

採点者 平成 29 年度未修クラス修了
第 72 期司法修習生採用予定
水谷昌義

第 1 はじめに

皆さん答案作成お疲れ様でした。行政法の採点をしました水谷昌義です。今回の採点は採点方法にならない採点しました。採点基準になっていない点に裁量点をふっていませんが、個人的に司法試験で必要となりそうな事項についてはコメントにて記載しております。別途参考にしていただけると幸いです。

当講評レジュメは、あくまで司法試験を今年合格したに過ぎない者の、本問に対するアプローチの方法や採点していて気になった点を記載したまでです。批判的に検討し、学習に役立ててください。

また、採点者は、教科書や百選に傾倒し、難しい学説を用いた学習はローの授業用に最低限行い、司法試験の問題、出題趣旨、採点実感と上位答案を参考に学習してきたタイプの受験生ですので、主に答案にどう反映するかを考えた結果に基づきコメントを記載しております。学説上の深い話は、適宜優秀な同級生や基本書、野呂先生の指導によることをお願い申し上げます。

最後に、本問につき採点者の手書き答案を添付しておきます。こちらは採点后、60 分の時間制限で（3分 over しました）作成したものです。もちろんこちらも出来が良いものでない（ちょくちょくミスが見つかります）ので、これを叩き台に用いて役立ててください。

第 2 採点基準と採点項目ごとの採点対象者（7 名）の言及の有無

0 はじめに

司法試験は、相対評価であるので、論点をかけた、かけなかった、ということよりも、①「皆がかけた」論点を言及した、②「皆が書いてないのに」論点を言及しすぎた、③「皆がかけているのに」論点を言及しなかった、④「誰もかけなかった」論点を言及しなかった、という 4 つの視点をもつと合格に近づきやすいと考えます。①、④はあまり気にせず、②、③を探し、反省して次に活かすと良い評価が得られると思います。

以上の趣旨から、採点項目ごとの皆さんの言及しているポイントを列挙しておきます。他の受験生と差をつけられないよう確認してください。

1 設問（ア）

- ・差止訴訟の訴訟要件には「重大な損害」の要件があるが、取消訴訟にはそのような訴訟要件がないこと…4名
- ・取消訴訟の提起ができれば、差止訴訟の補充性要件が否定される可能性があること…5名
- ・仮の救済の要件につき、「損害」の程度の差があること…1名
- ・仮の救済の要件につき、本案に関する要件が積極要件か、消極要件か…0名
- ・本件指導の執行停止が認められれば、その効果として本件廃止処分が発付も阻止できること…0名

<講評>

- ・差止訴訟と取消訴訟の訴訟要件の比較は、コメントしたとおりまとめておく合格者との間で差がつけられなくなると思います。逆にここを落としてしまうと厳しい勝負になるので視点として今のうちに用意しておいてください。
- ・仮の救済の要件については、1名のみが言及していました（その方は逆に差止・取消訴訟の記載が抜けていたので、大きく点差が開いたということはありませんでした）。
「仮の救済については検討を要しない」などの言及がない限り（少なくとも司法試験においては）、必ず記載する意識を持っておいてください。
- ・「重大な損害を生ずるおそれ」を書くときは、最判 H24 0209（百選Ⅱ214 CB15-6）の規範を書くと、学習の端緒を示せるので書くようにしてください。
- ・本問とは直接関係ありませんが、差止訴訟の要件は、「一定の処分が『されようとしている』場合」（行政事件訴訟法3条7項参照）であり、「一定の処分がされる場合」（同37条の4第1項）ではありません。ここは非常に性格の悪い立て付けになっており、実際に平成27年度採点実感でも指摘されています。少なくとも合格者はすんなり処理してくるところですので、これを機会に復習しておいてください。

2 設問（イ）

- ・行政事件訴訟法3条2項の「処分」の意味・S39判例の規範…7名
- ・法62条1項が27条1項の指導指示に従う義務を課していること…3名
- ・法62条2項、3項の解釈…4名
- ・法62条1項の義務違反に対して、3項による変更などにより、指導指示の内容を強制的に実現する手段が用意されていること…4名
- ・本件指導が本件自動車の処分を求めるという具体的な内容を持つこと…1名
- ・結論…7名

