

令和5年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

1 全体について

- (1) 多くの答案が、新制度案において憲法適合性を検討すべき部分として、会話文の中でXが指摘している①死亡した被保険者によって生計を維持してきた配偶者が一定の年齢以上でなければ「遺族」として新遺族年金を受給できないとされていること、②新遺族年金の受給資格が認められる年齢について夫と妻との間で大きな開きがあること、③現行の制度の下で遺族年金の給付を受けている者が、新遺族年金の受給資格要件を満たしていない場合、受給資格を喪失するとしていることを検討できていた。もっとも、これら三つの論点について形式的に取り上げたからといって高く評価される訳ではなく、それぞれの論点に関する判例・学説を踏まえた十分な検討が要求されるし、三つの論点のうちいずれかの検討を行わなかった場合には、十分な評価は行い難い。また、時間配分の誤りからか、設問2における自己の立場からの検討の論述が不十分なものが目立った。
- (2) 設問1はXとしてどのような意見をまとめるべきかを尋ねているが、会話文の末尾で「批判的な見地から意見をまとめてください」とされていることからして、新制度案の憲法適合性について批判的に論じる必要があるが、一部に、そうした問い合わせの趣旨が理解できず、設問1について、生存権具体化立法に対する広い立法裁量を認める立場から憲法上問題はないと論じておき、設問2においてより批判的な見地から設問1の主張の適否を論じる答案があった。
- (3) 設問1では「判例や学説を踏まえて」どのような意見をまとめるかが問われているが、設問1についてだけでなく、設問2の論述も含めて、判例についての言及がない答案、特に判例の立場を意識することなく、学説にのみ依拠して解答している答案が多数であった。また、判例名を挙げても、その内容を論述にいかせていない答案が散見された。
- (4) 答案の中で「生存権」、「平等原則」などの憲法における重要な概念を用いるときには、いきなりそれに対応する違憲審査基準を示すのではなく、かかる概念の憲法上の意義（歴史的意義、憲法体系上の位置付け、権利としての特質等）について簡潔に論述し、それとの関係で設問に応じた違憲審査基準論や個々具体的な解釈論を展開することが望ましい。
- (5) 違憲審査基準についての判例・学説の理解が薄いためか、判例法理とかけ離れた極端な基準を定立する、なぜその違憲審査基準を設定するのか理由付けが適切になされていない、設定した基準と当てはめとの間に乖離がある、事例を踏まえることなく非常に不十分な理由付けで安易に判断を示すなどといった答案が一定数見られた。
- (6) 合憲・違憲、いずれの結論をとるにせよ、本問で問題となる遺族年金が、生存権の中核部分に関連する性格を持つことを意識して論じる必要があったが、意識できている答案は少なかった。
- (7) 生存権を具体化する立法について認められる立法裁量について、「国の裁量」、「行政裁量」、「大臣の裁量」などとしている答案が一定数あった。立法裁量と行政裁量との区別は明確にすべきである。

2 憲法第25条について

- (1) 遺族年金制度を憲法による生存権保障との関係でどのように位置付けるか、具体的には、文字どおり「健康で文化的な最低限度の生活」を営めるようにするための施策であるのか、それとも「より健康でより文化的な生活」を営めるようにするための施策であるのかについて不明確な答案が多数を占めていた。本問の解答において、遺族年金がどのような性質のものか明示することなく論述を進めることは、答案の説得力を弱めてしまう。この点、遺族年金制度が生活保護制度と同じ趣旨の施策と直ちには言えないはずであることが認識されていない答案が散見された。他方で、両者の相違を踏まえつつ、生存権の中核部分の侵害があることを、問題文の事例を用いて説得的に論じているものもあり、そのような答案は評価できた。

- (2) 遺族年金制度に関して、自由権の権利制限の事案をそのまま横滑りさせ、より制限的でない他の選び得る手段があるかどうかなどを検討する答案が一定数見られた。生存権に関する事案においては、国において専門的・財政的考慮に基づき、様々な政策を採用する余地があることを踏まえると、そのような検討の仕方の妥当性について言及する必要があろう。
- (3) 生存権を具体化する法律が制定された後に、当該法律を改廃して法律上の受給権をなくしたり、縮減したりする場合には、法律を制定して受給権を生み出す場合よりも立法裁量が狭まり、合理的な理由が求められるという、いわゆる「制度後退禁止原則」を根拠に、立法によって具体化された権利は、その権利内容がそのまま直ちに憲法上の権利になるという見解は、判例法理として確立した見解とはいえない。この点についての理解の曖昧な答案が散見された。

