

## 2010 年度憲法 II 期末試験の解説と採点基準ならびに講評 (R クラス用)

以下では、本問で要求されている解答の基本線と、それに対する配点を示します。ただし、これはあくまでも目安であって、実際の採点では、この基準に従って機械的に採点するわけでは必ずしもありません。一例をあげれば、本来なら問 1 で書かれるべき内容を問 2 の中に発見すれば、問 1 で加点されていない場合には問 2 で加点することもありますので、以下に述べる基準からすればつじつまが合わない採点となる可能性もあります。しかしこれは、皆さんにとって有利となるように採点を工夫するということであり、不利な方向で行うものではありません。

また、以下の基準は科目担当者間の合議で決定したのではなく、私独自のものです。文章自体は私が個人的に作成したものですので、R クラスのみに有効で、これ以外の他のクラスに通用するものではありません（誤解のもとになるので、他クラスの人に見せることを禁じます）。また、平常点をどのように加点するか・しないかも、各教員の裁量となっています。私自身は、授業中の発言を加点事由としていることは授業の開始時に説明したとおりです。これを 10 点とし、残り 90 点を今回の試験答案に割り当てます。

問題 1 は、判決において、事案や判示内容に即して、憲法上の論点ないし問題点を列挙し、それがどのような問題かを説明しつつ、それを解決するための課題を示すことが求められています。なお、本問の配点は 30 点です。今回は、問題文中にそれが明示されていませんでしたが、問題 2 の内容と比較すれば、比重が軽いことはお分かりになるはずです。ちなみに、問題 2 の配点は、R クラスでは授業中の発言を 10 点満点でカウントしますので、60 点ということになります（詳しい配点は、問題 2 の解説で示します）。

なお、本解説中の①から③、(A) から (C) は、それぞれ問題 1 と問題 2 で論じるべき点を示すもので、皆さんの答案において、それぞれの記号に応じて点数を表記していますので、以下の解説と点数のデフォルトからご自分の答案のどこに問題があるかを確認できると思います。また、特に問題がある場合は、答案に赤ペンで簡単なコメントが付されている場合もあります（コメントがなければ、特に問題はないと考えてください）。

### 問題 1 について

添付された判決を分析し、それに含まれる問題点を指摘することがここでは求められています。具体的には、以下の点が指摘される必要があるでしょう。これ以外の指摘も内容によっては加点されるかもしれませんが（こういう点は、ケース・バイ・ケースで採点するしかありませんから、ここで具体的に説明することはできません）、いずれにしても、以下に示す内容に優位するわけではありません。

なお、問題 2 との役割分担も意識して論じないと、1 と 2 の解答の差別化ができなくなります。上述のように、「採点の工夫」によって救済を図る可能性はありますが、問題 1 と 2 の役割分担を意識して書かれた答案は、明晰な答案であるという好印象を残しますから、採点上も有利になる可能性大です。こういう点も、答案作成上存外に重要であることもど

うぞお忘れなく。

さて、問題文に添付された判決は、いわゆる絶対的免責特権論に立脚して、民事責任も国家賠償責任も否定しています。この判断に含まれる「問題点」の指摘を求めているわけですから、これについては、総じていえば、絶対的免責特権論で事案を処理することの妥当性を問うことになるでしょう。この場合、①そもそも絶対的免責特権論とは何か(定義)、それを振りかざすだけでよいのか、相対的免責特権を論じる余地はないのか、という議論と、②仮に絶対的免責特権論でいくとしても、別途、国家賠償責任を認める余地はあるのではないかを論じる可能性があります。

以上の点を問題点として指摘することは必須ですが、これを示すだけでは論点の提示にとどまります。なぜ、絶対的免責特権論で一刀両断の下に結論を下した判決に疑問が残るのかを説明しなければなりません。それが事案分析です。この事件は、検討判例でしたから、その内容は、問題文の簡単な事案紹介を超えて皆さんの記憶にしっかりと残っていることでしょう。国会議員の発言内容は、かなりひどいものでした。

それゆえ、添付された判決文のように論じてしまうと、私人の名誉を保護する必要性が全く考慮されず、被害者の救済という視点に欠けた判断ということになってしまいます。果たして、議員の免責特権は、今日でもそれほど重視されなければならない原理なのでしょうか。その制度趣旨は？代表概念との関係は？それらを念頭において、今日でもその絶対性を説く必要があるのかを論じると、問題2を検討する舞台設定ができあがります。これを便宜上③と考えると、各10点で合計30点ということになります(③は、適切に論じられていれば、①②に解消されて論じられていてもかまいません。なお、答案には便宜上、①?点、②?点、③?点と表記されています)。

各10点のデフォルトは6-7点で、一応問題点が指摘できていればその点がつきます(5点以下がついている場合は、残念ながら問題点の指摘として不十分だということです)。その上で、単に問題の所在が示されているだけでなく、それが持つ意味等々が分析されていれば、9-10点がつくこととなります(逆に言えば、単に問題点が指摘されているだけでは、10点はつかないということです)。なお、制度趣旨等々は授業や復習のヒントで検討済みですから、ここでそれを改めて指摘することはしませんが、そうした問題意識を文章化することで、前記①と②の論点に味付けをしておくことは、多くの場合、非常に有効ですから、どんな科目の答案を書く場合でも、常に心がけてほしい点です。

