

公法系第1問 ① 評価A

1 第1 設問1

2 1 まず、弁護士甲としてはBの収容の根拠となった特労法(以下、法と
3 する)18条1項・15条8号について、外国人女性の妊娠・出産の自由
4 を侵害し違憲であり、国家賠償法(以下、国賠法とする)1条1項の「違
5 法」にあたる主張する。

6 (1) かかる自由は、いかなる人生を送るかという高度に個人的で個人
7 の尊厳と密接にかかわるものであって、人格的生存に不可欠といえ
8 るので、憲法(以下、法名略)13条後段により保障される。

9 そして、かかる自由はその性質上日本国民のみを対象とするもの
10 とは言えないので、外国人にもかかる保障は及ぶ。

11 (2) そして、法15条8号は妊娠・出産を禁止行為として規定しており、
12 かかる自由に対する制約がある。

13 (3) さらに、以下の理由によりかかる制約が正当化されることもない。
14 ア 上述のように、本件自由は個人の人生と密接にかかわる重要な
15 権利である。

16 また、同法はこれを何ら例外なく規制しており、規制態様も強
17 度であるといえる。

18 したがって、①やむにやまれぬ目的があり、②必要不可欠かつ
19 必要最小限度といえる場合に限り許容される。

20 イ 本件についてみるに、①目的は外国人の定住を阻止することに
21 あるところ、その根拠は欧米諸国での移民との軋轢という不安感
22 にとどまり、やむにやまれぬものとはいえない。②また、妊娠は
23 生理的現象であって、そのコントロールは困難であるところこれ
24 を一律に規制することは過度な規制であり、必要不可欠とも必要
25 最小限度とも言えない。

26 2 次に、法18条1項は、身体拘束における**手続保障**を受ける権利を害
27 するもので、31条に反すると主張する。

28 (1) まず憲法31条は、本来刑事手続を対象とした規定であるが、行政
29 権の肥大化した現代社会においては行政手続にも妥当すると考える。

30 (2) そして、法は令状主義(憲法35条)を潜脱するものといえ、31条
31 に反し違憲・違法である。

32 第2 設問2

33 1 13条1項後段違反について

34 (1) まず、被告側としては、外国人にかかる保障が及ぶとしても、外
35 国人の滞在については広く立法裁量が認められ、また入管法に則っ
36 ている外国人についてはかかる規制は及ばない以上、過度な規制で
37 なく、法による制約は正当化されると反論することが考えられる。

38 (2) 自身の見解

39 ア まず、本件自由は人が人らしく生きるために必要となる家族関
40 係にかかわる重要な権利であり、原告主張のように人格的生存に
41 不可欠なものといえるので、13条後段により保障される。

42 イ また、法によりかかる自由が制約されるとして、その制約が正
43 当化されるか。

44 (ア) 上述のように本件自由は重要なものであるものの、立法裁
45 量が認められる点は否めない。したがって、目的が重要で手
46 段が効果的かつ必要性がある場合には正当化が認められる。

コメント [FW1]: 一応触れておこうと思ったのですが、何を書けばよいのかわからずとまりがなくなりました。

コメント [FW2]: 外国人にも及ぶのかという議論をし忘れました。

47 (イ) まず、原告主張のように外国人の定住阻止という目的は重
48 要とまでは言えないかもしれない。しかし、かかる規定は社
49 会保障費への負担軽減をも目的とするところ、社会権が本来
50 その属する国家によって保障されるべき後国家的権利である
51 ことにかんがみれば、かかる目的は重要なものといえる。

52 また、法は特定労働者の日本国内での妊娠・出産を禁じる
53 のみで、入管法に従い一定の手続きを踏むことで日本での妊
54 娠・出産も認められうる。

55 以上より、過度な手段とまでは言えず、手段の適合性・必
56 要性が認められるので、正当化が認められ、合憲である。

57 2 31条違反について

58 (1) 国の反論

59 行政手続きの性質上 31条の規制は及ばないし、及ぶとしても法
60 18条2項等により十分な手続保障が与えられている。

61 (2) 私見

62 ア 行政肥大化現象の下、刑事手続きに関する 31条の保障は行政手
63 続にも及ぶものの、両者はその性質を異にすることから、常に同
64 様の保障が及ぶものではない。

65 イ 本件において、身体拘束の主体となりうる警備官は一定の経験
66 を有するものに限定されており、また、その後の審査を行う審査
67 官とは独立した地位にある。

68 そうだとすれば、かかる警備官により一定の手続保障があたえ
69 られている以上は、憲法 31条に反するものではない。

71 <時間配分>

72 答案構成：20分

73 答案作成：100分

74

75 <総合コメント>

76 13条の問題だけでなく、手続的問題も何かしら書かなくてはいけないと
77 思ったものの、うまく書けませんでした。私は憲法が特に苦手なのですが、
78 それが顕著に出てしまった気がしています。

コメント [W3]: 成田新法事件の規範で書きたかった
のですがうる覚えで書けませんでした。

公法系第1問 ② 評価B

1 第1 設問1

2 1 甲による憲法上の主張

- 3 (1) 法15条8号は、Bの妊娠出産する自由を侵害し、違憲である。
4 (2) 法18条1項は、適正手続(憲法(以下、法令名は省略する)31条、
5 33条1項)に反し、違憲である。

6 (3) 以下、理由を述べる。

7 2 (1) 1(1)の自由は、「幸福追求...権」(13条後段)のうち自己決定権と
8 して保障される。なぜなら、自らの考えを自ら決定することは、「個
9 人として尊重される」(13条前段)という個人尊重原理の基礎だか
10 らである。

