

2023 年度

大阪公立大学大学院法学研究科法曹養成専攻入学者選抜試験

【2 年 短 縮 型】

法律科目試験問題：憲法 (配点：100 点)

注意事項

- 1 机上に各自の「受験票」を出しておくこと。
- 2 問題冊子は、監督者が「解答始め」の指示をするまで開かないこと。
- 3 問題冊子は、全部で 3 ページである。
解答用紙は、全部で 8 ページである。
問題冊子、解答用紙に脱落のあった場合には申し出ること。
- 4 解答用紙は切り離さないこと。
解答用紙は、8 ページを超えて使用することはできない。
- 5 解答用紙の上部所定欄に、1 ページには氏名、受験番号、試験の科目名を、
2 ページ以降は各ページに氏名を忘れずに記入すること。
- 6 解答は、第 1 問は 1 ページから、第 2 問は 5 ページから記入すること。
- 7 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。
- 8 解答用紙には黒鉛筆 (HB か B)、シャープペンシル (B)、黒ボールペン又は万年筆 (黒インク) を使用すること。

(憲法)

第1問

以下の文章を読んで、後の問に答えなさい。

2014年に施行された医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（以下、「医薬品医療機器等法」という。）は、医薬品を一般用医薬品、要指導医薬品及び薬局医薬品に区分している。

このうち、一般用医薬品とは、医薬品医療機器等法4条5項4号によれば、「医薬品のうち、その効能及び効果において人体に対する作用が著しくないものであつて、薬剤師その他の医薬関係者から提供された情報に基づく需要者の選択により使用されることが目的とされているもの（要指導医薬品を除く。）をいう。」とされている。次に、要指導医薬品とは、医薬品医療機器等法4条5項3号によれば、一般用医薬品と同様に、「その効能及び効果において人体に対する作用が著しくないものであつて、薬剤師その他の医薬関係者から提供された情報に基づく需要者の選択により使用されることが目的とされているもの」ではあるが、「その適正な使用のために薬剤師の対面による情報の提供及び薬学的知見に基づく指導が行われることが必要なものとして、厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定するものをいう。」とされている。さらに、薬局医薬品とは、医薬品医療機器等法4条5項2号によれば、「要指導医薬品及び一般用医薬品以外の医薬品（専ら動物のために使用されることが目的とされているものを除く。）をいう。」とされている。

販売方法という点からいえば、薬局医薬品は、薬剤師が対面で服薬指導を行い、処方するものである。他方、一般用医薬品は、薬剤師が対面で処方する必要はなく、したがって、インターネット上でも販売できるものである。これに対して、要指導医薬品の販売は、医薬品医療機器等法36条の6第1項本文及び第3項（以下、「本件各規定」という。）によれば、薬剤師による対面により、購入者等から必要な情報を書面で提供させ、薬学的知見に基づく指導を行わせることが義務づけられ、これができないときは販売等をしてはならないとされている。

また、要指導医薬品に当たるものとして指定されている医薬品は、例えば、アレルギー専用鼻炎薬「クラリチンEX」や、外用鎮痛消炎剤「ロキソニンSパップ」などであり、その市場規模は、一般用医薬品を含めた市場の中では1%未満である。

Xは、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売を、インターネットを通じて行っている事業者であり、本件各規定が憲法22条1項に違反すると主張して、要指導医薬品につきインターネットを通じて販売することができる地位を有することの確認を求めて、裁判所に出訴することを考えている。

問 本件各規定が憲法22条1項に反するといえるか否かについて、関連する判例に言及し

つつ、検討しなさい。なお、確認の訴えに係る訴訟法上の論点に言及してはならない。

(配点：60点)

【参照条文：医薬品医療機器等法からの抜粋】

第24条第1項 薬局開設者又は医薬品の販売業の許可を受けた者でなければ、業として、医薬品を販売し、授与し、又は販売若しくは授与の目的で貯蔵し、若しくは陳列（配置することを含む。以下同じ。）してはならない。（後略）

