

はじめに

全ての人に共通の勉強法はない。試行錯誤で自分に合った勉強法を見つけるしかない。ただひとつといえるのは、最初から効率的な勉強を目指さないことだと思う。最小限の努力で最大限の利益を得るような勉強法などない。地道に、分かることを少しずつ増やしていく方が、結果として近道だったりする。他人の勉強法を真似ても勉強がうまくなるわけではない。自分の勉強法は、自分で見つけるしかない。

基礎知識が身に着くまでは、毎日ルーティンのように勉強を続けるしかない。基礎知識とは、よく使われる専門用語の意味が理解でき、その言葉がどのような場面で登場するかが把握できていること指している。「検閲」とは何か、それはどのように解釈されているか、どのような場面で問題となるのか、を正しく理解できていることが基礎知識の例である。

憲法は、民法や刑法のように細かく条文が定められていない。使われている言葉のほとんどは抽象的で、なんとなく分かったような、分からないようなものが多い。ここに憲法の躓きの石がある。日常的なイメージで憲法問題を考えてしまうと、憲法問題は、政治的な主張に墜してしまう。条文を使いながら、ときに判例の知識を用いて問題を解決する点において、憲法は民法や刑法とは違わない。

勉強方法は十人十色で、それぞれにあったやり方を見つけるしかない。私のように不器用な者は、何冊もテキストを読み、論文も読んだり、演習を解いたりして、少しずつ理解を深めるしかなかった。難しい基本書を一冊深く読み込むのが向いている人もいる。これは、自分自身との対話であって、勉強を通じて自分の性格を見つめなおす作業でもある。

研究者としての経験からすると、勉強が上手だと思う人はいる。このような人は、基本的な原理をしっかりと身に着けて、その原理を軸にして物事を考える傾向がある。権力分立とは何か、何のために必要なのか、その限界や変容はどのようになっているのかというような、マクロ的な視点を身に着けて、そこから個別問題を自分の頭で考えていくような人は、放っておいてもおのずと高いレベルにまで到達している。

以下、ここに掲載するのは、私が担当している「憲法 1（人権）」で、学生諸君におまけとして配布しているレジュメを膨らませたものである。講義では、これ以外にも、「判例の知識だけで書ける表現の自由」も配布しているが、大部なものとなるので、別の機会に提供したい。また、基本原理と統治については、機会を改めて述べることにする。

1. 総論 法律答案の書き方

（1）出発点

1) 日本語で書く

字の上手下手は関係ないが、ていねいな字で書いてほしい。また、分かりやすい日本語で書く

こと。文章力はインプットとアウトプットの量に比例するわけではない。平明な文章にどれくらい接しているかが鍵を握る。そして、相手に分かってもらおうとする姿勢が重要である。

2) 問題について書く

問われていることに対して素直に書くこと。そのためには、何が問われているのかを理解している必要がある。法律の問題は、何を書けばよいのかが理解されているかが、採点の半分のウエイトを占めている。

書くべきことが分かれば、あとは何をどの順番で、どの程度書くかを決めなければならない。つまり、執筆の戦略を立てる必要がある。問題に飛びつかないこと。問題を見て即書き始めたときには、落とし穴が待っていることも多い。

3) 段落を意識して書く

段落のない法律の答案は失格である。法律の答案には、①問題の所在、②問題へのアプローチ、③結論の三段落が最小限の構成単位となる。書く前に構成を考えよ。

4) 必須判例に触れて書く

その問題を論ずるに際して、必ず触れなければならない判例というのがある。検閲の問題を論ずる際、税関検査訴訟に触れない答案は採点に値しない。触れるべき判例に触れていない答案は、憲法の答案としては採点の対象外となる。

5) 理解していることを書く

ろくに理解してもいないのに、おきまりの論証パターンや鉄板表現を用いて書くようなことをしてはならない。定型的答案より、理解していることだけを用いて着実に書かれた答案の方が好感度が高い。

6) 統治・基礎理論の答案について

①制度趣旨、目的、定義、解釈の分かれ目

統治や基本原理に関する問題は、制度の趣旨や目的、定義をきちんと把握しているかどうかが決手となる。これらの解釈問題は、必ず解釈が対立しているので、どこでどのように説が分かれるのかを理解しておくことが大切である。対立する解釈学説を覚えるのではなく、なぜ分かれるのか、どのように分かれるのかを理解してかなければならない。

たとえば、条約に対する違憲審査の適用については、条文から条約が省かれていることをどう見るか。ないことに意味があるのか、ないことには意味がないのか。条約を違憲審査から除外することによって、何が実現され、何が失われるのか。考えながら勉強するとはこのような思考をたどることである。

