

令和7年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

1 全体について

- (1) 本問では、判例の応用のみならず、法原理等の基礎理論や学説の基本的な知識を論述で活用できるかも問われている。人権分野だけでなく、統治分野についても、基本知識はおろそかにせず勉強してもらいたい。
- (2) 判例への言及が十分でない答案が少なくなく、また判例に言及したとしても判例の理解が不十分で、適切に参照できていない答案もあった。判例学習は基本であり、正確に理解し、論述に反映させる訓練を怠らないでほしい。判例に言及する際は、どの判例かが特定できる形で示すことが望ましい。
- (3) 参照すべき判例があるにもかかわらず、それを想起した形跡が全くなく、汎用的な違憲審査基準の定立及び適用で解決しようとする答案が多かったのは残念であった。学習しているはずの判例の知識を活用できていないのは、汎用的な違憲審査基準の定立及び適用さえできれば司法試験公法系第一問は問題ないという認識が透けて見えたように思われた。
- (4) 合憲性の判断枠組みについて、何の迷いもなく、重要な権利だから、厳格な違憲性審査基準が妥当するとだけ書く答案や、特段説得的な論証もなしに「実質的関連性の基準」を強引に設定するような、とにかくいわゆる中間審査基準を書きさえすればいいと考えているとしか思えない答案がかなりの割合で見られた。合憲性の判断枠組みは、本件をどのような事案だと理解するかという事案の分析と結び付けて設定する必要がある、事案の分析とは無関係に、自らが望む結論を導くために恣意的に設定することができるというものではない。審査の厳格度を上下する理由やどの観点から施策を評価するかをきちんと説明すべきであろう。事案の分析が十分になされないまま、あるいは、事案の分析とは無関係に、設定することは適切でない。
- (5) せっかく判断基準を設定しているのに、問題文に記されている諸事実について審査基準との関係を意識せずに論じている答案が少なからずあった。設定した審査基準に沿って書く必要がある。例えば、基準で「必要最小限度」というキーワードを挙げながら、当てはめでそのキーワードを使っていないなど、基準と当てはめが一致していないと思われる答案が散見された。
- (6) 過去の採点実感でも累次にわたり指摘されてきたところであるが、問題文に示された事情をそのまま写し、直ちに「重要」であるとか「合理的」であると結論付ける答案が、なお一定数見られた。答案作成者の考察・分析・評価の過程を文章化することを心掛けてほしい。

2 施策①全体について

- (1) 甲は、問題文3頁2から3行目において「まずは投票の義務化の憲法適合性について独立して検討します」と、5行目において「次に、投票の義務化が仮に合憲であるとしても、施策①の(b)は、別途、検討する必要があるようです」と述べており、施策①の(a)と(b)とを区別して論じることが求められていることが明らかであるにもかかわらず、漫然と、両者を一体に同じ論調で論じている答案が散見された。
- (2) 両者を別々に検討はしているものの、(a)は投票義務制であり、(b)は投票権の制限であり、制約自体異なるものであるのに、その差に気付かず、選挙権の重要性のみ指摘するなどして全く同じ基準で検討する答案が存在した。
- (3) 中には、(a)について違憲とした上で、「仮に合憲である」との仮定を書かずに(b)を合憲とするという評価が矛盾する答案も散見された。

3 施策①(a)について

- (1) 問題文3頁2から3行目において、甲が「選挙権の性質や選挙の諸原則を踏まえつつ、まずは投票の義務化の憲法適合性について独立して検討します」と述べているにもかかわらず、選挙

権の性質や選挙権に関する基本原則に触れず、またはその理解が不正確であり、「投票の自由＝自由権としての選挙権（投票権）」に対する制約という問題設定の下で、人権論のパターン答案として論じきる答案が多かった。

施策①(a)は、民主的統治の在り方全体に関わる選挙制度に係るものであり、その合憲・違憲を論じる場合には、いわゆる「違憲審査基準」以外の法原理・当該権利の性質についても当然に考慮する必要がある。

