

目次

人権の享有主体性

- 第1問 法人の人権享有主体性（南九州税理士会事件参考）・・・ 1
- 第2問 外国人の人権享有主体性（マクリーン事件参考）・・・ 9
- 第3問 公務員の政治活動（堀越事件参考）・・・ 17

人権の私人間効力

- 第4問 人権の私人間効力（三菱樹脂事件参考）・・・ 27

包括的基本権（新しい人権）

- 第5問 伝統的プライバシー権（オリジナル問題）・・・ 35
- 第6問 現代的プライバシー権（平成28年司法試験参考）・・・ 41
- 第7問 自己決定権（平成29年司法試験参考）・・・ 49

法の下の平等

- 第8問 法の下の平等（国籍法違憲訴訟参考）・・・ 57
- 第9問 女子再婚禁止期間（女子再婚禁止期間事件参考）・・・ 65
- 第10問 積極的差別解消措置（平成23年予備試験参考）・・・ 79

思想・良心の自由

- 第11問 思想・良心の自由（平成30年予備試験参考）・・・ 87
- 第12問 思想・良心の自由（「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件参考）・・・ 95

信教の自由

- 第13問 信教の自由（宗教法人解散命令事件参考）・・・ 105
- 第14問 信教の自由（エホバの証人剣道実技受講拒否事件参考）・・・ 113
- 第15問 政教分離の原則（津地鎮祭事件参考）・・・ 121
- 第16問 政教分離の原則（空知太神社事件参考）・・・ 131

学問の自由

- 第17問 学問の自由（平成21年司法試験参考）・・・ 139

表現の自由

- 第18問 明確性の原則（令和1年司法試験参考）・・・ 149
- 第19問 国家による援助（「宮本から君へ」助成金不交付事件参考）・・・ 155
- 第20問 知る自由（岐阜県青少年保護育成条例事件参考）・・・ 165
- 第21問 取材の自由（令和2年予備試験参考）・・・ 177
- 第22問 取材源の秘匿（令和5年予備試験参考）・・・ 185
- 第23問 虚偽表現の自由（令和1年司法試験参考）・・・ 195
- 第24問 SNS事業者の表現の自由（令和1年司法試験参考）・・・ 203
- 第25問 ビラ配布の自由（令和3年予備試験参考）・・・ 209
- 第26問 消極的表現の自由（平成28年予備試験参考）・・・ 215

集会の自由・デモ行進の自由・結社の自由

第27問	集会の自由（広島市暴走族追放条例事件参考）	221
第28問	デモ行進の自由（平成25年司法試験参考）	229
第29問	結社の自由（司法試験プレテスト参考）	239

経済的自由

第30問	営業の自由（オリジナル問題）	245
第31問	職業選択の自由（薬事法事件参考）	253
第32問	移動の自由（令和2年司法試験参考）	261
第33問	財産権（平成29年予備試験参考）	269
	損失補償（平成29年予備試験参考）	

人身の自由と手続的権利

第34問	行政手続と憲法31条（令和1年司法試験参考）	279
------	------------------------	-----

参政権

第35問	選挙権（平成22年司法試験参考）	285
	立法不作為を理由とする国家賠償請求（平成22年司法試験参考）	
第36問	立候補の自由（平成25年予備試験参考）	295
第37問	選挙運動の自由（戸別訪問禁止事件参考）	301

生存権

第38問	生存権（平成22年司法試験参考）	307
------	------------------	-----

労働基本権

第39問	私鉄労働者の争議権（令和4年予備試験参考）	313
------	-----------------------	-----

統治

第40問	条約（平成27年予備試験参考）	325
	違憲審査権（平成27年予備試験参考）	
	統治行為論（平成27年予備試験参考）	
第41問	国民審査制度の法的性質（平成24年予備試験参考）	331
第42問	団体の内部問題における違憲審査（市議会議員出席停止事件参考）	337
第43問	条例と法律の関係（平成19年司法試験参考）	345

総合問題

第44問	表現の自由とプライバシー（平成23年司法試験参考）	353
第45問	生存権（令和5年司法試験参考）	363
第46問	第三者の憲法上の権利の援用（平成21年司法試験参考）	377

第 1 問

(事案)

税理士制度においては、税理士となる資格を有する者が、税理士として業務を行うためには、税理士登録を行い、かつ、税理士会に入会しなければならないとして、強制加入制が採られている。

Y 地方税理士会は、定期総会において、憲法 9 条改正を働きかける運動に要する特別資金として、関連する政治団体である Z 政治連盟（同連盟は、政治資金規正法上の政治団体である。）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5 0 0 0 円を徴収する旨の決議（以下「本件決議」という。）をし、本件決議に基づいて徴収した特別会費 5 0 0 万円のうち 4 5 0 万円を Z 政治連盟へ寄付した。

X は、Y 地方税理士会に加入している税理士であるところ、本件決議は、税理士会の目的の範囲外であるとともに、各会員の政治的な思想を侵害するものであるため無効であるとして、訴訟で争いたいと考えている。

(設問)

本件決議の有効性について、X の言い分も踏まえながら、憲法上の論点にも言及ししつつ、あなた自身の見解を論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、南九州税理士会事件を参考にした事案を通じて、法人の人権享有主体性、構成員の人権と法人の人権との対立・調整、八幡製鉄事件判決と南九州税理士会事件判決の異同などに関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 関連判例

ア. 八幡製鉄事件

八幡製鉄事件では、株式会社による自由民主党に対する3政治献金について株主が損害賠償請求訴訟(旧商法266条)を提起した事案において、①政治献金としての寄附が定款所定の目的の範囲外であること、②それが株主の参政権を侵害する民法90条違反の行為であることなどが争点となった。

最高裁は、①と②を区別した上で、①については、「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含されるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要なものであつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないのである。」として会社の「定款…で定められた目的の範囲」を広く解した上で、「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えてはいないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素なのである。そして同時に、政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事でなければならない。したがって、その健全な発展に協力することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待される場所であり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである。論旨のいうごとく、会社の構成員が政治的信条を同じくするものでないとしても、会社による政治資金の寄附が、特定の構成員の利益を図りまたその政治的志向を満足させるためでなく、社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請されるかぎりにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえないのである。…要するに、会社に

