

第 1 憲法

■問題① 2016 年早稲田大学法科大学院入試

i 思考プロセス

①下敷き判例（博多駅事件，TBS 事件）を想起した上で，憲法答案の大枠（保護範囲→制約（制約→保護範囲でも良い）→正当化（基準の定立→あてはめ→結論））に判例の枠組みを収斂させる。加えて，憲法事例問題においては，憲法訴訟という訴訟類型が存在しないことに鑑み，まずは処分の根拠規定を特定し，要件効果の確認を行うという思考プロセスを経る必要がある。

②保護範囲

→「表現」（憲法 21 条 1 項），報道の自由，取材の自由

③制約

→判例の理解

④正当化

→判例が示している通り，取材の自由が受ける不利益と差押えの必要性についての比較衡量が大枠となる。等価的比較衡量をすべきか，優越的比較考量をすべきかという点については TBS 事件判決やニッポン放送事件判決内でも触れられていることからすれば必ず触れるべき。その上で，問題文の事実をあてはめるわけだが，i 刑事訴訟法における任意捜査の限界と同様の思考（下位規範に沿って事実を抽出・評価する）を経られたかどうか，ii 判例のあてはめ（特に，事案の性質，証拠価値，不利益性に関する判例の評価はストックしておくべき。）との比較ができたかがポイントとなる。

ii 出題趣旨

報道機関が報道のために取得した動画画像を、警察が犯罪の証拠として押収することが報道の自由の侵害となるか否かを問うたものである。論点としては、①憲法 21 条の表現の自由の保障は、報道の自由および取材の自由をも保障しているか、②報道の自由・取材の自由は、報道のために入手した画像等の記録媒体の警察による差押えを拒絶する権利をも含むか、③犯罪捜査のための画像等の押収が報道の自由・取材の自由を侵害して違憲となるかどうかについて、どのような判断枠組みないしは違憲審査基準によって判断するか、④本事例において、警察による本件動画画像の差押えは許容されるか、の諸点がある。論述にあたって、とくに、④の具体的な衡量において、どのような要素が挙げられ、適切な衡量がなされているかどうか、採点のポイントとなる。また、博多駅 TV フィルム提出命令事件決定、TBS ビデオテープ押収事件決定などの関連判例を考慮に入れているかどうかも重要である。総じて、警察による取材物の押収による包蔵・取材の自由の制限という異本論点に関わる問題であったせいか、全体的に答案の出来は良かった。③について、博多駅 TV 提出命令事件のように比較衡量論を用いるものが多かったが、表現の自由の厳格審査基準、あるいは、報道の自由の制限としての中間審査基準（厳格な合理性の基準）を用いたもののあった。どの審査基準・方法を用いるかは、その根拠ないし理由がしっかり書けていれば、採点には影響はない、④のあてはめについては、警察による犯罪捜査のための押収は報道・取材の自由に優越する利益といえるかどうか、疑問がありうるが、動画画像の差押えを違憲と論じた答案は一通もなかった。また、報道の被る不利益への配慮や、動画画像の差押え以外の犯罪の捜査と証拠収集の可能性への配慮もあまりされていなかった。本問の最も重要な論点なのであるから、十分な衡量が望まれるところである。

iii 参考資料（旧司法試験平成 21 年第 1 問）講師作成論述例（コメント入り）

※主張反論型のままになってますが，ご容赦ください。

第 1 設問 1

1 本件差押えは「必要があるとき」（刑事訴訟法（以下，法という。）218 条 1 項）

要件を満たさないにも拘らず行われており，法 218 条 1 項，ひいては憲法（以下，

略）21 条 1 項に反し，違憲となると主張する（判例の考え方（純粋な処分審査なの

で，「必要があるとき」という要件解釈ではなく，当該根拠規定の適用それ自体を

問題としている。故に，判決文中に「必要があるとき」という要件は出てこない。）

とは異なるが，司法試験的に正しい思考を身に着けて欲しいという意味で残してお

いた。）。

2(1) 確かに，適正公正な捜査の実現（法 1 条）の観点から，司法警察員が，証拠物

と資料する物を差押える必要性は認められる。

(2) しかし，司法警察員による差押えの対象が，生データが記録されたディスクで

ある場合，被取材者は他目的利用を知っていたとすれば取材に応じることを拒む

であろうという意味において，捜査機関による差押えは将来における取材の自由

を制約することとなる。

そして，「表現」とは思想の外部的表明を意味するため，事実の提供に過ぎな

い報道の自由は「表現」には該当しないものの，報道の自由は国民が政治的意見

決定に関与するにつき必要な事実を提供するものであり，国民の知る自由に資す

る。そのため，報道の自由は，思想の表明の自由と並び憲法 21 条 1 項で保障さ

れる重要な権利である。また，取材の自由は報道の不可欠の前提として憲法 21

条 1 項による尊重に値する権利であると博多駅事件決定が判示しているが，直接

保障されないからといって軽視すべきではない（ここは主張反論型の問題という

ことで重要性を強調する書き方をしたが、主張反論型の問題でなければ尊重に値する権利ということでむしろ保障の程度が弱まっていることの指摘を行っても良い（それが通説的理解）であろう。）。

そうだとすれば、「必要があるとき」の解釈にあたっては、単に法律上の要請にすぎない適正公正な捜査の実現の要請よりも、憲法上の保障ないし尊重をうける報道の自由及び取材の自由が害されることとなるテレビ局の利益に重きをおくべきである。

(3) そこで、「必要があるとき」とは、フィルム証拠価値等からみて適正公正な捜査を実現する高度の必要性が認められ、テレビ局が被る不利益を考慮してもなお差押えを受忍しなければならないことが明らかな場合をいうと考える（この優越的利益衡量に関する規範は適当にでっち上げただけなので、何かウラがあるわけではない。ロイヤルっぽさを出せばOK。）。

3(1) 本件は自動車の多重衝突の事案であるが、多重衝突である以上、事故当時、道路交通は停滞していたと考えられる。そうだとすれば、多数の目撃者がいると考えられ、事故当時の状況は目撃者から証言を得れば足りる以上、交通事故の事案解明のためにフィルムを差押えることがほとんど必須とはいえない。むしろ、その証拠価値は低いと言うべきである。また、多数の死傷者が生じているとはいえ、自動車の玉突き事故等は頻繁にあるため、リクルート事件の賄賂に関する映像に比べ、国民の社会的感心が寄せられている重大な事案とまでは言えない。したがって、適正公正な捜査を実現する高度の必要性は認められない。

