

# CONTENTS

はじめに	i
文献リスト	iv
講義進行	2
<b>第1章 法律学における利益衡量</b>	
1-1 憲法における利益衡量論	6
1-2 行政法における利益衡量論	19
1-3 民法における利益衡量論	21
1-4 刑事法における利益衡量論	25
<b>第2章 参照資料</b>	
2-1 参照判例	29
2-2 基本用語	41
<b>第3章 小論文過去問と利益衡量</b>	
3-1 東京大学 2008(総合問題1)	46
3-2 京都大学 2008	50
3-3 一橋大学 2008	64
<b>第4章 小論文における利益衡量(まとめ)</b>	
4-1 利益衡量すべき局面	
4-2 利益衡量すべきでない局面	
<b>第5章 模試(答案練習)</b>	
5-1 中央大学 2008(問題1)	別冊
5-2 解説	別冊

## はじめに

### なぜ「利益衡量」が小論文に必要なか

利益衡量とは、「対立する法的利益を天秤にかけて、どちらが重いか、すなわち、どちらが重要であるかを考察する方法」(戸松秀典)です。利益衡量は、法律のあらゆる分野において使われています。法律学者や実務家の解釈論の多くは、利益衡量の説得力を競うものだ、といっても過言ではありません。

そのような学者や実務家が出題し採点する「ロースクール小論文」という受験科目においては、おのずと利益衡量のセンスを試す問題が頻出、ということになります。実際にロースクール小論文の過去問を解いてみると、利益衡量の感覚がないと説得力ある結論を導くことができない問題ばかりが並んでいます。

ロースクール小論文の試験対策として、この利益衡量について学んでおくことは有益であるにとどまらず、必須であるといえます。特に自然科学や経済学が専門だった人は一般に利益衡量が苦手なので、要注意です。

### ロースクール入試における憲法の重要性

ロースクール小論文で出題される事例問題を解くためには憲法の学習が有益であり、辰巳の授業で私はロースクール小論文に必要な憲法の内容を教えています。このDVDに収録されている2008年度の過去問4問(東大、京大、一橋大、中央大)は、どれも憲法の人権・統治の感覚があれば、解答のヒントが得られる問題ばかりでした。

そのような傾向が最も強かったのは、2008年度でいえば一橋大でした。2008年度の一橋大で問われているのは、「性犯罪で逮捕歴がある者の更正の利益とプライバシー」と「子どもが将来、性犯罪の被害にあわない、という性的自己決定および身体の自由」、つまり「人権擁護」対「法益保護」という利益対立です。一橋大は、アメリカの一部で制度化されている、いわゆるメーガン法を素材に、この利益対立について考えさせる問題を出題しているのですが、実はこのメーガン法は過去に旧司法試験の憲法で論文試験として出題されたことがありました。司法試験でも聞かれている論点は同じです。

2008年度の一橋大は、ロースクール小論文と司法試験憲法、という2つのジャンルの近接性を象徴する過去問になりました。

### このDVD教材の目的

そこで、このDVD教材では、まず、①憲法を中心に法律学の各分野において、「利益衡量」がどのように使われているのか、を検討します。

そのうえで、②ロースクール小論文の過去問においてどのように「利益衡量」の感覚が問われているのか、を確認し、実際に最新の2008年度過去問から東大(総合問題1)、京大、一橋大、中央大(問題1)を分析し、解説していきます。

「良い利益衡量」と「悪い利益衡量」

少し、DVD講義の内容を先取りすると、利益衡量には「良い利益衡量」と「悪い利益衡量」があります。ある1つの説得力ある価値判断に基づいた利益衡量が「良い利益衡量」であり、明確な基準がない場当たりの利益衡量が「悪い利益衡量」です。

戦後の憲法学では、ある人権を制限する法律や行政処分合憲性を判断する際に、「公共の福祉」を持ち出せば正当化されてしまう、という時代がありました。これを批判して1960年ごろに登場したのが比較衡量論です。比較衡量論は、制限される側の市民の利益をしっかりと天秤に載せるという意味では大きな前進だったのですが、皿の上に載る利益の重さを天秤が評価する基準が不明確だったため、結局は国家・公共の利益が優先されてしまう、ということが多くなりました。

これが「悪い利益衡量」の一例です。現在、多くのロースクールで教科書または参考書になっている野中〔2006〕258ページは、鋭い問題提起が持ち味の憲法学者、浦部法穂の論文（憲法の争点〔1985〕所収）を引用しつつ、利益衡量論の欠点を指摘します。

「とくに憲法の場合、紛争の一方当事者は多くの場合公権力であるから、衡量の対象となるべき利益の一方、すなわち、人権を制限することによって得られる利益は、ほとんど常に、公共的ないし社会的利益である」のに対して、「他方、制限される側は私人であるから、その利益はいきおい制限する側の利益よりも低く見積もられがちである」ことを指摘して、（浦部は——山本注）、衡量といってもはかりにのせる以前にすでに結論はでているという批判を加えている。

