

平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

第1 総論

1 問題文に即した検討の必要性について

- ・ 本問の設定は、条例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。この設定を離れて無理に対立当事者を設定し、全ての論点について形式的に違憲・合憲双方の主張を対立させて自らの見解を述べる答案が散見されたが、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。
- ・ 主張、反論、私見という構成を取る答案も一定程度見られたが、本問における問われ方に即していない。強引に主張、反論の構成を取っている答案は、極端な内容の記載や重複した記載をするなどして、肝心な具体的検討がおろそかとなっており、また、最終的に法律家としてどのような見解に立つかの結論が非常に分かりにくいものとなっていた。

2 指摘すべき憲法上の権利について

- ・ 購入側の知る自由及び販売側の営業の自由について、ほとんどの答案が言及できていた。
- ・ 本問では、規制内容を理解し、それが憲法上のいかなる権利との関係で問題になるのかを特定する必要がある。普段から法律や判例等でその適用が問題となる具体的事例をしっかりと読み解いている者は、本問の規制内容について適切に理解できたと思われるが、用語のみを暗記するような勉強法であった者には本問の規制内容のポイントが理解し難かったのではないかと思われる。初見の法律の読み解きが求められるのは、司法試験では憲法など一部の科目に限られるが、法律家にとって重要な能力であり、憲法の試験対策という狭い視野ではなく、こうした広い視野に立って、分野を問わず、普段の学習の中で意識をしてもらいたい。
- ・ 本問は、我々が日常経験することの多い事象を扱っているが、規制図書類やこれを規制することの影響について現実感をもって的確にイメージできていないと思われる答案が少なくなかったことは残念であった。

3 論述内容全般について

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるという基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。
他方、判断枠組みを示さなかつたり、観点のない事実の比較や政策的当否の議論に終始したりする答案も見られたが、そのような答案は、憲法論を適切に展開したものとは言えない。
- ・ 違憲審査基準を定立するについて説得力の乏しい答案や、目的の審査が極めて雑なもの、手段審査がその違憲審査基準に沿っていないもの、具体的な理由を示すことなく形式的に当てはめただけのもの、自らが定立した基準と当てはめが実質的に齟齬しているものが見られた。逆に、目的や手段の審査において、自分なりに理由を示して、実質のある十分な検討を行っているものは全体としても高く評価できた。
- ・ 立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。
- ・ 本問では法律家としての意見を問われているのであるから、基本的には、条例案の規制について、違憲か合憲かの結論が示されるべきである。

4 判例への言及等

- ・ 問題文において「参考とすべき判例…を踏まえて」論じるように求めているにもかかわらず、全く判例に言及しない答案が少なからず見られた。問題文にそのような要求が明示されていなくとも、本来必要なところでは関連する判例に言及するなど、それを意識した論述をすべきであろう。なお、判例に言及する場合には、単に事件名や結論を提示するのみでは十分とは言い難い。

- ・ 本条例案は、例えば、岐阜県青少年保護育成条例事件と比べて、規制対象の範囲、対面式販売に対する規制であること、規制目的が青少年保護にとどまらないことなどの違いがあり、上記事件の判例で直ちに合憲とできる射程を超えている可能性がある。こうした本条例案と判例の事例との異同を指摘して論じている答案は、論述に説得を感じられた。

第2 条例案の内容の理解

- ・ 本条例案の規定内容について正しく理解せずに論じているものが見られた。特に、条例案の規制対象を刑法第175条が規制するわいせつ表現と同視ないし混同する答案が広く見られた。条例案と類似の問題状況には、実在する青少年健全育成条例による有害図書類の規制があり、そのような問題状況については普段の学習の中で当然触れているべきである。
- ・ 条例案第7条の規制図書類の定義に関して指摘すべき着眼点は種々考えられるところ、所定の画像・図画をわずかでも含む図書類は規制図書類となってしまうことを一つの重要な点として指摘することも考えられる。すなわち、同条のもとでは、政治や社会に関する公共的な話題についての記事とともに、ヌードグラビア等も掲載しているような週刊誌等も規制図書類となってしまうのであり、このような点に気付き指摘するなどした答案は、高く評価できた。
- ・ 条例案の規制目的を青少年の健全育成のみで論じているもの、条例案第8条各項の規制内容・方法の違いを区別できていないもの、同第8条第2項の規制区域の設定基準となる「学校」に大学が含まれているなどと誤解したまま規制の合理性を論じているものが散見された。