11 (2) 他方、制約の態様は、移動・身体の自由を奪うものであり、強力
12 である。

13 (3) 上記権利としての重要性や制約の態様を考えると、目的が必要不
14 可欠であり、目的達成のための必要最小限の手段でなければ合憲と
15 はならないと考える。

16 (4) 法15条8号は子を産ませないことで定住することを防止するこ
17 とを目的とするものであるが、更新があるものの、原則3年に限定
18 されている点で、定住することを防止できる点で必要不可欠な目的
19 とは言えない。仮に目的が必要不可欠であるとしても、上記のよう
20 に在留する期間が限定されている点で定住することを防止できる
21 ことから妊娠出産を禁止することは必要最小限の手段と言えない
22 どころか、目的達成のために役立たない。

23 (5) したがって、法15条8号は違憲である。

24 3 (1) 適正手続は文言上、刑事手続を適用範囲にしていると読めるが、
25 行政手続であっても、刑事手続と同様の人権侵害の危険があるので
26 あれば、その趣旨が及ぶと考える。

27 (2) 法18条は各号の事由を見ても客観的に明確な事由を定めて
28 いることや身柄を拘束して移動・身体の自由を奪う点でほとんど現
29 行犯逮捕(刑訴法210条)という刑事手続と同様である。ここで、現
30 行犯逮捕が合憲とされている判決によれば、逮捕状が不要な理由は
31 誤認逮捕の危険が少なく、逮捕の必要性があることにある。他方、
32 法18条も強制処分を行うに際して書面を不要としているが、特定
33 区域内で特定労務に就労することとなっているから、管理下にある
34 といえるため、身柄拘束をする必要性がないといえる。とすると、
35 書面を不要とするのは適正手続に反するといえる。

36 (3) よって、法18条1項は適正手続(31条、33条1項)に反し、違憲
37 である。

38 第2 設問2

39 1 (1) 第1の1(1)の主張にしては、上記自由については、法による制
40 度の枠内で認められるに過ぎないという反論が想定される。

41 (2) 以下、私見を述べる。

42 そもそも、入国の事由が保障されていないことから分かるよう
43 に、外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するという
44 原則がある。そして、外国人の人権については、マクリーン事件判
45 決が政治的活動の事由に関しては在留制度の枠内でしか認められ
46 ない旨を判示している。加えて、法の制度は入管法の在留制度とは

コメント[4]: 誘導に乗った。でも何かいいたい
いかわからないというのが第1印象

コメント[5]: 適正手続パターンであることは分
かったが、あまり覚えていないため、成田新法
事件や川崎民事事件を意識して書こうと思った
が、うろ覚え。他の受験生も同じとは思ったが。

コメント[6]: 準現行犯と書かなかったことでの
誤解を生む可能性

コメント[7]: 間違えてあげた記憶あり

コメント[8]: 緊急逮捕と間違えて読まれる危険
あり。自分としては準現行犯逮捕のことを欠き
たかったが、伝わらず誤解を生むだろう

コメント[9]: 外国人の人権と言ったらこの判例
かと思った。短答にも出ているし。

47 異なるものの、申請に際し、15条各号に掲げる事項を理解した上
48 で同事項に該当する行為をしない旨を制約する書面を提出しなけ
49 ればならないことになっているから(法5条5号)、同意があるとい
50 える。そうだとすると、反論は相当と考える。

51 (3) もっとも、自己決定権の重要性に鑑みて、目的が正当であり、手
52 段が不合理でなければ合憲と考える。

53 法15条8号は子を産ませないことで定住することを防止するこ
54 とを目的とするものであり、正当なものである。そして、手段につ
55 いても、子が生まれることで外国人被扶養者の増加が現実化し、我
56 が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響へ
57 の懸念されることを考えると、妊娠出産を禁止することは不合理と
58 まではいえない。

59 (4) よって、法15条8号は合憲である。

60 2(1) 第1の1(2)の主張に対しては、法の制度は行政手続であり、そ
61 の程度も刑事手続と同程度の人権侵害があるとは言えないとの反
62 論が想定される。

63 (2) 以下、私見を述べる。原告の言う通り、適正手続は文言上、刑事
64 手続を適用範囲にしていると読めるが、行政手続であっても、刑事
65 手続と同様の人権侵害の危険があるのであれば、その趣旨が及ぶと
66 考える。そこで、刑事手続と同程度の人権侵害があるとか検討する
67 ために法の制度を見てみると、警備官は嫌疑者を覚知したときには
68 調査を開始し、その結果、禁止行為を行ったと疑うに足りる相当な
69 理由があるときは、何らかの書面を要しないで、嫌疑者を收容する
70 ことができ、警備官は、嫌疑者を收容するときは、違反が疑われる
71 事実を告知し、收容後速やかに弁解を聴取し、身柄拘束から48時
72 間以内に、審理官に、調書及び証拠物を送付するとともに、当該嫌
73 疑者の收容を報告しなければならない上、審理官は、警備官から報
74 告を受けた場合、速やかに当該嫌疑者による禁止行為の存否につ
75 て審査を開始し、その存在を確認した場合には、同人を強制出国と
76 する。とすると、刑事手続における現行犯逮捕と同様に身柄を拘束
77 して移動・身体が伴うといえる。

