

新司法試験（憲法）論文式問題解説 2018-2022年

——司法試験サンプル問題解説及び司法試験・法科大学院雑感を含む——

君 塚 正 臣

はじめに

2012年までの司法試験の論文式公法系第1問（憲法）の問題と解説、解答例を原田一明＝君塚正臣編『ロースクール憲法総合演習』（法律文化社、2012。以下、特に断りもなく「前掲書」とするときは本書を指す）に掲載した。その後、2013年から2018年までの司法試験論文式公法系第1問の解説と解答例を示してきた（横浜国際社会科学研究所22巻3号91頁（2017）。以下、特に断りもなく「前掲解説」とするときは本文を指す）。既に、それから5年が経過したので、その後のものについて、同様にここに示すものである。

また、2004年のサンプル問題の講評が抜けていたので、補遺として組み入れる。

総 説

司法試験の論文式公法系第1問は、2019年に境に様変わりした。例の事件を受けて、出題委員を一新した。出題委員から、ある人物の例の事件により、当時の研究者教員は一掃され、また、一旦、研究者教員の人数が減らされた後、その人脈が大きく変わったためである。疑惑一掃は結構だが、主題傾向が変わり、新司法試験がスタートして以来、憲法の出題で続いてきた、原告（検察）、被告（被告弁護士）、あなた（裁判長）の立場を書き分ける出題形式が消えたことは衝撃的だった。

憲法訴訟といえども司法の作用であり、「動

中静」から正義が求められ、法曹両当事者の攻防から結論が決められるものであろう。その意味から、3者の主張を書き分ける出題形式は適切な発明であると思われていた。しかし、出題委員に大陸法を比較憲法対象国とする研究者が増えたのか、まるで憲法裁判所か憲法院が出来立ての法令の抽象的違憲審査をするが如き判断を求めるような出題が続いている。日本は、付随的違憲審査制である。そのことを誤解させる出題傾向には賛成できるものではない。

また、経済的自由や幸福追求権などを主たるテーマとする出題が、ますます散見されるようになっていく。殆どの憲法研究者が了解する二重の基準論の下、経済的自由の規制は緩やかな司法審査基準で審査されるため、違憲の主張を通すことは難しい。これに対し、精神的自由、生命・身体的自由、参政権の規制や、憲法14条1項後段列挙事由の差別の事例では厳しい司法審査基準が予定されており、違憲の主張が通り易い、というのがごく一般的な理解である。このため、司法試験合格者の多くが弁護士として活動することを踏まえるならば、まず、訴訟において憲法を持ち出す場面とは後者であるべきであり、そういった事例で違憲の主張がきっちりできるかを問うのが、法曹の資質を吟味する司法試験の出題の王道ではないかと思えるのである。端的に言えば、表現・集会結社の自由及び政教分離の事案で、弁護士の立場で適切な違憲の主張をすることをメインとする出題が主

軸であるべきで、平等や適正手続なども隠れた論点であればなお望ましい、というところである(無論、毎年、20条と21条ばかり出題されると、あまりにも狭い範囲の学習を推奨してしまうことになるので、ときどき、22条や13条などをメインとする出題がなされることは吝かではない)。

そして、判例を踏まえて、という旨の指示が目立ってきたことが指摘できる。法律学、否、社会科学一般が、社会の問題に働きかけようとする営為である以上、現時点での状況を見無視できず、法律学であれば有権解釈や実務を見無視した立論が虚しいことは言うまでもない。このため、判例を見無視して書き進める答案があまりにも多いので、当該事例の判例が何であるかを書き記せ、という意味であれば、その指示は首肯できるものである。しかし、果たして、このようなリード文を読んだ受験生の反応はどうか。多分に、判例に準拠し、そこから一歩も違えることのない結論を導き出すことが司法試験論文式の答案の「御作法」なのだと思うのではなからうか。判例は踏まえねばならないが「神」ではない。この誤解を解くべく、設問のリード文の工夫はあって然るべきであった。最近になって、注意深い記述になっており、受験生も、判例を一途に狂信せよということではない、ということを見無視して欲しい。

つまり、この5年間、人心を一新したものの、総じて、設問は以前より寧ろ悪くなっている、というのが評者の印象である。短答式の方も、以下、【補論1】で述べることだが、改善が見られず、事実命題が過剰になっている(要は、考えない問題が増えている)気がしてならない。出題委員会には、全体方針も含めて、改善を求めたいものである。

そうは言っても、我々が出された問題を解くしかないのであって、悪問批判は意味がないです。よ、という受験生の声がかえりそうだが。しかし、まずは、将来の受験生、あるべき法曹養成のために意見を述べることは大事だ、寧ろ、合格者こそ語るべきだ、と思える。悪問が放置

されれば、適切な者が適切なポスト等に就けず、この社会のシステムが崩れるのである。偏に、二世議員が跋扈する政界の問題ばかりではない。それと、問題が悪問であると指摘することには、だから悪問と認識して対応しよう、というリアルな試験対策としての意味がある。経済的自由の政策的規制の事例の合憲性を、判例を踏まえて書け、という設問であるならば、政策の是非を問うのが司法試験の適切な出題か、という疑問を持ちつつ、きっちりと、判例を挙げて、その線で合理性の基準で合憲にするのを本筋としつつ、出題者が暗に求めている政策の合理性にも副次的に言及する、という対応が生まれてくるのである。無論、そのような神経を使わせない設問を工夫して頂きたい、というのが評者の真意である。

【補論1】短答式問題についてⅡ

前掲解説でも触れたことであるが、司法試験短答(実際には択一)式問題の憲法の出題等について、なお付言したい点がある。

前掲解説で近年、判例の内容を問う問題、つまりは事実命題の正誤判断を求める問題が多く、3つの文についての正誤を問う8択問題が並ぶことになっていることを指摘した。「この中から適切なもの(適切でないもの)を1つ(2つ)選べ」という出題形式であれば、絶対的正誤までは出題者に要求されない(それでもなお、正誤の微妙な選択肢を残さないようにするのが賢明である)。これに対し、現行形式では、客観的正誤でない出題は危険なことから事実命題が増え、他方、合格者レベルを維持するため、細かい知識の暗記力を問う傾向となり、折角の択一式ながら、論理整合問題が壊滅し、法曹の適性試験として如何なものか、というのが、その指摘したいところである。

この指摘は「この中から適切なもの(適切でないもの)を選べ」式では、選択肢を4つ以上作成すれば、偶然の高得点はかなり阻めると思える。選択肢を増やせば問題の難化は図れるが、

数多く置くことは芸がなく、最も簡単なのは、正解肢2つを選び、とすることである。問う文を4つにすれば6択となり、5つにすれば10択となり、司法試験に相応しい難易度を保てるであろう。5つにした場合、正解と考える選択肢を2つマークさせる形式を取れば、単純には得点率は40%となるので、1問正解の場合の部分点は抑える必要があろう（例えば、両方正解で3点・一方正解で1点と規定すれば、期待得点率は30%となる。単純な方法を維持したければ、選択肢を6つにすれば得点率は26.7%に、7つにすれば19.0%に抑え込める）。このほか、3対3で正しい組合せを問う形式でも6択となるが、これは2022年度大学入学共通テスト「政治・経済」などでも一般的な出題形式である。

実は、5つの選択肢から「正しいものを2個選びなさい」という出題形式は司法試験短答式でも民法・刑法では頻出のものである（他方、刑法には、5つの文章から「誤っているものの個数」を問う形式があるが、こちらは、個々の正誤を偶然2つ正反対に間違えると最終的に正解になってしまうという難点がある）。単純に正解を2つマークすることを求める出題が適切だと思えるが、両科目では出題者の側で選択すべき組合せを5つに絞り込んでいることが多い。これが適切かどうかは疑問だが、要は、憲法だけが他と異なる出題形式を固持しているのは確かである。

果たしてこれは憲法の科目特性による事情なのか、と問われれば、上述の通り、疑わしいものである。どちらかと言えば惰性に過ぎず、あまり適切ではない出題方式によって受験生を混乱させているという疑念の方が濃い。この程度の形式的統一は、3科目間でできないものであろうか（その際には、受験生に対して、出題形式の変更を事前に宣言すべきである）。

纏めると、3科目とも、「5つから2つ選ぶ（10択。部分点あり）」、「4つから2つ選ぶ（6択。部分点なし）」、「3対3の組合せ、もしくは3つの順列の組合せを選ぶ（6択。部分点なし）」の3つを軸に、「5つから1つ選ぶ（5択。部分点な

し）」、「3つの文章の正誤の組合せを選ぶ（8択。部分点あり）」を補助的に用いることに決めてはどうか。その上で、科目平均得点率に差が出ないよう、これらの用いる比率を調整するぐらいはあってもよい。何れにせよ、合否がほぼ論述式試験で決まる配点の下、択一式の合格点を高めに設定することも数理的に疑問であり（流石に短答式がこの得点率では、論述式で合格できる確率が非常に低い、答案を読む意味がない、と決し得るラインを「足切り」線としなければならない）、そうではなく、短答式の得点率には意味があるというのであれば、逆に、配点も高め（ならば、「下四法」の短答式も、配点は低めでも復活させるべきである）、出題には格段の工夫が必要である、とも申し上げておきたい。

各 論

【補論2】平成16年サンプル問題

「新司法試験サンプル問題」は、法科大学院が設立され、最初の新司法試験の実施まで2年を切った2004年11月に公表されたものである。評者が前掲書でこれを取り上げなかったところ、「新司法試験問題の父たち」の一人であるとある先生から、あれを掲載されなかったのは残念だ、という趣旨のご感想をやりわりと頂いたことがある。新司法試験のこれまでの全てを検証するという趣旨からも漏れと言えりほか、変動する司法試験の憲法の論述式問題の在り方を考える意味でも、今、原点を訪ねる意味があろう。そのため、【補論2】として、ここで2022年から見た2004年のサンプル問題の解説を行う。

「新司法試験サンプル問題」では、現在と同様、公法系・民事系・刑事系で設問が区分されていた。その中で、「科目全般について」では、「憲法に関する分野については、これまでの司法試験とその範囲が変わるものではなく、憲法典だけではなく、憲法の基本原理等の憲法総論を含むほか、例えば、地方自治法など憲法から委任された法律等が憲法の趣旨を体现している部分

や憲法の直接の委任はないものの憲法の趣旨を具体化している法律の当該部分も含まれる」という説明などがあり、「論文式試験問題について」として、公法系を憲法・行政法で1問ずつとする旨の説明の後、「また、論文式試験においては、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を十分に判定するため、多種多様で複合的な事実関係に基づく比較的長文の事例を出題し、十分な時間をかけて、法的に意味のある事柄を取り出させ、その事実関係にふさわしい解決策等を示させたりすることなどにより、法的な分析、構成及び論述をさせることを中心とする。そこで、サンプル問題では、その一例として、主として憲法分野のテーマから出題する問題においては、事実関係に関する相当数の客観的資料や架空の関連法令等を参照しつつ設問に答えさせるものとするとともに、主として行政法分野のテーマから出題する問題については、設例を整理した形で提示することはせず、弁護士とその依頼者との間の長文の会話や関係資料を読み、そこから設例を把握した上で、設問に答えるものとしている」との説明の後に設問が始まっていた。そして、設問の後には「演劇公演に対する市の後援及び文化事業奨励金交付決定の取消しという設例をもとに、救済の方法についての理解を確認した上で、表現の自由の保障と公権力による助成との関係（表現の自由は公権力により規制を受けないことの保障にとどまるのか、公権力は表現活動につき自由に助成を与え、助成を拒否することができるのか、取り分け表現内容を理由とする助成の拒否は許されるのか等）等を問うものである」という「出題趣旨」が付いていた。

この設問を現在読み直すと、当初の、新司法試験は旧司法試験と異なるのだという意欲からか、資料が多数付いており、その分、リード文はさほど長くないことが解る。設問も、訴訟を前提として、「どのような訴訟を提起す」べきかにも1小問割くなど、あくまでも訴訟の中の憲法論の主張を求めることで徹底していた（また、憲法と行政法の融合ということが非常に強調さ

れ、訴訟形式を問う小問が挿入されていたが、これはその後踏襲されなかった）。これが、2005年度のプレテストでは架空の立法提案の合憲性について相談を受けた「あなた」の見解を示せという（2018年度以降と類似の）問題形式になった。しかし、同年11月の「新司法試験プレテストに関するアンケート調査の結果について」においても、「『憲法違反となる疑いをもっとも強いと考えるものについて』という問いかけに関しては、判断の主体や基準等が曖昧であり、その点を明確にすべきであるとの意見があった。また、今回の出題は法律の合憲性を抽象的に検討させるものであるが、より具体的な事実関係の中で憲法問題を考えさせる出題も重要であるとの指摘も見受けられる」というのはもっともなことであった。このため、2006年度の本試験からはサンプル問題の形式に戻って、これが2017年度まで継続したのである。兎に角、「新司法試験問題の父たち」が理想としていたものは、法曹であれば裁判の中でどのような憲法上の主張を行うかを示せる力を測ろうとしていたものだったようである。現実の法科大学院での教育、その修了生の学習到達具合とそれが噛み合うかは別としても、法科大学院が法曹実務家の育成に特化したものであれば、この理想は納得できよう。そう思うと、2005年度のプレテストで1回だけ実施され、本試験冒頭から否定された設問形式が2018年度に復活した理由は、評者には不可解である。確かに、今見ると、2004年の問題は、資料が多すぎ（実際、答案を書くに当たって、必要ない、もしくは試験時間を考えると引用は厳しいと思える資料も多い印象である）、法律学の知識ではなく、資料の整理能力に傾斜した設問になっていた気がしないでもない。また、その後、新司法試験の憲法の答案において、あまりにも判例や常識的な学説を無視した無茶な主張が横行して、これに「判例を踏まえて」という箍を嵌める必要が生じたのかもしれない。そして、新司法試験の出題委員会に、サンプル問題ではないが「小皇帝」が君臨し、最終的にはあのよ

うな刑事事件を起こしてしまったこともあり、その影響を一掃せねば示しが付かないという心理が働いていたのかもしれない。だが、2018年以降の設問方針は、判例に無批判に賛同してそれを覚えて無批判に吐き出せばよいという学習態度を助長したり、日本国憲法下の司法権が事件訴訟性を必要とし、憲法訴訟においてもそれに伴う法理論上の問題があることを捨象する解答を煽動したりすることにより、実際に弁護士として憲法を使う際に必要な重要事項を身に付けない恐れがないかと危惧するものである。評者には「新司法試験問題の父たち」の齒軋りが聞こえるし、日本の憲法論をドイツ憲法裁判所の理屈の（比較憲法学のフィルタを通さない）直輸入で片付けようという奥州出羽守（「欧州では」の神）の悪弊がこんな形でも復活しつつあることを憂えるものである。そのほか、サンプル問題がテーマとしていた内容は、2019年のあいちトリエンナーレ「表現の不自由展」の問題（このことが、県知事リコール運動における署名偽造事件にまで発展する）で噴出したほか、最高裁でも、秀句に選ばれた集团的自衛権反対の俳句を市が「公平中立の立場」から公民館だよりも載せなかったのは思想・良心に基づく不当な取扱いであるとする判断がなされており（9条俳句訴訟＝最決平成30年12月20日判例集未登載）、表現権と助成行政の間にあるいわゆる政府言論の問題が現実の大きな論点として浮上し、「違憲の条件禁止の法理」など、理論的にも興味深い論点ともなっている（但し、評者は、この論点を強調して政府の主張と異なる国民の言論を結果的に不利益に扱うことは憲法上許されないと考えるため、「政府言論」という概念を不用意に振り回す主張には賛成していない）ので、先見性のある設問であったということが言えそうである。社会科学である以上、社会的に意味のある設問でありたい。その意味で、出題者の先見性に敬服する（その点、2009年度以降の10年間、実際にそのような規制立法は制定されないであろう、そのような事案は生じないであろうという事例を、大学の期末試験などではなく司法試験とい

