

【予備試験短答発表後】

予備試験スタンダード論文答練【夏期】ガイダンス
合格者が必ず答案に書く事項を伝授！

ガイダンスレジュメ

辰巳専任講師・弁護士
村上 貴洋 先生

辰巳法律研究所

合格者が必ず答案に書く事項を伝授！

【MEMO】

[平成30年予備試験憲法]

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38

次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。

A市教育委員会（以下「市教委」という。）は、同市立中学校で使用する社会科教科書の採択について、B社が発行する教科書を採択することを決定した。A市議会議員のXは、A市議会の文教委員会の委員を務めていたところ、市教委がB社の教科書を採択する過程で、ある市議会議員が関与していた疑いがあるとの情報を、旧知の新聞記者Cから入手した。そこで、Xは、市教委に対して資料の提出や説明を求め、関係者と面談するなどして、独自の調査を行った。

Xの調査とCの取材活動により、教科書採択の過程で、A市議会議員のDが、B社の発行する教科書が採択されるよう、市教委の委員に対して強く圧力を掛けていた疑いが強まった。Cの所属する新聞社は、このDに関する疑いを報道し、他方で、Xは、A市議会でも本格的にこの疑いを追及すべきであると考え、A市議会の文教委員会において、「Dは、市教委の教科書採択に関し、特定の教科書を採択させるため、市教委の委員に不当に圧力をかけた。」との発言（以下「本件発言」という。）をした。

これに対し、Dは、自身が教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけた事実はなく、Xの本件発言は、Dを侮辱するものであるとして、A市議会に対し、Xの処分を求めた（地方自治法第133条参照）。

その後、Dが教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけたという疑いが誤りであったことが判明し、Cの所属する新聞社は訂正報道を行った。A市議会においても、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、「私は、Dについて、事実に反する発言を行い、もってDを侮辱しました。ここに深く陳謝いたします。」との内容の陳謝文を公開の議場において朗読させる陳謝の懲罰（地方自治法第135条第1項第2号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この陳謝の懲罰を以下「処分1」という。）。

しかし、Xが陳謝文の朗読を拒否したため、D及びDが所属する会派のA市議会議員らは、Xが処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であるとの理由で、A市議会に対し、懲罰の動議を提出した。A市議会は、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、除名の懲罰（地方自治法第135条第1項第4号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この除名の懲罰を以下「処分2」という。）。

Xは、Dに関する疑いは誤りであったものの、本件発言は、文教委員会の委員の活動として、当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであるから、①自己の意に反して陳謝文を公開の議場で朗読させる処分1は、憲法第19条で保障されるべき思想・良心の自由を侵害するものであること、②議会における本件発言を理由に処分1を科し、それに従わないことを理由に処分2の懲罰を科すことは、憲法第21条で保障されるべき議員としての活動の自由を侵害するものであることを理由として、処分2の取消しを求める訴えを提起しようとしている。

【設問】

Xの提起しようとしている訴えの法律上の争訟性について言及した上で、Xの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

1 【資料】地方自治法（昭和22年法律第67号）（抄録）

2 第133条 普通地方公共団体の議会の会議又は委員会において、侮辱を受けた議員は、これを議
3 会に訴えて処分を求めることができる。

4 第134条 普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反
5 した議員に対し、議決により懲罰を科することができる。

6 ② （略）

7 第135条 懲罰は、左の通りとする。

8 一 公開の議場における戒告

9 二 公開の議場における陳謝

10 三 一定期間の出席停止

11 四 除名

12 ②・③（略）

【法務省発表の出題趣旨】

1 本問は、地方議会の内部における紛争について、①その法律上の争訟性を論じた上で、②陳謝の
2 懲罰（処分1）を科すことがXの良心の自由を侵害し、憲法第19条に反しないか、③処分1に従
3 わなかったことを理由とする除名の懲罰（処分2）を科すことが、Xの議員としての活動の自由を
4 侵害し、憲法第21条に反しないかを論ずることを求める問題である。①については、地方議会に
5 おける除名処分が司法審査の対象となることを示した最高裁判例（最高裁昭和35年10月19日
6 大法廷判決、民集第14巻第12号2633頁等）を踏まえて検討することが求められる。②は、
7 最高裁判例（謝罪広告事件・最高裁昭和31年7月4日大法廷判決、民集第10巻7号785頁）
8 を参照しながら、本問における事情の下で、Xの良心の自由を侵害するものであるかを論ずる必要
9 がある。③は、地方議会の議員としての活動の自由が憲法第21条で保障されるかを論じた上で、
10 議会における発言を理由として科された処分1に従わなかったことを理由として、議員としての身
11 分を剥奪する処分2が科されたことについて、その合憲性を検討することが求められる。②・③に
12 ついては、いずれも、地方議会に自律権として認められている懲罰権を意識しながら論ずることが
13 重要である。

合格者が必ず答案に書く事項を伝授！

【MEMO】

平成30年論文式試験・憲法〔合格者再現答案①〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 法律上の争訟性について

- 2 1 「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)とは、当事者間の具体的権利義務ないし法律関係に関する紛争で、法の適用によって終局的に解決できるものをいう。しかし、団体内部に独自の法規範を持つ場合には、内部的事項に関してはその自律権を尊重すべきである。したがって、一般市民法秩序と関係を有しない内部的事項については、「法律上の争訟」にあたらぬ。
- 8 2 本件では、地方議会は憲法93条1項に根拠をもち、地方自治法でも内部の自律権が認められているため、一般市民法秩序と関係を有しない内部的事項については、「法律上の争訟」にあたらぬ。
- 11 (1) 処分1は、一般市民法秩序と関係を有しない事項であるため、単独では「法律上の争訟」にあたらぬ。
- 13 (2) 処分2は、除名処分であり、議員という身分を奪うものであるから、一般市民法秩序との関係を有し、「法律上の争訟」にあたる。
- 15 (3) そして、処分2は、処分1に従わなかったことを理由としてなされているところ、処分1は処分2の前提問題として、一般市民法秩序との関連を有する。
- 17 (4) 従って、処分1及び処分2は「法律上の争訟」にあたる。

19 第2 Xの憲法上の主張

- 20 1 処分1について
- 21 憲法19条は、思想・良心の自由を保障している。これは、内面的精神活動の一切を保障するとともに、自己の内心に反する外部的行為を強制されない自由を保障している。

P.2

- 2 Xは、本件発言は文教委員会の委員の活動として、当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであり、謝罪は不要であると考えている。よって、謝罪を強制する処分1は、Xの内心と異なる外部的行為を強制されない自由を制約するものであって、違憲無効である。
- 7 2 処分2について
- 8 憲法21条1項は、表現の自由を保障している。これは、自己の表現を理由とした不利益な取り扱いを受けない自由を保障している。なぜなら、表現を理由とした不利益な取り扱いがなされた場合には、萎縮効果により、思想の自由市場がゆがみ、思想・情報の自由な流通という民主主義社会の基本的原理が害されるからである。
- 13 本件では、処分2は、本件発言を理由になされた処分1に従わなかったことを理由としてなされたものであり、本件発言に起因するものである。したがって、本件処分2は、Xの自己の表現を理由とした不利益な取り扱いを受けない自由を制約するものとして、違憲無効である。

18 第3 想定される反論と自己の見解

- 19 1 処分1について
- 20 (1) 想定される反論
- 21 ア 単に事実の真相を告白し、陳謝の意を表明する程度のもは、思想・良心の自由を制約するものではない。
- 22 イ 処分1にしたがって、陳謝文を朗読することは、議員に通常期待されるものであり、外部からもそのように認識されるため、

3 思想・良心の自由を制約するものではない。

4 (2) 自己の見解

5 ア 反論アについて

6 確かに、事実の真相を告白し、陳謝の意を表明する程度のもの
7 は思想・良心の自由を制約するものではない。しかし、本件の陳
8 謝文には、「もってDを侮辱しました」との文言が含まれている。
9 これは、単にXが事実と異なる発言をしたのみならず、悪意を
10 もって発言したという評価を含むものである。そのため、反論ア
11 は認められず、思想・良心の自由に対する制約となりうる。