第3 知る自由

1 規制の明確性・広汎性について

- ・ 明確性の論点に全く触れない答案が期待に反し少なくなかった。また、明確性を論じても、本問で明確性が求められる趣旨について述べず、機械的に萎縮的効果があるなどと書いているものが目についた。
- ・ 明確性の論点と、過度広汎性の論点とが区別されていない答案が散見された。確かに、両論点は同時に問題となることが多いが、観念的には異なる問題であり、区別ができているか否かは、曖昧な規制や過度広汎な規制がどのような理由で表現の自由や罪法定主義にとって危険であるのかを正確に理解することと関わってくると思われる。

2 知る自由の制約に関する論述について

- ・ 規制図書類の購入者の側から知る自由の制約を論じるときは、まず知る自由の内容とその憲法上の根拠に触れた後、青少年と18歳以上の者のそれぞれについて、条例案の規制に即してその合憲性を検討しなければならない。知る自由についての一般論は多くの答案が正確に解答していたが、中には、少数であるが、表現の自由の一点張りで知る自由が出てこないもの、知る自由の憲法上の根拠として憲法第13条のみを援用するものもあった。
- ・ 知る自由の制約に関し、本条例案の二つの目的を踏まえ、それぞれの目的の重要性や規制手段との関連性を区別して論じられている答案は高く評価された。
- ・ 知る自由について、極めて厳格な違憲審査基準を立てながら、本事例を無理に当てはめて合憲の結論を導いている答案が見られたが、十分な論拠を挙げて論じられていないため、論理性や一貫性を欠いて説得力に乏しい答案と感じられた。
- ・ 規制図書類に接することにより青少年の健全育成が害されるという想定の適否について、実証的な根拠が薄弱であるなどとの批判的な視点にも触れた上で、岐阜県青少年健全育成条例事件の判示も援用しつつ自らの立場を示すことができた答案は高く評価された。例えば、特に規制区域で取扱いが全面禁止されることについて、陳列そのものがなぜ青少年の健全育成を阻害することになるのかを問う指摘などは鋭い指摘といえる。
- ・ 成年者の「知る自由」や事業者の営業の自由の制約の文脈で「パターナリズム」をいう答案が少なくなかったが、キーワードは覚えていてもその意味内容や趣旨等を正確に理解してい

ないものと評価せざるを得ない。

- 不快な物を見たくないとか、あるいはおよそある物を見たくないという感情の保護それ自体を当然のように制約目的として肯定し、場合によっては更にそれを憲法第13条や第21条に基づく権利であるとする答案が目についた。この種の利益保護を制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要であるとの意識を持ってもらいたかったところである。

第4 営業の自由

- 販売者の側から営業の自由の制約を論ずるときは、日用品等の販売店での販売規制、学校から200メートル以内における販売等の規制（いわゆるゾーニング）、隔壁による規制等の態様に応じて区分して論ずることは、一定の答案が対応できていた。さらに、条例案の二つの規制目的との関係で必要かつ合理的な規制といえるかどうかを丁寧に論じた出題の趣旨にかなう答案は高く評価された。
- 条例案第8条第1項の関係で規制図書類を扱っている店舗は一部に過ぎないという事実や、同第8条第2項の規制によって大きな影響を受ける店舗は10店舗に過ぎないという事実の考慮方法が答案によって大きく分かれた。また、既存の店舗が移転や廃業を迫られることについての評価も分かれた。民主制の過程で看過されうる少数者の人権を守ることに憲法の目的があることからすれば、単純に影響を受ける者が少ないことで制約の程度が小さいと判断するのは疑問がある。