78 (3) そして、法の制度によると、特定労務外国人は特定労務を法務大
79 臣が指定する地域内で就労できるに過ぎないため、他の地域に移動
80 することが観念できないから、收容の必要性がないといえる。とす
81 ると、現行犯逮捕が容認される根拠のうち、逮捕の必要性に相当す
82 る收容の必要性がないといえるから、適正手続の見地から、逮捕状
83 に相当するような書面を要すると考える。

84 (4) にもかかわらず、そのような書面を法は要求しておらず、適正手
85 続に反する。

86 3 したがって、法18条は違憲である。

87 以上

コメント[10]: 自己決定権と言えば輸血拒否事件課と思
い浮かび同意を得なければならないとあったことから、
逆にいえば同意があればよいと考えた。

コメント[11]: 答案構成45分、答案作成75分くらい。
問題文を見て冷や汗をかいた。周りの雰囲気も何となく
そんな雰囲気を感じたので問題文に食らいついて書こ
うと心掛けたが、あまりに欠くことが思いつかず、知識
に頼ってしまった。焦りからかミスも多い。

公法系第1問 ③ 評価C

1 設問1

2 弁護士甲として、特労法15条8号、19条3項、18条1項が違憲で
3 ある旨の主張を以下のように行う。

4 1 特労法15条8号について

5 特定労務外国人が本国において滞在中に、妊娠又は出産することを禁
6 止している同規定は、女性が妊娠又は出産する自由を制限するものであ
7 る。

8 (1) 憲法13条1項後段は、個人が自己のライフスタイルをどのように
9 決定するの点についても、個人としての人格的な発展におけ
10 る基礎となることから自己決定権の一内容としてこれを保障している
11 と解する。

12 そのため、女性が妊娠または出産することについても、それが女性
13 の人生にかかわることからするとその決定については、憲法13条後
14 段により保障されるといえる。そして、このような権利の保障は外国
15 人であっても異なるところはない

16 (2) そして、自己決定権が個人の人格的な発展の基礎をなすことからす
17 ると、重要な憲法上の権利といえ、これに対する制約については、①
18 やむにやまれぬ公益の達成のため、②必要最小限度の手段による場合
19 でなければ、許容されないというべきである。

20 (3) まず、特労法は特定労務外国人に対し、本国滞在中における妊娠又
21 は出産を禁止することで、「我が国の分化や秩序との調和を図」(法1
22 条) ろうとしており、このような目的は必要不可欠ということができ
23 る(①充足)。

24 (4) もっとも、特定労務外国人に対し、本国滞在中における妊娠又は出
25 産を禁止することは手段として必要最小限度とはいえない。

26 ア すなわち、特定労務外国人の本国滞在中における妊娠または出産
27 を禁止するのは、当該特定労務外国人の長期滞在を認めないための
28 ものであるが、妊娠又は出産により本国に長期滞在することとなる
29 のは、本国の国籍を有する者との間で懐胎した場合に限られるとい
30 うべきである。

31 とすれば、本国の国籍を有する者との間での妊娠又は出産のみを
32 禁止すれば足り、およそ特定労務外国人の妊娠又は出産を禁ずるこ
33 とについては手段必要性に欠ける

34 イ したがって、②を充たさず、特労法15条8号は違憲である。

35 第二 法19条3項、法18条1項の違憲性

36 憲法31条が規定する適正手続の要請は、刑事手続に限られず行政
37 手続に関しても妥当する。

38 そして、法18条1項が規定する身体拘束及び法19条3項の強制
39 出国の手続について、警備官及び審査官がこれに関与するのみで、司
40 法機関による関与は予定されていない。

41 このような手続規定は、憲法31条の要請に反するといえ、違憲で
42 ある。

43 設問2

44 第1 法15条8号の違憲性について

45 1 国側の反論として、特労外国人たる女性に対し妊娠又は出産の自由
46 が保障されているとしても、本件制度における認証が認められる限り

コメント[受験生12]: 点実感で指摘されたように、制約が認められる事例では制約→権利保障の順で書くようにした。

コメント[受験生13]: 原告が外国人であることから、原告側でも触れることにした。

コメント[受験生14]: 法1条から、規制の目的をどう読み込むかということが近年の傾向であると分析していたので、この点を意識して目的審査を行った。

コメント[受験生15]: Cの相手となった男性もA国籍を有する外人同士の結婚であることを意識した。

コメント[受験生16]: 何を書いたらよいかわからなかった。13条の手段審査の枠組みの中で論じる方法も考えたが、問題文の感じだと別箇の権利として構成することを求めていると考えた。

47 であるから、かかる自由に対する制約に対し厳格審査基準は妥当しな
48 いという主張が考えられる。

49 (1) 確かに、特労法は、出入国管理法に代替するものとして、認証(法
50 4条1項)を受けた特定労務外国人について、本国における滞在を
51 認めている(同5項)。

52 そのため、特定労務外国人が滞在期間中において妊娠または出産
53 することの自由は本件制度の範囲内において保障されているにすぎ
54 ず、法15条8号といった禁止行為についてこれをしないことを遵
55 守する旨の書面も提出している(法5条)ことから、特定労務外国
56 人の本国における妊娠又は出産に対する制約はやむを得ないと思
57 える。

58 (2) しかし、憲法13条後段の保障する自己決定権は、個人の尊厳を
59 基礎としており、人格的な発展の基礎をなすことからすると、認証
60 制度の範囲内においてのみ、外国人の権利の保障を認めるというの
61 は、本国における活動を委縮させかねない。

