

論文式試験問題集
[憲法・人権]

[憲法・人権]

A市内の全ての商店街には、当該商店街に店舗を営む個人又は法人を会員とする商店会が組織されている。会員は、店舗の大きさや売上高の多寡にかかわらず定額の会費を毎月納入し、その会費で、防犯灯の役目を果たしている街路灯や商店街のネオンサイン等の設置・管理費用、商店街のイベント費用、清掃美化活動費用などを賄っていた。

しかし、A市内に古くからある商店街の多くが、いわゆるシャッター通りと化してしまい、商店街の活動が不活発となっているだけでなく、商店街の街路灯等の管理にも支障が生じており、防犯面でも問題が起きている。

A市内には、大型店やチェーン店もある。それらの多くは、商店街を通り抜けた道路沿いにある。それらの大型店やチェーン店は、商店街の街路灯やネオンサイン等によって立地上の恩恵を受けているにもかかわらず、それらの設置や管理等に掛かる費用を負担していない。また、大型店やチェーン店は、商店街のイベントに参加しないものの、同時期にセールを行うことで集客増を図るなどしている。大型店やチェーン店は、営業成績が悪化しているわけでもないし、商店会に加入しなくても営業に支障がない。それゆえ、多くの大型店やチェーン店は、商店街の活性化活動に非協力的である。このような大型店やチェーン店に対して、全ての商店会から、商店街がもたらす利便に「タダ乗り」しているとする批判が寄せられている。A市にとって、市内全体での商業活動を活性化するためにも、古くからある商店街の活性化が喫緊の課題となっている。

このような状況に鑑みて、A市は、大型店やチェーン店を含む全てのA市内の店舗に対し、最寄りの商店会への加入を義務付ける「A市商店街活性化条例」（以下「本条例」という。）を制定した。

本条例の目的は大きく分けて二つある。第一の目的は、共同でイベントを開催するなど大型店やチェーン店を含む全ての店舗が協力することによって集客力を向上させ、商店街及び市内全体での商業活動を活性化することである。第二の目的は、大型店やチェーン店をも含めた商店会を、地域における防犯体制等の担い手として位置付けることである。

本条例は、商店会に納入すべき毎月の会費を、売場面積と売上高に一定の率を乗じて算出される金額と定めている。そして、本条例によれば、A市長は、加入義務に違反する者が営む店舗に対して、最長で7日間の営業停止を命ずることができる。A市内で最も広い売場面積を有し、最も売上高が大きい大型店Bの場合、加入するものとされている商店会に毎月納入しなければならない会費の額が、その商店会の会員が納入する平均的な金額の約50倍となる。そこで、大型店Bを営むC社としては、このような加入義務は憲法に違反していると考え、当該商店会に加入しなかったために、A市長から、7日間の営業停止処分を受けた。その結果、大型店Bの収益は大幅に減少した。

C社は、A市を被告として、本条例が違憲であると主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。

〔設問〕

C社の憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

(本条例による会費の算出方法の当否及び営業停止処分の日数の相当性については、論じなくてよい。)

2021年10月31日

担当：弁護士 枝窪史郎

参考答案
[憲法・人権]

