



令和4年司法試験(行政法)の出題に関する疑義 : 行政法規(処分要件)の解釈と実体的違法事由をめぐって

中川, 丈久
興津, 征雄

(Citation)

法学セミナー, 68(3):44-53

(Issue Date)

2023-03

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100486192>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



令和4年司法試験(行政法)の 出題に関する疑義

—— 行政法規(処分要件)の解釈と実体的違法事由をめぐって

神戸大学教授 中川丈久 神戸大学教授 興津征雄

1 はじめに

私たちは、令和4年司法試験における行政法の問題(公法系科目論文式試験第2問)¹⁾のうち、実体的違法事由の検討を求める出題に、行政法規の解釈に関する基本的な誤りが見られるのではないかとこの深刻な疑念を抱いている。

その誤りは、第1に、許可処分の要件(許可要件)に、許可申請手続上の義務(書類添付)の遵守を、特段の根拠もなく読み込むという解釈であり、第2に、許可要件に、許可処分の根拠法とは無関係の他法令(自主条例を含む)の遵守をも読み込むという解釈である。いずれも、端的に誤った法解釈であり、いわゆる他事考慮を容認する法解釈にほかならない。出題者は、このきわめて特異な法解釈を、論述の「前提」(問題文の表現)とするよう受験者に求めている。

もちろん、法学研究の徒が、これまでの判例準則を根本的に考え直したり、更地で立法論を考えたりする目的で、突飛な前提をおいて思考実験をすることはある(私たち自身も行っている)。しかし、実定法全般の基本的運用能力を試す実務家資格試験において、きわめて特異な前提を置いた論述をさせることで、受験者のいかなる能力を試そうとしているのか、理解に苦しむ。受験者の基礎的な法運用能力を問うのであれば、その「前提」のおかしさを指摘させるほうが、よほど適切な能力評価ができたであろう。

しかも、多くの法科大学院関係者も、私たちが

指摘しようとすることを認識していないおそれがある²⁾。このままでは、法曹養成のための行政法(とりわけ処分要件の解釈に代表される実体法の部分)の教育が空洞化してしまうという危機感を私たちは抱いている。学生に対しても、行政実体法の学習はこの程度でよいという誤ったメッセージとなりかねない。そこで、よりよい出題や行政法教育のあり方について議論を喚起するために、私たちはあえて本稿を公表する次第である。

2 出題内容

(1) 出題の概要

令和4年の行政法問題は、森林法10条の2第1項に基づく林地開発許可制度を素材とする。私たちが問題視するのは、開発許可処分の実体的違法事由に関する設問2である。

問題文では、事実関係、関係法令等のほか、B県の担当課長と法務室長(弁護士)による【検討会議の会議録】が掲載されている。設問2は、株式会社Aに対しB県知事が森林法に基づく開発許可をし、開発行為予定区域の近隣住民Fが原告となって当該処分の取消訴訟を提起した場合を想定して、原告の主張とそれに対する県側の反論を検討させるものである(ただし行政事件訴訟法10条1項の主張制限の検討は不要とされている)。

(2) 関係法令等

本問に関係する法令等として問題文が掲げるの

- 1) 令和4年司法試験の問題、「論文式試験出題の趣旨」および「採点実感」は、いずれも法務省のウェブサイトから入手することができる。
- 2) 法科大学院協会がそのウェブサイトに公表した「令和4年司法試験に関するアンケート調査結果報告書」(令和4年12月)をみると、行政法の出題について「適切である」として、最も高い評価をした法科大学院が回答校の7割を越えている(報告書6-8頁)。この結果は、そもそも試験問題を分析せずに回答したか、本稿が指摘する問題点を理解していないかのいずれかであろう。なお、私たちが所属する神戸大学法科大学院は同アンケートに「適切でない」と回答しており、その理由として記述された内容は本稿と重複する部分があるが、本稿は私たち筆者2人の責任でとりまとめたものである。

は、以下のとおりである。本稿の指摘に係る限りで若干の説明を付して、条文等を抜粋する。なお、開発許可処分に関する審査基準（行政手続法2条8号ロ・5条）として、B県知事がどのような文書を作成しているかの情報は、問題文にはない。

以下の抜粋のうち、「……」は本稿執筆者による省略、「(略)」「(中略)」「(以下略)」は問題文における省略である。また、下線はすべて本稿執筆者が付したものである。

- 森林法10条の2第1項は、開発許可という行政処分の根拠規定であり、かつ申請手続に関する規定である。条文は次のとおりで、特に下線部が本稿の指摘に係る。

「……民有林(中略)において開発行為(……)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。」

- 森林法施行規則(以下「施行規則」という)4条は、上記森林法10条の2第1項の委任規定(上記下線部)に基づき制定された農林水産省令である。条文は次のとおりで、特に下線部が本稿の指摘に係る。

「法第10条の2第1項の許可を受けようとする者は、申請書(中略)に開発行為に係る森林の位置図及び区域図並びに次に掲げる書類を添え、都道府県知事に提出しなければならない。