3 憲法第14条第1項について

- (1) 「憲法第14条後段列挙事由」などとしている答案が目立ったが、条文は正確に記述すべきである。
- (2) 「年齢」が憲法第14条第1項後段に挙げられている「社会的身分」に当たるとする答案が目立ったが、年齢自体は「身分」ではあり得ず、「社会的身分」となるかどうか問題になり得るのは、「夫の死亡時に40歳未満である妻」、「妻の死亡時に55歳未満の夫」であろう。しかし、社会的身分について「人が社会において占める継続的な地位」という広い定義を採用した場合、「社会的身分」による差別が、歴史的になされてきた典型的な不当な差別であって、あるいは、民主主義の理念に反しており、極めて例外的な場合にしか認められない、ということにはならないであろう。なお、「判例は年齢を社会的身分と認めている」といった記述も見られたが、最高裁判所は、「社会的身分」について広い定義をとりながら、高齢であることは「社会的身分」に当たらないとしている（いわゆる待命処分判決・最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁）。
- (3) 憲法第14条第1項後段列挙事由による差別であるのでその合憲性は厳格に判断すべきであるとか、厳格な違憲審査基準を用いるべきであるとしながら、厳格な合理性の基準あるいは中間的な違憲審査基準を用いている答案がかなりあったが、厳格な違憲審査基準と中間的な違憲審査基準とは別の基準である。一方、後段列挙事由による差別であることを指摘しつつ、広い立法裁量が認められる生存権具体化立法についての差別であることから、中間的な基準を用いるべきであるなどとして、中間的な基準を用いる理由を説明できている答案も相当数あった。なお、もちろん、学説上は、本来、立法裁量が広く認められる場合であっても、後段列挙事由による区別がなされる場合には厳格な違憲審査基準が用いられるべきであるとする立場もあり、そうした立場からすれば上記のような理由付けによって違憲審査基準を引き下げなくてもよい。
- (4) 国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）を引きつつ、差別されている法的地位と差別事由に着目して、新制度案における区別が合理的な区別に当たるかについて慎重に検討すべきとしている答案や、国籍法違憲判決の場合とは事例が異なり、同じ手法は用いられないとする答案は、判例と切り結ぶ努力をしているもので高く評価できた。
- (5) 参照すべき判例として、日産自動車事件判決（最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁）を援用するものがあったが、この事件は私人間の紛争であり、国による生存権具体化立法の合憲性が問われている本問とは、憲法上の議論が行われる「場」が異なることを意識すべきである。

4 年齢による区別の合憲性について

年齢による区別について、年齢差別の問題として論じる場合には、①憲法第14条第1項後段列挙事由に存在しないこと、②自らの意思に従って変化させることができないこと、③しかしながら、平等に年齢を重ねる点では一定の平等性を内包していることを意識した上で論述を行うことが望ま

しい。しかし、そのような論述ができている答案は、少なかった。

5 性別による区別の合憲性について

- (1) 性別は、憲法第14条第1項後段で明示されている指標であるが、歴史的にこれまで女性差別が存在しており、それを打破するために同規定が設けられたという経緯があることをしっかりと意識した上で、なおこの規定を男性差別に用いることができるかを検討する必要がある。新制度案が、典型的な性差別とは異なり、実質的平等の観点に立つものであることを意識した論述ができるいない答案も散見された。また、関連して、女性に対して意図的に有利な制度が設けられた場合、それがステイグマをもたらすかという議論をすることができるかどうかは議論の余地があり、肯定論に立つ場合はこの点について説得的な論述が求められよう。
- (2) 新遺族年金の受給資格が認められる年齢を夫55歳、妻40歳としていることの目的について、男女の就労状況、収入の実情における大きな格差を踏まえてのものとするだけで、目的が書かれていらないものや、配偶者の就労の促進が目的であるとするものなど、適切に記述できていないものが目立った。
- (3) 新遺族年金の受給資格が認められる年齢について夫と妻との間で大きな開きがあることが性別による不合理な差別に当たるのかについては、男女の就労状況、収入の実情の大きな格差を踏まえてのものであることをどのように評価するかが問題となるが、この点を考慮しており、評価できる答案が多かった。