- (2) 選挙権は、通常の憲法上の権利とは異なった性格を有している点がポイントとなる。人権論への誘導に当たって、憲法第13条や第19条を根拠条文として構成する答案が散見されたが、それらの権利が個人的権利としての性格にフォーカスするものであることに鑑みるなら、この本質を理解しないもののようにも思われた。憲法第13条として構成した答案のうち少なくとも1つは、施策①(b)については憲法第15条により構成していたことからすると、単に答案の構成上の技巧的な問題として捉えているのではないかと感じるどころもあった。
- (3) また、「選挙権は社会権である」とする答案が見られた。選挙権は制度に基づく権利であり、この性質を説明する際に選挙権には社会権の性質があると説明するものであったが、選挙権や社会権の権利の特質を理解できていない。
- (4) 選挙につき公務の側面があることやいわゆる二元説は教科書レベルの基本的な知識であるが、これに触れて、合憲性を検討できたか否かで大きな差がついた。これに加えて、選挙原則のうち、自由選挙の原則とその趣旨についても触れる答案は高く評価できた。
選挙原則に触れている答案であっても、選挙権は重要であるから投票しない自由も認められる、投票しない自由は重要であり、その制約には厳格な審査基準が妥当するなどとして、選挙原則や選挙権の法的性格から投票の義務制の可否についてどのように導き出しているかが明らかではない答案も多かった。
- (5) 施策①(a)を論ずる上で、立法裁量をどのように考えていくかは重要な視点であり、憲法第44条の定める立法裁量への言及のある答案は高く評価できた。
- (6) 投票の義務制は、投票の秘密（憲法第15条第4項）を害すると論じる答案が少なからず存在した。投票の秘密とは誰に投票したかを秘密にすることを意味するのであって、投票所に行ったか否かは投票の秘密（秘密投票）の問題ではない。

4 施策①(b)について

- (1) 施策①(b)を検討する上では、先例としての在外国民の選挙権行使制限訴訟の最高裁大法廷判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）の存在は無視し得ない。本問に同判決の射程が及ぶと考えるにしろ、及ばないと考えるにしろ、その点については理由を付して丁寧に論じるべきである。
同判決が示した判断枠組みと、学説上の違憲審査基準との異同・関係などについて、十分な考察ができておらず、同判決の基準を適切に示しつつも、実際の解答においては、その基準を審査基準論における厳格審査基準に準じたものへ変換して解答を進めるものが多くあった。基準を変換する理由を説得的に説明しない限り、答案の書きやすさを最優先させたものとの印象は避けられない。
- (2) 施策①(b)について、投票の自由の制約が問題となっていることは多くの答案が理解できていたが、施策①(a)の投票の義務化の論点において、「投票しない自由」の侵害となるか否かを検討した答案の中には、施策①(b)においても、選挙権の停止が予定されているため、「投票しない自由」が規制されていると構成し、そのことによって同判決を指摘できない答案が存在した。端的に、選挙権行使が制限されていると構成すべきであった。
- (3) 同判決を引用した答案も、その理解が不十分なものが少なくなかった。本問においては、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として」と

いう、同判決において示された例外事由に該当するか否かが1つの論点となる。問題文3頁10から12行目においても、「この制限が「選挙の公正」を確保することとどう関係するのか」といった点に注目した方がよさそうです」と明示されていたにもかかわらず、そもそもこの例外事由の存在に言及することなく、同判決を引用している答案が相当数存在した。上記例外事由に言及している答案であっても、この例外に該当するか否かの論証をしているものは、更に少数であった。

他方で、同判決の示した「選挙の公正」について、本問に即してその内容を丁寧に論述した答案は高く評価できた。同判決の言う「公正な選挙」を害する場合は、票の買収等、自ら不正行為を働いた者に限定されると解釈した上で、投票に行かないことは選挙権の保障対象なのだから、正当な行為であり、何ら公正な選挙を害するものではないとした記述や、設問で設定したような投票率が下がっている状態においては、投票に行かないことが、民主主義を空洞化させるという意味で「公正な選挙」を脅かすとした記述などである。

