

論文式試験問題集
〔憲法〕

〔憲法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

- 1 平成18年の教育基本法の改正により、同法2条に「道徳心を培う」ことが明記され、それに伴い、『中学校学習指導要領』において、『道徳科』を要として……学校の教育活動全体を通じて行う」とされた。さらに、政府の教育再生会議は、「いじめや犯罪の低年齢化など子どもを取り巻く現状を踏まえ、全ての子どもたちが社会の規範意識や公共心を身につけ、心と体の調和に取れた人間になるために」徳育の正式教科化を提言、それに基づき、平成27年には「特別の教科 道徳」（以下「道徳科」という。）が誕生し、同年から移行措置期間を経て、中学校では平成31年（※元号は同年5月1日より変わるが、便宜上「平成」のままとする。以下同）より全面実施されることとなった。
- 2 Xは、A県Y市の市立B中学校の社会科教員であったが、Y市における平成30年からの道徳科の先行実施に伴い、道徳科の教員に配転された。B中学校では、『中学校学習指導要領』第1章第2の3（左記の法規参照、以下「本件規定」という）に基づき、校長を中心に道徳科の年間指導計画を策定し、そのなかで「生命を大切にす心、お互いを認め合う心を養い、いじめのない学校を実現することを目的」として、年35時間の道徳科の授業のうち5時間を老人介護福祉施設におけるボランティア活動に充てることとしていた。
- 3 しかし、平成30年4月から翌31年3月まで行われた道徳科の授業において、Xは、上記の老人介護福祉施設におけるボランティア活動は実施せず、それに替えて、女子中学生のいじめを描いた映画『問題のない私たち』（平成16年公開、黒川芽以主演）の鑑賞会とそれを踏まえてのクラス討論会を実施した（以下「本件授業」という。）。それは、ボランティア活動とは、あくまで生徒の自主性に基づき行われるべきであり、授業の一貫として強制的に行わせても、いじめを防止するという教育目的を上げることはできない、というXの考えに基づくものであった。
- 4 Xによる本件授業は、Y市の教育委員会で問題視され、Y市は、「中学校学習指導要領に定められた当該科目の目標および内容を逸脱した授業を行ない、職務上の義務に違反し、職務を怠ったものである。」として、地方公務員法29条1項に基づき、Xを減給処分（以下「本件処分」という。）とした。
- 5 Xは、本件規定は、一種の指導方針を定めたものにすぎず、Xには具体的にどのように道徳科の授業を実施するかを自由を有するのであって、本件処分は、教育基本法16条1項がいう「不当な支配」にあたる——以上の理由をもって本件処分には憲法上問題があるとして、本件処分の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）を提起しようと考えている。

〔設問〕

Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料1】 教育基本法

(教育行政)

第16条 教育は、不当な支配に服することなく、この法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり、教育行政は、国と地方公共団体との適切な役割分担及び相互の協力の下、公正かつ適正に行われなければならない。

2 国は、全国的な教育の機会均等と教育水準の維持向上を図るため、教育に関する施策を総合的に策定し、実施しなければならない。

【参考資料2】 中学校学習指導要領（平成27年3月一部改正）

第1章 総則

第1 教育課程編成の一般方針の役割

(略)

2 学校における道徳教育は、特別の教科である道徳（以下「道徳科」という。）を要として学校の教育活動全体を通じて行うものであり、道徳科はもとより、各教科、総合的な学習の時間及び特別活動のそれぞれの特質に応じて、生徒の発達段階を考慮して、適切な指導を行うこと。

道徳教育は、教育基本法及び学校教育法に定められた教育の根本精神に基づき、人間としての生き方を考え、主体的な判断の下に行動し、自立した人間として他者と共によりよく生きるための基盤となる道徳性を養うことを目標とすること。

第2 内容等の取扱いに関する共通事項

(略)

3 道徳教育を進めるに当たっては、道徳教育の特質を踏まえ、次の事項に配慮するものとする。

(1) 各学校においては、第1の2に示す道徳教育の目標を踏まえ、道徳教育の全体計画を作成し、校長の方針の下に、道徳教育の推進を主に担当する教師（以下「道徳教育推進教師」という。）を中心に、全教師が協力して道徳教育を展開すること。

(略)

(3) 学校や学級内の人間関係や環境を整えるとともに、職場体験活動やボランティア活動、自然体験活動、地域の行事への参加などの豊かな体験を充実すること。また、道徳教育の指導内容が、生徒の日常生活に生かされるようにすること。その際、いじめの防止や安全の確保等にも資することとなるよう留意すること。

【参考資料3】 映画『問題のない私たち』あらすじ

中学3年の澤は“不快感への正当防衛であっていじめではない”という理屈で、仲間と一緒に同じクラスのマリアをいじめていた。ところが、転校生が出現したことで事態は一変、澤への壮絶なイジメが開始された。そんな澤に唯一救いの手を差し延べたのはマリアだった……。

