

## 令和元年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

### 第1 総論

#### 1 出題の趣旨に即した論述の必要性について

- (1) 本問の設定は、昨年と同様、法律の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。このような問題設定において、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で論述をすることである。昨年に比べて少なくなったものの、依然として、主張、反論、私見という構成を取る答案があり、このような答案は、全体として論述が平板で、説得力の乏しいものとなっていた。また、訴訟の場面ではないのであり、主張適格について論じることは必要ない。
- (2) 本問で問題となっている自由ないし権利について、「表現の自由」として憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、違憲審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概ね示されていた一方、こうした判断枠組みの下での具体的検討が不十分又は不適切な答案も見られた。
- (3) 仮想の法案が何をどう規制しようとしているのかを丁寧に把握することが必要であるところ、法案の内容を誤って論じている答案が多く見られた。

例えば、立法措置①は規制の対象をSNS上の表現に限定していないが、これを誤って論じている答案が多かった。条文の読み解きは法律家としての基本的な能力の一つであり、それができないのでは議論の前提となる規制内容が理解できていないこととなってしまう。学習の中で、条文を素読する力を身に付けてほしい。

また、法案の内容を踏まえずに、営業の自由や財産権など、手当たり次第に取り上げて枚数を稼ごうとする答案も見られた。

#### 2 論述内容全般について

- (1) 「明確性の原則」の機械的な適用や、「検閲」「事前規制」の文言を使っての機械的な当てはめなど、目の前の具体的な素材について考察しないまま、不正確に概念を適用する答案が相当数あった。また、「内容規制」「内容中立規制」「事前規制」「事後規制」「間接的・付随的規制」など、基本的な概念について、不正確な理解に基づく論述をしている答案も相当数認められた。
- (2) 合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる。
- (3) 違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。
- (4) 審査基準の用語と内容が不整合である答案も見られたところ、基本的事項であり、正確な理解が求められる。
- (5) 厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほどの理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまっては、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうようと思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。
- (6) 設問の「自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる」との求めを適切に踏まえ、自己の見解を述べる中で、異なる立場を取り上げ

つつこれに説得的に反論している答案は高く評価された。他方、何が自説なのかが明確に示されていない段階で先に反論を指摘しているため何に対する反論なのかが不明確な答案や、反論として書き始めたものを結論において自説してしまう答案もあり、構成段階での検討が不十分なのではないか、と思われた。

### 3 判例への言及について

関連する判例への言及は、以前に比べると増えているが、問題はその引用の適切さである。判例の表面的な理解が目に付くことが多く、当該判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用しているものはまだ多くない。具体的には、後述の第3の2の(4)、第3の3の(7)のとおりである。

## 第2 表現の自由の基本的論述等について

### 1 表現の自由と虚偽表現の論点について

- (1) 虚偽表現が対象となっていることに着目した検討が不足、あるいは欠如している答案が相当数認められた。
- (2) 現実世界でフェイク・ニュースが問題となっていることに引きずられたのか、十分な検討をしないまま規制に肯定的な議論を展開するものが意外に多く見られた。しかし、フェイク・ニュースの問題性を認識することと、それをいかに規制し得るかは別の問題であり、規制の合憲性については、より慎重な検討がほしかったところである。
- (3) 表現の自由の重要性の理由として論ずるべき事項を取り上げ、虚偽表現はそれに該当しないので表現の自由の対象とならないという論述があったが、出題の趣旨にもあるように、虚偽表現について、安易に表現の自由の保障範囲から外したり、低価値言論として制約を簡単に認めたりすることには慎重な姿勢が必要である。
- (4) 事実の伝達は表現の自由として保障されるかという命題で論じ始める答案が相当数あり、このような答案の中には、虚偽表現が保障の対象かという本来の命題の検討が不十分になってしまっているものも見られた。
- (5) 「虚偽表現の自由」の制約として論じている答案が散見されたが、問題となるのは「表現の自由」であり、「虚偽の事実を流布する」ことが表現の自由として保障されるか、という観点で論述をすべきであろう。

### 2 明確性や過度広汎性の論点について

- (1) 明確性や過度の広汎性の問題に全く触れない答案が予想より多かった。
- (2) 明確性を問題にするのであれば、法令の規定について、漠然と「〇条の規定は不明確である」というのではなく、当該条文のうちどの文言の明確性が問題になるのかを具体的に示す必要がある。
- (3) 用語が抽象的であるとして、やみくもに「虚偽」や「公共の利害」を不明確であるとして有効無効を論じる答案が相当数あった。明確性の原則を機械的に適用しているだけで、実際に目の前にある具体的な素材について考察する姿勢が欠けている。
- (4) 明確性の観点から、「虚偽」の要件の適用がもたらし得る問題について全く検討しない答案が相当数あったが、本問の特質は、「虚偽」の判断が恣意的となる危険性であり、その萎縮効果に着目すれば、やはり「虚偽表現」の明確性について丁寧に論じるべきであろう。
- (5) 明確性の原則や過度の広汎性の問題を取り上げた場合には、合憲限定解釈の可能性に触れてしかるべき場合があるはずであるが、合憲限定解釈について触れた答案は非常に少なかった。
- (6) 明確性の原則と過度の広汎性の原則とを混同して論じられている答案が散見された。

- (7) 明確性だけを理由として法令違憲として論述を終える答案は高い評価はできなかった。本問では、法律家としてある法案の違憲性について助言を求められている以上、文面審査のみでなく、目的手段審査までするべきである。