基礎応用 47 頁 [判例 1]、
論証集 24 頁 [判例 1]、最
大判 S45.6.24・百 18

よる政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げないのである。」と判示した。

②については、「憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、…憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもって国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。以上説示したとおり、株式会社の政治資金の寄附はわが憲法に反するものではなく、したがって、そのような寄附が憲法に反することを前提として、民法90条に違反するという論旨は、その前提を欠くものといわなければならない。」として、法人の人権享有主体性を認めた上で、民法90条違反の判断の段階で会社の政治的活動の自由（憲法21条1項）と株主の参政権（憲法15条1項等）との対立・調整を問題とし、結論として、民法90条違反を否定した。なお、最高裁は、②において、「政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。論旨は、会社が政党に寄附をすることは国民の参政権の侵犯であるとするのであるが、政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでなく、政党の資金の一部が選挙人の買収にあてられることがあるにしても、それはたまたま生ずる病理的現象に過ぎず、しかも、かかる非違行為を抑制するための制度は厳として存在するのであつて、いずれにしても政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。…所論は大企業による巨額の寄附は金権政治の弊を産むべく、また、もし有力株主が外国人であるときは外国による政治干渉となる危険もあり、さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもって国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。」と述べ、株式会社の政治資金の寄

附の自由に対する自然人と異なる特別の制約を認めなかった。

イ. 南九州税理士会事件

南九州税理士会事件では、地方税理士会が、業界に有利な税理士法改正を働きかける運動に要する特別資金として関連する政治団体（某県税理士政治連盟－政治資金規正法上の政治団体に当たる）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5000 円を徴収する旨の決議をしたという事案において、当該決議の無効原因として、①税理士会の目的の範囲と②会員の協力義務の限界が問題となった。もっとも、最高裁は、「税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできないというべきであり…、税理士会がそのような活動をするのは、法の全く予定していないところである。税理士会が政党など規正法上の政治団体に対して会員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する要求を実現するためであっても、…税理士会の目的の範囲外の行為といわざるを得ない。」として、①と②を一緒くたに判断している。

最高裁は、①について、最高裁は、税理士会が公益目的で設立された公益法人であることと、強制加入団体であり会員には実質的には脱退の自由が保障されていないことに着目し、「会社とはその法的性格を異にする法人であり、その目的の範囲についても、これを会社のように広範なものと解するならば、法の要請する公的な目的の達成を阻害して法の趣旨を没却する結果となることが明らかである。」と述べ、八幡製鉄事件判決の射程が及ばないことを明らかにした。

②については、「税理士会が…強制加入の団体であり、その会員である税理士に実質的には脱退の自由が保障されていないことからすると、その目的の範囲を判断するに当たっては、会員の思想・信条の自由との関係で、次のような考慮が必要である。税理士会は、法人として、法及び会則所定の方式による多数決原理により決定された団体の意思に基づいて活動し、その構成員である会員は、これに従い協力する義務を負い、その一つとして会則に従って税理士会の経済的基礎を成す会費を納入する義務を負う。しかし、法が税理士会を強制加入の法人としている以上、その構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている。したがって、税理士会が右の方式により決定した意思に基づいてする活動にも、そのために会員に要請される協力義務にも、おのずから限界がある。特に、政党など規正法上の政治団体に対して会員の寄付

基礎応用 49 頁 [判例 2]、
論証集 25 頁 [判例 2]、最
判 H8.3.19・百 I 36

をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるというべきである。なぜなら、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動をするのが当然に予定された政治団体であり…、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接につながる問題だからである。」と述べた上で、「前記のような公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできないというべきであり…、税理士会がそのような活動をするのは、法の全く予定していないところである。税理士会が政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する要求を実現するためであっても、…税理士会の目的の範囲外の行為といわざるを得ない。」として、協力義務を否定するとともに目的の範囲内の行為であることも否定した。

なお、②では、八幡製鉄事件判決とは異なり、法人の人権享有主体性やそれを前提とした税理士会の政治活動の自由については言及がない。もっとも、②における問題の本質は、法人の人権と構成員の人権との対立・調整にあると考えられるから、参考答案では、法人の人権享有主体性と税理士会の政治活動の自由にも言及している。

(2) 人権規定の私人間効力

理論構成としては、本件決議の無効事由として、本件決議が会員の思想・良心の自由を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲ではないかと問題とし得るが、八幡製鉄事件判決、南九州税理士会事件判決をはじめとする判例ではこのような理論構成は採用されていない。もっとも、それは原告の主張に合わせた判断をしたからにすぎないという可能性もあるから、付随的論点として、憲法の人権規定の私人間効力にも言及するのが望ましい。

なお、三菱樹脂事件判決は直接適用説を否定しているから、判例の立場からは、(2) の理論構成は否定されることになる。

基礎応用 75 頁 [判例 1]、
論証集 38 頁 [判例 1]、最
大判 S48.12.12・百 19

(参考答案)

1. 本件決議は、税理士会の「目的の範囲」外であるとして無効と
ならないか。

公益法人である税理士会にも民法 34 条が適用されるどころ、民法 34 条は、法人の権利の能力を「目的の範囲内」に限定する規定であると解される。

八幡製鉄事件判決は、株式会社の「定款…で定められた目的の範囲内」の行為について、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為も包含されるとして広く解している。その上で、政党が議会制民主主義を支える不可欠の要素であり、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体である政党のあり方いかんは国民の重大な関心事であるとの理由から、政党の健全な発展に協力することの一態様としての政治資金の寄附は、客観的・抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためにされたものと認められる限りにおいては、株式会社の定款所定の目的の範囲内の行為であると解している。

