

2019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

憲法【第1問】

法科大学院受験者（実務家法曹などを目指す法科大学院生として勉学しようとする者）に求められるのは、①精緻な立論構成能力・文章力（法的構成の技術など）の修得に向けての基礎学力が修得されていることのみならず、②国民の具体的な生活を念頭に置いて（あるいは通常の国民の具体的な人生に思いを馳せた上で）問題文を読み解き答案を作成する能力に関する基礎的力が修得されていることである。②を忘れると「定番的な答案」になるきらいがある。たとえば、憲法13条を根拠とする「新しい人権」が問題になりうる場合、当該権利は「人格的生存に不可欠または重要」と記載するのみでその**具体的中み**について記載しないような答案になりがちである。

2015年の日本公法学会第80回総会報告で駒村会員は、「〔佐藤幸治会員の〕人格的自律権構想は、まさに一世を風靡したと言えよう。が、反面、憲法教育や司法試験学習の現場では安易に『人格的自律』タームに依存する傾向が強まったことも否めない。かつて精神的自由権の領域で『自己実現』や『自己統治』のタームがたどったのと同様の現象が起きていると思われる。論証をショートカットする機能を担わされてしまっている。」と指摘した（駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る一憲法とその外部一」公法研究78号（2016年）23頁注（6）参照。このような視点は法科大学院のみならず法学部教育においても重要となっており、この点の注意を喚起するためこの趣旨の誘導文を問題文に記載した。

【解答への手引きと採点実感】

1＝誘導文に即した答案は一定加点の対象となろう。たとえば、「入れ墨・ファッションタトゥーを入れる自由」は「人格的生存に不可欠または重要」と記載した文章に続けて、その具体的中みを自分の言葉で具体的に展開する答案などがその一例であろう。その立論に即して、本問につき「過料処分（または条例3条）の憲法13条適合性の審査項目・判断枠組み・違憲審査基準が展開されているか（あてはめなど）を吟味することになる。

2＝憲法14条1項違反の主張については、本問事案はそれ自体審査の厳格度を高めることのできる事案ではないので、相対的平等説・立法者拘束説を前提として、本件不利益的区別的取扱い（入れ墨者市民プール利用制限規定・過料処分）の合理的根拠の有無につき目的審査・手段審査のレベルで吟味がなされているかが採点項目となろう。

3＝法科大学院入試の段階では上記の1、2について基礎的理解が示されていれば合格点となろう。が、最も重要な点は、入れ墨をしている人の具体的な人生に思いを馳せた場合、依頼人が最も主張したいことは何であろうか、と考える憲法的センスである。しか

し、この論点についてLS受験者に書いてもらうには、さらなる誘導文を追加する必要があるだろう。たとえば、「**憲法13条、14条1項以外にどのような実体的な憲法上の権利の主張が可能かも検討しましょう**」との誘導文を付して、3項目（①憲法13条違反の有無の論点、②14条1項違反の有無の論点、③憲法〇条違反の有無の論点）についての答案を満点とする方式である。しかし、この3点の記載（とくに③の記載を含む3点）を短い試験時間内に考えるよう求めることは負担が大きすぎるとして、上記の誘導文は問題文には記載しなかった（③に気づいて言及している答案は加点とした）。

③について簡単にコメントすると、入れ墨をしている人が最も争いたい点は、「入れ墨・ファッションタトゥーをする自由」自体でもなく、「差別」であるとの主張それ自体でもないであろう。他の人と同じように市民営プールでの水泳などのひと時を楽しみたいとしているときに、入れ墨を見えないようにしない限り退出を命じられている点（この命令の実効性の担保手段として、退出を拒んだ場合の過料処分）である。この点に着目すると、他の人と同様に享受しうる基本的人権・憲法上の権利は「**移動の自由、行動の自由、多様の目的のために動き回る自由**」という憲法上の権利であろう。そして、この「移動の自由等」の憲法上の根拠規定を明確にし、本件制約の憲法〇条適合性の審査項目・判断枠組み・違憲審査基準について立論・展開されているかの吟味が採点項目となろう。この