②もう一度人権を学ぶ

憲法 2 の後半部分は、人権で勉強したことを制度の観点から見直す作業でもあった。違憲審査の基準論にしても、人権で学んだことを肉付けしていくことに他ならない。したがって、もう一度

人権の部分を読み直してみるとよい。たとえば、薬局開設距離制限違憲判決の違憲審査基準や在外国民選挙権訴訟の判断基準など、判例をじっくり読み直すだけで、ずいぶんと力がつく。また、適用違憲と法令違憲の区別を頭に入れて、再度最高裁が下した違憲判決を読み直してみるのもよいと思う。

憲法の場合は、なかなかホームランが打てないといわれている。着実に「落ちない答案」を書くのでよいと思う。法学の世界では天才は要らないのであって、クライアントのため、あるいは正義のため、地に足を付けた議論ができるだけで十分である。

7. 書くときの姿勢

(1) 基本的な作法

法学の答案をどう書けば良いのか聞かれることがある。法学は説得の学問であるため、説得のレトリックを学ぶことが不可欠なのであるが、通常試験は論文形式で行われるため、何をどのような順番でどの程度書けば説得したことになるのかを学ぶ必要がある。そして、以下に書くことをきちんと踏まえれば、誰もが一定の内容の答案をいかにも分かっているかのように書くことができる。

ただ、そのためには、最低限の知識があること(知識)、その知識が正確(正確さ)であること、分かっていないことを分かっているかのように書かないこと(誠実さ)、枠組を整えること(整合性)が必要である。

そのためには、まず問われていることに答えることが必須である。具体的に言うと、

①何が問われているのかが理解されているか

②答を出すために必要な材料(条文、判例、学説、定義など)が身についているか

が必要となる。①は知的誠実さにかかわる。何を問われても自分の答えたいことを答えるのでは誠実とは言えない。それは傲慢以外の何物でもない。学問としては失格である。②は、知識量と正確さに関わるが、憲法答案を書くために必要な知識はそう多くはない。憲法学者になるのであれば、憲法判例百選ⅠⅡに掲載されている判例の半分以上の知識で充分やっていける。

説得力の鍵である整合性について言うと、まず構成が鍵となる。そのためには、

①書き始める前に考えることが求められる。

つまり、問われていることに対して答えるため、は何を答えるべきか、それをどのような順番で書いていくかまず考える必要がある。また、

②余計なことは書かないことにも留意する。勉強しているとついつい書きたくなるが、答案とは求められる答えを出すために過不足なく論じることが課題であるから、一定の抑制が必要となる。自分が知っていることのすべてが他人の聞きたいことであるとは限らない。さらに、

③すでに決まっていることがあれば、それを前提にする(最高裁大法廷判決)。法学の答案は問題を解決するための道筋を示すものであって、最高裁の固まった判例がある以上は、それを踏

まえた論述をしておく必要がある。逆に言えば、「この問題についてこの判例」という鉄板的な知識があれば、その知識が少なくても合格答案を書くことが可能となる。

④次に必要なことは、段落を意識することである。段落のない法律答案は読むに値しない。法律の文章は段落構成で決まる。その際最低限必要な段落構成は、序論－本論－結論のⅢ段落である。段落は多すぎても少なすぎてもいけない。過ぎたるは及ばざるがごとしである。

なお、ナンバリングの約束というものがあるが、横書きの場合は

1. 2. 3. …>(1)(2)(3)…>①②③…

でよい。それ以上のナンバリングは煩雑で無益である。

(2) 良い法律的文章とは

1) 明快簡潔であること

よく法律の文章は悪文であると言われる。たしかに法律の条文には情緒の欠片も感じられない。しかし、法律の文章の役割は、明確に分かってもらうことにある。法律の文章に名文はいらない。そのためには、余計な修飾はいらない。「非常に」などという言葉は使わない。また、接続詞には敏感になる必要がある。多すぎる接続詞は接着剤だらけのプラモデルのようであって美しくないが、順接なのか、逆説なのか、並列なのか、序列なのかが分かるような接続詞の使い方を心がけてほしい。

2) これはという文章は真似てみる

しかし、法律学者には文章の名手がたくさんいる。個人的な観点から選ぶとすれば、我妻栄、橋本公亘、龍田節や長尾一紘は日本人としても文章の名手である。これらに共通しているのは、知っていることを言葉に結晶化させ、不要なものを切り落として、書き切っていることである。私は、学部時代の先生から森鷗外を進められた。ヘミングウェイもよい。ハードボイルドでいえば、北方謙三、『日本百名山』の深田久弥もうまい。このような日本語の名手に学ぶこともたいせつである。また、文章読本の類いも役に立つことがある。高校のカリキュラムが変わり、国語科で小説についてあまり触れられなくなったと聞いた。これは愚の骨頂である。評論家の難解な文書を読むより、東野圭吾を読む方がはるかに力が付く。とにかく、気に入った作家の文章は読みまくった方がよい。

