

答案力養成答練・Web 限定ガイダンス

予備試験合格レベルの答案構造 【憲法】

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

1 【憲法】

2
3 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
4 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
5 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
6 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、
7 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
8 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。

9 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。
10 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
11 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
12 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
13 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
14 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
15 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
16 「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
17 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。

18 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
19 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。
20 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
21 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
22 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
23 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。

24 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
25 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
26 て、最長で7日間の営業停止を命ずることができる。

27 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
28 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
29 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
30 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。
31 その結果、大型店Bの収益は大幅に減少した。

32 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。

33
34 【設問1】

35 あなたがC社の訴訟代理人であるとしたら、どのような憲法上の主張を行うか。

36 なお、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
37 なくてよい。

38
39 【設問2】

40 想定される被告側の反論を簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、職業の自由に対する制約，そして結社の自由に対する制約の合憲性に関する出題である。職業の自由の制約に関しては、近時、規制目的二分論に言及することなく判断している最高裁判例（最三判平成12年2月8日刑集第54巻2号1頁，最三判平成17年4月26日判例時報1898号54頁）や租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的が示された最高裁判例（最三判平成4年12月15日民集第46巻9号2829頁）があり、まずは、規制目的二分論の有効性自体を検討する必要がある。その上で、設問の条例の目的を政策的目的と位置付けるとしても、その具体的内容や制約の合憲性審査の手法につき、定型的でない丁寧な論証が求められる。さらに、設問の条例は、目的達成手段として強制加入制を採用している点において、結社の自由への制約の問題についても検討する必要がある。強制加入制の合憲性をめぐっては、南九州税理士会事件（最三判平成8年3月19日民集第50巻3号615頁）、群馬司法書士会事件（最一判平成14年4月25日判例時報1785号31頁）などで争われており、これらの判例も念頭に置きつつ、本問の条例では、条例が定める目的を達成するための手段として、営利法人に対して団体への加入を義務付け、さらに、違反に対して最長7日間の営業停止という処分を課すことができるとしている点などを踏まえ、制裁で担保された強制加入制の合憲性を論じる必要がある。

平成26年論文式試験・憲法〔合格者再現答案①〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者1900人)

Memo

P.1 第一 設問1について

2 1 C社の代理人として、本件条例はC社の商店会に加入しない自由を侵害しているため憲法21条1項に違反しており、本件条例
3 に基づく7日間の営業停止処分は国家賠償法上「違法」であると
4 主張する。
5

6 (1) まず、結社の自由は、特定の結社に加入しない自由をも認める
7 ことで保障の趣旨が実現されるから、消極的結社の自由は憲
8 法21条1項による保障が及ぶ。そのため、大型店やチェーン
9 店を含むすべてのA市内の店舗が最寄の商店会への加入をしない
10 自由は消極的結社の自由に含まれ、憲法21条1項の規定する
11 「結社」の自由の一内容として保障される。

12 C社は法人であるところ、権利の性質上可能な限り法人にも
13 人権享有主体性が認められる。法人を会員とする組織が観念で
14 できることから、権利の性質上法人にも消極的結社の自由は認め
15 られると考える。

16 (2) 本件条例はA市内の店舗に対し、最寄りの商店会への加入を
17 義務付けているので、消極的結社の自由に対する制約がある。

18 (3) そして、上記自由は、いかなる結社に属するかを自らの思想
19 信条に従って決することにより自己の個性を実現できるという
20 点で自己実現の価値を認めることができる。よって、権利とし
21 て重要であると言える。更に、加入を義務付けているだけで
22 なく、加入しないことにより営業停止処分を科される可能性があ
23 るということは、営業を主な活動とする店舗にとって致命的で
24 あり、制約態様は強い。

P.2

2 ア そこで、上記制約が正当化されるためには、①本件条例の
3 目的がやむにやまれぬもので、かつ②手段が目的との関係で
4 必要最小限である必要がある。
5

6 イ 本件条例の第2の目的は、防犯体制強化であり、市民の生
7 命身体の安全を図ることは重要ではあるが、各店を防犯体制
8 の担い手とする必要は大きくなく、やむにやまれぬものとは
9 言い難い。そして、第1の目的は商業活動の活性化であり、
10 かかる経済的目的はやむにやまれぬとまでは言えない。(①
11 不充足)