「国内での移動の自由、動き回る自由」の憲法上の根拠規定としては、明文としては居住移転の自由を明記する憲法22条1項に着目することになる。憲法22条の適用が仮に困難とされた場合にも、この自由の重要性に照らして憲法13条後段を根拠とする「移動の自由・動き回る自由」は各人が当然享有する基本的人権（＝人間が人間として存在し生きていく上において重要な権利）の中でも根源的な権利として位置づけられるといった立論になろう。

法学部を卒業して法科大学院入試を受ける段階の者（たとえば、憲法教科書・憲法判例百選のみで学修してきた者）にとっては、この憲法上の権利としての「移動の自由等」に気づくのが困難というところがあるかもしれない。が、（将来のために）あえて付言すれば、司法試験受験生（LS修了者）の場合は、司試憲法論文式試験の過去問についても学修していることが想定される。そして、2016（平成28）年の司試憲法問題（性犯罪者継続監視法案の事例）においては、「憲法上のプライバシーの権利・自己情報コントロール権の一内容としての＜公権力により本人の同意または正当な理由なしに自己情報（自己の個人情報）を収集されない権利＞」と並んで「移動の自由等」が問題となっていたことを思い起こすことができよう。

4＝問題文で言及・誘導している参照判例は、法学部の講義・演習などでも言及される重要判例―「泉佐野市民会館事件最高裁判決および上尾市福祉会館事件最高裁判決」―であることに受験生は容易に気づくであろう。「本件と直接的に関連する判例ではないが、市民会館利用拒否処分が争われた事案で、市側の利用拒否の適否につき、地方自治法244条2項、3項や集会の自由（憲法21条1項）を考慮に入れて市民会館条例の解釈論を展

開した判例が見うけられる」との問題文の誘導文のポイントは、公の施設の利用拒否処分
の審査に際し「地方自治法244条2項、3項や集会の自由（憲法21条1項）を考慮に
いれて市民会館条例の解釈論を展開した判例」の部分である。これらの最高裁判例を踏ま
えると、本件市民プール管理条例3条は地方自治法244条2項の「正当理由」を具体化
したものと位置づけられることになる。そうすると、入れ墨を露出していること自体（入
れ墨が他者に見られる状態にあること自体）が公の施設（市民プール）の利用を拒否する
正当化事由たりうるかの吟味、この関連で「入れ墨（ファッションタトゥーを含む）の露
出を禁ずる法律はない」との問題文中の指摘に留意し、条例3条を正当化する立法事実の
存在には疑わしいものがある（一市民の投書のみ）などを根拠として、憲法13条違反、
憲法14条1項違反（さらに憲法22条違反）の立論の解答がありえよう。そして、条例
3条の個別的適用を正当化しうるような特別な司法事実が記載されていない本問の問題文
のもとでは、市民プールからの退出命令および過料処分は、条例3条の解釈適用を誤り実
質的に移動の自由等を否定するものとなっており、過料処分は地方自治法244条2項違
反となり、取り消されるべきである、との答案例の作成能力を入学後の法科大学院の学修
を通して身に付けてほしい。

<参考>

泉佐野市民会館事件最高裁判決の抜粋＝最三小判平成7（1995）年3月7日民集49
巻3号687頁・判例時報1525号34頁<憲法百選86>＝「被上告人〔泉佐野市〕
の設置した本件会館は、地方自治法二四四条にいう公の施設に当たるから、被上告人は、
正当な理由がない限り、住民がこれを利用することを拒んではならず（同条二項）、ま
た、住民の利用について不当な差別的取扱いをしてはならない（同条三項）。本件条例
は、同法二四四条の二第一項に基づき、公の施設である本件会館の設置及び管理について
定めるものであり、本件条例七条の各号は、その利用を拒否するために必要とされる右の
正当な理由を具体化したものであると解される。

