

論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

Aは、B県が設置・運営するB県立大学法学部の学生で、C教授が担当する憲法ゼミナール(以下「Cゼミ」という。)を履修している。Cゼミの202*年度のテーマは、「人間の尊厳と格差問題」である。Cゼミ生は、C教授の承諾も得て、ゼミの研究活動の一環として貧富の格差の拡大に関して多くの県民と議論することを目的としたシンポジウム「格差問題を考える」を県民会館で開催した。そのシンポジウムでの活発な意見交換を経て、「格差の是正」を訴える一連のデモ行進を行うことになった。そのデモ行進については、Cゼミ生を中心として実行委員会が組織され、Aがその委員長に選ばれた。実行委員会は、第1回目のデモ行進を202*年8月25日(日)に行うこととして、ツイッター等を通じて参加を呼び掛けたところ、参加希望者は約1000人となった。そこで、Aは、主催者として、B県集団運動に関する条例第2条(【参考資料1】参照)の定めにより、B県の県庁所在地であるB市の金融街から市役所、県庁に至る片道約2キロメートルの幹線道路を約1000人の参加者が往復するデモ行進許可申請書を提出した。デモ行進が行われる幹線道路沿いには多くの飲食店があり、市の中心部にある県庁や市役所の周りは県内最大の商業ゾーンでもある。B県公安委員会は、デモ行進は片側2車線の車道の歩道寄りの1車線内のみを使うことという条件付きで許可した。

第1回目のデモ行進の当日、Aら実行委員会は、デモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないこと、また、ビラの類は配らず、ゴミを捨てないようにすることを徹底させた。第1回目のデモ行進は、若干の飲食店から売上げが減少したとの県への苦情があったが、その他は特に問題を起こすことなく終えた。そこで、Aら実行委員会は、第2回目のデモ行進を同年9月21日(土)に、第1回目と同じ計画で行うこととし、同月5日(木)にデモ行進の許可申請を行った。これに対し、B県公安委員会は、第1回目と同様の条件を付けて許可した。

B県では、次年度以降の財政の在り方をめぐり、社会福祉関係費の削減を中心として、知事と県議会が激しく対立していた。知事は、同月13日(金)に、B県住民投票に関する条例(【参考資料2】参照)第4条第3項に基づき、「社会福祉関係費の削減の是非」を付議事項として住民投票を発議し、翌10月13日(日)に住民投票を実施することとした。

第2回目のデモ行進も、拡声器等を使用せず、ビラの類も配らずに無事終了した。ただし、住民投票実施ということもあって参加者は2000人近くに達し、「県の社会福祉関係費の削減に反対」という横断幕やプラカードを掲げる参加者もいたし、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」というシュプレヒコールもあった。また、デモ行進が行われた道路で交通渋滞が発生したために、幹線道路に近接した閑静な住宅街の道路を迂回路として使う車が増えた。第2回目のデモ行進終了後、市民や町内会からは、住宅街で交通事故が起きることへの不安や騒音被害を訴える苦情が県に寄せられた。また、第1回目よりも更に多くの飲食店から、デモ行進の影響で飲食店の売上げが減少したという苦情が県に寄せられた。

Aら実行委員会は、第3回目のデモ行進を同年9月29日(日)に行うことにして、参加予定人員を2000人とし、その他は第1回目・第2回目と同様の計画で許可申請を行った。しかし、B県公安委員会は、住民投票日が近づいてきて一層住民の関心が高まっており、第3回目のデモ行進は、市民の平穏な生活環境を害したり、商業活動に支障を来したりするなど、住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高いと判断し、当該デモ行進の実施がB県集団運動に関する条例第3条第1項第4号に該当するとして、当該申請を不許可とした。

この不許可処分に抗議するために、Aら実行委員ばかりでなく、デモ行進に参加していた人たち約200人が、B県庁前に集まった。そこに地元テレビ局が取材に来ていて、Aがレポーターの質問に答えて、「第1回のデモ行進と第2回のデモ行進が許可されたのに、第3回のデモ行進が不許可とされたのは納得がいかない。平和的なデモ行進であるにもかかわらず、デモ行進を不許可としたこ

とは、県の重要な政策問題に関する意見の表明を封じ込めようとするものであり、憲法上問題がある」と発言する映像が、ニュースの中で放映された。そのニュースを、B県立大学学長や副学長も観ていた。

AたちCゼミ生は、当初から、学外での活動の締めくくりとして、学内で「格差問題と憲法」をテーマにした講演会の開催を計画していた。デモ行進が不許可になったので学内講演会の計画を具体化することとなったが、知事の施策方針に賛成する県議会議員と反対する県議会議員を講演者として招き、さらに、今回のデモ行進の不許可処分に関するC教授による講演を加えて、開催することにした。C教授の了承も得て、Aたちは、Cゼミとして教室使用願を大学に提出した。同じ頃、Cゼミ主催の講演会とは開催日が異なるが、経済学部ゼミからも、2名の評論家を招いて行う「グローバルイノベーションと格差問題：経済学の観点から」をテーマとした講演会のための教室使用願が提出されていた。