- 一 開発行為に関する計画書
- 二 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
- 三 (略)

- 森林法第10条の2第2項および3項は、許可要件を定める規定である。両項ともに委任規定はないので、これらの規定に基づく委任立法は制定されていない(後述するC市の条例は委任条例ではない)。第3項は許可要件の判定にあつ

ての解釈指針を示すにとどまるので、第2項のうち本稿の指摘に係る部分のみを示す。

「都道府県知事は、前項の許可の申請があつた場合において、次の各号のいずれにも該当しないと認めるときは、これを許可しなければならない。

一 ……

一之二 ……

二 当該開発行為をする森林の現に有する水源のかん養の機能からみて、当該開発行為により当該機能に依存する地域における水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがあること。

三 (略)」

- C市水道水源保護条例(以下「本件条例」という)は、Aの開発行為による水道水源の枯渇に危機感を抱いたC市が自主条例(独自条例)として制定したものである。森林法による委任立法(委任条例)ではない。
- 「B県林地開発行為の許可基準」(以下「本件許可基準」という)は、B県が開発許可制度の運用指針として定めた文書である。とりわけ下線部が、本稿の指摘に係る。

「第1 一般的事項

1 次の事項の全てに該当し、申請に係る開発行為を行うことが確実であること

① ……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申請者が得ていることが明らかであること。この場合の相当数の同意とは、……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以上の者から同意を得ており、その他の者についても同意を得ることができると認められる場合を指すものとする。

② 開発行為又は開発行為に係る事業の実施について、法令等による許認可等を必要とする場合には当該許認可等がなされているか若しくはそれが確実であること又は法令等による土地の使用に関する制限等に抵触し

ないこと。(以下略)

第4 水資源確保の要件 (法第10条の2第2項第2号関係)

1 飲用水、かんがい用水等の水源として依存している森林を開発行為の対象とする場合で、周辺における水利用の実態等からみて必要な水量を確保するため必要があるときには、貯水池又は導水路の設置その他の措置が適切に講ぜられることが明らかであること。(以下略)

(3) 原告が主張するであろう3つの違法事由

会議録が示唆するところによれば、Aの申請に対してB県知事が開発許可をした場合、原告らが主張しそうな違法事由は次の3つである。

主張①：Aは申請時において、本件開発区域の民有林の一部を所有するEの同意を得られていない。そのため、本件許可基準第1-1-①によれば、施行規則4条2号の「相当数の同意を得ていることを証する書類」を添付しているとはいえない。よって、B県知事は開発許可をしてはならない。

主張②：Aの開発行為は、Aが設置を予定する施設がC市水道水源条例により規制対象事業場に認定されたために、同条例8条による土地使用制限(水源保護地域内における規制対象事業場の設置禁止)に抵触する。そのため、B県許可基準第1-1-②によれば、B県知事は開発許可をしてはならない。

主張③：Aは開発行為をするにあたり、本件開発区域内に貯水池を設置する予定であるが、その貯水池の容量では、近隣住民Fの生活用水に不足が生じる。そのため、森林法10条の2第2項2号の要件に該当しないから、B県知事は開発許可をして

はならない。

この原告側主張に対し、B県としてどう反論すべきかが、さらに問われている。本稿は、その反論の仕方に関する出題者の誘導——会議録に示された担当課長と法務室長の指示——が「前提」とするよう求める法解釈が、あまりに特異なものであることを問題視している。

3 通常はどのように解釈するか

(1) 行政処分の違法事由

森林法の開発許可処分など、申請に対する処分の場合、その違法事由は、申請が許可処分の要件を充足していないのに許可したという、いわゆる実体的違法事由(許可要件充足性の問題³⁾)、および、当該許可処分に係る適正手続規定に違反しているという、いわゆる手続的違法事由(手続的瑕疵の問題)に分かれる。設問2は、実体的違法事由のみを問うている。

ここで再度確認しておく、本件許可処分の実体的違法事由になりうるのは、Aのした申請が許可処分をする要件(許可要件)を充足しないにもかかわらず許可処分がされている、ということだけである。このことがきわめて重要である。

森林法の開発許可要件は、同法10条の2第2項の各号だけである。同項各号は、許可の消極的要件(不許可事由)の形で要件を定めているが、これを積極的要件(許可事由)の形に書き直すと、申請された開発行為が、土砂流出等の災害を起こさないこと(1号)、水害を発生させないこと(1号の2)、水源からの水の確保に著しい支障を及ぼさないこと(2号)、環境を悪化させないこと(3号)という4つの要件になる。これらすべての要件を充足した場合、知事は、「許可しなければならない」(森林法10条の2第2項柱書⁴⁾)。この4つ以外に、許可要件と覚しき規定は、森林法の条文には見当たらない。同条3項は、4要件の判定にあたっての解釈指針を示す規定に過ぎな