<講評>

・S39判例は、よほど自身がない限り自分の規範で戦うより、そのまま記載しきったほうが無難です（合格者はそのまま書き写ししている人がほとんどであるため）。ここで斜線、書き換え挿入等をしたり、漏れがあったりするとほんの少し心証が悪くなります。ここは必ず準備しておいてください。

・公権力性をY市が主体となっているから、は誤りです（私法行為である水道契約はどうでしょうか）。ここは当てはめの際に「法律の根拠ある優越的地位の発動」と一言書いておくだけで理解を示せますので、記載してみてください。

・法62条2項、3項の指摘はされていましたが、その解釈をどうするか（本件指導に処分性を認める、ということは本件指導が一方的な公権力の発動として強制力を有することになります。このとき、62条2項、3項の整合性が図れないのではないかが問題になります）。非常に悩ましいですが、「単なる努力規定に過ぎず、処分性の検討における強制性とは異なる」や「本件指導の権限行使時の規制に過ぎず、その指導の効果を考える際とは規定している対象時が異なる」など悩みながらも一定の指針を表すのが無難でしょうか。ここは判例が想起できず、特にここはあっているかどうか私自身も不安なので、完全解だとは思っておりません。適宜確認をお願いします。

・具体性を記載しているのが、意外にも1名しかいなかったことに驚きました。程度の差はあれ、大抵の方々はS39に対し①公権力性、②直接性、③具体性、④法効果性という下位規範を述べてくださっていますが、それでも漏れているということは、検討すべき事項を誤って理解していることが理由として考えられます。③は告示や条例制定行為に対しての処分性で特に問題となる要件ですが、要は一般的抽象的な効果だと直ちに国民の権利義務に変動が生じない点にS39の規範とのズレが生じます。本件では本件指示が自動車の処分という具体的な内容となっているので、記載すると嫌なところで書き負けることがなくなると思います。

・「法令では」という書き方をするよりは、条文の指摘をしてください。特に本問では、法27条は1項と2項、3項でまるで法効果の性質は異なります（法27条1項は保護実施機関の授権規範、2項、3項は手続き、解釈を定めた規定）。一緒くたに「法27条は～」と書かれると「なにの話？」と混乱するので、条文は正確に引用してください。

・特に点数が伸び悩んでいる方は、論点至上主義に陥っていると思います（例えば、本件で④のみを記載した答案）。どの科目にも採点実感で述べられていることですが、法は論点となる部分のみの要件を検討したことを持って効果が発生するものではありません（例えば、民法で考えますと、不法行為の損害の有無のみを厚く論じていても、故意過失についての記載が全くなければ、民法709条の損害賠償請求は認められません）。本問も、処分性という4つの要件に忠実に当てはめることが求められていますので、自分の足りなかった要件はなにか、復習してください。

3 設問（ウ）

- ・移送費を支給してタクシーを利用させることに問題があること…4名
 - ・Xが本件自動車の運転により事故を起こす可能性は他事考慮に当たること…5名
 - ・Xが本件自動車を日常生活にも利用していることの考慮…5名
- （以上3つを書いた人が3名、2つ列挙した人が2名でした）
- ・結論・まとめ…6名

<講評>

・裁量認定→裁量の逸脱濫用の論理展開に点数は振られていませんでした。しかし、当然司法試験当日はここも勝負のポイントなので、書くようにしてください。形式面は第3を参照。

・記載の程度の広狭こそあれ、事実を列挙しようという意思は伝わってきています。あとは評価をどのように加えていくのが大切です。本件では法1条、4条がなぜ参考資料としてあげられたのか、ということを考えると考慮不尽や他事考慮等の評価がうまくいったと思います。

・裁量は要素ごとにマーカーで引いておく（距離、時間、頻度、目的、代替手段、処分への救済の手段の有無など）と、もれなく記載できると思います。

・特に、本問題は「1番が比較の問題、2番が処分性、3番が裁量の逸脱乱用」と、重たい試験を80分と極めて短い時間で記載しなければならない問題でした。時間が足りないというのは重々承知しております（というか、司法試験の問題も120分では溶けるような問題じゃないと思います）が、あくまで相対評価になります。絶対書かなければならない要素に絞って羅列し書く、書きなぐりすぎて正直識別困難な字で記載されていた方もおり、満点はつけませんでしたが少なくとも数点はふり、それが積もって評価が上がられている方も今回いました。時間不足の中でどう最後まで書き抜くか、今後の答案作成の際の指針にしてみてください。

