

■2026 年度 S 日程 法曹コース特別選抜入学試験・卒業見込者特別入学試験  
法律科目試験「憲法」問題の出題趣旨・解説

司法書士の資格を有する者以外が業として登記申請手続について代理することを禁ずる司法書士法の規定が職業の自由を保障する憲法 22 条 1 項に違反しないかが争われた最 3 小判 2000（平成 12）年 2 月 8 日刑集 54 卷 2 号 1 頁を素材とした。

従来、職業の自由規制については、いわゆる規制目的二分論によって判断されていると解されてきたが、消極目的規制である本件規制について最高裁が簡単に合憲の判断を下した理由について様々な評価がなされている。その一つが、経済規制について、資格制など自らの意思や努力により克服可能な「主観規制」と自らの意思や能力によっては克服不能な「客観規制」（その典型が距離制限などの参入規制）を分け、前者は後者よりも職業の自由規制の合理性が認められやすいとの理解である（『憲法判例百選〔第 7 版〕』207 頁参照）。

設問 1 は、この「主観規制」と「客観規制」についての理解を問うものである。

設問 2 は、資格制をとる本件規制の合憲性を具体的に検討させるものである。合憲の立場も違憲の立場のいずれをとっても構わない。設問 1 で論じた「主観規制」「客観規制」の分類に従って規制の合理性を緩やかに審査し合憲と論じる場合も、問題文の違憲主張の根拠を十分吟味して、一律に登記の代理申請を司法書士に限定する必要があるとの結論と結びつける必要がある。もちろん、規制目的二分論に基づく違憲主張もありうるが、その際、消極目的の定義、高度の専門性を必要としない登記に限って司法書士以外にも代理申請を認めるなどの「より緩やかな規制手段」によっても十分規制目的が達成できることの説明を綿密にすることが求められる。

司法書士事件と薬局開設距離制限事件の結論の違いを考えれば、能力・専門知識に基づく資格制と本人の意思や能力と関係がない開設距離制限などの客観規制との違いは明らかであるが、従来の規制目的二分論にとらわれて、資格制を積極目的規制に分類するなどの外れな解答に陥ったものが多かった。設問 2 についても形式的な答案構成にばかりとらわれて、肝心の制度の合理性判断がおざなりになる傾向が強い。そもそも日本語での表現力すら怪しい答案もかなりみられた。

以 上