

憲法・人権 解説レジュメ

1. 出題趣旨

本問は、消極的表現の自由（憲法第21条第1項）に対する制約の合憲性に関する出題である。ただし、ここでは、営利社団法人の活動に対する地方公共団体による規制が論点となっており、これを踏まえた検討が求められる。

また、地方公共団体による私的団体への規制が、第三者たる私人の憲法上の権利への制約となる旨の立論も考えられよう。

甲としては、まず、暴力団であれ、私人の人生観が保護されるものであることを前提に、当該内容を漫画という形で執筆し、表現する方法が憲法上保障されるにもかかわらず、本件措置が、一方的全面的にその機会を奪うものであって、甲の消極的表現の自由を侵害する、との違憲主張が考えられる。

営業の自由や他のコミック等との平等権侵害等他の議論も考えられないではないが、上記主張が最も直裁であり、的を得たものとなる。

なお、本件措置によりコンビニエンスストアの店頭での販売ができなくなっていることをもって、事前抑制であるとの主張も考えられるが、後記第三者主張適格同様主として展開すべきではない。

なお、本件措置について、名宛人たるコンビニエンスストア各社ではなく、甲による争いが最も適切であることを裏付ける第三者主張適格も問題となりうるが、主として展開すべき論点でないことには注意が必要であろう。

これに対し、解答者としては、A県の側から想定される反論を、規制の趣旨を踏まえつつ明確にした上で、基本的な判例・学説の知識を前提にしながら、説得力のある形で自身の見解を述べることが求められる。

2. 設問

まず、憲法の条文から自分が依拠する人権を指摘する必要がある。

本問では、表現の自由、営業の自由等が考えられるが、甲が原告として、違法性（違憲性）の要件を具備する旨の主張をすることとなるから、違憲性の推定が強く働く人権を選択することが訴訟戦略的に相当である。このことは答案作成上も同様であり、甲の立場からの論述を求められているのであれば、甲にとって有利、すなわち違憲との判断が導かれやすい人権を選択する必要がある。

さらに、本問では、A県の法律による行政として、甲の権利行使に対する介入を問題視することとなるから、いずれの人権を選択するに当たっても、消極的、すなわち公権力からの介入を受けないことを内容とする権利を主張する必要がある。かような観点から、本問では、消極的表現の自由を選択することが最も妥当であろう。

表現の自由は、憲法上明記こそされていないものの、積極的に「表現する」自由のみならず、消極的に「表現しない」自由（消極的表現の自由）も保護領域に含んでいる（思想良心や信仰の核心に関する沈黙の自由は除く）。

甲は、最初に自身の憲法上の主張が同権利の保護領域に含まれることを問題文の事情を用いな

がら説得的に論ずる必要がある。

次に、甲は自身が主張する憲法上の権利に対する制約が違憲であることを主張する必要がある。判例は、他の多くの憲法上の権利の場合と同様、表現の自由に対する制約における判断枠組みとして、利益衡量論を採用しているのに対し、学説は表現の自由の優越的地位を確保するため、厳格な基準を用いて判断すべきとしている（二重の基準論）。

また、学説の多数説は表現内容規制と表現内容中立規制とを区別した上で、両社に異なる審査基準が用いられるべきとしている。

本問では、暴力団に関連した内容を含むコミック本についてコンビニエンスストア店頭での販売中止という事象について、暴力団に関連した「内容」に着目した規制と捉える考え方、コンビニエンスストア店頭での販売中止という「方法」に着目した規制と捉える考え方のいずれも成り立つと思われるところ、いずれの場合においても資料として添付しているA県暴力団排除条例の引用は不可欠であろう。

A県側の反論としては、甲の表現行為が表現の自由の保護領域に含まれない、あるいは規制の趣旨を鑑み、規制方法として合理的である等が考えられる。

いずれの場合も「想定される反論との対立点を明確にしつつ」、解答者の考え方を明らかにする上で争点を形成する意義を有するに過ぎず、自身と異なる見解について指摘するに留めるべきであり、大展開は得策ではない。

解答者の見解においては、甲の主張とA県側の反論により形成された争点について、両者の主張を踏まえつつ、説得的に論述することが求められている。あてはめにおいては、問題文の事情を余すところなく触れ、評価をすることが求められよう。

☆当てはめにおいて着目すべき事実

- ・本件措置に至るA県暴力団排除条例の制定目的及び規制内容
- ・A県警察が一覧表を作成した経緯及びその内容
- ・本件コミック本の内容及び販売方法
- ・甲の主張内容の是非（本件コミック本を店頭から撤去する以外に方法がなかったのか、本件コミック本について他の販売方法が検討できるか）

【参考文献】

- ・野中ほか「憲法 I（第5版）」有斐閣
- ・渡辺ほか「憲法 I 基本権」日本評論社
- ・福岡地判平成24年6月13日判タ1415号134頁

以 上