

論文式試験問題集
[憲法・統治]

[憲法・統治]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

国会議員であるとともに弁護士であるAは、従前から、公共放送事業を営む特殊法人であるB協会に対して批判的な立場をとることで知られていた。

令和×年×月×日、公共放送に関する国民の費用負担について、費用負担の根拠となるB協会の放送を受信することができる設備の対象機器の範囲を拡大する内容の放送法改正案（以下、「本件法案」という。）が与党から提出された。

本件法案に関して開催された地方公聴会（注：国会法の規定に基づく、国会の重要案件に関する地方での意見聴取手続）において、Aは本件法案に反対する立場から、B協会について批判的な発言を繰り返した。その中でAは、「B協会は、国民から搾取をすることしか考えていない。要らない電波を売りつけて金をとっている悪徳企業である。やっていることは殆ど恐喝と変わらず、実質的には暴力団である。」、「B協会については会長から理事、職員に至るまで皆が腐りきっている。」、「私は、B協会のアナウンサーが公道のど真ん中に止めた車内でいかがわしい行為をしているのを見た。B協会は集金員の態度も最悪で、社会人として失格の者ばかりである。」、「私は、B協会をぶっ壊さなければならないと考えている。」等といった発言（以下、「本件各発言」という。）をした。

また、Aは、自身が本件各発言を行っている様子を撮影し、動画投稿サイトであるC-tube内に開設した自身のチャンネル（Aは、C-tubeへの動画投稿による広告収入を自身の政治活動の資金にしている。）において、本件法案を批判する内容の動画と共に、自身の国会議員としての活動内容として、同撮影映像にコメントを付加する編集を加えた動画（以下、「本件動画」という。）を投稿・掲載した。本件動画内に新たに付加されたコメントの中には、本件各発言に準ずる程度にB協会を批判・揶揄する内容のものが含まれていた。

〔設問1〕（配点：40点）

B協会が、Aの発言やC-tubeへの投稿内容によって、協会の名誉を毀損されたとして、A及び国を相手取って損害賠償を求めて提訴した場合の憲法上の問題点について論ぜよ。なお、名誉毀損については成立する前提で論じて良い。

〔設問2〕（配点：10点）

B協会が、Aの発言やC-tubeへの投稿内容によって、協会の名誉を毀損されたとして、Aが所属する弁護士会に対し、Aへの懲戒の請求をした場合の憲法上の問題点について論ぜよ。

2019年11月3日

担当：弁護士 井口賢人

参考答案

[憲法・統治]

