

講義録レポート

講義録コード

2012950105

講 座	司法試験講座	科目①	公開セミナー
目標年	2012年完成 法律対策	科目②	答練利用学習方法
コース	予備・法科併願	回 数	1 回
		通算回数	1 回
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2011年 8 月 24 日		
講師名	中村 充先生	内 訳	板書 枚数
			1枚 ※レポート 含まず
		補助 ¹⁾ 枚数	14枚
		その他 ()	枚

授業構成	無料公開セミナー 61分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	()	第 回
	<答練・演習>	()	第 回
使用教材	●基本テキスト []		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	()		
備考	*DVDご視聴の方へ*正確な講義時間につきましては、DVDケースの背表紙下に記載されていますので適宜ご確認ください。 (例) ①51 記載の場合、前半講義 51分 (答練・演習の場合は、解説もしくは事前講義 51分を表します)		

T A C 司法試験講座

(/) - (/) - (/)

司法試験講座	講義録	コース	予備・法科・法願	科目	公開セミナー 総論利用学方法	回数	/
--------	-----	-----	----------	----	-------------------	----	---

配付物	☐ 基礎演習: 回	☐ 論文答練(問題 解説 答案用紙 その他)	講師	中村 充 先生
	☐ 応用演習: 回	☐ 短答答練(問題 解説 答案用紙 その他)		
	☐ その他()	☐ 配付物なし		

テストページ	黒板内容
	① 実戦力 ② “書けない”体験 > 書けた ⊖ 時間不足 → 時間管理(能力) ⊖ 知識 “ → どう Input? “ Output 訓練? → テク 予習 → パターン構築 → 反省・分析 ・問題演習 ・カコモン 目標 → 受講 → 解説 → 復習 パターン 当日(翌日) ファイリング” (問題と答案)

2012 年入学目標 法科大学院 法律総合答練

基礎答練・憲法第 1 回 第 1 問 解説

問題

Xは、昭和25年に日本国内で出生した定住外国人であるところ、昭和63年4月、A県に保健所職員として採用された。平成6年3月、Xは、A県の管理職試験（医化学分野）を受験しようとしたが、A県管理職試験実施規則（以下、「本件規則」という。）に定める「日本国籍を有すること」との受験資格を満たさず、同年5月に実施された管理職試験を受けることができなかった。

本件当時、A県には、重要な施策に関する決定権限を有する管理職のみならず、これを有しない管理職も若干存在していた。そして、特定分野の管理職試験に合格した場合であっても、その後の昇進に伴って他の分野に従事することもあり、また、これに伴って、重要な施策に関する決定権限を有しない管理職から、これを有する管理職に就くこともあったとされていた。

本件規則が憲法第14条第1項に違反するか否かについて論じなさい。

なお、論ずる際には、外国人にも憲法第14条第1項が適用されることを前提にしないさい。

出題の意図

- 1 憲法の学習においては、憲法学において重要な精神的自由権や経済的自由権を中心に学習しがちになります。
しかしながら、法科大学院入試においては、上記分野からの出題だけでなく、むしろ憲法総論に係る分野、すなわち、人権享有主体性の問題や、平等原則に係る問題も多く出題されています。
そこで、今回は、平等原則の使い方、及び、審査基準への当てはめの仕方のトレーニングをしていただくために、外国人の人権享有主体性及び平等原則をベースとした問題を出題することとしました。
- 2 なお、上記の論点に関連する判例として、著名な東京都管理職選考試験事件（最大判平 17. 1. 26・憲法判例百選 I No.6）がありますので、今回は、同事件の事実関係をベースとした出題としました。

重要論点

- | |
|--|
| 1 憲法 14 条 1 項の平等原則違反
(1) 「法の下」の「平等」の意義
(2) 憲法 14 条 1 項後段列举事由の意義
(3) 平等原則違反と違憲審査基準 |
|--|

