

---

# 憲法事例研究・その1

——司法試験出題問題を素材として——

渋谷 秀 樹

---

- I はじめに
- II 事例分析と起案の一般論
- III 平成 25 (2013) 年度 公法系科目第 1 問
- IV 平成 24 (2012) 年度 公法系科目第 1 問
- V 平成 23 (2011) 年度 公法系科目第 1 問

## I はじめに

司法制度改革の一環として法科大学院制度が発足してから 2016 年 3 月末で 12 年を過ぎようとしている。法科大学院制度は、日本における「法の支配」を支える法曹養成を、個人の努力を基盤とし、優秀な人材獲得の方法として機能しなくなった従来の古びたシステムから、明確な目標と教育課程を整えた洗練した制度を基盤とするシステムへと進展させるものである。そして、その教育成果を試すかなめとなるのが、法科大学院の教育制度によって受験資格を獲得した者に対して最終的に法曹資格を付与する試験、すなわち司法試験の内容の改革であった。

筆者は、旧制度の、いわゆる旧司法試験の憲法の考査委員を 2002 年 4 月から 2010 年 11 月までつとめた。他方で、法科大学院の教育現場で、その発足当初から憲法に関連する科目の教育に実際に携わってきた。その経験からすると、すでに出题された新しい法曹養成制度の教育成果を検証するはずの論文式試験

問題の内容そのものに対しても、いくつかの思いをいただくようになった<sup>1)</sup>が、それを率直に吐露することは、将来に譲ることにして、本稿においては、まずはこれまで出題された問題を、法科大学院の教育上の事例教材としてとらえた上で、それを、憲法学の立場からどのように分析して考察し、対応していくのがよいかという視点、すなわち憲法事例の分析・考察・起案のプロセスを教育の観点から実践的かつ客観的に考察して行くことにしたい<sup>2)</sup>。

## II 事例分析と起案の一般論

### 1. 第1の作業——設問の分析と図式化

「論文式試験問題」は、具体的な事案（以下【事案】という）、〔設問1〕、〔設問2〕……（以下【設問】という）、【参考資料1】、【参考資料2】……（以下【資料】という）の順で構成され、出題されている。これに120分間という限られた時間で対応するためには、まずは何に注目すべきか。もっとも素直な対応方法は、最初に書かれた【事案】の冒頭から読みはじめるということであろう。しかし、時間的制約の中で、出題者の意図を確実に把握するためには、まずは【設問】を読むべきであろう。つまり、何について答えることを求めているのかを正確に把握しなければならない。

例えば、本稿で取り上げるもののうち平成24（2012）年度の論文式試験は、以下のような設問から構成されている。

- 
- 1) 新司法試験発足初期にいただいた感想については、渋谷秀樹「今年の新司法試験をどう見るか——試験委員と出題のあり方について——」『新司法試験の問題と解説2007』法学セミナー増刊6頁（2007年）参照。なお、短答式試験問題についても、種々の感想をもっているが、これについては後日に譲りたい。
  - 2) 筆者は、例年、教育の見地から、毎年度出題される司法試験の解題を新たな憲法判例の解説とともにやってきたが、本稿は、その際作成したレジュメの一部を修正して掲載するものである。すべての問題に同様の原稿が用意されているが、今回は、紙幅の関係上、3回分の掲載にとどめる。他の問題についても、順次、本紀要に連載することを予定している。

**〔設問1〕**

Dは、今回のB村によるA寺への助成は憲法に違反するのではないかと思い、あなたが在籍する法律事務所に相談に来た。

あなたがその相談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(なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのこととする)。そして、その訴訟において、あなたが訴訟代理人として行う憲法上の主張を述べなさい。

**〔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。

以上の設問は、これまでの〔公法系科目・第1問〕(=憲法)の以下の設問パターンを踏襲して、ただ【事案】にあわせて若干の修正をしているにとどまることに気づくであろう。

最新の問題である〔平成27年度〕(2015年度)は、以下のような設問形式であった。

**〔設問1〕(配点:50)**

(1) あなたがBの訴訟代理人となった場合、Bの主張にできる限り沿った訴訟活動を行うという観点から、どのような憲法上の主張を行うか。(配点:40)

なお、市職員の採用に係る関連法規との関係については論じないこととする。また、職業選択の自由についても論じないこととする。

(2) (1)における憲法上の主張に対して想定されるA市の反論のポイントを簡潔に述べなさい。(配点:10)

**〔設問2〕(配点:50)**

設問1(1)における憲法上の主張と設問1(2)におけるA市の反論を踏まえつつ、あなた自身の憲法上の見解を論じなさい。

この問題の特色は、小問の配点を明確にしたことであろう。この配点の割合は、出題者の想定する論述の量と正比例するととりあえずは考えるべきである。

さて、来年度以降は、どのような設問パターンとなるか、周知のごとく、司法試験問題の漏洩という前代未聞の不祥事が発覚して、予測不可能となった。しかし、受験生の立場に立つと、法的安定性と予測可能性については、配慮すべきであろう。すでにこのような設問の形式は、慣習法となったと考えられるからである<sup>3)</sup>。

これまでの出題形式を前提とした上で、それを一般化すると以下のようなものとなろう。

**〔設問 1〕**

あなたが X の訴訟代理人として訴訟を提起するとした場合、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。

**〔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。

この設問形式は、紛争の当事者のそれぞれの主張と、第三者たる「あなた」の見解を問うていることになる。とすると、どのような登場人物が登場してその立ち位置はどこか、そして、3つの立場からの異なる主張を展開するのであるから、3通りのストーリーをどのように作り上げていくかが、設問に対して取り組む基本的な構図になる。

**a. 設問の登場人物は誰か**

「あなた」と「被告」しか登場しないので、2通りのストーリーを書くかのように見える。しかし、「あなた」には①「X の訴訟代理人」としての「あなた」と②「あなた自身」という2つの立場が示されているので、③「被告」と合わせて3つの立場からのストーリーを展開しなければならない。

ここで①と②の立場が同じ、ということは現実にはありうるので、2通りの

---

3) ただし、慣習法の主観的成立要件とされる「受験生からの支持」という要素は欠いているようではあるが。

ストーリーでも良い、ともいいたいところであるが、出題者は、3通りのストーリーを求めていると考えるのが無難である。そして、「あなた自身」は、あなたが「裁判官」となった場合にどのように考えるか、を想定して書いていけばよい。

その際、注意すべきは、起案作成に当たっては、憲法19条で保障される自分の「思想及び良心」を忘れ去って、というか、「思想及び良心」としては保障されていない「知識」によって答えなければならない、ということである。場合によっては、自己の価値観・信条に反することでも、「あなた自身」は書かなければならない。それが、国家試験全体に通じる約束事であるし、現実に法曹となってクライアントの要望に応じて、あるいは自らの職責に応じて職務を遂行する者の基本的な心がけの実践作業というべきである。

### **b. 3通りのストーリーをどのように差別化するか**

#### **(1) パターン1 (いわゆる「人権パターン」)**

審査基準が3種になるようにストーリーを構成して、差別化するというパターンがまず考えられる。これは平成18(2006)年度の問題(タバコのパッケージにおける表示の義務付け)については有効である。合憲と言いたい側は「合理性の審査」、違憲と言いたい側は「厳格な審査」、「あなた自身」は「厳格な合理性の審査」を用いて結論へと導く、というパターンである。このような書き分けは、誰もが考え付くもので避けるべきである、ともいわれるが、このパターンにぴたりと当てはめられるものもある、ということは覚えておくべきである。ただし、平成23(2011)年度試験の「採点実感」に、「原告の主張を展開すべき場面で、違憲審査基準に言及する起案が多数あった。違憲審査基準の実際の機能を理解していないことがうかがえる……」とあるので、受験生の中には動揺した者が少なからずいたのではないか。ここでいいたいのは、そもそも違憲審査基準は、訴訟当事者の主張と反論、しかもそれはどちらの主張もそれなりに説得力のあるものが提出されるなかで、どちらの主張に利があるかを判定するための道具概念であるから、それを自分の主張の中で主張するのはおかしい、という趣旨と理解すべきである。原告の立場に立った場合には、審査基

準を直接もちだすのではなく、その実質論を展開すればよいことになる。

(この点については、「採点実感」が発表された後、おそらく批判・問い合わせが殺到したらしく、後で「補足」という弁明がアップされたのは周知のところである。)

## (2) パターン2 (結論パターン)

当事者(原告対被告、または検察官対被告人)の結論を対極に位置付け、「あなた自身」の結論を折衷的なものとする(請求一部認容・一部棄却、または執行猶予付き有罪等)パターンである。これは、パターン1との組合せも当然ありうるし、他のパターンとの組合せもありうる所であり、結論を用意するに際しては、これが一番無難である。

## (3) パターン3 (判決理由パターン)

結論に折衷的なものがない場合に有効なパターンで、実際の最高裁判所の判決の手法をモデルとするものである。最高裁の判決理由には、①法廷意見、②補足意見、③意見、④反対意見の4パターンがある。①②③は結論が同じであるが、④は結論が①②③とは異なるものである。なお、②は①の理由だけでは足りないのをそれを補おうとするもの、③は①とは理由が異なるものであることを確認しておく。

結論が2通りしかないから、原告は法廷意見または反対意見、それに対して被告は反対意見または法廷意見として対比を際立たせ、「あなた自身」は、③の道をとるというパターンなどが考えられる。

## (4) パターン4 (法令違憲・法令合憲・適用違憲パターン)

法令自体の合憲・違憲を主張するか、適用の違憲を主張するか、という着目を差別化するパターンである。原告(被告人)が法令違憲、被告(検察官)が法令合憲、「あなた自身」は適用違憲として3通りを差別化するパターンである。

## (5) パターン5 (概念・判定基準差別化パターン)

これは後述「3. 第3の作業——憲法上の論点の抽出」と関連するが、(1)①それぞれが主張する権利そのものを別個にする(これはパターン1とも連動する)、(2)権利等は同じものとしつつ、②権利の定義による差別化、③権利の性

質による差別化, ④その他学説判例の示す判定基準につき異なる見解を提示して差別化する, といったパターンである。

例えば, ①異なる権利の主張としては, 表現の自由と経済的自由の差別化(煙草の広告, 医師の診療など), ②権利の定義としては, 憲法19条の「思想及び良心」についての信条説と内心説, 21条の「表現」の定義について, それは「思想の発表」にとどまるか, 「事実の報道」が含まれるか, 「事実の垂れ流し」も含まれるのか, といった把握方法の違いによる差別化, ③権利の性質については, 憲法25条の生存権についての抽象的権利説・具体的権利説などによる差別化, ④権利ではなく, いわゆる客観的法規範を問題とするときには, 異なる判定基準を使用することによる差別化する, といったことが考えられる。

#### (6) パターン6 (適用パターン)

すべて同じ概念, 判定基準を用いつつ, 事案に示された事実の1つ1つを丹念に拾い出し, それに与えるウェイトを微妙に変えることによって, 結論パターン(パターン2)へともっていくパターンである。

憲法の事例問題は, 事実の評価よりも解釈論重視であるべきと考えるので, 最も推奨したいのは, パターン5である。しかし, 試験に臨んで定義・性質・判定基準のバリエーションが出てこないときの最後の手段としてこの「適用パターン」は, 最後の切り札として用意しておくべきであろう。

事実の評価を変えることによって, 結論を導き出す手法は, 他の実定法科目では, むしろ通常のパターンと思うので, 案外, 簡単に合格起案のレベルまで到達できるのではないか。

#### (7) その他

その他に事案の内容に対応して種々のパターンが考えられるが, 与えられた時間のうちに上記6パターンとはまったく別のものを思いつくのは至難の業であるということは自覚しておくべきである。

#### c. 何が問われているかを正確に読み取る。

設問は, 全体として2つのことしか問われていない。第1は, 「どのような訴訟を提起するか」であり, 第2は, 「憲法上の主張」をめぐる「主張」・「反

論」・「落としどころ」である。憲法の問題であるから、後者の「憲法上の主張」をめぐる論争をうまく処理するのは当然であるにしても、「どのような訴訟を提起するか」を侮ってはいけない。(このような問いかけは、問題が刑事事件であれば、当然のことながら、ありえない。)

その際、出版差止めのように、私人間の紛争の場合には、民事訴訟(民事保全訴訟も含む)の中に位置づけられる訴訟類型であるが、それ以外には、行政事件訴訟を考えるべきである。その中心は、抗告訴訟であり、取消訴訟がその主要な訴訟類型であるが、そのほかに、不作為の違憲確認、義務付け・差止めの各訴訟、また公法上の当事者訴訟という類型もあることを忘れるべきではない。さらに住民訴訟も本来は地方政府の支出の適法性を争う訴訟として設計されたが、支出そのもの、あるいは支出の原因となった政府の行為の合憲性を争う訴訟類型としてしばしば用いられているので、最低限、その条文構造は理解しておくべきである。

また、現に経済的不利益(精神的なものを含むときもある)を被った場合には、国家賠償法上の損害賠償または損失補償の請求をなす、ということも忘れてはならない。立法不作為の違憲を争う場合に、実際には、公法上の当事者訴訟か、国家賠償訴訟で争われていることも再確認すべきである。そして、事案によっては、民衆訴訟・機関訴訟も当然ありうる。その他に無名抗告訴訟や「基本権訴訟」といった「飛び道具」もあるが、このような特殊な訴訟類型は、それ自体を説明しなければならないので、避けるのが無難である。

## 2. 第2の作業——訴訟類型の選択

立案問題分析型ではなく、紛争解決(訴訟)型の事例問題の場合には、いきなり憲法の実体的問題を問うわけにはいかないので、事案の処理のために必要な訴訟類型の選択を問うことから始まることになる。

訴訟類型を選択するとき何に着目するか。ここでは、憲法の起案なので、行政法の起案と違って、緻密に訴訟要件の充足など考える必要はない。ざっくりしたものでもかまわないけれども、行政事件訴訟法など実定訴訟法制度の基本を踏まえたものでなければならないのは当然である。



第1は、争うべき行為がそもそもあるか、あるとしたらその行為をどのようにして争うのが最も効率的か、という点である。行為がある(作為)ときは、その取消し・無効確認・差止めなどの途をさぐることになり、行為がない(不作為)ときは、不作為自体の違法(違憲)確認、義務付けなどになる。さらに公法上の当事者訴訟を利用して、権利の確認というツールも判例<sup>4)</sup>によって用意されたことも視野に入れておかなければならない。

第2は、当該行為(作為)または不作為について、法令自体にある作為<sup>5)</sup>・不作為を争うのか、法令のもとでの作為・不作為を争うのか、を意識する必要がある。前者が法令違憲であり、後者が適用違憲である。両方主張できる場合もあるし、どちらか一方しか主張できない場合もあるので、それは事案からよく読みとらなければならない。繰り返しとなるが、立法行為を争うときは、国会議員の立法作業という行為ではなく、行為の結果たる法令の内容を問題とすれば良いのが基本であることもここで再度確認のために指摘しておく。

第3は、原告にどのような不利益が発生しているかである。そして、その不利益を損害賠償請求訴訟<sup>6)</sup>で争えるか、あるいは損失補償請求訴訟で争えるかを考えなければならない。その際、実定法上の種々の要件(故意・過失、違法性、損害の発生、因果関係、特別の犠牲など)も一念頭に置くべきであるが、ここでも深入りは禁物である。憲法事例の起案のかなめは、憲法上の権利をめぐる解釈論、その制約が許されるか、許されないか、にあるからである。

ただし、客観訴訟の場合は、原告に対する「法律上の利益」の侵害が発生していないので、この点は論じる必要は当然ない。

### 3. 第3の作業——憲法上の論点の抽出

【事案】を読んで、どこに憲法上の問題があるかをピックアップしなければ

4) 在外国民選挙権訴訟・最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

5) 法令制定については制定・改正など行為自体を争うことはほとんどなく、その結果たる「内容」を争うのが原則であることも在外国民選挙権訴訟・最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁で示されている点を忘れるべきではない。

6) 国家賠償訴訟であることが多いが、民法上の不法行為もあり、その他にも債務不履行・不当利得返還請求などもありうる。

ならない。普通は、憲法上の権利を探索することになる。

注意すべきは、安易に13条に逃げ込まないことである。法解釈の王道は、現にある個別の条文の解釈技術にあり、法曹たるべき者に問われているのはその手腕能力である。また事案によっては、いわゆる客観的法規範<sup>7)</sup>などもある点を常に意識しなければならない。

統治に関する事例問題を出题するには相当の技量を要するので、国会・内閣の権限を中心論点とすることは作問技術上きわめて困難である。ただし、司法権の限界と条例制定権の限界については、人権との絡みで、出題しやすい、というか出題したくなるので要注意の領域である。

