

## 令和2年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

### 第1 総論

#### 1 論述内容全般について

- (1) 特段必要もないのに各段階で自己と異なる立場から論述をするなど、「自己の見解と異なる立場に言及すること」に不必要にとらわれすぎている答案が一定数あったが、自説を中心記述を展開する中で、必要な限度で他説に触れつつ、批判的検討を加えていくという書き方をすべきである。
- (2) 基本概念（経済的自由、立法裁量、積極目的・消極目的、LRAの基準等）の理解が正確であるかどうか疑わしいもの多かった。
- (3) 違憲審査基準（以下「審査基準」という。）の定立までは十分な記述をしながら、その具体的な適用においては、極めて形式的に簡潔過ぎる内容に終始した答案が目に付いた。
- (4) 資料を積極的に活用し、具体的に論述を進めるように努めるべきである。

#### 2 違憲審査について

- (1) 例えば、判例が「他のより緩やかな制限によっては立法目的を十分に達成することができないこと」を問題にしているにもかかわらず、目的達成との関係を考慮せずに手段が最小限度であるかどうかを論じる等、審査基準の具体的な内容の理解が不十分な答案が非常に多かった。
- (2) 多くの答案は、審査基準を設定するに際し、①制約されている権利の重要性、②制約の強度、③制約の目的（消極目的か積極目的か）を検討した上で基準の設定を行っていたが、①から③までの検討と具体的な審査基準とのつながりが不明確な答案が少なくなかった。また、定立した審査基準とその具体的な適用が実質的に整合していない答案、審査基準の具体的な適用の結論を記載していない答案、摘示した事実に対する法的観点からの評価の記載がない答案等の問題のある答案があった。

### 第2 規制①について

#### 1 職業の自由について

- (1) 職業の自由の意義及び特性や、規制①が職業「選択」と職業「遂行」のどちらに関わる問題なのかを明確に論じていない答案が一定数見られた。
- (2) 職業の自由の社会的相互関連性が（規制を必要とする理由ではなく）権利の重要性の論拠として説明されるもの、営業の自由を（人格的価値があるというにとどまらず）精神的自由そのものとして説明するもの等、概念や判例の論理を表層的にしか理解していない、あるいは、キーワードを脈絡なくつないでいるような、問題のある答案も見られた。

#### 2 判例への言及について

- (1) 関連する判例に言及しつつ論ずるべきことは問題文の要求でもあるところ、全く判例に言及しないまま論述を進める答案が少なからずあった。一般論としても、法曹を目指す者が関連する判例を無視して議論を展開することは許されないであろう。まして、本設問のように当然言及してしかるべき関連判例が存在する事案については、当該判例を明示し、その論旨を踏まえて自らの見解を示すことは必須である。
- (2) 判例を引いている場合でも、その内容の理解が不正確な答案が散見された。確かに薬事法事件判決は、具体的規制措置の憲法第22条第1項適合性の判断については、規制の目的・必要性、制限される職業の自由の性質・内容等の程度を検討し、これらを比較衡量した上で決定されなければならないと述べている。しかし、判例は、このような比較衡量と検討は第一次的には立法府の権限と責務であるとし、立法府の裁量の行使を前提として判断を下しているのであって、その点を無視して直ちに比較衡量で判断することを判例の趣旨であるかのよ

うに説くのは適切ではない。

- (3) 審査基準を検討するに当たっては、小売市場事件判決が積極目的規制について立法府の広い裁量を認めていることに留意する必要がある。その際、積極目的・消極目的の二分論に従わないのであれば、そのための論証が必要であろう。一方、この目的二分論に従う場合にも、二分論を採らなかった判例や学説における二分論の機械的適用に対する批判を考慮することが望ましい。

### 3 違憲審査について

- (1) 審査基準の定立において、経済的自由に対する制約は、一般に、内容が多種多様で、専門的技術的性格を有し、裁判所の審査能力との関係からしても、精神的自由と比べて、立法裁量に委ねられるべき要請が強いという点をきちんと押さえずに、審査基準の定立を行っている答案が一定数あった。
- (2) 規制①について積極目的と消極目的が併存していると理解せずに、問題となるのは積極目的か消極目的のいずれか一方であるとして論じるのであれば、その点についての説明が必要である。また、国民の福利増進を（積極目的でなく）消極的に分類する問題のある答案も見られた。

一方、立法目的を丁寧に検討し、規制内容の強さも含めて論じて審査基準を導く答案には、事例の分析力や論理的な説得力が感じられた。

- (3) 目的審査において、法案骨子の「第1　目的」の記述に全く触れず、既存の乗合バス事業者の保護、収益改善が目的であると言い切り、「事業者の収益改善」により「移動手段を維持確保する」ことが法の目的であることについて分析していない答案が少なからずあった。
- (4) 手段審査については、まず当該手段が立法目的を（観念的・抽象的にであれ）促進するのかどうかを確認していない答案が多くあった。次に、審査基準と現実の手段審査が対応していない答案も相当数見られた。例えば、審査基準として「実質的関連性」を挙げておきながら、現実には立法目的が抽象的に達成されていることで憲法上の問題がないとする答案や、「より制限的でない他の手段」の有無を審査するとしながら、現実に取り得る手段を具体的に挙げてその当否を検討していない答案である。
- (5) 補助金の交付を「より制限的でない他の手段」として論述する答案が相当数あったが、本問では、生活路線バスを補助金等で補填している現状への新たなたてこ入れとして規制①を導入しようとしているのであるから、上記論述は説得力があるとは認められなかつた。また、「赤字は全て補助金で補填する」等のおよそ現実的とは思えないような手段、「既存の高速路線バス専業事業者と生活路線バス専業事業者を合併させる」等の「より制限的でない」とは思えないような手段を提案している答案や、高速路線バス専業事業者の不利益が過大であるかなかだけを検討している答案が目に付いた。
- (6) 交通政策の意義、バス事業の特殊性に言及している答案は少なかつたが、事案に即した検討として求められているのは、そのような点に着目した議論である。また、公衆浴場が、自家風呂のない者にとって必要不可欠な厚生施設であることを論じた公衆浴場法に関する判例を、本設問についての先例だと考えた答案は、極めて少数であった。

