

ワークショップ：法学科目（憲法）の答案を書くために¹

講師：川鍋健（一橋大学大学院法学研究科特任講師）

ワークショップ工程表²

①レジュメを用いた解説（目次 1、2。25分）

②解答を考える（目次 3、4。80分）

前半：学部試験を解いてみる

事案の概要を把握する（10分）

解答に必要な知識の解説（10分）

わるい解答例に赤を入れてみる（10分）

わるい解答例へのコメントを公表し、講師がコメントする（10分）

後半：新司法試験を解いてみる

事案の概要を把握する（10分）

解答に必要な知識の解説（10分）

わるい解答例に赤を入れてみる（10分）

わるい解答例へのコメントを公表し、講師がコメントする（10分）

目次

1、最近の論述試験の傾向（特に講師の専門の観点から）

2、実際の問題に触れてみる

3、問題に解答するための準備

4、問題に解答してみる

1、最近の試験の傾向（特に講師の専門（憲法）の観点から）

（1）新司法試験の論述問題

旧司法試験は、架空の法令や事例の憲法上の問題点について客観的に論述を求める試験。

他方、新司法試験では、訴訟当事者の立場から、訴えを起こす原告の代理人弁護士としての主張を書くよう求められたり、法令の憲法適合性について論じることを求められる。また、その際には、自らの主張に対する反論を想定して、さらに再反論する主張も書く必要がある。

また、ロー・スクールを経由せずに新司法試験受験資格を受けるための試験である司法試験予備試験もある。出題の方式は新司法試験と同様であり、多くの場合、論述試験は人権分野の問題であるが、こちらでは統治の論述問題が出たこともある（2015年度）。

（2）学部の論述問題

司法試験の動向と連動して、近年の一橋の試験問題では、訴訟当事者としての主張を、反論に対する再反論を執筆する形式が多い。そのため、単なる教科書の読み込みばかりでなく、判例学習が重要となる。また、時事的なネタとあわせて、憲法の知識を問う問題も作成されているようなので、時事問題も積極的にフォローする必要がある。

¹ 本レジュメを作成するにあたり、阪口正二郎一橋大学大学院法学研究科教授から試験問題を提供いただいたほか、田中美里（一橋大学大学院法学研究科博士後期課程、日本学術振興会DC2）、柴田竜太郎（一橋大学大学院法学研究科修士課程）、小泉俊（同）、小林宇宙（同）各氏からコメントを得た。記してお礼申し上げる。

² 当初予定していた対象は法学部及び他学部1、2年生であったが、参加予定者名簿にロー・スクールの学生が含まれていたため、新司法試験の問題もレジュメでは用意した。しかし、当日ロー・スクールの授業が延長されてロー生があとから参加したこと、学部生の参加者が多かったことなどから、内容としては②前半までだけを行った。そして、後半部分については、よい解答例として、大島後掲『憲法ガールII』の解答例（36-37頁）を配布し、関心のある学生は参照するよう求めるにとどめた。

2、実際の問題に触れてみる

次頁を参照。

3、問題に解答するにはどうすればいいか³

事例（1）を例に解答を考えてみよう

①何が問われているか把握する

事例（1）：「宗教上の理由」を根拠として、公権力の行使の結果としての給食を免除し、給食に代わる措置（弁当持参の許可）が認められるべきかどうか

②問題を解決するために関連する条文は何か把握する

憲法20条（信教の自由）

第1項 信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

第2項 何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

第3項 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

←今回の事例では、給食を拒否して、給食に代わる措置を取ってもらうことが認められないことについて、「信教の自由」を不当に侵害することになるか、が最も重要な論点となる。

③判例を参照する（普通の勉強が必要）

i) 信教の自由とその制約

信教の自由とその制約について、最高裁は次のように判断している。

「信教の自由が基本的人権の一として極めて重要なものであることはいうまでもない」が、

「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても、（中略）他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法二〇条一項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものであるというほかはなし」（加持祈祷事件、最大判1963（昭38）5月15日刑集17巻4号302頁）

＝信教の自由の保障が憲法上認められた権利として重要であっても、その保障には限界があり、制約（この事件では宗教行為に対する刑事罰の付加）が認められる。

ii) 似たような事例

似たような問題を扱った判例があれば、Aその主旨を思い出し⁴、Bどういう点で似ているかを考える。

1、剣道実技拒否事件（最二判1996（平8）年3月8日民集50巻3号469頁^{5 6}）

A: 「エホバの証人」という宗教団体の教義を信じる学生が、その教義の一つである格闘技の禁止を根拠として、必修科目とされていた剣道科目の受講を拒否し、代わりにレポート提出などの措置をとるよう求めたところ、学校（公立の高等専門学校）は代替措置を認めず、結果として当該学生は原級留置（留年のこと）・退学処分を受けた。⁷

B: この事件では、学校が、剣道科目の強制を通じて、学生の「信教の自由」を侵害していると考えられる。他方、事例（1）では、学校が、給食の強制を通じて、生徒の「信教の自由」を侵害していると考えられる。

2、日曜参観日事件（東京地判1986（昭61）年3月20日行集37巻3号347頁）

A: 牧師を両親とする児童が、その両親の主宰する日曜学校に出席するため、児童が通う公立小学校の日曜日授業参観を欠席した。学校は指導要録に欠席を記載したが、両親はこの記載処分の取消を求めた。

B: この事件では、学校が、日曜日授業の強制を通じて、児童の「信教の自由」を侵害していると考えられる。他方、事例（1）では、学校が、給食の強制を通じて、生徒の「信教の自由」を侵害していると考えられる。

³ 以下で示すマニュアルは、考える順序の例とそれに伴う理想的な作業を示したものである。なので、実際の試験の場ではこれが100%実現できるわけではない。

⁴ 普段から下記のごく簡単な判例のブリーフ（要旨）を作っておくと、空き時間などにノートに書いておいたものをぱらぱらと見返すだけでも十分勉強になる。

⁵ 論文とは異なり、答案を書く際には判例集掲載元を示す必要はない。判例の通称だけ明示すれば十分である。

⁶ 裁判所の判例検索（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1）を用いる場合、元号で入力する必要がある。

⁷ 実際の試験の段階では、事情を細かく書くということは、記憶の点で難しい面もある。なので、「代替措置を認めないのは違法と判断した判例があったな」ぐらいに思い出せば十分である。