いずれにしても、何が争点となる憲法上の権利かを見極めるのが、一番重要であることにはかわりはない。

憲法上の権利の分析に習熟するためにはどうすればよいか。

その要諦は、定義をしっかりと自分のものとするところにある。憲法19条の「思想及び良心」とは何か、20条の「信教」とは何か、「政教分離原則」とは何か、21条の「集会」・「結社」・「表現」・「検閲」とは何か、22条の「職業」とは何か、23条の「学問」とは何か……。すべての人権問題の起案は、定義にはじまる。学説と判例に示された定義をしっかりと理解しないと良い起案はできないといっても過言ではない。

また、ここ数年、受験憲法学の世界で流行している「三段階審査論」は、起案で書くべきではないという意味が平成23(2011)年度司法試験の「出題の趣旨」に明示されたので、今後は急速に下火になっていくと思われる。もっとも、三段階審査論でいわれる「保護領域」は、権利の定義の問題をまず考えよ、ということであれば、理論的に間違っただけをいっているわけではない点も理解しておこう。なお、三段階審査論という3つの段階とは、①「保護領域」、②「介入」、③「正当化」であり、①は憲法解釈、つまり権利・自由の定義と解釈、

7) 具体的には、20条の政教分離原則、23条の大学の自治、29条の私有財産制の保障、82条の裁判の公開、92条の地方自治の保障である。なお14条につき平等原則ということもあるが、これは平等権という主観的権利として処理できることが通常なので、とりあえずは、考えなくてもよい。

②はそもそもその権利・自由が侵害されているといえるか、③は従来審査基準論・利益衡量論で処理されていることがらである<sup>8)</sup>。

### Ⅲ 平成 25 (2013) 年度 公法系科目第 1 問

#### 1. 問 題

〔第 1 問〕 (配点 : 100)

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

8) いわゆる「三段階審査論」については、渋谷秀樹・憲法 (第 2 版, 2013 年) (以下、「渋谷・憲法」という) 717 頁以下参照。

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發議し、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害したり、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のにもかかわらず、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。

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の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って、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、自ら住民投票を發議し、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)

## 2. 解 題

### a. 論点の整理

主体とコンテキストの整理からはじめよう。

#### (1) 登場人物（主体）と問題状況（コンテキスト）の把握

まず、前半部分（局面①）は、公道上のデモ行進の不許可事案であり、A（B県立大学法学部学生）とB県公安委員会が、いわゆる一般権力関係において対決するので、通常の憲法上の権利制限が果たして許されるか否かの問題として考えればよい。

次に、後半部分（局面②）は、大学教室の使用不許可事案であり、A（B県立大学法学部学生）とB県立大学が、旧来の用語でいうと、特別権力関係において対決する事案である。もっとも、いまやこの関係を特別権力関係においてとらえることは、時代遅れとなっている。本事案の場合、「県立大学」なので、政府機関内部の法律関係ともとらえることができるが、地方政府と公権力の担い手である公務員の関係ではなく、利用者たる学生との関係なので、大学内部の法的関係ととらえた方が、問題点は整理しやすいであろう。その際のポイントは、学生がなそうとしている行為の憲法上の位置付けと大学の自治の内容のとらえ方である。なお、いわゆる部分社会論は、富山大学事件・最3小判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁（後出【判例⑤】）があるので、一時流行

したが、この理論ももはや時代遅れとなっていると考えるべきであろう。

そして、地方公共団体の設置するいわゆる「公立大学」は、そのほとんどが、独立大学法人（公立大学法人）となり、そうすると、その性質論を論じなければならなくなるが、平成 21（2009）年度の司法試験の問題と同様に、あえて「県立大学」、つまり政府機関と位置付けて、論点を1つ減らしたものと考えられる。

## (2) 実体的権利の把握

### (a) 局面① デモ行進の不許可

この局面においては、デモ行進の自由を憲法上の権利としてどのように把握するか、を考えなければならない。

#### (i) 表現の自由ととらえる

デモ行進自体は、行進に参加する人々が集結することができるか、さらにそれらの人々が相互にコミュニケーションをとって、集団自身の意思形成をなすことができるか、が中心的な問題となるのではなく、意思形成がすでになされていることを前提して、その集団が、道路を通行する人々や、道路に面するビル・家屋に居る人々に対して、集団が発したいメッセージを発することに主眼があるのであるから、本来は、表現の一態様ととらえ、憲法 21 条 1 項が保障する「表現の自由」の制限の問題として扱うのが筋であろう。

そうすると、デモ行進に対する規制の根拠法や対処方法を分析して、それが「時・所・方法の規制」（＝表現内容中立規制）であると結論付けられれば、中間審査によって、その合憲性を判定するべきことになる。ただし、その根拠法や対処方法が、その行進が発しようとしているメッセージに着目したものであることを読み取ることができれば、内容中立規制を装った内容規制になるとして、厳格な審査を施すべきといえる場合も出てくるのではないかと。さらに、一般道路は、後述のパブリック・フォーラムの3種類のうちの伝統的パブリック・フォーラムであるので、その点を重く評価するというアプローチも可能であろう。

もっとも、それが物理的なインパクトがない表現行為ではなく、いわゆる「行動を伴う言論（speech plus）」とすると、緩やかな審査となる可能性があ



る<sup>9)</sup>。となると、すべての審査基準が適用される余地があるので、事例にある要素のどれにウェイトを置くか、によってかなりバリエーションのある起案が可能になる。

## (ii) 集会の自由ととらえる

これに対して、デモ行進を「動く集会」ととらえると、憲法21条1項が保障する「集会の自由」<sup>10)</sup>の問題となる。集会の自由に関する最新判例は、【判例①】泉佐野市民会館事件・最3小判平成7年3月7日民集49巻3号687頁であるので、まずその内容を見ておこう。ただし、この判例は、いわゆる「屋内集会」の事例に関するものなので、「屋外集会」の事案である本件のモデルとはならないことを留意すべきである。

【判例①】泉佐野市民会館事件・最3小判平成7年3月7日民集49巻3号687頁は、以下のような一見比較衡量論のような手法をとる。

「集会の自由を保障することの重要性よりも、……集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性を優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては……明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される必要がある」とする。

この比較衡量論は、厳格な審査とみることができる。ただし、【判例①】泉佐野市民会館事件・最3小判を、いわゆる屋内集会についての判例として限定して理解すると、公道上の集会は、屋外集会として、別途考えるべし、ということも考えられる。

そうすると、【判例②】新潟県公安条例事件・最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁、【判例③】東京都公安条例事件・最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁に言及することになる。(もっとも、【判例①】泉佐野市民会館事件・最3小判は、パブリック・フォーラムに関する判例なので、局面

9) 芦部信喜・憲法(高橋和之補訂、第6版、2015年)(以下、「芦部・憲法」という)196頁参照。

10) 以上のとらえ方は、憲法21条1項の保障する「集会」の自由は、「表現」の一形態として保障したものではなく、まったく別類型(共同生活)の中で把握する理解である。渋谷・憲法452頁参照。

②のとらえ方によっては、使えることに留意しなければならない。)

【判例②】新潟県公安条例事件・最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁は、以下のように判示する。

「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。……しかしこれらの行動といえども公共の秩序を保持し、又は公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、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、これをもって直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。……さらにまた、これらの行動について公共の安全に対し明らかな差迫っ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っ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」  
これも、厳格な審査を想起させる書きぶりである。

ところが、【判例③】東京都公安条例事件・最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁は、以下のように述べている。

「およそ集団行動は、学生、生徒等の遠足、修学旅行等および、冠婚葬祭等の行事をのぞいては、通常一般大衆に訴えんとする、政治、経済、労働、世界観等に関する何等かの思想、主張、感情等の表現を内包するものである。この点において集団行動には、表現の自由として憲法によって保障されるべき要素が存在することはもちろんである。ところでかような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、せん動等によっ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っても、時に昂奮、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っ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得ないような事態に発展する危険が存在すること、群集心理の法則と現実の経験に徴して明らかである。従つて地方公共団体が、純粹な意味における表現といえる出版等についての事前規制である検閲が憲法21条2項によって禁止されているにもかかわらず、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

的情况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次第である。」

「要するに本条例の対象とする集団行動、とくに集団示威運動は、本来平穩に、秩序を重んじてなさるべき純粹なる表現の自由の行使の範囲を逸脱し、静ひつを亂し、暴力に発展する危険性のある物理的力を内包しているものであり、従つてこれに関するある程度の法的規制は必要でないとはいえない。国家、社会は表現の自由を最大限度に尊重しなければならないことももちろんであるが、表現の自由を口実にして集団行動により平和と秩序を破壊するような行動またはさような傾向を帯びた行動を事前に予知し、不慮の事態に備え、適切な措置を講じ得るようにすることはけだし止むを得ないものと認めなければならない。もつとも本条例といえども、その運用の如何によって憲法 21 条の保障する表現の自由の保障を侵す危険を絶対に包蔵しないとはいえない。条例の運用にあたる公安委員会が権限を濫用し、公共の安寧の保持を口実にして、平穩で秩序ある集団行動まで抑圧することのないよう極力戒心すべきことももちろんである。しかし濫用の虞れがあり得るからといつて、本条例を違憲とすることは失当である。」

判旨は、「必要かつ最小限度の措置」は講ずることができる、あるいは「最大限に尊重」とするので、嚴格審査で使用される言葉を採用しているが、実際には、最低レベルの審査しかしていないと評価するのが学説では一般的と思われる。

この【判例②】と【判例③】の関係をどう見るかは難しいが、結局のところ、公安条例は事前抑制になるとしても、その合憲性は認めている点では一貫性がある。なお、【判例②】は、集団示威運動が、表現であるかについては言及してはいるが、【判例③】は、「表現の自由」として、その制限について論じている点に注意すべきである。

なお、【判例①】泉佐野市民会館事件・最 3 小判は、以下のように、【判例③】新潟県公安条例事件・最大判を引用している点に注目すべきであろう。

「3 本件条例 7 条 1 号は、『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生

命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である(最高裁昭和26年(あ)第3188号同29年11月24日大法廷判決・刑集8巻11号1866頁参照)。そう解する限り、このような規制は、他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法21条に違反するものではなく、また、地方自治法244条に違反するものでもないというべきである。

そして、右事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならないことはいうまでもない。

なお、右の理由で本件条例7条1号に該当する事由があるとされる場合には、当然に同条3号の『その他会館の管理上支障があると認められる場合』にも該当するものと解するのが相当である。』

起案の作成戦略としては、合憲という場合は、【判例③】東京都公安条例事件・最大判により、違憲という場合は、【判例②】新潟県公安条例事件・最大判による、ということも、とりあえずは想定しておくべきである。

### (iii) 条例にある問題点の把握

条例が登場すると、法律と条例の関係の問題を書くのでは、と思うかもしれない。とくにデモ行進規制となると、徳島市公安条例事件・最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁を思いつくかもしれない。しかし、この問題は〔設問1〕の「なお書き」に「道路交通法に関する問題……は論じなくてよい」としているので、この問題そのものについては書かなくてもよい、としているものと解すべきである。

ただし、資料に付された条例に、徳島市公安条例にもない特殊な条項があることに気が付くべきである。すなわち、【参考資料1】B県集団行動に関する条例3条1項4号の規定である。この規定は、【参考資料2】B県住民投票に関する条例14条1項柱書と連動したもので、憲法理論において類型化される表現内容規制となっている点に留意すべきである。【参考資料2】の条例14条

1 項 2 号・3 号自体は内容中立的にとらえられるが、その柱書が、住民投票運動という目的を特定した運動という限定を付している点において、表現内容規制となっているにとらえることもできるのである。

(b) 局面② 大学教室の使用不許可

(i) 大学の施設管理権

学問の自由を保障する憲法 23 条が、「大学の自治」という制度を保障すると解するのが定説であり、その中に施設管理権が含まれていることも判例が認めるところである。

【判例④】 東大ポポロ事件・最大判昭和 38 年 5 月 22 日刑集 17 卷 4 号 370 頁

「同条の学問の自由は、〔①〕学問的研究の自由とその〔②〕研究結果の発表の自由とを含むものであつて、同条が学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。教育ないし教授の自由は、学問の自由と密接な関係を有するけれども、必ずしもこれに含まれるものではない。しかし、大学については、憲法の右の趣旨と、これに沿って学校教育法 52 条が『大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究』することを目的ととしていることとに基づいて、大学において教授その他の研究者がその専門の〔③〕研究の結果を教授する自由は、これを保障されると解するのを相当とする。すなわち、教授その他の研究者は、その研究の結果を大学の講義または演習において教授する自由を保障されるのである。そして、以上の自由は、すべて公共の福祉による制限を免れるものではないが、大学における自由は、右のような大学の本質に基づいて、一般の場合よりもある程度で広く認められると解される。

大学における学問の自由を保障するために、伝統的に〔④〕大学の自治が認められている。この自治は、〔④-1〕とくに大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ、大学の学長、教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される。また、〔④-2〕大学の施設と学生の管理についてもある程度で認められ、これらについてある程度で大学に自主的な秩序維持の権能が認められている。

このように、大学の学問の自由と自治は、大学が学術の中心として深く真理を探究し、専門の学芸を教授研究することを本質とすることに基づくから、直接に

は教授その他の研究者の研究、その結果の発表、研究結果の教授の自由とこれらを保障するための自治とを意味すると解される。大学の施設と学生は、これらの自由と自治の効果として、施設が大学当局によつて自治的に管理され、学生も学問の自由と施設の利用を認められるのである。もとより、憲法23条の学問の自由は、学生も一般の国民と同じように享有する。しかし、大学の学生としてそれ以上に学問の自由を享有し、また大学当局の自治的管理による施設を利用できるのは、大学の本質に基づき、大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果としてである。」

なお、大学の自治といえは、富山大学事件・最3小判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁となるので、その判旨も確認しておきたい。

【判例⑤】富山大学事件・最3小判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁

「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するのであるが（裁判所法3条1項）、ここにいう一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争を意味するものではない。すなわち、ひと口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上裁判所の司法審査の対象外におくのを適当とするものもあるのであつて、例えば、一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが、相当である（当裁判所昭和34年(オ)第10号昭和35年10月19日大法廷判決・民集14巻12号2633頁参照）。そして、大学は、国公立であると私立であることを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究施設であつて、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものであることは、叙上説示の点に照らし、明らかというべきである。」

この判決は、大学内の内部事項に裁判所はまったく介入しないとした判例と理解されているが、いまやこの判決は、【判例⑥】剣道受講拒否事件・最2小

判平成8年3月8日民集50巻3号469頁によって、オーバールールされていると解すべきであろう<sup>11)</sup>。【判例⑥】は、原級留置という措置が問題となった事案であるが、一般市民法秩序という言葉すらみることにはできない。司法審査が及ぶことを前提としつつ、裁量の逸脱・濫用で処理したことで知られる。また、この判決は、処分違憲と裁量の逸脱・濫用という行政法理論の接合をはかった事例として参照すべきである。

【判例⑥】 剣道受講拒否事件・最2小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁

「二 高等専門学校校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（最判昭和29・7・30民集8巻7号1463頁、最判昭和29・7・30民集8巻7号1501頁、最判昭和49・7・19民集28巻5号790頁、最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁参照）。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則13条3項も4個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである（前掲昭和49年7月19日第3小法廷判決参照）。また、原級留置処分も、学生にその意に反して1年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が2回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。

1 公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生

11) 渋谷・憲法434頁、655頁参照。

に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである。

2 他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかったが、剣道種目の点数として35点中のわずか2.5点しか与えられなかったため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。

上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとりの性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相應の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。

3 被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申入れていたのであって、剣道実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価を受けることを求めていたものではない。これに対し、神戸高専においては、被上告人ら『エホバの証人』である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否する旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得したというのである。本件各処分の前示



の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであったということができるとは、本件においてそれがされていたとは到底いうことができない。

所論は、神戸高专においては代替措置を採るにつき実際の障害があったという。しかし、信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。また、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって神戸高专における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということとはできない。

所論は、代替措置を採ることは憲法20条3項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法20条3項に違反するということができないことは明らかである。また、公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。これらのことは、最大判昭和52・7・13民集31巻4号533頁〔津地鎮祭訴訟〕の趣旨に徴して明らかである。

4 以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績に

ついて勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう『学力劣等で成業の見込みがないと認められる者』に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。」

## (ii) 使用目的の把握

【判例④】東大ボポロ事件・最大判の判旨に準拠すると、当該講演会が、「学問的研究またはその結果発表のもの」か、それとも「実社会の政治的社会的活動か」によって評価が分かれることになる。すなわち、前者であれば、学問の自由によって保護され、後者であれば一般の表現の自由または集会の自由の問題となる。学問の自由となると、正規の手続によって申請されている以上、その内容によって不許可とするためには、厳格審査よりもより厳格な審査となるはずで、そうなると、不許可はまずありえない。

後者であれば、まず大学の教室の性質論を問題としなければならない。つまり、ここでは、まず大学の教室がパブリック・フォーラム (public forum) か否かをみておく<sup>12)</sup>。

