

## 第1部 総論

### 第1章 憲法と立憲主義 p1～3

1. 憲法とは p1
2. 国家と法 p1
3. 憲法の意味 p1
4. 憲法規範としての特徴 p2  
自由の基礎法／制限規範／最高法規
5. 立憲主義と現代国家 p2～3  
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
6. 日本国憲法の法源 p3  
成文法源／不文法源

### 第2章 国民主権の原理 p4～8

1. 日本国憲法の基本原理 p4～5  
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 p6～7  
主権の意味／国民主権の意味
3. 天皇制 p7～8  
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 p9～10

1. 戦争の放棄 p9  
戦争の放棄の内容／自衛戦争の放棄
2. 戦力の不保持 p9～10
3. 交戦権の否認 p10

## 第2部 基本的人権

### 第1章 問題処理の基本とコツ p11～43

#### 第1節. 基本的人権が問題となる典型事例 p11～15

1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するか否かが問題となる p11
2. 違憲審査の流れ p11～13
3. 法令違憲審査と適用違憲審査 p13～14
4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」 p14～15

#### 第2節. 違憲審査の枠組み p16～26

##### 第1. 違憲審査の基本的な枠組み p16～17

1. 三段階審査論 p16
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p16
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 p16～17
4. 違憲審査の基本形 p17

##### 第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p18～24

1. 問題提起 p18
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 p18
3. 上記2の権利（利益）に対する制約 p18～19
4. 違憲審査基準の定立 p19～20

5. 違憲審査基準の適用 p20～24

第3節. 適用違憲（処分違憲） p24～26

1. 適用違憲の類型 p24～25

2. 適用違憲の審査の手法 p25

3. 三者間形式における注意点 p25～26

4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事項の差異 p26

第4節. 三段階審査論以外の手法 p26

第3節. 判例・学説を踏まえた論述 p27～28

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 p27

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 p27

3. 判例・学説の使い方のパターン p27～28

4. インプットのゴールを明確にする p28

5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える p28

第4節. 出題形式ごとの答案の書き方 p29～30

第1節. 三者間形式 p29～30

1. 設問1 p29～30

2. 設問2 p30

第2節. 法律意見書形式 p31～32

1. 平成30年以降の出題形式 p31

2. 答案の書き方 p31～32

第5節. 権利選択における視点 p32～36

第6節. 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p37

第7節. 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p38～39

第8節. 立法目的の把握の仕方 p40～43

第2章 基本的人権の原理 p44～45

1. 人権の概念 p44

2. 人権の内容 p44～45

自由権・参政権・社会権／制度的保障

3. 「公共の福祉」による制約 p45

第3章 人権の享有主体性 p46～73

1. 天皇・皇族 p46

2. 法人 p46～p51

3. 外国人 p51～58

4. 公務員 p58～70

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） p70～72

6. パターナリスティックな制約 p72～73

未成年者／成年者

第4章 人権の私人間効力 p74～78

1. 人権の私人間効力 p74～77

2. 純然たる事実行為による人権侵害（国家行為の理論） p77～78

## 第5章 包括的基本権 p79～94

第1節. 個人の尊厳 p79

第2節. 生命・身体の権利 p79

第3節. 明文根拠のない基本権 p79～94

1. 包括的基本権の保障 p79～80

2. 補充的適用 p80

3. プライバシー権 p80～91

4. 自己決定権 p91～93

5. 環境権 p94

## 第6章 法の下での平等 p95～115

1. 平等の観念の歴史 p95～96

2. 平等権と平等原則 p96

3. 平等権と実体的基本権の競合 p96

4. 差別的取扱いの正当化審査 p96～98

5. 後段列举事由 p98～99

6. 判例 p99～114

7. 積極的差別解消措置 p114～115

8. 憲法上の平等に関する規定 p115

## 第7章 思想・良心の自由 p116～125

1. 保障の意義 p116

2. 「思想及び良心」の意味 p116～117

3. 「思想及び良心の自由」の保障内容 p117

4. 「思想及び良心」に対する制約・介入の類型 p117～118

5. 憲法19条と憲法21条1項との関係 p118

6. 判例 p118～125

## 第8章 信教の自由 p126～154

1. 保障の趣旨 p126

2. 「信教」の定義 p126

3. 信教の自由の保障の内容 p126～127

4. 信教の自由の保障の限界 p127～135

5. 政教分離の原則（国家と宗教の分離の原則） p135～154

## 第9章 学問の自由 p155～160

1. 保障の趣旨 p155

2. 「学問」の意義 p155

3. 保障の内容 p155～156

4. 国家の助成制度 p157

5. 大学における学問の自由 p157

6. 大学の自治 p157～158

7. 判例 p158～160

## 第10章 表現の自由 p161～230

### 第1節. 総論 p161

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. 萎縮効果除去の要請
4. 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 p162～163

### 第3節. 表現の自由の制約 p164～178

1. 二重の基準の理論 p164
2. 明確性の理論 p164～171  
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 p171～176
4. 表現内容規制/表現内容中立規制 p176～178
5. 直接的制約/間接的・付随的制約 p178

### 第4節. 表現の自由の類型 p179～219

1. 知る自由・知る権利 p179～185
2. 筆記行為の自由 p186～188
3. アクセス権 p188～190
4. 報道の自由・取材の自由 p191～197
5. 放送の自由 p197～198
6. 政治的表現の自由 p198～199
7. 低価値表現(無価値表現) p200
  - (1) せん動 p200～201
  - (2) わいせつ表現 p202～205
  - (3) 名誉毀損表現 p205～209
  - (4) プライバシー侵害 p210
  - (5) ヘイト・スピーチ(差別的憎悪言論) p211～212
  - (6) 営利的言論 p211～212
  - (7) 象徴的言論 p212
  - (8) 虚偽表現 p212～213
8. インターネット異性紹介事業 p213～215
9. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p215～218
10. 消極的表現の自由 p218～219

### 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 p220～230

1. 集会の自由 p220～225
2. 集団行動の自由 p225～228
3. 結社の自由 p228～229
4. 通信の秘密 p229～230

## 第11章 経済的自由 p231～262

### 第1節. 職業の自由 p231～247

1. 保障の範囲 p231～232
2. 規制 p232～247  
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 p248～250

1. 居住・移転の自由 p248～250

2. 国籍離脱の自由 p250

### 第3節. 財産権 p251～262

1. 憲法 29 条 1 項・2 項 p251～259

2. 損失補償 p259～262

## 第12章 人身の自由と手続的権利 p263～269

1. 奴隷的拘束・苦役からの自由 p263

2. 適正手続 p263～264

3. 被疑者の権利 p264～265

4. 被告人の権利 p265～269

## 第13章 国務請求権 p270～273

1. 請願権 p270

2. 裁判を受ける権利 p270～271

3. 国家賠償及び刑事補償請求権 p271～273

## 第14章 参政権 p274～296

1. 権利としての側面と公務としての側面 p274

2. 選挙権の内容に関する基本原則 p274

3. 選挙権又はその行使を制限する法令 p274～279

4. 公職選挙に立候補する自由 p279

5. 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量 p279～284

6. 選挙運動の制限 p284～286

7. 議員定数不均衡 p286～295

8. 政見放送の削除 p295～296

## 第15章 社会権 p297～318

### 第1節. 生存権 p297～310

1. 生存権の法的性格 p297～298

2. 憲法 25 条 1 項と 2 項の関係 p298～299

3. 生存権の問題類型 p299～310

### 第2節. 教育を受ける権利 p311～317

1. 権利の主体 p311

2. 3つの側面 p311

3. 教育内容決定権の所在 p311～316

4. 義務教育の無償 p316～317

### 第3節. 労働基本権 p318

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16章 国民の三大義務 p319

1. 教育を受けさせる義務

2. 勤労の義務

3. 納税の義務

## 第3部 統治機構

### 第1章 権力分立 p321～322

1. 伝統的意味 p321
2. 現代の変容 p321

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 p321～322

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 p323～341

#### 第1節. 国会の地位 p323～324

1. 国民の代表機関 p324
2. 自由委任と党議拘束 p325
3. 国権の最高機関 p325
4. 唯一の立法機関 p325～329

「立法」の意味／「唯一」の意味

#### 第2節. 国会の組織と活動 p329～333

1. 二院制 p329～330
2. 選挙制度 p330～331
3. 国会議員の地位 p331～333

不逮捕特権／免責特権

4. 国会議員の権能 p333

#### 第3節. 国会の活動 p333～341

1. 会期 p333～334

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 p334
3. 参議院の緊急集会 p334
4. 会議の原則 p334～335

定足数／表決数／一時不再議／会議の公開

5. 国会の権能 p335～338

6. 議院の権能 p338～341

議院自律権／国政調査権

### 第3章 内閣 p342～347

1. 行政権と内閣 p342～343

行政権の概念／独立行政委員会

2. 内閣の組織と権能 p344～345

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 p346～347

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 p348～369

1. 司法権の意味と範囲 p348～362

(1) 司法権の概念 p348

(2) 司法権の範囲 p348

(3) 法律上の争訟 p348～349

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 p349～362

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 p362～368

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 p368～369

第5章 財政 p370～374

1. 財政民主主義 p370

2. 租税法律主義 p370～372

3. 予算 p372～373

法的性格／予算の修正／暫定予算

4. 決算審査 p373

5. 公金支出の禁止 p374

第6章 地方自治 p375～381

1. 総説 p375

2. 地方自治の本旨 p375

3. 地方公共団体の機関 p375

4. 条例 p376～380

5. 地方自治特別法 p381

第7章 憲法の保障 382～394

1. 憲法保障の諸類型 p382

抵抗権／国家緊急権

2. 違憲審査制 p382～390

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 p391～393

硬性憲法／改正手続／憲法改正の限界

4. 憲法の変遷 p393～394





# 第1部 総論

## 第1章 憲法と立憲主義

B

### 1. 憲法とは

A

憲法とは、国家統治の基本を定めた国家の基礎法である。

国家統治の基本は、いつの時代でも国家権力であり、この国家権力によって幾度となく国民の権利・自由が不当に侵害されてきた。

典型的には、国家が法律を制定し、それを国民に適用する形で、国民の権利・自由が制約されるのであり、その制約が不当な侵害に至らないよう、国家権力を縛る必要がある。

国家権力を制限して国民の権利・自由が守ることが、憲法の最たる役割であり、これを立憲主義的な憲法という（憲法により国家権力を制限し、憲法に基づいた政治を行うことを、立憲主義という。）。

日本国憲法は、立憲主義的な憲法と、統治機構について定める部分に大別することができ、前者については主として第2部で、後者については主として第3部で取り上げる。

### 2. 国家と法

C (択)

国家とは、一定の限定された地域（領土）を基礎として、その地域に定住する人間が、強制力をもつ統治権のもとに法的に組織されるようになった社会をいう。したがって、領土と人と権力は、古くから国家の三要素といわれてきた。

芦部 3頁

国家という統治団体の存在を基礎づける基本法、それが通常、憲法と呼ばれてきた。

### 3. 憲法の意味

B (択)

憲法には、①形式的意味の憲法（憲法という名で呼ばれる成文の法典であり、内容を問わない）と、②実質的意味の憲法（ある特定の内容をもった法を憲法と呼ぶ場合であり、成文・不文を問わない）とがある。②は、③固有の意味の憲法（国家の統治の基本を定めた法としての憲法であり、いかなる時代のいかなる国家にも存在する）、④立憲的意味の憲法（自由主義に基づいて定められた国家の基礎法であり、専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという立憲主義の思想に基づく憲法である）に分類される。<sup>1)</sup>

芦部 4～7頁

立憲的意味の憲法（②④）は、国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることを目的とする憲法である。その特色として、成文憲法という形式と、硬性憲法という性質（通常法律よりも厳しい手続によらなければ改正できない）が挙げられる。後者の理由については、憲法は社会契約を具体化する根本契約であり、国民の不可侵の自然権を保障するものであるため、憲法によってつくられた権力である立法権は根本法たる憲法を改正する資格をもつことはできず（それは国民にのみ許される）、立法権は憲法に拘束されるから、憲法の改正は特別の手続によって行わなければならないと考えられる、と説明される。

<sup>1)</sup> ④は、近代的意味の憲法とも呼ばれる（芦部 5頁）

#### 4. 憲法規範としての特質

近代憲法の特質は、自由の基礎法、制限規範、最高法規という 3 点である。

##### (1) 自由の基礎法

近代憲法は、何よりもまず、自由の基礎法である。すなわち、憲法は、自由の規範である人権規範に奉仕するものとして存在するものである。

このような自由の観念は、自然権の思想に基づく。この自然権を実定化した人権規定は、憲法の中核を構成する根本規範であり、この根本規範を支える核的価値が人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）である。

##### (2) 制限規範

憲法が自由の基礎法であるということは、同時に憲法が国家権力を制限する基礎法であることを意味する。

近代憲法は自然権思想を基礎に置くものであるため、政治権力の究極にお根拠も個人（すなわち国民）に存してなくてはならないから、憲法を実定化する主体は国民であり、国民が憲法制定権力（憲法をつくり、憲法上の諸機関に権限を付与する権力）の保持者であると考えられる。このように自然権思想と憲法制定権力の思想とは不可分の関係にある。

また、憲法制定権力は、実定憲法においては国民主権として制度化されることになるため、人権規範は主権原理とも不可分の関係にあることになる。

##### (3) 最高法規

憲法は、国の最高法規であり、国法秩序において最も強い形式的効力をもつ。憲法 98 条の規定は、その趣旨を明らかにしたものである。

憲法の最高法規性の形式的根拠は硬性憲法であることに、実質的根拠は憲法が自由の基礎法であることに求められる。

すなわち、硬性憲法であることから憲法の形式的最高法規性（憲法が国法秩序において最上位にあること）が当然に派生するため、憲法の形式的最高法規性の実質的根拠については憲法が自由の基礎法であることに求めることになる。<sup>2)</sup>

憲法第十章に「最高法規」の冒頭にあつて、基本的人権が永久不可侵であることを宣言する憲法 97 条は、硬性憲法（憲法 96 条）及びそこから当然に派生する憲法の形式的最高法規性（憲法 98 条）の実質的根拠を明らかにした規定である。

#### 5. 立憲主義と現代国家

近代立憲主義憲法は、個人の権利・自由を確保するために国家権力を制限することを目的とするが、この立憲主義思想は法の支配の原理と密接に関連する。

##### (1) 法の支配

専断的な国家権力による支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である。

法の支配の内容として重要なものは、①憲法の最高法規性の観念、②権力によって侵されない個人の人権、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続、④権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重、などだと考えられている。

<sup>2)</sup> 自由の基礎法であることが憲法の実質的最高法規性であり、これは形式的最高法規性の基礎をなし、憲法の最高法規性を真に支えるものである（芦部 12 頁）。

## (2) 法の支配と法治主義の対比

法の支配と法治主義（法治国家）とは、法によって権力を制限しようとする点においては法の支配の原理と同じ意図を有するが、少なくとも、次の2つの点において異なる。

1 点目は、法の支配が民主主義と結合するものであるのに対し、法治主義はいかなる政治体制とも結合し得る形式的な観念であるということである。

2 点目は、法の支配にいう「法」は内容が合理的でなければならないという実質的要件を含む観念であり、ひいては人権の観念とも固く結びつくものであるのに対し、法治主義にいう「法」は内容とは関係のない形式的な法律にすぎない。

芦部 13～17 頁

## (3) 立憲主義の現代的意義

### ア. 立憲主義と社会国家

立憲主義は、国家は国民生活にみだりに介入すべきではないという消極的な権力観を前提としている。そうすると、国家による社会への積極的な介入を認める社会国家思想は、立憲主義と矛盾するように思える。しかし、立憲主義の本来の目的は、個人の権利・自由の保障にあるため、その目的を現実の生活において実現しようとする社会国家思想とは基本的に一致すると考えるべきであるから、両者は両立する。

### イ. 立憲主義と民主主義

立憲主義は民主主義とも密接に結びついている。すなわち、①国民が権力の支配から自由であるためには、国民自らが能動的に統治に参加するという民主制度を必要とするから、自由の確保は、国民の国政への積極的な参加が確立している体制においてはじめて現実のものとなり、②民主主義は、個人尊重の原理を基礎とするため、すべての国民の自由と平等とが確保されてはじめて開花する、という関係にある。民主主義は、単に多数者支配の政治を意味せず、実を伴った立憲民主主義でなければならないのである。

このような自由と民主の結合は、まさに、近代憲法の発展と進化を支配する原則であるということができよう。<sup>3)</sup>

C (択)

芦部 32～34 頁

## 6. 日本国憲法の法源

### (1) 成文法源

法の存在形式には成文法と不文法（又は慣習法）とがあり、近代国家に至って成文法源が最も重要な法源となっている。実質的意味の憲法も、その多くが成文化（実定化）されるようになった。

### (2) 不文法源

有権解釈（国会・内閣など最高の権威を有する機関が行った解釈）によって現に国民を拘束している憲法制度から不文法源が形成され、成文法源を補充する役割を果たす。判例も不文法源として重要な意味を有する。

