

基礎集中講義1st 憲法

※開発中のものです。実際のレジュメとは異なる可能性があります※

目 次

・【論文】練習問題	2
・【論文】練習問題【予備試験合格者再現答案】	14
・【論文】練習問題【答案例】	16
・【論文】練習問題【採点基準表】	18
・【短答】問題・解説	19
・【短答】正答表	35

基礎集中講義1st (憲法)

練習問題

応用事例問題

多くの法科大学院は2004年4月に創設されたが、A大学（国立大学法人）は、2005年4月に法科大学院を創設することとした。A大学法科大学院の特色は、女性を優遇する入学者選抜制度の採用であった。A大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度を採用する主たる理由は、法科大学院・新司法試験という新しい法曹養成制度の目的として多様性が挙げられているが、法曹人口における女性の占める比率が低い（参考資料参照）ことである。A大学法学部では、入学生における女子学生の比率は年々増え続けており、2004年度には女子学生が約40パーセントを占めていた。A大学法科大学院としては、法学部で学ぶ女子学生の増加という傾向を踏まえて、法科大学院に進学する女性を多く受け入れることによって、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることができれば、法科大学院を創設する社会的意義もある、と考えた。

A大学法科大学院の入学者選抜制度によれば、入学定員200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定されるが、残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させることになっている（このことは、募集要項で公表している。）。

男性であるBは、2007年9月に実施されたA大学法科大学院2008年度入学試験を受験したが、成績順位181位で不合格となった。なお、A大学法科大学院の2008年度入学試験における受験生の男女比は、2対1であった。

〔設問1〕

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

〔設問2〕

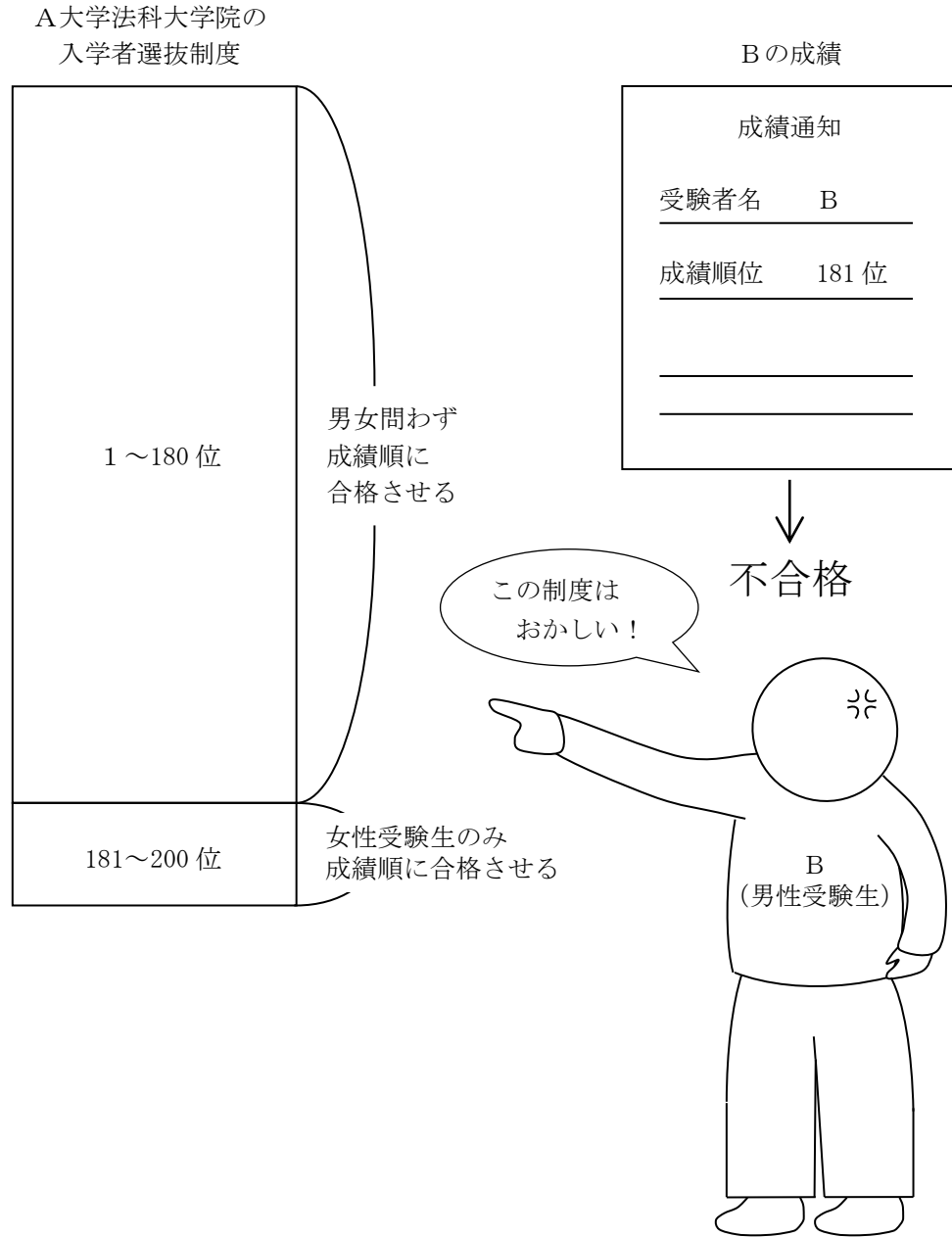
原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】法曹人口に占める女性の比率（2004年までの過去20年のデータ）

		女性割合 (裁判官) (%)	女性割合 (検事) (%)	女性割合 (弁護士) (%)
昭和60年	1985年	3.3	2.1	4.7
昭和61年	1986年	3.5	2.0	4.8
昭和62年	1987年	3.9	2.1	5.0
昭和63年	1988年	4.1	2.5	5.2
平成元年	1989年	4.5	2.9	5.3
平成2年	1990年	5.0	3.5	5.6
平成3年	1991年	5.5	3.8	5.8
平成4年	1992年	6.0	4.1	6.1
平成5年	1993年	6.7	4.6	6.3
平成6年	1994年	7.2	5.0	6.5
平成7年	1995年	8.2	5.7	6.6
平成8年	1996年	8.9	6.4	7.3
平成9年	1997年	9.7	7.1	7.8
平成10年	1998年	10.2	8.0	8.3
平成11年	1999年	10.4	8.4	8.9
平成12年	2000年	10.9	9.2	8.9
平成13年	2001年	11.3	10.6	10.1
平成14年	2002年	12.2	11.6	10.9
平成15年	2003年	12.6	12.6	11.7
平成16年	2004年	13.2	12.8	12.1

(平成23年予備試験論文式試験憲法)

◆ 事 案 ◆



□□「法の下に平等」の意味

(スタンダードテキストP.116～129 参照)

1 本ケースで論じる実益

A 大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度（以下、「本件選抜制度」という。）を採用したため、男性であるBは成績順位181位にもかかわらず不合格となった。本件選抜制度は、181位以降の男性を不合格とし、女性を合格とする区別であるところ、かかる区別は「法の下に平等」（憲法（以下、法令名を省略する。）14条1項後段）に反して違憲とならないか。まず、「法の下に平等」の意味が問題となる。