2019年2月10日

担当：弁護士 高井健太郎

参考答案
〔憲法〕

第1 Xの主張

Y市による本件処分は、国家の教育権の範囲を逸脱し、Xの教育の自由を侵害するものとして、教育基本法16条1項が禁止する教育の「不当な支配」にあたり、違憲・違法の処分である。

1 (教育の自由と教育権) 憲法23条の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解される。普通教育では、大学教育と異なり、生徒の教育内容に対する批判能力の限界や、教育の機会均等と全国的な一定水準の確保の要請から、完全な教授の自由は認められないとしても、子どもとの直接の人格的接触をとおして、それぞれの子ども個性に応じた創造的かつ弾力的な教育を行うという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につき、ある程度自由な裁量、すなわち、一定の教育の自由が保障される。

一方、教師に教育の自由が認められるべき領域以外の領域においては、国民の意思を反映して公共的な利益を図る立場にある国は、憲法26条1項が規定する子どももの学習権を充足・実現するために、公教育に不可欠な外的条件整備のみならず、全国共通の教育施策の実施など、必要かつ相当と認められる範囲においては、教育内容についてもこれを決定する権能(教育権)を有する。

2 (「不当な支配」の解釈) 教育基本法16条は、上記の教師の教育の自由及び国の教育権能を前提として、教育行政の遂行にあたって、教育の自主性尊重の見地から、それに対する「不当な支配」

を禁止したものであるから、行政権力の介入は、教育内容及び方法に関することであっても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められない限り、「不当な支配」にあたりと解する。

3 (具体的検討)

ア) 本件処分の目的的「許容性」: 本件処分の目的は、本件規定に基づき年間指導計画の維持・遵守であり、本件規定に法規性・強行規定性があることを前提としたものである。しかし、「……他者と共によりよく生きるための基盤となる道徳性を養うこと」という道徳科の目標が極めて抽象的であること、その目標を実現するためには様々な創意工夫が考えられること、また、他の教科のように一定基準の定量化が難しいことからすれば、本件規定は、あくまで教育現場への指導助言的性格のものと解すべきである。そうであれば、本件規定の遵守という本件処分の目的に正当性は認められない。

イ) 手段の「必要性・合理性」: 仮に、本件処分目的が許容されるとしても、そのような目的を達成する手段としては、訓告という事実上の措置や、校長の助言・指導とあって学校教育現場によりふさわしい手段があった。それにも関わらず、本件処分は、「減給」という制裁を課すことで教師の授業内容に直接的に介入し、現場での工夫を萎縮させるものであり、合理的かつ必要な手段とはいえない。

よって、本件処分は、「不当な支配」に該当し、違憲・違法である。

第2 対立点と私見

1 第1に、道徳科という科目の目標が抽象的であるがゆえに、その全面実施にあたっては、地域格差や教育現場に混乱をもたらさないためにも、ある程度の統一基準は必要であって、本件規定は法規性・強行規定性を有する、というY市の反論が考えられる。

この点、教師の創意工夫の尊重等を考慮しつつ、国の責務である教育の機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的なものである場合には、学習指導要領の当該条項にも、法的拘束力を認めるべきと考える。そして、道徳科の目標が抽象的で、他の科目のように定量化が難しいとしても、バランスのとれた総合的な年間計画を策定し、そこにボランテティア体験等の地域活動を取り入れることは必要かつ有益なことである。また、どのような課題を設定するかなど、その具体的な取り組み方については、教師の創意工夫の余地が残されているというべきである。

しかし、Xがボランテティア体験の代わりに行った本件授業は、いじめをテーマとした映画鑑賞と討論会であり、道徳科の全面実施目的であって本件規定の趣旨でもある「いじめの防止」に沿ったものでもある。本件規定に法的拘束力があるとしても、このような授業までを否定する趣旨のものと理解することはできない。本件授業は本件規定から逸脱するものでなく、本件処分の目的に正当性は認められない。

2 第2に、本件授業は、「ボランテティア活動とは、あくまで生徒の自主性に基づき行われるべき」云々のXの考え方を、生徒に一方的に押しつけるものであって、教師の教育の自由の範囲を超えるものである、というY市の反論が考えられる。

この点、確かに、教師の思想・信条を一方的に生徒に押し付けることは、批判力のない生徒に対して公権力が一定の意見を強制するにも等しく、教育の自由の範囲を超えるものというべきであろう。一方、教師の責務は、特に「道徳」という価値観に関わる領域においては、子どもとの直接の人格的接触の下、問題提起を行い、子ども間のコミュニケーションや討論を刺激しながら、安易な結論を避けるための論点を提供し、子どもの考えを深めていくことにある。Xによる本件授業は、誰もがいじめ、いじめられる立場になりうることを描いた映画を題材とし、討論を通して、生徒自らが主体的に「他者と共によりよく生きる」ことに気づくことを主眼とするもので、教師の責務に適い、教育の自由を潜脱するものではない。