憲法も生ける法であるから、時代の変化に対応するために、慣例ないし慣習と言われるものが成立する。

憲法慣習には、①憲法に基づきその本来の意味を発展させる慣習、②憲法

<sup>3)</sup> 戦前の憲法学（特にワイマール憲法時代のドイツ）では、自由主義を否定しても民主主義は成り立つという見解が有力であった。しかし、「リベラルでない民主制は、民主制の否定であり、多かれ少なかれ独裁的性格を帯びる。民主制は人権の保障を本質とする」と考えるのが正しい（芦部 17 頁）。

上の明文の規定が存在しない場合にその空白を埋める慣習、及び③憲法規範に明らかに反する慣習、という3つの類型がある。③については、憲法習律としての法的性格を認めることはできるが、それ以上の、慣習と矛盾する憲法規範を改廃する法的効力を認めることは、硬性憲法の原則に反し、許されないと解されている。

①・②については、法的効力があり、法源性が認められるが、その法的効力の強さについては争いがある。もっとも、少なくとも、国家機関を政治的に拘束する効力が認められることについては、争いはない。

野中ほか111～12頁

## 第2章 国民主権の原理

B

芦部 35 頁～38 頁

芦部 35～36 頁

芦部 36～37 頁

### 1. 日本国憲法の基本原理

日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の3つを基本原理とする。これらの原理がとりわけ明確に宣言されているのが憲法前文である。

#### (1) 前文の内容

第1に、前文1項の前段は、「主権が国民に存すること」と日本国民が「この憲法を確定する」ものであることを規定することで、国民主権の原理及び国民の憲法制定の意思（民定憲法性）を宣言している。

第2に、前文1項の前段は、それと関連させながら、「自由のもたらす恵沢」の確保と「戦争の惨禍」からの解放を規定することで、人権と平和の二原理を宣言し、そこに日本国憲法制定の目的があることを示している。

第3に、前文1項の後段は、「国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」と言い、国民主権とそれに基づく代表民主制の原理を宣言し、最後に、以上の諸原理を「人類普遍の原理」として説き、「われらは、これに反する一切の憲法、法令、及び詔勅」を排除するとして、それらの原理が憲法改正によっても否定することができない旨を明らかにしている。

第4に、前文2項は、「日本国民は、恒久の平和を念願」するとして、平和主義への希求を述べ、そのための態度として「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」と宣言する。前文3項は、国家の独善性の否定を「政治道德の法則」として確認し、前文4項は、日本国憲法の「崇高な理念と目的を達成すること」を誓約している。

#### (2) 基本原理相互の関係

前文で宣言された国民主権の原理、基本的人権の尊重（人権尊重主義）、平和主義の原理は、相互に不可分に関連している。

##### ア. 人権と主権

まず、基本的人権の保障は、国民主権の原理と結びついている。前文1項は、国民主権及びそれに基づく代表民主制の原理（狭義の民主主義）が基本的人権の尊重・確立を目的とし、それを達成するための手段として不可分の関係にあることを示している。それは、基本的人権の尊重・確立は専制政治の下では完全なものとなり得えず、民主主義政治の下ではじめて完全なものとなり得るからである。

次に、自由は「人間の尊厳」の原理なしには認められないが、国民主権（国民が国の政治体制を決定する最終かつ最高の権威を有するという原理）も、国民がすべて平等に人間として尊重されてはじめて成立するものである。このように、国民主権（民主の原理）も基本的人権（自由の原理）も、ともに「人間の尊厳」という最も基本的な原理に由来し、その二つが合して広義の民主主義を構成し、それが「人類普遍の原理」として前文1項の後段で宣言されている。

##### イ. 国内の民主と国際の平和

人間の自由と生存は平和なくしては確保されないという意味で、平和主義の原理もまた、人権及び国民主権の原理と密接に結びついている。

### (3) 前文の法的性質

前述した3つの基本原理を宣言している前文は、憲法の一部をなし、本文と同じ法的性質をもつと解される。したがって、例えば、前文1項の「人類普遍の原理…に反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」という規定は、憲法改正に対して法的限界を画し、憲法改正権を法的に拘束する規範であると解される。

しかし、前文の規定は、抽象的な原理を宣言するにとどまるから、狭い意味での裁判規範性は認められないと解されている。<sup>1)</sup>

なお、長沼事件では、第二審判決が、憲法前文第2項3段が「平和のうちに生存する権利」として定める平和的生存権について、裁判規範性を否定しており、最高裁判所でも裁判規範性が実質的に認められなかった。

札幌高判 S51.8.5・百II [5版] 182

## 2. 国民主権

芦部 39～43頁

国民主権の原理は、絶対主義時代の君主の専制的支配に対抗して、国民こそが政治の主体であると主張する場合に、その理論的支柱とされた観念で、近代市民改革の成立以降、国家統治の基本原則として近代立憲主義憲法において広く採用されている。

### (1) 主権の意味

主権の概念には、①国家権力そのもの（国家の統治権）、②国家権力の属性としての最高独立性（内にあるは最高、外にあるは独立ということ）、③国政についての最高の決定権という3つの異なる意味がある。

①は、国家が有する支配権を包括的に示す概念であり、立法権・行政権・司法権を総称する統治権とほぼ同じである。憲法41条前段にいう「国権」がこれにあたる。

②は、主権概念の生成過程からいえば、本来の意味の主権の概念である。憲法前文三項で、「自国の主権を維持し」という場合の主権がその例であるが、そこでは国家の独立性に重点が置かれている。

③は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威という意味であり、その力又は権威が君主に存する場合は君主主権、国民に存する場合は国民主権と呼ばれる。憲法前文1項で「ここに主権が国民に存することを宣言し」という場合の「主権」及び憲法1条後段で「主権の存する日本国民の総意」という場合の「主権」がこれにあたる。

### (2) 国民主権の意味

国民主権の原理は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威が国民に存することを意味する。

これには、①権力的契機（国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使すること）と、②正当性の契機（国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存すること）という2つの要素が含まれている。

もともと、国民主権原理は、国民の憲法制定権力の思想に由来する。国民の憲法制定権力は、国民が直接に権力を行使する（具体的には、憲法を制定し国の統治のあり方を決定する）、という点にその本質的な特徴がある。ところが、この憲法制定権力は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性

<sup>1)</sup> 裁判規範とは、広い意味では裁判所が具体的な争訟を裁判する際に判断基準として用いることのできる法規範のことをいうが、狭い意味では、当該規定を直接根拠として裁判所に救済を求めることのできる法規範、すなわち裁判所に判決によって執行することのできる法規範をいう。

の原理に従って、自らを憲法典の中に制度化し、国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、及び法的拘束に服しつつ憲法（国の統治のあり方）を改める憲法改正権に転化したものである（そのため、憲法改正権は「制度化された憲法制定権力とも呼ばれる」）。

①の側面では、国民が自ら国の統治のあり方を最終的に決定するという要素が重視されるから、そこでの主権の主体としての「国民」は、実際に政治的意思表示を行うことのできる有権者（選挙人団とも言う）を意味する。また、それは、国民自身が直接に政治的意思を表明する制度である直接民主制と密接に結びつくことになる。<sup>2)</sup> 主権の権力性とは、具体的には、憲法改正を決定する（これこそ、国の政治のあり方を最終的に決定することである）権能をいう。

②の側面では、国家権力を正当化し権威づける根拠は究極において国民であるという要素が重視されるから、そこでの主権の保持者としての「国民」は、有権者に限定されるべきではなく、全国民であるとされる。また、そのような国民主権の原理は代表民主制、とくに議会制と結びつくことになる。

### 3. 代表民主制

野中ほかⅡ9～10頁

民主主義は、主権者である国民による政治の実現を理想とするものであり、この理想を最高度を実現するものとしては、国民が国民代表である議会（国会）を媒介しないで直接に政治を行う直接民主制が考えられる。直接民主制は、「治者と被治者の自同性」という民主主義の理念に最も忠実な統治制度である。

しかし、全国民で集まって国政について審議・決定することは現実的に不可能であるし、仮にそれが可能であっても全国民が自ら直接に国政について審議・決定できるだけの政治的素養を備えているとは限らない（その結果、その時々のおもむきに流されて国政について決定してしまう危険性もある）。

そこで、日本国憲法では、原則として、直接民主制をとらず、国民の中から自らの代表者（国会議員）を選び、その代表者が国民に代わって国政を担当する代表民主制（間接民主制）が採用されている（憲法前文1段、43条1項）。

### 4. 天皇制

芦部 44～53頁

#### (1) 総説

日本国憲法において、天皇の地位は「主権の存する日本国民の総意に基づく」（憲法1条前段）ものとされているから、天皇制は絶対的・不可変的なものではなく、国民の総意により可変的なものである。また、日本国憲法は、天皇を神の子孫として特別視する態度をとっていない。さらに、日本国憲法における天皇は、形式的・儀礼的な「国事に関する行為のみを行い、国政に関する権能を有しない」（憲法4条）。

#### (2) 天皇の権能

憲法は、「天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない」と定め（憲法4条）、具体的な行為を憲法6条・7条に列挙している。

<sup>2)</sup> もっとも、だからといって、憲法の明文上の根拠もなく、国の重要な施策についての決定を国民投票に付与する法律がただちに是認されるわけではない（憲法上認められるのは、国民投票の結果がただちに国会を法的に拘束するものでない諮問的・助言的なものに限られよう。）（芦部 42頁）。

憲法3条は、「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。」と規定することで、天皇の国事行為について厳格な規律を設けている。これにより、天皇の国事行為の結果については内閣が自ら責任を負うことになり、天皇は無答責とされる。

「内閣の助言と承認」と「天皇…の…国事…行為」の実質的決定権の関係については、①天皇の国事行為は本来すべて形式的・儀礼的行為であり、「内閣の助言と承認」はそのような形式的行為に対して行うことが要求されているのであるから、「内閣の助言と承認」は実質的決定権を含まないとする説がある。この説は、衆議院の解散を実質的決定権の根拠を憲法7条3号以外に求めなければならないことになり、この点については、①衆議院の内閣不信任決議に伴う解散について規定した憲法69条を根拠に、しかも、衆議院の不信任決議が可決された場合のみ内閣が衆議院を解散することができるという説と、②権力分立制・議院内閣制を採用している憲法の全体的な構造に根拠を求め、不信任決議とかかわりなく内閣の自由な解散権を認める説がある。また、①の説とは別に、②「内閣の助言と承認」が天皇の国事行為の実質的決定権を含む場合もあると解する説もある（この説は、内閣が「助言と承認」を行う前提として国事行為の実質的決定を行っても、その結果として天皇の国事行為が形式的・儀礼的なものになるならば、憲法の精神に反しないと考える）。この②の説は、憲法7条3号の衆議院の解散という国事行為に対する内閣の「助言と承認」を根拠として、内閣の自由な解散決定権が認められるとする。

### (3) 天皇の公的行為

「おことば」のように、国事行為（憲法6条・7条）ではないが、純粋に私的行為ともいえない行為については、これを憲法上どのように位置づけるのか、これに対する内閣のコントロールの在り方についてどう考えるべきか、という問題がある。「おことば」などの行為の憲法上の位置づけについては、3つの見解がある。

象徴行為説：憲法が天皇を象徴として認めている以上（憲法1条前段）、天皇の行う国事行為以外の行為が多かれ少なかれ公的な意味を持つことは否定できないとの理由から、「おことば」などの行為を、天皇の象徴としての地位に基づく行為として、憲法上許容される第三の類型に位置づける見解である。

公人行為説：「おことば」などの行為について、国事行為でも純粋に私的な行為でもないと考えた上で、公人としての地位に伴う当然の社会的・儀礼的行為であると解する見解である。

国事行為説：憲法4条1項が「天皇は、…国事に関する行為のみを行ひ」と規定していることを重視し、国事行為以外の公的行為を認めないと考えた上で、「おことば」などの行為について、憲法7条10号の「儀式を行ふ」に含まれるとして憲法上許容したり（その限度で国事行為の観念を拡張して考える）、国事行為に密接に関連する準国事行為として憲法上許容する見解である。

### (4) 皇室経費

「すべて皇室財産は、国に属する。すべて皇室の費用は、予算に計上して国会の議決を経なければならない」（憲法88条）。予算に計上される「皇室の費用」は、内廷費・宮廷費・皇族費に分類される（皇室経済法3条）。

(択)

渋谷 62 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 139 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 140～141 頁

芦部 52 頁、野中ほか I 141～142 頁



### 第3章 平和主義

C

- ① 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。（憲法9条1項）
- ② 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。（同条2項）

芦部 54 頁

日本国憲法は、第二次世界大戦の悲惨な体験を踏まえ、戦争についての深い反省に基づいて、平和主義を基本原理として採用し、①侵略戦争を含めた一切の戦争と武力の行使及び武力による威嚇を放棄すること（憲法9条1項）、②①を徹底するための戦力の不保持（同条2項前段）、③国の交戦権の否認（同条2項後段）という、比類のない徹底した戦争否定の態度を打ち出している。

芦部 56～58 頁

#### 1. 戦争の放棄

(択)

##### (1) 戦争の放棄の内容

憲法前文の平和主義は、憲法9条により具体化されている。同条1項では、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」と述べて、戦争放棄の動機を一般的に表明した上で、「国権の発動たる戦争」、「武力による威嚇」及び「武力の行使」の3つを放棄する。

これらの放棄には「国際紛争を解決する手段としては」という留保が付されており、従来の国際法上の用語例によると、「国際紛争を解決する手段として」の戦争は「国家の政策の手段としての戦争」と同義であり、具体的には侵略戦争を意味していることになる。このような国際法上の用語例を尊重するならば、憲法9条1項で放棄されているのは侵略戦争だけであり、自衛戦争は放棄されないと解することになる。

これに対し、従来の国際法上の解釈にとらわれず、およそ戦争はすべて国際紛争を解決する手段としてなされるのであるから、憲法9条1項により自衛戦争も含めてすべての戦争が放棄されていると解する見解もある。

(択)

##### (2) 自衛戦争の放棄

憲法9条1項では侵略戦争のみが放棄されていると解する説をとっても、同条2項について、「前項の目的を達するため」という「前項の目的」とは戦争を放棄するに至った動機を一般的に指すにとどまると解し、同条2項では一切の戦力の保持が禁止され、交戦権も否認されていると解釈すれば、同条2項により自衛戦争が禁止されることになるから（通説）、結局、同条1項・2項によりすべての戦争が禁止されていることになり、同条1項により自衛戦争も含めたすべての戦争が放棄されていると解する説と結論は異なることになる。

これに対し、憲法9条1項については侵略戦争のみを放棄していると解した上で、同条2項については「前項の目的を達するため」とは「侵略戦争放棄という目的を達するため」ということであると理解して、同条2項前段は侵略戦争のための戦力を保持しないことを意味するにとどまり、また、同条2項後段が定める交戦権の否認は交戦国がもつ諸権利は認めないことを意味するにとどまると解する説もある。

(択)

#### 2. 戦力の不保持

憲法で保持が禁止されている「戦力」の意義については、①戦争に役立つ可

芦部 59～68 頁

能性のある一切の潜在的能力を「戦力」だとする説、②軍隊及び有事の際にこれに転化しうる程度の実力部隊であると解する説（通説）がある。②でいう「軍隊」とは、外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を防衛することを目的として設けられた、人的・物的手段の組織体をいう。②の説及び軍隊の意義からすれば、現在の自衛隊は、その人員・装備・編成等の実態に即して判断すると、憲法 9 条 2 項の「戦力」に該当するといわざるを得ないと評価されている。

政府は、憲法制定当初は②の説と同じ解釈に立っていたが、③昭和 30 年ごろから、「自衛権は国家固有の権利として、憲法 9 条の下でも否定されない。そして、自衛権を行使するための実力を保持することは憲法上許される。つまり、自衛のための必要最小限度の実力は、憲法で保持することを禁じられている「戦力」にあたらぬ」と解釈するに至った。

なお、砂川事件大法廷判決は、安保条約に基づくアメリカ軍の駐留の憲法 9 条・98 条 2 項違反が争われた事案において、「憲法 9 条 2 項…がその保持を禁止した戦力とは、わが国が主体となってこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである」と判示している。

最大判 S34.12.16・百Ⅱ163

### 3. 交戦権の否認

憲法 9 条 2 項後段は、「国の交戦権は、これを認めない」と定める。ここにいう「交戦権」の意味については、①交戦状態に入った場合に交戦国に国際法上認められる権利（例えば、敵国の兵力・軍事施設を殺傷・破壊したり、相手国の領土を占領したり、中立国の船舶を臨検し敵性船舶を拿捕する権利）と解する説、②文字通り、戦いをする権利と解する説、③上記①②の双方を含むとする説がある。

(択)

芦部 69 頁

## 第2部 基本的人権

### 第1章 問題処理の基本とコツ

#### 第1節. 基本的人権が問題となる典型事例

A

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、飲食店全般を対象として、20時以降の酒類の提供を一律に禁止し、違反者には営業停止処分等の制裁を科すことができる旨の法律 A が制定された。

