

論文式試験問題集 [公法系科目第 1 問]

〔公法系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

20XX年、A市において、我が国がほぼ全面的に輸入に頼っている石油や石炭の代替となり得る新たな天然ガス資源Yが大量に埋蔵されていることが判明し、民間企業による採掘事業計画が持ち上がった。その採掘には極めて高い経済効果が見込まれ、A市の税収や市民の雇用の増加も期待できるものであった。

ただし、Y採掘事業には危険性が指摘されている。それは、採掘直後のYには人体に悪影響を及ぼす有害成分が含まれており、採掘の際にその有害成分が流出・拡散した場合、採掘に当たる作業員のみならず、周辺住民に重大な健康被害を与える危険性である。この有害成分を完全に無害化する技術は、いまだ開発されていなかった。また、実際、外国の採掘現場において、健康被害までは生じなかったが、小規模の有害成分の流出事故が起きたこともあった。そのため、A市においては、Y採掘事業に関して市民の間でも賛否が大きく分かれ、各々の立場から活発な議論や激しい住民運動が行われることとなった。

BとCは、A市に居住し、天然資源開発に関する研究を行っている大学院生であった。Bは、Yが有力な代替エネルギーであると考えているが、その採掘には上記のような危険性があることから、この点に関する安全確保の徹底が必要不可欠であると考えている。これに対して、Cは、上記のような危険性を完全に回避する技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きいと確信しており、Y採掘事業は絶対に許されないと考えている。

ところで、この頃、Bの実家がある甲市でもYの埋蔵が判明しており、Y採掘事業への賛否をめぐり、甲市が主催するYに関するシンポジウム（以下「甲市シンポジウム」という。）が開催されていた。甲市シンポジウムは、地方公共団体が主催するものとしては、日本で初めてのシンポジウムであった。Bは、実家に帰省した際、甲市シンポジウムに参加し、一般論として上記のような自らの考えを述べた。その上で、Bは、A市におけるY採掘事業計画を引き合いに出して、作業員や周辺住民への健康被害の観点から安全性が十分に確保されているとはいえず、そのような現状においては当該計画に反対せざるを得ない旨の意見を述べた。

他方で、Cは、甲市シンポジウムの開催を知り、その開催がA市を含む全国各地におけるY採掘事業に途を開くことになると考えた。そこで、Cは、甲市シンポジウムの開催自体を中止させようと思い、Yの採掘への絶対的な全面反対及び甲市シンポジウムの即刻中止を拡声器で連呼しながらその会場に入場しようとした。そして、Cは、これを制止しようとした甲市の職員ともみ合いになり、その職員を殴って怪我を負わせ、傷害罪で罰金刑に処せられた。ただし、この事件は、全国的に大きく報道されることはなかった。

その後、Yの採掘の際に上記の有害成分を無害化する技術の改善が進んだ。A市は、そのような技術の改善を踏まえ、Y採掘事業を認めることとした。他方で、それでもなお不安を訴える市民の意見を受け、A市は、その実施に向けて新しい専門部署として「Y対策課」を設置することとした。Y対策課の設置目的は、将来実施されることとなるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保することであり、その業務内容は、Y採掘事業に関し、情報収集等による安全性監視、事業者に対する安全性に関する指導・助言、市民への対応や広報活動、異常発生時の市民への情報提供、市民を含めた関係者による意見交換会の運営等を行うことであった。

そして、A市は、Y対策課のための専門職員を募集することとした。その募集要項において、採用に当たっては、Y対策課の設置目的や業務内容に照らし、当該人物がY対策課の職員としてふさわしい能力・資質等を有しているか否かを確認するために6か月の判定期間を設け、その能力・資質等を有していると認められた者が正式採用されると定められていた。

上記職員募集を知ったBは、Yの採掘技術が改善されたことを踏まえてもなお、いまだ安全性には問題が残っているので、現段階でもY採掘事業には反対であるが、少しでもその安全性を高めるために、

新設されるY対策課で自分の専門知識をいかし、市民の安全な生活や安心を確保するために働きたいと考え、Y対策課の職員募集への応募書類を提出した。

他方、Cは、以前同様にY採掘事業は絶対に許されないと考えていた。Cは、Y対策課の職員になれば、Y採掘事業の現状をより詳細に知ることができるので、それをY採掘事業反対運動に役立てようと思い、Y対策課の職員募集への応募書類を提出した。

A市による選考の結果、BとCは、Yについてこれまで公に意見を述べたことがなかったDら7名（以下「Dら」という。）とともに、Y対策課の職員として採用されることとなった。しかし、その判定期間中に、外部の複数の者からA市の職員採用担当者に対して、Bについては甲市シンポジウムにおいて上記のような発言をしていたことから、また、Cについては甲市シンポジウムにおいて上記のような言動をして事件を起こし、前科にもなっていることから、いずれもY対策課の職員としては不適格である旨の申入れがなされた。そこで、A市の職員採用担当者がBとCに当該事実の有無を確認したところ、両名とも、その担当者に対し、それぞれ事実を認めた。その際、Bは、Y採掘事業には安全確保の徹底が必要不可欠であるところ、A市におけるY採掘事業には安全性にまだ問題が残っているので、現段階では反対せざるを得ないが、少しでもその安全性を高めるために働きたいとの考えを述べた。また、Cは、Y採掘事業の危険性を完全に回避する技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きいく、Y採掘事業は絶対に許されないと考えを述べた。その後、BとCの両名は、判定期間の6か月経過後に正式採用されず、Dらのみが正式採用された。

BとCは正式採用されなかったことを不満に思い、それぞれA市に対し、正式採用されなかった理由の開示を求めた。これに対して、A市は、BとCそれぞれに、BとCの勤務実績はDらと比較してほぼ同程度ないし上回るものであったが、いずれも甲市シンポジウムでのY採掘事業に反対する内容の発言等があることや、Y採掘事業に関するそれぞれの考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかったと回答した。

Bは、Cと自分とでは、A市におけるY採掘事業に関して公の場で反対意見を表明したことがある点では同じであるが、その具体的な内容やその意見表明に当たってとった手法・行動に大きな違いがあるにもかかわらず、Cと自分を同一に扱ったことについて差別であると考えている。また、Bは、自分と同程度あるいは下回る勤務実績の者も含まれているDらが正式採用されたにもかかわらず、A市におけるY採掘事業に反対意見を持っていることを理由として正式採用されなかったことについても差別であると考えている。さらに、差別以外にも、Bは、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている。

そこで、Bは、A市を被告として国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。

〔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。

平成27年司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第1問〕

本年は、平等の問題と表現の自由の問題を問うこととした。本年の問題も、憲法上の基本的な問題の理解や、その上での応用力を見ようとするものである。しかし、問題の構成については、次の点で従来のもので変更した。

まず、従来は、「被告の反論」を「あなた自身の見解」を中心とする設問2に置いていたが、それを「原告の主張」と対比する形で設問1に置き、さらに、各設問の配点も明記することにした。これまで出題側としては、「被告の反論」の要点を簡潔に記述した上で、「あなた自身の見解」を手厚く論じることを期待して、その旨を採点実感等に関する意見においても指摘してきたが、依然として「被告の反論」を必要以上に長く論述する答案が多く、そのことが本来であれば手厚く論じてもらいたい「あなた自身の見解」の論述が不十分なものとなる一つの原因になっているのではないかと考えたからである。そこで、本年は、「原告の主張」と「被告の反論」の両者を設問1の小問として論じさせることとし、かつ、配点を明記することによって、「被告の反論」について簡にして要を得た記述を促し、ひいては「あなた自身の見解」の論述が充実したものとなることを期待した。