3 第3に、学習指導要領違反を理由として教師の懲戒解雇を認めた先例（伝習館高校事件）もあり、減給という本件処分の必要性・合理性も認められるというY市の反論が考えられる。

この点、伝習館高校事件の最高裁判決は、日本史の授業時間の相当部分を使って唯物史観を教えたことが、高校教師に認められる裁量の範囲を明らかに逸脱すると判断したものである。35時

間中の5時間につき年間指導計画を逸脱した本件と事案を大きく異にするもので、本件の先例ということはできない。

よって、本件処分が「不当な支配」に該当し、違憲・違法というXの主張は是認できる。

以 上

2019年2月10日

担当：弁護士 高井健太郎

予備試験答案練習会(憲法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔第1 Xの主張〕			
□憲法23条、26条の前提(9点)	(9)		
・本件が、憲法23条、26条1項の問題であることの指摘。		1	
・憲法23条の解釈として、中学校教師のXにも、一定の「教育の自由」が認められること(旭川学テ事件判決の判旨の理解)。		3	
・憲法26条1項の解釈として、国にも、子どもに対する教育権＝責務が認められること(旭川学テ事件判決の判旨の理解)。		3	
・教師の「教育の自由」と、国家の「教育権」との関係が示されていること(一方の範囲を超えれば他方が侵害される)。		2	
□「不当な支配」の判断枠組み(5点)	(5)		
・前述の憲法23条、26条1項の考え方が、教育基本法16条1項の「不当な支配」解釈の前提(背景)となることの指摘。		2	
・基本判例(旭川学テ事件判決)に即した判断枠組みが示されていること。		3	
□当てはめ(6点)	(6)		
・本件規定(学習指導要領)の法規性の問題が、目的審査で触れられていること。		1	
・道徳科の特性を踏まえて、教師の現場での創意工夫等の観点から、本件規定に法規性が認められず、本件処分目的に正当性はないことの検討。		2	
・仮に目的が正当であったとしても、現場への萎縮効果を考えれば、「減給処分」以外の処分(例えば、校長による指導等)があり、本件処分に必要性・合理性がないことの検討		2	
・本件処分が「不当な支配」にあたることの結論		1	
※「不当な支配」=憲法26条1項の「教育権」の問題、憲法23条の「教育の自由」の問題とを分けて考え、別個に検討している場合、また、そのなかで本件規定の法規性が論じられている場合には、10点を限度に加点する。			
※基本判例の判断枠組みに沿っていないくとも、教師と国家にそれぞれ、教育の自由、教育権が認められている根拠を踏まえて判断枠組みを設定し、議論を展開していれば10点を限度に加点する。			
(小計)	(20)		
□本件規定の法規性について(8点)	(8)		
・Yからは、道徳科においても全国統一基準の必要性から、本件規定に法規性が認められる、との反論。		2	
・それに対して、学習指導要領に法規性を認めた旭川学テ事件判決の考えを踏まえ、全国統一の基準の必要性と、教育現場の創意工夫の観点から、本件規定に法規性が認められるかの検討。		5	
・上記検討を踏まえ、本件処分の目的が正当といえるかの結論。		1	
□Xの教育の自由＝裁量の範囲について(7点)	(7)		
・Yからは、本件授業がXの考えを生徒に押し付けるもので、Xの教育の自由＝裁量の範囲を超えているとの反論。		2	
・それに対して、普通教育の教師に一定の「教育の自由」が認められている根拠(子どもの個性に応じた創造的かつ弾力的な教育等)に立ち返って、本件授業内容を踏まえて、本件授業が、Xの裁量を超えているか否かの議論。		5	
□伝習館高校事件判決の先例性について(5点)	(5)		
・Yからは、学習指導要領違反による懲戒免職を認めた伝習館高校事件の射程が及ぶとの反論。		2	
・それに対して、本件と伝習館高校事件との事案の相違を踏まえて、その判例の射程が及ぶかの議論。		2	
・本件処分に合理性・必要性が認められるかの結論。		1	
※その他、Yの反論により適切な争点が形成されていれば、5点を限度に加点する。			
※本件規定に法規性が認められるとしても、本件授業を排斥する趣旨か否かを検討している場合には、5点を限度に加点する。			
※教師に教育の自由が認められている根拠、国に教育権が認められている根拠を踏まえて、議論を展開できていれば、10点を限度に加点する。			
(小計)	(20)		
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

憲法 解説レジュメ

1. 総論

本問は、行政権力による現場の教師の授業内容への干渉(介入)が教育基本法16条1項のいう「不当な支配」にあたるかが争点となる事案である。憲法学習が進んだ方々においては、ただちに基本判例である旭川学テ事件判決(最大判昭和51・5・12)などを思い浮かべるであろう。本判決については、「教育権の所在」や教師の「教育の自由」に関して、一定の結論を示したことは知られているが、それが、「不当な支配」該当性の判断枠組みにどう結びつき、具体的にいかなる要素を考慮して、全国一斉学力テストが「不当な支配」にあたらないと結論付けたかについて理解している学習者は少ないと思われる。本判決は判決文が長大で、判旨も多岐にわたるため、そのいわんとするところを掴むのが難しいものがある。

