

## 憲法

### 解答例

第1期～第4期、いずれも論文形式の設題であるため、具体的な解答例を示すことはできません。下記の出題趣旨の説明をもってこれに代えます。

### 出題趣旨

#### 第1期

法科大学院に既修者として入学する者には、法律基本科目の各分野の原理・原則の理解、並びに判例及び学説の基本的・体系的知識を修得していることがまず求められるが、法的考察の作法に則った論述を展開できる基礎的な能力を身につけていることも重要である。

本問の出題趣旨は、憲法分野につき、本法科大学院に既修者として入学する者に求められる学修レベルに到達しているかどうかを判定するため、いわゆる営利的言論の憲法上の位置づけと、その規制の合憲性アプローチにつき、「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」（以下「法」という。）による規制に関する具体的事例を提示し、事案の分析、憲法問題の提示、当該憲法問題についての法的構成、および本件規制の合憲性の具体的検討を、論述という形で適切に行う能力を問うところにある。

具体的には、まず、Yによる本件きゅうの適応症を記したビラ配布行為が、憲法第21条第1項で保障されることを、たとえば「国民一般が、消費者として、広告を通じてさまざまな情報を受け取ることの重要性」（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第八版〕』〔岩波書店・2023年〕210頁参照）といった観点から、検察側から想定される反論も踏まえて論じ、法第7条及び第13条の8第1号が、表現の自由として保障される行為を規制するものであることを示すことが求められる。

そのうえで、二重の基準論の基本的枠組みに則り、営利的言論の価値や本件規制の態様・程度等を、検察側から想定される反論やそれに対する再反論に基づき考察して、目的手段審査のアプローチ等により、説得力ある具体的な合憲性判定基準を設定しなければならない。そして、かかる基準に基づき、規制の目的、及び法第7条及び第13条の8第1号による規制手段を具体的に検討することが必要である（具体的検討についても、想定される反論とそれに対する再反論を示すことが望ましい）。その際、たとえば素材判例である旧「あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法」7条違反事件に係る最高裁判所昭和36年2月15日大法廷判決（刑集15巻2号347頁）の奥野健一裁判官少数意見（反対意見）が、「本法七条が真実、正当な適応症の広告までも一切禁止したことは不当に表現の自由を制限した違憲な条章であつて無効であると断ずるの外な」としていること等に留意することが望

ましい。

## 第2期

法科大学院に既修者として入学する者には、法律基本科目の各分野の原理・原則の理解、並びに判例及び学説の基本的・体系的知識を修得していることがまず求められるが、法的考察の作法に則った論述を展開できる基礎的な能力を身につけていることも重要である。

本問の出題趣旨は、憲法分野につき、本法科大学院に既修者として入学する者に求められる学修レベルに到達しているかどうかを判定するため、司法書士法第73条第1項及び第78条第1項に定められた非司法書士等の取締りの合憲性に関する憲法判例を素材とした具体的事例を提示し、事案の分析、憲法問題の提示、判例の判断枠組みを踏まえた当該憲法問題についての法的構成、および本件規制の合憲性の具体的検討を、論述という形で適切に行う能力を問うところにある。

具体的には、まず、本規制が憲法第22条第1項による職業選択の自由の保障との関係で問題となることを指摘したうえで、薬事法違憲判決（最高裁判所昭和50年4月30日大法廷判決〔民集29巻4号572頁〕）及び小売市場判決（最高裁判所昭和47年11月22日大法廷判決〔刑集26巻9号586頁〕）をベースに、本問の素材判例である最高裁判所平成12年2月8日判決（刑集54巻2号1頁）や、近時の判例である要指導医薬品対面販売規制事件最高裁判決（最高裁判所令和3年3月18日判決〔民集75巻3号552頁〕）、さらにはあん摩マッサージ指圧師養成施設非認定処分事件最高裁判決（最高裁判所令和4年2月7日〔民集76巻2号101頁〕）等により展開された判断枠組みを示し、二重の基準論の基本的考え方を踏まえ、職業の自由の意義や本件規制の目的・態様を考察して、目的手段審査のアプローチ等により、説得力ある具体的な合憲性判定基準を提示する必要がある。

