

司法試験

論文過去問

再現答案徹底解析

平成

23年度



れっく LEC 東京リーガルマインド 編著

は し が き

司法試験は、2012年（平成23年）5月で6回目の実施となりました。試験時間が「2問で4時間」ではなく「1問2時間」に区切って実施されるようになり、時間配分の巧拙による得点の違いは生じにくくなりました。出題形式・傾向もほぼ固まりつつあるので、対策は立てやすくなっています。

もっとも、合格者数は2000名を少し超える程度にとどまっており、合格率も23.5%と4人に1人しか合格できない試験となっています。また、法科大学院修了直後の合格率が最も高く、修了後に受験回避をした人や2回目・3回目受験の合格率はかなり低くなっています。旧司法試験と比較すると、暗記的要素が少ないので、受験期間が長くなるのが有利に働きません。問題文中の誘導・ヒントを上手く使って、具体的な事情を拾い上げ、法的に評価していくことが要求されています。しかも、2013年からは予備試験ルートでの受験生が新規に参入します。ここ2、3年は予備試験ルートの受験生の人数はそれほど多くなると予想されますが、長期的には、ますます厳しい競争となっていきます。

司法試験合格の秘訣として、「条文から考える姿勢」「基本的知識の理解からスタートして、具体的な事情を踏まえて応用していく流れのある答案」といったことが言われます。しかし、これらは「言うは易し、行なうは難き」です。そこで、再現答案を比較検討することが重要となります。本書は、平成23年度司法試験の論文式試験の必須科目全7問について、それぞれ、LEC作成の答案例1通、再現答案6通を掲載いたしました。6通のうち、5通は上位・中位・ボーダーの合格者からバランスよく選び出し、残り1通は不合格者の再現答案を選びました。不合格者のものと比較検討することによって、「絶対に犯してはいけないミス」や「絶対に落としてはいけない論点・検討事項」が具体的にわかります。

その年の受験生の出来・不出来を具体的に知るためには「採点実感等」や「ヒアリング」の読み込みが必要となりますが、問題作成者・採点官が想定している「ここまでは出来て欲しい」という水準を知るためには「出題趣旨」の分析で十分です。本書では、「出題趣旨」と再現答案6通の分析を基に、採点の目安等を作成し、掲載しています。司法試験は論文で半分の点数を獲得できれば、優に合格ラインに入る試験です。完璧を目指す必要はありません。「ここだけは押さえる」という点を認識し、具体的な事情の検討を大事にする答案スタイルを確立すれば、合格はすぐ目の前です。

本書をご活用いただくことにより、皆様が必ずや司法試験に合格されるものと確信いたしております。

2011年12月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC総合研究所 司法試験部

本書の効果的活用法

公法系 第1問 憲法

公法系2問・民事系3問・刑事系2問の計7問を問題ごとに区切って掲載しています。

新司法試験論文式問題を本試験と可能な限り同じ形式で掲載しています。答案作成練習にご活用下さい。

問題文

(配点：100)

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能にサービスを提供している。ユーザーが地図上の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のカメラ画像（以下「Z機能画像」という。）に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後（地上約4メートル）の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周（水平方向360度、上下方向290度）を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の扉を越えた高さから撮影するで、壁にいたり人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定し得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測される。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、各社は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を個人に周知する措置を採っていない。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、各社は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰も見ることのできるものである、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特にX社は、以下のように、より積極的にZ機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを来歴に歩いている感覚で画像を見ることができると、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が違法広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

ところで、Z機能画像をめぐるのは、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道であっても、その場所にいることやその行動を知られたいくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティックバイオレンスからの保護施設など、公開されたい画像も大量に含まれている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、該当等の課題になるのではないかと案ずるもいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者による二次的利用が、頻りに見られるようになっている。

このうち、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。2008年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した【参考】。法は、システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届出することを求めている（法第6条第

LEC 東京リガルマインド 司法試験 論文過去問 再現答案徹底解説 平成23年度

2

出題趣旨（公法系 第1問）

今年の問題でも、「問題」に基づく抽象的、概念的、定型的記述ではなく、問題に即した憲法上の理論的考察力、そして事案に即した個別的・具体的考察力を見ることを主眼としている。

問題を解くに当たって、問題文を注意深く読むことが必要である。議論を不必要に拡散しないように、問題文の中にメッセージが書かれている。例えば、「行政手続法の定める手続に従って」中止命令が出されたことは、手続上の問題は存在しないことを示している。

設問1は、まず、X社が個人を撮影する場合の訴訟類型を尋ねている。訴訟上の問題を論議する必要はなく、提起する訴訟類型を簡潔に記述すればよい。

法令違憲の主張に関しては、何でも書けばよいのではない。憲法の論文式問題において登場する弁護士は重要な憲法判例や主要な学説を知っている、と想定している。したがって、憲法論として到底認められないような主張を書くのは、全く不適切である。一定の筋の通った憲法上の主張を、十分に論述する必要がある。例えば、本問では、趣旨が問題になることはない。あるいは、本問の法律で、「個人の権利利益を侵害おそれ」等の文言の明確性が、一般的な問題になるわけではない。本問で明確性を問題にするとは、「生活ぶりがうかがえるような画像」が「個人権利利益侵害情報」に含まれるのか否かが明確ではない、という点である。また、本問において、X社はユーザーの「知る権利」侵害を理由として違法性を主張するが、不適切であり、不十分でもある。まず、ここで「知る権利」と記すことが、「知る権利」に関する理解が不十分であることを示している。X社の提供する情報は、政治に有効に参加するために必要な情報ではないし、政府情報等の公開が問題となっているわけでもない。さらに、ユーザーは不特定多数の第三者であるので、特定の第三者に関する判例にX社がユーザーの「知る自由」を理由に違法主張をできるとするのは、不適切であり、不十分である。そもそも「知る自由」は、他者の私生活をのぞき見る自由を意味しない。

法令違憲に関して本問で問題となるのは、実体的権利の制約の合憲性である。この点で本問における核心的問題は、肖像権やプライバシーを護るために制約されている憲法上の権利は何か、である。確かに、本問の法律によってX社は、営業の自由も制約される。とりわけ国家賠償請求も提起するならば、経済的損失に関わる営業の自由への制約の違憲性を主張することが理論的に誤っていないといえない。しかし、本問でその合憲性が争われる法律は、消可制を採るものではない。そして、営業の自由とプライバシーの権利との比較衡量において、前者が優位であることを裁得力を持って論証することは、容易ではない。この点では、言わば「憲法訴訟」感覚が問われているといえるであろう。

したがって、X社側としては、表現の自由の制約と主張することになる。それに関して検討すべきことは、憲法第21条第1項が保障する権利の「領域」「範囲」ではない。憲法上、表現の自由の保障「領域」「範囲」があらかじめ限定されているわけではない。問われているのは、表現の自由の内容をどのように把握するかである。本問の地図検索システムは、X社の思想や意見を外部に伝達するものとはいえない。そこで、当該システムを表現の自由として位置付けようとする、表現の自由の権利内容の新たな構築が必要となる。つまり、自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由である。本問における判断枠組みに関する最大