6 遷及適用・経過措置の合憲性について

- (1)これまで遺族年金の受給権が認められてきた者に対して、新遺族年金の受給資格要件を遷及的に適用し、受給資格要件を満たさない場合には受給資格を喪失させることについて、Xの主張に当たり、いわゆる「制度後退禁止原則」につき、その扱いをめぐる判例・学説の現況を適切に把握した上で立論を展開できているものが一定数あり、そのような答案は評価できた。もっとも、制度後退禁止原則の根拠について明確に述べている答案はそれほど多くなかった。また、設問2で制度後退禁止原則はとり得ないとしながら、その理由を説得力ある形で説明できている答案もそれほど多くなかった。
- (2)これまで遺族年金の受給権が認められてきた者に対して、新遺族年金の受給資格要件を遷及的に適用し、受給資格要件を満たさない場合には受給資格を喪失させることについて、厚生労働大臣は「被保護者の……期待的利益についても可及的に配慮するため、その廃止の具体的な方法等について、激変緩和措置の要否などを含め、……専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権を有しているものというべきである」としている老齢加算廃止判決（最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁）を参考にして論じている答案も少数ながらあり、判例をいかしながら問題に対応しようとするものとして評価できた。なお、厚生労働大臣による生活保護基準の設定についての老齢加算廃止判決の考え方が、なぜ法律の制定についても妥当するのかについては検討が必要であり、この点まで意識した論述ができている答案は少なかった。

7 形式面について

- (1)極めて小さな字で書かれたものや、あまりにも字が汚いものなど、判読不能な答案が一定数あった。採点者が判読できない部分は記述がなかったものとして採点せざるを得ず、その結果、採点上不利となることに改めて注意されたい。
- (2)一般的に通用していない略語の使用は慎むべきである。
- (3)問題文と関係性が乏しいと思われる記述をした答案が見受けられ、そのような答案は、あらかじめ学習していた別の問題への解答を、本問との違いを意識しないまま記載したのではないかとの疑念を抱かせた。

令和5年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視している点は、例年と同じく、①分析力（問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問い合わせに対する的確に答えることができているか）、②基本的な理解及び応用力（基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応に言及することができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的な事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができているか）である。知識量には重点を置いていない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第3条第2項に規定する「処分」の該当性について、判例の一般的な判断基準あるいは権力性等の各要素を指摘した上で、勧告の法的性質（行政手続法（以下「行手法」という。）第2条第6号）及び病院開設中止の勧告に関する最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁（以下「平成17年判決」という。）に触れながら、不利益な後続処分（本件解散命令）との相当程度確実な連動、後続処分の不利益性の深刻度を踏まえて考察し、本件解職勧告に処分性が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、役員の解職勧告について弁明の機会を付与しなければならないとされていること（社会福祉法（以下、単に「法」ということがある。）第56条第9項）、実効性を確保するための罰則が定められていないことに触れながら、論理的に本件解職勧告の処分性を検討しているものは、良好な答案と判断した。
- 以上に加えて、平成17年判決の内容を正確に指摘し、同判決の特徴として、勧告段階で処分性を肯定することによる救済の実効性、救済のタイミング等の視点を指摘するものや、処分性を否定する立場から、その論拠として、社会福祉法第24条第1項、第61条第1項第2号により社会福祉法人の運営・事業の経営に関しては自主性が尊重されるべき旨を挙げるものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- 行訴法第9条第1項を踏まえ、取消訴訟の原告適格に係る判例の一般的な判断基準を示し、第二次納税義務者に不服申立適格を認めた最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁（以下「平成18年判決」という。）や、滞納者の財産が差し押さえられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた最判平成25年7月12日集民244号43頁（以下「平成25年判決」という。）に言及した上で、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討し、本件解散命令がDの権利等に与える法効果を検討して、Dに原告適格が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討するに当たり、根拠となる条文を正確に指摘して、解散当時の役員に与える法効果について具体的に言及し、また、本件解散命令により侵害されるDの権利等の具体的な内容・性質について言及して、Dに原告適格が認められることを論じているものは、良好な答案と判断した。
- 以上に加えて、平成18年判決又は平成25年判決のいずれかについて、その事案、判断等