### 第3 各立法措置に関する論述

#### 1 総論

- (1) 立法措置①と②を区別せずに論じている答案があった。しかし、規制の対象、内容等が異なるのであるから、それぞれ検討することが出題者の意図であることは容易に分かるはずであり、適切に論じることが求められる。
- (2) 立法措置①が、何人に対しても、公共の利害に関する虚偽表現を流布しないことを義務付け、違反すれば処罰するもので、表現行為に対して極めて広汎な規制をする異例の措置であるのに対し、立法措置②は、選挙に近接した時期に選挙の公正を害するおそれのある虚偽表現を対象とし、SNS事業者に特定虚偽表現の削除を義務付けているものであり、比較的要件が絞り込まれたものとなっている。これらの事情を適切に指摘した答案は、自ずから、それぞれの立法措置の合憲性を検討する上で着眼すべきポイントが捉えられ、的確に評価がなされていた。
- (3) 表現の自由の内容規制として、厳格審査を採用しつつ、「社会的混乱の防止」という抽象的な目的で簡単に目的審査を済ませてしまう答案が見受けられたが、問題文中に記載のある程度の事実関係で、立法事実として十分と言えるかどうかについて立ち入って検討がなされることが期待されていたところ、そのような検討を適切に行っている答案は極めて少数であった。

#### 2 立法措置①について

- (1) 立法措置①は表現内容規制であり、かつ、問題文中で指摘されている現行法上の諸法規と異なり、特定の個人的法益侵害に限定せず、広く社会的法益を保護するために、虚偽表現をする目的や対象、媒体、主体の限定をせずに規制するものであり、表現に対する制限の程度が著しい表現内容規制である。
- (2) 虚偽表現それ自体を規制するのではなく、社会的混乱が実質的に発生した場合にその混乱のみを規制することで立法措置①が想定している保護法益は十分守れるのではないか、との観点から検討されている答案は高く評価できた。
- (3) 立法措置①について、検閲や事前抑制であるとして許されないとする答案も少なからず見られた。そもそも、事前抑制の原則的禁止というときの「事前」の概念が理解されていないのではないか。本問は、虚偽表現を「一般的に禁止」しているが、事前規制をしているわけではない。
- (4) 北方ジャーナル事件は出版の事前差止めの問題であり、立法措置①は事前抑制ではないにもかかわらず、立法措置①を事前抑制であるとして北方ジャーナル事件の最高裁判決の基準を参照するのは、判例の参考方法としては不適切である。

#### 3 立法措置②の表現の自由の制約に関する論述について

- (1) 立法措置②について、発信者の表現の自由とSNS事業者の表現の自由の双方を指摘できている答案は少なく、誰の権利が問題となるのかを明確にせずに表現の自由を論じているものがあった。
- (2) SNS事業者の営業の自由の問題としてのみ論じている答案が相当数あった。営業の自由の問題となり得ないという必要はないであろうが、表現の自由を論じないということは、立法措置②には表現の自由の制約は含まれていないと評価することを意味する。それは、明ら

かに不適切な判断と言わざるを得ない。

- (3) 立法措置②も、表現内容規制と言い得るものであり、表現の自由への制限の程度は相當に重い。規制において、適用の時点が限定されているということのみを理由として内容中立規制とするものがあったが、早合点というべきである。
- (4) SNS投稿者の表現の自由保障という視点に立つと、自分の投稿が同意なく削除され、かつフェイク・ニュース規制法（案）第13条の損害賠償免除規定からして、特定虚偽表現ではない表現を事業者が削除しても、故意または重大な過失がない場合には免責されるため、事業者による予防的な過剰削除の危険がある。このような点を指摘している答案については高く評価することができた。
- (5) 立法措置②について、仮に合憲と論じるのであれば、厳しい判断枠組みの下で、問題文中の立法事実を適切に援用し、どうしてもやむを得ないので合憲である、ということになるはずであるところ、選挙の公正という公益の重要性のみを取り上げて、制限は当然であるという答案は低い評価にとどまった。
- (6) 条文上、特定虚偽表現については虚偽表現の「明白性」や、選挙の公正が「著しく」害されるおそれの「明白性」を満たすことが必要となっているところ、これらの文言により、規制対象が限定されていると適切に評価する答案があった一方で、その文言があるために抽象的で不明確になると評価した答案があった。実務的には、このような限定が重みを持って使われているのであり、明確性の判断の過程や手段審査において適切に取り上げるのが望ましい。
- (7) 立法措置②の合憲性を判断するに当たり、在外日本国民選挙権訴訟を引用する答案があったが、立法措置②では表現の自由の制約が問題となっているのであって、選挙権の行使に対する制約が問題となった判例を引用するのは適切ではない。

#### 4 立法措置②の手続保障の論点について

- (1) 手続保障の問題に全く触れない答案が予想以上に多かった。弁明の機会や理由提示のいずれもが除外されていることは問題文中に示されており、気付いてほしいところであった。
- (2) 適正手続の観点から問題があると論じるものについても、成田新法事件の基準を提示し、総合衡量の要素を当てはめるといった丁寧な論述をしている答案はあまりなかった。

#### 第4 形式的面での注意点について

昨年も指摘したところであるが、憲法の条項の正確な掲示や法律上重要な語句の正確な表記などに心掛けてもらいたい。

また、読み手を意識して、文章として理解できる記載をするように留意してもらいたい。その点で、文章にはできる限り論理的な明晰さが求められるのであり、内容にかかわらず改行を繰り返して文章をむやみに細分化したり、逆に適度に改行を行うことなく一気に文章を書き連ねたりする答案構成をしないように注意すべきである。

## 令和元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ことは、例年と同じく、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て、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、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、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

