

目次

人権の享有主体性

- 第1問 法人の人権享有主体性（南九州税理士会事件参考）・・・ 1
- 第2問 外国人の人権享有主体性（マクリーン事件参考）・・・ 9
- 第3問 公務員の政治活動（堀越事件参考）・・・ 17

人権の私人間効力

- 第4問 人権の私人間効力（三菱樹脂事件参考）・・・ 27

包括的基本権（新しい人権）

- 第5問 伝統的プライバシー権（オリジナル問題）・・・ 35
- 第6問 現代的プライバシー権（平成28年司法試験参考）・・・ 41
- 第7問 自己決定権（平成29年司法試験参考）・・・ 49

法の下での平等

- 第8問 法の下での平等（国籍法違憲訴訟参考）・・・ 57
- 第9問 女子再婚禁止期間（女子再婚禁止期間事件参考）・・・ 65
- 第10問 積極的差別解消措置（平成23年予備試験参考）・・・ 79

思想・良心の自由

- 第11問 思想・良心の自由（平成30年予備試験参考）・・・ 87
- 第12問 思想・良心の自由（「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件参考）・・・ 95

信教の自由

- 第13問 信教の自由（宗教法人解散命令事件参考）・・・ 105
- 第14問 信教の自由（エホバの証人剣道実技受講拒否事件参考）・・・ 113
- 第15問 政教分離の原則（津地鎮祭事件参考）・・・ 121
- 第16問 政教分離の原則（空知太神社事件参考）・・・ 131

学問の自由

- 第17問 学問の自由（平成21年司法試験参考）・・・ 139

表現の自由

- 第18問 明確性の原則（令和1年司法試験参考）・・・ 149
- 第19問 国家による援助（「宮本から君へ」助成金不交付事件参考）・・・ 155
- 第20問 知る自由（岐阜県青少年保護育成条例事件参考）・・・ 165
- 第21問 取材の自由（令和2年予備試験参考）・・・ 177
- 第22問 取材源の秘匿（令和5年予備試験参考）・・・ 185
- 第23問 虚偽表現の自由（令和1年司法試験参考）・・・ 195
- 第24問 SNS事業者の表現の自由（令和1年司法試験参考）・・・ 203
- 第25問 ビラ配布の自由（令和3年予備試験参考）・・・ 209
- 第26問 消極的表現の自由（平成28年予備試験参考）・・・ 215

集会の自由・デモ行進の自由・結社の自由

第27問	集会の自由（広島市暴走族追放条例事件参考）	221
第28問	デモ行進の自由（平成25年司法試験参考）	229
第29問	結社の自由（司法試験プレテスト参考）	239

経済的自由

第30問	営業の自由（オリジナル問題）	245
第31問	職業選択の自由（薬事法事件参考）	253
第32問	移動の自由（令和2年司法試験参考）	261
第33問	財産権（平成29年予備試験参考）	269
	損失補償（平成29年予備試験参考）	

人身の自由と手続的権利

第34問	行政手続と憲法31条（令和1年司法試験参考）	279
------	------------------------	-----

参政権

第35問	選挙権（平成22年司法試験参考）	285
	立法不作為を理由とする国家賠償請求（平成22年司法試験参考）	
第36問	立候補の自由（平成25年予備試験参考）	295
第37問	選挙運動の自由（戸別訪問禁止事件参考）	301

生存権

第38問	生存権（平成22年司法試験参考）	307
------	------------------	-----

労働基本権

第39問	私鉄労働者の争議権（令和4年予備試験参考）	313
------	-----------------------	-----

統 治

第40問	条約（平成27年予備試験参考）	325
	違憲審査権（平成27年予備試験参考）	
	統治行為論（平成27年予備試験参考）	
第41問	国民審査制度の法的性質（平成24年予備試験参考）	331
第42問	団体の内部問題における違憲審査（市議会議員出席停止事件参考）	337
第43問	条例と法律の関係（平成19年司法試験参考）	345

総合問題

第44問	表現の自由とプライバシー（平成23年司法試験参考）	353
第45問	生存権（令和5年司法試験参考）	363
第46問	第三者の憲法上の権利の援用（平成21年司法試験参考）	377

第 1 問

(事案)

税理士制度においては、税理士となる資格を有する者が、税理士として業務を行うためには、税理士登録を行い、かつ、税理士会に入会しなければならないとして、強制加入制が採られている。

Y 地方税理士会は、定期総会において、憲法 9 条改正を働きかける運動に要する特別資金として、関連する政治団体である Z 政治連盟（同連盟は、政治資金規正法上の政治団体である。）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5 0 0 0 円を徴収する旨の決議（以下「本件決議」という。）をし、本件決議に基づいて徴収した特別会費 5 0 0 万円のうち 4 5 0 万円を Z 政治連盟へ寄付した。

X は、Y 地方税理士会に加入している税理士であるところ、本件決議は、税理士会の目的の範囲外であるとともに、各会員の政治的な思想を侵害するものであるため無効であるとして、訴訟で争いたいと考えている。

(設問)

本件決議の有効性について、X の言い分も踏まえながら、憲法上の論点にも言及ししつつ、あなた自身の見解を論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、南九州税理士会事件を参考にした事案を通じて、法人の人権享有主体性、構成員の人権と法人の人権との対立・調整、八幡製鉄事件判決と南九州税理士会事件判決の異同などに関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 関連判例

ア. 八幡製鉄事件

八幡製鉄事件では、株式会社による自由民主党に対する政治献金について株主が損害賠償請求訴訟(旧商法 266 条)を提起した事案において、①政治献金としての寄附が定款所定の目的の範囲外であること、②それが株主の参政権を侵害する民法 90 条違反の行為であることなどが争点となった。

最高裁は、①と②を区別した上で、①については、「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含されるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要なものであつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないのである。」として会社の「定款…で定められた目的の範囲」を広く解した上で、「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はいないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては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の要素なのである。そして同時に、政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事でなければならない。したがって、その健全な発展に協力することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待される場所であり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである。論旨のいうごとく、会社の構成員が政治的信条を同じくするものでないとしても、会社による政治資金の寄附が、特定の構成員の利益を図りまたその政治的志向を満足させるためでなく、社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請されるかぎりにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえないのである。…要するに、会社に

基礎応用 47 頁 [判例 1]、
論証集 24 頁 [判例 1]、最
大判 S45.6.24・百 18

よる政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げないのである。」と判示した。

②については、「憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、…憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもって国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。以上説示したとおり、株式会社の政治資金の寄附はわが憲法に反するものではなく、したがって、そのような寄附が憲法に反することを前提として、民法90条に違反するという論旨は、その前提を欠くものといわなければならない。」として、法人の人権享有主体性を認めた上で、民法90条違反の判断の段階で会社の政治的活動の自由（憲法21条1項）と株主の参政権（憲法15条1項等）との対立・調整を問題とし、結論として、民法90条違反を否定した。なお、最高裁は、②において、「政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。論旨は、会社が政党に寄附をすることは国民の参政権の侵犯であるとするのであるが、政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでなく、政党の資金の一部が選挙人の買収にあてられることがあるにしても、それはたまたま生ずる病理的現象に過ぎず、しかも、かかる非違行為を抑制するための制度は厳として存在するのであつて、いずれにしても政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。…所論は大企業による巨額の寄附は金権政治の弊を産むべく、また、もし有力株主が外国人であるときは外国による政治干渉となる危険もあり、さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもって国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。」と述べ、株式会社の政治資金の寄

附の自由に対する自然人と異なる特別の制約を認めなかった。

イ. 南九州税理士会事件

南九州税理士会事件では、地方税理士会が、業界に有利な税理士法改正を働きかける運動に要する特別資金として関連する政治団体（某県税理士政治連盟－政治資金規正法上の政治団体に当たる）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5000 円を徴収する旨の決議をしたという事案において、当該決議の無効原因として、①税理士会の目的の範囲と②会員の協力義務の限界が問題となった。もっとも、最高裁は、「税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできないというべきであり…、税理士会がそのような活動をするのは、法の全く予定していないところである。税理士会が政党など規正法上の政治団体に対して会員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する要求を実現するためであっても、…税理士会の目的の範囲外の行為といわざるを得ない。」として、①と②を一緒くたに判断している。

①について、最高裁は、税理士会が公益目的で設立された公益法人であることと、強制加入団体であり会員には実質的には脱退の自由が保障されていないことに着目し、「会社とはその法的性格を異にする法人であり、その目的の範囲についても、これを会社のように広範なものと解するならば、法の要請する公的な目的の達成を阻害して法の趣旨を没却する結果となることが明らかである。」と述べ、八幡製鉄事件判決の射程が及ばないことを明らかにした。

②については、「税理士会が…強制加入の団体であり、その会員である税理士に実質的には脱退の自由が保障されていないことからすると、その目的の範囲を判断するに当たっては、会員の思想・信条の自由との関係で、次のような考慮が必要である。税理士会は、法人として、法及び会則所定の方式による多数決原理により決定された団体の意思に基づいて活動し、その構成員である会員は、これに従い協力する義務を負い、その一つとして会則に従って税理士会の経済的基礎を成す会費を納入する義務を負う。しかし、法が税理士会を強制加入の法人としている以上、その構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている。したがって、税理士会が右の方式により決定した意思に基づいてする活動にも、そのために会員に要請される協力義務にも、おのずから限界がある。特に、政党など規正法上の政治団体に対して会員の寄付

