

講演録「憲法事例の論じ方」

横 大 道 聡

本稿は、2024年6月15日（土）に開催された、広島大学法科大学院と広島法学会との共催で開催された講演会の講演録である。掲載にあたっては、横大道先生ご本人に加筆・修正をお願いし、当日の忠実な再現となるようにしながら、読みやすい体裁に整えていただいた。ご講演いただいたことについてお礼を申し上げたい。

講演会には、本講演に先立ち行われた授業科目「公法実務基礎」の公開講義をご担当された大島義則先生（弁護士・専修大学法科大学院教授・広島大学法科大学院客員教授）と、伊藤建先生（弁護士・広島大学法科大学院客員准教授）にもご参加いただき、有益なコメントをいただいた。このことについても記して感謝申し上げます。

はじめに——学生が抱える悩みから

慶應義塾大学の法科大学院で憲法を担当している横大道聡と申します。本日はどうぞよろしくお願いいたします。

まず、皆さんにお話する前に少し宣伝させていただきたいのですが、実は5年前にも、この広島大学で講演を行う機会を頂戴したことがあります。そのときの内容は、広島大学の紀要に掲載していただきましたので⁽¹⁾、興味の

(1) 横大道聡（講演録）「憲法判例の射程を知る」広島法科大学院論集16号（2020年）185-222頁を参照。

ある方はそちらもぜひご確認いただければと思います。

さて、広島大学の新井誠先生からいただいた今回の講演のタイトルは、「憲法事例の論じ方」です。「ロースクールの学生に、憲法的事例問題をどのように解いていけばいいのか」について、何か役に立つ話をしてほしい、ということでしょう。

私は2015年からロースクールで憲法を教えているのですが、学生さんたちと話をすると、「憲法は苦手だ」、「どのように勉強すればよいのか分からない」、「何を書けばよいのか」、といった悩みの声をよく聞きます。憲法はよくわからない。よくわからないが故に、予備校的なマニュアル本に頼ってしまう。しかしそれを試験で実際に書いてみると、「マニュアル化した答案はダメだ」とか、「機械的な答案はよろしくない」などと言われてしまい、非常に戸惑っている、というのが学生の実態だそうです。

学生の立場からすれば、試験対策のためのマニュアルを求めるのは当然の心理でしょう。実際、憲法だけを勉強していればよい私や新井先生のような立場とは異なり、学生の皆さんは、他にも多くの試験科目の勉強もしなければなりませんので、憲法だけに勉強の時間を割くわけにもいきません。私自身、ある程度マニュアルは必要だと思っています。しかし、そのマニュアルが「機械的」になってしまうことには問題があると考えています。

そこで今日の講演では、悪い意味でのマニュアルではなく、良い意味での「使える」マニュアルを提示することで、憲法に対する苦手意識を少しでも和らげることができれば、と考えています。

I 事例問題で必ず書くべきこと

1. 司法試験では何を問われるのか？

「敵を知り、己を知れば百戦危うからず」という言葉があります。中国の古典『孫子』の中にある有名な一節です。司法試験の合格を目指す皆さんにとっ

での「敵」,ここでは,憲法事例問題ですが,それを知ることから始めたいと思います。

まず,司法試験では何が問われているかを確認しましょう。端的に言うと,「この人は実務法曹としてやっていけるか」,という能力を測るのが司法試験です。これは司法試験法に明確に書かれていて,1条には,司法試験は「必要な学識」と「その応用能力」を判定するとされており,3条2項には,「論文式による筆記試験は,裁判官,検察官又は弁護士となろうとする者に必要な専門的な学識並びに法的な分析,構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的」とする,と規定されています。

前提として,憲法を含む法律学についての「必要な学識を持っていること」が求められていますが,ここでいう「学識」とは,いわゆる教科書的な基本知識,法的概念や,物事の考え方のことを指します。基礎と言い換えてもよいでしょう。司法試験の短答式で問われるような内容です。その基礎をきちんと備えていることを前提に,それを用いて,具体的な事案を法的に分析し,整理してアウトプットして,相手に分かりやすく伝える。この能力が「応用能力」です。つまり司法試験では,憲法教科書的な知識を知っているだけでは不十分で,その知識を活用し,相手に伝える力が求められているということを意味します。

2. 採点実感を敷衍する

さらに,「敵」を分析しましょう。「敵」の動向を知るために必ず確認しておくべきものの一つに,「採点実感」というものがあります⁽²⁾。毎年公表されている憲法の採点実感を通読してもらおうと気が付くと思うのですが,同じような内容の指摘が毎年のように繰り返されています。それは,毎年のように受験生が引かかるポイント,あるいは採点者が答案に対して抱く不満で

(2) さらに,「出題趣旨」も重要だが,ここでは触れる余裕がない。

あるわけですから、その部分についての対策を講じて、しっかりと書くことができれば、合格に一步近づくのだといえそうです。憲法の事例問題で「何を書けばよいのか」という学生の疑問に対する答えは、採点実感にありそうです。

このような観点から、平成26年の採点実感を例に挙げてみると、「本年〔H26〕の問題においても、①事案を正確に読んでいるか、②憲法上の問題を的確に発見しているか、③その上で、関係する条文、判例、憲法上の基本的な理論を正確に理解しているか、④さらに、実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができているか、ということに重点を置いて採点した。」と指摘されています。これと同じような指摘が、毎年のように繰り返されていますね。

