

法学教育実践報告

憲法の演習問題における答案指導例

福井康佐

はじめに	134
Ⅰ 演習問題 1 防騒音条例と演説の自由	134
1 問題	134
2 出題趣旨	139
3 論点と指導例	140
Ⅱ 演習問題 2 淫行条例と自己決定権	146
1 問題	146
2 出題趣旨	149
3 論点と指導例	150
むすび	154

はじめに

本稿は、法科大学院の憲法または公法系演習の授業において実施した、事例問題形式の演習問題を取り上げて、学生の陥りやすい間違いや論証上の問題点を指摘し、法科大学院における法学教育の方法に対する一つの方向性を提案することを目的とする。

以下では、2つの演習問題を取り上げ、最初に出題趣旨と憲法上の論点を説明する。次に、これらの演習問題は、司法試験の形式に則っていることから、その設問に沿って、学生の解答の問題点とその原因を探る。最後に、むすびとして、法学教育における問題点、とくに未修者が陥りやすい法的思考の不十分さとその原因を指摘し、その対策を提案するものである。

I 演習問題 1 防騒音条例と演説の自由

1 問題

次の文を読んで問1～問3に答えなさい。

京都府は、政治団体等による街頭演説、街宣車による演説の音量が大きく、官庁街、住宅街等で、業務や日常生活に著しい影響を与えているという状況を考慮して、「拡声機による暴騒音の規制に関する条例」（以下「本件条例」という。）を制定している。

政治団体A（以下「A団体」という。）は、若者を中心とした団体であり、韓国に対する日本の歴史認識が不十分であり、日本は韓国国民に対して、十分な謝罪と賠償を行うべきであるという点を主として主張し、全国で演説活動及びビラ等の配布を行い、インターネット上のHPにおいて、自己の主張を掲げている団体である。また、A団体は、国会に議席を有する特定の政党の影響を受けない団体である。A団体の代表Pが、他の構成員と共に京都市のJR京都駅前でマイクを使った街頭演説を30分程、行っていたところ（演説はPのみが行った）、右翼系の政治団体B（以下「B団体」という。）の街宣車数台が同駅前の近接する地点に集結し、Pによる演説に合わせるように、大音量でA団体方向に向かって、演説を開始した。B団体の演説によれば、A団体の主張は、日本をダメにするものであり、左翼に洗脳された若者たちの虚言であるという。そして、B団体はA団体に対して論争を挑み、この場で、市民にどちらが正当な主張をしているのかを判断してもらいたいと、駅前の市民に訴えた。

これに対して、Pは、自己の主張に対して対抗心をむき出しにしたB団体の演説は、迷惑だと思ったが、これ以上、大きな音を立てて反論することは、好ましくないとして、従来の音量のままで演説活動を続けた。なお、これまで、A団体は、他の暴騒音条例（通常85デシベル規制がある）を制定している都道府県で演説活動を行ってきたが、これらの条例に反したとして、警告を受けたり処罰をされたりしたことはなく、拡声機の点検も常に行い、10メートル離れた地点から、85デシベル以下にすることを常に心がけてきた。

しかしながら、PとB団体の演説を合わせると、著しい騒音となり、JR京都駅前、騒然となったことから、通報を受けた警察官は、本件条例に指定された方法で、騒音を測定したところ、85デシベルを超えていたことを確認した。ただし、PとB団体のどちらか一方が85デシベルを超えていたかどうかは確認できなかったことから、警察官は、本件条例6条1項に基づき、PとB団体に対し、拡声機による暴騒音の発生を防止するために必要な措置をとるべきことを勧告した。これに対してPは、これまで自分たちが85デシベルを超えたことがないことを説明したところ、警察官はこの状況ではPの主張を確認できないとして、あくまでも、演説をやめるようにと勧告した。しかしながら、Pは、自分たちに落ち度がないのに、不当な勧告に従うことはできないとして、演説を継続したところ、警察官は、暴騒音を防止するために、本件条例第6条2項に基づいて、演説場所の移動を命じた。Pは、この命令に従わなかったために、本件条例第6条2項に違反するとして、起訴された。

問1 あなたが被告Pの弁護人であるとすれば、本件刑事裁判において、どのような憲法上の主張をしますか。なお、法人としてのA団体の権利に言及する必要はない。

問2 被告Pの主張に対して、検察官は、どのように反論するかを簡潔に述べなさい。

問3 問1と問2で示された憲法上の論点について、自己の見解を述べなさい。

関連条文 【拡声機による暴騒音の規制に関する条例（京都府）】

（目的）

第1条 この条例は、拡声機を使用して生じさせる著しい騒音が、府民の日常生活を脅かすとともに通常の政治活動その他の活動に重大な支障を及ぼしていることにかんがみ、このような騒音を生じる拡声機の使用について必要な規制を行うことにより、地域の平穏を保持し、もって公共の福祉の確保に資することを目的とする。

(適用上の注意)

第2条 この条例の適用に当たっては、集会、結社及び表現の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他の日本国憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。

(適用除外)

第3条 この条例の規定は、次に掲げる拡声機の使用については、適用しない。

(1) 公職選挙法（昭和25年法律第100号）の定めるところにより選挙運動又は選挙における政治活動のためにする拡声機の使用

(2) 国又は地方公共団体の業務を行うためにする拡声機の使用

以下略

(拡声機による暴騒音の禁止)

第4条 何人も、拡声機を使用して、別表の左欄に掲げる拡声機の使用の区分に応じ、それぞれ同表の右欄に定める測定地点において測定したものとした場合における音量が85デシベルを超えることとなる音（以下「拡声機による暴騒音」という。）を生じさせてはならない。

