

平成26年司法試験

論文式試験問題集 [公法系科目第1問]

[公法系科目]

[第1問] (配点：100)

A県B市には、日本で有数の緑濃い原生林と透明度の高さを誇る美しい湖を含む自然保護地域がある。このB市の自然保護地域には、自家用車や観光バスで直接、あるいは、自然保護地域への拠点となっているB駅からタクシーか、定員20名のマイクロバスで運行される市営の路線バスを利用して入ることになる。B市は、1年を通じて温暖な気候であることも幸いして、全国各地から年間500万人を超える観光客が訪れるA県で最大の観光都市となっている。

しかしながら、湖周辺では観光客が増えて交通量が増加したために、車の排気ガスによる原生林の損傷や、心ない観光客の行為で湖が汚れ、透明度が低下するといった問題が深刻になりつつあった。それに加えて、自然保護地域内の道路のほとんどは道幅が狭く、片方が崖で曲がりくねっており、人身事故や車同士の接触事故など交通事故が多く発生した。そのほとんどは、この道路に不慣れな自家用車と観光バスによるものであった。

そこで、A県公安委員会は、A県、B市等と協議し、自然保護地域内の道路について、道路交通法に基づき、路線バス及びタクシーを除く車両の通行を禁止した。その結果、自然保護地域には、観光客は、徒歩、あるいは、市営の路線バスかタクシーを利用しなければ入れないこととなり、B市のタクシー事業者にとっては、B駅と自然保護地域との間の運行が大きな収入源となった。

タクシー事業については、当初、需給バランスに基づいて政府が事業者の参入を規制する免許制が採られていたが、その後、規制緩和の流れを受けて安全性等の一定条件を満たせば参入を認める許可制に移行した。しかし、再び、特定の地域に関してではあるが、参入規制等を強化する法律が制定されている。これに加えて、202*年には道路運送法が改正され、地方分権推進策の一環として、タクシー事業に関する各種規制が都道府県条例により行えることとされ、その許可権限が、国土交通大臣から各都道府県知事に移譲された。

Cタクシー会社（以下「C社」という。）は、A県から遠く離れた都市で低運賃を売り物に成功を収めたが、その後、タクシーの利用客自体が大幅に減少し、業績が悪化した。そこで、C社は、新たな事業地として、一大観光地であるB市の自然保護地域に注目した。というのも、B駅に首都圏に直結する特急列車の乗り入れが新たに決まり、観光客の増加が見込め、B駅から低運賃で運行することで、より多くの観光客の獲得を期待できるからである。

C社の新規参入の動きに対し、B市のタクシー事業者の団体は、C社の新規参入により、B市内のタクシー事業者の収入が減少して過酷な運転業務を強いられることに加え、自然保護地域内の道路の運転に不慣れなタクシー運転者による交通事故の発生によって輸送の安全が脅かされるとともに、公共交通機関たるタクシー事業の健全な発達が阻害されるとして、C社の参入阻止を訴えて反対集会を開くなどの反対運動を行うとともに、A県やB市に対し適切な対応を採るよう求めた。

一方、C社は、マス・メディアを通じて、自社が進出すれば、従来よりも低運賃のタクシーで自然保護地域を往復することができ、首都圏からの日帰り旅行も容易になり、観光振興に寄与すると訴えた。

このような状況において、A県は、B市と協議した上で、「A県B市の自然保護地域におけるタクシーの運行の許可に関する条例」（以下「本条例」という。）を制定し、本条例に定める目的のもとに、自然保護地域におけるタクシーの運行については、本条例に定める①車種、②営業所及び運転者に関する要件を満たし、A県知事の許可を得たタクシー事業者のタクシーのみ認めることにした（【資料】参照）。

B市は、本条例の制定に伴い、新たに、B駅の傍らのタクシー乗り場と自然保護地域にあるタクシー乗り場に、電気自動車のための充電施設を設けた。なお、本条例の制定に当たっては、A県に本社のあるD自動車会社だけが車種に関する要件を満たす電気自動車を製造・販売していることも考慮された。ちなみに、B市に営業所を構えるタクシー会社の多くは、本条例の要求する車種要件を満た

す電気自動車を、既にD自動車会社から購入している。

C社は、営業所に関する年数要件及び運転者に関する要件のいずれも満たすことができなかった。そして、車種に関する要件についても、高額の電気自動車を購入することは、自社の最大の目玉である低運賃を困難にすることから、あえて電気自動車を購入せず、より安価なハイブリッド車（従来のガソリン車より燃費がよく排気ガスの排出量は少ない。）で対応しようとした。

