

第1 全体について

1 大学の自治

- (1) 大学の自治について検討することなく、一方的に大学の裁量論を展開する答案が見られた。個々の大学教授との関係で、大学の裁量を主張しようとするのであれば、それを支える憲法上の根拠として、大学の自治を明確に論じる必要がある。
- (2) 大学の自治に言及した答案のうち、一定数のものはポポロ事件判決（最判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁）を参照していたが、同判決の位置付けについて適切に配慮した答案は少なかった。
- (3) 大学の自治が研究内容や教育方法に及ぶところまで論じていた答案が一定数あり、このような答案は評価できた。他方、大学の自治の内容を人事の自治、施設管理の自治、学生管理の自治としてのみ捉えたため、決定①②を大学の自治との関係で説明することに苦慮している答案も見られた。
- (4) 決定①②が学長のみならず研究所運営委員会や学部教授会が関与した研究者集団の自律的判断としてなされたものであることなど、本問での決定過程と大学の組織としての自律性を保障する大学の自治の意義とを結び付けて論じた答案は高く評価できた。

2 学問の自由

- (1) 多くの答案が学問の自由と言及していたが、その保障の趣旨について、表現の自由と同じ自己実現の価値や自己統治の価値のみを挙げて、学問の自由が保障される固有の意義を意識していないと思われる答案も見られた。
- (2) Y教授の主張を学問の自由から根拠付けている答案の多くが、研究の自由、教授の自由と言及していたが、研究成果の発表の自由にまで論及していない答案（表現の自由の問題と捉えているような答案も含む。）も一定数あった。
- (3) 本問では、学問研究の自由の保障が研究助成金の交付に及ぶか、教授の自由の保障が成績評価に及ぶかという学問の自由の保護範囲が問われている。しかし、学問の自由と言及することなく、「助成金を得て研究活動をする権利」、「授業において成績評価をする自由」などと、本問の事例で問題となる人権を細分化して構成する答案も見られた。

3 両者の関係

- (1) 大学の自治と、大学に所属する研究者の学問の自由との緊張関係に対する理解が足りない答案、大学の自治と学問の自由の緊張関係に言及しない答案が、一定数あった。  
他方、大学の自治と学問の自由との関係について自覚的に論じ、その立場に基づいて決定①②の憲法上の問題点を論じた答案は、高く評価できた。もっとも、この点について同じ立場を採りつつ、論理的な整合性なく、決定①と決定②とで具体的な判断枠組みや結論を分けている答案も一定数あった。これに対して、決定②では学生の権利利益が問題になる等、決定①との違いを意識しながら論じている答案は、さらに高く評価できた。
- (2) 大学の自治と学問の自由との関係についての検討が各論部分で断片的になされている答案よりも、総論的に大きな構図を描いてから個別的な問題についての検討を行う骨太の答案は、問題意識が明確であり、高く評価できた。
- (3) 例えば、大学の自治は学問の自由と衝突する場合には後退するという立場を採る場合、「大学の自治は学問の自由のための制度的保障だから」という曖昧な理由付けではなく、学問の自由の保障の趣旨等から説得的に論じた答案は、高く評価できた。  
他方、「X大学の立場」から大学の自治を論じ、「Y教授の立場」から学問の自由を論じてはいるものの、「あなたの立場」では両者の関係について触れることなく、裁量論又は学問の自由の限界のいずれか一方で決定①②の憲法上の問題点を論じただけの答案は、高く評価することはできなかった。

