

論文式試験問題集  
[憲法]

## [憲法]

- 1 あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律（以下「法」という。）は、医師以外の者であん摩・マッサージ・指圧を業とする者（以下「あん摩師」と総称する。）は、あん摩師免許を受けなければならないとし（1条）、あん摩師免許を取得するためには、文部科学大臣が認可した学校または厚生労働大臣が認可した養成施設において、あん摩師に必要な知識及び技能を取得しなければならないとする（2条1項）。
- 2 あん摩業は、職種が限られる視覚障害者にとって最も適当な職業であるといわれ、従来から多くの視覚障害者が従事してきたが、視覚障害者以外のあん摩師の増加、無資格者の横行、交通量の増大に伴う出張施術の困難さなどから、昭和30年頃には、視覚障害者であるあん摩師が視覚障害者以外のあん摩師にその職域を圧迫されているといわれるようになった。

そこで、昭和40年、国会において法の附則19条が制定され、同条1項で「当分の間、文部大臣又は厚生大臣は、あん摩師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩師に係る学校又は養成施設において教育し、又は養成している生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合その他の事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときは、あん摩師に係る学校又は養成施設で視覚障害者以外の者を教育し、又は養成するものについての2条1項の認定をしないことができる」と規定された（以下「本件規定」という。）。

なお、本件規定の審議の過程では、一定地域ごとに、あん摩師総数に対する視覚障害者以外の者の比率を定め、その比率を上回るときは、その地域における視覚障害者以外の者の施術所の新規開設を抑制することで所期の目的は達成できるという反対意見も出された。
- 3 令和4年7月、学校法人であるXは、厚生労働大臣に対して、視覚障害者以外を対象とするあん摩師養成施設の新設について、法2条1項の認定の申請を行った。厚生労働大臣は、学識経験者らによって構成される医道審議会による「本件規定に鑑み、視覚障害者であるあん摩師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認められる」旨の意見を踏まえ（法附則19条2項）、令和5年3月、Xに対し、認定をしない旨の処分（以下「本件処分」という。）をした。Xは、本件規定は憲法に反する無効な規定であるとして、本件処分の取消しを求めて行政訴訟を提起した。
- 4 なお、本件規定の制定当時及び令和5年現在において、以下の事実が認められる。

視覚障害者の総数は、昭和40年が約23万人、令和4年が約31万人である。

視覚障害者の就業数（及び就業率）は、昭和40年が約7万5000人（約32%）、令和4年が約6万6000人（約21%）である。

あん摩師業務に就いている視覚障害者の数（及び有職者に占める割合）は、昭和40年が約1万9000人（約25%）、令和4年が約2万人（約30%）である。また、直近3年間のハローワークにおける重度の視覚障害者に対する職業紹介の全体件数の中であん摩師免許を基礎とした職業が占める割合は、70%から75%の間で推移している。

あん摩師の総数（及び視覚障害者以外の者が占める割合）は、昭和40年が約5万人（約40%）、令和4年が約11万人（約77%）である。

あん摩師の養成施設等の定員（及び視覚障害者以外の者が占める割合）は、昭和40年が約2000人（約36%）、令和4年が約2700人（約45%）である。

令和4年のあん摩師の年間収入の平均値は、全体が約571万円、視覚障害者以外の者が約636万円、視覚障害者が約290万円である。このうち、視覚障害者の年間収入の最大値は1000万円、中央値は180万円であり、年間収入300万円以下の割合は約76%である。また、同年における、視覚障害者であるあん摩師の約63%が施術料以外の収入を得ており、そのうち約84%が公的年金による収入である。
- 5 本件規定の憲法適合性について、必要に応じて判例に触れつつ、論じなさい。

**【資料】**

**○あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律**

**第1条** 医師以外の者で、あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゅうを業としようとする者は、それぞれ、あん摩師免許、はり師免許又はきゅう師免許を受けなければならない。

**第2条** 免許は、学校教育法90条1項の規定により大学に入学することのできる者で、3年以上、文部科学省令・厚生労働省令で定める基準に適合するものとして、文部科学大臣の認定した学校又は次の各号に掲げる者の認定した当該各号に定める養成施設において解剖学、生理学、病理学、衛生学その他あん摩師、はり師又はきゅう師となるのに必要な知識及び技能を修得したものであって、厚生労働大臣の行うあん摩師国家試験、はり師国家試験又はきゅう師国家試験に合格した者に対して、厚生労働大臣が、これを与える。

(2項以下略)

**附則19条** 当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、あん摩師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩師に係る学校又は養成施設において教育し、又は養成している生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合その他の事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときは、あん摩師に係る学校又は養成施設で視覚障害者以外の者を教育し、又は養成するものについての2条1項の認定をしないことができる。

2 文部科学大臣又は厚生労働大臣は、附則19条1項の規定により認定をしない処分をしようとするときは、あらかじめ、医道審議会の意見を聴かななければならない。

以 上

2023年4月2日

担当：弁護士 高井健太郎

# 参考答案

[宪法]

## 第1 憲法22条1項適合性の判断枠組み

### 1 職業の自由の保障と基本的判断枠組み

憲法22条1項は、狭義の職業選択の自由、すなわち、自己の従事すべき職業を決定・選択する自由を保障するが、ただ決定するだけでは個人の経済活動の自由は全うされるとはいえない。それゆえに、同条項は、広く職業の自由、すなわち、その職業を継続的に遂行する自由も当然に保障しているものと解される。

もっとも、職業の多様性に応じて、その規制を要求する社会的理由ないし目的も千差万別で、その重要性も区々にわたるのであり、これに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限もそれぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなる。それゆえ、これらの規制が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制について、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うえで慎重に決定されなければならない（薬事法事件最高裁大法廷判決）。

### 2 許可制による規制の判断枠組み

#### (1) 警察的・消極目的と政策的・積極目的

ところで、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定

しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、特に、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要するとすべきである（前掲薬事法事件判決）。