- (4) 本問において、議員定数不均衡に関する判例を参照する答案が少数ながら存在した。本件では普通選挙の原則との関係が問題となっているところ、議員定数不均衡の問題は平等選挙の原則に関わる判例であって、ここで同判例を参照するのは適切ではない。そのように、選挙に関わる判例は、前記在外国民の選挙権行使制限訴訟、戸別訪問訴訟、議員定数不均衡訴訟など複数存在する。しかし、これらは問題となる権利、及び権利侵害態様が全く異なる。施策①は選挙に関わる事例であるが、選挙という共通項だけでどの判例でも先例として参照可能なわけではない。判例が採用している判断枠組みは、権利の行使そのものが不可能な場合の判例と、権利行使は可能な場合とで異なる。それにもかかわらず、後者の場合の判例を前者の事件で用いるのは不適切である。その権利侵害の違いを意識して、その事件に最もふさわしい判例を参照すべきである。
- (5) 義務化せずとも、より制限的ではない手段があるとして、学校教育の充実や民間とタイアップしてインセンティブを与えるべきなどとする答案が散見されたが、立法目的に対する手段としてふさわしいものではなかった。
- (6) 7割が選挙に行くという世論調査結果を特段の論証もなく根拠が乏しいと論断する答案があった。問題文が示す立法事実をひたすら否定するだけの答案もあった。設問で与えられた事実については、特段の事情がない限り、それらの事実を前提にして法的議論を展開すべきである。
- (7) 罰金と投票停止とを丁寧に比較した答案、例えば、投票停止は逆に選挙への無関心を招くことになるのではないかという指摘をした答案などは高く評価できた。もっとも、連続3回の非投票での公民権停止と、非投票1回ごとの罰金で、罰金の方が制裁として軽いと簡単にいえるのかどうかもよく検討してもらいたい。

5 施策②について

- (1) 施策②については、街頭演説が、一般的な表現行為にとどまらず、選挙運動に関するものであることにポイントがある。本問の規制が、選挙運動規制の一環としてなされているという側面に着目し、選挙運動規制に関する一連の最高裁判決等（戸別訪問禁止に関する最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁、最判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁など）も踏まえて、本問の規制が想定する場面との異同等を考慮しつつ、違憲審査基準を検討した答案は高く評価できた。
- (2) 評価の一つの分かれ目は、戸別訪問禁止に関する前記昭和56年7月判決における伊藤正己裁判官補足意見にいう「選挙のルール論」を参照できたか否かであったが、説得的にこれを参照できている答案は少なく、「選挙のルール論」について誤った理解に基づいて論述をしている答案も少なくなかった。
- (3) 本問においては、本件規制による自由の侵害の構図や規制といった押さえるべき論点を問題文

中から拾えるかが最低限のポイントであった。

- (4) 誰の自由を制限するのかを明示せずに論じている答案があった。施策②が、街頭演説をする候補者、その街頭演説を聴く聴衆、そのうちのヤジを飛ばしたりする聴衆のそれぞれにどのように影響するのかを意識して、そのことがわかるように答案を書くようにしてほしい。
- (5) 当該表現が選挙演説という場面においてどのような意義を有するか（演説の聴衆が候補者に直接意見を届けることの意義など）について触れ、制約されている表現の意義を掘り下げて評価した答案は高く評価できた。
- (6) 内容中立規制と内容規制の異同に触れた上で、施策②について中止命令が実質的に候補者側の要請によって発出される仕組みとなり得ることを捉えて内容規制とみなし得る可能性を検討した答案は、制度の立て付けと実質的效果との関係を的確に踏まえたものとして評価した。
- (7) 時間や場所を指定しての制約を「間接的・付随的制約」とする答案が散見された。間接的・付随的制約とは、行動がもたらす弊害を防止しようとした手段が結果として表現を制約するものとなっている場合のことであると思われる。場所や時間を指定することによってもたらされる制約は、直接的規制であろう。
- (8) 施策②が規制対象としている「聴衆による不穏当な行為」は、選挙妨害罪で検挙されるような積極的妨害行為ではない行為を規制対象としており、低価値表現と即断できるものではない。その合憲性判断に際しては、憲法第21条第1項の保障する表現の自由とは何かという視点から丁寧に答案を書くことが求められる。機会の限られた街頭演説の場であることを重く位置付けた上で演説者の側の表現の自由を優位に置く答案や、街頭演説だからこそ、その場でしか実現できない直接の双方向性を重視し、聴衆の表現の自由の制限が認められるのか慎重に審査すべきとした答案などは、高く評価できた。