B県立大学教室使用規則では、「政治的目的での使用は認めず、教育・研究目的での使用に限り、これを許可する」と定められている。この規則の下で、同大学は、ゼミ活動目的での申請であり、かつ、当該ゼミの担当教授が承認していれば教室の使用を許可する、という運用を行っている。同大学は、経済学部ゼミからの申請は許可したが、Cゼミからの申請は許可しなかった。大学側は、Aらが中心となって行ったデモ行進が県条例に違反すること、ニュースで流されたAの発言は県政批判に当たるものであること、また講演者が政治家であることから、Cゼミ主催の講演会は政治的色彩が強いと判断した。

Aは、B県を相手取ってこの2つの不許可処分が憲法違反であるとして、国家賠償訴訟を提起することにした。

〔設問1〕

あなたがAの訴訟代理人となった場合、2つの不許可処分に関してどのような憲法上の主張を行うか。

なお、道路交通法に関する問題並びにB県各条例における条文の漠然性及び過度の広汎性の問題は論じなくてよい。

〔設問2〕

B県側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料1】 B県集団運動に関する条例（抜粋）

第1条 道路、公園、広場その他屋外の公共の場所において集団による行進若しくは示威運動又は集会（以下「集団運動」という。）を行おうとするときは、その主催者は予めB県公安委員会の許可を受けなければならない。

第2条 前条の規定による許可の申請は、主催者である個人又は団体の代表者（以下「主催者」という。）から、集団運動を行う日時72時間前までに次の事項を記載した許可申請書三通を開催地を管轄する警察署を経由して提出しなければならない。

- 一 主催者の住所、氏名
- 二 集団運動の日時
- 三 集団運動の進路、場所及びその略図
- 四 参加予定団体名及びその代表者の住所、氏名
- 五 参加予定人員
- 六 集団運動の目的及び名称

第3条 B県公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、当該申請に係る集団運動が次の各号のいずれかに該当する場合のほかは、これを許可しなければならない。

一～三 (略)

四 B県住民投票に関する条例第14条第1項第2号及び第3号に掲げる行為がなされることとなることが明らかであるとき。

2 B県公安委員会は、次の各号に関し必要な条件を付けることができる。

一、二 (略)

三 交通秩序維持に関する事項

四 集団運動の秩序保持に関する事項

五 夜間の静ひつ保持に関する事項

六 公共の秩序又は公衆の衛生を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に
関する事項

【参考資料2】B県住民投票に関する条例(抜粋)

第1条 この条例は、県政に係る重要事項について、住民に直接意思を確認するための住民投票に係る基本的事項を定めることにより、住民の県政への参加を推進し、もって県民自治の確立に資することを目的とする。

第2条 住民投票に付することができる県政に係る重要事項(以下「重要事項」という。)は、現在又は将来の住民の福祉に重大な影響を与え、又は与える可能性のある事項であつて、住民の間又は住民、議会若しくは知事の間で重大な意見の相違が認められる状況その他の事情に照らし、住民に直接その賛成又は反対を確認する必要があるものとする。

第4条 (略)

2 (略)

3 知事は、自ら住民投票を發議し、これを実施することができる。

4 住民投票の期日は、知事が定める。

第14条 何人も、住民投票の付議事項に対し賛成又は反対の投票をし、又はしないよう勧誘する行為(以下「住民投票運動」という。)をするに当たっては、次に掲げる行為をしてはならない。

一 買収、脅迫その他不正の手段により住民の自由な意思を拘束し又は干渉する行為

二 平穏な生活環境を害する行為

三 商業活動に支障を来す行為

2 (略)

解説レジュメ

(平成25年本試験憲法)

第1 デモ行進不許可処分 (以下「不許可処分①」という)

人権の問題を解くにあたっては、①そもそも制約されている権利が何かを、根拠規定とともに明示し、②当該権利の重要性とその権利に対する制約態様を確定し、法令に対する審査基準や違憲適用となる事案の基準を設定する必要がある。

1 制約される自由

(1) 集団行進の自由の保障根拠

まず本問のデモ行進が、憲法上どの条文の文言から導き出されるか、長々書く必要はないが必ず文言解釈をすべきである。

ア 「集会」の自由説

「集会」とは、多数人が共通の目的のもとに集合すること。

憲法 21 条 1 項の文言上、①集会の自由、②結社の自由、③言論・出版その他一切の表現の自由、を保障。

集団行進の自由も動く集会として「集会」の自由として保障。

イ 「その他一切の表現の自由」説

集会の自由を、「……その他一切の表現の自由」として保障。

重要判例最大判昭和 35 年 7 月 20 日(憲法判例百選 I [第 6 版] A4 事件) - 東京都公安条例事件

およそ集団行進は、学生、生徒等の遠足、修学旅行等および、冠婚葬祭等の行事をのぞいては、通常一般大衆に訴えんとする、政治、経済、労働、世界観等に関する何等かの思想、主張、感情等の表現を内包するものである。この点において集団行進には、表現の自由として憲法によつて保障さるべき要素が存在することはもちろんである。