しかし、Y 地方税理士会は、公益法人であるとともに強制加入団体であるから、その「目的の範囲」を会社のように広く解することは妥当でない。すなわち、税理士会は、特定の公益目的を有する公益法人であり、国の監督に服するものである。また、税理士会は、強制加入団体であって、その会員には実質的には脱退の自由が保障されていない。このように、税理士会は、会社とはその法的性格を異にする法人であるから、その「目的の範囲」を会社のように広く解すると、法の要請する公的な目的の達成を阻害して法の趣旨を没却する結果となる。そこで、税理士会の「目的の範囲」は、税理士会の公益目的に直接関連するのみに限定すべきである。

本件決議は、憲法 9 条改正を働きかける運動に要する特別資金として Z 政治連盟への寄附金を徴収するためのものであるから、税理士会の公益目的とは無関係のものである。したがって、本件決議は、Y 地方税理士会の「目的の範囲」外のものであり、無効である。

2. 本件決議は、各会員の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲であるという意味でも、無効と
ならないか。

- (1) 各会員の憲法 9 条改正に関する政治的思想は「思想及び良心の自由」として憲法 19 条により保障されるものであり、本件決議はかかる自由を制約するものである。では、私人間にも憲法の人権規定は直接適用されるのか。

憲法の人権規定は対国家的なものであり、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。これは、私人間に

事実上の支配関係がある場合でも同じである。そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用ないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。私人間における人権侵害については、私法の一般条項を憲法の趣旨を取り込んで解釈・適用することで対処すべきである。

公益法人は国家機関とは区別されるべき団体であるから、Y 地方税理士会と各会員との間には憲法 19 条は直接適用されない。したがって、本件決議が憲法 19 条違反として違憲であるとはいえない。

(2) もっとも、本件決議は、各会員の思想・良心の自由を尊重すべき要請との関係で、各会員の協力義務の範囲外であるとして無効とならないか。

確かに、税理士会は、法人として、法及び会則所定の方式による多数決原理により決定された団体の意思に基づいて活動し、その構成員である会員は、これに従い協力する義務を負い、その一つとして会則に従って税理士会の経済的基礎を成す会費を納入する義務を負う。また、法人が現代社会において 1 個の社会的実体として重要な活動を行っていることなどから、憲法上の人権規定は性質上可能な限り内国の法人にも適用されると解されているため、税理士会の政治活動の自由（憲法 21 条 1 項）との関係で、税理士会の政治活動として会員に協力義務を課す余地もあると考えるべきである。

しかし、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動をすることが当然に予定された政治団体であり、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接に繋がる問題である。そうすると、政治団体に対する寄付は、それが選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想・見解・判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるから、多数決原理によって会員に協力を義務付けることはできないと解すべきである。なお、本問のように、一般会費から寄附金を支弁するのではなく、特別会費から寄附金を支弁するという場合には、会員の支出と税理士会の政治目的との関連性が明確に特定される分だけ、会員の思想・信条に対する影響が大きくなるから、より一層、協力義務を否定すべき要請は強くなる。

そうすると、本件決議は、会員の協力義務の範囲外であるという意味でも無効である。

以上

第 2 問

(事案)

出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。)によれば、日本に上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然に日本から退去しなければならないが、申請をして在留期間の更新を許可された場合には、更新された在留期間の間、さらに日本に在留することができる(同法第 21 条第 1 項、第 2 項)。

アメリカ国籍の X は、入管法に基づき在留期間を 1 年間とする上陸許可を得て、日本に入国し、その後、在留期間中に、SNS 上で、日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言を頻繁に行っており、注目を集めるに至っていた。なお、X の発言は、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。

X は、法務大臣 Y に対して 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣 Y は、外国籍の X には日本国憲法による基本的人権の保障は及ばないとの考えを前提として、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して、「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をした。

(設問)

本件在留更新不許可処分の憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

○ 出入国管理及び難民認定法(抜粋)

第 21 条 本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる。

2 前項の規定により在留期間の更新を受けようとする外国人は、法務省令で定める手続により、法務大臣に対し在留期間の更新を申請しなければならない。

3 前項の規定による申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。

4 (略)

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、マククリーン事件を参考にした事例を通じて、外国人の人権享有主体性及び同事件に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 在留権

まず初めに、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に違反するかが問題となる。

しかし、マククリーン事件判決は、「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである。」として、在留権の憲法上の保障を否定している。

したがって、在留権侵害を理由とする処分違憲は認められない。

(2) 表現の自由

次に、法務大臣Yが、Xが在留期間中にSNSにおいて上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の1つとして評価して在留更新不許可処分をしていることから、「表現の自由」の侵害が問題となる。

主たる論点は、①外国人であるXにも憲法21条1項により「表現の自由」が保障されるか、②仮に保障されとしても、法務大臣が在留期間中におけるXによる「表現の自由」の行使の在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌して在留更新を不許可とすることが許されるかである。

ア. ①外国人であるXにも憲法21条1項により「表現の自由」が保障されるか

外国人の人権享有主体性について、マククリーン事件判決は、⑦「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べ、権利性質説に立っている。権利性質説は、人権の前国家的性質(憲法11条、97条)及び国際協調主義(憲法98条2項)を根拠とする(学説)。

同判決は、権利性質説を前提として、⑧「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。」と述べているが、本問におけるXの表現の自由は政治的表現の自由ではないから、⑧の判旨に言及する必要はない。

表現の自由については、一般に、「権利の性質上日本国民

基礎応用 52 頁 [判例 1]、
論証集 27 頁 [判例 1]、最
大判 S53.10.4・百 11

基礎応用 52 頁 [論点 1]、
論証集 27 頁 [論点 1]

のみをその対象としていると解されるもの」には当たらないと解されているから、外国人である X にも「表現の自由」が保障される。

イ. 「表現の自由」に対する制約

主たる争点ではないものの、在留更新不許可処分が X の「表現の自由」に対する制約に当たるか否かも問題となり得る。法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して在留更新不許可処分をしているにとどまり、この意味において、表現行為や表現内容を理由として罰則が科される場合などとは異なり、直接的制約には当たらないからである。

