２０２７年度

関西学院大学ロースクール

Ｂ日程

一般入試（法学既修者）

憲　法　問題

《１３：３０～１４：５０》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

【憲　法　問題】

次の文章を読んで、〔設問１〕および〔設問２〕に答えなさい。

〔設問１〕

非訟事件の裁判について、その憲法上の位置づけを、１０行程度で説明しなさい。

〔設問２〕

あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律（以下「法」という。【参考資料】）は、医師以外の者で、あん摩、マッサージ又は指圧を業とするためには、あん摩マッサージ指圧師免許を受けなければならないと定める（法第１条）。免許は国家試験合格者に付与されるが、試験を受験するためには、文部科学大臣の認定した学校又は厚生労働大臣の認定した養成施設において、解剖学その他あん摩マッサージ指圧師となるのに必要な知識及び技能を修得していなければならない（法第２条第１項）。

そして、法附則第１９条第１項（以下「本件規定」という。）は、当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、「あん摩マツサージ指圧師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合」や「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」等の事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧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、視覚障害者以外の者を教育・養成する養成施設についての法第２条第１項の認定をしないことができる旨を定めている。この本件規定は、昭和３９年の法改正により設けられたものであり、障害のために従事し得る職業が限られるなどして経済的弱者の立場にある視覚障害者の職域を確保し、その生計を保護することを目的としたものである。

医療系の専門学校を運営する学校法人Ｘは、２０＊＊年４月、東洋医学に関する教育課程を拡充するため、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師に係る養成施設の設置認定（以下「本件認定」という。）の申請を厚生労働大臣に対して行った。しかし、厚生労働大臣は、本件規定に基づき、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧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、あらかじめ医道審議会の意見を聴いたうえで、本件認定をしない処分（以下「本件処分」という。）を行った。

本件処分当時、あん摩マッサージ指圧師は、昭和３５年に制定された障害者の

雇用の促進等に関する法律の第４８条第１項および同法施行令第１１条により「特定職種」として定められ、重度の身体障害者にとってその能力を活かしやすく、かつ通常の就職が困難な場合に、国が事業主に対して当該障害者の雇用を積極的に勧誘し、就業を優先的に支援する対象となっており、かつ、「特定職種」に指定されていたのはあん摩マッサージ指圧師の１職種のみであった。また、あん摩マッサージ指圧師の総数に占める視覚障害者以外の者の数や養成施設におけるその定員割合は増加傾向にあり、視覚障害がある施術者の年間収入の平均値は視覚障害者以外の施術者と比べて顕著に低いという実態も存在していた。しかし、その一方で、本件規定は制定から半世紀以上にわたり一度も実質的な改正が行われておらず、この間に社会保障制度が充実し、視覚障害者に対しては障害基礎年金等の社会福祉施策が別途講じられるようにもなっていた。

そこでＸは、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等の設置等について許可制の性質を有する規制を定める本件規定は、上記養成施設等の設置を不当に規制するものであり、憲法に違反すると主張して、本件処分の取消訴訟を提起することにした。

この取消訴訟においてＸが主張する本件規定の憲法上の問題点について、あなたの意見を述べなさい。その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。

【参考資料】

あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律

第１条　医師以外の者で、あん摩、マツサージ若しくは指圧、はり又はきゆうを業としようとする者は、それぞれ、あん摩マツサージ指圧師免許、はり師免許又はきゆう師免許（以下免許という。）を受けなければならない。

第２条　免許は、学校教育法（昭和２２年法律第２６号）第９０条第１項の規定により大学に入学することのできる者（この項の規定により文部科学大臣の認定した学校が大学である場合において、当該大学が同条第２項の規定により当該大学に入学させた者を含む。）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マツサージ指圧師、はり師又はきゆ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つて、厚生労働大臣の行うあん摩マツサージ指圧師国家試験、はり師国家試験又はきゆう師国家試験（以下「試験」という。）に合格した者に対して、厚生労働大臣が、これを与

