

司法試験

---

合格答案作成講座  
憲法  
無料体験冊子

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 193212

LU19321



# 合格答案作成講座・問題集

## 憲法

### 目次

#### 第1部 法科大学院入試過去問・旧司法試験過去問・他

第1問	(外国人の公務就任権)	2
第2問	(外国人の公務就任権・地方参政権)	6
第3問	(私法関係と基本的人権)	10
第4問	(公務員の政治活動の自由)	14
第5問	(プライバシー権)	18
第6問	(プライバシー侵害と表現の自由)	22
第7問	(プライバシー権)	26
第8問	(プライバシー権と取材の自由)	30
第9問	(自己決定権と信仰による輸血拒否)	34
第10問	(同性愛者に対する公共施設宿泊拒否)	38
第11問	(法の下での平等)	42
第12問	(法の下での平等・表現の自由)	46
第13問	(再婚禁止期間・性別による差別)	50
第14問	(団体構成員の思想・良心の自由)	54
第15問	(信教の自由)	58
第16問	(信教の自由・政教分離原則)	62
第17問	(公金支出と政教分離原則)	66
第18問	(宗教上の理由による授業の欠席)	70
第19問	(大学の自治と学問の自由)	74
第20問	(表現の自由と内容中立規制)	78
第21問	(表現の自由と青少年の保護)	82
第22問	(取材の自由)	86
第23問	(在監者の通信制限)	90
第24問	(団体の政治活動)	94
第25問	(政治的表現に対する事前規制)	98
第26問	(営利的表現の自由)	102
第27問	(営利的表現の自由)	106
第28問	(輸入書籍・図画等の税関検査)	112
第29問	(検閲・事前抑制の禁止)	116
第30問	(知る自由)	122
第31問	(政見放送の削除・政治活動の自由)	126
第32問	(集会の自由と市民会館使用不許可)	130
第33問	(団体の表現活動の自由)	134
第34問	(営業の自由—薬局開設の距離制限)	138
第35問	(営業の自由—酒類提供の規制)	142

第36問	(営業の自由—幼稚園の設置)	146
第37問	(営業の自由—公衆衛生上の規制)	150
第38問	(財産権の制限)	154
第39問	(財産権—正当な補償)	158
第40問	(適正手続の保障)	162
第41問	(受刑者の選挙権)	166
第42問	(被選挙権における年齢制限)	172
第43問	(生存権—児童扶養手当の支給基準)	176
第44問	(教科書検定)	180
第45問	(参議院における議員定数不均衡)	184
第46問	(拘束名簿式比例代表制の合憲性)	188
第47問	(政党助成金の合憲性)	192
第48問	(拘束名簿式比例代表制での議員資格喪失)	196
第49問	(立法の委任)	200
第50問	(規則制定権)	204
第51問	(国会単独立法の原則)	208
第52問	(国会議員の発議権)	212
第53問	(国政調査権)	216
第54問	(独立行政委員会・公金支出の禁止)	220
第55問	(内閣の法律執行義務)	224
第56問	(予算と法律の不一致)	228
第57問	(公金支出の禁止)	232
第58問	(知事の資格制限)	236
第59問	(条例制定権)	240
第60問	(住民投票)	244
第61問	(法律上の争訟)	248
第62問	(住民訴訟)	252
第63問	(部分社会の法理)	256
第64問	(議員の除名処分)	260
第65問	(裁判公開の原則)	264
第66問	(条約締結権)	268
第67問	(立法の不作為)	272

## 第2部 予備試験過去問

第68問	(平等原則—積極的差別是正措置)	278
第69問	(最高裁判所裁判官国民審査制)	284
第70問	(世襲議員に関する立候補の自由の制限)	290
第71問	(職業の自由・結社の自由)	296
第72問	(違憲審査権)	302
第73問	(消極的表現の自由・結社の活動の自由)	308
第74問	(財産権)	314
第75問	(法律上の争訟・議員の除名処分)	320

# 第 1 部

法科大学院入試過去問  
旧司法試験過去問・他

## 第1問

在日2世で外国籍を有し、X県の職員（保健師）である甲（特別永住者）は、X県の管理職選考試験を受験しようとした。しかし、X県人事委員会は、日本国籍を有することが受験資格の要件であるとして、甲の受験申込書の受取りを拒否したため、甲は管理職選考試験を受けることができなかった。なお、X県では職種により区別を設けず、公権力を行使する管理職等も包含する一体的な管理職任用制度を採用しており、また、管理職選考試験に合格したとしても、課長級の職に就くにはさらに選考を経る必要があるとしている。

かかる事案における憲法上の問題点について論ぜよ。

## 答案構成用シート

## 解答例

- 1 甲の受験申込書の受取りを外国人であることを理由に拒否したX県の処分は、国籍を理由とした差別であって、平等原則（14条1項）に反し、違憲とならないか。
- 2 まず、平等原則は実体的権利を問題とすることのない相関的な権利であるから、その性質上当然に外国人にも適用があると解する。
- 3 では、本問のX県の処分は、平等原則に反するか。
  - (1) まず、「平等」とは、各人の事實的・実質的の差異を無視するわけにはいかないから、合理的区別を許容する相対的平等を意味すると解すべきである。
  - (2) そうすると、X県が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。したがって、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない。
  - (3)ア そして、地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定する等の公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下「公権力行使等地方公務員」という。）については、次のように解すべきである。

● 平等原則

● 相対的平等

● 最大判平17.1.26／百選I  
[第6版]〔5〕

同最判の泉反対意見は、本件を特別永住者に対する権利制限の問題と把握した上で、14条と22条1項の保障が特別永住者にも及ぶとし、厳格な合理性の基準をもって判断すべきであるとしている。

すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有するものである。それゆえ、国民主権原理（1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではない。

イ そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができる。そうすると、普通地方公共団体が上記制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、14条1項に違反するものではない。

- (4)ア 本問において甲が受験しようとした管理職選考試験

にかかる地方公務員は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすものであることから、公権力行使等地方公務員に当たる。

イ そして、本問のX県では、職種により区別を設けず、公権力行使等地方公務員の職に当たる管理職等も包含する一体的な管理職の任用制度を採用している。

そうすると、X県において、上記の管理職の任用制度を適正に運営するために必要があると判断して、職員が管理職に昇任するための資格要件として当該職員が日本の国籍を有する職員であることを定めたとしても、合理的な理由に基づいて日本の国籍を有する職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、14条1項に違反するものではない。

