

## 「LRAの基準」を使い倒す

安念潤司\*

私の所属する中央大学法科大学院でも、2020年度前期は全授業が遠隔で実施された。以下では、私が担当した「公法総合Ⅲ」の経験の一部、すなわちその第14週の課題および講評について報告する。なお、「公法総合Ⅲ」は、主として憲法分野を扱う2年次生の必修科目(3単位)である。

遠隔授業にはいくつかの選択肢があり、Webexを用いたテレビ会議方式もその一つであったが、私自身に授業で用いた経験がないことから、昔ながらの「通信教育」に近い形になった。すなわち、毎週、教科書(棟居快行=工藤達朗=小山剛編『判例トレーニング憲法』〔信山社、2018年〕)の中の1章を課題として割り当て、学生には、章末の問題に解答してその答案を送信してもらい、私が各答案にコメントを付して返信する、というやり方を繰り返したのである。なお、2020年度後期では、教室での対面授業と、それをWebexで配信する遠隔授業とを組み合わせたdualな方式が原則となり、私もそれに倣って授業を行っている。

本年度の2年次生はA～Dの4クラスあり、

前期の前半(第1週から第7週)は、A組・C組を私が、B組・D組を同僚の工藤達朗教授が担当し、後半(第8週～第14週)は、入れ替わって、A組・C組を工藤教授が、B組・D組を私が担当した。私が担当したクラスの課題の割当ては、表1の通りである。第11章の後に第10章が、さらにその後に第2章が来るなど、順不同であるが、格別理由がなかったことではない。

第15週は、例年のように質問の時間としたが、この時間に限らず質問には随時、電話やメールで対応したことはいうまでもない。特に電話では、私と話して数か月ぶりに笑ったと語る者もいるなど、学生が追い詰められた精神状態にあることがありありとわかり、事態の深刻さを痛感させられた。

各週の授業の進め方は、もっと具体的に言えば次のようであった。

まず、毎金曜日に、翌週の課題について「課題指示」を送信する。前期後半最後の第14週(7月20日～24日)の場合には、7月17日(金)に送信した。「課題指示」の主たる内容は、次の二つである。

第一に、課題の章を指定し、判例の読み方などに関する注意事項を示した。提出を義務

\* 中央大学法科大学院教授、弁護士

表1 課題の割当て

前半 (A・C組)	後半 (B・D組)	課 題
第1週 (04/13～04/17)	第8週 (06/08～06/12)	第7章 (神戸高専事件)
第2週 (04/20～04/24)	第9週 (06/15～06/19)	第8章 (空知太神社事件)
第3週 (04/27～05/01)	第10週 (06/22～06/26)	第11章 (堀越事件)
第4週 (05/11～05/15)	第11週 (06/29～07/03)	第10章 (北方ジャーナル事件)
第5週 (05/18～05/22)	第12週 (07/06～07/10)	第2章 (非嫡出子相続分違憲決定)
第6週 (05/25～05/29)	第13週 (07/13～07/17)	第4章 (夫婦同氏事件)
第7週 (06/01～06/05)	第14週 (07/20～07/24)	第14章 (薬事法判決)

づけたわけではないが、課題の判例は、教科書各章の《確認問題》に沿ってノートを取りながら読むよう求めた。

第二に、教科書各章末尾に付されている複数の《演習問題》から一題を選び、それに解答してA4判1枚程度の答案にまとめて送信することを求めた。解答に当たって注意すべき事項は、相当丁寧に解説した。なお、第7週・第14週だけは、教科書の《演習問題》ではなく、本番の司法試験の問題（2014年）を用いた。提出期限は、システムの都合上、当該週の金曜日（第14週の場合でいえば、7月24日）の23時59分である。

「課題指示」には、必要に応じて資料を添付した。「公法総合Ⅲ」の授業では例年、かなりの量の資料を配布してきたが、今期は、学生の負担を考慮して必要最小限に抑えた。第14週では以下の資料を送信したが、本報告では紙幅の関係から割愛する。

資料 14-1 営業の自由に関する主要な判例

資料 14-2 LRAの基準の意味・内容

資料 14-3-1 事件当時の薬事法

資料 14-3-2 原始薬事法

資料 14-4 司法試験 2014年問題

提出された答案には、短いコメントを数か所付して、原則として日曜日の夜に返信した。ただし、第10週（06/22～06/26）に関しては、所用のため6月28日（日）に答案を見る違が終日なく、コメント返信は翌29日（月）にずれ込んだと記憶する。

コメントを返信した後、大抵はその週の週央に、「講評」を送信した。

上記のように、第14週（および第7週）は、本番の司法試験の問題を宿題とした関係上、「課題指示」（表2）の中で、解答の方向を次のように限定した。長文のケース問題だけに、各自思い思いの答案を書かれると、2日や3日ではとてもコメントし切れないからではあったが、同時に、指示に従って文章を書く能力を養うことも必要だと考えたからでもある。

表2 「課題指示」(第14週)

解答に当たっては、以下の点を前提として下さい。つまり、以下の点については、自分で説明する必要はありませんし、これ以外の前提で解答してはいけません。

- ・本条例のタクシー事業に対する規制は、消極的・警察的目的の規制、すなわち、「自由な経済活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための」(教科書126頁右欄28～29行目)規制である。
- ・したがって、本条例の合憲性を論ずるに当たっては、いわゆる「LRAの基準」を用いる。
- ・許可制それ自体の合憲性ばかりでなく、個々の許可条件についても、「LRAの基準」に即してその合憲性を論じなければならない(教科書126頁右欄34～39行目)。

その上で、次の質問に解答して下さい。司法試験自体の設問に答える必要はありません。

- I 取消訴訟において憲法論を展開するに当たっては、本条例の定める個別の許可条件のうちC社が満足できなかったものだけを攻撃すればよいわけですが、本問においてそうした攻撃対象とすべき許可条件とは何か、を特定して下さい。この間には、司法試験の問題文の記載そのものに即して解答して下さい。《君ならどの許可条件を攻撃するか》、と聞いているものではありません。
- II 攻撃対象とすべき許可条件のそれぞれについて、逐一、自分で考えて $M_2$ (よりゆるやかな制限)を提示するのは極めて困難です。できれば薬事法判決がしたように、ある許可条件Aに期待される機能は、本条例に現に存する別の規制Bに吸収されるのでAは不要である、という論法がとれないか、検討して下さい。
- III 攻撃対象とすべき許可条件のうちに、上記IIの論法をとり得ないものや、仮に上記IIの論法がとれたとしても、他の許可条件に期待される機能を吸収した結果最後まで残るものが存在する可能性があります。これらの許可条件を潰さないと、C社は取消訴訟に勝てませんが、どういう論法で攻めればいいでしょうか。

「課題指示」では併せて、こぼれ話的な知識としてではあるが、「薬事法等の一部を改正する法律」(平成25年法律第84号)によって薬事法が相当大規模に改正され、題名も、「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」に改められたこと、長い題名に改められたため、「薬機法」と略される場合が多いこと、を紹介した。同時に、法令に付いている名前は《題名》と呼ばれるが、これは法令用語なので、《題名》以外の言葉を用いるべきではないことも、注

意喚起として指摘しておいた。

以下で諸賢の御笑覧に供するのは、第14週的答案に対する「講評」である。学生に送信した文章をおおむねそのまま再掲したが、「楽屋話し」めいた部分は除き、明らかな誤りや、前後齟齬・重複する部分は適宜修正した。

この教科書で授業を始めてからすでに2年がたち、各章の判例の読み方、演習問題への解答の道筋も、自分なりには一応わかっているつもりになっていた。しかし、今回遠隔授業を実施し、これまでの「口頭主義」とは異

なって、学生との間のやり取りをすべて書面化しなければならないとなると、やはり改めて、自分の理解が足りなかったことや、多くの点をいい加減に済ませてきたことが痛感され、とりわけ、薬事法判決の読み方や、いわゆる「LRAの基準」の当てはめ方をめぐって、次から次へと疑問が湧いた。そこで「講評」も、自問自答の異例の長さの文章になり、学生への送信も遅れて、二重の意味で迷惑をかけてしまった。もっとも、長いとはいえ、口頭での説明を文字に起こせば同じような分量

になったであろうし、また、論旨をたどっていけば必ずから解答の指針が得られるよう心掛けて書いた。また、そこで語っているメッセージは至って単純で、要するに、LRAの基準あるいはそれを一般化した比例原則の考え方は、汎用性に富む説得の技法であるので、法律家の卵として、それを使い倒すまで取扱いに習熟しておいて損はない、というものである。

諸賢の御叱正を切望する。

公法総合Ⅲ B/D (2020年度前期後半)

08/08/20

課題 (第14週) について (講評)

## 目次

### A LRAの基準

- (1) LRAの基準の意義
  - ア 問題の所在
  - イ 規制目的二分論
  - ウ 積極目的・消極目的の意味
  - エ 規制目的を探る方法
  - オ 「本条例」の規制目的
- (3) LRAの基準の当てはめ
  - ア LRAの基準のキモ
  - イ 当てはめの手順
  - ウ LRAの基準を適用するための「前処理」

### B 各質問への解答

- (1) C社が満足し得なかった許可条件は何であったか (質問Ⅰ関係)
- (2) ある許可条件を他の許可条件へ吸収することができるか (質問Ⅱ関係)
- (3) 「生き残った」許可条件を潰すことができるか (質問Ⅲ関係)
  - ア 電気自動車要件

