

令和4年司法試験 公法系第2問（行政法）

問題文

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕(1)、〔設問1〕(2)、〔設問2〕の配点割合は、40：20：40）

A株式会社（以下「A」という。）は、水素・燃料電池自動車や自動運転等の研究開発と自動車の整備や走行テストを実施するため、B県C市内にある台地状のD山山頂部のA所有地と、これに連なる中腹部のE所有地の一部を開発区域（以下「本件開発区域」という。）として、山林の伐採、大規模な切土と盛土により合計200ヘクタールの土地を造成し（以下「本件開発行為」という。）、周回路等の走行試験場、開発・整備工場等の施設を設置する計画（以下「本件計画」という。）を立てた。本件開発区域は、森林法（以下「法」という。）第10条の2第1項における地域森林計画の対象となっている民有林で、総面積の98パーセントがA所有林、2パーセントがE所有林である。

本件計画のうちE所有林の部分においては、立木の伐採、住民の生活用水のための貯水池（以下「本件貯水池」という。）の設置等が予定されている。本件開発区域には、A所有林からE所有林を通過して本件開発区域外に流れ出す沢（以下「本件沢」という。）があり、Fは、本件開発区域の外縁から200メートル下流部の本件沢沿いに居住し、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用している。また、本件開発区域を含むD山の山林はC市の水道水源の一部となっている。過去に数十年に一度程度の集中豪雨が合った際、本件沢からの溢水等により、本件開発区域外のE所有地の土砂等が流失しE所有の立木の育成に悪影響が生じ、Fの住居も浸水被害を受けたことがあった。なお、Eは、D山から30キロメートル離れたC市外に居住し、D山を水源とする水道水を使用していない。

B県には、法第10条の2第1項に基づく開発行為の許可（以下「開発許可」という。）の手續を円滑に進めるための指導指針（以下「B県指針」という。）があり、開発行為を行う者は、開発計画に関する概要等を記載した書面を担当課であるB県農林水産部森林課（以下「担当課」という。）や関係市町村に提出すること、開発区域の周辺住民や地権者等に対し、開発計画、開発行為に係る防災計画等について説明することなどが定められている。Aが開催した説明会では、参加したFを含む地域住民やEが、本件開発行為を含む本件計画が実施された場合、水害や土砂災害の発生リスクが高まり、また、安定的な水の確保も困難になるなどとして反対意見を述べた。これに対し、Aは、担当課と地域住民等に、説明会で出された質問や要望に対する見解と対応方針を伝達した上で、B県知事に対し、本件計画に係る開発許可の申請（以下「本件申請」という。）を行った。

B県指針に基づき上記書面の提出を受け、上記説明会に参加したC市担当者は、今後、本件計画のようなC市の水道水源確保に支障が生じるおそれのある事業を規制する必要があると考えた。そこで、C市は本件申請前に水道水源保護を目的としたC市水道水源保護条例（以下「本件条例」という。）を新たに制定・施行し、C市長は、直ちに、所定の手続を経て、本件開発区域を含むD山の林地を本件条例第

6条第1項に基づく水源保護地域に指定し、公示した。本件申請後に同指定を知ったAは、本件条例第7条第1項に基づくC市長との協議を開始したが、C市長は、C市水道水源保護審議会においてAの事業用の取水量・貯水量の多さが問題として重視されたことから、同審議会の意見に従い、本件計画により設置する予定の施設を本件条例第7条第3項に基づく規制対象事業場として認定し（以下「本件認定」という。）、Aに通知した。

以下に示された担当課長とB県法務室長（弁護士）による【検討会議の会議録】を読んだ上で、法務室長の立場に立って、設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料1 関係法令】に、B県における法第10条の2第2項に基づく都道府県知事の許可に係る開発許可基準（以下「本件許可基準」という。）の抜粋を【資料2 B県林地開発行為の許可基準（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

B県知事がAに対し本件申請に係る許可をした場合を想定して、以下の点を検討しなさい。

- (1) E及びFが同許可の取消訴訟を提起した場合、E及びFには、この取消訴訟における原告適格が認められるか、検討しなさい。
- (2) 仮にEが本件開発行為に同意し、Fのみが同許可の取消訴訟を提起した場合、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了した後においても、Fに訴えの利益は認められるか、検討しなさい。なお、解答に当たっては、Fに原告適格が認められることを前提にしなさい。

〔設問2〕

B県知事がAに対し本件申請に係る許可をし、Fが同許可の取消訴訟を提起した場合を想定して、Fによる違法事由の主張として考えられるものを挙げた上で、それぞれに対するB県の反論を検討しなさい。ただし、同許可が法第10条の2第2項第1号及び同項第1号の2に定める基準を満たすかどうかについては、違法事由として検討する必要はない。また、Fによる違法事由の主張については、主張制限（行政事件訴訟法第10条第1項参照）を考慮しなくてよい。

【検討会議の会議録】

担当課長：本件申請に係る許可の審査に当たり、Aの開発行為に関わる紛争発生時におけるB県の対応戦略について、法的観点からの検討をお願いします。

法務室長：それでは、B県知事がAに対し本件申請に係る許可をした後、EやFから同許可の取消訴訟が提起された場合を想定します。まず、訴訟要件について検討しますが、本件開発行為によりどのようなことが起こる可能性がありますか。

担当課長：一般に、大規模に行われる盛土、切土等の造成による地形の改変は、造成前に比べ、地盤の安定を害し、また、山林を伐採すれば、山林の保水力も低下し、土砂による濁水も増え、水源かん養機能を低下させるおそれが高くなります。しかも、本件計画では工事が長期に及ぶ予定ですから、その間に集中豪雨により土砂災害や水害が発生する可能性は否定できません。

法務室長：開発許可が処分であることは明らかですので、論点の一つは、E及びFに原告適格があるかです。この点は、ゴルフ場建設に関わる開発許可の取消訴訟に関する最高裁判決（最高裁判所平成13年3月13日第三小法廷判決・民集55巻2号283頁）を参考に、EとFの各々について検討することになります。

担当課長：本件申請では、Eの同意書は添付されていません。仮に本件申請に係る許可をしても、Eの同意が得られなければ、本件開発行為の完了を見込むことはできません。ただ、Aによれば、AとEは協議中であり、今後、Eが同意に転じる可能性はあるようですが、明らかではありません。仮にEが本件開発行為に同意し、Fのみが本件申請に係る許可の取消訴訟を提起した場合、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了するとどうなるのでしょうか。

法務室長：その場合、Fの訴えの利益の問題が生じます。取消訴訟係属中に林地の開発行為に関する工事が完了した事例に関する最高裁判決（最高裁判所平成7年11月9日第一小法廷判決・裁判集民事177号125頁）では訴えの利益が否定されていますが、その理由が明確ではありません。訴えの利益を否定する理由を明確化するため、建築確認の取消訴訟係属中に建築工事が完了した事例に関する最高裁判決（最高裁判所昭和59年10月26日第二小法廷判決・民集38巻10号1169頁）を参考にしつつ、開発許可の法的効果などを法の仕組みに即して検討することになります。次に、本案の問題ですが、開発許可に当たっては、水源の確保対策等の必要性や措置の妥当性の評価などに関する専門技術的判断はもとより、公益の考慮も必要となります。そこで、法第1条と法第10条の2第3項に規定する「森林の保続培養」の意味を教えてください。

担当課長：「森林の保続培養」とは、森林造成には長期を要し、一度開発して土砂災害・水害防止機能や水源かん養機能などの公益的機能が破壊されると回復は相当難しいので、森林の無秩序な開発により森林の持つ機能発揮を阻害しないように、合理的かつ計画的に森林を維持改善することを意味します。

法務室長：B県知事が定め、B県ウェブサイト等で公開している本件許可基準（【資料2 B県林地開発行為の許可基準（抜粋）】参照）第1-1-①の趣旨は何ですか。

担当課長：本件許可基準では、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。森林法施行規則（以下「規則」という。）第4条第2号に関し、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、開発区域内の私法上の権原を有する者全てではなく、3分の2以上の権利者が現に同意していること等を求めています。本来、全員の同意が望ましいのですが、申請時には開発行為が許可されるか不明であり、申請者に過度な負担を課さないためです。この基準を前提に、Eの同意書が添付されていない現段階で本件開発行為を許可すると、法的にはどのように評価されるのでしょうか。

法務室長：想定する取消訴訟では、本件許可基準第1-1-①との関係が問題になりそうです。そこで、開発許可につきB県知事の裁量権が認められる理由や、本件許可基準に定める同意を要する権利者数以外に、本件許可基準に定めのない本件開発区域における所有林面積の割合を本件開発行為の許否の判断に当たって考慮することができないか、検討することにします。なお、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。

担当課長：本件計画によれば、Aは本件開発区域全域に本件貯水池のほか複数の井戸や貯水池を設置して事業用水等を確保する予定です。本件開発区域を含むD山の山林はC市の水道水源の一つですから、C市長は、Aによる事業用水の取水や貯水によってC市の水道水源が枯渇するおそれを解消するため、本件計画の阻止を意図して本件認定をしたようです。この点に関するAとC市長の本件条例に基づく協議では各々の主張を言い合っただけで終わったそうです。B県としては、C市長が丁寧に協議を行い、Aの協力を得ることができれば、水道水源の枯渇という問題は生じないと考えています。いずれにしても、C市長の本件認定は、Aの権利に重大な影響を与えますが、本件申請との関係ではどのような影響が生じるのでしょうか。というのも、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からです。

法務室長：本件許可基準第1-1-②との関係で本件認定の違法性が問題となります。想定する取消訴訟で、B県が本件認定の違法性を主張することができるかは、別の機会に検討する必要がありそうですが、ここでは、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。

担当課長：本件開発行為についてEが同意し、本件申請に係る許可がされて本件開発行為が始まれば、Aは本件計画に従い本件貯水池を設置することになります。しかし、Fは、説明会で、本件貯水池の容量が少なく、Fの生活用水に

不足が生じると主張していました。B県としては、Fが主張する容量の確保は技術的に難しく、実現には費用が掛かりすぎると考えています。

法務室長：想定する取消訴訟では、本件計画による水資源確保対策が法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1に適合しているかが問題となるでしょう。そこで、B県として法的にどのような反論をすることができるか、検討することにします。その他の本案の論点は別の機会に検討することにしたと思います。

【資料1 関係法令】

○ 森林法（昭和26年法律第249号）（抜粋）

（この法律の目的）

第1条 この法律は、森林計画、保安林その他の森林に関する基本的事項を定めて、森林の保続培養と森林生産力の増進とを図り、もつて国土の保全と国民経済の発展とに資することを目的とする。

