

スタ論【スタート】シミュレーション講義 「法令違憲と適用違憲の書き方」

※ 2009.4.2 実施 2009 辰巳・新司法試験全国公開模試 公法系第1問より

** オリジナルレジュメ **

- 辰巳解答例
- 参考答案集
- 稲村先生御作成解答例
- 講師オリジナル採点基準表
- 採点者の眼
- 補習レジュメ
- 参考資料（平成21年新司法試験論文式試験問題公法系第1問）

辰巳専任講師・弁護士 稲村 晃伸 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

● 目 次 ●

※ 2009.4.2 実施 2009 辰巳・新司法試験全国公開模試 公法系第 1 問より

● 辰巳解答例	1
● 参考答案集	6
※ 実施当時の参考答案集よりそのまま抜粋しています。	
● 稲村先生御作成解答例	22
● 講師オリジナル採点基準表	30
● 採点者の眼	32
● 補習レジュメ	38
● 参考資料（平成 21 年新司法試験論文式試験問題公法系第 1 問）	45

第1 設問1について

P.1

1 原告B社の主張する権利の性質

原告B社としては、本件条例により侵害される権利は、憲法21条1項にいう「表現の自由」そのものであり、このような権利を安易に規制することは許されるべきではない旨を主張する。即ち、本件雑誌の内容は、地域情報や公益情報が中心であり、これは、「地方自治の本旨」（92条）、とりわけ地方自治が住民の意思に基づいて行われるべきであるという住民自治を十全なものとする上での情報を提供し、住民の知る権利に奉仕するものであるとともに、本来行政が行うべき地域情報の提供責務をB社が担っているという側面がある。さらに、B社の得ている広告収入も地域の飲食店や病院などの公共施設など、地域のコミュニティを支える人間や団体からのものである（資料4）。

そして、表現の自由は、個人の人格形成にとって重要な権利であるとともに、国民が自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利でもある。このように人権カタログにおいて中心的な位置を占める重要な人権である表現の自由の保護は最大限に図られるべきであると主張する。

2 本件条例2条1号が漠然性ゆえに無効・違憲との主張

(1) 上記のような権利の性質を踏まえて、原告B社としては、罰則規定を伴って表現の自由を規制する本件条例2条1号の「専ら営利広告目的で無料配布される紙媒体」という文言が、法文上不明確であり憲法21条1項に反し無効であると主張する。すなわち、具体的にどのようなものが「宣伝ビラ」に該当するか一義的に確定できず、このような曖昧な表現をもって、表現の自由という最大限保護を受けて然るべき権利を規制することはできないと主張する。

このように、法文上不明確な法令が違憲となるのは、罪刑法定主義の観点に加えて、表現の自由の規制立法の基準が不明確であると、本来憲法上許容されるべき表現にまで当該規制が及ぼされ萎縮の効果を及ぼし、表現の自由が不当に制限されることになるからである。

その上で、B社としては、法文の規定は一定の幅をもって規定せざるを得ず、抽象的な規定にならざるを得ない場合もあることは認めつつ、そのため仮に抽象的で立法措置として著しく妥当性を欠くとしてもそれのみで法文上違憲とすることはできないが、通常の判断能力を有する一般人の理解において、基準が読み取れない場合には違憲と解すべきであると主張する。

P.2

(2) 本件では、上記規定の文言は、抽象的で立法措置として著しく妥当性を欠く上、通常の判断能力を有する一般人の理解において、本件雑誌が本件条例の適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準を読み取ることが困難であり、本件規定は明確性を欠く。

3 本件条例6条1項が表現の自由の不当な制限であり違憲との主張

(1) 次いで、原告B社としては、本件条例6条1項が許可制をとっていることは表現の自由（憲法21条1項）の不当な制限であるとして違憲であると主張する。

上記のようにB社が発信している情報は、本来地方公共団体が行うべき情報提供の責務を代替的に担っているものであり、住民自治の観点からも地域住民にとって必要度の高い情報を内容としていることから、安易な規制が許されるべき性質のものではない。また、その規制は、特定の政治思想や宗教を政府が抑圧する危険を内包し、権限濫用の危険が極めて大きい内容規制であるとともに、その態様は、表現の自由の原則禁止を旨とする許可制である。さらに、ニューズラックが設置されている場所は、駅周辺の歩道、市役所など、不特定多数人の往来・集合が本来的に予定されている空間であるパブリックフォーラムといえる場であるから、市民の表現の受領を確保する上でも、そこでの表現の自由は、より尊重されなければならない。

このように考えれば、本件条例が憲法21条1項に反しないとされるためには、目的がやむにやまれぬ利益を有し、規制の態様が、目的との関係で必要最小限度のものであることを要する。

(2) 本件についてみると、「良好な景観を形成し、又は風致を維持するとともに、公衆に対する危害の防止を図ること」という本件条例の目的自体は確かに重要な利益を有する。しかし、美観風致の点については、A市が大都市のベッドタウンとしての性質を持ち、交通アクセス

や駅周辺に存在する商業施設などの利便性が発展の基礎になっていることに鑑みれば、美観風致の維持も商業施設や交通機関の立地との調和の観点から考慮せざるを得ない。そうであれば、美観風致の維持が未だやむにやまれぬ利益とまでは認められない。

P.3

また、美観風致の点が仮にやむにやまれぬ利益と認められるとしても、この目的達成には、必ずしもニューズラックへの宣伝ビラの設置を全面禁止する必要はなく、宣伝ビラの散乱を防止する措置の義務付けや、設置禁止地域の限定など、同一目的を達成するための他の規制がありえ、本件条例における許可制は必要最小限度の規制態様を超えている。

したがって、本件条例6条1項は憲法21条1項が保障する表現の自由を侵害し違憲無効である。

- (3) 仮に、本件条例自体の合憲性を肯定したとしても、B社の本件雑誌は「専ら営利広告目的」とまでいえるか問題があるうえ、B社の設置した本件雑誌によって住民からの苦情が相次いだり、本件雑誌を踏み付けた幼児が転倒して怪我をしたりするなどの事情が生じていない本件において、同条例をB社に適用して本件雑誌を強制的に撤去することは、不当にB社の表現の自由を侵害するものとして、その適用において違憲である。

4 本件条例が適正手続違反であり違憲との主張

- (1) 本件条例は、表現の自由を規制するものであるとともに、その規制違反に対して罰則を科すものであるから、刑事手続における手続保障を規定した憲法31条の本来的適用場面である。そして、憲法31条は、手続が法律で定められていることのみならず、法律で定められた手続が適正でなければならないことまで保障しており、手続の適正の内容として、告知・聴聞を受ける権利が保障されている。

それにもかかわらず、行政手続法（以下「行手法」という。）3条3項が、地方公共団体について、適用除外を設けていることは、憲法に違反する。また、本件条例自体が、告知・聴聞の手続を設けていない以上、違憲であるといえる。

- (2) 仮に、本件条例が違憲でないとしても、本件では、設置禁止により制約されるのは表現の自由という重要な権利であること、表現の自由は憲法上優越的な地位を有していること、規制態様が設置の一律禁止という重いものであること等を考慮すれば、少なくとも、本件においては、撤去命令・強制撤去に先立ち、B社に告知・聴聞等の機会を与えることが憲法31条から保障され、それを行わないで撤去したことは、罪刑法定主義の見地からも問題があり、適用において違憲である。

P.4

第2 設問2について

1 原告B社の主張する権利の性質について

- (1) 本件条例及びそれに基づく撤去が憲法21条1項に反するものであるとのB社の主張に対し、A市としては、そもそもB社の行為が憲法21条1項で保障される類のものではないと反論するであろう。即ち、B社発刊の雑誌は、その6割が広告を占めるとともに、広告収入から一定の利益を得ていることはまぎれもない事実であるから、B社の行為は経済的活動に他ならず、B社は表現の自由として十全な保護をされるべき権利をそもそも有しない。また、ニューズラックの設置・管理者はA市であって、それをどのように使用させるかは専らA市の裁量下にあり、なんらA市はB社の雑誌発刊を阻害するような行為を行っていない。

- (2) そこで考えるに、B社が本来自治体の担うべき公的な言論を代替的に担っていることは認められるものの、広告収入によって一定の利益を得ているか否かは客観的に明らかであるから、それが表現の自由としての性質を有するものであるとしても、営利的表現の自由というべきである。

ただ、営利的表現といっても、消費者に対する情報提供という意味での役割の重要性は否定できず、これを憲法21条1項の「表現」に含めた上で、制約の必要性を具体的に検討していくべきであると考えます。

2 本件条例2条1号が漠然性ゆえに無効・違憲との主張について

- (1) A市としては、営利性の有無は本来的に客観的判断に馴染むものであることを前提に、本件雑誌における地域情報の存在は付随的なものであり、B社の行為は経済的自由権の行使に他ならず、また、A市の行為はB社の雑誌発刊を阻害するものではなく、設置場所の使用を認めるか否かの問題であるから、少なくとも、「明確性の原則」や「漠然性ゆえに無効の法理」の適用場面ではないと反論するであろう。

P.5

- (2) そこで考えるに、前述したように営利的表現といっても憲法21条1項の「表現」であることに変わりはないことから、「明確性の原則」や「漠然性ゆえに無効の法理」の適用を肯定すべきである。

そして、原告B社主張のように、法文の規定は一定の幅をもって規定せざるを得ないことから、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるかどうかを読み取れる場合には、法令自体は合憲と解すべきである。

本件では、いかなるものが営利か否かは客観的に判断し得る性質のものであるから、その判断も比較的容易である。そうであれば、ニューズラックに設置することが禁止される宣伝ビラにあたるか否かは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、適用の核心部分を読み取ることは可能である。

したがって、本件条例2条1号の文言が漠然性ゆえに無効とまではいえない。

3 本件条例6条1項が表現の自由の不当な制限であり違憲との主張について

- (1) A市としては、そもそもB社の行為が「表現の自由」として憲法上保護されるべきものではない以上、A市の裁量も広範なものであり、ニューズラックの使用の許否をいかに決するかはA市の判断に委ねられるものであると反論する。また、仮にB社の行為が営利的「表現」の自由の保障下にあるとしても、本件規制はその内容に着目した規制ではなく、頒布方法という時・場所・方法に関する規制であるから、せいぜい厳格な合理性の基準、即ち、立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有することを要求する基準によって判断すべきであり、これをもとにA市による規制の必要性を正当化できると反論する。さらに、ニューズラックがA市の所有物である以上、それをいかなる態様で誰に使用させるかはA市の判断に委ねられるのであり、本件条例の合憲性を判断するにあたって許可制の適否を論じることは失当であると反論する。

P.6

- (2) しかし、前述のように、営利的表現も憲法21条1項の「表現」であるから、それを前提にその制約立法に対する違憲審査基準を検討すべきである。

確かに、営利的言論は経済的自由の一環としての側面を有するものの、情報の送り手の自己実現、情報の受け手の知る権利という観点からは、他の表現の自由と変わらぬ価値があるといえる。

もつとも、営利的言論は、その内容の真実性・正確性を判断することが、政治的・思想的表現よりも容易であり、政府の規制権限が濫用される危険は小さく、また、営利的言論は、経済的動機に基づいて行われるため、政府の規制によっても過度に萎縮するおそれは少ないといえるため、他の表現の自由よりは、緩やかな基準が妥当すると解すべきである。

以上のようなことからすると、本件条例のように営利的言論を規制する法令は、たとえ内容規制であっても、目的が重要な利益を有し、この目的を達成するためにとられる規制の態様が、目的との関係で実質的関連性を有していれば、合憲であると考えべきである。

- (3)ア これを本件につきみると、まず本件条例が目的として掲げる「良好な景観を形成し、又は風致を維持するとともに、公衆に対する危害の防止を図ること」は、A市の大部分は都心近郊でありながら緑に恵まれた閑静な住宅街であり、良好な景観を形成し、風致を維持するという重要な利益が認められる。また、公衆に対する危害の防止の点も、幼児がニューズラックから溢れ出た大量のビラを踏み付けて転倒する事件が実際に起こっていることからすると、重要な目的といえる。

