

法科大学院における公法系教育のあり方等について

(中間まとめ)

平成14年6月28日

法科大学院における教育内容・方法に関する研究会

まえがき

昨年6月の司法制度改革審議会意見において法科大学院の創設の方向が示されたことをふまえて、私たちは、「法科大学院における教育内容・方法（公法）のあり方について」の調査研究を実施し、その結果を、同じ題名の報告書にまとめて公表した（昨年10月26日）。

その後、法科大学院を含む新たな法曹養成システムの制度設計に向けて、事態は大きく展開している。法科大学院の教育内容・方法等に関する研究会の「中間まとめ」が示され（本年1月）、中央教育審議会の「法科大学院の設置基準等について（中間報告）」が作成・公表され（4月）、さらに、司法制度改革推進本部法曹養成検討会での検討が進行中である。個別の法科大学院の開設のための準備作業も、次第に本格化しつつある。その他、法曹養成システム改革に関連する種々の動きが見られる。

そのような中で、私たちは、法科大学院のとりわけ公法系の教育に関心をもつ立場から、そこでの公法系科目のあり方（全般的な考え方と具体的な科目構成）に関してさらに検討を深めるとともに、あわせて、法科大学院における法曹養成教育と公務員等の人材育成との関係の問題をも取り上げることとし、それらのテーマについて、研究会としての調査研究を続行した。本報告書は、それについて一応の取りまとめを行い、関係各機関の御参考に供するとともに、私たちの考えに対する忌憚のない御意見を伺わせていただこうとするものである。

なお、本調査研究にあたっては、これまで、関係諸方面の方々にヒヤリングなどで多大の御協力を頂戴した。この場を借りて厚く御礼申し上げる。

平成14年6月28日

法科大学院における教育内容・方法に関する研究会(公法系)

共同研究者

石川 敏行(中央大学法学部)

小早川光郎(東京大学大学院法学政治学研究科)

土井 真一(京都大学大学院法学研究科)

中川 丈久(神戸大学大学院法学研究科)

長谷部恭男(東京大学大学院法学政治学研究科)

目 次

まえがき

1 . 公法系科目に関する全般的考え方.....	1
2 . 公法系科目の構成例.....	3
3 . 法科大学院の法曹養成教育と公務員等の人材育成.....	9
参考資料.....	12

1 . 公法系科目に関する全般的考え方

1 - 1 . 本研究会は、前回の報告書（昨年10月）で、「法科大学院の公法系教育についての基本的考え方」および「公法系カリキュラムのモデル」を提示した。その後、中央教育審議会の「法科大学院の設置基準等について（中間報告）」（本年4月）においては、法科大学院の設置基準に関し、法曹として備えるべき資質・能力を育成するために必要な授業科目を開設し体系的に教育課程を編成するものとされ、かつ、「憲法、行政法などの分野」に関する「公法系」の科目が法律基本科目群に含まれる旨が明示された。また、それに先立つ「法科大学院の教育内容・方法等に関する研究会」の「中間まとめ」（本年1月）で示された案においては、法律基本科目群は必修で54単位、そのうち公法系科目は必修で10単位とすることとされている。

こうした動きをふまえ、本研究会としても、法律基本科目群（必修）の公法系部分については憲法・行政法分野の10単位分の科目で構成（法学未修者・3年標準型の場合）するのが適当であるとの前提に立って、あらためてカリキュラムの検討を行った（ちなみに、前回報告書では、憲法および行政法の基本的な必修の科目を12単位、共通科目たる裁判法を加えると14単位、としていた）。検討にあたっては、各科目の範囲を明らかにすることに主眼を置き、授業の具体的なユニットの編成等には立ち入らないこととした。授業の具体的な編成の仕方について各大学院の創意工夫が求められることは、あらためて言うまでもない。

以上のような立場で行った検討の結果が、後に掲げる「公法系科目の構成例」である。

1 - 2 . 科目構成と関連して、本調査研究では、科目学習の達成度を見るための試験のあり方についても検討を行い、モデル問題の作成を試みることにした。それは、次に述べる新司法試験の出題に関しても意味のある作業たりうると考えられる。試作にあたっては、ある程度長い試験時間で、具体的かつ複雑な内容をもつ素材（生の事実関係、生の判決など）を読み解いて法的な問題を抽出しその処理の方向や手順を組み立てることをさせ、それが十分にできるかどうかを見るような出題とすることを、作成の方針とした。そのようにして作成された試作問題を、参考資料として、本報告書の末尾に掲げる。

1 - 3 . 前回の報告書でも述べたように、新司法試験に関しても、法科大学院のカリキュラムとの整合性の確保が求められる。この観点から、新司法試験においては公法系科目を必須の試験科目とし、その範囲は憲法および行政法とすべきである。その場合、出題の範囲および水準は、法科大学院の公法基本科目における学習の達成度を見るのに相応しいものとする必要がある。

2 . 公法系科目の構成例

公法基本科目（必修）の構成例として、ここでは、「統治の基本構造」、「基本的人権の基礎」、「公法総合 法と行政活動」、「公法総合 司法審査論」、「公法総合 基本的人権」の5科目からなるものを示す。単位数は各2単位とする。5科目のうち、「統治の基本構造」と「基本的人権の基礎」は、法学既修者については履修が免除される。

各科目の概要は次のとおりである。

「統治の基本構造」(2単位)

前提：全体を13回で構成する。

統治の構造について、法曹実務家が共有してしかなるべき基本的な見取り図を与えることを目的として、憲法および行政法から、下記の項目を取りあげる。

ここに示した章立ては一例であり、担当者の判断により、種々の編成の仕方が考えられる。また、下記では明示的に挙げられていない事柄であっても、担当者の判断で、各項目との関連で取り上げるべきものがあることはいうまでもない。

なお、「行政活動と法の関係」については、「公法総合 - 法と行政活動」において、また、「司法制度の基礎」については、「公法総合 - 司法審査論」において、それぞれもう一歩進んだ授業が展開される。

・立憲主義による統治

権力分立と人権

民主主義論

法治主義・法の支配・法治国思想

・国会と内閣

国会・内閣の組織と権能（議院内閣制）

立法権と行政権の意義

法律と予算

法律の専管事項論・法律による行政の原理（法律の留保論）

・行政活動と法の関係

行政法と民刑事法の比較

行政立法

個別的決定（行政行為・契約・指導）

行政手続法・情報公開法等の概要

・国と地方

地方自治の本旨

法律と条例の関係

・司法制度の基礎

司法権および法律上の争訟の概要

立法および行政活動の司法審査の概要

「基本的人権の基礎」(2 単位)

前提：全体を 1 3 回で構成する。

憲法上の権利保障の意義と基本的な概念の意味と用法、主要な判例の概要を会得させることを目的とする。判例等を素材として双方向的な方法をもとりいれながら授業を進める。個別の権利保障規定にかかる問題から検討を進め、より理論的な問題は後半部分で検討する（学部段階での通常の授業の順序とは異なる）。

・基本的人権各論

精神的自由

経済的自由

人身の自由

社会権

参政権・国務請求権

包括的基本権

・基本的人権総論

平等

憲法上の権利の享有主体

憲法上の権利の適用範囲

公共の福祉

「公法総合 - 法と行政活動」(2単位)

前提：全体を13回で構成する。

「統治の基本構造」および「基本的人権の基礎」を履修した者、または学部等においてそれに相当する内容の履修を済ませた者を対象とする。

「行政活動による法実現：応用的な諸問題」においては、「統治の基本構造」における「行政活動と法の関係」を承けて、法律や条例に規定されていない行政活動（インフォーマルな行政活動）の法的分析をどのように行うべきかを取り上げる。あわせて、行政機関による義務の強制的実現を取り上げる。

「行政活動の法的評価」においては、抗告訴訟や国家賠償訴訟の本案審理において、行政活動の違法性がどのように判定されるかを取り扱う。個々の行政法規の構造、行政裁量、行政立法、法の一般原則・憲法原則、行政手続、法律と条例の関係などについて理解を深める。