2 「平等」の意味**(1) 絶対的平等と相対的平等****ア 問題の所在**

「法の下に平等」にいう「平等」が絶対的平等と相対的平等のいずれを意味しているか問題となる。

イ 学説**A 絶対的平等説**

各人に付着した事実又は属性の差異を考慮せず、人であるという一点に着目して、あらゆる取扱いに関して絶対的に平等に扱い、いかなる程度の差別も一切認めない。

(理由)

各人は生まれながらにして事実上均等であり、均一の法的地位を保障することが法の下での平等の要求するところである。

B 相対的平等説（通説）

各人の事実上の差異に対応して異なった法的取扱いを許容する。即ち合理的区別を容認する。

(理由)

人間には具体的に多くの事実上の差異があり、法がそれを一切無視して絶対的に平等な取扱いをすると、かえって不均衡が生じることになる。

* 「平等」を相対的平等と捉えると、法上取扱いに差異が設けられる事項と事実的・実質的な差異との関係が、社会通念からみて合理的であるかぎり、その取扱い上の違いは平等違反ではないとされるため、いかなる取扱いの差異が合理的か、その判定基準が問題となる（論点②参照）。

ウ 判例

判例は、一貫して相対的平等説（B説）の立場に立っている。

例えば、最大判昭25. 10. 11は、改正前刑法205条2項の尊属傷害致死罪の規定（平成7年に削除）の合憲性が争われた事件で、「法が、国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年令、自然的素質、職業、人と人との間の特別の関係等の各事情を考慮して、道徳、正義、合目的性等の要請より適当な具体的規

定をすることを妨げるものではない。」と判示している。また、最大判昭48.4.4（尊属殺事件、百選I25事件）も、14条1項の平等の要請は「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨」であると判示している。

(2) 形式的平等と実質的平等

ア 問題の所在

形式的平等と実質的平等はいずれも多義的概念であるが、一般的な用法では、形式的平等とは機会の平等を意味し、実質的平等とは結果の平等を意味する。本件区別は、男女とも試験を受けることができる点で機会の平等が図られるだけでなく、女性を合格しやすくする点で実質的平等をも図るものである。そこで、14条1項の「平等」が形式的平等のみを保障したのか、実質的平等も含むのか問題となる。

イ 学説

A説

14条1項はあくまで形式的平等保障を原則とするものであり、実質的平等は合理的な別異取扱いの許容範囲内で実現されるにすぎない。

(理由)

- ① 実質的平等の実現は生存権その他社会権が担うところである。
- ② 実質的平等といっても徹底した「結果の平等」を意味せず、むしろ、それは、形骸化した「機会の平等」を実質的に確保するという意味にとどまるべきである。

B説

14条1項は形式的平等の実現に主要な意味を有するが、実質的平等を実現する任務も有している。

(理由)

形式的平等観の下で生み出された結果の不平等は無視し得ない政治的社会的問題となっており、事実上劣位の者を有利に扱う等して結果を平等にすることへの要請は高まっている。

(批判)

形式的平等と実質的平等は対立概念であり、同次元で両者の要求を同時に満たすことはできないから、実質的平等が14条の規定から直接導かれるものと解すると、形式的平等の要求が不明確な内容の要求によって相対化され、かえって無内容なものに陥るおそれがある。

3 「法の下に」平等の立法者拘束性

(1) 問題の所在

14条1項の定める「法の下に」平等は、立法者を拘束しない法適用の平等を意味するのか、立法者をも拘束する法内容の平等をも意味するのか、については争いがある。

(2) 学説**A 立法者非拘束説（法適用の平等）**

「法の下に」平等は立法者を拘束せず、法の適用においてのみ妥当する。
 (理由)

「法の下に」という言葉は法に対する平等であって、法による平等ではない。
 (批判)

- ① 法内容が不平等であれば、それをいくら平等に適用しても平等は実現できない。
 - ② 立法上の差別禁止事由を14条1項後段列举事由に限定すべきことを根拠付ける積極的な理由がない。
- * なお、この説は14条1項後段列举事由による差別は、法の適用のみならず立法者をも拘束すると解している（後述14条1項後段列举事由の意味参照）。

B 立法者拘束説（法内容の平等）

「法の下に」平等は法の適用のみならず、法の内容の平等をも要求しており、立法者を拘束する。

(理由)

- ① 上記A説の批判①。
- ② 他の基本的人権と異なり平等権のみ立法者を拘束しないものと考えらるべき理由は存在しない。

(3) 判例

判例は、この点につき明示するものはないが、立法内容の平等原則違反を争う訴訟当事者の主張を一貫して取り上げてきたし、現実に法令違憲の判決も下している（「刑法200条は…憲法14条1項に違反して無効である」とする最大判昭48.4.4等）から、立法者拘束説が定着しているとみてよい。

4 14条1項後段列举事由の意味**(1) 問題の所在**

14条1項後段は「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定している。ここに挙げられた差別事由は、いずれも歴史的に存在した不合理な差別事由であるということが出来るが、この列举の意味の解釈について学説は分かれている。本件区別は、男女という「性別」（14条1項後段）に着目したものである。かかる列举事由に基づく区別は、審査基準にいかなる影響を与えるのか。この列举事由の意味の解釈が問題となる。

(2) 学説**A 立法者非拘束説の立場から（制限列举説）**

前段と後段は立法者拘束性の点で異なった意味を持ち、後段の規定は、立法者に対する命令としての意義を持つ。

B 立法者拘束説の立場から**B 1 例示説**

後段列举事由は、前段の平等原則の内容を例示的に掲げたにすぎない。

この説によると例示に該当しない場合でも14条1項前段の平等原則違反になる。

B2 特別意味説

後段列挙事由は前段の例示ではあるが、強度の保障を受けるという特別な法的意味を有する。

後段列挙事由による差別は、個人尊厳の原理に著しく反する点で、原則として不合理なものであるから、平等原則との適合性は厳格な基準で審査されねばならず、合憲であると主張する側（公権力）はその理由を論証する責任を負う。

- * 他に特別意味説には、後段列挙事由による差別は民主主義の理念からみて、「原則的に不合理なもの」であり、原則として法の下での平等に反するとする説と、代表民主制の存立そのものに関わるので、表現の自由に準じて主張立証責任の転換が行われるとする説がある。上記の特別意味説はこの両者を総合した説である。

(3) 判例

最大判昭39.5.27は、14条1項は「国民に対し、法の下での平等を保障したものであり、右各法条に列挙された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではない」と判示し、B1説と同様に、単なる差別事由の例示であるとする。

判例によると後段列挙事由には格別の存在意義が認められないということになる。

5 本問における具体的検討

「法の下」とは法の内容自体が平等でなければならないことを要求する。なぜなら、法の内容に不平等な取扱いが定められていれば、いかにそれを平等に適用しても、結果は不平等になる。そして、「平等」とは、等しいものは等しく、等しくないものはその相違に応じて違って扱うことを要請する(相対的平等)。したがって、その差別に合理的根拠があるか否かが問題となる。また、憲法は形式的平等(各人の事情の相違に形式的に対応するもの)の立場を基本としているものの、実質的平等の見地を一定程度加味することを許容している。