基礎応用 49 頁 [判例 2]、
論証集 25 頁 [判例 2]、最
判 H8.3.19・百 I 36

をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるというべきである。なぜなら、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動をするのが当然に予定された政治団体であり…、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接につながる問題だからである。」と述べた上で、「前記のような公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできないというべきであり…、税理士会がそのような活動をするのは、法の全く予定していないところである。税理士会が政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する要求を実現するためであっても、…税理士会の目的の範囲外の行為といわざるを得ない。」として、協力義務を否定するとともに目的の範囲内の行為であることも否定した。

なお、②では、八幡製鉄事件判決とは異なり、法人の人権享有主体性やそれを前提とした税理士会の政治活動の自由については言及がない。もっとも、②における問題の本質は、法人の人権と構成員の人権との対立・調整にあると考えられるから、参考答案では、法人の人権享有主体性と税理士会の政治活動の自由にも言及している。

(2) 人権規定の私人間効力

理論構成としては、本件決議の無効事由として、本件決議が会員の思想・良心の自由を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲ではないかと問題とし得るが、八幡製鉄事件判決、南九州税理士会事件判決をはじめとする判例ではこのような理論構成は採用されていない。もっとも、それは原告の主張に合わせた判断をしたからにすぎないという可能性もあるから、付随的論点として、憲法の人権規定の私人間効力にも言及するのが望ましい。

なお、三菱樹脂事件判決は直接適用説を否定しているから、判例の立場からは、(2) の理論構成は否定されることになる。

基礎応用 75 頁 [判例 1]、
論証集 38 頁 [判例 1]、最
大判 S48.12.12・百 19

(参考答案)

1. 本件決議は、税理士会の「目的の範囲」外であるとして無効と
ならないか。

公益法人である税理士会にも民法 34 条が適用されるところ、
民法 34 条は、法人の権利の能力を「目的の範囲内」に限定する
規定であると解される。

八幡製鉄事件判決は、株式会社の「定款…で定められた目的の
範囲内」の行為について、定款に明示された目的自体に限局され
るものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必
要な行為も包含されるとして広く解している。その上で、政党が
議会制民主主義を支える不可欠の要素であり、国民の政治意思を
形成する最も有力な媒体である政党のあり方いかんは国民の重
大な関心事であるとの理由から、政党の健全な発展に協力するこ
との一態様としての政治資金の寄附は、客観的・抽象的に観察し
て、会社の社会的役割を果たすためにされたものと認められる限
りにおいては、株式会社の定款所定の目的の範囲内の行為である
と解している。

しかし、Y 地方税理士会は、公益法人であるとともに強制加入
団体であるから、その「目的の範囲」を会社のように広く解する
ことは妥当でない。すなわち、税理士会は、特定の公益目的を有
する公益法人であり、国の監督に服するものである。また、税理
士会は、強制加入団体であって、その会員には実質的には脱退の
自由が保障されていない。このように、税理士会は、会社とはそ
の法的性格を異にする法人であるから、その「目的の範囲」を会
社のように広く解すると、法の要請する公的な目的の達成を阻害
して法の趣旨を没却する結果となる。そこで、税理士会の「目的
の範囲」は、税理士会の公益目的に直接関連するものに限定する
べきである。

本件決議は、憲法 9 条改正を働きかける運動に要する特別資金
として Z 政治連盟への寄附金を徴収するためのものであるから、
税理士会の公益目的とは無関係のものである。したがって、本件
決議は、Y 地方税理士会の「目的の範囲」外のものであり、無効
である。

2. 本件決議は、各会員の「思想及び良心の自由」を侵害するもの
として憲法 19 条に反し違憲であるという意味でも、無効となら
ないか。

- (1) 各会員の憲法 9 条改正に関する政治的思想は「思想及び良心
の自由」として憲法 19 条により保障されるものであり、本件
決議はかかる自由を制約するものである。では、私人間にも憲
法の人権規定は直接適用されるのか。

憲法の人権規定は対国家的なものであり、私人相互の関係を
直接規律することを予定するものではない。これは、私人間に

事実上の支配関係がある場合でも同じである。そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用ないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。私人間における人権侵害については、私法の一般条項を憲法の趣旨を取り込んで解釈・適用することで対処すべきである。

公益法人は国家機関とは区別されるべき団体であるから、Y 地方税理士会と各会員との間には憲法 19 条は直接適用されない。したがって、本件決議が憲法 19 条違反として違憲であるとはいえない。

- (2) もっとも、本件決議は、各会員の思想・良心の自由を尊重すべき要請との関係で、各会員の協力義務の範囲外であるとして無効とならないか。

確かに、税理士会は、法人として、法及び会則所定の方式による多数決原理により決定された団体の意思に基づいて活動し、その構成員である会員は、これに従い協力する義務を負い、その一つとして会則に従って税理士会の経済的基礎を成す会費を納入する義務を負う。また、法人が現代社会において一つの社会的実体として重要な活動を行っていることなどから、憲法上の人権規定は性質上可能な限り内国の法人にも適用されると解されているため、税理士会の政治活動の自由（憲法 21 条 1 項）との関係で、税理士会の政治活動として会員に協力義務を課す余地もあると考えるべきである。

しかし、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動をすることが当然に予定された政治団体であり、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接に繋がる問題である。そうすると、政治団体に対する寄付は、それが選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想・見解・判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるから、多数決原理によって会員に協力を義務付けることはできないと解すべきである。なお、本問のように、一般会費から寄附金を支弁するのではなく、特別会費から寄附金を支弁するという場合には、会員の支出と税理士会の政治目的との関連性が明確に特定される分だけ、会員の思想・信条に対する影響が大きくなるから、より一層、協力義務を否定すべき要請は強くなる。

そうすると、本件決議は、会員の協力義務の範囲外であるという意味でも無効である。 以上

第 2 問

(事案)

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

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

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

(設問)

本件在留更新不許可処分の憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

○ 出入国管理及び難民認定法(抜粋)

第 21 条 本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる。

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

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

4 (略)

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、マククリーン事件を参考にした事例を通じて、外国人の人権享有主体性及び同事件に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 在留権

まず初めに、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に違反するかが問題となる。

しかし、マククリーン事件判決は、「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである。」として、在留権の憲法上の保障を否定している。

したがって、在留権侵害を理由とする処分違憲は認められない。

(2) 表現の自由

次に、法務大臣Yが、Xが在留期間中にSNSにおいて上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の一つとして評価して在留更新不許可処分をしていることから、「表現の自由」の侵害が問題となる。

主たる論点は、①外国人であるXにも憲法21条1項により「表現の自由」が保障されるか、②仮に保障されとしても、法務大臣が在留期間中におけるXによる「表現の自由」の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌して在留更新を不許可とすることが許されるかである。

ア. ①外国人であるXにも憲法21条1項により「表現の自由」が保障されるか

外国人の人権享有主体性について、マククリーン事件判決は、⑦「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べ、権利性質説に立っている。権利性質説は、人権の前国家的性質(憲法11条、97条)及び国際協調主義(憲法98条2項)を根拠とする(学説)。

同判決は、権利性質説を前提として、⑧「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と述べられているが、本問におけるXの表現の自由は政治的表現の自由ではないから、⑧の判旨に言及する必要はない。

表現の自由については、一般に、「権利の性質上日本国民

基礎応用 52頁 [判例1]、
論証集 27頁 [判例1]、最
大判 S53.10.4・百11

基礎応用 52頁 [論点1]、
論証集 27頁 [論点1]

のみをその対象としていると解されるもの」には当たらないと解されているから、外国人である X にも「表現の自由」が保障される。

イ. 「表現の自由」に対する制約

主たる争点ではないものの、在留更新不許可処分が X の「表現の自由」に対する制約に当たるか否かも問題となり得る。法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の一つとして評価して在留更新不許可処分をしているにとどまり、この意味において、表現行為や表現内容を理由として罰則が科される場合などとは異なり、直接的制約には当たらないからである。

平成 27 年司法試験の出題趣旨・採点実感では、市が職員の採用選考において表現行為を理由としてある応募者 B の正式採用を拒否したという事案において、「表現の自由の問題として論じる…際には、意見・評価を述べること自体が直接制約されているものではないことを踏まえつつ、『意見・評価を甲市シンポジウムで述べたこと』が正式採用されなかった理由の一つであることについて、どのような意味で表現の自由の問題となるのかを論じる必要がある。そのような観点からは、上述のような理由により正式採用されないことは、B のみならず、一般に当該問題について意見等を述べることを萎縮させかねないこと（表現の自由に対する萎縮効果）をも踏まえた検討が必要となる。」（出題の趣旨）、「表現活動への萎縮効果を論じるに当たっては、B のみならず、その他の者も含めて一般に与える影響という観点が重要であるが、多くの答案が B 自身の表現活動への萎縮効果を論じるにとどまっていた。」（採点実感）とされている。

