

公法系第1問（憲法）

問題文

〔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することであった。

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ため、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合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ため、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。

出題趣旨

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を変更した。

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る」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葉は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・評価を述べることで自体が直接制約されているものではないことを踏ましつつ、「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。

解説

・14条1項「信条」

「信条」に基づく差別とは、宗教や信仰に基づく差別が典型であるが、それに限られず、思想・世界観に基づく差別を含む（LegalQuest 憲法2人権）。

・平等の判断枠組み

三段階審査を採る学説においても、平等原則については<不平等取扱い—憲法上の正当化>という二段階図式が提示されていることに注意が必要である（穴戸 108 頁）。

平等審査を①比較の対象、②差別の基礎、③権利の性格、④目的・手段の審査の4つの要素に分類することが、問題点を見落としにくく有益であろう（高橋 157 頁以下、穴戸 114 頁）。

最高裁判所平成 24 年 12 月 7 日第二小法廷判決【百選 I 14】（刑集 66 卷 12 号 1337 頁）

（3）所論は、〔1〕本件罰則規定は、過度に広汎な規制であり、かつ、規制の目的、手段も相当でないこと、公安警察による濫用や人権侵害を招くことから、憲法 21 条 1 項、15 条、19 条、31 条に違反する、〔2〕本法 102 条 1 項による「政治的行為」の人事院規則への委任は、白紙委任であるから、本件罰則規定は憲法 31 条、41 条、73 条 6 号に違反する、〔3〕本件配布行為には法益侵害の危険がなく、これに対して本件罰則規定を適用することは、憲法 21 条 1 項、31 条に違反すると主張する。

ア そこで検討するに、本法 102 条 1 項は、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と規定しているところ、同項は、行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することをその趣旨とするものと解される。すなわち、憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、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を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。このように、本法 102 条 1 項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。

他方、国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。

このような本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう「政治的行為」とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、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行為の類型を規定したものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則 6 項 7 号については、同号が定める行為類型に文言上該当する行為であって、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を同号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。このような行為は、それが一公務員のものであっても、行政の組織的な運営の性質等に鑑みると、当該公務員の職務権限の行使ないし指揮命令や指導監督等を通じてその属する行政組織の職務の遂行や組織の運営に影響が及び、行政の中立的運営に影響を及ぼすものというべきであり、また、こうした影響は、勤務外の行為であっても、事情によってはその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まることなどによって生じ得るものというべきである。

そして、上記のような規制の目的やその対象となる政治的行為の内容等に鑑みると、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かどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国内ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となるものと解される。

この判例は公務員の政治的行為について判示したものであるが、本問は公務員採用の場面の問題であり、前倒し的に採用前の政治的行為の是非を問う（採用されれば公務員となる者の選抜については公務員と同様の考慮をなし得るのではないか）という意味でこの判例を想起することは可能であろう。そうすると、保護法益には「行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること」をも含めて考えることになる。

最高裁昭和 48 年 12 月 12 日大法院判決【百選 I 10】（民集 27 卷 11 号 1536 頁）

二、原判決は、前記のように、上告人が、その社員採用試験にあたり、入社希望者からその政治的思想、信条に関係のある事項について申告を求めるのは、憲法一九条の保障する思想、信条の自由を侵し、また、信条による差別待遇を禁止する憲法一四条、労働基準法三条の規定にも違反し、公序良俗に反するものとして許されないとしている。

(一) しかしながら、憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ、憲法における基本権規定の形式、内容にかんがみても明らかである。のみならず、これらの規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられているのであつて、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするのは、決して当をえた解釈ということとはできないのである。

(二) もつとも、私人間関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。何となれば、右のような事実上の支配関係なるものは、その支配力の態様、程度、規模等においてさまざまであり、どのような場合にこれを国または公共団体の支配と同視すべきかの判定が困難であるばかりでなく、一方が権力の法的独占の上に立つて行なわれるものであるのに対し、他方はこのような裏付けないしは基礎を欠く単なる社会的事実としての力の優劣の関係にすぎず、その間に画然たる性質上の区別が存するからである。すなわち、私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。そしてこの場合、個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然であるが、これを絶対視することも許されず、統治行動の場合と同一の基準や観念によつてこれを律することができないことは、論をまたないところである。