4 以上より、甲の受験申込書の受取りを外国人であることを理由に拒否したX県の処分は、平等原則（14条1項）に反せず、合憲である。

以 上

## 第2問

A市では、条例で、市職員の採用に当たり、日本国籍を有することを要件としている。この条例の憲法上の問題点について、市議会議員の選挙権が、法律で、日本国籍を有する者に限定されていることと対比しつつ、論ぜよ。

(平成19年度旧司 第1問)

## 答案構成用シート

## 解答例

### 第1 外国人に保障される人権について

1 本問の条例は、A市職員の採用に当たり、日本国籍を有することを要件としている。そこで、本問の条例は、外国人の公務就任権（15条1項）及び職業選択の自由（22条1項）を不当に制限するものとして、違憲であるかが問題になる。

2 まず、外国人が人権享有主体となりうるか。

この点、人権が前国家的性格を有すること（13条、11条、97条）や、国際協調主義（98条）の立場からすれば、外国人も人権享有主体となりうると解する。

3(1) そうであるとしても、いかなる人権が外国人に保障されるか。

前述の人権の前国家的性格からすれば、基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としているものを除き、外国人にも等しく及ぶものと解する（性質説）。

(2) 本問の条例は、外国人の公務就任権（15条1項）及び職業選択の自由（22条1項）を制約している。この点、職業選択の自由は自由権的性質を有することからすれば、権利の性質上、外国人にも保障される。

もともと、職業として公務員を選択するにあたっては、国民主権の原理からの制限が伴うことから、市職員への採用の可否については、外国人に公務就任権が認められ

● 外国人の人権享有主体性

● 性質説—最大判昭53.10.4/百選I [第6版] [1]

るかどうかを検討すべきであるといえる。そして、この点については、公務就任権の参政権的性質から争いがある。

(3) ここで、同じく参政権の1つである選挙権について、本問の法律は、市議会議員の選挙における外国人の選挙権を制約しているが、15条1項は「国民」の権利として選挙権を定めており、国民主権（前文、1条）の原理から、選挙権は日本国籍を有する者に保障されていることが明らかである。そして、地方議会での決議は国政にも影響を与えることから、地方レベルの選挙権も国政レベルと同様に考えるべきである。

したがって、選挙権は、権利の性質上、日本国籍を有する者のみに保障されるので、外国人には保障されない。

(4) これに対し、地方自治体における公務就任権については、別異に考えることができる。

すなわち、市議会議員には条例の制定など住民の権利義務を直接形成する権能が認められるのに対し、地方自治体における公務員には機械的・補助的な国民の権利義務とかかわらない業務を行うにすぎない者も存在する。

とすれば、外国人にも職業選択の自由（22条1項）の一種として、地方自治体における公務就任権が認められると解すべきである。

● 外国人の地方参政権

● 外国人の公務就任権

4 そして、本問の条例は外国人がA市職員になることを禁じており、かかる権利を制約している。

## 第2 制約の正当化について

1 職業は、分業社会で重要な機能を果たし、また個人の人格的価値と不可分の関連を有するから、職業選択の自由は保護すべき重要な人権である。

他方、本問条例は日本国籍の有無という本人の能力とは関係しない要件による制限を設けており、強度の制約といえる。

そこで、制約の可否は、目的が重要であり、手段との間に実質的関連性が認められるかどうかによって、判断すべきである。

2(1) 本問条例の制定目的は、市の行政活動において国民主権原理の実現を図るものといえ、民主主義の重要性にかんがみれば、目的は重要である。

(2) では、手段についてはどうか。

ア まず、地方自治においては、国民主権の原理のほかに住民自治の観点から、当該地方自治体と深い関係を有する者に公務を行わせることが合理的といえる。

そして、外国人のなかにも、特別永住者のように、当該地方自治体との間で日本人と変わらない程度に関係を有する者も存在する。

● 最大判昭50.4.30／百選 I  
[第6版] [97]

● 最判平7.2.28／百選 I [第6版] [4]

イ さらに、上述のように公務のなかにも、管理職とは異なり、機械的・補助的公務を行う、国民の権利義務の形成がほぼ認められないものが存在する。

とすれば、公権力行使等地方公務員についての国籍要件を合憲とした判例の立場からしても、一切の公務員について国籍を要件とすることは、合理性を有しないというべきである。

ウ これは、そもそも人権として保障されない選挙権の制限についてすら法律という形式でなされているのであるから、人権として保障される地方公務員への就任権については、条例という形式でなく法律によるべきである、という観点からも妥当といえる。

エ したがって、手段との間に実質的関連性は認められない。

## 第3 結論

よって、本問の条例は外国人の地方自治体における公務就任権（15条1項）、職業選択の自由（22条1項）を侵害し、違憲である。

以上

● 最大判平17.1.26／百選 I  
[第6版] [5] 参照

### 第3問

有名大学に所属する女子学生Xは、語学力だけでなく学業成績も優秀な上、自己の正義感から政府の方針と異なるある平和活動団体（NPO）に所属し、積極的に活動していた。就職にあたって、親の要望にしたがい世界的に著名な大企業Y社の採用試験を受けたが、不採用となった。

Y社は新卒学生の採用にあたって、語学力、知的能力、社会性、人格的信頼性、将来性などの他に、学生時代に反政府的な政治活動をしていないこと、また、女性よりは男性を優先的に採用すべきこと、という部外秘の内部方針をとっていた。

Xは、その後、同じ大学でY社の内定をとった男子学生AからY社の上記内部採用方針を聞き、そのために不採用になったと考え人権侵害でY社を訴えた。なお、XはAよりも成績が上位であることは明らかであった。

以上の事例において、Xは、いかなる憲法的主張を行うことができるか、また、その主張に関し憲法学上どのように判断すべきかを論ぜよ。

（平成17年度 駒澤大学法科大学院）

## 答案構成用シート

## 解答例

## 第1 Xの行う憲法的主張について

- 1 Xは、Y社の内定を得たAよりも成績が上位であったにもかかわらず、本問の就職試験で不採用（以下「本件不採用」という。）となっている。とすれば、Xが不採用となった理由は、政府の方針と異なる平和活動団体に所属していたこと及びXが女性であることと考えられる。
- 2 したがって、Xは、思想信条に基づき不利益な取扱いをされたとして、本件不採用は19条に反すると主張する。また、性別によって不合理な差別的取扱いを受けたとして、本件不採用は14条1項に反すると主張する。

## 第2 主張に対する判断について

- 1 では、これらの主張に対し、どのように判断すべきか。まず、Yは私企業であることから、憲法上の人権規定の私人間への適用の可否が問題となる。  
たしかに、私人間相互の社会的力関係の相違から一方が他方に優越し、事実上、一方の意思に服従せざるを得ない場合があることは否定できず、その場合には、私人による人権侵害というものを観念することもできないわけではない。しかしながら、そのような関係はあくまで事実上のものであって、各私人によって相対的なものである。また、一律に憲法を適用すると、私的自治に委ねられた自由な交渉・取引が許されないこととなる。

