

【問一】 次の文章は、ある最高裁決定におけるある裁判官の補足意見の全文である。これを讀んだうえで、後の各問に答えなさい。(60点)

《 1 (1) を決定するに当たっては、相続発生時において有効に存在した法令が適用されるのであるから、本件における民法 条4号ただし書前段の規定(以下「本件規定」という。)の憲法適合性の判断基準時は、相続が発生した平成12年6月30日(以下「本件基準日」という。)ということになる。したがって、多数意見は、飽くまでも本件基準日において本件規定が憲法 条1項に違反しないとすものであって、本件基準日以降の社会情勢の変動等によりその後本件規定が違憲の状態に至った可能性を否定するものではないと解される。

(2) 本件基準日以降も、本件規定の憲法適合性について判断をするための考慮要素となるべき社会情勢、家族生活や親子関係の実態、我が国を取り巻く国際的環境等は、変化を続けている。

民法施行後の社会経済構造の変化に伴い、農業を営む家族に典型的にみられるような、家族の構成員の協働によって形成された財産につき被相続人の死亡を契機として家族の構成員たる相続人に対してその潜在的な持分を分配するといった形態の相続が減少し、相続の社会的な意味が、被相続人が個人で形成した財産の分配といった色彩の強いものになってきているといえることに加え、本件基準日以降に限っても、例えば、人口動態統計によれば、非嫡出子の出生割合は平成12年には出生総数の1.63%であったのが、平成18年には2.11%に増加していることは、我が国における家族観の変化をうかがわせるものといえるし、平成13年にフランスにおいて姦生子(婚姻中の者がもうけた非嫡出子)の相続分を嫡出子の2分の1とする旨の規定が廃止され、嫡出子と非嫡出子の相続分を平等とすることは世界的なすう勢となっており、我が国に対し、国際連合の 規約委員会や児童の権利委員会から嫡出子と非嫡出子の相続分を平等化するように勧告がされていることなどは、我が国を取り巻く国際的環境の変化を示すものといえよう。

(3) そして、非嫡出子に相続権を認めることがさほど一般的ではなかった時代においては、非嫡出子にも一定の を認める本件規定は、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図るものとして、その正当性を肯定できたものの、以上のような社会情勢等の変化を考慮すれば、本件規定が嫡出子と非嫡出子の相続分に差をもうけていることを正当化する根拠は失われつつある一方で、本件規定は非嫡出子が嫡出子より劣位の存在であるという印象を与え、非嫡出子が社会から差別的な目で見られることの重要な原因となっているという問題点が強く指摘されるに至っているのである。そうすると、少なくとも現時点においては、本件規定は、違憲の疑いが極めて強いものであるといわざるを得ない。

2 (1) ところで、本件規定は、相続制度の一部分を構成するものとして、国民の生活に不断に機能しているものであるから、これを違憲としてその適用を排除するには、その効果や関連規定との整合性の問題等について十分な検討が必要である（前記大法廷決定における大西勝也、園部逸夫、千種秀夫、河合伸一各裁判官の補足意見、最高裁平成11年(オ)第1453号同12年1月27日第一小法廷判決・裁判集民事196号251頁における藤井正雄裁判官の補足意見及び最高裁平成14年(オ)第1963号同15年3月31日第一小法廷判決・裁判集民事209号397頁における島田仁郎裁判官の補足意見参照）。

しかるに、最高裁判所が、過去にさかのぼった特定の日を基準として、本件規定は違憲無効となったと判断した場合には、当該基準日以降に発生した相続であつて相続人中に嫡出子と非嫡出子が含まれる事案において、本件規定を適用した判決（最高裁判所の判決も含む。）や遺産分割審判、本件規定が有効に存在することを前提として成立した遺産分割調停、遺産分割協議等の効力に疑義が生じ、新たな紛争が生起し、更には本件規定を前提として形成された権利義務関係が覆滅されることにもなりかねない。かかる事態は、本件規定に従って行動した者に対して予期せぬ不利益を与えるおそれがあり、⑤を害することが著しいものといわざるを得ない。特に、本件においては本件基準日から既に9年以上が経過しているという事情があるので、本件規定が違憲無効であったと判断した場合にその効力に疑義が生じる判決等は、相当な数に上ると考えられるのである。

前記大法廷決定における5名の裁判官の反対意見は、本件規定の有効性を前提としてなされた従前の裁判、合意の効力を維持すべきであると述べるが、違憲判断の効力を遡及させず、従前の裁判等の効力を維持することの法的な根拠については、上記反対意見は明らかにしておらず、学説においても十分な議論が尽くされているとはいえない状況にある。また、上記反対意見に従えば、同じ時期に相続が発生したにもかかわらず、本件規定が適用される事案とそうでない事案が生ずることになるという問題も生じかねない。

