

# 「きの講座・総論編」

辰巳専任講師 西口竜司

## (コンセプト)

- 本試験で問われる内容  
基本、基本+応用  
いずれも基本を押さえることが重要
- 本講座で各科目の基本を押さえつつ各科目の作法を理解してもらう
- 事実の重要性を理解してもらう

## (基本とは)

- 基本的な条文  
条文を正しく読んでいるか
- 基本的な判例  
どのような事案について、どのような理由で判例が導かれたか  
本件事案との違いは
- 基本的な論点  
なぜ、問題となるのか  
論証の骨子は何か

## (答案の書き方)

- ① 問題文を読む  
要点の把握  
慣れてくると論点が見えてくる
- ② 答案構成をする  
人によって違う
- ③ 答案作成をする  
自分のペンのスピードの測定  
加除訂正の問題

## (論文試験で大事なこと)

- 必要な力
  - ・読解能力
  - ・基本的な法学の知識
  - ・論述力
  - ・合理性→相対評価の試験である
- 論述力について
  - 法的三段論法を意識すること
  - ロングバージョンとショートバージョン
- 問題提起について
  - 重要な争点について問題提起をする
  - 条文なし、条文上明らかでない、不都合性を修正するための法律構成
- 論証について
  - 基本的には制度趣旨を意識すること

## (短答試験で大事なこと)

- 必要な力
  - ・読解力
  - ・基本的な法学の知識
  - ・合理性
- 日常の学習
  - ・1問1答ではなく、背景となる知識の確認
  - 趣旨の確認
  - ・論文との整合性の意識

以上

---

予備試験&司法試験対策

---

# 基本の「き」講座

【憲法】

辰巳専任講師・弁護士  
西口 竜司 先生

---

辰巳法律研究所  
<https://www.tatsumi.co.jp/>



## 第1問

### 【問題文】

20\*\*年、A市では、コンビニやスーパー等における性的な画像を含む書籍の販売等の在り方に対し、市民から、青少年（18歳未満の者をいう。）の健全な育成に悪影響を及ぼす、安心して子供と買い物に行けないという意見が多く寄せられるようになった。

このような経緯から、A市では、「①A市において、事業者は、青少年に対して、性的な画像を含む書籍（以下、規制図書類）の販売をしてはならない。②学校教育法（昭和22年法律第26号）第1条に規定する学校（幼稚園及び大学を除く。）の敷地の周囲200メートル以内の区域（以下、規制区域）の店舗では、規制図書類を販売してはならない。」という条例案が検討されることとなった（以下、この条例を「本件条例案」という）。

本件条例案の検討にあたり、本件条例案に反対する側の立場から、本件条例案①は、青少年の知る自由を不当に制約するものであり、違憲の疑いがあるという意見や、本件条例案②は、成年の知る自由が制約され、違憲の疑いがあるとの意見述べられている。

これに対して、本件条例案に賛成する側の立場からは、青少年の知る自由は、憲法上十全に保証されているものではなく、制約されることが予定されているのだから、本件条例案①が未成年の知る自由に対する制約となるとしても、違憲とまではいえないという意見や、本件条例案②が成年の知る自由に対する制約になるとしても、それは間接的なものにすぎず、違憲とはならないという意見、そもそも規制区域外の地域では規制図書類の購入・賃借がないうる以上、本件条例案は違憲ではない等の意見が述べられている。

本件条例案の検討に関わっている市の担当者Xは、法律家甲のところへ訪れ、本件条例案の憲法の観点から問題がないかどうかの検討を依頼した。

#### 〔設問〕

あなたが検討を依頼された法律家甲であるとして、本件条例案①が青少年の知る自由を制約し、違憲とならないか、及び、本件条例案②が成年の知る自由を制約し、違憲とならないか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・学説や自己の見解と異なる立場に言及すること。

#### 〔参照条文〕

学校教育法（昭和22年法律第26号）

第1条 この法律で、学校とは、幼稚園、小学校、中学校、義務教育学校、高等学校、中等教育学校、特別支援学校、大学及び高等専門学校とする。

## 第1問

### 【答案例】

#### 第1. 本件条例案①について

1. 本件条例案①は、青少年の知る自由を制約するものとして、憲法（以下略）21条1項に反し、違憲とならないか。

#### 2. 制約の有無

(1) 21条1項が「表現の自由」を保障する趣旨・目的は、思想の自由市場への流通過程を確保する点にある。これは、思想・情報の受け手の存在をも予定するものである。そこで、かかる趣旨・目的に鑑み、**知る自由も表現の自由の派生的原理として、21条1項により保障される**と考える。