<p>第1</p> <p>1 本条例及びそれに基づく7日間の営業停止処分により、C社は、大型店Bについて、会費として多大な金銭納付義務を負わされ、従わない場合、営業活動を停止されることになる。また、最寄りの商店会に加入することも義務付けられる。</p> <p>2 そこで、当該条例は憲法22条1項により保証される、望まない商店会に加入せずに営業活動をする自由（以下、「本件自由①」という）、および、憲法21条1項に保障される、自らの望まない結社に加入させられない自由（以下、「本件自由②」という）を侵害し、違憲とならないか。</p> <p>これについて、私は、違憲となるものと考える。</p> <p>第2 本件自由①について</p> <p>1 権利の保障について</p> <p>(1) 憲法22条1項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定し、職業選択の自由を保障する。職業選択の自由の保障を実効的なものにするためには、実際に営業を行う自由も保障されなければならない。そして、C社は法人であるが、営業の大部分が法人によって行われることから、その性質上、営業の自由は法人にも保障される。</p> <p>(2) 営業活動にあたり、いかなる団体に属するかは、営業活動に密接な関連を有する。</p> <p>よって、本件自由①は、憲法22条1項により保証される。</p> <p>2 審査基準について</p> <p>(1) ア A市側から、本件自由①は営業の自由として経済的自由に属し、そ</p>	<p>の規制目的も集客力向上・商店街及び市内全体の商業活動活性化という積極目的規制であるから、A市には裁量が認められ、合憲性判断は緩やかにするべきとの主張が想定される。</p> <p>イ 確かに、営業は、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であって、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、いわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつつよく働くともいえる。</p> <p>しかし、権利の性質は、一概には判断しえず、経済的自由に属する権利であっても、精神的自由に資する側面を持ちうる。また、本件条例の目的は、上記に加えて、大型店やチェーン店をも含めた商店会を地域における防犯体制等の担い手として位置付けるという消極目的をも含むものである。</p> <p>よって、一概に緩やかに審査すべきものとはいえず、権利の重要性、制約の強度に鑑み、その合憲性判断の基準を定立するべきである。</p> <p>(2) 権利の重要性について</p> <p>営業の自由は、経済活動を通じて社会発展に寄与し、法人としての個性を全うしてその価値を高めることに資する重要な権利である。特に本件自由①は、営業活動を行う自由そのもの、および、営業活動の根幹となる、なすべき支出の選択をする自由を含む点で、重要性が高いといえる。</p> <p>(3) 制約の強度について</p> <p>ア(7)本件条例により、商店会加入・会費の納入を義務付けることは、誓約として強度といえる。特にC社のような売上高の大きい大型店を有する者には、平均的金額の50倍もの納付義務が課されることになる点、強</p>
--	---

<p>い制約といいうる。</p> <p>(イ) これに対し、本件条例は、各店舗に、売場面積と売上高に一定の率を乗じて算出される金額の納付を義務付けるものであるから、強度の制約とはいえないとの反論が想定される。</p> <p>これについて、納付すべき金額が高くなったとしても、それは平等に適用される計算の結果であり当該店舗を狙い撃ちにした規制とはいえないため、当該反論は妥当であると考える。</p> <p>イ しかし、この支出を嫌い加入義務に違反した場合、最長7日間の営業停止を科される点につき、営業停止は、本件自由①に対する直接的規制であるから、制約の程度は強度である。</p> <p>(4) このような権利の重要性および制約の強度に鑑みれば、本件自由①が経済的自由としての側面を有し、A市に一定の裁量が認められることを加味しても、当該制約が憲法22条1項に反しないかは、一定程度厳格に審査すべきである。</p> <p>そこで、目的が重要であり、手段と目的の間に実質的関連性が認められる場合に、制約は合憲となるものと考える。</p> <p>3 (1) 目的審査について</p> <p>ア 本件条例の目的は、先述のとおり、商店街及び市内全体の商業活動活性化、および、防犯体制の強化にある。</p> <p>イ 商業活動活性化は、これにより、人々の豊かな生活を実現させる点で重要である。また、防犯体制の強化も、人々の生活の安全に関わる重要な目的である。</p>	<p>(2) 手段審査について</p> <p>ア 次に、商店会加入・会費の納入を義務付け、従わない場合営業停止処分を科すという手段については、本来、商店街の活性化などは、自主的な創意工夫による商業活動の充実によりはかられるべきであるし、会費の納入等が防犯体制強化につながると一概にはいえないが、大型店舗やチェーン店に会費を納入させ、資金を確保することは、立地条件をよりよくし、多くのイベントを行うことや、街灯等を充実させることを可能にし、上記目的に資する面もある。</p> <p>イ しかし、当該義務に違反した場合に営業停止処分を課すことは、停止自体および営業停止による当該店舗への信頼喪失により、当該店舗の存在による集客を失うことにつながる。</p> <p>これはむしろ、上記の目的に逆行するものであって、営業停止処分による加入の担保という手段は、目的との間に実質的関連性を有さないものといえる。</p> <p>(3) よって、本件条例は、憲法21条1項に反して本件自由①を侵害し、違憲である。</p> <p>第3 本件自由②について</p> <p>1 権利の保障について</p> <p>憲法21条1項は、結社の自由を保障するところ、結社の自由は、結社に入る自由とともに、結社に入らない自由をも保障していると考えられる。</p> <p>よって、自らの望まない商店会への加入を強制されないという本件自由②は、憲法21条1項により保障される。</p>
---	---