- ※ 列挙事由該当性については後述の審査基準定立段階で言及する。

□□性差別の違憲審査基準

(スタンダードテキスト P.120～122 参照)

1 本ケースで論じる実益

本件区別は、「性別」(14条1項後段)に基づく区別であるが、いかなる審査基準により違憲性を審査すべきか。本件区別がアファーマティブ・アクションを理由とすることとも併せて問題となる。

2 「性別」(14条1項後段)に基づく区別と審査基準についての学説**□ 学説****A説**

性別による差別には、「厳格な合理性」の基準(立法目的が重要であり、その目的と規制手段との間に事実上の実質的関連性がある場合に、合理的区別として許容される。)を適用する。

(理由)

- ① 後段に列挙された事由は民主主義の理念に照らし、原則として不合理なものである。
- ② 審査基準の細分化は違憲審査を機械的なあてはめ作業にするおそれがあるので、14条1項後段列挙事由はすべて原則として「厳格な合理性」の基準によるべきであり、人種や門地による差別等の場合はケース・バイ・ケースで厳格度を強めるべきである。

(批判)

14条1項後段列挙事由について二分すべき根拠は必ずしも明らかでない。

B説

14条1項後段に関わる差別には、「厳格審査」基準(差別の目的が必要不可欠なものであり、手段が目的達成に必要最小限度である場合のみ、合理的区別として許容される。)を適用する。

(理由)

14条1項後段列挙事由を「疑わしい範疇」と解する立場からは、法律がこれらの範疇に関わる場合には、厳格に審査される必要がある。ここにいう「疑わしい範疇」とは、憲法が、平等思想の根源と過去の経験(過去の悲惨な差別、本人の努力によってはどうにもならない社会的な汚名、等々)に鑑み、とくに「差別」を警戒した一定の事項(後段列挙事由)を指す。

3 アファーマティブ・アクション(積極的差別解消措置)と審査基準についての学説

後述におけるアファーマティブ・アクションを認める見解によると、女性に対して立法等によって特別枠を設け、優先的な処遇を与える措置については、性差別一般の場合よりも違憲審査基準を緩和することが可能となる。具体的には、厳格な合理性の基準もしくは合理的関連性の基準を用いることとなろう。なぜなら、少数者に不利益を課す立法と異なり、少数者を優遇する立法は、多数派が民主的政治過程を通じて是正することは容易であろうから、もっとも厳格な審査を行うべき理由があるか疑わしいからである。

4 本問における具体的検討

まず、本件区別は、「性別」という14条1項後段の列挙事由に基づくものである。列挙事由は歴史的に差別の対象となってきたものを例に挙げて特に慎重な判断をすべきものとして特別な意味を有するものであるから、厳格に違憲性を審査すべきである。また、実質的にも「性別」とは己の努力では克服できない事由であるため、厳格な審査が必要となる。そして、差別により制約される利益も法科大学院入学試験の合否に関わり、受験生の将来の職や人生に大きく影響を及ぼすため、重大な不利益といえる。したがって、本件区別の合理的根拠についての審査は厳格にすべきであり、厳格審査基準により違憲性を判断する。

□□アファーマティヴ・アクション（積極的差別解消措置）の可否

（スタンダードテキスト P.129～130 参照）

1 本ケースで論じる実益

本件区別は、歴史的に法科大学院の学生として少数者にあたる女性を優遇する、いわゆるアファーマティヴ・アクションを理由とするものである。では、かかるアファーマティヴ・アクションは合憲か。

2 アファーマティヴ・アクションの肯否

A アファーマティヴ・アクションを認めない見解

（理由）

- ① アメリカの特殊な社会的背景の下に特殊な形で制度化された差別是正政策を、単に立法の内容が斬新であるというだけで社会構造や雇用慣行も全く異なるわが国にそのまま無批判に継受することは相当でない。
- ② マイノリティを優遇する反面としてマジョリティを不利に扱う結果を招くのであり、平等原則の観点からはむしろ不合理な「逆差別」として許されない。
- ③ アファーマティヴ・アクションによって優遇措置を受ける者自身が劣等者として扱われ、害を受けてしまうおそれがある（いわゆる「スティグマ」の危険がある。）。

* アファーマティヴ・アクションを認めない場合の審査基準は、一般の差別の場合と同じ審査基準を用いることになる。

B アファーマティヴ・アクションを認める見解

（理由）

- ① アファーマティヴ・アクションは差別の蓄積した社会そのものを矯正し、実質的平等を求めるものであるから、日本社会の内部に差別の害が蓄積している以上、採用可能な施策である。
- ② 女子差別撤廃条約4条はアファーマティヴ・アクションを「暫定的な特別措置」として認めている。
- ③ 優先処遇のもたらす将来の効用を強調すべきであるし（社会的効用論）、また、既存の差別がない状態への原状回復を図るべきである（補償的正義論）。さらには、過去の差別のために平等な競争に参加できなかった人々に対して、不利な条件を中和させるべきである。

（批判）

アメリカにおいてもアファーマティヴ・アクションが実際に差別解消に役立っているのかどうかについて疑問視する見解が少なくない。

3 本問における具体的検討

(1) 合憲とする立論

一例として、以下のようなことが考えられる。

すなわち、女性の高校・大学進学率が高くなってきたにもかかわらず、法曹人口に占める女性の割合が2004年時点で13パーセント前後という極めて低い事実は、法曹として女性は向かないという根強い差別が社会の中に存在していることを示して

いる。したがって、「性別」による差別を禁止し、憲法14条を実現するため、それを打破する必要がある。

具体的には、法科大学院に入ることは、直ちに法曹資格の取得になるものではなく、法科大学院に入った後、それまでの基礎能力を前提に、学修と研鑽によって法曹に近づくことができる地位を取得するに過ぎない。そうだとするならば、入学試験の点数が悪いことは、例えば、181番から300番までの順位に入っている女性と、181番の男性とを比べたときに、その時点において将来法曹としてどちらがふさわしい能力を有しているかを判定できる合理的根拠は存在しない。その意味では、将来の法曹資格取得の条件として、法科大学院入学の時点で優先枠を設けることに不合理性はない。また、女性の優先枠についてはそれを事前に告知し、181番以下については女性を優先するということを明示している以上、機会の保障という意味でも、男性受験生にとって、不合理性があるとは言えない。

以上より、本件選抜制度は合理的な理由あるものとして、合憲である。

(2) 違憲とする立論

一例として、以下のようなことが考えられる。

すなわち、確かに、女性に優先枠を設けること自体は、女性の法曹の拡充という意味では、合理性がないとは言えない。

しかし、人権を保障し実現するという職責を有する法曹の仕事に男女どちらを多く就けるべきかということ、一概に決められるわけではなく、女性の方が多く法曹になるべきであるという合理的理由は、そもそも存在しない。性別ではなく、紛争の解決をするという能力を有している蓋然性が高い者に学修の機会を付与するのが、人権保障の実現という要請からは不可欠である。その点において、成績が上位の男性を不合格にし、下位の女性を合格させることは、人権保障という憲法の基本的目標から考えるならば、背理と言わざるを得ない。