<p>第1 設問 1</p> <p>1 A個人に対する請求</p> <p>Aは、国会議員であるところ、憲法第51条（以下、「憲法」は省略する。）に定める免責特権を有するから、B協会のA個人に対する損害賠償請求は認められないのではないかが問題となる。この点、免責特権は「議院で行った」発言等を対象としているため、Aの地方公聴会での発言と、C-tubeへの動画投稿を区別して検討する。</p> <p>（1）地方公聴会での発言について</p> <p>ア Aは、本件各発言を地方公聴会において行っている。第51条は、議員の職務執行の自由を保障することを趣旨とするから、「議院で行った」とは本会議や委員会その他、地方で開かれる各議院の委員会主催の公聴会も本条の「議院」に含まれるものと解する。</p> <p>イ また、第51条の趣旨を上記のように解する以上、議員が国会議員としての職務執行の目的で行った「演説、討論又は評決」が免責の対象となるものと解するが、本件各発言は、本件法案に反対する目的で行われたものであるから、かかる要件も満たす。</p> <p>ウ 以上の通り、本件各発言については第51条の要件を満たす。なお、「院外で責任を問はれない。」とは、民事・刑事のいかなる責任も負わないことを意味する。</p> <p>エ 以上の通りであるから、Aは地方公聴会で行った本件各発言について、何らの法的責任も負わない。</p> <p>オ なお、Aによる本件各発言は、公務員である国会議員の職務上</p>	<p>の行為であるから、国家賠償請求の対象であって公務員個人は責任を負わず、免責特権の適用を検討するまでもないとする見解もあるが、結論は上記と同様である。</p> <p>（2）C-tubeへの動画投稿について</p> <p>ア 他方で、Aが本件各発言をC-tubeに投稿した行為についても、免責特権の適用があるか。</p> <p>イ この点、C-tubeへの投稿は「議院で行った」ものではないため、免責特権の対象とはならないように思える。しかしながら、国会議員が議院内で行った質疑等は、通常公開されるものであるし、公開の議事録にも掲載されるものであるところ、議院内での発言を外部に引用した場合まで免責特権の対象から外すことは、免責特権の趣旨を没却する。他方、免責特権が及ぶのは議院内で行った発言等のみであるから、議院内での発言等をそのまま外部で引用する場合には別としても、当該発言等に新たな発言等を付加し、別個の発言等になったものと評価できるような場合には、免責特権の保護が及ばないものと解する。</p> <p>ウ これを本問についてみるに、AはC-tubeに投稿した動画には本件各発言のみならず、新たにB協会を批判・揶揄するようなコメントが付されているから、議院内での発言をそのまま引用するものではなく、別個の発言等と評価でき、免責特権の対象外であると解する。また、同投稿行為は公務員としての行動でもない。</p> <p>エ 以上より、Aが本件各発言をC-tubeに投稿した行為については損</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>害賠償の責任を負う可能性がある。</p> <p>2 国に対する請求</p> <p>(1) 地方公聴会での発言について</p> <p>ア Aの本件各発言について、国家賠償責任を追究できるか。</p> <p>イ この点、国会賠償請求においては直接的には免責特権は問題とならないもの、安易にかかる請求を認めることは、国会議員の自由闊達な演説や討論を委縮させることになり得るため、同場面においても、第51条の趣旨については鑑みなくてはならない。</p> <p>他方、免責特権は、国会議員が全国民の代表（憲法第43条参照）として、院内での演説や討論を行うことを前提に、そのような活動を保護すべく認められるものであるから、国会議員がその職務を離れて、特定の個人などを攻撃する趣旨で発言を行った場合にまで上記のような配慮を及ぼす必要はないものと考ええる。</p> <p>ウ したがって、国会議員の発言については、当該国会議員がその職務とはかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、或いは虚偽であることを知りながらあえてその事実を適示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを使用し、認め得るような特別な事情がある場合に限り、国家賠償法第1条第1項の違法と評価しうるものとする。</p> <p>エ これを本問についてみると、本件各発言は、地方公聴会での討論において、Aが、B協会の体制その他の点を批判し、同協会が本件法案によって利益を与えるべき組織であるか否かを問うため</p>	<p>に行ったものと評価でき、「暴力団」という表現も、B協会の事業や体質を分かり易く誇張した表現に過ぎないため、国会議員としての権限の趣旨に明らかに背いて行ったという特別な事情までは認めることができない。</p> <p>オ よって、B協会からの請求につき、国は賠償責任を負わない。</p> <p>(2) C-tubeへの動画投稿について</p> <p>前述の通り、AのC-tubeへの本件動画の投稿行為は院外の行為で、かつAの政治資金獲得に資する目的で私的に行われたものであるから、国家賠償法第1条第1項の「その職務を行うについて」に当たらず、B協会からの請求につき、国は賠償責任を負わない。</p> <p>第2 設問2</p> <p>1 Aの地方公聴会での発言については、前述の通り、免責特権の対象となるもの考える。</p> <p>この点、第51条の趣旨からすれば、「院外」の責任とは、特殊な法関係にある団体の懲戒責任も含まれるものと解される。</p> <p>従って、Aの地方公聴会での発言について免責特権が適用される以上、弁護士会での懲戒請求も認められないものと解する。</p> <p>2 C-tubeへの投稿</p> <p>他方、前述の通り、AのC-tubeへの投稿行為は院外行為であって第51条の埒外である。従って、実際に懲戒がなされるかは措くとして、BがAの所属する弁護士会に対して、Aの懲戒を求め、同協会がAを懲戒することは可能である。</p> <p style="text-align: right;">以上</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2019年11月3日
担当：弁護士 井口賢人

予備試験答案練習会(憲法・統治)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(40)		
①問題提起(A個人に対する請求)	<19>	2	
憲法第51条に関する指摘		2	
地方公聴会が「議院で行った」に含まれることの指摘		2	
本件各発言が職務執行の目的で行われていることの指摘		1	
免責特権の効果に対する言及, あてはめ		2	
最高裁判例(最判平成9.9.9)に対する言及		2	
C-tubeへの投稿行為が, 院外行為であることの指摘		3	
本件動画に, 院内行為が含まれることへの指摘等		3	
結論		2	
②問題提起(国に対する請求)	<15>	2	
最高裁判例(最判平成9.9.9)を踏まえた規範定立ができていないか		5	
本件各発言に関する事実の指摘, あてはめ		3	
C-tubeへの投稿行為に対する問題点の指摘		3	
結論		2	
③裁量点	<6>	6	
〔設問2〕	(10)		
○問題提起		2	
弁護士会の懲戒が「院外」の「責任」に含まれることの指摘		2	
C-tubeへの投稿行為が, 院外行為であることの指摘とあてはめ		2	
結論		1	
○裁量点		3	
合計	(50)	50	