また、論文式試験においては、設問の具体的事案のどこに、どのような憲法上の問題があるのかを的確に読み取って発見する能力自体も重視される。しかし、本年は、論述の出発点である原告となるBが憲法との関係で主張したい点を問題文中に記載することとした。これは、後述するように、本問には平等に関してこれまで論じられてきた典型的な問題とは異なる問題も含まれており、この点も含めてひとまず平等に着目した論述を期待する見地からである。また、平等の問題と表現の自由の問題は、いずれも多くの論点を含む憲法上の基本的な問題であるため、着眼点を具体的に示すことで、その分、論述内容の充実を求めたいとの考えもあった。そこで、本年は、原告となるBが主張したい点につき問題文中で明記するとともに、設問1において、「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」との条件を付した。

本年の問題の一つは平等である。憲法第14条第1項の「法の下での平等」について、判例・多数説は、絶対的平等ではなく、相対的平等を意味するとしている。この平等に関し、原告となるBは、Dらとの比較において、これまで論じられてきた問題を提起しているほか、Cとの比較において、「違う」のに「同じ」に扱われたという観点からの問題も提起している。平等が問題となる具体的事例においては、何が「同じ」で、何が「違う」のかを見分けることが議論の出発点となることから、本問でも、まずは、Bの主張を踏まえ、「同じ」点と「違う」点についての具体的な指摘とその憲法上の評価が求められることとなる。その上で、憲法が要請する平等の本質等にも立ち返りつつ、自由権侵害とは異なる場面としての平等違反に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることになる。

そして、典型的な問題であるDらとの比較については、判定期間中のBの勤務実績は、正式採用された「Dらと比較してほぼ同程度ないし上回るものであった」にもかかわらず、A市は、Dらを正式採用する一方で、「Y採掘事業に関する・・・考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかった」として、Bを正式採用しなかったことについての検討が必要となる。すなわち、Bは、「Yが有力な代替エネルギーであると考えているが、その採掘には・・・危険性があることから、この点に関する安全確保の徹底が必要不可欠であると考えて」おり、Y採掘事業の必要性や有益性を認めているが、その採掘においては種々の危険があるので、安全性が最重要と考えている者である。この場合、天然資源開発に伴う危険性を踏まえ、その安全性の確保を最重要視する考え自体が不当な考えであるとは言えない

はずである。それにもかかわらず、A市が上述のような考えを持つBを正式採用せず、ほぼ同程度ない下回る勤務実績のDらを正式採用したことは、天然資源開発における安全性の確保という言葉わば当然とも言うべき基本的な考え自体を否定的に評価するもので、憲法第14条第1項で例示されている「信条」に基づく不合理な差別となるのではないかという検討が必要である。

また、本年の問題で、原告となるBは、Cと「違う」にもかかわらずCと「同じ」に扱われて正式採用されなかったという点からも問題提起をしている。ここで問題となるのは、BとCはいずれも正式採用されなかったところ、Y採掘事業に関する両者の意見は、結論としては反対意見の表明という共通性があるとしても、その具体的な内容が違うことに加え、BとCがそれぞれの意見表明に当たってとった手法・行動等も違うことである。したがって、ここでは、こうしたBとCとの具体的な「違い」を憲法上どのように評価するかを踏まえた論述が求められる。

本年のもう一つの問題は、表現の自由である。すなわち、Bは、自分の意見・評価を甲市シンポジウムで「述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つとされたことを問題視しているので、そこでは、内面的精神活動の自由である思想の自由の問題よりも、外面的精神活動の自由である表現の自由の問題として論じることが期待される。その際には、意見・評価を述べること自体が直接制約されているものではないことを踏まえつつ、「意見・評価を甲市シンポジウムで述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つであることについて、どのような意味で表現の自由の問題となるのかを論じる必要がある。そのような観点からは、上述のような理由により正式採用されないことは、Bのみならず、一般に当該問題について意見等を述べることを萎縮させかねないこと（表現の自由に対する萎縮効果）をも踏まえた検討が必要となる。

その上で、この点に関しては、正式採用の直前においてもBが反対意見を述べていることなどから惹起される「業務に支障を来すおそれ」の有無についての検討も必要となる。その検討に当たっては、外面的精神活動の自由である表現の自由の制約に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることとなるところ、例えば、内容規制と評価し、表現の自由が問題となった様々な判例を踏まえた判断枠組みも考えられるであろう。どのように判断枠組みを構成するかは人それぞれであるが、いずれにしても、一定の判断枠組みを用いる場合には、学説・判例上で議論されている当該判断枠組みがどのような内容であるかを正確に理解していることが必要である。その上で、本問においてなぜその判断枠組みを用いるのかについての説得的な理由付けも必要であるし、判例を踏まえた論述をする際には、単に判例を引用するのではなく、当該判例の事案と本問との違いも意識した論述が必要となる。

〔第2問〕

本問は、Xが消防法及び危険物の規制に関する政令（以下「危険物政令」という。）上の一般取扱所（以下「本件取扱所」という。）を設置していたところ、近隣に葬祭場（以下「本件葬祭場」という。）が建築されたことから、Y市長がXに対して移転命令（以下「本件命令」という。）を発しようとしている事案における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、本件命令に対する事前の抗告訴訟の適法性（設問1）、本件命令が発せられた場合における本件命令の適法性（設問2）、Xが本件命令に従った場合における損失補償の要否（設問3）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、消防法及び関係法令の関係規定の趣旨を読み解いた上で、行政処分の適法性、抗告訴訟の訴訟要件、及び損失補償の要否を論じる力を試すものである。

設問1は、処分の差止め訴訟の訴訟要件に関する基本的な理解を問う問題である。考えられるXの訴えとして本件命令の差止め訴訟を挙げた上で、本件の事実関係の下で、当該訴えが行政事件訴訟法第3条第7項及び第37条の4に規定された「一定の処分…がされようと

1
第 1 設問 1
2
1 問 (1)
3
(1) B C の差別について
4
ア 本件において、B は C と異なり暴力行為を行っていないのにも関わらず、Y 発掘事業に関する考え方を理由に不採用とする行為は憲法 (以下、
5
6
略) 1 4 条 1 項に反し、違憲違法でないか。
7
イ 差別とは合理的理由のない区別に基づく不利益取り扱いを指す。なお、
8
平等は法適用の平等のみならず、法内容の平等も含むと考える。
9
(ア) 本件において B は C と同様に Y 発掘事業について反対の思想を持っているが、C のように絶対的に反対するとの強固な姿勢ではない。また、その
10
11
意見表明方法も C のように暴行、傷害ではない。このように違いがあるにも関わらず、同一の処分をすることは区別で、不利益取り扱いと言える。
12
13
(イ) ではこの区別が合理的か考えるに当たって、① 1 4 条 1 項後段列举事由に関する区別の場合や②重要な人権、利益に関する区別の場合には合理性
14
15
を厳格に考える。
16
【ウ】 本件において、B C を同一に扱っている理由は Y 採掘事業に反対という「信条」を有していることが原因で、後段列举事由に基づく区別である。
17
18
また Y 採掘事業に反対するという思想を有することに対する不利益取り扱いであり、思想良心の自由 (1 9 条) に係る点でも合理性は厳格に考える。 [_ _ _ _]
19
20
ウ では B C を同一に扱ったことは合理的な区別かどうか考える。
21
22
まず、C を不採用にすること自体は妥当である。C はシンポジウムの開催自体を中止させるため、拡声器で妨害し、職員に暴行を加えており、Y 採掘事業については絶対反対の思想を有しているため、採用すれば妨害する危険が
23

