

新司法試験（憲法）論文式問題解説 2013-2017年

——司法試験・法科大学院雑感を含む——

君 塚 正 臣

はじめに

現在の司法試験が、(旧司法試験が終了したため、)正式名称から「新」が外れて暫く過ぎた。現行司法試験がまだ「新」司法試験と呼ばれていた時代、その始まって以来の論文式公法系第1問(憲法)の問題と解説、解答例を原田一明＝君塚正臣編『ロースクール憲法総合演習』(法律文化社、2012。以下、特に断りもなく「前掲書」とするときは本書を指す)に掲載したが、その刊行から5年もの年月が過ぎたので、この間の司法試験論文式公法系第1問の解説と解答例を示すこととする。

総 説

司法試験の論文式公法系第1問は、当初、行政法とコラボした設問(大大問)が志向された。しかし、何れの科目でも各法学分野単独出題の傾向が強まり、公法系第1問も純粋な憲法問題となった経緯がある。このため、その事例も、行政機関による、いかにも行政法の法令や運用の誤りという事例に拘る必要はなくなり、刑事関係や、ときには私人間の民事関係の事例を出題できる状況になっている。行政法ばかりが「憲法の具体化法」(この表現には誤解が含まれる)ではない以上、憲法学サイドからは健全な変化だと評したい。

だが、新司法試験の目玉であった、事実関係をよく読み込んで法的解決を図ることを評価す

る設問をよしとする気風は薄れてきた。添付資料が貧弱になり、ときには全くない問題も出題されている。このため、兎に角、論点を項目立てて流行の「三段階審査の機械的当てはめ」で書けば最低限の得点は確保できると言わんばかりの「予備校答案」(そういう指導もどこかであるのだろう)が跋扈していることを憂慮する(この意味で、三段階審査論の方が従来の憲法訴訟論より進化していると考えるのは明らかに誤りである)。その中には、形式に拘り過ぎて、何を根拠に挙げ、きちんと論理を組み立てることを重視しないものも散見される。法律学の論述が、或いは法律家の立論が論理的でなくてよく、論点さえ散らばらせれば十分というのは大いに疑問である(他方、研究者の解説の中には、パターン認識をせず一から考えよというものもあるが、時間が限られた中で初学者が答案を作成するのに、研究者志望の者と同様の指導をしてよいものかとも思う。2017年3月まで法学教室で続いた蟻川恒正先生の司法試験解説は、しばしば素晴らし過ぎて、詳細であり過ぎ、一般的な受験生に向けては、これを熟読して完璧な憲法の答案を目指すより、その時間でよりよい民事法の答案を磨くべきだと言ふべきように思ったものである)。

憲法の設問は、どうしても理論分析に比重が置かれ(しかし、旧試験の一時期に頻出した、空中戦一辺倒の問題に近づくのは、望ましくない)、その能力を評価することも法曹資格試験としては必要であるが、特に説明もなく、フェイドア

ウトし、かつ年毎の気紛れと見えるのは、適切でない。資料は2つか3つとする、安定した出題が望ましい。また、資料がなくとも、問題のリード文の中に重要なヒントがあることも多いので、受験する側としては、事案を物語（小芝居？）として頭に描きながら、加点を図るべきであろう。

前掲書 276 頁以下が平成 21 (2009) 年問題について指摘したように、特定考査「委員の近年の研究テーマ（憲法学界では一般的ではない）にあまりに接近し」、「受験生に特定研究者への信奉を要求しかねない」ような出題は避けるべきである。この 5 年間の司法試験公法系の最大の事件については該当年の各論で語ることにするが、事件の前後に拘らず、司法試験憲法で、オーソドックスな事例でない問題が多いことは遺憾である。法曹として担当事件で憲法を持ち出す意義、或いは法科大学院教育の成果の確認という意味でも、表現の自由、政教分離、参政権、「生まれ」の平等の事例問題などが王道なのであるところ、経済的自由や幸福追求権あたりが目立つというのはやはり適切ではなからう。

このような出題傾向の場合、受験生はどう対応すべきか。まずは、オーソドックスな問題に対応するオーソドックスな解法をきちんとマスターしておき、これが出題されたときに適切に対応することである（詳細は前掲書 262 頁以下参照）。経済的自由についてもこれに準ずるが、具体的には該当年の解説で触れる。そして、異形の出題がなされたときには、原告、被告、あなた（という名の名裁判官）の 3 人の立場を明確に書き分けるといった基本は維持しながらも、司法審査基準論などの原理原則を守りつつ、事例をよく拾って各論思考（地上戦重視）で対応することではなからうか。大事なことは、意外な出題の際には、誰もが意表を突かれていますのであり、「受験界での通説的正解」のようなものは全く通用しない（この場合も、ただただ知っていることを書けばよい、というのはたちが悪い）

ということであろう。慌てるべきではない。

ところで、平成 27 (2015) 年の出題では、枝間の配点が示されたが、翌年にはこれが消滅した。翌々年も同じである。配点は、試験の性格、試験時間、解答用紙のスペースなどと並んで「問題」の重要な一部であり、これが、不祥事後の新体制の中で消えたことは寧ろ後退に見えた。是非とも復活が望まれる。

実は、こう望むべき理由が、司法試験論文集公法系第 1 問にはいくつもある。その第 1 は、以前、設問 1 の原告の主張においては、論点をほぼ箇条書きにすればよいという解説が散見されてきたからである。しかし、出題者がわざわざそれだけで設問を一つ立てるのは疑問であり（この種の答案を書いていた学生の中には、設問 1 の配点を 20 点程度と信じていた例もある）、理由なき記述という学問的にも法曹実務的にも不適切なものを評価する点も疑問であった。配点が 40 点と明示されたことで、箇条書きでは足りないことが強く言えることとなった。第 2 は、設問 2 では被告側とあなたの見解について、論点毎に平行に記述すべきとする解説が、今なお、見受けられるからである。しかし、解答者の予定する論点毎に、被告側や裁判官の主張が見事に綺麗になされることは、非現実的である。実際には、それぞれが強調したい点はずれるのが普通である。そして、主張というのは、複数の根拠が結合して一つの主張（本問の場合は、多くの問題で、合憲もしくは違憲という結論）に達するべきものであって、これを分解することは不適切である。特に、法曹資格試験ということを踏まえると、書面や法廷での主張が論点順に同一量で段階的に、というのは、日本では考え難いのである。また、この手法による解答の多くが、結論が明快に示されないもの、或いは、当該論点では当該結論の根拠にはなり難いものを無理に説明して評価が低くなりがちなものになり易い、つまりは「論述」として成り立っていないことも指摘したい。被告とあなたとを分けて配点が示されたことで、

このような論述方針を避けねばならないことが明確になった（しかも、被告の主張の配点が10点であったことは、ここでは、簡単な理由付けが示されれば十分である、という出題者のメッセージが伝わっている）。配点の提示は、こと司法試験の論文式公法系第1問においては肝要だったのである。この状況での配点の消滅は遺憾である。

3人の立場を書き分けよ、という新司法試験当初からの出題方針は（法曹はどの立場でも立論せねばならないのだから）、法曹資格試験の出題形式として望ましい。だが、問題文がこれに向けてきちんと誘導しきれていないことは残念である。受験生としても、配点が示されなくても、法律論なのだから、憲法的答案だけ勝手に振る舞いが賞賛されるなどとは考えず、平成27（2015）年のような配点があるものとして解くべきである。

蛇足ながら、以前の「思うに」の乱発答案はほぼ絶滅したが、「かかる」などの法律家気取りの答案もまだ多い（井田良ほか『法を学ぶための文章作法』168頁（有斐閣、2016）〔山野日章夫〕も「気負って書く必要はない」と指摘し、さらに180頁では、昔「けだし」、今「この点」の濫用を批判する）。中身がない場合、心証も悪い。こんなことよりも、しっかり根拠を示すことに全力を挙げて欲しい。結局、試験であり、そこには戦略と戦術が伴うものである以上、ある程度のパターン認識や出題予想は有用である。憲法では、出題形式はほぼ確定し、軸となる主要分野とそれに準ずる分野もほぼ見えてきているので、適切な「傾向と対策」を立てることは有意だ。だが、想定外の出題にも耐えられるだけの幅広さや柔軟性は備えておくべきであり、それがやはり王道、本筋なのではあるまいか。

〔補論1〕 短答式問題について

本稿の主たるテーマではないが、司法試験短答（実際には択一）式問題の憲法の出題等についても、最近の傾向には若干の疑問がないでは

ないので、少々付言したい。近年、判例の内容を問う問題が多いのである。確かに、法曹資格を得ようとするものが、重要判例（この5年間という点では、〔補論2〕で掲げたものが必須である）を知らないのでは話にならないので、悪いことではないが、他の設問を押しつけて圧倒的という年もある。しかも、論理的に、或いは社会科学的思考の末に答えが導き出される可能性が低い、単なる事実命題に留まる例が多いことは、出題としては最も安易であり遺憾である。なおかつ、重点判例でもないものや、少数意見の文言を引用して、ある言い回しを覚えているかを問うような出題をするのは如何なものか。考査委員の少数無力説を誘導することは許されないが、通説や有力説を基に、論理的思考力を試すことは、憲法という科目の特性として、もっとあってよい。平成29（2017）年は人権部分で判例準拠、統治機構部分で通説・実務準拠と明確に二分されているが、ア・プリオリにそうであるべきだという誤解を受験生に与えてしまわないか、やや憂慮する。

加えて、社会科学において絶対的「正解」が稀有であることに鑑みると、（だから、事実命題に逃げ込むのではなく、）いくつかの文の中から相対的な「正解（適当なもの）」を1つ又は2つ選ぶという出題形式が一般化してよいところ、平成28（2016）年に消滅したことは遺憾であった（その意も含め、末尾に自作の短答式問題例も〔補論3〕で掲げた）。こういった批判が効いたのか、平成29（2017）年には、正解2つの組合せを問う形式が1問だけだが復活した。もう少し増えてよい。他方、4つの文章群の正誤を個別に問う設問が登場したが、解答個数40の慣例を崩し、バランスを欠いた（この設問も、正解2つの組合せを聞く形にすればよかった）。

また、平成28（2016）年、3つの例文の何れもが正文、何れもが誤文となる設問も全くなかった。このような突然の方針転換は受験生を惑わすので避けて欲しいものである（筆者の世代は、1985年1月の共通一次試験・数学Iで*印

の正解が乱発された、俗に言う「米騒動」を思い出す)が、平成29(2017)年には全て誤文の解が復活した。

とは言え、短答式問題は、東にして見ると、その練習の意味以外にも、法科大学院の憲法教育の基本事項の点検としては有用である。学習のペースメーカーとして活用したい。平成29(2017)年に関しては、極端な難問や不適切な出題はなかったように思えた。

短答式出題全体についてもう一点述べれば、この間、いわゆる「下四法」(行政法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法)が除外されたことも重要な変化であった。論文式が、その年にいくつかの論点しか問うことができないのに対し、短答式の出題は、短答式であるが故の制約もある(とは言え、練られた論理整合問題を作り易い点で、私大入試頻出の穴埋め記文式より優れる)が、最大で総選択肢の数だけ論点を問うことができるというメリットもある。「上三法」の出題数の半分でも(仮に、数科目を選択するという形式でも)、「下四法」の短答式の出題を復活できないものかとも思える。もし、復活できないのであれば、わずか3科目の成績をいわゆる「足切り」の根拠とする際には抑制的になされるべきで、第一次審査合格得点率は以前より低く設定しなければならないところ、寧ろ逆ベクトルさえ感じることが、数理的に不適切であろう。司法試験実施担当者に再考を促したい。

各論

平成25年

2013年の司法試験問題は、主たるテーマが集会の自由であり、極めてオーソドックスである。また、その中に、論点やポイントの異なる複数の事案があり、両者の区別も評価のポイントとなるなど、工夫がなされたとの印象である。本問では、司法審査基準や三段階審査の機械的当てはめというよりも、このような事案の吟味により、結論に至るアプローチの違いをきっちり見せることが大事であろう(三段階審査と

は、「①矛で突いている、②矛が盾に当たっている、③盾が矛を跳ね返したときだけ『盾は矛に勝った』=違憲である」と言ったに過ぎない。このため、ただ「三段階審査により……」と書いても、論証になっていない。加えて、同理論主唱者が審査密度と呼ぶものは従来の司法審査基準と大差なく、なおかつ、当該人権になぜその審査密度が妥当するのか、立証責任が何れの当事者にあるのかが不鮮明である点は、十分に留意してもらいたい。難易度を考えても、司法試験問題としては良問であり、直前の演習問題として解くべきものと思える。

まず、精神的自由の優越的地位(大事さ)をきちんと書き、厳格審査ベースで議論を進めてよいということを最初に示すべきであろう。これによって、攻防戦の主戦場がはっきりするだろう。デモ行進は、スピーチ・プラスなのか「動く集会」なのかという論点もあるが、結論には殆ど影響しないので、軽く(知ってるぞ、という程度に)触れておけばよい。そして、デモは、場所が道路であるから伝統的パブリックフォーラムであるのに対して、講演会の方は公立大学の教室であり、パブリックフォーラムであるとしても、限定的パブリックフォーラムでしかなく、大学という場所(一般的には、市民が完全に自由に入れるわけではない)にも留意したい。逆に、大学の授業の一環であれば、講演会の方は、学問の自由の一部であるとも構成でき、禁止は大学の自治の侵害であるとの議論も成り立ちうるものである。学長らは、これを中止させており、一面では、この是非を問うことこそ大学の自治(内部自治)を侵害するともとれる。しかし、国立大学法人化後、学長は経営評議会の議長でもあるなど、私立大学(これについては、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008)参照)で言えば学校法人の理事長を兼ねる役割になっている(君塚正臣「国立大学法人と『大学の自治』」横浜国際経済法学17巻3号193頁(2009)参照。関連して、松井直之「国立大学改革と『大学の自治』」横浜法学25巻3号75頁(2017)

も参照)。B県立大学がどうであるか不明だが、大学の理事長が、個別のゼミの運営、即ち、学部・研究科等の学務に介入することは、憲法論としても大学の自治の侵害の疑いがある。県立大学なので憲法問題にできる。込み入った論点だが、大学が事件現場であるときには、こういった点にも留意するとよいのかもしれない(採点者はこれら事情をよく知る大学教員だという面は避けられない。また、だからこそ、大学の内部や文部行政を詳細に知らないとは解けないような出題は慎むべきでもある)。

以上の構図が決まれば、これを軸に、①原告は、厳格審査ベースで違憲論を展開、②B県の立場では、そもそも憲法論にさせないか、緩やかな審査に追い込んで合憲にしてしまい、最後に③あなた(公平な第三者)として、穏当な姿勢ながら、結論は違憲にするのが常套手段である。精神的自由なので、最終的な結論は違憲と決めておくとよい。また、事案が2つあるからと言って、一方を合憲、一方を違憲とする結論を導く必要はない(あえてやるなら、講演会の方を合憲にしようが、全く御勧めはしない)。①は、慣れておかねばならない。一つでも例外があれば違憲と言っているが、複数の理由を挙げて、断固違憲であるとして合憲論を粉碎しまいたい。②は、今回は、時・場所・態様規制だといって中間審査に落とすのがよからう(だが、評者は個人的には、この条例は、特定の政治的主張を制限しており、表現内容規制であると信じるが)。③は、中間審査など、②の基本枠組みでもなお違憲であると構成したらよいのではなからうか。