62 とすれば、原告の主張する審査基準によって、合憲性を判断する
63 べきである。

64 2 国側の反論として、特労外国人が本国において定住することに伴い、
65 当該外国人に対する社会保障サービスを実施する必要も生じ、これが
66 国民との軋轢を生みかねないという危険は、妊娠又は出産をした外国
67 人におよそ認められるから、手段必要性があるという主張が考えられ
68 る。

69 (1) 確かに、本国に滞在する外国人について、保険制度といった社会
70 保障制度への理解が乏しく、保険料の徴収が困難になるといった危
71 険があり、それが本国の国民に対し不公平感を与えるといった懸念
72 が考えられる。

73 そして、妊娠又は出産に伴いこのような医療制度を活用すること
74 は、当該特定労務外国人が本国の国籍を有する者との間で懐胎した
75 場合には限られないことからすると、本国の国籍を有する者との間
76 での妊娠又は出産に限定することは、同程度の目的達成を期待し得
77 ない。

78 また、妊娠又は出産した特定労務外国人に対し、その子供が、本
79 国の国籍を有する者との間にできた子供であるのかという点を把握
80 することも困難である。

81 (2) したがって、特定労務外国人の妊娠又は出産を禁ずることに手段
82 必要性が認められる。

83 以上より、法15条8号は合憲である。

84 第2 法18条1項・法19条3項の違憲性

85 国側の反論として、行政手続についても憲法31条の適正手続の要
86 請が及ぶとしても、行政手続には種々の目的があるから、手続につい
87 て司法審査と同等の厳格性は要求されないという主張が考えられる。

88 しかし、禁止行為に該当する行為を行った場合に、直ちに特定労務
89 外国人を身体拘束することおよび強制出国させることは、犯則調査手
90 続に準じた性格を有するものであり、これに対しては厳格な司法審査
91 に則る手続が求められる。にもかかわらず、法18条1項・19条3
92 項はこのような手続を設けていないことから、これらの規定は憲法3

コメント[受験生17]: 出入国管理法との関係について問
題文でも説明があったことから、マクリーン事件判決を
被告側で援用することを意識した。

コメント[受験生18]: もう少し、本問の事情に引き付け
ながら具体的に書きたかった。

コメント[受験生19]: 問題文における「軋轢」の内容に
ついて自分の頭で具体的に考えた結果を書くことが必
要と考えた。

93 1条に反する。

94

以上

95

96 <時間配分>

97 答案構成：38分くらい

98 答案作成：82分くらい

99

100 <総合コメント>

101 憲法31条の部分について意識がいきってしまい、憲法13条の部分に充
102 実した主張反論を組み立てることができなかった感じがする。

103 憲法31条の部分をわからないなりにもう少し具体的に書くべきであった
104 と思う。

公法系第1問 ④ 評価D

第1 設問1

1 1 甲弁護士として国賠法上の「違法」(国家賠償法1条1項)を基礎付
2 けるため法15条、同18条は、**滞在中に妊娠・出産するかどうかの**
3 **女性の自己決定する自由**(以下「本件事由」という)を侵害し、憲法
4 (以下略)13条に反するため違憲無効であると主張する。

コメント[受験生20]: 自己決定の問題と考えた。

5 2 **まず、人権の固有性(11条)と13条は個人の尊重を規定してい**
6 **ることから、同条は、個人の尊重に必要な人格的生存に不可欠な事項**
7 **を保障していると解する。国家の干渉なしに女性が妊娠・出産するか**
8 **どうか決める本件自由は、女性がライフスタイルとして、子供を産み**
9 **人類が発展していくために必要な行為といえ人格的生存に不可欠とい**
10 **える。**

11 **したがって、本件自由は13条によって保障される。**

コメント[受験生21]: 人格的利益説をとりあえず書いて当てはめた。

12 3 **次に、法15条8号は禁止行為であるところ、これに該当すると、**
13 **收容され(法18条)、審査(法19条1項)され、強制出国命令書の**
14 **執行(法23条)が行われるため、本件事由は制約されているといえ**
15 **る。**

コメント[受験生22]: 制約は、条文を使い丁寧に書くことを意識した。

16 4 **そして、本件自由は、女性が自己の妊娠・出産という重要な事項を**
17 **決めることになるため自己実現に資するものである。また、本件自由**
18 **は、女性のライフスタイルにかかわるもので24条にも資するため、**
19 **重要といえる。さらに、制約も、禁止行為に当たれば、例外なく一切**
20 **日本で働けなくなるため、強いといえる。そのため、厳格に解するべ**
21 **きであり、目的が必要不可欠で、手段が必要最小限でなければ正当化**
22 **されない。**

23 5 **法の目的は、労働力を確保し、国民生活の安定と社会の発展(法1**
24 **条)を図ることにある。もっとも、禁止行為に妊娠・出産を入れるこ**
25 **とは、直ちに、国民生活の安定につながるものではなく、安心にすぎ**
26 **ないため必要不可欠とは言えない。**

27 **仮に、目的が必要不可欠だとしても、妊娠・出産を禁止行為(法1**
28 **5条8号)とすることは国民の安定につながらない。また、妊娠・出**
29 **産についての社会保障制度として、整備する方が労働力の確保につな**
30 **がる。さらに、望まなく、妊娠した場合にも禁止行為に当たるとい**
31 **うのは過度である。加えて、裁判官の令状等を得ることもなく、警備官**
32 **限りの判断で、直ちに外国人の身柄を拘束することは手続保障の観点**
33 **から問題であり、相当とは言えない。**