コメントの追加 [山本 1]: 信条に基づく差別であることを指摘できている。

平成27年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎

公法系の点数：132点台

科目名：公法系・第1問

1	大きいからある。
2	しかしBはY採掘事業について、Yが有力なエネルギーであることを理解
3	し、安全性を高めるために申し込んでいるため、柔軟性があり、反対方法も暴行
4	行為をしていない。そうするとBには暴力などにより、Y対策課の事業を妨害
5	する危険はなく、不採用とすることは合理的理由のない区別に当たる。
6	エ したがって、差別に当たり、違法である。
7	(2) B Dの差別について
8	ア BはDと同等かそれ以上に勤務実績を有しており、そのDが採用され
9	ているのに、Y採掘事業に反対という信条を理由に不採用とすることは差別
10	に当たり、違憲違法でないか。
11	イ 合理的区別と言えるかどうかについては前述の要素を考慮する。この
12	場合もY採掘事業に反対するという信条、思想に関する区別であるため、合理
13	性は厳格に考えるべきである。
14	ウ では合理的な区別かどうか検討する。
15	A市はY掘削事業に反対する思想を理由に不採用としている。
16	Y課の職務内容は安全性の監視、事業者に対する指導、広報活動、情報提供、
17	意見交換会の運営である。安全性を監視するためには十分な知識が必要であ
18	り、勤務実績が高い方が、適切な指導、情報提供がしうるため、これ優れてい
19	る者が職務に適している。一方、Y採掘事業に反対していても、その方法、思
20	想の柔軟性から、危害を加える危険は低く、Y課の職務からすると安全性に反
21	対するものが監視し、指導する方が住民にとって安全性について信頼できる
22	ため、マイナスにならない。
23	エ 以上により、Yに反対することのみを理由に不採用としたことは差別

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎
公法系の点数：132 点台

科目名：公法系・第 1 問

1	
2	で、違法である。
3	(3) シンポジウムで発言したことについて
4	ア 本件において、B がシンポジウムで Y 事業に反対するという意見を述べたことを理由に不採用としたことは B の Y 採掘事業に反対する意見を表明する自由を害し、21 条 1 項に反し、違憲違法でないか。
5	
6	イ Y 反対という自分の思想を表明しているため、表現に当たり、Y 事業に
7	ついてはその危険性から住民自治にとって重要な事項であり、政治的色彩を
8	有し、民主主義に資するため、自己統治の価値を有する。よって 21 条 1 項で
9	保障される。
10	そして民主制に資する点、及びシンポジウムという意見交換を通じて真理
11	を追究するという場所での発言であるため、表現の自由にとって、重要な場所
12	であり、B の自由は重要な権利である。
13	一方、意見表明を理由に不採用とされているため、不利益があり、権利の制
14	約があるところ、Y 事業に反対という内容に関する不利益取扱いで、恣意的な
15	処分である可能性が高く、制約の態様は厳しい。
16	よって合憲性は厳格に考えるべきであるところ、この発言から Y 課の業務
17	を害する高度の蓋然性があるときに限り、不採用も合憲となると考える。
18	ウ 本件においてシンポジウムで発言しただけで、Y 課の事業に非協力で、
19	危害を加えるといった可能性は低く、高度の蓋然性はない。
20	エ よって不採用は 21 条 1 項に反し、違憲違法である。
21	
22	問(2)
23	(1) B C の差別について
24	ア B C の関係では同一に扱っている以上、区別が存在せず、差別もないと

コメントの追加 [山本 2]: 表現の公共性に言及できている。

コメントの追加 [山本 3]: パブリックフォーラム? 的な指摘。

コメントの追加 [山本 4]: 内容規制に関する言及。

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎
公法系の点数：132 点台

科目名：公法系・第 1 問

1
反論する。
2
イ 後段列挙事由は単なる例示であり、特段の意味はなく、信条は非嫡出子
3
のように自分の意思で変えられない事由でない以上、厳格に考える必要はな
4
いと反論する。
5
重要な利益については、6 カ月の試用期間であり、採用されるかは不確定で、
6
不採用という不利益は大きくない。
7
また A 市の職員にはだれが Y 課に適しているかを判断するに当たって広汎な
8
裁量がある以上、合理性は厳格に考える必要はない。
9
ウ B が業務を阻害する危険はないというが、強い思想の持主は自分の思
10
想に反した場合にはどんな行動をとるか予想ができない。本件でも安全性が
11
確保されないと B が勝手に確信した場合、暴力行為に打って出る危険は相当
12
程度あるため、不採用とすることも合理的である。
13
(2) B D の差別について
14
ア この場合も前述のとおり厳格に考えなくていいと主張する。
15
イ 合理性については、Y 事業に反対する強い思想を有していれば、事業の
16
円滑性を著しく害する危険がある以上、不採用とすることに合理的理由があ
17
ると主張する。
18
(3) シンポジウムで発言したことについて
19
ア 規制の態様については事後的規制であるため、厳しいものでないと反
20
論する。
21
イ 正当化については、Y 課の職員は公務員で、公務員は国民の全体の奉仕
22
者(15条2項)であり、国民のため中立的、公正であることが要求される。そ
23
うすると Y 事業に反対という偏った思想を有することは中立性にかけ、公正

コメントの追加 [山本 5]: 三菱樹脂

事件を意識?しているが、もう少し
わかりやすいように記載すべき。

今回はおそらく三菱樹脂事件をベー
スに論じるべきであり、その点を厚
く論じていない。

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎

科目名：公法系・第 1 問

公法系の点数：132 点台

1
性を害するため、公務員として不適格である。よって不採用とすることは違憲
2
でない。
3
第 2 設問 2
4
1 B C の差別について
5
(1) 被告は同一に扱っているから、区別でないと主張する。しかし平等の
6
考え方は人々の違いを考慮し、違いにあった合理的な取扱をるところにあ
7
り、ある人とある人が全く違うのに、同一の処分をすることは、違いを考慮し
8
ていない不合理な区別であり、差別に当たると考える。
9
(2) 合理的区別の厳格性について、まず、被告は後段列举事由に意味がない
10
と主張するが、歴史的に疑わしい理由によるものであれば、合理性が欠ける蓋
11
然性が大きく、やはりその合理性は厳格に考えるべきである。
12
ア そして信条は変えられるから、重要な意味はないと主張するが、その信
13
条がその人の人格に深く結びついているような場合には容易に変えられるも
14
のではないし、変えられるから重要でないというのは思想良心の自由が重要
15
な人権であることを無視しているため、採用できない。よって信条に特別の意
16
味はないという主張にも反対する。
17
イ 利益の不確定性については確かに一理あるが、Y 対策事業課に入り、Y
18
の安全性を確保するという行為は、Y の思想と密接不可分にかかわっている
19
ため、思想良心の自由を大いに害する以上、これのみをもって重要な権利、利
20
益の侵害はないといえない。
21
ウ 採用者の裁量については認められるものの、重要な権利に係る以上、裁
22
量の範囲は狭くなると考える。
23
エ 以上により区別の合理性については厳格に考える。

