

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。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとする、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

参考答案
[憲法]

1 Xの法的措置は、甲市立乙中学校が、Xに対して水泳の授業に参加するよう要請したことが、Xの信教の自由（憲法（以下、「憲法」は省略。）20条1項）を過度に制約するものであって違憲であることを前提とする手続であると考えられる。

この点、学校長が、生徒に対して授業に参加するよう求めることは、当該学校内での教育内容に責任と権限を有する学校長の裁量に基づく行為である。そのため、乙中学校校長が、Xに対して水泳授業に参加するよう要請する行為（以下、「本件行為」という。）が、裁量権の行使として違法にならないかが問題となる。

2 行政機関の裁量行為の適否は、行政機関に与えられた裁量権の逸脱又は濫用があるか否かを基準として判断されるべきである（行政事件訴訟法30条）。そこで、以下では本件行為が、Xの信教の自由を過度に制約し、乙中学校校長に与えられている裁量を逸脱し、又は濫用するものではないかについて検討する。

3 まず、Xについて信教の自由が認められるか検討するに、XはA国民であるから外国人の人権享有主体性が一応問題となる。しかしながら、憲法が国際主義の立場から条約及び確立された国際法規の遵守を定め（98条2項）、かつ、国際人権規約等にみられるように人権の国際化の傾向がみられることに鑑みれば、外国人にも権利の性質上適用可能な人権規定は、全て及ぶと解すべきである。信教の自由は、国家制度と関しない精神的自由権であり、当然、外国人であるXにも及ぶものと解する。

また、Xは未成年者であり、心身ともにいまだ発達途上にあると考えられるが、信教については年齢を問わず行うことができ、制限されるべきでない内心の問題であるから、Xが未成年者であることは本件の判断において特段考慮すべき事情ではない。

よって、XにはB教に関する信教の自由が認められる。

4 それでは、本件行為はXの信教の自由を制約するか。個人の内心においていかなる信仰をもつことも自由であるから、信教の自由は内心に留まる限りにおいて絶対的に保障される。

しかしながら、本件行為は、学習指導要領上、必須である水泳授業への参加を要請したものにすぎず、宗教中立的な要請である。

この点、信教の自由を内心に限るものと考え、本件行為を形式に捉えるならば、宗教中立的な内容である以上、Xの信教の自由を制約するものではないようにも思える。しかし、信教の自由の保障を充実させるためには、仮に宗教中立的な要請であっても、それが特定の宗教の信者に対してとりわけ重い負担をもたらすような場合については、実質的には制約があるものと解すべきである。

従って、本件行為は、Xの信教の自由を制約するものであると考ええる。もっとも、水泳授業に参加するか否かは、内心に留まる問題では無いから、かかる制約が公共の福祉による制約として正当化されるものであるか否かを検討する必要がある。

5（1）本問についてみるに、B教では、女性が家庭内以外において、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型が

はっきり分かるような服装をしてはならないというのは重要な戒律であるとされる。しかしながら、同戒律は水泳を禁止しているのではなく、肌や髪を露出することを禁止しているのである。実際に、乙中学校の他のB教徒の生徒の中には、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している生徒もいるのであるから、水泳に参加することができないというのは、信仰の核心に関するものではなく、付随的なものに過ぎない。

- (2) 他方で、水泳の授業は学習指導要領上、必修とされているものであって、選択的に他の科目を選ぶことのできないものである。同授業が義務教育として行われるものであることからしても、水泳授業を受けさせることは重要なものであるといえ、上述したXが水泳に参加することのできない事情と比して、より重要である。
- (3) もっとも、Xに対して代替措置を講ずる余地がなかったのかは問題になり得る。この点、参加拒否を認めて見学とレポート提出という代替措置を認めたとしても、それ自体はXの信仰に配慮したに過ぎず宗教的意義を持つものではないから、特定宗教を援助、助長、促進する効果はなく、他の宗教に圧迫、干渉するものとはいえないため、教育の中立性に反するとはいえない。しかし、B教の信者である他の生徒の中には、水泳の授業に参加している者もいることからすれば、乙中学校校長が主張するように、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものであるのかの判断が困難であるという理由は正当であると考えられる。また、Xの求めに応