第5 そのほかの論点

1 刑罰法規の明確性

- 表現の自由だけでなく、刑罰法規の在り方としても明確性が問題となり得ることを看過するものが少なくなかった。

2 法律と条例との関係、補償の要否等

- 法律と条例の関係、既存の条例との関係及び憲法第29条の補償の要否については、問題文には、これらの点について評価するための具体的な事実は含まれておらず、これらに言及することは期待されていない。
- 学校から200メートル以内における販売等の禁止に関しては、長年、主として規制図書類を販売してきた事業者にとっては、ほとんど営業が不可能となり得ることもあり、そうした中に「特別の犠牲」ともいいくべき状況があり得るとすれば、憲法第29条の補償の要否を議論すべき余地はあり、一定の前提をおいてこの点を論述することが否定されるものではない。

第6 形式面の注意点

- 見出しを細かく立て、改行を繰り返してその度に記号を振るなどして、論述を極端に細分化している答案が認められたが、こうした記述は論述というより箇条書きのようなものとなり、かえって論旨が分かりにくくなってしまい、このような論述の仕方は避けるべきである。
- 憲法の条項の正確な摘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。これらに誤りがあると、理解そのものがあやふやであると受け止められてもやむを得ない。また、判読できない文字で書かれたものや文章として意味が通らない記述なども見られた。時間の制約はあるが、読み手を意識し、文章として理解できる記載をするよう留意してもらいたい。

平成30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)

- 処分の名宛人以外の第三者であるD、Eに原告適格が認められるかどうかの検討に当たって、第三者の原告適格の判断枠組みを適切に提示し、Dが既存の墓地の経営者であること、EがB市墓地等の経営の許可等に関する条例（以下「本件条例」という。）第13条第1項第2号に該当する施設の経営者であることを踏まえ、D、Eそれぞれについて、手掛かりとなる本件条例等の規定を挙げて根拠法令の趣旨目的を検討し、また、考慮される損害の性質程度も踏まえて被侵害利益の内容性質を検討した上で、D、Eの原告適格の有無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。
- これに加えて、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定の内容を踏まえ、その規定からDの墓地経営に関する利益やEの本事業所運営を適切な環境の下で円滑に行う利益などを保護することが根拠法令の趣旨目的に含まれるかどうかを説得的に論じ、また、考慮される損害の性質程度について事案を踏まえ具体的かつ詳細な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、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定を複数挙げるなどして、根拠法令の趣旨目的や被侵害利益の内容性質について多面的に検討を加えているもの、設置許可の対象となる施設についていわゆる位置基準を定めた規定がある場合の当該施設の周辺に居住する者等の当該設置許可処分の取消しの訴えに係る原告適格について判示した最高裁判所平成21年10月15日判決（民集63巻8号1711頁）に言及して検討がされているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- 本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることを前提に、Eが主張する違法事由につき、①Eの事業所について本件条例第13条第1項の距離制限規定の適用があるというEの主張を指摘した上で、DとEとの関係から、権利濫用、信義則違反といった理由によりEは距離制限規定の違反を主張できないとするB市の反論を論じ、②Cが本件墓地の実質的な経営者であり、Aは名義貸しをしたものであるといえるかどうか、また、そのような行為が許されるものであるかどうかを検討し、③Eの①、②の主張について行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限の適用の有無が問題となることが論じられている答案は、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、本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることをその理由と共に明示し、①について、Eの主張が権利濫用、信義則違反に当たると解する根拠となるDとEとの関係に関する具体的な事情を詳細に述べ、②について、Cが実質的な経営者である

と解する根拠となる事情を具体的かつ詳細に述べ、名義貸しが禁止される実質的な理由について詳細に検討しているもの、③について、行政事件訴訟法第10条第1項の判断基準について述べた上で、Eの①、②のいずれの主張についても具体的な当てはめの検討をしているものなどは、良好な答案と判断した。