ここで、「では、採点実感をちゃんと読んでください」ということで、今日の講演を終わらせてもいいのかもしれません(笑)。しかし、まだ時間もありますので、採点実感を踏まえながら、私なりの言葉で整理あるいはパラフレーズして、皆さんが活用できるようなマニュアルあるいはフォーマットを示してみたいと思います。

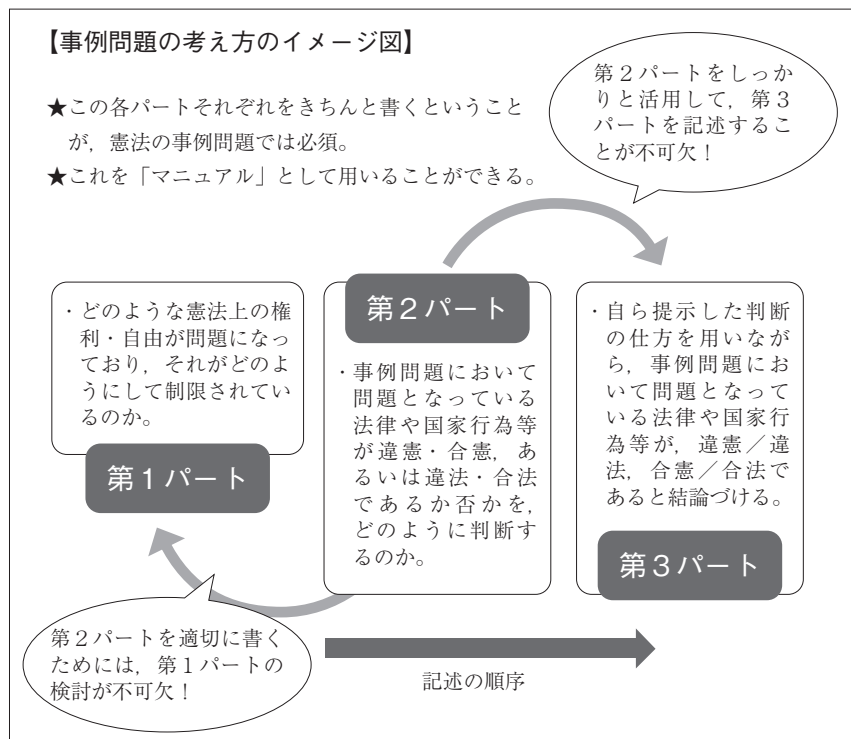
憲法の事例問題では、年度によって問い方に若干の変化はありますが、憲法上の問題について論じることが求められることは共通しています。そこでは、必ず書かなければならないことがあるのです。それは、「事例問題において問題となっている法令や国家行為等が違憲・合憲、あるいは違法・合法であるか否かを、どのように判断するのか」、ですね。憲法上の問題を論じるためには、このことを答案の中でしっかりと書かなければなりません。この部分を、今日の講演では【第2パート】と呼ぶことにします。なぜ【第1パート】ではなく【第2パート】なのかというと、この部分に先行して検討すべきパートが存在するからです。

憲法の条文には、【第2パート】について、ほとんど何も書かれていません。そこで、「なぜそのように判断するのか」を説明することから始める必要があ

ります。憲法23条の「学問の自由」を例にすると、条文には「学問の自由は、これを保障する」としか書かれていません。そこから、「学問研究活動の自由」、「学問研究成果の発表の自由」、「大学における（教授その他の研究者による）教授の自由」や、「大学の自治」といった具体的な内容が導き出されます。そのためには、東大ポポロ事件（最大判昭38・5・22刑集17巻4号370頁）を参考にするなどしながら、それらが学問の自由により保障されることを説明することになるでしょう。すなわち、【第2パート】を書くためには、それに先行して、「どのような憲法上の権利・自由が問題になっており、それがどのようにして制限されているのか」、を明らかにし、【第2パート】に前置しておかなければならない、ということです。この部分を、【第1パート】と呼ぶことにします。憲法の事例問題で問われている争点について、いかなる権利がどのように制限されているのかという検討（＝【第1パート】）を経て、初めて、それが違憲か合憲か、違法か合法かを判断するための方法は何か（＝【第2パート】）を示すことができるようになる、ということです。

最後のステップでは、この【第2パート】で示した判断方法を使って、具体的な事案の検討を行います。それが、「自ら提示した判断の仕方を用いながら、事例問題において問題となっている法律や国家行為等が、違憲／違法、合憲／合法であると結論づける」という部分であり、これを【第3パート】と呼ぶことにしましょう。

このように、憲法の事例問題で必ず書くべきことは、大きく三つのパートに分けることが可能です（これは、他の科目にも応用できるのではないかと考えています）。イメージ図を用意してみましたので参考にしてください。以下、便宜的に三分割思考と呼ぶことにします。



3. 三段階審査との違いと意義

ここで、「お前が言っているのは、三段階審査と同じじゃないのか？」と思われた方もいるのではないのでしょうか。そこで、三分割思考の重要性を、三段階審査と比較しながら示してみたいと思います。

皆さんもよくご存じの三段階審査とは、ドイツの憲法裁判所が自由権の侵害事例において用いている判断手法を整理した考え方です。具体的には、ある法令等に基づく自由の制限が違憲か合憲かの判断を、①当該憲法上の権利が何を保障するのか（保護領域）、②法令や国家の具体的措置が保護領域に制約を加えているのか（制限）、③制限は憲法上、正当化しうるのか（正当化）、という三段階のステップを踏んで行うという審査手法ないし作法のことを言

