

# 新司法試験【論文】

通学部  
無料

スタ論・スタート2012の稲村講師が贈る、  
真夏の論文ガイダンス【第1弾】

あなたも知らないうちに書いている！？  
この夏に直して欲しい「落ちる答案の書き方」

新60期・弁護士

稲村 晃伸 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# — Contents —

◆ 稲村先生御作成オリジナルレジュメ .....	1
◆ 2011 スタンダード論文答練（第2クール）公法系1第1問より .....	3
問題文 .....	4
参考判例（猿払事件） .....	7
受講生答案 .....	10
稲村先生御作成解答例 .....	14

## ◆ 稲村先生御作成オリジナルレジュメ ◆

## 1 答案の書き方で本番は決まる — 法律文書の書き方を参考に

## (1) 法律家の文章 — 「3段階構造」

田中豊教授によれば、法律実務家が使用する論理は、基本的に「三段論法」と呼ばれるものであり、わが国が制定法であることを前提に説明すると、以下のとおりになるという（田中豊『法律文書作成の基本』P. 30）。

(ア) 制定法による規範（例えば「a, b, cという要件→Aという効果」という規範）がある。

(イ) 本件では、a, b, cという要件がそろっている。

(ウ) (ア)の規範を(イ)の事実に適用するとAという効果が発生する。

そうすると、法律文書の基本的部分は、「規範の特定→その内容（要件と効果）の説明→当該事案への規範の適用」ということになる。

さらに、読者への読みやすさ等を配慮すると、実際の法律文書の全体構造は、以下のようになる（田中豊『法律文書作成の基本』P. 31）。

- ① 事案の概要（争点の特定）と結論の提示
- ② 当該事案に適用すべき規範の特定と規範の内容の（要件と効果）の説明
- ③ 規範の当該事案への適用
- ④ 結論

田中教授の①～④を、新司法試験の論文式試験での答案について従来言われてきた表現であらわすと、

- ① 問題提起
- ② 規範定立
- ③ 当てはめ
- ④ 結論

となろう。もともと、④の結論は、③の当てはめの中で示すことも可能である。

そこで、田中教授のいう「法律文書」の一つである新司法試験の答案は、一般に「①問題提起→②規範定立→③（結論を含む）当てはめ」の「3段階構造」（〔注〕この表現は、筆者独自のものであり、一般的な言い方ではないことを付言しておく。）をとることになる。そこで、筆者は、新司法試験の答案も、このような「3段階構造」で書くのが望ましいと考えている。

## (2) 段落を分けることの意味

実際の答案では、上記①～③（④）の中で、さらに幾つかの段落が形成されることになる。つまり、上記①～③に(1)～(3)の番号を振ったのであれば、例えば(3)の中でア～ウの段落が形成されるといった具合である。その際、闇雲にア、イ、ウ…と振ったり、段落を分けたりするのは妥当でない。各段落にはそれぞれ独自の見出しを付けることが可能な筈であるから、そのような見出しが付けられるかを常に意識しながら、段落分けをすべきである。たとえば、憲法の答案で、問題の法令の違憲審査基準として「厳格な合理性の基準」を定立した場合、その当てはめをするパートでは、以下の段落分けが考えられる。

あなたも知らないうちに書いている！？

#### ア 3段落構成

- ① 目的の重要性を検討する段落（このパートの結論は「目的は重要である〔ない〕。」となる。）
- ② 目的と手段との実質的関連性を検討する段落（このパートの結論は「目的と手段との間には実質的関連性がある〔ない〕。」となる。）
- ③ 「厳格な合理性の基準」を適用した結果、当該法令が違憲〔合憲〕となることを結論づける段落