法務省発表の出題趣旨を問題文の直後に掲載することにより、答案作成後すぐに、何を論じるべきであったかを確認することができるようにしました。

LEC 東京リガルマインド 司法試験 論文過去問 再現答案徹底解説 平成23年度

8

設問の形式と時間配分

(設問形式について)

公法系第1問は、設問1で人権侵害を主張する原告の立場になって、憲法上の問題点を指摘させ、設問2では、設問1で挙げた問題点ごとに、「あなた自身の見解」を、被告側の反論を想定しつつ述べる、という形式であり、例年と全く同じでした。

設問1において、「どのような訴訟を提起するか」と問われていて、中止命令の取消、又は中止命令の違憲性(違法性)を前提に国家賠償請求訴訟を提起するか、と答える点は、若干、行政法との融合を感じますが、中身で書くべきことは、専ら憲法上の問題です。

この設問形式においては、設問1で論点落としてしまおうと、設問2の論証も不十分なものとなってしまおうと、事前の答案構成をしっかりと行う必要があります。

(時間配分について)

資料として、X社が改善勧告・中止命令を受けた根拠となる法律が掲載されています。2ページと少し、という分量は例年通りです。

事案は、いわゆるストリートビューが題材になっていると考えられ、プライバシー侵害の事案として馴染みのあるものであるため、問題文の読解にはあまり時間がかからなかったでしょう。ただ、答案構成には時間がかったことと思います。X社が主張すべき人権として、営業の自由を主張するだけではなく、勝ち目がなくなってしまいうからです。

前述のように、設問1で論点落としてしまうわけにいかないため、答案構成に比較的時間をかけてよいです。答案構成に40分くらい使って、答案構成は、設問1で20分、設問2で55分、最後の見直しに5分、といった時間配分が適当でしょう。

設問形式の分析及び時間配分の注意点を示しました。

LEC 専任講師が、合格レベル答案に達するために求められる論述内容を詳細に解説しました。法務省発表の出題趣旨との対照により、多面的な問題分析が可能です。

合格答案のポイント

合格答案のポイント

(設問1について)

インターネットが絡む問題として、2008年度の公法系第1問(フィルタリングソフトの搭載に関する問題)が思い出されます。2008年度の問題は、送り手の表現の自由の制約のように見えて、実は受け手の権利(知る権利)の制約も論じなければならない、という高度な問題でした。しかし、本問では、X社を冤名人とする特定個人情報検索システム提供の中止命令が出されている事案であるので、直感的に、X社(冤名者)側の表現の自由の問題として論ずればよいでしょう。

また、昨年(2010年)度の公法系第1問は、ホームレスの生活保護や選挙権の保障に関する問題でしたが、生活保護法や公職選挙法の法令違憲を論じることは想定されていませんでした。これに対し、今年の問題は、まずは「特定個人情報検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」がX社の人権を不当に侵害するとして違憲ではないか、という法令違憲を論じたいうえで、「既に合憲であるとしても」適用違憲にならないか、という二段階で論じていくべきです。法令違憲と適用違憲を分けて論述することを心がけましょう。

X社側が訴訟を提起する場合の訴訟類型については、X社としては、特定個人情報検索システム提供の中止命令を取り消してもらって、画像提供を再開したい、という希望を持っているようから、中止命令という処分取消訴訟を提起します。処分性の意義、原告適格・被告適格などの訴訟上の問題点を論じる必要はありません。

X社がZ機能画像を提供している行為は、思想や意見を外部へ発表するものではありません。そこで、表現の自由の権利内容のように構築するのが問題となります。この点、国民の「知る権利」に奉仕するとして保障される「報道の自由」に関する論述を応用した方が多いと思われます。しかし、報道の自由の場合には、民主主義の発展に資するという「自己統治の価値」がありますが、本件のZ機能画像には政治的意見の形成に役立つ情報は一切含まれていません。公道上で撮影した画像をインターネット上で提供することが、どのような権利を意味するのか、自分なりに現場思考で理由付けを考える必要があります。ちなみに、法務省発表の出題の趣旨では、「自由な情報の流れを保障する権利」としての表現の自由と位置付けています。

次に、法のどの条項が違憲かを指摘する必要があります。まず、明確性の問題として、「生活ぶり」がうかがえるような画像」が、法2条6号の「個人権利利益侵害情報」に該当するの不明確であると主張することが考えられます。また、法8条3項がけで「匿名が見えることのできる」画像であるから、そもそも規制する必要がなく、同条項は憲法であると主張することが考えられます。適用違憲も主張するため、両方ではなく、いずれかを主張するのが妥当でしょう。

なお、X社の営業の自由への侵害も理論的には主張できますが、本件ではプライバシー侵害が問題となっているため、経済的的自由権がプライバシー保護に優位することを説得的に論述することは困難です。

適用違憲(中止命令の違憲性)を論じる場面では、家の中の様子など「生活ぶり」がうかがえるような画像が「個人権利利益侵害情報」(法2条6号)に該当しないにもかかわらず、A大臣は中止命令(法

答案構成 (公法系 第1問)

第1 設問1について

1 提起すべき訴訟

- (1) A大臣の中止命令(本件中止命令)の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)
- (2) 本件中止命令によって生じた損害の賠償を請求する国家賠償請求訴訟(国家賠償法1条3項)

2 法令違憲の主張

- (1) インターネットの普及と様々な情報が世界中を流通し、誰でも閲覧可能
 - ↓
 - 自ら情報を発信し、それを流通させる自由=自己実現の価値
 - ↓
 - 表現の自由には、「情報を自由に流通させる権利」が含まれる。
- (2) 「個人権利利益侵害情報」(法2条6号)の流通は法7条2号、3号によって制限。
 - ↓
 - X社の「情報を自由に流通させる権利」に対する制約。
- (3) 表現の自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制約に服する(憲法13条後段)。
 - ↓
 - 不明確な条文は萎縮的効果が生じる→必要かつ合理的な制約ではない。
 - ↓
 - 文言が明確か否か：通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為が規制対象に含まれるかを判断できる基準が法文から読み取れるか否かによって判断。
- (4) Z機能画像=生活ぶりうかがえるような画像を包含。
 - ↓
 - 生活ぶりうかがえるような画像が、「公にすることにより、個人の権利利益を害するおそれのあるもの」(法2条6号)に該当→当該画像をそのまま流通させること不可(法7条2号、3号)。
 - ↓
 - 通常の判断能力を有する一般人にとって、生活ぶりうかがえるような画像が、「公にすることにより、個人の権利利益を害するおそれのあるもの」にあたるか否かの判断基準が読み取れるか。
 - ↓
 - 生活ぶりうかがえることが、そのまま個人の権利利益を侵害することに直結するわけではない→一般人にとって判断基準を読み取るとは困難。

全ての問題で答案構成を作成しました。合格レベル答案の骨格をイメージしてください。

優秀レベルの答案 (公法系第1問)