12 また、第1の目的との関係では、無理やり加入させること
13 ではそもそも活性化につながるとはいえないし、第2の目的
14 との関係では違反者に対して営業停止処分によらずとも罰金
15 を課すことで達成しうる。従って、A市内全店舗の強制加入
16 の手段は最小限度とは言えない(②不充足)。

17 2 以上より、本件条例は違憲である。

P.3 第2 設問2について

18 1 想定される反論について

19 (1) 上記制約については、違反者に対する営業停止命令は「でき
20 る」とされている通り必ず発せられるものではなく、制約態様
21 は強くない。
22

23 (2) 商店会は商業目的の結社であり、思想信条にかかわるもので
24

ないから、上記自由は原告の言うような自己実現の価値は有しない。よって権利の重要性は高くない。

(3) そこで、①本件条例の目的が重要かつ②手段が目的と実質的関連性があれば合憲と解する。

まず、第2の目的は、市民の安全を守る点で重要性を有し、その達成には自発的な寄付等ではなく各店舗を防犯体制の担い手とする必要があるから、重要な目的と言える。第1の目的も商店街の活性化はひいては大型店舗の経営の安定にも繋がる重要なものである。(①充足)。手段としても、大型店舗等の参加によって活性化・防犯体制の強化ともに達成が見込めるから、実質的関連性もある(②充足)。

以上より、本件条例は合憲である。

2 私見について

(1) 制約の強度については、確かに「できる」とはされているが、現にCに営業停止処分がなされているように、恣意的な運用がなされる恐れも少なくないため、制約態様が弱いとは言えない。

(2) 一方で、自己実現の価値については、商業に関する方針は思想信条にかかわることは多くないから、その価値は政治的結社の場合に比して低い。

(3) そこで、被告側の基準によるべきである。

第2の目的は被告の主張の通り、重要であるが、第1の目的は被告主張のように営業の自由に資するが、その実質はもっぱら古くからある店舗の優遇にあり、重要とは言えない。(①)。そして、大型店やチェーン店も含めて会費支払を義務付けるといふ手段は、商店街活性化や防犯体制強化にかけることのできる予算の強化につながると言えるため第2の目的には資する。しかし、会費が不均衡であり、定額によっても目的達成が可能である以上、過度の制約である。よって、実質的関連性認められない(②)。

(4) 以上より、本件条例は違憲である。

以上

P.4

平成26年論文式試験・憲法〔合格者再現答案②〕

憲法・評価A (1位～300位/受験者1900人)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 C社の代理人として私は、本条例はC社の営業の自由を侵害し違
3 憲無効であると主張する。

4 2 まず営業の自由が憲法上保障されるか検討すると、職業選択を保
5 障しても活動できなければ意味がないから、22条1項は営業の自
6 由を保障していると解する。そして、法人は1つの社会的実在であ
7 るから権利の性質上可能な限り人権享有主体性を認めるべきと解す
8 るところ、営業の自由は事業者の自由ともいえ法人に保障すること
9 は権利の性質上可能であると解する。したがって、C社に営業の自
10 由が保障されている。

11 営業の自由は、企業にとって経営の基盤をなし生活の糧を得る手
12 段として極めて重要な人権であるといえる。またそのみならず、
13 社会的関連性を有し、社会とつながるといふ価値も有する点でも重
14 要な人権といえる。本条例は、かかる重要な人権である営業の自由
15 を制約している。すなわち、本条例は大型店やチェーン店を含む全
16 体の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ている。
17 また、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
18 高に一定の率を乗じて算出される金額と定めており、A市長は加入
19 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
20 命ずることができる。かかる制約態様は、全ての店舗を対象とし違
21 反者に対し長期の営業停止を命ずることができるとする点で、重大
22 なものといえる。そこで違憲審査基準は厳格審査基準を採用する。