このほか、条例が登場するので、条例での権利制限、自治体毎の差別ではないか、(今回はないが、論点として浮かぶ事例では、)罪刑法定主義や租税法律主義に反しないことをきちんと忘れずに書きたい。公的な機関が処分を下しているのであるから、その手続が適正かどうかというのも常に考えたい。そして、スペースと時間が余れば、憲法14条と13条に本当に軽く触れればよい。今回も、経済学部のゼミの事例と

の比較は容易であり、平等の議論はできよう。ただ、特定の思想信条、あるいは「政治的」であることにより差別的取扱いを受けていることを考えると、この点は、19条や21条の侵害として処理する方がAの主張としては強いであろう。

本問では、憲法上の主張を求められているが、訴訟として国家賠償訴訟が選ばれている。また、原告はCではなくAである。このことは意識し続けたい。国家賠償請求なので、通説的な代位責任説に従えば、誰か特定の公務員の過失を認定できなければならない。公安委員会と大学長らをきちんと名指しすること、そして、違憲であり違法でもあること、権利の侵害にもなっていること(政教分離に関する住民訴訟とは異なる)をしっかりと述べたい。また、Aは学生であることから、東大ポポロ事件判決(最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁)の枠組みを鵜呑みにすると、門前払いにされる危険がある。本件はポポロ事件と異なる点(授業の一環である)、ポポロ事件が学生を単なる施設利用者と解したのは誤りである点などは指摘したい(補足すれば、「政治的」ではいけないとされると、およそ社会科学分野は学問として不成立になる。憲法96条の安易な改正論は、殆どの国で前提とするようになってきている近代立憲主義を前提とすればほぼ誤りであることすら、授業では指摘できないこととなる)。以上のような点を書き、あとは蛇足を避けて簡潔にまとめた。良問なので。

解答例

設問1 1(1) Aの申請したデモ行進は、これをスピーチ・プラスと捉えて「表現」と考えるか、動く「集会」と考えるかには争いがあるものの、憲法21条上で保障される人権であることには争いがない。これらの人権は、民主主義社会の根幹であり、個人が自己の一回限りの生を他に示す意味でも重要であり、真理の発見にも寄与するものであって、憲法上、極めて重要な人権である。特に、道路や公園は、伝統

的パブリックフォーラムであると解されており、様々な意見を交わす場であることが保持されなければならないものである。

(2)ただ、確かに、そのような重要な人権といえども、交通の円滑さや近隣の平穏や商業活動との比較において、制限を加えられる場合があることはやむを得ない。B県条例では、デモ行進が許可制になっていることはやむを得ない制限であると考えられる。また、条例による規制は、各地域の事情により許されることは、憲法が「地方自治の本旨」を掲げる以上、やむを得ず、他県とは異なる規制も原則として不平等ではない。また、罪刑法定主義にも反しないとされる。

(3)しかし、本件では、最初の2回のデモが平穏に実施されたにもかかわらず、3回目のデモが禁止されている点が問題となる。憲法21条の人権は、上述の理由から、やむにやまれぬ目的と必要最小限度の規制手段が採られるべきであるが、条例はなお包括的規定と読み、公安委員会の裁量が広汎に過ぎる。また、不許可となっても、これに対する告知・聴聞の機会が満足に付与されていない点でも憲法違反である。実際、デモは平穏に行なわれており、県の主張する、平穏な生活を害するとか、商業活動に大きな支障を来すようなことは考え難い。実際には、特定の立場に焦点を当てた規制になっており、憲法19条違反さえ疑われるものである。これは、仮に条例3条1項4号の規定が漠然不明確ゆえ違憲でないとしても、本件に対する違憲的適用である。

(4)このように考えると、本条例の本件への適用は違憲であり、あるいはこのような条例自体が違憲である。Aらは、これにより本来できる筈のデモ行進が出来ず、自らの主張が広く聞いてもらえないことによる利益を失い、精神的損失を被った。このため、国賠法1条により、県を訴える。

2(1)本件は、加えて、B県立大学内でのCゼミ主催の講演会が中止に追い込まれている。

ゼミ活動はC教授やAら学生の学問の自由の一環として行なわれているものであり、学問の自由の侵害である。学問の自由は精神的自由の一部であり、表現の自由と同様、憲法上、手厚い保護が及ぶ。

(2)教室使用を不許可としたことは、以上の権利の完全なる否定に当たる。特に、ほぼ同時に申請していた経済学部のゼミの教室使用が認められていたことからすると、差別的な運用と言ってよい。使用規則が「政治的目的での使用」を認めないとはいえ、Cゼミの講演会は、異なる立場の議員を呼ぶような中立的なものである。そもそも、経済学部の講演会の内容を見ても、社会科学分野の研究内容が完全に「政治的」でないということはある得ず、これを厳しく運用すれば、これらのゼミはおろか、法学部や経済学部の存在すら許されないものである。そして、本来、学部教授会が承認すべきものに大学本部が介入した事例でもあり、大学側の裁量権の濫用である。

(3)B県立大学はB県の施設であり、限定されたパブリックフォーラムに当たる。建設され、開放されている以上、政治的中立な利用許可がなされねばならず、今回のような、参加者の一部が県政に反対だから集会を禁じるような運用は違憲である。

(4)以上のようなB県立大学学長らによる違憲の使用不許可により、学問活動は侵害されており、精神的損失を被っている。このため、国賠法1条により、県を訴える。

設問2 1(1)B県としては、デモ活動が実際に周辺への危害が生じることが明らかであった、「明白かつ現在の危険」を有していたことや、住民投票条例14条2項において「平穏な生活環境を害する行為」が禁じられており、これを目的的に解釈すれば、投票日直前での集団示威行動が禁止されることは明らかであり、理性を失いかねない直接民主制的住民投票において、住民の冷静さを保つための賢明な立法的措置であると主張しよう。

(2) また、B県立大学での措置も、ゼミの一端とは言いながら、特定の立場のゼミ生が主導し、中立を装いながら、特定の立場の議員を吊るし上げるための集会であって、放置すれば、B県立大学自体の中立性が脅かされることから中止はやむを得ないし、そもそもB県ではなく、B県立大学の自治としての行為であり、B県として介入できるものでもない、などと主張しよう。そして、Aが学生であるため、大学の自治の構成員ではなく、原告適格がないとも主張できよう。

2(1) しかし、まず、B県の主張の第一は妥当ではない。本件は、表現もしくは集会活動の時・場所・態様規制であるとして、通説に従い中間審査（厳格な合理性の基準）を適用してみても、特に治安に影響を及ぼすような事態は起こりうるものでもなく、重要な目的との実質的関連性のない手段であったと思われる。また、商業活動の障害は、民主的で平穏な示威活動により多少の影響が及ぶことはそもそも予定されているものであって、重要な目的と考えることも妥当ではない。

(2) B県立大学での措置も、大学であるから大学の自治を認めるにせよ、ゼミ活動などの学務については各学部・研究科などが責任を持つべきものであるところ、本件の場合、経営に携わる学長ら（私立大学における法人理事長）が介入しており、寧ろ、憲法の保障する大学の自治の侵害事例である。いわゆる東大ポロ事件最高裁判決は多くの批判を浴びているが、本件事案も、物理的に大学の敷地内で開催される授業の一部であり、また、学生も大学の自治の構成員である。公立大学を開かれたパブリックフォーラムと解することは微妙であり、本件講演会も、市民に広く開放されていたとは思えない。だが、そこで、Aらが議員に質問し、自己の立場を熟慮する機会を失わせた点では、表現の自由、もしくは集会の自由の侵害というに匹敵する規制であり、しかも、経済学部ゼミの使用許可の例と比較してみても、特定の立場であ

ることを意図して全面禁止していることは明らかであって、憲法21条のみならず、憲法19条の思想良心の自由の規制とさえ言える。

3 よって、B県公安委員会及びB県立大学の学長らの行為には、それぞれ憲法違反があり、これにより原告Aの権利は侵害されており、国家賠償を認めるべきである。

平成26年

2014年度の司法試験問題は、主たるテーマが経済的自由であり、今までいつか出るものと言われながら出題されなかったテーマからの初めての出題である。これまでの出題は、設問1を厳格審査ベースで書きながら、これへの反撃を中間審査ベースで行なうのがセオリーであったが、経済的自由分野から出題されたため、このセオリーは崩れる。つまり、設問1を中間審査ベースで書かねばならないということである。中間審査基準は、よく言えば柔軟性があるが、悪く言えば判断者の恣意的判断に左右される危険がある。このため、いかにこれを、違憲判断が当然、あえて言えば、厳格審査寄りに記述する（そもそも、経済的自由で中間審査基準を主張するということは違憲判断を希求しているということであり、そこでの中間審査基準とは気持ち厳格であると解せよう）かがポイントであろう。ただ、実際に解いてみると、中間審査ベースの問題というのは、どうしても政策判断に陥りがちであり、法曹資格試験である司法試験の憲法の問題としてはあまり適切ではない（特に、「あなた」の結論を違憲とするときには、政策がよくないから違憲なのか、という疑問が拭えない。この意味からも、経済的自由の問題では、「あなた」の結論は合憲とするのが望ましい）。頻繁な出題は好ましくないと思える。特に本問の事例は、その弊害を乗り越えるだけの現実性が乏しく、無理があろう。

ただ、本問は、問題文、資料、つまり、事実関係を追いかけると、様々なヒントがあるという点で、工夫はなされているとの印象はある。

本問では、司法審査基準や三段階審査の機械的当てはめではなく、このような事案の吟味により、結論に至るアプローチの違いをきっちり見せることが大事であろう。難易度という点では適切に思えた。判例としては、距離制限の諸判決（最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁、最大判昭和50年4月30日民集29巻4号72頁、最判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁など）、森林法判決（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁）、酒類販売免許に関する最高裁判決（最判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）、奈良県ため池条例事件（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）など、経済的自由に関する諸判決を想起したい（今回は「取用」は関係なさそうだが）。

上述の全体構成提案に従い、経済的自由の場合、原告は中間審査を厳し目に主張し、違憲の主張をするようにするのがセオリーであり、条例から、従来の枠組みからすれば政策的・外在的・社会国家的規制目的と思える要素を切り捨てればよからう（念のためであるが、これを「積極的規制目的」と表現するのは、香城敏磨元判事が主張していたいわゆる香城理論における、当該立法がもともと狙いとしている規制目的のようにも読めるので、この語を使うことは避ける方が賢明である。これは、表現の自由規制でも存在し得るとしていたことにも鑑みて、誤解を招き易い）。この際、内在的・警察的・自由国家的規制目的（同様に、「消極的規制目的」と言いたくもなるが、香城理論では、当該立法が目的とはしていないが結果として規制するもの、として用いられており、やはり誤解を招き易いので避けたい。芦部信喜＝佐藤幸治＝高橋和之＝香城敏磨「研究会・憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト835号6頁（1985）など参照）は本条例に、環境保護や交通事故防止で発見できるので、目的二分論に従い、その手段の実質的関連性をことごとく否定して違憲を主張するのがよいのではないだろうか。

別解としては、冒頭から目的二分論を否定し、一元論を展開した上で中間審査基準を打ち立て

る方法もないではないが、その場合は、「あなた」の主張でまた二元論に戻らねばならず、しかも、そうなると本条例が交通事故防止などを謳っており、内在的規制であることはまず有力なので、C社の主張と書き分けるとすれば、結論を合憲にするという拘束が強まる危険がある。論述としての面白みには欠けよう。よって、学説構築の流れに従い、C社は従来からの通説に従った主張をするのがよいと思える。

補足すれば、C社、B市、「あなた」の主張を全て同じ基準（例えば中間審査基準）で統一して、細かな主張の違いで書き分けるべきだとする指導もどこかにあるらしいが、3つの立場がそれだけの幅しかないわけではなく、問題文や法務省の発表を見ても、そんな制約はない。従来の法学部教育にありがちな、法律学を「正解」のあるパズル（下手をすると、担当教員の学説をいかに信奉するかの競争）に陥っているように見えるし、憲法の基本書として芦部信喜『憲法』（岩波書店）を「神」にしまった合格者の声に流されたものだろう。無茶な学説は論外だが、適切な3説を用いて、明快に書き分けたい。この本（放送大学の教養科目教科書が種本で、戸松秀典先生と戸波江二先生の助力を得て執筆され、著者逝去後は高橋和之先生がかなり手を入れたもの。大家の体系書ではない）を基本書にする場合は、別の、近年の判例・学説の記載された、刊行年の新しい教科書（かつ、本来の芦部説との適度な距離感、比較的中立的な解説、適度な厚さが重要。授業では川岸令和ほか『憲法』（青林書院）を使用）で補充する必要がある。

そう考えると、①C社の立場では、中間厳格審査ベースで違憲論を展開、②B市の立場では、そもそも憲法論にさせないのは難しいので、緩やかな審査に追い込んで合憲にしまい、最後に③あなた（公平な第三者＝裁判官）として、穏当な立場で、しかし結論は合憲にするのがいいところである。経済的自由なので、最終的な結論は合憲と決めておいてよいと思えるが、本条例はいかにも地元タクシー業者と行

政の癒着が色濃く見え、某首相夫人を「名誉校（学園）長」にした某事案などを思い出してしまい、合憲との結論は許せないという人もあろう。そうであれば、①とは異なる手法で違憲とする必要があり、上述のように、合理性の基準を用いつつも、何らの合理性もないとして切り捨てるというのも一手である。ただ、防衛線は手前に引かれているため、高等戦術であり、よほど自信のあるときだけ用いるべきだと忠告しておきたい（念のため、精神的自由や参政権の場合、厳格審査で合憲という結論を予定している学説は殆どなく、司法試験答案で挑戦することは非常に危険である。もし、平等権のアフーマティヴ・アクションの事例が出題されれば、事案によっては考えられなくもない、という程度である）。①は、中間審査と言いながら、実質的関連性のハードルを上げて、違憲にしたい。また、経済的自由規制以外の問題点も挙げ、「二枚（三枚）ブロック」としておきたい。②は、地元零細タクシー会社保護、弱者保護という点と、環境問題を政策的規制だとしてしまっただけではどうか（環境を理由とする規制が政策的規制であるかどうかは、議論が必要だ。環境破壊が人命にすら関わるレベルなら内在的規制の筈だ。しかし、今回のものは観光地をそのまま維持したいという趣旨なのだろうと読んで、政策目的にできようか）。③は、一元論を展開しつつ、中間審査で合憲としたらよからう（別解は、一元論の下、合理性の基準で違憲としたが、違憲にしないと気が済まず、なおかつ力量がある方限定で提示する）。

経済的自由の規制の問題については特に、奈良県ため池条例事件といい、森林法事件といい、事案をよく思い浮かべ、現場では何が起きていそうかを想像することが大事であるように思う。本問でも、例えば、栃木県日光市が尾瀬沼（本当は県境なので、栃木県や日光市が独断で多くの規制ができるか疑問だが）を保護するため、地元タクシー業者と提携して、中禅寺湖境界の「道の駅」以遠では電気自動車のタクシーのみの乗入れを決めたようなことを想像したい。果

たして、そのとき、道路運送法との関係はどうなるのか（戸松秀典「憲法判例と判例憲法—憲法秩序を形成する判例の意義」学習院法務研究11号1頁、22頁（2017））、運転の難所のいろは坂以前からの乗入れ規制にしないでよいのか、本当にそこまでの環境破壊なのか、いっそ市営の電気バスのみ乗入れにしないのは何故か、など、浮かんでくる疑問がある。事例問題では資料を読み込むことの大事さがよく言われるが、それと同時に、資料の言わば行間にあるものの読み込みの大事さも考えて頂きたいところである。