12 イ 反論イについて

13 (ア) 確かに、処分に従い行動することは、議員に通常期待される
14 行動であり、外部からも認識されるものである。しかし、自己
15 の内心と密接に関連を有する外部的行為については、外部的行
16 為を通じた内心の自由に対する制限となるため、必要かつ合理的
17 的なものでなければ、憲法19条に反し無効であるというべき
18 である。

19 (イ) 本件では、Xが悪意をもって本件発言を行ったものではなく、
20 当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なもの
21 であると考えている。そのため、「もって侮辱した」という陳
22 謝文を朗読させることは、この内心の自由と密接に関連する外
P.4 部的行為を強制させるものといえ、必要かつ合理的なものとい
2 えなければ、19条に反する。

3 そして、相応な根拠に基づいて行った発言については、これ
4 に制裁を加える必要はないため、必要かつ合理的なものといえ
5 ず、19条に反し無効である。

6 2 処分2について

7 (1) 想定される反論

8 ア 議会には独自の法規範が存在することから、裁判所の審査は、
9 手続の違反にしか及ばず、本件では手続が履踐されており、違憲
10 と判断されない。

11 イ Dの名誉権の保護のために処分2は必要かつ合理的な措置であ
12 る。

13 (2) 自己の見解

14 ア 確かに議会には、独自の法規範が存在する。しかし、地方議会
15 は、憲法上に根拠を持つ機関（憲法93条1項）であるから、憲
16 法上の権利が侵害される場合には、その審査は実体面にも及ぶと
17 いうべきである。

18 イ 名誉権の保護と表現の自由の調和は、刑法230条の2によっ
19 て図られている。本件では、公共の利害に関する事項を公益目的
20 で発言しており、真実と信じるにつき相応の根拠があったのであ
21 るから、規制の必要がなく、処分2は、21条1項に反し違憲無
22 効である。 以上

平成30年論文式試験・憲法〔合格者再現答案②〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者2534人)

P.1 第1 Xの主張

2 1 まず、Xは、処分1及び処分2が「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)に該当すると、主張
3 すると考えられる。この点、地方議会は、いわゆる部分社会であり、地方議会での紛争は原則と
4 して内部で解決すべきであり、裁判所が関与すべきでない。しかし、市民法秩序と抵触する場合
5 には、例外的に「法律上の争訟」にあたり、司法審査が及ぶと解する。

6 本件でも、処分2は除名という議員の地位を奪うものであるから、市民法秩序と抵触する。ま
7 た、処分1は陳謝の懲罰にすぎずそれ単体では市民法秩序と関係しないが、処分2は処分1と連
8 動しているから、処分1についても市民法秩序と抵触する。

9 以上より、本件の処分1及び処分2は「法律上の争訟」にあたる。

10 2 Xは、処分1が憲法(以下法令名省略)19条に反すると主張すると考えられる。

11 憲法19条は、思想良心の自由を保障し、自己の幅広い見解を保障するものである。そうす
12 と、自らの見解に反する趣旨の内容を朗読することを拒否する自由が保障されるはずである。本
13 件では、処分1により、Xは、自己の見解に反する内容の朗読を強いられようとしており、処分
14 1は憲法19条に反し違憲であると解する。

15 3 次に、Xは、処分2が、21条1項に違反すると主張すると考えられる。

16 (1) 21条1項は、直接には表現の自由を保障しているものであり、議員活動の自由は明文で保
17 障されているものではない。しかし憲法上、地方議会の存在が明文で規定され(93条1項)、
18 地方議会において判断を行うためには所属する議員の自由な活動の保障が必要である。した
19 がって、21条1項は、地方議会の議員の活動の自由も保障していると解する。

20 そして、本件では、処分2により、除名がなされ(地方自治法(以下「法」と省略表記す
21 る。)135条1項4号)、除名によりXに保障されている議員活動の自由が制約されることと
22 なっている。

P.2 (2) では、Xに対する制約は正当化されるか。この点、Xに対する制約は、議員活動の自由を完
2 全に制約するものであり、事後的な救済が困難であるから、厳しい基準で判断すべきである。

3 本件では、処分1及び処分2の直接の原因は、Xが、Dが市教委に対して強く圧力をかけて
4 いたという内容の発言を行ったことにある。このXの発言は、市議Dが不正を行っていたの
5 ではないかという重要な事項に関するものであり、Dについての疑義は公の場で速やかに議論
6 すべきものであった。そして自らも調査しかつ一般に信用性の高い新聞社の報道もあったこと
7 から、Xの発言は、後に誤りと判明したとしても、発言当時としては、Xの発言の誤りはやむを
8 得ないものであったといえる。よって、処分2は、正当化できず、Xの議員活動の自由を不当
9 に侵害するものであり、憲法21条1項に反する。

10 第2 Xに対する反論

11 1 Xは、処分1及び処分2が「法律上の争訟」にあると主張しているところ、地方議会はいわ
12 ゆる部分社会であるから、「法律上の争訟」にはあたらないはずであり、本件での紛争に司法権
13 は及ばないはずである。仮に処分1及び処分2が「法律上の争訟」であるとしても、以下のよう
14 な理由から本件の処分1及び処分2は憲法に反しない。

15 2 まず、19条は、思想良心の自由を保障しているところ、同条により保障されるのは、自己の
16 世界観や歴史観に限られ、事実を認め陳謝するといった程度のことは同条により保障されないと
17 解する。したがって、本件において、処分1は19条に何ら反しない。

18 3 次に、Xのいうように、21条1項が、議員活動の自由を保障していることについては否定で
19 きない。しかし、議会は議員の集合体であるから、議会の運営を行っていくにあたり、議員活動
20 を規制・懲罰する必要がある。したがって、議員活動の制約を正当化するか判断にあたり、
21 緩やかに判断すべきである。

22 本件では、Xは、新聞社が誤報を認めているにも関わらず、処分1により命じられていた陳謝
P.3 をすることを拒否していた。このような議員の存在を認めては、議会の運営が困難となることは
2 否定できない。また、Xは、市議Dの不正を指摘していたところ、市議が不正を行っていたかは

3 市民の大いなる関心事項であり、市民にこのような不正があったと誤信されては市民の議会に対
4 する信頼が損なわれる。したがって、処分2は、正当化され、処分2は21条1項に反しない。

5 第3 私見

6 1 まず、Xのいうように、市民法秩序と抵触する限度でのみ司法権が及ぶと解する。本件の処分
7 1及び処分2は、最終的にはXの議員たる地位を剥奪するものであり、市民法秩序と抵触し、
8 「法律上の争訟」にあたるといえる。したがって、Xに訴訟の途を閉ざすべきではなく、反論は
9 認められない。

10 2 次に、処分1が19条に反するか検討する。この点、そもそも、Xの主張するように、19条
11 が幅広く自己の見解を保障すると解釈すると、憲法上の権利として保障した意味が損なわれる。
12 したがって、反論で述べられているように、19条で保障されるのは自己の世界観や歴史観に限
13 られ、自己の発言が事実と反したため陳謝するということを拒否する権利は19条により保障さ
14 れない。したがって、処分1は何ら19条に反せず合憲である。

15 3 次に、処分2が21条1項に反するか検討する。

16 (1) まず、議員活動の自由を認めなければ、議会での議論が事実上不可能となるといえるから、
17 議員活動の自由は21条1項により保障される。次に、処分2により、Xに保障された議員活
18 動の自由は制約されている。

19 そして、Xへの制約が正当化されるかの判断に際しては、確かに反論で述べられたように議
20 会に懲罰の裁量権を認めるべきようにも思える。しかし、地方自治において地方議会の存在は
21 非常に重要な地位を占め、地方議会での活動に議員の存在は必要不可欠である。しかも、除名
22 は議員たる地位を剥奪するという最も制約の大きな手法である。

