

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABOD)

D

第1 設問1

1 本件戒告は、右以下の理由により、取消訴訟の対象たる処分である。

(1) 処分とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為の内、その行為により、直接国民の権利義務を形成し、その範囲を画定することから、法律により認めらるべきものといふ。すなわち、処分とは、①公権力性、②法効果性、③直接性、及び④法律に基づく、という4つの性質を有する行為をいう。

(2) ④及び②該当性

ア 本件において、行政代執行法(以下、行代法)3条項という法律に基づいて④~~法律~~行われる。

イ 一方、戒告(行代法同条項)は、将来、代執行を受けるべき旨を知らせるにすぎず、何ら法効果性を有しないため、②結果しないという反論が想定される。しかしながら、本件戒告は、処分性が否定される。

しかし、本件戒告が送附され、僅か5日中に履行がなされなければ本件代執行が確定するから、×は、本件行状を摘正すから、その居住様という憲法上認められた権利(憲法22条1項)を侵害する。

従って、戒告のよう、近い将来、確定の法効果が生じざる結果に伴う行為には、実質的に法効果性があると考える。①

よって、本件に、反論は必要でなく、本件戒告は、②を充足する。

(3) ~~③及び①~~ ③及び①該当性

ア 本件に、本件戒告は、直接、×の居住権の侵害

1 ページ

裏面へ

に78が子ため、③を充足する。

イ 又、本件戒告は、公権力の主体たる市長の行政庁Aが、私法上の主権者たる強制的行为を一方的に行い、公権力の行使である。従って、④を充足する。

5 (4) よって、本件~~行政処分~~戒告は、取消訴訟の対象となる処分にあたる。

第2 設問2

1 問(1)

10 (1) まず、Xは、「ホムレス」(ホムレスの自立の支援等に関する特別措置法(以下、特措法)2条)に於いて、「ホムレス」にも「健康被害化の防止法」を適用し、その人に適切な配慮をするが、特措法1条を求められている。

15 しかし、本件で、本件除却命令は、P公園内に起る生活計を定めて、ある程度安定した生活を営んでいるXの生活の基盤が奪われることになり、特措法の趣旨に反する。

(2) よって、Xは、広いP公園の一部を占拠しているが、他の公園利用者との間にトラブルに陥っているから、「都市公園の健全な発達」(法1条)を阻害するようなP公園の占拠を行っている。

20 (3) 従って、本件で、「公園管理者」である市長Aが「都市公園」たるP公園において、届出をせず不法に占有している(法7条7号、法6条1項)本件テント等を除却するに当たって(法27条1項1号)裁量権を有していたとしても、除却命令を行うか否かを判断するための考慮~~事項~~が、公園の保護という一方の利益だけでなく、ホムレスの人権という他方の利益を不当に軽視しており、その裁量権の逸脱・濫用があり、違法である(行政事件訴訟法(以下省略)30条)。

30 (4) また、本件で、P公園以外の都市公園等でもホムレスが起るに際して、Xのみが退去の対象とされている

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)

のは、平等原則に反する、このように取扱いがなされたのは、又が行政に於ける本来的な裁量権の行使を要求する異動の又が積極的に容認していることがこの点に評価されるからと考へられる。

5 又、^{行政処分}本件除却命令は、その内容が社会一般原則に反していない、但事案に於ける裁量権の判断がなされているから、その内容が社会一般原則に反し、判断過程において、効果裁量の裁量権に逸脱、濫用が認められる。

15) 以上より、本件除却命令は違法である。

10 2 問(2)

(1) 行政処分の違法性の承継が認められるのは、一般的に、①2個以上の行政処分が、1個の行政目的達成のために行われ、②先行処分の違法性を争うための手続保障が十分に行われていない場合に認められる。

15 又、~~行政処分~~一般に、後行の処分の取消訴訟において、先行処分の違法性を主張するとしても例外的に認められる説明をするための論理が、行政処分の違法性の承継の理論であるといえる。

20 (2) それでは、連立、先行処分の取消訴訟において、後行の処分の違法性も、先行処分の違法事由として主張できるか。

この点、違法性の承継性が認められる趣旨は、2個以上の処分が^{行政処分}共同効果を発するとして、一体となつて1個の行政目的を達成しようとする場合に、どちらか1つが違法であれば、全体として違法と認める点にある。

従つて、必ずしも、各執行の処分が~~単独~~に先行
処分の違法性が~~認め~~られるわけではなく、各執行処
分の違法性を先行~~処分~~に主張することも、2個の処
分が一体でも、1個の行政目的を達成するため
5 になつたならば認められる。