## イ 試験要件

(参考)

I 薬事法の一部を改正する法律(昭和38年法律第135号)のテキスト

II 「附則」について

## 2年B/D組の皆さん

随分時間がたってしまい申し訳ありません。第14週の課題の講評をお送りします。「LRAの基準」の使い方一般および関連する事項について、立ち入った説明をします。わかって

いるつもりのことでも、文字にしてみると一知半解であることが痛感され、自分を納得させるために書いていると、かなりの分量になってしまいました。

今回の講評では、以下の略語を用います。

略語	意味
2014年問題	第14週の素材である司法試験の問題、すなわち、2014年の司法試験論文式試験の公法系科目第1問
本条例	2014年問題に資料として掲出されている「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」 <sup>1)</sup>
課題指示	7月17日に送信した「第14週(7月20～24日)の課題」と題する文書

## A LRAの基準

## (1) LRAの基準の意義

LRAの基準を使えと指示しておきながらこういうことを言うとも身も蓋もないのですが、最近、薬事法判決やLRAの基準はあまり評判がよくないというか、それほど重視されていないようです。それは、ものの本を読むと、主として次の理由からのようです。

- 規制目的二分論(職業の自由に対する規制の目的を積極目的・消極目的の二つに分類する思考法)では、判例の全体を説明する

ことができない。

- 規制目的には、積極・消極以外にもあり得るし、また、積極・消極の入り混じったハイブリッド型も考えられる。

こうした指摘は、もちろん間違いではありませんが、この程度のことを指摘するだけなら小学生でもできることです。それに受験生にとっては何より、そうだとでは答案をどう書けばいいのか、を聞きたいところですが、それに具体的に答えてくれた例は、残念ながら見当たりませんでした。薬事法判決は、とにもかくにも考え方の枠組みを示したうえで、それを具体の事案に当てはめた例として

依然として貴重なのです。

もちろん、LRAの基準自体が、箸にも棒にもかからないものであるならば、その適用の稽古をしたところで無意味でしょう。しかしこの基準は、いかにも憲法の教科書類でしかお目にかからないように見えますが、それは、LRAなどという聞き慣れない特殊な「業界用語」が使われていることのなせる業で、一般化すれば、比例原則のことです。比例原則とは要するに、ある利益を得ようとするれば、何らかの損害、副作用といった類の害悪の発生が避けられない場合（ということは、何らかの意思決定をしようとするれば、たいていの場合、ということになるでしょう）、その害悪の程度は期待される利益に見合った水準に抑えなければならないという原則だといえるでしょう。期待利益の水準が高ければ、より大きな害悪が許容できます。反対に、より大きな害悪は、より大きな利益が期待されるのでなければ許容されません。そうすると、期待利益の水準に対応して、それを達成するための手段が複数想定される場合には、それらの中で害悪が最小の手段が選択されるべきだし、害悪が最小の手段がわからないとしても、期待利益の水準が同程度の手段  $M_1$  と  $M_2$  とがあって、害悪の発生が  $M_2$  の方が少ないと予想される場合には、 $M_2$  が選択されるべきだ、ということになります。これって、難しい理屈でも何でもなく、ひところちょっと流行った言い回しを使えば、マックのカウンターに座っている高校生でもわかる話ですよ。

一番わかりやすいのは、医療の世界の例で

しょう。

- 一般に、複数の治療法について同等の治療効果が予想されるならば、副作用のより少ない治療法を選択すべきである。
- ある種類のがんについて同じ五年生存率が予想されるなら、手術よりも、侵襲度の小さい放射線治療が選択されるべきである。
- 同じ検査精度が予想される PCR 検査なら、被験者に苦痛を与える、鼻腔に綿棒を挿入する方法ではなく、苦痛のない、唾液を採取する方法が採用されるべきである。

もちろん、現実の医療の世界では、もっともっと多くの事柄を考慮しなければならないでしょうから、ことはこれほど単純にはいかないでしょうが、他の条件が同じなら、上のような選択がなされるはずですよ。同じような事例は、医療以外の世界でも、いくらかでも想定することができます。

- 同じ教育効果が期待できるなら、宿題のより少ないプログラムを選択すべきである。
- 同じリターンが期待できるなら、リスクのより少ない金融商品に投資すべきである。
- 同じ能力をもっている人材なら、3年以内に退社するリスクがより小さい人物を採用すべきである。

切りがないので、これくらいで止めておきますが、諸君もほかにどんな例があるか、探してみてください。一個人の日常生活の場面にあつてさえ、そうは意識しなくても、実は比例原則的な発想に基づいてさまざまな選択＝決定が行われているのではないのでしょうか。

そうだとすれば、比例原則は全くの常識に

すぎないわけです。そして法学は、常識にいささか厳密な表現という装いを与える芸ですから、常識的であることこそ法律家にとって決定的な重要性をもちます。比例原則、ましてやLRAの基準、などという厳めしい言葉を使うかどうかは別として、この発想は、法律家には非常に馴染みやすく、それだけに抜群の汎用性をもっています。実際、憲法の分野に限ってみても、ドイツ起源で日本のお受験業界でも広く知られているいわゆる「三段階審査」では、比例原則こそ、三段階目の「正当化」の審査の内実をなしているようです。憲法分野のみならず、公権力の行使には謙抑性が強く求められますから、これまたどういふ言葉を使うかは別として、比例原則的発想が広く滲透しています。行政処分一般はもとより、例えば、公取委の発する排除措置命令、刑訴法上の強制処分など、いくらでも例を挙げることができるでしょう。また公法分野に限らず、私法でも応用可能です。例えば、医療過誤の分野において、医療側のとった措置が、患者の状態に鑑みてそこまでする必要があったのか、侵襲度のより小さい措置でも同等の治療成績が期待できたのではないか、いった形で責任が問われる可能性は十分ありますし、株式会社の取締役の善管注意義務が問われる文脈で、同等のリターンが期待できるなら、いきなり高リスクの洋上風力発電に進出するのではなく、まずは手堅く地上風力に参入すべきである、といった議論がなされる可能性があるでしょう。法律の世界で比例原則と並ぶほど汎用性の広い発想法は、利益衡

量くらいしか思いつきません。

以上を要するに、重要なのは、薬事法判決でもLRAの基準という言葉でもなく、比例原則的発想を実地に応用する力を養うことです。今回の課題の目標も、そこにありました。

## (2) 規制目的

### ア 問題の所在

薬事法判決によれば、LRAの基準は、許可制が「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合」に適用されるのでした(教科書126頁右欄の(三)の下線部)。そして課題指示では、解答に当たって、以下の点を前提とすること、つまり、以下の点については自分で説明する必要がないことを伝えておきました。

- 本条例のタクシー事業に対する規制は、消極的・警察的目的の規制、すなわち、「自由な経済活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための」規制である。
- したがって、本条例の合憲性を論ずるに当たっては、いわゆる「LRAの基準」を用いる。

しかし、規制目的を「決め打ち」にした形で司法試験の出題がなされる可能性は小さく、本番ではまずもって、規制目的を特定するところから説き起こさなければならぬと予想されますので、イ以下でこの点について述べておきます。

## イ 規制目的二分論

私は何も、職業の自由に対する規制がすべて、消極的・警察的目的の規制と社会的・政策的目的の規制とに分類される、などといっているわけではありません。実際にも薬事法判決自身、職業の自由に対する「規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたる」(教科書 126 頁左欄 28～34 行目)と明快に説示していたのでした。

しかしでは、積極目的・消極目的以外の規制目的には具体的にどのようなものがあるのか、そして一この点こそ決定的に重要ですが一、それらの規制目的をもつ法律の合憲性を論ずるにはどのような議論の進め方をすればよいのか、となると、少なくとも受験生が答案作成の指針にできるほどの情報は、判例も学説も与えてくれないように思われます。したがって取り敢えずは、薬事法判決ほか少数の判例からこうした指針を読み取っていくしか手がありません。「お受験業界」では、なぜか、積極・消極複合目的みたいな書き方がいとされる風潮があるようですが、書き方がわからない以上、私としては到底お勧めできません。

## ウ 積極目的・消極目的の意味

積極目的・消極目的とは、具体的に何を意

味するのでしょうか。

積極目的の代表例が「経済的弱者の保護」ですが、ここでいう弱者とは、障害者とかマイノリティなどを指すのではなく、判例を見る限り、衰退産業の保護が念頭にあるようです。百選 91 事件の小売市場(今ではほとんど姿を消しましたが、上野の「アメ横」をうんと小規模にしたようなものを想像してみてください。間口が一間か二間の八百屋や魚屋が、バラックの中で軒を連ねていました)、93 事件における養蚕農家が、それに当たります。また、戦略的に重要な国内産業の保護もそれに含まれるようです(特石法事件。最判平成 8・3・28 訟務月報 43 巻 4 号 1207 頁)。