34 **したがって、手段は必要最小限とはいえない。**

コメント[受験生23]: 問題文を写して並べたようになってしまったので、もう少し評価できればよかった。

35 6 **よって、違憲である。**

36 第2 設問2

37 1(1) **国としては、保障される自由としては、本件自由ではなく、滞在**
38 **の自由(22条2項)や勤労の権利(27条)に過ぎないという反**
39 **論が考えられる。**

40 (2) **しかし、禁止行為(法15条8号)に該当することが直接の原因**
41 **になっており、本件自由の制約と考えるべきである。**

コメント[受験生24]: 一応、一言触れた。

42 2(1) **次に、国としては、外国人は、本件自由の人権享有主体とならな**
43 **いと反論する。**

44 (2) **しかし、我が国は、国際協調主義(98条2項)を規定している**
45 **ことから、外国人にも権利の性質上可能な限り人権が保障される。**
46

47 そして、本件自由は、妊娠・出産という女性の自己決定にかかわる
48 事柄であり、権利の性質上外国人にも保障されるといえる。

49 3(1)ア そうだとしても、国としては、外国人の入国・滞在の可否は国
50 家の主権的判断に属するべきであり、広範な裁量が認められるこ
51 とから、目的が正当で、手段合理的関連性があれば、合憲である。

52 イ 目的は原告主張の通りであり、労働力確保の要請から入管法に
53 比して緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問
54 題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守
55 り国民の安心を得ることが必要であるから重要といえる。

56 また、日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底
57 する必要性や、外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や
58 保育、教育、医療サービス等に影響を及ぼす懸念があるから目的
59 達成に資する。さらに、望まなく妊娠した場合も社会保障等の問
60 題は等しく生じるため、これを除外する理由はない。加えて、裁
61 判官の令状等を得ていない点は、一定の要件をクリアした審査官
62 により行われているので問題はない。

63 したがって、手段は合理的な関連性がある。

64 ウ よって、合憲である。

65 (2)ア 確かに、被告の主張の通り、本件自由は外国人の受け入れに関
66 するものであるため、裁量があることは否定できない。しかし、
67 原告主張の通り、本件自由は女性の妊娠・出産というライフスタ
68 イルに関する重要な権利である。また、制約の態様としても、禁
69 止行為に該当すれば、一切日本で働けないというものであり、強
70 度である。そこで、目的が重要で、手段が実質的関連性すなわち、
71 効果的で相当といえれば、合憲であると解する。

72 イ 目的は、確かに、被告の主張の通り、国民生活の安定は重要で
73 あるが、安心のため、妊娠・出産を禁止することは、重要な目的
74 とは言えない。

75 仮に、目的が重要であるとしても、妊娠・出産者を強制出国さ
76 せなかったからといって、社会的・政治的軋轢が生じるわけでは
77 なく、社会保障費の増加につながり、国民の生活の安定が害され
78 るわけでもない。そして、制度として、出身国にも一部負担させ
79 ることなどを構築すれば問題は生じない。むしろ、妊娠・出産も
80 短期間であるから、その後も働かせた方が労働力確保に資するた
81 め手段が効果的とは言えない。また、確かに、妊娠・出産は自己
82 の判断でコントロールできるが、望まず妊娠した場合には、出
83 産するという選択肢がなくなるため、過度な規制である。加えて、
84 審査官が中立的とはいっても、裁判所ほど中立性が確保される訳
85 ではないため、手続保障が十分とは言えず、相当とは言えない。

86 したがって、手段も実質的関連性があるとは言えない。

87 ウ よって、違憲である。

以上

90 <時間配分>

91 答案構成：35分

92 答案作成：85分

コメント[受験生25]: コンパクトに論証する
ことを意識した。

コメント[受験生26]: 国側は、裁量を強調し、私
見では、裁量を認めつつも厳格度をあげるよう
にした。

コメント[受験生27]: 目的自体争えると思っ
て書いたが、上手くかみ合わせられなかった。
国民生活の安定だけを見れば、目的は争わな
くても良かったかもと書いている途中で思っ
た。

93

94 <総合コメント>

95 人権の設定に苦労した。抽象的になってしまい、問題文の事実を上手く
96 答案に表現できなかった。法令違憲のみ当事者が主張しているため、そこ
97 については余計なことを書かないように気を付けた。

98

99 <使用した参考書・問題集>

100 ・憲法 第五版 芦部信喜 高橋和之補訂 岩波書店

101 ・判例プラクティス 憲法 増補版 憲法判例研究会編 有斐閣

102 ・憲法ガール 大島義則 法律文化社

103 ・「憲法上の権利」の作法 新版 小山剛 尚学社

公法系第1問 ⑤ 評価E

1 設問1

2 1 特労法15条8号, 18条1項, 19条3項, 23条1項は, 特定労
3 務外国人の本邦滞在中に妊娠する自由を侵害し, 13条に反し, 違憲ゆえ,
4 国賠法上違法であると主張する。

5 (1)ア 13条の趣旨は, 個人の尊重にあるところ, 13条は個人の尊重
6 に必要な, 個人の人格的生存に不可欠な権利を包括的に保障した規定
7 と解する。

8 本件では, 妊娠することは, 女性の心身に重大な影響を与え, ま
9 た人生の決定の側面をも有する。とすれば, 妊娠する自由は, 個人の
10 重要な私的事項といえ, これを決定することは, 個人の人格的生存に
11 不可欠なものといえる。したがって, 同条により保障される。

12 イ また, かかる自由は, 精神的側面を有し, 権利の性質上, 日本国
13 民のみを対象にしているものとは解されない。ゆえに, 外国人にも保
14 障される。

