

(設問1)

1 Xは、本件命令の発せられた前日、本宅差止め訴訟(行政事件訴訟法第7項)を提起した。

2 (1) 知事、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為又は行政に
3 して、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を定めたことが法律
4 上認められていること。

5 本問では、本件命令はY市とY公共団体が行うもので、これにより直接Xは
6 国民の本件取扱い所から権利義務を形成することになる。これは消防法12条2項と
7 いう法律上認められていること。

8 よって、本件命令は「処分」である。

9 (2) 本件命令は、本件取扱い所の移転を目的としてY市が発せられたもので、裁量
10 的裁量判断が可能な程度に特定されており、「一定」処分といえる。

11 また、Y市は、本件命令を発せられた時点で、本件命令が発せられた相当
12 の蓋然性があるから、「一定」処分といえることになり、
13 「一定」処分といえる。

14 (4) よって、「一定」処分…からいえる場合(3条7項)に当てはまる。

15 Xは、本件命令の直接の相手方であり「法律上の利益を有する者」である(9条4
16 条3項)。

17 (4) 「重大な損害を生ずるおそれがある」(9条1項)とは、処分がされたことにより生ずる損
18 害が、処分を受けた後に取消訴訟を提起し、執行停止を受けることにより
19 容易に損害を救済できることである。Xは、処分がされた前日に差止めを命じたことにより、Xの救済を受けることが困難な場合を
20 いう。

21 (2) 本問では、Xが緊急して損害を、雇用の信用で救済することになり、
22 23

1 および移転命令が発せられた場合、直ちに作業停止で公表されてしまうことになり
2 13。後からこの公表を取りやめたいとしても、一度失われた信用を回復するには時間
3 かかる。そうすると、この信用は、執行停止により救済を受けることが
4 できないものであり、処分がされた前日に差止めを受けること、救済を受けるこ
5 とが困難といえる。

6 (3) したがって、「重大な損害を生ずるおそれがある」も認められる。

7 5 本件命令は、Xは、差止め訴訟に代わる救済制度が認められている
8 場合、Xは、このように定められている「他の適当な手段がある」といえる。

9 6 したがって、本問において、Xは、本件命令の差止め訴訟を提起すること
10 ができる。

(設問2)

11 1 本件命令は、消防法12条2項に基いて発せられている
12 こと。この要件は「第10条4項の技術上の基準に適合していない」とい
13 こと。同法10条4項は、基準を政令で定め、危険物政令12、9条1項
14 において、保安距離が30メートル以上なければならないこと(政令9条1
15 項1号)。本件取扱い所は、本件現場と18メートルしか離れておらず、この基準を
16 満たさない(政令15条1項、9条1項1号)。よって、本件命令が発せられている。

17 2 また、政令9条1項1号ただし書の要件を満たす場合には、30メートルの
18 制限は適用せず、本件命令は違法となる。よって、同法10条4項の要件を満たすか
19 問題となる。

20 (1) 同項は「それが安全であると認められる場合は…当該距離」といっており、その趣
21 意的文脈用いている。また、このただし書の規定は、製造所等にのみ変更がな
22 くと、その趣意に照らして、保安物の設置を命じた場合に、消防法12条に
23

おは、論議において、
3条1項の「おそれがある」の要件は、
事実上の危険性があること。

（第 1 問）

13) したがって、本件基準①や②に基づいて存在している本件~~五五五~~、今令以裁

（第 1 問）

これは、財産権に内在的制約でいいから、侵害行為は、財産権に内在的

見本

第1問

1 社会的制約として受認可を限度の範囲とされている。
 2
 3 また、Xは本件取扱所の営業を始めた平成17年の時点で、本件薬
 4 場の付近に「第一種中高層住居専用地域」とされていたため、原則として
 5 薬場の建築は不可能だった。ところが、営業開始後の建築規制
 6 の緩和により薬場が建築可能となったことはXにとって予想
 7 きないものであり、Xにとっては利益の犠牲と考えるべきか。
 8
 9 このような事情について、確かな上乗せのようた、Xにとって薬場の
 10 建築は予想外のことかでないものであったとみる。しかしながら、Xが
 11 本件取扱所で営業を始めた当時、第一種中高層住居専用地域とて
 12 れていたことから、建築基準法（表第2（ハ）項に列挙した建築物
 13 の建築は可能であった。よって、その別表第2（ハ）項の、2号、3号に「い、
 14 学校や病院を列挙して」あることは、政令9条（第13号）に定められ
 15 保存要件にあり、このように保存要件は当時から建築が認められていた。
 16 ようして、Xは、本件取扱所の営業開始当時、その周辺に30メートル
 17 の保存距離が「必要となる建築物が建築できる可能性を認識して
 18 いた。そこで、このXの事情は、損失補償の成立には影響しない
 19 と考える。
 20
 21 4 以上から、Xには「利益の犠牲は生じているが、損失補償請
 22 求は認めらるる。」
 23