第36条の6第1項 薬局開設者又は店舗販売業者は、要指導医薬品の適正な使用のため、要指導医薬品を販売し、又は授与する場合には、厚生労働省令で定めるところにより、その薬局又は店舗において医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師に、対面により、厚生労働省令で定める事項を記載した書面（当該事項が電磁的記録に記録されているときは、当該電磁的記録に記録された事項を厚生労働省令で定める方法により表示したものを含む。）を用いて必要な情報を提供させ、及び必要な薬学的知見に基づく指導を行わせなければならない。ただし、薬剤師等に販売し、又は授与するときは、この限りでない。

第2項（略）

第3項 薬局開設者又は店舗販売業者は、第1項本文に規定する場合において、同項の規定による情報の提供又は指導ができないとき、その他要指導医薬品の適正な使用を確保することができないと認められるときは、要指導医薬品を販売し、又は授与してはならない。

第75条第1項 ……都道府県知事は、薬局開設者、医薬品の販売業者……について、この法律……に違反する行為があつたとき……は、その許可を取り消し、又は期間を定めてその業務の全部若しくは一部の停止を命ずることができる。

(憲法)

第2問

最高裁判所の規則制定権について、その意義及び対象事項の範囲並びに当該規則と法律との関係を論じなさい。

(配点：40点)

<出題の趣旨等 2023年度 憲法>

〔出題の趣旨〕

第1問は、2014年に施行された医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（以下「医薬品医療機器等法」と略）が、医薬品のうち「要指導医薬品」につき「その適正な使用のために薬剤師の対面による情報の提供及び薬学的知見に基づく指導が行われることが必要なものとして、厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて指定するもの」と規定しているところ、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売を、インターネットを通じて行っている事業者が当該規定の憲法22条1項適合性を争ったという事例に関する検討を求めている。

第2問は、文字通り、最高裁判所の規則制定権について、その意義、対象事項の範囲及び当該規則と法律との関係を的確に説明することを求めている。

なお、言うまでもないが、他の論述式試験科目と同じく、法科大学院で学ぶ上での基本的学力として、文章の正確な読解力、論理的な推論、分析、判断を的確に行うことのできる能力、及び思考のプロセスと結果とを明確に表現する能力があるかどうか、前提として問われている。

〔配点〕

第1問 60点

第2問 40点

〔採点基準〕

・第1問について

判例によれば、憲法22条1項の保障する職業選択の自由には「職業の開始、継続、廃止における自由」（いわゆる狭義の職業選択の自由）と「選択した職業の遂行の自由」（いわゆる営業の自由）が含まれているとされている。本問の検討に当たっては、憲法22条1項のこの2つの構成要素のうちのいずれの自由が侵害されていると把握できるかについて検討することが必要となる。そこで、本問に示された事情に即しつつ、関連する判例や学説を参照しながら、本問における被侵害利益の内容・性格を具体的に分析することが求められる。同時に、侵害行為の態様の内容・性格・強度につき、法律の定める規制の目的も勘案しつつ、本問に即して具体的に分析し、これらの分析を踏まえて、本問に適用されるべき判断枠組みを適切に提示することが求められる。その上で、各自が提示した判断枠組みを本問で問題となっている規制に適切に適用しつつ、当該規制が合憲といえるか否かに関する各自の見解を説得的に展開することが求められる。

ちなみに、本問の素材とした事例に関する最一小判令和3・3・18民集75巻3号552頁は、本問で検討を求めた規定による規制に「必要性と合理性がある」ことは最大判昭和47・

11・22 刑集 26 卷 9 号 586 頁（小売市場事件判決）の「趣旨に徴して明らか」としている。

・第 2 問について

本問では、裁判所としての独立性・専門性等から最高裁判所の規則制定権の意義を説明すること、憲法 77 条 1 項所定の事項をはじめとして法律と当該規則のどちらが優位すると解すべきかについて、憲法 31 条・76 条 3 項、そして、裁判所法 10 条、同法施行令 5 条及び最高裁判所裁判事務処理規則 9 条 6 項等を参照しながら説得的に説明することなどが求められている。

以上