#### 4 その他

- (1) 大学の自治について触れることなく、学問の自由が公共の福祉により制限されるとして、大学外の公権力により学問の自由が制限されている事例と本問の違いを意識しないまま論じている答案は、高く評価することはできなかった。
- (2) 本問では、様々な事実をきめ細かく拾いながら答案を構成することが求められており、事案の個別性・特殊性をどのくらい理解しているかが、評価を大きく左右する。ところが、事実関係を丹念に検討することなく、専ら違憲審査基準の寛厳で憲法上の評価を違えようとする答案が一定数あった。そのように審査基準論へ逃避したような答案は、高く評価することはできなかった。
- (3) 憲法上の根拠を十分明示しながらX大学の主張を論じた答案の多くは、決定①②の個別の論点についても、Y教授の権利との比較衡量など、適切な判断ができていた。  
他方、Y教授の主張の場面でX大学の主張を混在させたり、Y教授の主張において権利論が十分でなかったりする答案も見られた。
- (4) X大学の判断の裁量統制に目的手段審査を用いることが許されないわけではないが、なぜ目的手段審査が適切なのかを本問の事案に即して説明することが必要である。
- (5) 表現の自由や平等の問題を取り上げた答案もあったが、多くの答案は独立した権利侵害の問題として扱っていた。しかし、本問は大学における研究や成績評価が問題となっている以上、学問の自由を中心に論じることが求められる。そのため、表現の自由であれば見解規制の問題として、平等であれば大学の裁量の限界の問題として検討していなければ評価できない。
- (6) 公権力と私人の関係、公務員の政治的中立性といった視点から論述を展開するなど、問題の構図を適切に捉えていない答案が一定数あった。
- (7) 問題文に「司法権の限界については、論じる必要がない」と明記されているにもかかわらず、部分社会論を延々と論じる答案が一定数あった。
- (8) 「X大学の立場」、「Y教授の立場」、「あなたの立場」のいずれにおいても、第三者的立場から論じた結果、本問における問題点が不明確となり、同じような議論を繰り返し展開していた答案が見られた。

## 第2 決定①について

### 1 X大学の立場

- (1) 大学の自治を抽象的に論じるだけでなく、大学内の研究助成制度を設置運用することがX大学の裁量に含まれることを具体的に論じた答案は、高く評価できた。  
他方、大学の自治ないし研究の自主性の確保とは関係なく、X県の産業政策にとっての支障を決定①の目的として直接挙げる答案は、高く評価することはできなかった。
- (2) 学問研究の自由が研究助成金の交付にまで及ぶかという論点に気付いている答案が相当数あった。他方、X大学の立場として、学問の自由が自由権であって、請求権的な性質を持たないという抽象的な理由付けしか挙げていない答案も一定数あったが、高く評価することはできなかった。
- (3) Y教授の活動が研究助成金の趣旨に適合しないとする点については、問題文の事実関係を丁寧に検討して説得的に論じる答案が多かった。
- (4) X大学側の主張として「県の政策を批判する者には研究助成できない」などと論じつつ（A 研究所長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」と発言しているのだから、この主張は問題文に示された事実関係とも整合しない。）、「あなたの立場」ではX大学のそのような理由に基づく決定は違憲であると論じるなど、X大学側において自身が不適切だと考える主張をあえて行う論述は、設問1ではもちろん、設問2でも評価できない。
- (5) 昭和女子大学事件判決（最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁）を引き、大学