う場で何度か見るようになったことは遺憾であった）。

閑話休題、純粹に2004年のサンプル問題を解く。問題は、リード文の後に「1. A市による後援取消・文化事業奨励金交付決定取消を違憲違法と考えるXが、どのような訴訟を提起すると考えられるかについて、簡潔に論じなさい」という設問がまずあり、訴訟法上、どのような訴訟類型を選択するのかが問われ、憲法と行政法の融合が指向されている（他面、このことは、司法試験論述式「公法系」の中の憲法の問題を行政法の分野の問題に固定してしまう恐れもある。憲法問題は、民事事件や刑事事件でも当然に起こり得る。しかし、この試験の大きな枠組みの中で改めて民訴法や刑訴法の論点に配点することは難しいことになると思われる）。この直前に行政事件訴訟法改正があり、奨励金交付決定取消の取消訴訟に加えて、交付の義務付けを求める訴訟も併せて行うことも考え得る。行政事件であるので、当然に国家賠償訴訟も思い付かねばならないが、この事案の「損害」をどう考えるか、後援や奨励金交付の取消して損害を受けたと考えればそれでもよいが、ただ、事後的なもので、講演をその時期に強行する助けにはあまりならないことも考えておきたい。「簡潔に」がどの程度であるか、受験生は悩んだであろう。このような場合に配点が示されているとよいのであるが、憲法の論述式問題（サンプル問題やプレテストも含めて）では特定の年度を除いてこれを行っていないことは受験生フレンドリーではない（評者は、「1.」の配点率15-20%ではないかと判断した。そうでなければ下記解答例は全体的に異なってくる）。

次に設問は、「2. Xから依頼を受けた弁護士が、訴訟において、文化事業奨励金交付決定の取消しが違憲であるとしてどのような主張を行うと考えられるかについて、その主張の可否とともに論じなさい」に進む。本試験が始まって以降の、原告の主張と「あなた」（という名前の裁判官）の主張などを書き分ける形式にはなっていない。原告弁護士の主張を行いながら、それが裁判所や学界で通るかどうかを加味して書き進め

ることを求められており、やや未分化な印象もある。交付金を受け取る権利というのは受益権であり、別段、侵害留保説を採らなくとも、ただそれだけで政府から金銭の給付を受けることを憲法上の権利だと主張することは難しい。せめて、貧困者が25条に基づいて請求できるだけであるが、それとて、通説に従えば抽象的権利であるのだから、法令もないところで請求することはできない筈である。本事例でも、演劇は妨害なくできるものであり、自由権を本質とする表現・集会という活動は何ら侵害されていないとも言える。条例には、「A市の文化振興政策の推進を妨げるものであるとの判断」に基づいて援助がなされるとあり、市側に一定の裁量が予定されていることがわかる。しかし、このような裁量を広汎に認めると、それこそ限定的パブリックフォーラムの議論ではないが、市長や市役所に都合のよい集会だけを認めることになることに気づき、これを禁じなければならない。このことは、それが場所の占有を伴わない資金援助においても同様のことが言えないのかの方向に応用できよう。そもそもそれは、思想信条による差別であるとも言えなくはない。あるいは、このようなことが続けば、市の文化事業は、市長寄りの者に独占されてその主張のプロパガンダになりかねず、極端な例を考えれば「洗脳」に至る危険も感じなくもない。そうであるとすれば、25条サイドからではなく、19条や21条サイドから、結局、市の行為が精神的自由を侵害するものであることを主張し、新手の自由権侵害であることを渾々と訴える作戦を執るべきではないかと思える。なお、この種の設問で忘れがちな、精神的自由の優越的地位の根拠を最初に述べておき、厳格審査や文面違憲が認められる理由の説明をスムーズに終えておくことが望ましい。ただ、想起すべき論点が、近年言われ出したものや高度なものであって、平板な表現の自由理解では出てこないという意味では難問だったのではなからうか。

解答例

1 本件事案では、市の文化事業奨励金の交付決定が取り消されているのであり、想像するに必ずしも財政状況が豊かとは言えないであろう市民劇団としては直ちに給付を得たいと思われることからすると、行政事件訴訟法8条の処分の取消しの訴えを行い、交付決定の取消しを取り消すことを最優先の訴えとすべきである。行政事件訴訟法では、近年、抗告訴訟の拡充がなされており、37条の2及び3では「義務付けの訴え」の詳細な規定が誕生した。37条の3第3号よると、法令に基づく申請や審査請求が却下・棄却された場合にも訴えが可能であることが読み取れ、この訴えを併せて行うことも考えたい。37条の5によると仮の義務付けも可能であり、早急な給付を実現させる可能性もある。

A市の処分によって市民劇団が損害を受けたと考えるのであれば、国家賠償法1条に基づく国家賠償請求も考えられる。但し、これは事後の救済となろうし、上記の訴えが可能であれば迂遠な方法とも言えなくもない。ただ、関連して必要となった費用や精神的ダメージに対する損害賠償も含めて請求することも可能であるので、これも併せて訴えることはあり得る方法であると思われる。市に情報公開条例があれば、これに基づいて情報公開を求めるなどの活動も副次的にあるとも言えようが、問題を直接解決するためのものはほぼ以上のものと言ってよい。

2 事案は、市民劇団が市政を批判する演劇にA市の助成金を申請したところ、一旦、それが交付決定となりながら、市議会で問題となったのをきっかけに、内容の変更を求められ、これを拒否すると、交付決定が取り消されたというものである。ただ、市民文化ホールの使用は取り消されず、劇は予定通り行われている。

表現の自由は、その延長にある集会結社の自由も含めて、立憲民主主義社会においては重要な権利である。政治的決定のために議論は必要

であるという意味で民主主義に寄与し、真理の発見のためには議論が必要であるという意味で自由主義・多元主義に寄与し、個人が個性を生かしたその人らしい人生を送るために表現活動が必要であるという意味では個人主義を支えるものである。総じて、これらの日本国憲法の基本的価値観を支えるものであるから、表現の自由は優越的地位を獲得していると考えられている。そこで、このような人権が侵害されている事案において、通常目的・手段審査においては厳格審査基準が用いられ、「明白かつ現在の危険」基準などの特有の合憲性判断テストが用いられ、著しい侵害（事前抑制、曖昧漠然、過度に広汎）においては文面審査が例外的に用いられることである。また、集会という点で言えば、広場や道路などは伝統的パブリックフォーラムとされ、基本的には規制が著しく限定されるほか、公共の建物については限定的パブリックフォーラムとされ、差別的な運用が禁じられている。このように、この分野では、国や公共団体の規制につき、裁判所は違憲の疑いを臨むものと考えられているのである。

このことからすると、本件のような、表現活動に公共団体が圧力をかける行為は、憲法21条に違反する疑いがないか、疑いを持って慎重に審査する事案であると思われる。

真っ先に主張しがちなものは、本事例でもXが既に主張している、A市の処置が憲法21条2項の禁ずる「検閲」に当たるといふものであろう。ところが、憲法学の通説は、「検閲」とは、行政機関が事前に表現内容を審査して、不相当と認めるときにはそれを差し止めること、などとしており、「差し止める」ことを重要な要件としている。本件では、劇の公演はできたようであるから、「検閲」そのものに該当するといふ主張は難しいように思える。税関検査事件などの最高裁判例は、さらに「検閲」の要件を絞っており、これに基づいても「検閲」となることはない。1項から引き出せる事前抑制禁

止の原則を頼っても、やはり、表現活動そのものはなされているのであるから、これに反して違憲と主張することは難しい。強いて言えば、事前に公的機関が表現内容を評価しているとは言えるのであるが、この程度のもので違憲であれば、国立大学の期末試験の教員の採点や地方自治体主催の絵画や俳句コンテストすら許されないこととなるため、あまりに厳格な適用を行うことは妥当ではない。結局のところ、「検閲」や事前抑制禁止の原則に由来する主張をすることは、あまり説得的であるようには見えず、主たる主張としないことを勧めるものである。

そもそも本件では、A市が市民劇団の演劇を妨害することはおよそ行わず、実際に市の施設において予定通りに講演は行われている。このため、自由権を本質とする憲法21条の表現の自由及び集会の自由は、その限りでは抑圧されていないことが指摘できる。よって、自由が阻害されたという直截な主張を行うことも、あまり積極的にはお勧めできない。

これに対し、本件で争点となっているのは市からの表現活動に対する援助金であり、講演の内容が市政を批判するものであるという理由で、多分にそうでないものには援助金が交付されながら、こちらには差別的に給付されない、しかも、一旦決定した交付が取り消されたことは違憲性が高いという主張はあり得るところであるように思われる。

給付一般については、憲法論として、25条を巡って長年議論が繰り広げられてきた。それは、生存権規定が具体的権利か抽象的権利かプログラム規定か、という問題である。ここで、多くの議論が集中したことは、社会保障給付が広範な金銭給付であり、貧困などの理由によって給付を必要とする線引きが憲法の抽象的文言だけをもって明確に行うことが難しいという点であった。また、そのため、多額の社会保障給付の在り方を決めるのは民主政の問題であり、裁判所がその政策決定にどこまで憲法判断が可

能なのかが問題となったのである。他方、社会保障給付は生命や健康に関わるとして、権利性を認めた上で、司法審査基準を中間審査とする主張もよくなされていた。

この議論と対比すると、本件事案は、精神的自由を促進するための給付が表現活動に向けてなされているという違いがある。給付そのもの、特に、特定の額を当然のように請求する憲法上の権利はないものと思われるのであるが、他方で、給付の有無を民主的多数に委ねることは思想などの差別に繋がるため、基本的に許されるものではなく、例えば、芸術的なレベルを専門家が審査して、一定以上のものには平等・衡平に給付することが求められよう。これは、公民館や市民ホールなどでのパフォーマンスについて限定的パブリックフォーラムの法理が妥当し、公的な建物を設置する以上、衡平に公開・利用がなされなければならない(例えば、市長に迎合的な集会は認めるが批判的なそれは絶対に認めないような運用は許されない)ことが学説上認識されている。これと比較しても、物理的な場所の占有ということがないにせよ、表現活動への公的資金援助という意味では同じように考えられ、平等・衡平な運用がなされなければ憲法21条違反の疑いを濃くするものと言えよう。本件の場合、公的援助金の仕組みがこの事案で一切廃止されたのではなく、その制度が存続しながら、講演の内容が市政を批判・揶揄するものであることを理由として援助をしないことを決めたものであるから、パブリックフォーラムの場合の法理論がパラレルに用いられれば、少なくとも、表現内容(表現のレベルを含む)による扱いの違いがある場合があることはさておいても、思想内容による扱いの違いがあることは許されないであろう。本件では、市政に賛成か反対かで給付の有無が割れているのであるから、典型的な内容差別であり、憲法21条違反であることは免れない。ソ連でも表現の自由があり、そのための資材の配給を受ける権利があることがしばしば紹介されていたが、その際に「社会主義を

発展させるための」表現であることという条件が付いていることが指摘され、自由社会(西側陣営)の自由はそのような差別的なものでないということも言われていたのを思い出すが、その話を参照しても、本件事案のA市の表現活動への対応は自由社会のものではないということは指摘できよう。

なお、以上のような考えに対しては、民主的に首長や議員が選ばれる公共団体が主張を持つことは自然ではないか、という反論もあり得ると思われる。「政府言論」という、これを肯定する議論がしばしばなされている。確かに、市役所の前に「平和都市宣言」などの看板が掲げられることは許容されていると言ってよい。県知事などが、地元のFM局などに出演してメッセージを出し、しかもその局が、緊急時の情報伝達のためという理由付けなどから県から補助金が出ているような例もないではない。県議会や、政令指定都市の市議会を中継することもあるが、そこではどうしても、選出された首長や議員の発言だけが放送されることになっている。これらも許容されるように思えるが、本件との違いはどこにあるかということである。大きな違いは、以上の例は、あくまでも公共団体そのものが表現者であるものであるが、本件の例は、人権享有主体である個人や結社が表現者であるという点で異なる。やはり、市民を巻き込んで特定の主張をさせるということは、憲法上の人権に影響を及ぼし、許されない事例が生じると考えねばなるまい。しかも、本件で問題となっているのは、「平和」や「民主主義」という比較的抽象的で概ね同意できるスローガンではなく、具体的な市長への賛否などを含むものである。これは、地方公共団体の広報誌などでも一般的に控えるべき内容なのである。このことから考えても、今回のA市の処置は憲法上許されないものと考えざるを得ないものである。原告弁護側としては、予想される市側の主張に対し、このような準備をして臨むこととしたい。

平成30年

本年度、憲法の論文式試験には大きな変化があった。新司法試験発足以降、原告（検察）、被告（被告人弁護士）、あなたの立場を書き分けるという出題形式が消えたことである。法曹が、基本的にはそれぞれの立場で法的な立論能力を問われ、その資格試験としては良好な出題形式であったところ、これを特段の予告（前年度の採点講評などで）なく変更したことはあまり適切には思えない。単に答案のパターン化を忌避したのだとすれば、本末転倒な浅慮である。あるいは、論点は拾ったものの、各立場を言い放しにした答案が続出しており、それに対する根本的対策が急務だったのであろうか。それとも、従来の出題形式では、文面違憲の事案が設定し難い（これは工夫の問題のようにも思えるが）ための例外的年度ということなのかもしれない。出題者が何を考えているのか、次年度以降もこれが続くのかを推測するためにも、採点講評等を見守りたい。但し、設問を読むと、「参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて」とあるので、あなたの立場を最終結論として記すことは勿論であるが、このほかに異論は少なくとも一つは示す必要があることが解る。また、判例が「あなたの立場」と異なるのであれば、更に別解を示すことにもなるのであるから、今後の出題形式に振幅があっても、幾つかの立場を書き分けられる能力は備えておくことが肝要であろう。

なお、この出題形式の下では、従来言われてきたような、論点毎に各立場を纏めず、各立場の中に主張すべき論点を書き込んで立場毎の記載にすべきである、という点には特に注意しなくてよいことになる。求められている解答はあなたの立場一つなのであるから、「反論」などについては、その一部に、適切な塊で書かれ、それにきちんと再反論しておくことが重要である。論点の箇条書きでよしとする姿勢は論外である。

さて、本年度の設問は、司法試験論文式・憲

法の王道である、正面切っただけの表現の自由の問題であり、原点に戻ったことは歓迎したい。具体的内容は、出版物における性的画像の氾濫を踏まえ、制定される市条例の憲法上の問題である。ただ、インターネット時代に、かなり牧歌的な規制のようにも思える。市担当者は、いわゆる囚われの聴衆の保護と青少年保護を根拠に挙げている。また、規制手段は、自動的な包括指定と処分である。また、市担当者の発言を読む限り、スーパーやコンビニが規制対象であって、一般の書店やレンタルビデオ店は念頭に置かれていない。それも、そういった店舗の「営業に与える影響が大きい」という、いわば政策的配慮なのである。その割に、市担当者も、スーパーやコンビニなどで、この種の書籍の売上げが当該店舗の20%以上を占める店があると認識しながら、これへの配慮はない（ほかに、この種の雑誌の立ち読みができることを理由に来店し、日用品を購入する顧客は多いと思われる）。日用品と区別すること、学校から一定の距離を置くことなどが求められており、学校周辺地域では、大人であっても、指定図書を見ることができないことがポイントである。およそこの種の規制が、性行為に限定すると業者の指定逃れが生ずるため、裸の「卑猥な姿態」を禁じつつ、美術誌や純文学誌、科学雑誌、戦争報道記事などが指定されることを避けるため、「殊更に性的感情を刺激する」との要件を被せているものである。そして、刑法175条の周辺に漂う性表現の抑制が狙いであり、現実には、コンビニで売られている性的表現の多い漫画雑誌と週刊誌がかなりターゲットになっていると言っても過言ではなからう。この市内で、本条例指定の書籍を購入できるのは、学校から一定距離の、スーパーやコンビニなど以外の多分に一般的な書店で、18歳以上の者が、その種の書籍のみを囲ったコーナーで手にとっての場合にのみ限定される。

