的権利と平等原則が異なった観点から、並列的に審査

される場合もある。例えば、学生無年金訴訟判決……はこの事例である。その他、実体的権利が観念されない場合は、競合が生ぜず、平等原則が専ら審査される。例えば、国籍法違憲判決（……）などである。<sup>(26)</sup>しかし、渡辺も、「③実体的権利と平等原則が異なった観点から、並列的に審査される場合」における、実体的権利の審査と平等原則の審査の順序については、まったく述べていない。<sup>(27)</sup>

なお、「法律書としては異例なほど多くの読者を得て増刷を重ねた」<sup>(28)</sup>事例研究書は、大阪地判平成19年2月16日判タ1250号87頁をモデルとした事例問題を掲載しているが、この問題の解説においては、①報道の自由・取材の自由→②法の下での平等の順序で検討が加えられている。<sup>(29)</sup>

(7) 以上において、まず、筆者が、司法試験等で出題される事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であると考えてきた経緯・理由（の一つ）を説明した。そして、つぎに、判例・学説を検討してみると、上記の考えは、判例はともかく、少なくとも

(25) 渡辺ほか・前掲注(24)64頁〔宍戸常寿執筆〕。

(26) 渡辺ほか・前掲注(24)139頁以下〔渡辺康行執筆〕。

(27) なお、渡辺の類型論における類型①と類型②は、小山剛の類型論における類型①と類型②に対応していると推測されるが、渡辺は小山の言い回しとやや異なる表現を使用している。すなわち、小山が、「①差別禁止が自由権に当然に含意されており、自由権のみの審査が行われる場合、②自由に対する侵害であることは、平等権の審査に吸収され、平等権のみの審査が行われる場合」と述べているのに対して、渡辺は、「①実体的権利のなかに差別禁止が含意されている場合は、実体的権利が優先的に問題とされ」、「②実体的権利に対する制約が平等原則審査に吸収される場合は、平等原則が優先的に適用される」と述べている。渡辺が、自由権又は平等権「のみの審査が行われる」という言い回しに代えて、実体的権利が「優先的に問題とされる」、あるいは平等原則が「優先的に適用される」という言い回しを使っている趣旨又は意図は必ずしも明確ではないが、本稿は、類型③を検討の対象としており、類型①及び類型②に関する渡辺の論述をどのように理解するかという点について検討する必要は必ずしもないので、ここでは、小山の類型論と同じ内容であると暫定的に理解しておく。

(28) 木下智史・村田尚紀・渡辺康行編『事例研究憲法〔第2版〕』（日本評論社、2013年）「第2版はしがき」

(29) 木下ほか・前掲注(28)374頁以下〔山元一執筆〕。なお、同書185頁以下〔山元一執筆〕は、学生無年金訴訟を素材とした事例問題を掲載しているが、この問題の解説では、①生存権→②法の下での平等の順序で検討が加えられている。また、市川正人・曾和俊文・池田直樹編『ケースメソッド公法第3版』（日本評論社、2012年）358頁以下〔阪田健夫執筆〕も学生無年金訴訟を素材とした事例問題を掲載している。同書362頁は、「憲法25条と憲法14条とは別個の規範であるのだから、法律の合憲性を判断するにあたっては、憲法14条適合性と憲法25条適合性とを別個に検討する必要がある」と指摘しているが、憲法14条適合性と憲法25条適合性をどのような順序で検討すべきかについては述べられていない（憲法25条適合性を先に検討することが前提とされているようにも読めるが）。

学説において必ずしも確立しているとはまでは言えないことを示した。<sup>(30)</sup>

### III ドイツの学説・判例

#### 1 序論

筆者が、事例問題において自由権侵害と平等違反が同時に問題となったときは、自由権侵害の問題を論じた後に平等違反の問題を論じるというのが通常の手順であると考えてきた経緯・理由の一つは、以上のとおりであるが、もう一つの経緯・理由として、ドイツの判例・学説に目を向けると、筆者の考えが必ずしも外的外れではないことが裏付けられるという事情もある（どちらかと言えば、後者が決定的であると言えるかもしれない）。ドイツでは、司法試験問題の答案作成に重点を置いた教科書や演習書が数多く出版されている。以下では、これらの教科書や演習書において、自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）についてどのような説明がなされているかを見ることにしたい。

#### 2 学説

(1) まず、三段階審査の「図式に基づき、基本権論の全領域を stark な文体で描き切って、ドイツの法学教育界を席卷し」、「かつての定番コンラート・ヘッセを一挙に駆逐した」と評された<sup>(31)</sup>ピエロート／シュリンク (Bodo Pieroth/Bernhard Schlink)<sup>(32)</sup>の教科書を引き継いだキンググリーン／ポッシャー<sup>(33)</sup> (Torsten Kingreen/Ralf Poscher) の教科書を見てみると、次のような説明がなされている。

ある基本権主体の自由が制約されている場合、当該基本権主体は、自由を制約されていない他の基本権主体と比べて不平等に取り扱われているが、自己の自由を制約されたある基本権主体にとって、他の基本権主体との平等取扱いは問題とならない。平等取扱いは、当該基本権主体の自由のみならず、他の基本権主体の自由を制約することによっても作り出すことができるが、当該基本主体は、このことを達成しようとしているわけではなく、自己の自由の制約を正当化されないものであるとして阻止しようとしているのであり、かりに当該制約がこの基本権主体のみならず、他の基本権主体に向けられていたとしても、当該制約を同じように阻止しようとしている<sup>(34)</sup>。当該基本権主体の自由の制約が正当化された場合に限り、当該基本権主体にとって、平等取扱いが問題となる。すなわち、当該基本権主体の自由が正当化されるのと同じ正当化理由によって他の基本権主体の自由も制約することが可能であるが、他の基本権主体の自由が制約されていない場合に限り、当該基本権主体にとって平等が問題となり得る。この場合も、他の基本権主体とともに当該基本権主体も制約から免れさせることによってのみならず、他の基本権主体の自由をこの基本権主体の自由と同じように制約することによっても、平等取扱いは作り出すことが可能であって、この人は、このリスクを引き受けなければならない、平等取扱いが自分に有利な仕方で作られられるという期待以上のものは、当該基本主体に残されていない。そして、この期待は、たいていの場合に裏切られる。特殊的な自由制

(30) 筆者の調査が不十分であるかもしれないが、筆者が調査した限りでは、自由権審査と平等審査の関係（審査の順序）について自覚的に論じているのは、小山剛（小山・前掲注(11)34頁及び105頁以下）と戸波江二（戸波・前掲注(22)193頁以下）だけである。

(31) 石川健治「憲法解釈学における『議論の蓄積志向』—『憲法上の権利』への招待」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）15頁以下（16頁）。

(32) ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）は、*Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999*の翻訳。

(33) *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016.*

(34) *Kingreen/Poscher (Fn. 33), S. 85 [Rn. 357].*

約の正当化理由は、たいていの場合、その中に他の基本権主体との不平等取扱いの正当化も構想されているほどに特殊である、と。<sup>(35)</sup>

キンググリーン／ポッシャーは、具体例として1994年3月9日連邦憲法裁判所第二法廷決定を挙げている。同決定は、カナビス（マリファナ、ハシシュ等）を無許可で取り扱うことを処罰する規定について、まず、基本法2条1項及び基本法2条2項2段を基準として審査し、合憲であるとの判断を示した後に、基本法3条1項を基準として審査し、取扱いが処罰されるカナビスと処罰されないアルコール及びニコチンとの不平等取扱いは正当化されると判断した。<sup>(37)</sup>

また、キンググリーン／ポッシャーは、1993年6月24日連邦憲法裁判所第一法廷決定の参照を求めている。教科書の中では、同決定に関する説明はなされていないが、参考資料として、以下に紹介しておきたい。本決定においては、ハシシュの使用が、自動車運転の適性に関する医学的・心理学的鑑定を求めることを正当化する要件が争点となった。事実の概要は次のとおりである。憲法異議申立人は、郊外の駐車場に停車していた自動車において知人とともに職務質問を受け、警察は、約0.5gのハシシュを押収した。両名に尋問した結果、職務質問を受ける前に、知人は約2gのハシシュを、それを試しに吸ってみるために、デュッセルドルフ旧市街で入手し、憲法異議申立人と偶然にレストランで会い、一緒にJoint（薬物入りの巻きたばこ）を吸おうと誘った。憲法異議申立人は、事情聴取において、ハシシュを初めて吸飲したと述べた。その後、刑罰を科