また、大学の入学者について、すでに女性が40パーセントを占めていることからわかるように、真に人権保障実現のための法曹の資格に就くために研鑽したいという女性自身の意識改革が行われるならば、女性自身が法科大学院に入り、法曹に加わる機会は、十分に保障されている。それを超えて、あえて優先枠を設けることによって結果として一定以上の能力と法曹になりたいという個人的動機を持っている男性受験生を不合格とすることは、逆差別となり、法曹の重要な職責たる人権保障の観点からしても妥当性を欠くと言わざるを得ない。さらに、参考資料によれば、昭和60年から平成16年にかけて、法曹人口に占める女性の比率は、ほぼ一貫して上昇を続けている。これは、女性が法曹たるにふさわしい資格と能力を有していることを、社会が認めているためであると言える。そうすると、法科大学院入試段階において、あえて女性を優先してまで男女の格差の解消を図る必要は存しない。

以上より、本件選抜制度は合理的な理由のない差別であり、憲法14条1項に反し、違憲である。

□□ 平成23年予備試験論文式試験憲法出題趣旨

本年の問題は、いわゆる積極的差別是正措置を含む法科大学院の入学者選抜制度の合憲性（憲法第14条違反か否か）を問う問題である。憲法第14条の「平等」は、いわゆる結果の平等ではなく、形式的平等（機会の平等）を意味すると解されてきたところ、性中立的な「結果」（実質的な平等）を目指す積極的な差別是正措置がどのような場合に許容されるのか、そのような差別是正措置がもたらす「逆差別」の問題をどう考えるのか、というのが本問の核心であり、これを、問題文や資料に示されている具体的事情を踏まえて検討することが求められている。なお、本問で求めているのは、観念的・抽象的な「暗記」からパターンで答えを導くような「学力」ではなく、正確に判例・学説を理解した上で判断枠組みを構築し、事案の内容に即した個別的・具体的検討を踏まえて一定の理にかなった答えを導き出す「学力」である。

〔予備試験合格者再現答案 憲法A評価〕

◇ MEMO ◇

- 1 第1 設問1
 2 1 訴訟選択について
 3 (1) BがA大学で勉強できるようにするためには、不
 4 合格決定の取消訴訟（行政事件訴訟法（以下行訴法）3
 5 条2項）を提起すべきである。なぜなら、A大学の入
 6 学者選抜制度が憲法違反を理由に取り消されれば、A
 7 大学は成績順に入学者を決定しなければならない
 8 ため、200名の定員に対し181位であるBは合格
 9 者となるからである。以下で訴訟要件を検討する。
 10 (2)ア まず、不合格決定は「処分」（行訴法3条2項）
 11 にあたるか。
 12 「処分」とは、国や地方公共団体等の公権力が行
 13 う行為のうち、その行為によって、直接、国民の権
 14 利義務の存否及び範囲を画定することが法律上認め
 15 られているものをいう。
 16 本件では、不合格決定により、BはA大学で勉強
 17 することができなくなるため、A大学の行為により、
 18 直接Bの権利の存否が画定されるといえ、「処分」
 19 にあたる。
 20 イ 次に、Bは処分の名宛人であるから、原告適格が
 21 認められる（行訴法9条1項）。
 22 ウ また、被告はA大学の所属する国である（行訴法
 23 11条1項1号）。
 24 エ さらに、裁決を経た後でなければ処分の取消しの
 25 訴えを提起できない旨の定めもない（行訴法8条1
 26 項但書）。
 27 (3) よって、訴訟要件を充たし、取消訴訟は適法である。
 28 2 憲法上の主張について
 29 (1) 憲法上の主張として、A大学の入学者選抜制度は、
 30 女性を優遇するものであるから「性別」による差別で
 31 あり、Bの平等権（憲法14条1項）を侵害すると主
 32 張することが考えられる。以下で検討する。
 33 (2) まず、同項の「法の下」とは、法適用の平等のみな
 34 らず、法内容の平等も含む。なぜなら、内容が平等で
 35 ない法をいくら平等に適用しても、平等を実現するこ
 36 とはできないからである。
 37 また、「平等」とは、絶対的平等ではなく、合理的
 38 差別を許す相対的平等を意味する。なぜなら、各人の
 39 差異を無視して同じように扱うと、かえって不平等と
 40 なるからである。
 41 (3) では、本件の選抜制度は合理的差別の範囲内か、違
 42 憲審査基準が問題となる。
 43 ア 本件の制度は14条1項後段列挙事由の「性別」
 44 による差別といえるが、同項後段は歴史的に不当な
 45 差別がくりかえされてきたものを特に列挙しており、
 46 列挙に特別の意味が認められるから、基準は厳格に
 47 解すべきである。
 48 また、大学院で学ぶ権利は学問の自由（23条）

49 に含まれるが、学問の自由は精神的自由権の一つで
50 あり、人格の形成発展に資するという自己実現の価
51 値と、民主主義の維持発展に資するという自己統治
52 の価値を持つ。

53 さらに、法科大学院は、通常の大学院と異なり、
54 選択肢が少ないという特殊性を持つ。

55 そこで、合理的差別かどうかは、①目的が必要不
56 可欠であるかどうか、②手段が必要最小限であるか
57 どうかにより判断すべきである。

58 イ 本件では、①法科大学院を創設する以上、社会的
59 意義を追求すべきであり、法曹における女性の割合
60 を増やすことも必要不可欠であるから、目的は必要
61 不可欠であるといえる。もっとも、②女性の割合を
62 増やすためには、女性の教官を増やしたり、授業の
63 内容を女性向けにしたり、校舎を女性向けにする等
64 の手段があるため、男性の入学を制限しなくとも、
65 目的の実現は可能である。したがって、手段が必要
66 最小限とはいえない。

67 (4) よって、本件制度は14条1項に反し、違憲である。

68 第2 設問2

69 1 原告側は、本件制度は性別による差別であり、14条
70 1項に反すると主張するが、A大学側は、本件制度は実
71 質的平等を実現するためのものであり、同項に適うと主
72 張することが考えられる。

73 2 では、本件制度は合理的差別の範囲内か、違憲審査基
74 準が問題となる。

75 (1) たしかに、男性の入学が制限されるため、性別によ
76 る差別であるとも考えられる。

77 しかし、歴史的に差別されてきたのは女性であるか
78 ら、本件制度はそのような女性を優遇する点で実質的
79 平等を実現するものであるといえる。そこで、違憲審
80 査基準はある程度緩やかに解すべきである。