平成 27 年司法試験の出題趣旨・採点実感では、市が職員の採用選考において表現行為を理由としてある応募者 B の正式採用を拒否したという事案において、「表現の自由の問題として論じる…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。」（出題の趣旨）、「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。」（採点実感）とされている。

そこで、表現の自由に対する萎縮効果という観点から、本件在留更新不許可処分が X の「表現の自由」に対する制約に当たるか否かを論じることになる。

ウ. 制約の正当化

②は、制約の正当化において問題となる。適用違憲（処分違憲）においても目的手段審査を用いることが可能であると理解されているところ、本問における問題の核心は、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解すること」（マククリーン事件）の可否であるから、目的手段審査を用いるべきではなく、正面からマククリーン事件判決の判例理論の妥当性を論じるべきである。

マククリーン事件判決は、㉞「わが国に在留する外国人は、

基礎応用 178 頁 [論点 1]、
論証集 77 頁 [論点 1]

憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎない」との理由から、④「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を当不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといつてなんら妨げられるものではない。」と判示している。

しかし、④については、学説から、基本的人権の行使に萎縮効果が生じるとして批判されている。

本問では、マクリーン事件判決の⑦・④を参照したうえで、学説からの批判も踏まえながら、④の判例理論の妥当性を検討することになる。

なお、④の判例理論を否定したとしても、Xの表現の自由の行使が他者の権利・利益を害するものであったり、Xの在留資格と矛盾するものであるならば、そのことを在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは可能であるから、こうした事情の有無についても検討する必要がある。

(参考答案)

1. まず、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反し違憲ではないか。

憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する規定にとどまり、外国人の入国について何ら規定していない。これは、国際慣習法上、外国人の入国を受け入れるか否かが当該国家の自由裁量に委ねられているという見解と同じ考えによるものである。そこで、外国人には入国の自由は保障されていないと解する。そうである以上、在留権も保障されていないと解する。

したがって、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反するとはいえない。

2. 次に、本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」を侵害するものとして憲法21条1項に反し違憲ではないか。

(1) SNS上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言をすることは、自己の思想・意見を表明するものであるから、「表現の自由」として憲法21条1項により保障される。

(2) 人権の前国家性(憲法11条、97条)と国際協調主義(前文3段、98条2項)に鑑み、憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、日本に在留する外国人に対しても等しく及ぶと解する。

Xの「表現の自由」は、政治活動を伴うものではないため、外国人には参政権(憲法15条1項等)が保障されないと解されていることと矛盾するものでもないから、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものとはいえず、日外国人であるXにも保障される。

(3) 本件在留更新不許可処分は、過去に行われたXの表現行為を理由とするものにすぎないから、Xの「表現の自由」を直接制約するものではない。

もっとも、表現行為を理由とする不利益取扱いは表現行為に対する萎縮効果を有するから、「表現の自由」では特に萎縮効果除去の要請が強いことに鑑み、表現行為を理由とする不利益取扱いは「表現の自由」に対する間接的制約に当たると解する。

したがって、Xの表現行為を理由とする本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」に対する間接的制約に当たる。

(4) では、本件在留更新不許可処分は「表現の自由」に対する制約として正当化されるか。

ア. 確かに、外国人には入国の自由も在留権も認められないことと、入管法23条3項が在留期間の更新事由について概括的に定めていることから、在留期間の更新許可の判断には法

務大臣に広汎な行政裁量を認められ、その結果、外国人に対する憲法上の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の基本的人権の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでは保障されていないと解する余地もある（マククリーン事件判決参照）。

イ. しかし、このように考えると、外国人は、在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されることを恐れて、憲法上の基本的人権の行使をためらうことなるから、基本的人権の行使について萎縮効果が生じる。

このことに、「表現の自由」については特に萎縮効果除去の要請が強いことも考慮すれば、当該表現行為が在留資格と矛盾したり、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものではない限り、在留期間中における「表現の自由」の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されないと解すべきである。

Xの表現行為は、SNS上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判するものであり、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。そうすると、その内容と態様のいずれにおいても、Xの在留資格と矛盾するものでもないし、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものでもない。

そうすると、Xの表現行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されない。

にもかかわらず、法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して「在留期間の更新を相当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をしたのだから、本件在留更新不許可処分は X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

以上

第 3 問

(事案)

国家公務員法及び同法の委任を受けた人事院規則は、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して、「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。」と定めることにより公務員の「政治的行為」を禁止した上で、その違反について罰則を定めている（国家公務員法第102条第1項、第110条第1項、人事院規則14-7）。

法務局会計課で勤務しているX（役職なし）は、休日に、公務員であることを明らかにすることなく、A政党を応援する集会（以下「本件集会」という）に参加した。なお、Xは本件集会の中心人物ではなく、一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎない。

後日、Xは、本件集会に参加したことが「政治的行為」に当たるとして、国家公務員法違反で逮捕された後に正式起訴された。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、明確性の原則については、論じなくてよい。

(解説)

1. 事案の概要

第3問は、堀越事件を参考にした事例を通じて、公務員の政治活動を禁止する国家公務員法及び人事院規則の憲法21条1項適合性を問うとともに、堀越事件判決が示した禁止される「政治的行為」に関する憲法適合的解釈の内容を踏まえて適用違憲(処分違憲)についても論じることが求められる。

2. 法令違憲

まず初めに、国家公務員法102条1項・同法110条1項・人事院規則14条-7(以下、これらを「本件各規定」ということがある。)は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法21条1項に違反しないかが問題となる。

公務員の人権享有主体性、政治活動の自由も「表現の自由」として憲法21条1項により保障されること、及び本件各規定が公務員の政治活動の自由に対する制約に当たることは問題なく認められるから、主たる論点は制約の正当化である。