せられない「共同吸引」であるとして、異議申立人に対する捜査は中止された。さらに、警察は郡長に本件の情報を提供し、交通官庁は、異議申立人に対して、薬物使用の故に運転適性に疑問があると通知し、医学的・心理学的鑑定書の提出を求めた。しかし、憲法異議申立人は鑑定書を提出しなかったため、事実解明に協力することの拒絶から運転適性の欠如が帰結されるとして、官庁は異議申立人から運転免許を剥奪した。憲法異議申立人は、行政裁判所に訴えを提起し、行政裁判所は運転免許剥奪の処分を取り消したが、上級行政裁判所はこれを変更し、訴えを斥け、連邦行政裁判所も上告を斥けた。本件憲法異議の訴えは、上級行政裁判所判決及び連邦行政裁判所決定に向けられたものであるが、連邦憲法裁判所は、1992年3月19日連邦行政裁判所決定及び1991年11月8日ノルトライン・ヴェストファーレン州上級行政裁判所判決は基本法1条1項と結び付いた2条1項に基づく憲法異議申立人の基本権を侵害すると判断し、事案を上級行政裁判所に差戻した。連邦憲法裁判所は、まず、上記の判決・決定が基本法1条1項と結び付いた2条1項に違反するかどうかを検討する。連邦憲法裁判所は、道路交通許可規則15b条2項の合憲性それ自体に疑問の余地はないが、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所は、道路交通許可規則15b条2項の解釈において一般的人格権を十分に考慮しておらず、とくに、この解釈が比例原則に合致しない基本権制約をもたらしてはならないことに注意を払っていないと判断した。つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法3条1項違反を検討し、次のように判断した。憲法異議の訴えによって攻撃

(35) *Kingreen / Poscher* (Fn. 33), S. 85 [Rn. 358].

(36) BVerfGE 90, 145. この決定については、白川靖浩「ドイツの薬物事情（上）、（中）、（下の1）、（下の2・完）」警察学論集47巻12号（1994年）125頁以下、48巻1号（1995年）115頁以下、2号（1995年）124頁以下、3号（1995年）178頁以下、工藤達朗「酩酊の権利？—ハシシ（Cannabis）決定—」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村修編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）42頁以下（工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009年）66頁以下に収録。）によって紹介・検討がなされている。

(37) *Kingreen / Poscher* (Fn. 33), S. 85 [Rn. 359].

(38) BVerfGE 89, 69.

(39) *Kingreen / Poscher* (Fn. 33), S. 85 [Rn. 359].

されている判決等をした裁判所は、交通官庁が、鑑定を求める際に、飲酒の場合の一般的実務において行われているよりもはるかに厳しい基準を適用してきたことを容認したが、ハシシユとアルコールの間には差異があることは確かであるとしても、官庁の実務が依拠している指針の定める程度の不平等取扱いを正当化し得る十分な根拠は必ずしも容易に分かるものではない、と<sup>(40)</sup>。このように連邦憲法裁判所は、1993年6月24日の決定において、①基本法1条1項と結び付いた2条1項→②基本法3条1項の順序で合憲性判断をした。

(2) レーゲンスブルク大学教授のマンセン（Gerrit Manssen）は、自由主義国家体制にとっては、自由が平等に優先するが、平等は、独裁体制においても達成できることを理由として、答案においては、まず自由権の審査を行い、その後、平等権の審査を行うという構成をとることになると指摘している<sup>(41)</sup>。マンセンは、1981年7月14日連邦憲法裁判所第一法廷決定を素材として、以下のような事例問題を作成している<sup>(42)</sup>。

ある州において、同州において出版された文献を完全に収集し、住民がこれを利用できるようにするために、すべての印刷物について、特定の図書館に無償で納本をすることが法律上義務付けられていたところ、極めて高価な印刷物を極めて少ない部数に限定して制作している出版社が憲法異議の訴えを提起した。基本権侵害は存在するか。

マンセンは、この事例問題についての解答例を示しているが、解答例においては、所有権（基本法14条）の侵害を検討した後に、一般平等原則（基本法3条1項）違反<sup>(43)</sup>を検討している。その後、マンセンは、答案においては、問題となるすべての基本権を検討しなければならないこと、その際に、平等権の前に自由権を検討し、同じグループの中では一般的な権利の前に特殊な権利を検討するというのが検討の順序であることを覚えておくようにとの注意を述べている<sup>(44)</sup>。

また、マンセンは、自由権と平等権を「混ぜ合わせている」判例、例えば、「基本法3条1項の平等原則及び基本法20条1項、28条1項1文の社会国家原理と結び付いた基本法12条1項」から、国家の創出した教育制度の枠内において、自己の選択した大学での学修への自由かつ平等のアクセスを求める権利が導き出されると判示した2013年5月8日連邦憲法裁判所第一法廷決定<sup>(45)</sup>を紹介した上で、このようなやり方を「ごた混ぜ審査（Mischmasch-Prüfung）」と揶揄しつつ、試験の答案では、これをしないように忠告している。マンセンによると、その理由は、このようなやり方で答案を作成しても、答案作成者は訓練によって修得した知識をぶちまけただけであって、法を適用できることを示していないという点にある<sup>(46)</sup>。

(3) 以上において紹介した学説以外にも、例えば、2008年に初版が出版された後、2017年にはすでに第6版が出版されているミヒャエル／モルローク（Lothar Michael/Martin Morlok）の教科書も、司

(40) BVerfGE 89, 69 (82 ff.).

(41) *Gerrit Manssen*, Staatsrecht II Grundrechte, 14. Aufl. 2017, S. 9 ff. [Rn. 37 f.].

(42) BVerfGE 58, 137.

(43) *Manssen* (Fn. 41), S. 10 f. [Rn. 38].

(44) *Manssen* (Fn. 41), S. 10 f. [Rn. 38].

(45) BVerfGE 134, 1 (13).

(46) *Manssen* (Fn. 41), S. 9 [Rn. 37]. *Michael Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 338 [Rn. 155] も、他の基本権の保障と平等原則の保障を並列的に適用するのではなく、「基本権結合（Grundrechtskombinationen）によって処理することに懐疑的な考えを示している。連邦憲法裁判所が最近の判例で用いている「基本権結合」については、別途検討を加える予定である。

法試験等の事案処理においては、原則として、まずは、自由権を別個独立に審査し、その後、平等権を審査しなければならない（また、平等権は、場合によっては、例えば、基本法3条1項と結び付いた12条1項のように、自由権と結び付いて審査しなければならないこともある。）と指摘している<sup>(47)</sup>。また、オスナブリュック大学教授のイプゼン（Jörn Ipsen）も、原則として、自由権を平等権の前に平等権と分離して審査しなければならないと説いている。何故なら、平等権は、他の基本権主体との比較を求めるものであり、その点において異なる種類の審査を求めるものだからである<sup>(48)</sup>。さらに、ハノーファー大学教授のブツァー（Hermann Butzer）と同じくハノーファー大学教授のエッピング（Volker Epping）の共著も、「基本権審査における特別の優先ルール」の一つとして、「通常の事案において自由権は平等権の前に審査される」というルールを—とくに理由を示すことなく—挙げている<sup>(49)</sup>。加えて、イーノ・アウクスベルク（Ino Augsberg）、シュテフェン・アウクスベルク（Steffen Augsberg）、シュヴァーベンバウアー（Thomas Schwabenbauer）の若手研究者3人による演習書は、事例問題の前に「国法における事案処理の方法論」を詳しく解説しているが、その中で、

基本権審査において複数の基本権を検討する際に「特別の審査の順序」を遵守しなければならないわけではないと指摘しつつも、審査はもっとも特殊な基本権から始めるべきであり、さらに、—とくに理由を示すことなく—自由権の審査に引き続いて平等権の審査を行うべきである（「平等権の前に自由権を」と説いている<sup>(50)</sup>。のみならず、司法試験対策を強く意識して執筆されたシュミット（Rolf Schmidt）の教科書も、国の措置によって自由権と平等権が両方とも影響を受ける場合、原則として自由権と平等権が並列的に適用可能であるとの見解を示しつつ、「この場合、鑑定意見作成の技術としては（gutachtentechnisch）、平等権の前に自由権を審査するべきである」と指摘している<sup>(51)</sup>。

(4) これに対して、上記の諸学説とはやや異なり、自由権審査と平等審査の順序は、「実用的な（zweckmäßig）重点設定の問題<sup>(53)</sup>」であると説く学説もある。例えば、シュタルク（Christian Starck）は、自由権の侵害と一般平等原則の違反の主張が同時になされた場合、自由権を基準とした審査から始めるのが実用的であると説いている<sup>(54)</sup>。また、グーベルト（Manfred Gubelt）は、シュタルクの見解の参照を求めつつ、平等審査に際しては自由権における価値決断に注意を払わなければならないので、

(47) *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, S. 373 [Rn. 770].