個人で居酒屋を営む X が自店で 20 時以降も酒類を提供していたことを理由として、営業停止 1 か月間の処分を受けた。

なお、X が 20 時以降に客に酒類を提供していたのは 1 か月に 2~3 日ほどであり、いずれも店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯であった。

#### 1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するかが問題となる

基本的人権の問題は、典型的には、case1 のように、国家が国民の自由に対して法令の制定又はその適用行為によって介入する場合に、法令やその適用行為は国民の基本的人権を侵害するものとして憲法違反（＝違憲）ではないかという形で生じるものである（あくまでも典型事例にすぎず、基本的人権の侵害事例の類型は他にもある。）。

case1 では、X は、弁護士に依頼して、国側を被告として、営業停止期間満了前であれば営業停止処分の取り消しを、営業停止期間満了後であれば営業停止期間中の逸失利益（営業していれば得られたであろう利益）の賠償を求めて、裁判所に訴えを提起して、営業停止処分の違法性を基礎づけるために、(1) 飲食店全般を対象とする 20 時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律 A 自体が飲食店の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反する、(2) 仮に法律 A 自体が合憲であっても、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎない X に法律 A を適用して営業停止処分をすることは X の営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反すると主張する。

X の主張とこれに対する国側の反論を踏まえて、裁判所が、法律 A 自体と法律 A の適用行為としての本件営業停止処分の双方について、飲食店や X の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するか否かを審査することになる。この審査は、違憲審査（又は合憲性審査）と呼ばれるものである。

#### 2. 違憲審査の流れ

##### (1) 問題となっている自由が憲法上の基本的人権として保障されるか

まず、法律 A や本件営業停止処分によって干渉されている X の自由を特定した上で、それが「憲法上の基本的人権として保障」されているか否かを検討することになる。干渉されている X の自由は、自らが経営する飲食店で酒類を提供する自由（以下、「酒類提供の自由」という）であり、これは、営業の自由に属するものである。

憲法 22 条 1 項は、「職業選択の自由」については明文で定めているが、営業の自由については明文で定めていない。そこで、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 項によって保障されるかが問題となる。この点について、判例は肯定説に立っているから、X の酒類提供の自由も「職業選択の自由」の一環として憲法 22 条 1 項によって保障される。

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
92 (基礎応用 232 頁・2 (3))。

## (2) 国家の干渉が基本的人権に対する「制約」に当たるか

次に、法律 A や営業停止処分が、飲食店や X の酒類提供の自由に対する「制約」と評価するに値するのかが問題となる。

仮に国家による国民の自由に対する干渉が自由権に対する「制約」に当たる場合には、その「制約」には憲法的正当化が要求され、憲法的正当化が認められなければ違憲となる（法律であれば、少なくとも当該事案では無効となり当該事案への適用が否定されるとともに、通常は国会で廃止又は改正される）。そのため、国家による自由権に対する干渉がことごとく自由権の「制約」と評価されるのではなく、「制約」と評価される干渉はある程度限定されるべきである。<sup>1)</sup>

作法 24 頁、35 頁参照

法律 A も本件営業停止処分も、その法律効果として飲食店や X の酒類提供の自由をダイレクトに禁止するものだから、問題なく、飲食店や X の酒類提供の自由に対する制約に当たる。

## (3) 制約の憲法的正当化

人権も、内心の自由など一部の人権を除き、「公共の福祉」による制約に服する（一般規定：憲法 12 条後段・13 条後段 個別規定：憲法 22 条 1 項・憲法 29 条 2 項）。

酒類提供の自由を制約している法律 A や本件営業停止処分の憲法的正当化の可否について、「公共の福祉」による制約として許容されるか否かを検討することになる。

なお、制約の正当化の観点、形式的観点と実質的観点に分類されるが、ここでは試験でほぼ毎回出題される実質的観点についてのみ取り上げる。

### ア. 違憲審査基準の定立

#### (ア) 目的手段審査

実質的観点では、目的と手段の双方から合憲性を検討する違憲審査基準と呼ばれる基準を定立した上で、問題となっている法令やその適用行為について、目的と手段の双方から合憲性を検討することになる（これを、目的手段審査という）。

違憲審査基準を用いた目的手段審査では、法律を対象とする場合であれば、法律がある基本的人権を制約している目的（＝立法目的）が合憲であるかと、当該制約が立法目的を達成する手段として合憲であるかを審査することになる。

#### (イ) 審査の厳格度

目的と手段の合憲性をどれくらい厳格に審査するのか（＝違憲審査基準の厳格度）は、事案によって異なるため、事案ごとに違憲審査基準の厳格度を決定する必要がある。

典型的には、基本的人権の性質（主に重要性）と制約の態様（主に強度）の 2 点から、違憲審査基準の厳格度を決定することになる。

目的審査と手段審査の厳格度は一致する。

<sup>1)</sup> 直接的な干渉のみならず間接的な干渉も制約と評価されるかをはじめとして、いかなる干渉までが「制約」と評価されるのかは、人権によって微妙に異なる。

例えば、ある法律が、重要な人権に対する強度な制約である場合には、その法律の合憲性は、厳格に審査される。反対に、問題となっている人権がさほど重要でないことや、人権に対する制約の強度が弱いことは、緩やかに審査すべきという方向で評価される（職業規制である case1 では、主として「制約の態様」と「規制の目的」が考慮されることになるが、ここでは割愛し、第 11 章で説明する）。<sup>2)</sup>

#### (ウ) 「厳格な基準」と「緩やかな基準」

憲審査基準は、「厳格な基準」と「緩やかな基準」に大別される。「厳格な基準」では、目的が必要不可欠又は重要であること、手段が目的達成にとって有効かつ必要であることが要求される。「緩やかな基準」では、目的が正当であることで足り、手段も目的達成にとって有効であれば足り（厳密には、制約によって得られる利益と失われる利益の均衡も必要である）、必要性までは要求されない。

手段審査における有効性とは、基本的人権を制約していること（制約していること自体だけでなく、制約の仕方も含む）が制約目的を達成する手段として役に立つことを意味し、手段審査における必要性とは、制約目的を達成できるより制限的でない（基本的人権に対する干渉が弱い）他の選び得る手段が存在しないことを意味する。

#### イ. 違憲審査基準の適用（当てはめ）

例えば、法律 A 自体の憲法的正当化の審査において、「厳格な基準」を用いる場合には、目的審査では、新型コロナウイルスの感染拡大を防止することで国民の生命・健康を守るという立法目的が重要であるか否かを審査することになる（なお、人権ごとに違憲審査基準の厳格度の上限が決まっており、職業規制では、必要不可欠まで要求されることはない）。手段審査では、飲食店における 20 時以降の酒類提供を制裁付きで禁止することが立法目的を達成するうえで役に立つか（ここでは、20 時以降の酒類提供が感染拡大につながるか否か、制裁付きでそれを禁止することで 20 時以降の酒類提供を抑止できるか否かの 2 点が問題となる）と、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の存否（例えば、客席の間隔を一定程度保ったり、客席の間に一定サイズの間仕切りを設置することを義務付けるなどの手段により、感染拡大を防止できるか否か）が問題となる。

#### ウ. 結論

以上の審査を経て、目的審査と手段審査の双方をクリアできたなら、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものではなく、憲法 22 条 1 項に違反しないから、合憲である。

これに対し、目的審査と手段審査のどちらかをクリアできない場合には、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして、憲法 22 条 1 項に違反し、違憲である。

### 3. 法令違憲審査と適用違憲審査

違憲審査には、法令自体の違憲性を審査する法令違憲審査と、法令の適用行為に固有の違憲性を審査する適用違憲審査とがある（適用違憲の正確な意味については、総まくり講義で説明する）。

<sup>2)</sup> 平等権（憲法 14 条 1 項）、職業の自由（憲法 22 条 1 項）など、違憲審査基準の厳格度を決定する際の考慮要素が典型的な考慮要素と異なる人権もある。

例えば、case1におけるXの主張のうち、(1)飲食店全般を対象とする20時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律A自体が飲食店の営業の自由を侵害するから「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反するとの主張は、法令違憲審査に関する主張であり、(2)仮に法律A自体が合憲であっても、1か月に2~3日ほど、店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎないXに法律Aを提供して営業停止処分をXの営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反するとの主張は、適用違憲審査に関する主張である。

法令違憲審査では、法令の仕組みそのものを対象として、その違憲性を審査するため、登場人物(case1のX)に関する固有事情を直接用いることはできない。例えば、手段審査において、Xによる20時以降の酒類提供は、1か月に2~3日ほど、店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯に限るというものであるため、感染拡大の危険性は小さいから、Xに対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないと論じることはできないのである。これは、適用違憲審査で直接取り上げるべき事情である。

すなわち、適用違憲審査では、仮に法律A自体が合憲であったとしても、上述のXの事情からすれば、Xに対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないといえるから、Xの酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法22条1項に反し違憲であると論じることが可能である。<sup>3)</sup>

#### 4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」

赤坂 26 頁参照

違憲審査基準のうち目的手段審査は、典型的には次のように分類される。<sup>4)</sup>

<b>厳格な審査</b>	(厳格審査の基準) ①目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が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。 ➡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(つまり、立法事実を根拠として、保護法益が必要不可欠である、手段が必要最小限度であると心象形成できなければならず、観念上の想定でそのように心象形成できるだけでは足りない)。
	(厳格な合理性の基準 - 中間審査の基準) ①目的が重要であり、かつ、②手段が目的との間で実質的関連性を有するものでない限り、違憲である。

実質的関連性の基準ともいう。

<sup>3)</sup> 厳密には、適用違憲審査は、法令自体が合憲でもそれが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるといえるか否かを審査するものであるから、法令の適用行為に固有の違憲性を問題としているわけではなく、法令が適用された当該事件の当事者に関する事情も考慮する形で、法令のうち違憲的に適用される部分(=法令の違憲的適用部分)の有無を問題にしているのである。

<sup>4)</sup> 人権ごとに、違憲審査基準の厳格度の標準(ベースライン)、下限及び上限が決まっているから、論文試験ではそれを守る必要がある。例えば、表現の自由(憲法21条1項)では、厳格な合理性の基準(中間審査の基準)がベースラインとなるから、明白の原則まで緩やかになることはない。反対に、職業の自由(憲法22条1項)では、厳格度の上限は厳格な合理性の基準であるから、それよりも厳格である厳格審査の基準が用いられることはない。

	<p>➡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。</p>
緩やかな審査	<p>(合理的関連性の基準 - 合理性の基準)</p> <p>①目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的との間で合理的関連性を有するなら、合憲である。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない(観念上の想定で、保護法益が正当な利益である、手段が合理的関連性を有すると心証形成できれば足りる)。</p> <p>(明白の原則)</p> <p>目的・手段のいずれかが著しく不合理であることが明白である場合に限り、違憲となる。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない。</p>

## 第2節. 違憲審査の枠組み

### 第1. 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、  
 防御権又は防御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 83 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

憲法 I 61 頁

➡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、  
 これに加えらる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。

<sup>1)</sup> 形式的観点は、以下の通り（作法 47～63 頁、憲法 I 71～74 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って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 条につい  
 て、問題となる。なお、自主条例もここでいう「法律」に含まれると解されている）

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）



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 61 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 78～79 頁

<sup>2)</sup> “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）

<sup>3)</sup> 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. 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

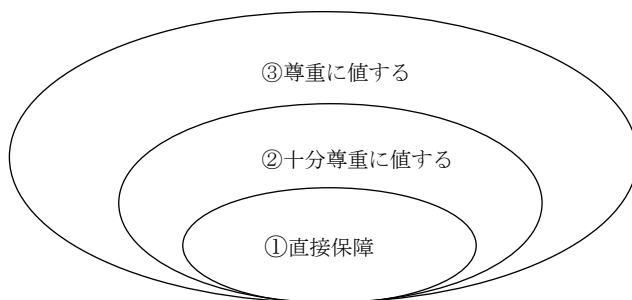
#### （2）保障の程度

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権利、②憲法□□条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値する権利、③憲法□□条の趣旨（精神）に照らし尊重に値する権利に大別される。<sup>4)</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>4)</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、典型的には、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(平等権、職業の自由など、違憲審査基準の厳格度を決定する際の考慮要素が典型的な考慮要素と異なる人権もある)。

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

㊦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どめる。<sup>5)</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>6)</sup>

㊧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、安易に採用すべきではない。<sup>7)</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

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

5) “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)

6) “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)

7) “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)

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、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

- ・ 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>8)</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はいえない」ということを前提にすることになる。

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 年司法試験参考

<sup>8)</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11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 245 頁

### 第1節. 職業の自由

何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。（憲法 22 条 1 項）

A

司 H18 司 H26 司 H30 司 R2

予 H26

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、各都道府県知事は、各都道府県の感染状況を踏まえて、1 か月間を限度とし、飲食店全般に対して、酒類の提供をするためには、客席ごとに所定の形状・サイズの間仕切り（パーティション）を設置するよう命ずることができ、違反者には営業停止処分等の制裁を科すこととする感染拡大防止特別措置法が制定された。

case2: 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。

A

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
92、憲法 I 344 頁、赤坂 137 頁

### 1. 保障の範囲

#### (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。

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

精読 470 頁

義・性質がある。

## (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。

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。

## (3) 職業遂行の自由（営業の自由ともいう）

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>

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。

薬事法事件、佐藤 334 頁、憲法 I  
344 頁  
渋谷 289～290 頁

渋谷 289～290 頁

最大判 S47.11.22・百 I 91

A

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
92、芦部 245～246 頁

芦部 246 頁

芦部 246～247 頁

規制目的は左の 2 つに限られない。

## 2. 規制

### (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、…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が大きいとともに、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) 規制の類型

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。

### (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)に基づ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。

<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 245 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 245 頁)。

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。

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。

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。

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から、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である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

憲法 I 351 頁、最大判 S47.11.22・  
百 I 91、最大判 S50.4.30・百 I 92

憲法 I 352~353 頁

最判 H4.12.15・百 I 94

憲法 I 354 頁

論点教室 154 頁

論点教室 154 頁、憲法判例の射程  
187 頁

憲法判例の射程 187 頁

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るべきである。

A

最大判 S50.4.30・百 I 92

**〔論点 2〕 上記の判例理論の適用**

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るべきである。

(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

A

最大判 S50.4.30・百 I 92

<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 I 99・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）。



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。  
 (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 I 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、小売市場大法院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

事案：各事件において、公衆浴場の許可制に関する公衆浴場法 2 条 2 項所定の適正配置規制（及び同条項の委任を受けた各地域における委任条例による適正配置の基準 - 例えば、「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」など）の憲法 22 条 1 項違反が問題となった。

C

最大判 S30.1.26・百 I 89

要点：昭和 30 年大法院判決は、「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、ひいては浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来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…る」として規制目的を消極目的と捉えた上で、許可制自体と適正配置規制の双方について憲法 22 条 1 項に違反しないと判示した。

平成元年 1 月 20 日判決は、「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。」として規制目的を積極目的として捉えた上で、「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

最判 H 元.1.20

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。」として、明白の原則を適用して結論として憲法 22 条 1 項違反を否定している。

平成元年 3 月 7 日判決は、「公衆浴場法…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」として規制目的を消極目的と積極目的の双方と捉えた上で、「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」として憲法 22 条 1 項違反を否定している。本判決については、合理性の基準を採用していると理解されている。<sup>4)</sup>

芦部 250 頁

最判 H 元.3.7

芦部 250 頁

### 〔判例 2〕医療類似行為事件

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。

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と故にほかならない。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ぬのであつて、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。」

C

最大判 S35.1.27・百 I [5 版] 99

### 〔判例 3〕白タク営業事件

事案：道路交通法は、自家用自動車を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なっているのは、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、

B

最大判 S38.12.4・百 I 90

<sup>4)</sup> 芦部 248 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、250 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。

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：本判決については、規制目的を積極目的と消極目的におどちらで捉えているのが定かではないとの指摘がある。

百 I 90 解説 3 (安念潤司)

#### [判例 4] 小売市場事件

B 司 R2

最大判 S47.11.22・百 I 91

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つて」違憲となると述べ、明白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」ことにあり、(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たっては、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う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 5] 薬事法事件

事案：薬事法では、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前提として、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。

Xは、広島県A市内で、医薬品の一般販売業を営むために、広島県知事に対して、営業許可の申請をしたところ、広島県知事は、薬事法6条2項及び広島県の委任条例で定める薬局開設の距離制限に違反するとの理由から、申請を拒否した。

A 最大判 S50.4.30・百 I 92

司 H18 司 H26 司 H30 司 R2

予 H26

Xは、広島県を被告として、申請拒否処分取消訴訟を提起した。

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])。薬局開業の許可制及び各許可条件は、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基づく職業選択の自由そのものに対する制約であるから、厳格な合理性の基準が適用される。

なお、許可条件のうち適正配置規制については、「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。」との理由から、職業選択の自由そのものに対する制約が認められる。

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と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、その必要性と合理性について、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。

確かに、「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。よって、「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1項に反し違憲である。<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

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 355頁)

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にも、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うことができる。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、現実には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。…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X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ならず、したがって、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うことが出来るから、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、…広島県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つ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



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—経営の不安定—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、広島県は、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、広島県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。…以上のおおりに、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ふ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6] 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

