

公法系第 2 問

設問 1、小問(1)

1 (1) 取消訴訟(行政事件訴訟法(以下略)3 条 2 項)の対象となる「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為の内、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。

(2) そして、申請に対する処分は国又は公共団体が申請者に対して一方的に行うものであり、これにより申請者の権利義務が形成される。よって、問題となる行為が申請に対する処分に該当する場合は、当該処分は「処分」に該当する。

2 (1) 本件不選定決定は、本件条例 26 条 1 項及び 3 項並びに本件条例施行規則 21 条 2 項に基づくものである。

道路上で屋台営業を行うためには道路法 32 条 1 項 6 号に基づく道路管理者の許可が必要である(本件条例 13 条 1 項及び 2 項)ところ、市道占用許可を受けようとする者は本件条例 8 条に基づく市道占用許可の申請を行い、これに対して市長が審査基準(行政手続法 5 条 1 項)としての本件条例 9 条に基づき、市道占用許可を与える。

そして、市道占用許可を与える基準の一つに申請者が屋台営業候補者(本件条例 25 条 1 項)に該当することが挙げられている(同条例 9 条 1 項 2 号イ)ことから、同条例 26 条 1 項に基づいて市長から屋台営業候補者に選定されることが市道占用許可を受けるための前提条件といえる。

(2) このような道路法及び本件条例の構造からすれば、市長から屋台営業候補者の選定の決定を受けることは、道路法 32 条 2 項に基づく道路の占用許可の申請手続の一部として組み込まれているといえる。

よって、屋台営業候補者に選定するかしないかを決定する処分は、道路法と

いう「法令」に基づく申請に対する処分(行政手続法 2 条 3 号)といえる。

3 本件不選定決定は B に対する申請拒否処分であり、「処分」として取消訴訟の対象となる処分に当たる。

設問 1、小問(2)

1 (1) 訴えの利益(9 条 1 項括弧書)とは、取消訴訟で請求認容判決を得ることが紛争の解決にとって必要かつ有効であることを基礎づける訴訟要件である。

(2) そして、本案判決を取得したとしても原告の法律上の地位に影響をもたらす第三者に対する処分が有効に存続し、法律上の地位に変動をもたらさない場合は請求認容判決を得ることが紛争の解決にとって必要かつ有効といえない。

この場合原則として訴えの利益が認められない。

しかし、当該第三者と原告が競合関係にあり、原告に対する処分が取り消されれば第三者による申請に対して改めて処分をしなければならず、原告の申請に対して許可が行われる等法律上の地位の変動をもたらす事情が認められる場合は、例外的に訴えの利益が認められる。

2 (1) 本件において、A 市長は C に対して本件候補者決定を行う一方 B に対して本件不選任決定を行っている。本件不選任決定が取り消されたとしても本件候補者決定が存続し、B が本件区画について屋台営業候補者の選定を受けられないという法律上の地位が変わらないとして訴えの利益が認められないとも思える。

(2) しかし、本件区画について屋台営業候補者の選定を受けることができるのは屋台営業を行おうとする者一人だけであり、選定を巡り B と C は競合関係に立つ。そして、本件不選任決定の請求認容判決は処分庁である A 市長を拘束する(33 条 2 項)ところ、同決定を違法とする判決の趣旨に従い B の申請のみな

らず C の申請に対しても改めて処分をしなければならない。本件不選任決定における A 市長の判断は不当とされる以上、正当な判断の結果 C ではなく B に本件区画について屋台営業候補者の選定が行われる可能性がある。

そのため、本件不選定決定の取消しによって B が屋台営業候補者の選定を受けられるという法律上の地位の変動がありえ、紛争の解決にとって必要かつ有効といえる。

3 よって、B は本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を有する。

設問 2

1 (1) 本件不選定決定は他人名義営業者の地位への配慮及び委員会(本件条例 28 条 1 項)の申合せ事項を A 市長が考慮せずに行ったものとして違法ではないか。