(48) *Jörn Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 20. Aufl. 2017, S. 40 [Rn. 135].

(49) *Hermann Butzer/Volker Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl., 2006, S. 22.

(50) *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Thomas Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2016, S. 106.

(51) Gutachtentechnischには、「鑑定意見作成の技術としては」との訳語を当てたが、「答案作成の技術としては」と訳してもよいかもしれない。

(52) *Rolf Schmidt*, Grundrechte, 21. Aufl. 2017, S. 23 [Rn. 18]. なお、シュミットは、当該事実がより強い関連性を有している場合には、平等権によって自由権の適用が排除されると指摘し、当該事実がより強い関連性を有している場合について検討を行っているが（*Schmidt* (Rn. 52), S. 69 f. [Rn. 141]）、ここでは紹介しない。シュミットによる上記の検討は、小山と渡辺の類型論における類型②にどのような事例が当たるのか、という問題点にかかわるもので、筆者は、この問題点についても立ち入った検討が必要であると考えている。

(53) *Sigrid Boysen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 203.

(54) *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 300.

自由権から始めるのが実用的であると説いている。<sup>(55)</sup> さらに、ホイン（Werner Heun）も、シュタルクとグーベルトの見解の参照を求めつつ、平等審査それ自体の適切性及び審査の順序は、論理的根拠ではなく、実用主義的根拠が決定する、と説いている。ホインによると、審査の重点又は憲法違反の可能性が一義的に平等違反に存しない場合、自由権から始めるのが実用的である。何故なら、不平等取扱いの正当化の枠内においては、平等の価値開放性の故に、自由権の価値判断が考慮されなければならないからである。<sup>(56)</sup> 加えて、ヤーラス（Hans D. Jarass）も、シュタルクの見解の参照を求めつつ、希少財（例えば、大学の在籍権、交通法上の許可）が問題となっているところでは、重点が自由権にあるのが通例であると説いている。<sup>(57)</sup>

最後に、シュヴァーベ（Winfried Schwabe）の筆になる司法試験対策演習書の説明を見てみよう。同書は、上記の諸学説等を引用しつつ、平等権の前につねに自由権を審査しなければならないという強制的ルールがあると多くの学生が誤解しているが、このようなルールは、存在しないこと、自由権と平等権という二つの種類の基本権は等価値的に並列しており、それ故、別個独立に、かつ、「具体的事案にとってその時々」に『実用的な』順序で検討することができるのが原則であり、その帰結として、ある事案の重点が、明らかに基本法3条1項に基づく平等原則の違反にある場合は、平等原則から始める

こともできることを指摘している。<sup>(58)</sup>

自由権審査と平等審査の順序は「実用的な重点設定の問題」であるとする考え方と、自由権審査を平等審査の前に行くが原則であるとする考え方は、たしかに理論的出発点において相違があるが、しかし、実質的には大きな相違はないと思われる。何故なら、前者の考え方に立っても、通常の場合には自由権審査から始めるのが実用的であると考えられるからである。なお、後者の考え方も、自由権審査をつねに平等審査の前に行わなければならないというのではなく、平等審査を自由権審査に先行して行う場合があることも当然の前提としている。そして、審査の重点又は事案の重点が明らかに平等違反にある事例は、後者の考え方に立ったとしても、自由権審査の前に平等審査を行う場合に当たるように思われる。

(5) 以上において述べたように、教科書等の記述から判断する限り、ドイツの法学教育（司法試験等の筆記試験における答案作成）においては、平等審査の前に自由権審査を行うのが作法とされていると見ることができるのではないかと考えられる。<sup>(59)</sup>

### 3 事例問題

(1) ドイツの法学教育（司法試験の答案作成）においては、平等審査の前に自由権審査を行うのが作法となっていることは、演習書に掲載されている事例問題においても確認することができる。以下、演習

(55) *Manfred Gubelt*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* Bd. I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 105.

(56) *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 139.

(57) *Hans D. Jarass*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 3.

(58) *Winfried Schwabe*, *Lernen Mit Fällen Staatsrecht II Grundrechte*, 3. Aufl. 2016, S. 301 f.

(59) なお、自由権と平等原則との関係についての説明はなされているが、自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）については明確に述べていない教科書もあることも指摘しておかなければならない。例えば、*Christian Bumke/Andreas Voßkuhle*, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. Aufl. 2015; *Volker Epping*, *Grundrechte*, 6. Aufl. 2015; *Friedhelm Hufen*, *Staatsrecht II Grundrechte*, 5. Aufl. 2016が、それである。また、司法試験対策を意識した教科書である *Daniela Schroeder*, *Grundrechte*, 2009, S. 36 [Rn. 118] は、自由権と平等権は並列の関係（いわゆる観念的競合）にあると説明しているが、自由権審査と平等審査の順序については述べていない。

書に掲載されている事例問題のいくつかを紹介することにしたい。

まず、パッサオ大学教授ヘックマン (Dirk Heckmann) の執筆した演習書を見てみよう。同書に収録されている「事例5 通信販売の禁止」は、次のような事例問題である。<sup>(60)</sup>

子供と少年の潜在的攻撃性の増加は、とくに戦争玩具の使用、とりわけ暴力を賛美するコンピューターゲームに原因があることが研究によって明らかになり、立法者は、子供と少年に対する戦争玩具の販売を制限する法律 (反戦争玩具法) を制定した。同法によると、子供及び青少年に対する戦争玩具の販売は、親権者の立ち合いの下で、かつその明示的な許可を得た場合に限り許される。さらに、同法により、戦争玩具については、とりわけインターネット販売を阻止するために、通信販売は絶対的に禁止された。何故なら、通信販売においては、十分なコントロール手段が存在しないからである。通信販売禁止の違反に対しては、秩序違反として、過料が科せられる。

A 有限会社とB合名会社は、オンライン玩具店を営んでいる。両者は、オンライン・ショップでもっぱらインターネットを通して玩具を販売している。A社は、戦争玩具の販売が売上高の主要な部分を占めており、それが今後は完全に失われる。B社は、インターネットを通してもっぱらBallerspieleを販売しており、自らを「オンライン・ファイティング・ゲーム・トレーダー」だと考えていた。A社及びB社は、直ちに連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起した。憲法異議の訴えが成功するかどうかを検討しなさい。<sup>(61)</sup>

ヘックマンは、解説において、まず、法律 (反戦争玩具法) が12条1項に違反するかどうかを検討した後、当該法律が一般平等原則 (基本法3条1項) に反するかどうか (玩具販売業者を戦争玩具という同一の商品の販売経路の観点から区別して扱っていること、すなわち、玩具販売業者のあるグループは当該商品を (限定的に) 販売できるのに対して、他のグループには絶対的販売禁止が適用されることが憲法上正当化されるかどうか) を検討している。<sup>(62)</sup> ヘックマンの解説は、答案においても、①基本法12条1項違反→②基本法3条1項違反の順序で論述することを求めているように読めるが、上記の順序で論述すべき理由は述べられていない。

(2) つぎに、ゲルゼンキルヒェン行政裁判所裁判官を経てキール大学教授を務めるブリューニング (Christoph Brüning) とヴェルツブルク大学教授ズゥアバウム (Joachim Suerbaum) の共著の演習書を見てみよう。同書に掲載されている「事例12 広告禁止」は、次のような事例問題である。<sup>(63)</sup>

90年代初頭から、社会におけるアルコール飲料の軽率な扱いが広く流布し、受け入れられたために、少年によるアルコール飲料の消費がますます増加していた。アルコール飲料の製造業者は、人気のあるテレビ番組や儲かるスポーツ行事・文化行事のスポンサーとなることによって、また、独特な広告やスポットコマーシャルによって、その製品がポジティブでかつ危険のないものであると描き出すことに習熟して、アルコール飲料の製造業者の激しい広告も消費の増加に著しく貢献している。そして、少年期における飲酒が長期的な健康被害を惹起すること—これは実証されている—にかんがみて、連邦議会は少年保護法を改正し、ラジオ、テレビ、又は、

(60) Dirk Heckmann, Die Zwischenprüfung im Öffentlichen Recht, 2006, S. 107 f.