の内容を適切に記述するもののほか、反対説の内容やこれを採用することができない論拠を適切に論じているものは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2(1)

- 弁護士に対する業務停止3か月の懲戒処分により生じる損害について、行訴法第25条第2項所定の「重大な損害」に当たることを認めた最決平成19年12月18日集民226号603頁（以下「平成19年決定」という。）に触れた上で、同条第3項を踏まえて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることについて、B県の反論を排斥しながら相応の検討をしているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、Aの法人格が消滅するため事業継続が困難となることのほか、福祉サービスの利用者、従業員等が不利益を被ることでAに重大な損害が生じることを明確に指摘するものなどは、良好な答案と判断した。
- 以上に加えて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、各事情が行訴法第25条第3項に規定されている事項のうち、いずれの事項の問題であるか等につき、条文の文言を具体的に摘示して的確な検討をしているものなどは、優秀な答案と判断した。

(4) 設問2(2)

- 社会福祉法人に対する解散命令について、根拠となる条文の文言、専門性等を挙げて所轄庁の行政裁量の存否を検討し、これが違法となる場合の判断枠組みを示した上で、想定されるB県の反論を念頭に、⑦CがAの運営改善に向けて努力するなどしており、改善が期待できないとするB県知事の判断が誤りであること、①本件不正はDの行為に起因しているにもかかわらず、本件解職勧告をAが拒否した事実を重視するのは誤りであることなどを述べて相応の検討をし、さらに、過去の例に照らし、本件解散命令が比例原則等に反するかを検討しているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、上記⑦及び①の検討において、前提として示した判断枠組みに具体的に当てはめ、いかなる点で裁量権の逸脱・濫用となるのかを明確に論じるものなどは、良好な答案と判断した。
- 以上に加えて、上記⑦及び①のほかに、例えば、法第24条、第61条第1項第2号によると、どのような監督措置を講じるかを判断するに当たっては、対象となる社会福祉法人の自主性・自立性を尊重する必要がある旨など、法の条文構造、趣旨、理念を踏まえて、Aの主張すべき違法事由を説得的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

4 採点実感

以下は、考查委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

(悪筆・誤字等)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字等により判読不能な答案が依然として散見された。やむを得ない面があることは理解するが、採点者が努力しても判読することができなければ、当該記載部分を評価することができない。読み手に配慮することは、法律実務家に必要な素養の一つであることを意識してほしい。
- 「第〇項」を「第〇号」とするもの、「粉争」とするものなど、基本的な理解・知識に疑義を生じさせかねない誤記が見受けられた。

(具体的な条項数や文言の明示)

- 「処分」（行訴法第3条第2項）、「行政指導」（行手法第2条第6号）、「法律上の利益を有する者」（行訴法第9条第1項）及び「重大な損害」（行訴法第25条第2項、第3項）について、

具体的な条項数（「○法○条○項」等）を明示することができていない答案が、少なからず存在した。

- どの条文のどの文言の解釈ないし議論をしているのか（例えば、当該事情が行訴法第25条第3項のどの要素に当たり得るのか）を示すことができている答案は、少なかった。

(問い合わせに対する的確な対応)

- 問題文に示されている設定や素材を十分に拾うことができておらず、問題文をよく読んでいないのではないかと思われる答案が散見された。例えば、社会福祉法（抜粋）で示されている重要な条文に全く触れていないもの、会議録に登場する最高裁判例に言及しない、又は極めて浅い記述しかせず、論述にいかし切れていないもの、想定される反対の見解やB県の反論が記載されていないもの、設問1(2)で行訴法第9条第2項による検討を詳細に行っているものなどが挙げられる。

問題文はヒントの宝庫でもあるのでしっかり読むべきであるといった、受験対策的な事柄にとどまらず、相手の話をよく聞くことが仕事の出発点である法律実務家の基本的素養にも関わる問題であるように思う。

- 問題文の問い合わせ方に注意すべきである。「……であるか否か……検討しなさい」という問い合わせ方と、「Aは……どのような主張をすべきか、……検討しなさい」という問い合わせ方で、求められる答え方が変わることは理解できるはずである。例えば、設問2(1)において、「重大な損害は認められない」と答えるものは、大いに問題であろう。