そこで、表現の自由に対する萎縮効果という観点から、本件在留更新不許可処分が X の「表現の自由」に対する制約に当たるか否かを論じることになる。

ウ. 制約の正当化

②は、制約の正当化において問題となる。適用違憲（処分違憲）においても目的手段審査を用いることが可能であると理解されているところ、本問における問題の核心は、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解すること」（マククリーン事件）の可否であるから、目的手段審査を用いるべきではなく、正面からマククリーン事件判決の判例理論の妥当性を論じるべきである。

マククリーン事件判決は、⑦「わが国に在留する外国人は、

基礎応用 178 頁 [論点 1]、
論証集 77 頁 [論点 1]

憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令（当時）上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎない」との理由から、④「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を当不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといつてなら妨げられるものではない。」と判示している。

しかし、④については、学説から、基本的人権の行使に萎縮効果が生じるとして批判されている。

本問では、マクリーン事件判決の⑦・④を参照したうえで、学説からの批判も踏まえながら、④の判例理論の妥当性を検討することになる。

なお、④の判例理論を否定したとしても、Xの表現の自由の行使が他者の権利・利益を害するものであったり、Xの在留資格と矛盾するものであるならば、そのことを在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは可能であるから、こうした事情の有無についても検討する必要がある。

(参考答案)

1. まず、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反し違憲ではないか。

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

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

2. 次に、本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」を侵害するものとして憲法21条1項に反し違憲ではないか。

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

(2) 人権の前国家性(憲法11条、97条)と国際協調主義(前文3段、98条2項)に鑑み、憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、日本に在留する外国人に対しても等しく及ぶと解する。

Xの「表現の自由」は、政治活動を伴うものではないため、外国人には参政権(憲法15条1項等)が保障されないと解されていることと矛盾するものでもないから、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものとはいえず、外国人であるXにも保障される。

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

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

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

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

ア. 確かに、外国人には入国の自由も在留権も認められないことと、入管法21条3項が在留期間の更新事由について概括的に定めていることから、在留期間の更新許可の判断には法

務大臣に広汎な行政裁量が認められ、その結果、外国人に対する憲法上の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の基本的人権の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでは保障されていないと解する余地もある（マクリーン事件判決参照）。

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

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

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

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

にもかかわらず、法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的な事情の一つとして評価して「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をしたのだから、本件在留更新不許可処分は X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。 以上

第 3 問

(事案)

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

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

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

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、明確性の原則については、論じなくてよい。

(解説)

1. 事案の概要

第3問は、堀越事件を参考にした事例を通じて、公務員の政治活動を禁止する国家公務員法及び人事院規則の憲法21条1項適合性を問うとともに、堀越事件判決が示した禁止される「政治的行為」に関する憲法適合的解釈の内容を踏まえて適用違憲(処分違憲)についても論じることが求められる。

基礎応用 62頁 [判例2]、
論証集 32頁 [判例2]、最
判 H24.12.7・百I13

2. 法令違憲

まず初めに、国家公務員法102条1項・同法110条1項・人事院規則14-7(以下、これらを「本件各規定」ということがある。)は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法21条1項に違反しないかが問題となる。

公務員の人権享有主体性、政治活動の自由も「表現の自由」として憲法21条1項により保障されること、及び本件各規定が公務員の政治活動の自由に対する制約に当たることは問題なく認められるから、主たる論点は制約の正当化である。

(1) 違憲審査基準

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のが通常である。

猿払事件判決は、本件各規定の違憲審査において、猿払基準(違憲審査基準論における合理的関連性の基準に相当する)を採用しており、利益の均衡に関する当てはめにおいて、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法102条1項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではない」として、間接的・付随的な制約にとどまると述べている。この間接的・付随的規制論を違憲審査基準の定立過程で用いることにより、違憲審査基準の厳格度を合理的関連性の基準まで引き下げることが可能である。

基礎応用 59頁 [判例1]、
論証集 31頁 [判例1]、最
大判 S49.11.6・百I12

もっとも、堀越事件判決は、「国民は、憲法上、表現の自由(21条1項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的権利であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」と述べるとともに、猿払事件判決と異なり、猿払基準に

憲法判例の射程 35頁

も、間接的・付随的規制論にも言及することなく、いわゆる「厳格な基準を加味した利益較量」を採用したと理解されている。

そこで、猿払事件判決のように間接的・付随的規制論にも言及する一方で、政治活動の自由の「表現の自由」としての重要性にも着目して、中間審査の基準を採用するべきであると考え

(2) 当てはめ

ア. 目的審査では、規制目的を「行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること」(堀越事件)と捉えた上で、「憲法 15 条 2 項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。このように、本法 102 条 1 項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。」(堀越事件)という公務員の「全体の奉仕者」性に着目した説明により、目的の重要性を認めることとなる。

イ. 手段審査では、上記判旨から手段適合性を容易に認めることができる一方で、公務員の政治活動を全面的に禁止するものとして手段必要性を欠くのではないかが問題となる。つまり、公務員の政治活動の中には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を害するおそれがないものもあり、こうした政治活動を禁止の対象外にするというより制限的な他の選り得る手段が存在するという意味で、手段必要性に欠けるのではないかが問題となるのである。

堀越事件判決は、政治活動の自由が「立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であること」を出発点として、国家公務員法 102 条 1 項の文言、趣旨・目的、さらには同項が刑罰法規の構成要件であることも考慮して、同項にいう「政治的行為」について、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが…現実的に起こり得るものとして実質的に認められる…行為」に限定解釈したうえで、「禁止の対象とされ

るものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれ
それが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなお
それが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類
型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制
限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成す
るために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」
と述べている。

手段必要性の審査では、これを参考にして、禁止される「政
治的行為」を限定解釈することにより、禁止の範囲に関する
手段必要性を肯定することになる。

なお、禁止の方法に関する手段必要性としては、公務員に
ついては禁止の実効性を担保する手段として懲戒処分がある
のだから、刑罰までは不要ではないかという問題点もある
が、堀越事件判決は、「このような禁止行為に対しては、服
務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科す
ことをも制度として予定されているが、これは常に刑罰を科す
という趣旨ではなく、国民全体の上記利益を損なう影響の重
大性等に鑑みて禁止行為の内容、態様等が懲戒処分等では対
応しきれない場合も想定されるためであり、あり得べき対応
というべきであって、刑罰を含む規制であることをもって直
ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものでは
ない。」と述べている。

3. 適用違憲（処分違憲）

堀越事件判決を参考にするのであれば、法令違憲は否定される
ため、次に、「本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適
用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰
することが憲法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。」とし
て、適用違憲を論じることになる。

その際、法令違憲のところで論じた、禁止される「政治的行為」
の限定解釈の内容を前提として、X の行為がこれに当たるか否か
を論じることになる。

なお、堀越事件判決が示した限定解釈は「合憲限定解釈」では
なく「憲法適合的解釈」であるから、厳密には、堀越事件判決が
示した限定解釈の内容に X の行為が該当するかどうかという問
題は、処分の法令適合性の問題であり、処分の憲法適合性の問
題ではない。実際に、堀越事件判決も、限定解釈の内容を前提と
して被告人の行為の構成要件該当性について判断した結果とし
て、被告人の行為が罰則規定の構成要件に該当しないことを理由
として被告人を無罪としており、適用違憲の手法は用いていない。

(参考答案)

1. 国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項・人事院規則 14-7 (以下、これらを「本件各規定」ということがある。) は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

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

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

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

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

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

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

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

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

そこで、本件各規定の合憲性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

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

憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主

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

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

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

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

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

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

2．本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰することが憲法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。

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

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

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

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

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

以上

第 30 問

(事案)

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（パーテーション）を設置するよう命ぜることができること、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。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第30問は、新型コロナウイルス感染症の拡大防止策に関する架空の法律を用いたオリジナル問題を通じて、「職業選択の自由」に関する基本的な理解を問う問題である。

基礎応用 231 頁以下、論証
集 97 頁以下

2. 解答のポイント

本法は、飲食店又はその経営者（以下、これらをまとめて「飲食店」という）の営業の自由を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に違反するかが問題となる。

(1) 「職業選択の自由」の保護範囲

ア. 「職業」の意義・性格

「職業選択の自由」には営業の自由も含まれるかについて論じる前に、薬事法判決を踏まえて、「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 238 頁 [判例 5]、
論証集 98 頁 [判例 1]、最
大判 S50.4.30・百 I 92

イ. 営業の自由

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

薬事法判決も、「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、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」と判示している。

したがって、飲食店の営業の自由も「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。

(2) 制約

飲食店は、本法に基づき間仕切りを設置する旨の命令が出されると、営業停止処分等の制裁を回避するために、客席に間仕切りを設置することを余儀なくされるから、飲食店運営の方法について制約を受けることになる。したがって、本法は、飲食店の営業の自由を制約するものである。