以下、芦部信喜先生の体系書に依拠して、パブリック・フォーラム論を復習しておこう。

〔アメリカ合衆国の〕判例で用いられるパブリック・フォーラムの理論は、①街路 (street)、歩道 (sidewalk) および公園 (park) のような、伝統的に表現活動と結びついている公共用物は、『最も純粋な』(quintessential) 公共の<sup>フォーラム</sup>広場として、また、②道路・公園ほど『非常に長い間 (大昔から)』自由な表現のために利用されてきたわけではないが、たとえば公会堂・公立劇場・公立学校講堂などのような、国ないし地方公共団体が自発的に公衆の表現活動の場所としてその利用に供してきた『公共の場所』は、『指定された』(designated) もしくは『限定された』(limited) 広場として、それぞれそこで行われる表現活動の規制の合憲性をより厳格に検討することを求める理論を言う。すなわち、①のフォーラムでは、

12) その他に、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究50号103頁(1988年)、同「パブリック・フォーラムの落日」芦部信喜古稀記念・現代立憲主義の展開上巻643頁以下(1993年)参照。

内容中立的な時・所・方法の規制は許されるが、その規制は、(i)重要な公共的利益に役立つべく厳密に定められており (narrowly tailored)、(ii)他の選びうる十分なコミュニケーションの経路を残すものでなければならない。また、②のフォーラムについても、その公開性を管理者はいつまでも維持する必要はないが、維持するかぎりには、①の『伝統的なパブリック・フォーラムに適用されるのと同じ基準によって拘束される』。これに反して、国有ないし公有財産でも①②以外のものは第③の類型、すなわち公共的でない広場 (nonpublic forum) とされ、そこでは、表現に対する規制が合理的であり、かつ管理者たる公務員が表現者の見解に反対であるという理由だけで表現を抑圧するものでない限り、管理者は右広場をその本来の目的に従って維持することができる<sup>13)</sup>。

以上からすると、公立大学の教室・講堂などは、パブリック・フォーラムとみなされる余地もあるということがわかるであろう。伝統的な行政法理論の公物論でいうと、大学は公共用物ではなく、公用物であり、その目的にそぐわない利用方法は、原則としてできず、実際にそのように使用されうるとしても、それは、管理当局の広範な裁量の下での使用されてきているが、そのような運用でいいのか、再検討する余地がでてくるのである。

果たして、判例はどのようにとらえているのであろうか。古典的な判例は、【判例④】東大ポポロ事件・最大判である。この判例はこの点に関して、以下のように判示している。

「このように、大学の学問の自由と自治は、大学が学術の中心として深く真理を探求し、専門の学芸を教授研究することを本質とすることに基づくから、直接には教授その他の研究者の研究、その結果の発表、研究結果の教授の自由とこれらを保障するための自治とを意味すると解される。大学の施設と学生は、これらの自由と自治の効果として、施設が大学当局によつて自治的に管理され、学生も学問の自由と施設の利用を認められるのである。もとより、憲法23条の学問の自由は、学生も一般の国民と同じように享有する。しかし、大学の学生としてそれ以上に学問の自由を享有し、また大学当局の自治的管理による施設を利用できるのは、大学の本質に基づき、大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果としてである。

大学における学生の集会も、右の範囲において自由と自治を認められるもので

13) 芦部信喜・憲法学Ⅲ人権各論(1)443頁以下(増補版, 2000年)。

あつて、大学の公認した学内団体であるとか、大学の許可した学内集会であるとかいうことのみによつて、特別な自由と自治を享有するものではない。学生の集会在真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合には、大学の有する特別の学問の自由と自治は享有しないとわなければならない。また、その集会在学生のみのものでなく、とくに一般の公衆の入場を許す場合には、むしろ公開の集会と見なされるべきであり、すくなくともこれに準じるものというべきである。

本件の東大劇団ポポロ演劇発表会は、原審の認定するところによれば、いわゆる反植民地闘争デーの一環として行なわれ、演劇の内容もいわゆる松川事件に取材し、開演に先き立つて右事件の資金カンパが行なわれ、さらにいわゆる渋谷事件の報告もなされた。これらはすべて実社会の政治的社会的活動に当る行為にほかならないのであつて、本件集会はそれによつてもはや真に学問的な研究と発表のためのものでなくなるといわなければならない。また、ひとしく原審の認定するところによれば、右発表会の会場には、東京大学の学生および教職員以外の外来者が入場券を買つて入場していたのであつて、本件警察官も入場券を買つて自由に入場したのである。これによつて見れば、一般の公衆が自由に入場券を買つて入場することを許されたものと判断されるのであつて、本件の集会在決して特定の学生のみ集会とはいえず、むしろ公開の集会と見なされるべきであり、すくなくともこれに準じるものというべきである。そうして見れば、本件集会は、真に学問的な研究と発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動であり、かつ公開の集会またはこれに準じるものであつて、大学の学問の自由と自治は、これを享有しないとわなければならない。したがつて、本件の集会在警察官が立ち入つたことは、大学の学問の自由と自治を犯すものではない。」

この判決は、ドイツ的な伝統的行政法理論の公物論に依拠して、アメリカ的な「パブリック・フォーラム」論とは程遠い判断を示しているようである。

### (iii) 他申請の許可との対比

ゼミとして申請した教室使用の申請について、経済学部のゼミからの申請については、許可したにもかかわらず、法学部のAの属するCゼミの使用申請については、不許可処分とした。このような区別の合理性についても、触れなければならない。

その際、大学の教室使用規則は「政治的目的での使用は認めず」としている

が、この規則そのものの妥当性が「政治的目的」の解釈とともに論じなければならない。この目的による区別が果たして妥当か、さらに本件における適用は妥当か否かが問題となるからである。

この点、2014年2月15日から上野の東京都美術館で開催されていた『現代日本彫刻作家展』で、「憲法九条を守り、靖国神社参拝の愚を認め、現政権の右傾化を阻止」と記された紙や、特定秘密保護法や日米関係に関する新聞記事を貼った立体作品の撤去を、翌16日に、館が作者の造形作家中垣克久に要請し、作者側との協議の末にこの紙がはがされた、といった事件を想起すべきである。その根拠となった同館の運営要綱には、「施設の使用を承認しないことができる場合」の1つとして、「実施する事業が特定の政党・宗教を支持し、又はこれに反対する等、政治・宗教活動をするためのものと認められるとき」があげられていた。

この事件は、大学の施設とは異なり、パブリック・フォーラムと考えられる施設での運用例であるので、同列に論じることはできない。新聞報道によると、担当の都文化施設担当課長は、「税金で運営される公的な美術館は、美術を鑑賞していただく場であり、政治的、宗教的なアピールをする場ではないと考えている」と説明したとされる。

この事件から、美術館という施設の設置目的をどのように考えるか、ということが争点となることを読み取るべきであろう。その際、そもそも「政治的目的」とは何か、が重要で困難な論点となる。さらに、政治的メッセージ性のない美術など果たしてあるのであろうか。そもそも美術品を鑑賞して、どのようなメッセージを読み取るか、つまりそれをそのまま受容するか、批判的に受容するかは、まさに受け手の自由であり、それを政府が忖度して決めつけることの傲慢さを読み取るべきではないか。

ちなみに、人事院規則14-7(政治的行為)は、「政治的目的」を以下のように定めている。

〔(政治的目的の定義)〕

5〔項〕 法及び規則中政治的目的とは、次に掲げるものをいう。政治的目的を

もつてなされる行為であつても、第6項に定める政治的行為に含まれない限り、  
法第102条第1項の規定に違反するものではない。

- 一 規則14-5に定める公選による公職の選挙において、特定の候補者を支持し又はこれに反対すること。
- 二 最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査に際し、特定の裁判官を支持し又はこれに反対すること。
- 三 特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。
- 四 特定の内閣を支持し又はこれに反対すること。
- 五 政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し又はこれに反対すること。
- 六 国の機関又は公の機関において決定した政策（法令、規則又は条例に包含されたものを含む。）の実施を妨害すること。
- 七 地方自治法（昭和22年法律第67号）に基く地方公共団体の条例の制定若しくは改廃又は事務監査の請求に関する署名を成立させ又は成立させないこと。
- 八 地方自治法に基く地方公共団体の議会の解散又は法律に基く公務員の解職の請求に関する署名を成立させ若しくは成立させず又はこれらの請求に基く解散若しくは解職に賛成し若しくは反対すること。」

## b. 起案作成の方針

### (1) 問われていることの把握

#### (a) 訴訟形式は問われているか

平成24(2012)年度までの試験問題は、どのような訴えを提起するかを問うものもあったが、憲法では、訴訟形式の選択ではなく、その中で展開する憲法問題が中核となるので、この年度の問題は、「国家賠償訴訟を提起することにした」として、憲法プロパーの問題としては副次的な思索の煩わしさを解消させようとしたのであろう<sup>14)</sup>。不許可処分の違憲を主張する訴訟なので、本来は不許可処分の取消訴訟を提起するのが通常であるが、係争中に許可申請の期日を経過する可能性があり、その際の処理方法まで論及させると、行政法の起案のようなものになる可能性があるため、それを回避したものと推測させる。

---

14) しかし、将来実務に携わる者の資格に関わる試験のあり方としては、このような方針については疑問を感じる。

ただ、国家賠償訴訟を提起するとなると、国家賠償法の要件と憲法との関係も問題となりうるが、設問の内容からして、そこまでの議論は求められていないと解すべきであろう。

#### (b) 設問の把握

〔設問〕は、従来の出題形式を踏襲している。①「Aの訴訟代理人」の主張、②「B県側の反論」、③「あなた自身の見解」という3つのストーリーの展開を求めている。ただし、従来の起案の内容に照らして、以下のような限定を付している。

第1は、〔設問1〕にある「なお書き」である。予備校や雑誌に掲載されるいわゆる「模範起案」にコピーペーストされるように登場するが、憲法上はさほど重要な論点ではないはずの文面無効の主張を封じたことと、「道路交通法」の規定自体の合憲性は問わないことにして、論点を絞ったのである。

第2は、〔設問2〕で、上記②がダラダラ書かれたのにうんざりして、「ポイントのみを簡潔に述べ」ることを要求している。

解答する側としては、このような要求については、できるだけ誠実に応えなければならない。あるいは、誠実に応えていることが伝わるように書かなければならない。これらの要請を無視した起案は、減点は(多分)されないであろうが、裁量点は少なくなるかもしれない。

#### (2) 起案作成の方針

3つのストーリーを書き分けるためには、できるだけ対照的なアプローチを模索すべきである。しかし、あまりに荒唐無稽のものは逆に法曹たる資質を疑わせる原因ともなるので、やはり回避すべきであろう。戦略的には、本問の場合、問題とすべき権利は明確で、その概念の相違に基づく差別化をする「パターン5」は、難しいと考え、比較的書きやすい「パターン4」を使い、適用違憲は、最後の落としどころとするのが無難であるとの見通しをつけるべきである。

##### (a) ①「Aの訴訟代理人」の主張

①「Aの訴訟代理人」の主張としては、比較的シンプルに2つの不許可処分

けばよい。

a の論点の整理で見たように、デモ行進の不許可処分については、表現の自由または集会の自由の侵害を、教室使用の不許可処分については、学問の自由の侵害を書けばよい。

その際、デモ行進の不許可処分については、根拠法たる条例自体の違憲をいうことになろう。

(b) ②「B 県側の反論」

B 県側の反論は、それぞれに対して否定する主張を「簡潔に」なせばよい。

(c) ③「あなた自身の見解」

ここが腕の見せ所と心得るべきである。①の②の単純な主張を、判例と学説理論を駆使して、妥当な結論へと導くのである。ポイントは、憲法上の権利の内容をいかに詳細に書き込むか、判例から導かれるルールをどのように使いこなすか、である。基本方針は、①と②の中間に落としどころをおく、ということであろう。これが一番無難である。例えば、教室使用不許可処分については、大学の設置目的からして、教室使用規則の違憲をいうのではなく適用違憲を落としどころにする、という方針をまず立てるべきであろう。教室使用の不許可処分については、教室使用規則そのものの文言上の違憲または適用違憲、そして平等原則違反をいうことになろう。

### 3. 解 答 例

#### 〔設問 1〕

##### (1) デモ行進不許可処分について

B 県公安委員会の A に対するデモ行進不許可処分（以下「処分①」とする）は、以下の理由で違憲である。

デモ行進は、デモ行進参加者がみずからの主張を、道路を行進しながら、当該道路を通行しまたは当該道路周辺に滞在する不特定または多数の人に伝えようとする行為であるから、憲法 21 条 1 項が保障する表現活動に該当する。デモ行進は、多数人が集合して、直接肉声をもってメッセージを伝えようとするものであるから、他人の行動を制限する可能性があり、絶対無制限に保障され



るものではない。しかし、民主主義社会にとって重要な意義を有するから、最大限の保障が要請され、それを制限する条例は、必要最小限のものでなければならず、その主張の内容によって許可の可否を決定するものであってはならない。また道路は、いわゆるパブリック・フォーラム論でいわれる伝統的に表現活動と結びついているもっとも純粋な類型に該当し、そこでなされる表現活動の制限には、極めて抑制的であるべきであることも、このことを裏付けている。

ところが、B県集団行動に関する条例3条1項4号は、住民投票運動という政治的メッセージを包含する行為を特定して、不許可にするものと定めるので、いわゆる表現内容規制と解される。このような規制は、その規制を正当化する真にやむを得ない理由が存在しなければならない。ところが、B県住民投票に関する条例(以下「住民投票条例」とする)14条1項2号は「平穏な生活環境」、同条同項3号は「商業活動に支障を来す」としか規定しておらず、これはそのような理由を構成するものではない。またB県集団運動に関する条例(以下「集団運動条例」とする)3条1項4号は、その運動によって発生する害悪・支障の発生の蓋然性について「明らかであるとき」とはしているが、表現行為の内容規制について要求される「明白かつ現在の危険」までを要件として定めてはならず、必要最小限度の規制といえず違憲・無効である。そして、違憲・無効な条例のもとでなされた処分①も国家賠償法1条1項にいう違法な公権力の行使に該当する。

## (2) 教室使用不許可処分について

B県立大学のAに対する教室使用不許可処分(以下「処分②」とする)は、以下の理由で違憲である。

「大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究し、知的、道德的及び応用能力を展開させることを目的」(学校教育法83条1項)として設置された学校である。憲法23条は、学問の自由を保障するが、大学は、学問研究の中心たるべき存在として設置され、この使命を果たすために、大学の自治が認められている(東大ポポロ事件・最大判)。大学の施設管理権も、この使命を果たすために認められた大学の自治の一角を構成するものとして憲法上保障された制度的保障と考えられる。

B 県立大学教室使用規則（以下「本件規則」という）は、B 県立大学の施設管理権を実際に実施するための規則であるが、その規則中にある「政治的目的での使用は認めず」という文言に問題がある。すなわち、学問研究は、真理を探究するためにあり、その対象は、森羅万象にわたり、政治もその例外ではない。政治の真相を探究することは、政治に深いかかわりをもつ、政治学や公法系の法学にとって、むしろ中心的使命と考えられる。にもかかわらず、政治的目的での使用を認めないとする本件規則は、学問の自由を正面から否定するに等しく、憲法 23 条に反し違憲である。

また、各種の講演会が開催されている大学施設の使用実態からすると、それはすでに「パブリック・フォーラム」となっていて、その使用は原則として自由でなければならない。すなわち大学の講堂や教室は、市民会館と同様に地方公共団体が自発的に公衆の表現活動の場所としてその利用に供してきた「公共の場所」と機能しているのであるから、そこで行われる表現活動の規制の合憲性はより厳格に検討しなければならないのである。ところが、本件規則は、単に「政治的目的」のみをもって、不許可基準としていて、表現の自由の重要性に対する配慮を示す厳格な基準をまったく定めておらず、厳格な審査基準を適用するまでもなく、その規制手段としての必要性和合理性を肯認することができず、違憲・無効であり、この規則に基づく処分②も、国家賠償法 1 条 1 項にいう違法な公権力の行使に該当する。

## 〔設問 2〕

### (1) B 県側の反論

B 県は、処分①についての A の主張に対しては、以下のように反論するであろう。

デモ行進は、A の主張するように表現活動として憲法 21 条 1 項によって保障されるが、デモ行進は、行動を伴う言論であるので、不測の事態に備えて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じることはやむをえない（東京都公安条例事件・最大判）。本件条例は、このような一般論に基づいて定められたものであり、なんら憲法上の問題を生じさせるものではない。

また処分①は、第1回・第2回のデモ行進の実績に照らし、市民の平穏な生活環境を害したり、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て、不許可としたものであり、なんら問題はない。

次に、処分②についてのAの主張に対して、以下のように反論するであろう。

公立大学の施設である教室は、公用物であり、一般人に公開されている公共物ではないので、「パブリック・フォーラム」ではない。したがって、大学がその施設管理権に基づき規則を定めて、その使用要件を定めることは、大学の自治によって、社会通念上許されないと認められないものでない限り、認められる(富山大学事件・最判)。そして、本件規則は、真理の体系的・実証的・論理的探究という大学の使命からはずれる目的のための大学施設の使用を制限したものに過ぎず、十分合理性があり、違憲ではない。

