

地域における公共交通と交通規制のあり方をめぐる憲法論 ～2020年司法試験論述問題・公法系第1問(憲法)を素材として～

広島大学大学院人間社会科学研究所実務法学専攻 教授

新 井 誠

はじめに — 視点・考え方

広島大学法科大学院の新井誠と申します。この度はこのような貴重な研究会にお招きいただき有り難うございます。本来であれば、もう少し早い段階でこちらに伺うことになっておりましたが、コロナ禍の関係で、研究会に参加する機会が延期となり、新たにこの時期に設定していただきました。

私は憲法を専攻しておりまして、先ほどの南川先生のお話をうかがい、もう少しきちんと行政法を勉強しないと本設例は解説しづらいなと思うところがありました。本設例をめぐっては、既存業者を憲法学でどこまで守ることができるのかという話も出てきますが、法科大学院における憲法の授業では、既存業者をやみくもに保護すればいいのかどうかという点がひとつ課題となります。本研究報告は、司法試験の問題を契機として考える内容になっており、司法試験における設例を考えるにあたっての注意事項になる部分も多く、実務的な対応と少しずれることがあるかもしれません。他方で、司法試験から離れても考えるべき問題提起もできれば幸いです。

まず、今回の報告資料を確認いたします。用意いただいた資料として、レジュメの他、司法試験2020年の「論文式試験問題集（公法系科目第1問）」（以下「問題集」という。）とともに、公法系科目第1問の「論文式試験出題の趣旨」（以下「趣旨」という。）と「採点実感」（いずれも法務省HP参照）があります。なお私は、本問題の解説を『司法試験の問題と解説2020年』（日本評論社）に掲載していただいております。同解説では、公法系第二問（行政法）が南川和宣先生のご担当となっております。そうした経緯もあり、今回、この場にお招きいただけたのではないかと思います。時間がある時にお読みいただければ幸いです。今回の報告は、その内容に基づいたものであることをご了承ください。

1. 議論となる問題の把握

今回の分析対象とする司法試験の問題の中には、大きく分けて二つの議論が提示されておりました。その一つが乗合バス事業に関する規制（規制①）です。地方を中心とする人口減少現象の下で生活に必要なバス路線の廃止や減便にどのように対処していくのかといったことが議論になる規制です。もう一つが、交通渋滞（等）を理由とする自家用車の交通規制（規制②）に関する合憲性の議論です。これは、よく読むと分かるのですが、区画整理等があまり進んでいない地域—広島にいる私としては、これを見た時に鞆の浦の話かと思いました—が、密集地や観光地における交通渋滞の緩和のためにどのように対処するのかといったことが問題となっているように感じます。

2. 出題形式と求められる部分の特徴

今回の研究会にご参加されている方々がどのようなご所属なのか事前に十分把握しきれておりませ

んが、公務員の方々も多いと伺っております。そこで、具体的分析に入る前に、現在の司法試験で問われることの特徴を少しお話しいたします。

新しい司法試験になってから十数年経ちますが、初期の頃は、事例設定の中で、第1に、ある憲法上の権利を侵害されたと思っている当事者の立場からは、どのような憲法上の主張が裁判においてできるのかということが問われ、第2に、相手方（多くの場合は国、地方公共団体など）が、どのような反論をしてくるのかを踏まえながら、あなた自身の意見を述べなさい、というのが長らくの論述の仕方でした。しかし、ここ三年ぐらいで少し傾向が変わってきたように思います。

まずは、問題となる規制に関する端的な指摘がある点です。かつてのほうが、問題となる規制を自分達で読み解くのが大変だったように思います。最近の設例を見ると、そのことについては、きちんと頭出しされていることが多いように感じております。

次に、出題者に対して判例を重視することが、より積極的に求められてきている点です。関連する従前の最高裁判決があればそれを提示することが求められるようになりました。そうした判例で示される判断枠組みなどを押さえ、どのような具体的なあてはめをすべきか、ということになります。