表現の自由の優越的地位を踏まえれば、ツッコミ^{どろ}処満載の条例である。規制は曖昧漠然、過度に広汎であり、一定の人が見ることができな

いという意味では事前抑制である。また、規制しなくてもよい部分を規制していると同時に、ならば規制すべき部分が規制されていない面もある。厳格審査を通過しそうもない。本問においては、結論は違憲とすることの方が圧倒的に書き易く、(司法試験が思想調査でないことは了解しつつ)断然お勧めする。出すべき結論ははっきりしており(普通は出題する事例としては望ましくない)、弁護士として憲法を持ち出す意味が大きいのは20条と21条であるところが、明快な違憲の主張の練習という意味では強^{あなが}ち悪い出題ではない(ただ、もし、発表される解答例が合憲なら評者は驚く)。猥褻規制類似であるから、表現内容規制であり、内容中立規制だという「反論」を書き起こして、これを一刀両断にするということも常套手段である。条例には刑罰もある。刑罰が、規制の効果を挙げるより重ければ、まさにここでこそLRAの基準を持ち出すべきである。そして、何よりも、論述の説得力を増すためにも、なぜ、表現の自由が重要な人権なのか、裁判所が手厚く保護せねばならないのかを、最初に徹底して論じるべきである(この点を踏まえ、テクニカルな答案構成に走ることはお勧めできない)。その際、「自己実現」「自己統治」などを意味も解らずに書くのではなく、内容を理解していることを滲ませて記述の方が好感度は高い。その上で、条例なのであるから、国の法律の規制を超えた、許されざる「横出し上乗せ条例」ではないか、営業の自由の問題として捉えたらどうか、何らかの差別はないか、などからも若干の論述を試みてはどうであろうか。

なお、司法試験は記憶力テストではないのであるから、判例の記載は「民集何巻何号何頁」まで覚えておかねばならないという意味ではなく、事件の通称が指摘でき、その内容も、一言一句覚えておく必要もなく、概略が示されれば十分だと思われる。判決の時期や事件の概要が大事であるときは、説明があることが望ましいであろう。

解答例

表現の自由は、民主主義社会においては、これを支える重要な人権である。また、権力分立原理とも関連する自由主義、多元主義の下では、絶対的正義が当初からあるわけではないので、何が正しいかは、議論によって定まっていくことになる。また、幸福追求権を前面に出した個人主義の下では、自己をどのように表現するかは、非常に重要な自由である筈である。日本国憲法は、このような基本原理・基本思想に支えられており、これと非常に密接な関係にある表現の自由は極めて重要な人権であることは言うまでもない。このため、法令が裁判所で争われる際、裁判所はその合憲性に疑いをかけるべきであり、司法審査基準は厳格審査をベースとするほか、その萎縮的効果の高さから、特定の規制場面では、例外的に文面審査を行うことも予定されている。このような学説の主流の立場は首肯できるものであり、これを踏まえて本件条例の合憲性を検討する。

まず、本条例7条は、規制の対象について、「性交又は性交類似行為」と「衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態」を描写したものとしながら、「殊更に性的感情を刺激する画像又は図画に限る」との限定を加えている。ところで、この限定は、具体的な表現物を前にすると、何ををもって「殊更に性的感情を刺激する」のか不明確である。曖昧漠然としており、文面違憲である。判例は、徳島市公安条例事件で、「交通秩序を維持すること」という文言は一般人には解るとして違憲としなかったが、この意味で批判が多い。

文面審査という点では、本条例が過度に広汎である疑いもある。条例では、小中高等学校から200mの範囲では、当該図書類を販売するなどできないことになっているが、仮にこの条例の目的が妥当なのだとしても、青少年の目に触れさせないためであれば、対象は学校周辺で足り、あるいは、各校が校則においてその種の物を販売するコンビニ等に立ち寄らないことを定

めればよい。コンビニ等で、18歳未満の学生が接近できないゾーンに当該図書類を置くように定めれば十分なのであり、これによって、いわゆる囚われの聴衆の保護も図ることが十分なのであるから、規制は明らかに厳し過ぎる。しかも、何れかの小中高等学校から200mという設定では、市内のかかなりの範囲が規制対象となる恐れがあるばかりか、当該表現物にアクセスすることが何ら問題ない筈の成人がこれを購入するなどすることができないという点でも、過度に広汎である。この点、1960年の東京都公安条例事件で最高裁は、条例のデモ規制が一般的網羅的であっても許容されるかのような判断を行ったが、判決は、これを単なる犯罪と考え、表現行為の規制であることへの配慮が足りないとの批判が強く、判例の立場に立つことはできない。条例は文面違憲であり、この段階で撤回すべきものである。

念のためであるが、本条例の規制は、許される事前抑制である疑いもある。条例は、一定の内容の図書の販売や閲覧を市が差し止めている。確かに、当該図書等に対して、市の職員が個別に検査して販売等を抑止しているわけではないが、本条例は、それよりも広汎に、一定の要件に当てはまる図書等を包括的に指定しており、一般市民がこれに接触することを抑止するものであり、原則的に禁じられる事前抑制に当たる。確かに、本条例があっても、市外の店や、市内の、学校から離れた書店、あるいはAmazonなどの通販サイトを通じて当該図書等を購入することは可能であり、差し止めとは言えないので、憲法21条2項が絶対的に禁ずる「検閲」ではないであろう。しかし、刑法の規制する猥褻物とまで言えない図書等を、事後の刑事処罰などによる規制で足りないとする理由には欠けており、違憲の疑いが濃い。判例は、岐阜県青少年保護条例事件において、包括指定などの、いわゆるビニ本規制を広汎に合憲としてしまったが、厳密な筈の事前抑制禁止の原則から逸脱した姿勢であると批判されており、こ

れには同調できない。

本条例は、また、もし規制目的が正しいのだとすれば、例えば、最も保護されるべき幼稚園児などが保護されておらず、手段が必要最小限度とは言えない。性的文章も規制していない。加えて、この種のものが最も目に触れ易い書店の規制が不十分である。市担当者は、これを規制すると書店経営に影響するが、コンビニ等を規制しても経営に影響しないことを区別しているが、このような規制は政策的（社会国家的）規制である。精神的自由の規制は、およそ内在的（自由国家的）規制に限られる筈であり、規制目的が妥当ではない。判例についても、このような事例を認めた事案を容易に思い出すことができない。つまり、仮に、本件規制が文面違憲ではないとしても、通常の厳格審査に基づく目的・手段審査の下、違憲となるべきものである。そもそも、この種の性表現を網羅的に規制すると言っても、チャタレー事件最高裁判決の示す目的群である、性道德の保護は「道德」であり法的保護の対象ではなく、読み手の性的羞恥心の低下はパターンリズムとして否定され、性犯罪の増加は科学的証拠を欠くものであって、およそ合理性がない。これは、刑法に触れる程度の性表現ですらそうであり、軽度の性表現すら規制すると性犯罪が増加する危険さえあるものである。

なお、学説の中には、本件規制はいわゆる時・場所・態様規制、表現内容中立規制であり、司法審査基準も厳格審査基準ではなく、中間審査基準が妥当し、青少年保護という重要な目的の保護のため、それと実質的関連性ある手段が採られているので合憲であるとの見解があるかもしれない。しかし、本件規制は、表現行為を一般的に規制しているのではなく、一定の範囲の性表現を規制しているものであり、表現内容に向けられた規制であって、この見解は誤っている。さらに、性表現などの非政治的言論は、政治的言論のように民主主義を支える言論とは異なるので、中間審査基準で審査すれば十分とする説

もある。だが、冒頭に述べたように、表現の自由が重要な権利であるのは、それが民主主義を支えているからだけではなく、個人主義や自由主義を支えているからであり、人間の性を明らかにし、その悦びこそ人生の目的とする人生観を否定できない以上、性表現が価値の低い表現であるとか、司法的保護が薄くてよいとは言いがたい。このため、この種の表現規制に中間審査を及ぼすとの主張はおよそ否定できる。無論、販売目的の表現は価値が低いとの主張も、市販雑誌の論文が大学紀要のそれより価値が低いと言えないことなどから、否定される。

条例は表現規制違反に罰則を設けているが、仮に目的が正当であっても、それを達するのに不必要に重い処罰を予定しているのであれば、猿払事件二審判決の示すようなLRAの基準に照らして違憲である。最高裁は、同事件で犯罪抑止のためのサンクションは立法裁量であるかのような判断を示しているが、一般には「残虐な刑罰」と言えない範囲でそれが妥当とするとしても、表現規制が必要最小限度でなければならぬことを看過しており、賛同できない。加えて、条例は法律の範囲内で許容されるべきところ、刑法175条が猥褻的表現につき処罰しているのは、仮に同条が合憲だとしても、処罰はこの範囲に限るべきとの最小限度規制と読むべきであるから、横出し条例は違憲と言うべきである。

傍論ながら、本条例は、一般書店を不合理に優遇している点でも、憲法22条違反もしくは14条違反と言うこともできる。何れにせよ、本条例は様々な点で憲法違反であり、施行は完全に思い留まるべきである。

令和元年

昨年度、憲法の論文式試験には大きな変化があった。新司法試験発足以降続いてきた、原告(検察)、被告(被告弁護側)、あなた(裁判長)の立場を書き分けるという出題形式が消え、本年度もそれが維持された。批判は昨年度分講評の通

りである。ある法律案に事前に憲法学上の意見を述べることは、憲法学者(博士課程入試合格)か内閣法制局長官など(国家公務員試験合格)の仕事であり、法曹の主たる仕事とは思えない(それが求められるのはごく一部の長老弁護士か検事)。具体的な事件の中で、当該法令の適用の合憲性を問い、その結論を依頼者有利に、あるいは適切な結論に導くのが法曹の能力であり、その資質を問うのが司法試験なのではあるまいか。憲法の論述でも同じであろう。ならば、この2年間の出題傾向には大いなる違和感がある。出題者にはドイツ型憲法裁判の思考が強過ぎ、適用違憲という、本来、日本の裁判所の憲法判断の大原則が視野に入っていないのではないか。大問題である(少なくとも、司法試験直前に練習すべき典型問題ではない)。加えて、設問はまず判例の立場を踏まえて議論を立てよというのであるが、判例こそ「正しい」(神)という発想を過度に植え付け過ぎ、合格者の将来のこの領域でのあるべき弁護活動をも阻害する恐れも感じる。表現の自由の領域では判例が憲法学説から相当の批判を受けていることなどに鑑みると、「判例を踏まえて」とか「判例に触れながら」という指示に留めるのが賢明であった。結局、出題が、王道である表現の自由の分野であったことを除いては、あまり良問とは言いがたい。

本設問で示すべき判例(この場合、小法廷か大法廷かは兎も角、最高裁判決・決定に限る意味だろう)としては、委員会が行う包括的表現内容審査等が問題となった岐阜県青少年保護条例事件判決(最判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁)、ダイオキシンの害の重要部分に真実の証明がないとして農家敗訴の二審判決を破棄差戻しとした所沢ダイオキシン報道訴訟判決(最判平成15年10月16日民集57巻9号1075頁)、虚偽・誇大広告禁止事例のあんま・鍼・灸師法事件判決(最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁)、選挙運動期間の文書活動の制限に関する判決(最大判昭和30年3月30日刑集9巻3号635頁)、政見放送中の差別用語の削除を巡る「雑民党」事件判決(最

判平成2年4月17日民集44巻3号547頁）、古典的な謝罪広告事件判決（最大判昭和31年7月4日刑集10巻7号785頁）、意見広告に関するサンケイ新聞事件（最大判昭和62年4月24日民集41巻3号490頁）、選挙前の文書の裁判所による差止めを合憲とした北方ジャーナル事件判決（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）など、主に『憲法判例百選』〔第7版〕（有斐閣、2019）掲載の判例を幾つか想起したい。ネット社会になる前ではあるが、そこから、報道の自由が争点である、博多駅TVフィルム事件（最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）、日本テレビ・リクルート事件（最決平成元年1月30日刑集43巻1号19頁）、TBSギミア・ぶれいく事件（最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁）の3点セットも思い出したい。あとは、『メディア判例百選』〔第2版〕（有斐閣、2018）の掲げるインターネット関連の判例（ラーメンフランチイズ事件＝最決平成22年3月15日刑集64巻2号1頁など）も拾えればなおよい。NHK記者事件（最決平成18年10月3日民集60巻8号2647頁。北海タイムズ事件＝最決昭和33年2月17日刑集12巻2号253頁でも可）なども報道の自由の一般的判例として挙げたい。なお、判例の記載は、司法試験は記憶力テストではないのであるから、事件の通称が指摘でき、その内容も概略が示されれば十分であろう。ただ、判決の時期や事件の概要（もしくは社会的意味）が大事であるときは、簡単な説明を付することが望ましい。

条件がなければ、言論規制、しかも内容規制なのであるから、本来的には厳格審査ベースでいろいろと違憲の指摘をすればよさそうなのであるが、受験生としては出題された条件で解くしかなく、まず判例に準拠せよという設問の指示があるので、関連する判例を思い出し、そのエッセンスに従った場合の本件判断を示し、その上で、それを超えて通説や有力説に準拠して更なる批判を展開するのがよからう（繰り返すが、言論規制立法で法令自体が全くの「合憲」ということは、説得力と迫力に欠ける答案になりがちであり、まずお勧めできない。まさか、出題者は本法令を合憲

だと思い、それを導くべく出題しているのではないと思うが、判例準拠の縛りがそういう意味であれば、大いに疑問である。本問の法令は違憲のツッコミ処多数であり、判例寄りの合憲論の立論をバツサリ斬る切れ味の差で優劣を決すべき設問である）。本問の架空の法律は、その観点から見ると憲法上問題点がいろいろある。まずは、文面審査である、事前抑制、漠然不明確性、過度の広汎性に触れないかを考えよう。そうすると、先に触れるべき判例としても、徳島市公安条例事件判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）か広島市暴走族追放条例事件判決（最判平成19年9月8日刑集61巻6号601頁）にも触れたい。事前抑制という点では、岐阜県青少年保護条例事件判決は取り上げているが、追加的に税関検査事件判決（最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁）か教科書検定の最高裁の実質判断（例えば、家永1次＝最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）などに触れてもよからう。既に委員会が事前に削除していること、「虚偽表現であることが明白」という概括的な基準であること、多分それと関連して規制が広すぎることは容易に指摘できる。あとは、「仮に文面違憲でなかったとしても」として、刑罰がある以上、LRAの基準（否定したものとして、猿払事件最高裁判決＝最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号3937頁）に触れないわけにはいかないし、煽動と考えれば、「明白かつ現在」の基準（もしくはブランデンバーグ基準。最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号839頁など）にも言及したい。そして、最後は通常目的・手段審査をきっちりやることである。

