

司法試験・予備試験

2024年合格目標
本試験で高評価を得られる答案の書き方①
LEC専任講師 矢島純一

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 235578

LU23557

【無料公開講座】 本試験で高評価を得られる答案の書き方

・はじめに

今回は、司法試験の論文過去問を題材にして、本試験で試験考査委員に高評価を得られる答案を作成する学力の修得方法についてお話しします。

今回取り扱う問題：平成26年度司法試験 行政法 設問1

上記の問題を今回の取り扱うことにした意図

司法試験と予備試験において、**行政裁量**に関する問題が頻出しています。今回は行政裁量に関する問題の中でも司法試験において過去に何度か出題されている**裁量基準に従って行った行政処分の適法性**に関する問題を取り扱うことにします。今回取り扱う問題は行政裁量を理解するにはちょうどよい出題なので、この講座を利用して出題頻度の高い行政裁量の分野を得点源にしてください。

2023年（令和5年）12月3日

LEC専任講師 矢島純一

目次

第1 学習の手順	2
第2の1 問題文（平成26年度 司法試験 行政法）	6
第2の2 出題趣旨 抜粋	14
第2の3 採点実感 抜粋	15
第2の4 改善すべき点の確認（司法試験 平成26年度 行政法 設問1）	16
第3 本問の解答に必要な基本知識（司法試験 平成26年度 行政法 設問1）	18
行政裁量	19
行政立法	20
行政規則	21
第4の1 今回の問題の論点確認 ～思考方法の概要	30
第4の2 考え方の一例（解答例）	40
【2024年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】	46

第1 学習の手順

1 法務省のウェブページで公開されている過去問の問題文を印刷するなど、何らかの方法で**問題文を入手**する。なお、最近の試験の傾向を早めに把握した方が、最近の試験で求められている知識の質や思考方法を理解して効率良く受験勉強をすることができる。そこで、出題の趣旨や採点実感等が公表されている過去問のうち**最近**のものから過去に遡って順次入手して、次の2以下の手順に進むとよい。

2 問題文を読んで**答案構成**をする。なお、短時間で不正確な答案構成をしても、その後にまともな答案を作成することができない。そのため、問題を解答するのに必要な基本知識の理解が十分にできていない段階であれば、インプット教材を見ながらでもよいので、時間を計測しないで、自分なりに納得できる答案構成を作成する。

なお、この段階で、基本知識の理解が不十分であることに気づいたときは、手遅れにならないように、計画的に基本知識のインプット学習をすることを心掛ける。

注：2026年度（令和8年度）以降の司法試験と予備試験の論文試験はコンピュータを用いた試験方式（C B T : Computer Based Testing）が導入される**予定**である。

3 答案構成を作成したら、法務省のウェブページで公開されている答案用紙その他の用紙を用いて**答案を作成**してみる。

4 法務省のウェブページで公開されている**出題の趣旨**や、**採点実感等**を読んで、自分が作成した答案に**改善すべき点**があるかを検討し、何か思い浮かんだことがあれば、出題の趣旨や採点実感等の余白にメモをしておく。さらに、そこで思い浮かんだ改善すべき点について、部分的にでもよいので、直ぐに答案を作り直してみる。時間が確保できるなら、一部といわずに、全部作り直してもよい。また、この段階で、その問題と解答するのに必要な基本知識の理解を深めておく。

注：出題の趣旨や採点実感等のうち、何度か読んでも意味が理解できないところは、全体の学習効率を考えると、とりあえずパスしておく。

注：なお、**民法**については、平成31年度（令和元年度）以前の過去問は、2020年（令和2年）4月1日施行の改正民法の下での処理方法を検討していく必要がある。平成31年度（令和元年度）以前の出題の趣旨や採点実感については、改正民法の下でも妥当するところを上手く活用するとよい。ただし、こうした活用ができるか否かを判断するには、民法全体の基礎学力が必要となるので、民法の基礎学力は早いうちに身に付けておくのが望ましい。

5 **再び**、同じ問題を**答案構成**した上で、**答案を作成**してみる。

この段階にきたら、インプット教材を見ながらではなく、問題文と六法だけを参照して、時間を計測して実際の試験時間と同じ時間内に答案構成と答案作成を完了させるように意識するとよい。時間内に答案を作成する訓練をする過程で、要領の良い表現方法を発見したり、どこを省略して、どこを手厚く論じればよいかということ判断したりできるようにする。

また、インプット教材を見ないで答案構成や答案作成をすることで、その時点で合格に必要な基本知識の理解や記憶ができていないことや、基本知識のインプット学習（例：法的三段論法に用いる法規範・要件や法的効果を理解して記憶する。）が必要であることを自覚して、必要な対処をするきっかけを作ることができる。

6 再び作成した答案を見て、4で検討した改善すべき点が**改善できているかを確認**する。確認した結果、改善すべき点を改善できていなかったときは、その**原因を究明**する。

例えば、答案を作成するのに必要な**法規範の理解や記憶**がきちんとできていなかったところにあるのか、**答案作成に不慣れ**で答案作成に要する時間が不足してしまったところにあるのか、設問で問われていることを解答する必要があることをあまり意識せずに**解答者自身が書きたいと思ったことだけを好き勝手に論じてしまった**かなど、題意に沿った解答ができなかった原因を具体的に把握することが重要である。

その上で、その原因を踏まえて、法規範の理解や記憶がきちんとできていないのなら、法規範の理解や記憶のための**インプット学習**に力を入れるとよい。答案作成に要する時間が不足するようなら、同じ時間内にアウトプットできる文字数を増やせるように**答案作成の機会を増やす**とよい。設問で問われていないことを論じてしまったのなら、今後は、設問で問われていることに解答しなければ点数をもらえないということを**強く意識**して答案作成をするように心掛けるとよい。

7 必要に応じて、上記5と6を**繰り返す**。

同じ問題を使用して答案作成を繰り返す際は、以前に作成した解答例を丸暗記して、それをそのまま論じることはせず、毎回、問題文の記載の仕方から、試験審査委員が受験者に何を論じることを求めているのかを読み取ることを意識する。同じ問題で何度か答案作成をしていると、問題文が自然と記憶に残るときがある。そのようなときでも、毎回、上記のことを意識して答案を作成する。問題文を記憶していても、答案作成を繰り返すうちに、問題文に記載された事実のうち解答用紙上に抽出すべき事実の選択の上手さ、抽出した事実に対する法的評価の上手さ、対立利益を発見して適切な利益衡量をした上で妥当な結論を示す能力は、徐々に向上していく。同じ問題を題材に答案作成を繰り返すときは、こうした向上を獲得目標とすることを意識することが重要である。

~~~~~  
\*参考 **採点実感**の意義

- ・平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）の抜粋  
**「受験生へメッセージを送る」というコンセプトで公表**している採点実感を受験生が読んでくれていると思える「改善」が見られることを喜びたい。

注：採点実感の上記のコンセプトを踏まえると、試験考査委員に求められている答案がどのようなものなのかを把握するには、採点実感を読むのが一番である。ただし、採点実感には、たまに難しいことが書いてある部分があるので、読んでもよく理解できないところがある。学習効率を考えると、その部分はとりあえずパスしておくとよい。後で学力が向上したときに、その部分を理解できるようになることもある。

~~~~~

・お知らせ

法務省のホームページにおいて**2023年11月29日付**で司法試験と予備試験の出題法令についての告知があった。告知されたものは、**同年11月7日付**の司法試験委員会における決定内容で、これを抜粋したものは次のとおりである。

【司法試験】

- 1 各年における司法試験については、当該年の1月1日現在において施行されている法令に基づいて出題する。
- 2 例外的に、各科目別の考査委員において、1と異なる取扱いとすることを相当と認めるときは、司法試験委員会に対し、1と異なる取扱いとする旨を速やかに広報するよう求める。

<https://www.moj.go.jp/content/001406572.pdf>

【予備試験】

- 1 各年における司法試験予備試験については、短答式試験及び論文式試験が行われる年の1月1日現在において施行されている法令に基づいて出題する。
- 2 例外的に、各科目別の考査委員において、1と異なる取扱いとすることを相当と認めるときは、司法試験委員会に対し、1と異なる取扱いとする旨を速やかに広報するよう求める。

<https://www.moj.go.jp/content/001406546.pdf>

メモ：**従来**は、原則として試験当日に施行されている法令が出題法令とされていたが、上記のとおり変更された。

第2の1 問題文（平成26年度 司法試験 行政法）

〔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、確実に行われぬおそれがあります。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、保証を求めていない県もあります。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付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 不正の手段により第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つた者に対し、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つた者
- 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）

第2の2 出題趣旨 抜粋

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。

第2の3 採点実感 抜粋

〔 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、本件の具体的な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。

〔 答案に求められる水準 〕

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、相互を論理的に関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関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関係に即して、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。

以下掲載略

第2の4 改善すべき点の確認（司法試験 平成26年度 行政法 設問1）

・コメント

一度、自力で答案を作成した後に改善すべき点は何であるかは、受験生1人1人ごとに違う。今回は、この講義の便宜上、試しに改善点を1つ想定することにする。

例えば、設問1の問題文の「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。」との指示誘導に上手く答えられなかったとする。

