

事例演習教授法

——法科大学院行政法を中心として——

藤 原 淳 一 郎

- 一 はじめに
 - 二 何故事例演習か？
 - 三 素材1…創作事例
 - 四 素材2…判例
 - 五 教授法1…要件事実論？
 - 六 教授法2…判例にどう向き合うか？
 - 七 むすび
- 別添 試験問題例（藤原出題）

「踏みにじられても消えない。

私が消さない限り」

（TVドラマ「大長今」〔邦題「宮廷女官・チャングムの誓い」〕第四六回）

一 はじめに

日本型ロースクール、いわゆる法科大学院の制度設計前段階では、ロースクールの教育理念、法学部存置対法学部廃止、司法試験維持対新司法試験等をめぐり、熱い議論が展開された⁽¹⁾。しかし司法制度改革審議会での法科大学院の制度設計以降は、これら理念論、本質論は次第に影が薄くなっていった⁽²⁾。詳細制度設計を経て現実に法科大学院が開設されてからというもの、理念論、理想論と現実の教育現場とのギャップに悩みつつ、露骨な表現を使えば「その日暮らし」に追われる身となっていた。そうした矢先、新司法試験審査委員事件が起こった。これを機に、文部科学省による法科大学院教育への監視の目が厳しくなったことは事実である。右事件を当該教授の個人責任や当該法科大学院の組織的責任の問題のみに矮小化させないで、法科大学院教育の「原点」に立ち戻り、その教育理念、教育内容・水準、社会的責任等を自己点検し、さらに理想に近づくべく前進する「きつかけ」となれば、「災い転じて福となす」ことになる。本稿は、このような問題意識のもとに執筆している。

本稿は、教育現場の「現状そのもの」を伝えることを目的とするものではない。ましてやゼミ(学則上の名称は「研究会」)事例演習及び学部行政法「週刊時事事例」の事例演習教育歴三〇年余の私の「教授法ノウハウ」を伝授するものでもない。むしろ教育現場での事例演習において日頃から感じているささやかな問題意識を本稿で提示することによって、読者にその是非や解決法をともお考え戴き、ひいてはわが国法学教育の一層の発展に何らかの寄与するところがあれば、という思いから発している。

(1) 藤原淳一郎「いわゆるロースクール構想の虚像と実像」法学研究七二巻一二号五三頁(一九九九年)参照。

(2) 藤原淳一郎「法科大学院論議の七つの忘れ物」法学セミナー別冊・カウサ三号一五八頁(二〇〇二年)、シンポ

ジウム「公法学教育と大学」公法研究六八号一九八、二二四—二二五頁（二〇〇六年）の藤原発言参照。

（3）藤原淳一郎「転換期の法学教育―体験的行政法教育論―」法学研究七九卷一号一、八一—一〇、二三—二四、三七—五六頁（二〇〇六年）参照。

二 何故事例演習か？

「何故事例演習か」との問い掛けは、「何をいまさら」と聞こえるかも知れない。しかしこの点の認識や見解の差によつては「あるべき事例演習」の姿・形が異なり、当然のこととしてその「教授法」が異なる可能性を秘めているように思われる。

学部教育においても法科大学院教育においても、教育の目標が「問題発見・問題解決等の問題処理能力の養成」にあるという点では、共通点を有する。^{（4）}この目的のためには、講義のほかに、事例演習科目に力を入れるのは理にかなっているといえよう。

法科大学院学生であれば、より短絡的に新司法試験論文式問題の受験対策と受け止めるかも知れない。さらに先を見越し、司法研修所における伝統的「白表紙」教育を念頭において、司法研修所で落伍しないための準備作業と受け止めるかも知れない。問題意識が高ければ、（弁護士、裁判官、検察官の法曹三者のほか、企業・官庁法務担当を含めた）およそ法曹にとって、日々様々な事件・事案に遭遇するのだから、事例演習はその「肩慣らし」と受け止めるかも知れない。

問題を若干複雑にしているのは、法科大学院と司法研修所との任務分担、換言すれば、法科大学院における実務導入教育である。卑近な例として、法科大学院における実務導入教育の導入を前提にして、従前の「前期集合

修習」が行われなくなることにあられている。⁽⁵⁾ この「前期集合修習」の内容を、行政法に近いと思われる民事弁護についてみると、講義（民事訴訟手続の進展過程を訴訟代理人の立場から解説）、起案及び講評（訴状、答弁書、準備書面その他の法律文書を起案させ、討論及び講評）、演習の三者から成る。⁽⁶⁾

もともと司法修習所において、「行政法」に殆ど時間を割いてこなかったこと（⁽⁷⁾）からすれば、新修習二期生（新六二期）以降の前期集合修習廃止は、行政法にとって、ことさら問題にすべきことではないとの考え方もある。

そこで行政法担当者としては、法科大学院の民事訴訟法を含む「民事法系科目」及び刑事系科目で、前期集合修習の右の講義・起案及び講評・演習の三者に代替し得る教育が行われさえすれば、^(補註1) それらに「ただ乗り（freeride）」する形で、行政法事例演習を捌けるということがいえよう。何故ならば、第一に、行政法事例演習

といつても、少なくとも私の授業では、「行政『法現象』』というくくりのもとで、しばしば民事事件、刑事事件も紛れ込む（？）し、薬害事件のように、一つの事案が、民事事件、刑事事件、行政事件の三つの側面を有するという法現象すら存在し得るのである。⁽⁸⁾ 第二に、仮に生粋の行政事件訴訟であつても、民訴・刑訴と一部素材又は訴訟手続規定が異なるだけの話なのである（行政事件訴訟法七条参照）。したがって、民事・刑事の両分野について十分な実務教育・訓練さえしていれば、容易に行政「法現象」に対処できるため、必修科目なり新科目として、格別に行政法プロパーの実務導入教育と銘打つ必要はないように思われる。いささか他人任せの感があり心苦しい話ながら、これが正直なところである。

このように、法科大学院の行政法を、前期集合修習の代替とまではいかななくても、せめて少しでもその趣旨に近付けるためには、後述するように、さしあたり起案等の域に達するための準備段階として、「事例演習」をより充実させるしかないように思われる。⁽⁹⁾

- (4) 藤原・前掲註(3)六八、八四頁。
- (5) 正確にいえば、法科大学院の体制が整わないとの配慮のもと、新司法修習一期生(新六〇期)に限り、一か月の導入研修が実施された。伊藤滋夫編著『要件事実講義』七―八頁(商事法務、二〇〇八年)、川崎達也「新司法修習の現状と課題」自由と正義五九卷一〇号三九、四〇―四一頁(二〇〇八年)。
- (6) 川崎・前掲註(5)四一頁。
- (7) 藤原・前掲註(1)九〇―九一頁参照。
- (8) シンポジウム・前掲註(2)二二四―二二五頁の藤原発言、藤原淳一郎「転換期の行政法学」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学・公法Ⅱ(慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集)』一三五、二四三頁、二四九頁註三七及び三八(二〇〇八年)。同旨・大橋洋一「行政法教育のあるべき姿」同『都市空間制御の法理論』三九五、四〇八頁(初出・二〇〇六年。有斐閣、二〇〇八年)。
- (9) 川崎・前掲註(5)四一―四二頁も、前期集合修習廃止措置が、法科大学院における実務教育の実態と遊離している旨指摘する。なお中川丈久・斎藤浩・石井忠雄・鶴岡稔彦編『公法系訴訟実務の基礎』(弘文堂、二〇〇八年)は、法科大学院における行政法の実務教育を意識した極めて有益な企画である。もっとも、同書を教材として教育現場で使えるかと考えると、行政法学習の密度・達成度からみて、同書は学生にとっては若干高度で使いこなしにくい気がしなくもない。

三 素材1..創作事例

法曹養成教育機関である以上、事例演習の素材として、通達を含む行政実例、(紛争裁断的)審査会答申、裁判判決等を考えるのは、極めて素直である。これらは個別紛争事案に対する(行政官、委員、裁判官等の)専門家の

回答がセットになっているものなので、演習担当者としては、「白地」で物事を考える必要がなくなり、問題作成も、予習も、創作に比べて容易であることを否定できないだろう。

右の判例及び判例変形等が、法科大学院事例演習において重要な素材に成り得ることは、誰しも否定しないだろう。私は、本章において、それにもまして創作事例演習の重要性を力説しておきたい。

創作事例演習の意義は、ことに判例素材型又は判例変形型事例と比較することによって、より顕著になるように思われる。

(1) 創作事例演習の意義

創作事例演習の積極的意義として、創作事例のうち典型的な時事問題¹⁰を例にとるとしよう。演習授業が、まさしくリアルタイムでの「行政法」同時進行ドラマになるというのがミソである。これら時事事例は、一般に予め定まった解答が用意されている訳ではないので、担当者も学生も、関連条文を検索しつつ、頭をひねるということ、正しく事例演習本来の趣旨に合致するように思われる。この点が、(一部の予防的訴訟を除けば)過去の事実関係をもとに裁判所によって下された判断を素材にするという判例素材又は判例変形型事例との大きな違いであり、時事事例に典型的な創作事例研究の醍醐味でもある。

創作事例演習の消極的意義として、近時顕著なことだが、判例素材又は判例変形型事例では、学生は下敷きの判例、ことに最判をみつけると、その可否を疑わず、思考停止の傾向にあるといっても過言ではない。¹¹ところが新問題であれば、学生は手掛かりがない分だけ頭をひねり、自由に見解を述べる傾向にある。

(2) 判例素材又は変形型事例の限界

創作事例を奨励する理由には、判例変形型事例の限界と背中合わせの側面もある。

義務付け及び差止め判決に限らず、裁判判決がその後の行政活動を規律する機能・効果を有することは誰しも否定できない。しかしながら、判決が反射的效果も含めて有する将来の行政現象への予防的效果も、あくまで判例類似案件に限定される。いくら裁判官が頑張っても、「申立てなければ裁判なし」であるから、裁判に持ち込まれる事案は、行政法現象・紛争の一部でしかないという極めて当然のことが、立ちはだかるのである。

早い話、私の三〇年余のエネルギー法 (energy law) 及び政府規制産業法 (regulated industries) を例にとると、新規参入若しくは競争事業者側からの提訴が散見される程度である。⁽¹²⁾ 他方、電力、ガス、電気通信分野の既存事業者 (incumbent) 側が提起する行政事件は、もっぱら租税事件と独占禁止法違反事件であって、本丸の規制行政 (機関) を相手取って提訴することはまずなかったといっても過言ではない。となると、処分基準、紛争ガイドライン、通達等の日常から、事例研究の素材を見つけださねばならない分野ということになる。

話を行政一般に戻すと、助手時代には、提訴された行政事件のうち約半数が訴え取下げに終わると聞かされたが、近時はその比率が三〇%に下ったようである。⁽¹³⁾ 確定判決にまで至らなかった事案が、どのように紛争解決されたのかは、ブラックボックスである。さらには、争訟提起自体を断念する事案も多いだろうし、争訟を提起しても、解決に至らなかった例もあるかも知れない。となると、判決文から知り得る行政現象が氷山の一角でしかないのは、判例素材又は変形型事例の宿命でもある。

ここで横浜市から少し古い二つの紛争事例をとる。第一事例は、飛鳥田横浜市長時代に、国電 (当時) の東海道線ラッシュアワー混雑緩和のために、東海道線が大船・東京間は横須賀線と共用だったので「第二東海道線案」が浮上した。具体的には、(横浜駅での乗換えにも適した) 当時の貨物線を横須賀線に転用し、新たに東海道本線から鶴見区生麦付近で分岐し戸塚区品濃トンネル付近で合流する「新貨物線」を建設するという「横浜新貨

物線」事件である。右新貨物線に反対する予定地住民は、工事差止め、土地収用法の事業認定取消、収用裁決取等の合計九件の訴訟を提起したが、結局のところ新貨物線は計画通り一九八〇年一〇月開通し、翌八一年八月、「和解」によって訴訟が終結した事件である。皮肉なことに、その後列車による貨物需要が伸びなかったため、横浜新貨物線の通過車両は稀で、結果として振動、騒音の被害も心配したほどにはなっていないという。¹⁴近時の判断過程統制論を持ち出すまでもなく、新通勤線ならともかく、沿線住民にとってより抵抗感のある貨物線を（結果的であれ極度に狂った需要予測のもと）新設するというのは、どう考えても常軌を逸した行為とは思えないが、裁判所がそれなりの役割を果たし得なかったのは、残念な気がする。