3) 念のため付言すると、職権による不利益処分(違法建築物に対する是正命令など)については、要件充足性に加えて、処分をするしないの選択や、処分をする場合のその内容の選択の適否も、実体的違法事由に含まれる。しかし、申請に対する許可処分については、許可要件を充足するにもかかわらず不許可とする選択肢は(したがってそれをするかどうかの裁量も)法令上存在しないと解するのが一般的である。よって、本問ではこの点を実体的違法事由として検討する必要はない。後掲注4)も参照。

い。

しかるに、前記2(3)に挙げた原告側主張のうち、許可要件不充足性を取り上げるのは、主張③のみである。これに対して主張①と主張②は、開発許可要件の不充足の主張ではない。このことを以下、説明する。

(2) 原告の主張①（相当数の権利者の同意がないこと）について

主張①は、相当数の権利者の同意書の添付がない（がゆえに許可処分をするのは違法である）という主張である。しかし、相当数の権利者の同意書の提出は、あくまでも施行規則4条2号によって求められたものに過ぎず、森林法が定める4つの許可要件（開発行為による災害、水害、水源確保の支障、環境悪化のおそれがないこと）のいずれにも関係しない。そして、施行規則4条2号は、前記2(2)に示したように、許可申請手続に関する森林法10条の2第1項の委任を受けて定められた規定である。許可要件を定めた同条2項は委任規定を置いていないため、施行規則4条2号違反が、直ちには許可要件の不充足を意味することにはならないと解すべきである。この解釈については「直ちには」という限定を付した趣旨も含め、後記4(1)でさらに詳しく述べる。

それでは、なぜ、施行規則4条2号は、権利者の同意書の添付を義務づけているのだろうか。開発許可の実務を行う行政現場（B県のような自治体）からすると、重要な関心事は大きく分けて2つある。1つは、開発行為による水害等が生じるおそれがないかという問題であり、これは森林法10条の2第2項各号に許可要件として法律上規定されている。もう1つは、開発許可後の開発行為が頓挫せずに確実に進められるかという問題である。なぜこれが重要かという点、事業者の財政難等で工事が途中で放置されたり、工事中の事故等により原状回復や被害回復が放置されたりすると、現場を預かる自治体としては、種々の後始末に追われるので、あらかじめ、そうした事態を予防しておきたいからである。開発行為が途中で頓

挫する原因の1つに、施行者が、予定区域内の土地の権原を最終的にすべて取得できないという事態があるので、施行規則4条2号はそれを避けるべく権利者の相当数の同意書の提出を求めていると考えられる。しかし、くり返しになるが、これは森林法10条の2第2項の許可要件として法律上規定されたものではないという点は十分に認識しておく必要がある。

もちろん立法政策としては、許可後の工事等が確実に実施される見込みのあることまで許可要件として法律上規定することもある。都市計画法に基づく開発許可の許可要件として、同法33条1項14号が「当該開発行為の施行又は当該開発行為に関する工事の実施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」を挙げるのは、よく知られた立法例である。この場合には、同意書の提出がないことが不許可事由（許可処分の違法事由）となる。しかし、そのような許可要件を法律上規定するかどうかは、個別法ごとにバラバラである。森林法の林地開発許可制度は、許可要件の条文（同法10条の2第2項）を見れば明らかなおとおり、都市計画法とは異なっているのである。

(3) 原告の主張②（本件条例との抵触）について

原告の主張②は、Aの開発行為（規制対象事業場に認定された施設の設置）が本件条例に抵触する（がゆえに許可処分をするのは違法である）とするものである。本件条例も水源確保を目的とするものであることが同条例1条（本稿では引用を省略した）から明らかだから、この主張は、一見すると、森林法の許可要件のうち水源確保（2号）にかかわるように見えるかもしれない。しかし、法律と自主条例は、いかに社会的に同じ現象をターゲットにするものであっても、所詮は別の法体系であるという基本に立ち戻って検討する必要がある。

C市は、B県の森林法に基づく対応に不安を感じて、自己防衛のために、本件条例という、森林法とは別の法体系を創設した。したがって、本件条例に基づき、水源確保に支障があるとしてC市

4) 本問とは直接には関係はないが、念のため付言しておく点、仮に森林法10条の2第2項が、各号の要件を充足するときには「許可をすることができる」という文言であったとしても、同じ解釈になると考えるべきである。この場合の「できる」は、権限を授権するという意味である。もしも列挙された要件を充足してもなお、許可しないことができる（許可するしないの裁量がある）という意味であると解すると、許可要件を規定した意味がない。

長がとった処分（規制対象事業場の認定処分）によって、Aの開発行為が阻止されるのは、あくまでもC市の自主条例上の問題である。森林法の解釈適用に当然に影響するわけではない。