81 もっとも、基準を緩めすぎると、かえって逆差別と
82 なるため妥当でない。

83 そこで、厳格な合理性の基準、すなわち①目的が重
84 要かどうか、②目的と手段との間に実質的関連性がある
85 かどうかにより判断すべきである。

86 (2) 本件では、①法科大学院が社会的意義を追求するこ
87 とは重要であり、法曹における女性の割合を増やすこ
88 とも重要であるから、目的は重要である。また、②女
89 性を優遇する措置が採られるのは定員の1割にすぎず、
90 受験生の男女比は2対1であるから、優遇される女性
91 は数名にすぎない。また、法曹における女性の割合が
92 1割強と極度に少ないことからすれば、女性の割合を
93 増やすためにこのような措置を採る必要性もある。し
94 たがって、目的と手段との間に実質的関連性がある。

95 (3) よって、本件制度は14条1項に反しない。

96 以上

【答案例】（作成：辰巳法律研究所）

1 設問 1

2 1 提起すべき訴訟

3 A大学法科大学院（以下、単に「A」という。）が女性
4 を優遇する入学者選抜制度（以下、「本件選抜制度」とい
5 う。）を採用したため、男性であるBは成績順位181位
6 にもかかわらず不合格となった。そこで、Bとしては、A
7 法科大学院に入学するために、本件選抜制度が憲法14条
8 1項に反するため違憲であるとして、BがAに入学できる
9 地位の公法上の確認訴訟（行訴法4条後段）を提起すべき
10 である。

11 2 憲法上の主張

12 (1) 憲法14条1項は、形式的・機会的平等を保障するも
13 のであり、そもそも例外を認めない。したがって、差別
14 はそもそも認められない。

15 本問は、181番以降の男性受験生を女性受験生より
16 劣後的に扱うものであり、違憲である。

17 (2)ア また、実質的・結果的平等を認めるとしても、本件
18 の場合は、14条1項後段列挙事由である「性別」に
19 よる差別であることから、厳格に解釈すべきである。
20 なぜならば、歴史的経過の中で女性が差別されてきた
21 からこそ、女性の機会を確保するために形式的・機
22 会的平等が明記されたことからすると、女性であるこ
23 とを理由に積極的に保護しようとする、逆差別を発生
24 させることになり、ひいては女性の尊厳を害するこ
25 とになりかねないからである。

26 イ さらに、女性の尊厳の回復という意味での実質的平
27 等を合理的理由がある場合に認めるとしても、本件の
28 場合、合理的理由が認められない。

29 すなわち、女性について優遇的に合格させたとして
30 も、それは法曹を目指す能力について、優遇的に合格
31 した女性は180番までの合格者と同じ能力を持って
32 いないという前提に立っている。そうだとするなら、
33 優遇的に合格した女性に対して、法科大学院の中にお
34 いて、能力が劣る者が存在しているという逆な意味で
35 の差別・レッテル貼りが行われかねない。それは、個
36 人の尊厳（憲法13条前段）を中核とした女性の能力
37 の発達過程にかえてマイナスの評価が加えられること
38 を意味する。また、基本的人権の保障を実現すると
39 という職責を担う法曹の仕事にふさわしい能力を修得す
40 る可能性のある181番の男性を排斥することは、そ
41 の男性の能力に対する侵害と評価せざるを得ず、かえ
42 って憲法価値の実現に反する結果となり、合理的差別
43 であると言うことはできない。

44 ウ 以上より、本件選抜制度は、憲法14条1項に反し、
45 違憲である。

46 設問 2

47 1 A側の憲法上の主張

48 女性法曹が少ないという現状は、法曹という社会的紛争

49 などの解決を図る職責に女性は適していないという判断、
50 社会通念が背景にある。すなわち、法曹人口が少ないこと
51 自体、女性差別の結果である。その結果として、法科大学
52 院を受験する女性も、3対2という大学の学生比率から考
53 えれば、2対1という非合理的と言わざるを得ないほど少
54 数になっている。これは、社会的紛争の解決を図る法曹に
55 女性が適さないという差別の結果であって、女性自身の個
56 人的能力に起因するものではない。そうだとするならば、
57 女性について、法曹たるにふさわしい資格と能力を有して
58 いることを確認し、その女性たちに法曹に就く学修の場を
59 保障することは、真の意味での男女平等を実現する上で、
60 不可欠と言える。その意味で、181番から200番まで
61 について女性を優先することは、女性の地位向上という不
62 可欠の要請と一致するものである。

63 本件優遇措置は、憲法14条が「性別」による差別を厳
64 格に禁止したことと矛盾するものではなく、むしろ憲法1
65 4条の「平等」を真に実現するものである。

66 以上から、本件選抜制度は合理的な理由に基づく差別
67 (区別)として、合憲である。

68 2 私見

69 確かに、女性に優先枠を設けること自体は、女性の法曹
70 の拡充という意味では、合理性がないとは言えない。

71 しかし、人権を保障し実現するという職責を有する法曹
72 の仕事に男女どちらを多く就けるべきかということは、一
73 概に決められるわけではない。女性の方が多く法曹になる
74 べきであるという合理的理由は、そもそも存在しない。性
75 別ではなく、紛争の解決をするという能力を有している蓋
76 然性が高い者に学修の機会を付与するのが、人権保障の実
77 現という要請からは不可欠である。その点において、成績
78 が上位の男性を不合格にし、下位の女性を合格させること
79 は、人権保障という憲法の基本的目標から考えるならば、
80 背理と言わざるを得ない。

81 また、大学の入学者について、すでに女性が40パーセ
82 ントを占めていることからわかるように、真に人権保障実
83 現のための法曹の資格に就くために研鑽したいという女性
84 自身の意識改革が行われるならば、女性自身が法科大学
85 院に入り、法曹に加わる機会は、十分に保障されている。そ
86 れを超えて、あえて優先枠を設けることによって結果とし
87 て一定以上の能力と法曹になりたいという個人的動機を持
88 っている男性受験生を不合格とすることは、逆差別となり、
89 法曹の重要な職責たる人権保障の観点からしても妥当性を
90 欠くと言わざるを得ない。さらに、参考資料によれば、昭
91 和60年から平成16年にかけて、法曹人口に占める女性
92 の比率は、ほぼ一貫して上昇を続けている。これは、女性
93 が法曹たるにふさわしい資格と能力を有していることを、
94 社会が認めているためであると言える。そうすると、法科
95 大学院入試段階において、あえて女性を優先してまで男女
96 の格差の解消を図る必要は存しない。

97 以上より、本件選抜制度は合理的な理由のない差別であ
98 り、憲法14条1項に反し、違憲である。

99 以上

採点基準表

○基本配点分（合計 40 点）

第 1 設問 1

- 1 提起すべき訴訟の提示…………… 2 点
- 2 憲法上の主張
 - (1) 憲法 14 条 1 項の平等の意義…………… 2 点
 - (2) 差別を認めるための合理的理由の検討…………… 10 点
 - (3) 結論…………… 1 点

第 2 設問 2

- 1 原告側の憲法上の主張と被告側の憲法上の主張の対立点について
 - (1) A 大学法科大学院側の憲法上の主張…………… 6 点
 - (2) 対立点の明示…………… 1 点
- 2 私見について
 - (1) 規範定立…………… 1 点
 - (2) 女性を優遇する目的の合理性の検討…………… 6 点
 - (3) 女性を優遇する措置の相当性の検討…………… 10 点
 - (4) 結論…………… 1 点