採点基準

1 論点

- ア 「法の下」の「平等」の意義（コンパクトに核心を突いているか）
 優秀：15 点 良好：10 点 一応の水準：5 点 不良：1 点
- ウ 憲法 14 条 1 項後段列举事由の意義（コンパクトに核心を突いているか）
 優秀：15 点 良好：10 点 一応の水準：5 点 不良：1 点
- エ 平等原則違反と違憲審査基準（問題となっている差別事由の考慮）
 優秀：35 点 良好：30 点 一応の水準：25 点 不良：20 点
- オ 判断基準への当てはめ（問題文の事情の摘示及び評価）
 優秀：35 点 良好：30 点 一応の水準：25 点 不良：20 点

2 裁量点（上記 1 でカバーできない加点や、正当な別解への配点）

3 合計 100 点（合格点は 60 点）

論点相互の関係

第1 外国人の人権享有主体性と平等原則

- (1) 本件規則が憲法 14 条 1 項に違反するか否かについて検討するに当たっては、そもそも外国人に日本国憲法の人権規定が適用されないのであれば、Y 県における本件規則の定める外国人の別異取扱いについて X の人権侵害という憲法上の問題を生じないことから、外国人の人権享有主体性の有無がまず問題となる。
- (2) 次に、外国人が日本国憲法の保障する基本的人権の享有主体となりうるとしても、現在の国際社会では個人は国籍国と特別の法的関係にあることは否定できず、外国人の法的地位を日本国民と全く同等に考えることはできない。そこで、いかなる人権が外国人に認められ、あるいは認められないか、それを判定する基準を明らかにする必要がある。

なお、本問においては、上記の 2 点は、いずれも問題文上前提としてよいとされているから、答案上触れてなくて良い。

第2 憲法 14 条 1 項の平等原則違反

1 「法の下」の「平等」の意義

次に、平等原則違反か否かを検討するに当たっては、「法の下」の「平等」の意義を明らかにする必要がある。

まず、「法の下」とは、法を定立する立法府をも拘束し、法内容の平等をも要求するものであるとする見解（立法者拘束説）が通説である。

そして、「平等」とは、各種の事実上の差異を前提とした相対的平等であり、個人の事実上の差異に応じて合理的根拠のある区別は許容されるが、不合理な差別的取扱いは許容されないとされる（相対的平等説・通説）。

2 憲法 14 条 1 項後段列举事由の意義

上記において、立法者拘束説を採った場合、憲法 14 条 1 項後段列举事由をどのように捉えるべきかが問題となる。

3 平等原則違反と違憲審査基準

そして、憲法 14 条 1 項後段列举事由をどのように捉えるべきかという問題と関連して、「平等」を相対的平等の意味に解するならば、社会通念から見た合理的区別は許容されることになる。そこで、区別が合理的か否かの基準、すなわち、平等原則違反についての違憲審査基準をいかに解すべきかが問題となる。

この点、社会通念上合理的というだけでは、あまりにも抽象的で内容が不明確であるから、憲法 14 条 1 項後段列举事由の解釈における特別意味説からは、後段列举事由については何らかの形で違憲審査基準が厳格化されることになる。

重要論点の解説

1. 外国人の人権享有主体性と平等原則

(1) 総説

定住外国人であるXの管理職試験の受験申請に対して、A県は、「日本国籍を有すること」との本件規則上の受験資格を満たさないことを理由に、受験を拒否している。そこで、そもそも外国人に日本国憲法の人権規定が適用されないのであれば、本件規則について人権侵害という憲法上の問題を生じないことから、外国人の人権享有主体性の有無がまず問題となる。本問では、この点は問題文で前提とされているが、平等原則違反を論じる上での理論的な前提となるので、以下で検討する。

(2) 外国人の人権享有主体性

ア 学説

外国人が日本国憲法の保障する基本的人権の享有主体となりうるかについては、今日の学説はほぼ一致してこれを肯定している。

(根拠)

- (ア) 日本国憲法は、人権を前国家的なものとする自然権思想を採っているので（§ 11, 97）、その立場からは、人権は人であるゆえをもって、内・外国人の区別によらず、保障されるべきである。
- (イ) 憲法は、前文及び 98 条 2 項において、国際協調主義の建前を採用しているから、外国人に対してもできるだけ人権の保障を及ぼすのが妥当である。また、そうすることが、人権の国際的保障という世界的動向にも合致する。