さらに大きな変化は、意見聴取（アドバイス）型の採用です。この三年ぐらいの憲法に関する司法試験の問題は、裁判での当事者の主張というよりも、例えば国会議員が、自ら用意した議員立法の案を法律実務家のところに持ち込み、その憲法上の問題点などを聴取する場合に、法律実務家としての「あなた」が、どのような法的アドバイスをするのか、ということが聞かれてきました。これは、国レベルだけではなく、地方公共団体の条例作成にも同様なことがいえます。この問題形式ですと、対象となる法律案、条例案そのものが違憲かどうかを問いやすくなります。もっとも、裁判型の議論の場合、「裁判所」が行う違憲立法審査権に基づく憲法論の展開であったのに対して、このようなアドバイス型の合憲・違憲論とは、語り方が変わるのではないかとといった問題提起もされます。具体的には、たとえば、経済的自由の分野では、裁判所の審査が入る前の段階で、立法府や行政府がどれだけ自らの裁量を行使できるのかということが多く議論されます。そして、そのことを裁判所がどこまで判断できるのかということが議論されますが、そのひとつのポイントが裁判所側の審査能力論となります。すなわち、裁判所が憲法的判断をするにあたり、立法府や行政府にどれだけ禪譲するのかということになります。そうすると立法府や行政府の作成した立法案に関するアドバイス型の場合には、憲法論もまた異なってくるのではないかと、といった議論です（木下昌彦「法律案の違憲審査において審査基準の定立は必要か—2020年度司法試験論文式試験〔憲法〕における出題形式の問題点」法学セミナー797号(2021年)48頁）。

ただ私は、そうは言っても、法制度立案に関わる方々が、法案や条例案を用意してきて、それに対して法律実務家に対してアドバイスを求める場合に、実際にこの法律や条例が施行され機能し始めた時に、何らかの訴訟リスクはないかといったことを考えるのではないかと思います。その意味では、ここで語られる憲法論がそこまで違ってくることはないのではないかと、少し楽観視しています。

以上、今の司法試験事情をご存じない方もいらっしゃるのではないかとと思ひまして、近年の傾向について少し説明させていただきました。

I 規制①について

1. 概要

(1) 事例内におけるバス事業の現況

まず、規制①の話をしたと思います。ここでは「バス事業」の種類として、ひとつには、「乗合バス事業」が、もうひとつには「貸切バス事業」がございます。このうち、まず「乗合バス事業」を見ると(i)「高速路線バス」と「生活路線バス」両方を運行する業者があり、これを「類型1」業者と呼ぶこととします。もう一つ、(ii)「高速路線バス」のみを運行する業者がありますが、これを「類型2」業者と呼ぶこととします。

(2) 乗合バス事業「類型2」業者に対する制約と示される選択肢

次に、乗合バス事業の内の「類型2」業者に対する制約が、特にクローズアップされるのではないかと思います。なぜかという、実はこの問題設定の中に「高速路線バスの運行は、生活路線バスを運行する乗合バス事業者のみ認める」(問題集2頁)というような記述があるからです。そうしますと、上記の「類型2」という業態はそもそも認可されないことになるからです。

そうすると、どのような選択肢が用意されるのかという話になります。

まず一つは、「類型2」業者が、「生活路線バス」への新規参入をしてはどうか、といった方向が考えられます。これについては「生活路線バス」が非常に減っているという背景があります。それを増やすため、こちらに新規参入をすれば「高速路線バス」も運行しながら「類型1」業者になることが可能です。ただし、そこに付随する条件として「既存の生活路線バスを運行する乗合バス事業者の経営を害さない場合に限り、認める」(問題集2頁)ということがございます。これは、既存の「類型1」業者の従前の路線の営業利益を侵犯しないかぎり認めるということになります。

もう一つ考えられるのは、「貸切バス事業」への転換が考えられます。「類型1」業者からの「高速路線バス」の運行の受託をすればいいことになります。つまり乗合バス事業者は、国土交通大臣の許可を受ければ、高速路線バスの運行を貸切バス業者に委託できるので、これにより貸切バスを中心とする事業に転換したらどうだ、という選択肢が事例の中で与えられているのです。