憲法・統治 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

本問は、憲法第51条の定める議員の免責特権に関する知識及び重要判例である院内発言名誉毀損最高裁判決（最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁）に関する知識を問うものである。

本問は、統治分野におけるいわゆる典型論点の一つではあるが、細かな論点が多数あり見た目よりも言及すべき事項の多い問題ではある。しかしながら、いずれも免責特権に関する伝統的な議論を敷衍して考えれば容易に結論にたどり着くことができる内容であると考えて出題した。

元来、議員の免責特権は、古典的な権力分立観を背景に、国王や議会多数派からの干渉を排除し、議会内少数派の発言権を保障しようとする意図の下、主にイギリス法などの西欧諸国で歴史的に生成されてきたものである。本問の根底は、このような伝統的な免責特権の図式である、権力行使の主体対少数派という図式を、議員対団体（私人）という図式でも適用できるのかという問題点であることについて意識して欲しい。

なお、予備試験においては憲法の統治分野の知識を問う論文式試験が過去、複数回出題されているため、予備試験受験生は統治分野についても論文式試験の対策を行う必要がある。

統治分野の出題の仕方については、いくつかバリエーションがあるように思えるが、本問は事例問題を小問で出題するという点と、小問ごとに配点を明示するという点において、平成27年度予備試験の出題形式を一応の参考にしている。

第2. 設問1

1 免責特権について

憲法第51条は、「両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。」と定めている。

同規定の目的は、議員の職務執行の自由を保障することにあるとされ、特権の保障は、厳密な意味の「演説、討論又は表決」に限定されず、議員の国会における意見の表明とみられる行為や職務行為に付随する行為にも及ぶものとされる（後掲芦部292頁）。

本問が、Aの本件各発言について免責特権の適用があるか否かを問題としていることは明らかであると思われる（但し、判例の立場は後述）。

そのため、まずは憲法第51条の条文を指摘し、条文解釈を行っていく意識で解けば特段、解答の流れに難しい点は無いと思われる。

もっとも、本問の特徴は、責任主体がA個人である場合と国である場合の検討、問題となる行為も本件各発言と、C-tubeへの投稿行為のそれぞれが問題となり、これを切り分けて検討ができたか否かで答案の流れが大きく変わるように思われる。

2 A個人に対する請求

(1) 問題点

A個人に対する請求の可否は、まさに免責特権の適用があるか否かという問題に帰着する。

もつとも、「議院で行った」の要件との関係で、地方公聴会での発言と C-tube への投稿行為を切り分ける必要がある。

(2) 地方公聴会での発言について

ア 地方公聴会について

地方公聴会とは、国会法第51条に定める、「一般的関心及び目的を有する重要な案件」について、「真に利害関係を有する者又は学識経験者等から意見を聴く」手続（公聴会）のうち、国会で開かれる中央公聴会と異なり、議員を各地に派遣し地方で意見を聴取する手続である（国会法第103条参照）。

ところで、憲法第51条にいう「議院」とは、本会議、委員会の他、国会議事堂を離れて地方で開かれる各議院の委員会主催の公聴会も含むものと一般に解釈されている。

通説的見解とは言え、答案上は、「議院」に地方公聴会が含まれることについては簡単に、条文解釈をしてあてはめておく必要がある。

イ 免責特権の効果について

上記の通りに解釈あてはめを行っていくと、Aの本件各発言については免責特権の適用があると思うのが自然であると思う。

この点、免責特権の効果は「院外で責任を問はれない。」ことである。この「責任」については、民事・刑事のみならず弁護士等の懲戒責任も含まれると解されており、これらについて絶対的な免責が及び議員個人はいかなる法的責任も負わないものと解釈されている。

従って、Aの本件各発言について免責特権の適用を認めた場合、B協会による損害賠償請求は認められないこととなる。

ウ 最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁

この点、判例（最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁）の立場は、上記とやや異なるものであることには注意する必要がある。