（3、牧会活動事件（神戸簡判1975（昭50）年2月20日判時768号3頁）

A: 建造物侵入等のかどで警察に行方を追われていた高校生を、牧師がその教会に1週間宿泊させて警察に出頭するよう説得し、これを受け入れた高校生らを警察に出頭させたところ、その牧師が犯人蔵匿の罪で略式起訴、罰金1万円の略式命令を受けた。

B: この事件では、国家が、刑罰を通じて、牧師の「信教の自由」を侵害していると考えられる。

他方、事例（1）では、学校が、給食の強制を通じて、生徒の「信教の自由」を侵害していると考えられる。）

iii) 信教の自由への制約かどうかの審査基準について

前記判例においては、信教の自由への制約に関する審査基準が確立されているとはいえない。その理由は④で後述。

iv) 給食の免除及び代替措置と、政教分離

給食を免除して代替措置を講じる場合、それらが国家と特定宗教の不当なかかわりを促進するかが問題となる政府の行為が特定宗教への特権付与あるいは不当な干渉にあたるかどうかの判断について、裁判所は目的効果基準を採用している

問題となる行為の「目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」かどうかを判断（津地鎮祭訴訟、民集31巻4号533頁）

→そのような行為であれば、国家と宗教の関わりが相当限度を超え、違憲とされる。

ただし、目的効果基準は実質的には緩やかな審査基準であるといわれている。市の公金による神式の地鎮祭実施（津地鎮祭訴訟、最大判1977（昭52）年7月13日、民集31巻4号533頁）、殉職自衛官の自衛隊職員による護国神社への合祀の働きかけ（殉職自衛官合祀訴訟、最大判1988（昭63）年6月1日民集42巻5号277頁）、小学校の増改築に伴い忠魂碑を市の費用で移設しその土地を無償で貸与する行為（箕面忠魂碑訴訟、最判1993（平5）年2月16日民集47巻3号1687頁）、県知事の大嘗祭参列・拝礼行為（大嘗祭訴訟、最判2002（平14）年7月11日民集56巻6号1204頁）は合憲とされている。長谷部後掲『憲法』198頁を参照。

たしかに、政教分離を厳格に行うことの不合理性はある（たとえば、日本国憲法89条は特定の宗教団体や「公の支配に属しない」教育活動に対する公金支出を禁止しているが、国が宗教団体の運営する私立学校に対して他の私立学校と同じ基準の下に助成金を給付することは合憲とされている）が、緩やかすぎることも問題。

③' 裁判所の対応が異なる場合、その異なる理由を考える。

剣道実技拒否事件：最高裁は、剣道科目の実施が体育科目の教育目的を達成するために必要不可欠ではない、と判断し、代替措置を認めないのは学校の裁量権を逸脱しており違法である、とした。

日曜参観日事件：両親が求める宗教上の理由に基づく出席免除について、公教育の宗教的中立性を保つうえで好ましくなく、欠席の記載が合理的根拠に基づくやむを得ない制約であるとして、両親の訴えを斥けた。

←前者は宗教上の理由に基づき剣道科目の受講を免除すべきとしたが、後者は日曜日授業参観の出席を免除できないとしている。

←20条1項に定める公的機関による宗教への特権付与禁止（＝公教育の宗教的中立性・政教分離）の解釈。特定の宗教を信じている者に対して免除を行うと、その者を特別扱いすることになるのかどうか。剣道実技拒否事件の場合は「特別扱いにならない」と考え、日曜参観日事件の場合は「特別扱いになる」と考えている。⁸

⁸ 剣道実技拒否事件が最高裁判例で、しかも日曜参観日事件よりも後に下された判決なので、判例は剣道実技拒否事件だけ言及すれば十分、との考え方もある。しかし、答案、特に学部の答案の場合、十分な知識を持っているかが問われ、また日曜参観日事件も有名な事件なので、なぜ異なる判決が下されたのか、どちらの結論がよいかを考えて答案に示したほうが、より良いものとなるのは確実である。

④学説を参照する（普通の勉強が必要）⁹

判例の傾向に対して、憲法学者がそれを支持しているかどうか、そして、なぜ支持している（あるいはしていない）かを参照することは、自分が解答しなければならない問題にすでに取り組んでもらっている点で、有益である。ただし、学説といっても、教科書に書かれているレベルから、学術論文レベルまで、その内容の密度は異なっている。

Lv. 1：自分の使っている教科書で、どのようなコメントが付いているか確認する

例）長谷部恭男『憲法』第7版、新世社、2018年¹⁰

信教の自由について

信教の自由を含めて、精神的自由は「経済的自由権に対して優越的地位にあるとされ、司法審査においても厚く保障されるべきだとする」。「憲法は、社会における世界観や思想の多元性を前提とし、そのうちいずれかを選ぶかは、各人の判断に任されている」からである。（191頁）

「信教の自由は、個人の内心における信仰の自由を意味するにとどまらず、宗教的行為を行う自由、さらには、同じ信仰をもつ者が結集して宗教的行為を行う自由を含む」（195頁、強調引用者）

他方、前記加持祈祷事件のように、「宗教にかかわる行為も、その行為が他者に害悪を加えるものであれば、その限りで制約を受けることは当然である」（195頁）

→信教の自由の制約可能性

政教分離について

目的効果基準とそのもととなったレモン・テスト（Lemon v. Kurtzman合衆国最高裁判決（403 U.S. 602（1971））を紹介（198頁）

日曜参観日事件について、「信教の自由を主張する個人に課せられる負担は欠席扱いになるというきわめて軽微なものにすぎない。日曜日に父兄参観授業を行うこと自体には正当な非宗教的目的があり、その効果も宗教を抑圧したり助長したりするものとは認めがたい」（201頁）

剣道実技拒否事件について、「格技を否定する教義に従って剣道の実技の受講を拒否したため、原級留置処分、退学処分を受けた事例では、個人の負担は深刻であり、学校としては剣道の実技に参加することが工業高等専門学校教育目的を実施するために必要不可欠であったとは考えにくい。したがって、少なくとも政教分離原則を柔軟に解するべきだとすれば、『信仰の核心部分と密接に関連する真しな』理由に基づいて信徒たる学生が剣道実技の受講を拒否している本件のような場合には、画一的な教育内容の実施からの免除を認めるべき」（201頁）