一方、それが社会公共の促進や社会的弱者保護といった社会政策上の積極的な目的のための措置である場合には、相互関連する諸条件についての適切な評価が必要であって、立法府の政策的・技術的な裁量が尊重されるべきである（小売市場事件最高裁大法廷判決）。

#### (2) 本件における判断枠組み

不認可が施設設置の全面的な不能に直結する本件規定は、Xのような事業者にとって強度の強い許可制といえる。一方、本件規定は、視覚障害者は従事できる職種が限られ、従来から多くがあん摩師の業務に従事してきたことから、その職域を優先して生計の維持が著しく困難とならないようにすることで視覚障害者を社会政策上保護することを目的とするものであり、立法府の政策的・技術的な裁量が尊重されるべき措置の場合でもある。

そうすると、それが重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が、その政策的・技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理である場合に限り、憲法22条1項に違反するものと解するのが相当である。

## 第2 本件規定の具体的検討

### 1 立法目的

本件規定の制定から50年以上が経過し、所期の立法事実がもはや存在しないのではないかが問題となる。以下、検討する。

視覚障害者の総数は、昭和40年が約23万人、令和4年が約31万人と本件規定制定当時に比し増加している一方、視覚障害者の就業数(及び就業率)は、昭和40年が約7万5000人(約32%)、令和4年が約6万6000人(約21%)と減少している。

また、就業者の中であん摩師業務に就いている者の割合は、昭和40年が約1万9000人(約25%)、令和4年が約2万人(約30%)となお高い状況にあり、重度の視覚障害者に至っては職業紹介の全体件数の中であん摩師免許を基礎とした職業が占める割合は、直近3年間においても7割を超えている。

さらに、視覚障害者であるあん摩師の収入をみても、令和4年の年間収入の平均値は約290万円、中央値は180万円であり、年間収入300万円以下の者が約76%を占めており、その生計が特別な保護を必要としない程度に至っているともいえない。

以上のように、視覚障害者の就業率・数、あん摩師業の占める割合、及び収入状況は、50年前からことさら変化、改善されているとはいえず、視覚障害者であるあん摩師の職域を優先することで、その生計の維持が著しく困難とならないようにするという本件規定の目的の公益性、重要性はいまだ認められる。

## 2 規制の必要性及び合理性

### (1) 規制の必要性

視覚障害者は、前記のとおり、現在においてもその生活はあん摩師業に依存している一方で、視覚障害者以外であん摩師の数、及び全体に占める割合は、昭和40年が約5万人中の約40%、令和4年が11万人中の約77%と増加しており、その収入も、年間の平均収入636万円と、視覚障害者の290万円を大幅に上回っている。また、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩師の養成施設の定員、及び全体に占める割合も、昭和40年が2000人中の約36%、令和4年が約2700人中の約45%と増加傾向を示す。

したがって、本件規定による規制がなくなれば、視覚障害者であるあん摩師の業務が圧迫されることが想定され、現在においても、前記の目的を達成するため、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩師の養成施設等の設置を抑制する必要性を認めることができる。

### (2) 規制手段の合理性

そのうえで、本件規定の考慮要素となる諸事情について学識経験者らによる医道審議会の意見を仰ぎ、「必要があると認める」という場合に限り、設置の認定の承認をしないことができるという規制手段は、それ自体不合理なものとはいえない。

## 3 結論

よって、本件規定は、未だ重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置と認められ、憲法22条1項に違反しない。以上

2023年4月2日

担当：弁護士 高井健太郎

# 予備試験答案練習会(憲法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
□憲法22条1項の職業の自由保障の意義(8点)	(8)		
・憲法22条1項が、職業選択の自由のみならず、職業遂行の自由まで保障していることが示されていること。		5	
・判例(薬事法事件判決等)を踏まえ、職業の自由制約における合憲性の基本的判断枠組みが示されていること。		3	
□判断枠組みの導出(17点)	(17)		
・許可制による制約の職業の自由制限合憲性についての判断枠組みを示したうえで、判例(薬事法事件判決、小売市場事件等)を踏まえ、立法目的に応じた裁判所の審査能力による立法裁量統制の一般論を述べていること。		7	
・本件規定が事業者にとって強度ある制約である一方で、社会的弱者保護という社会政策上の積極的な目的の措置であり立法府の裁量が尊重されるべき場合であることが指摘されていること。		5	
・そのうえで、本件における具体的な判断枠組みとして、許可制+積極的目的であることを考慮された妥当な密度の審査基準が示されていること。		5	
□本問の具体的検討(20点)	(20)		
・本件規定の立法を支える立法事実が現在も存在するか否かについて、視覚障害者の総数、あん摩師業の割合、収入等の事情を踏まえて検討できていること。		8	
・規制手段の必要性について、視覚障害者以外のあるあん摩師の総数や収入等の事情を踏まえて検討できていること。		7	
・規制手段の合理性について、医道審議会の審議を仰ぎ、「必要があると認める」という場合に限り認定しないという規定ぶりを踏まえて検討できていること。		5	
<b>裁量点</b>	(5)	5	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 憲法 解説レジュメ

## 第1 出題趣旨

本問では、憲法22条1項が保障する「(狭義の) 職業選択の自由」のうち、広く職業の自由(営業の自由)の制約が問題となる事案を取り上げた。職業の自由の制約については、いわゆる「規制目的二分論」をどう理解するのか(現在でも有効なのか)、薬事法事件判決などの基本判例(特に大法廷判決)相互の関係をどう理解するかについて課題がある。予備試験、及び司法試験で問われている基本判例を「使いこなして」、妥当な判断を導き出すための論証の仕方を、具体的な事案を通して学習、確認することを主眼とする。

職業の自由の制約については、平成26年の予備試験において、大型店舗やチェーン店を含むすべての店舗の商店街加入を義務付ける自主条例の憲法適合性が、出題の一部分として問われたが、近々再度出題される可能性があるものとする。