(1) 違憲審査基準

違憲審査基準の厳格度は、典型的には、権利の性質(重要性が中心)や制約の態様(強度が中心)を考慮して決定されるのが通常である。

猿払事件判決は、本件各規定の違憲審査において、猿払基準(違憲審査基準論における合理的関連性の基準に相当する)を採用しており、利益の均衡に関する当てはめにおいて、「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102条1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も制約するものではない」として、間接的・付随的な制約にとどまると述べている。この間接的・付随的規制論を違憲審査基準の定立過程で用いることにより、違憲審査基準の厳格度を合理的関連性の基準まで引き下げることが可能である。

もっとも、堀越事件判決は、「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権利であって、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。」と述べるとともに、猿払事件判決と異なり、猿払基準に

基礎応用 62 頁 [判例 2]、
論証集 32 頁 [判例 2]、最
判 H24.12.7・百 I 13

基礎応用 59 頁 [判例 1]、
論証集 31 頁 [判例 1]、最
大判 S49.11.6・百 I 12

憲法判例の射程 35 頁

も、間接的・付随的規制論にも言及することなく、いわゆる「厳格な基準を加味した利益較量」を採用したと理解されている。

そこで、猿払事件判決のように間接的・付随的規制論にも言及する一方で、政治活動の自由の「表現の自由」としての重要性にも着目して、中間審査の基準を採用するべきであると考え

る。

(2) 当てはめ

ア. 目的審査では、規制目的を「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」(堀越事件)と捉えた上で、「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。」(堀越事件)という公務員の「全体の奉仕者」性に着目した説明により、目的の重要性を認めることとなる。

イ. 手段審査では、上記判旨から手段適合性を容易に認めることができる一方で、公務員の政治活動を全面的に禁止するものとして手段必要性を欠くのではないかが問題となる。つまり、公務員の政治活動の中には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を害するおそれがないものもあり、こうした政治活動を禁止の対象外にするというより制限的な他の選り得る手段が存在するという意味で、手段必要性に欠けるのではないかが問題となるのである。

堀越事件判決は、政治活動の自由が「立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であること」を出発点として、国家公務員法 102 条 1 項の文言、趣旨・目的、さらには同項が刑罰法規の構成要件であることも考慮して、同項にいう「政治的行為」について、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが…現実的に起こり得るものとして実質的に認められる…行為」に限定解釈したうえで、「禁止の対象とされ

るものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれ実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」と述べている。

手段必要性の審査では、これを参考にして、禁止される「政治的行為」を限定解釈することにより、禁止の範囲に関する手段必要性を肯定することになる。

なお、禁止の方法に関する手段必要性としては、公務員については禁止の実効性を担保する手段として懲戒処分があるのだから、刑罰までは不要ではないかという問題点もあるが、堀越事件判決は、「このような禁止行為に対しては、服務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科すことをも制度として予定されているが、これは常に刑罰を科すという趣旨ではなく、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容、態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合も想定されるためであり、あり得べき対応というべきであって、刑罰を含む規制であることをもって直ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものではない。」と述べている。

3. 適用違憲（処分違憲）

堀越事件判決を参考にするのであれば、法令違憲は否定されるため、次に、「本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰することが憲法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。」として、適用違憲を論じることになる。

その際、法令違憲のところで論じた、禁止される「政治的行為」の限定解釈の内容を前提として、X の行為がこれに当たるか否かを論じることになる。

なお、堀越事件判決が示した限定解釈は「合憲限定解釈」ではなく「憲法適合的解釈」であるから、厳密には、堀越事件判決が示した限定解釈の内容に X の行為が該当するかどうかという問題は、処分の法令適合性の問題であり、処分の憲法適合性の問題ではない。実際に、堀越事件判決も、限定解釈の内容を前提として被告人の行為の構成要件該当性について判断した結果として、被告人の行為が罰則規定の構成要件に該当しないことを理由として被告人を無罪としており、適用違憲の手法は用いていない。

(参考答案)

1. 国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項・人事院規則 14 条 - 7 (以下、これらを「本件各規定」ということがある。)は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

(1) 「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)は、思想・意見を表明する自由である。政治活動の自由は、政治的な思想・意見の表明を伴うものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

(2) 本件各規定は、公務員の「政治的行為」を罰則をもって禁止することで、公務員の政治活動の自由を制約している。

(3) 他方で、公務員の政治活動の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠として、合理的で必要やむをえない程度の制約に服する。

ア. 猿払事件判決は、公務員の政治活動の自由を禁止する規定の憲法 21 条 1 項適合性について、合理的関連性の基準により審査している。

確かに、本件各規定は、政治的意見の表明そのものの制約を狙いとしているのではなく、単に政治的行為の禁止に伴う限度で間接的・付随的に政治的意見の表明を制約しているにとどまるという見方もできる。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結び付きが強いから、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り、民主主義社会を基礎付ける重要な権利である。

そうである以上、間接的・付随的な制約であることを重視して合理的関連性の基準まで厳格度を下げるべきではない。

さらに、本件各規定は、政治活動という活動内容に着目した規制であるため、国家が自己に都合の悪い表現を抑圧するために濫用される危険が高い。

そこで、本件各規定の合憲性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

イ. 本件各規定の目的は、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という点にある。

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。そうすると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することは、公務員の政治的行為の自由を制約するにふさわしい、憲法の要請に適う国民全体の重要な目的であるといえる（①）。

ウ．公務員の政治活動には、公務員の政治的中立性を阻害するものもあるから、これを罰則付きで禁止することで心理的に抑制することは、前記目的を達成する手段として有効であるといえる。

他方で、政治活動を全面的に禁止しているという点で、手段の必要性を欠くのではないか。

しかし、法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的、規制される政治活動の自由の重要性、さらには、同条項が刑罰法規の構成要件であることを考慮すれば、同条項が禁止する「政治的行為」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に限定されると解すべきである。そうすると、禁止される「政治的行為」は、立法目的を阻害する現実的なおそれがあるものに限定されることになるから、規制対象という点で手段の必要性が否定されるとはいえない。