本問のメインテーマは表現の自由であると思え、特段、財産権侵害などに触れる必要はない。設問が「独立行政委員会制度の合憲性については論じなくてよい」とあるものの、行政庁ではなく独立行政委員会の判断であれば何かが違うならば、それに言及しないではいられない。そこでの手続が適正かどうかは（表現規制だけに評者は憲法21条の問題だと思うが）一般には13条もしくは31条準用の問題と考えられているので、

一言言及しておくべきか。要は、成田新法事件判決（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）に触れつつ、本件規制に十分な告知・聴聞がなされているかを吟味することだ。なお、答案の書き方は、総論的記述や事案の整理を行った後、架空の各法令毎に判断をする（まず判例に従い、次にそれを超える判断）のがよいだろうが、判例準拠の判断を一括して先行させても、本問の聞き方なら、悪くはないと思う。

解答例

本法令は表現を規制するものである。表現の自由は、民主主義社会においては、これを支える重要な人権である。また、権力分立原理とも関連する自由主義、多元主義の下では、絶対的正義は当初からはなく、何が正しいかは、議論によって定まるものである。また、幸福追求権を前面に出した個人主義の下では、自己をどのように表現するかは、非常に重要な自由である筈である。日本国憲法は、このような基本原理・基本思想に支えられており、これと非常に密接な関係にある表現の自由は極めて重要な人権であることは言うまでもない。このため、法令が裁判所で争われる際、裁判所はその合憲性に疑いをかけるべきであり、司法審査基準は厳格審査をベースとするほか、その萎縮的効果の高さから、特定の規制場面では、例外的に文面審査を行うことも予定されている。このような憲法学説の主流の立場は首肯できるものであり、これを踏まえて本件条例の合憲性を検討するべきところであるが、設問の指示に従い、それぞれの立法措置について、まずは判例の立場（比較的緩やかな基準で判断する）に抵触しないかを検討するところから始める。

【立法措置①について】 法案第2条第1号、第6条、第25条は、「公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら」、「虚偽の事実を、真実であるものとして適する表現」を禁止し、これに反する者を「30万円以下の罰金に処する」としており、表現内容の規制であって、意見ではなく事実関係の伝達を禁止し

ているものであり、刑罰を科しているという特徴がある。まず、事実報道の自由が保障されることはいわゆるNHK記者事件判決などで明らかであるが、明らかな嘘を述べる自由が制限されることは、いわゆる謝罪広告事件判決の多数意見で、思想信条の自由について狭義説が示されたことでも確かである。ほかに自動車運転者の報告義務を合憲とした判例もあり、これは確認されている。虚偽・誇大な表現を抑制できることは、その保障が憲法21条によるものか22条によるものか明確ではないものの、営利的表現について、あんま・鍼・灸師法事件判決が示す通りである。なお、虚偽とは何かであるが、表現する側に真実であるとの証明がなければ、それによって被害を受けた側が賠償請求可能であるとするのが所沢・ニュースステーション・ダイオキシン報道事件最高裁判決の骨子であるから、事実関係を立証できないものは虚偽とみなされてもやむを得ない。そして、これを抑止するのに刑罰を用いるか否かは立法裁量であるとするのが猿払事件最高裁判決の立場であるから、当該立法措置は判例の立場を逸脱しているものとは言えないように思われる。明白とは何かは、一般人基準でよしとするのが徳島市公安条例事件判決などの立場であり、本法令はこれを満たしている。

しかし、最高裁が、表現の保護を十分に考えていないことは学説が再三批判するところであり、言論規制立法の司法審査基準は厳格審査であって、かつ、文面審査、合憲性判断テストなどを適切に用いれば、本法令の合憲性は疑わしい。

まず、本法令の示す「虚偽」が何を示すのかは不明確である。仮に、あんま・鍼・灸師法事件判決で扱われたような、商品や営利活動であれば、それが程度わかり易いとしても、本法令の示すような、一般的な事実関係について、価値判断抜きに虚偽かどうかを決め付けることは難しい場合が多くある。地球温暖化が進んでいるかどうか、少子化は取り返しがつかない

い直前まで来ているかどうか、移民を受け入れると犯罪が増えるかどうかなどは価値判断を伴うものであって、議論によって決着をつけるべきものである。だが、法令は、これを一旦「虚偽」と国の機関が決め付ければその表現をフェイク・ニュースだとして禁止できることになっている。そうだとすれば、規制の範囲が過度に膨大でもあり、文面違憲であると言わざるを得ない。逆に、一見して「虚偽」の言論は誰でも解り、規制する必要もない。

また、仮に、ある範囲での「虚偽」表現を禁止するべきだとしても、それが虚偽であることは、国側が証明して、表現者に告知・聴聞の機会が最低限なければならぬ。これは、成田新法判決で最高裁が行政手続の一般論として判示したことであるが、ましてや表現の規制であれば、より厳密な手続がなされなければならない。そして、LRAの基準とは、本来、表現規制については、より制限的でない他に選択し得る手段があればそれを用いるべきだという基準であり、刑罰を用いずとも規制目的が達成できるのであれば、行政指導などの穏便な方法を用いるべきだというものである。学説が概ね支持するこの基準に従えば、本法令の制定を巡っては、国は、刑罰を用意せねば規制が十分できないという根拠を述べ、立証を尽くしたようには思えない。以上のことから考えると、日本の最高裁判例の範囲内では本法令は合憲となるかもしれないが、憲法学の通説的理解に従っても容易に違憲と言い得るものであり、疑問の多いものであるから、直ちに提案を撤回するか、相当に慎重な条文とするよう再検討すべきものである。

【立法措置②について】提案の第2は、特に選挙に際しての虚偽の表現について、最終的には、新法が設立する独立行政委員会が、選挙運動の期間中及び選挙の当日に限り、日本国内で広く利用されているSNS事業者に、SNS上のそのような表現を、行政手続法の定める事前手続抜きに削除することを命じ得るものである。これについては、法案第9条第2項、第26条により、

違反したSNS事業者には刑罰が用意されている。

まず、成田新法判決では、緊急やむを得ない状況では、告知・聴聞を欠いても違法と言えないとされており、国際空港近辺の鉄塔の除去に緊急性があるのだとすれば、本件でも、選挙期間中の虚偽の表現の除去を緊急性ありと考える余地はある（但し、言論規制については、判例は明言しておらず、判断は微妙である）。このような表現の差止めは、大臣や知事の単独の決定ではなく、独立行政委員会による手段を採ったことを踏まえて合憲とした岐阜県青少年保護条例事件判決もある。また、選挙期間や選挙当日については、資金などによる有利・不利はないよう、それ以外の期間とは異なる選挙運動規制、例えば、戸別訪問の全面禁止なども合憲とするのが判例の立場であるから、選挙運動期間に特別な規制を加えても、それに合理的な理由があれば合憲という判断に達しそうである。判例は、北方ジャーナル事件判決において、投票すべき候補者の選択に影響しそうな「虚偽」もしくは誇大な記事を掲載した雑誌の刊行を差し止められるとしている。これに対して、本法令は行政委員会が最終的な禁止命令を下せる点で、この判例が許容する範囲かどうかは微妙であり、慎重を期すならば、問題あるSNSの差止めは仮処分であっても司法判断に委ねるように勧告すべきかもしれない。刑罰を科していること、条文がこの程度の明確性を有することについては①と同じ判断である。

選挙運動の諸規制については、先進各国に例がないなどの批判も多く、憲法論としても、必要最小限度を超える規制であるとするのが一般的である。虚偽かどうかは、まさに選挙運動期間であれば、候補者同士が討論して決着すべきものであり、そもそも国の機関が決めるべき性質のものでもない。また、この規制がいわゆる政治的言論に限定されるとすれば、何を以て「政治的」とするか曖昧であり、逆にそれを避けて言論一般を規制すれば過度の広汎性を帯び

てしまい、何れにせよ違憲の疑いが濃いものとなる。次に、独立行政委員会による制約であれば、政治的中立であって許されるとの議論を一旦許容しても、本法令を見ると、通常の独立行政委員会とは異なり、任期途中に内閣総理大臣主導で委員が解任される危険もあり、この委員会を政治的中立なものとも見ることができない。①での議論と同様、何をもって「著しく害されるおそれがある」、「虚偽表現であることが明白」とするかどうかは、具体的表現を思い起こせば、明白ではないことなどから、文面違憲であること、あるいは無用に刑罰が用意されている点で違憲であることも明らかである。かつ、選挙運動期間で見れば言論の差止めであり、絶対禁止の「検閲」に匹敵する。加えて、虚偽の事実を流布することが一種の煽動であるとの主張もあるかもしれないが、匿名の主張者に多くの選挙民が無抵抗に踊らされることの証明はなく、逆に、根拠のない無謀な主張を行う者の支援する候補を避ける動きも予想される。こうしたことからすると、本法令はいくつもの点で、ごく一般的憲法学説に従っても違憲性を払拭できず、廃案にすべきものである。

令和2年

新司法試験発足以降続いてきた、原告（検察）、被告（被告弁護側）、あなた（裁判長）の立場を書き分けるという出題形式が消え、それが3年連続して維持されたのはもう（辞書的に正しい意味での）確信犯である。詳細は繰り返さない。出題者が日本の裁判所をドイツ型の憲法裁判所だと思っているのか。憲法訴訟論的論点は出題され難いことにもなり、適当でない。具体的な事件の中で、当該法令の適用の合憲性を問い、その結論を依頼者有利に、あるいは適切な結論に導く法曹の能力を試すべきである。昨年度までの判例の立場をまず踏まえて議論を立てよという問題文は消え、ここだけは改善された。しかし、本年度の問題は経済的自由からの出題である。本件は主として政策的規制（なお、この種の

規制を「積極目的規制」と呼ぶ受験生がなお多いのであるが、香城敏磨元判事による、立法の規制目的に即した直截的規制、司法審査基準も中間審査、厳格な合理性の基準となるという理論を想起させるので、別の名称なら「社会国家的規制」か「外在的規制」を用いるべき）であるように見えるが、「自己の見解と異なる立場」が別の司法審査基準ということを目指すのであれば、なかなか本件で中間審査基準以上の司法審査基準の下で判断すべきとする見解を想定することは困難に思われ、このことが何を指しているのか、出題意図がもう一つ鮮明ではない。経済的自由からの出題という点、2014年度の、自然保護地域でのタクシー事業の問題が思い出されるが、結局、環境保護《政策》の是非を問うことになり（事案は行政法の問題としては、あるいは行政学・政策科学的には興味深い部分はあるが、司法試験の憲法の出題事例としては相当に疑問）、また、地元事業者との政治的癒着をどう見るかの問題となり、目的の合理性と手段の最小限度性を法的に判断するという色彩が薄れ、法曹の適性を見る問題としては適切でないとの批判が憲法学界では多かつたように記憶している。経済的自由の問題はどうしてもそのような傾向の設問になり易い。本年度のものはタクシーがバスに代わっているだけであり、その弊害から逃れられまい。出題範囲を決め打ちされるのを避けるため、経済的自由分野からの出題を絶対にダメとは言いきれないが、前述のように、法令の適否を諮問する設問形式と合わせれば、本年度の問題は良問とは言いがたく、ある人物が出題会議を長期支配していたと言われる2017年までとは別の意味で抜本的な改善が求められるのではあるまいか（受験生からすれば、過去問を解く際に、本年度分を典型的な練習問題として何度も身に染みるまで解く問題にはしないことが望ましい）。

受験生としては、この種の悪問にどう立ち向かうか。もし、この傾向が固定化するならば、憲法訴訟論的論点で悩むのはやめ、単純に、法令のよい点と悪い点を挙げ、その理由を整理してお墨付きを与える（精神的自由の事案などで

あれば、そのまま違憲とする)ことに徹するという、あまり法廷弁護士らしくない作業を黙々と行うか。「地上戦」重視で、設問中の会話文などをうまく使いたい。そもそも経済的自由の規制は、合理性の基準ベースの審査であるから違憲の疑いがある事案は珍しく、まして、本事例のように交通《政策》の問題であればそうである。このため、答案としては一応、規制にも問題点はあると指摘しつつ、目的・手段に何らかの合理性を見出して合憲の結論にするのが常套手段であろう。この問題で違憲の結論を導くのは、極めてリスクである。立法技術的不備(例えば、「高速路線バス」の定義から、東名高速を十分に活用するが短距離の東急バス新横浜・溝ノ口線が外れ、東京湾アクアラインの利用がごく一部でも一定程度の距離のある小湊鉄道バスの勝浦・東京駅線は含まれる、という疑問など。しかも、「高速道路」の定義がこの法律には欠けている)を指摘しつつ憲法判断としては合憲とすればよい。判例(小法廷か大法廷かは兎も角、原則としては最高裁判決・決定に限る意味だろう)としては、距離制限の3判決(公衆浴場=最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁、小売市場=最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁、薬局=最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)を想起し、交通事業の規制という点では白タク営業事件(最大判昭和38年12月4日刑集17巻12号2434頁)も視野に免許制が当然とされていることを踏まえ、本件が少なくとも主軸が政策的規制であることを踏まえて判断すればよいであろう。なお、最高裁は、森林法判決(最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁)で内在的規制(同様に「消極目的規制」と呼ぶべきでない、「自由国家的規制」か「警察的規制」か)と政策的規制の区別困難性を露呈しているの、補足的に、仮に、本規制を、高齢運転者による事故防止が究極的に達成できる(いかにも後付けに見えるが)と考えて、内在的規制でもあると捉えられたとしてもこれを合憲とする道筋も考えたい。田中角栄が越後交通の社長でもあったり、福島や山梨などに中小私鉄を牛耳る政商がいたりしたよ

うに、昔から、地方交通機関と許認可権を媒介に政治との癒着は枚挙に暇がない。しかし、贈収賄事件などでなければそれは政治の問題であって、規制立法に合理性があれば司法が憲法を持ち出してそれを無効にするのは、民主主義と立憲主義(権力分立及び法の支配)の均衡、二重の基準論を踏まえても疑問に思える(こうした点から追及して違憲とするのは、裁判所の役割を超えてまいか。出題者がそれを期待しているなら疑問大である)。このほか、規制手続が適正に進むかという観点では、通説・判例が憲法31条準用の問題だとする行政手続の適正の著名判例である成田新法事件(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)を拾い、更に行政法の学習が進んで人であれば、交通事業の規制の事案として、行政手続法5条に大きな影響を与えたとされる個人タクシー事件(最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁)、諮問機関における審議が重要であることを示した群馬バス事件(最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁)などにも言及できれば御の字である。本件で補償が必要であると考えらるなら、奈良県ため池条例事件(最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁)などを深追いする手もあるが、評者には、新規参入ができないことやバスレーンの設置などで補償は必要ないと思える。

強いて言えば、自家用車の運転を幸福追求権、移動の自由と捉え、また、住所地による差別という論点はあるだろうが、果たして、厳格審査などの下で違憲の結論を貫けるだろうか。そうであれば、経済的自由の政策的規制として合憲の処理をする道筋を突進するしかなく(どうしても嫌なら規制②の一部を違憲にする)、本当は簡単に結論が出る、結論は見えている設問である。結果、受験生は枚数稼ぎに様々に逡巡、彷徨した過程を見せねばならない、とも言えようか。

なお、2020年度は、COVID-19の影響で試験日が8月に設定された。そのことによる設問への影響は、一見する限りでは、ない。

解答例

本法律(持続可能な地域交通システム法)はバス事業、特に地方のその維持困難さを背景に、高速路線バスを専業とする会社の存続を抑止し、併せて、渋滞区域のバス運行を円滑にして乗客を増やすため、自家用車の乗入れを規制するものであるから、基本的には経済的自由の規制立法であり、そして、地方のバス事業を継続させ、ひいては地方の交通弱者を救済するためのものであるから、その基軸は政策的規制であると言える。