第1 設問 1

1 提起すべき訴訟

X社は、A大臣の中止命令（以下「本件中止命令」という。）の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）及び本件中止命令によって生じた損害の賠償を請求する国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項）を提起することが考えられる。

2 法令達の要案

(1) X社は、本件中止命令の根拠法である法2条6号が、X社の「情報を自由に流通させる権利」を侵害していることを主張することが考えられる。

そこで、以下、詳しく述べる。

(2) 憲法21条1項が保障する表現の自由には、自己実現の価値が含まれるところ、インターネットが普及し、様々な情報が世界中を流通し、誰でも閲覧することができる現代社会においては、自ら情報を発信し、それを流通させる自由は、自己実現の価値を有するといえる。したがって、憲法21条1項が保障する表現の自由には、「情報を自由に流通させる権利」が含まれる。

(3) 法2条6号で定義されている「個人権利利益投資情報」を流通させることは、法7条2号、3号によって制限されている。これは、X社の「情報を自由に流通させる権利」に対する制約である。

(4) 表現の自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制約に限る（憲法13条9段）。

しかし、制約の根拠となる法令の文言は明確でなければならない。不明確な文言の場合、国民の側で自己の行為が制約されるか否かが判断できず、萎縮的效果が生じるため、必要かつ合理的な制約とはいえない。

そして、文言が明確か否かは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為が規制対象に含まれるかを判断できる基準が法文から読み取れるか否かによって判断される。

(5) Z機関画像には、生活ぶりうかがえるような画像が含まれて

各問題に LEC 作成の優秀レベルの答案を掲載しました。合格者の再現答案も掲載しております。再現答案にはサイドコメントを付し、答案の優れている点・改善すべき点を記載しています。

再現答案 (公法系第1問 Aさん：70番台) 合格

第1 設問 1

1 自己の画像掲載の自由に対する法令違反

Xは、家の中の様子など生活ぶりを伺えるような画像を掲載したところ、数件の申立てに応じて画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされ、従わなかったために中止命令をうけたことから、取消訴訟（行政訴訟法3条2項）を提起し、命令が自己の画像掲載の自由を侵害するものとして、主張することが考えられる。

(1) 自己が公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネット上に公開することによって、ユーザーが現場まで行かず情報確認できたり、誘引広告に数えきれない等の利益を提供し、ひいては会社の発展に資する。したがって、会社自身の向上につながるものであって、自己実現といえる点で憲法21条1項の保障が及ぶ。

(2) そして、中止命令（法8条3項）により、自己が掲載した画像が削除されない結果、適切に利用者に情報提供が出来なくなる点で自己実現の妨げることになるから、同自由は制約されている。

(3) ア 制約は必要最小限でなくてはならない（憲法12条、13条）。そして、同自由が会社自身にとどまらず、ユーザー等の第三者の利益にも資する等社会的意義が大きい点で重要な性質を有すること、一定の掲載内容の修正を求める点で内容規制として恣意性の虞があること、中止命令には公表に伴い（法8条4項）、信頼の上に成り立つ現代社会において、それによって社会的信頼を失うといった重大な不利益を被るから、必要最小限度か否かは、①達成する利益が必要不可欠なものであること、②目的達成のために必要最小限の手段が用いられていること、を充足するか否かによって判断する。

イ 本題をみると、法は、国民生活の安全と平穏の確保に資することを目的としているが、抽象的公益にすぎず、会社の自由を制約するだけの不可欠な利益とはいえない。假に必要不可欠な利益であるとしても、中止命令に伴い公表がなされるという手段は、中止命令がなされればユーザーが当該会社の情報を利用できなくなることで、国民生活の安全と平穏が直接確保されるこ

もう少し論議に述べた方がよい

表現の自由の保護範囲に入ることを問題文の事情を援げて具体的に論じている
主語がない。何が表現の自由によって保護されるのか不明確
法8条3項の違憲性が問題であることを指摘している

本件における情報の特殊性と規制目的及び規制の程度を検討することによって、違憲審査基準を導き導き示されているが、あてはめを先取りしているとの印象を受ける

対立利益の要保属性性について原告の立場から触れられている

論点一覧

- 1 提起すべき訴訟の選択
- 2 表現の自由の内容
- 3 表現の自由とプライバシーの自由の調整
- 4 適用法条

論ずべき点を抽出し、論点一覧として掲載しました。

出題趣旨や再現答案の分析を基に論ずべき点を採点の目安として作成しました。

それぞれの再現答案がどの程度採点の目安として掲げた箇所に触れているかについて、記号を使い一覧としました。受験生全体のレベルを把握するためにお使いください。

採点の目安及び再現者指摘一覧

● この「採点の目安」は、法務省発表の出題趣旨に基づき、しどろもどろに解した結果、疑念の間に書かれたと思われる箇所を指摘したものです。
 ● この記号は「指摘」ではなく、答案において、各受験生がその論点について触れている割合を示す「○」「△」「△」の形で示すものです。採り上げられている各項目につき、どのくらい充実した論述がなされているのかを示すものではありません。

採点の目安及び再現者指摘一覧

公法系 第1問		採点の目安及び再現者指摘一覧						
		順位	Aさんの答案 70 番台	Bさんの答案 400 番台	Cさんの答案 900 番台	Dさんの答案 1700 番台	Eさんの答案 1900 番台	Fさんの答案 2700 番台
第1 設問1について		第1 設問1について						
1 既述する論点	(1) 本件で争点となる権利の性質 ・ 差支を指摘していること (2) 国家賠償請求権の成立 ・ 中止命令によって生じた損害の賠償を請求すること ・ 国家の自由裁量行為との関係で論じていないこと ・ 差支を指摘していること	△	△	△	△	○	○	△
2 法外差の主張	(1) 憲法上の権利 ・ 本問で争点されたX社の憲法上の権利は、表現の自由であること ・ 本問で問題となっている表現の自由は、「言論を自由に流通させる権利」であること (2) 権利侵害 ・ 法のゆえなる部分が権利を侵害しているのか具体的に指摘していること (3) 違憲論旨 ・ 判例を基盤に、認められる可能性のある論述であること ・ 判例文の具体的な事実を踏まえ、主張であること（一般論に終結した主張ではないこと）	△	○	○	○	○	○	△
3 憲法違反の主張	(1) 本件で争点となる権利 ・ 憲法第21条の表現の自由に関与する権利であること ・ 憲法第21条の表現の自由は、「生活の自由が保障される権利」であること (2) 法2条第1項第1号 ・ 生活の自由が保障される権利は、法2条第1号の「個人権利利益経済活動」に該当しないことを指摘している事実を具体的に指摘していること	△	○	○	△	△	△	△
第2 設問2について		第2 設問2について						
1 法外差の主張	(1) 反論 ・ 判例を基盤に、認められる可能性のある論述であること ・ 判例文の具体的な事実に基づき主張であること（一般論に終結した主張ではないこと） (2) 見解 ・ 自己独自の理由付けに基づく見解である（原告、被告の主張の優劣を押し付けること） ・ 表現の自由とプライバシーの権利との関係について、判例文の事実に基づいて論理的・具体的に述べていること	△	○	○	○	○	○	△
2 憲法違反の主張	(1) 反論 ・ 生活の自由が保障される権利は、法2条第1号の「個人権利利益経済活動」に該当することを指摘している事実を具体的に指摘していること (2) 見解 ・ 自己独自の理由付けに基づく見解である（原告、被告の主張の優劣を押し付けること） ・ 生活の自由が保障される権利は、法2条第1号の「個人権利利益経済活動」に該当しないことを指摘している事実を具体的に指摘していること ・ 生活の自由が保障される権利は、インターネットに公開されていることの問題性について具体的に言及していること	△	○	△	○	○	○	△

