

司法試験

令和4年司法試験分析会

公法系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 227825

LU22782

令和4年司法試験分析会

公法系・第1問

令和4年司法試験 公法系第1問 問題文**〔第1問〕（配点：100）**

X県公立大学法人が運営する県立X大学では、かねてより、地域経済の振興に貢献する研究の推進・人材の育成に力を入れており、その中核となる組織としてA研究所を設置している。A研究所にはX大学の各学部の教員のうち、学部の推薦に基づき特に優れた研究業績があると認められた者が研究員として所属している。A研究所は、「地域経済の振興に資する研究活動を支援する」ことを目的に、研究員の申請に基づき、年100万円の研究助成金を交付する制度を設けている。研究員はこれまで全員が毎年研究助成金を交付され、そうした手厚い支援の下でそれぞれの専門分野の研究を行うとともに、その成果を踏まえた教育を各学部の教員として行ってきた。X県には有名企業の製造拠点が複数あり、地域経済の原動力となってきたことから、X県はそれらの企業に積極的な支援を行っており、A研究所においても、県の産業政策の根拠となる研究が進められてきた。

地域経済を研究しているX大学B学部教授Yは、A研究所に研究員として所属し、研究助成を受けて研究・教育に当たってきた。Yは、持続可能な地域経済の在り方を研究する中で、X県の自然環境をいかした農業や観光業などに力を入れていくことが必要であると考えようになり、かかる観点から学術論文を積極的に発表するようになった。丁寧な実地調査とデータ分析に基づき地域経済の構造転換の必要性を主張するYの論文は、国内外の学界で高い評価を得た。

Yは、環境保護運動にも強く関与するようになり、地域で環境保護運動を進める団体Cを設立して、自らその代表となった。団体Cは、X県の自然環境の保全を訴え、工業団地への企業誘致などX県が進めてきた産業政策を、環境を犠牲に産業振興を図っているなどとして批判する活動をも展開していた。著名な研究者であるYによるこうした活動は、広く社会的な注目を集めた。Yはまた、研究成果を発信するためにA研究所のサーバー上に開設している自身のウェブサイト「Y研究室」において、団体Cの活動を記録した動画と、X県の産業政策に対する批判的なコメントを掲載した。動画には、Yを含む団体Cの構成員が、X県の産業政策の推進に熱心な県議会議員Dらと県庁前で激しく口論する様子や、Yが、環境保護に熱心に取り組む県議会議員らと団体Cの集会で対談する様子などが含まれていた。

202*年、団体Cは、自己の資金を用いて、学生や一般市民を読者として想定した、X県における環境保護の必要性を訴えるブックレット『持続可能な地域社会の未来に向けて—今こそ政策を転換すべきとき』を刊行した（以下「ブックレット」という。）。ブックレットでは、編者であるYのほか、X県各地で活動する団体Cの構成員らもそれぞれ一章を担当し、それぞれの活動を紹介するとともに、X県の産業政策を厳しく批判する論考を執筆していた。X県を中心に発行されている地方紙は、ブックレットについて、「持続可能な社会の在り方を考える上で貴重な学問的示唆を含んでいる」との好意的な書評を掲載した。

Yは長年にわたり、B学部の必修科目である「地域経済論」の講義を担当し、地域経済の経済学的分析を行ってきたが、202*年度前期の講義では、ブックレットを教科書として使用し、毎回の講義にブックレットの共著者をゲストとして招いた。また、Yは、講義の中で、再三にわたり団体Cへの加入を勧め、加入申込書の配布なども行った。さらに、期末試験では、ブックレットの章の一つを選んで学術的観点から検討せよ、という出題を行った。

このようなYの活動に対して、公務員ではないとはいえ県立大学の教員としてふさわしくないといった強い批判が学内の一部の教員からなされるようになった。X県議会でも、Dなど一部の議員から、Yの活動を問題視する発言がなされた。さらに、202*年12月、X大学の経営の重要事項を審議するX大学経営審議会において、地元経済界出身の委員から、特定の議員らと連携して県の産業政策を批判する教員の活動に研究助成を行っているのは県立大学として問題ではないかという、明らかにYを念頭に置いたと思われる発言がなされた。これに対して、A研究所長である教授Eは、特定の政策への批判は研究者としてあり得ることだが、県費を原資とする研究助成金が学外

での政治活動にも用いられているとすれば問題であるから、研究助成金が適正に用いられているかどうかについては精査したいと応答した。

経営審議会の後、Eを委員長とするA研究所の運営委員会が開催され、次年度の研究助成金の交付について審議された。Yに対しては、過去数年にわたり研究助成金が助成の趣旨に適合しない形で使用されており、次年度についてもYが提出した申請書では同様の支出が想定されるとの理由で、運営委員会は助成金を交付しないことを決定した。不交付決定の通知を受けたYは、助成が認められなければ次年度の研究活動に重大な支障が生じる、自分が助成を得て行ってきた研究活動は全て「地域経済の振興に資する研究活動を支援する」という助成の趣旨に沿ったものである、A研究所ではこれまで研究員に研究助成が認められなかった例はなく、優れた成果を上げてきた自分に対してだけ助成が認められないのは到底納得できないなどと述べ、Eに対して詳しい説明を求めた。Eは、経営審議会での指摘を受けて運営委員会がYについて過去数年の支出を精査したところ、その結果、ウェブサイト「Y研究室」の運営の委託及び実地調査のための国内各地への出張に研究助成金の3分の2以上が支出されているが、ウェブサイトは研究成果の発信のほかにYの政治的な意見表明や団体Cの活動のためにも利用されていること、また出張に際しては、Yが、団体Cと連携して活動している各地の団体に聞き取り調査を行うだけでなく、それらの団体が主催する学習会でX県の産業政策を批判する講演を無報酬で行っていることが明らかになった、と述べた。そしてEは、いずれもが助成対象となる研究活動とは認め難いものであったので、研究助成の趣旨に適合しない同様の支出が想定される次年度については、助成金を交付しないこととした、と説明した。