P.4

したがって、Xの主張するように、正当化の判断に際しては、厳しく判断すべきである。

2 (2) まず、本件では、反論で述べられているように、処分1にXは従わず、したがって、市民に
3 による議会への信頼が損なわれているという事情があるといえる。しかし、新聞社が誤報を自ら
4 認めており、Xの発言自体が誤りであることは公知の事実となっていたといえる。しかも、X
5 の主張にもあったように、Xの発言は、自らの調査及び新聞社の報道に基づくもので、Xの発
6 言はやむを得ないものであったといえるし、Xが不当な目的で発言をした事情はうかがわれな
7 い。したがって、市民に議会に対する不信が生じているとしても、Xの処遇に関しては、次の
8 地方選挙でXを当選するか落選させるかという市民の判断にゆだねるべきであり、議会が除名
9 という手段をとることはXの権利を過剰に制約している。

10 そして、仮に処分1にXが従わなかったとしても、Xに対してなしうる懲罰手段としては、
11 除名ではなく、せいぜい「一定期間の出席停止」(法135条1項3号)にとどまるべきもの
12 であったといえる。よって、本件では、Xに対する制約は正当化できない。

13 (3) 以上より、処分2は21条1項に反する。

14 以上

平成30年論文式試験・憲法〔合格者再現答案③〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 Xの憲法上の主張

2 1 「法律上の争訟」(裁判所法3条)とは、当事者間の具体的な権利義務
3 ないし法律関係の存否に関する紛争であって、法令を適用することにより
4 終局的な解決が図られるものをいう。

5 本件において、処分2の取消しを求める訴えは当事者たるXの議員の地
6 位という法律関係に関する紛争であって、それは法令を適用することによ
7 って終局的に解決できる。

8 したがって、Xの提起しようとしている訴えたる処分2の取消しを求め
9 る訴えは「法律上の争訟」といえる。

10 2 処分2の前提となった処分1はXの意思に反して陳謝文を公開の議場で
11 朗読させるものであり、Xの意に反して陳謝文を朗読させられない自由を
12 侵害し違憲である。

13 (1) まず、憲法19条は、思想良心の自由は内心の自由一般をも保障する
14 ものであり、自己の意思に反して陳謝文を朗読させられない自由もこれ
15 に含まれる。

16 (2) そして、処分1は、相応の調査を行ったうえでの発言につき謝罪する
17 必要はないと考えたにもかかわらず、謝罪を強制させるものであり、強
18 度の制約があるといえる。

19 (3) また、かかる制約は以下のように正当化されない。

20 ア 19条で保障される思想良心の自由は、これが侵害されれば民主制
21 の過程での回復が困難なものであり、重要な権利といえ、上記のよう
22 に強度な制約がある。

P.2 したがって、厳格な審査によるべきである。

2 イ 本件で、処分1の目的は、議会における秩序維持であるといえる。

3 しかるに、謝罪文の朗読をせずとも、行為者みずからの意思で弁解を
4 させることを促すこともでき、必要最小限とはいえない。

5 (4) したがって、処分1は違憲である。

6 3 また、処分1への不服従を理由として処分2の懲罰を課すことは、本件
7 発言のようなXの議員活動の自由を侵害し、憲法21条1項に反し違憲で
8 ある。

9 (1) まず、本件発言のような議員活動は、Xが公の場で公的な情報を発信
10 するものであり、「表現の自由」として憲法21条1項で保障される。

11 (2) また、本件処分2によってXはA市議員としての資格を除名されてお
12 り(地方自治法135条4号)、今後一切議員としての活動ができなくな
13 ることから、事実上及び法律上、Xの上記自由は制約されている。

14 (3) さらに、以下の通りかかる制約は正当化されない。

15 ア まず、Xの上記権利は、民主主義社会において議員が自己の活動を
16 通して主権者たる国民の利益を反映させていくための重要な権利であ
17 る。また、例外なく強制的に今後一切のXの議員活動をできなくさせ
18 る点において、上記の制約の態様は重いといえる。

19 したがって、厳格な審査基準により、目的がやむにやまれず、手段
20 が目的達成のために必要不可欠といえる場合にのみ正当化される。

21 イ 本件において、処分2による規制の目的は議員の公正な職務執行を
22 確保することによって地方公共団体の健全な発達を保障する点にある
P.3 といえる。そして、一定の調査により相応の根拠に基づくXの本件発
2 言は正当なものであるから、本件発言によって議員の公正な職務執行

3 が害されるおそれはなく、手段は目的との関係で適合性がない。また、
4 議員資格を一切奪う除名処分は過度に重いといえ、必要性にも欠ける。
5 したがって、手段は必要最低限とはいえない（②不充足）。

6 (4) よって、21条1項に反し、違憲である。

7 第2 想定される反論及び私見

8 1 19条で保障される「思想及び良心」とは、個人の人格形成に必要な内
9 面的な精神作用であり、内心の自由一般を保障するものではない。した
10 がって、陳謝文を朗読させられない自由は憲法19条によって保障されな
11 い。

12 (1) この点、反論の通り、「思想及び良心」とは内心の自由一般ではなく、
13 世界観・人生観など個人の人格形成に必要である内面的な精神作用であ
14 ると考える。なぜなら、個人の人格形成に無関係な内心一般まで保障す
15 ると思想良心の自由の保障の意味が希薄化され、かえって保障の程度が
16 軽減されることになって不当といえるからである。

17 (2) 本件において、謝罪文の朗読は事物の是非や善悪の判断を表明するも
18 のであるところ、このような表明は個人の人格形成に必要な精神的な内
19 面作用とはいえない。

20 (3) よって、Xの主張する上記自由は19条では保障されない。

21 (4) 以上より、反論が妥当し、Xの上記主張は失当である。

22 2 まず、Xが処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であり、公
P.4 正な議会実現のためにはXへの除名処分もやむを得ないといえるから、X
主張の制約は正当化される。

2 したがって、上記制約は合憲であると反論できる。

3 (1) Xの主張する自由が21条1項で保障され、制約されることはX主張
4 の通りである。

5 (2) そして、かかる制約は以下の通り、正当化されない。

6 ア まず、上記自由の重要性、規制態様はX主張の通りであるから、審
7 査基準もX主張の通りに考える。

8 イ 本件において、規制の目的は前述の通りであるところ、かかる目的
9 は地方自治の本旨（憲法92条）を全うするためにやむにやまれない
10 といえる（①充足）。もっとも、議員の発言が調査による相応の調査
11 に基づくものであるならば、かかる発言の悪質性はほぼなく、これを
12 原因として処罰しても議会の公正にはつながらないため、手段の適合
13 性はない。また、懲罰としては少なくとも出席停止（地方自治135
14 条3号）で十分といえ、手段の必要性も欠く。

15 (3) よって手段は必要最低限といえず、正当化されないといえ、上記制約
16 は憲法21条1項に反し違憲となる。

17 以上

平成30年論文式試験・憲法〔合格者再現答案④〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 法律上の争訟性について

- 2 1 Xは除名の懲罰(以下、「処分2」とする)の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項、
3 以下「本件訴訟」とする)を提起する。
- 4 2 かかる訴えについて被告は、処分2はA市議会から市議会議員であるXに対してな
5 されたものであるから部分社会の法理により司法権の対象となる法律上の争訟(裁判
6 所法3条1項)に当たらないため訴えは不合法であるという反論をすると考えられる。
- 7 3(1) 法律上の争訟とは、個人の権利義務ないし法律関係に関する具体的な紛争であつ
8 て、法律の適用によって終局的に解決が可能なものをいう。そして、これに当たる
9 紛争であっても独立の法秩序や法規範を有する団体における純粋な内部事項の紛争
10 である場合には、原則として団体内部の規律によって解決すべきであるから法律上
11 の争訟に当たらず、司法権の対象とならない(部分社会の法理)。しかし、団体の
12 内部の紛争であっても、それが一般市民法秩序に関する紛争である場合には、法律
13 による解決を行うべきであるから、例外的に法律上の争訟に当たる。
- 14 (2) 本件処分2は、XがA市議会においてDが教科書採択の際に不正な行為を行った
15 と侮辱したため陳謝の懲罰(地方自治法135条1項2号、以下「処分1」とす
16 る)を受け、これに従わなかったために同4号に基づきA市議会によってなされた
17 処分である。したがって、A市議会という団体の内部の紛争であり、地方議会は独
18 立の法秩序や法規範を有する団体であるから部分社会の法理が適用されるように思
19 える。
- 20 しかし、処分2は除名の処分であるから、Xから議員資格をはく奪する処分であ
21 る。かかる地位のはく奪は、議員としての言論活動を行う権利や、職業としての議
22 員活動を行う権利を奪うものである。また、地方自治法という法律に基づく処分
P.2 である。したがって、一般市民法秩序に関する処分といえる。