【規制①について】本法律が想定していることは、儲かる高速バスばかりを運営するバス会社に、あまり儲からない生活路線バスの一部を負担させ、地方の生活路線バス、特に過疎地の不採算路線を維持することである。

しかし、高速路線専業のバス会社が生活路線に参入すれば、既存の生活路線専業のバス会社と利益の奪い合いになり、最悪の場合は共倒れになりかねない。こういったことを避けるため、高速路線専業のバス会社は、収益の多い生活路線だけに参入することはできないとされており、新たに閑散路線に参入することを余儀なくされ、そうでなければバス会社の存続は困難となるため、高速路線専業であったバス会社は、そのような採算の合わない路線でも細々とバスを運行するか、貸切バス事業に切り替えるか、貸切バス会社となって乗合バス事業者からの高速バスの運行の委託を待つか、バス事業を廃業するかを選択に迫られる。そうであれば、規制①は、地方都市や農村部のバス事業を広範囲に維持することにはあまり寄与しない。また、新規参入会社との競争を喚起する要素はほとんどなく、既存の路線バス会社は安泰となり、高額な運賃を維持するであろうから、乗客にとってはメリットが希薄である。バス路線を安定して維持するには、結局のところ、市町村などが公営バス事業、コミュニティバスとして、小型化したバスで運行するなどが合理的であり、強いて言えば、既存のバス会社などとの第三セク

ター方式が望ましい。このように、本法律は、政策的に見ると閑散地域のバス路線の維持にはあまり貢献せず、むしろ、そこには政治的意図が働いたものとも思え、真の目的は、地元で政治力を有する既存の生活路線バス会社の保護そのものなのではないかとさえ思えるものである。

だが、以上が憲法違反かどうかは政策としての巧拙さとは別のものである。以上の規制は、零細交通事業者を保護するものであり、目的二分論に従えば政策的(社会国家的)規制である。閑散路線を維持し、当該住民の交通の足を確保しようという目的は合理的である。その手段としても、一般に収益が上がっている高速路線バス業者に参入を促進し、その余裕のある資本をもってその長期的安定的な運行を支えることであって、合理的である(ただし、コロナ禍の広がりにより長距離移動が激減した現在、かえって、長距離高速路線バスや貸切バスの経営が難しくなっていることも考えねばならない)。このことは、最高裁も、いわゆる小売市場の距離制限をめぐる事件で、それを合理的で合憲と認めており、判例の姿勢であるとも言えるであろう。本法律は、まず規制①については憲法22条などに違反するとまで言うべき不合理さは特にないものと思われる。なお、近時有力説は、判例・通説の目的二分論に否定的であり、森林法違憲判決が森林法の分割制限を内在的目的か政策的目的か明言できなかったように、これにより司法審査基準等を分かつことには否定的である。もし、目的二分論が取り得ないのであれば、二重の基準論の本来の姿に立ち返り、経済的自由の規制には一般に合理性の基準が妥当するため、結論は変わらない。結局、この種の社会経済立法を争うアリーナは選挙を端緒とする政治部門であり、法廷での判断には馴染みにくいものと言うべきである。

ただし、本法律により、これまで高速路線バスのみで営業をしてきたバス会社は、強制的にその営業形態を維持できなくなる。路線バス

の運行は基本的に国の認可が必要なものであるが、その変更が何らの告知聴聞なくされることは、いわゆる成田新法事件最高裁判決が緊急性を要する場合以外はそれを必要としたことに抵触する。このため、本法律を施行するに当たっては、高速路線バス会社に対しては告知聴聞の機会があることが必須であろう。これは、通説・判例によれば憲法31条を準用した結果、有力説によれば13条によるもので、根拠条文等の違いはあるが結論においては一致があるものと思われる。なお、本法律には「高速道路」の定義がなく、観光地の有料道路や無料の自動車専用道路をどう扱うのか、微妙である。立法に当たってはその定義規定の整備も求めておきたい。

【規制②について】本法律によれば、渋滞区域の外からの家用車の乗入れが規制される。渋滞区域は都道府県知事が定める。この結果、知事は渋滞が起きそうな地域と時間帯を定め、その区域以外に住む者がその時間帯に家用車でその渋滞区域に乗り入れることができなくなり、渋滞区域の渋滞は緩和される筈である。また、そうすることで、その地区を走る路線バスの利用促進を図り、生活路線バスの維持存続に繋げることが本法律規制②の目的であろう。

渋滞の緩和は、何れの都市交通政策、観光政策でも重要な課題であり、この目的の合理性は明らかである。しかし、渋滞区域への家用車の乗入れを禁じても、周辺道路を渋滞させるばかりであるほか、取締りは困難で、本法律は大型観光バスやトラックによる乗入れを規制しておらず、渋滞対策として底抜けである。また、本来の目的は家用車の利用から生活路線バスへの乗換えを促進することにあつた筈であるが、渋滞時間帯を避けて家用車通勤する、運転するルートを変更するなど、バス利用の促進にならないケースも多い。そもそも、一般的に繁華街や主要駅に近い、渋滞区域の者が家用車に乗るからこそ渋滞は発生するにも拘らず、遠距離通勤者の家用車利用の方を規制するこ

とは割り切れない思いがある。渋滞の緩和には、大都市であれば地下鉄や新交通システム、中小都市であればBRTやライトレール（進化系路面電車）の新設などが抜本的対策であり、渋滞緩和政策としてはあまり有効であるとは思えない面が目立つ。まずは、バス専用レーンを設置することで、高速走行が困難となる家用車等の利用は控えられる筈である。

しかし、本法律のこの部分が違憲か、と問われれば、そもそも家用車運転の自由が憲法22条の居住移転の自由の一部をなし、大別すれば経済的自由に属することに鑑みて、渋滞緩和には目的合理性があり、手段も、何らかの合理性を有するものであり、合憲性の推定が及ぶ。渋滞緩和のため、渋滞地域で通行可能な乗用車の台数を減らすことには何らかの合理性があると言える。このため、規制②も憲法22条に違反するとは言い難いように思われる。

確かに、経済的自由の司法審査基準について、目的二分論を否定した上で、司法審査のレベルを下げるべきではないとして、中間審査基準が一般的に妥当するとする説も一部にある。また、本法律の目的の一部には、その移動手段として定時運行のバスを用意して、家用車の運転を減らすことで事故、特に高齢者の事故を減少させるという目的があるとの指摘もできよう。そうであれば、ここには他人の生命・身体の保護という内在的（自由国家的）規制の側面があるとも言えなくはない。しかし、本法律の真の目的は各地の零細バス会社の保護にあるのではないかという疑問がある。仮に、他人の生命・身体の保護という目的が真の目的だったにせよ、そのために家用車の使用頻度や運転時の速度を下げる効果のある規制は、重要な目的と実質的関連性があると言えるので、中間審査の下でも合憲と言えよう。

なお、バス事業の場合と異なり、事前に渋滞地域以外の住民に細やかな告知聴聞を行わなかったとしても、これを憲法31条もしくは13条違反と解することは難しい。地域を定めるに

際し、知事は広い裁量を有しており、その線引きは自明ではないものであるが、表現権の規制などの局面とは異なり、ゾーニングに土地利用を合理化して工業地域と住宅地域の混在を避ける意味があったように、この種の地域を定めることは政策として合理的であれば合憲であろう。居住地域による差別であるという意見もあると思われるが、多くの憲法学説は、憲法14条1項後段列举事由による差別は疑わしい差別とする一方、それ以外の差別は原則として合理性の基準で審査されるべきものと解するようになってきているところ、居住地は憲法14条1項後段列举事由におよそ該当するものではなく、平等権を害されたとも言い難い。このほか、自動車の運転は経済的自由を超えて、移動の自由であって身体的自由に属するか幸福追求権の一部であるので、中間審査以上の手厚い司法審査を行うべき、という主張もあろう。しかし、日本国憲法の条文構成が近代立憲主義憲法の伝統的な構成の通りに居住移転の自由を営業の自由と同じ括りとし、経済的自由の一部と考えていると思われ、渋滞地域に乗り入れてくる自家用車の殆どが通勤のため、つまりは経済活動のためであることなどを思い起こせば、やはり運転の自由はこの場面では憲法22条の問題だと捉えるべきである。仮に13条の問題だとしても、人格的自律であるとか、憲法上優越的地位を有する精神的自由類似の人権と構成できない人権については厳格審査などで審査すべきものでもなく、合理的な目的と手段を有する規制は合憲と考えざるを得ず、本件についても合憲と考えられる。

令和3年

3年前、憲法の論文式試験で、新試験当初からの、原告(検察)、被告(被告弁護側)、あなた(裁判長)の立場を書き分けるという出題形式が変更された。昨年度の出題について、法科大学院協会司法試験等検討委員会「令和2年度司法試験に関するアンケート調査結果に関する報告

書」(令和3年3月31日)でも、法科大学院全44校中の38校の回答は、「今年度の積極的評価は憲法が91.2%(昨年度81.6%、一昨年度79.2%)」で、「新たな出題形式も定着してきた感があり、問い方にも一定の工夫がみられることなどが評価されてきているようである」という纏めになっている。しかし、2020年度の出題は経済政策の是非を事前の法案の合憲性の装いを採りつつ判断するものとなっており、非常に適切でなかったのであるが、多数の回答、また以上の報告を纏めた同業者の評価がこのようなものであったことを大変遺憾に思う。この3年間で、司法試験の憲法の論述式で出題されるべき問題とはどのようなものであるか、という認識が相当にずれてしまった感がある。本年度もこの出題方式が維持されてしまい、問題文の総文字数も減少傾向にある。国語の読解問題にしないという意図があるのかもしれないが、当初の、事例から読み取って、事案の解決を図る能力を問おうという理念はますます失われている(但し、これは、受験生が当初から変質してしまったためかもしれない。旧試験論述式の憲法では、古くはいわゆる一行問題が頻出し、山張り暗記が成功していた感もあったが、これに向けて一歩先祖返りしているのではないかと危惧もないではない)。ただ、本年度の問題は、テーマが精神的自由であり、文面違憲の解答が十分考えられる領域である(即ち、必ずしも適用違憲を主とする解答とならない状況設定である)ことや、設問が「参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること」と指示されているため、必ずしも判例や通説に従順な答案を書くことを誘導せず、複数の立場を踏まえ、それらに適切に批判する能力を問う形になっていることは進歩と言える(そうであれば、従来の出題形式に戻したらどうかとも思う)。事案も、直近に香港で展開されたような覆面のデモ行進の規制であり、インターネット上の匿名の差別的発言などと平行に捉えることができ、社会的問題に沿うものである(良問か、と聞かれれば、本来、元の出題形式に戻すべきであるため、「どちらとも言え

ない」となるのか。この出題形式を前提にする限りでは良問である。直近4年間では、受験生が直前に試しに解いてみるべき唯一の問題である。しかし、そうすると、表現の規制であるから、厳格審査及び文面審査ベースで自説を固めつつ、そうでない方向の判例などを対抗する説として順次拾い、批判しつつ、議論を組み立てていけばよいのではなかろうか。解答者が、もしも実際の事件を担当する裁判官であれば社会的配慮なども実はあるのかもしれないが、司法試験受験生としては、表現・集会・結社の自由の設問と対陣するとき、変に迷わず、表現の自由の優越的地位から導き出される様々な特殊法理を順次投入して（やや空中戦優位の戦術で）、シンプルに違憲判断を導き、合憲論を粉砕すればよからう。関連して、LRAの基準を、手段審査における中間審査基準の言い換えとする説明が“司法試験業界”ではまかり通っているようであるが、その代表的判例とされる猿払事件一審判決（旭川地判昭43・3・25下刑集10巻3号293頁、いわゆる時國判決）の事実関係や、同判決が言及したアメリカでのハッチ法に対する連邦最高裁判決の趣旨（要は、表現処罰でより軽度的手段があれば、当該手段は違憲、ということ）、そして、そもそも単に目的と手段が一致しないという意味であれば通常的手段審査に過ぎないことなどから、そのような用い方は適切ではないので、早々に本来の意味で用いるように留意されたい（本問は、そのように使える嬉しい(?)事案である)。その際、技術的な話にする前に、なぜ、表現の自由が優越的地位を有するのかについての簡単な説明が必要であろう（受験生の答案を見ていると、この点がすっぱり抜けていることがしばしばあり、そういうものに限って、個別論点での理由付けも希薄である)。また、構成員の一部が集団行進で暴力的行為に及んだ団体の監視と、いわゆる暴力団の規制とは何故区別できるのか、という点も気になるところである。ここで、芦部通説のように、およそ結社は憲法21条の保障としてから司法審査基準等に差異を設ける手法ではなく、そもそも結社はその目

的によって保障する憲法条文が異なり、当然に司法審査基準等も異なるのだとする有力説を採ることで、この問題を比較的楽にクリアできるのではないかということも指摘しておく。設問は、文言の明確性や適正手続に触れる必要がないとしているが、これは刑罰法規としての罪刑法定主義や適正手続に言及する必要はない、今回の守備範囲ではないということと思われ、憲法21条の要求する明確性の法理に触れることは構わないであろう。「地上戦」という意味では、もしこのような法律が制定された場合、どのような団体が実際に調査され得るか、などを考えたい。

4年続いたこの出題パターンが不可逆的に続くのであれば（前述の報告書の内容からすると、この報告者も出題委員も続ける気であろう）、受験生としては、憲法訴訟論的事件争訟性の問題などは深く学習しても無駄ということになり、正面切つての適用違憲は考えず（この法案は、施行されるとあちこちで適用違憲の危険性がある、という場合もあるが）、法令違憲かどうかを、まるで憲法裁判所か内閣法制局の如く考えればよい。可能であれば、法案をこのように改善すれば合憲となり得るという方向性があるのであれば、それを示してもよい（評者は、微修正では無理と判断したが）。出題された事案は期末試験や中間考査で出しがちなものであり、当方の授業の復習で合格できるものと信じる。日本の表現の自由の初期の判例法理はデモ行進の事例でかなり展開されてきたということもあり、批判するにせよ、最高裁判決を潤沢に素材にすることができる。判例としては、東京都公安条例事件最高裁判決（最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決（最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）、新潟県公安条例事件最高裁判決（最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）、徳島市公安条例事件最高裁判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）、猿払事件一審判決、共産党袴田事件最高裁判決（最判昭和63年12月20日判時1307号

113頁), オウム真理教法人格取消決定(最決平成8年1月30日民集50巻1号199頁), 成田新法事件最高裁判決(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)などが想起できようか。無論, 最新の『憲法判例百選』の範囲で判例は思い出せばよく(『メディア判例百選』に目を通しておけば更によいが), 重要判例解説掲載の全ての判例をチェックする必要まではないであろう。これらは, よく知られた判例名で記載すれば十分であり, もしも, 著名な判例の名前を忘れてしまったとしても, きちんとその判例の内容を説明すれば, 論述式では大幅な減点にはならないであろう。また, 学説上, 本件で争いがありそうなのは, 表現内容中立規制の司法審査基準を通説が中間審査に下げていることぐらいであろうが, 結論が違憲と決まった以上は, 通説をバッサリ斬って, 有力説の主張するように厳格審査で一貫させることでよいのではあるまいか。

解答例

本法律(公共の安全を害する行為の抑止及び公共の安全を害する行為を助長する団体の規制に関する法律)は, 近年のデモ行進における覆面や仮面の集団の一部が暴力的行為を働いていることに鑑み, これを規制するため, まずはそもそも顔を隠して集団行進に参加することを禁止し, また, 予防する意味で, そういった, 顔を隠して集団行動に多くの者が参加している団体を様々な方法で国家的に監視しようとするものである。このことが, 主に日本国憲法の保障する, 表現と集会の自由, 結社の自由を侵害しないかが問われることとなる。

