

## 第1部 答案作成上の作法

### 第1章 違憲審査の枠組み p1~12

#### 第1節. 違憲審査の基本的な枠組み p1~2

1. 三段階審査論
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査
3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係
4. 違憲審査の基本形

#### 第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p3~9

1. 問題提起
2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか
3. 上記2の権利（利益）に対する制約
4. 違憲審査基準の定立
5. 違憲審査基準の適用

#### 第3節. 適用違憲（処分違憲） p10~11

1. 適用違憲の種類
2. 適用違憲の審査の手法
3. 三者間形式における注意点
4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事項の差異

#### 第4節. 三段階審査論以外の手法 p12

### 第2章 判例・学説を踏まえた論述 p13~14

1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する
2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる
3. 判例・学説の使い方のパターン
4. インプットのゴールを明確にする
5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える

### 第3章 出題形式ごとの答案の書き方 p15~18

#### 第1節. 三者間形式 p15~17

1. 設問1
2. 設問2

#### 第2節. 法律意見書形式 p17~18

1. 平成30年以降の出題形式
2. 答案の書き方

### 第4章 権利選択における視点 p19~22

### 第5章 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p23

### 第6章 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p24~25

### 第7章 立法目的の把握の仕方 p26~29

## 第2部 総論

### 第1章 憲法と立憲主義 p31～33

1. 国家と法 p31
2. 憲法の意味 p31
3. 憲法規範としての特質 p31～32  
自由の基礎法／制限規範／最高法規
4. 立憲主義と現代国家 p32～33  
法の支配／法の支配と法治主義の対比／立憲主義の現代的意義
5. 日本国憲法の法源 p33  
成文法源／不文法源

### 第2章 国民主権の原理 p34～37

1. 日本国憲法の基本原理 p34～35  
前文の内容／基本原理相互の関係／前文の法的性質
2. 国民主権 p35～36  
主権の意味／国民主権の意味
3. 天皇制 p36～37  
総説／天皇の権能／天皇の公的行為／皇室経費

### 第3章 平和主義 p38～39

1. 戦争の放棄 p38  
戦争の放棄の内容／自衛戦争の放棄
2. 戦力の不保持 p38～39
3. 交戦権の否認 p39

## 第3部 基本的人権

### 第1章 基本的人権の原理 p41～42

1. 人権の観念 p41
2. 人権の内容 p41～42  
自由権・参政権・社会権／制度的保障

### 第2章 人権の享有主体性 p43～81

1. 天皇・皇族 p43
2. 法人 p43～p52
3. 外国人 p52～60
4. 公務員 p60～77  
特別権力関係の理論／政治活動の自由／争議行為
5. 在監者（刑事収容施設における被収容者） p77～80
6. パターナリスティックな制約 p81  
未成年者／成年者

### 第3章 人権の私人間効力 p82～88

1. 人権の私人間効力 p82～88
2. 純然たる事実行為による人権侵害 p88

#### 第4章 包括的基本権 p89～108

1. 明文根拠のない基本権の存在（包括的基本権の保障） p89
2. 補充的適用 p89～90
3. プライバシー権 p90～105
4. 自己決定権 p105～108
5. 環境権 p108

#### 第5章 法の下での平等 p109～140

1. 平等の観念の歴史 p109
2. 平等権と平等原則 p109
3. 平等権と実体的基本権の競合 p109～110
4. 差別的取扱いの正当化審査 p110～111
5. 後段列举事由 p111～112
6. 判例 p112～139
7. 積極的差別解消措置 p139～140

#### 第6章 思想・良心の自由 p141～150

1. 保障の意義 p141
2. 「思想及び良心」の意味 p141
3. 「思想及び良心」に対する制約・介入の類型 p141～142
4. 憲法19条と憲法21条1項との関係 p142
5. 判例 p142～150

#### 第7章 信教の自由 p151～182

1. 保障の趣旨 p151
2. 「信教」の定義 p151
3. 信教の自由の保障の内容 p151～152
4. 信教の自由の保障の限界 p152～161
5. 政教分離の原則（国家と宗教の分離の原則） p162～182

#### 第8章 学問の自由 p183～187

1. 保障の趣旨 p183
2. 「学問」の意義 p183
3. 保障の内容 p183～184
4. 国家の助成制度 p184
5. 大学における学問の自由 p185
6. 大学の自治 p185～186
7. 判例 p186～187

#### 第9章 表現の自由 p188～271

##### 第1節. 総論 p188

1. 表現の自由の意義・価値
2. 表現の自由の保障の内容（＝保護領域）
3. 審査基準を定立する際の考慮要素

##### 第2節. 表現の自由と国家による援助 p189～190

第3節. 表現の自由の制約 p191～208

1. 二重の基準の理論 p191
2. 明確性の理論 p191～201  
漠然性ゆえに無効の法理／過度の広汎性ゆえに無効の法理
3. 事前抑制／事後抑制 p201～207
4. 表現内容規制／表現内容中立規制 p207～208
5. 直接的制約／間接的・付随的制約 p208

第4節. 表現の自由の種類 p209～259

1. 知る自由・知る権利 p209～219
2. 筆記行為の自由 p219～222
3. アクセス権 p222～225
4. 報道の自由・取材の自由 p225～234
5. 放送の自由 p234～235
6. 政治的表現の自由 p235～237
7. 低価値表現（無価値表現） p237～253
  - (1) せん動 p237～239
  - (2) わいせつ表現 p239～244
  - (3) 名誉毀損表現 p244～249
  - (4) プライバシー侵害 p249
  - (5) ヘイト・スピーチ（差別的増悪言論） p249～250
  - (6) 営利的言論 p250～252
  - (7) 象徴的言論 p252
  - (8) 虚偽表現 p252～253
8. インターネット異性紹介事業 p253～255
9. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p255～258
10. 消極的表現の自由 p258～259

第5節. 集会の自由・集団行動の自由・結社の自由・通信の自由 p260～271

1. 集会の自由 p260～265
2. 集団行動の自由 p265～369
3. 結社の自由 p269～270
4. 通信の秘密 p270～271

第10章 経済的自由 p272～310

第1節. 職業の自由 p272～292

1. 保障の範囲 p272
2. 規制 p272～292  
規制の根拠／規制の種類／規制の目的／違憲審査基準／判例

第2節. 居住・移転の自由 p293～297

1. 居住・移転の自由 p293～297
2. 国籍離脱の自由 p297

第3節. 財産権 p298～310

1. 憲法29条1項・2項 p298～307
2. 損失補償 p307～310

## 第11章 人身の自由と手続的権利 p311～318

1. 奴隷的拘束・苦役からの自由 p311
2. 適正手続 311～312
3. 被疑者の権利 p312～313
4. 被告人の権利 p314～318

## 第12章 国務請求権 p319～323

1. 請願権 p319～320
2. 裁判を受ける権利 p320
3. 国家賠償及び刑事補償請求権 p321～323

## 第13章 参政権 p324～357

1. 権利としての側面と公務としての側面 p324
2. 選挙権の内容に関する基本原則 p324
3. 選挙権又はその行使を制限する法令 p324～333
4. 公職選挙に立候補する自由 p333
5. 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量 p333～339
6. 選挙運動の制限 p339～342
7. 議員定数不均衡 p343～356
8. 政見放送の削除 p356～357

## 第14章 社会権 p358～384

### 第1節. 生存権 p358～374

1. 生存権の法的性格 p358
2. 憲法25条1項と2項の関係 p359
3. 生存権の問題類型 p359～374

### 第2節. 教育を受ける権利 p375～383

1. 権利の主体 p375
2. 3つの側面 p375
3. 教育内容決定権の所在 p375～382
4. 義務教育の無償 p382～383

### 第3節. 労働基本権 p384

労働基本三権とは／労働基本三権の内容／労働基本三権の性格／労働基本三権の制限／消極的団結権

## 第4部 統治

### 第1章 権力分立 p385～386

1. 伝統的意味 p385
2. 現代的変容 p385  
行政国家現象による変容／政党国家現象による変容／司法国家現象による変容
3. 政党 p385～386  
定義／憲法との関係／日本における政党と国家の関係／政党の地位・根拠・性格

### 第2章 国会 p387～404

#### 第1節. 国会の地位 p387～393

1. 国民の代表機関 p387～388
2. 自由委任と党議拘束 p388
3. 国権の最高機関 p389
4. 唯一の立法機関 p389～393

「立法」の意味／「唯一」の意味

#### 第2節. 国会の組織と活動 p393～396

1. 二院制 p393
  2. 選挙制度 p393～394
  3. 国会議員の地位 p394～396
- 不逮捕特権／免責特権

#### 第3節. 国会の活動 p396～405

1. 会期 p396～397  
会期制／会期独立の原則／活動の開始／休会／閉会
2. 衆議院の解散 p397
3. 参議院の緊急集会 p397
4. 会議の原則 p397～398  
定足数／表決数／一時不再議／会議の公開
5. 国会の権能 p398～401
6. 議院の権能 p401～404  
議院自律権／国政調査権

### 第3章 内閣 p405～410

1. 行政権と内閣 p405～406  
行政権の概念／独立行政委員会
2. 内閣の組織と権能 p407～408  
内閣の組織／文民／内閣総理大臣／内閣の責任と権能／総辞職
3. 議院内閣制 p409～410  
議院内閣制の本質／日本国憲法における議院内閣制／衆議院の解散

### 第4章 裁判所 p411～433

1. 司法権の意味と範囲 p411～426
  - (1) 司法権の概念 p411
  - (2) 司法権の範囲 p411
  - (3) 法律上の争訟 p411～412  
具体的事件性がない／単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争等／宗教問題
  - (4) 司法権の限界 p412～426  
自律権に属する行為／自由裁量行為／統治行為／団体の内部事項に関する行為
2. 裁判所の組織と権能 p426～433  
裁判所の組織／特別裁判所の禁止／下級裁判所の裁判官／最高裁判所の構成と権能／最高裁判所裁判官の国民審査／最高裁判所規則制定権／裁判の公開／陪審制／裁判員裁判
3. 司法権の独立 p433

### 第5章 財政 p434～439

1. 財政民主主義 p434
2. 租税法律主義 p434～437

3. 予算 p437～438  
法的性格／予算の修正／暫定予算
4. 決算審査 p438
5. 公金支出の禁止 p438～439

## 第6章 地方自治 p440～449

1. 総説 p440
2. 地方自治の本旨 p440
3. 地方公共団体の機関 p440
4. 条例 p440～449
5. 地方自治特別法 p449

## 第7章 憲法の保障 p450～463

1. 憲法保障の諸類型 p450  
抵抗権／国家緊急権
2. 違憲審査制 p450～460  
違憲審査権の根拠／違憲審査権の性格／付随的違憲審査制の特質／違憲審査の主体と対象／違憲主張の適格／違憲判断の方法と判決
3. 憲法改正 p460～462  
硬性憲法／改正手続／憲法改正の限界
4. 憲法の変遷 p462～463



## 第1部 答案作成上の作法

### 第1章 違憲審査の枠組み

#### 第1節 違憲審査の基本的な枠組み

以下では、法令の違憲審査の基本的な枠組みについて取り上げる。

A

##### 1. 三段階審査論

違憲審査の手法の代表的なものとしては、三段階審査がある。三段階審査は、  
防衛権又は防衛権的に構成できる権利に対する制約の正当化審査に際して用い  
られるものである。三段階審査では、以下の手順により違憲審査が行われる。

憲法 I 82 頁

憲法 I 60 頁

①問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか

➡基本権によって保護された行為・状態の領域を画定する段階（基本権の保  
護領域）

②①に対する制約があるか

➡基本権の保護領域に介入し基本権を制限する国家行為を確認する段階（基  
本権制限）

③制約の正当化

➡憲法的正当化の観点、形式的観点・実質的観点に分類される<sup>1)</sup>

違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査は、③制約の正当化の観点  
のうち、実質的観点到属する

##### 2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

全ての事案類型に妥当する枠組みではないが、「表現の自由」をはじめとす  
る一部の人権に妥当する違憲審査の基本的な枠組みであると考えられている。

- ・権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめると  
いう基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。（平成3  
0年司法試験・採点実感）
- ・本問で問題となっている自由ないし権利について、「表現の自由」として  
憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、違憲  
審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概  
ね示されていた…。（令和1年司法試験・採点実感）

##### 3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係

判例は、多くの場合、違憲審査の手法として、「一定の利益を確保しようとす  
る目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、

<sup>1)</sup> 形式的観点は、以下の通り（作法 47～63 頁、憲法 I 69～73 頁）。

⑦法律の留保原則（憲法上の権利に対する制限は、国民代表である国会の定めた法律に根拠がなければなら  
ない。法律に基づかない基本権制限は、実質的要件を考慮するまでもなく直ちに違憲となる。）

⑧委任立法の限界（憲法は、法律を施行する場合と法律の委任がある場合に限り内閣に政令制定権を与  
えている（憲法 76 条 6 号参照）から、法律による委任の範囲を逸脱した命令は違法であり、そのよう  
な命令に基づく基本権の制限は直ちに違憲となる。）