#### イ 2段落構成

- ①+②を1段落とし、それと③との2段落に分ける構成

#### ウ 1段落構成

- ①+②+③を1段落で書く構成

上記ア～ウのいずれがよいかは、一概には言えないが、どの構成をとるにしても、自分なりに各段落の意味を考えながら答案を作成する習慣を身につけるべきである。

## 2 事実の評価も忘れずに

### (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。これらの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。

## 3 終わりに—そうは言っても問題文の読み方も大事

- \* 平成23年度公法系第1問の出題意図は何か？

2011 スタンダード論文答練（第2クール）  
公法系1 第1問より

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

- 1 20\*\*年1月、政府の教育政策に反対する団体（以下「デモ団体」という。）のデモ集会において、デモ団体の参加者の一部が政府への抗議の意思の表明として国旗を路上で焼却した。それを見た同団体と対立関係にある団体（以下「反対団体」という。）の構成員達は、国旗の焼却という行為に対して激昂し、反対団体構成員数名がデモ団体構成員に殴りかかり、両団体の構成員間での大規模な騒乱事件へと発展した。かかる事件によって、両団体合計で、2名が死亡し、50名以上の重軽傷者が生じ、通行人10名が騒乱に巻き込まれ軽傷を負った。また、周囲の交通も10時間にわたって麻痺し、通り沿いの店舗はショーウィンドウが割られ、一部商品が毀損するという被害を受けた。
- 2 かかる事件を受け、大手新聞社が、国民の国旗に関する意識調査を行った結果、国民の91%が国旗を冒涇する行為を不快に感じると回答した。また、5%の国民が今回の事件の原因は専らデモ団体にあると答え、75%の国民が事件の原因は両者にあると答え、デモ団体に責任はないと答えた国民の割合が15%を上回った。また、国民の70%が国旗の損壊を禁止する法律に賛成と回答した。さらに、政府が、国旗の損壊を伴うデモについて調査した結果、過去5年間でかかるデモは20件行われ、そのうち5件で、周辺住民、通行人とトラブルになり、警察が出動し、2件では暴行罪で逮捕者がでていたことが判明した。そこで、政府は、国旗への冒涇行為は公衆の騒乱を誘発する傾向があるとして、治安を維持するため、国旗及び国歌に関する法律を改正し、冒涇目的で国旗の効用を害する行為を法律で禁止することを決定した。それを受け、同年3月、国会は国旗及び国歌に関する法律を改正し（以下「改正国旗法」という。）、法務省は国旗及び国歌に関する法律施行規則を制定し、改正国旗法及び国旗及び国歌に関する法律施行規則は、即日施行された。
- 3 文部科学省は20\*\*年5月4日、国民体育大会本大会（いわゆる国体）を、20\*\*年10月26日から29日までの4日間、A県で開催することを決定した。

A県のB村では、高校生以下の男女が参加するソフトボール競技会（以下「本件競技会」という。）が開催されることになり、これを運営するため、20\*\*年7月20日、B村が中心になって第\*\*回国民体育大会B村実行委員会（以下「B村実行委員会」という。）を設立し、B村村長Cがその会長となった。

Cは、それまでの国体では、その開会式のほか、各競技会の開始式においても、日の丸旗を国旗として掲揚するのが慣行となっていたことから、第\*\*回A国体の本件競技会の開始式においても日の丸旗を国旗として掲揚すべきであると考えた。しかし、Cは、B村職員から、日の丸旗の掲揚等についてA県民の間に反対があり、特にB村において反対が強く、問題が起こるかも知れないとの報告を受けた。またそのころ、B村内において日の丸旗掲揚に反対する旨の署名が村民の3割近い8000名余りから集められたりするなどしていた。
- 4 Xは、B村の住民で、地元での国体を成功させることを目指し、本件競技会にボランティアとして登録を申請し、B村実行委員会にボランティアとして採用された者である。

Xは、戦後B村で生まれ育ち、地元でスーパーマーケットを経営するなどして妻子とともに居住している者であるが、第二次世界大戦中、同県にある洞窟で起こった住民の集団自決についての調査を進めていく中で、日の丸旗は国民を戦争に動員するのに利用された旗であり、国旗としてふさわしくないと考えるようになった。そして、Xは、このような考えから、A国体

における日の丸旗の掲揚にも反対であったところ、同年9月20日に、本件競技会の開始式において日の丸旗が掲揚される予定であることを知った。そこで、Xは、日の丸旗が掲揚されるなら、これまでB村民が一体となって本件競技会を成功させるべく努力してきたにもかかわらず、同村民の意思を踏みにじるものであるから、日の丸旗の掲揚を放置できないとの気持ちになり、日の丸旗の掲揚を阻止するとともに、日の丸反対の意思を表明することを決意した。

