

**2014年度同志社大学大学院司法研究科  
前期日程入学試験問題解説  
公法（憲法）**

**【出題の意図】**

将来、法曹等の職業に就くことを志向して法科大学院への入学を志望する皆さん（既修者コース等）には、日頃から、最高裁判例・学説の到達点（ないし現段階）に留意する学習方法を身につけてほしいとの基本的立場から出題した。

**【第1問（配点50点）についてのコメント】**

本問は、精神的原因により投票所に向くことができない成年者の選挙権の行使の制限の憲法15条等適合性の判断枠組み（ないし違憲審査基準）についての理解度を問うものである。

(1)選挙権およびその行使の制限の憲法適合性の判断枠組みについて述べた平成17年大法院判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号20187頁、判時1908号36頁）の示した基準（【備考1】 下線は解説者が付加）を理解しているか、(2)精神に重度の障害のある成年者については公職選挙法において郵便投票などの制度が明記されていない点をどのように評価しているか、(3)精神に重度の障害のある成年者の特定方法に関する論点について理解しているか（最一小判平成18年7月13日集民220号713頁、判時1946号41頁における泉徳治裁判官による補足意見参照—【備考2】）、(4)解答文における立論の展開力、文章力、などに力点をおいて採点し可否を判定した。

**【備考1】**＝「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について

1 国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。

憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している。そして、憲法は、同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。

憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選

挙権の行使を認めることが事実上不可能いし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。

在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不可能いし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである。」

【備考2】＝「 裁判官泉徳治の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に賛成するものであるが、議会制民主主義の下における選挙権の重要性にかんがみ、公職選挙法の憲法適合性について付言しておきたい。

憲法14条1項、15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書は、成年者による普通・平等選挙の原則を掲げて、国民に対し普通かつ平等の選挙権を保障している。選挙権は、実際の選挙において行使することができなければ無意味であるから、上記の選挙権の保障は、選挙権を現実に行使し得ることをも保障するものである。憲法47条は、投票の方法等は法律でこれを定めると規定しているが、すべての選挙人にとって特別な負担なく選挙権を行使することができる選挙制度を構築することが、憲法の趣旨にかなうものというべきである。

公職選挙法は、49条2項でいわゆる郵便等による不在者投票の制度を設けているが、その適用対象を身体障害者、戦傷病者又は要介護者の中のごく一部のものに限定しており、障害者基本法2条所定の障害者（身体障害、知的障害又は精神障害があるため、継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者）又は介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行・外出が極めて困難なもの一般を、郵便等による不在者投票の適用対象とはしておらず、上記の憲法の趣旨にかなうものとはいいがたい面を有している。歩行・外出が極めて困難な障害者又は要介護者に対して、投票所や不在者投票管理者の管理する投票記載場所における投票しか認めないとすると、事実上その選挙権の行使を制限するに等しいのである。

選挙制度の設計に当たり、選挙の公正の確保及び適正な管理執行に配慮すべきことは当然であるが、選挙権の行使を保障しつつ選挙の公正の確保等を図るべきものであって、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権の行使を制限するためには、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能いし著しく困難であると認められる事由がなければならない（前記の最高裁平成17年9月14日大法廷判決参照）。

原審の確定するところによると、上告人は、大阪府から障害の程度が重度の療育手帳の交付を受けている者であり、精神発達遅滞及び不安神経症のため、家族以外の人と対面した場合の対人関係がうまく行かず、他人の姿を見るとパニック状態に陥り、身体が硬直し、身動きが著しく困難になり、他人と接触するような場所への外出は事実上不可能であって、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるというのである。上告人のような状態の在宅障害者に対しては、郵便等による不在者投票を行うことができることにするか、あるいは在宅のまま投票をすることができるその他の方法を講じない限り、選挙権を現実に行使することを可能にしているとはいえず、選挙権の行使を保障したことにはならない。在宅障害者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいという

問題はある。しかし、上記の認定は、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳等の併用によつてできないわけではなく、上記の認定が簡単ではないという程度のことでは、前記の選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到底いうことができない。

したがって、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にあるといわざるを得ない。」

## 【第2問（配点50点）についてのコメント】

判例は、まず、住職のような宗教上の地位については、その確認を求める訴えは不適法とした（銀閣寺事件・最判昭44年7月10日民集23巻8号1423頁）。

しかし、「ほかに具体的な権利又は法律関係をめぐる紛争があり、その当否を判定する前提問題として、特定人につき住職たる地位の存否を判断する必要がある場合」については、「その判断の内容が宗教上の教義の解釈にわたるものであるような場合は格別、そうでない限り、その地位の存否、即ち選任ないし罷免の適否について裁判所が審判権を有する」（種徳寺事件・最判昭55年1月11日民集34巻1号1頁）とされた。また、「もっぱら上告人寺における住職選任の手續上の準則に従って選任されたかどうか、また右手續上に準則が何であるか」については審判権を肯定し、「寺院規則上住職選任に関する規定を欠」き、かつ、「確立した慣習の存在も認められない」場合について、「具体的にされた住職選任の手續、方法が寺院の本質及び上告人寺に固有の特殊性に照らして条理に適合したものであるかによってその効力を判断する」として、各末寺の総意による住職の選任を有効とした原審の判断を肯定したものもある（本門寺事件・最判昭55年4月10日判時973号85頁）。