また学生の集会が真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものであれば、それは学問の自由として保障されるが、実社会の政治的社会的活動にあたる行為については、その自由は享有しない(東大ポポロ事件・最大判)。Aが使用願を提出した講演会は、講演者2名が県議員であり、かつそのテーマがその時点で知事と県議会が激しく対立する事項に関連し、かつそれについての住民投票が実施されることが決定されている問題である。これらの点からして、この講演会は「政治的目的」であることは明らかである。

なお、Cゼミ主催の講演会は、2名の評論家を招いて「経済学の観点から」行われるものであり、学問的研究目的と認められるので、Aの申請した講演会とは、性質を著しく異にし、その間の取り扱いの区別(許可・不許可)には合理的な根拠がある。

## (2) 私の見解

### (i) 処分①について

デモ行進は、表現の自由として保障されるが、その物理的力の側面にかんがみ、時・所・方法に基づく制限、すなわち内容中立的な規制を受ける。しかし、デモ行進の機能の重要性、すなわち誰もがなしうる表現行為であることからし

て、その制限は内容中立的なもので、かつ必要最小限のものでなければならない。

この条例は、住民投票運動に焦点を合わせて、不許可事由を定めている。住民投票運動自体は、政治運動ではあるが、どのような事項を対象とする住民投票運動であるかについての規定はなく、住民投票運動という外形的行動に着目した規制ということができ、この条例自体は、内容中立的でないとはいえない。

また、そこで設定されるべき要件として、必要最小限の規制とするためには、理想をいえば、アメリカ合衆国の法律の規定にあるように、「明白かつ現在の危険 (clear and present danger)」<sup>15)</sup>を条文の規定に入れることが望ましいが、そのような立法の慣習のない日本でそれを望むことは困難である。したがって、集団運動条例に、「明らかである」と規定されたのはやむをえないということができ、その適用にあたっては、「明白かつ現在の危険」と合憲限定解釈を施して適用すれば足りる (泉佐野市民会館事件・最3小判)。したがって、この条例自体は、合憲である。

しかし、そのような「事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけではなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならない」 (泉佐野市民会館事件・最3小判)。

本件の場合、すでに2回実施されたデモ行進によって、具体的な事故・事件が生じたということもなく、単なる「不安」や「苦情」がよせられたに過ぎない。このような精神的な不満や不利益は、憲法で保障されたデモ行進に伴う事実上の不利益として受忍すべきもの、あるいは民主主義の実践に際して必然的に伴い発生する間接的なコストと解すべきである。このような経験と実績があるにもかかわらず、第3回のデモ行進に対して、「弊害を生じる蓋然性が高い」として、不許可処分をなすことは、真にやむを得ない対抗利益が不許可理由のなかに示されておらず、また本来不許可の要件とされるべき「明白かつ現在の

---

15) 1994年にハリソン・フォード主演で映画化されたトム・克蘭シーの小説『今そこにある危機 (Clear and Present Danger)』(1989年)の邦題がこの本質をより正確にとらえていると思うが、あえて日本の憲法学で用いられている定訳をもちいた。

危険」の程度まで発生の可能性があることの論証がなされていないので、本件処分①は、Aが享有する表現の自由を侵害して違憲であり、裁量権の逸脱・濫用となるので、国家賠償法1条1項の違法な公権力の行使に該当する。

(ii) 処分②について

大学の施設は、B県が主張するように、パブリック・フォーラムではなく、A大学は、大学の自治の一角を構成する施設管理権に基づき、自主的に使用規則を定めることができる。

したがって、その規則にある「政治的目的」という文言自体はあいまいではあるが、真理の探究を目的とし、研究とその教授を使命とする大学の存在意義からして、「教育・研究目的での使用」を許可の対象とし、「政治的目的での使用」を不許可する使用規則は肯定できる。

その下での許可・不許可が、違憲か否かは、具体的申請が政治的目的での使用か否かの判断いかんによる。

そこで、本件使用申請を具体的に検討すると、Aの申請した講演会の開催は、授業科目の憲法ゼミ授業の一環として「格差問題と憲法」というテーマの下で開催され、異なる意見をもつ当事者の参加と、ゼミの担当教授Cが出席して行われるものであり、一面的に現実の政治課題を取り上げるのではないので、教育研究目的のものであるといえる。またデモ行進が条例違反であることと、ニュースで流されたAの発言が県政批判であること、講演会が政治的目的であることとは、本来無関係なことがらであること、また講演者が政治家であることから、ただちに講演会が政治的目的であるとみなすことは、学園祭のみならず、授業のゲストスピーカーとして、政治家を招いている大学授業の現実からしても、政治的目的とただちに認定できないことは明らかである。

にもかかわらず、この講演会を政治的目的として使用不許可とすることは、許可権限の逸脱・濫用となってこの規則に違反し、ひいては憲法上保障された学問の自由を侵害し、違憲である。

また、これまでの運用は、「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育の使用を許可する」という運用、すなわち大学の自治に関するこの大学における慣習法とでもいうべきものにも違反する。

さらに、「格差問題」を扱う同様の経済学部ゼミの講演会の教室使用は許可したにもかかわらず、Cゼミ主催の講演会に対する処分②は、憲法14条1項の定める平等原則にも違反し、違憲である。以上のことから、処分②も国家賠償法1条1項の違法な公権力の行使に該当する。

#### Ⅳ 平成24(2012)年度 公法系科目第1問

##### 1. 問題

〔第1問〕(配点:100)

A寺は、人口約1000人のB村にある寺である。伝承によると、A寺は、江戸時代に、庄屋を務めていた村一番の長者によって創建された。その後、A寺は、C宗の末寺となった。現在では、A寺はB村にある唯一の寺であり、B村の全世帯約300世帯のうち約200世帯がA寺の檀家である。A寺の檀家でない村民の多くも、初詣、節分会、釈迦の誕生日を祝う灌仏会(花祭り)等のA寺の行事に参加しており、A寺は村民の交流の場ともなっている。また、A寺は、悩み事など心理的ストレスを抱えている村民の相談も受け付けており、檀家でない村民も相談に訪れている。

A寺の本堂は、江戸時代の一般的な寺院の建築様式で建てられており、そこには観音菩薩像が祀られている。本堂では、礼拝供養といった宗教儀式ばかりでなく、上記のような村民の相談も行われている。本堂の裏手には、広い墓地がある。B村には数基のお墓があるだけの小さな墓地を持つ集落もあるが、大きな墓地はA寺の墓地だけである。

かつては一般に、寺院が所有する墓地に墓石を建立することができるのは、当該寺院の宗旨・宗派の信徒のみであった。しかし、最近では、宗旨・宗派を一切問わない寺院墓地もある。A寺も、近時、墓地のパンフレットに「宗旨・宗派は問わない」と記載していた。村民Dの家は、先祖代々、C宗の信徒ではない。Dは、両親が死亡した際に、A寺のこのパンフレットを見て、両親の遺骨をA寺の墓地に埋蔵し、墓石を建立したいと思い、住職にその旨を申し出た。「宗旨・宗派は問わない」ということは、住職の説明によれば、C宗の規則で、他の宗旨・宗派の信者からの希望があった場合、当該希望者がC宗の典礼方式

で埋葬又は埋蔵を行うことに同意した場合にこれを認めるということであった(墓地等管理者の埋蔵等の応諾義務に関する法規制については、【参考資料】を参照)。しかし、Dは、この条件を受け入れることができなかったため、A寺の墓地には墓石を建立しなかった。

山間にあるB村の主要産業は林業であり、多くの村民が村にある民間企業の製材工場やその関連会社で働いている。20\*\*年に、A寺に隣接する家屋での失火を原因とする火災(なお、失火者に故意や重過失はなかった。)が発生したが、その折の強風のために広い範囲にわたって家屋等が延焼した。A寺では、観音菩薩像は持ち出せたものの、この火災により本堂及び住職の住居である庫裏が全焼した。炎でなめ尽くされたA寺の墓地では、木立、物置小屋、各区画にある水場の手桶やひしゃく、各墓石に供えられた花、そして卒塔婆等が全て焼失してしまった。A寺の墓地は、消火後も、荒涼とした光景を呈している。また、B村の村立小学校も、上記製材工場やその関連会社の建物も全焼した。もっとも、幸いなことに、この火事で亡くなった人は一人もいなかった。

A寺は、創建以来、自然災害等によって被害を受けることが全くなかったため、火災保険には入っていない。A寺の再建には、土地全体の整地費用も含めて億単位の資金が必要である。通常、寺院の建物を修理するなどの場合には、檀家に寄付を募る。しかし、檀家の人たちの多くが勤めていた製材工場やその関連会社の建物も全焼してしまったため、各檀家も生計を立てることが厳しくなっている。それゆえ、檀家からの寄付によるA寺の建物等の再建は、困難であった。

この年、B村村長は、全焼した村立小学校の再建を主たる目的とした補正予算を議会に提出した。その予算項目には、A寺への再建助成も挙げられていた。補正予算審議の際に、村長は、「A寺は、長い歴史を有するばかりでなく、村の唯一のお寺である。A寺は、宗旨・宗派を越えて村民に親しまれ、村民の心のよりどころでもあり、村の交流の場ともなっている。A寺は、村にとっても、村民にとっても必要不可欠な、言わば公共的な存在である。できる限り速やかに再建できるよう、A寺には特別に助成を行いたい。その助成には、多くの村民がお墓を建立しているA寺の墓地の整備も含まれる。墓地は、亡くなった人の遺骨を埋蔵し、故人を弔うためばかりでなく、先祖の供養という人倫の大本といえる行為の場である。それゆえ、速やかにA寺の墓地の整備を行う必要がある。」と説明した。

A寺への助成の内訳は、墓地の整備を含めた土地全体の整地の助成として

2500万円(必要な費用の2分の1に相当する額)、本堂再建の助成として4000万円(必要な費用の4分の1に相当する額)、そして庫裏再建の助成として1000万円(必要な費用の2分の1に相当する額)となっている。補正予算は、村議会で議決された。その後、B村村長はA寺への助成の執行を終了した。

〔設問1〕

Dは、今回のB村によるA寺への助成は憲法に違反するのではないかと思い、あなたが在籍する法律事務所に相談に来た。

あなたがその相談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(なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのごととする)。そして、その訴訟において、あなたが訴訟代理人として行う憲法上の主張を述べなさい。

〔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。

【参考資料】 墓地、埋葬等に関する法律(昭和23年5月31日法律第48号)(抄録)

第1条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。

第13条 墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、埋蔵、収蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない。

## 2. 解 題

### a. 問題の傾向

例年通り人権問題が出題された、といたいところであるが、いわゆる人権、すなわち主観的法規範ではなく、客観的法規範を論点とするところが目新しいところである。

上記のパターンでいうと、「人権パターン」が使えない、というところが、受験生にとっては苦しいところであった。

問題自体は、2011年3月11日に発生した東日本大震災を意識したものと思



われる。実際、神社・仏閣が津波のために各地で跡形も無く消え去ったということは、新聞報道等で広く知られるところである。しかし、津波被害とか、放射能汚染被害となると、あまりにも生々しくて、受験生の中には、被災者あるいは親族・知人に被災者がいて動揺することもありえ、そうなるとう出題の公平性が問題とされかねないので、火災被害に置き換えたものと推測される。(問題自体が、国会や報道で取り上げられ、またこれを契機に同様の訴訟が提起されることを恐れたのかもしれない。)

## b. 本問の処理

### (1) 第1の作業

事例問題を解く上で、まずなすべき作業は、登場人物の抽出であり、それぞれの者にどのような憲法上の権利の主張が考えられるか、また政府は人権の享有主体ではないので、それを制約する根拠としての「公共の福祉」の具体的内容は何か、という見取り図を書くのが、当然の作業となる。

本問の登場人物は、A 寺、B 村、B 村の住民 D、解答者たる「あなた」である。C は欠番ではなくて、「C 宗」として登場するが、登場人物(主体)ではない。

この設定から読み取れるのは、A 寺が、C 宗の末寺とあることからして、明らかに宗教団体であることである。なお、法人格を取得しているか否かは不明であるが、憲法上の設問としては、人権享有主体性の問題が仮にあるとしても、法人格の有無は関係ないし、憲法 20 条・89 条との関係でも、法人格の有無は問題とならないのであえて問題には書き込まれなかったと推測される。

B 村は、明らかに地方公共団体、すなわち『渋谷・憲法』の用語法で言うと、地方政府である。地方政府であるということは、人権享有主体ではないということと、住民訴訟が提起されうる存在であるということは即座に理解しなければならない。

D の属性は、「住民」としかないが、それで必要十分であるということである。

「あなた」の属性は、D の依頼を受けた弁護士である。先にみたように、

〔設問1〕に登場する「訴訟代理人としてのあなた」と、〔設問2〕に登場する「あなた自身」が、同一人物であるとする、訴訟の現場において、それぞれ異なる主張と見解を述べることになりかねない、というかそれが求められていることになり、現実には、利益相反行為をしたことになって、「法曹倫理」に反するように思われるが、そこは大目にて、異なる人格として、考えることが要請されている。

## (2) 第2の作業

本設問は極めて単純である。B村という地方政府が、A寺という宗教団体に、助成金を支出したのが違憲であるとして争うのであるから、地方自治法242条の2に規定された住民訴訟しかない。そして、1項に規定されたどの号の訴訟かについては、憲法以外の知識が必要とされるが、違憲の助成の受領は、本来は受領してはならない金銭をA寺は懐にし、その金銭相当分の財政上の損失をB村に与えたことになるから、「法律上の原因なく他人の財産……によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした」(民法703条)に該当し、4号請求の不当利得返還請求となる。

具体的には、住民Dの訴訟代理人は、担当執行機関(職員)(おそらくB村村長)を被告として、B村に損失を与えた者(原因者)すなわちA寺に不当利得返還請求訴訟を提起すべきことを求める訴訟を提起することになる(地方自治法242条の2第1項4号)。なお、この訴訟で住民側勝訴が確定すると、B村村長が、その確定日から60日以内の日を期限としてA寺に不当利得の返還金の支払請求をし(地方自治法242条の3第1項)、支払われないときは、不当利得返還請求訴訟を提起することになる(地方自治法242条の3第2項)。

この問題の出題者の意図が、上記の訴訟のうち、どこまで書けば良いとしているのか定かではないが、以上すべてを書くのが無難であろう。

## (3) 第3の作業

さて、Dの訴訟代理人はどのように主張し、これに対してB村はどのように反論するか。憲法上の実体的問題として、個別的な主観的法規範(権利)または客観的法規範(制度)が、中心論点となるが、まず人権通則にあたる「平等」と「手続」を考えておく必要がある。

## (a) 人権通則

まず、「平等」については、火災被害を受けたのはA寺のみではなく、B村の村民も受けているのに、火災保険を掛けていないという落ち度のあったA寺の再建のみを助成し、他の被災村民を対して助成しないのは不平等ではないか、ということもありうるが、これは私人の財産形成に直結する公金の支出はそもそも憲法上認められるか、という少々厄介な問題を扱う必要も出てくるので、ここでは回避した方が無難である<sup>16)</sup>。

ただし、同様の状況にある者のうちから一部を抽出して利益・特典を与える(義務の免除・猶予も含む)ということは、他の者に相対的には不利益を甘受させることになるので、平等の問題は隠れた論点となりうるということは覚えておくに越したことはない。

次に手続きについても、事案からは特に関連するような事実はないので触れる必要は無い。

なお、〔設問1〕には、「なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのごととする。行政手続法の定める手続に従って」とあるが、これは住民訴訟の提起に必要な、前置としての住民監査請求(地方自治法242条)は既になしているなのでこの点は論点としないという趣旨である。

---

16) 日本国憲法は、リベラリズム(自由主義プラス経済的弱者 or 社会的少数者への配慮)を基本原則として採用していると解するのが定説である。マイケル・サンデルのいうコミュニティアリズムは、現在のところ異端の学説にすぎない。経済生活において、リベラリズムは、経済的自由主義と生存権の保障のかたちをとって現れる。そして、生存権の保障を超えた、私人の財産形成に直結することになるような公金投入は禁止されるというのが鉄則であった。つまり、国民の税金が直接特定の個人の蓄財に結びつくことは、経済的自由主義に反し、また生存権の趣旨にも反するからである。しかし、日本は、被災者生活再建支援法が、阪神・淡路大震災3年後の1998年に議員立法として制定され、自然災害により住家が全壊した世帯に対し、家財道具調達費等を対象に、最高100万円の支給をなすとしたことにより、この鉄則は破られた。その後、民主党政権の総務大臣にもなった片山善博が鳥取県知事時代に、2000年10月の鳥取県西部地震に際して、独自に住宅建設300万円、補修150万円を支給したことから、上記法律は2004年に改正されて支給の上限が300万円になり、さらに2007年11月の改正によって、年齢・収入要件が撤廃されるとともに、支援金が住宅本体にも当てることができるようになった。なお、この問題については、小山剛「震災と財産権」ジュリスト1427号65頁(2011年)を参照。