える。

一　厚生労働大臣　あん摩マツサージ指圧師の養成施設、あん摩マツサージ指圧師及びはり師の養成施設、あん摩マツサージ指圧師及びきゆう師の養成施設又はあん摩マツサージ指圧師、はり師及びきゆう師の養成施設

二　都道府県知事　はり師の養成施設、きゆう師の養成施設又ははり師及びきゆう師の養成施設

２　（以下、略）

附則第１９条　当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、あん摩マツサージ指圧師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩マツサージ指圧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マツサージ指圧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、あん摩マツサージ指圧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第２条第１項の認定又はその生徒の定員の増加についての同条第３項の承認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、前項の規定により認定又は承認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ければならない。

関西学院大学大学院司法研究科

2027年度入学試験　出題趣旨・解説・講評
【B日程：憲法】

≪出題趣旨≫――――――――――――――――――――――――――――――――――
〔設問１〕について

〔設問１〕では、例年、憲法学における基本的事項に関する知識を問うことに主眼を置いて出題を行っている。今年度のB日程では、司法の分野から「非訟事件の裁判の憲法上の位置づけ」に関する説明問題を出題した。「非訟事件の裁判」というテーマは、受験生にとって必ずしもメジャーな論点とは映らないかもしれない。出題者としてもその点は十分理解している。とはいえ、「非訟事件の裁判」は、司法の単元のみならず、憲法３２条の裁判を受ける権利の単元でも必ず扱われる重要事項である。その意味において決してマイナーな論点とはいえず、むしろ実務上の重要性も極めて高いのが現実である。

法科大学院入試対策として、人権分野の頻出論点に関する論述対策のみに偏る傾向が、近年の受験生において顕著であるが、既修者としての入学を目指すからこそ、憲法学全般にわたる幅広く正確な知識を備えた上で、法科大学院の門を叩いてほしいと考えている。それゆえ、〔設問１〕においては、統治機構の分野についても、単なる条文の形式的な暗記にとどまらず、制度の趣旨や憲法解釈論の根底にある理論的対立を日頃からしっかりと理解・整理してきてほしいという強いメッセージを込めて出題している。

〔設問２〕について

本問では、視覚障害者以外の者を対象とする養成施設の設置認定を制限するあん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律（以下「法」という。）附則第１９条第１項（以下「本件規定」という。）の憲法適合性について検討することが求められている。また本問は、本事案と同種ないし類似の事案に関する重要判例の知識や憲法学の基本的事項に関する理解が十分に定着しているか、そして、法的三段論法に即した基本的な論述能力が備わっているかについて､その判定を試みるものである。したがって、解答にあたっては、具体的な事案の中から憲法上の問題点を的確に抽出し、ただ闇雲にこれを論じればよいというわけではない。まずその検討を行うのにふさわしい憲法の条文を選択し、そのうえで、当該事案の性質や事案類型に即した適切な判断枠組みを定立し、自らが定立した判断枠組みに基づいて具体的な検討を行うことが求められている。

さらに、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及するこ

とも、求められている。本問では、①薬事法事件判決（最大判昭和５０年４月３０日民集２９巻４号５７２頁）や、本問の直接の素材となった②養成施設不認定事件判決（最判令和４年２月７日民集７６巻２号１頁）が類似の事案として参考になり、これらの判例における判断枠組みの定立や、立法府の政策的・技術的判断に対する裁量の範囲を踏まえた検討を行うことが、本問の解答としては想定されていた。

なお、本問の解答における最終的な結論は合憲・違憲のどちらでもよい。自身で提示した枠組みに即して、説得的な理由づけとともに、丁寧な論述を展開することが、解答において最も重視されるべきことである。