C社は、A県知事に対し、A県を営業区域とするタクシー事業の許可申請を行うとともに、自然保護地域における運行許可申請を行ったが、後者については本条例に規定する要件を満たさないとし不許可となった。これにより、C社は、A県内でタクシー事業を行うことは可能になったが、新規参入の動機でもあったA県内で最大の利益が見込める自然保護地域への運行はできない。C社は、本条例自体が不当な競争制限であり違憲であると主張して、不許可処分取消訴訟を提起した。

〔設問１〕

あなたがC社の訴訟代理人となった場合、あなたは、どのような憲法上の主張を行うか。
なお、法人の人権及び道路運送法と本条例との関係については、論じなくてよい。

〔設問２〕

被告側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【資料】A県B市の自然保護地域におけるタクシーの運行の許可に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、A県B市の自然保護地域（以下「自然保護地域」という。）におけるタクシーによる輸送の安全を確保すること、及び自然保護地域の豊かな自然を保護するとともに観光客のより一層の安全・安心に配慮して観光振興を図ることを目的とする。

（タクシーの運行許可）

第2条 自然保護地域においてタクシーを運行しようとするタクシー事業者は、A県知事の許可を受けなければならない。

（許可申請）

第3条 （略）

（運行許可基準）

第4条 A県知事は、第2条の許可をしようとするときは、次の基準に適合するかどうかを審査して、これをしなければならない。

- 一 自然保護地域において運行するタクシーの車種は、次に掲げる要件の全てを満たす電気自動車であること。
 - イ 運転席、助手席及び後部座席にエアバッグを装備していること。
 - ロ 自動体外式除細動器（AED）を搭載していること。
- 二 5年以上継続してB市内に営業所を有していること。
- 三 自然保護地域においてタクシーを運転する者は、次に掲げる要件の全てを満たす者であること。
 - イ 自然保護地域の道路の状況及び自然環境について熟知し、B市が実施する試験に合格していること。
 - ロ B市に営業所を置く同一のタクシー事業者において10年以上継続して運転者として雇用され、又はB市内に営業所を置いて10年以上継続して個人タクシー事業を経営した経歴があること。
 - ハ 過去10年以内に、交通事故を起こしたことがなく、かつ、道路の交通に関する法令に違反したことがないこと。

第5条以下 略

附 則

第1条 この条例は、平成XX年XX月XX日から施行する。

2 第2条の許可は、この条例の施行日前においてもすることができる。

第2条 A県知事は、この条例の施行後おおむね5年ごとに第4条第1号に規定する車種について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。

平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第1問〕

本年の問題は、職業の自由に対する制約の合憲性に関する出題である。このテーマに関連する判例に関しては、法科大学院の授業においても、十分に学んでいると思われる。関連する判例それぞれを外在的にではなく、内在的に理解し、判例の動向を的確に捉えた上で、それらを主体的に検討して判断枠組みを構築し、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが求められている。本年の問題でも、定型的・パターンの・観念的な答案は求められていない。

問題となっている条例の規制目的は複合的である。したがって、その違憲性（合憲性）判断の根幹は、規制目的をいわゆる消極目的と見るのか、それとも積極目的と見るのかという点にあるのではない。規制目的が複合的である場合に、その違憲性（合憲性）をどのように判断するのかという点にある。したがって、単純に、原告側主張で消極目的の条例とし、被告側主張で積極目的の条例として論じることは、問題の核心を見誤っている。その意味において、本年の問題では、単純に規制目的二分論を用いて答えを導き出すことはできない。近時、登記手続代理業務を司法書士以外の者に禁止している司法書士法の合憲性をめぐる判決（最三判平成12年2月8日刑集54巻2号1頁）や、農業災害補償法が定める農業共済組合への「当然加入制」の合憲性をめぐる判決（最三判平成17年4月26日判例時報1898号54頁）のように、判例も規制目的二分論に言及することなく判断している。また、酒類販売業免許制をめぐる判決（最三判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）では、租税の適正かつ確実な賦課徴収という第三の目的の存在が示されてもいる。これらの判例も踏まえつつ、複合的な規制目的をめぐる、条例の違憲性（合憲性）を、どのような判断枠組みの下で、どのように判断するのが問われている。