(2) 集会の自由の重要性

表現の持つ自己実現・自己統治の価値といった抽象的な論述ではなく、本問におけるデモ行進の自由の重要性を、本問の事情に着目して論述することが重要である。本問では、デモ行進自体の現代的価値、道路におけるデモ、デモ内容（格差是正を訴えるもの）などに着目することが考えられる。

重要判例最大判平成4年7月1日(憲法判例百選Ⅱ [第6版] 115事件) 一成田新法事件

現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法21条1項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の1つとして特に尊重されなければならないものである。

Q SNS等が発達した現在においても、集合することの重要性は失われていないか？¹

(3) パブリックフォーラムにおける集会の自由の重要性

本問は道路におけるデモ行進が問題となっており、いわゆる伝統的パブリックフォーラムの論述が必要となる。

関連判例最判昭和59年12月18日(憲法判例百選Ⅰ [第6版] 62事件伊藤正巳裁判官補足意見) 一駅構内ビラ配布事件

一般公衆が自由に入出りできる場所は、それぞれの本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。「このパブリックフォーラムが表現の場所として用いられるときには、……その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある。」²

¹ SNSやオンライン通信の発達で、思想信条の伝達が必ずしも直接的対面式でなくとも可能とはなっている。しかし、同時期・同場所において一同が直接対面で意思疎通をすることにより有効な意見表明可能であるし(成田新法事件)、デモ行進による他の市民・メディアへの間いかけの意義も大きい。現在においても集合することの重要性は失われていない。

² 表現内容中立規制であっても、それが重要な政府の利益を達成するために厳密に定められた規制であり、他の十分な表現手段が確保されない限り限り許されない。

2 条例による制約態様³（法令違憲）

条例自体の違憲性を論じる場合には、本問条例の制約がどのような態様かに着目する必要がある。本問では、事前許可制であることと、内容規制ではないかということがそれぞれ問題となり得る。

(1) 事前許可性

重要判例最大判昭和 29 年 11 月 24 日(憲法判例百選Ⅱ [第 6 版] 87 事件) —新潟県公安条例事件

- ①「条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」
- ②「特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予め許可を受けしめ、又は届出をなさしめてこのような場合にはこれを禁止することができ旨の規定を条例に設けても、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない」
- ③「公共の安全に対し明らかな差迫った危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができ旨の規定を設けることも、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならない」

関連判例最大判昭和 57 年 11 月 16 日(憲法判例百選Ⅰ [第 6 版] 90 事件) —道路交通法違反事件

あらかじめ所轄警察署長の許可を受けさせることにしたものであるところ、……条件を付与することによっても、かかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合に限られる。

³ デモ行進については、1・2 回目は許可されており、3 回目は不許可とされていることから、1・2 回目と 3 回目の具体的差異（司法事実）に着目することが本問の中心的検討課題である。出題趣旨においても、「論ずべき中心は当該不許可処分³の違憲性である」と記載されており、続けてなお書きで「条例自体の違憲性を論ずる場合には」と二次的に記載されているので、条例自体の違憲性を論じなくても、大きな減点にはならないと考えられる。

関連判例最判昭和 59 年 12 月 18 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 62 事件伊藤正巳裁判官補足意見)－駅構内ビデオ配布事件

道路における集団行進についての道路交通法による規制について、警察署長は、集団行進が行われることにより一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ、また、条件を付することによってもかかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合に限り、許可を拒むことができるとされるとされるのも……、道路のもつパブリック・フォーラムたる性質を重視するものと考えられる。

関連判例最大判昭和 35 年 7 月 20 日(憲法判例百選 I [第 6 版] A4 事件)－東京都公安条例事件

「単なる言論・出版と異なり、集団行動は群集心理により一瞬にして暴徒と化す危険が存在するため、出版等では禁止された事前規制を講ずることもやむを得ない」

(2) 表現内容規制／表現内容中立規制

関連判例最大判昭和 49 年 11 月 16 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 13 事件)－猿払事件

最大判平成 10 年 12 月 1 日(憲法判例百選 II [第 6 版] 183 事件)－寺西判事補戒告事件

「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎ」ない。

重要判例最判平成 7 年 3 月 7 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 86 事件)－泉佐野市民会館事件

「……もとより、普通地方公共団体が公の施設の使用の可否を決するに当たり、集会の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由とし

4 道路のもつパブリックフォーラム性から、事前許可性に対しては、デモ活動等に弊害が生じる危険があるとしても、まずは条件を設定して弊害除去ができるかどうかの検討を許可権者に求める。

