

講演録「憲法判例の射程を知る」

横 大 道 聡

2019年7月6日(土)、広島大学大学院法務研究科では、授業科目「公法実務基礎」の公開講義(担当:大島義則客員准教授,伊藤建客員准教授)を開催すると同時に、外部講師を招いた講演会を実施した。今年度は慶應義塾大学大学院法務研究科の横大道聡教授をお迎えし、「憲法判例の射程を知る」とするタイトルのもとご講演をいただいた。

本講演録は、その模様について誌上採録をしたものである。また、ご講演後のディスカッションの様子もあわせて掲載している。ディスカッションには、公法実務基礎の公開講義をご担当のお二人の先生にも参加いただいている。掲載にあたっては、加筆・修正を加え、読みやすい体裁に整えている。

はじめに

新井誠(広島大学教授):今日は、慶應義塾大学の横大道聡先生にお越しいただき、「憲法判例の射程を知る」というタイトルでお話しをいただきます。横大道先生を簡単に紹介させていただきたいと思います。横大道先生は、慶應義塾大学の大学院を修了されて、最初は鹿児島大学の教育学部に赴任され、その後7年お勤めになった後、慶應義塾大学の法務研究科の教員になられたという経歴をお持ちです。

ご専門は、表現の自由、とりわけ、政府の言論助成の憲法統制で、そのよ

うなテーマで博士号も取得され、それを書籍化されております〔『現代国家における表現の自由』(弘文堂, 2013年)〕。著作の関係ですと、今日のタイトルにもかかわってきますが、『憲法判例の射程』(弘文堂, 2017年)という本を編集されており、その中で、憲法の最高裁判例の規範といったものをどのように読んで、かつ、それを実際に裁判でどのように応用するのかということを考えておられます。また、法学教室で、憲法学者と教育学者との対話の中で憲法をどのように考えるのかといった内容を含む連載をされております〔吉田俊弘=横大道聡「探検する憲法(1)～(24・完)」法学教室451号(2018年)～474号(2020年)〕。

私自身、親しくしていただいている、大学院の後輩にあたる、非常に優秀な方です。今日は、せっかくですのでお話を1時間くらいしていただいた後に、先ほどまでお話いただいた大島先生と伊藤先生にもご参加いただいて残りの30分弱をシンポジウム形式で質問等をして会を進め、18時くらいをめどに終わりにしたいと思います。それでは、横大道先生、よろしく願います。

1. 法科大学院に移籍して

ただ今ご紹介いただきました、慶應義塾大学の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。

新井先生からご紹介がありましたように、私はかつて鹿児島大学に勤めており、そこでの所属は教育学部でした。教員免許の取得には日本国憲法2単位が必修とされているため、大体どこの教育学部にも法学や憲法を担当する教員がおります。必修は2単位のみですから、憲法訴訟であるとか細かな学説の対立であるとか、そういった内容を授業で扱うことは時間的にもできません。そこで、今日の大島先生や伊藤先生のような授業ではなく、将来小学校、中学校の先生になろうとする学生にとって重要と考えられる基本的な考え方・理念などに力点を置いた授業をしてきました。

その後、縁があって慶應義塾大学の法科大学院に移ることになりました。そうすると、環境が全く変わります。今度は、一通り憲法の学修を済ませた学生相手に、司法試験に合格するために必要な教育が求められます。これまでとは全く違う授業を行わなければならないわけです。着任前に法科大学院向けの授業準備に取りかかりましたが、司法試験に合格することが法科大学院生にとっての学修の到達目標であり、そのために必要な授業を提供する。当然これが授業準備に当たったの基本方針になりました。

司法試験法の第1条は、「司法試験は、裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその应用能力を有するかどうかを判定することを目的とする国家試験とする」と定めています。そして同法3条2項は、「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」とするとしています。この法律に基づいて試験が作られ、ここで示された能力を判定するのが司法試験です。

司法試験で問わんとする能力・知識はどのようなものであるかということから授業はどうあるべきかを考えてみましょう。まず、「必要な学識」については、体系的な知識の教授という憲法教科書・体系書を用いた従来型の授業によって育むことが可能です。しかし、その「应用能力」、具体的な「分析、構成、論述」の能力となると必ずしもそうはいきません。これらの力を向上させるにはどうしたらよいのか。それが問題となります。

司法試験に合格した後、皆さんは法律家として社会に出て、実際に事件を扱うことになりますが、その際、初見の事案に対して適切な助言・主張・立証を行うことが求められます。そのためのトレーニングをするのが法科大学院であり、そのトレーニングのためにはどういう教育をすればいいのでしょうか。そういう流れで、次に試験委員が毎年公表している論文試験についての出題趣旨、採点実感に目を向けることになります。

採点実感等では、各年、異口同音的に同じような指摘が繰り返されていま

す。後で詳しく述べますが、そのなかで授業との関係で注目したのは「判例」をきちんと使うべきだという指摘です。毎年同じような指摘が繰り返されているということは、毎年同じような指摘を受けてしまうような答案が量産されているからでしょう。ということは、その部分を鍛えて対応できるようにすることが、先に述べた司法試験法で言われている「応用能力」等に応えることになるのではないかと。

このようにして憲法判例を中心とした授業が法科大学院における授業の核になるということが分かります。この講演のタイトルは「憲法判例の射程を知る」ですが、これが私の法科大学院での授業の方針であり、また、私が慶應の法科大学院に着任する前からすでに行われていた授業でもあります。他の法科大学院でもだいたい同じではないかと思えます。

そして、そのための学修教材として作成したのが、私が編者となった『憲法判例の射程』です。さきほど新井先生にご紹介いただいた本です。2017年に刊行したのですが、企画自体は私が法科大学院に移籍した2015年の早い段階から、同様の問題意識を持たれていた弘文堂の若くて優秀な柳崇弘さんとの出会いをきっかけに進んでいました。『憲法判例の射程』の第0章にも書いたことですが、憲法の教科書的な学修だけでは、司法試験の憲法事例問題を解くために必要な能力は育成できず、その間に判例の正確な理解、判例法理の使用法などを学び、それを応用するという作業が必要になりますが、その部分に特化した書籍を作ろうというのがコンセプトでした。

弘文堂からは、東京大学の宍戸常寿先生が編者となられた『憲法演習ノート』(弘文堂、2015年)、神戸大学の木下昌彦先生が編集代表を務めた『精読憲法判例【人権編】』(弘文堂、2018年)など、法科大学院生に定評のある書籍が多く刊行されております。私もそれらに関わらせていただいております。この広島大学でも門田孝先生、新井誠先生も関わられておりますが、教科書→『精読憲法判例』→『憲法判例の射程』→『憲法演習ノート』という流れで学修していくことで、必要な能力が涵養されるのではないかと思います。

2. 採点実感等における判例の位置づけ

では判例に関して、採点実感等ではどのように述べているのでしょうか。「敵を知る」ためにも採点実感等は、法科大学院生にとって熟読・精読しなければなりません。ここでは網羅的ではありませんが、判例に関連する部分を抜き出してみました。そうすると、大体同じような指摘が毎年繰り返されていることが分かります。時系列に並べてみれば、次の通りです。

- ①「関連する先例がきちんと挙げられて、検討されていない〔本問では、岐阜県青少年保護育成条例事件判決、第三者所有物没収事件判決等〕。このことは、それぞれの領域の重要判例を当該事案との関係でただ覚えているだけで、問題を本質的に理解していないことの現れであるように思われる。」(H20)
- ②「判例の言及、引用がなされない（少なくともそれを想起したり、念頭に置いたりしていない）答案が多いことに驚かされる。答案構成の段階では、重要なし基本判例を想起しても、それを上手に持ち込み、論述ないし主張することができなかつたら、判例を学んでいる意味・意義が失われてしまう。」(H23)
- ③「法科大学院は、実務家養成機関である。自分の立場に引き付けた判例の『読み』ではなく、まずは判例の動向を踏まえ判例に即した『読み』を修得し、その上で、判例に関する『地に足を付けた』問題点を考えさせるといった判例を中心とした学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成が適切に行われることを期待したい。」(H24)
- ④「著名判決等は知りつつも、個別事例への応用を前提とした理解が不足している感を覚えた。」(H25)
- ⑤「判例の射程範囲が理解できていない答案が目立った。法科大学院では、実務法曹を養成するための教育がなされているわけであるが、その一つの