以上

→ 本問の特典はこれ

設問3は、問題文の読みかたによる。

平成27年司法試験 行政法

抗告訴訟における論述

- ・訴訟要件の検討 → H27 設問1
- ・適法性の検討 → H27 設問2

訴訟要件を検討する際は、条文に基づき各要件を検討すること。

適法性は、検討指針を提示して論じていく。

私見ですが、適法性は次のように検討しています。

- 1 基本的には、行政法理の一般原則等を利用し適法性を論じる。
適正手続の原則（憲法31条）、信義誠実の原則、権利濫用禁止の原則、比例原則、平等原則
- 2 行政裁量が問題なる場合にも検討指針は同じ。
「何に対する裁量か」は問題になるが、一般原則を考慮しながら裁量権の逸脱・濫用を検討していけばよい。
重大な事実誤認、目的・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反、他事考慮等々。
- 3 与えられている関係法令を理解することは必須。少なくとも、問題文に誘導されている点は考慮する姿勢を見せるべき。

第1 設問1

※誘導A 抗告訴訟によって事前に阻止することが可能か。

「本件命令が発せられることを事前に阻止」 → 差止訴訟

差止訴訟の要件を検討していけばよい。

行政事件訴訟法37条の4

① 「一定の処分」であること

「処分」とは行政処分である必要がある。

「一定の」とは、特定性、つまり処分される蓋然性を意味する（下記最高裁平成24年判例を参照）

② 「重大な損害が生ずるおそれがある場合」であること

【重要判例】最高裁平成24年2月9日

「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされること

により生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるものでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である。」

↑↑上記判例の言い回しを参考にして論じていけばよい。

③ 重大な損害を避けるため他に適法な方法がないこと

訴訟要件の検討は、条文に沿って行えばいいので迷う必要はない。

「行政行為」の定義、上記重要判例の言い回しを頭にいれておくことは必須。訴訟要件を検討する際に覚えておかなければならない事項はしっかり書けるようにすること。

★設問1の論述例は下記参照

第2 設問2

取消訴訟が提起した場合、本件命令は適法と認められるか。

※本問においてどのように検討するべきか？

問題文で、「法解釈には争いがなく、手続的違法はない」と明記されている。法解釈や手続的違法は論じない。

※本件命令はどのような根拠に基づいて発令されるのか？

消防法12条2項に基づく命令である

消防法10条4項、危険物政令9条1項1号ロ、同号ただし書き

危険物政令9条1項1号ただし書きの内部基準として定められた本件基準

・危険物政令9条1項1号本文の要件も充足しない、ただし書きの要件も充足しないため、消防法12条2項に基づき本件命令ができる。

※誘導B「ただし書きの規定の趣旨・内容及び本件基準の法的性質を踏まえたうえで、本件基準①及び③について検討せよ」

※本件基準の性質は？

問題文に、行政処分でないことは明らかと記載されており、内部基準であるとも明記されていることに着目。

危険物政令9条1項ただし書きは、「当該距離とすることができる」と規定

安全であると認めた場合と要件は抽象的

→専門的判断を市町村長に委ねている

→本件基準は行政規則である、行政裁量の行使を定めた裁量基準である。

→市町村長等の判断に一定の裁量が付与されていると考えられる。

※裁量基準が定められている場合、どのように適法性を検討するのか

裁量基準に従って判断が行われているのか。

裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであるか。

裁量基準が妥当であったとしても、ある特定のケースに機械的に適用するだけでは法律の趣旨・目的を損なう場合にあたらないか（個別審査義務）

※本問で考慮すべき利益は何か。

ただし書きの趣旨

製造所そのものに変更がなくても、製造所の設置後、あらたな保安物件が設置された場合に消防法12条により製造所の移転等の措置を講じなければならなくなる事態を避けるためのもの。→既存の製造所の保護。

消防法1条の趣旨

火災の予防等、国民の生命、身体及び財産を火災から保護するもの。→国民の生命身体安全の保護

●本件基準①について

倍数50と定めている。

・建築基準法上、工業地域では原則として倍数の制限はない。

・本件基準①②は、工場地域であるか否かに関わらず倍数で制限を行っている。

消防法が保護する利益は、国民の生命身体安全の保護。既存の製造所の保護という財産上の利益より重要。工業地域に原則として倍数の制限はないとはいえ、国民の生命身体安全の保護をするために倍数に制限を行う本件基準①が一概に不合理とはいえない。