蟻川教授(法学教室418号99頁以下)は、判旨の強調部分に注目して、主体を①統治権者としての政府、②使用者としての政府、③私的使用者(私人)、に分類した上で、本問は②の問題であると指摘し、①③の中間に位置するこの主体に関しては、結論として、憲法14条1項後段を直接適用しつつ憲法規定への適合性審査を①よりもゆるやか

に行うことを提唱する。このような思い切った分類を前提とする処理はさすがに困難であろうが，似たような事案である三菱樹脂事件判決を想起し，私人間ではないという差異に思い至ったうえで，憲法 14 条 1 項後段を直接適用しつつ，市にも裁量が認められないか検討するというようなことは現場思考でも可能であろう。その場合，きちんと三菱樹脂事件判決の名前を出して，事案の違いとその評価を明記すべきと思われる。

参考解答

第1 設問1について

1 小問(1)について

- (1) Bの訴訟代理人となった場合は、Bは、Cとは意見の内容や、意見表明の手段等が大きく異なるにもかかわらず、A市から同じように正式採用されなかった（本件処分）ことは、平等原則に反し、憲法14条1項に反するので、違憲であるとの主張を行う。

ア 憲法14条1項は、「法の下」の「平等」を保障しており、法適用の平等を保障している。「平等」の意義であるが、個人間の事実上の差異を考慮せず、全て同じに扱うという絶対的平等ではなく、個人間の差異を考慮して、合理性のある区別を行うという相対的平等のことをいう。事情の違いを考慮して合理的な区別を行わず、一律均等に扱っては、かえって不平等だからである。

イ BとCでは、Y採掘事業への意見の内容や、甲市シンポジウムにおける発言、行動に大きな違いがあり、事情が異なるにもかかわらず、BとCに同一の本件処分がされている。このように、差異があるにもかかわらず、区別をしない場合は、区別をしないことに合理性が認められなければ、相対的平等を保障した14条1項に反するといえる。

ウ A市は、Y対策課の職員としての適格性の判断のために、甲市シンポジウムでの意見等を考慮しているので、その意見の内容や、意見表明の手法、態様は重要な考慮要素となる。そして、Bは、Yが有力な代替エネルギーであると述べ、安全確保の必要性を主張し、Y事業に明確に反対しているのではなく、むしろ、安全性を高めるために働きたいと述べていた。一方、Cは、そもそもY採掘事業に反対しており、否定的な意見を述べていた。また、Bは平穩に意見表明していたが、Cはシンポジウムの中止を拡声器で連呼し甲市の職員に暴行を加えるなど、違法な態様で意見表明を行っていた。かかる違いを適切に考慮せず、BとCを同一に扱ったことには合理性がないといえる。したがって、Bにも本件処分をしたことは、14条1項に反し、違憲である。

- (2) Bは、Dらと同程度若しくはそれ以上の勤務実績であったにもかかわらず、Dらと異なり本件処分がされているので、この点でも14条1項に反し、違憲であると主張する。

ア 上記のとおり、14条1項は相対的平等を保障しているが、合理的な理由のない差別は違憲となる。Bは、甲市シンポジウムでの発言や、Y採掘事業への考え方を理由に区別されているが、Yのような天然資源の開発において、安全性の確保が必要であるとの考え方は、個人の内心における価値観であり、「信条」（同項後段）にあたるものである。「信条」は、個人の尊厳（13条）の観点から特に重要である。また、本件処分によって、BはY対策課の職員になれなくなるが、これは、職業選択の自由（22条1項）という、個性を発揮する人格的価値を有する重要な自由を制約しているといえる。そうすると、区別の合理性は厳格に判断すべきであり、Bの信条を主たる理由として考慮したような場合は、合理性のない差別として違憲となると考える。