C

最判 H2.2.6・百193

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り、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日大法廷判決・刑集26巻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。」

小売市場事件・最大判S47.11.22・  
百I91

### 【判例7】 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。

B  
最判H12.2.8・百I95

百I95解説2

芦部257頁

### 【判例7】 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。

A  
最判H4.12.15・百I94

最大判S50.4.30・百I92

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日大法院判決・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、これを憲法22条1項の規定に違反するものということはできない。」

③「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、その必要性と合理性があったというべきであり、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

憲事法事件・最大判S50.4.30・百I

92

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「…本件処分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、立法政策に關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 8] 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い般用医薬品は、第 3 類医薬品のみとなった。

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

B

最判 H25.1.11・百 II A19

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（基礎応用 16 頁以下）、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ことは許されない。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。

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。

調査官解説 [岡田幸人]、憲法判例  
の射程 274～275 頁、188～189 頁

## 第2節. 居住・移転の自由

- ① 何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。（憲法 22 条 1 項）
- ② 何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。（同条 2 項）

B

司 H28 司 R2

### 1. 居住・移転の自由

#### (1) 意義・性質

「居住、移転」とは、住む場所（住所・居所）を選んでその場所に住み続け、あるいは別な場所に住み変える人間行動を意味する。<sup>1)</sup>

赤坂 163 頁

このうち、「居住」は生活の本拠を決めることで、「移転」は生活の本拠を移すことであり、生活の本拠を自己決定できることに居住・移転の自由の人格関連性が見出される。

憲法 I 339 頁

居住・移転の自由は、①資本主義経済の不可欠の要素である自由な経済活動の基礎的条件であるとともに、②自己の移動したいところに移動できるという点で人身の自由としての側面をもち、さらには、③自己の選択するところに居を定め様々な自然と人に接し、私生活を形成維持することで、人格形成・精神生活にとって決定的に重要であるという意味で、精神的自由としての側面も有する。

佐藤 331 頁

#### 〔論点 1〕 一時的な移動の自由

B 司 H28 司 R2

「居住、移転の自由」には、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由も含まれるか。

例えば、ある都道府県が、観光地の交通渋滞を解消することを目的として、自家用車で域外から観光地に乗り入れることを罰則付きで禁止する自主条例を制定した場合には、自家用車で観光地まで移動するという意味での一時的な移動の自由が問題となる

令和 2 年司法試験参考

確かに、人を一定の土地と結び付ける身分制度を固定させていた封建社会から脱却して近代社会を形成したときに、職業選択の自由の当然の前提として自由に住所・居所を定めそれを移動させることを認めるためという「居住、移転の自由」の経済的自由としての側面からは、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由が「居住、移転の自由」に含まれると説明することはできない。

旅券発給拒否処分事件・最判  
S60.1.22・伊藤正己裁判官の補足意見、令和 2 年司法試験・採点実感

しかし、「居住、移転の自由」には、人身の自由の側面と、他者との意見や情報の交流などを通じて人格の形成・発展に役立つという精神的自由の側面もあるところ、一時的な移動にもこれらの側面が認められる。

そこで、「移転の自由」には一時的な移動の自由も含まれると解する。

#### (2) 審査基準

「居住、移転の自由」に対する制約についての違憲審査基準の厳格度は、主として、制約されている「居住、移転の自由」の性質と制約の態様を考慮して判断するべきである。

芦部 253 頁、2016 法セミ 12 頁

まず、制約されている「居住、移転の自由」が経済的自由の側面のみならず、人身の自由や精神的自由の側面を有するのであれば、そのことが違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

平成 2 年司法試験の出題趣旨・採点実感

<sup>1)</sup> 「居住、移転の自由」については、「自己の住所または居所を自由に決定し、移動すること」という定義もある（芦部 252 頁）。

次に、制約が強度であれば、そのことも違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

### (3) 判例

以下では、居住・移転の自由に関する判例を取り上げる。

#### [判例 1] 帆足計事件

事案：帆足計は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するために、外務大臣に対してソ連行き的一般旅券の申請をしたところ、外務大臣が旅券法 13 条 1 項 5 号（現：7 号）の「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に当たると認定し、旅券の発給を拒否したため、モスクワの国際経済会議に出席することができなくなり、海外渡航をする権利に対する侵害を理由として、国に対する国家賠償を求めて出訴した。

判旨：①「憲法 22 条 2 項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。そして旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法 13 条 1 項 5 号が、「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。」

②「論旨は、旅券法 13 条 1 項 5 号が仮りに違憲でないとしても、本件の旅券発給申請は、同条に該らないに拘らず、原判決が同条を適用してその発給を拒否した外務大臣の処分を適法であると認めたのは同条の解釈適用を誤った違法がある。又本件拒否処分は国家賠償法 1 条 1 項にいう故意過失があつたものとはいえない旨の判示も同条の解釈を誤った違法があると主張する。しかし、旅券法 13 条 1 項 5 号は、公共の福祉のために外国旅行の自由を合理的に制限したものと解すべきであることは、既に述べたとおりであつて、日本国の利益又は公安を害する行為を将来行う虞れある場合においても、なおかつその自由を制限する必要がある場合のありうことは明らかであるから、同条をことさら所論のごとく「明白かつ現在の危険がある」場合に限ると解すべき理由はない。」

解説：原告の海外渡航の目的は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するという表現行為にあるから、仮に法令違憲とみることができないとしても、本件旅券発給拒否処分について、厳格な裁量統制が行われるべきであり、具体的には、日本国の利益又は公安を害する相当の蓋然性が客観的に存在していることが要求されるべきである、との指摘もある。

#### [判例 2] ハンセン病訴訟

事案：らい予防法（昭和 28 年成立）は、昭和 20 年代前半までにハンセン病が伝染し発病に至るおそれが極めて低い病気であることが広く認められ、ハンセン病に著効を示すプロミンの登場により、ハンセン病が治療可能で不治の病気であるとの観念が妥当しなくなっていたにもかかわらず、患者の強制隔離・外出制限・懲戒検束規定などの旧法の基本原理を引き継いだまま成立した。

らい予防法 11 条の国立療養所に入所していた X らは、国に対し、厚生大臣が策定・遂行したハンセン病患者の隔離政策が違法であること、及び国会議員がらい予防法を制定した立法行為又はらい予防法を平成 8 年まで改廃しなかった立法不作為が違法である等として、国家賠償を求めて出訴した。

要点：①本判決は、「居住・移転の自由」については、「経済的自由の一環」「人身の自

C

最大判 S33.9.10・百 I 105

芦部 254 頁、赤坂 167 頁

B

熊本地判 H13.5.11・百 II 192

由」としての側面のみならず、「自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションする」という「人が人として生存する上で決定的重要性を有すること」にとって「不可欠の前提というべきものである」としている。

②「新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限」の評価については、「当該患者の人生に決定的に重大な影響を与え…、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれ、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである」との理由から、「このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である」とする。

③人権制限の許容性については、新法の隔離規定による人権制限の重大性を理由に、「最大限の慎重さ」が必要であり、「伝染予防のために患者の隔離以外に適切な方法がない場合で…、しかも、極めて限られた特殊な疾病にのみ許されるべきものである」と述べ、④の通り、「遅くとも昭和35年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていた」とする。

⑤法律が違憲である場合における国家賠償責任については、「少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとする」新法の隔離規定による人権侵害事案では「多数決原理」による救済が望めないという事案の特殊性を理由に、「議会制民主主義や多数決原理」を根拠として国家賠償法上の「違法」要件を限定した在宅投票廃止違憲訴訟最高裁判決の判断枠組みは、そのままの形では本件に妥当しないとしている。

最判 S60.11.21・百II 191

## 2. 国籍離脱の自由

「国籍」は、特定の国家に所属することを表す資格であり、それを個人の自由意思で離脱することは、明治憲法時代の国籍法では許されず、原則として政府の許可を必要とした。その意味で、憲法22条が国籍離脱の自由を認めたことは、一つの画期といえよう。

しかし、それは、無国籍になる自由を含むものではない。国籍法が「外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」（11条1項）と定めているのは、その趣旨である。

もっとも、最近の急激な国際化の動きは、「国籍唯一の原則」に基づく従来の厳格な重国籍防止の考えに波紋を広げている。

C

芦部 254 頁



## 第3部 統治機構

### 第1章 権力分立

B

#### 1. 伝統的意味

近代憲法は、権利宣言と統治機構の二つの部分から成る。

統治機構の基本原理は、国民主権と権力分立である。

権力分立は、国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法に区別した上で、それを異なる機関に担当させるように分離し、相互に抑制と均衡を保たせる制度である。

これは、国家権力が単一の国家機関に集中すると、権力が乱用され、国民の権利・自由が侵されるおそれがあることに着目して、国家の諸作用を分離・独立させることを通じて相互の抑制・均衡を計ることを手段として、国家権力の乱用から国民の権利・自由を守ることを目指した原理であって、「自由主義的な政治的組織の原理」とも呼ばれる。

B

芦部 311 頁

#### 2. 現代的変容

B (択)

芦部 313 頁

##### (1) 行政国家現象による変容

20世紀の積極国家・社会国家の要請に伴い、行政活動の役割が飛躍的に増大し、行政権が肥大化し、法の執行機関である行政府が国の基本政策の形成決定に事実上中心的な役割を営む「行政国家」の現象が顕著になっている。

このような現象のもとでは、肥大化している行政権をいかに統制するかが重要な課題となる。

##### (2) 政党国家現象による変容

国民と議会を媒介する組織としての政党が発達し、政党が国家意思の形成に事実上主導的な役割を演ずる「政党国家」の現象が生じており、伝統的な議会と政府の関係は、政府・与党と野党の対抗関係へと機能的に変化している。その結果、伝統的な議院内閣制を特徴づける政府の議会に対する連帯責任や、国会による立法ないし行政監督の諸原則がもつ政治的意味は大きく変わり、規範と現実が必ずしも一致せず、議会主義の再生が望まれる。

##### (3) 司法国家現象による変容

裁判所による違憲審査制が導入され（憲法 81 条）、司法権が議会・政府の活動をコントロールする「司法国家」の現象が進展している。

(1) ないし (3) を状況の下で、権力分立制のあり方は現代的に再検討されなければならないが、その場合でも、人権の確保という権力分立制の根本思想を維持し、国家権力の強大化を防止していくことが重要である。

#### 3. 政党

B

権力分立を機能させるうえで決定的に重要な役割を果たすのが政党である。政党の数と構造は政治体制のあり方を左右する。

##### (1) 定義

政党を定義づけることは必ずしも容易ではない。

最も古典的な定義としては、「結集したすべての人々が合意する特定の原則の下で、彼らが相互に協力し合い、国民的利益の促進をはかることを意図した団体」というバーク・エドマンドの定義が挙げられる。

(択)

野中ほかⅡ 52～53 頁 (択)

もつとも、それ以外にも、政党に関する問題視覚が異なるのに応じて、様々な定義が与えられており、政党の概念が法律上用いられる場合には、その政策目的の変化に応じて、政党の定義が変えられることもある。

## (2) 憲法との関係

野中ほかⅡ54～55頁

政党は、代表民主制とともに生じ、それが機能するうえで不可欠な役割を果たすものであったにもかかわらず、国家の政党に対する態度は、長い間必ずしも好意的ではなく、むしろ、当初は敵対的ないし冷淡ですらあり、政党が法律上及び憲法上の存在として認められるようになるのは、二つの世界大戦を経た後の西欧諸国においてである。

トリーペルは、政党に対する国法の態度の歴史的変遷について、①敵視、②無視、③承認・合法化、④憲法的編入という段階を観念している。

現在の日本は、③の段階にあるといわれている。

## (3) 日本における政党と国家の関係

野中ほかⅡ55頁～58頁

日本では、1881年に自由党、翌年に立憲改進黨が結成されて以来、政党は実際に政治において常に重要な役割を演じてきたが、明治憲法時代を通じて、国家は、法的には原則として、これを「無視」ないし「敵視」する態度をとり、治安警察法（1900年）、治安維持法（1925年）、言論・出版・集会・結社等臨時取締法（1941年）などによって、治安取締的見地から、政党に対する法的規制を行ってきた。

日本国憲法の代表民主制が実際にその機能を十分発揮しうるか否かは、国民の具体的な政治意思の形成に寄与するとともに、国会を通じてこれを実際の統治に媒介する政党のあり方いかんにかかっている。日本国憲法の下では、八幡製鉄事件において「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えていないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視して到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠な要素なのである。」とされている。これにより、日本国憲法の下における政党に関する国家の態度は、トリーペルの発展図式における「承認・合法化」の段階にあるものといえる。

最大判 S45.6.24・百18

## (4) 政党の地位・根拠・性格

- ・政党は、「国民がその政治的意思を国政に反映させ実現させるための最も有効な媒体であって、議会制民主主義を支える上においてきわめて重要な存在であるといえることができる。」とされている。
- ・「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えていないのであるが、…憲法は、政党の存在を当然に予定している」とされている。
- ・「政党は、政治上の信条・意見等を共通にする者が任意に結成する政治結社」であるから、政党の憲法上の根拠は「結社…の自由」（憲法21条1項）に求めることができるから、基本的に、政党には自由で私的な団体として活動することが保障され、かつ、要請されると解される。他方で、政党は、国家の政治的意思形成過程に深く関わっており、実際には国家機関の一部として活動しているとみることすらできるから、この意味において、政党は公的性格（公的役割・公的特殊機能）をもつともいわれている。

共産党袴田事件・最大判 S63.12.20・百II183

八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24・百18

最大判 S63.12.20・百II183

## 第2章 国会

### 第1節. 国会の地位

芦部 316 頁

憲法前文で「権力は国民の代表者がこれを行使し」とうたわれていることから明らかな通り、日本国憲法は代表民主制を基本とする。

代表民主制とは、議会を中心とする政治であり、議会制民主主義又は議会主義とも呼ばれる。

議会制民主主義において、国民の意思は代表され、議会が公開の討論を通じて、国政の基本方針を決定する。この意味で、国会は、憲法上も政治の実際においても、極めて重要な地位を占めている。

国会は、憲法上、①国民の代表機関、②国権の最高機関、③唯一の立法機関という三つの地位を有する。

#### 1. 国民の代表機関

C (択)

憲法 43 条は、国会（両議院）が「全国民で代表する選挙された議員」で組織されると定めている。ここでいう「全国民で代表」の意味については種々の議論がある。

芦部 316～319 頁、野中ほか II 60～63 頁

##### 〔論点 1〕 「全国民で代表」の意味

「全国民で代表」の意味について法的代表と考える見解は、国民を意思能力を有しない政治的無権利者として扱う点で、国民主権下の「国民」の理解としては妥当でない。

そこで、「全国民で代表」については、法的代表という意味ではなく、国民は代表機関を通じて行動し、代表機関は国民意思を反映するものとみなされるという趣旨の政治的代表という意味であると構成される必要がある。

もっとも、経済の発展とともに社会構造が複雑化し国民の価値観も多元化したという状況下では、議員の地位の国民意思による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになっている。

そこで、「全国民で代表」については、政治的代表という意味に加え、社会学的代表という意味を含むものとして構成するべきである。

#### (1) 法的代表

本来的に意思能力を欠く国民の法的代表機関たる国会の表明する意思が国法上国民の意思とみなされるという意味での法的代表であると理解する見解。

この見解に対しては、①国民を意思能力を有しない政治的無権利者として扱う点で、参政権をはじめとする諸権利を保持し、選挙等の手続を通じて固有の意思を表明しうる国民主権下の「国民」の理解としては妥当でない、②そこでは国民の選挙によって選ばれない議員から成る貴族院もまた、法の力によって国民の代表者であるとする点で、すぐれて懐疑的であり、現実と一致しないという批判がある。

#### (2) 政治的代表

代表機関の行為が法的に代表される国民の行為とみなされるという趣旨の法的代表という意味ではなく、国民は代表機関を通じて行動し、代表機関は国民意思を反映するものとみなされるという趣旨の政治的代表という意味であると理解する見解。

具体的には、①議会を構成する議員は、選挙区ないし後援団体など特定の

選挙母体の代表ではなく、全国民の代表であること、②したがって、議員は議会において、自己の信念に基づいてのみ発言・表決し、選挙母体である選挙区ないし後援団体等の訓令には拘束され、訓令を守らないと召還される委任命令（強制委任）は禁止されること、を意味する。

この表決の自由（自由委任の原則）が、政治的代表的本質的な特色である。

### （3）社会学的代表

政治的代表的考え方は、国民の意思と議員の意思との間に一致の関係が実際に存在するかを問題にしないため、議員は国民のために活動する意思を持てば足りることになる。これでは、国民代表の理論が、国民の意思と議員の意思との間に不一致が存在するにもかかわらず、あたかも一致があるかのように説くことによって、実際上の不一致を覆い隠すイデオロギー的性格を濃厚に持つことになってしまうという難点がある。

とくに第二次世界大戦後、経済の発展とともに社会構造が複雑化し国民の価値観も多元化したという状況も踏まえて、議員の地位の国民意思（具体的には選挙）による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになってきていることからすれば、社会学的な観点を含めて代表の観念を構成する必要がある。