なお、薬事法判決は、「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。」と述べている。これは、形式的には営業の自由（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。もっとも、本問では、狭義の「職業選択の自由」に対する制約が否定されるから、このような場合には、「制約」の段階では営業の自由に対する制約についてのみ言及し、「違憲審査基準の定立過程」で初めて、狭義の「職業選択の自由」に対する制約の有無について言及すれば足りる（これに対し、第31問のように狭義の「職業選択の自由」に対する制約が認められる場合には、「制約」の段階で狭義の「職業選択の自由」に対する制約を認定すべきである。）。

(3) 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¹⁾ 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 of 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）、⑧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

基礎応用 237 頁 [判例 4]、
論証集、最大判 S47.11.22・
百 I 91

基礎応用 244 頁 [判例 7]、
論証集 99 頁 [判例 2]、最
判 H4.12.15・百 I 94

¹⁾ “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 卷 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 卷 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）

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。

合格水準として必須ではないが、現在の判例理論を論じる際には、それに先立ち規制目的二分論の当否を論じることが望ましい。

本法による職業規制は実質的にも営業の自由に対する制約にとどまる。そうすると、小売市場事件判決と同様に、明白の原則（＝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って違憲となる）が用いられるように思える。しかし、小売市場事件判決が明白の原則を用いたのは、営業の自由に対する制約であることに加え、規制目的が立法裁量の広く認められる積極目的だったからである。本法の目的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・健康を守るという消極目的にあるから、明白の原則ではなく、合理的関連性の基準によるべきである。なお、薬事法事件判決は、消極目的に基づく許可制について厳格な合理的関連性の基準（中間審査の基準に相当する）を採用しているのだから、消極目的に基づく営業規制である本法について厳格な合理性の基準を用いることには無理があろう。

（４）当てはめ

合理的関連性の基準は、合憲性の推定が働いており、目的・手段の双方について立法事実を根拠とした心証形成も不要であり、手段必要性も要件とならないから、比較的容易に合憲の結論を導くことができよう。

とはいえ、合憲のハードルが低いからといって、浅い当てはめをして終わるのではなく、問題文のヒントも使って想像を膨らませながら、充実した当てはめを展開するべきである。

(参考答案)

1. 本法は、飲食店又はその経営者（以下、これらをまとめて「飲食店」という）の営業の自由を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。

2. 「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するところ、飲食店の営業はこれに当たる。

また、「職業選択の自由」（憲法 22 条 1 項）には、営業の自由も含まれる。選択した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。

したがって、飲食店の営業の自由も「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。

3. 飲食店は、本法に基づき間仕切りを設置する旨の命令が出されると、営業停止処分等の制裁を回避するために、客席に間仕切りを設置することを余儀なくされるから、飲食店運営の方法について制約を受けることになる。したがって、本法は、飲食店の営業の自由を制約するものである。

4. 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。

本法は、形式的には飲食店の営業の自由に対する制約にとどまる。もっとも、薬事法事件大法廷判決によれば、職業遂行の方法に関する制約が狭義の「職業選択の自由」に対する実質的な制約に当たることもある。そこで更に進んで検討するに、飲食店では、酒類提供による利益率が高いことから、酒類提供そのものが禁止されるとなると、営業継続の断念を余儀なくされる可能性が相当程度ある。しかし、所定の形状・サイズの間仕切りを設置すれば酒類提供をできるのであり、しかも間仕切りの設置は物理的にも費用的にも営業的にもさほど困難ではない。そうすると、ほとんどの飲食店では、間仕切りを設置することで酒類提供を継続することができる。したがって、本法は、飲食店に営業継続の断念を余儀なくさせることになり得るものとして、飲食店の狭義の「職

業選択の自由」を実質的に制約する効果を伴うとはいえず、実質的に見ても営業の自由に対する制約にとどまる。そうすると、狭義の「職業選択の自由」に対する制約の場合に比べて立法裁量が広くなるから、厳格な合理性の基準を用いることはできない。

他方で、立法目的は、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・健康を守るという消極目的にある。これは、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、立法裁量を狭くする方向で評価される。そうすると、明白の原則を用いるべきでもない。

そこで、本法の憲法 22 条 1 項適合性は、①立法目的が正当であり、かつ、②立法目的と手段との間に合理的関連性があるか否かにより審査するべきである。

5. 本法の立法目的は、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・健康を守ることにあるから、問題なく正当であるといえる (①)。

飲食店で酒類提供をすると、客が長居したり、アルコールの影響で気分が高揚して口数が多くなる傾向にあるから、その分だけ客の口からウィルスが出て他の客の体内に侵入することで感染症を引き起こす可能性が高くなる。そして、客席ごとに所定の形状・サイズの間仕切りを設置することは、客の口から出たウィルスが他の客の体内に侵入することで感染症を引き起こす可能性を低くすることに繋がるから、立法目的の達成を促進するといえ、手段の関連性が認められる。

飲食店は間仕切りを設置することで酒類提供を継続することができる上、間仕切りの設置はさほど困難ではないから、本法の営業規制による負担はさほど大きくない。他方で、本法の営業規制によって、感染症拡大を防止することで重要な法益である国民の生命・健康が守られる。そうすると、本法の営業規制によって得られる利益と失われる利益との均衡も保たれている。

したがって、手段の合理的関連性も認められる (②)。

よって、本法は、飲食店の営業の自由を侵害するものではなく、憲法 22 条 1 項に違反せず合憲である。 以上

第 3 1 問

(事案)

医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給(不良調剤を含む。以下同じ。)から国民の健康と安全を守る必要がある。

そこで、薬事法は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることを目的として、医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、薬局については、第 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、第 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。

薬事法第 6 条は、許可条件の一つとして、第 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、第 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、薬事法第 6 条第 4 項の委任に基づき、適正配置基準として、既存の薬局との間に最短距離で概ね 100 m と定める委任条例を設けていた。

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

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

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第31問は、薬事法事件を参考にした事案を通じて、職業規制における薬事法判決に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

①薬局開設の許可制そのものを定める薬事法5条と、②許可基準として適正配置規制を定める薬事法6条・A県条例について、薬局開設予定者の「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法22条1項に違反しないかという問題がある。

(1) 「職業選択の自由」の保護範囲

まず、第30問で解説した通り、薬事法判決を踏まえて「職業」の意義・性格についても軽く言及するのが望ましい。

次に、許可制自体が狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たることは明らかであるが、許可条件である適正配置規制は形式的には営業の自由(どの場所で薬局を開設して営業するかという選択した職業の遂行方法に関する自由)に対する制約にとどまるから、「職業選択の自由」には営業の自由も含まれることにも言及すべきである。

以上の論述を経た上で、薬局開設予定者には、薬局を開業するという狭義の職業の自由のほかに、どの場所で薬局を開業するかという営業の自由も、「職業選択の自由」として憲法22条1項により保障されることを結論付ける。

(2) 制約

①薬局開設の許可制自体は問題なく狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たるし、②許可基準である適正配置規制が営業の自由に対する制約に当たることも問題なく認められる。

もっとも、薬事法判決は、「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。」と述べている。これは、形式的には営業の自由(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。

②適正配置規制については、営業の自由に対する制約という意味で職業の自由に対する制約が認められるが、営業の自由に対する制約にとどまるのか、それとも実質的には狭義の「職業

基礎応用 238頁 [判例5]、
論証集 98頁 [判例1]、最
大判 S50.4.30・百I 92

選択の自由」に対する制約に当たるのかという点は、職業規制の態様に関することとして、適正配置規制に適用される違憲審査基準の厳格度に影響する。そこで、②適正配置規制については、薬事法判決を踏まえて、開業そのものの断念に繋がり得るから実質的には狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たることを認定することになる。

(3) 違憲審査基準

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される。これが現在の判例・通説の理解である。もっとも、第30問の解説にもある通り、従来の規制目的二分論の当否を論じた上で、現在の判例理論を導くのが望ましい。

①許可制自体も②適正配置規制も、狭義の「職業選択の自由」に対する制約であるから、職業の自由に対する強度の制約である。

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

そこで、①許可制自体と②適正配置規制の憲法22条1項適合性は、実質的関連性の基準により審査すべきである。

なお、薬事法判決は「厳格な合理性の基準」を用いていると理解されているが、令和2年司法試験の採点実感には、職業規制の事案において、「審査基準と現実の手段審査が対応していない答案も相当数見られた。例えば、審査基準として『実質的関連性』を挙げておきながら、現実には立法目的が抽象的に達成されていることで憲法上の問題がないとする答案…である。」として実質的関連性の基準を許容していることを窺わせる記述がある。したがって、職業規制においても実質的関連性の基準を用いることができると考える。

(4) 当てはめ

薬事法判決は、①許可制自体と②適正配置規制の目的について、「…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、…この目的は、…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」と述べている。したがって、目的の重要性は認められる。

問題は手段の実質的関連性であり、最大の争点は手段適合性における因果関係の有無である。

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、これが認められるためには、その前提として、規制対象が立法目的を阻害するという因果関係が必要とされる。そして、中間審査の基準（実質的関連性の基準など）においては、目的・手段の双方について立法事実を根拠にした心証形成が必要とされるから、②適正配置規制が想定している「㊦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」という因果関係について立法事実による支持が必要とされる。