そこで、人権保障の実質化の要請と私的自治の要請の調和の観点から、憲法の人権規定は、私法の一般条項の解釈を通じて間接的に適用されるべきである。

- 2 そこで、Yによる採用拒否は民法709条の不法行為にあたり、Yは損害賠償責任を負うのではないかと検討する。  
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、22条、29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から、Yにも営業の自由（22条1項）が認められ、その一環としてYは採用の自由（雇入れ拒否の自由）を有する。また、雇用契約は継続的契約であって、一定の信頼関係に基づくものである。それゆえ、Yが自己の営業のために労働者を雇用するにあたり、一定の信頼関係を築くことができると考えられる者を採用することは、Yの営業の自由を保障するにあたっては十分に尊重されるべきである。したがって、いかなる者をいかなる条件で雇うかについて、原則として自由に決定することができる。  
確かに、企業者は、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から、企業者のこの種の行為が労働者の思想、信条の自由に対して影響を与える可能性がないとはいえないが、法律に別段の定めがない限り雇入れの拒否は企業者の法的に許された行為と解すべきである。

- 本問全体について、最大判昭48.12.12／百選I〔第6版〕〔10〕参照

ただし、純粋に雇入れの場面であること、性別に着目した雇入れの拒否を行っている点が特徴的

- 私人間効力

- 間接適用説（最大判昭48.12.12／百選I〔第6版〕〔10〕）

したがって、Yによる雇入れの拒否が著しく不合理であることが明白でない限り、「権利……を侵害した」と判断することはできない。

- 3(1) まず、①反政府的な政治活動をしていたことについて検討するに、前述のとおり、雇用契約は継続的な契約であり、信頼関係が重視されるものである。また、Yは世界的に著名な大企業であり、多数の人間を雇用しているから、雇用する労働者が円滑な組織運営を阻害する虞があるか否かという点に大きな関心を抱くことは通常であり、判断にあたって性向、思想等を参照することは合理的である。

そして、反政府的な政治活動をしていた者を円滑な組織運営を阻害する虞があるとして、不採用とすることは、明らかに不合理であるとまではいえない。

したがって、①については、不法行為法上、「権利……を侵害した」とはいえない。

- (2) 次に、②女性であることについて検討するに、たしかに、仕事の性質上、女性には適性の認められない仕事もあり、そのような業務を中心に営業している企業にとっては、女性であることを不採用の条件とすることは合理性が認められる。

しかし、Yは世界的に著名な大企業であり、そのよう

● 反政府的な政治活動をして  
いたことを理由とすること

● 女性であることを理由とす  
ること

な特殊な業務のみをしているとは考えられないし、逆に女性のほうが適性である業務を多く抱えていると考えられる。

したがって、女性であることをもって、不採用の条件とすることは、著しく不合理であることが明白であるといえるから、本件不採用は、「権利を……侵害した」といえる。

- 4 また、上記権利侵害は、故意又は少なくとも過失によって行われ、その結果、Aは不採用という損害を被った。
- 5 以上より、Yによる採用拒否は民法709条に当たり、賠償責任を負うこととなる。

以上

## 第4問

公立小学校の教員である甲が、その勤務時間外に自らの身分を明らかにした上で政治集会に参加し、外交問題に関する批判等の演説を行ったため、法律の規定により懲戒処分を受けた。かかる処分の合憲性について、上記行為を行った者が裁判官乙であった場合と比較しつつ、論ぜよ。

## 答案構成用シート

## 解答例

第1 本問では、公立小学校の教員である甲という公務員が、政治集会における外交問題に関する批判等の演説という政治活動を行ったことを理由として、懲戒処分を受けている。そこで、本問懲戒処分が、甲の政治活動の自由を侵害し、違憲とされないかが問題となる。

1 まず、政治活動の自由については憲法上明文はないが、表現の自由の一環として21条1項により保障されると解する。そして、公務員も「国民」(第3章)である以上、政治活動の自由が保障される。

2 もっとも、政治活動の自由も絶対無制約ではなく、「公共の福祉」(13条)に基づく内在的制約に服する。

さらに、憲法が公務員関係の存在と自律性を憲法秩序の構成要素として認めていることから(15条、73条4号等)、公務員の基本的人権に対しては、公務員関係の存在と自律性を確保するための必要最小限度の制約が許される。

3 では、本問処分は公務員の政治活動の自由に対する必要最小限度の制約といえるか。合憲性判定基準が問題となる。

(1) この点、判例は猿払事件において、①目的が正当で、②手段と目的との間に合理的関連性があり、③得られる利益が失われる利益に比して重要である場合には、公務員の政治活動の自由を禁止することも許されるとする。

しかし、このような緩やかな基準では政治活動の自由

の制限を広く認めてしまうことになり妥当でない。

(2) 政治活動の自由は、個人の人格を形成・発展させ、また、民主政の過程を支える非常に重要な権利である。かかる政治活動の自由の重要性に鑑みると、これに対する制約の合憲性は厳格に審査すべきである。

そこで、①目的が正当であり、②その目的達成のためにより制限的でない他の選ぶうる手段がないかを基準に合憲性を判定すべきと解する(LRAの基準)。

ただ、一口に公務員といってもその種類は様々であるから、具体的判断においては、処分の対象となる公務員の特殊性を考慮した判断をすべきである。

第2 以上を前提に、以下、小学校教員甲に対する本問処分の合憲性について、裁判官乙の場合と比較しつつ論じる。

1 まず、小学校教員である甲に対する処分の目的は、行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼を維持することにあるので、①目的は正当である。

また、裁判官である乙に対する処分の目的も、裁判官の政治的中立性を確保することによって裁判に対する国民の信頼を維持し、三権分立の下での司法と立法・行政との関係を規律することにあるので、①目的は正当である。

したがって、処分の目的については、甲、乙いずれの場合も正当であり、この点では両者は異ならない。

● 公務員の政治活動の自由

● 基本的人権と公共の福祉

● 公務員の基本的人権の制約

● 最大判昭49.11.6/百選 I  
[第6版] [13]

● 政治活動の自由の重要性

● 合憲性判定基準の定立—L  
RAの基準

● 小学校教員の場合

● 裁判官の場合

2(1) 次に、手段については、司法権を担う裁判官の場合は厳格な政治的中立性が求められる。また、政治的責任を負わない裁判官が政治に影響を与えるような活動を行うことは、裁判官の中立・公正に対する国民の信頼を揺るがすばかりでなく、立法権や行政権に対する不当な干渉となりかねない。とすれば、裁判に対する国民の信頼維持等の目的達成のためには、勤務時間の内外を問わず裁判官の政治活動を制約することが不可欠であり、②目的達成のためにより制限的でない他の選びうる手段はないといえる。

