

憲法(専門記述)ー最近の重要判例と直前期のまとめ・予想ー

<2次論文試験(過去問分析)>

H19 応用問題(統治)・・・41条・43条

H20 応用問題(人権)・・・26条

H21 応用問題(統治)・・・参議院の問責決議(69条参照)

H22 応用問題(人権)・・・20条・21条

H23 応用問題(統治)・・・84条・14条・25条

H24 応用問題(人権)・・・21条・29条

H25 応用問題(人権)・・・13条・21条・25条・26条(←人権のみ)

H26 応用問題(総合)・・・14条・15条・43条1項(←人権2:統治1)

H27 応用問題(総合)・・・21条・31条・65条(←人権2:統治1)

H28 応用問題(総合)・・・22条・14条・41条(←人権2:統治1)

H29 応用問題(人権)・・・法人・14条・21条(←人権のみ)

H30 応用問題(人権)・・・21条・13条・22条(←人権のみ)

R1 応用問題(統治)・・・84条・89条・92条・94条(←統治のみ)

R2 応用問題(総合)・・・13条・41条(←人権1:統治1)

R3 応用問題(統治)・・・81条・80条・15条(←ほぼ統治)

<予想>

○～◎13条(H25, R2), ◎14条(H23, 26, 28, 29), ◎20条(H22),
◎21条(H22, 24, 25, 27, 29, 30), ◎22条(H28, 30), ○～◎29
条(H29), ◎25条(H23, 25), ○26条(H25), ○31条(H27)

○国会(H19, 21, 26, 28, R2), ○内閣(H27, R3), △～○裁判所(R3),
△～○財政(R1), △～○地方自治(R1)

2次試験(出題履歴)

	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	R1	R2	R3
人権享有主体								①	①										○				○	○				
包括的基本権							○												○	○					○		○	
法の下の平等																					○		○	○				
精神的自由権			○				○		①	④		○					○		○	○		○		○	○			
経済的自由権												○							○	○			○	●	○			
人身の自由		△			○																	○						
参政権																						○						△
社会権															○					○								
受益権																												
国会	○								①				○		○						○		○				○	
内閣	○							④			○				○							○						△
裁判所				○					④																			○
財政						○												○								○		
地方自治		○																								○		
その他				○																								

注意：13, 14, 15年度は No. 1(必須問題)と No. 4(選択問題)の2題出題されていた。

<最近の重判>

○～◎13条(H25, R2) R3重判5, ◎14条(H23, 26, 28, 29) R3重判1,
 ◎20条(H22) R3重判6, ◎21条(H22, 24, 25, 27, 29, 30), ◎22条
 (H28, 30) R3重判8, ○～◎29条(H29), ◎25条(H23, 25), ○26条(H
 25), ○31条(H27)
 ○国会(H19, 21, 26, 28, R2), ○内閣(H27, R3), △～○裁判所(R3)
 R3重判2・行6, △～○財政(R1), △～○地方自治(R1)

人権の問題（論文）の解き方

1. 人権（団体の場合は権利・自由）享有主体性の有無

2. 保障

〇〇条 ← 原則として1つの条文

例外は 権 = 条 + 条

3. 制約

(1) 「公共の福祉」(条, 条, 条 項, 条 項)

(2) 違憲審査基準（「二重の基準論」）

3'. 私人間効力

× 非適用説

× 直接適用説

○ 間接適用説（判例・通説）← 2次テキスト p 27 参照

<人権享有主体性>

◎「法人」の「人権」(⇒「団体」の「憲法上の権利」)⇒平成29年度本試験(A案)

A:「人権」享有主体性否定説(樋口)

人権=自然人

(理由) ① 歴史的理

市民革命時 = 中間団体排除

//

×結社の自由 → 自由な個人の創設 → ○結社の自由 (後に承認)

② 自然人に認めれば十分である。

③ 法人=社会的権力として自然人の人権を侵害する存在である。

B:肯定説(通説)

- 根拠
- ① 法人に人権(*)を保障する → 構成員たる自然人の人権保障に資する。
*憲法上の権利・自由 ↑ 法人擬制説
(フィクション)
 - ② 法人の社会的実体 ← 直視すべきである。 ← 法人実在説

<限界> ← <根拠>に対応する。

① 法人は、a 法人の構成員たる自然人
b 法人外の自然人 の人権を侵害できない。

② 法人 = 社会的影響力 大 > 自然人 = 社会的影響力 小

↓

法人の自由は、自然人の自由よりも制約されるべきである。

C:判例(肯定説)

a. 八幡製鉄政治献金事件 (百選I9)

- ① 政治的行為の自由 ≧ 政治献金の自由 自然人と に保障される。
- ② 政治の動向に影響を与えても構わない。

↓

適法・有効 (私人間効力)

<批判>

- ① 少数派の株主の意思に反する。
- ② 法人の社会的影響力を無視している。

b. 南九州税理士会事件 (百選I39)

会員に対する特別会費(法律の改正が目的)の徴収

↓

違法・無効 (私人間効力)

c. 群馬司法書士会事件（最判平 14. 4. 25）

会員に対する特別負担金（支援が目的）の徴収



適法・有効（私人間効力）

[a と b の異同]

[団体の目的の]

[効力]

a 株式会社＝**営利**団体・**任意**加入 八幡製鉄所 **範囲内** → **適法・有効**



b 税理士会＝**非営利**団体・**強制**加入 南九州税理士会 **範囲外** → **違法・無効**

[b と c の異同]

[団体の目的の]

[効力]

b 税理士会＝**非営利**団体・**強制**加入 南九州税理士会 **範囲外** → **違法・無効**



c 司法書士会＝**非営利**団体・**強制**加入 群馬司法書士会 **範囲内** → **適法・有効**

平成 14 年度 国家 I 種法律職 No. 1

法律上強制加入団体であるさる専門職業団体は、自己の活動分野の拡充を図る目的で、それに理解を持つ政治団体に政治献金を行うために特別会費を徴収することとし、また、大規模な自然災害にあった地域における同業者支援の寄付をするために特別負担金を集めることとした。この職業団体の行為に関し、憲法上問題となり得る点を挙げ、論評せよ。

<解答のポイント>

本問の前段は南九州税理士会事件、後段が群馬司法書士会事件である。

群馬司法書士会事件最高裁判決は本問の出題の直前に出された（最判平 14. 4. 25）。

いずれも**非営利・強制加入団体**である（この点で八幡製鉄政治献金事件と異なる）が、「目的の範囲内」かどうか結論（南九州税理士会事件は違法、群馬司法書士会事件は適法）を分けている（私人間効力）。

<論点>

I. 団体の権利・自由

II. 政治献金のための特別会費徴収

III. 同業者支援のための特別負担金の徴収

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp. 89-92

まとめ（判例）

事件	団体の権利	構成員の権利	団体の目的の範囲内か	適法か 違法か
＜八幡製鉄政治献金事件＞ …株式会社（営 利法人・任意 加入）による 政治献金	政治的行為の自由（表現の自由に含まれる）	思想・良心の自由 表現の自由 財産権	目的の範囲内	適法
＜南九州税理士会事件＞ …専門職業団体（公益法人・強制加入団体）による政治献金のための特別会費の徴収	政治活動の自由（表現の自由に含まれる）	思想・良心の自由 表現の自由 財産権	目的の範囲外	違法
＜群馬司法書士会事件＞ …専門職業団体（公益法人・強制加入団体）による同業者支援のための特別負担金の徴収	同業者の支援（表現の自由に含まれる）	思想・良心の自由 表現の自由 財産権	目的の範囲内	適法

◎法人の政治活動の自由(21条)・平等原則(14条)平成29年度 国総
(共通)

次の事例について、以下の設問に答えなさい。

【事例】

企業の影響力は経済に限らず、社会生活全般に及んでいる。そのため企業は説明責任を果たし、倫理性や公正さに配慮した行動を行い、法を遵守し、人権を尊重することが求められている。そこで、企業の社会的責任の履行を促進するための専門委員会が政府部内に設置された、と仮定する。同委員会が検討案を一般に公募したところ、多くの案が集まったが、その中には次に骨子を示す二つの案も含まれていた。

【A案】

民主主義国家においては、個人による政党への献金こそが基本とならねばならない。企業は個人に比べ資金力があり社会的影響力も大きいので、企業による政治献金は民主的意思形成の過程を歪めるおそれがある。そのため、企業による政治資金規正法上の政治団体に対する献金は一律禁止する。

【B案】

最近の調査によると、全就業者に占める女性の割合は40%を超えているにもかかわらず、管理職についてみると10%程度にとどまっている。この男女間の格差を是正するため、上場・非上場にかかわらず1,000人以上の労働者を雇用する企業を対象として、管理職に占める女性の割合を5年以内に30%以上とすることを求める。この目標値が達成できない場合、当該企業に対して目標を達成するよう政府は勧告し、その後3年を経過してもなお達成できない場合、企業名を公表する。

しかしながら、これらA案及びB案には、政策的な当否以前に、いずれも憲法上の疑義があるとの意見が出された。A案及びB案についての想定される憲法上の論点を指摘した上で、あなたの見解を述べなさい。

＜解答のポイント＞

まず、設問（1）（2）に共通して、いわゆる「法人（団体）の人権」が問題となる。

法人（団体）の人権享有主体性否定説（樋口説）を受けて、渡辺・宍戸・松本・工藤の4試験委員は、「人権（基本的人権）」を享有するのは原則として自然人であるとし、法人（団体）には「基本権」または「憲法上の権利」が認められるにすぎないとする。

したがって、「法人の人権」という表現は試験委員からすると好ましい表現ではなく、「団体の憲法上の権利」という表現が望ましい（＜解説＞参照）。ただし、芦部『憲法』には「法

人の人権」とあるので、「法人の人権」と書いても、減点されることはないと思われる。

設問(1)に関し、政治活動の自由(判例は「政治的行為の自由」、穴戸委員は「政治的表現の自由」とする)(憲法21条)について、八幡製鉄政治献金事件の最高裁判決がある。

判例の立場からすれば、A案は違憲と解されるが、通説や4試験委員の立場からは合憲と解されよう。

設問(2)に関し、**法人(団体)の営業の自由(22条)と積極的差別是正措置(14条)との関係**が問題となる。

営業の自由(22条)に関し規制目的二分論があるが、本問の規制はどちらにも該当しない(女性を社会的弱者とみて積極目的規制と解する余地はある)ので、「合理性の基準」で足りよう。

14条後段の列举事由の「性別」による差別が問題となっているので、「中間審査基準」でもかまわないが、積極的差別是正措置の場合に「中間審査基準」を用いるかどうか争いがある。**歴史的には男性の立場から女性を差別する場合に「中間審査基準」が用いられたのであるから、積極的差別是正措置の場合、「中間審査基準」よりは緩やかな基準で審査するのが妥当**であろう(ただし、「敬讓的審査基準」では緩すぎる)。「合理性の基準」によるならば、合憲と解されよう。22条との整合性も考慮したい。

<論点>

I. 法人の人権…参考論点

1. 法人の人権(従来の通説)
2. 団体の憲法上の権利(最近の有力説)

II. 21条との関係

1. 憲法上の論点(疑義)
2. 自己の見解

III. 14条1項との関係

1. 憲法上の論点(疑義)
2. 自己の見解

<参考文献>

芦部信喜『憲法第7版』(岩波書店)pp. 89-92(「法人の人権」), pp. 129-153(14条), pp. 233-239(22条)

穴戸常寿『憲法解釈の応用と展開【第2版】』(日本評論社)設問7(「憲法上の権利の享有主体性」)・設問20(5パリティの合憲性)

渡辺・穴戸・松本・工藤『憲法I』(日本評論社) pp. 40-43(「法人および団体」), pp. 131-137(14条)

◎八幡製鉄政治献金事件（最大判昭45.6.24＝百選I9）□□□

「憲法上の選挙権その他のいわゆる□□権が□□たる国民にのみ認められたものであることは、所論のとおりである。しかし、会社が、納税の義務を有し□□たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、□□者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、憲法第3章に定める国民の□□および□□の各条項は、□□上可能なかぎり、内国の□□にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、□□たる国民と□□、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの□□的行為をなす自由を有するのである。□□資金の□□もまさにその□□の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の□□に影響を与えることがあったとしても、これを自然人たる□□による□□と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。……政党への□□は、事の性質上、□□個々の選挙権その他の□□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って、いずれにしても資金の寄附が、□□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（上告理由）は大企業による巨額の□□は金権政治の弊を産むべく、……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っているのであるが、その……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って、憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども□□資金の□□の自由を有」する。したがって、国民の□□権を侵害するものではない。

国Ⅰ法律職2次試験論文試験 平成13年度【No. 1】必須問題

日本国憲法が保障する基本的人権は、未成年者についても成年者と同様に妥当する
と考えるべきであるか。妥当しないときがあるとすればいかなる場合であるか。その
理由を含め、具体的に論述せよ。

<解答のポイント>

本問の出題者は佐藤幸治京都大学名誉教授であった(『ファンダメンタル憲法』(有斐閣)
に類題があった)。

しかし、通説(芦部説)で書けば十分である。

そこで、解答は、佐藤教授の問題意識(論点Ⅱの3と論点Ⅲの3)を踏まえ、通説的見
解(芦部説)で書いてある。

<論点>

I. 結論

Ⅱ. 未成年者の人権享有主体性

1. 問題の所在

2. 一般的理解(肯定説) ← ①人権の普遍性・②「国民」に含まれる(*)。

3. 国民主権との関係

Ⅲ. 未成年者の特殊性

1. 未成年者の人権が制限される場合

2. 未成年者が保護される場合

3. 未成年者の選挙運動の禁止

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』(岩波書店) pp.87-88 (未成年者の人権), 40-43 (国民主権)

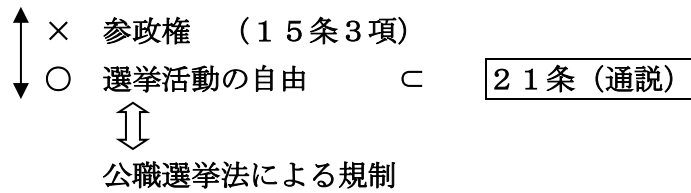
(*)

I. 国民に含まれるか?(芦部 p41~42)

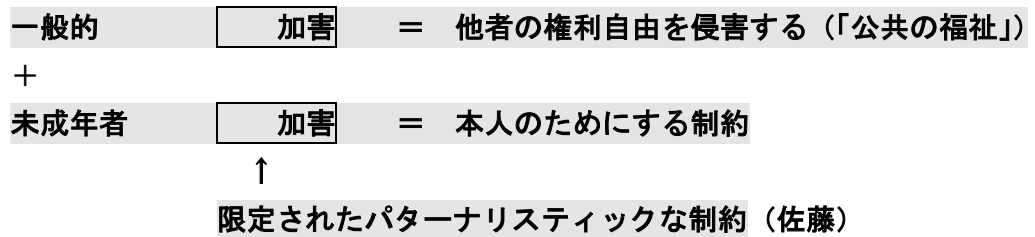
	A	→	×
国民主権	B	→	○
通説	A+B	→	○

	主体	制度	条文
{ A: 権力的契機 + 通説 B: 正当性の契機		直接民主制	96条, 79条
		間接民主制	43条1項 「全国民を代表する」

Ⅱ. 参政権と選挙活動の自由



◎人権制約 (佐藤説) : H13 (法律職) 必須問題・H15 (法律職) 選択問題



人格的自律・生存に長期的に重大な侵害がある

→ 国家の介入

国Ⅰ 2次試験論文試験（法律職）平成15年度【No. 4】選択問題

A市は、児童・生徒によるインターネットの利用を促進するため、市立のすべての小学校、中学校、高校で児童・生徒がインターネットを使えるようにコンピューターを配置するとともに、児童・生徒が教育上ふさわしくないサイトにアクセスすることがないように、コンピューターにフィルタリングを導入し、性的に刺激的な内容、残虐性を助長する内容、自殺を肯定したり奨励する内容など、児童・生徒の健全な発達を阻害するおそれがあると教育委員会が判断したサイトへの接続ができないようにした。

この措置が提起する憲法上の問題について検討せよ。

<解答のポイント>

選択問題だけに、やや書き難い。

成年者の知る権利（21条）の内容規制となる。芦部説からすれば、「成年」であれば厳格審査基準となるが、未成年者なので中間審査基準（LRAの基準）を用いることになろう。しかし、本問は**事前抑制・検閲の問題**なので、基本的にこちらからのアプローチがよい。

フィルタリングの主体が行政権なので、佐藤説（判例よりは広く解する狭義説の立場）からは絶対的禁止の検閲の問題となり、違憲との結論を出しかねない（出した人もいた）。

しかし、**違憲との結論はいかに論理が通つていようと妥当性を欠く**。実は佐藤先生も未成年者を保護するための「**限定されたパターンリスティックな制約**」を認め合憲としている。

むしろ、佐藤説より狭い狭義説の判例だと、**情報が既に発表済みなので、検閲には該当せず、事前抑制禁止の例外となり、書き易い**。

しかし、**判例の概念は狭すぎるので、学説上支持されていない**（国家総合職の試験委員は憲法学者である）。

そこで、**広義説で厳格かつ明確な要件の下で例外を認めるという説（芦部説）からのアプローチ**が妥当である。

<論点>

I. 未成年者の人権

1. 人権享有主体性
2. 知る権利

II. 事前抑制と検閲

1. 判例
2. 広義説
3. 結論（合憲）

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp. 87-88（論点Ⅰ）、207-209（論点Ⅱ）

◎法人と未成年者の人権と私人間効力 平成8年度 外務I種(A-1)

私立のA中学校は、学校の規律維持を目的に、生徒の制服を決め、髪形等を厳しく規制する校則を定め、違反者に対しては退学処分を含む制裁措置をとる方針を採用した。右の学校の方針については、憲法上問題となる余地はあるか。また、A中学校が公立であると想定した場合、違いはあるか。

<解答のポイント>

本問は、国I元試験委員の佐藤先生が外務I種で平成8年に出题されている。論点が多く、時間内に書ききるのが難しい。国総で、そのままの形で出题されることはないだろう。しかし、**そこに含まれる論点（例えば、法人の人権、未成年者の人権、私人間効力）については、国総での出题の可能性は非常に高い。**