≪解説・講評≫――――――――――――――――――――――――――――――

〔設問１〕について

本問の解答に際しては、①非訟事件の裁判が本質的には行政処分たる性質を有し、純然たる訴訟事件とは異なること、②そのため、憲法８２条の公開原則などの厳格な訴訟手続の保障は当然には及ばないこと、③非訟事件の裁判は、本来的・伝統的な司法権（裁判所法３条１項前段の「法律上の争訟」の裁定）に属する作用ではないものの、司法作用と密接に関連し、「裁判所のなすにふさわしい事項」として、法律の定め（同項後段の「その他法律において特に定める権限」）により裁判所にその権限が委ねられており、これが憲法上許容されること、の３点については、最低限言及することが求められる。また、こうした非訟事件の裁判の憲法上の位置づけを論ずるにあたり、 判例が「訴訟・非訟峻別論」の立場から憲法３２条の「裁判を受ける権利」についてもその保障の射程外に置いている点にまで言及できている答案に対しては、さらに高い評価を与えている。

しかしながら、実際には〔設問１〕を白紙のまま提出した受験生も少なからず見受けられた。また、解答を記入していたとしても、非訟事件手続法上の諸規定をなぞるのみで「憲法上の位置づけ」という本問の核心に何ら触れていない答案や、「非訟事件の裁判」を「法律上の争訟」に含めて論じてしまうなど、司法権の概念および非訟事件それ自体に関する基礎的理解の欠如を露呈する答案が、大多数を占める結果となった。人権分野のみならず統治機構の分野についても、基本概念の正確な定義や理論的基礎をおろそかにせず、体系的・網羅的な理解を積み重ねていくという地道な学習姿勢を強く求めたい。

〔設問２〕について

本問では、Ｘに対する本件不認定処分の根拠となった本件規定自体の憲法適合性が問われている。この点、本問の事案では、処分の妥当性（処分違憲）についても憲法上の論点となりうるところであったが、問題文の最終段落において、「本件規定の憲法上の問題点について、あなたの意見を述べなさい。」と記されているので、本問の

解答にあたって、処分それ自体に関する合憲性審査は不要である。本問では、具体的な適用ではなく、法律そのものの合憲性（法令違憲）に絞って検討することが求められていた。

本件規定の合憲性を検討するにあたっては、まず、主務大臣の認定を受けなければ養成事業を行うことができないという本法の仕組みから、本件規定が実質的に参入規制としての「許可制」の性質を有している点を押さえておかなければならない。そして、この規制は、直接的には養成施設の設置者の職業の自由を、間接的にはそこで学んで免許を取得しようとする健常者（視覚障害者以外の者）の職業の自由を制約するものであり、いずれも狭義の職業選択の自由そのものに対する強力な制限にあたる。したがって、本問では憲法２２条１項が保障する職業の自由との適合性が主たる検討対象となる。

この点、上記薬事法事件判決の枠組みに従えば、職業の許可制は狭義の職業選択の自由そのものに対する強力な制限であるため、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」であることが求められる。他方で、本件規定は「経済的弱者の立場にある視覚障害者の職域を確保し、その生計を保護すること」という社会福祉的・積極的目的を有する規制である。したがって、かかる積極目的規制について、裁判所はどこまで立法府の政策的・技術的裁量を尊重すべきか、すなわち薬事法判決のような実質的な審査を行うべきか、それとも立法府の判断が裁量の範囲を逸脱し著しく不合理であることが明白な場合に限って違憲とする「明白性の原則」を採るべきかが、判断枠組みの定立における大きな論点となりうる。また、本件規定は、養成施設の設置者やそこで学ぼうとする者自身の資質・努力とは無関係に、視覚障害者の生計維持という外在的な事情によって設置認定の可否が左右されるという点で、薬事法事件判決における距離制限規定のような、いわゆる客観的許可条件と同様の性質を有するとも整理できる。この観点を踏まえるならば、本件規定が積極目的規制であることのみを理由に審査密度を安易に緩めるべきではなく、狭義の職業選択の自由に対する強力な制限としての性質を踏まえた慎重な検討が求められる、との指摘も、１つの選択肢になり得たであろう。