います⁽³⁾。

今の説明でも出てきましたが、三段階審査は、憲法の事例問題のすべてで用いることができるものではなく、基本的に自由権の侵害事例に限定されます⁽⁴⁾。例えば、政教分離の事例を例にすると、三段階審査では書けないということがすぐに分かりますね。すべての事例問題を、三段階審査という枠組みに押し込めてしまうと、平等の事例や生存権の事例などで「歪み」が生じてしまう。そういう答案が少なくなく、批判されているということも、皆さん承知のことだと思います。

では、三分割思考の場合はどうでしょうか。今触れた政教分離の事例を例に説明しましょう。

津地鎮祭判決（最大判昭52・7・13民集31巻4号533頁）で示された目的効果基準、空知太神社判決（最大判平22・1・20民集64巻1号1頁）や孔子廟訴訟（令和3・2・24民集75巻2号29頁）で示された総合的判断基準など、政教分離原則⁽⁵⁾に違反するか否かを判断する【第2パート】について、最高裁がどのように考えているのかは、現在進行中で議論が展開されています。しかし、それに先行する【第1パート】についての最高裁の理解は、一貫していると言ってよいかと思います。津地鎮祭判決で詳しく述べられていますが、かいつまんで言うと、①政教分離規定の「理想」は、国家と宗教との完全な分離であるものの、②国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上・現実上、不可能に近いので、③およそ国家が宗教との一切の関係を持つことが許されないということとはできない。④そこで政教分離規定は、

(3) 文献は多いが、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）を参照。

(4) 小山・前掲注(2)は、三段階審査を「防御権の作法」と呼び、「もう一つの作法」として、「下限統制・制度準拠審査」を取り上げている。

(5) 憲法では、政教分離（原則）という言葉は用いていないことに注意が必要である。それは憲法20条1項、3項、89条の解釈から導かれる原則であり、なぜそれらの条文から政教分離原則が導かれるのかの説明がいちいち必要である。

その関わり合いが我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとする、という理解です。この部分は、私のいうところの【第1パート】に該当します。この検討を経たうえで、初めて、目的効果基準とか、総合的判断基準という【第2パート】を定立することができるようになるのです。そして、その基準を用いて、【第3パート】の検討をしていく、というのが、およそほとんどの事例に共通するであろう議論の流れ、論理の展開ということになります。

ポイントは、三分割思考は三段階審査よりも抽象度が高い分だけ、汎用性があるという点にあります。憲法の事例問題では、この3つのパートを必ず書かなければならないわけですが、三つのパートで具体的に何を書くかは、事例に応じて柔軟に判断されます。三段階審査と同様に、「制限」や「保護範囲」の説明が必要な場合もありますが、それに縛られることなく、「パート」ごとに見る、という視点を持つということを「マニュアル」として捉えてみたらどうか、というのが、本日の私の講演の要点になります。

4. 何が批判されているのか？

「憲法事例問題で書くべきことを3つのパートに分けてみる」という視点から、皆さんの答案のどのような部分に問題があると指摘されているのかを確認していきたいと思いますが、私の見るところ、多くのロースクール生は、【第2パート】の重要性はしっかりと認識しており、その部分はきちんと書いているものの、その【第2パート】に前置される【第1パート】と、それを具体的に用いる【第3パート】の論述に問題を抱えているように見受けられます。

ロースクール生の答案で特に多いのは、【第2パート】、つまり、「違憲か合憲かの判断基準」の部分は書けているものの、その基準を導く前提となる【第1パート】の記述や検討が不十分であるケースです。表現の自由についての事例問題を例に説明しましょう。表現の自由が争点となっている事例問題で、

「表現の自由は自己統治や自己実現に資する重要な権利だから厳格審査が必要」といった記述をしたとしましょう。これは、厳格審査という【第2パート】を導くための理由付けとして、それに先行する【第1パート】で、「表現の自由は自己統治や自己実現に資する重要な権利」だという指摘をしているということですね。このような記述がどのように評価されるかという点、教科書的な知識の定型文をそのまま書いただけで、事案に即した分析が欠けていると評価されてしまうのではないのでしょうか。実際、平成25年の採点実感では、「表現の自由の性質の論述では、『自己統治、自己実現を支えるから重要な人権である』という紋切り型のものが多かったことは、学習内容の問題性を示している」、という指摘がなされています。

このような事態は、表現の自由に限られるわけではありません。平成26年の採点実感では、「制約される権利については、具体的な事情の検討を経ることなく、単純に『営業の自由』とするものがほとんどであった。また、その記載内容も、ほとんどの答案が判で押したように同様の内容であり、しかも、事案に即した必要な検討がなされないままで、あらかじめ準備した論証パターンを記載することが目的となっているようにすら見える答案も多かった」、と指摘されています。近年の令和4年の採点実感でも、「多くの答案が学問の自由に言及していたが、その保障の趣旨について、表現の自由と同じ自己実現の価値や自己統治の価値のみを挙げて、学問の自由が保障される固有の意義を意識していないと思われる答案も見られた」、とあります。こうした指摘は、【第1パート】の検討が不十分のまま、あるいは定型的・機械的な論証だけで、【第2パート】に至っていることを戒める指摘といえることができます。