そして、仮に職業の自由に対する制約の合憲性を判断する際に、薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）の判断枠組みを参考にして検討するとしても、その判断枠組みが「中間審査の基準」（厳格な合理性の基準）を採用した判決と解するのか、それとも事実に基づいて個別的・具体的に審査した結果、違憲という結論も導かれる「合理性の基準」を採った判決と捉えるのか検討する必要がある。また、積極目的規制の場合に「明白の原則」と結び付いた「単なる合理性の基準」を用いる見解を採ったとしても、その「明白の原則」が法令の合憲性審査を全く排除するものであってよいのかが問われる。さらに、本年の問題では、タクシー会社や運転手の「人格的価値」の実現のための新規参入が問題となっているものではないし、許可要件には主観的要件と客観的要件が混在している。したがって、ドイツ流の段階理論を用いれば自動的に答えが導き出せるというものでもないし、利益衡量論であるドイツ流の比例原則で答えを導き出そうとするならば、どのような利益の衝突をどのように衡量するのかを個別的・具体的に示す必要がある。

本年の問題では、職業の自由を規制し得る政策的目的が何を意味するのかも問題となる。生存権の保障と関連する「経済的弱者の保護」のための政策遂行目的に限定されるのか、それとも、「経済的弱者の保護」を超えて、より広く「国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進」等のための政策遂行目的も含むのかである。本年の問題では、地域の企業や業者の保護あるいは優遇・優先策、そして観光の振興であるが、それぞれがどのように位置付けられるかである。さらに、それぞれの目的を達成するための規制手段の合憲性についても検討する必要がある。政策的目的を達成するために、どこまで競争制限的手段が認められるのかである。本年の問題では、地域のタクシー会社を保護するために同じく経済的「弱者」といえるタクシー会社の新規参入を規制することの合憲性が問題となる。その際には、参入規制による消費者利益

の侵害も考慮して、その合憲性を検討する必要がある。

また、本年の問題では、条例の目的として、乗客の安全の確保が挙げられている。この点は、交通死傷事故の発生をできるだけ防止することによって達成される。そこで問題となるのは、一般的に言えば、自由と安全のバランスである。交通死傷事故の防止という目的のために、リスクを排除する全ての手段を採ることができるのか；条例が定めるそれぞれの主観的要件及び客観的要件は、その目的にとって必要不可欠な規制といえるのか、それとも過剰な規制なのか、具体的に検討する必要がある。

上記に加えて、条例の目的として、乗客の安心の確保という主観的要素に関わるものも挙げられている。当該目的の憲法論としての位置付けを検討し、その達成手段の合憲性を個別的・具体的に検討する必要もある。乗客を安心させるために全てのタクシーにAEDを搭載することまで必要なのか；市営の路線バスの場合にはAEDの搭載が義務付けられていないようなのに、なぜタクシーには搭載を義務付けてもよいのか；乗客の安心の確保という目的は市や県の政策なのに、タクシー会社の経費負担で目的を達成しようとすることは認められるのかなどについて、検討することが求められている。

〔第2問〕

本問は、Aが、採石法（以下「法」という。）に基づく採取計画の認可申請に当たり、B県の要綱に従い、岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置に係る保証（以下「跡地防災措置」及び「跡地防災保証」という。）をC組合から受けたが、認可直後に保証契約を解除した事案における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、要綱どおりの保証を受けずになされた認可申請に対する拒否処分の可能性（設問1）、Aに採石をやめさせる処分の可能性（設問2）、及び、当該採取計画に係る採取場の周辺に森林を所有し林業を営むDによる義務付け訴訟の可能性（設問3）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、法及び法施行規則の趣旨を読み解いた上で、各種処分の適法性及び義務付け訴訟の訴訟要件を論じる力を試すものである。