そこで、「全国民で代表」の意味については、政治的代表的意味に加え、社会学的代表（選挙により表明される国民の意思の多元的な意思、社会の実勢力が国会にできるだけ忠実に反映されること）という意味を含むものとして構成すべきである。

具体的には、国民の多様な意思をできるかぎり公正かつ忠実に反映する選挙制度が憲法上要請されることになる。

## 2. 自由委任と党議拘束

政党政治が発達し、とくに政党規律が強くなると、議員は事実上党議に拘束され、党の指示に従って行動することを強いられる。

このような党議拘束は自由委任の思想（憲法 43 条 1 項）に適合しないとする見解もある。

しかし、現代の政党国家においては、議員は所属政党の決定に従って行動することによって国民の代表者としての実質を発揮できるのであるから、党議拘束は自由委任の枠外の問題であると理解すべきである。

もっとも、議員の所属政党変更の自由を否認したり、党からの除名をもって議員資格を喪失させたりすることについては、自由委任の原理に矛盾する。<sup>1)</sup>

C (択)

芦部 317～318 頁

<sup>1)</sup> ただし、議員の自発的な党籍の変更や離脱に限って議員資格を喪失させる規定を設けることは許されるとする少数説もある。2000年の法律改正で、衆議院及び参議院の比例代表選出議員が当選後に所属政党を変更した場合には議員の地位を失うことになった（国会法 109 条の 2、公選法 99 条の 2）。この規定は、議員資格の喪失を自発的な党籍変更の場合に限定することさえしておらず、自由委任の原理との関係で問題をはらんでいる（芦部 317～318 頁）。

この点と関連し、参議院（比例代表選出）議員選挙において、ある政党の候補者名簿に登載され次点で落選した者が、約一年後に党から除名されたため、その直後に当該政党の参議院議員に二名の欠員が生じたにもかかわらず、下位の名簿登載順位の者が繰上げ当然とされたため、その中央選挙会の決定が争われたという事件において、最高裁は、「政党等の政治結社の内部的自律権をできるだけ尊重」する観点から、政党等の組織内の自律的運営としてなされた除名その他の処分については原則として政党等による自律的な解決に委ねられているとするとともに、その不存在又は無効を理由とする選挙無効は認められない旨判示している（日本新党繰上補充事件・最判 H7.5.25・百Ⅱ160）。

### 3. 国権の最高機関

憲法 41 条では、「国会は、国権の最高機関である」と定められている。

#### (1) 「国権」の意味

これには、2つの意味がある。

一つ目は、国家法人説において、法人格を有し権利の主体である国家の意思力を指示するものとして用いられる場合である。

二つ目は、立法権・司法権・行政権など、統治活動をなす諸々の権力を総称するものとして用いられる場合である。これは、国家法人説において、国家の意思力たる「国権」と峻別され、国家の意思力の内容を組成する「統治権」と呼ばれるものである。

#### (2) 「最高機関」の意味

国家法人説を前提として、国家の意思力としての国権は国家諸機関によって発動されるところ、これらの機関の中には常に国権を統括する機関が存在しなければならないとして、「国権の最高機関」とは、国会が国権を統括する機関であることを意味しており、内閣・裁判所は国会の下位にあり国権の発動の仕方について国会の意思に従わなければならないとする見解がある（統括機関説）。

しかし、国会は主権者でもなければ統治権の総攬者でもなく、権力分立の原理のもとで内閣の解散権と裁判所の違憲立法審査権（憲法 81 条）によって抑制されていることからすれば、「最高機関」という点について上記のように法的意味を与えることはできない。

そこで、「最高機関」については、国会が主権者である国民によって直接選任され、その点で国民に連結しており、しかも立法権をはじめ重要な権能を憲法上与えられ、国政の中心的地位を占める機関であるということを強調する政治的美称であると解すべきである（政治的美称説）。<sup>2)</sup>

C (択)

野中ほかⅡ70頁

野中ほかⅡ70～75頁、芦部 319頁

### 4. 唯一の立法機関

憲法 41 条では、「国会は、…国の唯一の立法機関である」と定められている。

これは、立法権を国会が独占することを意味する。

#### (1) 「立法」の意味

##### ア. 形式的意味の立法／実質的意味の立法

およそ立法には、国法の一形式である法律（国会が制定する法規範）の定立という意味での形式的意味の立法と、法規という特定の内容の法規範の定立という意味での実質的意味の立法（規範の形式が法律であると命令であるとを問わず、中身に注目する）がある。

仮に憲法 41 条でいう「立法」を形式的意味の立法として理解するとそれは同語反復にすぎないか、せいぜい国会以外の機関が法律の形式で法規範を定立すること禁止する意味しか持たないことになってしまい、憲法上の権能帰属の解釈としては妥当でない。

そこで、「立法」については、実質的意味の立法と解すべきである。

##### イ. 実質的意味の立法

法規の意義については、議会の権力が弱かった 19 世紀の立憲君主憲法

B

芦部 319頁

野中ほかⅡ78～79頁、芦部 319～320頁

野中ほかⅡ79～80頁、芦部 320頁

<sup>2)</sup> 国会が国民を直接代表する高い権威を有するということが、どの国会機関に帰属するのか不明である立法定立権能が国会に帰属すると推定すべきことの根拠になるが、それは、「最高機関」という点について法的意味があることによる理由にまではならない（芦部 319頁）。

の下では「国民の権利を直接に制限し、義務を課す法規範」と理解されていたが、日本国憲法の下では、民主主義の進展により議会の権力が強化された日本国憲法の下においては、法規の意味をより広く捉えるべきである。

そこで、実質的意味の立法の対象となる法規とは、およそ一般的・抽象的な法規範をすべて含むと解すべきである。

法律の一般性・抽象性とは、法律が不特定多数の人に対して、不特定多数の場合ないし事件に適用される法規範であることを意味しており、これは公権力がある特定人を差別すること禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することを目的としているともいわれる。

野中ほかⅡ81頁

## ウ. 処分的法律（措置法）<sup>3)</sup>

社会国家的課題もしくは行政国家的現実から要請される種々の行政処分的性質をもつ個別具体的な措置について、立法的統制の観点から、この種の措置を内容とする処分的法律が制定されることがある。法規の一般性・抽象性との関係で、受範者もしくは事件が少なからず特定された処分的法律をどう評価するかが問題となる。

野中ほかⅡ81～82頁、芦部 320～321頁

これについては、実質的意味の立法の対象となる法規について一般性・抽象性を要求する目的は、公権力がある特定人を差別することを禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することにある。

そうすると、処分的法律であっても、市民的平等性が保持され、公権力の恣意性が排除されているのであれば、法規の一般性・抽象性に反しない。

そこで、権力分立原理の核心を侵し議会・政府の憲法上の関係が決定的に破壊されることがなく、かつ、社会国家にふさわしい実質的・合理的な取扱いの違いを設定する趣旨のものであれば、処分的法律は法規の一般性・抽象性に反しないと解すべきである。

## (2) 「唯一」の意味

芦部 321頁

国会が「唯一」の立法機関であることは、実質的意味の立法はもっぱら国会が（法律という形式で）定めなければならないことを意味する。

すなわち、①国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の定めがある場合を除いて許されないこと（国会中心立法の原則）<sup>4)</sup>、②国会による実質的意味の立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）を意味する。

議院規則（憲法 58 条 2 項）・最高裁判所規則（憲法 77 条）は①の例外、地方自治特別法についての住民投票制度（憲法 95 条）は②の例外である（野中ほかⅡ76～78頁）。

国会が「国の唯一の立法機関である」こととの関係で、内閣の法律案の発案権、最高裁判所の法律の発案権、委任立法の可否・限界が問題となる。

### 〔論点 1〕内閣の法律案提出権

B

憲法上、内閣に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、内閣に法律案提出権が認められるか、「国会」が「国の唯一の立法機関である」（憲法 41 条後段）こととの関係で問題となる。

芦部 321～323頁、野中ほかⅡ216～218頁、佐藤 478～479頁

同条後段は、国会による実質的意味の立法が国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）をも意味している。

そうすると、法律案の提出が「立法」作用の一部であると捉えれば、内閣

3) “ 個別法律は恣意的・専断的になりがちで、法の一般性が「法の支配」と重要なかわり合いをもっていることは十分に配慮されなければならない。”（佐藤 475頁）

4) 憲法 94 条の条例制定権については、通説的見解は、①条例の制定は国会の法律制定と同じ性質の行為であること、②地方議会も国会と同様に住民により選挙された議員で組織されるものであることなどを理由に、敢えて「国の唯一の立法」の例外とみる必要はないと解している（野中ほかⅡ76頁）。

に法律案提出権を認めることが国会単独立法の原則に違反する。

しかし、法律案の提出は、立法過程の不可欠の要素ではあるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法の準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。

また、憲法 72 条の「議案」提出権という「議案」には法律案も含まれていると解することができる。

さらに、議院内閣制（67 条 1 項、68 条 1 項、69 条等）の下では、国会と内閣の協働が要請されることからすれば、内閣の法律案提出権を認める必要がある。

そこで、内閣の法律案提出権は、憲法 72 条の「議案」提出権として許容され、国会単独立法の原則に違反しないと解する。<sup>5)</sup>

### [論点 2] 最高裁判所の法律案提出権

憲法上、最高裁判所に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、最高裁判所に法律案提出権が認められるか。

確かに、法律案の提出は、立法過程の不可欠の要素ではあるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法の準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。

そうすると、最高裁判所の法律案提出権は国会単独立法の原則（憲法 41 条後段）には違反しない。

しかし、内閣の法律案提出権と異なり、最高裁判所の法律案提出権の手掛かりとなる憲法上の規定はない（憲法 72 条対照）。

司法権には立法権・行政権からの独立性が要求される（憲法 77 条、78 条、80 条）ところ、その趣旨は、裁判を通じて国民の人権を保護する役割を担っている非政治的権力としての司法権が政治的権力から侵害・干渉を受けることを排除して、特に少数者の人権保護を図るということにある。

ところが、最高裁判所の法律案提出権を認めると、最高裁判所みずからが国会の審議の場に提案者として登場し、その法案成立に向けて政治的駆引きに関与することになるから、司法権に対する政治的権力による侵害・干渉を排除するという司法権独立の原則の趣旨に反する。

したがって、最高裁判所の法律案提出権は認められないと解する。

### [論点 3] 委任立法

委任命令とは、法律の委任を受けて行政機関が制定する命令をいい、国会の定立する規範である法律とは区別される。

委任命令には、委任の可否と委任立法の限界という問題があり、後者の問題はさらに、委任の方法の問題（委任をする法律の側の問題）と委任命令の内容の問題（委任を受けた命令の側の問題）に分類される。

#### 1. 委任立法の可否

委任立法の憲法上の根拠は必ずしも明確ではないところ、国会を唯一の立法機関であるとする憲法 41 条との関係で委任立法の合憲性が問題となる。

C

B 司 H20

櫻井・橋本 60 頁

塩野 I 106 頁、宇賀 I 318~322 頁、

基本行政法 154 頁

櫻井・橋本 62 頁、曾和 101 頁

<sup>5)</sup> 他にも、肯定説の根拠としては、①憲法は内閣の事務の 1 つとして「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」（73 条 1 号）を挙げ、内閣が国政のあり方について全般的な配慮をなすべき立場にあるとして、内閣の法律案を提出すべきことが要請されている（佐藤 479 頁）、②内閣の法律案提出権を否定しても、議員たる国務大臣が議員の資格で発議しうるから、実質的には内閣の法律案提出権を認めることと変わらない（野中ほか II 216 頁）、③国会による慣行的受容によってすでに確立されていること（野中ほか II 217 頁）などが挙げられる。

行政需要に迅速に対応する要請、専門的・技術的事項を詳細に定める要請、地域的な特殊事情に配慮する要請、政治的決定から距離を置くべき中立性が要求される事項もあることから、委任立法を許容する必要性が認められる。

また、憲法 73 条 6 号但書は、委任命令の存在を予定しているといわれている。

これらの実質的根拠及び形式的根拠から、委任立法は一定の範囲で許容されると解される。

## 2. 委任の方法の限界

憲法 41 条が国会を国の唯一の立法機関であると定めている趣旨からすれば、法律において、命令で定める事項を列挙する等、委任事項を個別的・具体的に定める必要があり、国会で本来定めるべき立法事項を行政機関に白紙委任するような委任は憲法 41 条に反し違憲であると解される。

これは、法律による行政の原理との関係でいえば、法律の法規創造力の問題である。

もっとも、委任事項の個別的・具体的な指示は、委任を定める法律の規定自体の中で明示する必要はなく、当該法律の他の規定や法律全体を通じて合理的に導出されるものであれば足りると（も）いわれている。

なお、罪刑法定主義の原則から、罰則の委任については、委任の個別性・具体性が特に厳格に要求され、犯罪構成要件については立法の目的と概括的構成要件が、刑を定める法規についてはその原則が、法律で定められなければならない。

## 3. 委任命令の内容の限界

委任を受けた行政機関は、法律の委任の趣旨に従って命令を制定しなければならない。したがって、委任の趣旨をどのように具体化するのかわについては行政機関に裁量が認められるものの、委任命令の内容が法律の委任の趣旨を逸脱・濫用している場合には、当該命令は違法となる。これは、法律による行政の原理のうち、法律の優位の原則の問題である。

委任命令の内容が委任の範囲内であるかについては、委任の趣旨を踏まえて判断することになり、委任の趣旨を解釈する際には、①当該法律の委任規定の文言だけでなく、②当該法律の趣旨・目的、③当該法律が命令に委任した趣旨、④規律の対象となる私人の権利利益の性質も（規制であれば、その強度も）考慮する。

例えば、④国民の重要な権利利益を規制する場合や、規制の程度が強い場合等には、法律に置かれた委任規定の趣旨が一定程度厳格に解釈される。最高裁判例は、第 1 類・第 2 類医薬品につき郵便等販売を禁止する新薬事法施行規則の内容が新薬事法の委任の範囲内であるかどうかの問題となった事案において、(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に加え、(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

塩野 I 106 頁

曾和 101 頁、塩野 I 104 頁

櫻井・橋本 63 頁、曾和 101 頁、基本行政法 154 頁

塩野 I 107 頁

宇賀 I 320 頁

櫻井・橋本 63 頁、塩野 I 126 頁

宇賀 I 322 頁、塩野 I 107 頁

医薬品ネット販売事件・最判 H25.1.11 (百IIA19) 調査官解説、曾和 103 頁、塩野 I 107 頁

櫻井・橋本 65 頁、医薬品ネット販売事件



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、「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」としている。

## 第 2 節. 国会の組織と活動

### 1. 二院制

国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する（憲法 42 条）。

民主政にとっては国民の意思を代表する機関は一つで足りるはずであるのに、第二院が設けられる理由としては、議会の専制の防止、下院と政府との衝突の緩和、下院の軽率な行為・過誤の回避、民意の忠実な反映などが挙げられる。

衆議院と参議院の相互の関係について、憲法は、内閣不信任議決権（69 条）・予算先議権（60 条 1 項）などを特別に衆議院に認め、法律・予算の議決、条約の承認及び内閣総理大臣の指名の場合において衆議院の優越を認めている（59 条、60 条、61 条、67 条）。法律案・予算・条約・内閣総理大臣の指名などについて両議院の意見が対立した場合に、妥協案の成立を図るために、両院協議会が設けられる。

#### （衆議院の優越）

C (択)

芦部 324～325 頁

(択)

法律案 (59 条)	<p>①法律案については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院に提出しても構わない。</p> <p>②法律案は、憲法に特別の定めのある場合を除き、両議院で可決したときに法律となる（59 条 1 項）。</p> <p>➡衆議院で可決し、参議院で否決した法律案は、衆議院で出席議員の 3 分の 2 以上の多数決で再可決したときは、法律となる（59 条 2 項）。</p> <p>➡両院協議会の開催は、任意的である（59 条 3 項）</p> <p>③参議院が衆議院の可決した法律案を受け取ってから国会休会中の期間を除いて 60 日以内に議決をしないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる（59 条 4 項）。</p> <p>➡その後、衆議院で出席議員の 3 分の 2 以上の多数決で再可決したときは、当該法律案は法律となる（59 条 2 項）。</p>
予算案 (60 条)	<p>①予算案については、衆議院の先議権があるから、先に衆議院に提出しなければならない（60 条 1 項）。</p> <p>②予算案について、参議院で衆議院と異なった議決をした場合、まずは両院協議会を開かなければならない（60 条 2 項 - 両院協議会の開催は必要的）。</p> <p>➡両院協議会において両議院の意見が一致しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（60 条 2 項 - 衆議院の再議決を要しない）。</p> <p>③参議院が衆議院の可決した予算を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 30 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（60 条 2 項）。</p>
条約 (61 条)	<p>①条約については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院に提出しても構わない（61 条では、予算案に関する衆議院の先議権を定めている 60 条 1 項を準用していない）。</p>