（開発行為の許可）

第10条の2 地域森林計画の対象となつてゐる民有林（中略）において開発行為（土石又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為（中略）をいう。以下同じ。）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。（以下略）

2 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 当該開発行為をする森林の現に有する土地に関する災害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域において土砂の流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがあること。

一の二 当該開発行為をする森林の現に有する水害の防止の機能からみて、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害を発生させるおそれがあること。

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）

3 前項各号の規定の適用につき同項各号に規定する森林の機能を判断するに当たつては、森林の保続培養及び森林生産力の増進に留意しなければならない。

4～6 （略）

（監督処分）

第10条の3 都道府県知事は、森林の有する公益的機能を維持するために必要があると認めるときは、前条第1項の規定に違反した者若しくは同項の許可に附した同条第4項の条件に違反して開発行為をした者又は偽りその他の不正な手段により同条第1項の許可を受けて開発行為をした者に対し、その開発行為の中止を命じ、又は期間を定めて復旧に必要な行為をすべき旨を命ずることができる。

第206条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する。

一 第10条の2第1項の規定に違反し、開発行為をした者

二～四 （略）

○ 森林法施行規則（昭和26年農林省令第54号）（抜粋）

〔（注） 本規則中、「法」は森林法を指す。〕

（開発行為の許可の申請）

第4条 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）

○ C市水道水源保護条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、住民が安心して飲める水を確保するため、市の水道水源を保護し、もって市民の生命及び健康を守ることを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 （略）
- 二 水源保護地域 市の水道に係る水源及びその上流地域で、市長が指定する区域をいう。
- 三 水源の枯渇 取水施設の水位を著しく低下させることをいう。
- 四 対象事業 水源の枯渇をもたらすおそれのある事業をいう。
- 五 規制対象事業場 対象事業を行う工場その他の事業場のうち、水道に係る水源の枯渇をもたらす、又はそのおそれのある工場その他の事業場で、第7条第3項の規定により規制対象事業場と認定されたものをいう。

六 （略）

（水道水源保護審議会の設置）

第5条 市の水道水源の保護を図り、水道事業を円滑に実施するため、（中略）水道水源保護審議会（以下「審議会」という。）を設置する。

2 審議会は、水源の保護に関する重要な事項について、調査、審議する。

（水源保護地域の指定等）

第6条 市長は、水道水源を保護するため、水源保護地域を指定することができる。

- 2 市長が、水源保護地域を指定しようとするときは、あらかじめ審議会の意見を聴かなければならない。
- 3 市長が、第1項の規定により、水源保護地域の指定をしたときは、その旨を直ちに公示するものとする。

（事前の協議及び措置等）

第7条 水源保護地域内において対象事業を行おうとする者（以下「事業者」という。）は、あらかじめ市長と協議しなければならない。

2 （略）

- 3 市長は、第1項の規定による協議の申出があった場合において、審議会の意見を聴き、規制対象事業場と認定したときは、事業者に対し、その旨を速やかに通知するものとする。

（規制対象事業場の設置の禁止）

第8条 何人も、水源保護地域内において、規制対象事業場を設置してはならない。
(罰則)

第20条 次の各号の一に該当する者は、1年以下の懲役、又は10万円以下の罰金に処する。

- 一 第8条の規定に違反した者
- 二 (略)

【資料2 B県林地開発行為の許可基準（抜粋）】**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 開発行為に係る森林につき、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、開発行為に係る森林につき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もの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）

解説

第1 設問1(1)

1 問われていること

「Aの申請に係る開発許可の取消訴訟を第三者が提起する場合における原告適格の存否を問うものである。」(出題趣旨)。E及びFの原告適格を論じる際には「ゴルフ場建設に関わる開発許可の取消訴訟に関する最高裁判決(最高裁判所平成13年3月13日第三小法廷判決・民集55巻2号283頁)を参考に」(検討会議の会議録)する必要がある。

2 ゴルフ場建設にかかわる開発許可の取消訴訟に関する最高裁判決(最判平13.3.13【百選Ⅱ157】)の検討

(1) 事案の概要及び結論

ゴルフ場開発業者であるA社がB県にあるC地区一帯の山林をゴルフ場として造成することを計画し、B県知事Yに対して森林法(以下、法とする)10条の2第1項に基づく開発行為の許可を申請し、Yはこれを許可した。X1は開発区域を水源とするD川に近接した、開発区域の下流部に居住している。X2は開発区域内及びその周辺の土地に立木を所有している。X3はD川から取水して農業を営んでいる。

X1らはYのA社に対してした許可の取消しを求め、取消訴訟を提起した。

X1にのみ原告適格を認め、X2及びX3については原告適格が否定された。

(2) 最高裁の判断

「行政事件訴訟法9条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条にいう当該処分の取消しを求めるにつき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。そして、当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである」。

「法律上の利益を有する者」に当たる場合についての規範部分である。この部分は他の原告適格に関する判断でも繰り返し用いられており、答案においてもこの規範部分を書くことが必要となる。

「ア 本件において、X1は、本件開発区域に近接する住居に居住しており、本件開発許可に基づく開発行為によって起こり得る土砂の流出又は崩壊その他の災害あるいは水害により、その生命、身体等を侵害されるおそれがあると主張している。」

X 1 が主張する被侵害利益を特定する部分である。答案においてもこのようにまずは原告がどのような利益を被侵害利益として主張するのか特定する必要がある。本問では本件開発区域に近接する住居に居住しているのは F であることから、F の原告適格を検討する際に上記のように被侵害利益を特定することが要求される。

「そこで検討するのに、森林法 10 条の 2 第 2 項 1 号は、当該開発行為をする森林の現に有する土地に関する災害の防止の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域において土砂の流出又は崩壊その他の災害を発生させるおそれがないことを、また、同項 1 号の 2 は、当該開発行為をする森林の現に有する水害の防止の機能からみて、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害を発生させるおそれがないことを開発許可の要件としている。」

処分の根拠法規を特定し、原告の被侵害利益を考慮要素としていと考えられる要件規定を挙げる部分である。要件規定の全てを挙げるのではなく、原告の被侵害利益を考慮要素としている規定のみ言及していることに注目すべきである。

「これらの規定は、森林において必要な防災措置を講じないままに開発行為を行うときは、その結果、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害が発生して、人の生命、身体の安全等が脅かされるおそれがあることにかんがみ、開発許可の段階で、開発行為の設計内容を十分審査し、当該開発行為により土砂の流出又は崩壊、水害等の災害を発生させるおそれがない場合にのみ許可をすることとしているものである。」

根拠法規の趣旨から、当該要件規定のあてはめをする際の考慮要素としてどのようなものが考えられるのかを導出する部分である。要件規定の解釈をするためには、当該規定の趣旨を踏まえることが必要であるため、当該規定の趣旨を指摘したものである。

「そして、この土砂の流出又は崩壊、水害等の災害が発生した場合における被害は、当該開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民に直接的に及ぶことが予想される。」

規定の趣旨からして、要件規定へのあてはめをする場合に考慮すべき要素が何かを検討するところである。

「以上のような上記各号の趣旨・目的、これらが開発許可を通して保護しようとしている利益の内容・性質等にかんがみれば、これらの規定は、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害防止機能という森林の有する公益的機能の確保を図るとともに、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。」

まず X 1 の主張する被侵害利益が公益として保護されている＝要件規定の考慮要素となっていることを指摘し、次に、生命身体の安全という法益の性質、その重大性にかんがみ個別的利益としても保護するという趣旨を読み取る部分である。答案においてもこの 2 つを分けて記述することが望ましいと考えられる。

「そうすると、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつ

き法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当である。」

「法律上の利益を有する者」に当たる場合を示した部分である。

「これを本件についてみると、……本件開発区域は、過去に2度水害が発生している小里川の上流に位置し、その水源となっており、本件開発行為は、開発区域の面積が117.1044haに及ぶゴルフ場の造成を目的とするものであって、同川の流域では上記ゴルフ場を含め合計6箇所のゴルフ場建設が予定されているところ、X1は、同川に臨む山の斜面上に位置している本件開発区域の下方で、同川に近接した高低差の小さい地点に所在する住居に居住していることが記録上明らかであるから、X1は、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者と認めるのが相当である。」

X1が法律上の利益を有する者にあたるかのあてはめをした部分である。過去に水害が発生していること、開発区域の広さに着目していることから、本間においても同様の事実に着目して法律上の利益を有する者に該当するかを検討すべきである。

「イ しかし、森林法10条の2第2項1号及び同項1号の2の規定から、周辺住民の生命、身体、安全等の保護に加えて周辺土地の所有権等の財産権までを個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むことを読み取することは困難である。」

X2及びX3の原告適格について判断した部分である。X2は立木所有者であることから、立木所有権を、X3はD川から取水して農業を営む者であるから、営農上の利益を、被侵害利益として主張している。これらの利益は財産権に分類されると整理されている。これらの利益が個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むことを読み取ることができない、としていることから、公益としては保護されていると読みとることができる。個別的利益性が否定される理由は明示されていないが、調査官解説によれば財産権は金銭賠償による損害回復が容易であることから、個別的利益性が否定される。

「また、同項2号は、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ないことを、同項3号は、当該開発行為をする森林の現に有する環境の保全の機能からみて、当該開発行為により当該森林の周辺の地域における環境を著しく悪化させるおそれがないことを開発許可の要件としているけれども、これらの規定は、水の確保や良好な環境の保全という公益的な見地から開発許可の審査を行うことを予定しているものと解されるのであって、周辺住民等の個々人の個別的利益を保護する趣旨を含むものと解することはできない。」

処分の要件規定から財産権保護の趣旨が読み取れないかを検討している部分である。水源かん養機能、環境保全機能を保護する規定からは、開発区域周辺の立木所有者を保護するとは読み取れない。また、開発区域を水源とする川から取水して営農する者については、水源かん養機能が低下すれば営農ができなくなることから公益として保護されているとは読み取れるものの、やはり財産権と評価さ

れ、金銭賠償による損害回復が可能であることから個別的利益性が否定されると思われる。

3 Fの原告適格

(1) Fの主張する被侵害利益

Fは本件開発区域の外縁から200メートル下流部の本件沢沿いに居住し、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用している。平成13年判決でいうところのX1と同一の立場に立っている。また本件沢の水を利用している点ではX3と同様であるが、それが飲料水・生活用水としての利用なのか、農業用水としての利用なのかで違いがある。

(2) 土砂災害・水害による生命身体への侵害を受けない利益

ア 平成13年判決でも法律上保護された利益に当たるとされており、また、平成13年判決で引用されている法10条の2第2項1号及び1号の2が関係法令として引用されていることから、平成13年判決と同様に検討し、答案を作成すればよい。

