

再チャレンジプログラム 第4回（平成23年度 憲法）

弁護士 春田 尚純

第1 H23 憲法の特徴

1 形式面

平成23年憲法は、問1：Xの主張、問2：Yの反論を踏まえた自身の見解、という構成になっている。近年は、1つの設問の中で、反論を踏まえて自身の意見を論じるケースが多かったが、令和4年の出題形式で復活している。改めて慣れておく必要がある。

本質はどちらも同じであるが、この形式の書き方のコツは、「Yの反論＝対立点のあぶり出し」という点にある。典型的な書き方は以下の通り。

- (1) Xの主張では、違憲を導くためにありうる立論をする。
(例) 精神的自由権＋内容規制→厳格審査
- (2) Yの反論で、対立点を明確にする。★ここがポイント！
(例) 内容中立規制にあたるから中間審査をすべきとの反論をする。
- (3) 私見では、その対立点に対する意見を述べる。
(例) Yの意見が妥当である（どちらの意見も妥当でない）。
確かに一見内容規制であるが、事実A＋事実Bからすると中立規制。

このように、Yの反論には少しクセがあるので、予め慣れておくのがよい。

2 問題点

- (1) 本問では、保護範囲が1つの論点である。期末試験などでは、制約されている権利が明確である場合が多いが、今回は表現の自由も、営業の自由も侵害されているといいうる。そのため、普段さっと書いてしまう保護範囲の点で、1つ対立点が生まれることに気付けるかどうか面白い点である。XとYがどういう立論をするのが、それぞれの立場に有効なのかをしっかりと考えて立論することが求められている。
- (2) 典型的な「型」を完璧に守った上で、あてはめで、本件の事情を踏まえてよく考えていると高得点になる。
- (3) また、法令違憲と適用違憲の書き分けも正しく行う必要がある。法令違憲で個別事情は使ってはならないので注意。

第2 ポイント

〔設問1〕

第1 訴訟類型

取消訴訟（法8条3項の中止命令を取り消す）

第2 法令違憲

1 保護範囲

特定地図検索システムを提供する自由は21条1項で保障（「表現の自由」は×）。

∴自己実現＋自己統治のうち、自己実現に資する

2 権利制約

法7条3号、8条2項・3項で制約

3 明確性

萎縮効果を生じさせるから違憲。一般人基準。

本件では、「個人の権利利益を害するおそれ」→不明確

4 違憲審査基準

特定地図検索システムを提供する自由の重要性+内容規制

→①目的が必要不可欠+②手段が必要最小限

① ネット上の個人情報公にされる被害から国民を保護して、国民生活の安全と平穏の確保(1条)。→ネットでは重要な情報が爆発的に拡散するから切迫しており、目的は必要不可欠。

② 法8条3項は措置命令と中止命令を規定しているが、措置を講じれば目的は達成できるから必要最小限でない。

第3 適用違憲

1 「特に必要があると認めるとき」(法8条3項)＝重要な権利の侵害が具体的に予見されるとき

2 本件の申立ては家の中の様子等の画像なので、プライバシーの権利が問題。

これは重要な権利。しかし、160cmの高さからの景色→プライバシー侵害は予見されない

〔設問2〕

1 保護範囲

(1) 反論：特定地図検索システムを提供する自由は営利活動の一環なので、営業の自由で保障

(2) 私見：Xが妥当。(営利的表現の自由も自己実現に資するから、21条1項で保障)

2 明確性

(1) 反論：合憲限定解釈できるから明確

(2) 私見：Yが妥当。重要な権利の侵害が具体的に予見されるとき

3 違憲審査基準

(1) 反論：自己統治の価値なし+対立利益がプライバシー→中間審査

(2) 私見：Yが妥当。自己統治の価値が希薄であるから、政治的表現等に比べてその重要性が低い。また、特定地図検索システムにより国民のプライバシーの侵害が類型的に考えられる→中間審査

4 手段

(1) 反論：措置を代わりに講じることができないから中止命令も過剰ではない

(2) 私見：Xが妥当。確かに、中止しなくても問題となっているプライバシー侵害の排除は可能。しかし、措置を代わりに国が取れる仕組みを作れば足りる。

5 適用違憲

(1) 反論：「特に必要があると認めるとき」(法8条3項)＝権利侵害の高度の蓋然性で足りる
→おそれはあるから合憲

(2) 私見：Xが妥当。措置命令より中止命令が重いから、段階を踏まずに中止命令を出すためには重要な権利の侵害が具体的に予見されることが必要→Xのあてはめと同じ

以上

再チャレンジプログラム 第5回（平成23年度 行政法）

弁護士 春田 尚純

第1 H23 行政法の特徴

- 1 量も多く、相変わらずワケのわからない問題で難易度は高いが、誘導に乗って適切に記載すれば、合格点はとれる。要所要所に行政法の論証パターンを使う箇所があるので、適宜反映されたい。
- 2 今回も配点が明示されている。難易度と目標得点率は次の通り
 - ・設問1 普通 35% →目標27
 - ・設問2 (1) 普通 15% →目標10
 - (2) 激難 35% →目標10
 - ・設問3 難 15% →目標5 (合計52点)

こうみると、基礎的なところをきちんと書けるようにして、難易度の高い問題は誘導にきちんと乗っさえすればなんとか乗り切れるようになっている。心が折れそうになるが、ぐっと歯を食いしばってなんとか書ききれば、合格はついてくる。