核をなすのは判例である。学生に教えるに当たって、判例への『近づき方』が問われているように思われる。判例の『内側』に入ろうとせずに『外在的な批判』に終始することも、他方で、判例をなぞったような解説に終始することも、適切ではないであろう。判例を尊重しつつ、『地に足を付けた』検討が必要であるように思われる。判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考えさせる学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成がますます適切に行われることを期待したい。」(H25) (H26 もほぼ同じことが述べられている。)

- ⑥「司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。」(H26)
- ⑦「残念ながら、判例に言及したり、判例を引用したりする答案は少なく、判例・学説を漠然と理解しているため不正確にしか基準を表現できていない答案も散見され、それがバラエティに富んでいるとの印象の原因と思われる。」(H26)
- ⑧「本問は、全面的に直接に依拠できる判例が存在する事案ではないが、参考となる判例の射程を正確に理解し、本問事例との相違を指摘しつつ議論の展開を可能な限り判例に基づいたものにしようとする答案は、論述も説得的なものとなり、評価が高かった」(H28)
- ⑨「本問は、マクリーン事件等幾つかの参考となる判例を想起すべき事例であり、これらの判決の趣旨を理解し、その射程を意識しながら本事例について論証しようとする答案は説得的であり、高い評価となった。他方、こ

これらの重要判例がおよそ意識されていないもの、あるいは、本事例の特性を意識した論述とは言い難く、淡白な記述にとどまるものは、低い評価とならざるを得なかった。」(H29)

- ⑩「問題文において『参考とすべき判例…を踏まえて』論じるように求めているにもかかわらず、全く判例に言及しない答案が少なからず見られた。問題文にそのような要求が明示されていなくとも、本来必要なところでは関連する判例に言及するなど、それを意識した論述をすべきであろう。なお、判例に言及する場合には、単に事件名や結論を提示するのみでは十分とは言い難い。」(H30)

たまに学生から、「判例って引用しなきゃだめなんですか」という質問を受けることがあります。答えはもう明らかですよ。「引用しないのはおかしい」と採点実感に書かれていますから。そのように答えると、さらに「合格再現答案では引用してなかった」とか「みんな書かないと言っているから不安だ」という反応が返ってくる場合があります。しかし合格水準を超えているということと、出題者が求める答案とが必ずしも一致するとは限りません。例えば、大半の答案が判例を引用していなくても、一定数の合格者を出すために、そのような答案のなかで比較的出来の良いものがそれなりの評価となることもあるでしょう。あるいは、判例を明示して引用していなかったけれども、行論を見れば特定の判例を意識していることが明確であったからかもしれない。いずれにせよ、参考にするべきは再現答案よりも採点実感が明示的に述べていることのはずです。まさにどのように採点が行われているのかを推測するヒントですからね。

そもそも法科大学院は実務法曹を養成するための機関です。実務法曹として判例を意識したり引用したりしないということはありません。そうすると、実務法曹としての能力を測る試験のときに、判例を用いるのは不可欠である。素直に推論すれば、採点実感等ではいわれるまでもなく、そうなるはずで

3. 憲法事例問題の難しさ

憲法の事例問題は、ほかの科目に比べて難しい、苦手だという意見をよく聞きます。私の見るところ、難しいと思う主な原因の一つは、憲法教科書で得た知識のみを用いて事例を解こうしているからです。教科書の知識と事例問題との橋渡しをするために判例があります。その判例を抜きに憲法事例問題を解こうとすると、採点実感風にいえば、抽象的、あいまいな論述に終始している、そういう指摘を受けてしまうような答案になってしまいます。

このことを、具体例を挙げながらもう少し説明したいと思います。

著名な憲法判例である在外国民選挙権訴訟（最大判平 17・9・14 民集 59 巻 7 号 2087 頁）を例にすると、この事件で最高裁は選挙権について、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ない著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するといわざるを得ない。」と述べました。判例を学修する際には、どのようにしてこの部分を選挙権事案において活用できるのか、という視点から読んでいくことが大切です。選挙権やその行使の制限について非常に厳しいことを述べているわけですから、原告の立場からは当然活用したい部分になりますが、他方で被告ないし被告人の側は、この部分を活用されてしまうと、その制限を正当化する「やむを得ない事由」を挙げるのが容易でなくなってしまうからです、それを防ぎたいと思うはずです。それではどうすればよいのでしょうか。先ほど読み上げた部分では、この

規範が当てはまらない部分があり得ることが示唆されていましたね。「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として」の部分です。ここに「等」という言葉が使われていますから、「自ら選挙の公正を害する行為をした者」のほかにも、以下に続く厳しい判断枠組みが用いられない可能性があり得ることが示唆されています。また、判例が一般論を述べているように見えても、その部分は具体的事件の事実関係とセットで存在しているということも忘れてはなりません。在外国民選挙権訴訟の場合、日本国外に居住する日本人は、法改正がなされない限り、永続的に選挙権の一部が行使できないという状態に置かれていました。この非常に強い制限が加えられていた事案という事実関係のもとで、上記の選挙権の重要性が語られたわけです。そうしますと、それとは違ったかたちで選挙権やその行使が制限されていたとしたら、別の規範を用いることもできるのではないか。こんな風に思考を巡らせるわけです。

『憲法判例の射程』では、新井先生に選挙権の部分(第6章)をご担当いただきましたが、そこで帰化日本人が選挙権を行使できるようになるまで3か月必要とされていたこと合憲性が問題となった東京高裁判決(東京高判平25・2・19判時2192号30頁)の言及があります。この事件は憲法学修にうってつけです。選挙権の行使が制限されたという点では在外国民選挙権訴訟と同じです。しかし、帰化日本人の場合、3か月過ぎれば選挙権は将来に渡って永続的に行使できる。その意味で、在外国民選挙権訴訟の場合と制約の度合いというか強度が全く違うわけです。まさにこの点を強調して東京高裁は、「日本国民でありながら、全ての選挙の全部又は一部につき選挙権の行使が排除される場合と、限定された期間において選挙権の行使が排除される場合とを、その相違を一切捨象して当然に同列に論じなければならないとは断じ得ない」とし述べ、3か月要件は、「日本国民の選挙権の行使の全部又は一部を全面的に排除するものではなく、本件が問題とされる事柄は、平成17年判決〔在外国民選挙権訴訟のこと〕の事案とは異なる点があることからすれば、同

判決が掲げた基準の適用については更に検討を要するものであり、これを当然に適用すべきであるとする控訴人の主張は採用しがたい」と述べたのです。「事案が異なる」として在外国民選挙権訴訟の射程を限定し、区別したのです。

このことを別角度からいえば、判例を学修していれば、この種の選挙権がらみの事件では、原告と被告は、在外国民選挙権訴訟の判断枠組みを使えるのかどうかという点を巡って大きな対立構図を描くのだということがわかるはずです。それとともに、両当事者の側からどのような主張を繰り出すべきかが見えてくるのです。そして、そういう視点で憲法事例問題を解くことで、採点実感の要求を満たすとともに、将来法曹として社会に出ても大丈夫だというアピールができるのではないかと思うわけです。

なお、以上のようにいうと、「あんな長い判示部分を覚えなければならないのですか」という疑問も生じるかもしれません。覚えられるのであれば覚えるに越したことはないですが、試験では一言一句正確な再現を求めているはずはまずいはず。憲法を研究することを職業にしている私や門田先生、新井先生でも、そんなことはおそらくできませんし、司法試験に優秀な成績で合格した大島先生や伊藤先生でさえもそうでしょう。どのような趣旨のことを、いかなる理由に基づいて述べたのかを押さえておけば十分です。

他にもいろいろ例はあります。たとえば、在外国民選挙権訴訟では立法不作為に対する国賠法1条1項の違法性も大きな争点になっていましたよね。これに関する判例として、それよりも前に在宅投票制度廃止事件（最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁）がありました。そこでは、憲法の文言に一義的に反するにもかかわらず、あえて立法をしたときのような容易には想定しがたい例外的でない場合でなければ国賠法1条1項上の違法とならない旨が宣言されました。この定式は在外国民選挙権訴訟でやや変化するわけですが、それはとりあえず置いておいて、在宅投票制度廃止事件で述べられたことが最高裁判決として君臨しているなかで、どうやって立法不作為の国賠違法を認めることができるのか。そういう視点で下級審の裁判例を見ていく