(61) 本問は、訴訟要件を検討した後、法律の憲法適合性を検討することを求めているが、本稿は、訴訟要件については触れない。以下の本文で取り上げる事例問題においても、同様に訴訟要件の検討は行わない。

(62) Heckmann (Fn. 60), S. 112 ff.

(63) Christoph Brüning / Joachim Suerbaum, Examensfälle zum Öffentlichen Recht, 2005, S. 204 f.

少年向けの新聞及び雑誌においてアルコール飲料の宣伝をすることを禁止する16a条を挿入するとともに、秩序違反の対象を16a条違反にも拡張した。

V有限会社は、月間の少年雑誌を含む宗教的出版物を発行している出版社である。V社が出版している少年雑誌には、ビール醸造業者等による広告とたばこ製品の広告が掲載されていたが、少年保護法改正法の発効後も上記の広告を掲載していたため、V社は過料を科せられた。V社は、異議を申し立て、出版の自由や営業の自由が侵害されていることに加えて、財力のあるパートナーの広告は、宗教的内容を有する出版物の頒布という目的を達成する手段であり、このような広告がなければ、小規模の出版社が少年雑誌を出版することは経済的に不可能であると主張した。また、V社は、アルコール飲料と同じ程度に健康を危険にさらすたばこ製品については、プレスにおいて広告をすることが許され、また、映画がアルコール飲料の広告禁止の対象とされていない点において、不当に扱われていると考えている。

区裁判所は、16a条が基本権を侵害するもので違憲であると確信し、手続を中止して連邦憲法裁判所の決定を求めた。連邦憲法裁判所はどのような判断をするか。

解説においては、「実体的憲法適合性」について、アルコール飲料製造業者の基本権の侵害、出版社及び放送事業者の基本権の侵害、広告代理店の基本権の侵害、消費者の基本権の侵害が順次検討されているが、アルコール飲料製造業者の基本権の侵害については、①基本法12条1項→②基本法14条1項（→③基本法2条1項）→④基本法3条1項（たばこ製

品についてはプレスにおける広告が許されている点で、アルコール飲料の広告とたばこ製品の広告は異なる扱いがされている。）の順序で検討が加えられている。<sup>(64)</sup>もつとも、上記の構成を採用する理由は述べられていない。

(3) また、「ドイツの法学教育界を席卷し」、現在も弟子によって引き継がれている教科書の執筆者の1人であるミュンスター大学教授ピエロートなどによって編集された、レポート（Hausarbeit）作成を指導するための問題集には、以下のような事例問題<sup>(66)</sup>が掲載されている。

P政党の州役員Lは、Pの所在地であるX市の市立講堂で州党大会を開催するために、X市の市長Bに講堂の貸与を申請した。P政党は、国勢調査の実施に反対の立場をとっており、指導的な議員や直前に終了した連邦大会は、無作為抽出による調査のボイコットを呼びかけていた。具体的事情からして、予定されている州大会でもボイコットの呼びかけが決議されるだろうと推認されたため、Bは、申請を認めるための条件として、州大会の実施との関連において国勢調査のボイコットを呼びかけないことを義務付けることにした。Bは、条件を付ける理由として、法律により国勢調査のボイコットは過料が科せられ、それ故、ボイコットの呼びかけは秩序違反法によると秩序違反であることを挙げた。しかし、Lは、この条件を受け入れるつもりはなく、市立講堂の無条件の貸与に固執したため、Bは申請を認めなかった。Lは、仮の権利保護を求めて訴えを提起したが、すべて斥けられた。州大会は、その後、別の場所で実施されたが、Lは、憲法異議の訴えを提

(64) *Brüning/Suerbaum* (Fn. 63), S. 210 ff. また、同書には、極右、極左及びその他の過激主義的な信念の表現形式、とくに、上記の世界観の集団標識及びシンボルとして役立つ服装及び装身具を学校の敷地において禁止する法規定の憲法適合性を論じることを求める問題が掲載されているが、解説においては、①基本法5条1項1文→②基本法4条1項及び2項→③基本法2条1項→④基本法3条3項1文の順序で検討が加えられている（*Brüning/Suerbaum* (Fn. 63), S. 187 ff.）。

(65) *Bodo Pieroth/Christoph Görisch/Bernd J. Hartmann* (Hrsg.), *Hausarbeit im Staatsrecht*, 3. Aufl. 2015, S. 186 ff.

(66) *Christoph Görisch*, *Parteitag in städtischen Aula*, in: *Pieroth/Görisch/Hartmann* (Fn. 65), S. 186 f.

起した。憲法異議の訴えが成功するかどうかを検討しなさい。

この事例問題の解説を担当したゲーリッシュ (Christoph Görisch) は、①Lに対する無条件貸与の拒否が基本法21条1項(政党の自由)に違反するかを検討した後で、②Lに対する無条件貸与の拒否が基本法21条1項と結び付いた基本法3条1項に違反する<sup>(67)</sup>かを検討している。もっとも、上記の順序で検討する理由は述べられていない。

この本には、男性に対する女性の性的影響力を使用した画像による広告をテレビ、映画館、ポスター及び印刷物において行うことを禁止し、違反したときには過料を科すと定める法律の合憲性を検討<sup>(68)</sup>することを求める事例問題も掲載されているが、この事例問題の解説においては、①基本法5条1項1文(意見表明の自由)→②基本法5条1項2文(プレス<sup>(69)</sup>の自由)→③基本法5条3項(芸術の自由)→④基本法12条1項(職業の自由)→⑤基本法14条1項(所有権の保障)→⑥基本法103条2項(遡及処罰の禁止)→⑦基本法3条2項1文、3項1文の順序で法律の合憲性が検討<sup>(69)</sup>されている。

(4) さらに、「国家組織法」の教科書の著者として知られるデーゲンハルト (Christoph Degenhart) が執筆した演習書を見てみよう。同書には、以下<sup>(70)</sup>のような事例問題<sup>(71)</sup>が掲載されている。

学校において発作的精神錯乱者によって人が殺傷される事件が発生したため、連邦政府は、武器の取扱いに熟知していない子ども、青少年及びその他の人が武器を手にしないように武器法の改正しようと

した。改正法によると、武器の所有者又は所持者が地域の伝統的団体に属する射撃者であったときは、各団体の内部において、安全基準に適合した容器で保管しなければならず、地方公共団体は、保管規定の順守を監視しなければならない。さらに、銃器は一定の規格に適合した容器で保管しなければならない。連邦大統領は、この法律を認証することに懸念を抱いており、同法に署名することを拒否してよいのか、それどころか拒否しなければならないのかを知りたいと考えている。

デーゲンハルトは、この事例問題の解説において、改正法の合憲性について、①基本法2条1項(一般的行為の自由)→②基本法3条1項(スポーツ射撃の射撃者と猟師を銃器の保管規制の点において異なって扱っていることが一般平等原則に反しない<sup>(72)</sup>)の順序で検討を加えている。

また、同じ著者による別の演習書<sup>(73)</sup>では、閉店時間の規制に関する事例問題が掲載されている。

A州は、小売業における労働時間規制に関する法律を制定した。同法は、22時から6時までの夜間及び日曜祭日の一般的閉店を定めるとともに、駅及び空港についての例外を含んでいた。また、家族以外の労働者を雇用しておらず、所有者によって経営されている家族経営の小売商も同法の適用から除外していた。安売りのスーパーマーケット・チェーンの経営者が同法に対して憲法異議の訴えを提起した。憲法異議の訴えの勝訴の見込みを検討しなさい。

デーゲンハルトは、この事例問題の解説におい

(67) Görisch, in: Pieroth/Görisch/Hartmann (Fn. 65), S. 196 ff.

