

令和3年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

第1 総論

- 1 規制①についての論述に紙幅と時間をとってしまい、より論すべき点が多い規制②について十分な検討ができていない、合憲性の判断枠組みの定立までは十分な論述をしながら、具体的な合憲性の判断の場面で必要な論証が不足している等、論述のバランスが悪い答案が多かった。
- 2 合憲性の判断枠組みとしては厳格な違憲審査基準を定立しながら簡潔な目的・手段審査で合憲性を肯定する答案、逆に、緩やかな違憲審査基準を定立しながら厳格な目的・手段審査をして合憲性を否定する答案等が、一定数あった。具体的な合憲性の判断に当たっては、自らが定立した判断枠組みの厳格度に見合った、事案の適切な検討が求められる。また、単に問題文中に記載されている様々な事情を書き出して、総合的に衡量した答案の多くは、恣意的に憲法適合性を判断していると評価せざるを得ないものであった。
- 3 本設問では、必要に応じて、自己の見解と異なる立場に言及することが求められている。この観点からは、平板で浅い論述に終始する答案も見られたが、見解が対立する点を的確に見定め、自分の立場とはどこが違うのかを明らかにすることにより、自説を説得力のあるものにすべきである。逆に、自己の見解とは異なる立場について一通り詳しく論じた上で、これを自己の立場から批判するという論述スタイルを探る答案も見られたが、本設問への解答に当たっては、自己の立場を論述する中で「必要に応じて」異なる立場に触れつつ、批判的検討を加えることが求められている。

第2 規制①について

1 問題となる人権について

- (1) 人権は、具体的な事案を離れて、一般的な憲法上の保障に値するものとして観念されるものである。この点で、匿名表現の自由を憲法第21条の下で保障される権利類型の一つであることを十分論述した答案は、匿名での表現や集団行進が憲法第21条の保障の下にあることを当然の前提として論じた答案よりも、高く評価できた。
- (2) 顔を隠して集団行進する自由が人権として保障されることの直接の根拠として、単に「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」との意見が多く見られるといった問題文中に記載されている事情のみを挙げる答案が一定数あった。これに対して、規制の萎縮効果等に関連付けて説得的に論述している答案は高く評価できた。さらに、匿名表現の自由を認めることの意義と問題点の両方を意識して論述している答案は、より高く評価できた。
- (3) 東京都公安条例事件判決（最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）を参照する等しながら、集団行進が公道上で行われ、他者の権利・利益と衝突する危険性があるため、権利としての重要性が低いと説明する答案が見られたが、このような指摘は権利制約の必要性との関係で言及するのが適切である。また、公道上の表現活動に対して強度の人権制約が認められる論拠としてパブリックフォーラム論に言及したり、精神的自由の制約が問題になっている場面であるにもかかわらず立法裁量の存在を前提に論述したりする等、基本的な理解が不十分と思われる答案も見られた。

2 問題となる人権への制約について

- (1) 問題となる人権とその制約の関連を意識して論述すべきである。問題となる人権を集会の自由又は表現の自由と捉えた場合には、規制①が人権制約に該当するか否か、どのような制約の態様であるのかが争点となり得る。これに対して、問題となる人権を「顔を隠して集団行進に参加する自由」と捉える場合には、規制①はその強度の制約となるにもかかわらず、

同時にそれを単なる手段の規制にすぎないとして緩やかな違憲審査基準を採用する答案も見られたが、制約される権利との関係で整合的な論述を展開する必要がある。

- (2) 規制①を専ら集団行進への参加の態様の制約として捉え、匿名での表現の制約に固有の問題が存することを全く認識していないように見受けられる答案が一定数あった。
- (3) 表現内容中立規制と表現行為の間接的・付隨的規制との異同を意識せずに論じている答案が一定数あった。他方、規制①は、一見すると表現内容中立規制であるものの、実質的には表現内容規制になっているのではないか、という視点から検討している答案は高く評価できた。