「行政活動の不法行為責任に特有の諸問題」においては、国家賠償法1条の違法と過失、および国家賠償法2条の瑕疵を取り上げる。

なお、本科目において、行政上の強制執行や準司法的手続について論ずる機会が提供されることにより、租税法や経済法等の履修の効率化が期待される。

・行政活動による法実現：応用的な諸問題

インフォーマルな行政活動の法的分析¹

行政機関による義務の強制的実現：行政上の強制執行と司法的執行

・行政活動の法的評価

法制度の仕組みから判定される違法性²

行政裁量および事実評価にかかる違法性³

行政立法の違法性

法の一般原則・憲法原則に照らして判定される違法性

行政手続の瑕疵に照らして判定される違法性

条例の違法性（法律と条例の関係）

・行政活動の不法行為責任に特有の諸問題

国家賠償法1条の違法・過失の判定

国家賠償法2条の瑕疵の判定

¹ 通達などのいわゆる行政規則や、法律や条例に明示的に規定されていないタイプの行政指導が、どのように法的分析の対象となるのかを取り上げる。

² 個別法に定められた行政活動の仕組みから行政活動の違法性を判定する作業を取り上げる。たとえば風俗営業適正化法の営業許可制度の仕組みから、許可取消事由となりうる範囲を解釈する作業など。

³ いわゆる実質的証拠法則を含む。

「公法総合 司法審査論」(2単位)

前提：全体を13回で構成する。

司法権論や違憲審査制度論を中心に、司法審査の制度・手続に関する問題領域を取り扱う。その際には、「法律上の争訟」の要件や裁判を受ける権利との関連で問題となる行政訴訟上の論点についても検討が行われるよう、適切に配慮する。

なお、統治機構論や基本的人権保障の基本的知識については、「統治の基本構造」や「基本的人権の基礎」で習得していること、及び行政活動に関する法的枠組みについては、「公法総合 法と行政活動」で学習していることを前提とする。また、本科目の履修に際しては、民事訴訟法に関する基本的知識を得ていることが望ましい。

・司法審査制度の基本構造

付随的違憲審査制度

憲法判例・憲法判断の効力

行政訴訟の基本的枠組み

・「法律上の争訟」の要件

争訟の具体性・主観性（抗告訴訟の対象・訴えの利益など）

部分社会論

・司法審査の対象

統治行為論

立法・行政の不作为

・憲法判断の要件と方法

憲法上の争点を提起する適格

憲法判断回避の準則・合憲限定解釈

・実効的権利救済

無名抗告訴訟

民事訴訟と行政訴訟

仮の救済

「公法総合 - 基本的人権」(2単位)

前提：全体を13回で構成する。

受講者が、行政法を含む基本的な法律科目に関する概念および考え方を広く身につけていることを前提に、さまざまな法領域で生起する基本的人権と関わる問題を、具体的事例に即して深く検討することを目的とする。違憲審査基準の選択とその当てはめにかかる論点が扱われる論点の中心となる。

いわゆる基本的人権総論(憲法上の権利の享有主体性、権利保障規定の適用範囲等)に関する概念および考え方は、「基本的人権の基礎」(あるいはそれに相当する法学部の授業)で修得していることを前提とする。国務請求権にあたる内容のうち参政権は「 . 政治過程」で扱い、裁判を受ける権利は「公法総合 - 司法審査論」で触れる。

- . 精神的自由
 - 信教の自由と政教分離
 - 表現の自由等

- . 政治過程
 - 選挙制度
 - 政党等

- . 経済的自由
 - 経済活動の自由と規制
 - 財産権と損失補償等

- . 人身の自由
 - 適正手続
 - 令状主義等

- . 社会権
 - 生存権
 - 教育を受ける権利
 - 労働に関する権利等

- . その他の憲法上の権利
 - 包括的基本権
 - 平等原則等

3 . 法科大学院の法曹養成教育と公務員等の人材育成

3 - 1 . 今後の日本社会においては、法廷実務に限らず、広く民間事業活動・公務・政策形成等の諸分野で、問題を法的に考えて法的に処理することの重要性と、そのための人材の必要性が増大すると考えられる。そのような需要に対し、供給サイドからどのように対応していくかは、法曹養成システム改革の重要な課題の一つである。

3 - 2 . 司法制度改革審議会意見は、「法曹が、法の支配の理念を共有しながら、今まで以上に厚い層をなして社会に存在し、相互の信頼と一体感を基礎としつつ、それぞれの固有の役割に対する自覚をもって、国家社会の様々な分野で幅広く活躍することが、強く求められる」とし、また、「内外のルールの形成、運用の様々な場面での法曹の役割の重要性が一段と強く認識される」としている。ここでは、訴訟関連業務、とりわけ民刑事法領域の訴訟関連業務にのみ携わる「法曹」ではなく、立法・行政・司法の領域において、法の支配の理念のもとで社会を公正かつ円滑に運営することに寄与する、法的プロフェッションとしての「法曹」像が示されている。

3 - 3 . 国および地方自治体の公務に関して言えば、これからは、上述の意味での法的プロフェッションとしての資質を備えた人材が、狭義の法制執務や訟務の分野に限らず、国・自治体の活動の全般（企画立案から執行まで）において、これまでよりもいっそう求められる。

そこで、そのような法的プロフェッションとしての基礎的素養を身に付けさせる教育が必要となる。その種の公務員人材育成教育としては、理科系諸領域がすでにそうであるように、法学の領域でも、学部レベルに加えて、修士レベルの教育課程まで用意されることが望ましい。したがって、法科大学院も、上級（現在の種）の国家公務員に関する人材供給源としての役割の一端を担うのが適当であり、そのことは法科大学院のカリキュラムにおいても考慮されるべきであろう。そのような法科大学院の教育を受け、新司法試

験に合格し、「法曹」としての素養と自覚を身に付けた一定の量の人材が、公務部門に対して供給されることが、これからの日本社会にとって必要と考えられるのである。

なお、文科系教育全般、とりわけ法学・政治学・経済学等の諸分野を通じ、学部教育に加えて、大学院における専門職業人教育の重要性も増していくものと思われる。そのことから、文科系についてはもっぱら学部卒で国家公務員（種）を採用するという従来のパターンは、次第に多様化の風を受けることとなるであろう。

地方公務員の人材供給に関しても、法科大学院が一定の役割を担うことが期待される。ただし、自治体の種類・規模等によって事情は異なりうる。

3 - 4 . 法科大学院のカリキュラムの問題としていえば、法律基本科目群（公法系・民事系・刑事系）に加えて、公務員人材育成を視野に入れた展開・先端科目の適切な設定を考える必要があると思われる（たとえば、立法過程論、地方自治法、財政会計法、公務員法、社会保障法、環境法、土地法、情報法、等々）。また、そのようなカリキュラムの方向に見合った形での試験のあり方についても検討する必要がある。そのような試験をいかなる形で実施するかについては、新司法試験の選択科目のあり方や新しい公務員試験のあり方と関連づけた検討が求められよう。

3 - 5 . 法科大学院および新司法試験を経由して公務に人材を供給するというシステムが、適切に作動するかどうかは、法科大学院のカリキュラムや試験等のあり方のみならず、法科大学院を修了し新司法試験に合格したうえで公務員となる者の処遇のあり方などによっても、大きく影響される。法曹資格を有する者の公務への中途採用（任期付き採用を含む）についても積極的な検討が必要とされる。

3 - 6 . 公務員についての以上の問題を含め、法科大学院教育・新司法試験のあり方に関しては、前述のような「法曹」の概念に対応する法的プロフェッションの確立を目指すという視点が、きわめて重要な意義を有するものと考えられる。