(68) Tobias Aabel, Gesetz gegen sexualisierte Werbung, in: Pieroth/Görisch/Hartmann (Fn. 65), S. 99 ff.

(69) Aabel, in: Pieroth/Görisch/Hartmann (Fn. 65), S. 105 ff.

(70) Christoph Degenhart, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 32. Aufl. 2016.

(71) Christoph Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 3. Aufl. 2013, S. 148 [Rn. 399].

(72) Degenhart (Rn. 71), S. 154 ff. [Rn. 416 ff.]

(73) Christoph Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht II, 5. Aufl. 2010, S. 192 f. [Rn. 531]

て、①基本法12条1項（職業の自由）→②基本法3条1項（閉店規制に関して、家族の一員ではない被用者を有する事業体と家族以外の被用者を有しておらず、所有者によって経営される事業体を区別して不平等に取り扱っている法律が一般平等原則に反するか）という順序で検討を加えている<sup>(74)</sup>。もともと、どのような理由で上記の構成が採用されているのかは全く説明がなされていない。

(5) 加えて、ルンプフ＝ロメチュ（Egbert Rumpf-Rometsch）<sup>(75)</sup>の執筆した司法試験対策用演習書には、以下のような事例問題が掲載されている。

ドイツ人の運送業者Sは、業務を遂行するためにトラックで高速道路を通行している。Sは、ある日、Sの使用している種類の車両を対象とする高速道路運転禁止が存在する輸送を行ったところ、運転中、Sは、警察官によって停止させられ、高速道路をさらに走行することを禁止された。なお、この運転禁止は、合憲の法規命令に基づくものであり、法規命令の発布は、合憲の法律によって授權されている。また、警察官の措置も合憲である。Sは、裁判で争う途を尽くした後、判決に対する憲法異議の訴えを提起した。憲法異議の訴えは成功するか。

この事例問題の答案構成案においては、①基本法12条1項→②基本法11条1項→③基本法14条1項→④基本法2条1項→⑤基本法3条1項（トラックの運転者とトラック以外の自動車の運転手との差別）<sup>(76)</sup>の順序で論述するという構成が採用されている。しかし、どのような理由で上記の構成が採用されているのかは全く説明がなされていない。

(6) 最後に、レフケン／ティーレ（Hendrik

Reffken/Alexander Thiele）の事例問題集を見ておこう。マンセンと同じく1981年7月14日連邦憲法裁判所第一法廷決定を素材とした次のような事例問題<sup>(77)</sup>が掲載されている。

H州は、将来の世代が、今日の時代のあらゆる印刷物について図書館で情報を入手する機会を得ることを保障するためにいわゆる無償納本法を制定した。同法によると、H州内で出版されたあらゆる印刷物について、出版社は、一冊を自己の負担で指定された図書館に送付しなければならない。出版社Vは、H州において、とくに価値の高い稀覯本を少数の部数に限って作成すること、及び極めて高価なオリジナル版画を作成することを専門に扱っていた。Vは、自己の状況にかんがみて法律が違憲であると考えて、納本を拒否した。Vが出訴の途を尽くした上で、連邦憲法裁判所に訴えを提起したとする。この訴えは成功するか。

レフケン／ティーレは、解説の中で、まず、所有権（基本法14条1項）の侵害を検討し、つぎに、平等原則（基本法3条1項）<sup>(78)</sup>違反を検討している。しかも、論述の重点は所有権侵害にあり、基本法3条1項の審査は必要な範囲で短く行うことが強調されている<sup>(79)</sup>。筆者は、レフケン／ティーレの解説も、答案においては、自由権侵害を検討した後に、平等違反を検討するというルールが前提となっているのではないかと推測している。

(7) 筆者は、ドイツで出版されている学生向けの事例問題集・演習書を読んで、ドイツにおいては、司法試験（筆記試験）の答案においては、平等審査の前に自由権審査を行うことが自明のルールとして前

(74) *Degenhart* (Rn. 73), S. 206 ff. [Rn. 565 ff.]

(75) *Egbert Rumpf-Rometsch*, Die Fälle Grundrechte, 2. Aufl. 2014, S. 223.

(76) *Rumpf-Rometsch* (Fn 75), S. 225 ff.

(77) *Hendrik Reffken/Alexander Thiele*, Standardfälle Staatsrecht II, 8. Aufl. 2015, S. 164.

(78) *Reffken/Thiele* (Fn. 77), S. 167 ff.

(79) *Reffken/Thiele* (Fn. 77), S. 175.

提とされているのではないかとの感想を抱いた。<sup>(80)</sup>

#### 4 平等権審査が先行する事例

(1) レフケン／ティーレの事例問題集書には10の事例問題が収録されているが、平等が論点として含まれている事例問題がもう一つ収録されている。それは、次のような事例問題（事例問題9）である。<sup>(81)</sup>

ある州は、手工業の親方が親方試験合格後のできる限り早い時期に独立することを容易にするために補助金を手工業の親方に付与する法律を制定した。補助金の受給要件は、親方試験合格後の一定の期間に独立することであるが、その期間は男性の親方は2年、女性の親方は5年とされた（以下、期間を定めた規定を「本件規定」という。）。立法者が本件規定を定めたのは、女性は、平均約30歳で親方試験に合格し、その後、結婚し、子どもを産み育て、子どもがある程度の年齢に達してはじめて独立することができる、という状況を考慮すると、女性の親方には男性の親方よりも長い期間を認めなければならないと考えたからである。男性の親方Hは、4年前に親方試験に合格しているが、独立を希望し、管轄官庁に助成金の給付を申請したところ、受給要件である親方試験合格後2年という期間内に申請しなかったとして、給付が認められなかった。Hは、男性の親方についての2年の期間は憲法違反であると考えた。Hは、管轄官庁に異議申立をしたが、斥け

られ、その後、助成金の給付を求めて行政裁判所に訴えを提起した。行政裁判所は、男性の親方と女性の親方で申請の期間に差異を設ける法規定が違憲であると確信し、連邦憲法裁判所に具体的規範統制の申立をした。連邦憲法裁判所は、どのような判断をするか。

この事例問題において、男性の親方と女性の親方を区別して異なる申請期間を定める本件規定の憲法適合性を論じなければならないことは言うまでもないが、この論点について、レフケン／ティーレは、まず、①本件規定が基本法3条3項1文（特別平等原則）に違反するかどうかを検討し、つぎに、②本件規定が基本法12条1項（職業の自由）に違反するかどうかを検討している。論点①について、レフケン／ティーレは、男性の親方と女性の親方の不平等取扱いは憲法上正当化できず、本件規定は基本法3条3項1文に違反すると解説している。<sup>(82)</sup> つぎに、論点②について、まず、「保護範囲」について、「職業」とは、「生活基盤の創出及び維持に役立ち、又はこれに寄与するあらゆる活動」と解されるどころ、手工業の活動はこの目的に役立つものであるから、手工業の活動は「職業」に当たり、従って、手工業の活動は基本法12条1項の保護範囲に含まれる、と解説する。しかし、レフケン／ティーレによると、女性の親方に対して男性の親方よりも助成金の申請期間を長く定める本件規定は男性の親方の職

(80) 本文で紹介した演習書以外にも、ドイツにおいては、司法試験（筆記試験）の答案においては、平等審査の前に自由権審査を行うことが自明のルールとして前提とされているとの筆者の感想を裏付ける事例問題が掲載されている演習書がある。例えば、*Max-Emanuel Geis, Examens-Repetitorium Staatsrecht*, 2. Aufl. 2014 (Fall 18) ; *Rainer Grote/Dieter Kraus, Fälle zu den Grundrechten*, 2. Aufl. 2001 (Fall 1) ; *Wolfram Hofling, Fälle zu den Grundrechten*, 2009 (Fall 13) ; *Michael Killian/Claus Eiselstein, Grundfälle im Staatsrecht*, 4. Aufl. 2003 (Fall 25) ; *Jörg Lücke/Dieter Kugelmann, Fälle mit Lösungen für Anfänger im öffentlichen Recht*, 2004 (Fall 1) ; *Edzard Schmidt-Jortig/Ute Schliesky, 40 Klausuren aus dem Staats- und Völkerrecht: mit Lösungsskizzen*, 6. Aufl. 2002 (9. Klausur und 12. Klausur) ; *Brian Valerius, Einführung in den Gutachtenstil*, 3. Aufl. 2009 (Klausur 15) がそれであるが、これ以上事例問題の紹介を続けると、本稿の論述が余りにも冗長になってしまうので、平等審査の前に自由権審査を行うことが求められる事例問題の紹介はここで打ち切りとしたい。

(81) *Reffken/Thiele* (Fn. 77), S. 152 f.