本問は、下級審の判決ではあるが、憲法22条1項への適合性が問題となった裁判例として令和2年度『重要判例解説 [ジュリスト 臨時増刊]』でも取り上げられている東京地裁令和元年12月16日集民76巻2号132頁(判時2458号18頁)を素材として、事案を一部簡略化し作成した。

## 第2 設問への答え方

令和元年の予備試験では「必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。」という指定をつけた設問であったが、令和2年では「……以上のような立法による取材活動の制限について、その憲法適合性を論じなさい。」というシンプルな設問形式に変わった。令和3年でも「……のうち、表現活動を規制する部分の憲法適合性について論じなさい。」、直近の令和4年でも「そそのかしの処罰規定のそれぞれが憲法28条に適合するかどうかについて、必要に応じて判例にふれつつ、論じなさい。」という設問となっており、このシンプルな設問形式が定着したものであるとして本問もそれらに倣った。

したがって、本問でも、問題となっている権利が何であるのか、憲法上保障されているのかを確定したうえで、その制約の憲法適合性が問われた基本判例(大法廷)の理解を示しながら、事案に応じた判断枠組みを設定し、事案にある具体的な事情をあてはめ、当該法文の憲法適合性を判断する、という論証が求められているもの考える。

## 第3 基本解説

### 1 憲法22条1項「職業選択の自由」の内容

#### (1) 意義と保障範囲



憲法 22 条 1 項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、……職業選択の自由を有する」と規定する。職業とは、人々の必要とするものやサービスを生産し供給する役割を分業社会における自己の継続的任務として引く受けるときの、その任務・役割をいう。分業社会における役割分担であるから、そこで社会とつながる重要な場であり、それを自由に選択しうることは、社会における自律的生の実現にとってきわめて重要な要素となる（高橋 17 頁）。

また、職業選択の自由は、当然、選択した職業を遂行する自由を含む。遂行する自由がなければ、選択すること自体が無意味となるからである。しかし、よく問題とされる「距離制限」を考えればわかるように、その職業の中核的な遂行形態を規制すれば、選択と規制と遂行の規制とは大差はなく、その区別は相対的・量的であり、したがって、選択と遂行の区別を重要視するのではなく、後述のように、むしろ重要なのは職業の自由に対する規制の程度であると考えべきとされる（高橋 19 頁）。後掲の薬事法事件判決は、選択の自由と遂行の自由を合わせて「職業の自由」と呼んでおり、明らかに「職業選択の自由」に限定されない場合には、便宜上「職業の自由」と表記することとする。

憲法 22 条 1 項の職業選択の自由の意義と保護範囲について、薬事法事件判決（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁）は、次のように判示する。

「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ている。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、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のであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである」

## (2) 職業の自由の規制類型

職業の自由に対する規制類型は、禁止（かつての日本専売公社によるたばこ塩の専売制や民営化前の郵便事業等）、特許制（電気・ガス・水道・鉄道などの公共事業等）、資格制などがあるが（宍戸 464 頁）、行政手法として多用されるのが「許可制」と「届出制」である。許可制については、行政法学では、「法律が一律に禁止した活動を個別的に申請に基づいて解除する行為」と説明される

が、現実には法律の中に特定の活動を一律に禁止する規定が置かれていることはまれであり、特定の職業を行うのに許可が必要とされる規制と理解すれば足りる（高橋 22 頁）。一方、届出制は、必要な要件を充たした届出をすれば、職業を遂行することができるという制度で、職業遂行に行政監督が必要な場合に、業者の所在等を把握するために採用され、最も緩やかな規制である。ただし、実際上は、さまざまな口実で届出が受理されないことがあり、運用実態においては許可制と大差ないという場合もあるとされる（高橋 23 頁）。

本問で問題となっている本件規定は、視覚障害者以外の者を対象とするあんま師養成施設等を設置するためには、厚生労働大臣等の認定が必要とするものであり、X のような養成施設事業者に対する許可制による規制と考えられる。

## 2 制限の正当化

### (1) 22 条 1 項の「公共の福祉」の意味

憲法が保障する人権である職業の自由は、憲法 13 条の「公共の福祉」の制約を受けるとされるが（内在的制約）、22 条 1 項は、職業の自由に関して「公共の福祉に反しないかぎり」とわざわざ繰り返している。一つには、経済活動は分業化を進展させ続けており、必然的にその経済秩序を守るための規律も複雑多岐にならざるをえないことに注意を喚起する意味が考えられる。もう一つには、現代国家は、経済的弱者保護等のための積極的政策、社会的政策の名目であらゆる種類の介入を行っており、憲法 22 条 1 項の公共の福祉は、このような「政策的制約」（外在的制約）を含むものと解されている（高橋 26 頁）

前掲の薬事法事件判決は、この二点について、次のように判示する。

「職業は、……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、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や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千差万別で、その重要性も区々にわたるのである」

### (2) 規制目的二分論

最高裁は、初期の公衆浴場法事件判決（最大判昭和 30 年 1 月 26 日刑集 9 巻 1 号 89 頁）などでは、抽象的な「公共の福祉」論をもって、職業の自由の制約を合憲としているが、その後は、規制目的に応じて異なる違憲審査基準を用いて、

職業の自由制限の正当化判断を行っている」と理解されてきた。

小売市場事件判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）は、①消極的目的の規制、すなわち健康や安全に対して現に生じている害悪の除去、あるいは、規制しない場合には必ず生じるであろう害悪の予防が立法目的の場合と、②積極的目的の規制、すなわち社会経済政策を実施し、特に社会的経済的弱者を保護するための規制とを分けたうえで、後者については、次のように、立法府の政策的技術的な調整能力による裁量を広く認め、緩やかな審査基準で合憲とした。

「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うべきであるからである。したがって、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲として、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」