### 4 その他

- (1) 許可と許可条件、あるいは、骨子第3と第4について、問題の所在を発見・分析する過程では、両者を分けて丁寧に検討することは、確かに有用であるが、答案においてこれらを別項目に分けて記述すべきかどうかは、検討の結果による。機械的に別項目を立てるのではなく、自分の検討の結果として分けて論じる意義がない場合には、そのように答案構成すべきであろう。現実には、一定数の答案が別項目に分けて記述していたが、その相当数は、記述がほぼ重複していた。
- (2) 憲法的観点からの見解が求められているにもかかわらず、政策的により効率的に立法目的を

実現できる別の代替案を提示しているとしか思えないものなど、問題が多い答案も散見された。

### 第3 規制②について

#### 1 移動の自由について

- (1) 憲法第22条第1項が一時的な移動の自由を保障するかが問題となることは大半の答案で言及されていたが、単なる「移動」が「移転」に含まれるかは自明ではないのに、特段説明なく同自由は同項により保障されるとする答案が多かった。
- (2) 規制②は、憲法第22条第1項の保障する自由に対する制約として構成する見解も、憲法第13条の保障する自由に対する制約として構成する見解も成り立ち得る。しかし、検討の手順としては、実体的に関係の近い個別的基本権である憲法第22条第1項の保障対象に含まれるかを検討し、含まれない場合には包括的自由権の一内容として保障されるかを検討すべきである。

#### 2 違憲審査について

- (1) 規制②の違憲審査の判断枠組みについて、それが経済的自由だから緩やかな審査で足りるという図式的な議論をした答案はさすがに少なかった。
- (2) 移動の自由が精神的自由の側面を持つとして、そのことを審査基準の設定に当たり考慮すべきだとした答案や、居住移転の自由に精神的自由や人身の自由と関わる側面があることを理由に比較的厳格な審査を基礎付ける答案があったが、こうした側面を抽象的にではなく、本設問の事情を考慮して具体的に論じた上で、審査基準を定立することが求められる。
- (3) 本設問の事情として考慮すべき点としては、例えば、移動、特に車による移動が種々の理由から様々な規制に服すること、規制②は、エリアと時間帯を限った上で、自家用車による乗り入れを規制するものであり、移動に対する規制の強度は強いものではないこと（常識で考えても、歩行者天国に伴う車両の乗り入れ禁止など、同種の規制は存在する）等を挙げることができる。これらの点に言及した答案は少数であったが、事案に即した検討として高く評価される。
- (4) 移動の自由を一般的自由にとどまるしながら、厳格な審査基準を導いている答案は、学説の基本的な理解に問題があると言わなければならない。
- (5) 罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる。

#### 3 その他

- (1) 自由権と平等原則の関係については、(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。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。
- (2) 規制②が憲法第29条の保障する財産権の制限に当たるとする答案も見られたが、的を外した議論である。
- (3) 刑罰に関する明確性の原則について論じている答案が見られたが、問題の所在を理解していないものと思われる。

### 第4 形式面での注意点

- 1 判別が困難な筆跡の答案が依然として少数ながら散見される。

- 2 誤字には十分注意すべきである。特に、「必要不可決」や「幸福追及権」等は論外である。
- 3 答案の構成として、第1，第2，・・(1)，(2)・・と内容に応じて項目を立てて論じることは内容を正確に伝えることに資すると思われるが、それ以上にわたって、改行するたびに、ア、イ、ウ・・や、a、b、c・・などと全く必然性がないのに細かく記号を付してブツ切りの論述を行うことは避けるべきである。求められているのは、内容が論理的に明快な論述であって、表面的に整理された形式ではない。

## 令和2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るか、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(1)

- 最高裁判例で示された処分性判断の定式を示した上で、農用地区域を定める計画自体の法的性格について、農業振興地域の整備に関する法律（以下「農振法」という。）ないし農地法の関係規定を挙げながら、農用地利用計画にいかなる法効果が付与されているか、計画の変更によりこれがいかなる影響を受けるかを検討し、本件計画の変更の処分性を論じ、また、申出の拒絶の処分性について、申請権の法的根拠を挙げながら論じた上で、成熟性に言及して結論を導いているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、都市計画法上の用途地域指定についての判例（最高裁昭和57年判決）の理解を正確に示した上で、農振法等に基づく農用地利用計画の法効果との異同を検討するもの、また、成熟性について、転用許可拒否処分取消訴訟等の別訴を提起した場合に考えられる帰結を挙げ、それとの差異に言及しながら、本件計画の変更段階での救済の必要性を実質的に検討しているものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、最高裁昭和57年判決が前提とする用途地区と比べた農用地区域の特殊性や利用強制など土地利用制限の相違に言及するなど、同判決に対する深い理解を示しつつ説得的に論じるもの、法的な申請権の有無について、内部規定である運用指針と農振法との関係や、農振法の趣旨目的を踏まえつつ説得的に論じるもの、成熟性について、多角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1(2)

- 本件計画の変更の申出が行政手続法上の申請に当たることについて、同法の関係規定を踏まえて検討した上で（なお、設問1(1)で検討したもの引用することも可）、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件及び本案要件について最低限の検討を加えて、Xがすべき主張について一定の結論を導い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。
- これに加えて、申出が到達することにより審査義務が発生することや、到達後の申出書の返却は法的に無意味であることなどについて、行政手続法の関係規定を指摘しながら法的検討をするもの、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件及び本案要件について、行政事件訴訟法の該当条文に即して個別に検討し、具体的な事実関係を踏まえた当てはめが示されているものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、不作為の違法確認訴訟における各要件について、関係規定の解釈を踏まえた的確な理解を示しつつ、各要件及び当てはめについて詳細かつ網羅的な検討が加えられているものなどは、優秀な答案と判断した。

