

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

[公法系科目]

〔第2問〕(配点：100〔設問1〕,〔設問2〕,〔設問3〕の配点割合は、5：2.5：2.5)

株式会社Aは、B県知事により採石法所定の登録を受けている採石業者である。Aは、B県の区域にある岩石採取場（以下「本件採取場」という。）で岩石を採取する計画を定め、採石法に基づき、B県知事に対し、採取計画の認可の申請（以下「本件申請」という。）をした。Aの採取計画には、跡地防災措置（岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。以下同じ。）として、掘削面の緑化等の措置を行うことが定められていた。

B県知事は、B県採石法事務取扱要綱（以下「本件要綱」という。）において、跡地防災措置が確実に行われるように、跡地防災措置に係る保証（以下「跡地防災保証」という。）について定めている。本件要綱によれば、採石法による採取計画の認可（以下「採石認可」という。）を申請する者は、跡地防災措置を、申請者自身が行わない場合に、C組合が行う旨の保証書を、認可申請書に添付しなければならないものとされる。C組合は、B県で営業している大部分の採石業者を組合員とする、法人格を有する事業協同組合であり、AもC組合の組合員である。Aは、本件要綱に従って、C組合との間で保証契約（以下「本件保証契約」という。）を締結し、その旨を記載した保証書を添付して、本件申請をしていた。B県知事は、本件申請に対し、岩石採取の期間を5年として採石認可（以下「本件認可」という。）をした。Aは、本件認可を受け、直ちに本件採取場での岩石採取を開始した。

しかし、Aは、小規模な事業者の多いB県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保しているので、保証を受ける必要はないのではないか、また、保証を受けるとしても、他の採石業者から保証を受ければ十分であり、保証料が割高なC組合に保証料を支払い続ける必要はないのではないか、との疑問をもっていた。加えて、Aは、C組合の運営に関してC組合の役員と事あるたびに対立していた。こうしたことから、Aは、本件認可を受けるために仕方なく本件保証契約を締結したものの、当初から契約を継続する意思はなく、本件認可を受けた1か月後には、本件保証契約を解除した。

これに対し、B県の担当職員は、Aは採石業者の中では大規模な事業者の部類に入るとはいえ、大企業とまではいえないから、地元の事業者団体であるC組合の保証を受けることが必要であるとして、Aに対し、C組合による保証を受けるよう指導した。しかし、Aは、そもそもC組合による保証をAに対する採石認可の要件とすることは違法であり、Aは本件申請の際にC組合による保証を受ける必要はなかったと主張している。

他方、本件採取場から下方に約10メートル離れた土地に、居住はしていないが森林を所有し、林業を営んでいるDは、Aによる跡地防災措置が確実に行われぬおそれがあり、もし跡地防災措置が行われなければ、Dの所有する森林が土砂災害により被害を受けるおそれがあると考えた。そして、Dは、B県知事がAに対し岩石の採取をやめさせる処分を行うようにさせる何らかの行政訴訟を提起することを検討していると、B県の担当職員に伝えた。

B県の担当職員Eは、AがC組合から跡地防災保証を受けるように、引き続き指導していく方針であり、現時点で直ちにAに対して岩石の採取をやめさせるために何らかの処分を行う必要はないと考えている。しかし、Dが行政訴訟を提起する構えを見せていることから、B県知事はDが求めるようにAに対して処分を行うことができるのか、Dは行政訴訟を適法に提起できるのか、また、Aが主張するように、そもそもC組合による保証をAに対する採石認可の要件とすることは違法なのか、検討しておく必要があると考えて、弁護士Fに助言を求めた。

以下に示された【資料1 会議録】を読んだ上で、職員Eから依頼を受けた弁護士Fの立場に立って、次の設問に答えなさい。

なお、採石法及び採石法施行規則の抜粋を【資料2 関係法令】に、本件要綱の抜粋を【資料3 B県採石法事務取扱要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問 1〕

Aは、採石認可申請の際にC組合による保証を受ける必要はなかったと主張している。仮にAが採石認可申請の際にC組合から保証を受けていなかった場合、B県知事がAに対し採石認可拒否処分をすることは適法か。採石法及び採石法施行規則の関係する規定の趣旨及び内容を検討し、本件要綱の関係する規定が法的にどのような性質及び効果をもつかを明らかにしながら答えなさい。

〔設問 2〕

B県知事は、Aに対し、岩石の採取をやめさせるために何らかの処分を行うことができるか。候補となる処分を複数挙げ、採石法の関係する規定を検討しながら答えなさい。解答に当たっては、〔設問 1〕におけるB県知事の採石認可拒否処分は適法であるという考え方を前提にしなさい。

〔設問 3〕

Dが〔設問 2〕で挙げられた処分をさせることを求める行政訴訟を提起した場合、当該訴えは適法か。行政事件訴訟法第3条第2項以下に列挙されている抗告訴訟として考えられる訴えの例を具体的に一つ挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。なお、仮の救済は解答の対象から除く。

【資料1 会議録】

職員E：Aは、C組合による保証をAに対する採石認可の要件とすることは違法であると主張しています。これまでは、採石認可申請が保証書の添付なしに行われた場合も、指導すれば、採石業者はすぐにC組合から保証書をとってききましたので、Aの言うような問題は詰めて考えたことがないのです。しかし、これからAに指導を行う上では、Aの主張に対して答える必要が出てきそうですので、検討していただけないでしょうか。

弁護士F：Aの主張については、Dによる行政訴訟に関して検討する前提としても明らかにしておく必要がありますので、よく調べてお答えすることにいたします。まずは採石法と採石法施行規則の関係規定から調べますが、B県では要綱も定めているのですね。

職員E：はい。採石業は、骨材、建築・装飾用材料、工業用原料等として用いられる岩石を採取する事業ですが、岩石資源は単価が安く、また、輸送面での制約があるため、地場産業として全国各地に点在しており、小規模事業者の比率が高い点に特徴があります。ところが、跡地防災措置は多額の費用を必要とし、確実に行われたいおそれがあります。そのような背景から、本件要綱は、採石認可の申請者はC組合の跡地防災保証を受けなければならないとし、保証書を採石認可申請の際の添付書類として規定しています。本件要綱のこうした規定によれば、C組合の保証を受けない者による採石認可申請を拒否できることは、当然のようにも思われるのですが。

弁護士F：御指摘の要綱の定めは、法律に基づく政省令等により、保証を許認可の要件として規定する場合とは、法的な意味が異なります。御指摘の本件要綱の規定が、採石法や採石法施行規則との関係でどのような法的性質をもち、どのような法的効果をもつか、私の方で検討しましょう。

職員E：お願いします。

弁護士F：ところで、他の都道府県でも、本件要綱と同じように、特定の採石事業協同組合による保証を求めているのですか。

職員E：その点は、都道府県によってまちまちです。保証人は申請者以外の複数の採石業者でもよいとしている県もありますし、跡地防災措置のための資金計画の提出を求めるのみで、保証を求めている県もあります。しかし、B県では、跡地防災措置が適切になされない例が多く、跡地防災措置を確実に履行させるためには、地元のC組合による保証が必要と考えています。

弁護士F：なるほど。今までのお話を踏まえて、Aからの反論も想定した上で、仮にAがC組合による保証を受けずに採石認可申請をした場合、B県知事が申請を拒否することが適法といえるかどうか、まとめておきます。

職員E：今後の私たちの採石認可業務にも参考になりますので、よろしくお願いします。

弁護士F：承知しました。ところで、Dが行政訴訟を起こそうとしていることも伺いました。B県としては、保証が必要と考えておられるのでしたら、Aに対して何らかの処分をすることは考えておられないのですか。

職員E：Aに対して保証を受けるように指導はしているのですが、今のところ、Aの財務状況は良好で、岩石の採取をやめさせる処分を直ちに行う必要はないと考えています。それに、こんな事例は初めてで、どのような処分が可能なのか、やはり詰めて考えたことがないのです。

弁護士F：そうですか。それでは、Dが求めているように、Aに対し岩石の採取をやめさせる処分が可能なのか、検討しておく必要がありますね。Dは、Aの主張とは逆に、仮にC組合による跡地防災保証がなければ、Aからの採石認可申請は拒否すべきであったと主張するでしょうから、こうした主張を前提にして考えてみます。検討の前提として伺いますが、認可されたAの採取計画には、跡地防災保証についても記載されているのですか。