一方、消極目的規制について、小売市場事件判決よりも厳格審査基準を定立したうえで、当該規制を違憲と判断したのが前掲の薬事法事件判決である。

同判決は、前記の憲法22条1項の保障内容の判示に続けて、職業の自由制限合憲性についての基本的な判断枠組みと、裁判所の審査能力による立法裁量統制の一般論を次のように述べる。

「……これらの規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、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うえで慎重に決定されなければならない。この場合、右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、右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、これを決すべきものといわなければならない」

そのうえで、当該事案における具体的な判断枠組み（審査基準）を次のように定立した。

「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである」

### （3）規制目的二分論批判と判例の理解（赤坂135頁以下、高橋35頁以下）

以上のように、小売市場事件判決と薬事法事件判決を通じて、規制目的に着目した判断枠組み（規制目的二分論）が形成されたと捉えられ、その立法目的が積極的政策目的の場合には、ゆるやかな「明白性の基準」を、消極的警察目的の場合には「厳格な合理性の基準（LRA）」を適用する判例法理と理解されてきた。しかし、この判例法理については、①すべての経済規制立法を、この二つの立法目的にそって明確に区別しうるわけでない、②なぜ立法目的の相違に応じて審査基準が変化するのか根拠が明らかでない、という批判がなされてきた。

そして、現在においては、判例の枠組みを形作った薬事法事件判決は、その判旨をつぶさにみれば分かるように、そもそも規制目的二分論を採用したのではなく、「許可制」という規制の強度に着目して審査密度を設定し、そのうえで、立ち入った審査を行うべき場合には、裁判所の審査能力の観点からどこまで立ち入れるかを考察する（消極目的規制であれば立ち入った判断も可能である）という立場を採用したものと理解されている。

この観点からすれば、そもそも規制の強度が弱い事例、たとえば職業選択ではなく「遂行」についての態様規制であって、かつ、その規制の強度が比較的軽微な場合であれば、立法裁量を尊重した比較衡量アプローチが基本となり（西陣ネクタイ事件判決等）、また、規制の強度に着目して審査密度を上げる場合であっても、裁判所の審査能力の観点から、緩やかな審査にとどめるべき場合もあることになる（酒類販売業免許制事件判決等）。

## 3 本文の具体的検討

### （1）判断枠組み（審査基準）の提示に至る論証

憲法22条1項による職業の自由の保障内容と、その制約の合憲性判断の基本

的判断枠組みを、薬事法事件判決等にならって記述する必要がある。その場合、分量と時間的制約があるため、薬事法事件判決等の判旨そのまま暗記し吐き出すのではなく、スムーズに論証できるよう受験生自身のショートバージョンを用意しておくことをおすすめする

## (2) 本問における具体的な判断枠組み（審査基準）の導出

本件規定は、視覚障害者以外を対象とするあん摩指圧師養成施設を営むXのような事業者にとって、認定が下りなければ、一定地域内だけでなく全面的に施設設置が不可能となるという意味で、職業の自由の制約のうち、その中核部分たる職業選択の制約ともいえる強度の強い許可制である。一方で、本件規定は、従事できる職種が限られ視覚障害者について、あん摩師の職域を優先し、その生計の維持が著しく困難とならないようにすることで視覚障害者を社会政策上保護することを目的とするものであって（政策的・積極的目的 ※立法に至る経緯や本件規定ぶりから適切に立法目的を抽出することが肝要）、裁判所の審査能力に比して立法府の政策的・技術的な裁量が尊重されるべき場合である。

この場合、どのような具体的な判断枠組み（審査基準）を導出すべきか。前記の判例の理解に則れば、許可制＋積極的目的規制＝薬事法事件判決（「厳格な合理性の基準（LRA）」）と小売市場事件判決（「明白性の基準」）との中間的な審査基準、と考えても構わないのではないだろうか。

参考答案でも、本問の基となった前掲の東京地裁令和元年12月16日に倣って、薬事法事件判決の判断枠組みに依拠しつつも、それより審査密度を引き下げて「それが重要な公共利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が、その政策的・技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理である場合に限り、憲法22条1項に違反するものと解するのが相当である」という判断枠組み（審査基準）を定立した。

## (3) 判断枠組みにそった具体的検討（あてはめ）

本問では、まず、本件規定が立法されてから現在まで50年以上が経過しており、視覚障害者の多くがあん摩師業に生計を依存しているという立法事実がもはや存在せず、あん摩師の職域を優先してその生計を保護しなければならないという目的の重要性、公益性が認められないのではないかが問題となる。

その点、視覚障害者の総数、及びその中であん摩師業務に依存する割合は立法当時に比べて増加していること、また、視覚障害者であるあん摩師の収入が依然として低水準であること等の事情を鑑みれば、本件規定の目的の重要性、公益性が現在においても認められると解されるだろう。

また、規制手段の必要性についても、視覚障害者以外のあん摩師の数、及び全体に占める割合は増加傾向にあること、その収入も視覚障害者を大幅に上回っていることを鑑みれば、本件規定による規制がなくなれば、視覚障害者であるあん摩

師の業務が圧迫されることが想定され、前記目的を達成するため、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩師の養成施設の設置等を抑制する必要性を認めることができるであろう。

さらに、本件規定の考慮要素となる諸事情について学識経験者らによる医道審議会の意見を仰ぎ、「必要があると認める」という場合に限り、視覚障害者以外の者を対象とする養成施設等の設置等の認定の承認をしないことができるという規定ぶりからみて、それ自体不合理な規制手段ということはないだろう。

一方、本件規定の制約の内容・強度からみて、薬事法事件判決と同等の「厳格な合理性の基準（LRA）」という判断枠組みを採用して検討した場合には、本件規定の審議の過程で出された「一定地域ごとに、あん摩師総数に対する視覚障害者以外の者の比率を定め、その比率を上回るときは、その地域における視覚障害者以外の者の施術所の新規開設を抑制する」という、目的達成のためにより制限的でない手段も考えられることから、違憲という判断もありうるだろう。

以 上

#### 参考文献（文献略語）

高橋：高橋和之『人権研究 2 経済活動の自由および社会権』有斐閣

穴戸：長谷部恭男編『注釈日本国憲法』有斐閣 [穴戸常寿【憲法 22 条】執筆]

赤坂：横大道聡(編)『憲法判例の射程』弘文堂 [赤坂幸二【職業の自由】執筆]

#### 参考判例評釈

山本真敬『令和 2 年度重要判例解説 [ジュリスト臨時増刊]』16～17 頁

松本哲治『判例評論』749 号 188～193 頁

2023 年 4 月 2 日

担当：弁護士 高井健太郎

+

表

試験科目  
憲法

# 最優秀答案

37点

回答者:M.F.