そこでXは、同年10月1日、B村実行委員会において、日の丸旗掲揚阻止の意図を秘し、国旗の掲揚係に立候補し、国旗掲揚役に任命された。同日、Cは、Xに対し、本件競技会の開始式で、B村所在の球場において同球場外野スタンドに建てられた鉄筋コンクリート造りの諸旗掲揚台兼スコアボードの諸旗掲揚台に設置されたセンターポールに国旗として日の丸旗1枚を掲げるよう指示し、Xはかかる指示を了解する旨を伝えた。

- 5 同年10月26日、本件競技会開始式には選手400人が参加し、Cを始めとして来賓10人が参列し、観客席には選手の保護者600人、B村民100人が観戦に訪れていた。Xは、B村実行委員会の用意した日の丸旗（縦約1.3メートル、横2メートル）に換え、自ら作成した日の丸旗（黒のガムテープ2本を日の丸旗の角から角に貼り、×印を印した旗で、縦約1.3メートル、横2メートル、ガムテープは太さ20センチメートル）をセンターポールに掲げた。かかる旗を見た開始式の参列者の目には黒の×印がしっかりと映ったため、式は一時騒然となり、式の続行が困難となった。その様子を見たCは、直ちにB村職員に旗を降ろすよう指示し、B村職員によってこの旗は掲揚から5分後に降ろされた。一方、Xは、会場で警備の任務にあたっていた警察官によって、改正国旗法第5条第1項、第2項、国旗及び国歌に関する法律施行規則第3条第4号違反の罪で現行犯逮捕され、後日、同法違反で起訴された。なお、Xの逮捕後、開始式は、予定より20分遅れたものの、混乱なく終了した。

〔設問1〕

あなたがXから依頼を受けた弁護士である場合、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。

〔設問2〕

検察官Pの反論を想定しながら、あなた自身の結論及びその理由を述べなさい。

あなたも知らないうちに書いている!?

**【資料 1】**

国旗及び国歌に関する法律 改正（改正国旗法）

第 1 条 この法律は、騒乱の発生を予防し、治安を維持し、国民の生命、身体、財産を保護するため、国旗及び国歌を擁護することを目的とする。

第 2 条 国旗は日章旗（日の丸）とする。

第 3 条～第 4 条 （略）

第 5 条 何人も、冒濫目的で、法務省令で定める国旗の効用を害する行為をしてはならない。

2 前項に該当する行為をした者は、3 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。

（以下略）

**【資料 2】**

国旗及び国歌に関する法律施行規則（法務省令第××号）

第 1 条～第 2 条 （略）

第 3 条 法第 5 条の規定する効用を害する行為とは、次の各号に掲げる行為をすることをいう。

- 一 国旗を公然と焼却する行為
- 二 国旗を公然と切断する行為
- 三 国旗を公然と踏踐する行為
- 四 国旗を公然と侮辱する行為

（以下略）



## ◆ 参考判例 ◆

## □ 最大判昭49. 11. 6 (刑集28-9-393, 猿払事件最高裁判決)

「国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。そこで、まず、禁止の目的及びこの目的と禁止される行為との関連性について考えると、もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、公務員の右のような党派的偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められる可能性が一層増大するばかりでなく、そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによつてはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがつて、このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものというべきである。また、右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない。

次に、利益の均衡の点について考えてみると、民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によつて政治が行われることが国民全体にとつて重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面的みを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない。しかしながら、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ず、かつ、国公法102条1項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。」

□ 旭川地判昭43.3.25（猿払事件第一審判決）

「憲法21条1項の保障する表現の自由に由来する政治活動を行なう国民の権利は、立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする国民の基本的な人権の中でも最も重要な権利の一であると解されるが、右の自由も絶対無制限のものではないばかりでなく、全体の奉仕者であつて一部の奉仕者でない国家公務員の身分を取得することにより、ある程度の制約を受けざるを得ないことは論をまたないところであるが、政治活動を行なう国民の権利の民主主義社会における重要性を考えれば国家公務員の政治活動の制約の程度は、必要最小限度のものでなければならない。

