

令和3年司法試験

論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

【公法系科目】

【第1問】（配点：100）

1. 20××年、各地の大規模なデモにおいて、いくつかの団体の構成員が、覆面や仮面で顔を隠して参加するようになった。これらの団体は、それぞれ異なる政治的主張を掲げ、組織的な活動を行っていた。これらの団体の構成員は、集団行進（集団示威運動を含む。）に際して、顔を隠すだけでなく、団体の主張が書かれた大きな旗を振り回す、抗議の対象となるものが書かれた紙を燃やすなどの行動も行っていた。また、これらの団体は、このような行動の動画や、集団行進への参加の呼び掛けを、ウェブサイトやソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下「SNS」という。）を通じて配信していた。

上記各団体は、顔を隠すこと自体に特定のメッセージを込めていなかったが、このような集団行進のスタイルが大きな注目を集めた。SNS等では、「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」といった意見が多く見られ、上記各団体の構成員ではないデモ参加者の中にも、顔を隠す者が多数現れるようになった。

2. 前記の大規模なデモでは、参加者の大部分は平穏に集団行進を行っていた。しかし、その最中に、顔を隠した参加者の一部が、商店のショーウィンドウを破壊する、ごみ箱に放火するなどの暴力的な行為を行うようになった。さらに、いくつかのデモでは、顔を隠した参加者の一部が警備に当たる警察官を負傷させ、それぞれ数十名が逮捕される事態となった。

逮捕者には、前記各団体の構成員が相当数含まれていた。しかし、逮捕者の半数ほどはそれらの団体の構成員ではなく、専ら暴力的な行為を目的として、その都度SNSで仲間を募り、デモに参加していた者であった。さらにそれ以外にも、その場の雰囲気刺激された一般の参加者が、暴力的な行為に加わり逮捕された例もあった。

集団行進の許可を求められた公安委員会は、主催者側に適切な対応を求め、また所轄の警察署も警備を強化していた。しかし、大規模なデモの最中に暴力的な行為が散発的に行われることから、集団行進の主催者も警察も、そのような行為を行う者を事前に把握し対応することが困難であった。また、顔を隠している被疑者の特定が難しいため、逮捕者は暴力的な行為を行った者の一部にとどまっていた。

3. このような状況に強い懸念を抱いた国会議員Xらは、次のような規制を内容とする法律案を検討している。

規制① 顔を隠して集団行進に参加することを禁止する。

規制② 集団行進において公共の安全を害する行為を行った者が一定比率以上含まれる団体を観察対象として指定し、当該団体がその活動のために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、報告を義務付ける。

4. **【別添資料】**は、規制①及び②の内容として検討されている法律案の骨子である。Xらは、法律案の骨子について、法律家甲に相談した。その際の甲とXとのやり取りは、以下のとおりであった。

甲：まず規制①ですが、暴力的な行為をしている者だけでなく、平穏にデモを行っている多くの参加者にまで、一律に規制を及ぼすのは行き過ぎではないですか。

X：規制①の目的は、集団行進において公共の安全を害する行為が行われるのを抑止することであり、デモそれ自体を規制するつもりはありません。覆面や仮面で顔を隠している人はそのことで何かを伝えようとしているわけではないのですから、顔を隠さなくても集団行進を通じてメッセージを届けることは、十分に可能なはずです。他方、覆面や仮面で顔を隠すことによって、誰がやっているか分からないという感覚が生じて、普段はしないような行動に走る面があることは否定できません。同じようなことは、ウェブサイトやSNSでの表現一般をめぐっても、問題にな

っています。

甲：顔を隠すことが許される「正当な理由」としては、どのようなものを想定していますか。例えば、マスクの着用についてはどうですか。

X：感染症対策や健康上の理由でマスクをする、信仰上の理由から顔を隠すといったことは、もちろん「正当な理由」があるものとして扱われます。

なお、この種の規制では、文言の明確性も問題になりますが、この点は別途相談する予定ですので、本日は検討いただく必要はありません。

甲：分かりました。次に規制②ですが、団体の規制に関する既存の立法と比べると、対象となる団体の危険性はさほど大きくないように思います。どのようにお考えでしょう。

X：公共の安全を害する行為を実効的に抑止するためには、そのような行為を助長している団体の活動を把握する必要があります。これが規制②の目的です。規制②を担当するのは、公共の安全の確保のために最近新たに設置されたA1委員会とA2庁です。