⑨条例と法律の関係（憲法 94 条）

⑩憲法の法律留保事項（明文で「法律」という形式を指示している憲法 29 条 2 項・31 条・84 条は、行  
政権による専断的・恣意的な制限・刑罰・課税を排除することを趣旨とする。そのため、同条でいう「法  
律」には自主条例も含まれると解される。）

⑪規範の明確性（明確性の原則・過度の広汎性の原則）

⑫検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）

これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量する」という「利益較量」論を採用しており、「違憲審査基準」そのものは採用していないと理解されている。

最高裁は、違憲審査基準っぽい基準を定立することもあるが、それは大きな判断枠組みである「利益較量」論による判断の指標として言及されているものにすぎないと理解されている。<sup>2)</sup>

もっとも、司法試験委員会は、「保障⇒制約⇒違憲審査基準の設定⇒当てはめ」を違憲審査の基本的な枠組みであると理解している。

そこで、学説が違憲審査基準を採用している領域では、利益較量論に立っている判例を「違憲審査基準の定立・適用」という枠組みに引き直して理解・使用することになる。

#### 4. 違憲審査の基本形

作法 14 頁以下、憲法 I 60 頁以下

##### (1) 憲法上の保障

- ・問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか。

##### (2) 制約

- ・国家の干渉（国家の介入行為）が（1）の権利に対する制約といえるほど強いものか。

##### (3) 制約の正当化

###### ア. 形式的観点

- ・明確性の原則・過度の広汎性の原則といった形式的観点は、実質的観点に先立って検討する。
- ・形式的観点から違憲との結論に達した場合でも、実質的観点についても検討する。

令和 1 年司法試験・採点実感

###### イ. 実質的観点

- ・違憲審査基準の厳格度は、①権利の性質と②制約の態様を基本的な考慮要素としつつ、場合によっては③立法裁量を尊重すべき例外的事情の有無も考慮することにより判断される。違憲審査基準の厳格度と立法裁量を尊重すべき要請とは逆相関の関係にあり、違憲審査基準の厳格度は①～③により立法裁量を尊重すべき要請の有無・程度を明らかにすることにより決せられる。<sup>3)</sup>
- ・厳格審査・中間審査の基準における手段審査については、適合性・必要性の 2 要件で理解し、相当性（狭義の比例性）を独立の要件としない見解もある。試験対策としては、(i)原則として適合性・必要性だけで審査し、相当性としてでなければ評価することができない事情がある事案に限って相当性まで審査する、(ii)相当性まで審査する場合であっても、適合性⇒必要性⇒相当性という流れで審査する、と理解するべきである。

作法 73～76 頁、論点教室 6 頁

憲法 I 77～78 頁

2) “近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。”（堀越事件・最判 H24.12.7・百 I 14：千葉勝美裁判官の補足意見）

3) 作法 73～76 頁は、職業規制の違憲審査基準を定立する際の考慮要素についても、上記①～③の枠組みで理解している。

## 第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

A

### 1. 問題提起

平成30年・令和1年司法試験における新しい出題形式（法律意見書形式）では、設問において、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、本法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確」にするようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利（生の権利）、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

②を抽出する際には、制約から考える。

### 2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか

#### (1) 条文の文言、人権の定義、当該条文の保障内容に形式的に該当するか

- ・形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示したうえで、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

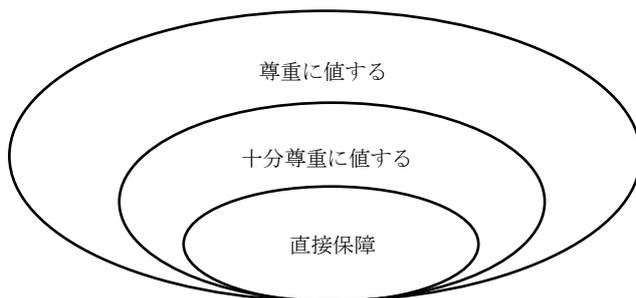
#### (2) 保障の程度

憲法上保障される権利（利益）は、①憲法□□条により直接保障されるもの、②憲法□□条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値するもの、③憲法□□条の趣旨（精神）に照らし尊重に値するものに大別される。<sup>1)</sup>

保障の程度は、「①>②>③」となる。

①につき、保障の中核に属する権利（利益）と保障の外延（周辺）に属する権利（利益）という分類も観念し得る。

(2)は「4. 違憲審査基準の定立」に影響するものである。



### 3. 上記2の権利（利益）に対する制約

人権によっては、間接的・付随的制約（あるいは、事実上の制約）であっても、正当化が要求される憲法上の権利（利益）に対する「制約」が肯定される。

<sup>1)</sup> ②の例としては、「婚姻の自由」（女子再婚禁止期間事件・最大判 H27.12.16・百 I 28）、「取材の自由」（博多駅事件・最大決 S44.11.26・百 I 78）、③の例としては、「筆記行為の自由」（レベタ事件・最大判 H元.3.8・百 I 77）が挙げられる。そして、③に関するレベタ事件大法廷判決は、「筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではない」としている。

#### 4. 違憲審査基準の定立

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるといふ基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。(平成30年司法試験・採点実感)
- ・ 違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。(令和1年司法試験・採点実感)

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質(重要性が中心)や制約の態様(強度が中心)を考慮して決定される。

法令違憲審査であれば、これらの要素を考慮することにより、違憲審査基準の厳格度と逆の相関の関係に立つ立法裁量を尊重すべき要請の程度を明らかにすることを通じて、違憲審査基準の厳格度を決するのである。

その際、判例・学説を無視して適当に権利の性質や制約の態様の足し算(掛け算)をするのではなく、判例・学説を踏まえて権利の性質や制約の態様を考慮する必要がある。

##### (1) 権利の性質

権利の重要性が中心的な考慮要素となるが、これに限られない。

例えば、思想良心の自由(憲法19条)や信教の自由(憲法20条)、学問の自由(憲法23条)では、保障の趣旨(沿革等)にも言及するのが望ましい。

##### (2) 制約の態様

⑦制約の態様では、具体的な規制の態様には言及しないで、事前/事後規制、直接的/間接的付随的制約、表現内容/表現内容中立規制といった判例・学説により類型化された規制態様を考慮することと定める。<sup>2)</sup>

➡具体的な規制態様(例えば、禁止範囲の広さ、罰則による禁止など)は、主として、手段必要性の審査の段階で取り上げる。<sup>3)</sup>

⑧規制の必要性(あるいは反対利益の重要性)を理由として違憲審査基準の厳格度を下げるといふ論法を、安易に採用するべきではない。<sup>4)</sup>

➡仮にこれらも考慮するのであれば、人権の性質や制約の態様に絡めて考慮すべきである。

##### (注) 違憲審査基準の厳格度に関する原則論・判例学説の相場を守る

➡判例・学説上、人権・事案類型ごとに原則的な違憲審査基準の厳格度とその上限が決まっている。

例えば、表現内容規制には原則として厳格審査基準が適用されるから、

論点教室 155~156 頁

平成30年司法試験・採点実感

平成20年司法試験・採点実感・ヒ

アリング

2) “審査の厳格度の決定は、…最終的な合憲性の判断に至るまでの議論を客観化するための途中時点での「ふるい」の設定といえるので、その決定の際に挙げる考慮要素は、当該事案を念頭に置きながらも、一般的、典型的なものにとどめておかなければならない。薬事法判決にならうならば、当該法律の立法事実を踏み込む目的の検討や他の規制手段との比較は当てはめに回すべきことになるだろう。”(論点教室 155~156 頁)

“合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる。”(令和1年司法試験・採点実感)

3) “罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる。”(令和2年司法試験・採点実感)

4) “立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。”(平成30年司法試験・採点実感)

事案特性を踏まえて中間審査基準以下まで下げる場合には、まずは表現内容規制には厳格審査基準が適用されることをその根拠とともに明示したうえで、その根拠の全部又は一部が妥当しないことなどを理由として中間審査基準以下まで下げることができないのかを論じることになる。また、職業規制で厳格審査基準を用いることなど、違憲審査基準の厳格度の上限（相場）から逸脱することのないよう注意する。

## 5. 違憲審査基準の適用

- ・極めて厳格な違憲審査基準を立てながら、本事例を無理に当てはめて合憲の結論を導いている答案が見られたが、十分な論拠を挙げて論じられていないため、論理性や一貫性を欠いて説得力に乏しい答案と感じられた。（平成30年司法試験・採点実感）
- ・厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまえば、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。（令和1年司法試験・採点実感）

違憲審査基準を正しく適用するためには、厳格度が異なる違憲審査基準ごとに目的・手段審査の内容を正確に理解する必要がある。

### (1) 厳格審査の基準

厳格審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的を達成するために必要最小限度のものでなければ、違憲である。

#### ア. 目的<sup>5)</sup>

①必要不可欠な利益は、他の基本的人権のレベルの利益であると考えることが可能である。もっとも、必ずしも他者の人権である必要はない。例えば、判例によれば、選挙の公正を確保することも含まれる。

➡厳格審査の基準・中間審査の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。

(例1) 目的審査では、例えば、ある法令が、「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」が公開されることにより「子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪が誘引されるおそれがある」という想定に立ち、他者のプライバシー保護を規制目的として「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」の公開を禁止している場合、「他人の家の様子など生活ぶり」に関するプライバシーの保護という規制目的の必要不可欠性や重要性は、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害される⇒子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがある」という因果関係により基礎づけられている。そのため、上記因果関係について立法事実による支持が必要とされ、仮に立法事実による支持がない場合、規制目的の必要不可欠性や重要性を評価する際には、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害されても、子どもの誘拐

論点教室 15～16 頁

在外日本人選挙権制限規定違憲訴

訟・最大判 H17.9.14・百II147

渋谷演習 17～18 頁、高橋体系 110

頁

平成 23 年司法試験

<sup>5)</sup> 目的手段審査でいう「目的」は、立法目的と表現されることが多いが、これは法令全体の目的ではなく、規制目的を意味している。

## 第10章 経済的自由

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）、居住・移転の自由（憲法 22 条 2 項）、財産権（憲法 29 条）を総称して、経済的自由と呼ぶ。これらの権利は、封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利であり、市民革命当初は、不可侵の人権として厚く保護された。現代において、経済的自由はむしろ社会的に拘束負ったものとして、法律による規制を広汎に受ける人権と理解されている。

芦部 233 頁

### 第1節. 職業の自由

A

#### 1. 保障の範囲

A

##### (1) 「職業」

「職業」は、人が社会において、通常は「自己の生計を維持するためにする」、「継続的活動」を意味する。

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
92、憲法 I 324 頁、赤坂 137 頁

そして、「職業」は、「分業社会」における「社会的機能分担の活動たる性質」を有し、また、通常は「自己の…個性を全うすべき場として、個人の人格的価値」との不可分関連性を有する。

このように、「職業」には、自己の生計維持手段としての継続的活動、分業社会における社会的機能分担、個人の人格的価値との不可分関連性という意義・性質がある。

精読 470 頁

##### (2) 「選択」

狭義における「職業選択の自由」には、選択した職業を開始する自由のみならず、職業を継続・廃止する自由も含まれる。

薬事法事件、佐藤 301 頁、憲法 I  
324 頁

職業の開始のみを保障し、その変更・終了を保障しないのでは「職業選択の自由」を保障した意味が失われるからである。

渋谷 289~290 頁

##### (3) 職業遂行の自由

選択した職業を遂行する自由が保障されないのでは狭義の「職業選択の自由」を保障した意味が失われかねないから、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして、憲法 22 条 1 項により保障されると解する。<sup>1)</sup>

渋谷 289~290 頁

薬事法事件大法廷判決も、前記 (1) で述べた「職業」の性格と意義からすれば、職業活動の内容・態様が自由であることも要請されるとの理由から、職業遂行の自由の保障が「職業選択の自由」の保障に内包されると解している。

最大判 S47.11.22・百 I 91

#### 2. 規制

A

##### (1) 規制の根拠（必要性）

「職業は、…その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、…精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たもの」である。すなわち、「職業は、

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
92、芦部 233~234 頁

<sup>1)</sup> 「営業」の概念については、①職業遂行行為のことだと定義する職業遂行説、②職業遂行行為のうち、営利事業の遂行行為であるとする営利事業遂行説、③自己が主体となって営む営利事業であるとする営利事業説がある。②・③の見解からは、営業の自由は「営利事業の遂行方法」の自由であると定義され、職業遂行の自由の一部に位置づけられる（赤坂 138~141 頁）。これに対し、多数説である①からは、営業の自由とは「自己の選択した職業を遂行する自由」と定義されることになる（赤坂 138 頁、芦部 224 頁）。なお、営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むから、憲法 29 条とも密接にかかわる（芦部 224 頁）。

…その性質上、社会的相互関連性が大きい」ものであるから、これを無制限に許すと「社会生活における安全の保障や秩序の維持等」が脅かされるおそれ大きいとともに、社会国家の理念を実現するために「国民経済の円満な発展や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」規制を加える必要性も高いのであって、憲法 22 条 1 項による「公共の福祉に反しない限り」という留保は、そのことを強調する趣旨によるものである。