3) とにかくたくさん書いて、批評を受けること

書かなければ文章は上手にならない。PCでしか文章を書かない時代だから、肉筆で文を綴る機会は少ない。しかし、手で書いてみる。書いたものを友人に見てもらえば良い。中大の伝統は仲間で教え合うことであつた。書いて、見てもらい、批評し合えば良い。

考えてみれば、科挙は文章力の試験であつた。法律を使う仕事に就く場合(そうでなくとも、法律学を学んだことの証としては)、説得力のある文章を書く力が身についているかどうか問われている。昔も今も求められるものは変わらない。くれぐれも、司法試験予備校のテキストなどにあるような文章を最初から真似しないでもらいたい。(そういえば、旧知の弁護士が「最近の弁護士は、

司法試験予備校の答案のような準備書面を書いてくる」とあきれていたことを思い出す。)堂々と、自分の文体で書けばよい。

2. 各論 憲法答案の書き方(基本的人権編)

では、以上の点を踏まえて、憲法答案の具体的な書き方について見ておこう。憲法の人権問題は、

(1)前提問題 すなわち①(そもそも誰に憲法が保障されるのか(外国人、団体、天皇など)、②どの程度人権が保障されるのか(公務員、在監者など)、③どのように人権が保障されるのか(私人間適用)にかかわるもの、④そもそもそのような人権が憲法上保障されるのかという問題(幸福追求権)、そして人々を異なって扱うことの合理性の問題(法の下での平等)と

(2)個別の問題 すなわち(1)を踏まえて、どのような人権がどのように制約され、その制約が憲法上許されるのかにかかわる適用問題

に分けられる。

(1)前提問題の書き方

①人権の享有主体性

まず外国人についてはマクリーン事件最高裁大法廷判決の枠組を用いる。つまり、「人権の性質上、日本国民のみを対象としたものを除き外国人に対しても等しく及ぶものと解するのが相当である」との認識からスタートし、問題となっている人権の性質を考えていくことになる。団体についても八幡製鉄事件最高裁大法廷判決の枠組から考えていく。「日本国憲法が保障する人権は、その性質上可能な限り内国法人にも適用される」を前提にして、問われている人権の性質を考えていくことになる。ただ、それだけでは心許ないので、保障される程度は団体と自然人(個人)同じでよいのか、両者が衝突した場合、どのように決着を付けるのかについても考えておく。いずれも判例の枠組で考え、答えを出して、しかし、その答えで納得できるかどうかについては批判的な考えを披瀝してもよいであろう。そうすると、機械的に理屈を当てはめて答えを出しただけでなく、自分の頭で考えたという形跡を示すことができる。

②人権保障の範囲

公務員の人権についてはおびただしい判例がある。労働基本権の制約については、全農林判決が現在の判例理論となっているため、まずはこの枠組で考えてみる。ただ、それだけでは知識があるだけに止まるので、一步進んで、そのような結論で良いかどうかについて疑問を呈しておくといよい。要は、「私も考えているんだぞ」という姿勢を示すことである。同じことは在監者にも当てはまる。ただし、在監者の場合、未決勾留者と服役者ではことなる扱いがなされるべきであると考えておくのもよいであろう。

なお一言言っておくと、人権の享有主体の問題は、そもそも日本国憲法の人権がその者に保

障されるのかという問題であり、人権の保障範囲の問題は、人権の享有主体性が認められている者について、その特別な地位から、認められる範囲に違いがあるかという問題であって、きちんと区別しておかなければならない。

なお、公務員人権について書く場合の冒頭部分は次のようになる(在監者についても基本的にはあてはまる)。

公務員は、国又は地方公共団体に雇用されている者であるが、労働者としての権利や政治的な自由については、全体の奉仕者としての性格から一定の制約を受ける(15条1項)。そして、具体的な制約の合憲性については、制約の目的、程度、制約される権利の性格、内容、程度などを総合的に衡量して判断されるべきである。

として、労働基本権の制約については勤務条件法定主義(国会の裁量)を政治的な自由に対しては、主権者としての権利を認めつつ、公務員の政治的中立性が公務員への信頼のため必要であることを述べるとよい。ただし、猿払事件もその制約は「合理的で必要やむを得ない程度に止まる」ものであることを求めているので、各自その判断はしておかなければならない。また、猿払事件で用いられた「行動に対する間接的・付随的制約」という考え方は用いない方がよい(論証しようと思うとたいい泥沼にはまる)。