イ 手段の点については、ニューズラックを用いた頒布という限られた配布方法を規制しているのであって、それ以外の態様による配布を制限するものではない。また、誰でも無料で雑誌を手に入れられるというニューズラックの性質上、散乱しやすいという特色があるため、宣伝ビラの設置自体を禁じてしまうことにも理由はあるかのように思われる。

P.7

しかし、ニューズラックに設置された頒布物の散乱は、その設置に伴い不可避免的に生じるものであり、それは宣伝ビラであろうと純粋な地域情報誌であろうと変わらず、巡回による清掃などの管理は当然になされて然るべきである。そうであれば、宣伝ビラが大量に頒布される性質のものであるとしても、美観風致を維持するために、宣伝ビラのみを設置禁止物にすることの合理性に乏しい。また、原則としてその設置を禁止する許可制という強力な手段によらなくても、設置事業者等にビラの散乱を防止する措置を義務づけたり、その枚数を制限したりするなど、他にとり得るより制限的でない方法も多く存在する。そ

して、このような方策によっても街の美観風致は十分に維持されるのであり、美観風致の維持の名の下に、殊更に許可制という強力な手段を採る理由はない。

以上からすれば、本件条例の規制態様は、規制目的との関係で実質的関連性を有せず、憲法21条1項に反する。

- (4) なお、仮に本件条例が憲法21条1項に反しないとしても、B社の主張するように、B社の設置した本件雑誌によって住民からの苦情が相次いだり、本件雑誌を踏み付けた幼児が転倒して怪我をしたりするなどの事情は生じておらず、また、B社社員による定期的な見回りがなされており、かつ、ニューズラックに場所的余裕が残っている本件において、同条例をB社に適用して本件雑誌を強制的に撤去することは、不当にB社の表現の自由を侵害するものとして、その適用において違憲である。

4 本件条例が適正手続違反であり違憲との主張について

- (1) A市としては、憲法31条は直接には刑事手続についての規定であり、行政手続である本件条例による強制撤去については適用されないと反論する。

- (2) そこで考えるに、行政手続に憲法31条の適用があるか否かについて、確かに文言上適用が困難だとしても、その趣旨は、行政手続にも適用されると解すべきである。もっとも、行政手続は刑事手続と性質が異なるし多種多様であるから、事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分によって達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合量して決定され、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない。

そうすると、行手法3条3項が地方公共団体について聴聞手続等を除外していること、または本件条例それ自身が告知・聴聞手続を用意していないことも、以上のような観点に照らし、許されることがあり得るから、行手法3条3項が地方公共団体に対し、告知・聴聞手続の付与の判断を委ねたとしても必ずしも違憲であるとはいえない。

しかし、本件条例においては、50万円以下の罰金という刑罰規定がある以上、A市としては、条例制定段階で告知・聴聞手続を設ける必要があったと考えられる。まして、営利的とはいえ表現の自由に対する規制法令である以上、その必要性は大きい。したがって、これを欠くことは条例の不備であり、本件条例は憲法31条に反する。

- (3) もっとも、行手法3条3項や本件条例が合憲であるとしても、あらゆる場合に、告知・聴聞をしなくてもよいということにはならない。具体的事案に応じて、憲法上告知・聴聞が要求されるにもかかわらず、それを行わない場合には適用において違憲となると解すべきである。

本件雑誌は、ニューズラックから溢れていたという事情もなく、美観風致を害する事態に陥っていたというような事情もない。確かに、B社は設置の許可を得ていなかったのであるが、その撤去に緊急の必要があるとは思えないし、緊急に撤去したところで、大きな公益が達成されるというわけではないといえる。

したがって、告知・聴聞を行わない本件強制撤去は適用において違憲である。

以上

P.8

【MEMO】

2009年新司法試験 全国公開模試
公法系第1問 採点・添削シート

09 新司・全国公開模試/公法系第1問

総合得点 70 点

添削担当 添削 (印)

第1	配点	あなたの採点
表現の自由の価値、重要性・B社の主張として強調されていること	5	5
2 突然性ゆえに憲法の法理		
1 B社の主張		
(1) 本件で問題となっているのがB社の表現の自由であるとの主張	1	1
(2) 表現の自由の規制立法は、表現に対する差別的効果をもたらすことから、その法文は明確であることが求められるとの主張	2	0
(3) 本件条例の「専ら営利広告目的で無料配布される複製体」という文意が不明確であるとの主張	2	0
2 A市の反論		
・B社の行為には表現の自由の保障が及ばず、偶然性ゆえに無効の適用はないとの主張	1	0
3 私見		
(1) 法文の規定は一定の幅を持って規定せざるを得ないことの指摘	1	0
(2) 突然性ゆえに憲法の法理についての規範の定立	2	0
(3) あてはめ	3	0
【加点点項】		
※ 法人の人格享有主体性・法人に表現の自由が認められるかについて、バランスを期せずコンパクトに論じられていれば加点点する		加点点あり A・B・C
第3 表現の自由の侵害の具体的検討		
1 B社の主張		
(1) 本件条例6条1項が許可制をとっていることが表現の自由の不当な制約に当たるとの主張	2	2
(2) 表現の自由の規制立法の違憲審査基準について、厳格な基準によるべきとの主張	8	5
① 本件条例は、本来地方公共団体が行使すべき情報提供の責務を代身的に担っているものであることの指摘…自受1点(1点)		
② 本件条例が内容規制であることの指摘…自受2点(2点)		
③ 違憲審査基準の定立…自受2点(2点)		
(3) あてはめ		
① 目的の不相当性について本件条例の具体的事実を用いて検討していること…準	6	6
② 手段の不相当性について本件条例の具体的事実を用いて検討していること…自受2点(2点)		
③ 憲法31条の趣旨に照らして本件条例が要求されることとの指摘…自受1点(1点)		
2 A市の反論		
(1) 本件B社の行為が表現の自由の制限下にあるとしても、本件は内容中立規制であり、趣やかな改正により違憲性を判断すべきとの反論	2	2
(2) ニューズラックはA市が設置したものであり、許可制をとることも許されるとの反論	2	0
3 私見		
(1) 規範の定立	1	7

第2	あてはめ	10 ※自受あり	10 加点点あり A・B・C
(2)	<p>① 本件条例の具体的事実を用いて目的審査を行っていること…自受3点(3点)</p> <p>② 本件条例の具体的事実を用いて手段審査を行っていること…自受5点(5点)</p> <p>【加点点項】</p> <p>※ 上記事実以外でも、事実を挙げて、説得的なあてはめができていない場合には加点点する</p> <p>※ 本件が内容規制であるか内容中立規制であるか、パブリックフォーラムにおける表現行為であるか、などについて厳格的に論述し、違憲審査基準の定立にうまく関連付けられていれば加点点する</p>		9
第4 適用違憲			
・本件条例によって住民からの苦情が相次いだり、本件複製を積み付けた切符が転倒して怪我をきたしたりなどの事柄は生じていないことの指摘	10		10
・B社社員による差別的な見回りがなされており、かつニューズラックに所得的条項が課されていることとの指摘、など			
【加点点項】			
※ 法令違憲と適用違憲との区別について正確に論述されている場合には加点点する			加点点あり A・B・C
第5 違憲手続			
1 B社の主張			
(1) 本件条例は罰則を科すものであり、憲法31条の基本的適用場面であるとの主張	1		1
(2) 憲法31条は、手続が法律で定められていることのみならず、法律で定められた手続が適正なものでなければならないことまで保障しているとの主張	1		0
(3) 手続の適正の内容として、告知、聴聞を受ける権利が保障されているとの主張	1		1
(4) 行政手続法第3条3項が地方公共団体について適用除外を設けていることは違憲であるとの主張	1		0
(5) 本件条例が告知・聴聞の手続を設けていないことは違憲であるとの主張	1		1
(6) 本件条例が違憲でないとしても、本件においては、防犯命令・強制除去に命ずる、B社に告知・聴聞等の機会を与え、それが憲法31条から保障され、それを行わずに除去したことは、適用違憲となるとの主張	1		0
2 A市の反論			
・憲法31条は正確には罰則手続についての規定であり、行政手続である本件条例による強制除去については適用されないとの反論	2		2
3 私見			
(1) 憲法31条の趣旨は行政手続にも適用されることとの指摘	1		1
(2) もっとも、行政手続には告知・聴聞の機会を与えなければならないこととの指摘	1		1
(3) 行政手続法3条3項の合憲性につき、政府の対応	1		0
(4) 本件条例の合憲性についての論述	2		1
① 本件条例に罰則規定があることとの指摘…自受1点(1点)			
② 表現の自由に対する規制立法であることとの指摘…自受1点(1点)			
③ 本件条例が合憲であっても、具体的事案に依りて、憲法上告知・聴聞が要求されるにもかかわらずそれが行われない場合、適用違憲となることとの指摘	1		0
(6) あてはめ			
① 本件条例は、ニューズラックから送られてきたという事情も、強制罰則を課する事柄に至っていないという事情もないこととの指摘…自受1点(1点)	3		1
② B社は本件複製の設置につき許可を得ていなかったこととの指摘…自受1点(1点)			
③ 緊急に除去したところで、大きな公益が達成されると言うわけではないこととの指摘…自受1点(1点)			
【加点点項】			
※ 上記事実以外でも、事実を挙げて、説得的なあてはめができていない場合には加点点する			加点点あり A・B・C
※ 行政手続法3条3項の合憲性について厳格的に論じられている場合には加点点する			

添削担当者からコメント
 (本問の主要テーマである、表現の自由の侵害の具体的検討については、必ずコメントして下さい)
 ・念のため、頁数が増えすぎないように注意。
 ・適用法条についても、市販本を参考に。
 ・時勢の変化と肉体的自由権との関係も考慮してください。
 1. 表現と良心
 2. 良心・道徳と憲法に規定された自由(本文のみ)と、子の権利
 違憲性の判断、その項目(余格と判
 断)

基本配点分	56	点/80点
加点点数	7	点/10点
基礎力評価点	7	点/10点
本項目は、「新訂法政試験委員会編中合せ事項」(平成21年1月21日)に掲載されている事項です。		
事案解析能力	0	1
論理的思考力	0	1
法解釈・適用能力	0	1
全体的な論理的構成力	0	1
文章表現力	0	1
総合得点	70	点/100点

2009 年新司法試験 全国公開模試
公法系第 1 問 採点・添削シート

総合得点 **79** 点

添削担当 **手川** 印

配点	あなた の得点
5	3

第 1 問	表現の自由の趣意・重要性 ・B社の主張として強調されていること	採点
第 2 問	突然性ゆえに無効の法理	5
1	B社の主張	1
	(1) 本件で問題となっているのがB社の表現の自由であるとの主張	1
	(2) 表現の自由の規制立法は、表現に対する懲罰的効果をもたらすことから、その法文は明確であることが求められるとの主張	2
	(3) 本件条約の「専ら営利広告目的で無料配布される紙媒体」という文言が不明確であるとの主張	2
2	A市の反論 ・B社の行為には表現の自由の保障が及ばず、突然性ゆえに無効の法理の適用はないとの主張	1
3	私見	0
	(1) 法文の規定は一定の様相を持って規定せざるを得ないことの指摘	1
	(2) 突然性ゆえに無効の法理についての規範の定立	1
	(3) あてはめ	3
	【加点事項】 ※ 法人の人格享有主体性・法人に表現の自由が認められるかについて、パラン法を踏まえずにコンパクトに論じられれば加点する	3
第 3 問	表現の自由の侵害の具体的検討	加算評価 A・B・C
1	B社の主張	2
	(1) 本件条約6条1項が許可制をとっていることが表現の自由の不当な制限に当たるとの主張	2
	(2) 表現の自由の規制立法の違憲審査基準について、厳格な基準によるべきとの主張 ① 本件規程は、本邦地方公共団体が行うべき情報提供の義務を代替的に担っているものであることの指摘… ② 違憲審査基準の定立… ③ 表現の自由の侵害の具体的検討	8 ※B市あり
	(3) あてはめ ① 目的の不当性について本件草案の具体的事実を用いて検討していること… ② 手段の不当性について本件草案の具体的事実を用いて検討していること… ③ 緊急に除去したところで、大きな公益が達成されると言うわけではないこと…	4 ※B市あり
2	A市の反論	6 ※B市あり
	(1) 本件B社の行為が表現の自由の保障下にあるとしても、本件は内容中立規制であり、緩やかな基準により違憲性を判断すべきとの反論 (2) ニューズラックはA市が設置したものであり、許可制をとることも許されるとの反論	2 0
3	私見	1
	(1) 規範の定立	7