職員E：採取計画には、法令上、跡地防災措置について記載する必要があると考えられ、Aの採取計画にも、採取跡地について掘削面の緑化等の措置を行うことが記載されていますが、跡地防災

保証については、法令上、採取計画に定める事項とはされておらず、Aの採取計画にも記載されていません。跡地防災保証については、申請書に添付された保証書によって審査しています。しかし、採取計画と保証書とは一体であると考えていまして、保証によって跡地防災措置が確実に履行されることを前提として、採取計画を認可しています。

弁護士F：分かりました。今のお話を踏まえ、採石法の関係する規定に照らして、Aに対し岩石の採取をやめさせるために行うことのできる処分について、様々な可能性を検討してみます。

職員E：お願いします。ただ、素朴に考えると、認可の審査の際に前提としていた保証がなくなってしまったわけですから、認可の取消しは、採石法の個々の規定にかかわらず当然できるように思うのですが、いかがでしょうか。

弁護士F：なるほど。まずは採石法の個々の規定を綿密に読む必要がありますが、御指摘の点も検討しておく価値がありますね。

職員E：お願いします。ところで、Aに対して何らかの処分を行うことが可能だとしても、処分を行うか否かはB県知事が判断することだと思うのですが、Dが裁判で求めるようなことができるのですか。

弁護士F：Dがどのような訴えを起こすのか、現時点では確かではありませんが、法定抗告訴訟を提起する可能性が高いと思いますので、法定抗告訴訟として考えられる訴えの例を具体的に一つ想定し、Dの訴えが訴訟要件を満たすか否かについて、もちろん法令の関係する規定を踏まえて、検討しておきます。Dは、行政訴訟に併せて仮の救済も申し立ててくるとと思いますが、仮の救済の問題は、今回は検討せず、次の段階で検討することにします。

【資料2 関係法令】

○ 採石法（昭和25年12月20日法律第291号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、採石権の制度を創設し、岩石の採取の事業についてその事業を行なう者の登録、岩石の採取計画の認可その他の規制等を行ない、岩石の採取に伴う災害を防止し、岩石の採取の事業の健全な発達を図ることによつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（採取計画の認可）

第33条 採石業者は、岩石の採取を行なおうとするときは、当該岩石の採取を行なう場所（以下「岩石採取場」という。）ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない。

（採取計画に定めるべき事項）

第33条の2 前条の採取計画には、次に掲げる事項を定めなければならない。

- 一 岩石採取場の区域
- 二 採取をする岩石の種類及び数量並びにその採取の期間
- 三 岩石の採取の方法及び岩石の採取のための設備その他の施設に関する事項
- 四 岩石の採取に伴う災害の防止のための方法及び施設に関する事項
- 五 前各号に掲げるもののほか、経済産業省令で定める事項

（認可の申請）

第33条の3 第33条の認可を受けようとする採石業者は、次に掲げる事項を記載した申請書を都道府県知事に提出しなければならない。

- 一 氏名又は名称及び住所並びに法人にあつては、その代表者の氏名
- 二 登録の年月日及び登録番号
- 三 採取計画

2 前項の申請書には、岩石採取場及びその周辺の状況を示す図面その他の経済産業省令で定める書類を添附しなければならない。

（認可の基準）

第33条の4 都道府県知事は、第33条の認可の申請があつた場合において、当該申請に係る採取計画に基づいて行なう岩石の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業、林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反すると認めるときは、同条の認可をしてはならない。

（認可の条件）

第33条の7 第33条の認可（中略）には、条件を附することができる。

2 前項の条件は、認可に係る事項の確実な実施を図るため必要な最小限度のものに限り、かつ、認可を受ける者に不当な義務を課することとなるものであつてはならない。

（遵守義務）

第33条の8 第33条の認可を受けた採石業者は、当該認可に係る採取計画（中略）に従つて岩石の採取を行なわなければならない。

（認可の取消し等）

第33条の12 都道府県知事は、第33条の認可を受けた採石業者が次の各号の一に該当するときは、その認可を取り消し、又は六箇月以内の期間を定めてその認可に係る岩石採取場における岩石の採取の停止を命ずることができる。

- 一 第33条の7第1項の条件に違反したとき。
- 二 第33条の8の規定に違反したとき。

三 (中略) 次条第1項の規定による命令に違反したとき。

四 不正的手段により第33条の認可を受けたとき。

(緊急措置命令等)

第33条の13 都道府県知事は、岩石の採取に伴う災害の防止のため緊急の必要があると認めるときは、採取計画についてその認可を受けた採石業者に対し、岩石の採取に伴う災害の防止のための必要な措置をとるべきこと又は岩石の採取を停止すべきことを命ずることができる。

2 都道府県知事は、(中略) 第33条若しくは第33条の8の規定に違反して岩石の採取を行なった者に対し、採取跡の崩壊防止施設の設置その他岩石の採取に伴う災害の防止のための必要な措置をとるべきことを命ずることができる。

第43条 次の各号の一に該当する者は、1年以下の懲役若しくは10万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 (略)

二 (前略) 第33条の12、第33条の13第1項若しくは第2項又は(中略)の規定による命令に違反した者

三 第33条又は第33条の8の規定に違反して岩石の採取を行なった者

四 (略)

○ 採石法施行規則(昭和26年1月31日通商産業省令第6号)(抜粋)

(採取計画に定めるべき事項)

第8条の14 法(注:採石法)第33条の2第5号の経済産業省令で定める事項は、次に掲げるとおりとする。

一 岩石の賦存の状況

二 採取をする岩石の用途

三 廃土又は廃石のたい積の方法

(認可の申請)

第8条の15 (略)

2 法第33条の3第2項の経済産業省令で定める書類は、次に掲げるとおりとする。

一 岩石採取場の位置を示す縮尺五万分の一の地図

二 岩石採取場及びその周辺の状況を示す図面

三 掘採に係る土地の実測平面図

四 掘採に係る土地の実測縦断面図及び実測横断面図に当該土地の計画地盤面を記載したもの

五 (略)

六 岩石採取場を管理する事務所の名称及び所在地、当該事務所の業務管理者の氏名並びに当該業務管理者が当該岩石採取場において認可採取計画に従って岩石の採取及び災害の防止が行われるよう監督するための計画を記載した書面

七 岩石採取場で岩石の採取を行うことについて申請者が権原を有すること又は権原を取得する見込みが十分であることを示す書面

八 岩石の採取に係る行為に関し、他の行政庁の許可、認可その他の処分を受けることを必要とするときは、その処分を受けていることを示す書面又は受ける見込みに関する書面

九 岩石採取場からの岩石の搬出の方法及び当該岩石採取場から国道又は都道府県道にいたるまでの岩石の搬出の経路を記載した書面

十 採取跡における災害の防止のために必要な資金計画を記載した書面

十一 その他参考となる事項を記載した図面又は書面

【資料3 B県採石法事務取扱要綱（抜粋）】

第7条 法（注：採石法）第33条の認可を受けようとする採石業者は、法第33条の2第4号により採取計画に定められた跡地防災措置（岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。以下同じ。）につき、C組合を保証人として立てなければならない。

2 前項の保証人は、その保証に係る採石業者が破産等により跡地防災措置を行わない場合に、その採石業者に代わって跡地防災措置を行うものとする。

第8条 採取計画の認可を受けようとする採石業者は、法第33条の3第1項の申請書に、法施行規則第8条の15第2項第11号の図面又は書面として、次に掲げる書類を添付しなければならない。

一 第7条の保証人を立てていることを証する書面

二～五 （略）

平成26年新司法試験公法系第2問（行政法）

（出題趣旨）

本問は、Aが、採石法（以下「法」という。）に基づく採取計画の認可申請に当たり、B県の要綱に従い、岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置に係る保証（以下「跡地防災措置」及び「跡地防災保証」という。）をC組合から受けたが、認可直後に保証契約を解除した事案における法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、要綱どおりの保証を受けずになされた認可申請に対する拒否処分の可能性（設問1）、Aに採石をやめさせる処分の可能性（設問2）、及び、当該採取計画に係る採取場の周辺に森林を所有し林業を営むDによる義務付け訴訟の可能性（設問3）である。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、法及び法施行規則の趣旨を読み解いた上で、各種処分の適法性及び義務付け訴訟の訴訟要件を論じる力を試すものである。