また、観察処分を受けた団体が、そのことを意識して自覚ある行動をとることも期待しています。

甲：団体の指定の要件に関してですが、そもそも構成員の範囲の画定が可能なのでしょうか。

X：団体の指定の要件は、我々の間でも議論になり、これまで逮捕者が出た事案を調査しました。構成員としては、組織としての活動に継続的に参加している者を想定しており、A2庁である程度の把握ができていたとのことです。SNS等をフォローして集団行進に参加しているだけの者は、構成員に含みません。

公共の安全を害する行為を助長している団体は、現状では、構成員がおおむね50人から100人程度の、比較的規模の小さなものです。これらの団体のいずれでも、過去5年以内に、デモにおいて「法律案の骨子」の第2の2に掲げる行為のいずれかを行い、処罰された構成員が全体の10パーセント以上に上ります。構成員の10パーセント以上という基準であれば、当面は、指定の対象を、実際に問題を起こした団体だけに絞り込むことができるとみています。基準については、今後の状況の変化も踏まえ、A1委員会で見直してもらいます。

また、規制②で報告が義務付けられるのは、団体がその活動のために利用している媒体の名称等のみです。報告によって得られた情報は、A2庁による団体の活動の把握に用いますが、必要な場合には、A2庁が各都道府県の公安委員会に提供し、公安条例や道路交通法等の運用を通じ、公共の安全を害する行為の抑止に役立ててもらうこともあります。

甲：確認ですが、報告義務の対象となるのは、機関紙のほか、団体が利用しているウェブサイト等、誰もが見るようなものですね。SNSでも、そのサービスの利用者であれば自由に閲覧できる投稿をしているアカウント等も、ここには含まれてきますね。一方で、サービスの利用に当たって用いている氏名、住所、パスワード等の情報は含まれないという理解でよろしいでしょうか。

X：そのとおりです。現在問題となっている団体は、団体名を使っているウェブサイトやSNS等に限らず、様々なルートで公共の安全を害する行為を助長する可能性があります。その全てを把握するのは困難です。代表者や幹部に限らず、構成員が、個人名義のアカウントを使って団体の主張を流布する場合も含めて、それらを網羅的に把握し、団体の活動を継続的に観察する必要があります。

なお、規制②の指定の要件に該当するかどうかの判断は難しい場合があり、団体や構成員にもいろいろ言い分はあるでしょうから、告知・聴聞の機会の保障など、適正な手続の整備が必要になります。しかし、手続保障については、別途相談する予定ですので、本日は検討いただく必要はありません。

〔設問〕

あなたが検討を依頼された法律家甲であるとして，規制①及び②の憲法適合性について論じなさい。なお，その際には，必要に応じて，参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。規定の文言の明確性，手続の適正については，論じる必要はない。

【別添資料】

○ 公共の安全を害する行為の抑止及び公共の安全を害する行為を助長する団体の規制に関する法律案の骨子

第1 目的

この法律は、集団行進（集団示威運動を含む。）における公共の安全を害する行為を抑止するとともに、そのような行為を助長する団体の活動状況を明らかにするために必要な措置を定め、もって公共の安全の確保に寄与することを目的とする。

第2 定義

- 1 この法律において「顔面を覆う行為」とは、手段のいかんを問わず顔面の全体又は一部を覆い、容貌の確認を困難にする行為をいう。
- 2 この法律において「公共の安全を害する行為」とは、次に掲げる行為をいう。
刑法第95条第1項〔公務執行妨害〕、第106条〔騒乱〕、第108条〔現住建造物等放火〕、第109条〔非現住建造物等放火〕、第110条〔建造物等以外放火〕、第199条〔殺人〕、第204条〔傷害〕、第205条〔傷害致死〕、第206条〔現場助勢〕、第208条〔暴行〕、第208条の2〔凶器準備集合及び結集〕、第260条〔建造物等損壊及び同致死傷〕、第261条〔器物損壊等〕に規定する行為をなすこと。
- 3 この法律において「集団行進において公共の安全を害する行為を行っている」と認められる団体とは、その構成員と認められる者のうち、第4の1の処分に係る手続が開始された日から遡って5年間に、集団行進において公共の安全を害する行為を行い刑に処せられた者の比率が、A1委員会規則で定める基準（当分の間、100分の10を下回らない比率とする。）を超える団体をいう。