また、Yが202*年度前期に担当した「地域経済論」の成績評価に対して、団体Cに加入した学生がいずれも「S」の最高評価を得ている一方で、期末試験の答案でブックレットの内容を批判した学生の多くが不合格の評価を受けている、この科目の単位を取得しなければ卒業できないのにこのような評価では納得できないなど、成績評価が著しく不公正であるという異議の申立てが、同科目を履修した学生からなされた。202*年の翌年の1月、B学部教授会は、学部長FらによるYに対する事情聴取や答案の調査の結果を踏まえ、異議申立てについての審査を行った。教授会では、事情聴取に際し、Yが、「大学生は十分な批判能力を備えているので、高校までの授業とは異なり大学では講義内容などについて教員に広い裁量が認められており、成績評価もその中に入るはずだ。」、「ブックレットの論考はいずれも私の研究を踏まえた学問的な根拠に基づくものであって、それを十分な理由を示さず批判している答案は評価できない。」、「団体Cへの加入勧誘は何ら強制を伴っておらず、社会問題に関心の高い学生が自発的に加入しただけである。そうした意識の高い学生が、結果として優れた答案を書き高い評価を得たのは自然なことである。」、「大学が実施した今年度の授業評価で6割以上の学生が私の講義について5段階評価で4以上の評価をしていることは大学も承知しているはずだ。」などと述べたことが報告された。続けてFからは、期末試験の答案の調査により、ブックレットの内容を批判した答案の成績評価が全体として著しく低いことが確認され、学術的観点からなされるべき大学の成績評価として著しく妥当性を欠くと判断されるとの説明があった。Fは、B学部教授会の議を経て、「地域経済論」の不合格者の成績評価を取り消し、別の教員が不合格者を対象とした再試験を行い、それにより成績を評価することを決定した。

Yは、研究助成金の不交付決定（以下「決定①」という。）及び「地域経済論」の不合格者の成績評価を取り消し、他の教員による再試験・成績評価を実施するとの決定（以下「決定②」という。）のいずれにも納得できないとして、X大学長Gと面会した。面会には、A研究所長EとB学部長Fも同席した。決定①及び決定②は政治的圧力による不当な決定であり、大学に撤回を求めるとするYに対して、Gは、E・Fとともに、決定①及び決定②は大学としての決定である、大学の一員である以上、研究・教育の内容や方法について大学の自主的な決定に従うのは当然である、と述べた。YはGの説明に納得せず、自分が依頼した弁護士も同席の上で、再度話し合いの場を設けることを要求すると告げた。

〔設問1〕

X大学長Gは、X県公立大学法人の顧問弁護士Zに対して、Yとの再度の話し合いに応じるつもりだが、大学としては憲法を踏まえてできるだけ丁寧な説明を行いたい、と相談した。あなたがZであるとして、X大学の立場から、決定①及び決定②それぞれについて、次回の面会においてどのような憲法上の主張が可能かを述べなさい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた憲法上の主張に対するYからの反論を想定しつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、〔設問1〕及び〔設問2〕とも、司法権の限界については、論じる必要がない。また必要に応じて、参考とすべき判例に言及すること。

— M E M O —

令和4年司法試験 公法系第1問 解答例

第1 設問1

1 決定①

(1) 決定①は、憲法（以下、法令名略）14条1項が保障する平等原則に反するものではないと主張する。

(2)ア 14条1項が規定する「平等」の意義について、一切の別異的取扱いを許さないものとする、現実に存在する各人の差異を考慮できず、かえって不平等な事態を生じることとなる。したがって、「平等」とは、事柄の性質に応じた合理的根拠のない差別的取扱いを禁止するものと解される。

イ 決定①により区別されるのは、研究助成金の交付を受ける地位であるところ、研究助成金の交付請求権は、大学の教員が雇主である大学に対して主張できる研究活動の自由の一つとして、23条によって保障されるものである。そうであれば、Yの活動が学問的活動といえなければ、Yの研究助成金の交付を受ける地位は、憲法上の権利、利益とはいえないことになる。

本件において、過去のYによる研究助成金の使途は、その3分の2が研究結果の発信のためのウェブサイト「Y研究室」の運営及び実地調査のための出張費であった。そして、Y研究室での情報発信は、X県の産業政策に対する批判的コメントや、X県の自然環境保全を訴え、工業団地への企業誘致といったX県の産業政策を批

判するC団体の活動を記録した動画が含まれており、出張費についても上記主張を行っているC団体と連携する団体への聞き取り調査等が含まれていた。そうすると、Yによる研究助成金の使途は、Yの政治的見解を表明するためであって、学問的活動のためとはいえず、Yの研究助成金の交付を受ける地位が憲法上保障されているとはいえない。したがって、合理性の有無を慎重に検討しなければならないものではない。

ウ 以上からすると、Yに研究助成金を交付するか否かの判断は、23条が保障する大学の自治としての財政自治権に基づき、X大学が、助成金制度の目的に照らして、その裁量で決定すべきものである。そして、A研究所の研究助成金制度は、地域経済の振興に資する研究活動を支援することを目的に設立されたものであるところ、Yの活動は、上記の通り、X県における現在の産業政策を批判するにとどまり、それを超えてX県の地域経済の振興に向けて真理を発見しようとするものとはいえず、研究助成金の趣旨に適合するものとはいえない。よって、決定①には、研究助成金の趣旨に適合しないという合理的根拠を有し、不合理な差別的取扱いとはいえない。