薬事法判決は、「㊦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」については「容易に想定される場所である」として肯定する一方で、「㊩経営の不安定→㊪法規違反による不良医薬品の供給」については、「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ったか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激しい販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみても、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。」として否定している。

また、薬事法判決は、上記の因果関係を否定した後、「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」という仮定をした上で、「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、したがって、多数の薬局等に対する監視を徹底することは実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っ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。」として、「行政上の監督体制の強化等」というより制限的でない他の選び得る手段によつて危険発生に有効に対処できると述べて手段必要性も否定している。

(参考答案)

1. 薬局開設の許可制そのものを定める薬事法 5 条と許可基準として適正配置規制を定める薬事法 6 条・A 県条例は、薬局開設予定者の「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。

2. 「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するところ、薬局の開業もこれに当たる。

また、「職業選択の自由」(憲法 22 条 1 項)には、営業の自由も含まれる。選択した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。

したがって、薬局開設予定者には、薬局を開業するという狭義の職業の自由のほかに、どの場所で薬局を開業するかという営業の自由も、「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。

3. 薬事法 5 条の薬局開設の許可制自体は、薬局を開業する自由そのものを制約するものであるから、問題なく狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たる。

他方で、薬事法 6 条・A 県条例の適正配置規制は、形式的には、どの場所で薬局を開業するかという営業の自由に対する制約にとどまる。

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

そして、薬局を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算などを考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は経営上の採算が取れないなどの理由から開業そのものの断念にもつながりうるものである。

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

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

の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。

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

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

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

5. 許可制自体と適正配置規制の立法目的は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることにより、問題なく重要であるといえる(①)。

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

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

仮に㉗から㉚までの因果関係が認められるとしても、適正配置規制以外の許可事由によって薬局の開業について事前規制を及ぼし、これをクリアした薬局を対象として立入検査をすることなどにより、不良医薬品の供給の危険性を相当程度下げることができるから、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段があるとして、手段必要性が否定される。

したがって、適正配置規制は手段の実質的関連性を欠く(②)。

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

第 3 2 問

(事案)

国会は、大都市の一部区域や一部の観光地における交通渋滞が、地域住民の自家用車やバスでの移動の妨げとなるほか、道幅の狭いところでは住民の歩行や緊急車両の通行を困難にするなど、住民生活に著しい支障を来す程度に達しており、住民の安全・安心な生活を脅かしている事態を踏まえて、交通渋滞による通行障害の除去を目的とする規制として、都道府県知事が定める特定の渋滞区域について、特定の時間帯における域外からの自家用車の乗り入れを原則として禁止することを内容とする地域交通規制法(仮称)を制定しようと考え、【別紙資料】の法律案を策定した。

以下は、同法律案について、国会議員 X と、甲から相談を受けた法律家甲との間でなされたやり取りである。

甲：法律案は、都市部や観光地の交通規制をするものですね。

X：はい。住民の日常生活に関わる地域交通の課題を洗い出してみたところ、渋滞によって住民の自家用車やバスによる移動が著しく困難になるという事例が各地から報告されました。歴史的な街並みが保存されている地区や住宅密集地では、道路の拡幅もできず、歩くのも危ないし緊急車両の通行もままならないということで、住民の不安も高まっています。曜日と時間帯を限ってということになりますが、同法律案は、域外からの自家用車の乗り入れを禁止することによって、深刻な交通渋滞を解消するものです。

甲：どれくらいの広さ・時間の規制を考えているのですか。

X：広さは規制の対象となる区域によって様々でしょうが、最大でも混雑がひどい数平方キロメートルでしょうか。時間帯は、例えば観光地では週末や休日の午前 9 時から午後 5 時くらいを、住宅密集地では通勤・通学の時間帯を想定しています。

甲：例えば、規制の対象となる区域の住民が、域外に居住する人の運転する自家用車に乗せてもらって当該区域に入ろうとする場合にも、規制の対象となるのですか。

X：いいえ。当該区域の住民が乗車している場合には、規制の対象とはなりません。

甲：この法律案について、関係者の間で反対する意見はありませんでしたか。

X：ありました。候補地の住民からはおおむね好意的な意見が寄せられています。他府県ナンバーの自家用車の運転手にも意見を聞いたのですが、やむを得ないという声がある一方、自家用車での移動が規制されることには批判の声もあります。また、ある観光地の住民からは、渋滞の原因は観光バス等にもあるか

ら、自家用車のみを規制してもあまり意味がないといった声も聞かれます。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

【別紙資料】地域交通規制法案（仮称）

(目的)

第1条 この法律は、公共交通の維持・拡充や交通渋滞の緩和を図ることにより、地域における住民の移動手段を確保することを目的とするものとする。

(定義)

第2条 「特定区域」とは、域外からの自動車の乗り入れによって、地域住民の日常生活に著しい支障を来す程度の交通渋滞が生じている区域をいうものとする。

二、三 (略)

(特定区域)

第3条 都道府県知事は、特定区域について、時間帯を定めて、当該区域の住民以外の者が乗車する自家用乗用自動車（当該区域の住民又は身体障害者が乗車する場合その他やむを得ない事由があると認められる場合を除く。）の通行を禁止することができるものとする。

2 前項の禁止に違反した者は、5000円以下の過料に処するものとする。

(解説)

1. 出題の概要

第32問は、令和2年司法試験の改題を通じて、移動の自由に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 憲法上の保障

憲法22条1項の「移転」に単なる「移動」が含まれるかは、文理上明白ではない。そこで、移動の自由が「移転…の自由」として憲法22条1項により保障されるかが問題となる。この問題点は、立入禁止命令等を伴う性犯罪者継続監視法が出題された平成28年司法試験においても、付随的な検討事項として問われている。

基礎応用 248 頁 [論点 1]、
論証集 101 頁 [論点 1]

旅券発給拒否処分事件における伊藤正己裁判官補足意見は、日本国民による一時的な海外渡航について、次のように述べている。

最判 S60.1.22

「日本国民が一時的に海外に移動する形で渡航する海外旅行はもとより、勤務や留学などの目的で一定期間外国に居住する場合であっても、日本国の主権による保護を享受しつつその期間を過ごし、再びわが国に帰国することを予定しているような海外渡航については、その自由は、憲法22条2項にいう外国に移住する自由に含まれるものではない。同項は、日本国民が日本国の主権から法律上も事実上も離脱するという国籍離脱の自由と並んで、外国に移住する自由を保障しているが、この自由は、移住という言葉の文理からいつても、その置かれた位置からいつても、日本国の主権の保護を受けながら一時的に日本国外に渡航することの自由ではなく、永久に若しくは少なくとも相当長期にわたって外国に移住する目的をもつて日本国の主権から事実上半ば離脱することの自由をいうものと解されるからである…。国籍離脱の自由と右のように解釈された外国移住の自由とは、現代の国際社会において強く保障を受けるものであり、政策的考慮に基づく制約を受けるべきものではない。憲法22条2項が、同条1項の自由と異なつて公共の福祉による制限を明文上予定していないことも意味のあることといわねばならない。

以上のように解すると、一時的な海外渡航の自由は、憲法22条1項によつて保障されるものと解するのが妥当であると思われる。同項にいう移転の自由は、住所を定め変更する自由のみでなく、人身の移動の自由を含むのであり、しかもこの移動は国の内外をもつて区別されないと考えられる。…

…もともと移転の自由は、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を

定めそれを移動させることを認めたとともに発するものであり、それは職業選択の自由と結び付き…、したがって、経済的な自由に属するものと考えられていた。…しかし、今日では、国の内外を問わず自由に移動することは、単なる経済的自由にとどまらず人身の自由ともつながりを持ち、さらに他の人びととの意見や情報の交流などを通じて人格の形成に役立つという精神的自由の側面をも持つことに留意しなければならない。そこで、移動の自由の制約が合理的なものであるかどうかを判断するにあたっては、それがこの自由のどのような面を規制するかを考察すべきものと考えられる。そして、一般に、海外渡航の自由を制限する場合には、精神的自由の制約という面を持つことが多いのであり、それだけにたやすくその制約を合理的なものとして支持することができないのである。」

出題趣旨及び伊藤正己裁判官の補足意見でも述べられている通り、「移転の自由」には、①「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を定めそれを移動させることを認めたとともに発するものであり」という意味で、経済的自由の側面があるが、それのみならず、②「人身の自由ともつながりを持ち、さらに他の人々との意見や情報の交流などを通じて人格の形成に役立つという精神的自由の側面をも持つ」とも考えられている。¹⁾

そして、②の側面が移動の自由にも認められることから、「移転…の自由」には移動の自由も含まれると解することも可能である。

(2) 制約

本件法案は、知事が定める特定の渋滞区域について特定の時間帯における域外からの自家用車の乗り入れについて罰則により禁止する（本件法案3条1項、2項）ことで、上記自由を制約している。