### 3 答案に求められる水準

#### (1) 設問1

- ・ 本事業認定の違法を本件取消訴訟において主張することが許されるかどうかにつき、いわゆる違法性の承継の問題であることに触れつつ、違法性の承継が認められるかどうかについての基準を最高裁判決等を参考に論じ、本件に即し土地収用法の一般的制度論に基づく検討を加えた上で、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、例えば、①本件で違法性の承継が問題となることの理由（先行行為と後行行為との関係等）について、また、②違法性の承継が例外的に認められるものであることやその根拠について、正確な理解に基づく記述がされているものや、違法性の承継が認められるかどうかについての基準を多角的な見地から挙げているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、本件において違法性の承継が認められるかどうか、反対説を考慮しつつ、手続保障の観点なども含め多面的かつ詳細に検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

#### (2) 設問2(1)

- ・ 無効等確認の訴えの原告適格に関し、行政事件訴訟法第36条が定める「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」の要件について、判例又は学説によって定立された枠組みを指摘し、「現在の法律関係に関する訴え」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができるなどを指摘した上で、こういった訴訟によって「目的を達することができない」と言えるかどうかについて最低限の検討を加え、無効確認訴訟の原告適格を認めることができるかどうかについて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。なお、「現在の法律関係に関する訴え」として検討すべき訴訟の指摘が適切でないものについても、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて一定程度検討がされているものについては、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ 上記のとおり、「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」の解釈についての枠組みを指摘し、「現在の法律関係に関する訴え」として、C市に対する土地所有権確認請求訴訟や移転登記の抹消登記請求訴訟といった民事訴訟（争点訴訟）で争うことができるなどを指摘した上で、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて、判決の効力の観点等から、一定程度検討がされているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、「目的を達することができない」と言えるかどうかについて、事業認定の時期との関係や、執行停止等他に利用し得る手続との関係について検討し、B県からの反論も踏まえて、詳細に検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

### (3) 設問2(2)

- ・ 土地収用法第20条第3号の要件該当性の判断に裁量が認められることが指摘されるとともに、本件事業認定の違法性の判断枠組みについて一応の記述がされ、違法事由について、会議録に記載された事情のうち主たる点を指摘して検討がされているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、土地収用法第20条第3号の要件該当性について比較衡量によって判断すべきことが指摘され、裁量処分の判断枠組みについて最高裁判例を意識した記述がされるなど、本件事業認定の違法性の判断枠組みについてより深い理解が示されているものや、違法事由について、会議録に記載された内容をきちんと拾い出して論じているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、例えば、違法事由について、B県からの反論を踏まえるなどして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

- ・ これまでにも見られたことであるが、問題文や資料をきちんと読まずに解答しているのではないかと思われる答案が少なくなかった。例えば、〔設問1〕の解答において、本件事業認定や本件権利取得裁決の处分性の有無を検討し、かなりのスペースを割いて論じている答案は少なからず見られた。しかし、会議録の弁護士Eの発言に見られるように、これらの行為が行政事件訴訟法第3条第2項の「处分その他公権力の行使」にあたることは示されているのであって、本問の解答においては、これらの行為について处分性を論じる必要はない。
- ・ 問題文を精読していれば防ぐことのできるミスを犯す答案が多く見られた。答案を作成するに先立って問題文を精読することは、受験における最も基本的なスキルであり、また、法律実務家としても、事実関係を正確に把握した上でその対応策を検討するというのが適切な職務の遂行の第一歩であることからすると、問題文を精読することができないのは、法律実務家としての基礎的な素養を欠くと評価されてもやむを得ないという認識を持つ必要があるようと思われた。
- ・ 問題で問われていない論点を延々と叙述する答案では本来論すべき問題に対する回答が雑になっているケースが多く、問題で何が問われているかを把握する力に不足があることがうかがわれる。
- ・ いわゆる「法的三段論法」や、問題提起部分と検討部分との対応関係への留意が甘い答案が相当数見られた。規範を提示することなくいきなり事案の分析を始めたり、結論を曖昧なままに放置したり、問題提起部分で検討を要する事項として指摘しておきながら検討部分においては当該事項が何も検討されないままとなっていたりしているのは、法律的な論証の手法という法律実務家として必須の基礎的な素養にも疑問を生じさせるものであった。
- ・ 事実の摘示と評価を行う中で、突如として規範のようなものが出てくる答案が散見されたが、その規範のようなものによって評価する根拠が不明であり、論理的な論述とは言えない。
- ・ 各問につき、自説とその根拠のみ記載し、相手方の反論が記載されていない答案や、相手方の反論は記載されているものの、十分に反論の根拠が検討されていない答案が多く見られた。問題文で、「B県が行う反論を踏まえて、弁護士Eの立場から、検討しなさい。」と指示されている以上、相手方の反論を記載すべきであるのは当然であるが、反論内容についても、相手方の立場に立ってどのような根拠等が考えられるかを十分検討しつつ、これを踏まえて自説を論述することで、答案に深みが出ると思われる。
- ・ 論点を一応は捉えて、判例の示す要件も一応挙げて、それに沿った検討をしているものの、