憲  
法  
1  
頁

1. 本件規定は、Xが視覚障害者以外に対象となる「教師養成施設」を創設  
する自由（本件自由、以下）を侵害、違反ではない。 保障範囲OKです

(1) 22条1項は職業選択の自由を保障する。 憲法上の職業選択の自由は、22条1項に規定する自由を指す。

(2) Xは権利行使上の法律上の利益を享受する。 利益OKです

(3) 本件は制約あり、公共の福祉（22条1項、13条1項）に必要最小限度に  
正当化される。

職業は自己の生活に維持するための活動であり、社会的役割を担う  
の活動の性質を有する。各人が自己の個性を全うするに必要と  
個人的人格の価値を不可分の関連を有する。 判例の要旨を示している。判例の趣旨は、  
本件自由は重要な権利  
である。

一方、本件自由は社会的相互関連性があり、立法府の裁量的判断  
を尊重すべきであり、一定の制約を要する。 許可制の強度を示している

本件規定は、施設の新設を認めないに比してより参入規制、専断  
規制であり規制態様は強度である。

規制の目的は依存的権利の単純二分論（採用可否）を以て目的  
の存在する場合に立法府の裁量を尊重すべきと解する。 本件規定  
の目的は、視覚障害者である教師という社会弱者の救済という  
積極目的である。 [ 本件規制は目的の場合、立法府に裁量がある。 ]  
[ 本件規制は目的の場合、立法府に裁量がある。 ]

と云ふ。 目的が合理的で、比例性が認められる限り、立法府の裁量に委ねられる。

この判例の趣旨は、専断的規制の採り「厳格な  
合理性の基準」と同じですか。積極的目的である  
ことを加えるとどうなりますか？



37

※	A B C
---	-------

を達成するに十分な場合、上記利率は正当化される。

(4) 行政決定の目的に前述の通りで、福祉主義(25条4F)の理念から、行政目的には合理性がある。

この点の合理性について、直近3年間の1-D-7-2における聴覚障害者に係る職業紹介の全体件数の中で、あしあしと基礎職に職業に占める割合は70%から75%で、聴覚障害者に係るあしあしは重要な働き口であること、あしあしのうち聴覚障害者以外の者が占める割合は昭和40年から令和4年まで40%から77%に増加し、あしあしの養成施設受入の定員のうち聴覚障害者以外の者が占める割合は36%から45%に増加しており、聴覚障害者以外のあしあしは、聴覚障害者のあしあしの職域を圧迫していることである。

よって、聴覚障害者の職業数は昭和40年から令和4年まで、32%から21%へ低下してきているが、職業数も7万5000人から6万6000人に低下しているにもかかわらず、あしあしに就いては聴覚障害者の数も1万9000人から2万人と増え増加しており、有職者に占める割合も25%から30%に増加していることから、聴覚障害者のあしあしの職域が特異に圧迫されていることである。

よって問題文の如く、聴覚障害者のあしあしの平均年収は約290万円、聴覚障害者以外のあしあしの平均の年収は636万円の半以下であり、聴覚障害者以外の者と比べて収入を70%に満たない状況であり、賃金格差の現状である。聴覚障害者のあしあしの平均63%は施設料以外の収入と併せて、平均年収保障の必要性は十分に認められる。この点84%は1667年全に

並法当時と比較して現在の行政決定が妥当か否かについて合理的に合意している。

憲法 2 頁

聴覚障害者の職業への存在が公平性を保つておく必要がある。



+

裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、普通紙の答案用紙です。

行政書の答案を本用紙に記載して提出した場合は、試験時間内に申出があった場合を除き、無効となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取換えに要した場合は、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切認めません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取換え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に算数に就き