には教員を含む構成員に対して包括的支配権があると論じるなど、大学の自治を判例から適切に根拠付けられていないと思われる答案も見られた。

## 2 Y教授の立場

- (1) 研究助成を受ける権利が学問の自由に含まれるという立場を採る場合でも、それを抽象的に論じたり、「ベースライン」等の概念を説明なく用いたりするのではなく、A研究所の研究助成制度の従来の運用等から、決定①がY教授の研究の自由・研究発表の自由に対する制約になり得ることを具体的に論じるべきである。また、この点で、表現活動一般と給付に関する憲法上の議論を応用して議論する答案も一定数見られたが、その中には、泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）等の趣旨を正確に理解しないまま援用するものもあった。
- (2) Y教授のような研究領域では学問研究と研究成果に基づいた社会的活動（表現活動）とを区分することが難しいこと、こうした活動を理由に研究助成金を交付されないことが、社会科学系の研究活動の生命線に関わることに論及している答案は、高く評価できた。
- (3) 本問におけるY教授の行動を憲法的に評価するときには、ポポロ事件判決における、大学教授の研究結果の発表の自由と「学生の集会」による「実社会の政治的社会的活動に当る行為」との二分論を、そのまま用いることはできない。大学教授の研究結果の発表の自由と政治的社会的メッセージを社会的に発する行為とを区別することが、本問において可能かどうかを検討することが必要である。少数であるが、このことに気付いている答案もあった。
- (4) 研究助成金の不交付がY教授の学問研究に重大な支障を与えること、研究助成金が不交付となった例がないことなどについて（それら全てではないにせよ）着目している答案は、多かった。また、研究助成金の不交付が政治的圧力によるもの、あるいはそれに対する付度によるものである疑いについて取り上げている答案も相当数あった。
- (5) 決定①がいわゆる内容規制であることを根拠として厳格な基準が適用されるなどと、やや機械的・抽象的に指摘するにとどまる答案も一定数あった。本問の研究助成金は、「特に優れた研究業績があると認められた者」が所属するA研究所の構成員への助成金であり、また「地域経済の振興に資する研究活動を支援すること」という特定の目的をもった助成金である。その点で、研究内容に着目した何らかの選別が予定されている面もあり、大学に所属する教員全員に、各人の研究内容にかかわらず一律に交付される通常の研究費とは異なる面もあり得ることに留意した答案は、高く評価できた。

## 3 あなたの立場

- (1) 決定①を、Y教授の学問の自由に対する制限の問題として構成しつつ、判断枠組みとして「手段が効果的で過度でない」なる表現を採用する答案が一定数あったが、その多くはいわゆる論証パターンにのっとり、事案の一面を切り取って決定①が過度である・ないと機械的に論じるだけで、本問における大学の自治と学問の自由の対立の状況において決定①がいかなる意味で「過度か」という視点が欠落していた。
- (2) 本問では、Y教授が行ってきた諸活動が、学問研究といえるのか、あるいは研究助成金の趣旨に合致するのかが争点となり得る。X大学側・Y教授側としてそのような争点を形成しておいて、「あなたの立場」でその争点の結論について論じずに（研究助成金の趣旨に合致しない支出があったと判断しているのかどうか判然としないままに）、部分的不交付でも目的を達成できるから全面的な不交付は必要な限度を超えて違憲であるとするものなど、別の論点で事案を処理する答案は、争点を回収できておらず、高く評価することはできなかった。
- (3) X大学又はY教授の主張として複数の主張を挙げたものの、それらに対して適切に反論していない答案が一定数あった。また、「あなたの立場」を論じるまでの過程で力尽きてしまったせいか、薄い内容になってしまっている答案が目立った。

## 4 その他

- (1) 憲法第89条の「公の支配」を引き合いに出して本問を検討する答案が見られたが、本条をめぐっては私学助成が問題となっていることから分かるように、初めから公立大学法人たる県立大学が「公の支配」に属することは明らかであり、本問で本条について検討することは、完全に的外している。
- (2) 多くの権利（平等、思想良心の自由、表現の自由、学問の自由等）が羅列的に主張されている答案が見られたが、権利をただ羅列することに意味はなく、それぞれの権利相互の関係をしっかりと理解して、複数の権利を主張する必要があるのかよく検討して論じてほしい。

### 第3 決定②について

#### 1 X大学の立場

- (1) 決定①に比べれば、大学の自治を踏まえて論述している答案が多かった。このうち、大学の自治を抽象的に論じるだけでなく、成績の評価が一定の範囲で大学の権限と責任に属することを具体的に論じた答案は、高く評価できた。
- (2) 当該科目が学部の必修科目であることに着目し、教員と学生との力関係から、事実上団体への加入やブックレットへの賛同を強制することになってしまっている旨や、大学の自治の観点から、必修科目には大学（学部）のカリキュラムにおける理念が強く反映されるべきであり、その授業内容などについても教授に対する大学（学部）による規律が強く及ぶ旨を論じたものは、事案に即した主張を行っているものとして高く評価できた。
- (3) 必修科目において不当な成績評価が学生の教育を受ける権利の侵害となり得ることを論じている答案が一定数あった。とりわけ富山大学事件判決（最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）を参照しながら論じた答案は、高く評価できた。高等専門学校に関するエホバの証人剣道実技拒否事件判決（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）を参照しつつ、その趣旨は大学にも及ぶと論じている答案も見られた。