(停止命令)

第5条 警察官は、前条の規定に違反する行為（以下「違反行為」という。）が行われているときは、当該違反行為をしている者に対し、当該違反行為を停止することを命じることができる。

2 警察署長は、前項の規定による命令を受けた者が更に反復して違反行為をしたときは、その者に対し、24時間を超えない範囲内で時間を定め、かつ、区域を指定して、拡声機の使用を停止することを命じることができる。

(勧告及び移動命令)

第6条 警察官は、2人以上の者が同時に近接した場所でそれぞれ拡声機を使用している場合であって、これらの拡声機により生じている音が拡声機による暴騒音となっており、かつ、それぞれの拡声機の使用が第4条の規定に違反しているかどうか明らかでないときは、これらの者に対し、拡声機による暴騒音の発生を防止するために必要な措置をとる

べきことを勧告することができる。

2 警察官は、前項の規定による勧告を受けた者がその場所にとどまり、かつ、引き続き拡声機による暴騒音を生じさせているときは、これらの者に対し、当該拡声機による暴騒音の発生を防止するために、その場所から移動することを命じることができる。

(立入調査)

第7条 警察官は、前2条の規定の施行に必要な限度において、拡声機が所在する場所に立ち入り、拡声機その他必要な物件を調査し、又は関係者に質問することができる。

2 前項の規定により立入調査を行う警察官は、その身分を示す証明書を携帯し、関係者の請求があったときは、これを提示しなければならない。

3 第1項の規定による立入調査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。

(罰則)

第9条 次の各号のいずれかに該当する者は、6月以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

(1) 第5条第1項又は第6条第2項の規定による警察官の命令に違反した者

(2) 第5条第2項の規定による警察署長の命令に違反した者

2 第7条第1項の規定による警察官の立入り又は調査を拒み、妨げ、又は忌避した者は、10万円以下の罰金に処する。

別表（第4条関係）【拡声機の使用の区分と測定方法】

1 権原に基づき使用する土地の区域内における拡声機の使用においては、当該拡声機が所在している土地の区域外であり、かつ、当該拡声機から10メートル以上離れた地点から測定する。

2 権原に基づき使用する土地の区域内における拡声機の使用以外の使用においては、当該拡声機から10メートル以上離れた地点から測定する。

備考

1 音量の測定は、計量法（平成4年法律第51号）第71条の条件に合格した騒音計を用いて行うものとする。この場合において、使用する騒音計の周波数補正回路はA特性の

周波数補正回路を、動特性は速い動特性を用いるものとする。

2 音量の大きさは、騒音計の指示値の最大値によるものとする。

参考資料1 【音量の参考例】

120 デシベル	飛行機エンジンの近く
110 デシベル	自動車の警笛(前方2m)、リベット打ち
100 デシベル	電車が通るときのガード下
90 デシベル	大声による独唱、騒々しい工場の中
85 デシベル	大きな声・電話の騒音・大型トラックのモーター音・電車線路まで50m
80 デシベル	地下鉄の車内、電車の中
70 デシベル	電話のベル・騒々しい街頭、騒々しい事務所の中
60 デシベル	静かな乗用車、普通の会話
50 デシベル	静かな事務所

参考資料2 【本件条例改正時における反対意見】

以下は、「京都府拡声機規制条例の改悪に反対する」というタイトルの市民運動（沖縄・辺野古への新基地建設に反対し、普天間基地の撤去を求める京都行動）のブログ⁽¹⁾である。

07年10月、京都府警は、『「拡声機による暴騒音の規制に関する条例の一部を改正する条例（案）」の概要』を発表し、現行の拡声機による暴騒音の規制に関する条例について「1.換算測定方法の導入」、「2.拡声機使用停止命令規定の新設」、「3.複数の者による拡声機の同時使用に対する移動命令規定の新設」、以上3点の改悪を行うことを公表し、パブリックコメント手続きを開始した。

私たち京都行動は、このパブコメ手続きに対し、条例改悪に反対であり撤回されるべきだとの意見を送った。私たちは特に「3.複数の者による拡声機の同時使用に対する移動命令規定の新設」を問題視し、これがなされてしまうと、いわれのない移動命令が私たちになされてしまうことを危惧する旨の意見を提出した。現行の条例では、2人以上の者が同時に近接した場所でそれぞれ拡声機を使用した結果、10m離れた地点から測定し85デシベルを超える音が発生しているときに、警察官が当該使用者に対して音の発生を防止するための必要な措置をとることを勧告できるとしている。改悪案においてはかかる勧告に従わず引き続き複数の拡声機が使用され85デシベルを超える音が発生

(1) <http://kyoto-action.jugem.jp/>

していたら、当該使用者に対して警察官はその場からの移動を命じることができ、従わない場合には6ヵ月以下の懲役又は20万円以下の罰金を科しうるとするものとしている。

府警は、要人の会談など国賓の来洛時において、抗議する団体の街宣車の隊列などを例にあげ、規制強化の必要性を説いている。しかしながら、歩きながら拡声機などを使用して訴えを行ないながら進む一般のデモ行進の隊列や、拡声機を用いて街頭宣伝をおこなう人々に対し、妨害団体の街宣車が大音量で近づいて来て威圧行為を仕掛けてくることは多々あることだ。このような場合でも、とにかくその場で85デシベル以上の音がでていたら私たちに対しても刑事罰を持ってして移動命令が下されてしまう。これを悪用してわざと爆音を発して近づいていき、意に添わない街頭宣伝などを警察に移動命令をださせることによって妨害することも可能になってしまう。私たちは毎週定例で拡声機を使用して街頭宣伝を行なっている。この先もそうしていくつもりであり、私たちに対する移動命令など到底容認できず、国家権力による民衆運動への不当介入であると考ええる。