設問1では、法及び法施行規則の関係規定、跡地防災保証を定める要綱、及び認可申請拒否処分の関係を的確に論じなければならない。まず、法第33条の4が採石認可に関して都道府県知事に裁量をどの範囲で認めているかについて、採石認可に係る法及び法施行規則の規定並びに採石認可の性質を踏まえて論じることが求められる。法第33条の2第4号・第33条の3第2項・法施行規則第8条の15第2項第10号は、跡地防災措置につき定めるものの、いずれも跡地防災保証については明示していないが、法第33条の4が「公共の福祉に反すると認めるとき」という抽象的な要件を規定していること、採石業及び跡地防災措置の実態に鑑みて跡地防災保証の必要性が認められ得るが、その必要性の有無や程度は地域の実情によって異なり得ることなどに着目して、跡地防災保証を考慮に入れて認可の許否を決する裁量が都道府県知事に認められないか、検討することが求められる。次に、本件要綱の法的性質及び効果について、上記の裁量を前提とした裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たると解することが可能であり、裁量基準としての合理性が認められれば、必要な書類の添付を求めることも適法といえないか、検討することが求められる。ただし、法規命令と異なり、裁量基準としての要綱により申請者に一律に義務を課することはできないことを踏まえて、岩石採取に当たり跡地防災保証を求め、さらにC組合という地元の特定の事業者団体を保証人とする要綱の定めがどの程度合理性を有し、逆にどの程度例外を認める趣旨か、検討しなければならない。以上を前提として、Aの事業規模や経営状況等の事実関係に即して、C組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性を論じることが求められる。

設問2では、B県知事がAに岩石採取をやめさせるために採り得る処分について、法の関係規定に照らして多面的に検討しなければならない。まず、法第33条の12第1号・第2号に

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）

1 採点の基本方針等

本年の問題においても、事案を正確に読んでいるか、憲法上の問題を的確に発見しているか、その上で、関係する条文、判例、憲法上の基本的な理論を正確に理解しているか、さらに、実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができていくかということに重点を置いて採点した。

本年の問題は、職業の自由に関するものであるが、これを規制する条例の目的が複合的であることが最も重要なポイントとなる。すなわち、本年の問題が問うているのは、複合的目的で職業の自由を制約する条例の合憲性である。この点に関しては、確立した判例や支配的な憲法学説があるわけではない。それゆえに、職業の自由に関する判例や憲法学説を正確に理解した上で、原告・被告それぞれの立場で、筋の通った主張をして違憲論・合憲論を論じている答案には、高い評価が与えられる。他方で、問題に記載されている事実を正確に把握せず、あるいは、原告・被告それぞれに都合の良い事実のみを取り上げる答案や、問題となっている規制の合憲性・違憲性を審査する基準（以下「審査基準」という。）の内容に誤りや不正確な点がある答案、さらには、審査基準に関するパターン化した表面的な論証に終始したり、職業の自由の規制の合憲性をめぐる判例の変化に注意を払わず、安易に従前の特定の判例の考え方に引き付けて論証している答案には、厳しい評価をせざるを得なかった。

本年の問題において高く評価された答案、そして厳しい評価とならざるを得なかった答案、それぞれについて具体例を挙げると、以下のようなことを指摘することができる。

- ・ 複数の検討事項についての論理的一貫性を有した答案や軸足を定めた上でそれに基づいて作成している答案は高く評価された。他方で、一つの主張の中で論理的一貫性を欠く答案（例えば、審査基準の厳格さと結論が理由なく逆転しているものなど）や各主張間の価値判断や事案の内容に即した判断のバランスを欠いた答案は、厳しい評価となった。
- ・ 根拠のある理由がきちんと記載されている答案は、高く評価された。他方で、理由を記載せずに、単に「違憲である」とか「合憲である」と結論のみを記載している答案や、審査基準が記載してあるとしても、なぜその審査基準を採用するのかについて理由を記載していない答案などは、厳しい評価となった。
- ・ 本年の問題で制約されるものは、職業選択の自由であるのか、それとも営業の自由であるのかについて、判例等を基礎に置いて検討している答案は、高く評価された。他方で、安易にそのいずれかに決め付けて論じている答案は、厳しい評価となった。
- ・ 本年の問題では、C社は「条例自体が・・・違憲であると主張して」訴訟を提起しており、内容的にも、適用違憲（処分違憲）を論じるべき事案ではないにもかかわらず、適用違憲（処分違憲）を論じている答案は、当該記載について積極的評価ができないのみならず、解答の前提を誤るなどしているという点においても厳しい評価となった。
- ・ 同様の観点であるが、本年の問題では、「法人の人権・・・については、論じ