参考資料

【モデル問題】

< 参考資料 1 >

最高裁判例を題材とした憲法領域からの出題例.....13

< 参考資料 2 >

共通の事実状況の下で、憲法領域および行政法領域から小問を作成し組み合わせた出題例.....20

< 参考資料 3 >

憲法領域と行政法領域の融合問題として小問 2 問を、行政法領域から小問 1 問を作成して組み合わせた出題例.....29

最高裁判例を題材とした憲法領域からの出題例

出題の意図

- 設問 1：図式的な違憲審査基準論に惑わされずに、判決文を正確に理解することができるかどうかをみる。
- 設問 2：単独所有が「近代市民社会における原則的所有形態である」とする本件法廷意見の前提とその意義を理解しているか否かをみる。
- 設問 3：判例法理を前提として、適切な立案を行う能力をみる。

【問題】

次に掲げるのは、森林法 186 条の共有林分割請求権制限規定を違憲とする判決の法廷意見である。これを読んで、後掲の各設問に答えなさい。

〔参照条文〕

森林法 186 条 森林の共有者は、民法第 256 条第 1 項の規定にかかわらず、その共有に係る森林の分割を請求することができない。ただし、各共有者の持分の価額に従いその過半数をもって分割の請求をすることを妨げない。

民法 256 条 1 項 各共有者は何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但五年ヲ超エサル期間内分割ヲ為ササル契約ヲ為スコトヲ妨ケス。

憲法 29 条は、1 項において「財産権は、これを侵してはならない。」と規定し、2 項において「財産権の内容は、公共の福祉に適用するやうに、法律でこれを定める。」と規定し、私有財産制度を保障しているのみでなく、社会経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。

財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法 29 条にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的

が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法29条2項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁）。

森林法186条は、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定している。

そこでまず、民法256条の立法の趣旨・目的について考察することとする。共有とは、複数の者が目的物を共同して所有することをいい、共有者は各自、それ自体所有権の性質をもつ持分権を有しているにとどまり、共有関係にあるというだけでは、それ以上に相互に特定の目的の下に結合されているとはいえないものである。そして、共有の場合にあっては、持分権が共有の性質上互いに制約し合う関係に立つため、単独所有の場合に比し、物の利用又は改善等において十分配慮されない状態におかれることがあり、また、共有者間に共有物の管理、変更等をめぐって、意見の対立、紛争が生じやすく、いったんかかる意見の対立、紛争が生じたときは、共有物の管理、変更等に障害を来し、物の経済的価値が十分に実現されなくなるという事態となるので、同条は、かかる弊害を除去し、共有者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮させるため、各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができるものとし、しかも共有者の締結する共有物の不分割契約について期間の制限を設け、不分割契約は右制限を超えては効力を有しないとして、共有者に共有物の分割請求権を保障しているのである。このように、共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分自由とともに、民法において認められるに至ったものである。

したがって、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に分割請求権を否定している森林法186条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである。

〔現行の〕森林法186条は、森林法（明治40年法律第43号）6条の「民法256条ノ規定ハ共有ノ森林ニ之ヲ適用セス但シ各共有者持分ノ価格ニ従ヒ其ノ過半数ヲ以テ分割ノ請求ヲ為スコトヲ妨ケス」との規定を受け継いだもの

である。明治40年法6条の立法目的は、その立法の過程における政府委員の説明が、長年を期して営むことを要する事業である森林経営の安定を図るために持分価格2分の1以下の共有者の分割請求を禁ずることとしたものである旨の説明に尽きていたことに照らすと、森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図ることにあったものというべきであり、当該森林の水資源涵養、国土保全及び保健保全等のいわゆる公益的機能の維持又は増進等は同条の直接の立法目的に含まれていたとはいえない。昭和26年に制定された現行の森林法は、明治40年法6条の内容を実質的に変更することなく、その字句に修正を加え、規定の位置を第7章雑則に移し、186条として規定したにとどまるから、同条の立法目的は、明治40年法6条のそれと異なったものとされたとはいえないが、森林法が1条として規定するに至った同法の目的をも考慮すると、結局、森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、もって国民経済の発展に資することにあるというべきである。

同法186条の立法目的は、以上のように解される限り、公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。

したがって、森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に分割請求権を否定していることが、同条の立法目的達成のための手段として合理性又は必要性に欠けることが明らかであるといえない限り、同条は憲法29条2項に違反するものとはいえない。以下この点につき検討を加える。

森林が共有となることによって、当然に、その共有者間に森林経営のための目的的団体が形成されることになるわけではなく、また、共有者が当該森林の経営につき相互に協力すべき権利義務を負うに至るものではないから、森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない。したがって、共有森林の共有者間の権利義務についての規制は、森林経営の安定を直接的目的とする前示の森林法186条の立法目的と関連性が全くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない。

森林法は、共有森林の保存、管理又は変更について、持分価額2分の1以下の共有者からの分割請求を許さないとの限度で民法第3章第3節共有の規定の適用を排除しているが、そのほかは右共有の規定に従うものとしていることが明らかであるところ、共有者間、ことに持分の価額が相等しい2名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至ったときは、各共有者は、共有森林につき、同法252条但し書に基づき保存行為をなしうるにとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廃という事態を招来することとなる。同法256条1項は、かかる事態を解決するために設けられた規定であることは前示のとおりであるが、森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法の右規定の適用を排除した結果は、右のような事態の永続化を招くだけであって、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法186条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に

分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるというべきである。

森林法は森林の分割を絶対的に禁止しているわけではなく、わが国の森林面積の大半を占める単独所有に係る森林の所有者がこれを細分化し、分割後の各森林を第三者に譲渡することは許容されていると解されるし、共有森林についても、共有者の協議による現物分割及び持分価額が過半数の共有者の分割請求権に基づく分割並びに民法907条に基づく遺産分割は許容されているのであり、許されていないのは、持分価額2分の1以下の共有者の同法256条1項に基づく分割請求のみである。共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に分割請求権を認めた場合に、これに基づいてされる分割の結果は、右に述べた譲渡、分割が許容されている場合においてされる分割等の結果に比し、当該共有森林が常により細分化されることになるとはいえないから、森林法が分割を許さないとする場合と分割等を許容する場合との区別の基準を遺産に属しない共有森林の持分価額2分の1を超えるか否かに求めていることの合理性には疑問があるが、この点はさておいても、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者からの民法256条1項に基づく分割請求の場合に限って、他の場合に比し、当該森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図らなければならない社会的必要性が強く存すると認めるべき根拠は、これを見いだすことができないにもかかわらず、森林法186条が分割を許さないとする森林の範囲及び期間のいずれについても限定を設けていないため、同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なものとなっているといわざるをえない。

まず、森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積は、当該森林の地域的位置、気候、植栽竹木の種類等によって差異はあっても、これを定めることが可能というべきであるから、当該共有森林を分割した場合に、分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めないとするのは、同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものというべきである。また、当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく無期限に分割請求を禁止することも、同条の立法目的の点からは必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。

更に、民法258条による共有物分割の方法について考えるのに、現物分割をするに当たっては、当該共有物の性質・形状・位置又は分割後の管理・利用の便等を考慮すべきであるから、持分の価格に応じた分割をするとしても、なお共有者の取得する現物の価格に過不足を来す事態の生じることは避け難いところであり、このような場合には、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることも現物分割の一態様として許されるものというべきであり、また、分割の対象となる共有物が多数の不動産である場合には、これらの不動産が外形上一団とみられるときはもちろ

ん、数か所に分かれて存在するときでも、右不動産を一括して分割の対象とし、分割後のそれぞれの部分を各共有者の単独所有とすることも、現物分割の方法として許されるものというべきところ、かかる場合においても、前示のような事態の生じるときは、右の過不足の調整をすることが許されるものと解すべきである（最高裁昭和28年（オ）第163号同30年5月31日第三小法廷判決・民集9巻6号793頁、昭和41年（オ）第648号同45年11月6日第二小法廷判決・民集24巻12号1803頁は、右と抵触する限度において、これを改める。）。また、共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、直ちにその全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求者に対してのみ持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残すことも許されると解すべきである。