森林法は、あくまでも森林法上の許可権者（処分行政庁）であるB県知事が、開発行為が水の利用確保等に支障を及ぼさないという判断をすることを求めている。森林法上の権限を与えられていないC市長において水源の利用確保に支障があるとする判断が、そのまま森林法上のB県知事の判断になるわけではない。本件の場合、たとえばC市の関係機関における水源に関する調査情報等（C市の調査結果や審議会等の答申における水源に関する記述など）がB県知事による2号要件該当性に関する裁量判断において考慮されることは当然あってよいが⁵⁾、その判断は、あくまでもB県知事が独自に行う判断である。それ以外に、森林法とは別の法体系である本件条例（自主条例）が、B県知事による森林法の許可要件の解釈適用に読み込まれる、ということはない。

そうすると、主張②についても、Aによる開発行為が本件条例に抵触し、そのために工事が進まなくなるとして開発行為完了の見込みがなくなるかどうかは、森林法10条の2第2項2号の許可要件（水の確保に支障があるか）の判断においてB県知事が考慮しうる事柄ではないのである。

(4) B県の反論の仕方

以上の関係法令の解釈をふまえると、原告の主張①②に対してB県側がすべき反論は、きわめて単純である。いずれの主張も森林法10条の2第2項の許可要件の不充足を示すものではないから、開発許可の実体的違法事由に当たらない、というだけでよいはずである（なお、このような反論が行政実務上は不自然であることにつき、後記5）。ところが、会議録の担当課長と法務室長（の背後にいる出題者）はなぜか、上記のような法解釈を、明示的または黙示的に拒絶しているのである。

4 出題者が「前提」とするよう求める特異な法解釈

(1) 許可要件と申請手続上の義務の混同？

法令が申請書の添付書類として何を義務づけているかと、法令が許可要件として何を定めているかとは、別次元の問題である。これは行政法規の解釈の基本事項のひとつである。法令解釈上の相当の根拠を示さない限り、前者が後者に読み込まれることはない。

ところが、出題者は、施行規則4条2号の権利者同意書の添付という申請手続上の義務を、卒然と森林法10条の2第2項の許可要件の一部であると解釈しているように見える。

会議録を見ると、本件許可基準の趣旨について、「法第10条の2第3項を踏まえ、同条第2項各号の要件を判断するために共通して必要となる一般的事項を定めています」と担当課長に発言させている。本件許可基準の「第1 一般的事項」に掲げる項目（権利者の同意があることや本件条例の遵守など）がすべて、森林法の許可要件に関するものであるという理解を明言しているのである。担当課長はこの発言にすぐに続けて、「森林法施行規則……第4条第2号〔権利者同意書の添付〕に関し、本件許可基準第1-1-①では、開発行為の完了が確実であるといえるかを判断するため……」と発言する。これらの発言から、出題者は、森林法施行規則4条各号の書類（相当数の権利者の同意書を含む）の添付があるか否かも、森林法の開発許可の要件であると解釈しているとしか思えない。

しかしながら、くり返し述べてきたように、施行規則は、あくまで森林法10条の2第1項の申請手続に関する委任規定（同項の「農林水産省令で定める」という箇所）を受けた委任命令である。許可要件を定めた同条2項を受けたものではない（そもそも同項には委任規定がない）。施行規則4条が、相当数の権利者の同意を示す書類の添付を法的義務として要求していることは確かであるが、

5) 行政庁は合理的な裁量判断をするために、役に立ちそうな情報はどこからでも——国や自治体はもちろん、民間からも——広く求めるべきだからである。最判平成18・11・2民集60巻9号3249頁（小田急線連続立体交差事業事件）において、都市計画法に基づく裁量権の行使に当たり、同法とは無関係の東京都環境影響評価条例（自主条例）による環境影響評価を参酌して行われた都市計画変更決定が違法でないといわれている（むしろ評価書の内容に十分配慮したことが積極的に評価されている）ことを想起されたい。

それによって、森林法10条の2第2項の許可要件が変わってくることはない。このことは文理上明らかであるし、そう解しなければ、許可要件を限定する森林法10条の2第2項の規定を置いた意味がない(申請手続に関する委任立法によって、法律上の許可要件をいかようにも拡大することができてしまう)。

会議録には、担当課長の発言として、「開発許可につきB県知事の裁量権が認められる」ので、施行規則上の添付義務の内容の決め方にも裁量があると考えているように読める一節がある。たしかに、申請手続上添付が求められる書類の内容に関して、一定程度の裁量権は認められるかもしれない。しかしこの裁量権は、あくまでも申請手続に関する裁量である。開発許可要件である森林法10条の2第2項各号の解釈適用にあたって認められる裁量権とは、まったく別ものであることを担当課長は見逃している。出題趣旨を見ても、出題者がこの点の取り違えをしている様子が見られるのである⁶⁾。

上記のような出題者の法解釈は、次の3点から見ても支持する余地がない。

第1に、Aの申請によれば、開発予定区域内のE所有林の箇所に貯水池を置くという計画である。そこで、Eの同意がなければ貯水池の設置ができず、したがってAの申請が森林法10条の2第2項の許可要件のうち2号要件(水源確保)を充足するかに疑義があるという立論をする関係で、Eの同意書があらかじめ必要であるという主張をすることは考えられる。