じ、仮にB教の戒律との関係で水泳授業への参加拒否を認めた場合、他にも代替措置を望むB教を信仰する生徒が続出する可能性がある。乙中学校は、A国民の生徒が全体の4分の1であることからすれば、水泳授業の実施に支障が生じ、維持できないおそれがあるところ、代替措置を採ることは、B教徒以外の生徒の教育を受ける権利をかえって害する可能性すらある。そればかりか、代替措置を講ずることは、これまで水泳授業に参加しているB教徒の生徒が、あたかも戒律に反して授業に参加していたかのように思われかねず問題がある。

加えて、乙中学校では他の保健体育の授業及びその他の学校生活に対しては服装についての特例を認めているのだから、肌の露出を最小限にした水着の着用によって水泳の授業に参加することは許容されるべきであるが、これについてはXが応じなかったというのであるからかかる方法を用いなかった点は本件行為の問題では無い。

- (4) 以上からすれば、本件行為は、Xの信教の自由を制約するものの、代替措置を講じなかったことも含めて公共の福祉による制約であるといえ、裁量権の逸脱濫用にはならないと考える。
- 6 本件行為はXの信教の自由を過度に制約するものとはならず、乙中学校校長の裁量権の行使に、権限の逸脱濫用は認められない。よって、本件行為は適法である。

以上

令和元年司法試験予備試験論文式試験問題と出題趣旨

[憲法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

甲市は、農業や農産物の加工を主産業とする小さな町である。近年、同市ではこれらの産業に従事する外国人が急増しているが、そのほとんどはA国出身の者である。甲市立乙中学校は、A国民の集住地区を学区としており、小規模校であることもあって生徒の4分の1がA国民となっている。A国民のほとんどはB教という宗教の信者である。

XはA国民の女性であり、乙中学校を卒業し、甲市内の農産物加工工場で働いている。Xの親もA国民であり、Xと同じ工場に勤務している。この両名（以下「Xら」という。）は熱心なB教徒であり、その戒律を忠実に守り、礼拝も欠かさない。B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪を露出し、あるいは体型がはっきり分かるような服装をしてはならない。これはB教における重要な戒律であるとされている。

ところで、Xが工場に勤務するようになった経緯として、次のようなことがあった。Xらは、Xの中学校入学当初より毎年、保健体育科目のうち水泳については、戒律との関係で水着（学校指定のものはもちろん、肌の露出を最小限にしたものも含む。）を着用することができず参加できないので、プールサイドでの見学及びレポートの提出という代替措置をとるように要望していた。なお、Xは、水泳以外の保健体育の授業及びその他の学校生活については、服装に関して特例が認められた上で他の生徒と同様に参加している。

しかし、乙中学校の校長は、検討の上、水泳の授業については、代替措置を一切とらないこととした。その理由として、まず、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反するおそれがあり、また、代替措置の要望が真に信仰を理由とするものなのかどうかの判断が困難であるとした。さらに、上記のように、乙中学校の生徒にはB教徒も相当割合含まれているところ、戒律との関係で葛藤を抱きつつも水泳授業に参加している女子生徒もおり、校長は、Xらの要望に応えることはその意味でも公平性を欠くし、仮にXらの要望に応えるとする、他のB教徒の女子生徒も次々に同様の要望を行う可能性が高く、それにも応えれば、見学者が増える一方で水泳実技への参加者が減少して水泳授業の実施や成績評価に支障が生じるおそれがあるとも述べた。

Xは、3年間の中学校在籍中に行われた水泳の授業には参加しなかったが、自主的に見学をしてレポートを提出していた。担当教員はこれを受領したものの、成績評価の際には考慮しなかった。調査書（一般に「内申書」と呼ばれるもの）における3年間の保健体育の評定はいずれも、5段階評価で低い方から2段階目の「2」であった。Xは運動を比較的得意としているため、こうした低評価には上記の不参加が影響していることは明らかであり、学校側もそのような説明を行っている。Xは近隣の県立高校への進学を希望していたが、入学試験において調査書の低評価により合格最低点に僅かに及ばず不合格となり、経済的な事情もあって私立高校に進学することもできず、冒頭に述べたとおり就労の道を選んだ。客観的に見て、保健体育科目で上記の要望が受け入れられていれば、Xは志望の県立高校に合格することができたと考えられる。

