

2025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【解説】

法律と条例の抵触について、判例の理解を問う問題である。なお、国の法令と同一の目的で、法令により規制が加えられていない項目について規制する条例は、「横出し条例」と称される。

条例制定権は「法律の範囲内」で認められる（憲法94条）。これを受けて、法律上も、条例制定権は「法令に違反しない限りにおいて」認められる（地方自治法14条1項）と規定されている（なお、地方自治法14条1項が「法令」という文言を用いているのは、日本国憲法の下では行政による命令はすべて法律の授権によるものであるから、「命令」は「法律」と一体のものとしてみているためと整理しうる。）。

そうすると、横出し条例、すなわち、国の法令と同一の目的で法令により規制が加えられていない項目について規制する条例は法律に反するのではないかが問題となるが、条例が法律に違反するかどうかをどのように判断するか、その判断基準が問題となる。

徳島市公安条例事件判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）は、以下のような判断基準を提示している。

まず、上位基準として、「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない」と述べる。

次に、上位基準の適用例たる下位基準として、「ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである。」と述べる。

このような基準を踏まえると、横出し条例は、「国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるとき」に該当する場合、適法であると評価されることとなる。

なお、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 卷 3 号 483 頁）は、法令と条例の抵触について徳島市公安条例事件判決を引用しつつ、上位基準を用いつつも下位基準を用いなかった。この理由については、徳島市公安条例事件判決の下位基準は精神的自由権（表現の自由）の規制立法である刑罰法規に関するものであり、上記基準のいう『目的』や『規制』を租税法規においてどのように捉えるべきか困難な問題であることなどから、下位基準を租税法規にそのままあてはめることはなされなかったとの説明がある（市原義孝「判解」最判解民事篇平成 25 年度 102、127-131 頁参照）。

第 2 問【解説】

あまり新味のある出題ではないが、基本的な学習のあり方を問うのが法科大学院の入試であるべきであろうとの考えに基づいての作題である。

尊属殺違憲判決・最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁の多数意見は、刑法 200 条について、「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値する」として、「普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえない」とした上で、「現行法上許される二回の減輕を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない」として、「尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点（現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。）においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」とした。

これに対し、田中二郎裁判官の意見は。「尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と牴触するものとの疑いが極めて濃厚」と指摘した上で、尊属殺の規定は、「憲法を貫く民主主義の根本理念に牴触し、直接には憲法一四条一項に違反する」とした。田中裁判官は、目的審査をパスさせるのであれば、多数意見のように加重の程度が違憲というのは、「論理の一貫性を欠くのみならず、それは、法定刑の均衡という立法政策の当否の問題であつて、刑法二〇〇条の定める法定刑が苛酷にすぎるかどうかは、憲法一四条一項の定める法の下の平等の見地からではなく、むしろ憲法三六条の定める残虐刑に該当するかどうかの観点から、合憲か違憲かの判断が加えられて然るべき問題であると考え」とする。大隅裁判官の意見も、同様に、「法定刑が不当に重いかどうかを問題とするまでもない」としつつ、近

親殺に明示的に言及し、「その加重の程度が合理的な範囲を超えないかぎり、必ずしも右の憲法の条項に反するものではないと考えることを附言しておきたい。もつとも、そのような規定を設けることの要否ないし適否については私は消極的意見であるが、それは法律政策の問題である」とする。

さらに、下田裁判官の反対意見は、立法目的について多数意見と同様の理解に立ちつつ、加重は立法裁量の問題とする。

以上の多数意見の立場からは、本問の尊属殺の加重も近親殺の加重も、目的審査はパスするし、加重の程度がこの程度であれば、それも違憲とされることはないであろう（反対意見についても当然同様になる）。

意見の立場の場合、尊属殺の加重は、目的で違憲である。近親殺の加重は、目的審査はパスするであろう。加重の程度については、微妙ではあるが、本問程度の加重であれば許容されるのではないか。

その上でどう考えるかであるが、多数意見の目的についての議論は説得力がなく、意見の立場が正当であろう。近親のみを取り出してくることも違憲だという議論もありうるかもしれないが、24条が家族について規定していることからしても、日本国憲法がそこまで極端な個人主義的な立場に立っているとは考えにくい（さまざまな論じ方があってよいとは思われるが）。

なお、自身の立場を論じる際に、社会的身分について厳格な審査を求めるという議論が出てくるかもしれない。しかし、親子や夫婦などは、社会的身分にとくに強い意味を見出さないのであれば、それに該当すると論じることが可能であろうが、審査基準が上がるという解釈をとる場合に、そのように考えることは、難しいのではないかと思われる。