て、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されない。しかしながら、本件において被上告人が上告人らに本件会館の使用を許可しなかったのが、上告人らの唱道する関西新空港建設反対という集会目的のためであると認めると認め余地のないことは、前記一の4(一)(2)のとおり、被上告人が、過去に何度も、上告人A1が運営委員である「泉佐野・新空港に反対する会」に対し、講演等のために本件会館小会議室を使用することを許可してきたことから明らかである。また、本件集会が開かれることによって前示のような暴力の行使を伴う衝突が起ころるなどの事態が生ずる明らかな差し迫った危険が予見される以上、本件会館の管理責任を負う被上告人がそのような事態を回避し、防止するための措置を採ることはやむを得ないところであって、本件不許可処分が本件会館の利用について上告人らを不当に差別的に取り扱ったものであるということはできない。それは、上告人らの言論の内容や団体の性格そのものによる差別ではなく、本件集会の実質上の主催者と目されるG派が当時激しい実力行使を繰り返し、対立する他のグループと抗争していたことから、その山場であるとされる本件集会には右の危険が伴うと認められることによる必要かつ合理的な制限であるということができる。

3 本件不許可処分の合憲性（適用違憲）

本問の中心的課題である。適用違憲においても、①権利の重要性と②制約態様を考慮し、いかなる事案において憲法規定を適用すると違憲となるかの規範を設定する必要がある。②については、法令違憲と同様、表現内容規制ではないかが問題となる。

第2 教室使用不許可処分（以下「不許可処分②」という）

教室使用不許可処分については、そもそもどのような権利が制約されているのかを確定するかは非常に悩ましい。考えられるのは、①学問の自由、②集会の自由、③平等権（平等原則）である。このうち、①・②から当然に教室使用権を導き出せるかが問題となる。

1 教室使用権の侵害

(1) 大学の学生の学問の自由・集会の自由

東大ポポロ事件によると、①「学生の集会が真に学問的な研究またはその結果の発表のためのもの」である場合に、②「大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果として」、「大学の施設を利用できる」ことになる。①である場合でも、②の表現ぶりからすると、積極的な請求権として教室使用権まで当然に認められるかは問題となる。当然に請求権として観念できるかは、従前の取

扱いとして、申請 - 使用の運用がなされてきたか否かが重要な考慮要素となる（合理的な理由なく従前の取扱いと異なれば、不当な取扱いといえそうである。）。

重要判例最大判昭和 38 年 5 月 22 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 91 事件) - 東大ポロ事件

・判旨

憲法 23 条の学問の自由は、「学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含」み、「一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障する」。

大学の学生が一般の国民以上に学問の自由を享有し、大学の施設を利用できるのは、「大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果としてである」。

「学生の集会在真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合には、大学の有する特別な学問の自由と自治は享有しない」。

・入江裁判官ら共同補足意見

「屋内集会である本件集会への立入りが憲法 21 条の集会の自由を侵害して違法であったとしても、被告人の暴力行為には、違法性を阻却するに足る緊急性を認めることはできない」

関連判例最判平成 17 年 7 月 14 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 74 事件) - 船橋市西図書館蔵書破棄事件

……公立図書館が、上記のとおり、住民に図書館資料を提供するための公的な場であるということは、そこで閲覧に供された図書の著作者にとって、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場でもあることができる。したがって、公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、【要旨】公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利

益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるといえるべきである。

2 平等原則違反

答案において平等原則違反の出どころは非常に難しい。なぜなら、平等権は総則的人権であり、理論上は問題にしようと思えばほぼどの事案でも問題にすることができるからである。答案戦略としては、①問題となっている権利・自由が個別的な人権規定で保障されない場合、②問題文の事情から、当事者とは別の者と比較している事情がある場合、平等原則違反を問題にするとよい。

重要判例 最判平成 18 年 2 月 7 日(行政法判例百選 I [第 7 版] 73 事件) - 呉市学校施設目的外使用事件

「従前、同一目的での使用許可申請を物理的支障のない限り許可してきたという運用があったとしても、そのことから直ちに、従前と異なる取扱いをすることが裁量権の濫用となるものではない。もともと、従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない」

3 政治的目的・政治的中立性

Q 政治的目的か否かほどのような基準で判断すべきか？⁵

重要判例 最大判昭和 38 年 5 月 22 日(憲法判例百選 I [第 6 版] 91 事件) - 東大ポポロ事件

本件の A 劇団 B 演劇発表会は、原審の認定するところによれば、いわゆる反植民地闘争デーの一環として行なわれ、演劇の内容もいわゆる

⁵ 一般職公務員や裁判官の政治的中立性でも問題となるが、当該活動の政治目的性を、何らの予備知識なく問題文の事情から判断することは難しい。憲法・行政法において、事実を評価するとき、多くの受験生が問題文の事情の書き写しか、作文になってしまいが、何かしら具体的な規範や考慮要素を設定し、当てはめていくことが高得点答案につながる。具体的な規範や考慮要素を設定するにあたっては、①政策等に対し、明確な見解をもっている、②議論をするのではなく、自信の見解を実現するための活動である、など百選掲載判例の知識があるとなおよい。