第 2 問	あてはめ ① 本件草案の具体的事実を用いて目的審査を行っていること… ② 本件草案の具体的事実を用いて手段審査を行っていること…	10 ※B市あり
	【加点事項】 ※ 上記事実以外でも、専断を奪って、裁量的なあてはめができていない場合は加算する ※ 本件が内容規制であるか内容中立規制であるか、パブリックフォーラムにおける表現行為であるか、などについて裁量的に論述し、違憲審査基準の定立にうまく関連付けられていれば加算する	9 加算評価 A・B・C A・B・C
第 4 問	適用違憲 ・本件条約によって住民からの苦情が相次いだり、本件規程が撤回して怪異をきたすなどの事情を生じていないこと ・B社社員による交際の員回りがなされておらず、かつニューズラックに類似的な施設が稼働していること 【加点事項】 ※ 法手続と適用違憲との関連について正確に論述されている場合は加算する	10 加算評価 A・B・C
第 5 問	適正手続	1
1	B社の主張	0
	(1) 本件条約は罰を科すものであり、憲法31条の本来的適用範囲であるとの主張 (2) 憲法31条は、手続が法律で定められていることのみならず、法律で定められた手続が適正でなければならぬことまで保障しているとの主張 (3) 手続の適正の内容として、告知・聴聞を受ける権利が保障されているとの主張 (4) 行政手続法第3項が地方公共団体について適用除外を設けていることと違憲であるとの主張 (5) 本件条約が告知・聴聞の手続を設けていないことは違憲であるとの主張 (6) 本件条約が告知・聴聞等の機会を与えていないことは、罰命令・強制執行に先立ち、B社に告知・聴聞等の機会を与えなければならないことが憲法31条から保障され、それを行わずに懲罰したことは、適用違憲となるとの主張	1 0 1 0 1 0
2	A市の反論 ・憲法31条は直接には罰の手続についての規定であり、行政手続である本件条約による強制執行については適用されないとの反論	2
3	私見	2
	(1) 憲法31条の趣旨は行政手続にも適用されることの指摘 (2) もっとも、行政手続には常に告知・聴聞の機会を与えなければならないこととの指摘 (3) 行政手続法3条3項の合憲性につき、裁量的な論述 (4) 本件条約の合憲性についての論述 ① 本件条約に罰則規定があることとの指摘… ② 表現の自由に対する規制立法であることとの指摘… ③ 本件条約が合憲であることも、具体的事実に応じて、憲法上告知・聴聞が要求されるににもかかわらずそれを行わない場合、適用違憲となることとの指摘 (5) あてはめ ① 本件規程は、ニューズラックから漏れていたという事情も、或程度取を容れる事案に当てはまっていることとの指摘… ② B社は本件条約の設置につき許可を得ていなかったこととの指摘… ③ 緊急に除去したところで、大きな公益が達成されると言うわけではないこと…	1 1 2 1 0 3 ※B市あり
	【加点事項】 ※ 上記事実以外でも、専断を奪って、裁量的なあてはめができていない場合は加算する ※ 行政手続法3条3項の合憲性について裁量的に論じられている場合は加算する	加算評価 A・B・C A・B・C

■ 添削担当者からコメント
 (本問の主要テーマである、表現の自由の侵害の具体的検討については、必ずコメントして下さい。)

大変良かったです。特にコメントがほぼ点のあり方を中心として、
 中間で書くべき点について、可なり論議がなされています。
 更に、各論述も、必要十分で、特に、導きを上手く
 使ってあげておられる点は、秀逸です。
 可なり実務的な部分で、最終合格目指して頑張ってください。

基本配点分	59	点/80点																				
加点点評価点	10	点/10点																				
基礎力評価点	10	点/10点																				
本項目は、「裁判官試験委員会委員候補者選考」(平成21年1月21日)に採選されている事項です。	<table border="1"> <tr> <td>事案解析能力</td> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>論理的思考力</td> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>法解釈・適用能力</td> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>全体的な論理的構成力</td> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>文章表現力</td> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> </tr> </table>	事案解析能力	0	1	2	論理的思考力	0	1	2	法解釈・適用能力	0	1	2	全体的な論理的構成力	0	1	2	文章表現力	0	1	2	
事案解析能力	0	1	2																			
論理的思考力	0	1	2																			
法解釈・適用能力	0	1	2																			
全体的な論理的構成力	0	1	2																			
文章表現力	0	1	2																			
総合得点	79	点/100点																				

(1頁)

一 設問1
 1 違憲性について (条例目的の違憲性)
 (1) 明確性の原則
 本件条例は、2条1号で「宣伝ビラを専ら管理の目的として発行し配布する新制度」としている。
 この専ら管理の目的という文言は、不明確であり、このビラについて許可を要するかが、一般人は判断できない。そのために、宣伝ビラに該管することを危惧して表現活動が萎縮するに陥る。行政と科社(自治体)との関係
 このように不明確な文言の条例は明確性の原則に反し(憲法31条前段) 無効である。
 (2) 表現の自由 (憲法21条以下各号) (2条1項)
 (1) 本件条例は、宣伝ビラをニューズラックに置くことについて許可制を採用し、ビラをニューズラックに置いて多くの人に読んでもらうという表現の自由を制約している。表現の自由は、公衆の福祉による制約があっても、表現の自由は個人の自己実現に資するものであり、良法美俗における重要な権利であるため、その侵害の有無は慎重に判断しなければならない。また、ニューズラックは市の公費で設置され、誰がいつでも自由に使用することを定めてあり、もともと表現の場として供されたものである。よって、このような場における、表現の自由の制約については、より厳格

(3頁)

本件では、B社の営業の自由の侵害も考えられませんが、主観的容は表現の自由と重なる部分があり、より狭い精神権利である表現の自由のほうに一本筋を二つは省略する。
 2 適用違憲性 行政と科社(自治体)
 (1) 法人の人格権有主体性
 以前から B社は法人であることが、憲法上の権利を享有する主体として認められてきた。法人も社会の構成体であり、性質上その地位は法人格権有主体性を認められるべきである。
 以下では、B社に表現の自由が認められることを前提とする。
 (2) 表現の自由
 憲法21条 本件では、B社の雑誌が「宣伝ビラ」とされ、告知として配られることは、B社の雑誌は6割を広告掲載に充てられているが、内容は地域情報や公益情報も含まれており、このようにB社の雑誌は市民の知る権利に資するものである。告知もがかわり、本件条例を一般適用することは、B社の表現の自由を侵害するものである。
 (3) 適正手続
 本件措置は告知もや不明確な付与に反して本件に反する。引条に反する。
 二 設問2
 1 条例目的の違憲性
 (1) 明確性の原則

行 (2頁)

(1) 権に判断すべきである。行政目的が不可欠で、手段が「必要最小限」に上り判断する。
 (2) 本件では、目的は「良好な景観、周知を維持し、公衆人の危害を防止する」にあり、過去の公害訴訟による事故の発生は比喩的表現から不可欠なものといえる。目的達成に必要最小限(手段)は、しかしながら、手段としては、宣伝ビラにおいて許可制よりも、市長の判断で一律不許可とすべき可能性があり、周知の維持、危害の防止のためには、届出制として、ニューズラックの管理の義務付け見回りの強化、検閲制の導入(21条)において、目的達成が可能である。
 このように本件許可制は必要最小限の手段といえず、違憲である。
 (3) 適正手続 (31条) (21条) 行政と科社(自治体)
 本件条例は、宣伝ビラの掲載という財産権侵害を伴うものである(条例1条)に反するが、事業者の告知、不明確な付与が規定されていない。要する(31条)本件許可制手続に反するものであるが、権限侵害を伴う行政手続には準用される。
 よって、告知不明確な付与について規定していない本件条例は引条に反する。
 (4) 営業の自由 (22条(後))

行 (4頁)

(1) (1) A市
 専ら管理の目的という表現は、一般人は主観的に判断が困難であり、明確性の原則に反しない。
 (2) 知見
 宣伝ビラの意義については、「専ら」という文言を如何に解釈するかは一部に在るとも言える。本件における告知を目的とするものも含まれると判断することは可能である。これは「専ら」という言葉の意味からして一般人がこれを判断が困難であり、明確性の原則に反しない。
 (10) (2) 表現の自由
 (1) A市
 用途性 B社の雑誌(宣伝)は、権利の内容の表現と自己表現の目的の経緯は近いことから、本報が公益に基き、これらに資するものである。行政目的が不可欠で、手段に合理性が認められるからである。
 (15) (1) (1) 明確性の原則
 本件では、周知の維持、危害の防止という目的は達成されており、この規制を防止するためには、許可制とすべきは合理的といえる。
 (2) 知見
 知見の明確性により、権利の表現は自己統治の価値は高いが、行政目的表現と他の表現の区別は不明確であり、結局に保護の要請が低いと見なすことにはできない。もともと本件はニューズラックへの設置において許可制

2009年新司法試験 全国公開模試
公法系第1問 採点・添削シート

総合得点 77 点
添削担当 277 印

第1	表現の自由の価値・重要性 ・B社の主張として強調されていること	配点	あなた の得点
第2	違憲性ゆえに無効の法理	5	4

1	B社の主張	加算評価
(1)	本件で問題となっているがB社の表現の自由であるとの主張	1
(2)	表現の自由の規制立法は、表現に対する要約的效果をもたらすことから、その法文は明確であることが求められるとの主張	2
(3)	本件条件の「専ら営利広告目的で無料配布される紙媒体」という文言が不明確であるとの主張	2
2	A市の反論	加算評価
(1)	B社の行為には表現の自由の保障が及ばず、偶然性ゆえに無効の法理の適用はないとの主張	1
(2)	法文の規定は一定の幅を持って規定せざるを得ないことの指摘	1
(3)	あてはめ	3

【加算事項】
※ 法人の人権享有主体性・法人に表現の自由が認められるかについて、バランスを顧みずにコンパウトに陥りしければ加算する

第3	表現の自由の侵害の具体的検討	加算評価
1	B社の主張	(A) B・C

(1)	本件条件6条1項が許可制をとっていることが表現の自由の不当な制限に当たるとの主張	2
(2)	表現の自由の規制立法の違憲審査基準について、厳格な基準によるべきとの主張	8
※ 本日受点 あり	① 本件憲法は、本邦地方公共団体が行うべき情報提供の責務を代替的に担っているものであることの指摘… <u>自家立憲論</u>	
② 本件規制が内容規制であることの指摘… <u>自家立憲論</u>		
③ 違憲審査基準の成立… <u>自家立憲論</u>		
(3)	あてはめ	6
① 目的の不当性について本件事案の具体的事実を用いて検討していること… <u>自家立憲論</u>		
② 手段の不当性について本件事案の具体的事実を用いて検討していること… <u>自家立憲論</u>		
※ 本日受点 あり		

2	A市の反論	加算評価
(1)	本件B社の行為が表現の自由の保障下にあるとしても、本件は内容中立規制であり、緩やかな基準により違憲性を判断すべきとの反論	2
(2)	ニューズラックは入りが優遇されたものであり、許可制をとることも許されるとの反論	2
3	私見	7
(1)	規程の定立	5