未成年者については平成13年度法律職第1問、平成15年度法律職選択問題で出题されている。また法人については平成14年度法律職第1問・平成29年度に出题がある。

私人間効力については特に十分な対策が望まれる。

<論点>

I. 法人の人権

1. 人権享有主体性の有無
2. 教授の自由か教育の自由か

II. 未成年者の人権

1. 人権享有主体性の有無
2. 制服の自由・髪型の自由と13条

III. 結論

1. 私立中学の場合（私人間効力）
2. 公立中学の場合

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp. 87-98（未成年者・法人）、110-119（私人間効力）、120-129（幸福追求権）、173-179（学問の自由）、283-286（教育の自由）

佐藤・中村・野中『ファンダメンタル憲法』（有斐閣）以下掲載頁

『憲法判例百選 I・II 第6版』（有斐閣）9事件、10事件、140事件

<参考問題> 平成29年度本試験問題

○天皇・皇族の人権（芦部 p88～89）←①人権の普遍性・②「国民」に含まれる（A説）。

説	天皇	皇族
芦部=A	○	○
B	×	○
佐藤=C	×	×

←職務の特殊性・皇位の世襲制
必要最小限度の制約

＜外国人の人権＞（芦部 p92～98）← R 3 論文模試

I 外国人の人権享有主体性

X : 否定説（国民に限る）

- ① 第3章の表題 = 「国民の権利及び義務」
- ② 憲法 = 国民に対する国権発動の基準

Y : 肯定説（判例・通説）

- 憲法優位説
- ① 人権 = △前国家的・前憲法的な性格, ○個人主義, ◎普遍性
 - ② 国際協調主義（前文, 98条2項）
 - ③ 人権の国際化（△世界人権宣言 ○国際人権規約）

II 外国人に保障される人権の判断基準

A : 文言説

			外国人	
↑	国民	→	×	
↓	何人	→	○	⇔ 22条2項（国籍離脱の自由）
				「何人」 → 日本国民に限る。
				30条（納税の義務）
				「国民」 → 日本国民に限られない。

B : 性質説（判例・通説）

権利 ← 個別的・具体的

III 外国人の人権（判例と学説）

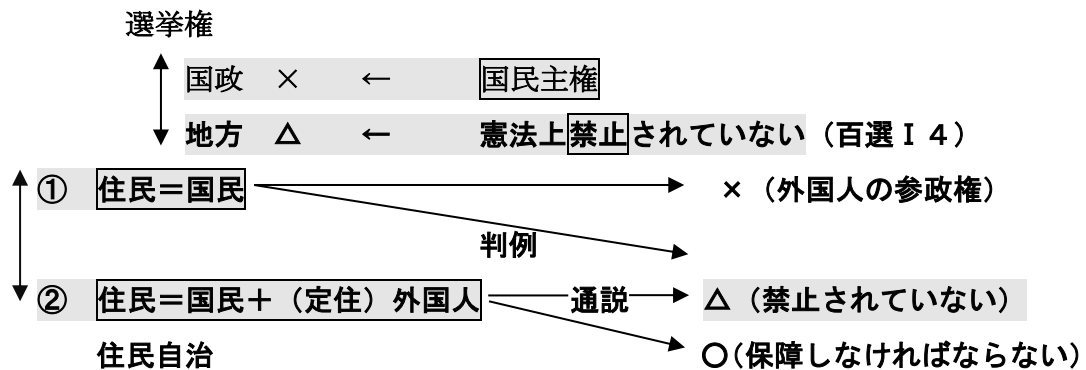
1 入国の自由～出国の自由（百選 I 1・2）

- × 入国の自由（憲法上× + 慣習法上×）
- × 在留権
- × 一時旅行の自由（⇔○日本国民 = 22条2項説）
- × 再入国の自由（百選 I 2）

× ↔ ○ の自由（= 22条2項説 = 百選 I A 1）

（佐藤）ただし，国際慣習法上○

2 参政权 (9-5)



<公務員就任権 (最大判平 17.1.26=百選 I 5 参照)>

- ↑ a. 13条説 (佐藤説)
- b. 14条説
- c. 15条説
- ↓ d. 22条説

3 政治活動の自由 (百選 I 1)

① 性質説

② 政治活動の自由

原則 △ 在留制度の枠内

→ 更新拒否の理由となる (法務大臣の広い裁量内)

例外 × (わが国の政治的 [] 又はその [] 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解されるもの)

4 社会権 (百選 I 6)

原則 × 国籍国の責任

例外 △ 国民主権原理と矛盾しない

→ 普遍性・国際主義・国際化・歴史的事情

→ ただし財政上の制約内で

◎マクリーン事件(最大判昭53.10.4=百選I1) □□□

「憲法[]条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、……憲法上、外国人は、わが国に[]する自由を保障されているものでないことはもちろん、……[]の権利ないし引き続き[]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」。

「憲法第[]章の諸規定による基本的人権の保障は、[]の[]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[]する[]人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、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[]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」と解されるものを除き、その保障が[]」。

「しかしながら……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[]留制度のわく内で与えられているにすぎない……すなわち、[]期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を[]期間の更新の際に消極的な事実としてしんしゃ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[]」。

① 性質説

② 政治活動の自由

- 原則 △ []留制度の枠内
→ 更新拒否の理由となる(法務大臣の広い裁量内)
- 例外 × (わが国の政治的[]又はその[]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」と解されるもの)

政治活動の自由(判例)

外国人 < 日本の法人 ÷ 日本の自然人

しかし、人権保障の本質からすると 法人・団体 < 自然人(日本人+外国人)

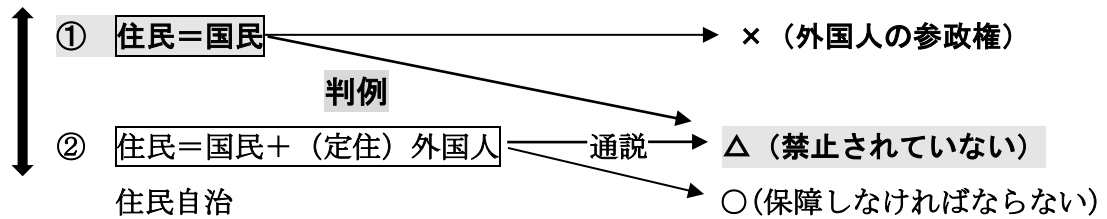
◎定住外国人の地方公共団体における選挙権（最判平 7. 2. 28=百選Ⅰ 4）

憲法 第 1 条 1 項の規定は、「 の原理に基づき、公務員の終局的任
免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が『日
本国民』に存するものとする憲法前文及び1条の規定に照らせば、憲法の
 の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味
 することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障し
 た憲法 15 条 1 項の規定は、権利の 上日本国民のみをその対象とし、
 右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解
 するのが相当である。」

「前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法 15 条 1 項の規定の趣旨に鑑
 み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであること
 をも併せ考えると、憲法 93 条 2 項にいう『 』とは、地方公共団体の区
 域内に住所を有する を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、
 我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の
 の権利を保障したものということはできない」。

「憲法第8章の に関する規定は、民主主義社会における地方自治
 の重要性に鑑み、 の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、そ
 の地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政
 治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるか
 ら、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域
 の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものにつ
 いて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務
 の処理に反映させるべく、 をもって、地方公共団体の長、その議会の

議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、 上 されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」。



なお、国民主権（前文，1条）における「国民」に定住外国人も含まれるとする説もあるが、主権国家が併存する現状では超少数説となっている。

◎公共の福祉(芦部 p99~106)(H13-1)

I 総論

不可侵性 12条・13条, 22条1項・29条2項

II 各論

△1 一元的外在制約説

~~すべての人権~~ ← ○ — 12条・13条「公共の福祉」

△ 22条・29条

△2 内在・外在二元的制約説

△ 12条・13条

└ → × 新しい人権

○ 22条・29条「公共の福祉」

//

外在的制約

(積極目的規制)

○3 一元的内在制約説(内在的制約説)

	国家的公共の福祉	国家的公共の福祉
自由/制約	内在的制約(消極目的規制)	外在的制約(積極目的規制)
憲法的自由	○	×
憲法的自由	○	○(必要な限度)
人身の自由	○	×

必要最小限度

○4 比較衡量論

比較衡量論の妥当すべき範囲を限定するのが通説(芦部)

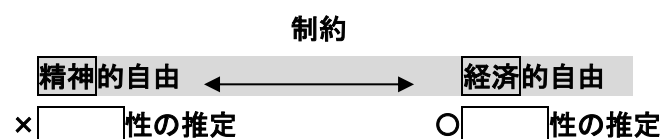
× 公益 > 私益

○ 私益 ⇔ 私益

表現の自由 名誉権 プライバシー権

判例は公益と私益(個人の人権)の比較衡量をする。⇔通説

◎5 二重の基準論



二重の基準論

<通説（芦部）>

	精神的自由	経済的自由
文面審査	A. 事前抑制・ 検閲の禁止 明確性の理論	
内容規制	B. 明白かつ現在の危険 定義づけ衡量論	憲性の推定（*2） 25条
内容中立 規制	C. LRAの基準 28条 憲性の推定（*1）	D. 厳格な 合理性の基準 E. 明白性の原則

（*1）規制は合憲であると、公権力が積極的に主張する必要がある。×立証（証明）する

（*2）規制は違憲であると、国民が積極的に主張する必要がある。

<根拠>

① 民主政の [] : [] 的自由・[] 権 ←司法 [] 主義

精神的自由は代表民主政治のシステムにとって重要な意味をもっている。

すなわち、精神的自由が不当に制約されると、民主政の [] そのものが破壊され、違憲・不当な規制が国会によって矯正することが不可能となってしまうので、裁判所が積極的に介入して民主政のプロセスを回復する必要があるが、経済的自由については、仮に不当な制約が加えられたとしても、表現の自由、選挙の自由等が確保され、民主政のプロセスが正常に運営されている限り、国会を通して修正・矯正することが可能なので、裁判所としては積極的な介入を控え、立法府の裁量的判断を尊重する必要性が大きい。

② 裁判所の [] 能力 : [] 的自由 ←司法 [] 主義

経済的自由の規制については、裁判所の [] に限界がある。

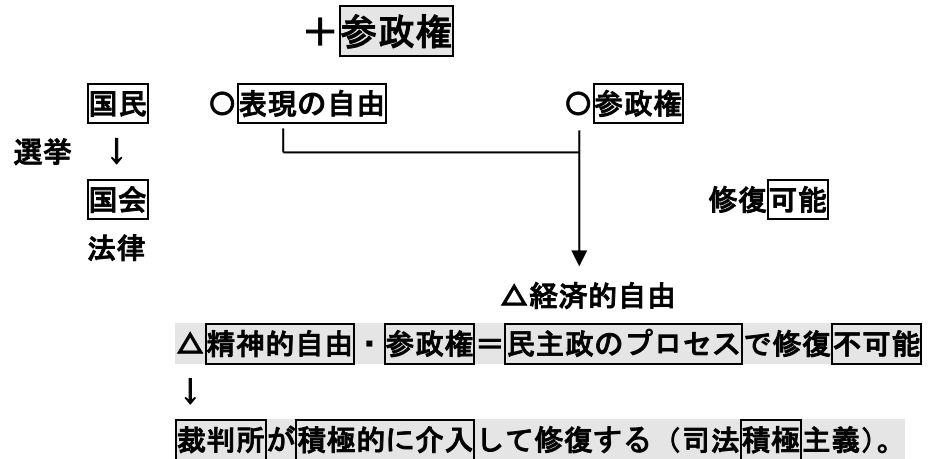
すなわち、経済的自由の規制については、社会政策・経済政策的配慮が必要で、この点についての審査能力が不十分で民主的基盤の稀薄な裁判所の判断に任せるよりは、（国政調査権があり）主権者たる国民の直接の信任に基づく国会の政治的判断に任せるほうが妥当であるが、精神的自由の規制については、裁判所の審査能力の問題は大きくはない。

③ [] 条 + [] 条 ←人権一般 [] 条 + [] 条 ← [] 的自由

憲法 22 条と 29 条は、12 条と 13 条に「[]」の文言があるにもかかわらず、重ねて「公共の福祉」による規制を明文文化している。これは、経済的自由については、精神的自由よりも強い制約を認める趣旨で、憲法自体が二重の基準論を法文上取り入れていると解することができる。

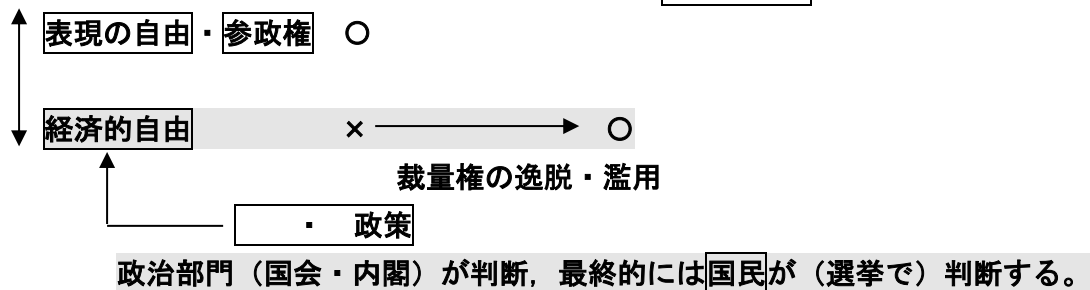
◎ 二重の基準論の根拠

① 民主政のプロセス→表現の自由に関する司法積極主義



② 裁判所(※)の審査能力→経済的自由に関する司法 主義

※ 法律の解釈・適用 → ・ 国民の権利・自由を守る→私権保障
・ 紛争を解決する
・ 法秩序を維持する→憲法保障
(法原理機関)



③ 12条・13条 + 2条・2条

基本問題（典型論点）

二重の基準論の意義・根拠・内容・問題点について論ぜよ。

＜模範答案＞（芦部説）

- 一. **二重の基準論とは、精神活動の自由（精神的自由）の規制は厳しい基準によって合憲性を審査する（合憲性の推定は働かない）が、経済活動の自由（経済的自由）の規制は立法府の裁量を尊重して緩やかな基準（「合理性の基準」）で合憲性を審査する（合憲性の推定が働く）という考え方である。**

憲法は、基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」として保障するが（11条・97条）、個人は社会との関係性を無視して生存することはできないので、憲法は「公共の福祉」による制約を認めている（12条・13条、22条・29条）。そこで、「公共の福祉」をいかに解するかが問題となる。

この点、抽象的には、「公共の福祉」とは、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理で、憲法規定の有無にかかわらず、すべての人権に論理必然的に内在しており、自由国家的な制約の場合は「必要最小限度」の規制だけが許され、社会国家的制約の場合は「必要な限度」の規制だけが「公共の福祉」の名の下に許されるといえる（一元的内在制約説）。しかし、「必要最小限度」とか「必要な限度」と言っても、具体的内容は、判例の集積に待たざるを得ないので、この基準だけでは十分とは言えない。

そこで、すべての人権について、それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができるとする説が注目される（比較衡量論）。しかし、個別・具体的にそれぞれの権利について比較衡量をしながら限界を定めたとしても、公権力と人権が対立した場合、公権力の側に比重が傾く危険性が少なくない（例えば、猿払事件最高裁大法廷判決）。

そこで、一元的内在制約説と比較衡量論の趣旨を生かしつつ、その問題点を克服するために、具体的な違憲審査基準を準則化しようと主張されたのが、アメリカの判例理論に基づき体系化された二重の基準論である。

- 二. **この二重の基準論が、自由権を二つに分ける根拠は、①精神的自由が代表民主政治のシステムにとって重要な意味をもっているからである。すなわち、精神的自由が不当に制約されると、民主政のプロセスそのものが破壊され、違憲・不当な規制が国会によって矯正することが不可能となってしまうので、裁判所が積極的に介入して民主政のプロセスを回復する必要があるが、経済的自由については、仮に不当な制約が加えられたとしても、表現の自由、選挙の自由等が確保され、民主政のプロセスが正常に運営されている限り、国会を通して修正・矯正することが可能なので、裁判所としては積極的な介入を控え、立法府の裁量的判断を尊重する必要性が大きいからである。**

②また、経済的自由の規制については、裁判所の審査能力に限界があるからである。

すなわち、経済的自由の規制については、社会政策・経済政策的配慮が必要で、この点についての審査能力が不十分で民主的基盤の稀薄な裁判所の判断に任せるよりは、国政調査権があり主権者たる国民の直接の信任に基づく国会の政治的判断に任せるほうが妥当であるが、精神的自由の規制については、裁判所の審査能力の問題は大きくはないからである。

③さらに、憲法22条と29条は、12条と13条に「公共の福祉」の文言があるにもかかわらず、重ねて「公共の福祉」による規制を明文化している。これは、経済的自由については、精神的自由よりも強い制約を認める趣旨で、憲法自体が二重の基準論を法文上取り入れていると解することができる。

三. 判例は、経済的自由（特に22条1項の職業選択の自由。営業の自由を含む）に関しては、二重の基準論の考え方を明確にし、規制目的二分論を採っている。すなわち、最高裁は、消極的・警察的規制（消極目的規制）について、規制の必要性・合理性および「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段の有無」を立法の必要性・合理性を支える社会的・経済的な事実（立法事実）に基づいて審査するべきであるとし（「厳格な合理性」の基準）、薬局距離制限を違憲とした。また、最高裁は、積極的・政策的規制（積極目的規制）について、立法府の裁量を広汎に認め、「当該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する」べきであるとし（「明白（性）の原則」）、小売市場距離制限を合憲とした。（*）

四. しかし、精神的自由に関しては、文面審査の基準としては、「明確性の理論」や「検閲・事前抑制禁止の法理」、内容規制の審査基準としては、「明白かつ現在の危険の基準」や「定義付け衡量論」、内容中立規制の基準としては、「LRAの基準」を用いるのが基本的に妥当である（通説）。

しかし、精神的自由に関しては、判例はこれらの基準を厳格に適用していない。例えば、戸別訪問禁止などの表現の時・所・方法の規制（事例は多い）に関し「LRAの基準」を適用すべきであるところ、判例は「合理的関連性の基準」を採用している。その結果、精神的自由（時・所・方法の規制）の合憲性判定基準のほうが経済的自由の消極目的規制（積極目的の規制よりかなり多い）の合憲性判定基準（「厳格な合理性の基準」）よりも緩やかな審査基準となり、結果として、経済的自由のほうが精神的自由よりも厚く保護される結果となっている。