他に大事な点としては、本問には条例が出てくるので、条例での権利制限、自治体毎の差別ではないか、（今回はないが）罪刑法定主義や租税法律主義の問題があれば、それに反しないことをきちんと忘れずに書きたい。公的な機関が処分を下しているのであるから、その手続が適正かどうかというのを常に考えるようにしたい。判例としては、個人タクシー事件（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）、群馬バス事件（最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁）、成田新法事件（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）を想起しつつ、学説が挙って31条準用説であることを言えば、今回は事足りるであろう（行政手続の適正が主たるテーマの出題のときは、有力説である13条説の活用も考えてよい）。また、本問では、不利益処分を下すのに際して、特に告知聴聞の機会が問題文に記載されていないのであるから、この点は指摘し、特にCの立場の主張として展開しておきたい。そして、毎度のことながら、紙幅と時間が余れば、憲法14条と13条に本当に軽くだけ触れればよい。

本問では、憲法上の主張を求められているが、訴訟として行政事件訴訟法の抗告訴訟が選ばれている。また、原告はCである。抗告訴訟なので、Cの法律上の利益が判決まで存在し続けなければならない点も意識したい。

解答例

設問1 1(1)本問は、条例によるC社の営業

の自由の違憲的規制である。まず、営業の自由は、職業選択の自由がその後のその継続を伴うことは明らかであるから、憲法22条の保障するものであり、法人たるC社並びにその経営者等の基本的人権である。C社等は、タクシー事業を職業として選択し、これを遂行していることは明らかであり、このことは憲法22条の保障に属するものである。そして、条例の中の「輸送の安全」という文言や、その制定経緯から考えて、内在的・自由国家的規制である。

(2) 経済的自由の内在的・自由国家的規制においては、その司法審査基準は中間審査(厳格な合理性の基準)とするのが通説である。これは、いわゆる二重の基準論に準拠するものの、権利の調整を主たる任務とする裁判所が、憲法上の人権の衝突場面においても、その役割を損なうことはなく、当事者双方の人権の調整を比較的ニュートラルにできることがその根拠である。

これに従って検討すると、本条例の主たる目的は交通事故の防止であり、生命・身体の保護であるので、重要な目的であることは明らかである。しかし、本条例は、B市内で5年以上営業所を有する事業主と10年以上ここで継続してタクシー運転手として活動した者を雇わなければならないことを定めている。交通事故の防止のため、運転免許制度があり、危険なドライバーに対しては免許更新に際して教習を行っており、また、違反者に対しては交通切符を切り、あるいは起訴することで、事故の予防を行っており、交通事故が「交通戦争」と言われた時代から激減していることはよく知られている。県や市は、本条例が対象としている地域は道路事情が厳しく、不慣れた運転者による事故が増えているとしているが、このような事故は、一般的に言って、主に運転初心者によって引き起こされることが多く、提出しているデータでは、熟練した運転者も事故を起こしているかが不明であり、県・市側は十分な立証を尽くしていない。このような条例の手段では、目的と実質的な関連性を有するとはとても言えず、憲法22

条違反と言わざるを得ない。加えて、条例が個人タクシーの営業を認めていないように読めるところ、もしそうであればますます不合理な規制である。仮に、このような条例が許容されるとしても、もし、C社が10年以上当地で経験を有するドライバーを雇えたとすれば、その限りで営業を認めるべきであり、その状況をC社が備えてもなお営業を許可しないというのは、本条例適用の限りでも違憲と言わざるを得ない。同じ会社で10年間勤めねばならない理由も乏しく、いくつもの会社を渡り歩いたドライバーでは条件を満たさないという理由は、当該企業への忠誠心以外、不明なものである。また、その年数によって、自然環境に関する知識が増えるものでもなく、資格試験などによってそれは決するべきであるから、この許可条件は合理性に乏しいものと考えられる。加えて、本規制が、届出制を採らず、わざわざ許可制という高度の規制を行っていることも、過剰な規制と言える。最低限の条件を満たした業者には参入を認め、適切な競争をさせ、敗北した業者を撤退させるのが妥当である。

(3) 仮に条例の主目的が環境保護、究極的には周辺住民の生命・身体・健康の保護にあるとすれば、条例が示すような、B市内で営業実績があることは条件とする必要がなく、単に、エコカーや電気自動車等の導入を事業参入の条件にすればよいだけであり、全く不合理である。また、ハイブリッドカーの導入によれば、一般乗用車の排除なのであるから、それで目的を達しないのか、疑問である。また、AEDやエアバッグの設置は、確かに生命・身体の保護という目的には合致しているが、そうであれば、これらの設置は特定地区に限るべきでなく、B市全域に及ぼすのが相当であって、規制目的と手段に不一致が見られ、D自動車会社と結びつきから、本地区のようなドル箱路線を県内業者に独占させることが目的であったことが窺い知れるところである。結局、この条例の真の目的は、弱者保護ですらなく、A県で営業を行っていた

タクシー会社の既得権の保護にほかならない。このような不合理な条例は違憲であると言うほかないものである。

(4) C社は認可を拒けられており、抗告訴訟によりこれを争うことができる。これにより、C社は当該区域における営業ができず、その理由は県や市による違法な行政処分によるものである。また、この処分の影響は今後続くことになり、制度初年度から算入できなかったC社にとっての不利益も甚大なものである。設問は抗告訴訟で争うとしているが、国家賠償請求も可能な事案である。

2(1) 本件は、加えて、記載の限りにおいて、県も市もC社に対する十分な告知聴聞を行っているようには思えない。群馬バス事件最高裁判決は、バス事業について公聴会の開催が必要であるとしているが、公共交通機関であるタクシー事業についてもこれに準じる手続は必要である。本件でも、申請のあった当事者に不利益処分を課す以上、交通事情・自動車運転についての専門家を含む委員会などの機関による審査が予定されていなければならない。この点でも憲法31条を準用する行政手続の適正原則が守られておらず、憲法違反である。営業所所在地による差別であり、憲法14条違反でもある。

3 以上の複数の点で明らかに憲法違反であり、処分の取消は免れないものである。

設問2 1(1) 県や市の側は、まず、本件規制は環境保護や地元中小企業の保護という社会国家的政策的規制であると主張するであろう。条例の目的は、立法過程・動機は交通事故の予防にあったが、条例4条3号を読めば、その主たる目的は環境保護に移っており、また、これと併せて地元零細タクシー業者の保護にあることは明らかである。本条例はおよそB市の環境政策の一環であり、これが政策的目的でなくして何であろうか。そうであれば、いわゆる目的二分論に従えば、合理性の基準（明白性の基準）をクリアすれば、規制は合憲とされよう。

(2) このため、合理性の基準をクリアする合

理的な目的を、本条例が有していることは明らかである。次に、手段としても、そうであれば、この地域の自然環境を熟知し、環境破壊を行わない事業を展開することに理解のある業者に絞ることは合理性があり、なおかつ、このことは大きなタクシー業者が単なる利潤目的で参入し、それが満たされなければ不適切な運転を行った挙げ句、撤退することを予防する意味があり、地元での営業年数を条件に加味したことは合理性がある。そして、このことは零細業者の保護にも資するものである。本条例は、条件を明示した上での許可制であって、届出制に近い運用が予定され、行政の恣意は及ばない。業者の特定地域での営業の拒絶であり、全国他の地域での営業は可能であって、軽微な規制である。C社の主張する、行政手続の適正であるが、そもそも同社は条例の条件を満たしておらず、この主張はおよそできないものである。

(3) 加えて、C社は主張していないが、B市が、特にこの市内にある環境を保護すべき地区をよりよく後世に残すために制定した、いわゆる横出し・上乗せ条例であろうが、環境保護に関する立法が各地区の規制上限を定めているとは考えられず、本条例は「法律の範囲内」のものである。よって、この点からしても、条例の違憲性は主張できない。以上の通りである。

2(1) 経済的自由の規制については、いわゆる目的二分論が通説であり続けてきたが、森林法違憲判決での最高裁の姿勢や、酒類販売免許に関する最高裁判決への批判を見れば、内在的規制と政策的規制を区別することが困難であり、そもそも憲法22条や29条が司法審査基準の区別に至るような分類を行っていないこと、規制目的の評価は司法審査基準を決したのちに考慮すれば十分なことなどから、このような立場は疑問である。目的二分論は維持できず、一元論が適切だと考えられる。

(2) 一元論に従うとすれば、これまで、主たる規制目的を対象に中間審査基準を維持してきた経済的自由の規制について、合理性の基準に

落とすことは、人権保障の観点から許容できない。一元論に属する多数の学説もそう主張している。そこで、経済的自由の規制については一律に中間審査が妥当すると言ってよい。これに従えば、交通事故防止、環境保護や零細業者保護などは何れも重要な目的であり、問題は手段が実質的関連性を有しているかである。条例4条は、タクシーにエアバッグなどの配備を求め、地元での営業を十分に行い、安全運転とともに環境に配慮した観光客の輸送に配慮した規定となっている。そのための試験をB市は新たに実施するほか、10年間交通事故を起こしたことのないドライバーにのみ営業を認めている。地元零細業者の保護、即ち条例の文言によれば「観光振興」のため、5年以上地元で営業している業者に参入を限定していることは、目的に適っている。何れも、当該目的との関係で実質的関連性を有するものであって、違憲と思えるものがない。参入制限を軽減し、競争によって決着をつけようにも、環境問題では外部不経済が発生し易く、環境を破壊している業者ほど低廉な費用で勝ち残る虞れがあるから、法規制によって環境保護を実現すべきことは、過去の公害問題の経緯からも予見できることである。また、本条例の文言によれば、C社は条例に該当しないことも明らかであって、特段の告知・聴聞の機会を要する憲法上の要請もないものと考えざるを得ない。なお、この訴訟が長期にわたったときには、既にCも参入する権利を有している場合があり、このときには訴えの利益が消滅することも付言する。

3 よって、B県の条例には合理性があり、合憲であって、C社の訴えは斥けられる。

【別解】2(2)一元論に従うとすれば、本来の「二重の基準論」に立ち返るべきであり、経済的自由の規制の場面では合理性の基準が妥当である。そこで、本条例とその審査を見ると、その目的は主に環境保護に該当し、これを参入条件とすることは当然に何らかの合理的な目的に該当する。しかし、そうであれば、まず、条例

において、「地球にやさしい」自動車を定義し、これを使用することを参入条件とすべきであり、その規定が存在しないことは、手段の合理性を著しく疑わせるものである。また、確かに、行政側の主張するように、特定地域の運転に長けたドライバーでなければ、その地域の環境に配慮した運転ができないということも一理はあるが、そうであれば、10年の経験は著しく長く、しかも、B市のタクシー会社に継続して10年勤めねばならない理由はおよそない。また、一般に経験も長い個人タクシーでの営業が明文で認められていないことは、環境保護や交通安全のためにはおよそ不合理なことである。仮に、この地域の環境問題がそれほどまでに深刻であるのであれば、環境に負担が大きい自家用車やタクシーの乗入れは全面的に禁止、地元駅等での電気バスへの乗換えを求めるか、いっそ登山電車等の建設を進めるのが合理的に思える。このように考えると、本条例は、地元業者の既得権のために制定されたものと思われ、それには到底合理性が認められない。B市は零細業者保護を主張するが、市内業者はこの地区の観光で潤っており、寧ろ問題であるのはドライバーの過剰労働の規制であろうが、条例はこれに全く言及しているものでもない。このことが、過剰労働による交通事故の多発を呼びそうであり、規制目的と手段が不一致である虞れがある。

3 よって、B県の条例は合理性が乏しく、違憲であって、それを前提にすれば、C社の主張を十分に聞く行政手続も尽くされていないものであって、C社の訴えは認容される。

平成 27 年

2015年の司法試験問題のテーマは、王道の精神的自由に戻った。また、本年度、配点が示され、被告・検察側の反論は設問1で示すこととなった。このことにより、原告の主張は箇条書き的に記せばよいという見解は粉碎された(それで配点が40点ということはありません)。

れに対して、被告・検察側の反論は、重厚な論理展開までは必要ないことが明らかとなった(10点だから)。加えて、昨年までの出題形式では、論点ごとに被告・検察側の主張と「あなた」の見解を書く者が頻出したのであるが、これも否定されたことになる。そもそも、各人の主張は各人において完結しているものであり、「あなた」の主張に沿って主張してくれるわけでもない(実際の裁判ではそうだ)。このような答えは御都合主義である。今後は、各当事者の主張を一纏まりとして執筆し、両当事者の主張・反論・予想される再反論などを踏まえて設問2では「あなた」という名の裁判官の判決を示したい。答案の形式でもう悩むな、だ。

法曹、特に弁護士として憲法を使えるかどうかは、精神的自由侵害事例で適切な違憲論が展開できるかがまず基本線だろう。よって、昨年のような経済的自由の出題は、たまにはよいが、頻度の高い出題となることはあまり適切ではなく、今年のような出題を出題側も受験生側も原則と考えるべきであろう。かつ、事案の設定も現実味があり、難易度も適切であるので、「資料」がない点は難ありだが、良問である。

精神的自由の問題であるから、原告は厳格審査ベースで主張することが鉄則である。まして、本件は、表現内容のために地方公共団体が差別的措置を行っているのだから、原告としては内容規制と主張すべきだし、そうなれば厳格審査しかあり得まい。また、さらに進んで、原告の思想信条の侵害と考えるならば、内心に留まる限り絶対というセオリーさえ思い出される。以上が組み立てられれば、取敢えず合格点は堅いか。

ただ、このシェールガス開発反対のようなものを憲法19条の「思想良心」と言うほどだろうか(原告らを人文科学系、社会科学系、理工系のどれだと想像したか。それによって、ニュアンスは変わろう。事案の脳内ドラマ化は必要)。吉田松陰の考えは「思想」でも、例えば桂太郎の考え(政策)に準拠することは「思想」と言うほ

どではない語感だ。そこまで言わずとも、表現内容規制であることを確認すれば、原告としては(厳格審査を導けるので)十分である。そして、思想、「信条」となれば憲法14条違反と言いたいところであるが、14条1項後段列举事由は「生まれ」の差別の色合いが強く、だからこそ近代立憲主義の大原則に反するもので厳格審査を施すべきだとする近時有力説の立場とは適合的でない気がする。このため、こういった主張は、憲法21条違反の論述展開のあくまでも添え物程度にするのが適度であろう。ましてや、憲法13条違反などは大きな展開は必要ないであろう。

寧ろ、21条論とは別の切り口からの指摘は、試験時間と解答スペースを考えると、あって然るべきだ。職業選択の自由は論じるなどの指示なので、勤労の権利の侵害であるとか、公務就任権の主張を少しだけしておくことで十分であろう。具体的には仕事に就かせよ、もっと言えば、給料よこせというのがBの法的利益なのであろう(抗告訴訟ではなく国賠訴訟を選んでいるあたりに、カネで解決したい気持ちが滲み出していないか?)から、この展開はしておきたい。そして、この事案は、A市をとある大企業に置き換えると、まるで三菱樹脂事件(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)の「公」版である。そうなれば、この事件が憲法の私人間効力論の主戦場となったように、本事案は特別な公法関係の理論がちらつく(但し、特別権力関係論のマイルド版のような「特別な公法関係」の理論も、理論的に疑問も多く、人気がない。「特別権力関係論・終論—堀越事件判決の再考を経て」横浜国際社会科学研究所22巻1=2号21頁(2017)など参照。この理論や部分社会論に触れることは大切だが、これに準拠して「あなた」の見解を纏めることはお勧めできない)。B側としてはこの理論を否定し、A市側としてはなるべくそのエッセンスを用いて、本人らの同意を楯に司法審査を及ぼしにくくすること、市の政策を推進するのは民主主義である以上当然であって、こ