本件で、本件戒告も本件除却命令も~~本件除却~~
を行政代官執行に基~~づ~~きおこなうための一連の手段
であり、一体として1個の行政目的を達成する
ためになされているから

よ、1、本件で、本件除却命令の違法性を、本件
戒告の取消訴訟において、本件戒告の違法事由
として主張することもできる。

(注) ~~しかし、本件除却~~

以上

項 目	採点基準	得点
本件戒告の 処分性	最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（大田区ごみ焼却場設置事件）の定式を正確に示しておればよいものとする（3点）	3
	行政代執行法3条1項による戒告は、新たな義務を課すものではないこと（4点）	3
	しかし、戒告は、代執行手続の一環として、法律に基づき一方的になされる行為であること（4点）	3
	代執行自体は通常直ちに終了し、代執行自体の取消訴訟による救済が困難であるため、権利救済の実効性の観点から戒告に処分性を認めるべきであること（4点）	3
本件除却命令の違法	都市公園法27条1項1号の要件を充足する場合の監督処分権限の発動について法律には具体的な基準が定められておらず、条文を手がかりに違法を主張することはできないこと（3点）	0
	①および②の事情に基づいて、比例原則違反の主張を組み立てていること（6点）	3
	③の事情に基づいて、平等原則違反の主張を組み立てていること（4点）	3
	④の事情ならびに法および除却命令の目的に照らして、目的違反ないし他事考慮の主張を組み立てていること（4点）	3
違法性の承継	本件除却命令が取消訴訟の対象たる処分に当たすることは問題文で前提としてされており、本件除却命令は、（無効事由たる瑕疵がある場合は別にして）公定力および（出訴期間徒過後は）不可争力を有する。後行行為である本件戒告の取消訴訟において本件除却命令の違法を主張することは、公定力および不可争力を潜脱することになるので原則として許されないが、一定の場合には、違法性の承継が認められること（3点）	1
	先行行為と後行行為が、同一の目的を達成するためのものであり、両行為が結合して初めてその効果を発揮すること（2点）	1
	(7)先行行為を争うための手続的保障が不十分であること (4)後行行為があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることが、不合理とまではいえないこと（計4点）	2
本件に即した検討	義務賦課行為である本件除却命令は、相手方に法的義務を課すという独自の法的効果を有し、強制執行行為である戒告や代執行と結合して初めて効果を発揮するとは言えないこと（3点）	0

	本件除却命令は、Xに対する不利益処分であるから、Xに直接告知され、争訟手段についての教示も法律で義務付けられているため、手続的保障が十分であること（3点）	0
	本件除却命令によって具体的義務を課されており、不利益が現実化していること（3点）	0
合 計		2 5
総合評価		D

コメント

- ① 救済の必要性にも言及できていれば、なおよいと思います。
- ② 問題文に「①から④までの事情により違法であると考え」という記載があり、「①～④の事情に基づき、本件除却命令が違法であるという主張」を組み立てるよう指示があるのですから、①～④のうちどの事情からどのような主張を組み立てたのかを明確にわかるように記載したほうがよいと思います（例えば、「①の事情から...」、「...という事情（①の事情）」というように）。
- ③ 他事考慮に関する規範（判断の過程において考慮すべき事項を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠く）をきちんと記載した上で、本件に当てはめましょう。
- ④ なぜ、一定の要件を充足しなければ違法性の承継が認められないのかを書くとい。
- ⑤ この論述は不要だと思います。
- ⑥ 除却命令→戒告→代執行という流れで、戒告の取消訴訟において先行処分たる除却命令の違法性を主張できるかという問題ですので、取り違えでしょうか（したがって、（2）以下の論述は無意味です）→問題文をよく読み、問いに答えましょう。
- ⑦ 「この点」は不要です。

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABOD)

D

設問1 (以下引用条文は都市公園法)

以下をいう

1. 戒告が「処分」(行政事件訴訟法3条2項)にある旨の主張

(1) 「処分」と「処分」とは、公権力の主体たる国又は公営団体の行為のうち、直接国民の権利義務を形成し又は範囲を確定するものという。 具体的

(2) もっとも、国民と行政主体との関わり合いが多様化している現代社会においては、上記意義の関係上単純なものにとどまらぬ。

そこで、~~行政事件訴訟法~~ 裁判救済の実効性(紛争の終結)をも加味して判断すべきである。

(3) まず、本件Aは、27条1項1号に基づき、Xに対し本件テント等の本件差止め命令を発して、
 いるところ、Xはこれに^{不服}ため、行政代執行
 3条1項に~~4~~基き、1月23日を~~本~~期限として本件
 戒告をしている。