しかし、これは、施行規則4条2号の同意書の添付義務の問題ではなく、森林法10条の2第2項の許可要件該当性の問題であり、その運用基準としての本件許可基準「第4」自体の合理性や、その適用の適切さに関する問題である。ところが、出題者は、会議録を通じて、権利者の同意書の問題は、施行規則4条2号および本件許可基準「第

1」の問題として処理せよと明示しているから、出題意図を上述のように善解する余地はない。

第2に、申請書の添付書類に瑕疵があったにもかかわらず開発許可をしたからといって、開発許可処分に手続的違法事由(手続的瑕疵)があることにはならない。手続的瑕疵は、公正な決定をするために求められる適正手続という性質をもつ手続規定に違反したことを指す。申請時の添付書類は、あくまでも許可権者の審理のための資料を提供するものに過ぎないので、適正手続の問題——実体的に適法かどうかを問うことなく、直ちに処分を違法としうるような手続違反の問題——ではない。

第3に、申請手続に関する行政手続法7条との関係についても、付言しておこう。同条は、「申請書に必要な書類が添付されていること」などの「法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者(以下「申請者」という。)に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない」と定めている。

本件事案でこの規定が適用される余地はない。B県知事は、権利者の同意書が一部欠けていても許可しようとしているのであるから、この規定が想定する場面とは正反対である。この規定が登場するのは、たとえばB県側が、相当数の権利者の同意書の提出があるまではAの申請を許可しないという方針を建て、行政手続法7条の規定を用いて補正を求め、それでもAが応じなければ、B県知事が不許可処分をするというという場面である⁷⁾。

(2) 許可要件と他法令遵守義務の混同?

許可処分の要件は、許可処分の根拠法に示されているのが通例であるが、ときに、その根拠法が許可要件として援用する(と解される)他法令の

6) 出題趣旨は、森林法10条の2第2項および3項の規定、つまり許可要件の規定を示した上で、「公益を考慮しつつ、専門技術的判断を基礎とする都道府県知事の裁量権が認められる」(出題趣旨3頁)とし、解答にあたってB県の反論として、「開発行為に関する許可につきB県知事に裁量権が認められることから、本問のように開発区域内における権利者が2者である場合、開発区域内でAの所有林が占める面積の割合をも考慮して許可することができるに関して本問における事実関係に即した検討が求められる」と述べる(出題趣旨4頁)。つまり、何ををもって「相当数」の同意があったかの判断についても知事の裁量権が認められる(少なくともそのように解する余地がある)ことが、開発許可要件の解釈適用に関する裁量権行使の一環として認められるという解釈——私たちには理解しがたい解釈——が示されている。

規定を含むこともある。しかし、関係法令であると解釈する根拠がない限り、他法令の遵守を許可要件に読み込むことは、典型的な他事考慮として禁止されている。ストロングライフ事件の最高裁判決⁸⁾という、受験者には周知の判決においても、そのことは明示されている。したがって、許可要件が何かを決めるには、他法令が、関係のない別体系の法令なのか、それとも根拠法が援用する（と解される）関係法令なのかの解釈が重要である。

ところが出題者は、何の説明もなく、本件条例（C市の自主条例）違反がないことが、森林法の許可要件に含まれるという解釈をしている。

会議録によれば、担当課長が、「〔C市長の〕本件認定はAの土地の使用を制限する処分ですが、B県では、市町村による土地の使用制限に関する処分が違法であると評価して開発許可をした事例がかつてあった」と発言し、それを受けて法務室長が、「本県許可基準第1-1-②〔他法令や制限の遵守〕との関係で本件認定の違法性が問題となります。……本件認定が違法で取り消されるべきものであれば、本件許可基準第1-1-②に適合し、B県知事が本件申請に係る許可をするのに支障はないという前提で、本件認定の違法性について検討することにします」（下線は本稿執筆者）と誘導するのである。

しかし、本件条例は、前記3(3)で述べたとおり、森林法と関係のない自主条例なのだから、C市長の本件認定が違法であろうが適法であろうが、それとは無関係に、B県知事は、森林法10条の2第2項の許可要件を充足するかどうかを判断すればよいだけである。会議録がいうこの「前提」は、本件条例という自主条例が、森林法の開発許可の許可要件に読み込まれるという、きわめて特異な法解釈——自主条例に違反したことをもって法律に基づく処分をすることができるとい

う、ありえない法解釈——をもとにした発言である。

(3) 「前提」に関する説明の不足

さらに、問題文の表現振りの不適切さにも触れておきたい。会議録には、「〔施行〕規則及び本件許可基準は適法であることを前提としておきます」（下線は本稿執筆者）という法務室長の発言がある。受験テクニク的には、この発言から、前記(1)(2)に示した出題者が想定する法解釈を「前提」として解答せよという指示を読み取り、その解釈が特異であるかどうかを気にすることなく、その先の問題（施行規則4条2号の「相当数」の意味〔主張①〕や、本件条例との関係〔主張②〕）に取り組むことが求められるのだろう。