(3) 以上から、決定①は、14条1項に反せず合憲である。

2 決定②

(1) 決定②は、Yの教授の自由を侵害せず、23条に反しな

● 尊属殺重罰規定判決／最大判昭48.4.4／百選I〔第7版〕〔25〕

● ポポロ事件／最大判昭38.5.22／百選I〔第7版〕〔86〕

● 国籍法違憲判決／最大判平20.6.4／百選I〔第7版〕〔26〕

いと主張する。

(2)ア たしかに、23条によって教授の自由が保障されており、講義の内容及び方法について、大学教員が原則として自由に決定することができる。しかし、学生の成績評価は、学生の当該授業の理解度を評価するものであって、教員が自らの見解を表明する教授の自由そのものとはいえないことから、教授の自由と同程度の保障を受けるものではない。

イ 次に、決定②は、いかなる教員をいかなる科目の担当とするかという人事自治権に含まれるものであり、さらには、地域経済論の単位を取得できなければ卒業できないことからすると、いかなる学生を卒業させるかという学生管理自治権にも関係するものであって、大学側に裁量が認められる事項である。したがって、決定②は、それが社会通念上著しく妥当性を欠くものでない限り、23条に反して違憲とはならない。

ウ Yによる地域経済論の試験では、Y自身が代表であるC団体が発刊したブックレットの章の一つを学術的観点から考察することが求められていたところ、ブックレットの内容を批判する答案の多数が不合格の評価となっている。そして、Yの授業では、ブックレットの共著者が毎回ゲストとして招かれており、学生には、Y自身やC団体の見解を客観的立場から検討する機会が与えられて

ない。さらに、C団体へ加入した学生のいずれもが、成績評価で最高評価となっていることからすると、Yは、自己やC団体の見解に賛同する答案を高く評価し、これを批判する答案を評価しない方針であったといえる。

このように、担当教員の見解に好意的なもののみを高く評価するということは、様々な見解が互いに賛同、批判を繰り返すことで真理に到達しようとする学問的活動を行う大学における成績評価としての公平性を欠く。そうであれば、決定②は、このような公平性を欠く成績評価を是正し、大学における成績評価としての妥当性を確保しようとするものであって、社会通念上著しく妥当性を欠くものとはいえない。

(3) 以上から、決定②は、23条に反せず合憲である。

第2 設問2

1 決定①

(1) Yのウェブサイト運営やC団体との活動も、X県における持続可能な地域経済の在り方を研究するものであって、学問的活動である以上、Yの研究助成金の交付を受ける地位は、23条によって保障された憲法上の権利、利益である。よって、決定①は、平等原則の問題ではなく、学問の自由そのものの問題であって、Yの活動が学問的活動に当たらないとして、研究助成金を不交付とすることは、学問の自由を侵害し違憲であるとの反論が考えられる。

● 教授の自由

● 伝習館高校事件／最判平
2.1.18 / 百選Ⅱ [第7版]
[137]

● Yの反論

(2)ア そこで、決定①について検討すると、Yの活動は、一見するとX県の産業政策を批判する政治的活動にみえる。しかし、地域経済論のような社会科学では、研究の過程で特定の政策の当否が問題となることは十分にあり、政治的主張を含んでいるからと言って、直ちにそれが学問でないというべきでなく、真理の発見を目的とするものは学問的活動というべきである。

Yは、すでに過去の論文において、X県における地域経済の構造転換の必要性及び農業や観光業に力を入れることを主張していることからして、企業誘致というX県の政策の批判や、環境保護団体Cと共に活動することは、X県における地域経済の在り方という真理の発見のために行われたものというべきである。したがって、Yの活動は、真に学問の研究、発表を目的とする活動であって、学問にあたり、研究助成金の交付を受ける地位は、23条によって保障される権利、利益である。

イ たしかに、研究助成金の交付は、財政自治権として、大学側の裁量が認められる領域である。しかし、Yを含めたA研究所の研究員は全員が、これまで研究助成金の交付を受けて研究を行ってきたことからすると、研究助成金は研究活動にとって不可欠な支援となっていたといえ、その不交付は、研究員の研究継続を著しく困難にするという重大な影響をもたらす。そして、研究助成金の

交付を受ける地位が憲法上の権利、利益であることも考慮すれば、決定①が、「地域経済の振興に資する」という目的を、憲法上許されない条件を付すように解釈してなされている場合には、決定①は23条に反して違憲というべきである。

ウ 決定①は、Yの活動が研究助成の趣旨に適合しないことを理由としているが、その実質は、A研究所がX県の産業政策の根拠となる研究を行ってきたことや、X大学経営審議会においてYを念頭に置く批判があったことからすると、A研究所にとっては、X県の産業政策を批判するYの活動が地域経済の振興に資さなかったことにある。しかし、学問の自由の保障根拠が、学問を政治的対立から切り離し、高い独立性を確保することにある以上、特定の政策を批判するものを研究助成金の交付対象から除外することは、学問の自由の保障根拠に照らして許されないというべきである。したがって、決定①は、憲法上許されない条件を付すように、研究助成の目的を解釈している。

(3) 以上より、決定①は23条に反して違憲である。

2 決定②

(1) 成績評価の自由も教授の自由の一つとして保障される以上、担当教員の裁量がみとめられ、大学生は、高校生までとは異なり、十分に批判能力を有している以上、その教員