2 審査基準の定立について

(1) 権利の重要性について

本件自由②は、消極的結社の自由として、自己実現の価値を有する。いかなる結社に属するかを選択は、当該結社を通じてどのような活動をし、自己の法人としての価値を形成するかに大きく関わる点で重要である。

(2) 制約の強度について

ア(ア)まず、本件条例は、商店会への加入を強制する点で、強度の制約と考えられるところ、これに対して、A市側からは、強制加入ではあっても商店会という単なる商業的結合体に加入させるだけであって、特定の政治的思想などに結び付くような場合とは異なるから、これへの加入を強制することも強度の制約とはいえないとの反論が考えられる。

(イ)これについて、確かに商店会は、その加入が特定の思想の強制につながる性質の団体ではない。

しかし、商店会に加入すれば、会費の支出に加え、その商店会の運営方針への一定の配慮を余儀なくされるため、これを強制することは、強度の制約と言わざるを得ない。

また、加入を担保するために、営業停止という直接的制約を課す点でも、本件条例の制約は強度である。

(3) 上記のような権利の重要性、および、制約の強度に鑑み、本件条例が憲法21条1項に違反するかは、厳格に審査すべきである。

具体的には、やむにやまれぬ公益目的のために必要最小限の手段のみが認められるものと解する。

3 (1) 目的審査について

商店街及び市内全体の商業活動活性化、および、防犯体制の強化という本件条例の目的は、人々の生活向上、および、安全確保に関わるものであり、A市では、古くからの商店街の活性化が喫緊の課題となっていることからすれば、やむにやまれぬ公益目的といえる。

(2) 手段審査について

上記目的達成にあたって、確かに、A市の大型店、チェーン店も含めて、一致体制をとり、資金を確保して、立地条件を充実させ、イベントを行うことや、街灯設備等を備えることは必要である。

そのための手段として、大型点やチェーン店が、商店街活性化に非協力的である以上、本件条例の定める手段は最小限度のものとも考えられる。

しかし、大型店・チェーン店が絶対的な拒否の姿勢を示しているでもない以上、商店街活性化による恩恵および現状の問題を共有する折衝の機会を頻繁に設けることや、合同協賛イベントの実施による互惠関係の構築など、創意工夫・改善の余地は認められ、営業停止を伴う商店会への加入強制が最小限度の手段であるとはいえない。

(3) よって、本件条例は憲法21条1項に反して本件自由②を侵害する点でも、違憲である。

以上

2021年10月31日

担当：弁護士 枝窪史郎

憲法・人権 解説レジュメ

－検討の流れとポイント－

第1. 問題点（制約の内容）

大型店やチェーン店を含む全てのA市内の店舗に対し、最寄りの商店会への加入を義務付ける「A市商店街活性化条例」（以下「本条例」）の憲法適合性が問われている

→法令違憲の問題

●本条例の内容

- ① 商店会への加入義務付け
 - ② ①に伴い、商店会に対し売場面積と売上高に一定の率を乗じて算出される金額の会費納入を義務付け
 - ③ 加入義務違反者が営む店舗に対する最長で7日間の営業停止
- ※ これらが権利への制約の内容となる

第2. 権利の特定・保障

（1）権利の特定

制約の内容から特定していく。

…①, ②, ③のせいで、何ができなくなる（何をさせられる）のか

→望まない商店会に加入させられる（会費も納入させられる）

※ 憲法上は、1 自由に営業できないこと

2 望まない団体に入らされること

が問題。

→1 望まない商店会に加入せずに営業活動をする自由（22条1項）

2 自らの望まない結社に加入させられない自由（21条1項）

※ このようにある程度具体的に特定する。

（2）権利の保障

1 営業の自由

●憲法第22条1項

→何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有する

…職業選択の自由を保障

→営業の自由をも保証するか

・選択した職業を遂行する事由が保障されていないなら、選択の自由の保障が無に帰する

・職業

=人が自己の生計を維持するためにする継続的活動

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。

→職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障。

→職業の性格と意義に照らせば、職業は、その選択、すなわち職業の開始、

継続, 廃止において自由であるばかりでなく, 選択した職業の遂行自体, すなわちその職業活動の内容, 態様においても, 原則として自由であることが要請される。

→狭義の職業選択の自由のみならず, 職業活動の自由(営業の自由)の保障をも包含している。

2 消極的結社の自由

●憲法第21条1項: 結社の自由を保障

→結社の自由: 加入することも, 加入しないことも含む。

第3. 規範定立

基本: 権利の重要性

制約の強度

→これらから制約が違憲となるかの基準を(選択的に)定立していく

※ 経済的自由特有の問題

規制目的二分論(後述判例参照)