- さらに、例えば、本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることについて、要件裁量、効果裁量の別を意識した論述がされ、①について、DとEとの関係に関する事情を多面的に論じており、②について、名義貸しが禁止される実質的理由について本件条例の条文を複数挙げるなどして多面的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- 会議録に記載された(ア)の点について、Aの主張として、周辺の環境の悪化を懸念する近隣住民の反対を理由として不許可処分をすることは他事考慮であって認められないこと、Aは環境に対する配慮をしていることからして環境の悪化を理由として不許可処分をすることは裁量権の範囲を逸脱することといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論を、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的を指摘するなどして論じ、会議録に記載された(イ)の点について、Aの主張として、B市内の墓地の需給状況を考慮して本件不許可処分を行うことは他事考慮に当たるといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論として、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的などを手掛かりに、本件不許可処分に当たって墓地の需給状況を考慮することは裁量の範囲を超えるものではないことを論じている答案は、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、(ア)及び(イ)のいずれについても、取り上げた主張に対する反論として想定される見解を踏まえて主張の根拠について説得的な論述がされているもの、それぞれの主張について根拠を複数挙げるなどして多面的な検討がされているものなどは、その程度に応じ、良好な答案又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

- 問題文、会議録をよく読まず、例えば、問題文の「【検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。」という指示に従っていない答案、設問1(1)について、D、Eの原告適格の有無につき、それぞれの主張を整理するだけで結論を示していない答案、設問1(2)や設問2の問題文で、「これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。」とされているにもかかわらず、B市の反論を述べていない答案、設問1(2)で、問われていないDの主張を述べる答案、設問1(2)について、会議録に現れている論点であるにもかかわらず行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限に触れていない答案、設問1(2)で、「本件条例は適法であるとの前提」に立つよう指示されているにもかかわらず、法に定めがない墓地経営主体の限定を条例で定めているので本件条例は違法であるとの記述がある答案など、問題文の問い合わせに対応しない形で記述された答案が少なからず見られた。
- 論理的な構成が明らかでないもの、何のためにその論点を論じているのかを記載せず、論点をそのまま抜き出して、唐突に書き始めるもの、反論の前提となる主張を説明せずに、いきなり反論から書き始める答案など、答案の構成に問題があるものも見られた。
- 時間が足りず、設問2の記載がない、あるいは、ほとんど検討がなされていないという答案は少なくなかった。解答に当たっては、時間配分にも配慮が必要であろう。
- 設問1(1)においては、墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」という。）及び本件条例は墓地経営者の経営の安定等を保障していないとする結論を探る一方、設問2においては、反対の結論を示して、本件不許可処分が適法であるとするB市の主張を支持する解答をしたも

のが見られた。また、例えば、論述の途中では、原告適格があるとの結論を述べていたにもかかわらず、最終的には原告適格がないとしている答案もあった。論述中において中間的な結論、複数の考え方の可能性や仮定的議論等を述べる趣旨であればそれに沿った表現をすべきであろう。

- 基本的な論点の判断枠組みの論述についてはよく書けているのに対し、法令の趣旨を検討するための規定や事実関係が十分に挙げられていない答案が少なくなかった。
- 行政法学の基本概念に関する基礎理解が不十分である、又はその理解に問題があると思われる答案があった。例えば、講学上の許可であるから広い裁量が認められるとするもの、授益的処分なので要件裁量が認められるとするもの、本件条例第13条第1項柱書の「支障がないと認めるとき」の判断に「効果裁量」が認められるとするもの、本件条例を法第10条第1項に基づく委任条例であると性格付けるものなどである。
- 条文の引用が不正確であるものも目についた。また、条例の引用が概括的なものも目立った。すなわち、本件条例第13条と引用するのみでは、第何項を指しているのか不明であるし、同条第1項と引用するのみであれば、第何号を指しているのか不明であって、第何項第何号まで引用すべきである。
- 例年指摘している事項であるが、乱雑に書き殴りほとんど判読不能であったり、字が小さすぎて潰れて読めない答案が少なからず存在した。例えば、「違法」と「適法」を判別できないものがあり、このようなものについては、その部分について得点することが困難となってしまうことに留意されたい。制限時間の問題があるとはいえ、他人に読んでもらうために答案を作成していることを念頭に置き、少なくとも読みやすい字を書くことを心掛けていただきたい。
- この点も例年指摘していることであるが、「多事考慮」等、行政法上の基本的な用語に関する誤字が見られた。また、さして難しくない基本的な用語をひらがなで記述する答案も散見された。