第2 ポイント

〔設問1〕（配点35%）

誘導：法・施行規則・通達の規定と、原告適格の判断の上での位置づけを明確にする

→通常のあてはめでいけそう

1. 問題提起（X1・X2は本件許可の名宛人ではないから原告適格が問題（9条1項））
2. 「法律上の利益を有する者」（9条1項）とは、処分により自己の法律上保護された利益が侵害され、又は必然的に侵害されるおそれがある者をいい、処分の根拠法規が、具体的利益を一般公益に吸収解消させず、個々人の個別的利益として保護される場合を含む。その判断は、9条2項。
3. あてはめ

(1)「法令の趣旨・目的」

ア. 法令の仕組み

- ・法の目的は公益目的事業の振興と地方財政の改善（1条）。
- ・場外発売所の設置に必要な許可基準（法5条1項・2項）。
 - 許可申請書の記載事項（規則11条1項）、添付書類（規則11条2項）
 - 許可基準を具体化（規則12条1項）
 - ⇒法・規則は「法令」に当たる。
- ・通達は、「関連法令」に含まれるか？（通達も法令の合理的解釈の1つなので、「関連法令」に当たる）

イ. 法令が保護する利益

競走場内及び場外発売場内の秩序を維持することを重視（法22条・法57条）

→しかし、許可申請書には場外発売場から1000m以内の文教施設・医療施設の位置関係を示した見取り図が要求（規則11条2項）。許可基準の1つに文教上又は衛生上著しい支障をきたす

おそれのない場所（同 12 条 1 項）。

⇒場外発売場内の秩序維持+1000m 以内の文教・医療施設の環境利益も個別的利益として保護

(2) 「処分において考慮されるべき利益の内容・性質」

7. X1

・Q 地から 400m 離れた所で法科大学院 S を運営しているから、「法令に違反してされた場合に害される」利益=S における静謐な学習環境

・1 年のうち 350 日も営業、300 日はナイト営業、午前 10 時から午後 9 時まで営業、駐車場も 700 台→騒音等も日常化し、かつ甚大→S にあたえる不利益は重大

・毎日半日近くも営業→侵害態様も重大である。

⇒X1 の利益は、法令が個別的利益として保護→X1 には原告適格はある。

4. X2

近隣住民の住環境の利益は、場外発売場内の秩序維持に吸収解消。

→X2 の利益は個別的利益として保護されない→X2 原告適格なし。

〔設問 2 (1)〕（配点 15%）

設問：① 2 つ候補を上げる、② 訴えの適法性・実効性を比較

1 取消措置処分の差止訴訟（3 条 7 項）又は要求措置に従う義務がないことを確認する実質的当事者訴訟（4 条後段）。

2 差止訴訟

（メリット）取消措置できないから実効性あり

（デメリット）訴訟要件が困難（37 条の 4）。

3 実質的当事者訴訟

（メリット）訴訟要件が確認の利益のみ→A は要求措置に従うよう圧力を受け続けているから確認の利益あり

（デメリット）勝訴しても取消措置そのものを禁ずるものではなく実効性が弱い

〔設問 2 (2)〕（配点 35%）

設問：取消措置の適法性

誘導 1：規則 12 条以外の理由で許可を拒否できるか（関係法令を調査）

誘導 2：通達を理由に拒否できるか（通達の法的性格）

誘導 3：同意を得ることの問題点→A に対する指導・処分などどこまでとれるか？

誘導 4：仮に地元の同意がない場合、一度許可したものを取り消せるか

↓このままナンバリング

第 1 結論

適法である。

第 2 理由

1 規則 12 条以外の理由で許可を拒否できるか

裁量の有無に関する問題（裁量があれば可能だから）。

5 条 2 項は「許可をすることができる」+特許的性質 ⇒裁量あり

2 通達を理由に拒否できるか

法 5 条 1 項の裁量→規則 11 条→136 号通達→139 号通達なので、法の趣旨を具体化した審査基準（いわゆる裁量基準）。→裁量の一部をなすから、考慮できる。

3 措置の範囲・限界について

・取消措置＝授益的処分の取消し

相手方に帰責性がある場合には、授益的処分を取り消しうる

・同意を取らなかったのは A 社のせい→同意がなければ許可しなかった→取消可能

※答案構成してみると、誘導 4 は 3 に組み込めることに気付く

〔設問 3〕（配点 15%）

誘導：骨子及び問題点

1 骨子

（適当に書く。罰則でも、手続でも。）

2 問題点

上乗せ条例の違法性

☆参考：原告適格のあてはめ

(1) 「当該法令の趣旨及び目的」。

ア. 根拠法規の趣旨・目的

根拠条文は○条である。その趣旨は趣旨・目的は、…である（法 1 条）。

イ. 「関連法令」の認定（「関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌」）。

また、…という理由で、本件条例も「関連法令」に当たる（考慮要素①）。

∵①目的が同じか、②処分者が関連法令を遵守しなければならない地位にあるか、③根拠法令が関連法令を遵守しなければならないとされているか。

ウ. 法令が保護する利益→処分の根拠規定の保護する利益の認定

そして、○条→利益 B を重視。△条→利益 B を重視。したがって、これらは、…の利益を個別的利益として保護している。→根拠規定も同趣旨なので、同じ利益を保護している。

(2) 「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」（被侵害利益の認定）

←「法令に違反してされた場合に害される利益の内容・性質、害される態様・程度」を考慮

X の状態（距離制限などの客観的要件を満たす）。

「法令に違反してされた場合に害される」X1 の利益は…である。

→この被侵害利益は、…という理由で、**重大**である（生命・身体の場合には、性質上重大）。

また、…という理由で、その侵害の**程度**も大きい。

したがって、X の具体的利益は、法律上保護されている。

※財産権・居住権・生命・身体などが害されているかどうか。

以上