## (b) 個別の実体的論点

本問の場合、住民訴訟という客観訴訟であるから、主観的法規範（権利）の主張は、必須とはされていない。ただし、公金支出の違法の中には、主観的法規範（権利）侵害も理論的には含まれるので（ただし判例がそれを十分理解しているかは不明）、まったく考える必要はないということではない。

もともと、本問の場合、政教分離原則違反が論点になるということがわからない者は皆無であろう。

問題は政教分離原則を論点として、3つのストーリーをどのように書き分けるか、というところが悩むところである。

中には、政教分離原則、イコール目的・効果基準しか思いつかない、という人がいる、というか、ほとんどではないか、と想像できる。いまさら判例集を読み返して、反対意見や補足意見、意見を読み直すこともできない、という人の頭は「真っ白」になる〔なった〕のではないかと想像できる〔真っ白は、あくまで頭の中で、頭の外、つまり浦島太郎のように玉手箱（＝問題冊子）を開けて総白髪に突然なったものではありません。念のため〕。

でもそのような人でも、パターン6の「適用パターン」をうまく構成できれば、十分に合格点が取れる問題であると思う。

さて、「適用パターン」以外のパターンは果たして何か、というと、パターン5の「判定基準差別化パターン」しかない。そして、その内容は、パターン3の判決理由パターンに実質的な内容を求めることになろう。結論は、パターン2が無難なところで、結論はこれを取りあえずは目指すことになる。

## (i) 政教分離原則の何から書き始めるか

憲法の起案を書くとき、その出発点はどこか、つまり何から書きはじめるか、に悩むのが一般的である。

延々と権利の沿革を書くのか、条文の内容を説明するのか、通説的内容から書きはじめるのか、判例の到達点から書きはじめてよいのか……。ここでポイントのは、2時間という限られた時間の中で、一般論・抽象論から、事案の結論まで書かねばならない、ということである。

必須の要素は、条文の特定、条文の基本的内容と性質、それについての極め

て基本的な共通理解，であろう。政教分離原則の場合，①憲法20条と89条をまず指摘し，②この2つの条文が，信教の自由と政教分離原則を保障し，③前者が人権保障であるのに対して，後者が制度的保障とされていること<sup>17)</sup>，そして，④後者が前者を間接的に保障しているということ，が必須要素である。

そして，憲法の概説書<sup>18)</sup>や【判例①】津地鎮祭訴訟・最大判にあるように，⑤「完全分離は理想である」が，⑥「宗教も社会的存在である（「社会生活と接触する」）」ので，⑦「完全分離は現実には不可能である」（「現実の国家制度として，国家と宗教との完全な分離を実現することは，實際上不可能に近い」）から，⑧「関係（「かかわり合い」）をもたざるをえず，仮に持つ場合には，中立的であることが要請される」（「国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが，係わり合いをもつことを全く許されないものではない」）という趣旨を，判例の言葉を忠実に再現する必要はないが，それを想起される文章を，あたかも枕言葉（写経）のように，書かなければならない。

政教分離原則，イコール目的・効果基準，としても間違いではないが，判例準拠の論述を展開するのであれば，目的・効果基準は，判例にある共通規範（通奏低音）のさらにサブ・ルールであるとした方が，理解しやすいであろう。

## (ii) 共通規範

### 【共通規範】

「共通規範」は，【判例①】津地鎮祭訴訟・最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁においては，以下のように，まだ曖昧な形でしか示されていない。

(ア) 【判例①】津地鎮祭訴訟・最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁

「政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず，政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合に

17) 用語法としては，渋谷・憲法25頁以下の分析方法を採用すると，客観的法規範の保障とすべきであるが，なお一般的なものとはなっていないので，制度的保障とした方が無難であろう。

18) 芦部・憲法160頁以下，渋谷・憲法425頁以下等。

は、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、そのかかわり合いが、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるをえないのである。」

(イ) 【判例②】空知太神社訴訟・最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁

【判例①】にある上記の文章は、【判例②】空知太神社訴訟・最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁では、以下のようなかたちに凝縮されている。

#### 〔1 憲法判断の枠組み

憲法89条は、公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益若しくは維持のため、その利用に供してはならない旨を定めている。その趣旨は、国家が宗教的中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法20条1項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、信教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものである。しかし、国家と宗教とのかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではなく、憲法89条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される。」

「……国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、……信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」

#### (ウ) 【共通規範モデル】

この下線部分の「公の財産の利用提供等」のところは、何でも入ると考えてよく、以下のような命題を作成することができる。

「〇〇における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に

照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される」。

次に、サブ・ルールはどうなるか。

(エ) 【サブ・ルール A】 目的・効果基準 = 20 条 3 項解釈モデル

【判例①】津地鎮祭訴訟・最大判昭和 52 年 7 月 13 日民集 31 卷 4 号 533 頁の示した目的・効果基準をまずあげるべきである。

「右のような見地から考えると、わが憲法の前記政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。」

【サブ・ルール A】は、より詳細化されて、以下のように設定される。

(a) 【サブ・ルール A'】

「当該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をいうものと解すべきである。」

さらに、【サブ・ルール A'】は、「宗教的活動」に該当するか否かにつき、以下のような諸要素を総合的に判定とする。

「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」

(β) 【サブ・ルール A】のメリット

① 政府の公金等の支出が問題となった場合、単純に考えれば、20 条 1 項後段の特権付与、89 条の「公金その他の公の財産」の「支出」または「利用に供」するに当たるか否かを検討すべきように見える。しかし、政党に対する

政治献金(資金の提供)が政治活動にあたるとした八幡製鉄事件・最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁にあるように、資金等の提供は、支出先の活動を支えるとしたら、それ自体も「宗教的活動」にあたる、とみるのである。これまでの判例、例えば、大阪地蔵像訴訟・最1小判平成4年11月16日判時1441号57頁、箕面忠魂碑訴訟・最3小判平成5年2月16日民集47巻3号1687頁など、20条1項後段・89条で処理すべきと思えるのに、目的・効果基準を使ったのも、このような論理が背景にあると理解すべきである。

② 20条3項が、政府(条文上は「国又及びその機関」)の「宗教的活動」を禁止しているので、かかわり合いをもつ主体が、20条1項後段の「宗教団体」または89条の「宗教上の組織若しくは団体」であることの論証をしなくてもよいことになる。

③ 目的・効果基準は、問題となる活動の、外形的または客観的要因についての現在における評価に基づいて判断すればよく、面倒な過去の経緯を考慮せずにすむ。

(オ)【サブ・ルールB】 総合判断基準 = 20条1項後段・89条解釈モデル  
他の選ぶうる基準(alternative standard)は、【判例②】空知太神社訴訟・最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁の示した以下のものである。

「国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、当該宗教的施設を設置する宗教団体等に対する便宜の供与として、憲法89条との抵触が問題となる行為であるといわなければならない。もっとも、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得ることが容易に想定される場所である。例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該施設が国公有地に設置されている場合もあり得よう。また、我が国においては、明治初期以来、一定の社寺領を国等に上知(上地)させ、官有地に編入し、又は寄附により受け入れるなどの施策が広く採られたこともあって、国公有地が無償で社寺等の敷地として供される事例が多数生



じた。このような事例については、戦後、国有地につき『社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律』(昭和22年法律第53号)が公布され、公有地についても同法と同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が発出された上、これらによる譲与の申請期間が経過した後も、譲与、売払い、貸付け等の措置が講じられてきたが、それにもかかわらず、現在に至っても、なおそのような措置を講ずることができないまま社寺等の敷地となっている国公有地が相当数残存していることがうかがわれるところである。これらの事情のいかんは、当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえよう。

そうすると、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」

#### (a) 【サブ・ルール B モデル】

「信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、〔問題となった施設〕の性格、〔〇〇〕の用に供されるに至った経緯、〔〇〇に関する行為〕の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべき」である。

#### (β) 【サブ・ルール B】のメリット

このサブ・ルールを使うメリットは、【判例②】空知太神社訴訟・最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁における藤田宙靖裁判官の補足意見に凝縮されている。

① 目的・効果基準を使用しても、結論は正反対に分かれることが多く、基準としての機能を果たしていない。

② 目的・効果基準は、判断が微妙ないわゆる「ハード・ケース」における基準であり、単純な事案では、こちらの基準の方が処理しやすい。

藤田補足意見……目的・効果基準が「機能せしめられてきたのは、問題となる行為等においていわば『宗教性』と『世俗性』とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するかを決定の際に際して」使われてきたのであり、「明確性に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われるかを問われる場面ではなかった」。

③ 「問題とされている行為によって個々人の信教の自由が現実侵害されているか否かの事実によってのみ判断されるべきではない」。

(カ) 【サブ・ルール C】 原則禁止・例外許容基準 = 厳格審査モデル

第3モデルは果たしてありうるのか。

(a) レモン・テスト

すぐに思いつくのは、アメリカ合衆国最高裁判例のレモン・テストである。しかし、このテストも、上記サブ・ルール A の目的・効果基準をベースにし、日本に紹介されている限りにおいては、「宗教的目的」and「プラス・マイナスの効果」(日本)ではなく、「宗教的目的」or「プラス・マイナスの効果」(アメリカ)というだけでは、起案としては、インパクトが少ない。とすれば、パターン3(判決理由パターン)に第3モデルを求めるべきではないか。

憲法の概説書に言及されることはあまりないが、【判例③】愛媛玉串料訴訟・最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁の高橋久子裁判官の意見と尾崎行信裁判官の意見が、比較的有名で理解しやすいのではないか。両者は、厳格分離を要請する【原則禁止・例外許容基準】を展開している。

この基準は、前記の【共通規範】をも採用していないところが特色である。

両裁判官の意見の内容は微妙に異なるが、要するに「およそ宗教色を帯びる行為は一義的に禁止した上、特別の場合に許容されるとの基準を設ける」というもので、許容すべき特別な場合に該当することの論証責任を政府側に負わせるものである。そして、その論証がなされない以上、政教分離原則違反と判定することになる。

高橋意見は、論証がないということで切り捨てるが、尾崎意見は、その検証を自ら行っているという点が異なる。

## (β) 高橋久子裁判官の意見

## 【判断基準】

「完全な分離が不可能、不相当であることの理由が示されない限り、国が宗教と  
かかわり合いを持つことは許されない」。

## 【理由の抜粋 (一般論)】

① 「原則はあくまでも『国家はいかなる宗教的活動もしてはならない』のである。ところが、多数意見は、『国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で』と、前提条件を逆転させている」。

② 「宗教的感覚において寛容であるということは、それ自体として悪いとはいえないであろうが、宗教が国民一般の精神のコントロールを容易になし得る危険性をはらんでいるともいえる。その意味からも政教分離原則は厳格に遵守されるべきであって、『社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度』、『社会通念に従って、客観的に判断』というように、現実承認の尺度で判断されるべき事柄ではない」。

③ 「目的効果基準は、基準としては極めてあいまいなものといわざるを得ず、このようなあいまいな基準で国家と宗教とのかかわり合いを判断し、憲法20条3項の宗教的活動を限定的に解することについては、国家と宗教との結び付きを許す範囲をいつの間にか拡大させ、ひいては信教の自由もおびやかされる可能性があるとの懸念を持たざるを得ない」。

④ 「私は、憲法20条の規定する政教分離原則は、国家と宗教との完全な分離、すなわち、国家は宗教の介入を受けず、また、宗教に介入すべきではないという国家の非宗教性を意味するものと思うのである。信教の自由に関する保障が不十分であったことによって多くの弊害をもたらした我が国の過去を思うとき、政教分離原則は、厳格に解されるべきことはいうまでもない」。

## 【本件への適用】

「私は、完全な分離が不可能、不相当であることの理由が示されない限り、国が宗教とかわり合いを持つことは許されないものと考えている。県の公金から靖國神社の例大祭、みたま祭に玉串料、献灯料を、護國神社の慰霊大祭に供物料を奉納するため金員を支出した本件各行為は、いずれもそのような例外に当たるものとは到底いえないことが明らかであり、違憲というほかはない」。

## (γ) 尾崎行信裁判官の意見

## 【判断基準】

「明確に例外的事情があるものと判断されない限り、その行為は禁止されると解するのが、制度の趣旨に沿う」

### 【理由の抜粋（一般論）】

① 「国が宗教とのかかわり合いを持つ行為は、原則として禁止されるとした上で、ただ實際上国家と宗教との分離が不可能で、分離に固執すると不合理な結果を生ずる場合に限って、例外的に許容されるとするものであると解するのが相当である。したがって、国は、その施策を実施するための行為が宗教とのかかわり合いを持つものであるときには、まず禁じられた活動に当たるとしてこれを避け、宗教性のない代替手段が存しないかどうかを検討すべきである。そして、当該施策を他の手段でも実施することができるならば、国は、宗教的活動に当たると疑われる行為をすべきではない。しかし、宗教とのかかわり合いを持たない方法では、当該施策を実施することができず、これを放棄すると、社会生活上不合理な結果を生ずるときは、更に進んで、当該施策の目的や施策に含まれる法的価値、利益はいかなるものか、この価値はその行為を行うことにより信教の自由に及ぼす影響と比べて優越するものか、その程度はどれほどかなどを考慮しなければならない。施策を実施しない場合に他の重要な価値、特に憲法的価値の侵害が生ずることも、著しい社会的不合理の一場合である。こうした検証を経た上、政教分離原則の除外例として特に許容するに値する高度な法的利益が明白に認められない限り、国は、疑義ある活動に関与すべきではない。このような解釈こそが、憲法が政教分離規定を設けた前述の経緯や趣旨に最もよく合致し、文言にも忠実なものである上、合憲性の判断基準としても明確で疑義の少ないものといえる。そして、右の検討の結果、明確に例外的事情があるものと判断されない限り、その行為は禁止されると解する」。

② 「多数意見の示す政教分離規定の解釈は、……制定経緯やその趣旨及び文言に忠実とはいえ、また、その判断基準は、極めて多様な諸要素の総合考慮という漠然としたもので、基準としての客観性、明確性に欠けており、相当ではない」。

③ 「多数意見の立場は、「宗教的活動」が本来的に限定された意味、内容を持つことを出発点とする。そこでは、すべての宗教的活動は、例示されたような多様な考慮要素に照らし総合評価して初めて、許されない宗教的活動の範囲に属することが決定される。検討対象の量も多く、検討事項も広範に及び、特に総合評価という漠然たる判断基準に頼らざるを得ず、客観性、明確性の点で大きな不安を感じさせる。判断基準という以上、単に考慮要素を列挙するだけでは足りず、

各要素の評価の仕方や軽重についても何らかの基準を示さなければ、尺度として意味をなさない。事実、これまでの裁判例において、同一の目的効果基準にのっとして同一の行為を評価しながら、反対の結論に達している例があることは、右基準が明確性を欠き、その適用が困難なことを示すものというべきである。

④ 「我が国における宗教の雑居性、重層性を挙げ、国民は他者の宗教的感情に寛大であるから、本件程度の問題は寛容に受入れられており、違憲などといったとがめ立てする必要がないとするものもある。しかし、宗教の雑居性などのために、国民は、宗教につき寛容であるだけでなく、無関心であることが多く、他者が宗教的に違和感を持つことに理解を示さず、その宗教的感情を傷付け、軽視する弊害もある。信教の自由は、本来、少数者のそれを保障するところに意義があるのであるから、多数者が無関心であることを理由に、反発を感じる少数者を無視して、特定宗教への傾斜を示す行為を放置することを許すべきでない。さらに、初期においては些少で問題にしなくてよいと思われる事態が、既成事実となり、積み上げられ、取り返し不能な状態に達する危険があることは、歴史の教訓でもある。この面からも、現象の大小を問わず、ことの本質に関しては原則を固守することをおろそかにすべきではない」。

#### 【本件への適用】

「まず、県が戦没者を慰霊するという意図を実現するために、靖國神社等の祭祀に当たって玉串料等を奉納する以外には、宗教とかかわり合いを持たないでこれを行う方法はなかったのかどうかを検討しなければならない。しかし、そのような主張、立証はないのみならず、反対に、多くの宗教色のない慰霊のみちがあることは、公知の事実である。したがって、本件の県の行為は、宗教との分離が実際上不可能な場合には当たらないというほかはない。また、当然のことながら、宗教とのかかわり合いを持たないでも県の右意図は実現することができる以上、本件の県の行為がなければ社会生活上不合理な結果を招来するということはできず、この面からも、政教分離原則に反しない例外的事情があるということではない。実際に他の都道府県の知事らが本件のような玉串料等の奉納をしなくても、特段の不合理を生じているとは認められず、この種の社会的儀礼を尊重するあまり、憲法上の重要な価値をおろそかにするのは、ことの順逆を誤っている。したがって、本件の玉串料等の奉納は、憲法20条3項に違反するものであり、本件支出は違法というべきである」。