- 2 4 よって、法律上の争訟にあたるからXは本件訴訟を適法に提起できる。

第2 処分1について

- 4 1 Xは本件訴訟において陳謝を強制する処分1は憲法(以下略)19条に違反して違
5 法であるからそれに基づく処分2も違法であると主張をする。
- 6 (1) 憲法19条の保障する思想良心の自由は、自己の意に反する「思想及び良心」を
7 表明することを強制されない自由を保障している。「思想及び良心」とは広く個人
8 の内心的精神作用全般をいう。そのためDに対して陳謝するべきとは考えていない
9 Xが陳謝を強制されない自由は憲法19条により保障される。
- 10 (2) Xのかかる主張に対して、被告から「思想及び良心」とは個人の内心的精神作用
11 のうち、歴史観世界観に関するものに限られ、単に陳謝の意を表明する行為は個人
12 の歴史観世界観に関する事項ではないため思想良心を表明する行為に当たらない、
13 したがってXの上記自由は憲法19条により保障されないとの反論が考えられる。
- 14 (3) 私見としては、「思想及び良心」の範囲を広く認めてしまうと思想良心の権利の
15 重要性を低下させることになる。したがって、「思想及び良心」とは個人の歴史観
16 世界観に関する事項に限られる。そして、単に陳謝の意を表明するだけの行為はそ
17 れによって個人の歴史観世界観を表明することにはならないのでこれを強制されな
18 い自由は19条によって保障されない。
- 19 2 したがって、処分1は19条に違反していない。

第3 処分2について

- 21 1 Xは処分2によってXはA市議会議員の言論活動として、Dの教科書採択における
22 不正の行為についての発言をしたことを理由にされた処分であるから21条1項に違
P.3 反し違法であると主張する。

- 2 (1)(ア) 21条1項で保障される「表現」とは思想信条の表明をいうが、事実の表明で

3 あっても思想信条の表明に資するため「その他一切の表現」として保障される。
 4 そしてDが教科書採択において委員に圧力をかけたとの本件発言は事実の表明で
 5 あるが、教科書採択は不正になされたというXの思想信条を表明するために必要
 6 であるから21条1項で保障される。

7 (イ) そして、処分2はXの議員としての言論活動における本件発言を理由になされ
 8 ているから、Xの表現の自由を制約している。また除名されることによりXは議
 9 員として言論活動をすることができなくなっていることから制約があるといえ
 10 る。

11 (2)(7) 表現の自由は自己統治の価値と自己実現の価値を有する。Xの本件発言は、A
 12 市議会における教科書採択という地方政治に関する事項の表現であるから自己実
 13 現の価値を有する。また、市議会議員であるAがかかる発言をすることは自己実
 14 現の価値を有する。したがって、本件発言の表現の自由は重要な権利である。

15 (イ) 処分1は本件発言の内容を審査したうえでなされているから、内容に着目した
 16 処分といえる。したがって、恣意による処分のおそれが高く、これに続く処分2
 17 も恣意のおそれがある。また、除名処分は議員としての言論活動の機会を奪う処
 18 分である。したがって、処分2は重大な制約である。

19 (3) 以上より、処分2の合憲性は厳格な基準によって判断すべきである。

20 2 一方、被告からの反論として、処分2は発言の内容に着目したのではなく、Xが
 21 処分1に従わなかったことに基づくものである。また、処分1自体も発言内容に着目
 22 したのではなく、発言が真実に反していたことのDへの影響を除去する目的の処分
P.4 である。したがって、恣意のおそれはなく重大な制約ではない。

2 3 私見

3 (1) 処分2は地方自治法135条1項4号に基づくものであり、その直接の原因は同
 4 2号の陳謝の懲罰に従わなかったという「法律に…違反した」ことである。そして
 5 処分2をするにあたって所定の手続を経ており恣意によってなされたとはいえない。
 6 また、処分1もDの動議によってなされていて議会の恣意に基づくとはいえない。
 7 したがって、処分2の制約は重大ではない。

8 (2) 以上より、処分2の合憲性は厳格な合理性の基準により判断する。具体的には①
 9 目的が重要で②手段と目的との間に実質的な関連性がある場合に合憲となる。

10 処分2の目的は議会による陳謝の懲罰に従わないものを除名とすることで、議会
 11 の議員に対する優越性を確保し、かつ議会の適正な運営を図る点にある。地方議会
 12 は地方自治において重要な役割を果たす機関であるから、議会の議員に対する優越
 13 性を確保する目的は重要である(①充足)。

14 一方、Xは本件発言をするにあたり、新聞記者Cと協力して調査を行っており、
 15 相応の根拠に基づいて発言をしている。そのため行為に害意があったとはいえず、
 16 Xは陳謝を行わなければならないこと自体に疑問を抱いている。そのようなXが陳
 17 謝の懲罰に従わないことが上記の目的を害する程度は低い。そして、3号には出席
 18 停止というより程度が低く、目的を達成可能な手段が存在している。したがって、
 19 Xに対して除名の懲罰を科したことは過剰な手段であり、目的との間に実質的関連
 20 性がない(②充足せず)。

21 (3) よって、処分2は21条1項に違反し違法である。

22 以 上

平成30年論文式試験・憲法〔合格者再現答案⑤〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 原告の主張

2 1 法律上の争訟性について

3 (1) 司法権とは、具体的争訟について、法を適用解釈することで、
4 これを裁定する国家の作用をいう。そして具体的争訟とは、国民の権
5 利関係または法律関係の存否につき、法を適用、宣言することで終局
6 的に解決できるものをいう。

7 (2) 本件については、Xが本件発言に対して、陳謝文の朗読を強制
8 させられ、処分を受けているという具体的争訟に関して、地方自治法
9 133条、134条を解釈適用することで、終局的に解決できるもの
10 であるから、法律上の争訟性はある。

11 (3) また、被告から部分社会の法理の反論が考えられるが、本件処
12 分には除名がなされるから、一般市民法秩序に直接関連するものと
13 いえ、当該反論は妥当ではない。

14 2 19条違反について

15 (1) Xとしては、本件処分1は、Xの陳謝の意を表明させられない
16 自由を侵害し、憲法19条に違反し違憲であると主張する。

17 (2) まず、憲法19条の思想良心とは、自己の内心を表出させられ
18 ないことに意義があるから、その対象は広く及ぶ。よってXの陳謝の
19 意を表明させられない自由は憲法19条によって保障される。

20 (3) しかしながら、本件処分1は、陳謝文の朗読を強制させている
21 ことから、Xの陳謝の意を表明させられない自由を制約している。

22 (4) そこで、当該制約が正当化されるためには、以下の理由により

P.2 厳格な方向で検討すべきである。

2 すなわち、本件自由は、自己の内心の秘匿を保障することで、自己
3 実現を図る重要な権利である一方、なんら発言の経緯を調べることな
4 く一律に結果だけを見て、陳謝文の朗読をさせられるという強い制約
5 のものである。

6 そこで①専ら公益を図るもので本件発言がなされ、②それが相当な
7 根拠に基づいていれば、違憲と解する。

8 (5) 本件についてみると、XはDの不正行為について、市議会議員
9 が他の市議会委員の不正行為を糾弾することは専ら公益を図るものと
10 言える。(①) またXはDの不正行為について旧知の新聞社Cから聞
11 き、市教委に対して資料の提出や説明を求め、関係者との面談の結果、
12 不正行為があったと判断していることから、相当な根拠に基づいてい
13 るといえる。(②)

