

## 2012年度同志社大学大学院入学試験問題解説 公法（憲法）

### コメント

2012年度の憲法の入学試験問題に関し、解答に際して留意してほしかった点について簡単にコメントする。以下のコメントは、留意してほしかった点を示しているだけで、特定の見解が正解であるとか、その結論でなければ合格点を付与できないという趣旨ではないので、誤解のないようにお願いしたい。

### 問1について

外国人の基本的な人権享有主体性が問題となるのは入国している外国人についてであつて、入国・在留は憲法上の権利の問題ではなく、国際法上の問題に過ぎない。「憲法 22 条 1 項には、何人も公共の福祉に反しない限り居住・移転の自由を有する旨規定し、同条 2 項には、何人も外国に移住する自由を侵されない旨の規定を設けていることに徴すれば、憲法 22 条の右の規定の保障するところは、居住・移転及び外国移住の自由のみに関するものであつて、それ以外に及ばず、しかもその居住・移転とは、外国移住と区別して規定されているところから見れば、日本国内におけるものを指す趣旨であることも明らかである。そしてこれらの憲法上の自由を享ける者は法文上日本国民に局限されていないのであるから、外国人であつても日本国に在つてその主権に服している者に限り及ぶものであることも、また論をまたない。されば、憲法 22 条は外国人の日本国に入国することについてはなから規定していないものというべきであつて、このことは、国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであつて、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国を許可する義務を負わないものであることと、その考えを同じくするものと解し得られる」（最大判昭和 32 年 6 月 19 日刑集 11 卷 6 号 1663 頁）。

したがつて、「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…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」（マクリーン事件・最大判昭和 53 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁）。

入国している外国人について、どの基本的な人権について享有主体性が肯定されるかについては、文言説もあるが、国籍離脱の自由を主体を限定せずに保障する 22 条 2 項が説明できなくなるなどの難点があり、いわゆる権利性質説が妥当である。「憲法第 3 章の諸規定による基本的な人権の保障は、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」（同）。

政治活動の自由については、「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」（同）。結社の自由についても、性質上、基本的に保障が及ぶと考えられるが、政治活動の自由としての側面については上述と同様の制限がかかるものと解される。

## 問2について

外国人が政治団体の構成員になることを直接禁止すること、あるいは党費又は会費の納入を禁ずるといって実質的に禁ずることは、そのいずれも21条1項の結社の自由の制約となる。

この場合の結社の自由は、外国人の自由でもあるが、当該政治団体に日本国民が加入していることを想定する限り、その日本国民の結社の自由でもあり、その結社が何人を構成員とするかは、当該結社の自律権として、憲法上当然に保障を受けると考えられる。そうであるとすれば、本問のような規正（規制）は違憲である。現行法が、外国人の政治献金規制の脱法行為を許すことになる可能性があるにもかかわらず、党費・会費を寄付とを分けて扱っているのは、この結社の自由の配慮しているからにほかならない。

たしかに、政党について、とくに主要政党については、その党首選挙が、実質的に首相選択選挙としての意味をもつことがあり得、また、今日、党員による党首選挙が行われることが多くなりつつあることから、このような場合に限り、外国人による影響を排除するための規制を設けるべきだという議論はありうる（「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」）。

しかし、日本国憲法は政党について特別の規律を定めず、政党を、結社の自由の行使の結果生まれた私的結社として政党を理解している。この理解を維持する限り、政治団体への外国人の加入を制限することは憲法上許されないということにならざるをえないのではなかろうか。

## 2012年度同志社大学大学院入学試験問題解説 公法（行政法）

### 1 解説

第1問は、間接強制を伴う行政調査に関する基本論点を、第2問は、設例の調査（立入検査）が適法かどうか、違法であるとする、その調査によって得られた資料を根拠とする不利益処分取消原因があると言えるかという論点を、それぞれ問うている。

(1) 行政調査に関する憲法上の令状主義の適用については、憲法・行政法のどちらでも学ぶ基本的判例として、川崎民商最判がある。本問【参照条文】の大気汚染防止法35条4号は、検査の拒否等について刑事罰という間接強制手段を用意しており、この点は、税務調査と全く同じである。そこで、上記の最判の一部をそのまま応用してもらえば良い。また、間接強制付きの行政調査において、実力行使による調査実施が許されないことに争いのない点は、教科書等を少し注意深く読めばわかるはずである。

(2) 刑事訴訟において違法収集証拠の排除が認められる場合、認められない場合について学んでいることを前提として、刑事手続（捜査手続）よりも規律が弱い行政調査手続の違法が、はたして結果（処分）の適否に影響を及ぼすのか、応用問題として考えてもらう必要がある。

### 2 評価のポイント

50分を想定した試験であるので、両問とも、論点の所在を理解できていれば、合格の水準に達する。言い換えると、何が問われているのか、何を論じたら良いのか、理解していない答案が半数以上であった。基本的な論点を問う出題であるだけに（特に第1問）、残念なことであった。問われた事柄ではなく、覚えてきた事柄をともかくも書く癖は、直さなければ、将来的に大変損である。また、事例問題においては、資料の法令は、適切に引用・利用する必要がある。

第1問では、「現代行政における行政調査と令状主義」といった大上段の話は、不要である。①判例の知識として、事後的な刑事罰の存在による間接的な強制を、直接物理的な強制と同視できないことが、憲法上令状不要の理由の一つとされていること、②大気汚染防止法も、調査について直接の実力行使を明文で授權しておらず、上記のように、検査拒否等についての刑事罰を設けているにとどまること、から推論してもらえば良い。答案では、予想外のことであったが、職務質問や任意捜査の限界に関する刑訴判例を拡張解釈して、「少々の実力行使なら当然受忍すべきだ」という、行政実務にとってもおそらくは迷惑な飛躍をしている例が目立った。直接関係する憲法の条文でも、35条を挙げないで31条や33条、38条だけを挙げる例が少なくなく、残念であった。

第2問では、①工場側の意思を適切に理解していない者がたまたま窓口となっていた設定で、その者の許諾により行われた立入検査が適法であったのか、まず答えなければならぬ。この点で、少なくとも違法の疑いがあるとの結論を採るなら、②次に、その調査の

違法と処分の取消原因との関係について論じる必要がある（設例の立入検査が適法との立場を取る場合でも、この論点については簡単に言及することが望ましい）。教科書等を読み直してもらえれば、行政調査の項目において通常何らかの言及がある論点であることは、了解されるはずである。「違法性の承継」という、行政法総論と、試験範囲外の行政救済法（行政事件訴訟法）とのどちらでも使われる学問用語を用いて説明する答案例が多かったが、出題者としては、試験範囲のグレーゾーンに属する「違法性の承継」の理解を問う意図は全くなかった。ちなみに、それらの答案は、この用語の基本的理解ができていないことを示すものであったので、行政法全般を学ぶ上では、ぜひ注意していただきたい。