#### 問題2について

次に、以上の整理に基づいて、添付された判決を批判し、同判決とは異なる結論を導く立論をしなければなりません。これが合計で60点です。問題文では、複数の法的構成を示すことが求められていますので、まずはそれを示す必要があります(A)。

そのひとつは、いわゆる相対的免責特権を論じることで(ちなみに、相対的免責特権における「相対」の意味をきちんと説明(定義)できていることも重要です。もちろん、そ

れとの対比で絶対的の意味も、ですが。なお、これらが、問題1で論じられている場合もあるでしょう)、民事上の個人責任を認めるルートです。これを基礎づけるためには、絶対的免責特権論の根拠を前述の制度趣旨をはじめとしてさまざまな観点から批判しておく必要があります。ちなみに、個人責任を認める場合には、なぜ個人責任まで問う必要があるのかを明確にしなければなりません。これは制度趣旨、ひいては「代表」をどのように解するのかを積極的に明らかにすることを意味しますから、説得力のある論旨の展開が求められます。それに加えて、最高裁が免責特権を論じないで国家賠償法のレベルで処理してしまったことの問題点も指摘できていれば、いうことはありません。最高裁は、いわば憲法判断を回避したわけですが、それによりいかなる問題を残すことになるのでしょうか(それゆえに、その道は採れない等々)?

もうひとつは、絶対的免責特権論に立脚しつつも、国家賠償だけは認める(個人責任は否定)という構成です。この場合、絶対的免責特権を論じながら、なぜ国家賠償だけは認められるのかについての理由を説明する必要があります。その際に必ず論じる必要があるのは、免責特権が国会議員に認められる趣旨との関係で、国家賠償だけは肯定することの理由を明確に示すことです。ここでは、国の責任の持つ意味や、免責と違法の区別などに言及することが求められます。また、誰でもが思いつくのは、議員活動に対する制約ですが、それは具体的にはどのようなものかについてまで踏み込んで検討することが求められます(たとえば応訴負担など)。

以上の二つ(もちろん、それ以上指摘していてもかまいませんが、少なくとも以上の二つに言及があることは必須です)が指摘できて、20点です。単に相対的免責特権説と絶対的免責特権説があり、私は〇×を支持する等々と書くだけではせいぜい10点にとどまるでしょう。逆に、上に指摘したような点が一応書けていればデフォルトで15-6点、さらに最高裁判決との関係等まで指摘できていれば、17-20点です。

さて、実際の答案では、以上の点と絶対的免責特権論批判が不可分に書かれていることもあるでしょうが、ここではそれを便宜上分離して、採点基準としてピックアップしておくとして、問題に添付された判決のような絶対的免責特権論批判は、二つの構成のいずれをあなたが採用するにせよ、避けて通ることはできません(B)。これが入念に書かれていれば20点、デフォルトは15-6点です。

さて、最後に具体的事案の解決(C)です。判決文のような絶対的免責特権論を採用するという選択の余地はないので、あなたとしては、相対的免責特権で行くか、それとも絶対的免責特権を前提にしつつも、国家賠償責任を認めるかのいずれかの道を選ばなければなりません(あるいは、第三の道-たとえば、名誉やプライバシー侵害がひどい場合にのみ個人責任ないし国家賠償責任を認める。しかし、この立場では何をもって「ひどい」というか判然としないという問題が残りますね。これを「相対的」免責特権と論じる人もいます。ようすが、こういう点も、「相対的」免責特権とは何かという定義問題になりますので、皆さんが用いている観念がどのようなものであるかについて、読み手にきちんと伝わる文

章を書くようにしてください—を論じる人もいるかもしれませんが)。

この場合、国家賠償ないし民事で名誉毀損の成立を認め、損害賠償責任を肯定することになるわけですが、その根拠を何に求めるのかについて論じることが必要です。たとえば、現実の悪意の法理とか、何らかの注意義務違反を論じる等々がそれです。後者の場合、最高裁が国家賠償法は代位責任であると論じていることを批判する必要がありますし、さらに厳密には、今年度はカリキュラムに含まれていなかった在宅投票制度に関する最高裁判決の立場である違法性二元論批判を展開する必要も出てきます(この点は、本番では必須ですが、今回の試験ではそこまでは要求していません。もちろん書いていけば加点対象とはなりません)。また、国の責任ないし個人責任を問うことができる限界を、免責特権が憲法上認められていることとの関係でどこに設定するかについても言及する必要があります。さらに、国家賠償を認めた場合の国の求償権をどうするかについても検討があれば万全です(が、それ自体は国家賠償法上の問題として、行政法の領域に属することになります。とはいえ、二つの構成のうち、国家賠償責任だけを認める道を選ぶと、行政法問題を回避できなくなりますので、それらが適切に論じられているかどうかは、ある程度評価対象とせざるを得ません)。以上が万全に論じられていれば 20 点で、これまで同様、デフォルトは 15-6 点です。それ以下の場合、上に述べてきたような点の指摘が欠落していることを意味します。以上で、問題 2 の合計が 60 点となります。