(2) 他方、差押えられたフィルムは編集前の生データである。編集前の生データは本来、ドラマの撮影目的で撮影されたものであり、そのデータが本来の目的とは異なる捜査目的に用いられるとなると、将来における取材が萎縮してしまう。ま

た、本件の場合、ドラマの撮影に用いられていたフィルムであるから、編集前の生データが差押えられた場合、事故の状況のみならず、ドラマの出演者等も写っているため、その者達のプライバシーも侵害されるおそれがある。

そうだとすれば、差押えにより生じる不利益を考慮してもなお差押えを受忍しなければならないことが明らかな場合とは当然いえない。

4 以上より、本件差押えは「必要があるとき」とはいえないにも拘らず行われており、法 218 条 1 項、ひいては 21 条 1 項に反し、違憲となる

第 2 設問 2

1 司法警察員から、① TBS 事件によれば、適正公正な捜査の実現の要請は 37 条 1 項の要請である公正な裁判の実現と同列に扱われるため、テレビ局の権利に重きを置く必要はないとの反論、② 自動車の多重衝突、多数の死傷者、交通事故の発生前後の状況、テレビ局のカメラマンがデジタルビデオカメラで撮影したという事情から、適正公正な捜査を実現する必要性は認められ、他方、被写体が芸能人であること、すでに放映済みであることなどからすれば、差押えにより生じる不利益は小さいため、「必要があるとき」といえ合憲であるとの反論がなされることが考えられる。

2 ①に関する私見

(1) そもそも、捜査は被疑者の身柄を確保し、また、証拠を収集することで公判の準備を行う活動である。そして、捜査によって十分な証拠を収集されなければ、公正な裁判は実現できないため、適正公正な捜査の実現は公正な裁判の実現の不可欠の前提といえる。そうだとすれば、根拠自体は刑事訴訟法における適正公正な捜査の実現要請も、憲法上の要請として考えることができる

(2) よって、反論は正当であり、「必要があるとき」の解釈にあたり、高度の必要性や差し押さえを受忍しなければならないことの明白性までは要求されず、TBS

1 事件同様，等価的利益衡量で足りると考える。

2 3 ②に関する私見

3 (1) 目撃者が多数いたとはいえ，交通事故は突発的，瞬間的に起きるものである。

4 また，交通整理がなされれば目撃者はその場から離れ去るのであるから，目撃者

5 が誰であるかを把握することも難しい。そうだとすれば，目撃者から事故当時，

6 前後の状況につき明確に証言を得られる保障はないといえ，交通事故の事案解明

7 のためには撮影フィルムが存在が不可欠といえる。そして，本件フィルムは事故

8 の前後の状況を写しているので，最初にどの車がどの車とぶつかり，どのように

9 多重衝突となったのかを把握することができる。さらに，プロのカメラマンが撮

10 影しているので，ブレや焦点についても問題がなく，明瞭な映像であることが同

11 われる。また，デジタルビデオカメラは，電気技術が発達した今日においては，

12 撮影専門のカメラと同視できるほど鮮明な映像が撮れるため，事故当時の状況を

13 より正確に把握できる。

14 (2) 他方，ドラマの出演者はそもそも一般大衆にその姿を露出することが仕事なの

15 で，フィルムの提出によってそのプライバシーが害されるようなことはない。ま

16 た，本件フィルムは生データとはいえ，放映済みなので，報道の自由は害さない。

17 さらに，本件フィルムはあくまで事故当時の状況を撮影したものであり，誰かに

18 取材をしたものを映し出しているわけではない。そうだとすれば，本件フィルム

19 の提出によって将来の取材が妨げられるおそれもない。したがって，差押えによ

20 り生じる不利益は小さく，「必要があるとき」といえる。

21 4 以上より，本件差押えは「必要があるとき」といえ，法 218 条 1 項，21 条 1 項

22 に反さず，合憲である，

23 以 上

■問題② 平成 21 年司法試験憲法 思考プロセス

【審査委員会規則 8 条の憲法 23 条違反】

① 部分社会の法理（設問 2 も同じ議論となる）

→ 富山大学事件判決（最判昭和 52 年 3 月 15 日） からすれば司法審査が及ばないように思えるが，部分社会の法理を否定し個別の事案ごとに考える通説からすれば司法審査が及ぶと思われる。

② 法律の留保原則

→ 東大ポポロ事件 は大学の自治の内容として(1)人事権(2)施設と学生の管理権を挙げると、これは(3)研究内容等の決定権(4)自主財政権を排斥する趣旨ではなく、通説は(3)(4)も含めているので、(3)の存在により法律の留保は不要となる。

③ 審査委員会規則 8 条の本指針違反

→ 本指針は 法的拘束力がなく、かつ、そもそも本指針は柔軟な規制の形態が望ましいとして指針には制裁規定を置かなかつたにすぎないので、大学が制定する自主規則の内容を制限する趣旨ではない。 そのため、審査委員会規則 8 条は本指針に反さない。

④ 遺伝子治療臨床研究を行う自由の違憲審査基準

→ 先端科学研究の場合は臨床研究に伴う生命身体等の危険が生じ得るため、その対抗利益の重要性やかかる対抗利益に対する危険発生の有無が未知数であるという 予防原則の観点から違憲審査基準を切り下げるという見解があるが、そもそも対抗利益の観点から違憲審査基準を切り下げることは少数者の人権を保護するという違憲審査基準の趣旨に反する（対抗利益の重要性ないし規制必要性といった他者加害の契機に関する事情は目的審査で用いるべき事情）上、規則 8 条は過去の事由を要件とする規制を定めているのであり予防原則の働く場面

ではないため、かかる見解は採用できない。他方、大学の自治を根拠に切り下げる考え方は成り立つであろうが、大学の自治の本質は学問の自由を間接的に保障する点にあるにも拘らず研究者の学問の自治を弾圧する根拠として用いるのは背理であると論じるべきではあろう。