Xは、戒律に従っただけであるのに中学校からこのような評価を受けたことに不満を持っており、法的措置をとろうと考えている。

〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、Xらに永住資格はないが、適法に滞在しているものとする。また、学習指導要領上、水泳

実技は中学校の各学年につき必修とされているものとする。

(出題の趣旨)

本問では、主として①信教の自由に基づく一般的な義務の免除の可否、②代替措置を講じることの政教分離原則との関係など具体的な検討が問題となるほか、③教育を受ける権利、④外国人の人権享有主体性や未成年者の人権等の論点が含まれる。判例としては、剣道受講拒否事件（最高裁判所第二小法廷平成8年3月8日判決、民集50巻3号469頁）を意識することが求められる。もっとも、事案には異なるところが少なくないので、直接参考になるとは限らず、同事件との異同を意識しつつ、事案に即した検討が必要である。

①については、水泳実技への参加とB教の教義との関係、代替措置が認められないことによる結果の重大性などを事案に即して把握し、信教の自由への影響の大きさを的確に把握して、判断枠組みを設定することが求められる。

②は、①で設定した判断枠組みに基づく具体的検討に当たるものである。政教分離原則との関係の点も含め、代替措置をとらないことについて校長が示した理由が詳しく述べられているので、それに即して分析を進めることが必要である。

以上が必ず論じてもらいたい内容であり、③④はそれに比較すると優先度は落ちるが、詳しく検討するためには必要な点である。特に、本件は、正面からその侵害を問題とするかどうかはともかく、社会権である教育を受ける権利が関わってくる事案である。社会権は外国人には保障されないという一般論が、学習権を背景とする教育を受ける権利との関係でも妥当するかという問題意識を感じてもらいたいところである。



最優秀答案

表

試験科目	試験地
憲法	明治大学

回答者：I.S. 評価：A

憲
法
1
頁

1 乙中学校、校長が、水泳、授業への代替措置をとらず、Xの体育の評価を
2 「2」とした行為は、裁量権、逸脱・濫用にあたり違法ではないか。①

3 2 (1)アXは^{上記行為が}憲法20条1項(以下、略名略)に反することも主張することか
4 考えられる。ここで、Xは外国人であるところ、上記権利主張は認められず、

5 イ外国人については、性質上日本国民のみを対象としておりと解釈する権利を
6 除き、その人権享有主体性は認められる。

7 ウXが主張することも考えられる、~~非~~信仰、自由は、国籍を
8 向題とするものでなく、性質上日本国民のみを対象としておりと解釈する
9 権利とはいえない。よって、Xは主張し得る。

10 (2)アでは、保障し得るか。

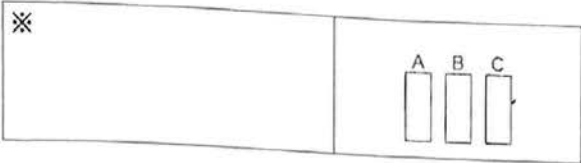
11 イ20条1項は、「信教の自由」を、一つとして、信仰、自由を保障する。
12 ウXのB教を信仰する自由は、20条1項より、保障し得る。

13 3 Xは^は水泳、授業に参加したため、「2」の成績・評価を
14 つけられたに過ぎず、上記権利に対する制約はない、よら(は)思える。
15 しかし、Xは^は県立高校への進学を希望したが、水泳、授業に参加し
16 なかったことの影響で、入学試験で不合格となつてくる。そして、Xの
17 経済的事情も相ま、高校進学を断念せざるを得なくなつており、
18 間接的であるが、制約は認められる。

19 4 (1)信教の自由は、弾圧の歴史から明大で保障された重要な権利
20 である。また、信教者からすると、上記自由の侵害は深刻なア
21 ンソナイの侵害にたかりかねない。

