

## 2024 年度同志社大学大学院司法研究科

### 前期日程入学試験問題解説

#### 行政法

##### 【出題意図】

本問は、行政裁量に関する問題である。行政裁量の有無は、法律の文言と行為の性質から判断すると一般に説明されるが、行為の根拠規範が定める要件と効果を区別することなく、根拠規範の文言に「おそれ」といった不確定概念が用いられているだけで裁量を認めたり、行為の性質を判断する手がかりとなる法令の仕組みを検討することなく、判で押したように「専門技術的判断の尊重」と裁量を根拠づけたりするなど、行政裁量の基本的な考え方が身につけていない学習者が少なくないことから、行政裁量の基礎を問う出題とした。

##### 【採点のポイント】

問（１）は、行政行為としての「許可」と「特許」の違いについて簡潔な説明を求める問題である。行政裁量の有無を判断する手がかりとしての「行為の性質」とは、権利自由の侵害であるか否かが基本的な着眼点であり、その観点から「許可」は、憲法による自由の保障を前提とした上で、一般的な禁止による自由の侵害を個別に解除するものであるから、裁量が認められない方向で考えるべきであるのに対し、「特許」は、一般的には認められない特権を新たに付与するものであって、その特権を付与しなくても権利の侵害とはいえないことから、基本的に裁量が認められる。以上の説明からわかるように、問（２）以降における行政裁量の検討の前提としての出題であるが、簡潔な説明を求める問題であるので、自由の侵害か否かという違いに言及できていれば十分である。

問（２）は、道路占用許可に裁量が認められる理由を問う問題である。問（１）の解答を踏まえて、道路占用許可が「特許」にあたるから裁量が認められることを具体的に説明することを求めている。上記のように行為の性質は法令の仕組みを検討することによって明らかにされるが、道路法の仕組みについては問題文の冒頭で簡単に説明している。この説明に基づいて、誰もが自由に利用できるはずの道路について、例外的に独占的な利用の特権を認める道路占用許可が「特許」にあたることを指摘すれば十分である。

問（３）は、行政裁量が認められるとはどういうことであるかを実質的に理解できているかを問う問題である。教科書に書いてあることを単に表面的に暗記するだけでなく、具体的な事例問題において、行為の根拠規範の要件と効果を区別し、要件裁量と効果裁量の正確な理解に基づいて検討ができるかを問うている。

Xの主張(ア)は、根拠規範である道路法33条の要件を満たしているとの主張であるが、道路占用許可は「特許」であるから、要件を満たしていても許可をしない「効果裁量」が認められる。したがって、Xの主張(ア)が正しいとしても、(効果)裁量が認められるというY県の主張に対する反論にはならない。

これに対し、Xの主張（イ）については、その主張が正しいとすると、裁量が認められるというY県の主張に対し、裁量の逸脱・濫用にあたるとして反論が認められる可能性がある。実際に裁量の逸脱・濫用にあたるか否かを的確に検討するための情報が問題文には欠けているが、裁量の逸脱・濫用の具体的検討を求める問題ではないため、裁量の逸脱・濫用の可能性があることを指摘できていれば十分である。

### 【講評】

本問における行政裁量の有無に関する検討の指針に気づいてもらうことを意図して、問（1）において行政行為としての「許可」と『特許』の違いを問うたにもかかわらず、危惧したとおり「おそれ」という文言や「専門技術的判断の尊重」というだけで裁量を根拠づける答案が続出した。そのような解答は明らかに誤りとはいえない場合が多いことから手取り早い方法として多用されるが、そのような方法に終始していると、個別法の仕組みに即した的確な行政裁量の検討が身につかない。さらにいえば、行政裁量の検討は基本的に法律解釈の問題であるので、行政裁量の論点を超えて、行政法の解釈一般にまで影響が及び、個別法解釈への習熟を妨げるおそれもある。

とはいえ、このような答案は受験者に問題があるというよりも、近時の行政法教科書などが行政裁量の検討における個別法の仕組みの解釈をおざなりにしている点に原因があると思われる。採点にあたってはこの点を十分に踏まえ、正確な解答でなくともある程度は評価した。ただ、道路占用許可という行為の要件と効果の区別、要件裁量と効果裁量の区別は行政法の基本的な理解に関わるので、その理解ができていないかを重視して評価を段階づけた。

例えば、問（2）においては「できる」という根拠規範の文言は「特許」としての性格と結びつけて論じる必要があり、文言だけでは裁量の根拠として不十分であるが、効果裁量の問題として位置づけていればある程度評価した。また、「おそれ」という文言は「特許」としての性格とは直接結びつかないため、やや低く評価したが、要件裁量の問題として位置づけ、専門技術的判断の尊重と結びつけていればそれなりに評価した。これに対し、要件裁量と効果裁量の区別ができていない答案は、問（2）においても問（3）においても厳しく評価した。

なお、問（1）は、問（2）問（3）の解答の前提となる一般的な知識を問う基本問題であるが、解答できていない答案が少なくなかった。そもそも行政行為としての「特許」概念を知らないのか、特許法上の特許の説明をしていると思われる答案や、行政手続法2条3号の「申請」の定義に言及する答案がみられた。行政行為の「許可」と「特許」の区別は古典的な基本論点であり、行政法総論の基礎的な学習が不足していると感じた。

総じて、行政法総論について地に足のついた着実な学習ができていないことを改めて実感させられた。法科大学院進学までに行政法学習を根本から見直すことを強く勧める次第である。