第3 顔面を覆う行為の禁止

- 1 何人も、集団行進において、正当な理由なく、顔面を覆う行為をしてはならない。
- 2 第3の1の規定に違反した者は、10万円以下の過料に処する。

第4 観察処分

- 1 A1委員会は、集団行進において公共の安全を害する行為を行っている」と認められる団体に対して、1年を超えない期間を定めて、A2庁長官の観察に付する処分（以下「観察処分」という。）を行うことができる。A1委員会は、さらに必要と認めるときは、その期間を更新することができる。
- 2 観察処分を受けた団体の代表者は、名義のいかんを問わず、団体の活動として団体の主義、主張等を不特定又は多数の者に対して伝えるために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、1か月ごとにA2庁長官に対して報告しなければならない。
- 3 A2庁長官は、必要と認めるときは、観察処分を受けた団体の名称、当該団体の活動等の情報を各都道府県公安委員会に提供することができる。
- 4 観察処分を受けた団体の代表者が、正当な理由なく、第4の2の報告義務に違反した場合（虚偽の報告を行った場合を含む。）は、50万円以下の過料に処する。

第1 総論

- 1 規制①についての論述に紙幅と時間をとってしまい、より論すべき点が多い規制②について十分な検討ができていない、合憲性の判断枠組みの定立までは十分な論述をしながら、具体的な合憲性の判断の場面で必要な論証が不足している等、論述のバランスが悪い答案が多かった。
- 2 合憲性の判断枠組みとしては厳格な違憲審査基準を定立しながら簡潔な目的・手段審査で合憲性を肯定する答案、逆に、緩やかな違憲審査基準を定立しながら厳格な目的・手段審査をして合憲性を否定する答案等が、一定数あった。具体的な合憲性の判断に当たっては、自らが定立した判断枠組みの厳格度に見合った、事案の適切な検討が求められる。また、単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった。
- 3 本設問では、必要に応じて、自己の見解と異なる立場に言及することが求められている。この観点からは、平板で浅い論述に終始する答案も見られたが、見解が対立する点を的確に見定め、自分の立場とはどこが違うのかを明らかにすることにより、自説を説得力のあるものにすべきである。逆に、自己の見解とは異なる立場について一通り詳しく論じた上で、これを自己の立場から批判するという論述スタイルを採る答案も見られたが、本設問への解答に当たっては、自己の立場を論述する中で「必要に応じて」異なる立場に触れつつ、批判的検討を加えることが求められている。

第2 規制①について

1 問題となる人権について

- (1) 人権は、具体的事案を離れて、一般的な憲法上の保障に値するものとして観念されるものである。この点で、匿名表現の自由を憲法第21条の下で保障される権利類型の一つであることを十分論述した答案は、匿名での表現や集団行進が憲法第21条の保障の下にあることを当然の前提として論じた答案よりも、高く評価できた。
- (2) 顔を隠して集団行進する自由が人権として保障されることの直接の根拠として、単に「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」との意見が多く見られるといった問題文中に記載されている事情のみを挙げる答案が一定数あった。これに対して、規制の萎縮効果等に関連付けて説得的に論述している答案は高く評価できた。さらに、匿名表現の自由を認めることの意義と問題点の両方を意識して論述している答案は、より高く評価できた。
- (3) 東京都公安条例事件判決（最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）を参照する等しながら、集団行進が公道上で行われ、他者の権利・利益と衝突する危険性があるため、権利としての重要性が低いと説明する答案が見られたが、このような指摘は権利制約の必要性との関係で言及するのが適切である。また、公道上の表現活動に対して強度の人権制約が認められる論拠としてパブリックフォーラム論に言及したり、精神的自由の制約が問題になっている場面であるにもかかわらず立法裁量の存在を前提に論述したりする等、基本的な理解が不十分と思われる答案も見られた。

2 問題となる人権への制約について

- (1) 問題となる人権とその制約の関連を意識して論述すべきである。問題となる人権を集会の自由又は表現の自由と捉えた場合には、規制①が人権制約に該当するか否か、どのような制約の態様であるのかが争点となり得る。これに対して、問題となる人権を「顔を隠して集団行進に参加する自由」と捉える場合には、規制①はその強度の制約となるにもかかわらず、