次に、【第2パート】まではしっかり書けているのに、それを事案に適用する【第3パート】の検討が不十分な答案も散見されます。そのような答案は、大きく次の3つに分類できるでしょう。

まず、【第3パート】の分量が明らかに少ない答案というパターンです。平

成 26 年の採点実感は、「全体として、定立した審査基準の下で、事案の内容に即した個別的・具体的な検討を行う際に、その検討が『あっさり』している答案が多かった。法曹に求められるものとしては、判断枠組みの構築と並んで、『どのような事実に着眼し、どのように評価するのか』という点が非常に重要であるので、この点には物足りなさを感じた」と指摘していますが、これは、そのような答案のことを示しています。令和 2 年の採点実感でも、「違憲審査基準……の定立までは十分な記述をしながら、その具体的な適用においては、極めて形式的で簡潔過ぎる内容に終始した答案が目についた」と指摘されていますし、令和 3 年の採点実感でも、「合憲性の判断枠組みの定立までは十分な論述をしながら、具体的な合憲性の判断の場面で必要な論証が不足している等、論述のバランスが悪い答案が多かった」と指摘されており、多くの答案がそのような問題を抱えていることが示されています。

この点と密接に関連しますが、第二に、【第 3 パート】で、問題文に記載されている情報をそのまま答案に書き写して、「これは必要不可欠」とか、「やむにやまれぬ利益」だとか決めつけているだけの答案というパターンです。平成 23 年の採点実感（補足）における、「きちんとした検討の上で審査基準を立てたとしても、結論を導き出すためには、事例に即した具体的な検討が必要である。求めているのは、『やむにやまれぬ政府利益』、『必要不可欠な公益』等の言葉を観念的に覚え、その言葉だけを安易に用いて述べる答案ではない」という指摘がこれですね。

そして、第三に、【第 2 パート】と【第 3 パート】とがつながっていない答案です。これは要するに、審査基準を使いこなせていないという指摘です。この点については、令和元年の採点実感で、「厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほどの理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまっただけでは、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学

ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい」、と指摘されていることや、令和3年の採点実感で、「合憲性の判断枠組みとしては厳格な違憲審査基準を定立しながら簡潔な目的・手段審査で合憲性を肯定する答案、逆に、緩やかな違憲審査基準を定立しながら厳格な目的・手段審査をして合憲性を否定する答案等が、一定数あった。具体的な合憲性の判断に当たっては、自らが定立した判断枠組みの厳格度に見合った、事案の適切な検討が求められる」、と指摘されている通りです。

皆さん、実際の判決文を読む機会が多くあると思いますけれども、そこでは、【第3パート】の部分に一番多くの字数が割かれていることに気が付くはずです⁽⁶⁾。他方、試験答案では、たいてい、【第3パート】の分量が一番少ない。そのギャップに気が付いて欲しいのです。

では、どうすればよいのかということですが、実際の裁判例を、【第3パート】に着目しながら読んでいだけでも、だいぶ意識が変わってくるのではないのでしょうか。【第3パート】は、授業で教わるよりも、多くの裁判例が実際に示した「実技」をたくさん読み、それを吸収して学ぶほうが近道ではないか。そのように考えている教員が多いのではないかと思います。

5. 整理と若干の注意点

憲法の事例問題では、三つのパートのすべてについて、バランスよく書くという意識を持つことが大切だと述べてきましたが、すべてのパートを均等に書けば良いわけではない、ということに注意が必要です。事案に応じて、どのパートが重要になるかが異なってくるからです。

例えば、先ほど例に挙げた政教分離に関する問題では、【第1パート】と【第2パート】では、当事者間で大きな対立が生じるとは考えにくいいため、【第3パート】の論述の良し悪しが、結論を左右する、最も重要な評価のポイント

(6) 法律審である最高裁の場合はやや事情が異なることには注意したい。

になるでしょう。他方、【第2パート】の段階で当事者間が対立する場合、それを導く【第1パート】の検討が重要になるはずです。

もう1点、注意点を述べておきます。憲法の事例問題で必ず書くべき部分を、【第1パート】、【第2パート】、【第3パート】と区別するという三分割思考を提示したわけですが、それぞれのパートに付随して生じる論点にも注意を払う必要があるということです。例えば、当事者が外国人であったり、法人であったりする事案の場合、それが重要な要素となることがあります。この部分を【サブパート】と呼んでおきますが、【サブパート】については、時間の都合上、後で簡単に触れたいと思います。

Ⅱ 【第1パート】についての注意点

ここまで、本日の講演の基本的な考え方、すなわち、「憲法事例問題で必ず書くべきことを3つのパートに分けて考える」という三分割思考の概要を示してみました。次に、この考え方を前提に、特に【第1パート】について注意すべき点を説明していきたいと思います。

1. 理由・根拠の説明

【第1パート】を書くにあたって重要となることを一言でいうならば、「理由を丁寧に説明する」、ということに尽きるでしょう。自分の考えを言語化し、それを説明することです。例えば、事案を読んで、「表現の自由の制約事案で、厳格審査を行うべき」だと直感的に考えたとしましょう。答案では、その理由を省略せずに、面倒でもいちいち説明しなければなりません。そしてその際、先にも述べたように、単に教科書の記述——自己統治とか自己実現とか思想の自由市場とか——をそのまま書き写すのではなく、事案に応じた具体的な説明が必要となります。ここでも、採点実感の記述を紹介しておきましょう。令和元年の採点実感では、「違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを

意識して、説得的に論じるようにしてほしい」,と指摘されています。令和3年の採点実感も、「合憲性の判断枠組みとして厳格審査を選択する答案が一定数あったが、そのような判断枠組みを選択する理由付けが不十分なもの、問題となる人権への制約に関する論述と合憲性の判断枠組みに関する論述との繋がりに疑問があるものが見られた。合憲性の判断枠組みの選択に当たっては、十分な理由付けが求められる」,と指摘されています。

なお、この説明を行うに際して最も重要となるのが「判例を用いる」ことですが、この点は後で触れたいと思います。

2. 事案の特徴をつかむ—表現の自由を例に

このように【第1パート】の検討では、事案の特徴を見抜くことということが大切になってきます。再び表現の自由を例に説明してみましょう。

事案を読んで、直感的、抽象的に、「これは表現の自由の問題だ」と思っても、そこでは、どういう意味での表現が問題となっているのかを考えなければなりません。授業で散々扱われた判例を思い出してください。北方ジャーナル事件判決（最大判昭61・6・11民集40巻4号877頁）では、「公共的事項に関する表現の自由」について、「特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」とされていました。他方、レペタ訴訟（最判平元・3・8民集43巻2号89頁）は、よど号ハイジャック事件判決（最大判昭58・6・22民集37巻5号793頁）を引用しながら、「情報等に接し、これを撮取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」と述べる一方、筆記行為の自由については、「憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由の制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではない」と述べられていましたね。また、博多駅事件決定（最大決昭44・11・26刑集23巻11号1490頁）における「報道の自由」と「取材の自由」の区別なども、各自で確認しても

られればと思いますが、「表現の自由」と一口に言っても、どのような表現が問題になっているのかは事案によって異なるのであって、それを見逃して「表現の自由」と一括りにしてしまわないようにすることが肝要です。さらに、ヘイトスピーチなど、それが憲法 21 条 1 項によって保障されるかは自明ではないこともありますし、営利的表現など、表現の自由なのか経済活動の自由なのか迷う場合もありますね。

次に、その表現が、どのような意味での制約を受けてるのかも、事案によって異なります。授業では、事前規制と事後規制、内容中立規制と内容規制、全面的規制と部分的規制、直接的規制と間接的規制など、様々な規制類型論を勉強してきたと思いますが、そうした分析が必要です。別の言い方をすれば、せっかく様々な規制類型論を勉強した（させられた）のに、いざ本番の事例問題で「表現の自由が制約されている」と書いてしまつては、これまでの努力が無駄になってしまうじゃないですか、ということです。

さらに、「表現の自由」は複合的な保障根拠を持つ権利です。思想の自由市場や自己実現、自己統治といった複数の保障根拠論が絡んでいます。表現の自由が問題になるときにすべてが、一律に、同じように妥当するわけではありません。例えば、マスメディアの表現の自由を検討する際に、「自己実現のため」と書かれると、違和感を覚えてしまうのではないのでしょうか（この点は法人の人権論という【サブパート】にも関係します）。ここでも、教科書に書かれている通りに書けばよいのではなく、事案に即して、適切な説明をしていくことが求められます。

先ほど、【第 1 パート】で重要となることは「理由を丁寧に説明する」と言いましたが、もう少し詳しく言えば、「誰の（Who）／なんの権利（What）が／いつ（When）／どこで（Where）／なにを根拠として（why）／どのように制約されたのか（how）、をはっきりさせない限り、的確な法的主張など不可能である、と言い換えることができるか」と思います。

3. 判例を活用する

紋切型、定型的な答案はよくないと言われますが、その理由は、そこに判例への意識が全くないからであるといつてよいでしょう。判例を意識しないことの何が問題なのかと言えは、そのような人が実務家になってしまうと社会的に困ったことになるからです。そのような人が弁護士になったとしましょう。その人に依頼したら、判例は使わない、教科書に書いてある部分を書き写すだけ。それで何十万円払えと言われても困ってしまいますよね。法曹全体の信用問題にも関わります。

判例を活用しなければならないということは、採点実感が繰り返され繰り返され述べている点です。令和元年の採点実感では、「関連する判例への言及は、以前に比べると増えているが、問題はその引用の適切さである。判例の表面的な理解が目につくことが多く、当該判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用しているものはまだ多くない」、と指摘されていますし、令和2年の採点実感では、「関連する判例に言及しつつ論ずべきことは問題文の要求でもあるところ、全く判例に言及しないまま論述を進める答案が少なからずあった。一般論としても、法曹を目指す者が関連する判例を無視して議論を展開することは許されないであろう。まして、本設問のように当然言及してしかるべき関連判例が存在する事案については、当該判例を明示し、その論旨を踏まえて自らの見解を示すことは必須である」、とまで述べられています。

憲法判例の重要性については、冒頭で紹介した2019年の講演会で言及しましたので、それを参照いただければと思います⁽⁷⁾。

(7) 横大道・前掲注(1)を参照。また併せて、横大道聡編『憲法判例の射程〔第2版〕』（弘文堂、2020年）第0章も参照。

4. 利益較量という判例の基準? —再び表現の自由を例に

たった今、判例が重要であることを強調したばかりで恐縮なのですが、表現の自由の場合には、必ずしも判例は役に立たないという難しい問題があります。それはこういうことです。