消極目的については、「自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止すること以外に、「国民の生命及び健康に対する危険の防止」(教科書 127 頁左欄 27 行目)という表現も見られます。何はともあれ、積極的な改善ではなく、弊害の防止・抑制が消極目的だと整理されるでしょう。本条例中の各種の規制(この場合でいえば、本条例 4 条各号の許可条件)の目的が、自然保護地域の環境保全とタクシ-の乗客の生命・健康を含む輸送の安全とであると考えてよいとすれば、消極目的といえることは明らかでしょう。ただ、生命・健康の保護をつねに消極目的とみてよいかとなれば、疑問が残ります。例えば、健康寿命の延長を目的として、ある種の食品の製造販売を禁止あるいは制限するとすれば、それをも消極目的といってよいか、躊躇せざるを得ません。



## エ 規制目的を探る方法

規制目的を探るにはどうすればよいのでしょうか。残念ながら日本では、規制目的を、いかなる資料からいかなる手順で探索すればよいのか、について議論の蓄積らしいものはありません。要するに確立された方法論がないわけですから、結局のところ「無手勝流」とあまり変わらなくなる可能性があります。

ところで距離制限は、1960年に薬事法（昭和35年法律第145号<sup>2)</sup>）が制定された当初は存在しておらず、1963年の「薬事法の一部を改正する法律」（昭和38年法律第135号。以下「昭和38年改正法」といいます）によって付け加えられました<sup>3)</sup>。距離制限の規制目的について、最高裁は次のように述べています。

〔昭和38年改正法の〕提案者は、その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの二点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この二点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。（教科書127頁左欄15～25行目）

昭和38年改正法は、内閣提出のいわゆる「閣法」ではなく、参議院から提案者が出たいわゆる「参法」でした。提案者20名を代表して国会で提案理由の説明に当たったのは、自民党の高野一夫氏です。同氏は、戦前に東大薬学科（当時は医学部薬学科だったようです）を卒業し、日本薬剤師会の会長を長く務め、自分で薬品会社を経営したこともあるようで、いずれにせよこの道の専門家とってよい人です。判旨のいう「提案者」とはこの高野氏を指します。

さて最高裁は、上記の判旨の中で、規制目的の探求に当たって、国会における提案者の提案理由しか参照していません。もちろん、法律の話をしている以上、国会における議論が最重要の資料であるのは当然でしょう。しかし1963年当時は、日本の薬害史上でも最大級の悲劇であったサリドマイド事件が表面化し、製薬会社を被告として訴訟が提起されるなどの状況があり、薬事法の改正をめぐっても、国会内外でそれなりに議論があったのではないかと推察されます<sup>4)</sup>。また、提案者の説明を含む国会における議論<sup>5)</sup>だけを見ても、そこでは、薬局が都市部に偏在していることや、勢力を増しつつあったスーパーマーケットが在来型の小売店の経営を圧迫していることへの懸念が繰り返されており、判旨がいうように、距離制限の規制目的が、主として不良医薬品の供給防止、副次的に過疎地への出店促進であった、などと都合のいい整理ができるのか疑問があります。それにもかかわらず判旨は、国会の外での議論はも

とより、国会内での、提案者と質問者との間の問答さえ参照していません。

しかしいずれにせよ判旨は、上記のように規制目的を認識したのであり、その認識に至るプロセスにこれといった方法論が見いだされない以上、受験生としても、規制目的をいかに認識するかについて、立ち入って考察する必要はないでしょう（というか、したくてもできないでしょう）。受験戦術としては、与えられた資料から、自分にとって都合のよい規制目的を導くしかありません。

#### オ 「本条例」の規制目的

以上を前提として、本条例の規制目的について考えてみましょう。

上記エで、規制目的を探求するための方法論が確立されていないと述べましたが、とはいえ法律家なら誰しも、まずは、本条例全体の目的を語る1条に着目するでしょう。同条では、本条例の目的として

- ① 自然保護地域におけるタクシーによる輸送の安全を確保すること
- ② 自然保護地域における豊かな自然を保護すること
- ③ 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

の三つが規定されています。上記ウで述べたように、このうち①・②が消極的・警察的目的に分類されることは明らかでしょう。他方、③についていえば、観光振興それ自体は一種の産業政策ですから、まさに「積極的な社会経済政策の実施」（百選91事件）といえるで

しょうが、あくまでも、「観光客のより一層の安全・安心に配慮し」た結果としてのそれですから、薬事法判決が、距離制限の目的として昭和38年改正法の提案者が挙げた「無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開業等」について述べたように、主眼はあくまでも①にあり、③は「副次的、補充的目的」にすぎないと理解することもできるでしょう。この限りでは、本条例1条は、消極的・警察的目的を掲げているとみてよいと思われます。

もちろん、本条例も含めて法令の冒頭におかれている目的規定の内容は、包括的・理念的なものにすぎない場合が大半ですから、これだけで、当該法令の個々の規定の目的を割り切ることはできません。本条例についていえば、4条各号の許可条件が同一の規制目的をもって規定されているという保証はなく、それぞれ別個の規制目的をもっているかも知れませんから、論理的には、許可条件ごとにその規制目的が何であるかを特定する必要があります。とりわけ、本条例4条1号柱書きの電気自動車要件についていえば、地場産業（もっと端的に言えば、D自動車会社）の保護振興<sup>6)</sup>という目的が垣間見えるわけですから、この点をとらえて、この要件は積極目的の規制と考えることも可能でしょう。

しかし、規制目的が許可条件ごとに異なり得るという見方は、当然ながら論理的には正しいのですが、受験戦術としてみた場合どうでしょうか。仮に規制目的なるものがいわゆる積極・消極の二つしかないのだと仮定したとしても、わずか2時間の試験の現場で、両

者をこき混ぜながら答案上に展開するのは、相当の難事で、「黒帯」の技になりそうです。また、電気自動車要件が積極目的の規制だとすると、お約束として、百選91事件で採用された《明白の原則》を適用せざるを得ず<sup>7)</sup>、そうなる《よほどおバカな規制でない限り合憲》となって、書くことがほとんどなくなってしまいます。以上の次第で、できれば許可条件はいずれも、消極目的の規制であるとして、《まとめて面倒見る》ことにしたいところです。

翻って考えてみれば、電気自動車要件を消極的・警察的目的の規制と見るのは、少しも無理がない、というかむしろ素直な見方でしょう。電気自動車といえば誰も、直観的に《環境にやさしい》と思いますし、そもそも、本条例が制定された機縁のひとつは、「車の排気ガスによる原生林の損傷」であったわけですから、問題文中にこの要件の導入経緯が記されているわけではないとはいえ、排気ガスの排出量を極力減らして自然保護地域の環境を保全しようとする意気込みを感じ取るのは当然でしょう。

繰り返しになりますが、本条例の制定に際して、D自動車会社の製品の販路を確保しようという「下心」があったことが問題文中に明記されています。すなわち、4条1号イの

エアバッグ要件、同号口のAED要件の両者の満たす電気自動車は、同社しか製造販売していないことが「考慮」された、というのです。しかし考えてみれば、今どきエアバッグを装備していない乗用車などまずお目にかかりませんし、AEDは、携帯用（せいぜい30センチメートル四方くらいのサイズでしょう）を車載すれば済む話です。要するにこれらの要件は、他のカー・メーカーにも容易に満たせるものであり、そうだとすれば、本条例制定に当たっての「産業政策」の存在を示唆するというよりは、タクシーの乗客の安全を図るための、消極的・警察的目的をもった規制と見るべきでしょう。そうだとすれば、1号柱書きの電気自動車要件は、自然環境の保護を、同号イのエアバッグ要件と同号口のAED要件とはともに輸送の安全を、それぞれ目的としており、いずれも消極的・警察的目的の規制である、と整理できるでしょう。

### (3) LRAの基準の当てはめ

#### ア LRAの基準のキモ

LRAの基準のキモとは何であるか。資料14-2で述べたところですが、多少手直して、枠囲いの中でもう一度繰り返します。

いま、規制目的Xを同程度に達成できる複数の規制手段  $M_1, M_2, \dots, M_k$  が存在し、これらのなかで、例えば、 $M_4$  が、人権を制限する度合いの最も少ない規制手段（least intrusive means）であると仮定しよう。 $M_1 \sim M_k$  がすべて同程度にXを達成できる、という前提で考えているのであるから、これらの規制手段の中から  $M_4$  を採用するのが常識に適うであろう。

この常識を違憲審査基準論に移し替えたのが「必要最小限度の基準」などと呼ばれる考え方であり、ここでは、 $M_1$ 以外の規制手段——例えば  $M_1$ ——を採用している法律は、その限りで違憲と解されるのである。中身は同じことであるが、以上を比例原則の用語法に移し替えれば、 $M_1$ の存在が知られている以上、それ以外の規制手段は、規制目的  $X$ を達成するという目的に見合っていない、比例していない、と表現されることになる。

もっとも現実には、 $X$ を同程度に達成できる規制手段を多数見つけ出すのは極めて難しいし、かりに見つけられたとしても、その中でどれが least intrusive means であるのかを判定するのも難しい。しかし、次のようにはいえるであろう。

いま、 $X$ という規制目的を達成するために規制手段  $M_1$ を採用している法律があり、 $M_1$ の合憲性が争われていると仮定しよう。かりに、 $M_1$ と同程度に規制目的  $X$ を達成することができて、しかも、人権を制限する度合いがより小さい規制手段 (less intrusive means) である  $M_2$ があるならば、 $M_1$ は違憲と判定される。なぜなら、 $M_2$ がある以上、 $M_1$ は、 $X$ を達成するための必要最小限度の規制手段ではないからである。比例原則的の用語法では、 $M_1$ は規制目的  $X$ を達成するという目的に見合っていない、比例していない、と表現されることはいうまでもない。