このように、利益衡量には欠点があるのですが、近年になって利益衡量論は再評価されつつあります。野中〔2006〕は、奥平康弘の次のような見解も紹介しています。

人権の限界問題も結局は、それぞれに矛盾対立する諸価値・諸利益にとりまかれて構成しており、これらの諸価値・諸利益のいずれを、他を犠牲にして優先させるかという決定（価値選択）であることは否定できないから、そのかぎりでは比較衡量論の説くところは異論の余地がないように思われる。（奥平康弘「人権の限界」芦部他編・演習憲法188－89頁）

また、民法でもパラレルな動きがありました。利益衡量論は隆盛を極めた後に批判されます。しかし最近になって利益衡量論は再評価される兆しがあります。大村敦志や山本敬三による一般条項解釈の活性化は、利益衡量という手法が民法においても不可欠な方法であることを示しています。

問題はここから

問題はここからです。それでは、どんなものが「良い利益衡量」なのか。何が「悪い利益衡量」なのか。これが問題です。

このDVD講義は、この問題について皆さんにヒントを与えることを目的にしています。そして、ロースクール小論文の試験会場において、皆さんが「良い利益衡量」をするための手助けをすることを目標にしています。キーワードは「自然法」「正義」です。

このDVD教材の使い方

第1に、能動的に授業を利用してください。特に、過去問部分については、4問の問題を私が解説する前に、DVDを停止して少なくとも20分から30分は考え、自分の解答のアウトラインをつくってから聴くようにすると効果的です。

第2に、このDVD講義は、3時間という限られた時間に膨大な情報が凝縮されています。復習をしっかりとやってください。

テキストの判例のレジュメの細部まで完全に理解せよ、とは言いません。この講義で扱った内容は、この講義、テキストで取り上げた判例の細部は、ロースクールに入学した後に、憲法人権論の授業と並行して理解を深めてください。

とすれば、何を復習するのでしょうか。

「利益衡量」とは何か、という講義の中心テーマに絞って、利益衡量のイメージが持てるように復習してください。そして、講義の後半で扱った過去問をしっかりと復習して、ロースクール小論文過去問ではどのように利益衡量をつかうのかを習得してください。

すでに憲法を一定量勉強したことがある人は、このDVDの内容の細部にまで踏み込んで、憲法判例の学習を深める、という一石二鳥の利用の仕方もあります。

このDVDが出来なかったこと

以上の「はじめに」の記述、および、3時間という講義のボリュームから、すでに明らかだと思いますが、このDVD講義は、「利益衡量」という観点に絞った方法論の講義です。「これだけでOK」というものではありません。

社会科学には膨大な知識のインプットが不可欠です。現在語られているすべての社会科学理論は、先人たちの少なくとも数百年の思考の上に成り立っているからです。

このことを強調するのが、民法の内田貴です。民法基本書のベストセラーである内田〔2008〕は序章「民法への道案内」でドウォーキンの「ディケンズ小説連作の比喻」を引きつつ（9ページ）、社会科学においては洗練された膨大な情報を暗記することが必須である、と断言しています（4ページ）。

その情報とは、方法論、理論、事実（時事問題や歴史、世界の事情、判例の事案など）などです。ロースクール小論文には、方法論、理論、事実の面で、一定の「範囲」があります。

また、「ロースクール小論文講座」でいつもやっている作業、即ち、答案を検討する際に合格レベルの答案と不合格答案を比較する、という授業も、今回は時間の関係でできませんでした。

このDVDを観て、インプットも含めた本格的な小論文学習に関心を持った人は、辰巳の教室に足を向けてみてください。「ロースクール小論文講座」の基幹講座「ケーススタディ編」（全20回）、「プラクティス編」（全16回）は、辰巳の各本校でいつでも無料体験することができます。前者は私がセレクトした情報のインプット中心の講義、後者は答案の書き方を中心とした講義です。

2008年4月——新学年、快晴の朝に

山本 清

## 《文献リスト》

この講義資料を作成するにあたって、以下の文献を参考にしました。たとえば、このテキストにおいて芦部〔2007〕という表記は、芦部信喜『憲法 第4版』（岩波書店、2007年）からの引用であることを意味します。