## (2) 規制の種類

①届出制 (ex.理容業等)、②許可制 (ex.風俗営業、飲食業、貸金業等)、③資格制 (ex.医師、薬剤師、弁護士等)、④特許制 (ex.電気、ガス、バス等の公益事業)、⑤国家独占 (ex.(旧)郵便事業、旧たばこ専売制等)がある。

芦部 234 頁

## (3) 規制の目的

消極目的規制とは、主として国民の生命及び健康に対する危険を防止し若しくは除去ないし緩和するために課せられる規制であり、通常、警察的規制と呼ばれてきたものである。この消極的・警察的目的のための規制は、警察比例の原則(=規制措置は社会公共に対する障害の大きさに比例したもので、規制の目的を達成するために必要な最小限度にとどまらなくてはならないという原則)にも届くものでなければならない。各種の営業許可制は、おおむね消極目的規制に属する。

芦部 234~235 頁

規制目的は左の 2 つに限られない。

積極目的規制とは、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、特に社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会・経済政策の一環としてとられる規制である。

## (4) 違憲審査基準

小売市場事件判決は、積極目的に基づく小売市場間の距離制限について明白の原則を採用し、薬事法事件判決は、消極目的に基づく薬局等の適正配置規制について厳格な合理性の基準を採用した。この 2 つの判決の関係を整合的に説明する理論として、従来の学説は、積極目的規制については明白の原則が採用し、消極目的規制については厳格な合理性の基準を採用するのが判例法理であるとする規制目的二分論に立っていた。

憲法 I 331~332 頁、最大判 S47.11.22・百 I 91、最大判 S50.4.30・百 I 92

しかし、規制目的二分論には、(i) 職業規制の中には積極目的と消極目的的かを区別することが困難なものもある(前掲公衆浴場法事件判決等)、(ii) 積極目的と消極目的の他にも職業の自由を規制する正当な目的が考えられる(酒類販売免許制事件判決における「国家の財政目的」等)といった批判がある。

憲法 I 332~333 頁

最判 H4.12.15・百 I 94

そこで、現在では、職業規制に関する判例の違憲審査の手法について、規制目的二分論で理解するのではなく、「職業の自由の制限態様、制限の重大性、制限目的の具体的検討を通じて、立法裁量の範囲と目的・手段審査の審査密度を決定しているのが、判例法理の真の姿だ」と考えられている。

憲法 I 334 頁

すなわち、職業の自由は、その性質上、社会的相互関連性が強いため、精神的自由と比較して公権力による規制の要請が強く働くから、その分だけ職業を規制する立法の違憲審査において、裁判所が立法裁量を尊重すべき要請が強く働くことになる。憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものである。

もっとも、職業規制に関する立法裁量にも限界があるし、この立法裁量の

論点教室 154 頁

広狭は、規制の態様と規制の目的といった事の性質により異なる。

まず、事の性質の1つ目として、規制の態様から考慮することになる。ここでは、例えば、職業規制が狭義の職業選択の自由まで制約するものであるなど、職業の自由に対する強力な制限である場合には、その分だけ立法裁量が縮小するから、そのことが違憲審査基準の厳格度を高める方向で評価されることになる。反対に、職業規制が職業遂行の自由に対する制約にとどまるものであるなど、職業の自由に対する強力な制約とはいえない場合には、その分だけ立法裁量が広がるから、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価される。

次に、事の性質の2つ目として、規制の目的が考慮される。規制の目的から、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性の高低を明らかにすることにより、裁判所としては立法府による政策的判断や専門技術的判断をどれだけ尊重する必要があるのかを判断するのである。つまり、裁判所は、立法府による政策的判断や専門技術的判断の当否について判断すべき十分な資料や判断基準を持たないのだから、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされる規制については、立法事実を踏み込んだ判断をすることが困難となる（つまり、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が低くなる）ため、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価されるのであり、立法府による政策的判断や専門技術的判断がどれくらい要求されるのかを決するのが規制の目的なのである。<sup>2)</sup> 例えば、積極目的や財政目的に基づく規制については、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされるため、原則として、厳格な違憲審査基準を採用することができない。<sup>3)</sup> 反対に、消極目的に基づく規制など、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、規制の強度によっては、厳格な合理性の基準を採用することができる。

〔論点1〕職業規制に関する違憲審査基準についての判例理論

職業規制の違憲審査基準の厳格度については、積極目的規制については緩やかに審査し、消極目的規制については厳格に審査するとの規制目的二分論もある。

しかし、職業規制のなかには積極目的と消極目的の区別が困難であるものもあるし、これら以外の目的に基づくものもあるから、規制目的二分論は妥当でない。

そして、職業規制に関する違憲審査基準の厳格度は当該規制についての立法府の裁量の広狭により決せられるべきものであるところ、職業規制についての立法府の裁量の広狭は規制の目的だけでなく規制の態様によっても変わり得るものである。

そこで、職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。

論点教室 154 頁、憲法判例の射程

136 頁

憲法判例の射程 136 頁

A

最大判 S50.4.30・百192

<sup>2)</sup> 規制目的は、裁判所による規制を支える立法事実の確実な把握の可能性を判定するために考慮されるものである（酒類販売免許制事件・最判 H4.12.15・百199・園部逸夫裁判官の補足意見）

<sup>3)</sup> 積極目的であるからといって審査基準を極端に緩和すべきではなく、強力な制限については立法事実を踏まえた相応に厳しい審査が求められるとする見解もあり得る（令和2年司法試験・出題の趣旨）。

[論点 2] 上記の判例理論の適用

A

1. 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制

(1) 例えば、形式的にも実質的にも狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるから、その分だけ、立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

しかも、規制の目的が消極目的であるなど、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、その意味でも立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

そこで、このような規制には、厳格な合理性の基準を採用すべきである。

(2) 薬事法事件大法廷判決では、薬局開設に関する適正配置規制が単なる開業場所の制限にとどまらず薬局開設そのものの断念につながるおそれがあるとして、実質的には狭義の職業選択の自由に対する制約に当たると解されているため、形式的には職業遂行の自由を制約するにとどまる規制も、実質的にみて狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることがある。この場合、当該規制については、職業の自由に対する強力な制約と評価されることになるため、その分だけ立法裁量を尊重する要請が弱くなるから、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が弱いといえるのであれば、厳格な合理性の基準を採用することができる。

最大判 S50.4.30・百 1 92

(3) 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制であっても、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、酒類販売免許制事件判決のように、緩やかな審査基準が妥当する。

最判 H4.12.15・百 1 94

2. 職業遂行の自由を制約するにとどまる規制

(1) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるとはいえないのが通常であるから、仮に規制の目的に照らすと立法裁量を尊重する要請が強くないという場合であっても、原則として、厳格な合理性の基準を採用することはできない。

(2) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制であり、なお且つ、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、小売市場大法廷判決が採用した明白の原則を採用することになる。

(5) 判例

以下では、職業規制に関する判例を取り上げる。

[判例 1] 公衆浴場事件 (1)

C

事案：公衆浴場業の許可制を定める公衆浴場法 2 条の委任条例である福岡県条例 3 条では、公衆浴場の適正配置の基準として、「公衆浴場の設置の場所の配置の基準は、既に許可を受けた公衆浴場から市部にあつては 250 米以上、郡部にあつては 300 米以上の距離とする」と定めていた。

最大判 S30.1.26・百 1 89

判旨：①「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日

常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法 22 条に違反するものとは認められない。」

②「右条例は、公衆浴場法 2 条 3 項に基き、同条 2 項で定めている公衆浴場の経営の許可を与えない場合についての基準を具体的に定めたものであつて、右条例 3 条、4 条がそれであり、同 5 条は右 3 条、4 条の基準によらないで許可を与えることができる旨の緩和規定を設けたものである。即ち右条例は、法律が例外として不許可とする場合の細則を具体的に定めたもので、法律が許可を原則としている建前を、不許可を原則とする建前に変更したのではなく、従つて右条例には、所論のような法律の範囲を逸脱した違法は認められない。それ故所論は採用できない。」

解説：ここでは、適正配置規制が消極目的であると認定されている。しかし、消極目的規制であると捉えると、距離制限の合理性を裏付ける立法事実の存在の論証は極めて困難である。

芦部 228 頁

### [判例 2] 公衆浴場事件 (2)

C

事案：公衆浴場法 2 条 2 項による公衆浴場の適正配置規制及び同条 3 項に基づく大阪府公衆浴場法施行条例 2 条の距離制限の憲法 22 条 1 項違反が問題となった。

最判 H 元.1.20

判旨：「衆浴場法に公衆浴場の適正配置規制の規定が追加されたのは昭和 25 年法律第 187 号の同法改正法によるのであるが、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に応えるため、その維持、確保を図る必要のあることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ…、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらないことは、多言を要しない。」

解説：本判決は、適正配置規制を積極目的規制であると認定した上で明白の原則を適用した。

芦部 236 頁

### [判例 3] 公衆浴場事件 (3)

C

事案：公衆浴場法 2 条 2 項に基づく適正配置規制の憲法 22 条 1 項違反が問

最判 H 元.3.7

題となった。

判旨：「公衆浴場法…2条2項の規定が憲法22条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところである…。おもうに、法2条2項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとするのも、その目的としているものと解されるのであり、前記適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられるので、前記大法廷判例に従い法2条2項及び大阪府公衆浴場法施行条例2条の規定は憲法22条1項に違反しないと解すべきである。」

解説：本判決は、消極目的・積極目的とを併有することを理由に、合理性の基準により合憲としている。<sup>4)</sup>

芦部 238 頁

#### 〔判例 4〕医療類似行為事件

C

事案：あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整体師法（以下「あん摩師等法」）は、医師やあん摩師等の免許を受けたものを除き、医療類似行為を業とすることを罰則をもって禁止していた。

最大判 S35.1.27・百 I [5 版] 99

判旨：「憲法22条は、何人も、公共の福祉に反しない限り、職業選択の自由を有することを保障している。されば、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法12条が何人も同法1条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同14条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたが故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律12条、14条は憲法22条に反するものではない。」

#### 〔判例 5〕無許可の古物営業事件

C

事案：古物営業法が古物営業につき許可営業主義を採用し、無許可営業につき罰則を設けていることについて、憲法22条1項違反が問題となった。

最大判 S28.3.18

判旨：「憲法22条は国民の権利として「職業選択の自由」を保障しているが、その自由を無制限に享有させているのではなく「公共の福祉」の要請がある限りそれは制限されうることをも認めているのである。従つて古物営業法が許可制限をとり、無許可営業を処罰することが「公共の福祉」を維持するために必要であるならば、その制限は何等憲法に違反す

<sup>4)</sup> 芦部 226 頁は「合理性の基準」を「厳格な合理性の基準」と「明白の原則」に分類しており、228 頁でいう「合理性の基準」がいずれの基準を意味しているのかは定かではない。百 I [5 版] 98 解説では、「規制は「必要かつ合理的」であるとして、明白性の原則にはとくに言及されていない。」とされている。

るものではないのである。

…古物営業については、旧古物商取締法時代から許可営業主義をとり、各人の自由に放任する主義を採用しなかつたのであるが、それは贓物の相当数が古物商に流される現実の事態に鑑み、その流れを阻止し、又はその発見に努め、被害者の保護を計ると共に犯罪の予防、鎮圧乃至検挙を容易にするために必要であり、右は国民生活の安寧を図り、いわゆる「公共の福祉」を維持する所以であるからである。古物営業法は旧法を廃止し新たに立法されたもので幾多の点において新たな規定を設けているが、許可主義をとつた点においては終始一貫しておるのである。けだし許可主義をとることが前記の如く公共の福祉の維持に必要なから新法もまた旧法の主義を踏襲したのである。ただ旧法においては古物商の免許については何ら基準を設けず、すべて行政庁の自由裁量に委ねられていたのであるが、新法において第 4 条において許可の基準を設け、その許可不許可が行政庁の独断恣意によつてなされることのないようにし、特に同条 2 項において不許可のときは公安委員会は理由を附した書面をもつて申請者に通知しなければならないと規定し、申請者がこれに不服あるときは第 26 条によつて訴を提起することができるように配慮しているのである。

以上を要するに、古物営業法が許可制度をとり、無許可営業を処罰することは「公共の福祉」を維持するための必要な制限であるといわねばならないから、何等、憲法 22 条に違反するものではなく従つて論旨は理由がない。」

#### [判例 6] 白タク営業事件

事案：道路交通法は、自家用自動車をも有償で運送の用に供する「白タク」を免許制に服せしめており（同法 101 条 1 項）、同条項違反の有償運送行為に対しては、当該自家用自動車の使用の制限・禁止という行政処分（同法 102 条 1 項 3 号）、3 万円以下の罰金（同法 130 条 1 号）が定められている。