この場合の改善点としては、まず、本問がその問題文の内容から裁量基準に従って行われた行政処分の適法性を問うものであることを理解すること、次に、裁量基準に従って行われた行政処分の適法性はどのように判断されるのかということ日ごろのインプット学習で十分に理解しておくことが考えられる。そうすると、前記指示誘導の意味を理解して、指示誘導を踏まえた答案作成ができるようになる。本問に関する知識についてのインプット学習を十分にしておけば、前記指示誘導は、例えば、本件要綱が法令の性質を有するものではなく、採石認可という申請に対する処分の裁量基準（行手法5条1項）の性質を有するものであること、そして、裁量基準が処分の根拠法令の内容に適合する合理的なものといえるときは、その裁量基準に従って行われた裁量処分は原則として適法といえること、例外的に個別事情審査義務を尽くさないと処分が裁量の逸脱濫用により違法になることという筋の論述を求めているものだと理解することができる。このように、基本知識を事前に習得しておくことで、問題文の指示誘導の意味を理解して答案作成に反映することができるわけである。

(調整余白)

第3 本問の解答に必要な**基本知識**（司法試験 平成26年度 行政法 設問1）

この項目に掲載した基本知識は「**矢島の速修インプット講座**」の「**行政法**」テキストから**抜粋**したものです。

本問の解答に必要な基本知識の体系的な理解ができているかを確認してから答案作成を
すると、自分自身が過去に作成し又は他人が作成した解答例を丸暗記する学習でなく、**試験本番で初見の問題を自力で答案構成して解答**できる能力を修得することができます。他人の解答例や自分自身が過去に作成した解答例を読み直すだけの学習をしていては、初見の問題に対応できる能力をいつまで経っても修得できないので、問題文と六法の条文とインプット学習した基本知識から自力で答案構成して解答できるようにしてください。

なお、この項目の記事に付した記号の意味は下記のとおりです。

・重要度のランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を**理解**して答案に書けるように**記憶**しておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。

また、論文試験でこれをそのまま答案に書くことはあまりないけれど、より深い答案を作成するために内容を**理解**しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

・条文の略記： I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

・短答の問題番号の略記： H30-4 = 平成30年度司法試験第4問 (R=令和) プレ=プレ試験
予 H25-7 = 平成25年度予備試験第7問 サ=サンプル問題

行政裁量

1 行政裁量の意義

→行政活動は法律による行政の原理から法律の規定に従って実施される必要がある。もつとも、行政活動の詳細な事項についてまで法律で細かく規定すると、個別具体的な事案に応じた適切な行政活動を迅速に実施することができなくなるという不都合が生じる。そこで、個別具体的な事案に応じた適切な行政活動を迅速に実施することを可能とするために、立法者が法律でその執行者である行政機関に独自に判断する余地を認めたものを行政裁量という。このような行政裁量の存否やその範囲は処分の根拠法令の解釈により決定されることになる。○

・ 羈束行為（き束行為）と裁量行為 ○

行政行為には、①法律がその行政行為の要件を一義的に定めているため行政機関に裁量の余地がなく法律を機械的に執行するという羈束行為（き束行為）と、②法律がその行政行為の要件、効果等を一義的に定めておらず行政機関に判断の余地が与えられている裁量行為とがある。

2 行政裁量が認められる場面

(1) 要件裁量と効果裁量

→行政裁量は、要件裁量と効果裁量に区別して理解される。要件裁量と効果裁量の定義については、基本書によって若干違いがある。ここではシンプルでかつ論文試験の過去問の傾向から試験対策上、役に立ちそうな定義を紹介したい。

以上の観点から、①要件裁量とは、処分の根拠法令が定める法律要件を当該事案の事実関係に具体的にあてはめる場面における裁量（処分要件の該当性の判断についての裁量）をいう。②効果裁量とは、処分に必要な法律要件が充足されると判断された場合に、その法律要件を充足することで実施可能となる処分をするかどうか、処分をするとしてどのような処分をするかということを選択する場面での裁量をいう。●

行政立法

1 総論

→行政活動は、基本的には立法機関が制定した法律や条例に基づいて行われるが、行政機関は、法律や条例によって定められた法規範を具体化する一般的な規定を定めることがある。これを広い意味での行政立法（**広義の行政立法**）ということがある。○

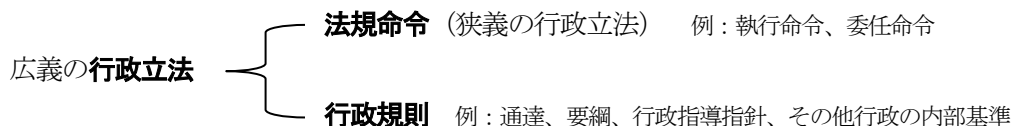
メモ：簡単にいえば、**行政立法**とは、広い意味で言えば、行政機関によって定立される一般的な規定をいう。

メモ：行政立法は、行政作用の拡大や複雑化に対応するために必要なもので、議会の制定法による規律を一定程度に限定して、行政の専門性が高い事項について、行政活動の機動性、迅速性を確保して、即応性のある弾力的な行政運営を可能にする意義がある。○

- ・広義の行政立法は、①一般的に国民や住民に対しても効力を有する法規命令（狭義の行政立法）と、②専ら行政の組織内部においてのみ効力を有する行政規則の2つに区別できる。○

メモ：**法規命令**は講学上の言葉で、「**法規**」の性質を有する行政機関による「**命令**」という意味である。

メモ：実務上、単に「行政立法」というときは、講学上の**法規命令（狭義の行政立法）**を意味することが多い。



行政規則

(1) 意義

→行政立法のうち国民の権利義務に影響せず、行政機関の内部を規律するものを行政規則という。行政規則は、国民の権利義務に影響しないので法律による行政の原理がはたらかず、行政機関がそれを制定するには法律上明文の根拠は不要である。○

・行政規則の形式 ～通達・行政指導指針・要綱

行政規則は、通達、行政指導指針、要綱（行政指導指針の一種）など様々な形式で定立される。その他の例：ガイドライン、局長通知、訓令、指針、内規、内部基準

・行政規則の機能 ○

法律による行政の原理から、行政行為をするには法律上明文の根拠が必要で、法が定める処分要件を満たすときに限り、行政庁はその処分をすることができる。もっとも、法律は、類似の事例に広く適用できるようにするために一般的抽象的に規定されており、その適用範囲にある程度の幅があり、その幅の限度で処分の根拠法令は行政に裁量を付与している。そのため、処分の根拠法令を適用する行政庁のそのときの考え方の違いによって処分の内容が異なり、法適用の公平・平等が確保されないおそれがある。そこで、法律による行政の原理を実現するために、一般的抽象的な法規範たる処分の根拠法令を、その法令の趣旨目的を踏まえて、具体化しておくことが望ましく、これを具体化したものが行政規則である。

以上のことから、行政規則は、処分の根拠法令の趣旨目的に適合する合理的な内容のものであることが必要であり、行政規則がこのような合理的な内容のものである限り、行政庁が行政規則に沿ってした行政処分は、処分の根拠法令に従ったものとして法律による行政の原理に適合して適法なものとなる。

(2) 行政規則の内容による分類 ～解釈基準、裁量基準

ア 解釈基準

→処分の根拠法令の文言の解釈の仕方が複数ありうる場合において、上級行政機関は、下級行政機関に対する指揮監督権の一環として、行政組織の内部で処分の執行に必要な法の解釈の統一を実現するために、行政規則の一種のものとして、処分の根拠法令の解釈基準を定立することができる。下級行政機関及び関係職員はその解釈基準に拘束される。○

イ 裁量基準

→行政庁の恣意的な裁量権の行使を防止して法律による行政の原理を実現するために、行政庁が裁量権を行使する際によるべき基準（裁量基準）を、処分の根拠法令の趣旨目的と適合する合理的な内容の行政規則として定立することが要請される。○

- ・なお、ある行政規則が裁量基準であるとともに解釈基準である場合も少なくないので両者の区別は相対的なものであり一応の目安にすぎない。○
- ・裁量基準は、処分の根拠法令が定める処分要件を具体的・明確にする機能がある。行政手続法は、次のとおり、一定の審査基準や処分基準の設定・公表を義務付ける等して、行政裁量を手続的に統制している。

*裁量基準の典型例 (①～③)

- ① 申請に対する許認可等の審査基準 (行手法 5 I) として定立された行政規則 ○
行政機関が裁量処分をする際の裁量権の行使の指針の意味の**裁量基準**は、それが、**申請に対する処分**についての審査基準であれば、**行政手続法上の審査基準**として設定及び公にすることが義務付けられる (行手法 5 I、同Ⅲ)。
- ② 不利益処分の処分基準 (行手法 12 I) として定立された行政規則 ○
裁量基準が**不利益処分**についての処分基準であれば、**行政手続法上の処分基準**として設定及び公にするよう努めなければならぬ (行手法 12 I)。
- ③ その他、行政手続法とは無関係に定立された行政規則 ○
③の例：H 2 9 司法論文の内部基準 (市道の路線の廃止は特定の名宛人に義務を課すものではないため行手法上の不利益処分に当たらないことに注意・詳細は過去問検討の際に理解できればよい。)