京都府下では私たちの知りうる限り、民主勢力に向けて警察が測定器を使用したとの事例を耳にしたことはないが、他府県においては自衛隊への抗議行動や労働争議の現場などで警察が測定器を使用していたり、福岡のフリーター労働運動家たちの主催した06年のデモに対して警察が測定器を向けていた等の話は聞いている。国家や資本の意に添わない活動を弾圧するための道具としても使われている現状を見ると、そもそも現行条例の存在にも危惧を抱かざるを得ない。日弁連も1992/9/18付けの会長声明において、当時の東京都拡声機規制条例案の上程にあたり、85デシベルの基準が厳しすぎる点や、一部の常軌を逸した拡声機使用については「刑法の脅迫罪、強要罪、名誉毀損、侮辱罪、軽犯罪法の静寂妨害罪、道路交通法など」の現行法規によってまずは対応が講じられるべきとの点を指摘し批判をしている。

以下略

2 出題趣旨

拡声器による暴騒音の規制は、音の規制であり、表現内容中立規制の時・所・方法の規制の中では「方法の規制」に該当する⁽²⁾。暴騒音条例制定の沿革をみると、当該条例は、右翼団体等の官庁街または日教組の教研集会における騒音に対応したもので

(2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（2014年、岩波書店）196頁。

ある。そうであるとすれば、騒音の抑制と同様に、結果的には特定の思想の伝播が抑制されることになり、表現内容規制の側面があるものとして、その規制利益及び規制手段に対しては、厳しい審査を行う必要がある。さらに、本問で取り上げた京都府の条例のように、私人が自己の見解と対立する言論を封殺するために、警察を利用する可能性も生じる⁽³⁾。本問の出題趣旨としては、このように、本件条例は、二つの意味で、表現の自由を侵害するおそれがあることを具体的に論証することを求めることにある。

また、本件条例第2条にも規定されるように、表現の自由を侵害するような法令の適用も想定される。従って本問に挙げられた事実から、本件事例が適用違憲として評価することができるかどうかの論証も求められる。

3 論点と指導例

(1) 論点1 表現の自由の侵害（法令違憲）

本問においては、本件条例が、拡声器を用いて街宣活動を行う者の表現の自由を侵害することから、条例が違憲であるという主張が可能である。

① 規制される人権とその重要性

拡声器は、通常、駅前、繁華街等の人が多く集まる場所が、騒然としていることが多いことから、自己の見解をできる限り多くの者に伝達しようとするために用いるものである。住宅街などの閑静な場所で拡声器を用いた街宣活動も可能であるが、静寂を破る場合は反感を買い、自己の見解の伝達という点では、逆効果になる。ただし、反感を覚悟しながら、大音声で街宣活動を行う場合も想定される。いずれにせよ、本問で規制されるのは、「大きな音を効果的に用いて、自己の見解を伝達する」という、拡声器を用いた表現活動の自由である。これは、直接は表現内容そのものに対する規制ではなく、表現手段に対する規制、表現内容中立規制である。そうすると、ビラ貼り・ビラ配りと同様に、一般に、財力に恵まれない者が用いる表現手段であると同時に、パブリックフォーラムで用いられることが想定されることから、少数意見の反映、政治情報の伝達という意味では重要な人権であり、安易な規制・過剰な規制は抑制されなければならない。

〔指導例〕

学生 の 答 案 を 読 み、採 点・指 導 す る 際 に 気 が つ く 第 一 の 点 と し て は、事 例 式 の 問 題

(3) 大山弘「福島県拡声機暴騒音規制条例について：刑事法の観点からの一考察」福島大学地域研究3巻3号

であるにもかかわらず、侵害されたと主張する人権が抽象的にしか論じられていない、ということである。本問では、単に「条例によって表現の自由が侵害された」という記述も少なくない。そもそも、拡声器を使って表現活動をするにどのような意味があるのか、という具体的な記述があまりなされない。むしろ、「表現の自由は、自己実現・自己統治・思想の自由市場に資するところ・・・」という常套句を用いた抽象的な論証が、多くの答案に見られる。もし、このような表現の自由の重要性に言及するのであれば、「どのような自己実現（人格形成）に役立つのか。」「民主主義にどのように関係するのか。」「音による情報の伝搬は、情報の流通にどのような影響を与えるのか」という記述が欲しいところである。

この点については、以下のレパタ事件最高裁判決の論証⁽⁴⁾が参考になる。

「憲法 21 条 1 項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである（最高裁昭和 52 年（オ）第 927 号同 58 年 6 月 22 日大法院判決・民集 37 卷 5 号 793 頁参照）。市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「人権規約」という。）19 条 2 項の規定も、同様の趣旨にはかならない。」

「筆記行為は、一般的には人の生活活動の一つであり、生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということとはできないが、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。」

このように、21 条 1 項の下で筆記行為の自由がどのように保障されるのか、という点を論証している部分等を参考にして、論述の工夫を求めたいところである。

② 規制利益

規制利益は、条例第 1 条をみると、地域の平穏の維持と他者の円滑な政治活動の保障であることを読み取ることができる。しかし、地域の平穏と言っても、場所によっ

(4) 平成元年 3 月 8 日民集 43 卷 2 号 89 頁。

て異なる。駅前・繁華街では、一定程度の音声で街宣活動することが許容されるから、地域の平穏の要請は高くない。一方、住宅街では、確かに平穏であることは強く求められる。地域によって、住民の受忍限度にも差が生じる。