第二事例は、用地取得が一九八四年、開設が九一年の金沢区の（火葬場を含む）南部斎場である。¹⁵火葬場は都市計画法の「都市施設」（同法一一条一項七号）に含まれるが、横浜市の都市計画に本件火葬場は織込まれていない。加えて、おそらくは宅地開発指導要綱がからんでいると思われるが、N不動産が宅地開発の際に市に公園用地として寄贈した土地が、（アクセス道路を含む）南部斎場予定地に転用されることとなった。右宅地購入者（居住者）にとっては、晴天の霹靂だったろうが、この計画を知った右宅地購入者が、弁護士費用も積立てたうえで、争うと報じられたことを今でも鮮明に記憶している。¹⁶おそらくはより広域的な反対運動もあり、右斎場計画に関する住民訴訟を含めた複数訴訟が提起された可能性がある。¹⁸本稿執筆時点では、すでに過去の事件で、残念ながら第一事例（横浜新貨物線）とは異なり、体系的資料の手掛かりを欠く。このため、右宅地購入者に限定されない拡大した火葬場反対の動きとともに、右宅地購入者が実際に提訴したかどうか、公園用地転用問題がどう收拾したのか詳らかではない。¹⁹したがって、これら訴訟が斎場の当初計画の見直しに、²⁰どのような役割を演じたか等も、私には不明なままである。もともと、その後の北部斎場の建設時には、検討委員会を設置したり、土地の形状を生かし極力外観が目立たない工夫等、南部斎場の教訓が生かされたようであり、²¹せめてもの救いである。

(3) 裁判報道の位置付け

民事・刑事を問わず提訴段階の報道であれば、時事事例であることに疑いないが、裁判所の判断が示されていないため、創作事例の範疇に入れて事例演習として検討しても、おかしくないといえよう。

他方判決速報は、裁判所の判断が示されているため、本来創作事例には該当しないが、時事事例的色彩も帯びるという意味では、創作と判例素材型の中間の存在といえなくもない。裁判所ウェブサイト等から判決文を手できればそれに越したことはないが、そうでなくとも、とりあえずは新聞報道の範囲内の事実関係と判旨をもとに、当該判決の結論及び結論に至る理由付けの是非について頭を働かせるのは、極めて有意義である。学生は、日常余りに判例百選、重要判例解説等の判例解説に頼り、良い意味でも悪い意味でも、これら解説に影響を受ける傾向にある。そこで速報段階では、いわば「虎の巻」なき時点での頭の体操として有益というわけである。

(4) 創作事例の例

創作事例のイメージを読者につかんで戴くために、本稿別添の試験問題を紹介しておこう。別添Ⅰは、類似の紛争事例が皆無ではないし、設問3は、著名な宝塚市パチンコ店規制条例事件（最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一―三四頁）を連想させるという意味で、「創作度」はさほど高くはないことは自認している。学部授業で時事事例として渋谷区条例案⁽²²⁾をとりあげ、その後、条例が制定されたため、試験時に実際の条文を使いながら、架空事例問題として構成し直したものである。

別添Ⅲ第1問、別添Ⅴ第1問は、読者もお気付きのように、最近の不幸な事件を幾分ヒントにはしてはいるものの、全体のストーリーはフィクションである。

別添Ⅱ第2問、Ⅳ第2問は、いずれも私の身近で起こった紛争事案をオブラートに包んで完全フィクション化した創作事例である。なお、現実の事案は設例ほどにはこじれないで、終息に向かいつつあることを付記しておく。

- (10) 藤原・前掲註(3)二四頁でも指摘した。
- (11) 藤原・同右・一〇頁でも指摘した。
- (12) 判決にまで至った数少ない例外は、藤原・前掲註(3)五〇頁にも掲げたが、KDD(当時)等の競争事業者が原告となって、郵政大臣(当時)の東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社への加入者回線網の接続約款認可を争った東京地判平成一七年四月二二日(判例集未登載)である(その後の約款認可時に競争事業者の不満大部分解消もあり、控訴せず)。私は、事件当時も現在も情報通信審議会接続委員会(当時の名称)に属するため、本件の論評を差控える。舟田正之「NTT東西の加入者回線網の接続料認可に対する取消訴訟」メディア判例百選二一四—二一五頁(二〇〇五年)参照。
- (13) 杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」日本公法学会第七三回大会第二部会報告(二〇〇八年一〇月二二日)より。
- (14) 宮崎省吾『いま「公共性」を撃つ…ドキュメント横浜新貨物線反対運動』一、三二七—三三二頁(復刻版、創土社、二〇〇五年)。横浜新貨物線事件につき、藤原真砂「資源動員視点による運動分析…横浜新貨物線反対運動を事例にして」哲学(三田哲学会)七二号八七頁(一九八一年)、安田常雄「現代史における自治と公共性に関する覚え書…横浜新貨物線反対運動の『経験』を通して」法学新報一〇九卷一・二号三五三頁等参照。
- (15) [www.geocities.jp/picaly1/monthly/200508/kidan.html-8k-as-of Dec. 30, 2008](http://www.geocities.jp/picaly1/monthly/200508/kidan.html-8k-as-of-Dec.30,2008) なお、神奈川県区の動物保護センター建設計画をめぐる市議会委員会での野党議員発言に「住民無視により金沢区に建設した南部斎場の教訓……をいかすべき」とある([www.shibata-toyokatu.com/kakearuki/1173250320.html-9k-as-of Dec. 30, 2008](http://www.shibata-toyokatu.com/kakearuki/1173250320.html-9k-as-of-Dec.30,2008))
- (16) 珍しく横浜市から職員研修のお声がかかった折、研修所職員の人との雑談で、南部斎場問題について私は、第一

に「霊柩車が走るのが嫌だ」との声には「誰でも乗りたくなくなる霊柩車「へのイメージチェンジ」を」、第二に当時開発着手の「港みらい二一（MM21）」について「斎場や清掃工場は二一世紀もつきもの。薔薇色一色の町ではなく、そこにも設置すべし」、第三に「温水利用で地域の熱供給を無料に」（気味が悪いとの反応あり）、第四に「煙突が気になるなら、火葬場は地下にして、地上は目立たないか又はカラフルな煙突のみに」等のアイデアを述べ「要は発想の転換が必要」と強調した。その後他都市で、火葬場ではないが、清掃工場の地下化の例を耳にするようになってき

(17) たとえば一九八四年三月二九日「南部斎場建設に反対する金沢区住民（約二百人）、市長室前に座り込む」との記事（hamaji.hp.infoseek.co.jp/01henpyo/1980.html-118k as of Dec. 30, 2008）や署名運動が展開された旨の記述がネット情報として、部分的に残されている。

(18) 南部斎場をめぐる住民訴訟は行政事件裁判例集に登載されているが、そこでは公園用地の転用は争点にはなっていないようである。オウム教団の犠牲者、坂本堤弁護士事件の民事訴訟における武井共夫弁護士の陳述書（www.mars.dti.ne.jp/~takizawa/ikka.html-6k as of Dec. 30, 2008）には、「私から特に彼「坂本弁護士」に一緒にやってくれるよう頼んだのは、霊感商法の事件と横浜市金沢区の南部斎場建設反対の事件でした」（www.mars.dti.ne.jp/~takizawa/takei.html as of Dec. 30, 2008）とある。

(19) この公園用地の転用に関しては、N不動産から市への負担付贈与の「負担条項違反」と構成し、土地購入者がN不動産に代位して民事訴訟で争うという法的構成も可能ではなからうか。

(20) 情報の信憑性は不明だが、完成した南部斎場は「景観、アクセスに配慮（前掲註(15) www.geocities.jp）」とか、「最新の斎場ですから、煙突ありません」（mihitukoigari.cocolog-nifty.com/blog/2008/12/post-b78b.html-1-27k-as-of-Dec.30,2008）とのネット情報がある。

(21) 神奈川県『自治体の広報戦略』（一九九三年）に引用の九二年六月発行の市民への広報「横浜市は、北部方面に斎場づくりを進めます」には「横浜市は斎場不足に対応するため、久保山斎場や戸塚斎場に加え、昨「九一年九月に南部斎場を開設し」たが北部斎場が必要で、「斎場建設検討委員会」による検討を経て、周辺地域との調和がはかれるよう十分配慮」とうたわれている。（k-base02.pref.kanagawa.jp.8080/file/0/自治体の広報戦略（H5年9

月 18doc-as of Dec. 30, 2008)

(22) その後刊行の曾和俊文・金子正史編『事例研究行政法』七〇頁以下(日本評論社、二〇〇八年)にも、ラブホテル建築規制条例をめぐる紛争が、事例として掲載されている。

四 素材2…判例

(1) 裁判判決・決定は、誰に対するメッセージか?

裁判判決・決定(以下便宜上、両者を一括して「判例」という)の事例演習の素材論に入る前に、そもそも判例が誰を名宛人にしたメッセージなのかを確認しておきたい。

判決文が、原・被告の両訴訟当事者(及び訴訟参加人)を名宛人にするものであることは、自明のことである。唯一の例外は最高裁判決で、今後の実務を主導する立場から、職業裁判官宛のメッセージを兼ねる場合もあり得る。ところが、現実の裁判判決・決定文(以下便宜上、両者を一括して「判例文」という)は、法律(法律実務)に素人である一般人(layman)の訴訟当事者にとって、容易には理解可能でないのが通例である。訴訟代理人たる弁護士には理解可能で、クライアントたる訴訟当事者に判決文を「翻訳」できるかも知れない。しかし本人訴訟であれば、その道もない。

正確には司法研修所編『二〇訂民事判決起案の手引き』(法曹会、二〇〇六年)にあるが、従来の判決文は、原・被告当事者の表示↓判決主文↓事実(当事者の求める判決、当事者の主張する事実関係及びその法的主張)↓「判決」理由(裁判所の認定事実、判決主文に至る法的理由付け)、裁判官名、別紙という順序で展開されるのが一般的である。このため判例評釈にあたって私は、「事実」から事実関係に関する争点、本案前の主張、本案の争

点を抽出し、各争点毎に原・被告主張を比較対照表の形で整理し（概ねこの段階で「いかに裁くべきか」のイメージを形成）、次いで裁判所認定事実（概ねこの段階で「どのような理由で裁くべきか」のイメージを形成）、判決の法的理由の順に読むという手順を踏んだ。

右の「在来様式」と異なり、近時の「新様式」判決文は、要するに本案前の争点、本案の争点に分け、かつ前者、後者それぞれ個別の争点毎に、原被告双方の主張をならべたうえで、当該争点に関する裁判所の判断を述べるといふ形式を採用する。従前の体裁に慣れた身には読みづらさもあるが、ある意味判決文がより理解し易くなった。このこと自体は、歓迎すべきことである。

とはいえ、いかに法的センスのある素人であっても、判決文を正確に理解するためには、最低限の業界用語（法律用語）や業界のならわし（訴訟要件、証明責任等）を知らないとは難しいであろう。何より、肝心の法典が、固有の専門用語ではない日常言語を用いているときに法律家すら理解に苦しむ条文（悪文）が多過ぎる。このため、裁判所がいくら「気持ち」として、素人にも理解しやすい判決を心掛けても、限界があることを否定できない。ただ、そのことに甘んじていては状況は好転しない。判決文は、何よりも訴訟当事者に「納得」感を与えるものでなければならない。その意味からも、刑事事件での裁判員制度が動きだす本年、刑事裁判を突破口に、民事・行政・労働事件でも、より分かり易い判決文に脱皮していくことを多に期待したい。

設問に話を戻すと、判決文は訴訟当事者が名宛人であり、素人に分りやすい判決文への努力が実務界で進行しつつあるものの、まだまだ法律家集団の共通言語の世界にとどまりがちである。そこで次世代の法曹に託さざるを得ない。法科大学院学生は、素人にとって難解な判決文の現状を少しでも改善していくという問題意識を持つべきであろう。

(2) 何故「判例」が事例演習の素材か？

法科大学院において、何故「判例」を事例演習の素材にするのだろうか？。

右の問い掛けは、自明のことであって、これまたナンセンスな問い掛けに思えるかもしれない。米国のロー・スクールの教材 (Casebook) を援用するまでもないだろう。法科大学院が法曹実務家の卵を養成するからには、その教育に於いて、判例抜きには考えられないからである。しかしながら右の設問は、「どのような目的のために、どのように判例を用いるのか」という、法科大学院における演習教育・演習教授法の在り方に関わる根源的な問いでもある。