6 形式面について

法曹になる者として、専門用語の誤字は恥ずかしく、注意して記載すべきである。

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、相応に言及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3条第2項にいう「処分」に該当するのどのようなものかについて、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁の判示あるいは、公権力の行使・法的効果といった要素を示した上で、最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁（以下「平成17年判決」という。）がいかなる理由で病院開設中止の勧告の処分性を肯定したのかを説明し、本件勧告の処分性を肯定する立場の論拠を提示するとともに本件勧告の処分性が否定されることを論じ、本件指示の処分性を否定する立場の論拠を提示するとともに本件指示の処分性が肯定されることを論じているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、本件勧告の処分性、本件指示の処分性のそれぞれについて、肯定する立場・否定する立場の双方から、法的効果の有無・内容や後続の行為を争うことによる救済可能性といった複数の論拠ないし観点を提示しながら論じているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、指示について規定している本件条例第33条では審議会の意見を聴くことが定められている（第2項）一方、勧告について規定している本件条例第32条にはこのような定めがないことや、本件条例第33条では「正当な理由なく」という要件が定められているところ、本件条例第32条や公表について規定している本件条例第34条にはこのような定めがないことに着目して論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- 行訴法第37条の4第1項本文にいう「重大な損害を生ずるおそれ」が認められるためにはいかなるものが必要であるかにつき、最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁（以下「平成24年判決」という。）の判示を示した上で、本件指示がされた後に取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることにより容易に救済を受けることができるかどうかを論じているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、本件指示の発出後直ちに公表が行われるわけではないことを指摘した上で、公表がされる前に執行停止の決定を受けることができるかどうかを検討しているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、指示から公表までの具体的日数（公表がされるのは指示の発出後40日以降であること）を指摘しているものや、Aに生じ得る損害がそれ自体として回復困難性の高いものであるかどうかを論じた上で、執行停止による救済可能性を検討しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(3) 設問 2

- 勧告事項 1、2 及び 3 のそれぞれについて、本件勧告が適法であるとする立場の論拠及び違法であるとする立場の論拠を示して、本件勧告が違法であることを結論付けているものは、一応の水準に達している答案と判断した。
- これに加えて、勧告事項 1、2 及び 3 のそれぞれについて、【法律事務所の会議録】で示されている複数の観点を用いて、A の主張及び B 市の主張を構成することができているものは、良好な答案と判断した。
- さらに、勧告事項 1 に関して、規制距離内の住宅に現に居住している者が本件条例第 29 条第 2 項にいう居住者に該当すると解される理由を説明しているものや、本件条例第 29 条が本文とただし書で構成されていることに留意して、本件条例第 29 条第 2 項本文の違反がないことを論じているもの、勧告事項 3 に関して、「生活環境を損なうおそれがあると認められるとき」という要件の認定に裁量が認められないこと及びその理由を示した上で本件勧告が違法であることを主張するとともに、仮に裁量が認められるとしても裁量権の逸脱濫用があると論じているものなどは、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

(全体の構成)

- 法的三段論法を踏まえた論述がされていない答案が目立った。まず、規範を定立し、その上で、本件の具体的事実を当てはめ、結論を導いてほしいのだが、いきなり結論だけを書く答案や、具体的事実の当てはめがない答案が相当数みられた。
- 想定される反対の見解（設問 1 (1)）や想定される B 市の反論（設問 2）を踏まえた論述が求められていたにもかかわらず、一方の立場からの論述に重きを置きすぎ、他方の立場からの論述が不足していたり全くなかったりする答案が少なくなかった。対立する立場からの法的立論を検討することは法律実務家にとって不可欠であるため、普段の勉強においてもこのような視点を意識してほしい。

(問題文や参照条文の正確な読み取り)

- 本件条例第 32 条、第 33 条の「必要な措置」を、市長による措置であると誤解している答案が散見された。また、悪臭防止法第 28 条の罰則を、規制基準違反に対する罰則であるとする答案もみられた。権限の主体、権限行使の相手方、権限の内容などを参照条文から正確に読み取ることが必要である。

(問いに対する的確な対応)

- 問題文で指示されているのに、検討の末尾に「適法である」、「処分当たる」といった結論を明示していない答案が少なからずみられた。法律実務家を目指す以上、日常の学習においても問いに対して一定の結論を示す姿勢を意識してほしい。

(途中答案・時間配分)

- 設問 2 について、検討が不十分な答案が多く、途中答案も目に付いた。他方、設問 2 では丁寧な議論を展開していた反面、設問 1 がやや正確さを欠く論述となっていた答案も少数ながらあった。各受験者が解答しやすい設問に重点を置いた記述をすること自体は問題ないが、これによって他方の設問の検討がおろそかとなることのないようバランスを意識してほしい。
- 毎年の繰り返しになるが、明らかに時間切れの答案も散見された。答案作成に当たっては、時間配分にも留意すべきである。

(2) 設問 1 (1)

(全体について)