公務員中国の政策決定に密着した職務を担当する者、直接公権力の行使にあたる者、行政上の裁量権を保有する者および自分自身には裁量権はないが、以上のような職務の公務員を補佐し、いわゆる行政過程に関与する非現業の職員については、これら公務員が一党一派に偏した活動を行なうことにより、これがその職務執行に影響し、公務の公正な運営が害され、ひいては行政事務の継続性、安定性およびその能率が害されるに至る虞が強いことはいふをまたないところである。これに反し行政過程に全く関与せず且つその業務内容が細目迄具体的に定められているため機械的労務を提供するにすぎない非管理職にある現業公務員が政治活動をする場合、それが職務の公正な運営、行政事務の継続性、安定性およびその能率を害する程度は、右の場合に比し、より少ないと思料される。勿論右に述べたような現業公務員が国の施設を利用し、政治活動をするならばこれがその職務の能率に影響を及ぼさないとはいえないから、合理的な程度においてならば、このような政治活動を国が合憲的に規制し得るものであり、人事院規則14-7、6項12号はこの禁止規定である。更に、これら職員がその職権その他公務員であることから生ずる公私の影響力を政治目的のために利用したならば、公務の中立性についての国民の信頼を裏切ることになるのは勿論であり、一般国民に与えられている政治活動の自由以上の力がこの種公務員に付与されることになり不合理であるから、このような行為は国が合憲的に規制し得るところであり、人事院規則14-7、6項1号は、現にこのような政治活動を禁止する為の規定である。非管理者である現業職員を監督管理する地位にある職員も又行政過程に関与する職員の範疇に属するものであるが、その下に働く現業職員が、上司におもねり、政治的目的をもつ何らかの行為をし、昇進その他職員の地位に関し、利益を得ようと企てるならば公務の公正が害されるに至る虞なしとしないからこの種活動をも国は合憲的に規制し得るものと解されるのであり、人事院規則14-7、6項2号は現にこの種政治活動を禁止する規定である。現業公務員といえども勤務時間内に政治活動を行なうとするならば職務の能率を害することは明らかであり、人事院規則14-7、6項1号ないし17号の所為が勤務時間内になされた場合これを禁止しても憲法に違反するものではない。」

「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行つた人事院規則14-7、6項13号の行為で且つ労働組合活動の一環として行なわれたと認められる所為に刑事罰を加えることをその適用の範囲内に予定している国公法110条1項19号は、このような行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては、合理的にして必要最小限の域を超えたものと断ぜざるを得ない。

同号は同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者という文字を使つており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、同法102条1項をうけている人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号

が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない。」

第1 設問 (以下憲法の法律は、都道府県)

1. 法會議議

(1) 内閣審

不<sub>レ</sub>Xの内閣審は、改正国憲法で明確に原則(2条項、3条)

に原級上は違憲である主張は認められず。

可<sub>レ</sub>知<sub>レ</sub>た国民の権利と規制の法律は、~~知<sub>レ</sub>た~~明確

規制としての行為等の内容が条文で明確に定められ、

国民の予測可能な行為(適法行為)を成<sub>レ</sub>すに始<sub>レ</sub>る

独自の行為結果は<sub>レ</sub>否。

不<sub>レ</sub>判<sub>レ</sub>たXは、改正国憲法5条1項で現行逮捕之類<sub>レ</sub>を

同条項<sub>レ</sub>と再捕を<sub>レ</sub>「冒濫行為」で「国権の効用を<sub>レ</sub>害<sub>レ</sub>す

行為」を禁止<sub>レ</sub>し<sub>レ</sub>否。しかし、其<sub>レ</sub>上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す冒濫行為に該当<sub>レ</sub>し<sub>レ</sub>加<sub>レ</sub><sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

1 不<sub>レ</sub>判<sub>レ</sub>たXは、改正国憲法で明確に原則(2条項、3条)

に原級上は違憲である主張は認められず。

可<sub>レ</sub>知<sub>レ</sub>た国民の権利と規制の法律は、~~知<sub>レ</sub>た~~明確

規制としての行為等の内容が条文で明確に定められ、

国民の予測可能な行為(適法行為)を成<sub>レ</sub>すに始<sub>レ</sub>る

独自の行為結果は<sub>レ</sub>否。

不<sub>レ</sub>判<sub>レ</sub>たXは、改正国憲法5条1項で現行逮捕之類<sub>レ</sub>を

同条項<sub>レ</sub>と再捕を<sub>レ</sub>「冒濫行為」で「国権の効用を<sub>レ</sub>害<sub>レ</sub>す

行為」を禁止<sub>レ</sub>し<sub>レ</sub>否。しかし、其<sub>レ</sub>上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す冒濫行為に該当<sub>レ</sub>し<sub>レ</sub>加<sub>レ</sub><sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を