表現の自由についての判例の考え方は、利益較量あるいは比較考量です。この点について、堀越事件(最判平24・12・7刑集66巻12号1337頁)の調査官解説は、「猿払判決以降、表現の自由を規制する法令等について憲法21条1項との適合性を判断した当審の大法廷判例の判示内容」と「小法廷判例」を整理したうえで、「表現の自由に対する規制の合憲性審査について、これまでの最高裁の判例は、いずれも基本的には利益較量によっているということができると思われる⁽⁸⁾」、とまとめています。そしてこの利益較量を行う際に、学説のいうところの厳格審査の精神を読み込んだりとか、選択するとか、そういう作業をしているというのです。有名な、堀越事件の千葉勝美裁判官の補足意見がこの点を強調しているということも、授業などでも触れられているかと思います。やや長いですが、ここでも紹介しておきましょう。

近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準(明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRAの原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など)ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。もっ

(8) 岩崎邦生「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度482-494頁。

とも、厳格な基準の活用については、アブリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言するようなことをしないのはもちろん、例えば、「LRA」の原則などといった講学上の用語をそのまま用いることも少ない。また、これらの厳格な基準のどれを採用するかについては、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択して適用するという態度を採っており、さらに、適用された厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどしており……、基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである……。

判例に準拠して表現の自由の事例問題にアプローチしようとすると、利益較量で判断すべき、ということになりそうです。しかし、採点実感を見てみると、どうもそのような答案は良しとされていません。令和元年の採点実感ですが、「あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる」、とされていますし、令和3年の採点実感でも、「単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった」、と指摘されています。

この点を、本日の講演に引き付けて私なりにパラフレーズすると、こうなるでしょうか。総合的な利益較量というのは、【第1パート】の検討を抜きにして、いきなり【第2パート】から書くようなものです。どうしてその基準を使って違憲・合憲を判断するのかという説明が省かれている。それが判例の考え方だということで、いきなり【第2パート】からスタートします。そして、通常であれば【第1パート】で検討すべき事項や内容が、すべて【第3パート】へと回されてしまい、基準に基づく検討なのか、基準の定立なの

かが混然一体とした検討となってしまう、結果、「恣意的に憲法適合性を判断している」と評価されてしまうのです。典型的な利益較量の基準を示しているのが、よど号ハイジャック記事事件判決ですが、そこでは、「この場合において、これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」とされています。これらの事項がすべて、【第3パート】で検討されることになる結果、【第1パート】の存在意義が失われてしまい、採点実感が述べているような答案になってしまう、ということなのでしょう。

こうした採点実感の指摘は、別の角度から、三分割思考の重要性を裏付けていると言ってもよいのではないのでしょうか。

Ⅲ 事案の特徴を活かす

1. 対立構図を描く

話の筋を見失わないように、ここまで話してきたことを整理しておきましょう。

まず、三分割思考、すなわち、憲法の事例問題で書くべき部分を【第1パート】、【第2パート】、【第3パート】に区別するという考え方を示してみました。次に、特に【第1パート】を具体的に書くときに注意すべき点についてお話ししました。そして、各パートでは、それぞれそれなりの分量の記述・検討をすることが必要ですが、事案の性質に応じて、3つのパートのうち、特に分厚く書かなければならない部分を見抜くことが肝要であることを強調しました。厚く書かなければならない部分とは、一言で言うと、当事者間、以下、XとかYと呼ぶことにしますが、XとYの主張が対立するであろうと考えられる部分です。したがって、【第1パート】、【第2パート】、【第3パート】のうち、

どこでXとYが対立するのかという視点から、事案を捉えるという視点が重要になってきます。これが「対立構図」とか「攻撃防御」と言われる部分に該当します。

仮に、答案の【第2パート】で、XとYとで異なった判断枠組みを示す答案を書くとしましょう。そういう答案構成となったのは、【第1パート】におけるXとYの検討・評価に違いがあるからだということになるはずです。このとき、【第1パート】の検討が不十分のまま、【第2パート】でXとYとで異なった判断枠組みが示されているような答案は、どう受け止められるでしょうか。そういう答案は、令和4年の採点実感が、「事実関係を丹念に検討することなく、専ら違憲審査基準の寛厳で憲法上の評価を違えようとする答案が一定数あった。そのように審査基準論へ逃避したような答案は、高く評価することはできなかった」と非難されてしまうような答案になってしまいます。【第2パート】で用いる基準について、どうしてそれを用いるのかという【第1パート】の検討をおろそかにしたまま、Xとしては違憲にしたいから厳格な基準にしようとか、Yは厳格審査だと不利だから合理性審査か中間審査基準にしようとか、私見はその中間でとか、基準をいじることで結論を左右させようとしている答案だ、というように受け止められてしまいかねないのです。

【第1パート】でのXとYとの対立構図は、①問題となる権利・自由の重要性についての認識・評価が異なる場合、②当該権利・自由に対して加えられる制約の程度・度合いについての認識・評価が異なる場合、③その他の「特段の事情」が存する場合に大別できます。①と②については既に触れたので、ここでは③についてだけ、簡単にコメントしておきたいと思います。なお、①～③は、同時に問題になる場合があるということにも注意を喚起しておきます。