わけです。

そうすると、例えば、熊本ハンセン病訴訟（熊本地平13・5・11判時1748号30頁）で熊本地裁がそれをやって見せているわけですね。熊本ハンセン病訴訟では、選挙権だけと、今回は移動の自由も含めてすべての憲法上の権利が侵害されるという本件とは全く異なる、このような場合にまで、在宅投票制度廃止事件で述べられた立法不作為が国賠法上違法となる場合についての説明は妥当しない。そういうかたちで事案を区別し、判例の射程を限定することで、違った判断を試みているのです。

4. 判例学修の意義

現在、弁護士数は4万人近くいます。その中から自分を頼ってきてくれた依頼者がいることを想像してください。その人を勝たせるためにはどうすればよいのでしょうか。その事案に関連する判例はあるけれども、それは間違っているから無視する。〔表現の自由は二重の基準のもとで優越的地位にあり、自己統治・自己実現の価値に仕えるものだから厳格審査によってそれを制限する法令の合憲性を審査しなければならない〕などと主張したとします。これが教科書的な知識から事案を解こうとする答案の典型例ですが、これでは依頼者との関係できちんと仕事をしたとはいえないはずです。実務は判例をもとに動いているところ、まったく判例への目配りがなからずです。裁判所が判例をもとに動くことを知っているのだから、それを見込んで議論を組み立てるのが合理的な行動です。そうだとすれば、依頼人を勝たせるためには、判例をきっちり押さえたうえで、それを踏まえた主張をしなければなりません。自分にとって有利な判例があれば、それに積極的に依拠していきたくろうし、不利な判例があれば、今回の事案とその判例とは違うなどとして区別を試みる。判例を知っていれば、原告と被告とがどの場面で対立するのかがわかり、対立する以上、その部分を厚く主張・立証しなければならないことも分かります。そうであるにもかかわらず、判例は間違っているから相手にせ

ずに学説一本で主張を組み立てるような行為は、大げさに言えば、自分を頼ってきてくれた依頼人に対する裏切り行為ではないでしょうか。

このようにして、憲法事例問題を読んだら、まず、あの判例とあの判例に関わってくるな、しかしあの判例を使われるとまずいな、それを防ぐにはどうしようか、といったような思考で取り組むことになるのではないかと思います。つまり、判例を学修するというのは、いかなる事案関係であったかを押さえ、それとの関係で当該判例の射程範囲を確認し、それを憲法事例問題で「使う」にはどの部分に着目すればよいかを考える、といった作業になります。おそらくほとんどの法科大学院でそのような授業が行われているはずです。大阪大学の松本和彦先生がある対談で次のような発言をしておりますので、紹介します。

「法科大学院の学習において判例を学ぶ機会が多いと思いますが、何のために学んでいるのかと言うと、あえて誇張して言わせてもらえば、それは、その判例が別の事案に適用できるものなのかどうか、あるいは適用できる場合はどういう場合で、適用できない場合はどういう場合なのかを区別するための訓練のためなのです」〔松本和彦・宍戸常寿「憲法事例問題を対話する（第2部 憲法学習・事例問題Q & A）」法学教室412号（2015年）29頁〕。

ここまで、なぜ判例を勉強しなければならないのかを強調してきましたが、何のためにそんなことをしたのでしょうか。皆さんは法科大学院に入って判例が重要だ、判例を勉強しろ、と何度も言われていると思いますが、何のために判例を勉強しているのかをきちんと理解していなければ、ただやみくもに判例を読むだけの苦行になってしまう可能性があるからです。比喩的にいえば、筋肉をつけたいから筋トレしているのに、いつのまにか回数をこなすこと、一日30回腕立て伏せをこなすことが目標になって、30回やったから

いいやという風になる。そうではなくて、筋肉つけるためには、年日30回やるよりも、2日おいてやったほうがいいのか、どれくらいの負荷をかけたほうが効率的だとか、効果的な姿勢とかあるわけです。本来の目的は筋肉をつけることだったはずなのに、いつのまにか回数をこなすことになっている、それと皆さんの勉強は同じになっていないですかということです。何のために判例を勉強しているのか、それは、事例で使うためにやっている。ということは判例の使える部分はどこなんだ、どこがこの判例の使える場所で、どこに着目したら活用できそうか、といった具合に判例を見ていく「くせ」を付けて欲しいと思います。

もちろん、自分で考えるだけではよくわからないところもあるでしょう。そういったところをカバーするのが法科大学院の授業ですし、それを担当する教員に質問してもよいでしょう。あるいは最高裁の下した不利な判例の存在を前提に、それでも何とか原告を勝たせようとする大島先生や伊藤先生のような弁護士の努力や、下級審の裁判例もあります。下級審の裁判例は、原告の主張、被告の反論を比較的わかりやすくまとめてありますから、それを読んで、なるほど、こういう主張をすることが考えられるな、というように勉強できるのです。重要な下級審裁判例も授業で案内されると思います。「下級審まで読まないでだめなのですか?」と思う人もいるかもしれませんが、やはり、何のために下級審裁判例を読むのかを考えてみてください。下級審において、最高裁判例の存在を前提にしつつ、当事者が勝ちを得るためにどのような主張・立証をしたのかを見るため、学ぶために読むのです。あるいは、重要論点だけでもまだ最高裁レベルで直接的な判断がなされていない問題について、下級審がどのようなアプローチをしているのか、そういった部分を学ぶために下級審の裁判例を読むのです。いずれにしても、ただ漫然と判例を読むのではなく、問題意識を持って読むことが重要です。

ただし、憲法の場合、まず判例自体が少なく、積み重ねも他の法領域に比べるとやはり少ない。さらに、最高裁の憲法判例は、必ずしも十分に理由を

提示していない場合も少なくありません。何とか判決の「趣旨に徴して明らかである」といった判例を見たことがある人も多いでしょう。しかもそこで言及された判例がどのように関係しているかもよくわからない。そうになると、調査官解説などを見てフォローしていかなければならないし、また学説上の整理を借りなければならぬことも出てくる。そのようにして、判例だけを読んでいてもわからないことを知るためにも、授業で先生の解説や説明を聞いたりすることが大切だということが分かるのではないかと思います。

法科大学院が始まって、判例解説の書き方もだいぶ変わってきています。かつては、「あの判決は間違っている!」、「人権の理念のそもそものところを分かっていない!」といった具合に、判例の解説にかこつけた自説の展開をしているものも少なくなく、またそれはそれでよかったわけですが、今はだいぶ変わってきています。近時では判例百選もそうですが、判例を内在的に理解することに力点が置かれています。冒頭で言及した『精読憲法判例【人権編】』などはまさにそれに特化しています。これまでは判例解説や教科書を読めば読むほど、判例によって構築されている裁判所の世界観から離れて行ってしまう傾向があったわけですが、近時の判例解説や教科書、教材ではそういうことはなくなりつつあるように思います。もちろん、そのこと自体が良いかどうかは、司法試験という観点からだけでなく学問の発展などの観点から別途考えなければいけないことですが。

5. 憲法事例問題を例に考える

以上話してきたことを、具体的な事例問題を使って考えてみたいと思います。レジュメに挙げたのは、2017年度に本務校の3年生の授業の期末試験で実際に用いたものを一部修正し、簡素化したものです。

医師であるXは、児童買春をしたとの被疑事実に基づき、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」違反の

容疑で20**3年11月に逮捕され、後日罰金刑に処せられた。Xが上記容疑で逮捕された事実(以下、「本件事実」という。)は逮捕当日に報道され、その内容の全部又は一部がインターネット上のウェブサイトの電子掲示板に多数回書き込まれた。

Xの居住する県の名称およびXの氏名を条件として世界最大のシェアを占める検索事業者Yの提供する検索サービスを利用すると、関連するウェブサイトにつき、①URL(いわゆるホームページアドレス)ならびに②当該ウェブサイトの表題および③抜粋(以下、①～③をまとめて「URL等情報」という。)が提供されるが、この中には、本件事実等が書き込まれたウェブサイトのURL等情報(以下、「本件検索結果1」という。)が含まれる。