イ 採点実感では「森林法第10条の2第2項第1号所定の『周辺の地域』と同項第1号の2及び第2号所定の『依存する地域』の相違に着目して、保護の地域的範囲に言及する」答案が優秀な答案と判断されている。生命身体の安全に係るものは同項1号及び1号の2のため、これらについて検討する。同項1号は土砂災害のおそれについて規定している。土砂災害は山や崖が崩れ、崩れた土砂が流れてくることにより起こる。土砂災害は基本的に上から下へと発生するが、その部分の土砂が無くなることにより周辺地域にも影響が起きる。また、開発区域以外の地盤にも影響が及ぶことから、開発区域の土地自体が崩れる場合以外にも、周辺地域が崩れることも想定できる。したがって、土砂災害のおそれを検討する場合には「周辺の地域」に土砂災害が起きないかを検討することになる。

他方、同項1号の2は水害のおそれについて検討している。水害は、河川の排水能力を超える水量となった場合に発生する。すなわち、河川や沢など、もともと水をたたえたところに排水能力をこえる水が注ぎこまれたために発生するのである。したがって、水害が起こるおそれがある場所とは、開発区域が河川や沢の水源となる場所であり、その部分の保水力が低下した場合に排水能力をこえる水が河川又は沢に注ぎ込まれることになる場所をさす。開発区域周辺部でなかったとしても、開発区域が水源となる河川や沢の周辺に居住している場合、開発区域の森林の保水力による水害防止機能に依存しているといえる。したがって、水害のおそれがある場所とは、開発区域の森林の水害防止機能に「依存する地域」である。

以上からすれば、土砂災害のおそれがある地域とは開発区域周辺の地域であり、水害のおそれがある地域とは開発区域を水源とする河川又は沢の周辺地域ということになる。これらの地域ではそれぞれ土砂災害・水害が起きるおそれがあるかを許可要件の認定時に考慮することから、これらの地域に居住する住民の生命身体の安全は公益として保護されているといえる。

ウ Fが「法律上の利益を有する者」に当たるかを検討する場合には、過去に数十年に一度程度の集中豪雨があった際、本件沢からの溢水等により、Fの住居

も浸水被害を受けたことがあったという問題文の事実を引用する必要がある。また、開発区域の広さが200ha（1haが100m四方なので、200万㎡である。2km×1kmの範囲を開発することになる。）と広大であり、それだけの森林が伐採され、土地の造成がされれば、影響は大きいことも指摘する必要がある。さらに、土砂災害は上流から下流へと被害が拡大すること、水害は河川や沢などの近くで発生することも指摘すべきであろう。

これらを指摘したうえで、Fに土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による被害が直接的に及ぶことが想定されると論述することになる。

(3) 本件沢の水を飲料水・生活用水として利用する利益

ア 開発区域における森林の水源かん養機能によって支えられている利益であることから、法10条の2第2項2号によって原告適格が基礎付けられないか検討すべきである。平成13年判決では「水の確保という公益的見地から開発許可の審査を行うことを予定している」とされている。したがって、平成13年判決に照らしても、この利益が公益として保護されていることは認められる。

ここで、採点実感では、同項2号の「依存する地域」という文言に着目して答案を作成している場合に優秀な答案に該当すると説明されている。同項2号が水源かん養機能に「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場合に許可を認めないこととしている。山林の保水力により、一定程度の水が常に河川や沢に放出されることになる。山林が無くなれば、保水力が低下し、雨が降った時には大量の水が供給される。また、降らないときにはそもそも土壌に水が含まれている量が少ないため、河川や沢に供給される水の量が減る。その結果、開発区域を水源とする河川や沢から取水している者たちが水を確保することに支障を生じるおそれがある。同項2号の趣旨は、開発行為により山林の保水力が低下すれば、以上のような経緯をたどって水の確保が困難になり得ることから、水の確保に著しい支障を生じるおそれがある場合には許可をしないこととする点にある。そして、「依存する地域」とは、開発区域を水源とする河川や沢から取水している地域をいう。そうすると、同号要件を認定する際には、上記地域で取水している者の水の確保という利益を考慮しているといえ、上記利益は公益として保護されているといえる。

イ 問題となるのは個別的利益性である。平成13年判決では、前述したように、取水した水で農業を営む者の利益＝財産権と整理されたため、個別的利益性が否定された。

しかし、そもそも飲料水、生活用水が手に入らなければ生命線を断たれるのに等しい結果を生むため、農業用水としての利用と飲料水、生活用水としての利用では違いがあり、飲料水、生活用水としての利用は人の生命身体を侵害することにつながる生活環境の悪化であるとして、個別的利益性を肯定することが考えられる。このように考えれば、本件沢の水を生活用水・飲料水として水を利用する利益は、水を利用するという生活環境を保全する利益として、法律上保護された利益に当たることになる。

ウ Fが上記利益を必然的に侵害されるおそれのある者に当たるかについて検討する際には、Fが本件沢の水を飲料水や生活用水として使用している事実を指摘することが必要となる。開発行為がされた場合には開発区域を通過して開発

区域外に流れだす本件沢の水が濁水になる、水量が減ることが予測されることから、Fが継続して本件沢の水を飲料水・生活用水として利用することに直接影響が及ぶ。したがって、Fは法律上保護された利益を必然的に侵害されるおそれがある者に当たり、「法律上の利益を有する者」として原告適格が認められる。

4 Eの原告適格

(1) Eの主張する被侵害利益

EはD山から30キロメートル離れたC市外に居住し、D山を水源とする水道水を使用していない。そのため、開発区域で起きた土砂災害が及ぶ範囲には居住しておらず、また開発区域を水源とする河川付近にも居住していないと考えられる。そうすると、Eが、土砂災害や水害により生命身体を侵害される利益を主張するとは考えられない。また、D山を水源とする水道水を使用していないということは、本件開発行為により開発区域の山林の保水力が低下したとしても水の確保に支障はない。そのため、飲料水や生活用水を利用する利益についても主張するとは考えられない。

過去に数十年に一度の集中豪雨があった際には、本件開発区域外のE所有地の土砂等が流失しE所有の立木の育成に悪影響が生じたという事実がある。そのため、Eは土砂災害や水害により自己所有の立木所有権が侵害されないようにする利益を主張することが考えられる。

(2) 法律上保護された利益に当たるか

ア 土砂災害や水害により自己所有の立木所有権を侵害されない利益が考慮されていると考えられるのは、土砂災害について定めた同項1号、水害について定めた同項1号の2である。そのため、まずは上記利益が同項1号及び1号の2にあてはめる際の考慮要素となるかを検討する必要がある。

土砂災害及び水害が発生すれば、災害発生地域に存する財産に被害が生じることは明らかである。そうすると、災害発生のおそれを考える際には当該地域に存する財産も考慮要素となるといえる。

他方、災害発生のおそれを考えるさいに必ず財産権が考慮されるわけではないと考えることもできる。法の目的に財産権保護と書かれていない以上、要件認定の際に財産上の被害を考慮するとはいえないと考えられる。

イ 災害による財産的被害が考慮要素となる、すなわち公益として保護されているとしても、個別的利益として保護されているといえるかは別途検討を要する。

財産権は事後的に金銭賠償で補填することができるため、利益侵害が重大であるとは言い難い。そのため、公益として保護されているとしても、個別的利益性は認められないと考えることができる。

他方、災害によって侵害されるのは生命身体と財産で変わりではなく、生命身体への侵害と比べ財産権侵害が重大ではないために、公益として保護されるにすぎないと考えることはできないとすれば、個別的利益性を肯定することもできる。個別的利益性を肯定する場合には平成13年判決と結論が異なることになることも説明すべきである。

(3) Eが法律上保護された利益を必然的に侵害されるおそれのある者に当たるか

個別的利益性を肯定した場合には、Eの主張する利益も法律上保護された利益に当たることになる。開発区域の面積・Eの所有地が開発区域より下流部にあること（「B県C市内にある台地状のD山山頂部のA所有地と、これに連なる中腹部のE所有地の一部」と問題文にはある。）・過去の水害によって立木の育成に悪影響が生じたことを論じて、Eの所有する立木に損害が発生するおそれがあることを説明することが必要となる。また、開発行為がされた場合に土砂災害や水害が発生する可能性がある（検討会議の会議録）ことも説明する必要がある。

第2 設問1(2)

1 問われていること

「建築確認の取消訴訟係属中に当該建築物の建築工事が完了した事例に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁を参考にしつつ、開発行為に関する工事の完了による開発許可の法効果など、法の仕組みを踏まえ、Fの訴えの利益が否定される理由付けを明確化し、検討することが求められる。」（出題趣旨）

検討会議の会議録においても「建築確認の取消訴訟係属中に建築工事が完了した事例に関する最高裁判決（最高裁判所昭和59年10月26日第二小法廷判決・民集38巻10号1169頁）を参考にしつつ、開発許可の法的効果などを法の仕組みに即して検討することにします。」と法務室長が述べており、この誘導にしたがって答案を作成することが必要となる

2 狭義の訴えの利益

狭義の訴えの利益とは、具体的な四囲の状況という客観的な側面からみて当該訴訟を維持追行する法律上の利益があるかどうかを問題とする。

最判昭57.4.8においても、「行政事件訴訟法に定める行政庁の処分の取消しの訴えは、その処分によって違法に自己の権利又は法律上保護されている利益の侵害を受けた者がその処分の取消しによって右の法益を回復することを目的とする訴えであり、同法9条が処分の取消しを求めるについての法律上の利益といっているのも、このような法益の回復を指すものと考えられる。換言すれば、違法な行政庁の処分がされ、そのために個人の権利ないし法律上保護されている利益が侵害されている場合に、その被害者からの訴えに基づいて右の処分を取消し、その判決の効果によって右の権利ないし法律上保護されている利益に対する侵害状態を解消させ、その法益の全部又は一部を回復させることが行政庁の処分の取消訴訟の目的であり、その意義なのである。したがって、右のような法益の回復の可能性が存する限り、たとえその回復が十全のものでなくとも、なお取消訴訟の利益が肯定される反面、このような回復の可能性が皆無となった場合には、たとえその処分が違法であっても、国家賠償法の規定に基づく損害賠償等の請求により救済を求めるのは格別、処分の取消しの訴えとしてはその利益を欠くに至ったものとしなければならない。」とされる。

処分の法効果が消滅しているか、消滅している場合であったとしても、なお処分を取り消すことによって、原告の法的利益が回復するかを検討することが必要となる。そのため、狭義の訴えの利益を検討する場合には、まず処分の法効果がどのような内容のものであるかを条文の文言及び法の仕組みから導き出し、その法効果が消滅していないかを検討する。仮に処分の法効果が消滅していたとしても、処分を