14 よって、本件処分1は憲法19条に違反し、違憲である。

15 3 21条違反について

16 (1) Xとしては、本件処分2の懲罰が、Xの政治活動の自由を侵害
17 し、憲法21条に反し、違憲であると主張する。

18 (2) まず、議会内では自由に質問したり、討論したりすることでき
19 ることから、Xの政治活動の自由は憲法21条で保障される。

20 (3) しかしながら、本件処分2は、Xの発言に対して懲罰を与え、
21 萎縮的効果を与えていることからXの政治活動の自由を制約している。

22 (4) そこで、当該制約が正当化されるためには、1と同様の理由で

P.3 厳格な方向で検討すべきである。すなわち①専ら公益を図る目的で本 2 件発言がなされ、②それが相当な根拠に基づくものであれば、本件処

3 分は違憲であると解する。

4 (5) 本件において、1と同様に、Xの発言はDの不正行為を糾弾す
5 るという専ら公益を図る目的でなされ(①)、そして、市教委からの
6 資料の提出などによる相当な根拠に基づくものでなされている。

7 (②)

8 (6) よって、本件処分2も憲法21条に反し違憲である。

9 第2 被告の反論と私見

10 1 法律上の争訟性について

11 (1) 被告としては、本件処分及び懲罰をするかどうかに関して、議
12 院の裁量があり、戒告(地方自治法135条1項1号)、陳謝(同条
13 同項2号)、出席の停止(同条同項3号)など一般市民法秩序と直接
14 関連しない処分がなされる可能性もあるから、法律上の争訟性はない
15 という反論が考えられる。

16 (2) これに対し、私見としては、確かに被告の言うように、戒告等
17 の処分がなされる可能性はあるが、除名がなされるうること自体で、
18 Xは憲法上の権利が侵害があるのであることから、なおXを保護すべ
19 きである。よって法律上の争訟性はある。

20 2 憲法19条違反について

21 (1) 被告としては、Xの陳謝の意を表明させられない自由はそもそ
22 も憲法19条によって保障されないという反論が考えられる。

P.4 (2) これに対して、私見としては、まず憲法19条にいう思想良心
2 とは、人権のインフレを防ぐため、個人の人生観や世界観など個人の
3 人格形成の核心をなすものをいうと解する。

4 本件についてみると、陳謝の意は単なる事実であって、自己の人格
5 形成の核心をなすものではないから、憲法19条で保障されない。

6 3 憲法21条違反について

7 (1) 被告としては、国会議員と異なり市議会議員は免責特権(憲法
8 51条)が認められないため、本件処分は合憲であるという反論が考
9 えられる。

10 (2) これに対し、私見としては、確かに市議会議員には免責特権は
11 認められないが、それは市議会議員の表現の自由を尊重しない趣旨で
12 はなく、①専ら公益を図る目的での発言であり、②それが相当な根拠
13 に基づくものであって、③被害者の一定程度の救済がなされるもので
14 あれば、違憲であると解する。

15 本件についてみると、Xの発言はDの不正行為を糾弾するという専
16 ら公益を図る目的でなされ(①)、そして、市教委からの資料の提出
17 などによる相当な根拠に基づくものでなされている。(②)さらにD
18 はCによる訂正報道によって一定程度の救済が図られている。(③)

19 以上より、本件処分2は憲法21条に反し違憲である。

20 以 上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案①〕

憲法・評価C (601位～900位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 法律上の争訟性

- 2 1 司法権(76条1項)とは、当事者間の具体的な紛争につき、法を解
3 釈・適用し、これを宣言することで、これを裁定する国家作用である。し
4 たがって、「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)とは、法令の適用によ
5 って最終的に解決が可能な、当事者間の具体的な紛争をいうと解する。Xの訴
6 えは、地方自治法の適用によって最終的に解決でき、かつXのA市議会議
7 員としての地位にかかる紛争なので、「法律上の争訟」といえる。
- 8 2 しかし、自律的な法規範を有する団体内部の紛争には、原則として司法
9 権が及ばないと解されるところ、A市議会は、自律的な法規範を有し、司
10 法権は及ばないともみえる。しかし、処分2は、XのA市議会議員として
11 の地位を奪う重大なものであるから、Xの一般市民としての権利に影響す
12 るものとして、例外的に、司法権が及ぶと解する。
- 13 3 よって、Xの訴えは、「法律上の争訟」として、司法権が及ぶ。

14 第2 Xの憲法上の主張

- 15 1 まず、処分1は、Xの、思想良心の自由(19条)として保障される、
16 自己の意に反して陳謝文を公開の議場で朗読させられない自由(「自由
17 ①」という。)を侵害するものであり、違憲であるとの主張(「主張①」と
18 いう。)する。そして、このような処分1に従わないことに基づく処分2
19 は、Xの言論の自由(21条1項)として保障される、議員としての活動
20 の自由(「自由②」という。)を侵害するものであり、違憲であるとの主張
21 (「主張②」という。)をする。
- 22 2 主張①

- P.2 (1) 自由①は、思想良心の自由として保障されるところ、処分1は、陳謝
2 文の朗読をXに強制することでこれを制約する。ここで、思想良心の自
3 由は、一旦侵害されると民主制の過程では正困難な精神的自由権である。
4 また、処分1は違反すれば後行処分が予定される点で強度の制約である。
5 よって、正当化の可否は、厳格な基準で判断する。
- 6 (2)ア まず、処分1は、本件発言が真実に反することをXに明示させるこ
7 とを目的としており、Dの名誉のため、必要不可欠といえる。
8 イ しかし、処分1は、既に本件発言が真実に反することがC所属の新
9 聞社の訂正放送により公表されていたことからすると、やむを得ない
10 限度を超える。
11 ウ よって、処分1は、自由①に対する制約として、正当化されない。
- 12 (3) よって、処分1は違憲である。

13 3 主張②

- 14 (1) 自由②は、言論の自由として保障されるところ、処分2は、XからA
15 市議会議員としての地位を奪うことでこれを制約する。ここで、言論の
16 自由は、精神的自由権であり、かつ、自由②はAの自己統治にも資する
17 議員という重要な地位に関わるものであるから、正当化の可否は、厳格
18 な基準で判断する。
- 19 (2)ア まず、処分2は、懲罰(地自法134条)に合理的理由なく従わな
20 い議員を議会から排除することで、議会の権威を保持する目的であり、
21 必要不可欠といえる。
22 イ しかし、同目的の達成のためには、より軽い出席停止(同法13
P.3 5条1項2号)によることもできる。とすると、Aの議員たる地位
2 を奪う除名(同項4号)は、重きに失するといえ、やむを得ないと

3 はいえない。

4 ウ よって、処分2は、自由②に対する制約として、正当化されない。

5 (3) よって、処分2は違憲である。

6 第3 反論と対立点

7 1 A市議会は、まず、主張①に対して、思想良心の自由は、人格形成の核
8 心をなすものに限定して解すべきであるが、自由①はこれにあらず、
9 19条で保障されない、

10 したがって処分1は合憲との反論をする。

11 2 次に、主張②に対して、たしかに、自由②は、言論の自由として保障さ
12 れ、処分2はこれを制約するが、処分1は、真実に反する本件発言につき、
13 単に事実の真相を明らかにして陳謝の意を述べるよう義務付けるものにす
14 ぎず、処分2はこれに逆らうXを議会から排し、威厳を保つための最小限
15 度の制約として、正当化されると反論する。

16 第4 私見

17 1 まず、主張①については、思想良心の自由とは、信仰に準ずる世界観・
18 主義など、人格形成の核心をなすものに限ると解する。とすると、反論の
19 通り、単に事実の真相を明らかにして陳謝の意を述べることは受忍すべき
20 であり、自由①は、19条で保障されない。よって、これに対する制約は
21 違憲の問題を生じないので、処分1は合憲である。

22 2(1) そして、主張②について、自由②は、Xの言論の自由として、保障さ
P.4 れる。そして、処分2は、精神的自由権であり、かつ、自己統治の価値
2 も有する自由②を終局的に奪うものである。一方、前提となる処分1は、
3 本件発言にかかるDの疑惑につき単に事実の真相を明らかにして陳謝の
4 意を述べることを求めるにすぎない。よって、正当化の可否は、中間的
5 な基準で決する。具体的には、目的が重要で、手段が合理性を有してい
6 れば、最小限度の制約と解する。