判例の要件の摘示が不正確であったり、検討の根拠が詰め切れていなかつたりするものも多かった。

- ・ 行政法上の基本的な用語につき、用語は知っていても、その内容を理解していないのではないかと思われる答案が見られた。例えば、〔設問1〕の解答において、本件取消訴訟に、裁決主義が妥当とするとする答案がいくつか見られたが、裁決主義の意味を理解していないのではないかと思われる。また、〔設問2〕(1)において、無効確認訴訟によって、行政処分の公定力を除去する必要があるとして、無効確認訴訟の提起を認めるべきとする答案が見られたが、やはり、無効の意味を理解していないものと思われる。
- ・ 公定力と不可争力の概念を混同しているなど、行政法上の基本概念に関する理解が不十分であると思われる答案が見られた。
- ・ 判例の文言や表現ぶりの正確な意味を理解していないためか、不用意に判例の文言を削るなどして異なる表現を用い、結果として意味が変わってしまっている記述が少なからず見受けられた。
- ・ 例年のことではあるが、「土地収容」、「多事考慮」、「採決」等の、行政法上の基本的な用語に関する誤字が見られた。これらは、誤字により、言葉の持つ意味 자체が変わってくるものであり、特に注意されたい。また、基本的な日常用語でも、例えば「粉争」のような誤字があつたり、あるいはひらがなで記載されたりした答案もあった。
- ・ 每年指摘されていることではあるが、書き殴ったような読みづらい字の答案が散見された。文脈を理解していかなければ到底判読不能と思われるものもあり、文字の巧拙というよりも、そもそも他人が読むことを意識していないのではないかと思われる。採点者としても可能な限り解読に努めるが、記載内容を一義的に特定できないような場合、採点者において根拠なく解答者に有利に斟酌することもできない。解答者においては、採点者に内容が正確に伝わる文字の記載を心掛けてもらいたい。また、自己流の略字は、当然のことながら採点者には理解困難であるから注意してほしい。
- ・ 文字の線が細いもの、微小な文字の挿入を多用するもの等については改善の余地があるようと思われ、現に、相当程度読みやすい文字で、充実した分量の記載がある答案も多数見られたところである。適切な筆記具を用意する、大きめの文字を書くようにする等の工夫をすることにより、少なくとも多くの者が判読可能なレベルの文字を書くことができる限り心掛けることが必要と思われた。
- ・ 本年の答案は、最終問題まで解答できているものも多かった反面、〔設問2〕(2)について、途中答案になっているもの、検討が極めて大雑把になっているものが散見された。〔設問1〕や〔設問2〕(1)で時間を使いすぎたためと推察されるものの、試験という性質上、時間配分を考えることも大切であると思われた。

## (2) 設問1

- ・ 本問は違法性の承継に関する論点を問うものであるが、多くの答案が、ある程度は、違法性の承継について論じていた。判例や学説が示す違法性の承継の可否を判断する基準について多くの答案が触れていた。
- ・ 違法性の承継の要件とその根拠、各要件についての設問の事案に即した検討を、よく整理された文章で論述した答案も一部にあった。
- ・ 本設問において事業認定の裁量の逸脱濫用を論じたり、行政事件訴訟法第10条第1項について論じたりする答案が散見されたが、最初に全ての設問を確認せずに答案を書き始めているしか思えない。この点は、問い合わせにおいて何が問われているかを正確に理解するという行政法に限らない基本的な作法の問題である。
- ・ 違法性の承継を論ずる必要性があることの前提となる点、すなわち、先行行為と後行行為が、別個の「処分」であって、それぞれが独立に抗告訴訟の対象となるため、後行行為に係る抗

告訴訟においては、先行行為の違法性を主張することが許されないのが原則であるという点は、多くの答案が指摘することができていた。少数ながら、この点を押さえることなく違法性の承継を論ずる答案も見られたが、そのような論じ方は論理的ではないことを意識しておく必要があるものと思われた。

- ・ 「事業認定」の处分性の論証に紙幅を費やす答案が散見された。事業認定に处分性があるからこそ違法性の承継が問題とされていることは前提としてほしい。また、事業認定に处分性がないとする答案も少数ながら見受けられた。
- ・ 違法性の承継が認められない根拠として、行政事件訴訟法第10条第2項を挙げる答案が少なからず見られた。すなわち、本件権利取得裁決を同項の「裁決」とし、本件取消訴訟においては、裁決固有の違法のみ主張できるから、本件取消訴訟においては、本件事業認定の違法を主張できないとするものである。このような答案は、同項の「裁決」の意味に関して、基本的な誤解があると考えられる。確かに、土地収用法は「裁決」という用語を使っているが、用語が同じであるからといって、同項の「裁決」と同じ意味であるとは限らない。その他、違法性の承継が認められない根拠として、同条第1項を挙げる答案も見られたが、同じく、基本的な概念の理解が不十分と考えられる。
- ・ 違法性の承継が認められるかどうかを検討するに当たっては、判例に照らし、手続的保障の十分性についても検討すべきであり、同検討においては、土地収用法の一般的制度論から導かれる根拠が論じられるべきであるが、答案においては個別事案に基づく事情（任意売却の交渉が行われていること）のみを挙げるものが多く、一般的制度論から導かれる根拠について十分に検討するものは少数にとどまった。
- ・ 違法性の承継は、個別的な事情に結論が左右される性質の論点ではなく、制度自体に内在する救済の必要性、許容性を論ずるものであるから、本件における違法性の承継の可否も、事業認定及び収用裁決の制度一般を前提に論ずる必要があるにもかかわらず、それらの制度の目的を道路の建設と指摘するなど、個別の事情に引き付けて論ずるものが少なからず見られた。また、違法性の承継を肯定するに当たっては、別個の処分であることを前提としつつ、これらの処分を一体のものとして取り扱って救済することが許される根拠を示す必要があるから、先行行為が後行行為の要件の一部を構成していること、その目的が共通していること等を論ずることが必要になるにもかかわらず、先行行為と後行行為が連続的なものであることを示すにとどまつたり、それらの目的の共通性やそれらの行為を一体のものとして評価してよいこと自体又はその根拠に全く触れなかつたりする答案が多く見られた。このように、違法性の承継が、どのような理由で許容されるのかという問題の本質に関する理解が不足している答案が多く見られた。
- ・ 違法性の承継が、行政救済法における救済法理であることからすると、手続的保障の有無を論ずることが必須であることは明らかであるにもかかわらず、手続的保障の観点を全く指摘していない答案が散見された。また、問題文に添付された資料である関係法令を通覧するだけでも、土地所有者の手続的保障に関する条文が多数引用されていることがうかがわれるのであって、これらを指摘して手續的保障の有無を論ずる必要があることを合理的に推測することができるにもかかわらず、手續的保障に関する規定として、事業認定の告示のみを指摘するにとどまる答案がそれなりの数を占めていた。なお、手續的保障の有無を論ずる際、事業の説明（土地収用法第15条の14）や補償についての周知（同法第28条の2）が履行されていないとの事実を認定したり、それらが履行されたことが不明である旨を記載したりする答案が散見されたが、会議録には、「法に定められている土地収用の手續はいずれもC市やB県によって適法に履行されています」と記載されているから、このような答案は、問題文を精読していないことの表れと思われる。
- ・ 最高裁判所平成21年12月17日判決（民集63巻10号2631頁）において問題にさ