設問1では、法及び法施行規則の関係規定、跡地防災保証を定める要綱、及び認可申請拒否処分の関係を的確に論じなければならない。まず、法第33条の4が採石認可に関して都道府県知事に裁量をどの範囲で認めているかについて、採石認可に係る法及び法施行規則の規定並びに採石認可の性質を踏まえて論じることが求められる。法第33条の2第4号・第33条の3第2項・法施行規則第8条の15第2項第10号は、跡地防災措置につき定めるものの、いずれも跡地防災保証については明示していないが、法第33条の4が「公共の福祉に反すると認めるとき」という抽象的な要件を規定していること、採石業及び跡地防災措置の実態に鑑みて跡地防災保証の必要性が認められ得るが、その必要性の有無や程度は地域の実情によって異なり得ることなどに着目して、跡地防災保証を考慮に入れて認可の許否を決する裁量が都道府県知事に認められないか、検討することが求められる。次に、本件要綱の法的性質及び効果について、上記の裁量を前提とした裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たると解することが可能であり、裁量基準としての合理性が認められれば、必要な書類の添付を求めることも適法といえないか、検討することが求められる。ただし、法規命令と異なり、裁量基準としての要綱により申請者に一律に義務を課すことはできないことを踏まえて、岩石採取に当たり跡地防災保証を求め、さらにC組合という地元の特定の事業者団体を保証人とする要綱の定めがどの程度合理性を有し、逆にどの程度例外を認める趣旨か、検討しなければならない。以上を前提として、Aの事業規模や経営状況等の事実関係に即して、C組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性を論じることが求められる。

設問2では、B県知事がAに岩石採取をやめさせるために採り得る処分について、法の関係規定に照らして多面的に検討しなければならない。まず、法第33条の12第1号・第2号に関して、跡地防災保証は採取計画に定めるべき事項とはされていないものの、保証を前提として採取計画が認可されているという本件の事実関係に照らし、保証契約の継続が認

可の「条件」に当たり、又は「採取計画」に含まれるといえるか、また、同条第4号に関して、Aが当初から契約を継続する意思なく保証契約を締結し、本件認可の1か月後に保証契約を解除したことが、「不正の手段により……認可を受けたとき」に当たるか、そして、法第33条の13第1項に関して、本件の事実関係の下で「岩石の採取に伴う災害の防止のため緊急の必要がある」と認められるかについて、検討することが求められる。さらに、認可要件を事後的に満たさなくなったことを理由とする認可の撤回が、法に直接明文の規定がなくても可能か、また、可能であるとしても、本件の事実関係の下で、本件認可の撤回によってAが被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるかについて、検討することが求められる。その際、法第33条の12が全体として一定の命令違反等を認可の撤回の要件としていることとの関係も考慮すべきである。

設問3は、非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法第3条第6項第1号）に関する基本的な理解を問う問題であり、本件の事実関係の下で、Dの訴えが行政事件訴訟法第37条の2に規定された「一定の処分」、「重大な損害を生ずるおそれ」、「損害を避けるため他に適切な方法がないとき」等の訴訟要件を満たすか否かについて検討することが求められる。特に、Dに原告適格が認められるか否かについては、法第33条の4が林業の利益を損じると認めるときは認可をしてはならないと規定していること、Dは本件採取場から10メートル下方に森林を所有して林業を営んでおり、跡地防災措置が行われなければ土砂災害により所有権及び林業の利益が損なわれるおそれがあることなどを踏まえて、検討することが求められる。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を発揮できるように、本年も各設問の配点割合を明示することとした。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（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、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、問いに対して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

採石認可の根拠法令の解釈、本件要綱の法的性質・効果、及びB県でC組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性について、それぞれを的確に説き、また、相互を論理的に關係付けて論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

採石法及び採石法施行規則の關係規定を的確に指摘し、本件要綱が私人に対し法的拘束力を持たない行政規則であること、採石法が都道府県知事の裁量を認めるものであることを理解した上で、本件でC組合による跡地防災保証を採石認可の要件とすることの適法性を具体的に検討していれば、一応の水準の答案とした。加えて、本件要綱を裁量基準と解してその合理性を認め得るか否かが問題となることを理解した上で、地元の特定の事業者団体であるC組合による保証を求めることの合理性について、具体的に論じていれば、良好な答案と判定した。さらに、本件要綱に合理性が認められるとしても、これを一律機械的に適用することは認められず、内容の合理性に応じて例外を認める必要があることを理解した上で、Aの事業規模や経営状況等、本件の具体的な事実關係に即して、C組合による保証を求めることの適法性を具体的かつ説得的に論じていれば、優秀な答案と判定した。

(2) 設問2

採石法第33条の12及び第33条の13を本件に適用する場合に問題となる点を把握した上で、これらの規定による採石認可の取消し又は岩石採取の停止の可否を論じ、また、法律の明文の根拠なしに採石認可を撤回できるかを、本件に即して的確に説いているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

Aの岩石採取をやめさせるために採り得る処分について、採石法の關係規定を的確に指摘し、本件への当てはめを過誤なく行っていれば、一応の水準の答案とした。加えて、授益処分撤回に関する理論を正確に理解した上で、法律の明文の根拠なしに採石認可を撤回できるかを論じていれば、良好な答案と判定した。さらに、上記關係規定の本件への当てはめ、及び本件における明文の根拠なしの

採石認可撤回の可否を、あり得る反論も想定しながら具体的かつ説得的に論じていけば、優秀な答案と判定した。

(3) 設問3

非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件が本件で満たされるかを、どれだけ具体的かつ的確に論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

正しい訴訟類型を挙げた上で、問題になり得る訴訟要件について論じていけば、一応の水準の答案、本件の事実関係に即して具体的かつ的確に論じていけば、良好な答案、さらに、原告適格について、森林の所有権のみならず林業の利益が損なわれる等の本件の事実関係に着目して、Dの利益が個別的利益として保護されるかをより詳細かつ説得的に論じていけば、優秀な答案と判定した。

4 採点実感

以下は、考査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

- ・ 設問1については、行政処分の違法性に関する法律論を組み立てる基本的な能力を試すために、大きく配点したが、行政法規にいう行政処分の「条件」の意味を誤解してつまずき、的外れな方向に論述を進めてしまう答案や、処分要件を十分検討しないまま行政裁量を援用し、論述が粗雑になる答案が目立った。また、設問2では、授益的行政処分の撤回という基本的な概念について、事案及び関係規定に即して論述できていない答案が予想外に多かった。いずれの設問に関しても、論点単位で論述の型を覚える学習の弊害が現われた結果のように感じられ、残念であった。その点、設問3については、多くの受験者が対応しやすかったようであるが、時間不足のために論述が不十分になったことがうかがわれる答案が相当数あった。
- ・ 例年繰り返し指摘し、また強く改善を求め続けているところであるが、相変わらず判読困難な答案が多数あった。極端に小さい字、極端な癖字、雑に書き殴った字で書かれた答案が少なくなく、中には「適法」か「違法」か判読できないものすらあった。第三者が読むものである以上、読み手を意識した答案作成を心掛けることは当然であり、判読できない記載には意味がないことを肝に銘ずべきである。
- ・ 誤字、脱字、当て字が相変わらず多く見られた（特に「撤回」を「徹回」とする誤字は非常に多かった。）。正確な書面を作成する能力は法律実務家が備えるべき基本的な能力であるが、誤字の多用はそのような能力に疑問を抱かせることにもなるので留意すべきである。
- ・ 問題文の設定を理解できていないと思われる答案が見られた。例えば、設問1での「仮に」という記載を読み落としているのではないかとと思われる答案が少なからず見られた。
- ・ 問題文及び会議録には、どのような視点で何を書くべきかが具体的に掲げられているにもかかわらず、問題文等の指示を無視するかのような答案がかなり見られた。
- ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確な答案が多く見られた。
- ・ 冗長で文意が分かりにくいものなど、法律論の組立てという以前に、一般的

