

2018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
憲法

第1問

同性婚の可否の問題を含め「性的少数者と基本的人権の問題」は注目されつつある憲法上の論点である。性的少数者といっても「性的指向」に関するLGB（L=女性同性愛者、G=男性同性愛者、B=両性愛者）と「性自認」に関するT（トランスジェンダー〔性同一性障害者など〕）とは理論構造で微妙な差異がある。本問は、「性的指向」に関する憲法解釈等をめぐる問題について出題するものである。

同性婚を求めるカップルの代理人としての憲法上の主張としては、(i)「同性間の婚姻の自由」の侵害の主張、および、(ii)異性愛カップルと同性愛カップルとの間での性的指向による区別的取扱いの憲法14条1項違反の主張、が考えられる。

(i)に関しては、憲法上の根拠規定として憲法24条1項を援用する、それが困難な場合は憲法13条後段を援用することになる。なお、憲法24条1項の「婚姻は「両性の合意のみ」に基いて成立し」の規定が置かれた制定趣旨は、旧民法の「家」制度を克服する趣旨、とくに婚姻が婚姻当事者間の合意のみでは成立せず、戸主や父母の同意を要するとの要件を定めていた旧民法の考え方（婚姻には、常に、家長である戸主の同意が必要とされ〔旧民法750条〕、さらに、男は30歳、女は25歳になるまでは、父母の同意も必要とされた〔旧民法772条1項〕）ことを否定・克服することであり、したがって、憲法24条にいう「両性」・「夫婦」という文言は、同性婚を法律により認めることを禁止する趣旨ではないとの主張を付加しておくことが求められる。

(ii)に関しては、性的指向による区別は憲法14条1項後段列举事由にいう「社会的身分」による区別と構成し、区別の合理的根拠の有無について審査の厳格度が高められると主張することになる（「特別意味説」）。なお、この特別意味説に依拠した立論に際しては「社会的身分」の定義に言及することが不可欠であり、その定義に際しては、最大判昭和39年5月29日のいう「人が社会において占める継続的な地位」との文言を援用することは適切ではない。「社会的身分」の定義は審査の厳格度が高められるに値する地位の範囲に限定したもの（たとえば、歴史的に一定のマイナス評価の対象とされてきた地位で、個人の努力によってはいかんともしがたいものといった定義）を提示することが求められる。

第2問

国会中心立法の原則とは、立法権を国会に独占させるという趣旨のものである。国会による立法に他の機関の関与を許さないという国会単独立法の原則とともに、国会が「唯一の立法機関」（憲法41条）であることの帰結である（単独立法の原則については、憲法59条1項も参照）。明治憲法下での、緊急勅令（明治憲法8条）や独立命令（同9条）のような制度はこれによって排除される。

まず、命令である。内閣の事務として、「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、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」（憲法 73 条 6 号）との規定があることから、内閣は、「この憲法及び法律の規定を実施するため」の執行命令を発することができる。また、「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」とあることから、委任命令も許されるとされる。これらの命令の形式的効力が法律に劣位することはいうまでもない。

次に、議院規則である。「両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる」（憲法 58 条 2 項前段）」とあることから分かるように、議院規則制定権が認められている。したがって、「会議その他の手続及び内部の規律」は議院規則の排他的所管事項で、法律を制定することはできない。実際には国会法に多数の規定があるが、紳士協定であるとか端的に無効であるとか論じられている。なお、両院関係事項は法律事項であるし、議院における傍聴人や証人に関する事項については法律で定めることも可能で、法律と規則が競合すれば、法律が優位するとされる。

最後は、裁判所規則である。「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する」（憲法 77 条 1 項）。学説上、伝統的には、これらのすべてについて、法律で規律が可能で、規則と法律が競合すれば、法律が優位であるとの解釈がとられてきた。裁判所の内部規律について、裁判官分限法の合憲性を前提とした最大決昭和 25 年 6 月 24 日裁時 61 号 6 頁もある。また、たしかに、訴訟に関する手続や弁護士に関する事項の一部は、法律によらなければならないであろう。もっとも、裁判所の内部規律及び司法事務処理については、規則の専管事項とする有力説があるし、最高裁判所も、単純に法律優位説にはよっている訳ではない（以上について、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）432-437 頁、461-462 頁、611-613 頁参照）。