その意味で、判例は、精神的自由の分野では二重の基準論を具体化していないと言える。

以上

（*）

もともと、財産権（29条）に関しては、森林法共有林事件及び証券取引法事件等で最高裁は、もはや規制目的二分論は採用しておらず、合理性の基準を用いていると解するのが有力である。

◎違憲審査基準(芦部)

基準	立法目的	立法目的 達成手段	芦部	佐藤
厳格審査基準 (芦部Bレベル) 明白かつ現在の危険の基準	必要不可欠な止むに止まれぬ(公共的)利益	是非とも必要な最小限度	精神的自由 プライバシー権 ①(例:前科) 選挙権 「人種」「信条」	14条後段
中間審査基準 (C・Dレベル) LRAの基準 厳格な合理性の基準	重要 実質的 関連性を要する	必要最小限度	プライバシー権 ②・③ 「性別」 「社会的身分」 経済的自由の 消極目的規制	「選挙権」 「非嫡出子の相続分差別」 「尊属殺」 ←経済的自由の 消極目的規制
敬讓的審査基準 (Eレベル) 明白(性)の原則 合理的関連性の基準(判例) 合理的根拠の基準(判例)	正当 合理的 関連性で足りる	著しく不合理であることが明白でなければよい	経済的自由の 積極目的規制	←経済的自由の 積極目的規制

<通説(芦部)>

<精神的自由>

<経済的自由>

文面審査	A. 事前抑制・検閲の禁止 明確性の理論	
内容規制	B. 明白かつ現在の危険 定義づけ衡量論	憲性の推定(*2)
内容中立 規制	C. LRAの基準	D. 厳格な合理性の基準
	E. 明白性の原則	

28条

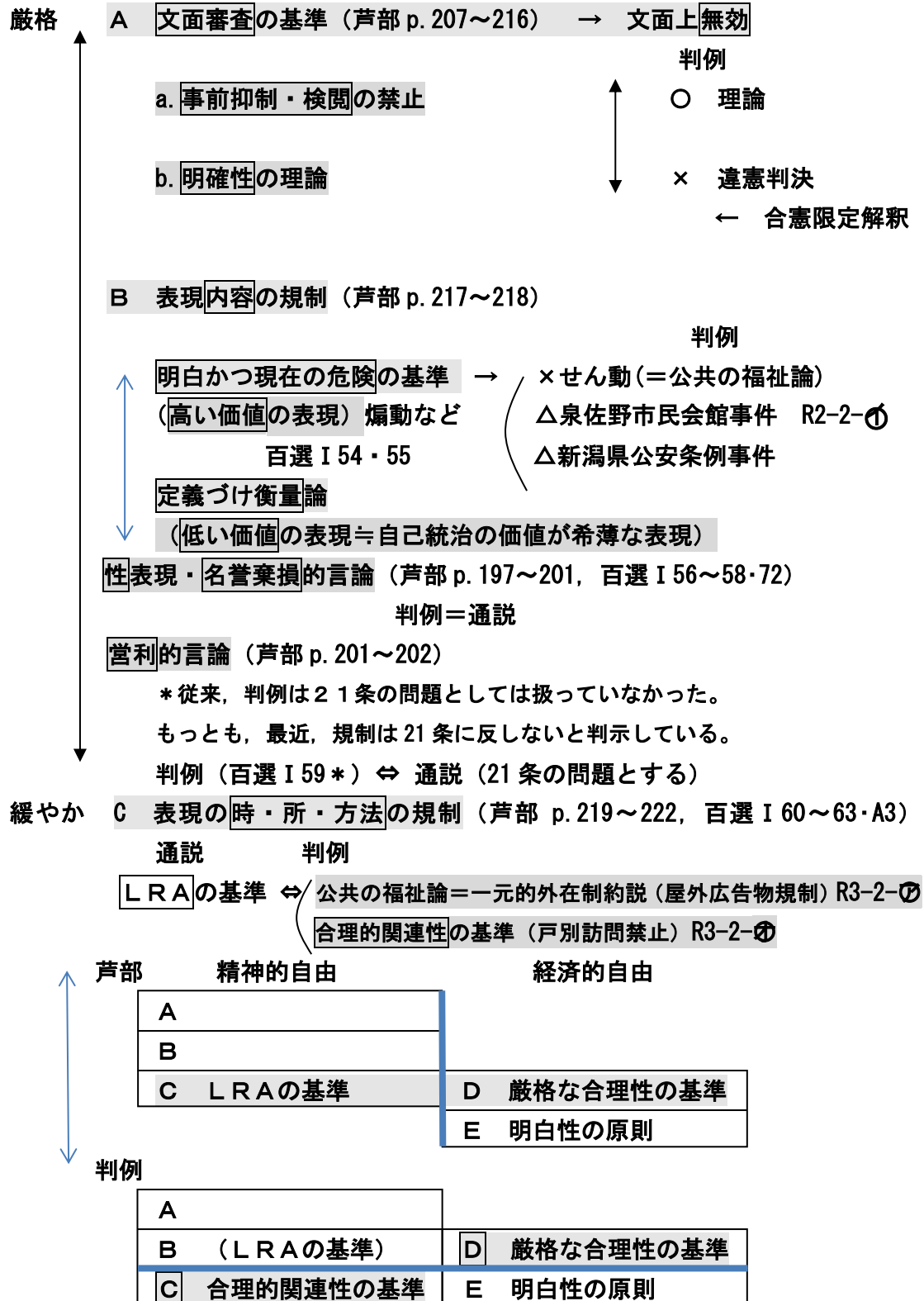
憲性の推定(*1)

25条(通説)

(*1) 規制は合憲であると、公権力が積極的に主張する必要がある。

(*2) 規制は違憲であると、国民が積極的に主張する必要がある。

◎ 表現の自由の違憲審査基準 (通説 > 判例 = 厳格さ欠ける)



◎ 事前抑制・検閲の禁止（百選 I 72・73）

北方ジャーナル事件 = 裁判所による事前差止めは
事前抑制（A），検閲（B）いずれの例外かが問題となる。

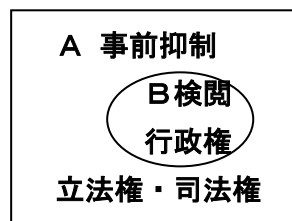
1 狭義説＝事前抑制禁止の例外とする。（佐藤＞判例＝最狭義説）

検閲の主体＝行政権のみ

したがって，検閲（2項＝絶対的禁止。例外なし）には該当しない。

しかし，

事前抑制禁止（1項）の例外（厳格・明確な要件が必要）に該当する。



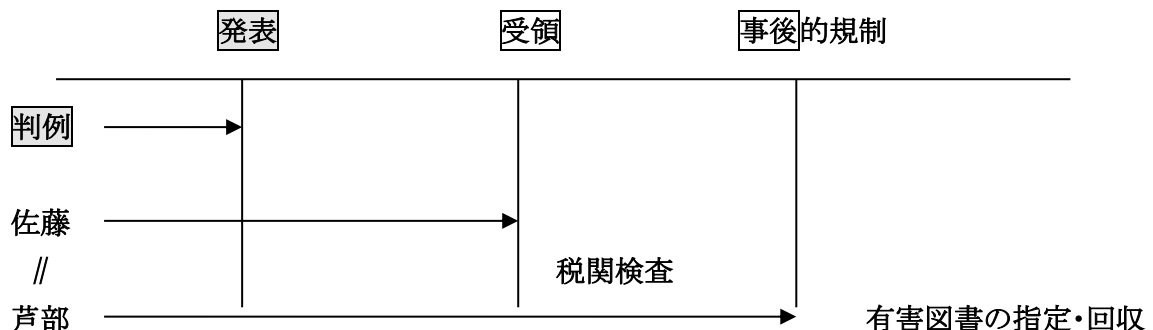
2 広義説＝検閲禁止の例外とする。（宮沢＜芦部＝最広義説）

検閲の主体 = 公権力

検閲の例外（厳格・明確な要件が必要）に該当する。

↑	1 狭義説	2 1条2項＝特別な意味
		行政権による表現の自由の侵害が強力，絶対的禁止を貫く。
↓	2 広義説	比較法＝米・独憲法でも検閲の主体を公権力とする。

◎ 検閲の時期



主体の点はさておき，対象，時期，態様において狭すぎる判例は

支持されていない。

◎差別的表現

平成16年度 国家Ⅰ種行政職

「人種、民族又は身分的出身によって識別される少数者集団に対する侮辱を殊更に目的とした表現行為」を処罰することを定める法律の憲法適合性について論ぜよ。

<解答のポイント>

差別的表現に関する問題で、どうアプローチしていいか悩む。

このような場合、二重の基準論（芦部説）を思い出すこと。

文面審査の基準で違憲とすると後が続かないので、合憲限定解釈をすべきである。

表現内容規制であるが、自己統治の価値に乏しい。

そこで、厳格審査基準より緩やかな基準である中間審査基準（LRAの基準）によるのが妥当である。

<論点>

I. 差別的表現

II. 文面審査の基準

1. 明確性の理論

2. 合憲限定解釈

III. 表現内容規制

1. 高い価値の表現→「厳格審査基準」

2. 低い価値の表現→「LRAの基準」

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp. 213-216

<参考問題>

平成27年度 国家総合職 設問（1）

<模範答案>

1. 本問の法律は「差別的表現」を規制しているが、私は以下の理由で違憲であると考える。
- (1) まず、A：文面審査の基準を検討すると、精神的自由を規制する立法は明確でなければならないとする「**明確性の理論**」に反する疑いがある。なぜなら、本問の法律にいう「人種、民族又は身分的出身によって識別される少数者集団」や「侮辱を殊更に目的とした表現行為」は、**漠然不明確または過度に広汎な規制であり、表現者に萎縮的效果をもたらすおそれがあるからである**。ただし、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断がある程度可能ともいえるので、**合憲限定解釈**ができる余地はある。
- (2) 次に、合憲限定解釈をした場合、本問の法律は表現の内容に着目して規制しているので、B：表現内容規制に関する「**厳格審査基準**」や「**明白かつ現在の危険の基準**」を検討する。**「厳格審査基準」や「明白かつ現在の危険の基準」を適用して、この基準を充たす表現行為のみ合憲であるという解釈も可能なように見える。**
- しかし、「**厳格審査基準**」や「**明白かつ現在の危険の基準**」は、本来、いわゆる「**高い価値の表現**」（表現の自由の二つの価値のうち②自己統治の価値を有する表現）に用いるべき基準である。
- そもそも、**表現の自由（21条）には、①個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値（自己実現の価値）と②言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）の二つの価値がある。**
- ところが、本問の表現行為は、①自己実現の価値も②自己統治の価値も希薄である（いわゆる「**低い価値の表現**」に該当する）。
- ただし、「**差別的表現**」にも政治的主張を伴うことがあるので、表現の自由として一切保障を受けないと解することも妥当ではない。
- そこで、高い価値の表現の内容規制に用いる「**厳格審査基準**」や「**明白かつ現在の危険の基準**」ではなく、本来はC：表現中立規制に用いる「**中間審査基準**」を用いるのが妥当であると考える。すなわち、①立法目的が重要で、②立法目的達成手段が必要最小限度のものに限るという「**LRAの基準**」を用いるべきである。
- 本問の場合、①少数者集団に属する個人の名誉権（人格的自律・生存に必要不可欠で、憲法13条で保障されると解するのが判例・通説である）を保護するという立法目的は「重要」である。
- しかし、②そのための「必要最小限度の手段」としては個人に関する刑法の名誉棄損罪、侮辱罪または業務妨害罪を厳格に適用することで十分に達成できる。
- したがって、本問の法律は違憲であると考える。

以上

◎事前抑制・検閲（21条）

平成10年度 国家Ⅰ種行政職

プライバシー侵害を理由とする出版の事前差止めについて、憲法上の問題点を論ぜよ。

<解答のポイント>

典型論点である。

検閲の主体を行政権に限る狭義説（判例・佐藤）を採れば、プライバシー侵害を理由とする出版の事前差止め（裁判所が主体）は検閲には当たらず事前抑制禁止の例外が問題となるのに対して、検閲の主体を公権力と広く解する広義説（芦部・宮沢）を採れば検閲に該当するので例外として認められないかが問題となる。

本問の出題のきっかけとなったのは、当時話題となった「石に泳ぐ魚」事件だと推測される（東京地判平11.6.22＝平11重判5，最判平14.9.24＝百選Ⅰ67）。しかし、出題の段階では最高裁判例は出ていなかった。

出題時に想定されていたのは、同じ憲法13条でも名誉権が差止めの根拠となった「北方ジャーナル」事件（最大判昭61.6.11＝百選Ⅰ72）であった。

模範答案は広義説の立場から、検閲の例外として書かれており、参考判例として「石に泳ぐ魚」事件の控訴審・最高裁が引用されているが、出題時には地裁の判決すら出でおらず、「北方ジャーナル」事件を書いてもかまわない（ただし、事案の違いに注意すること）。

<論点>

Ⅰ. 結論

Ⅱ. 表現の自由とプライバシー権

1. 表現の自由
2. プライバシー権
3. 比較衡量論

Ⅲ. プライバシー侵害を理由とする出版の差止め

1. 判例（狭義説）
2. 広義説
3. 結論

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp.180, 120-127, 103-104（論点Ⅱ），207-213（論点Ⅲ）

<参考>

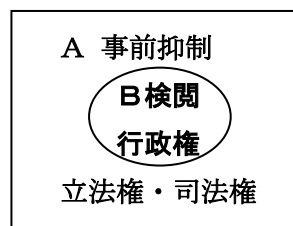
裁判所による事前差止めは、事前抑制（A）、検閲（B）いずれの例外か。

1. 狭義説＝事前抑制禁止の例外とする。（佐藤＞判例＝最狭義説）

検閲の主体＝行政権のみ

したがって、検閲（2項＝絶対的禁止。例外なし）には該当しない。

しかし、事前抑制禁止（1項）の例外（厳格・明確な要件が必要）に該当する。



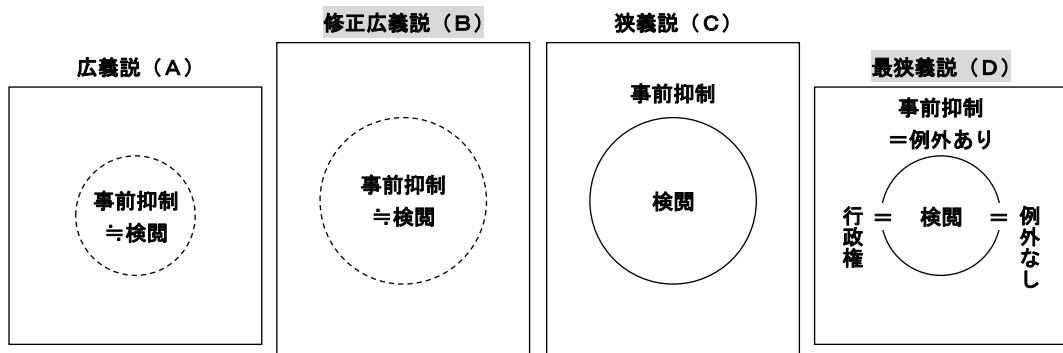
2. 広義説＝検閲禁止の例外とする。（宮沢＜芦部＝最広義説）

検閲の主体 ＝ 公権力

検閲の例外（厳格・明確な要件が必要）に該当する。

＜検閲と事前抑制＞

学説・判例	検閲の主体	検閲の対象	検閲の時期	検閲の例外	裁判所の仮処分
A説： 広義説 (宮沢)	公権力	思想内容	発表前	認める	検閲≡事前抑制禁止の例外として処理する。
B説： 修正広義説 (芦部)	公権力	表現内容 (思想内容より広い。 事実報道・誤字チェックも含む)	①受領前 (発表前より広い) ②発表に抑止的効果を及ぼす事後的規制も含める。	認める	検閲≡事前抑制禁止の例外として処理する。
C説： 狭義説 (佐藤)	行政権 (裁判所は含まれない)	表現の内容 (修正広義説とほぼ同じ)	表現行為の事前 (※1 修正広義説とほぼ同じ)	認めない (※2)	「検閲」には該当しない。 「事前抑制」禁止の例外として処理する。
D説： 最狭義説 (判例)	行政権 (裁判所は含まれない)	思想内容等の表現物 (広義説とほぼ同じ)	発表前 (広義説と同じ)	認めない	「検閲」には該当しない。 「事前抑制」禁止の例外として処理する。



※1 佐藤（幸）説は、①表現の自由には、「情報受領権」も含まれるとし、②表現の自由に対する事前抑制には、実質的・間接的な規制も含まれるとしている。

※2 もっとも、佐藤（幸）説は「検閲」の絶対的な禁止は、「特別の法律関係における人権」という特殊性の下でそのままでは妥当しない（一般権力関係に限定している）とし、未決拘禁者の「閲読の自由」に対する制限を合憲とした判例（最大判昭 58.6.22）を引用している。また、佐藤先生は、未成年者を保護するための「限定されたパターンリスティックな制約」を認めている。

＜模範答案＞（検閲に関する広義説による）

1. プライバシー侵害を理由とする出版の事前差止めは、検閲禁止（憲法 21 条 2 項）の例外として、厳格かつ明確な要件の下に認められると考える。

2. 表現の自由とプライバシー権

（1）表現の自由

表現の自由（21 条）には、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値（自己実現の価値）と言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）の二つの価値がある。これらの価値を有するがゆえに、表現の自由は人権カタログの中で優越的地位を占める。

（2）プライバシー権

13 条後段は 13 条前段の「個人の尊厳」原理と結びついて、自律的な個人が人格的に生存するために必要不可欠な基本的な権利・自由を含む包括的な主観的権利を保障する規定である（人格的利益説）。

プライバシー権も自律的な個人が人格的に生存するために必要不可欠な基本的な権利・自由なので 13 条で保障される（判例・通説）。

（3）比較衡量論

本問では、表現の自由（21 条）とプライバシー権（13 条）の調整が問題となる（比較衡量論）。

3. では、プライバシー侵害を理由とする出版の差止めは検閲に該当するか。

検閲の主体を行政権に限る狭義説を採れば検閲には当たらず事前抑制禁止の例外が問題となるのに対して、検閲の主体を公権力と広く解する広義説を採れば検閲に該当するので例外として認められないか問題となる。

（1）判例

最高裁は、検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的・一般的に発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものをいうと判示している（狭義説）。