そして、こうした判断枠組みの選択を経て、これに続く具体的検討の段階（あてはめ）においては、合憲・違憲の双方の立場から多様な論述を展開することが可能であった。

まず、規制目的の審査については、視覚障害者の職域を確保し、その生計を保護するという本件規定の目的が、社会福祉的な観点から「重要な公共の利益」にあたることは基本的に首肯しうる（なお、この指摘に際しては、憲法２５条や２７条への言及があると、より説得力を高めることができるであろう。）。しかしながら、違憲性を肯定する立場からは、昭和３９年の法改正から半世紀以上が経過し、この間に社会保障制度が整備・充実して障害基礎年金等の社会福祉施策が別途講じられるようになっ

ていることから、視覚障害者の職域を確保することによってその生計を保護する必要性それ自体が、今日では相対的に低下している、との主張を展開することが考えられる。これに対して、合憲性を肯定する立場からは、障害者雇用促進法においてあん摩マッサージ指圧師が重度障害者の能力に適合する唯一の「特定職種」と位置づけられ、国政全般において一貫した優先的支援の対象とされていること、また、視覚障害者以外の施術者の数が増加する一方で、視覚障害がある施術者の平均年収がそれ以外の者と比べて顕著に低いという厳しい経済的実態が依然として存することなどを挙げ、目的の正当性ないし重要性を基礎づける立法事実は現時点においても失われていない、と論じることが可能である。

次に、規制手段の審査については、養成施設の不認定という強力な参入規制が、目的達成手段として必要かつ合理的であるかどうかが問われる。違憲論の立場からは、本件規定が「当分の間」の暫定措置として導入されたにもかかわらず、半世紀以上にわたり実質的な見直しがなされず事実上の恒久規制と化しており、現時点における必要性・合理性についての検証を欠いている、との主張や、養成施設を不認定にしたとしても、それは将来的な新規参入者を抑制する間接的な効果を持つにすぎず、現に市場で施術業に従事している膨大な数の健常者施術者との競合関係を解消できるとは限らないため、目的達成手段としての必要性ないし合理性を欠いている、との指摘をすることになろう。これに対して、合憲論の立場からは、本件規定が視覚障害者以外の者を対象とする養成施設の設置を一律に禁止するものではなく、視覚障害者の生計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に限り認定をしないことができるという弾力的な規定ぶりとなっていること、さらに、不認定処分にあたってはあらかじめ医道審議会の意見を聴くこととされ、専門的・中立的見地からの慎重な判断を担保する適正手続が組み込まれており、規制が必要な範囲にとどまるよう制度的に担保されている、といった指摘をすることができる。そのうえで、定立した判断枠組み次第では、立法府が選択した規制手段は著しく不合理であるとはいえず、その裁量の範囲内にある必要かつ合理的な措置である、と結論づけることが可能であろう。

しかし、答案の中には、本事案を憲法１４条１項の平等原則の問題だと捉え、そもそも憲法２２条１項の観点からの検討を全く行っていないものや、本件規制がどのような意味で実質的に参入規制としての「許可制」たる性質を有しているといえるのかを一切説明せず、これを最初から許可制と断定しているものが少なくなかった。また、判断枠組みの定立に際して、薬事法事件判決等の判例を参照できていない答案や、事案の性質を十分に検討しないまま、中間的な審査基準を採用することを既定路線であるかのように扱う答案もかなりの数にのぼった。さらに、合憲性判断基準の内容が誤っている答案（例えば、中間的な基準を採用したのに「合理的関連性」を要件としているもの等）も散見された。加えて、具体的検討においては、問題文中の事実を拾う

ことはできているものの、それに対する法的評価を加えていないものや、特段の理由づけをしないまま結論に至っているものなど、十分な説得力が認められない答案が多数を占めた。

本問において、最終的な結論は合憲・違憲のどちらでもよく、重視されるべきは自ら提示した枠組みに即した論述の説得力である。事案の仕組みを正しく見極め、問題文の事実を単になぞるにとどまらず、適切な法的評価を加えて、十分な理由づけとともに丁寧に結論を導くことが重要である。特定の審査基準に過度に固執することなく、法的三段論法に忠実な論述力を日頃から磨くことを意識されたい。

以　上