目次

公法系

第1問	憲法	1
	問題文	2
	出題趣旨	8
	設問の形式と時間配分	10
	事実関係整理表	11
	論点一覧	12
	合格答案のポイント	13
	答案構成	16
	優秀レベルの答案	20
	再現答案	26
	採点の目安及び再現者指摘一覧	58
第2問	行政法	61
	問題文	62
	出題趣旨	72
	設問の形式と時間配分	74
	事実関係整理表	75
	論点一覧	76
	合格答案のポイント	77
	答案構成	82
	優秀レベルの答案	88
	再現答案	94
	採点の目安及び再現者指摘一覧	126

民事系

第1問	民法	131
	問題文	132
	出題趣旨	136
	設問の形式と時間配分	140
	事実関係整理表	141
	論点一覧	143
	合格答案のポイント	144
	答案構成	150
	優秀レベルの答案	156
	再現答案	162
	採点の目安及び再現者指摘一覧	194
第2問	商法	199
	問題文	200
	出題趣旨	204
	設問の形式と時間配分	206
	事実関係整理表	207
	論点一覧	208
	合格答案のポイント	209
	答案構成	212
	優秀レベルの答案	218
	再現答案	224
	採点の目安及び再現者指摘一覧	252

第3問	民事訴訟法	257
	問題文	258
	出題趣旨	264
	設問の形式と時間配分	267
	事実関係整理表	268
	論点一覧	269
	合格答案のポイント	270
	答案構成	276
	優秀レベルの答案	282
	再現答案	288
	採点の目安及び再現者指摘一覧	312

刑事系

第1問	刑法	317
	問題文	318
	出題趣旨	322
	設問の形式と時間配分	325
	事実関係整理表	326
	論点一覧	328
	合格答案のポイント	329
	答案構成	336
	優秀レベルの答案	342
	再現答案	348
	採点の目安及び再現者指摘一覧	382
第2問	刑事訴訟法	389
	問題文	390
	出題趣旨	398

設問の形式と時間配分	401
事実関係整理表	402
論点一覧	404
合格答案のポイント	405
答案構成	414
優秀レベルの答案	420
再現答案	426
採点の目安及び再現者指摘一覧	460

公法系

第 1 問 憲法

問題文

(配点：100)

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図上の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像（以下「Z機能画像」という。）に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後（地上約4メートル）の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周（水平方向360度、上下方向290度）を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の塀を越えた高さから撮影するので、庭にいる人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特にX社は、以下のように、より積極的にZ機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

ところで、Z機能画像をめぐるのは、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者による二次の利用が、頻繁に見られるようになっている。

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。

20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した【参考資料】。法は、システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出ることを求めている（法第6条参

照)。また、法は、システム提供者が遵守すべき事項を規定している（法第7条参照）。A大臣は、Z機能画像の提供によって被害を受けた者からの申立てがあったときは、法に定める手続に従って被害の回復のための措置を講じることとされている（法第8条参照）。

法が制定されてから、多くの会社は、法の定める遵守事項を守り、また個別の苦情に応じて必要な修正を施している。X社も、人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報と車のナンバープレートについてはマスキングを施し、車載カメラの高さも法が定める高さに改めた。しかし、X社は、家の中の様子など生活ぶりがかがえるような画像については、法で具体的に明記されていないとして、修正しなかった。数件の申立てに応じて、X社に対して、そのような画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされた。しかし、X社は、それらの修正を行わなかった。その結果、X社は、A大臣から、行政手続法の定める手続に従って、特定地図検索システムの提供の中止命令を受けた。

〔設問1〕

あなたがX社から依頼を受けた弁護士である場合、どのような訴訟を提起するか。そして、その訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

出題趣旨 (公法系 第1問)

今年の問題でも、「暗記」に基づく抽象的、観念的、定型的記述ではなく、問題に即した憲法上の理論的考察力、そして事案に即した個別的・具体的考察力を見ることを主眼としている。

問題を解くに当たって、問題文を注意深く読むことが必要である。議論が不必要に拡散しないように、問題文の中にメッセージが書かれている。例えば、「行政手続法の定める手続に従って」中止命令が出されたことは、手続上の問題は存在しないことを示している。

設問1は、まず、X社側が訴えを提起する場合の訴訟類型を尋ねている。訴訟法上の問題を詳論する必要はなく、提起する訴訟類型を簡潔に記述すればよい。

法令違憲の主張に関しては、何でも書けばよいのではない。憲法の論文式問題において登場する弁護士は重要な憲法判例や主要な学説を知っている、と想定している。したがって、憲法論として到底認められないような主張を書くのは、全く不適切である。一定の筋の通った憲法上の主張を、十分に論述する必要がある。例えば、本問では、検閲が問題になることはない。あるいは、本問の法律で、「個人の権利利益を害するおそれ」等の文言の明確性が、一般的に問題になるわけではない。本問で明確性を問題にするとすれば、「生活ぶりがうかがえるような画像」が「個人情報利益侵害情報」に含まれるのか否かが明確ではない、という点である。また、本問において、X社はユーザーの「知る権利」侵害を理由として違憲主張できるとするのは、不適切であり、不十分でもある。まず、ここで「知る権利」と記すことが、「知る権利」に関する理解が不十分なものであることを示している。X社の提供する情報は、政治に有効に参加するために必要な情報ではないし、政府情報等の公開が問題となっているわけでもない。さらに、ユーザーは不特定多数の第三者であるので、特定の第三者に関する判例を根拠にX社がユーザーの「知る自由」を理由に違憲主張できるとするのは、不適切であり、不十分である。そもそも「知る自由」は、他者の私生活をのぞき見る自由を意味しない。

法令違憲に関して本問で問題となるのは、実体的権利の制約の合憲性である。この点での本問における核心的問題は、肖像権やプライバシーを護るために制約されている憲法上の権利は何か、である。確かに、本問の法律によってX社は、営業の自由も制約される。とりわけ国家賠償請求訴訟も提起するならば、経済的損失に関わる営業の自由への制約の違憲性・違法性を主張することが理論的に誤っているとはいえない。しかし、本問でその合憲性が争われる法律は、許可制を採用のものではない。そして、営業の自由とプライバシーの権利との比較衡量において、前者が優位することを説得力を持って論証することは、容易ではない。この点では、言わば「憲法訴訟」感覚が問われているといえるであろう。