#### 2 Y教授の立場

- (1) 多くの答案が、旭川学テ事件判決（最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）を参照ないし意識しつつ、大学における教授の自由は初等中等教育機関における教師の教育の自由よりも広く保障されることを論じていた。  
他方、伝習館事件判決（最判平成2年1月18日民集44巻1号1頁）の趣旨を正確に理解しないまま援用するものもあった。
- (2) 教授の自由が成績評価にまで及ぶかという点について意識できている答案が多かった。その中には、学問研究、学問研究成果の教授と成績評価の関係について説明できている優れたものもあった。
- (3) 決定①が見解規制に当たることを踏まえ、決定②も見解規制に当たる可能性を指摘できていた答案は、少なかった。
- (4) Y教授の反論として、教授の自由に触れることなく「学問の自由の侵害がある」という主張に終始している答案や、教授の自由を研究発表の自由と混同している答案が見られた。

#### 3 あなたの立場

- (1) 決定②は成績評価のやり直しを内容とするものであり、直接的には、成績評価が著しく妥当性を欠くことを理由とするものであるにもかかわらず、ブックレットを用いて授業をし、また、授業中に団体Cの勧誘を行ったという授業の問題点を挙げて成績評価のやり直しを正当であるとする答案がかなりあった。しかし、授業に問題があるということは、成績評価が不当であることと同じではない。

他方、Y教授の授業内容の問題と、成績評価の問題とを分けて、それぞれを大学の自治と教授の自由の関係から分析して論じている答案は、高く評価できた。さらに、授業の内容・方法の問題性と成績評価の不当性との関係が説明できている答案も、少数ながらあった。

- (2) 決定②を、Y教授の教授の自由に対する制限の問題として構成しつつ、判断枠組みとして「手段が効果的で過度でない」なる表現を採用する答案が一定数見られたが、その多くはいわゆる論証パターンにのっとり、事案の一面を切り取って決定②が過度である・ないと機械的に論じるだけで、本問における大学の自治と学問の自由の対立の状況において決定②がいかなる意味で「過度か」という視点が欠落していた。
  - (3) 大学では、教育内容・成績評価の自由が広く認められるというY教授の論拠が本問でも妥当するか否かについて、必修科目という特性や、団体Cの構成員を含むブックレットの共著者をゲストとして講義に招き、講義中に団体Cへの勧誘も行われた事情などに照らして検討し、事案に即した具体的な考察を示した答案は、高く評価できた。
  - (4) 決定②を違憲とした答案の中には、学生が被る不利益への配慮が欠けているもの、Y教授の成績評価が裁量を逸脱していることを推認させる間接事実や、教授と学生との関係の特殊性についての検討が不足しているもの、Y教授の主張を表面的に評価するにとどまるものがあった。
  - (5) 議論を進めていくうちに、いつの間にか、成績評価についてY教授が裁量を有しており、その裁量権の行使が適法かという問題となっている答案が一定数あった。
  - (6) 成績評価がY教授の自由に含まれると考えるにもかかわらず、決定②は事後的な試験のやり直しにすぎないから、Y教授の自由は何ら規制されていないとする答案があった。
  - (7) X大学、Y教授、それぞれに言い分があり、難しい判断を迫られるところが「あなたの立場」であるはずだが、この点の悩みが見えている答案は少なく、淡々と結論を導いている答案が多かった。また、決定①に関する論述以上に極めて薄い内容にとどまっている答案が多かった。
- 4 その他