(2)ア これに対し A 市は、屋台営業候補者の選定をどのように行うかについては市長に裁量が認められている以上、上記の事情を考慮しなかったとしても裁量の範囲内として適法であると反論することが考えられる。

イ 委員会の本件条例 26 条 2 項に基づく推薦は本件条例施行規則 19 条の選定基準に基づいて行われる一方、市長の本件条例 26 条 1 項に基づく選定の基準は同条例及び施行規則のどこにも規定が存在しない。また、市長が営業候補者選定の決定をするためには、屋台の内容等地域の実情に照らした専門技術的判断が必要不可欠である。したがって、営業候補者の選定については A 市長に要件裁量が認められる。

もっとも、裁量権の行使は無限定ではない(30 条参照)。裁量権の行使が重要な事実を欠くものであるか、又は社会通念上著しく妥当性を欠くと認められる場合は、裁量権の逸脱濫用として違法となると解すべきである。

(3)ア Bとしては、A市長が屋台営業候補者の選定を行うに際し他人名義営業者への地位の配慮を行わなかったことが重要な事実を欠くか、考慮すべき事実を考慮しなかったとして社会通念上著しく妥当性を欠くものと主張する。

これに対しA市は、他人の名義を借りた屋台営業は法的な保護に値しないこと、他人名義営業者の地位への配慮は市道占用許可の期間の範囲内にとどまることから考慮する必要が無いと反論する。

イ しかし、A市市道上の屋台はA市の個性として貴重な観光資源となっておりまた街に賑わいや防犯効果をもたらしているところ、このようなA市が享受している屋台による効果は他人名義営業者による屋台営業によってももたらされていることは否定できない。また、本件条例9条1項2号アは密接な関係にある者の間の他人名義による屋台営業を許容する趣旨であり、他人名義営業者を全く同条例による保護の対象外とするものではない。

このような本件条例の規定やA市が屋台による効果を享受している現状からすれば、少なくともA市長は他人名義営業者の地位への配慮を屋台営業候補者の選定に際し考慮すべきであり、他人の名義を借りて屋台営業を行ってきたBの地位への配慮を考慮しないまま不選定の決定をしたA市長の行為は社会通念上著しく妥当性を欠く。

(4)ア またBとしては、A市長が本件指針に基づく委員会の申合せに従わずに本件不選定決定をしたことが、A市長の裁量権の逸脱濫用を構成すると主張する。

イ 本件指針はA市長が決定しかつ同市のウェブサイトで公開されている、裁量基準である審査基準と評価される(A市行政手続条例5条1項及び3項)。裁量基準に合理性が認められる場合は、当該裁量基準を機械的に適用するとかえ

って不都合な結果を招くといった特段の事情が存在しない限り、裁量基準に従わない処分は裁量権の逸脱濫用として違法となる。

ウ 本件指針は、本件条例施行規則 19 条各号の審査を得点化すると共に審査において考慮すべき事情を例示し、さらに営業実績を踏まえて 5 点を与える運用を申し合わせたものである。このような指針は、屋台営業候補者選定の判断を均等に行い、具体化するものとして合理性が認められる。

A 市は、本件指針を適用すれば殆どの区画について他人名義営業者が屋台営業候補者として推薦され新規に屋台営業を始めようとする者の利益を不当に害するため同指針を適用しない特段の事情が認められると反論する。

しかし、本件指針は営業者の、A 市の屋台政策への確実な貢献を可能にする A 市の利益のための基準であり同指針の適用について名義の如何を問題にすることが想定されていない。よって、特段の事情は認められない。

エ したがって、A 市長が本件指針に基づく委員会の申合せを考慮しなかった点でも本件不選定決定に A 市長の裁量権の逸脱濫用が認められる。

2 (1) 仮に上記の違法事由が認められなかったとしても、A 市長が委員会の推薦を覆して営業候補者を選定した行為自体が違法と認められないか。

(2) 最高裁昭和 60 年判決によれば、諮問機関の決定には合理性の推定が働くため、処分庁が諮問機関の決定を合理的理由なく覆す行為は当該行為が社会通念上著しく妥当性を欠くものとして、裁量権の逸脱濫用が認められることになる。