- 処分性の一般論については、ほとんどの答案がよく書けていた。他方、事案の具体的な分析においては、処分性の判断において検討すべき事項、すなわち、本件勧告や本件指示が具体的な義務を課す又は法的地位を変動させるものであるかといったことを説得的に論じることなく、救済の必要性等の抽象的な議論に終始している答案が多くみられた。
- 問題となる行為が市長の行為であることや、条例に根拠を有していることのみを理由として直ちに権力的行為に当たると論じる答案があったが、行政機関が法律や条例に基づいて行う行為であっても、相手方が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導に該当する場合もあり、そのような行為は非権力的行為であることに留意してほしい。
- 本件条例が法ではないことを前提に処分性を論じたり、公表が処分であることを前提に、公表の取消訴訟を提起すればよいと論じたりする答案がみられた。基礎的な知識を再確認してほしい。
- 本件勧告と本件指示の双方について処分性の有無を論じることが求められているにもかかわらず、いずれか一方しか論じない答案や、本件勧告の処分性を肯定したり、本件指示の処分性を否定したりする答案もあった。設問を丁寧に読むことが求められる。
- 本件勧告について論述しているのか本件指示について論述しているのかが分かりにくい答案が一定数あった。自分が何について論じているかを意識することはもちろん、それが読み手に伝わるかを意識して論述することが必要である。

(平成17年判決について)

- 平成17年判決について、「保険医療機関の指定」という言葉が出てこない答案(例えば、単に「後続処分」としたり、「指定」を「認定」としたりしている答案)、相当程度の確実さをもって指定を受けられないとすべきところを、相当程度の確実さをもって病院開設を断念させられるとしている答案、後に保険医療機関の指定拒否処分を争うことによっては実効的な権利救済を受けられないと判示したと論述する答案など、同判決の理解が不正確と思われる答案が多くみられた。重要判例については、日常の学習においても正確な理解を心掛けてほしい。

(本件勧告の処分性について)

- 本件条例第32条に基づく勧告(又は指導)が本件条例第33条に基づく指示及び本件条例第34条に基づく公表の前提になっていることについての指摘を欠く答案、本件勧告が悪臭防止法第8条第1項に基づくものであるとして論じる答案など、本件条例の構造についての読み解き方が不十分な答案が散見された。
- 本件勧告の処分性を否定する文脈の中で、本件勧告に引き続いて指示、公表が行われる蓋然性の有無を論じ、それが否定されることのみをもって本件勧告の処分性を否定する答案が散見された。しかし、指示、公表が行われる蓋然性の有無は、本件勧告が私人の権利義務又は法的地位に何らかの影響を与えているといい得るかどうかを検討する際の考慮事項の一つにすぎないので、その位置付けを正確に把握する必要がある。
- 本件勧告の処分性を否定するに当たり、本件勧告に従えば指示や公表に至らないことを挙げる答案が散見されたが、Aが本件勧告に従う意思がないからこそ紛争となっているのであり、ここで問われているのは、勧告に従わなかった場合に指示や公表がなされる可能性があることをもって処分性を肯定できるかどうかである。
- 本件勧告が市長により条例に基づいて行われることをもって「一方性」が認められるとする答案が多数見られた。しかし、処分の定義として登場する「一方性」とは、法効果の設定が相手方の同意に依存していないことを意味する。したがって、勧告の「一方性」を言うのであれば、その前提として、当該勧告自体に(勧告という名称にもかかわらず)何らかの法効果があり、その法効果が行政機関の意思のみで生じる制度になっていることを論

じなければならない。

(本件指示の処分性について)

- 本件指示の処分性を肯定する場合、それがどのような法的効果を有するか(法的効果の内容)が問題となるが、本件指示に法的効果があるとする一方でその内容が不明確な答案があった。処分性を肯定するに足りる法的効果があるとするのであれば、その内容も明確に示すべきである。
- 本件条例第34条に基づく公表が制裁の性質を有すると論じる答案は多かったが、その前提として、本件指示が具体的な義務を課すものであり、制裁たる公表が同義務の実効性確保措置であることを指摘できている答案は少なかった。
- 平成17年判決と同様に考えることができるか否かの検討が求められているのは、本件勧告の処分性についてであり、本件指示の処分性については求められていない。しかし、本件指示についても、同判決と同様に考えることができるか否かを検討する答案(例えば、本件指示がなされると、相当程度の蓋然性をもって公表がなされるとして、このことを本件指示の処分性肯定の論拠とするもの)が少なくなかった。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 処分の差止めの要件を押さえる上で、取消訴訟及び他の仮の救済(執行停止申立て)を踏まえる必要があるが、そのような必須の形式要件部分を論じないまま、すぐに「重大な損害」要件部分の解釈へと展開する答案が目立った。