(2) 設問1(1)

- 原告適格を論じないで、本案の違法主張を論じるなどした答案があり、この中には問題文の読み違いに起因するものもあるように思われる。しかし、問題文や会議録の全体をよく読めば、このような読み違いは生じないであろう。
- Eが意図的に本件事業所を本件墓地の近くに移転したことは、原告適格の有無においては検討する必要がないことは会議録に明示されているが、この事実を指摘してEの原告適格を否定する答案が散見された。問題文や会議録の指示については注意を払っていただきたい。
- 第三者の原告適格について、基本的な検討方法が身についていない答案が少なくなかった。行政事件訴訟法第9条第2項の文言からすれば、まずは原告が処分の相手方以外の者であることを確認することが出発点であるが、確認ができていない答案が目についた。
- 原告適格の判断枠組みは多くの答案で適切に理解されていることがうかがわれた。他方で、個々の論証水準にあっては差が見られた。まず、原告適格を基礎付ける根拠法令については、関係する規定を適切に挙げて検討することができていない答案も少なからずあった。中には、法第1条の目的規定のみを挙げ、「宗教的感情」、「公衆衛生」、「公共の福祉」という文言のみから、DやEの原告適格の有無を検討し、本件条例の規定についてはほとんど触れていない答案も見られた。また、法律上保護された利益説に立脚し一般的な判断枠組みを示しているにもかかわらず、保護利益に関する根拠法令の趣旨や被侵害利益の内容性質の検討が不十分であった（さらには全く欠けている）答案も少なくなかった。単に原告適格の判断枠組みを提示するのみならず、その内容を理解した上で、事案に即した検討を行うことが求められる。
- DとEのそれぞれの原告に対応した保護規定と被侵害利益の整理が正確にされず、別の原告に関する保護規定や被侵害利益を誤って挙げている答案が少くなかった。今回登場する

原告らの立場は明確に区別できるものである一方、関係規定はやや多かったのでこれを原告ごとに適切に整理することには一定の学習水準が求められるものと思われる。

- ・ Dが本件土地から約80メートルの場所に土地を所有していることをもって原告適格を認める答案もあったが、財産権保有ということと、本件の関係法令との関係が論じられておらず、思考過程が分かり難い答案となっていた。
- ・ Eの原告適格の有無の検討において、本件条例の規定にほとんど触れず、Eの受ける損害について論じた上で（例えば、生活環境の悪化によって何らかの生命身体への侵害があるとして）、直ちに原告適格の存在を認めているものが多かった。このような答案の多くは、Eの原告適格については最も手掛けりになるはずの距離制限規定にはほとんど触れていないことになり、原告適格に関する論述についてややバランスを欠いたものとなってしまう。
- ・ 考慮される損害の性質程度の検討では、Eについて、事業者としての業務上の不利益と利用者の生活・衛生環境上の不利益との区別を明確に意識しないままに論じている答案もあった。

(3) 設問1(2)