### c. 起案作成の方針

以上の前提作業から、起案作成の方針は、とりあえずは、以下の2つが考えられる。

① サブ・ルール A and/or サブ・ルール B を用いて、事案に示された細かい事実を拾い出して差別化する無難な起案とする。

② 違憲と導きやすいサブ・ルール C を D の訴訟代理人としての「あなた」は構成し、本神社の合憲を導きやすいサブ・ルール A or B を B 村は構成し、それに対抗するかたちで、サブ・ルール B or A を見解が求められた「あなた」は構成するということになるうか。

## 3. 解答例

### a. パターン6を使った無難な解答例

#### 〔設問1〕

1. D の代理人となった弁護士は、当該事務の執行機関たる B 村村長を被告として、B 村に損失を与えた者（原因者）すなわち A 寺に不当利得返還請求訴訟を提起すべきことを求める住民訴訟を提起することになる（地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号）。そして、この訴訟で D 側勝訴が確定すると、B 村村長が、その確定日から 60 日以内の日を期限として A 寺に不当利得の返還金の支払請求をし（地方自治法 242 条の 3 第 1 項）、支払われないときは、不当利得返還請求訴訟を提起することになる（地方自治法 242 条の 3 第 2 項）。

この訴訟の実体的争点である当該支出の違法性の主張については、以下のようになる。すなわち、B 村による A 寺への助成は、憲法 89 条が禁止する「宗教上の組織又は団体」に対する「公金」の「支出」となり、ひいては憲法 20 条 1 項後段、「宗教団体」に対する「特権」の付与となり、憲法に違反する。具体的には、個別の助成ごとに以下のようなようになる。

2. 本堂再建のための助成の場合、支出先は、A 寺という C 宗の末寺で、その本堂も一般的な寺院の建築様式として建てられており、また初詣、節分会、灌仏会など、仏教の行事も行われていて、その外形的側面のみならず、活動内容からしても、明らかに宗教上の団体であり、その団体の中心施設である本堂

再建のための助成は、明らかに公金の支出であり、特権の付与ともなる。

3. また A 寺住職の住居である庫裏の再建に対する助成も、庫裏自体は仏教様式のものではなく一般住居の様式であるとしても、その目的は A 寺の存立のために必要不可欠の人的要素である宗教者たる住職の住居の用に専ら供する施設であり、宗教団体に対する公金の支出とみなすことができる。

4. 次に、墓地は、「墓地、埋葬等に関する法律」(以下「墓地埋葬法という」) 13条をみると、一見宗教とは無関係の施設であるかのようにみえるが、墓地の管理者たる寺院の定める方式以外の墓石設置を要求した事案において、寺院の典礼施行権を理由に認めないとするのが判例であり<sup>19)</sup>、同条にある「正当な理由」の中に、管理者の信教の自由も入るとされている。その信仰とは無関係にすべての村民の依頼を受け入れる、実質的に村民全員が設営している墓地であるとすれば、宗教団体に対する公金の支出とみなされない余地もあるが、本件墓地の場合、「C 宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことに同意した場合にこれを認める」(以下、「同意条件」とする)ということであり、D は、A 寺の墓地に墓石を建立できなかった。これは、本件墓地自体が、C 宗 A 寺の管理の下に運営されていることを示しており、宗教団体たる A 寺の附属施設であることは明白である。したがって、本件墓地の整備を含めた土地全体の整地の助成についても、庫裏建設に対する助成と同様に、宗教団体に対する公金の支出とみなすことができる。

5. 以上の理由で、いずれに対する公金の支出も、憲法 20 条 1 項後段・89 条に違反するものである。

## 〔設問 2〕

1. (1) 被告たる A 寺は、以下のように反論するであろう。

確かに A 寺は、宗教団体ではあるが、B 村にある唯一の寺であり、その由来は、村一番の長者によって江戸時代に創建されたもので、後に C 宗の末寺となったとはいえ、創建当時から、宗旨・宗派を越えて、村民の交流の場となっており、いわば村民共有の私設公民館(パブリック・フォーラム)として機能

19) 渋谷・憲法 424 頁参照。最 3 小判平成 14 年 1 月 22 日判時 1776 号 58 頁。

している。本堂再建に対する助成は、これまで果たしてきたその世俗的な機能の側面に着目した助成であり、それは、著名な寺院に文化財的側面に対する助成として合憲であるとされるものと、同質のものである。

(2) これに対する私の見解は以下の通りである。憲法20条1項後段および89条は、信教の自由を保障するために、政教分離原則を制度として保障したものである。政府と宗教との関係は、完全な分離が望ましいが、宗教は外部的な社会現象としての側面をもつので、政府が宗教と無関係であることは不可能であり、この原則は、政府が宗教と関係をもつとしても、中立であることを要求すると解さざるを得ない。

そして、中立であるか否かは、その関係が、日本の社会的・文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものか否かによって判断する、というのが判例である（津地鎮祭訴訟・最大判、愛媛玉串料訴訟・最大判、空知太神社訴訟・最大判等）。

このような基準に照らすと、日本の社会的・文化的諸条件に照らして、文化財的側面に対する助成であると認められるのは、その施設が国民全体の共有財産であると認められるようなものであることが必要であるが、本件A寺の本堂はそのような施設ということはできず、その再建に対する公金の支出は、憲法20条3項の禁止する宗教活動にあたと解さざるを得ない。

2. (1) また、被告たるA寺は、以下のように反論するであろう。悩み事など心理的ストレスを抱えている村民の相談を、檀家であるか否かを問わず受け付けている。庫裏そのものは客観的な様式からして、宗教的施設ではなく、また住職の行う活動も、宗教的活動ではなく世俗的活動である。またそれは、住職の宗教的活動以外の私生活の場として供する施設であり、そのような施設たる庫裏に対する助成は、宗教団体に対する公金の支出とはいえず、合憲である。

(2) これに対する私の見解は以下の通りである。庫裏自体の客観的様式は、世俗的なものであるにしても、庫裏は、その主たる活動が、初詣、節分会、灌仏会等の宗教行事を主催する宗教家たる住職の起居の用に供する施設であり、本堂で開催される宗教的活動をいわば背後から支える施設として、必要不可欠



なものといえる。したがって、庫裏に対する助成は、政治献金が政治的活動とみなされる（八幡製鉄事件・最大判）のと同様に、政府に禁止されている宗教的活動とみなされ、憲法20条3項に違反すると解さざるをえない。

3. (1) さらに、被告たるA寺は、その墓地の整備助成については、以下のように反論するであろう。すなわち、当該墓地には、多くの村民が墓を建立しているが、墓地は、亡くなった人の遺骨を埋蔵し、故人を弔うばかりでなく、先祖の供養という人倫の大本、すなわち人間としての基本となる道徳的活動を実践する場であるから、道徳的施設ということはできても宗教的施設ということとはできない。したがって、その施設を管理する行為も、宗教的活動ではなく、世俗的活動といえる。A寺の発行しているパンフレットにも、「宗旨・宗派は問わない」と記載しているのは、当該墓地が宗教的には中立なものであることを示していて、同意条件は、かつて当該寺院の宗旨・宗派の信徒のみに墓石の建立を認めていた従来の慣例との整合性を保つために、すなわち墓地埋葬法1条にある「国民の宗教的感情に適合」するように、必要最低限の単なる手続を示したものにすぎない。

(2) これに対する私の見解は以下のとおりである。確かに本件墓地は、B村の中でほとんど唯一といってよいほどの規模をもっており、その公共性、すなわち世俗性の要素は大きい。そのことは、「墓地、埋葬等に関する法律」1条にあるように、「公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする」とされていることからもうかがうことができる。したがって、墓地の敷地に対する整地についての助成については、世俗目的の支出として、政教分離原則には違反しない。また、同意条件の有効性を認める判例はあるが、墓地埋葬法13条にいう「正当な理由」は、その墓地の当該地域における意義など諸般の状況にしたがって解釈されねばならない。そして、本件墓地のB村における位置付けからすると、B村民以外の者からの申出は拒否できるが、B村民からの申出に対しては拒否できないとの解釈を施す必要が出てくる。したがって、このような解釈を施し、今後そのような運用が可能である以上、墓地の敷地のみの整備は政教分離原則に反しないといえる。

しかし、本件助成は、墓地の敷地のみならず、本堂・庫裏を含めた土地全体

の整地に対するものであって、本堂・庫裏が上述のように、宗教的施設と解される以上、これらの施設の敷地に対する助成は、宗教団体に対する公金の支出といわざるをえず、墓地の敷地整備に対する支出と本堂・庫裏の敷地整備に対する支出の識別・区分が不明であり、不可分一体となっている以上、敷地に対する助成全体が政教分離原則に反し、違憲といわざるをえない。

## b. パターン5を使った多少リスクを伴う解答例

### 〔設問1〕

1. Dの代理人となった弁護士は、当該事務の執行機関たるB村村長を被告として、B村に損失を与えた者（原因者）すなわちA寺に不当利得返還請求訴訟を提起すべきことを求める住民訴訟を提起することになる（地方自治法242条の2第1項4号）。そして、この訴訟でD側勝訴が確定すると、B村村長が、その確定日から60日以内の日を期限としてA寺に不当利得の返還金の支払請求をし（地方自治法242条の3第1項）、支払われないときは、不当利得返還請求訴訟を提起することになる（地方自治法242条の3第2項）。

この訴訟の実体的争点である当該支出の違法性の主張については、以下のようになる。すなわち、B村によるA寺への助成は、憲法20条が定める政教分離原則違反する。

2. そもそも憲法20条が信教の自由と政教分離原則を保障した理由は、信教の自由が精神的自由権の中核として位置づけられる自由であり、また明治憲法下の日本において、「神道は宗教ではなく祭祀である」とされて、信教の自由は、不完全なたちでしか保障されず、数々の宗教弾圧があったことに由来する。このような経緯からすると、政府と宗教とのかわり合いについては、完全分離であるべきであり、仮にかかわり合いをもたざるを得ないとしても、その必要性と他に手段がないことも政府側が論証しなければならない（愛媛玉串料訴訟・最高裁大法廷判決の高橋・尾崎両裁判官の各意見）。

本問において、B村村長は、長い歴史の中でA寺の占めてきた地位、現在における村民の思い、を縷々村議会で述べている。しかし、このような説明では、公金支出の必要性和合理性を裏付けるものとはなっていない。

確かに、B村の全世帯の3分の2がA寺の檀家であり、その活動にも、宗教活動を越えた相談所としての役割を果たしていることは事実であるかもしれない。しかし、ここでまず、残り3分の1の世帯が、A寺の檀家ではないことを考えなければならない。憲法で保障された人権は、精神的自由権については、特に偏見の目をもってみられる少数者の感覚に鋭敏であらなければならない。本事案においても、Dは、B村の住民であるにもかかわらず、A寺のC宗の典礼方式でなければ墓石は建立できないといわれ、断念した事情がある。ここに、宗教的少数者を排除しようとする姿勢が読み取れるのである。これは日本国憲法がまさに排除しようとする事態にはかならない。

次に、村民の悩み事など心理的ストレスの相談所としての役割は、他の施設・人材をもって充足しうるもの、すなわち代替可能な手段がある点を考慮する必要がある。仮にA寺の住職がそのための不可欠の人材であるとしても、そのような相談を多額な公金に投入して再建したA寺の本堂または庫裏で行わねばならない必然性はない。火災から免れた他の村の施設での出張相談も十分に可能であろうし、村民誰もが足を運ぶことのできる施設を国からの補助金等を獲得して建設することもできるであろう。

ただ、墓地の整備については、宗教の問題を超えた、公共性をもつ課題である。現に日本の各地で公営墓地が造営・維持されていることは公知の事実である。ところが本件の場合、墓地の敷地のみならず、宗教的施設そのものである本堂とそれに付随する住職の住居である庫裏の敷地をあわせた敷地全体を整備しようとするものであり、その金額も多大にのぼる。村民に墓地を提供するのであれば、他の村有地を整備するか、土地を買収して整備するか、あるいは墓地の適地を賃借の上、整備することも可能であり、現にあるA寺の墓地を整備する必要はない。

以上のことから、B村の本件公金支出はすべて違憲である。

## 〔設問2〕

1. 被告たるA寺は、以下のように反論するであろう。

日本国憲法20条と89条は、信教の自由と政教分離原則の保障を定め、政教

分離原則が、信教の自由を間接的に保障している。しかし、津地鎮祭訴訟・最高裁大法廷判決にあるように、政府と宗教の完全分離は理想であるが、宗教も社会的存在であるから、完全分離は現実には不可能である。そこで、政府は宗教と関係をもたざるをえないが、仮に持つ場合には、中立的であることが要請される。そして、政府による公金の支出における宗教とのかかわり合いが、日本の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとされている。

日本の判例において、政教分離原則が問題とされたのは、そのほとんどが政府と神道とのかかわり合いについてのものであった。それは戦前の国家神道が日本を破滅へと導いた戦争への道を開いたという歴史に由来するものである。ところが、日本国憲法の下でも、明治憲法下における政府のマインド・コントロールからの脱却が実際にはなかなか進まず、神社神道に関係して生じる問題については、とりわけ慎重かつ厳格な判断が要請されたのである。

これに対して、この本件の場合には、仏教寺院の問題であり、江戸時代であればともかく、現代社会において、仏教が人の心を支配し、あるいは他の宗教の信仰者に不利益を与えることになる、といった問題は全く生じるおそれはない。仏教は、他者の信仰に寛容であることをその中心的教義としているからである。

このことは、以下に見る最高裁が示した政教分離原則違反についての確立した基準となった目的・効果基準に照らしてみても明らかである。目的・効果基準は、政教分離原則違反となる行為は、当該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をいうものと解すべきである、とする。

今回B村の、火災によって甚大に被害を受けたA寺に対する公金の支出の目的は、本堂と庫裏の再建、墓地の整備を含む土地全体の整地の助成である。結果的に最高裁で合憲判断がなされている市が地鎮祭を主催する(津地鎮祭訴訟)とか、市長が式年大祭に出席して祝辞を述べる(白山比咩神社訴訟)など、その行為自体が、宗教的なものでないことはもちろんのこと、この助成の趣旨・目的は村民の交流の場および村民の相談所という世俗の意味をもつA寺

の活動を復活させようとするものであって、その目的自体は、宗教的意義をもつものではない。また、その効果は、「宗教」に対する援助等ではなく、世俗的活動に対するものであり、かつそれは従来行われてきたものにつき、火災の結果失われてしまった部分を、従前のものに復活させる行為ということができ、いわばいったん下がったレベルをベースラインまで戻す効果をもつにすぎず、したがってプラス効果にもマイナス効果にもならないのである。結局のところ、A寺の公金支出は、その目的においても、また効果においても、上記判例の基準に照らして、政教分離原則違反とはならない。

2. これに対する私の見解は以下のとおりである。

確かに、以前までは、政教分離原則違反になるか否かの判断は、目的・効果基準をもちいて判断されたことは確かである。ところが、その後、公金の支出先等が明らかに宗教団体である場合において、目的・効果基準とは異なる基準が空知太神社訴訟・最高裁大法廷判決によって示されている。

それによると、政府の公金支出等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される、という基本認識においては、目的・効果基準と同様であるが、さらに具体的な判断基準として、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教施設の性格、当該宗教施設に対して公金の支出がなされるに至った経緯、当該公金の援助額に占める割合、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきであるとしている。以下、ここに示された要素について、順不同で検討をすすめる。

まず、公金の支出がなされるに至った経緯からみると、大規模火災による村全体の損失を元通りに立て直すということであり、それ自体は、宗教的なものと認めることはできない。

次に、各助成対象の施設の性格の面から見ると、本堂については、その外形が一般的な寺院の建築様式による再建であり、かつそこで行われる行事も仏教

の教義に沿って行われる宗教儀式であるから、ハード・ソフトの両面からして、宗教団体の設置する中心的施設ということになる。またその由来からしても、江戸時代に創建されたものであり、建物自体が文化財となるべきものではないと推定され、文化財の再建という世俗的側面に対する支出とみることはできない。支出対象が、そのようなものである以上、助成金額の割合が再建に必要な金額4000万円の4分の1という、もっとも少ない割合であるとしても、許容できるものとはいえない。

庫裏については、僧侶たる住職の住居として供される施設であり、建築様式は、必ずしも寺院様式であるとはいえない。また寺院様式以外の建築としなければならない、という条件を付すこともできる。またそこで行われる活動は、宗教儀式は本堂で行われるものと考えられるが、日常の村民との接触は、この庫裏で行われるものと推定され、かつその内容は、宗教的活動とは離れた村民の相談などに限定されるということが合理的に推定される。また、この支出に対する一般人の評価としては、「A寺は、宗旨・宗派を越えて村民に親しまれ、村民の心のよりどころでもあり、村の交流の場ともなっている」という村長の説明からして、その再建に対する支出に、抵抗感はないものと推定される。したがって、庫裏に対する公金の支出は、宗教団体に対する支出そのものとはいえない。その再建に必要な金額1000万円の2分の1という割合としては大きなものとしても、政教分離原則に違反するものではない。