取り消すことにより原告の法的利益が回復する場合にはなお処分を取り消す必要性＝狭義の訴えの利益が肯定される。そのため、処分を取り消すことによりなお原告の法的利益が回復するかを検討することが必要となる。

3 建築確認の取消訴訟係属中に建築工事が完了した事例に関する最高裁判決（最判昭 59.10.26【百選Ⅱ170】）の検討

(1) 事案の概要

Y市建築主事Aは、昭和54年5月25日、Bに対して建築基準法6条1項に基づき建築確認をした。本件建築確認を受けた建築物の敷地の隣に住むXは、本件建築確認は前述した敷地に接する道路が同法42条2項の道路に該当しないにもかかわらず該当するとしてなされたもので違法であると主張し、昭和55年3月12日本件建築確認の取消しを求めて取消訴訟を提起した（この間、建築審査会への審査請求を行い、棄却裁決がでている。出訴期間の問題はない。）。しかし、昭和54年12月ごろ、本件建築確認を受けた建築工事が完了し、検査済証も交付されている。

(2) 最高裁の判断

①「建築基準法によれば、建築主は、同法6条1項の建築物の建築等の工事をしようとする場合においては、右工事に着手する前に、その計画が当該建築物の敷地、構造及び建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下『建築関係規定』という。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受けなければならない（6条1項。以下この確認を「建築確認」という。）、建築確認を受けない右建築物の建築等の工事は、することができないものとされ（6条5項）、」

建築確認の効果を導き出すために必要な条文を抜き出しているところである。建築確認を受けないと工事ができないという規定が引用されている。

②「また、建築主は、右工事を完了した場合においては、その旨を建築主事に届け出なければならない（7条1項）、建築主事が右届出を受理した場合においては、建築主事又はその委任を受けた当該市町村若しくは都道府県の吏員は、届出に係る建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを検査し（7条2項）、適合していることを認めたときは、建築主に対し検査済証を交付しなければならないものとされている（7条3項）。」

建築工事完了後の手続規定を引用している。検査済証の発付をする際の要件を確認しておくことが大事になる。

③「そして、特定行政庁は、建築基準法又はこれに基づく命令若しくは条例の規定に違反した建築物又は建築物の敷地については、建築主等に対し、当該建築物の除却その他これらの規定に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる（9条1項。以下この命令を「違反是正命令」という。）、とされている。」

原告Xは、訴えの利益を根拠づけるために、建築確認が実体的に建築関係規定に違反していることを理由として建築確認を取り消す判決があった場合には、当該建築物が実体的に違法であることが確定されるから、特定行政庁は同法9条の違反是正命令を発すべく義務付けられる、と主張している。この主張の可否を検討する必要があるため、同法9条発出の要件を確認している。

④「これらの一連の規定に照らせば、建築確認は、建築基準法6条1項の建築物の建築等の工事が着手される前に、当該建築物の計画が建築関係規定に適合していることを公権的に判断する行為であって、それを受けなければ右工事を行うことができないという法的効果が付与されており、建築関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを目的としたものということができる。」

同法6条1項の文言、同条5項の文言から読み取ることができる。通常計画通りに工事がされるはずであるから、違反建築物が出現しないようにまずは建築計画の段階で審査をする趣旨である。

⑤「しかしながら、右工事が完了した後における建築主事等の検査は、当該建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを基準とし、」

同法7条2項では、建築計画ではなく、「建築物が」建築関係規定に適合するかを審査することになっている。

⑥「同じく特定行政庁の違反是正命令は、当該建築物及びその敷地が建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定に適合しているかどうかを基準とし、」

同法9条1項の文言通りである。やはりこちらも建築計画ではなく「建築物が」違反しているかを審査する。

⑦「いずれも当該建築物及びその敷地が建築確認に係る計画どおりのものであるかどうかを基準とするものでない上、」

計画通りに工事が進められず、結果として違反建築物が出現することがある以上、実際に工事が完了し建築物が出現した段階においては、その建築物が違反建築物に該当するかどうかを審査することが、違反建築物の出現を防ぐという法の目的に合致するといえる。そのため、完了検査及び検査済証の交付、違反是正命令発出時には、建築物自体が建築関係規定等に違反していないかを審査することになる。

⑧「違反是正命令を発するかどうかは、特定行政庁の裁量にゆだねられているから、建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、」

建築確認の存在は、建築計画が建築関係規定に適合していることを指し示すだけである。上述したように検査済証の交付、違反是正命令発出時には建築物が違反していないかを審査する。建築確認がされていること、すなわち建築計画が適法であることと建築物自体が法に反しているかどうかは別次元の話である。

⑨「また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない。」

建築確認が違法である、すなわち建築計画が違法であったとしても、現に建築された建築物が違法なものであることを意味しない。違反建築物の使用を制限する必要がないのであれば、検査済証の交付を拒否する必要はない。また、違反建築物が出現することを防ぐという目的からすれば、現にある建築物が違反建築物でない限り同法9条1項に基づく違法是正命令を出す必要はない。さらに、違反建築物であったとしても、その違法の瑕疵が違反是正命令を出すほどの瑕疵かどうかによって、実際に違反是正命令が出されるかは変わってくる（効果裁量）。そうすると、建築関係規定違反があるから必ず違反是正命令が出されるという関

係にない以上、建築確認が判決で取り消されたとしても、違反是正命令を出すよう法的に拘束されるわけではない。

⑩「したがって、建築確認は、それを受けなければ右工事をする事ができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるものといわざるを得ない。」

工事が完了すれば、建築工事を適法に行うことができるという法的効果は終了する。建築確認を取り消す必要はなくなるため、訴えの利益は認められない。

4 本問の検討

(1) 森林法のしくみ

狭義の訴えの利益を検討する前提として、法 10 条の 2 第 1 項に基づく開発許可の法効果を検討することが必要となる。当該処分がどのような法効果を有するかを検討するためには、当該行政行為を定めた根拠規定のみならず、法の他の条文との関係も検討することが必要となる。

法 10 条の 2 第 1 項は「地域森林計画の対象となっている民有林（中略）において開発行為（土石又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為（中略）をいう。以下同じ。）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。」とする。同条同項に反し、開発行為をした場合、法 206 条 1 号に該当し、「3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金」（同条柱書）に処せられる。すなわち、法 10 条の 2 第 1 項の開発許可を受けなければ適法に開発行為を行うことができない。

法 10 条の 3 は「都道府県知事は、森林の有する公益的機能を維持するため必要があると認めるときは、前条第 1 項の規定に違反した者若しくは同項の許可に附した同条第 4 項の条件に違反して開発行為をした者又は偽りその他の不正な手段により同条第 1 項の許可を受けて開発行為をした者に対し、その開発行為の中止を命じ、又は期間を定めて復旧に必要な行為をすべき旨を命じることができる。」と規定する。この監督処分がされるための要件は、森林の有する公益的機能を維持するために必要があること、及び前条、すなわち法 10 条の 2 第 1 項の規定に違反した者又は不正な手段により法 10 条の 2 第 1 項の許可を受けて開発行為をした者であること、の 2 つとなっている。

(2) 処分の法効果について（平成 13 年判決における①及び④）

前述した仕組みからすれば、法 10 条の 2 第 1 項の開発許可の法効果は、適法に開発行為を行うことであると考えられる。そして、同項の趣旨は、開発行為が行われることにより地盤が脆弱となり、山林の保水力が低下するなど、森林に期待される土砂災害防止機能・水害防止機能・水源かん養機能が低下するおそれがあること（同条 2 項各号参照）、このような森林に期待される公益的機能に支障がない場合のみ開発行為を認めることとし、森林の公益的機能の維持に努める点にある。この趣旨からすれば、開発許可は、あらかじめ申請に係る開発行為が法 10 条の 2 第 2 項所定の要件に適合しているか否かを公権的に判断する行為であるといえる。

(3) 監督処分との関係（平成 13 年判決における③⑥⑦⑧⑨）

法 10 条の 2 第 1 項の開発許可制度においては、建築基準法における検査済証の交付のような開発行為が終了した場合に検査をする仕組みが設けられていない。そのため、平成 13 年判決に則して検討する場合には、建築基準法における違反是正命令と同じように働く監督処分のみを検討することになる。

ア まず、開発許可があることが監督処分をする上で法的障害となるかを検討する。

前述したように監督処分の要件は、森林の有する公益的機能を維持するために必要があること、及び前条、すなわち法 10 条の 2 第 1 項の規定に違反した者又は不正な手段により法 10 条の 2 第 1 項の許可を受けて開発行為をした者であることの 2 つである。

開発許可と関係しているのは後者のところであるところ、法 10 条の 2 第 1 項の規定に違反した者、とだけ読むと、「開発許可を受けずに開発行為を行うと要件を満たす」と読むこともできる。こう読むと、開発許可が形式的にあればこの要件を満たさないことになり、開発許可が監督処分をする上での法的障害となると思える。

もっとも、監督処分を行うもう 1 つの類型として、不正の手段により法 10 条の 2 第 1 項の許可を受けて開発行為をした者が定められている。この場合には、形式的には開発許可を受けているのであるから、法 10 条の 2 第 1 項には違反しない。しかし、不正の手段により法 10 条の 2 第 1 項の許可を受けた、すなわち、同条 2 項各号のいずれかに該当している（同項柱書）にもかかわらず不正の手段で開発許可を受けた場合には、監督処分ができるとしている。同項各号に該当しない開発行為のみを許容するという法 10 条の 2 第 1 項の趣旨からしても、開発許可の有無が重要なのではなく、開発行為が同条 2 項各号に該当しないことが重要となる。そうすると、客観的にみて同項所定の要件に適合しない開発行為について誤って林地開発許可処分がされ、右行為に関する工事がなされたときには、右工事を行った者は、法 10 条の 2 第 1 項の規定に違反した者に該当すると考えられ、開発許可がされていたとしても監督処分をすることができる。

したがって、開発許可が監督処分をする上での法的障害とならないといえる（平成 13 年判決における③⑥⑦⑧）。

イ 次に、開発許可を取り消した場合に監督処分をしなければならないといえるか。

森林の有する公益的機能を維持するために必要があるときに該当することも、監督処分をするための要件として定められている。そうすると、開発許可の取消判決を得て、処分時にさかのぼって開発許可が取り消され、法 10 条の 2 第 1 項の規定に違反した者に当たったとしても、森林の有する公益的機能を維持するために必要があるときに該当しない場合は監督処分をすることができない。したがって、開発許可を取り消したとしても監督処分をしなければならないとはいえない（平成 13 年判決における⑨）。