22 (2)成績評価は、教師が現場判断的につづるもので性質の





下あり、専ら裁量に委ねられ、線合憲性を判断すべきように思える。

しかし、B教の戒律によれば、女性は家庭内以外において、顔面や手足の一部を除き、肌や髪の露出を忌むべきであるとされており、これはB教にとって重要な戒律である。そして、Xのような熱心な教団信徒にとり、重要な戒律を守ることは自己の信仰の核であり、制約は強度であるといえ、そのように解すべきでない。

(3) よって、目的が明白にやまれぬものであり、手段が必要最小限度といえない限り、校長の行為は裁量権の濫脱・濫用として違法になると解する。

5 (1) そもそも、代替措置をとることについて、水泳実技は中学校の必修とされており、認められるように思える。もっとも、保健体育の一科目として用意されていることを考慮すると、他、実技との兼ね合いから、評価を付することも可能である。そのため、代替措置はとりえた。

(2) ア乙中学校側の反論として、目的との関係で、信仰に配慮した代替措置をとることは教育の中立性に反する旨を主張していることが考えられる。

イア) 代替措置をとることは、政教分離原則(20条1項後段)に反するか。

(1) 政教分離原則は、国家が宗教的中立であることを要求するが、その関係合いが相当とされる限度を超える場合、許されないとするものである。

(2) 代替措置の内容として、フォームサイドでの見学及びレポート提出

(注意事項)
 1 答案用紙の種類
 本答案用紙は、憲法の答案用紙です。
 行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、無効となるので、注意してください。
 なお、試験時間中に答案用紙の取替えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取替えの申出は一切ありません。)
 2 答案用紙の取扱い
 答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意
 (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に真数に従って
 (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし
 となります。
 (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が既行にわた
 (4) 答案用紙の複製を書き通して答案を作成した場
 間終了後に記載することは認めません。)
 (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでくだ
 4 その他
 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると

モリッし 理由が足りない

45 か考えらるるところ、客観的にこれは宗教的、且つ距離と評価しうる
 46 ものでもなく、相当性を欠くといえる。
 47 よって、代替措置をとることは憲法第20条の原則に反しない。
 48 ウ 以上より、目的との関係で、乙中学校の反論は認められない。
 49 (2) 手段との関係で、乙中学校は反論として、①代替措置の要否
 50 が真に信仰を理由とするものかの判断が困難であること②葛藤
 51 を抑えつつも水泳の授業に参加しているB教信者の生徒もす
 52 らる要望に応じることは公平性を欠くことが挙げられる。
 53 ア ①に於いて、~~宗教的~~、上記5(1)より、水泳の授業が
 54 必須とはいえない。これを考慮すると、~~予~~もそのような判断を
 55 することはその必要性が乏しく、~~主~~認められない。
 56 イ ②に於いて、信仰の重要性を考慮すると、生徒の4分の1以上
 57 がA国民であり、A国民のほとんどがB教信者であること
 58 を認めると、一律の代替措置を考慮してもよからたといえる。
 59 そうすれば公平性を欠くことにならない。よって、②の反論
 60 も認められない。 *2
 61 ~~以上より~~ 代替措置をとることは可能であり、乙中学校
 62 の上記反論が認められないことを認めると、代替措置を
 63 示すべきであったといえる。それにも関わらず、乙中学校、校長
 64 がXの体育の評価を「2」とした行為は、裁量権の逸脱-
 65 濫用にあたる。
 66 7 以上より、校長の行為は、違憲である。

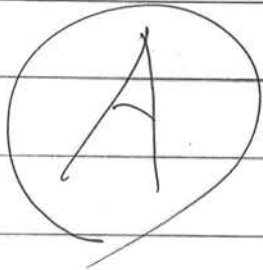


【おたください。なお、解答欄のゆ外（罫色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部分は何点されません。
 ンクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点
 1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください（試験時
 間中に記載のある答案は無効答案として零点となります。）