(2)	あてはめ ① 本件事案の具体的事実を用いて目的審査を行っていること… <u>自家立憲論</u> ② 本件事案の具体的事実を用いて手段審査を行っていること… <u>自家立憲論</u> 【加算事項】 ※ 上記事案以外でも、事実を挙げて、説得的なあてはめができていない場合には加算する ※ 本件が内容中立規制であるか、パブリックフォーラムにおける表現行為であるか、などについて説得的に論述し、違憲審査基準の定立にうまく関連付けられていれば加算する	10 ※ 本日受点 あり	10 加算評価 A・B・C A・B・C
第4	適用憲法 ・本件憲法によって住民からの苦情が相次いだり、本件雑誌が読み付けられた効力が軽視して怪我をきたすなどの事態は生じていないことの指摘 ・B社社員による定期的な見回りが行なわれており、かつニューズラックに機密的な情報が漏れていることへの指摘、など 【加算事項】 ※ 法令違反と適用憲法との関連について正確に論述されている場合には加算する	10	9 加算評価 A・B・C
第5	適正手続		
1	B社の主張		
(1)	本件条件は罰則を科すものであり、憲法31条の本来の適用場面であるとの主張	1	0
(2)	憲法31条は、手続が法律で定められていることのみならず、法律で定められた手続が適正でなければならぬことを裏で保障しているとの主張	1	0
(3)	手続の適正の内容として、告知・聴聞を受ける権利が保障されているとの主張	1	1
(4)	行政手続法3条3項が地方公共団体について適用除外を設けていることは違憲であるとの主張	1	0
(5)	本件条件が告知・聴聞の手続を設けていないことは違憲であるとの主張	1	1
(6)	本件条件が告知として、本件においては、除去命令・強制除去に先立ち、B社に告知・聴聞等の機会を与えることが憲法31条から保障され、それを行わずに除去したことは、適用憲法となることとの主張	1	1
2	A市の反論 ・憲法31条は直接には消滅手続についての規定であり、行政手続である本件条件による強制除去については適用をしないとの反論	2	2
3	私見		
(1)	憲法31条の趣旨は行政手続にも適用されることへの指摘	1	1
(2)	もともと、行政手続には常に告知・聴聞の機会を与える必要はないことへの指摘	1	1
(3)	行政手続法3条3項の合憲性につき、説得的な論述	1	0
(4)	本件条件の合憲性についての指摘 ① 本件条件に罰則規定があることへの指摘… <u>自家立憲論</u> ② 表現の自由に対する規制立法であることへの指摘… <u>自家立憲論</u>	2	0
(5)	本件条件が合憲であっても、具体的事案に於いて、憲法上告知・聴聞が要求されるにもかかわらずそれを履行しない場合、適用憲法となることへの指摘	1	1
(6)	あてはめ ① 本件憲法は、ニューズラックから送られてきたという事情も、表現の自由を害する事案に至ったという事情もないことへの指摘… <u>自家立憲論</u> ② B社は本件雑誌の設置につき許可を得ていなかったことへの指摘… <u>自家立憲論</u> ③ 緊急に除去したことで、大きな公益が達成されると言うわけではないことへの指摘… <u>自家立憲論</u>	3	0
	【加算事項】 ※ 上記事案以外でも、事実を挙げて、説得的なあてはめができていない場合には加算する ※ 行政手続法3条3項の合憲性について説得的に論じられている場合には加算する		A・B・C A・B・C

■ 添削担当者からコメント
 (本問の主要テーマである、表現の自由の侵害の具体的検討については、必ずコメントして下さい。)

とても良くできています。実加十分で可のレベルで自信を持って本試験にのぞいて下さい。

唯一指摘するところは、内容規制が内容中立規制か、どのような表現の自由が問題に存する際たる点として重要になります。この点も志をいふようにして下さい。また、内容にかつてのレジメでもよく整理して可ましよう。頑張ってください。

基本配点分	57	点/80点
加点点数	10	点/10点
基礎力評価点	10	点/10点
本項目は、「特別法試験委員会議合事項」（平成21年1月2日）に掲載されている事項です。 事業解析能力 論理的思考力 法解釈・適用能力 全体的な論理的構成力 文章表現力	0 1 2 0 1 2 0 1 2 0 1 2 0 1 2	
総合得点	77	点/100点

◆ 稲村先生御作成解答例 ◆

P.1

第1 設問1について

1 本件条例が違憲であるとの主張^{*1}

(1) まず、B社の代理人としては、本件条例2条1項の文言が漠然性ゆえに無効であるとの理由^{*2}から条例自体が違憲無効であると主張することが考えられる。

ア B社の憲法上の権利

A市の本件条例によって、B社は、駅周辺の歩道等に設置されたニューズラックに本件雑誌を配布することができなくなっているが、B社には、本件雑誌を配布する権利があり、その権利は憲法21条1項によって保障されていると解すべきである。なぜなら、ここでB社が本件雑誌によって提供する記事の6割は、広告が占めるものの、そのような営利広告を含む表現をする営利的言論の自由は、表現者の自己実現に資することから、憲法21条1項の表現の自由の保障が及ぶと解されるからである^{*3}。

イ 漠然性ゆえに無効であるとの主張

本件条例2条1号は、6条で市長の許可の対象とし得る宣伝ビラを「専ら営利広告目的で無料配布される紙媒体」と定義しているが^{*4}、上記文言はあまりにもあいまいであるため、憲法21条1項及び31条が保障する明確性の原則に反するというべきである。とくに本件のように、表現の自由が制約される場合には、畏縮効果が生じるから、法律の違憲性を早期に確定すべく文面上判断をすべきである^{*5}。

本件条例2条1号は、その文面上、上記文言が指し示す範囲があいまいであることは明白である。したがって、本件条例は、漠然性ゆえに無効といえることができる。

(2) また、B社の代理人としては、本件条例6条1項が表現の自由を不当に制約し違憲であると主張することが考えられる。

憲法21条1項が保障する表現の自由は、立憲民主政において自己統治の価値に資することから、経済的自由権を制約する立法について妥当する合理性の基準よりも厳格な違憲審査基準

【注 記】

- *1 本問は、条例自体の違憲性（法令違憲）と適用違憲の2つを検討するように指示が出ている以上、その点を明確に示す見出しを付けるべきである。
- *2 ここは、「明確性の原則に反するとの理由」でもよい。
- *3 原告側であるB社としては、営利的言論の自由が憲法21条1項によって、政治的言論の自由と同程度に保障されるという主張をすべきであろう。
- *4 漠然性ゆえに無効の主張をする際には、問題となる法令の文言を具体的に示すとよい。
- *5 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』P.356。なお、芦部博士ほか通説は、「いしゆく（てき）こうか」を「萎縮（的）効果」と標記するが、高橋教授や穴戸常寿准教授は、「畏縮効果」と標記する。

P. 2

が妥当すると解されるところ（二重の基準論）、本件条例は、規制対象が営利広告であるかという表現内容に着目した規制であること、許可制という事前規制の態様をとること、ニューズラックは表現の場として、いわゆるパブリック・フォーラムと言えること等に鑑みると、厳格審査基準に服すると解すべきである。すなわち、①規制目的がやむにやまれぬ政府利益*6を達成する場合で、かつ、②規制手段が当該目的を達成するうえで必要最小限度であるときに限り、合憲となると解すべきである。

これを本件についてみると、①本件条例の目的は、A市の良好な景観を形成し、又は風致を維持するとともに、公衆に対する危害の防止を図ることにあるところ（本件条例1条*7）、いわゆるパブリック・フォーラムにおいては、美観風致の維持はやむにやまれぬ目的たり得ない*8。また、仮に目的の問題をクリアしたとしても、許可制は表現に対する事前規制という強力な規制手段であるから、必要最小限度の規制手段とは到底言えないというべきである*9。

したがって、本件条例6条1項は、憲法21条1項に反し無効である。

- (3) さらに、B社の代理人としては、本件条例が憲法31条に違反すると主張することが考えられる。

すなわち、憲法31条は、刑事手続のみならず行政手続にも適用されるところ、強制撤去に先立ちB社に対し告知・聴聞の機会が与えられることが要求される。しかしながら、本件条例には告知・聴聞の手續を要求する規定が存在しない。したがって、本件条例は、憲法31条に違反し無効である*10。

2 本件条例をB社に適用することが違憲であるとの主張

つぎに、B社の代理人としては、仮に本件条例自体が違憲でないとしても、本件条例をB社に適用することが違憲であると主張することが考えられる。

すなわち、漠然性ゆえに無効の可能性のある法令は、合憲的限定解釈ができない限り、その適用を違憲とする余地がある。具体的には、猿払事件第1審判決が用いた「より制限的でない他に

【注 記】

- *6 「やむにやまれぬ」という表現は、英語のcompellingの訳語であるが、日本語として妥当でないという指摘もある。しかし、芦部博士がこの訳語をもちいて以来、定着しているので、それに従った。
- *7 最近の法令は、通常、1条に目的が記載してあるから、必ず指摘しよう。
- *8 アメリカの学説である。
- *9 スタ論講習会で提供した筆者の答案に比べると、設問1の当てはめ部分がかなり貧弱であるとの印象を持たれた受講生も多いのではなからうか。しかし、これは、平成21年度における設問形式の変化に対応させたものであることを付言しておく。
- *10 憲法31条違反の主張は、自説も含めて、簡潔に論じれば足りるであろう。

P. 3

選り得る手段」(いわゆるLRA)の基準を用いてB社に対する本件条例の適用を違憲であると主張すべきである。

これにつき、本件を見ると、B社の設置した本件雑誌によって住民からの苦情が相次いだり、本件雑誌を踏みつけた幼児が転倒して怪我をしたりするなどの事情は全く見られない^{*11}。それにもかかわらず、ニューズラックで設置できる雑誌につき市長の許可を必要とするという、表現の自由に対する事前抑制という点で強力な許可制を採用し、これに違反したB社の本件雑誌を強制的に撤去したA市の処分は、B社の営利的言論の自由を不当に制約するものとして、その適用において違憲であるというべきである。

第2 設問2について

1 B社の憲法上の権利について^{*12}

(1) A市の反論

まず、A市としては、本件条例が制約するB社の営利広告を含む本件雑誌をニューズラックで設置する利益は、そもそも憲法上保護に値しない、仮に憲法上の権利だとしても営利的言論は、価値の低い表現^{*13}であるから、それを制約する本件条例の合憲性判断については、緩やかな違憲審査基準が妥当するにすぎないと反論することが考えられる。

(2) 私の見解

思うに、表現の自由は、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという自己実現の価値と、言論活動を通じた国民の政治参加が立憲民主政に資するという自己統治の価値によって支えられているが故に、人権カタログの中で優越的地位を占めると解される場所^{*14}、営利広告のような営利的な表現活動であっても、国民一般が消費者として、広告を通じて様々な情報を受け取ることの重要性に鑑みれば、営利的言論の自由も、憲法21条1項の保護に値すると解すべきである。もともと、表現の自由の重点は、自己統治の価値にあることは否定できないから、営利的言論の自由の保障の程度は、政治的言論の自由よりも低いとされることはやむ

【注 記】

- *11 これは司法事実であり、適用上判断においてのみ考慮し得る事情であることに留意してほしい。
- *12 論ずべき憲法上の問題点を挙げ、それに対して被告の反論と自身の見解を述べる。
- *13 営利的言論をわいせつ表現や差別的言論と同様に位置づける見解である。
- *14 表現の自由の価値に関する論述は、自説のところで論じれば十分であろう。

P. 4

を得ないか^{*15}、その際の違憲審査基準は、営利的言論の自由を制約する公権力の制約態様等を加味しつつ個別かつ柔軟に決すべきである。

2 本件条例2条1号が漠然性ゆえに無効であるとの主張について

(1) A市の反論

つぎに、A市としては、B社の行為は経済的自由権の行使に他ならないから、そもそも表現の自由を制約する立法に妥当すべき漠然性ゆえに無効の法理は妥当しないと反論することが考えられる。

(2) 私の見解

この点に関しては、前述のように、B社の行為は営利的言論の自由の行使に当たると考えるから、漠然性ゆえに無効の法理は本件に妥当する。

しかしながら、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるから、その性質上ある程度抽象的にならざるを得ない。そこで、ある法規が漠然性ゆえに無効と認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるべきものかどうかの判断を可能とするような基準が読み取れるか否かによって決すべきである(徳島市公安条例事件判決^{*16})。

