

司法試験

---

令和3年司法試験分析会  
公法系  
講師作成答案

---

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215099

LU21509



## 第1問

### 第1 規制①について

#### 1 権利制約はあるか

顔を隠して集団行進に参加し、政治的主張をすることに対し過料を科すことは、集団行進の自由の制限であるか。

まず、集団行進の自由は、政治的表現と一体であるので、表現の自由（21条1項）により保障される。なお、暴徒化のおそれ等の特殊事情は権利制約が許されるか否かの点で検討すればよい。

これに対し、表現の自由の侵害はないとの反論が考えられる。すなわち、集団行進や政治的主張それ自体は禁止しておらず権利制約はない。また、顔を隠すことはそれ自体で何かを伝えるわけではないので、表現行為ではない以上、顔を隠す点を規制しても何ら権利制約はない。

しかし、顔を隠すことで「デモの報道で顔が写る心配がない」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる」という声もあり、集団行進による表現が容易になるという効果はある。また、公権力による弾圧をおそれ、集団行進に際し顔を隠す場合もあることを考慮すると、当該法律案は、表現の自由の間接的制約になっていると解するべきである。

#### 2 違憲審査基準

しかし、表現の自由といえども公共の福祉により制約される。そして、どの程度の制約が許されるかは、権利の性質と制約態様で考えるべきである。この点、表現の自由は、①自己の思想を他者に伝え自己の人格形成の一環をなすのみならず、②民主政の発展に資するという価値を有する。また③多様な思想を社会に顕出させることで思想の自由市場を発展させるという価値もある。一方で、本件規制は、表現内容そのものに着目した規制ではなく、表現方法の規制にすぎないので、制約態様としては比較的緩やかである。

そこで、立法目的が重要で、他に選べる手段がない場合に限って合憲と解する。

ここで、本件は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が、顔を隠している場合摘発が困難なため顔を隠すことを禁止したのであって、本件は間接的付随的規制の事例であり、猿払基準を使うといった主張も考えられる。しかし、猿払基準は極めて緩やかな基準であり、本件のように表現の自由の間接的制約が問題となっている事案に使うことは不適切である。公務員が主体でない本件においては射程外である。

#### 3 あてはめ

実際に顔を隠したデモの参加者の一部が商店のショーウィンドウを破壊、ごみ箱を放火、警察官に傷害を加えるといった立法事実がある以上、これらの者を摘発するためという目的は、刑事司法の適切な運用が国家に要求される必要不可欠な任務であることを考慮すると、重要といえる。しかし、そもそも過料を科すためにも対象者の特定が必要である。本

件は、顔を隠している時点で過料を科すことで、顔を隠すことを間接的に抑制することを狙っていると考えられるが、実際に摘発の場面になると、現行犯的に摘発することが要求される。とすれば、覆面した者が暴行傷害等の犯行をした場合に摘発するのと、困難さで言えばそれほど変わらない。また、顔を隠しても摘発困難ということであれば、本件で過料を科す実効性がない。すなわち、本件手段は目的達成に効果的ではなく、そもそも関連性がないので違憲である。

## 第2 規制②

### 1 権利制約

規制②は当該団体の結社の自由（21条1項）を侵害し、違憲ではないか。

規制②は、観察対象の団体に対し、活動のために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等の1か月ごとの報告を義務づけており、団体の活動に制約を加えるもので、権利侵害があると主張する。

これに対し、国側は、あくまでアカウント等の名称の報告を義務付けるだけであり権利侵害はないと主張する。

この点、結社の自由には、団体が団体としての意思を形成し、その意思実現のための諸活動について、公権力の干渉を受けない権利が含まれる。そして、規制②の法律案骨子の第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%以上ののぼる団体について、活動のために利用している機関紙等の名称の報告を義務付けることは、公権力が当該団体を監視しているというメッセージを伝えることになり、団体としての意思決定に少なからず影響を与える。その意味で、結社の自由の間接的制約にはなっていると解する。

