

目次

【プレテスト】国際テロリズム対策法案

- ・ 刑罰法規の明確性（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83）
- ・ 結社の自由（21 条 1 項）
- ・ 表現の自由（21 条 1 項）
- ・ 行政手続と適正手続（成田新法事件・最大判 H4.7.1・百 II 109）
- ・ 行政手続と令状主義（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百 II 114）
- ・ 自己負罪拒否特権（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百 II 114）

【平成 18 年】製造たばこの警告表示に関する法律

- 消極的表現の自由（21 条 1 項）
- 職業の自由（22 条 1 項）
 - ・ 薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）
- 財産権（29 条 1 項）
 - ・ 森林法共有林事件（最大判 S62.4.22・百 I 96）
 - ・ 証券取引法事件（最大判 H14.2.13・百 I 97）
- 損失補償（29 条 3 項）
 - ・ 河川附近地制限令事件（最大判 S43.11.27・百 I 102）

【平成 19 年】都市計画法上の開発行為に係る上乗せ条例により宗教法人による宗教施設を建設するための開発事業計画が不許可とされた事例

- 法律と条例の関係（94 条）
 - ・ 徳島市公安条例事件（最大判 S50.9.10・百 I 83）
- 信教の自由（20 条 1 項前段）
 - ・ オウム真理教解散命令事件（最決 H8.1.30・百 I 39）

【平成 20 年】インターネット上の有害情報から子どもと大人を保護することを目的としたフィルタリング・ソフト法案

- 表現の自由（21 条 1 項）
 - ・ 違憲主張適格
 - ・ 明確性の原則（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83）
 - ・ 新しい検閲概念の探究（税関検査事件・最大判 S59.12.12・百 I 69）
 - ・ 岐阜県青少年保護育成条例事件・最判 H 元.9.19・百 I 50
 - ・ パターナリスティックな制約
- 知る自由（21 条 1 項）
 - ・ よど号ハイジャック記事抹消事件（最大判 S58.6.22・百 I 14）
 - ・ 岐阜県青少年保護育成条例事件（最判 H 元.9.19・百 I 50）
 - ・ パターナリスティックな制約
 - ・ 第三者の憲法上の権利の援用（第三者所有物没収事件・最大判 S37.11.28・百 II 107）
- 委任立法の限界

【平成 21 年】国立大学が制定した遺伝子治療臨床研究に係る「審査委員会規則」「遺伝子情報保護規則」

- 学問の自由（23 条）
 - ・ 法律の留保
 - ・ 明確性の原則（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83）
 - ・ 学問の自由の保護領域（東大ポポロ事件・最大判 S38.5.22・百 I 86）
 - ・ 大学の自治と大学教授の学問の自由との衝突
 - ・ 大体の内部問題に対する司法審査の可否・限界（富山大学事件・最判 S52.3.15・百 II 182）

○遺伝子情報を知る自由（13条後段）

- ・パターナリスティックな制約

○知る自由（21条1項）

- ・パターナリスティックな制約
- ・第三者の憲法上の権利の援用（第三者所有物没収事件・最大判 S37.11.28・百 II 107）

【平成22年】ホームレスに対する生活保護認定申請却下及び選挙権制限

○生存権（25条）

- ・行政権による生活保護法の違憲的な解釈・運用

○平等権（14条）

- ・行政機関による法令の解釈・運用における地域的差別取扱いと条例による地域的差別取扱いに関する判例理論（東京都売春取締条例事件・最大判 S33.10.15・百 32）の関係

○選挙権（15条1項・3項等）

- ・在外邦人選挙権訴訟（最大判 H17.9.14・百 II 147）

○国家賠償（17条）

- ・立法不作為の国家賠償法上の違法（在外邦人選挙権訴訟・最大判 H17.9.14・百 II 147）

【平成23年】プライバシー保護を目的としてインターネット上での地図情報の提供を規制する法律

○訴訟類型の選択（取消訴訟〔行訴法3条2項〕）

○表現の自由

- ・博多駅事件（最大決 S44.11.26・百 I 73）
- ・表現の自由とプライバシー権の調整

【平成24年】村が火災被害に遭った寺に対して7500万円の助成を実施した事例

○訴訟類型の選択（住民訴訟〔地方自治法242条の2第1項4号〕）

○政教分離原則

- ・「宗教団体」「宗教上の組織若しくは団体」の意義（箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決・最判 H5.2.16・百 I 46）
- ・目的効果基準（津地鎮祭事件・最大判 S52.7.13・百 I 42）
- ・総合衡量型の判断枠組み（空知太神社事件・最大判 H22.1.20・百 I 47）

【平成25年】県立大学の学生ゼミにおけるデモ行進の不許可、大学教室使用不許可

○デモ行進の自由（21条1項）

- ・新潟県公安条例事件（最大判 S29.11.24・百 I 82）
- ・東京都公安条例事件（最大判 S35.7.20・百 I A8）
- ・泉佐野市民会館事件（最判 H7.3.7・百 I 81）
- ・パブリック・フォーラムの理論（吉祥寺駅構内ビラ配布事件・最判 S59.12.18・百 I 62 における伊藤正己裁判官の補足意見）

○平等権（14条）

- ・東大ポボロ事件（最大判 S38.5.22・百 I 86）

【平成26年】市内の自然保護地域におけるタクシーの運行の許可制を定める条例

○職業の自由（22条1項）

- ・薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）
- ・隠された立法目的

【平成27年】思想・表現を理由とする市職員の正式採用の拒否

○平等権（14条）

- ・同一取扱いによる差別

- ・三菱樹脂事件（最大判 S48.12.12・百 I 9）
- ・信条差別の範囲

○表現の自由（21 条 1 項）

- ・意見表明を理由とする正式採用の拒否

【平成 28 年】性犯罪者継続監視法

○プライバシー権（13 条後段）

- ・公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利（京都府学連事件・最大判 S44.12.24・百 I 16）
- ・規制の前段階化

○移動の自由（22 条 2 項）

- ・住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由

【平成 29 年】特定労務外国人の定住防止を目的として本邦滞在中の妊娠・出産を禁止した上で強制収容・送還の対象とする特労法（農業及び製造業に従事する特 86 定労務外国人の受入れに関する法律）

○自己決定権（13 条後段）

- ・妊娠・出産に関する自己決定権
- ・外国人の人権享有主体性（マククリーン事件・最大判 S53.10.4・百 I 1）
- ・マククリーン事件判決の射程

○人身の自由（18 条）

○適正な手続的処遇を受ける権利（33 条）

- ・行政手続と令状主義（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百 II 114）
- ・緊急逮捕の合憲性（最大判 S30.12.14・百 II 110）

【平成 30 年】青少年と大人を保護することを目的として規制図書類の販売等を制限する市条例

○知る自由（21 条 1 項）

- ・よど号ハイジャック記事抹消事件（最大判 S58.6.22・百 I 14）
- ・明確性の原則（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83）
- ・岐阜県青少年保護育成条例事件（最判 H 元.9.19・百 I 50）
- ・パターナリスティックな制約

○職業の自由（22 条 1 項）

- ・薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）

【令和 1 年】虚偽表現の禁止・削除等を定めるフェイク・ニュース規制法案

○虚偽表現一般の禁止

- ・虚偽表現の自由（北方ジャーナル事件・最大判 S61.6.11・百 I 68 における谷口裁判官の意見）
- ・明確性の原則（徳島市公安条例事件・最大判 S50.9.10・百 I 83）
- ・合憲限定解釈による不明確性の払拭（税関検査事件・最大判 S59.12.12・百 I 69）

○SNS 事業者課される選挙運動の期間中及び選挙の当日における SNS 上の特定虚偽表現の削除義務

- ・SNS 事業者の表現の自由（グーグル検索結果削除請求事件・最決 H29.1.31・百 I 63）
- ・選挙のルール論（戸別訪問禁止事件・最判 S56.7.21・百 II 163 における伊藤正己裁判官の補足意見）
- ・行政手続と適正手続（成田新法事件・最大判 H4.7.1・百 II 109）

【令和 2 年】生活路線バスへの新規参入の規制、特定の渋滞地域における域外からの自家用車の乗り入れの禁止

○職業の自由（22 条 1 項）

- ・薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）
- ・公衆浴場法事件（最判 H 元.3.7）

○移動の自由（22 条 2 項）

- ・住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由

【令和3年】顔を隠して集団行進に参加することの禁止、団体に対する観察処分を定める法律案

○デモ行進の自由（21条1項）

- ・匿名表現の自由
- ・デモ行進の自由（最大判 S35.7.20・百 I A8）
- ・明らかな差し迫った危険の基準（泉佐野市民会館事件・最判 H7.3.7・百 I 81）
- ・集団暴徒化論（東京都公安条例事件・最大判 S35.7.20・百 I A8）
- ・パブリック・フォーラムの理論（吉祥寺駅構内ビラ配布事件・最判 S59.12.18・百 I 62 における伊藤正己裁判官の補足意見）

○結社の自由（21条1項）

- ・結社としての活動の自由

○プライバシー権（13条後段）

- ・公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利（京都府学連事件・最大判 S44.12.24・百 I 16）

【令和4年】県立大学における研究助成金の不交付決定、特定科目の不合格者の成績評価を取消して他の教員による再試験・成績評価を実施する旨の決定

○大学教授の学問研究の自由・研究結果の発表の自由（23条）

- ・研究助成金を受けながら研究活動を行う自由
- ・政治的社会的活動としての側面を有する研究活動（東大ポボロ事件・最大判 S38.5.22・百 I 86）
- ・大学の自治と大学教授の学問の自由との衝突

○大学教授の教授の自由（23条）

- ・東大ポボロ事件（最大判 S38.5.22・百 I 86）
- ・旭川学力テスト事件（最大判 S51.5.21・百 II 136）

【令和5年】遺族年金制度における年齢要件の新設

○生存権（25条）

- ・生存権の性質（狭義の生存権、広義の生存権）
- ・堀木訴訟（最大判 S57.7.7・百 II 132）
- ・老齢加算廃止訴訟（最判 H24.2.28・百 II 135）
- ・制度後退禁止原則

○平等権（14条）

- ・堀木訴訟（最大判 S57.7.7・百 II 132）
- ・学生無年金障害者訴訟（最判 H19.9.28・百 II 134）
- ・国籍法違憲判決（最大判 H20.6.4・百 I 26）
- ・年齢による差別（待命処分判決・最大判 S39.5.27）
- ・積極的差別解消措置

【令和6年】犬猫の販売業における許可制と広告規制

○職業の自由（22条1項）

- ・薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 I 92）
- ・酒類販売免許制事件（最判 H4.12.15・百 I 94）
- ・医薬品ネット販売規制事件（最判 H25.1.11・百 II A19）
- ・要指導医薬品指定事件（最判 R3.3.18）

○営利表現の自由（21条1項）

- ・あん摩師等法事件（最大判 S36.2.15・百 I 54）

令和 6 年

1 [公法系科目]

3 [第 1 問] (配点：100)

我が国におけるペット、取り分け、犬又は猫（以下「犬猫」という。）の関連総市場規模は拡大傾向にあり、ペットの種類が多様化する中、犬猫の飼養頭数割合は相対的に高いままで推移している。他方で、販売業者が、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡し、結果として、犬猫が殺され山野に大量廃棄されたりしたことが大きな社会問題となった。また、飼い主が、十分な準備と覚悟のないまま犬猫を安易に購入した後、想定以上の手間、引っ越し、犬猫への興味の喪失等を理由に犬猫を遺棄することも大きな社会問題となった。さらに、各地方公共団体は、飼い主不明や飼養不可能になった犬猫を引き取り、一定期間経過後に殺処分としているが、それについても命を軽視しているとの批判が大きくなった。