⑤手段審査

→自主規制で足りるという向きもあろうが、生命身体という最上の保護法益を保護するためには、教授会から医学部長に中止命令の権限を委譲し、迅速な対応を可能ならしめる必要な手段といえるであろう。

【審査委員会規則 8 条に基づく中止命令の憲法 23 条違反】

→「重大な事態」につき、死亡に準じる事由が生じた場合あるいは回復不可能な損害が生じた場合と解釈して被験者 C の事故は含まれないとする考え方と、大学の自治を根拠に医学部長の合理的裁量の範囲内の権利行使として適法とする考えがあると思われる。なお、「重大な事態」という要件は過去の事由を要件とするものであり、将来の害悪に関する要件を合憲限定解釈した泉佐野市民会館事件判決（最判平成 7 年 3 月 7 日）に基づいた解釈を行うことはできないと考えられる。

【遺伝子情報保護規則 6 条 1 項 2 項の憲法 13 条違反】

①権利の特定

→研究者の遺伝子情報を開示する自由、あるいは、被験者の遺伝子情報の開示を請求する権利が考えられるが、規則 6 条が直接制約しているのは後者であること、および、23 条の保護範囲に開示の自由が含まれるか否かは不明確であることからすれば、後者が妥当であろう。また、後者については 21 条 1 項と 13 条後段のいずれを根拠とすべきかが問題となるが、21 条 1 項の積極的側面は

1 政府情報公開請求権を意味すると考えられるので、自己に関する情報の公開を
2 請求する権利（自己情報コントロール権）として 13 条後段で構成すべきであ
3 る。また、6 条 2 項は被験者自身の遺伝情報の公開を請求する権利を制約して
4 いるが、1 項は家族の情報の公開を制約していることからずれが生じている。
5 もっとも、本研究はそもそも被験者の遺伝情報のみならずその家族の遺伝情報
6 も必要な研究であったことからすれば、本件では家族の情報も被験者自身の情
7 報と扱って良いと考えられ、そのように解することで 6 条 1 項 2 項はいずれ
8 も被験者の自己情報コントロール権を制約していると考えることができる。な
9 お、取得した情報の開示が強制されているわけではないので、不作為を国家に
10 求める自由権（例えば知る自由）の制約と考えるべきではない。

11 ② 第三者の権利主張適格

12 → 特定第三者の権利主張適格が問題となっているので、先例である第三者所有物
13 没収事件判決（最大判昭和 37 年 11 月 28 日）を紹介し、事案は異なるもの
14 の、医者と患者という関係があるため、同判決の基準によっても権利援用が認
15 められると論証すればよい。

16 ③ 目的審査

17 → 6 条 1 項は開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮した規
18 制であり、2 項は本人に与えるマイナスの影響を考慮した規制なので、その点
19 について「様々な影響」や「マイナスの影響」を具体化して考察すればよい。
20 また、後者はパターンリスティックな制約なので、自己決定権を害する以上原
21 則許されないが、自己決定権の補完に位置づけられるのであれば例外的に許容
22 されることまで示すと良い。

■問題③ オリジナル（大阪高裁平成 19 年 8 月 24 日） 思考プロセス

1 団体と構成員に関する事案類型

①国家 vs 団体

②団体 vs 外部の私人・団体

③団体 vs 内部構成員

2 ③類型に関する判例の判断枠組み（＝2 段階判断枠組み）

※私人間効力の論証は不要

※訴訟類型

i 目的の範囲内か否か

→株式会社と同様に解するか（八幡製鉄事件判決），税理士会や司法書士会と同様に解するか（南九州税理士会事件判決，群馬司法書士会事件判決）南九州税理士会事件では，法による設立の義務付けの有無，行政による監督の有無，目的の法定の有無，強制加入団体性を指摘して株式会社と税理士会の差異を認定した。

→後者だとして，南九州税理士会事件判決の枠組みを採用するか，群馬司法書士会事件判決の枠組みを採用するか（政治団体への政治献金なのか否か，そうでないとして私的見舞いの趣旨ではなく公的な目的での寄付金なのか否か等）

ii 構成員の協力義務を否定する特段の事情（＝公序良俗（民法 90 条）に反する事由）の有無

→大枠は比較衡量ではあるが，憲法事例問題であることから，あくまで憲法答案の大枠（保護範囲，制約，正当化）は守らなければならない。構成員に関しては憲法 19 条における「思想」及び「侵してはならない」の認定，相対立する

1 団体の紀律権の認定を忘れない。

2 →その上で、あてはめでは、強制加入団体該当性（形式的該当性，実質的該当
3 性（国労広島地本事件判決）。実質的な脱退の自由が保障されていないがゆ
4 えに，様々な思想信条を持った構成員の存在が予定され，協力義務にも限界
5 があることの認定につながる。），寄付や募金の性質が選挙における投票の
6 自由と表裏の関係にあるか否か（個人の自由意思に委ねる必要性の程度。例
7 えば，学校後援会費に関する寄付が強制徴収された場合，構成員の子供が通
8 学しているか否かによって協力義務の有無及び程度が当然異なる。），金額
9 の多寡，徴収の必要性，増額会費の管理態様（特別会費と見れば構成員の受
10 ける不利益は直接的と認定できるし，他方，一般会費の中に組み込まれる点
11 を重視すれば，構成員は一般会費の納入義務を本来追っている以上，構成員
12 の受ける不利益は間接的なものとなる。会費の名目で徴収しようとしている
13 ことが疑われる場合は，形式的には一般会費だが実質的には特別会費といっ
14 た認定も必要になろう。）等を考慮して論じていくこととなる。

1 第 2 行政法

2 ■問題① 平成 24 年司法試験行政法 アガルート答案例

3 第 1 設問 1 について

4 1 本件計画決定が，抗告訴訟の対象となる処分に当たるか否かは，行政事件訴訟法
5 3 条 2 項にいう，「処分」に該当するか否かに依存する。もっとも，その意義は必
6 ずしも明らかではなく問題となる。