X大学とY教授の主張を対比するのではなく、Y教授による成績評価が学生の思想良心の自由の侵害や信条による差別の問題となり得ると構成した答案も見られた。そのような答案の多くは、大学の自治と教授の自由との関係にどのように関わるのかを適切に論じておらず、単に公権力による思想良心の自由や信条による差別の合憲性の判断枠組みと当てはめを論じるにとどまり、問題の構図を適切に捉えていなかった。

#### 第4 形式面での注意点

- 1 判読が困難な筆跡の答案が依然として一定数あった。判読できない部分は、記述がないものとして取り扱わざるを得ず、結果として、採点上極めて不利な事態を招くことになることをしっかりと認識すべきである。
- 2 例年指摘しているとおり、「成績」「一還」「間接的」「実行的な保障」「不可決」等、誤字には十分注意すべきである。
- 3 条文は間違えないように引用すべきである。
- 4 途中答案が多かった。時間配分を誤り、終着点を見定めぬままに答案を書き始めてしまったせいか、結論が不明瞭なまま終了してしまう答案も見られた。

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点は、例年と同じく、①分析力（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）、②基本的な理解及び応用力（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ができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（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）である。知識量には重点を置いていない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- ・ 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第9条第1項及び第2項を踏まえ、第三者の原告適格に係る判例の一般的な判断基準の要点を指摘した上で、林地の開発許可に関する最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁（以下「最高裁平成13年判決」という。）に触れながら、開発許可の根拠法規である森林法第10条の2等が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か否かを検討し、E及びFに原告適格が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、最高裁平成13年判決の内容を具体的に指摘し、E及びFについて、本件開発区域から居住地までの距離、本件沢の水の使用、D山を水源とする水道水の不使用等の事実に触れながら、それぞれ個別的利益を保護されている者に当たるかを検討しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、森林法第10条の2第2項第1号所定の「周辺の地域」と同項第1号の2及び第2号所定の「依存する地域」の相違に着目して、保護の地域的範囲に言及するもののほか、最高裁平成13年判決の内容を正確に指摘し、設問1(1)の全体について多角的かつ詳細に検討しているものは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 取消訴訟の目的、訴えの利益の意義を指摘した上で、建築確認に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁（以下「最高裁昭和59年判決」という。）の判示内容に触れ、森林法の仕組みに言及してFに訴えの利益が認められるか否かを検討しているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、最高裁昭和59年判決の判示内容の要点を指摘した上で、森林法の仕組みを前提に、開発許可の法的効果と、これが取り消された場合の効果及び監督処分可否との関連を検討するものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、森林法第10条の3の「前条第1項の規定に違反した者」について、①無許可の開発行為者と限定的に理解し、後に開発許可が取り消されたとしても、同許可が有効であることを前提としてされた開発行為が無許可の開発となるものではないため、監督処分を行うことができないと指摘し、あるいは、②同法第10条の2第1項と第2項を一体的に捉え、開発行為に関する工事が完了した後も、許可基準に適合しないものに対しては、開発許可が取り消されなくとも監督処分を行うことができると指摘するものなど、工事の完了により訴えの利益が失われること等を説得的に論ずるものについては、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2

- ・ 開発許可が裁量処分に当たるか及びその場合の違法判断基準を検討した上で、㉞Eの同意書が添付されていない点について、森林法施行規則第4条第2号所定の「相当数の同意を得ている」との要件を充足するか、㉞C市長が本件認定をした点について、本件許可基準第1-1-②を充足するか、㉞法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1の要件を充足するかの全てについて相応の検討をし、又は、上記㉞ないし㉞のうち二つの点について複数の事情を挙げるなどして多角的に検討しているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、本件開発許可が裁量処分に当たるかについて十分な論拠を示して検討し、上記㉞につき、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、上記㉞につき、本件条例の制定経緯等を指摘して、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁（以下「最高裁平成16年判決」という。）を参考に、Aの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務を尽くしていない点を指摘するものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、上記㉞ないし㉞の全てについて、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、説得的な理由を示しているものなどは、優秀な答案と判断した。