(3) 背景—「生活路線バス」を運行する業者優遇の意味

こうした事例設定が用意される背景には、「生活路線バス」事業の赤字と地域公共交通の衰退があります。このようなことがあると地域生活者の移動手段が確保されず、問題ではないのかということになります。そのために、移動手段を適切に確保するための新たな制度設計をしたいというわけです。問題設定には「高齢者や高校生等」とありますが、「高校生等」の前に登場する高齢者に関する課題との差別化が特にできると思います。車の運転をしないで高校や中学校に通う生徒の移動手段をも、きちんと確保しておかなければいけないであろう、ということになります。

事例設定の中には、高齢者の運転ミスが増加しているにもかかわらず、免許の返納も停滞している状況が起きていることが示されます。これはなぜかという、生活路線バス等がほとんどなくなっていることから、高齢者もまた車が手放せない状況があるからです。このあたりは、地方に共通する悩みごとです。そこで生活路線バスをどうにか維持すべきであるということが、この観点から主張されます。

その際に、高速路線バスの事業収益のある程度の確保に加えて、補助金により生活路線バスの運営に赤字補填をしてもらうのが実態であることから、生活路線バスをきちんと維持しながら、その赤字を補填できる体制にして営業を続けてもらいたいということになります。

2. 本件規制と憲法上の権利

(1) 職業の自由規制 — 憲法22条1項

このような本件規制を憲法学的な観点で語ろうとすると、どのようなことになるでしょうか。これを少し確認してみます。まずは、これが、いかなる憲法上の権利に関わる問題なのかという点を確認する必要があります。この点、条文としては見つけやすく、職業の自由に関する規制ということで憲法22条1項に規定される「職業選択の自由」保障が問題となります。

ただし、「職業選択の自由」と憲法には書かれていながら、解釈論としては、職業「選択」の自由だけ認めているのかどうか、という話になります。これについては、単に「選択」だけではなく「遂行」の自由も含まれます。その場合、どちらの規制のほうがより制限的か、という議論がなされます。この点、職業を選択すること自体の規制を受けると、そもそも、特定の事業に参入できないという話になり、こちらの方が厳しい規制になるでしょう。

もっとも、これも相対的なところがあります。たとえば、薬局の場所的な適正配置（距離制限）が違憲と判断された有名な薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）があります。ここでは、既存の薬局から半径200mもしくは100m程度の範囲に、新しい薬局を作ってはならないとする規制が問題となります。この議論の枠組みですと、実はその距離の外に出れば新たな薬局を作れる可能性はあることから、職業の「選択」を制限してはいないのでは、といった話にもなりそうです。しかし、個人が薬局を開こうとした場合、本人が事前に用意していた土地の上に作るといった観点からすると、薬局開設に関する選択の余地がなくなるから実質的な意味での「選択」規制になっているという議論に進みます。

他方で、本件の事例は、職業の選択ないし遂行の問題に関わることは前提にあるとしても、そもそも個人が職業を選択する問題ではなく、法人が営業の規制をされているのではないか、ということに着目する場合も考えられます。すなわち、職業「選択」については、本来的に「個人の人格的価値とも不可分な関連を有する」(上述薬事法判決参照)という言い方がされております。その視点から、まさに個人の選択の自由の場合であれば非常に厳格に審査してもよいということになり、そうでなければそこまでは必要ないのではないかとの評価がされる可能性もあります（個人の「職業」の選択と法人（団体）における「営業」との区別）。この点、あるコンメンタールでは、法人の「営利活動に対する公正な競争秩序のための制限の合理性・必要性は、個人の自己実現に密接に関わる職業選択・遂行の自由の制限と比較して、より緩やかに判断されるべき」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣、2017年）462頁〔穴戸常寿〕）と解説されております。まずは、こうした「職業の自由」規制に関する判例、学説の理解を確認する必要があります。