さらに、禁止の方法として、服務規律違反を理由とする懲戒処分にとどまらず、刑罰まで設けている点で、手段の必要性を欠くとも思える。しかし、刑罰を定める法 110 条 1 項は、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容・態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合に初めて刑罰を科すという趣旨であると解される。そうすると、刑罰が設けられている点で手段の必要性が否定されるともいえない。

したがって、本件各規定には実質的関連性も認められる（②）から、本件各規定は憲法 21 条 1 項に反せず合憲である。

2．本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰することが憲法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。

X は、法務局会計課で勤務している役職なしの公務員であるから、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がない。

しかも、Xによる本件集会の参加は、勤務時間外である休日に、公務員であることを明らかにすることなく行われたのだから、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。

このことに、Xが本件集会に一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎないことも考慮すれば、Xによる本件集会の参加は、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るものとはいえない。

したがって、Xによる本件集会の参加は、本件各規定で禁止される「政治的行為」に当たらない。

にもかかわらず、本件各規定をXに適用して処罰することは、Xの「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

以上

第 4 4 問

(事案)

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像(以下「Z機能画像」という。)に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後(地上約4メートル)の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周(水平方向360度、上下方向290度)を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の塀を越えた高さから撮影するので、庭にいる人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。また、会社側は、Z機能画像が提供する情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有すると主張している。

ところで、Z機能画像をめぐるのは、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者

による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。

20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した。

法は、（ア）システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出ることを定めるとともに、（イ）システム提供者が遵守すべき事項として、「提供すべき画像の撮影に当たっては、これに用いるカメラを地上から1メートル60センチメートルの高さを超える位置に設置してはならないこと」、「提供すべき画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれている場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。」などを定めている。その上で、（ウ）A大臣は、（イ）の遵守すべき事項に違反していると認める場合には、被害回復委員会（政府からの独立性があるものとする）に諮問した上で、システム提供者に対し、画像の修正その他の提供に係る情報の改善のために必要な措置をとるべき旨を勧告することができ、これを受けたシステム提供者が正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかったときは、その者に対し、その勧告に係る措置の実施又はインターネットによる特定地図検索システムの提供の中止を命ずることができると定めている。

X社は、改善勧告を受けたにもかかわらず、それに従わなかったため、A大臣から、行政手続法の定める手続に従って、特定地図検索システムの提供の中止命令を受けた。

（設問1）

あなたがX社から依頼を受けた弁護士である場合、訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

（設問2）

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

なお、明確性の原則、手続的権利及び中止命令自体の違憲性（適用違憲、処分違憲）については、論じなくてよい。

(解説)

1. 出題の概要

第44問は、平成23年司法試験の改題を通じて、報道機関による事実の報道について憲法21条1項による直接の保障を認めた博多駅事件決定の射程、表現の自由とプライバシーの対立に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

本法は、特定地図検索システムの中止命令を定めている点で、システム提供者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法21条1項に違反するかが問題となる。

(1) 権利選択

理論上、①システム提供者の表現の自由のほかに、②システム提供者の営業の自由、③ユーザーの知る権利・知る自由も考えられるが、システム提供者であるXを原告とする訴訟における憲法上の主張とその当否が問われていることと、Z機能画像が提供する情報の価値に関する問題文のヒントから、①システム提供者の表現の自由を選択すべきである。

ア. ①システム提供者の表現の自由

「表現の自由」とは、伝統的には「思想・意見」を対象としたものとして理解されているため、「事実」の表現まで「表現の自由」として保障されるかが問題となる。

博多駅事件決定は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由と規定した憲法21条の保障のもとにあるということはいうまでもない。」と述べている。

学説上、報道の自由については、「事実を伝達することが報道の基本的意味であるが、そこには受け手の側の意思形成に素材を提供することだけでなく、報道すべき事実の認識や選択に送り手の意思が働いていることも認められるから、報道の自由は言論の自由の内容をなしていることに疑問はない」と説明されることがある。

これに対し、Z機能画像は、何らかの意見と結びついているわけでもなければ、意見の前提として提供されているものでもないから、報道における事実と異なり、国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものとして国民の知る権利に奉仕するものであるとまではいい難い。したがって、博多駅事件決定の射程は及ばない。

そこで、Z機能画像の提供行為が「表現の自由」として保障されるかどうかについては、「表現の自由の内容をどのように把握するか、…表現の自由の権利内容の新たな構築…つ

基礎応用 192 頁 [判例 1]、
論証集 81 頁 [論点 1]、最
大決 S44.11.26・百 I 73

野中ほか I 390~391 頁

2011 法セミ 22 頁

まり、自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由」(出題の趣旨)が認められるかという観点から検討することになる。

この検討において参考になるのが、営利的言論の自由の保障根拠である。すなわち、営利的言論については、「国民一般が、消費者として、広告を通じて様々な情報を受け取ることの重要性にかんがみ、学説では一般に表現の自由の保護に値すると考えられている」とされており、さらには、「営利広告が消費者に情報を提供しその自律的選択を促す点で国民の「知る権利」に奉仕する…」として、国民の自律的選択を促すという観点から保障根拠を説明する見解もある。

そこで、現代においては、国民が自律的選択の前提としてインターネットを使って情報収集を行うことが普及しているということに着目し、インターネット上の情報が受け手の自律的選択に資するという観点から、思想・意見の表明を念頭に置いていた「表現の自由」の意味を新たに構築することで、インターネット上における自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由を論じるべきであると考えられる。

イ. ②システム提供者の営業の自由

平成 23 年司法試験の採点実感では、②営業の自由を選択することが不適切である理由として、「X 社の主張で「表現の自由」を記載せず、「営業の自由」…のみを記載する答案が、相当数あった。…原告の主張としてわざわざ「弱い権利」を選択するセンスの悪さは、結局のところ訴訟の当事者意識が欠けていることに結び付くように思われる。」とあるが、この指摘はやや不適切であると考えられる。

確かに、三者間形式の問題では、原告側の主張における権利選択の際には、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点も重要である。

しかし、厳格な審査基準を導き得るのは、表現の自由に限られないから、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点では、本問で被侵害権利として選択すべき権利を絞り込み切れない。