40歳となったXは、罰金刑を受けてから12年以上罪を犯すことなく、処罰後に医業停止2年の処分を受けたものの、現在は医師として病院に勤務しながら、妻と幼い子らと共に平穏な生活を送っており、政治的、社会的な団体等に所属するなど社会に特段の影響を与えるような活動はしていない。Xは、それにもかかわらず、児童買春の罪で逮捕されたという過去の逮捕歴に関する記事が、処罰後12年余り過ぎた現在でも、Xの氏名等を入力して検索するだけでYの検索結果として表示され、インターネット上で誰でも簡単に閲覧できる状態で公開されていることで、自律的な生き方が妨げられていると感じている。

また、近年では、10代女性アイドルグループAのコンサート会場でXを複数目撃したことを受け、「XをAのコンサート会場で発見! Xの性的嗜好まったく変わらず。あいつは絶対またやる」、「性犯罪者Xが勤務する病院には行くな!」などという匿名発言者Bのツイート(C社のウェブサービスを用いた短文投稿)が拡散され、このリツイートや、Bのツイートをとり上げたウェブサイトのURL等情報(以下、「本件検索結果2」という。)がYの検索サービスでも頻繁に表示されるようになった。Xは、

Aのコンサートに複数回行ったことは事実だが、だからといって、再犯者であるかのように書かれるいわれはないと考えている。

以上のことから、Xは、Yに対して、本件検索結果1および本件検索結果2の削除を求めて（本件検索結果1および本件検索結果2を表示することの差止めを求めて）出訴した。

一読して明らかですが、これはグーグル検索結果削除請求事件（最判平成29・1・31民集71巻1号63頁）を元ネタにしていますが、テスト自体は最高裁判決が出る前に出題しています。下級審段階から話題になっていた事例でしたし、既存の判例や学説の知識を用いて、新たな問題に対処するという意味でも、大変よい問題だったのではないかと思います。

ここで詳細にこの問題について解説する時間はありませんので、これまで話してきたことと関連させて簡単なコメントだけしたいと思います。

まず、評価されない答案は、憲法の教科書の知識だけを用いて事例問題にアプローチするものと述べました。例えば、これは個人情報だからプライバシー権だ。それは13条で保障されている自己情報コントロール権のことである。自己情報コントロール権は人格的自律に必要な不可欠だから厳格審査だ。さてその制約は正当化されるのか、といった答案です。この種の答案の何がいけないかというと、判例がでてこないわけです。せっかく法科大学院でたくさんの判例を勉強しているのに、憲法事例問題になったとたん、それを使わずに結局教科書に載っている知識だけで解こうとしてしまうとしたら、一体何のために判例を学修しているのかと思いませんか。繰り返しになりますが、法科大学院で判例を何度も読ませるのは、憲法事例問題を読んだら、関連しそうな判例が頭に思い浮かぶことができるようにトレーニングするためでしたよね。

ではどのように考えることになるのかといえば、13条がらみの関連する判例群を思い浮かべるわけです。いろいろありますよね。京都府学連事件判決

(最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁)があったり、指紋押捺拒否事件(最判平7・12・15刑集49巻10号842頁),あるいは住基ネット訴訟(最判平20・3・6民集62巻3号665頁),前科照会事件(最判昭56・4・14民集35巻3号620頁)などなど。詳しくは、『憲法判例の射程』の第4章をご覧くださいと思いますが、それらの判例ではどのように議論されていたでしょうか。「個人の私生活上の自由」の一つというかたちで、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」(京都府学連事件),「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」(指紋押捺事件),「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」(住基ネット訴訟),「みだりに前科を公表されない法的利益」(前科照会事件)などが導き出されていましたね。そういったことをまずは考えるわけです。また、今回の憲法事例問題で問題となったのは前科情報ですから、前科照会事件のほか、ノンフィクション『逆転』事件(最判平6・2・8民集48巻2号149頁)なども頭をよぎるはずです。さらに考えを進めていくと、検索事業者Yに前科情報をださないようにするために、前科情報の差止の話になってくるので、そうなる北方ジャーナル事件(最大判昭61・6・11民集40巻4号877頁)とか、「石に泳ぐ魚」事件(最判平14・9・24判時1802号60頁)なども芋づる式に出てくる。むしろ、出てこないとまずいわけです。そして、それらの判例と今回の事例とはどこが同じでどこが違うのか、その違いは判例の規範の適用を拒否するほど重要な事実なのか、といったように考えを進めていくのです。こういった作業こそが、判例を用いて答案を書くということだと思います。

ついでにもう2点指摘しておきたいと思いますが、実際に期末試験で出題してみて、「13条も問題となるが、14条、21条1項、29条もまた問題となる」といった具合に、思いつくまま論点を挙げる答案も散見されました。問題になりそうな権利をすべて網羅しようと頑張るわけですが、試験時間には限りがありますから、そういう答案は、結局、個々の論点についての検討が甘くなってしまっていることが少なくありません。また、例えば14条が関係する

問題が出たら、教科書的な論点である法適用平等説と法内容平等説に言及したりと、事案を解決するにあたって必要のない論点に言及する答案も見受けられます。現在の判例を前提にすれば、法適用平等説を採用することはあり得ず、原告の立場に立とうが被告の立場に立とうが、この説を採って議論を組み立てるということはそれだけで「あり得ない」主張をしていると評価されてしまいます。平成27年の採点実感では、「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」と述べられましたが、この部分を額面通りに受け取れば、余計なことを書いたら点数がつかないだけでなく、減点されてしまうことになりすよね。先ほど、「数多くの弁護士がいるなかであなたを選んでくれた依頼人」というような言い方をしました。その人を勝たせるために必要なのは、思いつく論点を挙げることでも、関連しそうな憲法条文を網羅的に挙げることでもありません。確かに特に実際の下級審裁判例を見ると、網羅的に論点を挙げて主張しているものもありますが、それは試験のようなタイトな時間的リミットがないからです。また、主張していても、あっさりと退けられていることも少なくありません。そういう主張の中から、特に裁判所が重要視してしっかりと検討した部分を見抜き、試験ではその点に絞って主張するという取捨選択が必要になります。依頼人を勝たせるために、どの条文のどの論点に焦点を絞って論じればよいか、そういう視点から考えていくことが必要なのです。

6. いわゆる「当てはめ」について

最後に、いわゆる「当てはめ」についてです。

憲法事例問題で書くべき事柄は、大別して、「判断枠組みの定立」と、「当てはめ」の2つです。「当てはめ」という言い回しについては、平成23年の採点実感で「求められているのは、『事案の内容に即した個別的・具体的検討』である。あしき答案の象徴となってしまっている『当てはめ』という言葉

使うこと自体をやめて、平素から、事案の特性に配慮して権利自由の制約の程度や根拠を綿密に検討することを心掛けてほしい。」と述べられたこともあり、ネガティブな印象をお持ちの方もいるかもしれませんが、重要なことは言い方ではなく中身です。この指摘の後、期末試験などでは、「当てはめ」の代わりに「個別的・具体的検討」という表題を用いる答案が増えたように聞いておりますが、重要なのは言い回しではなくて中身ですので、ここでは「当てはめ」という言葉を使うことにします。

さて、憲法事例問題においては、国家の行為あるいはなんらかの法令が憲法に違反するかどうかをどのように判断するかという「判断枠組み」を定立することが必要です。その際、今まで話してきたとおり、判例を手掛かりに考えていくことが求められます。例えば、表現の事前差止めであれば、北方ジャーナル事件や『石に泳ぐ魚』事件で示された判断枠組みがあり、公共の用に供されている施設の貸し出しに関する事案であれば、泉佐野市民会館事件（最判平成7・3・7民集49巻3号687頁）とか、上尾市福祉会館事件（最判平8・3・15民集50巻3号549頁）、さらには呉市教研集會事件（最判平成18・2・7民集60巻2号401頁）があります。そこで何が言われていたのかなというように考えていくわけです。先ほどの伊藤先生の授業は、金沢市役所前広場「軍事パレードの中止を求める集会」不許可処分事件（金沢地判平成28・2・5判時2336号53頁、名古屋高金沢支判平成29・1・25判時2336号49頁、最決平成29・8・3判例集未登載）を用いて、それを鮮やかに実践されました。