性的な画像を含むようなものでも、それが一つの情報であることには変わらない。そのため、青少年が規制図書類の内容を知る自由も21条1項により保障される。

(2) 本件条例案①によって、青少年は規制図書類を購入することができない。そのため、これは青少年に知る自由に対する制約といえる。

#### 3. 制約の憲法適合性

(1) 違憲審査基準は、権利の性質と、規制態様を考慮して定立する。

ア. たしかに、知る自由は表現の自由と表裏一体のものであり、重要な権利である。

しかし、**知る自由の保障は、情報の受け手に情報の取捨選択能力があることが前提**であるところ、**青少年は、一般的に精神的に未熟であり、この能力を十全に有していない**。そうであれば、**青少年は、精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要があり、成人と同等の知る自由を保障される前提を欠く**。そのため、青少年の知る自由は、制約からの**要保護性が低い**というべきである。

イ. また、本件条例案①は、内容規制であるため、規制態様が強いとも思える。

しかし、**内容規制について審査密度を深めるべきとされる根拠は、思想の自由市場を歪めるおそれが高い**という点にある。そして、本件条例案と①は、A市内という場所の事

書き出し方を決めておく。

#### 論点

知る自由は憲法21条1項により保障されるか

(趣旨規範P55)

よど号ハイジャック事件や、レペタ訴訟等を意識できた論証が展開できていればよく、判例の名称を書く必要はない。

本来、違憲審査基準をどのように定立するかは基準は、答案上で書く必要はない。ここでは理解の便宜のために書いている。

岐阜県青少年保護条例事件の伊藤正巳裁判官補足意見を意識して論じる。その際、権利の重要性を否定する根拠として論証を展開する。

なぜ内容規制であると、厳格に審査されると解されているのか、その根拠に立ち返って論じることができれば、論述の説得力が上がるであろう。

## 第1問

業者に対して、規制図書類の販売・貸与を禁止しているにすぎず、**青少年であってもインターネットや別の市で規制図書類を取得しうる点で、場所及び規制方法が限定された部分規制**といえる。そうであれば、**思想の自由市場が歪められるおそれは低く、上記根拠が妥当しない。**

そのため、**内容規制であることを理由に本件条例案①の審査密度を深めることはできない。**

ウ. そこで、本件条例案①は、**規制目的が重要で、規制手段が目的と実質的に関連する場合に限り、合憲である**と考える。

(2) これを本件についてみる。

ア. 規制目的は、青少年の健全な育成を図る点にある。青少年の育成は、その者の人格形成によって重要なものであるといえるから、かかる目的は重要であるといえる。

イ. 規制手段が目的と実質的に関連するといえるためには、目的と適合性・規制の必要性が必要である。

本件条例案①によって、青少年に対する規制図書類の販売を規制すれば、青少年が性的な情報を受領することによって青少年の健全な育成が害されることはなくなるから、上記目的に資する。そのため、目的との適合性が認められる。

また、青少年の健全な育成を保護するという目的を達成するためのより制限的でない他の選びうる手段は見当たらない。したがって、かかる規制は目的を達成するために過剰な規制手段ともいえず、手段必要性も認められる。

よって、手段が目的と実質的に関連するといえる。

(3) 以上より、本件条例案①は、合憲である。

第2. 本件条例案②について

1. 本件条例案②は、成年の知る自由を制約するものとして、21条1項に反し、違憲とならないか。

2. 制約の有無

(1) 成年の知る自由も、21条1項により、派生的原理として保障される。

(2) 本件条例案②により、成年は規制区域において規制図書類が購入できなくなるから、成年の知る自由に対する制約が認められる。

3. 制約の憲法適合性

(1) 違憲審査基準

内容に着目しているが、時・場所・方法に限定が付されているような表現規制は、表現中立規制と評価する考え方もあるが、本答案では、内容に着目している以上、内容規制であるが、部分規制でもある、という評価を行った。

違憲審査基準の定立。

適合性審査では、その規制手段が目的に資するか（効果的か）否かを検討する。

手段必要性審査では、当該手段が目的を達成するうえで過剰な規制となっていないかを検討する。その際、LRAを用いることが多い。

## 第1問

ア. 成年の知る自由は青少年の知る自由とは異なり、21条1項により十全に保障される。そして、知る自由は思想の自由市場を発展させるために不可欠な権利であるため、重要な権利といえ、要保護性が高い。

イ. しかし、本件条例案②は、青少年の健全な育成を保護するためになされたものであり、成年の知る自由に対する制約は間接的なものにすぎない。

また、本件条例案②は、規制区域内に限定して規制図書類の販売を禁止するものであるから、場所を限定した部分規制である。そうであれば、規制区域外において規制図書類を購入できる点で思想の自由市場に対する代替的伝達経路も確保されているといえる。