(2) 判断枠組みの設定において注目すべき点

① 伝統的な規制目的二分論とそれに対する批判

このような規制について厳しく審査していいのか、あるいは、緩やかに審査し合憲推定するのか。こうしたことを考えるにあたり、具体的にどのような判断の枠組みを設定するのでしょうか。この点、憲法学では、特に経済的自由に関する考え方のひとつに規制目的二分論というものがあります。規制目的二分論とは、国や地方公共団体が経済規制しようとした時に、その目的が何なのかを考え、そこで消極目的と積極目的（政策目的）に分ける思考法です。消極目的とは、所謂、警察目的の思考です。それに対して、積極目的（政策目的）とは、政策的判断が求められる場合には、そちらについてより緩やかな審査をして合憲推定をする思考です。本来は、その両者ともに思考としては合憲推定をするためではなく「違憲」審査をするのだけれども、比較すれば消極目的よりも積極目的の方が合憲になりやすいといった二分論になります。かつては、これを重要なメルクマールとして考える思考が学説において強く支持されておりました。

ただし、この二分論に対しては、今では強い批判があります。批判の中身は色々あるのですが、例えば、①二分だけで済むのか（分類がAかBかという話ではないのではない）②二分論自体は一つの指標としてはあるとしても、この指標だけでその後の審査の方法が全て決まるのではなく、その他の指標をいくつか検討し、その結果、判断枠組みが見えてくるのではないか、といったものです。

② 制約強度への注目

この二分論批判に対して、最近、特に注目されるのが、制約強度へ注目する思考です。ある指摘では、「（小売市場事件判決および）薬事法事件判決の判断枠組みを前提としながら、社会経済分野における法規制については立法裁量が尊重されることを原則としつつ、制約が強度である場合には審査基準ないし審査密度を高め」る方法（横大道聡編『憲法判例の射程（第2版）』（弘文堂、2020年）190頁（赤坂幸一）との説明がされています（ここにいう小売市場判決とは、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁のこと）。

では、制約強度とは一体何なのか、という話になるわけですが、例えば、よく言及されるのは、自分自身が努力してもかなわない条件設定を出された場合には規制が強度であり、違憲の推定がなされてよいのではないかと、いったこととなります。こうしたことを考えながら、制限の目的の適切な把握とともに、規制目的や対象、方法に加え、立法事実の有無などを総合的に考えていく必要性があります。なお、酒類販売業免許制事件最高裁判決（最判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）の園部補足意見では、「一般論として、経済的規制に対する司法審査の範囲は、規制の目的よりもそれぞれの規制を支える立法事実の確実な把握の可能性によって左右されることが多い」といわれております。

③ 立法の動機審査（不当な目的のあぶり出し）

特に、もう一つここで注目したいことがございます。それは、特に経済活動に関する審査の場面における立法の動機審査です。これは、不当な目的をあぶり出すといった話になります。例えば、先の薬事法の適正配置が違憲判決になったひとつの背景には、薬事法で守ろうとしたものには、表面的なものとは別の、陰で守ろうとしている別の動機が本来的にはあるのではないかと、いったことが議論されるのです。すなわち、表向きのそれらしい動機の裏に隠された「既得権益」保護などを暴露することに注目し、審査の枠組みをたてることがあります。

3. 本件の具体的検討

以上のようなことを踏まえて各論者が審査の枠組みを立てていくことになりますが、そうした枠組みの設定は各論者に任せ、以下では、具体的な中身の検討に入ります。その場面で注目すべきこととしては、制度の目的が適正であるか否かを審査しながら、その目的を達成する方法がどの程度合理化されるのかということが挙げられます。

(1) 本件規制の全体的目的

本件規制の全体的目的としては、おそらく、地域の交通弱者への支障を減らすために既存の公共交通機関を維持することがあるでしょう。これは社会経済政策に関する一定の法規制になろうかと思えます。警察目的というよりも、どちらかという地域での便宜という部分を重視するのではないのでしょうか。高齢者の免許の返納がないことから生じる運転ミスや人身事故の発生などを防ぐ意図とありますが、私は、それらは付随的目的と捉えていいのではないかと思っています。つまり、この問題はあくまで、地域の公共交通を確保することに重きが置かれていて、それをきちんとやらないと結果的には高齢者の免許返納が減り、交通事故の多発にもつながっていくということから、メインの目的ではないと考えられるからです。

