

**2015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）**

**【第1問（配点50点）についてのコメント】**

政治活動の自由の保障（憲法21条）について、公務員の場合については、最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁（目黒事件〔堀越事件〕）は、当該事案類型の先例は最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁（猿払事件）ではなく、最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁（よど号新聞記事抹消事件）であるとし、「実質的な判例変更」とも評しうる立場を示した。こうした最高裁判例の最近の動向を踏まえて、公務員の場合よりもより強く憲法上保障されるべきと捉えられてきた「国民の政治活動」の自由について、こんにちの時点でどのように考えるかについての考察を求めるため、本問を出題した。

最三小判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁（大分県屋外広告物条例違反被告事件〔合憲判決〕）と本問との事案の異同の分析、立論・結論の異同の分析、日本語力・文章力等を総合的に勘案して採点した。

**【第2問（配点50点）についてのコメント】**

ドイツ連邦共和国基本法は、「連邦法律もしくはラントの法が形式上および実質上この基本法と適合するかどうか…について意見の相違または疑義がある場合」は、「連邦政府、ラント政府、または連邦議会構成員の4分の1の申立てに基づき」（同法93条1項2号）、連邦憲法裁判所が決定すると規定する（同項柱書き）（訳文は初宿正典ほか編・新解説世界憲法集〔第3版〕（三省堂、2014年）204頁〔初宿正典翻訳〕を参照した）。

本問は、同様の憲法規定をもたない日本国憲法の下で、同内容の法律が制定された場合を想定して、その合憲性を論じさせるものである。

学説上は、憲法81条が、最高裁判所に、ドイツの憲法裁判所と同様の権限を付与したものと解する立場もあり、このような立場に立つ学説の多くは、その権限の行使のためには、本問のような法律の規定を必要と解するが、中には、法律をまたずとも抽象的違憲審査権の行使が可能とする立場もある。

しかし、そのような立場をとる原告が、直接最高裁判所に出訴した警察予備隊違憲訴訟・最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁において、最高裁判所は、「わが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的な事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」と判示している。この立場が通説でもある。

もっとも、「現行の制度の下においては」、あるいは、「法令上何等の根拠も存しない」との表現をどう解するかについては対立があり、抽象的違憲審査を包摂するものとして司法権概念を理解する立場からは、結局は法律次第だとも説かれる。ただ、この立場では、抽象的違憲審査権も司法権であるのに、法律の定めがなければその権限は行使できないということになり、晦渋だと批判されている。

支配的な見解は、むしろ、81条をもって、「米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定した」と受け止める刑訴応急措置法事件・最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁と軌を一にし、抽象的違憲審査制を正面から認めることは不可能と解している（もっとも、警察予備隊違憲訴訟の事案を、純粋に抽象的なものとみるかどうかは微妙である）。

ただ、現実には、住民訴訟、選挙訴訟などの民衆訴訟、地方自治法176条の規定するものなどの機関訴訟が、客観訴訟として認められており、これについての説明をどのように行うかは、学説が分かれている。

司法権について、「司法権が司法権たるゆえんは、公平な第三者（裁判官）が、適正な手続を基盤に、関係当事者の立証と法的推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性の特に強く求められる特殊な参加と決定過程たるところにある」と解し、「これに最もなじみやすいのは、具体的紛争の当事者がそれぞれに自己の権利・義務をめぐって理を尽くして真剣に争うということを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行う法原理的決定に当事者が拘束されるという構造である」とする立場（佐藤幸治・日本国憲法論（成文堂、2011年）583-584頁）からは、客観訴訟は、憲法上、「無条件にみとめうるわけではなく、法原理機関の権限とするにふさわしい、具体的な事件・争訟性を擬するだけの実質を備えていなければならない」（同・623-624頁）と説かれる。