しかし、事例を考えるには、判断枠組み・基準を定立するだけでは終わりません。それを事案に「当てはめる」という作業が残っているからです。これが憲法事例問題におけるもう一つのメインパートです。では判例学修との関連で、どのように「当てはめ」の勉強をすればよいのでしょうか。公開講義で大島先生も言われましたが、最高裁までいくというのは、どちらかが100%正しいということは基本的にありえない。各々相応の言い分があって、

それぞれの主張が合理的に成立しうるわけです。つまり、自分にとって都合のいい事実だけが存在しているわけではない。そうしたなか、自分にとって都合のいい事実だけを取り出して、だから有罪、無罪、処分取消といったような主張をしてしまうと、法曹としての適格性に疑いをもたれてしまいます。自分にとって不利な事実も踏まえて、その事実をどう評価するかが重要なのです。この点については、先ほどの大島先生、伊藤先生の公開講義で丁寧になされていましたが、あのような検討が重要なのです。

ところで、判断枠組みの定立に関して、採点実感ではその悪しきやり方として、「事案に即して考えるのではなく、単純に違憲審査基準を立場によって使い分け、自分は中間の基準をとるという、パターンとして答案を記載しようとする姿勢のものも目に付いた。例えば、X側の主張として厳格審査基準、Y側として合理性の基準、自分としては中間審査の基準を採る」(H21)こと、『原告の主張』のところで審査基準に言及すること自体は、問題ない。望ましくないのは、表現の自由の制約-内容規制-『厳格審査の基準』を、事案に即して慎重に検討することなく、パターンとして記憶しているものを書く」(H23 補足)ことを挙げ、それを戒めています。これがなぜいけないかというと、判例を前提に、原告の代理人・弁護人となる弁護士として、あるいは被告側もですが、依頼人を勝たせるためにどういう主張をすればよいかを考えるべきだと述べましたが、原告側からは厳格審査、被告側は緩やかな審査で、あなたが中間審査という主張が、それぞれの立場から合理的に成立するようなことはほとんどないからです。せいぜい、厳格か中間かとか、あるいは中間か緩やかかというレベルでの対立でしょう。採点実感が挙げるような答案は、いわば、あなたの私見をよく見せるために、原告・被告にピエロを演じさせているようなものです。私見を輝かせるために、脇役に馬鹿なことをさせているかのようです。しかし、ドラマや映画でもそうですが、脇役が魅力的な作品ほど面白いわけで、原告側が素晴らしい主張をすれば、被告側もそれに本気で反論しなければならないですし、その両者の迫力なる主張を踏ま

えたあなたも、どちらも相応の根拠のある主張をしているわけですから、さあどうすればよいかということになります。逆に、原告・被告ともに極端な主張をさせて、私見のところで「どちらも一方的かつ極端だから、私が正しい考え方を教えてあげよう」といった答えは心に響かないと思います。「当てはめ」との関係でこうした答案の何が問題かという、そういう答案を書く人は、要するに、判断枠組みを使い分けることだけで結論を左右させようとしているな、具体的な事実の「当てはめ」ではなく「判断枠組み」を決めさえすれば結論が自動的に出てくるなどと考えているな。そういった印象を採点者に与えてしまうのではないのでしょうか。事実をきちんと評価して「当てはめ」という作業を行うためには、同じ判断枠組みを用いつつ、結論を左右させるといったことをやって見せることが必要でしょう。中央大学の安念潤司先生が次のように述べていることは大いに納得できます。

「同一の基準から、異なる結論を導くスキルこそ実務法曹としての『芸』である。原告・被告それぞれに有利な理屈を、同一の基準を前提としつつそれなりの説得力をもって捻くり出せなければ、『ゼニのとれるローヤー』にはならない」[「答案のキモは、基準の選択それ自体ではなく、第一に、問題点を抽出することであり、第二に、設問で与えられた条件（法令、立法事実、社会常識）に当該基準を適用して分析する部分である」]〔安念潤司「〔授業実践報告〕判例で書いてもいいんですか?」中央ロー・ジャーナル6巻2号(2009年)90頁〕。

別の視点から「当てはめ」の重要性を指摘したいと思いますが、例えば、典型論点として「法律と条例の抵触」という論点があります。この問題について判断するための枠組みは、周知のとおり、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）の「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ぬ」というものです。この部分は最高裁判例として確固たる地位を得ているので、これを判断枠組みとして用いるという点については、原告の立場であろうが被告の立場であろうが、はたまた私見であろうが、変わりはない。つまり判断枠組みの段階で対立構図を描くことができませぬ。しかしその後の判例・裁判例の展開を見ると、この同じ判断枠組みを用いながらも、下級審と上級審とで結論が異なるなんてことはざらにある。つまり、「当てはめ」の段階で結論を左右させているわけです。どういう事実を拾い上げて、それをどのように評価したか。同じ事実をどのような角度からみたために評価が変わったのか。こういう当てはめ段階での判例の「実技」をたくさんみることで、審美眼が養われると思います。

7. 具体例から

ここでもやはり具体例から見ていきたいと思いますが、学修教材としてうってつけだと思ったのが、京都府風俗案内所規制条例事件の第1審(京都地判平26・2・25判時2275号27頁)と控訴審(大阪高判平27・2・20判時2275号18頁)との比較です。最高裁判決(最判平成28・12・15判例時報2328号24頁)もありますが、ここでは下級審のほうが重要です。

これは「京都府風俗案内所の規制に関する条例」の合憲性が問題となった事案で、問題となったのは、風俗の実店舗でなくて風俗案内所、学校や児童福祉施設、病院などの施設から200メートル以内で経営することを刑罰で禁止する条例です。京都地裁は違憲、控訴審の大阪高裁は合憲、最高裁は高裁判決維持でした。地裁と高裁で結論は正反対ですけれども、両方とも、薬事法判決(最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁)で示された職業選択の自由の制約に対する判断枠組みを用いています。つまり、同じ基準を用いつつ、結論が正反対になっている。それでは結論を分けたのは何だったのか。そういう目線でこの下級審裁判例を読むことで、「当てはめ」についてのピン

トが得られるわけです。

ごく簡単にその違いをまとめてしまえば、このようになります。

まず地裁は、青少年の健全な育成などを目的として風俗案内所を規制すること自体は良いが、規制の具体的内容が規制目的との関係で合理性がないとしました。地裁が着目したのは、風俗の実店舗にもまた風営法などによって学校などから一定の距離制限規制がありますが、その規制よりも今回の風俗案内所条例のほうが厳しい距離制限規定だったことです。そして、風俗の営業を行っている実店舗のほうがより青少年の健全育成や周囲の環境に対する弊害が大きいと考えられるのに、なぜ風俗案内所のほうが厳しい規制なのか、その合理的理由は認められないのだとして、目的との関係で合理的関連性を欠くとして違憲判断に至りました。

他方、控訴審は、実店舗よりも案内所のほうが厳しい距離制限規制となっていることについて、風俗案内所は「案内対象となる性風俗営業を営む店舗を含めて多数の風俗営業所に関する情報が集積し、また、案内業務で収益を上げることだって、積極的な集客のため、多数の風俗営業所について積極的に広告、宣伝を行う」というのが仕事であることからすると、むしろ風俗の実店舗よりも外部に与える影響は格段に大きいとして、同じ事実について、まったく正反対の評価をしたのです。そしてその合理性を認めて合憲という結論になりました。

「当てはめ」に関して採点実感では、「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。」(H23 補足)とか、「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目し、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」(H26)といった指摘も繰り返されていますが、そのような指摘を受けない答案にしていくためにも、ここでの検討は参考になります。地裁も高裁も、自分に都合のいい事実だけを拾って、合憲だ違憲だとするような議論の組み立て方ではなくて、同じ事実を別の視点から評価し、結論を分けているのです。都合の悪い事実をなかったことにして、自分の主張で言わないということはできません。原告も被告も、都合のいい事実だけを拾って議論を組み立てるのではなくて、この事実はこういう風に評価できるから、一見すると不利なように見えても実はたいした意味はないとか、そういったように議論が戦わされることになるはずで