また、他者の円滑な政治活動の保障が規制利益であるとすれば、自己の政治活動も当然、一定程度保障されるのであるから、これを大きな規制利益と認定することは困難になる。

〔指導例〕

規制利益というと、法律・条例の目的規定から、ストレートに引っ張ってくる例が非常に多い。つまり、規制利益は、立法事実であるという点の認識が不十分なのである。立法過程や規制の実態を見た上で、具体的にどのような規制利益であるのかを論じる必要があるところ、人権の重要性の論述と同様に、抽象的な論述が多く、そのために、「やむにやまれぬ利益」とか「重要な利益」とかを認定するに際しても、説得力がなくなる。また、このような多様なレベルの規制利益に応じた、規制手段が講じられていないことが一つの問題であるのだが、この点を認識している答案は極めて少ない。

③ 規制手段

ア) 単独でなされた演説への規制は、85 デシベルという音の規制・段階的な行政刑罰（警告・移動命令・刑罰）・他の法規での処罰可能性が問題となる。

イ) 複数の者によってなされた演説への規制は、どちらの音が基準を超えているかどうかを認定せずに、85 デシベルを超えると規制することが問題となる。85 デシベルを遵守している方の演説を抑制する可能性がある。また、複数の場合は、85 デシベルでの規制が妥当であるのか、という問題点がある。

〔指導例〕

本問では、人権の重要性と規制利益（地域の平穏）の多様性に照らした時に、本条例が音に対する過剰な規制になっているのではないか、という点を具体的に指摘することを求めている。しかし、解答時間の制約があるとしても、ここでも、事案の分析が不十分な答案が多い。刑法を学習しているのであれば、そもそも実際に被害がないのに、音による規制が許されるのか、つまり、法益自体が不明確ではないのか、という指摘が可能である⁽⁵⁾。資料によれば85 デシベルは大きな声のレベルであるので、過剰な規制ではないかという点も指摘できる。

(5) 大山前掲注 (3) 3 頁。

④ 違憲審査基準と適用

上記、①～③の通り、拡声器を用いた表現活動の自由は、選挙の場面以外でも、自己の意見を伝播させる重要な人権であること、規制利益は場所によって強弱があり一律の規制が不適切であること、具体的な侵害利益が発生しないのに予防的な規制が行われていることを重視すべきであるが、一方で、受忍限度を超えた騒音は、地域の平穏を害し、他の政治活動や住民生活に影響を与える可能性も否定できないことから、違憲審査基準としては、LRA の基準を採用して、次のように論じる。

表現内容中立規制であることから、LRA の基準を適用すると、参考資料にもあるように、「85 デシベルの基準が厳しすぎる点や、一部の常軌を逸した拡声機使用については「刑法の脅迫罪、強要罪、名誉毀損、侮辱罪、軽犯罪法の静寂妨害罪、道路交通法など」の現行法規によってまずは対応が講じられるべき」であるから、より制限的ではない他の手段が存在するので、同条例は違憲である。

[指導例]

違憲審査基準を適用するに際して、何の説明もなく、いきなり厳格審査基準、LRA の基準を説明する答案が非常に多い。人権や規制場面ごとに、違憲審査基準があらかじめ決定されているという、発想であろうか。法的三段論法の形として、第一段としてのルール の 定立（違憲審査基準の設定）、第二段としての事実認定、第三段としての当てはめ・法的効果の発生という論証は一応意識されているのであろうが、そもそも、なぜこのようなルールが定立されるのか、という説明が不十分である。

また、被告の主張（行政事件では原告の主張）であれば無条件に厳格審査を適用する答案も多い。その理由を問うと、法令の違憲性を主張する立場である以上、厳格なルールを適用すべきであるという答えが返ってくる。これは大きな誤解である。現行の判例理論または通説から説得力のある主張を行うことの必要性を指導する必要を痛感する。

それと同様に、「本来は厳格審査であるべきところ、規制利益も重要であることから、厳格度を一段落として……」という記述も少なくない。以下の薬局距離制限違憲判決⁶⁾で示されたように、違憲審査基準の総合的考察の必要性を述べる必要がある。

「このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会

(6) 最大判昭和50年4月3日民集第29巻4号572頁。

公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。……それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。」

⑤ 立法事実と司法事実

法令違憲に係る規範設定を行った後は、立法事実を認定して、合憲性の判断を行うことになる。

〔指導例〕

司法事実を認定して、法令違憲を導く答案が非常に多い。被告の行為は司法事実であり、「被告の人権を侵害するから法令違憲」という論理は成立しないはずであるので、この点の注意喚起は極めて重要である。本件被告に対する表現の自由の侵害が、本件条例によって行政当局が行うであろう、人権侵害の典型例であれば、「本件被告のような街宣活動が規制されるから……違憲である」という表現が適切であろう。

⑥ 国側の反論

国側の反論の基本姿勢は、当該立法に係る立法裁量が広いこと、規制理由の正当性、規制手段が相当で比例原則に適用のものであること、確定した判例に則って立法したこと等を示すことにある。本問では、次のように、判例の表現内容中立規制に係る「合理的関連性の基準」を採用して、論証することが想定される⁽⁷⁾。