右の設問に対する答えとして、次のような見解が想定される。

第一に、法曹実務家にとって「判例」は、日常業務上不可欠の重要な判断材料であり、問題解決への手掛かりなので、「判例」を学習すること自体、法科大学院の講義及び演習において不可欠とする立場である。この見解を「判例学習型」と呼ぶことができる。ただ、判例学習といっても、実務における判例の重要性を強調するあまり、極端な「判例盲従」に陥れば、ことに最高裁の判例(多数意見。米法的にいえば「法廷意見」)が「唯一絶対無誤謬」という、宗教改革前のカトリック教会的存在になりかねない。判例学習型は、こうした危険性もはらんでいることを肝に銘じるべきだろう。⁽²³⁾

第二に、実務における判例の重要性を十分に認識し、判例で示された解決法に最大限の敬意を表し、判例学習型と異なり、判例を必ずしも絶対視しないものの、訴訟当事者の言い分を前提にして、職業裁判官が手問ひまかけて下した判例である以上、極めて有力な今後の「事例解決の指針」として活用すべきだという立場である。この見解を「判例指針型」と呼ぶことができる。もっとも、一口に「指針型」といっても、片や判例を書道の手本のように扱う「判例教訓型」から、判例から教訓を読み取るにとどめるという「判例指針型」まで、判例への

敬意の払い方の強弱があり得ることに注意を要する。

第三に、実務における判例の重要性を十分に認識しつつも、個別の判例は、あくまで当該事例を解決するための一つの選択肢を提示するものであって、代替的な結論なり理由づけが十分可能な事例も皆無ではないため、たとえ最高裁のものであっても、既存の判例を単なる一つの事例解決例として位置付けるといふ立場である。この見解を「判例一選択肢型」と呼ぶことができよう。この見解は、法科大学院が、いかに専門職（法曹）養成機関とはいえ、法曹への実務研修とは異なり、いやしくも学問の府たる大学（大学院）の場での演習であるからには、裁判所の「権威」「実務での重要性」のみで個別「判例」の解決法を優位に扱うのではなく、あくまで解決への一選択肢にとどめるという思想・信念に基づくものである。つまり「誰がいったか」ではなく「何をいったか」で勝負するということである。誤解なきよう願いたいのは、「判例一選択肢型」は、決して判例に逆らうことを奨励しているのではないし、ましてや唯我独尊的結論を是とするものではない。あくまで白地の状況で事案解決を考えさせたのちに、判例、学説等との照合作業を行わせ、仮に判旨と異なる結論又は理由付けならば、説得力ある判旨反対の立論が強く求められ、それが可能かどうか、自己の結論及び理由付けの再検討を行わせる（場合によっては判例への改説）というものである。こうした訓練を積むことによって、新たな事案への解決法を自分なりに編み出し、ひいては創造的な次世代法曹へと成長していけると思われるのである。私は長年右の趣旨を、「学部ゼミ」における事例演習の最終目標にしてきた。⁽²⁴⁾

以上、判例を事例演習の素材とするときの手法として、判例を「オンリー・ワン（the only one）」の解決法とする「判例学習型」から、議論の出発点において判例を「ワンオブ・ゼム（one of them）」とする「判例一選択肢型」まで三類型に分類・整理してみた。

(3) 素材としての判例の限界？

本稿三(2)で指摘したことと重なるが、素材としての判例の「宿命」として、裁判所が原告・申請人の提訴(審判申立て)をまっけて初めて判断(審理)が開始されるものであること、しかもその案件が判決・決定に至ったものに限って初めて素材として登場してくるということがある。

さらに「弁論主義」を原則とする裁判所の審理過程では、職権調査(行政事件訴訟法二四条)、釈明処分(同法二三条の二)等の規定に基づく訴訟指揮を期待しても、あくまで訴訟両当事者の主張に対応して案件を処理するのが基本にならざるを得ないのが、おそらくは実状ではなからうか。判決文を読んでいて、何故裁判所が、ある重要な論点に言及していないのか、それを看過したのか、首をかしげたくなる場面に遭遇することがある。それから判決は、右のことに起因する可能性もあるう。

下級審判決において顕著だが、「原告に肩入れした」という印象を与える判決・決定も散見される。これらは、「お上にも慈悲があつても良からう」という時代劇の裁きの場面での台詞ではないが、「目前の原告にとつての最大限の救済」を考えれば、極めて当然の帰結と思われる。ただ、当該解決法を一般化させることに抵抗感の残る事例も、皆無ではなからう。判決の拘束力により、判示どおり当該事案の処置は当然として、制度全体とのバランス、原告とならなかつた者の扱い、「声なき声」たる公益等、行政現場で頭を悩ます事案も皆無ではないように思われる。実例を挙げると話が早い、適例としてここに披露することができない。「所詮法科大学院の事例演習なのだから、個別事案処理が良ければ、それで『良し』とするしかない」との割切りにも一理ある。しかしこうした「影(shadow)の部分」をも視野に、制度論・一般論に至る検討・議論もさせて、そのうえで再度判旨を再検討・再評価させるといった演習の進め方が、「政策大学院」ではない「法科大学院」の演習科目においても、果たして可能だろうか？

(23) シンポジウム「行政法解釈の方法」公法研究六六号二四七、二五四頁の石川敏行報告への藤原発言は、この趣旨である。大橋教授も「日ごろ判例をベースに勉強するような癖がつくと、その判例に牙を剝くというような形にはならないのではないか」と危惧される。大橋・前掲註(8)四〇五頁。

(24) 藤原・前掲註(3)一一―一二頁参照。

(25) 国会議員、国家公務員(任期付き)、審議会等委員への法曹の進出を考えても、「法科大学院で立法論、政策論が不要」とはいえないだろう。大橋・前掲註(8)四〇五頁も、判例学習の意義について、「一種の批判精神といえますか、立法提案の意欲のようなものを絶えずもたないといけない」と指摘する。

五 教授法1…要件事実論?

(1) 法科大学院における要件事実教育

法科大学院一期生は、全員が法学士で旧司法試験受験組も多く、学部時代の法律学の学習達成度は、総じて高かったはずである。にもかかわらず、新修習一期生(新六〇期)が、(本稿二で述べたように次期以降廃止される)「導入研修」について、「法科大学院では学ぶことのなかった事実認定や要件事実のことがよく分かった」と感想を述べている(傍点引用者)。他方、実際に法科大学院で行われた要件事実教育を、学生が発する質問も含め記録・紹介した出版物をみる限り、右の台詞には縁遠い、問題意識の高い受講生像が浮かび上がる。となると右の感想は、開設間もない法科大学院での「要件事実」教育体制が十分整わなかったことに起因すると考えてまず間違いないだろう(それとも法科大学院による要件事実論教育にバラツキでもあるのだろうか)。²⁶⁾

法科大学院の要件事実教育で扱う事例教材として、司法研修所編集のもの、²⁷⁾「法科」大学院用に新たに企画さ

れた教材、講義担当者手作りのもの等が考えられる。いずれにせよ、要件事実教育が法科大学院において行われていることは確認されるが、起案中心の前期集合修習に比べると、予習時間を含めた「時間数は少ない」との指摘もある。²⁹⁾

(2) 「要件事実」は万能薬か？

(イ) 「要件事実」の役割・機能

民事訴訟、とりわけ民法の適用を中心素材に組み立てられてきた要件事実の役割・機能を確認しておこう。

まず要件事実とは何か。「権利の発生、障害、消滅等の各法律効果が肯定されるかどうかは、その発生要件に該当する具体的事実の有無にかかる」。この事実を「要件事実」と呼ぶ。それは、「主要事実・間接事実の区別という主要事実と同義」である。³⁰⁾

要件事実論は、「民法の内容・規範構造や民事訴訟の審理・判断の構造を考える理論」で、実務上の「請求原因」→「抗弁」→「再抗弁」等の考え方を提供するものである。³¹⁾ 訴状(民事訴訟規則五三条、答弁書、準備書面(民事訴訟規則七九条二項)作成の際に、要件事実とそれ以外の事実の区別が必要であり、争点整理の場面(民事訴訟法一六四、一六五、一七五条)でも、要件事実的分析が求められるといわれる。³²⁾

手順として「証明の問題を考えて作られているわけではない民法を、証明の問題を考えた『裁判規範としての民法』に構成して(この構成という作業は民法の解釈の性質を有する)考えることが必要」で、「民法規範の構造(それが民法の制度趣旨を示しているのである)に従って、主張立証責任対象事実が定まる」³³⁾という。

本稿は立証責任(証明責任)論に深入りはしないが、³⁴⁾「訴訟上、ある要件事実の存否が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険」が立証責任³⁵⁾であり、「権利の存否の判断は、結

局、権利の発生・障害・消滅の法律効果を生じさせる法律要件に該当する要件事実の存否にかかる」のである。⁽³⁶⁾

(ロ) 「要件事実」の留意点

要件事実教育の場で用いられるであろう演習書は、設例について、訴訟物と請求の趣旨、請求原因（及び請求原因に対する認否）、抗弁（及び抗弁に対する認否）、再抗弁（及び再抗弁に対する認否）に分け、この順序で考察させている。⁽³⁷⁾ 司法研修所の教材は、これらをブロック・ダイアグラムで⁽³⁸⁾図示している点に特徴がある。⁽⁴⁰⁾ ブロック・ダイアグラムを初めてみせられたら面食らうだろうが、よくよくみると、単に考察結果を約束事にしたがって図示するだけの話である。最近の若者世代なら、TVゲーム感覚で簡単にこれをマスターするものと思われる。では、要件事実論は、単なる法曹の「スキル」⁽⁴¹⁾なのだろうか。伊藤教授は「要件事実をマニュアル的に覚えるのではなく……いつも『なぜ』そのような要件事実になるかを、立証の公平、すなわち民事実体法の制度趣旨に照らして、学生自身が徹底的に考えることが重要」で、「最終的ぎりぎりの局面においては、何らかの利益衡量の問題となる」という。⁽⁴²⁾

もともと「要件事実のみでは民事訴訟が行えるものではないことは当然のことであり、要件事実の意義を過大に評価することは戒めなければならない」⁽⁴³⁾（傍点、引用者）。たとえば裁判の現場からは、「要件事実的な分析をする一方で、『細かく積み上げ大きく誤る』ことを避けるために、事案の『落着き』を考え、その結論が法の目的とするところになうか、当事者の公平に合致するかなど具体的妥当性について再考する。これがいわば事件の『すじ』論からの検討である。このような検討によって要件事実的な分析による結論がおかしい場合には、これを回避するために、釈明の活用、法解釈の工夫、一般条項の活用を考慮することになる」⁽⁴⁴⁾（傍点、引用者）との指摘、要件事実の必要不可欠性を強調しつつも、「適正迅速な訴訟運営に基づいて適切な判決書を作成するためには、紛争の背景等に対する深い洞察力、人間諸科学に対する深い理解及び正しい事実認定等が必要」との含蓄

あふれる指摘がある。⁽⁴⁵⁾

またブロック・ダイアグラムに代表される「請求原因、抗弁、再抗弁」が、とかく時系列的流れを示すかのような印象を与える。この点は誤解であって、「民事裁判における判断の構造を述べているものであって、常に主張がそのような時間的順序で、主張立証責任のある各当事者から、それぞれなされなければならない……ものは、決してない」と説明されている。⁽⁴⁶⁾

本稿では言及しないが、要件事実論そのものへの批判も幾つかあるのも確かである。⁽⁴⁷⁾

いずれにせよ、要件事実論は、実務上重要な役割を果たしているが、決して万能薬ではなく、要件事実教育を含め、伊藤教授の命名による「鉄の要件事実論」から「コンニャク要件事実論」への転換が求められるところである。本稿としては、以上の点を確認し、次に進もう。

(3) 「行政法」要件事実教育？

法科大学院において行政法においても固有の要件事実教育が必要だろうか？

右の問い掛けに対して、大多数の「行政法」研究者教員は、消極説に傾くのではないだろうか。これを命題の形で提示しよう。

命題一… 目先の新司法試験公法系科目論文式の問題をみても、要件事実論的な設問とは距離があり過ぎる。⁽⁴⁹⁾

命題二… 要件事実論は、民事法、わけても民法典の適用をうける事案をもとに編み出された手法である。この点において、行政法現象は、大いに異なるものである。

命題二―一… まず民法には「裁判規範」性が認められるだろうが、行政法は、第一次的には行政に向けられた「行為規範」であって「裁判規範」は従たる役割でしかない。したがって、裁判規範たる民事実体法