以上の点に照らせば、成年の知る自由に対する規制の様子は弱い。

ウ. そこで、本件条例案②は、規制目的が重要で、規制手段が目的と実質的に関連する場合に限り、合憲であると考える。

(2) これを本件についてみる。

ア. 規制目的は、本件条例案①と同様であり、重要な目的といえる。

イ. 規制区域は学校から周囲200mの範囲内という青少年が多く出入りする場所である。そのような規制区域で規制図書類の販売を禁止すれば、青少年が性的な情報を受領することによって青少年の健全な育成が害されることはなくなるから、上記目的に資する。そのため、目的との適合性が認められる。

しかし、かかる目的は、対象を青少年に限定して販売を禁止することによっても達成できる。そうであれば、より制限的でない他の選びうる手段があるといえ、成年にまで規制図書類の販売を禁止する必要性はない。

したがって、規制手段が目的と実質的に関連するとはいえない。

(3) よって、本件条例案②は違憲である。

以上

青少年の場合との比較しつつ論じる。

間接的な規制であることは、問題文にも誘導されていることから、指摘したい。

部分規制であるが故に、規制態様が弱いという指摘。

違憲審査基準の定立（厳格な合理性の基準）。

適合性→必要性の順序で検討していく。



## 第1問

## 第2問

### 【問題文】

現在、A県のB市では、多くの薬局が設置されており、これ以上新たな薬局が無制限に開設されると、薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、これにより法令違反が多発し、不良医薬品の供給されうる危険が生じるため、このような弊害を防止する必要性が生じた。また、過当競争によって淘汰されうる既存の経営者を保護する必要性も生じた。

このような経緯を受け、A県では、「A県B市における薬局等の営業を許可制とし、設置の場所が配置の適正を欠くときには許可を与えない」旨の本件法律が制定された。本件法律は、適正配置の具体的基準の制定を都道府県に委任していたところ、A県では、配置基準として、既存の薬局と100m以上の距離を空けなければならない旨が規定されている（本件距離制限規定）。

Xは、経営する店舗での医薬品一般販売業の免許を申請したが、既存の薬局との距離が90mしか空いていなかったため、本件距離制限規定が定める適正配置基準に不適合であることを理由に、A県知事から不許可処分を受けた。

Xは、上記適正配置規制を定める本件法律及び本件距離制限規定が、憲法第22条第1項に違反すると考え、上記不許可処分の取消しを求めて出訴した。

#### 〔設問1〕

あなたがXの訴訟代理人となった場合、どのような憲法上の主張を行うか。

#### 〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた主張に対する国の反論を想定しつつ、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。

## 第2問

### 【答案例】

#### 第1. 設問1

1. Xの訴訟代理人として、本件法律及び本件距離制限規定（以下、**本件規定**）が、**営業の自由を制約するものとして、憲法（以下略）22条第1項に違反すると主張する。**

2. 営業の自由に対する成約の有無について

(1) 22条1項は「職業選択の自由」を保障しているところ、選択した職業を自由に遂行できないのでは意味がないから、同条項は営業の自由をも保障していると考ええる。

薬局を開設する自由は、営業の自由にあたるから、これを行う自由は同条項により保障される。

(2) 本件規定は、許可を受けなければ薬局の開設を認めないとするものであるから、営業の自由に対する制約といえる。

3. 制約の憲法適合性について

(1) 職業規制に対する違憲審査基準は、規制の態様・目的に照らして、当該規制に対する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより決せられる。

ア. 規制の態様は、**許可制**である。一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様を超えて、**職業選択の自由そのものを制約するものである**。そのため、規制態様としては極めて強い。

イ. また、本件規定の規制目的は、薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、これにより法令違反が多発し、不良医薬品の供給されうる危険が生じうるため、このような弊害を防止する点にある。そうであれば、本件規定は**消極目的規制**であるといえる。

ウ. 以上に照らせば、事の性質上、本件規制に対する立法裁量は減縮されると解すべきである。そこで、本件規制は、規制目的が重要で、規制手段が目的と実質的に関連する場合に限り、合憲であると考ええる。

(2) 規制目的は、上記のとおり、不良医薬品の供給の

本件規定の違憲を主張する前提として、いかなる権利が制約されていると主張するのかを明確にする必要がある。本問では、職業選択の自由が侵害されている、という構成もありうる。