3 制約の合憲性の判断について

- (1) 合憲性の判断枠組みとして厳格審査を選択する答案が一定数あったが、そのような判断枠組みを選択する理由付けが不十分なもの、問題となる人権への制約に関する論述と合憲性の判断枠組みに関する論述との繋がりに疑問があるものが見られた。合憲性の判断枠組みの選択に当たっては、十分な理由付けが求められる。
- (2) 合憲性の判断枠組みとして比例原則を採用する場合には、審査の密度を事案に即して適切に設定する必要があるが、そのことを意識して論述した答案は少なかった。
- (3) 泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）を援用する答案が見られたが、公の施設の利用拒否と公道上の集団行進の自由に対する規制という事案の違いを考慮して論述した答案は、高く評価できた。
- (4) 手段審査における適合性、必要性を意識して論述する答案が一定数見られ、それらの答案の多くは、規制①が目的達成にどのように役立つかを具体的に論述できていた。
- (5) 規制①は相当に広汎な規制であり、匿名表現の意義を考えれば、強度の萎縮的効果を持つことは、容易に想像できるはずである。これらの問題文中に記載されている手掛かりについて一切検討することなく、安易に「表現内容中立的な規制であるから中間審査で合憲である」と論述した答案は、高く評価することはできない。逆に、個々の具体的な集団行進の公共の安全に対する危険性の程度にかかわりなく、正当な理由なく顔を隠すことを一律に禁じるという規制①の特徴を意識して論述した答案は、高く評価できた。
- (6) 顔を隠して集団行進をする者の氏名を事前に公安委員会等に届け出る、一定の場所での集団行進を一律に禁止する、集団行進において顔を隠すことを許可制にする、集団行進の状況を警察等が全て撮影する等といった、規制①よりも強度の人権制約に当たり得る措置を、「より制限的でない措置」の具体例として挙げる答案が見られた。
- (7) 裁判所が合憲限定解釈を行えばその法令は合憲となるとする答案があったが、法律案の検討の場面を想定している本設問に対する解答として、本来は適切でない。少なくとも、裁判所があえて合憲限定解釈をしなければ救うことのできない憲法上の瑕疵が法律案にあることを具体的に論じている必要がある。

4 その他

問題文中で、規制の文言の明確性は論じる必要はない旨が明記されているにもかかわらず、この点を論じている答案があった。

第3 規制②について

1 問題となる人権について

(1) 問題となる人権の選択について

多くの答案が、問題となる団体の人権として、結社の自由、表現の自由、プライバシーの権利のいずれか一つだけを検討していた。現実には、ある一つの規制が同時に複数の人権を制約することは珍しくない。一つの人権の制約を見いだしたとしても、それで満足することなく、当該規制について粘り強く多角的に分析すべきである。

(2) 表現の自由・プライバシーの権利について

ア ほとんどの答案が、団体の表現の自由又はプライバシーの権利の一方について触れていたが、双方についてしっかりと論じている答案は多くなかった。また、これらの人権が問題になることを抽象的に指摘する答案が見られたが、具体的にどのような意味で表現の自由が問題となるのか、どのような情報がプライバシーの権利との関係で問題となるのかを検討して論述すべきである。特に、報告義務により団体の構成員が一定程度明らかになることが団体のプライバシーの権利との関係で問題となることを指摘した答案は、非常に少なかった。

イ 団体の表現の自由について論じる場合、規制される「表現」が、直接には報告義務の対象である機関誌、ウェブサイト、SNSアカウント等でなされる団体の主義・主張その他の表現であることは明らかである。にもかかわらず、規制される表現を集団行進（でなされるもの）とする、あるいは規制②を集会の自由の問題として捉える答案が見られた。このような答案は、規制の分析が不十分なものが多く、高く評価することはできない。

(3) 結社の自由について

結社の自由について正面から検討している答案は少なかった上、規制②が結社の自由を制約していると捉える理由を説得的に論述している答案はさらに少数であった。また、結社の自由を問題とした答案は、表現の自由を問題としていないことが多かった。

(4) 団体構成員の権利について

規制②については、団体自体の人権の制約と団体構成員の人権の制約を複眼的に検討することが求められるが、団体構成員の権利について検討している答案は少なかった。また、問題となる人権について、団体と構成員の区別を意識して論じた答案も少なかった。さらに、問題となる人権の主体が団体と構成員のいずれであるかを明示せず、その点が論述全体からも読み取れない不適切な答案もあった。

2 問題となる人権への制約について

- (1) 観察処分と報告義務がどのような意味で人権を制約しているかについて具体的な論述を欠いている答案が少なくなかった。また、規制②の内容や効果を検討することなく、安易に人権制約がないと断定する答案もあった。
- (2) 規制②における人権制約の有無、程度の検討に当たっては、報告義務の対象となるウェブサイト等の媒体が誰でも見られるものであることが非常に重要な点であるが、この点に言及していない答案が一定数あった。逆に、誰でも見られるものとはいえ、観察処分により一定の情報を公権力に対して報告することが義務付けられる結果、表現の自由への萎縮効果やプライバシーの権利の制約が生じ得ることを論述している答案は高く評価できた。
- (3) 報告義務を課している点について、専ら消極的表現の自由の制約として論じる答案が見られた。しかし、一定の観点から団体を観察の対象とし、その情報発信の媒体について報告を義務付けることが、当該団体の本来の活動を萎縮させ、団体の自律にも影響を与えることからすれば、問題となる人権とその制約を狭く捉えすぎており不適切である。