公法学の世界では、このような束縛を離れ、純然たる抽象的違憲審査そのもの、公権力の法令適合性そのものを、裁判所の課題として捉えようとする傾向が根強く存在する（処分性や原告適格の拡大論もそのような傾向に棹さすものとして性格を少なくともその一部にもっている）。その意図するところは理解できるし、また、従前の解釈が、事件・争訟性を重視する立場からみても適切でなかった可能性については留意する必要がある。しかし、具体的な事件の事実関係や個別的な権利の救済を離れたところに、裁判所の守備範囲を広げようとするのは、結局、「司法権が司法権たるゆえん」を見失わせることにならないだろうか。

我が国で最初の法令違憲判決である尊属殺重罰規定違憲判決・最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁は、刑法旧200条を、事件の具体的事実関係、当該事件の被告人のおかれた境遇を離れて、刑法典の条文を抽象的に審査することによってその結論に辿り着き得たものであるだろうか。また、近時の司法審査の活性化の象徴的な判決である在外日本国民選挙権制限訴訟・最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁や国籍法3条1項違憲判決・最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁について、求められていたのが当事者の個別具体的な権利の救済であったことが、投票をすることができる地位にあることの確認、国籍の確認の請求が認容されるについて、大きな役割を果たしたのではなかったであろうか。

以上のような点についての、考え方を問うてみたい、というのが、本年の第2問の出題の趣旨である。

**2015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）**

**【出題意図】**

本問は、行政法総論の基本的な論点である、①行政の内部規定（いわゆる行政規則）と②法の一般原則としての「比例原則」についての基礎的な理解を問うものである。それぞれの論点については受験に際し当然に勉強しているはずであるが、本問では事例の中から複数の論点を見出すことができるかという点も問うてみた。

**【採点のポイント】**

基本的には①行政の内部規定（いわゆる行政規則、本問の場合は行政手続法12条にいう処分基準）と②比例原則が論点であることを捉えられているかどうかを中心に採点し、それぞれの論点についてどれほど具体的に記述しているかによってさらに細かく採点していった。具体的な記述につきA県の主張の中で記述するか、Bの反論の中で記述するかは、主張として矛盾していない限りどちらでもよいとした。

①行政の内部規定については、（1）本件処分基準が行政の内部規定であって、（たとえ公表されている場合であっても）必ずしも常に従わなければならないものではないことが明確に記述されていることが最低限求められる。例えば「内容不合理ゆえに『無効』である」といった記述は、法規命令との差異を理解していないものとして評価しなかった。その上で、（2）内部規定であっても、それと異なる判断をする場合には合理的な理由が必要とされることが記述されていればよしとした。

②比例原則については、（1）まず論点の存在を指摘していることが重要であるが、比例原則という言葉を用いていなくても、実質的に比例原則の考え方が示されていれば、一定程度評価した。その上で、（2）比例原則のあてはめを本問の処分基準に則してどの程度具体的に行っているかにつき評価した。

なお平等原則違反あるいは信義則違反についての記述は、①（2）行政の内部規定と異なる判断に合理的な理由が必要な点に関する記述として、適宜加点した。

**【講評】**

問題のポイントを的確に捉えた優れた答案が少なからずあった一方、それなりに時間をかけて解答したと思われるにもかかわらず見当違いで評価されない答案がかなりあった。また、2つの論点をともに指摘した答案は多くなかったが、司法試験では問題として出される複雑な事例の中からはいくつもの論点を見出すだけの力が要求されるので、今後の宿題としてこの点を意識しながら勉強を進めていって欲しい。「これだけで十分か」常に問い続ける姿勢が重要である。

なお個別的な点であるが、本件処分基準について、食品衛生法50条2項に着目して、都道府県が条例で定める基準であると誤解した答案が多かった。食品衛生法50条3項をみれば、当該基準は私人である営業者の側が遵守すべき基準であることは十分読み取れ、A県にとっての基準である本件処分基準はこれに該当しないことがわかる。さらに食品衛

生法 55 条 1 項をみても、営業者が遵守すべき基準を遵守しない場合に都道府県知事は営業を停止しうるとされ、本件処分基準はこの営業停止処分に係るものであることがわかる。この点を誤解すると出発点を誤り見当違いの答案となってしまうが、法律の規定を丁寧に読むことがいかに重要であるか肝に銘じて欲しい。