ただ、いずれにしても全体目的は、一定程度の正当性が確保されるのではないかと思います。本当はもう少し詳しく分析すべきところですが、やはり地域社会の中での公共交通網が減り、人々が困るのをどうにか食い止めようすることは、非常に重要な利益になります。今回の事例の検討課題は、この先をどう考えるべきか、ということになりそうです。

(2) 規制①前段の合理性

次に、規制①前段に示された「高速路線バスの運行は、生活路線バスを運行する乗合バス事業者のみ認める」(問題集2頁)ことの合理性についてです。このことを考えるには、その目的を確保するための手段はどのような観点から合理化できるのか、という話になります。この点につき本規制は、これ以上の路線廃止や減便が起こらないようにするため、地域の移動手段である生活路線バスを運行する事業者の収益改善が重要になるかと思えます。

私は、この部分につき、収益が一定程度改善されない限り、現状の経営体制を維持できず、いつ減便を余儀なくされるのがわからないという意味では、一定の合理性はあると思います。ただ、手段として適合的なのかと言われると、生活路線バスを運行する事業者のみに高速路線バスの運営を認めることが、本当に利益促進につながるということには若干の疑問を感じます。また、きちんと守るべき利益はありつつも、他方で、既存の高速バスだけを運行してきた事業者に対しては、しわ寄せがありすぎるのではないかと、といったことがあります。

また、事例設定からは詳細な立法事実や立法の動機を読み取ることは難しいですが、設定の中に「地方の深刻な人口減少が続く中、生活路線バス事業の大半が赤字であり、三大都市圏以外では、その傾向はより顕著になっている」(問題集2頁)という説明があることにも注目したいです。この点は三大都市圏等への過大規制にはなっていないかという話も考えられます。後で少しご説明しますが、本事例設定自体が、特に日本各地の人口規模等をそこまで細かく見ずに一律に作られている感じがするの

ですが、本当は地域の個別事情をもう少し考慮する必要があるように思います。

加えて、この問題もなかなか難しいかもしれませんが、生活路線バスの運行业者に関する過剰な保護になっていないのかといった話もありそうです。

(3) 生活路線バスへの新規参入のための要件の合理性

先程お話したように、生活路線バスへの新規参入のための要件の合理性を見ていきますと、本設例内における当事者たちの発言（X）では、高速バスの運行を、生活路線バスを運行する乗合バス事業者にのみ認める旨が示されており、新規参入に関する形式的可能性を認めるわけです。しかし他方で、（Xの発言では）「既存の」生活路線バスを運行する乗合バス「事業者の経営の安定を害さない」（問題集3頁）場合に限りでこれを認めるという話になっているわけですから、そうすると、これはある意味、新規参入が実質的に不可能になるのではないかと、ということがあろうかと思えます。

これについては特に、「既存の生活路線バスが運行していない路線に限り新規参入を認めること」になれば「既存の」生活路線バスを運行する乗合バス「事業者の経営の安定を害さない」ことになるとして、それがなぜ、「高収益の路線のみへの参入を排除」（問題集3頁）ということに繋がるのか、という疑念が湧きます（つまり、既存の生活路線バスが運行していない路線に一定数参入すれば、高収益の既存バス路線への参入も一部認めたりすることは不可能でしょうか）。これだけで違憲・合憲という二者択一の評価ができるか否かは慎重に考えるべきですが、一つの反論としては考えられます。

また、高収益路線はおそらく既存路線であることから、高収益路線には従来の生活路線バス運行业者しか参加できない結果、一定の収入を維持しながらの新規参入は、ほぼ不可能になる可能性があります。（甲の示す）「地域の移動手段に責任を持つ事業者」（問題集3頁）と既存業者との実質的關係が絡み、ここも難しいところかと思えますが、やや要件が過剰で従前の「生活路線バス」運行业者の既得権の過剰な保護になっていないか、考える必要がありそうです。

(4) 「貸切バス事業に転業」するという選択肢の合理性

さらに、「貸切バス事業に転業」（問題集3頁）する選択肢を与えているけれども、現実的には先行きが不透明で、これまで高速バスをみの事業を行ってきた人たちからすると、やや厳しいところです。