### 2 違憲審査基準

しかし、結社の自由といえども公共の福祉により制約される。そして、どの程度の制約が許されるかは、権利の性質と制約態様で考えるべきである。この点、結社の自由は、次のような性質を持つ。まず、集会・結社することにより、①自己の思想を結社内の他者に伝え、交流をはかることで自己の人格形成の一環をなし、さらに②他者の思想を発展させることにつながり、究極的には、民主政の発展に資するという価値を有する。一方で、団体は、個人の人権を制圧することもあり、表現の自由よりは本質的に規制の必要性がある。さらに本件規制は、間接的制約にすぎないので、制約態様としては比較的緩やかである。とすれば、立法目的が重要で、手段と目的の間に実質的関連性がある場合は合憲と解すべきである。

ここで、規制②の立法目的は、公共の安全を害する行為を実行的に抑止するため、そのような行為を助長している団体の活動を把握することといえ、公安活動が国家の任務であることに鑑みると、目的は重要と言える。

そして、手段としては、機関紙のほか、団体が利用しているウェブサイト等の名称の報告を義務付けることであるが、これにより行政は団体の活動状況を把握することができ、

目的達成には効果的と言えそうである。また、団体の指定の絞り込みも、該当犯罪の処罰歴が構成員の10%以上という基準を用いれば、実際に問題を起こした団体にだけ絞り込むことができ、さらに、報告義務の対象となるのは機関紙のほかは誰もが閲覧できるウェブサイト等の名称のみで、氏名や住所、アカウント等の機密情報は含まれない。手段として必要最小限度とも言えそうである。

しかし、そもそも公権力は機関紙を適切な方法で手に入れることもできるし、団体が利用している誰もが閲覧可能なウェブサイト等は、容易に閲覧できるのである。公権力の側で問題の団体をリスト化し自ら調査すれば目的達成できる。換言すれば規制②の手段は目的達成の間に実質的関連性はない。むしろ、規制②の真の目的は、指定団体とされると1か月ごとに情報提供しなければならないという煩雑な義務を科すことで、指定団体の活動を妨害することにあるとさえいえる。いずれにせよ関連性がないので違憲である。

#### <コメント>

集団行進の自由は、表現の自由（21条1項）と構成するか、集会の自由と構成するか争いがあるが、動く集会として集会の自由に該当すると解する。なお、集会の自由の方が暴徒化のおそれ等を考慮して一般的には表現の自由より制約が認められやすいが、集団行進の自由を表現の自由として構成する立場でも暴徒化のおそれ等を考慮するので、結論に影響はない。

- ・プライバシー侵害と構成するか

## 第2問 行政法

### 第1 設問1 (1)

本件不選定決定は、取消訴訟の対象となる処分（行訴3条2項）に該当する。

この点、処分とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。その判断の視点は、①公権力性、②具体的法効果性である。

そして、本件不選定決定は、A市屋台基本条例（以下「条例」とする）25条1項の屋台営業候補者を公募した場合、その応募者に対し、市長が一方的に行うものである（条例26条1項）。そして後述するが、この不選定決定により、処分の名宛人が屋台営業できなくなるという法的効果を生じる。従って、①公権力性があるといえる。

また、屋台営業を道路上でするためには、道路管理者の許可が必要であるが（道路法32条1項6号）、市道の場合において道路管理者は市長であり、その結果屋台営業のための道路占有許可は、条例における市道占有許可（条例3条6号）と一致する。そして、市道占有許可を得るためには、申請者が屋台営業業者か屋台営業候補者である必要がある（条例9条（2））。とすれば、屋台営業候補者でないことを確定させる本件不選定決定は、処分の名宛人が屋台営業できなくなるという法的効果を生じさせるものである。実際に、市道占有許可及び屋台営業候補者が同一の条例に規定されていることから、この2つの制度が連動していることが伺われる。従って、市長が一方的に法的効果を発生させているので、①公権力性、②具体的法効果性ともに認められる。

実際に、本件条例9条を市は行政手続法上の審査基準と捉えており、条例9条の市道占有許可は処分に該当すると立法者は捉えている。とすれば、それと連動する屋台営業候補者にかかる不選定決定も処分と立法者は捉えている。