7 (2)ア まず、処分2は、前記第4の1から、合理的な理由なく懲罰に従わ
8 ないXを議会から排することで、議会の權威を保持することを目的と
9 しており、これは地方自治(第8章)の趣旨を貫徹するため、重要で
10 ある。

11 イ しかし、そもそも本件発言は、Xが旧知の新聞記者Cから入手した
12 情報を元に、市教委に対して資料提出を求め、面談を行うなど独自の
13 調査を行った上でなされたものであり、合理的な推測に基づくもので
14 あったといえ、少なくとも侮辱の意図はなかった。また、既に訂正放
15 送がされ、真実は明らかになっている。とすると、除名は重きに失す
16 るといえ、目的との関係で合理性があるとはいえない。

17 ウ よって、処分2は、正当化されない。

18 (3) よって、処分2は違憲である。

19 以 上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案②〕

憲法・評価C (601位～900位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1. 法律上の争訟性

2 法律上の争訟性(裁判所法3条1項)とは、①特定の個人間の具体的権利義務の存否
3 ないし法律関係の存否に関する紛争で、②法令を解釈適用することにより終局的に紛争
4 解決が可能であることが必要である。地方議会における議員に対する懲戒処分は、法律
5 上の争訟性を有するか。

6 第2. 原告の主張

7 1. 処分1について、陳謝文の朗読を命じることは、自己が特定の政治的主張を有する
8 ことを理由に、意に反する行為を命じるという不利益を与える点で、思想良心の自由
9 (19条)を制約しないか。

10 思想良心の自由とは、人格形成における世界観・歴史観を含む内心の自由及び内心
11 の告白を強制されない自由を含むものである。

12 本件のように、地方自治法135条1項2号の適用をすることは、自己の内心を捻
13 じ曲げることであり、内心の自由及び内心の告白を強制される点で、かかる自由が全
14 面的に制約されている。

15 そこで、地方自治法133条の「侮辱」に該当する場合及び135条1項2号による
16 処分がなされる場合とは限定的に解すべきある。具体的には、「侮辱」とは、特定
17 の議員の社会的評価を貶めることが目的である場合に限られると解する。

18 本件についてみると、本件発言の経緯とは、教科書の採択の過程で市会議員である
19 Dが関与して圧力をかけて採択の口利きをしたという、不正を究明することが目的で
20 ある。しかも、Aは自ら市教委や関係者と面談して資料を収集するなどして、事実関
21 係の調査を進めていたことから、客観的事実に照らして真実であると認識してもやむ
22 を得ない事情があったといえる。

P.2 そこで、特定の議員の社会的評価を貶めることが目的であるとは言えないので、
2 「侮辱」には当たらない。

3 よって、本件処分は、地方自治法133条の「侮辱」に当たらないにもかかわらず、
4 当たるとしているので、19条に違反して違憲である。

5 2. 処分2は、除名により市会議員として政治的発言を行う自由が制約されており、2
6 1条1項に反して違憲ではないか。

7 市会議員として政治的発言を行う自由とは、自己の政治的見解を外部に伝達すると
8 いう自己実現の価値だけでなく、政治的見解を外部に伝達することにより民意を政策
9 決定に反映させることができるという自己統治の価値を有する。

10 除名処分により、市会議員としての活動の余地が全面的に奪われてしまう点で不利
11 益の程度が大きい。そこで、地方自治法135条1項4号の除名処分が許される場合
12 とは、議会運営の秩序が乱される程度の重大な非違行為に限定されるべきであると解
13 する。

14 本件についてみると、処分2は、「陳謝」を拒否したことが理由である。XがDの
15 教科書採択に関して圧力をかけたという行為を問いたすことが目的であったが、実
16 際にはかかる事実は存在しなかった。Xは、前述のように面談や資料収集を行っ
17 たうえでの講評であるから、真実であることが相当であると認識することはやむを得ない。
18 しかも、市会議員の不正を糾弾するための行為とは、むしろ住民の代表機関としての
19 機能の健全化にもつながる。

20 よって、議会運営の秩序が乱される程度の非違行為とはいえない。

21 以上より、処分2は21条1項に反して違憲である。

22 第3. 反論

P.3 1. 処分1及び処分2は、地方議会という高度な内部的自律権を有する機関であるから、
2 機関内部の自律的な判断が要求されるので、部分社会の法理が適用され、法律上の争

- 3 訟性を有するとしても、司法審査の範囲外であると主張する。
4 2. 仮に部分社会の法理が適用されないとしても、処分1及び処分の根拠となる地方自治法133条及び135条は、地方議会の高度な内部的自律権が尊重されるべきであるから、原告の主張するように適用場面を厳格に解すべきではなく、緩やかに解すべきであると主張する。

8 第4. 私見

- 9 1. 処分1についてみると、思想良心の自由とは、人格形成の根幹をなす性質を有するから、自己の見解に反する内容の告白を強制されることは、特定の思想を持つこと自体を全面的に否定されることである。「陳謝」による懲戒処分がなされることにより、自由な発言に対する萎縮的な効果をもたらするので不利益の程度は大きい。そこで、部分社会の法理が適用される場面ではなく、司法審査が及ぶ。

14 他方、議会の正常な運営を成すことは、住民自治の実現の場でもあるから守られるべき利益である。

16 そこで、「侮辱」とは、特定の議員の社会的評価を貶める目的だけでなく、住民から議会運営に対して疑念を抱かれる言動のことをいうと解すべきである。

18 本件についてみると、本件発言の経緯とは、教科書の採択の過程で市議員であるDが関与して圧力をかけて採択の口利きをしたという、不正を究明することが目的である。しかも、Aは自ら市教委や関係者と面談して資料を収集するなどして、事実関係の調査を進めていたことから、客観的事実に照らして真実であると認識してもやむを得ない事情があったといえる。

P.4 そこで、特定の議員の社会的評価を貶めることが目的であるとは言えない。

2 特定の議員の社会的評価を貶めることが目的ではない以上、議会の正常な運営を妨げたとはいえず、住民から議会運営に対して疑念を抱かれる場面ともいえない。

4 よって、本件発言は「侮辱」に当たらない以上、処分1は19条に反して違憲である。

- 5 2. 処分2についてみると、市議員として政治的発言を行う自由とは、住民自治の根幹をなす自由であり、除名により議員資格を喪失すると、住民自治の実現が困難となる点で、一般市民法秩序にかかわるから、部分社会の法理が適用されないで司法審査が及ぶ。

9 市議員として政治的発言を行う自由とは、自己の政治的見解を外部に伝達するという自己実現の価値だけでなく、政治的見解を外部に伝達することにより民意を政策決定に反映させることができるという自己統治の価値を有する。

12 除名処分により、市議員としての活動の余地が全面的に奪われてしまう点で不利益の程度が大きい。そこで、地方自治法135条1項4号の除名処分が許される場合とは、議会運営の秩序が乱される程度の重大な非違行為に限定されるべきであると解する。

15 本件についてみると、処分2は、「陳謝」を拒否したことが理由である。XがDの教科書採択に関して圧力をかけたという行為を問いたすことが目的であったが、実際にはかかる事実は存在しなかった。Xは、前述のように面談や資料収集を行ったうえで講評であるから、真実であることが相当であると認識することはやむを得ない。しかも、市議員の不正を糾弾するための行為とは、むしろ住民の代表機関としての機能の健全化にもつながる。

21 よって、議会運営の秩序が乱される程度の非違行為とはいえない。

22 以上より、処分2は21条1項に反して違憲である。

以上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案③〕

憲法・評価C (601位～900位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 Xの主張について

2 1 法律上の争訟に当たるか

3 裁判所の司法権(76条)の判断の対象となるのは「法律上の
4 争訟」たる紛争であるところ、本件処分2の取り消しの訴えがこ
5 れに当たるかが問題となる。

6 法律上の争訟とは、権利義務や法律上の地位の存否について法
7 令を適用して終局的に解決できる紛争を指す。

8 本件処分2取り消しの訴えは、A市議会議員という法律上の地
9 位について、地方自治法等の法規の適用により終局的に解決でき
10 るものであるから、法律上の争訟に当たり、裁判所の審判の対象
11 になるものと解する。