3 制約の合憲性の判断について

(1) 合憲性の判断枠組みについて

問題となる人権や制約の態様が異なるにもかかわらず、十分な理由付けもせずに「規制①と同じ違憲審査基準を採用する」等とする答案が一定数あった。また、合憲性の判断枠組みとして厳格審査や中間審査を設定しながら、具体的な合憲性の判断が極めて簡潔であり、問題文中に記載されている事実に照らした検討が十分でない答案が多かった。

(2) 観察処分及びその要件、報告義務について

ア 報告義務の合憲性のみを問題として、観察処分の合憲性の問題を検討していない答案が多かった。

イ 目的・手段審査により合憲性を判断する際には、目的達成手段だけでなく、立法目的の適否についても実質的な検討が求められる。しかし、規制②の立法目的が、団体の活動状況を明らかにすることに加えて団体の活動を萎縮させることを狙ったものであることを指摘し、その問題点を検討した答案は、非常に少なかった。

ウ 観察処分による自由制限の程度とそれにより得られる公共の利益の衡量や、観察処分の対象となる団体の要件の合理性について論述した答案、「公共の安全を害する行為を抑止する」という規制目的との関係で、観察処分の対象となる団体の範囲が適切かどうかを論述した答案、報告義務の対象となる情報の範囲等について、規制目的との関係での必要性・合理性を論述した答案は、いずれも高く評価できた。

エ 合憲性の判断枠組みとして厳格審査又は中間審査を採用した場合に、「より制限的でない措置」の具体例として、問題文の規制手段よりも制約の強いものを挙げている答案が見られた。また、規制②を採用しなければ、規制当局が法律上の根拠なく情報収集を始めるおそれがあることを理由として、規制の合理性を基礎付けようとする不適切な答案もあった。

4 その他

- (1) G P S 捜査に関する判決（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）を挙げるなどして、継続的かつ網羅的な情報収集の問題性に言及した答案は非常に少なかった。
- (2) 本設問において論じる必要はない検閲該当性の論点について、相当の分量を割いて論じる等、基本的な理解が不十分と思われる答案が見られた。

第4 形式面での注意点

- 1 極端に字が小さかったり、乱雑であったりするなど、判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。
- 2 過料を「刑罰」「罰金」とするなど、基本的知識を欠く答案があった。また、違反行為に過料が科されることを理由として緩やかな違憲審査基準を採用できないという答案があつたが、合憲性の判断枠組みは問題となる権利とその制約の分析を通じて定立されるべきである。制裁の有無や程度は、手段審査において考慮すべき事情である。
- 3 設問とは関係のない一般論を延々と展開したり、設問との関係を論じることなく思いついた判例を挙げたりしても、高い評価は得られないことに注意すべきである。
- 4 例年指摘しているとおり、誤字には十分注意すべきである。特に「幸福追及権」等は論外である。