20**年、A省では、犬猫の殺処分を禁止し、現在行われている民間団体での無償譲渡活動と地方公共団体での犬猫の引取りを統合した無償譲渡の仕組みを全国的に整えることが検討されている。具体的には、飼い主が飼養できなくなった犬猫を保護する「犬猫シェルター」を制度化するというものである。これにより、保護された犬猫は飼養を希望する者に無償譲渡され、譲渡先の見つからなかった犬猫は、犬猫シェルターで終生飼養されることとなる。犬猫シェルターの設置・運営は民間団体が行い、各地方公共団体は必要な経費の一部を公費で助成する。もっとも、犬猫シェルターが制度化され、殺処分がなくなると、飼養できなくなった犬猫を手放す飼い主の心理的ハードルが下がる結果、犬猫シェルターに持ち込まれる犬猫の頭数が収容能力を大幅に超えることが懸念されている。

このような背景から、飼い主や販売業者による犬猫の遺棄や、犬猫シェルターへの持込みの増加という問題への対応は、飼い主個人の意識改革だけでは限界があり、犬猫の販売については、販売業者を各地方公共団体に登録させる現行制度を改めるなど、規制全体を見直す必要があるとの声が国会議員の間で上がった。そこで、A省による犬猫シェルターの制度の検討と並行して、超党派の国会議員は、「犬猫の販売業の適正化等に関する法律(仮称)」(以下「本件法案」という。)の制定を目指す議員連盟(以下「議連」という。)を発足させた。

【別添資料】は、議連で検討されている本件法案の骨子である。特に問題になっているのは、本件法案骨子の第2と第4に挙げられた免許制の導入及び広告規制の実施であり、その内容は、次のとおりである。

規制① 犬猫の販売業を営もうとする者は、販売場ごとに、その販売場の所在地の都道府県知事から犬猫の販売業を営む免許(以下「犬猫販売業免許」という。)を受けなければならない。

犬猫販売業免許の申請に対して、都道府県知事は、販売場ごとに犬猫飼養施設(犬猫の飼養及び保管のための施設をいう。)に関する要件が満たされているかどうかを審査する。

加えて、都道府県知事は、当該都道府県内の需給均衡及び犬猫シェルター収容能力を考慮し、犬猫販売業免許の交付の可否を判断する。

規制② 犬猫販売業免許を受けた者(以下「犬猫販売業者」という。)は、犬猫の販売に関して広告するときは、犬猫のイラスト、写真及び動画を用いてはならない。

議連の担当者Xは、本件法案について、法律家甲に相談した。その際の甲とXとのやり取りは、以下のとおりであった。

甲：本件法案は有償での犬猫の販売業についての規制ということですが、規制①及び規制②が必要と判断された背景には、犬猫が飼い主や販売業者によって遺棄されている現状や、犬猫シェルターへ持込みが増加する懸念があったということですね。

X：はい。本件法案は、犬猫の適正な取扱いのための犬猫飼養施設に対する規制にとどまらず、更に一步踏み込んでいます。本件法案は、甲さんの挙げたそれらの問題が、供給過剰による売

れ残りや、売れ残りを減らそうとする無理な販売により生じているという認識に基づいています。そこで、犬猫の販売業を免許制にして、犬猫の供給が過剰にならないように、犬猫の需給均衡の観点から免許発行数を限定することが必要だと判断しました。また、犬猫シェルターの収容能力に応じて、免許発行数を調整することも必要だと判断しました。それに加えて、購買意欲を著しく刺激し安易な購入につながるので、広告規制も必要だとの結論になりました。

甲：ということは、本件法案の目的は、犬猫の販売業の経営安定でも、犬猫由来の感染症等による健康被害の防止でもないのですね。

X：はい。そのいずれでもありません。本件法案は、ペット全体についての動物取扱業や飼い主等に関する規制等を定めた「動物の愛護及び管理に関する法律」（以下「動物愛護管理法」という。）の特別法です。動物愛護管理法の目的は「人と動物の共生する社会の実現」であり、本件法案も、その目的を共有しています。

甲：規制①で満たさなければならない要件のうち、まず、犬猫飼養施設に関する要件は、どのようなものですか。

X：犬猫の販売業を営もうとする者は、犬猫販売業免許の申請の前提として、販売場ごとに、犬猫の販売頭数に応じた犬猫飼養施設を設けることが必要です。各犬猫飼養施設につき、犬猫の体長・体高に合わせたケージ（檻）や運動スペースについての基準及び照明・温度設定についての基準がそれぞれ満たされる必要があります。飼養施設に関する基準は動物愛護管理法上の販売業者の登録制においても存在しますが、諸外国の制度や専門家の意見を踏まえて、現行の基準より厳しくなっています。

甲：ということは、それは国際的に認められている基準の範囲内ということですね。

X：はい、そのように考えています。

甲：さらに、犬猫販売業免許の交付に当たっては犬猫の需給均衡も要件とするのですね。

X：はい。需給均衡の要件については、都道府県ごとの人口に対する犬猫の飼育頭数の割合や犬猫の取引量等を考慮して各都道府県が基準を定める予定です。

甲：需給均衡の要件に対しては、規制すべきなのは、売れ残ること自体ではなく、売れ残った犬猫を適切に扱わないことであるという意見もあると思いますが、いかがですか。

X：確かに、そうかもしれません。ですが、日本では生後2、3か月の子犬や子猫の人气が高く、体の大きさがほぼ成体と同じになる生後6か月を過ぎると値引きしても売れなくなるといわれています。したがって、犬猫の供給が過剰になり、売れ残りが出ることで自体を抑制すべきと判断しました。

甲：さらに、都道府県知事は、犬猫シェルターの収容能力も犬猫販売業免許の交付に際して考慮するとのことですが、犬猫シェルターは、これまでの地方公共団体による犬猫の引取りと同様に、犬猫販売業者からの引取りを拒否できると規定する予定なのですね。犬猫販売業者は、売れ残った犬猫については終生飼養するか、自己に代わりそれを行う者を、責任を持って探すことになりますね。そうすると、飼い主による持込みの増加が仮に起こるとしても、それは、直接は犬猫販売業者のせいではないという意見もあると思います。この点はいかがですか。

X：確かにそうかもしれません。しかし、問題はそれだけでは解決しません。売れ残りを減らそうとする犬猫販売業者による無理な販売も、飼い主による犬猫シェルター持込み増加の要因となると認識しています。また、犬猫シェルターを適正に運営するために、犬猫シェルターで収容する頭数が、地方公共団体や民間団体で現在引き取っている頭数を超えないようにするための方策を検討してほしいとの要望が多く都道府県から寄せられています。そのため、犬猫シェルターの収容能力も免許交付の基準として考慮することにしました。

甲：犬猫販売業免許の発行数を限定するとすると、新規参入者だけではなく、既に犬猫を販売しているペットショップにも関係しますね。

X：はい。ですが、規制の対象は犬猫に限られていますので、それ以外の動物、例えばうさぎや

鳥、観賞魚等を販売して営業を続けることは可能です。統計資料によれば、ペットとして動物を飼養している者のうち、犬を飼っているのは31パーセント、猫については29パーセントですから、やはり犬や猫の割合は多いといえます。ただし、犬猫以外の多種多様なペットを飼う人も増加傾向にあり、現在その割合が50パーセント近くになっています。犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、ペットショップとしての営業の継続は可能だと議連では考えています。

甲：規制②の内容はどのようなものですか。

X：犬猫の販売に関しては、犬猫のイラストや写真、動画を用いての広告を行うことができません。愛らしい犬猫の姿態を広告に用いることが安易な購入につながっているとの認識から、広告規制が必要であると判断しました。近年ではインターネット広告が増加していますので、ウェブサイトやソーシャルネットワーキングサービス（SNS）にそれらを掲載することも当然禁止されます。

甲：動画等の情報は、直ちに問題のある情報とはいえないので、これらを規制することは不要ではないかという意見もあると思いますが、いかがですか。

X：確かに、そうかもしれません。しかし、広告に際して、犬猫販売業者は、品種、月齢、性別、毛色、出生地等の情報は文字情報として用いることが可能です。品種等の文字情報に比べて、イラストや写真、動画は、視覚に訴える情報であり、購買意欲を著しく刺激し、十分な準備と覚悟がないままの購入につながるので、やはり規制が必要だと判断しました。また、犬猫販売業者は、実際に販売する段階では、購入希望者に対面で適正な飼養に関する情報提供を行い、かつ現物を確認させることが、動物愛護管理法と同様に、義務付けられています。

甲：分かりました。憲法上の問題点については検討しましたか。

X：規制①及び規制②の憲法適合性の検討はこれからですので、この点について甲さんに判例を踏まえたご検討をお願いしたいと考えております。

〔設問〕

あなたが検討を依頼された法律家甲であるとして、規制①及び規制②の憲法適合性について論じなさい。なお、その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。既存業者の損失補償については、論じる必要がない。

【別添資料】

犬猫の販売業の適正化等に関する法律（仮称）の骨子

第1 目的

この法律は、犬猫の販売業について、虐待及び遺棄の防止、犬猫の適正な取扱いその他犬猫の健康及び安全の保持等の動物の愛護に関する事項を定めて国民の間に動物を愛護する気風を招来するとともに、生命尊重、友愛及び平和の情操を涵養し、もって人と動物の共生する社会の実現を図ることを目的とする。

第2 犬猫販売業免許

犬猫の販売業を営もうとする者は、販売場ごとに、その販売場の所在地の都道府県知事から犬猫販売業免許を受けなければならない。次の各号のいずれかに該当するときは、都道府県知事は、犬猫販売業免許を与えないことができる。

- 1 販売場ごとに設けられた犬猫飼養施設の状況により、犬猫販売業免許を与えることが適当でないと認められるとき。
- 2 当該都道府県内の犬猫の需給均衡の観点から、犬猫販売業免許を与えることが適当でないと認められるとき。
- 3 当該都道府県内の犬猫シェルター収容能力の観点から、犬猫販売業免許を与えることが適当でないと認められるとき。

第3 販売に際しての情報提供

犬猫販売業者は、犬猫を販売する場合には、あらかじめ、当該犬猫を購入しようとする者に対し、販売場において、対面により適正な飼養のために必要な情報を提供するとともに、当該犬猫の現在の状態を直接見せなければならない。

第4 広告の規制

犬猫販売業者は、犬猫の販売に関して広告するときは、犬猫のイラスト、写真及び動画をを用いてはならない。

（参照条文）動物の愛護及び管理に関する法律（昭和48年法律第105号）

（目的）

第1条 この法律は、動物の虐待及び遺棄の防止、動物の適正な取扱いその他動物の健康及び安全の保持等の動物の愛護に関する事項を定めて国民の間に動物を愛護する気風を招来し、生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養に資するとともに、動物の管理に関する事項を定めて動物による人の生命、身体及び財産に対する侵害並びに生活環境の保全上の支障を防止し、もって人と動物の共生する社会の実現を図ることを目的とする。

[解 説]

第 1. 総論

1. 出題の概要

本問は、架空の法律（原案）を素材に、職業選択の自由及び営利表現の自由の制約の憲法適合性について問うものである。いずれも憲法上の権利が争点となる訴訟及びその学習において大きなウェイトを占める権利であり、これらの権利の制約をめぐっては参考となり得る多くの事例が存在する。