15 (2) 特定労務外国人が妊娠した場合(法15条8号), 警備員は収容でき
16 (18条1項), また強制出国命令書を発布され(19条3項), 執行され
17 る(23条1項)。とすれば, 妊娠することに対し萎縮的効果が生じ,
18 かかる自由を制約する。

19 (3) かかる自由は, 個人の尊厳と密接に関わるものであり, また自己実
20 現の価値を有すること, 妊娠を一切禁止するものであること(法15条
21 8号), 令状によらずに収容, 強制出国という手段は強度であること,
22 から, 厳格な審査基準により判断する(①目的は必要不可欠, ②手段が
23 必要最小限度のもの)。

24 (4) 妊娠出産を認めたとしても, その後, 法15条各号に該当するなら
25 ば当然収容, 強制出国することができる。また, 妊娠出産の期間の滞
26 在を許したとしても, 1年程度にすぎない。とすれば, 制約により得
27 られる利益は小さい。一方, 本人が望まない妊娠の場合にも適用され
28 るとすれば大きな不利益である。とすれば, 過度といえ, 手段は必要
29 最小限とはいえない(②×)

30 (5) 以上より, 上記結論となる。

31 2 設問2 反論

32 (1) 収容の要件が限定, 収容後の手続き保障(18条1項, 2項, 3項)
33 があること, 本邦滞在中における制約であり, そして外国人の入国滞
34 在の可否は国家の主権的判断に属することから, 緩やかな審査基準が
35 妥当する。

36 (2) 妊娠出産を許せば, その後, 育児のため滞在を許さざるを得ない(法
37 18条6号「正当な理由」)可能性があり, 長期滞在となりうる。また,
38 長期滞在は行政サービス等に影響を及ぼす。特労法はあえて緩やかな
39 要件で入国を認める以上特に規制する必要がある。とすれば制約によ
40 り得られる利益は大きい。とすれば過度なものとはいえず, 手段は必
41 要最小限度といえる(②)。

42 3 設問2 私見

43 (1) かかる自由は個人の尊重に関わるものであり, また, かかる自由は
44 個人の人生決定の側面をも有することから自己実現の価値を有する。
45 また妊娠を一切禁止するものである。反論において, 収容の要件が限
46 定, 収容後の手続保障があるとしているが, 令状不要のため警備員に

コメント[s28]: どの自由が問題となるのかいま
いち把握できなかった。また, 38条も問題と
なりうるのかも考えたが書かなかった。

47 より収容を判断できることから限定されているとはいえない。もっと
48 も、反論のように外国人の在留する権利は憲法上保障されていないこ
49 とから、外国人の入国滞在の可否は国家の主権的判断に属するといえ
50 る。とすれば、厳格な合理性の基準により判断する(①目的は重要②手
51 段が目的との関係で実質的関連性を有する)。

52 (2) 目的は、特定労務外国人の長期にわたる定住を防止する点にある。
53 欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的政治的な軋轢
54 が生じたことからこれを防止することは重要といえる(①)。

55 また、妊娠を認めれば滞在が長期になるおそれがあり、これを禁止
56 することは目的達成に資する。ゆえに適合性を有する。

57 たしかに妊娠出産を許せば、その後、育児のため滞在を許さざるを
58 得ない(法18条6号「正当な理由」)可能性があり、長期滞在となり
59 うる。また長期滞在は行政サービス等に影響を及ぼしえるが、妊娠出
60 産により長期となる者はそれほど多数となるとは想定できず行政シ
61 ビスに影響を及ぼす程度は低い。あえて緩やかな要件で入国を認める
62 以上特に規制する必要が高いというが、緩やかな要件で入国を認める
63 からといって、規制の必要性が高いとは言えない。とすれば制約によ
64 り得られる利益は大きいとはいえない。また、強姦等により本人が望
65 まない妊娠の場合にも適用されるとすれば、本人に対し著しい不利益
66 となる。とすれば、得られる利益に対し過度である。したがって、手
67 段が目的との関係で実質的関連性ない(②×)。

68 (3) 以上より、違憲である。

69
70 <時間配分>

71 答案構成60分 作成60分

72
73 <総合コメント>

74 答案構成に力を入れすぎ、答案構成に書いたことを反映する時間がなく
75 悔やまれた。

76
77 <使用した参考書・問題集>

78 プラクティス憲法、急所、作法

コメント [S29]: 総合コメント

答案構成に力を入れすぎ、答案構成に書いたことを反映する時間がなく悔やまれた。

答案構成60分作成60分

プラクティス憲法、急所、作法

公法系第1問 ⑥ 評価F

1 第1 設問1

2 1. 結論

3 Bの強制出国の根拠となった法19条3項、15条8号、23条1項2
4 項は、特定労務外国人の本邦において就労する自由を侵害し、憲法22
5 条1項に反し違憲である。また、法18条1項、15条8号に基づくB
6 の収容は、Bの本邦において就労する権利を侵害し、憲法22条1項に
7 反し違憲である。そのため、国家賠償法上の違法性が認められる。

8 2. 理由

9 (1) 法令違憲

10 ア. 憲法上の権利の制約

11 法19条3項、23条1項2項による強制出国により特定労務外
12 国人が本邦において就労することができなくなる。憲法22条1
13 項は「職業選択の自由」を保障するところ、職業遂行の自由も同
14 条同項により保障される。なぜなら、職業遂行の自由まで保障し
15 ないと「職業選択の自由」を保障した実質的意義がなくなるから
16 である。本件では、特定労務外国人が本邦において就労する自由
17 は、職業遂行の自由として憲法22条1項により保障される。ゆえ
18 に、憲法上の権利の制約が認められる。