同事件は、当時衆議院議員であったYが、衆議院社会労働委員会で行った発言について、これに関わる質疑の中である病院の院長の名誉が毀損され、結果として自殺に追い込まれたという事件で、同院長の妻であるXが国及びYに対して損害賠償請求を求めたものである。

同判決の第一審及び控訴審は、免責特権を理由にY個人の責任を否定しているが、最高裁判決は「仮に本件発言がYの故意または過失による違法な行為であるとしても、国が賠償責任を負うことがあるのは格別、公務員であるY個人はXに対してその責任を負わないと解すべきである。」、「したがって、本件発言が憲法第51条に規定する『演説、討論又は表決』に該当するかどうかを論ずるまでもなく、XのTに対する本訴請求は理由が無い。」と判示している。

同判示から分かる通り、最高裁は同案件を国賠法の枠組みの中で処理しており、憲法第51条の適用の有無について触れていない（なお、公務員の個人責任を否認する判例法理については、最判昭30.4.19や最判昭53.10.20）等を参照されたい。）。

(3) C-tube への動画投稿について

Aが本件各発言を撮影し、その動画に編集を加えた上で C-tube への投稿した行為については、当該投稿行為自体は「議院で行った」ものではない為、免責特権の対象外と考えるのが自然である。

しかしながら、国会議員が議院内で行った質疑等は、公開され（憲法第57条第2項）、場合によっては放送されることもある。また、発言内容は公開の議事録にも残る。そのように公開

される前提のものを、そのまま外部で引用した場合には名誉毀損（プライバシー権侵害も同様。）が生ずるというのでは、免責特権の趣旨を没却しかねないとも考えられる。

この点についてどのように考えるかは解答者に委ねられているが、参考答案は、そのまま引用した場合には認められるが、新たな表現などが付加されて、別個の発言等と評価できる場合には免責特権の適用の対象外とした。

この部分については、必ずしも確たる判例や学説があるわけではないので、後述の参考文献なども参考に、各自で検討して欲しい。

3 国に対する請求

(1) 問題点

Aが本件発言を行ったことについて、国家賠償請求が可能かを検討しなければならない。

この点、立法に関する国家賠償請求について、最判昭 60. 11. 21 在宅投票制度廃止事件上告審が、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会議員の立法行為そのものは、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があて当該立法行為を行うというとき、容易に想定し得ないような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」と判示していることを思い出して欲しい。

当該判例は、立法の場面に関するもので、本件はその立法の過程での問題であるから、場面自体は異なっている。しかしながら、立法の場面と同様に、立法の過程たる国会での発言等についても、特別な配慮が求められることは、この判示からも予想することができるのである。

(2) 判例

この点、最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁は、「質疑等においてどのような問題を取り上げ、どのような形でこれを行うかは、国会議員の政治的判断を含む広範な裁量にゆだねられている事柄とみるべきであって、たとえ質疑等によって結果的に個別の国民の権利等が侵害されることになったとしても、直ちに当該国会議員がその職務上の法的義務に違背したとは言えないと解すべきである。」「国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあてその事実を摘示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したもの認め得るような特別な事情があることを必要とすると解するのが相当である。」と判示している。

(3) 結論

上記判例の規範を前提とすると、本件法案はB協会にとって有利な内容であるところ、Aの本件各発言は、本件法案に反対する立場から、B協会が、そのような恩恵を与えるに値しない団体あるという趣旨で本件各発言を行ったとも理解することができ、そうである以上、悪意ある攻撃（現実の悪意）といえるような特別な事情はなく、国に対する賠償請求も認められないと考えるのが素直かと思われる。

もっとも、Aの本件各発言はかなり過激な内容であるため、悪意ある個人攻撃に近いものであると評価して国家賠償請求を認める方向の答案も考えられないではないが、その場合は、判例の定める要件との関係で十分な論述を行うことがより求められる。

なお、Aによる C-tube への投稿行為については、私的行為であり（Aは国会議員としての肩書で投稿行為を行ってはいないもの、A自身が開設したチャンネルへの投稿であり、かつ同投稿行為は自身の政治資金獲得の手段でもあるから、通説である外形標準説を前提としても、職務行為関連性を認めるのは難しいと思われる。）、国賠法第1条第1項の「その職務を行うについて」の要件を満たさないと考えられる。したがって、国賠請求の前提を欠くため認められないと思われる。