<p>条約 (61 条)</p>	<p>②条約については、予算案に関する衆議院の先議権について定めている規定を除き、予算案に関する規定が準用される (61 条による 60 条 2 項の準用)。</p> <p>➡条約について、両議院の議決が異なる場合、まずは両院協議会を開かなければならない (両院協議会の開催は必要的)。両院協議会において両議院の意見が一致しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする (衆議院の再議決を要しない)。</p> <p>➡参議院が衆議院の可決した予算を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 30 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする。</p>
<p>内閣総理大臣の指名 (67 条)</p>	<p>①内閣総理大臣の指名については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院で議決をしてもかまわない。</p> <p>②内閣総理大臣の指名について両議院の議決が異なる場合、まずは両院協議会を開かなければならない (両院協議会の開催は必要的)。両院協議会において両議院の意見が一致しないときには、衆議院の議決を国会の議決とする (衆議院の再議決を要しない) (67 条 2 項)。</p> <p>③参議院が、衆議院による指名の議決の後、国会休会中の期間を除いて 10 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする (67 条 2 項)。</p>

## 2. 選挙制度

国会議員は選挙によって選出される (憲法 43 条 1 項)。

### (1) 選挙区

選挙人団を区分するための基準となる区域をいう。

これは、小選挙区 (1 人の議員を選出する選挙区) と大選挙区 (2 人以上の議員を選出する選挙区) に分けられる。

わが国の衆議院議員選挙は、1 つの選挙区から 3 人ないし 5 人の議員を選出する中選挙区制 (大選挙区制の一種) を長年採用してきたが、平成 6 年 (1994 年) の政治改革立法の一環として比例代表制を加味した小選挙区制をとるに至った。

参議院議員選挙については、戦後から、各都道府県を単位とする地方区と、全国を一選挙区とする全国区を採用してきた (いずれも単記投票) が、昭和 57 年 (1982 年) の改正で全国区制が名簿式比例代表制に改められ、従来の地方区選出議員は選挙区選出議員、全国区選出議員は比例代表選出議員と呼ばれるようになった。

### (2) 代表の方法

選挙区と投票の方法の組み合わせにより代表の方法が変わり、議会への民意の反映の仕方が異なってくる。

代表の方法には、①選挙区の投票者の多数派から議員を選出させようとする多数代表制 (小選挙区制のほか、大選挙区完全連記投票制)、②投票者の少数派から議員の選出を可能とする少数代表制 (大選挙区 [中選挙区を含む] 単記投票制のほか、大選挙区制限連記投票制)、③多数派・少数派の各派に対して得票数に比例した議員の選出を保障しようとする比例代表制がある。さらには、④上記②・③を組み合わせた小選挙区比例代表制 (議員定数を小選挙区と比例代表区に二分し、選挙人は小選挙区については候補者個人に、比例代表区については政党の提出した名簿に投票する制度) もある。

①多数代表制には、多数派の議席独占を可能にすることで二大政党化による政治の安定が期待できるという長所がある一方で、死票が多くなる (その

C (択)

芦部 325~326 頁

## 事項索引

### 【あ】

明らかな差し迫った危険の基準 p222、224  
 アクセス権 p188、189  
 「悪徳の栄え」事件 p203  
 上尾市福祉会館事件 p223  
 旭川学力テスト事件 p156、311、**312**、315  
 旭川市国民健康保険条例事件 p370、**371**  
 朝日訴訟 p300  
 新しい人権 p79、**80**、94  
 あん摩師等法事件 p212

### 【い】

違憲審査基準 p12、13、14、16、17、18、19、20、29  
 違憲審査基準論 p246  
 違憲審査（権）（制） p97、336、337、348、362、**382**  
 違憲審査の基本形 p17、96  
 違憲審査の基本的な枠組み **p16**、17、27、29  
 違憲審査（権）の性格 p383  
 違憲審査（権）の対象 p337、350、**385**、386  
 違憲審査の枠組み **p16**、27、45  
 違憲主張の適格 p32、386  
 違憲的適用部分 p14、25、384、388  
 違憲判決の効力 p389  
 石井記者証言拒否事件 p191  
 「石に泳ぐ魚」事件 p86  
 萎縮効果 p52、**161**、164、165、171  
 泉佐野市民会館事件 p221、224  
 「板まんだら」事件 p349  
 一元的外在制約説 p45  
 一元的内在制約説 p45  
 一時的な移動の自由 p248  
 一事不再議 p335  
 一事不再理 p268  
 一般的・抽象的な法規範 p326  
 一般的行為自由説 p79、80  
 一般的・抽象的な法規範 p326  
 委任命令 p247、299、324、**327**、328、  
 委任立法 p16、326、**327**、328、  
 医薬品ネット販売事件 p324、328、  
 医療類似行為事件 p236  
 淫行処罰条例事件 p168  
 インターネット異性紹介事業 **p213**、214  
 インターネット上の表現 p207

### 【う】

「宴のあと」事件 p80、**85**、86、87  
 上乗せ条例 p33、**377**

### 【え】

営業の自由 p11、12、14、15、34、35、211、**232**、244  
 営利的言論（営利広告） **p211**、212  
 NHK 記者証言拒否事件 p196  
 NHK 受信料訴訟 p183  
 愛媛玉串料事件 p137、138、**145**  
 LRA の基準（原則） p17、63  
 LRA の審査 p23  
 「エホバの証人」剣道受講拒否事件 p26、133、140  
 「エホバの証人」輸血拒否事件 p93

### 【お】

大分県屋外広告物条例事件 p218  
 「公の支配」 p374  
 おことば p8  
 尾崎所得税法事件 p267  
 オブライエン・テスト p212

### 【か】

海外渡航 p249  
 会期 p333  
 会期制 p333  
 会期独立の原則 p333  
 会議の公開 p335  
 会期不継続の原則 p333  
 会計検査院 p373  
 外国人管理職訴訟 p57  
 外国人地方選挙訴訟 p56  
 外国人の人権享有主体性 p52  
 外在的制約論 p354  
 外務省秘密漏洩事件 p194  
 外面的精神活動の自由 p156  
 下級裁判所の違憲審査権 p385  
 閣議 p344、**345**  
 学習権 p311、312  
 覚せい剤密売電話傍受事件 p230  
 学生無年金障害者訴訟 p307  
 学問研究の自由 **p155**、156  
 学問の自由 p19、36、**155**、156、157

加持祈禱事件 p129、130  
 課税要件法定主義 p370  
 課税要件明確主義 p370  
 河川附近地制限令事件 p260、**262**  
 過度の広汎性の原則（過度の広汎性ゆえに無効） p17、**171**、  
 385  
 神奈川県臨時特例企業税事件 p380  
 髪型の自由 p92  
 川崎民商事件 p265、266  
 環境権 p47、**94**  
 間接適用説 p75  
 間接民主制 p7  
  
**【き】**  
 議員懲罰権 p338、**339**  
 議員定数不均衡 p286  
 議員の資格争訟の裁判 338、350、354  
 議員の釈放要求権 p338  
 議院規則制定権 p**338**、389  
 議院自律権 p332、**338**、339  
 議院内閣制 p346  
 議院の権能 p338  
 議会主義 p321、323  
 議会制民主主義 p323  
 機関訴訟 p349  
 規制の周辺部分の不明確性を理由とする法令全体の違憲主張 p389  
 貴族院 p323  
 吉祥寺駅構内ピラ配布事件 p199、**215**  
 岐阜県青少年保護育成条例事件 p21、165、176、**180**  
 基本的人権 p11  
 「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件 p122  
 「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件 p120  
 義務教育の無償 p311、**316**  
 客観訴訟 p349、390  
 宮廷費 p8  
 教育権 p311、312  
 教育内容決定権の所在 p311  
 教育の自由（教授の自由） p156、312、313  
 教育を受けさせる義務 p311、319  
 教育を受ける権利 p297、**311**、319  
 教科書検定 p176、315、316  
 共産党袴田事件 p322、353、**360**、362  
 行政権 p6、308、321、325、342  
 行政国家 p**231**、326

行政手続 p263、264、265、266  
 強制調停違憲決定 p271、365  
 行政立法 p299  
 京都市古都保存協力税条例事件 p131  
 京都府学連事件 p79、80、81、82、**87**  
 虚偽表現の自由 p212  
 居住・移転の自由 p248～  
 禁煙処分事件 p247～  
 緊急集会（参議院の緊急集会） p334  
 近代的意味の憲法 p1  
 近代立憲主義 p2、6、73、95、270、368  
 近代立憲主義憲法 p2、6  
 勤労の義務 p319  
 勤労の権利 p297、319

**【く】**  
 グーグル検索結果削除請求事件 p28、**89**  
 苦役からの自由 p75、79、**263**  
 具体的権利説 p**297**、307  
 具体的財産権 p251、252、253  
 具体的事件性 p348  
 具体的な争訟 p6、348、383  
 熊本丸刈り事件 p91  
 君主 p6、345  
 君主制 p346  
 軍隊 p10  
 群馬司法書士会事件 p49

**【け】**  
 刑事補償請求権 p273  
 経済的自由（権） p231～  
 警察比例の原則 p232  
 警察法改正無効事件 p350  
 警察予備隊違憲訴訟 p348、383  
 形式的平等 p95、**97**、114  
 形式的意味の憲法 p1  
 形式的意味の立法 p325  
 形式的観点（形式的正当化） p12、16、17、164  
 「月刊ペン」事件 p206  
 決算審査 p373  
 結社の自由 p228～  
 教科書代負担請求訴訟 p316  
 検閲 p171～  
 見解規制 p177  
 厳格審査の基準 p14、**20**、21、22、24

- 厳格な基準 p13、14
- 厳格な合理性の基準 **p14、22、233、239**
- 研究結果の発表の自由 **p156、157**
- 「健康で文化的な最低限度の生活」 p297
- 検察権 p341
- 「現実の悪意」論 p207
- 元首 p346
- 現代的プライバシー権 p81
- 憲法 p1
- 憲法適合的解釈 p384
- 憲法的正当化 p12、13、16
- 憲法の形式的最高法規性 p2
- 憲法の最高法規性 p2、336、382、385
- 憲法の変遷 p393
- 憲法の法源 p3
- 憲法の法律留保事項 p376
- 憲法の保障 p382
- 憲法改正 p391～
- 憲法改正の限界 p392
- 憲法改正権 p5、6、7、392、393
- 憲法改正国民投票（国民投票） p392
- 憲法慣習 p3
- 憲法裁判所 p383
- 憲法制定権力 p2、6、7、391、392、393
- 憲法前文 p6、7、9、44、393
- 憲法判断回避の準則 p383
- 憲法判断の方法 p385
- 憲法保障 p381
- 憲法優位説 p386
- 権力分立 p8、**321、325、326、338、339、340、364、375、382、383**
- 【こ】
- 公共の福祉 p12、45
- 公共利害事実 p206
- 公金支出 p135、137、139、140、**374**
- 合憲限定解釈 p24、25、26、165、383、384
- 合憲限定解釈の限界 p384
- 合憲性推定の原則 p100
- 合憲的適用部分 **p384、388、389**
- 公権力によって個人情報に強制的に収集されない権利 p82
- 皇室経費 p8
- 麴町中学校内申書事件 p119
- 公衆浴場事件 p235
- 公人行為説 p8
- 孔子廟訴訟 p151
- 公正な裁判 p348
- 公正な論評の法理 p208
- 硬性憲法 p1、2、4、337、382、391
- 公正取引委員会 p343
- 交戦権 p9、10
- 皇族 p46
- 皇族費 p8
- 公布 p392
- 公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利 p265
- 公民権停止事件 p275
- 公務員の人権 p58～
- 公務員の政治活動の自由 p59
- 公務員の争議行為 p66
- 公務就任権 p57
- 小売市場事件 p24、233、**237**
- 合理的関連性の基準（合理性の基準） p15、25
- 合理的期間 p286、288
- 合理的理由 p96、97
- 公立図書館の図書廃棄事件 p162
- ゴーマニズム宣言事件 p209
- 国際慣習 p52、53
- 国際人権規約 p187
- 国際平和支援法 p187
- 国事行為 **p8、336、344、345、346、347**
- 国事行為説 p8
- 国政調査権 p339
- 国籍法違憲訴訟 p96、**110**
- 国籍離脱の自由 p250
- 告知・聴聞 p263
- 国民主権（原理） **p5、6、56、57**
- 国民審査 p363
- 国民代表 p7、274、324
- 国民投票（制度） p392
- 国務請求権 p270
- 国務大臣 p344
- 国務大臣の任免権 p344
- 個人識別情報 p83、89
- 個人情報 p81、82、83
- 個人の尊厳（尊重） p2、79
- 国家 p1
- 国家行為の理論 p77
- 国会 p323～
- 国会議員の権能 p333
- 国会議員の地位 p331
- 国会単独立法の原則 **p326、327、381**

国会中心立法の原則 p326  
国会の活動 p333  
国会の権能 p335  
国会の召集 p345  
国会の承認を得られなかった条約の効力 p337  
国会の条約修正権 p338  
国会の地位 **p323**、373  
国会法と議院規則との効力上の優劣関係 p338  
国家緊急権 p382  
国家権力の最高独立性 p6  
国家公安委員会 p342  
国家と宗教の分離 p126、**135**  
国家賠償 p271  
国権の最高機関 p324  
国権の発動たる戦争 p9  
国有地売却特措法事件 p254  
国労広島地本事件 p50  
個別的基本権 p80  
戸別訪問禁止事件 p27、178、284、285  
固有の意味の憲法 p1  
婚姻の自由 p18、46、102、105  
根本規範 p2  
根本法 p1

【さ】  
在宅投票廃止違憲訴訟 p250、271、**275**、279  
在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟 p21、271、**277**  
在監者 p58、**70**  
罪刑法定主義 p164、263、328、377  
最高裁判所 p362  
最高裁判所規則と法律の優劣 p365  
最高裁判所規則の所轄事項を法律で定めることの可否 p364  
最高裁判所の規則制定権 p364  
最高裁判所裁判官の国民審査 p363  
最高裁判所の法律案提出権 p327  
最高法規 p2  
財産権 p251～  
財産権の内容形成 p251、252  
財政民主主義 p370、373、374  
再入国の自由 p54  
裁判の公開 p365  
裁判を受ける権利 p270  
裁判員制度 p365  
裁判員制度違憲訴訟 p365  
裁判官の再任 p362

裁判官の職権の独立 p66、**368**  
裁判官の弾劾 p350  
裁判官の任期 p362  
裁判官の良心 p368  
裁判規範 p6、77、298、316  
裁判所 p362～  
裁判所の組織 p362  
裁判請求権 p188、270  
裁判批判 p369  
歳費請求権 p331、333  
在留権 **p52**、53、54  
差別 p95～  
差別的憎悪言論 p210  
サラリーマン税金訴訟 p96、**113**  
猿払事件 **p59**、62、178、225、285  
参議院 p329  
参議院の緊急集会 p334  
参議院非拘束名簿式比例代表制違憲訴訟 p282  
残虐刑の禁止 p268  
サンケイ新聞事件 **p189**、208  
三者間形式 p25、**29**  
参審制 p365、366  
参政権 p274～  
三段階審査論 p16  
三段階審査論以外の手法 p26  
暫定予算 p373

【し】  
自衛官合祀訴訟 p154  
自衛権 p10  
自衛戦争 p9  
自衛隊官舎ビラ配布事件 p198  
塩見訴訟 p56、367  
死刑合憲判決 **p268**、305  
自己決定権 p91～  
自己実現 p161、210、211  
自己情報コントロール権 p81、82  
自己統治 p161、177、198、210、211  
自己負罪拒否特権 p266  
自主法 p376  
慈照寺事件 p349  
私生活上の自由 p79、82、230  
事前運動の禁止違反事件 p285  
自然権(思想) p1、2、74、313、382、391、393  
自然人と異なる特別の制約 p47