(判例の論述)

- 参照してほしいと思われる判例が設問において掲示されているにもかかわらず、それらを用いて規範定立を試みる答案、（時にその射程を意識して）判例との関連性を説得的に記述することが求められるはずであるにもかかわらず、これらの作業を全く行わずに（又は、関連する判例の理解に全く言及せずに）解答を導こうとする答案が目立った。
- 設問1(1)、(2)、設問2(1)においては、それぞれ参考とすべき最高裁判決等が掲示されていたところ、その理解が曖昧で、当該判決等の言及に当たっても、不正確・曖昧な理解を示し、また、事案の検討と有機的に結び付けられていない答案が多かった。

最高裁判決については、判示の対象となった法的仕組み、事実関係などを正確に把握しておくべきであり、大雑把ないし不十分な理解のまま一般論と結び付けて理解しておくべきではない。飽くまでも、個別の仕組みに則した判断を示しているものだからである。また、典型事例であるならば、どの点が典型であることを示しているのか、例外的事例であるならば、どの点にどのような例外的処理をなぜ施したのかなども、併せて理解しておくべきである。これによって与えられた事案を分析する際に、参考にすべき判例との異同を特定し、論じるべき点を適切に把握することが容易になろう。

(2) 設問1(1)

(处分性の基準等について)

- 多くの答案は、条文を引用（行訴法第3条第2項）の上、处分性について、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（以下「昭和39年判決」という。）の示した基準を挙げることができていたが、正確性を欠く記述も見られた。
- 处分性の概念については、处分性に係る要素を一つ一つ検討する形で論述する答案も多かったところ、勧告が行政指導（行手法第2条第6号）に当たることを指摘し、法効果性が認められるか否かが問題の所在であることを的確に記載している答案は、理解の深さを感じられた。

(権力性について)

- 十分な論証がないまま、「勧告は一方的になされるので、権力性を満たす」とのみ記載して権力性があると言い切る答案が目立った。

(平成17年判決について)

- 次のとおり、平成17年判決の意義を正確に論述することができていた答案は、多くなかった。
- ・ 後続処分の内容を病院開設の不許可と誤解する答案
 - ・ 同判決が勧告の「法的効果」を認めたものと誤解する答案（昭和39年判決等の一般的な基準と平成17年判決の関係を整理していないことに基づくものと思われる。）
- 平成17年判決を踏まえた本件の考察においては、想定される反対の見解の論拠も踏まえ、法第56条の構造を踏まえた論述が求められたが、これを正確かつ丁寧に分析することができている答案（役員の解職勧告（同条第7項）に従わなかった場合に、後続の行為として問題になり得るもの（同条第8項）を、同条の構造に則して丁寧に検討するものなど）は多くなかった。また、役員の解職勧告と社会福祉法人に対する解散命令の連動を想起させる運用の有無について言及する答案は、ほとんど見られなかった。さらに、平成17年判決を踏まえると、後続処分である解散命令の不利益性の深刻度を論ずる必要があるのに、Aにとって解散命令がされることによる不利益が重大であることについて指摘する答案は少なかった。

なお、この点に関し、少数ではあるが、法第56条第7項の解職勧告と同条第4項の改善勧告を混同している答案や、本件解職勧告はAを名宛人とするものであるため、Aにとっての処分といえるかどうかを検討する必要があるにもかかわらず、解職対象者のCにとって不利益であることを論ずる答案があった。

- 平成17年判決は、病院開設中止勧告というかなり特殊な事例について判断したものであって、その射程は限定的と考えられる余地があるにもかかわらず、本件解散命令について、権利救済の実効性などを根拠に、安易に处分性を認める答案が散見された。

(弁明の機会の付与)

- 「弁明の機会」が付与されていることが处分性を肯定する理由になるとする答案は多かったが、弁明の機会が付与されていることがなぜ处分性を肯定する理由となるのかについて、丁寧に説明している答案は多くはなかった。
- 次のような誤解を示す答案が少なくなかった。
- ・ 行手法第13条第1項第1号ニを根拠に、同法の聴聞の対象は処分に限られないとする答案
 - ・ 同条第1項第1号ニ及び第2号の文言から「弁明の機会の付与は処分を対象とするものではない（行政処分以外の行政活動に付与される）」とする答案
 - ・ 法第56条第9項の弁明の機会を与えられるのは「所轄庁の指定した職員」であるとする答案

