

## 第四、行政法のツボ～30分で行政法を10点上げる！～

司法試験は類似の問題が繰り返し出されます。その最たる例が行政法で、裁量基準がある場合の裁量の逸脱濫用は、H26からH29までなんと4年間連続で出ています(!)。H26・27が裁量基準に従った場合の処分の違法性で、H29・30が従わなかった場合の処分の違法性です。これは過去問をやってきていますか？書き方を確立してきましたか？という事が聞かれているということです。もっと踏み込んで言えば、当てはめが出来ますか？というのが訊かれているのです。というのも、過去問で何度も訊かれている以上、みんな規範を書けます。規範を書けたかどうかで点差はつきません。行政法は当てはめのやり方に癖があるので、差がつくのはそこです。過去問を通して点数の稼ぎやすい書き方を確立させておけば、それを目の前の試験問題に当てはめるだけで上位答案が書ける上に、答案の流れを考える時間を節約できます。行政法は可能な限り早い段階で過去問に取り組み、その中で書き方を確立させるべき科目です。2年間しか行政法を勉強していない私が今年の試験で70点前後(A答案、科目別の推定順位は2桁)を取る事ができたのもそういった勉強法が功を奏したといえるでしょう。

しかし書き方を確立するのが大事といっても、なかなか独学では難しいと思います。そこで、司法試験で頻出の裁量基準がある場合の裁量の逸脱濫用、処分性、第三者の原告適格の3つについて私が実際の答案を使いつつ説明させて頂きます。H29の司法試験でも行政救済法で処分性、原告適格が聞かれ、違法性では裁量基準のある処分の違法性が問題になりました。これら3つの書き方の確立なくして高得点は望めません。

### ○裁量基準がある場合の裁量の逸脱濫用

- ①問題となる処分を、処分の根拠規定と共に特定する
- ②裁量があるか
- ③内部基準の法的性質に言及(=裁量基準であるという認定)
- ④規範を貼る
- ⑤当てはめ

## ⑥結論

単純化すればこの流れです。

この中で点数が多く振られているのは②と⑤です。問題文の事情を拾えるところであり、厚く書ける部分からです。②では裁量を肯定する要素と否定する要素を暗記し、それに合致する事情を問題文からピックアップすることで点数が稼げます。いたってシンプルです。裁量を肯定する要素として、専門性（専門的な知見に基づく判断が必要であること）、現場性（地域や現場の事情に通じた判断が必要であること）、即応性（知見や事態の変化に対し臨機応変な判断が必要であること）、原告に憲法上の権利がないこと、条文の文言の抽象性です。特に前者3つが汎用性があり重要です。採点実感ではしばしば条文の文言の抽象性のみを挙げ裁量を肯定する答案に対し苦言が呈されていますが、これだけの要素があるのに形式的に文言のみから裁量を肯定するのはいかにも根拠が薄弱であることはご理解いただけると思います。前者3つの要素を用いれば事案に即した実質的な判断が出来ます。原告に憲法上の権利がないことはマククリーン事件で問題になりました。これはあまり使いません。裁量を否定する要素として、画一性（全国一律の取扱い）、固定性（時間的な永続性）があります。特に前者が重要です。画一性の例としては、年金や生活保護などの社会給付、公益法人の認定、税金などがあります。実際に答案を書く際は、上記の要素を暗記した上で可能な限り多くの事情を拾ってください。このとき、必ず要件裁量（＝処分をするかどうか、という入り口の話）と効果裁量（＝複数ある選択肢のうちどれを行うか、という出口の話）のどちらを問題にしているかを峻別してください。

以下は私が新試H29で実際に書いた答案のうち②の部分の抜粋したものです。

### 『3、裁量の有無および違法性の判断基準

どの道路を廃止するかを判断するに当たっては、地形や交通量など、高い現場性が求められる。加えて、専門的・技術的知見を要する。また、規定も「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」（10条1項）という抽象的な文言となっている。

したがって、路線の廃止をするか否かについてはY市長に要件裁量が認められる。』

③は暗記していた論証を貼れば足ります。論証は「裁量+処分の根拠規定から論理的に導けない→同基準は法律の委任なく内部的に定められた行政規則であり、裁量基準である。」です。内部基準には通達、審査基準・処分基準、業務要領・執務資料、運用指針、マニュアルといった名前がつけられていることが多いので、問題文や誘導にこれらのワードがあれば裁量基準ではないかとピンと来るようにアンテナを張っておいてください。

『そして、路線の廃止には要件裁量が認められること、および法10条1項から内部基

準が必ずしも論理的に導けるものでないことから、内部基準は法律の委任なく内部的に定められた行政規則であり、裁量基準に当たる（法的性質）。』

④も同様で、暗記した規範を貼れば足ります。規範は「裁量基準がある場合の違法性は、①基準自体の合理性欠如、②当てはめの違法、③本件に当てはめるべきでない特別事情があるにもかかわらず当てはめたという個別審査義務違反の3つによって判断される。」です。裁量基準に反した場合は②で違法となり、裁量基準に従った場合は①③で異邦となりえます。本試験でもそっくりそのまま書いています。

『裁量基準がある場合の違法性は、①基準自体の合理性欠如、②当てはめの違法、③本件に当てはめるべきでない特別事情があるにもかかわらず当てはめたという個別審査義務違反の3つによって判断される。』

後は⑤で当てはめるだけです。事情をきっちり拾ってください。

基本的には上記の規範+当てはめのごり押しでも十分に点数が来ますが、裁量基準には法的拘束力はなく処分の際に参照されるに過ぎず、これに反しても直ちに違法となるわけではない、もっとも基準に反しても常に適法になるというわけではなく、一定の場合には違法になるというのが判例の立場です。そこで、行政庁が裁量基準に反した判断をした場合は③の部分で「裁量+処分の根拠規定から論理的に導けない→同基準は法律の委任なく内部的に定められた行政規則であり、裁量基準である。裁量基準に法的拘束力はないものの、処分の際に参照される。」とし、④を「たしかに法的拘束力はないのでこれに反しても必ずしも違法とはならない。しかし、裁量基準が合理的である限り、平等原則又は信義則により裁量基準に拘束力が生じ、これに従わない場合は特段の事情がない限り裁量の逸脱濫用として違法となる」とした上で⑤「本件の基準は～なので合理的。そして本件においてYは基準に反している。それ故に裁量の逸脱濫用があり違法である」としても構いません。④の個別審査義務についての事情がある場合には「特段の事情」の中で論じてください。