第3. 設問2

1 問題点

本設問は、免責特権の効果の部分に関するもので、「院外で責任を問はれない。」の解釈を問うものである。

2 結論

前述の通り、通説は「責任」について、免責特権の趣旨から民事・刑事の責任の他、弁護士等への懲戒責任をも含むと解しており（後掲芦部292頁）、これによれば本件各発言を行ったこと自体で、Aを懲戒することはできないと思われる。

他方、C-tube への投稿行為については、院外行為であって、そもそも免責特権の埒外であるので、実際に懲戒が行われるかは別として、Aを懲戒すること自体は可能である。

なお、予備試験では民事実務も出題されるため多少の捕捉を行うと、各弁護士は全国組織の日弁連と、単体会と呼ばれる各都道府県にある弁護士会にそれぞれ所属している。弁護士が、弁護士法や弁護士職務基本規程その他各弁護士会の会則等に違反した場合、所属する弁護士会（単体会）から懲戒処分（戒告、2年以内の業務停止、退会命令、除名）を受けることがある。

本件の場合、C-tube への投稿の内容によっては、弁護士法第56条の「品位を失うべき非行」と認められ、懲戒がなされる可能性はある（相手方への請求書において、不穏当な表現で人格攻撃をしたこと等が懲戒事由とされた事例／日弁連懲戒委平成12.4.10議決例集8集11頁等参照）。

以上

【参考文献】

芦部信喜『憲法（第四版）』（岩波書店 2007）

長谷部恭男『憲法（新法学ライブラリ）（第4版）』（新世社 2008）

原田一明、君塚正臣ほか『ロースクール憲法総合演習』（法律文化社 2012）

高橋和之ほか『判例百選II（第5版）』（有斐閣 2007）

日弁連弁護士倫理委員会『解説 弁護士職務基本規程（第3版）』（日弁連 2017）

2019年11月3日

担当：弁護士 井口賢人

最優秀答案

回答者 MO 30点

第1 設問1

- (1) B協会は、地方公聴会においてAがした本件各発言及び動画投稿サイトに投稿された動画の内容により協会の名誉を毀損されたとして、①Aを被告とする不法行為による損害賠償請求(民法709条)、②国を被告とする国家賠償請求(国家賠償法1条1項)の訴訟を提起すると考えられる。
- (2) しかし、憲法51条の規定する国会議員の免責特権は、両議院の議員が議院で行った演説、討論又は表決について、当該議員は院外で責任を問われないとしている。本件におけるAの各発言及びその様子の動画の投稿は、本条の規定する免責特権の対象の範囲に含まれるか。含まれない場合に、国に対する上記②の請求は認められるか。
- (ア) 憲法51条における「院外で責任を問われない」とは、議院で行った発言等が他社の名誉等の侵害にあたるものであったとしても、それを理由に民事・刑事訴訟において法的責任を問われないということを意味している。
- (イ) ただ、本件各発言がなされたのは地方公聴会の場であり、これが「議院で行った」ものと認められるかが問題となる。これについて、憲法51条における「議院」とは、建物としての議事堂のみを指すのではなく、議員がその職務の遂行として演説や討論を行う場面を広く含む意味合いであると解するのが相当である。
- (ウ) そうすると、Aが地方公聴会の場で行った本件各発言については、憲法51条の免責特権の保障の範囲内にあるため、①の請求は認められないとも考えられる。
- (3) もっとも、本件各発言の内容をみると、改正法案に関する意見聴取手続における発言として、論点のそれた発言や不必要と思われる情報、過剰なまでの攻撃的な発言がある。このような場合にも、Aは本件各発言に対し法的責任を問われないのか。
- (ア) 憲法51条で保障される程度を超えた名誉毀損にあたるか否かについ

ては、当該発言をした議員の悪意の有無やその発言の根拠となる確実な証拠・資料の有無だけでなく、当該発言が「議院」内での議員の職務の遂行の一環として必要であると全く認められず、ただ相手方を攻撃する意図からなされたものであるかどうかという基準から判断されるべきである。

(イ) 本件についてみるに、AはかねてからB協会に対して批判的な立場をとっており、本件法案に反対する立場から本件各発言に及んだと考えられる。そうすると、国民の意見の一つの代表的なものとして、B協会に対する批判的なものがあることは十分想定できることであって、そのような意見を議員が代表して討論の場に出すことは、議員の職務の一環として全く無駄なものであるとは言いがたい。

(ウ) よって、Aの本件各発言は、憲法51条の免責特権の保障の範囲内にあるといえる。

(4) 次に、①の請求が認められない場合、B協会は国に対して②の請求をすることができるか。

(ア) ②の請求は憲法51条に反しないか。これについては、国賠法1条2項に基づく、公務員に対する求償権の行使を認めないとすれば、理論上、本条の規定に反することにはならない。