本問は、基本判例である旭川学テ事件判決(それに付随して伝習館高校事件判決)を正確に理解し、本判決を実際の事案解決に「使う」ことができるようすることを主眼とする。本問の事案は、来年より道徳科が正式科目として一斉実施されるにあたり、現実起こりうる問題を想定して作られた架空のもの(フィクション)である。

2. 基本解説

(1) 「不当な支配」の憲法適合的解釈

旭川学テ事件判決(以下「本判決」という。)は、全国一斉学力テスト(以下「学テ」という。)について、「許容される目的のために必要かつ合理的」であれば、「不当な支配」に該当しない、という判断枠組みを示しているが、その判断枠組みの基礎には、「教育権の所在」及び「教師の教育の自由」という憲法論がある。当該判断枠組の意味を具体的に把握するためには、この憲法論を理解する必要がある。最高裁は、「憲法における教育に対する国の権能及び親、教師等の教育の自由についての……理解を背景として、教基法10条(※現16条)の規定をいかに解釈すべきかを検討」(本判決)しているのであり、すなわち、本判決は、教育基本法の「不当な支配」について一種の憲法適合的解釈をしていると考えられる(横大道ほか186頁参照)。

(2) 教育権の所在

憲法26条1項がいう「ひとしく教育を受ける権利」の中心的主体は「子ども」であると解されるが(子どもの学習権)、一方で、26条1項は、このような「権利」に応え、これを実現する者の「責務=権能」も規定しているという側面もある。すなわち、憲法26条においては「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するものとしてとらえられている」(本判決)。このような学習権に応えるための憲法上の責務=権能(教育権)について争われたのが、いわゆる「教育権論争」である。

国民教育権説は、憲法26条のいう子どもの学習権を充足するのは、基本的には「国民」であって、親と、その付託を受けた教師こそが教育権の実質的な担い手であるとする(教育のボトムアップ的思考)。ここでは、国家は、教育の内容(ソフト面)を決定する権限をもたず、あくまで教育の条件整備(ハード面)の任務を負うにとどまる。この見解は、戦前のような国家による教育内容への介入をけん制する狙いをもっていた。他方で、国家教育権説は、戦前と異なり、国家が民主制に支えられていること(国民主権)を拠り所に、学習権の充足主体はあくまで「国家」であって、国家は教育内容について関与・決定する権限を有するとする(教

育のトップダウン的思考)。この見解は、国家による教育内容への（再）介入の動きを正当化する狙いをもっていた（以上、青井＝山本190頁参照）。

この点、本判決は、国民教育権説および国家教育権説は、「いずれも極端かつ一方的」であって、憲法26条は、複数のアクターは、その能力や機能にふさわしい責務＝権能を分かち合い、「子どもの利益」の最善の実現に向けて、協働的にその学習権を実現していくという考え方を示した（学習権の協働的实现）。

（3）教師の権能の範囲

そのうえで、本判決は、普通教育における教師の権能の範囲を、教師に認められている「教授＝教育の自由」の範囲（憲法23条）の問題と把握する。すなわち、大学教育と異なり、普通教育においては、(a) 生徒の教育内容に対する批判能力の限界や、(b) 教育の機会均等と全国的な一定水準の確保の要請から、完全な教授の自由は認められないとしても、「例えば教師が公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につき、ある程度自由な裁量が認められなければならないという意味において」一定の範囲における教授＝教育の自由が保障される、とする。

（4）国家の権能の範囲

一方、本判決は、国家の有する教育権の範囲について、教師等に教育の自由が認められるべき領域「以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は……憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する」とした。

（5）教育の自由（憲法23条）と教育権（憲法26条）との関係

憲法26条に由来する「教育権」は、アクター間の責務＝権能配分に関する「客観法」の問題である。一方、憲法23条に由来する「教育の自由」は「主観法」の問題である。

しかし、上記のように、本判決によれば、教師の教育権の範囲は＝教育の自由の範囲と把握されるのであり、教育の自由が認められるべき領域「以外の領域において」国家の教育権が認められるのであるから、「責務＝権能」の範囲（客観法）は、「権利＝自由」の範囲（主観法）と重複する。すなわち、国の権能の範囲は、教師の教育の自由の範囲と「逆相関」することになる（宍戸182頁参照）。