以上のように、現物分割においても、当該共有物の性質等又は共有状態に応じた合理的な分割をすることが可能であるから、共有森林につき現物分割をしても直ちにその細分化を来すものとはいえないし、また、同条2項は、競売による代金分割の方法をも規定しているのであり、この方法により一括競売がされるときは、当該共有森林の細分化という結果は生じないのである。したがって、森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に一律に分割請求権を否定しているのは、同条の立法目的を達成するについて必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。

以上のとおり、森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することができないことが明らかであって、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。したがって、同条は、憲法29条2項に違反し、無効というべきであるから、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者についても民法256条1項本文の適用があるものというべきである。

設問1：

最高裁の判例は、経済活動規制が、積極的な社会経済政策の実施を目的とする場合には、当該規制が「著しく不合理であることの明白である」か否かを問う、緩やかな「明白性の基準」を、当該措置が自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置であれば、「よりゆるやかな制限である・・・規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められる」か否かを審査する「厳格な合理性の基準」を用いることを明らかにしたと考えられている。

本判決は森林法における共有林の分割制限規定を、消極的警察的目的の措置と捉えたのだという議論があるが、それは妥当であろうか。以下の二つの文章を参照しながら答えよ。

森林法186条は、・・・坂上裁判官補足意見の言葉をかりて言えば、実態は、「ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分2分の1以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪う」という、福祉国家的理想に基づく典型的な積極目的規制とは程遠いものとみるのが妥当と思われる立法である。・・・そうだとすれば、今村教授が指摘されたとおり、186条は「経済政策目的を持つものとは言え、寧ろ消極的な現状維持を狙いとするもの」であり、今回の判決の多数説も、186条の立法目的を実質的にはそういう消極目的規制に近いとする立場を採っているとみることができるのではないかと私は解する。(芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣、1994)478頁)

以下、議論を正確にするため、統計数字については、林野庁監修「林業統計要覧」1986年度版所載の各表によることとするが、その「1980年世界農林業センサス結果」によると、わが国での共同所有者による森林保有は、統計に表れない0.1ヘクタール未満の森林を除き、0.1ヘクタール以上のものに限れば、16万6145事業体で合計60万1673ヘクタールに過ぎず、面積比にすると、2500万ヘクタール余とされるわが国の全森林の2.4%、1470万ヘクタールに及ぶ私有森林の約4パーセントを占めるのみである。しかも、そのうち0.1ヘクタールないし1ヘクタール(未満)しか保有しない事業体は9万6280事業体に達し、全共同事業体の約58パーセントに当たり、これに1ないし5ヘクタール(未満)しか保有しない事業体を併せると、14万4996事業体(全共同事業体の87%強)にも達するのである。・・・〔森林経営にとって〕望ましいとされる「相当広大な面積」をかりに100ヘクタール以上と低く抑えたとしても、その条件に達するものは僅かに557事業体(全共同事業体の0.3パーセント強)に過ぎない。共有にかかる森林の殆どは、共同所有ではあっても、共同経営という名に値しないものである。

とすれば、森林経営の観点から共有を論じても余り意味はなく、森林法186条は、ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分2分の1以下の共有者に付いてのみ、その分割請求権を奪うという不合理を敢えてしていると結論せざるをえない(本判決に対する坂上壽夫裁判官補足意見)

設問2：

共有林分割制限規定が違憲無効とされたとき、民法典の共有に関する規定が適用されるのは当然のことか。それは、「森林法は、共有森林の保存、管理又は変更について、持分価額2分の1以下の共有者からの分割請求を許さないとの限度で民法第3章第3節共有の規定の適用を排除しているが、そのほかは右共有の規定に従うものとしていることが明らかであるところ」であるからか。森

林法が、民法典の共有の規定の適用を全面的に排除しているとする、どうであろうか。非嫡出子法定相続分規定違憲訴訟（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁）の場合、非嫡出子の相続分に関する規定が無効だとすると、当然に嫡出子と同一の相続分が保障されることになるか否かという論点と比較しながら答えよ。

設問3：

この判決を前提として、森林経営の安定化を図るために森林の細分化を防ぐ規定を設けようとする、どのような論点に配慮した規定でなければならないか。

共通の事実状況の下で、憲法領域および行政法領域から小問を作成し組み合わせた出題例

出題の意図

設問 1： 行政訴訟の基本的な理解を問い、かつ宅地建物取引業法にいう「指示」の性質を、類似の法制度と比較しながら解釈することができるかを問うもの（行政法領域）

設問 2： 架空の条例について、基本的人権および法律との関係を問うもの（憲法領域・行政法領域）

【問題】

設問 1：

A 県内において宅地建物取引業を営む法人 B は、A 県知事から宅地建物取引業法（以下、宅建業法）に基づく宅地建物取引業免許を得ている。B の不動産広告が誇大ではないかとたびたび噂されていたため、A 県が調査した結果、宅地建物取引業法 3 2 条に違反する広告であると判断するに至った。そこで A 県は、B に是正話し合いを求めたが拒否されたため、宅建業法 7 1 条に基づく指導であるとして再度の申し入れを行ったところ、B は当該の広告をなすことを一時的に停止して、話し合いに応じた。しかし話し合いはほどなく決裂した。

やがて B が広告を再開する準備を始めたため、A 県は、宅建業法 6 5 条 1 項に基づく指示として、当該広告の内容をなんら修正しないままで広告を行わないよう留意されたい旨の通知を行った。しかし B がなおもこれを無視する意向を明確にしたことを受けて、A 県は、宅建業法 6 5 条 2 項に基づき営業停止を命ずることがありうる旨の警告を行った。

B は、この時点で、指示または営業停止命令に関する訴訟を提起して A 県に対抗することができないかを考えている。下に掲げた法令、判決、解釈基準を比較検討しながら、どのような訴訟を提起することが適切と考えられるか、答えなさい。

宅地建物取引業法

第三条 宅地建物取引業を営もうとする者は、二以上の都道府県の区域内に事務所(本店、支店その他の政令で定めるものをいう。以下同じ。)を設置してその事業を営もうとする場合にあつては国土交通大臣の、一の都道府県の区域内にのみ事務所を設置してその事業を営もうとする場合にあつては当該事務所の所在地を管轄する都道府県知事の免許を受けなければならない。

2 前項の免許の有効期間は、五年とする。

3 前項の有効期間の満了後引き続き宅地建物取引業を営もうとする者は、免許の更新を受けなければならない。

4 (以下略)

第三二条 宅地建物取引業者は、その業務に関して広告をするときは、当該広告に係る宅地又は建物の所在、規模、形質若しくは現在若しくは将来の利用の制限、環境若しくは交通その他の利便又は代金、借賃等の対価の額若しくはその支払方法若しくは代金若しくは交換差金に関する金銭の貸借のあっせんについて、著しく事実と相違する表示をし、又は実際のものよりも著しく優良であり、若しくは有利であると人を誤認させるような表示をしてはならない。

第六五条 国土交通大臣又は都道府県知事は、その免許(第五十条の二第一項の認可を含む。次項及び第七十条第二項において同じ。)を受けた宅地建物取引業者が次の各号のいずれかに該当する場合又はこの法律の規定に違反した場合においては、当該宅地建物取引業者に対して、必要な指示をすることができる。

一 ~ 四 (略)

2 国土交通大臣又は都道府県知事は、その免許を受けた宅地建物取引業者が次の各号のいずれかに該当する場合においては、当該宅地建物取引業者に対し、一年以内の期間を定めて、その業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。

一~二 (略)

三 前項又は次項の規定による指示に従わないとき。

四 この法律の規定に基づく国土交通大臣又は都道府県知事の処分に違反したとき。

五 前三号に規定する場合のほか、宅地建物取引業に関し不正又は著しく不当な行為をしたとき。

六 ~ 八 (略)

3 都道府県知事は、国土交通大臣又は他の都道府県知事の免許を受けた宅地建物取引業者で当該都道府県の区域内において業務を行なうものが、当該都道府県の区域内における業務に関し、第一項各号の一に該当する場合又はこの法律の規定に違反した場合においては、当該宅地建物取引業者に対して、必要な指示をすることができる。