墓地については、墓地埋葬法にあるように、それ自体は宗教施設ではない。また、B村には他にほとんど墓石を建立できる場所が無いという点からしても、その墓地用地がA寺の敷地内にあるとはいえ、墓地の整地に対する公金の支出は、世俗的施設に対する支出ということができる。ところが問題は、宗派を異にするDの墓石建立に際して、C宗の典礼方式のみに従った者のみを受け入れるとした点と、本堂・庫裏の敷地を含む土地全体の整地の助成としての支出がなされた点にある。

私は、空知太神社訴訟・最高裁大法廷判決が、当事者の主張がないにも拘わらず、職権による判断として、より妥当な解決策を模索した点にならって、この部分の公金の支出すべてを違憲・無効とするのではなく、以下のような、合

憲となるような条件を付せば足りると思料する。

すなわち、裁判所としては、以後、B村村民から墓石建立の申し出があった場合においては、①A寺はその典礼様式を問わず受け入れるという条件を付すこと、また②助成金額については、政教分離原則違反となる本堂の敷地および隣接地の土地全体に占める割合を換算して、その相当分を減額して支給すること（既執行分の返還を求めること）である。

結局のところ、B村のA寺に対する公金の支出のうち、本堂の再建に対する支出は違憲、庫裏の再建に対する支出は合憲、墓地に対する支出は、本堂の敷地および隣接地相当分については減額の措置がとられれば、本件B村のA寺に対する公金の支出は、村民全体に対してハッピーなものとなり、違憲の瑕疵が払拭されると考えるのである。

## V 平成23(2011)年度 公法系科目第1問

### 1. 問題

〔第1問〕（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的利用が、頻繁に見られるようになっていく。

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う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。

**【参考資料】** 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

#### 第1章 総則

##### (目的)

第1条 この法律は、特定地図検索システムによる情報の提供が、インターネットの普及その他社会経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進に寄与するものであることに留意しつつ、当該情報の提供に伴い個人に関する情報が公にされることによる被害から適確に国民を保護することの緊要性に鑑み、当該被害の防止及び回復に関し、基本理念を定め、国及びシステム提供者の責務を明らかにするとともに、システム提供者の遵守事項、被害回復のための措置、被害回復委員会の設置その他必要な事項を定めることにより、国民生活の安全と平穩の確保に資することを目的とする。

##### (定義)

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 特定地図検索システムインターネットを通じて不特定又は多数の者に提供される地図に関する情報の検索システムであって、文字、記号その他の

符号又は航空写真を用いて表現される情報提供の機能を補完するための機能として、画像の情報を提供するZ機能を有するものをいう。

二 Z機能地図に対応する道路、建築物、工作物等及びその周辺の状況を路上等移動する車両に設置した水平方向に360度回転するカメラにより撮影した画像の情報を、電磁的方式（電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によっては認識することができない方式をいう。）によりインターネットを通じて不特定又は多数の者に提供するための機能をいう。

三 システム提供者インターネットを通じて特定地図検索システムを提供する事業を営む者をいう。

四 個人識別情報個人に関する情報であって、特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう。

五 個人自動車登録番号等個人の所有する自動車に係る道路運送車両法（昭和26年法律第185号）の規定による自動車登録番号又は車両番号をいう。

六 個人権利利益侵害情報個人識別情報及び個人自動車登録番号等以外の個人に関する情報であって、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をいう。

#### （基本理念）

第3条 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のために講ずべき措置は、Z機能の特性に鑑み、当該情報の提供が国民の生活の安全と平穏に重大な被害を及ぼすおそれがあり、かつ、国民自らの被害を回復することが著しく困難であることを踏まえ、国の関与により、その被害を適確に防止するとともに、現に発生している被害を迅速に回復することが極めて重要であるという基本的認識の下に、行われなければならない。

#### （国の責務）

第4条 国は、前条に定める基本理念にのっとり、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施策を総合的に策定し、及び実施する責務を有する。

#### （システム提供者の責務）

第5条 システム提供者は、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ついて第一義的責任を有していることを認識し、その提供すべき画像の撮影及び編集、インターネットによる当該情報の公開

及び管理その他の各段階において、自らその被害の防止及び回復のために必要な措置を講じる責務を有する。

## 第2章 被害の防止及び回復に関する措置

(提供開始の届出)

第6条 システム提供者は、インターネットにより特定地図検索システムを提供しようとするときは、あらかじめ、その旨及びその内容をA大臣に届け出なければならない。その内容を変更しようとするときも、同様とする。

(遵守すべき事項)

第7条 システム提供者は、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のために必要な次に掲げる事項を遵守しなければならない。

- 一 提供すべき画像の撮影に当たっては、これに用いるカメラを地上から1メートル60センチメートルの高さを超える位置に設置してはならないこと。
- 二 提供すべき画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれている場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。
- 三 インターネットにより提供した画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれていたことが判明した場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。この場合において、改善のために必要な措置をとることができないときは、インターネットによる特定地図検索システムの提供を中止しなければならないこと。
- 四 提供すべき画像の撮影又はインターネットにより画像を提供するに当たっては、適時かつ適切な方法で、対象となる地域の住民に対する周知の措置を講じるよう努めること。
- 五 特定地図検索システムによる情報の提供に伴う被害に関し、苦情等の申出があった場合には、当該申出に対し適切な措置を講じるよう努めること。
- 六 前各号に掲げるもののほか、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のために必要な事項として政令で定めるもの。

(被害回復措置)

第8条 A大臣は、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は、措置を講じる必要が明らかでないことを認め、場合を除き、当該申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するために必要な措置について、被害回復委員会に諮問しなければならない。

2 A大臣は、前項の規定による諮問に対する答申があった場合において、同項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため必要があると認めるときは、システム提供者に対し、画像の修正その他の提供に係る情報の改善のために必要な措置をとるべき旨を勧告することができる。

3 A大臣は、前項の規定による勧告を受けた者が、正当な理由がなくその勧告に係る措置をとらなかった場合において、第1項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため特に必要があると認めるときは、その者に対し、その勧告に係る措置の実施又は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ずることができる。

4 A大臣は、前項の規定による命令をしたときは、その旨を公表しなければならない。

第3章 被害回復委員会

(委員会の設置)

第9条 A省に、被害回復委員会（以下「委員会」という。）を置く。

(所掌事務)

第10条 委員会は、次に掲げる事務をつかさどる。

一 第8条第1項の規定による諮問に応じて、調査審議し、A大臣に対し、必要な答申をすること。

二 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のために国が講ずべき施策について、A大臣に意見を述べること。

2 委員会は、その所掌事務を遂行するため必要があると認めるときは、A大臣に対し、資料の提出、説明その他必要な協力を求めることができる。

3 A大臣は、第1項第一号の答申に基づき講じた措置について、委員会に報告しなければならない。

(組織等)

第11条 委員会は、委員10人をもって組織する。

2 委員は、優れた識見を有する者のうちから、A大臣が任命する。

3 委員の任期は、3年とする。

4 その他委員会の組織及び運営に関し必要な事項は、政令で定める。

## 2. 解 題

### a. 問題の傾向

例年通り人権問題が出題された。これは、統治に関する問題を出題することの困難性からくる限界でもある。また、出題には、目新しい問題を好む傾向にある。インターネットがらみの出題は、平成 20 (2008) 年度のフィルタリングソフトに関する出題に続き、2 回目となった。平成 20 (2008) 年度の問題については、法科大学院で学んだ受験資格をもつ者すべてがインターネットにつき同じレベルまで習熟しているわけでもなく、本来試すべき憲法についての知識と洞察力以外の能力の差によって起案の巧拙に相違が生まれる可能性のある問題を国家試験として出題するのはよくない、という趣旨の感想を述べた。当時の状況下においては、いわゆる情報弱者への配慮に欠けると思ったからである。

その後、この出題の成果として、情報格差はほとんどなくなったという判断があったのかもしれない。

### b. 本問の処理

#### (1) 第 1 の作業

事例問題を解く上で、まずなすべき作業は、登場人物の抽出であり、それぞれの者にどのような憲法上の権利の主張が考えられるか、また政府は人権の享有主体ではないので、それを制約する根拠としての「公共の福祉」の具体的内容は何か、という見取り図を書くのが、当然の前提作業である。

本問の登場人物は、X 社、A 大臣 (所轄官庁 = 政府) である。その他に隠れた関係者は、「数件の〔被害の〕申立て」をした被害者 (以下、「被害者」という)、そして X 社の提供する画像を閲覧した者である (以下、「閲覧者」という)。出題問題文には「ユーザー」とあるが、必ずしも適切な呼称ではない。

#### (2) 第 2 の作業

本設問は極めて単純である。A 大臣という国の行政庁から「中止命令」を

受けたのであるから、行政事件訴訟法に基づき当該中止命令の取消訴訟を提起する。極めて単純であるが、「採点実感」によるとこれを書かない答案もあった、というから驚きである。

### (3) 第3の作業

さて、それぞれの登場人物は何を主張するか。憲法上の権利として、個別的な実体的権利がやはり問題となるが、この段階で人権通則にあたる「平等」と「手続」を考えておく必要がある。

#### (a) 人権通則

まず、この設問の場合、極めて親切にも（というか、採点が面倒なので論点を減らすため）「行政手続法の定める手続に従って」とあるので、「手続」は書いてはいけないことになる。

「平等」はどうか。ここでは、同様の画像提供をしている会社が数社あるのに、X社のみが中止命令を受けた、とうことであれば、「平等」を扱う必要が出てくるが、本問ではそのような記述はないので、「平等」は扱う必要はない、と考えるべきことになる。

#### (b) 実体的権利

##### (i) X社の権利

X社については、画像をカメラでとらえてそれをインターネットで提供する、ということの憲法上の意味を考えればよい。論点は単純で、情報の収集と情報の提供・伝達であり、情報に関連する条文として憲法21条の表現の自由を主張するであろう。

#### (ア) 「表現」の定義

その際、憲法21条で保障された「表現」とは何か、この設問の極めて重要な論点となる。

さて、「表現」をどのように定義するか。ここでは、事実の伝達・提供が表現に含まれるか否かを議論しなければならない。さて、関連判例は何か。事実の提供は、「報道」といわれ<sup>20)</sup>、報道といえば、【判例①】博多駅事件・最大決昭和44年11月26日民集23巻11号1490頁である。この判決は、以下のように判示している。

「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法 21 条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない。」

#### (イ) 「表現」との差分

その際、同時に、【判例①】と本事案の場合との相違も分析しなければならない。

相違の第 1 は、主体の相違である。X 社は「報道機関」ではない。また「報道機関」の情報伝達は、「ニュース」と呼ばれ、情報の取捨・選択、すなわち編集という作業を必然的に伴い、その意味で主体の精神活動の所産であるといえることができるが、X 社は車載カメラの所在地の移動・選択についてのみ精神活動をなしているにすぎない。

相違の第 2 は、提供される情報内容の相違である。「Z 機能画像」は、政治家の動静を監視するような位置に設置されるような例外的な事情の無い限り、「国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供」するような内容をもたないと考えられる。

以上の相違を原告たる「X 社の主張」、被告たる「A 大臣の反論」、そして

---

20) 実定法に登場する「報道」として、放送法 4 条 1 項 (番組編集準則) 3 号の「報道は事実をまげないで放送すること」がある。総務省は、この報道につき「いわゆるニュースだけではなく社会的な事象を事実として伝えるあらゆる放送番組を指す」としているようである。この定義によると、放送で事実を事実として伝えることがすべて「報道」に該当することになる。そして、これは 2003 年に制定された「個人情報の保護に関する法律」の「報道」の定義にも対応している。同法 50 条 2 項は、報道は「不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせること (これに基づいて意見又は見解を述べることを含む。)」とている。インターネットによるライブ画像の提供は、電波メディアを使うものではないが、不特定かつ多数の者が受領可能であるから、「報道」に該当することになろう。ただ、ネットによる提供は、「報道機関」による提供であるから、博多駅事件・最大決という表現の中に含まれるものに該当するか否かについては、問題となしうであろう。

「あなた自身の見解」の内容の差別化にうまく取り入れなければならない。

次に、この画像については、情報の提供を受けた者からは対価を徴収していないと思われるが、この画像提供については、バナー広告が同時に添付されていると考えられ（この点は設問に直接の言及はないが、当然の前提として考えてよいと思われる）、収益事業と解されるので、憲法 22 条と 29 条が保障すると一般的に考えられている「営業の自由」を主張することも可能である。

もっとも、X 社が「営業の自由」を主張することは制約を容易に容認する根拠となるので、常識的にはありえない。しかし、これは規制する A 大臣側からみると有利な主張となるので、この時点でこの論点をおさえておく必要はある。

#### (ii) A 大臣の主張する「公共の福祉」の内容

A 大臣はどのような主張をするか。憲法の一般論としては、「公共の福祉」という憲法上の文言に根拠を求めず、人権自体に内在する制約根拠があるとする宮沢俊義説<sup>21)</sup>を採らない限りは、憲法 12 条後段および 13 条後段の「公共の福祉」によって制約を受けるということになるが、ここではその具体的な中身を明確にしなければならない。

しかし、本問の場合、この論点も単純で、一般的には、他者加害のための規制、具体的には、情報収集の対象となる者の「同意なく自己の個人情報収集されない権利」をすぐ思いつくであろう。この権利は、被害者の権利でもある。A 大臣は、いわば被害者となるおそれのある人をパートナーリズムの見地から保護しようとしているのであるが、ここまで書く必要はなからう。

ところで、ここでいきなりプライバシーの権利を想定すべきではない。なぜなら、プライバシーの権利の内容・性質については、種々の理解がありうるので、特定の先入観をもたらしかねない「プライバシーの権利」を想定することは、起案における論旨の展開を制約する可能性があるからである。

#### (ア) 被害者の権利をどのように構成するか

第 1 の方法は、「ひとりで放ってもらふ権利」という妨害排除型プライバシ

21) 「公共の福祉」に関する宮沢俊義説については、渋谷・憲法 166 頁参照。



一概念を示した【判例②】「宴のあと」事件・東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁の下記の判決理由で示した要件を使って説明するものである。

「公開された内容が(イ)私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、(ロ)一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、(ハ)一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によつて当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しないのは言うまでもない。」

要約して、(イ)=①私事性、(ロ)=②秘事性、(ハ)=③未知性ということになろう。

第2の方法は、「自己情報コントロール権」という妨害排除のみならず作為請求も含む型のプライバシー概念を示した【判例③】早稲田大学江沢民事件・最2小判平成15年9月12日民集57巻8号973頁の下記の判決理由を想起すべきである。

「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であつて、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」

また、【判例④】住基ネット訴訟・最1小判平成20年3月6日民集62巻3号665頁も以下のように判示している。

「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと

解される（最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁〔京都府学連事件〕参照。）」

これらの判決において問題とされた情報には、すくなくとも私事性はないということができ、他の2点についても両様の評価が可能であろう。ここでの要点は、これらの要件はみたさなくても、個人情報であることに相違はないということである。

なお、プライバシーの権利が憲法13条に基づくものであることについては、【判例⑤】外国人指紋押捺拒否事件・最3小判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁が下記のように明示的に判示し、【判例④】住基ネット訴訟・最高裁判決もそれを確認していることに留意したい。

「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつものと考えられる。

憲法13条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される（最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁〔京都府学連事件〕、最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁〔マクリーン事件〕参照。）」

#### (イ) 本事案の特性

本問の場合、従来自動車の屋根に設置した地上から約2m80cmの高さにある車載カメラからの映像を本件法律によって1m60cm以下のものとしており、公道上を歩く人の視線から得られる情報に限定し、かつX社もこれを遵守しているという点をどのように評価するか、という問題に答える必要がある。

さて、設問の中に、具体的な弊害のヒントが指摘されている。それを整理する際には、住居内と公道など公共施設における情報にまず分けるのが良いであろう。住居内の情報については、①個人が特定される（どこに住んでいるか）、

②家族構成がわかる, ③生活ぶりがわかる。公共施設などにおける情報については, ④所在が知られる, ⑤公開されると問題が生じる施設が知られる(出入りしていること自体が判明すると困るドメスティック・バイオレンスからの保護施設など), ⑥路上・公園で遊ぶ子どもが有罪等の犯罪被害者となるおそれ, がそれである。その他に, 試験時間内に思いつくことも網羅的に指摘して当然良い。

その際, ネットによる情報取得と, 肉眼による情報取得の相違も考慮しなければならない。つまり, ネットによる取得は, 記録装置に保存することが可能であり, 単なる記憶に残る肉眼による取得とは異なる。