・裁量の問題は想像力とダイナミックな思考であると思います。私の答案では「足に障害があってもそういった方用の車くらいあるでしょ！」という気持ちや、「週2日、病院へ往復2時間のタクシー代…。片道数万はくだらないし、下手すりゃ1年位で軽自動車くらい買えちゃうやん！この人のために税金なんぼ使うつもりなのか！」という想いをもって書きました。パターナリズムの観点や生存権からのアプローチをされている方もおり、非常に面白い推論だと思いました。これに加えて生の感情を参考にしてみると、思わぬ面白い推論がかけるかもしれません（特に公法系で役に立つことが多いです）。私の答案はさておき、毎年の超上位合格者の再現答案の推論は感心してしまうくらい素晴らしい論理を記載されています。判例の具体的あてはめはもちろん、こういったところから裁量を考えると書きやすくなるかもしれません。

第3 裁量の検討の方法

本問は、裁量基準のない場合における、行政事件訴訟法30条違反が問われている問題でした。書き方は人それぞれだと思いますが、私が論証として準備していたものを貼り付けておきます。適宜参考にしてみてください。

<論証>

1 …法…条に基づく本件処分は、裁量の逸脱乱用（30条）があり違法でないか。

2 まず、本件処分には裁量（要件／効果）はあるか。裁量の有無及びその広狭は法律の文言と判断の性質から判断する。

※ いきなり文言などから論じるより、一言基準を書いておくと親切かなと思い規範を作っていました。また、広狭は本件では触れませんが、立論の方向性によってかくといいと思います。

※ 裁量を記載するとき、「抽象的規範」と「専門的技術的判断」は受験生のほぼ全員が当然書いてきます。ここで差をつけるには、本問の具体的事情を判断の性質として検討していることを示さなくてはなりません。

具体的には、

①国民の権利自由制約の側面であれば、権力的行為は謙抑的であるべきだから裁量は認められない、狭くなる

②国民への受益的行為であれば、予算の都合や、本問のように保護者個々人に対する柔軟な対応の必要性からは、裁量が認められる、広い

③課税や刑罰であれば、租税法律主義・罪刑法定主義から一律判断が必要であり、裁量は認められない、狭くなる

④一回的行為、存続的行為はパターン化出来ないものの、持つておくべき視点

⑤専門的技術的判断は、処分機関の意思決定の尊重をする趣旨であるから、裁量を広く認める

といった、事案に即したアプローチをすると良いです。ここは特に他の受験生が適当に流しがちなところなので、意識してみてください。

以上より、本件処分の裁量は認められる。

3 もっとも、裁量があるとしても社会通念上著しく合理性を書く場合には、その判断に逸脱濫用があり違法の瑕疵を帯びる（30条）。具体的には（考慮不尽・他事考慮・事実誤認・事実に対する評価が明白に合理性を書く・目的動機違反・信義則違反・平等原則違反・比例原則違反）があるか否かによって判断する。

第4 その他、採点をしていて共有しておくべき気になった点

・条文の丸写しをする際は、それを記載する意味を必ず考えてください。特に、丸写しを多用されている方はその条文が何を示しているかの評価が足りず、問題文に記載されていることをそのまま書いているだけになってしまっています。

・主張反論構造は、指示がない限り取らないでください。今年の憲法の採点実感では、傾向が変わって受験生が焦り、従来どおり主張反論私見構造をとった方が多かったことに対する言及がなされていました。特に本問設問（ウ）では、X側のJの立場に沿った立論であり、Y市反論は「確かに…と考えられる。しかし、…でありXは…の違法を主張する」の流れで反論を組み込んだ立論が出来ます。注意してください。

