

2018（平成30）年度 法学既修者入学試験（9月試験）出題趣旨

【憲法】

1. 本問の事案は、剣道実技拒否事件最二小判平8. 3. 8民集50巻3号469頁（憲法百選I No. 45）の事案を試験問題用に変更・簡略化したものです。同事件の事案を前にして憲法などを用いてどのような争点設定をし、どのような主張をするかはなかなかの難問で、同事件における原告主張や各審級の判決はそれぞれに特徴のある構成をしています。例えば上記最高裁判決は、高等専門学校学生への校長による退学処分について、「…退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、……裁量権の範囲を超える違法なものといわざるをえない」と判断しました。これは、行政法において判断過程統制と言われる手法を用いた判断であって、「〇〇の自由への制約」→「その制約の合憲性を判断する基準の設定」→「設定した基準を具体的な事案に適用して結論を出す」という憲法受験者におなじみのプロセスを採っていません。

本問は、法学部を卒業した人たちを念頭においた憲法の既修者試験問題ですので、争点設定を含めた構成の点で悩まないように（上記最高裁判決のような解答をしなくてもよいように）、争点を「代替措置を認めないこと」の合憲性に絞ることにしました。例年の既修者試験問題と同様に、皆さんの基礎知識と論理的な思考力、表現力を試そうというものです。また、本問においては「B高等学校がA君に対して柔道実技の代替措置を認めないこと」の合憲性を第三者的立場から論じることを求めるのではなく、A君の立場に立って違憲であると主張するよう求めています。これは、本学における未修者1年次における学修の目標として「人権制約を違憲と主張する構成を考え、それを論理的な文章として表現できるようになること」をあげていることに対応するものであり、さらに言えば、司法試験論文式公法第1問設問1の形式を睨んだものです。

2. さて、A君からみれば、自己の信仰に反する実技を受けなかったため退学処分になった（退学処分を避けるには自己の信仰に反する実技を受けるしかなかった）、B高等学校が代替措置を認めなかったためにこのような状況に追い込まれたと考えられるでしょう。そこで、代替措置を認めなかったことをとらえて信教の自由の制約であるとみて、主張を

展開することになるでしょう。解答においては、「信教の自由への制約」→「その制約の合憲性を判断する基準の設定」→「設定した基準を具体的な事案に適用して結論を出す」という論理的なプロセスのわかる論述ができれば、論じる力のあるものとして評価できます。もちろん、そのプロセスのなかで信教の自由及びその制約の合憲性を論ずる際の基礎的な知識があることを示すことが求められます。

では、信教の自由のなかのどのような内容が制約されたのか。信教の自由の内容として通例は、内心における信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由の3つがあげられています。この3つの自由のなかのどの自由の制約なのか、事案に即して分析することが求められます。内心における信仰の自由の制約とするか、宗教的行為の自由の制約とするか、どちらかでしょうか、採点においてはどちらでなければならぬとするものではなく、皆さんりの分析を示してもらうことを期待しています。

さらに、当該自由のどのような制約なのか。B高等学校としては「A君の宗教に注目してA君に代替措置を認めなかった（その結果退学処分という不利益に至った）というのではない」、「B高等学校の生徒であれば誰もが柔道の実技を履修しなければならないという取扱いの結果としてたまたまA君に代替措置を認めなかった（その結果退学処分という不利益がもたらされた）に過ぎない」として、間接的制約（付随的制約）であるという主張をしそうです。A君側としてはこれを乗り越えるために、「A君が柔道実技を履修できないのはA君が信仰する宗教の教義のゆえであって、信仰への真摯さを重視するならば、自由への制約は重大である」という方向で主張をすることになるでしょう。ここでも皆さんりに事案を分析することが期待されます。

なお、上記最高裁判決は、信教の自由を直接的に制約するものではないが、退学などの重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくされる、という分析をしています。

3. 2において提示した制約の合憲性についてどのような判断基準を用いるか。「信教の自由という精神的自由権の制約だから厳格に」というだけではなく、2における分析を上手に活かした論述が期待されます。2において「内心における信仰の自由への重大な制約である」という方向で立論をすれば、厳格な判断基準を導きやすいでしょう。ここで「厳格な判断基準」・「厳格な合理性の基準」・「合理性の基準」といった皆さんにおなじみの違憲審査基準を用いるのではなく、「制約が必要とされる程度、制約される自由の内容

と性質，具体的な制約の態様及び程度等を較量して決する」という比較衡量の手法を用いて制約の必要性と合理性を判断するといった主張やドイツ流三段階審査論のいう比例原則を用いる主張をしても構いません。

4. 判断基準を用いた具体的検討においては，2において取り上げた事情の他に，体育科目の目標，代替措置の内容，代替措置を認める学校も存在すること，柔道以外の種目や他の科目では真摯な授業態度であったことなどを，自身が設定した判断基準に沿って活用していくこととなります。問題文には明記されていませんが，事案からみてA君の「教育を受ける権利」にかかわるといふ指摘をすることもできます。

なお，もしA君に代替措置を認めれば，宗教を理由とする特別扱いとなってしまう，憲法の政教分離規定に違反するのではないか，という争点もあります。上記最高裁判決においては，退学処分の違法性を判断する際にこの争点が扱われています。本問においてA君側の主張としてこの争点を積極的に持ち出す必要はありませんが，被告側から持ち出されることを想定して念のため，代替措置をとることは政教分離規定に違反しないと主張することは可能です。

以上