判旨：「憲法 22 条 1 項にいわゆる職業選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由の制限されることは、同条項の明示するところである。道路運送法は道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして同法が自動車運送事業の経営を各人の自由になしうるところとしないで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することにしては、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、同法の目的とするところに副うものと認められる。ところで、自家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性の多いものであるから、これを放任するときは無免許営業に対する取締の実効を期し難く、免許制度は崩れ去るおそれがある。それ故に同法 101 条 1 項が自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのもまた公共の福祉の確保のために必要な制限と解される。されば同条項は憲法 22 条 1 項に違反するものでなく、これを合憲と解した原判決は相当であつて、論旨は理由がない。」

解説：「本判決自身は、弊害除去が道路運送法の立法目的だと考えていた節

B

最大判 S38.12.4・百 190

百 190 解説 3 (安念潤司)

がある。…しかし、同法および関係政省令が定める免許基準、事業計画の記載項目、運転者の資格要件には、上記の弊害を防止しようとして意図しているかのようなものは見出しがたい。では、道路運送法の免許制が積極的目的の規制に当たる、と考えることはできるであろうか。免許制によって直接保護されるのがタクシー事業者であることはいうまでもないが、…大手4社…が一貫して大きなシェアを占めてきたし、そのほかに中堅規模の企業も少なくなく、免許制が中小・零細事業者を保護していると言い難い。では、免許制は運転者を保護する目的を有するのであるか。しかし、…タクシー運転手は…戦前には比較的に稼ぎの良い職業であり、本件当時は誰も彼もが貧しかったから」、その「ような考え方が道路法制定時の背景にあったとは考えにくい。実際、本件当時の同法には、運転者の労働条件を向上させようとする条項は見当たらない。最後に、…本件当時、…タクシーを利用することは小金持ちのちょっとした贅沢に属することであった」ことから、「エンドユーザー」である「乗客」を「経済的劣位に立つ者」と捉えて保護する目的と捉えることも難しい。そうすると、「タクシー事業の免許制は、消極目的の規制だとすれば、規制手段が規制目的に照応しておらず、積極的目的の規制と見るには、保護すべき「経済的劣位に立つ者」が見出し難いので、上記の二分法による限り、いずれにせよ合憲性を説明するのは困難であると思われる。」

**【判例 7】 小売市場事件**

事案：小売商業調整特別措置法3条1項所定の小売市場の許可基準のうち、過当防止競争のための制限として、大阪府では、700mの小売市場間の距離制限が設けられていた。

要点：本判決は、①積極目的規制の憲法適合性について、(i)「憲法は、…福祉国家的理想のもとに、…経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策としての…積極的な社会経済政策の実施を予定している」から、職業に対する積極目的規制は「必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、憲法の禁ずるところではない」と述べた上で、(ii)「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねる」ほかないとの理由から、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り」違憲となると述べ、明白性の原則を採用している。

②当てはめでは、(i)規制目的が「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護する」ことにあること、(ii)規制対象が「その所定形態の小売市場のみ…であつて、…過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。」ことを理由に、小売市場の許可規制を合憲と判断している。

判旨：①「右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもと

B

最大判 S47.11.22・百191

に、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあつては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるといふべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、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。」

②「これを本件についてみると、本法は、立法当時における中小企業保護政策の一環として成立したものであり、本法所定の小売市場を許可規制の対象としているのは、小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み、本法1条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によつて招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでない

ことが明らかである。しかも、本法は、その所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎないのであつて、小売市場内の店舗のなかに政令で指定する野菜、生鮮魚介類を販売する店舗が含まれない場合とか、所定の小売市場の形態をとらないで右政令指定物品を販売する店舗の貸与等をする場合には、これを本法の規制対象から除外するなど、過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。そうすると、本法3条1項、同法施行令1条、2条所定の小売市場の許可規制が憲法22条1項に違反するものとすることができないことは明らかであつて、結局、これと同趣旨に出た原判決は相当であり、論旨は理由がない。」

**[判例 8] 薬事法事件**

事案：改正薬事法では、医薬品の一般販売業の許可条件として、薬局等の設置場所が配置上適正であることも加わり、適正配置の具体的基準については各都道府県条例に委任されており、広島県の条例では、適正配置基準として既存の薬局との間に最短距離で概ね100mと定められていた。本事件では、薬局開設の距離制限を規定する薬事法6条2項及び県条例が憲法22条1項に違反するかどうか主たる争点となった。

要点：①消極目的に基づく職業の許可制の憲法適合性については、厳格な合理性の基準（中間審査の基準）により審査する（[論点1]）。

②医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したこと自体は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るためという公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的な措置として、合憲である。

③許可条件に関する基準のうち、「薬局の構造設備」・「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」・「許可申請者の人的欠格事由」についての許可条件は、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であるから、比較的容易にその必要性和合理性を肯定できる。

④「適正配置規制」は、不良医薬品の供給の防止の目的に直結する直接の関連性を有しないから、その必要性和合理性について、別途検討する必要がある。

適正配置規制は、主として不良医薬品の供給による国民の生命・健康に対する危険を防止することを内容とする消極目的に基づく規制であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止は不良医薬品の供給を防止する手段にすぎない。したがって、適正配置規制は、重要な公共の利益のための規制といえる。

しかし、適正配置規制は、設置場所の制限にとどまるものの、薬局等を開業する際には、経営上の採算や諸般の生活上の条件を考慮して自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるから、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものであるといえる。とす

A

最大判 S50.4.30・百192

れば、規制の必要性・合理性が認められるためには、適正配置規制がなければこれによる職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが合理的に認められることが必要であるというべきである。

そして、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定—法規違反による不良医薬品の供給」という因果関係のうち、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定」までは容易に想定される。しかし、経営が不安定化した薬局等において法規違反による不良医薬品の供給が起こるという危険が相当程度の規模で発生する可能性については、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とはいえない。したがって、手段の必要性の前提として要求される手段の適合性が認められない。したがって、「適正配置規制」は、必要かつ合理的な規制とはいえず、憲法 22 条に反し違憲である。<sup>5)</sup>

判旨：①「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものといえることができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や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千差万

5) “ 薬事法事件判決では、…手段審査については、…目的と手段の合理的関連性を否定した。「厳格な合理性の基準」という定式からは、あたかも目的達成手段が必要最小限度にとどまらないことを、違憲判断の決め手にしたように想像されるが、本判決の理論はそうではない。もちろん本判決は、立入検査制の強化等の方策にも言及しているが、それは最終的には「供給業務に対する規制や監督の励行等によって防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠く」という形で、法が防止しようとする公益が害される危険の程度に関連づけて、手段の必要性を議論していることに注意すべきである。”（憲法 I 335 頁）

別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

「職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。このような許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかとも一律の基準をもつて論じがたいことはさきに述べたとおりであるが、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、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、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつ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ことを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

②「薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが（1 条）、同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、5 条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6 条において右の許可条件に関する基準を定

めており、また、医薬品の一般販売業については、24条において許可を要することと定め、26条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる…。」

③「そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法6条（この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法26条2項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。）は、1項1号において薬局の構造設備につき、1号の2において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、2号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、2項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条1項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性と合理性を肯定しうるものである…のに対し、2項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

④「右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく…、また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措置として右のような強力な規制を施してはおらず、したがつて、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。…薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記…に述べたところにあるとすれ

ば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益といえることができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。

「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。…現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。…薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。…しかし、…被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであったか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱

売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激しい販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみてくると、競争の激化一経営の不安定一法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。

仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものともみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。」

⑥「本件適正配置規制は、右の目的と前記…論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、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。…以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項（これらを準用する同法26条2項）は、不良医薬品の供

給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものとい  
うことができないから、憲法 22 条 1 項に違反し、無効である。」

**【判例 9】 西陣ネクタイ事件**

事案：生糸輸出の増進・蚕糸業の経営安定を目的として、一元輸入措置（＝外国産生糸の輸入は、日本蚕糸事業団（当時）から委託を受けた者又はその他政令で定める者でなければしてはならない）を定めた改正繭糸価格安定法の条項の違憲性が、国家賠償請求訴訟で主張された。

判旨：「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところであり…、積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限って、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである（昭和 45 年（あ）第 23 号同 47 年 11 月 22 日大法院判決・刑集 26 卷 9 号 586 頁）。そして、昭和 51 年法律第 15 号による改正後の繭糸価格安定法 12 条の 13 の 2 及び 12 条の 13 の 3 は、原則として、当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、以上の判例の趣旨に照らしてみれば、右各法条の立法行為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる。所論は、違憲をも主張するが、その実質は原判決の右判断における法令違背の主張にすぎない。論旨は、採用することができない。」

**【判例 10】 司法書士法違反事件**

事案：司法書士法は、登記に関する手続の代理等を司法書士の業務と定め（2 条 1 項 1 号）、司法書士会に入会している司法書士以外の者にこれらの業務を行うことを原則として禁止し（19 条 1 項）、違反者を 1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金に処する（25 条 1 項）ことを定めている。登記申請の代理を司法書士に原則的に独占させている司法書士法の合憲性が問題となった。

判旨：「司法書士法の右各規定は、登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書士協会以外の者が、他人の嘱託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであって、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法 22 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例…の趣旨に徴し明らかである。」

解説：段階理論を前提にすると、司法書士の資格制は、主観的条件による事前規制であり、客観的条件による事前規制である薬局開設の距離制限よ

C

最判 H2.2.6・百 193

小売市場事件・最大判 S47.11.22・  
百 191

B

最判 H12.2.8・百 195

百 195 解説 2

りも緩やかな規制態様のものであるという位置づけになる。

しかし、参入条件が主観的か客観的かという区別自体、必ずしも明快なものではない。なぜならば、生来の能力や資質は本人の努力で左右できない場合もあり、資格が常に自らの努力で克服できる主観的条件であるとは限らないし、他方、本人が適切な場所を選べば距離制限を克服することも可能だからである。

なお、本判決は消極目的規制の事例として判断したものと理解されている。

#### [判例 11] 酒類販売免許制事件

事案：酒税法は、酒類販売業について免許制度を定めるとともに、免許基準の一つとして「…その経営の基礎が薄弱であると認められる場合」には免許を与えないとすることができると規定していた。

要点：本判決は、①薬事法事件大法廷判決を参照して、「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べた。

その上で、②消極目的・積極目的のいずれでもない「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的」の存在を認め、「租税法の定立」については「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から「裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」として、かかる目的に基づく「職業の許可制による規制については、その必要性と合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であるとの判断基準を示した。これは、「明白」という表現が用いられていないため、明白性の原則よりは厳格な基準であると理解されている。

判旨：法令による職業規制の「合憲性の司法審査に当たっては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきであるが、右合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る。ところで、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するものというべきである（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頁参照）。」

②「憲法は、租税の納税義務者、課税標準、賦課徴収の方法等については、すべて法律又は法律の定める条件によることを必要とすることのみを定め、その具体的内容は、法律の定めるところにゆだねている（30条、84条）。租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社

芦部 239 頁

A

最判 H4.12.15・百 1 94

最大判 S50.4.30・百 1 92

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 1

92

会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである…。以上のことからすると、租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法 22 条 1 項の規定に違反するものということとはできない。」

③「酒税法は、酒類には酒税を課するものとし（1 条）、酒類製造者を納税義務者と規定し（6 条 1 項）、酒類等の製造及び酒類の販売業について免許制を採用している（7 条ないし 10 条）。これは、酒類の消費を担税力の表れであると認め、酒類についていわゆる間接消費税である酒税を課することとともに、その賦課徴収に関しては、いわゆる庫出税方式によって酒類製造者にその納税義務を課し、酒類販売業者を介しての代金の回収を通じてその税負担を最終的な担税者である消費者に転嫁するという仕組みによることとし、これに伴い、酒類の製造及び販売業について免許制を採用したものである。酒税法は、酒税の確実な徴収とその税負担の消費者への円滑な転嫁を確保する必要から、このような制度を採用したものと解される。酒税が、沿革的に見て、国税全体に占める割合が高く、これを確実に徴収する必要性が高い税目であるとともに、酒類の販売代金に占める割合も高率であったことにかんがみると、酒税法が昭和 13 年法律第 48 号による改正により、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のために、このような制度を採用したことは、当初は、その必要性和合理性があったといふべきであり、酒税の納税義務者とされた酒類製造者のため、酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する目的で、これを阻害するおそれのある酒類販売業者を免許制によって酒類の流通過程から排除することとしたのも、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ重要な公共の利益のために採られた合理的な措置であったといふことができる。その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を存置しておくことの必要性及び合理性については、議論の余地があることは否定できないとしても、前記のような酒税の賦課徴収に関する仕組みがいまだ合理性を失うに至っているとはいえないと考えられることに加えて、酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱す

るもので、著しく不合理であるとまでは断定し難い。」<sup>6)</sup>

④「もっとも、右のような職業選択の自由に対する規制措置については、当該免許制度の下における具体的な免許基準との関係においても、その必要性和合理性が認められるものでなければならぬことはいうまでもないところである。そこで、本件処分の理由とされた酒税法 10 条 10 号の免許基準について検討するのに、同号は、免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合に、酒類販売業の免許を与えないことができる旨を定めるものであって、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる最も典型的な場合を規定したものといえることができ、右基準は、酒類の販売免許制度を採用した前記のような立法目的からして合理的なものといえることができる。また、同号の規定が不明確で行政庁のし意的判断を許すようなものであるとも認め難い。そうすると、酒税法 9 条、10 条 10 号の規定が、立法府の裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるといえることはできず、右規定が憲法 22 条 1 項に違反するものといえることはできない。」

