

第1章. 設問（及び会議録）で解答の形式・解答の方向性を確認する

行政法では、主として、設問において、解答の形式と解答の方向性が指示される傾向にある（稀に、会議録で指示されることもある。）。

以下では、司法試験における解答の形式・方向性に関する指示の類型を複数取り上げる。

1. 原告側の主張だけを書くべき場合

平成 29 年司法試験設問 1 (2) では、「訴えの本案において、X らはどのような主張をすべきか。解答に当たっては、当該訴えが訴訟要件を満たすことを前提にしろ。」とされている。

ここでは、原告 X 側からの違法主張を書くことのみが求められているため、違法主張の当否（＝裁判官の立場から見て処分が違法であるかどうかという結論）の検討までは求められていない。

2. 被告側の反論も踏まえて原告側の主張を書くべき場合

(1) 平成 29 年司法試験設問 2 (2) では、「本件市道の路線の廃止の取消訴訟において、X らはどのような違法事由の主張をすべきか。解答に当たっては、当該取消訴訟が訴訟要件を満たすことを前提にしろ。」という設問において、会議録において、「そもそも X2 が通学路に利用していて本件市道の機能が失われていない以上、路線の廃止は許されないのではないかと思います。…道路法の規定に即してそのような解釈が可能かどうか検討してください。また、我々としては、Y 市長が、本件市道の路線の廃止の適法性をどのような理由付け主張してくるかを想定し、そのような Y 市長の主張を前提としても本件市道の路線の廃止が違法といえるかについても、検討する必要があります。」という指示がされている。

ここでは、原告 X 側からの違法主張を書くことが求められている上、「X2 が通学路に利用していて本件市道の機能が失われていない以上、路線の廃止は許されないのではないか…」という問題点について、Y 市長の反論を踏まえた原告 X 側の再反論まで書くことが求められている。

(2) 令和元年司法試験設問 2 (2) では、「本件事業認定が法第 20 条第 3 号の要件を充足せず違法であるとの A の主張として、どのようなものが考えられるか。」という大きな問いがあり、この大きな問いに対する答え方に関するものとして、「B 県が行う反論を踏まえて、弁護士 E の立場から、検討しろ。」という小さな問いがある。

ここでは、大きな問いとして「A の主張として、どのようなものが考えられるか」となっているため、「B 県が行う反論を踏まえて、弁護士 E の立場から」A がなすべき主張について論じることが求められている。

したがって、A の主張は認められない（本件事業認定は適法である）という結論は、とり得ない。

この点が、後記 3 の同年設問 1・設問 2 (1) との違いである。

3. 当事者から依頼を受けた弁護士の立場から、できるだけ依頼者に有利な結論になるように検討すべき場合

- (1) 令和元年司法試験設問 1 では、事業認定に係る事業区域内の土地所有者 A が自己を名宛人とする権利取得裁決が違法であると考えこれを訴訟で争うために弁護士 D・E に相談しているという状況を前提として、「本件権利取得裁決の取消訴訟…において、本件事業認定の違法を主張することができるか。」という大きな問いがあり、この大きな問いに対する答え方に関するものとして、「B 県が行う反論を踏まえて、弁護士 E の立場から、検討しなさい。」という小さな問いがある。

厳密には、相談を受けた弁護士 D が、所属弁護士 E に対して検討事項等につき指示をしている。

A から相談を受けた「弁護士 E の立場から、検討しなさい」という指示があるものの、実際に本件取消訴訟が提起された場合において B 県の反論を踏まえて弁護士 E がなすべき主張が問われているわけではない。ここでは、仮に本件取消訴訟を提起した場合に本件取消訴訟において本件事業認定の違法を主張することができるかということについて、B 県の反論を踏まえて、弁護士 E の立場から答えを出すことが求められている。

そのため、できるだけ「主張することができる」という答えにするべきであるものの、「主張することができない」という答えもあり得る。

- (2) 令和元年司法試験設問 2 (1) では、「本件権利取得裁決の無効確認訴訟…を適法に提起することができるか。」について、補充性要件「に絞って、B 県が行う反論を踏まえて、弁護士 E の立場から、検討」することが求められている。