これにつき本件をみると、本件条例2条1号の「専ら営利広告目的で無料配布される紙媒体」という文言はたしかにあいまいではあるものの、そこで禁止されている中核部分は、スーパーやパチンコ店などの全面が広告であるようなチラシ等を意味することは、通常の判断能力を有する一般人であれば容易に理解できることである。そうだとすれば、本件では、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるべきものかどうかの判断を可能とするような基準が読み取れることになる^{*17}。

したがって、本件条例2条1号は、漠然性ゆえに無効とは言えない。

3 本件条例6条1項が表現の自由を制約するとの主張について

【注 記】

*15 この部分は、芦部説である。

*16 この判例は、明確性の原則に関するリーディングケースだから、必ず引用すべきである。

*17 自分が定立した規範に対応した当てはめを心掛ける。

P. 5

(1) A市の反論

また、A市としては、B社の行為が表現の自由の行使でないことを前提に、A市にはニューズラックに設置すべき配布物を決する広範な裁量権を有すること、仮にB社の行為が営利的言論の自由の行使に当たるとしても、本件規制は、宣伝ビラ等の設置場所に関する時・場所・方法の規制にすぎないから、本件条例による規制は、表現の自由に対する必要かつ合理的な規制として正当化されると反論することが考えられる。

(2) 私の見解

思うに、B社の営利的言論の自由は、憲法上保護に値するから、人権カタログの中で優越的地位を有する精神的自由権を制約する本件条例の合憲性を判定するには、経済的自由権を制約する立法について用いられる合理性の基準よりも厳格な審査基準が妥当するというべきである。そして、本件条例による規制は、「専ら営利広告目的」という表現内容に注目して規制対象となる「宣伝ビラ等」の範囲を決していること、市長が宣伝ビラの頒布場所に指定した場所に、宣伝ビラを設置するには、市長の事前の許可を受けなければならないという点で本件規制は、表現の自由に対する事前規制であること、さらにニューズラックは市民にとって重要な表現の場であり、いわゆるパブリック・フォーラムとしての性質を有すること等を考慮すれば、本件条例については、いわゆる厳格審査基準が妥当しそうである。

しかしながら、本件規制は、宣伝ビラの頒布場所を制限するという間接的・付随的な規制である。さらにニューズラックに何らかのパブリック・フォーラムとしての性質を認め得るとしても、ニューズラック自体はA市の予算で設置したものであるから^{*18}、当該場所いかなる表現物を設置するかにつきA市の裁量が一定程度及ぶこともやむを得ない。そこで、以上のような事情を総合的に考慮し、本件条例については、①立法目的が重要で、②立法目的を達成する手段との間に実質的関連性があれば足りるという厳格な合理性の基準でもってその合憲性を判定すべきである。

【注 記】

*18 この事実は、審査基準を弱める方向にも強める方向にも使える事実であるので、いずれがよいか、各自検討されたい。この論点を突き詰めれば、最近よく議論される「給付と規制」の問題を論じることになる。

P. 6

これにつき本件をみると^{*19}、①本件条例の立法目的は、A市内の「良好な景観を形成し、又は風致を維持するとともに、公衆に対する危害の防止を図ること」にあるところ（本件条例1条）、A市は、緑に恵まれた閑静な住宅地として知られる郊外都市で、A市駅から徒歩圏内の広大な都立公園に代表される優れた住環境を有する都市であるから、その良好な景観を形成し、風致を維持することには市として重要な利益があるといえる。そして、数年前にニューズラックから溢れ出た広告等が景観を乱しているとの住民の苦情が相次ぎ、溢れ出た大量のビラを踏み付けた幼児が転倒して怪我をする事件が数件発生したという立法事実を照らせば、本件立法目的が重要であることは明白である。

また、②本件条例6条1項は、ニューズラックにおける宣伝ビラ等の頒布という限られた配布方法のみを規制対象としており、その他の態様による配布方法を規制するものではない。また、上記立法事実を照らせば、設置を許可するビラを限定し、ニューズラックに設置するビラの総数を調整することは、上記立法目的を達成するのに効果的であり、実質的な関連性はあるといえる。

よって、本件条例6条1項という規定は、B社の営利的言論の自由を不当に制約し、憲法21条1項に反し違憲であるとはいえない。

4 本件条例が憲法31条に違反するとの主張について

(1) A市の反論

A市としては、そもそも憲法31条は、本来刑事手続を予定しているのであって行政手続には適用されないから、本件条例が憲法31条に違反することはないと反論することが考えられる。

(2) 私の見解

思うに、行政手続が刑事手続でないという理由のみで、当然に憲法31条の保障の枠外にあると断じることは妥当ではないが、行政手続は刑事手続と性質が異なる以上、事前の告知・弁解・防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制

【注 記】

*19 ここは、適宜審査による法令違憲の検討であるから、考慮すべきは立法事実である。「社員が週に2回ほど見回った…」という事実は、司法事実であり、ここで検討してはならないことを肝に銘ずべきである。

P. 7

限の程度、達成される公益の内容、程度、緊急性等を総合衡量して決すべきである（成田新法事件判決）。

本件では、制約される営利的言論の自由の保障の程度は政治的言論に比べて低いこと、達成すべき公益は、公衆に対する危害の防止等、重要なものであること、緊急性もあること等を考慮すれば、本件条例において告知・聴聞の機会が必須とは言えない。

よって、本件条例が、告知・聴聞に関する規定を欠くからといって、憲法31条に違反し、無効となることはない。

5 本件条例をB社に適用することが適用違憲であるとの主張について

(1) A市の反論

この点については、A市としては、適用違憲という判断手法は、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひきょう法令の一部を違憲とするにひとしく、そもそもそのような判断手法自体認められない（猿払事件最高裁判決）と反論することが考えられる^{*20}。

(2) 私の見解

ア 思うに、ある法令の合憲限定解釈が不可能な場合、違憲的適用の場合を含むような広い解釈のもとに法令を当該事例に適用することは妥当でない。しかし、他方でそのような法令全体を違憲とすることも立法府に対する敬讓の観点から行き過ぎである。そこで、かかる法令を当該事例に適用する限りにおいて違憲と判断する適用違憲の手法は認められて然るべきである。具体的には、憲法上保護された行為に対する制約は必要最小限度でなければならぬという憲法13条に実定化されている比例原則^{*21}に照らし、当該行為への適用（処分）が法令の目的に適合しているか、処分が法令の目的に照らし必要か、処分によって得られる利益と失われる利益との間に均衡がとれているか等を総合衡量して決すべきである^{*22}。

イ これにつき、本件をみると^{*23}、前述のように、A市内の「良好な景観を形成し、又は風致

【注 記】

*20 A市の反論としては、適用上合憲であるという主張も考えられるが、それには当てはめが必要となり、極端に長い論述になる可能性があるため、本文のように論じてみた。

*21 行政法の高木光教授の見解である。なお、憲法の考査委員である青柳幸一教授も、比例原則を日本国憲法の解釈において積極的に利用しようと考えている。

*22 適用違憲の審査基準については、実は明確に論じている体系書は存在しない。この点に関し、近時の有力な見解は、「法律に基づく制約」であるとして、ドイツの三段階審査論に倣って比例原則の適用を検討する。もっとも、以下の当てはめの部分は、全くの試論であることを付言しておく。

*23 ここは、適用上審査を行うので、専ら司法事実を検討する。

P. 8

を維持するとともに、公衆に対する危害の防止を図ること」という本件条例の目的は、宣伝ビラを定義し（2条1号）、市長による事前の許可制のもとに置くとともに、宣伝ビラに該当するにもかかわらず、許可を得ずに設置した場合には強制的に撤去するという手段によって、まずは宣伝ビラの総数を制限することによって事前、その後、強制的に撤去することによって事後的に実現ないし促進されることになるから、抽象的には目的と手段は適合しているといえる。しかし、本件雑誌がニューズラックから溢れ出ていた事実も雑誌を踏みつけて転倒して怪我をした人もいない本件では、その適合性は疑わしい。

また、目的達成のための手段としての許可制及び強制撤去は、必要最小限度の規制とは思われない。なぜなら、B社の発行する本件雑誌はA市及びその周辺地域の地域情報や公益情報を中心に掲載していること、紙面の6割程度が広告スペースにあてられているものの、その広告は、地域の公共施設やサークル勧誘等の地域生活に根ざしたものを中心に構成されていること等を重視すれば、本件雑誌を宣伝ビラに指定すること自体そもそも妥当でないからである。さらに、B社の設置した本件雑誌によって住民からの苦情が相次いだり、本件雑誌を踏みつけた幼児が転倒して怪我をしたなどの事情は全く見られないうえ、B社社員が補充のため少なくとも2週間に1度くらいは見回って本件雑誌がニューズラックから溢れ出さないように監視している本件では、本件雑誌を事前の連絡なく撤去しなければならぬ必要性も緊急性も認められないからである。

さらに、本件規制によって得られる利益は、A市の景観や風致の維持、及び市民の安全という抽象的な利益に過ぎない一方で、B社には、広告収入がなくなるという現実の損害が生じるとともに、A市民民にとっても有益な地域情報を得られなくなるという不利益が生じる。これは、後者の不利益の方が前者の利益に比して明らかに大きいというべきである。

よって、本件条例は、B社に適用する限度において憲法21条1項に反し違憲となる^{*24}。

以上

【注 記】

*24 結論で、適用違憲となることを明確に示そう。

◆ 講師オリジナル採点基準表 ◆

		あなたの得点
I	論点の理解（30点分－5段階評価で各5点満点）	
①	表現の自由の重要性（優越的地位論，二重の基準論等）を正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
②	営利的表現の自由が憲法上の権利であるかどうかにつき正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
③	本件条例が漠然性ゆえに無効である可能性があることを正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
④	本件条例が営利的表現の自由を制約し法令違憲となる可能性があることを正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
⑤	本件条例が憲法31条に違反する可能性があることを正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
⑥	本件雑誌をニューズラックから強制的に撤去することが適用違憲になる可能性があることを正確に理解している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
II	答案の書き方（70点分－5段階評価）	
1	事案解析力	
①	問題となっている国家行為のどの部分が，憲法上の権利または憲法上保護された行為を侵害したといえるかを事案に即して具体的かつ適切に分析している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
②	その他，本問の特殊性（A市において本件雑誌を配布する意義，本件雑誌の内容・性質等）を具体的かつ適切に分析している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
2	論理的思考力	
③	論理的に一貫した主張を展開している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
④	結論に対して適切な理由を付している	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
3	法解釈・適用能力	
⑤	B社の代理人として適切な規範（審査基準）を定立し，当てはめの際には，問題文や資料等からB社側の代理人として相応しい事実を抽出し引用するとともに，適切に当該事実を評価して結論を導いている	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _
⑥	A市側の反論として適切な規範（審査基準）を定立し，当てはめの際には，問題文や資料等からA市側の立場に相応しい事実を抽出し引用するとともに，適切に当該事実を評価して結論を導いている	0 1 2 3 4 5 _ _ _ _ _

⑦	「私の見解」のところで、問題文や資料等から適切な事実を抽出し引用するとともに、当該事実を評価して結論を導いている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
⑧	定立した規範に対して対応する形で当てはめを行っている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
4 全体的な論理的構成力														
⑨	各設問間のバランスに配慮しつつ、「私の見解」の部分に最も分量を割いて論じている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
⑩	各設問において、①法令違憲と②適用違憲の問題の二つを論じていることが一見してわかるような小見出しが付されているとともに、全体にわたって適度に小見出しを付し、項目分けやナンバリング、段落分け等を的確に行っている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
⑪	各論点が自然に展開され、論述の流れがよい	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
5 文章表現力														
⑫	原告代理人・被告代理人の「立場」に立って論旨を展開しているとともに、評論家風な解答ではなく「自己の見解」を明確に述べている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
⑬	主語・述語の対応、修飾・被修飾語の対応、句読点の打ち方等が適切になされ、日本語として正しいうえに一読して判読できる読みやすい文章が書かれている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									
⑭	誤字・脱字・極端なくせ字等がなく、条文の引用も正確になされている	<table border="1"> <tr><td>0</td><td>1</td><td>2</td><td>3</td><td>4</td><td>5</td></tr> <tr><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td></tr> </table>	0	1	2	3	4	5						
0	1	2	3	4	5									