7 取消訴訟は公定力を排除するための訴訟類型であるから，「処分」とは，行政行
8 為，すなわち公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち，その行為によっ
9 て，直接国民の権利義務を形成し，又はその範囲を確定することが法律上認められ
10 ているものであるのが原則である。しかし，今日における行政主体と国民との関わり
11 り合いは従来想定されていた単純なものにとどまらない。したがって，上記基準を
12 基本としつつも，立法者意思，紛争の成熟性，国民の実効的権利救済などの様々な
13 観点を考慮に入れて，処分性を判定すべきであるとする。

14 2 これをもって本件計画決定について，処分性の有無を判定する。

15 (1) 最高裁平成 20 年 9 月 10 日大法廷判決（以下「平成 20 年判決」という。）
16 は，土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認めている。平成 20 年判決
17 は，土地区画整理事業の事業計画については，いったんその決定がされると，特
18 段の事情のない限り，その事業計画に定められたところに従って具体的な事業が
19 そのまま進められ，その後の手続として，施行地区内の宅地について換地処分が
20 当然に行われることになり，その宅地所有者等は，建築行為の制限といった種々
21 の規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立た
22 されることから，その法的地位には直接的な影響が生ずるものであるとし（以下
23 「理由①」という。），また，上記事業計画に後続する個々の換地処分等が行わ

1 れた段階に至ってから、上記事業計画の違法を理由として当該換地処分等を争っ
2 たとしても、事情判決（31条1項）がなされるなど、宅地所有者等の被る権利
3 侵害に対する実効的な救済が期待し難いことを理由にして（以下「理由②」とい
4 う。）、上記事業計画の決定が抗告訴訟の対象となることを認めたものである。

5 (2) これに対して、都市計画決定がされると、以後その内容に従って都市計画事業
6 が進捗し、事業の施行に至ることが予定されているといえるものの、決定後の事
7 情の変化等により当該都市計画自体が変更されることもあり得るところである。
8 さらに、都市計画事業のための土地等の収用又は使用との関係でも、都市計画法
9 （以下「法」という。）59条の認可等がされて初めて、都市計画事業を土地収
10 用法3条に掲げる事業に該当するものとみなし、その認可等を事業認定に代える
11 ものとしていること（法69条、70条1項）も考え併せれば、都市計画決定が
12 された段階では、それによって直ちに都市計画施設の区域内の土地について権利
13 を有する者や当該区域内に居住する者の具体的な権利・利益が左右されることが
14 法律上認められているものではない。したがって、理由①は都市計画決定には妥
15 当しない。また、都市計画決定の適否を争う者について実効的な権利救済を図る
16 という観点からしても、都市計画事業の認可等がされた段階でその認可等を対象
17 とする抗告訴訟の提起を認め、そこで都市計画決定の違法を理由とする認可等の
18 処分の取消しを認めれば救済手段として不足するところはないと解される。その
19 ため、理由②も妥当しない。

20 (3) 確かに、都市計画において定められた都市計画施設の区域内において建築物の
21 建築をしようとする者は、原則として都道府県知事の許可を受けなければならな
22 いとされており（法53条1項）、都市計画決定がなされると、このような権利
23 制限を受ける土地が具体的に特定されることになる（法14条、20条、法施行

規則 9 条 2 項）。その限りで、同区域内の土地所有者等の地位は、土地区画整理事業の事業計画が定められた場合における施行地区内の宅地所有者等の地位と類似するところもある。

しかし、平成 20 年判決は、理由①②を理由として処分性を肯定したものであって、建築制限について、それ自体として処分性の根拠になるか否かを明言していない。

また、こうした建築行為等の制限それ自体は、当該区域内の権利者等に対する一般的・抽象的な制限にすぎず、また、建築確認の申請に対する拒否処分を争う中で都市計画決定の違法性を主張するなど建築行為等を行おうとする者がこれを別途個別的に争うこともできるから、上記制限の存在をもって都市計画施設の区域内の土地所有者等の権利が具体的に侵害されたものとみるのは相当でない。したがって、平成 20 年判決の射程は、本件のような都市計画法上の都市施設を定める都市計画決定には及ばないものと解する。

3 以上から、本件計画決定には、処分性は認められない。

第 2 設問 2 について

1 適法とする法律論

(1) 都市計画において、都市施設を適切な規模や配置とするに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠である。法 13 条 1 項 11 号が都市施設について相当に抽象的で一義的でない都市計画基準を設定しているのは、このような性質を勘案してのことと考えられる。そうすると、上記事項にかかる判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量に委ねられているというべきである。

この点に関して、計画の変更の要否（法 21 条 1 項）を判断するに当たって

も、同様の裁量を認めるべきである。このことは、同項が、「都市計画を変更する必要が明らかとなったとき」「その他都市計画を変更する必要が生じたとき」として、変更の要否の基準について明確に定めていないことからもうかがわれる。

(2) そして、以下の理由から本件計画を存続させることは適法である。

ア 第1に、都市計画の目的は、「都市の健全な発展」（法4条1項、13条1項柱書）にあるから、c地点付近の旧市街地の経済が活性化し、それに伴いb地点とc地点の間の交通需要が増えていくとの予測のもとに、計画を存続することも許されないわけではない。

イ 第2に、Q県は、本件区間の整備を進めれば、c地点付近の旧市街地の経済が活性化し、それに伴いb地点とc地点との間の交通需要が増えていくと予想しているところ、交通需要の予測は極めて政策的技術的な問題であるから、Q県がb地点とc地点の間の交通需要が2030年には2010年比で約40パーセント増加するものと推計している点について、必ずしも妥当でないとはいえない。

ウ 第3に、Q県は、裁量基準として、地域に応じて道路密度が最低限確保されるように基準道路密度を定めているところ、本件区間を整備しないと、道路密度が基準道路密度を1キロメートル前後下回ることになる。そのため、これに従って本件計画を変更しないことが必ずしも妥当でないとはいえない。

エ 第4に、本件計画道路のうちa地点からb地点までの区間については、道路の整備に約25年の期間を要するなど、都市計画の実現までに要する期間は、一般に社会的及び財政的制約から長期に及ぶのだから、長期的な展望の

もとに、本件計画を存続させることが必ずしも妥当でないとはいえない。

2 違法とする法律論と私見

(1) 都市計画の存続にかかる判断に裁量が認められるとしても、その基礎とされた重要な事実誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとして違法となると解すべきである。