す。

このような「事実の評価」の具体的な方法を知るためにも、さらには、判断枠組みの具体的な使い方をみるためにも、判例学修は有益であり、素材の宝庫であるということです。ほかにも例を挙げればきりはないですが、一つだけ。政教分離原則に違反するかどうかを判断するための方法として、津地鎮祭事件判決(最大判昭52・7・13民集31巻4号533頁)で述べられた目的効果基準がありますよね。この基準と空知太神社違憲訴訟(最大判平22・1・20民集64巻1号1頁)で述べられた総合的判断との違いは何かという論点がありますが、ここではとりあえずそれを措くとして、目的効果基準を使おうとする場合、この基準を使うかどうかで原告・被告で対立はふつう生じません。となると、ここでも結論を分けるには「当てはめ」が重要になるわけです。では、具体的にどのような「当てはめ」をしているかということ、ある行為の「目的」はこれ、「効果」はこれ、だから違憲だ合憲だというような「当てはめ」はしていませんよね。正確に述べると、「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法(式次第)が宗教の定める方式に則つたものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとられることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為

者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」とされており、これに沿った「当てはめ」がなされているというのが実際のところですが。こういった諸事情をどのように拾い上げ、評価し、意味づけをしているか。そういう部分こそ判例を読むことを通じて学んでほしいことなのであって、「目的効果基準」という言葉だけ覚えても憲法事例問題ではそれほど役に立たないと思います。

8. まとめ

まとめに入りたいと思います。

憲法の学修方法について、レジュメでは「三段階ステップ重ね塗り学修」と命名してみました。まずは、法学部の授業で学ぶような知識ですけども、憲法の教科書を一通り勉強するというのが第一段階。下地をきちんと塗ることで、化粧のりがよくなったり、絵描くときにもきれいに描けるのと同じく、大切な作業です。この基礎の部分をしっかり勉強する。次に、第二段階として、判例をきちんと勉強していく。この段階では、基本的知識と判例を結びつけることを意識することが重要です。そして最後の第三段階が憲法事例問題。教科書があつて、判例があつて、事例問題があるという流れですが、それぞれが独立しているというよりは、何度も行ったり来たりしながら「重ね塗り」をしていくというイメージです。事例問題でうまくできないところがあれば、その原因を探り、基礎部分の知識不足だったらそれを補い、判例理解の不十分さに起因するのであれば改めて判例を精読する。事例問題は、自分の何が足りないかを知るための勉強でもあります。なかなか法科大学院で伸びない学生は、私が見るところ、第三段階の部分に囚われ過ぎていて、そこばかり勉強しようとしている一方、事例問題を考えるためのツールが決定的に不足していて、抽象的な議論しか展開できないというパターンが少なくないように思います。表現の自由が出たら「自己統治・自己実現→二重の

基準・優越的地位→厳格審査」とか、平等の問題が出たら「後段列举事由→民主主義の理念→厳格審査」といった具合に、暗記した定型文を書き写すだけになってしまっているのです。そうならないように、色を何度も重ね塗りしていくイメージで学修していくと良いのではないかと思います。

そういう学修が必要であるということは、今日ここにいらっしゃる伊藤先生も大島先生も反対することはないはずです。大島先生の『憲法の地図』(法律文化社、2016年)も、伊藤先生が共著で書かれた『基本憲法I』(日本評論社、2017年)も、そういったところに目配りのある学修教材ですからね。

このうち、今回の講演では、第二段階の判例学修に主に焦点を当ててお話しさせていただきました。法科大学院の授業の大半がこの部分になっていることの意味を知ること、そして、遠回りに感じる人もいるかもしれませんが、この部分をきっちりと勉強することが、第三段階で成果を出すためのスプリングボードなのだとすることを強調してきました。

最後になりますけれども、判例学習が不十分な答案が量産されているからこそ、毎年採点実感でその指摘が繰り返されているということを再度強調しておきたいと思います。ということは、そのような指摘を受けない答案になりさえすれば、相応の高評価を受けられるはずです。改めて自分の答案を、判例を踏まえて書いていたかという視点で見直してみてください。それにより課題も見えてくるのではないかと思います。

以上で私の話を終了いたします。どうもご清聴いただきありがとうございました。

【ディスカッション】

新井：横大道先生ありがとうございました。色々率直にお話いただいたので、大変面白かったです。このあと残り30分を使い、大島先生と伊藤先生にコメント等いただきながら進めていきたいと思います。まずは、今の横大道先生

のお話に対する感想を大島先生、伊藤先生お二人から、それぞれ簡単にお話いただけますでしょうか。

大島義則(弁護士・広島大学客員准教授):大島でございます。貴重なお話ありがとうございます。非常にごもつともなご指摘ばかりでした。最近、判例に基づいて書けと指導すると、三段階審査に基づいて保護範囲、制約、正当化のステップで書いていけば十分だというような意見がでます。判例に基づいて書いたほうが良いとアドバイスしても、そんなことをやらなくても司法試験には合格すると指摘されるのです。このようにロースクールでのまともな憲法教育を否定する風潮が強くなりすぎると、学生が逆に悩んでしまうと思うのですね。我々が判例で書くべきだと指導しても、それは不要だという方々もいるので、学生が悩んでしまう。横大道先生のお話は具体的な事例を交えながら、判例でいいんだと後押ししてくださるような内容で、とてもいい講演会だったなと思いました。

伊藤建(弁護士・広島大学客員准教授):伊藤でございます。まずは貴重なご講演ありがとうございます。ご講演の内容が、私が普段から述べていることと8割方一緒であり、引用している文献や引用部分、安念先生の発言まで、ほぼほぼ一緒でしたので、もしかしてちょっとパクられたんじゃないかとも思いましたが(笑)、まっとうに考えれば同じような議論になって当然だということなのでしょう。

判例を「踏み台」にした主張というのが非常に大事になってくるというのはまったくその通りです。私はその分析ツールとして「マテリアルファクト(material fact)」という概念によって、各判例を「事案類型」により区別すべきだという主張をしていたところではございますが、この点について、横大道先生のお考えをお伺いしたいと思います。

次に、当てはめについてもおっしゃる通りで、ひどい答案になってくると、

対立構造が思い浮かばないからなのか、例えば徳島市公安条例事件の規範を法律と条例が同一目的か違う目的かという形で、無理やり対立構造にするものもあります。はっきり申し上げれば、この論述は、徳島市の判決を全く理解していない。この判決はどちらの目的も認定していますから、必ずしも目的の認定で対立構造になるとは限らないはずなんですけれども、ここで主張反論を組み立てようとする答案が出てくる。

当てはめで何を書かれているかは、刑事訴訟法などでは判例を読んで学んでいるわけです。それなのに憲法になると、当てはめを読まなくなり、法規範の当てはめレベルの勉強を何もやらなくなって、教科書知識だけで解こうとしてしまう。憲法といえども通常法律科目と一緒にですから、当てはめについても判例で学ぶのが普通でしょう。立証命題が何で、立証すべき事実が何なのかを、しっかりと明らかにしながら読むとよいのかなと思います。

最後に、問題提起をもうひとつさせていただきますと、横大道先生は、書くことについて、試験問題を例に良い思考と良くない思考をお示しされておりましたが、良い思考をしたとしても、これを実際に起案でどう書くかというのが学生の課題になっており、それがデットロックになっているからこそ、結局、良くない思考のもとで書いた答案のようになってしまっているのではないかと。良くない思考に良い思考を組み合わせていくような戦略になっているのではないかというふうに思っているところです。

まとめますと、私からの問題提起は、判例の射程を区別するマテリアルファクトなる概念についてどのようにお考えなのか、そして書く訓練についてどうお考えなのかということについてお聞きしたいなと思います。

新井：ありがとうございます。非常に面白いお話でした。今、伊藤先生のご発言の中で、八割方同じだというのがありましたが、後ほど2割の違いをお話いただけるといいかなと思いました。横大道先生、今のご質問についてご回答をいただけたらと思います。

横大道：まず、マテリアルファクトというお話ですけども、その判例を基礎づける重要なポイントはどこなのか、判例で述べられた規範が用いられるのか否かを分ける決定的なポイントはどの事実なのか、そういう点に着目すべきだというのは、まったくそのとおりだと思います。そこを見抜いていくということが、判例の射程を考えていくということですね。マテリアルファクトという言葉を用いてはいませんが、それが重要であるということにはまったく異論ありません。