な文章構成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が相当数あった。

- ・ 相当程度読み進まないと何をテーマに論じているのか把握できない答案が相当数見られた。問題意識を読み手に的確に伝えるために、例えば、冒頭部分にこれから論じるテーマを提示するなどの工夫が望ましい。
- ・ 結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が多数見られた。論理の展開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。
- ・ 関係法令の規定のみから一定の根拠や結論を導き出している答案や、行政事件訴訟法の要件を掲げただけで抽象的に結論を記載している答案が見られた。法律実務家として、抽象的な法規範の解釈を前提として、具体的な問題状況を踏まえつつ、多面的に配慮した上で結論を導き出すことが求められる。
- ・ 行政処分の職権取消しと撤回、附款や裁量基準、解釈基準、行政規則といった、行政法総論に関する基本的な概念の理解が不十分であると思われる答案が少なからず見られた。

(2) 設問 1

- ・ 「本件要綱の関係する規定」の法的性質・効果を正確に理解できていない答案が大多数であった。とりわけ「本件要綱の関係する規定」が採石法第33条の7第1項の「条件」に該当するという答案が続出した。また、条例論の枠組みで要綱の許容性を論じている答案もあった。
- ・ 要綱を附款あるいは附款の一種である条件として、採石法第33条の7第2項の要件を検討する答案が非常に多く見られた。問題文が示す状況を理解できていないか、附款の概念の理解に欠けているかによるものと思われる。
- ・ 本件要綱の法的性格を検討することなく、それが採石法及び採石法施行規則の趣旨に合致するものであれば、国民に対する法的拘束力を有するとした答案が比較的多く見られた。
- ・ 行政機関が策定する各種の基準類は、実際の行政実務で重要な意味を持つので、その法的な意味を、実例に即して、十分識別しながら学習することを望みたい。
- ・ 採石法が、採石認可に当たり、都道府県知事の裁量を認めていることに触れずに、いきなり裁量権の逸脱・濫用を論じている答案が散見された。
- ・ 跡地防災保証の許容性を検討するために、採石法第33条の2第4号や採石法施行規則第8条の15第2項第10号を参照しない答案が目立った。
- ・ まず採石認可の処分要件は何かが検討されるべきであるのに、その点の検討が全くされていない答案が多数存在した。
- ・ 適法判断を手短に導くための便法として、十分な論拠を抜きに知事の広範な裁量権限を持ち出し、その結果、題意に即した検討をしていない答案が少なからず見られた。
- ・ 審査基準の一般的な合理性の問題と、個別の申請に対してB県知事がいかなる判断をすべきかの問題との区別が十分に理解できていないように思われる答案が少なからず見られた。
- ・ 受験者が自分で法律論を組み立てることを求める問題であったため、全くできていない答案から極めて優秀な答案まで、大きく差がついた。こうした差は、

理論に基づいて法令に事実を当てはめて結論を導くという、理論・法令・事実を適切に結び付ける最も基本的な作業を、判例等を素材にして、普段から積み重ねてきたか否かによって生じたものと思われる。

(3) 設問 2

- ・ 問題文が「岩石の採取をやめさせるために何らかの処分を行うことができるか」と問うているのに、「保証契約を締結させるための手段」について論じていたり、「緊急措置命令」とだけしか記載していない答案が目についた。また、少数ではあるが、採石法第 4 3 条に基づく刑事罰の適用を挙げる答案もあった。
- ・ B 県知事が採り得る手段を簡潔に掲げているだけの答案が相当数あった。論述に当たっては、採石法の規定の趣旨を踏まえて、問題文の状況を具体的に当てはめていくことが重要である。
- ・ 採石法第 3 3 条の 1 3 第 1 項と第 2 項が書き分けられていることを意識しない答案が目立った。
- ・ 問題文の読み方が不正確であるために、B 県知事の採石認可拒否処分が違法であることを前提にしている答案や、採石認可処分がされていることを前提に、それに基づく岩石の採取をやめさせるために何らかの処分ができるかを問うているのに、採石認可拒否処分がされていることを前提にしている答案があった。
- ・ 法令上の明文の根拠によらない撤回について、法令上の根拠の点だけでなく、授益的行政処分である以上、撤回は制限を受けることまで検討が至っている答案は少なかった。
- ・ 撤回と職権取消しとの違いが、十分に理解できていないように見受けられる答案が少なからず見られた。

(4) 設問 3

- ・ 他の設問と比較するとよくできていた。
- ・ 原告適格について、一般論はそれなりに記載できているものの、一般論を本事案に適用するに当たり、関係法令の条文を羅列しているだけの答案や、逆に採石法第 1 条の目的規定にしか言及しない答案、同法第 3 3 条の 4 の認可の基準を見落としている答案が多かった。
- ・ 非申請型（直接型）義務付け訴訟の「重大な損害」の要件の趣旨について、差止訴訟の場合と混同するなど、基本的な知識に不安を抱かせる答案があった。
- ・ D は現地に居住していないと記載されているのに、居住しているものとして議論している答案が散見された。
- ・ 非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件のうち「一定の処分」の該当性の検討において、設問 2 で挙げた処分が行政事件訴訟法第 3 条第 2 項にいう「処分」に当たるかどうかだけを論じ、処分の特定の程度について言及していない答案が多数存在した。具体的事案に即さずに、「訴訟要件なら処分性」といった型にはまった思考をしていると感じられた。
- ・ 問題文は「設問 2 で挙げられた処分をさせることを求める行政訴訟」について問うているのに、取消訴訟や差止訴訟を挙げている答案が散見された。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な判例や概念等を正確に理解する訓練を重ねることはもちろんであるが、

こうした訓練によって得られる基礎的な知識・理解と、具体的な事実関係を前提とした、事案分析能力、法の解釈・適用能力、文書作成能力等との結び付きを意識して習得させるといった教育を求めたい。

多くの答案からは、本問で論ずべき主な論点の内容自体について基本的な知識・理解を有していることがうかがわれ、この点、法科大学院教育の成果を認めることができた。しかしながら、各設問における具体的な論述内容を見ると、問題文等の指示から離れて一般論・抽象論の展開に終始している答案や、会議録から抜き書きした事実関係と一般論とを単純に組み合わせただけで直ちに結論を導くような、問題意識の乏しい答案が、相変わらず数多く見られた。また、本年度においては、行政法における基本的な概念の理解が不十分であると思われる答案も少なからず見られたが、これは、概念自体を学習していないというよりは、具体的な状況でこれらの概念をどのように用いるのかといった視点での学習が不十分であることに起因するよう思われた。法律実務家に求められるのは、法律解釈による規範の定立と、丁寧な事実の拾い出しによる当てはめを通じた、具体的事案の分析・解決の能力であり、こうした能力は、理論・法令・事実を適切に結び付ける基本的な作業を、普段から意識的に積み重ねることによって習得されるものである。法科大学院には、判例等具体的な事案の検討を通じて、基礎的な知識・理解を確認する学習機会を増やすなど、こうした実務的能力の習得につながる教育を求めたい。

【平成26年新司法試験公法系科目第2問(行政法)答案構成例】

第1 設問1

1 問題の所在

AがC組合から保証(以下「本件保証」という。)を受けていなかった場合、これを理由にB県知事が採石認可拒否処分をすることは適法か。法律上本件保証をAに対する採石認可の要件とすることは適法かが問題となる。

2 本件要綱の法的性質

(1) 採石法(以下「法」とする)や採石法施行規則(以下「規則」という。)は、採石認可(同33条)につき、採取計画の策定(法33条の2)、申請書その他書類の添付(法33条の3)、各基準の充足(法33条の4)を要件としている。しかし、法及び規則には本件保証を要する旨は規定されておらず、本件保証は専ら本件要綱に根拠がある。

この本件要綱は、法令の委任を受けて規定されたものでも、法律を前提とする具体的事項の定めでもないため、法規命令ではなく行政規則に当たる。

(2) そして、法は認可拒否の基準として、「公共の福祉に反すると認めるとき」といったように知事の判断の余地を認めている(法33条の4)。また、岩石の採取によって生じる災害リスク(法1条、法33条の2第4号、法33条の4、法33条の13)や他事業への損害リスク等(法1条、法33条の4)、広汎かつ専門的な知見に基づき認可の判断をしなければならず、そのような知見は都道府県の長である知事が有している。これらのことから、採石認可に係る処分には知事に裁量が認められる。そのため、採石認可に係る処分は裁量処分であり、それに係る本件要綱は裁量基準(審査基準(行政手続法5条))である。