#### (3) 設問2

- ①農振法第13条第2項第5号該当性について、農振法、農業振興地域の整備に関する法律施行令（以下「農振法施行令」という。）、農業振興地域の整備に関する法律施行規則（以下「農振法施行規則」という。）といった関係規定から処分要件を抽出した上で、本件事案に即した当てはめを検討し、また、②農振法施行令第9条の規定する8年という期間制限の本件農地に対する適用の可否について、同規定の解釈を示しながら当てはめを検討した上で結論を示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。
- 上記①について、関係規定を示しながら処分要件を丁寧に拾い上げ、本件計画の目的、本件事業の目的、本件農地との関係について具体的に言及した上で解釈し、具体的事例に即して当てはめが検討されているもの、上記②について、期間制限の目的等を踏まえて農振法施行令第9条を解釈し、一定の結論を導いているものなどは、良好な答案と判断した。
- 上記①及び上記②について、説得的な解釈論を展開した上で、本件事例において妥当な解決が示されているものなどは、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)

- 毎年の採点実感で繰り返し指摘されてきたにもかかわらず、今年も書き殴った文字、極端に小さな文字、線が細く薄い文字、極めてくせの強い文字で書かれるなどしたため、何度か読解を試みても判読困難な答案が見られた。読めてこそその採点であり、採点者が努力しても判読できなければ答案の評価は困難である。結局のところ受験者本人が不利益を被ることになるので、他の人が読むということを意識して、客観的に見て判読しやすい文字を書くよう普段から工夫し、丁寧な筆記を心掛けたい。字の大きさ、間隔等にも気を配ると良い。
- 毎年のように指摘されているが、「画定」（確定）、「市長村長」（市町村長）、「機会」（機械）といったものは、誤字により、当該言葉の持つ意味自体が変わってしまうものであり、気を付けてほしい。

###### (法解釈・基礎的法概念等の理解)

- 条文の読み込みや体系的理解が不十分な答案が多かった。行政法の分野では、要件がよく整理されて立法されており、条文をきちんと読めば論述のヒントが得られることが多いのに、条文に記載された要件をキーワードとして押されることなく、何となく行政法の一般理論の勉強で得られた知識を展開してしまって、ポイントがズレてしまった答案も多かった。
- 当然のことながら、法律論の基礎は、条文の解釈とそれへの当てはめである。適用されるべき具体的の条文に即することなく、専ら抽象のあるいは一般的な「定式」のごときものに基づいて議論を展開するのは、適切な議論とはいえない。
- 行政法上の基本的な概念や用語を知ってはいるもののその理解が十分ではない答案や、誤解しているのではないかと思われる答案が見られた。例えば、委任命令を行政規則とするものや、申請に基づく処分と届出を混同しているもの、申請を拒否する処分を不利益処分とする初歩的なミスが見られた。
- 都市計画法上の用途地域指定について、土地収用や換地処分を予定しているなどといった誤った記述が非常に多く見受けられるなど、法律や判例等に関する知識以前の基本的な用語について理解していない答案、不作為の違法確認訴訟の本案審理の内容が何かを理解していない答案、政省令を裁量基準（法的拘束力を有しない裁量基準）と誤解している答案、運用指針が法令であると誤解している答案などが多く見られた。これらは、司法試験を受験する上で最低限理解しておくべき行政法の常識的な知識ともいいくべきものである。

###### (読解・分析・構成・表現力)

- 例年のことではあるが、問題文中に書かれている指示に従って一つ一つ議論を積み重ねることのできた答案は極めて少なかった。このことは、型どおりの解答はできるが、それ以上に問題に即した事案を分析することを苦手とし、問われたことに柔軟に対応する力が欠けている受験生が多いことを示しているのではないかと考えられた。事案について、自由に各自の議論を展開し、自由な発想で何らかの結論を導けば良いわけではなく、設問はもちろん、会議録中の「指示に沿って」、一定の立場から、指示された検討事項を丹念に検討していくことが求められている。
- 問題文や会議録には解答のヒントや誘導が盛り込まれており、これらを丁寧に読むことは、解答の必要条件である。それにもかかわらず、問題文の事実や指示を読んでいないか、あるいは事案等を正確に理解せず、問題文が何を要求しているかについての論理的な理解が甘いまま解答しているのではないかと思われる答案が多く見られた。問題文をきちんと読んで、何を論じ、解答すべきかを把握した上で答案を作成することは、試験対策ということを超えて法律家としての必須の素質でもあることを認識してほしい。
- 次のように、問題文の事実や指示を読んでいないか、あるいは事案等を正確に理解せずに解答しているのではないかという答案が散見された。
  - ・ 会議録で答案の方向性を示されているにもかかわらず、設問1(1)で、本件計画の設定が農地所有者の権利義務に及ぼす影響について整理されていない答案
  - ・ 設問1(2)において、「処分はされていないものとし」との記載があるにもかかわらず、拒否処分取消訴訟を検討する答案や義務付け訴訟について検討する答案
  - ・ 設問1(2)は、(1)とは異なり、計画変更及びその申出の拒絶が処分であることを前提とするものであるにもかかわらず、(1)については論述が不十分な一方で、(2)についての答案において申出の拒絶の処分性について長々と論述する答案
- 挿入の多用、大幅な順序の入替えなど、非常に読みにくい答案がいくつかあった。答案の方針が定まらないまま書き始めている可能性があり、問題文等を丁寧に読みしっかりととした答案構成を検討することが重要である。
- 自己が採る結論をなぜ導けるのかということを説得的に記載することが最も大切であるのに、問題文中の事実を指摘しただけで、さしたる根拠も論理もなく突如として結論が現れる答案が多く見られた。例えば、会議録に記載のある生の事実（「農地所有者等からの申出が不可欠」、「農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「本件農地は高台にある」など。）を拾って記載するだけで、それが法的にどういう意味があるのかということについて検討されていないような答案である。規範を立て、それに具体的な事実を当てはめることによって結論が得られるという過程をきちんと文章で示せるよう普段から学習しておくのが大切である。