(平成24年判決について)

- 平成24年判決の判示のうち本問で意味を持つのは、差止訴訟の訴訟要件たる「重大な損害を生ずるおそれ」の意義について、「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのであれば救済を受けることが困難なものであることを要する」とした部分であるが、これが書けていない答案が多かったほか、平成24年判決の事案の当てはめであって本問と無関係の「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされること」について、相当の分量にわたって論述する答案もみられた。判例を学習する際には、長い判決文のうちどの部分が一般論としての判示であるかを自覚的に読み取る必要がある。

(「重大な損害を生ずるおそれ」要件の充足性について)

- 全体としては良くできていたが、平成24年判決の理解が十分ではない答案もみられた。同判決の重要なポイントの一つは、処分後に当該処分の取消訴訟等を提起して、これに伴う執行停止申立てが認容されることで「容易に」救済を受けられるかどうかであるが、その点についての理解が不十分と思われる答案が目立った。
- 本問では、本件指示と公表との間に時間的猶予があることから、処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けることができるかどうか(執行停止が間に合うかどうか)を検討する必要があるが、公表による損害が回復困難であることのみから「重大な損害を生ずるおそれ」の要件を充足するとして、執行停止が間に合うかどうかの検討ができていない答案が多かった。
- 経済的損失(販売への支障)は基本的には金銭賠償で回復可能であることに言及した答案が少なかった。

(4) 設問2について

(全体について)

- 設問2は、本件勧告の違法性を論じることが求められているから、端的にその点を論じればよいにもかかわらず、本件指示の違法性を論じたり、本件指示に対する抗告訴訟におい

て本件勧告の違法を主張することができるかどうか（違法性の承継の問題）を論じたりする答案が散見された。

- 問題文に「想定されるB市の反論を踏まえて検討しなさい。」と書かれているにもかかわらず、Aの主張のみを論じB市の主張に関する論述が不十分である答案や、B市の主張に全く言及していない答案が多くみられた。
- 設問2では、「Aはどのような主張をすべきか」を聞かれているにもかかわらず、Aの主張は失当であるとか、本件勧告は適法であると結論付ける答案が散見された。
- 勧告事項1及び2に関して、Aの主張との関係でも、裁量を論じている答案があった。しかし、問題をよく読めば、裁量についての論述を求められるのが勧告事項3のみであることは明らかである（会議録における弁護士Gの発言中でも、勧告事項3についてB市は裁量が認められると主張する旨指摘されている。）。なお、【法律事務所の会議録】には、論述すべき事項の手掛かりが示されているのであるから、会議録の会話や指示を踏まえた議論を展開することを意識してほしい。

（勧告事項1について）

- Aの主張として「現に居住している者が居住者である」との規範を定立し、他方、B市の主張として「一時的に離れているにすぎない者も居住者である」との規範を定立し、それぞれ、法的三段論法に従って、具体的な事実を当てはめ、結論を導くという論述を想定していたが、そのように両者の見解を対比させ、かつ、法的三段論法に沿って丁寧に論じられている答案は少なかった。
- 本件条例第29条第2項にいう「居住者」該当性についての結論を示すのみで、「居住者」の意味やその理由を説明していない答案が一定数みられた。本件条例第29条第2項（別表を含む）の構造に照らすと、論じるべきは本来、本件の立地規制において制限距離の起点となる「住宅」の意義であり、特定家畜飼養施設から生じる生活環境への影響を防止するという条例の目的を踏まえると、制限距離の起点となる「住宅」とは、現に居住者がいる建物であると解される。このような理解がないまま、「Cは居住者ではないためその同意は不要である。」といった叙述をするのみでは、不十分である。
- 本件条例第29条第2項が本文とただし書で構成されており、厳密には本件条例第29条第2項本文の違反の有無が問題となるどころ、これを理解して、居住者がいない住宅には、本件条例第29条第2項本文が適用されない（又は、居住者のいない住宅は同項本文の「住宅」に当たらない）と解されると論ずる答案はほとんど見られなかった。Cが同項ただし書の「居住者」に当たらず、同項ただし書の「同意」が不要とするだけでは、同項本文に違反していることに変わりはないので、注意が必要である。