なくてよい」、「道路運送法と本条例の関係については、論じなくてよい」と記載されており、それにもかかわらずこれらを論じている答案は、厳しい評価となった。

- ・ 問題に記載されている事実関係は、原告・被告の立場あるいは答案作成者としての受験者の立場を問わず、当然に前提とされるべき事実である。それにもかかわらず、(意図的であるか否かを問わず)自己に有利な事実のみを取り上げ、自己に不利な事実には目をつぶって主張・見解を展開するような答案は、法曹を目指す者の解答としては厳しい評価とならざるを得なかった。答案の作成に際しては、自己に不利な事実であっても事実として受け止めた上で、それぞれの立場から当該事実の意味付け・評価等をして、主張を組み立てていくことが求められる。
- ・ 条例の規制目的が複合的であるにもかかわらず、原告の主張では消極目的、被告の主張では積極目的として単純に論じるような、自分に都合の良い論じ方をしている答案についても、厳しい評価となった。
- ・ 司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。
- ・ 論述が説得性を持つためには、理論(例えば、審査基準論の内容など)を正確に理解していることが必要不可欠である。基本的な理論に関する不正確な理解に基づいて作成された答案は、厳しい評価となった。
- ・ 憲法の論文式試験で受験者に求められていること、逆に求められていないことや不適切とされることについては、上記の指摘事項と重なるものも含め、毎年公表される採点実感において記載してきたところである。それにもかかわらず、これまでも指摘されているような、求められていないこと、あるいは不適切とされることを記載している答案については、全般として厳しい評価とならざるを得なかった。

2 採点実感

各委員からの意見を踏まえ、答案として気に掛かったものを中心に、個別に述べることとする。

(1) 問題の読み取りの不十分さについて

ア 条例の目的

- ・ 条例の規制目的について、積極目的と消極目的が複合している、あるいは目的について割り切ることができないことを前提として、どう検討するかが出題意図であったが、そこまで分析が及んでいない答案が多数見られた。
- ・ 本件は目的分析が主たる論点であるにもかかわらず、そもそも目的に関する分析がない、あるいは、乏しい答案も見受けられた。
- ・ 条例第1条の規定する立法目的は、本来、読解が必要とされるが、その読解作業を行う答案は非常に少なかった。条例第1条を無視あるいは軽視して、

条例の目的は「輸送の安全」のみにあるとか、「既存業者の保護」にあるなどと単純に決め付ける答案が多かった。

イ 適用違憲（処分違憲）

- ・ 既に述べたとおり、本年の問題では、問題文から条例自体の違憲性を論じることが求められており、かつ、内容的にも適用違憲（処分違憲）を論じるべきではないと考えられるにもかかわらず、漫然と適用違憲（処分違憲）を論じているものが少なかった。

ウ その他

- ・ 出題者の問題意識（複合的な規制目的、具体的な規制内容の合憲性など）を正確に把握している答案は残念ながら僅かであった。
- ・ A E Dが何であるかの理解を誤っている答案が少ないながらもあった。法律家の資質の前提として、常識の範囲内の事柄は、一般人として適切に理解しておく必要がある。
- ・ 条例第4条の第1号ないし第3号、あるいは第3号のイ及びロにつき、それぞれを適宜区別しながら審査しているものが見られた点は評価できる一方で、特に第3号のイ及びロについて、全てまとめて一つの審査をしているものがあり、気になった。
- ・ 条例第4条については、①第1号ないし第3号とその枝一つごとに、②その規制目的を確定した上、③その目的と規制手段との関連性につき、（一刀両断に「ない」などを書くのではなく）具体的にどこまであるか（どこまでしかないか）を論じて結論としての関連性の有無を述べる必要があるが、①②③の各レベルで、論述の雑な答案が多かった。

(2) 原告—被告—あなた自身の見解という全体構成について

- ・ 設問2においては、被告側の反論を幾つか挙げた後、それらについての自己の見解を表面的に述べるのみで、条例の憲法適合性について、自己の見解を体系的・論理的に深く論じている答案が少ない印象を受けた。
- ・ 設問2について、被告の反論なのか自己の見解なのかさえ判然としない答案があった。
- ・ 設問2について、「被告側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で」とあるからか、被告の反論については全体で一点だけ簡単に示して、後は全て受験者自身の見解だけを書くというスタイルも見られたが、出題者の趣旨は、設問1で論述した原告側主張と対立する被告側主張を意識した上で、自身の見解を説得的に論証してもらいたいというものであるので、少なくとも両者の対立軸を示すに足る程度の記載は必要である。
- ・ 設問2について、【ある観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→更に別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解・・・】という構成の答案が多かった。その結果、手厚く論じてもらいたい受験者自身の見解の論述が分断されてしまい、受験者自身が、この問題について、全体として、どのように理解し、どのような見解を持っているのかが非常に分かりづらかった。さらに、極端に言えば、「原告の△△という主張に対し、被告は××と反論する。しかし、私は、原告の△△という主張が正しいと考える」という程度の記載にとどまるものもあっ