おそらく、予備校での指導を反映したものであろうが、 $M_2$ を想定することなく、単に、 $M_1$ は過剰な規制である、と述べるに止まる答案が非常に多い。これでは、LRAの基準を適用したものとはいえない。また、規制手段  $M_1$ が違憲であるためには、上記のように、 $M_2$ について、単に人権を制限する度合いが  $M_1$ より小さいことに止まらず、 $M_1$ と同程度に規制目的  $X$ を達成できることを示さなければならない。

以上については、いくつか注釈しておく必要があります。

第一に、上記のようなことが書いてある判例や大先生の教科書があるのか、と聞かれれば、ありませんとしか答えようがないのですが、論理的に考えて上のように定式化するしかないでしょう。もちろん、記号を使うか否か、使うとしてどんな記号を使うかは、各人の趣味の問題です。なお、上記の less intrusive means, あるいはそれと同義の less restrictive alternative (LRA) は、いずれも日本語に訳しにくく、直訳すれば《より少な

く侵害的な手段》《より少なく制限的な選択肢》といったところになりますが、これでは何のことか意味が分かりません。薬事法判決は「よりゆるやかな制限」(教科書 126 頁右欄 31 行目)という言葉を用いているので、以下ではこれに倣います。

第二に、「同程度に規制目的を達成できる」とか「よりゆるやかな制限」とかの表現が多用されますが、《規制目的達成の度合い》や《ゆるやかさの程度》を、定量的に、数学的な厳密さをもって示し得る事例は、まずありません。これは、法律の世界のいい加減さの

表れとしか言いようがなく、答案上では、「同程度に規制目的が達成できる」ことや、「よりゆるやかな制限」であることを、言葉の上で説明できればよしとするほかありません。

第三に、私は、 $M_2$ を示さないことには、LRAの基準を適用したことにはならないと力説しているわけですが、上記(1)で見たように、比例原則的発想の適用場面が広大にわたっているために、 $M_2$ を明示することなく、「とにかくこの手段は過剰だ」といった言説がなされることが、世上ままあります。その意味では、諸君の《 $M_2$ なし答案》も理解できないではありません。例えば、日本政府は長きにわたって、「専守防衛」の旗印の下、《防衛の程度を超える軍事行動や装備の保有は憲法に違反する》、という態度を繰り返し表明しており、そうした文脈で、例えば、戦略爆撃機や大陸間弾道弾の保有は、防衛に必要な程度を超えていて憲法に違反する、と述べてきましたが、どのような武器体系の保有であれば許されるのかを、ポジティブ・リストの形で一覧化したことはありません。

しかしこれは、防衛の程度を超えていることが誰の目にもほぼ明らかだからこそ、必要最小限度の装備の水準がいかなるものであるかを示すことはもちろん、 $M_2$ を示すことも要しなかった例と考えられるでしょう。実際の試験では、誰の目から見ても過剰な規制手段が提示される、などという稚拙な出題はまず考えられず、より微妙な設例を持ち出してくるでしょう。そうした場合には、やはり $M_2$ を自分で示さないと、著しく説得力の欠

ける答案になってしまうと思われます。

#### イ 当てはめの手順

LRAの基準（というか、比例原則的な思考方法）は、上の(1)で述べたように、汎用性があるわけですが、それを実際の作業として実行するのは、思いのほかに難しいものです。薬の比喻で考えても、「同等の治療効果を期待できてかつ副作用が小さい」薬などという結構なものがあるなら、すでに誰もそれを用いているはずですから、今更 $M_2$ に当たる薬を探し出せ、と言われても困るでしょう。同様に、同じ利回りが期待できるならリスクのより小さい金融商品に投資せよと言われても、そんなプラチナ級の投資先があるならみな先を争って投資しているはずですから、すでに利回りが低下しているはずで、しかし受験生としては、「探せませんでした」と答案に書くわけにもいきませんので、段階を踏んで考えてみましょう。

LRAの基準を適用するには、次の作業が必要になります。

- ① 何はともあれ、 $M_2$ らしきものの候補を探し出す。
- ② 次に、 $M_1$ が違憲であるという結論に持ち込みたいのであれば、 $M_2$ が、次の二つの要件を満たしていることを説明する。
  - i  $M_1$ に比べてよりゆるやかな制限である。
  - ii  $M_1$ と同程度に規制目的 $X$ を達成できる。
- ③ 逆に、 $M_1$ が合憲であるという結論に持

ち込みたいのであれば、考え得る限りの  $M_2$  候補をすべて挙げて、そのどれもが上記の i, ii のいずれか、あるいは双方を満たせない、と説明しなければならないことになる。しかし、これはあくまで論理的にはそうだというだけで、答案作成術としてはほぼ実行不可能だから、 $M_2$  候補をできれば複数挙げた上で、そのどれをとっても、上記の i, ii のいずれか、あるいは双方を満たせず、また、他に挿々しい規制手段も思いつかない、といったことを説明する。

もちろん答案を、上に述べた、①⇒② i ⇒ ② ii, あるいは①⇒③という順序で書かなければならない、というものではありません。こうした順序に異様にこだわるのも、予備校脳に顕著な症状の一つのようです。また、 $M_2$ らしきものの候補を何はともあれ探し出す、とはいっても、まったくの無手勝流で行うわけにはいかないのです、実際の作業は、②あるいは③の作業を念頭においた上で①の探索をするというものになるでしょう。

では、順を追って、薬事法判決が具体的にどのような作業を行ったのかを見ていきましょう。なお、同判決は違憲の結論に至ったため、当然のことながら、判決文中で上記の③の作業がなされることはありませんでした。

① 何はともあれ  $M_2$ らしきものの候補を探し出す

どうやって  $M_2$  (候補) を探し出せばいいのでしょうか。もちろん、何でもいから手当たり次第に思いつく手段を挙げてみることもならできるかも知れませんが、上に述べたよ

うに、実際に答案を書くとなれば、違憲 (あるいは合憲) の結論を導けるよう、目星を付けながら探索していかなければなりません。これは、相当の難事で、だからこそ、これまた資料 14-2 で紹介したように、RAR の事件で、ニューヨーク連邦控訴裁判所のエリートさんたちでさえ、《アンブのプラグを抜くことが窮極の less intrusive means だ》といった、半分お笑いかと思うようなことを言い出したわけです。

もちろん、自分の頭の中から  $M_2$  を捻り出すのが王道であり、また、設問のつくりからしてそうせざるを得ない場合があるでしょうが、折角ですから、やはり薬事法判決に知恵をつけてもらうことにしましょう。資料 14-2 で指摘したように、薬事法判決は、「職業活動の内容及び態様に対する規制」(教科書 126 頁右欄 31 ~ 32 行目) なるものを、 $M_2$  と見立てて議論を展開していました。この「職業活動の内容及び態様に対する規制」とは何であるのか、判旨は何も説明していませんが、別の箇所で「薬局等の業務執行に対する規制」(教科書 127 頁右欄 6 ~ 7 行目) という表現も用いていることを考え併せると、おそらくは、薬事法の中に同法制定当初から規定されていた、医薬品の取扱い等に関する行為規制、および、それらの遵守を担保するための立入検査権はじめ事後的な監視権能 (以下、これらをひっくるめて「事後的監視権能」と呼んでおくことにします) を意味する、と推測されます。具体的にいえば、例えば次のような規定です。

## 第7章 医薬品等の取扱い

## 第2節 医薬品の取扱い

第56条 次の各号のいずれかに該当する医薬品は、販売し、授与し、又は販売若しくは授与の目的で製造し、輸入し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

1 日本薬局方に収められている医薬品であつて、その性状又は品質が日本薬局方で定める基準に適合しないもの

2～7 (略)

## 第9章 監督

(立入検査等)

第69条① 厚生大臣又は都道府県知事は、必要があると認めるときは、薬局開設者、病院、診療所若しくは家畜診療施設の開設者、医薬品、医薬部外品、化粧品若しくは医療用具の製造業者、輸入販売業者若しくは販売業者その他医薬品、医薬部外品、化粧品若しくは医療用具を業務上取り扱う者に対して、必要な報告を命じ、又は当該職員に、薬局、病院、診療所、家畜診療施設、工場、店舗、事務所その他医薬品、医薬部外品、化粧品若しくは医療用具を業務上取り扱う場所に立ち入り、その構造設備若しくは帳簿書類その他の物件を検査させ、従業員その他の関係者に質問させ、若しくは次条第一項に規定する物に該当する疑いのある物を、試験のため必要な最少分量に限り、取去させることができる。

このほか、上記の「監督」の章には、引用した立入検査のほか、廃棄命令(70条)、検査命令(71条)、改繕命令(72条)。なぜか「改善」ではなく「改繕」です)、管理者等の変

更命令(73条)、などの各種の規制手段が規定されており、また、当然ながら最終手段として、業務の停止や許可の取消しの規定(75条)がありました。そうすると、最高裁自身が $M_2$ を考え出したわけではなく、いふならば、有り合わせの材料から見繕ってきたわけで、ここは、大いに見習うべきところでしょう。