4 都道府県知事は、国土交通大臣又は他の都道府県知事の免許を受けた宅地建物取引業者で当該都道府県の区域内において業務を行うもので、当該都道府県の区域内における業務に関し、次の各号の一に該当する場合においては、当該宅地建物取引業者に対し、一年以内の期間を定めて、その業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。

一 第一項第三号又は第四号に該当するとき。

二 (略)

三 第一項又は前項の規定による指示に従わないとき。

四 ~ 五 (略)

第六九条 国土交通大臣又は都道府県知事は、第六五条又は……(中略)……の規定による処分をしようとするときは、行政手続法第十三条第一項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

2 (略)

第七〇条 国土交通大臣又は都道府県知事は、第六五条第二項若しくは第四項、第六六条……(中略)……の規定による処分をしたときは、国土交通省令の定めるところにより、その旨を公告しなければならない。

2 ~ 4 (略)

第七一条 国土交通大臣はすべての宅地建物取引業者に対して、都道府県知事は当該都道府県の区域内で宅地建物取引業を営む宅地建物取引業者に対して、宅地建物取引業の適正な運営を確保し、又は宅地建物取引業の健全な発達を図るため必要な指導、助言及び勧告をすることができる

第七九条 次の各号の一に該当する者は、三年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 ~ 三 (略)

四 第六五条第二項又は第四項の規定による業務の停止の命令に違反して業務を営んだ者

第八一条 ……、第三二条……の規定に違反した者……は、六月以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

■ 秋田地判平5年4月23日行政事件裁判例集44巻4・5号325頁

第二 事案の概要

本件は、生活保護を受けている原告の世帯が、収入認定された障害年金と生活保護費で蓄えた八一万二七五三円の預貯金を保有していることに對し、被告が、うち二七万三四〇七円を収入認定して保護費を減額する保護変更処分(生活保護法二五条)をし、また、うち四五万七〇〇〇円についてはその用途を弔慰の用途に限定する指導指示(同法二七条)をしたことから、原告が保護変更処分の取消しと、指導指示の無効確認を求めた事案である。

(以下略)

第三 争点についての判断

二 争点2(一)(本件指導指示の行政処分性)について

1 行政事件訴訟法三条にいう処分は、行政庁の公権力の行使といえる行為であって、個人の法律上の地位ないし権利関係に對し、直接に影

響を及ぼすものをいうと解される。

ところで、法〔生活保護法のこと。以下同じ〕六二条一項は、被保護者に対し、法二七条一項に基づく指導指示に従うべき義務を課し、更に、被保護者の右義務違反に対しては保護実施機関が保護の変更、停止又は廃止という不利益処分を課する方法により右指導指示の内容を強制的に実現する手段が予定されていること（法六二条三項）からすれば、右指導指示に従うべき義務は、被保護者が負う具体的な法的義務というべきであり、これを単なる一般的努力義務と解することはできない。

被告は、法二七条一項に基づく指導及び指示は、被保護者の自由を尊重し、必要最少限度に止めるべきものとされていること（法二七条二項）被保護者の意思に反して強制してはならないものとされていること（同条三項）から、右指導指示に基づく被保護者の義務は、一般的努力義務にとどまると主張する。しかしながら、指導指示が右のような要件で行なわれるにしても、現実には、これがなされれば、被保護者は前記のような不利益な地位に置かれる以上、一般的努力義務を負うにすぎないとは到底いえない。

また、被告は、右義務違反の場合における保護の変更、停止又は廃止という不利益処分は、具体的には、保護実施機関がその裁量により必要な各処分をすることにより発生するから、指導指示を強制的に実現する手段としては間接的なものにとどまると主張する。

確かに、法二七条一項に基づく指導指示とその遵守義務違反の場合に課せられる保護の不利益変更との関係は被告が述べるとおりであるが、右不利益処分が右遵守義務違反を要件として課せられるものである以上、指導指示の遵守義務が不利益処分により強制される法的義務であると解する妨げとなるものではないというべきである。

更に、被告は法二七条に基づく指導指示は行政指導としての性格を持つとの主張をするが、本来、行政指導とは行政庁がその所管にかかる行政事務につき一定の行政目的を達成するために行う、非権力的方法としての勧告、警告等の事実的な行為を指称するものであるから、法二七条に基づく指導指示のごとく、明文の法令の根拠に基づき、国民に一定の法的義務を課する行為がこれに含まれないことは明らかである。

- 2 もっとも、法二七条に基づく指導指示であっても、場合によっては、その内容が被保護者に対し一般的抽象的に生活上の努力義務を課するにとどまることもあり得るし、その場合には、右指導指示に従うべき義務の性質が抽象的な努力義務となることもあり得る。

しかしながら、本件の場合についてこれを見るに、書証番号略（本件指導処分の通知書の原案）によれば、本件指導指示の内容は、本件預貯金中四五万七〇〇〇円について弔慰の目的以外の支出を禁止する

ものであると認められるから、抽象的努力義務を定めたにすぎないとは到底いえない。

3 以上によれば、本件指導指示は原告の法律上の地位に直接に影響を及ぼす行政処分といえることができる。

■ 生活保護法

第二五条 保護の実施機関は、要保護者が急迫した状況にあるときは、すみやかに、職権をもって保護の種類、程度及び方法を決定し、保護を開始しなければならない。

2 保護の実施機関は、常に、被保護者の生活状態を調査し、保護の変更を必要とすると認めるときは、すみやかに、職権をもってその決定を行い、書面をもって、これを被保護者に通知しなければならない。(以下略)

3 略

第二七条 保護の実施機関は、被保護者に対して、生活の維持、向上その他保護の目的達成に必要な指導又は指示をすることができる。

2 前項の指導又は指示は、被保護者の自由を尊重し、必要の最少限度に止めなければならない。

3 第一項の規定は、被保護者の意に反して、指導又は指示を強制し得るものと解釈してはならない。

第六二条 被保護者は、保護の実施機関が、……(中略)……、又は第二七条の規定により、被保護者に対し、必要な指導又は指示をしたときは、これに従わなければならない。

2 (略)

3 保護の実施機関は、被保護者が前二項の規定による義務に違反したときは、保護の変更、停止又は廃止をすることができる。

4～5 (略)

■ 風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律

第十条の二 公安委員会は、次の各号のいずれにも該当する風俗営業者を、その申請により、第六条及び第九条第一項の規定の適用につき特例を設けるべき風俗営業者として認定することができる。

一 当該風俗営業の許可(第七条第一項、第七条の二第一項又は第七条の三第一項の承認を受けて営んでいる風俗営業にあっては、当該承認)を受けてから十年以上経過していること。

二 過去十年以内にこの法律に基づく処分(指示を含む。以下同じ。)を受けたことがなく、かつ、受けるべき事由が現にないこと。

三 前二号に掲げるもののほか、当該風俗営業に関し法令及びこの法律

に基づく条例の遵守の状況が優良な者として国家公安委員会規則で定める基準に適合する者であること。

2 前項の認定を受けようとする者は、公安委員会に、次の事項を記載した認定申請書を提出しなければならない。この場合において、当該認定申請書には、内閣府令で定める書類を添付しなければならない。

3～9 (略)

第二五条 公安委員会は、風俗営業者又はその代理人等が、当該営業に関し、法令又はこの法律に基づく条例の規定に違反した場合において、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し、又は少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるときは、当該風俗営業者に対し、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要な指示をすることができる。

第二六条 公安委員会は、風俗営業者若しくはその代理人等が当該営業に関し法令若しくはこの法律に基づく条例の規定に違反した場合において著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき、又は風俗営業者がこの法律に基づく処分若しくは第三条第二項の規定に基づき付された条件に違反したときは、当該風俗営業者に対し、当該風俗営業の許可を取り消し、又は六月を超えない範囲内で期間を定めて当該風俗営業の全部若しくは一部の停止を命ずることができる。

