

**2016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**  
**憲法**

**【第1問（配点50点）についてのコメント】**

憲法19条適合性の判断枠組み・違憲審査基準に関して、最高裁は国旗国歌起立斉唱事件（教員に対する職務命令等事件）において、下記の2011（平成23）年の判決において、第一・第二・第三小法廷で基本的に同一の判断を示しており、これらは実質的には大法廷判決に相当するものである。

① 最二小判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁・判時2123号8頁。

（須藤正彦・古田佑紀・竹内行夫・千葉勝美。竹内補足意見、須藤補足意見、千葉補足意見）。

② 最一小判平成23年6月6日民集65巻4号1855頁・判時2123号18頁。

（白木勇・宮川光治・櫻井龍子・金築誠志・横田尤孝。金築補足意見、宮川反対意見）。

③ 最三小判平成23年6月14日民集65巻4号2148頁・判時2123号23頁。

（田原睦夫・那須弘平・岡部喜代子・大谷剛彦・寺田逸郎。那須補足意見、岡部補足意見、大谷補足意見、田原反対意見）。

④ 最三小判平成23年6月21日裁判集民事237号53頁・判時2123号35頁。

（田原睦夫・那須弘平・岡部喜代子・大谷剛彦・寺田逸郎。那須補足意見、岡部補足意見、大谷補足意見、田原反対意見）。

本問は、事案を国旗国歌起立斉唱事件（公立中学校生徒に対する校長による指導事件）に修正し、＜教師に対する職務命令事件＞について示された判断枠組みを＜公立中学校生徒に対する校長による指導事件＞にどのように適用することができるかを問うもので、実務家を志向する法科大学院応募者について、最高裁判例を踏まえた上での具体的適用（応用）・立論能力を問うものである。

教師に対する国旗国歌起立斉唱職務命令は、(i)教師の憲法19条の自由に対する「間接的な制約となる面がある」、(ii)この間接的制約を正当化する諸要素が教師の場合には存在するので、当該職務命令は憲法19条違反とはいえない、との判例の判断枠組みに依拠するとすれば、公立中学校生徒に対する校長による国旗国歌起立斉唱指導は当該中学校生徒の憲法19条の自由に対する「間接的な制約となる面がある」、(ii)この間接的制約を正当化する諸要素として教師の場合に存在すると判例が述べた諸要素は当該中学校生徒の場合には存在しない、(iii)当該中学校生徒について「弱い自己加害阻止原理」・「弱いパターナリスティックな制約原理」に基づき当該生徒の憲法19条の自由を制約することを正当化する事由も存在しないので、本件指導は憲法19条違反となる、との基本的解答がもたらされることになろう。

最高裁判例の判断枠組みの理解の正確さ、本問と上記判例の事案との異同の分析力、立論力・文章力・日本語力等を総合的に考慮して採点した。

## 【第2問（配点50点）についてのコメント】

財産権については、29条2項が、「財産権の内容は、……法律でこれを定める」と規定していることが問題となる。

奈良県ため池条例事件判決・最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁は、当時の地方自治法の規定（とくに2条3項1号、8号。現在は廃止されている）に言及しつつ、事件で問題になったため池の堤とうの使用行為を「憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外」としつつ、法令が先占していないことを指摘するなどして、結論としては条例によりう規制を容認している。

民法典等が定める私法秩序の基本事項を条例で定めることが許されないとしても、条例で財産権について独自に定めることが一切できないと考えるとすれば、それは、地方公共団体が統治団体であることを否定するに等しい。その意味で、29条2項にいう「法律」には「条例」も含まれると読むべきであろう。

罰則については、31条が、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めていることと、73条6号が、「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」と定めていることが問題となる。

大阪市売春取締条例事件判決・最大判昭和37年5月30日刑集16巻5号577頁は、罰則制定は法律の委任を要するとしつつ、委任は、「相当な程度に具体的」であればよいとした。

しかし、委任が「相当な程度に具体的」とされた根拠となった当時の地方自治法2条3項はすべて削除されており、同判決はすでに歴史上の存在とみるべきであろう。ここでも、「法律」は「条例」と読み替えられるべきである。ただし、地方自治のために必要な罰則の程度には自ずから上限があるはずで、地方自治法14条3項は、この観点から読まれるべきである。

以上につき、佐藤幸治『日本国憲法論』545-567頁、569-560頁参照。

租税については、30条が、「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ」と定め、84条が、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と定めていることが問題となる。

神奈川県臨時特例企業税事件・最判平成25年3月21日民集67巻3号438頁は、「普通地方公共団体は、地方自治の本旨に従い、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有するものであり（憲法92条、94条）、その本旨に従ってこれらを行うためにはその財源を自ら調達する権能を有することが必要であることからすると、普通地方公共団体は、地方自治の不可欠の要素として、その区域内における当該普通地方公共団体の役務の提供等を受ける個人又は法人に対して国とは別途に課税権の主体となることが憲法上予定されているものと解される」と明言している。もっとも、判決もいうように、「憲法は、普通地方公共団体の課税権の具体的内容について規定し

ておらず、普通地方公共団体の組織及び運営に関する事項は法律でこれを定めるものとし（92条）、普通地方公共団体は法律の範囲内で条例を制定することができるものとしていること（94条）、さらに、租税の賦課については国民の税負担全体の程度や国と地方の間ないし普通地方公共団体相互間の財源の配分等の観点からの調整が必要であること」に照らせば、「普通地方公共団体が課することができる租税の税目、課税客、課税標準、税率その他の事項については、憲法上、租税法律主義（84条）の原則の下で、法律において地方自治の本旨を踏まえてその準則を定めることが予定されており、これらの事項について法律において準則が定められた場合には、普通地方公共団体の課税権は、これに従ってその範囲内で行使されなければならない」ことはいうまでもない。

財産権あるいは罰則について、前掲奈良件ため池条例事件および前掲大阪市売春取締条例事件以降、最高裁は正面から条例によって規定することについてあらためて判示する機会をもっていない。しかし、前掲神奈川県臨時特例企業税事件が、地方公共団体の権能に触れつつ、課税権について、「地方自治の不可欠の要素として」「憲法上予定」されていると述べているところは、今日、等しく、財産権および罰則について当てはまるどころと考えるべきであろう。