③私人間効力問題

これについても論証は難しくない。間接適用説を用いて書き進めばよいからである。つまり、

「日本国憲法が保障する基本的人権は、私法の一般条項(民法1条、90条など)を通じて私人間の問題についても適用される(間接適用説、日産自動車女子定年制事件)」

として書き始めればよい。なぜ間接適用説なのかの論証は要らない。多くの場合、国家の保護義務論とか、無適用説については触れる必要もない。ただ、意地悪な出題者は、間接適用説では解けないような問題を出してくることもないとはいえない。その場合でも、間接適用説をベースに奮闘してほしい。奮闘したという形跡が見えたなら、十分評価されるはずである。

④幸福追求権

憲法の人権条項に書かれていない事柄が問題となったとき、まずは既存の条文でカバーできるかどうかを検討し(13条の補充性)、カバーできなければ13条幸福追求権での保障の可否を考える。その際、13条幸福追求権の意義が問題となるが、人格的利益説と一般的行為自由権説の対立に触れる必要がある。人格的利益説は魅力的な説であるが、書かれていないものの保障という点では欠陥がある。無理やり「人格的利益につながる」と書くこともできなくはないが、こじつけの域を出ない。その点で一般的行為自由権説は便利である。問題によって柔軟に説を使い分けられるかどうかは法律の答案ではたいせつなテクニックである。自説を墨守するようでは実務家には向かない。

実際に書く場合は、講義でも述べたような「プライバシー論証」が役に立つ。すなわち、

「何人もみだりに写真等に撮影されない権利を持つ。その権利は憲法 13 条幸福追求権によって保障される。しかし、その権利といえども無制約に保障されるわけではない。公共の福祉による合理的な制約に服する。」

として、具体的な利益衡量をすればよい。これは 13 条に関わるすべての問題に応用できる論証である。

⑤法の下の平等

14 条 1 項についても答案の書き出し方は決まっている。

「日本国憲法が保障する法の下での平等は相対的な平等を指す。したがって、合理的な区別を容認する考え方に立っている。問題は合理的な区別と不合理な差別の判別であるが、具体的な区別の目的とその実現方法の間に合理的関連性があるかどうかによって判断されるべきである。問題は、合理的関連性をどう判断するかであるが、憲法 14 条 1 項ただし書き列挙事由については、合憲性の推定が排除され、厳格な審査に服するものと考えらるべきである」

これは通説的な考え方を前提としたものであり、判例の立場とは異なっている。しかし、通説的な立場に立つ方が圧倒的に書きやすい。後は、問題となっている区別の目的と実現方法の合理的関連性を自分なりに判断すればよい。要は、問題解決の枠組が理解されているかどうかである。

(3)自由権

①基本の枠組

自由権の制約については、(ア)問題となる行為(制約される行為)が憲法のどこかの条文で保障されるか、(イ)保障されるとして、その行為に対する制約憲法上正当化されるかを考えることになる。制約の正当化を検討する際には、制約の目的は何か、制約される自由の内容や性質、制約の程度を考える必要があるが、その際、裁判所がどこまで踏み込んで審査するかについては、(A)原則としてそのような制約が許されないとする厳格審査、(B)許さるかどうかをペンディングにして(合憲性の推定を排除して)審査する中間段階の審査、(C)憲法上許されるとの立場から審査する合理性の審査の三段階を用いることが便利かもしれない。講義の中でも触れたように、表現の内容規制は厳格審査に、内容中立規制は中間段階の審査に、経済活動の自由も制約の重さ次第では中間段階の審査によって判断される。

②絶対的自由と絶対的禁止

なお注意しなければならないのは、思想良心の自由そのものを制約するような場合(直接的制約)はただちに憲法違反となり、間接的に制約するものは利益衡量によって合憲性が審査されることになるが、最高裁の間接的制約理論には批判も多いので、ここはうのみにしないで批判的に書く方が得点は高いであろう。

また、検閲禁止の原則については、これが絶対的禁止であることを忘れてはならない。検閲に

(4) 社会権

① 生存権

生存権については、最高裁判例は固まっている(朝日訴訟最高裁大法廷判決)。健康で文化的な最低限度の生活とは何か、それをだれが決めるのかは立法裁量にゆだねられている。この壁を壊すのは難しい。したがって、社会権に関する問題が出された場合には、立法裁量を前提にして、どこまで裁量権の幅を狭められるのかを論じる必要がある。社会権に関する出題の意図は、立法裁量であることがわかっているか、分かっているとして、それを鵜呑みにしないで自分の頭で取り組もうとしているのかという姿勢が問われている。

その方法としては、生存権には自由権的側面があるという議論である。生存権の給付が取り消されたり、縮減されることによって生存する権利が国家によって侵害されるなら、それは生きることの権利への侵害＝自由権への侵害ととらえるのである。制度後退禁止原則もこの議論の亜種である。最高裁自身は制度後退禁止原則を認めていないが、給付額の減額については、段階を経て、移行措置をとるべきことを認めている。