2 公安委員会は、前項の規定により風俗営業（第二条第一項第四号、第七号及び第八号の営業を除く。以下この項において同じ。）の許可を取り消し、又は風俗営業の停止を命ずるときは、当該風俗営業を営む者に対し、当該施設を用いて営む飲食店営業について、六月（前項の規定により風俗営業の停止を命ずるときは、その停止の期間）を超えない範囲内で期間を定めて営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

第四一条 公安委員会は、第二六条、……（中略）……の規定により営業の停止を命じ、……（中略）……の規定により営業の禁止を命じ、又は……（中略）……の規定により営業の廃止を命じようとするときは、行政手続法（平成五年法律第八十八号）第一三条第一項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

2 第八条、第十条の二第六項、第二十六条、第三十条、第三十一条の五、第三十一条の六第二項第二号、第三十一条の十五、第三十一条の二十、第三十一条の二十一第二項第二号、第三十四条第二項、第三十五条、第三十五条の二、第三十五条の四第二項若しくは第四項第二号又は第三十九条第四項（前条第三項において準用する場合を含む。）の規定による処分に係る聴聞を行うに当たっては、その期日の一週間前までに、行政手続法第十五条第一項の規定による通知をし、かつ、聴聞の期日及び場所を公示しなければならない。

3 前項の通知を行政手続法第十五条第三項に規定する方法によつて行う場合においては、同条第一項の規定により聴聞の期日までにおくべき相当な期間は、二週間を下回つてはならない。

4 第八条、第十条の二第六項、第二十六条、第三十条、第三十一条の五、第三十一条の六第二項第二号、第三十一条の十五、第三十一条の二十、第三十一条の二十一第二項第二号、第三十四条第二項、第三十五条、第三十五条の二、第三十五条の四第二項若しくは第四項第二号又は第三十九条第四項（前条第三項において準用する場合を含む。）の規定による処分に係る聴聞の期日における審理は、公開により行わなければならない。

■ 風俗営業法施行規則

第四八条 公安委員会は、……（中略）……、法の規定に基づき処分（指示を含む。以下同じ。）をするときは、当該処分の理由を記載した書面により行うものとする。

2 公安委員会は、法の規定に基づき勧告をするときは、当該勧告の理由を記載した書面により行うものとする。

■ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈基準（平成一一・二警察庁生活安全局）

第一九 指示について（法第二五条、……（以下略））

1 指示の規定は、営業者の自主的な努力を促す手段として設けたものである。

2 「指示」は、比例原則にのっとり行うべきものであり、営業者に過大な負担を課すものであってはならない。

また、指示の内容は、違反状態の解消のための措置、将来の違反の防止のための措置等を具体的に示すものでなければならない。

3 「指示」は、行政処分であり、施行規則第四八条第一項の書面に不服申立てをすることができる旨を記載して行うものである。

設問 2 :

A 県内の X 市、Y 市、Z 市はそれぞれ、消費者の暮らしを守ることを目的とした条例の制定を行ったが、共同で立案作業の研究を行ったため、一部に同じ条文を置くこととなった。

すなわち、目的についてはいずれの条例も次のように定めた。「この条例は、日常の経済上の生活において情報の収集、交渉その他これらに類するものに係る能力において事業者との間に格差のある消費者の利益を擁護し、及び増進し、消費者の自立を支援するとともに、消費者主権を確立するため、市長、事業者

及び消費者それぞれの果たすべき責務を明らかにし、消費者の暮らしをまもるための施策の基本となる事項その他必要な事項を定めることにより、当該施策についての新たな消費者問題に関連する施策との調整を行う等総合的な推進を図り、もって市民の消費生活の安定及び向上を確保することを目的とする。」

また、広告の適正化に関して、いずれの条例も次のように定めた。「事業者は、商品又は役務に関する広告その他の広告で消費者に係るものについて、虚偽又は誇大な表現、消費者が選択を誤るおそれのある表現等不適切な表現を避け、商品又は役務の選択のための判断に資するため、必要かつ正確な情報を消費者に提供しなければならない。」

いずれの条例にも、事業者、商品、役務に関する定義規定はない。

他方、各条例は、広告適正化条項の実効性を確保するために、それぞれ異なった定めを置いた。

X市条例は、同条例の広告適正化に関する「規定に違反し、商品又は役務を提供している者に対して、その違反を是正するために必要な措置をとるべきことを指導し、又は勧告することができる。」と定め、かつその条文の第2項において、「市長は、事業者が前項の規定による勧告に従わないときは、その事業者の氏名又は名称、商品名又は役務名その他必要な事項を公表することができる。」と定めた。

Y市条例は、同条例の広告適正化に関する「規定に違反し、商品又は役務を提供している者に対して、その違反を是正するために必要な措置をとるべきことを指導し、又は勧告することができる」と定め、かつその条文の第2項において、「市長は、事業者が前項の規定による勧告に従わないときは、その事業者に対して広告の中止を命ずることができる。」と定めたうえ、中止命令に従わない者に対する罰則規定を置いた。

Z市条例は、Y市条例と同じ規定を置いたうえに、さらに、同条例の広告適正化に関する「規定に違反して商品又は役務を提供されたことによって、その利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、または生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」という規定を置いた。

Bは、X市、Y市、Z市いずれにおいても事業活動を行っていたが、各市はいずれもBの広告を、それぞれの条例の広告適正化条項に反するものと判断した。そこで各市の担当者がBに是正方法を求め、Bはこれに応じたが、3市側の提案する是正方法にまったく納得せず、話し合いは決裂した。そこで各市は、広告内容の是正につき条例に基づく勧告を行ったが、Bはこれを無視して、従前通りの広告を継続して行った。そこでX市は条例に基づきBの名称および条例違反の広告にかかる役務名を公表し、Y市は広告の中止命令を出した。Z市は対応策をなお検討中であったが、同市内においてBと競業の関係にある宅地建物取引業者であるCが、Bの過大広告によって顧客を不当に奪われ、また過大広告をする宅地建物取引業者であるとの風評被害も受けているとして、B

に対して当該広告の停止を求めて提訴するに至った。

Bは、X市に対しては公表により損害を被ったとして国家賠償訴訟を、Y市
の中止命令に関しては取消訴訟をそれぞれ提起し、Cに対しては被告として応
訴した。Bは各訴訟に共通の主張として、次のア)、イ)の主張をすることを予
定している。具体的にBがどのように主張を展開し、X市、Y市、Cがどのよ
うに反論するかを想定しながら、論点を整理し、各論点につき、あなたの見解
を示しなさい。

ア) 不動産にかかる広告は憲法上保障されており、本条例は違憲無効であ
るとの主張。

イ) 本条例は法律に違反して無効であるとの主張。

なお、X、Y、Z各市の条例の共通部分は、神戸市が制定した「神戸市民の
くらしをまもる条例」(昭和49年5月31日条例第52号)の第1条(目的)
および第9条の2(広告の適正化)と同じものである。神戸市の条例において、
事業者、商品、役務に関する定義規定は無い。

憲法領域と行政法領域の融合問題として小問 2 問を、行政法領域から小問 1 問を作成して組み合わせた出題例

出題の意図

- 設問 1：取消訴訟における違法性の判断（とりわけ政教分離に関わる判断）が、国家賠償法 1 条の違法・過失の判定にどのように反映されるかを問うもの（融合問題）
- 設問 2：行政裁量に対する司法審査についての理解を問うもの（行政法領域）
- 設問 3：憲法の私人間効力の問題に、国公立学校と私立学校における懲戒処分の司法審査のあり方の異同を絡めて問うもの（融合問題）

【問題】

次に掲げるのは、市立の高等専門学校が、その在学生に対して、必修の剣道実技への参加を拒否したことを理由として原級留置処分および退学処分をしたことを違法とした最高裁判決（最判平成 8 年 3 月 8 日民集 5 0 巻 3 号 4 6 9 頁）の判決理由の一部である。これを読んで、後掲の各設問に答えなさい。

