

第 17 問

基礎応用 180 頁 [判例 1]、

論証集 78 頁・1

(事案)

A 県は、青少年の健全な育成を目的として、「有害図書」を「図書の内容が、著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認められるもの」と定義した上で、自動販売機業者が「有害図書」に該当する図書を自動販売機に収納することを罰則付きで禁止することを内容とする A 県青少年保護育成条例（以下「本件条例」という）を制定した。なお、規制対象となる「有害図書」について、A 県知事が個別に指定する方式ではなく、条例所定の定義に該当する図書が個別の指定を要することなく「有害図書」に該当するとする包括指定方式が用いられているのは、個別指定がなされるまでの間に当該図書の販売を済ませるという脱法的行為に有効に対処する必要によるものである。

A 県内の中学生 X は、本件条例により A 県内の自動販売機には「有害図書」が収納されなくなり、有害図書を購入して閲読することができなくなったから、本件条例は X の閲読の自由を侵害するものとして違憲であると考えている。

(設問)

本件条例の憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、明確性の原則については、論じなくてよい。

(参考答案)

1. 本件条例は、青少年の知る自由を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

2. 知る自由は、個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であるうえ、思想・情報の自由な伝達・交渉の確保という民主主義社会の基本的原理を真に実効あらしめるためにも必要であるから、憲法 21 条 1 項により保障されると解する。

したがって、青少年が有害図書を読誦する自由は、知る自由として憲法 21 条 1 項により保障される。

3. 本件条例は、自動販売機業者が「有害図書」に該当する図書を自動販売機に収納することを罰則付きで禁止しており、これにより A 県内の自動販売機内に「有害図書」は収納されなくなる。その結果、青少年は A 県内の自動販売機で「有害図書」を購入して読誦することができなくなる。したがって、本件条例は青少年の知る自を制約するものである。

4. 本件条例の規制は図書の内容に着目した内容規制である上、事前抑制的な性格も有しているから、その合憲性は厳格審査の基準によって判断されるはずである。

しかし、知る自由の保障の前提を為す情報選別能力が十全には備わっていない青少年には成人と同等の知る自由は保障されないから、青少年の健全育成を目的とする青少年の知る自由に対する直接的規制である本件条例の合憲性は、中間審査の基準により審査すれば足りると解すべきである(岐阜県青少年保護育成条例事件の伊藤正己裁判官補足意見参照)。

そこで、本件条例の憲法 21 条 1 項適合性は、①立法目的が重要で、②手段が立法目的との間の実質的関連性を有するかどうかで審査する。

5. 本件条例の目的である青少年の健全育成は、その後の私生活・社会生活という本人の人生に大きく影響するから、青少年の知る自由を制約する目的としてふさわしいといえ、重要である(①)。

「有害図書」が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといえる。中間審査の基準では、心象形成の際に必要とされる立法事実として科学的証明レベルのことまでは要求されないから、上記の社会共通の認識をもって「有害図書」が立法目的にとって有害であるという因果関係を認めてよい。そして、自動販売機による「有害図書」の販売は、昼夜を問わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどが

基礎応用 179 頁 [論点 1]、
論証集 78 頁 [論点 1]

基礎応用 179 頁 [論点 2]、
論証集 78 頁 [論点 2]

ら、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえないため、「有害図書」を自動販売機で販売することが青少年の健全育成にとって有害であるという因果関係も認められる。

そして、このような「有害図書」を自動販売機に収納することを禁止することで、青少年は自己の健全育成にとって有害である「有害図書」を自動販売機で購入して閲読することができなくなるのだから、本件条例は、上記の立法目的の達成を促進するといえ、手段適合性が認められる。

確かに、規制対象となる「有害図書」を個別に指定するというより制限的でない他の選び得る手段によっても立法目的を達成できるとして、手段必要性が否定されるとも思える。しかし、個別指定方式では、個別指定がなされるまでの間に当該図書の販売を済ませるといった脱法的行為に有効に対処することができないから、包括指定方式と同程度以上に立法目的を達成することはできない。そうすると、立法目的を十分に達成できるより制限的でない他の選び得る手段が存在するとはいえないから、手段必要性も認められる。

したがって、手段の実質的関連性が認められる(②)。

6. よって、本件条例は、青少年の知る自由を侵害するものではなく、憲法 21 条 1 項に反せず合憲である。 以上

第 26 問

基礎応用 238 頁 [判例 5]、

論証集 98 頁 [判例 1]