● 違憲の条件の法理

● Yの反論

● 旭川学テ事件／最大判昭
51.5.21／百選Ⅱ〔第7版〕
〔136〕

の裁量は広く認められるべきである。したがって、決定②は、23条に反して違憲であるとの反論が考えられる。

- (2)ア そこで、決定②について検討する。たしかに、教授の自由は、単に自己の見解を一方的に伝えることだけで実現されるべきものではなく、他者とのコミュニケーションの中で実現されるものであることから、学生の理解度を評価する成績評価の自由も、教授の自由として23条の保障を受ける。しかし、こうした学問上のコミュニケーションは、本来的には、講義内の質疑応答を通じて実現されるところ、成績評価は、教員が一方的に行う単位認定としての役割が中心であり、それが有する学問上のコミュニケーション機能は付随的なものというべきである。したがって、成績評価の自由は、教授の自由そのものと同程度の保障を受けるとはいえない。

そして、大学生が十分に批判能力を備えているとしても、Yが担当する地域経済論の授業は、卒業のための必修科目であって、学生側に教員選択の余地がないことから、当該科目においてYは、高校までの教員と類似する地位にあるため、Yに広い裁量があるとはいえない。

したがって、決定②は、公正な単位認定にとって必要かつ合理的な措置である限り、23条に反せず合憲であるというべきである。

- イ 上記のように、Yは、X県の産業政策を批判し、X県

の地域経済の在り方として農業や観光業を主張し、環境保護を訴えるC団体の構成員と共に執筆したブックレットを教科書として指定、C団体の構成員をゲストとして毎回の授業に招いていたのであって、Yの授業を履修する限り、地域経済の在り方として、Yらの見解を客観的に判断する機会が学生にはなかったといえる。そうであれば、たとえ成績評価の基準が、Yらの見解に対する賛否とは無関係であったとしても、批判的な立場からは十分に反論を構成することができず、結果として低い評価あるいは不合格となる危険があり、第三者による客観的な採点を行わせる必要がある。

たしかに、Yの授業評価をみると、6割以上の学生が5段階中4以上の評価をしている。しかし、YやC団体の見解に親和的な見解を持つ学生にとっては、Yの授業内容は、その知的好奇心を刺激するものであることに加え、試験でもYらの見解に賛同する論述をすることから、高い成績評価を受けやすくなる。したがって、学生からの授業評価が高いからといって、Yの授業において、公正な単位認定ができていないことの根拠とはならない。よって、決定②は、構成な単位評価のために、必要かつ合理的な措置といえる。

- (3) 以上から、決定②は、23条に反せず合憲である。

以上

— M E M O —

令和4年司法試験分析会

公法系・第2問

令和 4 年司法試験 公法系第 2 問 問題文

〔第 2 問〕（配点：100〔〔設問 1〕(1)、〔設問 1〕(2)、〔設問 2〕の配点割合は、40：20：40〕）

A 株式会社（以下「A」という。）は、水素・燃料電池自動車や自動運転等の研究開発と自動車の整備や走行テストを実施するため、B 県 C 市内にある台地状の D 山山頂部の A 所有地と、これに連なる中腹部の E 所有地の一部を開発区域（以下「本件開発区域」という。）として、山林の伐採、大規模な切土と盛土により合計 200ヘクタールの土地を造成し（以下「本件開発行為」という。）、周回路等の走行試験場、開発・整備工場等の施設を設置する計画（以下「本件計画」という。）を立てた。本件開発区域は、森林法（以下「法」という。）第 10 条の 2 第 1 項における地域森林計画の対象となっている民有林で、総面積の 98 パーセントが A 所有林、2 パーセントが E 所有林である。

本件計画のうち E 所有林の部分においては、立木の伐採、住民の生活用水のための貯水池（以下「本件貯水池」という。）の設置等が予定されている。本件開発区域には、A 所有林から E 所有林を通過して本件開発区域外に流れ出す沢（以下「本件沢」という。）があり、F は、本件開発区域の外縁から 200メートル下流部の本件沢沿いに居住し、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用している。また、本件開発区域を含む D 山の山林は C 市の水道水源の一部となっている。過去に数十年に一度程度の集中豪雨があった際、本件沢からの溢水等により、本件開発区域外の E 所有地の土砂等が流失し E 所有の立木の育成に悪影響が生じ、F の住居も浸水被害を受けたことがあった。なお、E は、D 山から 30 キロメートル離れた C 市外に居住し、D 山を水源とする水道水を使用していない。

B 県には、法第 10 条の 2 第 1 項に基づく開発行為の許可（以下「開発許可」という。）の手続を円滑に進めるための指導指針（以下「B 県指針」という。）があり、開発行為を行う者は、開発計画に関する概要等を記載した書面を担当課である B 県農林水産部森林課（以下「担当課」という。）や関係市町村に提出すること、開発区域の周辺住民や地権者等に対し、開発計画、開発行為に係る防災計画等について説明することなどが定められている。A が開催した説明会では、参加した F を含む地域住民や E が、本件開発行為を含む本件計画が実施された場合、水害や土砂災害の発生リスクが高まり、また、安定的な水の確保も困難になるなどとして反対意見を述べた。これに対し、A は、担当課と地域住民等に、説明会で出された質問や要望に対する見解と対応方針を伝達した上で、B 県知事に対し、本件計画に係る開発許可の申請（以下「本件申請」という。）を行った。