（勧告事項2について）

- Aの主張として「立入検査は、悪臭防止法第8条第1項の要件が充足されていることが前提である」との規範を定立し、他方、B市の主張として「悪臭防止法第8条第1項の要件が充足されていない場合であっても、立入検査を行うことができる」との規範を定立し、それぞれ、法的三段論法に従って具体的な事実を当てはめ、結論を導くという論述を想定していたが、そのように両者の見解を対比させ、かつ、法的三段論法に沿って丁寧に論じられている答案は少なかった。
- 勧告事項2については悪臭防止法第20条に基づく立入検査の可否を論ずることが求められているところ、立入検査の要件について、同法や本件条例の規定の構造を適切に理解していない答案が散見された。悪臭防止法第20条第1項が市町村長に立入検査権限を付与する規定であって私人に義務を課す規定ではなく、罰則は検査規定の実効性確保手段にすぎないから、立入検査拒否は違法ではないとした上で、本件条例第32条の『悪臭防止法の規定に適合しない』に当たらないとする答案も散見されたが、検査の受忍が法的義務で

あるからこそ、検査忌避に対して罰則を設けることが可能となるのであって、罰則の存在は必ず義務の存在を前提とするから、このような論述は誤りである。

- 本件条例第32条の文言に照らして（特定家畜飼養）施設が悪臭防止法の規定に適合していないことが要件になるということへの言及がないもの、悪臭防止法第20条の規定による検査を行うためには同法第8条第1項に定める要件が充足されることが前提になるというAの主張の根拠として、同法第20条が「第8条第1項（中略）の規定による措置に関し」と規定しているということの指摘がないものなど、条文の解釈が不十分な答案が多くみられた。

（勧告事項3について）

- 「生活環境を損なうおそれがあると認められるとき」の該当性については、B市が裁量の存在を主張することが予想されるため、裁量統制基準に照らした解答が求められるところ、どの点に裁量が認められるのか、それについてどのような基準であれば違法・適法の判断が導かれるかといった基本的な解釈論を意識した答案は、想定していたより少なかった。また、要件該当性を検討する上で、行政庁の適否が分かれる判断につながる事実（例えば、意見提出者が1名のみであったこと等）を的確に拾う必要があることに気付いていない答案も多かった。裁量統制基準の当てはめの際は、設問において示された諸事実をいかに丁寧に拾えるかが枢要となることを意識してほしい。
- 市長に要件裁量が認められるのみ記載してその理由の説明がない答案、裁量権の逸脱濫用の判断枠組みについて記載がない答案、本件の具体的事実についての検討が不十分な答案などが散見された。また、「全く（重要な）事実の基礎を欠くこと」、「社会観念上著しく妥当を欠くこと」、「考慮不尽や他事考慮などがあること」、「裁量権の逸脱又は濫用があること」という各要素の関係について、最高裁判例の論理構造を理解していない答案が多くみられた。
- 市長に要件裁量が認められるという点はおおむね指摘できていた一方、市長に要件裁量が認められない可能性を全く想定していない答案が多かった。【法律事務所の会議録】における弁護士Gの最後の発言によれば、仮に裁量が認められるとしたらAとしてはどう論じるべきかという観点からの検討が必要であるが、だからといって、Aとして、市長の裁量が認められることを前提に主張すれば足りることにはならない。Aの立場に立てば、市長の裁量の存在は不利に働くから、裁量論に踏み込むことなく処分の違法性を論証することが第一選択となるのであり、まずは『生活環境を保全』（悪臭防止法第1条）することを目的として設定された規制基準を現に超過しておらず超過する見込みがあったわけでもない以上、生活環境を損なうおそれがあったとは認められない」と主張し、それが裁判所によって認められない場合に備えて、裁量濫用に係る主張をすることになるはずであるが、そのように論じている答案は多くなかった。

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・仕組みを確実に押さえるとともに、重要な最高裁判例を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、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。これらを通じて、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判断枠組みを具体的な事例の中で使いこなせるようになることが期待される。また、重要判例の理解や事例問題の演習においては、個別法の条文を読んで、問題となっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とされるべきであろう。一見遠回りのようでも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別法の条文を参照して、その仕組みや法解釈を学び、演習を通じて、その理解を答案に表現することができるようになることが肝要である。