←日曜日授業参観は、目的が正当であり、効果も特定宗教の抑圧・助長ではないので合憲。他方、剣道受講は、憲法上の信教の自由を害してでもなされなければならないものではなく、免除すべき、との主旨¹¹。

ただし、この点は議論あり。強制の不利益が軽微であっても、そのような強制が不可欠かどうか検討すべき、との主張も（参照、辻村みよ子『憲法』第6版、日本評論社、2018年、185頁）

⁹ ここでは、学者の議論について扱うが、判例と学説の間にあるものとして、最高裁判例について最高裁の調査官が執筆した調査官解説（「最高裁判所判例解説」、法曹会）がある。判例を理解するうえでは重要な資料であり、ロー・スクールレベルでは参照が必要なことが多いが、学部レベルで必須とは言えないので、ここでは扱わない。

¹⁰ 授業の教科書は、最新版が望ましい。が、実際には著者の興味と関心、そして判例の動向によっては、版を改めても改訂がなされていない場合も多く、ロー・スクール受験、司法試験受験を考えない場合は、教科書を旧版の古本で済ます、というのも一つの手である。

¹¹ 細かな文言を覚えておく必要はない。自分の使っている教科書ではこういう主旨のことを言っている、ということを示せば十分である。ただしその際は著者名を明らかにすること。そこまで書けばあとは採点者が本当にそう書いてあるか確認すべきだし、本当にそういう主旨のことを言っているかどうかはプロならばわかる。

Lv. 2：判例評釈を読んでみる

判例百選¹²

日曜参観日事件について、「特別の必要」がある措置かもしれない、また、「指導要録にわずか1日の欠席の記載がなされ、それが一定期間保存されるという軽微なものに過ぎない」。¹³

剣道実技拒否事件について、学校の実技の強制とそれに伴う原級留置、退学処分について「慎重な配慮」が必要としたことを評価するが、「本判決が剣道実技履修義務を『信教の自由を直接的に制約するもの』とみなさず、『必要最小限度の制約の基準』等の厳格な違憲審査基準を用いなかったことは批判され」るべきだとする。

¹⁴

←日曜日授業参観の強制は不利益が少ないのでやむを得ない。一方、剣道実技の強制のように**重い不利益をもたらす場合、その強制を免除できないかどうか考える必要**がある。また、最高裁が学校の裁量を論じるばかりで信教の自由に言及していないことが問題である可能性を指摘。

重要判例解説¹⁵

日曜参観日事件について、佐藤幸治による簡単な事件の概要の紹介があるのみ。¹⁶

剣道実技拒否事件について、剣道が体育教育の目的達成のための唯一の手段ではなく、代替措置が講じられるべき事案とみる。ただし、代替措置をとることが政教分離に違反しないか検討の必要があることを指摘している。学説では厳格な分離を説く学説でも、政教分離の目的としての信教の自由保障であること、少数者の信教の自由保護のための政教分離の緩和を容認すべきことなどを根拠に、政教分離違反ではないとする学説が多いとする。¹⁷

←**代替措置をとることについての政教分離の観点からの違憲性の問題と、学説からの応答**Lv. 3：学術論文を読んでみる¹⁸

信教の自由について

学説の問題意識は、日本の判例が、信教の自由に対する制約を審査する基準を定立していない点にある。

芦部信喜『憲法学III 人権各論（1）』増補版、2000年

「宗教的行為の自由に関する最高裁判所の基本的な判例は存在しない。（中略）合衆国の判例に見られるような厳格審査の基準を採ったと解されるものは最近までなきにひとしい状態で、判例理論として原則的なものを語ることはできない」（136頁）

アメリカの場合、いわゆる「**二重の基準**」として、「表現の自由を典型とする精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占め、それを制限する立法の合憲性審査には、経済的自由の制約立法に一般に打倒する合理性の基準よりも厳格な審査基準が用いられるべきであり、「立法目的が『真にやむを得ないcompelling』ものであること」が、信教の自由制約の審査基準としても用いられる（長谷部前掲『憲法』、114、172頁）

ここで問われるのは、規制目的が真にやむを得ないかどうか、そして、**目的を達成するための規制手段が必要最小限度（Least Restrictive Alternative, LRA）のものかどうか**

具体的には、①問題となる規制手段（＝法律）が直接的に特定宗教に対して差別的負担を与えているか、そうでなくても、意図せず間接的にそのような負担を課してしまっているかどうか、②そのような負担が、仮に規制目的が重要でも、必要最小限度となっているかどうかを審査（芦部前掲『憲法学III』135-136頁）

¹² 判例百選は法学雑誌「ジュリスト」（有斐閣）の別冊として編集される判例集。各法分野にわたる。憲法は現在第6版（2013年）。判例百選については、他の文献とは異なり、判例の評釈者が異なるので、古くても参照すべき評釈がある場合がある。

¹³ 坂田仰「判批」、前掲憲法判例百選第6版94-95頁。

¹⁴ 栗田佳泰「判批」、前掲憲法判例百選第6版96-97頁。

¹⁵ 年度の初めころに出版され、前年度に出た重要な判例について解説する、ジュリスト臨時増刊号。各法分野にわたる。

¹⁶ 佐藤幸治「憲法判例の動き」、「昭和61年度重要判例解説」ジュリスト臨時増刊887号、1987年、2頁以下、5頁。

¹⁷ 矢島基美「判批」、「平成8年度重要判例解説」ジュリスト臨時増刊1113号、1997年、15頁以下。

¹⁸ ここまでやるかどうかは、自分の関心、自分のテストにかけられるリソース（勉強時間や資料集めにかかる費用など）とそれに対して予想されるテストの点数とを比較衡量したうえで、自分の責任で判断すること。

←ただし、この点に関して、日本の最高裁の判例には、規制が間接的である場合には規制を合憲と判断するかに見えるものがある（オウム真理教解散命令決定、最決1996（平8）年1月30日民集50巻1号199頁）

←給食制度の目的、給食制度による信教の自由の制約の有無及び性質、弁当持参を認めないことは給食の目的を達成するための必要最小限度の手段かどうか、などを考慮する必要

政教分離について

信教の自由侵害が認められるとして、代替措置をとるにあたっては、それが政教分離に反しないか考える必要がある

例①) 野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由：神戸高専事件に即して」、立教法学37号、1頁以下¹⁹₂₀