れている「手続的保障」の意味について理解が不正確と思われる答案が一定数見られた（事業認定に関して出訴期間徒過の「正当な理由」が認められる可能性があるから、原告の手續的保障は十分であり違法性の承継を認める必要はないなど）。

- ・ 問題文では県の反論を踏まえて積極消極双方の見解を述べることが求められていたが、違法性の承継を肯定するか否定するかについて選択した方向性に沿う見解のみが述べられている答案が少なくなかった。
- ・ 違法性の承継の判断に当たり、上記最高裁判所平成21年12月17日判決との違いについてまで論述されているなど、よく勉強されている答案もあり、点数に差が出やすい問題だった。

(3) 設問2(1)

- ・ 他の問題に比べて最も不出来な答案が多かった。
- ・ 抗告訴訟としての無効等確認訴訟の原告適格という比較的手薄になりがちな論点に関する問題であったためか、全く的外れな内容を示すにとどまった答案も比較的多くみられた反面、行政事件訴訟法第36条について判例の示す基準や、同条にいう「現在の法律関係に関する訴え」が、基本的には民事訴訟のことであり、本件においては、当該民事訴訟において本件土地の所有権の帰属を確定させる利点とその限界を論ずる必要があることをおおむね理解していると思われるものもそれなりにあり、普段の行政法の勉強の程度や民事法全体の理解に関する実力が答案の内容にも素直に反映した結果とも思われた。
- ・ ごく少数ながら、補充性要件についての判例の要件を正確に適示し、争点訴訟の明示、拘束力の有無、第三者効の有無等をほぼ正確に論じて結論を導いた、極めて優秀な答案もあった。
- ・ 細かいことであるが、訴訟を適法に提起することができるかという問い合わせる結論が示されていないものも多かった。
- ・ 無効確認訴訟の原告適格の有無の問題であることについては、おおむねの答案においてそれなりに理解されていた。
- ・ 全体的に評価の低い答案が多かった。その理由は、無効確認訴訟についてあまり学習していないということも一因であろうが、その他に、仮に学習していたとしても、行政救済法で扱われる行政事件訴訟法第36条の無効確認訴訟の訴訟要件が、行政法総論における「行政行為の取消しと無効」（行政行為の無効）と関連しているということに理解が及んでいないからではないかと思われる。「C市に対して提起することができる訴訟」に関する、実際に様々な訴訟が答案の中にみられたが、不適切な解答の多く（例えば、「民事訴訟の前提として無効確認判決が必要である」とするもの、「現在の法律関係に関する訴えと無効確認訴訟の両方が提起できる」とするもの、更には他の抗告訴訟と比較するものなど）は、このような基礎的理解の不足に起因するのではないかと考えられる。
- ・ [設問2] (1)は、本件権利取得裁決に対する無効確認訴訟につき「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」（行政事件訴訟法第36条）との要件にあたるか否かの問題であるところ、この点の問題であることは大半の答案において指摘ができていた。もっとも同条の基本的な理解が不十分であり、当該文言についての解釈を全く示していない答案も散見された。また、この点に関する最高裁判所平成4年9月22日判決（民集46巻6号1090頁）の判旨を正確に理解していると思われる答案は少なく、さらに判旨の用語「直截的」について「直接的」「直載的」等の語を用いる答案が多く、判旨が示した基準を正確に記載している答案はごく少数であった。
- ・ 「直接」も「直截」も共に「ちょくせつ」と読むが、この両者は意味が微妙に異なるので、国語辞書などで改めて確認されたい。このことを理解することによって、「…むしろ当該換地処分の無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な争訟形態というべき」であるとした最高裁判所昭和62年4月17日判決（民集41巻3号286頁）の含意も正確に理解し