よって、本問処分は、政治活動の自由に対する必要最小限度の制約といえる。

(2) これに対し、小学校教員の場合は、その職務は主に教育・子どもの監護等であり、これは各教員の教育的思想に多少左右されるものの、少なくとも外交関係に関する思想が教育等に大きく影響を与えるものではない。そうであるとすれば、小学校教員の職務に対する国民の信頼は、主に教育の面について向けられているにすぎず、外交問題に関する政治的中立性には向けられていない。そこで、小学校教員の職務に対する国民の信頼の維持という目的を達成するためには、勤務時間内の政治活動や政治的に偏った教育を禁止して職務の確実性を確保すれば

足り、勤務時間外における、教育との関連の薄い外交問題に関する政治活動まで禁止する必要はない。したがって、②目的達成のためにより制限的でない他の選びうる手段があるといえる。

よって、本問処分は、政治活動の自由に対する必要最小限度の制約とはいえない。

3 以上より、裁判官乙に対する処分は、政治活動の自由を侵害するものではなく合憲となるのに対し、小学校教員甲に対する処分は違憲となる。

このような結論の違いは、小学校教員は、裁判官と異なり、その職務の内容に照らして、政治的中立性を要求される程度が限定的であるという特殊性に基づくものといえる。

以上

● 最大決平10.12.1／百選Ⅱ  
[第6版] [183]

● 小学校教員の場合

● まとめ—小学校教員と裁判官の職務内容の差異

**第5問**

13歳未満の子供の親権者が請求した場合には、国は、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者で、請求者の居住する市町村内に住むものの氏名、住所、及び顔写真を、請求者に開示しなければならないという趣旨の法律が制定されたとする。この法律に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

(平成16年度旧司 第1問)

## 答案構成用シート

## 解答例

第1 まず、本件法律は子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者の氏名、住所及び顔写真の開示について規定するが、これらの情報開示により制約される権利は、どのような権利であるかが問題となる。

この点、他人に知られたくない個人の情報は、真実に合致するものであったとしても、その者のプライバシー権として法律上の保護を受けるといふべきである。本件において、氏名、住所及び顔写真の開示の対象となった者は、これらの情報の開示によって、自己の特定の前科及び犯罪経歴を他人に知られてしまうことになるどころ、前科及び犯罪経歴は、人の名誉、信用に直接にかかわる事項であるから、氏名等の個人情報についても、プライバシー権として法律上の保護を受けると解すべきである。

第2 では、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者のプライバシー権は憲法上保障されるか、14条以下で具体的に列挙されている以外の新しい人権が認められるかが問題となる。

憲法上保障される権利の背後には、基本的人権の思想があり、そのような人権は、前憲法的性格を有するものとして観念されているといえる。また、13条の幸福追求権は、人格的生存に必要な不可欠な権利・自由を包摂する包括的権利としての性格を有している。

そこで、14条以下で具体的に列挙されている以外の新しい人権であっても、個人の人格的生存に不可欠な権利は13条の幸福追求権として包括的に保障されると解する。

そして、プライバシー権は、個人が自律的に社会関係を形成するうえで不可欠であることから、人格的生存を達成するために不可欠であるといえ、13条により保障されると解する。

第3 もっとも、プライバシー権が13条により保障されるとしても、絶対的無制約なものでなく、人権相互の矛盾・衝突を回避するための公平の原理たる「公共の福祉」による必要最小限の制約は免れない。

1 それでは、本件法律は、「公共の福祉」による制限として合憲か。その判断基準が問題となる。

プライバシー権は、前述したとおり、人格的生存を達成するために不可欠であり、重要な権利である。

そこで、本件法律の目的が重要で、かつ、その目的達成のためにより制限的でない他の選ぼうる手段がないかという基準で判断すべきである。

2 目的について検討する。

本件法律の目的は、親権者の開示請求権を認めることで、①弱者である子供を性的犯罪から守り、②性的犯罪を予防することにある。また、③親権者の知る権利(21条1項)

● 最判昭56.4.14/百選I [第6版] [19] 同判決の伊藤補足意見, 最判平6.2.8/百選I [第6版] [66], 最判平15.9.12/百選I [第6版] [20]

● プライバシー権は憲法上保障されるか

● 幸福追求権の法的性格

● 基本的人権と公共の福祉

● LRAの基準

● 目的審査

という憲法上の権利に奉仕する目的も含まれる。したがって、これらの目的は重要である。

### 3 手段について検討する。

本件法律は、上記目的を達成するために、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者の氏名、住所及び顔写真を、請求者に開示できるとする。

確かに、対象犯罪は限定されているし、対象者は、開示請求権者の居住する市町村内に住む者に限られる。加えて、開示請求権者は13歳未満の子供を持つ親権者に限られている。このような限定的な開示であれば、目的達成のためにより制限的でない他の選びうる手段はないように思える。

しかし、目的①に関しては、親権者が、対象者の氏名、住所及び顔写真を知ったとしても、子供と対象者が接触しないよう常に監視できるわけでもないため、情報開示は意味を成さない。また、性的犯罪を犯す者は対象者に限られるものでもない。そうすると、目的①を達成するためには、情報開示ではなく、親権者や教師等の身近な大人が、子供に対し、知らない人間についていかないう教育することが必要である。

目的②に関しては、多少の犯罪抑止につながるとしても、常習的に性的犯罪を行う者に対しては効果が薄い。目的②

### ● 手段審査

を達成するために、対象者に対しては矯正プログラムを実施したり、潜在的な者に対しては学校教育をしたりする等、直接的に働きかける手段によるほかない。

目的③に関しては、裁判の公開（82条）による傍聴や新聞等の報道によっても、十分達成することができる。

そして、上記のような手段は、対象者の氏名、住所及び顔写真を開示するよりも、制限的ではない。このことは、情報開示で直ちに侵害され、また一旦侵害されると回復不可能となるというプライバシー権の性質にかんがみれば、明らかである。たとえ、対象者や開示請求権者を限定しても、開示請求権者からの情報取得は可能かつ容易であるから、そのような限定は機能せず、プライバシー権は強度の制限を受けることになる。