日曜参観日事件について、「日曜日授業参観事件では、国法上の義務が内容的に原告らの信仰と相容れないというのではなく、たまたま公立小学校が教会学校と同一の時間帯に設定されたため、いずれに出席すべきかの二者択一を迫られることになったのであり、また参観授業への出席という世俗的義務の不履行によってもたらされる不利益も指導要録の「欠席」記載という比較的軽微なものであった」（10頁）

剣道実技拒否事件について、「剣道の実技への参加は、格技をしてはならないという原告らの信仰と全く相容れないものであり、ここでは国家の公教育機能と原告らの信仰の自由とが正面からぶつかり合う関係にある。しかも剣道の実技への参加という世俗的義務の不履行によってもたらされる不利益は、保健体育科目の単位不認定に伴う進級拒否処分、さらに再度の進級拒否処分に伴う退学処分という重いものであって、問題はより一層深刻」（10-11頁）

「剣道の実技の履修を（信仰上の理由から受講できない学生を含む）すべての学生に例外なく義務付けること」が必要不可欠であり唯一の方法かを考えた場合、そうとは「考えられない」（16-17頁）

←生徒・児童に対する不利益が大きくなるほど、不利益を与えるような強制が必要不可欠が問われるべきであり、その代替手段があるならば、代替手段をとるべきである

また、代替手段の実施が、特定の宗教を援助するものかどうかについて、目的効果基準の読み替え（目的：「政府の現実の目的が宗教を後押しする（endorse）か、または否認することであるかどうか」、効果：政府の現実の目的如何にかかわらず、実際に審査の対象となっている実践が後押し（endorsement）や否認のメッセージを伝えるものかどうか）を提案する（27頁。同箇所はLynch v. Donnelly合衆国最高裁判決のオコナー（O' Conner, S. D.）判事の同意意見、いわゆるエンドースメント・テストから引用したもの。というのも、目的効果基準＝レモン・テストを厳格に適用した場合、剣道の免除は宗教的目的を有するものとされてしまうおそれがあるため）

それに基づいて、まず目的について、「免除は、あくまでも学校教育措置の一環として、『エホバの証人』の信者である学生がその信仰上の理由から学校教育上不利な立場におかれ、あるいは排除されることのないようにとの配慮からとられるべき措置であり、『エホバの証人』の信者に対する有利な取り扱いを目指すものではない」（29頁）。次に効果について、確かに「エホバの証人」の信者の負担を軽減しているが、それによって「『エホバの証人』以外の諸宗教や無宗教の自由を圧迫し、あるいはこれに干渉を加えるという効果を持つことも認めがたい」

←目的効果基準を読み替えたうえで、代替措置の実施は国家の宗教に対する中立性を侵害せず、合憲

例②) 安念潤司「信教の自由」、樋口陽一編『講座・憲法学第3巻権利の保障』、日本評論社、1994年、189頁以下

日曜参観日事件や剣道実技拒否事件などの問題について「国民一般に義務、負担、不利益を課す法令が、直接には信教の自由を制限することを意図するものではないにもかかわらず、ある特定の信仰を有する者にとっては、信教の自由に対する妨げとして作用する」（195頁）問題と定義。

この問題に対するアプローチは、安念によれば二つ。

¹⁹ 最近の学術論文は、紀要論文を中心に、インターネットで比較的容易に入手できる。ただし、著者は若手からシニアまで、無名学者から権威ある研究者まで、玉石混交である。もし、テストに関連しそうなテーマで紀要論文を読む場合、その著者が学界でどういう位置づけにあるか（つまり研究に定評のある研究者か）、授業担当教員に聞くとよい。

²⁰ 本論文は、アメリカにおける宗教的理由に基づく国家の法義務免除に関する憲法判例を参照しつつ、日本の事例に対する示唆を検討したもの。著者の野坂泰司教授は、学習院大学ロー・スクール教授。

1、平等取扱説：「一般的に適用される法令による間接的・偶然的な制約までも信教の自由の名の下に免除するとすれば、当該信仰をもつ者に対して、その信仰を理由として報奨を与えることになり、平等原則に反する」（196頁）

←剣道実技拒否事件の場合でも剣道の免除は違憲。なぜなら、「エホバの証人」の信者を特別扱い。

2、義務免除説：「間接的、偶然的なものである場合にも、信教の自由の行使を一定程度以上妨げるときには違憲になり得る」（197頁）

←剣道実技拒否事件の場合、剣道の免除が正当。

安念は義務免除説を採用。「一見不平等な結果を生ずるとしても、それは、人権の行使にもともと与えられている特権の一つの現れにすぎない」（198頁、強調引用者）

⑤以上を踏まえて論じる

事例（1）では、生徒の立場から論じよ、と書かれているので、生徒に有利なように論じる。この場合、剣道実技拒否事件の判旨が生徒に有利と思われるので、それを使って論じるのがよい。

よい解答例²¹

本事例の問題は、宗教上の理由により、給食を免除してそれに代わる措置（弁当持参の許可）が認められるべきかどうか、というものである。この問題について、給食の免除と弁当持参などの代替措置は認められるべきである。

学説上信教の自由の保障内容は、①信仰の自由、②宗教的活動の自由、③宗教的結社の自由であり、①において信仰に反する行為を強制されない自由が保障されている。本件申し入れを拒否される結果、Xは信仰に反して豚肉の入った給食を食すよう強制されているのである。それゆえXにつき、憲法20条1項の保障する信仰に反する行為を強制されない自由が制約されていると考えられる。

この点については、信仰を理由として弁当の持参を拒否したわけではなく、また給食の完食が強制されているわけではないため、判例にいう間接的で事実上の制約にすぎない、という反論もありうるところである（オウム真理教解散命令決定参照）。しかしXの信仰するイスラム教の教義において豚肉を食することが堅く禁じられていることは周知の事実であり、またXが真摯な信仰を有しているかについてはその言動等により容易に推知できる（剣道実技拒否事件判決参照）。真摯な信仰を有するXが、当該信仰における重大な教義に反する行為を回避すべく弁当の持参を申し入れたにもかかわらず認めないということは、間接的・事実的制約にとどまるものではない。従って、たとえYの主観的意図において信仰を理由としたものでなかったとしても、本件申し入れを拒否することはその結果において信仰それ自体を対象とする直接的で重大な制約であると考えられる。