れに反対することが蓋然的な公務員は排除できて当然(福祉課職員なのに福祉反対を、自衛官なのに自衛隊違憲論を、裁判官なのに〇〇法反対を叫ぶのはやはり困るということか。しかし、休日にその主張をすることは構わず、その主義を貫いて任務を怠るな、というのが特別権力関係論解体・否定説の帰結である。さて、皆さんはどう考えるか)という主張などが、あって当然であろう。また、6ヶ月という長い「試用期間」(判定期間)をどう見るか。この間、特に問題がなかった職員を本採用しないことは雇用のあり方として乱暴にも思える(そうなると「試用期間」の意味が曖昧になり、どう捉えてよいか、労働法学界では昔から論争になっている筈である。三菱樹脂事件最高裁判決参照)。

なお、本件はBの弁護人の主張が問題であるが、実際の事件ではCの排除が政治闘争化しそうだ。Bの弁護人としては、Cとの違いを強調してBのみの救済を求めるか、Cと共闘するかが大きな問題となろう。本問ではそのような法曹的戦略論(?)は出題意図ではないので、まず、Cとの差別化を図り、Cの解雇はやむを得ないがBまで解雇するのは酷いと主張しつつ、別の角度から、およそ特定の方向の表現を根こそぎ排除しようとしている点で、著しく違憲(結果的にはCも救済)との主張を予備的に行っておけばよからう。

さらに、公的な機関が処分を下しているのであるから、その手続が適正かどうかというのも常に考えるようにしたい。判例としては、個人タクシー事件、群馬バス事件、そして成田新法事件を想起しつつ、学説が挙って憲法31条準用説であることを言えば、今回は事足りよう。これに気がつけば、なおよい。但し、リード文を読む限り、A市は告知・聴聞の機会是与えているようであるので、事実上の解雇という重い処分には不十分だという主張はあろうが、この点はあまり大きな争点にしても仕方ない。

解答例

設問1 (1) 本問において、Bは、地方公共

団体であるA市に採用されながら6ヶ月で職を解かれており、その理由が天然ガス資源Yの利用に反対する発言を過去に行い、A市採用担当者に対しても、現段階では反対だが、その安全な利用のために勤務を続けたいと回答したことがその理由であると思われる。

1 本件は、地方公共団体が職員の思想良心、学問的立場、もしくは言論を理由として解雇した事例であり、何よりもBの精神的自由の侵害である。憲法19条違反については、内心の自由は外部に公示されない限り絶対的保障であるとも言われており、この点からすれば、A市はBの、天然資源開発に関する考え方そのものを理由として解雇しているのであって、明らかに違憲である。あるいは、Bが大学院生として、天然資源開発に関する研究を行っていたことからすると、Bの専門がエネルギー政策なのか石油工学のようなものなのかは本文からは明らかではないが、いずれにせよその真摯な学問的検討結果を排除しており、学問の自由を侵害したものと理解できる。

また、A市は、Bの過去のシンポジウムの発言を理由にその後の採用を拒否している。表現の自由は立憲主義憲法においては、民主主義、個人主義、自由主義を支える非常に重要な人権であることは言うまでもない。そして、表現規制においては、表現内容規制と表現の時・場所・態様規制に分け、後者については司法審査基準を1ランク下げる学説もあるが、本件については表現内容規制としか言いようがなく、司法審査基準については厳格審査が妥当する。やむにやまれぬ目的とそれを達成するための必要最小限度の手段であることを、A市が立証できなければ違憲なのである。それどころか、Bはその主張を理由にDらと異なる対応をされているのであるから、憲法21条の保障の下、特に、メッセージに基づく差別として、表現内容規制としても、最も許されざる規制として理解すべきもののように考えられる。そうなれば、他により制限的でない方法、つまり、専門知識の高

さや、この判定期間における仕事ぶりから適否を判断するなど、メッセージ中立的な規制があり得る以上、本件規制は端的に違憲と判断してよいものである。

なお、「信条」による差別を憲法14条1項は明示的に禁じている。近年の有力説は、これら列举事由に該当する許されざる差別には厳格審査を適用すべきであるとしている。上記のように、目的・手段ともにこの司法審査基準を満たすものではないので、今回のA市の処置は憲法14条1項違反でもある。また、同項の「信条」の解釈を離れても、Bは、必ずしも能力・資質の点でDらに劣らないにも拘らず継続雇用を拒否されており、従来の通説の立場から見ても、不合理な差別として同条違反であると言える。

2 また、Bが6ヶ月の判定期間を終えて、市職員としての正式採用された点を重視すれば、憲法15条もしくは22条が保障すると考えられる公務就任権や、27条の勤労権の侵害でもある。職業選択の自由の延長にあるとして緩やかな合理性の基準で判断すべきという見解もあるが、仕事は精神生活に関わるものであり、なおかつ、公務という意味では参政権の権利であるので、司法審査基準は厳格審査もしくは中間審査基準が妥当する。仮に中間審査基準が妥当したとしても、天然ガス資源の活用と、この業務を破壊するような活動をするとは思えないBの解雇には実質的関連性はなく、少なくともBに関する限りは、解雇は違憲である。

3 なお念のためであるが、A市側は、公務員及びこれになろうとする者には、契約を媒介として特別権力関係などが及ぶとする主張を行うかもしれないが、法の支配・法治行政、司法権の独立、基本的人権の保障などの日本国憲法の基本原理に何も反する理論であって、とうてい採用できない。

また、補足すれば、Bの解雇に際しては告知・聴聞はなされているものの、本件事実から判断すれば、解雇という重大な処分にする適正な手続が踏まれておらず、憲法31条違反である

疑いが濃い。

4 以上、複数の点から、A市のBに対する処分は明らかに違憲である。国家賠償法の下、A市の担当職員等は、このような対応が違憲であることを知っていたか、地方行政に携わる者として知らなかったことには重大なる過失がある。よって、同法の下、担当公務員の故意または過失が認定でき、A市は代位責任を負うべきである。

(2) A市は、まず、公務員関係には特別な公法関係が妥当し、市の職務遂行を行うべく、法令を遵守することを誓約しているから、Bがこれに真っ向から反する考えを有する場合、処分はあり得べきものと主張する。また、Bの考えは、いわゆる謝罪広告事件にいう主義や世界観などまで成熟してはおらず、憲法19条にいう「思想良心」ではない。加えて、憲法14条1項の「信条」は、同項の列举事由の並びから考えても、信仰に値するような「生まれ」による差別が妥当すべきである以上、これにも該当しない。そうであれば、一般的に、合理的な区別は許容されるものであり、業務の適任者を合理的に選抜することは違憲違法ではない。Bは、残るところ、表現の自由の侵害を主張するであろうが、A市はBが一般市民として当該事業の反対運動を行うことを禁止しておらず、言論活動を何ら抑制しているものではない。ただ、民主的に信託された市の業務を遂行することを求めているだけに過ぎない。よって、特段、憲法21条の人権を制限しているものではなく、そもそも憲法違反の主張は的外れである。A市には、この処分を違憲・違法とする認識は当然なく、またないことが当然であるから、国家賠償請求に応じるべき必要もない。A市は、ほぼ以上のように反論するものと考えられる。

設問2 A市、B両方の主張を見比べ、見解を示すこととする。

1 本件事案を見ると、確かに、A市の主張するように、Bの述べていることは、憲法19

条の「思想良心」そのものでもなければ、憲法14条の「信条」による差別とも言い難い。

(1) まず、Bの主張が憲法14条の「信条」による差別というのは、難しい。この1項後段に列挙されているものは、「生まれ」による差別として歴史的に悲惨な経験をもつもので、基本的には少数者であるが故に迫害されてきたものを想定している。Bの主張は、もちろん後天的なものである上に、最近登場した考え方によるものであって、もちろん歴史的なものではない。このため、このような、考え、主張による差別については、専ら精神的自由の問題として考えれば足り、憲法14条違反の問題とするのは妥当ではない。

(2) 次に、憲法19条の「思想良心」については、是非弁別を含む内心の作用全部を保障するとの考え方もあるが、これによると、嘘をつくことも単なる好みも精神的自由として憲法上手厚い保障を受けることになり、無理がある。このため、その保障範囲は、いわゆる狭義説のいう、世界観や主義主張を軸としつつ、これを形成するための途上の考えについても含むとする説を適切と考えたい。そう考えると、Bの主張は、「思想良心」そのものではないが、学問的・科学的思考を踏まえた一つの主張と捉えることができ、憲法上、仮に憲法19条が保障せずとも、憲法23条が保障するものである。すなわち、ある学問的な主張を行ったが故に、Bは地方公共団体であるA市の判定期間後に正式採用されなかったものである。事案の性質上、学問と政策の区別は難しいが、社会科学や工学の分野ではよくあることであり、特定の学問的成果しか評価しないことは、戦前の天皇機関説事件や滝川事件を振り返っても、本件では学問的自由が侵害されたと言ってよいものである。

(3) また、学問を離れても、そして、Bの弁護団の主張のようにメッセージ規制であることを問題にしなくても、A市による本件規制は、明らかに表現内容中立(時・場所・態様)規制ではなく、表現内容規制である。しかし、A

市は、人命に関わるとか地域の安全に関わるなど、Bを解雇するだけのやむにやまれぬ目的が示せない。仮に、これが真の理由であるとしても、Bは、A市採用担当者の事情聴取に対して、A市の行う天然ガス資源Y対策の妨害を行わないであろうことは確かであり、仮に、同資源の採掘に絶対反対で、その妨害を行うかもしれないCを不採用もしくは解雇とすることは、Cがこの6ヶ月間に妨害活動を行っていたとは思えないが、仕方ないことであるとしても、Bの解雇は必要最小限度の規制であるとはとうてい言えず、根拠となる条例から含めて、憲法21条違反であって無効であると言わざるを得ないものである。

2(1) ところで、この種の規制に対し、A市は、いわゆる特別な公法関係の理論に基づく主張を行い、B側はこれを予見して激しく批判した。この理論の元となった特別権力関係論は、明治憲法の時代に、その参考としたドイツ帝国憲法下で発生し、日本にも紹介された理論であるが、近代立憲主義憲法である日本国憲法下ではこの法理がそのまま通じるものではないことはBの弁護団の述べる通りである。

(2) しかし、公的な組織がその運営のための裁量を有することはやむを得ず、すべての規制を法律や条例のこと細かな条項の定めがなければできないというものでもない。その意味では、公務員関係についても、大まかな規定があればよく、事後の司法審査も規制が著しい場合に限定されるとする、いわゆる特別な公法関係の理論は、その限りで適切なものである。だが、本件で問題となっているのは解雇であり、主たる規制理由が精神的自由を根拠とするものであるため、司法審査に踏み込むべきであって、本件でこの理論を根拠に司法審査を抑制すべきことにはならない。A市には、天然ガス資源Yの活用のためのY対策課職員は、活用推進派で固めなければならないとの認識が強く、その雇用は市の政策判断、裁量であるとの認識があるようであるが、もともと天然ガス資源Y開発の危険

性は論争的であり、これを注意深く活用するとの意見を有する者の採用が、その目的を阻害するものでもない。このことを解雇理由とすることは、やはり憲法21条などに違反する。

3 公務就任権の侵害や、勤労権の侵害との主張もあるが、本件規制の最大の根拠は精神的自由の侵害であり、この点に触れるまでもなく、結論として、今回、A市がBを解職したことは、違憲である。そして、このような解雇が憲法違反であるとの認識は、その当時でも、公共団体の採用担当者であれば当然に持つべきものであるから、国家賠償法上も違法性ある損害であると認定でき、Bの請求は基本的に認容されるべきものである。

平成28年

平成27(2015)年、司法試験の論文式採点途上で発覚した不正を糾すべく、体制が改められ、審査委員から法科大学院専任教員を外すこととなった。これは、法科大学院教育の事情に詳しいことや出題能力以上に、「適正」が求められる状況となればやむを得ない措置であった。但し、今回の、審査委員に刑事処分が下った前代未聞の事件では、当該委員が長期に委員の座を譲らず、交代する委員の後任人事も支配していたことが真の原因である。このため、年によっては、当該委員が行った外国判例研究に非常に似た設例が、日本法への示唆も不十分に出题されたり（このことは、日本の憲法学者が、寧ろ新司法試験・法科大学院時代に、特定の国の流儀、哲学、歴史、文言などに傾倒した人文主義的傾向を有する学者に、かえって支配されだしたことも遠因ではないか）、設定した事案に無理があり現実味がなかったりした例もあり、独善性が垣間見られた。この点で、任期を厳しく設定すること（司法試験委員を特権化しない）、本務校や出身校を分散させること（本年、憲法の2委員が事実上の師弟関係にあることは遺憾である）、後任人事は、有力委員や退任者による推薦ではなく、法務省もしくは審査委員選定委員会のよ

うなもの主導で行うことなどが必要だろう。なお、憲法という科目特性から、論文式の出題はどうしても（実務家ではなく）研究者教員頼りとなる。このため、もし、審査委員の人選で困難が生ずれば、法科大学院所属教員について、少人数、短い任期で、本務校の分散を全科目通じて行うことなどを条件に解除することも考えられよう（事件に鑑み、多数の司法試験合格者を輩出している法科大学院やその関係者からは、寧ろ一斉に委員を出さないように決するべきである）。改革は途上である。

ところで、昨年度、配点が示され、被告・検察側の反論は設問1で示すこととなったものの、本年度は以前の形式に戻ったのは何故であろうか。配点を示すことは、どのような論述を要求しているかという点で出題の一部であり、受験生に正しいメッセージを送るものであるので、（元委員の刑事責任とは別に）適切な改善であった筈である。特に、以前、原告の主張は簡条書き的に記せばよいとか、論点ごとに被告・検察側の主張と「あなた」の見解を書くのが適切なのだという、およそ学問的でも法律家的でもない主張がよくあったのを否定したばかりなのに、遺憾である。受験生としては、今後も、原告もしくは被告人弁護団の主張、被告もしくは検察官の主張、そして「あなた」という名の裁判官の主張をきっちり纏め、両者を混合して記述しないことが肝要である。

閑話休題、2016年度の司法試験問題のテーマは、プライバシー権を軸にするものになった。新体制初年度としては、オーソドックスな精神的自由、憲法14条1項後段列举事由の差別、選挙権など（結局、これらを違憲と主張できることが、法曹養成における憲法教育の果実なのではないか）としなかったことは、あまり適切でない感もある。とは言え、プライバシー権は想定内の範囲内の出題であり、また、事案も性犯罪者の処遇としてしばしば話題に上るものであるから、受験生は原則に立ち戻って対応せねばならない。設問は、長さの点では適当であるが、資

料が当該法文に留まっていること、設問中に、性犯罪者管理の科学的データを疑うなどし、事例としても再犯した例が挙げられ、結論の誘導があることは疑問である（些細なことだが、犯罪者Pのように、成人女性と幼女を見境なく襲う性犯罪者は寧ろ少数ではないか）。