ここまでの、上記の①の作業、つまり $M_2$ らしきものの候補を探し出す作業に当たりません。

② i  $M_2$ は $M_1$ と比べて《よりゆるやかな制限》であることを説明する

次に判旨は、自明なことでもあるかのよう、「職業活動の内容及び態様に対する規制」は「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限」(教科書126頁右欄30～32行目)だと断言しているのです。「許可制に比べて」と言っていますが、ここは文脈上、許可制一般のことではなく、《許可条件の一つとして距離制限を規定する許可制》、結局は距離制限を意味していると解しているでしょう。これで、 $M_2$ が $M_1$ よりも「よりゆるやか制限」であることを示したことになりますから、言葉の上では、上記の②の i の作業をしたことになります。

ただ判旨を見ても、 $M_2$ が $M_1$ に比してよりゆるやかな制限、つまり、職業の自由を制約する度合いがより少ない規制手段であるとなぜ言えるのか、まったく説明していません<sup>8)</sup>。これは、採点者も上級の審級もない最高裁の判決だからこそ許されるのであって、受験生の答案に許されることではありません。

答案ではこの点に何かしらの説明を加える必要があり、そこを端折って、最高裁のような《言いつ放し》が許されるようになりたいなら、早く出世するしかありません。

しかし、これまた資料 14-2 で指摘したように、最高裁自身がそうと意識していたわけではないでしょうが、第三者の眼から見れば、薬事法判決の判旨は、よりゆるやかな手段を示し得ていたと解釈できます。それは判旨が、これまた最高裁自身がそう意識していたかどうかはともかく、規制をパッケージで考えていたと解釈することができるからです。確かに、距離制限と事後的監視機能とをいくら比べても、どちらがより厳しい手段で、どちらがよりゆるやかな手段であるかは、容易に判明しません。しかし、規制をパッケージでとらえて、

パッケージ A：距離制限あり+事後的監視  
権能

パッケージ B：距離制限なし+事後的監視  
権能

を比較すると、パッケージ A に比べてパッケージ B がよりゆるやかな制限であることは、定義上明らかです。そこで、よりゆるやかな制限であるパッケージによっても、パッケージ A と同程度に規制目的を達成できるか否か、を問えばよいこととなります。

② ii  $M_2$  でも  $M_1$  と同程度に規制目的  $X$  を達成できることを説明する

ここが LRA の基準適用に当たってのキモ中のキモであることはいまでもありません。この作業に直接該当すると思われる判旨の部

分を、長いですが、「本物」を味わうという意味で、そのまま引用します。残念ながら教科書には引用されていません（教科書 128 頁左欄 26 行目で省略されている（ハ）に当たります）。

仮に右に述べたような〔薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在して業者間に過当競争が生じ、一部業者の経営が不安定となるおそれがあり、ひいては、当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらす、良質な医薬品の供給をさまたげる〕危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがって、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものともみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の



励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。

要するに、 $M_2$  すなわち事後的監視権能でも、不良医薬品の供給防止という規制目的を距離制限と同程度に達成できる、といっているわけです。受験生がすぐに真似できるような芸ではありませんが、お印程度であっても、 $M_2$ でも $M_1$ と同程度に規制目的 $X$ を達成することができる旨の説明をしておかないと、LRAの基準を適用したことになりません。

ウ LRAの基準を適用するための「前処理」以上で、薬事法判決が、上記の①、② i・iiの作業を具体的にどのように行ってきたかを見ました。さらに同判決は、上記の引用部分（繰り返しになりますが、教科書では引用されていません）以外の箇所、つまり教科書でいえば127頁右欄～128頁左欄の四の部分でも、なかなか味わい深く、受験生にとっても答案作成上参考になることを語っていますので、参考まで、それを概観しておきましょう。

まず、四(二)(1)（教科書127頁右欄23～34行目）では、「開業場所の地域的制限」すなわち距離制限は、「実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有する」と述べています。また、四(二)(2)(ロ)（教科書128頁左欄15行目の……に当たる部分）では、

薬局の開設等について地域的制限（つまり距離制限）が存在しない、

→薬局等が偏在して業者間に過当競争が生じる、

→一部業者の経営が不安定となるおそれがある、

ということまでの因果関係の存在は認めつつも、それゆえに、経営が困難になった薬局等から不良医薬品が供給される危険が相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、「単なる観念上の想定」にすぎない（教科書128頁左欄22～23行目）、と述べています。

これらの記述はいずれも、他のあり得べき規制手段（すなわち $M_2$  = 事後的監視権能）と対比しつつなされているものではありませんから、LRAの基準の枠組みの中で考える限り、 $M_1$ すなわち距離制限をただちに違憲たらしめるものではありません。しかし、これらの記述は、LRAの基準の適用を容易にするための地ならしの役割を演じています。

すなわち、

①  $M_1$ （距離制限）が職業の自由に対する重大な制約であるといっておけば、《よりゆるやかな制限》を想定するのが容易になるし、

②  $M_1$ （距離制限）が規制目的の達成に果たしてどの程度貢献しているのか疑わしいとなれば、距離制限と同程度に規制目的を達成できる規制手段（ $M_2$ ）を想定することが容易になる、

と考えられるのです。こうした手口は、LRAの基準を本格的適用に先立って行われる「前処理」とでも呼んでおくのがよさそうです<sup>9)</sup>。

答案作成に際しても、この前処理が役立ちそうですから、応用してみましょう。

ここまで説明してようやく、課題指示の各質問にどう答えればいいのか、を語るところにたどり着きました。

## B 各質問への解答

(1) C社が満足し得なかった許可条件は何であったか（質問Ⅰ関係）

2014年問題の問題文中、この問いに対する情報を与えているのは、以下の部分です。

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て不許可となった。

「営業所に関する年数要件」を規定しているのは本条例4条2号であり、運転者に関する要件を規定しているのは同条3号イ～ハ<sup>10)</sup>ですが、これらを「いずれも満たすことができなかった」といっています。したがって、取消訴訟においては、これらの規定の

すべてを攻撃対象にするしかないでしょう。さらに、C社は同条1号柱書きの電気自動車要件も満たすことができません（というか、満たす気がありません）でしたから、これも攻撃対象にしなければなりません。

ただ、同号イのエアバッグ要件と、同号ロのAED要件とは、特に触れなくてもよいのではないのでしょうか。そもそも電気自動車を導入する気が同社にない以上、両要件を満たすか否かを議論しても意味がありません。他方、C社が電気自動車を導入してもよいと考えているのであれば、両要件を満たすことは容易でしょう。A(2)オで述べたように、大抵の乗用車にはエアバックが装備されているし、AEDは、小型の携帯用を搭載すれば済むからです。そうだとすれば、問題はいずれにしても、電気自動車要件を満たし得たか否か、の点に収斂することになるでしょう<sup>11)</sup>。

以上の結果、攻撃すべき許可条件は、

電気自動車要件	4条1号柱書き
営業所要件	同条2号
試験要件	同条3号イ
経歴要件	同号ロ
無事故・無違反要件	同号ハ

ということになるでしょう。

(2) ある許可条件を他の許可条件へ吸収することができるか（質問Ⅱ関係）

私が想定していたのは、営業所要件、経歴要件、無事故・無違反要件は、輸送の安全の

ための許可条件だと思われるので、これらを試験要件に吸収するというものです。

営業所要件と経歴要件とは、前者が営業者に、後者が運転者に係る要件であるという違いはあるものの、いずれも、B市に長く「根を生やして」いれば、自然保護地域内の道路事情に通じているだろうし、その自然環境の大切さも身に沁みているだろう、という期待に基づく許可条件なのだと思いますが、単に年数が長いというだけでこの期待が満たされるとは限りません。むしろ、3号イの試験によって、道路や環境に関する十分な知識もっているか否かを試した方が話が早い、と考えるのが常識でしょう。無事故・無違反要件は、営業所要件や経歴要件とはいささか毛色が異なりますが、これまた輸送の安全を確保するための許可条件と考えられます。それなら、どこでどういう環境で乗務したのかを問わず、一律の年数で無事故・無違反の実績を要求するよりも、自然保護地域での安全な輸送を担保するための試験に合格していることを要求する方が、本条例に目的にかなっていると考えられます。したがってこの要件も、試験要件に吸収できそうです。それでも、電気自動車要件と、試験要件とが生き残ることとなります。

もちろん、これ以外の可能性もありますから、何が正しいということはありません。各許可条件の趣旨を踏まえて論ずればよいことです。

(3) 「生き残った」許可条件を潰すことができるか(質問Ⅲ関係)<sup>12)</sup>

#### ア 電気自動車要件

繰り返しになりますが、LRAの基準は、《よりゆるやかな制限》が存在するか否かを吟味する基準です。もっとも、幸いにも、というべきか、本間に関する限り、電気自動車要件との対比で現実に想定可能な $M_2$ には、《ハイブリッド車までは許容する》という許可条件しか考えられませんので、これで、電気自動車要件と同程度の環境保護機能が期待できるか否か、が問題となります。これはしかし、まっとうに問題にチャレンジしてくれた(残念ながら少数の)諸君は気づいたことでしょうか、説明が難しいですね。CO<sub>2</sub>をはじめとする排気ガスの排出量に関する限り、どう理屈をこねてみたところで、走行中は文字通りゼロ・エミッションの電気自動車にハイブリッド車が勝てる道理がないからです。しかしここで諸君は、C社を勝たせるための理屈はないものか頭をひねってみよ、と求められているわけですから(さすがにこの点に気づかなかったという人はいませんよね)、《降参です》と引いて引き下がるわけにはいきません。

