

今回の問題は、初年度における憲法総合の期末試験問題として出題したことがあり、考えようによっては使いまわし問題ですが、もちろん安易に出題したわけではありません。この問題は、事実と法理が複雑に関連するので、頭の整理にはよい問題ですし、地裁判決の妥当性についても、いろいろな評価はありうるので、控訴理由を書くことは意外と大変です。皆さんがそれらの点についてどのようにクリアしたかが採点に際しての基本的視点であることはいまでもありません。なお、以下の文章に付してある記号(Aとか①等)は、別に返却する各自の答案に対するコメントに付されている記号に対応しています(これは、すでに事務所に預けてありますので、万一返却されない場合は、事務所に請求してください。なお、このコメントは字が乱雑で解読不能なのでもらっても無意味という人もいますが、限られた時間の中ではあれが精一杯です。解読不能という人には「申しわけありません」というほかありません。その点をご理解ください。なお、コメントを別紙に記載する理由は、不合格答案を担当教員全員で精査する際に、私の評価が答案に直接に記載されていると、予断と偏見を与える可能性があるかと私は考えるからです。

問1に対する答えは、基本的に15頁最後のところに書いてありますから、問1に対する解答は容易であると思います。

A) 注意すべきは名誉毀損とプライバシーの区別をきちんと行っていることで、この点も11頁四以下に書いてあるとおりです(「創作性の高いフィクション」であること)。名誉毀損への言及は5点で、プライバシーが25点です。前者は、小説の記述が社会的評価を低下させるものではないこと、好意的ないし同情的に描かれていること等から名誉毀損は成立しないとされていることが指摘されていることが必要です。

B) 次にプライバシーですが、①学歴、結婚等の社会関係上の事柄については、一般人の感覚を基準に知られたくない事柄とはいえないとしていること、他方②色覚異常や風呂場でのへんし等は「知られたくない」事柄にあたるとされており、この二つを区別してあることも重要です。そして、判決はプライバシー侵害の可能性を認めつつ、表現が違法性を上回っているので、小説の中身の点でプライバシー侵害を構成しないと述べているのが本件判決の特徴です。具体的には、a) 小説の構成上不可欠、b) 表現の方法等に慎重な配慮をしている、c) 芸術的想像力の生み出した創作であって、フィクションである(A,B各10点で、あとは論じ方等で5点)。

さて、問1のポイントは、問2で攻撃すべき点を明確化することにあります。この点を忘れ、単に事実の羅列に終わっている答案が圧倒的でした。それでも、一応問1で採点を完結させて行っているのですが、点はよほどポイントをはずしていない限り20点台後半がついているはずですが。実際には問2を読めば問1の出題意図を理解できているかどうかは、すぐにわかるのですが(理解できていない答案は、問1の論述を問2に全く生かすことができいていません)、問2と連動させて採点を行うと単位を取れない人が続出するので、このよ

うに採点しました。もちろん、本番ではこのような採点はなされないに違いありません。

問 2 については、主としてプライバシー侵害がないとする判例の立論をどう評価するかがきちんと論じられていることが必要です。

ア) まずは、プライバシー侵害の要件です。ここでは宴のあとの要件への言及は必須ですが、実際には大半の答案に言及がありませんでした。おそらく単に期末試験をクリアすることだけが目的で、「控訴理由」なんて書く気がないからなのでしょう。しかし、「一般人」を基準にする「宴」を前提にする限り、原審の判断の妥当性を論駁することはなかなか難しいので、「宴」批判を行うことは、控訴理由の中では重要な意味を持つはずですが、その他、江沢民事件なども応用しながら論じることは当然と思えるのですが、そうした論述はほとんどありませんでした。あれだけ判例を取り上げながら、それらが全く生かされていないのは残念というしかありません。

イ) 問題となった小説はモデル小説ですが、原告は妹夫婦で、原告適格があるかどうかを「死者のプライバシー」との関係で論じてあると加点事由となります（控訴理由なので実際には問題にする必要がなく、この点に言及がなくても問題はありませぬ）。

ウ) 以上（少なくとも A）を論じた上で、本判決の最大の問題は、色覚、変死に触れている点でプライバシー侵害の可能性を肯定しながら、芸術性や表現の価値を高く（過剰に？）評価して、違法性を認めなかった点をどう考えるかにあります。これを裁判所が「芸術性」判断に踏み込みすぎであると考えるか、それとも、プライバシーの主張に対して表現の自由の余地を大きく認めた（「等価的価値考量」を前提としながらも！）点を評価するか、どちらの立場で行くか（控訴理由ですから、当然プライバシーをもっと重視せよと論じることにならざるを得ませんが）を明確に意識しつつ、以下の点について論述を進める必要があります。

- エ) ①表現の芸術性、思想性等が高くても、プライバシー侵害は生じうる・・・か。
②表現方法に基づく違法性阻却は芸術至上主義（？）ではないか。
③全体としてフィクション性が認められたとしても、色弱、変死は知られたくない事柄ではないのか。小説の構成上不可欠だとプライバシーを書いてもよいという考量は妥当か。
④販売方法においてことさらに「反骨の男の苦悩うんぬん」として宣伝したことの問題性。
⑤本人の同定が容易であるのに配慮なし・・・か。ちなみにこの点については、「意思に泳ぐ魚」事件との対比で、同定の意味（本件では地域限定で同定できるだけ。石は・・・？等）やプライバシー侵害の有無を説得的に論じていると大いに加点されると思います。以上、アウ各 10 点、エが 40 点ですが、もちろん論理構成や論述の巧拙で評価は上下します。なお、以上の採点基準は教員間で協議した結

果に基づいていますが、文章自体は私が書いたものでUクラス限定です。採点に異議がある場合は、以上の基準を参考にしかるべき根拠を持って行ってください。もちろんそれに理由がある場合は、採点を再検討するに吝かではありません。なお、平常点は、複数回にわたって自主的に発言をした人について考慮しており、「平常点」として特に記載がなければ、ゼロということです。点数は、答案の最終頁に記載されている数字が答案に対する絶対評価（一応、新司法試験で求められるレベルを念頭においてのもの）で、一枚目の上部に記載されている赤字は、法務研究科の採点基準である相対評価に基づき形式的に換算したもので、信憑性に乏しい数字です。

Cクラスの最高点は絶対値で70点前半であり、残念ながら答案の出来はよくないといわざるをえません。とはいえ、これでも相対評価では90点以上のA+になってしまうので、答案1枚目の上部の赤字は「信憑性に乏しい」と述べたわけです。ですから、赤字ではなく、答案最終頁の絶対評価でご自分の実力を認識してください。少なくとも、今回の答案を前提にする限り、本番に合格する可能性がある答案は、10通以下です。

以上の採点により、受験者数48名の成績内訳はA+が5名、Aが11名、Bが9名、Cが13名（なお、60点の絶対評価は相対評価でも60点でしかありません。合格最低点である60点が相対評価により60点以上になることは理屈にあわないと考えていることと、何よりも今回の60点はオマケであり、実質的には不合格答案であるといえなくもないという理由によるものです。この点は、1年生向けの講評では明記していましたが、憲法総合では明記していなかったので追記しました）、Fが10名となりました。なお、F評価の答案につきましては、憲法総合担当者全員に答案を読んでもらっています。その結果、残念ながら全員一致でF評価に決まりました（従来、一人でも評価の見直しを主張する人がいれば、私は自動的に繰上げ評価をしてきましたが、今回、異議はひとつもありませんでした）。もちろん、その旨の記載が書類に残されています。

以上です。