成<sub>レ</sub>す行為<sub>レ</sub>に<sub>レ</sub>始<sub>レ</sub>る<sub>レ</sub>。条文上の<sub>レ</sub>防<sub>レ</sub>国<sub>レ</sub>固有<sub>レ</sub>の<sub>レ</sub>効<sub>レ</sub>用<sub>レ</sub>を







## ◆ 稲村先生御作成解答例 ◆

P.1

### 第1 設問1について

#### 1 改正国旗法が憲法41条に違反するとの主張\*1

Xの弁護人としては、改正国旗法（以下、「法」という。）5条1項が「国旗の効用を害する行為」について法務省令である国旗及び国歌に関する法律施行規則（以下、「施行規則」という。）に白紙委任しているとして、唯一の立法機関たる国会に立法権を独占させた憲法41条に違反すると主張することが考えられる\*2。

すなわち、憲法41条は、国民の権利を制限し義務を課し得るのは国民代表たる国会に限られるとの理念から、国会を「唯一の立法機関」と位置づけている。そうだとすれば、国会が、国民の権利を制限する実質的意味の立法に関し、行政機関等に委任し得るのは、法律に委任の目的と受任者の抛るべき基準が明確に認識し得る個別具体的な委任の場合に限られる\*3なのであって、いわゆる白紙委任は憲法41条の趣旨に反し許されないと解する。

本問では、騒乱の発生の予防や治安の維持を究極目的として国旗及び国歌の擁護が目的として掲げられているが（法1条）、行政機関の抛るべき基準としては「冒濫目的」という記載しか存在せず、基準が明確であるとは言えない。したがって、法5条1項の委任は白紙委任に当たる。

よって、法5条1項は憲法41条に違反する。

#### 2 改正国旗法が憲法21条に違反するとの主張

仮に法5条1項が個別具体的な委任であるとしても、Xの弁護人としては、法5条1項、施行規則3条4号が、Xの表現の自由を侵害す

### 【注 記】

\*1 Xの憲法上の主張の一つを見出しにする。

\*2 本問は、法5条1項が明確に、「国旗の効用を害する行為」について法務省令である施行規則に委任していることから、明確性の原則ではなく、立法の委任の限界を論じるべきである。下位規範と相俟って明確性の原則を問題とした平成20年度新司法試験公法系第1問とは事案が異なることに注意すべきである。

\*3 芦部信喜『演習憲法〔第2版〕』P.244。なお、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第5版〕』P.287には、「個別的・具体的な委任があれば、その限度で実質的意味の立法を政令で定めることができる」との記載があるのみで、具体的な判断基準については言及されていない。原告の立場から、立法の委任を問題とし、違憲であると主張するには、この芦部説のような厳格な立場を採る必要がある。



P. 2

るとして憲法21条1項に反し違憲無効であると主張することが考えられる\*4。

- (1) まず、Xは、×印を施した日の丸旗を掲揚する自由を憲法21条1項によって保障されている。なぜなら、憲法21条1項は表現の自由を保障するところ、思想の表明は、言語だけでなく、行動を通じても伝達し得るから、Xの上記行動も、日の丸を国旗として認めないというXの思想を表明した象徴的表現\*5と認めることができるからである。
- (2) つぎに、法5条1項、施行規則3条4号は、Xのような、日の丸に否定的な考えを有する者の一定の行動を規制する点で、表現の自由を侵害する。そして、その規制態様は、「国旗を公然と侮辱する行為」を禁止するものであるが、国民が国旗への否定的評価をすることを許さないという点で、言論市場から国旗を否定するという一定の観点に基づく言論を排除するという、いわゆる「見解」規制である\*6。そうだとすれば、法5条1項、施行規則3条4号は、その目的がやむにやまれぬ政府利益を促進し、かつ、目的達成手段が必要最小限度のものでない限り、憲法21条1項に反し違憲となると解すべきである。
- (3) 本問では、法の目的は、「騒乱の発生を予防し、治安を維持…するため、国旗及び国歌を擁護すること」であるが（法1条）、20\*\*年1月には、政府の教育政策に反対するデモ団体の集会で国旗の焼却行為を発端に大規模な騒乱事件が発生していること、過去5年間に同様のデモは20件にのぼり、そのうち5件で周辺住民との