コメントの追加 [山本 6]: 猿払事件

を意識しているように思えるが、言及が足りない。間接付随的規制に言及すべきか。

コメントの追加 [山本 7]: 出題趣旨

にある，相対的，絶対的差別の観点に近い記述である。

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎

科目名：公法系・第 1 問

公法系の点数：132 点台

1
(3) 区別の合理性について
2
上述のとおり、BC を同一に扱ったのは Y 事業反対という思想を有してい
3
るからである。原告は C のように危険な行為により、妨害するという危険はな
4
いと主張し、被告はいつ暴走するかわからないと主張する。
5
しかしいつ暴走するかわからないというが、現時点では暴行による妨害をす
6
る危険は著しく低く、もし将来的に暴走することがあれば、その時点で解雇な
7
どの手段をとれば、業務の遂行に支障はなく、暴走性が明らかになっていない
8
現時点において、採用しないとする合理的理由はない。また Y の職務は安全性
9
の監視、指導であることに關しても多少の反対の思想を有している方が、注意
10
深く安全性を監視、指導し得ることが期待でき、住民の信頼確保も相当期待で
11
きる以上、反対という思想のみを理由に不採用とすることには合理的理由が
12
ない。
13
よって 14 条 1 項に反し、不採用は違憲違法である。
14
2 BD の差別について
15
(1) 区別の合理性の判断に際しては BC の場合と同様に信条、思想良心に
16
係る区別であるため、厳格に考えるべきである。
17
(2) 区別の合理性については解雇という手段があることに加え、B は安全
18
性の確保を目指すという柔軟な考えを有している以上、周りとの協力が期待
19
でき、円滑性を害するといった危険は著しく低い。
20
そして Y の職務からして求められるスキルは Y の安全性に対する厳しい目と
21
専門的な能力であると考ええる。すなわち Y 課の目的が Y に関する安全性の確
22
保とこれに対する住民の信頼の確保にあり、その職務内容が安全性の監視、指
23
導、住民に対する情報提供にあることからすると、厳しい目で見た方が事業者

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎
公法系の点数：132点台

科目名：公法系・第1問

1	も努力するため、安全性の確保に資するし、専門的な知識があった方がより細
2	やかな観点から危険性の除去を指導し得るからである。
3	よって B は D より、反対の思想を有することによる、厳しい目を有し、勤務実
4	績、Y に対する専門的知識もある以上、Y 課の職員に適している。
5	よって反対という思想を有することのみを理由とした不採用は差別に当たり、
6	違法である。
7	3 シンポジウムで発言したことについて
8	(1) 重要な権利であることについては異論がないが、被告は事後的規制で
9	あるから厳しい態様ではないと主張する。しかしそもそも表現内容規制であ
10	るのみならず、B が Y 事業に反対という一定の見解を有していることを理由
11	とする制約であり、行政が特定の見解を選び、不利益を科す点で、恣意的処分
12	である可能性が著しく大きく、制約の態様はかなり厳しいものと言える。
13	(2) 被告は公務員である以上、中立性と国民の信頼が強く要求されるため、
14	B は不適格であると主張している。
15	確かに裁判官のような公正中立の立場で判断を下す職務の場合にはその裁判
16	官が左翼だから、死刑にしないんだ、政治的思想に反するからこんな判決をす
17	るんだ、という風に思われると司法に対する信頼が著しく害され、公正さが疑
18	われるため、中立性、公正が強く要求される。しかし Y 課の職務はそもそも Y
19	の安全性に疑問を有した住民の意見を反映して、Y 事業の安全性を確保し、信
20	頼を得るために、事業者の監視、指導、情報提供を行うものである。この課の
21	成立経緯、職務内容からして、そもそも Y の安全性に疑問があることが前提と
22	なり、監視するという偏ったものである。住民からしても Y に反対という思想
23	を有していても別にそれで安全確保されるならいいやという考えを持つであ

コメントの追加 [山本 8]: 寺西判事

補事件を意識している。職務に着目している点で、堀越事件、世田谷事件を意識しているようにも思えるが、寺西判事補事件に強く影響されている（受験戦略上は有名な堀越、世田谷事件を参考にすべきだったか）。

平成 27 年 再現答案

作成者名：山本 賢太郎

科目名：公法系・第 1 問

公法系の点数：1 3 2 点台

1
ろうし、中立であること、公正であることという要請は裁判官より著しく、低
2
い。
3
よって中立性、公正を欠くという理由に合理性がなく、不採用は 2 1 条 1 項
4
に反し、違憲違法である。
5
6
以上
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

平成27年司法試験解説レジュメ

弁護士 山本賢太郎
(平成27年司法試験合格)

1 総論（前提）

本解説は、上記司法試験を受験した合格者（弁護士）が当時の経験に基づき、憲法の答案の書き方を解説するものである。

従って、以下の点に留意されたい。

①憲法の正確な理解については不正確な部分がある。そのため、各種基本書、判例集、論文等で正確な知識を得てほしい。

②司法試験の問題を正確に理解できているとは限らない。正確な解説は予備校の解説等を参考にしてほしい。

司法試験の憲法においては、三段階審査や違憲立法審査基準の定立などの理論面はもちろんであるが、それ以上に判例の事案の理解、事案分析力も要求される。

本解説では、理論面について正確な説明をすることは極力避けた上で、判例知識を答案でどう表現するかという観点で、解説する。

そのため、本解説には一定の限界があることについてご理解いただきたい。

あてはめについては、当職の再現答案だけではなく、多数の再現答案を読み、説得力のあるあてはめを行っている答案を参考にしてほしい。

なお、理論面については、木村草太「憲法の急所」（羽鳥書店、2017年、第2版）、小山剛「「憲法上の権利」の作法」（尚学社、2016年、第3版）、等々の書籍を参考にされたい（あくまで当職が利用していた書籍であるが、推奨するわけではない。現在の受験業界で定評のある書籍でよい）。

また、当職が受験時代に判例知識を答案に反映するために参考とした書籍は、小山他「判例から考える憲法」（法学書院、2014年）である。

1. 出題趣旨、採点実感

司法試験の出題趣旨、採点実感を参考にされたい。特に重要と考える出題趣旨の記載を記載する。採点実感については、ポイントのみを指摘する。

記

①出題趣旨

（BCの差別）

この平等に関し、原告となるBは、Dらとの比較において、これまで論じられてきた問題を

提起しているほか、Cとの比較において、「違う」のに「同じ」に扱われたという観点からの問題も提起している。平等が問題となる具体的事例においては、何が「同じ」で、何が「違う」のかを見分けることが議論の出発点となることから、本問でも、まずは、Bの主張を踏まえ、「同じ」点と「違う」点についての具体的な指摘とその憲法上の評価が求められることとなる。

ここで問題となるのは、BとCはいずれも正式採用されなかったところ、Y採掘事業に関する両者の意見は、結論としては反対意見の表明という共通性があるとしても、その具体的な内容が違うことに加え、BとCがそれぞれの意見表明に当たってとった手法・行動等も違うことである。したがって、ここでは、こうしたBとCとの具体的な「違い」を憲法上どのように評価するかを踏まえた論述が求められる。

(BDの差別)

A市が上述のような考えを持つBを正式採用せず、ほぼ同程度ないし下回る勤務実績のDらを正式採用したことは、天然資源開発における安全性の確保という言わば当然とも言うべき基本的な考え自体を否定的に評価するもので、憲法第14条第1項で例示されている「信条」に基づく不合理な差別となるのではないかという検討が必要である。