### 4 よって、本件法律は、目的達成のためにより制限的でない他の手段があるにもかかわらず、それを採っていないため、13条に反し違憲である。

以上

### ● 結論

## 第6問

著名な作家であるYは、自伝的小説を文芸雑誌に発表した。その小説の中には、Yと交友関係のある実在のXをモデルとした「A」が登場する。小説中においては、父親に逮捕歴があること、「A」の顔面に大きな腫瘍があることなどの記載により、「A」にXと類似の属性が与えられていたため、「A」がXをモデルとしていることは明らかであった。Yは、Xをモデルとした本件小説を執筆していることについて、Xに告げることにはなかった。

Xはこの本が出版される前にその内容を知るに至り、プライバシー権及び名誉権侵害を理由に出版の差止めを裁判所に請求した。この場合における憲法上の問題について論ぜよ。

## 答案構成用シート

## 解答例

1 本件小説の中にはXをモデルとした記載が数多く見られることから、Xはプライバシー権や名誉権侵害を理由に、小説発表の事前差止を請求している。

その根拠は、民法709条に基づくもので、本問の小説の発表が、上記の人格的利益（人格権）に対する違法な侵害行為に該当することにある。

2 そもそもプライバシー権や名誉権が憲法上保障されるか問題となるが、13条の幸福追求権の一内容であり、個人の人格的生存に不可欠な権利として保障されると解する。

そして、本件小説によれば、「A」がXをモデルとしていることは明らかであり、その内容からすれば、Xのプライバシー権や名誉権という人格的利益を侵害することは明らかである。

したがって、例えば、Xが慰謝料請求等を行った場合には、これは認められるべきである。

3 そうだとしても、裁判所が小説の発表を事前に差し止めることが許されるか否かは、別途の考慮を要する。

まず、裁判所の事前差止めは「検閲」（21条2項）にあたり禁止されないかが問題となるも、裁判所は「検閲」の主体とはならず、あたらないと解すべきである。

なぜなら、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそ

れ自体を目的として行われる場合と異なり、個別的な私人間の紛争について、裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の司法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものだからである。

4(1) とはいえ、表現行為の事前抑制は、事後抑制に比べて表現の自由（21条1項）に対する強い萎縮の効果をもつ。また、自由な言論が市場に登場することを妨げるおそれもある。そうすると、人格権に基づく差止めが認められるか否かは、かかる観点からの慎重な配慮が必要である。

そこで、①侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して、②侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ③その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは事前の差止めを肯認するべきである。

(2) 本問では、①Xは公的存在ではなく、父の逮捕歴・顔面の大きな腫瘍などは公にすることを欲しない性質の事柄であるといえる。また、本件小説において問題とされ

● 本問全体について、最判平14.9.24／百選I〔第6版〕〔67〕

● 上記平成14年最判も、プライバシー権の侵害のみを理由として、差止めを肯定したわけではない

● 検閲該当性

● 最大判昭61.6.11／百選I〔第6版〕〔72〕参照

● 具体的検討

ている表現内容は、公共の利害に関する事項でもない。

そして、本件小説はモデル小説であり、Xの実名を用いてはいないが、Xの身体的特徴に関する記述があることから、Xと面識のある者またはXの属性を知る者にとって、AとXの同定は容易である。さらに、Yが著名作家であることからすると読者は多く、本件小説の出版によりXの被る不利益は甚大であるといえる。

また、②本件小説の出版による侵害行為は明らかに予想され、これによりXは精神的苦痛を被り、平穏な日常生活や社会生活を送ることが困難となる等重大な損失を受けるおそれがある。

そして、③いったん出版されれば多くの読者に読まれ、読者に与えた印象、影響は取り消すことができないことから、Xの受けた損失の回復を事後に図ることは不可能ないし著しく困難になるといえる。

したがって、Xはプライバシー権及び名誉権侵害を理由に、小説発表の事前差止めを請求できる。

以上

## 第7問

Yは、経営するコンビニエンスストア内での犯罪や事故に対処するため、店内に、ビデオカメラ4台、ビデオ装置1台、カラーモニター等を設置し、1日分の撮影した映像をビデオテープ1本に録画し、1週間保存していた。強盗殺人の容疑でXを捜査していた警察官Zは、Y経営のコンビニエンスストアにXが立ち寄ったとの情報を得、同コンビニエンスストアを訪れ、Yに「犯人と思われる者が立ち寄った可能性があるので捜査に協力してほしい。」旨を告げた。そこで、Yは、Xの姿が撮影されているビデオテープを任意に提出したが、Xは逮捕・勾留の後処分保留で釈放され、その後、不起訴処分となった。Xは、YがXをビデオカメラで撮影し、ビデオテープに録画したこと、及び、上記ビデオテープを警察官に提出したことは、憲法上許されないと考えた。

あなたがXの訴訟代理人だとすれば、Yに対する損害賠償請求訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか、述べなさい。

(平成21年度 北海道大学法科大学院 改題)

## 答案構成用シート

## 解答例

第1 Xとしては、カメラで撮影・録画した行為及びテープを警察官に提出した行為は、13条が保障するプライバシー権を侵害するものであり、不法行為（民法709条）を構成するものであると主張することが考えられる。以下、詳述する。

第2 まず、13条は、14条以下の規定により保障されない権利について、人権保障の実質化を図るための、包括的な保障規定と考えるべきである。ただ、人権のインフレ化を防止するため、個人の人格的生存に不可欠な利益が保障されると考える。

そして、個人の容姿は個人情報に属するものであり、自己の情報をコントロールすることは、人格的自律を維持するうえで不可欠といえ、プライバシーとして憲法上保障すべきである。

よって、①個人の容姿をみだりに撮影されない権利及び②テープに記録された個人の容姿を自己の欲しない他者にみだりに開示されない権利は、プライバシー権として13条により保障されると考える。

本問では、撮影・録画行為により①の権利を、警察官への提出行為により②の権利を、それぞれ侵害しているか問題となる。

第3 ただ、本問では、私人であるYとの関係が問題となって

いる。憲法は、公権力との関係を規律するものであり、私人間では直接適用されないが、人権規定の趣旨を没却しないため、憲法の趣旨を私法上の権利関係に反映するべきである。

そこで、本問では、不法行為（民法709条）の「権利…を侵害」の解釈に憲法の趣旨を勘案して考える。

第4 カメラで撮影・録画した行為

まず、Yの撮影・録画は、防犯目的で設置しているものであり、Yが自己の経営する店内を防犯カメラで撮影すること自体は、施設管理権の一環として保障されるべきである。

しかしながら、撮影を超えて録画をし、1週間もの間保管するというのは、録画は何度も再生して見ることができ、それを複製することが容易であることからすれば、肖像権に対する制限は大きく、許されるべきではない。