・なお、行政手続法には適用除外 (行手 3) があることに注意を要する。行政手続法は別項目で説明する。

・裁量基準の実体的統制 ～その1 裁量基準に従ってした処分の適法性

例えば、通達や要綱などに定める裁量基準において、処分の根拠法令に明示されていない地元自治会の同意をモーターボート競走の勝舟投票券の場外発売場の設置許可の要件としたり（H23 司法論文）、処分の根拠法令に明示されていないC組合という県内の特定の事業団体の跡地防災保証等を採石認可の要件としたりするように（H26 司法論文）、処分の根拠法令に明示されていない事項を考慮してされた処分は、処分の根拠法令をその趣旨から解釈して、処分の際にそのような事項を処分要件として考慮する裁量が処分庁（行政庁）に認められれば、当該処分は、法律による行政に適合したものとして適法となる。このように処分の根拠法令が処分庁に裁量を付与している場合、恣意的な処分を防止し公平な処分を実現する趣旨から、裁量基準を定めることが義務付けられ（行手5I）、あるいは努力義務とされ（行手12I）、また、こうした義務規定が適用されない事例であっても、裁量基準を定めることが望ましい。こうして定められた裁量基準に従ってした処分が裁量の逸脱濫用によるものであれば違法になる（行訴30）。そこで、論文試験において、行政庁が、裁量基準に従ってした処分の適法性を問われたときは、次のように考えていく。○

まず、処分の根拠法令の趣旨目的を分析して、問題となる処分に行政裁量が認められるのか、認められるとしてどこまでの裁量が認められるのかを検討する。○

次に、裁量基準の内容をみて、そこに規定されていることが処分の根拠法令から読み取れるか否かという観点から、裁量基準の内容が、処分の根拠法令の趣旨目的に適合するものといえるかを検討する（裁量基準の内容の合理性の審査）。○

その検討の結果、裁量基準の内容が、処分の根拠法令の趣旨に適合する合理的なものといえる場合、処分庁がその裁量基準に従ってした処分は、処分の根拠法令の趣旨目的に合致するものとして原則として適法となる。一方、裁量基準の内容が処分の根拠法令の趣旨目的に合致しない不合理なものであれば、その基準に基づきなされた処分は、処分の際に考慮すべきではない事項を考慮してされたものといえるため、裁量の逸脱濫用によるものとして違法となる（行訴法30条）。●

裁量基準の内容の合理性が認められる場合でも、個別的な事情からその裁量基準を形式的・機械的に適用することが法の趣旨目的に反し不合理と認められるときは、処分庁は、例外的に、その裁量基準を形式的に適用して処分することはできず、処分の根拠法令に基づき個別的事情を考慮して裁量権を行使しなければならない（個別事情審査義務）。処分庁が、個別的な事情を考慮せずに裁量基準を形式的・機械的に適用して処分の根拠法令に適合しない処分をした場合は、処分の際に考慮すべき事項を考慮していないなどの理由で、当該処分は、裁量の逸脱濫用によるものとして違法となる。●

関連問題：司法論文 H23 設問 2(2)、H24 設問 2、H26 設問 1、H27 設問 2

- ・酒税法による酒類販売業の免許の申請許可処分¹の取消訴訟において、法が定める処分要件の該当性判断について通達で定められた審査基準（裁量基準）の内容の合理性を肯定した上で、その基準に適合した処分は原則適法とした判例がある（**最判平 10. 7. 16**）。一般的な判断枠組みを示していない事例判例ではあるが個別事情審査義務に触れた判例もある（**最判平 11. 7. 19 ・三菱タクシーグループ運賃値上げ申請事件**）。

・論文試験の出題

H23 司法論文設問 2 (2)では、当該処分（モーターボート競走の場外舟券場の設置許可）が裁量行為なのかということや、許可に際して通達で定められた地元の同意を要求するとの裁量基準の内容が法の趣旨目的に照らして合理的といえるかということを具体的に検討できる。

・H24 司法論文設問 2（出題の趣旨・抜粋）

道路密度については、都市計画変更決定に係る裁量基準として採用できるとしても、地域の実態及び個別事情を考慮せずに機械的に基準として適用することが正当かを、検討しなければならない。〔注：「道路密度」とは、都市計画において定められた道路の1平方キロメートル当たりの総延長であり、Q県においては、住宅地においては1平方キロメートル当たり4キロメートル、商業地においては1平方キロメートル当たり5キロメートルが最低限確保されるように道路に係る都市計画を定める運用をしていた。問題中の「道路密度」に関するQ県の運用は、問題文にある処分の根拠法令のどこをみても見つからないため、内部基準（裁量基準）として定められたものだと推測できる。なお、本問は論じるべき論点が他にも多数あり、「道路密度」がメイン論点というわけではなかった。〕

・H26 司法論文設問 1（採点実感・抜粋）

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関係に即して、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。

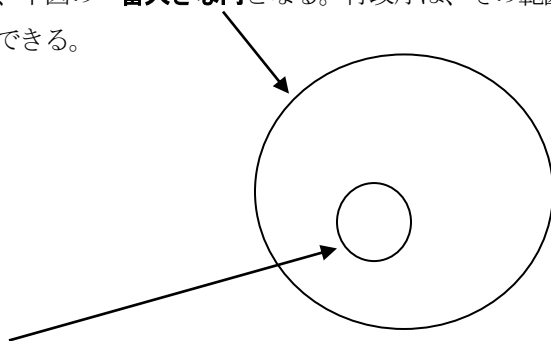
・H27 司法論文設問 2（出題の趣旨・抜粋）

〔施設の移転命令という不利益処分²の事例〕本件基準の法的性質について、それが上記の裁量を前提にすると裁量基準（行政手続法上の処分基準）に当たることを示し、本件基準が、法令の関係規定の趣旨に照らし裁量基準として合理的かどうか、基準としては合理的であっても、本件における個別事情を考慮して例外を認める余地がないか、検討することが求められる。

＊おまけ 裁量基準の内容の合理性や個別事情審査義務のイメージ

- ① 法令は、不特定又は多数の事例に適用できるように一般的・抽象的な法規範であることを本質としている。そのため、処分の根拠法令は、処分要件をある程度抽象的に規定をし、処分要件を満たした場合にどのような処分をすべきかについても、ある程度幅のある規定をし、処分庁に一定の裁量を付与していることが多い。処分庁は、処分の根拠法令に付与された裁量の範囲内で、明文の規定がなくても、処分の根拠法令がその趣旨から処分の際に考慮を許すと解される事項を考慮して処分をすることができる。

例えば、以上のような、処分要件を定める処分の根拠法令が行政庁に付与した裁量の範囲を図にすると、下図の**一番大きな円**となる。行政庁は、その範囲内で裁量権を行使して処分をすることができる。



- ② 上図の**小さい円**：処分要件を定める処分の根拠法令は一般的抽象的法規範であり、行政庁の恣意的な適用により行政の公正、平等が害されるおそれがある。そこで、行政機関は自ら裁量権の行使の指針となる裁量基準（法令の処分要件を具体化したもの）を、処分の根拠法令の枠内で定めることができる。この裁量基準は、処分の根拠法令の趣旨目的に適合する合理的な内容のものであることが必要となる。このような裁量基準を図にしてあらわすと上図の**小さい円**となる。

- ③ 裁量基準が処分の根拠法令の趣旨目的に適合するという意味で内容の合理性がある限り、行政庁は、その裁量基準に従って処分をすれば法律による行政の原理に適合した処分をしたことになる。しかし、裁量基準で定められた処分要件は、処分の根拠法令の一部を具体化したものにすぎない可能性がある。そこで、行政庁は、裁量基準に適合しない申請がされた場合でも、その申請が、処分の根拠法令が定める処分要件に適合するか否かを審査する義務を負い（個別事情審査義務）、その申請が、処分の根拠法令の処分要件に適合するときは、当該処分をしなければならない。

例えば、営業許可の申請が、裁量基準に適合しないものでも、処分庁は、個別事情を審査した結果、その申請が、処分の根拠法令に適合するのであれば、営業許可をしなければならないことになる。これにより**法律による行政**の原理が貫徹される。

〔調整余白〕

「その2」は、次頁を参照。

・**裁量基準の実体的統制 ～その2 裁量基準に従わずにされた処分の適法性**

処分が裁量行為であり、法解釈の統一性や処分の公平を図るために裁量基準が通達や要綱などの内部基準で定められている場合において、その裁量基準の内容に反してされた処分（裁量基準に従わずにされた処分）の適法性は次のように考えていく。

裁量処分につき裁量基準が設定されて公表されているときは、平等取扱いや信頼保護の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量基準と異なる取扱いをすることは、処分の際の考慮すべき事項を考慮していないものとして、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると考えられる。 ●

関連問題：司法論文 H28 設問 2、H29 設問 2(2)、R4 設問 2、予備論文 H28 設問 2

・**特段の事情**とは、例えば、裁量基準の内容が法の趣旨目的から逸脱するものであるときや、裁量基準の内容が法の趣旨目的に合致するものではあるが個別事情からその裁量基準を適用すると法の趣旨目的に沿わない結果をもたらす場合などが考えられる。 ○

・この問題について、行政手続法 12 条 1 項の不利益処分の処分基準に関するものであるが、同法 12 条 1 項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを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とした判例が参考になる（最判平 27.3.3）。 ○

・**予備論文 H28 設問 2（出題趣旨・抜粋）** ←この出題の趣旨はこの問題の**要点が分かりやすい**

処分基準は行政規則にすぎないとはいえ、合理的な理由なく処分基準から逸脱することは、信義則や平等原則の観点から処分の違法をもたらすとも考えられる。このような観点から、Xに有利となる事情とXに不利となる事情をそれぞれ踏まえた上で、処分基準に即して裁量権の逸脱・濫用の有無を検討することが求められている。