これは、Aに優越的地位を式によつて与えられ、Xの義務を形成するものである。公権力による具体的効果をもたらすものといえる。

本件戒告期限をもつて、Xが遵守し反なければ、
 執行令書(行政代執行法3条2項)が原則として
 発せられ、~~連~~代執行が可能となる。そうである
 これに依り、~~こと~~を評価する者との関係におい
 は、まさに本件戒告により、具体的法効果を生じ
 いるといえるから、この時点で裁判救済の必要性
 が認められる(紛争の~~解決~~性)。

(4) よって、本件戒告は「処分」にある。

1 ページ
裏面へ

⑥

2. 処分を否定する主張

(1) 「処分」とは、肯定論が主張する通り、処分の実効性も考慮する必要がある。

5 (2) しかし、本件処分は、代執行令書が発付された段階の行為にすぎず、後の令書による具体的な強制執行が生じる。そうすると、処分の確定性を確保し、~~理~~裁量段階の処分による具体的な強制執行後に任意で除去する場合もあり得るため、~~この処分は~~令書そのものは発せられぬ旨に留まる。

10 (3) しかし、2. 処分による国家・地方自治体の義務を形成するものともいえず、処分にはあたらず。

3. 両主張の当否

(1) しかし、令書により代執行が不能と認められ、処分は、これを発する前段階の行為にすぎない。

15 (2) しかし、処分に従う意思がある者の関係では、令書の発付を待たずとも、この段階で具体的な強制執行が生じているといえる。次の令書の発付段階まで待たずして取消訴訟を提起せよという主張は、迅速である、2. 裁量裁量の実効性を欠くという主張である。しかし、2. 処分段階で具体的な強制執行が生じていると考えるべきである。

20 (3) よう、本件処分は、処分にはあたらず。

設問 2 (1)

1. 都市公園法の租税の解釈

25 まず、法4 都市公園法。公共の福祉の増進（第1条）という公益一般を図る目的を旨とするところ、原則として占有する場合、許可を受けなければならない（第6条第1項）。例外的に7 第条を別に規定し、かつ支障を及ぼさず、必要やその他理由がある場合は、許可を要しないことと規定する。

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

評価(ABCD)

これかどのような場合に命令と認めざるべきかについて、管理者に裁量を認める趣旨と解される(要件裁量)。

また、2) 本件、各号に該当する指に即して行政機関命令を発するところであり、状況を考慮して発せしめることと認めざる趣旨とありと解される(結果裁量)。

2. 裁量の界限・適用の府置(法20条)

(1) まだ X の本件デント号は、7 条各号に該当しないので、適用する形式上の条件はない。

(2) もっとも、1. における通り、管理者には要件裁量・結果裁量を付与する者の任務があるため、この裁量も強制的と強制的に行使されるべきである。考慮すべきことと考慮し、考慮すべきことと考慮を放棄し、社会通念上著しく不合理といえる場合は、裁量の界限・適用となく(違法と見做す)。

(3) ① については、X の生活の基礎が奪われるものであり、X は、ホーリス特措法 2 条にいう「ホーリス」に該当する。見られるところ、ホーリスの人物に配属し、必要施策等を行うことは目的といえる(特措法 1 条)。

また、② 本件デント号は、陽の一部分の「ホーリス」に該当し、解部も裁量範囲内である。また、X は、① 以上に、X のみか他に申し立てないことと、平等原則の観点から著しく不合理であると評価でき、④ における X の特利等特恵効果の

3 ページ
裏面へ

起因にないため、報復的措置にあたることも考えられるため、不当目的の如強く推定される。

これらの事情を考慮すれば本来考慮すべきであるXの人格を著しく害したという点に反し、裁判官の行為はXを粗い打ちにすることが本件除却命令の趣意から見て当然の事象と判断されるものといえる。よって、Xは以上の事実を裁判官の違法行為として主張すべきではない。

設問2 (2)

1. 本件裁判官の職務行為について、本件除却命令の違法性を主張すべきか。判例の検討によれば、公言が職務行為と同義となる。

2. 裁判官の職務行為に依り、公言が、不可分の結果として職務行為の排他的管轄に服する。すなわち、公言行為から生じる法廷内での早期争訟を促すため、出訴期間(法14条)を短縮する。

