

採点講評

(2018年2月18日・行政法)

〔設問1〕(1)について

【参考答案⇒008, 011, 018】

■「処分（その他～）」の定義について

ほとんどの方が、処分性を検討するについて、行訴法3条2項における「処分」の定義についてしっかり書いていたと思います。暗記はあまりお勧めしない立場ですが、この点は判例が述べた定義を覚えてしまった方が早いです。その後、自分が当てはめやすい下位規範を設定すればいいと思います。

■条例制定行為の処分性という問題の所在

条例が一般的抽象的な規範であるというそもそもの性質についてしっかり言及した答案が多かったです。ただ、条例制定行為の処分性について例外的にこれを認めた最高裁判例については、フォローしている人とそうでない人とで、規範の定立で差がでてしまい、あてはめにも影響しました。

■処分性の検討内容について

本問では、条例制定行為の処分性を検討していただくという目的が先にありましたので、パッと問題を見た際に、「処分性認めるのは無理では？」と思った方が多いと思います。

ただ、実際に条例制定行為の処分性が肯定された判例もあることから、論述の枠組みとしては判例の存在を意識した規範を立てつつ、結論的に処分性を否定するにせよ、処分性を肯定しうる事実を丁寧に拾ってあげて、それに対して反駁するという流れが期待されます。

具体的には、

- ・本件条例5条1項1号によって規制を受けるのは、Y区M地区内のさらに区域1の中に土地を所有している者又はそこに建築物を新たに建築しようとしている者、という一定の範囲に限られていること
- ・1号の規制の内容については他の区域（2～4）に対するそれよりも制限が強いこと
- ・区域1については公共施設、私鉄の駅等の敷地面積が8割を占めていて、住宅は2割しかないところ、前者についての建て替えに関しては条例5条2項によって比較的容易に許可されることが想定されること（＝5条1項1号の対象は、区域1のうち2割の土地に関する利害関係者のみなのではないか）等の事実があげられます。

これらの事情について丁寧に検討したうえで処分性を否定するのであれば、説得的になると思います。条例制定行為であることからそのまま処分性を否定する結論になったり、逆に、建築に関する規制がされていることだけで処分性を肯定したりといった答案がありました。大事なことは結論よりもそこにいたった思考過程です。

〔設問1〕(2)について

【参考答案⇒018, 040】

取消判決の効力については、あまり厳密に学習をしていない人が多かったのではないかと思います。短答式でも出題されうる分野ですので、これを機会に一度基本書等によって確認してほしいと思います。形成力と拘束力を混同している答案もありました。

■形成力について

言及がない答案が多かったです。条文にはありませんが、取消訴訟の存在意義そのものですので、取消判決の効力を問われたら、真っ先に挙げてほしいところです。

そのうえで、本問では、さらに踏み込んで、判決によって取り消される条例の範囲はどこまでか（5条1項1号だけか、条例すべてか等）を検討してほしいところです。この点はむしろ、「裁判所は取消判決をする場合、本件条例制定行為の全部を取消すべきか、一部を取消すべきであればどの部分を取り消すべきか、理由を付けて論じよ」というような出題にした方がよかったのかもしれない…。

■第三者（対世）効について

条文の根拠については言及できている答案が多かったです。本件において具体的にどのような範囲の者に判決の効力が及ぶのか、「第三者」という文言を解釈してあてはめをしてほしかったです。

■拘束力について

第三者効と同様、条文の根拠について言及している答案が多かったです。本件において具体的に行政庁をどのように拘束するのか、検討してほしいです。条例の改廃をする必要があるという答案については一定の評価をさせてもらいましたが、法令違憲の判決と違って取消判決には形成力がありますので、法的には、条例制定行為が取り消された以上、当該条例はないものとして扱うのが原則になると思います。したがって、議会によって条例をあらためて改廃するのは、形式だけ残っている条例を実態に合わせるだけの行為ということになります（私見というか思い付き）。

〔設問2〕について

【参考解答⇒042, 066】

■「公益上必要のある建築物」の解釈について

ほとんどの方が、本件条例10条1項に基づく許可の「公益上必要のある」という要件について、特に具体的な解釈をせずに、問題文中の事実をそのままあてはめて回答していました。

それぞれの答案へのコメントで書きましたが、本問では、Xが作ろうとしている建築物が本件条例10条1項の許可を受けるに値するか、「公益上必要な建築物」という抽象的な文言を、その条文の趣旨に立ち戻って解釈し規範を定立し、事実を評価して当てはめることを求めています。

具体的には、10条1項が例示列举する建築物の性質に着目し、本件条例の目的、さらには建築基準法の趣旨に立ち戻って「公益上必要」の意味するところを具体的に規範化することが出発点です。そのうえで、規範に当てはめる形でXの主張を構成するのが理想です。

それをしないと「公益上必要」がどのようなものを指すのかという法規範が明らかにされないまま、X・Yともに自身の言いたい事実だけ主張することになります。それでは解釈論よりも政策論に近くなってしまいます。

■Yの反論について

Yの反論を踏まえ、という設問でしたが、基本的には、反論の要点を簡潔に述べる等によって論点を明確にし、Xの立場から論述する、という流れを想定していました。Yの反論をXの主張と同量で書くと、時間・紙幅ともに足りなくなってしまうので、そこは設問の意図を読み取ってほしいところです。

また、答案作成上の戦略として、本件条例10条1項の文言からはYからの反論がしやすいと思われます（例示列举されている建築物が公共インフラに限定されているように読めること、「できる」規定であること等）ので、Yの反論をあまり骨太に書くと、Xはぐうの音も出なくなってしまう。

■党派的主張について

今回は、Xの立場に立って書くこと、という条件があります。したがって、Xの主張が認められない、という結論になることは絶対にダメです（問いに答えていない！）。司法試験ではこのようないわゆる党派的主張をさせることがあり、一見無理筋に見えたり判例の規範に反するような主張になるとしても、なんとか立論できないか頭を悩ませることが重要です。

逆に、判例や文言上の不利を乗り越えようと苦闘して立論する思考過程を、採点者は見ていると思ってください。

〔その他&最後に〕

文章力に問題があると思う答案はありませんでしたが、誤字や接続詞の誤り、主語・述語が対応していない等の気になる点がありました。それだけで不合格ということはないですが、細かい部分にその人の理解度が現れたりしますので、注意してください。

ただ、全体的に、未熟な出題者が無茶振りした問題に、諦めずに取り組んでくださったので、この調子で未知の問題に食らいついて行ってほしいと思います。こちらも、もっといい問題を提供できるように努力いたします。

最後に、答案の返却が遅くなってごめんなさい。

以上