本問では、直接には、訴訟ではなく立法過程において憲法上の疑義を払拭し、より憲法適合的な法案とするための憲法論を展開することが求められているが、設問文で指示されているように「参照に値する事例」に言及する必要がある、それを踏まえて立論すべきである。（出題の趣旨）

2. 問題となる権利の設定の仕方

過去の採点実感でも累次にわたり指摘されてきたところであるが、問題となる権利を細分化して設定するもの、すなわち「犬猫を販売する自由」や「イラスト・写真・動画等を用いて宣伝する自由」などと、当事者の具体的な行為ないしそれを類型化したものをそのまま権利内容として設定する答案が、なお相当数に上っている。だが、問題の所在を的確に把握した論述のためには、憲法第 22 条第 1 項が保障する狭義の職業選択の自由や職業遂行の自由に犬猫の販売行為が含まれるかどうか、憲法第 21 条第 1 項が保障する営利的表現の自由にイラスト・写真・動画等を用いた宣伝行為が含まれるかどうか、という形で、当事者の行為・状態が、憲法の規範内容として導出される権利・自由の内容に包摂される否か、という観点から論述することが必要であろう。（採点実感）

第2. 規制①

規制①は、飼い主や販売業者等による犬猫の遺棄や、犬猫シェルターへのやむを得ない理由のない持込みの増加への懸念に対応するために、人と動物の共生する社会の実現という目的で、犬又は猫の販売業について、免許制を導入するものである。
(出題の趣旨)

1. 「職業」の意義や性格

「職業選択の自由」には職業遂行の自由も含まれるのかについて論じる前に、薬事法事件判決を踏まえて、「職業」の意義や性格について軽く言及するのが望ましい。

令和2年司法試験の採点実感では、「職業の自由の意義及び特性や、規制①が職業『選択』と職業『遂行』のどちらに関わる問題なのかを明確に論じていない答案が一定数見られた。」とされている。

薬事法事件判決は、「職業」の意義や性格について、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。」と述べている。

基礎応用 231 頁・1(1)、論証集 97 頁・
1(1)、薬事法事件・最大判 S50.4.30・
百 192

2. 憲法 22 条 1 項でいう「職業選択の自由」の保障範囲

判例によって憲法第 22 条第 1 項の保障内容に狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とが含まれるとされていることは、多くの答案が適切に論述していた。しかし、狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なることについて、適切な言及がなされている答案は少なく、それを具体的な違憲審査のレベルに反映できている答案となるとその数は更に減少する。具体的な審査の段階で適切に区別ができなければ、憲法第 22 条第 1 項の保障範囲に 2 種類の自由が含まれると論じることの意義は大きく損なわれる。(採点実感)

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、職業遂行の自由（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されている。

本問のように、ある規制が狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由のいずれに対する制約に当たるかが問題となる事案では、結論として狭義の職業選択の自由に対する制約を認める場合であっても、制約の有無を論じる前提として、「職業選択の自由」には職業遂行の自由も含まれることを論じる必要がある。

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 192

3. 狭義の職業選択の自由に対する制約の有無

憲法第 22 条第 1 項の保障する職業選択の自由には狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とが含まれる（薬事法事件（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁））と解されるところ、規制①は犬猫の販売業に免許制を導入するものであって、狭義の職業選択の自由の制限に該当すると言えそうである。しかし、規制対象は犬又は猫に限定されているため、職業＝「動物の販売」と捉えれば職業遂行の自由の制限と見ることも可能である。(出題の趣旨)

規制①については、…そもそもこの規制が狭義の職業選択の自由の問題なのか、それとも職業遂行の自由の問題なのかを全く検討していない答案が少なからず見

られたが、そうした答案は、事案の分析・検討を欠いた答案として低く評価せざるを得ない。他方で、犬猫をペットとして飼養している人の割合等に照らしてこの検討が丁寧になされている答案の評価は高くなった。いずれの立場を採るにせよ、薬事法事件判決に基づけば、規制①による権利制限の程度が、その職業の遂行を不可能にし、実質的に狭義の職業選択の自由を制限するほどの重大な制限となっていないか見極める必要がある。その際、犬猫以外のペットは規制①の対象外であり、それらのシェアが50パーセント近くまで拡大している点を、この解釈の手掛かりの一つにしている答案が一定数見られ、この点は評価できる。(採点実感)

(1) 狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由のいずれに対する制約に当たるのかを論じる実益

規制①は、少なくとも、職業遂行の自由に対する制約に当たる。そうすると、憲法22条1項でいう「職業選択の自由」には職業遂行の自由も含まれると解する以上、規制①は「職業選択の自由」に対する制約に当たることになるから、狭義の職業選択の自由に対する制約に当たるのかを論じる実益はないように思える。

しかし、規制①が狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由のいずれに対する制約に当たるのかは、職業の自由に対する制約の強度の違い(あるいは、制約されている職業の自由の保障の程度の違い)として、合憲性の推定の程度に違いをもたらすことを通じて、違憲審査基準の厳格度に影響を及ぼすこととなる。

したがって、違憲審査基準の厳格度を決する際の考慮要素として、規制①が狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由のいずれに対する制約に当たるのかを明らかにする必要がある。

(2) 理論構成

ア. 職業の単位

問題文には、「規制の対象は犬猫に限られていますので、それ以外の動物、例えばうさぎや鳥、観賞魚等を販売して営業を続けることは可能です。…犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、ペットショップとしての営業の継続は可能だと議連では考えています。」(90～96行目)とあるため、「職業」の単位を「犬猫の販売業」と狭く捉える場合には、規制①は当然に狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる一方で、「職業」の単位を「ペットショップ」と広く捉える場合には、規制①は少なくとも形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどまることとなる。

「職業」の単位という問題意識は、A県B市内の自然保護知識におけるタクシー運行の許可制を定める自主条例の憲法22条1項適合性が問題となった平成26年司法試験における法学セミナーの解説でも取り上げられている。

もっとも、仮に「職業」の単位を「犬猫の販売業」と狭く捉えた場合、規制①は当然に狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることになり、薬事法事件判決を踏まえて規制の実質的効果に着目して狭義の職業選択の自由に対する制約の有無を検討する必要がなくなるため、論点潰しになる。

「職業」の単位を「犬猫の販売業」と捉えるのは技巧的で不自然であるし、「職業」の単位を「ペットショップ」と捉えた上でペットショップの犬猫飼養の割合に着目して規制①の実質的効果を論じるほうが問題文のヒント(90～96行目)に沿っていると考えられるから、「職業」の単位は「ペットショップ」と広く捉えるべきである。

2014 法セミ 16 頁

イ. 実質的な制約的效果に着目した立論

薬事法事件判決は、薬局開設の許可制における適正配置規制（許可基準の一つ）の憲法 22 条 1 項適合性の審査において、「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效果を有するものである。」と述べている。これは、形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどまる規制が実質的には狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる場合があることを意味している。

本問では、この判例法理に明示的に言及した上で、「規制の対象は犬猫に限られていますので、それ以外の動物、例えばうさぎや鳥、観賞魚等を販売して営業を続けることは可能です。統計資料によれば、ペットとして動物を飼養している者のうち、犬を飼っているのは 31 パーセント、猫については 29 パーセントですから、やはり犬や猫の割合は多いといえます。ただし、犬猫以外の多種多様なペットを飼う人も増加傾向にあり、現在その割合が 50 パーセント近くになっています。犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、ペットショップとしての営業の継続は可能だと議連では考えています。」(90～96 行目) という問題文のヒントを分析しながら、「規制①による権利制限の程度が、その職業の遂行を不可能にし、実質的に狭義の職業選択の自由を制限するほどの重大な制限となっていないか」(出題の趣旨) を丁寧に論じることになる。

なお、答案では、構成の複雑化を避けるために、狭義の職業選択の自由に対する制約の有無では免許制自体だけに着目し、違憲審査基準の定立過程では「規制の態様」として免許基準ごとの制約強度にも着目するという構成にしている。

4. 違憲審査基準の定立

(1) 職業規制における違憲審査基準の定立の仕方

ア. 規制目的二分論の当否

職業の自由に対する規制措置は多種多様な形をとることから、過去の裁判例では、規制の目的、必要性、内容、これによっ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、比較考量した上で慎重に決定される必要があり、その検討を行うのは第一次的には立法府の権限と責務であるため、立法府の判断が合理的な裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきとし、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、これを決定すべきとしてきた。かつては規制目的に着目して審査基準を使い分ける規制目的二分論が有力であったが、本件法案の規制目的は消極目的でも積極目的でもないことから、規制目的のみに着目して審査基準を設定することはできない。(出題の趣旨)

薬事法事件判決の判例法理に言及する前に、規制目的二分論を批判するのが望ましい。これは、平成 26 年予備試験の出題趣旨及び令和 2 年司法試験の採点実感でも指摘されている。

“ 職業の自由の制約に関しては、近時、規制目的二分論に言及することなく判断している最高裁判例（最三判平成 12 年 2 月 8 日刑集第 54 巻 2 号 1 頁、最三判平成 17 年 4 月 26 日判例時報 1898 号 54 頁）や租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的が示された最高裁判例（最三判平成 4 年 12 月 15 日民集第 46 巻 9 号 2829 頁）があり、まずは、規制目的二分論の有効性自体を検討する必要がある。その上で、設問の条例の目的を政策的目的と位置付けるとしても、その具体的内容や制約の合憲性審査の手法につき、定型的でない丁寧な論証が求められる。”（平成 26 年予備試験・出題趣旨）。

“ 審査基準を検討するに当たっては、小売市場事件判決が積極目的規制について立法府の広い裁量を認めていることに留意する必要がある。その際、積極目的・消極目的の二分論に従わないのであれば、そのための論証が必要であろう。一方、この目的二分論に従う場合にも、二分論を採らなかった判例や学説における二分論の機械的適用に対する批判を考慮することが望ましい。”（令和 2 年司法試験・採点実感）

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開設の許可制における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を採用し、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、⑦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（公衆浴場法事件判決等）、④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。

イ. 薬事法事件判決の判例法理に明示的に言及する

判例への言及に関し、薬事法事件判決について言及している答案も、その大半は、いわゆる規制目的二分論の文脈で同判決に触れるのみであり、同判決が判断枠組みの構築に際し、その二分論（消極目的規制）に触れる前提として、下記のように出発点において立法裁量論や目的審査（公共の福祉に合致）、手段審査（必要性・合理性）の一般論に言及していたことや、許可制という規制の態様に言及していたことについて全く言及がない答案が多数に上っており、そうした答案は、重要基本判例についての知識・理解に難があるものとして評価できなかった。同判決は、職業への規制に際して必要となる衡量判断が「第一次的には立法府の権限と責務」であり「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和合理性」については立法裁量に委ねられるとしつつ、「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

基礎応用 237 頁 [判例 4]、論証集、最
大判 S47.11.22・百 191

基礎応用 244 頁 [判例 8]、論証集 99
頁 [判例 2]、最判 H4.12.15・百 194

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」する、としている。もとより判例とは異なる見解を採用すること自体は差し支えないが、その場合でも、判例法理に明示的に言及し、その問題点を指摘した上で立論を構築することが求められる。(採点実感)

薬事法事件判決の判例法理の重要部分は、次の通りである。

最大判 S50.4.30・百192

“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に比較して、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。

