

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

**【第1問（配点50点）についてのコメント】**

1 法曹等の職業を志向する法科大学院入学希望者は、社会に生起する憲法問題について洞察するセンスを身に付けることが求められる。

本問は、「夫婦同氏強制制度（民法750条等）をめぐる憲法問題」—これは、日本の社会・家族・諸個人のあり方を考える際の残された諸課題の一つである—について出題したものである。

この問題については、2013年に東京地裁判決が下されている（東京地判平成25・5・29判時2196号67頁、判タ1393号81頁）。が、同地裁判決は、民法750条の合憲性について直接的には明確に述べないままに、基本的には国家賠償法1条の解釈問題として事件を処理し、原告敗訴としている（控訴）。この憲法問題の法的解決を企図する際、立法不作為等を攻撃する国家賠償請求訴訟という争い方を用いることには難点が伴う。このため、本問は、これ以外の争い方（戸籍法121条に基づく家庭裁判所に対する不服申立て）を用いた場合において、どのような実体的な憲法判断が下されるべきかについての考察を求めたものである。

2 この憲法問題については、裁判例・憲法学説において必ずしも確定的な解答が出されていない段階にある。このため、採点・評価においては、①新しい人権の司法的承認の要件論についての基本的理解がみられるか、②民法750条についての憲法13条違反説や憲法24条違反説（違憲の条件の禁止説を含む）などについての基本的理解がみられるか、③民法750条の文言は性別につき中立的であるため、憲法14条1項後段違反説を主張することには困難が伴うことを理解しているか、④本憲法問題において立論構築されるべき憲法上の権利概念は何か（「婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称する権利」〔前記地裁判決〕、「婚姻の自由」、「氏の変更を強制されない自由」など）についての基本的理解がみられるか、などの諸項目について一定の解答が示されていれば十分とし、⑤文章力・日本語力を加味して、総合評価を行った。

**【第2問（配点50点）についてのコメント】**

「両議院は、…院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる。但し、議員を除名するには、出席議員の三分の二以上の多数による議決を必要とする」（58条2項）。国会議員の除名・出席停止（登院停止）については、このように、懲罰権が議院の自律的運営権の一環として憲法の明文上認められていることを重視して、議院の判断が最終的なものとする立場が一般的である（佐藤・日本国憲法論 463頁参照）。除名の濫用の危険は、特別多数が要求されていることによって対処されていると考えられている。

これに対し、地方議会の場合は、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体に在っては、当該法規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないのがあ」とされ、出席停止は司法審査の対象とならない（最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁）が、除名の場合は司法審査の対象となる（最判昭和26

年4月28日民集5巻5号336頁、最大決昭和28年1月16日民集7巻1号12頁など)とするのが判例である。判例は、前掲昭和28年の最大決における田中耕太郎裁判官の少数意見からはじまって、やがて、「部分社会」の語を用いて判断するようになっていく(『富山大学事件。』最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁、同280頁)が、これについては、憲法との係留関係を明らかにする必要があるとの指摘がなされているところである(佐藤・595頁)。

以上の一般的理解を踏まえていることを示しながら、設問について論じることが求められている。

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

・問題文の最後から、本件処分への行政手続法（以下「行手法」という。）の適用が問われていることは明らかであるから、まず、本件処分の「不利益処分」該当性を指摘する必要がある。申請に対する処分に関する規定を挙げる、基本的なミスが散見された。

・上記から、理由提示の根拠となる行手法 14 条 1 項が特定される。

・次に、①理由提示の趣旨、②適法な理由提示の程度、水準に関する記述が求められる。著名な判例の事案を知る人なら、設例ではただ根拠法条を挙げるに等しい一文があるだけであって、そこにいう「不正請求」が、具体的には、時期、内容共に全く明らかにされていないことに、すぐ気づくだろう。

・理由提示の違法が取消原因となることについても触れておくと、万全である。

なお、聴聞の必要性を述べる答案があり、それは間違いではないが、設例では、聴聞を行っていないとの事実は全く記されていないので、本来求められる記述ではない。他方で、妥当な根拠を述べず、わざわざ聴聞を不要と述べる答案や、理由提示の違法は取消原因にならないとする答案など、明白な誤解を述べる例も散見された。重要な一般法の基本的な解釈・適用に関わる設問であり、行政救済法を学ぶ際にも必須の知識に関わっているので、振るわなかった受験生は、十分に学び直してほしい。