4.（仮の）結論と問題設定に関するコメント

以上を踏まえて、私自身がこの事例を試験的視点で考えた場合、目的を達成する方法が過度であったり適格的ではなかったりするのではないかと、一応、違憲としています。

ただ、試験的視点から離れてコメントをするならば、こうした問題では、もう少し地域毎の設定が必要になってくるのではないかと、思うことがございます。特に、都市と地方の状況はだいぶ違っていることから、こうした問題が提示されたときに、住む地域によって、実際にどれくらい路線バスが減っているかということイメージすることにつき、各地の人たち間で偏差が生まれるだろうなと思います。また、本来的には、その地域のその他の公共交通がどのような代替手段として機能しているのかということがもう少し示された方が、この問題を深く考えられるのではないかと思います。

そもそもこうした設定がシミュレーションですし、しかも試験としての時間的制限があるなかで、

あまり条件設定をするとそれを読み解くだけで時間がかかってしまうので、あまり期待してもいけません、その条件設定から離れれば、そうしたことがもう少し議論されるべきではないか、と思います。

II 規制②について

1. 概要

規制②では、「都道府県知事が定める特定の渋滞地域について、特定の時間帯における域外からの自家用車の乗り入れを原則的に禁止する」(問題集2頁)とあります。ここでは、ある地域内では交通が非常に混雑していることから、一定の時間帯に自家用車の運行を制限すべきではないか、ということを考えることが求められます。

本規制で注目すべきことのひとつは、まず、規制対象となる地域や範囲を一応設ける点です。具体的には、大都市の一部地域と一部の観光地に限定しています。本設定では「混雑がひどい数平方キロメートル」(問題集3頁)といった条件が示されるものの、本来的には大都市と観光地とでは、事情は多少違うような気もしています。この点、シミュレーションなので何とも言えないのですが、一部の観光地の中にどのくらい他の公共交通機関があるのかといったことを知りたいです。

また、対象時間については、観光地は週末や休日が混むとし、住宅密集地は通勤通学時間帯で時間的な制限をしています。両者ともに、一律にずっと制限をするのではなく、ある特定の時間帯を制限する。このような手法は、憲法学的に見ると、全部禁止するのではなく、部分的禁止になる点で、違憲論が少し後退することになろうかと思えます。

最後に、特徴的なのが、規制に関する原則・例外の関係における「例外」として、当該地域の住民が乗車している場合に規制対象外にする点です。ただ、当該住民が乗車している場合をどのように見分けるのかということ自体が、この事例設定ではわかりづらいようにも思えます。車のナンバーのことが少し示されておりますが、地域住民がどのナンバーに乗っているのかなど、検問でもしない限りは分からないところがあるわけで、具体的にはどのようにチェックするのかと考えてしまいました。ただし、これも問題としては、より制限的でない方法を探っていることを示したいわけで、地域住民にとっての便宜が失われていないことを強調したいのかなと推察します。

2. 制限される権利と権利制限の有無

(1) 制限される権利

規制②の問題では、まず、どのような憲法上の権利が問題となるのかを考える必要があります。ここでは「移動の自由」の制約が頭に浮かびます。ただ、この「移動の自由」の憲法上の位置付けはやや難しく、憲法学的な定番が少ない気もしています。憲法22条1項には外国へ行くことや、居住の選択、居住地の変更について書かれておりますが、「移動」という言葉を使っていないものですから、22条の保障に「移動」を入れる場合と、これを幸福追求権(憲法13条)の一環として捉える場合も考えられます。「移動」に関する議論としては、外国渡航におけるビザやパスポート等の発給の議論が有名であり、これは、一時的な外国への移動に関わってくるのですが、それ以外となると議論が少ないように感じます。この権利をどの条文で保障すべきか、ということの検討がまず求められます。

(2) 権利制限の有無

もう一つ、本件設定では、権利制限がどの程度生じているのかが気になります。自家用車の乗入れを一部地域で禁止することは、「移動」自体をどの程度制限することになるのかと。つまり、徒歩や自転車等での進入は可能であり、移動自体を全て禁止していないのです。もしかしたら、自家用車による移動が日常的である場合に、先述のような実質的意味での移動制限になると考えられるのかもしれませんが。ただ、そうであったとしても、ここでいう権利制限は、私自身はやはりやや弱いと感じています。どのような地域がイメージされ、そこに徒歩や自転車が入っていく場合をどのようにイメージするのかにもよるのですが、自家用車が入れなくても、それほどまでの「移動の自由」制限が起きているのか、ということを考えなくてはなりません。