- イ Bは、Dらと比べて勤務実績は、同等あるいはそれ以上であったにもかかわらず、Bの発言等を理由に本件処分をしているので、Bの信条を主たる理由として考慮しているといえる。したがって、本件処分は14条1項に反し、違憲である。
- (3) 本件処分は、BのY採掘事業に対する意見等を述べる自由(本件自由)を侵害し、21条1項に反し、違憲であるとの主張も行う。
- ア 本件自由は、憲法21条1項の「言論」ないし「表現」「の自由」として保障されるところ、自己の意見や評価を表現することを通じて自己の人格を実現するという自己実現の価値だけでなく、社会公共の事柄に関する表現であり、民主制の過程にも資する自己統治の価値も有する重要な自由である。また、A市は、甲市シンポジウムという公の場での表現を理由にし、さらに表現の内容に着目して、本件処分をしており、Yに関する批判的な表現を公の場で行うことに萎縮的な効果を与える強度な制約といえる。そうすると、本件処分の合憲性は厳格に判断すべきであり、Bを正式採用したのでは、Y対策課の業務に支障を生ずるおそれが明白に予測され、本件処分が必要不可欠であったと認められなければならないと考える。
- イ Bの発言内容は、Y採掘事業は、まだ十分な安全性が確保されているとはいえ、現時点では反対せざるを得ない旨の内容であり、Yを有力な代替エネルギーと考えており、必要性、有用性は認めていた。B自身も安全性を高めるために働きたいとの意思を有していたことからすれば、正式採用しても業務に支障を生ずるおそれが明白に予測されたとはいえない。したがって、本件処分は、Bの本件自由を不当に侵害するものであり、憲法21条1項に反して、違憲である。

2 小問(2)について

A市から想定される反論を以下述べる。

- (1) 本件処分を行うにあたって、Y採掘事業に反対する旨の意見や思想を有しているかを考慮することは当然であり、BもCと同様、Y採掘事業には反対していたのであるから、両者を同一に扱ったとしても、合理性なく同一に扱っているとはいえない。また、14条1項は、事実上の差異があるとしても、同一に取り扱うことを禁止するものではない。正式採用に関しては、A市に裁量が認められるので、BとCとの差異を考慮しても、Bに本件処分をしたことは違憲ではない。
- (2) 正式採用するにあたって、試用期間中にその者の適格性を判断するために、その者が有している思想等を考慮することも、業務への適応性の判断のため合理的である。A市の裁量も考慮すれば、Bの適格性の判断にBの発言等を考慮し、Dらと異なりBに本件処分をしたことも合理的な理由がある。
- (3) 本件処分をしたことによって、Bの本件自由を直接侵害しているわけではなく、正式採用の際に考慮した結果侵害したにすぎず、間接的付随的な侵害である。また、Y採掘事業への否定的な発言や反対する旨の発言を、Y対策課の職員に採用するか否かの場面で考慮したにすぎず、本件自由への萎縮的な効果を与えてはいない。そして、特定の思想を有することで業務に支障を生ずるおそれがあると判断することも、合理性が認められ、A市の裁量の範囲内であるといえる。したがって、Bの発言を理由の1つとして本件処分をしても、本件自由を不当に侵害するものではなく、違憲とはならない。