補足：「私は、財政目的による規制は、いわゆる警察的・消極的規制ともその性格を異にする面があり、また、いわゆる社会政策・経済政策的な積極的規制とも異なると考える。一般論として、経済的規制に対する司法審査の範囲は、規制の目的よりもそれぞれの規制を支える立法事実の確実な把握の可能性によって左右されることが多いと思っている。）そして、そのような酒税の重要性の判断及び合理的な規制の選択については、立法政策に関与する大蔵省及び立法府の良識ある専門技術的裁量が行使されるべきであると考え。」

園部逸夫裁判官の補足意見

#### 【判例 12】医薬品ネット販売事件

事案：新薬事法は、一般用医薬品を健康被害のリスクに応じて第 1 類医薬品・第 2 類医薬品・第 3 類医薬品に分けた上で、これらの販売・授与の方法等について規定するとともに、販売・授与の方法の具体的態様について厚生労働省令に委任していた。この委任を受けて、新薬事法施行規則は、第 1 類医薬品・第 2 類医薬品について、郵便等販売を一律に禁止するとともに、店舗における販売・授与・情報提供を対面によることを義務付けた。これにより、インターネット等での販売が可能な一般用医薬品は、第 3 類医薬品のみとなった。

B

最判 H25.1.11・百IIA19

6) 本判決は、酒類販売業の免許制について、薬事法事件大法廷判決を参照して、①「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べる一方で、②当該免許制は「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的」に基づくものであり、「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から、「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であると述べている。このように、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれている。

職業規制に関する判例について、判例の立場であると理解されている利益較量論に従って理解するのであれば（総まくり 66 頁・脚注 8））、積極目的又は財政目的に基づく狭義の職業選択の自由に対する規制については、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれることになる。利益較量論だからこそ、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なることも許容されるのである。

これに対し、学説の違憲審査基準論に従って理解するのであれば、目的審査と手段審査とで厳格度を一致させる必要があるから、判例のように規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なるという事は許されない。この点については、職業規制が出題された平成 26 年司法試験の採点実感でも、「定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。」として批判されている。

本事件では、新薬事法施行規則は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものではないかという点が問題となった。

要点：本事件の調査官解説によると、「委任命令が授権規定による委任の範囲内といえるか否か」は、授権規定の文理、授権規定が下位法令に委任した趣旨、授権法の趣旨・目的・仕組みとの整合性、委任命令によって制限される権利・利益の性質等を考慮して判断される。

そして、本判決は、(i) 安全面及び消費者の利便性の見地からみて、一般医薬品の販売・授与の方法を店舗における対面のものに限定すべき理由は乏しいという意見が、一般消費者、専門家・有識者等、さらには政府内部でも存在したこと、(ii) 「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである」ことを理由に、委任の趣旨の解釈を厳格に行い、具体的には、「新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」としている。

判旨：①「薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、医薬品が国民の生命及び健康を保持する上での必需品であることから、医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためである…。このような規制の具体化に当たっては、医薬品の安全性や有用性に関する厚生労働大臣の医学的ないし薬学的知見に相当程度依拠する必要があるところである。なお、上記事実関係等からは、新薬事法の立案に当たった厚生労働省内では、医薬品の販売及び授与を対面によって行うべきであり、郵便等販売については慎重な対応が必要であるとの意見で一致していたことがうかがわれる。」

②「そこで検討するに、上記事実関係等によれば、新薬事法成立の前後を通じてインターネットを通じた郵便等販売に対する需要は現実に相当程度存在していた上、郵便等販売を広範に制限することに反対する意見は一般の消費者のみならず専門家・有識者等の間にも少なからず見られ、また、政府部内においてすら、一般用医薬品の販売又は授与の方法として安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず、薬剤師が配置されていない事実直接起因する一般用医薬品の副作用等による事故も報告されていないとの認識を前提に、消費者の利便性の見地からも、一般用医薬品の販売又は授与の方法を店舗における対面によるものに限定すべき理由には乏しいとの趣旨の見解が根強く存在していたものといえる。しかも、憲法 22 条 1 項による保障は、狭義における職業選択の自由のみならず職業活動の自由の保障をも包含しているものと解されるところ…。旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法 38 条 1 項）であり、その委任の範囲

調査官解説 [岡田幸人]、憲法判例  
の射程 211～213 頁、137～138 頁

を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。

③「しかるところ、新施行規則による規制は、前記…のとおり一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する内容のものである。これに対し、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法 37 条 1 項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による一般用医薬品の販売又は授与やその際の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。なお、検討部会における議論及びその成果である検討部会報告書並びにこれらを踏まえた新薬事法に係る法案の国会審議等において、郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出されたのは上記事実関係等のとおりであるが、それにもかかわらず郵便等販売に対する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、その理由が立法過程での議論を含む上記事実関係等からも全くうかがわれないことからすれば、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいい難い。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。

したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、〔1〕当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない(159 条の 14 第 1 項、2 項本文) ものとし、〔2〕当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない(159 条の 15 第 1 項 1 号、159 条の 17 第 1 号、2 号) ものとし、〔3〕郵便等販売をしてはならない(142 条、15 条の 4 第 1 項 1 号) ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。」

## 第4章 裁判所

### 1. 司法権の意味と範囲

憲法は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定めている（憲法76条1項）。

#### (1) 司法権の概念

司法とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」だと考えられてきた。

これを厳密に定義すれば、「当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用」ということができる。

この司法の概念を構成する重要な要素は、①具体的な争訟の存在、②適正手続の要請等に則った特別の手続（例えば、口頭弁論、公開主義など、伝統的に認められてきた公正な裁判を実現するための諸原則）、③独立して裁判がされること、④正しい法の適用を保障する作用であることである。これらのうち、①が司法権の概念の核心である。

#### (2) 司法権の範囲

日本国憲法では、民事裁判・刑事裁判のみならず、行政事件の裁判も含めてすべての裁判作用を司法権とし、これを通常裁判所に属するものとした。

この趣旨は、憲法76条2項が、特別裁判所の設置を禁止し、行政機関による終審裁判を禁止しているところに示されている。

#### (3) 法律上の争訟

司法権の概念の中核をなす「具体的な争訟」は、具体的事件性（又は事件性）の要件といわれることも多く、裁判所法3条1項の「一切の法律上の争訟」もこれと同じ意味である。

判例は、「法律上の争訟」の意味について、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって<sup>1)</sup>、②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるものに限られる。

「法律上の争訟」にあらず、裁判所の審判権が及ばない場合又は事項としては、次のようなものがある。

##### ア. 具体的事件性がない

具体的事件性もない（自己の権利又は法律上保護される利益の侵害がない）のに抽象的に法令の解釈又は効力について争うことはできない。

判例は、「現行の制度の下においては」との留保付きではあるが、①裁判所に与えられているのは司法権である、②「司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることが必要」である、③司法権の章（第6章）に置かれている「違憲審査権…は司法権の範囲内において行使されるものである」との理由から、「裁判所が具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何らの根拠もない」と判示している。

なお、具体的事件性を前提とせずに出訴する制度をとくに法律で設けて

B

芦部 347～358 頁

芦部 347～348 頁

芦部 349 頁

芦部 349～352 頁

最判 S29.2.11、最判 S41.2.8

警察予備隊違憲訴訟（最大判 S27.10.8・百II187）

<sup>1)</sup> したがって、裁判所の救済を求めるには、原則として自己の権利又は法律によって保護される利益の侵害という要件が必要とされる（芦部 350 頁）。

いる場合があり、これは主観訴訟と対比して客観訴訟と呼ばれる。これには、民衆訴訟と機関訴訟とがあり（行訴法 5 条、6 条）、これらの客観訴訟は「その他法律において特に定める権限」（裁判所法 3 条 1 項）として法律で例外的に認められたものである。

#### イ. 単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争等

①・②いずれも欠き、「法律上の争訟」に当たらない。

例えば、国家試験における合否の判断は、学問又は技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、試験実施機関の最終判断に委ねられ、「法律上の訴訟」に当たらない。

#### ウ. 宗教問題

まず、①純然たる信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断自体を求める訴えや、単なる宗教上の地位の確認を求める訴えは、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争ではないから、①を欠き、「法律上の争訟」に当たらない。<sup>2)</sup>

次に、②具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争において宗教問題が前提問題とされている場合には、③紛争の実態ないし核心が宗教上の争いであって全体として裁判所による終局的解決に適しないものと、④紛争自体は全体として裁判所による解決に適しないとはいえないものがある。③は②を欠き「法律上の争訟」に当たらないとして訴えが却下されるが、④は「法律上の争訟」に当たるため訴えが却下されず、裁判所の審査が行われるが、当該争点については宗教団体の自律的判断が尊重されるため、宗教上の教義の解釈にわたるなど本来その自治によって決定すべき事項について裁判所は実体的な審理判断を行わず、自治に対する介入にわたらない事項（例えば、住職の選任ないし罷免の手續上の問題）についてのみ審理判断することが許される。<sup>3)</sup>

⑤の場合に司法審査が制限され得る根拠について、蓮華寺事件最高裁判決は、憲法 20 条を挙げて「宗教団体における宗教上の教義、信仰に関する事項については、憲法上国の干渉からの自由が保障されているのであるから、これらの事項については、裁判所は、その自由に介入すべきではなく、一切の裁判権を有しないとともに、これらの事項にかかわる紛議については厳に中立を保つべきである」と述べている。

#### (4) 司法権の限界

裁判所は「一切の法律上の争訟を裁判」する（裁判所法 3 条 1 項）というのが原則であるが、この原則にはいくつかの例外がある。

最判 S41.2.8

最判 H 元.9.8

論点教室 203 頁

芦部 352～357 頁

<sup>2)</sup> 慈照寺事件（最判 S44.7.10）は、「慈照寺…の住職たる地位は、元来、儀式の執行、教義の宣布等宗教的活動における主宰者たる地位であって、同寺の管理機関としての法律上の地位ではないというのであるから、住職たる宗教上の地位に与えられる代表役員及び責任役員としての法律上の地位…とは別個にその前提条件としての住職たる地位の確認を求めるとするのは、単に宗教上の地位の確認を求めるとにすぎないのであって、法律上の権利関係の確認を求めるとはいえ」ないとして、訴えの利益を否定している。

<sup>3)</sup> 「板まんだら」事件（最判 S56.4.7）は、創価学会の元会員が創価学会に対して寄付金の返還を求めた訴えを提起して、寄付は「正本堂」建設資金のためであったが、正本堂に安置すべき本尊たる「板まんだら」は偽物であるとの理由から寄付行為の要素の錯誤を主張したという事案において、「本件訴訟は、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとって」いるとして①を認める一方で、請求の当否の前提問題とされている「信仰の対象の価値又は宗教上の教義が…本件訴訟の帰するを左右する必要不可欠のもの」と認められ、かつ、「…本件訴訟の争点及び当事者の主張立証…の…核心」にもなっているとの理由から、「本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものである」として、②を欠き「法律上の争訟」に当たらないと判示している。

具体的には、①議員の資格争訟の裁判（憲法 55 条）、裁判官の弾劾裁判（憲法 64 条）のように、憲法が特別の理由から明文で認めたもの、②国際法上の治外法権や、条約による裁判権の制限のように国際法によって定められたもののほか、③国会ないし各議院の自律権（ないしは自主権）に属する行為、行政機関ないし国会の自由裁量に属する行為、統治行為、及び団体の内部事項に関する行為など、法律上の係争ではあるが、事柄の性質上裁判所の審査に適しないと認められるもの、が挙げられる。

以下では、③について取り上げる。

#### ア. 自律権に属する行為

自律権とは、懲罰や議事手続など、国会又は各議院の内部事項について自主的に決定できる権能のことをいう。

警察法改正無効事件は、「同法（新警察法）は両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実（議事手続の衆議院規則違反）を審理してその有効無効を判断すべきではない」とした。

最大判 S37.3.7・百II180

#### イ. 自由裁量行為

政治部門（国ないし行政機関）の自由裁量に委ねられる行為は、当・不当が問題となるだけで、裁量権を著しく逸脱又は濫用した場合でない限り、裁判所の統制が及ばない。

近時、社会経済政策立法、社会権（とりわけ福祉問題）、選挙に関する立法については、立法裁量がとくに問題となっている。

#### ウ. 統治行為

統治行為とは、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為を意味し、「法律上の争訟」として裁判所による法律的な判断が理論上は可能であるが、事柄の性質上、司法審査が及ばないとされる。

このような統治行為を認めることについては、日本国憲法が基本原理とする「法の支配」と相容れず、許されないとする見解もあるが、学説の多数はこれを承認している。

#### [論点 1] 統治行為の論拠と範囲・限界

例えば、苫米地事件大法廷判決は、衆議院の解散の違憲・無効が争われた事案において、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為…は…、…主権者たる国民に対して政治的責任を負う…政府・国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているもの」であり、「三権分立の原理に由来」する「司法権の憲法上の本質に内在する制約」として「裁判所の審査権の外にある」と判示して、内在的制約説に立っている。<sup>4)</sup>