② 教育を受ける権利

教育を受ける権利を社会権に分類すること自身問題があるがここで触れておく。教育を受ける権利については旭川学力テスト判決に集約される。いわく「一人ひとりの子供が一個の人格として成長することを妨げるような」国家介入は許されないというのである。これは教科書検定判決でも引き継がれているので、最高裁の判例と言ってよいであろう。したがって、具体的に問題となる介入が子どもの「一戸の人格として成長する権利を妨げるような」性質かどうかを論じる必要がある。

3. プラクティス

(1) 利益衡量の枠組み設定と精査

憲法 19 条「思想良心の自由」に関する答案構成方法を例にとって説明しよう。

判例は、君が代起立斉唱事件で、次のように述べている。

上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるといえることができる。そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いとする者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約とな

る面があることは否定し難い。

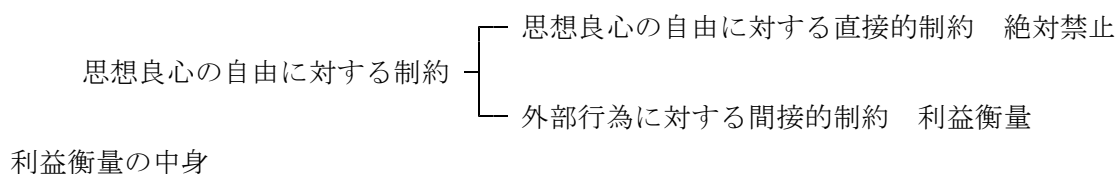
つまり、思想良心の自由の自由に対する侵害の態様は、①思想良心の自由そのものに対する制約になる場合と②内心から出た外部行為に対して、その者の思想及び良心の自由への間接的制約となる場合があることを認めている。

①の思想良心の自由そのものに対する制約には、思想の表明強制（思想調査）や特定の思想を強制的に植え付ける行為などが含まれる。この場合については、最高裁の判例理論である「絶対的保障」が適用されると考え、ただちに憲法違反となると結論付けてよい。

②のケースでは、以下のように述べている。

このような間接的な制約について検討するに、個人の歴史観ないし世界観には多種多様なものがあり得るのであり、それが内心にとどまらず、それに由来する行動の実行又は拒否という外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面において制限を受けることがあるところ、その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得るものというべきである。そして、職務命令においてある行為を求められることが、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求められることとなり、その限りにおいて、当該職務命令が個人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があると判断される場合にも、職務命令の目的及び内容には種々のものが想定され、また、上記の制限を介して生ずる制約の態様等も、職務命令の対象となる行為の内容及び性質並びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情に応じて様々であるといえる。したがって、このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である。

すなわち、利益衡量によって決すべきということになる。



職務命令の目的・内容

制約の態様： 職務命令の対象となる行為の内容及び性質並びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情

ただし、思想良心の自由に対する制約を受ける側に立つと、問題となる制約が直接的制約に当たると立論することが期待されている。判例理論をもとにして答案を作る場合も、一見したところ、外部行為に対する間接的制約に当たるように見えても、これを直接的制約であると考えて、立論することが肝要ではなかろうか。

ちなみに、私は判例理論には与しない。表現の自由に対する審査基準と同じ手法で判断すべきものと考えている。

思想良心の自由そのものに対する直接的な制約＝ただちに違憲

特定の思想内容の表明を強制するもの＝厳格審査

思想良心の自由に対する制約のうち外部行為に対する間接的制約＝中間段階の審査

詳しくは、拙稿「強制言論の法理」比較法雑誌 55 巻 3 号（2021 年）1 頁以下をご覧ください。

（２）事例問題への対処法

①事例問題のしくみ

学生諸君の中には、事例問題にアレルギーを起こす人が多い。一行問題なら、定義や判例に触れていれば一応の体裁を整えられるので、何とか対応できる。事例問題となると、事例の分析、問題の抽出、問題への対応が為手順を踏む必要がある。だから、面倒くさい気持ちに負けてしまいがちになる。

結論からいえば、一行問題が書ければ事例問題は解ける。むしろ、手掛かり＝事例が与えられていることを考えれば、事例問題の方が解きやすいともいえる。事例問題は、何が大事な事実か、何を論じればよいのか、どう論じると説得力があるのか、という視点からアプローチすればよい。以下具体例を挙げる。