をもとにした要件事実論は、そのままの形では、行政法では成立し難い。

命題二―二… 次に要件事実論において適用される実体法は、民法及び若干の民事特別法だけの、いわば限定された法の世界であつた。これに対して行政法は、わが国実定法の全部といつて過言ではない法令・条例の適用の場面である。したがつて、行政法は要件事実論にとっては、いわば未開拓の世界ではないか。命題二―三… 行政法は、憲法原理を前提に組立てられたものであつて、私人間の紛争解決のための民事実体法とはその性質を異にするものだから、後者における要件事実論は、公法関係には適用し難い。

命題三… 民事法の中でも、契約法の世界は別として、不法行為法においては、審理過程における要件事実論の役割に限界があるとの指摘もある。⁽⁵⁰⁾ ましてや私益対私益の民事法とは異なり、公益がからむ行政法の世界では、要件事実論に、より、限界がある。

以下、右記各命題を検討しよう。

「命題一」については、本稿二で述べた「前期集合研修」代替としての法科大学院における実務導入教育論としての要件事実教育の要否と、新司法試験の実際の出題とは全く別問題であり、後者から前者を導き出すことはできない。ただ、少なくとも現時点では、新司法試験出題者は、公法系科目における要件事実教育成果を試す意図を有していない、と考えてよさそうである。

「命題二」にあるように、要件事実論が、民事法で発展してきたことには、おそらく異論はないと思われる。問題は、そのことではなく、「要件事実論が、行政訴訟にも適用可能な手法か」「仮に部分的にせよ修正されるとすれば、それはどのようなものか」にあることはいうまでもない。

「命題二―一」の「行為規範」と「裁判規範」とについて、実は民事法においても、民法などの実体法規は行為規範であるとの見解と、実体法規は行為規範にとどまらず裁判規範でもあるとの見解とがある。⁽⁵¹⁾ 本章(2)

(イ) で引用の伊藤教授は、もともと民法は裁判規範性を有するが、解釈を施さなくとも裁判規範として存在する条文もあり得るものの、何らかの解釈を施したうえでなければ事実存否の証明問題に対処する裁判規範としては機能しないものがあり、こうした裁判規範としては「不備」なものについて「民法典の条文に内在される『裁判規範としての民法』」を発見・構成する作業（＝民法解釈。私・藤原の理解が正しければ「実定民事実体法の条文を、立証責任対象事実を決めるために翻訳する作業」が必要と論じる。⁽⁵²⁾

行政法の世界では、法治行政の原理が働くため、民事法以上に行政法規の「行為規範」性が強く意識されている。たとえば高柳教授は、「公法は、主権者（国民代表議会）の特定の実体的権利義務関係の存在（形成・変更・消滅）を求める意欲の表現であり、それは国家機関（行政庁）及び私人が、その規範内容に従って行為（作為・不作為・給付行政・受忍）することを命令する。公法は、その意味において、行為規範たる性質をもつといわざるを得ない」（傍点引用者）という。⁽⁵³⁾では「行為規範」のみかというところ、すでに田中博士は「いわゆる行為規範たる性質をもつと同時に、法律による行政の原理の当然の反映として、それ自体が裁判規範としての性質をもつもの」で、「この点において、私法法規が、原則として、行為の準則ではなく、裁判規範の性質をもつに止どまるのと区別される」とした（傍点引用者）。⁽⁵⁴⁾先の高柳教授も「特定の公法法規にもとづいて公権力主体と国民との間に権利義務関係が形成され、それに関して、法的紛争が発生すれば、当該行政法規は、その紛争解決基準とされるのであるから、公法が裁判規範であることはいくまでもないが、それは、さきに述べた意味において、同時に行為規範である点において、私法と規範としての性質を異にする」（傍点引用者）と述べた。⁽⁵⁵⁾両先生とも、私法は任意規定も多く、行為規範ではないとの認識のもとで述べられた可能性もある。ただ右の「裁判規範」という言葉は、裁判になれば当該行政法規が判断基準として適用されるというごく普通の意味での「裁判規範」性であり、その当時は、訴訟の場での証明問題をも含めた意味での「裁判規範」という問題意識は、まずなかったのではな

かろうか。文脈は若干異なるが、「裁判規範として機能することを想定した書きぶりになっていないことが普通である」⁽⁵⁶⁾ということが、裁判規範性の否定につながらないのは、いうまでもなからう。いずれにせよ、命題二一は、成立し難いことが判明した。

次に「命題二一二」がいうように、民法、商法及びその特別法等にとどまる一般民事訴訟とは異なり、行政事件においては、適用されるべき法規は、国の法令、自治体の条例・規則ということで、いわば無数である。

第一に、卑近な例として、訴訟要件⁽⁵⁷⁾ながら、原告適格（行政事件訴訟法九条）を基礎付けるために、どの法規を登場させるか、適用実定法自体が単純には定まらなく流動的である。また本案の問題としても、当該紛争解決に役立つ行政法規探しに苦勞することも稀ではないだろう。そういう世界と、使用される法令がごく限られており、いわば要件事実的处理の「予見可能性が高い」民事法の世界とは大きく異なる面を有することを、否定し去ることができないのではなからうか。

第二に、それら行政法規が、通常は、要件事実論が想定する訴訟の場をも意識して「裁判規範」として機能することを想定した条文のつくりになっていないとの疑問が湧く。したがって、請求原因・抗弁・再抗弁と交通整理がどの程度可能なのか、判然とはしない。

右に指摘の二点は、今後行政訴訟の要件事実の教材なり研究及び立法技術のより、進展によって、徐々に改善される可能性があるかも知れない。

「命題二一二」は、行政処分取消訴訟の立証責任をめぐる憲法秩序帰納説⁽⁵⁸⁾を想起させる命題である。また「命題三」は、いわば命題二一二及び二二三の発展形ともいべきものである。

これら命題に対して、そもそも論として「行政訴訟であっても、およそ法規は構成要件と法的効果から成り立っている以上、要件事実論による処理が可能な筈である。訴訟当事者に立証責任を分配し、要件事実の証明をさ

せるという作業に、民事訴訟も行政訴訟もない筈である」との反論が考えられる。事実、民事事件とならんで行政事件等を加えた要件事実論の教材も存在する。⁽⁵⁹⁾ 命題三との関連では、いわゆる現代型訴訟において「何が要件事実か必ずしも明確ではない」ので、要件事実論が有効か否かとの問いに対して、大江教授は、「既知の形成された要件事実の集積体では解決できないけれども、『要件事実的思考』は、既に形成された要件事実論から多くを学」び、「要件事実を創り出して処理」できると示唆する。⁽⁶⁰⁾

命題一は法科大学院の内輪話であるため論外として、命題二から三は、「そもそも行政訴訟に要件事実論は有効に機能するか」という、かなり抽象的レベルの話であり、いわば「空中戦」の色彩が濃い。おそらく真に期待されているのは、そのような非生産的な論争ではない。行政訴訟でも要件事実論が少しでも有効とするならば、それは民事訴訟におけるものと完全に同一なのか、それとも全部又は一部が修正されるものなのかといった、いわば「地上戦」が論点だろう。

そこで、是非とも行政事件担当の（なるべく現役）裁判官の見解や本音を知りたいところであるが、幸いにして藤山裁判官の意欲的な論文が存在する。藤山裁判官のいう民事訴訟とは異なる行政訴訟の取扱いの特色部分を、ごく簡潔にまとめておこう（十分咀嚼しないままの抜き書きなので、是非原典に当たって戴きたい）。

裁量性のない行政処分取消訴訟では「立証責任は」いずれかの当事者に包括的に分配され……要件事実ごとに各当事者に分属する事態は生じない。裁量処分取消訴訟では、効果裁量における処分要件該当事実及び要件裁量における一部裁量性のない要件事実が「通常の主要事実」となる。「裁量権の行使の適否……」「及び」適否を基礎付ける事実が、主要事実ではない。「裁量処分取消訴訟の審理では、通常の民事訴訟と異なり、要件事実はその指標とならず、裁判所が、当該事案ごとに処分の根拠法規の趣旨目的や当該事案の性質を基に健全な社会通念に照らして審理の対象となる事項を画する必要がある……、裁判官が法律家としての総合的な力量を問われる場面である」。⁽⁶¹⁾

右の藤山説と現実の訴訟実務との整合性や他の実務家の見解との比較等気になるところであるが、本稿で藤山説を論じるには余りに判断材料及び準備不足のため、現時点ではこれを断念せざるを得ない。いずれにしても、行政訴訟における要件事実論を展開した文献は、右を除くとほぼ皆無と思われる。今後ますます「地上戦」的議論が活発化することを望みたい。

さて、本節見出しの「行政法要件事実教育？」への回答を急ぐことにする。行政事件訴訟といっても、かなり民事訴訟と類似の訴訟構造である「当事者訴訟」も含めれば、「要件事実教育とは無縁」では済まされない要素がある。仮に要件事実論が行政訴訟においてもある程度有効であるとの暫定的結論を採用するとしても、第一に、法科大学院全体の総授業コマ数に限度があり、行政法演習に要件事実教育を盛り込もうとしても、そこは「ゼロ・サム・ゲーム⁽⁶²⁾」でパイの奪い合いである。第二に、仮に行政法が多めに授業コマを確保したとしても、憲・民・商・刑法に比べると、行政法の学力達成度は総じて低くかつ学生に苦手意識があり、いきなり「要件事実」「立証責任」「起案」と実務教育を振りかざしても「空振り」に終わるので、もう少し手前の基礎訓練の段階に時間を多く割かざるを得ないし、割く方が賢明というのが、正直なところである。

以上の次第で、要件事実論への問題意識は感じつつも、法科大学院行政法教育現場では、なかなかそれに踏み切れないのである。とはいえ、事例演習において「原告ならどう攻める？」「被告ならどう反撃する？」「裁判官ならどう裁く？」と、三者三様の立場からの立論を学生に求めるならば、それは請求原因・抗弁・再抗弁への準備作業とみることもできる。したがって、あえて「要件事実論」「起案」的「演習」と銘打たなくとも、これすなわち要件事実論的演習の入門編なのである。

(26) 伊藤・前掲註(5)一九頁以下。

- (27) 伊藤・同右・一八頁に例示されている。
- (28) たとえば大江忠『ゼミナール要件事実』(第一法規、二〇〇三年)は、一般民事訴訟以外に、行政訴訟等も網羅している点に特徴がある。
- (29) 田尾桃二「法学・法曹教育における要件事実論」伊藤滋夫・総括編集『民事要件事実講座1・総論I…要件事実の基礎理論』三四〇、三七一一三七二頁(青林書院、二〇〇五年)。
- (30) 司法研修所編『増補・民事訴訟における要件事実・第一巻』二一三頁(法曹会、一九九六年)。
- (31) 伊藤・前掲註(5)三一五頁。
- (32) 村田渉・山野目章夫編著『要件事実論三〇講』一三一一一三三頁(弘文堂、二〇〇七年)、加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』一八一一九頁、四七頁(第二版。民事法研究会、二〇〇六年)。
- (33) 伊藤・前掲註(5)二二頁。原田和徳「要件事実の機能…裁判官の視点から」伊藤編・前掲註(29)七〇、八三頁。
- (34) 要件事実論に関する各文献(加藤・細野・前掲註(32)のように、あえて立証責任に言及しないものもある)、民事訴訟法の各教科書、小林秀之『新証拠法』二〇八一二二〇頁(第2版。弘文堂、二〇〇三年)、伊藤眞・加藤新太郎・山本和彦『民事訴訟法の論争』一〇五頁(有斐閣、二〇〇七年)、春日偉知郎「法的分析アプローチの探求…要件事実の証明責任と事実説明」法学セミナー六四七号二八頁(二〇〇八年)のほか、こと行政事件に関しては、中西又三・村上武則・鈴木庸・古城誠・藤原淳一郎『テキストブック行政法』二一八一二二〇頁(藤原淳一郎執筆。有斐閣、一九九四年)、塩野宏『行政法Ⅱ』一四四頁(第4版。有斐閣、二〇〇五年)、大江・前掲註(28)四〇五頁、藤山雅行『行政訴訟の審理のあり方と立証責任』藤山雅行編『新・裁判実務大系25・行政訴訟』二九七頁(青林書院、二〇〇四年)、岩崎政明『立証責任』小川英明・松沢智・今村隆編『新・裁判実務大系18・租税訴訟』二〇四頁(青林書院、二〇〇四年)、山村恒年編著『実践判例行政事件訴訟法』三一二頁(三協法規出版、二〇〇八年)、中川・斎藤・石井・鶴岡・前掲註(8)三五四頁以下等参照。
- (35) 司法研修所・前掲註(30)五頁。
- (36) 法教育支援センター編・大江忠著『要件事実ノート』一〇頁(商事法務、二〇〇七年)。
- (37) 大江・前掲註(28)、加藤・細野・前掲註(32)五四頁以下、村田・山野目・前掲註(32)一四三頁以下等。