(3) 設問1(2)

(「法律上の利益を有する者」の意義)

- 本問では、行訴法第9条第1項の枠組みでの検討が求められているため、まずは同項にいう「法律上の利益を有する者」の意義を正確に論じてほしいと考えていたが、「準名宛人」であることの意義を直接論じようとする答案が少なくなかった。

(平成18年判決等の理解)

- 平成18年判決や平成25年判決の要点を適切に挙げられている答案は多くなく、これらの判例の意義の正確な理解については不足していると見受けられた。処分の名宛人以外の者であっても、当該処分の法的効果により権利を制限される場合には、名宛人に準じて原告適格が認められるという判断枠組みは知っておいてほしかった。また、この判断枠組みを知らなかつたためか、業務執行理事であるDを社会福祉法人Aと同一視できるかという観点や、DはAと同様の利益を有するかという観点から検討する答案が少なくなかった。

(侵害されるDの権利等)

- 本件解散命令が条文上、処分の相手方にどのような法的効果を及ぼすかといった客観的議論

を展開すべきであるにもかかわらず、Dが、Aから、無利子・無担保で本件貸付金の貸付けを受けているといった事案の個別的事情から原告適格の有無を論じる答案が散見された。

- Dの権利を侵害する個別法の法規範となる法第44条第1項で準用される法第40条第1項第5号により、所轄庁の解散命令により解散を命ぜられた社会福祉法人の解散当時の役員が、以後、社会福祉法人の評議員及び役員に就任することができないことは、【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】を丁寧に読むことで、気付くことができたと思われるが、これを指摘することができていない答案や、法の規定を挙げながらも、本件解散命令によって、Dが、社会福祉法人一般の評議員や役員でなく、（本件解散命令により法人格が消滅することとなる）Aの評議員や役員になることができなくなると述べるにとどまる答案が散見された。

また、これに気が付いた答案であっても、侵害されるDの権利又は法律上保護された利益の具体的な内容（職業選択の自由等）に言及し、それゆえにDが「自己の権利を侵害される者」に当たること、すなわち、行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」に当たることを論理的に指摘できている答案は極めて少数であった。答案における記述として、上記の「法律上の利益を有する者」の意義を記載することができていても、論証において、これを定立した規範として活用し（当てはめて）、原告適格の有無についての結論を出すのでなければ、法律上の利益を有する者の意義を論じる意味は、大きく損なわれてしまう。

- 本件解散命令によりDが理事としての業務執行権限を失うとする答案は相当数存在した。しかし、単にDに業務執行権限があることのみを理由に原告適格を与えるべきである旨論ずるものについては、解散命令によりDの権利又は法律上保護された利益の侵害の有無を十分に検討したとはいえない。

(4) 設問2(1)

（「重大な損害」について）

- 行訴法第25条第2項にいう「重大な損害」とは、事後的な金銭賠償では回復が困難な損害を指すなどとする答案が多かった。そのような答案は、平成16年の行訴法改正により、それまでの「回復の困難な損害」という文言が「重大な損害」へと改められた趣旨を十分に理解していないと思われる。

（損害の内容）

- 解散命令は、法人格を消滅させて、その経営を不可能とするものであり、利用者や従業員などの点を指摘する前に、まずは解散すること自体が重大な損害をもたらし得ることを明確に指摘せず、Aが失う可能性のある社会的信用や、A以外の法益主体（Aの福祉サービス利用者やAの従業員）の不利益について重点的に言及する答案が多かった。言い換えると、利用者や従業員等の不利益について、それがAにとって重大な損害に当たるものであると論ずることができている答案は少なかった。

本案となる取消訴訟が主観訴訟である以上、「重大な損害」を基礎付けるものは、専ら執行停止の申立て人自身の損害である。本件申立てをするのはAであり、Aの利用者や従業員は第三者に当たるから、単に多数の者に損害が発生することを言うだけでは不十分であり、例えば、「処分の内容及び性質」として、法の目的に照らすと、処分は本来社会福祉の増進を目的とすべきものであるにもかかわらず、本件解散命令によってかえってその逆の事象が生じかねないことを指摘するなど、何らかの言及が必要であろう。なお、A以外の損害を重大な損害に含めるべきでないという点に気付いており、この点を、B県の反論として記述していた答案もあった。

