

2018司法試験受験生応援！
辰巳司法試験全国公開模試等開講特別企画

平成30年主要考査委員紹介&出題予想【憲法】

小山 剛 慶應義塾大学法学部教授

【小山剛教授のHP】

<http://www.clb.law.mita.keio.ac.jp/gokoyama/>

小山剛教授（以下「小山教授」といいます。）が、新たに平成30年司法試験及び予備試験考査委員（憲法・出題委員）に任命されました。

小山教授は、上記HPの「学生へのメッセージ」の冒頭に、「担当者は基本的人権の総論、とくに私人間における権利の保障について研究している。」と記しており、いわゆる「人権の私人間効力」（小山教授の見解に従えば、「国家の基本権（人権）保護義務」）について、精力的に研究されています。小山教授の主著の1つは、『基本権保護の法理』（成文堂，1998）です。

また、小山教授は、いわゆる三段階審査に依拠した『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，第3版，2016）も執筆されています。三段階審査を構成する「保護領域」，「制限」，「正当化」という判断枠組みは、近時の司法試験本試験合格者再現答案の多くでも採用されているものといえますし、また我が国の憲法学の通説を構築してきた故・芦部信喜教授の継承者の一人である長谷部恭男教授も、『憲法』（新世社，第7版，2018）において、三段階審査を「現在の標準的な思考枠組み」（はしがき）と評し、憲法上の権利の制約の合憲性を論ずる場面では、三段階審査を明確に採用されました。小山教授の上記『「憲法上の権利」の作法』には、司法試験受験対策として有用な情報が多く記載されていますので、芦部説などのいわゆる伝統的な通説に依拠される場合でも、特に以下の箇所は確認した方がよいかと思われます。

・第1章 「憲法上の権利」の基礎 第2節 防御権の作法（P.13～23）

まず、三段階審査の基本形である「保護領域」，「制限」，「正当化」を説明されています。次に、P.18～23では、「判例を読む」として薬事法違憲判決と泉佐野市民会館事件判決の2つを大きく採り上げています。小山教授は、この2つの判例を特に意義のある判例と位置付けています。

・第3章 制限の正当化 第2節 実質的観点（P.63～82）

P.73の「最高裁判例ではっきりしているのは、**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、比例原則が**厳格に適用される**、というものである。」との指摘は、憲法上の権利の制約の合憲性を論ずることになる司法試験において、極めて重要な指摘です。小山教授は、「比例原則は、①手段の適合性、②手段の必要性、③利益の均衡（狭義の比例性とも呼ばれる）という3つの審査を内容とする。」（P.70～71）と説明されます。

・第3章 制限の正当化 第3節 比較衡量・二重の基準・比例原則（P.82～92）

審査基準論（規範）の理解を深めるのに有益です。

・第5章 積極的権利と制度保障 第2節 私法関係と基本権（P.133～145）

小山教授の最大の関心分野である私人間効力に関し、簡潔に論じられています。

・第6章 権利の論理と制度の論理 第3節 消極的権利と制度（法令）の参照（P.188～205）

本試験で出題可能性のある基本事例が掲載されています。特に、Ⅱ-2公立図書館（P.198～202）などは、最判平17.7.14民集59-6-1569（船橋市立図書館事件判決・『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣，第6版，2013）74事件）という重要な最高裁判例もありますので、本試験に出題され得る興味深い事例です。

【参 照】

・小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，第3版，2016）（尚学社HP）

<http://www.shogaku.com/books/data/128.htm>

原案作成：辰巳法律研究所教材チーム（スタ論・全国公開模試等担当）

監 修：辰巳専任講師・弁護士 福田俊彦 先生