松川事件に取材し、開演に先き立つて右事件の資金カンパが行なわれさらにはいわゆる渋谷事件の報告もなされた。これらはすべて実社会の政治的社会的活動に当る行為にほかならないのであつて、本件集会はそれによつてもはや真に学問的な研究と発表のためのものではなくなくなるといわれなければならない。

関連判例最大判平成 10 年 12 月 1 日(憲法判例百選Ⅱ [第 6 版] 183 事件) 一寺西判事補戒告事件

「本件集会は、その企画の経緯及び「つぶせ! 盗聴法・組織的犯罪対策法許すな! 警察管理社会 4 / 18 大集会」という名称自体から明らかなどおり、法案の是非について様々な立場から意見を述べ合うというよう単なる討論集会ではなく、明確に本件法案を悪法と決め付けた上で、これを廃案に追い込むことを目的とする運動の一環として開催されたものである。」

「前記事実関係によれば、本件集会は、単なる討論集会ではなく、初めから本件法案を悪法と決め付け、これを廃案に追い込むことを目的とするという党派的な運動の一環として開催されたものであるから、そのような場で集会の趣旨に賛同するよう言動をすることは、国会に対し立法行為を断念するよう圧力を掛ける行為であつて、単なる個人の意見の表明の域を超えることは明らかである。このように、本件言動は、本件法案を廃案に追い込むことを目的として共同して行動している諸団体の組織的、計画的、継続的な反対運動を拡大、発展させ、右目的を達成させることを積極的に支援しこれを推進するものであり、裁判官の職にある者として厳に避けなければならない行為というべきであつて、裁判所法 5 2 条 1 号が禁止している『積極的に政治運動をすること』に該当するものと云わざるを得ない」

4 部分社会の法理

Q 採点実感では、「教室使用不許可処分の違法（違憲）の主張に対する B 県側の反論として、いわゆる「部分社会の法理」を挙げたものがあった。「部分社会の法理」は、本問事案における反論として説得的であるとは思われない。」とある。部分社会の法理はそもそもどのような概念で、なぜ本問の反論として適切ではないのか？⁶

⁶ 結論を一言でいえば、本件は一般市民法秩序と直接の関係を有するからである。ただし、何が内部問題で何が一般市民法秩序と直接関係するかは判別は容易ではない。受験生心理として、「大学」、「施設利用」が内部問題のようにみえて論じてしまうのもわかる。答案戦略としては絶対の自信がなく不安であれば 2、3 行触れて否定するというのが現実的ではないか。

関連判例 最判昭和52年3月15日(憲法判例百選Ⅱ [第7版] 188事件) 一 富山大学単位不認定事件

大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と學術の研究とを目的とする教育研究施設であつて、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものであることは、叙上説示の点に照らし、明らかというべきである。

出題趣旨・採点実感
(平成 25 年司法試験本試験憲法論文式問題)

令和 2 年 9 月 18 日

担当講師：山下大輔

1 出題趣旨

(1) 直前期に公法系科目を勉強する意味

直前期においては論点単位で民事・刑事のほう伸びしろが大きく、公法系科目を追い込んで勉強する意義は乏しいです。ただし公法系は水物であり、本番で失敗すると極めて低い点数となります。得意と豪語している受験生でも蓋をあけてみたら F 評価ということはいくつもあります。確かに例年合格者の成績を見ると、科目毎に穴があっても意外と落ちません。D 評価が複数あっても(大概公法系か一般教養から)実務基礎科目です。)他で複数 A を取っていれば受かります。ただし、万遍なく点数を取ること、とくに公法系に関しては合格者平均前後の点数を守る答案をしっかりと書くことが、やはり合格への最大の近道であります。とくに憲法はタブー論述を書かないようにすることが重要です。

(2) 直前期に本試験を勉強する意味に

皆さんがこれから受けるのは予備試験の論文なので、書くべき分量の把握等、予備試験の過去問が最良であることは間違いありません。しかし、憲法に限って言えば、本試験を一度でも解いておいた方がよいです。なぜなら、出題趣旨・採点実感に答案で書いてほしい憲法論、書いてはいけないタブー論述が豊富に豊富に説明されているからです。また、人権のみならず統治分野も幅広く取り扱っており、問題意識を養うに最適であるからです。

(3) 平成 25 年本試験憲法を勉強する意味

そのなかでも、とくに平成 25 年本試験憲法の問題はとて幅広く憲法問題に触れることができます。全体としては法令違憲も問題視しえますが、受験生が苦手な適用違憲を中心に検討させておきます。

また、教室使用不許可処分については、権利の請求権的側面が学問の自由や集会の自由で直ちに保障されるか、という保護範囲が問題になります。昨年の予備試験でも、剣道実技拒否事件の事案をベースとしつつも、保護範囲が問題になっています。