B 県指針に基づき上記書面の提出を受け、上記説明会に参加した C 市担当者は、今後、本件計画のような C 市の水道水源確保に支障が生じるおそれのある事業を規制する必要があると考えた。そこで、C 市は本件申請前に水道水源保護を目的とした C 市水道水源保護条例（以下「本件条例」という。）を新たに制定・施行し、C 市長は、直ちに、所定の手続を経て、本件開発区域を含む D 山の林地を本件条例第 6 条第 1 項に基づく水源保護地域に指定し、公示した。本件申請後に同指定を知った A は、本件条例第 7 条第 1 項に基づく C 市長との協議を開始したが、C 市長は、C 市水道水源保護審議会において A の事業用の取水量・貯水量の多さが問題として重視されたことから、同審議会の意見に従い、本件計画により設置する予定の施設を本件条例第 7 条第 3 項に基づく規制対象事業場として認定し（以下「本件認定」という。）、A に通知した。

以下に示された担当課長と B 県法務室長（弁護士）による【検討会議の会議録】を読んだ上で、法務室長の立場に立って、設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料 1 関係法令】に、B 県における法第 10 条の 2 第 2 項に基づく都道府県知事の許可に係る開発許可基準（以下「本件許可基準」という。）の抜粋を【資料 2 B 県林地開発行為の許可基準（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〕

B県知事がAに対し本件申請に係る許可をした場合を想定して、以下の点を検討しなさい。

- (1) E及びFが同許可の取消訴訟を提起した場合、E及びFには、この取消訴訟における原告適格が認められるか、検討しなさい。
- (2) 仮にEが本件開発行為に同意し、Fのみが同許可の取消訴訟を提起した場合、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了した後においても、Fに訴えの利益は認められるか、検討しなさい。なお、解答に当たっては、Fに原告適格が認められることを前提にしなさい。

〔設問2〕

B県知事がAに対し本件申請に係る許可をし、Fが同許可の取消訴訟を提起した場合を想定して、Fによる違法事由の主張として考えられるものを挙げた上で、それぞれに対するB県の反論を検討しなさい。ただし、同許可が法第10条の2第2項第1号及び同項第1号の2に定める基準を満たすかどうかについては、違法事由として検討する必要はない。また、Fによる違法事由の主張については、主張制限（行政事件訴訟法第10条第1項参照）を考慮しなくてよい。

【検討会議の会議録】

担当課長：本件申請に係る許可の審査に当たり、Aの開発行為に関わる紛争発生時におけるB県の対応戦略について、法的観点からの検討をお願いします。

法務室長：それでは、B県知事がAに対し本件申請に係る許可をした後、EやFから同許可の取消訴訟が提起された場合を想定します。まず、訴訟要件について検討しますが、本件開発行為によりどのようなことが起こる可能性がありますか。

担当課長：一般に、大規模に行われる盛土、切土等の造成による地形の改変は、造成前に比べ、地盤の安定を害し、また、山林を伐採すれば、山林の保水力も低下し、土砂による濁水も増え、水源かん養機能を低下させるおそれが高くなります。しかも、本件計画では工事が長期に及ぶ予定ですから、その間に集中豪雨により土砂災害や水害が発生する可能性は否定できません。

法務室長：開発許可が処分であることは明らかですので、論点の一つは、E及びFに原告適格があるかです。この点は、ゴルフ場建設に関わる開発許可の取消訴訟に関する最高裁判決（最高裁判所平成13年3月13日第三小法廷判決・民集55巻2号283頁）を参考に、EとFの各々について検討することにします。

担当課長：本件申請では、Eの同意書は添付されていません。仮に本件申請に係る許可をしても、Eの同意が得られなければ、本件開発行為の完了を見込むことはできません。ただ、Aによれば、AとEは協議中であり、今後、Eが同意に転じる可能性はあるようですが、明らかではありません。仮にEが本件開発行為に同意し、Fのみが本件申請に係る許可の取消訴訟を提起した場合、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了するとどうなるのでしょうか。

法務室長：その場合、Fの訴えの利益の問題が生じます。取消訴訟係属中に林地の開発行為に関する工事が完了した事例に関する最高裁判決（最高裁判所平成7年11月9日第一小法廷判決・裁判集民事177号125頁）では訴えの利益が否定されていますが、その理由が明確ではありません。訴えの利益を否定する理由を明確化するため、建築確認の取消訴訟係属中に建築工事が完了した事例に関する最高裁判決（最高裁判所昭和59年10月26日第二小法廷判決・民集38巻10号1169頁）を参考にしつつ、開発許可の法的効果などを法の仕組みに即して検討することにします。次に、本案の問題ですが、開発許可に当たっては、水源の確保対策等の必要性や措置の妥当性の評価などに関する専門技術的判断はもとより、公益の考慮も必要となります。そこで、法第1条と法第10条の2第3項に規定する「森林の保続培養」の意味を教えてください。

担当課長：「森林の保続培養」とは、森林造成には長期を要し、一度開発して土砂災害・水害防止機能や水源かん養機能などの公益的機能が破壊されると回復は相当難しいので、森林の無秩序な開発により森林の持つ機能発揮を阻害しないように、合理的かつ計画的に森林を維持改善することを意味します。

法務室長：B県知事が定め、B県ウェブサイト等で公開している本件許可基準（【資料2 B県林地開発行為の許可基準（抜粋）】参照）第1-1-①の趣旨は何ですか。

担当課長：本件許可基準では、法第10条の2第3項を踏まえ、同条第2項各号の要件を判断するために共通して必要となる一般的事項を定めています。森林法施行規則（以下「規則」という。）第4条第2号に関し、本件許可基準第1-1-①では、開発行為の完了が確実であるかといえるかを判断するため、開発区域内の私法上の権原を有する者全てではなく、3分の2以上の権利者が現に同意していること等を求めています。本来、全員の同意が望ましいのですが、申請時には開発行為が許可されるか不明であり、申請者に過度な負担を課さないためです。この基準を前提に、Eの同意書が添付されていない現段階で本件開発行為を許可すると、法的にはどのように評価されるのでしょうか。