(意見表明したこと理由とする不採用)

「意見・評価を甲市シンポジウムで述べたこと」が正式採用されなかった理由の一つであることについて、どのような意味で表現の自由の問題となるのかを論じる必要がある。そのような観点からは、上述のような理由により正式採用されないことは、Bのみならず、一般に当該問題について意見等を述べることを萎縮させかねないこと（表現の自由に対する萎縮効果）をも踏まえた検討が必要となる。その上で、この点に関しては、正式採用の直前においてもBが反対意見を述べていることなどから惹起される「業務に支障を来すおそれ」の有無についての検討も必要となる。その検討に当たっては、外面的精神活動の自由である表現の自由の制約に関する判断枠組みをどのように構成するかが問われることとなるところ、例えば、内容規制と評価し、表現の自由が問題となった様々な判例を踏まえた判断枠組みも考えられるであろう。どのように判断枠組みを構成するかは人それぞれであるが、いずれにしても、一定の判断枠組みを用いる場合には、学説・判例上で議論されている当該判断枠組みがどのような内容であるかを正確に理解していることが必要である。その上で、本問においてなぜその判断枠組みを用いるのかについての説得的な理由付けも必要であるし、判例を踏まえた論述をする際には、単に判例を引用するのではなく、当該判例の事案と本問との違いも意識した論述が必要となる。

以上

②採点実感（別途講義において言及する）

(BCの差別)

i 相対的平等と絶対的平等

ii B及びCの同じ点、違う点の指摘

III違いを踏まえた上で同一に取り扱うことの可否

IV合理的区別といえるかのあてはめ

(B Dの差別)

i 信条に基づく区別

ii 勤務実績の違いの検討

III合理的区別といえるかのあてはめ

(意見表明したことを理由とする不採用)

i 公共の利益に関する表現 (権利の重要性)

ii 表現行為の制約といえるか (B 及びその他の者に対する委縮効果)

III公務員の中立性の検討

IVあてはめ

3. [設問1]小問(1)について

(1) B Cの差別

ア 絶対的差別と相対的差別 (定義については、文献①参照)

絶対的平等：各人に全く同様の処遇をすること。

相対的平等：等しいものについては等しく、等しくないものについては、等しくない程度に応じて等しくなく扱うこと。

再現答案では、キーワードを出すことはできなかったが、ニュアンスを伝えることはできた。

イ 司法審査基準 (厳格審査、中間審査、合理性の基準、文献①参照)

①憲法14条1項後段特別意味説 (後段列举事由は疑わしい区別であり、厳格に審査すべきとする説) ②区別に関する権利利益の重要性を考慮し、審査密度を決定する。

厳格審査基準：やむにやまれぬ利益のため必要不可欠の手段であること

中間審査基準：重要な利益のために実質的に関連した手段であること

合理性の基準：正当な目的のために合理的に関連した手段であること

参考答案では、上記の司法審査基準 (目的手段審査) を用いていない。

当職の受験当時の考えとしては、目的手段審査は法令違憲の場合は妥当するが、処分違憲の場合には妥当せず、用いることに違和感があった。とはいえ、なんらかの規範を定立するべきであり、「区別の合理性」で検討するのは間違いであったか (非嫡出子相続分違憲事件の判旨からするとあながち間違いとも言えないのかもしれない)。

この点は、他の再現答案を確認してほしい (とはいえ、公法系で132点であり、一定の評価は得られたと思う)。

ウ 参考裁判例

参考裁判例①：非嫡出子相続分違憲事件 (最高裁平成25年9月4日大法院判決 (民集67巻6号1320頁))

基準：本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。

区別の対象：嫡出子と非嫡出子で後者が前者の2分の1とされていること。

参考裁判例②：国籍法事件（最高裁平成20年6月4日大法院判決（集民228号101頁））

ポイント：日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。

→特別意味説との関連性。

基準：すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる。

区別の対象：国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍の取得を認めていることにより国籍の取得に関する区別を生じさせていること

エ あてはめ（※詳細については当職の再現答案や市販書籍の再現答案を参照されたい）

※当職の再現答案が正当であるというわけではない。憲法の答案のあてはめは千差万別であり、一応の参考にしてほしい。

触れるべき事実（評価については、各人の自由である）

BとCの違い、同一性

	B	C
思想	Bは、Yが有力な代替エネルギーであると考えているが、その採掘には上記のような危険性があることから、この点に関する安全確保の徹底が必要不可欠であると考えている。」	「これに対して、Cは、上記のような危険性を完全に回す技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きいと確信しており、Y採掘事業は絶対に許されないと考えている。」

意見表明の方法	甲市シンポジウムに参加し、一般論として上記のような自らの考えを述べた。その上で、Bは、A市におけるY採掘事業計画を引き合いに出して、作業員や周辺住民への健康被害の観点から安全性が十分に確保されているとはいえず、そのような現状においては当該計画に反対せざるを得ない旨の意見を述べた。	他方で、Cは、甲市シンポジウムの開催を知り、その開催がA市を含む全国各地におけるY採掘事業に途を開くことになると考えた。そこで、Cは、甲市シンポジウムの開催自体を中止させようと思い、Yの採掘への絶対的な全面反対及び甲市シンポジウムの即刻中止を拡声器で連呼しながらその会場に入場しようとした。そして、Cは、これを制止しようとした甲市の職員ともみ合いになり、その職員を殴って怪我を負わせ、傷害罪で罰金刑に処せられた。
応募動機	上記職員募集を知ったBは、Yの採掘技術が改善されたことを踏まえてもなお、いまだ安全性には問題が残っているので、現段階でもY採掘事業には反対であるが、少しでもその安全性を高めるために、新設されるY対策課で自分の専門知識をいかし、市民の安全な生活や安心を確保するために働きたいと考え、	Cは、以前同様にY採掘事業は絶対に許されないと考えていた。Cは、Y対策課の職員になれば、Y採掘事業の現状をより詳細に知ることができるので、それをY採掘事業反対運動に役立てようと思い、Y対策課の職員募集への応募書類を提出した。
事実確認時の反応	その際、Bは、Y採掘事業には安全確保の徹底が必要不可欠であるところ、A市におけるY採掘事業には安全性にいまだ問題が残っているので、現段階では反対せざるを得ないが、少しでもその安全性を高めるために働きたいとの考えを述べた。	Cは、Y採掘事業の危険性を完全に回避する技術の開発は困難であり、安全性確保の技術が向上したとしてもリスクが大きく、Y採掘事業は絶対に許されないと考えを述べた。

職務内容

不安を訴える市民の意見を受け、A市は、その実施に向けて新しい専門部署として「Y対策課」を設置することとした。Y対策課の設置目的は、将来実施されることとなるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保することであり、その業務内容は、Y採掘事業に関し、情報収集等による安全性監視、事業者に対する安全性

に関する指導・助言、市民への対応や広報活動、異常発生時の市民への情報提供、市民を含めた関係者による意見交換会の運営等を行うことであった。

(2) B Dの差別

ア 信条による差別（14条後段列举事由特別意味説）の指摘（文献①参照）

イ あてはめ（詳細については再現答案を参照されたい）

触れるべき事実

A市は、BとCそれぞれに、BとCの勤務実績はDらと比較してほぼ同程度ないし上回るものであったが、いずれも甲市シンポジウムでのY採掘事業に反対する内容の発言等があることや、Y採掘事業に関するそれぞれの考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかったと回答した。