(途中答案・時間配分)

- 本年度は、解答が終了していないいわゆる途中答案がかなり見られ、特に、設問2については、ほとんど解答がされていないものや、全く解答がないものが少なくなかった。本年度の問題の分量については、例年と比べて、特に増加しているとは考えられないことから、設問2のように問題文に示された事実に沿って個別法を解釈し、実体的な違法事由を検討するタイプの問題に不慣れな受験生が多いのではないかと思われる。
- 設問1(1)は相当の分量をもって解答している一方で、設問2の解答が数行にとどまる答案があった。設問2について十分な解答を書くだけの時間がなかったのだろうが、試験時間が限られている以上、時間配分にも注意すべきである。特に、本問の事案の検討から離れて一般論を長々と書いていることが、時間が足りなくなる一つの要因になっているのではないかと感じた。
- 設問1(1)よりも(2)が比較的よくできていた。他方、設問2は、これに充てる時間に限りがあつたためか、非常に出来が悪かった。条文構造が複雑で、資料から法の仕組みを読み解き、それをアウトプットすることが難しかったのであろうと推測するが、時間配分に注意する必要があると同時に、複雑な法制度を短時間で読み解くことができるよう、判例の学習に際して関係する法

制度の理解に時間を割くことが求められる。

(2) 設問1(1)

(全体について)

- 設問1(1)については、おおむね書けていたという印象である。ただし、個々の問題点の相互関係を理解して的確な論理展開をしている答案は極めて少数であった。特に、申請権の有無と处分性の関係について理解していない答案が目立った。
- 設問1(1)について、会議録において、計画自体の法的性格（处分性）と計画変更の处分性とを別個に検討するよう、解答のための手順が示されているにもかかわらず、多くの答案は、それを無視し、处分の定義をいくつかの要素に分類した上で（例えば「公権力性」と「直接的法効果性」など）、それに当てはめて处分性の有無を判断するとどまっていた。一口に处分性の問題といつても、例えば、行政規範や行政計画の处分性の有無が問われる場面と申請に対する处分かどうかが問われる場面とでは、検討すべき事項が異なるはずである。また、計画変更の处分性について論ずると書き出しつつ、計画の处分性を論じて終わっているもの、計画の处分性について検討すると書き出したのに、いつの間にか計画変更の处分性について論じているものなど、両者の区別を余り意識しない答案も散見された。
- 拘束的計画や完結的計画といった行政計画に関する様々な用語を使用して、处分性について検討しているものの、その意味を正確に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。
- 处分性の判定に当たり、公権力性の有無に一切言及しない、また、公権力性の有無について係争行為を行った主体が「国又は公共団体」であるか否かで判断するなど、基本概念の理解ないし用法が十分ではない答案が多かった。
- 处分性は係争行為の根拠となる法令に照らして定型的に判断されるべきであり、本件に登場するXの事情に照らして判断すべきものでないことはもはや周知のものと思われるが、いまだに本事業や本件農地に係る個別の事情を論じている答案が少なからず見受けられたのは残念であった。
- 簡単な検討で处分性を否定する答案が見られたが、原告側代理人の立場に立った検討が求められていることに留意してほしい。
- 運用指針を裁量基準であるとする答案が相応の数に上った。計画変更又は申出の拒絶の处分性を肯定するとしても、それは裁量処分ではなく、また、手続自体に裁量があるとの趣旨を読み取ることも困難であるから（B市は、申出者に対して通知をしてもしなくても良いなどという定めにはなっていない）、行政法における裁量の位置付けやその理解について、正確に学習をする必要がある。

(处分性の定義)

- 处分性の一般的な判断基準については、多くの答案である程度の解答をすることができていた。
- 多くの答案で判例が定立している处分性の定義が記載されており、处分性という行政法の基本的な概念の学習は定着していることがうかがわれた。他方で、「公共団体」を「地方公共団体」としたり、「権利義務を形成し」を「権利義務を制限し」としたり、「法律上」（認められる）を抜かしたりするなど、定義を正確に記載することができていない答案もかなりの数に上った。基本的な概念については、その正確な定義を理解しておくことが必須であることを再確認しておく必要がある。

(農用地利用計画の处分性・最高裁昭和57年判決の理解)

- 本件計画の設定が区域内の農地所有者の権利義務に及ぼす影響（農用地利用計画の法的効果）については、農振法が定める土地利用制限の具体的な内容を同法の条文に即して検討することが求められており、多くの答案が、転用制限（農振法第17条）、開発制限（同法第15条の2）、利用強制（同法第14条、第15条）のいずれかの条文を挙げることができていたが、他方で、検討が不十分な答案が多かった。