②実例

令和 3 年度の予備試験問題を見てみよう。

A 県 B 市の中心部には、江戸時代に宿場町として栄え現在もその趣を濃厚に残している C 地区があり、B 市の住民 D らは C 地区の歴史的な環境を維持し向上させるための運動を続けてきた。その結果、C 地区の看板等の 7 割程度が街並み全体に違和感なく溶けこんだ江戸時代風のものとなっているが、D らはそれでもまだ不十分だと考えている。他方、C 地区の整備が進み多くの観光客が訪れるようになると、観光客を目当てにして、C 地区の歴史・伝統とは無関係の各種のビルが路上で頻繁に配布されるようになり、D らは、C 地区の歴史的な環境が損なわれることを心配するようになった。そこで、D らは C 地区の歴史的な環境を維持し向上させるための条例の制定を B 市に要望した。この要望を受けて、B 市は「B 市歴史的環境保護条例」案をまとめた。条例案では、市長は、学識経験者からなる B 市歴史的環境保護審議会の意見を聴いた上で、歴史的な環境を維持し向上させていくために特に規制が必要な地区を「特別規制区域」に指定することができる（C 地区を特別規制区域に指定することが想定されている。）。そして、特別規制区域については、当該地区の歴史的な環境を維持し向上させていくという目的で、建造物の建築

又は改築，営業活動及び表現活動などが制限されることになる。このうち表現活動に関わるものとしては，広告物掲示の原則禁止と路上での印刷物配布の原則禁止とがある。

まず第一に，特別規制区域に指定された日以降に，特別規制区域内で広告物（看板，立看板，ポスター等。表札など居住者の氏名を示すもので，規則で定める基準に適合するものを除く。）を新たに掲示することは禁止される（違反者は罰金刑に処せられる。）。しかし，市長が「特別規制区域の歴史的な環境を向上させるものと認められる」として許可を与える場合には，広告物を掲示することができる。

条例案の取りまとめに携わったB市の担当者Eによれば，この広告物規制の趣旨は，江戸時代に宿場町として栄えたC地区の歴史的な環境を維持し向上させていくためには，屋外広告物は原則として認めるべきではない，ということにある。また，Eは，「特別規制区域の歴史的な環境を向上させるものと認められる」かどうかは，当該広告物が伝えようとしているテーマ，当該広告物の形状や色などを踏まえて総合的に判断されるが，単に歴史的な環境を維持するにとどまる広告物は「向上させるもの」と認められない，と説明している。

第二に，特別規制区域内の路上での印刷物（ビラ，チラシ等）の配布は禁止される（違反者は罰金刑に処せられる。）。しかし，特別規制区域内の店舗の関係者が自己の営業を宣伝する印刷物を路上で配布することは禁止されない。これは，担当者Eの説明によれば，そのような印刷物はC地区の歴史・伝統に何らかの関わりのあるものであって，C地区の歴史的な環境を損なうとは言えないからである。

「B市歴史的環境保護条例」案のうち，表現活動を規制する部分の憲法適合性について論じなさい。なお，同条例案と屋外広告物法・屋外広告物条例，道路交通法などの他の法令との関係については論じなくてよい。

ここで解答が求められているのは，表現活動を規制する部分の憲法適合性である。そこで，表現活動の制約がどのように行われているのかを見ておく必要がある。

まず，特別規制区域内での広告物掲示が原則的に禁止されている。第二に，特別規制区域内での印刷物配布が原則的に禁止されている。

まず，本問における許可制が事前の規制であって，検閲に当たるのではないかを問題のすることもできるだろう。最高裁の検閲の定義を思い出しつつ，「行政機関が主体となって，思想内容等の表現物に対して，その全部または一部の発表の禁止を目的として，対象とされる一定の表現物につき，網羅的一般的に，発表前にその内容を審査し，不相当と認めるものの発表を禁止する」との定義に当てはまるかどうかを分析してみるとよい。

ただし，ここでは一定の場所での事前規制であることから，これを一般的網羅的な制約とまで認めることは難しいかもしれない。もちろん，この条例の憲法適合性を争う側に立つなら，検閲の主張はマストである。

ここまで述べると，学生諸君の中には「これは表現の場所の規制だから，時間・場所・方法の規制と考えて，厳格な合理性の審査基準を当てはめてはどうだろうか」という枠組みが作られているに違いない。では，この規制は時間・場所・方法の規制として憲法適合性が認められるだろうか。

この枠組みが思い浮かんだなら、事例に即して、当てはめてみよう。まず、規制目的は何か。問題文によると、「市長が「特別規制区域の歴史的な環境を向上させるものと認められる」として許可を与える場合には、広告物を掲示することができる。」とある。ここで、この条例は、時間・場所・方法の規制から、内容規制へと姿を変える。しかも、許可条件の中には、テーマへの審査が含まれている以上、内容規制のうち、主題規制に該当するおそれが出てくる。テーマを参酌する表現の場所規制の合憲性は、どのように審査されるべきであろうか。ここからは、学生諸君の考え次第である。ちなみに、アメリカ合衆国最高裁判所で発展してきた判例理論によると、表現に対する時間・場所・方法の規制の憲法適合性が認められるためには、その規制が表現の内容を参照していないことが第一の条件であるから、この種の規制は憲法違反とされる可能性が高い。