(3) 意見表明したことを理由とする不採用

ア 表現の重要性（表現内容の公共性）

イ 規制の態様（直接規制か間接付随的規制か否か）

ウ あてはめ（詳細については再現答案を参照されたい）

触れるべき事実

表現の重要性、公共性

A市においては、Y採掘事業に関して市民の間でも賛否が大きく分かれ、各々の立場から活発な議論や激しい住民運動が行われることとなった。

表現の態様

Bの実家がある甲市でもYの埋蔵が判明しており、Y採掘事業への賛否をめぐり、甲市が主催するYに関するシンポジウム（以下「甲市シンポジウム」という。）が開催されていた。甲市シンポジウムは、地方公共団体が主催するものとしては、日本で初めてのシンポジウムであった。Bは、実家に帰省した際、甲市シンポジウムに参加し、一般論として上記のような自らの考えを述べた。その上で、Bは、A市におけるY採掘事業計画を引き合いに出して、作業員や周辺住民への健康被害の観点から安全性が十分に確保されているとはいえず、そのような現状においては当該計画に反対せざるを得ない旨の意見を述べた。

処分理由

いずれも甲市シンポジウムでのY採掘事業に反対する内容の発言等があることや、Y採掘事業に関するそれぞれの考えを踏まえると、Y対策課の設置目的や業務内容に照らしてふさわしい能力・資質等を有しているとは認められなかったと回答した。

4. [設問1]小問(2)について

(1) B Cの差別

ア 同一に取り扱っているため、差別ではない旨の指摘。

イ BとCの同じ部分の指摘(思想及び暴走性)

(2) B Dの差別

ア 特別意味説への反論(国籍法違憲事件、非嫡出子相続分意見事件との比較)

イ Bの問題行為、暴走性に関する指摘

(3) 意見表明したことを理由とする不採用

ア 参考裁判例③：三菱樹脂事件(最高裁昭和48年12月12日大法廷判決(民集27巻11号1536頁))。思想を理由とする試用期間終了後の本採用拒否)

判例のキーワードである「採用の自由」「裁量」を指摘する。三菱樹脂事件の事案と本問の事案の違いの分析。

(判旨)

ところで、憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。

(中略)

前記のように法が企業者の雇傭の自由について雇入れの段階と雇入れ後の段階とで区別を設けている趣旨にかんがみ、また、雇傭契約の締結に際しては企業者が一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあることを考え、かつまた、本採用後の雇傭関係におけるよりも弱い地位であるにせよ、いつたん特定企業との間に一定の試用期間を付した雇傭関係に入つた者は、本採用、すなわち当該企業との雇傭関係の継続についての期待の下に、他企業への就職の機会と可能性を放棄したものであることに思いを致すときは、前記留保解約権の行使は、上述した解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認されうる場合にのみ許されるものと解するのが相当である。

イ 参考裁判例④：猿払事件(最高裁昭和49年11月6日大法廷判決(刑集28巻9号393頁))公務員の表現行為と中立性、間接・付随的規制)

本問が間接付随的規制といえるか。公務員の中立性を理由とする規制の可否について検討する(非管理職である郵便局員によるビラ張り行為と本問との違い)。

(判旨)

憲法二一条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によつてもみだりに制限することができないものである。そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、その限りにおいて、憲法二一条による保障を受けるものであることも、明らかである。国公法一〇二条一項及び規則によつて公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから、もしそのような行為が国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない。

しかしながら、国公法一〇二条一項及び規則による政治的行為の禁止は、もとより国民一般に対して向けられているものではなく、公務員のみに対して向けられているものである。ところで、国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが、「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」とする憲法一五条二項の規定からもまた、公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる。公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もつぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであつて、そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要があるのである。すなわち、行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがつて、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。

(中略)

しかしながら、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するもの

ではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではない。

5.〔設問2〕について

(1) B Cの差別

ア 相対的平等の指摘

イ あてはめ

(2) B Dの差別

ア 特別意味説に対する私見（国籍法違憲事件、非嫡出子相続分意見事件との比較）

イ あてはめ

(3) 意見表明したことを理由とする不採用

ア 参考裁判例⑤：堀越事件（最高裁平成24年12月7日第二小法廷判決（刑集66巻12号1722頁）

判例の事案（管理職的地位にある課長補佐職による政党機関紙配布）の指摘及び本問との違いの分析を行う。

基準：公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものかどうか

（判旨）

被告人は、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐であり、庶務係、企画指導係及び技術開発係担当として部下である各係職員を直接指揮するとともに、同課に存する8名の課長補佐の筆頭課長補佐（総括課長補佐）として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等を行う立場にあり、国家公務員法108条の2第3項ただし書所定の管理職員等に当たり、一般の職員と同一の職員団体の構成員となることのない職員であったものであって、指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるもの

ということができる。そうすると、本件配布行為が、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、それ自体は公務員としての地位を利用することなく行われたものであること、公務員により組織される団体の活動としての性格を有しないこと、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様ではなかったことなどの事情を考慮しても、本件配布行為には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当するといふべきである。そして、このように公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる本件配布行為に本件罰則規定を適用することが憲法 21 条 1 項、31 条に違反しないことは、前記イにおいて説示したところに照らし、明らかといふべきである。

イ 参考裁判例⑥：世田谷事件（最高裁平成 24 年 12 月 7 日第二小法廷判決（刑集 66 卷 12 号 1337 頁））

判例の事案（管理職的地位のない者の政党機関紙配布）の指摘及び本問との違いの分析を行う。

（判旨）

前記のとおり、被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務する事務官であり、管理職的地位にはなく、その職務の内容や権限も、来庁した利用者からの年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する相談を受け、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続をとるよう促すという、裁量の余地のないものであった。そして、本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様でもなかったものである。これらの事情によれば、本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないといふべきである。

ウ 参考裁判例⑦：寺西判事補事件（最高裁平成 10 年 12 月 1 日大法廷決定（民集 52 卷 9 号 1761 頁））

裁判官と本問の職務の違い、発言場所の同一性を指摘する。

（判旨）

「積極的に政治運動をすること」とは、組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるものが、これに該当すると解され、具体的行為の該当性を判断するに当たっては、その行為の内容、その行為の行われるに至った経緯、行われた場所等の客観的な事情のほか、その行為をした裁判官の意図等の主観的な事情をも総合的に考慮して決するのが相当である。

(中略)

また、裁判官が積極的に政治運動をすることは前記のように裁判官の独立及び中立・公正を害し、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれ大きいから、積極的に政治運動をすることを禁止することと右の禁止目的との間に合理的な関連性があることは明らかである。さらに、裁判官が積極的に政治運動をすることを、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎず、かつ、積極的に政治運動をすること以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではない。

6. 再現答案の解説及び感想

出題趣旨、採点実感で言及されている事項についてはある程度触れられていたと思うが、判例分析が足りなかった点もある。

また、人権侵害の場合の法令違憲の書き方については、前掲「憲法の急所」等で頭に入っていたものの、平等権かつ処分違憲の場合に司法審査基準（目的手段審査）で書くことに違和感を覚えたため、規範定立については、うまく書けなかった。