よって、本件撮影・録画は、不法行為といえるとの主張を行う。

第5 テープを警察官に提出した行為

1 前述のとおり、本件撮影・録画が違法である以上、それを警察官に渡すことも違法である。

なぜなら、録画が違法であるのは、Xの肖像権を侵害することに原因があるところ、これを第三者に提出すること

● 幸福追求権の法的性格

● 個人の容姿をみだりに撮影されない権利は憲法上保障されるか

● 最大判昭44.12.24/百選I [第6版] [18], 最判平15.9.12/百選I [第6版] [20]

● 私人間効力

はXの肖像権をさらに侵害するものに他ならないからである。

- 2 仮に、撮影・録画が違法でないとしても、下記の理由により、警察への提出は違法である。

すなわち、テープに記録されたXの容姿は、Xの音声・行動様式など、多くのXの情報を含むものである。取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであり、それを録画すること自体は適法であったとしても、慎重に取り扱われることが必要である。

一方、Yは、これを防犯目的で撮影・録画したものであるから、強盗殺人という重大事件の容疑者がYの店内を訪れた可能性があると聞いたために、警察に提出したというのは、その目的に適うものであるとも思える。

しかしながら、Yは、直接Xによる犯罪の被害を受けたわけではないし、Y店内で何らかの不審な行動をとったという事実も認められない。とすれば、Yは、Xの重要なプライバシー情報が録画されているテープを警察に提出したことは、施設管理権に基づく防犯行為の範囲を逸脱した行為であって、Xのプライバシー権を侵害したといわざるを得ない。

よって、本問テープの提出も不法行為といえるとの主張を行う。

- 最判昭56.4.14／百選 I [第6版] [19]，前掲最判平15.9.12／百選 I [第6版] [20] 参照

以上

## 第8問

Xは、S市内で発生したワイン毒物混入事件等につき、殺人罪等により逮捕、勾留され、起訴された被告人である。本件刑事事件は、極めて重大な事案として、国民の多くの注目を集めていた。株式会社Yは、書籍及び雑誌の出版等を目的とする株式会社であり写真週刊誌「T」を発行しており、また、Zは、同誌の編集長及び発行人の地位にある。

平成10年11月25日、S地方裁判所の法廷において、Xの被疑者段階における勾留理由開示手続が行われた。「T」のカメラマンは、小型カメラを上記法廷に隠して持ち込み、本件刑事事件の手続におけるXの動静を報道する目的で、閉廷直後の時間帯に、裁判所の許可を得ることなく、かつ、Xに無断で、裁判所職員及び訴訟関係人に気付かれないようにして、傍聴席から被告人の容ぼう、姿態を写真撮影した（以下、この写真を「本件写真」という。）。本件写真は、手錠をされ、腰縄を付けられた状態にあるXをとらえたものである。Yは、平成11年5月19日、「T」の同月26日号に、「法廷を嘲笑う『X』の毒ワイン初公判—この『怪物』を裁けるのか」との表題が付された本件写真を主体とした記事を掲載、発行した。

あなたはXから依頼を受けた訴訟代理人であり、Yに対しては民法715条に基づき、またZに対しては民法709条に基づき不法行為を理由に慰謝料の支払いを求める訴えを提起したい。本件訴えにおいて問題となる憲法上の論点について検討せよ。

（平成19年度 北海道大学法科大学院 問題2）

## 答案構成用シート

## 解答例

第1 本問Xの訴えは、みだりに容ぼう等を撮影され、これを公表されないという意味におけるプライバシー権が侵害されていることを理由とするものである。

第2 それでは、そもそも、かかる権利が憲法上の人権として保障されるのであろうか。明文がないことから問題となる。

1 3条後段は個人の人格的生存に不可欠な権利を保障した包括的規定であるから、明文を欠いても人格的生存に不可欠であれば同条により憲法上の保障を受けると解すべきである。そして、個人の容ぼう等を含む自己に関する情報が、自己の意思に反して取得、利用されれば個人の人格的自律性が害され、人格権侵害が生じうる。

とすれば、プライバシー権は人格的生存に不可欠の権利といえ、1 3条後段によって保障されると解する。

第3 もっとも、Y及びZは私人であることから、私人間においても憲法の人権規定が適用されるのかが問題となる。

人権保障の要請と私的自治の原則の調和の観点から、民法の一般条項を媒介にして憲法の人権規定が私人間に間接的に適用されると解する。そこで、本問では、民法709条の「権利…を侵害」の解釈の際に1 3条後段を間接的に適用することとなる。

第4 では、Y及びZはXの「権利…を侵害」したといえるか。

1 前述のとおり、Xにはプライバシー権が保障されており、

Y及びZは、Xの意思に反して「T」に本件写真を掲載したのであるから、Xのプライバシー権が制約されている。

もっとも、被疑者の容ぼう、姿態を写真撮影し、本件写真を主体とした記事を掲載・発行することが、憲法上の人権として保障されるのであれば、プライバシー権との厳密な調整が必要となる。

2(1) この点、確かに、記事を掲載・発行することは、単なる事実の発表たる報道にすぎず、思想・意見の表明とは異なることから2 1条では保障されないとも思える。

しかし、思想・意見と報道される事実の区別は困難であるし、報道は国民の知る権利に奉仕するものであることから、2 1条1項の保障の下にあると解する。

また、報道目的のための写真撮影といった取材行為は、報道のための不可欠の前提であることから、報道のための取材の自由も、2 1条1項の精神に照らし、十分尊重に値するものである。

(2) 株式会社Yは法人であるが、表現の自由は権利の性質上、法人にも保障される。

(3) よって、Y及びZが被疑者の容ぼう、姿態を写真撮影し、本件写真を主体とした記事を掲載、発行することは、表現の自由の一環として2 1条1項によって保障される。

● プライバシー権は憲法上保障されるか

● 幸福追求権の法的性格

● 最大判昭44. 12. 24/百選 I [第6版] [18]

● 私人間効力

● 最大決昭44. 11. 26/百選 I [第6版] [78] (博多駅事件)

● 法人の人権享有主体性

3 そこで、両人権の調整を図る必要があるが、両人権は同程度に重要な人権であるから、等価的比較衡量により要件充足の有無を判断すべきである。

そこで、①対象者の社会的地位、②撮影の目的、③撮影の態様、④権利制約の程度等を総合考慮して、撮影行為によって失われる利益が得られる利益よりも高ければ、撮影行為が「権利…を侵害」したといえると解する。

そして、撮影行為が違法と評価される場合には、撮影された写真を公表する行為も違法であると解する。

4 これを本問でみると、①対象者のXは、きわめて重大な事実として、国民の多くの注目を集めていた刑事事件の被疑者である。また、②本件写真は、このような被疑者の動静を報道する目的で撮影されており、かかる目的は正当であるといえる。