- (38) 司法研修所『改訂紛争類型別の要件事実…民事訴訟における攻撃防御の構造』（法曹会、二〇〇六年）、同『改訂・問題研究要件事実…言い分方式による設例一五題』（法曹会、二〇〇六年）。例外は、民法を逐条的に解析した司法研修所・前掲註(30)六七頁以下及び同『民事訴訟における要件事実・第二卷』（法曹会、一九九二年）である。
- (39) ブロック・ダイアグラムにつき永石一郎「当事者からみた要件事実…当事者代理人に必要な要件事実の基礎知識」伊藤編・前掲註(29)一〇三、一五〇頁以下。
- (40) 岡口基一『要件事実問題集』（増補版。商事法務、二〇〇八年）は「起案」が設問で、設例毎にブロック・ダイアグラムが添付されている本格的問題集である。
- (41) 加藤・細野・前掲註(32)三頁は、その文脈上若干ニュアンスが異なるにしても、「スキル」という。
- (42) 伊藤・前掲註(5)一三、一九五頁。
- (43) 司法研修所・前掲註(30)二頁。同旨・伊藤・前掲註(5)六頁。
- (44) 村田・山野目・前掲註(32)一三五―一三六頁。
- (45) 原田・前掲註(33)九八頁。ここに指摘の点は、まさしく日本型ロースクール設立前段階での論点であった。藤原・前掲註(1)参照。
- (46) 伊藤滋夫「要件事実論の現状と課題」伊藤編・前掲註(29)三、一八一―一九頁。
- (47) 批判説は、原田・前掲註(33)八七頁にリストアップされ、伊藤・同右・一五―二二頁に批判説への反論がある。今後を展望した議論として伊藤・加藤・山本・前掲註(34)ことに一三八―一三九頁参照。私自身は、藤原・前掲註(1)九〇頁で示唆したように、杓子定規な要件事実論（伊藤教授のいう「鉄の要件事実論」）は、「初めに法ありき」として、訴え提起から弁論を経て判決に至る動態的な司法過程のダイナミズムを制約しかねないとして、危惧の念を抱いていた。
- (48) 伊藤・前掲註(5)一九六頁。
- (49) 二〇〇八年度新司法試験「民事系科目」論文式問題第一問を例にとると、要件事実教育派は、本問こそが要件事実教育の成果を問う問題」と我田引水するだろう（ちなみに岡口・前掲註(40)三七八頁の第十九問は、これをベースにしたものという。同書・増補版はしがき及び三九六頁）が、敢えて要件事実を意識しなくても、実定法解釈論のレ

ベルでも十分に解答を導き出し得るようにも思える。他方、公法系科目論文式問題は、二問とも、およそ要件事実論とは距離のある問題といえよう。

(50) 伊藤・加藤・山本・前掲註(34)一三八—一三九頁。

(51) 大江・前掲註(36)一〇—一一頁参照。ちなみに司法研修所・前掲註(38)（問題研究要件事実）八頁は、「要件事実が何かという問題は、裁判規範としての実体法規の解釈によって決められる」とする（傍点引用者）。右見解について、伊藤・前掲註(5)一七三頁以下参照。

(52) 伊藤・前掲註(46)五、一〇—一二頁、伊藤・前掲註(5)一七三頁註三一—一七四頁註三二。伊藤滋夫「要件事実論と民法学」伊藤・企画委員代表『要件事実の現在をを考える』三、とくに三三頁以下（商事法務、二〇〇六年）が具体例があり分りやすい。

(53) 高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」高柳『行政法理論の再構成』七一、八九頁（初出…一九六九年。岩波書店、一九八五年）。

(54) 田中二郎『新版行政法上巻』三六頁（全訂第二版。弘文堂、一九七四年）

(55) 高柳・前掲註(53)。

(56) 中川・斎藤・石井・鶴岡・前掲註(9)三五七頁引用の立証責任分配の法律要件説への批判説（ただし出典不詳）。

(57) 「本案前の抗弁」たる訴訟要件は、本来は要件事実論の対象外である。原告適格は、職権調査事項ながら、判断の基礎となる事実、当事者の弁論にあらわれたものに限るべき（＝職権探知の対象外）と解されている。新堂幸司『新民事訴訟法』二二六頁（第四版。青林書院、二〇〇八年）、伊藤眞『民事訴訟法』一四一頁（第三版三訂版。二〇〇八年有斐閣）等。なお中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕『新民事訴訟法講義』四〇六頁（第二版。有斐閣、二〇〇四年）、原告適格の証明責任について塩野・前掲註(34)一五〇頁註4参照。

(58) 藤山・前掲註(34)三〇〇、三〇七頁以下参照。

(59) 大江・前掲註(28)二一九頁以下。なお租税訴訟での必要経費の立証責任が被告にあるとの見解（同書三二八頁）だが、「必要経費は所得算定の上での減算要素であって納税義務者に有利な課税要件事実」（国賠事件の最判平成五年三月一日民集四七巻四号二八六三頁）とみるのが合理的で、私見は原告説である。増田英敏「租税訴訟における要

件事実論」伊藤企画委員代表・前掲註(52)一七二、一九二頁は、特別な経費についてのみ、原告が立証責任を負うと解するが、藤山雅行「行政事件と要件事実」伊藤滋夫・長秀之編『民事要件事実講座2・総論Ⅱ・多様な事件と要件事実』三二〇、三四二―三四三頁(青林書院、二〇〇五年)は、このような見解にも懐疑的と思われる。各学説を整理したものとして、岩崎・前掲註34ことに二〇八―二〇九頁参照。

(60) 大江・前掲註(36)一七一頁。なお伊藤・加藤・山本・前掲註(34)一三九頁は、「今後は応用問題的なものが増えて行くのではないか」との観測を述べる。

(61) 藤山・前掲註(59)三二九、三三五―三三六、三三八頁。

(62) 藤原ゼミ夏合宿読書会で扱ったレクター・C・サロー『ゼロサム社会』(邦訳。TBSブリタニカ、一九八一年)ですっかり有名になった概念である。

六 教授法2…判例にどう向き合うか？

(1) 裁判判決の「三段論法」

本稿は高度職業人養成機関としての法科大学院における「行政法教育」の場を論じる場なので、「行政法研究」として「判例にどう向き合うか？」は主題ではない。

塾法学部を卒業し郷里の神戸大学大学院に戻っていた時期(一九六六年―七〇年)に、渡辺宗太郎・杉村敏正先生を中心とする「関西行政法研究会」で初めて判例報告の機会が与えられた。報告の準備段階で、民法学におけるような「判例研究の方法論」に関する論考は存在しなかったが、行政法判例研究の目的・手法について、ふと思いをめぐらせたことがあった。

裁判判決は、俗に「三段論法」によるといわれている。すなわち「大前提」法規(川島教授の言葉を借りれば

「裁判規範」⁽⁶³⁾ ↓ 「小前提」 (法律要件該当) 事実 ↓ 「結論」⁽⁶⁴⁾ としての判決である。つまりは、「初めに『法』ありき」の思想である。⁽⁶⁵⁾

しかし、右の三段論法は、現実の裁判官の判断過程からは実に遊離したものでなからうか。おそらくは「大前提」事実 ↓ 「小前提」法規 (法令・条例) ↓ 「結論」 (判決) の方が実態に近いのではないか。端的にいえば、「大前提」事実 ↓ 「小前提」結論 (あるべき事件の解決。川島教授の言葉を借りれば「事件に対して下された決定」)⁽⁶⁶⁾ ↓ 「結論」法令による理由付け (判決理由中の法律判断部分) という手順で、物事を判断しているのではなからうか。右の立論への批判もあらうが、法科大学院教育現場で複眼的見方を促すという意味で、あえて本節冒頭で言及した次第である。

(2) 事例演習における判例の位置付け

事例演習の素材としての判例は、本稿四で既述のように、判例そのものを素材とする「判例素材型」、判例をヒントに事例問題化する「判例変形型」とがある。前者の「判例素材型」は、個別判例を素材にするのが通例だろうが、総合判例研究的に、複数の判例を比較検討させる方式⁽⁶⁷⁾も含まれる。後者の「判例変形型」にも、個別の判例ベースに事例問題化するのが主流⁽⁶⁸⁾だろうが、複数の判例を組み合わせる事例問題化することも可能である。⁽⁶⁹⁾

現在、月刊法学教室、法学セミナーに、行政法事例演習が連載中である。なかにはスポットもある。⁽⁷⁰⁾これらは、上記のいずれかに属するといえよう。

学部・法科大学院を通じて学生によく参照される『行政判例百選』⁽⁷¹⁾は、かたくなに最高裁判決・決定しか扱わない。しかし民事訴訟法改正による上告制限により、今後はますます下級審判決、わけても高等裁判所判決の重要性が高まると思われる。隙間を埋める意味で、この意味からも下級審判決を含むケースブックが有益である。

(3) 判例と行政法理論

無数の実定法を駆使する行政法において、森羅万象（行政法現象）を、即座にかつ何の矛盾もなく説明・解決できる「問題解決型」⁽⁷²⁾の行政法体系書は、おそらくはこの世に存在し難いだろう。

判例は、既述（四（3））のように、提起された訴えに関する裁判所の判断であるという意味で受身的との制約はあるものの、目の前の事案の解決のために、様々な工夫をこらすことがある。そうした努力の結果、下級審であれ最高裁であれ、行政法総論、行政救済法を問わず、その後の学説の展開に貢献した判例は、枚挙にいとまがない。

最近五年ほど、行政事件及び国家賠償請求訴訟において、注目すべきいくつかの最高裁判決がでていることは周知の通りである。また下級審といっても、過去にさかのほれば、ことに「白石判決」、比較的最近では「藤山判決」等、担当裁判長の名を冠してその後語られる数々の東京地裁判決や、日光太郎杉・東京高裁判決等は、個別の各判旨への異論はあつても、⁽⁷³⁾ある意味、学説に「『コペルニクス的転回』を追った判決」と評価してもよからう。法科大学院学生が手にする行政法の教科書にも、そのような軌跡が十二分に織り込まれているといえる。法科大学院学生も、実務家になっていつの日か、そのような貢献ができるかも知れないのである。

(4) 学生への挑戦

判例を演習の素材にするといっても、既述（四（2））のように「判例学習型」「判例指針型」「判例一選択肢型」の三類型がある。学問の「修・破・理」でいえば、判例の正確な理解として「修」段階は「判例学習型」であり、「判例一選択肢型」は「破」の段階といえよう。でき得れば、最終的な学習度到達目標を「判例一選択肢

型」に設定したいものである。

以下、必ずしも網羅的ではないが、最高裁判例の中から、学生に判旨を考えさせるため、担当者が学生に発する(挑発する?)質問例を判決日時順に紹介する。これら質問事項は、私見からは切り離されたものであるし、質問者に勝算があるとは限らない。また極力「タブー」を排しているので、不適切な表現があればお許し戴きたい。行政判例百選、教科書等でお馴染みの判例ばかりなので、出典を省略し、各判例毎の関連文献も、原則、言及しない点をご容赦願いたい。

1 パチンコ球遊器課税事件(最判昭和三年三月二八日)

教科書には相変わらず引用されるが、消費税導入で物品税が廃止されただけでなく、仮に現時点で類似案件が起これば、異なる判断も期待され、賞味期限切れの判例ではないか?

2 個室付浴場事件判決(最判昭和五年五月二六日「行政事件」↓「国賠」、同年六月一六日「刑事事件」)

当該地域に個室付浴場はふさわしくないとの地元の切実な要望から苦肉の策で編み出された児童遊園の設置という「行政過程」を考えると、国家賠償及び刑事事件の判旨とは異なり、児童遊園設置許可は適法なのだから、旧・風俗営業等取締法によって「児童福祉施設」周辺地での営業が禁止されるのは当然でないか。これをもつて教科書が「他事考慮」「動機の不法」「目的違反・動機違反」という方が、バランス感覚を欠いていないか?