- ・ 法令上の要件該当性判断と行政の裁量権の逸脱濫用の基本的区別についていない答案が少なからず見受けられた。例えば、本件条例第13条第1項本文の距離要件について「考慮しないのは裁量権の逸脱」とする答案は、理解が不正確ではないかと考えられる。
- ・ 行政裁量が認められる実質的根拠について、例えば、「専門性」とだけしか述べない答案が少なくない。教育や科学技術など一定の分野に関する専門家・専門組織の判断の尊重なのか、政治的判断・公益的見地からの判断の尊重なのか、全国一律で基準を定めるべきでなく地域の特性や地域住民の意見をしんしゃくすべきゆえに認められる裁量なのかなど、事案の特性を踏まえてもう少し適切な理由付けを考えて説明してほしい。また、Aが名義貸しをしているのではないかという点の論述において、「墓地の経営者を誰とみるかは、B市長の専門技術的な判断に委ねられる」と述べるのは明らかに無理があるよう思われる。
- ・ 裁量の根拠として、法第10条第1項や本件条例の規定との関係を論じている答案は少なかった。行政裁量の存在は、行政処分等に何らかの「専門的技術的」な性格が認められれば、直ちに認められるわけではなく、個別法の規定についても検討される必要があるが、このような検討ができている答案はあまり多くなかった。
- ・ 法第10条第1項の許可について、「効果裁量が認められる」と述べているにもかかわらず、当てはめの段階では、処分要件に関する裁量を検討する答案や、その逆に、「要件裁量が認められる」と述べながら、許可を行うか否かの裁量を検討する答案が見られた。単なるケアレスミスなのかもしれないが、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の疑惑が生じる。
- ・ 距離制限規定に違反するというEの主張が権利濫用であるといった主張や、権利濫用であることを基礎付ける事実については多くの答案がおおむね的確に指摘していたように思われる。また、Cが実質的経営者であること（名義貸し）が、法の趣旨に照らしなぜ問題になるのかについても、多くの答案において検討がされていたように思われる。
- ・ D所有土地上にEが本事業所を設置していることについて、墓地等の土地の所有権に係る規制と混同して、本件条例第13条第3項違反を主張する答案があった。
- ・ 距離制限規定に関し、「本件条例第13条第1項柱書が定める100メートルにわずか20メートル足りないだけであるから許可すべき」とする答案が複数あった。同項但書があるとはいえ、法令上の基準の意義（本問において本件条例は『少なくとも最低限遵守しなければならない事項を具体的に定めたもの』という前提がとられている）に関する理解が不十分である（少なくともより丁寧な説明が必要である）と思われる。同様に、名義貸しについて、「実質的に宗教的感情に対する配慮ができたり経営の安定性があれば問題にならない」というの

は、法令が定める要件との関係をより丁寧に説明する必要があるのではないか。

- ・ Eによる事業所設置につき、権利濫用などといった法的評価を与えていない答案がまま見られたが、事実の法的評価を行うことは論証の基本である。また、なぜ権利濫用などに当たるかについても、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているかについては答案ごとの差が見られた。
- ・ 権利濫用につき、「阻止するため」「意図的に」「あえて」というような主観的目的のみ記載していて、本件説明会（本件申請）後に設置したというような客観的事実の指摘がない答案が多かったが、該当する事実を丁寧に拾うことが求められる。
- ・ 「名義貸し」について、なぜ「名義貸し」に当たるかにつき、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているかについては個人差が見られた。「名義貸し」が許されない理由についても同様である。
- ・ 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限の有無については、多くの答案で触れられていたが、同項の条文に全く触れていない答案や、何らかの検討を経ることなく、主張制限が認められるあるいは認められないとの結論のみを簡単に指摘する答案も見られた。本問における主張制限については、学説上、いくつかの見解が成り立つところであるが、いずれの見解に立つにせよ、その理由を検討することは必要である。
- ・ 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限については、「自己の法律上の利益に關係しない利益は、同項の「自己の法律上の利益」に当たらない」といった同語反復の説明をするにとどまっている答案が少なくなかった。ここでは、上記の「自己の法律上の利益」が原告適格を基礎付ける利益と同一であるのか、又はそれより広範な利益も含まれるのかが問題とされていることを意識して論ずる必要があったように思われる。
- ・ 行政事件訴訟法第10条第1項の判断枠組みを示すに当たり、同法第9条第1項の「法律上の利益」と同一文言であることのみを理由とする答案が目立った。例えば、同法第25条第2項の「重大な損害」と同法第37条の4第1項の「重大な損害」が同じ意味でないように、上記の点の指摘のみでは理由付けとしては必ずしも十分なものとはいえない。
- ・ 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限について、Eへの当てはめをしていない答案が多かった。
- ・ 行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限に関する判断枠組みについては、諸説あるものの、結論のいかんにかかわらず原告が処分の相手方であるか否かが重要なポイントである点では大方の合意があるようと思われるが、Eが処分の相手方以外の者であることを踏まえた検討を行っている答案は極めて少なかった。