以上のような信教の自由の直接的で重大な制約が憲法上正当化されるには、本件制約がやむにやまれぬ目的に基づく必要最小限度の手段である必要がある。そこで本件制約の目的について考察するに、本件制約の淵源となっている給食制度の導入の目的は（a）弁当持参の負担軽減及び（b）地産地消の促進である。給食制度の導入それ自体が憲法上是認されるとしても、ことXを対象に（a）（b）を理由に本件制約を課すことには、憲法上重大な疑義がある。なぜならば、（a）についてはXの父母が申し出ている以上、父母の負担軽減を理由として殊更に弁当の持参を認めないというのは矛盾しており、（b）については、Xの信教の自由に対する重大な制約を課してまで達成されるべき目的であるとは考えられないからである。また、（b）につき仮に目的がやむにやまれぬ利益を達成するものであったとしても、地産地消の促進は授業における教育等、給食導入以外にも多々手段のあるところである。また、そもそも真摯な信仰を有するXが給食以外で豚肉を食することは考えられず、Xの弁当持参を認めないことが、（b）を達成するうえで合理性を有しているとも到底考えられない。以上より、たとえ給食制度導入自体は憲法上是認されるとしても、Xにつき弁当持参を認めないことは、憲法20条1項の保障する信教の自由を不当に侵害するものである。

他方で、20条1項は、同時に、特定宗教への国家による特権付与を禁止している。そのため、給食を免除すること、あるいはその代替措置として弁当持参を認めることはこの特権付与にあたる、との反論があるかもしれない。国家による宗教への特権付与であるかどうかを判断する基準として、従来日本の最高裁は、アメリカ合衆国最高裁のレモン・テストに示唆を受けた目的効果基準を採用している。それによれば、目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為は特権付与であり、憲法違反とされる（津地鎮祭訴訟）。この基準については、比較的緩やかに適用されており、市の公金による神式の地鎮祭実施（津地鎮祭訴訟）、殉職自衛官の自衛隊職員による護国神社への合祀の働きかけ（殉職自衛官合祀訴訟）、小学校の増改築に伴い忠魂碑を市の費用で移設しその土地を無償で貸与する行為（箕面忠魂碑訴訟）、県知事の大嘗祭参列・拝礼行為（大嘗祭訴訟）は合憲とされている。これらと比べて、給食を免除することが特に宗教を援助することとなるとは言い難い。

仮に、目的効果基準を厳格に適用するとすれば、たしかに給食の免除は違憲となるかもしれない。しかし、目的効果基準を厳格に適用すれば、宗教に対する国家のかかわりを一切認めないことになり、不合理である（たとえば、宗教団体が運営する私立学校への助成金は違憲となる）。そこで、目的効果基準の適用にあたっては、宗教に対する国家のかかわりがどこまで認められるか判断できるかたちでなされなければならない。この点、学説は、アメリカの憲法判例に示唆を受けて、エンドースメント・テストを提案する。それによれば、国家の行為について、その現実の目的が宗教を後押ししたり否認するかどうか、そしてその効果が現実の目的如何にかかわらず、後押しや否認のメッセージを伝えるものかどうかを審査する。この枠組みに従えば、給食の免除と弁当持参の代替措置は、特定宗教を後押ししているとは認められず、また、そのようなメッセージを伝えるものとは言えない。

²¹ 信教の自由の部分に関しては、柴田竜太郎氏が作成した文章を、若干の加除修正のうえ、許可を受けて用いた。記してお礼申し上げます。

加えて、免除にあたって、信仰を理由とするものとそうでないものとで平等な取り扱いがなされるべきではないか、という疑問も考えられる。つまり、もし宗教上の理由で豚肉が食べられないので給食を免除すべきであるならば、豚肉が嫌いだから給食を免除してほしい、と要望した生徒にも、給食を免除しなければならないのではないか。そうだとすれば、およそ給食を成り立たせることは困難なので、それならばむしろみな平等に給食を強制すべき、ということになりはしないか。この点について、学説は、憲法による信教の自由の特別な保障の必要を根拠として、平等取り扱いを不要とする。なぜならば、信教の自由が憲法で特別な保障を受けるべきとされており、だからこそ、信教の自由に基づく特別扱いが正当化される、とする。

また、別の反論として、給食が強制されるといっても、残せばいいという意味では比較的軽い負担であり、代替措置を取らねばならないほどの強制ではない、という立論がなされるかもしれない。たしかに、日本の判例では、信仰に基づく日曜授業の欠席の不利益は軽く、他方信仰に基づく剣道実技拒否による留年、退学の不利益は重いので、日曜授業の出席を免除しないのは合憲だが、剣道受講を免除し代替措置をとらないのは違憲だ、とされる（日曜参観日事件、剣道実技拒否訴事件）。この点に関しては、不利益が軽いとしても、そのような不利益を伴う強制が果たして不可欠かどうかを考慮する必要がある。日曜参観のように、不利益は軽いが不可欠でもない強制の場合、免除を認めるのが相当との学説もある。給食の場合も同様であり、残せば済むとしても給食がそのようなものでなければならぬわけではない。

それゆえ、結論として、給食の免除と代替措置としての弁当持参は認められるべきである。

わるい解答例に赤を入れてみよう

本事例の問題は、宗教上の理由を根拠として、給食を免除してそれに代わる措置（弁当持参の許可）が認められるべきかどうか、というものである。この問題について、給食の免除と弁当持参などの代替措置は認められるべきである。

日本国憲法20条1項は信教の自由を保障する。そして、社会の多元性を重視して、個人の判断を尊重するためには、信教の自由を含む精神的自由はとくに手厚く保障されるべきである。そうであるとすれば、信仰とは相いれない給食を強制されることは、20条1項に反して不当に生徒の信教の自由を侵害している。

最高裁は、同様の事例について判決を下している。剣道実技拒否事件では、宗教上の理由で剣道の受講を拒否した学生に対し代替措置を取るべきことを認めた。今回の事件はそれと同様であり、宗教上の理由で給食を拒否した学生に対し弁当持参を認めるべきである。なお、この点、日曜参観日事件のように、宗教上の理由で日曜授業の欠席扱いを免除しなかった例があるが、地裁判決であり、信教の自由侵害を認めなかった不当なものである。

そもそも、給食を免除して弁当を持参することについて、生徒はだれにも迷惑をかけていないのであるし、それは個人の自由であるはずである。そのことは、生徒の信教の自由が保障されるべきであるばかりではなく、日本国憲法13条で個人の尊重として保障される。