……職業の自由に対して加えられる…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、…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和合理性については、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) 規制①について定立すべき違憲審査基準

ア. 規制目的二分論の理論をそのまま用いることの当否

規制①を狭義の職業選択の自由そのものに制約を課すものと見る場合、

薬事法事件で示された、狭義の職業選択の自由の規制は「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」するとの枠組みを踏まえることがまずは求められる。薬事法事件では、さらに、消極的・警察的措置であることを挙げて「よりゆるやかな制限……によつては……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」との基準が示されたが、規制①は先述のように消極目的規制や積極目的規制の枠に分類できないものであり、規制目的二分論の論理をそのまま用いることはできない。具体的に権利制限の重大性や規制の性質等に照らした判断が必要となる。(出題の趣旨)

イ. 権利制限の重大性や規制の性質等に照らした判断

規制①は先述のように消極目的規制や積極目的規制の枠に分類できないものであり、規制目的二分論の論理をそのまま用いることはできない。具体的に権利制限の重大性や規制の性質等に照らした判断が必要となる。(出題の趣旨)

規制①については、規制の対象となる人権の種類に基づいて審査基準を定立する際に、この規制がどのような性質をもち、どれくらい権利に重大な制限を課すのかを見極めるところに大きな比重をかけて解き明かすことが必要不可欠であった。(採点実感)

令和6年司法試験の出題趣旨では、「権利制限の重大性や規制の性質等」について、「主観的制限と客観的制限」→「狭義の職業選択の自由に対する制約に当たるか」という流れにおいて、「規制①を職業遂行の自由の制約と捉える場合には、合憲性の推定はより強く働く。」と説明されている

しかし、答案では、「狭義の職業選択の自由に対する制約に当たるか」→「主観的制限と客観的制限」という流れで論じるべきである。

2024 法セミ 116 頁(横大道聡)でも、後者の流れを前提として、解説が書かれている。

(ア) 狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なること

判例によって憲法第22条第1項の保障内容に狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とが含まれるとされていることは、多くの答案が適切に論述していた。しかし、狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なることについて、適切な言及がなされている答案は少なく、それを具体的な違憲審査のレベルに反映できている答案となるとその数は更に減少する。具体的な審査の段階で適切に区別ができなければ、憲法第22条第1項の保障範囲に2種類の自由が含まれると論じることの意義は大きく損なわれる。(採点実感)

a. 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる場合

薬事法事件判決は、「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

最大判 S50.4.30・百192

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。」と述べ、消極目的に基づく薬局開設の許可制の憲法 22 条 1 項適合性の審査において、厳格な合理性の基準を用いている。

b. 職業遂行の自由に対する制約にとどまる場合

規制①を職業遂行の自由の制約と捉える場合には、合憲性の推定はより強く働く。しかし、本件の立法事実によれば、規制対象となる犬又は猫は、ペットとして飼養されている動物の約半数を占めている。そのため、職業遂行の自由の制約であっても、制限の程度が甚だしいとして審査密度を上げるべきとの主張をなすことが考えられる。この点、薬事法施行規則による医薬品インターネット販売規制に係る事件（最判平成 25 年 1 月 11 日民集 67 卷 1 号 1 頁）及び「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」による要指導医薬品の対面販売規制に係る事件（最判令和 3 年 3 月 18 日民集 75 卷 3 号 552 頁）が参考になるだろう。前者は施行規則が委任の範囲を逸脱した違法なものであると認定した判決であるが、その前提として、当該施行規則により新たにインターネットを通じた郵便等販売が禁止された医薬品が広範に及ぶことから、規制が「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」としたのに対して、後者は、要指導医薬品の市場規模が 1% に満たない僅かなものであることなどから「職業活動の内容及び態様に対する規制にとどまるものであることはもとより、その制限の程度が大きいということもできない」と断じている。（出題の趣旨）

(a) 医薬品ネット販売規制事件

判例は、医薬品の販売規制に関する新薬事法施行規則（当時）が新薬事法（当時）による委任の範囲を逸脱した違法なものであるかが問題となった事案において、⑦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、⑧「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」と解した上で、具体的検討を通じて、同法施行規則が委任の範囲を逸脱した違法な

基礎応用 246 頁 [判例 9]、論証集 100

頁 [判例 3]、医薬品ネット販売規制事

件・最判 H25.1.11・百ⅡA19

ものであると認定している。

本事件の調査官解説によると、「委任命令が授權規定による委任の範囲内といえるか否か」は、授權規定の文理、授權規定が下位法令に委任した趣旨、授權法の趣旨・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。

本判決は、「委任命令によって制限される権利・利益の性質等」として、新薬事法施行規則が職業遂行の自由を相当程度制限するものであることを考慮し、そのことを理由の一つとして、委任の趣旨の解釈を厳格に行っているのである。

(b) 要指導医薬品指定事件

要指導医薬品指定事件・最判 R3.3.18

判例は、薬機法 36 条の 6 第 1 項及び 3 項による要指導医薬品の対面販売規制の憲法 22 条 1 項適合性が問題となった事案において、薬事法事件判決を参照して「憲法 22 条 1 項は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由も保障しているところ、職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとるため、その同項適合性を一律に論ずることはできず、その適合性は、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによっ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上で慎重に決定されなければならない。この場合、上記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必要性和合理性については、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ものであるところ、そ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得る」と述べた上で、比較較量による当てはめにおいて、「規制…によって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度」として、「一般用医薬品等のうち薬剤師の対面による販売又は授与が義務付けられているのは、法 4 条 5 項 3 号所定の要指導医薬品のみであるところ、その市場規模は、要指導医薬品と一般用医薬品を合わせたもののうち、1%に満たない僅かな程度にとどまっており、毒薬及び劇薬以外のものは、一定の期間内に一般用医薬品として販売することの可否の評価を行い、問題がなければ一般用医薬品に移行することとされているのであって、本件各規定による規制の期間も限定されている。このような要指導医薬品の市場規模やその規制の期間に照らすと、要指導医薬品について薬剤師の対面による販売又は授与を義務付ける本件各規定は、職業選択の自由そのものに制限を加えるものであるとはいえず、職業活動の内容及び態様に対する規制にとどまるものであることはもとより、その制限の程度が大きいということもできない。」と述べている（なお、結論として、「本件各規定が憲法 22 条 1 項に違反するものということとはできない。」としている。）。

(イ) 主観的制限と客観的制限

職業選択の自由の制約は、職業を行う条件として一定の個人的な資質や能力を要求する場合（主観的制限）と、当該職業を行おうとする者の

個人的な資質や能力には関わらない基準による場合（客観的制限）とに大別できる。学説には、後者は前者以上の審査密度の下で正当化されるべきであると唱えるものがある。（出題の趣旨）

規制①に含まれる3つの要件には、主観的制限と分類し得るものと客観的制限と分類し得るものの双方が含まれる。客観的制限であることを理由として違憲審査の密度を上げる必要があることについては、少なくとも答案が言及できていた。しかし、それにもかかわらず、具体的な審査の段階において、主観的制限とみるべき要件と客観的制限とみるべき要件とを区別して論じた答案は極めて少なかった。「客観的制限については審査密度を上げるべき」ことを知っていたとしても、それを具体的な審査段階で適切に実践できていない答案には、それほど高い評価を与えることはできない。逆に、要件を主観的制限と客観的制限とに適切に区別し、それぞれについて丁寧に論述が行われていた答案は、高く評価した。（採点実感）

a. 1の要件（犬猫飼養施設に関する要件）

本件法案骨子の第2のうち、1の要件は主観的制限に当たるものであり、この学説の考え方によれば、審査密度は相対的に低いもので足りる。当該要件は、既存業者にとって、施設の改修・変更が必要となることから、その負担次第では廃業も選択肢に入るものであり、重い権利制限を伴う規制といい得るものの、諸外国や専門家の意見を踏まえて設定されており、犬猫の適正な取扱いとの関連性があることから、いずれも適合性・必要性を認めることは難しくない。（出題の趣旨）

b. 2及び3の要件（犬猫の需給均衡に関する要件、犬猫シェルターの収容能力に関する要件）

これに対し、本件法案骨子の第2のうち、2及び3の要件は、需給均衡のため、ないし犬猫シェルターの安定的運営のために設けられた客観的制限による規制であり、前記学説によればその正当化はより厳密な審査の下でなされる必要がある。また、薬事法事件が前記のように厳密な手段審査を行ったことを距離制限が客観的制限であることと結び付けて理解する見方もあり、その立場からすれば、本件法案骨子の第2のうち、2及び3の要件も同様の基準で審査されるべきと主張することが可能である。

c. 主観的制限と客観的制限という区別は万能ではない

例えば、判例百選I 95の解説（中島徹）では、「参入条件が主観的か客観的かという区別も万能ではない。生来の能力や資質は本人の努力でも左右できない場合もあるから、資格が常に主観的条件であるとは限らないし、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。その意味で、段階理論を形式的に当てはめれば適切な論証になるとは限らない点に注意が必要である。」とある。

主観的制限と客観的制限の区別を強調した結果、1の要件と2・3の要件とで違憲審査基準の厳格度が異なることになると、答案の構成が複雑化するため、こうした事態を避けるためにも、答案戦略上、主観的制限と客観

的制限の区別を強調しないで、免許要件ごとの違憲審査基準の厳格度を統一するのが望ましい。

ウ. 規制目的

(ア) 第三の目的

積極目的・消極目的いずれでもないことが問題文中で示唆されているにもかかわらず、無理に積極目的若しくは消極目的の規制であると解した上で、論述を展開する答案が相当数見られた。自分の知っている、若しくは書きやすい形に無理に落とし込むようなことはせず、素直に問題文から読み取れる規制の趣旨を踏まえて、違憲審査基準を定立すべきであった。(採点実感)

問題文には、「甲：本件法案は有償での犬猫の販売業についての規制というのですが、規制①及び規制②が必要と判断された背景には、犬猫が飼い主や販売業者によって遺棄されている現状や、犬猫シェルターへ持込みが増加する懸念があったということですね。X：本件法案は、甲さんの挙げたそれらの問題が、供給過剰による売れ残りや、売れ残りを減らそうとする無理な販売により生じているという認識に基づいています。そこで、犬猫の販売業を免許制にして、犬猫の供給が過剰にならないように、犬猫の需給均衡の観点から免許発行数を限定することが必要だと判断しました。また、犬猫シェルターの収容能力に応じて、免許発行数を調整することも必要だと判断しました。それに加えて、購買意欲を著しく刺激し安易な購入につながるので、広告規制も必要だとの結論になりました。……甲：ということは、本件法案の目的は、犬猫の販売業の経営安定でも、犬猫由来の感染症等による健康被害の防止でもないのですね。……X：はい。そのいずれでもありません。」(41～52行目)とあるため、規制目的は、「犬猫の販売業の経営安定」という積極目的でも「犬猫由来の感染症等による健康被害の防止」という消極目的でもなく、「犬猫が飼い主や販売業者によって遺棄されている現状や、犬猫シェルターへ持込みが増加する懸念」に対応するために、犬猫を保護することで「人と動物の共生する社会の実現」を図るという、第三の目的にある。