【規制①について】本法律「第3」が予定していることは, 「集団行進において, 正当な理由なく, 顔を覆う行為」の禁止である。提案する議員Xらによると, これは「集団行進における公共の安全」を目的としており, 顔を隠したデモの参加者が暴力行為に及んだ事態が重なったことが立法の動機である。顔を隠すことで, 普段はしない行為を平気できるようになり易いと推察し, 暴力行為に及ぶか及ばないかに拘ら

ず, 覆面や仮面で集団行進に参加することを禁じるものである。刑罰ではないが, 行政罰として10万円以下の過料を予定している。

集団行進は, これを表現プラスと捉えるか, 「動く集会」と捉えるかで争いはあろうが, 結局, 憲法21条の保護するところである。表現・集会・結社の自由は, 歴史的に権力者によって過酷な制限をされがちなナイーブな人権である上, 当然の如く, 政治的決定の元となる討論という意味で民主主義を支え, この自由があることによって多様な考え方が討論を繰り返すことで真理の発見(少なくとも明らかな誤りの淘汰)に寄与するため, 自由主義を支え, また, その行為そのものが個人の生き方, 個性を体現させるという意味で個人主義を支えるので, 極めて重要な人権であると言える。このため, その優越的地位により, 文面審査が及び, LRAの基準などの様々な合憲性判断テストが適用されるほか, 原則として厳格審査の下で目的・手段が審査されることとなる。本事案についても, 基本的にはこの角度から合憲性を検討すべきである。即ち, 一般的には人権侵害事例の司法判断については, 我が国の司法裁判所による憲法判断が付随的違憲審査であって, 当該事案の解決に必要な限りで, 「司法権」の範囲に沿って憲法判断をすべきことが原則ではあるが, 表現・集会の自由の規制については, 文面審査や, 適用審査法令違憲の手法を第一に, そうでなくとも, 法文の意味が複数あり得るのであれば合憲限定解釈, そうでなければ適用違憲の手法を次に考えるべきものである。

まず, 本法律の目的は暴力行為の防止であり, やむにやまれぬ目的と言えるであろうが, そのために, 仮面や覆面の者に過料を科すという手段を取っている。東京都公安条例事件最高裁判決は俗に「デモ隊暴徒化論」と言われる論理により広汎な規制を緩やかに容認したが, 精神活動の規制の合憲性を判断するのに適切な手法とは言い難く, 肌理細やかな審査が行われるべきものであった。本法律について考えると, 顔を

隠した者が専ら暴力行為に走ることも、顔を隠さない者が一切暴力行為に向かわないとも言えず、必要最小限の手段とは言えず、この点で憲法 21 条違反であることは免れない。また、新潟県公安条例事件最高裁判決は、「明白かつ現在の危険」の基準の適用を示唆していたが、犯罪の煽動や誘発となる表現行為を処罰するのは、少なくとも「明白かつ現在の危険」を要求する法文であり、また、そのような場合の適用に限定する必要がある（より厳しく、ブランデンバーク基準を要求する有力説もある）。これに従えば、本法律案では、暴力行為に直接結び付く覆面に明文で限定している兆しもなく、この点でも違憲と言える。そして、現在では、街中に監視カメラが多く設置され、政府の方針に反対するような少数派の主張を抱えてデモに参加するような者を特定し易くなっており、マスクなどの覆面は、そのような弾圧を回避すべくなされることが多いように思われる。結果、集団行進で顔を隠す行為を禁じることは、このような、政府にとって規制したいデモの参加者を把握するためというのが真の立法目的であるかのように思われ、そうであれば、プライバシー、特に肖像権の侵害であって、適切な規制とは言えない。無論、表現規制として、風邪気味や新型コロナの予防と区別など、許容される覆面とされない覆面の区別が曖昧であるから、徳島市公安条例事件最高裁判決を批判する憲法学の多数説に従えば、その意味でも違憲であると指摘できよう。広島市暴走族追放条例事件最高裁判決反対意見は、合憲限定解釈により「暴走族」の定義や退去命令の対象となる集会の範囲を限定してこれを違憲と判断しており、こちらの側こそが精神的自由の優越的地位に配慮したものと評価できる。表現規制であることに鑑みれば、なお進んで、合憲限定解釈が必要ということは既に法文が曖昧漠然であるので、文面違憲に進むべきであった。本事案でも、過度に広汎な規制であり、文面違憲だと言うべきである。

このほか、この法律は処罰規定を有してい

る。表現行為にサンクションを科すに当たっては、より制限的でない他に選択しうる手段かどうかを審査しなければならない（LRAの基準）。これは、有力な下級審判決と評価される猿払事件一審判決の立場である。予定されている法律は 10 万円の過料がそれであるが、確かに、自由刑や罰金を回避したことは理解できるが、覆面や仮面を規制するのにこれほどの金額の過料を必要とせず、また、行政罰と言いながら、実質的な重みは科料より重いものであり、過重の誹りを免れず、違憲であるように思われる。補足すれば、顔を隠す行為そのものも表現（象徴的表現）であると言えるので、これを一律に禁じること自体に違憲の疑いがある。

このように、本法律の規制①は幾つもの点で違憲であり、具体的な事件が発生し、それへの法令の適用を待つまでもなく、法令そのものが違憲なのであって、原案はおよそ撤回すべきものである。法規制としては、現行の暴行罪や凶器準備集合罪を適切に適用することや、法規定を新たに作るとしても、集団行動に伴う暴力行為や迷惑行為を処罰すれば足り、また、その方が的確に害悪を除去できるものと思われる。

【規制②について】次に、本法律が制定されれば、集団行進の中で暴力行為などを行った者が多く加入・所属している団体を、政府は、機関紙、ウェブサイトなどについて詳細に調べられることとなる。

憲法 21 条は結社の自由を保障するが、その自由を保障するためには、基本的に、当該結社の自律に委ねることが重要となる。特に、「結社」の自由をまさに憲法 21 条が保障していることは、表現活動を主目的としている、政党などの政治的結社や、劇団、小説家団体などの結社のそれを手厚く、即ち、原則として厳格審査基準の下で保障しようとする趣旨であると推測できる。このことは、暴力行為そのものが目的（基本的には精神的自由のためのものではない）の団体である暴力団に対する法的規制がそもそも何らかの憲法条文に抵触するとは思えず、別段

違憲ではないことと、本件で検討されている法律が大きく異なる点である。国などが、そのような結社の構成員などを詳細に把握し、その人事や運営を管理しようとするところこそが憲法21条違反の疑いの濃いことである。最高裁も、共産党袴田事件において、政党による除名処分には裁判所の管轄権は及ばない旨の判断を下しているが、これは、仮に、当該結社の執行部の判断が独善的なものであったとしても、精神的自由の延長たる結社は、それに不満の者は脱退して別の結社を作ればよいだけということである。このため、基本的に、精神的自由の延長線上にある団体・結社の内部調査を国が行うことは疑わしいと考えるべきである。

実際にこのような法律が制定された場合、「一定比率」の定め方次第（仮に当初高く設定しても、その後法改正してごく少人数でもよいことすることも想起せねばならない）では、例えば、核兵器廃絶運動の団体が、過去のデモで国粋主義団体から妨害を受けて一部で小競り合いが生じたようなケースを想定した場合、A2庁の依頼を受けて、警察などの国家機関が、この核兵器廃絶運動団体の機関紙を最終的には押収したり、メールのやりとりを細かくチェックしたりすることが可能となり得る。また、議員Xは「現状では、構成員が概ね50人から100人程度の、比較的規模の小さいもの」を対象だとしているが、これはあくまでも「現状では」ということである。法案の骨子を見ても「当分の間」となっている。SNSの対象も線引きが難しく、LINEや団体のWebページへの投稿などはどうなるのか、曖昧・漠然な規制であると言わざるを得ず、憲法21条が要請する明確性の原則に照らして違憲であると考えてよい。これを含むとなれば、過度に広汎な規制であって、文面違憲であると断じられる。何十万人もの構成員を抱える有名政党であっても、その一部党員や選挙運動員が問題を起こしていることは頻出しているのであるから、この法律の運用如何^{いかに}では殆どの政党（特に野党）の活動を政府が把握することが

可能になる危険がある。これはやはり憲法上問題だと言わねばならない。オウム真理教法人格取消決定における最高裁の判断に従っても、結社そのものを解散させることは相当の事情がなければ憲法上許されるものではなく、法人格（この事案では宗教法人法上のもの）の否定が限度であることも留意しておきたい（公安調査庁は破防法の適用を回避した）。そして、このような精神活動に関わる重大な規制が司法手続をおよそ踏まず、独立行政機関とはいえ、行政機関によってなされることは、適正手続違反の疑いを濃厚に有するものである。

議員Xの発言によると、このような団体制制のために委員会（多分に、いわゆる独立行政委員会であると思われる。議論がないではないが、通説などに従い、合憲のものとして議論を進める）とこれに特化した庁に委ねるというものである。「告知・聴聞の機会の保障」については憲法の最小限の要請であろうが、憲法21条の権利を制限するに当たっては、特に慎重な手続を要するというのが憲法21条自身の要請であると思われる。このようなことから、本法律の規制②についても文面上違憲あるいは法令違憲とすべき点が多く、総じて違憲と言わざるを得ない。

令和4年

本設問は、原告（検察）、被告（被告弁護側）、あなた（裁判長）の立場を書き分けるという出題形式ではないが、一応、対立当事者のそれぞれの主張を踏まえ、最終的にはあなたの見解を述べる形になっている。4年間、新司法試験導入以来の設問形式を崩したことに賛同できないと批判してきたが、改善が見られる。但し、最後の注意書きには司法権論の論点には触れなくてよいとあり、実際の裁判でどう主張するかという視点はなお欠けた出題となっている。原告適格がない、訴えの利益がない、それでおしまいという答案が続出しないような工夫なのかもしれないが、顧問弁護士の回答や議員や首長の模擬答弁ばかりが出題されるのは如何なもの

か。また、判例に言及せよ、とわざわざ注意書きがあるのは、判例を無視して自説もしくは少数無力説ばかりを振り回す受験生が続出したからなのか。この注意書きがなくとも、法律の論文において判例や通説を無視することは許されず（かと言って、神聖視せよ、ではない）、それらに問題があったとしても、適切に批判、できれば論理的に批判をしてからの自説の展開であることは心得たい。とは言え、憲法の出題の王道は、精神的自由か選挙権か、14条列挙事由の差別問題だという点からすると、本問はフェアウェーを守ったとは言える。主たるテーマはいわゆる政府言論であり、今風である。その中で、公立大学の自治の要素も入れて捻りを効かせたものと言えようか。別添資料は消えたが、設問は長く、つまりは事実関係から論点を拾えるので、「地上戦」も十分に展開できる。というより、この解答をしていくと、精神的自由の侵害事例の厳格審査なのは何故かなどという「空中戦」はほぼ吹っ飛び（つまり、折角の精神的自由の設問ながら、純粋な表現の自由、集会・結社の自由の侵害事例ではないのである）、「地上戦」ばかりになり、問題文のヒントから幾つ判例が思い出せるかの戦いになりがちである。そういった設問が司法試験の論述式の問題として適切なのかは意見が分かれよう。評者は、やや「地上戦」過剰に思え、出題になお工夫を要するのように感じた。

なお、本設問では、当該県立大学法人の構造によって、結論が分かれる側面がある。即ち、経営・運営に携わるのが外部の県知事やブレイン、地元経営者などであるのか（つまり、学長はあくまでも学務のトップの仕事に徹しているのか）、学長をトップに学内研究者と経営者・経済人、弁護士などによって、大学経営まで含めて、あくまでも大学側が自主的に編成できるのかは大きな違いである。本設問では不明であり、別添資料で大学設置条例の抜粋を掲載するぐらいは必要ではなかったか。このため、本解答においては、国立大学法人法に近い形で本設問の公立大学も理解し、学長は管理運営・経営者でもある

ものとした（本来は、事例を区別して、分けて論じるべきかもしれないが、本筋ではないところで冗長な答案となる危険が大きいため、解答例としてはそのような選択をした）。大学の構造は、出題者である大学教員などにとっては卑近なものかもしれないが、受験者が詳しいとは思えず、丁寧な説明が必要だったように思う。

判例としては、大学の自治なのだから、東大ポポロ事件（最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁）を忘れずに挙げたい。この分野では唯一と言ってよい。それ以外には、国立大学と文部大臣（当時）との旧い特殊な関係のものなどで、本件ではあまり参考にならないであろう。学生の成績、単位認定の点では、大学は私立か国公立かを問わず、自律的法規範を有する部分社会であるとして、単位認定は原則として司法審査の対象とならないと判示した富山大学事件判決（最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）もあり、教科書等では「司法権」の判例ではあるが、国公立大学に関する判例でもあるし、参考になろう。しかし、近時、最高裁は、岩沼市議会事件判決において、議員の出席停止の場合も司法審査の対象となると判示し（最大判令2年11月25日民集74巻8号2229頁）、部分社会論はほぼ終焉を迎えたことは指摘せねばならないので、富山大学事件判決の趣旨は部分社会論（もしくは特別権力関係論）の結果というより、大学の自治から同様の結論を引き出せるかのような記述とする方がお勧めである。政府言論という点では、憲法判例百選にも載るような有名なものはないが、昭和天皇を他の画像と組み合わせで制作した連作版画を所蔵していた富山県立美術館が、抗議を受けて行った、この作品と図録の非公開について、政府情報公開請求権が認められなかった事案（天皇コラーージュ事件＝名古屋高金沢支判平成12年2月16日判時1726号111頁）もあるが、「表現の不自由展」の大阪府施設での開催取消しをめぐる判決（大阪地決令和3年7月9日判タ1490号89頁）や、秀句に選ばれた集团的自衛権反対の俳句を市が「公平中立の立場」から

公民館だよりに載せなかったのは、作品内容が世論の割れていることを踏まえても、思想・良心に基づく不当な取扱いであるとした下級審の判断（東京高判平成30年5月18日判時2395号47頁）を是認した最高裁決定（9条俳句訴訟＝最決平成30年12月20日判例集未掲載）、反捕鯨運動家が「捕鯨反対の方は博物館には入館できません」とのプラカードが立てられ、入館を拒否されたのに対し、損害賠償請求の一部が認められた事案（太地町立くじらの博物館事件＝和歌山地判平成28年3月25日判時2322号95頁）などがほんやりを浮かべばよいか。著名なところでは、公立図書館の職員が、自己の嫌う思想の書籍を、除籍対象資料の基準に該当していないにもかかわらず廃棄したことについて国家賠償請求がなされ、「当該図書著作者の」「人格的利益を侵害する」として著作者の請求を認めた事案（船橋市西図書館事件＝最判平成17年7月14日民集59巻6号1569頁）がある。総じて、公的機関が思想中立性を求められた例が近時優勢であることは踏まえてよい。あるいは、限定的パブリック・フォーラムに関し、危険な団体が乗り込むので公民館等は貸せないという判断は許されないとした、上尾市福祉会館事件（最判平成8年3月15日民集50巻3号549頁）まで参照すれば上出来か。東大ポポロ事件と富山大学事件、船橋市西図書館事件、上尾市福祉会館事件は、詳細に事実関係を記憶しておく必要はないであろうが、だいたいの事実関係と結論は即答できなければなるまい。

学長G・顧問弁護士Z側は、まず、大学の自治なのだから大学全体で決めたことには従ってもらうという態度を示すこと、いくらYに表現の自由や学問の自由があると言っても、誰かの出費がある場合、その人の思想・良心の自由なども考慮せねばならないことを主張するのが鍵であろう。これに対し、Yは、大学の自治とは学部自治であり、個々の研究者の学問の自由が守られて初めて意味をなすものであって、学長などは権力者に過ぎない（大学研究者集団の一員とは名ばかりで、政治家の手先で管理職の最たるもの