得ることになろう。

- ・ 行政事件訴訟法第36条後段について、民事訴訟が可能であるという理由で補充性の要件を満たさないということにはならないといった解釈を示し、直接型義務付け訴訟や差止訴訟の補充性の要件と混同している答案が見られた。
- ・ 本問については、AがC市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を踏まえて、検討することが求められている。しかし、多くの答案は、C市に対して提起できる「現在の法律関係に関する訴え」を適切に示すことができていなかった。
- ・ C市に対する訴訟として取消訴訟・差止訴訟等を挙げるなど、行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」の概念及び抗告訴訟の被告適格に関する基本的な理解を欠くのではないかと思われる答案が一定数見受けられた。法科大学院生には、行政訴訟の基本的な体系に立ち戻った理解を得られるような学習に努めることを期待する。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」の判例上の判断枠組みについての記述と、判断枠組みに基づく具体的な検討の記述に落差があった。まず行政行為の無効の主張が例外的な場合に限られるという問題と混同するなど、明らかに論点の意味を理解していない答案も少なくなかったが、とりわけ「現在の法律関係に関する訴え」として①「明渡裁決の差止訴訟（行政事件訴訟法第37条の4）」といった抗告訴訟を検討していたり、②「収用されない地位の確認訴訟」といったように形式的には「現在の法律関係に関する訴え」の形をとっているものの実質的には抗告訴訟に当たる訴訟を検討する答案が数多くあった。上記①については、形式的には判例上の判断枠組みを記述できていたとしても、実質的にはその意味を理解できていないものと言わざるを得ない。上記②については、むしろ「現在の法律関係に関する訴え」とは異なる抗告訴訟の基本的な理解に関わる問題であり、論点ごとの表面的な学習の問題点が鮮明な形で表れたように思う。
- ・ 取消訴訟を挙げるものもあったが、これも抗告訴訟であり、現在の法律関係に関する訴えではない。
- ・ C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、明渡裁決の（申立ての）差止め訴訟を挙げる答案が多数に上った。明渡裁決をするのは収用委員会であるほか、明渡裁決の申立て自体には处分性がないことをも誤るものであり、C市に対する訴えとしては、不適切なものであることが明らかである（その点を指摘する答案も見られた。ただし、B県を被告とする訴えとして、権利取得裁決の無効確認訴訟ではなく明渡裁決がされた後にその取消訴訟を提起することが考えられるということの派生として、明渡裁決の差止め訴訟を提起することも考え得るという限度では、これを適切なものと解する余地はあるといえるが、そうであれば、その旨を意識した論述をすべきである。）。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴え」はC市に対するものであるにもかかわらず、B県収用委員会のなす明渡裁決に対する不服を当事者訴訟に引き直したもの（明渡義務の不存在確認訴訟など）を挙げているものがある。
- ・ B県とC市を明確に区別していない、又はC市に対して提訴すべき訴訟をB県に対するものとして記載している答案は、訴訟に関する基本的な理解を欠くものと受け取られてもやむを得ないと思われる。
- ・ 「現在の法律関係に関する訴え」について、当事者訴訟の一種としての確認訴訟を挙げる答案は多く見られた。「現在の法律関係に関する訴え」に当事者訴訟が含まれるのは妥当だが、確認の対象が、例えば、明渡裁決を受けない地位の確認訴訟のように、抗告訴訟との関係の整理がされていない訴訟を挙げる答案が見られた。
- ・ その他、C市に対して提起できる訴えとして、形式的当事者訴訟を挙げる答案が少なからず見られた。そもそも形式的当事者訴訟は、「法令の規定により」（行政事件訴訟法第4条）認められるもので、確かに土地収用法には、本問の資料にはないものの、形式的当事者訴訟に

関する規定が存在する。しかし、同規定は、本問とは無関係であり、本問において検討する必要はない。やはり、形式的当事者訴訟の内容を理解していないのではないかと思われる。

- ・ さらに、C市に対する「現在の法律関係に関する訴え」として、民衆訴訟、住民訴訟等を挙げるものがあった。これらは、いずれも、基本的な法律概念を理解していないか、問題文を精読していないことを示すものであり、基礎的な実力自体の不足を示すものと思われた。
- ・ C市に対する訴訟として、「現在の法律関係に関する訴え」としての民事訴訟のほかに、「収用されない地位の確認訴訟」や明渡裁決差止訴訟など、不適切なものを一緒に羅列している答案があつたが（中には3つ以上羅列したものもあり）、このような答案は、仮に一部に適切なものを含んでいたとしても、基礎的理解の正確性を疑わせるものがある。
- ・ 権利取得裁決の無効確認訴訟と取消訴訟を比較検討している答案があつた。会議録には、権利取得裁決の取消訴訟を適法に提起できないとすれば、どのような訴訟を提起できるかという記載があり、その箇所を見ていよいと思う。
- ・ 明渡裁決によってC市が本件土地の所有権を取得するという誤解に基づく答案が一定数見受けられた。問題文に明記されているように、本件土地の所有権をC市に取得させたのは権利取得裁決である。
- ・ 権利取得裁決の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴えについて、裁決は有効であるから当該訴えは不適法であるとする答案があつた。訴訟要件と本案勝訴要件の違いが理解できていないと思われる。
- ・ 本問における行政事件訴訟法第36条にいう「現在の法律関係に関する訴え」は、現在の法律関係の前提をなす处分である本件権利取得裁決が無効であることを前提とすべきことは、問題文（会議録）の記載からも明らかであるところ、論述の前半では、権利取得裁決の無効を前提として当事者訴訟又は民事訴訟を提起できるかのように論じながら、論述の後半では、権利取得裁決には公定力があるから上記の訴訟ではこれを覆せないと論ずるもののか、 「現在の法律関係に関する訴え」である民事訴訟又は当事者訴訟として、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟、国家賠償請求訴訟、損失補償請求訴訟等の本件権利取得裁決が有効であることを前提としなければ提起されるはずのない訴えを挙げるものもあり、「处分…の効力の有無を前提とする」訴えの意味を理解していない答案が散見された。
- ・ 本問においては、無効確認訴訟と「現在の法律関係に関する訴え」に当たる民事訴訟や当事者訴訟を比較して検討することとなるが、行政事件訴訟法の条文に則してこれらを検討している答案はあまり見られず、単にAの救済の機会を増やすため、無効確認訴訟の提起を認めるべきとする答案が多かった。
- ・ 处分の無効を前提とする「現在の法律関係に関する訴え」によって目的を達することができないものについて、単に無効確認訴訟の方が「抜本的解決が可能」だからというにとどまり、具体的に無効確認判決の効力など、紛争解決という目的の関係でどのようなメリットがあるのかについて具体的に示していない答案が多かった。
- ・ 権利取得裁決が存在している以上、（権利取得裁決の無効を前提とする）民事訴訟又は当事者訴訟が直截的なものとはいえないと短絡的に論ずるもののが多数に上った。権利取得裁決の無効を前提とした訴えの提起を可能とするのであれば、権利取得裁決が有効なものであることを前提とするのは論理矛盾であるし、外形的に権利取得裁決が残存していることを指摘する趣旨であれば、権利取得裁決の無効を外形的にも確定しておく法律的な必要性が生ずる理由（所有権の権利主体（C市）と处分権者（B県収用委員会）が異なること、明渡裁決を阻止する必要性等）を明示しない限り、民事訴訟等が当該事案に直截的かつ適切ではないと論じたことにはならないはずである。短絡的に結論のみを述べても、全く説得力がないことに気付いていない答案が多く見られた。
- ・ 無効確認訴訟と民事訴訟や当事者訴訟を比較する上では、判決の効力を比較することが考え