令和3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（例えば、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。以下「最高裁昭和39年判決」という。）で示された処分性判断の定式ないし申請に対する拒絶が処分となり得ることについての理解を示した上で、A市長（以下「市長」という。）が行ったBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）が申請拒否処分に該当するか否かについて検討するものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、A市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）及び本件条例施行規則（以下、本件条例と併せて「本件条例等」という。）の定める屋台営業候補者に選定されることが、市道占用許可の要件ないし効果との関係でどのような法的意味を持つか、公募申請者による応募申請とこれに対する市長の応答（選定ないし不選定の通知）を処分性との関係でどのように解するか等、本件条例等の仕組みを踏まえて具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、本件不選定決定と市道占用許可との関係性について、関係条文を正確に指摘しながら網羅的に検討するもの、屋台営業候補者の選定が中間段階の決定にすぎないとの理解を示しながら、市道占用不許可処分の取消訴訟等、市道占用許可に対する争訟手段を選択する可能性や当該手段の実効性の有無について具体的に検討するものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- 本件条例等の関係規定や屋台営業の公募に係る事実関係に即して、Bに対する本件不選定決定とCを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）との関係について、放送局の運転免許に関する引用の最高裁判例（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁。以下「最高裁昭和43年判決」という。）との対比を踏まえて実質的に競願関係ないし表裏の関係にあるといえるかを検討した上で、Bが本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を有するか否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、本件不選定決定を取り消す判決の効果について、行政事件訴訟法（以下「行政訴訟法」という。）第33条第2項の取消判決の拘束力についての理解を示した上で、これに基づき本件の訴えの利益の有無について具体的に検討するものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、本件不選定決定を取り消した場合の判決効の検討において、最高裁昭和43年判決の正確な理解を踏まえつつ、本件不選定決定と本件候補者決定のそれぞれの帰趨を具体的に分析し、訴えの利益の有無について説得的に論じるものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- ・ 本件不選定決定が裁量処分に当たることを指摘しつつ、本件における具体的な事実関係等を踏まえたBの地位への配慮の必要性の有無（①）、及び、本件条例等の関係規定やA市屋台営業候補者選定指針（以下「本件指針」という。）の内容等を踏まえたA市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）の申合せの合理性の有無（②）について検討し、これらに基づき、市長の選定に係る判断内容に瑕疵があるといえるか否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、前記①について、道路法第33条第1項の道路占用許可基準において人的な要素が重視されていない点、道路法に道路占用許可の名義貸しを明文で禁止する規定が見当たらない点、本件条例第9条第1項第2号アが生計の維持の観点から市道占用許可の承継を事実上認めている点、屋台営業に係る名義貸しをA市が長年放置（黙認）してきた点等、具体的な事実関係を踏まえて評価・検討しているもの、また、前記②について、本件条例施行規則第19条各号の選定基準を個別具体的に分析しているものや、新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点について具体的に検討して委員会の申合せの合理性を論じているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、前記①及び②の双方について、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、市長の選定に係る判断の瑕疵（裁量権の範囲の逸脱又はその濫用）の有無について説得的な理由を示しているものや、市長が委員会の推薦を覆して本件不選定決定をしたことについて、行政手続と諮詢機関との決定との関係について一般論を述べた引用の最高裁判例（最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁。以下「最高裁昭和50年判決」という。）の正確な理解を示した上で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)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めてくせの強い文字、略字の多用等により判読不能な答案が依然として散見された。限られた時間内で答案を作成しなければならないため、多少、乱雑な文字であってもやむを得ないとは思うが、答案である以上、自分の考えを正確に理解してもらえるよう作成しなければ意味がない（可能な限り読む努力はするが、採点者が努力しても、物理的に読めない場合は、当該部分を採点に反映させることは不可能である。）。他人が読むことを意識して筆記するようにしてほしいし、日頃から読みやすい文字で答案を作成する訓練をしてほしい。
- 道路法に基づく市道「占用」許可を市道「占有」許可と表記するなど、間違った言葉遣いをした答案が非常に多く見られた。

(法解釈・基礎的法概念等の理解)

- 当然のことながら、法解釈論の基本は、法令の条文を正しく解釈し、事実に当てはめることである。行政法の様々な一般理論や定式も、個別の法令を解釈適用するための道具である。個別の法令の条文をきちんと提示することなく、一般論に終始する答案が少なくないが、高い評価は望めないこととなる。
- 問題文の中で参考にすべきとして挙げられる判例（設問1(2)の最高裁昭和43年判決、設問2の最高裁昭和50年判決）は、行政法の中で重要な位置付けを与えられているものである（基本的な教科書や行政判例百選など主要な判例集にも登載されている。）。これらの判例の知識は、最低限備えておくべきものであり、司法試験を受験するに当たっては、不可欠のものである。

- 行政法学や法律学の初步的な事項を理解できているのか、疑問に感じざるを得ない答案が散見された。例えば、本件条例の法規性を否認したり検討したりする答案（本件条例第9条が行政手続法上の審査基準に当たることを踏まえたものかもしれないが、だからといって本件条例の全てが同じ法的性質を有するわけではない。）、本件条例が道路法第33条第1項のいう「政令」に含まれ、したがって委任条例であると捉える答案、本件条例の委任に基づいて制定された本件条例施行規則を行政規則と捉える答案などである。