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(尖

となりませ。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわた

(4) 答案用紙の巻数を重ねて答案を作成した事

(5) 答案用紙の印刷の欄には何も記載しないでくだ

4 その他

解答欄に受験生の氏名又は特定人の答案であると

憲  
法  
3  
頁

1997年あり、あの教師としての4人か少ないことが原因であらうと考えられるが、

その必要性はあろう。

百31と、万が一にも言える。Eは事件規定  
があるから、その解釈もEも、失うことにはならない。

したがって、本件規定によつて、視覚障害者以外の者を対象とする学校、養成

施設について、<sup>法</sup>第1項の規定をしないこと、視覚障害者以外のあの教師の

数を制限する場合は、視覚障害者であつたあの教師の賃金の上昇率~~率~~

には直接関係はないから、視覚障害者であつたあの教師という社会的

多岐にわたる目的との関係で、適合性なく合理的とはいへぬ。

この点については、合理的であること、適用される地域を無制限に、

第2項の規定をしないことと認めざるべからず、あの教師総数に比べて

視覚障害者以外の者の比率を地域ごとに定め、その比率を上限として

その地域ごとに、視覚障害者以外の者の施設設置の制限

ありという事柄が、この地域ごとの適用というより、中立的な規制にあって、

上記目的を達成するに必要である。

1997年あり、その規制も合理的とい

1997年あり、第19条2項で、本件規定適用の際にはあらかじめ区道審議会

の意見を聴かなければならず、その判断の合理性は担保され、手段

に必要性、~~合理性~~が認められることである。しかし、事後規制というより、中立的な

規制に目的達成が可能である以上、参入規制という本件規定によつて、

1997年あり、必要性、~~合理性~~は認められる。

2. 上記、上記第1条7は正当化され、本件規定は違憲である。

1997年あり、その規制も合理性以上  
の基準、その判断が中立的な下での違憲とする  
のが自然である。

1997年あり、その規制も合理的とい

全体によつて違憲である。  
「あつた」も本問にある事柄も踏まえ、  
評価することができている。

+

## 最優秀答案

回答者 M.F. 37点

1. 本件規定は、Xが視覚障害者以外を対象とするあん摩師養成施設を新設する自由（「本件自由」とする）を侵害し違憲ではないか。

(1)22条1項は職業選択の自由を保障しているところ、選択した職業を遂行できなければ意味がないため、22条1項は営業の自由をも保障すると解する。そして本件自由もその一内容として22条1項により保障される。

(2)Xは本件規定により法2条1項の認定を受けられず、視覚障害者以外を対象とする施設の新設ができないため、Xの本件自由は制約されている。

(3)かかる制約は、公共の福祉（12条後段、13条後段）による制約として正当化されるか。

職業は自己の生計を維持するための活動であるとともに、社会的機能分担の活動の性質も有する。さらに、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値を不可分の関連を有するため本件自由は重要な権利である。

一方、本件自由は社会的相互関連性を有し、立法府の裁量的判断を尊重すべきであり、一定の制約を受ける。

本件規定は、施設の新設を認めないことができる参入規制、事前規制であり規制態様は強度である。

規制の目的は併存し得るため単純な二分論は採用できず、積極目的のみを有する場合は立法府の裁量を尊重すべきと解するところ、本件規定の目的は、視覚障害者であるあん摩師という社会的弱者の救済という積極目的である。

そこで、目的が合理的、手段が必要かつ合理的で、よりゆるやかな規制によつては目的を達成することができない場合、上記制約は正当化される。

(4)ア 本件規定の目的は前述の通りで、福祉主義（25条以下）の理念から、かかる目的には合理性がある。

イ 手段の合理性について、直近3年間のハローワークにおける重度の視覚障害者に対する職業紹介の全体件数の中であん摩師免許を基礎とした職業が占める割合は70から75%で、視覚障害者にとってあん摩師は重要な

働き口であるところ、あん摩師のうち視覚障害者以外の者が占める割合は昭和40年から令和4年までで40%から77%に増加、あん摩師の養成施設等の定員のうち視覚障害者以外の者が占める割合は36%から45%に増加しており、視覚障害者以外のあん摩師が、視覚障害者のあん摩師の職域を圧迫しているようにも思える。

しかし、視覚障害者の就業率は昭和40年から令和4年までで、32%から21%へ低下し、就業数も7万5000人から6万6000人に低下しているにもかかわらず、あん摩師業務に就いている視覚障害者の数は1万9000人から2万人とやや増加しており、有職者に占める割合も25%から30%に増加している。このことから視覚障害者のあん摩師の職域が特に圧迫されているとはいえない。

むしろ問題なのは、視覚障害者のあん摩師の平均年収は約290万円で、視覚障害者以外のあん摩師の平均の約636万円の半分以下であり、視覚障害者以外の者と比べて仕事を十分に得られていなかったり、賃金が低い現状である。視覚障害者であるあん摩師の約63%は施術料以外の収入を得ているため、特段保護する必要性はないとも思えるが、そのうち84%は公的年金による収入であり、あん摩師としての収入が少ないことが原因であると考えられるため、なお保護の必要性はある。

したがって、本件規定により、視覚障害者以外の者を対象とする学校、養成施設について法2条1項の認定をしないことで視覚障害者以外のあん摩師の数を制限することは、視覚障害者であるあん摩師の賃金の上昇等には直接的にはつながらず、視覚障害者であるあん摩師という社会的弱者の救済という目的との関係で適合性がなく合理性がない。

ウ 仮にかかる手段に合理性があるとしても、適用される地域を無制限に、法2条1項の認定をしないことを認めるのではなく、あん摩師総数に対する視覚障害者以外の者の比率を地域ごとに定め、その比率を上回るときはその地域ごとに、視覚障害者以外の者の施術所の新規開設を制限するという事後規制かつ地域ごとの適用というよりゆるやかな規制によっても、上記目的を達成することは可能である。

なお、附則19条2項で、本件規定適用の際にはあらかじめ医療審議会の意見を聴かなければならず、その判断の合理性は担保されており、手段に必要性が認められるとも思える。しかし事後規制というよりゆるやかな規制で目的達成が可能である以上、参入規制という本件規定による強力な規

- 制に、必要性は認められない。
2. よって、上記制約は正当化されず、本件規定は違憲である。

以 上

# 最優秀答案

37 37点

回答者:M.Y.

