

2013年度同志社大学大学院司法研究科入学試験問題解説 公法（憲法）

第1問（配点50点）について

【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）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付けてほしいとの基本的立場から出題しました。

本問は、民法900条4号ただし書前段（非嫡出子の相続分区分規定）の憲法14条1項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す。従来、この点（とくに憲法14条1項後段列举事項に特別の意味を認めるか否か）につき、＜学説の一般的動向は当該列举事項に特別の意味を認め、これに該当する場合は審査の厳格度を高めるべきとするものであるが、判例は例示的に列举したにすぎないものととらえ、特別の意味を認めない立場を採用している＞との理解・説明がないではなかったといえましょう。しかし、2008（平成20）年大法廷判決以後は、学説と判例は接近してきているとの理解も十分ありうるといえましょう。この点の最高裁判例の展開に留意してほしいとの趣旨から出題したものです。

【コメント】

解答に際して留意してほしかった点につき、簡単にコメントします（なお、このコメントは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、誤解のないようお願いしたいと思います）。

2008年の大法廷判決につきとくに注目すべき点は、「①日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、②父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」、と述べている点です（①、②および下線は解説者が付記）。

すなわち、同大法廷判決は、相対的平等説（合理的根拠・理由のある区別的取扱いは憲法14条1項に違反しないとする説）を採ることを前提として、一定の場合には、審査の厳格度を高めるとの判断枠組み—すなわち、①区別される者がこうむる不利益が重大なものであること、および、②区別の事由が不利

益的区別的取扱いを受ける者の意思や努力によっては変えることのできない事柄である場合には、審査の厳格度を高める（「慎重な検討」を行う）との基本的立場を示したものととらえることができます。学説にいう憲法 14 条 1 項後段列举事項特別意味説の主要な根拠とされてきたのは、後段列举事項の「人種、性別、社会的身分、門地」は本人の意思や努力によっては変えることができない（いかんともしい難い）事由・事柄であり、こうした事由・事柄による区別的取扱いは公権力による国民・個人の処遇のあり方として適正なものとはいえない、合理的な理由・根拠が見出しがたいとの考慮に基づくものであることを考慮すると、②の判示部分に判例と学説の接近の動向を認識することが可能です。

本問への解答の方法としては、＜平成 20 年大法廷判決を知っていることを示した上で、平成 7 年大法廷判決の多数意見とは異なる結論を導く解答＞、＜結論としては同多数意見と同じ結論とする解答＞、＜平成 7 年大法廷判決の少数意見（補足意見、反対意見）を参照した解答など＞、多様なものがありえます。解答における立論の展開力、文章力などを加味して採点し合否を判定しました。

第 2 問（配点：50 点）について

【出題の意図】

基本的な立場は、第 1 問についての【出題の意図】の第 1 段落の説明と同様です。

いわゆるねじれ現象によって日本国憲法下での二院制のあるべき姿について種々議論される状況にあり、また、衆参を問わず、一票の価値の平等について、積極的な判例の展開がみられ、今後も予想される中、基本的な理解を問い、考える力を試すための出題です。

【コメント】

「憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される」ことは、衆議院議員選挙についても、参議院議員選挙についても同様であるというのが判例の立場です。

そして、

憲法は、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の裁量にゆだねているのであるから、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではなく

国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない

ということになる訳ですが、この「国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由」の中に、「参議院の独自性」が含まれるというのが判例の立場です。

したがって、現在、参議院の選挙制度は、全国一区の非拘束名簿式の比例代表選挙と都道府県ごとの選挙区選挙となっていますが、このような参議院の選挙制度の仕組みは、

憲法が二院制を採用し参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとしたこと、都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得ること、憲法46条が参議院議員については3年ごとにその半数を改選すべきものとしていること等に照らし、相応の合理性を有するものであり、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えているとはいえない

とされることとなります。

そこで、参議院議員選挙における一票の価値の不平等が違憲となるのは、上のような枠組みを前提に、

社会的、経済的変化の激しい時代にあって不断に生ずる人口の変動につき、それをどのような形で選挙制度の仕組みに反映させるかなど問題は、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要するものであって、その決定は、基本的に国会の裁量にゆだねられているものである。しかしながら、人口の変動の結果、投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される場合