（読み解き・分析・構成・表現力）

- 例年のことながら、資料として付された【法律事務所の会議録】（以下「会議録」という。）に記載された指示を無視したもの、あるいは明らかに読んでいない答案が少なからずある。問題においても、「以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて…設問に答えなさい。」として、これを参考すべきことが明記されているように、会議録も問題の一部であり、その指示を無視して自説を展開しても論証不足となり、高い評価は望めない。

（2）設問1(1)

（全体について）

- ほとんど全ての答案が、最高裁昭和39年判決で示された处分性判断の定式について触れ、かつ、正確に記述していた（ただし、「公権力の主体たる」が抜けるなど一部不正確なものもあった。）。
- もっとも、会議録において、本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性（①）、市道占用許可との関係（②）といった観点からの处分性の検討が指示されていたにもかかわらず、前記处分性判断の定式を複数の要素に分割して個々の該当性を機械的に解答するような答案が少なからず見受けられ、しかも、その多くが、個々の要素をかみ合わせようとして抽象的な検討に終始し、本件不選定決定の制度上の位置付け等、事案に則した具体的な検討がされていなかった。

（①本件条例等の仕組みに即した申請に対する処分該当性の検討）

- 本件条例等の仕組みに即した検討を行うに当たっては、定義規定も含め、条文を引用しながらこれに即した丁寧な検討が求められる。その際、本件条例第25条第1項に規定する屋台営業候補者の公募への応募が「申請」（行政手続法第2条第3号）に該当するかどうかを検討するに当たっては、同号にいう「処分」が行訴法第3条第2項における「処分」と同義であるため（行政手続法第2条第2号参照）、本件条例第26条第1項に基づく屋台営業候補者の選定の处分性を検討する必要がある。しかし、このような論理構造を十分理解せず、屋台営業候補者の選定についての申請権の有無と、屋台候補者不選定通知の法的効力とを単純に並列して検討している答案や、本件条例等の規定を平面的に羅列したにとどまる答案が多く見られた。
- 本件不選定決定に处分性、特に具体的な法行為性を認める根拠として、市道占用許可を受けられなくなることを挙げる答案が多かった。しかし、市道占用許可については国民が請求権を有しない（伝統的な行政行為の種別では「特許」に当たる）とすると、このことは必ずしも十分な根拠にはならない。その意味で、会議録において弁護士Eが述べるとおり、「本件条例及び本件条例施行規則の仕組みに即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分に当たるか、したがって、本件不選定決定が申請拒否処分に当たるか」という検討をより多くの答案に行ってほしかった。

- 本件条例等の仕組みに関し、道路法に基づく道路占用許可と本件条例に基づく屋台営業候補者の選定の関係を正確に理解していない答案が散見された。例えば、屋台営業候補者の公募申請が道路占用許可の申請と同一であると誤解するもの（両者が異なることを正確に理解しつつ、実質的に前者の申請が後者の申請であると評価できると論ずる答案もあった）。このような解釈が妥当であるか否かは別途問われることにはなるが、ここで問題とするのはこのよ

うな答案ではなく、そもそも前者の申請と後者の申請が同一であると誤解する答案である。) や、屋台営業候補者の公募申請を行うためには道路占用許可を受けておく必要があるなどと誤解するものが見受けられた。

- その他、屋台営業候補者の選定それ自体と選定結果の通知を混同した答案、屋台営業候補者に選定されることが市道占用許可の要件となっていることについての指摘がない答案、屋台営業候補者不選定通知を受けた場合、市道占用許可の申請自体ができなくなるかのように解答する答案も見られた。

(②市道占用許可との関係の検討)

- 処分性の検討に当たっては、実効的な権利救済の観点からの検討が欠かせないが、処分性の定義を論じる中で「成熟性」という観点を挙げていても、本件に即した検討において、道路法第32条第2項に基づく市道占用許可の申請に対する不許可処分の取消訴訟と対比して、屋台営業候補者の決定が中間段階の決定にすぎないという点の理解が十分に示されていないものや、単純にBが困っていることを指摘するにとどまるものが大部分であった。
- 屋台営業候補者不選定通知については、後続処分が予定されていないから紛争の成熟性が認められるとする答案が見られたが、同通知を受けた場合にも、その違法については、道路法第32条第2項に基づく道路占用許可申請に対する不許可処分の違法事由として争えないかという観点から検討すべきであった。

(その他)