プライバシー権の問題であるから、まず、憲法13条論を展開し、権利性を認め、なおかつ、2つある有力な学説の何れを採用するかを決めたい。本件は、過去の犯罪が露呈するという、いかにも公表したくない事実と、居場所が常時知られるということから、典型的なプライバシー権の問題でもあり、「狭くて手厚い保障」を主張するのが弁護団の常套手段であろう。となれば、一般的自由権説ではなく人格的自律説が妥当であろう。後者は、なぜ「人格」概念を振り回すのか、権利を狭めるのか、などの疑問もあろうが、弁護団の主張としては、前者をきっちり批判して後者の利点を訴え、厳格審査を導いて、違憲の主張をすることがまずは必要であると思われる。これが何より必要で、そうでないと、その後の検察側反論なども成り立たない。

同じく憲法13条の問題として、GPSを体内に埋め込むところから、身体的自由や健康権、名誉権（江戸時代の罪人の刺青などを想起しよう）、一般的な「自由」の侵害を考えるべきである。これらは、プライバシー権とは若干性質が異なるのではなかろうか。

これに対して、憲法22条の居住・移転の自由は、一見すると鍵となる人権のようにも思えるが、果たして、どこに住むか、どこに旅行をするかという点がこの事件の本質的権利ではなさそうなことを考えると、予備的主張に止めるべきであろう。また、この権利が、条文の位置から、経済的自由と解され、その結果、司法審査基準を最大限に高めることが困難であることも、その理由である。よく、この権利について、「精神的・身体的自由の側面ももつ」などと記述したがる人もあるのだが、それによって司法

審査基準が左右されるか（営利を伴う論文執筆の自由が司法審査基準を下げないのと同様）、曖昧でムード的な主張だと思える。「あなた」の見解として、ここから厳格審査を導くのは、現時点の判例・学説状況に鑑みて危険である。

なお、抑えに、平等権、幸福追求権、適正手続に軽く言及するのが常套手段だが、幸福追求権は本設問のメインテーマであるので重複は避ける。また、適正手続であるが、本件が刑事手続の一環であるように見えるところ、設問は憲法31条以下の主張は除くと指定しているので、検察官の手続についてではなく、警察の手続について行政手続の適正を問題にし、佐藤＝君塚説（少数有力説）に従って憲法13条違反を主張するのが限度だろう。あまり長く論じるのはしつこく、主論点がぼけるので避けたい。平等については、性犯罪者は遺伝的に決まるとして憲法14条後段列挙事由にする人もあろうが、そうだとすれば刑事責任が問えなくなるし、多くの犯罪類型からこれだけをそう言うのも無理であろう。せいぜい、他の犯罪類型などとの比較による単なる合理性の審査がいいところであり、違憲判断を打開する力はなく、手短に纏めたい。

ここまで論点を絞ったら、最大の焦点であるプライバシー権について、3つの立場でそれぞれの主張をさせてみよう。弁護団は、最も強そうな人格的自律権説・厳格審査にするので、検察官は、対照的に、そもそも憲法上の権利でないとか、あっても合理性の基準に過ぎないと主張したい。解答例は、「あなた」の見解では中間審査とした。実は、憲法13条の司法審査基準について、確定的な通説や有力説がない、流動的であるため、これを逆手に取って、理由を付けて中間審査を妥当とする展開も可能である（出題者は、学説の固まらない分野だから適切、と考えたのかもしれない。この出題哲学も解らないではないが、法曹実務家の適性を測る試験としては、もう少しオーソドックスなテーマの方がいいのではないか、というのが評者の意見である）。憲

法13条論に関しては、司法審査基準の選択は、そう命がけの問題でもない。当該性犯罪者について、古い学説なら、特別権力関係の下にあるという考えもあろうが、相当程度批判され尽くされた現在、これを主張することが説得的か。せいぜい、検察側の予備的主張までとするのがよいのではないか。兎に角、この書き分けがこの問題の解答の優劣を相当決める筈で、ここだけは集中力を高め、しっかりメモを作って書き出したい。他はおかずに過ぎない。

ところで、出題者はどうもこの案件を合憲にしたい気が満々らしい。しかし、刑事手続上の致命的な人権侵害の例でこれを誘導するというのは、憲法研究者として疑問が残る(そもそも、何故、科学的に議論を始めたら疑問が多数浮かびそうなUの主張は正しいとの前提で答案を書かねばならないのか、疑問が残る)。こうなると、評者には天邪鬼な気分がフツフツと湧き上がるのであって、「あなた」の見解について、弁護士とは別の理由で全面的に違憲とする解答例を作成しようと固く心に決めた(出題者の意図を「忖度」できながら、予備校講師的な態度を採れず、学者としての良心を捨て切れなかった点、お詫びする)。下記はそういう解答例である。この種の方法もあり得るというように考えて頂ければよい。一般的受験生は、人権感覚的には疑問を残しながらも、出題者の軍門に下って、全面合憲論とする方が無難かもしれない。また、全面的に合憲・違憲とせず、あるいは適用違憲や合憲限定解釈を施すなどをする解答も有力なものとして考えられる。答案全体として幅が出来、加点がされ易いのではないかと思う。

つまり、本問では結論がどちらかで有意な点差は生じないと思える。また、弁護士や検察側の理由を全面的になぞって「あなた」の見解を作成することは答案が貧弱になる原因であり、この形式の論述に対する戦略として毎度のように適切ではなく、避けたい。

解答例

設問1 本件は、性犯罪者の再犯が多いこと

を理由に立法された性犯罪者継続監視法という法律が、性犯罪者の継続監視を定め、裁判所がその必要を認定すると、外科手術により超小型GPSを体内に埋設することとされ、検察官がそれを求めた事案である。

1 GPSにより、当事者である元性犯罪者の所在は常時明らかになる。このことは、憲法13条が保障していると思われるプライバシー権の侵害に当たる。

憲法13条は、その文言から、立憲当初は具体的な人権規定としては認識されていなかったが、環境権などの主張の根拠として注目され、その「幸福追求に対する国民の権利」という文言から、具体的権利性がある包括的基本権としての幸福追求権が認められると認識されたものである。判例も、いわゆる京都府学連事件でこれを認めている。

学説は、その中身について、広く、他人の人権を侵害しない限り国家に邪魔されない自由を有するとする一般的自由権説と、人格的自律に関わる重要な人権に限定して手厚い保障を行うべきだとする人格的自律説にほぼ二分される。前者は、麻薬を吸うことや危険行為、犯罪的行為などまで憲法上の権利としてしまい、いわゆる人権のインフレを招来してしまうことや、14条以下の人権カタログをただの例示列举に貶めることなどの欠点があり、採用できない。このため、人格的自律に不可欠な重要な権利のみを憲法上の権利と認める理解が正しい。また、そのことから、13条侵害の場合の司法審査基準は厳格審査基準であるべきことが示唆される。

2 プライバシーは、もともとのところは「ほっといてもらう権利」であったが、現在では自己情報コントロール権として理解される。個人が、その人間らしい生活を送るためには、私的領域・空間を確保するとともに、他者から監視・抑制されないことを必要とする。そしてまた、情報化社会において、自分と無関係のところでは画像が勝手に想像・改変されることを拒むことは重要である。

3 事案を見直すと、Aは女兒へのわいせつ行為により再び実刑判決を受け、継続監視だとして、体内に超小型GPSを埋め込まれる決定をされた者である。これにより、Aの行動は常に監視され、プライバシーが全くなくなる点で、まさに13条の保障するプライバシー権の侵害に当たる。犯罪の防止はやむにやまれぬ目的であるかもしれないが、常に監視を必要とする者として、法文はかなりの性犯罪が一般的に挙げており、再犯の危険がある必要最小限の者に限るものではない。また、どのような要件を具備した者とするのか不明確で、検察官の裁量に委ねられており、基準が曖昧である。措置としても、警察官が警戒するなどを超えて、体内にチップ等を埋め込むものとなっているのであるから、行き過ぎである。外科手術を伴い、身体的完全性を故意に奪っている点でも本件措置は13条違反である。逆に、この方法では衝動的な性犯罪の防止は難しく、違憲的過小制限でもある。

4 問題文からは明らかでないが、超小型GPSを埋め込まれた者が誰であるかは広く知られ、現在のIT技術により、一般人にもAの所在を容易に知られる危険性もある。このようなことは、プライバシー権の侵害であるばかりか、江戸時代の囚人の刺青に相当する処置とも取られ、刑務所を出所して一般人として生活する者の名誉権を侵害するものである。この意味でも憲法13条違反であることは明らかである。

5 またこの措置は、Aが、警察など国家机关の監視をされることなく移動することを侵害する措置であり、憲法22条が保障する移転の自由の侵害でもある。この自由は、近代市民革命当初には経済的自由の一翼を担うものと解されてきたが、今日では、どこに居住するか等は精神活動の一部であり、どこに身を置くかは身体的自由の一部と解されるに至っており、その結果、司法審査基準も緩やかな合理性の基準と考えるべきではなくなっている。性犯罪の多いゾーンに近づくことだけでなく、24時間、位

置情報で監視することは目的との実質的関連性が欠き、憲法22条違反である。

6 加えて、この法律が、犯罪者のうち性犯罪者を狙い撃ちにしているが、より凶悪な犯罪を犯した者について同様の措置をしていない点で不合理な差別であり、憲法14条違反である。

7 結論として、同法はおよそ違憲であり、Aに対する適用も違憲と言うべきである。

設問2 I 検察側は、プライバシー権を保障する明文の憲法条項はなく、仮に弁護人の述べるように憲法13条から保障されるとしても、人格的自律権説が突如「人格」概念を持ち出して、憲法14条以下の条項から見て想定外の人権を限定的に保障しようとしていることには違和感があり、むしろ一般的自由権説によるべきところ、その規制は、この下では緩やかな合理性の基準が妥当するので、およそ不合理な規制でなければ合憲であって、重大な性犯罪を繰り返す者の監視として一般に考えうる規制は合憲とすべきだ、などの点を主に主張するであろう。

II 1 以下、私の見解を述べる。まず、プライバシー権が憲法上の権利であることは確かである。憲法13条の保障する内容を一般的自由権的に説明するか、人格的自律権的に説明するかは、別段、本件で争われるプライバシー権が憲法上の人権であるかを決するものではない。

2 プライバシー権が今日、重要な人権であることは認められるものの、表現の自由や参政権など、民主主義を支える明文の人権に匹敵するほどではなく、その侵害に当たっては中間審査基準で審査することが妥当である。厳格審査基準は、表現の自由などの伝統的に重要とされる権利の侵害の場面に限られるべきであり、しかしながら、「新しい人権」が認められる以上、その司法審査は実質的であるべきであるから、合理性の基準を妥当とすることも適当ではない。これが、本条の審査基準設定理由である。事案は、性犯罪の防止を目的としているのであるから、これが重要な目的に該当することは明

らからである。

3 問題は、この本法令の手段、あるいはこれを本件で適用した手段が、この目的と実質的関連性を有するかである。ほかの犯罪と異なり、性犯罪は常習性があり、再犯率が高いことは犯罪心理学者Uの国会での陳述の通りだとしても、すべての性犯罪者が再犯するわけでもない。Uの陳述によれば、再犯者は心理的、生理的、病理的理由があるのであるから、これを監視するか、統計的に再犯が起きやすい者に限定して規制を行うべきである。また、性犯罪があまねく再犯が多いわけでもなく、かつ、同じ種類の犯罪を繰り返す傾向があると思われるため、一度性犯罪を犯した者が全ての種類の性犯罪の予備軍であると考えすることは妥当ではない（この際、ロンブローゾに始まる新派刑法学が今や否定されたことも想起すべき点である）。

4 問題となっている犯罪は、未成年者に対する強制わいせつであり、凶悪な殺人や強姦でもない。それでも、卑劣な犯行であることには違いないが、だからといって、身体にメスを入れ、超小型とはいえ電波等を発信する機器を体内に入れ込むことは、憲法13条の保障する、身体的自由や名誉、健康に関する権利を著しく侵害するものである。これらのものに対しては、例えば、児童・生徒の通う学校付近への立入りを禁じるなど、目的に合致した規制が考えられる。この意味で、法22条ないし24条は一定の合理性はある。しかし、この法文を見ても、どの地域が禁止区域になるのが不明確であり、警察本部長などの一般的網羅的裁量に属しており、告知・聴聞の機会の保障が明示されてもならず、行政手続の適正も果たされておらず、憲法31条に違反するかを論じる以前に、憲法13条に違反するものである。そもそも、性犯罪者の位置を把握したところで常習性ある性犯罪を予防することはできず、逮捕に至る場合でも状況証拠としてしか活用できない。本来行うべき、有効な対策は、そういった地域での監視カメラの設置や警備の強化の筈である。結局、こ

の法律の規制では、目的との間に実質的関連性が乏しく、また、守るべき人権や政府利益に比して、人権侵害の程度があまりにも大きいと言わねばならず、憲法13条に違反した法令であり、また本件への適用であると言うべきである。

加えて、考え様によっては、このような処置を前科ある者に重ねて行うことは、二重処罰の禁止のほか、残虐な刑罰の禁止（憲法36条）に反すると言えなくもない。

5 弁護団は平等権侵害を主張する。犯罪の種類により刑事政策が異なることはやむを得ず、主張に根拠がないが、性犯罪を包括的に考え、実際に本件事例に現れるように、未成年者に対する事案に集中して継続監視の運用を行うことは、それが刑罰そのものではないとしても、刑事法が謙抑的であることを考えると、尊属殺重罰規定違憲判決を想起すればわかるように、憲法の求める、その分野での厳密な平等の要請にも反する恐れがあるものと言わざるを得ない。

6 弁護団が憲法22条の移動の自由を主張する点は、一般に、本件事例がその侵害だとは言いつれないが、監視が住所や居所において平穩に生活するときにも継続する点で、居住の自由を侵害する疑いもあるが、この点は上記プライバシー権侵害の説明に内包されるものであり、改めて合憲性を判断する必要はない。

7 結局、GPSの装着を命じる当該法令及びその本件への適用は、仮に目的が合憲的であるとしても手段が違憲であり、認められない。また、一定区域の性犯罪者当人の立入りを禁じることはある程度の合理性が認められるものの、法令が曖昧に過ぎ、適正手続の保障の点でも法令違憲である。よって、検察官の申立ては斥けられるべきである。

平成29年

2017年度の司法試験問題のテーマは、外国人の人権、それも妊娠に関する自己決定権と身

柄拘束に関する適正手続であった。事案としては、外国人単純労働者を限定的に受け入れる架空の「特労法」が、妊娠した者の国外退去を規定しているというものである(元ネタはシンガポールの法令なのかもしれない。藤川久昭「アジアの労働法と労働問題(5)ーシンガポールにおける単純外国人労働力受け入れ法制の紹介」季刊労働法227号212頁(2009)、岡本佐智子「シンガポールの移民政策ー外国人労働力の受入れと管理」北海道文教大学論集16号175頁(2015)など参照)。意表を突いた出題だというのが多くの人の感想であろう。司法試験の憲法の出題は、法曹として切り札に使える、表現の自由や政教分離、参政権、憲法14条1項列举事由に基づく差別の問題などを軸にされるべきところ、13条論が2年連続で出題されるということは、考査委員の趣向が強すぎ、適切と思えない。本年度の出題でも、原告が、何か日本政府の外国人政策を批判したら拘束されたような事例にすればよかったのである。政策の適否の判断が求められかねない出題にも賛成できない。また、司法試験の憲法では、3つの立場で書き分ける出題方式が慣例となっているが、その分、事案自体を、違憲もしくは合憲とする判断に傾る抵抗感があるものとするは避けるべきである。本事例が、「立法過程」で幾つかの「疑問が呈された」との説明はあるものの、合憲とする「国の反論」を示さねばならない点、人道的に疑問である。延いては国際問題にならないかという点も憂慮する。前年の論評で述べた「事実上の師弟関係」は解消されたが、「師」の事実上の弟子が後任となったことで、事実上の兄弟弟子(出身大学院が同じ)が同時に、3人の研究者委員のうち2人を占めたことに原因を求めるのは勘ぐり過ぎだろう。論点の偏りや結論の誘導等に繋がった疑いがあり、人事面の是正を求めたところである。