#### 【注 記】

- \*4 いわゆる法令違憲の主張をする。
- \*5 アメリカにおいて公衆の面前で徴兵カードや星条旗を焼却する行為が象徴的言論の問題として議論されていることは、受験生として当然に押さえておくべき知識である（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第5版〕』P.190、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P.193）。本問において、この点に言及がなければ、低い評価を受けてもやむを得ないであろう。
- \*6 表現内容規制における「見解」規制と「主題」規制の区別については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P.200参照。

P.3

トラブルが発生したこと\*7からすれば、国旗を冒瀆する行為を禁止することによって騒乱事件を未然に防止する蓋然性が高いこと\*8から、国民の生命・財産等の保護を責務とする政府にとって、法の目的はやむにやまれぬ政府利益を促進するといえる。しかし、国旗の焼却・切断・踏踐という行為のほかに「侮辱」という外延の不明確な行為まで一律に刑罰をもって禁止することは、上記目的を達成するための必要最小限度の行為とはいえない。

よって、法5条1項、施行規則3条4号は、憲法21条1項に反し違憲無効である。

3 Xを起訴することが違憲であるとの主張\*9

仮に、法5条1項、施行規則3条4号が合憲だったとしても、Xを同条違反で起訴することは、Xの×印を施した国旗を掲揚する自由を侵害するものとして違憲無効であると主張することが考えられる。すなわち、上述のように、Xには、×印を施した国旗を掲揚する自由が憲法21条1項によって保障されることにかんがみれば、その処罰範囲を限定する見地から、施行規則3条4号の「侮辱行為」の意義は、多数の国民に不快感を与えるとともに反対団体との間での衝突等、周囲に騒乱を引き起こす高度の蓋然性のある国旗への不可逆的な侮辱行為と解すべき\*10である。そして、本件では、Xが行った行為の態様は、自作の国旗にガムテープで×印を施したにすぎず、ガムテープを剥がすことで復元可能である。また、Xの行為によって国体の開会式も20分ほど遅れただけで大した混乱も生じていない。そうだとすれば、Xの行為は多数の国民に不快感を与えるような不可逆的な態様と

【注 記】

\*7 ここは、問題文の引用・要約の部分である。

\*8 ここが、上記引用・要約部分を受けて、事実の評価をした部分である。

\*9 考査委員のいう「適用違憲（処分違憲）」の主張をする。ただ、あらゆる問題について、法令違憲→適用違憲という「型」に当てはめて論じることが妥当でないことは、平成22年公法系第1問を見れば明らかである。

\*10 「侮辱行為」の意義を限定的に解しており、一種の定義づけ衡量をしている。

P.4

もいえず、かつ、騒乱等が発生する高度の蓋然性を有するものでもない。したがって、Xの行為は、施行規則3条4号の構成要件に該当しない\*11。

それにもかかわらず、Xを同条違反で起訴することは、Xの表現の自由を侵害するものとして違憲無効である。

第2 設問2について

1 法5条1項の規則への委任の合憲性について

(1) 検察官Pの反論

検察官Pとしては、法5条1項による施行規則への委任は、法律全体を合理的に解する限り、憲法41条には違反しないと反論することが考えられる\*12。

(2) 私の結論および理由

私は、検察官Pの主張と同じく、法5条1項による施行規則への委任は、憲法41条に違反しないと考える\*13。以下、理由を述べる。

たしかに、憲法41条の趣旨からすれば、立法府が他の機関に立法の内容につき白紙委任をすることは許されない。しかし、専門技術的立法や事情の変化に即応した立法の制定を可能にするためには、立法の委任の必要性は高い。そこで、国会が法律自体において、処理すべき問題とその解決方法について他の国家機関に指示したことが法律全体の趣旨から合理的に認められる場合には、当該委任は憲法41条に違反しないと解すべきである\*14。

本件では、法5条1項には、法の目的を達成するための「基準」

【注記】

\*11 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P.211参照。

\*12 検察官の反論は、簡潔に問題点のポイントのみを指摘すれば足りる。

\*13 設問2では「結論及び理由」を尋ねている以上、結論を先に明記する方がよいであろう。

\*14 猿払事件の最高裁の立場である。

P. 5

は明示されていないものの、法律全体から、騒乱の発生を防止するために国旗を冒す行為一般を禁止しようとする趣旨は読み取れる。そうだとすれば、法5条1項を受けて、法務省が施行規則3条各号を定めたとしても、憲法41条に反するとまではいえないと考える。