「重要な権利に対する強力な制限」であっても、特段の事情が存する事案の場合には、立法裁量が尊重されたり、審査基準が緩やかにされたりすること

があり得ます。経済的自由に関する小売市場判決(最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁)における積極目的規制についての説明部分や、酒類販売免許制事件判決(最判平4・12・15民集46巻9号2829頁)における専門的判断の必要性を強調する部分などでは、立法裁量を尊重すべき「領域」、「分野」が存在することが示されており、それらが「特段の事情」として、【第1パート】や【第2パート】の検討に影響を及ぼします。また、それぞれのパートに付随して生じる論点を【サブパート】と命名しておきましたが、「主体」が特別な場合——例えば青少年、外国人、公務員である場合など——や、一定の「制度」を前提とした自由の場合——公共施設での集会や、「選挙運動」という特別な場面における制限、教育現場(学校)、刑務所で生じた問題など——などにおいても、やはり、特別の考慮が要請されます。そうした事案ごとの特徴を丹念に拾っていくということは、【第2パート】を導くための【第1パート】の検討として、事例問題で重要となってくるポイントです。

逆に、【第2パート】でXとYとが対立しないのであれば、基本的に、【第1パート】でも両者は対立することはないはずです。再び政教分離を例にすれば、憲法が要請する政教分離原則に違反するか否かの判断の方法は、目的効果基準や総合的考慮基準など、いまだ確定しているとは言えない状況にあるわけですが、こちらの基準を用いればXにとって有利になるとか、あちらの基準が用いられるとXに不利になってしまうとか、そういう性質を持つ基準ではありません。また、先ほど説明した【第1パート】についても、政教分離の事案でXとYで対立するようなことは想定し難いでしょう。そうすると、政教分離のケースでは、【第3パート】が勝負所になる、つまり「対立構図を描く」のであり、その部分を厚く書かなければならないということになりますよね。おそらく、採点の際の配点でもそのように配分されているのではないでしょう。

別の例も挙げてみましょう。ご承知の通り、徳島市公安条例事件(最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁)では、法律と条例の抵触の有無の判

断方法が示されました。「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない」というのがのですが、この部分が、今日の講演にいう【第2パート】です⁽⁹⁾。この【第2パート】について、XとY、さらには私見でも、特に異論は生じないでしょう。このような事案が問題となっている場合、【第3パート】が決定的に重要となります。

逆に言えば、XとY、私見のいずれの立場になった場合でも対立しないような、教科書的な論点は、事例問題では書くだけ無駄であるということです。無駄であるだけならまだしも、場合によってはマイナスの評価を受けてしまうかもしれません。平成27年の採点実感の指摘を引用しておきます。『『法の下』の意義(法適用の平等に尽きるか、法内容の平等も含むのか)については、本問では論じる必要がないと考えられるにもかかわらず、これを論じているものが散見された。マニュアル的、パターンのに準備してきたものをそのまま書くのではなく、なぜその点を論じる必要があるのかを事案に即して考え、準備してきたものの中から取捨選択して論じていくべきである。なお、現在の実務では、必要のないことに言及するのは無益ではなく有害と評価される場合もあることに留意してほしい』。いま引用した最後の文は、余計な他事記載は減点という処理がなされるかのような言い方になっていることに気づくでしょう。本当に減点されるかどうかは不明ですが、確実にいえることは、限られた試験時間のなかで、余計なことを記載している時間はもったいない、ということです。

2. 事実を差配する

これまで、「具体的な事例問題で示されている事実」に即して考えていきま

(9) なお、徳島市公安条例事件判決では、この【第2パート】が導き出される理由についての説明がほとんどないという特徴がある。

しょう」ということを強調してきましたけれども、事実には、【第1パート】で活用すべきものと、【第3パート】で用いるべきものがあるということにも注意喚起しておきます。このことを指して、「事実を差配する」と表現してみたいと思います。

どういうことかという、 「審査基準の定立の段階で本件の詳細な具体的事情まで審査基準の定立の検討材料としてしまっているもの、逆に、基準定立がうまくできず、具体的検討での価値判断に終始してしまうものなど、審査基準の定立と基準に基づく判断が渾然一体となり、適切な論述ができていない答案が目立った。」という平成26年の採点実感の指摘に関連します。審査基準の定立の段階、つまり【第2パート】で当該事案における判断枠組みを示すためには、【第1パート】の検討が重要となるわけですが、①その【第1パート】の検討の段階で、本来は【第3パート】で検討すべき詳細な具体的事情を検討してしまっている答案と、②基準定立という【第2パート】のために必要な検討部分である【第1パート】で、事案のなかの関連事項をきちんと拾い上げることができていない結果、【第1パート】の検討すべき事項が、【第3パート】で取り上げられることになり、その結果、【第2パート】に基づいた判断ではなく、【第3パート】での価値判断となってしまう答案。この二つを合わせて、「審査基準の定立と基準に基づく判断が渾然一体となり、適切な論述ができていない答案」だとされているのだと言えるでしょう。

令和元年の採点実感でも、「合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる」と指摘されています。この部分は、利益衡量・比較衡量に対する批判の部分でも登場しましたがけれども、やはり、【第1パート】で検討すべき事項と、【第3パート】で取り上げられるべき事項との自覚的な区別