- 処分性判断の定式に沿って個々の要素を検討した答案の中には、「公権力性」を挙げておきながら検討過程でこれに全く触れない、触れるにしても単に「公務員」ないし地方公共団体の長たる市長が選定を行ったとか、「一方的態様」で行ったなどといった理由で権力性を認める答案が相当数あった。こうした理由で権力性が認められるのであれば、例えば地方公共団体の長が行った行政指導に関するも、およそ権力性があることになってしまう。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 会議録にあるように、本問では、最高裁昭和43年判決を参考にしながら訴えの利益を検討することが求められ、本件不選定決定と本件候補者決定の関係を分析した上で(①)、同判決の論理(特に判決効)がどのように妥当するのか(②)を論証することが期待されたところである。この点、多くの答案が、同判決についての一定の理解を示しながら、
 - ・ 本件不選定決定を取り消しても、本件候補者決定が残っていると、結局、Bは屋台営業候補者にはならないのではないかという問題があること
 - ・ BとCとがいわゆる競願関係にあること
 - ・ 結論として訴えの利益が認められることについて論じることができていた。

- 他方で、Bに訴えの利益が認められる理由について、最高裁昭和43年判決の論理を踏まえて正確に論証することができていた答案は比較的少なく、単に判決の結論を挙げ、本件にもその射程が及ぶとだけ解答する答案や、逆に、判決の概要を10行ないしそれ以上にわたり説明する答案も散見された。同判決の論理を手掛かりにした本件の検討を求めているのであり、判決の結論や概要の知識を聞いているのではない。

(①本件不選定決定と本件候補者決定の関係の検討)

- 前記のとおり、多くの答案において、本件不選定決定と本件候補者決定とが、いわば「競願関係」、「表裏の関係」にあることの理解を示すことができていた。
- 他方で、CをBの「競業者」と表現する答案があった。そのような表現では、新規業者への許認可に対して、既存業者が取消訴訟を提起した場合等と区別することができないだろう。
- 本件の屋台営業候補者は営業場所ごとに1名選定され、2名同時に選定されることもあり得

ないにもかかわらず、Cが先に選定されていたとしても、Bは他の19箇所のどれかには選定される可能性があるとの理由で訴えの利益を否定した答案があった。せっかく判例の知識が正確であっても、事案の理解が不十分なために的外れな論述になったものであり、残念である。

(②)本件不選定決定の取消しの効果の検討)

- 最高裁昭和43年判決の論理は、本来、取消判決により、本件候補者決定が取り消される形成功は当然には生じないが、本件候補者決定と本件不選定決定がいわば表裏の関係にあることにより、取消判決の拘束力（行訴法第33条第2項）の間接的な効果として、Bが候補者に決定される可能性があるというものであるが、このような論理を正確に理解していないと思われる答案が多数見られた。例えば、以下のようなものである。
 - ・ 取消判決の第三者効（行訴法第32条第1項）により、本件不選定決定の取消判決の効力がCにも及ぶ（本件不選定決定の取消判決の第三者効によって本件候補者決定の効力が直ちに消滅する）から訴えの利益があるとする答案が多く見られた。Cに対する本件候補者決定は本件不選定決定とは異なる処分であるから、後者の取消判決の第三者効は前者の有効性を左右しない。最高裁昭和43年判決も第三者効には触れていない。
 - ・ 本件不選定決定の取消判決の拘束力により、本件不選定決定といわば表裏の関係にあるCに対する本件候補者決定を取り消す必要が生じるから、訴えの利益があると論ずる答案も多かった。同判決はそこまでは言及しておらず、取消判決の拘束力の及ぶ範囲を誤って広く捉えすぎているといわざるを得ない（正しくは、取消判決を受けて再審査をした結果、Bを屋台営業候補者に選定すべきということになった場合に、A市長が本件候補者決定を取り消すことになる。）。
 - ・ 既にCが屋台営業候補者に選定されているため、Bに対する不選定決定を取り消しても、Bが従前と同じ区画（以下「本件区画」という。）の屋台営業候補者として選定される可能性はないが、3年後には改めて選定が行われそこで選定される可能性があるとして訴えの利益を肯定する答案が散見された。取消判決により申請した状態が回復され再度審査される、という趣旨と思われるが、3年後の審査は取消判決の拘束力によるものではなく、新たな公募によるものであるから、訴えの利益を肯定する根拠とはならない。

(その他)

- 訴えの利益が認められる根拠として、取消判決を受けることにより国家賠償請求が可能となることを指摘する答案があった。取消訴訟（抗告訴訟）と国家賠償請求訴訟との関係についての理解が不十分であると思われる。
- 行訴法第9条第1項括弧書きに言及する答案があったが、これは「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後」における訴えの客観的利益の帰趨に関する規定であって、訴えの客観的利益に関する一般規定ではない。