られる。しかし、これも行政事件訴訟法の条文に則して、無効確認判決の効力を検討できている答案はあまり見られなかった。例えば、行政事件訴訟法第38条が、無効確認訴訟につき、取消訴訟の判決に関するどの条文を準用しているかについては、不正確な引用がされる答案が多数見られた。

- ・ 無効等確認訴訟には、明文上はいわゆる第三者効（行政事件訴訟法第32条第1項）が準用されていない（同法第38条第1項参照）にもかかわらず、これが明文で準用されているとする旨の答案が少なからず見られた。無効等確認訴訟に準用されているのは、いわゆる判決の拘束力であり（同項、同法第33条）、第三者効と判決の拘束力を混同している又はその違いを理解していないのではないかと思われた。なお、解釈上、無効等確認訴訟に第三者効が準用されるべきである旨の学説が有力であるとしても、無効等確認訴訟に係る判決に第三者効があると論ずるのであれば、最低限、明文で準用されていないことに加えて、法令の合理的な解釈として、第三者効が無効等確認訴訟にも準用されると解するのが適切である旨等を示すことは必要であると思われた。
- ・ 判例にある「より直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合」に該当するか否かを判断する事情としてどのようなものがあるかを十分に理解しておらず、法的効果に言及しないまま当事者の思いを主軸に論述を展開する答案が散見された。
- ・ 「拘束力」や「執行停止」に言及しつつ具体的な検討を行っている優秀な答案も少数ながら存在し、行政法全体の理解度の差が如実に表れたように思われる。

#### (4) 設問2(2)

- ・ 概ねよくできていたが、裁量についての判断枠組みを示さず、直ちに個別の違法事由を検討している答案も見られた。また、時間不足のためか、途中で終わっている答案や検討が不十分な答案も見受けられた。
- ・ 問題文の中にヒントが示されていたためか、ほかの小問と比べると出来は良かった。【設問1】と【設問2】(1)で点数が取れなくても、【設問2】(2)だけは点数が取れているという答案が散見され、知識はなくても問題文からうまく引用してまとめられれば点数が取れるという傾向が見受けられた。
- ・ 時間切れの答案を除き、大体の要素を拾っている答案が大半であるため、細部や詳細の論述の書き方如何で高得点となるものか否かが決まったところである。
- ・ B県が行うであろう具体的な反論を踏まえていないものが多かった。当事者の立場による解釈の構成は学習程度の違いがよくみられる点といえよう。
- ・ 裁量に当たっての考慮要素は概ね網羅されている一方で、これをAとB県それぞれの立場からどう解すべきかについての検討については個人差がみられた。
- ・ 基本的には、要素となるべき事実を問題文から丁寧に拾うことによって比較的容易に答案を作成することができると思われることから、他の問題と比較すると、良好な内容の答案が多くあった。他方で、重大かつ明白な違法については検討する必要がない旨が【法律事務所の会議録】に明示されているにもかかわらず、この点を論ずるものが散見され、やはり、問題文を精読していないことがうかがわれた。
- ・ 答案の全体としては、①一般論の内容、②間接事実の位置付け、③A又はB県のいずれの主張として位置付けるのか、④論ずる順番などの答案の構成の面で難があるものも散見された。例えば、一般論がないままに具体的な事実の検討を示したり、一般論が具体的な事実の検討の中に紛れ込んでいたり、同じ観点からの論述が2か所に分かれたり、反対当事者の主張として先に提示すべきものを自己の主張のいわゆる枕言葉として触れるにとどめたりしたものがあった。法律的な論証においては、事実又は主張がどのような意味を持つのかを適切に位置付けて論ずることが、当該論述の説得力を大きく左右するということの理解を深める必要があるようと思われた。