1 憲法（第14回）

2 1 Xはあん摩師養成施設の新設を申請したが、本件規定たる法の附則（以下附  
3 則という）19条1項に基づき本件処分されているところ、本件規定はXの本  
4 件施設を新設する自由（以下、本件自由）を制約しているから憲法22条1項に  
5 反して違憲ではないか。

↑ 問題提起 OKです。

6 2 「職業選択の自由」とは、職業の開始、継続、廃止において自由であること  
7 をいうところ（薬事法事件参照）、本件施設新設はあん摩師養成業開始と同視し  
8 得るから本件自由は「職業選択の自由」の一環として保障される。

← Xの職業の自由（遂行の自由）  
と云えたり、選択の自由との  
と云えたり。

9 3 Xは以下の主張をする。職業は人が自己の生計維持のためにする継続的活  
10 動であるとともに分業社会において職業を通じて社会存続と発展に寄与する社  
11 会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が個性を全うすべき場として個人の  
12 人格的価値とも不可分の関連を有する（薬事法事件）。ゆえに、「職業選択の自由」  
13 は重要な価値である。

↑ その通りです

14 また、法はあん摩師を業とする者に対しあん摩師免許を受けることを義務付  
15 け（法1条）、同免許は大臣認可の養成施設で学び国家試験に合格した者に付与  
16 されると（法2条）規定するところ、一般にかかる許可制は職業の自由に対する  
17 強力な制限である（薬事法事件）。

判例に言及していいです

18 さらに、本件規定は施設新設者の努力によって克服可能ではない客観的条件  
19 により新設を事前に規制するものであるから、規制態様は厳しい。

20 そこで、本件規定の合憲性を肯定するには、重要な公共の利益のために必要か  
21 つ合理的な措置であることを要する（薬事法事件）。

↓ 許可制における権利  
判断が小冊子が示している

22 他方、本件自由は、職業遂行の内容・態様の問題であり営業の自由にすぎない

23 から、規制措置については立法府の裁量判断を尊重すべきであること、本件規定  
24 は視覚障害者の職域優先をする積極的な経済政策を目的としており、立法府が  
25 裁量権を逸脱し規制措置が著しく不合理であることが明白な場合に限り違憲で  
26 あるとの反論がありうる。 ↑ 逆たる反論では

27 たしかに、X主張の通り本件規定は狭義の「職業の自由」そのものに制約を課  
28 するもので職業の自由に対する強力な制限である。

29 しかし、国反論のとおり職業は社会的経済的活動であってその性質上社会関  
30 連性が大きく公権力による規制の要請が強い。また、規制を要求する社会的理  
31 由・目的も千差万別でその重要性も区々となるから制限も事情に応じて各種各  
32 様となる。ゆえに、具体的規制措置は規制目的、必要性、内容これによって制限  
33 される職業の自由の性質、内容、制限の程度を検討しこれを比較考量して慎重に  
34 決めるべきである。かかる検討をするのは一義的に立法府の権限・責務であり、  
35 合理的裁量判断を尊重すべきである。上述通り視覚障害者の生計維持を保護す  
36 る社会経済政策上の積極目的からなる本件規制措置は主として立法府の政策的  
37 な裁量に委ねるべきである（小売市場事件参照）。 ↑ 判例の考えは踏まえて、種々の目的  
の規制において立法府の裁量を認めていく  
ていい

38 ゆえに、立法府の判断が裁量権を逸脱し、規制措置が著しく不合理な場合に限  
39 り違憲となる（小売市場事件参照）。 ↑ 判断が相対的  
下は、許可の強度を考慮とどうではなか

40 4 （1）あん摩業は職種が限られる視覚障害者にとって最も適当な職業と言わ  
41 れ、従来から多くの視覚障害者が従事してきたが、視覚障害者以外のあん摩師の  
42 増加、無資格者の横行、交通量増大に伴い出張施術の困難さ等から視覚障害者で  
43 あるあん摩師が視覚障害者以外のあん摩師に職域を圧迫されるようになった。  
44 そのため、視覚障害者であるあん摩師の生計維持の保護という本件規定の目的

↑ 確かにどうも言いたい  
本件規定がどうかとして  
更に圧迫されていくと言いたい

45 は正当である。

46 (2) ここで、Xは昭和40年制定の本件規定は「当分の間」(附則19条  
47 1項)との文言を用いるところ、既に約58年経た現在において「当分の間」は  
48 相当前に経過したはずであり、残存すること自体規制措置は著しく不合理であ  
49 ると主張する。

「先立江事実が認めらるゝが  
問題点を提起していきまう。

50 他方、国側が、視覚障碍者の人数が法制定当時より8万人も増加しているのに  
51 対して視覚障碍者の就業率は法制定時よりも11%も減少していることから、  
52 保護すべき視覚障碍者(以下、障害者という)の人数はむしろ増加しているとい  
53 え、本件規定の存続の必要性はむしろ法制定時よりも高くなっているため、規制  
54 措置は不合理どころか合理的な措置であると反論するところ、かかる事実認定  
55 に合理性は認められる。

「立江事実が認めらるゝことゝ変更してまう  
いきまう。

56 (3)また、あん摩師業務についている視覚障碍者数(及び有職者に占める割合)  
57 は法制定時よりも1000人(5%)増加しているため、保護すべき対象者の人  
58 数はむしろ増加しており、本件規定を存続させる必要性・合理性は認められる。  
59 加えて、直近3年間のハローワークにおける重度視覚障碍者に対する職業紹介  
60 全体件数の中であん摩師が占める割合は70~75%で推移し、今もなお上記  
61 障害者を職域で保護する必要性は高いから本件規定は必要性、合理性がある。

62 そして、あん摩師総数は法制定時から6万人増え、上記障害者以外の者の占有  
63 割合は40%から77%になり大きく占有割合が増加し、上記障害者の職域が  
64 障害者以外のあん摩師に奪われているのが現状である。

本件規定の合理性、必要性

65 さらに、あん摩師養成施設の定員は法制定時より700人増加したものの、上  
66 記障害者以外の占有率は9%も増えているから、障害者以外の占有率は高まっ

(4段117)にかかり早小書が  
本意が

できていきまう

67 ており、障害者の職域保護の成果が出ていないといえる。

68 そして、あん摩師の平均年収は全体が571万円、上記障害者以外は636万  
69 円、上記障害者は290万円とそれ以外の者の半分以下の年収に甘受せざるを  
70 えない現状である。しかも、上記障害者の年収中央値は180万円しかないから  
71 生活保護を少し上回る程度の収入といえる。そして、年間収入300万円以下の  
72 上記障害者は76%と大半を占める。