### (iii) 閲覧者の権利

#### (ア) 「知る権利」の扱い

最後に, 不特定多数の閲覧者にはどのような権利があるか。「出題趣旨」によると, 「知る自由」はない, とするかのごとくである。確かに, 本件のような事例の場合, 「知る権利」が「新聞閲読の自由」として示された【判例⑥】「よど号」ハイジャック新聞記事抹消事件・最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁のように, 情報が現に新聞記事として存在しそれを通常すべての者が獲得できる状態にあるのにそれを妨害するような場合とは状況は異なる。

そして, 情報提供者側であるX社の行動の重要性を示すものとして, 情報受領者のえる便益を述べるというのが穏当な筋道であろう。そうすると, この出題趣旨は, 平成20(2008)年度の「出題趣旨」に示された考え方と決定的に矛盾することに出題者は気がついているのであろうか。2008年度の出題趣旨には, 「知る権利」を第三者の権利主張として述べるべし, としたはずである。

あえて, 2008年度のフィルタリングソフトの事例の出題趣旨のように構成すると, インターネット閲覧者の能動的行動という点を指摘すべきではないか。すなわち, ディスプレイを通じて情報を獲得するものとしてインターネットとをもって類似性をもつ情報伝達手段であるテレビジョン放送(以下「テレビ」という)との相違点を考えると, 視聴者にはテレビのスイッチを入れるか切るか, そしてどのチャンネルの番組を選択するか, というだけの能動性をもつにすぎない。その意味で, 報道側(放送事業者側)に圧倒的な主導権がある。

これに対して、本件のような画像をインターネットを利用して閲覧する場合は、どの地点の画像を観るかにつき、ほぼ完全な主導権を持ちうる。このような相違をどのように反映させるか、という点も重要であろう。

#### (イ) 本事案の特性

さて、どのような利便があるかをまず設問の文章から探さねばならない。するとそれは、第3段落にそれが指摘されていることに気がつくであろう。①利便性の向上、つまり実際に歩いている感覚を獲得できる、②詐欺被害の未然防止、つまり不動産広告が誇大広告か否かを確認できる、という2点である。その他に何があるか、についても各自想像力を駆使して指摘すればよい。

しかし、それらはそれほど強力な理由といえるのか。政治的な情報でもないから、それはなかなか困難である、とするか、いやいや、情報の価値は情報取得者自身が決定するのであるというのが、表現の自由の重要性を示す基本的機能であるとするか、の相違を利用しなければならない。その際、結局、X社は、しょせんは金儲けするのが動機であるから、とすればよいのか。

ところが、これをいざすと、テレビのニュース報道、新聞による情報提供などは、コマース放送・広告記事とセットで配布され、またインターネットを通じて提供される情報も、バナー広告とセットで配布されるのが通常のかたちである。とすると、広告記事に着目すれば、受信料で賄われているNHKや視聴料で賄われているwowowのような放送事業者以外の情報提供は、すべて経済的な動機に基づくものとなり、自由主義経済体制のもとでは、純粹の表現の自由などほとんど存在しないことになってしまう。したがって、社会評論として述べるのは別論として、国家試験としての司法試験の起案として書くのは、やはり差し控えるべき、ということになるであろう。

### c. 起案作成の方針

以上のような論点が含まれるとすると、ストーリーは、「パターン5」を用いればよいと考えるべきである。

まず、原告A社の代理人としては、A社のZ画像提供行為が憲法21条の保障する「表現」に含まれること、そして、本件法律がまもろうとする利益が、

プライバシーの権利に含まれないという主張をすれば最も有利となる。

被告国としては、A社のZ画像提供行為は、「表現」にはあたらず、利潤追求行為であるとして、容易に制限できるというであろう。また、本件法律がまもろうとする利益は、プライバシーの権利そのものであると主張するであろう。

あなた自身の見解＝私自身の見解としては、A社のZ画像提供行為は「表現」に当たるとするが、その理論構成は、閲覧者の観点からする構成として、A社の主張との差別化をはかるといえるのはどうか。そして、プライバシーの権利の定義について被告国の主張との差別化をはかり、法令を違憲とし、また適用違憲でもある、という展開が、3者の主張の重複を回避し、3つのストーリーの差別化が明確にできるのではないか。

なお、〔設問2〕にある「あなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べ」るためにどのように起案構成するかは悩むところであるが、ここでは、〔設問1〕にある「憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい」とする点をヒントにして構成してみた。いかがであろうか。

### 3. 解答例

#### 〔設問1〕

X社（以下「X」とする）の訴訟代理人は、Xに対するA大臣による「特定地図検索システムの提供の中止命令」（以下「本件処分」とする）が違法・違憲であるとして、国を被告としてその取消しを求める訴訟を行政事件訴訟法3条1項にもとづいて提起する。

#### (1) 表現の自由に関する主張

Xは、本件処分の根拠法令である「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対する法律」（以下「本件法律」とする）のシステム提供者に対して遵守義務を定める7条が必要以上に厳格にすぎ、憲法21条1項が保障する表現の自由を侵害していること、また仮にこの条項が合憲であるとしても、Xに対して本件処分をなしたことが、憲法21条1項が保障する表現の自由を侵害していることを憲法上の主張として行う。

X社によるZ機能画像の提供は、以下の理由で憲法21条1項が保障する表

現の自由に含まれる。すなわち、憲法21条の保障する「表現」とは、思想の表明であると狭義に解する説もあるが、判例（博多駅事件・最高裁大法院決定）は、事実の報道も含まれるとしている。報道とは、不特定かつ多数の者に対する情報の提供を意味するので、Z機能画像の提供も、判例のいう「表現」に含まれる。もっとも、表現の自由の保障は絶対的なものではなく、「公共の福祉」による制約を受ける（憲法12条後段および13条後段）。しかし、この制約は、必要最小限のものでなければならない。この法律による規制の目的は、「個人に関する情報が公にされることによる被害からの確に国民を保護することの緊要性」（1条）とされるが、この目的を達成するために設けられた手段、すなわち遵守事項（法律7条）および被害回復措置（法律8条）のうち、この措置を実施する前提要件を定める遵守事項が必要以上に表現の自由を制限しており違憲であると主張する。

## (2) プライバシーの権利に関する主張

必要以上に表現の自由を制限していると主張する理由としては、以下のように主張する。すなわち、本法律は、いわゆるプライバシーを保護することを目的とするものと考えられる。そして、プライバシー情報とは、①私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られることがら（以下「私事性」という）、②一般人の感受を基準にして公開を欲しないと認められることがら（以下「秘事性」という）、③一般の人々に未だ知られていないことがら（以下「未知性」という）の3要件をみたす情報をいう（「宴のあと」事件・東京地裁判決）が、本件法律がその提供を禁止しようとするZ機能画像は、公道上から取得可能な情報であり、これらの要件をみたさない情報の提供の取得および提供禁止するものである。すなわち、公道から視認できる事実は、私的生活領域（住宅の敷地、住居の中など）に入り込んで初めて視認できる事実とは異なり私事性の要件をみたさず、公道からの視認性を容認しているのであるから、秘事性もみたさない。また不特定または多数の者が視認可能な状況にあるから未知性もない。

にもかかわらず、本件法律7条1号は、視点の高さの上限を不必要に低く設定し、また同条2号および3号は、画像の修正を過度に要求しているので違憲である。

また、仮に本件法律の規定自体が合憲であるとしても、「家の中の様子など生活ぶりをうかがえるような画像」につき修正を義務付ける規定がないにもかかわらず、そのような画像に修正すべき旨の改善勧告をなし、それに従わなかったことを理由として本件処分をなすことは、法律の根拠なしに処分をなしているので憲法 41 条が前提とする「法律による行政の原理」の一要素である侵害留保の原則に違反して違法であるばかりでなく、憲法で保障された表現の自由を侵害しているので、違憲である。

## 〔設問 2〕

### (1) 表現の自由について

#### (a) 被告側の主張

被告側は、X 社が本件法律は表現の自由を侵害するとする主張に対して、以下のように反論するであろう。

確かに博多駅事件・最高裁大法廷決定は「事実の報道」が憲法 21 条 1 項の保障する「表現」に含まれるとする。しかし、Z 機能画像は「事実の報道」ではない。なぜなら、この決定は、報道機関の報道、すなわちニュース報道が表現に含まれるとしたが、Z 機能画像は、ニュースとして報道されるように広く社会的関心対象のある事象の画像ではなく、またニュースの報道の際に行われる情報を伝達する機関が情報の取捨選択を主体的に行う編集作用のような精神活動を行うわけではないからである。したがって、A 社の Z 画像の提供が憲法の保障する表現に含まれない以上、それを制約しても憲法上の問題はそもそも生じない。

#### (b) 私の見解

確かに A 社による Z 画像の提供は、博多駅事件・最高裁大法廷決定の指摘するような「報道」とはいえないかもしれない。しかし、この決定は、「事実の報道」が憲法 21 条 1 項の保障する「表現」に含まれるとただだけで、それ以外の情報提供について言及しているわけではない。憲法が「表現」を保障する趣旨は、より一般的に「情報の発信・提供行為」を保障しようとしたものと解すべきである。その発信主体は「報道機関」に限定されるわけではなく、ま

た発信する情報の選別, すなわち編集といった精神活動がかかわる必要もなく, ただその者が特定の情報を発信したいという意思の存在をもって精神活動たりうるというべきである。

また, 仮に情報選別, すなわち編集という精神活動が不可欠であるとしても, 表現の自由の保障する意義としての重要なのは, 情報の価値を, その情報に関係する人が決定すべきであり政府が介入すべきではないという点にある。

本件では情報の発信者ではなく, 情報の受け手である閲覧者(ユーザー)の意思によって情報の選択がなされるから, 憲法で保障される表現について上記のような限定, すなわち人の精神活動が介在している, という条件が付されているとしても, なお, Z画像の提供は, 憲法21条の保障する表現に含まれると解すべきである。①利便性の向上, つまり実際に歩いている感覚を獲得できる, ②詐欺被害の未然防止, つまり不動産広告が誇大広告か否かを確認できる, というのも閲覧者の立場からみたZ機能画像の価値・機能の例ではあるが, その内容自体は問題ではない。大事な点は, 情報がすべての人間行動の基礎になるということからして, 情報提供の制約が正当化されるためには, 真にやむをえない利益が侵害される明白かつ現在の危険を被告が論証しなければならず, またその目的を達成するために本件法律の採用する手段が必要不可欠なものであり, またその手段は必要最小限度のものであることを被告側が論証しなければならないということである。

## (2) 営業の自由につて

### (a) 被告側の主張

Z機能画像の提供は, 憲法21条1項の保障する「表現」, すなわち「思想の表明」とはならないが, バナー広告等から利潤を得ることを目的とする活動であることには違いないので, 営業の自由として, 憲法22条1項および29条によって保障されるということ是可以する。しかし, このように解したとしても, このような収益活動が社会にもたらす弊害については, それが正当な利益または重要な利益を侵害する場合には, その利益をまもるために必要かつ合理的な手段によって制約しても違憲ではない。本件法律は, その目的および手段においても何ら問題はない。



## (b) 私の見解

確かに A 社の行為は無償の行為ではなく利潤追求行為であるが、上に述べたようにその活動の位置付けは、その行為の社会的機能によって定めるべきであるから、憲法の観点からは、表現行為と見るべきであって、被告の主張はあまりである。被告の論理で行くと、出版社の書籍出版行為も、新聞社や NHK 以外の放送事業者による報道も、利潤追求行為となって誤りであることが明らかであることがわかる。

## (3) プライバシーの権利について

### (a) 被告側の主張

本件法律がまもろうとする利益は、「個人情報識別情報若しくは個人自動車登録番号又は個人権利利益侵害情報」(本件法律7条2号等、以下「個人情報識別情報」という)である。X社は、本件法律は、いわゆるプライバシーの権利が侵害されていない場合にまで規制を施していると主張するが、そのようなプライバシーの権利のとらえ方は、現在ではすでに遠い過去のものとなっている。すなわち、「宴のあと」事件・東京地裁判決のあげる3つの要件のみによって保護対象となる情報を限定することはできない。なぜなら、現在においてプライバシーの権利とは、情報の性質・内容によって決まるものではなく、3つの要件に該当しない情報であってもその情報の帰属する者の意思に反して当該個人の情報が取得・保管・加工・提供されることを拒否する権利、すなわち自己情報コントロール権としてとらえるのが判例(早稲田大学江沢民事件・最高裁判決、住基ネット訴訟・最高裁判決等も同旨)・通説(芦部・憲法、佐藤幸治・憲法・渋谷・憲法等)となっているからである。またこの権利は、個人の人格的生存に密接に関連するものであるから、憲法13条によって保障された権利である(外国人指紋押捺拒否事件・最高裁判決)。本件法律は、本人の同意なくして上記情報を収集・提供する行為を制約しようとするものであるから、このように定義されたプライバシーの権利を不当な侵害から保護しようとするものである。

本件法律に即して、具体的に保護される利益を指摘すると、住宅内の情報については、①個人が特定される(どこに住んでいるか)、②家族構成がわかる、

③生活ぶりがわかる。公共施設などにおける情報については、④所在が知られる、⑤公開されると問題が生じる施設が知られる（出入りしていること自体が判明すると困るドメスティック・バイオレンスからの保護施設など）、⑥路上・公園で遊ぶ子どもが誘拐犯罪の被害者となるおそれ、などがある。そして、このような権利は、正当な利益または重要な利益に該当し、またそのために本件法律が設定する手段についても、事前抑制ではなく事後的な手段を採用し、また規制手段もまず勧告から始まり、最終的には中止命令が用意されているものの、行政手続法の手続を踏むことが前提とされているので、その必要性および合理性があることには異論はなからう。

なお、公道から取得できる情報であっても、肉眼で取得する情報は記憶に残るだけで、事後にその画像そのものを再現することは不可能であるが、カメラを通じて取得する画像は容易に電子装置に記録を残すことが可能であり、したがって事後に画像そのものの無数の再現が可能であり、また無限の拡散も可能であるから、上記のようにとらえたプライバシーの権利が侵害される可能性と程度ははるかに大きいと考えられる。

また本件処分の原因となった情報は、「家の中の様子など生活ぶりをうかがえるような画像」であり、このような情報は、先に述べたような利益を侵害し、「個人権利利益侵害情報」に該当するものであることは明らかであるから、本件処分自体についても、X社が主張するような違法性・違憲性はない。

#### (b) 私の見解

確かに被告の反論に有るように、現在においては、プライバシーの権利は、自己情報コントロール権ととらえるべきである。しかし、その定義において重要な要因は、本人の意思または同意に基づく情報開示については、この権利の放棄とみなされるということにある。

A社が取得し提供しようとする情報は、あくまで公道から取得しうる情報であるから、本人の意思、または黙示の意思に基づきこの権利を放棄したとみなされるべきもので、そのような情報についてまで保護する必要性はない。また、現在においてはビデオ機能もあるカメラ、スマート・フォン等のコンパクトで高性能の記録装置を備えた電子機器が広く普及し、静止画・動画の記録が

恒常的になされる可能性があることは、いわば公知の事実である。このように現在の情報機器の環境に照らすと、情報が人の記憶に残るか、それとも電子機器の記録に残るか、という観点は無視してもよい要因である。

本件法律が保護しようとする個人識別情報等は、過剰に自己情報コントロール権を保護しようとするものであり、必要最小限の制限ということはできず、違憲である。

また本件処分の原因は「家の中の様子など生活ぶりをうかがえるような画像」の提供行為があったとするが、これはプライバシーの権利が保護する「家の中」の情報そのものではなく、あくまで「家の外」の画像情報を閲覧した者が勝手に想像をめぐらせて創造する画像であり、それはいわば妄想と呼んでよい情報である。それは、本件法律が保護しようとする情報ではないことは、例えば、女性の下着の干し物を見た者のうちに、その住居の中に住んでいる人の姿態を想像する情景を思い浮かべるようなものが存在する一方で、それを見てもまったく何も感じずそれを無視するものも存在する、ということを考えれば容易に理解できるのである。

結局のところ、「家の中の様子など生活ぶりをうかがえるような画像」は、そもそもそれ自体がプライバシーの権利を侵害する情報とはいえず、また「個人権利利益侵害情報」とみなすこともできず、他方、A社は、個人識別情報に明確に該当する「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クングを施し、車載カメラの高さも法令の定める高さに改め」ているので、本件処分は違法でありかつ違憲とみなされるべきである。

なお、「家の中の様子など生活ぶりをうかがえるような画像」を「個人権利利益侵害情報」とみなして、本件法律を解釈し運用することになると、そのような認定が恣意的となることは明らかであり、勧告および処分という制裁をおそれて、画像提供をさしひかえてしまうことになるので、このような解釈と運用をこの事案において明示的に違法・違憲とすることは、萎縮効果をなるべく早期に排除することができるという意味でも表現の自由の重要性からして大きな意義があると考えられる。

【To be Continued】