イ 判例

判例も、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」と判示した最高裁昭和 25 年 12 月 28 日判決以来、一貫して外国人の人権享有主体性を認める立場に立っている。

2. 外国人に保障される人権の範囲

(1) 学説

ア 文言説

憲法第3章の法条に用いられている「何人も」という文言と「国民」という文言によって判断し、憲法の人権規定に「何人も」とある権利は外国人にも保障されたとする。

(根拠)

(7) 憲法条文の文言を尊重すべきである。

(1) 外国人に保障される人権の基準が明確になる。

(批判)

(7) 22条2項の国籍離脱の自由が外国人にも保障されるという背理を生ずる。

(1) もともと憲法の文言がこの点について明確な使い分けをしているわけではない。

イ 性質説(通説)

権利の性質上国民にのみ認められるべきものは別として、権利の性質が許す限り外国人にも保障されたとする。

(根拠)

(7) 基本的人権は、前国家的な自然権(§11, 97)として、個人としての人間に与えられているものであるが、権利の性質上、外国人に保障するのに適さないものや、日本国民と全く同程度の保障が及ぶとするのが妥当でない場合も存する。

(1) 日本国憲法は国際協調主義(前文, §98-II)を採用しているから、権利の性質が許す限り、外国人にも保障を及ぼすべきである。

(ウ) 憲法制定者は、そもそも「国民は」と「何人も」を厳密に区別して考えていなかった。

(2) 判例(憲法百選 I No. 2)

最高裁昭和53年10月4日大法廷判決(マクリーン事件判決)は、「憲法第3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その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」と判示して、性質説に立つことを明らかにした。

3. 憲法 14 条 1 項の平等原則違反

(1) 「法の下」の「平等」の意味

ア 総説

外国人に保障される人権の範囲を人権の性質に応じて画する性質説（通説）に立てば、平等権は前国家的な自然権として、外国人にも等しく保障されるべきことについて争いはない。したがって、14 条は外国人にも適用される。そこで、本事案において、A 県が、X の管理職試験の受験申請に対して、「日本国籍を有すること」との本件規則上の受験資格を満たさないことを理由に受験を拒否したことは、国籍によって差異を設けるものであり、法の下での平等を定めた 14 条 1 項に違反しないか。具体的には、14 条 1 項の「法の下」の解釈として、同条項の平等原則は法適用の平等を意味するか、法内容の平等をも意味しているか（立法者を拘束するか否か）、が問題となり、それと関連して、14 条 1 項後段列举事由の意味及び同条項の「平等」は相対的平等か絶対的平等か（合理的区別を許容するか否か）が、そして、合理的区別は許容されるとした場合、区別が合理的か否かの審査基準をいかに解すべきか、が問題となる。

イ 学説

(ア) 「法の下」の意味～立法者拘束説（通説）

「法の下に」平等とは、法を定立する立法権をも拘束し、法内容の平等をも要求するものであるとする。

（根拠）

(ア) 内容の不平等な法律をいかに平等に適用しても、平等の保障は実現されない。

(イ) 法の支配の要請（§ 98－I，81，76 等）からして、立法権も等しく法の支配に服するのであり、その権限の行使についても憲法に拘束される。したがって、法の定立において内容が不平等となることは許されない。

(イ) 「平等」の意味～相対的平等説（通説）

平等とは各種の事実上の差異を前提とした相対的平等であり、個人の事実上の差異に応じて合理的根拠のある区別は許容されるが、不合理な差別的取扱いは許容されないとされる。

（根拠）

各人は、その事実状態において千差万別であるから、この各人の事実上の差異を無視して均一な取扱いをすることは、かえって不合理な結果を招来し、個人の尊厳に立脚する平等権の保障を没却することになる。