しかし、③本問撮影行為は、カメラマンが裁判所の許可（刑事訴訟規則215条参照）を受けることなくカメラを持ち込んでXを隠し撮りした規則違反行為である。また、本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であるものの（34条後段参照）、Xは被疑者として出廷しているにすぎず、写真撮影が予想される場所に任意に姿を現しているわけではない。とすれば、撮影の態様は相当なものとはいえない。

さらに、④本件写真は、手錠をされ、腰縄をつけられた状態にあるXをとらえたものであり、このような姿を公衆にさらされることは、屈辱的と感じるのが通常といえるから、権利制約の程度が強いといえる。

以上の事情を総合考慮すると、本問撮影行為によって失われる利益は、得られる利益よりも高いといえる。

5 よって、違法に撮影された写真を掲載したZは、「権利…を侵害」したといえる。

また、Zは事業の執行につきXに損害を与えたといえるため、特に免責事項のない以上、Yは使用者責任（民法715条）を負う。

第5 以上より、民法709条、715条に基づき、Xは、Y及びZに対して損害賠償請求することができる。

以上

● 比較衡量論

● 最判平15.3.14／百選I〔第6版〕〔71〕，最判平6.2.8／百選I〔第6版〕〔66〕，最判平14.9.24／百選I〔第6版〕〔67〕

● 最大決昭33.2.17／百選I〔第6版〕〔76〕

● 小括

● 結論

## 第9問

甲は30年以上前から信仰する宗教の教義に従って、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を拒否するとの固い意思を有していたが、悪性の肝臓血管腫を患い国立のX病院に入院した。甲の病状はそのまま放置すれば余命半年あまりであったが、手術が成功すれば大幅に回復する可能性が高いものであった。その入院中、甲は担当医のYに対して、どんなことがあっても輸血は受けない旨を申し出ており、輸血なしに手術したことによって甲が死亡した場合でもYの責任は問わないという旨の免責証書に甲の親族と共に署名し、X病院に交付していた。しかし、X病院はその甲の意思を尊重しつつも、他に救命手段がない場合には輸血するという方針を採用しており、Yは甲の手術には多量の出血が伴い、輸血は不可避であると考えていた。そのため、甲にはYの手術方針を告知しないままであった。入院から1か月後、Yは甲の手術を行ったが、当初の予想通り甲の出血がひどかったため、Yは輸血しなければ甲を救うことができない事態に陥ったと判断し、甲に輸血を行った。

この事例における憲法上の問題点について論ぜよ。

また、甲が甲及び親族の署名と信仰する宗教の名が記載され、輸血拒否の意思が表示されたカードを携帯していたが、意識不明の状態でもX病院に運ばれたため、緊急手術を行い輸血した場合はどうか。

## 答案構成用シート

## 解答例

## 第1 設問前段について

- 1 国立X病院の医師Yは、他に救命手段がない場合には輸血するという治療方針を告知せずに甲に手術を施し、輸血を行った。かかる行為が、絶対的無輸血の信念を有する甲の「輸血を伴う可能性のある手術を受けるかを決定する自由」（医療内容決定の自由）を侵害し、違憲とならないか。
- 2 そもそも、医療内容決定の自由が憲法上保障されるか。
  - (1) 一定の個人的事柄につき公権力から干渉されることなく自ら決定できる権利たる自己決定権は、人格的生存に不可欠といえるので、人格権の一内容として13条後段により保障されると解する。
  - (2) そして、人の死に至るまでの生きざまは自ら決定できるものでなければ、個人の人格的生存は確保できないから、医療内容決定の自由のように自己の生命の喪失に関わるものでも自己決定権として保障されると解する。
- 3 もっとも、甲がYの専門的判断に反して輸血を伴う手術を拒否することは自己の生命を危険にさらすことになるので、自己加害防止のための制約（パターナリスティックな制約）として許されないか。

本来個人の自由な行為が他者の人権を侵害しない場合には、公権力がその行為に介入することは許されないのが原則である。もっとも、人権が人格的自律に由来することに

鑑みれば、人格的自律そのものを回復不可能な程度に害する場合には、自己加害を根拠に人権を制約することもできると解する。

そこで、自己加害防止のための制約は、①制約の合理性、②本人の自律的判断を尊重すべき要請等を考慮して、本人の人格的自律を維持するための必要最小限度のものであることが必要であると解する。

- 4 以上を前提に、本問Yの措置について検討する。
  - (1) この点、甲は余命半年あまりの悪性の肝臓血管腫ではあったが、手術の成功によって大幅に回復する可能性が高かったのであり、輸血が必要となる可能性があることを告知せずに手術をして甲の生命を保護する必要性があったといえる。よって、甲の医療内容決定の自由を制約する合理性は一応認められる（①）。
  - (2) しかし、甲の輸血拒否の意思は、30年以上も信仰している宗教上の信念に基づくものであるところ、信教の自由は憲法上保障された人権である（20条1項前段）。また、甲は成年者であるから、それは十分な判断能力の下での意思決定といえる。さらに、甲は自らの意思をYに伝えて免責証書に自己及び親族の署名までしている。とすれば、輸血拒否の意思は甲にとっては絶対的なものであり、かかる自律的判断を尊重すべき要請は非常に高

● 医師Yの行為によりいかなる人権が侵害されたか

● 医療内容決定の自由と幸福追求権—最判平12.2.29/百選I [第6版] [26]

● 自己決定権とパターナリスティックな制約

● 検討（①制約の合理性）

● 検討（②必要最小限度性）

いといえる (②)。

そして、Yは甲の意思を十分理解していたと考えられ、入院から手術まで1か月もの期間があったことからすれば、Yは手術の方針を説明したうえで、甲に他の病院に移るか否か等の選択の機会を与えるべきであった。それにもかかわらず、Yが輸血の可能性のあることを説明せずに輸血を伴う手術をしたことは、甲の自己決定権に対する必要最小限の制約とはいえない。

(3) 以上より、Yの措置は甲の医療内容決定の自由を侵害し、違憲である。

## 第2 設問後段について

1 甲は、X病院に意識不明の状態で運び込まれ、すでに緊急手術を必要とする状態にあったが、輸血拒否の意思が表示されたカードを携帯していた。かかる甲の生命を救うためにYが輸血を伴う手術をした行為は、甲の医療内容決定の自由を侵害し、違憲とならないか。

2 Yの行為の合憲性を前述の基準から判断する。

(1) この点、緊急状態であっても、待機状態と同様、その手術によって健康を回復する可能性が高く、また、緊急状態にあっては患者に手術についての意思決定をさせる時間的な余裕はないので、甲の命を救うために輸血を伴う手術をする必要性はあったといえる。とすると、甲の