さらに、道路使用不許可処分について、今年の世界情勢で最も大きな話題は、勿論コロナです。¹しかし、テーマとしても、近年、デモ活動の自由の意義が非常に注目されています。香港における国家安全維持法及び逃亡条例に対するデモ、黒人への銃撃事件・人種差別に対する欧米でのデモ、より直近でいえば、大統領選挙に関するペラルーシのデモなど、世界各地において現在進行形で重大なデモ活動が起きています。テーマとしても極めて重要な分野ですので、ぜひこの機会にもう一度理解して頂きたいです。

2 採点実感

(1) 全体について

極めて優秀な答案が3通ほどありました。それらの答案は、権利構成、規範設定、いずれも鋭く、事実評価も具体的かつ説得的でした。ただし、全体の出来はよくなかったです。本試験の問題ですと決して簡単ではないでしょうが、予備試験の問題と比較しても分量は格別、難易度に大きな差はないと思いますので、よく復習して頂く必要があります。全体的な傾向としては、やはり重要判例の理解が不足しているようにみえます。直前期にひたすら百選掲載判例を読み込むというのは非効率的ですので、東大ポロ事件や泉佐野市民会館事件、富山大学単位不認定事件等、重要判例だけでも再度読み込むようにしておいてください。

(2) 道路使用不許可処分について

そもそもどの条文のどの文言に含まれるのか、定義や解釈を示さず保障されるところの答案が一定数ありました。また、重要性についても表現の自己実現、自己統治の価値といった極めて抽象的な論述で権利の重要性を確定する答案も一定数ありました。本件デモが道路を使用するものであること、本件デモの内容が格差是正を訴えるものなど、本問の事案に即した重要性検討をしている答案は少数にとどまりました。

また、デモ行進の自由についても、教室使用不許可処分と同様、請求権的構成をとり、主張反論をさせている答案がありました。間違いではありませぬし、当該制約が権利の自由権的側面に対する制約なのか、請求権的側面に対する制約なのかは相対的であり悩ましい問題で

¹ 公法系の問題でコロナ禍と絡めた問題であれば、特措法に基づく営業の自由に対する規制（憲法）、勧告—公表の差止めや取消訴訟、国賠（行政法）などが考えられます。

す。しかし、教室使用不許可処分と異なり、道路におけるデモ行進は本来的に自由に行えるものであるもので、それに対する制約は自由権的側面の制約として、とくに主張反論の対立軸を設定する必要はないように思います。

(3) 教室使用不許可処分について

単に集会の自由や学問の自由として保障されるところの答案が一定数ありました。教室使用権を直ちに上記自由から導かれるとするのに一定の抵抗感があつたのか、保障されないとして結論付けている答案や、憲法論ではない裁量の問題に流す答案も見られました。憲法答案で違憲審査基準を採用せず、裁量論に流すこと自体は決して間違いではありません。しかし、裁量の問題に流すのであれば、①東大ポロ事案件に引きつけて大学側に教室使用許可の裁量が認められる実質的根拠について言及した上、②裁量逸脱濫用の根拠として憲法から導かれる平等原則違反を小規範として挙げ、憲法問題化するべきです。他方、約2通ほど、従前の申請一使用の運用に着目して、使用権を観念できるとする鋭い答案もありました。

政治的色彩については、講演者の属性や、講演のテーマが政治性があるから不許可は合憲としている答案が一部ありました。しかし、そのように考えられると、例えば明治大学政治経済学部政治学科の学生は、ゼミや講演会等の活動を一切できなくなってしまうことになり得ます(極論ですが)。ここで問題となる政治的色彩については、大学の自治、より具体的には大学の政治的中立性を損わないようにする、という観点から、政治的中立性を損うような党派的・偏向的政治活動が規制されるときであるように思います。百選掲載判例でも、そのような活動に実質的に参加したと評価される行為について、規制が合憲であるとされています。大学の自治がなぜ認められるようになったのか、歴史を振り返って考えることも重要です。

また、統治の問題として、部分社会の法理に言及している答案もありました。採点実感では、部分社会の法理は適切な反論ではないとされています。しかし、「大学」の、「施設の使用」といった大学内部の問題のようにもみえる事案であるため、試験本番の受験生心理として触れたい気持ちはわかりますし、触れるべきか悩ましいと思います。戦略としては、絶対の自信がなく不安であれば2、3行程度言及して否定する、というのが現実的なように思います。そのような実践的な論述をしている答案もありました。

以上

第一に デモ行進（以下、「本件デモ」）許可申請に対する不許可処分（以下、「処分1」）の、条例第3条第一項第四号に該当するとして全部不許可とされた部分について、憲法21条1項等に違反し、適用違憲・違法だという問題点