このことは、印刷物の配布規制を合わせて考えると、より鮮明になる。配布規制については、地域内の店舗関係者が自己の営業を宣伝することが許されている。その理由は、これらの印刷物は、「C地区の歴史・伝統に何らかの関わりのあるものであって、C地区の歴史的な環境を損なうとは言えないからである」という理由による。しかし、この理由は説得力を欠いている。本問での表現規制は、「C地区の歴史的な環境を向上させる」ことを目的としていることから考えると、この例外はうまく説明できない。C地区内の店舗関係者が配布する印刷物のすべてが、「C地区の歴史・伝統に何らかの関わりのあるものであって、C地区の歴史的な環境を損なうとは言えないからである」などといえるだろうか。むしろ、この規制は、C地区内の店舗関係者とそれ以外の地区の者を差別する、表現主体の差別である。これもまた表現内容規制として厳格審査が適用されてもよいはずだ。

もっとも、条例の制定趣旨から、条文を合憲限定解釈することは不可能ではない。歴史的環境を損なうような広告物だけを禁止するものとして限定解釈して、政治的、思想的表現への適用を排除してやることもできるだろう。余力があれば、こういうスパイスも加えておくとよい。しかし、本問では条文が掲示されていないので、個々の深入りする必要はない。また、制裁の重さを問題にすることもできるだろう。とにかく、問題文を目一杯利用すれば、たくさんのヒントが隠されている。（これらの点については、ぜひ拙著『表現の自由―理論と解釈』2014年 中央大学出版部を参照してください）

なお、本問の規制が検閲でもなく、内容規制でもないとしても、内容中立規制として正当化できるかどうかを問題にすることもできるだろう。このように考えると、表現の規制については、①事前か事後か、②事後規制であるなら、表現内容規制なのか、内容中立規制なのか、③内容規制なら、やむを得ない目的を実現するために必要最小限度の制約といえるかどうか、④内容中立規制なら、重要な目的をより制限の少ない制約で実現することは不可能なのか、という思考の順序で考えれば、たいていの問題は解決できる。

答案例 憲法改正手続の改正は憲法上可能か。

1. 憲法の改正とは条文の字句を訂正することにより、憲法の規範内容を変動させることである。日本国憲法には96条に手続が定められている。

では、憲法改正手続を改正することは可能であろうか。まず、憲法改正には限界がないとする立場がある。この立場は、憲法制定権力は全能であるから、いかなる改正も可能であるとする。

2. しかし、この立場は適切ではない。憲法は、憲法制定権力が作り出した規範であるが、そのと

き国家の理念を想定していたはずである。憲法典はその理念を実現するために条文化されているものであるから、元々の憲法の理念を否定するような改正は改正権の行使としては不可能である。日本国憲法の場合、国民主権、基本的人権の尊重および平和主義の理念を否定するような改正は許されないと解すべきである。

また、近代立憲主義の考え方によると、国家は憲法によって作り出されたものであるが、その憲法を作った権力のことを憲法制定権力と呼んでいる。憲法制定権力は、憲法制定後主権として憲法の中に定められる。この権力は、国家のあり方を最終的に決定する権限として国家の正当性を担保し、憲法改正を行う権限として実定化されているのである。そうすると、憲法改正は憲法制定権力を否定することは論理的に不可能である。みずからの正当性を担保する権限をみずからが否定することはできないからである。

3. では、憲法改正手続を定める 96 条を改正することは可能であろうか。憲法 96 条は 1 項において両議院の 3 分の 2 をもって発議し、国民の過半数によって行われる旨を定めている。まず、国会の発議要件を緩和することが可能かどうかが問題となる。

国会の発議とは、国民に提案される憲法改正案を提案することを意味している。この要件を緩和することにより、国民への提案が容易になり、硬性憲法としての性格が薄れることになるが、このような要件緩和は可能であると解すべきである。憲法改正の発議とは憲法制定権力である主権者への提案であって、国民投票制度が廃止されない限りこのような改正は可能であると考ええる。

4. この点から考えると、96 条 1 項に定める国民投票制度を廃止することは許されないと考えるべきである。この手続は、憲法制定権力者である国民の意思決定権を保障するものであって、国民主権原理を具体化するものであるから、国民投票を廃止もしくは縮小するような改正は憲法上許されないと考えるべきである。

以 上

おまけ 基礎理論・統治機構の主な論点

1. 憲法総論

(1) 近代立憲主義

- ①近代立憲主義の意味 近代立憲主義の定義
- ②近代立憲主義と社会契約 社会契約論がどのような影響を及ぼしたか

(2) 国民主権

- ①主権の定義 3 つの意味、憲法制定権力との関係
- ②ナシオン主権とプーブル主権
- ③正当性の契機と権力性の契機
- ④日本国憲法下の主権

(3) 憲法の変動

- ①憲法制定権力と憲法改正権の区別
- ②憲法改正の限界 改正としてできないことの有無、具体的な限界項目
- ③憲法変遷の可否と要件 憲法の変遷とは何か いつ憲法の変遷が生じたといえるのか