憲法では、適正手続に関する出題はほぼ初めてではないかと思われる。本問の場合、刑事訴訟法の解釈というより、身柄拘束一般で合憲性

を争うべき論点であるので、憲法の守備範囲の問題足り得ると評価できる。

そして、外国人の人権である。これは人権総論の重要論点であり、毎年のように出題が予想されてきながら、漸く出題されたものである。判例としても、マクリーン事件(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)、塩見訴訟(最判平成元年3月2日判時1363号68頁)、ヒックス・アラン事件(最判平成5年2月26日判時1452号37頁)、東京都管理職試験訴訟(最判平成17年1月26日民集59巻1号128頁)と、政治的表現の自由、社会権、参政権、公務就任権で争われてきている。また、出題者の心理としても、外国人の人権、特別権力関係(公務員、在学、在監関係など)、条例という設定を1つでも加えれば論点が簡単に増やせることから、受験生としては、これらは出題され易いものと考えて対応すべきである。こちらは想定内と思ふべきである。

外国人の人権については、肯定説と否定説がある。だが、冒頭から否定説を全面展開してしまうと違憲の結論が出し難い(日本国憲法第3章は外国人には及ばないが、国際協調主義などから、「確立された国際法規」水準の権利を憲法が外国人にも保障する結果となる、などとする考え方もあろうが、これを説得的に論述するのは短時間では難しい)。このため、Bの主張としては肯定説を柱とし、きちんと根拠付けを行いたい。対象となっている人権が生殖に関する自己決定権と身柄拘束に対する権利であるから、社会権や参政権などは異なり、国籍に関係なく、人間が人間らしく生きるための権利であると言い易い。まずは、憲法13条が人権規定として認められるに至っていること、出産や中絶の権利が女性の自己決定権として重要な人権であることを、できればアメリカの超有名判例(Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973))にも触れつつ強調しておきたい。不当な身柄拘束をされない権利については、歴史的にも勿論であるし、余裕があれば、日本国憲法の刑事手続に関する条文が非

常に詳しいのは何故かを多少語ってもよいくらいだ。

これに対し、居住・移転の自由に関する憲法22条や、家族関係の24条は、以上の点に比べると決定的な論点にはならないので、軽く触れる程度が適当である。また、常套手段で最後に触れて僅かな加点を狙う形では、13条と14条は、今年度は使えない。

なお、外国人の人権享有性を認めながら、その司法審査基準を下げるとか、特殊な判断枠組みを用いる（新たな合憲性判断テストの創設?）とかという有力な学説はない（あればご教示願いたい）。この点は、特別な公法関係と称されてきた公務員関係、在学関係、在監関係でも、憲法の私人間効力が適用されるとされてきた場面でも（何れも、この種の特殊法理は必要ないと思われる。君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008）、同「三菱樹脂事件―復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法―憲法の過去から未来へ』79頁（有斐閣、2017）、同「特別権力関係論・終論―堀越事件判決の再考を経て」横浜国際社会科学研究所22巻1=2号21頁（2017）など参照）同様である。勝手に物差しを伸縮自在にするのであれば、基準の意味がない。本件でも、これを根拠に、「国民の場合は厳格審査だが外国人なので中間審査が適用される」などと書くのは誤解も甚だしいので、本当に謹んでもらいたい（中間審査基準自体の問題点としては、君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996）、同「司法審査基準―二重の基準論の重要性」公法研究71号88頁（2009）なども参照）。

国側の主張としては、人権享有主体性を否定してお終いにするのでは、かなり冷たい、木で鼻を括った政府答弁のように見えてしまう。第一投として否定説を出すにしても、次に、肯定説中、憲法がこの種の人権を認めるのは永住もしくは在日外国人に限られるとか、外国人に保障される人権の幅を思想信条の自由などに狭く限定するなどして合憲の結論を導くのがよからう。本件事例に鑑みて、憲法33条以下の条

文の問題とはせず、行政手続の適正一般（通説は31条準用、有力説は13条適用）の緩やかな司法審査基準ゆえに違憲とは言えないという結論もありか。なお、入国の自由自体は、外国人にはないというのが一般的理解であり、特にマクリーン事件最高裁判決によると在留許可の限度で一部の人権を享有するとされるのだが、学説は批判的である上、本設例とは事案が異なるが、永住・在日外国人の再入国の場合には学説に異論がととも強く（判例は、森川キャサリーン事件＝最判平成4年11月16日集民166号575頁など）、かつ、外国人の人権肯定説が、安易に広汎な制限を平然と行ってきたことには批判も強い。その意味では、本問での合憲判断提示には、こういった学説の空気感を踏まえた、「あなた」は賛成でないのだがとの空気感を出すような答案処理も、戦略的に必要か。

最後の「あなた」の見解としては、肯定説に立ちつつ、例えば、外国人の人権享有主体性について中間説に立つとか、司法審査基準を中間審査基準としながら違憲の結論とするとか、一方の人権についての争いは違憲とするが他方は合憲とするとか（設問が許容すれば、適用違憲でもよい）により中間的な解決を模索し、原告側の主張の別解を示すのがよからう。やはり、単純な合憲説の結論は、通常法曹志望者が有すべき人権・憲法感覚に反する答案として一般的採点者の印象が悪い。出題者の意図を過度に「忖度」することなく、法律家一般の常識や、論理的に導き易い結論を模索する方を勧めたい。

本問は、以上のような大争点に対する対応が大儀で、事例が（主出題者の意図は不明で、憲法感覚も疑う）2年連続で非人道的措置であり、違憲（もしくは、本設問の要求外だが、何らかの条約違反や法令違反、適用違憲か合憲限定解釈）となるのが常識的なところである。このため、抽象的な学説の戦い、いわゆる「空中戦」に相当なエネルギーを費やさねばならず、やや旧試験への先祖返りの様相が見える。新司法試験導入当初の、多くの資料から事実を丹念に追うこ

とを求める「地上戦」の演習(陸上演習?)に専念していた受験者には難問だったであろう(関連して、何故本問が「新制度の概要」を示し、「参考資料」参照で片付けなかったのかも不可解である)。

ところで、本年度、わざわざ「憲法第14条違反については論じなくてよい」と指示があり(本年度については、不平等だとの主張はいつでも可能であり、安易な立論を戒めたものと解したい)、新司法試験において平等権メインの出題例はまだない。それは何故か。かの尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号365頁)も、また宮沢通説も、「合理性」の基準論に依拠しており、合理的な区別は合憲だが不合理な差別は違憲とするものであった。しかし、これでは具体的な判断を導けず、恣意的な判断を導き易い(法律判断なのに、「私の常識では」としてから直ちに結論を述べるのと、大差ない)との批判が多いほか、そもそも「不合理だが違憲」という言い方がないことに鑑みると、要は内容が空疎だったとの厳しい批判を免れない。このため、学説はその後大きく動き、憲法14条後段列举事由に基づく差別事例では厳格審査をすべきとする立場が有力となった(芦部説は、列举事由の中でも「性別」と「社会的身分」については中間審査が妥当するが、寧ろ少数説である)。このため、「社会的身分」とは何かなどの争いは残っているものの、この説に依拠しない説は時代遅れと評される学界状況が続いている。また、その後の憲法14条違反の最高裁判決(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁及び2586頁など)を見ても、最高裁は、以前の、法令を普く信頼したかのようなざっくりした合理性判断から離陸し、実質的な合理性判断に進んでいると言えよう。従来の「合理性」の基準論は、既に誤りだと断ぜられたと言ってよい。

しかし、司法試験の答案として「合理性」の基準論が出てきた場合、採点者は難しい立場に

立たされる。これが一応、通説・判例だからである。通説・判例に従った答案を低く評価するわけにもいかない。この忸怩たる思いを避けるためには、平等権の出題を回避するのが最も簡単なのである。このため、司法試験においては、長く平等権からの出題が殆どなかったのではないかと推察できるのである。

ただ、最高裁が憲法14条列举事由に踏み込んだ判断を下したり、有力説の何れかが芦部説に代わる「通説」との評価を得たりするようになれば、平等違反の判例が寧ろ多く出されてきたことを想起しても、司法試験において憲法14条が論点の出題が多くなることも予想でき、憲法14条後段列举事由差別の設定事例の出題は要警戒である。また、ここまで憲法13条起点の連続出題が平気ならば、14条からの出題が忌避される理由はない。そろそろ出題あって然るべきと言えよう。

解答例

設問1 1 日本国憲法第3章は「国民の権利及び義務」との表題であり、冒頭の10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」とあり、一見すると、法律である国籍法により日本国籍を与えられた者だけが憲法上の人権享有主体であるように見える。しかし、日本国憲法の人権尊重主義や98条の国際協調主義からして、人間である以上、外国人にも人権があると言ふべきである。

2 本件事案は、特労法に基づく新制度の下、非熟練労働者を海外から受け入れたものの、Bが妊娠したので強制収容、退去させるというものである。そもそも、妊娠・中絶の自由は憲法13条の幸福追求権が保障するものであるが、その権利は国籍の有無に関係ない、人間が人間として、或いは女性が女性として生まれたが故に当然に有する人権である。このため、外国人であるが故にそのような自由が制約されるべきものではない。

(1) 憲法13条については、いわゆる一般的自由権説と、その権利の範囲を限定する説があり、

後者の有力な立場が人格的自律説である。一般的自由権説は、14条以下の人権規定が13条の単なる例示に成り下がってしまうこと、殺人や強盗までを一旦は人権と認めてしまうこと、そして、本来守られるべき、表現の自由や参政権の価値をそこまで貶めてしまうことなどから、採ることができない。人間が人間らしく生きるのに必要な核心的人権をここに保障したものと考える方が妥当である。そして、そのように重要な人権に限定した以上、司法審査基準は厳格審査であるべきである。特労法15条8号が妊娠・出産の権利、性的自由は、人間らしい生の核心的なものであることは疑いようもなく、日本国憲法24条が両性の本質的平等を説くことからしても、アメリカの著名なRoe判決を引くまでもない。本件は、性行為や妊娠を明らかに制限するものであり、憲法13条に反し、違憲である。

(2) また、本事案を見ると、このような場合に身柄拘束を伴うことになっている。憲法33条は逮捕、34条は拘禁の手続を厳密に規定し、これらの場合の適正手続を強く要請している。しかし、特労法の18条、19条、20条の手続は、同法に反する者に対して、特殊な行政官である警備官限りの判断により直ちに外国人の身柄を拘束・収容し、強制出国させるものとなっており、憲法上、逮捕・拘禁に該当する手続であるから、これらの憲法条項の要請を満たすかを検討せねばならない。しかし、まず、その判断は審査官ができることになっており、裁判官の発する令状すら要件になっておらず、身柄拘束の場面における憲法の厳密な要請に応えるものとなっていない。そもそも、上述のように、妊娠や出産は到底犯罪行為とは見做せないにも拘らず、これに刑事手続相当の身柄拘束が可能だという規定であるから、根本的に違憲である。

併せて、憲法22条は居住・移転の自由を保障しており、本事案は、正当な理由もなく、身柄の移転を余儀なくされたものであるから、この観点からも違憲である。

3 よって、本件措置は違憲であり、Bの身柄拘束は解かれなければならなかった。Bの、日本滞在で得られた経済的利益、理不尽で急な身柄拘束に伴う法令及びその執行によるB及びCとその子の精神的苦痛などにつき、国家賠償請求が認められるべきである。

設問2 I 国側としては、まず、憲法第3章の人権保障は、その表題の通り「国民」にのみ及ぶのであり、外国人に対する処分が憲法違反かを論じることはできないと述べる。

判例などに従い、仮に外国人にも人権享有主体性が認められるとしても、憲法13条はもともと具体的な人権を発生させる条項ではない。万一、そうだとすると、名誉権や人格権などのような古典的で、日本国憲法のどこかで認められたと思われるものだけが幸福追求権の一部なのであり、妊娠・出産や性交の自由は本条の権利として認め難い。これらを認めるのであれば人権の範囲は一般的自由権というべきほどに広汎に認めるべきことになろうが、その際には司法審査基準も緩やかな合理性の基準であるべきであるから、本件のような合理的な目的と手段を有する規制を違憲と評することはできない。

また、本件の身柄拘束は刑事手続の一部とは異なる行政手続の一環であるため、これを通説・判例である憲法31条準用説に従おうと、有力な憲法13条説に従おうとも合理性の基準で判断するのが妥当であり、何れにせよ合憲である。居住・移転の自由もまた経済的自由なのであるから、その規制の憲法上の適否についても合理性の基準の下で判断されるべきである。そもそも入管政策は各国の裁量に委ねられており、外国人の人権があるとしても、在留許可期間内のことであり、退去命令を超えて日本国内に滞在する権利は本質的にない。国側なら、およそ合憲だと述べよう。

II しかし、私見としては、国の主張は誤りであり、国家賠償請求を認めたい。

1 (1) 外国人の人権享有主体性については、外国人の種類に応じて考えるべきである。一時

滞在の外国人については、基本的には、国際的に確立された人権条約に従い、相互主義で対応すべきであるのに対し、我が国に住所や居所を有して長期に滞在する外国人については、日本国の法令が日本国民と同様にかかるものであり、憲法も例外ではない。Bは3年間の日本滞在を許可されており、一般的な人権享有性を具備している。

(2) そうであっても、日本国籍を有さない者は全ての人権を有するものではない。参政権や社会権一般など、統治への参加や社会保障基盤への参加を前提にする人権条項は及ばない。そのような外国人が有する憲法上の権利は、その一部と解するべきである。

(3) また、国家システムを前提とする現在の国際社会においては、外国人の入国は当該国家の裁量であるのが原則であるのがマククリーン判決以来の判例であり、入国の自由が一般的にあるものでもない。このほか、経済的自由などのように、外国人も人権を有しながら、外国人であるが故の制約を受ける場合があるものもある。本件の特労法は、外国人の入国は各国の裁量であるという国際法上のルールの下、単純労働者が不法に滞在されることを拒んできた日本の入管政策を修正し、これに期限付きで例外的に解禁したものである。このことに鑑みると、当該外国人に期限を超えて日本に滞在する権利はないものと言わねばならないし、入国時の条件が満たされなくなれば退去もやむを得まい。

2 (1) しかし、当該法令は、当初定めた滞在期間を短縮するのに妊娠・出産を退去の理由としており、規制理由に合理性がない。生殖に関する権利は、憲法13条の保障する幸福追求権の主要部分を構成し、その保障は、人間が人間である以上、外国人にも外国人にも及ぶものである。その規制が不合理であれば、司法審査基準の如何を問わず違憲である。

(2) 国は、出産により滞在期間を延長し、しばしばそのまま長期滞在者となり、その子はほぼ永住者となり、例外的な単純労働者受入れが

なし崩し的になることを主張するであろう。だが、就労と無関係の滞在を禁ずる場面でもなく、妊娠・出産はむろん不法行為や犯罪行為でもない。規制目的が合憲的であっても、期限を超えて、出国が可能な状況になった段階で国外退去を命ずればよいだけのことであり、妊娠中は母子共に生命の危険が大きくなるころ、妊娠段階で退去させることは不合理なものである。このような処置は非人道的との国際的難題すら浴びかねない。日本国内で生まれた子が日本に半永久的に滞在することを黙認しないようにするにせよ、ごく稀な事例に対しては、刑事手続とは異なる手続として、子が一定の年齢に達するまでの間に退去を求め、これに反する場合のみ強制退去を行えば十分である。かつ、事案の中には、強姦など、本人の意思にあまり沿わない妊娠が含まれていながら、そのような場合の例外的な対応を明文化していないことは、本法令の違憲性の疑いを濃くしている。規制手段が明らかに不合理である。