これに裁量点を 10 点とし、総合計で 100 点です。なお、文章表現の巧拙が論述内容に影響を与える可能性がありますので、それによって点数が上下することもありえますが、原則として論述内容に比例して点数がアップすることは言うまでもありません。逆にいえば、各論点で 15 点がついている人は、可もなく不可もないということです。誰でもが指摘できる事柄を論じているだけでは、このデフォルトを超えることはできません。

なお、授業中の発言以外の裁量点は「不透明」等々のあらぬ疑いをかけられる可能性があるもので、私自身はほとんどつけていません。例外的に答案の読みやすさを考慮する例が過去にはありましたが、今回はそういう例はありませんでした。これとは別に平常点(これは「平」と表記されて数字が付されています。ご存じのように大半の人には、この平常点がついていません)が加味されています。これは、授業中に挙手して発言し、それに一定の応答をした場合にのみ、最高 10 点まで加点されています。

なお、欠席が多い人は、仮に答案がよく書けていても最大で 60 点、あるいは不可になる場合がある旨は、事前に告知しましたが、今回 60 点が付いている人は、欠席と無関係に答案自体が 60 点以上付けられなかったものと考えてください。

採点は、まず絶対評価で行います。答案 1 頁目の右上に黒字で表記されている数字がそれです。なお、その内訳は、答案用紙の最終頁下部に赤字で付されています。これが成績表では相対評価に換算されて示されますが(Cを除き、いずれもワンランクアップ—絶対評価で B が A に等—しているようです)、これは各クラスにおける相対評価にすぎません。この数字は、相対ゆえの過大な数字で、ほとんどの場合、実力を反映していません。この数



字を過信すると本番で失敗する可能性がありますので、どうか答案に記載されている絶対評価の数字で御自分の実力を虚心坦懐に反省してください。

今回は、問題が非常に易しかったせいか、F 答案は 4 通でした。残念ながら論じるべき点が示せず、あるいはそれに対応した相応の内容の論述ができていないものばかりで、ほとんどが 50 点を大幅に切る内容でした。この点は、解説を読めば一目瞭然だと思います。そこで、該当答案を憲法 II 担当の全教員が集まる検討会に提出しました。

この検討会は、各教員が不合格とした答案をそのまま最終評価としてよいかどうかを相互に検証することを目的とし、長時間にわたって他クラスの答案を検証するものです。方法は、不合格答案の一覧表を作り、各教員が他クラスの不合格答案について自分の採点結果を票に記入していきます。○は「合格」、△は「合格の可能性もないわけではない」、▽は「内容はかなり厳しいけれど、当然に不合格ともいい難い」、×は「不合格」を意味します（以上の表現は私個人が敷衍したものにすぎません）。

以上の共通理解に基づき、私自身は○がひとつであれば合格にします。△は 2 つで合格、▽は 3 つ以上で合格ですが、最終的には担当教員が当該答案を再検討して決めます。今回、R クラスの不合格答案で○ないし△がついたものは、残念ながら 1 通もありませんでした。不合格は全員一致の結論だったのです。不合格となった人は、再試験を期してください。

次に、合格答案を相対評価に換算します。この段階で非常にしばしば驚くほどの高得点にバケることは前述の通りです。しかし、これは相対マジックにすぎませんので、くれぐれもこの点数で慢心しないようにしていただきたいと思います。今回、C 評価の人は絶対評価が 60 点の人で、これも成績表の点数は相対評価にしていますが、それでもランクアップはしないので、C にとどまりました。

ちなみに、当初は付さないつもりだった若干のコメントが、答案の出来（不出来なものに相対的に多い）に応じて、若干ですが、付されています。ただし、全く付されていない答案もあります。これは、「えこひいき」ではなく、偶然の産物です。採点時間に余裕がないので、字が汚いことはご容赦ください。ちなみに、二年前の秋学期までは、全答案に A4 別紙両面に詳細なコメントを付していましたが、その際にそれが一部の心ない人により、非常に残念な使い方をされたことをきっかけに全面的にやめることにしました。復習のヒントの時と同様に、なぜ一部の人のために無関係の者までが？と思う人がいるかもしれませんが、そうせざるを得ないほど「残念な使い方」の内容がひどいものだったということです（今回の判例の事案みたいな状況でした）。

繰り返しになりますが、今回残念ながら不合格となった人は、それにめげず、再試験を期してください。なお再試験では、採点報告までの時間が極端に短く、時間的余裕がないこと、さらには、再試験は合否を決めるだけの試験なので（一律 60 点）、採点基準も解説も示しません（個別の不合格答案には若干のコメントを付す場合があります）。以上です。