教師の「教育の自由」＝「教育権」の範囲	国家の「教育権」の範囲
---------------------	-------------

（6）「不当な支配」の判断枠組みの理解

以上のような憲法23条と26条の憲法論を「背景」として、教育基本法16条1項が禁止する「不当な支配」該当性を考えるならば、①「不当な支配」とは、国家が自らの教育権（能）を超えて、教師の「教育の自由」を浸食する場合をいうこと、②教師の現場での裁量＝具体的な内容・方法を創意工夫する余地が残されているか否か、現場での創意工夫を萎縮させるものでないか否か（直接的介入か否か）が重要な考慮要素になること、③教師の現場での裁量にも、子どもの教育内容に対する批判能力不足という限界があること、④国家の教育内容にかかる干渉が、教育の機会均等の確保と一定の教育水準の維持という権能に適っている必要があること等が、「許容される目的のために必要かつ合理的」という抽象的な判断枠組のなかで、実質的に判断されていることが理解できる。

(7) 具体的な「不当な支配」性の判断

ア) 全国一斉学力テスト

本判決は、学テの目的を、「教育の機会均等の確保、教育水準の維持、向上に努め、教育施設の整備、充実をはかる」という国家の権能との関係で合理的であるとした。そのうえで、①生徒の学力レベルがどの程度であるか等を知ることは、上記目的を達成するための資料として必要かつ有用であること、②教師の真に自由な創造的な活動を萎縮させるおそれは絶無ではないが、調査結果を公表しないこととされる等の一応の配慮があることから、学テの実施は憲法26条が国家に割り当てた権能の範囲を超えるものではないと判断した。

イ) 学習指導要領

学習指導要領については、本判決は、「教師の創意工夫の尊重」等を考慮し、「機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的なそれにとどめられるべき」だとした。そして、「教師による創造的かつ弾力的な教育の余地」が十分に残されていること等から、学テの根拠となった当時の中学校学習指導要領を「必要かつ合理的な基準の設定として是認」しうるとした。

この判旨は、伝習館高校事件判決（最判平成2・1・18）にも引き継がれ、それが大綱的な基準である限りにおいて、学習指導要領には「法規性」があるとされ、教師が、そこからあまりに外れた授業を行うことは、上記の教師の権能ないし自由を考慮しても、その範囲を逸脱するものであるとして、懲戒処分（免職）の対象になるとした。

3. 本問の検討

(1) 原告による「不当な支配」の判断枠組の導入

本問において、Xは、「本件規定は、一種の指導方針を定めたものにすぎず、Xには具体的にどのように道徳科の授業を実施するかを自由を有するのであって、本件処分は、教育基本法16条1項がいう『不当な支配』にあたる」と主張しているのであるから、Xの有する憲法上の「教育の自由」の問題と、「不当な支配」性の問題とを別個に考えるのではなく、基本判例である本判決に沿って、「不当な支配」該当性の判断枠組を導くなかで憲法論を展開すべきことになる。その場合には、①憲法23条および26条1項の解釈論として教師の権能と国家の権能の範囲を導き出すこと、②教育の自由の範囲イコール教育権（能）の範囲であり（主観法と客観法の重複）、それと国家の教育権（能）とは「逆相関」になることを意識すること、③それぞれの自由、権能が憲法上認められる根拠を明確にすること（教育現場での創意工夫や生徒との人格的接触等、公共の利益の反映や一定水準の維持等）、④本判決の判旨を参照しつつ、試験技術上できるだけコンパクトに記述すること、等に留意する必要がある。

また、本判決が判例として確定している以上、原告は国民教育権説、被告は国家教育権説、私見が本判決などと書き分けるのは得策でなく、原告・被告・私見のすべてにおいて本判決の見解を前提とすべきであろう。

(2) 原告主張における具体的なあてはめ

「許容される目的のために必要かつ合理的」という判断枠組にそって、Xにおいても本件処分が「不当な支配」にあたることの具体的なあてはめを行うことになるが、その際には上記で述べたように、特に②教師の現場での裁量＝具体的な内容・方法を創意工夫する余地が残されているか否か、現場での創意工夫を萎縮させるものでないか否か（直接的介入か否か）、④公権力による教育内容への干渉が、教育の機会均等の確保と一定の教育水準の維持という国家の責務に適っているか等を考慮する必要がある。

また、Xは「本件規定は、一種の指導方針を定めたものにすぎず」と述べていることから、

本件規定の法規性＝拘束性について主張する必要があるが、本規定を根拠とする年間指導計画に違反することが本件処分の理由なのであるから、「目的」審査において取り扱うのが適切であろう。すなわち、道徳科という科目の特性を踏まえて、全国統一基準を策定するのは適当でないこと等から、本件規定の法規性を否定して、本件処分の目的の不当性を主張することになる。その際には、学習指導要領には「法的拘束力のある条項と指導助言文書たる条項とに分ける」ことができるとした伝習館高校事件の第1審判決が参考になるであろう。