法務室長：想定する取消訴訟では、本件許可基準第 1-1-①との関係が問題になりそうです。そこで、開発許可につき B 県知事の裁量権が認められる理由や、本件許可基準に定める同意を要する権利者数以外に、本件許可基準に定めのない本件開発区域における所有林面積の割合を本件開発行為の許否の判断に当たって考慮することができないか、検討することにします。なお、規則及び本件許可基準は適法であることを前提にしておきます。

担当課長：本件計画によれば、A は本件開発区域全域に本件貯水池のほか複数の井戸や貯水池を設置して事業用水等を確保する予定です。本件開発区域を含む D 山の山林は C 市の水道水源の一つですから、C 市長は、A による事業用水の取水や貯水によって C 市の水道水源が枯渇するおそれを解消するため、本件計画の阻止を意図して本件認定をしたようです。この点に関する A と C 市長の本件条例に基づく協議では各々の主張を言い合っただけで終わったそうです。B 県としては、C 市長が丁寧に協議を行い、A の協力を得ることができれば、水道水源の枯渇という問題は生じないと考えています。いずれにしても、C 市長の本件認定は、A の権利に重大な影響を与えますが、本件申請との関係ではどのような影響が生じるのでしょうか。というのも、本件認定は A の土地の使用を制限する処分ですが、B 県では、市町村による土地の使用制限に関する処分が違法であると評価して開発許可をした事例がかつてあったからです。

法務室長：本件許可基準第 1-1-②との関係で本件認定の違法性が問題となります。想定する取消訴訟で、B 県が本件認定の違法性を主張することができるかは、別の機会に検討する必要があります。ここでは、本件認定が違法で取り消されるべきものであれば、本件許可基準第 1-1-②に適合し、B 県知事が本件申請に係る許可をするのに支障はないという前提で、本件認定の違法性について検討することにします。

担当課長：本件開発行為について E が同意し、本件申請に係る許可がされて本件開発行為が始まれば、A は本件計画に従い本件貯水池を設置することになります。しかし、F は、説明会で、本件貯水池の容量が少なく、F の生活用水に不足が生じると主張していました。B 県としては、F が主張する容量の確保は技術的に難しく、実現には費用が掛かりすぎると考えています。

法務室長：想定する取消訴訟では、本件計画による水資源確保対策が法第 10 条の 2 第 2 項第 2 号及び本件許可基準第 4-1 に適合しているかが問題となるでしょう。そこで、B 県として法的にどのような反論をすることができるか、検討することにします。その他の本案の論点は別の機会に検討することにしたいと思います。

【資料1 関係法令】

○ 森林法（昭和26年法律第249号）（抜粋）

（この法律の目的）

第1条 この法律は、森林計画、保安林その他の森林に関する基本的事項を定めて、森林の保続培養と森林生産力の増進とを図り、もつて国土の保全と国民経済の発展とに資することを目的とする。

（開発行為の許可）

第10条の2 地域森林計画の対象となつている民有林（中略）において開発行為（土石又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為（中略）をいう。以下同じ。）をしようとする者は、農林水産省令で定める手続に従い、都道府県知事の許可を受けなければならない。（以下略）

2 都道府県知事は、前項の許可の申請があつた場合において、次の各号のいずれにも該当しないと認めるときは、これを許可しなければならない。

一 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あること。

一 の二 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あること。

二 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あること。

三 （略）

3 前項各号の規定の適用につき同項各号に規定する森林の機能を判断するに当たつては、森林の保続培養及び森林生産力の増進に留意しなければならない。

4～6 （略）

（監督処分）

第10条の3 都道府県知事は、森林の有する公益的機能を維持するために必要があると認めるときは、前条第1項の規定に違反した者若しくは同項の許可に附した同条第4項の条件に違反して開発行為をした者又は偽りその他の不正な手段により同条第1項の許可を受けて開発行為をした者に対し、その開発行為の中止を命じ、又は期間を定めて復旧に必要な行為をすべき旨を命ずることができる。

第206条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する。

一 第10条の2第1項の規定に違反し、開発行為をした者

二～四 （略）

○ 森林法施行規則（昭和26年農林省令第54号）（抜粋）

〔（注）本規則中、「法」は森林法を指す。〕

（開発行為の許可の申請）

第4条 法第10条の2第1項の許可を受けようとする者は、申請書（中略）に開発行為に係る森林の位置図及び区域図並びに次に掲げる書類を添え、都道府県知事に提出しなければならない。

一 開発行為に関する計画書

二 開発行為に係る森林について当該開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者の相当数の同意を得ていることを証する書類

三 （略）

○ C市水道水源保護条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、住民が安心して飲める水を確保するため、市の水道水源を保護し、もって市民の生命及び健康を守ることを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一 （略）

二 水源保護地域 市の水道に係る水源及びその上流地域で、市長が指定する区域をいう。

三 水源の枯渇 取水施設の水位を著しく低下させることをいう。

四 対象事業 水源の枯渇をもたらすおそれのある事業をいう。

五 規制対象事業場 対象事業を行う工場その他の事業場のうち、水道に係る水源の枯渇をもたらす、又はそのおそれのある工場その他の事業場で、第7条第3項の規定により規制対象事業場と認定されたものをいう。