3 裁量基準と裁量の逸脱濫用(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)30条)

Aからは、①裁量基準に基づきなされた処分は平等原則や信頼保護原則の観点から適法であると反論することが考えられる。

しかし、裁量基準はあくまで行政の内部基準であり、それ自体は法源性を有しないから、裁量基準が法の趣旨目的に合致している場合にはじめて、当該法に基づく適法な処分と評価できる。したがって、②裁量基準自体が、法の趣旨目的に反し合理性を欠く場合、あるいは、③裁量基準自体が法の趣旨目的に合致しているとしても個別的事情に鑑みることなく裁量基準を機械的に適用し、法律の趣旨目的を没却した場合、その裁量基準に基づく処分は社会通念上妥当性を欠き、裁量の逸脱・濫用として違法となる。

4 本件について

(1) ①について

本件でも、Aとしては、裁量基準たる本件要綱に基づき本件保証を要するため、Aが本

件保証を受けていなかったことを理由に採石認可拒否処分をすることは適法であるのが原則であると反論することが考えられる。

(2) ②について

そこで、裁量基準自体が合理的か否かをみるに、法は、認可を受けるために、採取計画の策定を要求し(法33条)、当該計画に災害防止の方法や施設に関する事項を定めるよう要求している(法33条の2第4号)。また、法は、申請書に跡地防災のために必要な資金計画を記載した書面の添付を要求している(法33条の3第2項・規則8条の15第2項10号)。これらの規定は、採石により跡地の土壌の弱体化、ひいては土砂災害などの災害リスクが生じ得ることを前提に、跡地の防災措置を資金面から確保する趣旨である。

他方で、本件要綱は、跡地防災措置は多額の費用を要するにもかかわらず、採石業者に小規模事業者が多く、当該措置が確実に行われぬおそれがある実態に鑑みて、本件保証を要し、跡地防災措置の実施を人的にも資金的にも確実にする内容である。これらのことから、本件要綱の内容は、上記法の趣旨と合致する。

したがって、裁量基準である本件要綱は合理的である。

(3) ③について

ア 次に、Aとしては、本件保証を要する本件要綱自体が合理的であるとしても、Aは資本金の額や事業規模が大きく、経営状況も良好で跡地防災措置の実施のための資金面も確保しているのであるから、本件申請を個別的にみて、本件保証は必要ではないと反論することが考えられる。

しかし、Aは大企業とはいえず、大企業と同程度の潤沢な財政状況ではないと考えられること、Aの良好な経営状況が本件の採石事業を経た後も継続する保証がないこと、災害の規模や程度は確実に予測できる事象ではなく、それゆえ防災措置の資金等についても不測の事態に備え十分に確保しておくべきことから、第三者による保証自体を要求することは、上記法の趣旨に反しない。

イ また、Aとしては、第三者による保証を要するとしても、他の採石業者から保証を受ければ十分であり、わざわざ特定の事業者であるC組合の保証を受ける必要はないと反論することが考えられる。

しかし、C組合はB県で営業している大部分の採石業者を組合員とする法人格を有する事業協同組合であり、跡地防災措置を代替する組合として信頼性が高いと考えられること、保証人としての適格性を欠くような事情がないことから、C組合による保証を要することも、上記法の趣旨目的に反しない。

ウ したがって、本件要綱を機械的に適用しても、法の趣旨目的に反しない。

5 結論

以上より、本件要綱は法の正しい内容に合致しており、本件要綱に基づいて認可拒否処分をすることは裁量の逸脱濫用とならない。それゆえ、法律上本件保証を A に対する採石認可の要件とすることができ、A が本件保証を受けていなかった場合、これを理由に B 県知事が採石認可拒否処分をすることは適法である。

第2 設問2

1 総論

A は、C との間で本件保証契約を締結し、本件認可を受けた後、本件保証契約を解除している。B 県知事としては、本件保証契約の存在が認可の前提であったことから、本件保証契約の解除を理由に、①法33条の12の認可取消し又は岩石採取停止命令、②法33条の13第1項の緊急措置命令としての岩石採取停止命令、③法33条の解釈としての認可の取消しをすることが考えられる¹。

2 ①について

(1) 法33条の12の措置の要件は、同条各号該当事由である。

(2) まず、1号の条件(法33条の7第1項)違反について、法的安定性や国民の予測可能性確保のため、条件等の附款は、許認可時に明示的に付加されていなければならない。

本件保証契約の存続が認可内容の従たる意思表示、すなわち条件として明示的に付加された事情はないため、本件保証契約の存続は条件ではなく、条件違反もない。よって1号には該当しない。

(3) 次に2号の採取計画遵守義務(法33条の8)違反について、B 県知事としては採取計画と保証書は一体であり、保証によって跡地防災措置が確実に履行されることを前提として採取計画を認可しているため、本件保証契約の解除(不存在)は、上記義務違反になると主張することが考えられる。

確かに、保証については法令上採取計画に定める事項とはされず、A の採取計画にも記載されていない。しかし、上記のとおり法律上本件保証を A に対する採石認可の要件とすることができること、採取計画に定めるべき跡地防災保証は保証書の存在が前提となっており、A も本件保証契約を締結して保証書を提出していることから、採取計画と保証書は一体のものと考えることができる。

したがって、本件保証契約の解除は採取計画遵守義務違反として2号に該当する。

¹ 会議録等からすると、これらすべてを論じる必要はなく、①の2号該当性、③を論じれば十分上位合格答案となる。

(4) 3号の緊急措置命令(法33条の13)違反について、下記のとおりそもそも命令発出の要件を満たさないため、命令違反もない。よって3号には該当しない。

(5) 4号について、Aは確かに認可時点から本件保証契約継続の意思はなく、認可後僅か1か月で解除しているため、「不正の手段」にあたるように見える。しかし、Aは認可時において保証契約自体は適式に締結しており、虚偽の申請等をしたわけではないので、「不正の手段」とまではいえない。よって、4号にも該当しない。

(6) 以上より、2号違反を理由に、法33条の12の認可取消し又は岩石採取停止命令が認められる。

3 ②について

法33条の13第1項は、「岩石の採取に伴う災害の防止のため緊急の必要があると認めるとき」に岩石採取停止命令等ができる旨規定している。

本件では、Eとしても現段階ではAの財務状況は良好で、岩石の採取をやめさせる処分を直ちに行う必要はないと考えていること、実際にAの岩石採取により災害リスク等が急激に増加したなどの事情がないことから、上記「緊急の必要」は認められない。

よって、法33条の13第1項の緊急措置命令としての岩石採取停止命令も認められない。

4 ③について

(1) では、本件保証契約の解除といった、本件認可の後発的な事情により、本件認可を維持することが適当でなくなったとして、B県知事が本件認可を将来的に無効とすること、すなわち撤回をすることができるか。法令上の明文の根拠によらない撤回が認められるかが問題となる。

(2) 法令上撤回を定めた規定がなくても、許認可等の法的仕組みについて、後発的な事情により不当となった場合にはこれを撤回できることを前提にしていると解釈でき、許認可権限規定に黙示的に撤回権が留保されていると解すべきである。このように解することが、瑕疵ある法的状態の回復という法治国家原理の要請にも適う。

本件でも、法33条の認可規定に基づき、本件認可を撤回できる。

(3) もっとも、とくに授益的行政行為につき無制限に撤回を認めると、一度行われた行政行為が有効であると信じた者の信頼や法的安定性を害し、その者の権利利益を侵害するおそれがある。そのため、撤回をすることにより保全されるべき利益と撤回により影響を受ける相手方等の不利益とを比較考量し、前者が後者を上回る場合に撤回ができると解すべきである。

(4) 本件では、保証契約は解除されているが、現時点において土砂災害等のリスクが急激に増加しているわけでも、Aの財務状況が悪化しているわけでもないから、撤回をすることにより保全されるべき利益の存在は考え難い。他方で、Aは本件認可を得て既に岩石採取を開始しており、相当の資本や労力を投下しているものと考えられるから、撤回により失われる不利益は大きい。