(4) 結論（平成 13 年判決における⑩）

したがって、開発許可は、それを受けなければ開発行為をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該開

発行為が完了した場合においては、開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われる。

第3 設問2

1 問われていること

「B県知事がAの申請に係る許可をし、Fが同許可の取消訴訟を提起した場合を想定して、Fによる違法事由の主張とそれに対するB県の反論を問うものである。」（出題趣旨）。設問にはB県法務室長の立場に立って答えるよう要求されていることに留意する必要がある（問題文）。

会議録からすれば、Fが主張する違法事由として「(i) …… Eの同意がない段階においてB県知事がAの申請に係る開発許可をした場合、森林法施行規則第4条第2号に規定する『相当数の同意』に関し、同知事が審査基準として自ら設定・公表しているB県林地開発行為の許可基準（以下『本件許可基準』という。）第1-1-①を満たしていない旨の主張」「(ii) …… C市水道水源保護条例に基づき規制対象事業場として認定（以下『本件認定』という。）されているから、本件許可基準第1-1-②を満たしていない旨の主張」「(iii) …… Aが設置を計画している貯水池の容量ではFの生活用水に不足が生じ、水確保要件と本件許可基準第4-1を満たしていない旨の主張」（出題趣旨）の3つが考えられる。これらについて、「開発行為の可否の判断に当たっては、開発区域内の森林の現に有する水源かん養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ないこと（法第10条の2第2項第2号。以下『水確保要件』という。）のほか、森林の保続培養及び森林生産力の増進に留意する（同条第3項）旨の規定内容から、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）ことを前提として検討することが求められる。

2 「本件開発許可が裁量処分にあたること」（採点実感）

法10条の2第1項の開発許可がされるためには、要件として同条2項各号に該当しないことが必要となる。そして、同条2項各号に該当しない場合、「これを許可しなければならない」とされていることから、処分をするかしないかについて裁量は認められない。

そこで、要件である同条2項各号該当性判断につき裁量が認められるかを検討する。

同条3項は「前項各号の規定の適用につき同項各号に規定する森林の機能を判断するに当たっては、森林の保続培養及び森林生産力の増進に留意しなければならない。」と定める。検討会議の会議録では「森林の保続培養」とは、「森林造成には長期を要し、一度開発して土砂災害・水害防止機能や水源かん養機能などの公益的機能が破壊されると回復は相当難しいので、森林の無秩序な開発により森林の持つ機能発揮を阻害しないように、合理的かつ計画的に森林を維持改善することを意味」としている。すなわち、同条2項各号では当該開発行為をする森林の現に有する機能からみて土砂災害・水害・水の確保に著しい支障を及ぼすおそれを検討するところ、その森林が一度失われれば回復が難しいことを前提として、森林を伐採し土地を造成しても上記おそれがないかを判断する必要があるといえる。森林による災害防止、水源確保は公益であるため、これらを考慮して開発許可をする上記内容

について専門技術的な判断をする必要がある。したがって、同条2項各号該当性について行政庁たるB県知事に裁量が認められる。

そして、B県知事が定め、B県ウェブサイトで公表している本件許可基準は上記裁量権行使の基準、すなわち裁量基準に該当する。

裁量基準が定められている場合の裁量審査のあり方について述べた判例として最判平 27.3.3【百選Ⅱ167】)がある。「行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法 12 条 1 項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものということができる。」

適法な(法の趣旨に照らし合理的な)裁量基準が定められ、公にされている場合に、裁量基準の定めと異なる取扱いをすることは、それを相当と認めるべき特段の事情がない限り裁量権の逸脱濫用に当たる。本問では検討会議の会議録で「本件許可基準は適法であることを前提にしておきます」とされているため、本件許可基準の合理性を審査する必要はない。Fとしては本件許可基準にしたがった処分がされておらずそれを相当とする特段の事情がないことを指摘することになる。それに対し、本件許可基準にしたがった処分がされていること、されていないとすればそれを相当とする特段の事情があることをB県法務室長の立場から述べることになる。

3 (i) の主張

(1) F の主張

Fは、Eの同意がない段階においてB県知事がAの申請に係る開発許可をした場合、法施行規則4条2号に規定する「相当数の同意」に関し、同知事が審査基準として自ら設定・公表しているB県林地開発行為の許可基準第1-1-①を満たしていない旨の主張をすることが考えられる。

本件開発区域はAが98%を所有し、Eが残り2%を所有している。許可基準第1-1-①では「開発行為に係る森林につき、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、開発行為に係る森林につき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。」と定められている。

開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者とは、開発行為は土地の造成・山林の伐採を行うことであるから、それらを拒絶できる権利を有する者を指すと考えられる。開発区域の土地所有権を有していれば、その部分の開発行為を行うことを拒絶できることから、開発区域の土地所有権を有する者がこれに当たると考えられる。上記のようにEは本件開発区域の土地を所有しているため、開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者に当たる。

そして同基準では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ることを要求しており、相当数の同意とは全ての者の3分の2以上の者をいうとしている。

AとEという2人の所有者がいるのであるから、相当数の同意とは 2×3 分の $2 = 3$ 分の4、すなわち2人共の同意が必要である。本件ではAの同意しかないため、相当数の同意があったとはいえず、許可基準にしたがった処分がされていない。

(2) B県の反論

法施行規則4条2号が相当数の同意を得ていることを証する書類を提出しなければならないとする趣旨は、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である（検討会議の会議録参照）。そして、開発行為の完了が確実かを判断するのは、事業の実現可能性を確認し、無意味な結果となる開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられていると考えられる。そして、事業の実現可能性を判断するのであれば、開発区域の土地を所有する者の頭数で考えるよりも、開発区域のうちどの程度の土地について実際に開発行為が可能かを検討する方がよいと考えられる。したがって、相当数の同意があるかを検討する際には、開発区域の土地のうちどの程度の範囲について同意が得られているかも考慮要素となる。

本件において開発区域の98%については開発の同意が得られている。したがって、3分の2以上の同意があるといえ、許可基準にしたがった処分がされている。

4 (ii) の主張

(1) Fの主張

Fは、C市水道水源保護条例に基づき規制対象事業場として認定（以下「本件認定」という。）されているから、本件許可基準第1-1-②を満たしていない旨の主張をすることが考えられる。

同基準には、「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。」と定められている。本件認定がされることにより、規制対象事業場を設置することができなくなる（条例8）。そして、条例8条に違反した場合は罰則が科される（条例20①、同条柱書）。したがって、本件認定により規制対象事業場を設置することはできなくなるとの土地使用制限が生じる。そのため、「開発行為に係る事業の実施について」「法令等による土地の使用に関する制限等に抵触」することになり、同基準を満たさない。

(2) B県の反論

本件認定が違法であれば、「開発行為に係る事業の実施について」「土地の使用に関する制限等」がないといえる。では、本件認定は違法か。

本件認定の根拠となったC市水道水源保護条例は、AがB県指針に従ってC市担当者に提出した開発計画に関する概要等を記載した書面を見、上記指針に基づいて開催された説明会に参加したことで、C市の水道水源確保に支障が生じるおそれのある事業を規制する必要を感じ、制定施行されたものである。

このように事業計画について了知した状態で当該計画を阻止するために条例が制定され、不利益処分がされた事例について判断したのが最判平 16.12.24（【百選I 24】）である。「本件条例は、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしているところ、規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものであることを考慮すると、上記協議は、本件条例の中で重要な地位を占める手続であるといえることができる。そして、前記事実関係等によれば、本件条例は、上告人が三重県知事に対してした産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る事前協議に被上告人が関係機関として加わったことを契機として、上告人が町の区域内に本件施設を設置しようとしていることを知った町が制定したものであり、被上告人は、上告人が本件条例制定の前に既に産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る手続を進めていたことを了知しており、また、同手続を通じて本件施設の設置の必要性和水源の保護の必要性和を調和させるために町としてどのような措置を執るべきかを検討する機会を与えられていたといえることができる。そうすると、被上告人としては、上告人に対して本件処分をするに当たっては、本件条例の定める上記手続において、上記のような上告人の立場を踏まえて、上告人と十分な協議を尽くし、上告人に対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったものといえるべきであって、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となるといわざるを得ない。」

上記最判における条例とC市水道水源保護条例は同一の仕組みである。そして、条例制定の経緯も同様である。そうすると、C市としては本件施設の設置の必要性和水源保護の必要性和を調和させるべく市としてどのような措置をとるか検討する機会を与えられていたといえる。C市としては、Aの立場を踏まえ、十分な協議を尽くす必要があった。Aの事業用の取水量・貯水量の多さが問題として重視されていたことから、これらの上限を設定する、そのための施設設置を促す等条例の目的である水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、Aの地位を不当に害することがないよう配慮すべき義務があったといえる。

本件において上記のような指導がされたことはない。したがって、本件認定は上記配慮義務を違反してされたものといえ、違法となる。

5 (iii) の主張

(1) F の主張

Fは、Aが設置を計画している貯水池の容量ではFの生活用水に不足が生じ、水確保要件と本件許可基準第4-1を満たしていない旨の主張をすることが考えられる。

同基準は「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。」と定めている。本件沢の水はFの飲料水や生活用水として利用されているため、「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」に当たる。そして、その水を利用しているFの生活用水に不足が生じることから、「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」に該当する。にもかかわらず、本件貯水池の容量が少なく、「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」とはいえない。したがって、本件許可は同基準にしたがってされたとはいえない。

(2) B県の反論

B県としては、「Fが主張する容量の確保は技術的に難しく、実現には費用が掛かりすぎる」と考えている。この主張を法的に構成すると、以下のようになる。「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」といえるかを判断する場合には裁量が認められ、当該措置をとることが技術的に可能か、費用面で実現可能性があるかについても考慮することができる。そして、両要素を考慮した場合、Fの主張にかなわない本件貯水池の設置であっても「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」といえる。

では、両要素が考慮要素となるか。同基準は法10条の2第2項2号のあてはめを行う際の裁量基準として定められている。そのため、同号の解釈を前提に検討することが必要となる。前述したように同号の趣旨は、開発行為により山林の保水力が低下すれば、水の確保が困難になり得ることから、水の確保に著しい支障を生じるおそれがある場合には許可をしないこととする点にある。そして、開発行為により必然的に水の確保に支障がでるため、これを補うために貯水池や導水路の設置をすることで、全体としてみて水の確保がされることになる。このように代替措置を講じれば開発行為をできるようにするのは、開発行為は所有権行使の一形態であり、本来所有権者の自由にできることを規制していることから、可能な限り開発行為が行えるように配慮すべきだからである。そうすると、代替措置を検討する際には、技術的に、また費用面で実現可能かも考慮する必要がある。技術的に又は費用面で実現不可能な代替措置を要求することは、所有権行使を断念させることにつながるからである。したがって、両要素を考慮要素とすることができる。