ということになります（以上、ここまで、引用は参議院議員選挙に関する最大判平成21年9月30日民集63巻7号1520頁から）。

これまでのところ、衆議院については、事実上、格差 3 倍が、「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度」（衆議院議員選挙に関する最大判昭和 58 年 11 月 7 日民集 37 卷 9 号 1243 頁）に至るか否かの基準だったようですが、参議院については、6 倍がその基準と考えられてきたようです（参議院議員選挙に関する最大判平成 8 年 9 月 114 日民集 50 卷 8 号 2283 頁は 6.59 倍について違憲状態とした）。

もっとも、衆議院については、小選挙区比例代表並立制の導入に伴い、格差は 2 倍台に落ち着いていますが、これについて最大判平成 23 年 3 月 23 日民集 65 卷 2 号 755 頁は、「1 人別枠方式は、おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われる」との画期的な判断を前提に、「本件選挙区割りについては、本件選挙時において上記の状態にあった 1 人別枠方式を含む本件区割基準に基づいて定められたものである以上、これもまた、本件選挙時において、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたものというべきである」との判断を下しています。

また、参議院に関する最大判平成 21 年 9 月 30 日民集 63 卷 7 号 1520 頁も、違憲状態とも判断はしていませんが、

現行の選挙制度の仕組みを維持する限り、各選挙区の定数を振替える措置によるだけでは、最大較差の大幅な縮小を図ることは困難であり、これを行おうとすれば、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となることは否定できない。このような見直しを行うについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が必要であり、事柄の性質上課題も多く、その検討に相応の時間を要することは認めざるを得ないが、国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、投票価値の平等が憲法上の要請であることにかんがみると、国会において、速やかに、投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて、適切な検討が行われることが望まれる

と指摘しているところです。

このように、投票価値の平等に関する最高裁の立場は、近年急激に厳格化してきているようにみえますが、いずれにせよ、参議院と衆議院の間には、なお相当の許容度の違いを認めているものと考えられます。問題は、これをどう考えるか、です。

理論的には、判例の立場を肯定する見解もありうるでしょう。むしろ現状でも両議院の組織原理にあまり違いがないのが両院制の存在理由から見て望ましくないと指摘し、参議院は、間接選挙でも構わないのだと説く、大石眞教授の立場がその代表です（大石眞・憲法講義 I 第 2 版 95 頁、96 頁、125 頁参照）。

これに対して、参議院に関する最大判平成 16 年 1 月 14 日民集 58 卷 1 号 56 頁における泉裁判官の追加反対意見は次のように述べます。

この点について、衆議院議員の定数配分は人口比例によるべきであるとしつつ、参議院の場合は、衆議院とは性格を異にするから、人口比例の原則を相当程度後退させることになっても、議員に各都道府県代表の性格を持たせ、そのために各都道府県に最低 2 人の定数を配分することが許されるという議論がある。確かに、両院議員の選挙が同じ仕組みである必要はない。両院議員選挙にそれぞれの特色を持たせ、二つの選挙を通じて公正かつ効果的な代表の選出を実現することは望ましいことであって、参議院議員選挙制度の適否も、衆議院議員のそれとの相関関係において決まる面があるということではできよう。しかし、参議院議員も「全国民を代表する選挙された議員」（憲法 43 条 1 項）であり、平等選挙の原則は参議院議員の選挙にも貫かれるべきものである。特定の選挙区に居住する選挙人に対し実質的に複数投票を認めるに等しいまでに平等原則を後退させて、参議院議員に各都道府県代表の性格を持たせることは許されないのである。その上、衆議院議員選挙区画定審議会設置法 3 条 2 項は、衆議院小選挙区選出議員の選挙区の画定について、各都道府県の区域内の選挙区の数は、各都道府県にまず 1 を配分した上、これに、同議員の定数から都道府県の数を控除した数を人口に比例して各都道府県に配当した数を加えた数とするとしている。すなわち、法は、衆議院小選挙区選出議員の選挙についても人口比例の原則をある程度後退させ、同議員に各都道府県代表的な性格を与えているのである。そうすると、衆議院議員について人口比例の原則で定数配分が定められているから、参議院議員の場合は人口比例の原則を相当程度後退させることも許されるという議論は、前提を欠くことになるのである。