二点目の書くことの訓練についてですが、ご指摘のようにおそらく学生は、本日のような話を聞いて、「まあ確かに言いたいことは分かった。でも実際に判例を使って書くというのは難しくてなかなか書けないのだ」という悩みをもっていると思います。法科大学院では試験対策のようなことはやりませんし、できません。そうなったときに、どういう風に勉強すればいいかといえば、お手本はやはり判例です。判例の中でも特に評価されているようなものを読み、どういう風に書かれているのかな、自分がこの訴訟を担当したら、どういう書き方になっていたかな、という想像を働かしながら読んでいくことになるのではないかと思います。また、先ほど言及した『憲法演習ノート』のような模範解答つきの演習書もありますから、そういったものを活用しながら、判例を使うことに慣れていくということになるでしょうか。

大島：「マテリアルファクト」や「事案類型」という概念は、憲法判例の射程を区切る際のキーワードとして使われていますね。アメリカは判例法の国ですから判例が大きな力を持ちますので、マテリアルファクトに基づいて判例の射程を考えていく必要性が強いと思います。このマテリアルファクトの考え方は英米法的な発想だと思いますが、日本の裁判実務では、英米法以上に判例に準拠しているのではないかといわれるぐらい判例に準拠した運用をされているところもあります。ですから、日本は判例法国ではないんですけど

も、マテリアルファクトという言い方をするかどうかは別として、判例の射程を区切る重要な事実あるいは事案類型は重要なものになります。

伊藤：書くことについてちょうど話題にあがりましたので、それについて私の方からも一言。実務家はですね、皆さんが思っている以上に書式を使います。ただ、書式は使いますが、書式どおりにはまず書かない。では何をしているのかというと、利用している書式とは具体的事実が全然違うので、そこを当てはめなおすということをやっている。これが実務家の実際の仕事のやり方なわけです。ですから、ここが研究者の先生方とは異なる部分になると思うんですけども、研究者の先生は論文書くときに書式から書き始めますかということ、まずそんなことはありません。そうなってくると、その考え方の違いがあって、どうしても研究者の先生の中には、ゼロベースで答案例を書かないことを思考停止だと思っておられる先生がおられて、書式を使うことそれ自体をネガティブにとらえてしまうといった傾向が少しあるのではないかなとも思います。私はある程度の書式化は、必要だと思っています。ただ、問題なのは、書式化をすると受験生側が書式のみにも依拠して、事案が違うのに書式をそのまま貼り付けるという現象が起こるので、これに対する教育的配慮から、書式化を実行に移せないという悩みはあります。とはいっても、判例の論じ方も、ある程度はフレームワーク通りになっていますから、そのフレームワークを示し、憲法上の権利との抵触、憲法適合性の検討、判断枠組み、個別的具体的検討、結論、みたいな形でフレームワークに依拠して解説しています。なので、大事なのは実務家の側が、しっかりとした答案例を示しながら、ある程度のフォーマット化もやむを得ないと考えてほしいということかなと思います。お二方いかがでしょうか。

横大道：そうですね。基準が独り歩きするという話に関連すると思いますが、受験生は学者になりたくて勉強しているわけではないですから、答案がある

程度フォーマット化していくのは避けられないと思いますし、それが絶対悪であるとも思いません。問題は、ギリシャ神話に出てくる「プロクルステスのベッド」のように、フォーマットが絶対で、それに合わないものは切り捨てる、無視するといった態度でしょう。法科大学院に入る前から、フォーマットばかり勉強していると、なかなかそのくせが抜けない。そういう学生に比べると、純粹未修で入ってきた子の方が急激に伸びたりしますね。違憲審査委基準のなかで、「ぴったりと適合した」などと訳される *narrowly tailored* という言葉があります。テイラーつまり洋服の仕立て屋を例に言えば、フォーマットは洋服サイズの SML のようなものです。誰でも似合うわけではない。袖が短かったり、丈が長すぎたりと、どうもしっくりこない。そこを仕立て屋さんがその人の体のサイズに合わせて仕立て直す。この作業を欠いているのが、フォーマットを絶対視する思考です。フォーマットが悪いのではなく、洋服をその人の体に合わせて丈詰めをしたりするのと同じように、事案に合わせてフォーマットをカスタマイズする作業を怠っていることが問題です。そこから脱却することが、よい答案に向けた第一歩かなと思いました。

新井：本学の憲法は、私と門田先生が担当しているのですが、門田先生からもコメントをしていただければと思います。

門田孝（広島大学教授）：本学で憲法を担当しております門田と申します。はるばるいらしていただいて貴重な興味深いお話をありがとうございました。質問というか、とくに、異を唱えるようなところはなかったのですが、憲法判例の射程というときに、これを普通にとらえれば、当該判決ないし決定の中で展開されている一般理論がどの程度、どの範囲まで適用できるかという話で、ある事例がその判決の一般的理論でカバーできれば、その事例にとってはその判決が先例になるという理解だろうと思います。そういう風に考えたときに、たとえば司法試験で、参考になる判例をあげると最近よく言われ

ますが、先例となる、たとえば、今年のフェイクニュース規制法案の合憲性を問う問題が出ましたけども、それに参考にする先例があるかということ、直接的な先例はないと思うのです。フェイクニュース規制法案自体が新しい問題だから。そういう場合に参考になる判例ということで、求められているのは、むしろ先例として規範をそのまま引用するというよりも、類似の事例を、参考にして、そこで一般的な理論の発想・考え方を用いなさいということかなと。誤解を恐れずにいえば、憲法理論の類推適用、判例理論の類推適用というようなものを求められているのかなと。判例理論の類推適用のようなものを事例によっては求められているのかなと。まあ、それだからこそ、結構難しいのかなと、そういう気がひとつします。

あと一点、大体判例の重要性は増しているわけですけども、学説から見てやはりこれは出来が悪いだろうという判例もあるわけですよ。実際に2019年度司法試験の事例でも判例に批判があるときにはその批判も踏まえて議論しなさいということになっていたわけで、どこまで判例のとおり書けば良くて、逆にここは判例のとおりに従うと少しリスクではないかといったところについては、独学では必ずしも見極められないところですから、授業でそのあたりをちょっと解説していく必要があるのかなと思います。

伊藤:まず、私の方から関連するところをお話させていただくと、まさにおっしゃる通りでございまして、判例どんぴしゃりの事例というのはあんまり問われないのですよね。それが問われるのは、ロースクール入試ないしは学部
の期末試験という認識です。そうすると結局判例とは事案をずらしてくる。マテリアルファクトが違うものが問われる。ただ似たようなマテリアルファクトを持っている判例はいくつか存在する。これらの異なる判例の間で、問題の事例をどのように綱引きするのか、こっちとあっちのどちらに近いのかを書かせるという問題なのかなと理解しているところでございます。ですから、それを参考判例をもとに議論したというべきなのか、背後にある考え方

のみを拝借したというべきなのか、というのは評価がわかるかもしれませんが、いずれもいっていることは一緒なのかなと思っています。フェイクニュースの問題であれば、虚偽表現の禁止というのについては、虚偽の名誉毀損表現が問題となった謝罪広告事件(最大判昭31・7・4民集10巻7号785頁)とともに、真実性の要件を展開した「北方ジャーナル」事件(最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁)と夕刊和歌山時事事件(最大判昭44・6・25刑集23巻7号975頁)とかですかね。このあたりの考え方を拝借すると、判例が名誉毀損的表現を合憲としたのは、個人の利益を害している表現というマテリアルファクトが入っているようにみえるからであり、これが入っていない単なる虚偽表現についても保護範囲から除外するべきではないかという議論が考えられると思います。その上で、判例の批判をどうするのか問題ですが、こちらについてもまさに門田先生がおっしゃるとおりで、問題があるとされる判例も当然あります。このあたりの勘所は空気感になってくるのですが、判例評釈でチクリと批判されているものから、チクリとはいわず批判の大合唱のものもあるわけですね。そのような大合唱があるものは、判例評釈を読んでいれば大体わかるようになりますし、判例百選の解説でも、有力な批判があると書いてあるかなどを読み解いて、独学でもある程度はできると思います。もちろん、我々が教えている中では、たとえば犯罪に扇動に関する表現内容規制、これはあまりにも緩やかではないかというのは講義でも触れておりますし、このような場合は判例を学説に基づき読み替えるという作業をすべきなのではないかと思います。