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

(悪筆・誤字等)

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めて癖の強い文字の多用等により判読不能な答案が依然として散見された。限られた時間内で答案を作成しなければならないため、多少、乱雑な文字であってもやむを得ないと思うが、採点者が努力しても判読することができなければ、当該記載部分を評価することができない。法曹には、依頼人や自分の考えを相手方に正しく伝える資質が求められるのであり、読み手を意識して記述することを心掛けてほしい。
- 「訴訟継続中」とするもの、「第〇号」を「第〇項」とするものなど、基本的な理解・知識に疑義を生じさせかねない誤記が見受けられた。また、森林法第10条の2第2項第1号の2を「第2号」とし、同項第2号を「第3号」と記載するものも多かった。

(法解釈・基礎的知識等)

- ポイントとなる法令の文言を指摘し、適切に解釈（規範を定立）した上で、具体的な事実を当該規範に当てはめて評価し、結論を導く法的三段論法が基本となるが、そのような論証方法を採らず、事実を書き写すだけの答案、規範（又は一般論）と当てはめを区別していない答案が見受けられた。また、問題文中の事実を丁寧に拾わず、あるいは、事実を拾ったとしてもそれに対する評価をしておらず、不十分な事実摘示あるいは評価の下で結論を導いている答案も多かった。
- 判例百選等に掲載され、重要と考えられる裁判例に関する事実関係、関係法令、最高裁判決などを全く知らない、あるいは、不十分にしか理解していないと思われる答案が少なくなかった。

(途中答案・時間配分)

- 設問1(1)に多くの時間をかけてしまい、論じるべき点の多い設問2について十分に検討することができていない答案が散見された。法令等をそのまま書き写したり、制度の仕組みを長々と紹介したりする答案も見られたが、筆記に多くの時間を要するのみならず、それだけでは高い評価を得ることもできない。

(2) 設問1(1)

(全体について)

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」の判断基準については、おおむね判例の一般的な判断基準を示すことができていた。ただし、次のように、正確性を欠くものも少なくなかった。
  - ・ 「当該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」とされる点について、「法律上保護された権利」と記載し、あるいは、「必然的に」との記載を欠くもの（後者については、「侵害されるおそれ」があれば足りるかのような印象を与える。）
  - ・ 「当該処分を定めた行政法規が、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」などと記載し、「個々人の個別的利益」として何を保護するのか、明示しないもの（「不特定多数者の具体的利益を」との記載が欠けている。）

（原告適格の判断枠組み）

- 原告適格の判断枠組みからすると、法律上保護された利益の有無を検討するに当たっては、まず、当該処分の根拠法令（「当該処分の根拠となる法令」）の内容を十分に検討すべきである。EとFの利益が個別的利益としても保護されるかの検討に際して、まずは、根拠法令に当たる森林法第10条の2第2項各号の文理等に注目すべきであるにもかかわらず、必要な検討をせずに安易に森林法の「関係法令」（行訴法第9条第2項）を措定して根拠法令以外のものの分析に時間を割き、結果、具体的被害利益がどの号について問題となるのか、きめ細かい解釈の思考過程を示すことのできない答案が多く見られた。

（最高裁平成13年判決）

- 最高裁平成13年判決の内容を正確に理解していると思われる答案は多くなく、森林法第10条の2第2項につき、同項第1号、第1号の2、第2号に分けて保護法益を検討し、生命身体安全と財産権という保護法益を導き、それら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か否かを検討することができている答案は、極めて少数であった。むしろ、同項第1号及び第1号の2の保護法益について、「水害による被害を受けない利益」などとして、生命身体安全と財産権を区別せずに記載する答案が相当数あった。