したがって、本件認可の撤回をすることはできない。

第3 設問3

1 提起すべき訴訟

DはB県知事に対し、Aに岩石採取をやめさせるための何らかの処分をするよう求めていること、その場合、上記のとおり本件認可の取消し又は岩石採取停止命令(以下「本件処分」という。)が想定されることから、Dは、本件処分の非申請型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)を提起すべきである。

2 訴訟要件

(1) 「一定の処分」(同法37条の2第1項)

本件処分は、義務付けの対象として複数あり、選択の余地があるが、裁判所の判断が可能な程度に特定されており、「一定の」に当たる。

また、撤回処分はB県知事が一方的に行うものであり、かつ、後発的に認可を拒否する点でAの採石に係る権利を制限・はく奪する具体的法効果を生じさせるものであるから、「処分」に当たる。

(2) 原告適格(同条3項)

ア 「法律上の利益を有する者」とは、基準の明確性の観点から、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害される者をいう。そして、原告の主張する利益が、行訴法9条2項の要素を考慮した上で(同37条の2第4項)、処分の根拠法規によって一般的公益に吸収解消させるにとどまらず、個々人の個別的利益としても保護されている場合、当該利益は法律上保護された利益に当たると解する。

イ Dは本件採取場付近に居住はしていないが森林を所有し林業を営んでいること、Dの所有する森林が土砂災害により被害を受けるおそれがあると考えていることから、Dが主張すべき利益は、採石に伴う土砂災害から森林等を保護する林業上の利益である。

ウ 法は、認可の際に岩石の採取に伴う災害の防止のための書面等を要求し(法33条の2第4号、規則8条の15第2項10号)、認可後においても災害防止を担保する措置について定めている(法33条の12、同33条の13)。また、認可に際して岩石採取場の周辺の状態を示す図面を申請書に添附することを要求し(法33条の3第2項)、林業その他の産業の利益を損じないことを採石認可の基準の一つとしている(法33条の4)。これらの

規定は、採石によってその土地の土壌が弱体化し、土砂災害が生じるおそれに鑑みて、当該土地周辺の林業その他産業を土砂災害から保護する趣旨目的である。

そして、土砂災害が起きると、林業に必要不可欠な森林が倒壊等により失われるおそれがある。しかも、ひとたび樹木が失われると、樹木の生育には短くとも数十年単位の莫大な時間や労力等を要することになり、林業従事者の損害は計り知れない。

これら法の趣旨目的、失われる利益の損害の重大性等に鑑みれば、法は、Dの主張する利益を、一般的公益に吸収解消させるにとどまらず、個々人の個別的利益としても保護している。したがって利益は法律上保護された利益に当たり、これを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は原告適格を有すると解する。

エ Dは、本件採取場から下方の僅か10メートル離れた土地で林業を営んでいるのであるから、本件採取場の土砂災害により必然的に上記利益を侵害されるおそれのある者といえる。したがって、Dは「法律上の利益を有する者」として原告適格が認められる。

(3) 「重大な損害を生じるおそれ」(行訴法 37 条の 2 第 1 項・同 2 項)

上記のとおり、ひとたび土砂災害等が起きると、Dの林業は壊滅的な打撃を受けることになる。金銭賠償によって林業の収入補償等は一定程度果たされるとしても、樹木の生育に多大な時間と労力が生じ、その間まったく林業を営めないことに鑑みると、それらの損害回復は実質的に不可能である。

したがって、「重大な損害を生じるおそれ」は認められる。

(4) 「他に適当な方法がないとき」(同条第 1 項)

法律上他の救済手続が用意されている場合に行政への義務付けまで認める必要性は乏しいため、同要件は、義務付けの請求に代替する救済手続がとくに法定されていない場合に満たすと解する。

本件では、救済手続は法定されていないため、同要件を満たす。

(5) その他訴訟要件

(狭義の)訴えの利益等、他の訴訟要件も満たす。

3 結論

以上より、Dは本件処分の非申請型義務付け訴訟を適法に提起できる。

以上

出題趣旨・採点実感

担当講師:弁護士 山下大輔

1 出題趣旨

近年の予備試験の傾向としては、百選掲載判例をとくに強く意識した問題が出題される傾向にあり、有名論点を組み合わせるといふより、そのような最高裁判例をもとに、法令の趣旨目的や個別の事情を現場思考で検討させる問題となっている(おそらくほとんどの受験生が行政契約など対策していないであろう。)

昨年の令和2年本試験の数か月後に行われた令和2年予備試験では、本試験と同様の問題意識が出題されているため、令和3年予備試験の対策のためにも、令和3年本試験の問題意識を探ることが必須である。そして、令和3年司法試験本試験では審査基準の個別審査義務(機械的適用の可否)が出題されているが、予備試験では直近で出題されていないため、出題の可能性が高いといえる。ゆえに、本問の設問1で審査基準の合理性や機械的適用の可否をもう一度学んでいただきたい。

また、有名論点ではなく、現場で個別法令の仕組みを解釈して適切に当てはめさせるような問題は、近年とくに重視されているため、本問の設問2で、問題文の事情をできるだけ拾い、的確な処理をする姿勢を身につけて欲しい。

さらに、直近の予備試験では、原告適格(H29)→処分性(H30)→原告適格(R1)→処分性(R2)と出題されており、安直な発想ではあるが、原告適格が出題される可能性が高い。本問の設問3で、原告適格の総復習をして頂きたい(ただし、処分性(R2本試験)→処分性(R2予備試験)→処分性(R3本試験)と続いているので、処分性にも注意が必要である。)

2 採点実感

(1) 設問1について

- ・「A からの反論も想定した上で」とされているのに、A の反論を明示しない答案が散見された。予備試験でも少なくとも設問一つは主張反論形式で出題されるため、このような指示の見落としは絶対に避けるべきである。
- ・裁量を法令の文言のみから認める答案は減ったが、裁量を認める実質的理由について、なぜ専門的な知見を要するのかなど、的確に論じている答案は少数にとどまった。
- ・裁量基準自体の合理性、機械的適用の可否が本問の中心的な検討となるべきところ、このような判断枠組みを的確に用いて順序だてて論じる答案は意外にも不存在であった。
- ・裁量基準自体の合理性を検討するにあたっては、法令の趣旨目的と裁量基準の内容が合致するといえるかが重要な判断要素であるにもかかわらず、そのような点を意識せず、ただ問題文の事情を羅列し、自身の価値判断を展開する答案が散見された。

- ・会議録をよく読むと、職員 E の 2 回目の発言が本件要綱の立法事実類似の要綱の趣旨、すなわち基準自体の合理性に関するものであること、職員 E の 4 回目の発言が司法事実類似の個別事情、すなわち要綱の機械的適用の可否に関するものであることが読み取れる。予備試験ではこのような誘導すらないのであるから、限りある設問の事情や個別法令のどこからどこまでが自身の答案のどこの構成に組み込めるのか、注意深く検討する必要がある。

(2) 設問2について

- ・「緊急の必要」や「不正の手段」など、本問の事情からは簡単には認められにくい要件を簡単に認定する答案が散見された。結論として認定すること自体は問題ではないが、本問の事情や誘導をまずは素直に読み、反対の結論とする場合には注意深く論述する必要がある。
- ・本件要綱の継続ではなく性質それ自体を行政上の附款としての条件と解する答案があった。この点は難しい問題であり、かつ、予備試験での出題可能性も低いと思われるので、深入りする必要はなく、解説レジュメを読み返す程度で十分である。しかし、その他の用語を含め、行政法の基本的な用語はよく意味を理解しておく必要がある。
- ・行政行為の撤回の可否について、処分の相手方の帰責性を考慮要素として論じる答案中、「Aは後に保証契約を解除した」ことを帰責性と評価する論述が見られた。「不正の手段」とも関連するが、ここでの帰責性は刑罰法令違反等の明らかな法令違反行為や信義にもとるような不誠実な行為をいうものと解すべきである。保証契約は不要として争うこと(保証契約を解除すること)自体をただちに帰責性や「不正の手段」とすると、行政との関係で係争行為をする余地はなくなるように思われる。