(3) 違憲審査基準

移動の自由に対する規制の違憲審査基準の厳格度は、規制されている移動の自由の性質（又は重要性）と移動の自由に対する規制の強度を考慮して判断される。

¹⁾ “外国への一時旅行の事案であるが、国内における移動の自由が憲法第22条第1項の居住・移転の自由の保障に含まれると解し得る判例がある（帆足計事件判決〔最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁〕参照）。また、その意義として、もともと居住・移転の自由は経済的自由に属すると解されてきたが、人身の自由ともつながりを持ち、さらに他の人々との意見や情報の交流などを通じて人格の形成に役立つという精神的自由の側面をも持つと指摘する見解がある（旅券発給拒否処分に関する最判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁における伊藤正己裁判官の補足意見参照）。”（令和2年司法試験・出題趣旨）

“憲法第22条第1項が一時的な移動の自由を保障するかが問題となることは大半の答案で言及されていたが、単なる「移動」が「移転」に含まれるかは自明ではないのに、特段説明なく同自由は同項により保障されるとする答案が多かった。”（令和2年司法試験・採点実感）

移動の自由の性質（又は重要性）については、問題となっている移動の目的に照らして人身の自由や精神的自由の側面も認められるかにより判断する。²⁾

(4) 当てはめ

目的手段審査では、問題文のヒント、Xと甲のやり取り、法律案の内容に着目した丁寧な論述を心掛けるべきである。

²⁾ “単なる通過や観光目的での乗り入れのほか、講演会や集会への参加を目的とした自家用車の乗り入れをも禁止する。移動の自由に精神的自由の側面があると解した場合、規制自体は緩やかであっても、その憲法適合性は、相応に慎重に審査されることになろう。”（令和2年司法試験・出題趣旨）

(参考答案)

1. 本件法案は、自家用車での一時的な移動の自由を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。
2. 「居住、移転の自由」(憲法 22 条 1 項) は本来的に住所・居所の決定・変更を意味するから、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動も「居住、移転の自由」に含まれるかが問題となる。

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。

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。

したがって、自家用車での一時的な移動の自由も「移転の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。

3. 本件法案は、知事が定める特定の渋滞区域について特定の時間帯における域外からの自家用車の乗り入れについて罰則により禁止する(本件法案 3 条 1 項、2 項) ことで、上記自由を制約している。
4. では、本件法案による制約は合憲か。

(1) 「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「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。

制約される移動には観光地への移動も含まれる。観光地への移動には、観光地へ赴きそこで様々な人・文化等に接することで自分の人格を形成・発展させるという意味で精神的自由としての側面がある。また、講演会や集会への参加を目的とする移動も想定されるところ、これらの移動にも講演会や集会で他者との意見や情報の交流などを通じて人格を形成・発展させるという意味で精神的自由としての側面が認められる。

しかも、特定の地域・時間帯においてではあるものの、自家用車での乗り入れ自体が禁止されている。タクシーでは経済的負担が多いし、バスでは好きな時間に移動することができないため、容易に取り得る他の移動手段があるとも言い難い。そのため、本件法案による制約は強度である。

そこで、本件法案の合憲性は、立法目的が重要であり、かつ、手段が目的との間で実質的関連性を有するか否かで判断すべきである。

- (2) 本件法案の目的は、大都市の一部区域や一部の観光地といった特定地域における深刻な交通渋滞を解消することにある。渋滞によって住民の自家用車やバスによる移動が著しく困難になるという事例が各地から報告されていた。また、歴史的な街並みが保存されている地区や住宅密集地では、道路の拡幅もできず、歩くのも危ないし緊急車両の通行もままならないということで、住民の不満も高まっていた。このように、特定地域において深刻な交通渋滞が発生していることについての立法事実が存在する。そして、こうした交通渋滞は、単なる不快感、不便さにとどまらず、歩くのも危ないし緊急車両の通行もままならないというように、歩行者を被害者とする交通事故や救急車・消防車等の到着の遅延により住民の生命・身体が脅かされる事態に至っている。そのため、このような交通渋滞を解消することは重要な目的であるといえる。

他方で、渋滞の原因は観光バス等にもあるから自家用車のみを規制してもあまり意味がないとして手段適合性は認められないとも思える。しかし、自家用車による乗り入れも渋滞の原因になっている上、観光バス等に比べて自家用車の交通量のほうが遥かに多いと考えられることからすると、自家用車による乗り入れを禁止することは交通渋滞の解消を促進することになるから、手段適合性が認められる。

規制の広さとしては最大でも混雑がひどい数平方キロメートル、時間帯は例えば観光地では週末や休日の午前9時から午後5時くらいを、住宅地では通勤通学の時間帯が想定されているため、規制の広さ・時間帯は目的を達成するために必要な範囲に限定されている。したがって、本件法案以外の方法により本件法案と同程度に目的を達成することができる実現可能性のある手段は見当たらないといえるから、手段必要性もある。

当該区域の住民による移動までは禁止されないこと、身体障害者が乗車する場合その他やむを得ない事由がある場合についても規制が解除されること（本件法案3条1項括弧書）からすれば、重大な副作用を伴うとはいえず、手段相当性もある。

したがって、手段の実質的関連性もあり、本件法案は憲法22条1項に反せず合憲である。 以上

第 4 4 問

(事案)

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像(以下「Z機能画像」という。)に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根の高さ2メートル80センチ前後(地上約4メートル)の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周(水平方向360度、上下方向290度)を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の塀を越えた高さから撮影するので、庭にいる人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。また、会社側は、Z機能画像が提供する情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有すると主張している。

ところで、Z機能画像をめぐる問題は、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者

による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。

20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した。

法は、（ア）システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出ることを定めるとともに、（イ）システム提供者が遵守すべき事項として、「提供すべき画像の撮影に当たっては、これに用いるカメラを地上から1メートル60センチメートルの高さを超える位置に設置してはならないこと」、「提供すべき画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれている場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。」などを定めている。その上で、（ウ）A大臣は、（イ）の遵守すべき事項に違反していると認める場合には、被害回復委員会（政府からの独立性があるものとする）に諮問した上で、システム提供者に対し、画像の修正その他の提供に係る情報の改善のために必要な措置をとるべき旨を勧告することができ、これを受けたシステム提供者が正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかったときは、その者に対し、その勧告に係る措置の実施又はインターネットによる特定地図検索システムの提供の中止を命ずることができると定めている。

X社は、改善勧告を受けたにもかかわらず、それに従わなかったため、A大臣から、行政手続法の定める手続に従って、特定地図検索システムの提供の中止命令を受けた。

（設問1）

あなたがX社から依頼を受けた弁護士である場合、訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

（設問2）

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

なお、明確性の原則、手続的権利及び中止命令自体の違憲性（適用違憲、処分違憲）については、論じなくてよい。

(解説)

1. 出題の概要

第44問は、平成23年司法試験の改題を通じて、報道機関による事実の報道について憲法21条1項による直接の保障を認めた博多駅事件決定の射程、表現の自由とプライバシーの対立に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

本法は、特定地図検索システムの中止命令を定めている点で、システム提供者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法21条1項に違反するかが問題となる。

(1) 権利選択

理論上、①システム提供者の表現の自由のほかに、②システム提供者の営業の自由、③ユーザーの知る権利・知る自由も考えられるが、システム提供者であるXを原告とする訴訟における憲法上の主張とその当否が問われていることと、Z機能画像が提供する情報の価値に関する問題文のヒントから、①システム提供者の表現の自由を選択すべきである。

ア. ①システム提供者の表現の自由

「表現の自由」とは、伝統的には「思想・意見」を対象としたものとして理解されているため、「事実」の表現まで「表現の自由」として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、表現の自由と規定した憲法21条の保障のもとにあるということはいうまでもない。」と述べている。

学説上、報道の自由については、「事実を伝達することが報道の基本的意味であるが、そこには受け手の側の意思形成に素材を提供することだけでなく、報道すべき事実の認識や選択に送り手の意思が働いていることも認められるから、報道の自由は言論の自由の内容をなしていることに疑問はない」と説明されることがある。

これに対し、Z機能画像は、何らかの意見と結びついているわけでもなければ、意見の前提として提供されているものでもないから、報道における事実と異なり、国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものとして国民の知る権利に奉仕するものであるとまではいい難い。したがって、博多駅事件決定の射程は及ばない。

そこで、Z機能画像の提供行為が「表現の自由」として保障されるかどうかについては、「表現の自由の内容をどのように把握するか、…表現の自由の権利内容の新たな構築…つ

基礎応用 192 頁 [判例 1]、
論証集 81 頁 [論点 1]、最
大決 S44.11.26・百 I 73

野中ほか I 390~391 頁

2011 法セミ 22 頁

まり、自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由」(出題の趣旨)が認められるかという観点から検討することになる。

この検討において参考になるのが、営利的言論の自由の保障根拠である。すなわち、営利的言論については、「国民一般が、消費者として、広告を通じて様々な情報を受け取ることの重要性にかんがみ、学説では一般に表現の自由の保護に値すると考えられている」とされており、さらには、「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…」として、国民の自律的選択を促すという観点から保障根拠を説明する見解もある。

そこで、現代においては、国民が自律的選択の前提としてインターネットを使って情報収集を行うことが普及しているということに着目し、インターネット上の情報が受け手の自律的選択に資するという観点から、思想・意見の表明を念頭に置いていた「表現の自由」の意味を新たに構築することで、インターネット上における自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由を論じるべきであると考えられる。