・**司法論文 H28 設問 2（出題の趣旨・抜粋）**

本件要綱の法的性質について、例外許可は裁量処分であり、本件要綱は裁量基準（行政手続法上の審査基準）に当たるとを示した上、例外許可については裁量処分とはいえ、〔中略〕本件要綱で挙げられた事情が考慮されていないことを踏まえて、裁量権の範囲の逸脱、濫用があると主張することができないかを論じることが求められる。

・司法論文 H29 設問 2 (2) (出題の趣旨・抜粋)

Y市は道路法第10条第1項の路線廃止について、隣接土地所有者の同意を必要とする内部基準を定め、これをウェブサイトで公表しているが、本件において、当該内部基準の法的性質及び、本件において隣接土地所有者であるX1の同意が得られていないことが〔Y市が、隣接地の所有者の1人X1の同意がないまま市道の路線を廃止したことが〕、裁量権の範囲の逸脱濫用の有無とどのように関係するかを検討することが求められる。

・司法論文 R4 設問 2 (採点実感・抜粋)

本件許可基準が審査基準(行政手続法第5条)として公表されたものであり、B県知事が自己拘束される点を指摘するもの、〔中略〕などは、良好な答案と判断した。

メモ：森林法10条の2第1項は、地域森林計画の対象となっている民有林において開発行為(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)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と規定し、農林水産省令として規定された森林法施行規則4条2号は、許可申請の際に「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」を添付して知事に提出することを要求している。本件許可基準は、上記相当数の同意とは「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」と規定する。問題文には規則及び本件基準は適法であることを前提とするとの指示がある。

以上を前提に、開発行為の申請に係る施行地域内の土地所有者として申請者Aと第三者Eがいるところ、Eの同意がないので3分の2以上の者の同意は得られていないが、Aが開発区域内の土地面積の98%を所有しているという事実関係の下で、「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。」とのB県の担当課長と法務室長の会話が記載された会議録の指示誘導に従った上で、「B県知事がAに対し本件申請に係る許可をし、〔Eとは別の近隣住民である〕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。」との設問に解答することを求める出題がされた。

考える **Fの主張の概要** →本件基準は、B県が申請に対する処分審査基準として設定公表したものである(行手法5I)。B県知事はこの基準に拘束されるので、Eの同意がなく3分の2以上の者の同意がないのに許可をすることは違法である。

考える **B県の反論の概要** →本件基準の内容は適法なものであるが、その基準が唯一絶対ものというわけではなく、法は施行地域内の土地面積の3分の2以上の所有者の同意がある場合にも開発行為を許可する裁量を知事に付与している。98%を所有するAが開発行為を申請している場合、2%しか所有していないEの同意がなくても、開発許可は適法である。

第4の1 今回の問題の論点確認 ～思考方法の概要

→設問1は、Aが申請の際にC組合から保証を受けていなかった場合に、B県知事がAに対して採石認可拒否処分をすることの適法性を問うものである。

*設問1に関する採石認可の制度の概要と問題の所在

・**設問1**は、AがC組合の跡地防災保証を受けていないことを理由に、採石認可の拒否処分ができるかを問うものである。解答の際は、**法律による行政の原理**を念頭に置いて、処分の根拠法令である採石法及び施行規則の関係規定の趣旨等を分析して、**明文にない跡地防災保証**、さらにはC組合という特定の事業団体の跡地防災保証を採石認可の要件とする**裁量**を、**根拠法令**が処分庁である知事に**付与**しているかということを**検討**していくことになる。

また、その検討の際は、**設問**や**会議録**によると、C組合の跡地防災保証を要求する旨の**本件要綱の性質及び効果**を踏まえることが**指示誘導**されているので、この指示誘導にも答えていく必要がある。この点、基本知識を踏まえると、本件要綱は、法令の性質は有さないが、**知事が裁量行為**である採石認可をする際の**基準**を具体的に明示するものとして、**行手法上の許認可等を求める申請に対する処分についての審査基準**（行手法5条1項）として**裁量基準の性質**を有するものであることが分かる。

以上の分析ができれば、**要するに**、設問1は、本件要綱に定められた**裁量基準に従ってなされた裁量処分の適法性をどのように審査すべきか**という問題を問う**出題**であることが理解できる。

→この問題の考え方は、**基本知識**の項目の「**裁量基準の実体的統制 ～その1 裁量基準に従ってした処分の適法性**」を参照

- ・設問に解答する**前提** ～**誰の立場**で解答するか？

H26 司法論文は、問題文の本文において、**B県の職員Eの依頼を受けた弁護士Fの立場に**立って各設問に**解答**することが求めている。つまり、今回は、私人側ではなく、**公権力側**から依頼を受けた弁護士になったつもりで解答していくことになる。ただし、会議録の内容からすると、ことさら公権力側に有利な立論をすることを求めている様子はいかがわれないので、判例や行政法の制度に関する基本知識の理解から構築される相場観を踏まえて、常識的な判断をしていけば題意に沿った答案を作れそうである。

なお、以上のことは、設問1から設問3までの全ての設問に共通する。

- ・設問に解答する**前提** ～**解答の際の形式面**

問題文の本文、設問の中では明示されていないが、会議録において、弁護士Fが「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。」と発言している。そこで、設問1に解答する際は、想定されるAの反論を提示して争点設定をした上で、深い議論をすることが求められている。こうして深い議論をすることで、**配点割合「5」**として設問1に付与された点数を十分にもらえるようになる。

・コメント 問題文の事実の質の違い ★重要★

設問1は、要するに、裁量基準に従って行われた裁量処分の適法性が問われている。基本的な判断枠組みの理解を踏まえて、採石認可が裁量行為であることを認定した上で、裁量基準である本件要綱の内容の合理性を検討し、その合理性が肯定された場合は個別事情審査義務の検討をすることになる。なお、内容の合理性を否定した場合は、個別事情審査義務の履行の有無を検討してはいけない。体系的におかしな答案となってしまう。

本件要綱の内容の合理性を検討する際は、処分の根拠法令の文言・趣旨目的、B県において本件要綱が制定された経緯を考慮する。ここで、Aに関する個別事情を考慮してはいけない。この段階でAに関する個別事情に言及をした論述をしてしまうと、裁量基準に従ってなされた裁量行為の適法性の審査についての体系的な理解ができていないと思われる。

ちなみに、B県において本件要綱が制定された経緯に関しては、問題文の本文の「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。」との記載と、会議録の職員Eの「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。」との発言という形で、問題文中、かなり離れたところに記載されているので、見落とさないように注意して欲しい。

ちなみに、私の解答例はそれなりの根拠をもって本件要綱の内容の合理性を肯定しているため、これを否定する場合は、答案に説得力を出すためにはそれ相応の論述をすることになる。そうすると、内容の合理性の論述のところの説得力がそれになり出てくるので、個別事情審査義務の検討をしていなくても、そこで十分な点数を獲得することができ、不利になることはない。内容の合理性をあっさり否定すると、その論述の説得力が上がらず、個別事情審査義務の検討をしたとしても、答案全体の点数が伸びないおそれがある。

本件要綱の内容の合理性が肯定され、個別事情審査義務の検討の段階に入ったら、Aに関する個別事情を考慮して、Aの申請が処分の根拠法令の趣旨目的に適合するものかを検討することになる。

*設問1の解答する際に留意すべき問題の所在や解答の形式面は、だいたい以上のとおりである。
以上を踏まえて、**答案構成**をしていくとよい。

・今回の**解答例**の流れ

1 答案の大枠の提示

- ・C組合の保証がないことを理由とする採石認可の拒否処分が適法であるとのB県側の主張に対して、Aの側は、採石認可の要件として根拠法令に規定されていないC組合の保証がないことを理由にB県知事が採石認可の拒否処分をすることは、裁量の逸脱濫用として違法（行訴30）であると反論することが想定される。

メモ：設問1の大きな争点設定をした。

2 検討すべき事項の提示

- ・C組合の保証がないことを理由とする採石認可の拒否処分が適法といえるには、**採石認可の根拠法令（処分の根拠法令）**が、採石認可にC組合の保証を要求する裁量を知事に付与しているといえることが必要であることを指摘する。

- ・採石認可にC組合の保証を要求する**本件要綱**は、申請に対する処分である採石認可の審査基準（行手法51）の**性質**を有することや、本件要綱の**内容**が根拠法令の趣旨目的に合致するものとして**合理的**なものといえる場合は、**本件要綱に従ってC組合の保証がないことを理由になされた採石認可の拒否処分を原則として適法にする効果**があることを指摘する。

メモ：設問1において、**本件要綱の「性質及び効果」**を明らかにすることが指示誘導されている。これを答案上での位置で提示すると、自然な文章の流れになるかということを考えなければならないが、今回は試しに、上記のような論じ方をしてみた。この点は、復習の度に自力で考えるようにしないと、試験本番で初見の出題に対応する能力が修得できず困ることになる。復習の際は、**上記の指示誘導に答えるにはどのような答案構成をすべきか**ということを**毎回考えて欲しい**。

メモ：上記の論述を自力で行う前提知識として、**基本知識**の項目の「**裁量基準の実体的統制 ～その1 裁量基準に従ってした処分の適法性**」を参照

メモ：上記の「**本件要綱に従ってC組合の保証がないことを理由になされた採石認可の拒否処分を原則として適法にする効果**」とあるうち「**原則**」とあるのは、**ここで原則論の例外として、個別事情審査義務の問題があることを示唆するものである**。