(イ) もっとも、いかなる場合にも国に対する損害賠償請求が認められることになれば、憲法51条の趣旨が没却されてしまうことにもなりかねない。よって、②のような請求が認められる場合の範囲は、限定的に解すべきである。

(ウ) 前述のように、本件各発言はAの議員としての職務遂行の一環として全く不必要なものとはいえず、それが相手方であるBを無駄に攻撃しようとの意図から出たものとはいえない。

(エ) よって、本件各発言そのものについては、B協会は、②の請求をすることができない。

(5) では、Aの動画投稿サイトへの動画の投稿及び新たな批判・揶揄を含むコメントを付加した編集済動画の掲載については、B協会による請求は認められるか。

(ア) たしかに、動画は本件各発言を行っているAの様子を撮影したものであり、「議院」内での発言として免責特権の保障の範囲内にあるとも考えられる。

- (イ) しかし、動画の投稿と「議院」内での職務の一環としての発言を同一視しうるものとは到底いえず、また、Aはこの動画に対し、さらに新しく、B協会への批判・揶揄を含むコメントを付加した編集をした上で投稿をしている。
- (ウ) こうしたことをふまえば、Aの行為はもはや議員としての行為とはいえず、当然、憲法51条の免責特権の保障は及ばない。
- (エ) また、国賠法1条1項における「その職務を行うについて」の部分にも該当しない。
- (6) したがって、B協会はAの動画投稿行為に対し、名誉毀損であるとして①の請求をすることができる。

第2 設問2

- (1) B協会がAの所属する弁護士会に対し、Aの行為に対する懲戒を請求することは、Aの所属する弁護士会の結社の自由(21条1項)の侵害にあたるか。また、51条の違反にあたるか。
- (2) 弁護士会は、その所属する弁護士を管理し、自律的な運営をする権利を有している。弁護士をいかなる理由で、またどの程度の懲戒処分に処するかは、結社としての弁護士会の広範な裁量に委ねられるべき事柄である。
- (3) また、憲法51条との関

採点講評

(2019年11月3日 憲法・統治)

第1 全体について

1 全体の答案の印象について

全体の出来については、率直に言えば、出題者の想定を下回るものでした。憲法の統治分野なので、ある程度は低調だろうとは想定をしていましたが、A×発言、A×C-tube、国×発言、国×C-tubeという4場面をそれぞれきちんと書き分けた答案は少数でした。解説でも述べた通り、内容が分からなくとも設問文を読めば、上記4場面が存在することは明白であり、知識の問題ではなく、設問文を正しく読めていなかったと言わざるを得ません。

また、途中答案も散見されました。解説でも述べた通り、これは旧司法試験の問題が元ネタであり、当時の受験生が60分で解いていた問題です。予備試験答練は70分あります。元ネタより事例が膨らんでいますが、時間も増えているわけですから時間不足は理由にならないと思ってください。

2 採点について

基本的には採点表の通りに点数を振っていますが、上述の通り、出題者が意図していた4場面をきちんと書き分けている答案が非常に少ない為、記述の内容を見て、一番近いと思われる項目に点数を振りました。また、どこにも入れられないが、一定程度の理解が感じられるものや、法的三段論法の仕組み自体は守っている答案については裁量点を適宜振って全体のバランスを取っています。恐らく、厳しく採点をすると、殆どの答案の点数が更に10%~20%程度下がります(この点は、最高得点答案ですら例外ではありません)。

そのため、答案間の得点の差に関して2~3点程度の差は調整による誤差だと思ってください。とはいえ、5点以上の差がついている場合は明確に答案間の水準が異なります。友人と答案を見せ合う場合は、そのような意識で見てください。

なお、今回は全て私が採点したので、採点者による得点のバラつきはありませんが、答案数の都合上、数日に分けて採点しております。採点の順番によって多少のバラつきがあるかもしれませんが、私の能力の限界なのでご容赦ください。

最後に、私は個々の受講生の方の属性まで把握しておりません。したがって、学部1年生でも既卒者でも同じ基準で点数を付けており、学習の進捗度に鑑みた点数調整は全く行っていません。

第2 設問1について

1 免責特権の効果等について

免責特権の効果に対する理解について、疑問の残る記述が非常に多く、「B協会の訴えは不適法で認められない。」「名誉毀損（or 不法行為）が成立しない。」「B協会の提訴は違憲である。」等と言った結論付けが極めて多く認められました。