以上

※1, 二は他の文献をいふより、代替措置として
 教育目標への達成度とみることはできずとも、
 代替措置に寄せた方がいいように思われる。

※2 一律に代替措置をとると、
 ともとも授業の維持を主としておそれか
 たりますが、その点には解決を欲している。



憲
法
4
頁

最優秀答案

回答者 I.S. 評価：A

- 1 乙中学校の校長が、水泳の授業で代替措置をとらず、Xの体育の評価を「2」とした行為は、裁量権の逸脱・濫用にあたり違法ではないか。
- 2 (1) ア Xは上記行為が憲法20条1項(以下、法令名略)に反することを主張することが考えられる。ここで、Xは外国人であるところ、上記権利主張は認められるか。
イ 外国人についても、性質上日本国民のみを対象としていると解される権利を除き、その人権享有主体性は認められる。
ウ Xが主張することが考えられる、信仰の自由は、国籍を問題とするものではなく、性質上日本国民のみを対象としていると解される権利とはいえない。よって、Xは主張しうる。
(2) ア では、保障されるか。
イ 20条1項は、「信教の自由」の一つとして、信仰の自由を保障する。
ウ XのB教を信仰する自由は、20条1項より、保障される。
- 3 Xは水泳の授業に参加しなかったために、「2」の成績評価をつけられただけに過ぎず、上記権利に対する制約はないように思える。しかし、Xは県立高校への進学を希望していたが、水泳の授業に参加しなかったことが影響し、入学試験で不合格となっている。そして、Xの経済的事情も相まって高校進学を断念せざるを得なくなっており、間接的であるが、制約は認められる。
- 4 (1) 信教の自由は、弾圧の歴史から明文で保障された重要な権利である。また、信教者からすると、上記自由の侵害は深刻なアイデンティティーの侵害につながりかねない。
(2) 成績評価は、教師が現場判断的につける性質のものであり、専ら裁量に委ねられ、緩く合憲性を判断すべきように思える。しかし、B教の戒律によれば、女性は家庭内以外においては、顔面や手など一部を除き、肌や髪の出露をしてはならないとされており、これはB教にとって重要な戒律である。そして、Xのような熱心な教徒にとって、重要な戒律を守ることは自己の信仰の核心であり、制約は強度であるといえ、そのように解すべきでない。

(3) よって、目的がやむにやまれぬものであり、手段が必要最小限度といえない限り、校長の行為は、裁量権の逸脱・濫用として違法になると解する。

5 (1) そもそも、代替措置をとることについて、水泳実技は中学校の必修とされているため認められないように思える。もっとも、保健体育の一科目として用意されていることを考慮すると、他の実技との兼ね合いから成績評価をすることも可能である。そのため、代替措置はとりえた。

(2) ア 乙中学校側の反論として、目的との関係で、信仰に配慮して代替措置をとることは教育の中立性に反することを挙げるのが考えられる。

イ (ア) 代替措置をとることは、政教分離原則(20条1項後段)に反するか。

(イ) 政教分離原則は、国家が宗教的中立であることを要求するが、その関わり合いが相当とされる限度を超える場合、許されないとするものである。

(ウ) 代替措置の内容として、プールサイドでの見学及びレポート提出が考えられるところ、客観的にこれは宗教への助長と評価しうるものでなく、相当性を欠くとはいえない。

よって、代替措置をとることは政教分離原則に反しない。

ウ 以上より、目的との関係で乙中学校の反論は認められない。

(3) 手段との関係で、乙中学校は反論として、①代替措置の要望が真に信仰を理由とするものかの判断が困難であること ②葛藤を抱きつつも水泳の授業に参加しているB教信者の生徒もおり、Xらの要望に応えることは公平性を欠くことが挙げられる。

ア ①について、上記5(1)より、水泳の授業が必須とはいえない状況を考慮すると、そもそもそのような判断をすることの必要性が乏しく、認められない。

イ ②について、信仰の重要性を考慮すると、生徒の4分の1ほどがA国民であり、A国民のほとんどがB教の信者であることをふまえると、一律の代替措置を考慮してもよかったといえる。そうすれば公平性を欠くことにならない。よって、②の反論も認められない。

6 したがって代替措置をとることは可能であり、乙中学校の上記反論が認められないことをふまえると、代替措置を示すべきであったといえる。それにも関わらず、乙中学校の校長がXの体育の評価を「2」とした行為は、裁量権の逸脱・濫用にあたる。

7 以上より、校長の行為は、違憲である。

以 上