目的は正当な利益があり、目的と手段との間には合理的関連性があり、得られる利益（地域の平穏の維持）の方が、失われる利益（街頭演説による表現活動）も大きい。また、本件条例は、騒音という表現の方法を規制しているのであって、仮に表現の自由が侵害されたとしても、それは間接的で付随的な規制に過ぎない。

〔指導例〕

違憲を主張する当事者の場合とちょうど逆で、審査基準が緩いという記述に終始している答案が多い。表現の自由の重要性を述べつつも、必要かつ合理的な規制に服すべきであり、本件の規制は、必要性和合理性があるという記述が求められる。

(7) 戸別訪問禁止最高裁判決 最二判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁。

(2) 論点 2 適用違憲

① 適用違憲に係るルール設定

仮に本件条例が合憲であるとしても、条例 2 条が規定するように、表現の自由を侵害するような条例の適用がありうところ、規制によって失われる利益としての被告の表現の自由が重要であり、かつ、その重要性が規制利益を上回る場合は、条例の適用は違憲となる。なお、この適用違憲は、芦部説の分類に従えば、第三の類型（処分違憲型）である⁽⁸⁾。

ここでは、被告の表現の自由（失われる利益）と規制利益の重要性を示す必要があり、そのために、次のような考慮要素を提示する。

得られる利益（規制利益）は、本件は JR 駅前での街宣活動であることから一定の騒音は許容されるので、それほど大きくない。一方の失われる利益は、次の考慮要素（5W1H）で判断する。

- (ア) 主体 who 被告は政治的マイノリティーである。
- (イ) 内容 what 本件街宣活動の内容は、政治情報である。
- (ウ) 時間帯 when 特に問題なし。早朝、深夜ではない。
- (エ) 場所 where パブリックフォーラムであり、聴衆も存在する。
- (オ) 動機 why 被告本人は、暴騒音を出す意思がない。
- (カ) 態様 how これまで条例を遵守し、対抗的言論によって防騒音を発生させた。表現手段の必要性和相当性は高く、代替性は低い。

従って、論証の例としては、次のようになる。被告を起訴し、処罰することによって、得られる利益と失われる利益を衡量する必要があるところ、得られる利益は、駅前の騒音であり、著しく市民生活の平穏を害する程度のものではないこと、失われる利益は、表現の主体（政治的マイノリティー）・表現の場所（駅前）・表現の方法（常に 85 デシベル以下を心がけてきたこと）・表現の内容（政治的表現）・表現の時間帯（深夜・早朝ではない）・経緯（敵対的な言論により全体として大きな音になったこと）を総合的に考察すると、憲法上保護すべき重要な表現活動であることから、得られる利益を明らかに上回り、適用違憲（処分違憲型）である。

〔指導例〕

適用違憲の規範設定として、利益衡量を用いる答案は少なくないが、その場合、それぞれの利益を具体的に論証する答案は非常に少ない。条例も認めるように、表現の

(8) 芦部前掲注 (2) 387～389 頁。

自由を侵害するような運用の可能性があるとするれば、「憲法上保護に値する表現の自由」であるかどうかを、事案を分析して具体的に論証する必要があるところ、抽象的に、本件表現の自由は重要である、という論述が多い。博多駅事件最高裁判決⁽⁹⁾において、失われる利益としての報道の自由と、得られる利益としての公正な裁判の実現を比較衡量するに際の手法が参考になる。

「一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによつて受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない。」

② 検察官の反論

法令を適用する側は、適用が違法・違憲という発想がないのであるから、以下の第三次家永教科書訴訟上告審判決⁽¹⁰⁾における、適用違憲を否定する説示のように、法の趣旨に従って、本件に適用し、人権を侵害することもない、という反論が想定される。

「本件検定が憲法の諸規定に違反しないことは既述のとおりであり、本件検定が、制度の目的及び趣旨に従って行われる限り、それによって教科書の執筆等に一定の制約が生じるとしても、適用上違憲になるということはない。教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われるようなことがあれば、適用上の違憲の問題も生じ得るが、原審の認定によれば、本件検定処分等を通じてそのような運用がされたとは認められないというのであるから、所論違憲の主張は、前提を欠く。論旨は採用することができない。」

II 演習問題2 淫行条例と自己決定権

1 問題

次の文を読んで、問1～3に答えなさい。

神奈川県に在住するA（男性独身30歳）は、自己の主宰する塾で中学・高校生に

(9) 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

(10) 最三平成9年8月29日民集51巻7号2921頁。

英語を教えていた。A の英語塾（以下「A 塾」という。）は、A の熱心な指導のため、近隣から優秀な生徒が集まることで知られていた。B（女子 17 歳）は、中学 1 年生から A 塾に入塾し、以来、英語の学力も常に中学校でトップクラスであり、A に対して全幅の信頼を寄せていた。B は、神奈川県立の難関校に合格した後も、引き続き A 塾に在籍し、大学入試と TOEIC のための英語力向上に努めていた。しかしながら、B は、16 歳の高校 1 年生の秋以来、急速に学校の成績が落ち始め、勉強にも身が入らない状態が続いていた。その様子に気がついた A は、受験指導の一環として、B との面談を実施して、成績降下の理由を尋ねた。

面談によれば、B には次のような事情が認められた。B が高校に入学してから、父親の不倫が原因で両親が不仲となり、家庭では夫婦げんか絶えない。父親が、B の行動に対していろいろと制約し、門限を作り、友人関係にまで口出しをするようになった。そのため、友人との関係がうまく行かず、学校生活がおもしろくないと感じている。そして、B はそのような悩みから勉強に身が入らない。