(82) *Reffken/Thiele* (Fn. 77), S. 158 ff.

業の自由に対する「制約」ではない。本規定は、職業活動又は職業選択を直接的に規律又は侵害する命令的規制を含んでおらず、本件規定には「主観的な職業規制の傾向」が欠けている。間接的又は事実的影響によって制約が生じる場合もあるが、間接的制約を肯定する要件は、当該規定が客観的に職業規制的な傾向を有していることである。営利事業に補助金等を与える規定には、原則として、客観的に職業規制的な傾向が欠けており、それ故に、制約の性格も欠けている。本件において、本件規定が上記のような間接的影響を有していることを示す手がかりは存在せず、職業の自由の「間接的な制約」も否定されなければならない。このようにレフケン／ティーレは、「制約」の段階で基本法12条1項違反を否定した。<sup>(83)</sup>

レフケン／ティーレは、事例9においては、自由権審査→平等審査の順序ではなく、平等審査→自由権審査の順序で論述しているが、どうしてこの事例に限っては、平等審査→自由権審査の順序で論述すべきであるのか、解説の中ではその理由を述べていない。筆者としては、事例9における自由権審査は基本権の「制約」の段階で決着が付いていること（つまり、自由権審査は、基本権制約の「正当化」の段階には進んでいないこと）から、レフケン／ティーレは、自由権審査が基本権の「制約」までの段階で決着が付く場合（自由権審査が、基本権制約の「正当化」の段階に進む前に決着が付く場合）、自由権審査の前に平等審査を行っても構わないと考えているのではないかと推測しているところである。<sup>(84)</sup>

(2) シュヴァーベの演習書には平等を論点として含

む3つの事例問題が収録されているが、その一つとして、1998年3月10日連邦憲法裁判所第一法廷決定を素材として作成された次のような事例問題が掲載されている。<sup>(85)</sup><sup>(86)</sup>

Rは、I市に居住し、3歳の息子を市立の幼稚園に通わせていた。I市の条例によると、幼稚園の利用料は親の収入によって段階が付けられていた。Rの年収（100.000ユーロ）は最高段階に含まれ、月額350ユーロを支払うものとされた。他方、利用料の最低額は月額50ユーロで、15.000ユーロ以下の年収の家庭に適用された。幼稚園の利用料に段階を付ける目的は、収入の少ない家庭であっても、子供を幼稚園に通学させることを可能にし、これによって機会の平等を可能にすることにある。徴収した利用料の総額は、I市が子供一人当たりの幼稚園教育に要する費用の35%にすぎなかった。

Rは、収入に応じて段階を付ける幼稚園利用料を定めた条例が自己の基本権を侵害すると主張している。Rによると、すべての子供は幼稚園において同じ内容の教育を受け、同じ費用を要するが、Rは、自分の息子のために、他の子供の親よりも高い利用料を払っている。また、Rは、収入が多いので、収入が少ない親よりも多額の税金を納めており、市は、幼稚園の利用料においてRにさらに負担を課すことは許されない。Rの主張は正当か？

シュヴァーベは、この事例問題は、平等原則のみならず、基本法6条に基づく基本権、基本法14条に基づく基本権及び基本法2条に基づく基本権にも関係しており、複数の基本権侵害の可能性を有する事

(83) *Reffken/Thiele* (Fn. 77), S. 162 f.

(84) かりに自由権審査が保護範囲又は制約の段階で決着が付くときには、平等審査を自由権審査の前に行うこともできるとした場合、この準則が、自由権審査→平等審査の順序で検討するという原則の「例外」であるのか、それとも、この原則の「枠外」であるのかは、一つの問題点である。しかしながら、この問題点を本格的に検討できる準備は整っておらず、ここでは問題点の指摘に止めておきたい。

(85) BVerfGE 97, 332.

(86) *Schwabe* (Fn. 58), S. 300 f.

案を審査し、平等権と自由権の競合を区分する機会を与えるという点において有意義であると説明している<sup>(87)</sup>。そして、シュヴァーベは、自由権と平等権は「具体的事案にとってその時々『実用的な』順序で」検討することができるのが原則であり、それ故、ある事案の重点が、明らかに基本法3条1項に基づく平等原則の違反にある場合は、平等原則から検討を始めることもできるとする一般論を前提として、この問題の事案については、事案の重点が明らかに平等原則違反にある場合に当たると指摘し、①基本法3条1項に基づく一般平等原則の違反→②基本法6条違反→③基本法14条1項違反→④基本法2条1項違反の順序で解説を加えている<sup>(88)</sup>。

シュヴァーベは、この事例問題の事案が、どのような理由から事案の重点が明らかに平等原則違反にある場合に当たると判断したのかは説明していない。しかし、筆者は、シュヴァーベが、基本法6条1項違反の主張は保護範囲該当性の段階ですでに斥けられ<sup>(90)</sup>、また、基本法14条1項違反の主張も保護範囲該当性の段階ですでに斥けられる<sup>(91)</sup>と解説していることから、シュヴァーベは、自由権審査が基本権の「制約」までの段階で決着が付く場合（自由権審査が、基本権制約の「正当化」の段階に進む前に決着が付く場合）、自由権審査の前に平等審査を行うことが「実用的な」順序であると考えているのではないかと推測しているところである。

## 5 小括

以上の叙述において示したように、ドイツの法学教育（司法試験等の筆記試験における答案作成）に

おいては、平等審査の前に自由権審査を行うのが作法とされているようである。そうだとすると、筆者が、司法試験などに出題される事例問題においては自由権侵害をまず検討し、その後に平等違反を検討するというのが通常の手順であると考えてきたことにもそれなりの理由があり、的外れであるとは言えないと思われる。

## IV 結語

(1) 最後に、ドイツの学説・判例を踏まえて、自由権審査と平等権審査との関係（審査の順序）について、司法試験関係者の間で今後さらに検討を行うための一つの叩き台として、暫定的ではあるが、筆者の考えを示しておきたい。

- (a) 自由権と平等原則が並列的に適用される場合、自由権審査を平等審査の前に行うのが原則である<sup>(92)</sup>。
- (b) その理由は、自由権審査を平等審査の前に行うことが基本権の侵害を主張する当事者の意思に合致する、という点にある。Aが公権力によって自己の自由権が侵害されていると主張するとともに、A（の属する集団）とB（の属する集団）は本質的に等しいものであるにもかかわらず不平等に取り扱われており、平等原則違反であると主張している場合、かりに裁判所が平等原則違反の判断をしても、AをBと同じ水準に引き上げることによって平等が実現されるとは限らず、BをAと同じ水準まで引き下げることによっても平等を実現することは可能であるが、BをAと同じ水準まで引き下げることによって平等を実現することはAの意思ではないと見るこ

(87) Schwabe (Fn. 58), S. 301 f.

(88) Schwabe (Fn. 58), S. 302.

(89) Schwabe (Fn. 58), S. 302 ff.

(90) Schwabe (Fn. 58), S. 312 ff.

(91) Schwabe (Fn. 58), S. 314 f.