3 採石認可の根拠法令が知事に付与した裁量の範囲（＝要綱の内容の合理性の検討）の検討

- ・上記2で指摘した「本件要綱の内容が根拠法令の趣旨目的に合致するものとして合理的なものといえる場合」に当たるかを検討する。本件要綱の内容の合理性が認められるためには、処分の根拠法令が、採石認可の際に跡地防災措置の内容としてC組合の保証を要求する裁量を知事に付与しているといえることが必要となる。そこで、処分の根拠法令の趣旨目的を検討して、根拠法令が知事に付与した裁量の範囲を具体的に検討することになる。

メモ：設問1の配点割合が「5」もあることを考慮して、上記の検討を可能な限り丁寧に行うとよい。

- ・本件要綱の内容の合理性を検討する際の以下【I】【II】の考慮要素

【I】 処分の根拠法令の趣旨目的

- ・本問において、採石認可の根拠法令（処分の根拠法令）としてその意味内容の解釈する核となる法令は、採石を行うには採取計画を定めて知事の認可を受けることを要求する法33条（処分の大元の根拠規定）と、他人に危害を及ぼし又は農業や林業等の利益を損じ、公共の利益に反すると認めるときは、認可してはならない旨の認可基準を定める法33条の4（処分要件を定める要件規定）である。認可基準を定める法令は、処分の際に処分庁が考慮すべき対立利益を読み取ることができることが多いため、とても重要な規定である。処分の根拠法令は、採取計画を定めて知事の認可を受けることを要求しているため、採取計画の内容として跡地防災措置を定めることを要求する法33条の2第4号は採石認可の根拠法令の意味内容を解釈する際に参考にすることができる。また、認可の手続的要件として認可に申請を要求する法33条の3は、処分の実体的な要件を定めたものではないので、処分の根拠法令そのものとはいえないが、処分の根拠法令が処分の際に処分庁に対してそのような手続的配慮をして認可の許否を決める裁量を付与していると解釈する際の参考にできる。

以上の法令の規定は、設問1を検討する際の一例に過ぎず、他にも重要な規定はある。ただし、紙面と試験時間の限界から、答案上、上記の法令の全てに言及することが困難なときは、答案に摘示すべき条文の優先順位を考えて、設問1の処理との関係で特に重要な根拠法令を絞り込んで摘示するとよい。例えば、採取計画に基づいて行う岩石の採取が他人に危害を及ぼすと認めるときは認可してはならないと規定する法33条の4は、こうした危害を防止するために認可基準の具体的内容を定める裁量を知事に付与しているという観点から立論するのに用いることができる点で、非常に重要な根拠法令といえる。このような重要な法令は、答案上で必ず指摘したいところである。

- ・採石法施行規則は、採石法33条の3第2項の規定の委任を受けて当時の通商産業省が制定した委任立法である。申請書に添付すべき書類として「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」と「十一 その他参考となる事項を記載した図面又は書面」を定めた施行規則8条の15第2項10号と同11号は、その内容から、処分の根拠法令の意味内容を解釈する際に参考になりうる。なぜなら、申請書に添付すべき書類を定める法令の規定は、処分の実体的要件を定めたものではないので、処分の根拠法令そのものではないが、申請書に添付すべき書類を定める法令の規定が保護しようとしている利益は、処分の根拠法令も保護している可能性が高いからである。

10号の内容から11号の「その他」の内容としてどのようなものが予定されているのかについて、C組合の保証書が11号の書面に当たるかという観点から検討すると、題意に沿った答案を作成できるかもしれない。

【Ⅱ】 本件要綱が定められるに至った社会的な事情（会議録の職員Eの発言を参照）

例：採石業の特徴（会議録の上から3つ目の発言）

例：本件要綱の制定された背景（同3つ目の発言）

例：B県における跡地防災措置の現実の履行状況の問題点（同7つ目の発言）

→今回の**解答例**では、前記【Ⅰ】【Ⅱ】を考慮して、知事の裁量の範囲を検討した結果、処分の根拠法令は、跡地防災措置の内容として、跡地防災保証を要求する**裁量**、さらには、**C組合という特定の事業団体の跡地防災保証を要求する裁量を肯定し、本件要綱の内容の合理性を肯定**した。よって、**本件要綱に従ってした拒否処分は原則として適法**となる。

メモ：知事の裁量の範囲を検討する際は、いきなりC組合の保証を要求する裁量があるか否かというところに飛びつかず、**可能な限り丁寧に検討**するために、まずは、跡地防災**措置**の内容として、根拠法令に明示的な規定がない跡地防災**保証**という制度そのものを要求する裁量があるのか、その裁量があるとしても、さらに、**C組合という特定の事業団体の跡地防災保証**を要求するところの裁量までがあるのかという**段階的な思考**をすると、**配点割合「5」**に見合う答案を作成できる。こうした段階的な思考をすべきことは、**問題文の事実関係の1段落目と2段落目**に丁寧な説明がされているため、これが**ヒント**になる。

メモ：上記の検討は、**保証がなければ認可要件の充足がないと判断して認可をしないとするものに関わることなので、要件裁量に関する問題**となる。**過去問の傾向**からすると、**要件裁量の出題は、判断過程審査が論述の中心**となることが少なくない。しかし、今回は、問題文や会議録の内容を踏まえて、**本件要綱の内容の合理性を中心に論述**することにした。

・コメント

設問1に関して、**解答例**の「2(1)」の項目の論述のとおり、**採石認可の根拠法令（処分の根拠法令）**を具体的に示して、採石認可の根拠法令はC組合の保証を要求していないことをきちんと示すことで、法令の性質を有さない本件要綱により採石認可にC組合の保証を要求することの問題点、すなわち、**C組合の保証がないことを理由に採石認可を拒否するのは、法律による行政の原理に違反するのではないかという問題の所在**が明確になる。

4 個別事情審査義務（個別事情考慮義務）の検討

- ・ C組合の保証を要求する本件要綱の内容が、採石認可の根拠法令の趣旨目的に適合するものとして内容の合理性が肯定されるとしても、C組合の保証はもともと根拠法令が必須のもとして明示的に要求するものではないことを考慮すると、C組合の保証のないAの申請が根拠法令の趣旨目的に適合する限り、知事は、法律による行政の原理から、Aの申請を認可しなければならない。そこで、知事は、Aの申請が根拠法令の趣旨目的に適合するかにつき個別的に審査（考慮）する義務を負い、申請が法の趣旨目的に適合していると判断したときは、Aの申請を認可する処分をする必要がある。知事がこうした個別事情審査義務（個別事情考慮義務）を尽くさずに拒否処分をすることは、処分の根拠法令が知事に付与した裁量を逸脱濫用するものとして違法になる。
- ・ 本問において個別事情審査義務の検討の際に考慮すべき**事情**
申請者Aに関する個別事情を問題文から抽出する。Aに関する個別事情としては、例えば、問題文の本文の「しかし、」の段落に「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」とのAの主張として記載されている。

比較：本件要綱の内容の合理性を検討する際に抽出した事情の中には、Aに関する個別事情は含まれていないが、個別事情審査義務の検討においては、Aに関する個別事情を抽出することになる。本件要綱などの内部基準の内容の合理性を検討する事情と、内容の合理性が肯定された場合における個別事情審査義務を検討する事情は、**事実の性質が異なる。**

→今回の**解答例**では、Aに関する個別事情を審査した上で、Aの申請はやはり根拠法令の趣旨目的に適合しないものとして、採石認可の拒否処分を**適法**と結論付けている。

* **設問1**で初学者が勘違いしやすい**落とし穴**

行政法を体系的に学習していない初学者がよく勘違いすることの1つといえるのだが、法令に「条件」という文言があった場合は、それが、処分をするための要件（許可要件、認可要件）を意味するときもあれば、行政行為の効力を制限する「附款」を意味するときもある。下記の採点実感に指摘されていることは、「**附款**」というものがどのようなものかをしっかりと理解していない初学者がやりがちなミスである。

*採点実感の抜粋

- ・ **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。

注：法33条の7の「条件」は、同条が「33条の認可には、条件を附することができる。」と規定していることから、認可をするために必要とする要件という意味の条件ではなくて、認可がされたことを前提に、一定の義務が課されることで認可の内容（効力）を一部制限する法効果を発生させる条件である。こうしたものを、講学上、行政行為の「附款」の中でも「**負担**」という。

- *以下の採石法33条の7は、その内容から、認可要件の規定ではなく、認可要件を充足して認可がされたことを前提として認可の効力を制限する「**附款**」に関する規定である。したがって、**設問1**で、C組合の保証を認可要件とすることができるかを論じる際に、法33条7を用いてはいけない。

（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。

・おまけコメント

行政行為の附款をメイン論点とした出題の例として、R3予備論文の設問1が挙げられる。行政行為の附款の理解を深めるのにより問題である。

・予備論文R3設問1（出題の趣旨・抜粋）

本問は〔中略〕行政処分の附款に関わる訴訟方法及びその実体法上の制約について、基本的な知識・理解を試す趣旨の問題である。設問1は、本件条件に不満がある場合において、いかなる訴訟を提起すべきかを問うものである。本件条件は本件許可の附款という性質を有することから、本件許可の取消訴訟において本件条件の違法性を争うことができるか、本件条件の取消訴訟を提起すべきかが主に問題となる。その際、本件許可と本件条件が不可分一体の関係にあるか否か、〔中略〕、本件の事実関係及び法令の諸規定を基に論ずることが求められる。