(3) 本件の特例的な特定労務外国人については、永住権を有する者や通常の就労ビザによる入国者と異なり、不法滞在の恐れがあるものであるから、居所の管理や、ときとして身柄を一定の場所に置くことは合理的な処置として許される場合が生じることを示している。この意味で、当該外国人には、入国の条件からして、国内における居住・移転の自由はないか、大幅に制限されうると解するのが妥当であり、居所の監視も、場合によっては、行政手続として、特に新たな令状なくして可能であると考えられる(憲法31条準用説)。しかし、当該法令には特段そのような規定もなく、一般的に自由な活動を認めながら、妊娠や出産が認知されると一転して令状もなく身柄拘束を行うことは、これらを現行犯の犯人と見做すに等しく、それをきかけとする身柄拘束は、行政手続の適正の要請からしても適正ではなく、およそ違憲である。

3 結局、本件身柄拘束は令状もなく、憲法31条などに手続的に違反するものであり、妊

娠・中絶などの性的自由を制限するものとして目的において不合理で違憲である。退去処分は、当初の滞在期間を過ぎ、母子の健康の観点から見て適切な時期に行えばよく、やはりBに対する違法な国外退去処分であったと解するべきである。

【補論2】近年の重要判例に対する質問事項

次の判例について、以下の問に答えなさい。上級者は、設問を自ら予想し、それに答えるところから予習を始めなさい。（民法900条4号＝最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁、同733条・750条＝最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁及び2586頁。判決文は各自入手すること）

【基本論点】

- 1 非嫡出子の相続、再婚禁止期間、夫婦の氏については、戦後改革の際に明治民法からどのように変化したかを論じなさい。
- 2 3つの判例の事実関係、下級審の判断、最高裁多数意見の要旨を述べなさい。
- 3 少数意見から注目すべきものがあれば、指摘しなさい。
- 4 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）も含め、なぜ、この時期に家族法分野の法令違憲判決が重なったのだろうか。第2次メープルソープ事件判決（最判平成20年2月19日民集62巻2号445頁）や堀越事件判決（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）、医薬品のネット販売規制に関する判決（最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁）などとの異同についても考えなさい。

【論点1】判断の基礎について

- 1 最高裁は、憲法13・14・24条の合憲性判断テストをどう考えているか。
- 2 では、司法審査基準や合憲性判断テストはどうあるべきか。
- 3 家族の形態の変化や国際的環境変化は違憲判決の根拠となるか。

- 4 国際条約を根拠に、現行法を無効とする判断はあり得ないか。
- 5 憲法24条の性質（そもそも権利性はあるか）・性格（何権か）は何か。そのことは、憲法判断の枠組みにどう影響するか。
- 6 憲法24条は、正妻・嫡出子への相続、離婚後の再婚、夫婦同氏を導くか。
- 7 民法は緻密な法体系・基本法令であり、特定の条項を違憲無効とするやり方は不適切だ、とする主張にどう反論するか。

【論点2】民法733条の合憲性について

- 1 明治民法制定時に、再婚禁止期間の原案は何ヶ月であったか。このことは、本法制の合憲性判断にどう影響するか。
- 2 父子鑑定が発達で、100日でも再婚禁止期間を維持する理由はあるか。
- 3 父子鑑定待ちは子の福祉に反するという多数意見は適切か。
- 4 どうせ、ややこしい事案では父子鑑定が必要なのではないか。だとすれば、そもそも再婚禁止期間制度は無用ではないか。
- 5 もしも、再婚禁止期間が300日だったら合憲となるのだろうか（西欧諸国の旧法にもできれば触れること）。逆に、再婚禁止期間が50日だったらどうか。
- 6 医師の証明書あれば再婚可なら、証明責任の転換の問題が残るだけであり、再婚禁止期間ゼロも可能ではないか。
- 7 厳格審査の下では、期間ゼロしかないのではないか。併せて、中間審査基準や高橋和之の提唱する通常審査の多用は妥当か。
- 8 男性にも再婚禁止期間を設定すれば憲法違反にはならない、という主張は正しいか。
- 9 国家賠償請求を棄却するなら、憲法判断はすべきでないのではないか。
- 10 判決が、遡及効について盛んに言及しているのはなぜか。それは妥当か。
- 11 憲法判断としての結論はこれでよいか。
- 12 関連して、民法731条（婚姻適齢の男女差）は違憲ではないか。これを争うものとして、

どのような事例が考えられるか。

【論点3】民法750条の合憲性について

- 1 本件事例を平等権の問題にできるか。
- 2 氏名は自己決定ではない。婚姻時だけこれを持ち出せるのか。
- 3 しかし、氏名は人格権を構成しないと言えるのか。特定の呼称を他人に求めることは、憲法上の権利だと言えようか。13条でも14条でもなく「憲法24条違反」となる場面とはどういう場面なのだろうか。
- 4 かといって、夫婦同氏は不滅の日本の歴史的伝統か。なぜ、このようなときにだけ「民族」や「伝統」が持ち出されるのか（国際標準は考慮されないか。また、あるとすればそれは何か）。だから夫婦同氏は維持すべきか。生前、源頼朝の妻はどう名乗っていたか（無論「源政子」ではないが、「北条政子」でもない）。「作られた伝統」ではないのか。
- 5 事実上（弁護士などの）女性に負担だから憲法違反になるのか。
- 6 法律婚が多く、夫の氏の選択がなお96%であること、農家や個人商店の「嫁」にとっては夫の「家」の苗字を名乗ることが命だという現況は、考慮されるか。
- 7 「通称」はかえって害あり、という木内意見は妥当か。
- 8 別姓が本来で、選択的同姓が憲法上許容、なのではないか。早々に同氏と別氏を共に許容しないと、日本は分断社会になってしまう危機にはないか。また、裁判所がこのようなことを配慮するのは妥当か。
- 9 実は、国際結婚では夫婦別姓が普通であるが、民法750条に合理性はあるか（つまり、実は、日本国籍の女性が外国に帰化し、その上で日本国籍の男性と婚姻すれば、夫婦別姓となる。脱法は可能なのだが）。
- 10 本件の合憲判決のために大法廷開廷は必要だったか。
- 11 憲法判断としての結論はこれでよいか。

【論点4】民法900条4号の合憲性について

- 1 そもそも、法律婚の維持のために本号は必要という主張に、説得力があったか。
- 2 最高裁による「他の相続に影響しない」との判示は、無用ではないか。
- 3 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）は本件を拘束する先例と言えるか。これに従えば、本件は違憲判決以外なかったのか。それとも、顧慮すべき異なる要素があるか。
- 4 法改正は様々な方向がありうるのに、但し書きを削除して解釈し、本件の当事者を救済してよいか。
- 5 判決が、憲法違反となった時期等に言及しているのはなぜか。それは妥当か。
- 6 憲法判断としての結論はこれでよいか。
- 7 余力があれば、戦後西洋における同様の規定がどのようなものであり、どうなったかについても簡単に述べなさい。

【補論3】短答式基本確認問題（2015年度「公法演習Ⅱ」11月実施・改）

第1問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからウの順に [No. 1] から [No. 3]）

- ア いわゆる外務省秘密電文漏洩事件（最終昭和53年5月31日刑集32巻3号457頁）とは、日中国交回復交渉に関する書類を持ち出すよう、新聞記者を名乗る男が外務省書記官にニセ電話をかけた事件である。
- イ 外務省秘密電文漏洩事件最高裁判決は、報道の自由は憲法21条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものであり、取材の自由も、憲法21条の精神に照らし十分尊重に値する旨、判示した。
- ウ 最高裁は、平成26年に、行政文書を保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟において、当該文書の存在については、取消しを求める者に立証責任があるとして、その訴えを斥けた。

第2問 正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までのの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 4]）

ア 天皇の行為に関するいわゆる二分説は，国会開会式における「おことば」は，憲法7条10号の「儀式を行ふこと」に含まれるとして，国事行為と考へて合憲であるとする。

イ 天皇の行為に関するいわゆる三分説は，天皇が外国元首と親書を交換することは，憲法7条9号の「外国の大使及び公使を接受すること」に含まれるとして，公的行為と考へて合憲であるとする。

ウ 天皇の国賓に対する晩餐会への出席を違憲とする立場は，一般に，およそ公的行為という概念を認めない考え方に立つか，二分説のうち厳格な解釈を施す考え方に立つものと解することができる。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第3問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 5] から [No. 7]）

ア 衆議院の優越は，衆議院の方が議員の任期が短く，解散もあり，民意に近いことを理由とし，国民主権原理に傾倒したものである。

イ 権力分立を強調する立場は，衆議院の優越を定めた法律に対して，それに対抗する立場より合憲と考へやすい。

ウ 条約の承認は衆議院に先議権があり，衆議院は可決したが参議院は否決した場合，両院協議会を開催して可決と扱ってもよい。

第4問 正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までのの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 8]）

ア 憲法23条は「大学の自治」を保障するとするのが通説であり，最高裁判所は，学生団

体の自主性も特に尊重・保護に値するとした。

イ 「大学の自治」は13世紀のイギリスの文書に由来する。

ウ 日本では，第二次世界大戦前に，自由主義的な刑法学説を唱えた学者が京都帝国大学を追放された事件などがあつた。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第5問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 9] から [No. 11]）

ア 平成25年参議院議員通常選挙の選挙区選挙における投票価値の較差が4.77倍であつたことにつき，最高裁は，本件定数配分規定は違憲状態ではあるが，国会の対応は裁量権の範囲内であつたと判示した。

イ 平成24年衆議院議員総選挙の一部選挙区における選挙の無効を求めた訴訟で，最高裁は，憲法上要求される合理的期間を徒過したとは断じることができないと判示した。

ウ 平成25年東京都議会議員選挙で，特例選挙区である千代田区選挙区との投票価値の較差が最大3.21倍であつた事案で，最高裁は，千代田区選挙区を特例選挙区として存置することも憲法違反ではないと判示した。

第6問 正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までのの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 12]）

ア 最高裁判所は，共有林の分割を制限していた森林法の規定を，財産権の警察目的規制と認定して，違憲と判断した。

イ 最高裁判所は，小売市場の距離制限を定めていた規定を，経済的自由の政策目的規制として，合憲と判断した。

ウ 最高裁判所は，酒税販売の免許制を定めて

いた規定を、経済的自由の政策目的規制と明言して、違憲と判断した。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第7問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 13] から [No. 15])

- ア 通説に従うと、法律を制定すれば、日本の最高裁判所も一審限りの抽象的違憲審査を行うことができる。とされる。
イ 判例に従うと、判例には法的拘束力があり、これを変更することは最高裁判所といえども許されないと解されている。
ウ 下級審判決の中には、その法令そのものは違憲とはしないが、これを当該事件に適用する限りで違憲と判断したものがある。

第8問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 16])

- ア 最高裁判所は、「証言義務は国民が司法裁判の適正な行使に協力すべき義務」だとして、刑事事件での新聞記者の証言拒否権を否定したことがある。
イ 最高裁判所は、「ある秘密がこの職業の秘密に当たる場合にも、証言拒絶が認められるのは保護に値する秘密に限られる」と判示した。
ウ 刑事裁判においては、刑事被告人の証人喚問権の保障も考慮せざるを得ず、民事裁判に比べ、証言拒否を容認すべきではないとの見解がある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第9問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 17] から [No. 19])

- ア 表現の事前抑制か否かの判断では明白性の基準が用いられるが、最高裁は、一連の家永教科書裁判において違憲判断を導かなかった。
イ 政教分離違反か否かの判断では目的効果基準が用いられるが、最高裁は、津地鎮祭訴訟において違憲判断を導かなかった。
ウ 生存権の侵害か否かの判断ではLRAの基準が用いられるところ、最高裁は、苦米地事件において違憲判断を導いた。

第10問 次のアからエの各記述のうち、適当なもの二つの組合せを後記1から6の中から選びなさい。(解答欄は、[No. 20])

- ア 人格的自律権説によれば、一般的自由権説によるよりも、飲酒の自由を憲法上の権利として認めやすい。
イ 一般的自由権説によれば、人格的自律権説によるよりも、散歩の自由を憲法上の権利として認めやすい。
ウ 人格的自律権説に対しては、犯罪行為を一旦除くことになることはかえって一貫性を欠くことになる、という批判がある。
エ 一般的自由権説に対しては、のちに公共の福祉による制約を認めるので、かえって重要な人権が制約されやすい、という批判がある。
1. アイ 2. アウ 3. アエ 4. イウ 5. イエ 6. ウエ

第11問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 21] から [No. 23])

- ア アファーマティヴ・アクションとは、例えば、男女別学を一気に廃止するなど、形式的差別の禁止を徹底的に行う政策をいう。
イ 間接差別とは、例えば、公務員の採用条件が身長で決められるなど、真の差別目的が表

面に現われないような形の差別をいう。

ウ 実質的平等とは、例えば、夫婦同氏を強制するなど、立法の力によって異なる者を同じにさせる自由国家的な平等観をいう。

第12問 正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 24]）

ア 「軟性憲法」とは，議会の特別多数決だけで改正できる憲法を指し，一般にイギリスはこれを有さないとされる。

イ 「実質的意味の憲法」とは，国家の構造・作用に関する法のすべてを指し，一般にイギリスはこれを有さないとされる。

ウ 「立憲的・近代的意味の憲法」とは，18世紀末に条約によって作られた憲法を特に指し，一般にイギリスはこれに当たらないとされる。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第13問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 25] から [No. 27]）

ア 最高裁判所は，国内法人の政治活動の自由，政治献金を行う自由を認める判断を下したことがある。

イ 最高裁判所は，政党について，党内民主主義を満たさずに党員を除名した手続について，これを無効とする判断を下したことがある。

ウ 最高裁判所は，強制加入団体について，政治献金のために構成員から強制的に金銭を集めることはできないとの判断を下したことがある。

第14問 正しいものには○，誤っているもの

には×を付した場合の組合せを，後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は，[No. 28]）

ア ときに「国務大臣」は内閣総理大臣を含み，憲法75条により，内閣総理大臣の訴追は内閣総理大臣自身の同意が必要と解釈される。

イ ときに「国務大臣」は内閣総理大臣以外の大蔵大臣を指し，憲法68条では，内閣総理大臣により任意に罷免される対象である。

ウ ときに「国務大臣」はいわゆる無任所大臣を指し，憲法74条で法律に署名する必要がある者としてこれらが特定される。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第15問 それぞれ正しい場合には1を，誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に [No. 29] から [No. 31]）