（法律上の利益の捉え方等）

- 「生命、身体安全」、「財産」といった個別・具体的な権利・利益の保護に言及することなく、抽象的に「土砂災害や水害による被害を受けない利益」や「立木の生育に係る利益」などと記載し、利益を漠然と捉えてどのような種類・性質の利益が問題になるかを指摘しない答案が散見された。

原告適格を分析する際には、EとFが具体的にどのような利益侵害を被るのかを見据えた上で、森林法第10条の2第2項各号がそれら利益を保護する趣旨か否かを分析する必要があるが、両者の被害利益の分析を行うこともなく闇雲に検討を始めたり、あるいは両者が説明会で述べた反対意見をE又はFの個別の主張に分解して議論するといった記述をする答案があった。

- 次のような答案が多くあり、原告適格の判断枠組みとして行訴法第9条第2項を掲げつつも、生命身体安全と財産権の利益の性質の違いなど、同項に規定されている利益の内容や性質の検討を疎かにしているのではないかと感じた。
  - ・ 森林法第10条の2第2項第1号及び同項第1号の2から土地の所有者の財産権を個別的利益として保護することを肯定し、生命・身体安全と財産を同列に扱って結論を導くもの。
  - ・ Fの原告適格につき、土砂災害や水害による被害を受けるおそれについて全く検討せず、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用する利益（水利用の阻害による生活環境への被害）のみを検討するもの、生活用水として本件沢の水を利用する利益が何の利益に当たるかを指摘せず、個別的利益として保護する趣旨に含まれるとしたり、本件沢の流水を用いることと水道水を使用することを、完全に同じ利益として評価するもの。

(論述の内容等)

- Eが本件開発区域内に土地を所有していること及び森林法施行規則第4条第2号の「開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者」であることを理由に、本件開発行為により所有権を侵害されるとして原告適格を肯定する答案や「相当数の同意」を得ていることを証する書類の提出が求められていることを手掛かりにする答案が多く見られた。しかし、会議録における担当課長の発言からうかがわれるように、同号は、開発行為の施行につき相当程度の見込みがあることを要件にすることにより、事業の実現可能性を確認し、無意味な結果となる開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられているものと解され、開発許可をすることは開発区域内の私法上の権原に何ら影響を及ぼすものではない(最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁も参照されたい)。開発許可がされたとしても、事業地内の地権者の土地所有権等がそれにより剥奪又は制限されるわけではなく(開発許可は、都市計画事業認可や事業認定ではない)、Eが同意しない限りE所有地内で開発行為がされることはないことに、留意してほしい。

(規範と当てはめの区別等)

- 当てはめにおいて、「Fは、200m下流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ことから、被害を受けることになる」などとするものが相当数存在した。どこに向かって当該事実を掲げているのかを意識し、それに対してどのように評価できるのかを明確に記載すべきである。

### (3) 設問1(2)

(全体について)

- 会議録において法務室長が「法の仕組みに即して検討する」と発言しているにもかかわらず、森林法の仕組みに全く触れることなく、工事が完了すれば事実上元に戻すことができないという理由で、訴えの利益を否定する答案(事情判決と訴えの利益を混同している)、本件開発許可は違法であり取消しを求める必要があるから、訴えの利益が認められるとする答案(本案の問題と訴えの利益を混同している)など、そもそも訴えの利益が何であるかを全く理解していないと考えざるを得ない答案が見受けられた。

また、訴えの客観的利益を否定する文脈の中で、事情判決の可能性があるので工事完了後には訴えの利益が失われるとする答案が散見された。しかし、事情判決は本案判決であり、訴えの客観的利益が存在することを前提とするものである。

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益」は、原告適格のみならず訴えの利益も意味するが、同項括弧書だけが訴えの利益を指すと誤解している答案がしばしば見られた。

(最高裁昭和59年判決)

- 建築確認に関する最高裁昭和59年判決について、これに言及していないか、言及したとしても、内容が不正確なものが多かった。また、工事完了により訴えの利益が消滅とする最高裁昭和59年判決の結論をそのまま記載し、本件も同様であるから取消しを求める利益が失われるとのみ書いた答案が非常に多かった。森林法の仕組みを基に、なぜ本件も最高裁昭和59年判決と同様の帰結となるのかを論じてほしい。