自己決定権を制約する合理性は認められる (①)。

(2) しかし、甲は輸血拒否の意思が表示されたカードを携帯しており、それには甲のみならずその親族の署名もなされている。このようなカードをあえて携帯していることからすれば、甲がその意思表示によってどのような結果が生じるかを覚悟した上で意識不明の状態であっても輸血拒否の意思を有していたと考えられ、その自律的判断を尊重すべき要請はやはり非常に高いといえる (②)。

そして、Yは署名した親族に甲の意思を確かめることも、転院の意思を確認することもできたのであり、たとえ緊急状態であったとしても、甲の意思に反してYが輸血を伴う手術を施したことは、甲の自己決定権に対する必要最小限の制約とはいえない。

(3) 以上より、Yの措置は甲の医療内容決定の自由を侵害し、違憲である。

以上

● 前掲最判平12.2.29/百選I  
[第6版] [26]

● 小括

● 検討 (①制約の合理性)

● 検討 (②必要最小限度性)

● 結論

## 第10問

団体Xは、同性愛者相互のネットワークづくり、同性愛に関する正確な知識と情報の普及、同性愛者に対する社会的な差別や偏見の解消等を目的として活動している団体である。Xに所属する18名は、勉強合宿を行う目的で、東京都が設置・管理する青年の家に宿泊した（この青年の家は、ホテルや旅館と異なり、青少年の健全な育成を図ることを目的として設立した教育施設である。）。Xの主要メンバーであるAは、青年の家では恒例のリーダー会に出席し、Xが「同性愛者の団体であり、同性愛者の人権を考えるための活動をしている」ことを説明した。リーダー会では同席した他の団体の代表や青年の家の職員からの質問はなかった。

3か月後、Xは新たな宿泊予約を申し込んだが、本件使用申込を受理されなかった。そこで、Xは都教育委員会宛に、本件使用申込の承認などを求める請願書と要求書を提出した。同委員会は審議の結果、本件使用申込について、青年の家ではいかなる場合でも男女同室は認められておらず、同様に複数の同性愛者が同室に宿泊することも認められないことから、都青年の家条例8条の1号「秩序をみだすおそれがあると認めたとき」、2号「管理上支障があると認めたとき」に当たるとしてこれを承認しなかった。なお、青年の家の宿泊使用は一室に複数の利用者が宿泊する形態であり、「男女別室の原則」が採られていた（身体障害者の利用などのやむを得ない場合に限り、「男女別室の原則」の例外が認められていた。）。

これに対し、Xは、当該不承認処分が法の下での平等に違反するものと主張している。Xの主張は認められるであろうか。

## 答案構成用シート

## 解答例

### 第1 Xの主張

不承認処分が法の下での平等（14条1項）に違反するというXの主張は認められるか。

- 1 まず、Xは団体であるところ、団体も社会における重要な構成要素であるから、権利の性質上可能な限り人権享有主体性を認めるべきであると考ええる。

それゆえ、Xにも平等原則が適用される。

- 2 次に「平等」の意義が問題となるが、各人の事実に・実質的の差異を前提とし、合理的区別を許容する相対的平等というものと解する。個人の事実にの差異を無視してはかえって不合理な結果となるおそれがあるからである。

- 3 本問不承認処分は、青年の家の宿泊利用について、同性愛者と異性愛者とを区別して取り扱うものであり、これが合理的区別として許容されるか、その判断基準が問題となる。

- (1) まず、14条1項後段の列挙事由による差別は、いずれも歴史的に存在した不合理な差別事由であるといえるから、違憲性の推定がはたらき、厳格な審査基準によって合理的区別か否かを判断すべきであると考ええる。具体的には、①目的が必要不可欠であるか否か、②手段が目的達成のうえで必要最小限のものか否かを検討すべきである。

- (2) 他方、14条1項後段の列挙事由以外の事由による差別については、原則として合憲性の推定がはたらき、緩やかな審査基準によって合理的区別か否かを判断すべきと考ええる。

- 4 そうだとすると、本問では、同性愛者であることが、14条1項後段列挙事由である「社会的身分」にあたるか否かで審査基準が異なることになる。そこで、同性愛者であることに基づく差別が、14条1項後段列挙事由である「社会的身分」にあたるかが問題となる。

この点、「社会的身分」とは、人が社会においてある程度継続的に占める地位または身分をいうと考える。

本問についてみると、同性愛者であることは個人が生来的に有しているものであり、社会においてある程度継続的に占める地位といえるから「社会的身分」に該当する。

- 5(1) 以上より、Xは14条1項後段の列挙事由による差別を受けているといえる。そこで、本問差別が合理的区別か否かにつき上記の厳格な審査基準、すなわち①目的が必要不可欠であるか否か、②手段が目的達成のうえで必要最小限のものかといえるかを検討する。

- (2) 本問における東京都側の処分の目的は、教育施設である青年の家における性的行為の防止である。かかる目的は、青年の家が青少年の健全な育成を図ることを目的と

● 人権享有主体性

● 「平等」の意義

● 後段列挙事由による差別の違憲審査基準

● 後段列挙事由以外の事由による差別の違憲審査基準

● 同性愛者の「社会的身分」該当性

● 「社会的身分」の意義

● 検討（①目的の必要不可欠性）

して設置されたことに鑑みれば、必要不可欠といえる。  
 (3) では手段は必要最小限といえるか。

たしかに、男女別室の原則のもと、性的行為の防止を図る目的からすると同性愛者の性的行為防止のため青年の家の使用を不承認とすることは必要最小限の手段とも思える。

しかし、青年の家での宿泊は、原則として数名の宿泊者の相部屋であること、Xは勉強合宿のため青年の家の使用を希望していることからすると、性的行為が行われる可能性はそれほど高いとは認められないといえる。

また、身体障害者の利用などのやむをえない場合には男女別室の原則の例外を認めているのであるから、宿泊利用の際に一定の条件を付することや青年の家職員が相応の注意を払って管理することなどといったより制限的でない方法により同性愛者の利用権との調整を図ることは可能であるといえる。

それゆえ、男女別室の原則を機械的に同性愛者に適用し同性愛者の宿泊利用を結果的に一切拒否する事態をひきおこす本問不承認という処分は、目的達成の手段として最小限のものとはいえない。

## 第2 結論

以上より、青年の家の使用を不承認とした本問の処分は

● 検討(②手段の必要最小限度性)

● 東京高判平9.9.16/百選 I [第6版] [31]

14条1項に反し、Xの主張は認められると考えられる。  
 以上





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19321