(2) 第1に、違法とする法律論は、本件区間を整備する必要があるとの地元の事業者の利益に配慮しているが、これは都市計画の変更の要否を判断する上で、考慮してはならない事項であると主張する。しかし、本件計画の存続においては、c地点付近の旧市街地の経済が活性化し、それに伴いb地点とc地点の間の交通需要が増えていくではない。そして、旧市街地の経済が活性化及びそれに伴う交通需要の増加は、考慮することができない事項ではない。

(3) 第2に、法は、定期の基礎調査及びそれに基づく計画の変更を定めており、前提事実の再検討による計画の見直しを重視している（法6条1項、21条1項）。そこで、違法とする法律論は、Q県が行っている基礎調査では、確かにb地点とc地点の間の交通量は1990年から漸減し、2010年までの20年間に約20パーセント減少しているのだから、上記交通需要の予測は、明らかに不合理であると主張する。そして、交通需要の予測は、極めて政策的技術的な問題であるものの、上記のような交通需要の予測は、旧市街地の現況及び一般的な人口動向等から乖離していると言わざるを得ず、事実に対する評価が明らかに合理性を欠く。この点に関する主張は正当である。

(4) 第3に、違法とする法律論は、道路密度は考慮できない事項ではないが（法13条1項柱書，同項11号参照），Q県は過大にこれを評価していると主張する。基準道路密度の点について，これが裁量基準として機能するとしても，個別具体的な事案に応じて，計画の変更の要否を判断すべきであり，これを怠った場合には，考慮不尽として，裁量権の逸脱・濫用となる。そして，この裁量基準を絶対視し，上記のような地域の実態を考慮していない点は，考慮不尽である。

(5) 第4に，違法とする法律論は，Q県では，道路にかかる都市計画を全面的に見直し，道路の区間や幅員を縮小するように都市計画を変更した例もあるのだから，これも考慮に入れるべきであると主張する。確かに，都市計画の実現までに要する期間については，一般に社会的及び財政的制約から長期に及ぶものの，Q県では，全面的な見直しの前例もある。本件区間については，1970年から現在まで全く事業が施行されておらず，事業を施行するための具体的な準備や検討も一切行われていないという本件計画道路の整備状況及び，Q県の財政事情が逼迫しているため，事業の施行は財政上もますます困難になっているという財政状況のもとでは，計画の存続が正当化することはできない。そのため，この点に関する考慮不尽がある。

3 以上から，判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められ，裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる。

第3 設問3について

1 請求の根拠規定

本件計画を変更せずに存続させていることは適法であるとした場合，本件建築制限が適法とされることを前提としているから，損失補償（憲法29条3項）がその根

1 抛規定となる。損失補償請求の可否は、「特別の犠牲」があるか否かによる。「特
2 別の犠牲」といい得るか否かは侵害行為の対象が一般的であるか特定のであるか、
3 侵害行為が財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものであるかという両要素につ
4 いて客観的・合理的に判断して決せられる。しかし、財産権にも各種の類型があ
5 り、制限が一般的か特定のかの区別は相対的で明確に分けられない場合も多いた
6 め、具体的には補償の有無やその程度についても、利用規制の目的、態様、原因、
7 損失の程度等を考慮して個別的・具体的に検討する必要がある。

8 2(1) まず、都市計画制限の規制目的は「都市の健全な発展と秩序ある整備を図る」
9 こと（法4条）にあるから、積極目的である。積極目的規制については、国民が
10 一般に受忍すべき制限であるとはいえないから、補償が必要であるという結論に
11 なりそうである。

12 (2) しかし、そもそも法53条による制限は、新規の建築のみを規制する消極的規
13 制である。また、本件建物は、2階建てで（法54条3号イ）、また、鉄骨造り
14 である（同号ロ）から、同程度の建築物であれば、再建築には許可がなされるも
15 のと考えられる（同条柱書）。したがって、上記のような制限は、現状を固定す
16 るにすぎないものであり、新たな制限を課するような強度の制約とはならない。

17 (3) 一方、本件では既に40年以上にわたって、建築制限を課せられており、ま
18 た、Q県が本件計画決定を変更する予定がないこと、事業の施行の具体的な見込
19 みが立っていないことからすれば、さらに長期間にわたって制限を課せられ続け
20 ることが予想され、これは不相当に長期な制限に当たるから、補償が必要である
21 とも思われる。しかし、「不相当に長期」の概念があいまいであるし、都市計画
22 は事業施行まで長期を要することは法が当然に予定していると考えられるから、
23 このような立論は支持し難い。

1 (4) 以上から、「特別の犠牲」は認められず、本件支払請求は認められない。

2 以 上

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

■問題② 平成 27 年司法試験行政法

(1) 設問 1

ア まず、問題文が前段と後段に分かれていることを意識しなければならない。「考えられる訴えを具体的に挙げ」「訴訟要件を満たすか否かについて検討」することを求めているのであるから、まず差止訴訟（行訴法 3 条 7 項）を提起するべきである旨を示し、そのあとで訴訟要件の検討に入る必要がある。他の科目でもそうだが、問いに答えることを徹底するべきである。また、配点が 20 点であることにも着目するべきである。公法系科目は大体の目安として 7 枚程度の分量を書きたいところであり、仮に 7 枚計算でいえば、20 点配点なら 1.5 枚に収めるという計算になる（これもあくまで目安。）。配点割合から各分量を決めるという作業は必須であり、これは答案構成の際に行わなければならない。さらに、何がメインで何がサブかについても構成段階で分別しておく必要がある。分別したあとは、メインは三段論法を示し、サブはコンパクトにまとめるという作業を答案に示すことになる。

イ 差止訴訟の訴訟要件は行訴法 3 条 7 項、37 条の 4 第 1 項 2 項 3 項 4 項、38 条 1 項、11 条を読めばわかるが、処分の蓋然性要件（処分…「がされようとして」）だけは 37 条の 4 にのっておらず、3 条 7 項の身に記載されていることを忘れないようにしたいところである。本問では、処分性（「処分」）、特定性（「一定の」）、原告適格（「法律上の利益を有する者」）、被告適格（Y 市（38 条 1 項、11 条 1 項 1 号））、補充性（「損害を避けるために他に適当な方法」がないこと）が認められることは明らかなので、定義を挿入したうえでコンパクトに条文文言にあてはめればよい（ここでのポイントは①定義の挿入と②条文文言にあてはめることである。ここは刑法各論のイメージを持ってほしい。①につ