そして、両要素を考慮した場合、Fの主張を実現しようとする技術的にも費用面でも実現することが難しいことから、Fの主張を実現できなくとも「措置が適切に講ぜられることが明らかである」と認定することもできる。したがって同基準にしたがって処分がされたといえる。

出題趣旨

林地を開発して一定規模以上の事業場を設置するためには、森林法（以下「法」という。）第10条の2第1項に基づく都道府県知事の許可（以下「開発許可」という。）が必要となる。本問は、A株式会社（以下「A」という。）がB県C市に所在する自己所有地を中心とする区域を事業の用に供するための大規模な開発行為（以下「本件開発行為」という。）に関し、開発許可に係る申請前の段階から開発許可後の開発行為に関する工事の完了までの一連の行政過程の中で、C市や地域住民との間で生じる法的問題について検討するものである。

本問では、Aの申請に係る開発行為の許可を決定する審査段階で行われた、B県担当課長とB県法務室長（弁護士）との【検討会議の会議録】を読んで、地域住民や地権者が原告となって提起することが想定される取消訴訟の訴訟要件と本案の主張に関する法的問題のいくつかについて同法務室長の立場から検討することが求められる。

まず、【設問1】(1)は、Aの申請に係る開発許可の取消訴訟を第三者が提起する場合における原告適格の存否を問うものである。本問では、仮に、B県知事がAの開発行為を許可した後、開発区域内外の土地所有者で立木所有者であるEと、開発区域を水源とする沢（以下「本件沢」という。）に沿って本件開発区域外に居住する者で過去に溢水等による浸水被害を受けたことがあり、かつ、本件沢から取水した水を飲料水や生活用水として使用するFの2名が原告となって同許可の取消訴訟が提起されることを想定し、最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁を参考にして、同訴訟におけるE及びFの原告適格の存否を問うものである。行政事件訴訟法第9条に基づき、法第10条の2等の規定を踏まえ、E及びFのそれぞれについて原告適格の存否を検討することが求められる。

次に、【設問1】(2)は、Aの申請時点では開発区域内の土地所有者であるEは本件開発行為に同意していなかったが、仮にEが同意に転じ、Fのみが前記許可の取消訴訟を提起した場合を想定し、同訴訟の係属中に本件開発行為に関する工事が完了した後においても、Fに訴えの利益が認められるかを問うものである。このような場合の訴えの利益はゴルフ場建設を目的とした開発許可の事例に関する最判平成7年11月9日集民177号125頁によれば否定されているが、その理由が必ずしも明確ではない。そこで本問では、建築確認の取消訴訟係属中に当該建築物の建築工事が完了した事例に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁を参考にしつつ、開発行為に関する工事の完了による開発許可の法効果など、法の仕組みを踏まえ、Fの訴えの利益が否定される理由付けを明確化し、検討することが求められる。

最後に、【設問2】は、B県知事がAの申請に係る許可をし、Fが同許可の取消訴訟を提起した場合を想定して、Fによる違法事由の主張とそれに対するB県の反論を問うものである。

開発行為の許可の判断に当たっては、開発区域内の森林の現に有する水源かん養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ないこと（法第10条の2第2項第2号。以下「水確保要件」という。）のほか、森林の保続培

養及び森林生産力の増進に留意する（同条第3項）旨の規定内容から、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。この点を踏まえ、【検討会議の会議録】からすると、同許可の取消訴訟におけるFによる違法事由の主張とそれに対するB県の反論としては、以下の（i）～（iii）が考えられる。

まず、（i）Fの主張する違法事由として、Eの同意がない段階においてB県知事がAの申請に係る開発許可をした場合、森林法施行規則第4条第2号に規定する「相当数の同意」に関し、同知事が審査基準として自ら設定・公表しているB県林地開発行為の許可基準（以下「本件許可基準」という。）第1-1-①を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、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か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。

次に、（ii）Fの主張する違法事由として、C市水道水源保護条例に基づき規制対象事業場として認定（以下「本件認定」という。）されているから、本件許可基準第1-1-②を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、いわゆる紀伊長島町水道水源保護条例事件の最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁を参考にしつつ、本件認定に至るプロセスなどの本問における事実関係に即した検討が求められる。その際、かつて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というB県の運用を踏まえた検討も求められる。

最後に、（iii）Fの主張する違法事由として、Aが設置を計画している貯水池の容量ではFの生活用水に不足が生じ、水確保要件と本件許可基準第4-1を満たしていない旨の主張が考えられる。この点に関するB県の反論では、Aが設置を計画している住民の生活用水確保のための貯水池に関して水確保要件及び本件許可基準第4-1の規定内容を踏まえ、Fが主張する規模の貯水池設置に関する技術的制約とそれに要する費用の問題等について検討することが求められる。

採点実感

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視している点は、例年と同じく、①分析力（問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか）、②基本的な理解及び応用力（基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができているか）である。知識量には重点を置いていない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問 1(1)

- ・ 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第9条第1項及び第2項を踏まえ、第三者の原告適格に係る判例の一般的な判断基準の要点を指摘した上で、林地の開発許可に関する最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁（以下「最高裁平成13年判決」という。）に触れながら、開発許可の根拠法規である森林法第10条の2等が周辺住民等の個々人の個別的利益を保護する趣旨を含むか否かを検討し、E及びFに原告適格が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、最高裁平成13年判決の内容を具体的に指摘し、E及びFについて、本件開発区域から居住地までの距離、本件沢の水の使用、D山を水源とする水道水の不使用等の事実に触れながら、それぞれ個別的利益を保護されている者に当たるかを検討しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、森林法第10条の2第2項第1号所定の「周辺の地域」と同項第1号の2及び第2号所定の「依存する地域」の相違に着目して、保護の地域的範囲に言及するもののほか、最高裁平成13年判決の内容を正確に指摘し、設問1(1)の全体について多角的かつ詳細に検討しているものは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問 1(2)

- ・ 取消訴訟の目的、訴えの利益の意義を指摘した上で、建築確認に関する最判昭和59年10月26日民集38巻10号1169頁（以下「最高裁昭和59年判決」という。）の判示内容に触れ、森林法の仕組みに言及してFに訴えの利益が認められるか否かを検討しているものは、一応の水準に達しているものと判断した。

- これに加えて、最高裁昭和59年判決の判示内容の要点を指摘した上で、森林法の仕組みを前提に、開発許可の法的効果と、これが取り消された場合の効果及び監督処分可否との関連を検討するものは、良好な答案と判断した。
- さらに、森林法第10条の3の「前条第1項の規定に違反した者」について、①無許可の開発行為者と限定的に理解し、後に開発許可が取り消されたとしても、同許可が有効であることを前提としてされた開発行為が無許可の開発となるものではないため、監督処分を行うことができないと指摘し、あるいは、②同法第10条の2第1項と第2項を一体的に捉え、開発行為に関する工事が完了した後も、許可基準に適合しないものに対しては、開発許可が取り消されなくとも監督処分を行うことができると指摘するものなど、工事の完了により訴えの利益が失われること等を説得的に論ずるものについては、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- 開発許可が裁量処分に当たるか及びその場合の違法判断基準を検討した上で、㉗Eの同意書が添付されていない点について、森林法施行規則第4条第2号所定の「相当数の同意を得ている」との要件を充足するか、㉙C市長が本件認定をした点について、本件許可基準第1-1-②を充足するか、㉕法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1の要件を充足するかの全てについて相応の検討をし、又は、上記㉗ないし㉕のうち二つの点について複数の事情を挙げるなどして多角的に検討しているものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、本件開発許可が裁量処分に当たるかについて十分な論拠を示して検討し、上記㉗につき、本件許可基準が審査基準（行政手続法第5条）として公表されたものであり、B県知事が自己拘束される点を指摘するもの、上記㉙につき、本件条例の制定経緯等を指摘して、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁（以下「最高裁平成16年判決」という。）を参考に、Aの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務を尽くしていない点を指摘するものなどは、良好な答案と判断した。
- さらに、上記㉗ないし㉕の全てについて、複数の事情を挙げて詳細かつ多角的に検討した上で、説得的な理由を示しているものなどは、優秀な答案と判断した。

4 採点実感

以下は、審査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

（悪筆・誤字等）

- 本年も、書き殴った文字、小さすぎる文字、極めて癖の強い文字の多用等により判読不能な答案が依然として散見された。限られた時間内で答案を作成しなければならぬため、多少、乱雑な文字であってもやむを得ないと思うが、採点者が努力しても判読することができなければ、当該記載部分を評価するこ

とができない。法曹には、依頼人や自分の考えを相手方に正しく伝える資質が求められるのであり、読み手を意識して記述することを心掛けてほしい。

- 「訴訟継続中」とするもの、「第○号」を「第○項」とするものなど、基本的な理解・知識に疑義を生じさせかねない誤記が見受けられた。また、森林法第10条の2第2項第1号の2を「第2号」とし、同項第2号を「第3号」と記載するものも多かった。

(法解釈・基礎的知識等)

- ポイントとなる法令の文言を指摘し、適切に解釈(規範を定立)した上で、具体的な事実を当該規範に当てはめて評価し、結論を導く法的三段論法が基本となるが、そのような論証方法を採らず、事実を書き写すだけの答案、規範(又は一般論)と当てはめを区別していない答案が見受けられた。また、問題文中の事実を丁寧に拾わず、あるいは、事実を拾ったとしてもそれに対する評価をしておらず、不十分な事実摘示あるいは評価の下で結論を導いている答案も多かった。
- 判例百選等に掲載され、重要と考えられる裁判例に関する事実関係、関係法令、最高裁判決などを全く知らない、あるいは、不十分にしか理解していないと思われる答案が少なくなかった。

(途中答案・時間配分)

- 設問1(1)に多くの時間をかけてしまい、論じるべき点の多い設問2について十分に検討することができていない答案が散見された。法令等をそのまま書き写したり、制度の仕組みを長々と紹介したりする答案も見られたが、筆記に多くの時間を要するのみならず、それだけでは高い評価を得ることもできない。

(2) 設問1(1)

(全体について)

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」の判断基準については、おおむね判例の一般的な判断基準を示すことができていた。ただし、次のように、正確性を欠くものも少なくなかった。
 - ・ 「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」とされる点について、「法律上保護された権利」と記載し、あるいは、「必然的に」との記載を欠くもの(後者については、「侵害されるおそれ」があれば足りるかのような印象を与える。)
 - ・ 「当該処分を定めた行政法規が、個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む」などと記載し、「個々人の個別的利益」として何を保護するのか、明示しないもの(「不特定多数者の具体的利益を」との記載が欠けている。)