1(1) まず、デモ行進を行う自由は、デモ行進が、「動く集会」として、一ヵ所にとどまらず表現活動をするものとして、集会の自由(21条1項)により、保障される。

(2) そして、デモ行進が「集団行動」（参考資料1条）に当たり、適法な開催のためには、予め同条の許可が必要なところ、処分1によってそれが出来なくなっており、上記自由に対し、制約がある。

(3) もっとも、同条例により、同条例3条各号の事情がある場合は、不許可処分が許容される。本件では、本件デモが、同条4号に掲げる参考資料2の条例14条2号・3号に当たるとして不許可処分がなされているところ、本件デモは「平穏な生活環境を害する行為」や「商業活動に支障を来す行為」に当たるか。

ア そもそも、憲法上保障される表現の自由は、表現をする場所をも保障して初めてその目的を達することができるのであるから、集会の自由は、その点でも重要な権利である。そして、表現の自由によって達せられる目的とは、表現を発し、また他人の表現に触れることにより、自己実現や自己の思想を発展・成長させることである。これは民主政の過程に必要不可欠である以上、同時に民主主義に必要不可欠なものである。

コメントの追加 [y1]: 「集会」の定義を挙げましょう。

コメントの追加 [y2]: 冗長な上に抽象的ですので削ってよいと思います。

イ また、集会は、多数の聴衆を確保することができる点で、意見を表明するために効果的な媒体である。確かに、「動く集会」としての性質を持つデモは、一つの場所にとどまらない点で、交通に対する支障や、行進しながら表現活動をする自体に伴う危険があるといえ、それに対する制約はやむを得ないと反論が考えられる。しかし、他方で、デモを行う自由は、その「動く」という性質上、集会という場所に集まった者のみならず、それよりも格段に多くの人に対し表現活動を可能にする点で、極めて重要な自由である。そして、他者に対し迷惑を被らせる態様での行進を防止することは必要であるが、その目的のために表現を受け取る人間の少ないところで表現活動をせざるを得ないとすれば、上記のデモ行進固有のメリットを減殺してしまう。

コメントの追加 [y3]: 具体的かつ説得的です。

ウ また、参考資料1の条例の文言から、3条各号に該当しなければ、原則的に許可しなければならないとしている以上、許可制を取りながらも、実質的に規制態様の弱い届出制に近いとも思えるが、「平穏な生活環境を害する行為」や「商業活動に支障を来す行為」という概括的な文言に該当すれば、不許可とできる以上、規制態様の強い許可制の下で、本件は、条件付き許可の余地がありながらも(3条2項参照)、もっとも強い規制である不許可処分がされている。

コメントの追加 [y4]: 積極事情と消極事情は分けて検討しましょう。

(例) ①条件付き許可の余地+実質的届出制—規制態様は弱いように見える。

しかし、概括的な文言の下、不許可とできる—強い規制である。

エ そうだとすれば、上記の重要な自由を強力に制約する要件たる「平穏な生活環境を害する行為」や「商業活動に支障を来す行為」の文言に当たるかは、厳格に判断すべきである。

コメントの追加 [y5]: 仮定的な接続詞は避けましょう。

具体的には、条件等を付してもなお、明らかに重大な「平穏な生活環境を

害する」危険や「商業活動に支障を来す」危険があるといえ、不許可という手段をとることがその危険を防止する目的にとって、必要不可欠なほど、規制される行為が危険なであることを要すると解する。

オ 本件では、確かに、第一回・第二回のデモ後の商業活動者等からの苦情が増加している事情に鑑みれば、本件デモによる「商業活動」への「支障」が来される危険はないとはいえない。しかし、上記苦情の内容は、交通事故への心配と、騒音被害であり、前者については、あくまで実際に生じた危険でない上、後者は、デモ行進により必然的に生じるものであるし、そもそも、本件デモは拡声器等の器械を使用しておらず、騒音は生じにくい態様でされる予定である。さらにデモは、得てして主張や思想の対立軸の先鋭な事情について表現されることに鑑みれば、デモによる表現に反対意見の者が上記苦情を県に寄せた可能性も考えられる。そうだとすれば、明らかに、重大な「商業活動に支障が」生じると判断できるとはいえない。

また、本件デモは、県内最大の商業ゾーンで行われており、「平穏な生活環境」を保護する必要性の高い住宅地を使用していない。そのうえ、交通の支障については、3条2項3号・4号の条件を付することで軽減できるうえ、本件デモの呼びかけ主体が、第一回・第二回のデモにおいて付された条件を遵守していることに鑑みれば、条件違反の危険があるともいえない。

さらに、ある表現活動へ「一層の住民の関心」が高まっているという事情は、表現活動の目的に鑑みれば、表現を促す理由になれど、かかる表現を抑制する理由に用いるのは妥当でないというべきである。