3 新潟空港判決(最判平成元年二月一七日)

原告適格拡大の契機となった判例の一つだが、職権での判断として、原審及び原々審とは異なり、「騒音被害」を持ち出せば原告適格肯定の可能性があるといえながら、何故破棄差戻しせずに行政事件訴訟法一〇条一項で上告棄却にしたのか?原告にとってこれは不意打ちに当たらないか?何故なら、破棄差戻しすれば、事実審において、原告は、騒音被害の点も争点に加えて得たのではないか?

4 志免町水道法判決（最判平成一二年一月二日）⁽⁴⁾

「早い者勝ち（first comes, first served）」ではなく、特定のカテゴリ（一定戸数以上のマンション、宅地開発）の新規給水申込者を頭から排除するのは、「平等原則」に抵触しないか？

また、「需給の逼迫」といっても、電気、ガス等の他の公益事業の類似の規定の解釈との対比からすれば、「将来における水不足」では、水道法一五条の給水契約締結義務を免れる現時点での「正当な理由」にはならないのではないか？

5 在外日本人選挙権判決（最「大」判平成一七年九月一四日。反対意見あり）

在外国民に投票権を与えるか否か、また在外国民に選挙区選出議員への投票権に限って平成一〇年公職選挙法改正において「当分の間」認めなかったのも、いずれも国会の裁量の適法な裁量の範囲内でないか？

国会議員選挙では、第一に、議員定数の是正問題や、第二に、（住民基本台帳とリンケージの）選挙人名簿と現住地の乖離により事実上投票できないホームレスやDVによる転居者を救済する方策が、むしろ喫緊ではないか？

右の後者の出訴の可能性は現実には低いだろうが、これらが「違憲」との判断なら、異論ない？

逆に、選挙区選出議員を含め投票権を与えなければ違憲と解すれば、むしろ平成一〇年法附則八項の「当分の間」という規定自体を違憲と解すべきではないか？

仮に法廷意見のように違憲説に立ったとしても、原告らへの損害賠償請求の認容は、泉反対意見がいうように、奇妙ではないか？

6 都市公園に関する都市計画事件（最判平成一八年九月四日）

私有地と公有地を並べれば、後者を公園用地として優先させるのは、およそ常識ではないか？
何故最高裁は、破棄自判せずに、わざわざ事件を差戻したのか？

7 住民基本台帳ネットワーク判決 (最判平成二〇年三月六日)

判旨は、住民基本台帳ネットワーク (以下「住基ネット」) の「四情報」は「当然開示されることが予定された情報」というが、住所、生年月日等は通信販売等の電話による取引において、本人確認手段として用いられるという実態に余りに無頓着ではないか? 四情報といえども、本人の了解がなければ、本来は秘匿すべき情報ではないか?

判旨は、住基ネットが「住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内」というが、現状では、住基ネットは何ら右目的に貢献していないのではないか?

判旨は、住基ネットが、不正アクセスや漏洩の危険にさらされていることを過小評価しているのではないか?

(63) 川島武宜『科学としての法律学』一九五頁 (弘文堂、一九六四年)。

(64) 加藤・細野・前掲註(32)九頁参照。中川・斎藤・石井・鶴岡・前掲註(8)三五〇頁は、「裁判所は、訴えをもつて判決を、求められた事柄について適用されるべき法規範は何か、そしてその法規範のもとで『訴訟物』……の存否を審判するのに必要な『要件事実』は何かを念頭に置きつつ (以上は、裁判所の専権たる法令の解釈適用の問題である)、当事者の『法律上の主張』『事実上の主張』『証拠の申し出』 (つまり攻撃防御方法) を通して、『要件事実』たる具体的事実の存否について結論を得ようとする」という。

(65) 民事訴訟法において「裁判に先立つ『法』が存在する」か否かの根源的な問いもあるが、ここでは立入らない。

(66) 川島・前掲註(63)二〇〇頁。

(67) 大橋・前掲註(8)四〇二頁。

(68) たとえば別添試験問題例Ⅴ第2問は、圏央道あきる野インターチェンジ訴訟一審判決 (東京地判平成一六年四月二二日判例時報一八五六号三二頁) をヒントにしている。控訴審東京高判平成一八年二月二三日 (判例時報一九五〇号二七頁) は、原告請求を棄却している。山村恒年・判批・判例地方自治二六一号四九、五一頁、伊藤克之「圏央道

あきる野土地収用事件の執行停止申立て及び本案訴訟に関する原告弁護士からの報告」日弁連行政訴訟センター編『最新重要行政事件実務研究』四九、六八頁以下（青林書院、二〇〇六年）、実務公法学会編『実務行政事件訴訟法講義』四九三以下（民事法研究会、二〇〇七年）等参照。

(69) たとえば別添試験問題例Ⅳ第1問は、前半が北海道の高速道路での事故を扱った札幌高判平成二〇年四月一八日最高裁HPをヒントに、後半は、「本来の用法」論の諸判決をヒントにしている。

(70) 橋本博之「法的分析アプローチの研究…行政法における仕組み解釈」法学セミナー六四七号一八頁（二〇〇八年）等。

(71) 民事訴訟法の教科書、たとえば伊藤・前掲註(57)六六四―六七一頁、小林・前掲註(34)二七〇―二七一頁等参照。

(72) 塩野宏『行政法Ⅰ』四五―四六頁（第四版。有斐閣、二〇〇五年）参照。

(73) 裁量統制の手法に関するアイデアは高く評価できるが、実際の適用として正当か否かは別問題である。藤原淳一郎・別件（もんじゅ行政訴訟差戻し後最判）判批・判例評論五七一号一八四、一九〇頁参照。

(74) 藤原・前掲註(1)一〇四頁註(50)参照。

七 むすび

(1) 行政法事例演習の難易度

事例演習において、設例（問題）だけで嗅覚・第六感が働き、まるで「条件反射」的に当該事案の争点・論点・解決処方箋を思い受かべることができる学生に対しては、ほぼ指導の必要もない（私自身はこれに近いと自認する）。問題は、右の直感や勘が働かない学生に対して、どう手解きするかである。

もともと事例演習や法解釈の場面では、理論物理学や数学のような「独創性」はほぼ不要で、「へそ曲りの発想」、ヒッチコック的筋書き、刑事コロンの推理を、やたら求めるものではないし、人間国宝的な「匠の技」

が存在するのも疑わしい。つまり法解釈は、いわば健全な常識を働かせる「成熟した大人の学問」ともいえる。既述(五)(2)(3)の原田裁判官、藤山裁判官の指摘⁽⁷⁵⁾とも共通するところであるが、事案処理への素人 (amateur)としての素朴な感覚、健全なバランス感覚こそが何より肝要なのである。

そうした意味からすれば、人生経験や社会性に疎い若い世代にとって、(例外はあるものの)登場人物のみを視野に入れば足りる一般民事事件、刑事事件と異なり、「公益」まで登場しかねない行政法の事例演習は、より手強い感じがするかも知れない。

ただ、民事事件における民事実体法、たとえば民法の難しい解釈論と比較すれば、行政法の実体法たる「行政統制の法理」は、情報公開、手続統制、裁量統制等の特殊な仕掛け⁽⁷⁶⁾はあるが、民法のような気難しい論争とはおよそ無縁の、かなりの程度「条理法」で処理できる世界といえなくもないと考えている。⁽⁷⁷⁾何故このような一見乱暴とも言える表現、学界諸先輩からは「憲法原理・法治国思想」⁽⁷⁸⁾の軽視と、ひんしゆくを買いそうな表現を使うかというところ、おそらくは学生が行政法に抱く不安・アレルギー反応の第一の要因が、初学者に難解と与る行政法総論の議論にあると推察するからである。そこで、講義の総括部分及び／又は演習の冒頭で、「煎じつめると」として、体系書の「目次」で該当箇所を示しつつ、右の趣旨を伝えるようにしているのである。

行政法を難解と学生に思わせる第二の要因は、国法だけではなく条例を含む莫大な数の実定法の存在であろう。案件解決の手掛かりになる条文の検索作業は、憲法、民事法、刑事法は足下にも及ばないだろう。しかしこれは時事事例(本稿三)等によって、普段から慣れるしかない話であって、即効薬は存在しないとしたら、いいようがない。

このようにして、行政法総論及び条文への「抗アレルギー」療法によって、行政法の事例演習において学生は、妥当な結論さえ得れば、あとは約束事にしたがって説得の術を駆使するのみなのである。

(2) 訴訟要件論から実体審理へ

平成一六（二〇〇四）年行政事件訴訟法（以下「行訴」）改正を受けて、訴訟要件論や訴訟形式論が、学界でもまた法科大学院の演習科目においても、盛んにとりあげられ、新司法試験公法系科目論文式においても出題されてきた。以下、法改正に携わられた研究者、実務家に非礼を顧みず、教育現場の生の声を記したい。

まず、昭和三七（一九六二年）（私が塾法学部入学の年）制定の行訴に慣れ親しんだ世代にとって、平成一六年改正は画期的なことに聞こえるが、考えてみると法科大学院の、ことに行政「争訟」法未修学生にとっては、現行法が学習の出発点であることを忘れてはならない。

右の法改正のうち、原告適格（行訴九条）は、従前の判例法の蓄積の追認という側面を有する。実際、小田急高架化訴訟の最「大」判平成一七年一二月七日も、法廷意見と横尾裁判官を含む四名の反対意見とを読み比べると、少なくとも法廷意見は「想定範囲内」で、何故反対意見にまで踏み出せなかったのか、というほうが論点であろう。

法改正事項ではなかったが、処分性（行訴三条）では、土地区画整理事業計画決定の処分性に関する最「大」判平成二〇年九月一〇日が話題だが、もともと昭和四一年判決自体に反対意見が付されていたものであるし、判断の枠組みを大きく変更したものではないように思われる。

むしろ問題は、訴訟形式論である。世上「頭の体操」としての訴訟形式論が過剰のように思われる。これも法改正といっても、従来の「無名抗告訴訟」から義務付けと差止めとが抜け出して、「法定抗告訴訟」化したのと、「無効等確認」か「無名抗告訴訟」か「当事者訴訟」というグレーゾーンの事案に関し、当事者訴訟としての「確認訴訟」を法定化したというものである。したがって、大袈裟に騒ぐほどの改正であったかどうか、今後の

推移を見守る必要がある。研究者の説く理論はともかく、実務の世界におとしこんで訴訟形式論を考えると、「極力、原告提起の訴えを適法視」すること、換言すれば、原告の訴訟形式選択のリスクを軽減することが望まれる。たとえば本稿六(4)5で述べた在外日本人選挙権最「大」判は、「選挙人名簿にもとづき投票をする地位にあることの確認」を求める当事者訴訟として請求をひとまず適法としたうえで、次回選挙にしばらくむくことによって、即時確定の利益ありとした。このような「善解」は正当である。他方、「善解」をする理由としては、選挙権が重要な権利で、かつ侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復できないことが挙げられている。したがって、上記大法院判決の射程距離はこのような場合に限定されるものと解されるべきである」との見解は、余りにも原告のリスクを増大させはしまいか？ 私は、むしろここで、訴訟選択肢論の「論争の休戦」を提案したいのである。^(補註3)とはいえ法科大学院の教育現場では、いわば「傾向と対策」の意味で、裁判官の行動(どの訴えを不適法とするか)を予測する必要がある。主位的請求を何にして、どのような予備的請求を並び立てるのか、といったことを詮索する程度にとどめるべきであろう。

小田急高架化訴訟は、結局のところ最判平成一八年一月二日の本案で敗訴し、女船頭唄ではないが「嬉しからせて、泣かせて消えた」で終わっている。となると訴訟要件論は消耗戦でしかない。

今後事例演習で求められることがらとして、第一に、同じ訴訟の話としても、訴訟要件という入り口だけではなく、それをクリアした場合の訴訟審理等に関する諸論点、たとえば事案の解明、立証責任、文書提出命令・文書提出義務⁽⁸¹⁾、さらには判決の効力等に関しても関心を持たせ、民事訴訟との異同を認識させることがある。第二に、訴訟要件という入り口の先、すなわち、本案の問題(実体法)⁽⁸²⁾である。原告側からみれば、いかにして勝ち得る理論・論理を構築するか、他方、守る被告・行政側からみれば、いかにして請求を退ける理論・論理を構築するか、にある。その際、いわば行政作用法各論的に、当該事案なり当該行政領域に特化させた固有の統制法理