き，例えば刑法の採点実感では，当然に充足する要件であっても定義を示すことを求めており（「侵入」「放火」等），定義を示すことの重要性は行政法でも変わらないはずである。したがって，本問であれば，「処分」「一定の」「損害を避けるために他に適当な方法」がないことについては定義を示すこととなる。②は，例えば，「原告適格が認められる」とだけ書くのではなく，「法律上の利益を有する者」に当たるので原告適格が認められる」というように書くということである。法律効果が発生するのは法律要件に該当するからなのであり，法律要件というのは条文文言である以上，答案にも条文文言に具体的事実を当てはめる姿勢を示さなければならない。）。

ウ 蓋然性要件については，「弁護士E：本件葬祭場の営業が開始されれば，Y市長が本件命令を発することが確実なのですね。弁護士D：はい。その点は，私からもY市の消防行政担当課に確認をとりました。」という誘導に掲載されている事実を抽出することはマストであり，合格レベルであればこれだけで足りる。他方，加点を狙うのであれば，Y市の消防行政課の担当職員Cが，本件命令を発する予定であるとの見解をBに示したという事実，及び，本件葬儀場はすでに建築工事が完了しており，平成27年5月末には営業開始が予定されているという事実も蓋然性を推認させる間接事実なのであるから抽出するべきであろう。要件に該当する事実はすべて拾うことを心掛けるとよい。上記事実群からすれば，蓋然性要件は満たされる。

エ 損害要件がメインである。したがって，三段論法を示す必要がある。これについては東京都教職員国旗国歌訴訟（最高裁平成24年2月9日）があるので，それに従って規範を立てることが求められていることは明白である（差止訴訟，義務付訴訟，仮の差止めの申立て，仮の義務付けの申立て，執行停止の申立てにおいて損

害要件はメインになるという相場感は持っておいた方がよい。）。流れとしては、
差止訴訟の趣旨（これは絶対に必要。上記最高裁も趣旨から規範を導いている。）
から「処分がされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟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なけ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」という判例の規範を導けばよい。ポイントは、処分後の取消訴訟及
び執行停止で救済が図れるか否かである。その判断にあたっては、法 37 条の 4 第
2 項を参照する。

まず、誘導には、「Y 市では、消防法第 12 条第 2 項による移転命令を発した場合、直ちにウェブサイトで公表する運用をとっており、X は、それによって顧客の信用を失うことを恐れている」というヒントが書かれている。法 37 条の 4 第 2 項の「損害の回復の困難の程度」として、「公表による信用失墜は回復困難である
ということを受験生の誰もが書いてくると考えられるので、絶対に落としては
ならない。さらに加点を狙うのであれば、「直ちに」という時的要素に着目して、
時間的に執行停止する余裕がなく、救済手段として適切ではないことも挙げられる
とよいであろう。

結論として、損害要件は充足される。

(2) 設問 2

ア 裁量基準の合理性・個別事情考慮義務違反

(ア) 以降で問題を解く際の思考過程を解説するが、ここでは（論点に対する）ア
タリのつけ方について先に述べておく。本年度平成 27 年司法試験行政法の問題
文には「本件基準の法的性質及び内容を検討しながら」という指定が入ってい
る。これを見た瞬間に、行政規則（特に裁量基準）の統制方法について問われて

1 いるのかもしれないというアタリがつけられなければならない。なぜなら、行政
2 規則（特に裁量基準）の統制については平成 23 年、平成 26 年にも出題されて
3 おり、前者では誘導で「問題となっている通達の法的な性格をはっきりと説明」
4 することが、後者では問題文で「本件要綱の関係する規定が法的にどのような性
5 質及び効果を持つか明らかにしながら答えなさい」と指定されていて、23 年、
6 26 年、27 年と出題の仕方が全くと言っていいほど一致しているからである。
7 裁量基準については 28 年にも出題されており（但し、23 年、26 年、27 年の
8 ように内容の合理性と個別事情考慮義務違反の有無を審査するのではなく、自己
9 拘束性に関する問題である点で、論じる内容は変わっていた。）、その際も誘導
10 で「本件要綱の法的性質を踏まえたうえで」という指定がされていて、出題の仕
11 方が一致している。このように、過去問の検討を通して、出題の仕方や問題文の
12 事実から書くべき論点に対するアタリがつけられるようになるまで過去問を分析
13 することは有益と思われる。

14 （イ） 設問 2 を解く際の思考過程を解説する。まず、処分が違法か否かを考える
15 時は、処分の根拠規定の要件効果の把握がスタートラインとなる。そして、採点
16 実感の記載によれば、行政法では添付されている法律を正確に読み取る能力も問
17 われていると考えられるので、違法事由の中身にいきなり入る（本問でいえば、
18 いきなり裁量の検討に入る）のではなく、処分の根拠法規をスタートラインとし
19 た法の仕組みを答案に示すと丁寧である（マストかといわれると、以下の内容は
20 問題文にも書いてあるうえ、メインは裁量の認定以降であることからすればマス
21 トではなく、時間がない場合は省略してもよい部分ではある。）。

22 本件命令の根拠は法 12 条 2 項で、要件として市町村長が「10 条 4 項の技術
23 上の基準」に適合していないと認めることが求められており、10 条 4 項が準用

1 する危険物政令 19 条 1 項（これを忘れないこと。9 条は「製造所」に関する
2 条文で，X に適用されるべきは「一般取扱所」に対する条文であり，そのため
3 には「製造所」に関する規定を「一般取扱所」に準用することを認める 19 条 1
4 項を示さなければならない。），9 条 1 項 1 号口は保安物権との距離を 30 メ
5 ートル以上保たなければならないとし，但書きによる例外的な短縮に関しては
6 本件基準が定められているが X は本件基準を満たさないので短縮できず，故に
7 本件葬儀場と 18 メートルしか離れていない X の取扱所は「10 条 4 項の技術上
8 の基準」に適合していないと認められると判断されている。答案には，法 12 条
9 2 項，10 条 4 項，危険物政令 19 条 1 項，9 条 1 項 1 号口，9 条 1 項 1 号柱
10 書但書を示せばよい。