もっとも、その後、本尊が偽物であることなどを理由とする寄付金返還請求につき、「具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、その結果信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題であるにとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すを左右する必要不可欠のものと認められ、また、記録にあらわれた本件訴訟の経過に徴すると、本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となつていと認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであつて、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬ」として訴えが却下されたものがある（板まんだら事件・最判昭56年4月7日民集35巻3号443頁）。この判断は、懲戒権者である宗派の管長が前法主から必要な秘伝による地位の継承を受けていたかどうか、寺有建物の明渡しと代表役員の地位確認の請求に際して争われた事案にも及ぼされ、双方の訴えが却下された（蓮華寺事件・平成元年9月8日民集43巻8号889頁）。この立場は、その後も維持されている（日蓮正宗管長地位不存在確認事件・最判平5年9月7日判時1503号33頁。大経寺事件・最判平14年2月22日判時1779号22頁）。

蓮華寺事件のような場合に、判例は、却下との立場を採るが、これに対しては、通常の民事訴訟の主張・立証責任に従って、判断すべきであるとの批判がある（主張立証責任説）。主張立証責任説によれば、宗教上の事項について主張・立証責任を負う者が敗訴すること

になる。これに対して、宗教的結社の自由を軽視するものだと批判し、団体の自治的決定がある場合にはそれを基礎に本案判決をすべきだとする立場（自律的判断尊重説）もある（以上につき、佐藤幸治『日本国憲法論』595-597頁参照）。

3説鼎立の状況にはそれなりの理由があるので、いずれの立場を自己の立場として正当化しても、説得的に論じることは可能であると考えられるが、考え方の筋道の一例を示せば次の通りである。

判例の立場は、紛争を放置し、裁判による解決を放棄するものであるし、また、宗教的な対立がある場合に、一方当事者に肩入れすることを形式的に避けることを、政教分離の要請と捉えているとすれば、それは、本来信教の自由の保障のためにある政教分離原則を自己目的化するものであって適切ではない。したがって、却下説は不当で、本案の判断がなされるべきである。本案の判断に際して、通常は、団体の側が、主張立証責任をどう分配するかを決定づける宗規等の内容の決定権をもっていることに鑑みると、主張・立証責任説にも十分説得力があるが、我が国のこれまでの紛争の実態をみれば、そこまで形式的に割り切ることは、やはり宗教的結社の自由を十分に尊重しているとは言いがたく、自律的判断尊重説を採るべきであろう。もっとも、自律的判断の尊重は、団体自身の自律的判断が存在していると言えることが前提である。蓮華寺事件は、＜宗教団体内の少数派が異端の説を唱えて処分された事案に過ぎず、団体内ではそれが宗教上異端の説であることには争いがないのであるから、その団体の自律的判断を尊重すれば済む＞と単純には言いがたいところがあり、留意が必要である。

**2014年度同志社大学大学院司法研究科  
前期日程入学試験問題解説  
公法（行政法）**

**1 出題の趣旨**

本問は、著名な宜野座村事件に関わる最判昭56・1・27民集35巻1号35頁を素材とし、事案に若干の変更を加えた上、行政法上の不文の法原則の一つである信義則ないし信頼保護法理の適用について問うている。

**2 採点のポイント**

主要な論点を挙げると、次のようなものである。

- ① 長の政策変更により不利益を被る住民等がいても、直ちにそのことが違法とされ、補償・賠償などの代償措置が必要となるわけではないこと。
- ② しかし、（Bの政策変更が法令・条例に違反しないとしても）法の一般原則たる信義則の適用による救済がありうること。
- ③ 本事案に適用される信義則違反判定基準のあり方。たとえば、(1)自治体の側から特定の者に対する個別具体的な働きかけがあったこと、(2)事業者の側としては、長期にわたる施策の継続を期待し前提として初めて資金・労力に見合った成果が見込まれること、などの指摘。
- ④ 上記基準の、本件事案へのあてはめ。
- ⑤ Bによる許認可等の全面的拒否は、（根拠法令・条例が何かは設例上明らかではないが）処分根拠法令・条例に反しまたは裁量濫用により違法である可能性が高いこと。

**3 採点の感想**

今回も、モデルの判例を学習した人であれば、合格水準には達している。もっとも、長や地方議会による政策変更が、住民等との関係でどのような場合に違法になり、または補償等の措置を伴うことを要求されるかについて、判例の事案を超えて考えた経験がありそうに見えた答えは、少数にとどまっている。入学後は、判例の暗記と単純な応用だけでは済まされない学習が要求されるので、この点は、心しておいてほしい。また、判例の事案と命題を覚えることに傾倒する余り、重要な法律条文を軽視して十分に読まないでいると、それは大変に危ないことである。

なお、本研究科入試の行政法に関しては、出題範囲が総論に限られているので、今回の出題も、国家賠償や損失補償の論点についてまで解答を求める趣旨ではない。