◆ 採点者の眼 ◆

■ はじめに — 新司法試験で受験生が書くべき答案は、いわば「プチ準備書面」である ■

1 準備書面とは何か

(1) 意義

当事者が口頭弁論において陳述しようとする事項をあらかじめ記載して裁判所に提出する書面

(2) 最終準備書面を書く目的

裁判官を説得するために、全証拠に基づき争点についての結論を原告または被告の立場から論証すること

2 準備書面の特徴から探る新司答案のあるべき姿

* 準備書面の特徴は以下のとおりである。

- ① 法律上の主張と事実上の主張が書かれている
- ② 通常、「第1→1→(1)→ア」の順によるナンバリングが施されており、「第1」や「1」の部分には、小見出しが付されている
- ③ パソコンで起案する — インデント機能等を駆使する
- ④ 依頼者の立場に立って、依頼者の利益を最大化する方向での主張がなされている
- ⑤ これを読む裁判官を説得するためのものである
- ⑥ 証拠を引用している
- ⑦ 一定の分量が要求されている

これを新司法試験の答案についてみると……

- ① 規範定立と当てはめを原則として分ける
- ② 答案には「第1→1→(1)→ア」の順によるナンバリングを施し、「第1」や「1」の部分には、可能な限り小見出しを付ける
- ③ 段落分けを意識して、見やすい答案を作成する。ただし、答案用紙左側・行頭を4分の1ほど空けて記載するような奇異な印象を与えるような書き方（平成20年度新司法試験考査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要参照）は厳に慎むべきである
- ④ 原告または被告等、問題文で指示された者の立場に立った論述を心掛ける
- ⑤ 理由づけを明確に行い、説得力のある論述を目指す
- ⑥ 問題文や添付資料を適宜引用する
- ⑦ 大間であれば6～7頁（最低でも5頁）の答案を目指す

■ 答案作成のポイント ■

〔全科目共通〕

- 1 新司法試験で受験生が書くべき答案は、いわば「プチ準備書面」である。
- 2 ナンバリングは、論理的構成力の指標である。併せて、小見出しも適度に付ける。
- 3 要件等で①, ②…と挙げた以上、そのすべてを検討する。
- 4 「当てはめ」においては、単に問題文中に挙げられた事実を引用するだけでなく、その事実を「評価」してから規範に当てはめることが必要だが、ここにいう「事実の評価」とは、問題となる事実の社会的意味・機能・作用を判例や判例評釈の表現を参考にしつつ、最終的には答案作成者自身の社会常識によって表現することである。
- 5 参考判例として複数の判例が掲載されている場合には、それらの判例の関係を分析したうえで、自分が1つの判例を選択する際には、その理由を明確に述べる。
- 6 規範は、当てはめる対象となる事例を考慮せず、一般的・抽象的に論じるのが通常であるが、原則的な規範を問題となる事例の特殊性を考慮して修正する場合には、規範定立の際に事例の内容に言及することもある。

〔公法系科目〕

- 7 公法系第1問の答案は、バランス配分が重要である。三当事者の主張をバランスよく書くのが理想だが、次善の策として、設問1と設問2の自分の見解に重点を置いて書く方法もある。
- 8 公法系第1問の答案では、たとえば「表現の自由」といったような抽象的なレベルではなく、人権侵害を主張する当事者（原告）の具体的な生活利益を特定し、それが憲法上保障されているか、さらには何らかの国家行為（立法も含む）によって侵害されているかを検討する。
- 9 公法系第2問（行政法）では、個別の法律の条文を丁寧に引用し、問題の特殊性に正面から答える姿勢を示す。

■ 答案の書き方レジュメ ■

I 答案構成とナンバリングの重要性

以下の文章を読んで欲しい。何か思い当たるところがないだろうか？

「実際に一文一文書いていくのも大切であるが、それ以上に、まず書くことを前提にして、項目を抽出していく作業が重要だ。そのためには、本を例にとれば、項目をもっとも大きな区分けである章立て、次いで節立て、そして項目立てに整理していく作業が必要である。

重要なことは、論理のグレードを間違えないことである。グレードが高い順に章立て、節立て、項目立てと分類し、章立ては1、2、3と分け、節は1章を①、②、③と分け、項目は①節を(1)(2)(3)というように分けていく。(中略)

大事なのは、何が章で、何が節で、何が項目かというツリー状の大小の構造を間違えないことである。たとえば、これは節にはなるが、章にはなりえないといったことを見きわめていく。(中略)

大切なのは、どれとどれが同列なのか、どれが重要なのかといった価値体系を大づかみにできるかどうかである。これが構築力なのである。」(齋藤 孝『原稿用紙10枚を書く力』(だいわ文庫) P. 124～5)

上記書籍は、齋藤 孝教授が、学生ないしビジネスパーソン向けに書かれた教養書であるが、新司法試験の論文式試験の合格を目指す受験生にとっても非常に有益な示唆を含んでいる。新司法試験で問われる主な能力は、もちろん解釈論や事実認定等の能力である。しかし、論文式試験で書く答案も「文章」ないし「論文」である以上、複数の文の単なる寄せ集めではなく、各文が全体の構造の中で重要なパーツをなすような全体として一つの作品をなすものでなければならない。そして、新司法試験の論文式試験の答案において、全体的な論理構造を端的に示すものは、ナンバリングであると私は考えている。

II 公法系第1問の答案のバランス配分

1 新司での出題パターン

新司法試験において、公法系第1問の答案を書く際、いかにバランスをとるかは、受験生にとって実に悩ましい問題の一つである。憲法上の権利を侵害されたと主張する側(以下、「原告」という。)、これに対して反論を述べる側(以下、「被告」という。)及び答案作成者自身の三者の見解を述べるのが要求されるからである。

平成20年度まで本試験では、以下の2つのパターンの出題がなされてきた。

- ① 原告・被告・自身の見解をそれぞれ設問1、2、3で述べさせるもの(審査委員は、このパターンを「フルケース」の出題という。)
- ② 設問1で原告の主張を述べさせ、設問2では、被告の反論を想定しつつ自身の見解を述べさせるもの

パターン①は、平成18年度の出題形式であるが、当時の受験生の実際の答案を見て、平成19年度からパターン②に改められた。そこで、今後は、パターン②による出題が予想される

が、一応その他のパターンにも対処できるように準備すべきである。

2 理想的な書き方

ところで、平成18年度及び19年度の考査委員のヒアリングを検討すれば、三者の見解のうち、もっとも重視すべきは自身の見解であることは明白である。このことは、辰巳法律研究所刊『新司法試験平成20年論文合格答案再現集』に掲載されているG氏とI氏の答案を比較することで検証することができる。そこで、受験生としては、いずれの出題パターンにせよ、いかにすれば、自身の見解に重点を置いて答案を作成できるかという点に腐心すべきである。では、いかにして書くべきか。

(1) パターン①の場合

三者の見解を均等に書くとともに、自身の見解を十分に展開できれば理想的であるが、実際には難しいであろう。そこで、原告の見解と被告の見解を論じる際、論じる論点を適度に振り分ければよいと考える。たとえば、筆者は、平成18年度本試験において、原告の主張のところで表現の自由の制限（結論は違憲）を、被告の反論のところで営業の自由の制限（結論は合憲）を論じた。このときの答案については、本講座の前身であるスタ論講習会のガイドンスレジュメを参照されたい。

(2) パターン②の場合

先日、ある受験生の方と話をする機会があったが、その受験生は、平成20年度に合格した先輩から、設問1の原告の主張と設問2の被告の反論のところでは、規範定立をせず、結論と事実の主張のみを書き、自身の見解のところでは、規範定立も含めた丁寧な論旨展開をするようアドバイスをされたとおっしゃっていた。たしかに、自身の見解を充実させる実践的な手法ではあるが、設問1をあまりに軽視する点で最良の方法とは思われず、あくまでも緊急避難的な次善の策として考えるべきであろう。

ここでも、理想は、もちろん、各主張につき、規範定立とあてはめを充実させた書き方であろうが、これも現実には難しい。そこで、次善の方策として、設問1を規範・あてはめとも充実させて書きつつ、設問2では被告の反論のみを簡潔に書き、自身の見解を最も充実させて書くべきである。問題は被告の見解の書き方であるが、原告の主張との対立点が明確になるように論点のみ指摘するか、原告と同じ規範を用いることを前提に事実の評価を原告と変えてあてはめだけ書くなどの工夫をすることが考えられよう。

その際、(ア)被告の反論を先にまとめて書き、その後、自身の見解を書くという書き方と(イ)各論点ごとに、被告の反論を想定し、直後に自身の見解を書くという書き方が考えられる。いずれが妥当かは、答案作成者各人の趣味の問題もあり、一概には言えないが、時間不足になって自身の見解が十分に書けないという事態を防止するには、(イ)の書きの方が無難であろう。

(3) ある受講生の反応

その後、別の受講生の方から、自分の通っているロースクールの先輩の多くは、設問1の原告の主張と設問2の被告の反論のところでは、規範定立を一切せず、結論と事実の主張の

みを書き、自身の見解のところ、規範定立も含めた丁寧な論旨展開をするという書き方で合格しているのご意見をいただいた。もちろん筆者は、こうした書き方の有効性を否定するつもりは毛頭ない。原告と被告の主張を充実させたために、自身の見解の分量が少なくなるよりは、よほど良い答案になるであろう。

しかし、設問1にもそれなりの得点が配分されていることは、再現答案の分析から明らかである。設問1を軽視する書き方を用いる場合は、設問1に割り当てられた得点が伸びないというリスクを伴うことを十分認識していただきたい。

なお、本問の設問2は、憲法上の問題点の記載を求めている。そうであるならば、(ア)被告の反論を先にまとめて書き、その後、自身の見解を書くという書き方よりも、(イ)各論点ごとに、被告の反論を想定し、直後に自身の見解を書くという書きの方が本問ではより相応しいであろう。

3 平成21年度の場合

以上に対し、平成21年5月14日(木)に実施された平成21年度新司法試験においては、公法系第1問として、設問1・2が設けられ、各々違う内容について、原告の主張・被告の反論・私見を述べさせる問題が出題された。上記パターン②の記述が2問分要求されたことになる。従来どおりの書き方で臨めば、時間内に十分な答案を書ききることは難しいであろう。

断定的なことは言えないが、現時点では、①原告の主張を簡潔に書く(法律論中心。当てはめは貧弱なものになってもやむを得ないだろう)、②被告の反論をさらに簡潔に書く(ここも法律論中心)、そのうえで③私の見解として、①及び②で指摘した問題点(①と②が全て同じ論点である必要はない)に対する結論と理由を、当てはめを充実させつつ、しっかりと論じる、という書き方が良いのではなかろうか。

Ⅲ 本試験で高く評価される「当てはめ」とは何か

1 「当てはめ」とは何か

- ・自ら定立した規範に、問題文中の事実を当てはめて結論を出す作業
- ・その際、問題文中の事実を単に「書き写す」だけでなく、引用した事実を評価することが必要

2 「事実の評価」とは何か

- ・問題となる事実の「社会的評価」ないし「社会的機能・作用」を指摘する
- ・事実の「社会的評価」「社会的機能・作用」等は、受験生が自己の経験に基づいて常識を用いて書くしかないが、その多くは、主要な判例の判決文や評釈の中で指摘されている。

3 「事実の評価」の書き方

受験生がよく書く当てはめの仕方に、「①…こと、②…こと、③…ことが認められる。これらを事情を総合評価すれば、…となる。」という書き方がある。しかし、①ないし③の各事実は、それぞれ個別に評価を加えなければ説得力を持たない。「総合評価」というマジックワードを用いても何ら意味はないのである。