・経済的自由に対する制約においては, 規制の目的が, 消極目的(危険除去, 安全保護)か積極目的(弱者救済)かにより, 制約をする側の判断を尊重すべき度合いが違う(積極>消極)

→違憲かを判断する基準もこれにあわせる

(消極=ある程度厳格に/積極=緩やかに)

※ 前提として, 経済的自由は精神的自由に比して, 緩やかに違憲か否かを審査すべきとの立論がある(権利の重要性の問題といえる)。

●ポイント

① 規制目的を単純に二分できるか。目的が混在的な規制もあるのでは?

本問ではそこが問題といえる(参考答案参照)。

※ 答案での示し方

規制目的二分論に則った見解提示

→上記疑問を提示(対立点の設定)

→あくまで権利の重要性や制約の強度を個々に見て審査基準を定立すべき。

② そもそも経済的自由と割り切れるか(権利の重要性の問題)

1の権利については, 権利の本質に照らしてみれば, 精神的自由の側面がある。経済的自由だから(精神的自由に比して)重要度が低いとはいえない。

●制約の強度に関するポイント:

・罰則をもって担保するようなものは制約として強度

(反論: ルールを守ればいいのでは?)

・営業自体を停止するような直接的制約は制約として強度

(対になる概念=間接的制約)

→議論はあるものの罰金を科す, 氏名の公表などはこのように評価することもできる)

第4. あてはめ

事実を適示し、定立した審査基準との関係で評価した結果、基準に反しないか。

→重要ポイント＝評価

事実：義務に違反した場合に営業停止処分を課される

評価：営業停止

→人々のお店への信頼を喪失させるもの

→停止そのものおよび停止による当該店舗への信頼喪失により、当該店舗の存在による集客を失う

以上

【参考判例】

●薬局距離制限事件最高裁判決（昭和50年4月30日）

職業の自由に対する規制の合憲性は、一律に論ずることができず、具体的に規制の目的、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うえで慎重に決定されなければならない。

そうした検討と考量は、第一次的には立法府の権限と責務であり、規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。

しかし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うるのであって、裁判所は具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきである。

●小売市場距離制限事件最高裁判決（昭和47年11月22日）

憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、社会経済政策の実施の一手段として、一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当である。

社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしてもどのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまっほかはない。

それは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるといえるべきであるからである。

2021年10月31日

担当：弁護士 枝窪史郎

1 本問における商店会は、商店街に店舗を営む個人又は法人を会員としているところ、共通の目的を持って継続的に結合していることから、憲法21条1項の「結社」に該当する。

そして、結社については憲法21条1項により結社に参加する自由のほか、消極的な結社の自由即ち結社に参加しない自由が保障されている。

こうすると、C社としては本条例はA市内の全ての店舗に対して最寄りの商店会への加入を義務付けている点において、結社に参加しない自由を侵害するものとして違憲無効であると主張することが考えられる。

2 これに対して、結社に参加しない自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要最小限度の制約を受けるところ、本条例の目的は商店街及び市内全体での商業活動の活性化と商店会を地域における防犯体制等の担手として位置付けることであって正当であり、手段についても営業停止処分という方法で相当性を有することから、必要最小限度の規制として違憲ではない、との反論が考えられる。

3 この点、本条例の目的は商店街の活動が不活発となつている現状や街路灯の管理が不十分なことによる防犯面での課題を解決するため、店舗の規模の大小を問わず商店会への加入を義務付けるものであり、大型店

やチェーン店についても商店街の活動による恩恵を受けていることから、本条例の目的は不当とまでは言えない。

もっとも、本条例が商店会へ加入しない店舗に対して最長7日間の営業停止処分を課することができていることは、事実上の強制加入とする措置であり、結社の自由に参加しない自由を著しく制約するものである。

また、上述の本条例の目的を達成する上で、営業停止処分という手段が合理性を有しているとは言えない。

よって、本条例は、結社に参加しない自由に対する過度な制約であり、憲法21条1項に反し違憲無効である。

以上

・この2点については正しい。客観的な答案の法と順位は所収にていふことである。

しかし、各部分の論述が若干弱まる。論点を論じている点に注意。

・着目しているポイントなども明確にするので、答案の構成を変え、どのようなことを指して結社を伴った店舗かを学ぶ必要がある。

・また、理由を明確に定めていく点も気をつけよう。

最優秀答案

回答者 KS 38点

1. 本問における商店会は、商店街に店舗を営む個人又は法人を会員としていてるところ、共通の目的を持って継続的に結合していることから、憲法21条1項の「結社」に該当する。