ウ 判例

判例は、「法の下」の意味について立法者拘束説に立ち、「平等」の意味について相対的平等説に立っている（最大判昭 48. 4. 4・憲法判例百選 I No30 など）。

(3) 14 条 1 項後段列举事由の意味

ア 立法者拘束説を採った場合、後段の列举事由をどのように捉えるべきかが問題となる。

(ア) 例示列举説（宮沢、橋本）

後段列举事由は、前段の平等原則の内容を単に例示したにすぎないとする。

（根拠）

列举事由からもれたものは平等が保障されないとするのでは、法の下での平等の

趣旨を没却する。

(イ) 特別意味説 (伊藤, 芦部, 佐藤 (幸) など, 通説)

後段列举事由による差別は原則として禁止され, または (かつ), 後段列举事由による差別の場合は合憲性の推定が排除される等, 列举事由に特別の法的意味をもたせる。

(根拠)

(i) 単なる例示にすぎないとしたのでは, 列举した意味がない。

(ii) 後段列举事由は, 人の出生によって決定される条件であり (信条については別), 自己のコントロールが及ばない事項である。こうした「生まれ」による差別を認めないのが平等思想の根源である。

また, 民主国家にあっては, 国民一人一人の政治的取扱いが平等たることが前提となる (特に信条について)。

(iii) 後段列举事由は人間の尊厳を侵す不合理な差別事由の典型を列举したものであり, これらの事由に基づく異なる取扱いは平等原則違反が推定される。

(4) 平等原則違反と違憲審査基準

ア 総説

「平等」を「相対的平等」の意味に解するならば, 社会通念からみた合理的差別 (区別) は許容される。では, 差別が合理的か否かの基準, すなわち, 平等原則違反についての違憲審査基準をいかに解すべきか。この点, 社会通念上合理的というだけでは, あまりにも抽象的で内容が不明確である。そこで, 以下のような見解が主張されている。特別意味説からは, 後段列举事由については何らかの形で違憲審査基準が厳格化されることになる。

イ 学説

(ア) 個人主義的・民主主義的理念に照らして合理的か否かを判定する見解 (宮沢)

(批判)

民主主義的合理性という基準は抽象的であり, 厳格に解しないと, ほとんどの差別が合理的なものとして許容されるおそれがある。

(イ) 後段列举事由について違憲審査基準を厳格化する見解

(i) 二段階審査基準説 (戸波説)

後段列举事由に当たる場合あるいはそれらに準じた人格を傷つけるような区別については, 合理的関連性の有無が厳格に審査される。すなわち, これらの事由に基づく異なる取扱いは平等違反が推定されるため, 区別事由と区別目的との間の関連性は極めて強いものでなければならず, 異なる取扱いの採用が目的達成に必要不可欠であることが必要である。それ以外の異なる取扱いの場合には, 個人の人格に関係する区別でない限り, 合理的関連性の有無が緩やかに審査される。また, 異なった取扱いがなされる「領域」も問題となる。租税, 社会保障, 選挙, 相続など, 法律によって制度が形成されるような特定の領域では, 異なった取扱いの合理性も緩やかな審査が行われる。もっとも, たとえば, 社会保障の給付範囲の決定に際して, 信条によって受給資格が制限される場合には違憲となるのであって, 区別の事由が第一義的な重要性をもつ。

(根拠)

①後段列举事由は, 人間の尊厳を侵す不合理な差別事由の典型を列举したものであり, 合理的関連性の有無を厳格に審査すべきである。

②法律によって制度が形成されるような特定の領域では, 立法府の自由な判断

が広く認められることがあり、立法裁量論が妥当する。

(ii) 三段階審査基準説

この見解は、a 厳格な審査基準 (①立法目的がやむにやまれぬ公益、つまり必要不可欠な公益を追求するものであること、②この公益に奉仕するために選択された手段がその目的の達成にぜひとも必要であること、を立証する極めて重い責任を国が負うという基準)、b 合理的根拠の基準 (①立法目的が正当であること～立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであれば正当とみなされる、②規制手段がその目的の達成に合理的に関連していること～手段が純粋に恣意的である場合にのみ合理性なしとされる。)、c 「厳格な合理性」の基準 (①立法目的が重要なものであること、②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ことを立証する責任を規制を加える公権力側に負わせる基準) に分ける。そして、そのいずれが適用されるかは、差別事由や平等原則とかかわる権利の性質に応じて決まるとする。