- 会議録では、「都市計画法上の用途地域指定についての判例」（最高裁昭和57年判決）を参考にし、計画としての性質や規制の程度等の違いも考えながら検討するよう指示があるところ、同判決の理解を踏まえた上で、出題趣旨に沿って秀逸な論証を行う答案も相応に見受けられた一方で、同判決自体に全く言及せず、用途地域指定との比較も全くしておらず、そのため、検討の焦点がずれたり、十分な検討がされなかつたり（農振法第17条による転用制限の存在のみをもつて处分性を直ちに肯定するなど）する答案が多く見られた。会議録の文脈から、本問ではこの判例の前提事案との異同を論じる必要があることは、読み取らなければならない。
- 最高裁昭和57年判決について判例の結論と理由を正確に指摘している答案がそれなりにあつた反面、理解が不十分な答案が極めて多かった。例えば、行政計画が青写真にすぎない旨を記載したり、土地区画整理事業に関する換地の有無に言及したりするなど、最高裁昭和41年2月23日大法廷判決、最高裁平成20年9月10日大法廷判決などを念頭に、都市計画法以外の法律の仕組みに言及する答案が続出した。また、最高裁昭和57年判決は、用途地域の指定について处分性を否定しているが、それがどのような理由によるものであり、本問とはどのような違いがあるかを正確に示している答案は余り見られず、中には处分性を肯定する判例としている答案も見られた。
- 少なくとも主要な判例について、その内容を正確に理解することは行政法の学習においては重要であり、基本的な学習が不十分ではないかと考えられる。判例学習に際して、当該事案に係る都市計画法、土地収用法といった重要な個別法律の仕組みを理解することが、行政法を学ぶ上で判例学習の意義といえる。しかも、行政計画における处分性の論点は有名論点であり、問題となる行政計画の性質など事案に応じて判決の結論も異なるのであるから、判例の学習においては、問題となっている事実関係やその背後にある制度の概要や判決の射程にも気を配りたいところである。

#### (申出の拒絶の处分性)

- 申出の拒絶を処分と解し得るか否かは、法令としての効力を有さない運用指針のみに根拠がある申出をもって、法令上の申請と解して申出者に処分に対する申請権が与えられていると解することが可能か否かがその前提問題となるから、農振法には申請権があるとは書かれていないことや、運用指針には法令としての効力がないということを踏まえて論述をする必要がある。答案の中には、この点を意識し、法令の仕組み全体を踏まえれば申請権があると解釈し得るとか、運用指針が農振法のあるべき解釈を具体化したと解釈し得るなどの考え方を導き出したものがある一方で、上記の点を意識することなく、運用指針中に申出に関する定めがあることや、申出に対して変更の可否を通知する定めがあることをもって申出の拒絶が処分である旨をいきなり論ずるものや、運用指針は法令としての効力を当然に有する旨を前提として論ずるものも散見され、行政法に関する学習の定着度や実力の差が現れたところと思われた。
- 申出の拒絶に処分性が認められるかどうかを検討する際には、申出がどのような性質を持つのかという点を考えるべきであるが、かなりの答案が、申出の拒絶自体について、判例の処分性判断の定式に照らして処分性があるかどうかを検討していた。こうした答案は、問題の意図を十分に理解していないと思う。また、同様に、運用指針で手続が定められているからとか、計画の変更が処分だからという理由だけで、処分性があると導いたり、「農地所有者等からの申出が不可欠」であるという会議録中の生の事実を記載するだけで、その事実がどのように位置付けられるのか、それがどうして申請権の存在を導くことになるのかということについて検討しないまま処分性を肯定したりする答案が多かった。
- 申請権が付与されていれば申請の拒絶は処分性を有することになるという関係を理解していないためか、申出の拒絶により本件計画が変更されないことになるから申出人の権利義務に影響が及ぶとして申出の拒絶に処分性を認める答案も多く見られた。
- 計画除外の申出が行政手続法所定の申請に当たるかどうか、同法第7条を念頭に検討すること

が求められるところ、この点につき結論に至る過程を的確に論じている答案は少なかった。

(成熟性)

- 会議録に、「本件計画の変更の段階での抗告訴訟による救済の必要性」を検討するよう指示があるにもかかわらず、紛争の成熟性について全く触れていない答案が散見された。また、抗告訴訟による救済の必要性に触れるものも、想定し得る他の訴訟として、会議録に記載されている「本件農地についての別の処分を申請して、その拒否処分に対して取消訴訟を提起する」をそのまま記載するにとどまった答案がかなりの数に上った。会議録の記載は、当該記載から具体的な拒否処分や具体的な取消訴訟を自ら想定し、それを前提に計画変更に係る紛争の成熟性を論ずる必要があることを示唆するものであることがその文脈から明らかである上、紛争の成熟性は、その概念に照らし、具体的な紛争とそれを前提とする具体的な訴訟の適法性を論じなければ、それを検討したことにならないことも明らかであり、紛争の成熟性という概念の理解について、抽象的な言葉の記憶にとどまらずにその内実をきちんと学習しておく必要性があるように思われた。
- 成熟性についてはそもそも論点として検討すること自体していない答案が多く、問題文を読んでいるのか疑問があった。また、救済の実効性、紛争の早期確定というワードは出てきていたが、その論理の筋道まで論証しきったものは少なく、記載があったとしても、抽象的に別の取消訴訟を提起することも可能であると記載されているだけで、転用許可の拒否処分に対して取消訴訟を提起することができる旨の指摘がない答案が非常に多かった。最高裁昭和57年判決も、用途地域指定の処分性を否定する理由として、建築確認などを争う段階で用途地域指定の違法性を主張して救済を求める途があることを挙げていたところであり、そのような論点は会議録の中で触れられている。
- 救済の必要性の内容として、地域における医療施設の設置の必要性など、本件事案に特有の個別具体的な事情を挙げる答案が散見されたが、処分性の有無はそのような個別具体的な事情によって左右されないことについての理解が不十分であることによるものであると思われる。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 不作為の違法確認訴訟における訴訟要件や本案要件について、条文を引用し、問題文の事案を丁寧に拾って要件への当てはめをするという形式的なことができていない答案が多かった。理論的ないわゆる論点と言われるものの議論も重要であるが、実務においても、訴訟要件及び本案要件の当てはめは基本であり、普段の学習においてもいがしろにせず、注意するよう心掛けほしいところである。
- 申請の不受理や申請書の返戻は正に行政手続法第7条違反になる場合であり、本問でも同条によりB市に審査義務が発生していることは、多くの答案が指摘することができていたと思う。だが、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件との関係で、本件申出書の返却が法的にどのような意味を持つのかという点に言及することができている答案は少なかった。また、本件申出書の返却を申請拒否処分と捉えた答案もあった。
- 行政手続法に即して、本件申出書の返送やその違法性を説明している答案は余り見られず、1年間が経過していた事実のみから、直ちに違法とする答案が少なくなかった。
- 抽象的に不作為の違法確認訴訟の訴訟要件が何であるか記載していても、訴訟要件への本事例の当てはめがされていない答案もあり、本件で肝心な「相当な期間の経過」についても、検討が不十分な答案が多かった。一方で、申出書の返却と行政指導について厚く論じる答案もあり、バランスの悪い答案となっていた。
- 不作為の違法確認訴訟の訴訟要件・本案要件の充足の有無を検討するに当たり、行政事件訴訟法第3条第5項、第37条に基づく検討とは別に、いわゆる確認訴訟における確認の利益の有無（即時確定の利益、対象選択の適否、方法選択の適否など）を検討する答案が少なからず存在した。不作為の違法確認訴訟の「確認」に引きずられたのであろうか。それとも、不作為の違法確