したがって、X社側としては、表現の自由の制約と主張することになる。それに関して検討すべきことは、憲法第21条第1項が保障する権利の「領域」・「範囲」ではない。憲法上、表現の自由の保障「領域」・「範囲」があらかじめ確定しているわけではない。問われているのは、表現の自由の内容をどのように把握するか、である。本問の地図検索システムは、X社の思想や意見を外部に伝達するものとはいえない。そこで、当該システムを表現の自由として位置付けようとする、表現の自由の権利内容の新たな構築が必要となる。つまり、自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由である。本問における判断枠組みに関する最大

設問の形式と時間配分

(設問形式について)

公法系第1問は、設問1で人権侵害を主張する原告の立場に立って、憲法上の問題点を指摘させ、設問2では、設問1で挙げた問題点ごとに、「あなた自身の見解」を、被告側の反論を想定しつつ述べる、という形式であり、例年と全く同じでした。

設問1において、「どのような訴訟を提起するか」と問われていて、中止命令の取消訴訟及び中止命令の違憲性(違法性)を前提に国家賠償請求訴訟を提起する、と答える点は、若干、行政法との融合を感じますが、中身で書くべきことは、専ら憲法上の問題です。

この設問形式においては、設問1で論点落としをしてしまうと、設問2の論証も不十分なものになってしまうので、事前の答案構成をしっかりと行う必要があります。

(時間配分について)

資料として、X社が改善勧告・中止命令を受けた根拠となる法律が掲載されています。2ページと少し、という分量は例年通りです。

事案は、いわゆるストリートビューが題材になっていると考えられ、プライバシー侵害の事案として馴染みのあるものであるため、問題文の読解にはあまり時間がかからなかったでしょう。ただ、答案構成には時間がかかったことと思います。X社が主張すべき人権として、営業の自由を主張するだけでは、勝ち目がなくなってしまうからです。

前述のように、設問1で論点落としをするわけにいかないため、答案構成に比較的時間をかけてよいです。答案構成に40分くらい使って、答案作成は、設問1で20分、設問2で55分、最後の見直しに5分、といった時間配分が適当でしょう。

事実関係整理表

〈主な登場人物〉

<p>X社</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ インターネット上で地図を提供している会社（システム提供者） ・ Z機能画像（路上風景のパノラマ画像）を提供 ・ Z機能画像とは、公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後（地上約4メートル）の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周（水平方向360度、上下方向290度）を撮影した画像 ・ X社は、人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報と車のナンバープレートについてはマスキングを施し、車載カメラの高さも法定（地上から1メートル60センチメートルを超えない）の高さに改定 ・ 家の中の様子など「生活ぶりがうかがえるような画像」は無修正
<p>A大臣</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ A省の大臣 ・ 特定地図検索システムによる情報の提供により被害を受けた者から申立てがあったときに、被害回復に必要な措置を被害回復委員会に諮問 ・ 被害回復委員会からの答申を受け、システム提供者に対し、被害回復措置の勧告、特定地図検索システムの提供の中止を命ずる権限あり
<p>被害回復委員会</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ A省内に設置された法定の委員会 ・ 委員はA大臣が任命 ・ A大臣からの諮問に応じて調査審議し、A大臣に対して答申 ・ 特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害防止及び回復のために国が講ずべき施策について、A大臣に意見具申

〈時系列〉

<p>A大臣</p> <p>X社</p> <p>A大臣</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ X社の「生活ぶりがうかがえるような画像」に関して、数件の申立てあり <li style="text-align: center;">↓ ・ 申立てに応じ、X社に対して修正を求める改善勧告 <li style="text-align: center;">↓ ・ 修正せず <li style="text-align: center;">↓ ・ 行政手続法の定める手続に従って、特定地図検索システムの提供の中止命令
---------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

論点一覧

- 1 提起すべき訴訟の選択
- 2 表現の自由の内容
- 3 表現の自由とプライバシーの自由の調整
- 4 適用違憲

合格答案のポイント

(設問1について)

インターネットが絡む問題として、2008年度の公法系第1問(フィルタリング・ソフトの搭載に関する問題)が思い出されます。2008年度の問題は、送り手の表現の自由の制約のように見えて、実は受け手の権利(知る権利)の制約も論じなければならない、という高度な問題でした。しかし、本問では、X社を名宛人とする特定地図検索システム提供の中止命令が出されている事案であるので、素直に、X社(発信者)側の表現の自由の問題として論ずればよいでしょう。

また、昨年(2010年)度の公法系第1問は、ホームレスの生活保護や選挙権の保障に関する問題でしたが、生活保護法や公職選挙法の法令違憲を論じることは想定されていませんでした。これに対し、今年の問題は、まずは「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」がX社の人権を不当に侵害するものとして違憲ではないか、という法令違憲を論じたうえで、「仮に合憲であるとしても」適用違憲にならないか、という二段階で論じていくべきです。法令違憲と適用違憲を分けて論述することを心掛けましょう。

X社側が訴えを提起する場合の訴訟類型については、X社としては、特定地図検索システム提供の中止命令を取り消してもらって、画像提供を再開したい、という希望を持っているでしょうから、中止命令という処分取消訴訟を提起します。処分性の意義、原告適格・被告適格などの訴訟法上の問題点を論じる必要はありません。

X社がZ機能画像を提供している行為は、思想や意見を外部へ発表するものではありません。そこで、表現の自由の権利内容をどのように構築するのが問題となります。この点、国民の「知る権利」に奉仕するとして保障される「報道の自由」に関する論述を応用した方が多いと思われます。しかし、報道の自由の場合には、民主主義の発展に資するという「自己統治の価値」がありますが、本件のZ機能画像には政治的意見の形成に役立つ情報は一切含まれていません。公道上で撮影した画像をインターネット上で提供することが、どのような権利を意味するのか、自分なりに現場思考で理由付けを考える必要があります。ちなみに、法務省発表の出題の趣旨では、「自由な情報の流れを保障する権利」としての表現の自由と位置付けています。

次に、法のどの条項が違憲かを指摘する必要があります。まず、明確性の問題として、「生活ぶりがうかがえるような画像」が、法2条6号の「個人権利利益侵害情報」に該当するのか不明確であると主張することが考えられます。また、法8条3項が中止命令の根拠規定ですが、X社としては、Z機能画像は「公道から見えているものを映しているだけ」で「誰もが見ることのできる」画像であるから、そもそも規制する必要がなく、同条項は違憲であると主張することが考えられます。適用違憲も主張するため、両方ではなく、いずれかを主張するのが妥当でしょう。

なお、X社の営業の自由への侵害も理論的には主張できますが、本件ではプライバシー保護が問題となっているため、経済的自由権がプライバシー保護に優位することを説得的に論述することは困難です。

適用違憲(中止命令の違憲性)を論じる場面では、家の中の様子など「生活ぶりがうかがえるような画像」が「個人権利利益侵害情報」(法2⑥)に該当しないにもかかわらず、A大臣は中止命令(法

答案構成 (公法系 第1問)

第1 設問1について

1 提起すべき訴訟

- (1) A大臣の中止命令(本件中止命令)の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)
- (2) 本件中止命令によって生じた損害の賠償を請求する国家賠償請求訴訟(国家賠償法1条1項)