〔判決理由の抜粋〕

高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（最高裁昭和二八年（オ）第五二五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一四六三頁、最高裁昭和二八年（オ）第七四五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一五〇一頁、最高裁昭和四二年（行ツ）第五九号同四九年七月一九日第三小法廷判決・民集二八巻五号七九〇頁、最高裁昭和四七年（行ツ）第五二号同五二年一二月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁参照）。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限り退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するもの

である（前掲昭和四九年七月一九日第三小法廷判決参照）。また、原級留置処分も、学生にその意に反して一年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。

1 公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである。

2 他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかったが、剣道種目の点数として三五点中のわずか二・五点しか与えられなかったため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる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せられるという性質を有するものであったことは明白である。

上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。

3 被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申し入れていたのであって、剣道実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価

を受けることを求めていたものではない。これに対し、神戸高専においては、被上告人ら「エホバの証人」である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否する旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得したというのである。本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮すべきであったといえることができるが、本件においてそれがされていたとは到底いうことができない。

所論は、神戸高専においては代替措置を採るにつき実際的な障害があったという。しかし、信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。また、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって神戸高専における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということとはできない。

所論は、代替措置を採ることは憲法二〇条三項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法二〇条三項に違反するということができないことは明らかである。また、公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。これらのことは、最高裁昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁の趣旨に徴して明らかである。

4 以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員

らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、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、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

設問 1 :

本件は原級留置処分および退学処分の取消訴訟であったが、原告が本判決に引き続いて、市を被告として国家賠償訴訟を提起したとする。この場合、市の損害賠償責任が認められるかどうかを、最高裁判決の傾向をふまえて、検討しなさい(ただし、損害および因果関係は認められるものとする)。

設問 2 :

本件判旨は、冒頭で、次のように述べている。すなわち、「裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである」としている。

他方で、次のようにも述べている。「上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があった」のであり、「本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮すべきであった」。そして、「代替措置を採ることが実際上不可能であったということはできない」だけでなく、「代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法二〇条三項に違反するということができないことは明らかである。」

こうした説示は、校長のとるべきであった判断の道筋を示しており、その道筋を、下級審で認定された事実に適用するならば、本件において校長のとるべきであった行動は自ずと決まってくるようにも思われる。

そうすると本件判旨は、冒頭で述べていることとは逆に、むしろ裁判所が「校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論」じているのではないかとの疑問が生じうる。この疑問は正当かどうかについて、論じなさい。

設問 3 :

本判決を前提とすると、私立学校において、本件と同じような理由で剣道実技を拒否した学生に対して、原級留置処分または退学処分がなされた場合、その処分の適否についてはどのように判断すべきこととなるであろうか。本判決の引用するいわゆる昭和女子大事件の最高裁判決（最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁）を参考に論じなさい。

〔参考判決：最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁から抜粋〕

上告代理人〔略〕の上告理由第一章について。

論旨は、要するに、学生の署名運動について事前に学校当局に届け出てその指示を受けるべきことを定めた被上告人大学の原判示の生活要録六の六の規定は憲法一五条、一六条、二一条に違反するものであり、また、学生が学校当局の許可を受けずに学外の団体に加入することを禁止した同要録八の一三の規定は憲法一九条、二一条、二三条、二六条に違反するものであるにもかかわらず、原審が、これら要録の規定の効力を認め、これに違反したことを理由とする本件退学処分を有効と判断したのは、憲法及び法令の解釈適用を誤ったものである、と主張する。

しかし、右生活要録の規定は、その文言に徴しても、被上告人大学の学生の選挙権若しくは請願権の行使又はその教育を受ける権利と直接かかわりのないものであるから、所論のうち右規定が憲法一五条、一六条及び二六条に違反する旨の主張は、その前提において既に失当である。また、憲法一九条、二一条、二三条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であって、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和四三年（オ）第九三二号同四八年一二月一二日判決・裁判所時報六三二号四頁）の示すところである。したがって、その趣旨に徴すれば、私立学校である被上告人大学の学則の細則としての性質をもつ前記生活要録の規定について直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はないものというべきである。所論違憲の主張は、採用することができない。

ところで、大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であり、法律に格別の規定がない場合でも、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有するものと解すべきである。特に私立学校においては、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針とによって社会的存在意義が認められ、学生もそのような伝統ないし校風と教育方針のもとで教育を受けることを希望して当該大学に入学するものと考えられるのであるから、右の伝統ないし校風と教育方針を学則等において具体化し、これを実践することが当然認められるべきであり、学生としてもまた、当該大学において教育を受けるかぎり、かかる規律に服することを義務づけられるものといわなければならない。もとより、学校当局の有する右の包括的権能は無制限なものではありえず、在学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照らして合理的と認められる範囲においてのみ是認されるものであるが、具体的に学生のいかなる行動についていかなる程度、方法の規制を加えることが適切であるとするかは、それが教育上の措置に関するものであるだけに、必ずしも画一的に決することはできず、各学校の伝統ないし校風や教育方針によってもおのずから異なることを認めざるをえないのである。これを学生の政治的活動に関していえば、大学の学生は、その年令等からみて、一個の社会人として行動しうる面を有する者であり、政治的活動の自由はこのような社会人としての学生についても重要視されるべき法益であることは、いうまでもない。しかし、他方、学生の政治的活動を学の内外を問わず全く自由に放任するときは、あるいは学生が学業を疎かにし、あるいは学内における教育及び研究の環境を乱し、本人及び他の学生に対する教育目的の達成や研究の遂行をそこなう等大学の設置目的の実現を妨げるおそれがあるのであるから、大学当局がこれらの政治的活動に対してなんらかの規制を加えること自体は十分にその合理性を首肯しうるところであるとともに、私立大学のなかでも、学生の勉学専念を特に重視しあるいは比較的保守的な校風を有する大学がその教育方針に照らし学生の政治的活動はできるだけ制限するのが教育上適当であるとの見地から、学内及び学外における学生の政治的活動につきかなり広範な規律を及ぼすこととしても、これをもつて直ちに社会通念上学生の自由に対する不合理な制限であるということとはできない。

そこで、この見地から被上告人大学の前記生活要録の規定をみるに、原審の確定するように、同大学が学生の思想の穩健中正を標榜する保守的傾向の私立学校であることをも勘案すれば、右要録の規定は、政治的目的をもつ署名運動に学生が参加し又は政治的活動を目的とする学外の団体に学生が加入するのを放任しておくことは教育上好ましくないとする同大学の教育方針に基づき、このような学生の行動について届出制あるいは許可制をとることによってこれを規制しようとする趣旨を含むものと解されるのであつて、かか

る規制自体を不合理なものと断定することができないことは、上記説示のとおりである。

してみると、右生活要録の規定そのものを無効とすることはできないとした原審の判断は相当というべきであって、原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

同第二章について。

論旨は、要するに、本件退学処分は、上告人らの学問の自由を侵害し、かつ、思想、信条を理由とする差別的取扱であるから、憲法二三条、一九条、一四条に違反するものである、また、かかる違憲の処分によって上告人らの教育を受ける権利を奪うことは憲法一三条、二六条にも違反するにもかかわらず、原審が右退学処分を有効と判断したのは、憲法及び法令の解釈適用を誤ったものである、と主張する。

しかし、本件退学処分について憲法二三条、一九条、一四条等の自由権的基本権の保障規定の違反を論ずる余地のないことは、上告理由第一章について判示したところから明らかである。したがって、右違憲を前提とする憲法一三条、二六条違反の論旨も採用することができない。

また、原審の確定した上告人らの生活要録違反の行為は、大学当局の許可を受けることなく、上告人原が左翼的政治団体である民主青年同盟（以下、民青同という。）に加入し、上告人福森が民青同に加入の申込をし、更に、同上告人が大学当局に届け出ることなく学内において政治的暴力行為防止法の制定に対する反対請願の署名運動をしたというものであるが、このような実社会の政治的社会的活動にあたる行為を理由として退学処分を行うことが、直ちに学生の学問の自由及び教育を受ける権利を侵害し公序良俗に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和三一年（あ）第二九七三号同三八年五月二二日判決・刑集一七巻四号三七〇頁）の趣旨に徴して明らかであり、また、右退学処分が上告人らの思想、信条を理由とする差別的取扱でないことは、上告理由第三章について後に判示するとおりである。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

