

# 採点講評

(2017年11月19日・行政法)

## ○全体について

行政法の勉強が進んでいないのか、全体的に出来は良くなかったです。多くの受験生は、上三法や民事系、あるいは民法に重点を置いて勉強する傾向にあります。論文式試験においては、予備試験も司法試験本試験も、民法と同じ点数であることを念頭に置いて、行政法の勉強も進めて頂く必要があります。とくに、本問は、重大損害要件と行政規則に関する違法性といった、司法試験本試験でも頻出のテーマですので、そもそも問題の所在にすら気づけなかった方は、必ず判例集や基本書で知識の確認から行ってください。他方で、本問は予備試験よりも分量が多かったため、検討不十分となること自体は仕方がなかったと思います。ある程度勉強が進んでいる方については、本問のように検討すべき事項が多い問題が出題されても、焦らず、時間管理をしつつ、書き切る練習と位置付けて本問を検討して頂ければと思います。

また、各設問で検討対象を極力明らかにしているにもかかわらず、設問1ですべての訴訟要件を検討している答案、設問2でなぜか処分性や原告適格などの訴訟要件を検討したり、規則22条の適法性を検討したりしている答案が続出しました。いくら理論的に誤っていない内容の論述を積み重ねても、問いに答えていなければ点数はつきません。何を論じればいいのかわからない場合でも、設問をよく読んで、本問の事情をできるだけ挙げてなんらかの検討をすれば、それだけで他の受験生よりも高い点数がつくことが、受験生が思っている以上に多くあります。諦めず、「問いに答える」という意識を徹底して頂ければと思います。何もわからず冷や汗をかきながら、それでも問題文にくらいつく姿勢は、試験本番でも絶対に必要です。

## ○個別の注意点

### ・設問1について

最高裁判例の挙げる定義を念頭に重大損害要件を検討している答案は、少数にとどまりました。重大損害要件については、近年、重要判例が続出していますので、必ず判例集で確認して頂きたいです。

また、主張と反論、再反論がうまくかみ合っていない答案が多数ありました。具体的には、①主張で「重大な損害がある」と述べて、反論で「その他適当な方法がある」と述べる論述、②具体的な理由を述べないまま、主張で重大な損害があると述べて、反論でいや、重大な損害はない、と水掛け論になってしまっている論述、③Xに生じうる具体的な損害を明らかにしないまま、規制の必要性や処分の比例原則違反を検討している論述等が多数ありました。主張・反論形式の問題が出題され

た場合は、憲法や民法と同様、必ず一つのテーマにつき、認められそうな主張・反論をぶつけ、再反論・私見で妥当性を検討する必要があります。また、およそ認められない主張と反論をぶつけて、認められやすそうな見解を私見で採用するのも、不適切です（この点は、司法試験本試験の憲法の採点実感で、受験生の問題点としてとくに厳しく指摘されています）。

一方で、主張で大手ホテル等の契約の解除・信用の喪失を損害として挙げ、反論で結局、それらは仕事量の減少と評価されるものであり、金銭賠償によって事後的に回復できるとし、私見でY市の交通量や人口の多さに触れて、競争に敗れ営業継続困難になる、といった、本問の事情に深く迫った説得的な論述を展開する答案もごく僅かながらありました。

・設問2について

設問1に時間をかけすぎたのか、途中答案が複数ありました。安定して合格点をとるためには、各設問をバランスよく論じて点数をとる必要があります。特に初学者の方のうち、悩みすぎてついつい途中答案になってしまうという方は、答案構成の段階で、この設問には何分まで、とメモしておくなどして、自分なりの時間管理方法を確認するようにしましょう。

また、書き切っている答案についても、理解を示せていない答案が続出しました。初学者からするとかなり難しい問題だったとは思いますが、巷に出回っている「規則」「基準」などが、法令なのか、法令でないとするのが、何の目的で、どのような根拠で定めているのか、その法的性質は何なのか、内容は法に適合しているのか、という思考プロセスは行政法の学習において身につけるべき基本的視点です。行政法の勉強が進んでいない方や勉強が進んでいるにもかかわらず今回できなかった方は、上記のような視点をもって、行政法の勉強を進めて頂きたいです。

さらに、行政裁量について、法の趣旨に遡って正確に分析できている人はほぼ皆無でした。行政裁量は頻出テーマであり、裁量が問題となる事案で、行政裁量について論じていないと、行政法の答案としては致命傷なので、行政裁量についての答案の書き方はしっかり復習してもらいたいです。

一方で、本件基準②において増車規制をする理由として、法27条3項に言及しつつ、X自身が考えるように管理が困難になる、それ故輸送の安全確保ができなくなることを挙げ、本件基準②の合理性を論じる答案もありました。参考答案とは異なる見解ですが、十分説得力があり、高い点数がつけました。

以上