(根拠)

- ① 差別の事由や差別対象の権利自由は多様であり、厳格な審査基準を構築するためには、それらに応じて厳格性に差異のある基準を設定すべきである。
- ② 14 条 1 項後段列举事由に特別の意味を持たせた趣旨を生かせる。
- ③ 三段の審査基準を準則化することで、裁判官の主観的な判断の幅が減少し、判例の一貫性を保ちうる。

※ いかなる事由にどの基準が妥当するかについては、以下のように説かれている。

- a 後段列举事由による差別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から、それによる差別の合憲性が争われた場合は、「厳格な審査」テストまたは「厳格な合理性」の基準を適用すべきである。前者の例として人種・門地による差別、後者の例として信条・性別・社会的身分による差別が考えられる。
- b 精神的自由ないしそれに関連する権利 (生存権・選挙権など) について平等原則が争われる場合は、原則として「厳格な合理性」の基準によることとし、立法目的について「厳格な審査」テストと同じ必要不可欠な (やむにやまれぬ) 公益を要求することが妥当である。裁判所の役割に限界があり、立法裁量が認められる領域であっても、争われる権利の性質や事件の具体的状況によって司法の介入の程度も異なる。たとえば、社会福祉立法について平等原則の適用の有無が問われたとき、社会的弱者である少数者に対して主として保障される福祉受給権は、人間の尊厳にかかわる「生きる権利」そのものであるから、立法府に裁量が認められるといっても、立法目的と立法目的達成手段との間に実質的な合理的関連性が存することを求める「厳格な合理性」の基準を用いることにも充分の理由が存する。それは、生存権の具体化について立法裁量を認めることと決して矛盾する論理ではない (芦部 (憲法学Ⅲ人権各論 (1) 増補版 P27～)。同旨、戸松、野中など)。

ウ 判例

本問と同様の事案において、最高裁判所平成17年1月26日大法廷判決 (憲法判例百選 I No.6) は、「(I) 地方公務員法は、一般職の地方公務員 (以下「職員」という。) に本邦に在留する外国人 (以下「在留外国人」という。) を任命することができるかどうかについて明文の規定を置いていないが (同法19条1項参照)、普通地方公共団体が、法による制限の下で、条例、人事委員会規則等の定めるところにより職員に在留外国人を任命することを禁止するものではない。普通地方公共団体は、職

員に採用した在留外国人について、国籍を理由として、給与、勤務時間その他の勤務条件につき差別的取扱いをしてはならないものとされており（労働基準法3条、112条、地方公務員法58条3項）、地方公務員法24条6項に基づく給与に関する条例で定められる昇格（給料表の上位の職務の級への変更）等も上記の勤務条件に含まれるものというべきである。しかし、上記の定めは、普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない。

管理職への昇任は、昇格等を伴うのが通例であるから、在留外国人を職員に採用するに当たって管理職への昇任を前提としない条件の下でのみ就任を認めることとする場合には、そのように取り扱うことにつき合理的な理由が存在することが必要である。

(2) 地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下「公権力行使等地方公務員」という。）については、次のように解するのが相当である。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有するものである。それゆえ、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものというべきである。

そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができるものというべきである。そうすると、普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではないと解するのが相当である。そして、この理は、…特別永住者についても異なるものではない。」とした。

参考答案

第1 本件規則が「日本国籍を有すること」と定めることで、A県は、管理職試験において、同じ公務員の中でもXが日本国籍を保持していないことを理由に日本国籍保持者と異なる取扱をしているが、このような取扱（以下、「別異取扱」という。）は14条1項に違反するのではないか。14条1項の「法の下」の「平等」の解釈につき以下の点が問題となる。