したがって、事実の評価は、問題となる事実ごとに個別に行うべきである。

IV 採点のポイント

- 1 法令違憲と適用違憲を明確に分けて論じているか。それに関連して、法令違憲のところでは、立法事実に、適用違憲のところでは専ら司法事実に言及しながら当てはめを行っているか。
- 2 B社のいかなる憲法上の権利が、A市のいかなる規制手段によって制約を受けているかを具体的に分析しているか。
- 3 各主張のところで、適切な違憲審査基準を挙げ、具体的な事実（本件雑誌の性質、ニューズラックの性質等）を評価して当てはめを行っているか。

◆ 補習レジュメ ◆

1 「二重の基準」論による人権パターンと三段階審査論

近時、『事例研究憲法』などで論じられている、ドイツ流の三段階審査論とは如何なる考え方なのか、従来の「二重の基準論」を前提にした人権パターンによる論述と対比してみた。

「二重の基準」論による人権パターン	三段階審査論による論証
<p>① 問題となる生活利益は、憲法上保障されているか</p> <p>② 人権といっても絶対無制約ではなく、実質的公平の原理である公共の福祉（憲法13条後段）による制約を受ける。</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>そして、違憲立法審査権（憲法81条）を認める日本国憲法の下では、制約の可否は、違憲審査基準を定立して検討することになる。</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>以下、「二重の基準」論</p>	<p>① ある行為・自由が「憲法上の権利」として保護されているか（保護領域）</p> <p>② 憲法上の権利が国家行為によって制約されているか、制約されているとしてどのように制約されているか</p> <p>③ 防御権が国家行為によって侵害されている限り、一応違憲といえることができるが、当該制約は正当化することができるか</p> <p>ア 形式的正当化根拠 → 法律の留保が認められるか</p> <p>イ 実質的正当化根拠 → 比例原則を満たすか</p> <p style="margin-left: 20px;">a 適合性</p> <p style="margin-left: 20px;">b 必要性</p> <p style="margin-left: 20px;">c 狭義の比例性</p>

2 三段階審査論

(1) はじめに

近時、アメリカ流の二重の基準論を批判し、ドイツの判例・通説が採用する三段階審査による憲法的論証を我が国にも導入しようという学説が有力である。有力説は、とくに、法学部学生や（新）司法試験受験生が、違憲審査基準の選択ばかりに目を奪われ、「あとは当てはめ勝負」という答案戦略をとっていることに対し、厳しい批判を浴びせている。なぜなら、そもそも審査基準の設定に先行して、いかなる権利のどのような側面が、いかなる国家行為によってどのように制約されているのか等が当然問われなければならないからである。

アメリカ流の二重の基準論が圧倒的通説を占める受験界において、今すぐ三段階審査論に飛びつくのは危険であろうが、これまで通り二重の基準論を採用するとしても、上記有力説の批判を考慮することによって、より深みのある答案を作成することが可能になるとと思われる。

(2) 三段階審査論の概要

① 保護領域（保護範囲）

ある行為・自由が憲法上の保護を受けるか、またその保護はどの程度かを議論する。たとえば、報道の自由は、国民の知る権利に奉仕するものとして、憲法21条1項により保障さ

れているが、取材の自由は、憲法上尊重に値するにとどまる。

② 制約（権利侵害）

憲法上の権利が国家行為によって制約されているかどうか、制約されているとしてどのように制約されているかを検討する。たとえば、事前規制か事後規制か、直接規制か間接的・付随的規制か、法律による制約か法律に基づく制約か等を議論する。

③ 正当化（違憲阻却）

ここは、従来の通説において違憲審査基準を議論した部分に相当する。ドイツでは、主に、①手段が規制目的の実現を促進するか、②手段の必要性は認められるか、③手段たる規制措置の結果失われる利益がそれによって得られる利益に比して過剰でないか等を議論する比例原則を適用する。

* 三段階審査論は、防御権（古典的な自由権のこと）については、自由が原則であり、制限は例外的にのみ許されるとの理解から、上記のような三段階の審査を検討する。

* 同じ三段階審査論を採用する立場にも、①→②→③の順に検討する立場（松本和彦、小山剛、宍戸常寿など）と②→①→③の順に検討する立場（石川健治、駒村圭吾など）がある。後者の見解は、権利侵害→保護範囲（民法学における相当因果関係説と保護範囲説の対立を想起せよ）→正当化（違憲阻却）という思考順序は、刑法学における思考とよく符合すると主張する。

3 違憲審査の手法

(1) A説 — 文面判断のアプローチと事実判断のアプローチ（芦部説）

文面判断のアプローチ＝立法事実をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出す手法

事実判断のアプローチ＝立法事実を明らかにし、それを基礎にして憲法判断を行う手法

* 両者の区別は、立法事実の検出を必要とするか否かによる。

(2) B説 — 文面審査と適用審査

文面審査＝ある法令の文面上の合憲性・違憲性を検討する審査方法

適用審査＝法令の当該事件に適用される限りでの合憲性を検討する審査方法

* 両者の区別は、司法事実を前提として合憲性を審査するか否かにより決せられると市川正人教授はいう。土井真一教授も同旨の指摘をしている（土井真一「憲法判断の在り方—違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリスト1400号52頁）。しかし、宍戸常寿准教授は、適用審査は立法事実を踏まえた判断であるのに対し、後述する適用上判断は事実が憲法上保護されたものであるかどうかを見るものであると評価する。

(3) C説 — 文面上判断と適用上判断

高橋和之教授は、上記の区別に関し、以下のように論じる。

文面上判断＝法律そのものを直接憲法的に評価する方法

適用上判断＝法律の適用によって生じる事態そのものを直接憲法的に評価する方法



法律により規制されようとしている行為が憲法上保護された行為かどうかを直接評価する方法

- * 立法事実＝法律の立法目的・規制手段の合理性を裏付け支える社会的・経済的・文化的な一般事実
- * 司法事実＝誰が、何を、いつ、どこで、如何に行ったかという当該事件に関する事実

このように、違憲審査の手法に関しては、統一的な見解は見られない。これにつき、宍戸常寿准教授の分類に従って、まとめると、以下の表になる。

A説（芦部説）	B説（市川・土井説）	C説（高橋説）	違憲判決の種類
文面判断のアプローチ または文面審査 *立法事実を検出せず 《具体例》 過度の広汎性ゆえに無効 漠然性ゆえに無効 検閲	文面審査	文面上判断 *司法事実を考慮せず *立法事実を検出せず	法令違憲
事実判断のアプローチ または適用審査 *立法事実を検出する	*立法事実を検出する	*立法事実を検出する	
*司法事実を考慮する	適用審査	適用上判断 *司法事実を考慮する	適用違憲

4 適用違憲と処分違憲

(1) 通説における適用違憲判決の判断対象

通説（芦部説）は、「違憲判断の方法には、大別して、法令そのものを違憲とする法令違憲の判決と、法令自体は合憲でも、それが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるという適用違憲の判決がある。」（芦部信喜＝高橋和之『憲法』〔第4版〕P. 370）と述べる。つまり、通説（芦部説）は、憲法判断の対象は、法令違憲・適用違憲いずれの場合も「法令」として理解しているのである。

(2) 「処分違憲」という概念

このような通説に対し、憲法判断の対象は、法令違憲・適用違憲いずれの場合にも、基本

的には法令と解して構わないが、芦部説の適用違憲の説明のように、法令自体の合憲性の画定まで適用違憲の概念に含めるべきではないから、「法令の合憲性に疑問がないということであれば、当該規定を違憲的に適用した国家行為（処分）を端的に違憲と判示すれば足りる」（野坂泰司「憲法判断の方法」大石真ほか編『憲法の争点』P. 286）という見解がある。この見解によれば、芦部説のいう第3類型は端的に「処分違憲」といい、合憲の適用の可能性は残しながら違憲の範囲を当該事件の適用に限る場合（芦部説のいう第1類型および第2類型）のみを「適用違憲」と理解することになる（青井未帆「憲法訴訟」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』〔第2版〕P. 203）。

また、青柳幸一教授は、適用違憲に関する通説的見解において、まず、法律を当該事例に適用すること自体が違憲であるというレベルと、法律の下での適用処分が違法であるばかりでなく違憲でもあるというレベルとを区別しなければならない、としたうえで、芦部教授のいう第3類型は、「典型的な処分違憲である」と論じている（青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第3巻）』P. 24）。

(3) 三段階審査論を採る学説からのアプローチ

近時、ドイツの判例・通説である三段階審査論をわが国の憲法の解釈論に導入しようとする見解が有力に主張されているが、そのような学説からは、適用違憲について以下のように考えることができる。

すなわち、いわゆる違憲審査基準論の基本が、①立法目的の正当性と②立法目的達成手段の必要性・合理性を立法事実を照らして審査することであることからわかるように、憲法上の権利の制約として念頭に置かれるのは、法律の規定である。そこで、このような制約を仮に「法律による制約」と呼ぶことにする。

ところが、「適用上判断」によってある個人の行為が憲法上保護されているかを検討する際、憲法上の権利にとっては、国家行為が法律による制約であるか、または法律に基づく処分・処罰等であるかは、関係がない。そこで、当該規制が法律に基づく規制の場合、法執行段階で不可避免的に生ずる法執行者の裁量について比例原則を適用して審査し、憲法上の権利に対する過剰規制といえる場合には、当該法律の適用を適用上違憲とすることができる。なぜなら、ドイツ流の三段階審査論における正当化の要である比例原則は、もともと警察法における警察比例の原則を憲法上の権利について「転用」したものであり、法律に基づく制約の正当化について用いることは当然可能といえるからである（宍戸常寿『憲法上の権利』の解釈枠組み）安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』〔第2版〕P. 247）。

なお、この点に関連し、青柳幸一教授は、法令が違憲とされるのは、①立法目的自体が違憲である場合、②規制手段自体が違憲である場合、③目的と手段とが不適合・不必要・不均衡の関係にある場合（これは、三段階審査論における比例原則の適用の結果である）、④規定が不明確であるか、過度に広汎である場合の4つであるとしつつ、適用違憲は、法令自体の効力は支持しつつ、主として③の理由で当該事件への適用のみを違憲とする方法であると述べている（青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第3巻）』P. 5）。

(4) 考査委員のコメント

法令違憲と適用違憲の関係につき、新司法試験の憲法担当の考査委員は、概ね次のように発

言してきた。

「被告（当事者）としては法令違憲の主張をまず行い、それが認められない場合でも本事件に関連して適用違憲（処分違憲）が成り立つことを主張する方法が、まず検討されるべきである。

今回の設問も、法令違憲と適用違憲（処分違憲）とを区別して論ずるべきであるが、法令違憲と適用違憲（処分違憲）の違いを意識して論じている答案は少なかった。一応区別しているが内容的に適切でないものなど、違憲判断の方法に関する学習が不十分と思われるものが多かった。（中略）Aが注意を促す文章を掲げていたという点を、適用違憲（処分違憲）を念頭に置いて適切に拾い上げて論述している答案は少なかった。触れていても、問題文でヒントを出しているにもかかわらず、これを法令違憲の根拠として用いるものが多かった。」（平成20年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法））

「まず、憲法違反の問題としては、大きな枠として、法令自体が憲法に反するという法令違憲のレベルの問題と適用違憲、処分違憲のレベルの問題とがあり、さらに、法令違憲は、文面上の違憲性の問題と実体的な内容面の違憲性の問題の2つに分かれる。まず、『優秀』な答案は、これをきちんと区別して論じている答案である。実体的な憲法問題については、判例や学説を踏まえて適切に構築される判断枠組みと、問題の事実に関する認定・評価という2つのパートから検討することになるが、これがきちんと区別され、それぞれが十分に出来ていれば『優秀』な答案といえる。」（平成21年新司法試験考査委員（公法系科目）に対するヒアリングの概要）