問題文における「本件法案は、ペット全体についての動物取扱業や飼い主等に関する規制等を定めた「動物の愛護及び管理に関する法律」(以下「動物愛護管理法」という。)の特別法です。動物愛護管理法の目的は「人と動物の共生する社会の実現」であり、本件法案も、その目的を共有しています。」(53～56行目)、「飼い主が飼養できなくなった犬猫を保護する「犬猫シェルター」を制度化するというものである。これにより、保護された犬猫は飼養を希望する者に無償譲渡され、譲渡先の見つからなかった犬猫は、犬猫シェルターで終生飼養されることとなる。犬猫シェルターの設置・運営は民間団体がを行い、各地方公共団体は必要な経費の一部を公費で助成する。もっとも、犬猫シェルターが制度化され、殺処分がなくなると、飼養できなくなった犬猫を手放す飼い主の心理的ハードルが下がる結果、犬猫シェルターに持ち込まれる犬猫の頭数が収容能力を大幅に超えることが懸念されている。」(14～20行目)というヒントから、本件法案の究極目的は、動物愛護管理法と同様、犬猫を保護することで「人と動物の共生する社会の実現」

を図ることにあると把握することになる。

そうすると、本件法案は、犬猫を保護することを究極目的として、これを実現するために、㉠犬猫飼養施設に関する要件（第2の1）により犬猫の適切な飼養を確保する、㉡犬猫の需給均衡の要件（第2の2）により犬猫の供給過剰を防止する、㉢犬猫シェルターの収容能力に関する要件（第2の3）により犬猫シェルターで収容する頭数が地方公共団体や民間団体に現在引き取っている頭数を超えないようにするという中間目的を、それぞれ実現しようとしていると考えることになる。

（イ）規制目的の考慮の仕方

職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。このように、規制目的は、当該規制に関する立法府の裁量を尊重する要請がどれだけあるのかを判断するために考慮される。

ここで参考になるのが、酒類販売免許制事件判決である。

本判決は、酒類販売免許制の憲法22条1項適合性の審査において、「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」との理由から、規制目的が「重要な公共の利益」の保護にあることを要求する一方で、規制目的が「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」にあることを理由に、規制手段については「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法22条1項の規定に違反するものということとはできない。」として緩やかに審査している。¹⁾

本事件の園部逸夫裁判官の補足意見は、「私は、財政目的による規制は、いわゆる警察的・消極的規制ともその性格を異にする面があり、また、いわゆる社会政策・経済政策的な積極的規制とも異なると考える。一般論として、経済的規制に対する司法審査の範囲は、規制の目的よりもそれぞれの規制を支える立法事実の確実な把握の可能性によって左右されることが多いと思っている。…そして、そのような酒税の重要性の判断及び合理的な規制の選択については、立法政策に関与する大蔵省及び立法府の良識ある専門技術的裁量が行使されるべきである」と述べている。²⁾

ここから、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

基礎応用 244 頁 [判例 8]、論証集 99

頁 [判例 2]、最判 H4.12.15・百 194

¹⁾ 本判決は、酒類販売免許制の憲法22条1項適合性の審査において、㉠「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」との理由から、規制目的が「重要な公共の利益」の保護にあることを要求する一方で、㉡規制目的が「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」にあることを理由に、規制手段については「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法22条1項の規定に違反するものということとはできない。」として緩やかに審査している。このように、目的と手段で違憲審査の厳格度が異なることが許されるのは、判例の違憲審査の手法が利益衡量論だからである。

これに対し、学説の違憲審査基準論では、目的と手段の違憲審査の厳格度を一致させる必要がある。

²⁾ “ 薬事法判決によれば、規制目的は「事の性質」の一要素ではある。それではなぜ、規制目的が違憲審査基準を決定する「事の性質」の一要素となるのだろうか。この点については、消極目的規制でも積極目的規制でもない財政目的の帰省に関する酒類販売免許制事件判決の園部逸夫裁判官補足意見が、「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。」と述べたことがヒントになる。すなわち、一般的に消極目的規制は裁判所による立法事実の確実な把握の可能性が高いため、裁判所が踏み込んで審査することに必ずしも躊躇する必要がない一方で、積極目的規制の場合は、その把握可能性が低いと、立法府の裁量を尊重すべきということである。” 2024 法セミ 117 頁（横大道聡）

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ということが分かる。

つまり、裁判所は、立法府による政策的判断や専門技術的判断の当否について判断すべき十分な資料や判断基準を持たないのだから、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされる規制については、立法事実を踏み込んだ判断をすることが困難となる（つまり、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が低くなる）ため、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価されるのであり、立法府による政策的判断や専門技術的判断がどれくらい要求されるのかを決めるのが規制の目的なのである。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。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。

5. 違憲審査基準定立後の当てはめ

審査基準を設定した上での具体的検討に際しては、客観的制限といった特定の要素のみで結論を導出することなく、当該事例での制約の程度や権利の内容等を総合して審査することが求められよう。（出題の趣旨）

（１）許可要件ごとに目的手段審査をする

問題文において、本件法案は動物の愛護及び管理に関する法律の特別法であるとして、その目的を共有する旨明示されているにもかかわらず、各規制の違憲審査の目的及び手段審査において、この点を看過したと考えられる答案があった。また、各規制がどのような目的によるものか具体的な検討を欠いたまま、表面的に手段審査を行って憲法適合性を結論付ける答案も見られた。例えば、手段審査に関して、本件法案骨子の第２の１の要件の規制目的は、法案の目的に照らし「適切な飼養の確保」にあると読み解くことが求められているところ、当該規制目的が需給均衡ないし供給制限にあるとして、第２の１の要件は目的との実質的関連性がないと結論付ける答案もあった。（採点実感）

薬事法事件判決は、消極目的に基づく薬局開設の許可制について、「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、…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。」と述べている。

（２）因果関係が合理的に裏付けられているか

本件法案骨子の第２の３は、本件法案骨子の第２の２と異なり、犬猫の販売

最大判 S50.4.30・百192

業には直接関係のない要件である。その審査に際して、いわゆるLRAの審査等の規制手段としての必要性を問題にして結論を出すだけでなく、問題視されている社会的状況と規制の不存在との間に合理的な因果関係があるといえるのかについて、設定した審査基準の審査密度に応じて論じることにより論証を補強することも考えられよう。これについても薬事法事件において、薬局開設の自由化により生じると主張された不良薬品の供給の危険性について、その因果関係が合理的に裏付けられるのかについて検討されていたことが参考になる。(出題の趣旨)

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。

薬事法事件判決は、消極目的に基づく薬局開設の許可制について、「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、…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。」と述べており、学説からは、上記の基準は厳格な合理性の基準と呼ばれている。これは、中間審査の基準の一つである。

手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味し、これは、⑦規制対象が立法目的を阻害するという因果関係と、④その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。立法事実による支持の有無が問題となるのは、主として⑦の因果関係である。

厳格審査の基準と中間審査の基準とは、要求される立法事実の客観性に違いがあり、厳格審査の基準では、⑦の因果関係を支持する立法事実としては、「明白かつ現在の危険」や「科学的な証明」が必要とされるのに対し、中間審査の基準では、「相当の蓋然性」や「社会共通の認識」で足りる。

薬事法事件判決は、薬局開設の許可制における許可基準のうち、「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」に関する許可基準については、「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和合理性を肯定しうるものである…。と述べる一方で、「適正配置規制」については、「このような直接の関連性をもつておらず、…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和合理性を検討し、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。」と述べている。

そして、「適正配置規制」について、「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、…実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。…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。」と解した上で、「…薬局の

最大判 S50.4.30・百192

岐阜県青少年保護育成条例事件・基礎
応用 180 頁 [判例 1]、論証集 78 頁・
1、最判 H 元.9.19・百150 の伊藤正己
裁判官補足意見参照

最大判 S50.4.30・百192

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、…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。」と述べ、「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、「経営の不安定－法規違反による不良医薬品の供給」について立法事実による支持を否定している。

本問では、薬事法事件判決を踏まえながら、免許要件（第2の1ないし3）ごとに因果関係の有無を検討することになる。

（3）本問で表れた具体的な事情を適切に評価する

本問で表れた具体的な事情を適切に評価しているものは多くなかった。例えば、規制対象が犬猫に限られ、それ以外の動物を販売することに規制がかかっていないことや犬猫の市場占有率について触れられていない答案が相当数見られたことは残念である。この点について、同じ動物とはいっても管理の仕方や必要な施設が異なることを指摘して、説得的な論述を展開している答案は高く評価できた。（採点実感）

6. 新規参入業者と既存業者を区別して論じる実益はない

新規参入業者と既存業者を区別して論じる答案も一定数あった。両者を区別することは、理論上は可能だが、具体的な検討内容に有意な差がない場合や、両者で合憲・違憲の結論を分けている際の理由付けに十分な説得力がない場合、答案作成者が想定する独立の「職業」の定義の観点からすると、両者を区別すること自体が不自然な立論になっている場合、そうした答案は高く評価することはできなかった。（採点実感）

第3. 規制②

規制②は、犬猫の販売業における広告へのイラスト、写真及び動画の使用の禁止である。規制②は典型的な営利広告の自由の規制である。(出題の趣旨)

基礎応用 211 頁 [論点 1]、論証集 89

頁 [論点 1]

1. 営利表現の憲法上の保障

規制②は、販売物の販売方法に関する規制とみれば憲法第22条第1項との適合性が問題となるが、広告を一種の表現とみれば、又は、販売場における写真等の掲出に着目すれば、表現の自由に対する規制と捉えることも可能である。(出題の趣旨)

職業の自由の問題としてのみ憲法適合性を検討し、営利的表現の自由が問題となり得ることについて全く触れられていない答案も散見された。(採点実感)

営利的表現を表現の自由として保護すべき理由として、消費者の知る権利に資することなどを適切に指摘できていない答案が一定数あった。(採点実感)

営利表現の自由については、「消費者の知る権利」に資することを根拠に、「表現の自由」として憲法21条1項により保障されると解されている(なお、厳密には「消費者の知る自由」であると思われる。)³⁾

最大決 S44.11.26・百173

博多駅事件決定は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない。」と述べ、報道機関の報道の自由について、一般国民の知る権利に奉仕することを理由として憲法21条1項による保障を肯定している。

このように、現代社会においては、憲法21条1項が送り手の自由と並んで受け手の自由も保障するようになってきている。

そして、営利表現の自由は、消費者に情報を提供しその自律的選択を促す点で一般国民の知る自由の奉仕するものであるといえる。

そこで、営利表現の自由も、「表現の自由」として憲法21条1項により保障されると解する。

2. 表現の自由に対する制約

規制②は、「犬猫販売業者は、犬猫の販売に関して広告するときは、犬猫のイラスト、写真及び動画を用いてはならない。」と定めることにより、犬猫販売業者の営利表現の自由を制約している。

3. 違憲審査基準の定立

表現規制に関する違憲審査基準の厳格度は、主として、人権の性質や制約の態様を考慮して決定される。

(1) 人権の性質(二重の基準論の射程)

表現の自由は、一般には、いわゆる二重の基準論によってその規制の合憲性

³⁾ “第1は、表現の自由が現代社会においては、送り手の自由(話す自由、書く自由)とならんで、受け手の自由(聞く自由、読む自由、見る自由)を保障するよう(そしてそこに主眼があると解されるほど)、その性格を変えてきていることである。”(憲法学Ⅲ316頁)

“現在の学説は、営利広告が消費者に情報を提供しその自律的選択を促す点で国民の「知る権利」に奉仕するものとして、憲法21条によって保護されると解している。”(憲法Ⅰ242頁)