横大道：どうもありがとうございます。伊藤さんがいわれたことと8割は一緒なので(笑)、あまり言うことはないのですが、いくつかコメントいたします。まず、判例の射程を考えるといったときに、形式的なことを申しますと、小法廷でやる場合と大法廷でやる場合とでは言い回しも変わってきますよね。小法廷でやる場合には、従来の判決の連続線上にあって、新たな憲法判

断ではないということを示さなければならず、だからこそ、大法廷判決の引用がなされるわけです。その場合、同じ系譜に属している、類型が一緒だとかかたちで、そこで示された考え方を応用できるはずです。このことをマテリアルファクトが同一だと表現するか、事案類型を同じくすると表現するか、いろいろとあると思いますけれども、結局言わんとしていることは同じではないかと思います。

あまり学説からの評判のよくない判例をどう扱うかという点ですが、最近では出題の傾向が若干変わっていわゆる「リーガルオピニオン型」になっていますが、「当事者主張型」だと、XとYと私見の三者の立場を使い分けなければなりませんので、評判のよくない判決であっても、誰かの立場からすると有利に働くわけです。採点実感も述べているところですが、「判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。」(H26)とあります。評判のよくない判例があったとしても、その存在を無視するというのは、本日お話したように問題がある。だから判例の存在を知っているのだということアピールしつつ、この部分がおかしいからその判例の立場を採らないという議論を展開することになるかと思います。特に、当事者主張型の場合、Xの代理人・弁護人の立場、Yは被告側ですが、私見の部分は自分が裁判官だったらといった指示はなく、あくまでも私見を展開すればよいわけですから、その部分で判例を徹底的に批判しても問題はないはずです。

大島：それでは、わたしからも。フェイクニュースみたいな事例問題の場合には先例がないじゃないかという指摘について言及します。フェイクニュースのような未解決な憲法問題を解明する場合、既に存在する先例と未解決の目の前の事案と比較して、どれに近いのかという思考によって、判例を拡張したり縮小したりするという思考方法をとることは非常に多いんじゃないかと思います。本来であれば射程の狭い判例をより広く幅広くとったり、ある

いは射程の広い判例をより狭めて考えたりする技法として、伊藤先生の指摘されるマテリアルファクトという考え方を身に着けるといえることが大事だろうと思います。

2点目のコメントとしては、やはり小法廷判決、大法廷判決の区分というのは重要だろうと思っています。大法廷判決は最高裁の判例理論の骨格をつくりあげるようなものになっていることが多いです。例えば、令和元年司法試験の立法措置①を考えるに当たって夕刊と歌山時事事件(最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁)を参照することになると思うのですが、これは名誉毀損のマイナーな判例かと思いきや大法廷判決なんです。[判例をそんなに覚えなきゃいけないですか]と聞かれることもありますけれども、大法廷判決というのはそんなに数も多くないですから大法廷ぐらいは少なくとも目を通していただければなと思います。

横大道:我々も門田先生も新井先生も、この時期憂鬱です。なぜかという、期末試験を考えなければいけないからです(笑)。その際、まったくこれまで誰も思い浮かばなかった憲法上の論点を問うような事例問題を考えることはありません。日々のニュースやマイナーな下級審判決などからネタを探しながら作っていくわけです。当然、採点のことも考えて問題を作りますから、憲法判例のこれとこれを使って考えることができる問題にしよう、といった具合に、事案をいじって加工していくのです。先ほど紹介した2017年の期末試験ですが、「罰金刑を受けてから12年以上罪を犯すことなく」とありました。これはノンフィクション『逆転』事件とだいたい同じ年数なんですよ。そういった具合に、学生が事例問題を解く際に使えそうな判例のヒントを織り交ぜて、出題者側もその判例を念頭に置きながら、しかし微妙に事実関係を変えておく。その部分が伊藤先生の言われたマテリアルファクトになるわけですが、果たしてどういう意味を持つのか。そこがXとYとで事案を意味づけ、自身に有利なように議論を展開するポイントだということを見抜けるか。

そのあたりを問おうとしているわけです。

おそらく試験問題はどこもそのようにして作られているのではないかと思います。要するに、出題者側の立場に立った時も、やはり判例が重要だということなのです。

新井：ありがとうございます。私の方からひとつ質問です。今日、判例の射程という場合、基本的には、法廷意見というか多数意見を前提にお話をされているかと思うのですが、学説に頼りすぎるのはよくないけれども、ときに判例の規範自体を動かさなければならないときもあります。その時に補足意見とか反対意見の判示の発言というのは、どの程度、有用なのか。もちろん判例ごとに違うのかもしれないですけども、そのあたりについてコメントをいただければと思います。

横大道：そうですね。採点実感実証主義的というと(笑)、かつて平成20年のフィルタリングソフトについての問題について、採点実感では岐阜県青少年保護育成条例事件(最判平成元・9・19刑集43巻8号785頁)における伊藤正己裁判官補足意見を踏まえている場合に高く評価するようなことを述べていますから、当然、少数意見にも目配りが必要です。定評のある少数意見は勉強して然るべきである、というメッセージが発せられていると思います。

もう一点は、少数意見にも、補足意見、意見、反対意見、さらには共同意見というものまであります。補足意見というのは、多数意見と基本的には結論も論理も一緒だけど付け加える場合ですから、補充的に説明を加えてくれるわけですね。ですから、多数意見を読んでもよくわからなかったところの理解に資する。これに対して意見というのは、結論は一緒だけれども、そこに至る論理が違うわけですから、同じ結論に至るための別ルートがあるんだ、それはどういう議論の立て方になるのかな、という視点から読んでみると面白いと思います。反対意見はわかりやすいですね。多数意見の問題

点を指摘し、逆の結論に至っているわけですから、判例に依拠した議論に対する反論のところで利用可能です。このように、漫然と少数意見を読むのではなくて、今述べたような意識をもって読んでいくことで、事例問題で使える立論方法が増えていくのではないかと思います。

伊藤：私が先ほど横大道先生と違うといった2割はそこにあります。ご報告のなかでは判例学修は最高裁だけ読むのでは不十分であり、素材は下級審にもあるとされましたが、それにプラスして最高裁の個別意見も入れるべきだという考えを持っています。とりわけ、意見や反対意見というのは、多数意見とは、ビューポイント、つまり観点が違う、世界観が違うわけです。この「観点の違い」や「見解の相違」というものをしっかり理解することが大事なのだと思います。特に私が大好きなのは、藤田・堀籠論争ともいえるべき、第三小法廷で議論が活発だった2005年から2010年くらいの時期です。裁判官同士が気の知れた中であったらしいという話を耳にしたことがあるんですけども、そういった議論が活発な時代の個別意見は読んでいて楽しく、また非常に参考になるかなと思います。

ただ、2点注意すべき点がございます。まず最近の最高裁判決では、憲法上の争点について個別意見があまりつかない傾向があるように思います。さらに、かつては大法廷判決で、事例判断にとどめず、バンッと法理判断まで踏み込んで出してすことが多かったと思うのですが、最近の大法廷判決は、あっさりしているものが見受けられるようになっていきます。大法廷判断が確立してきたので、後の小法廷が大法廷の判断を引用することで、小法廷限りで判断できるようにするというインセンティブがなくなったからなのかもしれません。その意味で最近の判決を読むときは個別意見や下級審まで読んで補充しないと理解が難しいものがあるというのが1点目です。

2点目としては、最高裁判事の個別意見の中には、当然、違和感を覚えるものもありますので、玉石混交であることにも気を付けて欲しいと思います。

大島：個別意見は結論的には非常に示唆的なことをいっているけど、その筋道はよくないと感じることもありますね。そこは判例学修をしっかりした人が、ぜひ最高裁入りして変えてもらえればと思います。

学説に当てはめて事案を考えていく方法もあると思うのですが、学説というのも2種類あって、判例整合的・内在的に解釈する論の立て方と、判例外在的に解釈する論の立て方があります。判例の内在的解釈戦略をとっているような学説で、客観的なものであれば、判例の射程を考えるというところで学説は役立っていくと思います。他方で、判例外在的な学説は、判例を批判していく準拠点として機能していくこともあります。

新井：最初のお話も非常によかったですし、そのあとのやりとりも非常におもしろかったと思います。本日は皆様、長い時間お疲れ様でした。お帰りになるまえに、3名の先生にもう一度大きな拍手をお願いいたします。今日は本当にありがとうございました。