この統治行為論については、①統治行為は憲法上の明文の根拠もなく、内容も不明確な概念であるから、機関の自律権・自由裁量権などで説明できるものは除外すること、②統治行為の根拠は民主政の理論（国民の意思の尊重）にあるところ、民主政は人権の尊重を目的とし、その確立した社会に開花する政治形態であるから、基本的人権、とりわけ精神的自由権の

A

芦部 355 頁

最大判 S35.6.8・百II190

<sup>4)</sup> 統治行為の論拠については、判例の内在的制約説のほかに、自制説（統治行為に対して司法審査を行うことによる混乱を回避するために裁判所が自制するべきであるとする考え）があり、芦部 344 頁では「判例は内在的制約説をとるが、…統治行為は事件に応じて具体的にその論拠が明らかにされなければならないので、自制の要素も加味して考えることが適当であろう。」とされている。

侵害を争点とする事件には適用すべきでないこと、③その他、権利保護の必要性、裁判の結果生ずる事態、司法の政治化の危険性、司法手続の能力の限界、判決実現の可能性などの具体的事情を考慮しつつ、事件に応じてケースバイケースに判断することという限界があると解される。

**【判例 1】 苫米地事件**

事案：衆議院の解散の違憲・無効が争われた。

判旨：「現実に行われた衆議院の解散が、その依拠する憲法の条章について適用を誤つたが故に、法律上無効であるかどうか、これを行うにつき憲法上必要とせられる内閣の助言と承認に瑕疵があつたが故に無効であるかどうかのごときことは裁判所の審査権に服しないものと解すべきである。

…わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。

衆議院の解散は、衆議院議員をしてその意に反して資格を喪失せしめ、国家最高の機関たる国会の主要な一翼をなす衆議院の機能を一時的とは言え閉止するものであり、さらにこれにつづく総選挙を通じて、新たな衆議院、さらに新たな内閣成立の機縁を為すものであつて、その国法上の意義は重大であるのみならず、解散は、多くは内閣がその重要な政策、ひいては自己の存続に関して国民の総意を問わんとする場合に行われるものであつてその政治上の意義もまた極めて重大である。すなわち衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべきことは既に前段説示するところによつてあきらかである。そして、この理は、本件のごとく、当該衆議院の解散が訴訟の前提問題として主張されている場合においても同様であつて、ひとしく裁判所の審査権の外にありといわなければならない。」

**【判例 2】 砂川事件**

事案：米軍駐留と旧日米安全保障条約の憲法 9 条適合性が刑事責任の前提問題として争われた。

判旨：「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自

C

最大判 S35.6.8・百 II 190

C

最大判 S34.12.16・百 II 163

由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基づく政府の行為の違憲なりや否やが、本件のように前提問題となつている場合であると否とにかかわらないのである。」

〔判例 3〕 長沼事件第二審

事案：自衛隊の違憲が保安林指定解除処分取消訴訟において前提問題として争われた。

判旨：「…立法、行政にかかる国家行為の中には、国の機構、組織、並びに対外関係を含む国の運営の基本に属する国政上の本質的事項に関する行為もあるのであつて、この種の行為は、国の存立維持に直接影響を生じ、最も妥当な政策を採用するには高度の政治判断を要するもので…あ…る。…前示のような高度の政治性を有する国家行為については、統治行為として第一次的には本来その選択行使を信託されている立法部門ないし行政部門の判断に従い終局的には主権者である国民自らの政治的批判に委ねらるべく、この種の行為については、たとえ司法部門の本来的職責である法的判断が可能なものであり、かつそれが前提問題であつても、司法審査権の範囲外にあることが予定されているものというべきである（最高裁昭和 35 年 6 月 8 日大法院判決参照）。

…もつとも、純粋な意味で統治行為の理論を徹底させ、これについてはおよそ司法審査の対象にならないとするときは、立法、行政機関の専権行為については、明白に憲法その他の法令に違反するものであつても、裁判所がこれを抑制できないことになるが、それはまた、他面において三権分立の原理に反することになるといわなければならない。憲法第 98 条の規定からも、右結論を是認することはできない。したがつて、立法、行政機関の行為が一見極めて明白に違憲、違法の場合には、右行為の属性を問わず、裁判所の司法審査権が排除されているものではないと解すべきである。けだし、大前提たるべき条規の定めるところが客観的、一義的に明確である場合には、それが統治事項に関する規定であつても、その一義性、明確性にかんがみ、たとえこれにより如何に国民に対し政治的、社会的に重大な結果を招来することがあろうとも、他の政治的、社会的意義に優先して当該事項の選択を是とする見地から、規範として定立されたものと考えることができるのであり、したがつてこの場合には、右条規を大前提たる判断基準となし得るものと解するのが相当であり、もし小前提たる法規ないし処分が一義的に明確なものである場合には、それが統治事項に関するものであつてもなおこれを司法判断の対象になし得るものと解すべきであるからである。」

C

札幌高判 S51.8.5・百 II [5 版] 182

苫米地事件・最大判 S35.6.8・百 II

190

## エ. 団体の内部事項に関する行為

地方議会、大学、政党、労働組合、弁護士会等々の自主的な団体の内部紛争に対して、それぞれの団体の自治（自主性・自立性）を尊重するために司法審査を控えるべき場合もある。

### （ア）従来の判例理論である「部分社会の法理」

従来の最高裁判例は、団体の内部紛争に対する司法審査の限界について、「それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、…司法審査の対象にならない」とする「部分社会の法理」を採用していた。

従来の最高裁判例の「部分社会の法理」を完成させたのが富山大学単位不認定事件判決であるといわれており、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否は司法審査の対象外であるとした村会議員出席停止事件判決等も最高裁判例の「部分社会の法理」を形成したものであると理解されている。

従来の最高裁判例の「部分社会の法理」は、「凡そ法的現象は人類の社会に普遍的なものであり、必ずしも国家という社会のみに限られないものである。…国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校…等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は社会の多元性に依じて多元的である」という社会及び法秩序の多元性を基本的発想とするものである。

「裁判所法 3 条の…一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない」とする村会議員出席停止事件判決の判旨や「裁判所法 3 条 1 項…にいう一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争を意味するものではない。」とする富山大学単位不認定事件判決の判旨からしても、最高裁判例の「部分社会の法理」は、団体の内部紛争に対する司法審査の限界について、少なくとも第一次的には「法律上の争訟性の有無」の問題として捉え、「一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる」団体の内部問題については司法権の内在的制約として司法審査の対象外に位置づけるという見解であると理解することができる。<sup>5)</sup>

「法律上の争訟」性が肯定される場合であっても、当該団体の自主性・自律性を尊重する観点から、司法審査の範囲が限定されることがある。例えば、共産党袴田事件は、政党の内部的自律性を尊重する観点から、政党の黨員に対する処分が一般市民法秩序と直接の関係を有する場合であっても、その当否に関する司法審査は手続審査に限定されると述べている。

### （イ）学説の外在的制約論

従来の最高裁判例の「部分社会の法理」に対しては、学説から強い批判があった。

学説の多くは、法秩序の多元性を前提とする一般的・包括的な部分社会論は妥当でないとして最高裁判例の「部分社会の法理」を批判した上で、団体の内部問題に対する司法審査の可否・限界については、団体の目的・性質・機能、自律性・自主性を支える憲法上の根拠、問題となっ

論点教室 198～199 頁

最判 S52.3.15・百Ⅱ182

最大判 S35.10.19・百Ⅱ181

作法 226 頁

「」内は、米内山事件・最大決 S28.1.16・田中耕太郎裁判官の反対意見で述べられたもの。

百Ⅱ183 解説

最判 S63.12.20・百Ⅱ183

芦部 357、青柳 348 頁、作法 227～228 頁、論点教室 199～200 頁

<sup>5)</sup> 厳密には、最高裁判例も「部分社会」という包括的な概念を基礎として司法権がどこまで及ぶのかを判断するという包括的思考を貫いているわけではないとの評価もある。（憲法Ⅱ306 頁）。

ている事柄等（争われている権利・利益の性質等）を考慮して個別具体的に検討すべきであるとする外在的制約論を提唱している。

後掲〔判例 2〕も、団体の内部問題に対する司法審査の可否・限界について、従来の最高裁判例の「部分社会の法理」ではなく学説の外在的制約論に立っていると思われる。

**〔論点 1〕 外在的制約論**

団体の内部問題についてはそれぞれの団体の自主性・自律性を尊重する要請があるところ、従来の最高裁判例は、法秩序の多元性を基本的発想とする「部分社会の法理」の立場から、「一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる」限り、司法権の内在的制約として司法審査の対象外であると理解していた。

しかし、法秩序の多元性を前提とする一般的・包括的な「部分社会の法理」は妥当でない。

そこで、団体の内部問題に対する司法審査の可否・限界については、その適否が専ら団体の自主的・自律的な解決に委ねられるべきかを個別具体的に判断すべきである（外在的制約論）。

この判断では、団体の目的・性質・機能、自律性・自主性を支える憲法上の根拠、問題となっている事柄等（争われている権利・利益の性質等）を考慮する。

従来の最高裁判例を変更して地方議会議員に対する出席停止の懲罰も司法審査の対象になるとした令和 2 年大法廷判決も、外在的制約論に立っていると考えられる。

A

**(イ) 団体の類型**

**(i) 地方議会**

地方議会には、住民自治及びその実現手段としての団体自治を内容とする「地方自治の本旨」（憲法 92 条）を根拠として、議会の運営に関する事項について自律的な権能が認められる。もっとも、地方議会については、国会と異なり、議員の資格争訟の裁判権（憲法 55 条）や免責特権（憲法 51 条）を定めた規定が存在しないため、国会と同程度の自律性を認めることはできない。地方議会による議員に対する懲罰に対する司法審査の可否・限界については、このような国会と地方議会における自律性の違いも踏まえて考えることになる。

最大判 R2.11.25・宇賀克也裁判官  
の補足意見参照

**〔判例 1〕 村会議員出席停止事件**

事案：村議会による村会議員（村議会議員）に対する 3 日間の出席停止の懲罰に対する司法審査の可否が問題となった。

判旨：「思うに、司法裁判権が、憲法又は他の法律によつてその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法 3 条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措

B

最大判 S35.10.19・百 II 181

置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである。本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当するものと解するを相当とする。（尤も昭和 35 年 3 月 9 日大法廷判決一民集 14 卷 3 号 355 頁以下一は、議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としているが、右は議員の除名処分の如きは、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないからであつて、本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしているのである。従つて、前者を司法裁判権に服させても、後者については別途に考慮し、これを司法裁判権の対象から除き、当該自治団体の自治的措置に委ねるを相当とするのである。）」

**[判例 2] 市議会議員出席停止事件**

事案：市議会により 23 日間の出席停止の懲罰を科された市議会議員がその取り消しを求める訴えを提起した。

要点：本判決の要点は以下の 3 つである。

1. 法律上の争訟

本判決は、まず初めに、「出席停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分の取消しを求めるものであつて、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものというべきである。」と判示することにより、法律上の争訟性を肯定している。

2. 司法審査の可否

次に、地方議会議員に対する出席停止の懲罰に対する司法審査の可否について、㉞地方議会が議員を懲罰する「権能は上記の自律的な権能の一内容を構成する」とする一方で、㉟「議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う…各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである」ことと、㊱「出席停止の懲罰…が科されると、当該議員は…議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる」ことを理由に、㊲「出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、…その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない」として、㊳「出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである」と結論付けることにより、常に司法審査の対象になるという立場に立ち、村会議員出席停止事件判決等を変更している。

宇賀克也裁判官の補足意見では、法律上の争訟性を肯定した上で「司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある。」として「司法権に対する外在的制約」の問題として捉えられていることと、前記 1 の通り法定意見

A

最大判 R2.11.25

村会議員出席停止事件・最大判

S35.10.19・百II181 [判例 1]

が先に法律上の争訟性を肯定した上で司法審査の可否について言及していることから、本判決は従来最高裁判例の「部分社会の法理」ではなく学説の外在的制約論に立っていると考えられる。

上記の㉗・㉘・㉙の考慮要素と㉚の「その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない」という部分からすると、本判決は、団体の内部問題に対する司法審査の可否について、「団体の自主性・自律性を尊重する必要性と司法審査の途を開く必要性とを比較衡量する」ことにより、「その適否が専ら団体の自主的・自律的な解決に委ねられるべきか」という上位規範への該当性判断を通じて決するという枠組みを採用していると理解することができる。

「司法審査の途を開く必要性」としては、通常は、団体構成員である個人の権利利益の保護（あるいは、憲法 32 条の裁判を受ける権利）を問題にすることになるが、地方議会議員に対する懲罰の事案では、議員個人の権利利益の保護よりも、憲法上の住民自治の原則を具現化する上での障害を問題にすることになる。