4、問題に解答してみる²²

問題：2013（平25）年論文式試験公法系科目第1問（傍線、強調は引用者による）

Aは、B県が設置・運営するB県立大学法学部の学生で、C教授が担当する憲法ゼミナール（以下「Cゼミ」という。）を履修している。Cゼミの202*年度のテーマは、「人間の尊厳と格差問題」である。Cゼミ生は、C教授の承諾も得て、ゼミの研究活動の一環として貧富の格差の拡大に関して多くの県民と議論することを目的としたシンポジウム「格差問題を考える」を県民会館で開催した。そのシンポジウムでの活発な意見交換を経て、「格差の是正」を訴える一連のデモ行進を行うことになった。そのデモ行進については、Cゼミ生を中心として実行委員会が組織され、Aがその委員長に選ばれた。実行委員会は、第1回目のデモ行進を202*年8月25日（日）に行うこととして、ツイッター等を通じて参加を呼び掛けたところ、参加希望者は約1000人となった。そこで、Aは、主催者として、B県集団運動に関する条例第2条（【参考資料1】参照）の定めにより、B県の県庁所在地であるB市の金融街から市役所、県庁に至る片道約2キロメートルの幹線道路を約1000人の参加者が往復するデモ行進許可申請書を提出した。デモ行進が行われる幹線道路沿いには多くの飲食店があり、市の中心部にある県庁や市役所の周りは県内最大の商業ゾーンでもある。B県公安委員会は、デモ行進は片側2車線の車道の歩道寄りの1車線内のみを使うことという条件付きで許可した。

第1回目のデモ行進の当日、Aら実行委員会は、デモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないこと、また、ビラの類は配らず、ゴミを捨てないようにすることを徹底させた。第1回目のデモ行進は、若干の飲食店から売上げが減少したとの県への苦情があったが、その他は特に問題を起こすことなく終えた。そこで、Aら実行委員会は、第2回目のデモ行進を同年9月21日（土）に、第1回目と同じ計画で行うこととし、同月5日（木）にデモ行進の許可申請を行った。これに対し、B県公安委員会は、第1回目と同様の条件を付けて許可した。

B県では、次年度以降の財政の在り方をめぐり、社会福祉関係費の削減を中心として、知事と県議会が激しく対立していた。知事は、同月13日（金）に、B県住民投票に関する条例（【参考資料2】参照）第4条第3項に基づき、「社会福祉関係費の削減の是非」を付議事項として住民投票を発議し、翌10月13日（日）に住民投票を実施することとした。

第2回目のデモ行進も、拡声器等を使用せず、ビラの類も配らずに無事終了した。ただし、住民投票実施ということもあって参加者は2000人近くに達し、「県の社会福祉関係費の削減に反対」という横断幕やプラカードを掲げる参加者もいたし、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」というシュプレヒコールもあった。また、デモ行進が行われた道路で交通渋滞が発生したために、幹線道路に近接した閑静な住宅街の道路を迂回路として使う車が増えた。第2回目のデモ行進終了後、市民や町内会からは、住宅街で交通事故が起きることへの不安や騒音被害を訴える苦情が県に寄せられた。また、第1回目よりも更に多くの飲食店から、デモ行進の影響で飲食店の売上げが減少したという苦情が県に寄せられた。

Aら実行委員会は、第3回目のデモ行進を同年9月29日（日）に行うことにして、参加予定人員を2000人とし、その他は第1回目・第2回目と同様の計画で許可申請を行った。しかし、B県公安委員会は、住民投票日が近づいてきて一層住民の関心が高まっており、第3回目のデモ行進は、市民の平穏な生活環境を書したり、商業活動に支障を来したりするなど、住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高いと判断し、当該デモ行進の実施がB県集団運動に関する条例第3条第1項第4号に該当するとして、当該申請を不許可とした。

この不許可処分に抗議するために、Aら実行委員ばかりでなく、デモ行進に参加していた人たち約200人が、B県庁前に集まった。そこに地元のテレビ局が取材に来ていて、Aがレポーターの質問に答えて、「第1回のデモ行進と第2回のデモ行進が許可されたのに、第3回のデモ行進が不許可とされたのは納得がいかない。平和的なデモ行進であるにもかかわらず、デモ行進を不許可としたことは、県の重要な政策問題に関する意見の表明を封じ込めようとするものであり、憲法上問題がある」と発言する映像が、ニュースの中で放映された。そのニュースを、B県立大学学長や副学長も観ていた。

AたちCゼミ生は、当初から、学外での活動の締めくくりとして、学内で「格差問題と憲法」をテーマにした講演会の開催を計画していた。デモ行進が不許可になったので学内講演会の計画を具体化することとなったが、知事の施策方針に賛成する県議会議員と反対する県議会議員を講演者として招き、さらに、今回のデモ行進の不許可処分に関するC教授による講演を加えて、開催することにした。C教授の了承も得て、Aたちは、Cゼミとして教室使用願を大学に提出した。同じ頃、Cゼミ主催の講演会とは開催日が異なるが、経済学部のゼミからも、2名の評論家を招いて行う「グローバルイゼーションと格差問題：経済学の観点から」をテーマとした講演会のための教室使用願が提出されていた。

²² 以下の記述については、大島義則『憲法ガールII』、法律文化社、2018年、13頁以下の解説を参照した。

B県立大学教室使用規則では、「政治的目的での使用は認めず、教育・研究目的での使用に限り、これを許可する」と定められている。この規則の下で、同大学は、ゼミ活動目的での申請であり、かつ、当該ゼミの担当教授が承認していれば教室の使用を許可する、という運用を行っている。同大学は、経済学部のゼミからの申請は許可したが、Cゼミからの申請は許可しなかった。大学側は、Aらが中心となって行ったデモ行進が県条例に違反すること、ニュースで流されたAの発言は県政批判に当たるものであること、また講演者が政治家であることから、Cゼミ主催の講演会は政治的色彩が強いと判断した。

Aは、B県を相手取ってこの2つの不許可処分が憲法違反であるとして、国家賠償訴訟を提起することにした。

〔設問1〕

あなたがAの訴訟代理人となった場合、2つの不許可処分に関してどのような憲法上の主張を行うか。なお、道路交通法に関する問題並びにB県各条例における条文の漠然性及び過度の広汎性の問題は論じなくてよい。