の探求とならんで、いわば行政「作用」法総論的に、全行政領域横断的な統制法理を編み出したり深化させる模索が求められる。⁽⁸³⁾

(75) 前掲註(45)及び(61)該当の本文参照。

(76) かつて「行政過程」を時系列的に、調査↓計画↓政策決定↓立法↓執行の前提としての調査↓計画↓計画執行・個別処分……と並べて「行政過程論」として構成することも模索したが、現実の「行政過程」は、訴訟手続とは異なり、いわばループ状の複雑なため、これを断念したことがある。そこで次善の策として、藤原・前掲註(3)二——二二頁に示したように、学部行政法総論講義は、永年、「行政統制の法理」と「行政の行為形式論」の二本柱にしている。近時の教科書に、右に近い構成をとるものがあれば、「偶然の一致」というよりも、問題意識が共通のためであろう。

(77) この持論は、藤原・同右・二頁の二〇〇五年日弁連シンポジウムでの大橋報告(『大橋・前掲註(8)』への藤原質問に対する大橋教授の回答のなかで、「行政法は『条理法』だと教えておられるそうだが」と逆指摘された点でもある。

(78) 最新の体系書である阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、二〇〇八年)には、「実質的法治国家を創造する変革の法理論」との副題が付されている。

(79) 最新の文献では、たとえば芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ・行政救済法』二九頁(有斐閣、二〇〇八年)。

(80) 都築政則「改正行訴法下における行政事件の動向について」訟務月報五二巻一号別冊、一一一、一三八頁。

(81) 文書提出命令・義務について、田中二郎・雄川一郎・塩野宏先生を中心とする「行政判例研究会」の報告原稿、藤原・判批・自治研究八二巻一一号一三七頁(二〇〇六年)、同誌八三巻一一号一四二頁(二〇〇七年)。同誌八四巻一号一五七頁に表2の誤植訂正参照。右研究会には、塾法学部助手就職の一九七〇年に加えて戴いた。

(82) 大橋・前掲註(8)四〇六―四〇七頁も「本案審理に入れたとしても、その先結局は敗訴判決の山が連なるだけではないか」と、本稿と共通の問題意識である。

(83) この意味で、阿部・前掲註(78)、畠山武道「行政介入の形態」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ・行政作用・行政手続・行政情報法』三頁(有斐閣、二〇〇八年)は注目すべき業績である。

〔付記〕 本稿は当初、同期入社・同期定年である森征一教授退職記念号(本誌八二巻一号)に寄稿予定のところ、執筆時間がなかなかとれず、ようやく今号掲載となった。森君とは、一九七一年一月、郷里神戸での結婚披露宴の司会をお願いした間柄である。森君は、学部及び学校法人行政に深く関わったため、二人の在職中後半の生き方に差が生じたが、ともに無事定年まで勤務できることを素直に喜びたい。

本稿は私にとって「卒業論文」になる。本来の研究領域ではなく、問題提起的教育論で幕を下ろすことになった。これも時代のなせる技である。ライフワークは、「未完成交響曲」ではなく、続稿を第二ステージの楽しみにとおこう。

(二〇〇九年一月一五日午前三時脱稿)

(補註1) 校正時に接した三上雅通「法科大学院日より・漫才の域には達しないけれど」日弁連委員会ニュース・司法改革最前線七五号(二〇〇九年一月)は、慶應義塾大学法科大学院の「民事実務基礎」が、「従前司法研修所で行われていた前期修習に近」という。

(補註2) 最「大」判平成二〇年六月四日(判例時報二〇〇二号三頁)を受けた国籍法改正問題は、違憲判決を受けた立法の格好の事例である。「立法の話題・日本国籍の取得要件の見直し・国籍法の一部改正」法学セミナー六五一号一三三頁(二〇〇九年)参照。

(補註3) 橋本博之「行政訴訟改革といわゆるオープンスペース論」慶應法学一〇号一、一六一―一七頁(二〇〇八年)も、ほぼ同旨か?。

※本稿校正時に、左記の新刊広告に接した。

河上正二ほか編『伊藤滋夫喜寿記念・要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』(青林書院、二〇〇九年)、村田・山野目・前掲註(32)(第2版)、小川・松沢・今村編・前掲註(33)(改訂版)。(二〇〇九年二月十八日校正)

別添 試験問題例（藤原出題）

〔凡例〕

試験直後教室で受講生全員に配付する「〔採点基準付〕問題解説」はここでは割愛する。試験場には判例参照付を除く『六法』のみ持込可。

I 二〇〇七年一月 学部『行政法Ⅱ』

添付の「渋谷区ラブホテル建築規制条例」（以下「本条例」という）のもとでの下記想定事例について、各質問に答えなさい。

（１） ホテル建築計画中のAは、計画のホテルが万が一にも本条例の規制に服することがないかと、不安に感じている。Aが訴訟判決によってこの不安を解消するためには、Aは、誰を被告に、どのような訴えを提起すればよいか？

（三〇点）

（２） Bは本条例別表第2の区域でラブホテルとおぼしきホテルを建築中である。区長の同意を得ていないため、区長はBに対して、「直ちにホテルの建築を中止し、本条例による同意を申請すること」を勧告した。Bはこれを不

服として、勧告取消訴訟を提起した。Bの訴えは適法か？

（三〇点）

（３） Cは本条例別表第2の区域で別表第1を満たさないホテルを建築中のため、区長はCに対して、建築中止命令を出したが、Cは「ビジネス客及び観光客相手のファミリーホテルであって、ラブホテルではない」としてこれを無視し続けた。これに対して、渋谷区が原告となってCを被告に建築禁止を求める訴えは適法か？

（四〇点）

〔添付条文〕

渋谷区ラブホテル建築規制条例（平一八渋谷区条例三

一）全文 旅館業法（抜粋）

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律

（抜粋）

II 二〇〇七年一月『公法総合Ⅱ』

（第1問） 訴外Aは、B県C市において病院の新設を計画し、B県知事に病床数を一〇〇床とする病院開設の許可を申請した。Xは、Aの病院開設予定地から一〇〇メートル離れた場所で永年病院を経営していた。B県の医療計画では、C市での一般病床は九〇〇床であったが、既に五〇〇床が過剰になっていたため、知事はAに対して病院開設

の中止勧告をした(以下「本件勧告」という)。これに対してAは、C市の実態として、「単なる数合わせの話ではなく、現実にC市においては、産婦人科を含む緊急病棟が不足しており、B県の医療計画は合理性を欠くものである。したがって本件勧告は的はずれである」として、本件勧告に従わないばかりか、Aは本件勧告の取消訴訟を提起するに至った。根拠とした知事は、Aに病院開設の許可を与えた(以下「本件許可」という)。

これを知ったXは、Aの病院計画は、明らかにB県の医療計画自体に違反すること、Aは病棟不足というが、急患で搬送された救急患者の不払い率及び不払い額はC市全病院の合計値が他都市と比べて突出し、病院経営を圧迫しているという実態からして、病棟数が飽和状態にあるとみている医療計画は合理的な根拠があること、さらには手続的にみても、知事の中止勧告を無視しての計画強行であることから、本件許可は違法であるとして、県を相手取って本件許可の取消訴訟を提起した。

〔設問1〕 本案前の抗弁として、被告は「Xには原告適格が認められない」と主張した。被告主張が正当か否かを論じなさい。

〔設問2〕 仮に原告適格を肯定したとして、本件許可が

違法であるとのXの主張が正当か否かを論じなさい。

〔添付条文〕

医療法(全文)

健康保険法(抜粋)

(第2問) D県E市は、山からは海が見渡せ、山麓から海までは平野が広がるのどかな田園風景であったが、近年急速に宅地開発が進んできた。E市は、山麓の山寄りの地域は市街化調整区域で、山麓の海寄りから海岸近くまで続く平野部は市街化区域であった。

同じ市でありながら市街化調整区域に指定されている区域(以下「本件区域」という)の地主Fらには、不満がつのっていた。実は一〇年ほど前、本件区域について、E市市域海岸線を走る私鉄(株)G電鉄の子会社G不動産(株)が、大規模な宅地開発を計画したことがあったが、E市環境アセスメント条例や都市計画法上の「開発許可」等の手続に手間取り、頓挫した経緯もある。

ところが昨年一月中旬、G電鉄が、二年後に「E市駅」に停車する通勤快速を走行させるとともに中心都市の地下鉄との相互乗り入れ計画を発表した。これを知ったFらは、千載一遇のチャンスとばかりに本件区域を市街化調整区域から市街化区域に指定替えさるべく準備を始めた。

前回の教訓から、E市環境アセスメント条例の適用を受けないように、本件区域を所有権者が異なる甲地区（〇・七ヘクタール）と乙地区（〇・五ヘクタール）とに二分割し、甲地区を且不動産、乙地区をI建設に担当させることにした。そのうえで都市計画法二一条の二に基づき、本件区域（甲地区及び乙地区）を市街化調整区域から市街化区域への指定替えを提案した（以下「本件提案」という）。Fらは、本件提案で「自然との共生」をキャッチフレーズに、極力自然を残した形で宅地開発しようとしている。D県知事は、G電鉄沿線人口の急増に対応する良質の宅地開発が見込めるとして、本件提案を妥当と考え、都市計画審議会に付議したうえで、本年一〇月、本件提案通りにE市に係る都市計画を変更した（以下「本件決定」という）。

「E市の自然を守る会」（以下「守る会」という）は、ことに甲地区はホタルの生息地で、稀少種の草花・昆虫も多く生息する「自然の宝庫」であり、Fらの「自然との共生」はまやかして、環境アセスメント逃れは許されないとして、「守る会」及び同会代表者のJ（＝G電鉄E市駅前在住）が原告となつて、本件決定の取消しを求めて出訴した。被告県は、第一回準備書面において「原告らの本件請求は不適法であり却下すべし」と述べている。以上の事

実関係のもと、下記の二つの設問に答えなさい。

〔設問3〕 被告の第一回準備書面の主張内容を推察しつつ、本案前の問題について、原告準備書面における主張を展開しなさい。

〔設問4〕 仮に本件請求が適法であるとして、「本件計画変更決定」が違法である旨の主張を展開しなさい。

〔添付条文〕

都市計画法（抜粋）

都市計画法施行令一五条の二

環境影響評価法（全文）

E市環境アセスメント条例第二条

この条例において、次の各号に掲げる用語は、当該各号に定めるものとする。

（1）環境影響評価（中略）

（2）指定開発行為 別表に掲げる事業の種類に該当するもので、環境に著しい影響を与えるものとして、規則で定めるもの。（以下・略）

E市環境アセスメント条例施行規則第三条

条例第二条第二号の規則で定める事業は、別表第1に掲げる事業の種類毎に同表の第2欄に掲げる要件に該当する一の事業とする。

同・別表第 1 (第三条関係) (抜粋)

事業の種類	指定開発行為の要件
1 開発行為	都市計画法に規定する開発行為であって開発区域の面積が 1 ヘクタール以上のもの
4 住宅団地の新設	住宅団地の新設であって、事業に係る区域の面積が 1 ヘクタール以上のもの

Ⅲ 二〇〇八年五月 A / E 組『行政法Ⅱ (国家補償法部分)』

(第 1 問) 下記の仮想事例を読んで、三つの設問に答えなさい。

A は学生時代から射撃が趣味で、県の国体代表選手に選ばれたこともあった。大学卒業直前に玩具メーカー B 社の創業者 C の長女 D と結婚し、銀行勤務を始めた。射撃の味を忘れられないため、休暇をとっては狩猟をし、猟友会仲間の信望も厚かった。

卒業一〇年後に、B 社が輸出国での製造物責任訴訟に巻き込まれ、これを苦に C が突然病死し、A が B 社経営を引き継いだ。それを契機に、A D の夫婦関係が微妙に変化していった。A D は、連れだつて愛犬の散歩に出かける等、近所でも評判のおしどり夫婦にみえたが、家の中で、A はしばしば D を猟銃でなぐる等暴行を加えるようになった。D は、C 創業の B 社を守るためには A の悪い評判を立ててはならないとして耐えたが、高校時代からの女友達 E にだけは、口外しない約束のもと打ち明けていた。A の暴行は次第にエスカレートし、毎夜のように大声で A D の双方がどなりあう声が近所に響き渡るようになった。意を決した E は、県警察署に向き「D の話では、A は D に暴行を加えているし、猟銃を片時も放さないという。万一にも A が発砲すれば、A だけではなく近隣にも危険なので、何とかして欲しい」と陳情した。警察署長 G は、「いきなり経営者になり A さんにもストレスがたまっているのだろう。どなりあうのは、夫婦の仲が良い証拠だ。ウチなんか、とんと口喧嘩すらしなくなった。ま、夫婦げんか出来る間が花で、『夫婦げんかは、犬も食わぬ』というくらいだから、心配いらん。何しろ A さんは猟友会やロータリー・クラブの有力メンバーで人格者で評判や」と、そっけない反応だ