そこで、上記A(3)ウで述べた前処理の手口①、②が使えないか考えてみましょう。

まずは①を使って、 $M_1$ が重い制約であると言えないものでしょうか。本間に即して言えば、電気自動車要件を満たせといわれても、それは大変な重荷だと言いたいのです。

問題文によれば、「B市に営業所を構える

タクシー会社の多く」が電気自動車を導入しているようですから、C社にとっても、克服不可能な参入障壁とまではいえないでしょう。しかし、C社のように、「A県から遠く離れた都市で低運賃を売り物」にしてきた事業者が新規参入するには、重い負担となるでしょう。また電気自動車は、航続距離が短い上に市中に充電設備が整っていないため、一定の限られた地理的範囲でしか営業的に運用できそうにありません<sup>13)</sup>。確かに、「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」のですが、この措置によっても、電気自動車タクシーを自然保護地域の観光用以外に運用できるのか、定かではありません。

次に⑥を使って、電気自動車要件が規制目的の達成にどの程度貢献するかは疑わしい、と言えないでしょうか。この点で、何人かの諸君が目敏く指摘してくれたように、電気自動車要件はタクシーには適用されるものの路線バスには適用されないようであることに注目しましょう。バスの排ガス量は乗用車よりも多いでしょうから、タクシーにだけ電気自動車要件を適用しても、その自然保護に対する貢献は小さいものになると考えられます。

以上のように、前処理の手口④、⑤を使って、《電気自動車要件がナンボのもんじゃ》という印象を醸し出しつつ、いよいよLRA適用の本番に入ります。困難ではありますが、ハイブリッド車を許容しても電気自動車要件を維持するのと同程度に規制目的を達成でき

る、と言いたいのです。そうするとここで重要なのは、規制目的をどうとらえるか、でしょう。確かに電気自動車要件だけに着目すれば、いかにも、文字通りのゼロ・エミッションを目標にしているようにも見えますが、上に見たように、路線バスの排ガスは許容する構えのようですし、問題文が、本条例の制定経緯について、「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」という事態が生じたことを挙げているところを見ると、電気自動車要件の規制目的も、自然保護地域の自然環境の保護には違いないものの、ゼロ・エミッションそれ自体ではなく、「自然保護地域」の自然環境の持続可能性（かっこよく言えば、サステナビリティ）だと考えられるでしょう（というか、無理にでもそういう方向に話をもっていくしかないでしょう）。そうだとすれば、タクシーが排気ガス、とりわけCO<sub>2</sub>を排出するのをある程度まで許容したとしても、その総排出量が、自然保護地域の樹木などによるCO<sub>2</sub>吸収能力に見合ったものであれば、自然に対するダメージはありません。問題文によれば、「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」というのですが、B市には「全国各地から年間500万人を超える観光客が訪れる」というのですから、自然保護地域へのマイカー進入を禁止しただけで、周辺一帯における排気ガス排出抑制効果は大きいものとなるでしょう。従前のマイ

カー利用者の移動需要がすべてタクシーに振り替えられるといった事態が生ずるとは思われませんが、かりにそうだとすると、通常のガソリンエンジン車が主流であったであろうマイカーが、少なくともハイブリッド車に置き換わるのですから、やはり排ガス抑制効果は大きいでしょう。

以上のように考えれば、タクシーにハイブリッド車を許容しても、電気自動車要件を維持するのと同じ程度に自然保護地域の環境の保護という規制目的を達成できそうです。それでも足りなければ、これまた複数の答案で慧眼にも指摘されていたように、ハイブリッド車までは許容した上で、排気ガスの大気中濃度が一定の閾値を超えた場合には、自然保護地域内へのハイブリッド車タクシーの進入を禁止あるいは制限する、という手段を提示するのが一案でしょう。

#### イ 試験要件

試験要件を、LRAの基準を用いて潰すことはできるでしょうか。これは、電気自動車要件にもまして難関であるように見えます。元来この規定は、私の見立てでは、他の許可条件の機能を吸収した末に残った規定ですから、そうおいそれと潰れてくれそうにありません。それにこの試験では、「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」ているか否かが試されるようですから、輸送の安全を確保する上から、これを攻撃するのは至難の業であるように見えます。しかし、ここで怯んでいては、少なくともC社から

お金をもらうことはできません。なんとか無理を捏ねる道はないものでしょうか。

まずは、上記A(3)ウで述べた「前処理」が可能かどうか検討しましょう。前処理①の「重い制約」に当たるか否かは、もっぱらこの試験の難易度によることですので、それについて問題中に何の言及もない以上、答案でもこれといったことは書けそうにありません。では、前処理②はどうでしょうか。心強く思ったのは、問題文に、交通事故の「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」、という記述に注目している答案が少数ながらあったことです。そうだとすれば、もともとタクシーによる交通事故はそれほどなかったわけで、そうである以上、運転者の要件を特別に加重しなければならないような立法事実がそもそもあったかどうか疑われます。

とはいえ、 $M_2$ をどう見繕えばいいのでしょうか。これは電気自動車要件と違って、問題文中に何もヒントがないので、とても難しいですね。私も何とか $M_2$ を捻り出そうといろいろ考えたのですが、自然保護地域内で事故を起こした場合、その運転者あるいはそれを雇用する事業者にある何らの制裁（例えば、一定期間の業務停止）を課すくらいしか思いつきません。しかし、これはわれながらいかにも猿知恵で、すぐわかるように、制裁のありよう如何によっては、試験要件よりも重い措置になりかねず、 $M_1$ を叩く材料になりません。

困っていたところ、すでにタクシー運転手

である以上いわゆる「二種免許」<sup>14)</sup>をもって  
いるはずだから、それ十分に、要件を加重す  
る必要はない、と指摘する答案に当たりました。もちろん、試験要件と二種免許とを比較してしまえば、どちらがより人権制約度が高いか（この場合平たく言えば、どちらの試験がより難しいか）は、ただちには何とも言えません。本問の場合でいえば、《二種免許のみ》と《二種免許+試験要件》とのパッケージ間の比較となるわけですから、前者がよりゆるやかな制限であるのは自明です。

しかし、二種免許だけで、試験要件を重畳的に課す場合と同程度の効果（この場合の効果とは、輸送の安全への貢献ということになります）が期待できるものでしょうか。これも、「B市が実施する試験」の内容・難易度次第ですので、問題文だけからでは何とも言い難いのですが、この試験が、「道幅が狭く、

片方ががけで曲がりくねって」いるという自然保護地域内の道路の特性に対応しようとするものであるならば、その目的は二種免許でも十分に充足されそうです。「道幅が狭く、片方ががけで曲がりくねって」いる道路など、山国の日本はいくらでもあり、それでもタクシー運転者を続けてきた実績のあるものであれば、自然保護地域内で乗客を輸送しても重大な事故を発生させるリスクは小さいといえるのではないのでしょうか。もちろん、多少《捻り》を加えて、二種免許を主としてから一定の年数を経ていること、あるいは、過去の一定期間内で道交法上の処分を受けていないことなどを要件に加えることもできるでしょう。このような要件を加えても、もちろん加重の程度によることではありますが、試験要件を課すよりはよりゆるやかな制限であり得るでしょう。

## 【参 考】

### I 薬事法の一部を改正する法律（昭和38年法律第135号）のテキスト

薬事法（昭和35年法律第145号）の一部を次のように改正する。

第6条第1号の次に次の1号を加える。

1の2 その薬局において薬事に関する実務に従事する薬剤師が厚生省令で定める員数に達しないとき。

第6条に次の3項を加える。

2 前項各号に規定する場合のほか、その薬局の設置の場所が配置の適正を欠くと認められる場

合には、前条第1項の許可を与えないことができる。ただし、当該許可を与えない場合には、理由を附した書面でその旨を通知しなければならない。

3 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請について前項本文に規定する事由があるかどうかを判定するには、地方薬事審議会の意見を開かなければならない。

4 第2項の配置の基準は、住民に対し適正な調

剤の確保と医薬品の適正な供給を図ることができるように、都道府県が条例で定めるものとし、その制定に当たっては、人口、交通事情その他調剤及び医薬品の需給に影響を与える各般の事情を考慮するものとする。

第8条第1項ただし書を次のように改める。

ただし、その薬局において薬事に関する実務に従事する他の薬剤師のうちから薬局の管理者を指定してその薬局を実地に管理させるときは、この限りでない。

第8条第2項を次のように改める。

2 薬局開設者が薬剤師でないときは、その薬局において薬事に関する実務に従事する薬剤師のうちから薬局の管理者を指定してその薬局を実地に管理させなければならない。

第8条第3項中「薬局を管理する薬剤師（以下「薬局の管理者」という。）を「薬局の管理者（第1項の規定により薬局を実地に管理する薬局開設者を含む。）」に改める。

第26条第2項に次のただし書を加える。

ただし、同条第1項第1号の2及び第2項から第4項までの規定は、もつばら薬局開設者、医薬品の製造業者若しくは販売業者又は病院、診療所若しくは家畜診療施設の開設者に対してのみ、業として、医薬品を販売し又は授与する一般販売業の許可については、準用しない。

第26条に次の2項を加える。

3 前項ただし書の規定に該当する一般販売業の許可を受けている者は、当該許可に係る店舗については、業として、医薬品を、薬局開設者、医薬品の製造業者、輸入販売業者又は販売業者及び病院、診療所又は家畜診療施設の開設者以