(4) 設問2

- ・ 法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず、直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた。
- ・ 会議録には、「(ウ)については…検討を省略しましょう」とあることから、(ア)及び(イ)について検討すれば足りるのに、(ウ)についても検討している答案が散見された。
- ・ 不許可処分の違法性が問われているのに、理由不備の手続違反を延々と論じたものなど、知っている論点を軽重を考えずに論じるものがあったが、会議録を読んで、問われていることに素直に答えてほしい。
- ・ 市長が反対運動を理由に不許可処分を行った点と墓地の供給過剰の点のそれぞれにつき、法的評価を加えた上でAの主張及びB市の反論を考えていくことが基本である。しかし、この点が不十分である答案が少くなかった。本件では、市長の裁量判断と絡めた上で論じられる必要があったが、この点が理解されておらず、問題文の事実関係を単純に関係規定と照らし合わせた上で適法違法を論ずる答案も少くなかった。行政法の解釈枠組みに照らした上で事実関係を法的に評価していくことが望まれる。

- ・ 他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し、関連法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく、自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。例えば、高齢化社会においては墓地の重要性が高いため、供給過剰を考慮することは他事考慮に当たらないと論ずるものなどである。また、問題文に記載されていない事由であり、かつ、そのように断定するだけの根拠も見当たらない内容を論拠とする答案もあった
- ・ B市の反論で、Aの周辺環境への配慮が不十分であるから不許可処分が違法ではないと反論すべきと記載する答案が相当数見られたが、そのように論じる前提として、許可処分に当たってはB市長に要件裁量があることや裁量判断の考慮要素としてAの配慮が十分といえるのかを検討することが許容されることを指摘する必要があるものと考えられ、上記の記載のみでは不十分であるといわざるを得ないと考えられる。
- ・ Aがすべき主張としてB市内の墓地の供給が過剰となるか否かを考慮することが他事考慮であるという指摘は多くの答案でされていた。その一方で、B市の反論として、裁量判断としてB市内の墓地の供給状況を考慮することが許容されるという指摘自体は多くの答案でされていたが、そのような裁量判断が許容される根拠として、原則としてB市内で墓地を経営することができるのが公共団体であるとされていることや、そのような制限が墓地の公益性や経営の安定性の要請に由来することを指摘できている答案は少なかったように思われる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点が問題文及び会議録において明らかになっており、論すべき問題点の検討・把握にそれほど困難を要するものではなかった。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、評価に大きな差が出る出題であったといえる。具体的には、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たといえる。

このような能力、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必須の能力であるといえ、法科大学院においては、このような能力が身につくような教育が目指されるべきであると考えられる。

判例や行政法上の概念といった基礎的知識の学習はもちろん重要であり、法科大学院におけるこれらの教育は今後も続けられるべきであろう。しかし、法科大学院においても、それにとどまらず、適切な条文を指摘しつつ、具体的な事実関係を規範に的確に当てはめる訓練をする教育を一層行う必要があると考えられる。判例の基準や各種概念を知識としては前提としているものの、上記のような具体的な当てはめの検討をすることなく、短絡的に解答を導く答案が少なくないことからもこののような教育の必要性が考えられる。