ア 最高裁判所は，薬事法施行規則のネット販売規制が憲法22条1項に違反していると判示したことがある。

イ 最高裁判所は，薬事法36条の5の規定が，郵便等販売の規制について明示的に触れておらず，したがって，この規定は憲法31条に反していると判示したことがある。

ウ 最高裁判所は，薬事法施行規則のネット販売規制が薬事法の委任の範囲を逸脱し，違法・無効だと判示したことがある。

第16問 次のアからエの各記述のうち，適当なもの二つの組合せを後記1から6の中から選びなさい。（解答欄は，[No. 32]）

ア いわゆる自衛隊違憲論者は，平成27年成立の安保諸法について，およそ違憲と判断すると考えられる。

イ 憲法が自衛隊は認めるが集団的自衛権は認めていないとする立場は，平成27年成立の安保諸法について，およそ違憲と判断すると

考えられる。

ウ 憲法が集団的自衛権は認めるが自衛隊は認めていないとする立場は、平成27年成立の安保諸法について、およそ合憲と判断すると考えられる。

エ 憲法が集団的自衛権も自衛隊も許容したとする立場は、自衛隊の活動を平時のPKOまでに限定することはかえって違憲であるとすると考えられる。

1. アイ 2. アウ 3. アエ 4. イウ 5. イエ 6. ウエ

第17問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 33] から [No. 35])

ア 最高裁判所は、芸術性が高まればわいせつ性が除去されるとして、マルキ・ド・サドの著作の販売について無罪判決を下した。

イ 最高裁判所は、刑法175条が禁じているのはハード・コア・ポルノに限られるとして、「四畳半襖の下張」の出版社社長に無罪判決を下した。

ウ 最高裁判所は、わいせつ性は時代により変化し、読者集団によっても異なるとして、「チャタレイ夫人の恋人」の翻訳者に無罪判決を下した。

第18問 正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 36])

ア 最高裁判所は、君が代斉唱や日の丸敬礼などの命令が、「個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのもの」とであると判示したことがある。

イ 最高裁判所は、君が代斉唱や日の丸敬礼などの命令のような「間接的制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認めら

れるか否かという観点から判断するのが相当である」と判示したことがある。

ウ 最高裁判所は、君が代斉唱や日の丸敬礼などの命令について、「高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い」、「制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるものというべきである」と判示したことがある。

1. ア○イ○ウ○ 2. ア○イ○ウ× 3. ア○イ×ウ○ 4. ア×イ○ウ○ 5. ア○イ×ウ× 6. ア×イ○ウ× 7. ア×イ×ウ○ 8. ア×イ×ウ×

第19問 それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからウの順に [No. 37] から [No. 39])

ア 大阪高裁は、平成25年、受刑者に選挙権を認めない公職選挙法11条1項2号は、やむを得ない事由があるということではできず、憲法15条1項・3項、43条1項などに違反すると判示した。

イ 大阪高裁は、元受刑者による国家賠償訴訟に対し、選挙時に受刑者の選挙権制限規定を廃止すべきことが明白ではなかったとして、その請求を斥けた。

ウ 国の上告を受けた最高裁は、受刑者に選挙権を認めない公職選挙法11条1項2号は必ずしも憲法に違反するものではないとして判断をやり直すよう大阪高裁に差し戻したが、大阪高裁による原判決の判決書を国会に送り、その結果、本号は改正された。

第20問 次のアからエの各記述のうち、適当なもの二つの組合せを後記1から6の中から選びなさい。(解答欄は、[No. 40])

ア 憲法31条が刑事事件の手續と実体の適正を保障し、行政についてはこれを準用するという説は、なぜ、憲法31条が行政手續にだけ準用され、実体の適正には及ばないのかと

いう批判を受けている。

イ 憲法31条がおよそ国の行う手続の適正を要請しているという説は、行政事件訴訟法の規定の一部が適正でないときには、主として憲法76条に違反するものと考えられる傾向がある。

ウ 憲法31条が刑事事件の手続と実体の適正を定め、憲法32条はその中でも事前の裁判なくして刑罰なしを謳うものとし、行政手続の適正は憲法13条が一般に保障するとする説は、文部科学省が行う教科書検定手続についても、合理性の基準を満たす限りは合憲の手続であると考えざるを得ない。

エ 憲法31条が刑事事件の手続と実体の適正を定め、憲法32条が適正な民事裁判を受ける権利を保障し、行政手続の適正は憲法13条が保障するとする説は、憲法31条以下の刑事手続に関する規定の中に民事裁判に関する規定が1か条だけ挟まると考えるのは適当でない、という批判を受ける。

1. アイ 2. アウ 3. アエ 4. イウ 5. イエ 6. ウエ

(注記：45分。奇数問は3つ正解で3点、2つ正解で1点。偶数問は正解で2点。)

正解と解説

第1問 2, 1, 1 外務省秘密電文漏洩事件に関する3文。事実関係は誤りで、沖縄返還「密約」。残りは正しい。これを基礎にしつつも、秘密漏洩での記者・事務官の有罪を導き、後に密約の存在の証言があっても、その存在の立証責任は国側に移るわけではないとした(最判平成26年7月14日判時2242号51頁)。

第2問 3 (○×○) 天皇の行為に関する学説。もしも憲法7条の各号に該当すると言えるなら国事行為になるので、イは論理的に誤文。これらを違憲とする説は、ほぼ二分論に立ち、7条各号に適合しないものは認めず、天皇の国事行為を最低限にしか許容しない立場である。

第3問 1, 2, 2 アは正文。この逆が権力分

立・自由主義を強調する立場で、参議院に対する衆議院の優越を安易に認めないのでイは誤文。先議権は予算だけ、両院協議会開催は条約では義務なので、ウも誤文。

第4問 7 (××○) 東大ボポロ事件(最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁)を念頭におけば、アは逆の傾向。大学の自治はドイツ由来。ウは滝川事件の説明で、正文。

第5問 1, 1, 1 近年の議員定数不均衡訴訟である(順に、最大判平成26年11月26日民集68巻9号1363頁、最大判平成27年11月25日民集69巻7号2035頁、最判平成27年1月15日判時2251号28頁)。最高裁は目立った違憲判断を下していない。衆議院小選挙区における「1県1人別枠」も許容されたことになる。学説はほぼ挙って、不十分だとして批判していると言ってよい。

第6問 6 (×○×) 基本判例(順に、最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁、最判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁)。アもウも規制目的が認定できなかった。このことから、規制目的二分論は無理なのではないかとの批判が生じた。ウは結論も合憲なので二重に誤文。

第7問 2, 2, 1 アは通説ではない。判例も、付随的違憲審査が憲法の要請だとしている。イだが、もちろん、大法廷による判例変更は可能である。ウは猿払事件(旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁)などを思い出せば正文である。

第8問 1 (○○○) 裁判における証言拒否権に関する事案である。アは石井記者事件(最大判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁)、イはNHK記者事件(最決平成18年10月3日民集60巻8号2647頁)である。両判決を肯定するなら、ウのような立場ということになろうか。

第9問 2, 1, 2 明白性の基準は、経済的自由の政策的規制の際の基準。LRAの基準は、表現に刑罰等がかかっている際の基準(最判昭和

61年3月19日民集47巻5号3483頁など、最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁、最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁)。

第10問 5 (×○×○) このタイプの設問が設定されているとき、微妙な選択肢があるときには、なるべく正解に近い(適当な、適切な、妥当な)ものから選ばざるを得ない。割り切ってください。保護範囲は一般的自由権説の方が一般的に広いのでアは誤文。人格的自律権説は何が「人格」的かの説明は難しいが、犯罪が除かれるのは明らかで矛盾はない。エは、寧ろ、一般的自由権説を修正した戸波説に対する批判なので、的外れで誤文。

第11問 2, 1, 2 イだけが正文。アで言えば、男女別の定員などが例になる。ウならば、累進課税などを例にし、福祉国家・社会国家で説明すべき。

第12問 8 (×××) アは誤文。軟性憲法とは法律の改正と同じ手続で改正できるもの。憲法典をもたないイギリスはその典型。しかし、これらは国家の実質を定めるものであるから、イは誤文。ウはデタラメ。権力濫用を予防し、人権を擁護する憲法は「立憲的・近代的意味の憲法」である。立憲君主制であってもイギリスはこれと認めてよい。つまり、すべて誤文。

第13問 1, 2, 1 アは八幡製鉄政治献金事件(最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁)、ウは南九州税理士会事件(最判平成8年3月19日民集50巻3号615頁)そのもの。イは共産党袴田事件(最判昭和63年12月20日判時1307号113頁)と逆の判断であり、誤文。

第14問 2 (○○×) 国務大臣の区別で、アとイは正文。憲法学で「無任所大臣」の意味で用いることはまずない。そもそも、74条は「主任の」国務大臣とあるので、無任所大臣を指すわけがない。

第15問 2, 2, 1 最高裁は、医薬品のネット販売規制について、平成25年1月11日(民集67巻1号1頁)に、規則が法律の委任の範囲を超えているとして違憲とした。人権条項に反

するとは判示しなかった。

第16問 1 (○○××) アはもちろん正文。そうすると、自衛隊の存在を否定すれば海外派兵は無理なので、実はウは誤文。これを許容することは、政策的にそれをしないことと矛盾しないので、エも誤文。

第17問 2, 2, 2 わいせつ的表現に関する主要判決(順に、最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁、最判昭和55年11月18日刑集34巻6号432頁、最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁)。勿論全て誤文。相対的わいせつ概念は団藤重光判事らが、ハード・コア・ボルノ論は伊藤正己判事が提唱したが、判例(多数意見)にはならなかった。

第18問 4 (×○○) いずれも最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁より。事案は、卒業式の国家斉唱に規律せよという校長の職務命令に反して戒告処分となった都立高校教諭に関するもの。しかし、アは、そのあと「ではないとはいえ」と続く。

第19問 1, 1, 2 アとイは事実の通りで、少々話題となった、受刑者の選挙権付与の判決(大阪高判平成25年9月27日判時2234号29頁)。しかし、これで裁判は終わり(国は上告できず、満足した原告は上告しない)、最高裁判決はない。ウはデタラメ。事実関係以前に、最高裁が法令違憲を判示したのであれば、およそ行うべき手続ではない。

第20問 3 (○××○) アが通説判例、イは手島孝説、ウは君塚正臣説、エは松井茂記説(佐藤幸治説は32条に関する立場が不明)。どれが学説として正しいかは不明だが、それぞれ論理矛盾がないかを考える(念のため。本問は出題者が自説を押し売りしたものではなく、論理的に正解に辿り着く力を試したものである)。イであれば、訴訟手続の適正は当然に31条が直接保障する筈で、後半が誤文。ウであっても、憲法の各条に反するものは特に13条を待たない筈であり、事前抑制は当然に21条違反であろう。

おわりに

法科大学院・新司法試験体制は曲がり角に差し掛かった。司法試験の予定合格者数を大幅に超える法科大学院定員を認可して始まった制度改革は、失速の後、政策決定者の責任も曖昧なまま、荒療治が進んだ。だが、全国の法科大学院入学者（2017年は1704名）は司法試験合格者数（2017年は1543名）より僅かに多いだけの予定調和になりつつある。文部科学省の「法科大学院公的支援見直し強化・加算プログラム」でも、2017年実施分から定員充足率は特に考慮されなくなった。文科省の意思は、ごく一部の法科大学院の淘汰と、残る法科大学院の維持に移ったと見るべきであろう。

各法科大学院が生き残りに必死となった結果生じたことは、一部の（主に法学的な）伝統ある大学の法科大学院の定員集中であり、地理的にはほぼ東京23区、準じて京阪神への集中である。弁護士のない地域に法の支配を及ぼすとの理念はほぼ忘れ去られた。司法試験合格者数は、旧試験末期の合格者数とほぼ同じである。元の木阿弥の感は拭えない。

そして、法学部以外の出身者の法曹への参入が稀なこととなりつつある。他学部出身者にとって法曹が魅力的でなくなっていることもあるのかもしれないが、多面、大学側も、自校の法学部生の囲い込みに走っていることがこれに拍車をかけているのではないか。筆者が拙編『高校から大学への法学』（法律文化社、2009年、2016年に第2版）を刊行した一つの動機は、その冒頭で記したように、2006年秋に発覚した高校段階での全国的な地歴・公民等の未修問題であった。これは、私学文系の3教科穴埋め記文式・選択式中心の入試に高校側が対応したのであるが、大学における教養部の解体などとも絡まって、大学生の知識・教養の幅が失われていることを懸念したものであった（中高生の幅広い学習、地歴と公民の両分野を結びつける学習の重要性については、「日本国憲法施行か

ら70年一言は変わらずとも『解釈』は時代で変化」朝日中高生新聞2017年4月30日朝刊4面でも訴えた）。法曹に求められる能力は局面では論破能力だが、法律家の能力の総和としては総合的政策判断能力が肝要ではないか。それを危うくする。法学部に限定すれば、法科大学院ができたことで、法曹（及び公務員）養成学部だという建前も崩れ、専門教育もコア科目に集中しつつあるように思える。これは、法科大学院進学希望者による、受験に無用な科目は勉強しても仕方がないという一貫した考えに阿る効果となり、上記の問題の延長なのである。しかも、2004年以前と比べても、法学部が文系最難関であるという常識は最早ない。東京の優秀な高校生は、東大文一ではなく医学部を目指している（医師には学力も大事だが適性がより大事であり、現況は別の意味で危うさを感じる）。公務員として法治行政を担うこともない。原因が安倍政権か国立大学法人化かその両方かは不鮮明だが、地方国立大学の法律系部局等は歴史学や哲学などと並んで（教員養成系に準じて）縮減の嵐である（細かい点だが、行政改革により、文部省は、科学技術庁の一部と合併して文部科学省となった。このため、もともと法学部卒などの法文系官僚の存在感が薄い官庁の性格が、理系の技官の増加によってそれがますます進行している懸念もある。ただ、戦前から帝国大学・官立大学は理系中心であった面は否めない。天野郁夫『帝国大学』12-13頁（中央公論新社、2017）。そして戦後も、国立大学の法学部は旧帝大以外、十指に満たない。地方自治体の法治行政の発展の阻害要因ではなかったか）。元の木阿弥ですらない。近い将来の法の支配（法治主義）、立憲主義、そして法理論の熟成を傷つけよう。深刻な問題である。

全国的に見れば（本学法科大学院のような、現在、法学未修者コースの学生が殆どというところは例外として）、旧司法試験時代と比べても、その合格者は、（少なくとも高校入学以降）数少ない科目を無批判な判例準拠の解答を覚え（2017年3月4日に日本弁護士会館で開催の「第9回法科大

学院教員研究交流集会分科会①」報告によると、ある法科大学院では、「判例は神、学説はゴミ」と発言する憲法研究者があり、2年次配当の「公法総合Ⅲ」(3単位)において全編判例研究となっている(そうである)、ドリルドリルで効率よく突破した者が勝利者だ、もしくは膨大な暗記を重ねて苦節5年で合格すればよい、という力技の傾向がかえって強まっているとの印象もある。よりよき法曹の育成に、現在の制度が寄与しているか、検討の余地があろう(1999年に戻れるのであれば、飛び級・編入あり・センター試験5教科必須の6年制「司法学部」のようなもので始めるのがよかったように思う。その思いは当初からで、今も変わらない。君塚正臣「司法権論・憲法訴訟論序説—延長としての『特別裁判所』論を含む」横浜法学26巻1号1頁(2017)も参照。無論、予備試験制度の一

般化には反対である。給付型奨学金の拡充が先である。法曹養成制度に関しては、泉徳治(聞き手渡辺康行ほか)『一步前へ出る司法』320-325頁(日本評論社、2017)にかなり同調したい。だが、大きな制度枠組みは今更変えられず(「医学部」廃止論などがないように)、また、実務家と研究者による体系的教育という制度設計そのものは正しい理念であるのだから、本稿に絡めて言えば、大事なものは司法試験や法科大学院入試の制度的改善である。あるいは、せめてその問題や採点の改善である。本稿を単なる司法試験問題解説と捉えず、展開・発展を思考される方が一人でもあることを願うものである。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]