そして、地方自治法二四四条にいう普通地方公共団体の公の施設として、本件会館のよ
うに集会の用に供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しな
い限りその利用を原則的に認められることになるので、管理者が正当な理由なくその利用
を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずるこ
とになる。したがって、本件条例七条一号及び三号を解釈適用するに当たっては、本件会
館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにな
らないかどうかを検討すべきである。

上尾市福祉会館事件最高裁判決抜粋＝最二小判平成8（1996）年3月15日
民集50巻3号549頁判例時報1563号102頁＝「本件会館は、地方自治法二四四
条にいう公の施設に当たるから、被上告人は、正当な理由がない限り、これを利用するこ

とを拒んではならず（同条二項）、また、その利用について不当な差別的取扱いをしてはならない（同条三項）。本件条例は、同法二四四条の二第一項に基づき、公の施設である本国会館の設置及び管理について定めるものであり、本件条例六条一項各号は、その利用を拒否するために必要とされる右の正当な理由を具体化したものであると解される。

そして、同法二四四条に定める普通地方公共団体の公の施設として、本国会館のような集会の用に供する施設が設けられている場合、住民等は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになるので、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれがある。したがって、集会の用に供される公の施設の管理者は、当該公の施設の種類に応じ、また、その規模、構造、設備等を勘案し、公の施設としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきである。」

「以上によれば、本件事実関係の下においては、本件不許可処分時において、本件合同葬のための本国会館の使用によって、本件条例六条一項一号に定める「会館の管理上支障がある」との事態が生ずることが、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測されたものということとはできないから、本件不許可処分は、本件条例の解釈適用を誤った違法なものというべきである。」

憲法【第2問】

裁判官を罷免できるのはどのような場合か、また、裁判官を懲戒できるのはどのような場合かについて説明した上で、裁判官が政治運動をしたことに対する懲戒が問題となった判例について論じなさい。

【解説】

まず、裁判官を罷免できるのは、①「裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合」、②弾劾裁判による場合、③最高裁判所の裁判官について国民審査による場合である。

「裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない」（憲法78条前段）。本段前半をうけて、裁判官分限法では、裁判官は、「回復の困難な心身の故障のために職務を執ることができないと裁判された場合…日本国憲法の定めるところによりその官の任命を行う権限を有するものにおいてこれを免ずることができる」（1条）と定める（①）。本段後半を受けるのは、裁判官弾劾法2条で、「弾劾により裁判官を罷免する」場合として、「職務上の義務に著しく違反し、又は職務を甚だしく怠つたとき」（1号）、と「その他職務の内外を問わず、裁判官としての威信を著しく失うべき非行があつたとき」（2号）を定める（②）。弾劾裁判所については、憲法64条も参照。なお、裁判所法には、46条に、「他の法律の定めるところ

により一般の官吏に任命されることができない者の外、左の各号の一に該当する者は、これを裁判官に任命することができない」として、「禁錮以上の刑に処せられた者」（1号）、「弾劾裁判所の罷免の裁判を受けた者」（2号）が規定されており、任命の欠格事由となっているが、これらの事由が生じた場合にも、裁判官は当然に罷免されるわけではなく、弾劾裁判を経由する扱いとなっている。

以上の場合のほか、裁判官が罷免されるのは、最高裁判所の裁判官について、国民審査による場合である。「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする」（憲法79条2項）。「前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される」（同条3項）。詳細は最高裁判所裁判官国民審査法に定めがある（③）。

なお、裁判官には定年がある（79条5項、80条1項）が、これは罷免される場合ではない。下級裁判所の裁判官には任期がある（80条1項）が、これについても同様である。さらに、「本人が免官を願い出た場合」も、「日本国憲法の定めるところによりその官の任命を行う権限を有するものにおいてこれを免ずることができる」とされる（裁判官分限法1条）が、裁判官を罷免できる場合として論じなくてもよからう。