3. 判断枠組み

しかし、このような事例設定では、憲法論としては制限がないとそこで話が終わってしまいます。そこで、制限があることを仮定しながら、その制限をどの程度正当化できるのか、ということ議論していくことになろうかと思えます。その際、「移動の自由」については、移動の本質を捉えるならば、それは経済的自由に留まるわけではなく、身体的あるいは精神的な自由という性質に重きを置き、当該制限の合憲性審査については一定の厳格性をもって行うべきだという考え方もあるでしょう。

4. 本件制約の正当化

本件制約をどのように正当化していくのかについても、まずは、この制約の全体的目的の合理性について考えていく必要があります。また、その目的が合理化された場合に、その手段としての妥当性を考えていくことになろうかと思えます。

今回の規制②の場合、先述のように例えば動機的な審査のようなこと、つまり本来の目的が何かあるかという点は、それほど考えなくてよいと思えます。直観的に考えて、何かの既得権を過度に守る感じではないような気がします。

本件は、観光地や密集地における交通渋滞を防止し、緊急車両の通過の確保や交通事故の発生防止など理由として、地域住民の正常な日常生活を総合的に確保しようという話になります。これは、政策目的なのか、あるいは、警察目的なのか、といった議論は考えられますが、いずれにしても正当化はしやすいでしょう。さらに、このことについては、規制として特定地域の設定や時間指定といった規制態様を考えても、審査はより緩やかにされてもよいのではないかと考えられます。このような設定や規制態様につき、目的を達成する一つ的手段として考えれば、より制限的ではない方法でやっているとも思いますし、手段の適合性や必要性という観点からみても、一定の効果は期待できるのではないのでしょうか。

ただし、事例設定の中で「渋滞の原因は観光バス等にもある」(問題集3頁)との(観光地の住民からの)指摘があることから、その点からは、自家用車規制という方法が、目的との関係でどの程度、本当の意味で有効な手段といえるのか、少し考える必要もあります。もう一つ、「当該区域の住民以外の者が乗車する自家用乗用車」(問題集5頁)を乗車している人の属性で判断する点ですが、地域住民にとっての利便性は維持され、日常生活の保護が可能となりますが、交通渋滞をなくす視点からの解

決策という点との緊張関係は残るように思います。もちろん、絶対数として観光客やそのような方々がいなくなれば、半減することは容易に予想しやすいかもしれません。しかし、交通渋滞をなくすという視点でやってきた場合に、地域の人の利便性は確保できたとして問題が解決するかどうかということは、別途考える余地があるでしょう。ただ、これは、地域の人口規模に少しより事情が変化する可能性はあります。

5. (仮の) 結論と問題設定に関するコメント

(1) (仮の) 結論

以上を受けて、規制②については憲法22条1項に違反しないのではないかという結論を用意しました。ただ、規制②の問題については、その採点実感や出題趣旨等に関して少し私なりに疑問を感じる場所があります。そこで、やや立ち入った疑問を以下に示しておきたいと思います。

(2) 権利制限をめぐる議論

今回の事例は、「移動の自由」に対する制限が非常に強いことを前提とした採点実感や出題趣旨であったと思います(また、そのことを誘導したいということも分かります)。しかし、自家用車のみの通行制限というのをどこまで「移動の自由」の強い制限として捉えることができるのか、ということを実際に考えるべきではないかと思いました。とりわけ、身体障害のある人やその他やむを得ない事由がある者の使用制限除外はしていることや、自家用常用自動車以外の自転車、徒歩などによる進入が認められるのであれば、これは権利制限が起きる事由なのかどうか、ということです。

