

2021年度  
関西学院大学ロースクール  
C日程

一般入試（法学既修者）

憲法問題

《13:30～14:50》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

## 【憲法問題】

次の文章を読んで、「設問」に答えなさい。

マネキンフラッシュモブとは、路上パフォーマンスの一種であり、本物のマネキンのように数分間にわたってポージングしたまま静止するというものである。人通りの多い場所で行うとかなりのインパクトがあるこのパフォーマンスは、効果的な意見表明のために用いられることも少なくない。

Xは、日本国籍は有してはいないものの、特別永住者として日本に定住している者である。Xは、以前より、特別永住者など日本国民と生活実態がほとんど異なる者に対しては選挙権が認められるべきだと考えており、外国人参政権の実現を目指す市民団体に所属するなど、これまで様々な活動に従事してきた。

Xは、外国人参政権の実現を可能とする社会的気運を高めるため、マネキンフラッシュモブの方法により、メッセージ発信することを思いついた。そこで、Xは、約20人の賛同者を集め、20\*\*年10月1日、Y市駅空中歩道（以下「本件歩道」という。）においてマネキンフラッシュモブ（以下「本件行為」という。）を執行した。

本件歩道は、A電鉄Y市駅とB電鉄Y市駅とを結ぶ自由通路であり、地方自治法244条の公の施設としてY市が管理している。本件歩道は、平日の朝晩のラッシュ時には多くの通勤客が往来しており、また、近隣には多くの商業施設があるため、休日の日中でも多くの人で賑わっている。夜間になると、路上ミュージシャンらが本件歩道上で演奏をしていることも多く、その光景は本件歩道の利用者には馴染みのあるものであった。

本件行為が行われた10月1日は日曜日であり、本件行為は同日の正午から実施された。Xらは各自で黒のジャケット、黒のパンツ、黒い靴をそれぞれ着用して現地に赴き、正午になると、特に整列することもなくバラバラに本件歩道上を歩きだした。そして、その1分後、Xらは歩行中に突然一斉に立ち止まり、ジャケットの胸元を大きく広げたまま、その場で約3分間マネキンのように停止した。Xらはジャケットの中に全く同じ白いTシャツを着用しており、そのTシャツの胸元には「定住外国人にも参政権を！」と大きな赤字のプリントが施されていた。Xらはこのパフォーマンスを正午より1時間おきに6回繰り返した。

本件行為は、本件歩道を行き交う歩行者の注目を集め、その様子がSNSで拡散されるなどして、多くの人々に知れ渡った。本件行為が奏功したことに手応えを得たXは、今後も同様のパフォーマンスを行うことを計画していた。

しかし、本件行為は、同時にY市の当局にも知られることとなり、その結果、Xは、Y市自由通路条例（以下「本件条例」という。）3条1項3号により禁じられた行為を自由通路で行ったとして、同条2項に基づき、今後同様の行為を行わないようY市長から命じられた（以下「本件命令」という。）。

Xは、本件行為は本件歩道上の歩行者の安全で快適な往来を著しく害するおそれはないと考えており、本件行為に対する本件条例3条1項3号および同条2項の適用は違法であり取り消されるべきだと考えている。

〔設問〕

上記事案に含まれる憲法上の問題について、あなたの意見を論じなさい。なお、その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。

【参考資料1】Y市自由通路条例

（設置）

第1条 鉄道駅の周辺地域における歩行者の安全で快適な往来の利便性の向上を図るため、歩行者の交通の用に供する自由通路を設置する。

（名称及び位置）

第2条 自由通路の名称及び位置は、次のとおりとする。

（1）Y市駅空中歩道（Y市〇〇町△丁目××番地）

（2）以下 略

（行為の禁止）

第3条 自由通路においては、次に掲げる行為をしてはならない。

（1）自由通路の施設、設備、備品等を滅失し、損傷し、又は汚損すること。

（2）球戯、スケートボードその他これらに類する行為をすること。

（3）集会、デモ、座り込み、その他これらに類する行為をすること。

（4）前各号に掲げるもののほか、歩行者の通行又は自由通路の管理に支障を及ぼすおそれのある行為をすること。

2 市長は前項各号に行為をしたと認められる者に対し、当該行為の中止その他必要な措置を講ずるよう命ずることができる。

3 前項の規定による市長の命令に違反した者は、5万円以下の過料に処する。

【参考資料2】地方自治法

（公の施設）

第244条 普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設（これを公の施設という。）を設けるものとする。

2 普通地方公共団体（中略）は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない。

3 普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない。

2021 年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【C 日程：憲法】

《出題趣旨》

---

本問は、一般公衆が自由に入出りできる場所である自由通路においてフラッシュモブを通じた表現ないし集会を行うこと禁ずることについて、憲法 21 条の観点からその憲法適合性の検討を求める問題である。解答の形式としては、客観的な立場から適切なリーガル・オピニオン（意見書）の提示が求められており、X の立場から違憲主張を行うといった「当事者の立場からの主張」が求められているわけではない。ただ、違憲・合憲いずれの見解に立つとしても、自己の立場と異なる見解に言及することは求められている。それゆえ、本問においては、一面的な論述のみが展開されることは想定されていない。