- 芦部〔2007〕：芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第4版』（岩波書店、2007年）  
芦部〔1984〕：芦部信喜『芦部信喜先生に聞くPART 1 基本的人権』（有斐閣、1984年）  
池田・前田〔2006〕：池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会）  
宇賀〔2006〕：宇賀克也『行政法概説Ⅰ 第2版』（有斐閣、2006年）  
内田〔2008〕：内田貴『民法Ⅰ 第4版』（東京大学出版会、2008年）  
内野〔2007〕：内野正幸『新論点講義シリーズ 公法（憲法）』（弘文堂、2007年）  
大村〔2001〕：大村敦志『民法総論』（岩波書店、2001年）  
笹倉〔2002〕：笹倉秀夫『法哲学講義』（東京大学出版会、2002年）  
渋谷〔2007〕：渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）  
戸松〔2008〕：戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2008年）  
野中〔2006〕：野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ 第4版』（有斐閣、2006年）  
長谷部〔2008〕：長谷部恭男『憲法 第4版』（新世社、2008年）  
樋口〔2007〕：樋口陽一『憲法 第3版』（創文社、2007年）  
松井〔2007〕：松井茂記『日本国憲法 第3版』（有斐閣、2007年）  
山口〔2007〕：山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣、2007年）  
山中〔2005〕：山中敬一『ロースクール講義 刑法総論』（成文堂、2005年）  
憲法の争点〔1985〕：ジュリスト増刊『憲法の争点 新版』（有斐閣、1985年）  
行政法の争点〔2004〕：ジュリスト増刊『行政法の争点 第3版』（有斐閣、2004年）

## DVD講義「利益衡量」と小論文 【講義進行】

### 第1部 講義：「利益衡量」と小論文

#### 第1章 法律学における利益衡量

- 1-1 憲法における利益衡量論 p.6~18
- ・比較衡量論の基準 p.6
  - ・2つの比較衡量論 p.7~8
  - ・公共の福祉と利益衡量論——松井茂記による分析 p.9~10
  - ・比較衡量法——戸松秀典による分析 p.11~12
    - 比較衡量の法的思考・判断方法 p.11
    - 判例法理としての比較衡量法 p.12
  - ・比較衡量法の3類型 p.13~16
    - 比較衡量法の類型
      - ①単純な比較衡量法 p.13~14
      - ②定義付け比較衡量法 p.15
      - ③厳格な比較衡量法 p.16
  - ・戸松による比較衡量法の評価 p.17~18
- 1-2 行政法における利益衡量論 p.19~20
- ・行政法の一般原則 p.19
  - ・信義則 p.19
  - ・最判の判断 p.19~20
  - ・比例原則 p.20
  - ・比例原則と比較衡量 p.20
- 1-3 民法における利益衡量論 p.21~24
- ・利益衡量論とは p.21
  - ・加藤一郎の利益衡量論 p.22
  - ・星野英一の利益衡量論 p.23
  - ・利益衡量論の評価 p.24
- 1-4 刑事法における利益衡量論 p.25~28
- ・刑法総論・正当化事由における利益衡量 p.25
  - ・結果無価値論のアプローチ（法益衡量） p.26~27
  - ・刑事訴訟法における利益衡量 p.28

## 第2章 参照資料

### 2-1 参照判例 p.29~40

- ・全通東京中郵事件 (S41・10・26) p.29
- ・博多駅事件 (S44・11・26) p.30
- ・猿仏事件 (S49・11・6) p.31~33
- ・薬事法距離制限事件 (S50・4・30) p.33~34
- ・よど号ハイジャック事件 (S58・6・22) p.35~36
- ・大分県屋外広告物条例事件・伊藤意見 (S62・3・3) p.37~38
- ・TBS事件 (H2・7・9) p.38~39
- ・泉佐野市民会館使用不許可事件 (H7・3・7) p.39~40

### 2-2 基本用語 p.41~45

- ・自然法と法実証主義 p.41
- ・悪法問題 p.41~42
- ・利益衡量論 p.42
- ・リベラリズム p.43
- ・ロールズの正義論 p.43
- ・リバタリアニズム p.44
- ・コミュニタリアニズム (共同体主義) p.44
- ・二重の基準論 p.45

## 第3章 小論文過去問と利益衡量

### 3-1 東京大学 2008 (総合問題1) p.46~49

- ・ダブルブッキング事例
- ・どんな利益とどんな利益が衝突しているか
- ・リバタリアニズムとリベラリズムの利益衡量

### 3-2 京都大学 2008 p.50~62

- ・環境についての哲学の相違
- ・問題文1が依拠する哲学
- ・コミュニタリアニズムとリバタリアニズムの利益衡量

### 3-3 一橋大学 2008 p.64~71

- ・メーガン法の目指すもの
- ・犯罪社会, 監視社会
- ・事前規制と事後規制の利益衡量

## 第4章 小論文における利益衡量 (まとめ)

### 4-1 利益衡量すべき局面

- ・どんな場面で利益衡量を使うべきか
- ・どんな利益衡量をすべきか

### 4-2 利益衡量すべきでない局面

- ・どんな場面で利益衡量してはいけないか
- ・どんな利益衡量をしてはいけないか

## 第2部 答案を「利益衡量」しつつ書く

## 第5章 模試 (答案練習)

### 5-1 中央大学 2008 問題1

- ・問題
- ・講師答案

### 5-2 解説

- ・どんな利益が対立しているか
- ・本問でどのような利益衡量をすべきか