(3) 設問3について

- ・「一定の処分」の定義はほとんどの答案で正確に挙げられていたが、処分を具体的に明示せず、何の義務付けを求めているのか不明な答案があった。
- ・重大損害要件でDの損害を重大としておきながら、原告適格の損害の部分ではさほど重大でないと簡単に結論付ける答案が少数ながらあった。重大損害要件と原告適格での損害は一致しないが、少なくとも論理矛盾とならないよう論述には気をつけるべきである。
- ・補充性要件の定義については、ほとんどの答案が適切に挙げることができていなかった。
- ・設問の指示では訴訟要件を満たすか検討するよう求められているのであるから、少なくとも「その他の訴訟要件も満たす」といった言及は必要である。
- ・法がDの林業上の利益を保護している趣旨目的かを判断するにあたって、法33条の4を挙げることは必須であったが、意外にも挙げる事ができている答案は少数にとどまった。

(4) 形式上の注意点

- ・「すると」、「そうだとすれば」などの仮定的な接続詞は極力用いるべきではない。
- ・個別法の条文や非申請型義務付け訴訟の重大損害要件の考慮事項等を漫然と書き写す答案が散見されたが、できるだけ省略する、当てはめにおいてかっこ書きで記載するなど、工夫が必要である。

以上

司法試験対策ゼミ解説レジュメ

(平成26年新司法試験公法系科目第2問 (行政法))

担当講師：弁護士 山下大輔

第1 設問1

1 会議録等を活用した問題設定

- (1) 「C組合から保証を受けていなかった場合、…採石認可拒否処分…は適法か。」「AはC組合による保証をAに対する採石認可の要件とすることは違法であると主張…。」「Aからの反論も想定」。

⇒B県知事は、AがC組合から保証を受けていないことを理由に採石認可拒否処分をすることはできるか、Aの反論を想定した上で検討。

- (2) 「B県知事は、…本件要綱…において、保証…について定めた。」「要綱の定めは、法律に基づく政省令等により、保証を許認可の要件として規定する場合とは、法的な意味合いが異なります。」「本件要綱の関係する規定が法的にどのような性質及び効果をもつか。」「跡地防災保証については、法令上、採取計画に定める事項とはされておらず」。

⇒B県知事が定めた本件要綱（法規命令ではない）の性質決定。

- (3) 「採石法及び採石法施行規則の関係する規定の趣旨及び内容を検討」。

⇒①要綱の趣旨：「跡地防災措置は…確実に行われたいおそれ」

②要綱の適用背景：「B県では、跡地防災措置が適切になされない例が多く、跡地防災措置を確実に履行させるためには、地元のC組合による保証が必要」と比較検討。

2 裁量統制

- (1) 裁量の有無に応じた違法性判断

| 行政行為 | 裁量 | 審査方式 | 審査密度 | 審査手法 | 審査基準 |
|------|-------------|------------------|------|-------------------------------|----------------------------|
| 羈束行為 | 無 | 解釈違反 | 高 | 判断代置審査 | 法の趣旨目的 |
| 裁量行為 | 狭 (羈束裁量) | 裁量の逸脱・濫用(行訴法30条) | 中 | 社会観念審査 判断過程統制審査 | 事実誤認等 考慮遺脱・他事考慮 考慮不尽 |
| 裁量行為 | 広 (自由裁量) | 裁量の逸脱・濫用(行訴法30条) | 低 | 社会観念審査 (最小限審査) 判断過程統制審査 | 重大な事実誤認等 考慮遺脱・他事考慮 |

(2) 裁量の有無について

①法の文言

多義的概念等を用いて、行政機関に判断の余地を認めている文言かどうか。

なお、「100メートル以内」など、数値を用いている場合や「事業所」、「〇〇施設」等の固有の名称が規定されその文言該当性が問題となっている場合等は、裁量が否定されやすい。

②法の仕組み

・原則例外関係があるかどうか。

→許可等することが原則となっている場合、例外的に不許可等とするか否かについての裁量は否定されやすい。

・刑罰の対象となっているかどうか。

→対象となっている場合には、罪刑法定主義の観点から裁量は否定されやすい。逆に、本来的には刑罰法規が適用される行為の違法性を阻却する効果を持つ行政処分には、裁量が認められやすい。

・附款が法定されているか。

→附款が法定されている場合、処分の法効果を柔軟に認める趣旨であるので、裁量を認めやすい。

③処分の性質

国民の権利・自由を制限する処分については裁量が認められにくい。他方、国民に利益を与える処分については、裁量が認められやすい。

④裁量を認める実質的理由

行政庁の専門的・技術的知見・資料を要する等、行政判断を尊重する必要性や根拠があるかどうか。

3 行政規則と実体違法

(1) 処理手順

ア 当該処分に関し、細目的基準が定められている場合、法規命令か、行政規則か性質決定をする。

∵法規命令である場合、委任の範囲等の別の問題となるので¹、細目的基準の法的性質決定が必要。

イ 行政規則である場合、当該基準は解釈基準か、裁量基準か（当該処分につき、行政庁に裁量が認められているか）性質決定をする。

∵解釈基準である場合、解釈違反が問題となり、他方で裁量の逸脱濫用は問題とならないため、裁量の有無の認定が必要。

¹令和元年度予備試験・平成18年度本試験参照。

ウ 裁量基準である場合、裁量基準に従ってなされた処分が裁量の逸脱濫用として違法となるか検討する。→裁量基準の拘束力（裁量の逸脱濫用）。

①前提……裁量基準は、行政規則としての内部基準であり、法源性を有しない。

参考判例最大判昭和 53 年 10 月 4 日(行政判例百選 I [第 7 版]76 事件)

行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当・不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない……。

また、裁量基準は、日常的な行政運営を能率的に行うために抽象的な法の規定を具体化した基準である。裁量基準が定められている場合には裁量基準に従って行政行為がなされることが平等であり、通常のあるべき行政の姿ということになる。

そのため、裁量基準が定められている場合には、原則として、裁量基準に従って行われた処分は適法である（むしろ、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、平等原則違反、不当な動機・目的、比例原則違反等と評価されることがある。）。

参考判例最判平成 27 年 3 月 3 日(行政判例百選 II [第 7 版]175 事件)

当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なった取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになる……。

しかし、

②裁量基準自体の合理性

裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであることが前提である。裁量基準が法律の趣旨目的を逸脱した不合理なものであれば、裁量基準に従ってなされた行政処分も違法となる。

③個別的審査義務

裁量基準自体が一般的に妥当な場合であっても、当該裁量基準をある特定のケースに機械的に適用するだけでは、かえって法律の趣旨目的を損なうような場合には、個別的な特殊性に鑑みてむしろ裁量基準に従わないことが求められる。この場合に、行政庁が、個別的事情に鑑みることなく裁量基準を機械的に適

用し、法律の趣旨目的を没却した場合には、裁量の逸脱・濫用として違法となる。

重要判例最判平成 4 年 10 月 29 日(行政判例百選 I [第 7 版]77 事件)

…②調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり，③あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤，欠落があり，被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には，被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして，右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。

重要判例最判平成 11 年 7 月 19 日(行政判例百選 I [第 7 版]72 事件)

②本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は，法 9 条 2 項 1 号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有するといえる。

③もっとも，タクシー事業者が平均原価方式により算定された額と異なる運賃額を内容とする運賃の設定又は変更の認可申請をし，…所定の原価計算書その他運賃の額の算出の基礎を記載した書類を提出した場合には，地方運輸局長は，当該申請について法 9 条 2 項 1 号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきである。

第 2 設問 2

1 会議録等を活用した問題設定

- (1) 「A は……本件保証契約を解除した。」，「設問 1 における B 県知事の採石認可拒否処分は適法」，「仮に C 組合による跡地防災保証がなければ A からの採石認可申請は拒否すべきであった」，「A に対し岩石の採取をやめさせる処分」。