第5 おわりに

行政法は科目特性が強く、記憶しなければならない事項が少ない一方で、「どこまで、どのように書けばよいかわからない」という科目です。加えて、どうしても先送りにしてしまう受験生が多く、合格に必要な水準も民法等に比べたら必ずしも高くありません。記憶すべきことを記憶し、書き方をマスターすれば少なくとも合格水準点を下回ることではない科目であると考えています。高等司法研究科の野呂先生の講義は、非常に深い判例知識や洞察力を身につける機会であったと今でも思います。行政法で合格点を取るための武器は身につけているはずですので、あとはそれをどのように扱うか、が大切になってくると思います。

私の話になりますが、私はとにかく各年毎の合格者再現答案、採点基準、採点実感に対応させて、書き方をマスターしていました。答案作成せずとも抑えなければならない書き方や知識を盗み取ることができるのでおすすめです。また、『受験新報2016年2月P16~』の「特集 行政法答案構成ノート」は、必要な知識が網羅的に記載されていました（確かローライにあったと思います）。適宜参考にしてみてください。

最後になりますが、私は中盤くらいの順位でローを卒業し、二回目で合格したばかりの合格者に過ぎません。ここに記載した事項はもちろん、厳しい言葉でのコメント等も私の老婆心からくるものであります。決して学説等を意識して完全解を記載していませんし、間違いすらあると思っています。ですので、採点やコメントもおかしなところが多々あると思いますので、もし何かありましたら遠慮なくお伝え下さい。もちろん、本問に限らず他の科目や選択科目（知的財産法でした）についても気兼ねなく質問していただいて問題ありません。可能な限り対応させていただきます。

筆末ながら、皆様の学習の一助になれば幸いです。寒くなってきましたのでくれぐれもお体にはお気をつけて。

水谷昌義

Email : m.mizutani.h03@gmail.com

以上

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
法律文書錬成講座 行政法	2年・3年・修了生	採点者	水谷昌義

第1. 設問7(7)

1. Jが本件指導に対する取消訴訟の方が、本件廃止処分に対して差止め訴訟とするよりXに有利であると考えた理由は、2点ある。すなわち、①差止め訴訟の要件より取消訴訟の方が要件が厳格ではない点、②仮の救済において、差止め訴訟に対応する仮の差止め(行政事件訴訟法(以下行訴と略)37条の5第2項)より取消訴訟に対応する執行停止(行訴25条2項、4項)の方が厳格ではない点である。

2. ①について。差止め訴訟において重大な損害、(行訴37条の4第1項)が要求される。これは、差止めの訴訟がいわば取消訴訟の前倒しの性質のものであり、国民の権利救済を図る一方で司法と行政の均衡を害し兼ねないものであるから、とくに処分がこれにあてに取消訴訟等によって執行停止の決定を受けるのが困難な場合等に限り認められるものである。他方、取消訴訟はまさに司法の介入すべき場合であり、このような要件は要求されない。

(2) また、上述のとおり差止め訴訟は取消訴訟の前倒しの性質のものであり、そもそも取消訴訟が提起できれば差止めの必要はない。この理由から、法は差止め訴訟に補充性要件(行訴37条の4第1項但書)とし、先行処分取消訴訟を提起すれば、当然に後行処分をすることができないことが法令上定められている場合を要求している。他方、取消訴訟にはこのような要件を要求していない。仮の救済においてもその前倒しの性格から、

3. 次に、②について。仮の差止めにおける「損害」は「償うことができない損害」(行訴37条の5第2項)であるのに対し、執行停止は「重大な損害」(行訴25条2項、4項)と要件が厳格ではない。

また、仮の差止めは本案要件が積極要件であるのに対し、執行停止では本案に関する要件が消極要件であり、立証の関

点からも負担が少ない。

4. 以上が丁が取消訴訟の方が有利とした理由である。

第2 設問其(1)

1 本件指導は「処分」(行訴3条2項)にあたるか。

「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをさす。この判断にあたっては、①公権力性、②直接性、③具体性、④法効果性を検討し、状況に応じて実効的な権利救済の有無も考慮する。

2. まず、①母につき、本件はY市は生活保護法(以下、法と略)27条1項に基づく本件指導としてあり、法律の根拠のある優越的地位の発動として、公権力性は認められる。また、本件指導はX個人にされていることから②直接性もある。そして、Xは本件指導によって本件自動車^{強制力と有するものとして}の処分を求められており③具体性も認められる。