憲法判例の射程 217 頁

### 3. 司法審査の方法（限界）

最後に、本判決は、地方議会議員に対する出席停止の懲罰について「裁判所は、常にその適否を判断することができる」と判示することにより常に司法審査の対象になることを認める一方で、「出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきである」と判示することにより、「門前払いにすることなく司法審査の対象にする一方で、地方議会の自律性にも配慮するために、地方議会の懲罰についての裁量を広めに認める形で出席停止の懲罰の適否を判断するべきである」という立場を明らかにしている。

判旨：①「普通地方公共団体の議会は、地方自治法並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる（同法 134 条 1 項）ところ、懲罰の種類及び手続は法定されている（同法 135 条）。これらの規定等に照らすと、出席停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分取消しを求めるものであって、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものというべきである。」

②「憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則として、その施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則を採用しており、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住民の代表である議員により構成され、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を決定するなどの権能を有する。そして、議会の運営に関する事項については、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきであるところ、議員に対する懲罰は、会議体としての議会内の秩序を保持し、もってその運営を円滑にすることを目的とし

て科されるものであり、その権能は上記の自律的な権能の一内容を構成する。」

③「他方、普通地方公共団体の議会の議員は、当該普通地方公共団体の区域内に住所を有する者の投票により選挙され(憲法 93 条 2 項、地方自治法 11 条、17 条、18 条)、議会に議案を提出することができ(同法 112 条)、議会の議事については、特別の定めがある場合を除き、出席議員の過半数でこれを決することができる(同法 116 条)。そして、議会は、条例を設け又は改廃すること、予算を定めること、所定の契約を締結すること等の事件を議決しなければならない(同法 96 条)ほか、当該普通地方公共団体の事務の管理、議決の執行及び出納を検査することができ、同事務に関する調査を行うことができる(同法 98 条、100 条)。議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである。

出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない。

そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。

したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである。

これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和 35 年 10 月 19 日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。」

補足：裁判官宇賀克也の補足意見は、次のとおりである。

#### 1. 法律上の争訟

法律上の争訟は、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られるとする当審の判例(最高裁昭和 51 年(オ)第 749 号同昭和 56 年 4 月 7 日第三小法廷判決・民集 35 卷 3 号 443 頁)に照らし、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の取消しを求める訴えが、①②の要件を満たす以上、法律上の争訟に当たることは明らかであると思われる。

法律上の争訟については、憲法 32 条により国民に裁判を受け

村会議員出席停止事件・最大判  
S35.10.19・百II181 [判例1]

る権利が保障されており、また、法律上の争訟について裁判を行うことは、憲法 76 条 1 項により司法権に課せられた義務であるから、本来、司法権を行使しないことは許されないはずであり、司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある。

## 2. 国会との相違

国会については、国権の最高機関（憲法 41 条）としての自律性を憲法が尊重していることは明確であり、憲法自身が議員の資格争訟の裁判権を議院に付与し（憲法 55 条）、議員が議院で行った演説、討論又は表決についての院外での免責規定を設けている（憲法 51 条）。しかし、地方議会については、憲法 55 条や 51 条のような規定は設けられておらず、憲法は、自律性の点において、国会と地方議会を同視していないことは明らかである。

## 3. 住民自治

地方議会について自律性の根拠を憲法に求めるとなると、憲法 92 条の「地方自治の本旨」以外にないと思われる。「地方自治の本旨」の意味については、様々な議論があるが、その核心部分が、団体自治と住民自治であることには異論はない。また、団体自治は、それ自身が目的というよりも、住民自治を実現するための手段として位置付けることができよう。

住民自治といっても、直接民主制を採用することは困難であり、我が国では、国のみならず地方公共団体においても、間接民主制を基本としており、他方、地方公共団体においては、条例の制定又は改廃を求める直接請求制度等、国以上に直接民主制的要素が導入されており、住民自治の要請に配慮がされている。この観点からすると、住民が選挙で地方議会議員を選出し、その議員が有権者の意思を反映して、議会に出席して発言し、表決を行うことは、当該議員にとっての権利であると同時に、住民自治の実現にとって必要不可欠であるということが出来る。もとより地方議会議員の活動は、議会に出席し、そこで発言し、投票することに限られるわけではないが、それが地方議会議員の本質的責務であると理解されていることは、正当な理由なく議会を欠席することが一般に懲罰事由とされていることから明らかである。

したがって、地方議会議員を出席停止にすることは、地方議会議員の本質的責務の履行を不可能にするものであり、それは、同時に当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することになる。「地方自治の本旨」としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招くことは背理であるので、これにより地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とすることを根拠付けることはできないと考える。

## 4. 議会の裁量

地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象としても、地方議会の自律性を全面的に否定することにはなら

ない。懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ、地方議会の自律性は、裁量権の余地を大きくする方向に作用する。したがって、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象とした場合、濫用的な懲罰は抑止されることが期待できるが、過度に地方議会の自律性を阻害することにはならないと考える。

解説：本判決が地方議会議員の出席停止について“常に”司法審査の対象になるとした本質的理由は、地方議会の内部問題に対する司法権の外在的制約を「地方自治の本旨」としての住民自治により基礎付けておきながら、出席停止を司法審査の対象外として住民自治の効果を阻害するのは背理であるという考えにある。すなわち、地方議会の内部問題に対する司法権の外在的制約を「住民自治（憲法 92 条）⇒地方議会の自律性・自主性⇒司法権の外在的制約」というロジックで認めておきながら、出席停止を司法審査の対象外として住民自治の効果を阻害するのでは、司法権の外在的制約を認めた根拠と帰結とが矛盾するということである。

同じ問題意識は、大学の学問の自由（憲法 23 条）のための制度的保障である大学の自治を根拠として大学の内部問題についての自主性・自律性を認めておきながら、大学の自治を根拠として大学による研究者に対する研究中止命令（大学における学問の研究の自由を制約する処分）について司法審査の対象外とするのは背理ではないかという形で平成 21 年司法試験で出題されている。

## （ii）大学

単位認定行為等については、行為のもつ教育上の専門技術性に着目して、教育上の裁量問題と捉えるべきで、原則司法審査の対象とならないが、適正手続違反の外形上の瑕疵、平等原則違反という比較可能な瑕疵、比例原則違反の瑕疵は当然に司法審査の対象となるとする見解もある。

なお、大学の自律性の根拠は、大学の自治（憲法 23 条）にある。

### 〔判例 3〕 富山大学単位不認定事件

事案：国立大学の学生が、同大学に対して単位取得認定・専攻科修了認定の義務確認を求めて出訴した。

判旨：「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するのであるが（裁判所法 3 条 1 項）、ここにいう一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争を意味するものではない。すなわち、ひと口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上裁判所の司法審査の対象外におくのを適当とするものもあるのであつて、例えば、一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが、相

渋谷 654 頁

芦部 357 頁

B

最判 S52.3.15・百II182

## 判例

- ・最大判 S23.3.12 (死刑合憲判決・百Ⅱ115) p**317**、367
- ・最大判 S23.5.5 p314
- ・最大判 S23.6.30 p317
- ・最大判 S23.7.29 p314
- ・最大判 S23.9.29 (食管法事件) p358、**360**、362、363、367
- ・最大判 S23.12.27 p314
- ・最大判 S24.5.18 (食品緊急措置法違反事件・百Ⅰ48) p238
- ・最大判 S25.2.1 (ヤミ米販売事件) p453
- ・最大判 S27.2.20 p427
- ・最大判 S27.8.6 (石井記者証言拒否事件) p226
- ・最大判 S27.10.8 (警察予備隊違憲訴訟・百Ⅱ187) p411、**451**
- ・最大決 S28.1.16 (米内山事件) p416
- ・最大判 S28.3.18 (無許可の古物営業事件) p277
- ・最大判 S28.12.23 (農地改革事・百Ⅰ100) p309
- ・最判 S29.1.22 (百Ⅰ [6版] 105) p308
- ・最判 S29.2.11 p412
- ・最大判 S29.11.24 (新潟県公安条例事件・百Ⅰ82) p265
- ・最大判 S30.1.26 (公衆浴場事件(1)・百Ⅰ89) p275
- ・最大判 S30.2.9 (公民権停止事件・百Ⅱ146) p325、**325**
- ・最大判 S30.4.22 (百Ⅱ207) p428
- ・最大判 S31.7.4 (謝罪広告強制事件・百Ⅰ33) p142
- ・最大判 S32.12.25 (不法出国・密輸事件) p55
- ・最大判 S32.3.13 (チャタレイ事件・百Ⅰ51) p**239**、243
- ・最大決 S33.2.17 (百Ⅰ [6版] 76) p430
- ・最大決 S33.7.10 p429
- ・最大判 S33.9.10 (帆足計事件・百Ⅰ105) p293
- ・最大判 S33.10.15 (東京都売春取締条例事件・百Ⅰ32) p138
- ・最大判 S34.12.16 (砂川事件・百Ⅱ163) p39、400、**414**
- ・最大判 S35.1.27 (医療類似行為事件・百Ⅰ [5版] 99) p277
- ・最大判 S35.6.8 (苫米地事件・百Ⅱ190) p413、**414**、415
- ・最大決 S35.7.6 (強制調停違憲決定・百Ⅱ124) p320、429
- ・最大判 S35.7.20 (東京都公安条例事件・百ⅠA8) p265、**267**
- ・最大判 S35.10.19 (村会議員出席停止事件・百Ⅱ181) p416、**417**、**418**、420
- ・最大判 S36.2.15 (あん摩師等法事件・百Ⅰ54) p251
- ・最大判 S36.9.6 (夫婦所得課税違憲訴訟・百Ⅰ [6版] 33) p130
- ・東京地判 S37.1.22 (第一次国会乱闘事件) p395
- ・最大判 S37.3.7 (警察法改正無効事件・百Ⅱ180) p413
- ・最判 S37.5.2 (自動車事故報告義務事件・百Ⅱ117) p315
- ・最大判 S37.5.30 (百Ⅱ208) p441、**442**
- ・最大判 S37.11.28 (第三者所有物没収事件・百Ⅱ107) p311、**455**
- ・最大判 S38.3.27 (百Ⅱ200) p440
- ・最大判 S38.5.15 (加持祈禱事件・百Ⅰ38) p153
- ・最大判 S38.5.22 (東大ポポロ事件・百Ⅰ86) p183、184、185、**186**

- ・最大判 S38.6.26 (奈良県ため池条例事件・百 I 98) p300、442
- ・最大判 S38.12.4 (白タク営業事件・百 I 90) p278
- ・最大判 S39.2.26 (教科書代負担請求訴訟・百 II A11) p383
- ・東京地判 S39.9.28 (「宴のあと」事件・百 I 60) p90、96、98
- ・最判 S41.2.8 p411、412
- ・最大判 S41.10.26 (全通東京中郵事件・百 II 139) p61、72、74
- ・最大判 S42.5.24 (朝日訴訟・百 II 131) 361
- ・最大判 S43.11.27 (河川附近地制限令事件・百 I 102) p308、310
- ・最大判 S43.12.4 (三井美唄炭鉱労組事件・百 II 144) p49、333
- ・最大判 S44.4.2 (東京都教祖事件・百 II 140) p73
- ・最大判 S44.4.23 (事前運動の禁止違反事件) p340
- ・最大判 S44.6.25 (「夕刊和歌山時事」事件・百 I 64) p236、245、247
- ・最判 S44.7.10 (慈照寺事件) p413
- ・最大判 S44.10.15 (「悪徳の栄え」事件・百 I 52) p241
- ・最大決 S44.11.26 (博多駅事件・百 I 73) p3、225、226、227、229、250
- ・最大判 S44.12.24 (京都府学連事件・百 I 16) p89、91、92、98
- ・最大判 S45.6.24 (八幡製鉄事件・百 I 8) p43、44、46、386
- ・最大判 S45.9.16 (禁煙処分事件・百 I A4) p77
- ・最大判 S47.11.22 (小売市場事件・百 I 91) p9、272、273、279、287
- ・最大判 S47.11.22 (川崎民商事件・百 114) p313、315
- ・最大判 S47.12.20 (高田事件・百 II 116) p314
- ・最大判 S48.4.4 (尊属殺人事件・百 I 25) p112
- ・最大判 S48.4.25 (全農林警職法事件・百 II 141) p73、74、76
- ・最大判 S48.12.12 (三菱樹脂事件・百 II 9) p82、111
- ・最判 S49.2.5 (行百 I 90) p309
- ・最判 S49.7.19 (昭和女子大事件・百 II 10) p84
- ・最大判 S49.11.6 (猿払事件・百 I 12) p9、61、208、265
- ・神戸簡判 S50.2.20 (牧会事件・百 43) p152、154
- ・最大判 S50.4.30 (薬事法事件・百 I 92) p8、272、273、274、275、281、288
- ・最大判 S50.9.10 (徳島市公安条例事件・百 I 83) p191、192、198、442、443、449
- ・最判 S50.11.28 (国労広島地本事件・百 II 145) p51
- ・最大判 S51.4.14 (議員定数不均衡訴訟(1)衆議院議員選挙・百 II 148) p343、355
- ・最大判 S51.5.21 (旭川学力テスト事件・百 II 136) p184、p375、381
- ・札幌高判 S51.8.5 (長沼事件第二審・百 II [5版] 182) p35、415
- ・最判 S52.3.15 (富山大学事件・百 II 182) p416、422
- ・最大判 S52.5.4 (全通名古屋中郵事件・百 II 142) p76
- ・最大判 S52.7.13 (津地鎮祭事件・百 I 42) p158、164、166
- ・最大判 S53.7.12 (国有地売却特措法事件・百 I 99) p300、301
- ・最決 S53.5.31 (外務省秘密漏洩事件・百 I 75) p231
- ・最大判 S53.10.4 (マクリーン事件・百 I 1) p52、55
- ・最判 S55.11.28 (「四畳半襖の下張り」事件・百 I 53) p243
- ・最判 S56.4.7 (「板まんだら」事件・百 II 186) p413
- ・最判 S56.4.14 (前科照会事件・百 I 17) p91、93、95
- ・最判 S56.4.16 (「月刊ペン」事件・百 I 65) p245
- ・最判 S56.6.15 (個別訪問禁止事件(1)) p280、340