外の者に対し、販売し、又は授与してはならない。ただし、都道府県知事の許可を受けたときは、この限りでない。

4 前項ただし書の許可については、第6条第1項第1号の2及び第2項から第4項までの規定を準用する。

第28条第3項第2号中「第6条第2号」を「第6条第1項第2号」に改め、同条に次の1項を加える。

4 前項に定めるもののほか、薬種商販売業の許可に関しては、第6条第2項から第4項まで並びに第26条第2項ただし書、第3項及び第4項（第6条第1項第1号の2に係る部分を除く。）の規定を準用する。

第30条第2項第1号中「第6条第2号」を「第6条第1項第2号」に改める。

第72条中「第6条第1号」を「第6条第1項第1号」に改め、同条の次に次の1条を加える。

第72条の2 都道府県知事は、薬局開設者又は一般販売業者に対して、その薬局又は店舗において薬事に関する実務に従事する薬剤師が第6条第1項第1号の2（第26条第2項において準用する場合を含む。）の規定に基づく厚生省令で定める員数に達しなくなつた場合においては、当該員数に達するように当該薬剤師の増員を命ずることができる。

第75条第1項中「第6条第2号」を「第6条第1項第2号」に改める。

#### 附 則

この法律は、公布の日から施行する。ただし、第6条第1号の次に1号を加える改正規定、第26条第2項の改正規定中第6条第1項第1号の

2に係る部分及び第72条の次に1条を加える改正規定は、公布の日から起算して6月をこえない

い範囲内において政令で定める日から施行する。

## II 「附則」について

法律には附則が付きものです。政令・省令はじめ法律以外の法形式についても同じことが言えるのですが、話を簡単にするために、ここでは法律だけを念頭に置きます。法律の、附則以外の（つまりは、附則の前の）部分を「本則」と呼びます。

法律に附則が付きものなのは、最低限、当該法律の施行期日を定める必要があるからです。

ところで、法の適用に関する通則法には、次の規定があります。

第2条 法律は、公布の日から起算して20日を経過した日から施行する。ただし、法律でこれと異なる施行期日を定めたときは、その定めによる。

しかし同条の本文が適用される事例はまずなく（本当は、「まず」ないのではなく、「まったく」ないのだと思いますが、すべての法律を見たわけではないので、ぼかしておきます）、各法律がその附則において自らの施行期日を定めています。

ある法律が制定され、その後改正を経た場合、制定当初の法律にはもちろん、改正法にも、それぞれ附則が付いています。俗に、前者を「制定附則」と、後者を「改正附則」と呼びます。制定附則は一つしかありませんが、

改正附則は、改正が複数回に及べばその回数だけあります。上記のIに挙げた昭和38年改正法にも附則（したがって、この附則は「改正附則」です）が付いていて、昭和38年改正法自身の施行日を規定しています。

施行期日の定め方はいろいろで、だからこそ、個別の法律の附則で規定するわけですが、一番多いと思われるのが、一定の範囲内で政令の定めを委任するというタイプでしょう。制定当初の薬事法（すなわち、昭和35年法律第145号）には、次の附則が付いていました。

### 附 則

（施行期日）

第1条 この法律は、公布の日から起算して6箇月をこえない範囲内において政令で定める日から施行する。

（後 略）

一方、昭和38年改正法の附則は、上記Iで見たように、一部の規定を除いて、「この法律は、公布の日から施行する。」と規定しています。くどいようですが、ここでいう「この法律」とは、制定当初の薬事法ではなく、昭和38年改正法のことです。「公布の日」は、昭和38年7月12日でしたから、改正法はこの日をもって施行され、その規定が制定当初



の薬事法の中に溶け込み、例えば、距離制限の規定である6条2項～4項が付け加えられたわけです。この「溶け込む」という言い方はもちろん俗語ですが、これ以外には表現方法がないようです。

繰り返しになりますが、昭和38年改正法は、同年7月12日に公布され即日施行されました。他方、「くらや福山店」に係る医薬品の一般販売業の許可の申請は、同年6月25日付書面でなされました。つまり申請時点では、昭和38年改正法はまだ施行されておらず、したがって、距離制限は存在していなかったわけですから、申請に対して7月11日までに広島県当局の判断が示されていれば、おそらく許可処分がなされていたでしょう。少なくとも、距離制限を満たしていないという理由で不許可処分がなされることはあり得ませんでした。

ところが、広島県側は、7月12日を経過しても許否の判断を示しませんでした。注意しなければならないのは、同日に昭和38年改正法が施行されたからといって、ただちに距離制限がかかるようになったわけではないことです。改正後の6条4項は次のように規定しています（Iのテキストを見て下さい）。

第2項の配置の基準は、住民に対し適正な調剤の確保と医薬品の適正な供給を図ることができるように、都道府県が条例で定める……。

すなわち、都道府県条例が制定されない限り、距離制限は許可条件ではないわけです。

広島県の条例（資料14-3-1）は、同年10月1日に公布され、即日施行されました。したがって、9月30日までに広島県側が許否の判断をしていれば、その時点までは距離制限がまだなかったわけですから、おそらく許可処分がなされていたでしょう。しかし実際の処分は、年が明けた昭和39年1月27日付でなされました。もちろん、距離制限を満たしていないことを理由とする不許可処分でした。この時系列を見れば、申請人としては、不許可にしたいがために許否の判断を引き延ばしてきたのではないかと苦情を言いたいところでしょう。

許認可の要件が法改正によって厳格化されることはよくありますが、本件のように、改正法施行前の申請に対する許否の判断が改正法施行後に持ち越されるケースはまま生じます。そうしたケースに対応するため、改正法施行後になされる処分であっても、法改正以前の規定（つまり、厳格される前の許認可の要件）を適用する、という趣旨の経過規定が改正法の附則中に置かれることがあります。その規定の体裁は、例えば、次のようになります。古い事例ですが、「銃砲刀剣類所持等取締法及び火薬類取締法の一部を改正する法律」（昭和41年法律第80号）の附則4項を挙げます。

この法律の施行の際現に都道府県公安委員会に対し旧法の規定による銃砲の所持の許可の申請をしている者に対する許可の基準については、新法第5条の2の規定にかかわらず、なお従前の例に

よる。

しかし、昭和38年改正法の附則には、こうした経過規定はありません。したがって、「くらや福山店」に係る申請については、原則に戻って、処分時の法令が適用されて不許可処分がなされたのです。ところが薬事法事件の第一審判決（広島地判昭和42・4・17行裁例集18巻4号501頁）は、申請人の既得権保護の観点から、こうした経過規定が存在していなくても、当局（本件の場合、広島県知事）は法改正以前の許可条件を適用すべきだと述べました。随分思い切った判断だったと思います。案の定、控訴審では覆されました（広島高判昭和43・7・30行裁例集19巻7号1346頁）。

最高裁判決の主文は、控訴審判決（第一審判決取消し、請求棄却）を破棄して、被上告人（広島県知事）の控訴を棄却する、という内容でしたから、結局、不許可処分を取り消した第一審の判断が維持されたわけです。当初の申請から数えれば、12年近くがたっていました。では、「くらや福山店」は、上告審における勝訴判決を受けて、申請当初の目論見通りの場所に実際に出店されたのでしょうか。12年もの間、稼働の見込みのない物件をただ押さえたままにしておくというのは、ビジネス上の判断としてはあり得ないように思いますが、本当のところはどうだったのか、調べよう調べようと思いつつ、今日までできずにいます。

## 注

1) 法律家の卵なら当然気づいていなければなりません。2014年問題の問題文中に、《「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。）》と表記されています。

問題文中に略語が示されている場合には、特段の事情がない限り、答案中でもそのまま使うのが無難でしょう。異なる略語を使うと、問題文を注意深く読んでいないシグナルととられるリスクがあるからです。

2) 法律は、各暦年内（各年度内ではなく）で、公布された順に番号が付されます。これが俗に「法律番号」「法令番号」と呼ばれるもので、法律家であれば、それによく慣れておく必要があります。この点については、参議院法制局の「本職」の人たちによる良い解説がありますので、参照して下さい。《<https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column031.htm>》がそれです。なお、公布に関連していえば、「憲法改正」「法律」「政令」「条約」の4つの法形式の公布が、天皇の「国事に関する行為」としてなされる（憲法7条1号）ことをお忘れなく。

3) 案外意識されていないようですが、法律を制定することはもとより、一旦制定された法律を改正すること・廃止することも、ともに法律という法形式によってしかなし得ず、したがって国会の専権事項です。日本では伝統的に、法律を改正する場合、「〇〇法の一部を改正する法律」という題名の法律を制定します。したがって、本文の、「薬事法」（昭和35年法律第145号）と「薬事法の一部を改正する法律」（昭和38年法律第135号）とは、形式的には別個の法律です。因みに、1995年に刑法が改正され、文語片仮名から口語平仮名へと、内容面はともかく日本語表記においては全面的な改正がなされましたが、それでも、改正法の題名は「刑法の一部を改正する法律」（平成7年法律第91号）でした。なお、一つの法律を改正すると関連した他の法律も改正しなければならない場合も多いので、そうした場合には「〇〇法等の一部を改正