- 1 まず、「法の下」の意義について、いかに法を平等に適用しても、その内容が不平等であっては、平等の保障が実現されないから、平等原則は立法者を拘束し、法適用の平等のみならず、法内容の平等をも要請すると解する。
- 2 そして、「平等」の意義について、個人には事実上の差異があり、形式的平等を貫くと却って不平等を招くことになるから、同条の「平等」とは、絶対的平等ではなく、合理的区別を許容する相対的平等を意味するものと解する。

第2 そうすると、本問における別異取扱は相対的平等における合理的な区別といえるか。平等原則違反の合憲性審査基準が問題となる。

思うに、14条1項後段列举事由に当たる場合あるいはそれらに準じた人格を傷つけるような区別については、合理的関連性の有無が厳格に審査されるが、それ以外の異なる取扱いの場合には、個人の人格に関係する区別でない限り、合理的関連性の有無が緩やかに審査される。

なぜなら、後段列举事由は、人間の尊厳を侵す不合理な差別事由の典型を列举したものであり、合理的関連性の有無を厳格に審査すべきだからである。

第3 これを本問についてみるに、本問で問題となっている国籍は、人が社会において占める継続的な地位を意味する「社会的身分」に当たるといえる。

しかし、重要な施策に関する決定権限を有する管理職公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかかわりを有するものである。それゆえ、国民主権の原理（1条、15条1項参照）に基づき、外国人がこの職に就任することは、憲法上保障されていないというべきである。そうすると、本問における別異取扱は、個人の人格に関係する区別とはいえない。

そこで、中間的な基準、すなわち、①目的が重要であって、②目的と手段との間に実質的な関連性がある限り、合憲となるものと解する。

第4 本問ではどうか。

- 1 まず、①A県は、いったん管理職試験に合格した者は、重要な施策に関する決定権限を有する職、及び、これに昇進するのに必要な職務経験を積むために経るべき職のいずれにも就任させることを想定した一体的な管理職の任用制度を構築している。このような管理職任用制度を構築する目的は、A県における管理職公務員全体の人事の適正な運用という点にあると考えられる。

そうだとすれば、そもそも重要な施策に関する決定権限を有する管理職公務員に就任することが、国民主権原理から憲法上保障されていない外国人を、あらかじめ管理職試験から排除することには重要な目的があるというべきである。

- 2 次に、②仮に、外国人を任用することが許されない管理職とそれが許される管理職とを区別して任用管理を行うといったことも、人事政策として考え得る選択肢の一つではある。

しかしながら、外国人についてのみに常にそのような特別の人事的配慮をしなければならないとすれば、全体としての人事の流動性を著しく損なう結果となる可能性があることは否定することができない。

そうだとすれば、A県における管理職公務員全体の人事の適正な運用という目的との関係において、あらかじめ外国人を管理職試験から排除するという手段を採ったとしても、目的と手段との間に実質的関連性を肯定することができる。

第5 よって、国籍によって受験資格を区別したとしても、14条1項に反せず、合憲である。

以 上

答案作成上のアドバイス

本問は、出題の意図でも述べたように、前掲最高裁判所平成 17 年 1 月 26 日大法廷判決をベースにしたものです。

当該判決を知らなかったとしても、「特定分野の管理職試験に合格した場合であっても、その後の昇進に伴って他の分野に従事することもある」こと、また、昇進に伴って、「重要な施策に関する決定権限を有しない管理職から、これを有する管理職に就くこともある」こと、という事実に着目し、かつ、これらの事実につき説得力のある評価がなされていれば、十分な合格答案を作成できます。このような事実の摘示及び評価がなされていれば、前掲判決と同様の結論、又は、これと異なる結論（前掲最判の原審・東京高判平 9. 11. 26 参照）のいずれを採ったとしても構いません。

参考文献

- 1 野中ほか・憲法 I P 218～, 270～
- 2 芦部・憲法 P 89～, 123～
- 3 憲法判例百選 I P 14～
- 4 平成 17 年度重要判例解説 P 13～
- 5 デバイス・ネオ憲法 P 32～, 91～

MEMO