○加点評価点…………… 5 点

問題文における事実をうまく使用してあてはめを丁寧に行っている答案など、採点をするにあたり特に評価すべき点が認められ、印象のよい答案であれば、5 点を上限として加点します。

○基礎力評価点…………… 5 点

事例解析能力・論理的思考力・法解釈適用能力・全体的な論理的構成力・文章表現力につき、5 点を上限として考慮します。

○合計得点…………… 50 点

基礎集中講義 1st (憲法)

短答問題・解説

〔第1問〕(配点: 3)

いわゆる砂川政教分離(空知太神社)訴訟判決(最高裁判所平成22年1月20日大法廷判決、民集64巻1号1頁)に関する次のアからウまでの各記述について、当該判決の趣旨に照らして、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. 国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されるといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様には様々なものがあり得るのであって、これらの事情のいかんが政教分離原則との関係を考えるに当たって重要な考慮要素とされるべきである。〔No. 1〕

イ. 無償提供された国公有地上に存在する宗教的施設の宗教性を判断するに当たっては、当該宗教的施設に対する一般人の評価を抽象的に観念するのではなく、当該施設が存在する地元住民の一般的评价を検討することが重要である。〔No. 2〕

ウ. 宗教的施設に対する国公有地の無償提供が憲法第89条に違反し違憲と判断される場合には、このような違憲状態を解消するための手段として、使用貸借契約の解除までは必要ないが、当該土地上に存在する宗教的施設の撤去が必要である。〔No. 3〕

〔第1問解説〕 政教分離（空知太神社）訴訟 正解〔No.1〕1、〔No.2〕2、〔No.3〕2
（司法試験H24-公2）

ア正しい。最大判平22. 1. 20（政教分離（空知太神社）訴訟判決、百選I47事件）。本記述では、国公有地が無償で宗教的施設の敷地として利用されることが政教分離原則に抵触するかどうかを検討するに当たっての考慮要素が問題となる。

判例は、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得る」とした上で、「これらの事情のいかんは、当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべき」であるとしている。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。最大判平22. 1. 20。本記述では、無償提供された国公有地上に存在する宗教的施設の宗教性を判断するに当たり、当該施設が存在する地元住民の一般的評価を検討することが重要であるかが問題となる。

判例は、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、…憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」としており、当該施設が存在する地元住民の一般的評価を検討することが重要であるとはしていない。したがって、本記述は誤っている。

ウ誤り。最大判平22. 1. 20。本記述では、宗教的施設に対する国公有地の無償提供が違憲と判断される場合の違憲状態を解消する手段として、当該土地上に存在する宗教的施設の撤去が必要であるとされているか否かが問題となる。判例は、宗教的施設に対する国公有地の無償提供が違憲と判断される場合において、そのような「違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡し以外にも適切な手段があり得る」とし、市側には、「本件各土地、本件建物及び本件神社物件の現況、違憲性を解消するための措置が利用者を与える影響、関係者の意向、実行の難易等、諸般の事情を考慮に入れて、相当と認められる方法を選択する裁量権がある」として、違憲状態を解消する方法につき市側の裁量を認めている。その上で、神社施設の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことが違法とされるのは、「上記のような他の手段の存在を考慮しても、なお上告人〔注：市〕において上記撤去及び土地明渡請求をしないことが上告人の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価される場合に限られる」としており、当該土地上に存在する宗教的施設の撤去が必要であるとはしていない。

したがって、本記述は、当該土地上に存在する宗教的施設の撤去が必要であるとしている点で、誤っている。

以上全体につき、芦部（憲法）P.169～170。有斐閣憲法I P.328～9。

〔第2問〕（配点：2）

取材の自由に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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. 4〕）

ア．報道のための取材の自由も憲法第21条の精神に照らし十分尊重に値するが、取材の自由といっても、何らの制約を受けないものではなく、公正な裁判の実現という憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることがあることは否定できない。

イ．報道機関が専ら報道目的で撮影したビデオテープを、裁判所の提出命令によって提出させる場合よりも裁判官が発付した令状に基づき検察事務官が差し押さえる場合の方が、取材の自由に対する制約の許否に関して、より慎重な審査を必要とする。

ウ．編集の上、既に放映されたビデオテープのマザーテープの差押えにより報道機関が受ける不利益は、このビデオテープの放映が不可能となり報道の機会が奪われるという不利益ではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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2問解説〕取材の自由

正解〔No.4〕3

(司法試験H24-公4)

ア正しい。最大決昭44.11.26(博多駅事件、百選I73事件)は、現場の様子を撮影したフィルムを所持している放送局に対して、裁判所が刑事訴訟法に基づいてフィルムの提出命令を発したことが、憲法21条1項に反するかが争われた事案において、「事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいままでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、**報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない**」としている。

そして、判例は、「取材の自由といっても、もとより何らの制約を受けないものではなく、たとえば**公正な裁判の実現**というような憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することができない」としている。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。最決平元.1.30。本記述では、報道機関が撮影したテープを、捜査機関がどのような場合に差し押さえることができるのかが問題となる。

判例は、贈賄被疑事件の捜査過程において、検察官が裁判官の差押許可状を得た上で、検察事務官において日本テレビで保管されていた取材ビデオテープを差し押さえたという事案において、博多駅事件は、「付審判請求事件を審理する裁判所の提出命令に関する事案であるのに対し、本件は、検察官の請求によって発付された裁判官の差押許可状に基づき検察事務官が行った差押処分に関する事案であるが、国家の基本的要請である公正な刑事裁判を実現するためには、適正迅速な捜査が不可欠の前提であり、**報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者の間に本質的な差異がない**」としている。

したがって、本記述は、検察事務官が差し押さえる場合の方が、取材の自由に対する制約の許否に関して、より慎重な審査を必要するとしている点で、誤っている。

ウ正しい。最決平元.1.30。本記述では、既に放送されたビデオテープのマザーテープの差押えによって生じる不利益の程度が問題となる。

判例は、「本件ビデオテープがすべて原本のいわゆるマザーテープであるとしても、申立人は、差押当時においては放映のための編集を了し、差押当日までにこれを放映しているのであつて、本件差押処分により申立人の受ける不利益は、**本件ビデオテープの放映が不可能となり報道の機会が奪われるという不利益ではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる**」としている。したがって、本記述は正しい。

以上により、正しい組合せは「ア○ イ× ウ○」であり、したがって、正解は肢3となる。

以上全体につき、芦部(憲法)P.186~191。有斐閣憲法I P.392。

〔第3問〕（配点：3）

表現の自由に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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．公務員としての行動に関する批判的論評が公務員の社会的評価を低下させる場合でも、その論評が専ら公益目的でなされ、かつ前提たる事実が主要な点において真実であることの証明があれば、論評としての域を逸脱していない限り、名誉毀損の不法行為は成立しない。【No.5】
- イ．新聞記事において批判を加えられた者が、名誉毀損の不法行為の成否にかかわらず、無料で反論文の掲載を当該新聞に求める権利については、公的事項に関する批判的記事の掲載をちゅうちょさせるおそれがあるので、具体的な法律がない場合には、これを認めることはできない。【No.6】
- ウ．憲法の禁ずる検閲とは、公権力が主体となって、表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上で不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものをいう。【No.7】