2 法5条1項、施行規則3条4号の合憲性について

(1) 検察官Pの反論

検察官Pとしては、Xの本件所為は単なる「行動」であって「言論」ではないし、仮に象徴的表現なる概念が認められたとしても、法5条1項、施行規則3条4号による規制は、表現内容中立規制のうち間接的付随的規制である<sup>\*15</sup>から、その合憲性判断は、①立法目的の正当性、②規制手段と立法目的との合理的関連性、③規制によって得られる利益と失われる利益との均衡を検討する合理的関連性の基準が用いられ、結局同条は合憲となる<sup>\*16</sup>と反論することが考えられる。

(2) 私の結論および理由

ア まず、Xには、象徴的表現の自由として、×印を施した国旗を掲揚する自由が認められると解する。なぜなら、Xの行為には、日の丸に対する否定的評価を伝達しようとするメッセージが込められているとともに、一般人もそれを読み取ることが可能だからである<sup>\*17</sup>。

イ つぎに、法5条1項、施行規則3条4号の規制態様については、検察官Pの主張するとおり、Xの上記自由に対する間接的付

【注 記】

\*15 表現内容中立規制と間接的・付随的規制の関係については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P. 210参照。

\*16 ここの、検察官の反論の部分では、詳細な当てはめは不要であろう。

\*17 芦部信喜『憲法学Ⅲ〔増補版〕』P. 432は、特定の表象物を通じて一定の思想を表明する行為が「言論」として保護されるためには、「特定のメッセージを伝える意図が存在し、かつ、四囲の状況からみて、そのメッセージが表象物を見た人々によって理解される蓋然性が大きい」ことが必要であると論じている。受験生が、象徴的表現の判断基準に関し、芦部『憲法学Ⅲ』の内容まで正確に押さえておく必要はないが、これに類する基準を自分なりに立てられれば高い評価が得られると思われる。

P. 6

随的規制であると解する。なぜなら、政府は、国旗を冒流する行為が公衆の騒乱という害悪を誘発するおそれが高いとの認識から、冒流目的で国旗の効用を害する行為を規制したのであって、あくまでも国旗の効用を害する行為に伴う弊害を防止することに主な目的があり、そこには反政府思想を狙い撃ち的に規制する<sup>\*18</sup> 目的は読み取れないからである<sup>\*19</sup>。

ウ そうだとすれば、法5条1項、施行規則3条4号の合憲性は、表現内容規制の場合よりも緩やかな審査基準で判断されるべきである。なぜなら、表現内容中立規制は、政府が自己に不利益な表現を抑圧する危険が少ないとともに、通常は言論市場への他の表現回路が開かれている<sup>\*20</sup>以上、立法府の裁量のある程度尊重しても問題はないからである。

しかし、そうだとしても、検察官Pが言及する合理的関連性の基準は、利益衡量が形式的・名目的になる点で妥当でない。そこで、法5条1項、施行規則3条4項の合憲性は、①立法目的が重要で、②規制手段としてより制限的でない他の選びうる手段の不存在を要求する中間審査基準を採用すべきである。

これについて本問をみると、①設問1で検討したことからすれば、立法目的が重要であることはいうまでもない。また、②多くの国民が国旗冒流行為に不快感を抱いていること、過去の事例では国旗冒流行為が騒乱事件を誘発しているといえること<sup>\*21</sup>からすれば、冒流目的の国旗への侮辱行為を事前に刑罰をもって制限すれば、おのずと騒乱事件の発生件数も減少すると思われること<sup>\*22</sup>