- ・ 土地収用法第20条第3号の要件の充足の認定について、行政庁が裁量を有するか否かという点を全く論じていない答案が散見された。行政庁が裁量を有さないという見解も論理的にはあり得るもの、仮に、そのような見解をとるのであれば、それを明示した上で、行政庁が裁量を有するとの見解を排斥しておくべきものと思われる。法的三段論法は、規範がどのようなものであるのかということが論証の出発点になるのであり、この点を意識しないままに答案を作成したのは、法律的な論証としては、問題があるものと思われた。
- ・ 裁量権の濫用逸脱の問題として正しく捉える答案が大多数であった。中でも、考慮されるべき利益を比較衡量する際の視点を、法解釈の中から導き出した上で、事実関係を丹念に拾い、諸事情を整理・分類して論じることができている答案は、丁寧な印象を受け、好感を持てた。
- ・ 土地収用法第20条柱書の「できる」規定を根拠として要件裁量を肯定する答案がかなりの数見られた。しかし当該規定は、要件が充足された場合において事業認定をしない効果裁量を認めるものと解釈する余地はあるにしても、要件裁量を認める根拠には（少なくとも要件充足を積極的に判断する方向においては）なり得ないと思われる。
- ・ 土地収用法第20条第3号における裁量権行使の違法性については多くの答案が触れていた。ただし、例年のことであるが、要件裁量や効果裁量といった基本的な概念の意味を理解していないのではないかと思われる答案が少なからず見られた。
- ・ 本件事業認定につき、裁量権の逸脱濫用が認められることを論じるに当たり、裁量審査の判断枠組みや、なぜ事業認定に裁量が認められるのかということの根拠（単に専門的、技術的、政策的判断ということのほか、その裏付けとなる土地収用法上の規定など）について言及することなく、直ちに考慮事項の審査などについて論じるものが多かった。
- ・ Aの立場を述べている箇所で、土地収用法第20条第3号の要件該当性の判断については、B県知事に「広い」裁量が認められると述べる答案があった。一般的に言って、裁量が広いという主張ないし指摘は、原告の立場と矛盾している。
- ・ 土地収用法第20条第3号の要件が、事業によって増進される公共の利益と、土地収用によって失われる利益（後者は私的なもののみならず公共の利益をも含み得る。）の比較衡量によって判断されるものであることを述べていないため、本件土地周辺の地下水や防災用の井戸への影響や本件土地の自然環境への影響が、なぜ裁量権の行使に際して考慮すべき事情なのか適切に説明できていない答案が多かった。本間に限らず一般的に、裁量権の行使に際して考慮すべき事情が何であるかを検討する際には、根拠法令の適切な解釈が前提となることに留意されたい。
- ・ B県知事に裁量が認められることの論拠や裁量権の逸脱濫用の判断基準については概ね理解されていたと思われるが、本件では他事考慮が問題となることについての論及がされていない答案が少なからず見られた。
- ・ 「他事考慮」とは考慮すべきでないにもかかわらず考慮すること、「考慮不尽」は、十分考慮すべきであるにもかかわらず、十分に考慮しないといった意味に使われるはずであるが、考慮事項の審査を論じるに当たり、これらの言葉について、その意味を踏まえないと用いているものがあった。
- ・ 考慮要素に基づく裁量統制について、他事考慮、考慮遺脱、重視すべき要素を重視せず重視すべきでない要素を重視するなど、これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとても目についた。きちんと分けて記述すべきである。
- ・ 他事考慮、考慮不尽、事実誤認等という用語が、具体的にどのような事象に対応して用いられるのかを意識することなく、「～は、事実誤認、考慮不尽に該当する」などと記載するものも散見された。法律的な論証に用いられる用語は、それぞれに特定の意味を持っているのであり、論証の対象となる事象に適切に対応した用語を用いる必要があるところ、その点を意識することなく、単に文意を強調するための形容詞と同様の感覚で用いているのではないか

ともうかがわれ、法律的な用語に対する意識の甘さをうかがわせた。

- ・ 裁量統制の基準やその適用を論ずるに当たっては、ある事実を認定することができるか否かということに関する誤りと、認定することができる事実についての評価に関する誤りとは、分けて論すべきものであり、具体的な検討においても、両者は区別して論ずる必要があるが、この点の区別を意識せず、又はこれらを混同させたまま論じた答案が、多数に上った。
- ・ 土地収用法第20条第3号の要件該当性に当たり考慮すべき要素について、単に「自然環境への影響が考慮されていない」とか「地下水への影響が考慮されていない」と指摘するだけの答案が見られた。解答の時間が足りなかつたのかもしれないが、問題文や会議録から関連する事実を拾い、それが法的にどのように評価されるのかを丁寧に論じるべきである。
- ・ 裁量権の逸脱濫用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例での当てはめにおいて、調査における考慮不尽イコール裁量権の逸脱濫用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものかという点の検討がされているのかどうか、答案上、明らかでないものがある。
- ・ 違法事由の検討において、問題文中に現れた事情を單に引き写して結論を導く答案が多く、考慮すべき要素について重要な事実と関連付けて記載する答案は相対的に少なかった。
- ・ 具体的な事実関係の検討において、さしたる検討を加えることなく、自然環境は土地収用法上考慮する必要がないなどとするものが散見されたが、自然環境に何らの配慮もする必要がないとの結論が合理的であるとは常識的に考えられないし、会議録において、弁護士Eが自ら自然環境に対する考慮の点を指摘していることも考慮すると、そのような結論を安易に導き出すことには素朴に疑問を抱いてもしかるべきではないかと思われた。
- ・ 裁量の内容と、裁量権濫用の判例理論をしっかりと押さえた上で、具体的な事案の中から、裁量権濫用の評価根拠事実を丁寧に拾い出して摘要することが求められる問題であると思われるが、ほとんどの答案が一通りのことは書いていたものの、各評価根拠事実の位置付けをよく整理して論じている答案となると、やはり少なかった。

## 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の出題も、昨年までと同様に、問題文及び会議録を丁寧に読めば、論すべき問題点の検討・把握は比較的容易にできるものであった。したがって、本問は、重要な最高裁判例や行政法上の概念等を正確に理解しているかどうか、及び、その正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導く応用能力が発揮されているかどうかによって、評価に差が出る出題であったといえる。

このような出題においては、問題文等で示されている様々な事実を拾い出し、これについて適切に法的評価を行う能力や、与えられた条文から、法令の趣旨を検討する手掛かりとなる規定を見つけ出し、その趣旨を適切に読み解く能力、これらを踏まえて論理的な思考に基づき分かりやすく説得的な論述をする能力が求められるのであり、特に上記のような作業を短時間に的確に行う能力は、広く法律実務家にとっても必須のものといえ、法科大学院においては、このような能力が身に付くような教育が目指されるべきであることは否定できないであろう。

もっとも、本年の出題は、違法性の承継や無効確認訴訟における原告適格といった、基本的ではあるが受験生によってはややなじみの薄い論点からの出題であったことからか、行政法の基本的な条文や概念の理解が十分でないと思われる答案が少なからず見られた。法科大学院での学習においては、上記のような応用能力の習得に向けた訓練に力を入れることだけでなく、これらの基礎的な理解がおろそかにされないよう、配慮することも必要であると考えられる。