た。

- ・ 受験者自身の見解について厚く論述している答案は多くなかった。一方当事者の立場として原告の主張を記載するのに時間を費やすだけで、必ずしも多角的な視点からの検討にまで至っていないことは残念であった。

(3) 制約される憲法上の権利について

- ・ 制約される権利については、具体的な事情の検討を経ることなく、単純に「営業の自由」とするものがほとんどであった。また、その記載内容も、ほとんどの答案が判で押したように同様の内容であり、しかも、事案に即した必要な検討がなされないまま、あらかじめ準備した論証パターンを記載することが目的となっているようにすら見える答案も多かった。
- ・ 「職業の選択」と「営業（職業の遂行）」とを適宜区分した上で、本件の問題が「職業の選択」自体に関わるという点について示している答案は少なかった。
- ・ 営業の自由や職業選択の自由が人格的利益に結びつくものであるとしつつも、そもそも人格的利益とは何か、また、本件におけるC社の参入目的がどのように人格的利益と関係するのか（その参入目的は、事業拡大・増収であり、人格的利益とは必ずしも直結しない。）について検討が及んでいる答案は残念ながらほぼ皆無であった。

(4) 条例の違憲性について

ア 規制目的等

- ・ 条例の目的は、その背景事情としてどのようなものがあるにせよ、まず条例第1条に規定されている目的が出発点になる。これは、原告の主張であったとしても同様である。この条例が実質的にはC社の参入を妨げる目的によるものであると主張・認定することはあり得るとしても、検討としては、まず条例に規定されている目的を出発点とすべきであろう。
- ・ 条例の規制目的が消極目的・積極目的のいずれかに割り切ることのできないものであるにもかかわらず、安易に、あるいは半ば強引に、消極目的規制の条例と捉えて、形式的に厳格な合理性の基準を適用している答案が目立った。その意味で、新たな問題について自分の頭で考えようとせず、安易に従前の判例の事案等に引き付けて論述しようとする姿勢が見受けられた。
- ・ 複合的な目的の条例であるから、規制（手段）について、具体的にどの目的との関係で採られたものなのかという目的との関係を意識しながら、手段の相当性を論ずべきであったと思われるが、その意識を全く欠く答案があった。他方、一つの目的のみにとらわれすぎて、別の目的による規制であることに気付いていないと思われる答案もあった（例えば、輸送の安全ばかりに気を取られ、自然保護の観点がおろそかになったものなど）。
- ・ 自然保護の目的が特段の理由の説明もないまま、当然のように消極目的とされている答案があった。さらには、地元タクシー会社の保護まで消極目的とされていた答案もあった。
- ・ 地元タクシー会社の保護や地場産業の保護を直ちに不当な目的としている答案がかなり多かった。
- ・ 条例の文言に現れていない、いわば「隠された目的」の存在に触れている

答案もかなりあったが、その位置付けは様々であり、うまく整理できていないものが多かった。

イ 審査基準

- ・ 規制態様が厳しいことを踏まえて審査基準を定立するのではなく、違憲という結論に飛びついてしまっている答案も見受けられた。
- ・ 独自の審査基準を勝手に作っているのではないかと思われる答案があった。それは、審査基準の内容に関する理解の不正確さに起因すると思われる。
- ・ 「目的と手段の実質的関連性が必要である」と言いながら、問題に即した具体的検討をすることなく結論を書く答案が少なくなかった。
- ・ 精神的自由と経済的自由の規制をめぐるいわゆる「二重の基準論」を示し、経済的自由の規制に関する審査基準を緩やかにしてよいとして、そのまま「経済的自由」を一括りで緩やかな審査に持っていくものも見られた。
- ・ 判断枠組みの定立に当たっては、内実を伴った理由を示す必要がある。「重要な人権だから、厳格な基準を採用すべきである」との理由から、直ちに「厳格審査の基準」あるいは「中間審査の基準」のいずれかを書いている答案も少なくなかった。しかしながら、通常の審査よりも「厳格な審査」を行うとしても、その基準は、「厳格審査の基準」も「中間審査の基準」もあり得るのであり、どちらの基準で判断するのかについて理由を付して説明する必要がある。