である）ことを中心に主張したい。「あなた自身の見解」は真の意味であなたの見解である必要はなく、答案作成戦略上、両者の中庸な熟慮した見解で纏めるべきだ。どちらかに偏り、その通りだと書くと、分量も減って、よく考えた答案であるように見えなくなるからだ（設問の指示に従えば、Yの主張を延々と記述して「あなた自身の見解」を数行で終わらすなどの答案は、あまり評価されないであろう）。

解答例

設問1 県立X大学は公立大学であり、独立行政法人スタイルの組織である。このため、憲法上、その23条により大学の自治が保障されている。最高裁も、いわゆる東大ポポロ事件判決においてこれを認めつつ、学生による公開の風刺演劇の練習はそれに該当しないという判断であり、逆に言えば、研究者教員集団による自治はその核心であるということとなる。研究者教員集団による自治と言っても、現在ではその組織は必ずしも学部単位ではなく、学生組織とは異なる組合せも認められているほか、単科大学においては全学をもって自治の主体と考えざるを得ないため、自治の主体をどのように設定するかもまた、大学の自治の中身として、大学自身に委ねられているのである。このため、X大学が、X県による、地域経済の振興に貢献する研究の推進・人材の育成に力を入れ、県主導の大学運営を図る目的で設置されたのであれば、自治の主体は学部や研究所単位ではなく、大学全体と考えることができる。仮に、伝統的に学部こそ自治の主体があるとしても、Yにとっての大学の自治はB学部において保障されているのであって、それに加えて大学に付属しているA研究所の自治まで保障されるものではない。B学部の学務に関する自治は、示された事実関係の限りでは侵害されていないと思われ、別段、憲法23条に反する状況にあるわけではない。

本件で問題となっているのは、年100万円の研究助成金である。その出資元はX県である。

確かに、本学教員は学問の自由を享受しており、高等教育機関としてこれを尊重すべきものではあるが、その人権の本質はまさに「自由」権であり、他者に邪魔されずに研究を行う自由である。これは、そのために、一定の費用を国や公共団体に請求できる権利、すなわち「請求」権的性格を持つものではない。よって、そのような研究助成金は、助成の目的に沿って使用されることが求められるものであり、この点は、公金である以上、当然のことである。

本件助成金は、「地域経済の振興に資する研究活動を支援する」ことを目的にしているのであり、これに反する研究に用いられるとすれば、目的外使用である。確かに、大学研究者にも学問の自由があることは確かであるが、そうであれば、その資金源であるX県民にも精神的自由があり、その意に反する研究に税金が使われることは、究極的にはその人権の侵害であると言えよう。それを代表する県議会からも、Yの研究がX県民の利益と相反するものであることが指摘されたことがそれをよく示している。特に、Yの活動は、純粋な学問研究を超え、再三にわたり、地域で環境保護運動を進める団体Cへの加入を学生に求めるなど、社会活動に及んでいる。東大ボロボロ事件の判例に従っても、これは大学の自治の保護範囲から外れるものである。

Yにも思想・良心の自由があることは認めるが、それは市民としての一般的自由である限りであって、公立の大学法人職員身分であるとはいえ、露骨に、特定の思想を他者に強制したり奨励したりすることは、公共団体の機関に属する者の行為としては、憲法上許されるものではない。まして、Yは、必修科目の単位認定権をフル活用し、拒否できる立場にない、いわば「囚われの聴衆」である学生に強制しているものであり、学生の思想・良心の自由を奪うもので、許されない。判例は、公営地下鉄内での車内放送の広告は許容限度であるとしたことがあるが、単に聞き流せばよい車内放送と、単位取得に必要な考え方を整理する内心の活動は異

なる。中には、ただ単に、教員の立場に沿った答案を書くことを求められたもので、心から考えを変更する必要がなく、まるで、公立小学校教諭に国歌伴奏を求めるが如きは内心の自由の侵害ではないとした判例と同じだという反論もあるかもしれないが、これと比べても、受講学生は、単なる形式的・機械的な動作を求められたものとは言えず、同判例に批判が多いことと併せて、その強制は問題が多いものである。このような教員としての行動を規制すること、あるいは、学生の訴えがある、問題ある単位認定を大学としてやり直すこともまた、富山大学事件判決で最高裁が部分社会の法理を用いたものの、その結論はなお判例として生きていることに鑑みると、こういった判例に従っても、大学の自治の一部であって、その判断が恣意的であるとか手続的に不備があるなら兎も角、違憲・違法の問題は生じないということは自明である。

以上のような点から、学長Gは、県立大学の責任者として県民に責任を負いながら、また、当該大学の自治を守ることの両面を果たしたものであり、その行為は憲法上何らの疑いもないものである。

設問2 Yは以下のように反論すると思われる。

県立大学法人において、学長は、一方では学務のトップとして大学の自治の最終的な保護者であると同時に、一つの法人の経営者、すなわち、私立大学における理事長のような地位を兼務する地位にある。このため、学長による一教員に対する決定は、一見すると大学の自治の範囲のもののように見えるが、理事会による学問・研究に対する不当な介入という性格を有するものであって、およそ大学の自治が守られていないものである。

大学の自治の範囲内には、研究費の配分がある。およそ、研究は、一部の数学・哲学なら兎も角、カミオカンデの例を出すまでもなく、多額の費用がかかり、あるいは、大学が用意する

実験施設やコンピュータ・ネットワークなどなくして不可能なものとなっている。このため、特定の者から研究費を剥奪することは、学問の自由を侵害することである。学長Gは、A研究所員についてのみ付加的に与えられる研究費は、運営母体たるX県の定める目的に従って付与されるのが当然としているが、これまでのところ、所員への年100万円の研究費は、申請すれば全員に与えられる運用がなされており、科研費や、民間団体が優れた研究に与える研究費などとは異なり、通常の研究費と扱われるものであって、その剥奪はまさにYの学問の自由を奪うものである。無論、学問の自由は精神的自由の一部であり、やむにやまれぬ目的と必要最小限の手段を規制公権力の側が立証しなければ、特に制限が許されないものである。

大学の自治に含むか、学問の自由から説明するかは議論があるところであるが、大学教員には教授の自由があることについては、学説に異論はない。また、この中には、単位認定や成績認定の権限があることも、まず確かである。Yはその学問的信念に従い、可否や成績を決めたものである。21世紀に入り、多くの公害を排出しても産業の育成を重んじるべきという考えは影を潜め、環境保護を重視すべきだという結論に達することは、戦争より平和を求めるということが、いくら価値判断を伴うとは言え、答案としても高めに評価されることが何ら問題ないように、特段、教員の押し付けというものではない。学長Gは、最終的に、この教員の成績決定権を奪うものであり、延いては、当該研究者の学問的成果を発表する自由を奪うものである。ましてや、大学の自治の主体は学部であるというのが日本やドイツなどにおける当然の理解である。大学は、法科大学や工科大学など(カレッジ)に始まり、それが集まって総合大学(ユニバーシティ)を形成しがちであった歴史にも、その理解は適合するものである。

こういった点から、学長GがYになした行為

は、大学の自治もしくは学問の自由を侵害・破壊するものであって、到底承服できるものではない。Yは、ざっと、以上のように反論すると思われる。

研究助成金の不交付決定(決定1)については、その研究費が年額100万円というのはいかかろうか、判断の分かれるところであるが、学内のA研究所が、「地域経済の振興に資する研究活動を支援する」という包括的な目的に合致した教員・研究者によって構成され、それに見合う研究費として大学から支給されていたものであるとすれば、実験やフィールドワークにかかる費用として特に高いものとは考えられず、一般的な研究費と解することが普通である。そうであれば、これを突如として剥奪することは、当該大学教員の研究を困難にするものであって、大学の自治の枠内においても、学問の自由を侵害するものと解される。学問の自由は確かに精神的自由であり、その本質は、国家や公権力の介入を防御する自由権ということにあるが、今日、多くの学問研究が金銭的・物的支援なくして不可能となっていることに鑑みると、請求権的性格を有することも否定できないものである。また、そうであれば、公的機関である県立X大学は、公営の公民館などをその主張によって貸す・貸さないの差別をしてはならず、また、妨害者があって混乱することも理由としてはならないとする限定的パブリック・フォーラムに関する判例(上尾市福祉会館事件判決など)があることから考えても、特定の具体的な思想や精神的方向性に基づいて施設の利用や経費の使用に差別的取扱いがあってはならないことは言えるであろう。この点でも、決定1は憲法上問題があり、撤回されるべきものである。

しかし、「地域経済論」の不合格者の成績評価の取消し、他の教員による再試験・成績評価を実施するとの決定(決定2)については、確かに、最終決定者は学長Gではあるものの、実質的決定はB学部教授会でなされており、大学の

自治の意味を学部自治に限定的に解したとしても、それを満たす決定がなされていると言い得るものである。本事案においては、成績認定権が研究者教員にあるといえども限界はあり、特に、成績を認定される学生にとって、その思想・良心や考えのプロセスを一方的に否定されることは苦痛以外の何ものでもなく、特にこれが、卒業に必須の科目であることに鑑みると、神戸市高専事件最高裁判例に準拠すれば、高専と大学の違いはあるとしても、その単位不認定は、学生の訴えにより取り消される場合があると考えるのが当然である。より、事案を具体的に見ても、Y自身が設立した団体に加入することまで奨励していることは、教員の倫理としても問題がある。手続的にもYに対する告知・聴聞の機会は保障され、専門の近い同じ学部教員が結論付けたものであり、適正な手続によったものと考えられる。こういったことを踏まえれば、決定2は憲法上問題なく、Yはこれに従うべきものである。

〔補論3〕 短答式基本確認問題

(2020年度「公法演習Ⅱ」11月実施・改)

第1問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 1] から [No. 3])

ア 広島市暴走族追放条例事件最高裁判決(最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁)は、当該条例は過度に広汎性ゆえ無効であるとして、「暴走族」に該当するとされた被告人に無罪を言い渡したものである。

イ 広島市暴走族追放条例事件最高裁判決での反対意見は、当該条例は文面違憲の手法ではなく、適用違憲の手法により解決できるとして、被告人を無罪にすべきだと判示した。

ウ 広島市暴走族追放条例事件最高裁判決については、そもそも「暴走族」という文言が曖昧・漠然であり、むしろ明確性の原則に違反するものとして論じるべきだという批判がある。

第2問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 4])

ア 判決の先例拘束性については、日本は英米流判例法主義であるとしてこれを認める見解が強かったが、次第に大陸型成文法主義と裁判官の独立を根拠にこれを否定する見解が強まり、下級審も最高裁判所の判例とは異なる判断を自由に下せるとするのが、通説の見解となった。

イ 日本国憲法の「司法権」が事件争訟性を要求しているのだとすれば、裁判所に憲法判断を求めるには、具体的事件が発生しており、その事件の当事者であることがまず必要である。警察予備隊を設置する法律があれば事件争訟性はあるのであり、裁判所は、直ちにその法律の憲法判断ができる。

ウ 日本国憲法の「司法権」が事件の解決を第一義にしているのであれば、結論を左右しない憲法判断は行う必要はない。だが、憲法に違反する法令は無効なのであるから、裁判所は、原告に問われれば、まず、その法令の合憲性を判示しなければならない。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第3問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 5] から [No. 7])

ア 最高裁判所は、非嫡出子は憲法14条の「社会的身分」に当たるとは明言しなかったが、民法900条4号但し書きは憲法違反だと判示した。

イ 最高裁判所は、財閥系企業が労働者の信条に基づき解雇することは許されないとして、企業の経済的自由を重視した原審を破棄し差し戻した。

ウ 最高裁判所は、民法の定める女性の再婚禁止期間は6カ月であっても不合理ではなく、憲法に違反しないと判示する立場を続けている。

第4問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 8])

ア 医薬品のインターネット販売規制について、薬事法の制限が過度に広汎であるため、施行規則への委任のあり方にかかわらず憲法22条に違反するというのが判例である。

イ 居住移転の自由には、現在居住する住居に居住し続ける自由を含むのであるから、市が、暴力団員に対して市営住宅の明渡しを命じることは、憲法22条に違反するというのが判例である。

ウ タクシー営業について免許制をとることは、交通や道路運送の実情などに鑑みて、憲法22条に違反しないというのが判例である。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第5問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 9] から [No. 11])

ア 表現行為の事前抑制か否かの判断では明白性の基準が用いられるが、最高裁判所は、一連の家永教科書裁判において違憲判断を導かなかつた。

イ 政教分離違反か否かの判断では目的効果基準が用いられるが、最高裁判所は、津地鎮祭訴訟において違憲判断を導かなかつた。

ウ 請願権の侵害か否かの判断ではブランデンバーグ・テストが用いられるところ、最高裁判所は、マククリーン事件において違憲判断を導いた。

第6問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 12])

ア 最高裁判所は、市有地を無償で神社に貸与していた事案で、現状では違憲であるとして、然るべき対応を市などに求めて差し戻した例がある。

イ 最高裁判所は、教会の日曜学校参加のために小学校の授業参観を欠席した児童の親が、欠席扱いを取り消すよう求めた裁判で、親の信教の自由には子の宗教教育も含まれるとして、請求を認容したことがある。

ウ 最高裁判所は、長年、知事がある神社に玉串料を公費で支払っていた事案で、宗教目的と、宗教に対する援助・助長する効果があるとして、違憲とした例がある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第7問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 13] から [No. 15])

ア 最高裁判所は、2012年に、管理職でない国家公務員が職務時間外に公務員の身分を明かさずに行った政党機関紙の配布行為について、無罪とした下級審の判断を支持する判決を下したことがある。

イ 特別権力関係論は大日本帝国憲法下の理論ではあるが、日本国憲法の基本的人権尊重原理や法治主義、権力分立原理と抵触するとして、学説上は、これを修正する説と否定する説が有力である。

ウ 特別権力関係論とは、もともとアメリカ由来の議論であり、州と人民との関係に連邦憲法が介入し、差別などを是正するために発達した。

第8問 正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 16]）

ア 近代立憲主義では，自然状態における社会契約により政府を創設したと考えられ，憲法制定権力が憲法を制定したものとして理解される。

イ 憲法制定権力とは，ロック流の国民権論によれば，過去から未来に向けての国民であり，それは抽象的存在でしかない。このため，誰も国民の名を語ることはできない，ということになる。

ウ 憲法改正権とは，凍結された憲法制定権力であると一般的には言われる。このため，国会がこれを単純に代行することはできず，硬性憲法であることは近代立憲主義の下ではまず当然のこととされる。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第9問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 17] から [No. 19]）

ア 最高裁判所は，単年度利益に課税することを定めた県条例は法人税法に違反する，と判示した。

イ 最高裁判所は，売春を禁じる市条例について，最高刑が懲役2年であることは地方自治法の趣旨に反し，その部分を無効とする，と判示した。

ウ 最高裁判所は，市条例の定める国民健康保険料徴収は，それが強制加入であることから租税の性質があることを認定したことがある。

第10問 次のアからエの各記述のうち，適当

なもの二つの組合せを後記1から6の中から選びなさい。（解答欄は，[No. 20]）

ア 大津事件は，ロシア皇太子暗殺未遂事件に対する内閣の介入に大審院が歯止めをかけたものであり，「裁判官の独立」という観点でも，今日なお評価できるものである。

イ 寺西判事補事件とは，組織犯罪対策法反対の集会で裁判官がフロアから発言したことで懲戒されたものであり，司法判断以外の場面での裁判官の意見表明を拘束する点で「裁判官の独立」を害するという批判がある。