同第三章について。

論旨は、要するに、大学が学生に対して退学処分を行うにあたっては、教育機関にふさわしい手続と方法により本人の反省を促す補導の過程を経由すべき法的義務があると解すべきであるのに、原審が右義務のあることを認めず、適切な補導過程を経由せずに行われた本件退学処分を懲戒権者の裁量権の範囲内にあるものとして有効と判断したのは、学校教育法一一条、同法施行規則一三条三項、被上告人大学の学則三六条の解釈適用を誤ったものである、と主張する。

思うに、大学の学生に対する懲戒処分は、教育及び研究の施設としての大学の内部規律を維持し、教育目的を達成するために認められる自律作用であ

って、懲戒権者たる学長が学生の行為に対して懲戒処分を発動するにあたり、その行為が懲戒に値いするものであるかどうか、また、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶべきかを決するについては、当該行為の軽重のほか、本人の性格及び平素の行状、右行為の他の学生に与える影響、懲戒処分の本人及び他の学生に及ぼす訓戒的效果、右行為を不問に付した場合の一般的影響等諸般の要素を考慮する必要がある、これらの点の判断は、学内の事情に通暁し直接教育の衝にあたるものの合理的な裁量に任すのでなければ、適切な結果を期しがたいことは、明らかである（当裁判所昭和二八年（オ）第五二五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一四六三頁、同昭和二八年（オ）第七四五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一五〇一頁参照）。

もつとも、学校教育法一一条は、懲戒処分を行うことができる場合として、単に「教育上必要と認めるとき」と規定するにとどまるのに対し、これをうけた同法施行規則一三条三項は、退学処分についてのみ四個の具体的な処分事由を定めており、被上告人大学の学則三六条にも右と同旨の規定がある。これは、退学処分が、他の懲戒処分と異なり、学生の身分を剥奪する重大な措置であることにかんがみ、当該学生に改善の見込がなく、これを学外に排除することが教育上やむをえないと認められる場合にかぎって退学処分を選択すべきであるとの趣旨において、その処分事由を限定的に列挙したものと解される。この趣旨からすれば、同法施行規則一三条三項四号及び被上告人大学の学則三六条四号にいう「学校の秩序を乱し、その他学生としての本分に反した」ものとして退学処分を行うにあたっては、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要することはもちろんであるが、退学処分の選択も前記のような諸般の要素を勘案して決定される教育的判断にほかならないことを考えれば、具体的事案において当該学生に改善の見込がなくこれを学外に排除することが教育上やむをえないかどうかを判定するについて、あらかじめ本人に反省を促すための補導を行うことが教育上必要かつ適切であるか、また、その補導をどのような方法と程度において行うべきか等については、それぞれの学校の方針に基づく学校当局の具体的かつ専門的・自律的判断に委ねざるをえないのであつて、学則等に格別の定めのないかぎり、右補導の過程を経由することが特別の場合を除いては常に退学処分を行うについての学校当局の法的義務であるとまで解するのは、相当でない。したがつて、右補導の面において欠けるところがあつたとしても、それだけで退学処分が違法となるものではなく、その点をも含めた当該事案の諸事情を総合的に観察して、その退学処分の選択が社会通念上合理性を認めることができないようなものでないかぎり、同処分は、懲戒権者の裁量権の範囲内にあるものとして、その効力を否定することはできないものというべきである。

ところで、原審の確定した本件退学処分に至るまでの経過は、おおむね次

のとおりである。

(1) 被上告人大学では、昭和三六年一〇月下旬ごろ前記のような上告人らの生活要録違反の行為を知り、それが同大学の教育方針からみて甚だ不当なものであるとの考えから、上告人らに対して民青同との関係を絶つことを強く要求し、事実上その登校を禁止する等原判示のような措置をとつたが、この間の大学当局の態度を全体として評すれば、同大学の名声のために上告人らの責任を追及することに急で、同人らの行為が校風に反することについての反省を求めて説得に努めたものとは認めがたいものがあつた。

(2) 他方、上告人らは、生活要録に違反することを知りながら民青同に加入し又は加入の申込をしたものであつて、右違反についての責任の自覚はうすく、民青同に加入することが不当であるとは考えず、これからの離脱を求める被上告人大学の要求にも真実従う意思はなく(加入申込中であつた上告人福森は同年一二月に正式に加入した。)、関係教授らの説諭に対しては終始反発していた。しかし、同年一二月当時までは、大学当局としてはできるだけ穏便に事件を解決する方針であつた。

(3) ところが、昭和三七年一月下旬、某週刊誌が「良妻賢母か自由の園か」と題して本件の発端以来被上告人大学のとつた一連の措置を批判的に掲載した記事中に、上告人原が仮名を用いて大学当局から受けた取調べの状況についての日記を公表し、次いで、都内の公会堂で開かれた各大学自治会及び民青同等主催の「戦争と教育反動化に反対する討論集会」において、上告人らがそれぞれ事件の経過を述べ、更に、同年二月九日「荒れる女の園」という題名で本件を取り上げたラジオ放送のなかで、上告人らが大学当局から取調べを受けた模様について述べたので、被上告人大学では、これを上告人らが学外で同大学を誹謗したものと認め、ここに至って、上告人らの一連の行動、態度が退学事由たる「学校の秩序を乱し、その他学生としての本分に反した」ものに該当するとして、同年二月一二日付で本件退学処分をした。

以上の事実関係からすれば、上告人らの前記生活要録違反の行為自体はその情状が比較的軽微なものであつたとしても、本件退学処分が右違反行為のみを理由として決定されたものでないことは、明らかである。前記(2)(3)のように、上告人らには生活要録違反を犯したことについて反省の実が認められず、特に大学当局ができるだけ穏便に解決すべく説諭を続けている間に、上告人らが週刊誌や学外の集会等において公然と大学当局の措置を非難するような拳に出たことは、同人らがもはや同大学の教育方針に服する意思のないことを表明したものと解されてもやむをえないところであり、これらは処遇上無視しえない事情といわなければならない。もつとも、前記(1)の事実その他原判示にあらわれた大学当局の措置についてみると、説諭にあつた関係教授らの言動には、上告人らの感情をいたずらに刺激するようなものもないではなく、補導の方法と程度において、事件を重大視するあまり冷静、寛容及び忍耐を欠いたうらみがあるが、原審の認定するところによれば、か

かる大学当局の措置が上告人らを反抗的態度に追いやり、外部団体との接触を深めさせる機縁になったものとは認められないというのであつて、そうである以上、上告人らの前記(2)(3)のような態度、行動が主として被上告人大学の責に帰すべき事由に起因したものであるということとはできず、大学当局が右の段階で上告人らに改善の見込がないと判断したことをもつて著しく軽卒であつたとすることもできない。また、被上告人大学が上告人らに対して民青同からの脱退又はそれへの加入申込の取消を要求したからといつて、それが直ちに思想、信条に対する干渉となるものではないし、それ以外に、同大学が上告人らの思想、信条を理由として同人らを差別的に取り扱ったものであることは、原審の認定しないところである。これらの諸点を総合して考えると、本件において、事件の発端以来退学処分に至るまでの間に被上告人大学のとつた措置が教育的見地から批判の対象となるかどうかはともかく、大学当局が、上告人らに同大学の教育方針に従つた改善を期待しえず教育目的を達成する見込が失われたとして、同人らの前記一連の行為を「学内の秩序を乱し、その他学生としての本分に反した」ものと認めた判断は、社会通念上合理性を欠くものであるとはいいがたく、結局、本件退学処分は、懲戒権者に認められた裁量権の範囲内にあるものとして、その効力を是認すべきである。

したがつて、右と結論を同じくする原審の判断は相当であつて、原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。