（2）広義説

しかし、判例の検閲の定義では、対象（思想内容等の表現物に限定している）・時期（発表前に限定している）・態様（網羅的・一般的なものに限定している）の点で狭すぎるので、妥当ではない。

また、検閲の主体は、アメリカやドイツとの比較法的観点から、行政権に限らず、公

権力であると解するのが妥当である。

そこで、私は、検閲とは、公権力が表現内容を審査し、不適当と認めるときは、当該表現行為を受領前に抑制することをいい、その発表に重大な抑止的な効果を及ぼすような事後的規制を行うことも検閲の問題となり得ると考える。

したがって、プライバシー侵害を理由とする出版の事前差止めも検閲となる。

しかし、プライバシー権も憲法 13 条で保障されるので、表現の自由もプライバシー権によって制約される（12 条・13 条の「公共の福祉」）。そこで、検閲には例外を認めざるを得ない。

もっとも、表現の自由の重要性に鑑み、例外は厳格かつ明確な要件の下で認めるべきである。

ここで参考になるのは、「石に泳ぐ魚」事件最高裁判決である。

最高裁は、どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきであり、①侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、②その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めが認められると判示している。

最高裁は、狭義説の立場から差止めを事前抑制の例外として論じているが、自説（広義説）からも判例の比較衡量と①②は検閲の例外の要件として妥当であると考える。

以上

◎北方ジャーナル事件(最大判昭 61. 6. 11＝百選 I [7 版]68) (R2-2-ウ,

H27-1-㉔, H23-3-㉔, H17-3-㉔など多数)

＜事案＞

雑誌「北方ジャーナル」は、北海道知事選挙の立候補予定者に対して、下品な表現で批判し、攻撃する記事を掲載し、印刷の準備に入った。

この立候補予定者は、名誉権侵害を防止するという理由で、この雑誌の発表前の出版差止めの仮処分を、裁判所に求めた。

＜論点＞

北海道知事選挙の立候補予定者（注：「公人」である）が、名誉毀損を理由として裁判所が仮処分で表現の事前差止めを求めることは、憲法 21 条 2 項が禁止する「検閲」に該当するか。また、事前差止めは例外的に許される場合があるか。

＜結論＞

名誉毀損を理由として裁判所が仮処分で表現の事前差止めを求めることは、憲法 21 条 2 項が禁止する「検閲」にあたらないが、事前抑制の禁止の例外として許容される場合がある。

＜判旨＞

① 「仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、……『検閲』には当たらないというべきである」。

② しかし、「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的效果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであって、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法 21 条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない」。

③ したがって、「(差止めの) 対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評

価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、……その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない」。

④ ただし、「その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、……例外的に事前差止めが許されるものというべきである」。

⑤ なお、「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当である」が、「口頭弁論を開きまたは債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によって、その表現内容が真実でなく、またはそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があると認められるときは」別である。（R2-2-ウ）

<参考>

この判決の一般論に対しては、学説はおおむね好意的に評価している。

最高裁は、「北方ジャーナル」事件で、①名誉毀損を理由とする裁判所の仮処分による事前差止めは、行政権が主体である「検閲」には該当しないが、事前抑制の一形態であるから原則として許されない（例外は厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる）、②公務員又は公職選挙の候補者に対する名誉毀損を理由とする裁判所の仮処分による事前差止めは原則として許されないが、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞（おそれ）があるときには例外的に許されると判示した。

ただし、「検閲」の例外として、厳格かつ明確な要件の下に許されると解する説（広義説）もある（宮沢・芦部）。

◎「石に泳ぐ魚」事件（最判平 14. 9. 24＝百選 I [7 版]62）（H19-1-ぬ,

H12-法律-論文）

＜事案＞

雑誌に掲載された小説のモデルとされた私人Xが、小説の記述によって名誉、プライバシー及び名誉感情が侵害されたとして、作家・出版社に対し慰謝料の請求、謝罪広告、本件小説の修正版の出版差止め等を求めた。

＜論点＞

- ① プライバシー及び名誉感情が侵害された者（私人X）は、加害者に対し、侵害行為の差止めを請求することができるか。
- ② いかなる場合に差止めが認められるか。
- ③ 差止が認められる場合の許容要件。

＜結論＞

- ① プライバシー及び名誉感情が侵害された者（私人）は、加害者に対し、侵害行為の差止めを請求できる。
- ② 被害者の不利益と差止めによる侵害者の不利益を比較衡量する。
- ③ 侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは差止めが認められる。

＜判旨＞

- ① 人格的価値を侵害された者は、「人格権」に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる。
- ② どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである。
- ③ 侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきである。

＜注意＞

本件小説は既に雑誌において発表済みで、Xは将来の単行本の差止めを求めている。
また、本判決は、プライバシー権の利益のみに基づく差止めが認められたものではなく、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して差止めが認められた事例である。

◎検索エンジンサービスとプライバシーの法的保護（最決平

29. 1. 31=平成 28 年重判 4・平成 29 重判民法 9・百選 I [7 版]63, 芦部 7 版 p195) □□□□←要注意！

<事案>

1 記録によれば、本件の経緯は次のとおりである。

(1) 抗告人は、児童買春をしたとの被疑事実に基づき、平成 26 年法律第 79 号による改正前の児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律違反の容疑で平成 23 年 11 月に逮捕され、同年 12 月に同法違反の罪により罰金刑に処せられた。抗告人が上記容疑で逮捕された事実（本件事実）は逮捕当日に報道され、その内容の全部又は一部がインターネット上のウェブサイトの電子掲示板に多数回書き込まれた。

(2) 相手方は、利用者の求めに応じてインターネット上のウェブサイトを検索し、ウェブサイトを識別するための符号である URL を検索結果として当該利用者に提供することを業として行う者（「検索事業者」）である。相手方から上記のとおり検索結果の提供を受ける利用者が、抗告人の居住する県の名称及び抗告人の氏名を条件として検索すると、当該利用者に対し、原々決定の引用する仮処分決定別紙検索結果一覧記載のウェブサイトにつき、URL 並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋（「URL 等情報」）が提供されるが、この中には、本件事実等が書き込まれたウェブサイトの URL 等情報（「本件検索結果」）が含まれる。

2 本件は、抗告人が、相手方に対し、人格権ないし人格的利益に基づき、本件検索結果の削除を求める仮処分命令の申立てをした事案である。

<論点>

①検索事業者に対し、自己のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトの URL 並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋を検索結果から削除することを求めることができる場合とは、いかなる場合か。

②本件では、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを求めることができるか。

<結論>①比較衡量する・②×（否定）

①事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトの URL 並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋を検索結果の一部として提供する行為の違法性の有無について、当該事実の性質及び内容、当該 URL 等が提供されることによって当該事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、

その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断し、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、上記の者は、上記事業者に対し、当該URL等を検索結果から削除することを求めることができる。

②抗告人が妻子と共に生活し、前記1(1)の罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることがうかがわれることなどの事情を考慮しても、本件事実を公表されない法的利益が優越することが明らかであるとはいえないので、当該URL等を検索結果から削除することを求めることはできない。

＜判旨＞

3(1) 個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである（最高裁昭和52年（オ）第323号同56年4月14日第三小法廷判決・民集35巻3号620頁，最高裁平成元年（オ）第1649号同6年2月8日第三小法廷判決・民集48巻2号149頁，最高裁平成13年（オ）第851号，同年（受）第837号同14年9月24日第三小法廷判決・裁判集民事207号243頁，最高裁平成12年（受）第1335号同15年3月14日第二小法廷判決・民集57巻3号229頁，最高裁平成14年（受）第1656号同15年9月12日第二小法廷判決・民集57巻8号973頁参照）。他方、検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する。また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。そして、検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるという

ことは、上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。以上のような検索事業者による検索結果の提供行為の性質等を踏まえると、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当である。

(2) これを本件についてみると、原告人は、本件検索結果に含まれるURLで識別されるウェブサイトに本件事実の全部又は一部を含む記事等が掲載されているとして本件検索結果の削除を求めているところ、児童買春をしたとの被疑事実に基づき逮捕されたという本件事実¹は、他人にみだりに知られたくない原告人のプライバシーに属する事実であるものではあるが、児童買春が児童に対する性的搾取及び性的虐待と位置付けられており、社会的に強い非難の対象とされ、罰則をもって禁止されていることに照らし、今なお公共の利害に関する事項であるといえる。また、本件検索結果は原告人の居住する県の名称及び原告人の氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることなどからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであるといえる。以上の諸事情に照らすと、原告人が妻子と共に生活し、前記1(1)の罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることがうかがわれることなどの事情を考慮しても、本件事実を公表されない法的利益が優越することが明らかであるとはいえない。

<参考（通説からのアプローチ）>

<抗告人>

<相手方>

A : プライバシー権 ↔ B : 表現の自由

更生する利益

知る権利（公衆）

忘れられる権利？

私人間の争いではあるが，裁判所が「相手方」に削除を求めている。

判例によると，A＞Bが「明らか」である場合にのみ削除が認められる。

しかし，

前科⇒☐審査基準 ⇒①必要不可欠な止むに止まれぬ利益（ ）
②是非とも必要な最小限度（ ）
結論（ ）

したがって，
削除は無理としても，_____。

◎ プライバシー権 (広義)

- 広義 { ① (狭義) プライバシー権 = 情報プライバシー権 (自由権 + 請求権)
② 自己決定権

① プライバシー権 (狭義)

- ・ 請求権的側面 ... 憲法判例なし。
- ・ 自由権的側面 ... ◎肖像権 (実質的に認めた)
◎みだりに指紋押捺を されない自由
◎個人の私生活上の自由の一つとして,
何人も個人に関する をみだりに
第三者に開示又は されない自由

② 自己決定権 (人格的自律権)

通説は憲法上の権利とする。

しかし、最高裁は、エホバの証人輸血拒否事件で自己の宗教上の信念に基づく、輸血を伴う医療行為を拒否する意思決定権を不法行為上法律上保護された利益とするにとどまる (最判平 12. 2. 29=百選 I 23)。

最近の重要判例（性同一性障害者特例法3条1項）

<参考条文> 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律

（趣旨）

第1条 この法律は、性同一性障害者に関する法令上の性別の取扱いの特例について定めるものとする。

（定義）

第2条 この法律において「性同一性障害者」とは、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であつて、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものをいう。

（性別の取扱いの変更の審判）

第3条 家庭裁判所は、性同一性障害者であつて次の各号のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。

- 一 十八歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に未成年の子がいないこと。
- 四 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。
- 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。

2 前項の請求をするには、同項の性同一性障害者に係る前条の診断の結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された医師の診断書を提出しなければならない。

（性別の取扱いの変更の審判を受けた者に関する法令上の取扱い）

第4条 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治29年法律第89号）その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす。

2 前項の規定は、法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。

◎性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「現に婚姻をしていないこと」を求める性同一性障害者特例法（3条1項2号）の合憲性（最決令2.3.11=令2重判1）□□□

性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「現に婚姻をしていないこと」を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項2号の規定は、現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。このことは、当裁判所の判例（最高裁昭和28年（オ）第389号同30年7月20日大法廷判決・民集9巻9号1122頁，最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁，最高裁平成26年（オ）第1023号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁）の趣旨に徴して明らかである。

<参考>

↑ A: 性別を変更する自由 → × B ← × 同性婚（現行法）⇔ 違憲
↓ B: 婚姻を維持する自由 → × A
(R3 重判5)

A, Bいずれも13条で保障される自己決定権に含まれる（通説）と解すると、上記合憲判決（最決令2.3.11）は、自己決定権の二者択一を迫ることとなる。

<参考判例>

- 3条1項3号の「現に未成年の子がいないこと」が問題となった最決平19.10.19（合憲）
「現に子がある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない。」
- 3条1項4号の「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」が問題となった最決平31.1.23（合憲）

◎性同一性障害者の性別の取扱い変更の審判が認められるための要件（「生殖

腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」≡

生殖腺除去手術）の合憲性（最決平 31. 1. 23=R1 重判 2・民法 1）□□□

＜事案＞

性同一性障害者（X）は、性別の取扱いの変更の審判において、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」3条1項4号の規定が、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を求めているのは、一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならないこととなるから、憲法13条、14条1項に違反すると主張した。

＜論点＞

性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項4号の規定（「本件規定」）の下では、性同一性障害者が当該審判を受けることを望む場合には一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならない。

「本件規定」は憲法13条、14条1項に違反するか。

＜結論＞（現時点では、合憲）

「本件規定」（3条1項4号の規定）は、「本件規定」の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、現時点では、憲法13条、14条1項に違反しない。

＜判旨＞

性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項4号の規定（以下「本件規定」という。）の下では、性同一性障害者が当該審判を受けることを望む場合には一般的には生殖腺除去手術を受けていなければならないこととなる。本件規定は、性同一性障害者一般に対して上記手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、上記手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。もっとも、本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生

殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない。

このように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和28年（オ）第389号同30年7月20日大法廷判決・民集9巻9号1122頁，最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁，最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁）の趣旨に徴して明らかというべきである。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官鬼丸かおる、同三浦守の補足意見がある。

裁判官鬼丸かおる、同三浦守の補足意見は、次のとおりである。

1 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）は、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについて2人以上の医師の診断が一致しているものを対象として、その法令上の性別の取扱いの特例について定めるものである。これは、性同一性障害者が、性別の違和に関する苦痛を感じるとともに、社会生活上様々な問題を抱えている状況にあることから、その治療の効果を高め、社会的な不利益を解消するために制定されたものと解される。そして、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、変更後の性別で婚姻をすることができるほか、戸籍上も、所要の変更等がされ、法令に基づく行政文書における性別の記載も、変更後の性別が記載されるようになるなど、社会生活上の不利益が解消されることになる。

また、性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものといえることができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいえるべき重要な法的利益である。

本件規定は、本人の請求により性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件の一

つを定めるものであるから、自らの意思と関わりなく性別適合手術による生殖腺の除去が強制されるというものではないが、本件規定により、一般的には当該手術を受けていなければ、上記のような重要な法的利益を受けることができず、社会的な不利益の解消も図られないことになる。

さらに、性別適合手術については、特例法の制定当時は、原則として、第1段階（精神科領域の治療）及び第2段階（ホルモン療法等）の治療を経てなおその身体的性別に関する強い苦痛等が持続する者に対する最終段階の治療として行うものとされていたが、その後の臨床経験を踏まえた専門的な検討を経て、現在は、日本精神神経学会のガイドラインによれば、性同一性障害者の示す症状の多様性を前提として、この手術も、治療の最終段階ではなく、基本的に本人の意思に委ねられる治療の選択肢の一つとされている。

したがって、生殖腺を除去する性別適合手術を受けていない性同一性障害者としては、当該手術を望まない場合であっても、本件規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないことになる。

2 性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障されるものと解される。上記1でみたところに照らすと、本件規定は、この自由を制約する面があるというべきである。

そこで、このような自由の制約が、本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等を総合的に較量して、必要かつ合理的なものとして是認されるか否かについて検討する。

本件規定の目的については、法廷意見が述べるとおり、性別の取扱いの変更の審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。

しかし、性同一性障害者は、前記のとおり、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持ち、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であるから、性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産という事態が生ずることは、それ自体極めてまれなことと考えられ、それにより生ずる混乱といっても相当程度限られたものとすることができる。

また、上記のような配慮の必要性等は、社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、特例法も、平成15年の制定時の附則2項において、「性別の取扱いの変更の審判の請求をすることができる性同一性障害者の範囲その他性別の取扱いの変更の審判の制度につ

いては、この法律の施行後3年を目途として、この法律の施行の状況、性同一性障害者等を取り巻く社会的環境の変化等を勘案して検討が加えられ、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置が講ぜられるものとする。」と定めていた。これを踏まえて、平成20年、特例法3条1項3号の「現に子がないこと」という要件に関し、これを緩和して、成人の子を有する者の性別の取扱いの変更を認める法改正が行われ、成人の子については、母である男、父である女の存在があり得ることが法的に肯定された。そして、その改正法の附則3項においても、「性同一性障害者の性別の取扱いの変更の審判の制度については、この法律による改正後の特例法の施行の状況を踏まえ、性同一性障害者及びその関係者の状況その他の事情を勘案し、必要に応じ、検討が加えられるものとする。」旨が定められ、その後既に10年を経過している。

特例法の施行から14年余を経て、これまで7000人を超える者が性別の取扱いの変更を認められ、さらに、近年は、学校や企業を始め社会の様々な分野において、性同一性障害者がその性自認に従った取扱いを受けることができるようにする取組が進められており、国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じているものと推察される。

以上の社会的状況等を踏まえ、前記のような本件規定の目的、当該自由の内容・性質、その制約の態様・程度等の諸事情を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない。

3 世界的に見ても、性同一性障害者の法的な性別の取扱いの変更については、特例法の制定当時は、いわゆる生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、2014年（平成26年）、世界保健機関等がこれを要件とすることに反対する旨の声明を発し、2017年（平成29年）、欧州人権裁判所がこれを要件とすることが欧州人権条約に違反する旨の判決をするなどし、現在は、その要件を不要とする国も増えている。

性同一性障害者の性別に関する苦痛は、性自認の多様性を包容すべき社会の側の問題でもある。その意味で、本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとりの人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望むものである。

（裁判長裁判官 三浦 守 裁判官 鬼丸かおる 裁判官 山本庸幸 裁判官 菅野博之）

<注意>

1. 最高裁の補足意見は「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出」のような「手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障される」としている。しかし、最高裁の多数意見は「その意思に反して身体への侵襲を受けない自由」とするにとどまる（憲法13条により保障されるとは判示していない）。
2. 最高裁は、「本件規定の目的、上記の制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない

い」と比較衡量（論）によって合憲判決を導いている。

3. 通説からすると憲法13条で保障される自己決定権に対する内容規制となり、「厳格審査基準」により違憲と解することになる。

まとめ

	本件規定	規制目的	結論
多数意見	性同一性障害者一般に対して手術を受けること自体を強制するものではないが、性同一性障害者によっては、手術まで望まないのに審判を受けるためやむなく記手術を受けることもあり得るので、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない。	①当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、②長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づく。	これらの配慮の必要性、方法の相当性などは、政治人に従った性別の取り扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきであるが、本件規定の目的、制約の態様、現在の社会的状況等を総合的に較量すると、本件規定は、現時点では、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない。
補足意見	性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障される。本件規定は、この自由を制約する面がある。	「性別の取扱いが変更された後に変更前の性別の生殖機能により懐妊・出産という事態が生ずることは、それ自体極めてまれ」で、「それにより生ずる混乱といっても相当程度限られ」ている。また、配慮の必要性等は、社会的状況の変化等に応じて変わり得る。 国民の意識や社会の受け止め方にも、相応の変化が生じている。	本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとはまではいえないものの、その疑いが生じている。 世界的に見ても特例法の制定当時は、生殖能力喪失を要件とする国が数多く見られたが、現在は、その要件を不要とする国も増えている。本件規定に関する問題を含め、性同一性障害者を取り巻く様々な問題について、更に広く理解が深まるとともに、一人ひとりの人格と個性の尊重という観点から各所において適切な対応がされることを望む。

◎職業選択の自由(22条1項)

判例・通説

- ①職業決定の自由
 ②職業遂行の自由 ⇔ 営業の自由 ← 争いあり(29条説)

◎22条1項の違憲審査基準

D 消極目的規制(自由国家的公共の福祉) → 厳格な合理性の基準

E 積極目的規制(社会国家的公共の福祉) → 明白(性)の原則

合憲性の推定の原則		合理性・必要性	合理性・必要性	
(広)	合理性の基準	立法目的	立法目的達成手段	目的と手段
D	厳格な合理性の基準	重要	必要最小限度	実質的関連性
E	明白(性)の原則	正当	著しく不合理であることが明白でなければよい	合理的関連性

判例

D 薬局距離制限(百選I97: 厳格な合理性の基準) → 違憲

E 小売市場距離制限(百選I96: 明白性の原則) → 合憲

◎ 22条1項関係の判例

多い 積極目的規制 → 明白性の原則 → 合憲

西陣ネクタイ事件(百選I98)

農作物共済当然加入制事件(最判平17.4.26)

例外 ①酒類販売免許制事件(百選I99)

×目的二分論 → 明白性の原則 → 合憲

例外 ②公衆浴場距離制限(百選I94・工藤解説)

S30判決 消極目的規制 → 合憲 ∵ 公共の福祉論

しかし

↓

(通説) 厳格な合理性の基準 → 距離制限 → 違憲?
 (=必要最小限度?)