2 法令違憲の主張

- (1) インターネットの普及→様々な情報が世界中を流通し、誰でも閲覧可能
↓
自ら情報を発信し、それを流通させる自由=自己実現の価値
↓
表現の自由には、「情報を自由に流通させる権利」が含まれる。
- (2) 「個人権利利益侵害情報」(法2条6号)の流通は法7条2号、3号によって制限。
↓
X社の「情報を自由に流通させる権利」に対する制約。
- (3) 表現の自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制約に服する(憲法13条後段)。
↓
不明確な条文は萎縮的效果が生じる→必要かつ合理的な制約ではない。
↓
文言が明確か否か：通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為が規制対象に含まれるかを判断できる基準が法文から読み取れるか否かによって判断。
- (4) Z機能画像=生活ぶりがうかがえるような画像を包含。
↓
生活ぶりがうかがえるような画像が、「公にすることにより、個人の権利利益を害するおそれのあるもの」(法2条6号)に該当→当該画像をそのまま流通させることは不可(法7条2号、3号)。
↓
通常の判断能力を有する一般人にとって、生活ぶりがうかがえるような画像が、「公にすることにより、個人の権利利益を害するおそれのあるもの」にあたるか否かの判断基準が読み取れるか。
↓
生活ぶりがうかがわれることが、そのまま個人の権利利益を侵害することに直結するわけではない→一般人にとって判断基準を読み取ることは困難。

第1 設問1

1 提起すべき訴訟

X社は、A大臣の中止命令（以下「本件中止命令」という。）の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）及び本件中止命令によって生じた損害の賠償を請求する国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項）を提起することが考えられる。

2 法令違憲の主張

(1) X社は、本件中止命令の根拠法である法2条6号が、X社の「情報を自由に流通させる権利」を侵害していると主張することが考えられる。

そこで、以下、詳しく述べる。

(2) 憲法21条1項が保障する表現の自由には、自己実現の価値が含まれるところ、インターネットが普及し、様々な情報が世界中を流通し、誰でも閲覧することができる現代社会においては、自ら情報を発信し、それを流通させる自由は、自己実現の価値を有するといえる。したがって、憲法21条1項が保障する表現の自由には、「情報を自由に流通させる権利」が含まれる。

(3) 法2条6号で定義されている「個人権利利益侵害情報」を流通させることは、法7条2号、3号によって制限されている。これは、X社の「情報を自由に流通させる権利」に対する制約である。

(4) 表現の自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制約に服する（憲法13条後段）。

しかし、制約の根拠となる法令の文言は明確でなければならない、不明確な文言の場合、国民の側で自己の行為が制約されるか否かが判断できず、萎縮的效果が生じるため、必要かつ合理的な制約とはいえない。

そして、文言が明確か否かは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為が規制対象に含まれるかを判断できる基準が法文から読み取れるか否かによって判断される。

(5) Z機能画像には、生活ぶりがうかがえるような画像が含まれて

再現答案 (公法系第1問 Aさん:70番台)

合格

第1 設問1

1 自己の画像掲載の自由に対する法令違憲

Xは、家の中の様子など生活ぶりを伺えるような画像を掲載したところ、数件の申立てに応じて画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされ、従わなかったために中止命令をうけたことから、取消訴訟(行訴法3条2項)を提起し、命令が自己の画像掲載の自由を侵害するものとして、主張することが考えられる。

(1) 自己が公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネット上に公開することによって、ユーザーが現場まで行かず情報確認できたり、誇大広告に欺かれない等の利益を提供し、ひいては会社の発展に資する。したがって、会社自身の向上につながるものであって、自己実現といえる点で憲法21条1項の保障が及ぶ。

(2) そして、中止命令(法8条3項)により、自己が掲載したい画像が出来ない結果、適切に利用者に情報提供が出来なくなる点で自己実現が遠のくことになるから、同自由は制約されている。

(3)ア 制約は必要最小限でなくてはならない(憲法12条、13条)。そして、同自由が会社自身にとどまらず、ユーザー等の第三者の利便にも資する等社会的意義が大きい点で重要な性質を有すること、一定の掲載内容の修正を求める点で内容規制として恣意性の虞があること、中止命令には公表が伴い(法8条4項)、信頼の上に成り立つ現代社会において、それによって社会的信頼を失うといった重大な不利益を被ることから、必要最小限度か否かは、①達成する利益が必要不可欠なものであること、②目的達成のために必要最小限の手段が用いられていること、を充足するか否かによって判断する。

イ 本問をみるに、法は、国民生活の安全と平穏の確保に資することを目的としているが、抽象的公益にすぎず、会社の自由を制約するだけの不可欠な利益といえない。仮に必要不可欠な利益であるとしても、中止命令に伴い公表がなされるという手段は、中止命令がなされればユーザーが当該会社の情報を利用できなくなることで、国民生活の安全と平穏が直接確保されるこ

◀もう少し簡潔に述べた方がよい

◀表現の自由の保護範囲に入ることを問題文の事情を使って具体的に論じている

◀主語がない。何が表現の自由によって保障されるのか不明確

◀法8条3項の違憲性が問題であることを指摘している

◀本件における情報の特殊性と規制目的及び規制の程度を検討することによって、違憲審査基準を導く姿勢が示されているが、あてはめを先取りしているとの印象を受ける

◀対立利益の要保護性について原告の立場から触れられている

1 ページ

再現答案 (公法系第1問 Bさん: 400番台) 合格

第1 設問1について (憲法は法名省略)

1 提起する訴訟について

(1) 中止命令から6か月以内(行政事件訴訟法14条1項)に、A大臣が所属する国を被告として(同法11条1項1号)、本件中止命令の取消訴訟(同法3条2項)を提起することが考えられる。

X社は、中止命令の名宛人であるので原告適格が認められる(同法9条1項)。

また、中止命令は、これにより、X社によるZ機能画像の提供を行う自由を侵害するので、一方的に国民の権利義務を形成・確定する処分といえる。

(2) また、取消訴訟には、処分の執行を停止する効力がないので(同法25条1項、執行不停止の原則)、中止命令の効力の執行停止をあわせて申し立てるべきである(同法25条2項)。

2 憲法上の主張について

(1) 法が、システム提供者の情報を提供する自由を侵害している旨の主張について

ア 法は第7条でシステム提供者が遵守しなければならない事項を列挙し、これに従わない場合、最終的にはシステム提供者に対し情報提供の中止を命令し、その旨の公表を行うと規定している。

これにより、システム提供者は情報提供ができなくなる不利益を被る。

イ そして、システム提供者による情報提供は、撮影された事実の提供に過ぎないともいえるが、その情報は、ユーザー自身がそこを实际歩いている感覚で画像を見ることができるのであり、見た者が、簡易に旅行同様に楽しむという、多くのものを見て感じ自らの人格形成の向上に資するという、自己実現の価値と結びついている。また、不動産広告が誇大広告であるか否かを確かめることもでき、犯罪防止に役立つ社会的にも有用である。