(2) これに対し、立法府が本件規定を改正するのであれば、相続をめぐる関連規定の整備を図った上、明確な適用基準時を定め、適切な経過規定を設けることで、容易にこれらの問題や不都合を回避することができる。そして、平成8年には⑥により非嫡出子の相続分を嫡出子のそれと同等にする旨の民法改正案が答申されているのである。これらのことを考慮すると、私は、前記1(2)のような社会情勢等の変化にかんがみ、立法府が本件規定を改正することが強く望まれていると考えるものである。

(3) なお、私が以上に述べたところは、立法による解決が望ましいという考えであつて、立法による解決が望ましいことを理由に最高裁判所は違憲の判断をすることを差し控えるべきであるという趣旨でないことはいふまでもない。》

- 小問1. 空欄①～⑥に入るべき語句・数字を順に答えなさい。(10点)
- 小問2. 1(1)の部分について、その趣旨を説明しなさい。(15点)
- 小問3. 1(3)の部分について、簡単に論評しなさい。(15点)
- 小問4. 2の部分について、論評しなさい(ただし、考察を講学上の「人権論」の範囲・内容に限定する必要はない)。(20点)

【問二】 次の文章は、ある最高裁判決におけるある裁判官の補足意見の一部分である。これを読んだうえで、関連する憲法学上の問題につき、重要と思われるものに論点を絞って解説しなさい。(40点)

《 私は、多数意見に賛成するが、本件利用提供行為が政教分離原則に違反すると考えられることにつき、以下若干の補足をしておくこととしたい。

1 国又は公共団体が宗教に関係する何らかの活動(不作為をも含む。)をする場合に、それが日本国憲法の定める政教分離原則に違反しないかどうかを判断するに際しての審査基準として、過去の当審判例が採用してきたのは、いわゆる目的効果基準であって、本件においてもこの事実を無視するわけには行かない。ただ、この基準の採用の是非及びその適用の仕方については、当審の従来判例に反対する見解も学説中にはかなり根強く存在し、また、過去の当審判決においても一度ならず反対意見が述べられてきたところでもあるから、このことを踏まえた上で、現在の時点でこの問題をどう考えるかについては、改めて慎重な検討をしておかなければならない。

この基準を採用することへの批判としては、周知のように、当審においてこの基準が最初に採用された「津地鎮祭訴訟判決」(最高裁昭和46年(行ツ)第69号 同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁)における5裁判官の反対意見と並び、「愛媛玉串料訴訟判決」(最高裁平成4年(行ツ)第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁)における高橋、尾崎両裁判官の意見がある。とりわけ、尾崎意見における指摘、すなわち、日本国憲法の政教分離規定の趣旨につき津地鎮祭訴訟判決において多数意見が出発点とした「憲法は、信教の自由を無条件に保障し、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けたものであり、これを設けるに当たっては、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものである」という考え方を前提とすれば、「国家と宗教との完全分離を原則とし、完全分離が不可能であり、かつ、分離に固執すると不合理な結果を招く場合に限って、例外的に国家と宗教とのかわり合いが憲法上許容されるとすべきもの」と考えられる、という指摘については、私もまた、これ

が本来筋の通った理論的帰結であると考え。これに対して、これまでの当審判例の多数意見が採用してきた上記の目的効果基準によれば、憲法上の政教分離原則は「国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果に鑑み、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える場合に(初めて)これを許さないとするもの」であるということになるが(中略)、このように、いわば原則と例外を逆転させたかにも見える結論を導くについて、従来の多数意見は必ずしも十分な説明をしておらず、そこには論理の飛躍がある、という上記の尾崎意見の指摘には、首肯できるものがあるように思われる。

ただ、目的効果基準の採用に対するこのような反対意見にあっても、国家と宗教の完全な分離に対する例外が許容されること自体が全く否定されるものではないのであり、また、これらの見解において例外が認められる「完全分離が不可能であり、かつ分離に固執すると不合理な結果を招く場合」に当たるか否かを検討するに際して、目的・効果についての考慮を全くせずして最終的判断を下せるともいい切れなように思われるのであって、問題は結局のところ、「そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える」か否かの判断に際しての「国家の宗教的中立性」の評価に関する基本的姿勢ないし出発点の如何に懸ることになるともいうことができよう。このように考えるならば、仮に、理論的には上記意見に理由があるとしても、本件において、敢えて目的効果基準の採用それ自体に対しこれを全面的に否定するまでの必要は無いものと考え。但し、ここにいう目的効果基準の具体的な内容あるいはその適用の在り方については、慎重な配慮が必要なのであって、当該事案の内容を十分比較検討することなく、過去における当審判例上の文言を金科玉条として引用し、機械的に結論を導くようなことはしてはならない。こういった見地から、本件において注意しなければならないのは、例えば以下のような点である。