ウ 宮本判事補再任拒否問題とは，ある団体に所属していることを理由に裁判官が再任を拒否されたものであり，「裁判官の独立」を害するという批判と，再任は新任と同様の裁量が最高裁判所にはあるという見解がある。

エ 平賀書簡問題とは，長沼事件の担当裁判官に当該裁判所の所長が判決の感想を述べたものであるが，判例の統一は先例拘束性の観点から必要であるので，このことは「裁判官の独立」を害しないとされる。

1. アイ 2. アウ 3. アエ 4. イウ 5. イエ 6. ウエ

第11問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 21] から [No. 23]）

ア 条約の承認について衆議院と参議院の意思が異なったとき，両院協議会を開催する義務はない。また，衆議院で可決したものを参議院が30日間議決を行わないときは，参議院は否決したものと見做される。

イ 予算の可決について衆議院と参議院の意思が異なったとき，両院協議会を開催する義務はない。また，衆議院で可決したものを参議院が10日間議決を行わないときは，参議院は可決したものと見做される。

ウ 内閣総理大臣の指名について衆議院と参議院の意思が異なったとき，両院協議会を開催

する義務がある。また、衆議院で指名を行った後、参議院が20日間何らの議決を行わないときは、衆議院の指名を拒絶したものと見做される。

第12問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 24])

ア 前科は公式記録であり、その閲覧は情報公開の対象であるので、この非公開を求めることはおよそできないとする最高裁判所判決がある。

イ モデル小説の登場人物と同定される私人に、その公表で被る重大な損失が認められるとして、小説の書籍としての公表を差し止めた最高裁判所判決がある。

ウ 公立小学校の教諭は公人であり、これを批判するピラに本人を特定する住所等が記載されていてもやむを得ないとする最高裁判所判決がある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第13問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 25] から [No. 27])

ア 裁判員制度は、市民に苦役を与え、憲法18条違反だとする見解もあるが、報酬もあり、一時的拘束に過ぎないとの反論が成り立つ。

イ 裁判員制度は、裁判を受ける権利を侵害するとの批判はあるが、裁判員も法律と良心に従うものであり、司法の例外として許容される。

ウ 裁判員制度は、裁判官の独立を侵害するという見解もあるが、最高裁判決でも、裁判官の意見が少数意見にとどまって判例とはなら

ないことがあり、的外れな批判だとの反論ができる。

第14問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 28])

ア 地方自治権は憲法以前に自治体が有しているとする説は、憲法と一体のものとしての主権の不可分性から疑問が示されている。

イ 地方自治は憲法が付与したとする説は、明治維新から固定し、今も参議院議員選挙で続く都道府県の固有性から批判がある。

ウ 地方自治は制度的保障であるとする説は、特定の制度の否定を制度的保障と呼べるのかという批判がある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第15問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 29] から [No. 31])

ア 参議院の内閣総理大臣に対する問責決議の結果、第4次吉田茂内閣は内閣総理大臣不在に陥り、総辞職に追い込まれた。

イ 議院内閣制の下では、内閣の存続は議会の信任に支えられている。このことは、もともと、イギリスで、君主の信任がありながら議会の信任を失った首相が退任したことで始まった現象であるとしばしば説明される。

ウ 内閣から独立した存在である公正取引委員会などについて、専門性や政治的中立性を理由に、内閣が統制しない分、国会が民主的統制を行えばよく、合憲であるとする説明がある。

第16問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1か

ら8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No. 32]）

ア 裁判所の判決に法的な意味での先例拘束性を認める説も、一般に、判例変更を一切認めないわけではない。判例を変更する以上は、その際に十分な理由が示されなければならないと主張する。日本の裁判所法では、最高裁判所の判例変更は、必ず大法廷で行うことになっている。

イ 裁判所は、明示的に判例変更を行わないが、事実上判例変更を行ったと思える場合がある。最高裁判所小法廷が、管理職ではない国家公務員の政治的表現活動を無罪とした原審の判断を認容した例がある。

ウ 判例変更の効果は一般的であるから、既になされた司法判断にも原則として及ぶ。最高裁判所が尊属殺人罪規定を違憲としたとき、有期懲役の受刑者の刑の軽減を併せて判示したことが、その表われである。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第17問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからウの順に [No. 33] から [No. 35]）

ア 最高裁判所は、ある県が長年にわたってある神社に玉串料などを納め続けていた事案について、違憲と判断したことがある。

イ 最高裁判所は、公共放送の記者はその取材の自由が保護され、取材源の秘密は保護に値するため、法廷において証言を拒否することができる」と判示したことがある。

ウ 最高裁判所は、ある市が定めた屋外広告物条例の下で橋柱や電柱にビラを糊付けするなどした者が本条例違反で起訴された事案で、都市の美観風致の維持は公共の福祉のためであり、本規制は違憲ではないとしたことがある。

第18問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No. 36]）

ア 通説的見解によれば、憲法の改正とは、憲法改正権力の発動であるから、そこに限界はなく、その意思によって全ての条文を改正し、あるいは現在の憲法を廃止することも当然できる。

イ 日本国憲法96条の「各議院の総議員の3分の2」の「総議員」とは「定数」を意味するという説には、憲法改正を慎重にし、また、具体的に賛成に必要な人数を確定できるという利点がある。

ウ 日本国憲法96条の「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成」の「過半数」とは「無効票や白票なども含んだ投票総数の過半数」だとする説によると、賛成投票数と反対投票数の合計数の2分の1を超えた場合と定める国民投票法の規定は、憲法違反である疑いがある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第19問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからウの順に [No. 37] から [No. 39]）

ア 最高裁判所は、外国人の人権享有主体性を認め、一般的に入国の自由は外国人も有すると判示したことがある。

イ 最高裁判所は、その象徴性ゆえに刑事手続上の権利は有さないが、民事裁判を提起する権利はありうると判示したことがある。

ウ 最高裁判所は、営利企業が政治献金を行うことができる」とする判決の中で、内国法人が人権享有主体性を有すると述べたことがある。

第20問 次のアからエの各記述のうち、適当なもの二つの組合せを後記1から6の中から選びなさい。(解答欄は、[No.40])

ア 最高裁判所は、憲法25条は、「すべての国民が健康で文化的な最低限度を営む具体的な権利を有することを保障したものであり、このことから、最低限度の日用品費の支弁を認めない原審の判断は、与えられた裁量権の限界をこえ」たものだとする判断を示したことがある。

イ 最高裁判所は、20歳以上の学生で国民年金等に未加入であった者が在学中に障害を負った場合、これに障害福祉年金を支払うことを拒んできた国民年金法の規定は、20歳前の学生などと比べたとき、「合理的理由のない不当な差別的取扱いである」から、これを違憲としたことがある。

ウ 最高裁判所は、中学校での教育内容を国と教師のどちらが決める権限を有するかなどが争われた事件で、生徒が教授内容を批判する「能力がな」いことなどから、「普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されない」とする判断を示したことがある。

エ 最高裁判所は、事実上のシヨップ制を敷く労働組合が、組合員にさまざまな臨時組合費の支払いを求めた事例で、「選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなす」などと判示して、政治意識昂揚資金の強制徴収は許されないと判断した。

1. アイ 2. アウ 3. アエ 4. イウ 5. イエ 6. ウエ

(注記：45分。奇数問は3つ正解で3点、2つ正解で1点。偶数問は正解で2点。)

正解と解説

第1問 2, 2, 1 広島市暴走族追放条例事件 最高裁判決は、合憲限定解釈による有罪維持の判断である。反対意見は、過度に広汎

であるとして、文面違憲もしくは法令違憲を主張した。批判はウの通り。

第2問 8 (×××) アは誤文。事実の流れも逆であるが、下級審が最高裁判例を無視することが一般化していないし、正当化も難しかりう。イも、事件性とは単に法令が存在することではなく、具体的な事件であるので誤文。ウも、必要ない憲法判断はしないとする第一文とそれ以下は矛盾しており、全体として誤文。

第3問 1, 2, 2 アは国籍法違憲判決や民法900条4号但書違憲判決を前提にしており、判例は14条1項後段列挙事由に厳格審査を施すとは言っていない。イは三菱樹脂事件をモデルにしているが、勿論事実関係は真逆。最高裁こそが企業の経済的自由を重視した。ウは、以前は正しかったが、判例が変更された。判決を受けて再婚禁止期間は100日に短縮された(その後、2022年には再婚禁止期間自体が廃止された)。

第4問 7 (××○) アは、施行規則が委任の範囲外の規制を施しているため違憲であるとしたもの(最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁)で、逆に言えば、法律が規制していれば憲法違反とはならなかったと思える。イは、判例(最判平成27年3月27日民集69巻2号419頁)は、別の住居に住む自由まで奪っていないので明渡請求は合憲であるとしているので誤文。ウは判例の通り(最大判昭和38年12月4日刑集17巻12号2434頁)。

第5問 2, 1, 2 明白性の基準は、経済的自由の政策的規制の際の基準。ブランデンバーク・テストは、煽動的表現に関する合憲性判断基準。マクリーン事件は外国人の人権の先駆的判決。

第6問 6 (○×○) 政教分離裁判の整理。アは空知太事件の事実関係と判旨の概略であり、この限りで正しい。イは日曜学校事件だが、結論は逆で、かつ地裁判決。ウは愛媛玉串料事件で、そのまま。

第7問 1, 1, 2 アは堀越事件のこと。イは、学説の多くは修正か否定を求めており、正文である。ウは編入理論のこと。南北戦争後の修正14条について言われる。特別権力関係論の起源はドイツ帝国。

第8問 1 (〇〇〇) 憲法制定権力と憲法改正権に関する問題。通説的説明に従ったもので、特に捻りはない。近代立憲主義を前提にすれば、国会が過半数で憲法改正を提案できるような、軟性憲法はおよそ予定されていない。

第9問 1, 2, 1 アは神奈川県臨時特例企業税事件（平成25年3月21日民集67巻3号438頁）。イは大阪市売春防止条例事件であり、懲役2年は地方自治法の委任の範囲とした。ウは旭川市国民保険料条例事件のまま。

第10問 4 (×〇〇×) アは古典的事例だが、司法権の対内閣的独立は守ったものの、大審院長の具体的裁判への介入である。イとウは事実関係も正しく（ウの団体とは青年法律家協会である）、批判もしくは反論として成り立っている。エは長沼事件に絡む問題であるが、事実関係が異なり、審理に当たって判決の方向を示唆したものであり、アと同様、個別の裁判への介入であると言える。その後、所長は退職、判事は家裁ばかりを巡ることになった。

第11問 2, 2, 2 全部デタラメですので、よく注意して下さい。何れも衆議院の優越が強く、両院協議会は強制開催である。参議院が黙殺できる期間は条約と予算では30日、首班指名では10日に過ぎず、抵抗はここまで。それ以上は衆議院の決定を了承したものと扱われる。

第12問 6 (×〇×) アは前科照会事件や「逆転」事件に反する。イは「石に泳ぐ魚」事件の通り。ウは長崎教師批判ビラ事件に反し、さすがに一介の公立初等学校教員にプライベートがないとは思えない。

第13問 1, 2, 1 32条を根拠とするには、

資格ある裁判官の裁判こそがその保障だとするなどの批判であるべき。イは76条解釈としてもおかしい。

第14問 5 (〇××) 地方自治の憲法上の保障に関する学説の整理。アは固有説であり、これを前国家的に捉える。疑問は適切である。イは伝來說だが、批判の根拠は誤り。都道府県は明治期に大いに変化しているし、参院選は根拠としては本末転倒である。挙げるならむしろ基礎自治体である市町村にすべき。ウは制度的保障説であるが、この批判は政教分離に関する従来の佐藤幸治説である。通常は、人権と無関係のものをこう呼べるかを批判する。

第15問 2, 1, 1 アは誤文で、参議院の問責決議に法的効果はなく、事実を知らなくても判断できる。イは正文。ウォルポール内閣総辞職のことで、個別事象を知らなくても、絶対王政から現在に至るまでにこの種の事件はありそう。この場合の議会は下院であり、日本でもそう。ウは独立行政機関の合憲性の説明のうち有力な説明（統制がある、を強調しない）。

第16問 2 (〇〇×) ウは、判決はあくまでも個別的効力。違憲判断でも、自動的に他に及ぶわけでなく、尊属殺違憲判決後、内閣が個別恩赦した。

第17問 1, 1, 1 全て正文。順に、愛媛玉串料訴訟、NHK記者事件、大阪市屋外広告物条例事件の概要そのもの。

第18問 4 (×〇〇) アは誤文。憲法改正権は憲法制定権力そのものではなく、現行条文の一部、しかも主権の変更などを除く改正が可能。イとウは現時点では有力な見解だと思われる（イについては、評者は反対）。

第19問 2, 2, 1 アはさすがにない。イは、天皇を被告とした例で逆の判例がある。ウは基本的に八幡製鉄政治献金事件の通り。

第20問 6 (××〇〇) アは朝日訴訟に見えるが、無論、論理が逆。同判決はプログラ

ム規定説か厚生省に広汎な裁量を認めためたものである。イは学生無年金障害者訴訟だが、社会保障の場合の国の広汎な裁量から訴えを退けている。ウとエはそれぞれ、旭川学テ判決と国労広島地本事件であり、正文。

おわりに

2022年の司法試験合格者が9月に発表となった。全般に言えることは、合格者の有力校(国公立は「旧帝大格」10校程度、私立は徐々に早慶のみ)への集中であり、予備試験経由の合格者の漸増である。他方、法科大学院の入学者数も2018年度の1621名から、2022年度には1968名へ、定員の7割に満たないようなところは少ないなど復活の兆しがあり、募集停止は、2022年の駒澤大学の後、1-2校で済みそうな情勢である(或いは、ないかもしれない)。本学を含む、特色と実績ある数校は、募集停止を早まった感が濃い。

前掲解説でも述べた、法学部の人気低下はかなり緩和された感もあるが、もう一つの、特定の科目のドリル的鍛錬(入試では英国・日本史、学部では憲民刑、LSで基本七法ばかり)への回帰は終わっただろうか。この反省がないことが、前述の有力校への集中の遠因のようにも思えるのだが、当事者に問題意識がなく、非合理的な「巨人の星」の世界に戻っているのではないかとの懸念もある(モデルとなった球団も近年はさほど強くない)。法学部の入試、法学部教育、法曹養成が、より理に適った世界であって欲しいと思うものである。

付記

なお、本年度で横浜国立大学大学院国際社会科学府法曹実務専攻(法科大学院)は最後の修了生を出して、19年の歴史に幕を閉じる予定である。2022年までに、未修者を中心とする400余名の修了生中、191名の司法試験合格者を輩出し、旧試験合格者や在学中の予備試験合格経由などの合格者を含めば、200余名の法曹を生み出してきただけに、残念である。評者による司法試験(憲法)解説の公表は、修了生である司法試験受験生へのサービスの意味が大きい。このため、今後、原則として、「5年間」「本学修了の司法試験受験者がいる間」「評者が横浜国立大学大学院国際社会科学研究院法律系教授である間」「悪問が続くなど、コメントする気力が評者になくなるまで」のうち最も短い期間が経過する段階で続編を公表し、それをもってシリーズは終了する予定である(但し、評者が別の立場や媒体で司法試験問題をコメントするようになったときは、その限りではない)。法科大学院教員として法科大学院協会のアンケートに回答する機会も2022年が最後だったであろう。改善は未了に思えるが。

付記2

高田敏先生(大阪大学名誉教授=行政法学)が2022年12月16日に天命を全うされました。謹んでご冥福をお祈り致します。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]