第2 設問2について

1 BとCを同一に取り扱い、両者に本件処分をしたことが14条1項に違反するかについて、以下、私見を述べる。

- (1) 憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等で」として、国民を平等に取り扱うことを基本的な原理として保障している。しかし、原告主張のとおり、国民各自には具体的に多くの事実上の差異が存するので、これらの差異を無視して一律に同一の取り扱いをすることは、かえって国民の間に不均衡が生じるので、14条1項は絶対的平等を保障するものではない。14条1項の趣旨は、合理的な理由なくして差別することを禁止するところにあり、事実上の差異に相応して取り扱いを区別することは、その区別が合理性を有する限り、同項に反するものではないと考える。
- (2) ただし、個人間の事実上の差異は当然に存在するので、それらの差異に応じて常に取り扱いを変えることも不可能であり、被告主張のとおり、14条1項は差異があっても同一に取り扱うことを禁止するものではないと考える。もっとも、著しい差異があるにもかかわらず同一に取り扱うことは、14条1項の趣旨に反する絶対的平等と変わらなくなり、不利益な取り扱いを受けた者に対して差別をしていると評価することができる。ここで、14条1項は、相対的平等を趣旨としているのであるから、著しい差異がある場合に、合理的な理由なく同一の不利益な取り扱いをする場合も、合理性のない区別をしたことと同視でき、同項に反するものと考ええる。
- (3) A市が、BとCを区別しなかった理由は、両者ともY採掘事業に反対する旨の意見を述べていたことにあり、このような主張や意見などの内心におけるもの見方ないし考え方は「信条」にあたる。また、本件処分の結果、BはY対策課の職員になることができなくなる。そうすると、「信条」により、直接的に区別はしていないが、Bの思想や職業選択の自由にも関連性があり、厳格に判断すべきとも思える。しかし、いかなる者に適格性を認めて、職員として正式採用するかということについては、事柄の性質上、A市に広い裁量が認められることは、被告主張のとおりである。そこで、著しい差異があり、その差異を考慮しないことが、適格性を判断するという関係で著しく不合理であり、裁量を逸脱したと認められる場合に、違憲、違法となると考える。
- (4) BとCの勤務実績はほぼ同程度であり、Y採掘事業に反対する旨の意見を表明していたことも共通しているので、BとCとの差異は、甲市シンポジウムでの言動にある。たしかに、原告主張のとおり、Bは平穏な態様で意見表明をしていた一方で、Cは違法な行為にまで及んでいたことから、この点には著しい差異があるといえる。なお、原告が、Yは有力なエネルギーだと述べているなど明確に反対していないとの主張は、Cとの関係で著しい差異とはいえないので、意見の内容は考慮要素とならない。しかし、Y対策課の職員に正式採用するにあたって重要となるのは、その者がどの程度の能力があり、どのような性格で、いかなる思想を持っているか等であり、適格性判断にあたり、意見表明の態様はそれ程重要ではないと考える。したがって、A市がBC間の差異を考慮しなかったことが著しく不合理であるとまではいえない。よって、Cとの関係で14条1項に違反するものとはいえず、この点では、本件処分は違憲違法とは評価できない。