19 イ. 判断枠組み

20 職業遂行の自由は、分業化が進んだ現代社会において、自己の
21 生計を維持するものであり、個人の人格的価値と不可分の価値を
22 有するものとして重要である。殊に、特定労務外国人が本邦にお
23 いて就労することは、自国において十分な仕事にありつけない者
24 に対して、生計維持に資する点において重要性の高いものである。
25 これに対して、法19条3項、23条1項2項による強制出国は、
26 かかる特定労務外国人の自由を直接的にはく奪するものであり、
27 制約の程度は極めて大きい。一度強制出国されると、再度本邦に
28 おける特定労務従事ができない点も、制約の程度の大きさを裏付
29 けている(法4条項5号)。そのため、中間審査基準が妥当する。
30 すなわち、①目的が重要で、②手段との間に実質的関連性が認め
31 られる場合に限り、法19条3項、23条1項2項は合憲となる。

32 ウ. 個別具体的検討

33 (ア) 法1条によれば、法19条3項、23条1項2項による強制出
34 国を認めた目的は、特定労務における労働力の円滑な供給を実
35 現するとともに、本邦の文化や秩序との調和を図る点にある。
36 労働力不足が深刻化する中、農業と製造業を対象に外国人非熟
37 練労働者を迅速かつ円滑に受け入れることは、かかる産業が我
38 が国の産業基盤となるものであるから、重要であるといえる。
39 他方で、欧米諸国における移民受け入れによる社会的政治的な
40 軋轢が生じた背景を基にして、受け入れ対象区域を指定し、長
41 期にわたる本邦への滞在を認めないことによって本邦の秩序維
42 持を図ることは、立法事実を裏付けられたものであり重要であ
43 るといえる。したがって、目的は重要である(①)。

44 (イ) 上記法目的達成のための手段として、「特定労務外国人」対
45 して「本邦滞在中に妊娠し又は出産すること」(法15条8号)
46 を禁じることは、女性の自己決定権(憲法13条後段)に対する

コメント[受験生30]: ここは誘導に素直に乗り、
13条で構成するべきであった。

コメント[受験生31]: 就労の自由ではなく、
せめてマクリーン事件を意識して、在留の自
由とすべきであったかもしれない。

47 制約として厳しすぎる上に、女性の妊娠出産を禁じたとしても、
48 我が国の秩序が維持されるという客観的根拠はなく、手段必要
49 性を欠く。また、前述のように、特定労務外国人の就労の自由
50 に対する極めて強度な制約であるにもかかわらず、裁判官の令
51 状を経ることなく警備官限りの判断で外国人の身柄を拘束する
52 こと（法18条1項、23条1項2項）は、手続き的保障を一切
53 欠く点において、過剰規制であり手段相当性を欠く。したがっ
54 て、法目的達成のための手段として実質的関連性を欠くといえ
55 る（②）。

56 （ウ）よって、Bの強制出国の根拠となった法19条3項、15条8
57 号、23条1項2項は、憲法22条1項に反し違憲である。

58 (2) 適用違憲

59 ア. 上述のように、特定労務外国人の本邦において就労する自由は、
60 重要性の高いものである。他方で、法18条1項、15条4号によ
61 る本件Bの収容により、Bが本邦において就労する自由が直接的
62 に制約されているため、制約の程度は大きいといえる。そして、
63 法4条1項3号4号は、「特定労務」の「従事」についての「申請」
64 に際して、「本邦における特定労務への就労」及び「本邦への帰化
65 又は永住を希望しないこと」を「誓約する書類」を提出させるこ
66 とにしている（法5条5号、同条柱書）。そうすると、法は、本邦
67 に帰化又は永住する目的による特定労務の従事を排斥する趣旨に
68 出ているといえる。そのため、「第15条各号に該当する事実があ
69 ると疑うに足る相当な理由がある場合」（法18条1項）とは、本
70 邦に帰化又は永住する目的により妊娠したおそれが観念的なもの
71 にとどまらず、実質的に認められるものをいうと限定的に解釈す
72 るべきである。

73 イ. 本件では、Bは日本に定住する意図はなく、日本である程度稼
74 いだ後にはA国に戻りたいとの意思を弁解録取の際に明示してい
75 る（法18条2項）。Bは望んで妊娠したわけでもなく、本邦におい
76 て帰化又は永住するために妊娠したとはいえない。したがって、
77 本件におけるBの妊娠は、本邦に帰化又は永住する目的にでたお
78 それ実質的に認められるとはいえない。それにもかかわらずなさ
79 れた本件Bの収容は、法18条1項の根拠を欠く処分であり、Bの
80 本邦における就労の自由を侵害し、憲法22条1項に反する。

81 第2. 設問2

82 1. 法令審査

83 (1) 憲法上の権利の制約について

84 ア. 国の反論

85 在留外国人の基本的人権については、在留制度の枠内で保障さ
86 れるにすぎず、特定労務外国人の本邦において就労する自由は、
87 憲法22条1項によって保障されない。

88 イ. 私見

89 権利の性質上、日本国民を対象とするものを除き、憲法第3章
90 の規定は国内に在住する外国人にも適用される。確かに、従来、
91 入管法のもと、外国人非熟練労働者の受け入れについては、行政
92 庁の広範な裁量に属し、原則的に認められない運用がなされてい

