

第 1 問

基礎応用 52 頁 [判例 1]、

論証集 27 頁 [判例 1]

(事案)

出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。)によれば、日本に上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然に日本から退去しなければならないが、申請をして在留期間の更新を許可された場合には、更新された在留期間の間、さらに日本に在留することができる(同法第 21 条第 1 項、第 2 項)。

アメリカ国籍の X は、入管法に基づき在留期間を 1 年間とする上陸許可を得て、日本に入国し、その後、在留期間中に、SNS 上で、日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言を頻繁に行っており、注目を集めるに至っていた。なお、X の発言は、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。

X は、法務大臣 Y に対して 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣 Y は、外国籍の X には日本国憲法による基本的人権の保障は及ばないとの考えを前提として、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して、「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をした。

(設問)

本件在留更新不許可処分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。

○ 出入国管理及び難民認定法(抜粋)

第 23 条 本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる。

2 前項の規定により在留期間の更新を受けようとする外国人は、法務省令で定める手続により、法務大臣に対し在留期間の更新を申請しなければならない。

3 前項の規定による申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。

4 (略)

(参考答案)

1. まず、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権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。

憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する規定にとどまり、外国人の入国について何ら規定していない。これは、国際慣習法上、外国人の入国を受け入れるか否かが当該国家の自由裁量に委ねられているという見解と同じ考えによるものである。そこで、外国人には入国の自由は保障されていないと解する。そうである以上、在留権も保障されていないと解する。

したがって、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反するとはいえない。

2. 次に、本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」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。

- (1) SNS上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言をすることは、自己の思想・意見を表明するものであるから、「表現の自由」として憲法21条1項により保障される。

- (2) 人権の前国家性(憲法11条、97条)と国際協調主義(前文3段、98条2項)に鑑み、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、日本に在留する外国人に対しても等しく及ぶと解する。

Xの「表現の自由」は、政治活動を伴うものではないため、外国人には参政権(憲法15条1項等)が保障されないと解されていることと矛盾するものでもないから、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とはいえず、日外国人であるXにも保障される。

- (3) 本件在留更新不許可処分は、過去に行われたXの表現行為を理由とするものにすぎないから、Xの「表現の自由」を直接制約するものではない。

もっとも、表現行為を理由とする不利益取扱いは表現行為に対する萎縮効果を有するから、「表現の自由」では特に萎縮効果除去の要請が強いことに鑑み、表現行為を理由とする不利益取扱いは「表現の自由」に対する間接的制約に当たると解する。

したがって、Xの表現行為を理由とする本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」に対する間接的制約に当たる。

- (4) では、本件在留更新不許可処分は「表現の自由」に対する制約として正当化されるか。

ア. 確かに、外国人には入国の自由も在留権も認められないこ

基礎応用 52 頁 [判例 1]、
論証集 27 頁 [判例 1]

基礎応用 52 頁 [論点 1]、
論証集 27 頁 [論点 1]

基礎応用 178 頁 [論点 1]、
論証集 77 頁 [論点 1]

基礎応用 52 頁 [判例 1]、

とと、入管法 23 条 3 項が在留期間の更新事由について概括的に定めていることから、在留期間の更新許可の判断には法務大臣に広汎な行政裁量を認められ、その結果、外国人に対する憲法上の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の基本的人権の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでは保障されていないと解する余地もある（マククリーン事件判決参照）。

イ. しかし、このように考えると、外国人は、在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されることを恐れて、憲法上の基本的人権の行使をためらうことなるから、基本的人権の行使について萎縮効果が生じる。

このことに、「表現の自由」については特に萎縮効果除去の要請が強いことも考慮すれば、当該表現行為が在留資格と矛盾したり、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものではない限り、在留期間中における「表現の自由」の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されないと解すべきである。

X の表現行為は、SNS 上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判するものであり、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。そうすると、その内容と態様のいずれにおいても、X の在留資格と矛盾するものでもないし、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものでもない。

そうすると、X の表現行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されない。

にもかかわらず、法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して「在留期間の更新を相当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をしたのだから、本件在留更新不許可処分は X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。以上