認訴訟においても確認の利益の有無を検討すべしといった教育を受けたのであろうか。非常に違和感が残った。

- 不作為の違法確認の訴えにおいては、何も処分がされていないことが前提であるから、何らかの処分がされ、当該処分を争う訴えを起こすことが可能となる時点を特定することが前提となる出訴期間の定めが適用される余地はないはずであるのに、不作為の違法確認の訴えにも出訴期間の定めの適用があり、その要件を満たしている旨を論ずる答案が散見された。出訴期間の意義について理解が不足しているものと思われた。
- 申出書の返送後、Xと市職員とのやりとりを行政指導と捉えた答案が少なからず存在した。許認可の申請前後の行政と市民とのやりとりは、行政指導でよく扱われることは事実であるが、本件における職員の発言内容には、行政指導の要素は含まれていない。思い込みが先行してしまい、問題文の読み込みが不足しているように思われる。
- 少数ではあったが、被告をB市が所属するA県とすべきとする答案もあったところ、A県とB市は別個独立の公共団体であり、それぞれ独立の被告適格を有するという半ば常識によって判断し得る事項を理解できていなかつたのは残念であった。

(訴訟類型の選択)

- 問題文中に抗告訴訟という指示があるなど、問題文がかなり解答の方向を限定していたため、訴訟の類型については、多くの答案が不作為の違法確認訴訟と解答することができていた。ただし、差止訴訟、無効確認訴訟とする答案も散見され、これらは、訴訟類型の理解が十分ではないか、あるいは、事案を誤解しているのではないかと思われた。
- ①申出拒絶の取消又は無効確認訴訟、②申出書の返送の取消訴訟、③申出拒絶処分の差止訴訟、④申出に対する応答を受ける地位を有することに係る確認訴訟（公法上の実質的当事者訴訟）を指摘する答案があった。①及び②は、会議録において、申出への拒否処分 자체がされていないことを前提とするよう指示されている以上、取り消す又は無効を確認する対象となる処分が存在しないことを前提として検討すべきことと整合せず、③は、B市が申出書を返送して申出を受理しないとされる状態にしている以上、処分をする蓋然性自体がなく、④は、抗告訴訟には該当しないから、「Xが提起すべき抗告訴訟について…検討しなさい」という問題文とは整合しないものであることが明らかである。このように、これらの訴訟は、少し冷静に考えればいずれも提起し得ないものであることに容易に気付くことが可能なものの（現に、途中で気が付いて正しく修正できていた答案もあった。）であり、行政事件訴訟法に掲げられた訴訟類型の基本的な理解を定着させることが重要である。
- ほとんどの答案は正しい訴訟類型を選択していたが、当該訴訟類型を選択したことの正当性を自覺的に論証した答案は必ずしも多くはなかった。普段から検討の機会が多くはない訴訟類型が問題として取り上げられたことが理由として考えられるほかに、問題文に書かれていた事案の事実状況が慎重に検討されていないことも関係しているのではないかとも思われる。

(申出が申請に該当すること)

- 申出が行政手続法上の申請に該当し、それが行政庁に到達することによって行政庁の審査及び応答義務が生ずるにもかかわらず、応答がされていないことの問題点を論ずる必要があるという問題の基本的な構造は理解できている答案が比較的多かったものの、これを正確に文章で表現できている答案は少数にとどまった。
- 会議録においては、Xの「置かれている状態やB市による対応の法的な意味を検討した上で」と記載されているにもかかわらず、申出書の到達により行政手続法第7条の定める審査義務が発生していること、到達後のB市による申出書の返却行為は法的には無意味であり申請である申出は応答されていない状態であること、申出書の返却が法的には無意味であることなどについて、丁寧に記載している答案は少なかつた。多くの答案が、このような検討をしないままB市の対応が不作為である旨を端的に指摘するにとどまり、中には、B市の不作為があることを摘示するこ

とすらせず、不作為があることを当然の前提として、他の要件の検討のみを記載する答案も散見された。

- 申請に対する応答義務があることを暗黙の前提として論ずるにとどまり、それを定めた行政手続法第7条を指摘することができていない答案がかなりの数に上った。申請に対する応答（処分）がないことが違法であることを指摘するためには、その前提として申請に対する応答義務が存在しなければならないという当然のことをきちんと文章化できるかどうかというところに普段の学習の程度や実力の差が現れたと思われる。

(不作為の違法確認の訴訟要件)