(3) 本件において、A 市長は屋台営業者の交代を積極的に推進するべく、B を屋台営業候補者として適当と認める者として推薦する委員会の決定を覆している。しかし、屋台営業者の交代は本件条例の目的に反するものであり合理的

理由が認められない。

よって、A 市長が委員会の決定を覆して本件不選定決定を行ったことに裁量権の逸脱濫用が認められる。

4 以上より、本件不選定決定は違法である。

以上

公法系 第2問

行政事件訴訟法は、法令名省略。道路法は、「法」とする。

第1. 設問1・小問1

1. 本件不選定処分（条例26条1項）は、「処分」（3条2項）にあたるか。まず、選定処分の処分性が肯定されれば、それと表裏一体である本件不選定処分も「処分」とであるといえる。

「処分」とは、国又は公共団体の行う行為のうち、当該行為によって、直接国民の権利義務を形成し、またその範囲を確定することが法律上定められている行為をいう。

したがって、①公権力性、②直接具体的法効果性が必要である。

2. 選定処分は、条例26条1項に基づき市長が一方的な地位で行うものであり、①公権力性を有する。

3（1）道路に露店を設置して、占有する場合には、道路占用許可が必要である（法33条1項・32条1項6号）。

そして、屋台は、露店に該当する。

屋台を設けようとする者は、市道占用許可が必要である（条例8条）。そして、市道占用許可は、法33条1項に該当し、かつ条例25条1項に規定する屋台営業候補者に与えられる（条例9条1項2号イ）。

条例25条1項に規定する屋台営業候補者は、条例26条1項によりA市屋台専門委員会に諮り、市長が営業希望場所ごとに総合成績が最も優れた1名を選定する運用を取っている。

したがって、選定処分は、これを受けなければ、市道占用許可を受けることができないという直接具体的な法効果を有する（②）。

（2）また、市道占用許可の申請（条例8条）、それに続く屋台営業候補者の公募への申請（条例25条1項）に対しては、選定を行ったときは、その旨を候補者に通知し（条例26条3項、規則21条1項）、選定しない場合も公募申請者に通知する（規則21条2項）。

したがって、選定処分への申請は、応答義務のある「申請」（行手法2条2号）といえる。

（3）よって、選定処分は、申請に対する「処分」とであるといえる。

第2. 設問1・小問2

1. Bに本件不選定処分取消訴訟（3条2項）に関して狭義の訴えの利益が認められるか。

狭義の訴えの利益は、訴える必要性・実効性がある場合に認められる。

2. たしかに、屋台営業候補者の選定は、営業希望場所ごとに総合成績が最も優れた者1名のみが選ばれるという運用になっており、すでにCに対して選定処分がなされていることから、本件不選定処分を取り消す狭義の訴えの利益は失われたとも思える。

しかし、その結論はだたでない。放送局の開設免許に関する判例は、競願事例の事案である。同判例においては、競願の一方に対する不許可処分が取り消されれば、その判決は行政庁を拘束すること（33条1項）、そして、判決の趣旨に従い、他の一方に対する許可処分についても、再考を求めることができることから、狭義の訴えの利益は失われていないとしたと考えられる（33条2項）。

本件も、1名の選定を巡って競願している事例と考えられ、同判例の射程は及ぶと考えられる。

そのため、本件不選定処分が取り消されれば、本件候補者決定の再考を求めることができることから、Bには上記訴えにつきなお訴えの利益が認められる。

第3. 設問2

1（1）選定処分（26条1項）は、市長が行うものであり、観光政策や街づくりの観点から、政策的な判断を要する事項である。したがって、26条1項には、市長に効果裁量が認められる。

もっとも、判断過程または判断内容に著しく不合理な点がある場合は、裁量の逸脱濫用として違法となる（30条）。

（2）ここで、A市は、屋台営業の名義貸しは、許可が事実上売買の対象となり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話合いが難しくなっており、名義貸営業を禁止する必要性があり、Bは名義貸し営業を行っているから、本件不選定処分には裁量の逸脱濫用はないと主張する。