- 事前抑制 p171、173
- 事前抑制たる側面を有するもの p176
- 思想の自由市場 p178、210、211、219
- 思想・良心の自由 p116
- 自治事務 p375、376
- 実質的意味の憲法 p1、3
- 実質的意味の立法 p325、326
- 実質的関連性の基準 p14、22、23、98、114
- 実質的証拠法則 p343
- 実質的正当化 p45
- 実質的平等 p95、96、114
- 私的自治の原則 p74、75、77
- 自動車事故報告義務事件 p267
- 自白 p268
- 死票 p281、330、331
- 司法権 p348～
- 司法権の限界 p349
- 司法権の独立 p340、341、368、369
- 司法権の範囲 p348
- 司法国家 p321
- 司法事実 p26、385
- 司法書士法違反事件 p244
- 資本主義 p74、95、248
- 指紋押捺拒否事件 p82、83、87
- 社会学的代表 p323、324
- 社会契約 p1
- 社会権 p44、297
- 社会国家 p3、47、232、251、261、262、321、326、342
- 社会的身分 p98
- 謝罪広告強制事件 p118
- 車内広告放送事件 p90
- 自由委任 p324
- 自由権 p44
- 集会の自由 p220～
- 集会のために公共施設を利用する権利 p220、221
- 週刊文春記事差止事件 p176
- 衆議院 p329～
- 衆議院の解散 p8、334、346
- 衆議院の優越 p329
- 住基ネット事件 p82、89
- 宗教的人格権 p154
- 宗教上の組織若しくは団体 p135、136、374
- 宗教的結社の自由 p126、127、128
- 宗教的行為の自由 p26、127、128
- 宗教的中立性 p133、135
- 宗教の意味（信教の定義） p126
- 宗教法人解散命令事件 p34、128、129、388
- 宗教問題 p349
- 住居等の不可侵 p265
- 自由国家 p95、261、262
- 私有財産制 p44、251、259
- 自由裁量行為 p350
- 自由主義 p1、3、72、126、321、375
- 自由選挙 p274
- 集団行動の自由 p225
- 集団暴徒化論 p226
- 自由と平等 p3、95、97
- 自由の基礎法 p2
- 重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟 p280
- 十分尊重に値する権利 p18
- 住民自治 p354、375
- 14条1項後段列举事由 p97、98、114
- 主観訴訟 p349
- 主権 p6
- 取材源の秘密 p196
- 取材の自由 p191～
- 主題規制 p177
- 手段相当性（相当性） p17
- 手段適合性 p21、23、24、98
- 手段必要性 p21、23
- 手段の合理的関連性 p24
- 手段の実質的関連性 p22、180
- 手段の必要最小限度性 p21
- 酒類販売免許制事件 p233、234、235、244
- 常会 p333、334
- 消極的結社の自由 p229
- 消極的団結権 p318
- 消極的表現の自由 p161、218
- 消極目的 p232～
- 証券取引法事件 p251、253、257
- 少数代表制 p330、331
- 小選挙区（制） p280、330
- 肖像権 p87
- 象徴行為説 p8
- 象徴的言論 p212
- 証人審問権・喚問権 p266
- 条約 p336
- 条約と憲法の優劣関係 p336
- 条約と法律の優劣関係 p336
- 条約の違憲審査 p337

将来効判決 p390  
 条例 p376  
 条例による課税 p377  
 条例による罰則の設定 p377  
 条例による財産権の制限 p376  
 昭和女子大事件 p76  
 職業遂行の自由 p232  
 職業選択の自由 p231～  
 女子再婚禁止期間事件 p18、46、**102**、272  
 食品緊急措置法違反事件 p200  
 職業の開始・継続・廃止 p232  
 食管法事件 p298、**299**、300、301  
 処分違憲 p24、25、26、37、389  
 処分的法律 p326  
 署名活動 p270  
 自律権 p338、339、340、350、353～  
 自律権に属する行為 p350  
 知る権利 p185  
 知る自由 p179  
 白タク営業事件 p236  
 人格的自律権 p91  
 人格的生存に不可欠 p80、91  
 人格不可侵の原則 p2  
 信教の自由 p126～  
 人権の観念 p3、44  
 人権の享有主体性 p46～  
 人権の固有性 p**44**、79、81、82  
 人権の私人間効力 p74  
 人権の不可侵性 p**44**、45、97  
 人権の普遍性 p44  
 人権宣言 p44、126、393  
 信仰の自由 p126  
 人事院 p39、342、343  
 真実性の錯誤 p209  
 真実性の証明 p206  
 人身の自由 p263  
 迅速な裁判 p265  
 身体の権利 p79  
 侵略戦争 p9  
 森林法共有林事件 p93、215、253、**255**、257  
 人類普遍の原理 p5、6

【す】

砂川事件 p10、337、**351**

【せ】

生活保護（法） p297～  
 生活保護老齢加算廃止訴訟 p299、**302**  
 請願権 p270  
 税関検査事件 p**166**、**171**、180、315、**384**  
 政教分離（の原則） p44、132、**135**～  
 制限規範 p2  
 政見放送の削除 p295  
 政治活動の自由 p46、52、59  
 政治献金 p47  
 政治的代表 p323、324  
 政治的表現の自由 p**198**、200、230  
 精神的自由（権） p45、164  
 生存権 p297～  
 生存権の法的性格 p297  
 政党 p321、322、324  
 政党国家 p321、324  
 「正当な補償」 p261、262  
 政党に関する国家の態度 p322  
 制度的保障 p**44**、45、136、157、375  
 性表現（わいせつ表現） p201  
 成文憲法 p1  
 成文法 p3  
 生命の権利 p79  
 関ヶ原署名調査事件 p270  
 世襲制 p46  
 積極的差別解消措置 p98、**114**  
 積極目的（規制） p233  
 絶対的わいせつ概念 p204  
 前科照会事件 p81、82、83  
 選挙運動の自由 p284  
 選挙区 p330  
 選挙権 p274  
 選挙制度 p279、330  
 「全国民で代表」の意味 p323  
 戦争の放棄 p9  
 全体の奉仕者 p59、62、67、68、120、121、123、124  
 全通東京中郵事件 p59、**66**、67、68  
 全通名古屋中郵事件 p69  
 せん動 p200  
 全農林警職法事件 p67、68  
 戦力 p9、10、393  
 戦力の不保持 p9



【そ】

争議行為 p66～、318  
総合衡量型の枠組み p139  
総辞職 p344、345、347  
相対的平等 p96、97  
相対的わいせつ概念 p203、205  
総評サラリーマン税金訴訟 p307  
租税 p370  
租税法律主義 p319、370、377  
租税法律主義の適用範囲 p370  
措置法 p326  
空知太神社事件 p139、**148**、374  
村会議員出席停止事件 p353、**354**、355、357  
損失補償 p259～  
尊属殺人事件 p99  
尊重に値する権利 p18

【た】

第一次家永教科書訴訟 p176、315  
第一次国会乱闘事件 p332  
大学における学問の自由 p156、157  
大学の自治 p44、114、155、**157**、158  
第三者所有物没収事件 p263、**387**、388  
第三者の憲法上の権利の援用 p386  
対審 p266、271、365  
大選挙区 p330  
対抗言論の法理 p207  
大統領制 p346  
第2次メイプルソープ事件 p205  
代表の方法 p330  
代表民主制 p5、**7**、198、275、284、322、323、340  
台湾元日本兵損失補償請求事件 p386  
高田事件 p265  
滝川事件 p155  
多数代表制 p330  
弾劾裁判所 p335、350  
団結権 p318  
団体交渉権 p318  
団体行動権 p318  
団体の自治 p353  
団体の内部問題 p353～

【ち】

地方公共団体 p375～  
地方自治 p375～

地方自治特別法 p326、**381**  
地方自治の本旨 p354、375、376  
チャタレイ事件 p202、205  
中選挙区 p330  
抽象的違憲審査制 p383  
抽象的権利説 **p297**、298、299、307  
直接憲法に基づく補償の請求 p262  
直接請求制度 p358  
直接選挙 p274  
直接保障される権利 p18  
直接民主制 **p7**、358  
沈黙の自由 p117、161

【つ】

通常選挙 p278、291  
通信の秘密 p44、**229**～  
津地鎮祭事件 p132、136、138、**140**

【て】

低価値表現 p200  
定義づけ衡量 p200  
抵抗権 p382  
定住外国人 p54、56  
定足数 p334  
TBS事件 p193  
敵意ある聴衆の法理 p223  
適正手続 p2、**263**、348  
適用違憲 p13、14、24、25、26、37、389  
デモ行進の自由 p225  
寺西事件 p66  
伝習館高校事件 p314  
伝統的プライバシー権 **p81**、82  
天皇 p7、8、46、392  
天皇の権能 p7  
天皇の公的行為 p8  
天皇の国事行為 **p8**、336、344、345、346、347  
天皇の人権 p46  
天皇機関説 p155  
天皇制 p7

【と】

党議拘束 p324  
東京都教祖事件 p68  
東京都公安条例事件 p225、**226**  
東京都の特別区 p375

東京都売春取締条例事件 p113

東大ボロボロ事件 p156、157、**158**

統治権 p1、6、325、348

統治権の総攬者 p325

統治行為 p337、**350**～

同輩中の首席 p344

投票価値の平等 p286～

徳島市公安条例事件 **p165**、377、378、381

特別永住者 p57

特別会 p333、334

特別権力関係の理論 **p58**、70

特別裁判所の禁止 p362

独立行政委員会 p342～

独立権能説 p340

どぶろく事件 p92

苦米地事件 **p350**、**351**、352

富平神社事件 p139、**150**

富山大学事件 p353、**359**

奴隷的拘束からの自由 p79

#### 【な】

内閣 p342～

内閣総理大臣 p344

内閣総理大臣の指名 p329、**330**、335、346

内閣の権能 p336、**345**

内閣の憲法改正提案権 p391

内閣の助言と承認 p8、336、344

内閣の組織 p344

内閣の法律案提出権 **p326**、327

内閣の連帯責任 p346

内閣不信任決議 p326

内在・外在二元的制約説 p45

内面的精神活動の自由 p116

長崎教師ビラ事件 p208、209

長沼事件 p6、**352**

長良川事件報道訴訟 p209

奈良県ため池条例事件 **p254**、377

成田新法事件 p220、225、**263**、**264**

#### 【に】

新潟県公安条例事件 p225

二院制 p329、334、338

西陣ネクタイ事件 p243

二重の危険 p268

二重の基準 p164

二重のしぼり論 p68

日米安全保障条約 p351

日曜日授業参観事件 p131

日本新党繰上補充事件 p324、**361**

日本国憲法 p1～

日本国憲法の基本原理 p5

入国の自由 p52

人間の尊厳 p5、56、156、382

認証 p336、344、345、362

#### 【の】

納税の義務 p319

農地改革事件 p261、262

ノンフィクション「逆転」事件 p84、**85**、209

#### 【は】

「バイク三ない原則」事件 p92

配信サービスの抗弁 p209

陪審制 p365～

破壊防法違反事件 p201

博多駅事件 p18、190、191、**192**、194、211

漠然性ゆえに無効の法理 p164

バターナリズム p72、73

バターナリスティックな制約 p72

パブリック・フォーラム p161、199、**215**、**217**、221

判決事実 p26、385

判決で違憲とされた法律の効力 p389

判決理由 p390

ハンセン病訴訟 **p249**、271

判断過程審査 **p26**、305

判例・学説の使い方 p27、28

判例の拘束力と変更 p390

反論権 p189

#### 【ひ】

被疑者の権利 p264

被告人の権利 p265

批准 p336、337

非訟事件 p271

被選挙権 p46、274、275、280

非嫡出子相続分規定事件 p99、100

非適用説 p75

筆記行為の自由 p18、**185**

ヒッグス・アラン事件 p56

1人別枠方式 p292

秘密会 p335  
 秘密選挙 p274  
 百里基地事件 p77  
 病院長自殺国賠訴訟 p332  
 表決数 p334、335  
 表現行為を理由とする不利益取扱い p178  
 表現内容規制 p19、161、**176**、177、178、199、210、211、  
 212、213  
 表現内容中立規制 p19、161、**177**、178  
 表現の自由 p161～  
 表現の自由と国家による援助 p162  
 平等 p95～  
 平等権 p95  
 平等原則 p95  
 平等選挙 p274、287  
 ビラ配布 p215  
 ビラやポスターの貼付 p217  
 比例原則 p359  
 比例代表制 p280  
 広島市暴走族追放条例事件 p165、**169**、**224**

【ふ】

夫婦所得課税違憲訴訟 p109  
 夫婦同氏事件 p105  
 福岡県青少年保護育成条例事件 p168  
 福祉国家 p95、114、233、271、299、342  
 複数選挙 p274  
 副総理 p345  
 付随的制約 p18、19、178、181  
 付随的違憲審査制（付随的審査制） **p383**、385、386、389  
 390  
 不逮捕特権 p331、334  
 普通教育 p311～  
 不当な逮捕・抑留・拘禁からの自由 p264  
 部分社会の法理 p353～  
 不文法 p3  
 不法出国・密輸事件 p54  
 プライバシー外延情報 p83  
 プライバシー権 p80～  
 プライバシー固有情報 p83  
 不利益な供述 p266、267  
 武力による威嚇 p9  
 プログラム規定説 **p297**、298、300  
 文民 p344

【へ】

ヘイト・スピーチ p210  
 平和主義 **p9**、393  
 平和的生存権 p6  
 弁護人依頼権 p266

【ほ】

帆足計事件 p249  
 包括的基本権 p78  
 法規 p325、326  
 防御権 p16、26、399、306、313  
 法源 p3、4、390  
 法人の人権享有主体性 p46  
 放送の自由 p197  
 法治国家 p2  
 法治主義 **p3**、58、339  
 傍聴の自由 p335、365  
 法定受託事務 p376  
 報道の自由 p189、**190～196**、211、335、365  
 法の支配 **p2**、**3**、58、270、326、350  
 法の下での平等 p95  
 法規の一般性・抽象性 p326  
 法律案 p329、335、372  
 法律意見書形式 p18、**30**  
 法律上の争訟 p348  
 法律による国家賠償責任の制限・免除 p272  
 「法律の範囲内」 p377  
 法律の留保 p16、44、45、371  
 法令違憲 **p13**、14、19、25、**26**、**389**  
 法令中の他の規定・法令全体の違憲主張 p386  
 傍論 p390  
 保障の外延（周辺）に属する権利 p18  
 保障の中核に属する権利 p18  
 補償の要否 p260  
 補助的権能説 p340  
 牧会事件 p128  
 「北方ジャーナル事件」 **p173**、176、199、206、207、213、  
 316  
 堀木訴訟 p29、299、**301**、303、306  
 堀越事件 p17、**62**、198、235、384

【ま】

マククリーン事件 **p52**、54  
 マス・メディア p74、185、188、189、198、225、369

【み】

未成年者 p73、270  
三井美唄炭鉱労組事件 p50、279  
三菱樹脂事件 p74、75、98  
南九州税理士会事件 p49  
箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決 p136  
民衆訴訟 p349  
民主主義 p7  
民主政の過程 p164  
民主政の理論 p351  
民定憲法 p4

【め】

明確性の原則（理論） p16、17、164  
明白かつ現在の危険の基準 p72、177  
明白の原則 p14、15、24、233、235、236、305  
明文根拠のない基本権 p79～  
名簿式比例代表制 p282～  
名誉毀損表現 p205、206、208  
名誉毀損被告事件 p207  
名誉権 p173、174、175  
免責特権 p331、332、354

【も】

目的効果基準 p138、139、140  
目的手段審査 p12、14、16、18、20、96、97、233、384  
黙秘権 p265、266、267、341  
森川キャサリン事件 p54  
門地 p98

【や】

役員選任権 p338  
薬事法事件 p12、231、232、233、234、238、244、245  
八幡製鉄事件 p46、47、49、322  
ヤミ米販売事件 p385

【ゆ】

唯一の立法機関 p58、323、325、326、327、328、335、364、  
365、390  
「夕刊和歌山時事」事件 p198、206、208  
郵便法違憲訴訟 p272  
緩やかな基準 p13

【よ】

予算 p372

予算案 p329、330  
予算修正権 p373  
予算先議権 p329  
予算と法律の不一致 p372  
予算の増額修正 p373  
予算の法的性質 p372  
四畳半襖の下張り p204  
米内山事件 p353  
「よど号ハイジャック記事抹消事件」 p27、63、71、179、186  
より制限的でない他の選び得る手段 p13、21、22、23、98、  
18

【り】

利益較量論 p16、17、71、246  
立憲的意味の憲法 p1  
立候補の自由 p50、279  
立法行為 p271、272  
立法不作為の違憲確認 p298、307  
立法不作為の国家賠償法上の違法性 p271、272  
立法裁量 p17、19  
立法事実 p14、15、20、21、22、23、24、26、233、234、  
385、390  
立法目的 p20、21、40  
両院協議会 p329、330  
旅券発給拒否処分事件 p248  
旅行の自由 p249  
臨時会 p333、345