73 また、上記障害者であるあん摩師の63%が施術以外の収入を得ており、その  
74 うち84%が公的年金による収入とのことであるが、障害年金受給の可能性が  
75 高い。そうすると、上記障害者はあん摩師の仕事だけでは生計維持が困難であり  
76 社会給付を要しているというのが現状である。

77 ここで、Xは、一定地域ごとにあん摩師総数に対する視覚障害者以外の者の比  
78 率を定め、その比率を上回るときはその地域の障害者以外の者の施術所の新規  
79 開設を抑制することで目標は達成できるから本件規定は不要と主張する。

80 しかし、養成施設で学び国家試験に合格した以上地域限定をしたとしても障  
81 害者以外の者の上記新規開設を抑制するのはかえって酷である。そのため、かえ  
82 って不合理な結果を招来するおそれがあるから代替性はないと国は反論する。

83 上記障害者のおかれた現状に鑑み、本件施設の新設につき何らかの規制措置  
84 が設けられないならば、視覚障害者以外のあん摩師が急増し、その結果、上記障  
85 害者たるあん摩師に関し、既存の職域減少、顧客減少、収入減少が生じ今までに  
86 も増して生計維持が著しく困難になると思われ本件規定を設ける立法府の判断  
87 が著しく不合理であるとはいえず裁量権の逸脱濫用は認められない。

88 5 よって、本件規定は「職業選択の自由」を侵害せず合憲である。 以上

しかし、  
?

+ 事案の評価を考慮してください。

+ 事案の評価を考慮してください。

事件防止  
の合致性を  
必要最小限の  
事案のみに  
検討すべき  
こと  
他に代替性  
のありさ  
を判断する  
必要あり  
↑  
ただし、代替  
性があっても  
は「著しく不  
合理」とい  
えるので、先  
判例の検討  
との整合性  
には「？」

全体に大変良く検討されている  
判例と照らし合わせて検討されている

↑ 事案OKです



# 採点講評

(2023年4月2日 憲法)

## 第1 全体について

- ・ほとんどの方が、憲法22条1項「職業選択の自由」規定と本刑規定との適合性が問題となることのポイントをはずしていませんでした。一方で、憲法14条1項の「法の下での平等」或いは「差別禁止」の問題と捉えている方もおられました。作問者としては、憲法14条1項の問題として捉えられないようにするために、Xという事業者の養成施設設置にかかる不服を仕立てたつもりでありましたが、誘導が不足していたかもしれません。

Xのような事業者にとってのあん摩師養成施設を設置する自由、すなわち、営業の自由（職業遂行の自由）が憲法22条1項によって保障されていることを認定したうえで、営業の自由の制約が問題となった基本判例を意識した判断枠組みを導出し、粛々とあてはめを行うことが出来ている答案が合格答案となります（20点以上）。

- ・そのうえで、判断枠組み定立までの過程がより丁寧に厚くかけている答案、そして、基本判例の考え方の理解から本問の事案にふさわしい判断枠組みを示している答案、事実の摘示及び評価が十分できている答案が優秀答案（30点以上）となります。

## 第2 問いに答える姿勢

- ・本問の最後の行にある設問は「本件規定の憲法適合性について、必要に応じて判例に触れつつ、論じないさい」とあります。したがって、答案においては、判例の理解を示すだけでなく、それが何の判例であるか明示する必要がありました。それにも関わらず、判例を意識されていることは記述からも分かるものの、判例名を示していない答案が多く見受けられました。もったいないことなので、「問いに答える」という意識をより強くもって、来る司法試験、予備試験の本番を迎えるようにしてください。

## 第3 判断枠組み定立

- ・憲法の論文試験の場合には、問題文を読んだうえで、まず「どの判例が使えるか」を考えるとという思考法をとるべきでしょう。それは判例に無批判に従えということではありません。問題のある判例（たとえばマクリーン事件判決）と考えるならば、その批判をしたうえで理にかなった判断枠組みを導出しても構いませんし、また、事案の違いに応じて判例の射程を限定することもできるでしょう。司法試験、予備

試験でも基本判例がそのまま使えるという問題はありません。一ひねり二ひねり入っているのが通常です。

本問においても、基本判例は、お気づきのように薬事法事件判決となりますが、同じ許可制による営業の自由の制約が問題となっている事案であっても、薬事法の場合はいわゆる消極的目的による制約であり、本問は積極的目的による制約であるという違いがあります。その違いを意識したうえで、事案に応じた判断枠組みを導き出す能力が試されていることを意識してください

- また、いわゆる消極的目的規制に比して積極的目的規制の場合は立法府の判断が優先され審査基準も緩くなるというのはその通りなのですが、その理由こそが重要となります。判例も「規制目的二分論」によって機械的に審査密度を設定しているのではなく、裁判所の審査能力の観点からどの程度立法府の判断に立ち入れるかを事案毎に考えているのです。そうした判例の深い理解を答案で示すことが出来れば高評価は間違いないでしょう。

#### 第4 「あてはめ」

- 本問では、どのような判断枠組みを設定するかによって自ずと合憲、違憲の判断が分かれるものと思われます。薬事法事件判決のような「厳格な合理性の基準」を定立したならば、本問事案においては、本件規定以外により制限的でない手段がないとは言えないでしょうし、一方、立法府に謙讓した審査基準を定立したならば、本件規定の必要性はにわかには否定できないでしょう。昨年に比しても、各答案は自身が定立された判断枠組みに忠実な「あてはめ」を行っており好印象でした。
- また、本問では、本件規定が立法された昭和40年から令和5年の現在まで50年以上の月日が経っていることを強調したつもりです。そのことに気づいて、立法当初の「立法事実」が今もなお失われていないかを検討されている答案が多く見受けられ、頼もしく感じました。

以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2023年4月2日分 得点分布表

憲法

出席者 23名 平均点 21.3点

得点分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	3
11~15	4
16~20	6
21~25	3
26~30	1
31~35	4
36~40	2
41~45	0
46~50	0