- 2 Bが、Dらと異なり本件処分をされたことは、合理性のない区別であり、14条1項に違反しないか、以下、私見を述べる。
- (1) 上記のとおり、14条1項は相対的平等を保障しており、合理的な理由のある区別は許容される。Bは、本件処分によって、職業選択の自由という重要な自由を制約されているのは、原告主張のとおりである。A市が、BとDらを区別した理由は、甲市シンポジウムでの発言のほか、BのY採掘事業への考え方にもある。上述のとおり、このような考え方は、その者の「信条」にあたり、天然資源開発において、安全性確保が必要であるとの考え方は、いわば当然ともいえるべき基本的な考え方である。また、Bの職業選択の自由への制約にもなっていることにかんがみれば、「信条」に基づく区別として厳格に判断すべきである。ただし、上記のとおり、被告にも裁量があるので、適格性判断という目的との関係で、区別が合理的関連性を有していなければ、14条1項に反するものとする。
- (2) たしかに、Bは、勤務実績はDらと同等ないしはそれ以上であった。しかし、Bがどのような信条を有しているかも重要な考慮要素であり、その点を考慮することも、目的との関係で十分な適合性、必要性を認めることができる。さらに、職員として採用するにあたり、Y採掘事業への評価は、職務を適切に遂行できるかに関わる重要な考慮要素であり、Y採掘事業への評価を考慮する必要性は高い。そうだとすれば、A市が本件処分を行ったことにも、目的との関係で合理的関連性が認められる。したがって、本件処分は、14条1項に反するものではなく、違憲、違法とはならない。
- 3 A市が、Bの甲市シンポジウムでの発言を理由に本件処分をしたことが、21条1項との関係で違憲違法とならないか、以下、私見を述べる。
- (1) 原告主張のとおり、本件自由は社会公共の利益に関わる事柄であり、自己実現の価値とともに自己統治の価値もある重要な自由である。もっとも、被告主張のとおり、A市は本件自由を直接制約しているわけではなく、また、Y対策課の職員の採用に関してY採掘事業へ反対する旨の意見を考慮したにとどまり、国民への、Yへの意見、主張に関する萎縮的効果も高くはない。さらに、上記のとおり、A市には採用にあたり裁量が認められる。そこで、A市の判断の過程において、考慮要素の選択や評価に不合理な点があると認められる場合に、裁量を逸脱したものとして、違憲、違法になると考える。
- (2) 正式採用するにあたり、その者がY採掘事業にどのような意見を有しているかは、重要な考慮要素であり、考慮要素の選択に不合理な点はない。Y対策課の設置目的は、Y採掘事業の安全性及びこれに対する国民の信頼確保にあり、その業務内容は、事業者に対する安全性の指導や関係者による意見交換会がある。そして、Bが採用直前の意見聴取の際も安全確保の徹底が必要不可欠であり、Y採掘事業には反対である旨の意見を述べていたことを考慮すると、安全性に固執するあまり、市民や事業者への誤った情報の提供をするおそれや、偏った意見の交換がなされることが考えられる。Yの採掘の際に有害成分を無害化する技術の改善も進んでいたことも考慮すれば、Bを採用すると事業に支障を生ずるおそれがあるとした、A市の評価も不合理とはいえない。したがって、A市の判断の過程に不合理な点はなく、本件処分は違法ではない。

以上

不合格者の答案（92.06点／200点）

1

第1 設問1

1 小問(1)

(1) 憲法14条1項違反

国家賠償請求における「違法」性を基礎づけるため（国家賠償法1条1項）、Bが不採用になったことが、憲法（以下法名略）14条1項に違反すると主張する。

ア 国民には、公務就任権が保障されており（15条1項）、公務員の職に就く自由があるが、公務員の採用にあたっては、国または地方公共団体には裁量が認められている。しかしながら、採用するか否かの判断をする際には、平等原則（14条1項）に従う必要があり、これに違反してなされた採用の是非についての判断は違憲となる。

本件では、Y対策課の募集要項に従い、応募者を「能力、資質等に応じて等しく取り扱う」ことが必要であり、これに違反すれば、14条1項に反すると考える。

イ Cとの関係について

Y対策課は、A市がY採掘事業を行うことを前提としているから、Y採掘事業に対して妨害をし、または妨害しようとする者は、職員としての「資質」が欠けていると考えられる。

CがY対策課に応募したのは、職員になって、自己が反対するY採掘事業の現状をより詳細に知ることで、それを同事業の反対運動に役立てるためであった。他方、Bは安全性の面から採掘事業には反対しているものの、その安全性を少しでも高めるために、専門知

2

識をいかして、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、応募したのである。以上より、BとCは、ともにY採掘事業に反対しているものの、その具体的内容の点では大きな差異がある。

さらに、意見表明に当たってとった手法・行動についても差異がある。Cは、甲市のシンポジウムで、採掘への絶対的な全面反対と、シンポジウムの即刻中止を拡声器で連呼しながら入場しようとし、これを静止した甲市職員ともみ合いになり、殴って怪我を負わせている。他方、Bは、シンポジウムに参加し、一般論として自分の意見を述べただけである。このように、Cは過激であり、Bは穏当であるという差異がある。

これらの差異にもかかわらず、「資質」の点において、BとCを同様に採用拒否として取り扱ったことは、14条1項に違反する。

ウ Dらとの関係について

Y対策課は、Y採掘事業に関する様々な業務を行う。それゆえ職員には、専門的知識や事務処理能力といった「能力」を有していることが求められる。

Dらは、Y採掘事業に対して、特段の専門的知識を有していない者達である。勤務実績から判定される事務処理能力は、Bと比較しても同程度か、下回るものであった。他方、Bは、大学院で天然資源開発に関する研究を行っていたのであるから、Y採掘事業について専門的知識を有していると考えられる。さらに、勤務実績において、B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の