ウ 平等違反

- ・ 憲法第22条違反と憲法第14条違反を併せて論じているが、内容はほぼ同じで、両者の違いが意識されていない答案があった。あえて平等に関する審査をする意味がよく分からない答案も見られた。
- ・ 平等原則（憲法第14条）の観点から審査を行うものも少なくなかったが、自由権侵害の合憲性審査との相違点を曖昧にしたまま、憲法第14条違反を書いている答案が多かった。このような答案は、平等原則の理解が不十分であることに由来するものと考えられ、積極的な評価につながらない。

エ 具体的事実の検討

- ・ C社が自然保護地域における運行許可を得られなかったのは、①車種に関する要件並びに②営業所に関する年数要件及び運転者に関する要件を満たさなかったことによるものであることは、問題文から読み取れるはずである。したがって、これらの要件の合理性について、それぞれ検討を加えることが必要になるが、これらの要件のいずれかの検討が脱落している答案が少なくなかった。
- ・ 車種の要件について、「ハイブリッド車であれば排気ガスが少ないから環境保護に資するのであって、要件が厳しすぎる」とする答案が非常に多かった。このような価値判断も当然あり得よう。しかしながら、ハイブリッド車であってもガソリンを使用する以上排気ガスを排出するのであって、排気ガスを完全にシャットアウトすることにならないということは一般常識であるし、問題文にも明記されている。A県は、ハイブリッド車では規制が不十分であると考えて電気自動車であることを要件としたのであるから、このようなA県の立場に対して、「ハイブリッド車であれば排気ガスが少ない」と主

張するだけでは、単なる水掛け論になりかねない。ハイブリッド車でも足りるという立場を採るのであれば、単に排気ガスが少ないということだけではなく、電気自動車よりも有利な要素，すなわち安価であって、タクシー事業を行う者にとって負担が少ないことをも理由にしなければ説得力に欠ける。

- ・ 原告であるC社の具体的事情を詳細に検討できた答案はほぼ皆無で、C社の営業の自由を極めて抽象的に捉えた上で、保護が必要な弱者である地元タクシー会社との利益衡量を行うという答案がほとんどであった。C社が他県において低価格運賃で成功したとの記載が潜在的に影響し、C社は強者でB市に進出してきた「黒船」的存在との誤ったイメージで考えてしまった可能性はあるが、C社は業績の悪化からB市への進出を図ろうとしていると問題文に明記されているのであるから、それを前提として論証することが望まれる。
- ・ 問題文の事実関係を生かし切れていない答案が目立った。例えば、地元タクシー会社の保護の目的や地場産業の保護の目的に全く気付かない答案も相当数あったが、法曹を目指す者の基礎として、事実関係を踏まえた説得力のある立論をすることが求められる。
- ・ 個別の検討において、一定の結論を導き出す理由がない答案（例えば、「〇〇は必要だから、必要でやむを得ない規制である」といったもの）が多く見られた。結論を書くなれば、その理由も記載しなくてはならない。

(5) 答案全体の印象について

- ・ 審査基準については、設問1，設問2ともにバラエティに富んだ記載がなされている印象であった。もっとも、残念ながら、判例に言及したり、判例を引用したりする答案は少なく、判例・学説を漠然と理解しているため不正確にしか基準を表現できていない答案も散見され、それがバラエティに富んでいるとの印象の原因と思われる。従来の目的二分論の難点に気付き、それを指摘して論じようとする起案も相当数あったが、的確に基準を定立した上で、基準に沿って具体的検討を行うことができた答案はごく少数であった。また、目的二分論の難点に気付いた答案でも、審査基準の定立の段階で本件の詳細な具体的事情まで審査基準の定立の検討材料としてしまっているもの、逆に、基準定立がうまくできず、具体的検討での価値判断に終始してしまうものなど、審査基準の定立と基準に基づく判断が渾然一体となり、適切な論述ができていない答案が目立った。
- ・ 定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。また、審査基準で示した厳格度と具体的検討で行っている内容がずれているものも多く見られた。
- ・ 全体として、定立した審査基準の下で、事案の内容に即した個別的・具体的な検討を行う際に、その検討が「あっさり」している答案が多かった。法曹に求められるものとしては、判断枠組みの構築と並んで、「どのような事実に着眼し、どのように評価するのか」という点が非常に重要であるので、この点には物足りなさを感じた。
- ・ 自分の頭で具体的な場面をイメージして検討されている答案も少なからずあ