11 （ウ） そのうえで，i（ア）で述べた通り行政規則の統制について問われていると
12 考えられること，ii 本件基準は行政立法のうち行政規則であり，危険物政令 9
13 条 1 項 1 号但書を見る限り裁量的な判断の際に参考とされる基準なので裁量基
14 準と考えられること，iii 誘導には「本件基準①及び②について検討してくださ
15 い」「X は，防火塀の設置及び消火設備の増設も考えているのですね。弁護士
16 D：はい，移転よりはずっと費用が安いですから，本件基準③の定める高さ以上
17 の防火塀の設置や，法令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設する用意が
18 あるとのことでした」と書かれており，前者は裁量基準の合理性判断に，後者は
19 個別事情考慮義務違反の判断に係る部分と判断できることという i ii iii を総合す
20 ることで，裁量基準に基づく処分の統制方法を問う問題であると判断できる。

21 裁量基準に基づく処分の統制方法としては（a）①裁量基準の合理性の検討と
22 ②個別事情考慮義務違反の検討を行う方法と（b）裁量基準の自己拘束性から論
23 証する方法があるが，本問は前者である。

1 以上より，設問 2 では，裁量の認定→裁量基準であることの認定→裁量基準
2 に基づく処分の統制方法に関する規範定立→本件基準の合理性の検討→個別事
3 情考慮義務違反の検討という筋が求められているといえる。

4 (エ) 裁量基準の統制において重要なのは法の文言や趣旨である。裁量基準を見
5 るのではなく，まず法律を見て，文言と趣旨を検討し，その検討結果を必ず答案
6 に示す。本件基準の内容の審査だからといって本件基準だけを見て不合理な部分
7 を探す受験生がいると思うが，不合理か否かは法律との関係で決まるのであ
8 て，まずもって法律の文言と趣旨をチェックしなければならない。下位規則・下
9 位法令の合理性判断においてはまずもって法律を読むことが必要となる。そし
10 て，司法試験行政法で得点を伸ばす方法として手っ取り早いのは，条文の趣旨か
11 ら論述することを心掛けることである。これは当たり前と思われるかもしれない
12 が，限られた時間の中で膨大な資料を読み解き，答案を作成するという過程の中
13 で趣旨からの論述を毎回行うことは相当に困難な作業である。が，過去の採点実
14 感を読んでいると，毎回毎回趣旨から論じることができていない受験生が多くて
15 残念という記載がなされており，趣旨に点が振られていることは明白である。

16 そこで，誘導を見てみると「このただし書の規定は，製造所そのものに変更
17 がなくても，製造所の設置後，製造所の周辺に新たに保安物件が設置された場
18 合に，消防法第 12 条により，製造所の移転等の措置を講じなければならなく
19 なる事態を避けることを主な目的にして定められた，とのこと」と書かれ
20 ている。このまま移すだけではポイントがつかめないので，ポイントをまとめ
21 ると，要するに保安物件の事後的設置により不測の事態が生じた場合に，製造
22 所・取扱所の所有者を保護するという，施設設置者保護に趣旨を見いだせるで
23 あろう。したがって，危険物政令 9 条 1 項 1 号但書きの趣旨が施設設置者保護

にあるのであれば、その判断基準である本件基準は施設設置者保護に資する内容でなければ不合理といえる。なお、以上の記述だけでも点は入ると思うが、危険物政令 9 条 1 項 1 号但書きはあくまで例外規定であり、9 条の原則は安全性確保のために距離制限を設けることで保安物件の所有者の生命財産を保護する点にあることを踏まえるならば、単に「施設設置者を保護する趣旨である」と書くのではなく、例えば「原則としては本文において保安物件の所有者の生命財産を保護することを優先しつつ、他方で施設設置者の利益にも配慮しなければならぬことから、安全性が担保されることを条件に例外的に距離の短縮を認めることで施設設置者を保護する点にある」のように、保安物件側の法益と施設設置者側の利益の調和の観点からの規定であることを説明できるとよりよいであろう。

その観点から本件基準①を見ると、工業地域における倍数 50 以上の取扱所を一律に対象外としているが、誘導によれば「建築基準法上、工業地域においては、一般取扱所を建築でき、倍数に関する制限もありません」とあり、それとの比較においてみれば施設設置者保護に資する基準とは言えないであろう。したがって、本件基準①は法の趣旨に反する不合理な規定といえる。

また、本件基準②は短縮の条件として「防火塀を設けることにより」と規定することで手段を限定しているが、危険物政令 9 条 1 項 1 号但書きには「防火上有効な堀を設けること等」と規定しており、手段を限定していない。この手段を限定するという点において、本件基準②は施設設置者保護という趣旨に反する不合理な規定といえるであろう。

個別事情考慮義務違反については、誘導に「X は、防火塀の設置及び消火設備の増設も考えているのですね。弁護士 D：はい、移転よりはずっと費用が安

いですから、本件基準③の定める高さ以上の防火塀の設置や、法令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設する用意があるとのことでした」という事情があるので、これを抽出し、Xの取扱所は安全性が高いことを論証すればよいであろう。また、Xの本件取扱所は本件基準の数値にわずかしき違反していないことも指摘できるであろう。

イ 危険物政令 9 条と 23 条の関係

(ア) 誘導では、23 条にも言及されているので、23 条を用いた主張も考えなければならぬ。そこで誘導を見ると、「検討に当たっては、危険物政令第 9 条第 1 項第 1 号本文の保安距離の例外を認めるために、同号ただし書が定められているとして、更に第 23 条を適用する余地があるかなど、第 9 条第 1 項第 1 号ただし書と第 23 条との関係についても整理」することが求められている。要は、Xの違法主張の方法として、9 条 1 項 1 号但書きが適用されない場合でも、23 条が適用されることで本件取扱所は何ら法 10 条 4 項の技術上の基準に反することはないにもかかわらず行われる移転命令は違法であるといえればよいのであり、その際 9 条と 23 条の関係を検討することが求められているが、あくまで X の主張として検討するのであるから、9 条 1 項 1 号但書きと 23 条はまったく別個の規定なので、前者が適用されなくても後者は適用できると論じればよいのであろう。そして、このように条文間の関係性を検討する際も、着目すべきは 2 つの条文の文言、趣旨、要件、効果である。その観点から条文を見ると、9 条の効果は保安距離の短縮であるのに対し、23 条の規定の効果は保安距離の規定の不適用にあるため違いがあり、9 条よりも 23 条の方が適用要件を絞り込んでいることがわかる（以上は採点実感の指摘）。また、9 条は専ら保安物件の接近を理由とした不測の事態から施設設置者を保護する趣旨であるが、23 条は保安物