そこで

↓

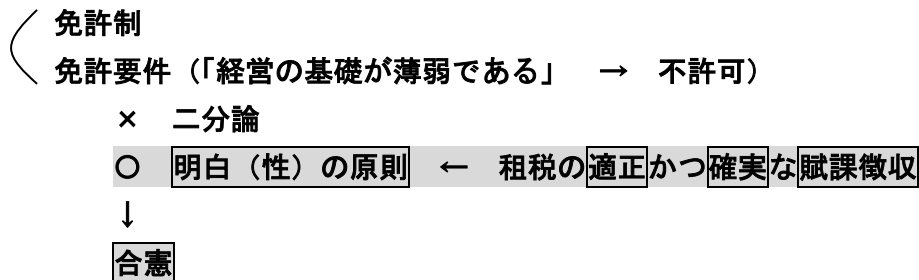
a. H元.1.20判決 積極目的規制 → 明白性の原則 → 合憲

b. H元.3.7判決 消極目的規制 + 積極目的規制

→ 合理性の基準 → 合憲

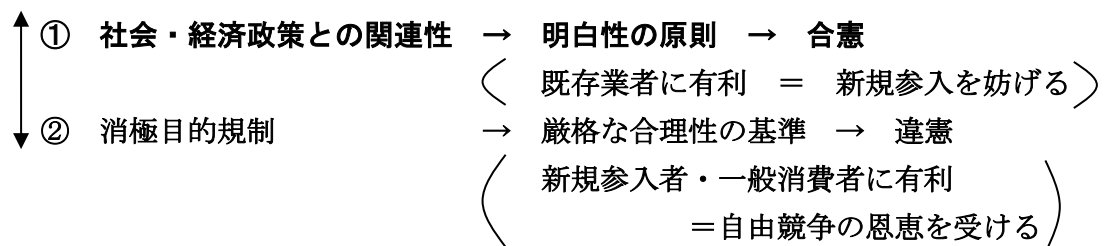
例外 ③そもそも二分論を採用しない判例(百選I94)もある。

◎酒類販売免許制事件（百選 I 99）



<判旨>

租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性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。



国 I 法律職 2 次試験論文試験 平成 5 年度

営業の自由の保障の意義及びその規制に関する違憲審査のあり方について、表現の自由の場合と比較しながら、具体的に論ぜよ。

国 I 行政職 2 次試験論文試験 平成 12 年度

職業選択の自由を制限する法律の合憲性について、具体的事例を挙げて論ぜよ。

◎職業選択の自由（22条）

平成12年度 国家Ⅰ種行政職

職業選択の自由を制限する法律の合憲性について、具体的事例を挙げて論ぜよ。

<解答のポイント>

典型論点（二重の基準論・規制目的二分論）である。

基本的な知識を正確に書くこと。「具体的事例」とは最高裁の判例がベストである。

論点Ⅱの3まで書かれていれば合格点が十分取れるが、4は時間とスペースがある限り書くこと（加点の対象となり、上位合格が狙える）。

<論点>

Ⅰ．職業選択の自由の意義

Ⅱ．職業選択の自由の規制

1．規制の根拠

2．規制の類型

3．規制の違憲審査基準（規制目的二分論）

薬局距離制限事件

小売市場距離制限事件

4．規制目的二分論の問題点

公衆浴場距離制限事件

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp. 233-239

<参考> 二重の基準論（芦部説）

精神的自由	経済的自由
A 文面審査	
B 内容規制	本問 ↓
C 時・所・方法の規制 LRAの基準	D 消極目的規制 厳格な合理性の基準
	E 積極目的規制 明白性の原則
違憲性の推定	合憲性の推定

<解説>

I. 職業選択の自由の意義

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）は自己の従事する職業を決定する自由を意味するが、選択した職業を遂行する自由、すなわち**営業の自由**も含まれる。

II. 職業選択の自由の規制

1. 規制の根拠

職業選択の自由は、精神的自由と比較してより強度の規制を受ける。**憲法 22 条 1 項が、とくに「公共の福祉に反しない限り」という留保をつけているのも、公権力による規制の要請が強いという趣旨を示したものである。**

それは、一つには、**職業は性質上、社会的相互関連性が大きいので、無制限な職業活動を許すと、社会生活に不可欠な公共の安全と秩序の維持を脅かす事態が生じるおそれが多いことによる。**

それにとどまらず、**現代社会の要請する社会国家の理念を実現するためには、政策的配慮（たとえば中小企業の保護）に基づいて積極的な規制を加えることが必要とされる場合が少なくないからである。**

2. 規制の類型

職業選択の自由の規制は、規制の目的に応じて、消極目的規制と積極目的規制に区別される。

消極目的規制とは、主として国民の生命および健康に対する危険を防止もしくは除去ないし緩和するために課せられる規制（警察的規制）である。各種の営業許可制は、おおむね消極目的規制に属する。

積極目的規制とは、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、とくに社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会・経済政策の一環としてとられる規制である。たとえば、大型スーパーなどの巨大資本から中小資本を保護するための競争制限、または中小企業相互間の過当競争の制限をはじめ、特許制などは、積極目的規制の典型的な例である。

3. 規制の違憲審査基準（規制目的二分論）

職業選択の自由に対する規制の合憲性判定の基準は、「**合理性**」の基準が用いられる。

この基準は、立法目的および立法目的達成手段の双方について、一般人を基準にして合理性が認められるかどうかを審査するもので、立法府の下した判断に合理性があるということを前提としている（**合憲性推定の原則**）ので、比較的ゆるやかな審査の基準である。

この「合理性」の基準は、職業活動の規制の目的に応じて2つに分けて用いられる。

すなわち、消極的・警察的規制（消極目的規制）については、裁判所が規制の必要性・合理性および「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」の有無を立法事実に基づいて審査する「**厳格な合理性**」の基準が適用される。**最高裁は、薬局の開設に適正配置を要求する旧薬事法および広島県条例の規制の合憲性が争われた薬局距離制限事件において、適正配置処分を違憲とした。**

これに対して、積極的・政策的規制（積極目的規制）については、いわゆる「**明白（性）の原則**」が用いられている。「明白の原則」とは、「当該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りて違憲とする」という方法をいう。つまり、立法府の広い裁量を認め、規制立法の「合理性」の有無の審査をゆるやかに行う基準である。**最高裁**

は、小売市場の開設を許可する条件として適正配置（距離制限）の規制を課していることの合憲性が争われた小売市場距離制限事件において、規制を合憲とした。

事件	規制目的	違憲審査基準	結論
薬局距離制限事件	消極目的	厳格な合理性の基準	違憲
小売市場距離制限事件	積極目的	明白（性）の原則	合憲
公衆浴場距離制限事件	a. 消極目的	a. 一元的外在制約説	合憲
	b. 積極目的	b. 明白（性）の原則	合憲
	c. 消極目的と積極目的	c. 合理性の基準	合憲

4. 規制目的二分論の問題点

以上2つの判例で展開された積極目的・消極目的による規制の類型化と、それに対応する違憲審査基準の区別の理論は、学説でも広く支持されている。

しかし、規制目的のみですべて判断できると考えるのは妥当ではない。

まず、積極目的・消極目的の区別は相対的である。たとえば各種の公害規制や建築規制のように、従来消極目的の規制とされてきたもののなかにも、積極目的の要素をも含んだ規制が増加しつつある。

また、**公衆浴場の距離制限**のように、消極目的と考えられたものが、事情の変化により、積極目的規制と解されるようになった判例もある。最高裁は従来、消極目的規制と解していたが、平成元年には、①右規制の立法目的は業者が経営の困難から転廃業をすることを防止するという積極的・社会経済政策的なものであると捉え、「明白の原則」を適用して合憲とする判決と②消極的・警察的規制目的と積極的・政策的規制目的とを併有することを理由として、合理性の基準により合憲とする判決を出している。

また、規制の目的を積極・消極いずれかに割り切り、違憲審査の基準をそれに対応させることができない場合もある。**酒類販売の免許制**の合憲性を認めた最高裁判決にその例をみることができる。目的二分論を否定する説も有力化している。

したがって、規制の目的を重要な一つの指標としつつ、それだけではなく、いかなる行為がどのように規制の対象とされているかなど、規制の態様をも考え合わせる必要がある。

たとえば、同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限（職業選択の自由そのものの制限）は営業行為（選択した職業遂行の自由）に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべきだし、参入制限についても、一定の資格とか試験のような要件ではなく、本人の能力に関係しない条件、すなわち本人の力ではいかんともなし得ないような要件（たとえば競争制限的規制）による制限である場合には、薬局距離制限事件の最高裁判決のように、厳格にその合理性を審査する必要がある。

＜模範答案＞

1. 職業選択の自由

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）は、自己の従事する職業を決定する自由を意味する。選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由も含まれる。

2. 職業選択の自由の規制

（1）規制の根拠

職業選択の自由は、精神的自由と比較してより強度の規制を受ける。憲法 22 条 1 項が、とくに「公共の福祉に反しない限り」という留保をつけているのも、公権力による規制の要請が強いという趣旨を示したものである。

それは、一つには、職業は性質上、社会的相互関連性が大きいので、無制限な職業活動を許すと、社会生活に不可欠な公共の安全と秩序の維持を脅かす事態が生じるおそれが多いことによるが、それにとどまらず、現代社会の要請する社会国家の理念を実現するためには、政策的配慮（たとえば中小企業の保護）に基づいて積極的な規制を加えることが必要とされる場合が少なくないからである。

（2）規制の種類

職業選択の自由の規制は、規制の目的に応じて、消極目的規制と積極目的規制に区別される。

消極目的規制とは、主として国民の生命および健康に対する危険を防止もしくは除去ないし緩和するために課せられる規制（警察的規制）である。この消極的・警察的目的のための規制は、行政法にいう警察比例の原則（規制措置は社会公共に対する障害の大きさに比例したもので、規制の目的を達成するために必要最小限度にとどまらなくてはならないという原則）に基づくものでなければならない。各種の営業許可制は、おおむね消極目的規制に属する。

積極目的規制とは、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、とくに社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会・経済政策の一環としてとられる規制である。たとえば、大型スーパーなどの巨大資本から中小資本を保護するための競争制限、または中小企業相互間の過当競争の制限をはじめ、特許制などは、積極目的規制の典型的な例である。

（3）規制の違憲審査基準

職業選択の自由に対する規制の合憲性判定の基準は、「合理性」の基準が用いられる。

この基準は、立法目的および立法目的達成手段の双方について、一般人を基準にして合理性が認められるかどうかを審査するもので、立法府の下した判断に合理性があるということを前提としている（合憲性推定の原則）ので、比較的ゆるやかな審査の基準である。

この「合理性」の基準は、職業活動の規制の目的に応じて 2 つに分けて用いられる。

すなわち、消極的・警察的規制（消極目的規制）については、裁判所が規制の必要性・合理性および「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」の有無を立法事実に基づいて審査する「厳格な合理性」の基準が適用される。最高裁は、薬局の開設に適正配置を要求する旧薬事法および広島県条例の規制の合憲性が争われた薬局距離制限事件において、①消極目的の規制（許可制をとる警察的規制）については、「厳格な合理性」の基準が適用されること、②薬局の距離制限は国民の生命・健康に対する危険の防止という消極目的のものであると認定し、③「薬局の開設の自由→薬局の偏在→競争激化→一部薬局の経営の不安定→不良医薬品の供給の危険性」という因果関係は立法事実によって合理的に裏づけることはできないから、規制の必要性和合理性の存在は認められないとし、また、④立法目的はよりゆるやかな規制手段、すなわち行政上の取締りの強化等によっても十分に達成できる、と論じて、適正配置処分を違憲とした。

これに対して、積極的・政策的規制（積極目的規制）については、いわゆる「明白の原則」が用いられている。「明白の原則」とは、「当該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りて違憲とする」という方法を言う。つまり、立法府の広い裁量を認め、規制立法の「合理性」の有無の審査をゆるやかに行う基準である。最高裁は、小売市場の開設を許可する条件として適正配置（距離制限）の規制を課していることの合憲性が争われた小売市場距離制限事件において、本件の規制の目的が、経済的基盤の弱い小売商を相互間の過当競争による共倒れから保護するという積極目的の規制であると認定して、距離制限は著しく不合理であることが明白でないとし、規制を合憲とした。

（4）以上2つの判例で展開された積極目的・消極目的による規制の類型化と、それに対応する違憲審査基準の区別の理論は、学説でも広く支持され、基本的に妥当と考える。

*しかし、規制目的のみですべて判断できると考えるのは妥当ではない。

なぜなら、積極目的・消極目的の区別は相対的であり、たとえば各種の公害規制や建築規制のように、従来消極目的の規制とされてきたもののなかにも、積極目的の要素をも含んだ規制が増加しつつあるのが実情だからである。

また、公衆浴場の距離制限のように、消極目的と考えられたものが、事情の変化により、積極目的規制と解されるようになった判例もある。最高裁は従来、消極目的規制と解していたが、平成元年には、①右規制の立法目的は業者が経営の困難から転廃業をすることを防止するという積極的・社会経済政策的なものであると捉え、「明白の原則」を適用して合憲とする判決と②消極的・警察的規制目的と積極的・政策的規制目的とを併有することを理由として、合理性の基準により合憲とする判決を出している。

また、規制の目的を積極・消極いずれかに割り切り、違憲審査の基準をそれに対

応させることができない場合もある。酒類販売の免許制の合憲性を認めた最高裁判決にその例をみることができる。目的二分論を否定する説も有力化している。

したがって、規制の目的を重要な一つの指標としつつ、それだけではなく、いかなる行為がどのように規制の対象とされているかなど、規制の態様をも考え合わせる必要がある。たとえば、同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限（職業選択の自由そのものの制限）は営業行為（選択した職業遂行の自由）に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべきである（最判令 3.3.18＝令 3 重判 8 参照）。また、参入制限についても、一定の資格とか試験のような要件ではなく、本人の能力に関係しない条件、すなわち本人の力ではいかんともなし得ないような要件（たとえば競争制限的規制）による制限である場合には、薬局距離制限事件の最高裁判決のように、厳格にその合理性を審査する必要がある。

以上

<注意>

（４）の＊以降は時間的・スペース的余裕がなければ書かなくても合格点はつくが、ちゃんと書ければ上位合格が期待される（加点事由）。

◎要指導医薬品対面販売規制違憲訴訟（最判令 3.3.18＝令 3 重判 8）

□□□

第1 事案の概要等

1 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（平成 25 年法律第 84 号による改正前の題名は薬事法。以下「法」という。）36 条の 6 第 1 項及び 3 項（以下、これらの規定を併せて「本件各規定」という。）は、薬局開設者又は店舗販売業者（以下「店舗販売業者等」という。）において、要指導医薬品（法 4 条 5 項 3 号）の販売又は授与をする場合には、薬剤師に対面による情報の提供及び薬学的知見に基づく指導を行わせなければならない、これができないときは要指導医薬品の販売又は授与をしてはならない旨を定めている。

本件は、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売をインターネットを通じて行う事業者であった Rakuten Direct 株式会社が、本件各規定は憲法 22 条 1 項に違反するなど主張して、被上告人を相手に、要指導医薬品として指定された製剤の一部につき、上記方法による医薬品の販売をすることが
できる権利ないし地位を有することの確認等を求める事案である。

上告人は、原判決言渡し後、上記会社を吸収合併し、その権利義務を承継した。

第2 上告理由のうち本件各規定の憲法 22 条 1 項違反をいう部分について

1 所論は、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を合憲とした原判決には、憲法 22 条 1 項の解釈の誤りがあるというものである。

2 (1) 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（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁参照）。

(2) ア 法は、医薬品等の品質、有効性及び安全性の確保並びにその使用による保健衛生上の危害の発生及び拡大の防止のために必要な規制を行うこと等により、保健衛生の向上を図ることを目的とする（1条）。医薬品は、治療上の効能、効果と共に何らかの有害な副作用が生ずる危険性を有するところ、そのうち要指導医薬品は、製造販売後調査の期間又は再審査のための調査期間を経過しておらず、需要者の選択により使用されることが目的とされている医薬品としての安全性の評価が確定していない医薬品である。そのような要指導医薬品について、適正な使用のため、薬剤師が対面により販売又は授与をしなければならないとする本件各規定は、その不適正な使用による国民の生命、健康に対する侵害を防止し、もって保健衛生上の危害の発生及び拡大の防止を図ることを目的とするものであり、このような目的が公共の福祉に合致することは明らかである。