また、平成19年決定は、当該弁護士の依頼者に生ずる損害の大きさを考慮したものではなく、その損害を当該弁護士の損害に引き直して考慮したものと評価するのが相當であるところ、これとパラレルに考えれば、本件においても、利用者や従業員の損害の重大性を論ずるのでは

なく、その損害をAの損害に引き直して論ずることが求められることに気付いてほしかった。

(B県の反論等)

- 本件解散命令が効力停止された場合に生ずる不利益として、B県が主張するであろうことは、かなりの答案が指摘できていた。しかし、そうしたB県の主張がどのように評価されるのかという点まで述べていた答案は少なかった。また、B県の主張が、行訴法第25条第3項が挙げる考慮要素のいずれに位置付けられるのかという点にも言及してほしかったところである。
- 問題文において、「行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい」とあるのに対して「B県は重大な損害に当たらないと主張する。」といった記載のみをする答案が散見された。これは単にAの主張を否認しているだけであって、反論にはなっていないといわざるを得ない。ここで出題者が求めているのは、なぜ重大な損害に当たらないか、その理由である。

そしてその理由としても、Aにとって有利な事実関係、又はBにとって有利な事実関係を単に設問から移記して列挙するにとどまる答案が極めて多かった。これに対して、例えば、利用者、従業員等の不利益・損害や、B県主張の解散命令により保護される利益について、行訴法第25条第3項にいう「処分の内容及び性質」で考慮することを明示する答案など、それらの事実が、答案における規範としての行訴法第25条第3項の「損害の回復の困難の程度」に該当するのか、それとも「損害の性質及び程度」又は「処分の内容及び性質」のいずれの要件に当たるのかを、それぞれの事実について当てはめた上で結論を出している答案は、多くなかつた。

(5) 設問2(2)

(裁量について)

- 少数ではあるものの、法第56条第8項が「……解散を命ずることができる。」と規定していることを根拠に、解散命令については要件裁量が認められると述べる答案があつた。要件裁量と効果裁量を正しく理解し、答案においては両者を区分して指摘することが望まれる。
- 効果裁量が認められると述べる答案の中に、その根拠として、「……解散を命ずることができる。」と定められていることを挙げるにすぎないものが少なくなかつた。行政処分について裁量が認められるという場合、法令の規定の仕方は確かに一つの根拠になるが、それだけではなく、当該行政処分の性質についても検討することが必要である。

(裁量権の逸脱・濫用の判断について)

- 会議録の中で、弁護士Fは、C自身がAの運営改善に向けて努力していることやB県知事が本件解職勧告の拒否を重視していることなどを指摘しているが、それらの事実を区別することなくまとめて書いた上で、一定の法的評価を行っている答案が見られた。そのような書き方では、事実関係のどの点に着目し、その点を法的にどのように評価しているのかが明らかにならない。
- 本件不正が業務執行理事Dの行為に基因しているにもかかわらず、本件解職勧告をAが拒否した事実を本件解散命令の判断に際して重視したことが「他事考慮」に該当すると評価する答案が散見された。本件解散命令を発するに当たって、解職勧告の拒否を考慮できることに問題がないことは明らかであり、そうであれば、上記の拒否の事実を「他事考慮」と評価することに違和感を覚えてもらいたい。

(実績資料に記載の事案について)

- 会議録の中で、弁護士Fは、実績資料に記載された事案を紹介しているが、答案の中には弁護士Fの発言を書き写して、それらの事案は本件とは異なると述べるにすぎないものがあつた。実績資料に記載された事案と本件が異なると言う場合、具体的にいかなる点に違いがあるのかを述べ、監督目的に比してAの不利益が大きすぎるといえるかなどを指摘してほしい。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまで繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められる。これを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や規範を具体的な事例の中で使いこなせるようにすることが肝要である。一見遠回りのようでも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別の根拠法令に当たって、その仕組みや法解釈を学び、演習を通じて、その理解を答案に表現することができるようになることが重要であると思われる。