イ. ②システム提供者の営業の自由

平成 23 年司法試験の採点実感では、②営業の自由を選択することが不適切である理由として、「X 社の主張で『表現の自由』を記載せず、『営業の自由』…のみを記載する答案が、相当数あった。…原告の主張としてわざわざ『弱い権利』を選択するセンスの悪さは、結局のところ訴訟の当事者意識が欠けていることに結びつくように思われる。」とあるが、この指摘はやや不適切であると考えられる。

確かに、三者間形式の問題では、原告側の主張における権利選択の際には、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点も重要である。

しかし、厳格な審査基準を導き得るのは、表現の自由に限られないから、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点では、本問で被侵害権利として選択すべき権利を絞り込み切れない。

原告側に主張させる権利として「表現の自由」を選択する決定的な根拠は、会社側が Z 機能画像が提供する情報がユーザー(情報の受け手)に奉仕するという点を具体的に主張しているという問題文のヒントに求めるべきである。

何について・どう論じるのかは、第一次的には、問題文のヒントを根拠として判断すべきなのである。

ウ. ③ユーザーの知る権利・知る自由

まず、システム提供者の表現の自由として構成し得るにもかかわらず、敢えて、「第三者の憲法上の権利の援用」とし

芦部 210 頁

憲法 I 242 頁

て、ユーザーの知る権利・知る自由で構成する実益は乏しい。

次に、「知る権利」は、政府情報（政府が保有する情報、国民が政治に有効に参加するために必要な情報）を対象とするものであるから、Z機能画像が提供する情報は主として政府情報と無関係な情報であるから、Z機能画像が提供する情報を知る権利を憲法 21 条 1 項により保障される「知る権利」として構成することには無理がある。

また、知る権利と知る自由はいずれも、人間は様々な情報を知ることを通じて表現の対象とする自分の思想・意見を形成するという意味で、表現の自由が送り手と受け手の立場の互換性を前提にしていることを根拠として、「表現の自由」を規定する憲法 21 条 1 項によって保障されると説明されることが多い。ところが、Z機能画像が提供する情報は、他者のプライバシーに係る情報であるから、受け手がこれを知ることを通じて思想・意見を形成して送り手として表現をするという受け手と送り手の互換性が機能するとはいえない。この意味において、Z機能画像が提供する情報を知る権利を憲法 21 条 1 項により保障される「知る自由」として構成することにも無理がある。

この意味において、Z機能画像が提供する情報を知る権利については、平成 21 年司法試験で出題された遺伝子情報を知る権利と同様、憲法 21 条 1 項ではなく、自己情報コントロールとして憲法 13 条後段により保障され得るにとどまるのである。

（2）制約

本法は、中止命令を定めることで、システム提供者が Z機能画像を提供する自由を制約している。

（3）違憲審査基準

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質（重要性が中心）や制約の態様（強度が中心）を考慮して決定されるのが通常であるところ、このことは表現の自由についても同様である。

権利の性質では、「会社側は、Z機能画像が提供する情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有すると主張している。」という問題文のヒントを使い、Z機能画像が提供する情報がユーザーに奉仕するという点に言及するべきである。

制約の態様では、表現内容規制には厳格審査の基準が適用されるとする原則論の射程が問題となる。表現内容規制について厳格審査の基準が妥当するとされる理由の一つとして、国家が

自己に都合の悪い表現内容を言論市場から締め出すという恣意的規制の危険が挙げられる。ところが、Z機能画像は政治に関する情報ではないから、恣意的規制の動機が働きにくい。また、中止命令に先立ち、政府からの独立性が担保されている被害回復委員会に対する諮問が義務付けられているため、中止命令が恣意的に運用される危険性が制度上抑制されている。そうすると、表現内容規制の弊害は小さいとして、表現内容中立規制に準じて、違憲審査基準の厳格度を厳格審査の基準から中間審査の基準まで引き下げることが可能である。

平成23年司法試験の出題趣旨でも「本問における表現の自由の制約の合憲性をめぐって問われているのは、表現の自由とプライバシーの権利の調整である。」とあるように、本問の重要なテーマとして、「表現の自由とプライバシーの権利の調整」を挙げられる。厳格審査の基準では、目的審査における保護法益の必要不可欠性は当該法益（利益）だけに着目して判断されるため、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から判断することができない。これに対し、中間審査の基準では、目的審査における保護法益の重要性は制約されている憲法上の権利との比較による相対的な重要性を意味すると理解されているから、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から判断することができる。こうした意味でも、本問では、中間審査の基準を採用するのが望ましい。

(4) 当てはめ

前記(3)の通り、中間審査の基準を採用した場合、目的審査において、Z機能画像が提供する情報の「価値」と「弊害」に関する問題文のヒントを使いながら、「制約されている表現の自由と、保護法益であるプライバシーとを比較して、後者が前者を制約する目的として相応しいか」という観点から、保護法益であるプライバシー（Z機能画像が提供する情報により侵害され得るプライバシー）の重要性を論じることとなる。

手段審査では、手段適合性は比較的容易に認められるから、中止命令の手段必要性が争点となろう。

(参考答案)

設問 1

1. X社は、本法は、特定地図検索システムの中止命令を定めている点で、システム提供者の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に違反し違憲であると主張する。

2. 「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)は伝統的には思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるところ、Z機能画像をインターネット上で提供する自由(以下「Z機能画像を提供する自由」とする)は思想・意見の表明に当たらない。

もともと、「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)には受け手に資するということにも意味がある。そして、Z機能画像は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるところを通じてユーザーの利便性の向上に役立つとともに、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることにより詐欺被害を未然に防止できるという社会的意義を有するという意味で、ユーザーの知る自由に奉仕するものである。そうすると、Z機能画像を提供する自由は、受け手の知る自由に奉仕するものであるから、報道機関による事実の報道と同様に考えて、「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べきである。

3. 本法は、中止命令を定めることで、システム提供者が Z 機能画像を提供の自由を制約している。

4. Z機能画像を提供する自由は、上記のユーザーの利便性及び社会的意義を有する重要な権利である。そして、中止命令は、本法(イ)所定の情報内容に着目して発せられるから、提供される情報の内容に着目して表現内容規制である。そこで、本法は、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い限り違憲であると解すべきである。

5. 立法目的は、国民のプライバシー保護にある。そして、Z機能画像が公道から撮影したものであることから、Z機能画像に映っているプライバシー情報は公道から認識し得るものであり、その秘匿性は低い。したがって、Z機能画像により侵害され得るプライバシーは、必要不可欠な利益とはいえない(①)。

また、中止命令により、プライバシーを侵害していないものも含めたすべての Z 機能画像の利便性・社会的意義が失われることになる。Z機能画像によるプライバシー侵害を回復することは、遵守事項違反のある情報の削除命令というより制限的でない他の選び得る手段によっても可能であるから、特定地図検索システムの提供全体を対象とした中止命令は手段必要性を欠く。したがって、中止命令は必要最小限度の手段とはいえない(②)。

よって、本法は憲法 21 条 1 項に違反し違憲である。

設問 2

1. 被告側は、Z機能画像は国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものではないから、システム提供の自由について報道機関による事実の報道と同様に考えることはできず、「表現の自由」として保障されるとはいえないと反論する。

確かに、博多駅事件決定は報道機関による事実の報道についてそれが一般国民の知る権利に奉仕することを根拠として憲法 21 条 1 項による保障を肯定している。そして、Z機能画像は、何らかの意見と結びついているわけでもなければ、意見の前提として提供されているものでもないから、報道における事実と異なり、国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料となるものとして国民の知る権利に奉仕するものであるとはいえない。したがって、博多駅事件決定の射程は及ばない。

しかし、国民が自律的選択の前提としてインターネットを使って情報収集を行うことが普及した現在においては、インターネット上の情報が受け手の自律的選択に資するという観点から、思想・意見の表明を念頭に置いていた「表現の自由」の意味を新たに構築することが試みられるべきである。

そして、Z機能画像は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができると、どこに行くかどうかの自律的選択に大いに役立つ。また、不動産広告が誇大広告であるか否か確かめることができ、不動産購入における自律的選択にも役立つ。

そこで、Z機能画像を提供する自由も、ユーザーの知る自由に奉仕し、自律的選択を実効あらしめるものとして、憲法 21 条 1 項の「表現の自由」に含まれると解すべきである。

2. 被告側は、仮にシステム提供の自由が「表現の自由」として保障されるとしても思想・意見の表現に比べてその要保護性が低いことと、Z機能画像の中止命令については表現内容規制の弊害が小さいことを理由として、厳格審査の基準は適用されないと反論する。

表現の自由の重点は自己統治の価値にあるから、自己統治の価値をほとんど有しない Z機能画像を提供する自由の「表現の自由」としての要保護性は低いといわざるを得ない。

また、表現内容規制について厳格審査の基準が妥当するとされる理由の一つとして、国家が自己に都合の悪い表現内容を言論市場から締め出すという恣意的規制の危険が挙げられる。ところが、Z機能画像は政治に関する情報ではないから、恣意的規制の動機が働きにくい。さらに、中止命令に先立ち、政府からの独立性が担保されている被害回復委員会に対する諮問が義務付けられているため、中止命令が恣意的に運用される危険性が制度上抑制されている。そのため、表現内容規制の弊害は小さい。