(原告適格の判断枠組み)

- 原告適格の判断枠組みからすると、法律上保護された利益の有無を検討するに当たっては、まず、当該処分の根拠法令(「当該処分の根拠となる法令」)の内容を十分に検討すべきである。EとFの利益が個別的利益としても保護されるかの検討に際して、まずは、根拠法令に当たる森林法第10条の2第2項各号の文理等に注目すべきであるにもかかわらず、必要な検討をせずに安易に森

林法の「関係法令」（行訴法第9条第2項）を指定して根拠法令以外のものの分析に時間を割き、結果、具体的被害利益がどの号について問題となるのか、きめ細かい解釈の思考過程を示すことのできない答案が多く見られた。

（最高裁平成13年判決）

- 最高裁平成13年判決の内容を正確に理解していると思われる答案は多くなく、森林法第10条の2第2項につき、同項第1号、第1号の2、第2号に分けて保護法益を検討し、生命身体の安全と財産権という保護法益を導き、それらを個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かを検討することができている答案は、極めて少数であった。むしろ、同項第1号及び第1号の2の保護法益について、「水害による被害を受けない利益」などとして、生命身体の安全と財産権を区別せずに記載する答案が相当数あった。

（法律上の利益の捉え方等）

- 「生命、身体の安全」、「財産」といった個別・具体的な権利・利益の保護に言及することなく、抽象的に「土砂災害や水害による被害を受けない利益」や「立木の生育に係る利益」などと記載し、利益を漠然と捉えてどのような種類・性質の利益が問題になるかを指摘しない答案が散見された。

原告適格を分析する際には、EとFが具体的にどのような利益侵害を被るのかを見据えた上で、森林法第10条の2第2項各号がそれら利益を保護する趣旨か否かを分析する必要があるが、両者の被害利益の分析を行うこともなく闇雲に検討を始めたり、あるいは両者が説明会で述べた反対意見をE又はFの個別の主張に分解して議論するといった記述をする答案があった。

- 次のような答案が多くあり、原告適格の判断枠組みとして行訴法第9条第2項を掲げつつも、生命身体の安全と財産権の利益の性質の違いなど、同項に規定されている利益の内容や性質の検討を疎かにしているのではないかと感じた。
 - ・ 森林法第10条の2第2項第1号及び同項第1号の2から土地の所有者の財産権を個別的利益として保護することを肯定し、生命・身体の安全と財産を同列に扱って結論を導くもの。
 - ・ Fの原告適格につき、土砂災害や水害による被害を受けるおそれについて全く検討せず、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用する利益（水利用の阻害による生活環境への被害）のみを検討するもの、生活用水として本件沢の水を利用する利益が何の利益に当たるかを指摘せず、個別的利益として保護する趣旨に含まれるとしたり、本件沢の流水を用いることと水道水を使用することを、完全に同じ利益として評価するもの。

（論述の内容等）

- Eが本件開発区域内に土地を所有していること及び森林法施行規則第4条第2号の「開発行為の施行の妨げとなる権利を有する者」であることを理由に、本件開発行為により所有権を侵害されるとして原告適格を肯定する答案や「相当数の同意」を得ていることを証する書類の提出が求められていることを手掛かりにする答案が多く見られた。しかし、会議録における担当課長の発言からうかがわれるように、同号は、開発行為の施行につき相当程度の見込みがあることを要件にすることにより、事業の実現可能性を確認し、無意味な結果とな

る開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられているものと解され、開発許可をすることは開発区域内の私法上の権原に何ら影響を及ぼすものではない（最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁も参照されたい。）。開発許可がされたとしても、事業地内の地権者の土地所有権等がそれにより剥奪又は制限されるわけではなく（開発許可は、都市計画事業認可や事業認定ではない。）、Eが同意しない限りE所有地内で開発行為がされることはないことに、留意してほしい。

（規範と当てはめの区別等）

- 当てはめにおいて、「Fは、200m下流の本件沢沿いに居住し、本件沢の水を飲料水や生活用水として使用していることから、被害を受けることになる」などとするものが相当数存在した。どこに向かって当該事実を掲げているのかを意識し、それに対してどのように評価できるのかを明確に記載すべきである。

(3) 設問1(2)

（全体について）

- 会議録において法務室長が「法の仕組みに即して検討する」と発言しているにもかかわらず、森林法の仕組みに全く触れることなく、工事が完了すれば事実上元に戻すことができないという理由で、訴えの利益を否定する答案（事情判決と訴えの利益を混同している。）、本件開発許可は違法であり取消しを求める必要があるから、訴えの利益が認められるとする答案（本案の問題と訴えの利益を混同している。）など、そもそも訴えの利益が何であるかを全く理解していないと考えざるを得ない答案が見受けられた。

また、訴えの客観的利益を否定する文脈の中で、事情判決の可能性があるので工事完了後には訴えの利益が失われるとする答案が散見された。しかし、事情判決は本案判決であり、訴えの客観的利益が存在することを前提とするものである。

- 行訴法第9条第1項の「法律上の利益」は、原告適格のみならず訴えの利益も意味するが、同項括弧書だけが訴えの利益を指すと誤解している答案がしばしば見られた。

（最高裁昭和59年判決）

- 建築確認に関する最高裁昭和59年判決について、これに言及していないか、言及したとしても、内容が不正確なものが多かった。また、工事完了により訴えの利益が消滅するとする最高裁昭和59年判決の結論をそのまま記載し、本件も同様であるから取消しを求める利益が失われるとのみ書いた答案が非常に多かった。森林法の仕組みを基に、なぜ本件も最高裁昭和59年判決と同様の帰結となるのかを論じてほしい。

（監督処分との論理関係）

- 森林法第10条の3の監督処分の発動可能性が開発許可を取り消す訴えの利益の肯定又は否定に論理的にどのように関係するのかについて、理解できていないと思われる答案が相当数あった。単に監督処分の規定を引用しただけで、直ちに訴えの利益を肯定する答案も多かった。開発許可を取り消さないと監督処分をすることができないのか、それとも開発許可を取り消さなくても監督処

分をすることができるのか、あるいは開発許可を取り消したとしても監督処分はできないのかによって、結論が変わってくることに留意してほしかった。

(4) 設問2

(全体について)

- B県の法務室長の立場から検討することが求められているにもかかわらず、その指示に従わず、専らFの立場からの検討のみに終始するなど、設問の指示に従ったとはいえない答案が散見された。
- C市長による本件認定につき、Fの主張として、これが違法であるとするなど、登場人物の利益状況や相関を明確に把握することができず、Fの主張とB県の反論の内容を取り違えている（逆の内容を記載している）答案が散見された。

(裁量権の逸脱・濫用)

- 開発許可が裁量処分に当たることについては、多くの答案がその根拠も含めて適切に論ずることができていた。開発許可についてB県知事に裁量が認められる理由は、会議録を参照した上で、ほとんどの答案が指摘できていた。しかし、会議録において、本件許可基準が適法であることを前提すると記載されているにもかかわらず、本件許可基準が合理的か否かを検討する答案が散見された。
- 本件許可基準の裁量性を論ずる場面において、森林法及び森林法施行規則の条文の文言を検討するのではなく、本件許可基準の文言を指摘してその裁量性を検討している答案が一定数あった。このような答案については、法令と行政規則との関係を十分理解しているのかという疑問が生ずる。

(相当数の同意)

- 本問では、全体を通じて、裁量基準である審査基準はこれを適用しない合理的理由がない限り行政機関を拘束する効力があること（つまり、本件許可基準が行政手続法第5条の審査基準に当たり、これを設定し公表したB県知事は、これに自己拘束されること）を前提に、F及びBの主張を構成することが求められるところ、そのような観点から検討された答案は少数であった。
- Aが98パーセントの面積を有していることを考慮することができるか否かに関し、これが森林法施行規則第4条第2号の「相当数の同意」の文言解釈の問題であることを、指摘できている答案が少なかった。多くの答案が、単純に価値判断に基づく実質論を展開して結論を導いていたが、司法試験である以上、議論の出発点は、条文の解釈となることを肝に銘じてもらいたい。

(本件認定)

- 本件許可基準第1-1-②の関係では、本件認定の違法性についてのB県による反論として、紀伊長島町水道水源保護条例事件の最高裁判平成16年判決を参考に、協議等の手続の重要性や配慮義務について論じることが求められているが、そのような答案はほとんどなく、狙い撃ち条例である旨の指摘にとどまっている答案があった。また、余目町個室付浴場業事件に関する最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁との違いを理解せず、本件認定が行政権の濫用である旨を論じる答案も多数あった。

- 本件認定の違法性については、配慮義務違反の点から論じることができている答案が非常に少なかった。判例百選登載レベルの判例については、結論のみならず、その論理展開や事例への当てはめを意識して学習することが望まれる。

なお、B県知事が本件認定を行ったと事実関係を誤認している答案も、一定数あった。

(飲料水と生活用水の確保)

- 本件許可基準第4-1に関する記載は、総じて不十分なものが目立った。時間が不足したことによるものと思われるが、時間配分に留意して検討することが求められる。
- 会議録では「法第10条の2第2項第2号及び本件許可基準第4-1に適合しているかが問題となる」と指摘されているにもかかわらず、単に裁量を逸脱し違法とする答案が多かった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められるように思われる。これを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や規範を具体的な事例の中で使いこなせるようにすることが肝要である。

模範答案

1

第1 設問1(1)

E及びFが、B県知事のAに対する本件申請に係る森林法（以下、法とする。）10条の2第1項に基づく開発行為の許可（以下、本件許可とする。）の取消訴訟を提起する場合、E及びFに原告適格が認められるか。

1 取消訴訟の原告適格は、当該処分取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に認められる（行政事件訴訟法（以下、行訴法とする。）9条1項）。「法律上の利益を有する者」とは、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいい、当該行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般公益に吸収解消させるにとどめず、個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含む場合には、この利益も法律上保護された利益に当たる。

2 本件許可にもとづき開発行為がされた場合には、土地造成による地盤の悪化、山林伐採による山林の保水力低下による土砂災害や水害が起こる可能性がある。この災害により、本件開発区域の外縁200m下流部の本件沢沿いに居住しているFは土砂災害、浸水被害を受けるおそれがある。そこで、Fは、①土砂災害や水害によって生命・身体を侵害されない利益を主張することが考えられる。さらにFは本件沢の水を飲料水や生活用水として使用している。開発行為によって水源かん養機能が低下するおそれがあり、土砂による濁水も増える。そのため、Fが本件沢の水を生活用水として利用できなくなる可能性がある。そこで、Fは②本件沢の水を生活用水として利用する利益を主張することが考えられる。