5 おわりに

以下の文章は、平成20年新司法試験考査委員（刑事系科目）に対するヒアリングの概要からの抜粋である。

- 「○ 刑事訴訟法の法科大学院教育に求めるものについてのコメントの末尾に、『筋道立った論理的文章を書く能力を身に付けること』というものがあるが、私もこのような能力は不可欠ではないかと思っている。どのようにして身に付けたらよいか、更に御意見があれば伺いたい。
- この部分については二つの意味を込めているつもりである。一つは、法学教育というより、大学・高校レベルから、正確な日本語を書くための修練をし、言葉を大切にする意識を持っていただきたいという意味である。まだ日本語になっていないというレベルの答案がある。第二は、学生の皆さんに自ら法的な事柄に関する文章を書く修練を積んでいただきたいという趣旨である。法科大学院での基本的な教育内容は、法解釈・法理論について教示し、さらに、学生が文献を読んで理解すること、読んだものを自分で考えることが中心となり、理解した内容をまとめた形で実際に書くというのは課外の学習に委ねられている場合も多いように思われる。また、試験問題の答案を書くという方法で指導をすれば、答案練習、受験勉強になって、良くないことだと言われている。しかし、講義と読書を通じて学習し、自ら理解したと思われることをまとめて意味の通じる文章として実際に書いてみる訓練をしなければ、法的文書の作成ができるようにはならないと思う。学生には、自分で、あるいはグルー

ブ学習を通じてそのような訓練をしてほしい。法律家は読んで、考え、書くのが仕事であり、そういう意味で、書く練習をすること自体は、いささかも悪いことではないと思っている。」

要は、法科大学院では、正規の授業として文章訓練の時間を取れないから、文章作成能力は自学自習によって身につけよというのが、審査委員のメッセージである。一見無責任にも聞こえるが、現行制度を前提とすると学生思いの正直なメッセージかもしれない。

それはさて置き、文章作成能力は、文章を実際に試行錯誤しながら書いてみることによって初めて磨かれるものである。これまで多くの受験生が鎬を削ってきたスタ論の良問を素材に、審査委員の求める判断枠組みを模索しつつ文章作成能力を磨いてみたいと思わぬ受験生の参加を祈念している。

● 参考文献

- ① 法令違憲と適用違憲の相違点に関連して、土井真一「憲法判断の在り方—違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリスト1400号51頁
- ② 三段階審査論と違憲審査基準論の異同に関して、青井美帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト1400号68頁

なお、青井准教授の現在『月刊法学教室』に連載中の演習も参照。また、今回取り上げたテーマに限らず広く憲法上の議論を深めたい受験生向きの文献として、宍戸常寿准教授の現在『月刊法学セミナー』の連載中の「憲法解釈論の応用と展開」も参照するとよいだろう。

【MEMO】

論文式試験問題集 [公法系科目]

[公法系科目]

[第1問] (配点: 100)

遺伝子は、細胞を作るためのタンパク質の設計図である。人間には約2万5000個の遺伝子があると推測されている。遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものであるが、その基になる遺伝子に係る情報は、当該個人にとって極めて機微に係る情報である。遺伝子には、すべての人間に共通な生存に不可欠な部分と、個人にオリジナルの部分とがある。もし生存に不可欠な遺伝子が異常になると、細胞や体の働きが損なわれるので、その個体は病気になることもある。既に多数の遺伝子疾患が知られており、また、高血圧などの生活習慣病や癌、そして神経難病なども遺伝子の影響を受けることが解明されつつある。

遺伝子治療とは、生命活動の根幹である遺伝子を制御する治療法であり、正常な遺伝子を細胞に補ったり、遺伝子の欠陥を修復・修正することで病気を治療する手法である。遺伝子治療の実用化のためには、動物実験の次の段階として、人間を対象とした臨床研究も必要である。遺伝子治療においては、まず、当該疾患をもたらしている遺伝子の異常がどこで起こっているかなどについて調べる必要がある。それを確定するためには、遺伝にかかわるので、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要がある。遺伝子治療は、難病の治療のための新たな可能性を有する治療法ではあるが、安全性という点でなお不十分な面があるし、未知の部分もある。例えば、治療用の正常な遺伝子の導入が適切に行われないと、癌抑制遺伝子等の有益な遺伝子を壊すことがある。さらに、遺伝子という生命の根幹にかかわる点で、遺伝子治療によって「生命の有り様」を人間が変えることにもなり得るなど、遺伝子治療それ自体をめぐって様々なレベルで議論されている。

【注：本問では、遺伝子治療に関する知見は以上の記述を前提とすること。】

政府は、遺伝子を人為的に組み換えたり、それを生殖細胞に移入したりして操作することには人間を改造する危険性もあるが、研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望ましいとして、罰則を伴った法律による規制という方式を採らなかった。2002年に、文部科学省及び厚生労働省が共同して、制裁規定を一切含まない「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（2004年に全部改正され、2008年に一部改正された【参考資料1】。以下「本指針」という。）を制定した。こうして、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）について研究者が遵守すべき指針が定められ、大学や研究所に設置される審査委員会で審査・承認を受けた後、さらに文部科学省・厚生労働省で審査・承認されて研究が行われている。

2009年に、国立大学法人A大学医学部B教授らのグループによる遺伝子治療臨床研究において、被験者が一人死亡する事故が起きた。また、遺伝子に係る情報の漏洩事件も複数起きた。そこで、同年、Y県立大学医学部は、「審査委員会規則」を改正し、専門機関としてより高度の倫理性と責任性を持つべきであるとして、遺伝子治療臨床研究によって重大な事態が生じたときには当該研究の中止を命ずることができるようにした【参考資料2】。さらに、同医学部は、「遺伝子情報保護規則」【参考資料3】を新たに定め、匿名化（その個人情報から個人を識別する情報の全部又は一部を取り除き、代わりに当該個人情報の提供者とかかわりのない符号又は番号を付すことをいう。）されておらず、特定の個人と結び付いた形で保持されている遺伝子に係る情報について規律した。当該規則は、本人の求めがある場合でも、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止している。その理由は、すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響を考慮したからである。また、当該規則は、被験者ばかりでなく、遺伝子検査・診断を受けたすべての人の遺伝子に係る情報を第三者に開示することを禁止している。その理由は、その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したからである。

Y県立大学医学部の、X教授を代表者とする遺伝子治療臨床研究グループは、2003年以来難病性疾患に関する従来の治療法の問題点を解決する新規治療法の開発を目的として、動物による実

験を行ってきた。201※年に、X教授のグループは、X教授を総括責任者とし、本指針が定める手続に従って、遺伝子治療臨床研究（以下「本研究」という。）を実施することの承認を受けた。X教授は、難病治療のために来院したCを診断したところ、Cの難病の原因は遺伝子に係る可能性が極めて高いと判断した。Cは成人であるので、X教授は、Cの同意を得てその遺伝子を検査した。さらに、X教授はCに、家族全員（父、母、兄及び姉）の遺伝子も検査する必要があることを説明し、その家族4人からそれぞれ同意を得た上で、4人の遺伝子も検査した。その結果、Cの難病が遺伝子の異常によるものであることが判明した。X教授は、動物実験で有効であった遺伝子治療法の被験者としてCが適切であると考え、Cに対し、遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った。説明を受けた後、Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。Cは、本研究の被験者になることに同意する文書を提出した。

Cを被験者とする本研究が実施されたが、その過程で全く予測し得なかった問題が生じ、Cは重症に陥り、そのため、Cに対する本研究は続けることができなくなった（その後、Cは回復した。）。

Y県立大学医学部長は、定められた手続に従い慎重に審査した上で、X教授らによる本研究の中止を命じた。その後、この問題を契機として調査したところ、「遺伝子情報保護規則」に違反する行為が明らかとなった。任命権者である学長は、X教授によるCへのC自身及びその家族4人の遺伝子に係る情報の開示が「遺伝子情報保護規則」に違反していることを理由に、X教授を1か月の停職処分に処した。

〔設問1〕

X教授は、本研究の中止命令（注：行政組織内部の職務命令自体の処分性については、本問では処分性があるものとする。）の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

〔設問2〕

X教授は、遺伝子に係る情報の開示（注：個人情報に関する法令や条例との関係については、本問では論じる必要はない。）に関する1か月の停職処分の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側の処分を正当化する主張を想定しながら、あなた自身の結論及び理由を述べなさい。

【参考資料1】

文部科学省／厚生労働省「遺伝子治療臨床研究に関する指針」平成14年3月27日
(平成16年12月28日全部改正；平成20年12月1日一部改正) (抄録)

第一章 総則

第一 目的

この指針は、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）に関し遵守すべき事項を定め、もって遺伝子治療臨床研究の医療上の有用性及び倫理性を確保し、社会に開かれた形での適正な実施を図ることを目的とする。

第二 定義

- 一 この指針において「遺伝子治療」とは、疾病の治療を目的として遺伝子又は遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与すること及び二に定める遺伝子標識をいう。
- 二 この指針において「遺伝子標識」とは、疾病の治療法の開発を目的として標識となる遺伝子又は標識となる遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与することをいう。
- 三 この指針において「研究者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する者をいう。
- 四 この指針において「総括責任者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する研究者に必要な指示を行うほか、遺伝子治療臨床研究を総括する立場にある研究者をいう。
- 五～九 (略)

第三～第五 (略)

第六 生殖細胞等の遺伝的改変の禁止

人の生殖細胞又は胚（一の細胞又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう。以下同じ。）の遺伝的改変を目的とした遺伝子治療臨床研究及び人の生殖細胞又は胚の遺伝的改変をもたらすおそれのある遺伝子治療臨床研究は、行ってはならない。

第七 適切な説明に基づく被験者の同意の確保

遺伝子治療臨床研究は、適切な説明に基づく被験者の同意（インフォームド・コンセント）が確実に確保されて実施されなければならない。

第八 (略)

第二章 被験者の人権保護

第一 (略)

第二 被験者の同意

- 一 総括責任者又は総括責任者の指示を受けた医師である研究者（以下「総括責任者等」という。）は、遺伝子治療臨床研究の実施に際し、第三に掲げる説明事項を被験者に説明し、文書により自由意思による同意を得なければならない。
- 二 同意能力を欠く等被験者本人の同意を得ることが困難であるが、遺伝子治療臨床研究を実施することが被験者にとって有用であることが十分に予測される場合には、審査委員会の審

査を受けた上で、当該被験者の法定代理人等被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者（以下「代諾者」という。）の文書による同意を得るものとする。この場合においては、当該同意に関する記録及び同意者と当該被験者の関係を示す記録を残さなければならない。

第三 被験者に対する説明事項

総括責任者等は、第二の同意を得るに当たり次のすべての事項を被験者（第二の二に該当する場合にあっては、代諾者）に対し十分な理解が得られるよう可能な限り平易な用語を用いて説明しなければならない。

- 一 遺伝子治療臨床研究の目的、意義及び方法
- 二 遺伝子治療臨床研究を実施する機関名
- 三 遺伝子治療臨床研究により予期される効果及び危険
- 四 他の治療法の有無、内容並びに当該治療法により予期される効果及び危険
- 五 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意しない場合であっても何ら不利益を受けることはないこと。
- 六 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意した場合であっても随時これを撤回できること。
- 七 個人情報保護に関し必要な事項
- 八 その他被験者の人権の保護に関し必要な事項
(以下略)

【参考資料 2】

Y県立大学医学部「審査委員会規則」

第1条～第7条（略）

第8条 医学部長は、被験者の死亡その他遺伝子治療臨床研究により重大な事態が生じたときは、総括責任者に対し、遺伝子治療臨床研究の中止又は変更その他必要な措置を命ずるものとする。
(以下略)

【参考資料 3】

Y県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」

第1条 本学部において、遺伝子に係る情報であって、匿名化されておらず個人を識別することができるもの（以下「遺伝子情報」という。）の取扱いについては、この規則によるものとする。

第2条～第5条（略）

第6条 本学部の教職員は、いかなる理由による場合であっても、遺伝子情報を開示しないものとする。

2 前項の規定にかかわらず、総括責任者は、遺伝子検査又は診断を受けた者からの求めがある場合には、遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報に限り、本人に開示しなければならない。

(以下略)

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371 (代表) ☎0120-319059 (受講相談)
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上ル手洗水町670 京都フクトクビル6F
TEL075-254-8066 (代表)

名古屋本校：〒450-0002 名古屋市中村区名駅4-26-22 名駅ビル3F TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040 (代表)