しかし、何に照らしてどう「適法」であるかが示されていないために、この一文は問題を解くための条件設定としてはほとんど意味をなしていない。ここから、本稿が示した出題者が想定する（特異な）法解釈を前提にせよという指示を一義的に読み取ることには無理がある。

まず、施行規則4条の規定が森林法10条の2第1項の規定に照らして適法であることはそのとおりだが、だからといって、このことは法務室長や担当課長（の口を借りた出題者）の法解釈の正しさを示すことにはならない。私たちが本来あるべきと考える法解釈を採ったとしても、上記の発言とは矛盾しないからである。

次に、本件許可基準が適法であるという説明文は、本件許可基準が森林法10条の2第2項各号の許可要件の審査基準として適法であるという趣旨だと推測される。しかし、これまでに述べてきたとおり、本件許可基準1-1-①および②については、このような理解は成り立たない。

では、私たちが本来あるべきと考える法解釈によれば、本件許可基準第1-1-①および②が違

7) 本間に関係はないが、念のために付言すると、申請手続上のいかなる義務であれ、なにか欠落があれば直ちに行政手続法7条で不許可にできるわけではない。申請書に、許可要件に関する審査に必要な情報が記載ないし添付されていないので、許可権者において許可要件該当性の審査が不可能である場合には、不許可処分をするほかないというのが、同条の趣旨であると解されるからである。たとえば、法律または自主条例に基づく許可の欠格事由として「反社会的勢力との関係がないこと」と定められていると解する余地がないのに、添付書類として反社会勢力との関係がないことの誓約書を求める場合、その提出がないことを理由に不許可とすることはできないと解される。

行政手続法7条に関する近時の例として、山形地判平成30・8・21判時2397号7頁（森林法開発行為変更許可拒否処分事件）、およびその評釈である岩橋健定「判批」自治研究98巻9号（2022年）141-153頁も参照。

8) 最判昭和56・2・26民集35巻1号117頁。

法になるのかということ、実はそうはならない。なぜなら、本件許可基準第1-1-①および②を許可要件の審査基準と見るのではなく、許可要件とは無関係の行政指導指針（行政手続法2条8号ニ参照）と見れば、適法と考える余地が十二分にあるからである。

つまり、開発許可権者であるB県知事が、「開発行為を行うことが確実である」ようにするために、権利者の同意、他法令による許認可等の見直し、申請者の資力などをチェックし、それらを欠く場合に一定の対応をするよう行政指導として求めたり、行政指導が行われている間申請に対する応答を留保したりすることが、森林法や行政手続法の解釈上許されないわけではない⁹⁾。もちろん、こうした行政指導に従わなかったことを理由にして、申請を拒否することは許されない。しかし、開発行為が頓挫して工事が途中で放置されると、さまざまな後始末の面倒が生じるので、それを防ぐべく、あらかじめ法定の許可要件以外のことを行政指導としてチェックしておくことが禁止されるわけではない。

このように、本件許可基準第1-1-①および②は、自治体の行政現場ではよくある、事前配慮としての行政指導の指針を示したものと理解することができる。そしてそのような理解に立てば、私たちが主張する法解釈を採ったとしても、本件許可基準は「適法」である。

以上を要するに、「〔施行〕規則及び本件許可基準は適法であることを前提にしておきます」という法務室長の発言は、出題者の法解釈と私たちの法解釈のいずれとも、完全に両立しうる発言である。したがって、仮に出題者の法解釈が間違っていると考えて、私たちと同じような法解釈を前提にB県による反論のあり方を解答した受験者がいたとしても、その解答を、会議録の指示に従っていないという理由で不利に取り扱うことは許されないはずである。出題者としては、仮に施行規則4条および本件許可基準が許可要件を具体化したものとして「適法」であることを前提に解答をさせたいのであれば、そのことを明示すべきであった。

もっとも、そのことを丁寧に説明しようとすれ

ば、おそらく出題者も自らの解釈のおかしさに気づいたであろう。今回の出題の過誤が生じた原因は、施行規則および本件許可基準の意味ないし性格が何なのかという、行政法において最も基本的な分析を怠ったことにあるように思えてならない。

5 どう出題すればよかったか ——行政実務の観点も踏まえて

(1) 設定の不自然さ

以上が、行政法規の（通常の）解釈という観点からの検討である。これを踏まえてさらに実務的に考えてみれば、令和4年の出題は、そもそも設定が不自然である。B県が自ら定めた許可基準を守っていない申請を、特段の事情の説明もなく自ら進んで許可しようとする設定が、現実には考えにくいからである（自治体の実務は、法令上の義務かどうかにかかわらず、いわゆる内部基準を厳格に守ろうとする傾向が強いことを想起されたい）。