(3) 平等原則アプローチは不要か？

また、本件設定では平等原則論からの考察は本当に不要なのか、という疑問です。こうした事例設定では、ある権利制限が起きようとしている時に、この問題が具体的な自由の問題としてのみ議論されるべきなのか、あるいは平等原則論も登場させるべきなのか、ということを考えなくてはなりません。また、さらに片方のみで論じるのか、それとも両方で論じるのか、といったことについて示さなければなりません。

本件問題では、公表されている「採点実感」の「3 その他」(1)で、「自由権と平等原則については、(ア)専ら自由権の侵害を問題にすべき場合、(イ)自由権侵害に加えて、自由に関する別異取扱いが固有の憲法問題を生じさせており平等原則違反をも問題にするべき場合、(ウ)自由権侵害が問題にならず、専ら平等原則違反を論じれば足りる場合とがある。」(採点実感3頁)としております。ここまでは一般論なのですが、このような分類ができるとして、「今回の規制②の憲法上の問題の所在は明らかに(ア)にあり、多くの答案もそのように論じていた。平等原則違反も論じた、あるいは専ら平等原則を論じたという答案は、そもそも自由権と平等原則の基本的な関係について理解が不十分であると言わざるを得ない。」(採点実感3頁)としています。ただ私は、この問題が、本当に(イ)や(ウ)にあたらぬのかどうかということに疑問を持ちます。つまり、「明らかに(ア)」であるという理由が釈然としません。先述のように、この問題自体は、権利制限がそこまで強く生じているのかどうかという点の評価が別れそうです。

もちろん本件では、権利問題が生じていないとはいわないのですが、しかし、やや弱く、ともすれば平等論に踏み込まないと、違憲主張の議論に誘導することは難しいのではないかと、思うところがございます。そうすると、域外からの自家用車の乗り入れを禁止する場合でも、当該区域の住民が乗車する場合にはその禁止が解除されているわけですから、たとえば、(域外者も乗車している場合も含む)域内者が乗車している場合と、域外者のみしか乗車していない場合との間での別異取扱いについて問題とすることで憲法論を深めることはできないのだろうか、という関心がございます。

(4) 事例設定にはない要素を出題趣旨において触れていること

さらに、事例設定にはない要素を出題趣旨において触れているのではないかと、と思われる点です。特に、規制②の設定に関して「論文式試験出題の趣旨」では、「単なる通過や観光目的での乗り入れのほか、講演会や集会への参加を目的とした自家用車の乗り入れも禁止する。」(趣旨2頁)場合などを観念するのですが、講演会や集会といったワードは、事例設定に登場しておりません。では、こうしたことをイメージして論じる方は、どのくらいいるのだろうかと思いました。

しかも、こうした部分は、想像するものが何かによっても、論者によって捉え方が少し違ってきます。私からすると、都市部で密集地といえ、場所に依りますが、例えば、ある一定の区画の中に、一定程度の公共交通網としての地下鉄があったり、バスがあったり、鉄道があったりという話になってくるので、逆にその意味で自家用車乗り入れしなくても、集会などへの参加も十分にこなせます。逆に、観光地という話になれば、そもそも集会する大きなスペースなども少なく、講演会もそれほど実施されないことなどをイメージした場合、そうした条件設定は、事例解決には用意されていない要素とならざるを得ません。そこで、何かこの辺りにもう少し細かい設定があるとよいと思っています。

まとめに代えて

憲法に関する事例設定では、こうした時事的話題が登場することが多く、今回の司法試験問題では、地方が抱える問題を挙げながら既得権などへの批判的視点を踏まえた議論が期待されているようにも思いました。他方で、地域の実態を見た時に、少しそうした批判から距離を置いた「地域の声」があると考えられます。そうしたなかで、憲法学的な正しさと世の中の実態との間を、行ったり来たりしながら、一定の積極的な論証ができればよいと思います。この意味からも応用力をつけるにはよい設定であったと感じております。

〔付記〕本稿は、第35回岡山行政法実務研究会(2022年1月8日)にて行った報告の内容につき、録音文字起こしをもとに大幅な加筆修正をして誌上再録したものです。本研究会にお誘いいただいた南川和宣先生を始めとする岡山大学法科大学院の諸先生に感謝いたします。