2 本件において合憲性が問われているのは、多数意見にも述べられているように、取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粹の神道施設につき、地方公共団体が公有地を単純にその敷地として提供しているという事実である。私の見るところ、過去の当審判例上、目的効果基準が機能せしめられてきたのは、問題となる行為等においていわば「宗教性」と「世俗性」とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するかの決定に際してであって(例えば、津地鎮祭訴訟、箕面忠魂碑訴訟等は、少なくとも多数意見の判断によれば、正にこのようなケースであった。)、明確に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われたかが問われる場面においてはなかったということが出来る(例えば、公的な立場で寺社に参拝あるいは寄進をしながら、それは、専ら国家公安・国民の安全を願う目的によるものであって、当該宗教を特に

優遇しようという趣旨からではないから、憲法にいう「宗教的活動」ではない、というような弁明を行うことは、上記目的効果基準の下においても到底許されるものとはいえない。例えば愛媛玉串料訴訟判決は、このことを示すものであるともいえよう。)

本件の場合、原審判決及び多数意見が指摘するとおり、本件における神社施設は、これといった文化財や史跡等としての世俗的意義を有するものではなく、一義的に宗教施設(神道施設)であって、そこで行われる行事もまた宗教的な行事であることは明らかである(五穀豊穰等を祈るといのは、正に神事の目的それ自体であって、これをもって「世俗的目的」とすることは、すなわち「神道は宗教に非ず」というに等しい。)。従って、本件利用提供行為が専ら特定の純粋な宗教施設及び行事(要するに「神社」)を利する結果をもたらしていること自体は、これを否定することができないのであって、地鎮祭における起工式(津地鎮祭訴訟)、忠魂碑の移設のための代替地貸与並びに慰霊祭への出席行為(箕面忠魂碑訴訟)、さらには地蔵像の移設のための市有地提供行為等(大阪地蔵像訴訟)とは、状況が明らかに異なるといわなければならない(これらのケースにおいては、少なくとも多数説は、地鎮祭、忠魂碑、地蔵像等の純粋な宗教性を否定し、何らかの意味での世俗性を認めることから、それぞれ合憲判断をしたものである。)。その意味においては、本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題であるといふべきである。(以下略)》

【問三】 次の各問いに答えなさい。(30点)

① 大日本帝国憲法の草案を審議していた枢密院において、「臣民の権利」を「臣民の分際」へ修正すべきと主張し、伊藤博文とのあいだに論争を繰り広げたのは誰か。

② 『人間の権利(Rights of Man)』という1791年の著作のなかで *human rights* という英語を最初に用いたとされ、また、イギリス人でありながら市民革命後のフランスで憲法制定会議のメンバーにもなった思想家は誰か。

③ 次の文章の空欄に入る人名を答えよ。

「今日的な違憲審査制は、憲法を最高法規として頂点におく国法のピラミッド構造の重要性を徹底的に考え抜いた[](1881-1973年)によって、オーストリア憲法(1920年)に導入されたのがはじめてである(以下略)」。

④ 「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、(中略) 政治的行為をなす自由を有する」と述べた、1970年の有名な最高裁大法廷判決を通称で何と呼ぶか。

⑤ 「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べた、1978年の有名な最高裁大法廷判決を通称で何と呼ぶか。

⑥ 北海道宗谷郡猿払村は日本最北端の村であると同時に、公務員の政治的行為の自由をめぐる憲法事件でも有名である。この「猿払」を何と読むか。平仮名で答えよ。また、この事件でその合憲性が問題となった、国家公務員法の委任を受けて定められている、国家公務員に対して政治的行為を広く制限する法令の法形式は何か。

⑦ 「多数意見が、何ゆえ、ことさらにいわゆる全司法仙台事件大法廷判決の解釈と異なる憲法判断を展開しなければならないのか、その必要と納得のゆく理由を発見することができない」とする5名の裁判官の意見と、多数意見(および補足意見)とのあいだに激しいやりとりがあることで有名な1973年の有名な最高裁大法廷判決を通称で何と呼ぶか。またこの5名のうちの一人で、元東京大学教授(行政法学)であったのは誰か。さらに、この時の最高裁長官は誰か。

⑧ いわゆる「間接適用説(間接効力説)」を採用したとされる1973年の有名な最高裁判決を通称で何と呼ぶか。

⑨ 「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない」というタイトルの論文を2003年ジュリスト誌上に発表し、いわゆる新無適用説を主張する有名な憲法学者は誰か。

⑩ 2010年1月21日(木)に行われた南野の憲法Ⅱ【人権論】の講義で扱った主たる内容は次のうちどれか。1つを選び、その記号で答えよ。

- | | | |
|---------|------------|---------|
| ア 表現の自由 | イ 思想・良心の自由 | ウ 生存権 |
| エ 財産権 | オ 職業選択の自由 | カ 私人間効力 |