表現の自由の点については、猿払事件、堀越事件等の規範を利用すればよかったのかもしれないが、想起できなかった。

判例の使い方として、寺西判事補事件、三菱樹脂事件はある程度意識することができたため、65点以上の点数を獲得できたと考えている（分析が不十分な部分もある）。

一方で公務員の表現行為の規制で検討すべき猿払事件、堀越事件、世田谷事件に関連する記載がなかった又は少なかったことが悔やまれる。

その点の分析ができていれば70点以上の獲得もできたのではないかな。

シンポジウム、公務員というキーワードから寺西判事補、試用期間終了後の本採用拒否から三菱樹脂事件を想起した点までは良かったが、寺西判事補事件を想起したのであれば、「公務員の表現行為」というキーワードから、猿払事件等を想起することも可能なはずである。

受験当日は1つの判例を想起するだけでは不十分であり、原告側の判例、被告側の裁判例を複数想起できるような知識の習得及び訓練が必要である。

7. 参考文献、参考判例

(参考文献)

①安西他「憲法学読本」(有斐閣、2011年、初版)

(参考判例)

参考裁判例①：非嫡出子相続分違憲事件

最高裁平成25年9月4日大法廷判決(民集67巻6号1320頁)

参考裁判例②：国籍法事件

最高裁平成20年6月4日大法廷判決(集民228号101頁)

参考裁判例③：三菱樹脂事件

最高裁昭和48年12月12日大法廷判決(民集27巻11号1536頁)

参考裁判例④：猿払事件

最高裁昭和49年11月6日大法廷判決(刑集28巻9号393頁)

参考裁判例⑤：堀越事件(有罪)

最高裁平成24年12月7日第二小法廷判決(刑集66巻12号1722頁)

参考裁判例⑥：世田谷事件(無罪)

最高裁平成24年12月7日第二小法廷判決(刑集66巻12号1337頁)

参考裁判例⑦寺西判事補事件

最高裁平成10年12月1日大法廷決定(民集52巻9号1761頁)

以上

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）

1 はじめに

本年は、出題の趣旨でも触れたとおり、従来の出題とは問題の構成を変更した。しかし、憲法上の基本的な問題の理解や、その上での応用力を見ようとする問題であることに変わりはない。したがって、本年においても、そうした問題であることを前提に、事案の正確な読解ができているか、憲法上問題となる点をきちんと把握して憲法問題として構成できているか、当該問題に関連する条文や判例に対する理解が十分であるか、実務家としての法的な思考や論述といった観点から見てどうか、などの視点から採点を行っている。その上で、主として答案に欠けているものを指摘するという観点から、採点に当たって気付いた点について述べると、以下のとおりである。これらも参考にしつつ、より良い論述ができるように努力を重ねてほしい。優秀な答案に特定のパターンはなく、良い意味でそれぞれに個性的である。

2 総論

(1) 全体構成等について

- ・ 本年は、原告となるBの主張が問題文に明記されている。すなわち、①Cとの同一取扱い、②Dらとの差別的取扱い、③自分の意見等を述べたことで正式採用されなかったことによる憲法上の権利侵害の三点である。これらの三点を憲法上どのような問題として捉えて構成するかはともかくとして、少なくともその三点の検討が求められているわけである。しかし、残念ながら、その一部しか論じていない答案が少なくなかった。また、上記①と②あるいは①②③の三点について、その違いや相互の関係を論じないまま漫然と一括りにして論じている答案や、設問1(1)ではそれぞれ別に論じていたのに、設問1(2)や設問2へと論述を進める中で、問題が混同されていき、判断内容等が分かりにくくなっていく答案も見られた。
- ・ 答案の中には、上記①と②をあえて統合し、一つの憲法第14条第1項違反として論じようとする答案も散見されたが、残念ながらそれに成功し、説得力のある論述となっている答案は見られなかった。
- ・ 上記①②③を並列的に論じる答案が一般的であったが、中には、「平等」の問題と「自由」の問題との違いを踏まえつつ、「平等」の問題が「表現」（ないし「思想良心」）。なお、この点に関しては後記4も参照されたい。）の問題と連動している点を見抜き、両者を密接に関連付けて論じる答案もあり、優れた問題分析能力をうかがわせる答案があったことは印象的であった。

(2) 設問1のBの訴訟代理人の主張及びA市の反論について

- ・ 設問1(1)は原告となるBの立場から、(2)は被告となるA市の立場からの検討を求めているが、当事者の主張とはいえ、明らかに採用の余地がない主張をするのは適切とはいえない。例えば、「本問では『信条』による差別が問題となる」ところ、憲法第14条第1項後段列举事由による差別はおおよそ許されないから、違憲である」という主張や、単に「本問では、思想良心の自由の侵害が問題となる」ところ、思想良心の自由は絶対的に保障されるから、違憲である」という主張がこれに当たるであろう。前者は、憲法第14条第1項後段列举事由

による差別も許される場合があることを前提に、同事由に特別の意味を持たせる必要があるかが議論されていることを看過し、後者は、思想良心の自由は、「内心にとどまる限り」絶対的に保障されるとされていることを看過している。こうした主張は、基本的な知識や理解がきちんとできていないことが背景にあるように思われる。基本的な知識や理解の重要性を改めて認識してほしい。

- ・ 設問 1(2)における A 市の反論について、「区別・取扱いには合理的理由がある」とか「裁量の逸脱・濫用はない」という、いわば結論部分だけを記載し、その理由を明示できていない答案が相当数あった。しかし、いかに「ポイントを簡潔に述べ」としても、反論である以上、A 市としてその結論につながる積極的・直接的・根本的な理由を簡潔かつ端的に明示する必要がある。
- (3) 設問 2 の「あなた自身の見解」について
- ・ 設問 2 では、設問 1(2)で反論として自ら示した問題点を踏まえつつ、「あなた自身の見解」をきちんと論じるべきである。それにもかかわらず、理由をほとんど記載することなく、「B の見解に賛成である」とか「A 市の見解が妥当である」などと記載する例が見られたほか、結論がいずれであるかを問わず、多くの答案において、結論を導く過程で法的構成を事案に即して丁寧に論じることができていなかった。また、被告となる A 市の反論が妥当でないことを論じるだけでは自己の見解を論じたことにはならないにもかかわらず、A 市の反論に対する再反論のみを記載している答案も見られた。
 - ・ 答案の中には、判断内容ないし判断理由が前後で矛盾・齟齬しているのではないかと思われるようなものも見られた。例えば、C との同一取扱いに関する合憲性の検討場面では、「B は、反対意見を有するものの、安全性確保のために Y 対策課で働きたいという動機があることを重視して、違憲である」としながら、D らとの差別的取扱いに関する合憲性の検討場面では、「B がなお反対意見を有していることから、合憲である」としているものなどである。法律家を志すものとしては、答案全体を通じて論述が一貫しているかについても注意を払う必要がある。
- (4) 判断の枠組みの定立について
- ・ 判断の枠組みの定立にばかり気を取られてしまい、事実関係への着眼がおろそかになっている答案が見られた。他方で、事実関係には適切にかつその細部にも着眼できているが、判断の枠組みを定立するという意識を欠いており、結局は本問限りの場当たりの判断をしているのではないかと疑われるような答案も見られた。本問のような事例問題では、判断の枠組みを適切に定立した上で、事実関係に即して結論を考えていくという両方がきちんとできて初めて説得力のある論述となることを意識してほしい。
 - ・ 基本的な知識や理解が不足しているからか、本問限りの独自の枠組みを定立しているかのような答案も見られた。しかし、判断の枠組みの定立に当たっては、判例や学説をきちんと踏まえる必要がある。
 - ・ 判断の枠組みを定立するに当たり、「平等」の問題として論じているのか、それとも、「自由」の問題として論じているのかが判然としない答案や両者を混同していると思われる答案も少なくなかった。本問では、「平等」の問題と「自由」の問題が絡み合っている面があり、論述に当たっては様々な切り口が