(4) 設問2

(全体について)

- Bの主張を、会議録で示された検討の方向性に従い、本件条例の施行の際にBの地位への配慮に欠ける点がなかったか（①）、委員会の屋台営業候補者の推薦に係る判断の瑕疵の問題として、本件条例等の関係規定や本件指針の内容等を踏まえた委員会の申合せの合理性の有無（②）、の2点を中心に検討するという枠組みについては、多くの答案で適切に書き分けられていた。
- 他方で、それぞれの検討内容については、答案により優劣の大きなばらつきが見られた。本問は、市長の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用を論じる上で、結論に影響を及ぼし得る重要な事実を抽出・整理して、各要件に当てはめて論じるという、実務家として重要な能力を試すものであり、具体的な事実に基づく丁寧な論述が求められたところである。抽象的な議論

に終始し、あるいは、結論のみの極めて大雑把な検討にとどまる答案や、会議録で示された検討の方向性を無視した独りよがりの検討に基づく答案については、高い評価をすることは困難であった。

- 問題文や会議録から事実を拾い上げて論じた答案においても、それぞれの事実の位置付けないし評価を、制度の全体像を踏まえて十分に検討することができたかどうかにより、説得力に差が表れた。例えば、前記①の問題と、前記②の検討要素として会議録に挙げられた新規の公募に応募した者の利益を不当に侵害するかという問題は、市長の裁量権濫用を論じる上でいわば表裏の関係にあり、そのことを丁寧に説明する必要があるが、このような論理関係を明確に意識している答案は少なかった。
- 会議録では、市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったと主張することができないかの検討（③）、及び、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったと主張することができないかの検討（④）をするよう方向性が示されていたが、これらは、前記①及び②の検討に比べると、十分に論じられていない答案が多くあった。

（裁量論について）

- 会議録で示された前記①、②の検討を行う前提として、本件不選定決定に市長の裁量が認められるか否かについては、多くの答案がその根拠とともに触れることができていた。他方で、裁量の有無を検討していない答案もあったが、処分についての司法による実体的な統制に関しては、裁量の有無は重要な論点である。
- 裁量の有無・広狭については、条文及び処分の性質の両面から論証することが望ましく、両者を丁寧に指摘するものは評価することができた。なお、本件条例第25条第1項の「市長は…公募を行うことができる。」との文言を根拠に市長の裁量権を認める答案が散見されたが、この規定は公募の実施に関する規定であって屋台営業候補者の選定に関する規定ではないほか、「できる」規定は必ずしも効果裁量を付与するものではなく、ここでは権限付与規定と解すべきである。
- 裁量が問題となるのは市長の選定行為についてであるが、間接的に関係するとはいえ、公募や道路占用許可のみを対象として議論する答案が一部見られた。また、委員会の要件裁量を取り上げる答案も多く見られた。まずは、何が議論の対象なのかを正しく特定する必要がある。

（①Bの地位への配慮に関する検討）

- Bが「本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきて、A市との間でトラブルもなかったのに…」という点に着目して、本件条例の立法事実（すなわち、許可が事実上売買の対象となったり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話し合いが難しくなったりしたこと）がBには当てはまらないことから、Bの地位に配慮すべきである（さらに、Bの地位への配慮を欠いたまま行われた本件不選定決定は違法である）と結論付ける答案が多かった。確かに、Bの従前の営業が完全に適法であれば、このような論理は首肯できるものであるが、Bの従前の営業が他人の名義によるもので少なくとも形式的には違法であったからこそ、会議録において弁護士Dが「屋台営業において他人の名義を借りることは、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と評価できるのでしょうか」と指摘しているのであって、同指摘のような論理が成り立つ余地があるか否かを検討する必要がある。
- Bが本件区画で10年以上営業してきた事実を挙げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かったものの、他人名義を借りた屋台営業の実害（許可が事実上売買の対象になり、屋台営業者との継続的な話し合いが困難になっていたこと）などの反対方向の事実も取り上げた上で論じた答案は、比較的少なかった。本件区画で営業を行ってきた期間の長さなど、Bに有利に配慮すべき事情は指摘がしやすかったからであると考えられるが、Bの地位への配

慮を検討する際に、関係法令に照らして不利な事情の評価・検討を行った上で結論を導くことは、説得力に大きな差が出ることになる（道路法や本件条例等の具体的な規定の解釈から、A市の反論ないしBの再反論を展開することで、おのずとこのような評価・検討の過程を表すことができる。）。