は厳格に審査しなければならないとされるが、営利表現の場合には、自己統治の価値との関連性が希薄であることや萎縮効果に乏しいこと、裁判所の審査能力の点から必ずしも厳格な審査を要求するものではないとする見解もある。先例としては、あん摩師等法による灸の適応症広告事件（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）が挙げられるが、ここでは誇大広告等による弊害を未然に防止するためにやむを得ない措置であるとして精緻な審査基準を示すことなく合憲の結論が導かれている。これに対し学説は、合法的活動に対する真実で誤解を生まない表現の場合には、主張される規制利益が実質的で、規制がその利益を直接促進しており、その利益を達成するために必要以上に広汎でないこと、という基準で審査すべきとするものが有力である。（出題の趣旨）

営利的表現の自由については、自己統治の価値が不在であること、純粋な表現の自由ほど高い審査密度を要しないことへの言及はよくできていた。（採点実感）

表現の自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりもとくに厳しい基準によって審査されるべきであると解されており、これを「二重の基準論」という。

二重の基準論の根拠の一つとして、民主政の過程論が挙げられる。すなわち、経済的自由に関する不当な立法は、民主政の過程が正常に機能している限り、議会でこれを是正することが可能であり、それがまた適当であるのに対し、民主政の過程を支える表現の自由は壊れ易く傷つき易い権利であり、それが不当に制限されている場合には、国民の知る権利が十全に保障されず、民主政の過程そのものが傷つけられているため、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の正常な運営を回復することが必要であると考えられている。

表現の自由を支える価値は、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるといった個人的な価値（自己実現の価値）と、言論活動により国民が政治的意思決定に関与することで民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）にあるところ、民主政の過程論は自己統治の価値を前提としている。

しかし、営利表現の自由については、自己統治の価値との関連性が希薄であるため、民主政の過程論が妥当しない。2024 法セミ（横大道聡）121 頁でも、「規制②は、政策批判を通じてその制定改廃に影響を及ぼすこと自体を封殺するものではなく、その是非は民主主義のプロセスのなかで解決すべき問題であるともいえる。したがって、規制②の合憲性の判断に当たっては、厳格審査までは要求されず、重要な目的を実現するために実質的に関連する方法で規制を及ぼすものであるかどうかという、厳格な合理性の基準により判断すべきである。」とされている。

なお、薬事法事件判決は、「職業は、…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。」と述べており、職業の自由にも自己実現の価値が認められるため、仮に営利表現の自由が自己実現の価値を有するとしても、そのことは営利表現の自由を「表現の自由」として手厚く保障することの根拠とはならないと考えられる。

基礎応用 166 頁・1、論証集 74 頁・1

最大判 S50.4.30・百192、2024 法セミ 118 頁（横大道聡）

（2）制約の態様

ア. 規制②は事前規制ではなく、事後規制である

規制②を「事前規制」とする答案が相当数あったが、およそ法における一般的な行為強制・禁止規定などの全てが事前規制に当てはまるかのような書きぶりのものは評価できなかった。事前規制の典型は、許可留保が付された制度のように、私人の個々の行為の可否を当局の審査に係らしめる（その前提として審査のための種々の提出義務を行為前に課す）場面であろう。（採点実感）

イ. 営利広告に関する規制にはそもそも内容規制が含まれており、内容規制・内容中立規制の二分論で審査密度が決まるものではない

規制②に関しては、営利的表現の自由について、その特性等の基本的な事項が丁寧に説明され、それを踏まえて規制②の合憲性の判断基準が設定されていた答案は、営利的表現の自由に関する理解が伝わり、相対的に良い評価が付いたように思う。他方、規制②が内容規制か内容中立規制かという点について厚く論じている答案が相当数あったが、営利広告に関する規制にはそもそも内容規制が含まれており、内容規制・内容中立規制の二分論で審査密度が決まるものではないという理解に欠けているものと思われ、残念であった。（採点実感）

（3）灸の適応症広告事件判決に言及する

営利的表現の自由の審査密度について、先例となり得るあん摩師等法による灸の適応症広告事件判決（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）について言及できている答案は極めて少なかった。（採点実感）

事案：あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整復師法7条は、あん摩師等がその業務又は施術に関して、いかなる方法を問わず、同条1項各号に列挙する事項以外について広告をすることを禁止し、広告可能な事項についても、施術者の技能・施術方法・経歴に関する事項にわたってはならないと定めている。

きゅう師である被告人は、きゅうの適応症として、神経痛・リュウマチ等の病名を記載した広告ビラを配布し、同条違反として起訴された。

判旨：「論旨は、本件広告はきゅうの適応症を一般に知らしめようとしたものに過ぎないのであつて、何ら公共の福祉に反するところはないから、同条がこのような広告まで禁止する趣旨であるとすれば、同条は憲法…21条に違反し無効であると主張する。しかし本法があん摩、はり、きゅう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのは、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。されば同条は憲法21条に違反せず、同条違反の論旨は理由がない。」

（4）規制②について適用すべき違憲審査基準

2024 法セミ 118～121 頁（横大道聡）は、営利表現の自由には二重の基準論が妥当しないことを主たる理由として、厳格な合理性の基準を用いている。

他方で、令和6年司法試験の出題趣旨では、「表現の自由は、一般には、いわゆ

基礎応用 212 頁 [判例 1]、最大判

S36.2.15・百154

る二重の基準論によってその規制の合憲性は厳格に審査しなければならないとされるが、営利表現の場合には、自己統治の価値との関連性が希薄であることや萎縮効果に乏しいこと、裁判所の審査能力の点から必ずしも厳格な審査を要求するものではないとする見解もある。先例としては、あん摩師等法による灸の適応症広告事件（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）が挙げられるが、ここでは誇大広告等による弊害を未然に防止するためにやむを得ない措置であるとして精緻な審査基準を示すことなく合憲の結論が導かれている。これに対し学説は、合法的活動に対する真実で誤解を生まない表現の場合には、主張される規制利益が実質的で、規制がその利益を直接促進しており、その利益を達成するために必要以上に広汎でないこと、という基準で審査すべきとするものが有力である。」とあり、あん摩師等法による灸の適応症広告事件判決を参考にするのであれば、合理的関連の基準まで違憲審査の厳格度を下げる余地もありそうである。もっとも、判例百選I54の解説（太田裕之）では、営利表現の自由という特殊性に着目して違憲審査の厳格度を下げる学説として、中間審査の基準を主張する学説が挙げられているから、合理的関連性の基準まで下げることは避け、中間審査の基準を採用するのが無難であると考えられる。

4. 違憲審査基準の定立後の当てはめ

- ・灸の適応症広告事件は、広告掲載事項をごく限定したものであり、規制②の広告規制と共通点を持つが、同事件で規制目的とされた誇大広告等による弊害の防止は、実際に販売する犬又は猫の写真を含めて広告への掲載を禁止する規制②の規制目的とは異なる。そのため、真実の表現についての規制がどこまで正当化されるかを慎重に検討する必要がある。（出題の趣旨）
- ・営利的表現の制約の可否は、誇大広告や虚偽広告だけではなく真実の表現についても問題になることを理解している答案は極めて少なかった。（採点実感）
- ・飼い主等による犬猫シェルターへの持込み増加等の問題への対応は飼い主個人の意識改革だけでは限界があるという立法事実や、規制②の規制対象にECサイトが含まれており、経済活動の自由の制約の側面が強く表れるということに言及できている答案は極めて少なかった。（採点実感）
- ・目的審査については、規制②がパターンリスティックな側面を含むことについて言及できている答案はかなり少なかった。また、手段審査について、本件法案骨子の第3の存在（甲とXとのやりとりにも言及あり）を検討していない答案がかなり多くあった。時間配分の問題かもしれないが、問題文及び検討する法案については、答案構想の段階で丁寧に検討をしてほしい。（採点実感）

第4. 採点実感（全体について）

1. 問われている論点を外さず、しっかりと論じる

職業の自由に対する規制と、営利的表現に対する規制という基本論点に関する出題であり、問題も規制ごとに論ずべき事柄を丁寧に示しているため、完全に論点を外して加点事由がほとんどないという答案は僅かであった。しかし、基本論点だからこそ、事案の個性を十分に考慮せずに型にはまった解答をする答案が多かったため、全体としての出来は必ずしもよくなかった。とりわけ、規制①について、狭義の職業選択の自由に対する規制なのか、職業遂行の自由に対する規制なのかを十分に意識していない答案が多かったのは残念である。また、本問においては、許可制（免許制）それ自体の憲法適合性ではなく、許可要件ごとの憲法適合性の検討が求められている。これらの論点に関してしっかりとした記述をした答案のほとんどは、全体的に高得点となる内容のものであった。（採点実感）

2. 違憲審査基準の定立と当てはめにおける考慮事項・要素の違い

違憲審査基準の定立のための検討につき、目的の合理性、手段の相当性など基準定立後の当てはめの議論と見間違えると言わざるを得ないような、個別具体的な当てはめをして基準を導いているものが散見された。結果として、当てはめの部分は、同じ内容の書き直しか、「前記のとおり」で極めて簡易に終わってしまうものとなっており、評価が伸びないものとなった。こうした答案は、侵害される権利の一般的な性質・重要性や規制の類型といった規範定立のために検討すべき事項と、個別具体の事情として検討すべき要素を混同し、両者の区別ができていないと言わざるを得ない。（採点実感）

3. 当てはめでは、当該規範の考慮要素に係る事項を摘示した上で、それをどう評価したかを示す

例年も同様の問題があるが、当てはめにおいて、単に問題文に記載された事実を列挙し、直ちに「重要である」とか、「合理的である」という結論を示しているものが多い。当てはめでは、当該規範の考慮要素に係る事項を摘示した上で、それをどう評価したかを示すことが高評価に結びつく。逆にそうした評価がなく結論のみ述べているものは、そうした評価過程が不明であり、得点に結びつかない。（採点実感）

4. 「参考とすべき判例」に言及する

「参考とすべき判例」に言及すべきことが問題文に明記されているにもかかわらず、判例又はその趣旨に関する言及のない答案は、参照の必要性を認識できなかったと解さざるを得ず、結果として、低い評価を与えざるを得なかった。薬事法事件判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）について言及している答案も、その判旨を正確に理解し、本問との関係・異同に着目しながら論じようとしていた答案はほとんどなく、判旨の各所に現れたキーワードをつまみ食いし、順序を独自に入れ替えて切り貼りしただけものとなっているものが大半であり、その結果、全体の論旨が不明瞭になっていたり、判例の理解が十分に示されているとは評価できないものとなっていたりするものが多かった。（採点実感）

5. 形式面について

- ・極めて小さい字で書かれたものや、あまりにも字が汚いものなど、判読できない答案が散見された。採点者が読めない文字では評価の対象にならないことを十分に意識した上で解答を作成願いたい。(採点実感)
- ・記述途中に「*部分を挿入」とか「後述の○頁○行目の記述を挿入」などと記載して、他の場所写到ある文章を前の方の文章の補遺として使う答案が見られるが、十分な答案構成をして文章全体を順序良く記述することが望ましい。(採点実感)

[模範答案]

1 第1. 規制①

2 1. 規制①は、犬猫の販売業を営もうとする者の「職業選択の自由」を侵害するものとして憲
3 法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。

4 2. まず、「職業」とは、人が社会において自己の生計を維持するためにする継続的活動を意味
5 するところ、ペットショップや犬猫の販売業もこれに当たる。

6 次に、「職業選択の自由」(憲法 22 条 1 項)には職業遂行の自由も含まれる。選択した職
7 業の継続が保障されないのでは、職業選択の自由を保障した意味が失われるからである。