考えられる。このような問題については、「平等」と「自由」の複合的な視点からの論述も考えられるであろうが、その場合には、「平等」の問題と「自由」の問題の違いを踏まえた上での十分な分析や検討が必要である。

(5) その他

- ・ 憲法上の主張や見解について問われているにもかかわらず、A市の反論や「あなた自身の見解」において裁量論に迷い込み、憲法論から離れてA市側の行為の当・不当を長々と論じている答案が散見された。A市側に一定の裁量があり、また、問題文から拾い上げる要素にも大きな違いはないかもしれないとしても、飽くまでも憲法上の主張や見解について論じていることを意識して答案を作成してほしかった。

3 平等について

- ・ 少なくともDらとの差別的取扱いは平等に関する典型的な問題であり、相対的の平等に関わる問題として論じる必要があることに気付いてほしかったが、「絶対的平等・相対的平等」というキーワードを明示できていた答案は必ずしも多くなかった。この点を「形式的平等・実質的平等」や「機会の平等・結果の平等」などと指摘する答案も相当数あった上、これらと「絶対的平等・相対的平等」を混同していると思われる答案も少なくなかった。このような基本的概念については、キーワードを覚えるだけではなく、具体例に基づいた正確な理解が求められる。受験者におかれては、改めて「基本を大切に」ということを意識してほしい。
- ・ 「法の下」の意義（法適用の平等に尽きるか、法内容の平等も含むのか）については、本問では論じる必要がないと考えられるにもかかわらず、これを論じているものが散見された。マニュアル的、パターンの準備してきたものをそのまま書くのではなく、なぜその点を論じる必要があるのかを事案に即して考え、準備してきたものの中から取捨選択して論じていくべきである。なお、現在の実務では、必要のないことに言及するのは無益ではなく有害と評価される場合もあることに留意してほしい。
- ・ Dらとの差別的取扱いについて、勤務実績が同程度あるいは下回る実績の者を採用したことを差別として検討し、反対意見を持っていることが不採用の理由であることがどのような意味を持つのかを検討していない答案、逆に、反対意見を持っていることに触れながら、勤務実績の点については触れていない答案があった。問題文に記載されている事実がどのような意味を持つのか十分に検討して答案に反映してほしい。
- ・ 平等違反の問題を検討するに当たっては、「何」による差別の問題であるのかをきちんと指摘・検討する必要がある。本問で言えば、憲法第14条第1項後段の列举事由である「信条」による差別ではないかという点である。しかし、この点に関する指摘・検討が全くない答案が少なくなかった。
- ・ Cとの同一取扱いについて、Bの訴訟代理人であるにもかかわらず、「平等（憲法第14条第1項）違反を構成する余地がないから、諦める」などとして、この点に関する主張をあえてしないという答案が少ないながらもあった。確かに、Cとの同一取扱いの問題を憲法上の問題としてどのように構成するかには悩ましい面があるかもしれない。しかし、将来弁護士になれば、明らかに採用の余地がな

い主張はすべきでないことを前提としつつも、不利な事実関係にも配慮しながら、何とか裁判所に受け入れてもらえるような説得的な法律構成がないかと思ひ悩み、考えなければならないであろう。そのような悩みを見せずに簡単に諦めるべきではない。

4 表現の自由について

- ・ 表現の自由について論じることなく、その代わりに憲法第19条の思想良心の自由の問題として論じる答案が多数あった（なお、そのような答案の中には、思想良心の自由の問題であるとしながら、外部への表現行為の制約を論ずる答案も散見された。）。しかし、本問において、Bは、A市がBの「甲市シンポジウムでのY採掘に反対する内容の発言等があること」を不採用の理由の一つとしたことを前提に、「自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている」のであるから、思想良心の自由の問題を別途検討することはともかくとして、ここでは自分の意見・評価を述べたこと、すなわち、憲法第21条の表現の自由の問題についてまず論じてもらいたかった。
- ・ 甲市シンポジウムでの意見表明を理由として不採用になった点につき、表現の自由の問題であるとしつつも、安易に「表現の自由が制約されている」と記載している答案が目についた。しかし、本問の場合、表現行為そのものが制約されているわけではないから、それにもかかわらずなぜ表現の自由の制約に当たるのかを論じてほしかった。
- ・ 表現の自由の問題を考えるに当たっては、Bの意見が公共の利益に関わるものである点が重要になるが、この点をきちんと指摘する答案は少なかった。
- ・ 表現活動への萎縮効果を論じるに当たっては、Bのみならず、その他の者も含めて一般に与える影響という観点が重要であるが、多くの答案がB自身の表現活動への萎縮効果を論じるにとどまっていた。

5 その他一般的指摘事項

(1) 論述のバランス

- ・ 本年は、各問の配点を明記することで答案における記述量の配分の目安を示し、それに応じたバランスのよい記載で、かつ、最後までしっかりと書くことを求めたところである。しかし、例年のように、途中答案が相当数あったほか、一応最後まで書いている答案も、設問2について配点に相応しい分量になっていないものが多かった。また、設問1(1)について簡単な記述で済ませている答案や、逆に、設問1(2)について長々と論じている答案（そのような答案は、設問2の論述が非常に薄いものとなる傾向があった。）も見られた。

(2) 問題文の読解及び答案の作成一般

- ・ B、C、Dらがそれぞれどのような立場の人間であるのかについて事実関係を混同・混乱している答案があった。また、その誤記等（BをXと記載したり、文章内容からはCを指していると思われる者をDと記載したりする例）も散見された。単なる書き間違いかもしれないが、判断の前提となる事実関係を的確に把握できていないのではないかと疑われかねないので、問題文に即して正確

に論述してほしい。

- ・ 問題文で与えられた事実に憲法的な評価を加えることなく、問題文の単なる引き写しや単に羅列するだけの答案が一定数見られた。また、問題文で与えられた事実を超えて必要以上の推測をし、それ（問題文にない事実）を答案に反映させている答案も見られた。このような答案は説得力に欠け、また、後者については「問題文はそのようなことを言っていない」と否定的に評価される可能性があることに注意してほしい。
- ・ 憲法の条文の解釈（本問では特に第14条）について、これをせず、あるいは、これができている答案が散見された。また、条文は誤りなく示す必要があるが、これができている答案もあった（表現の自由を第22条第1項あるいは第23条第1項とする例が少ないながらもあった。）。条文の表記や解釈を大切にしてほしい。
- ・ 設問1(1)の問題文において職業選択の自由については論じないこととする旨明示してあるにもかかわらず、これに反して、正面から職業選択の自由について論じる答案があった。

(3) 形式面

- ・ 普段手書きで文書を作成する機会が少ないためであろうか、誤字や脱字がかなり目に付いた。特に法律用語の誤記については、法律家としての資質自体が疑われかねないので注意してほしい。また、略字を使用する答案もあったが、他人に読ませる文章である以上、略字の使用は避けるべきである。
- ・ 解読が困難な字で書かれた答案も散見された。例えば、字が雑に書かれたり、小さかったりして読みづらいもの、加除や挿入がどのようになされているのか判読し難いものなどである。時間がなくて焦って書いているのは分からないではないが、他人に読ませる文章である以上、読み手のことを考えて、上手な字でなくても読みやすい、大きな字で、また、加除や挿入は明確に分かるような形での答案作成を望む。