った。

五月四日午前二時頃、突然Dらしき悲鳴が聞こえたため、Eの夫Fが寝間着のまま外にでてみたところ、A宅の門のあたりで猟銃を持ったAがDに狙いを定めようとしていた。Fは「Aさんよ。早まるな」と制止の声をかけたが、「邪魔するな。ついでお前も殺してやる」として、Aが発砲した弾がFにあたり、Fはバツリとその場に倒れた。さすがに驚いたAは、猟銃を抱えたまま逃走した。Fは救急車で病院に搬送されたが、出血多量で病院で死亡した。警察はAの行方を追ったが、居場所をつき止められなかった。

同月五日午後三時頃、警察署にAから電話があり「俺は前から死にたかった。誰でも良かった。最高裁は一人殺しただけでは『死刑』にしてくれないらしい。こうなったらとことんやるだけ」と、連続殺人を予告する内容だった。

警察の調べでは、Aが同月七日午後二時開演の綾香全国ツアー・コンサートの入場券を、クレジット・カード払いで購入している。そこで警察は、Aが猟銃をもって会場に現れると想定し、最寄り駅H駅と会場の市立Iホール周辺に防弾チョッキ着用警察官数名を張り込ませることとした。警察は、Aを指名手配にしていたものの、指名手配ポスターを作成していなかったし、鉄道会社及びIホールには、

機密捜査情報として張り込みの旨を連絡していなかった。

Aは、同月六日に猟銃をH駅コインロッカーに預け隣町で一泊した。Aは、七日午後一時二〇分頃、スキンヘッドにTシャツ、ジーンズと完全変装のうえ、H駅で下車した。ビジネスマン・ルックの手配写真をした警察官は、誰もAに気付かなかった。改札口を出たAは、「我らに自由を」と叫びながらサバイバルナイフで通行人五名の腕等を切り付けながら、Iホールに向かって猛スピードで駆け抜けた。Aは、Iホール前で振付練習中の綾香ファンJの腹部を刺し、Jは即死した。Aはサバイバルナイフを投げ捨ててから、平然とIホールに入場しようとした。警察官Kは、Aに「止まれ」と制止したがAは立ち止まらなかったため、足を撃ったつもりだったが、手元が狂い銃弾がA頭部を貫通し、Aは意識不明の重体となり、同月一〇日に死亡した。

〔設問1〕 Fの遺族Eが提起する県に対する損害賠償請求は、認容されるか？ (八点)

〔設問2〕 Jの遺族が提起する国、県、市に対する損害賠償請求は、認容されるか？ (七点)

〔設問3〕 猟銃もナイフも持たぬ丸腰のAを狙撃したとして、Aの遺族Dが提起する県及び警察官K（個人）に対

する損害賠償請求は、認容されるか？

(五点)

〔添付条文〕

銃砲刀剣類所持等取締法（全文）

警察法（抜粋）

警察官職務執行法（全文）

（第2問） 下記の仮想事例を読んで、二つの設問に答えなさい。

会社員Lは会社同僚とともに、M市内の雑居ビル「Nビル」五階のカラオケ店「こだま」で取引先を接待していた。Nビル1階のラーメン店Oが火元の火事となり、同ビルの火災報知器が鳴った筈であるが、カラオケの音のせいもあってか、「こだま」店内の誰も警報器音の記憶はない。「何となく煙くさいわね」とママが気付き、客をエレベーターに誘導しようとしたが、エレベーター使用不能のため、階段を使うことにした。ところが、普段誰も通行に利用しないこともあって、各階の階段には、うず高くダンボール箱等が積まれ、一種の荷物置き場になっていた。このため、Lは一階に降りきらないうちに煙にまかれて動けなくなり、死亡した。

Lの遺族は、Nビル所有者、ラーメン店、カラオケ店の

ほか、市を相手取って損害賠償を請求しようと考えている。

〔設問4〕 遺族の市に対する損害賠償請求の根拠規定は、民法か国家賠償法か？

(三点)

〔設問5〕 遺族の市に対する請求は、どのように論理構成すべきか？

(七点)

〔添付条文〕

消防法（抜粋）

IV 二〇〇八年六月『行政法Ⅱ（国家補償法部分）』

B／F組

（第1問） 下記の仮想事例を読んで、三つの設問に答えなさい。

A県B町のCは、娘Dと息子Eとを、地元B町公民館で開催される松浦亜弥コンサートに送るために、自家用車で県道を運転することになった。この辺りの道路には、兎や鹿が出没するため、Cは制限速度の時速五〇kmを遵守して運転していた。ところが急に雨が強く降り出し、前方の視界が悪くなってきた矢先に、車の影らしいものを認識したため、Cは急ブレーキをかけたが間に合わず、Fの車に衝突した。Fは、制限速度を一〇km超える時速六〇kmで運転していて、道路に迷い込んだ鹿を避けようとしてハンドル

を切り損ねて横転事故を起こしていたのであった。

幸いCとDとは軽いカスリ傷で済んだが、後部座席シートベルトを着用していなかったEは車から投げ出され、大怪我をした。たまたま事故現場を通りかかったCの友人で隣町のGは、「大変だったね。Dちゃんは、大した怪我もないようだから、うちの娘のHと一緒に公民館に送ってあげるわ」と申し出、Cが了解したため、DはGの車で送ってもらい、開演時刻に間に合った。

コンサート終了時に「ロビーでサイン入りCDを限定五〇枚、握手のうえ販売します」とアナウンスがあった。それを聞いた二階席にいたHは、一階ロビーに急ごうと、階段の手摺を滑り台のように滑って降りようとしたが、木造の手摺の支柱の一部が腐っていて、Hはロビーに投げ出され、腰を強く打ちしばらく動けなくなった（幸い二次事故は、なかった）。

後日、C、D、Eの三名は、A県及びFを被告に、損害賠償請求訴訟を提起した。

また、Hは、B町を相手取って損害賠償請求訴訟を提起した。

〔設問1〕 C、D、Eの提起する県に対する損害賠償請求の根拠規定は何か？

（五点）

〔設問2〕 C、D、Eの提起する県に対する損害賠償請求は、認容されるか？

（二〇点）

〔設問3〕 貴君がB町訴訟代理人であるときに、B町は、Hの請求に対してどのように主張すればよいか？

（二〇点）

〔添付条文〕

道路法（抜粋）

道路交通法（抜粋）

道路交通法施行令（抜粋）

（第2問） 下記の仮想事例を読んで、設問に答えなさい。

I市は、国からの補助金を活用して、J山の山上付近にある配水池の上部（水がめの真上）を二四時間開放の都市公園にする計画を立てた。J山のふもとの住民は、水道施設の安全性の確保からして、配水池の開放は危険このうえないので、二四時間閉鎖の現状を堅持することを当初から念押ししてきた。配水池「上部公園」にバイクを含む一般車両の通行を禁止しない限り、暴走族の巢となることが予想される。上部公園は、民家から一切見通せない「死角」となるため、誘拐、婦女暴行、麻薬密売等の諸犯罪の温床になる。こうした理由からKら住民は、配水池の開放・公

園化計画に強く反対した。市は「I市の公園面積は他都市に比べて貧弱。予算・補助金もついた」として、公園化を強行した。

公園として開放したところ、Kらが案じたように暴走族の巣となり、騒音のため年中不眠に悩まされ、医者通いを余儀なくされた。またKの娘Lは、公園での犬の散歩途中に何者かに抱きかかえられ乱暴され、危うく車で連れ去られそうな場面で、ジョギング中のMに助けられた。Lはこの事件でショックを受け、立ち直れなくなった。K及びLは、安心・安全を考えないI市のやり方に憤り、I市を被るに、公園開放の禁止及び損害賠償を求めて出訴しようと考えている(本問では、前者の開放禁止の論点は扱わないこととする)。

〔設問4〕 貴君がK及びLの訴訟代理人であるとして、I市への損害賠償請求を、国家賠償法にもとづくものと構成して、主張を展開しなさい。

(一五点)

〔添付条文〕

都市公園法(全文)

V 二〇〇八年七月『行政法Ⅱ(国家補償法部分)』
C/D組

(第1問) 下記の仮想事例を読んで、二つの設問に答えなさい。

A県B市立C小学校教諭Dは、科学クラブの夏休み行事として、天体観測を企画した。平成二〇年八月某日午後七時頃、Dの呼び掛けで科学クラブ児童一〇名が校庭に集まり、望遠鏡で星を観察しはじめた。「屋上のほうがもっと楽しめそう」と児童Eが提案したが、同校では屋上は通常使用しないこととされていた。Dは、たまたま宿直担当だったので、宿直室から屋上への鍵を持出し、「暗いし屋上は危ないから、おとなしくするのだぞ」と注意を与えつつ、Eら児童一〇名を屋上に誘導した。

Eら児童は当初はDの指示にしたがったが、次第に屋上を走りまわり、Dが他の児童に気をとられている間に、普段は不活発で大人しい筈のFが、天窓の上に立って「見上げてごらん夜の星を♪……」と歌いだした。この歌は、Dが中学生の頃の愛唱歌なので、歌声で天窓の上の人影に気付いた。Dは一瞬「危ない」と感じ、天窓から離れるように声をかけようと思った瞬間、突然やってきた震度五強の地震によって、Dは屋上に立つこともままならず、屋上の床から投げ出されないのであった。震動が収まって天窓の方をみたが、既にFは天窓から転落したのか、姿

がなかった。Dは、あわてて下の階を確かめたところ、Fは1階に転落し、意識不明になっていた。

重傷を負ったFは、B市をあいどつて、損害賠償を求め出訴した。主位的に「Dに、児童の指揮監督上の義務を怠った過失がある」等として国家賠償法（以下、「国賠」という）一条にもとづき、予備的に「天窓及び校舎に瑕疵がある」等として同法二条にもとづき、B市の責任を追及するというものである。

〔設問1〕 貴君がB市の訴訟代理人であるとして、Fの国賠一条該当との主張に、どのように反論すべきか？

（一五点）

〔設問2〕 貴君がB市の訴訟代理人であるとして、Fの国賠二条該当との主張に、どのように反論すべきか？

（二〇点）

〔添付資料〕

学校教育法（全文）

「安全管理の実態調査……」二〇〇八年六月一〇日付

『日経』夕刊二三面記事

「公立小・中 震度6強の耐震調査」同月二一日付『日経』三面記事

（第2問） 下記の仮想事例を読んで、設問に答えなさい。

首都圏の道路事情を改善するため目下「圏央道」未開通区間の建設等が進行中である。予定コースでありながら、用地買収が進んでいないG市H地区について、圏央道建設主体のJは、G市環境影響評価条例にしたがつてG市区域内の圏央道に関する環境アセスメントをすませたうえで、H地区地権者から用地（以下「本件土地」）の取得のため、土地収用法の手続に入るように大臣及び知事に要請した。これを受けて、平成二〇年九月一日、知事は本件について「事業認定」した。これに不満のH地区住民Kらは、県を被告に、事業認定の取消を求めて出訴した。

〔設問3〕 住民Kらは、「仮に本件区域に高速道路が走れば、沿道のH地区住民は、受忍限度を超える大気汚染、騒音、振動に悩まされ、『瑕疵ある公の営造物』として国家賠償請求が認められることは必至である。したがって、このような本件道路は、土地収用法の『事業認定』要件を具備しない違法なものである」と主張している。この主張は正当か？

（一〇点）

〔設問4〕 訴訟係属中に「収用裁決」「工事開始」「供用開始」と進展するのを阻止するために、住民Kらが用いることのできる訴訟手段として考えられるものを、誰を相手

に何か、その全てを挙げなさい。それらが適法か、認容されるか否かは不問とする。
(五点)

〔添付資料〕

土地収用法 (抜粋)

「圏央道は今」二〇〇七年一〇月二六日付『産経新聞』
八面