本件基準①は裁量基準として合理性がある。

●本件基準②について

防火壁を設けることにより、保安距離を短縮することができる基準

上記2つの利益の調整という点を考えれば一概に不合理とはいえない。

●個別審査義務の検討

本件において、Xは本件基準③よりも高い防火壁を設置することが可能。危険物政令で義務づけられた水準以上の消火設備を増設することも可能。

→消防法1条の趣旨にも沿う。本件基準①②の条件をわずかに上回るもの。消防法2条の趣旨にも沿うことができるのに、機械的に適用することで、ただし書きの趣旨を損なう。

裁量基準は妥当であるが、本件においてXに本件基準①②を機械的に適用することとは、裁量権の逸脱濫用にあたる。

●誘導C ただし書きと危険物政令23条との関係について

危険物政令23条の立法経緯

政令の趣旨を損なうことなく実態に応じた運用をするために定められたもの。

9条1項1号ただし書きに該当しなくても、23条の趣旨に合致すれば保安距離を短縮することができる。

本問において、Xは危険物政令で義務づけられた水準以上の消火設備を増設することは可能。23条の趣旨に合致し、9条1項1号ただし書きが適用されなくても、本問において23条は適用される。

→23条の事情を考慮しない本件命令は考慮すべき事情を考慮していないため、違法。

●は結論が異なる場合があってもおかしくない。しっかりと論述展開できていればよい。

第3 設問3

憲法29条3項に基づき損失補償を請求することができるか。

※補償の要否の判断基準

規制の目的が社会公共の秩序を維持し、国民の安全を守り、危険を防止する目的で行われる消極規制の場合には補償は不要であり、公共の福祉を増進するという目的で行われる積極目的規制の場合には、補償は必要。

※誘導D 本問における規制の目的は

規制の根拠は消防法12条2項

消防法12条の趣旨は、消防法の目的である、国民の生命、身体及び財産を火災から保護するというもの。特に火災から国民の生命身体を保護するという趣旨が重要。

→消極規制である。

※誘導E Xが本件取扱所を始めた頃は、本件葬祭場の所在地において、葬祭場は建築することができなかった。

事情の変更でXが本件取扱所を移転させる必要が出てくることになり、Xの財産上の既存の利益を著しく害するとも思える。

しかし、消防法12条の趣旨は国民の生命身体を保護するというものであり、消防法12条に基づく規制は消極規制である。

事情変更により、本件取扱所を移転せざるをえなくなったとしても、本件取扱所は灯油という国民の生命身体を火災により脅かすという危険性を内在しており、その危険に対して

消防法 12 条に基づく消極規制により損失がたまたま現実化したにすぎない。

→規制が消極規制であることから、事情変更に基づく不利益を被ったとの反論は理由と
ならない。

(参考) 最判昭和 58 年 2 月 18 日

損失補償は請求できない。

(論述例) ※あくまでも一例

第 1 設問 1

- 1 X は、Y が行う予定としている消防法第 12 条 2 項に基づく本件命令に対し、差止の
訴え(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)3 条 7 項)を提起することが考えられ
る。

差止の訴えが認められるための訴訟要件は、本件命令が①「一定の処分」であること、
②①により「重大な損害が生ずるおそれがある場合」であること、③重大な損害を避け
るため他に適法な方法がないことである。

- 2 「一定の処分」であること

- (1) 「処分」について

ここでいう「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、
その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまた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。

本件命令は、Y 市長が行うものであり、本件命令によって、X は消防法 12 条 2
項に基づき本件取扱所を移転させる義務が発生するため、「処分」であるといえる。

- (2) 「一定の」処分にあたるか

差止の訴えが認められるためには、「一定の」、つまり、差止の対象となる処分が
行われる蓋然性が高いことが必要である。

Y 市の職員 C は、X に対し、本件葬儀場の営業を開始されれば、Y 市長が本件命
令を発することは確実であると述べているため、本件命令が行われる蓋然性は高
く上記要件も充足する。

- (3) したがって、「一定の処分」であることの要件を充足する(①)。

- 3 「重大な損害が生ずるおそれがある場合」であること

- (1) 「重大な損害が生ずるおそれがある場合」とは、処分がされることにより生ずるお
それのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受け
ることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前
に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるこ
とを要する。

- (2) Y 市は、消防法第 12 条 2 項による移転命令を発した場合、ただちにウェブサイト

で公表する運用をとっている。本件命令が発せられると、X はウェブサイトで公表を
されることになり、瞬時に情報が拡散し、X の顧客に対する信用は失墜してしまう。
本件命令が発せられたという信用失墜は、本件命令が発せられた後に取消訴訟を提
起し、執行停止の決定を得たとしても回復できるものではない。

X は本件命令がされる前に差止の訴えをしなければ、顧客の信用失墜の回復とい
う救済を受けることが困難であるといえる。

- (3) したがって、X には、本件命令により「重大な損害が生じるおそれがある」といえ
る(②)。

- 4 重大な損害を避けるため他に適法な方法がないこと

上述したとおり、本件命令は、取消訴訟における執行停止によっても X に発生する顧
客の信用失墜という重大な損害を回復することはできない。

したがって、重大な損害を避けるために適法な方法はないといえる(③)。

- 5 結論

以上のとおり、差止の訴えの訴訟要件である①～③の要件は全て満たされ、X は本件
命令に対し差止の訴えを提起することができる。

設問 2、設問 3 は略。

以上