B は、家庭の悩みを相談する相手がいなかったもので、尊敬する A が親身になって悩みを聞いてくれたことに感謝し、また、学力の低下を取り戻す方法についてアドバイスを求めた。A は、B の荒れた家庭環境を不憫に思い、塾の休日に個人指導をすることを提案した。以後、A が B に対して、期末テスト対策・英検対策等の個人指導を施した結果、B の成績はかなり回復し、B の様子も明るくなった。そして、このような個人指導において、教師と教え子として極めて親密であったことは、やがて、恋愛関係に発展し、B が高校 2 年生になると、数回の性交渉を持つようになった。

B の父親は、娘の様子が変化したことを敏感に察知し、スマートフォンの着信履歴・メールのやりとり等を B に無断で見たところ、A への発信回数が著しく多く、メールのやりとりも頻繁であることから、B に A との関係を詰問した。当初 B は、答えをはぐらかしていたが、父親が自分のプライバシーを侵害していることや、あまりにしつこいことに逆ギレして、A は人間として立派な人であり、その A とは恋愛関係にあること、Aのおかげで家庭のつらさから逃れることができた、と父親に告げた。

これを聞いた B の父親は、A 塾に乗り込んで、A に対して娘との関係についての事実の確認を行ったところ、A は、「娘さんとはまじめに交際している。大学入試まではしっかりと面倒を見て、難関大学に合格させてあげたい。高校 2 年生は、年齢からいっても大学生に近く、自分の意見をもつ立派な大人でありから、恋愛は個人の自由に委ねたらどうですか。」と返答した。これに対して、B の父親は、「何が『高校 2 年生は、立派な大人』だよ。教師の立場を利用し、未成年の不安な心理状況につけこんで、

性行為に持ち込むというのは、社会的に許されないことだ。」と激怒し、謝罪を求めたが、Aは拒否したので、Bの父親は所轄の警察署に、Aは未成年と性行為を行っていると、通報した。

その後、Aは、神奈川県青少年保護育成条例第31条1項「何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」に違反する（なお、同条3項には、定義規定がある）として、起訴された。

問1 あなたが被告Aの弁護人であるとすれば、本件刑事裁判において、どのような憲法上の主張をしますか。

問2 問1の被告の憲法上の主張に対して、検察官はどのように反論すると想定されるか、簡潔に述べなさい。

問3 問1と問2で示された憲法上の論点について、自己の見解を述べなさい。

関連条文 【神奈川県青少年保護育成条例】

（目的）

第1条 この条例は、青少年の健全な育成について、基本理念を定め、並びに県、保護者、県民及び事業者の責務を明らかにするとともに、青少年を取り巻く社会環境の整備を促進し、及び青少年の健全な育成を阻害するおそれのある行為を防止することにより、青少年の健全な育成を図ることを目的とする。

（基本理念）

第2条 すべての県民は、次に掲げる事項を基本理念とし、青少年の健全な育成に取り組むものとする。

- (1) 青少年は、健全に成長し、自立した社会の一員となる存在であること。
- (2) 県民は、青少年への影響を意識して行動すること。
- (3) 社会全体の協力により、青少年を守り、支え及び育てる必要があること

（定義）

第7条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- (1) 青少年 満18歳に達するまでの者（婚姻により成年に達したものとみなされる者を除く。）をいう。

以下略

(条例の解釈適用)

第8条 この条例は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ適用するものであつて、いやしくもこれを拡張して解釈するようなことがあつてはならない。

2 この条例による規制及び規制のための調査は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ行うべきであつて、いやしくも、これを濫用し、日本国憲法の保障する国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあつてはならない。

(みだらな性行為、わいせつな行為の禁止)

第31条 何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。

2 何人も、青少年に対し、前項の行為を教え、又は見せてはならない。

3 第1項に規定する「みだらな性行為」とは、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交をいい、同項に規定する「わいせつな行為」とは、いたずらに性欲を刺激し、又は興奮させ、かつ、健全な常識を有する一般社会人に対し、性的しゅう恥けん悪の情をおこさせる行為をいう。

(罰則)

第54条 第31条第1項の規定に違反した者は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

2 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

(1) 第30条第1項又は第2項の規定に違反した者

以下略

2 出題趣旨

本問では、法令の文面の不明確性・法令の実体の違憲性・適用違憲を区別・整理して、論証することができるかどうかを問う。法令の不明確性は、法令の実体の違憲性、適用の違憲性に影響を与えることを認識させる。また、判例の理解を前提として、法令違憲でも、適用違憲でも、具体的にどのような人権が侵害されたのか、その侵害の程度を論証させる。

3 論点と指導例

(1) 論点1 法令の不明確性（法令違憲）

被告は、次のように、法令の不明確性を主張する。本件条例31条1項・3項の規定は、「みだらな性行為」とは、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交をいう、と規定するところ、「結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う」という限定では、福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決⁽¹⁾における伊藤正己裁判官反対意見が指摘するように、一般人の行動規範としては機能せず、さらに、結婚を前提としないながらも真摯な交際を行う男女間の性行為を包含することから、漠然不明確かつ過度に広汎な規定である。

これに対して、検察官から次のような反論が想定される。福岡県青少年保護育成条例最高裁判決で説示されたように、「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。」から、法令は漠然不明確でも過度に広汎でもない。