第4の2 考え方の一例（解答例）

第1 設問1 注：設問1には別解（簡略版）がある。

1 C組合の保証がないことを理由に拒否処分をすることが適法とのB県の立場に対し、**Aは、採石認可の根拠法令が認可要件として明示していないC組合の保証がないことを理由に拒否処分をすることは裁量の逸脱濫用で違法（行訴法30条）になると反論することが想定される。**以上を踏まえて本件拒否処分の適法性を検討する。

2(1) 処分の大元の根拠法令である**法33条**は岩石採取をするのに**採取計画**を定めて知事の認可を受けることを要求し、**法33条の4**は、対立利益である採石の利益と採石により害される利益を適切に調整する観点から**認可の基準**を定めている。

採取計画の内容として**跡地防災措置**を定めることを要求する**法33条の2第4号**は、採石認可の根拠法令の意味内容を解釈する際に参考にすることができる。**法33条の3第1項**は、認可の要件として申請を要求し、**同2項**の委任により制定された**施行規則8条の15第2項10号**は、申請の際に**跡地防災措置**に必要な資金計画書の添付を要求する。採石認可の根拠法令やこれに関係する法令は、**C組合の保証**や申請書への**その保証書**の添付を要求していない。

もともと、採石認可の根拠法令が**跡地防災措置**の内容として、**跡地防災保証**及びその具体的内容として**本件要綱**が規定する**C組合の保証**を採石認可の要件とすることについての**裁量を知事に付与**しているといえれば、例えば、C組合の保証書が、施行規則8条の15第2項11号の「その他参考…書面」として申請書の添付書類に当たるものとして取扱い、**C組合の保証**やその保証書の添付のない申請に対して**拒否処分**をすることは**適法**になると考えられる。

(2) 上記(1)の考え方は、設問1で検討が求められている本件要綱の性質及び効果の理解の仕方と重なる。すなわち、まず、C組合の保証を求める**本件要綱**は、**法令**の性質を有するものではなく、**裁量行為**である採石認可をする際の**裁量基準**となるもので、**その法的性質は、行手法5条1項の審査基準**とみられる。

裁量基準は、処分の根拠法令に適合するときは、その内容に合理性が認められる。認可の**根拠法令**が、認可にあたり**C組合の保証**を要求する**裁量**を知事に**付与**しているといえれば、**本件要綱**は**法の趣旨に適合する合理的な内容**のものといえる。このとき、本件要綱に従いC組合の保証がないことを理由に本件拒否処分をしても、**認可の根拠法令に適合する処分**をしていることになるため、**原則**として**適法**になるという**効果**が認められる。〔注：本件要綱の「性質」と「効果」を本問の処理に必要な規範に織り込んだ。〕

3(1) 以上を踏まえると、認可の根拠法令が、認可の際にC組合の保証を要求する裁量を知事に付与しており、そのため、本件要綱の内容の合理性が認められれば、C組合の保証がないことを理由になされた拒否処分は原則として適法になるため、まずは、知事の裁量の範囲を検

討する。〔注：この段落はなくても意味が通じるので省略可〕

- (2) まず、法1条は岩石採取に伴う災害防止を目的に掲げた上で、**認可基準を定める法33条の4は、採取計画に基づいて行う岩石採取が他人に危害を及ぼすと認めるときは認可してはならないとする。その趣旨は、こうした危害を防止するために認可基準の具体的内容を定める裁量を知事に付与**するところにある。

そして、**採石業は、地場産業として全国各地に点在し、小規模事業者の比率が高い点に特徴**があり、一般的に、跡地防災措置には多額の費用を必要として**確実に行なわれないおそれ**がある。加えて、**現にB県では跡地防災措置が適切になされない例が多い**という事情がある。これらのことを考慮すると、**岩石採取が他人に危害を及ぼすことを防止**するという法の趣旨を実現するには、**採石認可の判断の際に、地域の実情に応じた要件を設定することが必要**となる。

以上より、**認可基準を定める法33条の4は、B県において跡地防災措置が確実に履行されるように、認可の要件として跡地防災措置の内容として跡地防災保証を要求する裁量を知事に付与**していると考えられる。〔注：まず「保証」の要求は可能〕

- (3) 次に、**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事業協同組合**であることから、**B県において跡地防災措置が確実になされるかは、C組合による跡地防災措置にかかっている**といえる。**B県で確実な措置がされるには、C組合の財政基盤を確保しておく必要があるため、認可の要件としてC組合の保証を要求することも、岩石採取に伴う災害を防止**するという法の**目的を達成**するのに**必要なものとして、根拠法令が知事に付与した裁量の範囲内**のものといえると考えられる。したがって、**本件要綱は法の趣旨に適合する合理的な内容**のものといえるため、本件要綱に従ってなされた本件拒否処分は、**原則として適法**といえる。〔注：C組合の保証の要求も可能〕〔注：裁量の内容につき、この解答例の3(2)と(3)のように段階的な検討をすると丁寧〕

- 4(1) 本件要綱の内容が合理的であるとしても、**Aは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、**C組合の保証がなくても、岩石採取に起因する災害を防止**するとの**採石法の趣旨が害されず**、C組合の保証がないことを理由とするAに対する拒否処分は、法が考慮を要求する事項を考慮していないものとして、**裁量の逸脱濫用で違法**になるとの**反論**がAからされうる。

- (2) Aの反論を踏まえて拒否処分が適法かを検討する。

C組合の保証は、認可の根拠法令に明示のないものなので、知事は、Aの申請を個別に審査した上で、**C組合の保証がなくても岩石採取に伴う災害を防止**するとの法の**目的を達成**できると判断した**場合は、Aの採石の自由を制約すべき対立利益が存在しないものとして、Aの申請を拒否**することは**できない**はずである。**上記場合になされた拒否処分は、根拠法令が処分の際に考慮を要求する事項の考慮不尽の程度が著しく、裁量の逸脱濫用によるものとして違法**になると考えられる。

(2) 本問をみると、**A**は、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**経営状態が良好な会社**で、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、Aについては、C組合の保証がなくても、法の目的を達成できるため、本件拒否処分は違法になるとも思える。

しかし、一般に、新型のウィルスの影響による事業不振や大地震などの**大災害**が予期せず発生することにより、これまで**経営状態が良好な会社**が**突然倒産**することは、社会常識的にありうることである。現時点ではAの経営が良好であっても、Aの5年間の認可期間が満了するまでに、**将来の社会状況の変化によりA社の経営状況が悪くなり、跡地防災措置に必要な資金を確保できなくなる可能性は否定できない。**したがって、**AがC組合の保証を受けなくても**岩石採取に伴う災害を防止**するという**法の目的を達成**できるとはいえず、**原則どおり、C組合の保証がないことを理由になされた**本件拒否処分**は**適法**といえる。****

設問1 以上

・コメント

ここで紹介する「考え方」は、思考過程を理解できるようにするために、比較的丁寧に記載しているが、実際に答案用紙を用いて手書きで答案を作成する際は、上記の「考え方」のうち、**下線を付した部分を中心に**、自分で文章をつなげるなど**工夫**して、**試験時間内に答案用紙に記載できる程度の分量に調整**するとよい。

*本格的に論文過去問の分析検討をしたい受験生には「**矢島の論文完成講座**」をお勧めしています。

＊別解の概要

設問1の別解（簡略版）は、元の解答例のうち2(1)の根拠法令の指摘を大幅に減らしたり、2(2)のところで本件要綱の法的性質を示す際の議論を単純化したりしたものである。

設問で言及することが指示されている本件要綱の「法的性質」と「効果」をどのタイミングで答案に表すかについては、裁量基準に従ってした処分の適法性の問題についての理解の深さと、設問の指示誘導に沿った答案を作成するという応用能力が要求される。

この点については、認可の根拠法令が認可の際にC組合の保証を要求する裁量を知事に付与しているといえるならば、本件要綱は処分の根拠法令の趣旨目的に適合する審査基準（行手法5条1項）たる裁量基準の「性質」を有し、これに従ってC組合の保証がない申請を拒否することを原則として適法とする「効果」を有するものといえる、などと論じた上で、その後、処分の根拠法令の文言、趣旨目的を踏まえて、本件要綱にあるとおり認可の際にC組合の保証を要求する裁量が知事に付与されているかを具体的に検討すると、本件要綱の性質と効果に無理なく言及しながら答案を作成できる。

なお、これは論じ方の一例にすぎない。どのように論じたら、設問の指示誘導に沿った解答を作りやすいかは、復習のたびに各自で検討すると論文作成能力が徐々に向上する。

第1 設問1 [別解 (簡略版)]

1 C組合の保証がないことを理由に拒否処分をすることが適法とのB県の立場に対し、Aは、採石認可の根拠法令が認可要件として明示していないC組合の保証がないことを理由に拒否処分をすることは裁量の逸脱濫用で違法(行訴法30条)になると反論することが想定される。