3

だから，事務処理能力についても劣るところはない。

以上より，職員として求められる「能力」について，BはDらと比べ，同水準又は優れていたにもかかわらず，Dらは採用され，Bは不採用になるという別異取扱いを受けている。これは14条1項違反である。

(2) 憲法21条1項違反

ア 個人が集会に参加し，そこで様々な情報に触れ，自己の思想・意見を表明する自由は，個人の人格の形成・発展にとって重要であるから，集会の自由として21条1項で保障されている。Bが甲市シンポジウムに参加し，そこで自己の意見を表明する自由も，集会の自由として保護されていると考える。

イ 地方公共団体であるA市には，Y対策課の職員の採否について裁量権がある。しかしながら，Bが上記の集会の自由を行使し，自分の意見・評価を甲市シンポジウムに参加して述べたことを理由として，Bを採用しなかったことは，21条1項に違反し，裁量の逸脱・濫用となる。

2 小問(2)

(1) A市の反論として，Y対策課の設置目的は，Y採掘事業に対する市民の信頼の確保にあるから，Y採掘事業に反対する者は，市民に不安を与えかねず，職員としての「資質」を欠くというものが考えられる。

(2) A市の反論として，Y対策課の業務内容は，市民への対応や広報活動，意見交換会の運営などの，業者と市民の調整役としてのものが主であるから，Y採掘事業の専門的知識は，職員に必要な「能力」では

4

ない，というものが考えられる。

(3) A市の反論として，公務員になろうとする者が，シンポジウムで意見を表明すれば，公務員の意見が偏り，行政の中立的運営が確保できない，というものが考えられる。

第2 設問2

1 (1) たしかに，Y対策課の設置目的は，市民の信頼の確保にあるから，Y採掘事業に反対する者が職員として働き，市民に不安を与えることは防ぐべきだとするA市の反論にも一定の合理性はある。

(2) しかしながら，Y採掘事業に対する市民の真の信頼を確保するためには，Y採掘事業に反対の者も採用し，このような立場の者からも，Y採掘事業が十分な安全性を有していること，あるいは，それを目指していることが，肯定されることが必要であるといえる。

したがって，Y採掘事業に反対であることは，職員としての「資質」を欠くことにはならない。A市の反論は当たらない。

2 たしかに，Y対策課の業務内容は，情報提供や広報活動，意見交換会の運営など，市民への対応や，業者と市民の調整が多い。

しかしながら，Y対策課の業務内容には，Y採掘事業に関して，情報収集等による安全性監視や，事業者に対する安全性に関する指導・助言も含まれている。これらを有効・適切に行うためには，専門的知識が必要である。