〔指導例〕

文面上の不明確性が問題となる答案では、「通常の一般人から見て不明確」という判断基準を示すだけで、規定のどの部分がどのように不明確であるかの説明がないことが多い。被告が「通常の一般人なら分からない」と記述し、国側も「通常の一般人なら分かる」という水掛け論的記述も少なくない。さらには、論点2につながる指摘として、条例の目的に照らして、過剰な規制になっている部分を指摘した上で、過度に広汎という指摘をする必要がある。また、本件は、確定した判例がある事案であるから、反対意見を引用して判例の問題点を指摘することも重要である。

(2) 論点2 自己決定権の侵害（法令違憲）

① 人権と規制利益

本件条例第31条は、人格的生存に関わる重要な自己決定であるところの、性行為の自由を制約していることから、その規制の必要性和合理性については、厳格に判断しなければならない。青少年保護という規制利益については、16歳未満の青少年に対しては、「青少年の保護育成」を規制利益としつつも、16歳以上青少年に対しては、成

(11) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護（性に係る自律的決定の促進を含む）を規制利益とすべきであろう。

〔指導例〕

淫行規定は、一般常識からいうと、その存在自体は肯定できそうであるが、仮に規制の必要があったとしても、文面の審査で指摘したように、過剰な規制になっているおそれがあるので、法令違憲の主張は可能である。ただし、規制される人権の重要性を、ある程度論証しないと説得力がなくなる。答案例としては、本件で問題となる人権を、「未成年者と性行為をする自由」と記述するものがあったが、一般論として、保護の対象としての未成年と性行為をする自由があるわけではなく、性にまつわる自己決定の中に、たとえ対象が未成年といえども、憲法上の保護に値する行為が存在するという論理になるべきであろう。

（規制利益について）

また、規制利益を、本件条例第2条から「青少年の健全な育成」としている答案が多い。学生に対する注意点としては、審査対象となる法令の目的規定や理念規定が、必ずしも、そのまま規制利益になるわけではない、ということである。あくまでも、立法事実としての規制利益であるから、条例の文言とは異なる意味の規制利益を認定する可能性もあり、さらには、規制利益（規制目的）の切り取り方によっては、結論が変わる可能性がある⁽¹²⁾。

福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決は、淫行条例の規制趣旨について、「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によつて精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明ら」である、としている。これは、一般論として、未成年の心身が未成熟で、傷つきやすく回復しにくいことから、保護が必要であるとしているのであるが、女子の婚姻年齢が16歳であること、本件条例も「結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交」を禁止していることに鑑みると、16歳未満の青少年に対しては、「青少年の保護育成」を規制利益としつつも、16歳以上青少年に対しては、成人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護（性に係る自律的決定の促進を含む）を規

(12) 渋谷秀樹『憲法（第2版）』（2013年、有斐閣）412頁。

制利益とすべきであろう。

② 違憲審査基準

違憲審査基準は、上記二種の青少年保護は重要な規制利益であるとしても、性的自己決定権が恋愛の延長上にあるとすれば人格的生存に関わる重要な人権であること、それが過剰な規制によって抑制される可能性を秘めていることから、中間審査基準を採用する。

成人への成長過程にある青少年保護という規制目的に照らすと、「健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交」という規制の範囲の中には、結婚を前提としなくても真摯な関係、大学生と高校生のような年齢の接近した関係、心身ともに成熟した高校生との関係を包含すること、結婚を前提としないことが、「自己の性欲を満たすためにのみ行う性交」になるという推定規定になる可能性があることから、規制の目的を超えた過剰な規制となり、より制限的ではない、規制範囲があることから必要性を満たさない。また、このような上記の過剰な範囲の規制は、真摯な交際を法的に規制されることによって、逆に、本件のような16歳以上の婚姻可能な年齢を超えた青少年の健全な発達、自律性の維持に対しては、逆効果をもたらすから、合理性（目的合理性）を満たすものでもない。

〔指導例〕

第1問と同様に、何らの説明もなく、違憲性を主張する当事者であるからという理由で、厳格審査基準を採用する答案が多い。人権、規制利益、規制手段、立法裁量の総合的な衡量によって違憲審査基準が決定されるという点の理解が不十分であることが指摘できる。

また、厳格審査基準における場合と同様に、規制利益と規制手段の間の関連性についての論証が不十分なものが多い。薬局距離制限判決のように、因果関係の不在を示さずに、実質的関連性がない、と論じるもの、より制限的ではない手段が存在すると論証している（手段の必要性の論証）のにその具体的な手段を提示しないもの、目的に役立たない（手段の合理性の論証）という部分が欠けている答案が多い。

③ 検察官の反論

婚姻年齢が16歳であるとしても、当該年齢以上の児童生徒が、成年による誘惑、威迫、欺罔等によって性行為に誘引される可能性が否定できない以上、青少年の保護という規制利益を二種類に分ける必要性がない。また、青少年を保護する立法は、立法機関（県議会）に広い裁量が認められているのであり、本件条例は、法裁量の濫用があるともいえない。

〔指導例〕

被告の主張と噛み合わない主張、そもそも提起された論点に反論しない答案が見られる。

(3) 論点 3 適用違憲

① 適用違憲に係るルール設定

本件条例第8条2項が「この条例による規制及び規制のための調査は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ行うべきであつて、いやしくも、これを濫用し、日本国憲法の保障する国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあつてはならない。」と規定するように、本件条例の適用が、成年の性に係る自己決定権を侵害する可能性が存在し、それは、成人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護という規制利益よりも、上記の性に係る自己決定権が上回る場合は、本件条例を本件に適用する限りにおいて違憲となる。そして、この利益衡量をするに際しては、青少年の保護の必要性和性行為に至るまでの経緯には様々な事情が存することから、次のような要素を考慮すべきである⁽¹³⁾。