(92) IIで示したとおり、このことは、すでに小山・前掲注(11)34頁によって主張されており、筆者独自の主張ではない。かりに本稿に若干の存在価値があるとすれば、それは、自由権と平等原則が並列的に適用される場合、自由権審査を平等審査の前に行うのが原則であるという小山の主張に、ドイツの判例・学説の紹介(IIIで行った作業)によって資料的裏付けを与えたという点にあると言えよう。

とができる。Aの意思は、Bとの比較とは関係なく、自己の自由権の制約が憲法上正当化されないと主張する点にあると見るべきである。<sup>(93)</sup>

(c) 自由権と平等原則が並列的に適用される場合における平等原則違反の主張は、A（の属する集団）の自由権の制約が正当化され、かつ、B（の属する集団）の自由権の制約も同じ理由で正当化することができるので、Bの自由権も制約することも可能であるが、実際には制約されていない場合に、AとBとの不平等取扱いが平等原則に違反するという主張と理解することができるが、この場合、平等の実現は、Aに合わせてBの自由権も制約することによっても可能であり、Bに合わせてAの自由権も制約し

ないという仕方ではなされるとは限らない。従って、自由権と平等原則が並列的に適用される場合における平等原則違反の主張は、実質的には、公権力によって自己に有利な仕方では平等が実現される可能性<sup>(94)</sup>があるという「期待」にすぎないことになる。このように平等違反が弱い主張であるとする、自由権侵害の前に平等違反を優先して検討する理由はない。

(d) 自由権審査が保護範囲又は制約の段階で決着が付くときには、平等審査を自由権審査の前に行うことも、また、自由権審査を平等審査の前に行うこともできる。<sup>(95)</sup>

(93) 本文の(b)で述べた理由付けは、Ⅲ(2)で紹介したキンググリーン／ポッシャーの考え（Kingreen/Poscher (Fn. 33), S. 85 [Rn. 357]）を筆者なりに言い換えたにすぎない。

(94) 本文の(c)で述べたことは、(b)の部分と同じく、Ⅲ(2)で紹介したキンググリーン／ポッシャーの考え（Kingreen/Poscher (Fn. 33), S. 85 [Rn. 358]）を筆者なりに言い換えたにすぎない。

(95) ただし、本文の(d)で述べた考えがそもそも理論的に成立するかどうか、また、成立するとして、その理論的根拠は何かについては、現時点では、全く詰め切れておらず、上記の諸点の解明は、今後の検討課題として残されている。根拠らしきものとして筆者が現時点で挙げることができるのは、レフケン／ティーレとシュバーベの論述から筆者がそのように推測したということ（Ⅲ5を参照。）くらいである。本来であれば、上記の問題点について十分に検討を重ね、結論を出した上で論文として公表すべきであり、論文の骨格の一つである上記の問題点を未解決のままに残している本稿に、学術論文として紀要に掲載していただく価値がはたして存在するのにかについては疑問の余地がないわけではない。しかし、自らの研究により上記の問題点について最終的な解決策を示すことができる見通しは現時点ではまったく立たない状況にあり、そうであれば、むしろ、一自分勝手な考え方もかもしれないが一問題提起だけでもしておいて、その解決は優秀な研究者の先生方に委ねるほかないと考えた次第である。

なお、本文の(d)で述べた考えが正しいと仮定して最判平成27年3月27日民集69巻2号419頁の事案を分析してみると、門田孝「暴力団員であることを理由とした市営住宅の明渡請求の合憲性」『新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）』18号（日本評論社、2016年）11頁以下（13頁）が指摘するように、「そもそも居住の自由に対する制約があったか否かが、問題で」、「本件住宅の明渡請求を同項違反と主張すること」は「困難であるといわざるを得ない」と考えると、この事案は、本文で述べた「自由権審査が保護範囲又は制約の段階で決着が付くとき」に該当し、最高裁がこの事案について自由権審査を平等審査の前に行ったことは相応の理由があると言えることになる。もっとも、この判決は、「本件規定により制限される利益は、結局のところ、社会福祉的観点から供給される市営住宅に暴力団員が入居し又は入居し続ける利益にすぎず、上記の諸点に照らすと、本件規定による居住の制限は、公共の福祉による必要かつ合理的なものであることが明らかである」から、「本件規定は、憲法22条1項に違反しない」と述べており、居住の自由が「制限」されていることを前提として、その制約が許されるかどうかを判断していると考えられる。調査官解説（廣瀬孝・判例解説・法曹時報69巻4号（2016年）148頁以下（162頁以下））も、最高裁判決は居住の自由が「制限」されていることを前提として憲法判断を示したものと理解している。学説も、居住の自由が「制限」されていることを前提として、どのような判断枠組みによって合憲性を判断すべきかなど憲法判断のあり方について議論している（例えば、斎藤久「暴力団員排除規定を定める市営住宅条例の合憲性」法学セミナー727号（2015年）116頁、山本龍彦「暴力団員を市営住宅から排除することを規定する条例の合憲性」法学教室別冊附録425号〔判例セレクト2015-1〕8頁、大沢秀介「暴力団員に対する市営住宅の明渡請求を認める条例の合憲性」平成27年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1492号、2016年）20頁以下（21頁）、佐々木雅寿「西宮市営住宅条例46条1項柱書き及び同項六号の規定のうち、入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求することができる旨を定める部分と憲法14条1項及び22条1項」判例時報2293号（2016年）148頁以下（153頁以下）、内藤陽「市営住宅における暴力団員排除に関する条例規定の合憲性（公法判例

(2) かりに、筆者の考えのように、日本の司法試験においても、ドイツの場合と同じように、基本権審査における「優先ルール」として、平等審査の前に自由権審査を行うという作法が妥当するとすれば、15年公法系第1問については、まず、主張③を論じ、その後、主張①と主張②を論じるのがもっとも説得的な答案構成ではないかと考えられる（筆者は、主張①と主張②については、主張②→主張①の順序で論じるのが適切であると考えているので、15年公法系第1問は、主張③→主張②→主張①の順序で論じるのが説得的な答案構成ではないかと考えら

れる。)。もっとも、上記の作法は、「通常の事案において」そうだという話であって、個別の事案において特殊事情が存在すれば上記の作法が当てはまらないこともあり得よう。15年公法系第1問の事案においてもそのような特殊事情が存在するのかもしれない<sup>(96)</sup>。また、日本の司法試験においては、ドイツの司法試験と異なって、基本権審査において平等審査の前に自由権審査を行うという作法はそもそも存在しないのかもしれない。いずれにせよ、筆者としては、15年公法系第1問においては、Bの3つの主張をどのような順序で論じていくかということも一

---

研究) 北大法学論集67巻5号(2017年)298頁以下〔189頁以下〕(282頁以下〔205頁以下〕)。そうだとすると、最高裁がこの事案において自由権審査を平等審査の前に行ったことについて、本文の(d)で述べた考えによって合理的に説明することはできない。

また、「首長の大選問題に関する調査研究会」報告書(平成19年5月30日)は、すでに述べたように、①「第14条との関係」、②「第15条との関係」、③「第22条との関係」、④「第92条との関係」、⑤「第93条との関係」を、①→⑤の順序で検討している。同報告書は、「第15条との関係」について、「被選挙権又は立候補の自由は選挙権から独立した別個の基本的人権として保障されているものではなく」(13頁)、また、「第22条との関係」についても、「国民や住民から選挙で選ばれる政治的代表者の職は、本条の『職業』に当たらない」(14頁)と述べており、実体的権利については、その「審査が保護範囲又は制約の段階で決着が付く」と考えていたのではないかと推測される。かりに、本文の(d)で述べた考えが正しいと仮定すると、同報告書が、「第15条との関係」及び「第22条との関係」を検討する前に、「第14条との関係」を検討したことにも相応の理由があることになる。