3. (1) では、本件指導は④法効果性は認められるか。

(2) まず、本件指導は法27条1項に基づくものであるが、この指導にあたっては「被保護者の自由を尊重すること、及び強制し得るものではないことを要求している(同2項3項)。もともと、これらの条はあくまで本件指導段階におけるY市の権限行使の時点で、心がまえを示したものにすぎず、その後の本件指導に基づき解釈に影響を及ぼすものではない。そのため、同2項、3項をもって強制力を有する法効果性が否定されることはない。

⇒ そして、本件指導がほゞこれに法に場合、法は62条1項により被処分者に指導に従う義務を要求している。そして同項中の義務に違反した場合は保護の変更、停止、廃止も~~如何に~~権利救済の機会を与えることばく当然に強要できるとしている。このことから、本件指導にはその内容を強制的に実現することのできるものである。

(3) 以上より、④法効果性は認められる。

4. 以上より、本件指導の処分性は認められる。

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
法律文書錬成講座 行政法	2年・3年・修了生	採点者	水谷昌義

第3. 設問(9)

1. 本件指導は法27条1項の「目的達成に必要指導^{と評される}」^{趣意}の範囲を越えるものとして、裁量の逸脱・濫用(行政訴訟30条)の違法であるとJの立場から主張する。

2. まず、本件指導に要件裁量及び効果裁量はあるか。裁量の有無は法律の文言と判断の性質から判断する。

法27条1項は、「生活の維持・向上その他保護の目的達成に必要指導又は指示が与えられるとしており、その要件は要件に限定はない。これは生活保護^{全体としての}という予算管理や、個々人の被災分若しくはその目的達成に必要は被災分^{に付き}を必要とする専門的判断をもとに、継続的に行う必要性から要件に制限を加えていないといえる。この点から要件裁量は認められる。

また、指導指示の内容にも~~何ら~~制限はなく、これは法の目的達成のために柔軟に対応できるようにするあらわれであるといえる。この点から、効果裁量も認められる。

3. もともと、行政府に裁量が認められても、その広狭には自ずと限界があり、法社会通念上显著に合理性欠く場合、具体的には判断過程に^{誤り}がある場合や、~~裁量濫用~~^{裁量逸脱}がある場合には裁量権の逸脱・濫用があると違法になる。^{危険性}

(1) まず、本件でY市はXが本件事~~自~~自動車の運転による事故を考慮して本件指導をしている。確かにXは両脚に重度の障害がある~~こと~~ものの、Xは大学^校院への週2回の通院や日常生活のために利用できるほど運転技能を有していたといえる。また、現代では車いすの利用者であっても足によるペダルやブレーキを用いず運転できる車も普及していることから、両足の重度の障害^がそのものによって運転事故の発生するおそれは低いといえる。そうであるのに、Xに両脚の重度の障害の事実のみをもって本件

指導しようとし^てたことは、考慮すべきでない事情を考慮して本件指導をしているという、或量の逸脱濫用による違反である。

(2) また、Y市は本件指導においてXの自動車を買取し病院通院分の77シー代を支給しようとしている。

Xは通院に自動車で約1時間かかる、その頻度は週2回と多いことから、自動車をすでに所持しているXが必要かつリターン代や車の維持費より77シー代の方がはるかに高額になることが予想され、予算の観点から合理性を欠くものでありその判断にあやまりがある。

加えて、法は母^の被保護者の自立助長や(法1条)や^{補足}性(法4条1項)をいかけており、またXの自動車利用に^{真の物業の}日常生活について考慮していないという考慮不周もある。

以上より、本件指導としての^{この車}買取を求め~~ることと~~違反^{に反し}点の或量の逸脱濫用があり違反である。

4. 以上より、本件指導は要件、効果或量違反として行新30条4条違反だと主張する。

以上

※ 本答案は採点者が可能な限り採点基準を満たせるようあらかじめ採点基準を見た上で作成したものです。決して模範答案のようではないので、批判的な視点をもって参考にして下さい。※皆様の学習の一助とになれば幸いです。

水谷

2024年

制限時間
60分の
ここで time
over でした。
量が多いことは
否定できません。