提訴が不適法という結論を導いた答案について述べると、免責特権の効果に関して細かく書かれている基本書は少ないのですが、参考判例の一審等をみると、刑法でいうところの処罰阻却事由に近いものだと思います。要するに、不法行為や犯罪は成立するけど、罰せられない（法律効果が発動しない）というものです。実際、条文文言からもそうとしか読めません。参考判例の一審判決を読んでいただければ分かりますが、免責特権の適用を認めても判決主文は“請求棄却”です。“訴えを却下（訴訟要件の欠缺）”とはなっていません。

次に、「名誉毀損が成立しない。」という結論ですが、設問文の「名誉毀損については成立する前提で論じて良い。」と明確に矛盾します。免責特権（責任を免ぜられるかどうか。）を検討して欲しかったので、その前提として名誉毀損は成立するものとして、成否の検討はしなくて良いという趣旨で出題しています。この誤りをした人は、設問文をきちんと読むように気を付けてください。

最後に、「提訴が違憲」という結論も少数ですがありました。私人による提訴行為が、憲法に直接違反するというのは考え難いのではないのでしょうか。

これらの細かい言い回しの点についてあまり厳しくは採点しませんでした。訴訟手続等に関する根本的な理解を疑われてしまうので、気を付けてください。

2 規範定立等について

明確な誤りとまでは思っていないですが、“憲法51条の趣旨を、議会での自由闊達な発言を保障する趣旨である”と書いておきながら、“名誉毀損に及ぶ発言については、憲法51条の適用の対象外である。”とする答案が非常に多かったです。恐らく全体の7～8割はそういう答案です。

落ち着いて考えて欲しいのですが、「名誉毀損に及ぶような発言は免責の対象外とする」とするのであれば、免責特権はいつ適用場面が存在するのでしょうか。名誉毀損に至らない発言ならば、単に要件該当性や違法性を否定すれば良いだけで、そもそも免責特権など必要ありません。

この点を措くとしても、憲法51条の趣旨を「自由闊達な発言を保障する趣旨」と解するのであれば、いわゆる相対的免責特権論的な議論をするにしても、現実の悪意法理のように通常の名誉毀損より要件を加重しなければバランスを失うのではないのでしょうか。この辺りに関する意識が十分になされていた答案は殆ど存在しなかったのですが、ここに気づけることが法律家としてのセンス的な部分ですので覚えておいてください。

上記と関連して、上記の“名誉毀損に及ぶ発言を免責の対象外とする”的なロジックを、「議院で行った」の文言解釈で使っている答案もかなりありましたが、さすがに文理解釈の限界を超えるのではないのでしょうか。名誉毀損レベルの発言だと、突如、その発言を行った場所が“「議院」では無くなる”というのはあまりにも「議院」概念を抽象化しすぎている気がします。(とはいえ、論理が一貫しているものについては、加点はしても減点はしていません。一つの解釈としてあり得ないとは言い切れませんから。)

3 国賠について

そもそも国賠の検討自体を落としている答案が3～4割あったので、そこはまずもって気を付けてもらわなければならないのですが、国賠を検討している答案でも、国賠に憲法51条を直接適用している答案が非常に多く、恐らく全体の半分以上はそうなっています。憲法51条は主体について「両議院の議員は」としていますから、本問ではA個人だけがその対象と読むべきです。国賠における違法性の検討において、その趣旨を鑑みることであっても、直接適用する話ではありません。参考判例を復習しておいてください。

第3 設問2について

設問2についても、想定していたよりかなり出来が悪かったというのが率直な印象です。恐らくは懲戒請求制度(若しくはこの論点)を知らなかったという純粋な知識不足によるものだと思います。予備試験を受けるということは、民事実務にも取り組まなければならないのですから復習をしておいてください。

意外に多かった誤りとしては、これを司法権の限界の問題であると捉えた答案です。出題者としては全く予想していませんでした。設問のどこにも訴訟手続の要素がありませんから、これは知識の問題というより、設問文の誤読(又は読み落とし)によるものだと思います。もしくは知識不足ゆえに、“団体内部の話=部分社会の法理等”と論点に飛びついた方もいたかもしれません。いずれにせよ、問いに真っ直ぐ答えないことは致命傷になりますから気を付けてください。