(事案)

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守る必要がある。

そこで、薬事法は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることを目的として、医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、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 条において薬局開設許可の許可条件に関する基準を定めている。

薬事法 6 条は、許可条件の 1 つとして、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委ねている。

A 県では、薬事法 6 条 4 項の委任に基づき、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 100 m と定める委任条例を設けていた。

X は、A 県 B 市内の C 地点で薬局を開設するために、A 県知事に対して、薬局開設の許可の申請をしたところ、A 県知事は、許可申請に係る薬局の開設予定地である C 地点が既存の薬局から 50 m しか離れていなかったため、適正配置基準を満たさないとして、申請を拒否した。

X は、経営上の採算を考えて薬局を開設する場所として C 地点を選択したのであり、C 地点で薬局を開設できないなら、薬局の開設そのものを断念せざるを得なくなるから、適正配置規制は X の薬局開設に係る自由に対する不当な制約であり、違憲であると考えている。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

(参考答案)

1. 薬局開設の許可制そのものを定める薬事法 5 条と許可基準として適正配置規制を定める薬事法 6 条・A 県条例は、薬局開設予定者の狭義の「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。
2. 薬局を開業する自由は、狭義の「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。
3. 薬事法 5 条の薬局開設の許可制自体は、薬局を開業する自由そのものを制約するものであるから、問題なく狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たる。

他方で、薬事法 6 条・A 県条例の適正配置規制は、形式的には薬局を開業する場所という選択した職業の遂行方法に対する制約にとどまる。

もっとも、薬事法事件大法廷判決によれば、形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどまる規制が実質的には狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たることもある。

そして、薬局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、経営上の採算などを考慮し、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経営上の採算が取れないなどの理由から開業そのものの断念にもつながりうるものである。

そうすると、適正配置規制による薬局の開業場所の地域的制限は、実質的には薬局を開業する自由という狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たるといえる。

4. 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。

前記 3 の通り、許可制自体も許可基準である適正配置規制も、狭義の「職業選択の自由」に対する制約であるから、職業の自由に対する強度の制約である。

また、いずれの目的も、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るという消極目的にある。積極目的や財政目的のように政策的判断や専門技術的判断が多分に要求されるようなものではないため、規制を支える立法事実の司法的把握が比較的容易であるから、立法裁量を狭くする方向で評価される。

そこで、許可制自体と適正配置規制の憲法 22 条 1 項適合性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

5. 許可制自体と適正配置規制の立法目的は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることにより、問題なく重要であるとい

基礎応用 231 頁・1、論証集 97 頁・1

基礎応用 238 頁 [判例 5]、論証集 98 頁 [判例 1]

基礎応用 232 頁・2、論証集 97 頁・2

える (①)。

また、上記目的のために、業務内容の規制のみならず、一定の許可事由を満たさない者による薬局の開業を禁止することは、目的達成手段として有効かつ必要であるといえるから、手段適合性も手段必要性も認められる。したがって、許可制自体は、手段の実質的関連性が認められ (②)、憲法 22 条 1 項に違反せず合憲であるといえる。

他方で、適正配置規制は、㉗適正配置規制の不存在、㉘薬局の偏在、㉙競争の激化、㉚経営の不安定、㉛法規違反による不良医薬品の供給という因果関係を前提として定められたものである。これらの因果関係のうち、㉗から㉚までは、立法事実による支持がある。これに対し、㉛から㉜については、単なる観念上の想定にすぎず、立法事実による支持が認められない。そうすると、㉛から㉜までの因果関係がないことを前提として手段審査をすることになるから、開業場所の如何が不良医薬品の供給をもたらす危険性と無関係であるにもかかわらず、開業場所を禁止していることになる。したがって、適正配置規制は立法目的の達成を促進するものではないから、手段適合性を欠く。

仮に㉗から㉜までの因果関係が認められるとしても、適正配置規制以外の許可事由によって薬局の開業について事前規制を及ぼし、これをクリアした薬局を対象として立入検査をすることなどにより、不良医薬品の供給の危険性を相当程度下げることができから、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段があるとして、手段必要性が否定される。

したがって、適正配置規制は手段の実質的関連性を欠く (②)。

以上より、許可制自体は憲法 22 条 1 項に違反せず合憲であるが、適正配置規制は憲法 22 条 1 項に違反に違憲である。 以上

(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)
- ・「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)
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
- ・「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)
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)
- ・「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⑩」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)