ここでも、設問 1 と同様、できるだけ「適法に提起することができる」という答えにするべきであるものの、「適法に提起することができない」という答えもあり得る。

4. 違法とする原告側の法律論を示した上で、適法・違法について自己の見解を述べるべき場合

平成 27 年司法試験設問 2 では、X が提起した「本件命令…の取消訴訟において本件命令は適法と認められるか。…本件命令を違法とする X の法律論として考えられるものを挙げて、詳細に論じなさい。」とされている。

ここでは、「本件命令…の取消訴訟において本件命令は適法と認められるか。」という大きな問いがあり、この大きな問いに対する答え方に関するものとして、「本件命令を違法とする X の法律論として考えられるものを挙げて」という小さな問いがある。

したがって、「本件命令を違法とする X の法律論」を示した上で、これを踏まえての自己の結論（＝適法かどうかという結論）まで書くことが必要である。

5. 適法とする法律論と違法とする法律論を示した上で、適法・違法について自己の見解を述べるべき場合

- (1) 平成 24 年司法試験設問 2 では、「県が本件計画道路の区間又は幅員を縮小

する変更をせずに本件計画を存続させていることは適法か。都市計画法の関係する規定を挙げながら、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。」とされている。ここでは、「本件計画を存続させていることは適法か。」という大きな問いがあり、この問いに対する答え方として「適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。」という小さな問いがある。

そのため、適法とする法律論・違法とする法律論だけを書いただけでは不十分であり、これらを踏まえた上での自身の結論（＝適法かどうかという結論）まで書くことが必要である。

- (2) 平成 25 年司法試験設問 2 でも、「本件認可は適法か。」という大きな問いがあり、この大きな問いに対する答え方に関するものとして、「関係する法令の規定を挙げながら、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。」という小さな問いがある。

そのため、適法とする法律論・違法とする法律論の双方を示した上で、これらを踏まえて自身の結論（＝適法かどうかという結論）まで書くことが必要である。

第2章 処分の違法事由の分類・論じ方

1. 処分の取消事由の分類

処分の取消事由に関する着眼点は、①処分の実体的要件、②処分の手続的要件、③効果に関する判断（効果裁量、信義則等の一般原則）に分類できる。

2. 法律構成を示す

（1）条文を出発点として、事実評価の前提となる法律構成を示す

行政側の行為の適法・違法が問われている問題では、条文を出発点として論じるのが通常である。

その上で、①条文の解釈または②行政裁量という法律構成を示す。

原則として、問題文や会議録にある生の事実は、法律構成という皿の上で評価する必要がある。

（2）条文解釈の作法

条文解釈という構成を採用した場合には、①条文の趣旨→②条文の文言の解釈による規範定立→③当てはめという流れで書くことになる。

①条文の趣旨を示した上でいきなり③当てはめに入る（②が欠けている）のではなく、両者間に②を介在させる必要がある。

（3）条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

ア. 内部基準の存否

適法・違法が問題になっている行政処分に関する内部基準（通達、要綱など）がある場合には、行政裁量という法律構成（裁量基準に従った裁量処分又は裁量基準から逸脱した裁量処分）で書くことが求められている可能性が極めて高い。

もっとも、水俣病認定のように、「認定自体は、…確定した客観的事実を確認する行為」であるとして、要件裁量が否定されることもある（この場合、認定に関する内部基準は解釈基準に位置づけられる。）。

最判 H25.4.16・百178

イ. 問題文等に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合

問題文や会議録に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合（＝行政庁が考慮した事情・考慮しなかった事情が複数記載されている場合）にも、行政裁量で書くことが求められている可能性が高い。

行政裁量を認めた上で、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を踏まえて、各々の事情について、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ（重視すべき事情か／重視するべきでない事情か）について検討することが求められている可能性が高いのである。