【れ】

令状主義 p230、265  
レペタ事件 p18、186  
蓮華寺事件 p349

【ろ】

労働基本権 p318  
ロス疑惑配信記事訴訟 p209  
ロッキード事件丸紅ルート p344

【わ】

わいせつ表現 p201  
わいせつ文書 p202  
ワイマール憲法 p3  
忘れられる権利 p84、85  
早稲田大学講演会事件 p82、88

## 判例索引

- ・最大判 S23.3.12 (死刑合憲判決・百Ⅱ115) p**268**、305
- ・最大判 S23.3.24 p79
- ・最大判 S23.5.5 p265
- ・最大判 S23.6.30 p268
- ・最大判 S23.7.29 p266
- ・最大判 S23.9.29 (食管法事件) p298、**299**、300、301
- ・最大判 S23.12.27 p266
- ・最大判 S24.5.18 (食品緊急措置法違反事件・百Ⅰ48) p200
- ・最大判 S25.2.1 (ヤミ米販売事件) p385
- ・最大判 S27.2.20 p363、364
- ・最大判 S27.8.6 (石井記者証言拒否事件) p191
- ・最大判 S27.10.8 (警察予備隊違憲訴訟・百Ⅱ187) p348、**383**
- ・最大決 S28.1.16 (米内山事件) p353
- ・最大判 S28.12.23 (農地改革事件・百Ⅰ100) p261、262
- ・最判 S29.1.22 (百Ⅰ [6版] 105) p260
- ・最判 S29.2.11 p348
- ・最大判 S29.11.24 (新潟県公安条例事件・百Ⅰ82) p225
- ・最大判 S30.1.26 (公衆浴場事件・百Ⅰ89) p235
- ・最大判 S30.2.9 (公民権停止事件・百Ⅱ146) p275
- ・最大判 S30.4.22 (百Ⅱ207) p364
- ・最大判 S31.7.4 (謝罪広告強制事件・百Ⅰ33) p118
- ・最大判 S32.12.25 (不法出国・密輸事件) p54
- ・最大判 S32.3.13 (チャタレイ事件・百Ⅰ51) p**202**、205
- ・最大決 S33.2.17 (百Ⅰ [6版] 76) p365
- ・最大決 S33.7.10 p364
- ・最大判 S33.9.10 (帆足計事件・百Ⅰ105) p249
- ・最大判 S33.10.15 (東京都売春取締条例事件・百Ⅰ32) p113
- ・最大判 S34.12.16 (砂川事件・百Ⅱ163) p10、337、**351**
- ・最大判 S35.1.27 (医療類似行為事件・百Ⅰ [5版] 99) p236
- ・最大判 S35.6.8 (苫米地事件・百Ⅱ190) p**350**、**351**、352
- ・最大決 S35.7.6 (強制調停違憲決定・百Ⅱ124) p271、365
- ・最大判 S35.7.20 (東京都公安条例事件・百ⅠA8) p225、**226**
- ・最大判 S35.10.19 (村会議員出席停止事件・百Ⅱ181) p353、**354**、355、357
- ・最大判 S36.2.15 (あん摩師等法事件・百Ⅰ54) p212
- ・最大判 S36.9.6 (夫婦所得課税違憲訴訟・百Ⅰ [6版] 33) p109
- ・東京地判 S37.1.22 (第一次国会乱闘事件) p332
- ・最大判 S37.3.7 (警察法改正無効事件・百Ⅱ180) p350
- ・最判 S37.5.2 (自動車事故報告義務事件・百Ⅱ117) p267
- ・最大判 S37.5.30 (百Ⅱ208) p376、**377**
- ・最大判 S37.11.28 (第三者所有物没収事件・百Ⅱ107) p263、**387**
- ・最大判 S38.3.27 (百Ⅱ200) p375
- ・最大判 S38.5.15 (加持祈禱事件・百Ⅰ38) p129
- ・最大判 S38.5.22 (東大ポポロ事件・百Ⅰ86) p156、157、**158**

- ・最大判 S38.6.26 (奈良県ため池条例事件・百 I 98) p**254**、377
- ・最大判 S38.12.4 (白タク営業事件・百 I 90) p236
- ・最大判 S39.2.26 (教科書代負担請求訴訟・百 II A11) p316
- ・東京地判 S39.9.28 (「宴のあと」事件・百 I 60) p81、**85**、87
- ・最判 S41.2.8 p348、349
- ・最大判 S41.10.26 (全通東京中郵事件・百 II 139) p59、**66**、68
- ・最大判 S42.5.24 (朝日訴訟・百 II 131) p300
- ・最大判 S43.11.27 (河川附近地制限令事件・百 I 102) p260、**262**
- ・最大判 S43.12.4 (三井美唄炭鉱労組事件・百 II 144) p**50**、279
- ・最大判 S44.4.2 (東京都教祖事件・百 II 140) p68
- ・最大判 S44.4.23 (事前運動の禁止違反事件) p285
- ・最大判 S44.6.25 (「夕刊和歌山時事」事件・百 I 64) p198、**206**、208
- ・最判 S44.7.10 (慈照寺事件) p349
- ・最大判 S44.10.15 (「悪徳の栄え」事件・百 I 52) p203
- ・最大決 S44.11.26 (博多駅事件・百 I 73) p18、190、191、**192**、194、211
- ・最大判 S44.12.24 (京都府学連事件・百 I 16) p79、82、**87**
- ・最大判 S45.6.24 (八幡製鉄事件・百 I 8) p**46**、**47**、49、322
- ・最大判 S45.9.16 (禁煙処分事件・百 I A4) p70
- ・最大判 S47.11.22 (小売市場事件・百 I 91) p24、232、233、**237**、244
- ・最大判 S47.11.22 (川崎民商事件・百 114) p265、266
- ・最大判 S47.12.20 (高田事件・百 II 116) p265
- ・最大判 S48.4.4 (尊属殺人事件・百 I 25) p99
- ・最大判 S48.4.25 (全農林警職法事件・百 II 141) p67、**68**
- ・最大判 S48.12.12 (三菱樹脂事件・百 II 9) p**74**、**75**、98
- ・最判 S49.2.5 (行百 I 87) p261
- ・最判 S49.7.19 (昭和女子大事件・百 II 10) p76
- ・最大判 S49.11.6 (猿払事件・百 I 12) p24、**59**、178、225
- ・神戸簡判 S50.2.20 (牧会事件・百 43) p128
- ・最大判 S50.4.30 (薬事法事件・百 I 92) p12、231、232、233、234、**238**、244、245
- ・最大判 S50.9.10 (徳島市公安条例事件・百 I 83) p**165**、377、378、381
- ・最判 S50.11.28 (国労広島地本事件・百 II 145) p50
- ・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) p**286**、**287**、295
- ・最大判 S51.5.21 (旭川学力テスト事件・百 II 136) p156、p311、**312**、315
- ・札幌高判 S51.8.5 (長沼事件第二審・百 II [5版] 182) p6、**352**
- ・最判 S52.3.15 (富山大学事件・百 II 182) p353、**359**
- ・最大判 S52.5.4 (全通名古屋中郵事件・百 II 142) p69
- ・最大判 S52.7.13 (津地鎮祭事件・百 I 42) p132、136、138、**140**
- ・最大判 S53.7.12 (国有地売却特措法事件・百 I 99) p253、**254**
- ・最決 S53.5.31 (外務省秘密漏洩事件・百 I 75) p194
- ・最大判 S53.10.4 (マクリーン事件・百 I 1) p**52**、54
- ・最判 S55.11.28 (「四畳半襖の下張り」事件・百 I 53) p204
- ・最判 S56.4.7 (「板まんだら」事件・百 II 186) p349
- ・最判 S56.4.14 (前科照会事件・百 I 17) p82、**83**、85
- ・最判 S56.4.16 (「月刊ペン」事件・百 I 65) p206
- ・最判 S56.6.15 (戸別訪問禁止事件) p178、**285**

- ・最判 S56.7.21 (戸別訪問禁止事件・百Ⅱ158) p27、**284**
- ・最大判 S57.7.7 (堀木訴訟・百Ⅱ132) p29、299、**301**、303、306
- ・最判 S58.2.18 (行百Ⅱ242) p261
- ・最大判 S58.4.27 (議員定数不均衡訴訟・参議院議員選挙) **p290**
- ・最大判 S58.6.22 (よど号ハイジャック記事抹消事件・百Ⅰ14) p27、63、**71**、179、186
- ・最判 S59.3.27 (尾崎所得税法事件・百Ⅱ124) p267
- ・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) p131
- ・最判 S59.5.17 (議員定数不均衡訴訟 (4) 地方議会議員・百Ⅱ151) p294
- ・最大判 S59.12.12 (税関検査事件・百Ⅰ69) **p166**、**171**、180、315、**384**
- ・最判 S59.12.18 (吉祥寺駅構内ビラ配布事件・百Ⅰ57) p199、**215**
- ・最判 S60.1.22 (旅券発給拒否処分事件) p248
- ・最大判 S60.3.27 (サラリーマン税金訴訟・百Ⅰ31) p113
- ・最大判 S60.7.17 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・百Ⅱ [6版] 154) p390
- ・東京高裁 S60.8.26 (台湾元日本兵損失補償請求事件) p385
- ・最大判 S60.10.23 (福岡県青少年保護育成条例事件 (淫行処罰条例事件)・百Ⅱ108) p168
- ・熊本地判 S60.11.13 (熊本丸刈り事件・百ⅠA5) p91
- ・最判 S60.11.21 (在宅投票廃止違憲訴訟・百Ⅱ191) p250、271、**275**、279
- ・東京地判 S61.3.20 (日曜日授業参観事件・百ⅠA6) p131
- ・最大判 S61.6.11 (北方ジャーナル事件・百Ⅰ68) **p173**、176、199、206、207、213、316
- ・最判 S62.3.3 (大分県屋外広告物条例事件・百Ⅰ56) p217、**218**
- ・最大判 S62.4.22 (森林法共有林事件・百Ⅰ96) p93、215、253、**255**、257
- ・最判 S62.4.24 (サンケイ新聞事件・百Ⅰ76) **p189**、206、208
- ・最大判 S63.6.1 (自衛官合祀訴訟・百Ⅰ43) p154
- ・最判 S63.7.15 (麹町中学校内申書事件・百Ⅰ34) p119
- ・最判 S63.12.20 (車内広告放送事件・百Ⅰ20) p90
- ・最判 S63.12.20 (共産党袴田事件・百Ⅱ183) p322、353、**360**、362
- ・最判 H 元.1.20 (公衆浴場事件) **p235**
- ・最判 H 元.2.7 (総評サラリーマン税金訴訟・百Ⅱ133) p307
- ・最判 H 元.3.2 (塩見訴訟・百Ⅰ5) p56、367
- ・最判 H 元.3.7 (公衆浴場事件) **p236**
- ・最大判 H 元.3.8 (レペタ事件・百Ⅰ72) p18、**186**
- ・最判 H 元 6.20 (百里基地事件・百Ⅱ166) p77
- ・最判 H 元.9.8 (蓮華寺事件) p349
- ・最判 H 元.9.19 (岐阜県青少年保護育成条例事件・百Ⅰ50) p165、179、**180**
- ・最判 H 元.12.14 (どぶろく事件・百Ⅰ21) p92
- ・最判 H 元.12.21 (長崎教師ビラ事件・百Ⅰ66) p208
- ・最判 H2.1.18 (伝習館高校事件・百Ⅰ137) p314
- ・最判 H2.2.6 (西陣ネクタイ事件・百Ⅰ93) p243
- ・最決 H2.7.9 (TBS 事件・百Ⅰ74) p193
- ・最判 H2.9.28 (破壊防法違反事件・百Ⅰ49) p201
- ・最判 H3.9.3 (「バイク三ない原則」事件・百Ⅰ22) p92
- ・最大判 H4.7.1 (成田新法事件・百Ⅱ109) p220、225、**263**、**264**
- ・最判 H4.11.16 (森川キャサリン事件・百ⅠA2) p54
- ・最判 H4.12.15 (酒類販売免許制事件・百Ⅰ94) p233、234、235、**244**
- ・最判 H5.2.16 (箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決・百Ⅰ46) p136

- ・最判 H5.2.28 (ヒッグス・アラン事件) p56
- ・最判 H5.3.16 (第一次家永教科書訴訟・百 I 88) p315
- ・最判 H6.2.8 (ノンフィクション「逆転」事件・百 I 61) p84、**85**、209
- ・最判 H7.2.28 (外国人地方選挙訴訟・百 I 3) p56
- ・最判 H7.3.7 (泉佐野市民会館事件・百 I 81) p221
- ・最判 H7.5.25 (日本新党繰上補充事件・百 II 155) p324、**361**
- ・最大判 H7.2.22 (ロッキード事件丸紅ルート・百 II 174) p344
- ・最大決 H7.7.5 (非嫡出子相続分規定事件(合憲)・百 I [5版] 31) p99
- ・最判 H7.12.5 (女子再婚禁止期間事件(合憲)・百 I [6版] 30) p102
- ・東京高決 H7.12.19 (宗教法人解散命令事件) p388
- ・最判 H7.12.15 (指紋押捺拒否事件・百 I 2) p82、83、**87**
- ・最決 H8.1.30 (宗教法人解散命令事件・百 I 39) p34、128、**129**
- ・最判 H8.3.8 (「エホバの証人」剣道受講拒否事件・百 I 41) 26、132、**133**、140
- ・最判 H8.3.15 (上尾市福祉会館事件) p223
- ・最判 H8.3.19 (南九州税理士会事件・百 I 36) p49
- ・最大判 H9.4.2 (愛媛玉串料事件・百 I 44) p137、138、**145**
- ・最判 H9.9.9 (病院長自殺国賠訴訟・百 II 170) p332
- ・高知地判 H10.7.17 p137
- ・最大判 H10.12.1 (寺西事件・百 II 177) p66
- ・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) p280
- ・最判 H11.12.16 (覚せい剤密売電話傍受事件・百 I 59) p230
- ・最判 H12.2.8 (司法書士法違反事件・百 I 95) p244
- ・最判 H12.2.29 (「エホバの証人」輸血拒否事件・百 I 23) p93
- ・熊本地判 H13.5.11 (ハンセン病訴訟・百 II 192) **p249**、271
- ・最判 H14.1.29 (ロス疑惑配信記事訴訟) p209
- ・最大判 H14.2.13 (証券取引法事件・百 I 97) p251、253、**257**
- ・最判 H14.4.25 (群馬司法書士会事件) p49
- ・最大判 H14.9.11 (郵便法違憲訴訟・百 II 128) p272
- ・最判 H14.9.24 (「石に泳ぐ魚」事件・百 I 62) p86
- ・最判 H15.3.14 (長良川事件報道訴訟・百 I 67) p209
- ・最判 H15.9.12 (早稲田大学講演会事件・百 I 18) p82、**88**
- ・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) p282
- ・東京高決 H16.3.31 (週刊文春記事差止事件) p176
- ・最判 H16.7.15 (ゴーマニズム宣言事件) p209
- ・最大判 H17.1.26 (外国人管理職訴訟・百 I 4) p57
- ・最判 H17.7.14 (公立図書館の図書廃棄事件・百 I 70) p162
- ・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) p20、**271**、275、**277**
- ・最判 H17.11.1 (行百 II 247) p261
- ・最大判 H18.3.1 (旭川市国民健康保険条例事件・百 II 196) p370、**371**
- ・最判 H18.3.23 p72
- ・最決 H18.10.3 (NHK 記者証言拒否事件・百 I 71) p196
- ・最判 H19.2.27 (「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件) p120
- ・最判 H19.9.18 (広島市暴走族追放条例事件・百 I 84) p165、**169**、**224**
- ・最判 H19.9.28 (学生無年金障害者訴訟・百 II 134) p307
- ・最判 H20.2.19 (第2次メイプルソープ事件・H20 重判 6) p205



- ・最判 H20.3.6 (住基ネット事件・百 I 19) p82、**89**
- ・最判 H20.4.11 (自衛隊官舎ビラ配布事件・百 I 58) p198
- ・最大判 H20.6.4 (国籍法違憲訴訟・百 I 26) p110
- ・最大判 H21.9.30 (議員定数不均衡訴訟・H21 重判 1) p290
- ・最大判 H22.1.20 (空知太神社事件・百 I 47) p139、**148**、374
- ・最大判 H22.1.20 (富平神社事件・H22 重判 4) p139、**150**
- ・最決 H22.3.15 (名誉毀損被告事件・H22 重判 8) p207
- ・岐阜地判 H22.11.10 (関ヶ原署名調査事件・H23 重判 10) p270
- ・最大判 H23.3.23 (議員定数不均衡訴訟 (3) 1 人別枠方式・百 II 153) p286、**292**
- ・最判 H23.4.28 p209
- ・最判 H23.5.30 (「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件・百 I 37) p122
- ・最大判 H23.11.16 (裁判員制度違憲訴訟・百 II 175) p366
- ・最判 H24.2.28 (生活保護高齢加算廃止訴訟・百 II 135) p299、**302**
- ・名古屋高判 H24.4.27 (関ヶ原署名調査事件・H24 重判 11) p270
- ・最大判 H24.10.17 (議員定数不均衡訴訟 (2) 参議院議員選挙・百 II 150) p290
- ・最判 H24.12.7 (堀越事件・百 I 13) p17、**62**、198、235、384
- ・最判 H25.1.11 (医薬品ネット販売事件・百 II A19) **p246**、328
- ・最判 H25.3.21 (神奈川県臨時特例企業税事件・百 II 208) p380
- ・最大決 H25.9.4 (非嫡出子相続分規定事件 (違憲)・百 I 27) p100
- ・最大判 H25.11.20 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・H25 重判 1) p286
- ・最判 H26.1.16 (H26 重判 6) p213
- ・最大判 H27.12.16 (女子再婚禁止期間事件 (違憲)・百 I 28) p18、46、**102**、272
- ・最大判 H27.12.16 (夫婦同氏事件・百 I 29) p105
- ・最決 H29.1.31 (グーグル検索結果削除請求事件・百 I 63) p28、84、**89**
- ・最大判 H29.12.6 (NHK 受信料訴訟・百 I 77) p183
- ・最大判 R2.11.25 (市議会議員出席停止事件) p354、**355**
- ・最大判 R3.2.24 (孔子廟訴訟) p151
- ・最判 R5.11.17 (「宮本から君へ」助成金不交付事件) p163

## (参考文献1)

- ・「憲法」第8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」第2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」第2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」第2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4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」2012～2023(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 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第8版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(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8版(有斐閣)  
→「行百」と表記