そして、結社については憲法21条1項により結社に参加する自由のほか、消極的な結社の自由即ち結社に参加しない自由が保障されている。

そうすると、C社としては本条例はA市内の全ての店舗に対して最寄りの商店会への加入を義務付けている点において、結社に参加しない自由を侵害するものとして違憲無効であると主張することが考えられる。

2. これに対して、結社に参加しない自由も絶対無制約ではなく、公共の福祉による必要最小限度の制約を受けるところ、本条例の目的は商店街及び市内全体での商業活動の活性化と商店会を地域における防犯体制等の担い手として位置付けることであって正当であり、手段についても営業停止処分という方法で相当性を有することから、必要最小限度の規制として違憲ではないとの反論が考えられる。

3. この点、本条例の目的は商店街の活動が不活発となっている現状や街路灯の管理が不十分なことによる防犯面での課題を解決するため、店舗の規模の大小を問わず商店会への加入を義務付けるものであり、大型店やチェーン店についても商店街の活動による恩恵を受けていることから、本条例の目的は不当とまでは言えない。

もっとも、本条例が商店会へ加入しない店舗に対して最長7日間の営業停止処分を課することができるとしていることは、事実上の強制加入とする措置であって、結社に参加しない自由を著しく制約するものである。

また、上述の本条例からの目的を達成する上で、営業停止処分という手段が合理性を有しているとは言えない。

よって、本条例は、結社に参加しない自由に対する過度な制約であり、憲法21条1項に反し違憲無効である。

以上

採点講評

(2021年10月31日 憲法・人権)

第1

今回、憲法答案としての体裁が整った書き方ができている答案は、全体の4分の3ほどでした。論述の流れや、論ずべき順序、バランスまで含めて、憲法答案として合格の水準に達している、ないし、到達し得るといえる答案は、全体の4割程度かと思います。

この数字は、例年に比しても非常に優秀な数字であると思います。

憲法答案の定型的な書き方を、しっかり身につけたうえで、答練に臨んでいる方が、これだけの数いるという事実は、受講生のレベルや意識の高さを感じさせ、正直なところ、驚嘆した次第です。

従前の受講生に比して、知識を示そうという姿勢よりも、自分の言葉で考え、論じよう、憲法の答案として論じようという姿勢が見られる答案が多く、単に知識を詰め込んだ答案よりも好印象といえるものが多かったように思います。

これまで配布した資料などで、憲法答案の書き方を、より深く理解し、各論点と言われるものを、どう答案において当て込んでいくか、その大枠の理解を深めていただければ、より高得点が期待できると思います。

第2

一方で、答案の書き方はしっかりできているものの、本問のポイントとなる部分について言及できていない答案も多かったように思います。

書き方や流れを身につけることは、上述したとおり、非常に重要ですが、やはり問題で問われている知識についても、明確に答えを出せることは必要になりますので、いわゆる論点と言われる部分のインプットも、積極的に行っていただきたいと思います。

もう一点、気になった点として、私見ベースで書く書き方を身につけている方が少なかったように思います。各当事者にフルで主張させる形式よりも、私見ベースで書く方が、過不足なく論点に触れながら、まとまった答案となりやすいように思います。

少なくとも、今回の問題文では、私見ベースで書くことを求めたつもりではありましたが。

この点については、過去の試験問題の回答形式と、私見ベースでの回答形式の違いを意識して、参考答案を読んでみるとよいかと思います。

第3

最後に、今回点数が伸びなかった方も含めて、受講生全体のレベルは高いものがあると思います。

努力の方向性次第で、もっと点数を伸ばせるでしょう。

書き方について指摘されている方はその点を、論点への言及不足を指摘されている方は知識のインプットを、意識して、今後の学習に活かしていいただければ幸いです。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2021年10月31日分 得点分布表

憲法・人権

出席者 52名 平均点 23.3点

分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	3
11~15	5
16~20	9
21~25	18
26~30	7
31~35	7
36~40	3
41~45	0
46~50	0