イ そして、要指導医薬品は、医師又は歯科医師によって選択されるものではなく、需要者の選択により使用されることが目的とされているものであり、上記のとおり、このような医薬品としての安全性の評価が確定していないものであるところ、上記の本件各規定の目的を達成するため、その販売又は授与をする際に、薬剤師が、あらかじめ、要指導医薬品を使用しようとする者の年齢、他の薬剤又は医薬品の使用の状況等を確認しなければならないこととして使用者に関する最大限の情報を収集した上で、適切な指導を行うとともに指導内容の理解を確実に確認する必要があるとすることには、相応の合理性があるというべきである。また、本件各規定は、対面による情報提供及び指導においては、直接のやり取りや会話の中で、その反応、雰囲気、状況等を踏まえた柔軟な対応をすることにより、説明し又は強調すべき点について、理解を確実に確認することが可能となる一方で、電話やメールなど対面以外の方法による情報提供及び指導においては、音声や文面等によるやり取りにならざるを得ないなど、理解を確実に確認する点において直接の対面に

劣るという評価を前提とするものと解されるところ、当該評価が不合理であるということとはできない。

ウ 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。

エ 以上検討した本件各規定による規制の目的、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に照らすと、本件各規定による規制に必要性和合理性があるとした判断が、立法府の合理的裁量の範囲を超えるものであるということとはできない。

(3) したがって、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。以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日判決・刑集26巻9号586頁）の趣旨に徴して明らかというべきである。論旨は採用することができない。

<まとめ（判例）>

事件	規制目的	規制態様	違憲審査基準	結論
薬局距離制限事件	消極目的	参入規制・競争制限規制	厳格な合理性の基準	違憲
小売市場距離制限事件	積極目的	参入規制・競争制限規制	明白（性）の原則	合憲
公衆浴場距離制限事件	a. 消極目的 b. 積極目的 c. 両目的	参入規制・競争制限規制	a. 一元的外在制約説 b. 明白（性）の原則 c. 合理性の基準	合憲 合憲 合憲
要指導医薬品 対面販売規制 違憲訴訟	消極目的	職業活動の内容及び態様に対する規制	合理性の基準	合憲

◎森林法共有林事件(最大判昭 62. 4. 22＝百選 I [7 版]96)(R2-4-ウ, H25-3-

オ, H16-3-4, H9-2-5)

＜事案＞

共有山林の少数持分権者が，共有山林について分割請求を求めたが，森林法 186 条の分割制限（持分の過半数でなければ分割できない）に該当するとして，否定された。

＜論点＞

共有林の分割請求を制限している森林法 186 条は，憲法 29 条 2 項に反するのではないか。

＜結論＞

共有林の分割請求を制限している森林法 186 条は，憲法 29 条 2 項に反する（*：ただし，いかなる違憲審査基準を適用して違憲としたかは，必ずしも明らかでない）。

＜判旨＞

- ① 「財産権は，それ自体に内在する制約があるほか，……立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが，この規制は，財産権の種類，性質等が多種多様であり，また，財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も，社会公共の便宜の促進，経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから，社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため，種々様々でありうる」。
- ② 「裁判所としては，立法府がした右（諸要素の）比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから，立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか，または規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって，そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り，当該規制立法が憲法 29 条 2 項に違背するものとして，その効力を否定することができるものと解するのが相当である」（薬事法違憲判決引用）。
- ③ 「共有物分割請求権は，各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ，……共有の本質的属性として」認められるものである。
- ④ 森林法 186 条の立法目的は，「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り，ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り，もって国民経済の発展に資することにある」。右立法目的は，「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」。
- ⑤ しかし，（1）森林法 186 条は共有者間の紛争に際しては，森林荒廃の事態を永続化させてしまう。（2）同条には森林の範囲や期間の限定が施されていない。（3）現物分割においても，価格賠償など当該共有物の性質または共有状態に応じた合理的な分割が

可能であり（共有物の分割方法に関する最判昭 30. 5. 31 民集 9・6・793, 最判昭 45. 11. 6 民集 24・12・1803 を変更), したがって共有森林について現物分割をしても直ちにその細分化をきたすものとは言えない。

- ⑥ 以上より, **森林法 186 条による分割請求権の制限は, 同条の「立法目的との関係において, 合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであって」**
「同条は, 憲法 29 条 2 項に違反し, 無効というべきである」。

<解説>

判決は, 薬事法違憲判決を引用しているが (②), 薬事法違憲判決とは異なった理論構成により判断している。

(*)

この森林法違憲判決の評価をめぐって, 学説の評価は分かれた。

まず, **A : 財産権 (29 条) の場合は, 消極目的規制と積極目的規制に二分する考え方は妥当せず, 「合理性」の基準という単一の基準が適用されるようになった** (判旨②⑥の「必要性」「合理性」との文言参照) との見方があった。

他方, B : 森林法 186 条の規制の沿革と実質 (明治時代の規定を引き継いだ) を考慮すると, 積極目的規制というよりは, 消極目的規制の要素が強い (判旨①の後半参照, ②で薬事法違憲判決を引用していること) ため, 「厳格な合理性」の基準を採用し違憲としたという評価 (芦部), 明治時代の「利害の抗争と妥協の産物」である森林法 186 条は福祉国家の現在では妥当しないので, 民法の原則に戻るべきだとして, 「厳格な合理性」の基準を採用し違憲としたという評価 (佐藤) もあった。

しかし, **その後の証券取引法事件 (最大判平 14. 2. 13 = 百選 I [7 版] 97。**

この判例が財産権の規制における最高裁の先例となっている。

R2-4-㊦) や農地許可制事件では, 最高裁は, 財産権 (29 条) に関して「合理性」の基準を採用していると解するのが有力となっている。

◎京都府風俗案内所規制条例事件(最判平 28. 12. 15=平成 29 重判 8・

百選 I [7 版]A9, 芦部 7 版 p201) □□□←要注意！

<事案>

京都府風俗案内所の規制に関する条例（平成 22 年京都府条例第 22 号。以下「本件条例」という。）は、風俗案内所に起因する府民に著しく不安を覚えさせ、又は不快の念を起こさせる行為、犯罪を助長する行為等に対し必要な規制を行うことにより、青少年の健全な育成を図るとともに、府民の安全で安心な生活環境を確保することを目的として（1 条）、①学校、児童福祉施設等の敷地から 200m 以内の区域（営業禁止区域）における風俗案内所の営業を禁止し（3 条 1 項）、違反者に対して刑罰を科することを定める（16 条 1 項 1 号）とともに、②表示物等に関する規制として、風俗案内所を営む者が、風俗案内所の外部に、又は外部から見通すことができる状態にしてその内部に、接待風俗営業（飲乐的雰囲気醸し出す方法により客をもてなして飲食させる営業）に従事する者を表す図画等を表示すること等を禁止している（7 条 2 号）。

<判旨>

- ①風俗案内所の特質及び営業実態に起因する青少年の育成や周辺的生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みると、本件条例が、青少年が多く利用する施設又は周辺的环境に特に配慮が必要とされる施設の敷地から一定の範囲内における風俗案内所の営業を禁止し、これを刑罰をもって担保することは、公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性があるということができ、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく風俗営業に対する規制の内容及び程度を踏まえても、京都府議会が上記の営業禁止区域における風俗案内所の営業を禁止する規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえないから、本件条例 3 条 1 項及び 16 条 1 項 1 号の各規定は、憲法 22 条 1 項に違反するものではないと解するのが相当である。
- ②また、風俗案内所が青少年の育成や周辺的生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みれば、風俗案内所の表示物等に関する上記の規制も、公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性があるということができ、京都府議会が同規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえないから、本件条例 7 条 2 号の規定は、憲法 21 条 1 項に違反するものではないと解するのが相当である。

<参考（通説からのアプローチ）>

営業の自由⇒規制＋規制⇒基準

表現の自由⇒規制⇒基準

しかし、⇒的表現（言論）の自由⇒基準

◎生存権（25条）

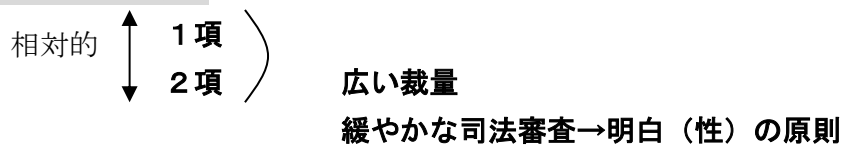
<1項と2項>（芦部 P278～279）

A. 峻別論（堀木訴訟控訴審≡佐藤）

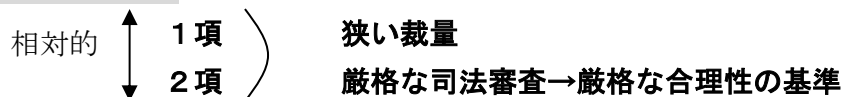
1項	=	救貧	←	狭い（羈束）裁量
2項	=	防貧	←	広い（自由）裁量

B. 非峻別論

a. 判例（最高裁）



b. 芦部（通説）



平成6年度 国家I種行政職

「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の法的性格について、判例の立場に触れながら説明せよ。

<解答のポイント>

1. 本問は典型論点である。
2. 生存権の問題では、本問は基本的な問題である。生存権の法的性格が中心論点だが、一般論だけ書きすぎないように注意すること。
3. 違憲審査基準は、具体的事例に関し、判例を分析するために書いたほうがよい。
4. 判例はプログラム規定説であると理解するのが芦部先生であるが、抽象的権利説との理解も有力である。
5. 通説は抽象的権利説である。違憲審査基準としては厳格な合理性の基準を用い、立法不作為の違憲確認訴訟は認めないが、立法不作為を理由とする国家賠償請求の余地を認める。
6. 具体的権利説（少数説）は違憲審査基準としては厳格審査基準または厳格な合理性の基準を用い、立法不作為の場合、立法不作為の違憲確認訴訟を認める。しかし、憲法 25 条を根拠とする給付請求を認める具体的権利説の中でも少数説もある。

<論点>

- I. 生存権の法的性格
- II. 生存権の違憲審査基準
- III. 具体的事例
 1. 行政裁量に関する判例（朝日訴訟上告審判決）
 2. 立法裁量に関する判例（堀木訴訟上告審判決）
 3. 判例に対する評価

<参考文献>

芦部信喜『憲法 第7版』（岩波書店）pp.277-281（生存権），396-399（国家賠償請求）

<25条の法的性格>（芦部 P279~281）

A. プログラム規定説

<根拠>

- ①憲法規定の[]性
- ②[]主義 → 自助の原則
- ③[]上の制約

B. 抽象的権利説（通説）

<根拠>

- ① 憲法規定の[抽象性] + 「[]」
- ②現代資本主義（△自由競争） → [生存権]
- ③[予算]（=手段） ← 25条（=目的）

C. 具体的権利説（少数説）

一般的 $\left(\begin{array}{l} \times \text{具体的給付請求} \text{（25条）} \\ \bigcirc \text{立法[]の[]確認訴訟} \end{array} \right) \Leftrightarrow \bigcirc \text{29条3項（判例）}$

<批判>

- ①三権分立に反する
- ②実効性がない

D. 判例(百選Ⅱ136・137・138)の評価

芦部 → A説 修正されたプログラム規定説
樋口・長谷部 → B説 抽象的権利説(通説)

<判例を抽象的権利説と解する根拠>

① 25条の法規範性を認めている。

○ 法規範性 = 法解釈の基準

× 裁判規範性 = 具体的救済

→ 具体的立法によって裁判規範性○

注意: 裁判規範性は, 法規範性を含め, 広義で用いられることがある。

○ 判例は25条の法規範性を認めている。

× 判例は25条の裁判規範性(狭義)を認めている。

○ 判例は25条の裁判規範性(広義)を認めている。

② 裁量権の踰越・濫用が違憲・違法になる余地を認めている。

①② → B説

少なくとも純粋なA説ではない(芦部)

<判例と通説の違い>

判例

1項・2項 … い裁量 ← 明白性の原則

「健康で文化的な最低限度の生活」は客観的に裁判所で判断でき。

通説(芦部)

1項・2項 … い裁量 ← 厳格な合理性の基準

「健康で文化的な最低限度の生活」は客観的に裁判所で判断でき。

＜模範答案（通説に拠る）＞

1. 憲法第25条は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」（第1項）、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」（第2項）と抽象的に定めるのみである。そこで、生存権の法的性格が問題となる。

（1）この点、25条は国家に対する政治的義務以上のものは定めておらず、生存権の法的権利は認められないとする見解がある（プログラム規定説）。

この見解は、①生存権の内容は抽象的で不明確であること、②資本主義社会においては自助の原則が妥当すること、③生存権を実現するためには予算が必要であるが、予算をどのように配分するかは立法府や行政府の政策的判断や裁量に属する事項であることを理由とする。

（2）しかし、以下の理由から、プログラム規定説は妥当でない。

確かに、①文言は抽象的であるが、抽象的なのは他の憲法規定も同様である。憲法25条は「権利」という文言を用いている以上、法的権利性を否定すべきではない。また、②生存権は資本主義の矛盾を解消するために生まれた権利であり、すぐれて資本主義的な権利である。更に、③下位法（統治・手段）である予算によって上位法（人権・目的）である憲法上の権利の実現が制約されると考えるべきではない。憲法上の権利の救済以上に重要な予算措置など想定できないはずである。

したがって、生存権は法的権利であると解する。

もっとも、生存権の内容は抽象的で不明確であることは否定できない。それゆえ、①生存権は立法を待ってはじめて具体的な権利となり、②生存権が立法によって実現されている場合には、憲法と法律とを一体として捉え、生存権の具体的権利性を主張できるものとする（抽象的権利説）。

（3）これに対して、憲法25条1項は、憲法上行政権を拘束するほどには明確ではないが、立法者を拘束するほどには明確であり、その意味で具体的権利を定めたものであるとして、立法不作為の違憲確認訴訟（または憲法25条を根拠とする給付請求）を提起できるとする見解もある（具体的権利説）。

しかし、立法不作為の違憲確認訴訟は実効性に乏しく、また（特に憲法25条を根拠とする給付請求は）権力分立（41条、65条、76条）に反するおそれがあるので、妥当ではない。

2. それでは、憲法25条及びそれを具体化する生活保護法に基づく公権力の行使がどのような場合に違憲・違法となるのか、違憲審査基準が問題となる。

この点、判例は、「明白性の原則」を用いて、立法府の判断が著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用となるような場合を除き、裁判所はこれについて審理判断をするべきでないとする（堀木訴訟上告審判決）。

たしかに、25条にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容は、時々

における文化の発達の程度，経済的・社会的条件，一般的な国民生活の状況との相関関係において判断決定されるべきものである。

しかし，何が最低限度の生活水準であるかは，特定の時代の特定の社会においては，ある程度客観的に決定することが可能である。

したがって，少なくとも，「健康で文化的な最低限度の生活」に該当するかどうかについては「厳格な合理性の基準」を用い，立法府・行政府の判断に合理性があるか否かを具体的事実に基づき実質的に審査すべきである。

3. 具体的事例

（1）朝日訴訟判決では，1956年（昭和31年）当時の生活扶助費600円が健康で文化的な最低限度の生活水準を維持するに足りるかどうか争われた。最高裁は，①25条1項は，すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり，直接個々の国民に具体的権利を賦与したものではない，②何が「健康で文化的な最低限度の生活」であるかの判断は，厚生大臣の裁量に任せられているとした。 ← R2-3-U

（2）また，堀木訴訟では，障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定が憲法25条・14条に反しないかが問題となった。最高裁は，立法府の広い裁量を認め，それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用となるような場合を除き，裁判所の審理判断の対象にはならないとした。

（3）朝日訴訟・堀木訴訟に関し，最高裁が憲法25条1項の具体的権利性を否定していることを強調し，判例はプログラム規定説に立っているとする見解も存在する。しかし，最高裁は，25条の規定が政府の生活保護基準の設定・立法措置が違法かどうか判断する基礎となるとしている（法規範性を認めている）し，裁量権の踰越・濫用の場合は違憲・違法となる余地を認めているので，抽象的権利説に立っているとも評価できる。しかし，最高裁が立法府・行政府の広範な裁量を認めている点は前述の「厳格な合理性の基準」に照らすと問題がある。

（4）近時，被保護世帯において子弟の高等学校修学の費用に充てることを目的として加入した学資保険の満期保険金の一部について収入認定をし，保護の額を減じた市の保護変更決定処分を違法とする最高裁判決が下された。

この判決は，憲法25条に関して判断をしたものではないが，行政府の裁量を限定しているので，抽象的権利説からすると妥当であると考えられる。

以上

<注意>

本問では，3の（4）は加点事由で書かなくてもよい。

令和3年重要判例

◎岩沼市議会出席停止処分事件(最大判令 2.11.25=R3重判2・行

6。最大判昭35.10.19を変更)□□□□

<判旨>

- ① 普通地方公共団体の議会は、地方自治法並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる（同法134条1項）ところ、懲罰の種類及び手続は法定されている（同法135条）。これらの規定等に照らすと、出席停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分の取消しを求めるものであって、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものというべきである。
- ② 憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則として、その施策を住民の意思に基づいて行ふべきものとするいわゆる住民自治の原則を採用しており、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住民の代表である議員により構成され、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を決定するなどの権能を有する。そして、議会の運営に関する事項については、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきであるところ、議員に対する懲罰は、会議体としての議会内の秩序を保持し、もってその運営を円滑にすることを目的として科されるものであり、その権能は上記の自律的な権能の一内容を構成する。
- ③ 他方、普通地方公共団体の議会の議員は、当該普通地方公共団体の区域内に住所を有する者の投票により選挙され（憲法93条2項、地方自治法11条、17条、18条）、議会に議案を提出することができ（同法112条）、議会

令和3年重要判例

の議事については、特別の定めがある場合を除き、出席議員の過半数でこれを決することができる（同法116条）。そして、議会は、条例を設け又は改廃すること、予算を定めること、所定の契約を締結すること等の事件を議決しなければならない（同法96条）ほか、当該普通地方公共団体の事務の管理、議決の執行及び出納を検査することができ、同事務に関する調査を行うことができる（同法98条、100条）。議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである。