## 【注 記】

- \*18 このような表現については、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P. 211や長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的規制」『Interactive 憲法』P. 140などを参照。
- \*19 穴戸常寿「表現の内容規制・内容中立規制」『憲法 解釈論の応用と展開』P. 132は、審査基準を緩和し得る表現内容中立規制とは、「(a)規制が思想内容毎に差別的な効果を生じず、また規制されたのとは別のチャンネルを通じて内容が自由市場に参入できる、(b)美観維持のように正当な公共の利益に基づく、(c)表現行為と害悪発生との因果関係が直接的であり、受け手の自律的判断といった介入・切断がない、といった規制類型」であると指摘する。この議論は、間接的・付随的規制についても妥当する。受験生は、往々にして、問題となっている規制が内容中立規制ないし間接的・付随的規制であるとあっさり認定しがちであるが、むしろそのように認定した理由を丁寧に論じるべきである。
- \*20 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』P. 210。本問では、表現の内容規制と内容中立規制の二分論が中心論点の一つである。そして、多くの受験生は、「本件規制は、表現内容中立規制であるから、内容規制よりも緩やかな審査基準が妥当する。」と答案上表現する。しかし、なぜ、二分論がそのように判断するのか、その理由を明らかにすべきである。そして、その理由は、どのような規制が表現内容中立規制となるかについての判断基準とも関わってくる。詳細は、注(19)で引用した穴戸常寿「表現の内容規制・内容中立規制」『憲法 解釈論の応用と展開』P. 132参照。
- \*21 立法事実と言及している。
- \*22 この部分は、事実の評価である。

P. 7

から、立法目的と規制手段との必要性は肯定される。さらに、ひとたび騒乱事件が発生すれば、多くの国民の生命・身体・財産が現実に危険に曝されるから、刑罰をもって国旗に否定的評価を有する国民の行動の自由を規制することで失われる利益は、可及的に小さいうえ、刑罰によらないで同様の効果を及ぼす手段も想定されない。

よって、法5条1項、施行規則3条4号は、憲法21条1項に反せず合憲である。

3 Xを起訴することが違憲であるとの主張について

(1) 検察官Pの反論

検察官Pとしては、刑罰法規の明確性の見地から、Xが主張するような構成要件の限定解釈は認められず、Xの起訴は合憲であると反論することが考えられる。

(2) 私の結論および理由

私は、本件でXを起訴することは違憲であると考えている。以下、理由を述べる。

ア まず、Xの行為は、憲法21条1項で保護されている以上、刑罰法規の適用に当たっては、その点を最大限に考慮すべきである。ただ、施行規則3条4号の構成要件の解釈に当たってその点を考慮し過度の限定を施すのは、検察官Pのいうとおり、刑罰法規の明確性の見地から妥当でない。

イ しかしながら、Xの行為が施行規則3条4号の構成要件に該当したとしても、その処罰については慎重に検討すべきである。す

【注 記】

P. 8

なわち、Xの当該行為が憲法21条1項で保障された正当な権利の行使である以上、Xを処罰すべきか否かは、Xの行為の目的や手段・方法等にかんがみ法秩序全体の見地から刑罰をもって処罰をするほどの違法性<sup>\*23</sup>の有無を検討することによって決すべきである<sup>\*24</sup>。

ウ これにつき本件をみると<sup>\*25</sup>、Xは、第2次世界大戦中に日の丸が果たした役割から日の丸を国旗とするのは相応しくないという思想を有しており、その行為は、真に自己の信念を伝達しようとする目的から出たものであって、反対団体との衝突を惹起する目的等は一切有していない。また、その手段・方法も、自作の国旗にガムテープで×印を施したにすぎず、他人所有の財産に対する不可逆的な破損行為ではなく相当性がある。その影響も国体の開会式が20分ほど遅れただけで大した混乱も生じていない。他方で、制限されるXの権利は、表現の自由という民主制の根幹をなす重要な権利であるから最大限に尊重すべきものである。そうだとすれば、Xの本件行為には、Xを刑罰をもって処罰しなければならないほどの可罰的違法性はないというべきである。

よって、Xを法5条1項、施行規則3条4号違反で起訴することは、Xの憲法21条1項で保障された表現の自由を侵害する点で違憲無効であるというべきである。

以 上

## 【注 記】

\*23 猿払事件第1審判決で適用違憲論を展開した時國康夫判事は、可罰的違法性論を採用していたとの指摘がある（遠藤通比呂＝戸常寿「憲法解釈論／訴訟論と憲法学修」法学セミナー2010年10月号P.34〔遠藤通比呂発言〕）。

\*24 たとえば、外務省秘密漏洩事件に関する最決昭53.5.31刑集32-3-457参照。

\*25 以下では、司法事実を指摘し、利益衡量を行う。