コメント [受験生32]: 手段審査の中で13条について触れることにした。

コメント [受験生33]: 適正手続きについても論じ方がわからず、手段審査の中で触れた。

コメント [受験生34]: 問題文から、適用違憲についても論じることが求められていると感じたが、後から考えると法令違憲一本でよかったと思われる。

コメント [受験生35]: マクリーン事件を意識した。

93 た。しかし、新制度の下、特定労務外国人については、入管法の
94 規定の適用が排除され(法4条5項)、法15条1項の認証を受けた
95 特定労務外国人については、「特別区域内」における「3年間」の
96 本邦における滞在、特定労務の従事が認められる運用となっている
97 (法15条2項、3項、4項)。そうすると、新制度の下で、特定
98 労務への従事の認証を受けた特定労務外国人は、少なくとも3年
99 間は本邦における就労の自由が憲法上保障されたといえ、かかる
100 事由に対する制約は、特段の合理的な理由がない限り許容されな
101 い。したがって、新制度の下において、特定労務外国人の本邦に
102 における就労の自由は憲法22条1項により保障されているといえ、
103 憲法上の権利の制約を観念できる。

104 (2) 個別具体的検討 手段審査について

105 ア. 国の反論

106 まず、女性の自己決定権に対する制約の点について、日本への
107 長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底する必要、及び社
108 会保障制度に及ぼす影響への懸念より、手段必要性が認められる、
109 と反論する。次に、收容要件について、一定の手続き保障が与え
110 られており、緩やかな要件入国を認めている以上、国家の主権的
111 判断により我が国の秩序維持のためには、迅速に出国させること
112 も手段相当性をみたと、と反論する。

113 イ. 私見

114 第一の点について、確かに、日本への長期にわたる定住を認め
115 ないために、滞在中の妊娠・出産を認めないことは、子の養育の
116 観点から出国を強制できなくなることを避けることができ、法目
117 的達成のために一定の合理性はある。しかし、たとえ滞在中の妊
118 娠・出産を認めたとしても、一定の期間経過後に出国を義務付け
119 ることで法目的は十分に達成できるといえる。加えて、外国人扶
120 養者が増加したとしても、社会保障制度にどのような影響が及ぶ
121 かは明らかでなく、抽象的な懸念にとどまり、客観的な立法事実
122 を欠くものであって、法目的達成との間に実質的関連性は認めら
123 れない。ゆえに、滞在中の妊娠・出産を認めない法19条3項、15
124 条8号の規定は、法目的達成との間で実質的関連性を欠き、違憲
125 である。第二の点について、確かに、收容の要件が限定されてお
126 り(法18条1項、15条各号)、弁解の録取など、一定の手続き的
127 保障はされている(法18条2項)。しかし、收容要件に該当すると
128 判断されると、48時間以内に警備官から審査官に報告しなければ
129 ならず(法18条4項)、審査官は速やかに審査を開始し、法15条
130 各号事由該当事実を認めた場合には強制出国命令書が発布される
131 ことになる(法19条1項、3項)。そして、警備官による強制出国
132 命令書の執行がされる(法23条1項、2項)。これは、実質的には、
133 警備官による收容後自動的に強制出国の手続きまで移行するもの
134 であるといえ、嫌疑者に対する手続き的保障がされているとはい
135 えない。また、外国人に対する強制出国が国家の主権的判断に属
136 するとしても、前述のように特定労務外国人の本邦において就労
137 する自由については保障されているのであり、これに対する重大
138 な権利侵害となるのであるから、充分な手続き的保障が必要とな

コメント[受験生36]: 手段審査がメインであ
ると感じ、厚く論じた。

139 る。それにもかかわらず、法は充分な手続き的保障を与えておら
140 ず、法目的達成のための手段として過剰規制である。したがって、
141 手段相当性を欠き、違憲である。

142 2. 適用審査

143 (1) 国の反論

144 法15条8号の「妊娠」該当性については、文言通りに解すべき
145 であり、限定解釈はできず、それ故に本件Bの収容は合憲であると
146 反論する。

147 (2) 私見

148 確かに、「妊娠」該当性については、限定解釈の余地がないとも思
149 える。しかし、法18条1項は「相当な理由があるとき」と抽象的な
150 文言を用いてその認定に際して要件裁量を認めている。そのため、
151 要件該当性については、法の趣旨に照らして解釈すべきであり、
152 形式的に文言通りに解すれば却って法の趣旨を没却することになる。
153 ゆえに、原告主張の通り限定解釈すべきであり、本件Bの収容は
154 特定労務外国人の本邦における就労の自由を侵害し、違憲となる。
155 以上

コメント[受験生37]: この反論は不要であったかもしれない。

156 <時間配分>

157 答案構成：30分

158 答案作成：90分

159 <総合コメント>

160 まず、人権選択で非常に悩んだ。二年連続は13条が出ることはないだろ
161 うということ、および原告が求めているのは、本法における就労であると
162 考えてしまい、22条1項で書いてしまった。今思えば誘導に素直にのるべ
163 きであった。

164 <使用した参考書・問題集>

165 憲法 判例百選、過去問、憲法ガール、判例から考える憲法

166 行政法 判例ノート、過去問、行政法ガール、事例研究行政法

167 民法 判例百選、過去問、旧司法試験、民法事例演習教材

168 商法 判例百選、過去問、ロープラクティス商法

169 民訴 判例百選、過去問、旧司法試験、重点講義

170 刑法 事例演習教材、旧司法試験

171 刑訴 判例百選、過去問、事例演習教材、旧司法試験

172 経済法 判例百選、過去問