8 したがって、犬猫の販売業を営もうとする者には、憲法 22 条 1 項により「職業選択の自
9 由」として、ペットショップを職業として選択・継続する自由という狭義の職業選択の自由
10 が保障されるとともに、犬猫を販売する自由という職業遂行の自由も保障される。

11 3. 規制①は、「犬猫の販売業を営もうとする者は、販売場ごとに、その販売場の所在地の都道
12 府県知事から犬猫販売業免許を受けなければならない。」(本件法案第 2 柱書)と定めること
13 により、犬猫を販売するという職業遂行の自由を制約している。では、狭義の職業選択の自
14 由に対する制約にも当たるか。

15 (1) 仮に犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、犬猫以外の動物を販売してペットシ
16 ョップとして営業することは可能であるから、「職業」の単位をペットショップと広く捉え
17 る以上、狭義の職業選択の自由に対する制約は認められないとの見解も想定される。

18 (2) しかし、薬事法事件判決は、薬局開設の許可制における適正配置規制について、単なる
19 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の理由
20 から実質的には狭義の職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有すると認定してお
21 り、形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどまる規制が実質的には狭義の職業選択
22 の自由に対する制約に当たる場合があることを認めている。

23 統計資料によれば、ペットとして動物を飼養している者のうち、犬を飼っているのは

31%、猫については 29%であり、犬猫の割合は多いといえる。

他方で、犬猫以外の多種多様なペットを飼う人も増加傾向にあり、現在その割合が 50% 近くになっているから、犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、犬猫以外の動物を販売してペットショップとしての営業をすることは可能であるとも思える。

しかし、ペットショップを自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算なども考慮した上で、販売するペットを選択するのが通常であるから、ペットとして動物を飼養している者のうち、犬や猫を飼っている割合が上記の通り高いことを考えると、犬猫以外の動物だけを販売することでは経営上の採算が取れないとして、ペットショップの開業そのものの断念にもつながりうる。

また、既に犬猫を販売しているペットショップでは、特に犬猫の販売を主流としている場合には、犬猫以外の動物だけを販売することでは経営上の採算が取れないとしてペットショップの営業継続を断念することになる可能性が高い。

したがって、規制①は、職業遂行の自由のみならず、狭義の職業選択の自由をも制約するものであるといえる。

4. では、規制①による制約は合憲といえるか。

(1) 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、職業規制の中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。

そこで、薬事法事件判決に従い、次の通りに解すべきである。

職業規制の「公共の福祉」(憲法 22 条 1 項) 適合性は、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を比較衡量して決定されるべきものである。この比較衡量をするのは第一次的には立法

府の権限と責務であるから、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和合理性については立法裁量に委ねられるべきである。もっとも、立法府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るから、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、これを決すべきである。

(2) 一般に許可制は、職業遂行の自由に対する制約を超えて、狭義の職業の選択の自由そのものに制約を課するものであるから、職業の自由に対する強力な制限に当たる。規制①の犬猫販売業免許制も、前記3の通り、狭義の職業選択の自由に対する制約に当たるから、職業の自由に対する強力な制限である。

規制①の免許基準のうち、犬猫飼養施設に関する要件（第2の1、以下「施設要件」という。）は、職業を行う条件として一定の個人的な資質な能力を要求する主観的制限であり、このような主観的制限は、当該職業を行おうとする者の個人的な資質や能力には関わらない基準による客観的制限に比べて緩やかな制限であるとの理由から、客観的制限に比べて違憲審査の密度が下がるとの考えもある。しかし、主観的制限と客観的制限による権利制限の強度の違いは絶対的なものではないから、両者の違いはさほど重視するべきではない。そして、施設要件は、既存業者にとっては、施設の改修・変更が必要となるため、その負担次第では廃業を選択せざるを得ない場合もあるから、重い権利制限を伴う規制であるといえる。

犬猫の需給均衡に関する要件（第2の2、以下「需給均衡要件」という。）と犬猫シェルターの収容能力に関する要件（第2の3、以下「収容能力要件」という。）は、いずれも客観的制限であり、その内容からして容易に充足できるものでもないから、重い権利制限を伴う規制であるといえる。

規制①の目的は、犬猫の販売業の経営安定という積極目的でも、犬猫由来の感染症等に

1 よる健康被害の防止という消極目的でもなく、犬猫が飼い主や販売業者によって遺棄され
2 ている現状や、犬猫シェルターへ持込みが増加する懸念に対応するために、犬猫を保護す
3 ることで「人と動物の共生する社会の実現を図る」(第1) ことにある。

4 この目的は、積極目的や財政目的のように政策的判断や専門技術的判断が多分に要求さ
5 れるようなものではないため、規制を支える立法事実の司法的把握が比較的容易であるか
6 ら、立法府の裁量は広くない。

7 以上より、免許制自体と免許要件ごとの憲法 22 条 1 項適合性は、立法目的が重要であ
8 り、かつ、手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

9 (3) 飼い主や販売業者による犬猫の遺棄や犬猫シェルターへの持込みの増加が社会問題とな
10 っていることからしても、犬猫を保護することで「人と動物の共生する社会の実現を図る」
11 という目的は、重要な公共の利益の保護を目的とするものであるから、重要である。また、
12 この目的のために、一定の免許要件を満たさない者による犬猫販売業を禁止することは、
13 目的達成手段として有効かつ必要であるといえるから、手段適合性も手段必要性も認めら
14 れる。問題は、免許要件ごとの実質的関連性の有無である。

15 ア. 施設要件

16 施設要件は、犬猫の保護のために、犬猫の適切な飼養を確保しようとするものであり、
17 犬猫の保護という目的に直結する手段であるから、比較的容易に手段適合性を認めるこ
18 とができる。施設要件の内容は、飼養施設に関する動物愛護管理法上の現行の基準より
19 も厳しくなっているが、これは諸外国の制度や専門家の意見を踏まえて定められたもの
20 であり、国際的に認められている基準の範囲内にとどまっているのだから、手段必要性
21 も認められる。したがって、施設要件には実質的関連性が認められる。

22 イ. 需給均衡要件

23 需給均衡要件は、犬猫の保護のために、犬猫の供給過剰を防止することで犬猫の売れ残

りが出ることを抑制しようとするものである。我が国では、販売業者が、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡し、結果として、犬猫が殺され山野に大量廃棄されたりしたことが大きな社会問題となっている。そうすると、犬猫の売れ残りが生じた場合に、販売業者が、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡し、結果として、犬猫が殺され山野に大量廃棄されたりするという因果関係が合理的に裏付けられているといえる。この因果関係を前提にすると、需給均衡要件は、犬猫の保護という目的の達成を促進するものであるから、手段適合性が認められる。

他方で、売れ残った犬猫を適切に扱わないことを規制すれば売れ残った犬猫が遺棄されたり殺される事態を阻止できるから、手段必要性は認められないとの見解が想定される。しかし、日本では生後2、3か月の子犬や子猫の人气が高く、体の大きさがほぼ成体と同じになる生後6か月を過ぎると値引きしても売れなくなるといわれており、猫シェルターはこれまでと同様に犬猫販売業者からの引取りを拒否できるとする予定であることも踏まえると、販売業者としては、犬猫が売れ残った場合、飼い主や受入れ先であるシェルターが見つからない事態に陥る可能性がある。この場合、一部の販売業者が、売れ残った犬猫を終生飼養する負担を免れるために、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡し、結果として犬猫が殺されるという事態に発展し得る。そうすると、売れ残った犬猫を適切に扱わないことを規制するだけでは犬猫の保護という目的を十分に達成することができないから、手段必要性もあり、実質的関連性が認められる。

ウ．収容能力要件

収容能力要件は、犬猫の保護ために、犬猫シェルターの収容能力に応じて免許発行数を調整することで飼い主による犬猫シェルターへの持込みの増加を抑制しようとするものである。

犬猫シェルターは、これまでと同様、犬猫販売業者からの引取りを拒否できるとする

1 予定なのだから、犬猫販売業者は、売れ残った犬猫については終生飼養するか、自己に
2 代わりそれを行う者を責任を持って探すことになる。そうすると、飼い主による持込み
3 の増加が仮に起こるとしても、それは、直接は犬猫販売業者のせいではないといえるか
4 ら、犬猫の販売量が犬猫シェルターの収容能力を超過する場合に飼い主による犬猫シェ
5 ルターへの持ち込みが増加するという因果関係には、合理的な裏付けがあるとはいえな
6 い。確かに、甲は、「売れ残りを減らそうとする犬猫販売業者による無理な販売も、飼い
7 主による犬猫シェルター持込み増加の要因となると認識しています。」と述べているた
8 め、上記の因果関係を認めることができそうである。しかし、それは観念上の想定にす
9 ぎないから、因果関係を合理的に裏付ける根拠とはならない。したがって、収容能力要
10 件は、手段適合性を欠き、実質的関連性が認められない。

11 5. 以上より、免許制自体、飼養施設要件及び需給均衡要件は憲法 22 条 1 項に適合し合憲で
12 ある一方で、収容能力要件は憲法 22 条 1 項に反し違憲である。

13 第 2. 規制②

14 1. 規制②は、犬猫販売業者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違
15 憲ではないか。

16 2. 規制②の対象は、犬猫販売業者の営利表現である。そこで、営利表現の自由が「表現の自
17 由」として憲法 21 条 1 項により保障されるかが問題となる。

18 博多駅事件決定は、報道機関の報道の自由について、一般国民の知る権利に奉仕すること
19 を理由として憲法 21 条 1 項による保障を肯定している。このように、現代社会においては、
20 憲法 21 条 1 項が送り手の自由と並んで受け手の自由も保障するようになってきている。そ
21 して、営利表現の自由は、消費者に情報を提供しその自律的選択を促す点で一般国民の知る
22 自由に奉仕するものであるといえる。そこで、営利表現の自由も「表現の自由」として憲法
23 21 条 1 項により保障されると解する。

したがって、犬猫販売業者の営利表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

3. 規制②は、「犬猫販売業者は、犬猫の販売に関して広告するときは、犬猫のイラスト、写真及び動画を用いてはならない。」と定めることにより、犬猫販売業者の営利表現の自由を制約している。

4. 営利表現の自由も「表現の自由」として保障される以上、二重の基準論が妥当するから、厳格に違憲審査するべきであるとの見解も想定される。しかし、営利表現の自由には二重の基準論は妥当しないと考える。

表現の自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりもとくに厳しい基準によって審査されるべきであると解されており、これを二重の基準論という。

二重の基準論の根拠の一つとして、民主政の過程論が挙げられる。すなわち、経済的自由に関する不当な立法は、民主政の過程が正常に機能している限り、議会でこれを是正することが可能であり、それがまた適当であるのに対し、民主政の過程を支える表現の自由は壊れ易く傷つき易い権利であり、それが不当に制限されている場合には、国民の知る権利が十全に保障されず、民主政の過程そのものが傷つけられているため、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の正常な運営を回復することが必要であると考えられている。この民主政の過程論は、「表現の自由」には言論活動により国民が政治的意思決定に関与するという民主政に資するという自己統治の価値があることを前提にするものである。ところが、営利表現の自由は自己統治の価値との関連性が希薄であるため、営利表現の自由が不当に制限する立法がなされても政策批判を通じて議会にこれを改廃させる途が残されているのだから、この意味において、営利表現の自由には民主政の過程論、さらにはこれを根拠とする二重の基準論は妥当しない。