同時にそれを単なる手段の規制にすぎないとして緩やかな違憲審査基準を採用する答案も見られたが、制約される権利との関係で整合的な論述を展開する必要がある。

- (2) 規制①を専ら集団行進への参加の態様の制約として捉え、匿名での表現の制約に固有の問題が存することを全く認識していないように見受けられる答案が一定数あった。
- (3) 表現内容中立規制と表現行為の間接的・付随的規制との異同を意識せずに論じている答案が一定数あった。他方、規制①は、一見すると表現内容中立規制であるものの、実質的には表現内容規制になっているのではないかと、という視点から検討している答案は高く評価できた。

3 制約の合憲性の判断について

- (1) 合憲性の判断枠組みとして厳格審査を選択する答案が一定数あったが、そのような判断枠組みを選択する理由付けが不十分なもの、問題となる人権への制約に関する論述と合憲性の判断枠組みに関する論述との繋がりに疑問があるものが見られた。合憲性の判断枠組みの選択に当たっては、十分な理由付けが求められる。
- (2) 合憲性の判断枠組みとして比例原則を採用する場合には、審査の密度を事案に即して適切に設定する必要があるが、そのことを意識して論述した答案は少なかった。
- (3) 泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を援用する答案が見られたが、公の施設の利用拒否と公道上の集団行進の自由に対する規制という事案の違いを考慮して論述した答案は、高く評価できた。
- (4) 手段審査における適合性、必要性を意識して論述する答案が一定数見られ、それらの答案の多くは、規制①が目的達成にどのように役立つのかを具体的に論述できていた。
- (5) 規制①は相当に広汎な規制であり、匿名表現の意義を考えれば、強度の萎縮的効果を持つことは、容易に想像できるはずである。これらの問題文中に記載されている手掛かりについて一切検討することなく、安易に「表現内容中立的な規制であるから中間審査で合憲である」と論述した答案は、高く評価することはできない。逆に、個々の具体的な集団行進の公共の安全に対する危険性の程度にかかわらず、正当な理由なく顔を隠すことを一律に禁じるという規制①の特徴を意識して論述した答案は、高く評価できた。
- (6) 顔を隠して集団行進をする者の氏名を事前に公安委員会等に届け出る、一定の場所での集団行進を一律に禁止する、集団行進において顔を隠すことを許可制にする、集団行進の状況を警察等が全て撮影する等といった、規制①よりも強度の人権制約に当たり得る措置を、「より制限的でない措置」の具体例として挙げる答案が見られた。
- (7) 裁判所が合憲限定解釈を行えばその法令は合憲となるとする答案があったが、法律案の検討の場面を想定している本設問に対する解答として、本来は適切でない。少なくとも、裁判所があえて合憲限定解釈をしなければ救うことのできない憲法上の瑕疵が法律案にあることを具体的に論じている必要がある。

4 その他

問題文中で、規制の文言の明確性は論じる必要はない旨が明記されているにもかかわらず、この点を論じている答案があった。

第3 規制②について

1 問題となる人権について

(1) 問題となる人権の選択について

多くの答案が、問題となる団体の人権として、結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利のいずれか一つだけを検討していた。現実には、ある一つの規制が同時に複数の人権を制約することは珍しくない。一つの人権の制約を見いだしたとしても、それで満足することなく、当該規制について粘り強く多角的に分析すべきである。

(2) 表現の自由・プライバシーの権利について

ア ほとんどの答案が、団体の表現の自由又はプライバシーの権利の一方について触れていたが、双方についてしっかり論じている答案は多くなかった。また、これらの人権が問題となることを抽象的に指摘する答案が見られたが、具体的にどのような意味で表現の自由が問題となるのか、どのような情報がプライバシーの権利との関係で問題となるのかを検討して論述すべきである。特に、報告義務により団体の構成員が一定程度明らかになることが団体のプライバシーの権利との関係で問題となることを指摘した答案は、非常に少なかった。

イ 団体の表現の自由について論じる場合、規制される「表現」が、直接には報告義務の対象である機関誌、ウェブサイト、SNSアカウント等でなされる団体の主義・主張その他の表現であることは明らかである。にもかかわらず、規制される表現を集団行進（でなされるもの）とする、あるいは規制②を集会の自由の問題として捉える答案が見られた。このような答案は、規制の分析が不十分なものが多く、高く評価することはできない。

(3) 結社の自由について

結社の自由について正面から検討している答案は少なかった上、規制②が結社の自由を制約していると捉える理由を説得的に論述している答案はさらに少数であった。また、結社の自由を問題とした答案は、表現の自由を問題としていないことが多かった。