すなわち、本件裁判官の職務行為について、本件除却命令の違法性を主張することはできない。むしろ、法廷内でも争訟を促すための一連の手段に属し、裁判官の職務行為を促す手段が講じられるという場合、前記の如く、違法性を主張する機会が与えられたといえる。後記の如く、前記の如く、違法性を主張できると解する。

3. 本件除却命令の違法性を争う機会がXに与えられたという点に、争うべきである。本件裁判官は、除却命令を完全化するために争うべきものである。法廷内での争訟の一連の手段に属するといえる。したがって、Xが除却命令の違法性を争うことは争うべきである。争うべきことを前記に違法性の争訟を促すため、本件裁判官は主張すべきである。

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

項 目	採点基準	得点
本件戒告の 処分性	最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（大田区ごみ焼却場設置事件9の定式を正確に示しておればよいものとする（3点）	2
	行政代執行法3条1項による戒告は、新たな義務を課すものではないこと（4点）	0
	しかし、戒告は、代執行手続の一環として、法律に基づき一方的になされる行為であること（4点）	2
	代執行自体は通常直ちに終了し、代執行自体の取消訴訟による救済が困難であるため、権利救済の実効性の観点から戒告に処分性を認めるべきであること（4点）	2
本件除却命令の違法	都市公園法27条1項1号の要件を充足する場合の監督処分権限の発動について法律には具体的な基準が定められておらず、条文を手がかりに違法を主張することはできないこと（3点）	0
	①および②の事情に基づいて、比例原則違反の主張を組み立てていること（6点）	0
	③の事情に基づいて、平等原則違反の主張を組み立てていること（4点）	2
	④の事情ならびに法および除却命令の目的に照らして、目的違反ないし他事考慮の主張を組み立てていること（4点）	2
違法性の承継	本件除却命令が取消訴訟の対象たる処分に当たすることは問題文で前提としてされており、本件除却命令は、（無効事由たる瑕疵がある場合は別にして）公定力および（出訴期間徒過後は）不可争力を有する。後行行為である本件戒告の取消訴訟において本件除却命令の違法を主張することは、公定力および不可争力を潜脱することになるので原則として許されないが、一定の場合には、違法性の承継が認められること（3点）	2
	先行行為と後行行為が、同一の目的を達成するためのものであり、両行為が結合して初めてその効果を発揮すること（2点）	1
	(7)先行行為を争うための手続的保障が不十分であること (1)後行行為があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることが、不合理とまではいえないこと（計4点）	2
本件に即した検討	義務賦課行為である本件除却命令は、相手方に法的義務を課するという独自の法的効果を有し、強制執行行為である戒告や代執行と結合して初めて効果を発揮するとは言えないこと（3点）	0

	本件除却命令は、Xに対する不利益処分であるから、Xに直接告知され、争訟手段についての教示も法律で義務付けられているため、手続的保障が十分であること（3点）	0
	本件除却命令によって具体的義務を課されており、不利益が現実化していること（3点）	0
合 計		15
総合評価		D

コメント

- ① 判読が困難な文字が多いです。そのことによって不利益となることは得策とはいえないので、答案は読みやすい字で書きましょう。
- ② 最高裁昭和39年判決の定式を書けるようにしておきましょう。
- ③ (2)の第1段落の事情から、なぜ第2段落の規範が導かれるのかがわかりません。
- ④ この段落は不要です。なくともつながりますし、戒告によってXが義務を負うのではないため、記載内容がそもそも誤っています。
- ⑤ Xが「何を」遵守しなければならないのかを書く（主語や目的語はできる限り省略しない）。
- ⑥ 問題文は、処分に当たるという主張を...反論を含めて...述べなさいというものですので、両論併記でその当否を述べる形よりは、処分性に関する規範規範→反論→それに対する再反論という形でXの主張を書くとしっきりします。
- ⑦ 「令書の発行を待たずとも...生じているといえる」までは不要と思います。
- ⑧ 除却命令が問題となっているのに、原状回復命令を記載するのはなぜでしょうか（異なる命令です）。
- ⑨ そうすると、の部分ですが、なぜ都市公園法上の命令発出に当たって他の法律を考慮する必要があるのかについての記載がなく、論理の飛躍があるように思います。
- ⑩ もう少し厚く書くべきだと思います（Xは...、これに対し他のホームレスは...、Xと他のホームレスとで区別される合理的な事情の有無→ないので平等原則違反など）
- ⑪ 公定力、不可争力との関係で、どのような問題が生じるのかを書くべきで