第 2 問

基礎応用 62 頁 [判例 2]、

論証集 32 頁 [判例 2]

(事案)

国家公務員法及び同法の委任を受けた人事院規則は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的として、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と定めることにより公務員の「政治的行為」禁止した上で、その違反について罰則を定めている（国家公務員法第 102 条第 1 項、第 110 条第 1 項、人事院規則 14-7）。

法務局会計課で勤務している X（役職なし）は、休日に、公務員であることを明らかにすることなく、A 政党を応援する集会（以下「本件集会」という）に参加した。なお、X は本件集会の中心人物ではなく、一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎない。

後日、X は、本件集会に参加したことが「政治的活動」に当たるとして、国家公務員法違反で逮捕された後に正式起訴された。

(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。

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. 国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項・人事院規則 14 条 - 7 (以下、これらを「本件各規定」ということがある。)は、公務員の政治活動の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。

(1) 「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)は、思想・意見を表明する自由である。政治活動の自由は、政治的な思想・意見の表明を伴うものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

(2) 本件各規定は、公務員の「政治的行為」を罰則をもって禁止することで、公務員の政治活動の自由を制約している。

(3) 他方で、公務員の政治活動の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠として、合理的で必要やむをえない程度の制約に服する。

ア. 猿払事件判決は、公務員の政治活動の自由を禁止する規定の憲法 21 条 1 項適合性について、合理的関連性の基準により審査している。

確かに、本件各規定は、政治的意見の表明そのものの制約を狙いとしているのではなく、単に政治的行為の禁止に伴う限度で間接的・付随的に政治的意見の表明を制約しているにとどまるという見方もできる。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結び付きが強いから、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な権利であり、民主主義社会を基礎付ける重要な権利である。

そうである以上、間接的・付随的な制約であることを重視して合理的関連性の基準まで厳格度を下げるべきではない。

さらに、本件各規定は、政治活動という活動内容に着目した規制であるため、国家が自己に都合の悪い表現を抑圧するために濫用される危険が高い。

そこで、本件各規定の合憲性は、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。

イ. 本件各規定の目的は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持するという点にある。

憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが

要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。そうすると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することは、公務員の政治的行為の自由を制約するにふさわしい、憲法の要請に適う国民全体の重要な目的であるといえる（①）。

ウ．公務員の政治活動には、公務員の政治的中立性を阻害するものもあるから、これを罰則付きで禁止することで心理的に抑制することは、前記目的を達成する手段として有効であるといえる。

他方で、政治活動を全面的に禁止しているという点で、手段の必要性を欠くのではないか。

しかし、法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的、規制される政治活動の自由の重要性、さらには、同条項が刑罰法規の構成要件であることを考慮すれば、同条項が禁止する「政治的行為」は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれがある、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものに限定されると解すべきである。そうすると、禁止される「政治的行為」は、立法目的を阻害する現実的なおそれがあるものに限定されることになるから、規制対象という点で手段の必要性が否定されるとはいえない。

さらに、禁止の方法として、服務規律違反を理由とする懲戒処分にとどまらず、刑罰まで設けている点で、手段の必要性を欠くとも思える。しかし、刑罰を定める法 110 条 1 項は、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容・態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合に初めて刑罰を科すという趣旨であると解される。そうすると、刑罰が設けられている点で手段の必要性が否定されともいえない。

したがって、本件各規定には実質的関連性も認められる（②）から、本件各規定は憲法 21 条 1 項に反せず合憲である。

2．本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰することが憲

法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。

X は、法務局会計課で勤務している役職なしの公務員であるから、管理職的地位がなく、その職務の内容や権限に裁量の余地がない。

しかも、X による本件集会の参加は、勤務時間外である休日に、公務員であることを明らかにすることなく行われたのだから、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもない。

このことに、X が本件集会に一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎないことも考慮すれば、X による本件集会の参加は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。

したがって、X による本件集会の参加は、本件各規定で禁止される「政治的行為」に当たらない。

にもかかわらず、本件各規定を X に適用して処罰することは、X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