原告側に主張させる権利として「表現の自由」を選択する決定的な根拠は、会社側が Z 機能画像が提供する情報がユーザー(情報の受け手)に奉仕するという点を具体的に主張しているという問題文のヒントに求めるべきである。

何について・どう論じるのかは、第一次的には、問題文のヒントを根拠として判断すべきなのである。

ウ. ③ユーザーの知る権利・知る自由

まず、システム提供者の表現の自由として構成し得るにもかかわらず、敢えて、「第三者の憲法上の権利の援用」とし

て、ユーザーの知る権利・知る自由で構成する実益は乏しい。

次に、「知る権利」は、政府情報（政府が保有する情報、国民が政治に有効に参加するために必要な情報）を対象とするものであるから、Z機能画像が提供する情報は主として政府情報と無関係な情報であるから、Z機能画像が提供する情報を知る権利を憲法 21 条 1 項により保障される「知る権利」として構成することには無理がある。

また、知る権利と知る自由はいずれも、人間は様々な情報を知ることを通じて表現の対象とする自分の思想・意見を形成するという意味で、表現の自由が送り手と受け手の立場の互換性を前提にしていることを根拠として、「表現の自由」を規定する憲法 21 条 1 項によって保障されると説明されることが多い。ところが、Z機能画像が提供する情報は、他者のプライバシーに係る情報であるから、受け手がこれを知ることを通じて思想・意見を形成して送り手として表現をするという受け手と送り手の互換性が機能するとはいえない。この意味において、Z機能画像が提供する情報を知る権利を憲法 21 条 1 項により保障される「知る自由」として構成することにも無理がある。

この意味において、Z機能画像が提供する情報を知る権利については、平成 21 年司法試験で出題された遺伝子情報を知る権利と同様、憲法 21 条 1 項ではなく、自己情報コントロールとして憲法 13 条後段により保障され得るにとどまるのである。

（2）制約

本法は、中止命令を定めることで、システム提供者が Z機能画像を提供の自由を制約している。

（3）違憲審査基準

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質（重要性が中心）や制約の態様（強度が中心）を考慮して決定されるのが通常であるところ、このことは表現の自由についても同様である。

権利の性質では、「会社側は、Z機能画像が提供する情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有すると主張している。」という問題文のヒントを使い、Z機能画像が提供する情報がユーザーに奉仕するという点に言及すべきである。

制約の態様では、表現内容規制には厳格審査の基準が適用されるとする原則論の射程が問題となる。表現内容規制について厳格審査の基準が妥当するとされる理由の 1 つとして、国家が

自己に都合の悪い表現内容を言論市場から締め出すという恣意的規制の危険が挙げられる。ところが、Z機能画像は政治に関する情報ではないから、恣意的規制の動機が働きにくい。また、中止命令に先立ち、政府からの独立性が担保されている被害回復委員会に対する諮問が義務付けられているため、中止命令が恣意的に運用いられる危険性が制度上抑制されている。そうすると、表現内容規制の弊害は小さいとして、表現内容中立規制に準じて、違憲審査基準の厳格度を厳格審査の基準から中間審査の基準まで引き下げることが可能である。

平成23年司法試験の出題趣旨でも「本問における表現の自由の制約の合憲性をめぐって問われているのは、表現の自由とプライバシーの権利の調整である。」とあるように、本問の重要なテーマとして、「表現の自由とプライバシーの権利の調整」を挙げられる。厳格審査の基準では、目的審査における保護法益の必要不可欠性は当該法益（利益）だけに着目して判断されるため、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から判断することができない。これに対し、中間審査の基準では、目的審査における保護法益の重要性は制約されている憲法上の権利との比較による相対的な重要性を意味すると理解されているから、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から判断することができる。こうした意味でも、本問では、中間審査の基準を採用するのが望ましい。

(4) 当てはめ

前記(3)の通り、中間審査の基準を採用した場合、目的審査において、Z機能画像が提供する情報の「価値」と「弊害」に関する問題文のヒントを使いながら、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から、保護法益であるプライバシー（Z機能画像が提供する情報により侵害され得るプライバシー）の重要性を論じることとなる。

手段審査では、手段適合性は比較的容易に認められるから、中止命令の手段必要性が争点となろう。

(参考答案)

設問 1

1. X社は、本法は、特定地図検索システムの中止命令を定めている点で、システム提供者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に違反し違憲であると主張する。

2. 「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)は伝統的には思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるところ、Z 機能画像をインターネット上で提供する自由(以下「Z 機能画像を提供する自由」とする)は思想・意見の表明に当たらない。

もともと、「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)には受け手に資するということにも意味がある。そして、Z 機能画像は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるところを通じてユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることにより詐欺被害を未然に防止できるという社会的意義を有するという意味で、ユーザーの知る自由に奉仕するものである。そうすると、Z 機能画像を提供する自由は、受け手の知る自由に奉仕するものであるから、報道機関による事実の報道と同様に考えて、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されると解すべきである。

3. 本法は、中止命令を定めることで、システム提供者が Z 機能画像を提供の自由を制約している。

4. Z 機能画像を提供する自由は、上記のユーザーの利便性及び社会的意義を有する重要な権利である。そして、中止命令は、本法(イ)所定の情報内容に着目して発せられるから、提供される情報の内容に着目して表現内容規制である。そこで、本法は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的を達成するために必要最小限度のものでない限り違憲であると解すべきである。

5. 立法目的は、国民のプライバシー保護にある。そして、Z 機能画像が公道から撮影したものであることから、Z 機能画像に写っているプライバシー情報は公道から認識し得るものであり、その秘匿性は低い。したがって、Z 機能画像により侵害され得るプライバシーは、必要不可欠な利益とはいえない(①)。

また、中止命令により、プライバシーを侵害していないものも含めたすべての Z 機能画像の利便性・社会的意義が失われることになる。Z 機能画像によるプライバシー侵害を回復することは、遵守事項違反のある情報の削除命令というより制限的でない他の選び得る手段によっても可能であるから、特定地図検索システムの提供全体を対象とした中止命令は手段必要性を欠く。したがって、中止命令は必要最小限度の手段とはいえない(②)。