それ故、Z機能画像の情報提供は、報道の自由が事実の報道

◀ 行政事件訴訟法上の問題を詳論する必要はなく、提起する訴訟類型を簡潔に記述すれば足りると出題趣旨では指摘されている

◀ 表現の自由の保護範囲に入ることを、本件情報の特殊性に照らして検討している

◀ 自己実現の機能にかかわる情報であることが表現されている

再現答案 (公法系第1問 Cさん:900番台) 合格

第1 設問1

1 提起する訴訟

私がX社から依頼を受けた弁護士である場合、A大臣による特定地図検索システム提供の中止命令の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)を提起する。

◀提起する訴訟類型を簡潔に記述している

2 憲法上の主張

(1) 法令違憲

法8条4項により、X社の、特定地図検索システムの提供の自由が制約されている。

◀3項についての記述であり、条文間違いは印象が悪い

この特定地図検索システムの提供の自由は、営業の自由の一環として憲法22条1項により保障される。営業の自由が同条項により保障されるのは、職業選択の自由のみ保障して、職業遂行の自由たる営業の自由を保障しなければ無意味であるからである。

◀営業の自由の保護範囲に含まれることを指摘している

そして、この特定地図検索システムの提供は国民の知る権利にも資する重要な権利であり、そして、法8条4項の中止命令は、提供会社の営業の自由そのものを奪う強力な制約であるから、このような重要な権利に対する強力な制約に対する、違憲審査基準は、厳格なものを採用すべきである。そこで、規制目的が重要で、手段が目的達成との関係で実質的関連性を有する場合に限り合憲となると考える。

◀違憲審査基準を定立するにあたって、権利の重要性和制約の強さを検討して、違憲審査基準を定立することができる

本件についてみるに、規制の目的は、Z機能画像に搭載される者のプライバシーの保護にあり、重要なものといえる。

◀「公道から見える」ことの意義について検討されている

しかし、Z機能画像は、公道から見えているものを映しているだけであり、このような画像は、プライバシーへの期待が放棄されているものといえ、プライバシー侵害とはいえない。また、仮に侵害があるとしても、微々たるものといわざるを得ない。そして、侵害がある場合には、当該画像の削除命令というより緩やかな手段でも十分であるはずである。

そうとすれば、このような微々たる侵害に対し、上記のように、営業の自由そのものを奪う中止命令は、均衡を失っており、目的達成との関係において実質的関連性を有しているとはいえない。

◀具体的事実を評価したうえで、あてはめに使っている

1 ページ

再現答案 (公法系第1問 Dさん: 1700番台) 合格

設問1

1 Xとしては、Aによる特定地図検索システム提供の中止命令(以下「本件命令」とする。)が、Xの表現の自由(憲法(以下略)21条1項)を侵害し違憲違法であるとして、本件命令の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)及び本件命令によりXが被った営業上の損害についての国家賠償請求訴訟(国家賠償法1条1項)を提起することが考えられる。以下、Xの主張について詳述する。

2 法令違憲の主張

(1) まず、本件命令の根拠規定である法8条3項は憲法21条1項に反し違憲無効であるから、本件命令は根拠なく表現の自由を侵害するものであり、違憲違法である。

(2) 法8条は特定地図検索システムの提供の中止を命ずることをも認めており、命令の対象者はこれによりZ機能画像を提供することができなくなる。そして、Z機能画像は路上風景を撮影した画像ではあるものの、地図に関する情報の提供を補完するものとして適宜編集されている。また、マスキングなどの必要な修正も施したうえで提供されているのだから、Z機能画像の提供には知的作業が伴うといえる。

よって、Z機能画像提供の自由は表現の自由の一環として保障され、法8条は命令対象者の表現の自由を制約する。

(3) そして、表現の自由も公共の福祉(12条後段、13条後段)による必要かつ合理的な制約に服するものの、表現の自由は自己実現、自己統治という重要な価値を有し、民主制の過程での自己回復が困難であるから、その制約の合憲性は厳格に審査すべきである。そして、法8条はZ機能画像の内容が個人識別情報等であることにより生じる被害を回復するために、Z機能画像提供中止命令を定めているのだから、内容に着目した内容規制の規定であるといえる。また、その規制内容はシステム提供自体ができなくなるという事前抑制をも認める重大なものである。

よって、その合憲性は極めて厳格に審査し、①目的が必要不可欠で②手段が目的達成のため必要最小限度の場合にのみ、合憲と

◀提起する訴訟類型を簡潔に記述している

◀表現の自由の保護範囲に含まれることが示されている

◀権利の制約が示されている

◀違憲審査基準を導くための理由付けが示されているが、Z機能画像の提供には自己統治の価値は含まれていない。事案に即して論ずるべき

◀違憲審査基準が示されている

再現答案 (公法系第1問 Eさん: 1900番台) 合格

設問1

第1 提起する訴訟

法8条2項の中止命令の取消訴訟と、8条4項の公表の差止訴訟を提起する。また、それに加えて、中止命令期間中の営業利益について国賠訴訟を提起する。

◀提起する訴訟類型を簡潔に記述している

第2 主張

1 法令違憲

(1) 法6条の届出制の違憲性

法6条で届出制を採っているのは、システム提供者のシステム提供の自由(以下、「本件自由」という)を侵害している。そして、本件自由は憲法22条1項によって職業選択後それを遂行するために保障されている営業の自由の一環として保護されており、それを制約する法6条は憲法22条に反して違憲である。また、本件自由はシステム提供者の表現の一環として行われているものであるから、憲法21条によっても保障されている。ゆえに、かかる自由を制限する点でも法6条は違憲である。

◀単なる届出制が、憲法上の権利を侵害しているとの主張は、一般的には認められない

◀営業の自由及び表現の自由の保護範囲に入ることが述べられているが、本件情報の特殊性に即した実質的根拠に触れていない

(2) 法7条の違憲性

ア 文面審査

7条2号は、法2条4号ないし6号に照らしても漠然不明確であり、かつ過度に広汎な規定である。そこで、このような規定は前述のように表現の自由の一環として保護される本件自由に対して萎縮の効果をもたらすものであり、憲法21条に反し許されない。

◀出題趣旨からすれば、本問の法律の文言を一般的に不明確であるとするは不適切とされている

イ 実体審査

本件自由は表現の自由の一環として保護される重要な自由である。そして、表現の自由は制約されると民主制の過程での自己回復が困難であるから、その制約の審査は厳格に行うべきである。そこで、目的が必要不可欠か、手段が必要最小限かを判断する。本件規制の目的はプライバシーを保護するためのものである。しかし、公道から見えているものを写しているものであるから、そもそも保護に値するプライバシーは存在しない。

◀違憲審査基準が定立されているが、理由付けが一般的・抽象的である

◀「公道から見えること」の意義について触れている

1 ページ

再現答案 (公法系第1問 Fさん:2700番台) 不合格

第1 設問1

X社は、特定地図検索システムの提供の中止命令の取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)を提起する。

1 法令違憲(表現の自由(憲法21条1項)、営業の自由(憲法22条1項))