また、参議院の特殊性を強調し、両院の中で衆議院に権限の優越性が認められ、衆議院が議案の最終的な決定権を持っているから、その衆議院の議員定数配分が人口に比例して行われている限り、参議院については人口比例の原則を相当程度緩和しても、国民の意思に従った政治が行われ、民主主義のシステムとして許されるという議論がある。確かに、憲法は、予算の議決、条約の承認、内閣総理大臣の指名について、衆議院の参議院に対する絶対的な優越を定め、内閣不信任の議決も衆議院にのみ認めている。しかし、国会の最も日常的な活動である法律案の議決に関しては、「衆議院で可決し、参議院でこれと異なった議決をした法律案

は、衆議院で出席議員の三分の二以上の多数で再び可決したときは、法律となる。」（59条2項）と規定するにとどまるのである。参議院で否決した法律案を衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で可決するという事は、実際問題として容易なことではないから、法律案の議決に関しては、参議院は衆議院とほぼ等しい権限を有しているといえることができるのである。このことは、内閣総理大臣の指名にも事実上大きな影響を与える。我が国憲法の採用する議院内閣制の下では、内閣総理大臣の指名は、国会の有する最も重要な権限の一つである。内閣総理大臣の指名について衆議院が絶対的な優越権を有するとはいえ、法律案の議決を考慮し、参議院でも過半数を制する安定基盤の形成を目指した内閣総理大臣の指名が行われるのである。予算についても、その相当部分は法律案の議決を伴わなければ執行することができない。こう見てくると、参議院は、衆議院にほぼ等しい権限を与えられているといっても、過言ではないのである。そうすると、国民は、参議院議員の選出についても、基本的に平等な選挙権を与えられなければならない、参議院議員は、全国民を代表する存在でなければならないのである。仮に、法律案の議決についても、衆議院に絶対的な優越権を認めた上で、参議院を衆議院の行過ぎや偏りを抑止するための慎重審議の場、修正案提議の場にとどめるのであれば、参議院議員の選出について人口比例の原則をある程度後退させ、各都道府県代表の性格を強く持たせるということも考えられないではないが、現在の参議院の有する権限を考慮すると、それは許されないと考える。

要するに、参議院の独自性を認めるには、参議院の憲法上の権能は強すぎる、という訳です。佐藤幸治教授は、これを肯定的に引用し、二院制のあり方について参議院の機能・組織・手続の各面についての再検討を促しています（佐藤幸治・日本国憲法論 409頁、443頁参照）。

以上のような、衆議院と参議院に関する判例の立場の相違を踏まえ、これに対する学説上の評価が多様であるところで、どう考えるか、というのが、本問の解答のポイントです。

2013年度同志社大学大学院司法研究科入学試験問題解説 公法（行政法）

1 出題の趣旨

「問」の注意書きに記した通り、本問は、行政救済法に関する知識を試すものではない。ケースブックや判例百選などの資料集や教科書類で必ず扱われる、最判昭48・4・26民集27巻3号629頁を素材として、典型的な行政処分（行政行為）である課税処分に関する当然無効の判断基準について問うている。

2 採点のポイント

定石ともいえるべき論点を挙げると、次のようなものである。

- ① 行政処分の違法については取消可能な違法と当然無効の違法との区別がなされてきたことの説明。
- ② 上記二つの区別が認められる理由。
- ③ 判例における「重大・明白」の判断枠組みの一般的定着。
- ④ 設例における違法の重大性。
- ⑤ 設例における（判例がいう意味での）明白性の欠如。
- ⑥ 明白性の欠如（上記⑤）にもかかわらず設例では無効と認めるべき理由。これらの論点をすべて書き分ける必要はなく、適宜取りまとめて論じてもらえば良い。

3 採点の感想

モデルの判例を学習した人であれば、十分に合格水準に達している。しかし、「学んだ」つもりでも、たとえば「重大・明白」という言葉だけ覚えていて、判例がいう「重大」性、「明白」性とはどういう意味なのか、理解しないままに済ませている答案は危ない。信義則ないし信頼保護原則に不用意に言及する答案も散見された。無意味に「違法性の承継」を取り上げる誤解も、なお見受けられる。それぞれの概念の標準的意義、用法を地道に確認しておいてほしい。

本問は、モデル判例ほとんどそのままの設定によっているが、応用問題としては、「重大・明白」の枠組みの例外が他の領域では認められないのか、最近の下級審裁判例に触れる教科書等の記述を押さえておいていただきたい（たとえば、外国人の在留特別許可をしない処分や、原子炉の設置許可処分の無効をめぐる争いがある）。