また、EはD山から30km離れたC市外に居住し、D山を水源とする水道水は使用していない。そのため、D山で起きた土砂災害や水害の影

2

響を受けるとは考えられず、水の確保に影響もない。他方、D山で災害が起これば、Eが所有するD山中腹部の立木の育成に悪影響が及ぶ可能性がある。そこで、Eは、③土砂災害や水害によって自己の所有する立木に損害を生じさせない利益を主張することが考えられる。

3 Fの原告適格

(1) では、Fの主張する①の利益が法律上保護された利益に当たるか。

法10条の2第2項各号に該当すれば許可をすることはできない。そして、同条2項1号は開発行為による土砂災害のおそれ、同項1号の2は開発行為による水害発生のおそれについて規定している。第1の2で前述したように、開発行為によって土砂災害、水害が起こりやすくなるため、両災害が発生するおそれがある場合には開発行為を許可しないとし、災害発生を防止している。災害が起これば、開発区域付近に住む住民の生命・身体が侵害されることから、災害発生防止を考える際には、開発区域付近の住民の生命・身体が侵害されないかを考慮要素としているといえる。したがって、開発区域付近の住民の生命・身体は公益として保護されている。そして、人の生命・身体はかけがえのないものであり、これらが侵害されてしまえば、生命は戻ってこず、身体も回復困難な状態となる可能性がある。このような重大な事項について個別的に考慮しないと考えるられない。したがって、①の利益は法律上保護された利益に当たる。

Fは本件開発区域の外縁200m下流部に居住している。開発区域は200haに及び、これだけ広範囲の土地が造成され、山林が伐採された場合、地盤悪化・山林の保水力低下により土砂災害・水害が起

3

きるおそれは高い。そして、土砂災害・水害は下流に向かって進むため、災害が発生すればFの居住地に到達するといえる。また、過去にFの居住地は本件沢からの溢水により浸水被害を受けている。同様に本件沢から溢水すれば浸水被害を受けることになる。

したがって、Fは土砂災害、水害によって生命・身体を侵害されない利益を必然的に侵害されるおそれのある者に当たり、Fには「法律上の利益の有する者」として原告適格が認められる。

(2) Fの主張する②の利益が法律上保護された利益に当たるか。

法10条の2第2項2号は開発行為により水の確保に著しい支障を生じるおそれがあるときは許可しないとする。同号をあてはめる際には開発区域を水源とする水を利用する者が水を確保できるかが考慮要素となる。そして、水の確保ができなければ生活することができず、生命・身体に影響がでると考えられる。こうした生活環境の悪化について個別に考慮していないとは考えにくい。したがって、②の利益は法律上保護された利益に当たる。

Fは本件沢の水を飲料水・生活用水として利用している。沢の水が濁水になる、水量が低下するおそれがあることから、Fに直接被害が及ぶ。したがって、Fは②の利益を必然的に侵害されるおそれがある者として「法律上の利益の有する者」として原告適格が認められる。

4 Eの原告適格

Eの主張する③の利益が法律上保護された利益に当たるか。

法10条の2第2項1号及び1号の2は前述のように土砂災害・水害による被害を考慮要素としている。そして、両災害により被害を受ける

4

のは財産も同様である。そのため、被害を受ける財産も同号の考慮要素となる。もっとも、財産に対する損害は事後的に金銭賠償可能であることから、公益にすぎないと考えられる。したがって、③の利益は法律上保護された利益に当たらない。

以上より、Eに原告適格が認められない。

第2 設問1(2)

本件許可に係る開発工事が完了した後においてもFに訴えの利益が認められない理由について検討する。

開発許可を受けなければ開発行為をすることができない（法10条の2第1項）。同項に反し開発行為をした場合、罰則が科せられる（法206条1号、同条柱書）。したがって、開発許可を受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果が開発許可には付与されている。

そうすると、開発工事が終了すれば当該効果は終了し、開発許可を取り消す必要はない。取消訴訟の目的は処分の法効果によって侵害された原告の権利利益の回復である。処分の法効果が消滅した以上、当該処分を取り消す必要はない。もっとも、処分を取り消すことによって原告の権利利益が回復する場合には、なお処分を取り消す必要性が認められる。

ここで、開発許可が法10条の3に基づく監督処分の法的障害となると認められ、又は開発許可を取り消せば監督処分をすべき法的拘束力が生じるとすれば、開発許可を取り消す必要性を認めることができる。

監督処分の要件は「前条第1項の規定に違反した者」又は「不正な手段により同条第1項の許可を受けて開発行為をした者」である。開発許可を受けずに開発行為をする場合と法10条の2第2項各号に該当する

5

場合を同列に論じている。後者は同項各号に該当する場合をいうのであるから、前者もただ形式的に開発許可を受けなかった場合を指すのではなく、同項各号に該当するにもかかわらず開発行為が行われている場合を指すと考えられる。そうすると、開発許可を取り消さずとも、同項各号に該当する開発行為をした者に対して監督処分をすることができる。

また、監督処分の要件として「森林の有する公益的機能を維持するために必要があると認めるとき」が規定されている。法10条の2第1項の趣旨は、あらかじめ開発行為の前に開発許可を得よう要求することにより、開発行為により森林に期待される公益的機能（同条2項各号参照）に支障がでない場合にのみ開発行為を認めることとし、森林の公益的機能の維持に努める点にある。この趣旨からすれば、開発許可はあらかじめ申請に係る開発行為が同条2項各号に該当していないかを公権的に判断する行為である。開発許可を取り消したとしても、実際にされた開発行為が森林の有する公益的機能を害し、これを維持する必要があるとは限らない。したがって、開発許可を取り消したとしても、監督処分をすべき法的拘束力を生じるとはいえない。

以上の理由から、工事完了後、Fに訴えの利益は認められない。

第3 設問2について

Fは①法施行規則（以下、規則とする。）4条2号及びそれを受けた本件許可基準第1—1—①の「相当数の同意」とは所有者の頭数の3分の2をいうところ、Eが同意をしていないため頭数の3分の2を満たさず、許可基準を満たさないとの主張、②C市水道水源条例（以下、本件条例とする。）7条3項の規制対象事業場に認定（以下、本件認定とす

6

る。）され、土地の使用が制限される（条例8条）ため、本件許可基準1—1—②を満たさないとの主張、③Aが設置を予定している貯水池の水量ではFの生活用水が足りず、本件許可基準4—1を満たさないと主張することが考えられる。

1 開発許可につきB県知事の裁量権が認められる理由

開発許可の要件である法10条の2第2項各号該当性判断につき裁量が認められるかを検討する。

同条3項は同条2項各号に規定する森林の機能を判断するに当たっては、森林の保続培養に留意しなければならないと定める。そして、森林の保続培養とは森林造成には長期を要し、一度開発して公益的機能が破壊されると回復は相当難しいので、森林の無秩序な開発により森林の持つ機能発揮を阻害しないように、合理的かつ計画的に森林を維持改善することを意味する。すなわち、同条2項各号では森林の現に有する機能からみて各号該当性を検討するところ、その森林が一度失われれば回復が難しいことを前提として、公益的機能を阻害しないかを判断する必要があるといえる。森林による災害防止、水源確保は公益であり、これらを考慮して開発許可をする上記内容について専門技術的な判断をする必要がある。したがって、同条2項各号該当性について行政庁たるB県知事に裁量が認められる。

B県知事が定め、B県ウェブサイトで公表している本件許可基準は、上記裁量権行使の基準、すなわち裁量基準に該当する。適法な裁量基準が公表されている場合、当該基準に従って審査、処分がされることにつき処分の相手方の信頼が生じる。また、当該基準と異なる取扱いをすれ

7

ば、平等原則違反の問題も生じる。したがって、裁量基準に従った処分をしないことを相当と認める特段の事情のない限り、裁量基準に従って処分をしないと信義則・平等原則に反し、裁量権の逸脱濫用として違法となる。適法な本件許可基準に反してされた処分は違法となる。

2 ①の主張

B県は、本件許可基準に定めのない本件開発区域における所有林面積の割合を本件開発行為の可否の判断に当たって考慮することができ、これを考慮すれば98%の同意が得られていることから、本件許可基準を満たすと反論する。

本件許可基準は、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、開発区域内の私法上の権原を有する者の3分の2以上の権利者が現に同意していることを求めている。そして、開発行為の完了が確実であるかを検討するには、権限を有する者の頭数よりも、開発行為が可能な区域の割合を考慮する方が望ましい。したがって、所有林面積の割合を考慮することができる。以上より、①の主張は認められない。

3 ②の主張

B県は、本件認定が違法で取り消されるべきものであるから、本件許可基準に適合すると反論する。

本件認定は条例に基づきされている。条例が制定されたのは、Aの事業計画につきC市担当者が知り、C市の水道水源保護条例制定の必要性を感じたことに基づく。C市はAの事業計画を了知しており、本件施設の設置の必要性と水源保護の必要性とを調和させるべく市としてどのような措置をとるか検討する機会を与えられていたといえる。Aの立場を

8

踏まえ、十分な協議を尽くす必要があった。Aの事業用の取水量・貯水量の多さが問題として重視されていたことから、これらの上限を設定する、そのための施設設置を促す等条例の目的である水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、Aの地位を不当に害することがないように配慮すべき義務があったといえる。もっとも、本件において上記のような指導がされたことはない。したがって、本件認定は上記配慮義務を違反してされたものといえ、違法となる。以上より、②の主張は認められない。

4 ③の主張

B県は、「措置が適切に講ぜられる」といえるか判断する際の考慮要素として、技術的に可能かどうか、費用面の負担も含まれること、本件でFの主張する措置をとることは技術的に困難であり費用面の負担も大きく、本件計画による水資源確保対策であっても「措置が適切に講ぜられる」と反論する。

措置が適切に講ぜられれば水の確保に著しい支障を及ぼすおそれがないとされるのは、措置を含めた全体で水が確保されているといえれば法10条の2第2項2号に該当しないとみて差し支えないこと、本来開発行為は所有者の所有権行使の一態様であることから可能な限り認めるべきであることによる。技術的にも費用面でも採用できない代替措置を要求することは開発行為を禁止することにつながる。そのため、適切な代替措置がとられているかを判断するには技術的に可能か、費用面での負担が過度でないかも考慮される。本件では上記の理由から、本件計画通りでも本件許可基準をみたすといえ、③の主張は認められない。以上