次に、裁判官の懲戒は、「裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない」（憲法78条後段）とある以上、裁判所によってしか行うことができない。裁判所法では、「裁判官は、職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行状があつたときは、別に法律で定めるところにより裁判によつて懲戒される」（49条）とされ、手続を定める裁判官分限法では、「裁判官の懲戒は、戒告又は一万円以下の過料とする」と定められている（2条）。

以上については、講学上の観点から、法律の規定についても説明したが、参照用の六法に記載の無いものについては、記憶していなければならないという趣旨ではなく、憲法でどう定められているかについての説明があれば十分である。

最後に、「裁判官が政治運動をしたことに対する懲戒が問題となった」事例としては、寺西判事補分限裁判事件・最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁がある。この事件では、「組織的犯罪対策法案」に反対する市民集会において、判事補が、「パネルディスカッションの始まる直前、数分間にわたり、会場の一般参加者席から、仙台地方裁判所判事補であることを明らかにした上で、『当初、この集会において、盗聴法と令状主義というテーマのシンポジウムにパネリストとして参加する予定であったが、事前に所長から集会に参加すれば懲戒処分もあり得るとの警告を受けたことから、パネリストとしての参加は取りやめた。自分としては、仮に法案に反対の立場で発言しても、裁判所法に定める積極的な政治運動に当たるとは考えないが、パネリストとしての発言は辞退する。』との趣旨の発言をし…、…集会の参加者に対し、…法案が裁判官の立場からみて令状主義に照らして問題のあるものであり、その廃案を求めることは正当であるという…意見を伝えることによって、…

集会の目的である…法案を廃案に追い込む運動を支援し、これを推進する役割を果たし、もって積極的に政治運動をして、裁判官の職務上の義務に違反した」として、戒告処分を受けた。

決定は、裁判所法 52 条 1 号が裁判官の積極的な政治運動を禁止していることについて、「裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにその目的があると解されるのであり、右目的の重要性及び裁判官は単独で又は合議体の一員として司法権を行使する主体であることにかんがみれば、裁判官に対する政治運動禁止の要請は、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強い」との理解を示す。その上で、決定は、「『積極的に政治運動をすること』とは、組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるものが、これに該当すると解され、具体的行為の該当性を判断するに当たっては、その行為の内容、その行為の行われるに至った経緯、行われた場所等の客観的な事情のほか、その行為をした裁判官の意図等の主観的な事情をも総合的に考慮して決するのが相当である」とする。このように解した裁判所法の規定は、猿払事件上告審判決・最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁に照らして合憲であるとした上で、決定は、「裁判官が職名を明らかにして論文、講義等において特定の立法の動きに反対である旨を述べることも、その発表の場所、方法等に照らし、それが特定の政治運動を支援するものではなく、一人の法律実務家ないし学識経験者としての個人的意見の表明にすぎないと認められる限りにおいては、同号により禁止されるものではないといえることができる」し、「裁判所は、司法制度の運営に当たる立場にあり、規則制定権を有していることなどにかんがみると、司法制度に関する法令の制定改廃についても、一定の意見を述べるができるものと解される」が、「特定の法案を廃案に追い込むことを目的とする団体の党派的運動を積極的に支援するような行動をすることは、これらとは質の異なる行為であるといわざるを得ない」として戒告を支持した。

この決定については、猿払事件を先例としていることが今日適切といえるか、裁判所法 52 条 1 号と 49 条の関係如何、裁判官については法的強制力をともなった制約はむしろ抑制すべきではないか、公開の手续をとる必要はなかったか、等々、様々な議論がある（決定には、園部、尾崎、河合、遠藤、元原の 5 裁判官の反対意見がある。以上全体を通じて、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）617-619 頁参照）。