

再乱第2回(29分)

辻本先生

1/29/20

平成 29 年度 期末試験 憲法

第 1 問題 1 について

1 問題の所在

X が自己の HP において大麻に関する情報の書込み(本件書込)をしたところ、大麻取締法 24 条及び 24 条の 2 にあたる行為を公然と、あおり、そそのかしたとして麻薬特例法 9 条が適用され処罰されようとしている。そこで、①麻薬特例法 9 条は、表現の自由(憲法 21 条 1 項)を侵害し違憲でないか、②麻薬特例法 9 条を X に適用することは表現の自由に反しないかが問題となる。

表現の自由の保障範囲

この点、憲法 21 条 1 項の保障する表現の自由は、思想及び意見の伝達が自由であることをその核心としているところ、本件書込は、X が自己の大麻に関する考えに関してインターネットを通じて伝達するものであり、表現の自由がその核心において保障している思想及び意見の伝達そのものであり、また、このような意見の表明を通じて他者とコミュニケーションをとることで、自己の思想内容等を発展形成する人格的価値を有するものであるから、高価値な表現として憲法 21 条 1 項により保障される。

3 麻薬特例法 9 条の合憲性

もともと、憲法 21 条 1 項により保障される表現の自由といえども、公共の福祉のために必要かつ合理的な範囲で規制を受けることはやむを得ない。そこで、まず、麻薬特例法 9 条が、薬物犯罪のあおり、唆しを禁止することが公共の福祉による制約といえるか問題となる。

たしかに、薬物犯罪という犯罪の重大性、危険性から見てこのような犯罪を煽動する表現を規制する必要性があることは是認できる。したがって、薬物犯罪による被害の防止のために必要かつ合理的な範囲で規制をすることはやむをえない。

しかし、本件で規制される表現は、高価値な表現であり、その表現に対し表現内容に着目して規制する場合には、表現の自由に対する強度の制約を課することになる。

そうだとすると、薬物犯罪被害の防止のために、一定の規制を課することがやむを得ないとしても、規制の対象となるのは、その表現行為によって薬物犯罪を発生させる明らかな差し迫った危険があるようなものに限られ、かつ、そのことが明確に法律の文言に示されていなければならない。なぜなら、規制の対象とならない表現であっても、処罰の対象となることをおそれ、表現を差し控えるという萎縮効果があるからである。

本件についてこれを見るに、麻薬特例法 9 条の規定する、薬物犯罪をあおり、唆す表現のすべてが実際に薬物犯罪を実行させるような危険があるとはいえない。また、あおり、唆しという規定からは、一般人において何が処罰の対象となるのか明確に読み取ることができないといえる。

① 1
+ 表現の重要性

4
3
問題の所在
(対抗言論)
株主の権利
侵害ではない

2
利益衡量

でん動は、
せうかどうかは
本人の罪で、
関係者に
責任を問う
べきではない

憲法違反
人固有の事情を
抱えないで

Ok だが、
ただし、一文を
長すぎず

具体的に書けば
意味がわかる

規制の態様に
ついて記述して
よい

規範を立って
いてよい

府の裁量の範囲を逸脱濫用したものであり、改正条例 3 条 3 号は違憲である。

5 以上より、理容師法 11 条及び改正条例 3 条 3 号は職業選択の自由に反し、違憲である。

以上

①虚偽の外観

②外観作出による信頼

虚偽の外観

① 所

② 虚偽の外観
で信頼

虚偽の外観

依頼 24
① 所
② 相手との有

反論
994③

平成 27 年度 民法基礎 1 期末試験過去問題

問題 1

- 1 A は E に対し、所有権に基づく甲土地の返還請求をする。かかる請求は認められるか。
- 2 所有権の移転は当事者の意思表示のみによってその効力を生ずる(176 条)ところ、A は B に対し、甲土地の所有権を移転する旨の意思表示をしていないため、甲土地の所有権は A のもとにある。したがって、A の E に対する所有権に基づく甲土地の返還請求は認められるように思われる。
- 3 (1) もっとも、E は、B が所有権者であると信頼して甲土地の売買契約をしているのであるから、このような者との関係においては、民法 94 条 2 項により A は自己の所有権を対抗することができないのではないかと問題となる。
- (2) この点、民法 94 条 2 項が認められるためには、通謀と虚偽表示を要するところ、本件において AB 間には、登記に対応する甲土地所有権を移転させない旨の合意(通謀)はないため、94 条 2 項を直接適用することはできない。もっとも、民法 94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外観作出につき真正権利者に帰責性がある場合に、外観を信頼した第三者を保護することにあるから、かかる趣旨が妥当する範囲においては、同項を類推適用すべきであると解する。
- 具体的には、①虚偽の外観が存在し、②その外観の作出につき真正権利者に自ら外観を作出したといえるほどの帰責性があり、③第三者が虚偽の外観につき善意である場合、94 条 2 項の類推適用が認められる。また、このような帰責性の大きい真正権利者との関係においては、第三者は無過失であることを要せず、登記を備えることも不要であるというべきである。
- (3) 本件についてこれを見るに、第 1 に、AB 間において贈与を原因とする甲土地の登記の移転があり、これに対応する所有権の移転はないことから、虚偽の外観が存在しているといえる。第 2 に、A は、甲の登記名義を B のままにして銀行から融資を受けることを許可していたのであるから、虚偽の外観の存在を知らながら明示的にこれを承認していたといえる。そのため、事前に通謀をしたのと同様に A の帰責性は大きいといえる。第 3 に、E は本件契約締結に際して、AB 間の贈与契約が虚偽であることを知らないため、B が所有権を有していないことにつき善意であったといえる。
- (4) 以上より、民法 94 条 2 項を類推適用し、E は A に対し、甲土地の所有権を対抗することができない。
- したがって、A の E に対する甲土地返還請求は認められない。