《解説・講評》

---

本問を解答するにあたり最初に確認されなければならないことは、本件行為でも行われたようなマネキンフラッシュモブが憲法上のいかなる権利として保障されるかである。憲法 21 条 1 項は、伝統的な意見表明の自由と並んで、集団としての意見表明を伴う集会等も広く表現の自由として保障している。デモ行進も集団で意見表明を行うものではあるが、学説の多くは、これを「動く集会」として憲法 21 条 1 項の保障に含めている。本件行為のようなマネキンフラッシュモブも集団で意見表明を行うものであるので、同様に解してもよいだろう。もっとも、マネキンフラッシュモブを「行動を伴う言論」として理解する見解もありうると思われるので、いずれの見解を採るにせよ、憲法上の「集会」や「言論」に関連づけつつ、この行為の憲法的基礎付けを行うことが重要である旨を、ここでは指摘しておきたい。

次に着目すべきは、X が日本国籍を有していない点である。この点、外国人の人権享有主体性について、マクリーン事件判決（最大判昭 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁）は次のように判示している。すなわち、「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されているものを除き、我が国に在留する外国人にも等しく及ぶ」とし、その上で、「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」と述べている。本問を解答するにあたっては、これらの説示が参照されるべきであろう。

仮に外国人に表現の自由や政治活動の自由が認められるとしても、それが集会や行動を伴う言論といった形で行われる場合には、それらを行う場所が必要となる。例え

ばその場所が道路や公園である場合には、その設置目的や利用者の権利自由との調整が不可欠となろう。その限りで、集会の自由や行動を伴う言論は、純粹言論とは異なる制約に服するといえる。

とはいえ、純粹言論とは異なる集会等に対してどの程度の制約が許されるのかは、これらの行為が行われる場所の性質にも左右されうる。そこで参照されるべきであるのが、パブリックフォーラム論である。学説の多くは、表現や集会等の行われる場所を①伝統的パブリックフォーラム、②指定パブリックフォーラム、③非パブリックフォーラムに区別したり、あるいは、当該場所のパブリックフォーラム性の高低に応じて、合憲性判断の審査密度を厳緩させる立場をとっている。このような学説を参照した場合、本件歩道がパブリックフォーラムといえるかどうかは1つの論点となりうる。もっとも、本件歩道は、②の典型である市民会館等とは異なり「集会の用に供するために設置された施設」ではない。むしろ、本件条例1条で記されている「歩行者の安全で快適な往来の利便性の向上を図るため」に設置された施設であるので、この点を等閑視して本件歩道をパブリックフォーラムだと断じることは説得力を欠く。もし本件歩道のパブリックフォーラム性を強調するのであれば、実際にどのような使われ方がなされているのかに着目する必要があるだろう。この点、問題文中では、本件歩道上でストリートミュージシャンが演奏を行っている光景が馴染みのあるものだった点について言及がなされていた。この事実をどのように評価するかはともかく、本件歩道のパブリックフォーラム性を検討するのであれば、この点に触れることは解答上意味のあることだったように思われる。

本件歩道のパブリックフォーラム性の高低については、いずれの見解もありえよう。ただ、どのような見解を採るにせよ、本件命令の適法性判断に際して、そのパブリックフォーラム性に相応した本件行為の保護を考慮することは必要である。また、その一方で、本件歩道の設置目的にふさわしい歩道の安全性・利便性も必要な考慮事項として検討されるべきである。この両者を適切に調整することによって本件命令の適法性を明らかにすることが、最終的に本問で求められていた課題であった。

なお、この両者の調整にあたっては、本件条例3条1項3号および同条2項の要件に該当することを前提に、本件行為の禁止を命じることができるかを比較衡量によって検討する方法が、まず考えられる。このようなアプローチを採る場合には、大分県屋外広告物条例事件や吉祥寺駅ビラ配布事件の伊藤正己裁判官補足意見が参考になるだろう（ちなみに、ここまでの解説はこのアプローチを採用した場合を想定してのものであった）。他方、本件条例1項1号・2号の行為が、その性質上「歩行者の安全で快適な往来」を直接的に著しく妨げるものであることに着目し、3号で禁止されている行為もこれらと同等の害悪を生じさせる行為であるとする限定解釈を施した上で、本件行為への適用が可能であるかを検討するという方法も、本問の解答としてはありうる場所である。

どのような法的構成であれ、自らが主張したい内容を適切に言語化し、論理の飛躍なく十分な理由づけを行うこと、そして、全体として一貫性のある意見の提示となっていることが大切である。これはどの論文式試験にも当てはまることであるということ、最後に付言しておく。

以 上