P.2 3 本問で、営業停止を命じなくとも、行政指導の継続など他にとり
2 うる手段があるから、手段として必要最小限度とはいえない。よっ
3 て本条例による制約は正当化されず、22条1項に反し違憲無効で
4 ある。

5 4 仮に本条例が法令違憲でないとしても、本条例によりC社の営む
6 大型店Bの収益は大幅に減少しているから、本条例をC社に適用す
7 ることは、条例の本来の適用場面でないといえ適用違憲にあたる
8 と解する。

9 第2 設問2

10 1 被告側の反論

11 被告側としては、営業の自由は経済的自由権のひとつであり精神
12 的自由権に比して重要性が劣るから、審査基準は緩やかに解すべき
13 であり、本条例は合憲である。またC社への適用は本来の適用と
14 いえ適用違憲にもあたらないとの反論をすることが考えられる。

15 2 自己の見解

16 (1) 確かに営業の自由は生活の糧を得るばかりでなく社会なつな
17 かりを得る重要な人権ではあるが、その社会的相互関連性ゆえに社
18 会に与える影響が大きい。また、民主政の過程で自己回復が困難
19 である精神的自由に対して、経済的自由権は民主政の過程で自己
20 回復が可能である。そこで、経済的自由権については立法府の判
21 断を尊重し、合憲性の推定が及ぶ合理性の基準を採用すべきと考
22 える。この点、積極目的規制による場合は明白性の原則の基準を、
P.3 消極目的規制による場合は不当目的顕出のためやや厳格に厳格な
2 合理性の基準を採用すべきと考える。また目的が不明の場合や、

3 両目的を併有する場合は、規制態様を加味して審査基準を決すべ
4 きである。本問についてこれを見ると、本条例の第一の目的は、
5 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
6 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
7 全体での商業活動を活性化することであり、積極的といえる。
8 他方第二の目的は、大型店やチェーン店をも含めた商店会を、地
9 域における防犯体制の担い手として位置付けることにあり、消極
10 目的といえる。両目的を併有しているので規制態様もみると、加
11 入義務を全ての店舗に課した上で違反者に7日間の営業停止を命
12 じ得る点でやや強度といえるから、違憲審査基準は厳格な合理性
13 の基準によるべきであり、目的が重要か、手段が目的達成の上で
14 有効かつ過度でないかを検討する。

- 15 (2) 本問についてこれを検討する。まず第一の目的は、商店会街及
16 び市内全体での商業活動を活性化することであり、シャッター通
17 りと化している現状に鑑みると重要であるといえる。また、第二
18 の目的は、商店会を地域における防犯体制等の担い手として位置
19 付けることであり、商店街の街路灯等の管理にも支障が生じてい
20 る現状に鑑みると重要であるといえる。よって両目的は重要であ
21 る。

22 次に手段について検討する。手段は、全てのA市内の店舗に対
P.4 して最寄りの商店会への加入を義務付け、売場面積と売上高に一
2 定の率を乗じて算出される金額を会費として毎月納入させ、加入
3 義務に違反する者が営む店舗に対しては最長で7日間の営業停止
4 を命ずることができるとするものである。全店舗に加入義務を課
5 す点では、「タダ乗り」を防ぐ観点から目的達成の手段として有
6 効であるといえる。また会費の計算方法は売場面積と売上高に一
7 定の率を乗じて算出されるとするが、かかる計算は、売場面積と
8 売上高の大きい者ほど商店街の便益を享受しているといえるから
9 合理的かつ有効というべきである。また、営業停止命令も7日間
10 にすぎず、加入義務に反しなければ命令を受けることはなく、仮
11 に違反したとしても「できる」とある以上常に停止命令がなされ
12 るとは限らないから目的達成の上で過度でないといえる。よって、
13 手段は目的達成の上で有効かつ過度でないといえる。

- 14 (3) 以上より本条例は22条1項に反せず合憲である。また、C社
15 の営む大型店Bは、A市内で最も広い売場面積を有し、最も売上
16 高が大きいとあるから、会費の額が平均的な金額の約50倍にな
17 ったとしても計算方法にもとづいた合理的な額といえるから、条
18 例の適用が本来的に想定される場面といえ、適用違憲の主張も認
19 められない。

20 以上