- ・最判 S56.7.21 (個別訪問禁止事件 (2) ・百 II 158) p13、339、**341**
- ・最大判 S57.7.7 (堀木訴訟・百 II 132) p15、359、**362**、365、368、369
- ・最判 S58.2.18 (行百 II 247) p308
- ・最大判 S58.4.27 (議員定数不均衡訴訟・参議院議員選挙) **p349**
- ・最大判 S58.6.22 (よど号ハイジャック記事抹消事件・百 I 14) p13、66、**77**、209、219
- ・最判 S59.3.27 (尾崎所得税法事件・百 II 124) p316
- ・京都地判 S59.3.30 (京都市古都保存協力税条例事件・百 I [5版] 44) p156
- ・最判 S59.5.17 (議員定数不均衡訴訟 (6) 地方議会議員・百 II 151) p355
- ・最大判 S59.12.12 (札幌税関検査事件・百 I 69) **p194**、198、**201**、210、381、**452**
- ・最判 S59.12.18 (吉祥寺駅構内ビラ配布事件・百 I 57) p236、**255**
- ・最判 S60.1.22 (旅券発給拒否処分事件) p293
- ・最大判 S60.3.27 (サラリーマン税金訴訟・百 I 31) p135
- ・最大判 S60.7.17 (議員定数不均衡訴訟 (2) 衆議院議員選挙・百 II [6版] 154) **p347**、459
- ・東京高裁 S60.8.26 (台湾元日本兵損失補償請求事件) p454
- ・最大判 S60.10.23 (福岡県青少年保護育成条例事件・百 II 108) p196
- ・熊本地判 S60.11.13 (熊本丸刈り事件・百 I A5) p105
- ・最判 S60.11.21 (在宅投票廃止違憲訴訟・百 II 191) p295、321、**326**、329
- ・東京地判 S61.3.20 (日曜日授業参観事件・百 I A6) p157
- ・最大判 S61.6.11 (北方ジャーナル事件・百 I 68) **p203**、206、236、244、246、253、382
- ・最判 S62.3.3 (大分県屋外広告物条例事件・百 I 56) p257、258
- ・最大判 S62.4.22 (森林法共有林事件・百 I 96) p107、298、300、**302**、305
- ・最判 S62.4.24 (サンケイ新聞事件・百 I 76) **p223**、245、247
- ・最大判 S63.6.1 (自衛官合祀訴訟 - 百 I 43) p181
- ・最判 S63.7.15 (麹町中学内申書事件・百 I 34) p143
- ・最判 S63.12.20 (車内広告放送事件・百 I 20) p104
- ・最判 S63.12.20 (共産党袴田事件・百 II 183) p386、416、**424**、426
- ・最判 H 元.1.20 (公衆浴場事件 (2)) p276
- ・最決 H 元.1.30 (日本テレビ事件) p230
- ・最判 H 元.2.7 (総評サラリーマン税金訴訟・百 II 133) p369
- ・最判 H 元.3.2 (塩見訴訟・百 I 5) p56、367
- ・最判 H 元.3.7 (公衆浴場事件 (3)) p276
- ・最大判 H 元.3.8 (レペタ事件・百 I 72) p3、212、219、**220**
- ・最判 H 元.6.20 (百里基地事件・百 II 166) p87
- ・最判 H 元.9.8 (蓮華寺事件) p412
- ・最判 H 元.9.19 (岐阜県青少年保護育成条例事件・百 I 50) p192、209、**210**
- ・最判 H 元.12.14 (どぶろく事件・百 I 21) p106
- ・最判 H 元.12.21 (長崎教師ビラ事件・百 I 66) p247
- ・最判 H2.1.18 (伝習館高校事件・百 I 137) p380
- ・最判 H2.2.6 (西陣ネクタイ事件・百 I 93) p287
- ・最決 H2.7.9 (TBS 事件・百 I 74) p228
- ・最判 H2.9.28 (破防法違反事件・百 I 49) p238
- ・最判 H3.9.3 (「バイク三ない原則」事件・百 I 22) p106
- ・最大判 H4.7.1 (成田新法事件・百 II 109) p260、265、311、**312**、313
- ・最判 H4.11.16 (森川キャサリン事件・百 I A2) p55
- ・最判 H4.12.15 (酒類販売免許制事件・百 I 94) p273、**275**、**288**

- ・最判 H5.2.16 (箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決・百 I 46) p162
- ・最判 H5.2.28 (ヒッグス・アラン事件) p57
- ・最判 H5.3.16 (第一次家永教科書訴訟・百 I 88) p381
- ・最判 H6.2.8 (ノンフィクション「逆転」事件・百 I 61) **p95**、249
- ・最判 H7.2.28 (外国人地方選挙訴訟・百 I 3) p58
- ・最判 H7.3.7 (泉佐野市民会館事件・百 I 81) p260、**261**
- ・最判 H7.5.25 (日本新党繰上補充事件・百 II 155) p388、**425**
- ・最大判 H7.2.22 (ロッキード事件丸紅ルート・百 II 174) p408
- ・最大決 H7.7.5 (非嫡出子相続分規定事件 (合憲)・百 I [5 版] 31) p114
- ・最判 H7.12.5 (女子再婚禁止期間事件 (合憲)・百 I [6 版] 30) p119
- ・東京高決 H7.12.19 (宗教法人解散命令事件) p456
- ・最判 H7.12.15 (指紋押捺事件・百 I 2) p91、92、**98**
- ・最決 H8.1.30 (宗教法人解散命令事件・百 I 39) p20、152、**154**、454
- ・最判 H8.3.8 (エホバの証人剣道受講拒否事件・百 I 41) p12、**158**
- ・最判 H8.3.15 (上尾市福祉会館事件) p263
- ・最判 H8.3.19 (南九州税理士会事件・百 I 36) p46
- ・最大判 H9.4.2 (愛媛玉串料事件・百 I 44) p163、164、**172**
- ・最判 H9.9.9 (病院長自殺国賠訴訟・百 II 170) p395
- ・東京高判 H9.11.26 (外国人管理職訴訟第二審) p59
- ・高知地判 H10.7.17 p163
- ・最大判 H10.12.1 (寺西事件・百 II 177) p69
- ・最大判 H11.11.10 (重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟・百 II 152) p333、**334**
- ・最判 H11.12.16 (覚せい剤密売電話傍受事件・百 I 59) p271
- ・最判 H12.2.8 (司法書士法違反事件・百 I 95) p287
- ・最判 H12.2.29 (エホバの証人輸血拒否事件・百 I 23) p107
- ・熊本地判 H13.5.11 (ハンセン病訴訟・百 II 192) **p294**、321
- ・最判 H14.1.29 (ロス疑惑配信記事訴訟) p248
- ・最大判 H14.2.13 (証券取引法事件・百 I 97) p300、**304**
- ・最判 H14.4.25 (群馬司法書士会事件) p48
- ・最大判 H14.9.11 (郵便法違憲訴訟・百 II 128) p322
- ・最判 H14.9.24 (「石に泳ぐ魚」事件・百 I 62) p97
- ・最判 H15.3.14 (長良川事件報道訴訟・百 I 67) p249
- ・最判 H15.9.12 (早稲田大学講演会事件・百 I 18) p91、**99**
- ・最大判 H16.1.14 (参議院非拘束名簿式比例代表制違憲訴訟・百 II 154) p337
- ・東京高決 H16.3.31 (週刊文春記事差止事件) p206
- ・最判 H16.7.15 (ゴーマニズム宣言事件) p247
- ・最大判 H17.1.26 (外国人管理職訴訟・百 I 4) p58
- ・最判 H17.7.14 (公立図書館の図書廃棄事件・百 I 70) p189
- ・最大判 H17.9.14 (在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・百 II 147) p5、**321**、324、**327**、330
- ・最判 H17.11.1 (行百 II 253) p309
- ・最大判 H18.3.1 (旭川市国民健康保険条例事件・百 II 196) p434、**435**
- ・最判 H18.3.23 p78
- ・最判 H18.7.13 (精神的原因による投票困難者事件) p330
- ・最決 H18.10.3 (NHK 記者証言拒否事件・百 I 71) p232
- ・最判 H19.2.27 (「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件) p144

- ・最判 H19.9.18 (広島市暴走族追放条例事件・百 I 84) p192、**198**、**264**
- ・最判 H19.9.28 (学生無年金障害者訴訟・百 II 134) p370
- ・最判 H20.2.19 (第 2 次メイプルソープ事件・H20 重判 6) p243
- ・最判 H20.3.6 (住基ネット事件・百 I 19) p91、**101**
- ・最判 H20.4.11 (自衛隊官舎ビラ配布事件・百 I 58) p235
- ・最大判 H20.6.4 (国籍法違憲訴訟・百 I 26) p117、**131**
- ・最大判 H21.9.30 (議員定数不均衡訴訟 (3) 参議院議員選挙・H21 重判 1) p349
- ・最大判 H22.1.20 (空知太神社事件・百 I 47) p164、165、**174**
- ・最大判 H22.1.20 (富平神社事件・H22 重判 4) p165、**177**
- ・最決 H22.3.15 (名誉毀損被告事件・H22 重判 8) p246
- ・最判 H22.7.22 (白山ひめ神社訴訟・H22 重判 5) p179
- ・岐阜地判 H22.11.10 (関ヶ原署名調査事件・H23 重判 10) p319
- ・最大判 H23.3.23 (議員定数不均衡訴訟 (4) 1 人別枠方式・百 II 153) p343、**351**、355
- ・最判 H23.4.28 p248
- ・最判 H23.5.30 (「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件・百 I 37) p146
- ・最大判 H23.11.16 (裁判員制度違憲訴訟・百 II 175) p430
- ・最判 H24.2.28 (生活保護老齢加算廃止訴訟・百 II 135) p359、**364**
- ・名古屋高判 H24.4.27 (関ヶ原署名調査事件・H24 重判 11) p319
- ・最大判 H24.10.17 (議員定数不均衡訴訟 (3) 参議院議員選挙・百 II 150) p348
- ・最判 H24.12.7 (堀越事件・百 I 13) p2、**65**、235、449
- ・最判 H25.1.11 (医薬品ネット販売事件・百 II A19) **p290**、392
- ・東京地判 H25.3.14 (成年被後見人選挙権確認訴訟・H25 重判 10) p331
- ・最判 H25.3.21 (神奈川県臨時特例企業税事件・百 II 208) p446
- ・最大決 H25.9.4 (非嫡出子相続分規定事件 (違憲)・百 I 27) p116
- ・最大判 H25.11.20 (議員定数不均衡訴訟 (5) 衆議院議員選挙・H25 重判 1) p343、**354**
- ・最判 H26.1.16 (H26 重判 6) p253
- ・最大判 H27.12.16 (女子再婚禁止期間事件 (違憲)・百 I 28) p3、43、**120**、321
- ・最大判 H27.12.16 (夫婦同氏事件・百 I 29) p125
- ・最決 H29.1.31 (グーグル検索結果削除請求事件・百 I 63) p14、95、**103**
- ・最大判 H29.12.6 (NHK 受信料訴訟・百 I 77) p21
- ・最大判 R2.11.25 (市議会議員出席停止事件) p417、**418**
- ・最大判 R3.2.24 (孔子廟訴訟) p179

(参考文献1)

- ・「憲法」第7版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)  
→(芦部〇頁)と表記
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)  
→(野中ほかⅠ〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)  
→(野中ほかⅡ〇頁)と表記
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)  
→(高橋〇頁)と表記
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)  
→(高橋体系〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)  
→(憲法Ⅰ〇頁)と表記
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)  
→(青柳〇頁)と表記
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)  
→(戸松〇頁)と表記
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)  
→(渋谷〇頁)と表記
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)  
→(演習〇頁)と表記
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)  
→(佐藤〇頁)と表記
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」初版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)

(参考文献2)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法②」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)  
→「行百」と表記