よって、本法は憲法 21 条 1 項に違反し違憲である。

設問 2

1. 被告側は、Z 機能画像は国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものではないから、システム提供の自由について報道機関による事実の報道と同様に考えることはできず、「表現の自由」として保障されるとはいえないと反論する。

確かに、博多駅事件決定は報道機関による事実の報道についてそれが一般国民の知る権利に奉仕することを根拠として憲法 21 条 1 項による保障を肯定している。そして、Z 機能画像は、何らかの意見と結びついているわけでもなければ、意見の前提として提供されているものでもないから、報道における事実と異なり、国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものとして国民の知る権利に奉仕するものであるとはいえない。したがって、博多駅事件決定の射程は及ばない。

しかし、国民が自律的選択の前提としてインターネットを使って情報収集を行うことが普及した現在においては、インターネット上の情報が受け手の自律的選択に資するという観点から、思想・意見の表明を念頭に置いていた「表現の自由」の意味を新たに構築することが試みられるべきである。

そして、Z 機能画像は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができると、どこに行くかどうかの自律的選択に大いに役立つ。また、不動産広告が誇大広告であるか否か確かめることができ、不動産購入における自律的選択にも役立つ。

そこで、Z 機能画像を提供する自由も、ユーザーの知る自由に奉仕し、自律的選択を実効あらしめるものとして、憲法 21 条 1 項の「表現の自由」に含まれると解すべきである。

2. 被告側は、仮にシステム提供の自由が「表現の自由」として保障されるとしても思想・意見の表現に比べてその要保護性が低いことと、Z 機能画像の中止命令については表現内容規制の弊害が小さいことを理由として、厳格審査の基準は適用されないと反論する。

表現の自由の重点は自己統治の価値にあるから、自己統治の価値をほとんど有しない Z 機能画像を提供する自由の「表現の自由」としての要保護性は低いといわざるを得ない。

また、表現内容規制について厳格審査の基準が妥当するとされる理由の 1 つとして、国家が自己に都合の悪い表現内容を言論市場から締め出すという恣意的規制の危険が挙げられる。ところが、Z 機能画像は政治に関する情報ではないから、恣意的規制の動機が働きにくい。さらに、中止命令に先立ち、政府からの独立性が担保されている被害回復委員会に対する諮問が義務付けられているため、中止命令が恣意的に運用いられる危険性が制度上抑制されている。そのため、表現内容規制の弊害は小さい。

そこで、本法の憲法 21 条 1 項適合性は、①立法目的が重要な公益の保護にあり、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有する否かにより審査すれば足りると解すべきである。

3. 被告側は、インターネットの特殊性ゆえに、公道から撮影した Z 機能画像により侵害されるプライバシーも重要な公益に当たると反論する。

確かに、人は、公道から撮影できる領域では、閉鎖的な領域とは異なり、他者に見られているかもしれないということを意識して振る舞うなどして他者に見られる自己情報をコントロールできるから、公道から撮影できる領域におけるプライバシーの要保護性は高くないともいえそうである。

しかし、公道から撮影できる領域における自己情報のコントロールは、ごく一部の他者による偶然かつ一過性の視線にさらされることを前提としているにとどまり、当該領域における自己情報が画像化されてインターネット上に固定化された上、二次的利用を介して不特定多数者の視線に継続的に晒されるという事態までは想定していない。

例えば、公道上の人物画像は、それがインターネット上に固定化され分析されることにより、その人物の行動や私生活まで窺わせることになるものであるから、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人としては、自分がその場所にいることやそこでの行動が Z 機能画像としてインターネット上に公開されることを認識していれば、その場所にいることやそこでとった行動を差し控えていたはずである。

また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設などの公開されてはいけない施設の位置情報、子どもが路上や公園で遊んでいるという情報も、これがインターネット上に固定化され分析されることにより DV 再発や誘拐等のリスクが高まるのであるから、これらの情報がインターネット上で画像として公開されることを認識していれば、保護施設であることが分からない外観にしたり、子どもだけで路上・公園で遊ばせないといったことにより公開される情報をコントロールしていたはずである。

そして、これらの情報が Z 機能画像に含まれていた上、インターネット上に公開された Z 機能画像の第三者による二次的利用が頻繁にあったのであるから、Z 機能画像の提供により侵害されるプライバシーは、表現の自由を制約する目的としてふさわしいといえ、重要であるといえる (①)。

4. 被告側は、潜在的被害の多さゆえ個別の削除命令ではプライバシー侵害の回復手段として十分でないから、中止命令には実質的関連性が認められると反論する。

まず、本法の制定経緯からして Z 機能画像が個人のプライバシーを侵害しているという関係性には立法事実による支持がある

といえる。そして、中止命令によってプライバシーを侵害している Z 機能画像の提供が中止されるから、プライバシー侵害が阻止ないし回復される。したがって、中止命令には、立法目的の実現を促進するものとして手段適合性は認められる。

次に、システム提供者が大量の Z 機能画像をインターネット上に公開していることからすれば、プライバシーを侵害する Z 機能画像を提供している提供者は、勧告に係る Z 機能画像のほかにもプライバシーを侵害する Z 機能画像を大量に提供していると考えられる。そのため、個別の削除命令では埒が明かず、プライバシー侵害を回復する手段として Z 機能画像すべての提供を中止させる中止命令と同程度の有効性があるとはいえない。

したがって、中止命令には手段必要性も認められるから、実質的関連性もあるといえる (②)。

よって、本法は憲法 21 条 1 項に違反せず合憲である。 以上

参考文献

(憲法)

- ・「憲法」第8版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法Ⅰ基本権」第2版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
- ・「日本国憲法論」第2版(著:佐藤幸治-成文堂)
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」第2版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)

(行政法)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第8版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第8版(有斐閣)