また、誤りとまで言っていないのかは微妙ですが、非常に多かった答案は、“国会議員と弁護士の立場を二元的に分けて、今回の発言は国会議員としてのものだから、弁護士としての立場に影響を与えない”的なロジックの答案です。

色々突っ込みどころはある考え方ですが、まずもって国会議員としての活動と弁護士としての活動というのは明確に分けられるのでしょうか。また、この点を措くとしても弁護士法56条1項は「職務の内外を問わずその品位を失う非行があったとき」としているのです。立場による二元論は条文上取れません。この条文ですが、変な話、不純な異性関係とかでも内容如何で引っかかります。ですので、本件各発言が免責になるかは別として、少なくとも懲戒の対象範囲内です。本問に弁護士法の知識を問う意図はありませんが、民実用に頭の片隅に入れておいてください。

なお、設問1同様に、「B協会の懲戒請求が違法（違憲）である。」という結論付けをする答案が非常に多かったです。設問1で述べた通り、免責特権は責任を問われないうという効果しかありませんので、懲戒請求すること自体が違法になる訳ではありません。“本件各発言をしたことを理由として所属弁護士会がAを懲戒すると違法になる。”というのが正確な表現だと思います。主体を間違えないようにしてください（この点は参考答案の書き方も悪かったです。4頁目の17行目は「弁護士会“による”懲戒“は”認められない」が正しいです。すみません。）。

第4 その他

本答練には初学者の方や、答練を受けたことが無い方が一定数いることは把握しており、形式的なミスについて、見つけた人についてはコメントを入れています。特に、特定答案になりかねない書き方をしていた人は注意してください。

また、ナンバリングについては多くの方ができていましたが、一応補足すると、第1→1→(1)→ア→(ア)の順番になります。これは公用文の書き方に関する決まりによるもので、学術論文とかのナンバリングとは異なることもあります。法律実務は、一般に公用文の書き方に準拠するのですが、人によってややバラつきが無い訳でもありません。少なくともこれで減点はないでしょうが、頭の片隅に置いておいてください。

字の汚さ等に関しては、今回採点した答案の中には特段気になるものはありませんでしたので大丈夫だと思います。ごく稀に、冒流的なクトゥルフの文字を用いたために、採点不能になる答案があります。一応、気を付けてください。（私の採点の字の方が遥かに汚いのですが、受験生の時はもう少しきれいに書いていました。お許してください。）。

第5 最後に

色々と厳しいことを書いていますが、「じゃあ、お前は受験生の時に完璧に書けたのか？」と訊かれたら、「そんなわけないだろ。」と逆ギレするでしょう。出題者（採点者）だから好き勝手言っている部分は少なからずあります。

解説でも述べた通り、本問は憲法の統治ですので、出題されるかもよく分かりませんし、まして免責特権などその中でも出題頻度の低い内容でしょう。解説などを読んで復習していただければ良く、仮に点数が悪くとも全く気にする必要はありません。ですが、論文の書き方に関して注意を受けた人（問題提起が無い、理由付けと規範が対応していない等）は、他科目でも同じことをやっている可能性があるのです、これは気を付けてください。

本答練も3年目ですが、例年、どんな問題でも（本答練の出題者は単なる現役の弁護士なので、稀に凄まじい難問が出るときもありますが。）、頭一つ抜けた答案が2～3通あって、後はボチボチの団子状態になり、下の方は混沌（カオス）という印象です。そして、いつも頭一つ抜けた答案を書いている人の一部から、短期間で合格され

る方が出てくるという結果になっています。団子やカオスにいる人は時間をかけてそこに追いつく必要がありますが、こちらも、例年きちんと力を伸ばして追いつく方はちゃんといます。

本答練の良いところは、実績として合格者が出ていること、そして最高得点答案の内容が公表されることです。最高得点答案は、上記の“頭一つ抜けた答案”ですから、要するに合格者になる可能性の高い人が、現状で自分と同じ問題でどれだけ答案を書けるのかを分析することができます。予備試験に限らず、資格試験の合格への近道はゴールからの逆算です。

最高得点答案は、“現実に受験生が解答することが可能な答案”という意味でゴールに近いので、何なら参考答案（参考答案は出題者が時間をかけて作ったものですから、多くの場合、実際に書ける答案ではありません。）よりも役に立ちます。最高得点答案を読んで、自分に何が足りないのかを分析するようにしてください。

皆様の合格を心より祈念しております。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年11月3日分 得点分布表

憲法・統治

出席者 44名
平均点 11.5点