- (96) 「採点実感」によると、15年公法系第1問は、「甲市シンポジウムでの意見表明を理由として不採用になった」点について、「憲法第21条の表現の自由の問題」として論じることを求めているが、「安易に『表現の自由が制約されている』と記載」するのではなく、「表現行為そのものが制約されているわけではないから、それにもかかわらずなぜ表現の自由の制約に当たるのかを論じ」る必要があり、さらに、「表現活動への萎縮効果を論じるに当たっては、Bのみならず、その他の者も含めて一般に与える影響という観点」に注意を払う必要がある。また、「出題趣旨」によると、「意見・評価を述べることで自体が直接制約されているものではないことを踏まえつつ、「意見・評価を甲市シンポジウムで述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つであることについて、どのような意味で表現の自由の問題となるのかを論じる必要があり、「そのような観点からは、上述のような理由により正式採用されないことは、Bのみならず、一般に当該問題について意見等を述べることを萎縮させかねないこと(表現の自由に対する萎縮効果)をも踏まえた検討が必要となる」。「出題趣旨」及び「採点実感」の記述を踏まえると、15年公法系第1問の事案はBの表現の自由の「制約」と言えるかどうかやや微妙な事案であると捉えることもできるので、「あなた自身の憲法上の見解」(〔設問2〕)において、Bの表現の自由はそもそも制約されていないとの立論も不可能ではないと考えられる。かりにこのような立論を採用し、本文IV(1)(d)で述べた考えを前提とすると、15年公法系第1問の事案は「自由権審査が保護範囲又は制約の段階で決着が付くとき」に該当し、「あなた自身の憲法上の見解」(〔設問2〕)においては、表現の自由の侵害を検討する前に平等違反を検討することも相応の理由があることになる。しかし、「出題趣旨」は、「その上で、この点に関しては、正式採用の直前においてもBが反対意見を述べていることなどから惹起される『業務に支障を来すおそれ』の有無についての検討も必要となり、「その検討に当たっては、外面的精神活動の自由である表現の自由の制約に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることとなる」と指摘しており、「出題趣旨」は、「あなた自身の憲法上の見解」においても、Bの表現の自由はそもそも制約されていないとの主張を想定していないようにも読める。そうだとすると、「あなた自身の憲法上の見解」(〔設問2〕)においても表現の自由の制約が許されるかどうかを検討しなければならないのであるから、自由権審査を平等審査の前に行うという通常の手順を踏むべきであるということになる。なお、原告の主張においては、表現の自由の侵害と平等違反の主張を並列的にしなければならないのであるから、自由権審査を平等審査の前に行うという手順から外れる理由はないと思われる。

つの重要な論点であることを指摘して、この点について、司法試験関係者に対して少しでも注意を喚起することができれば、本稿の目的は達成されたことになる。<sup>(97)</sup>最後に、学界の最前線で華々しくご活躍

また、自由権審査と平等審査は具体的事案にとって「実用的な」順序で行うもので、問題となっている事案の重点が平等原則の違反にある場合は、平等原則から始めることができるとする立場からは、15年公法系第1問の事案の重点は平等原則違反にあり、主張③を取り上げる前に平等違反（主張①及び主張②）の検討を行うことができると、15年公法系第1問の特殊事情を説明することができるかもしれない。たしかに、問題文を素直に読む限り、Bがもっとも主張したいことは、自分と同程度あるいは下回る勤務実績の者も含まれているDらが正式採用されたにもかかわらず、A市におけるY採掘事業に反対意見を持っていることを理由として正式採用されなかったことは差別であり、Dらが正式採用された以上、Dと同程度あるいはDを上回る勤務実績を有する自分も正式採用されるはずだという点にあるように思われる。また、かりにY採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることが表現の自由の侵害と判断されたとしても、直ちにBが正式採用されるべきだということにはならず、主張③は、通常的自由権侵害のケースとは異なり、主張②と比べて弱い主張であると見ることもできる。このように考えると、15年公法系第1問の事案の重点は平等原則違反にあり、まずは平等違反を検討すべきだということになるかもしれない。しかし、上述したことも筆者の単なる憶測にすぎず、特殊事情の説明としての外れである可能性も高い。

(97) 念のために繰り返すが、筆者が注意を喚起しようとしている相手は「司法試験関係者」であって、「司法試験受験生」（法科大学院学生を含む。）ではない。司法試験受験生は自由権審査と平等審査の関係（審査の順序）について考える必要はおそらくないと思われる。何故なら、本稿が検討した問題点は、司法試験の可否とは関係がない可能性が極めて高いからである。佐藤（監修）・前掲注(8)84頁以下に、93年憲法第1問の「再現答案」として、3通の「合格レベル答案（A評価を受けた答案もしくは合格者の答案）」（はじめに）が掲載されているが、再現答案1は、①14条→②15条1項+92条→③22条1項の順序で、また、再現答案2は、問題文で並べられている順序に従って①14条→②15条1項→③22条1項→④92条の順序で検討している。また、再現答案3は、14条違反を検討する際に、15条1項、22条1項及び92条を併せて検討している。筆者の考えによると、93年憲法第1問の答案では、まず15条1項違反を検討しなければならないはずであるが、筆者の考えとは異なり、14条1項違反から検討を始めている答案であっても、全く問題なく合格レベルと判定されている。このことは、司法試験の答案では、まず、憲法上の権利の侵害について検討し、その後、平等原則違反を検討するという構成を採用すべきであるとの筆者の考えがそもそも間違っていることの証拠であるとも言えないことはないが、それはともかく、少なくとも、93年憲法第1問について言えば、15条1項から検討するか、それとも14条1項から検討するかという点は、司法試験の可否に影響を与えなかった可能性が極めて高い。従って、結果としては、司法試験受験生は、93年当時、司法試験の現場で、問題文に並べられている4つの条文をどのような順序で論じていくのか、という筆者が悩んだ点について悩む必要は全くなかったと確実に言える。

また、15年公法系第1問についても、『ぶんせき本』前掲注(3)24頁以下に9通の合格者答案（と1通の不合格者答案（ただし、公法系科目の順位は1723位で10通中9位。））が掲載されているが、8通の合格答案（と1通の不合格答案）が主張①→主張②→主張③の順序で論述しており、三つの主張をどのような順序で論述するのかという問題は、司法試験の合格に影響を与えなかったことはほぼ確実である。従って、15年公法系第1問についても、結果としては、司法試験受験生は、試験の現場において、三つの主張をどのような順序で論じていくのか、という筆者が悩んだ点について悩む必要は全くなかったと言えよう。なお、1通の合格者答案（公法系科目の順位192位、論文総合1位）は、設問1において主張③→主張②→主張①の順序で、設問2において主張①→主張③→主張②の順序で論述しており、設問1については、本稿で繰り返し述べてきた筆者の考えと基本的に一致している。筆者は、筆者の考えと基本的に一致している答案（現時点で、たった1通！）を発見したとき、心から安堵するとともに本当に嬉しかったことを、ここで正直に述べておきたい。

以上に述べたことがかりに正しいとすると、法科大学院修了生を含むところの司法試験受験生が自由権審査と平等審査の関係（審査の順序）などを気にしてあれこれと思い悩むことは、司法試験の可否に関係のないことに時間を浪費するもので、筆者があれこれと悩んでいる問題を司法試験受験生が考える必要は全くないと言えよう。

もっとも、法科大学院に所属する教員や司法試験などに関係している教員については、話が全く別であり、答案構成における自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）について、司法試験受験生が貴重な時間を浪費することがないように、司法試験受験生が安心して依拠することができる理論的枠組みを司法試験受験生に提供する責務があると考えられる。もっとも、上記の責務の程度は立場によって様々であろう。「憲法の論文式問題において登場する弁護士は重要な憲法判例や主要な学説を知っている、と想定して」おり、「憲法

されている先生方におかれては、答案構成における自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）について、司法試験受験生が安心して依拠することができる理論的枠組みを提供して下さることを、司法試験の受験指導の現場で日々苦闘している末端の一教員として、切にお願いする次第である。<sup>(98)</sup>

---

論として到底認められないような主張を書くのは、全く不適切である」（「平成23年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」1頁）とされているが、このことは、答案構成における自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）についても当てはまると考えられるところ、かりに筆者が何らかの主張を述べたとしても「憲法論として到底認められないような主張」として一笑に付される可能性が高いので、筆者としては、「主要な学説」を形成している先生方に、司法試験受験生が安心して依拠することができる理論的枠組みを提供して下さることをお願いするほかない。筆者は、本稿において、「主要な学説」を形成している先生方に、答案構成における自由権審査と平等審査との関係（審査の順序）という問題の存在を指摘し、今後の検討のための資料を提供したという点において法科大学院に属する教員としての責務を一ほんの一部であるが果たしたつもりである（もっとも、大変に申し訳ないのであるが、能力及び時間の不足のためにこれ以上の責務を果たすことはできない）。

(98) 「ケンサボないしオサホウ」の著者が「並列的に適用される場合、実体的基本権の審査を先に行うが通例である」と明確に説いているので、それで十分で、他の先生の意見を聞く必要はないとの声が聞こえてきそうであるが、筆者は、それに反論することなど到底できない。