12 2 憲法19条の沈黙の自由の侵害について

13 憲法19条は自分の思想に反する発言を強制されない沈黙の自
14 由も保障しているものと解される所、これは自らの内心に関
15 わる人格的に非常に重要な利益であるから、絶対的に保障されそ
16 の制約は許されない。

17 しかし、本件処分1は、Xの意思に反して陳謝を強制するもの
18 であるから、Xの沈黙の自由を制約するものとして、違憲である
19 と解する。

20 3 処分1, 2による憲法21条の活動の自由の侵害について

21 Xには、憲法21条により、A市議会における活動の自由が保
22 障されている。Aが侮辱発言をしたことにより処分1で陳謝を命
P.2 じ、さらに処分2で市議会から除名することは、Xのこの活動の
2 自由を制約するものである。

3 もっとも活動の自由の制約も公共の福祉(12条)によるもの
4 ならば正当化される所、表現の自由の重要性、特に本件では
5 市議会という民主主義に資する重要な場での自由を制約すること
6 を踏まえると、その制約が正当化されるかは厳格な基準によるべ
7 きである。

8 従って、やむを得ない目的のための必要不可欠な手段による制
9 約といえるかで正当化の有無を判断すべきと解する。

10 本件の処分1, 2による制約は、Dの名誉を守るための制約で
11 あり、それ自体はやむを得ない目的であるかもしれないが、Xに
12 対しては戒告(地方自治法135条1項1号)等の処分を課せば、
13 手段としては十分であり、Xの一度の発言で除名処分までを行う
14 ことは必要不可欠とは言えない。よって本件処分1, 2の制約は
15 正当化されず、違憲である。

16 第2 反論について

17 1 法律上の争訟性について

18 確かに、本件処分2は法律上の争訟に当たるかもしれないが、
19 本件処分2は一般市民社会とは異なる社会を構成するA市議会の
20 内部で行われたものであり、いわゆる部分社会の法理により、裁
21 判所の司法権は及ばないと反論することができる。

22 2 憲法19条沈黙の自由について

P.3 憲法19条は自らの思想に反する発言を強制されない自由を保
2 障している所、本件でXに命じられた陳謝は単に自分の誤り

3 の事実を述べるだけであって、思想と結びつくものでないから、
4 本件処分1はXの自由を侵害していないという反論が考えられる。

5 3 憲法21条の活動の自由について

6 確かに本件処分1、2はXの活動の自由を侵害するものである。
7 しかし、本件処分2の取り消しの訴えが法律上の争訟に当たり、
8 そして本件では重要な表現の自由が制約されているとしても、こ
9 れは市議会の内部における処分であるから、その制約については
10 著しく不合理な点がないかで審査すべきである。

11 本件Xの発言が実際誤りでDの侮辱に当たる以上、陳謝を命じ
12 これを拒否した場合に除名処分を行うことは著しく不合理なもの
13 とは言えず、制約は正当化され合憲になると解する。

14 第3 私見について

15 1 法律上の争訟性

16 確かに反論の通り、本件処分2は市民社会との関連がなく、部
17 分社会の法理により司法権の判断の対象外になるとも思える。

18 もっとも、本件処分2はXを市議会から除名するものであり、
19 除名されたXはA市議会の外に出されその限りでXは市民社会と
20 の接点を有することになる。従って、本件は部分社会の法理の適
21 用はなく、司法権の審判の対象になると解する。

22 2 憲法19条の沈黙の自由について

P.4 確かに反論の通り、陳謝は事実を述べるものであって、思想の
2 強制ではないとの考え方も取り得るところではあるが、陳謝の中
3 には、厳密には単に事実を述べるだけでなく自分のしたことに対
4 する価値判断が含まれているのであって、その限りで思想との関
5 連性があるものといえる。

6 従って、本件処分1はXの思想に反する発言を強制されない自
7 由を侵害するものとして、違憲であると解する。

8 3 憲法21条の活動の自由について

9 これは表現の自由から導かれ、民主主義にも資する重要なもの
10 であるが、反論の通り、A市議会の内部での処分である以上はそ
11 の処分が著しく不合理なものといえるかはその正当化の可否を判
12 断すべきである。

13 もっともXは発言をしたときは相応の根拠を持って行っていた
14 のであるから、1度の発言が侮辱に当たるとしても、これに対し
15 て沈黙の自由を侵害するような陳謝を命じて強制し、さらにこれ
16 に従わないからと言って除名処分を課すことは、著しく合理性を
17 欠くものと認められると解する。

18 従って、本件処分2による制約は正当化されず違憲である。

19 以上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案④〕

憲法・評価D (901位～1200位／受験者2534人)

Memo

P.1 第1 Xの主張

2 1 Xは、処分1が、Xの陳謝文を朗読しない(憲法(以下、省略)19条)を侵害
3 し、違憲無効であり、処分2が、Xの政治活動の自由(21条1項)を侵害するも
4 のであると、違憲無効であると主張する。前提として、Xの提起する処分1・処
5 分2の取消訴訟は、地方議会の内部問題であって、「法律上の争訟」にあたるもの
6 であると主張する。

7 2 法律上の争訟について

8 (1) 司法権(76条)とは、具体的な争訟につき、法を適用し、宣言することによ
9 って、これを裁定する国家作用のことをいう。そして、「具体的な争訟」とは、
10 「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)と同義であり、①当事者間の個人の権利
11 義務や、具体的な法律関係をめぐる紛争であって、②法を適用し、終局的に解決
12 できるものをいう。

13 (2) 本件において、Xは、処分2の除名処分により、議員の地位をはく奪され、議
14 員として活動ができなくなるのであり、権利をめぐる紛争である(①)。また、
15 除名処分が有効であるかどうかは、裁判所は、判断することが可能であり、法を
16 適用し、終局的に解決もできる(②)。

17 (3) したがって、法律上の争訟にあたる。

18 3 処分1について

19 (1) Xの陳謝文を朗読しない自由は、Xの世界観にかかわるものであり、Xの思
20 想・良心の自由に含まれるものであり、19条により保障される。

21 (2) 一方、処分1は、かかる自由を直接侵害しており、違憲である。

22 また、仮に、直ちに違憲とならなくても、厳格に審査され、正当化される余地
P.2 はなく、違憲である。

2 4 処分2について

3 (1) Xの政治活動の自由は、Xの人格を形成発展させることに資するものであり、
4 政治活動は民主主義社会にとって必要不可欠のものであるから、表現の自由に含
5 まれ、21条1項により、保障される。そして、かかる自由は、重要なものであ
6 る。

7 一方、除名処分により、Xは、議員の地位をはく奪されており、かかる自由が
8 侵害されている。除名処分は、議会で、政治活動をすることを不可能にするもの
9 であり、政治活動の自由を直接に侵害するものである。また、Xが、陳謝文を朗
10 読しなかったのは、本件発言は、真実であると思っていたのであり、これは、X
11 の発言「内容」に着目した規制といえる。

12 (2) 以上より、本件発言が、真実であると誤信したことが相当であり、除名処分
13 によるものが、やむにやまれぬほど重要と言えない限り、違憲である。

14 (3) 本件において、本件発言は、事実ではないものの、新聞記者であるCからの情
15 報によるものであり、新聞社でも報道がされているように、Xが、Dの市教委の
16 委員への行為が、真実であると誤信したことは相当であった。そして、そのよう
17 なXに対し、除名処分によるのではなく、一時的に、出席停止として、懲罰を科
18 すのも十分であり、除名処分によることはやむにやまれぬほど重要とはいえない。
19

20 5 以上より、処分2は、違憲無効である。

P.2 第2 反論および私見

22 1 反論

P.3 (1) 除名処分は、出席停止(地方自治法135条3号)と同様に、議会の内部問題
2 にとどまり、裁判所が審査することが適していないものであり、Xのいう②をみ