〔第3問解説〕表現の自由

正解〔No.5〕1、〔No.6〕1、〔No.7〕2

(司法試験H25-公6)

ア正しい。最判平元. 12. 21 (百選I 66事件)。本記述では、公務員の行動に関する批判的論評が名誉毀損の不法行為となる場合の要件が問題となる。

判例は、公立小学校の教員に対する批判的な論評を記載したビラの配布が、名誉毀損の不法行為となるかが争われたという事案において、「その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠くものというべきである」としている。その理由として、判例は、「公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきもの」であるということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

イ正しい。最判昭62. 4. 24 (百選I 76事件)。本記述では、新聞記事において批判を加えられた者が、当該新聞に対して無料で反論文の掲載を請求することができるかが問題となる。

判例は、新聞広告で批判を加えられた者が、新聞社に対し無料で反論文の掲載を請求したという事案において、「不法行為が成立する場合にその者の保護を図ることは別論として、反論権の制度について具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい上告人主張のような反論文掲載請求権をたやすく認めることはできないものといわなければならない」としている。

その理由として、判例は、「この制度が認められるときは、新聞を発行・販売する者にとっては、原記事が正しく、反論文は誤りであると確信している場合でも、あるいは反論文の内容がその編集方針によれば掲載すべきでないものであつても、その掲載を強制されることになり、また、そのために本来ならば他に利用できたはずの紙面を割かなければならなくなる等の負担を強いられるのであつて、これらの負担が、批判的記事、ことに公的事項に関する批判的記事の掲載をちゅうちよさせ、憲法の保障する表現の自由を間接的に侵す危険につながるおそれも多分に存する」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。最大判昭59. 12. 12 (百選I 69事件)。本記述では、憲法21条2項前段の禁ずる検閲の意義が問題となる。

判例は、輸入物件が関税定率法所定の輸入禁制品に該当する旨の通知、及び、当該通知についてなされた異議申出に対する却下決定処分が、憲法21条2項前段にいう検閲に当たるか否かが争われたという事案において、「憲法21条2項にいう『検閲』とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不適当

と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきである」としている。

その理由として、判例は、諸外国や旧憲法下の我が国において、検閲制度により思想の自由な発表や交流が妨げられてきたという歴史・沿革からして、「憲法21条2項前段の規定は、これらの経験に基づいて、検閲の絶対的禁止を宣言した趣旨と解される」としたうえで、「前記のような沿革に基づき、右の解釈を前提として考究すると」、検閲の意義を上記のように解することができるということを挙げている。

したがって、本記述は、行政権が主体となつてとすべきところ、公権力が主体となつてとしている点で、誤っている。

以上全体につき、芦部（憲法）P. 183～5、207～211。有斐閣憲法 I P. 355～361。

【MEMO】

〔第4問〕（配点：2）

教育を受ける権利に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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. 8]）

ア．憲法第26条の規定の背後には、特に、自ら学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するために、教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するという観念が存在する。

イ．教育の具体的方法や内容に関して教師に認められるべき裁量には、おのずから制約がある。自分の考えと異なるとして教科書を使用しないで授業を行ったり、全員に一律の成績評価を行ったりすることは、教師の裁量の範囲内とはいえない。

ウ．憲法は、義務教育の無償を規定している。そこで無償とすることが求められているのは、授業料と教科書代のみであり、文房具代や給食費等就学に必要な一切の費用まで意味するものではない。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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4問解説〕教育を受ける権利

正解〔No.8〕2

(司法試験H25-公10)

ア正しい。最大判昭51.5.21(旭川学テ事件、百選Ⅱ136事件)。本記述では、憲法26条の背後にある権利がどのようなものかが問題となる。

判例は、全国中学校一斉学力調査に対し実力阻止行動を行った労組役員が起訴された事案において、憲法26条は、「福祉国家の理念に基づき、国が積極的に教育に関する諸施設を設けて国民の利用に供する責務を負うことを明らかにするとともに、子どもに対する基礎的教育である普通教育の絶対的必要性にかんがみ、親に対し、その子女に普通教育を受けさせる義務を課し、かつ、その費用を国において負担すべきことを宣言したものである」とした上で、この規定の「背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在している」としている。

したがって、本記述は正しい。

イ正しい。最判平2.1.18(伝習館事件、百選Ⅱ137事件)。本記述では、教師の裁量の範囲をどのように解するかが問題となる。

判例は、高校教師について教科書を使わない、成績評価が一律であるなどを理由になされた懲戒免職処分に対する取消請求がなされた事案において、「前記各行為は、高等学校における教育活動の中で枢要な部分を占める**日常の教科の授業、考査ないし生徒の成績評価**に関して行われたものであるところ、教育の具体的内容及び方法につき**高等学校の教師に認められるべき裁量を前提としてもなお、明らかにその範囲を逸脱して、日常の教育のあり方を律する学校教育法の規定や学習指導要領の定め等に明白に違反するものである**」としている。

その理由として、判例は、「高等学校の教育は、高等普通教育及び専門教育を施すことを目的とするものではあるが、中学校の教育の基礎の上に立って、所定の修業年限の間にその目的を達成しなければならず…、高等学校においても、教師が依然生徒に対し相当な影響力、支配力を有しており、生徒の側には、いまだ教師の教育内容を批判する十分な能力は備わっておらず、教師を選択する余地も大きくない」ことから、「国が、教育の一定水準を維持しつつ、高等学校教育の目的達成に資するために、高等学校教育の内容及び方法について遵守すべき基準を定立する必要がある、特に法規によってそのような基準が定立されている事柄については、教育の具体的内容及び方法につき**高等学校の教師に認められるべき裁量にもおのずから制約が存する**」ということを挙げている。

したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。最大判昭39.2.26(教科書費国庫負担請求事件、百選ⅡA11事件)。本記述では、憲法26条で保障される義務教育の無償の範囲が問題となる。

判例は、教科書費の徴収行為の取消しが争われた事案において、「憲法26

条2項後段の『義務教育は、これを無償とする。』という意義は、国が義務教育を提供するにつき有償としないこと、換言すれば、子女の保護者に対しその子女に普通教育を受けさせるにつき、その対価を徴収しないことを定めたものであり、教育提供に対する対価とは授業料を意味するものと認められるから、同条項の無償とは授業料不徴収の意味と解するのが相当である」として、「授業料のほかに、教科書、学用品その他教育に必要な一切の費用まで無償としなければならないことを定めたものと解することはできない」としている。

その理由として、判例は、「憲法が…保護者に子女を就学せしむべき義務を課しているのは、単に普通教育が民主国家の存立、繁栄のため必要であるという国家的要請だけによるものではなくして、それがまた子女の人格の完成に必要な欠くべからざるものであるということから、親の本来有している子女を教育すべき責務を完うせしめんとする趣旨に出たものでもあるから、義務教育に要する一切の費用は、当然に国がこれを負担しなければならないものとはいえない」ということを挙げている。