り、その点では好感が持てた。特に、条例の許可基準にある車種制限に関する検討においては、受験生の環境問題に対する関心の深さからか、問題を深く掘り下げて具体的に検討されているものも見られた。

(6) 答案の書き方等

答案における用語の使用方法等について気になるところを指摘する。不適当な用語の使用は、その内容によっては、受験者の概念の理解に疑いを抱かせるものであるという点に留意願いたい。

- ・ 本来、「立法裁量」と書くべきところを「行政裁量」と書いているものが多かった。憲法訴訟における裁量論の意味をよく考えてほしい。
- ・ 審査基準を「やや下げて」とか、「若干緩めて」といった記述が見られたが、判例や実務でこのような用語を使うかは疑問である。
- ・ 原告の主張及び被告の主張について、「原告の主張の正当化」等の見出しとするものが散見されたが、不適切と考える。例えば、「医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険があると主張しているが、薬局等の経営の不安定のためにこのような事態がそれ程に発生するとは思われないので、これをもつて本件規制措置を正当化する根拠と認めるには足りない」（昭和50年薬事法違憲判決）のように、地の文章で「正当化する根拠」といった言葉は用いられる。しかし、原告は問題の条例の違憲性を主張し、被告はその合憲性を主張するのであって、見出しを付けるとすれば、条例の「違憲性」あるいは「合憲性」等が適当ではないか。
- ・ 初歩的な漢字の誤字（例えば、「許可制」を「許可性」、「条例」を「条令」と書くなど）が非常に目に付いた。日本語を書く際の漢字の誤りは、用いる言葉について、その意味も含めて正確に理解しているのか疑いを抱かせるものであることを忘れないでもらいたい。
- ・ 余りにも判読に苦労するような文字による答案がなお少なくない。毎年記載していることであるが、受験者には、平素から、答案は読まれるために書くものという意識を持ってほしい。
- ・ 毎年のように採点実感で指摘しているためか、判断枠組みを前提として事案を検討する際に、「当てはめ」という言葉を使用する答案は、少なくなっているが、なお散見される。また、「当てはめ」という言葉を使って機械的な「当てはめ」を行う答案の問題性が際立つ。
- ・ これも毎年のように指摘しているためか、行頭・行末を不必要に空けて書く答案は、少なくなってきた。しかし、他方で、1行の行頭及び行末の各3分の1には何も書かず、行の真ん中部分の3分の1の部分だけに書いている答案などがなお存在する。

3 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という4つの答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、規制目的の複合性を踏まえ、職業の自由の規制の合憲性を審査するに当たり、何に焦点を合わせるかの的確に留意し、それぞれの立場で採る審査基準の内容を正確に記述し、それぞれの審査基準の下で、事案の内容

に即して個別的・具体的に検討し、結論を導き出している答案である。さらに、例えば、積極目的規制の場合でも「明白の原則」と結び付いた「合理性の基準」でよいのかを検討している答案などは、極めて優秀な答案といえる。

「良好」な水準に達している答案とは、判断枠組みの構築が一定の説得性を持ってなされており、本件事案に即した個別的・具体的検討の場面が比較的良好にできている答案である。

「一応の水準」に達している答案とは、複合的な規制目的による職業の自由への制約の合憲性の問題であるということが一応理解できており、事案の内容に即した個別的・具体的検討も、十分とは言えないが、行われている答案である。

「不良」と認められる答案とは、憲法上の問題点を取り違えている答案や、全く観念的な理論構成で、事案の内容に即して行われるべき個別的・具体的検討も全く表面的な答案である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

昨年度と同様であるが、判例及びその射程範囲が理解できていない答案が目立った。それゆえ、「法科大学院教育に求めるもの」として、昨年度と同じ指摘をしたい。

法科大学院では、実務法曹を養成するための教育がなされているわけであるが、その一つの核をなすのは判例である。学生に教えるに当たって、判例への「近づき方」が問われているように思われる。

判例の「内側」に入ろうとせずに「外在的な批判」に終始することも、他方で、判例をなぞったような解説に終始することも、適切ではないであろう。判例を尊重しつつ、「地に足を付けた」検討が必要であるように思われる。判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考えさせる学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成がますます適切に行われることを願いたい。