する法律」が制定されます。

頻繁に改正される法律（税法，特に所得税法や法人税法はその典型です）の場合，「〇〇法（等）の一部を改正する法律」という同じ題名をもった法律が多数存在することがあり，薬事法の場合でも，「薬事法の一部を改正する法律」という同一の題名をもった法律が複数あります。そうした場合には，題名だけではどの法律を指すのか特定できないので，法律番号を加えて特定することになります。

なお，（参考）のⅠとして，昭和38年改正法のテキストを載せておきました。法律を改正する法律とは，どういう規定の仕方をするのか，自分で読んでみて下さい。日本の公務員は，日常的にこうした煩瑣な起案作業をしているのです。なお法律の原文は，当時も今も縦書きで，数字は漢数字です。それも，《第一二三条》などという表記はなされず，日本語本来の表記法に戻って《第二百三十三条》と書きます。六法などでは，《第一二三条》式の表記がなされていますが，あくまでも読者の便を考慮してそうしているものであって，原文の表記とは異なります。

また，法律の改正に関連して，《附則》の意味について（参考）のⅡで解説しておきましたので，併せて参照して下さい。

4) 本当は「推察されます」などと他人事ではなく，自分で調べなければならないのですが，申し訳ないことながらまだやっていません。

5) 法律の制定・改正に当たって国会でどのような議論がなされたかは，国立国会図書館の「日本法令索引（日本語）」というデータベースを利用すればすぐにわかります。これは法律家にとっては大変重宝ですので，ぜひ自分でアクセスして下さい。

国立国会図書館トップページ→サービス・国会関連情報→国会会議録・法令索引→日本法令索引（日本語）

の順に手繰っていくと，日本法令索引の検索ページにたどり着きます。そこで，「薬事法」と打ち込んで検索ボタンをクリックすると，薬事法のこれまでの改正の一覧表が出てきます。そ

の中の昭和38年法律第135号の項をクリックすると，今度は，昭和38年改正法関係の国会の議事録の一覧表が表示されます。これらを時系列を追って読んでいけば，国会内でどんな議論がなされたが分かります。

6) 特定の企業だけを保護の対象にするような産業政策がそもそも許されるのか，また，地場産業の保護振興一般は許されるとしても，他の地域あるいは海外から進出してくる企業に対して，《地物<sup>じもの</sup>》，例えば，地元企業の製品，地場の食材，地元出身者，などを採用することを許認可等の要件として課すことは許されるのか，といった問題は憲法論としても非常に興味深いところですが，議論の蓄積がほとんどありません。

7) ここでも，積極目的の規制には明白の原則が適用される，という命題が論理的に正しいと言いたいものではありません。ほかにこれといった判例もなく，百選91事件に依拠する以外，受験生としてとり得る手は見当たらないので，仕方がないのです。

8) 距離制限は許可の一条件であり，許可制は事前規制だから重大な制約を課すものだ，といった脊髓反射的な答案を書く人は少なくなく，判旨にもこれに近い記述（教科書127頁右欄四(二)(1)）が見られますが，ちょっと考えれば説得力がないことは明らかでしょう。

事前許可制（あるいはその個々の許可条件）が人権（ここでは職業の自由）に対する重大な制約となるか否かは，もっぱら，当該許可条件を満たすのがどれほど困難であるか，に依存するのであって，《事前規制だから厳しい》などという一般則があるはずありません。公民館の会議室の使用などは，多くの場合，地方自治法244条の2第1項および同項に基づく「公の施設」の設置・管理に関する各自治体の条例に基づいて許可制になっていますが，許可をもらうのは通例容易です。距離制限が許可条件の一つとなっている場合でも，その距離が，広島県条例のように100メートルではなく，例えば30メートルであったならば，申請者にとってはずっと楽だったでしょう（もちろん現実には，こ

んなゆるゆるな距離制限では規制としての意味をなさないので、30メートルにするくらいならそもそも距離制限を設けること自体なされなかったでしょうが)。また同じ100メートルであっても、開業の適地が広くとれるような業種であったならば、意味が違ってきます。繁華街でも田んぼの真中でも商売が成り立つ、というような業種がもしあれば（そんな業種は想像しにくいですが）、100メートルは大した障害にはならないでしょう。

薬事法事件での申請人は、第一審判決によれば、「福山市に本店を置き、広島市や岡山市その他に支店を置いて、化粧品・婦人雑貨の販売業、スーパーマーケットの経営、医薬品の販売業等を営業目的とする株式会社」で、福山駅付近に「くらや福山店」を出店することを企てていました。今となっては詳しいことはもうわからないのですが、推測するに、どうやら今日のドラッグストア・チェーンの「はしり」だったようです。

諸君も、自分が経営者になったことを想像すればすぐにわかる通り、ドラッグストアの客のほとんどは「ついで買い」、つまり、通勤・通学などの途上で買い物をするわけです。そうとなると、立地としては「駅近」が圧倒的に有利になります。本学の近くを見ても、ドラッグストアは、曙橋や四谷三丁目の駅周辺に集まっていますね。薬事法判決は1975年（昭和50年）に出されましたが、「くらや福山店」に係る許可申請がなされたのは、1963年（昭和38年）のことです。当時すでに同市の人口は15万ほどあり（現在の人口は40万を超えています）、この間に市町村合併が繰り返されているので、当時の人口と現在のそれとを同列に並べて比較することはできません）、駅前はかなり繁華であったと想像されます。目の付け所は誰も同じですから、すでに駅の近くに薬屋さんがあったわけですね。既存店が複数あれば、それらのすべてから100メートル離れていなければならないことになります。おそらくそれでは駅から離れすぎて、商売が成り立つ見込みがなかった

のでしょう。

他方、事後規制であっても、薬事監視員が四六時中パトロールに来れば、商売の大きな妨げになりますし、設備の滅菌能力を上げるとか、常勤薬剤師を追加して雇用せよ、などと命令されれば、大きなコストがかかり、経営を圧迫しかねません。

以上を要するに、規制の中身を見ずに、事前・事後というだけで厳しい・厳しくないレッテルを貼るのは、法律家として最も忌むべきことです。

- 9) 最高裁自身が、本文の④、⑤をLRAの基準を本格適用する前の「前処理」だと思っていたかどうかはわかりません。それは、判決文実際に書いた人に聞いてもらうしかありませんが、何せ1975年の判決ですから、いまとなっては聞き出す機会もないでしょう。それにそもそも、薬事法判決がLRAの基準を適用したというは、学説の認識であって、最高裁自身がそう思っていたかどうかはわかりません。当時の裁判官諸公は、「ほお、オレたちの書いたことはLRAの基準っていつのか」と思っているかも知れませんね。判決に限らず法律の文書というものは、何かの基準とか理論とかいうものがあったとしても、必ずそれ一本やりで書かなければならないものではありません。二次方程式の解を求めよ、という問題であれば、因数分解するか、本質的には同じことですが、解の公式を使うかの方法しなく、それ以外の要素を加えて総合考慮する、などというふざけた真似をすることは許されません。しかしそこは法律の世界は、良く言えば柔軟、悪く言えばいい加減であって、「何でもあり」の世界なので、自分の結論に有利に働きそうな議論であれば、なんでも書いてしまう傾向があります。
- 10) 《3号のイ》という表記をしている答案もありましたが、《3号イ》のように表記します。
- 11) 率直に言って私には、この両要件を加えた出題者の意図が測りかねます。半世紀前のヨーロッパ車を中古市場で探すなら別ですが、今どきエアバッグのついていない自動車など、とても

お目にかかれそうにありませんし、あるとすればむしろ、エアバッグよりも先進的な技術、例えばセンサーを用いて自動的に車間距離を保つといった技術が実装されているためでしょう。もっと不思議なのがAEDです。本文で述べたように、小型の携帯用を積み込めばいいだけとはいえ、一体、タクシーの狭い車内でどういう風に使うことを想定しているのでしょうか。防災訓練などでAEDの使い方の手ほどきを受けた人ならわかるでしょうが、少なくとも素人が使う限り、仰向けに寝ている人に対してでないと使いようがないと思われます。それにAEDは、救急車が来るまでの応急用ですから、AEDを使う人と救急車を呼ぶ人がいないと救命になりません。患者のほかに同乗者がいれば、運転者と同乗者との間で分業ができますが、運転者一人の場合にはそれもできません。それなら折角自動車に乗っているのですから、余計なことをせず、大きな病院の救急に急行する方が、かえって患者のためなのではないでしょうか。

- 12) 課題指示では、LRAの基準を実地に適用するための稽古をつけるという趣旨で、生き残った許可条件もすべて潰してくれと指示したので、諸君には無理くり、LRAの基準で潰す理屈を考えてもらいましたが、当然ながら、本番の2014年問題にはそのような指示はついていないので、各自思ったような結論にたどり着けばいいだけのことです。直観的には、電気自動車要件と試験要件とは、もともと潰すのが難しいので、アクロバティックな議論を展開するよりも、《合憲でした》という結論にした方が素直かも知れません。
- 13) もっともこれらの点は、本問が2014年の時点で想定していた「202\*年」以降には、ある程度解消されているのかも知れませんが。
- 14) 正式には「普通自動車第二種免許」(道交法84条4項)。知っている人も少なくないかも知れませんが、「二種免許」とは、バス・タクシー・運転代行など、乗客を乗せて自動車を運転するための自動車運転免許です。