(3) 被告の反論のポイント

以上のXの主張に対する被告Y市の反論としては、まず第1に、道徳科という教科においても全国共通の基準（大綱）が必要とされるから、学習指導要領中の本件規定にも法規性が認められる旨の主張が考えられる。また、第2に、教師の教育権の限界をなす生徒の批判力の欠如を前提として、本件授業は、「ボランティア活動とは、あくまで生徒の自主性に基づき行われるべき」云々というXの個人的な主義・主張を生徒に押し付けるものであって、教師の教育の自由（裁量）の範囲を逸脱していると主張することが考えられる。さらに、第3に、学習指導要領違反を理由とした懲戒免職処分を適法と認めた伝習館高校事件判決の射程が本件にも及ぶから、本件処分の合理性・必要性は認められると主張することが考えられる。

(4) 私見のポイント

第1の反論については、学習指導要領が「必要かつ合理的と認められる大綱的」である限りにおいて法規性を認めた本判決の考えを踏まえて、私見を展開する必要があるだろう。すなわち、「教育の機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持」および「教師による創造的かつ弾力的な教育の余地」という観点である。そうすると、本件規定に法規性を認めることもありうるだろう。それでもなお、道徳科の「いじめ防止」という実施目的と、本件授業の内容を考えるならば、本件規定が本件授業のようなものまで否定する趣旨のものではないと考えることもできるだろう。

第2の反論についても、普通教育の教師にも一定の教育の自由が認められる根拠に立ち返って私見を展開する必要があるだろう。すなわち、「子どもとの直接の人格的接触」を通して、子どもの個性に応じた創造的かつ弾力的な教育内容といえるか否かである。その判断にあたっては、本件授業が討論形式であることや、鑑賞対象となる映画の内容も考慮要素となるであろう。

第3の反論については、先例とされる伝習館高校事件判決が、学園紛争時代に起きた極めて特異な事案に関する判断であって、本問の事案とは区別されるとして、その判例の射程は及ばないとも考えることもできるだろう。本件処分の「減給」という内容も決して軽いものとはいえず、その合理性・必要性は慎重に判断されるべきであろう。

4. 参考文献

青井未帆・山本龍彦『有斐閣ステュディア 憲法 I 人権』有斐閣
横大道聡（編著）赤坂幸一ほか（著）『憲法判例の射程』弘文堂
宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』日本評論社

5. 参考判例

上記本文参照

以上

2019年2月10日

担当：弁護士 高井健太郎

最優秀答案

回答者 Y K 32点

第1 Xの立場からの憲法上の主張

- 1 本件処分はXの教授の自由（憲法（以下当該法令名省略）23条）を侵害し違憲であり、取り消されるべきである。以下理由を説明する。
- 2 23条は学問研究，研究発表の自由だけではなく，学問の更なる発展のために教授の自由をも保障している。そしてXの具体的にどのように道徳科の授業を実施するかは教授の自由として保障される。
- 3 本件処分によりXは減給処分を受けることになるから，その萎縮的効果によりXの教授の自由は制約されるといえる。
- 4 本件処分は「公共の福祉」（13条後段）により正当化されるか。
 - (1) Y市には地方公務員法に基づきXに処分を下す一定の裁量がある。一方，教授の自由は自身の思想信条と密接に関連するものである所，本件授業はXのボランティア活動は自主的に行われるべきものとの思想信条に基づいており，重要なものといえる。

また，減給処分には強い萎縮的効果があり制約態様は強度といえる。そこで本件処分が判断過程に合理性を欠き，社会通念に照らして著しく不合理であるかを慎重に判断し，肯定されれば正当化されず違法と判断する。
 - (2) 本件授業は女子中学生のいじめを描いた映画の鑑賞会及びそれを踏まえた討論会を内容とする。この映画は中学生のいじめについて深く考えさせる内容となっており，かつこれについて討論会の際に意見交換をする本件授業は，要領第1第2項に定める「道徳性を養う」という目標に合致する。また，ボランティアは自主性に基づき行われるべきものであり，ボランティアを強制してもいじめ防止という教育目的を上げることにはならないという意見には合理性がある。したがって本件処分は本件授業の内容がいじめ防止という目標に資するものであることを考慮していない点で考慮不尽がある。
 - (3) よって本件処分は社会通念に照らし，著しく不合理なものといえ，正当化されず，違憲である。

5 以上のことから、1のXの主張は認められる。

第2 想定される反論

1 教授の自由が認められるのは大学のみであり中学教師には認められないため、Xの自由は教授の自由として保障されない。

2

(1) 仮に保障されるとしても中学における教授の自由は「教育の機会均等」(教育基本法16条2項)の点から保護の重要性が高いとはいえない。そこで裁量の逸脱濫用は緩やかに判断すべきである。

(2) ボランティア活動が一般的には道徳性を養うということもできるから、本件規定に基づき定められた事項の実行性を担保する手段としてなされた本件処分は、著しく不合理なものとはいえない。