件の接近に限らず施設設置者を広く保護する趣旨という違いも指摘できる。このような指摘により 23 条が適用できることを論じたうえで、あとは X の個別事情から要件該当という結論を導けばよいであろう。

(イ) なお、行政規則ではなく、法規命令の委任命令の統制については司法試験行政法で未だに出題されていない（憲法では平成 20 年に一応論じることではできた。）。この部分については、医薬品ネット販売に関する最高裁平成 25 年 1 月 11 日が出ているところなので、今後の出題に備えて準備しておくべきである。

(3) 設問 3

ア 損失補償は特別の犠牲がある場合に認められるとされ、特別の犠牲の有無の判断に関して、学説には、形式・実質 2 要件説（形式的基準（侵害の特定性・個別性の有無）と実質的基準（侵害の強度等を総合判断）を総合判断するという説）と、実質的基準のみで判断すべきであるとする実質的要件説があるとされるが、前者の判断は相対的なものであり、現在は、後者を前提として個別的な事案に即して判断するという説が有力で、判例も、規制目的、期間等を考慮していると考えられる。したがって、答案で規範定立を行う際は、形式的基準に触れず、損失補償の趣旨（財産権（憲法 29 条 1 項）保障と平等原則（憲法 14 条 1 項））から特別な犠牲という上位規範を導き、その判断にあたっては、被侵害法益、侵害の程度、規制目的、期間といった諸般の事情からみて受忍限度内といえるか否かで判断するという下位規範を示せばよいであろう。なお、下位規範の考慮要素は当該事案で使えるものだけを示せばよく、当該事案で使えるか否かは問題文の事実から判断することになる。また、どの考慮要素について厚く論じてほしいか否かは誘導に示されているので、優先して答案に記載すべきは誘導で求められている事項ということになるう。

イ 本年度の問題では、保安物権の事後的な設置→保安距離要件違反という警察規制違反状態の発生→取扱所の移転を余儀なくされるという因果経過をたどっているという点で、高松ガソリンスタンド地下タンク移設事件（最二小判昭和 58 年 2 月 18 日）に類似しており、判例は、「警察法規が一定の危険物の保管場所等につき保安物件との間に一定の離隔距離を保持すべきことなどを内容とする技術上の基準を定めている場合において、道路工事の施行の結果、警察違反の状態を生じ、危険物保有者が右技術上の基準に適合するように工作物の移転等を余儀なくされ、これによつて損失を被つたとしても、それは道路工事の施行によつて警察規制に基づく損失がたまたま現実化するに至つたものにすぎず、このような損失は、道路法七〇条一項の定める補償の対象には属しないものというべきである。」と述べている。

要するに、警察規制（＝消極目的規制）の場合、当初から財産権に規制が内在しているといえるので、規制により損失が生じてもそれは受忍限度内の損失と捉えることができるという意味と考えられる。この判例が想起できたら、あとはこの判例が本問に当てはまるかを考えればよい。法 12 条は、許可時のみならず許可後も技術上の基準に適合することを義務付けているので、その趣旨は、危険物がもたらす危険な状態を是正する責任を設置者に負わせ続けることで、国民の生命を守るという点にあり、警察規制なので判例のロジックを使えるということになる。「この第 1 2 条の趣旨をどう理解するか、その趣旨が損失補償と関係するかが問題」となると

いう誘導は、法 12 条による規制が警察規制であり、上記判例を理解しているかを問う趣旨であったことがわかる。

ウ 但し、注意が必要なのは、前述のとおり、特別の犠牲があるか否かは規制目的以外の事情も総合考慮するのであり、誘導でも、第二種中高層住居専用地域への指定替えという事情についても検討することが求められている。この事情は、誘導によ

れば、本件取扱所の営業開始時は、本件葬儀場の所在地は第一種中高層住居専用地域であり葬儀場の建設は不可能だったが、指定替えにより建設可能となったというものであり、それだけを見ればXにとって予期せぬ事態といえ、移転に伴う損失は受忍限度とは言えないというベクトルの事情として機能しそうである。本番でも、ここまで書くのはマストであるし、実際、時間との関係からすればここまで書いていけば合格ラインには乗るであろう。但し、問題文にはわざわざ別表として第一種中高層住居専用地域と第二種中高層住居専用地域に建築可能な建築物が記載されていることに着目しなければならない。近年の司法試験の問題文には、解答と関係がないノイズ情報は基本的に記載されていないので、すべての記載に意味があると考えべきである。そのような観点から別表を見ると、実は第一種中高層住居専用地域においても住宅、学校、大学、病院は建築可能だったことがわかる。そうだとすれば、Xとしては近隣の土地の所有権を取得しておくといった手段を講じて警察規制の発動を予防できた、あるいは、Xは葬儀場の建築による取扱所の移転は予期せぬ事態というが、それはXに帰責性があるというように、上記事情を受忍限度内の損失であるというベクトルの事実として使えることがわかる。結局、イで検討した事項及び、ウで検討した事項からすれば、本件命令にかかる損失は潜在的な警察責任がたまたま顕在化したにすぎず、損失補償請求は認められないであろう。

エ なお、損失補償については平成 24 年司法試験、平成 26 年予備試験（触れられれば加点程度ではあるが）で出題されている。平成 26 年予備試験では正面から問われているわけではないが、出題された使用許可の撤回に関する最高裁昭和 44 年 3 月 27 日は重要かつ百選掲載判例であり、今後出題される可能性が高いため、各自分析を行っておくべきである。また、本年度出題された高松ガソリンスタンド地下タンク移設事件は短答式試験でも出題されている。