六 （略）

（水道水源保護審議会の設置）

第5条 市の水道水源の保護を図り、水道事業を円滑に実施するため、（中略）水道水源保護審議会（以下「審議会」という。）を設置する。

2 審議会は、水源の保護に関する重要な事項について、調査、審議する。

（水源保護地域の指定等）

第6条 市長は、水道水源を保護するため、水源保護地域を指定することができる。

2 市長が、水源保護地域を指定しようとするときは、あらかじめ審議会の意見を聴かなければならない。

3 市長が、第1項の規定により、水源保護地域の指定をしたときは、その旨を直ちに公示するものとする。

（事前の協議及び措置等）

第7条 水源保護地域内において対象事業を行おうとする者（以下「事業者」という。）は、あらかじめ市長と協議しなければならない。

2 （略）

3 市長は、第1項の規定による協議の申出があった場合において、審議会の意見を聴き、規制対象事業場と認定したときは、事業者に対し、その旨を速やかに通知するものとする。

（規制対象事業場の設置の禁止）

第8条 何人も、水源保護地域内において、規制対象事業場を設置してはならない。

（罰則）

第20条 次の各号の一に該当する者は、1年以下の懲役、又は10万円以下の罰金に処する。

一 第8条の規定に違反した者

二 （略）

【資料2 B県林地開発行為の許可基準（抜粋）】

第1 一般的事項

1 次の事項の全てに該当し、申請に係る開発行為を行うことが確実であること。

- ① 開発行為に係る森林につき、開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者の相当数の同意を申請者が得ていることが明らかであること。この場合の相当数の同意とは、開発行為に係る森林につき開発行為の妨げとなる権利を有する全ての者の3分の2以上の者から同意を得ており、その他の者についても同意を得ることができると認められる場合を指すものとする。
- ② 開発行為又は開発行為に係る事業の実施について、法令等による許認可等を必要とする場合には当該許認可等がなされているか若しくはそれが確実であること又は法令等による土地の使用に関する制限等に抵触しないこと。（以下略）

第4 水資源確保の要件（法第10条の2第2項第2号関係）

- 1 飲用水、かんがい用水等の水源として依存している森林を開発行為の対象とする場合で、周辺における水利用の実態等からみて必要な水量を確保するため必要があるときには、貯水池又は導水路の設置その他の措置が適切に講ぜられることが明らかであること。（以下略）

— M E M O —

令和 4 年司法試験 公法系第 2 問 解答例

第 1 設問 1(1)

- 1(1) EもFも、本件申請に係る許可（以下、本件許可）の名宛人ではない（行政事件訴訟法（以下、行訴法）9条2項）ため、各人が「法律上の利益」（同条1項）を有しているかが問題となる。
- (2) 「法律上の利益」とは、基準として明確であるべきことから、法律上保護された利益をいう。そして、法律上保護された利益がある者とは、当該行政処分によって自己の権利若しくは法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者をいう。法律上保護されているか否かは、当該処分の根拠法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むか否かによって決し、その判断には、行訴法9条2項所定の判断枠組を用いるものとする。
- 2(1) 本件許可の根拠法規は、法第10条の2第1項である。同条第2項各号では不許可事由を規定しているところ、1号の2からは開発による水害発生のおそれがある場合に、2号開発により地域の水源確保への著しい支障を及ぼすおそれがある場合に、それぞれ不許可とされる。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開発行為を行う結果、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害が発生して、人の生命・身体の安全等が脅かされるおそれがあることから、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。このため、洪水から人の生命・身体を保護することは個別的利益として処分の根拠法規が保護していると考えられる。

平成13年3月13日最高裁第三小法廷・民集55巻2号283頁も、1号の2について同様に解しつつも、2号について、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、としている。このため、水の確保は法律上保護された利益といえないと考えられる。この点に関し、法10条の2第2項第2号で一般的利益として保護される水資源の保護という点で目的が共通するC市水道水源保護条例（以下、本件条例。同条例1条）は、6条1項で水源保護地域の指定について、7条1項で事業者の市長との事前協議を規定しているところ、あくまで市長が公共の利益の代表者として事業者と協議する趣旨と考えられ、周辺住民等の強い利害関係を有する者の個別的利益を保護するものとするのは困難である。水資源という利益の内容を考慮しても、水資源の流域は不特定多数が居住し、当該不特定多数の住民が利用するものであるから、個別的利益として保護することにな

じまない。よって、法は、開発行為による洪水から周辺住民の生命・身体の利益を個別的利益として保護していると考えられる。

(2)ア 以上を踏まえ、原告各人がそのような法律上保護された利益を有しているか検討するに、Eは本件開発区域において所有地を有するものの、そこで居住することなく、集中豪雨による本件沢からの溢水等で流木の育成に悪影響があったものの、あくまで財産権の問題に過ぎず、生命・身体への被害は想定されない。よって、Eは法律上保護された利益を有しておらず、原告適格を有しない。

イ 他方、Fは、本件開発区域において住居を有しており、過去に集中豪雨による本件沢からの溢水等により、浸水被害を受けている。浸水被害があれば溺死等するおそれがあることから、Fは、開発行為による洪水等から生命・身体を保護する利益を有しているといえるのであり、法律上保護された利益を有している。よって、Fは現行適格を有している。

(3) 以上より、Eは原告適格がなく、Fは原告適格がある。

第2 設問1(2)

1 訴えの利益とは、当該処分を取り消すことによって原告が現実には法律上の利益を受けることである。すなわち、請求が認容された場合、原告の具体的な権利利益が客観的に回復可

能であることをいう（行訴法9条1項括弧書）。

2(1) この点について、昭和59年10月26日第二法定判決・民集38巻10号1169頁では、建築確認は、建築工事を適法に行わせる効果を有するに過ぎず、工事完了後に件近く確認の取消の訴えの利益は失われる、とされる。この判例の考え方からは、開発工事に係る本件許可も、工事完了後には、その取消しに関し訴えの利益が失われると思われる。