よって，専門的知識は，職員に必要な「能力」に含まれる。A市の反論は当たらない。

3 たしかに，公務員がY採掘事業の是非について意見を公に表明するこ

5

とは、望ましくないかもしれない。

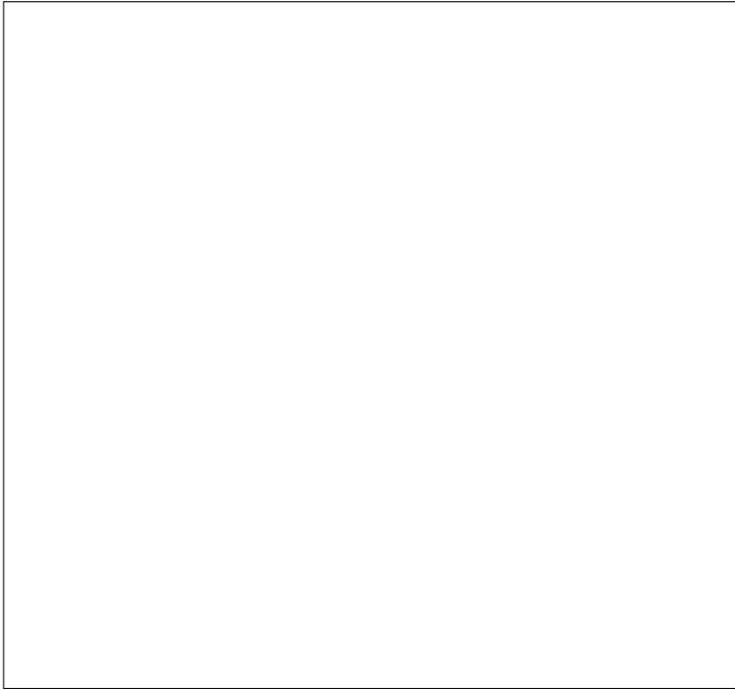
しかしながら、Bはまだ公務員ではなく、甲市シンポジウムで述べたことも、Y採掘事業の安全性という学問上・技術上の事柄に関する一般的意見であって、政治的な意見ではない。よって、Bのシンポジウムの意見表明により、公務員の意見が偏り、行政の中立的な運営が阻害されることは考えられない。A市の反論は当たらない。

4 Bの主張するように、A市がBを採用しなかったことは、14条1項、21条1項に違反する。

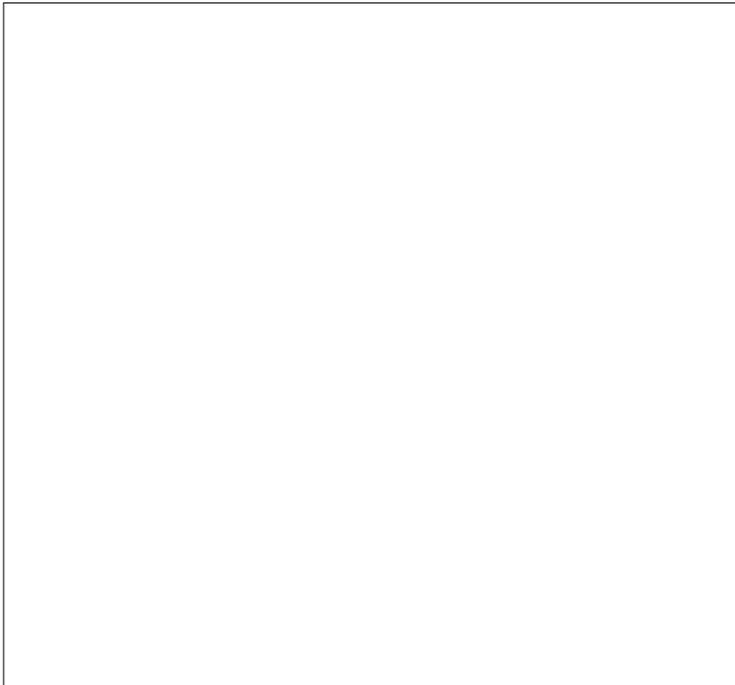
以上

6

7



8



論点リスト

<主張①>

権利選択

違うのに同じに扱われたという観点

同じ点と違う点の具体的な指摘とその憲法上の評価

（「信条」の差別）

平等違反に関する判断枠組み（自由権との対比）

反論で裁量

<主張②>

権利選択

「信条」の差別

（木村草太（法学セミナー）は、反論で猿払を考え、公務の中立性及びそれに対する国民の信頼の確保をも保護法益に加える。なお、大林啓吾（受験新報）は③で堀越）

反論で裁量

国籍法違憲判決

蟻川恒正（法学教室）：個人の努力ではいかんともし難い事由による別異取扱いであり、かつ、基本的な公的資格等を得られなくなる別異取扱い→国籍法を参考に基準定立

<主張③>

権利選択

「甲市シンポジウムで述べたこと」と書いていて主張②のように「反対意見を持っていること」と書いていない

制約

萎縮効果

判断枠組み

内容規制

判例の事案との違いを意識（三菱樹脂、堀越・猿払、泉佐野あたりが候補か）

反論で裁量