対して、Bは、本件不選定処分は、Bに対する信頼保護原則違反であり、判断内容に著しく不合理な点があるとして違法であるとBは主張すべきである。

Bは、本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきた、A市との間でトラブルはなかった。そして、今後営業が続けられなくなると生活の基盤が失われてしまい、不利益は大きい。

Bは10年以上継続して営業しているのであるから、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話合いが難しいとはいえない。

そして、暫定措置としては、6ヶ月しか営業の継続ができないとされている。委員会は、6か月以内にBが新たな店舗や仕事を探すことは困難であると自認している。加えて、Bは今後A市の屋台政策に確実な貢献ができるものであるとされている。つまり、26条にいう選定基準は、Bのようなものでも満たすのである（規則19条）。

よって、本件不選定処分は、Bに生じた信頼に反するものであり、信頼保護原則違反として、判断内容に著しく不合理な点があるとして違法である。

2（1）屋台営業の実績を考慮して審査を行うという委員会の申合せは合理的であったか。

同申合せは、行政内部規範であり、法規範性を有しないことが原則である。もっとも、合理的な基準であれば、裁量基準に該当し、基準を形式的に適用することでかえって不合理な結果を生む特段の事情のない限り、同基準に従った処分をしなければ、裁量の逸脱濫用とし

て違法となる。

(2) 規則 19 条は、あいまいな文言であること、A 市委員会は、政策的な判断をもって、規則 19 条該当性を判断することから、同条には要件裁量がある。

そして、上記申合せは行政内部規範である。

(3) ここで、A 市長は、規則 19 条は、「新たな」魅力（規則 19 条 2 項）を創出するためなどのように、実績よりも将来への貢献度を考慮することを求めており、同申合せは実績を重視するものであって、規則 19 条とは相いれず合理性はないと主張する。

しかし、実績を有するものが、未来の街づくりに貢献できることは多々あること、「地域貢献」（規則 19 条 3 項）には、実績のある者の存在は不可欠と考えられることから、上記申合せは合理性を有するといえる。

3 (1) また、A 市長は、同申合せは、新規に屋台営業を始めようとして公募に応募した者の利益を不当に侵害することから合理性を有しないと主張する。

(2) この点、新たに屋台営業を始めようとする者が、実績のある者よりも不利になることは当然といえる。実績のある者の方が問題も少なく済む可能性が大きいからである。一方で、上記申合せは、実績のみを考慮する者ではなく、あくまで一考慮要素としているにすぎない。新たに屋台営業を始めようとする者は、革新性などをもって、実績のある者に対して対抗することも可能といえる。

したがって、A 市長の主張は妥当でなく、上記申合せは合理性を有する。

よって、上記申合せは裁量基準として機能する。

4 (1) A 市市長は、C を選定したことは、基準を形式的に適用することでかえって不合理な結果を生む特段の事情にあたり、基準に沿わない処分であっても裁量の逸脱濫用とはならず適法であると主張する。

(2) もっとも、上記のような特段の事情はないといえる。B は上記申合せの部分を除いて、第 2 位の一に着けていたこと、上記申合せに従えば B は屋台政策への確実な貢献が期待でき、屋台営業候補者にふさわしいと言えるからである。

したがって、本件不選定処分は、基準に沿わない処分であり裁量の逸脱濫用となり違法である。

5 (1) また、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体が判断過程に著しい不合理な点があるとして裁量の逸脱濫用として違法とならないか。

(2) この点、諮問機関について述べた判例は、原則として、諮問機関を設置した行政庁は諮問機関の判断を尊重する義務があり、それに従わない場合は特段の事情が必要であるとしたと考えられる。

(3) 本件では、そのような特段の事情はない。委員会は諮問機関であるため、上記判例の射程が及ぶ。

よって、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体が判断過程に著しい不合理な点があるとして裁量の逸脱濫用として違法である。

2

以上