(4) 団体構成員の権利について

規制②については、団体自体の人権の制約と団体構成員の人権の制約を複眼的に検討することが求められるが、団体構成員の権利について検討している答案は少なかった。また、問題となる人権について、団体と構成員の区別を意識して論じた答案も少なかった。さらに、問題となる人権の主体が団体と構成員のいずれであるかを明示せず、その点が論述全体からも読み取れない不適切な答案もあった。

2 問題となる人権への制約について

(1) 観察処分と報告義務がどのような意味で人権を制約しているかについて具体的な論述を欠いている答案が少なくなかった。また、規制②の内容や効果を検討することなく、安易に人権制約がないと断定する答案もあった。

(2) 規制②における人権制約の有無、程度の検討に当たっては、報告義務の対象となるウェブサイト等の媒体が誰でも見られるものであることが非常に重要な点であるが、この点に言及していない答案が一定数あった。逆に、誰でも見られるものとはいえ、観察処分により一定の情報を公権力に対して報告することが義務付けられる結果、表現の自由への萎縮効果やプライバシーの権利の制約が生じ得ることを論述している答案は高く評価できた。

(3) 報告義務を課している点について、専ら消極的表現の自由の制約として論じる答案が見られた。しかし、一定の観点から団体を観察の対象とし、その情報発信の媒体について報告を義務付けることが、当該団体の本来の活動を萎縮させ、団体の自律にも影響を与えることからすれば、問題となる人権とその制約を狭く捉えすぎており不適切である。

3 制約の合憲性の判断について

(1) 合憲性の判断枠組みについて

問題となる人権や制約の態様が異なるにもかかわらず、十分な理由付けもせずに「規制①と同じ違憲審査基準を採用する」等とする答案が一定数あった。また、合憲性の判断枠組みとして厳格審査や中間審査を設定しながら、具体的な合憲性の判断が極めて簡潔であり、問題文中に記載されている事実を照らした検討が十分でない答案が多かった。

(2) 観察処分及びその要件、報告義務について

ア 報告義務の合憲性のみを問題として、観察処分の合憲性の問題を検討していない答案が多かった。

イ 目的・手段審査により合憲性を判断する際には、目的達成手段だけでなく、立法目的の適否についても実質的な検討が求められる。しかし、規制②の立法目的が、団体の活動状況を明らかにすることに加えて団体の活動を萎縮させることを狙ったものであることを指摘し、その問題点を検討した答案は、非常に少なかった。

ウ 観察処分による自由制限の程度とそれにより得られる公共の利益の衡量や、観察処分の対象となる団体の要件の合理性について論述した答案、「公共の安全を害する行為を抑止する」という規制目的との関係で、観察処分の対象となる団体の範囲が適切かどうかを論述した答案、報告義務の対象となる情報の範囲等について、規制目的との関係での必要性・合理性を論述した答案は、いずれも高く評価できた。

エ 合憲性の判断枠組みとして厳格審査又は中間審査を採用した場合に、「より制限的でない措置」の具体例として、問題文の規制手段よりも制約の強いものを挙げている答案が見られた。また、規制②を採用しなければ、規制当局が法律上の根拠なく情報収集を始めるおそれがあることを理由として、規制の合理性を基礎付けようとする不適切な答案もあった。

4 その他

- (1) GPS捜査に関する判決（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）を挙げるなどして、継続的かつ網羅的な情報収集の問題性に言及した答案は非常に少なかった。
- (2) 本設問において論じる必要はない検閲該当性の論点について、相当の分量を割いて論じる等、基本的な理解が不十分と思われる答案が見られた。

第4 形式面での注意点

- 1 極端に字が小さかったり、乱雑であったりするなど、判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。
- 2 過料を「刑罰」「罰金」とするなど、基本的知識を欠く答案があった。また、違反行為に過料が科されることを理由として緩やかな違憲審査基準を採用できないという答案があったが、合憲性の判断枠組みは問題となる権利とその制約の分析を通じて定立されるべきである。制裁の有無や程度は、手段審査において考慮すべき事情である。
- 3 設問とは関係のない一般論を延々と展開したり、設問との関係を論じることなく思いついた判例を挙げたりしても、高い評価は得られないことに注意すべきである。
- 4 例年指摘しているとおり、誤字には十分注意すべきである。特に「幸福追及権」等は論外である。