営業の自由が22条1項で保障される旨の論証は、この程度でよい。

形式的にでも、三段論法を徹底する。

職業規制の問題では、まず、違憲審査基準をどのように定立するのか、というルールを明確にする必要がある。

「規制目的二分論を紹介し、批判する」という論証は書くならここで展開することになるが、得点効率の観点からあまり実効性がないので、本答案では省略している。

なるべく判例と同じフレーズを用いて認定するとよい。

ここでの規制目的の認定は、「目的が重要であるかどうか」を論じるのではなく、「積極目的なのか、消極目的なのか」を論じる。ここでの認定が、裁量の広狭に繋がり、違憲審査基準の厳格度が決まる。

違憲審査基準の定立。

## 第2問

危険が生じるという弊害を防止する点にある。たしかに、このような規制により保護される対抗利益は、人の生命・身体・健康の利益という重要な公共の利益であるから、かかる目的は重要なものといえる。

しかし、規制手段が目的と実質的に関連するといえるためには、より制限的でない他の選びうる規制手段がないことが必要である。

そして、不良医薬品の供給の危険が生じるという弊害を防止する手段としては、販売の段階で規制を施せば足りるのだから、薬局の開業自体を制限する必要はない。そうであれば、より制限的でない他の選びうる手段があるといえ、本件規定の規制手段が上記目的と実質的に関連しているとはいえない。

- (3) よって、本件規定は22条1項に反し、違憲である。

### 第2. 設問2

#### 1. 違憲審査基準について

##### (1) 想定される反論

本件規制の目的は、過当競争によって淘汰される既存の経営者を保護するという弱者保護にある。そのため、本件規定は積極目的規制であり、立法府の裁量が広く認められる。

そこで、本件規定の合憲性は、それが著しく不合理であることが明白であるか否かにより決せられるべきである。

##### (2) 私見

たしかに、本件規定は積極目的規制の側面もあることは否定できない。しかし、原告の主張で述べたとおり、かかる規定の規制目的には、不良医薬品の供給の危険が生じるという弊害を防止するという消極目的も併存している。そうすると、単なる積極目的規制の場合と同様の立法裁量を立法府に認めることはできない。

このことに、本件規定が許可制であり、規制態様が強いことも踏まえると、違憲審査基準は原告の主張した基準によるべきである。

ここでは、目的が重要か否かを認定。

手段審査は、手段適合性と、手段必要性(相当性)で判断されることが多いが、本問では適合性審査を省略している。必要性審査では、当該規制が目的を達成するために過剰ではないかを検討する。その際、LRA が用いられることが多い。

「より制限的でない他の選びうる手段」の内容はできるだけ具体的に明示すること。

問題文中に本件規制が積極目的規制であることを基礎づける事実があることから、これを根拠に、立法府の裁量を広く認め、違憲審査基準の厳格度を下げるべきだ、という反論。

明白性の原則を紹介。

私見では、学問的に正確かどうかは二の次にして、自分の考えをわかりやすい日本語で説得的に論じることが肝心である。

ここでは、規制目的が複合的なものとして、緩やかな審査基準は妥当しないと論じた(学問的にこれが正解ではない)。

## 第2問

2. 本件規定の違憲性について

(1) 想定される反論

ア. まず、規制目的である、不良医薬品の供給の危険が生じるという弊害を防止すること、及び既存の経営者を保護することは、いずれも重要な目的といえる。

イ. また、後者の目的をも達成するためには、販売の段階での規制では足りず、開業を許可制にする必要があるから、これは必要かつ合理的な手段である。そのため、より制限的でない他の選びうる手段もないといえ、かかる手段は目的と実質的関連性がある。

ウ. よって、合憲である。

(2) 私見

ア. 規制目的が重要であることは被告の反論に賛成する。

イ. また、供給業者を一定の資格要件を具備するものに限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用することそれ自体は、上記目的を達成させるものである。

もっとも、適正配置という規制手段と上記目的との間に実質的な関連性は認められない。過当競争による不良医薬品の供給の危険や、既存の経営者が淘汰されるという危険は、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られないからである。

ウ. よって、本件規制は違憲である。

以上

違憲審査基準について、実質的関連性基準を採用したとしても、設問1とは異なり、弱者保護の目的との関連性も考慮しなければならないから、結論は左右しうる。

争いとならない部分は簡潔に論じる。

許可制自体は許されるが、適正配置という規制手段は許されない、という立論。

判例は「弱者保護」の積極目的について何ら触れていない。そのため、このような認定が学問的に正しいのかはわからないが、上記のとおり、「私見」では学問的な正確性ではなく、自分の言葉で論じることが大事なので、このようにまとめることとした。