そこで、本法の憲法 21 条 1 項適合性は、①立法目的が重要な公益の保護にあり、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有する否かにより審査すれば足りると解すべきである。

3. 被告側は、インターネットの特殊性ゆえに、公道から撮影した Z 機能画像により侵害されるプライバシーも重要な公益に当たると反論する。

確かに、人は、公道から撮影できる領域では、閉鎖的な領域とは異なり、他者に見られているかもしれないということを意識して振る舞うなどして他者に見られる自己情報をコントロールできるから、公道から撮影できる領域におけるプライバシーの要保護性は高くないともいえそうである。

しかし、公道から撮影できる領域における自己情報のコントロールは、ごく一部の他者による偶然かつ一過性の視線にさらされることを前提としているにとどまり、当該領域における自己情報が画像化されてインターネット上に固定化された上、二次的利用を介して不特定多数者の視線に継続的に晒されるという事態までは想定していない。

例えば、公道上の人物画像は、それがインターネット上に固定化され分析されることにより、その人物の行動や私生活まで窺わせることになるものであるから、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人としては、自分がその場所にいることやそこでの行動が Z 機能画像としてインターネット上に公開されることを認識していれば、その場所にいることやそこでとった行動を差し控えていたはずである。

また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設などの公開されてはいけない施設の位置情報、子どもが路上や公園で遊んでいるという情報も、これがインターネット上に固定化され分析されることにより DV 再発や誘拐等のリスクが高まるのであるから、これらの情報がインターネット上で画像として公開されることを認識していれば、保護施設であることが分からない外観にしたり、子どもだけで路上・公園で遊ばせないといったことにより公開される情報をコントロールしていたはずである。

そして、これらの情報が Z 機能画像に含まれていた上、インターネット上に公開された Z 機能画像の第三者による二次的利用が頻繁にあったのであるから、Z 機能画像の提供により侵害されるプライバシーは、表現の自由を制約する目的としてふさわしいといえ、重要であるといえる (①)。

4. 被告側は、潜在的被害の多さゆえ個別の削除命令ではプライバシー侵害の回復手段として十分でないから、中止命令には実質的関連性が認められると反論する。

まず、本法の制定経緯からして Z 機能画像が個人のプライバシーを侵害しているという関係性には立法事実による支持がある

といえる。そして、中止命令によってプライバシーを侵害している Z 機能画像の提供が中止されるから、プライバシー侵害が阻止ないし回復される。したがって、中止命令には、立法目的の実現を促進するものとして手段適合性は認められる。

次に、システム提供者が大量の Z 機能画像をインターネット上に公開していることからすれば、プライバシーを侵害する Z 機能画像を提供している提供者は、勧告に係る Z 機能画像のほかにもプライバシーを侵害する Z 機能画像を大量に提供していると考えられる。そのため、個別の削除命令では埒が明かず、プライバシー侵害を回復する手段として Z 機能画像すべての提供を中止させる中止命令と同程度の有効性があるとはいえない。

したがって、中止命令には手段必要性も認められるから、実質的関連性もあるといえる (②)。

よって、本法は憲法 21 条 1 項に違反せず合憲である。 以上

判例索引

- ・国民審査制度の法的性質（最大判 S27.2.20・百 II 178） p333~
- ・謝罪広告事件（最大判 S31.7.4・百 I 33） p89~
- ・砂川事件（最大判 S34.12.16・百 II 163） p327~
- ・苫米地事件（最大判 S35.6.8・百 II 190） p327~
- ・東京都公安条例事件（最大判 S35.7.20・百 I A8） p231~
- ・村会議員出席停止事件（最大判 S35.10.19・百 II 181） p339
- ・第三者所有物没収事件（最大判 S37.11.28・百 II 107） p 380~
- ・東大ボボロ事件（最大判 S38.5.22・百 I 86） p141~
- ・河川附近地制限令事件（最大判 S43.11.27・百 I 102） p274
- ・三井美唄炭鉱労組事件（最大判 S43.12.4・百 II 144） p297~
- ・都教組事件（最大判 S44.4.2・百 II 140） p319
- ・事前運動禁止事件（最大判 S44.4.23） p303
- ・博多駅事件（最大決 S44.11.26・百 I 73） p158~、179~、188~、197~、355~
- ・京都府学連事件（最大判 S44.12.24・百 I 16） p43
- ・八幡製鉄事件（最大判 S45.6.24・百 I 8） p3~
- ・小売市場事件（最大判 S47.11.22・百 I 91） p248~
- ・尊属殺人事件（最大判 S48.4.4・百 I 25） p61
- ・全農林警職法事件（最大判 S48.4.25・百 II 141） p315~
- ・三菱樹脂事件（最大判 S48.12.12・百 I 9） p29~
- ・牧会事件（神戸簡判 S50.2.20・百 I 40） p108
- ・薬事法事件（最大判 S50.4.30・百 92） p247~、255~
- ・徳島市公安条例事件（最判 S50.9.10・百 I 83） p144~、151~、349~
- ・議員定数不均衡訴訟（最大判 S51.4.14・百 II 148） p290
- ・富山大学事件（最判 S52.3.15・百 II 182） p145、339
- ・全通東京中郵事件（最大判 S52.5.4・百 II 142） p316
- ・在宅投票制度廃止事件（札幌高判 S53.5.24） p289
- ・津地鎮祭事件（最大判 S52.7.13・百 I 42） p123~
- ・マクリーン事件（最大判 S53.10.4・百 I 1） p11~、51~、
- ・前科照会事件（最判 S56.4.14・百 I 17） p37~
- ・戸別訪問禁止事件（最判 S56.6.15） p303~
- ・戸別訪問禁止事件（最判 S56.7.21・百 II 158） p206、303~
- ・堀木訴訟（最大判 S57.7.7・百 II 132） p368~
- ・よど号ハイジャック記事抹消事件（最大判 S58.6.22・百 I 14） p167
- ・税関検査事件（最大判 S59.12.12・百 I 69） p152
- ・吉祥寺駅構内ビラ配布事件（最判 S59.12.18・百 I 57） p211、231
- ・旅券発給拒否処分事件（最判 S60.1.22） p263
- ・北方ジャーナル事件（最大判 S61.6.11・百 I 68） p198
- ・森林法共有林事件（最大判 S62.4.22・百 I 96） p271
- ・自衛官合祀訴訟（最大判 S63.6.1・百 I 43） p127

- ・レペタ事件（最大判 H 元.3.8・百 I 72） p180
- ・岐阜県青少年保護育成条例事件（最判 H 元.9.19・百 I 50） p167~
- ・成田新法事件（最大判 H4.7.1・百 II 109） p224~、231~、281
- ・酒類販売免許制事件（最判 H4.12.15・百 I 94） p248
- ・箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟（最判 H5.2.16・百 I 46） p125、133
- ・泉佐野市民会館事件（最判 H7.3.7・百 I 81） p233~
- ・指紋押捺事件（最判 H7.12.15・百 I 2） p43~
- ・宗教法人解散命令事件（最決 H8.1.30・百 I 39） p107~
- ・エホバの証人剣道実技受講拒否事件（最判 H8.3.8・百 I 41） p115~、157
- ・南九州税理士会事件（最判 H8.3.19・百 I 36） p3~
- ・重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟（最大判 H11.11.10・百 II 152） p298
- ・ハンセン病訴訟（熊本地判 H13.5.11・百 II 192） p287
- ・証券取引法事件（最大判 H14.2.13・百 I 97） p271~
- ・在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟（最大判 H17.9.14・百 II 147） p218、287~
- ・NHK 記者証言拒絶事件（最決 H18.10.3・百 I 71） p187~
- ・広島市暴走族追放条例事件（最判 H19.9.18・百 I 84） p180、223~
- ・学生無年金障害者訴訟（最判 H19.9.28・百 II 134） p371
- ・国籍法違憲訴訟（最大判 H20.6.4・百 I 26） p59~
- ・空知太神社事件（最大判 H22.1.20・百 I 47） p124~、133~
- ・「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件（最判 H23.5.30・百 I 37） p97~
- ・老齢加算廃止訴訟（最判 H24.2.28・百 II 135） p370
- ・堀越事件（最判 H24.12.7・百 I 13） p19~、316
- ・神奈川県臨時特例企業税事件（最判 H25.3.21・百 II 201） p350
- ・非嫡出子相続分規定事件（最大決 H25.9.4・百 I 27） p61
- ・女子再婚禁止期間事件（最大判 H27.12.16・百 I 28） p61、67~、291
- ・夫婦同氏事件（最大判 H27.12.16・百 I 29） p67~
- ・グーグル検索結果削除請求事件（最決 H29.1.31・百 I 63） p205、283
- ・市議会議員出席停止事件（最大判 R2.11.25） p146、339~
- ・孔子廟訴訟（最大判 R3.2.24） p124
- ・「宮本から君へ」助成金不交付事件（最判 R5.11.17） p157~

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・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(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→「行百」と表記