以上

第 3 問

基礎応用 74 頁以下、論証

集 38 頁以下

(事案)

大学 4 年生の X は、株式会社 Y (以下「Y 社」という。) の入社試験における面接の際、Y 社の面接担当者から、大学在学中における学生運動の有無及びその内容について質問されたため、事実通り、憲法 9 条改正に反対するデモ行進に数回参加したことがあると説明した。

Y 社は、憲法 9 条改正を主張する自民党を支持しており、自民党に政治献金をしていたことから、憲法 9 条改正に反対する思想の持ち主であることを理由として、X の採用を拒否した。

X は、Y 社が X の採用を拒否したことと、面接の際に学生運動の経験について質問したことには、いずれも憲法上問題があるとして、Y 社に対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起しようと考えている。

(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. まず、X は、不法行為責任（民法 709 条）における権利侵害の要件を基礎づけるために、① Y 社が X が憲法 9 条改正に反対するデモ行進に数回参加したことを理由として X の採用を拒否したことと、② Y 社が面接の際に X に対して学生運動の経験について質問したことは、いずれも X の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲であると主張することが考えられる。

(1) 「思想及び良心の自由」における「侵してはならない」とは、第一に、㉞ 思想及び良心はそれが内心の領域にとどまる限り絶対的に自由であることを意味し、そのことの一環として、内心の思想及び良心を理由とする不利益取扱いの絶対禁止が導かれる。また、第二に、㉟ 内心の思想及び良心を告白することを強制されないという沈黙の自由も保障されており、直接のみならず間接的に内心の思想及び良心を尋ねることも絶対的に禁止される。

基礎応用 117 頁・3、論証集 58 頁・3

①の採用拒否は、X が憲法 9 条改正に反対する「思想」を有していることを理由とするものだから、㉞の意味での「思想及び良心の自由」に反する。②の質問は、X の思想を推知し得る学生運動の経験について質問するものだから、間接的に X の内心の思想を尋ねるものとして、㉟沈黙の自由という意味での「思想及び良心の自由」に反する。

(2) 私人間にも憲法の人権規定が直接適用されるなら、①の採用拒否と②の質問は X の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲となる。

基礎応用 74 頁 [論点 1]、論証集 38 頁 [論点 1]

しかし、憲法の人権規定は対国家的なものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。これは、私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じである。

そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用しないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。

私人間における人権侵害については、私法の一般条項（民法 1 条、90 条、不法行為に関する諸規定等）を憲法の趣旨（精神）を取り込んで解釈・適用することで、対処すべきである（間接適用説）。

したがって、私人である Y 社と X との間には憲法 19 条は直接適用されないから、①の採用拒否と②の質問が憲法 19 条違反として違憲であるとはいえない。

2. そこで次に、X は、間接適用説を前提として、憲法 19 条の趣旨に照らすと、①の採用拒否と②の質問は権利侵害の要件を満た

基礎応用 75 頁 [判例 1]、論証集 38 頁 [判例 1]

すと主張する。

- (1) 権利侵害の成否を判断する際には、もう一方の私人である Y 社側の権利にも配慮することにより、X と Y 社双方の権利の調整を試みる必要がある。

憲法 22 条・29 条等により、広く経済活動の自由が基本的人権として保障される。そのため、企業者には、憲法 22 条・29 条等により、経済活動の自由の一環として、自己の営業のためにいかなる者をいかなる条件で雇い入れるかを自由に決定する権利という意味での雇い入れの自由が保障される。

そうすると、企業者が特定の思想・信条を理由として雇い入れを拒むことは当然に違法となるものではない。また、そうである以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想・信条を調査し、そのためにその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも違法ではない。

- (2) ①の採用拒否は、X の思想を理由とするものであるが、これは雇い入れの自由の範疇に属するものだから、違法ではない。

②の質問は、Y 社が憲法 9 条改正を主張する自民党を支持しており、自民党に政治献金までしている会社であったことから、Y 社の政治的な思想ないし方針に反する者の入社を拒むために、X の思想を調査する目的で行われたものである。このことに、②の質問が X に思想そのものを直接に尋ねるのではなく、X の思想を推知し得る学生運動について尋ねるという間接的な態様にとどまることも考慮すれば、②の質問も違法であるとはいえない。