- 不作為の違法確認訴訟を挙げることはできているものの、不作為の違法確認訴訟の理解が不十分と思われる答案が多く見られた。例えば、義務付け訴訟と区別できていないのではないかと思われる答案が見られた。また、不作為の違法確認訴訟の訴訟要件の理解が不正確な答案も少なくなかった。
- 訴訟要件の充足性は、訴訟要件を定める法令のどの文言に対応するのかを理解することなくしてこれを正確に検討することは不可能なはずであり、事実に法律を正確に適用することが法律実務家にとって最も基本的なスキルであることを意識することが大切である。

(4) 設問2

(全体について)

- 他の問題で時間を使いすぎたためか、途中で解答が終わっている答案や全く解答がない答案がかなり見られた。解答に要する時間配分の都合もあると推察されるが、「個別事情を考慮しないでなされた処分（通知）には裁量の逸脱があるので違法」のように、全体として論述内容の粗い、極めて大雑把な検討にとどまつたりする答案がかなりの数に上ったほか、行政裁量の違法判断の一般論を展開し、農振法や農振法施行令等についてはほとんど検討することなく、いくつかの事實を挙げて、申出の拒絶を違法とするなど、論すべきポイントを捉えきれなかつたものも多く、他の問題と比べて最も不出来な答案が多かった。他方で、数は多くはなかつたが、農振法や農振法施行令、農振法施行規則等を参照し、問題文中の事實を踏まえて検討している答案も見られた。
- 本問では複雑な法令の適用関係を読み解くことが求められている。そして一般的にこの種の設問では、資料として示された関係法令の条文に事案を当てはめた「解釈」を、論理的な筋道を立てて、丁寧に展開することが求められる。農用地区域については、農振法、農振法施行令、農振法施行規則といった法令が複層的に存在していることから、やや複雑な法令の構造を把握し、的確に条文への当てはめをすることが必要であったが、的確に条文を当てはめることができている答案は少数であり、当てはめが混乱したり、不十分にとどまつたりしたもののが大半であった。
- 農地の冠水の防止を目的とするのは本事業であるにもかかわらず、本件計画が農地の冠水の防止を目的としていると論ずるもの、本事業が農振法第10条第3項第2号、農振法施行規則第4条の3第1号が規定する事業に該当しない結果として本件農地が同法第13条第2項第5号の土地に該当し、本件計画を変更すべきであると論ずる意図と思われるところ、本事業は同法第13条第2項第5号に該当しないから本件計画を変更すべきであると論ずるものなど、本件計画、本事業及び本件農地を明確に区別し、それぞれがどのような趣旨内容のものであり、どの条項が適用されるのかを的確に把握することなく論じていると思われる答案が多かった。
- 会議録にある「本件農地についての別の処分を申請して、その拒否処分に対して取消訴訟を提起する」という会話文中の「別の処分」が何なのかを考えずにそのまま書き写しているだけの答案や、同じく「本事業は、農地の冠水の防止を主たる目的とするもので、これによって関係する農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「とりわけ、本件農地は、高台にあるため、ほとんど本事業の恩恵は受けない」という会話文を書き写し、法令のどの要件との関係が問題になるかを示すことなく、「したがって考慮不尽に当たる」といった結論めいたことを書いている答案など、会話文が持つ法的含意を余り考えない安易な答案も数多くあった。

(裁量論について)

- 設問2については、多くの答案が裁量権濫用の問題として捉えており、このために判断のポイントを十分に押さえきれていない論述となっていた。条文をよく読んだ上で論理的に考えれば、裁量権濫用の問題でないことは分かるはずであり、問題の論理的構造を把握する能力が不足していると言わざるを得ない。
- 農振法の規定から下位法令をたどることができず、本問で適用すべき規定を正確に指摘できていない答案が多かった。おそらくそのこともある、同法第13条第2項第5号の要件該当性の判断についてはB市に裁量が認められたとした上で、裁量権の越縫濫用の有無を検討する答案が多かった。また、農振法施行令第9条の規定を裁量基準とした答案は、行政法の基本的知識が欠けていると思われる。
- 農用地区域の変更は裁量処分ではなく、一定の事情が発生した場合に当然にそれをすべきものであり、そのことは法令の規定振りからも相当程度明確に読み取れるにもかかわらず、これを裁量処分として論じ、裁量権の逸脱濫用があると結論付けるものが多数であった。規定の文言、処分の性質や内容等を良く考えて裁量の有無を決することが大切である。
- 本問で裁量権の越縫濫用を検討している点で既に疑問であるが、裁量権の越縫濫用の一般論を長々と論じている答案が散見された。そのような答案は、問題文の中から関係する事実を見付けて、それを条文に当てはめるといった作業が本問で求められていることを理解していないと思う。
- 特に検討を踏まえることなく、端的に農振法施行令や農振法施行規則を行政規則であり、裁量基準であるとする答案も少なくなかった。

(農振法第13条第2項第5号該当性)

- 農振法第13条第2項第5号該当性については、会議録中に記載されているXの主張に沿って本件農地が同法第10条第3項第2号に掲げる土地に該当しないことを論じる必要があり、そのためには、同号を受けて定められた農振法施行規則第4条の3の第1号該当性を検討する必要がある。同号の定めを丹念に読み、Xの主張する事実関係を同号の規定に当てはめていくことが必要であり、かつ、それで足りるはずであるが、本事業が同号柱書の括弧書及び同号イの括弧書によって除外される事業であることを記載できている答案は驚くほど少なかった。勉強したことのない法令であっても、落ち着いて精読した上で法令の仕組みがどのようなものかを正確に理解し、その当てはめを答案に着実に記載していくことが求められている。
- 本問において、農振法施行令第9条の適用が問題になることを指摘することができている答案の中でも、同条の趣旨をきちんと示した上で結論を導いている答案は必ずしも多くなかった。また、同条の適用の例外を論証するに当たり、その不当な結果のみを取り上げて論ずる答案が少なくなく、そもそも、なぜ例外を認めるような解釈が可能であるかを論じたものは余り見られなかった。
- 取消訴訟の対象となる処分の根拠規範である農振法施行規則の条文を引用しない答案が多かった点は、同じ解答者の答案が設問1の処分性の検討においては判例の定式に従って条文を引用していることとの対比においても目を引くところである。あるいは、委任立法の解釈の在り方に言及した答案がほとんどなかった点に鑑みれば、委任立法への意識の薄さゆえであるかもしれない。