⇒本件保証契約がないことを理由に，認可拒否処分ができる（違法状態である）ことを前提に，B 県知事が A に対し岩石の採取をやめさせる措置を検討。

- (2) 「採取計画と保証書とは一体……，保証によって跡地防災措置が確実に履行されることを前提として，採取計画を認可」。

⇒保証書と採取計画を一体とみて，採取計画違反を理由とする措置を検討。

- (3) 「認可の審査の際に前提としていた保証がなくなってしまったわけですから，認可の取消しは，採石法の個々の規定にかかわらず当然にできるように思う」。

⇒明文なき撤回の可否。

2 附款²

(1) 意義

行政行為の効果を制限するため、行政庁の意思表示の主たる内容に付加された従たる意思表示。

(2) 種類

- ①期限
- ②負担
- ③撤回権の留保
- ④条件

…行政行為の効力の発生・消滅を発生不確実な事実にかからしめる附款。

(3) 条件の限界

- ア 明示的な付加を要する。
- イ 法目的と無関係の附款はそもそも許されない。
- ウ 法の趣旨目的に照らして過大な義務を課す附款は、比例原則違反として許されない。

3 行政行為の撤回

(1) 意義

行政行為の撤回とは、行政行為の適法な成立後、公益上の理由が生ずるなどの後発的な事情の変化により、当該行為を維持することが必ずしも適当でなくなった場合に、これを将来的に無効とすることである。

※行政行為当初から瑕疵ある場合の職権取消しとの違いに注意。

(2) 法律の根拠の要否

ア 法律根拠必要説

法治主義、とりわけ法律の留保の観点からは、明文規定を置く法令がある場合に限って、行政行為の撤回が可能。

² 設問1に関する採点実感において、「「本件要綱の関係する規定」が採石法第33条の7第1項の「条件」に該当するという答案が続出した。」「要綱を附款あるいは附款の一種である条件として、採石法第33条の7第2項の要件を検討する答案が非常に多く見られた。問題文が示す状況が理解できていないか、附款の概念の理解に欠けているかによるものと思われる。」と指摘されている。附款は法効果の問題であって、許認可等の要件で問題となるものではないので、認可後の保証契約の継続を条件として、設問2の法効果の問題となることはあっても、保証契約を条件として、設問1の認可要件の問題となることはない。

イ 法律根拠(明文規定)不要説

撤回は行政行為の合目的性の回復であり、撤回に関する特別の明文規定は不要。

ただし、法律の根拠がまったく不要というわけではなく、撤回される行政行為の権限を授与する法は同時にその撤回の権限をも授与している、などと説明される。

ウ 撤回事由

撤回の場合はその定義上、不当の瑕疵に限られる。具体的には、撤回県の留保、負担の不履行、相手方の有責性、事実・法状況の変更、公益上の必要性、相手方の同意などが考えられる。

エ 撤回の制限

不当の瑕疵ある行政行為を是正することは、行政行為の合目的性の回復であり、本来あるべき姿といえる。しかし、一度行われた行政行為が撤回されると、これを有効と信じたものの信頼や法的安定性を害し、権利利益を侵害するおそれがあるので、撤回を認めるかどうかは、撤回により守ろうとする利益(撤回の必要性)と、撤回によって受ける相手方等の不利益とを比較考量することにより決せられるべきである。

とくに、侵害的処分の撤回は相手方等に有利に働くので比較的自由に認められるが、授益的処分の撤回は相手方等に不利に働き得るので、撤回が許されるかどうかは厳格に判断すべきである。

重要判例 最判昭和 63 年 6 月 17 日(行政判例百選 I [第 7 版]89 事件)

……指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるものというべきである。

第 3 設問 3

1 会議録等を活用した問題設定

(1) 「処分をさせることを求める行政訴訟」、「抗告訴訟」、「仮の救済は解答の対象から外す」。

⇒非申請型義務付け訴訟

(2) 「その訴えが訴訟要件を満たすか否か」。

⇒訴訟要件をすべて検討する。

2 一定の処分

原告が義務付けを求める処分・裁決について、裁判所における判断が可能な程度に特定されることが必要。

※根拠法令上、同一の処分要件であることを前提に複数の処分の選択肢があると解釈

されるような場合（一定の効果裁量が認められる場合），その選択肢の範囲内で何らかの処分の義務付けを求める義務付け訴訟は，特定性を満たし，適法。

3 原告適格

(1) 意義

「一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」（行訴法 37 条の 2 第 3 項）

…処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者(法律上保護された利益説)

(2) 類型

①権利を侵害される者

- ・処分の名宛人
- ・処分の第三者であっても，処分の法的効果によって直接権利を侵害される者
(最判平成 25 年 7 月 12 日(平成 25 年度重要判例解説行政法 3 事件))

→行訴法 37 条の 2 第 4 項・9 条 2 項を適用するまでもなく原告適格が認められる。

②法律上保護された利益を侵害される者

→行訴法 37 条の 2 第 4 項・行訴法 9 条 2 項を適用し，判断。

(3) 処理手順

①主張利益の特定

まず原告の主張する利益を特定しなければ，それが保護範囲に含まれるかの議論も出てこない。答案で論じる際に，独立の要件として挙げなくとも，当該利益を示すことは必要不可欠である。

②保護範囲要件の検討

処分の根拠法規が原告の主張する具体的利益を法的に保護しているか否か。

③個別保護要件の検討

一般的公益に吸収解消されない個別に保護された利益とされているか否か。

→原告が主張する利益が個別的に保護されていないとすると，それは反射的利益にすぎない。

④当てはめ

原告が主張する利益を現実には有しているか否か。

(4) 自然災害から保護された利益

重要判例 最判平成 13 年 3 月 13 日(行政判例百選 I [第 7 版]163 事件)

……本件において、被上告人……は、本件開発区域に近接する住居に居住しており、本件開発許可に基づく開発行為によって起こり得る土砂の流出又は崩壊その他の災害あるいは水害により、その生命、身体等を侵害されるおそれがあると主張している。そこで検討するのに、森林法 10 条の 2 第 2 項 1 号は、当該開発行為をする森林の現に有する土地に関する災害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域において土砂の流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがないことを、また、同項 1 号の 2 は、当該開発行為をする森林の現に有する水害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水害を発生させるおそれがないことを開発許可の要件としている。これらの規定は、森林において必要な防災措置を講じないままに開発行為を行うときは、その結果、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害が発生して、人の生命、身体的安全等が脅かされるおそれがあることにかんがみ、開発許可の段階で、開発行為の設計内容を十分審査し、当該開発行為により土砂の流出又は崩壊、水害等の災害を発生させるおそれがない場合にのみ許可をすることとしているものである。そして、この土砂の流出又は崩壊、水害等の災害が発生した場合における被害は、当該開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民に直接的に及ぶことが予想される。以上のような上記各号の趣旨・目的、これらが開発許可を通して保護しようとしている利益の内容・性質等にかんがみれば、これらの規定は、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害防止機能という森林の有する公益的機能の確保を図るとともに、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民の生命、身体的安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当である。

……しかし、森林法 10 条の 2 第 2 項 1 号及び同項 1 号の 2 の規定から、周辺住民の生命、身体的安全等の保護に加えて周辺土地の所有権等の財産権までを個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むことを読み取ることは困難である。また、同項 2 号は、当該開発行為をする森林の現に有する水源のかん養の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがないことを、同項 3 号は、当該開発行為をする森林の現に有する環境の保全の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域における環境を著しく悪化させるおそれがないことを開発許可の要件としているけれども、これらの規定は、水の確保や良好な環境の保全という公益的な見地から開発許可の審査を行うことを予定しているものと解されるのであって、周辺住民等の個々人の個別的利益を保護する趣旨を含むものと解することはできない。

(3) 原告適格と重大な損害要件

両者はともに損害に着目した要件であるが、理論上の位置づけは異なる。実際上も、原告適格においては損害の重大性は勘案要素の一つにすぎないため、「重大な損害」が認められなくても、原告適格が認められることはあり得る。

5 他に適当な方法がないとき

①法律上別の救済手続が用意されている場合、それを利用することなく、司法が行政へ介入することまで認めるべきではない。

②第三者に対する民事上の請求を「適当な方法」と解釈すると、およそ義務付け訴訟が認められる余地はなくなり、平成16年行訴法改正の趣旨を没却する。

⇒義務付けの請求に代替する救済手続がとくに法定されているような場合を除いて、「他に適当な方法がないとき」(行訴法37条の2第1項)に当たる。

以 上