したがって、①の採用拒否と②の質問は、いずれも X の思想及び良心の自由を侵害するとして権利侵害の要件を満たすとはいえない。

よって、不法行為に基づく損害賠償請求は認められない。

以上

第 16 問

基礎応用 164 頁・2(1)、論

証集 74 頁・2(1)、令和 1 年

司法試験参考

(事案)

虚偽の表現が流布されることによる社会的混乱を防止することを目的として、「何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。」として、罰則付きで虚偽表現を禁止するフェイク・ニュース規制法が制定された。

(設問)

本法の憲法上の問題点について、明確性の原則（漠然性ゆえに無効の法理）に絞って、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、虚偽表現の憲法上の保障の有無については、論じなくてよい。

○フェイク・ニュース規制法（抜粋）

(目的)

第 1 条 この法律は、公共の利害に関する虚偽の表現について必要な規制を行うことによって、虚偽の表現により社会的混乱が生じることを防止することを目的とする。

(定義)

第 2 条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 虚偽表現 虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現をいう。

二～四 (略)

(虚偽表現を流布することの禁止)

第 3 条 何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。

(罰則)

第 4 条 第 3 条の規定に違反して虚偽表現を流布した者は、30 万円以下の罰金に処する。

(参考答案)

1. 法 3 条・4 条は、「虚偽」という不明確な法文により公共の利害に関する虚偽の事実を表現する自由を罰則をもって制約するものとして、憲法 21 条 1 項・憲法 31 条に反し違憲ではないか。
2. 虚偽表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。
3. 法 3 条・4 条は、3 条所定の虚偽表現を罰則をもって禁止することで、上記自由を制約している。
4. 「表現の自由」に対する刑罰法規については、法適用の恣意を排除して国民に対して公正な告知をするという罪刑法定主義の帰結に加え、萎縮効果の除去という要請から、明確性が要求される。法文の明確性は、通常判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準が読みとれるかどうかにより判断される。

基礎応用 212 頁 [論点 1]、
論証集 90 頁 [論点 1]

基礎応用 164 頁・2(1)、論
証集 74 頁・2(1)

法 3 条は、単に「虚偽」表現と定めるにとどまり、「虚偽」について具体的例示を伴う具体的な定義規定を設けるなどしていない。そうすると、通常判断能力を有する一般人の理解においていかなる表現が「虚偽」表現に該当するのかの判断を可能ならしめる基準を法文から読み取ることができないはずである。

5. もっとも、合憲限定解釈により法文の不明確性を払拭できないか。

違憲の疑いを除去するという合憲限定解釈の目的及び不明確な合憲限定解釈はかえって表現行為に対する萎縮効果を生むとの理由から、表現規制の合憲限定解釈が認められるには、①解釈の結果が規定中の合憲的適用部分と違憲的適用部分を明確に切り分けるものであることと、②一般国民の理解において①の解釈の結果を規定から読み取れることが必要であると解する。

基礎応用 384 頁 [論点 2]、
論証集 154 頁 [論点 2]

法 3 条・4 条の目的は「虚偽の表現によって社会的混乱が生じることを防止する」ことにあるから（法 1 条）、規制対象を「虚偽」表現のうち「社会的混乱」を生じさせる蓋然性のあるものに限定するという形で、合憲的適用部分だけを明確に切り分けることが可能である（①）。また、上記目的が法 1 条で明示されているから、一般国民の理解において上記解釈の結果を法の規定から読み取れるといえる（②）。したがって、合憲限定解釈による不明確性の払拭が認められるから、明確性の原則には反しない。

よって、法 3 条・4 条は、憲法 21 条 1 項・31 条に違反せず、合憲である。 以上

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100m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50m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、㉞適正配置規制の不存在、㉟薬局の偏在、㊱競争の激化、㊲経営の不安定、㊳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、㉞から㊲までは、立法事実による支持がある。これに対し、㊳から㊵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、㊲から㊵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㉞から㊵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るから、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)