〔設問2〕

B県側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料1】B県集団運動に関する条例（抜粋）

第1条 道路、公園、広場その他屋外の公共の場所において集団による行進若しくは示威運動又は集会（以下「集団運動」という。）を行おうとするときは、その主催者は予めB県公安委員会の許可を受けなければならない。

第2条 前条の規定による許可の申請は、主催者である個人又は団体の代表者（以下「主催者」という。）から、集団運動を行う日時72時間前までに次の事項を記載した許可申請書三通を開催地を管轄する警察署を経由して提出しなければならない。

一 主催者の住所、氏名

二 集団運動の日時

三 集団運動の進路、場所及びその略図

四 参加予定団体名及びその代表者の住所、氏名

五 参加予定人員

六 集団運動の目的及び名称

第3条 B県公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、当該申請に係る集団運動が次の各号のいずれかに該当する場合のほかは、これを許可しなければならない。

一～三（略）

四 B県住民投票に関する条例第14条第1項第2号及び第3号に掲げる行為がなされることとなることが明らかであるとき。

2 B県公安委員会は、次の各号に関し必要な条件を付けることができる。

一、二（略）

三 交通秩序維持に関する事項

四 集団運動の秩序保持に関する事項

五 夜間の静ひつ保持に関する事項

六 公共の秩序又は公衆の衛生を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に関する事項

【参考資料2】B県住民投票に関する条例（抜粋）

第1条 この条例は、県政に係る重要事項について、住民に直接意思を確認するための住民投票に係る基本的事項を定めることにより、住民の県政への参加を推進し、もって県民自治の確立に資することを目的とする。

第2条 住民投票に付することができる県政に係る重要事項（以下「重要事項」という。）は、現在又は将来の住民の福祉に重大な影響を与え、又は与える可能性のある事項であつて、住民の間又は住民、議会若しくは知事の間で重大な意見の相違が認められる状況その他の事情に照らし、住民に直接その賛成又は反対を確認する必要があるものとする。

第4条（略）

2（略）

3 知事は、自ら住民投票を発議し、これを実施することができる。

4 住民投票の期日は、知事が定める。

第14条何人も、住民投票の付議事項に対し賛成又は反対の投票をし、又はしないよう勧誘する行為（以下「住民投票運動」という。）をするに当たっては、次に掲げる行為をしてはならない。

一買収、脅迫その他不正の手段により住民の自由な意思を拘束し又は干渉する行為

二平穏な生活環境を害する行為

三商業活動に支障を来す行為

2（略）

デモ行進不許可についてこたえてみよう

①何が問われているか把握する

デモ行進不許可処分の違憲性

②問題を解決するために関連する条文は何か把握する

憲法 21 条（表現の自由）

第 1 項 集会、結社および言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。

第 2 項 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密はこれを侵してはならない。

③判例を参照する

i) 集会の自由の重要性

成田新法事件（最大判 1992（平 4）年 7 月 1 日民集 46 巻 5 号 437 頁）

「集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法 21 条 1 項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならない」

動く「集会」、あるいは「その他一切の表現の自由」としてのデモ行進と、その重要性

ii) 本問題に関わる表現の自由に関する審査基準

新潟公安条例事件（最大判 1954（昭 29）年 11 月 24 日刑集 8 巻 11 号 1866 頁）

A 条例によりデモ行進について「単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」

B しかし、「特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予め許可を受けしめ、又は届出をなさしめてこのような場合にはこれを禁止することができる旨の規定を条例に設けても、これをもつてただちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない」

C それゆえ、「公共安全に対し明らかな差迫つた危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができる旨の規定を設けることも、これをもつて直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならない」

←「明らかな差迫つた危険」が伴うデモ行進についてのみ、条例によって規制できる。デモに対する苦情は、「明らかな差迫つた危険」を示すものかどうか

不許可とする前に行うべき附款に基づく条件付け

運動条例（【参考資料 1】）に基づいて 3 条 2 項にかかわる事項でデモ行進に条件を付けることができる（し、それは合憲）。

道路交通法違反事件（最判 1982（昭 52）年 11 月 16 日、刑集 36 巻 11 号 908 頁）

「条件を付与することによつても、かかる事態（道路機能への著しい障害：引用者）の発生を阻止することができないと予測される場合に限られる」

←不許可処分の前提となるはずの条件付けが、本件では不存在

集団暴徒化論

東京都公安条例事件（最大判 1960（昭 35）年 7 月 20 日、刑集 14 巻 9 号 1243 頁）

「集団行動による思想等の表現は、単なる言論、出版等によるものとはことなつて、現在する多数人の集合体自体の力、つまり潜在する一種の物理的力によって支持されていることを特徴とする。かような潜在的な力は、あるいは予定された計画に従い、あるいは突発的に内外からの刺激、せん動等によつてきわめて容易に動員され得る性質のものである。この場合に平穏静粛な集団であつても、ときに昂奮、激昂の渦中に巻きこまれ、甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化し、勢いの赴くところ実力によつて法と秩序を蹂躪し、集団行動の指揮者はもちろん警察力を以てしても如何ともしえないような事態に発展する危険が存在する（中略）。集団行動による表現の自由に関するかぎり、いわゆる「公安条例」を以て、地方的状況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不測の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最小限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない」

←通常の表現の自由とは異なり、集団行動による表現の自由は、その「危険」性のために、保護の度合いが後退することを認めている。

←本事件は60年安保反対運動に対する規制を正当化したもの。問題にあるようなデモは、本事件の射程に入るほど「危険な」デモかどうか。また、「危険」であるとして、規制を認めるべきか（本事件では、許可制を敷いた条例を合憲と判断している）

←本件で問題となった条例は、【参考資料1】第3条の規定ぶりと同様の体裁をとることによって、許可制を事実上の届出制であると最高裁は述べている。この見解をどう考えるか。また、前記新潟県公安条例事件判決との整合性はどうか

パブリック・フォーラム論

吉祥寺駅構内ビラ配布事件（最判1984（昭59）年12月18日、刑集38巻12号3026頁）

伊藤正己裁判官補足意見

「表現の自由の行使が行動を伴うときには、多くの意見は受け手に伝達することができないといつてもよい。一般公衆が自由に入出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などはその例である。これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができよう」