(政令による期間制限)

- 会議録で「土地改良事業との関係で農用地区域からの除外を制限している農振法の趣旨目的を踏まえて」として、農振法の趣旨目的を踏まえて農振法施行令所定の期間制限に例外を認める解釈を検討するよう指示されているにもかかわらず、農振法の条文を全く検討しない答案が極めて多く、農振法第13条第2項第5号が「農業に関する公共投資により得られる効用の確保を図る観点から」と定めていることに言及した上でこれを踏まえた検討を行った答案は非常に少数であった。政令が法令の委任を受けて制定される下位法令である以上、政令を解釈するに当たっては法令の趣旨を参照しながら検討することが求められ、問題文に引用されている法令の条文を精読

した上で問題の要求に着実に答えていくことが何よりも重要である。

- 農振法施行令は法規命令であるのに、農振法施行令の機械的適用はすべきでなく、個別事情を考慮していないといった答案が多かった。機械的適用・個別事情の考慮は、裁量基準（行政規則）で議論される論点である。法規命令と行政規則とが十分に区別されていないように思われる。
- 会議録において詳しく会話がなされているためか、比較的事案の事情は拾えている答案が多かった。ただし、政令の規定の法適合性や法に適合するための解釈といった委任命令の範囲等に関するこにまで触れている答案は多くはなかった。
- 「農地の生産性が向上するとは考えにくい」、「本件農地は高台にある」などの議事録にある生の事実だけを記載する答案が散見され、法的検討が不十分であった。そのため、農振法施行規則該当性として論じようとするのか、裁量権の逸脱濫用として論じようとするのかさえ、明らかでない答案もあった。

## 5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 単に判例の知識を詰め込むような知識偏重の教育は必要ないであろうが、主要な判例については、当該判例の内容や射程についての理解を正確に身に付けることは重要と思われる。
- ・ 実体的な違法性の検討においては、多くの答案は裁量論に（のみ）重点を置いており、多くの受験生にとっては、個別法に沿った解釈論を組み立てる能力の涵養について、手薄となっているよう思われる。実体的な検討において、裁量論が重要であることについては言うまでもないが、個別法に沿った解釈論も行政法の学習においては重要であり、法科大学院においては、このような分野についてもトレーニングが行われる必要があると考えられる。
- ・ 法科大学院には、基礎知識をおろそかにしない教育、事実を規範に丁寧に当てはめ、それを的確に表現する能力を養う教育を期待したい。
- ・ これまで繰り返し言われていることだろうが、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よう思われる。事例問題の演習においては、条文をきちんと読み、問題文の中から関係する事実を拾い出して、それを条文に当てはめたり法的に評価したりする作業を丁寧に行うことなどを意識すべきだろう。
- ・ 法曹実務家は現実の紛争解決に有効な法理論を身に付けることが求められる。そして現実に生起する紛争事案は、二当事者間の対立紛争という比較的単純な事案ばかりではなく、紛争当事者が三者以上存在したり利害関係人が多数存在するような事案も少なくなく、そうした複雑な紛争につき適切な法理論を用いて的確に解決に導くことが求められる。そのためには基本的な法理論を土台ないし根本から深く理解することが重要であり、「応用力」というのはその発現形態にすぎない。すなわち法理の基本に立ち返って深く掘り下げるができるような思考力を涵養することが、真の応用力を身に付ける早道と思うので、そのような観点からの教育を期待したい。
- ・ 今回の答案の全体的な傾向は、法律家としての思考が表現されている答案が少なかったことに思う。生の事実をただ拾うのではなく、それが法的にどのような意味を持つのか、どの法令のどの文言との関係で問題となるのかなどについて、考え、表現する癖を付ける教育が望まれる。
- ・ 「申請に対する不作為」を手続的瑕疵と捉え、手續的瑕疵が処分の取消事由に該当するかという論点につき検討した答案が少なくなかった点は予想外であった。そのように解答した者の言い分けは、行政手続法第7条違反であるから同法第5条や第8条に違反した場合と同様に考えたということであろう。確かに、これがなぜ誤りであるかという点につき明確に説明している行政法教科書は余り見かけないように思われる。法科大学院の授業でも十分に触れられていないかもしれない。もっとも、①手續的瑕疵が処分の取消事由に該当するかという論点が存在する理由、あるいは②不作為の違法確認訴訟が行政庁の「不作為という判断」自体の適法性を争う訴訟であることを正確に理解していれば、そのような誤った理解には至らないと思われる。受験者には正確な理解が求められるが、

法科大学院での行政法の教え方についても考えさせられるところがあった。

- ・ 設問への解答において行政裁量を論じる必要があるか否かをよく考えずに裁量の有無、裁量の逸脱・濫用を検討する答案が目立った。本案における行政処分の適法性の検討においては事案のいかんを問わずとにかく行政裁量を論じれば良いと考えているのではないかと疑われる答案が、全体としては優秀な答案の中にも少なからず見られ、事案を具体的に検討することなく、裁量の有無、裁量の逸脱・濫用に関する一般論の展開に終始する答案も少なくないなど、行政裁量の問題が飽くまでも法律解釈の問題の一部であるという基本的な事柄が理解されていないと実感した。行政裁量に関する基本的な学習に問題があることが、このような設問によって逆に明らかになったように思われるが、これまでの行政法総論の学習、教育の在り方全体を見直す必要があるのではないかという気がした。