青少年の保護の程度を斟酌するにあたっては、ア) 青少年の年齢、イ) 心身の成熟の度合い、ウ) 性行為の態様、エ) 性行為の学業・家庭生活への影響、を考慮し、本件成年の性的自己決定権の要保護性を判断するにあたっては、ハ) 性行為に至るまでの経緯、ニ) 欺罔、威迫、誘惑等の有無、ホ) 地位の利用、ヘ) 婚姻の有無（婚姻している場合は有責性があるが、ない場合は、婚姻の意思は無関係）を、ロ) 年齢差を考慮する。

この基準を本件に当てはめると、まず、本件Bは、17歳の高校生であり、自分の意思で恋愛することが可能な程度の心身の成熟度を備えている。また、本件の性行為は売春とか、勉強の見返りとして行われたものではなく、あくまでも恋愛の延長にあるものである。そして、性行為を含む恋愛は、本人の学業に良好な影響を与え、家庭生活のつらさを緩和または解放するものである。以上より、本件Aを処罰し恋愛を中止させることによって、Bを保護する必要性は低く、むしろ、それはBの心身の成長に対して悪影響を与える。一方、本件Aは、熱心な学習指導をきっかけとして恋愛から、性行為に至ったのであり、教師と教え子の関係であるとしても、欺罔、威迫、誘惑等を行ったものでもなければ、地位を利用して性行為を誘導したものでもない。ま

(13) なお、本稿では論じないが、可能性としては、未成年者の自己決定権の侵害という第三者の権利侵害を論証することもできる。

た、Aに、結婚の意思があったかどうかを確認できないが、本人は未婚であることから、その可能性を否定できないし、さらに、17歳と30歳という年齢差が、社会的非難に値するものでもないから、AのBとの性行為は、性的自己決定権に含まれるものとして、憲法上の保護に値し、本件のAの処罰によって失われる利益と得られる利益を衡量すると、前者が後者を上回ることから、本件例は、Aに適用する限りにおいて違憲無効である。

〔指導例〕

ここでも、なぜ、このような適用違憲に係るルール設定を行うかについての説明のない答案が見られる。また、被告Aの性的自己決定権とBの保護の必要性という、抽象的なレベルでの比較衡量も、よく見られるところである。事案を細かく分析して、人権と規制利益をそれぞれどのように評価するか、という点の訓練が足りない、ということもできる。

② 検察官の主張

判例の基準の、誘惑、威迫、欺罔等を用いて、未成年を性行為に誘導することには、教師としての立場を利用することも含まれると解されることから、Aは塾講師として、学習指導をきっかけとして性行為に誘導していることが認められ、本件条例をAに適用することは、合法かつ合憲である。

〔指導例〕

Aを処罰する際には、本件の事例が、判例の基準に該当することを示すべきところ、その前提として、教師としての立場の利用が、判例が示す「欺罔、威迫、誘惑等」に該当するかどうかを解釈する必要があるにも関わらず、そうした論証を行わないで、いきなり、地位の利用は、誘惑に該当するとしている答案が多い。このように、抽象的な概念を、更に一步進めて、解釈してから適用するという作業を怠る答案が非常に多い。

むすび

以上のように、自作の事例問題を題材として、法科大学院生に答案において、よくある誤った論証、不十分な論証を示してきた。むすびとして、このような答案作成上の問題点をまとめてみたい。

①そもそも、法的三段論法になっていない。

②形式は、法的三段論法になっていても、何の説明もなく規範設定がなされる。

- ③違憲審査基準の設定に説得力がない。原告は厳格審査、被告は緩い審査と初めから決めてしまっている。
- ④問題となる事例において、いかなる人権が侵害されているか、という点についての、具体的な記述が乏しく、抽象的な主張が多いために、侵害される人権の重要性が、採点者に伝わらない。
- ⑤適用違憲の理解が不十分であるために、抽象的なレベルでの利益衡量を行い、人権や規制利益の細かい論証がなされない。
- ⑥抽象的な概念を、解釈したり、考慮要素を立てることなく、そのまま事案に適用する。
- ⑦当事者の主張が噛み合っていない。

このような答案作成上の問題点について、どのように学生を指導すべきか、という点について、私見を述べたい。

- ①判例において、法的三段論法として論証されている部分を摘示し、意識して判例を読み込むように指導する。
- ②古い判例も含めて、判例の事案を読んだときに、どのような憲法上の主張が可能かどうか、また、当該人権は、具体的にどのような意義があるかを論証できるようにする。
- ③下級審から、論点ごとに当事者の主張がどのように展開されているかを、確認させる。
- ④判例の利益衡量において、どのような考慮要素を用いているのかを意識し、他の事案との違いを分析させる。
- ⑤判例の結論のみをまとめた判例集等を使用している学生が多いことから、判例を学習するときに重要なのは、論理の流れであって、結論ではないことを強調する。
- ⑥常識にとらわれずに、当事者の立場に立ってみて、その痛みを共有する感覚で、人権侵害の主張を構成させる。

法科大学院に勤務して、学生の答案指導に携わってから、上記の答案作成上の問題点が認識するようになり、授業中にも何度も指摘してきたところであるが、毎年のように、繰り返し同様の答案が提出される。その真の問題点は、どこにあるのか、という点を本稿を示すことができれば幸いである。今後も、演習問題とその指導例という作業を継続し、教員側の指導上の問題点とその原因を究明していく予定である。