それゆえ、パブリック・フォーラムについて「表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる」

←本件デモがパブリック・フォーラムにおける言論であるとして、デモに対する集会の自由の保障はどの程度なされるべきか、その審査基準は何か

④学説を参照する

Lv. 1: 長谷部前掲『憲法』

パブリック・フォーラムについて

「この法理によると、市民による表現の場(forum)として機能しうる公有財産は次の3種に分類される(Perry Educators' Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37(1983))。第一が、道路、公園などの伝統的パブリック・フォーラムで、そこでは表現の時・所・方法の規制は許されるが、表現内容に基づく規制は厳格審査に服する。第二が公民館のように、市民の表現の場として一般に政府がアクセスを許容する、指定された (designated) パブリック・フォーラムで、政府がこうした場を提供する義務はないが、提供する以上は、伝統的パブリック・フォーラムと同様の審査に服する。第三が非パブリック・フォーラム (non-public forum)で、そこでは観点に基づく規制こそ許されないものの、主題に基づく規制を含めて政府による規制は広く認められ、合理性の基準による審査にのみ服する。限られた主体による表現のみを許すことも可能である」(230頁)

「パブリック・フォーラムでは、集会やデモなどをその表現内容に基づいて規制し、あるいは禁止することは、その表現活動が憲法の保護を受けない特定のカテゴリーに属するものでない限りは厳格な審査に服し、他方、利用者の競合の調整や道路・公園・公の施設の管理・保存上の理由などによる内容中立規制は、中間的審査に服すべきものと考えられる。日本の判例は、パブリック・フォーラムでの集会やデモを、表現内容に基づくことのないよう、しかも事前に禁止しうる場合を厳格に限定する姿勢を示している」(226頁)

Lv. 2: 前記東京都公安条例事件について

伊藤正己「公安条例合憲判決批判」ジュリスト208号(1960年)2頁以下

判決の「最も重要な点は、条例が許可といっているが、原則として許可が義務づけられており、不許可の場合が厳格に制限されている点を理由に、規定の文面上では許可制を採用しているが、実質において届出制と異ならないとするところである。(中略)このような考え方を推論すれば、出版の検閲もまた合憲となるおそれさえありえよう。すなわち、もし出版禁止の場合を厳格に制限しておきさえすれば、それは単なる届出制であって、憲法の明文の禁ずる検閲つまり許可制ではないから、憲法の許すところとなる。(6頁)

←許可制(すべてのデモ活動についていったん「権力のコントロールのもとにおく」(6頁))と届出制(デモ活動はいったんは「自由に行われ」る)との区別がなされていないことを批判。

大島前掲『憲法ガールII』の解答例(36-37頁)は、この点に言及していないことについて、問題がある。法務省が公表している採点実感(<http://www.moj.go.jp/content/000122708.pdf>)、2頁はこの論点に言及しているし、伊藤論文を引くかはともかく、教科書でも言及される一般的な論点である(たとえば、長谷部前掲『憲法』、226-227頁)。

Lv. 3: 内容規制、内容中立規制について

芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）』増補版、2000年

内容規制

「内容規制とは、ある表現（言論）をその伝達するメッセージを理由として制限するものをいう」（403頁）
←ポルノ表現、名誉棄損表現、営利的表現、ヘイト・スピーチといったいわゆる低価値表現を除いては、内容規制は許されない（定義づけ衡量）。

内容規制に対する厳格審査基準の内容

A「やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益」の基準

「立法目的が『やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益』であること、立法目的達成手段がその公共的利益のみを具体化するように『厳密に定められている』（narrowly tailored）こと、という二つの要件の充足を求める基準」（411頁）

事件によって何が「やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益」かは異なるが、「厳格審査の基準によって違憲とされたケースの大多数は、立法目的の必要不可欠性よりも、規制手段の厳密性が満たされていないという理由による」（412頁、強調引用者）

規制手段の厳密性については、i 立法目的の正当性の挙証責任を政府に求め、ii 問題の法律が過大規制ではなく、iii また過小規制でもなく、iv 「規制手段が言論に対して『最も制限的でない他の選ぶうる手段』（least restrictive alternative）である」（412頁、強調引用者）ことが示される必要がある。

B「明白かつ現在の危険」の基準

ホームズ（O. W. Holmes）合衆国最高裁判事により定式化されたもので、「言論規制が許されるためには、その言論に反応した聴衆の反社会的行為によって惹起される有害な結果が切迫しており（imminent）、かつ重大（grave）でなければならないことを要求する」（414頁、傍点原文）

←アメリカでは、その後 Dennis v. United States 合衆国最高裁判決（341 U. S. 494 (1951)）によって切迫性要件が排除されたが、その後違法行為の唱道（違法行為を行うよう促す言論を行うこと）の規制が問題となった Brandenburg v. Ohio 合衆国最高裁判決（395 U. S. 444 (1969)）により、切迫性要件が復活

内容中立規制

「表現内容中立規制とは、表現をその伝達するメッセージの内容（中略）に直接関係なく制限する規制を言い、病院や学校の近くでの騒音の制限、住宅地域における屋外広告物の禁止などが例として挙げられる」（431頁）

＝時・所・方法の規制

⑤以上を踏まえて論じる

問題は、憲法上の保障が及ぶべきデモ行進の自由に対する規制について、A デモ行進を不許可にするにあたり、事前に必要な措置（条件付け）を十分に検討したか、B デモ行進の場所となる道路のパブリック・フォーラムとしての性格を考慮したか、C デモ行進が明らかにさしせまった危険を惹き起こすものだったか、ということ。

わるい解答例に赤を入れてみよう

A のデモ行進を不許可にした処分は憲法違反である。なぜならば、デモ行進は表現活動の一つであり、憲法上の表現の自由の保障を受けるからである。

まず、新潟公安条例事件判決によれば、デモ行進に対して許可制を敷くことを許容していない。本件で問題となった運動条例は、許可制を敷いており、違憲である。また、日本の最高裁は、アメリカの判例法理を参照して、道路のパブリック・フォーラム性を重視し、そこで行われるデモ行進を厳格に保護すべきことを認めている。本件不許可処分は、デモ行進の内容に着目した内容規制であり、違憲である。

また、仮に条例自体が憲法違反ではないとしても、B 県公安委員会がデモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないことを求めたのはデモに対する過度な規制であり、違憲である。