ア 法8条3項は、勧告(同条2項)に従わなかった者に対し、インターネットによる特定地図検索システムの提供の中止を命じることを定めているが、これはX社のインターネット上で地図を提供する自由を侵害し、違憲である。

イ まず、法人も現代社会の重要な構成要素であるから、権利の性質上可能な限り、人権享有主体性が認められる。

そして、営業の自由も、選択した職業を遂行する自由として憲法22条1項で保障されており、インターネット上で地図を提供する自由も、営業の自由の一環として同条により保障される。さらに、Z機能画像が提供する情報は、ユーザーの利便性の向上に役立ち、社会的意義を有する価値の高い情報であり、X社はこのような価値の高い情報をユーザーに提供して利便性を向上させるという理念に基づいて情報提供を行っているのだから、インターネット上で地図を提供する自由は、表現の自由(憲法21条1項)としての保障も受ける。そして、かかる自由は、権利の性質上、法人にも保障される。

ウ かかる自由も絶対的に無制約ではなく、公共の福祉(憲法13条後段)による最小限度の制約に服することとなり、本件では被写体となる者のプライバシーとの調整が問題となる。

この点、表現の自由は、自己実現・自己統治という重要な価値を有するところ、前述のようにZ機能画像が提供する情報の社会的価値は高く、また、インターネットは、情報の送り手と受け手が分離し、多くの国民が受け手に固定化された現代社会において、誰でも容易に情報の送り手という地位を回復できる場であるとともに、容易に様々な情報を入手できる非常に利便性の高いものであり、ユーザーの知る権利に資するものであり、

◀提起する訴訟類型を簡潔に記述している

◀表現の自由と営業の自由のどちらを検討するのか、論理が不明確となっている

◀自己実現・自己統治と、その後の記述のつながりが不明確となっている

◀出題趣旨からすれば、本件情報は「自己統治」の機能に関する情報とはいえない

1ページ

採点の目安及び再現者指摘一覧

- * この「採点の目安」は、法務省発表の出題趣旨に基づき、LECが独自に解析した結果、採点の際に重視されたとと思われる箇所を指摘したものです。
- * この表にいう「指摘」とは、答案において、各受験生がその論点について触れている割合を「○」「△」「空欄」の形で示すものです。採り上げられている各項目につき、どのくらい充実した論述がなされていたのかを示すものではありません。

公法系 第1問	
第1 設問1について	
1	提起すべき訴訟
	<ul style="list-style-type: none"> (1) 本件中止命令の取消訴訟 <ul style="list-style-type: none"> ・ 条文を指摘していること (2) 国家賠償請求訴訟 <ul style="list-style-type: none"> ・ 中止命令によって生じた損害の賠償を請求すること ・ 営業の自由侵害との関係で論じないこと ・ 条文を指摘していること
2	法令違憲の主張
	<ul style="list-style-type: none"> (1) 憲法上の権利 <ul style="list-style-type: none"> ・ 本問で侵害されたX社の憲法上の権利は、表現の自由であること ・ 本問で問題となっている表現の自由は、「情報を自由に流通させる権利」であること (2) 権利侵害 <ul style="list-style-type: none"> ・ 法のいかなる部分が権利を侵害しているのか具体的に指摘していること (3) 違憲理由 <ul style="list-style-type: none"> ・ 判例を基準に、認容される可能性のある論述であること ・ 問題文の具体的な事実に基づく主張であること（一般論に終始した主張ではないこと）
3	適用違憲の主張
	<ul style="list-style-type: none"> (1) 本件中止命令の理由 <ul style="list-style-type: none"> ・ 画像修正の改善勧告に従わなかったことを理由に中止命令を受けたこと ・ 修正を求められた画像は、「生活ぶりがうかがわれる画像」であること (2) 法2条6号該当性 <ul style="list-style-type: none"> ・ 生活ぶりがうかがわれる画像は、法2条6号の「個人権利利益侵害情報」に該当しないことを根拠付ける事実を具体的に指摘していること
第2 設問2について	
1	法令違憲の主張
	<ul style="list-style-type: none"> (1) 反論 <ul style="list-style-type: none"> ・ 判例を基準に、認容される可能性のある論述であること ・ 問題文の具体的な事実に基づく主張であること（一般論に終始した主張ではないこと） (2) 見解 <ul style="list-style-type: none"> ・ 自己独自の理由付けに基づく見解である（原告、被告の主張の繰り返しにならない）こと ・ 表現の自由とプライバシーの権利との調整について、問題文の事実に基づいて個別的・具体的に言及していること
2	適用違憲の主張
	<ul style="list-style-type: none"> (1) 反論 <ul style="list-style-type: none"> ・ 生活ぶりがうかがわれる画像は、法2条6号の「個人権利利益侵害情報」に該当することを根拠付ける事実を具体的に指摘していること (2) 見解 <ul style="list-style-type: none"> ・ 自己独自の理由付けに基づく見解である（原告、被告の主張の繰り返しにならない）こと ・ 生活ぶりがうかがわれる画像に関する原告、被告の主張について比較検討する姿勢を示していること ・ 生活ぶりがうかがわれる画像が、インターネットに公開されていることの問題点について具体的に言及していること

	Aさんの答案	Bさんの答案	Cさんの答案	Dさんの答案	Eさんの答案	Fさんの答案
順位	70 番台	400 番台	900 番台	1700 番台	1900 番台	2700 番台
第1 設問1について						
	△ 国賠について触れていない	△ 国賠について触れていない	△ 国賠について触れていない	○	○	△ 国賠について触れていない
	○	○		○	△ 問題文の具体的な事実に基づく主張がされていない	△ 表現の事由と営業の自由のいずれを検討しているのか不明確
	○	○	△ 法2条6号該当性についての具体的指摘が不足	△ 事前抑制を中心に論じている		
第2 設問2について						
	○	○	○	○	○	△ 問題文の事実についての具体的な検討が不足
	○	△ 反論と私見をまとめて論じている	○	○	△ 時間不足のためか十分な記載がない	

司法試験 論文過去問 再現答案徹底解析 平成23年度

2012年1月20日 第1版 第1刷発行

編著者●株式会社 東京リーガルマインド

LEC総合研究所 司法試験部

発行所●株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野 4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎03(5913)5011 (代表)

☎03(5913)6336 (出版部)

☎048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本●株式会社シナノパブリッシングプレス

©2012 TOKYO LEGAL MIND K.K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-7089-7

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-7089-7

C3332 ¥3100E



9784844970897

定価 3,255円 本体3,100円 +税5%
LD07089



1923332031001

- 問題文・出題趣旨に加え、
必須7科目につきLECの答案例1通、再現答案6通を掲載
- 事実関係整理表・答案構成で答案作成に必要なプロセスをフォロー
- 合格答案のポイント・採点の目安等で合格答案に必要な要素を習得できる

司法試験の詳細情報は LEC 司法試験専用サイトをチェック！

⇒<http://www.lec-jp.com/shinshihou/>

予備試験受験生の方は LEC 予備試験専用サイトもチェック！

⇒http://www.lec-jp.com/yobi_shiken/