3 たなさいため、「法律上の争訟」にあたらぬ。

4 (2) 処分1は、陳謝文を朗読することを要求するものである。これは、謝罪の意思
5 を表明するにすぎず、Xの陳謝文を朗読しない自由を直接、侵害するものではない。
6 また、Xの人格を蹂躪するものでもなく、19条に反しない。

7 (3) 処分2について、Xの思想内容に着目したものではなく、陳謝の意を表明しな
8 かったという行為に着目したものであって、制約の態様は、強力といえない。
9 したがって、除名処分の他に選ぶ手段がないかどうかにより、審査する。
10 本件において、確かに、Xの本件発言は、真実であることを誤信したことは相
11 当であるものの、Dは侮辱されているのであり、出席停止では足りず、手続を経
12 過、除名処分がされている以上、他に選ぶ手段がないといえる。そのため、
13 処分2は合憲である。

14 2 私見

15 (1) 法律上の争訟にあたるかどうかは、Xと同様に、判断する。①については同様
16 であり、②について、除名処分が有効かどうかは、裁判所は審理することが可能
17 であって、法を適用し、最終的に解決できるものである。そのため、「法律上の
18 争訟」にあたる。

19 もっとも、議会は、自律権を有しているものであり、処分2について裁判所が審
20 理することは、司法権の限界を超えるのではないかと。これについて、出席停止は、
21 一定期間を経れば、議員として活動できるのに対し、除名処分は、議員の地位を
22 はく奪されるのであり、一般市民法秩序に関わる問題であるから、議会が自律権
P.4 を有しているとしても、裁判所は、なお審査することができる。

2 (2) 処分1について、確かに、陳謝文を朗読させることで、Xの内心を推知するこ
3 とはできるように思える。しかしながら、陳謝文を朗読させることは、陳謝の意
4 を表明しているにとどまる。また、不当に人格を蹂躪するものでもない。そうす
5 ると、Xの内心を侵害しているとは言えないので、19条に反しない。

6 (3) 政治活動の自由が、重要であることは、Xと同様である。除名処分は、Xの本
7 件発言の「内容」に着目したものであり、強力な制限である。

8 以上より、本件発言が、真実であると誤信したことが相当であり、除名処分によ
9 ることがやむを得ないのであり、除名処分が相当であるといえない限り、処分
10 2は違憲である。

11 本件において、本件発言は、確かに、真実なものではない。しかしながら、X
12 は、Cから聞いた情報であり、Cの所属する新聞社も報道している。これは、D
13 が、市教委の委員に圧力をかけた疑いがあったのであるといえる。そうすると、
14 Xが、真実であると誤信したとしても、仕方がないものであるから、誤信したこ
15 とが相当である。

16 次に、Xは、真実であると誤信したことが相当であり、正当なものであるから、
17 陳謝文を朗読しなかったものであり、Xに対し、懲罰を科す必要があるとしても、
18 一時的に議員としての活動を停止させる出席停止によることで、十分である。そ
19 のため、除名処分によることはやむを得ないとはいえない。また、出席停止で十
20 分なのであるから、相当であるといえない。

21 (4) したがって、処分2は、違憲無効である。

22 以 上

平成30年論文式試験・憲法〔不合格者再現答案⑤〕

憲法・評価E (1201位～1500位/受験者2534人)

Memo

P.1 第1 法律の争訟性

2 1 司法権（憲法76条1項）が及ぶ範囲は、「裁判上の争訟」（裁
3 判所法3条1項）に限られる。「裁判上の争訟」とは、当事者の
4 具体的な権利関係の存否や範囲について、法律判断により終局的
5 な解決が可能な問題を指す。

6 原告は、処分2による市教委からの除名を受けたことについて、
7 市教委の一員という自分の法的地位が侵害され、この処分の取消
8 しにより終局的に判断ができるとして、「裁判上の争訟」にあた
9 ると主張することとなる。

10 2 これに対して被告は、いわゆる部分社会の法理が妥当するとし
11 て、「裁判上の争訟」にあたらないと反論することが考えられる。
12 部分社会の法理とは、部分社会内部の規律等を尊重し、その内部
13 での問題については「裁判上の争訟」にあたらないとし、その問
14 題が外部性を持つに至らない場合には、司法権を及ぼすべきでな
15 いという法理である。

16 本件では、処分2の前提となる処分1は、市教委内部での議会
17 に認められた懲罰を行なったに過ぎず、この部分については司法
18 権が及ばないと主張することとなる。

19 3 私は、被告の反論は妥当しないと考える。本件で問題となるの
20 は処分2による市教委としての身分の問題であり、これは外部性
21 を有する問題である。その前提となる判断について「裁判上の争
22 訟」にあたるとして司法判断ができないとすると事実上外部性を

P.2 有する問題についても当否が判断できなくなってしまう。そのた
2 め、原告が主張する通り、本件は「裁判上の争訟」にあたり、処
3 分1についても司法判断が可能である。

第2 処分1の憲法19条違反の点について

5 1 原告Xは、処分1により、意に反する行為をさせられたとして、
6 思想・良心の自由（憲法19条）違反がある旨主張することとな
7 る。Xとしては、陳謝文の内容となるDに対する侮辱への謝罪に
8 ついては、自分が独自の調査の上行なった本件発言にはDを侮辱
9 する故意がなく、犯罪も成立しない（刑法230条の2参照）こ
10 とを理由に、拒否する正当な理由があると主張できる。

11 2 これに対して被告は、謝罪文を朗読させる行為は、その対象者
12 にある意思を強制するものではなく、ある行為をさせるに過ぎな
13 いものであり、その行為と思想には関係がないものであるから、
14 思想・良心の自由の侵害はないと反論する。

15 3 私は、思想・良心の自由の侵害はないと考える。謝罪文を朗読
16 する行為と、謝罪の意思を持たせることは関連があるようにも思
17 えるが、事実上の関連があるにすぎず、被告の主張の通りある思
18 想を強制するものではないからである。

第3 処分2の憲法21条違反の点について

20 1 原告は、処分2の根拠となる、除名処分を定めた地方自治法1
21 35条1項4号が、議員の活動の前提となる表現の自由（憲法2
22 1条）を萎縮させるものとして、同条違反と主張することが考え

P.3 られる。出席停止（地方自治法135条1項3号）までの処分と
2 異なり、市教委における発言が完全に不可能となり、表現が不可

- 3 能となるためである。
- 4 2 これに対して被告は、表現の自由は一定の場合には公共の福祉
5 による制限を受けるものであり、本件はこの制限されるべき場合
6 にあたり、原告のいう憲法21条違反はないと反論することが考
7 えられる。
- 8 3 私は、原告のいう憲法21条違反はないと考える。表現の自由
9 はあらゆる場合に絶対不可侵のものではなく、公共の福祉による
10 内在的な制約が存在すると考える。公共の福祉は、権利同士が衝
11 突したときに調整する機能を指し、全ての憲法上の権利・自由に
12 存在し、本件のようにDの名誉（憲法13条後段による保護がな
13 される）と衝突した際に、除名処分のような表現の自由の制約と
14 なる処分がなされること自体はやむを得ないことである。
- 15 4 原告は、処分2自体が法令違憲とにならないとしても、自分に適
16 用されることが違憲である旨主張することが考えられる。地方自
17 治法135条1項は4つの懲罰を定めており、出席停止を通り越
18 してもっとも重い除名処分を行うことは裁量を逸脱した行為であ
19 ることを根拠とする。
- 20 5 これに対し被告は、議会に広い裁量が存在することを理由に除
21 名処分をすることは裁量の範囲内で適法である旨反論しうる。同
22 法134条1項は「懲罰を課することができる。」という文言とな
P.4 っていることや、その懲罰の内容については議会による民主的
2 コントロールがなされていることから、裁量が広く、またその議
3 場整理についてはその裁量内にあることが想定されていることが
4 根拠となる。
- 5 6 私は、原告のいう裁量逸脱はないと考える。被告主張の通り、
6 裁量内の行為である。手続違反も存在しない。
- 7 第4 結論
8 以上より、原告の主張は認められない。
9
- 以 上