- ④ 出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動をすることができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない。

- ⑤ そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができ、というべきである。

したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象とな、というべきである。

これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和35年10月19日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。

令和3年重要判例

◎孔子廟政教分離違反訴訟(最大判令3.2.24=令3重判6)□□□□

第1 事案の概要

1 本件は、那覇市（以下「市」という。）の管理する都市公園内に儒教の祖である孔子等を祀った久米至聖廟（以下「本件施設」という。）を設置することを参加人に許可した上で、その敷地の使用料（以下「公園使用料」という。）の全額を免除した当時の市長の行為は、憲法の定める政教分離原則に違反し、無効であり、第1審被告が参加人に対して平成26年4月1日から同年7月24日までの間の公園使用料181万7063円（以下「本件使用料」という。）を請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民である第1審原告が、第1審被告を相手に、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求める住民訴訟である。

2 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 那覇市公園条例（1970年那覇市条例第6号。以下、単に「公園条例」という。）及び那覇市公園条例施行規則（1970年那覇市規則第5号。平成28年那覇市規則第21号による改正前のもの。以下、単に「公園条例施行規則」という。）によれば、都市公園法5条1項に基づく公園施設の設置許可（以下「公園施設設置許可」という。）を受けた者は、市に対し、占用面積1㎡につき1か月360円の使用料を納付しなければならず、上記使用料は毎月5日までにその月分を徴収することとされているが（公園条例11条1項、2項ただし書、別表第1）、市長は、公共的団体が公益の目的で使用する場合には使用料の全額（公園条例11条の2第4号、公園条例施行規則15条1項2号）を、その他市長が特に必要と認める場合には市長が必要と認める額（公園条例11条の2第8号、公園条例施行規則15条1項3号）をそれぞれ免除することができることとされている。

(2) ア 市は、都市公園法2条1項1号所定の都市公園として、市内の久米地域に松山公園（以下「本件公園」という。）を設置し、これを管理している。本件施設は、本件公園内の国公有地上に設置された、儒教の祖である孔子やその4人の門弟である四配等を祀る廟である。本件施設の建物等の所有者は参加人である。参加人は、本件施設、道教の神等を祀る天尊廟及び航海安全の守護神を祀る天妃宮の公開、久米三十六姓（約600年前から約300年間にわたり、現在の中国福建省又はその周辺地域から琉球に渡来してきた人々）の歴史研究、論語を中心とする東洋文化の普及等を目的とする一般社団法人であり、定款上、上記目的が明記されるとともに、その正会員（社員）の資格が久米三十六姓の末えいに限定されている。

令和3年重要判例

イ 本件施設は、大成殿、啓聖祠、明倫堂・図書館、至聖門、御路、御庭空間等によって構成され、その占有面積は1335㎡であり、その敷地は、至聖門、明倫堂・図書館、フェンス等により、本件公園の他の部分から仕切られている。本件施設の出入口に当たる至聖門には三つの扉があり、参加人の説明によれば、中央の扉は孔子の霊のための扉とされ、孔子の霊を迎えるために1年に1度、後記ウの釋奠祭禮の日によりのみ開かれる。御路は、御庭空間の中央を至聖門から大成殿に向かって直線的に伸びる通路であり、孔子の霊は、至聖門を通過して御路を進み、大成殿の正面階段の中央部分に設けられた石龍階を越えて大成殿へ上るとされている。大成殿は、本件施設の本殿と位置付けられており、その内部の中央正面には孔子の像及び神位（神霊を据える所）が、その左右には四配の神位がそれぞれ配置され、観光客に加え、家族繁栄、学業成就、試験合格等を祈願する多くの人々が参拝に訪れる。また、本件施設においては、大成殿の香炉灰が封入された「学業成就（祈願）カード」が販売されていたことがあった。

ウ 本件施設では、平成25年以降、毎年、孔子の生誕の日とされる9月28日に、供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを送り返すという内容の行事である釋奠祭禮が行われている。参加人においては、釋奠祭禮の挙行がその事業として定款上明記されるとともに、久米三十六姓の末えい以外の者がこれを行うことについては、事業の形骸化、観光ショー化、世俗化のおそれがあり、許容することができないとされている。

(3)ア 久米三十六姓は、航海、造船等の技術を有し、通訳や交易を担い、琉球王国の繁栄を支えた職能集団であり、かつて久米地域に居住し、17世紀に同地域に孔子等を祀る至聖廟を建立するとともに、18世紀にその隣接地に琉球における最初の公立学校とされている明倫堂を建立した（以下、この至聖廟と明倫堂とを併せて「当初の至聖廟等」という。）。当初の至聖廟等及びその敷地は、明治12年に沖縄県が設置された後、社寺に類する施設として国有とされ、その後、請願を受けて同35年に当時の那覇区に返還され、大正4年に参加人の前身である社団法人久米崇聖会（以下、参加人と区別することなく、「参加人」という。）に譲与された。なお、当初の至聖廟等は、沖縄県によって、その敷地上における工作物の建設等につき、社寺に準じた規制を受けていた。当初の至聖廟等は、第二次世界大戦の戦災により焼失し、その後も区画整理のため久米地域において再建されることはなかったが、昭和49年ないし同50年頃、参加人が所有する那覇市若狭所在の土地に、天尊廟及び天妃宮と共に、至聖廟及び明倫堂が再建され（以下、この至聖廟と明倫堂とを併せて「旧至聖廟等」という。）、参加人はこれらを維持管理するようになった。参加人の会報誌には、旧至聖廟等、天尊廟及び天妃宮について、普段は1日当たり約200人の参拝者がいる旨の記載があ

令和3年重要判例

る。

イ 参加人は、平成11年3月、市が旧久米郵便局の跡地を国から買い取り、本件公園の一部として取り込むとの情報を得て、当初の至聖廟等があった場所ではないものの、同跡地に至聖廟を移転して久米地域に回帰すべく、同12年12月、市に対し、要請活動を開始した。
市においては、平成15年に松山公園周辺土地利用計画（案）策定業務に係る委員会及びその作業部会（以下「本件委員会等」という。）が複数回開かれ、有識者等が出席し、本件公園周辺の土地利用計画に関して議論が行われ、その際に出された意見の中には至聖廟の宗教性を問題視するものがあった。市は、平成15年9月、本件委員会等における議論等を踏まえ、松山公園周辺土地利用計画案（以下「本件土地利用計画案」という。）を策定した。本件土地利用計画案において、大成殿については、公園のシンボルとして整備することとされる一方、公的施設としての性格について議論を呼ぶ可能性があり、公的補助金を導入することや、国公有地上に建設することは難しいとされ、参加人の所有する土地との換地をするなどして、私有地内に配置することが考えられるとの整理がされていた。

ウ 市は、本件公園の用地として、平成18年2月1日付けで、国から、那覇市久米所在の国有地（地積4560.30㎡）を代金7億6600万円で買い受けるとともに、同年6月21日付けで、国との間で、同所在の国有地（地積2280.14㎡）を目的とする国有財産無償貸付契約を締結した。

エ 当時の市長は、参加人の申請に基づき、平成23年3月31日付けで本件施設に係る公園施設設置許可（設置の期間は許可の日から同26年3月31日まで）をするとともに、公園条例11条の2第4号、公園条例施行規則15条1項2号に基づき、上記期間における公園使用料の全額を免除する旨の処分をした。参加人は、平成24年3月20日に本件施設の新築工事に着手し、同25年4月30日までに同工事を完了した。上記期間が満了するのに伴い、当時の市長は、参加人の申請に基づき、平成26年3月28日付けで本件施設に係る公園施設設置許可（設置の期間は同年4月1日から平成29年3月31日まで。以下「本件設置許可」という。）をするとともに、公園条例11条の2第4号、公園条例施行規則15条1項2号に基づき、上記期間における公園使用料の全額を免除する旨の処分（以下「本件免除」という。）をした。なお、上記期間は、本件公園の管理上支障がない限り、更新が予定されていた。

第2 令和元年（行ツ）第222号上告代理人大城浩ほかの上告理由及び同上告 補助参加代理人当山尚幸、同大島優樹の上告理由について

令和3年重要判例

1 原審は、本件免除が、その直接の効果として、参加人による本件施設を利用した宗教的活動を容易にしているなどとして、憲法20条1項後段、3項、89条に違反すると判断した。所論は、原審のこの判断について、上記各条項の解釈適用の誤り及び理由の不備がある旨をいうものである。

2 憲法は、20条1項後段、3項、89条において、いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定（以下「政教分離規定」という。）を設けているところ、一般に、政教分離原則とは、国家（地方公共団体を含む。以下同じ。）の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている。そして、我が国においては、各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。しかしながら、国家と宗教との関わり合いには種々の形態があり、およそ国家が宗教との一切の関係を持つことが許されないというのではなく、政教分離規定は、その関わり合いが我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものであると解される。そして、国又は地方公共団体が、国公有地上にある施設の敷地の使用料の免除をする場合においては、当該施設の性格や当該免除をすることとした経緯等には様々なものがあり得ることが容易に想定されるところであり、例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該免除がされる場合もあり得る。これらの事情のいかんは、当該免除が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえる。そうすると、当該免除が、前記諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて、政教分離規定に違反するか否かを判断するに当たっては、当該施設の性格、当該免除をすることとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、こ

令和3年重要判例

れらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和46年（行ツ）第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁，最高裁平成4年（行ツ）第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁，最高裁平成19年（行ツ）第260号同22年1月20日大法廷判決・民集64巻1号1頁，最高裁平成19年（行ツ）第334号同22年1月20日大法廷判決・民集64巻1号128頁等）の趣旨とするところからも明らかである。

3(1) 前記事実関係等によれば、本件施設は、本件公園の他の部分から仕切られた区域内に一体として設置されているところ、大成殿は、本件施設の本殿と位置付けられており、その内部の正面には孔子の像及び神位が、その左右には四配の神位がそれぞれ配置され、家族繁栄、学業成就、試験合格等を祈願する多くの人々による参拝を受けているほか、大成殿の香炉灰が封入された「学業成就（祈願）カード」が本件施設で販売されていたこともあったというのである。そうすると、本件施設は、その外観等に照らして、神体又は本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性があるといえることができる。本件施設で行われる釋奠祭禮は、その内容が供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを送り返すというものであることに鑑みると、思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その霊の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない。また、参加人は釋奠祭禮の観光ショー化等を許容しない姿勢を示しており、釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的な目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない。そして、参加人の説明によれば、至聖門の中央の扉は、孔子の霊を迎えるために1年に1度、釋奠祭禮の日によりのみ開かれるものであり、孔子の霊は、御庭空間の中央を大成殿に向かって直線的に伸びる御路を進み、大成殿の正面階段の中央部分に設けられた石龍陛を越えて大成殿へ上るというのであるから、本件施設の建物等は、上記のような宗教的意義を有する儀式である釋奠祭禮を実施するという目的に従って配置されたものといえることができる。また、当初の至聖廟等は、少なくとも明治時代以降、社寺と同様の取扱いを受けていたほか、旧至聖廟等は、道教の神等を祀る天尊廟及び航海安全の守護神を祀る天妃宮と同じ敷地内にあり、参加人はこれらを一体として維持管理し、多くの参拝者を受け入れていたことがうかがわれる。旧至聖廟等は当初の至聖廟等を再建したものと位置付けられ、本件施設はその旧至聖廟等を移転したものと位置付けられていること等に照らせば、本件施設は当初の至聖廟等及び旧至聖廟等の宗教性を引き継ぐものといえることができる。以上によれば、本件施設については、一体としてその宗教性を肯定することができることはもとよ

令和3年重要判例

り、その程度も軽微とはいえない。

(2) 本件免除がされた経緯は、市が、本件施設の観光資源等としての意義に着目し、又はかつて琉球王国の繁栄を支えた久米三十六姓が居住し、当初の至聖廟等があった久米地域に本件施設が所在すること等をもって本件施設の歴史的価値が認められるとして、その敷地の使用料（公園使用料）を免除することとしたというものであったことがうかがわれる。しかしながら、市は、本件公園の用地として、新たに国から国有地を購入し、又は借り受けたものであるところ、参加人は自己の所有する土地に旧至聖廟等を有していた上、本件土地利用計画案においては、本件委員会等で至聖廟の宗教性を問題視する意見があったこと等を踏まえて、大成殿を建設する予定の敷地につき参加人の所有する土地との換地をするなどして、大成殿を私有地内に配置することが考えられる旨の整理がされていたというのである。また、本件施設は、当初の至聖廟等とは異なる場所に平成25年に新築されたものであつて、当初の至聖廟等を復元したものであることはうかがわれず、法令上の文化財としての取扱いを受けているなどの事情もうかがわれない。そうすると、本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値をもって、直ちに、参加人に対して本件免除により新たに本件施設の敷地として国公有地を無償で提供することの必要性及び合理性を裏付けるものとはいえない。

(3) 本件免除に伴う国公有地の無償提供の態様は、本件設置許可に係る占有面積が1335㎡に及び、免除の対象となる公園使用料相当額が年間で576万7200円（占有面積1335㎡×1か月360円×12か月）に上るというものであつて、本件免除によって参加人が享受する利益は、相当に大きいといえることができる。また、本件設置許可の期間は3年とされているが、公園の管理上支障がない限り更新が予定されているため、本件施設を構成する建物等が存続する限り更新が繰り返され、これに伴い公園使用料が免除されると、参加人は継続的に上記と同様の利益を享受することとなる。そして、参加人は、久米三十六姓の歴史研究等をもその目的としているものの、宗教性を有する本件施設の公開や宗教的意義を有する釋奠祭禮の挙行を定款上の目的又は事業として掲げており、実際に本件施設において、多くの参拝者を受け入れ、釋奠祭禮を挙行している。このような参加人の本件施設における活動の内容や位置付け等を考慮すると、本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人が本件施設を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるといえることができ、その効果が間接的、付随的なものにとどまるとはいえない。

(4) これまで説示したところによれば、本件施設の観光資源等としての意義

令和3年重要判例

や歴史的価値を考慮しても、本件免除は、一般人の目から見て、市が参加人の上記活動に係る特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないものといえる。

(5) 以上のような事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すると、本件免除は、市と宗教との関わり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当すると解するのが相当である。

4 以上によれば、本件免除が憲法20条1項後段、89条に違反するか否かについて判断するまでもなく、本件免除を違憲とした原審の判断は是認することができる。また、原判決について、上告理由としての理由の不備があるということもできない。論旨はいずれも採用することができない。

第3 令和元年（行ヒ）第262号上告代理人徳永信一，同岩原義則の上告受理 申立て理由について

1 原審は、前記第1の2の事実関係等の下において、本件免除は無効であるとした上で、要旨次のとおり判断し、第1審原告の請求について、第1審被告が参加人に対して平成26年4月1日から同年7月24日までの間の公園使用料を請求しないことが違法であることを確認することを求める限度で認容すべきものとし、その余の部分棄却した。公園条例及び公園条例施行規則上、第1審被告が特に必要と認める場合には都市公園の使用料の一部を免除することができる旨規定されているから、第1審被告が、参加人から本件設置許可に伴う公園使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが、直ちに第1審被告の財産管理上の裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものとして、違法であるということとはできない。

2 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 公園施設設置許可を受けた者の公園条例に基づく使用料の金額は、公園条例により一義的に決定されること、公園条例及び公園条例施行規則上、上記使用料に係る賦課決定等の行為を想定した規定は見当たらないことに照らせば、上記使用料は、公園施設設置許可がされ、所定の期間が経過することによって当然に発生するものと解するのが相当である。参加人は、本件設置許可を

令和3年重要判例

受け、所定の期間を経過したものであり、かつ、本件免除は違憲無効であるというべきであるから、事実審の口頭弁論終結時において、市の参加人に対する本件使用料に係る債権が全額存在していたとすることができる。

(2) 使用料等の地方公共団体の歳入に係る督促について定める地方自治法231条の3第1項等の規定並びに地方公共団体が有する債権の管理について定める同法240条及び地方自治法施行令171条の2から171条の7までの規定によれば、客観的に存在する使用料に係る債権を理由もなく放置したり免除したりすることは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使又は不行使について裁量はないというべきである（最高裁平成12年（行ヒ）第246号同16年4月23日第二小法廷判決・民集58巻4号892頁参照）。そして、公園条例11条の2第8号は使用料の一部の免除について定めているものの、事実審の口頭弁論終結時までに、同号に基づく免除の処分はされておらず、公園条例及び公園条例施行規則において、一旦発生した使用料の徴収の猶予等を定めた規定も存在しない。また、本件において、地方自治法施行令171条の5から171条の7までに規定する徴収停止等の要件に該当する事情もうかがわれない。そうすると、第1審被告において、本件使用料に係る債権の行使又は不行使についての裁量があるとはいえず、その全額を請求しないことは違法というほかない。

(3) 以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、論旨は以上と同旨をいうものとして理由がある。

第4 結論

以上の次第で、参加人の上告を棄却することとし、原判決中第1審原告敗訴部分は破棄を免れず、第1審原告の請求は理由があり、これを認容した第1審判決は正当であるから、上記部分につき、参加人の控訴を棄却し、同控訴の提起後にされた第1審被告の控訴は、二重上訴であって不適法であるから、却下することとする。

よって、裁判官林景一の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官林景一の反対意見は、次のとおりである。私は、多数意見が、本件免除が憲法20条3項に違反し無効であるとしたことについては賛同するこ

令和3年重要判例

とができない。その理由は次のとおりである。

1 参加人が年1回釋奠祭禮という行事を行い、参拝客が訪問する本件施設について、当時の市長は、観光振興（中国と沖縄の歴史的つながりを示す施設として観光スポットとなること）や教育学習促進（特に明倫堂において、論語という、我が国でも深く浸透してきた、いわば東洋文化の柱の一つともいえるべき学問、思想について、体験学習や講演等による普及を図ること等）という非宗教的目的に価値を見いだして、その敷地の使用料の全額免除（ただし、建物は参加人が2億円以上もの費用を賄って建設したことがうかがわれる。）をしている。これについて、多数意見は、本件施設が宗教施設の外観を持っていること、そこにおいて参加人によって挙行される釋奠祭禮が、孔子の霊を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する外観を呈していること、外部の参拝者もあること等から、本件施設は宗教性を肯定することができ、その程度も軽微とはいえないと判断した上で、原審のように参加人が宗教団体であると断ずるまでもなく、空知太神社訴訟等の判例の枠組みに照らしてみた場合、当時の市長が、参加人に対して、本件施設の敷地に係る多額の使用料の全額免除をしたことは、社会通念に照らして総合的に判断すると、相当とされる限度を超えており、憲法20条3項で禁止された国等による宗教的活動に当たるから違憲無効な処分であると断じたものである。