- 会議録中に「本件条例が違法であるとまではいえないとしても」との記載があり、本件条例自体の違法性（本件条例中に経過措置を設けなかったことの違法性を含む。）についての検討は不要であることが明らかにされているのに、この観点からBの地位への配慮について検討している答案が見られた。

(②委員会の申合せの合理性の検討)

- 本件指針についての委員会の申合せの合理性の検討において、Bのこれまでの営業実績や今後の屋台政策への貢献の期待といった点を取り上げて、Bの立場から一通りの検討がされた答案は多かった。
- もっとも、会議録で方向性が示された、⑦本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らして申合せの合理性を説得的に論じた答案や、④新規に屋台営業を始めようとして応募した者の利益を不当に侵害することにならないかといった観点からの検討がされた答案は比較的少なく、会議録で弁護士の指摘した観点をおうむ返しに繰り返すにとどまっている答案も多かった。
- 前記⑦について、本件条例施行規則の法的性格を誤解したためか（あるいは、時間が足りなくなつたためか）、本件条例施行規則第19条各号所定の選定基準、A市のウェブサイトで公開されている本件指針及び委員会の申合せという三者の関係についての正確な理解に基づいた答案は多くなかつた。かえつて、委員会の申合せが本件指針に明示されているとか、両者の内容を混同するもの、委員会の申合せが公表されていると誤解する答案が多く見られた（会議録では、本件指針についてはウェブサイトで公開されている旨の記載があるが、委員会の申合せについては、市長が委員会の議事録を取り寄せて初めてその内容を知ったとされており、事前に公表されていなかつたことが分かる。）。
- 前記⑦の「本件条例施行規則第19条各号の選定基準に照らし」た検討が指示されているのに、同条各号の解釈に一切触れていない答案も相当数見られた。
- 前記④の観点について丁寧に検討した答案は、前記⑦よりも一層少なかつた。

(③市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討)

- 前記③のとおり、会議録では市長の選定に係る判断の内容の瑕疵の検討も求めているところ、前記①及び②を検討の上（又は各個の検討に引き続き）市長の考慮不尽という観点から検討する答案や、市長が、屋台営業の刷新という公約の実現を重視して、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いたことに他事考慮があるなどとする答案は評価することができた。
- 他方で、前記①ないし②について検討しつつ、そこから一定の結論（Bの地位への配慮が足りないと、委員会の申合せには合理性があるなど）を導くだけで、それらが市長の裁量判断の瑕疵としてどのように評価されるのかという点を検討していない答案が相当数見られた。

(④行政庁の処分と諮問機関の決定との関係の検討)

- 行政庁の処分と諮問機関の決定との関係について、最高裁昭和50年判決のみならず、諮問機関一般の性格、さらには委員会の構成や設置の趣旨にも触れながら具体的に検討している答案は、高く評価することができた。
- もっとも、行政庁の処分と諮問機関の決定との関係という観点から、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があつたかどうかを検討している答案は少数にとどまり、最高裁昭和50年判決の正確な理解を示すことができた答案はかなり少なかつた。

(その他)

- 市道占用許可が更新されない点を、実質的な許可の撤回に当たるとした答案が少なからず見られた。道路法は必ずしも占用許可の更新を前提とする法制度ではないことから、この点についての検討が必要であるところ、そこまでの記述のある答案は見られなかった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- 行政法の基本を重視した教育、さらには、個別のケースにおいて的確な規範を提示し（例えば、同じ处分性であっても、本問のように公募での不選定決定の处分性が問われるケースと行政計画の处分性が問われるケースとでは分析の視角が異なるはずである。）、事実を正確に当てはめる能力を涵養する教育を期待したい。
- 行政法の基本的な概念・仕組みを確実に押さえて、重要な最高裁判例を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、事例問題の演習を行うことが求められる。事例問題の演習においては、与えられた関係法令を読んで、問題になっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とすべきだろう。
- 会議録で指摘された判例についてそれなりの理解がある答案は多く、そのため、設問1(2)は比較的良好できた答案が多かったのに対し、本案主張の検討を求める設問2はそうではなかった。本案の違法事由に関する問題については、行政法の基礎的知識に基づき、関係する法制度の的確な分析を行い、その上で個別法の適切な解釈をすることが求められるため、この点の能力を伸ばすことが、法科大学院教育の抱える課題の一つなのだろうと感じられた。