### 第2 設問1 (2)

取消訴訟の訴えの利益とは、訴えを取り消す現実的必要性をいう。ここで、本件不選定決定が取り消されても、Bに対する選定がなされるとは限らず、Bの権利救済にとって意味がないのではないかという問題が生じる。

この点、放送局の開設免許に関する判例では、テレビ放送局開設にあたっての免許付与において、一方に免許を与えることと他方の者に免許を与えないことは表裏一体の関係にあり、拒否処分を受けたものは、他の者への許可処分の取消を求めることができるとしている。これは、他の者への許可処分が取り消されることで、行政側が再考し、原告への免許付与がなされることを理由としている。

とすれば本件においても、本件不選定決定を取り消すことで、行政が再考をし、Bに選定決定がなされる可能性がある。加えて、本件区画についての応募者はBとCのみである。Bへの不選定決定が取り消されると、その取消の理由を考慮して、市側は再度選定決定をするのであり、Bが選定される可能性は十分にある。

よって、訴えの利益は存在する。

### 第3 設問2

#### 1 裁量の逸脱濫用

A市長の本件不選定決定には、裁量の逸脱濫用がある。

まず、A市長の不選定決定は裁量行為である。その根拠は条例26条1項であるが、当該条文には選定基準が特に定めておらず、同条2項でA市屋台専門委員会が規則で定める基準に基づき、適当と認めるものを推薦するとある。とすれば、条例施行規則は条例の委任があり、条例と一体と言える。

ここで、条例施行規則19条の選定基準を見ると「安全で快適な公共空間及び良好な公衆衛生を確保する具体的な取り組み」「観光資源としてA市を広報することができる屋台」「A市らしい屋台文化」「新たな魅力を創出するための創意工夫」「地域貢献に向けた具体的な取り組み」「人々の交流の場を創出し、まちの魅力を高めようとする意欲」など、観光や地域振興の観点から極めて専門技術的な判断基準となっている。また、文言もあいまいである。とすれば不選定決定に関し市長の裁量があると言える。

では、10年以上トラブルなく屋台営業を続けてきたBの地位を考慮すべきだったか。まず前述した選定基準によれば、Bの既得権益を保護するような文言はなく、それを考慮しなかったのは適法である。しかし、10年以上トラブルなく屋台営業を続けてきたBは、「A市らしい屋台文化」を構成しており、また長年続けてきたことから経営基盤や顧客も安定しており、新たな屋台より観光や地域振興により影響をもたらす可能性はあった。しかし、当該事情を考慮していないA市長の判断には、考慮すべき事情を考慮しておらず、裁量の逸脱濫用がある。

#### 2 委員の申し合わせに反したこと

条例26条2項で委員会が推薦するとあり、あえて条例で定めている以上、条例は委員会の推薦を尊重すべきと考えている。とすれば、申し合わせが合理的であり、申し合わせに従わない特殊事情がない限り、申し合わせに従わない決定は裁量の逸脱濫用となり、違法となる。

ここで、委員会は他人名義営業者が新たな仕事を探すことが困難なこと、A市との間でトラブルがなかった屋台営業者は、今後もA市の屋台製作への確実な貢献が期待できるとの理由で、5点を加点することとしていた。

この点、1で述べたように前者を考慮するのは違法であるが、後者を考慮するのは適法である。むしろ考慮しなければならない。そして、後者のみが適法な理由だとしても、5点の加点は、新規業者の応募を不可能にするほどではなく、委員会の裁量の範囲内といえる。従って、申し合わせは合理的である。そして申し合わせを使用できない特殊事情もない。市長の屋台営業の刷新という選挙公約を守ることは、それだけで特殊事情とは言えない。

従って、市長の判断は違法である。

#### 3 委員会の推薦を覆したこと

判例は、道路運送法が諮問機関への諮問と、その決定を尊重して処分すべきとしていることから、特段の事情なき限り、諮問結果に反する処分をすることは違法と解している。

本件でも、委員会は諮問機関と言えるが、条例があえて諮問を定めた以上、当該規範が妥当する。

そして、2で述べたように市長の屋台営業の刷新という選挙公約を守ることは、それだけで特殊事情とは言えない。

よって、違法となる。









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21509