以上を踏まえて本件拒否処分の適法性を検討する。

2(1) 法33条は採石採取をするのに採取計画を定めて知事の認可を受けることを要求し、法33条の4は、対立利益である採石の利益と採石により害される利益を適切に調整する観点から認可の基準を定めている。法33条の2第4号は、採取計画の内容として跡地防災措置を定めることを要求する。以上のおり、採石認可の根拠法令やこれに関連する法令は、C組合の保証や申請書へのその保証書の添付を要求していない。

もつとも、認可の根拠法令が要求する跡地防災措置の内容として、跡地防災保証及びその具体的内容として本件要綱が規定するC組合の保証を採石認可の要件とすることについての裁量を知事に付与しているといえれば、採石認可にC組合の保証を要求する本件要綱は、法の趣旨目的に適合した裁量基準(行手法5条1項の審査基準)の性質を有するものとなる。この場合、本件要綱には、これに従いC組合の保証がないことを理由に本件拒否処分をしても、原則として適法になるという効果が認められる。

[注:設問の指示に従い本件要綱の「性質」と「効果」を明らかにする必要がある。その際、指示に従う実益が分かるように論じるとよい。]

3(1) そこで、C組合の保証を要求する本件要綱が、認可の根拠法令が知事に付与した裁量の範囲内で定められたものとして法の趣旨に適合するかを検討する。

(2)、(3) [元の解答例と同じ]

4(1)、(2) [元の解答例と同じ]

[設問1別解 以上]

*設問1で本件要綱の内容の合理性を否定する場合

問題文の記載をみると、Aの個別事情の審査に係る事実関係が複数あることが分かる。本件要綱の内容の合理性を否定した場合、Aに関する個別事情を答案に記載しないことになるため、その分の点数を獲得することができなくなる。そこで、内容の合理性を肯定してAの個別事情の審査をした答案を書いた場合と同等の点数を獲得するために、本件要綱の内容の合理性についての論述は、反対の立場にも十分に言及して、説得的に自分の見解を展開するとよい。

[H26 司法論文 解説 以上]

【2024年合格目標 矢島担当の主な講座の一覧 ①～⑧】

～ここでは講師紹介の一環として私矢島が担当している主な講座を紹介しています～

*最新の法改正や判例に対応

ここに掲載した講座は2024年合格目標のもので、2024年度の司法試験や予備試験で出題される改正法や判例に対応済みです。ここに掲載した講座は、毎年、テキストを改訂しており、法改正に関わらない箇所も理解しやすいように改良しています。

*合格に必要な能力を身に付けるための4つの講座（概要）

どの講座を受講すれば良いかを迷っている方は、次の4つの講座を受講すれば合格に必要な知識や法的思考能力を修得できます。①と②が核となる講座です。③と④は短時間で実施する試験直前期の直前対策講座です。全て通学クラス・通信クラスが選べます。

① 矢島の速修インプット講座（2023年7月25日～11月25日に新規収録）

論文試験と短答試験に共通する重要知識を本質的に理解して修得するための講座です。直近の試験も含めた最近の試験傾向に対応できるように、毎年、講義の内容を工夫しています。基本知識というのは、ただ知っているというのでは本試験に太刀打ちできません。直近の試験の質を踏まえて、本試験に対応できる質の理解をしていきます。

② 矢島の論文完成講座（2023年12月5日～翌年3月26日に新規収録）

試験考査委員が受験生に求める答案の書き方を徹底的に理解して修得するための講座です。この講座では、これから答案の書き方を学ぶ受験生だけでなく、答案の書き方をある程度知っている受験生が本試験で初見の問題に対応できるだけの法的思考能力を修得できます。

③ 矢島のスピードチェック講座（2024年3月30日～4月20日に新規収録）

直前対策用の講座です。前年度の出題傾向を踏まえて、直前期にここだけはおさえおきたいという重要度の高い基本知識を短時間で復習して、試験当日までに重要知識を記憶に残せるようにします。

④ 矢島の最新過去問&ヤマ当て講座（2024年4月25日～6月6日に新規収録）

直前対策用の講座です。直近の司法試験の論文過去問を題材にして、現在の試験考査委員が受験生に求める法的思考能力の質を理解します。また、ヤマ当てという形で、論文試験の題材になりそうな論点を深く考察できる講義をします。

・以下は各講座の詳細

なお、より詳細な情報は、LECのウェブページかパンフレットをご覧ください。

① 矢島の速修インプット講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計188時間・1回の講義は4時間・全47回] 注：前年度は144時間
本講座は、必修7科目（憲法、民法、刑法、商法の分野のうち会社法、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政法）について、**合格に必要な基本知識や重要判例を体系的に確実に修得して、どのような問題にも対応できるだけの正確な理解に基づく真の学力**を身につけるための講座です。講義の際は、試験対策上、**理解しておけば足りるところと、理解した上で記憶までしておかなければならないところを明確に指摘**するので、講義を受講し終えたときに、**何をどの程度まで復習すべきかが明確に把握**できます。これからインプット学習を始める受験生はもちろん、これまでどこかでインプット学習をした経験があるけれどインプットに不安を抱えている受験生でも、この講座の**講義を聴いて復習すれば確実に前に進む**ことができます。

★コメント★ ～テキストと講義について

論文試験と短答試験の情報を一元化して受験対策を効率よく行えるようにするために、本講座で使用するテキストには、**論文試験の合格に必要な情報**に加えて、論文試験と比べて若干細かい知識が問われることがある**短答試験**においても**合格点を十分超える点数を獲得できる程度の情報**を掲載しています。テキストの分量が多いと安心感があって喜ぶ受験生がいるのに対して、分量が多いと学習しきれないということで嫌がる受験生もいるかもしれません。受験生の中にもいろいろな方がいることを考慮して、テキストに掲載した情報については、情報ごとに重要度を表す記号を付しています。**講義中**は、テキストに掲載した情報のうち論文試験と短答試験に共通する**重要度が高い情報に絞り込んで、将来の試験に対応**できるだけの**深い解説**をしています。テキストの分量が多くて心配だという受験生でも、最低限、**講義中に解説**した箇所だけをしっかりと**復習**することで、**最近の試験の傾向を踏まえた合格に必要な学力を習得**することができるので、テキストの分量が多いということは心配する必要はありません。

★コメント★ ～通学クラスのWebフォロー制度（欠席フォロー制度）

通学クラスに参加したいけれど、仕事や家庭の事情で毎回時間どおりに参加するのが難しいという方は、**通学クラスに申し込み**をしておいて、**参加できる回だけ教室**で講義を聴くことをお勧めしています。**遅刻、早退**しても何の問題はありません。**矢島の速修インプット講座の通学クラス**の受講生に対しては、**講義実施の翌々日から Web**で配信するので、教室で聴けなかった講義をいつでも聴くことができます。

② 矢島の論文完成講座（司法試験・予備試験の対策）

[必修7科目合計120時間・1回の講義は4時間・全30回]
インプットした基本知識を、論文試験の事例処理を通じて**答案の形**にするのに必要な**法的思考能力**を修得するための講座です。**矢島作成の解答例**を使用します。講義では、**試験考査委員**に高い評価を得られる**答案の作成方法**を徹底的に指導します。取り扱う問題は、**司法試験の過去問がメイン**となりますが、**法的思考能力を磨くのに有益な予備試験の過去問**や、必要に応じて**オリジナル問題**を取り扱うことがあります。

★コメント★

解答例を丸暗記する学習をしていますが、試験本番で初めて見る問題に対応できません。講義中は、初見の問題にも対応できるだけの事案分析能力、法律構成能力、結論の妥当性を意識した事案検討能力(妥当な当てはめの能力)を習得できるだけの解説をしています。今度の論文試験で何としてでも合格点を獲得したいという本気の受験生にぴったりの講座です。

★コメント★ ～通学クラスのWebフォロー制度（欠席フォロー制度）

前掲の矢島の速修インプット講座と同様、**矢島の論文完成講座の通学クラス**の受講生はWebフォロー制度（**欠席フォロー制度**）を利用することができます。

なお、この制度による講義の配信は、パンフレット記載の通信クラスの配信開始日までなのですが、その日以降は、通学クラスの受講生でも、通信クラスの受講生と同じように、引き続き、Web上で講義を視聴することができます。講義中に講義を自分で録音する必要はありません。

③ 【直前対策講座】**矢島のスピードチェック講座**（司法試験・予備試験の対策）

〔必修7科目合計72時間・1回の講義の時間は科目ごとに異なる〕

〔民法16h、刑法16h、憲法・会社法・民訴法・刑訴法・行政法は各8h〕

注：前年度は51時間

合格に必要な重要論点や重要判例を試験直前期に短時間で効率よく復習するための直前対策講座です。試験直前期になってインプットが間に合わないのではないかと心配している受験生でも、自信をもって試験に臨めるようになります。また、**矢島の速修インプット講座**で取り扱った事項のうち特に重要度が高いものを中心に効率よく復習して理解と記憶を深めることができるので、合格に必須の最重要事項について、**試験直前期の最終チェック**をするのに最適の講座です。

★コメント★

試験本番まで比較的余裕がある時期に**矢島の速修インプット講座**で各科目の重要事項の深い理解をしておいて、試験直前期の**矢島のスピードチェック講座**で重要事項を短時間で記憶喚起したり、以前よりも理解を深めたりして、試験本番に臨むというのが**理想的な学習計画**となります。**短時間**で重要事項を**総復習**して**合格**に近づくのに有益な講座です。