そのうえで、提示した合憲性判定基準に則して問題文2で示された規制目的を具体的に検討し、さらにはかかる目的を達成するための本件規制の手段としての必要性と合理性、あるいはその点についての立法府の判断が裁量の範囲内にとどまるか否かにつき、問題文3や4に記された内容を手がかりに論述を行うことが求められている。

## 第3期

法科大学院に既修者として入学する者には、法律基本科目の各分野の原理・原則の理解、並びに判例及び学説の基本的・体系的知識を修得していることがまず求められるが、法的考察の作法に則った論述を展開できる基礎的な能力を身につけていることも重要である。

本問の出題趣旨は、憲法分野につき、本法科大学院に既修者として入学する者に求められる学修レベルに到達しているかどうかを判定するため、憲法第35条が保障する令状なし

に侵入・搜索・押収を受けない権利に関する問題のうち、いわゆるGPS捜査の合憲性というテーマに関する憲法判例を素材とした具体的事例を示し、同テーマについての判例の立場の基礎的知識を問うとともに、事案の分析、憲法問題の提示、当該憲法問題についての法的構成、およびGPS捜査の合憲性の具体的検討を、論述という形で適切に行う能力を問うところにある。

本問で問われているのは、憲法上の権利侵害に当たるとの立場から、判例の状況も踏まえてこの問題について論じることであるから、最高裁判所平成29年3月15日大法廷判決（刑集71巻3号13頁。以下「 」内は同判決からの引用である。）の判断に依拠し、まずは憲法第35条が、令状なしに私的領域に侵入されることのない権利をも保障するものであるとされていることを説明する必要がある。そのうえで、刑事訴訟法第197条第1項ただし書にいう「強制の処分」の解釈に関する判例の理解をも前提としながら、GPS捜査が「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である」ことから、刑事訴訟法上の強制処分に該当するとともに、「一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべき」ことを論じる必要がある。

さらには、「GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない」が、それでもかかる捜査手法が必要であるということであれば、「これに代わる公正の担保の手段」を制度的に確保するため、そうした捜査手法の特質に応じた立法上の規律がなされるべきことを、強制処分法定主義の意義やその憲法上の根拠も意識しながら、論じることが求められるところである。

#### 第4期

法科大学院に既修者として入学する者には、法律基本科目の各分野の原理・原則の理解、並びに判例及び学説の基本的・体系的知識を修得していることがまず求められるが、法的考察の作法に則った論述を展開できる基礎的な能力を身につけていることも重要である。

本問の出題趣旨は、憲法分野につき、本法科大学院に既修者として入学する者に求められる学修レベルに到達しているかどうかを判定するため、憲法第21条第1項の表現の自由のうち、いわゆる報道の自由、取材の自由というテーマから、裁判所による報道各社への取材フィルム提出命令の合憲性に関する憲法判例を素材とした具体的事例を提示し、同テーマに関する判例の立場を踏まえ、事案の分析、憲法問題の提示、当該憲法問題についての法的構成、および本件提出命令の合憲性の具体的検討を、論述という形で適切に行う能力を問うところにある。

設問1については、最高裁判所昭和44年11月26日大法廷決定（刑集23巻11号1490頁。以下「 」内は同決定からの引用である。）が、「報道機関の報道は、民主主義社

会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」から、「事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあ」り、「このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するもの」であると述べていることを踏まえる必要がある。

また、設問2については、本件取材フィルムの提出命令による取材の自由の制限が、公正な刑事裁判の実現のためになされていることを確認したうえで、「審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量」といったアプローチ等を用いて、本件提出命令の具体的検討を行う必要がある。