の必要性が説かれていますね。それをおろそかにしてしまうと、【第3パート】に過度の負担がかかる総合的な利益較量となってしまうというのです。また、「罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる」、という令和2年の採点実感の指摘も、「事実の差配」に関係する指摘ですね。

学説でも、例えば、私たちも大変お世話になっている上田健介先生が、新井先生が編者に加わられている『憲法論点教室』のなかで、「審査の厳格度の決定は、……最終的な合憲性の判断に至るまでの議論を客観化するための途中時点での『ふるい』の設定といえるので、その決定の際に挙げる考慮要素は……一般的、類型的なものに留めておかなければならない。薬事法判決にならうならば、当該法律の立法事実に踏み込む目的の検討や他の規制手段との比較は当てはめに回すべきことになるだろう⁽¹⁰⁾」と記されています。本講演の言葉を使って言えば、【第2パート】を導出するための【第1パート】での検討は、「一般的・類型的」な事項であるのに対して、【第3パート】での検討は、その事案に固有の個別的・具体的事情になる、というように表現できるかと思います。

いまの上田先生の説明のなかに、薬事法判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）が出てきました。そこで、これまでの話の改めて整理するために、薬事法判決を例として取り上げたいと思います。

3. 薬事法判決を例に

薬事法判決では、職業の自由が問題となりましたが、憲法22条1項の職業の自由はどのような自由であるかは、次のように説明されています。

(10) 上田健介「職業選択の自由」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』（日本評論社、2020年）155-156頁。

憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。

もちろん、この部分を一言一句そのまま覚える必要ありません。新井先生も私も、当然覚えていません（笑）。そんなことはドラえものの秘密道具の暗記パンでも使わないかぎり不可能ですから、ポイントや議論の流れ、論理の展開がきちんと押さえられてさえいれば、それで十分です。

そして薬事法判決は、職業の自由の制約についても、極めて重要な一般論を展開しました。先の引用部分の続きを引用します。

もっとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。

このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社

会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によっては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。

いま引用した部分のうち、下線部が【第2パート】の判断枠組みのように見えますが、まだまだ油断できません。薬事法判決には続きがありましたね。

この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

乱暴にまとめてしまうと、薬事法判決の【第1パート】は、「これこれこういう性格を有する職業の自由の制約の合憲性を判断するための一律の基準は存在しないから、比較考量で判断するのが基本」で、「その際には立法府の裁量を尊重しなければならない」のが原則だけれども、「立法府の裁量をどこまで尊重するかは、事の性質によって決まる」と述べています。

この立法裁量を尊重したかたちでの比較考量で判断するというのが【第2パート】なのかというと、さらに続きがあって、そこに「事の性質」という要素が加わってきます。先ほど引用した箇所が続く部分の引用です。

一般的に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。

ここでは、薬事法に基づく規制が「許可制」であるということと、「消極的、警察的目的」の規制であることが指摘されています。ここまでの議論の流れからも明らかなように、これらが本事案における「事の性質」です。そして、これらの「事の性質」を踏まえて、ようやく、「問題となっている法律の規定が違憲・合憲であるか否かを、どのように判断するのか」という【第2パート】にまでたどり着くことができました。職業の自由の事例問題では、この薬事法判決の議論を踏まえた論述をしていくわけですが、【第2パート】を導くた

めの【第1パート】の重要性が分かったのではないかと思います。

長くなるので薬事法についてはこの辺にしておきたいと思いますが、1点だけ。ここまでで、いまだ具体的な薬事法の規定が登場していないということに気が付いたでしょうか。薬事法判決では、上記の引用部分に続けて、「そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである」と述べており、以降でようやく、【第3パート】の検討がスタートしていきます。そこでは、薬事法が採用する「許可制そのもの」と、距離制限（適正配置）という「個々の許可条件」が順に検討されます。【第3パート】での検討は、その事案に固有の個別的・具体的事情になる、といいましたが、それはこのようなレベルの事項のことであるということですから、これが、「事実を差配する」という説明に関連する部分です。

終わりに

まだまだ言いたいことはたくさんありますが、時間が迫ってきましたので、今日の講演を簡単にまとめて、終わりにしたいと思います。

講演では、憲法の答案に、ある種のマニュアルを導入するとしたらどういうものになるのか、を話してきたつもりです。憲法の事例問題で必ず書くべきこと。それは当然、問われている法律なり国家行為が違憲か合憲か、違法か合法かといった「判断」ですよね。「どのように判断するのか」という判断枠組みを起点に考えると、「なぜその判断枠組みを採用するのか」という部分が前置され、「その判断基準を用いるとどのような結論になるのか」という部分が後置されるはずでしょう。これをその順番に沿って、【第1パート】、【第2パート】、【第3パート】と区別し、三分割思考と名付けたうえで、それぞれのパートで留意すべきことについて述べたというのが、今日の話のアルファでありオメガです。

三分割思考は、マニュアルというにはあまりにも「ざっくり」とし過ぎているように見えるかもしれません。しかしそれでも、自分の答案を振り返ったり、判例を読んだりする際に、有益な視点になるのではないかと考えています。特に講演では、採点実感を踏まえながら、【第1パート】と【第3パート】の重要性を強調しましたが、そのような視点から、憲法の事例問題に取り組んでみてください。

みなさんの憲法に対する苦手意識が少しでも軽減されたとすれば、とてもうれしく思います。ご清聴いただき、ありがとうございました。