そこで出題とは逆に、本件許可基準を守っていない申請に対して、B県知事が不許可処分をするという設定にするのであれば、実務上もありそうに思える。その場合にB県側が、本件許可基準に従った不許可処分が適法であると主張する根拠として、本稿で批判した特異な法解釈（許可要件と関係のない申請手続上の義務や自主条例の遵守を、許可要件であると読み込む解釈）を採ることは、現実の訴訟では十分に想定できる事態である。

弁護士としては、依頼人の利益のために、時にはそのような特異でアクロバティックな解釈論（無理筋と知りつつも）展開せざるをえない場合があることは、否定できない。しかし、司法試験の受験者にそのような解釈を卒然と求めること、あるいはそのような解釈を「前提」として現実には起こりえないような問題を検討させることが、法曹になるための基礎的な法運用能力を試す出題として適切であるとは思えない。司法試験においては、本来あるべき解釈論を法令の条文に則してきちんと展開できるかを問うべきであろう。

9) 行政手続法33条、およびその元になったと考えられる最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁〔品川マンション事件〕参照。

(2) あるべき出題

このように考えると、本問（設問2）のあるべき姿は次のようなものではないか。すなわち、B県知事が不許可処分をし、その理由づけとして本稿が批判する（そして出題者が採った）特異な法解釈を主張した場合を想定して、申請者であるAが展開すべき法的主張を検討させるのである。そうすれば、B県が設定した許可基準は行政指導指針に過ぎないなどと、B県が自ら主張せざるをえない不自然さを避けることができる。また、Aがすべき主張（不許可処分は違法であって許可処分がされるべきであるという主張）を根拠づけるために、本稿で検討したような本来あるべき許可要件の解釈適用ができるかどうかを見ることができるので、行政法の運用能力も適切に試すことができる。

なお、そうすると設問1（訴訟要件）の出題が困難となりそうだが、そうでもない。単純に、設問1については、B県が許可処分をした場合を想定して森林所有者や付近住民が訴えを提起するという設定にすればよいだけである。

(3) 予想される反論への応答

以上のとおり、令和4年の出題は、特異な法解釈を「前提」とした上で、施行規則4条2号や本件条例の解釈適用を論じさせるものであった。そのような出題でも、一定の行政法運用能力を問うことはできるという反論がなされるかもしれない。

しかし、私たちはそう考えない。相当数の権利者の同意についていえば、3分の2以上の同意として総面積を考えよとか、今後Eが同意に転ずるかもしれないなどという主張は、行政法の学習などしていなくても常識的に思いつく理窟である。行政法を体系的に学んでいたからといって優れた理論構成ができるわけでもない。また、本件条例との抵触については、紀伊長島町事件の最高裁判決¹⁰⁾を知っているかどうかがほぼ唯一の論点のようである。しかし、同判決は、きわめて限定された状況の下、かなり異例な条例解釈を施して事業者の救済を図ったものである。異例であるがゆえに有名になった判決であるが、法曹志望者のための行政法教育においては、そのような事案の特殊

性や射程の狭さこそが理解されるべきである。今回の出題において同判決の知識を問うことが、そうした理解を試すものであったかどうかは、大いに疑問である。

6 おわりに

私たちが抱く違和感をひとことではいえず、「いかにも自治体の行政実務で出くわしそうな誤った法解釈」——法令上の義務か否かを検討することなく、内部基準のすべての厳格な遵守を求めるという行動パターン¹¹⁾——を、「前提」とするよう受験者に求めていることにある。まさにそのような行政法規の解釈の誤りに気づくべき法曹の資格試験である司法試験の場において、そのような「前提」を置くことへの、大きな違和感である。

令和4年の行政法の出題（設問2）は、行政法をよく学習した受験者ほど、混乱したのではないかと懸念される。出題者が設けた2つの「前提」への違和感を抱いて、本稿で述べたような立論をした答案は、どのように採点されたのであろうか。出題の意図を理解——付度——していないということで、ゼロ点なのであろうか。

司法試験受験者の間では、“行政法の問題（そのうち実体的違法事由の部分）は、会議録に乗って適当に作文すればよい”という受験テクニックが共有されているようである。大半の受験者は、たとえ出題の「前提」への違和感を抱いても、賢明にもそのような迷いをいささかも見せずに答案を作成しきったことであろうと想像する。その意味で、実害が少なかったであろうことを祈るほかない。

最後に、行政法の教育および学習のあり方に触れておく。本稿で私たちはなんら特殊な概念や理論に立脚しているわけではない（出題者の見解が私たちの支持する学説と異なるからけしからんなどと言っているのではない）。行政法総論で学ぶ通常の知識をもって行政法規を解釈すればこうなるという筋道を述べているにすぎない。

ところが、実はここにこそ落とし穴があるのかもしれない。行政法総論で学ぶ通常の知識と、訴訟実務で取り扱う行政法規の解釈の間には溝があるにもかかわらず、法曹志望者のための行政法の