以上

11/17

↓

虚偽の外観
ではない

(所)を示す
ではない

虚偽の外観
を主張
を主張

E が 176 条 1 項で所

うたに思ふた

↓書いてみる。

以上より、麻薬特例法 9 条は、公共の福祉のための必要かつ合理的な範囲をこえて、表現の自由を制約するものであるから、憲法 21 条 1 項に反し、違憲である。

- 4 以上より、麻薬特例法 9 条は違憲であり、かかる規定を X に適用することも当然違憲となる。

適用違憲を
具体的に
検討してほしい。

第 2 問題 2 について

1 X の主張

X は、①理容師法 11 条が理容所の開設に関し届出制を定めていること、及び②改正条例 3 条 3 号が「洗顔及び洗髪のための流水式の設備を設けていること」を届出の条件としていることは、憲法 22 条 1 項に反し違憲であることを主張する。

2 職業選択の自由(憲法 22 条 1 項)の保障範囲

- (1) 憲法 22 条 1 項が職業選択の自由を保障している趣旨は、職業が、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、社会的機能分担の役割たる性質を有し、個人の個性を全うすべき場として、人格的価値とも不可分の関連性を有することにある。かかる趣旨から、憲法 22 条 1 項は、職業の開始、継続、廃止において自由であるのみならず、職業の内容、態様においても自由であることを保障していると解する。

理容
↓
洗髪

洗髪も

- (2) X が Y 県において理容所を開設する自由は、理容業を自己の望む場所で開始することであり、職業選択の一態様として憲法 22 条 1 項により保障される。

or

3 職業の自由に対する制約

- (1) 理容師法 11 条は、理容所を開設する者に対し、必要事項を事前に都道府県知事に届け出ることその条件としている。そして同法 11 条の 2 は、かかる届出をした場合に、理容所の構造設備について知事の検査を受け、同法 12 条に適合する旨の確認を得なければ理容所を使用してはならないと定めているところ、開設者は、その確認を得ないと理容所の使用ができないのであり、理容所の使用を事前に制限されているといえる。

使用にどうなる? ⇒ §14 理容業 開鎖

- (2) したがって、法 11 条の届出制は、職業の自由に対する事前規制たる性質を有しており、実質的に許可制と同様の制約を課しているといえる。

事前規制は、
選択に付する
要件

4 職業の自由に対する本件規制の合憲性

- (1) 職業はその性質上、本質的に社会的かつ主として経済的な活動であり、社会的相互関連性が高いから、精神的自由権と比較して公権力の規制の要請がつよい。そして、職業には様々なものがあり、その規制も千差万別であるから、その規制の合憲性は、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、これらを比較衡量した上で決すべきである。このような比較衡量は、第 1 次的には立法府の役割であって、裁判所はその判断を尊重すべきである。しかし、その裁量にも、事の性質に応じて広狭があり、裁判所は、具

（この部分の文章は、手書きの大きな X 印で消されている）

体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、立法府の裁量の逸脱濫用を判断すべきである。

本件において、法 11 条は理容所の使用を届出にかからしめているが、上述した通り、その実質は許可制である。そして、職業の許可制は、職業の開始に対する制約であり、狭義の職業選択の自由に対する強力な制約を課するものであるから、これが合憲であるといえるためには、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する。また、許可制が消極目的からなされる場合には、さらに、職業活動の内容や態様の規制によって立法目的が十分に達成できないと認められることを要するというべきである。

(3)ア 法 11 条の合憲性について

理容師法 11 条の 2 は、理容所の構造設備が 12 条各号の定める要件を具備し、これについて確認を受けない限り、理容所を使用してはならない旨を定め、12 条各号において、構造設備の衛生環境を維持するための措置を列挙している。かかる規定の構造に鑑みると、理容師法の目的は、衛生環境の維持であり、かかる目的は公共の福祉に合致する重要な目的であるといえる。

もっとも、衛生環境の維持という目的は、社会経済政策上の目的ではなく、社会公共にもたらす弊害の除去という消極的な目的に出たものであるから、理容業の内容や態様の規制によってはかかる目的が達成できないことが必要である。

たしかに、人の頭髮、顔そり等により容姿を整えるという理容業の性質上、理容所の衛生環境の維持は不可欠のものであり、規制の必要性を肯定することができる。しかし、衛生環境の維持は、理容業を長期間継続するうえで主として問題となり、その開始時点においてこれを規制せずとも、定期的に理容所の衛生環境が維持されているか検査することで十分その目的を達成することができるといえる。

したがって、理容師法 11 条の届出制は、その合理性を是認することができず、立法府の裁量を逸脱しているといえるから、違憲である。

イ 改正条例 3 条 3 号の合憲性について

かりに法 11 条が違憲でないとして、別途改正条例 3 条 3 号の合憲性について以下検討する。

改正条例 3 条 3 号は、法 11 条の 2 の知事による確認を受けるための条件として「洗顔及び洗髪のための流水式の設備を設けること」を規定している。かかる規定の目的は衛生の維持であり、重要な公共の利益であるといえる。しかし、かかる規定は、2017 年 5 月に新設されたものであり、その立法当時、かかる規定がないことによって理容所の衛生が悪化する等の事情はうかがわれず、また、その立法が行われたのは、本件陳情を受けてからであり、立法に際してその必要性、合理性を是認することのできる事情は一切うかがわれなから、かかる規制は立法

目的と手段との間に
実質的関連性
手段、その手段では、
目的達成
できない

合理的
|
実質的

衛生、
主観的要素
であり、
客観的に判断
できない。

「衛生」→

重要でない
いえるかも。

立法目的が
既に業者保護の
ための
積極目的と
なっている
ため。