カ そうだとすれば、本件デモを行う必要性は極めて高く、また上記事

コメントの追加 [y6]: 具体的な規範を定立できており素晴らしいです。

コメントの追加 [y7]: 億測にすぎず、事実評価として論じるのは困難です。

コメントの追加 [y8]: なるほど。説得的です。

コメントの追加 [y9]: 仮定的な接続詞は避けましょう。

情に鑑みれば、本件デモは、不許可処分をされるほど明らかに危険な行為とはいえない。

2 よって、「平穏な生活環境を害する行為」や「商業活動に支障を来す行為」とはいえず、処分1は、条例によって許容され得ず、21条1項・参考資料1の条例3条4号・参考資料2の条例14条2号・3号に違反し、違憲・違法である。

第二に Cゼミからの申請に対する不許可処分（以下、「処分2」）が、学内講演会の開催の自由を侵害し、違憲であるとの問題点

1(1) まず、学内講演会は、研究を発表するという側面を持ち、学問は研究結果を発表出来てこそ、意味を持つのであるから、学問の自由の一内容として保障される。

(2)次に、大学は、大学の管理する教室の使用を不許可としているところ、そもそも、学生に教室使用の自由は認められておらず、不許可処分は何らの自由の制約がないとも思える。

しかし、同大学では、ゼミ活動目的の申請で、かつ教授の了承を得れば教室の利用を許可するとの運用がなされており、そのような条件付きではあるものの、原則的に自由な使用が認められていたと解することができる。

そして、本件では、C教授の「承認」を得ており、同大学の運用に鑑みれば、実質的な教室使用許可の要件である、「承認」を行う教授が、ゼミ目的か否かの判断をすでに行い、その判断のもとに「承認」を行っているとして理解するのが合理的で、「承認」があれば、教室使用の自由があるという原則的な状態が、処分2により制約されている。

コメントの追加 [y10]: 従前の運用から使用権を導き出せており、素晴らしいです。

コメントの追加 [y11]: Cゼミの活動が研究発表の自由に含まれるとの認定が抜けています。

(3)もともと、学校教育の目的達成のために、大学には、包括的権能があり、それに基づく制約の正当化がされ得るため、かかる正当化があるかが問題となる。

まず、学問の自由は、真理の探究のために認められた重要な権利であり、学内講演会という研究発表の機会を認めないことは、他者からの批判や、議論を経ることによる真理の探究を強く制約する。

もともと、学生にとって、研究発表の機会が乏しいことに鑑みれば、学内という比較的広く・発表のしやすい環境における講演の機会を奪うことは、侵害として強いともいえるが、大学外での講演を禁止したわけではない。

そこで、正当化されるかは、中間審査基準で判断されるべきであり、具体的には、①目的が正当で、②手段が目的との関係で効果的で過度でない場合は、制約が許されると解する。

(4)ア 本件で、処分2の目的は、大学という教育機関の教育施設を政治目的のために流用されることを防止することである。この点、教育・研究機関として、政治的な内容の研究は行われど、政治的目的のための利用がなされることは、教育施設の目的外使用に当たり、目的外使用は、政治目的以外の目的であっても、教育・研究の機会・環境の確保のために防止するべきであり、かかる目的は正当である。

次に、手段として、本件申請が、政治的目的をもってなされたのであれば、学校施設の使用を許可しないことは、それ以外の手段を講ずる余地がなく、効果的で過度でないといえる。

イ そうだとすれば、本件申請が、政治的目的をもってなされたかとの

コメントの追加 [y12]: 過去の採点実感で、合憲違憲の問題で「正当化」という表現は適切ではないと評されていますので、避けましょう。

コメントの追加 [y13]: 避けましょう。

判断が合理性があるか、が問題となる。

この点、大学側の政治的目的であるとの判断は、「デモ行進が県条例に違反すること」や、専らニュースでの「Aの発言」と「講演者が政治家」であることに依拠していると考ええる。

しかし、講演会をするのは、Cゼミであって、A個人でないから、Aの発言をもって、Cゼミの目的を判断するのは妥当でないし、そもそも、講演会開催は、Cゼミが当初から企画していたのであり、デモと紐づけるのは妥当でない。さらに、政治的目的をもちえるのは、決して政治家だけではなく、例えば、評論家でも政治的目的を持ち、講演し得るのであり、政治家が講演を行うから政治目的であるとの結論は短絡的である。。

そうだとすれば、上記判断は、合理性を欠き、妥当でない。

ウ したがって、目的は正当であるが、講演を不許可とすることが、目的との関係で効果的で過度でないとはいえない。

2 よって、処分2は、上記自由を侵害し、違憲である。

以上

コメントの追加 [y14]: に

コメントの追加 [y15]: なるほど。極めて説得的です。

○講評

- 1 全体的に鋭い視点から説得的に論じることができており、高い評価がつく答案であると思います。
- 2 権利論については若干の修正の余地があります。権利の重要性は冗長なので、表現の自由一般に妥当する価値等、抽象論は削ってよいですし、保

護範用に含まれることの認定を忘れずしましょう。

- 3 中間審査基準や正当化といった講学上のキーワードは避けたほうが安全です。過去の採点実感でも苦言を呈されています。

以 上