そこで、規制②の憲法 21 条 1 項適合性は、立法目的が重要であり、かつ、手段が立法目

1 的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

2 このことは、あん摩師等法による灸の適応症広告事件判決が、広告規制について緻密な審
3 査をすることなく憲法 21 条 1 項適合性を認めていることから説明できる。

4 5. 規制②の目的は、犬猫の安易な購入が飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みに繋がる
5 ことから、犬猫を保護することを目的として、飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みを
6 抑制するために、購買意欲を著しく刺激されて犬猫を安易に購入するという事態を防止する
7 ことにある。飼い主による犬猫シェルターへの持込みの増加が社会問題となっていることか
8 らしても、規制②の目的は、重要な公共の利益の保護を目的とするものといえ、重要である。

9 甲は、「愛らしい犬猫の姿態を広告に用いることが安易な購入につながっているとの認識
10 から、広告規制が必要であると判断しました。」と述べているが、このような因果関係を合理
11 的に裏付ける根拠は見当たらない。したがって、規制②が立法目的の達成を促進するとはい
12 えず、手段適合性を欠く。

13 また、仮に手段適合性が認められても、次の理由から手段必要性を欠くと考ええる。すなわ
14 ち、仮に品種等の文字情報に比べて、イラストや写真、動画は、視覚に訴える情報であり、
15 購買意欲を著しく刺激し、十分な準備と覚悟がないままの購入に繋がるという因果関係が認
16 められるとしても、「犬猫販売業者は、犬猫を販売する場合には、あらかじめ、当該犬猫を購
17 入しようとする者に対し、販売場において、対面により適正な飼養のために必要な情報を提
18 供するとともに、当該犬猫の現在の状態を直接見せなければならない。」(第 3) のだから、
19 この販売に際しての情報提供により安易な購入を阻止することができる。そのため、上記の
20 情報提供義務と虚偽広告禁止というより制限的でない他の選べる手段によっても立法目的
21 を十分に達成できるから、規制②は、真実の表現まで禁止している点において手段必要性を
22 欠く。

23 以上より、規制②は、手段の実質的関連性を欠き、憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

[中上位答案]

1 第1. 規制①

2 1. 規制①は、犬猫の販売業を営もうとする者の「職業選択の自由」を侵害するものとして

3 憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。

4 2. まず、「職業」とは、人が社会において自己の生計を維持するためにする継続的活動を意

5 味するところ、ペットショップや犬猫の販売業もこれに当たる。

6 次に、「職業選択の自由」(憲法 22 条 1 項)には職業遂行の自由も含まれる。選択した

7 職業の継続が保障されないのでは、職業選択の自由を保障した意味が失われるからである。

8 したがって、犬猫の販売業を営もうとする者には、憲法 22 条 1 項により「職業選択の

9 自由」として、ペットショップを職業として選択・継続する自由という狭義の職業選択の

10 自由が保障されるとともに、犬猫を販売する自由という職業遂行の自由も保障される。

11 3. 規制①は、犬猫販売業の免許制を定めることにより、少なくとも犬猫を販売するという

12 職業遂行の自由を制約している。では、狭義の職業選択の自由に対する制約にも当たるか。

13 (1) 仮に犬猫販売業免許を取得できなかったとしても、犬猫以外の動物を販売してペット

14 ショップとして営業することは可能であるから、狭義の職業選択の自由に対する制約は

15 認められないとの見解も想定される。

16 (2) しかし、薬事法事件判決によれば、形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどま

17 る規制が実質的には狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることもある。

18 統計資料によれば、ペットとして動物を飼養している者のうち、犬を飼っているのは

19 31%、猫については 29%であり、犬猫の割合は多いといえる。

20 ペットショップ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

21 採算なども考慮した上で販売するペットを選択するのが通常であるから、ペットとして

22 動物を飼養している者のうち、犬や猫を飼っている割合が上記の通り高いことをからす

23 ると、犬猫以外ペットを飼う人の割合が 50%近くあることを踏まえても、犬猫以外の動

物だけを販売することでは経営上の採算が取れないとして、ペットショップの開業そのものの断念にもつながりうる。

したがって、規制①は、職業遂行の自由のみならず、狭義の職業選択の自由をも制約するといえる。

4. では、規制①による制約は合憲といえるか。

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

(2) 一般に許可制は、職業遂行の自由に対する制約を超えて、狭義の職業の選択の自由そのものに制約を課するものであるから、職業の自由に対する強力な制限に当たる。規制①の犬猫販売業免許制も、前記3の通り、狭義の職業選択の自由に対する制約に当たるから、職業の自由に対する強力な制限である。

規制①の目的は、犬猫が飼い主や販売業者によって遺棄されている現状や、犬猫シェルターへ持込みが増加する懸念に対応するために、犬猫を保護することで「人と動物の共生する社会の実現を図る」(第1) ことにある。

この目的は、積極目的や財政目的のように政策的判断や専門技術的判断が多分に要求されるようなものではないため、規制を支える立法事実の司法的把握が比較的容易であるから、立法府の裁量は広くない。

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

(3) 飼い主や販売業者による犬猫の遺棄や犬猫シェルターへの持込みの増加が社会問題となっていることからしても、規犬猫を保護することで「人と動物の共生する社会の実現を図る」という目的は、重要な公共の利益の保護を目的とするものであるから、重要である。また、この目的のために、一定の免許要件を満たさない者による犬猫販売業を禁

止することは、目的達成手段として有効かつ必要であるといえるから、手段適合性も手段必要性も認められる。問題は、免許要件ごとの実質的関連性の有無である。

ア．第２の１の施設要件は、犬猫の保護のために、犬猫の適切な飼養を確保しようとするものであり、犬猫の保護という目的に直結する手段であるから、比較的容易に手段適合性を認めることができる。施設要件の内容は、飼養施設に関する動物愛護管理法上の現行の基準よりも厳しくなっているが、これは諸外国の制度や専門家の意見を踏まえて定められたものであり、国際的に認められている基準の範囲内にとどまっているのだから、手段必要性も認められる。したがって、施設要件には実質的関連性が認められる。

イ．第２の２の需給均衡要件は、犬猫の保護のために、犬猫の供給過剰を防止することで犬猫の売れ残りが出ることを抑制しようとするものである。我が国では、販売業者が、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡し、結果として、犬猫が殺され山野に大量廃棄されたりしたことが大きな社会問題となっている。こうした因果関係を前提にすると、需給均衡要件は、犬猫の保護という目的の達成を促進するものであるから、手段適合性が認められる。

また、日本では生後２、３か月の子犬や子猫の人气が高く、体の大きさがほぼ成体と同じになる生後６か月を過ぎると値引きしても売れなくなるといわれており、猫シェルターは犬猫販売業者からの引取りを拒否できることも踏まえると、一部の販売業者が、犬猫が売れ残り、飼い主や受入れ先であるシェルターも見つからないという事態に陥り、売れ残った犬猫を遺棄したり、安易に買取業者に引き渡すという事態に発展し得る。そうすると、売れ残った犬猫を適切に扱わないことを規制するだけでは、犬猫の保護という目的を十分に達成することができない。したがって、手段必要性もあり、実質的関連性が認められる。

ウ．第 2 の 3 の収容能力要件は、犬猫の保護ために、犬猫シェルターの収容能力に応じて免許発行数を調整することで飼い主による犬猫シェルター持込み増加を抑制しようとするものである。

犬猫シェルターは犬猫販売業者からの引取りを拒否できるのだから、犬猫販売業者は、売れ残った犬猫については終生飼養するか、自己に代わりそれを行う者を責任を持って探すことになる。そうすると、飼い主による持込みの増加が仮に起こるとしても、それは、直接は犬猫販売業者のせいではないといえるから、犬猫の販売量が犬猫シェルターの収容能力を超過する場合に飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みが増加するという因果関係には、合理的な裏付けがあるとはいえない。したがって、収容能力要件は、手段適合性を欠き、実質的関連性が認められない。

5．以上より、免許制自体、飼養施設要件及び需給均衡要件は憲法 22 条 1 項に適合し合憲である一方で、収容能力要件は憲法 22 条 1 項に反し違憲である。

第 2．規制②

1．規制②は、犬猫販売業者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

2．規制②の対象は、犬猫販売業者の営利表現である。そこで、営利表現の自由が「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されるかが問題となる。

博多駅事件決定は、報道機関の報道の自由について、一般国民の知る権利に奉仕することを理由として憲法 21 条 1 項による保障を肯定している。このように、現代社会においては、憲法 21 条 1 項が送り手の自由と並んで受け手の自由も保障するようになってきている。そして、営利表現の自由は、消費者に情報を提供しその自律的選択を促す点で一般国民の知る自由に奉仕するものであるといえる。そこで、営利表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されると解する。

したがって、犬猫販売業者の営利表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

3. 規制②は、「犬猫販売業者は、犬猫の販売に関して広告するときは、犬猫のイラスト、写真及び動画を用いてはならない。」と定めることにより、犬猫販売業者の営利表現の自由を制約している。

4. 営利表現の自由も「表現の自由」として保障される以上、二重の基準論が妥当するから、厳格に違憲審査するべきであるとの見解も想定される。

しかし、二重の基準論の根拠の一つとして、経済的自由と異なり、表現の自由が不当に制約されている場合には、民主政の過程が傷つけられているため、違憲判決を通じて民主政の過程の正常な運営を回復する必要があるという、民主政の過程論が挙げられる。ところが、営利表現の自由は自己統治の価値との関連性が希薄であるため、営利表現の自由が不当に制限する立法がなされても政策批判を通じて議会にこれを改廃させる途が残されているのだから、この意味において、営利表現の自由には民主政の過程論、さらにはこれを根拠とする二重の基準論は妥当しない。

そこで、規制②の憲法 21 条 1 項適合性は、立法目的が重要であり、かつ、手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

5. 規制②の目的は、犬猫の安易な購入が飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みに繋がることから、犬猫を保護することを目的として、飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みを抑制するために、購買意欲を著しく刺激されて犬猫を安易に購入するという事態を防止することにある。飼い主による犬猫シェルターへの持ち込みの増加が社会問題となっていることからしても、規制②の目的は、重要な公共の利益の保護を目的とするものといえ、重要である。

甲は、「愛らしい犬猫の姿態を広告に用いることが安易な購入につながっているとの認

1 識から、広告規制が必要であると判断しました。」と述べているが、このような因果関係を
2 合理的に裏付ける根拠は見当たらない。したがって、手段適合性を欠く。

3 また、仮に手段適合性が認められても、次の理由から手段必要性を欠くと考える。すな
4 わち、仮に品種等の文字情報に比べて、イラストや写真、動画は、視覚に訴える情報であ
5 り、購買意欲を著しく刺激し、十分な準備と覚悟がないままの購入に繋がるという因果関
6 係が認められるとしても、本件法案第 3 が定める販売に際しての情報提供により安易な購
7 入を阻止することができる。そのため、上記の情報提供義務と虚偽広告禁止というより制
8 限的でない他の選び得る手段によっても立法目的を十分に達成できるから、規制②は手段
9 必要性を欠く。

10 以上より、規制②は、手段の実質的関連性を欠き、憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

11 以上

参考文献

(憲法)

- ・「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・中村睦男ほか-有斐閣)
→(野中ほかⅠ〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著: 野中俊彦・中村睦男ほか-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・穴戸常寿ほか-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(編: 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(編: 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(編: 戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)

(行政法)

- ・「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(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Ⅰ」第8版(有斐閣)
 - 「行百」と表記
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
 - 「行百」と表記