④ 【直前対策講座】**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**

〔必修7科目×4時間＝合計28時間・全7回〕

司法試験の最新の論文過去問の分析と直近の論文試験のヤマ当てをするための講座です。最新の論文過去問は、**最近の試験考査委員**が受験生に対して**どのような答案を求めているかを理解**するのに役立つ最良の道具となります。最新の過去問と**矢島作成の解答例**を用いて、**本番の試験**で求められている**法的思考能力の「質」**をしっかりと理解して、**本試験**で**高評価**を得られる答案がどのようなものをイメージできるように、しっかりと講義していきます。**各科目の講義の後半**では、**今回実施予定の司法試験の論文試験で出題されそうな論点や重要判例等のヤマ当て講義**を実施します。

本講座は司法試験を題材としていますが、試験考査委員が求める答案がどのようなものかを理解して、**司法試験で出題される論点**の題材にして**法的思考能力を磨く**ことは、予備試験の受験にも役立つため、予備試験の受験生にもお勧めの講座です。また、**ヤマ当て講座の講義の質が高いので、ヤマに関係なく学力向上に役立ちます。**

ヤマ当てに関して、司法試験と予備試験で近年出題されていない重要論点は近いうちに司法試験か予備試験あるいはその両方で出題される期待が高まり、直近の予備試験で出題され論点は、その重要度にもよりますが、基本的には司法試験でも予備試験でも出題されにくくなります。**司法試験のヤマ当てには、司法試験はもちろん予備試験の出題傾向を分析**することも**含まれるため、本講座は予備試験の受験生にも役立ちます。**

⑤ 短答試験対策のための講座「**矢島の短答対策シリーズ**」の一覧

[以下の全科目を新規収録して2024年1月29日に配信開始] [通信クラスのみ]

- ・商法総則・商行為・手形法 [6時間] (予備試験の対策・**論文に必要な知識も修得**)
- ・民事訴訟法 [5時間] (予備試験の対策)
- ・刑事訴訟法 [5時間] (予備試験の対策)

注：矢島の短答対策シリーズとして以前まで実施していた「憲法統治」、「家族法」、「会社法」、「行政法」については、テキストの情報を整理して「**矢島の速修インプット講座**」のテキストに掲載しました。

⑥ 司法試験・予備試験の**選択科目**の対策 ～**労働法**のインプット&論文対策

(1) **矢島の労働法** [選択科目総整理講座] [4時間×8回=合計32時間]

(毎年新規収録して2023年7月24日に配信開始) [通信クラスのみ]

本講座は、**まず**、矢島の体系整理テキスト労働法(毎年改訂)を使用して、合格に必要な基本知識や重要判例をインプットするための講義を1コマ4時間で5コマ実施します。**次に**、司法試験の**論文過去問と矢島作成の解答例**を題材に労働法の合格答案の書き方を修得するための講座を1コマ4時間で3コマ実施します。

この講座は、イメージでいうと、矢島の速修インプット講座と矢島の論文完成講座がセットになったようなものです。

(2) **【直前対策講座】矢島の直前対策スピードチェック労働法** [合計8時間]

～**今期の試験直前期に特に深い理解しておきたい事項の最終チェック**

(2024年6月13日 13～22時(中間に1時間休憩) 通学は水道橋・通信あり)

(パンフレットに未掲載、詳細はWEBでのみ告知)

労働法の学習は一通りしたもの、試験直前期に不安が残るという受験生が自信をもって試験本番に臨めるように、労働法の事例処理の核となる重要論点に的を絞って総復習をします。「**矢島の労働法**」の受講生にとっても**試験直前期に特に意識を集中すべき事項に的を絞って確実に復習**できるため、安心して試験に臨めます。

⑦ 【直前対策講座】矢島の法律実務基礎科目〔民事・刑事〕〔24時間〕

(予備試験の対策) (新規収録して2024年8月上旬に配信開始) [通信クラスのみ]
[4時間×6回=合計24時間]

本講座は予備試験の法律実務基礎科目の近年の試験傾向を十分に考慮した上で、合格に必要な基本重要知識のインプットや、論文答案の書き方を修得することを目的とした直前対策用の講座です。本講座を利用することで、短答式試験が終了した後も、短時間で法律実務基礎科目の試験対策をすることができます。なお、講義の内容は司法研修所が採用する見解に準拠しているため、司法修習の事前準備や、司法修習の修了試験の対策としても有益です。講義での主な取扱い事項は次のとおりです。(1)は過去問編として実施し、(2)、(3)、(4)は知識編として実施します。

- (1) 民事・刑事ともに合格に必要な能力を修得するのに最適な論文過去問を題材に将来の試験に役立つように思考方法を矢島作成の解答例で徹底解説
- (2) 民事のインプット講義として、民事事実認定の基本的なルール、要件事実、民事保全法、民事執行法
- (3) 刑事のインプット講義として、刑事事実認定の基本的なルール、刑事実務に関する試験で問われやすい基本知識 (勾留、接見禁止、保釈、準抗告、公判前整理手続、証拠調べ手続の実務基礎、その他)
- (4) 民事・刑事ともに論文試験、口述試験で出題頻度が高い弁護士倫理

★コメント★ 矢島の法律実務基礎科目を効率よく受講するための事前準備

本講座は予備試験の論文試験の【直前対策講座】という位置づけで、論文試験の直前に開講するものですが、本講座を受講するまでに矢島の速修インプット講座、矢島の論文完成講座で民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本知識を修得し、さらに余裕があれば、矢島の短答対策シリーズで、民事訴訟法、刑事訴訟法の短答知識を修得しておけば、論文試験の直前期に短時間で法律実務基礎科目において合格点を獲得できるだけの能力を修得することができます。

例えば、法律実務基礎科目の民事の分野で出題される要件事実に関する問題についていえば、矢島の速修インプット講座の「民法」の科目で民法の実体法の基本知識を修得し、「民事訴訟法」の科目で主要事実の客観的証明責任を振り分ける基本的なルールを修得すれば、短期間で要件事実の摘示ができるようになります。

一番よくないと思われるのは、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本事項を十分に修得しないまま、法律実務基礎科目の学習を開始することです。法律実務基礎科目において試験本番で初見の問題に対応する真の応用力を修得するには、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法の基本事項の学習を事前にしっかりと行っておくことが必須になります。

⑧ 矢島の勉強会（～矢島講師と一緒に答案を手書きする集い）

〔1回8時間×7回（必修7科目各1回）＝合計56時間〕

〔通学クラスのみ・水道橋本校〕

本講座は、主に司法試験の論文過去問の一部を題材にして、一定の時間内に合格可能な実践的な手書き答案を作成するコツを学ぶための講座です。必要に応じて予備試験の論文過去問の一部又はオリジナル問題を併用することがあります。毎回2通の答案を作成します。本講座では、受講生は講師と一緒に教室内で答案を手書きした上で、講師の答案構成用紙や答案用紙を資料の1つとして、答案構成の仕方を含めて、実践的な答案を作成するのに必要な思考方法を学ぶことができます。矢島の論文完成講座などの論文対策用の講座を受講して頭の中で答案の作成方法を分かったという段階から、実際に一定の時間内で合格可能な答案を手書きできる段階にステップアップしたいという受講生にお勧めの講座です。

答案作成とは別に、重要論点を含む基本知識のキーワードを穴埋め形式にした講師作成のオリジナル教材を使用して、基本知識を記憶するコツを学ぶことができます。基本知識をインプットするための講座を受講したけれど、記憶すべきことを記憶することができないという方が記憶のコツを学ぶことができます。

本講座では、講義時間中、答案を手書きしている時間を除いて、受講生は自由に質問をすることができます。本講座は収録をせずに教室内だけで実施するものなので、質問したいことがあれば講義中に遠慮なく質問をしてください。

注：講義は、水道橋本校において、2024年5月11日（土）から同年6月22日（土）までの毎週土曜日に実施します。時間帯は12時から20時までの8時間です。

注：2026年度以降のCBT試験が初受験となる方は個人でノートパソコン等を持ち込んで答案作成をしてもかまいません。バッテリーは各自準備してください。

***再受講割引のお知らせ ～合格するまでのペースメーカーとして活用**

前掲の講座は**再受講割引**で申し込むことができます。ほぼ毎年のように法改正が行われ、新たな重要判例が登場する今日において、法律家として仕事をするには、司法試験に合格した後も法律の学習を継続していく必要があります。法律の世界で活動していく限り、法律の学習をやりすぎて損をすることはありません。予備試験や司法試験に合格するまでのペースメーカーとして、また、司法試験合格後の司法修習の準備や司法修習の修了試験の対策のために、さらには、実務家に必要な法知識面での素養を維持・向上するために再受講割引制度を活用してください。

①②の講座のセット（矢島の速修パック）

①②③④の講座のセット（矢島のスタンダードコース） ←このセットが**標準**です。

①②③④⑤及び⑦の講座のセット（矢島の予備試験パック）

上記の各セットについては、割引の条件に適合すれば、**一般価格から40%割引いた割引価格**で受講することができます。パンフレット又はLECのウェブページを参照するか、LECの受付に直接お問い合わせください。

割引の条件：年度を問わず、過去に「矢島の速修インプット講座」、又は、「矢島の論文完成講座」のどちらか1つを7科目セットで受講していること。前記各講座は、その前身の講座である「重要事項完成講座」の「知識編」又は「論文過去問徹底分析編」でも代替できます。また、単価受講で結果的に7科目受講した場合でも割引を受けられます。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU23557