2 参加人は、久米三十六姓という様々な家系の中国からの渡来人たちの末えいが構成する血縁集団（門中）の緩やかな連合体であることがうかがわれ、法的には一般社団法人である。その定款において、琉球王朝の発展に多大な功績を築いた久米三十六姓の歴史研究、大成殿・明倫堂を含む本件施設等の公開、論語を中心とする東洋文化の普及及び人材の育成を図ることを目的とし、そのための事業として、琉球王朝時代から続く伝統文化の釋奠祭禮の挙行、論語等の東洋文化普及・交流に関する事業等を挙げている。このような定款上の目的に照らしてみると、今日においては、参加人は、琉球王朝時代風の孔子廟施設を維持すること、そして、そこにおいて釋奠祭禮という行事を続け、合わせて、論語等の東洋文化を若い世代に普及させることを重要な目的としているとみることができよう。このような目的からみる限り、今日において、参加人が、集団として、宗教としての儒教の信仰を共有し、それを継承し、普及させようとしていることはうかがえない。かつて、論語は、中国及び我が国を始めとする東アジア諸国に浸透しており、知識人や指導的階層はもとより、広く庶民に至るまで、基本的な素養、教養であると考えられており、論語を含む四書五経は、立身出世のための必修科目とみなされ、わけても論語は決定的に重要と考えられていたことは周知の事実である。本件施設内にもある明倫堂はこのための学習施設として建設されており、孔子ないしその思

令和3年重要判例

想の権威を示す象徴としての大成殿と一体的施設として孔子廟施設を構成していたようである。しかしながら、戦後、民主主義の発展の中で、儒教＝封建的ないし前近代的な道德という図式によって、論語の社会的重要性が低下したことは否めず、もはや体系的な論語教育はなされているとはいえないから、そのためにも、参加人が、歴史研究と併せて、論語の普及の場を設けていることに相応の意義があることがうかがえる。このようにみてくると、現在の参加人は、定款のみならず、実際の活動を評価してみても、儒教であれ、その派生宗教であれ、特定の宗教の信仰を絆として、これを日常的に実践する集団であるとみることはできない。むしろ、久米三十六姓の末えいの血縁集団の連合体として、戦後の歴史・社会状況の変化の中で、他の門中と同様、祖先の事績を偲びつつ、集団の絆を維持強化しようとするものと評価できるのではないか。本件施設で行われている釋奠祭禮は、そのために、祖先が、渡来人の思想的、実務的基盤として重視した儒学・論語文化そのものの外部への普及のための努力をしながら、集団内部においては、儒学・論語の始祖というべき孔子に対する崇敬の念を示す伝統を共有し、そのための伝統行事を催行し、継承していくこととしているものであると説明することができよう。とすれば、これは信仰に基づく宗教行為というよりも、代々引き継がれた伝統ないし習俗の継承であって、宗教性は仮に残存していたとしても、もはや希薄であるとみる余地が十分にあると考える。

3 政教分離規定への適合性が争われたこれまでの判例においては、前提として 神道ないし仏教があり、これらとの関係性を判断してきたものであるといえる。すなわち、地鎮祭の催行、玉串料の奉納、神社ないし地蔵像に対する土地の提供等々の事案に係る判例においては、いずれも国等の行為・活動に関し、神道ないし仏教との距離を測ることによって宗教性の濃淡を測り、目的効果基準ないし総合判断により、社会通念に照らして、相当性の限度を超えるか否かを判断してきたといえよう。しかるに、上記のとおり、参加人の定款で標榜する目的やこれに基づく日常的な活動の実態をみる限り、本件施設や釋奠祭禮については宗教性がないか、少なくとも習俗化していて希薄であると考える。実際、宗教的意義を有するとされた釋奠 祭禮の主宰者である会員が他の宗教の信者であることもあるという。そして、本件においては、宗教の教義、すなわち信仰の在り方、態様はもとより、宗教上の指導者ないし聖職者及び信者集団、並びにこれらをつなぐ一定の組織性、普及活動など、常識的にみて宗教の本質的要素と考えられる要素のいずれも認定できていない。参拝者の受入れについては、参拝者の内心の問題であるから、確定的なことはいえないが、少なくとも、参拝者が当然に信仰心に基づく参拝をしたという証拠はない。そもそも本件免除の目的の一つが観光振興であることに示されているように、大半が本件公園の一角にあつて我が国最南に所在する孔子

令和3年重要判例

廟を見物に来る観光客である可能性も高い。いずれにせよ、参拝者が組織化された宗教的活動として参拝を行っていることはうかがえず、参拝者に対する宗教の普及活動が行われていることもうかがえないから、参拝者の来訪は、本件施設の宗教性に係る判断の決定的材料であるとは思えない。結局のところ、本件施設及び参加人の活動に宗教性がないという参加人の主張に対する検討が十分に尽くされたとはいえないと考える。宗教性は、突き詰めると内心の問題に行き当たって、裁判になじまない部分があることも事実である。であるからといって、本件施設について、今日的な宗教性を否定する相応の主張、理由があって、前記のとおり、もはや宗教性がないか、既に希薄化していると考えられる中で、外観のみで、宗教性を肯定し、これを前提に政教分離規定違反とすることは、いわば「牛刀をもって鶏を割く」の類というべきものである。

4 また、政教分離規定は、信教の自由を確保するという目的のために、国等が、特定の宗教との関わり合いを持つことで、当該宗教を援助、助長し、又は他の宗教を圧迫することになるから、相当と認められる限度を超える関わり合いは禁止されるべきものであるという考えに立脚している。しかし、「何らかの」という以上に宗教の特定も、信者集団を含めた宗教組織ないし団体の存在の認定もできないのであれば、助長される対象が特定できないことになるのであるから、政教分離規定違反を問うことはできないのではあるまいか。それにもかかわらず、本件において、政教分離規定に違反するとの判断をすることは、政教分離規定の外延を曖昧な形で過度に拡張するものであって、たとえ総合判断の過程において、文化財指定の有無や国際交流という目的等が考慮され得るとしても、憲法違反とされるおそれや訴訟の手續負担のおそれによって、歴史研究・文化活動等に係る公的支援への萎縮効果等の弊害すらもたらしかねないものであると考える。

5 以上によれば、本件免除が憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当するとした原審の判断には誤りがあり、また、本件免除が憲法20条1項後段及び89条に違反するということもできない。そうすると、本件において、私的団体である参加人が、旧至聖廟等の跡地を引き続き所有するなど、比較的裕福な団体であることがうかがわれるのに、当時の市長が年500万円以上にも上る使用料を全額免除したこと自体は、公的支援として過ぎたるものではないかという違和感を覚えるものではあるが、本件免除が無効であるということまではいえない以上、第1審原告の請求は棄却するほかないと考える。

（裁判長裁判官 大谷直人 裁判官 池上政幸 裁判官 小池 裕 裁判官 木澤克之 裁判官 菅野博之 裁判官 山口 厚 裁判官 戸倉三郎 裁判官 林 景一 裁判官 宮崎裕子 裁判官 深山卓也 裁判官 三浦 守 裁判官 草野耕一 裁判官 宇賀克也 裁判官 林 道晴 裁判官 岡村和美）

令和3年重要判例

◎要指導医薬品対面販売規制違憲訴訟（最判令 3.3.18＝令 3 重判 8）

□□□

第1 事案の概要等

1 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（平成 25 年法律第 84 号による改正前の題名は薬事法。以下「法」という。）36 条の 6 第 1 項及び 3 項（以下、これらの規定を併せて「本件各規定」という。）は、薬局開設者又は店舗販売業者（以下「店舗販売業者等」という。）において、要指導医薬品（法 4 条 5 項 3 号）の販売又は授与をする場合には、薬剤師に対面による情報の提供及び薬学的知見に基づく指導を行わせなければならない、これができないときは要指導医薬品の販売又は授与をしてはならない旨を定めている。

本件は、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売をインターネットを通じて行う事業者であった Rakuten Direct 株式会社が、本件各規定は憲法 22 条 1 項に違反するなど主張して、被上告人を相手に、要指導医薬品として指定された製剤の一部につき、上記方法による医薬品の販売をすることができる権利ないし地位を有することの確認等を求める事案である。

上告人は、原判決言渡し後、上記会社を吸収合併し、その権利義務を承継した。

2 法の定め等

(1) 医薬品（専ら動物のために使用されることが目的とされているものを除く。以下同じ。）は、薬局医薬品（4 条 5 項 2 号）、要指導医薬品（同項 3 号）及び一般用医薬品（同項 4 号）に大別され、薬局医薬品は、要指導医薬品及び一般用医薬品以外の医薬品であるとされている。なお、薬局医薬品には、いわゆる医療用医薬品（医師若しくは歯科医師によって使用され又はこれらの者の処方箋若しくは指示によって使用されることを目的として供給されるもの。以下同じ。）が含まれる。要指導医薬品及び一般用医薬品（以下「一般用医薬品等」という。）は、いずれも、その効能及び効果において人体に対する作用が著しくないものであって、薬剤師その他の医薬関係者から提供された情報に基づく需要者の選択により使用されることが目的とされているものをいうとされている。一般用医薬品等のうち要指導医薬品は、4 条 5 項 3 号イからニまでに掲げる医薬品で、その適正な使用のために薬剤師の対面による情報の提供及び薬学的知見に基づく指導が行われることが必要なものとして、厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定するものとされ、一般用医薬品は、一般用医薬品等から要指導医薬品を除いたものと

令和3年重要判例

されている。4条5項3号イからニまでは、その製造販売の承認の申請に際して既に製造販売の承認を与えられている医薬品と有効成分、分量、用法、用量、効能、効果等が明らかに異なるとされた医薬品であって、当該申請に係る承認を受けてから厚生労働省令で定める期間を経過しないもの（同号イ）及びその製造販売の承認の申請に際して同号イの医薬品と有効成分、分量、用法、用量、効能、効果等が同一性を有すると認められた医薬品であって、当該申請に係る承認を受けてから厚生労働省令で定める期間を経過しないもの（同号ロ）のほか、毒薬（同号ハ）及び劇薬（同号ニ）を掲げる。

(2) 店舗販売業者等は、要指導医薬品につき、薬剤師に販売させ、又は授与せねばならないとされている（36条の5第1項）。また、店舗販売業者等は、① 要指導医薬品の適正な使用のため、要指導医薬品を販売し、又は授与する場合には、薬剤師に、対面により、所定の事項を記載した書面を用いて必要な情報を提供させ、及び必要な薬学的知見に基づく指導を行わせなければならず（36条の6第1項）、② 上記の情報の提供及び指導を行わせるに当たっては、当該薬剤師に、あらかじめ、要指導医薬品を使用しようとする者の年齢、他の薬剤又は医薬品の使用の状況等を確認させなければならず（同条2項）、③ 上記の情報の提供又は指導ができないとき、その他要指導医薬品の適正な使用を確保することができないと認められるときは、要指導医薬品を販売し、又は授与してはならない（同条3項）などとされている。これに対し、店舗販売業者等が、一般用医薬品を販売し、又は授与する場合には、一般用医薬品中の区分に応じ、薬剤師に必要な情報を提供させなければないときがある（36条の10）ものの、情報を提供するに当たり、対面によりしなければないとはされていない。

3 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) Rakuten Direct 株式会社は、一般用医薬品等を店舗において販売し、又は授与する業務について法26条1項による許可を受けた店舗販売業者であって、薬事法に本件各規定を加えること等を定める薬事法及び薬剤師法の一部を改正する法律（平成25年法律第103号）1条が施行された平成26年6月12日より前からインターネットを通じて医薬品の販売をしていた事業者であった。

(2) 一般用医薬品等には、医療用医薬品として製造販売の承認を受けている医薬品につき、新たに薬剤師その他の医薬関係者から提供された情報に基づく需要者の選択により使用されることが目的とされているものとして製造販売の承認を受けた医薬品であるいわゆるスイッチOTCと、医療用医薬品として使用することを前提としても製造販売の承認を受けていない医薬品につき、新たに薬剤師その他の医薬関係者から提供された情

令和3年重要判例

報に基づく需要者の選択により使用されることが目的とされているものとして製造販売の承認を受けた医薬品であるいわゆるダイレクトOTCが含まれる。スイッチOTCについては、原則として、その製造販売の承認の際、法79条1項に基づき、承認の条件として当該承認を受けた者に対し製造販売後の安全性に関する調査（以下「製造販売後調査」という。）を実施する義務を課す取扱いがされており、その期間は原則として3年間である。ダイレクトOTCについては、原則として、法14条の4第1項1号に規定する新医薬品として再審査の対象とする取扱いがされており、その再審査のための調査期間として指定される期間は、既に製造販売の承認を与えられている医薬品との相違の程度に応じ、通常4～8年間である。製造販売後調査を実施する義務を課されたスイッチOTCでその期間を経過しないもの及び再審査の対象とされたダイレクトOTCでそのための調査期間を経過しないものは、法4条5項3号イ、ロの厚生労働省令（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施行規則7条の2）で定める期間を経過しないものとして、同号イ、ロに該当することとなる。このうち要指導医薬品としての指定がされたスイッチOTCについては原則3年間、同ダイレクトOTCについては原則4～8年間で一般用医薬品として販売することの可否の評価を行い、問題がないことが確認されれば、要指導医薬品から一般用医薬品へ移行することとされている。

(3) 一般用医薬品に該当する医薬品の品目数は、平成28年5月30日時点で1万0374品目である。これに対し、要指導医薬品に該当する医薬品の販売開始後の品目数は、平成26年6月12日時点で劇薬である5品目を含めて20品目であり、その後、おおむね14～23品目の範囲内で推移している。そして、一般用医薬品等全体の市場規模は、平成26年度において約8944億円、同27年度において約9385億円であったところ、そのうち要指導医薬品の市場規模は、同26年度において約51億円、同27年度において約26億円であった。

第2 上告理由のうち本件各規定の憲法22条1項違反をいう部分について

1 所論は、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を合憲とした原判決には、憲法22条1項の解釈の誤りがあるというものである。

2 (1) 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

令和3年重要判例

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（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁参照）。

(2) ア 法は、医薬品等の品質、有効性及び安全性の確保並びにその使用による保健衛生上の危害の発生及び拡大の防止のために必要な規制を行うこと等により、保健衛生の向上を図ることを目的とする（1条）。医薬品は、治療上の効能、効果と共に何らかの有害な副作用が生ずる危険性を有するところ、そのうち要指導医薬品は、製造販売後調査の期間又は再審査のための調査期間を経過しておらず、需要者の選択により使用されることが目的とされている医薬品としての安全性の評価が確定していない医薬品である。そのような要指導医薬品について、適正な使用のため、薬剤師が対面により販売又は授与をしなければならないとする本件各規定は、その不適正な使用による国民の生命、健康に対する侵害を防止し、もって保健衛生上の危害の発生及び拡大の防止を図ることを目的とするものであり、このような目的が公共の福祉に合致することは明らかである。

イ そして、要指導医薬品は、医師又は歯科医師によって選択されるものではなく、需要者の選択により使用されることが目的とされているものであり、上記のとおり、このような医薬品としての安全性の評価が確定していないものであるところ、上記の本件各規定の目的を達成するため、その販売又は授与をする際に、薬剤師が、あらかじめ、要指導医薬品を使用しようとする者の年齢、他の薬剤又は医薬品の使用の状況等を確認しなければならないこととして使用者に関する最大限の情報を収集した上で、適切な指導を行うとともに

令和3年重要判例

指導内容の理解を確実に確認する必要があるとすることには、相応の合理性があるというべきである。また、本件各規定は、対面による情報提供及び指導においては、直接のやり取りや会話の中で、その反応、雰囲気、状況等を踏まえた柔軟な対応をすることにより、説明し又は強調すべき点について、理解を確実に確認することが可能となる一方で、電話やメールなど対面以外の方法による情報提供及び指導においては、音声や文面等によるやり取りにならざるを得ないなど、理解を確実に確認する点において直接の対面に劣るという評価を前提とするものと解されるところ、当該評価が不合理であるということとはできない。

ウ 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。

エ 以上検討した本件各規定による規制の目的、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に照らすと、本件各規定による規制に必要性和合理性があるとした判断が、立法府の合理的裁量の範囲を超えるものであるということとはできない。

(3) したがって、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。以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日判決・刑集26巻9号586頁）の趣旨に徴して明らかというべきである。論旨は採用することができない。

令和3年重要判例

◎夫婦同氏制度の合憲性（最大決令3.6.23＝令3重判10）□□□

＜事案＞

1 本件は、抗告人らが、婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して婚姻の届出をしたところ、国分寺市長からこれを不受理とする処分（以下「本件処分」という。）を受けたため、本件処分が不当であるとして、戸籍法122条に基づき、同市長に上記届出の受理を命ずることを申し立てた事案である。本件処分は、上記届出が、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称するとする民法750条の規定及び婚姻をしようとする者が婚姻届に記載しなければならない事項として夫婦が称する氏を掲げる戸籍法74条1号の規定（以下「本件各規定」という。）に違反することを理由とするものであった。所論は、本件各規定が憲法14条1項、24条、98条2項に違反して無効であるなどというものである。

＜判旨＞（合憲）

2 しかしながら、民法750条の規定が憲法24条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（最高裁平成26年（才）第1023号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁（以下「平成27年大法廷判決」という。））、上記規定を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項と定めた戸籍法74条1号の規定もまた憲法24条に違反するものでないことは、平成27年大法廷判決の趣旨に徴して明らかである。平成27年大法廷判決以降にみられる女性の有業率の上昇、管理職に占める女性の割合の増加その他の社会の変化や、いわゆる選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合の増加その他の国民の意識の変化といった原決定が認定する諸事情等を踏まえても、平成27年大法廷判決の判断を変更すべきも

2022年5月10日（火）

令和3年重要判例

のとは認められない。憲法24条違反をいう論旨は、採用することができない。なお、夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法24条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。本件処分の時点において本件各規定が憲法24条に違反して無効であるといえないことは上記のとおりであって、この種の制度の在り方は、平成27年大法廷判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。