(2) しかし、法10条の3によれば、都道府県知事は、同10条の21項に違反した者若しくは許可の条件に違反して開発行為した社又は偽りその他の不正の手段で開発行為をした者に対し、開発行為の中止を命じ得るのであり、工事完了後は期間を定めて復旧に必要な行為を命じ得る。このため、本件許可は、開発に係る工事を適法に行わせる効果があるにとどまらず、工事完了後に工事の結果を維持する効果も有する。

よって、本件開発に係る工事が完了した後においても、本件許可を取り消すことにより、原告Fは、工事の結果として起きうる溢水等による生命・身体の被害から守るといって法律上保護された利益を受けることができ、取消が認容されることでFの利益を客観的に回復可能である。

(3) 以上から、Fには訴えの利益が認められる。

第3 設問2

- 1(1) Fとしては、本件許可の取消訴訟において、B県知事の裁量の逸脱・濫用を違法事由として主張することが考えられる。
- (2) 裁量とは、行政処分を行う行政庁の判断の余地である。このような裁量は、行政処分が行政庁の専門技術的判断に基づいて合理的になされることを前提として認められる。
したがって、処分が専門技術的判断を要するという性質や、当該処分の根拠法規の文言を総合し、裁量が行政庁に認められる。他方、そのような裁量が認められる根拠から、行政庁による裁量権の行使が著しく不合理であることが明白である場合、裁量の逸脱・濫用として、当該行政処分は違法となる。
- (3) また、裁量権の行使に関して行政庁が定めた基準が合理的なものであれば、当該基準に違反した裁量権の行使は、特段の合理的事情がない限り、裁量権の逸脱・濫用となるものと解する。
- 2(1) 本件許可は、法第10条の2第1項を根拠とするところ、同法は1条で森林の保続培養と森林生産力の増進を図り、もって国土の保全と国民経済の発展とに資することを目的とするから、行政庁の専門技術的判断を必要とする。また、不許可事由に該当しない限り、知事による許可が義務的であると考えられるため、裁量がないようにも思えるが、法第10条の2第2項各号に該当するか否かの判断

は、土木工事に関する専門技術的判断を要する。

よって、本件許可について、都道府県知事の裁量が認められる。

- (2)ア まず、本件許可基準第1-1-①では、開発行為に係る森林につき開発行為の妨げとなる権利を有する全ての者の3分の2以上の者から同意を得ており、その他の者についても同意を得ることができると認められることが本件許可に必要とされる。しかし、Eの同意書がAによる許可申請には添付されておらず、3分の2以上の者からの同意もない。

よって、そのような同意がないにもかかわらず、本件許可をすることは、事実誤認であり、裁量の逸脱である。

- イ また、本件許可基準1-1-①では、権利者の頭数で3分の2以上という基準が示されているが、本件開発区域における諸有林面積の割合を基準とすることができないか。本件開発区域の98%がA所有であることから問題となる。

確かに、開発行為により区域内の森林資源が影響を受け、保続培養や生産力の増進の観点から考慮されるべきなのは森林資源がどの程度減少することになるかという観点から開発の当否を検討すべきであり、その基準は森林の面積であるべきと思われる。しかし、法10条2の第2項1号の2において、開発行為による水害発生のお

それがあれば許可できないとされていることから、単に財産権の大小を基準とすれば、一部の者が森林の大半を所有していれば開発が安易に行われてしまい、水害発生により生命侵害のおそれがある場合を考慮できないこととなる。このため、所有林面積割合を考慮することは、法が水害発生防止も目的としていることから、著しく合理性を欠き、裁量の逸脱であり、違法となる。

- (3)ア 次に、本件許可基準第 1-1-②では、法令等による土地使用制限等に抵触しないことが要件とされる。本件では、C 市長による本件認定（本件条例 6 条 1 項）がなされており、本件認定により規制対象事業場（同 2 条 5 号）の設置が禁じられる（同 8 条）いるため、法令等による土地使用制限があるといえる。

にもかかわらず、本件許可がなされたことは、事実誤認であり、著しく合理性を欠くことが明白であって、裁量の逸脱であるとして、違法である。

- イ 他方、B 県知事としては、このような本件認定自体が違法であると主張する。本件認定は、直前に根拠法令としての本件条例を作ったという事情があり、加えて、A と C 市長の本件条例に基づく協議を行った際には C 市長が丁寧に協議を行わなかったために主張を言い合っただけに終わっているという事情から、本件計画の阻止を目的とした恣意的なものであったといえる。このため、本

件認定は裁量の濫用であり、違法である。

このため、本件認定は取り消されるべきものであるから、本件許可は、同許可基準第 1-1-②に違反しない。

- (4)ア 本件許可基準 4-1 は、貯水池の設置等その他の措置が適切に講じられるべきことを要件として規定するが、そのような措置はなく、本件許可をすることが著しく合理性を欠くことが明白であり、裁量の逸脱・濫用として違法である。

- イ B 県知事としては、措置を適切に講じることに裁量があり、その範囲内と反論があり得る。しかし、同基準 4-1 の「必要な水量」は、水資源が住民の生活に不可欠であり、特に、法 10 条の 2 第 2 項 2 号で「著しい支障」があれば不許可事由とされていることから、特に重要であるから、B 県知事の裁量は狭く解すべきである。本件貯水池の容量が少なく、F の生活用水に不足が生じている現状において、これを解消する手段がない。このため、貯水池又は誘導路の設置その他の措置が適切に講じられることが明らかといえない。そして、これに適合しないにもかかわらず本件許可をしたことは著しく合理性を欠くことが不合理であるから、本件許可は裁量の逸脱として違法である。

以 上

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22782