(3) よって本件処分は合憲である。

第3 自身の見解

1 授業とは教師と生徒の人格的接触を通して行われるものである所、中学教師においても教授の自由は一定程度保障される。

よってXの自由は教授の自由として保障される。

2 Xの主張の通りXの教授の自由を本件処分は制約している。

3 本件処分は「公共の福祉」により正当化されるか。

(1) Y市にはXに処分を下す裁量がある。そして中学教師の教授の自由は、全国的に均等な教育水準を確保すべき要請及び中学生にはまだ十分に教師の授業内容を批判する能力に欠いており、教師の中学生へ及ぼす影響が大きいことを考慮すると、広範に認められるものではない。

しかし減給処分がそれ自体軽いものであっても、公立学校の教師に対する処分が累積的にこの先も考慮され容易に退職処分につながることを考慮すれば、制約態様の強度は看過できるものではない。そこで裁量の逸脱濫用はXの主張と同様に判断すべきである。

(2) 道徳科を設けるに至った経緯はいじめや犯罪の低年齢化などの子供の現状を踏まえたものであり、道徳心を養いいじめを防止するという目的は、急務であり必要不可欠である。

そしてこの目的を達成するために校長を中心に年間指導計画を定め、その内容としてボランティア活動を盛り込み、減給処分により一律に従わせることに合理性があり、本件処分は何ら不合理な点がないようにも思える。

しかし本件授業はXの主張の通り上記目的に資するものであり、ボランテ

ィア活動と比べて目的達成度が低いともいえない。また確かに要領は第2第3項(3)において「ボランティア活動」を掲げているが、それはあくまで例示の形であり、「いじめ防止」に「資する」ものであるなら例示されている以外の内容を授業で扱っても許されるものといえる。したがって本件授業の内容を考慮しなかったことは考慮不盡にあたる。

(3) したがって本件処分は裁量の逸脱濫用にあたり違憲である。

4 以上のことからXの取消訴訟は認容される。

以 上

採点講評

(2019年2月10日 憲法)

第1 全体について

- ・本問は、憲法「人権編」の学習のなかでもサラリと扱われ、あまり学習の及ばない「教育の自由」(憲法23条)、「教育権」(憲法26条1項)に関するものであります。憲法23条あるいは憲法26条1項の解釈がキチンと出来て、本事例に適切と考えられる判断枠組みを定立したうえで、本事例にあてはめて結論を導くことが出来ていた方が、少なからずいました。25点を超えている方(7名)は、十分に合格答案だと思えます。
- ・一方、本問の基本判例となる旭川学テ事件判決の判断枠組み、すなわち、憲法23条及び憲法26条1項の解釈とその相互関係を前提とした「不当な支配」(教育基本法16条1項)該当性の判断枠組みを定立して論述を展開できていた方は一人もいませんでした。それは、起案後の解説でも触れたように、判例百選の判旨でも省略されてしまっている部分なので、致し方ないことと思えますが、逆に、本問で穴が埋まることになるので、みなさまに答練をしてもらった甲斐があったと思っています。
- ・点数が悪かったと思われる方も、まったく気にする必要はありません。ただ、判断枠組み(規範定立)→あてはめという型が十分に出来ていない方や、「Xの主張」と「反論を踏まえた私見」とが混然一体となって明瞭に区分できていない方などは、最優秀答案や参考答案なども参照して再考ください。今回の論点は、新司法試験や予備試験の論文式ではまだ扱われておらず、近々出題されてもおかしくないと考えています。復習をしっかりとお願いします。
- ・以下、気づいた点についてコメントします。

第2 Xの権利主張

- ・7割以上の方は、憲法23条の「教育の自由」あるいは憲法26条1項の「教育権」の問題として捉えることが出来ていました。一方、憲法19条の「思想・良心の自由」の問題と捉えられた方が少なからずいました。間違いであるとは言いきれないのですが、問題文の「5」では、「Xには具体的にどのように道徳科の授業を実施するかの自由を有する」と生な主張がありますので、この誘導に素直に乗って「教育の自由」あるいは「教育権」の問題であると気付いて欲しかったと思うところです。また、以下のような理由でも、本事例では、内心の「思想・良心の自由」は「教育

