

2016年度同志社大学大学院司法研究科
転入学試験問題（B・Cコース）解説
憲法

【第1問】

司試（実務家登用試験）合格を企図する法科大学院入試の準備としては、最高裁判所憲法判例の到達点・現段階を把握するような学修方法が肝要となろう。

本問は最高裁判例と憲法学説との異同・乖離がみられるとされる表現の自由の分野のうち、「取材を自由」をめぐる簡単な事例問題を出題した。

「取材の自由」（情報収集の自由の一内容）の憲法的保障につき、多数の憲法学説は「報道の自由」（情報提供の自由の一内容）と同じく、(ア)「憲法21条1項の保障のもとにある」としているが、判例は(イ)「憲法21条の精神に照らし十分尊重に値する」としている。

この文言は審査の厳格度を下げる趣旨であると読むべきかについては争いがある。なぜなら、判例（外務省秘密文書漏洩事件）は、(イ)を前提とした上で、「報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当でな」とし、(α)報道機関が公務員に対し根気よく執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである」との判断基準を示している点に注目する必要がある、この判断基準(α)は学説(ア)の立場においても是認され得るものである。が、同判例は、(β)取材の手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであっても「取材対象者としての個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びる」としたが、この点は、学説(ア)の立場からは取材の自由の制約を正当化しうるに足る明確かつ厳格な判断基準たりうるか疑問とされているところである。

本問の採点に際しては、(i)判例(イ)の部分を判例の全体に照らして学修する訓練が行われているか、(ii)判例の事案と本問の事案との異同について検討されているか、(iii)立論力・文章力・日本語力を総合評価した。

【第2問】憲法改正の限界について論じなさい。

【解説】

1. 出題の趣旨

近年、憲法改正をめぐる議論が、盛んに行われている。ただ、ここでは、その種の議論への時事的な対応を問うているのではない。憲法改正についての基本的な理解を問おうとしている。

とはいえ、主権、憲法制定権力、憲法改正権、憲法改正の限界といった議論については、基本的人権について学習する場合と同じレベルで判例や実務的な素材がある訳ではなく、議論は、も

っぱら理論的なレベルで行われており、ある論点について、積極説と消極説が激しく対立していたり、そもそもそのような概念（主権、憲法制定権力）について不要であるとの説まであることがあり、なにが基本的な理解かということについても、争いの余地は残るのかもしれない。しかし、各々の政治的な立場はともかく、法的な議論として、」どのような筋道が、共通の前提として確認できるのかということ、いつの時代にも重要であろう。

以下では、出題者が基本的に正当であると考えた立場を前提に、異なる立場にも適宜言及しつつ解説を行うが、以上の趣旨を踏まえ、結論や立場が一致していること、相違していることが、採点上決定的に重要であるわけではないことを、理解しておいていただきたい（以下の記述については、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）38頁以下を参照。記号も同書に合わせて用いる）。

2. 憲法改正権

憲法改正の限界について考える場合には、まず、憲法改正権とは何であるのかについて考えなくてはならない。この点について、通常の立法権と同質であるとの理解（A説）はありえないとして、問題は、憲法制定権力と同質なのか（B説）、憲法制定権力とも立法権とも異なる第3の範疇とみるか（C説）、である。

注意しないといけないのは、ここでのB説C説の対立は、一般的に憲法改正権とは何か、という争いではないということである。そこが問われているのであれば、かりに対象を国民主権の憲法に限っても、制定のされ方も改正の手続も異なる種々の憲法の改正権について、一義的な解答は不可能のはずである。同じく国民主権の憲法であっても、議会の特別多数決のみで憲法改正ができるような憲法もあれば、日本国憲法のように、国民投票による承認が必要とされている憲法もある。日本国憲法について、改正権を、法制度化された憲法制定権力と捉える立場が支持されている（佐藤・39頁、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）397頁）のは、この点に着目してのことである。

3. 改正の限界

さて、憲法改正の限界についてであるが、これについては、①憲法制定権力の所在の変更、②自然権的発想の否定、③憲法改正手続規定および憲法改正禁止規定について分説するのが便宜であろう。

まず、憲法制定権力の所在の変更については、これを限界にしないとする立場も学説史上はないではないが、憲法典を支える憲法制定権力の所在を変更することはありえないとみるべきであろう（佐藤・40頁、芦部・397頁）。帝国憲法から日本国憲法への変動は、憲法の法的連続性を切断するものであったと捉えるべきである。

次に、問題となるのは、「自然権」的発想の否定が可能か、である。

この点については、実体的な「根本規範」（芦部・10頁の説明参照）を想定し、その内容としての自然権は、憲法改正権を（理屈としては憲法制定権力も）拘束するとする立場もある（Y2説）。しかし、この立場には、そのようなものを誰がどのように認識するのかという問題がある。

ただ、そのような「根本規範」を想定しない場合であっても、憲法に、全部改正を認める規定がないかぎり、もとの憲法典との同一性を失わせるような改正は許されないとの立場もある（佐

藤・40頁)。この立場からは、「自然権」的発想を否定するような改正は、この意味で改正の限界を超えることになる。

最後に、憲法改正手続規定および改正禁止規定について。憲法改正権を、法制度化された憲法制定権力とみるのであれば、憲法改正手続規定は、「憲法制定権力が憲法典成立以後法的に行為しうる唯一の道筋であり行為準則」であって、改正は許されない（佐藤 40 頁）。憲法改正禁止規定についても同様である。ただ、国民投票をなくすことはできない（佐藤・40 頁、芦部・399 頁）としても、それ以外の「改正手続の実質」に触れない改正については明言しない立場もある（佐藤・40 頁）。

4. 改正の限界を超えた改正

なお、憲法改正の限界を超えた改正はどうなるのか。改正前の憲法の立場からは無効である。しかし、日本国憲法がそうであったように、それが新しい憲法として有効であることはありうる（佐藤・41 頁）。

（以上）