したがって、本記述は、義務教育の無償には授業料に加え教科書代が含まれるとしている点で、誤っている。

以上により、正しい組合せは「ア○ イ○ ウ×」であり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、芦部（憲法）P. 283～6。有斐閣憲法 I P. 516～522。

【MEMO】

〔第5問〕（配点：3）

衆議院の優越に関する次のアからウまでの各記述について、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．衆議院と参議院を比較すると、衆議院の方が議員の任期が短く、また解散により必要な場合には民意を問える地位にある点で、相対的に見て、その時々を民意をより反映しているといえることが衆議院優越の根拠であると解される。〔No.9〕
- イ．衆議院が可決した法律案を参議院が可決しなかった場合には、衆議院が出席議員の3分の2以上の多数で再び可決して法律として成立させることができるが、衆議院の再議決の前には両院協議会を開くことが憲法上求められている。〔No.10〕
- ウ．憲法は条約について、内閣が締結権を有するとしながらも、国会による承認を経ることを求めている。その際には、案件を先に衆議院に提出しなければならず、また議決についても、法律案の場合よりも衆議院の強い優越性が認められている。〔No.11〕

〔第5問解説〕衆議院の優越

正解〔No.9〕1、〔No.10〕2、〔No.11〕2

(司法試験H24-公15)

ア正しい。憲法上、法律の議決（憲法59条）、予算の議決（憲法60条）、条約の承認（憲法61条）、内閣総理大臣の指名（憲法67条）について衆議院の優越が認められている。

このような衆議院の優越が認められる理由としては、①両院が対等関係にある場合に比べて、国会の意思形成を容易にすること、②解散制度があり、議員の任期も短い衆議院（憲法45条、46条）に重きを置くほうが、より民主政治を徹底することに資することが挙げられている。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。憲法59条2項は、「衆議院で可決し、参議院でこれと異なった議決をした法律案は、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決したときは、法律となる。」としている。

この場合における両院協議会の開催について、憲法は、「法律の定めるところにより、衆議院が、両議院の協議会を開くことを求めることを妨げない。」としており（憲法59条3項）、予算（憲法60条2項）や条約（憲法61条・60条2項）、内閣総理大臣の指名（憲法67条2項）とは異なって、その開催は任意的である。

したがって、本記述は、両院協議会を開くことが憲法上求められているとしている点で、誤っている。

ウ誤り。憲法61条は、「条約の締結に必要な国会の承認については、前条第2項の規定を準用する。」と規定し、衆議院の優越について規定する憲法60条2項を準用するも、予算先議権について規定する憲法60条1項は準用していない。よって、条約についての国会の承認に際して、案件を先に衆議院に提出する必要はない。

したがって、本記述は、案件を先に衆議院に提出しなければならないとしている点で、誤っている。

なお、条約の議決についての衆議院の優越に関しては、参議院が衆議院と異なった議決をした場合において、両院協議会を開いても一致しないとき、又は参議院が衆議院の可決した条約案を受け取った後、国会休会中の期間を除いて30日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（憲法61条、60条2項）。

他方、法律案は、参議院が衆議院と異なった議決をした場合には、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再可決した場合に法律となる（憲法59条2項）。

よって、条約の議決については法律案の場合よりも衆議院の強い優越性が認められている。

以上全体につき、芦部（憲法）P.310～311。有斐閣憲法ⅡP.87～90、135～7、424～8。

〔第6問〕（配点：2）

内閣に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○を、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.12]）

ア．日本国憲法は、国会による内閣総理大臣の指名、内閣の国会に対する連帯責任のほか、衆議院の内閣不信任決議権や衆議院の解散などを定めていることから、議院内閣制を採用していると解される。

イ．国务大臣については、内閣総理大臣が必ず国会議員の中から指名されなければならないのとは異なり、国会議員以外の者を任命することもできるが、その過半数は衆議院議員の中から選ばなければならない。

ウ．衆議院が内閣不信任を決議した場合でも、内閣がこれに対抗して衆議院の解散に踏み切り、その後の総選挙で内閣を支持する与党が過半数の議席を獲得した場合には、内閣は総辞職するか否か自ら決することができる。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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6問解説〕内閣

正解〔No.12〕4

(司法試験H25-公17)

ア正しい。議院内閣制の要件としては、①議会と政府との分立、②政府が議会に対して連帯責任を負い、その存立を議会に依存させることの2つを挙げる説（責任本質説）と、これに加え、③政府が議会の解散権を有することを挙げる説（均衡本質説）が存在する。

日本国憲法では、①議会（国会）と政府（内閣）とが分立しており、②内閣の国会に対する連帯責任（憲法66条3項）、衆議院の内閣不信任決議権（憲法69条）が規定されており、更に、国会が内閣総理大臣を指名し（憲法67条）、内閣総理大臣及び他の国务大臣の過半数は国会議員とすること（憲法67条、68条）を定めるなど、行政権を担当する内閣の存立を議会（国会）に依存させている。また、③衆議院の解散（憲法69条）も認められている。

よって、責任本質説、均衡本質説のいずれの説によっても、日本国憲法は、議院内閣制を採用していると解される。

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。憲法67条1項は、「内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する」と規定している。よって、本記述前段は正しい。

憲法68条1項但書は、**国务大臣の「過半数は、国会議員の中から選ばなければならない」と規定している**。その趣旨は、憲法67条の規定と併せて、国会の信任を基礎として内閣を構成する議院内閣制の趣旨を徹底させる点にある。よって、本記述後段は、過半数は国会議員の中から選ばなければならないとすべきところ、衆議院議員の中から選ばなければならないとしている点で、誤っている。

したがって、本記述は誤っている。

ウ誤り。憲法70条。衆議院の解散による衆議院議員の総選挙後に初めて国会の召集があったときは、**内閣は総辞職しなければならない**。その趣旨は、総選挙の結果に関係なく、先に内閣総理大臣を指名した衆議院の構成員が改選され、内閣そのものの存立の基礎が失われたと考えるからである。よって、総選挙の結果、政府与党が過半数の議席を獲得したとしても、内閣は総辞職して新国会の新たな信任を得なければならない。

したがって、本記述は、総辞職しなければならないとすべきところ、自ら総辞職するか否かを決することができるとしている点で、誤っている。

以上により、正しい組合せは「ア○ イ× ウ×」であり、したがって、正解は肢4となる。

以上全体につき、芦部（憲法）P. 333～346。有斐閣憲法ⅡP. 171～196。

正答表

問題	No.	タイトル	正解	配点	備考	チェック欄
1	1	政教分離(空知太神社)訴訟	1	3	2問正解で 部分点1点	
	2		2			
	3		2			
2	4	取材の自由	3	2		
3	5	表現の自由	1	3	2問正解で 部分点1点	
	6		1			
	7		2			
4	8	教育を受ける権利	2	2		
5	9	衆議院の優越	1	3	2問正解で 部分点1点	
	10		2			
	11		2			
6	12	内閣	4	2		
			合計 点 (満点:15点)			