の自由」あるいは「教育権」に比して弱い権利となるため、主張するのは適切ではないと考えます。

- ・本事例では、正式科目となった「道徳科」においてXが行った授業内容に対する減給処分という行政処分が問題となっています。この場合に、「ボランティアはあくまで自主的に行われるべきだ」というXの「信条」が侵害・制約されたとストレートに主張することができるのでしょうか。例えば、日本史の授業において「徳川幕府」について封建社会だとして否定的な意見をもった教師が、江戸時代をすっ飛ばして授業を行った場合のことを考えれば分かるように、普通教育の科目授業においては、子どもたちの「学習権」（憲法26条1項）を前にして、教師の内心の信条はともかくいったんは脇に置かれるべきものとなります。一方で、授業目的を達成するために個別具体的な授業内容について創意工夫する余地＝裁量があるという意味で、「教育の自由」や「教育権」を主張することは十分にあるでしょう。本事例において、Xの「教育の自由」の制約は正当化され、「思想・良心の自由」の制約が正当化されないということは想定できないように思われます。それが、授業内容が問題となった本事例と、授業自体ではなく卒業式等の式典における音楽科教師の君が代ピアノ伴奏や、社会科教師の君が代斉唱の起立が問題となった事例とが異なる点です。
- ・本件規定（学習指導要領）の法的拘束力性について、論述を展開されている方はそれほど多くはありませんでした。このところも、問題文中に「Xは、本件規定は、一種の指導方針を定めたものにすぎず、Xには具体的にどのように道徳科の授業を実施するかの自由を有する」というXの生な主張がありますから、この誘導に乗って、Xの主張として「学習目的が広範で曖昧であるから」など何らかの理由をつけて本件規定の法的拘束力を否定して欲しかったと思います。学習指導要領の法的拘束力の問題については、どの教科書でも触れられている部分でもありますので、そのことが直接的に争われた伝習館高校事件判決等（特に一審判決）も参考にして復習してみてください。

第3 論述の作法

- ・多数の方が、その審査密度はそれぞれ異なるものの「目的手段審査」を判断枠組みとして掲げていました（裁量統制審査の方もいました）。本事例では、Xは、あくまでもY市教育委員会による「本件処分」の違法性・違憲性を争っています。したがって、まずは、「本件処分」の目的は何であるかを特定しなければなりません。少なからずの方について、「本件処分」ではなく、「本件規定」、あるいは「道徳科」という科目それ自体の目的を論じているのではないかと疑われました。「本件処分」と「本件規定」や「道徳科」の目的は一部で重なりますが、あくまでも別ものです。「目的手段審査」の場合には、何を審査しているのか、その対象を意識しないと議論が混乱することがありますので注意が必要です。法令違憲と適用違憲を分けて論じている方もいましたが、Xは本件規定の違法性については何ら主張していないことに留意すべきでしょう。一方、手段審査をする場合、目的達成のために他にどの

ような手段が考えられるかを具体的にイメージして明記することを意識すると良いでしょう。

- また、多数の方が、Xにおいては全面的な「教授の自由」を主張→それに対して自由は全く認められないと反論→私見では普通教育の教師にも一定程度の教育の自由が認められると結論、という使い分けをしていました。それは教育権の場合も同様で、Xは「国民教育権説」を主張→それに対して「国家教育権説」で反論→「協働的実現説」という結論、という使い分けが多く見られました。答案作戦上の戦略上いろいろあると思いますが、少なくとも、本事案では、それは適切でないと思われます。①旭川学テ事件判決は昭和の時代の判例であり、国家の介入を認めすぎという学説の批判はあるものの、その後の同種事案でも踏襲されており、確定的な基本判決があると思われること、②普通教育の教師にも大学教授並みの「教授の自由」が認められるとか、国家には学校設備充実等の外的権能しかないという主張はやはり極論と言わざるを得ないこと等からすると、Xにおいても旭川学テ事件判決を踏まえた主張をする必要があります、また、試験委員もそのような「判例の使い方」を求めていると考えられます。

第4 反論のポイント

- それでは、審査基準の厳格度を変えずしてどう反論のポイントを形成して私見を深めていけばいいのか、ということになります。そのためには、基本判例である旭川学テ事件判決において、定立される判断枠組みの下で、具体的にいかなる考慮要素がどのように考慮されているかを意識する必要があります（下位規範の把握）。教師の側には(a)授業における創意工夫 (b) 生徒との人格的接触 (c) 教育現場における萎縮防止などという利益（考慮要素）があり、国家の側には (d) 教育の機会均等 (e) 教育水準の確保 (f) 生徒の批判能力の欠如などという利益（考慮要素）があり、そのバランスが崩れたときに「不当な支配」となると旭川学テ判決は言っています。そうであるならば、被告側としては、本件は (d) (e) (f) の考慮要素を重視すべき事例であって、したがって、本件規定に法的拘束力は認められるし、Xの授業内容は「やりすぎ」だと反論することになるでしょう。それを受けて、私見では、具体的な本件授業の内容等を踏まえながら、どちら側の考慮要素をどの程度考慮すべきかを理由付きで判断決定することになるでしょう。
- 新司法試験の憲法の論文試験では「判例の内在的理解」が重要だと言われます。「内在的理解」と口で言うのは簡単ですが、教科書や判例百選を読んだだけでは、研究者は自分があたり前だと思うところは丁寧に解説してくれないので十分ではありません。判例の学習については、最近の良い教材も出始めているようで、解説レジュメで参考文献として挙げてある『憲法判例の射程』（横大道聡ほか 弘文堂）や、『精選 憲法判例〔人権編〕』（木下昌司ほか 弘文堂）などを使うこともお勧めします。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2019年2月10日分 得点分布表

憲法

出席者 24名 平均点 20点