(監督処分との論理関係)

- 森林法第10条の3の監督処分の発動可能性が開発許可を取り消す訴えの利益の肯定又は否定に論理的にどのように関係するのかについて、理解できていないと思われる答案が相当数あった。単に監督処分の規定を引用しただけで、直ちに訴えの利益を肯定する答案も多かった。開発許可を取り消さないで監督処分をすることができないのか、それとも開発許可を取り消さなくても監督処分をすることができるのか、あるいは開発許可を取り消したとしても監督処分はできないのかによって、結論が変わってくることに留意してほしい。

### (4) 設問2

(全体について)

- B県の法務室長の立場から検討することが求められているにもかかわらず、その指示に従わず、専らFの立場からの検討のみに終始するなど、設問の指示に従ったとはいえない答案が散見された。
- C市長による本件認定につき、Fの主張として、これが違法であるとするなど、登場人物の利益状況や相関を明確に把握することができず、Fの主張とB県の反論の内容を取り違えている（逆の内容を記載している）答案が散見された。

(裁量権の逸脱・濫用)

- 開発許可が裁量処分に当たることについては、多くの答案がその根拠も含めて適切に論ずることができていた。開発許可についてB県知事に裁量が認められる理由は、会議録を参照した上で、ほとんどの答案が指摘できていた。しかし、会議録において、本件許可基準が適法であることを前提とすると記載されているにもかかわらず、本件許可基準が合理的か否かを検討する答案が散見された。
- 本件許可基準の裁量性を論ずる場面において、森林法及び森林法施行規則の条文の文言を検討するのではなく、本件許可基準の文言を指摘してその裁量性を検討している答案が一定数あった。このような答案については、法令と行政規則との関係を十分理解しているのかという疑問が生ずる。

(相当数の同意)

- 本問では、全体を通じて、裁量基準である審査基準はこれを適用しない合理的理由がない限り行政機関を拘束する効力があること（つまり、本件許可基準が行政手続法第5条の審査基準に当たり、これを設定し公表したB県知事は、これに自己拘束されること）を前提に、F及びBの主張を構成することが求められるところ、そのような観点から検討された答案は少数であった。
- Aが98パーセントの面積を有していることを考慮することができるか否かに関し、これが森林法施行規則第4条第2号の「相当数の同意」の文言解釈の問題であることを、指摘できている答案が少なかった。多くの答案が、単に価値判断に基づく実質論を展開して結論を導いていたが、司法試験である以上、議論の出発点は、条文の解釈となることを肝に銘じてもらいたい。

(本件認定)

- 本件許可基準第1-1-②の関係では、本件認定の違法性についてのB県による反論として、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最高裁平成16年判決を参考に、協議等の手続の重要性や配慮義務について論じることが求められているが、そのような答案はほとんどなく、狙い撃ち条例である旨の指摘にとどまっている答案があった。また、余目町個室付浴場業事件に関する最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁との違いを理解せず、本件認定が行政権の濫用である旨を論じる答案も多数あった。
- 本件認定の違法性については、配慮義務違反の点から論じることができている答案が非常に少なかった。判例百選掲載レベルの判例については、結論のみならず、その論理展開や事例への当てはめを意識して学習することが望まれる。  
なお、B県知事が本件認定を行ったと事実関係を誤認している答案も、一定数あった。

(飲料水と生活水の確保)

- 本件許可基準第4-1に関する記載は、総じて不十分なものが目立った。時間が不足したことによるものと思われるが、時間配分に留意して検討することが求められる。
- 会議録では「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」と指摘されているにもかかわらず、単に裁量を逸脱し違法とする答案が多かった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められるように思われる。これを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や規範を具体的な事例の中で使いこなせるようにすることが肝要である。