(4) 統治の基本原則とその変容

- ①権力分立の意味
- ②権力分立の型

- ③権力分立の変容
- ④政党と利益団体の役割 憲法における政党の位置づけ
- (5)民主主義と参政権
 - ①間接民主主義と直接民主主義
 - ②選挙権の法的性格 禁固以上の刑に処せられた者への公民権停止とその合憲性
 - ③選挙制度の基本原則
 - ④民主主義の型と選挙制度 多数決型と協同型
 - ⑤定数不均衡をめぐる裁判例(最高裁判所の考え方、判決方法)

2. 国会

- (1)国会の地位
 - ①全国民の代表とは何か
 - ②国権の最高機関とはどういう意味か
 - ③唯一の立法機関の意味 「法規」概念について 自己統治と唯一の立法機関
 - ④国会の権能
- (2)国会の組織と両院制
 - ①二院制(両院制)の意味と機能
 - ②衆議院の優越(具体的な項目、優越の現れ方)
- (3)議院自律権
 - ①議院自律権の意義
 - ②議院規則制定権 議院規則と国会法の関係
- (4)国政調査権
 - ①国政調査権の意義
 - ②国政調査権の限界 対行政権と対司法権
- (5)国会の活動
 - ①会期制の意義と内容
 - ②会期制の派生原理
 - ③会期の種類
- (6)議事手続
 - ①定足数と議決要件
 - ②議決方法
- (7)議員の地位
 - ①全国民の代表とは
 - ②議員の特権(免責特権、不逮捕特権)

3. 内閣

- (1)行政権と内閣
 - ①行政権の定義

②行政権と立法権、司法権の関係

(2)行政権の帰属

①独立行政委員会の意義

②独立行政委員会の合憲性

(3)議院内閣制

①議院内閣制の意義 均衡本質説と責任本質説

②議院内閣制の現状

(4)内閣の権能

①内閣の役割

②内閣の権能

③内閣の権能と国会の権能の関係(条約修正権、予算修正権)

(5)内閣の組織

①国務大臣の要件

②国務大臣の権限

(6)閣議

①閣議とは何か

②閣議決定の方法

(7)内閣総理大臣

①内閣総理大臣の地位

②内閣総理大臣の権限

③内閣総理大臣の要件

④内閣総理大臣の権能(とりわけ内閣総理大臣の指揮監督権と職務権限)

4. 司法権と裁判所

(1)司法権の意味

①裁判と司法権

②法律上の争訟

③司法権の限界

(2)裁判所の組織

①最高裁判所と下級裁判所

②裁判官の任命

③最高裁判所の規則制定権(訴訟法との関係)

④最高裁大法廷と小法廷

(3)司法権の独立

①司法権の独立とは何か

②裁判官の身分保障(再任権の問題)

(4)裁判の公開

①裁判の公開の意義

②裁判の公開の例外

(5)司法権と裁判所

- ①違憲審査制の意義
- ②違憲審査制の型
- ③わが国における違憲審査制
- ④違憲審査の手続(当事者適格、主張適格、第三者の権利主張)
- ⑤違憲審査の対象(手続審査、実体審査、行為審査＝立法不作為の違憲訴訟)
- (6)違憲審査の方法と基準
 - ①立法事実と審査基準
 - ②憲法判断の回避
 - ③合憲限定解釈
 - ④文面審査と適用審査、法令違憲と適用違憲
 - ⑤審査基準
- (7)違憲判決の効力
 - ①法令違憲と適用違憲
 - ②個別的効力説と一般的効力説

以 上

おわりに

勉強を始めるときには、どこまで目指すのか(戦略目標)をはっきりさせておく必要がある。憲法の研究者を目指さないのであれば、憲法はそれほど難しい科目ではない。資格試験では、「他の科目がよければ憲法で落とされない」レベルを目指すべきだろう。難しい理論や入り組んだ議論は要らない。シンプルに考え、完結に書く。実務家の人には、最先端の理論は要らない。スタンダードな議論をきちんと展開できれば、少なくとも落とされることはない。

ありきたりではあるが、まずはしっかりと基礎的な勉強を積もう。まず憲法的に物を考えるフィルターを作らなければ、意味がない。逆からいうと、このフィルターさえ作っておけば、あとは自分の想像力と創造力で対応できてしまう。しっかりとした基礎知識と想像力、あとは少しの文章力があれば、何だって書けてしまうことを忘れないでほしい。