10) 最判平成16・12・24民集58巻9号2536頁。

教育および学習において、その溝がまだまだ十分に埋められていないおそれがあるからである。たとえば、行政法の教科書や演習書では、実体的違法事由は裁量権の逸脱濫用からめて扱われることが多く、それ以外には実体的違法事由を論じる術がないかのような誤解を学習者に与えがちである¹²⁾。しかし、実際には行政裁量の前に行政法規の解釈という段階が存在するのであり、裁量を論じるまでもなく解釈だけで結論の出る問題も少なくない。本稿における私たちの批判も、裁量以前の解釈の問題である。学習者にも、法解釈と裁量の関係や裁量なき実体的違法事由の論じ方が、もっと丁寧に教えられるべきだろう。

このように考えると、真に批判されるべきは、行政法規の解釈を十分に主題化・言語化せず、学習者への効果的な教授方法やその運用能力を適切

に試す方法の開発に意を用いてこなかった行政法の教育界である。私たち2人は、自らの大学の授業においてこそ行政法規の解釈を相当に重視した教え方をしているが、本稿を執筆するまでその問題意識を公にすることがなかったという点では、責めを免れない¹³⁾。本稿の問題提起を契機として、行政法の教育・学習における行政法規の解釈の重要性への関心が高まることを期待したい¹⁴⁾。

(なかがわ・たけひさ)

(おきつ・ゆきお)

11) 自治体ばかりを楯玉に挙げるようだが、霞が関の通知がこのような行動パターンを誘発しているともいえる。本間で素材とされたB県の林地開発行為の許可基準は、農林水産省の通知がもとになっていると推測される。農林水産事務次官から、各都道府県知事・各森林管理局(分局)長あてに、地方自治法245条の4による技術的助言として、「開発行為の許可制に関する事務の取扱いについて」(平成14年3月29日付け13林製治第2396号、[最終改正]平成29年3月9日付け28林整治第2173号)と題する通知が発出されている。

本通知の別紙「開発行為の許可制に関する事務の取扱いについて」は、開発行為の「許可基準」の説明として、森林法10条の2第2項各号だけを挙げている(通知の「第2 森林法第10条の2第2項及び第3項関係事項」における「1 許可基準」を参照)。

ところが、同別紙第2の「2 開発行為の許可基準の運用について」は「開発行為の許可基準の運用については、別記「開発行為の許可基準の運用について」に準じて行うことが望ましい。」とした上で、それに続く別記「開発行為の許可基準の運用について」には、「開発行為の許可は、許可の申請書及び添付書類の記載事項が次の要件を満たすか否かにつき審査して行うものとする。」と述べる前文に続き、「第1 一般的事項」と、森林法10条の2第2項各号に関する「第2」から「第5」までの記載がある。この第1-1-(2)に、本件許可基準1-1-①前段と同旨の定めがある。さらに「開発行為の許可基準の運用細則について」(林野庁長官通知、平成14年5月8日付け14林整治第25号、[最終改正]令和元年12月24日付け元林整治第690号)第1-1は本件許可基準1-1-①後段と同旨を定めている。これらの通知は農林水産省のウェブサイトに掲載されている。

上記の農林水産事務次官通知は、その別紙だけを見れば出題者と同じ解釈を示していると読む余地がある。しかし、その反面で、別紙と別記を併せ読むと、本稿が主張する解釈と両立するように非常に巧妙な記載をした文書であるようにも思われる。

- 12) 受験者の間に広がっていると見られるもうひとつの受験テクニックに、“専門技術的裁量を肯定し、裁量審査の一般的定式を書いて、原告側に有利な事情・行政側に不利な事情を拾い集めて作文すれば、実体的違法事由の論証になる”というものがある。このテクニックは、どの条文の解釈適用にあたってどのような理由で裁量権が認められるのかを分析するという意識を欠いている点で大いに問題がある(実際、専門技術性を根拠に行政裁量が認められることは決して多くない)。これも結局、行政法教育において行政法規の解釈や実体的違法事由がきちんと教えられていないことの反映である。
- 13) 芝池義一＝高木光編『ケースブック行政法〔初版〕』(弘文堂、2004年)第8章「個別法の解釈と行政活動の違法性」[中川丈久執筆]は、行政法規の解釈に重点を置いて実体的違法事由(のごく一部)について解説を試みたものであるが、十分な展開をしているわけではない。この解説は、同書の最新版(第7版、2022年)でも維持されている。
- 14) 本稿で述べたような、処分要件の法解釈(特に裁量との区別)の重要性を指摘する例として、橋本博之『行政法解釈の基礎』(日本評論社、2013年)107-108頁のコラムがある。曾和俊文ほか編著『事例研究行政法〔第4版〕』(日本評論社、2021年)9-10頁[中原茂樹執筆]、北村和生ほか著『事例から行政法を考える』(有斐閣、2016年)13-14頁[北村和生執筆]にも、同旨と思われる記載が見られる。ただ、いずれも断片的である。