す。

- ⑫ 公定力と不可争力は別の概念ですが、まとめて記載されたことにより区別ができていないような印象を抱かせます。きっちり区別して書きましょう。
- ⑬ 設問1の構成がまずかったために、不十分な記載にとどまらざるを得なくなっているように思います→配点を見ながら何をどこまで書くかについてしっかりと答案構成をしましょう。

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

A

1 「行政府の処分」とは(3条2項)、半公権力の主体たる
 国又は公共団体が行う行為のうち、当該行為により、~~国~~
~~民の権利義務~~ 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から法律上認められているもの
 5 という。

(1) 本件戒告は、~~Aが~~公共団体であるAが、行政
 代執行法3条1項に基づき行うものである。

(2) もっとも、本件戒告は、代執行を行うための要件
 であり、本件戒告自体により、義務が課せられるわけ
 10 ではない。

Xが本件テント等を除去する義務は戒告に失効
 した本件除却命令により、すでに生じたものである。
 そうすると、本件戒告により、~~直接義務~~ Xに義
 15 務を課すものではないとも思える。

(3) しかし、本件戒告に続く代執行は、Xの本件テント
 等を~~再~~AがXに代わって直接除去するものである。
 このため、代執行が、Xの権利を侵害することは明
 らかであり、代執行には処分性が認められる。
 20 21

そして、代執行は、執行に着手すると、~~それと同時に、事即~~
 時に処分が終了するという性質を有している関係上
 代執行の時点で~~争~~訴訟で争うことは極めて困
 25 難といえる。処分を

そうすると、代執行の~~手続~~段階でなく、本件戒告の
 時点で争うことを認めることからXの救済に~~達する~~。

(4) また、本件戒告は、代執行の要件であり、本件
 戒告と代執行は、一連一体の手続きともいえ、
 戒告の時点で、~~Xは~~代執行を受けざるべき地位に立たさ
 30

れるといえる。

したがって、本件戒告により、Xは、行政代執行により、直接的に権利を制限される地位に立たされるため、~~Xは~~ ^{Xの} 直接的権利を形成するといえる。

2 以上から、本件戒告に処罰性が認められる。

設問2

第1(1)

(1) 都市公園の占用は、様々な理由や用途で行われており、法令に適合しない占用が行われていたとしても、必ずしも、原状回復命令等を発令しなくてはならないともいえず、政策的な判断が必要となる。

このため法は、「原状に回復を命ずることができ」と規定し、原状回復命令を発する行政に一定の裁量を与えている。

(2) ~~もとより~~ ^{もっとも} 行政は、原状回復を命ずるかの判断において、適切に裁量権を行使しなければならないが、その行使に裁量権の濫用が認められる場合は、違法となる。

2 まず、裁量権の行使は、行政目的を達成するため必要限度で行使されなければならない。

(1) ~~ホムス~~ Xが、~~ホムス~~ ^{ホムス} 起屋の端角として使用しているのは、広い公園のごく一角にすぎず、公園利用に大きな支障を及ぼしているものではない。^{ホムスも必要}

(2) ~~それ~~ ^{その} 一方で、Xは、公園で起屋することによって、生活基盤を維持している。

~~このため~~ ^{このため} ~~Xは~~ Xが公園を利用できなくなると、Xの生活基盤がうばわれ、Xにとって、生命の危機に直面するような~~自然~~事態となる。

公園利用に特段の支障が生じていない中で、そのような不利益をXに与えることは、ホムス支援

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
行政法			

法にも反する^{行為}であり、行政目的達成のための手段として必要性相当性を著しく欠くものである。

(3) よって、比例原則に反し、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

3 また、公園以外の都市公園では、ホームレスが^{行為}まじり^{行為}しているのに、追い出し等は^{行為}おこなわず、Xのみに排除することは平等原則(憲法14条)に反する。

4. 一方、行政は、その権限を^{行為}濫用することは認められないところ、Aは、Xが、ホームレスの権利を主張する運動に積極的に参加していることを^{行為}の根拠として本件命令をしており、Xの運動を^{行為}萎縮させるため権限を利用している。

したがって、Aには、裁量権の濫用が認められる。

5. 以上のとおり、Aの本件除去命令は、裁量権の逸脱・濫用が認められ、違法である。

第2(2).

1 (1) 取消し訴訟に^{行為}出訴期間^{行為}が定められ、^{行為}行政行為は^{行為}多額の利害関係^{行為}が存する^{行為}ことから、行政行為は早期に確定させるべきであり、行政処分^{行為}の違法は、当該処分^{行為}の取消訴訟においてのみ主張を認めべきといえる。

(2) もっとも、別個の行政処分であったとしても、先行処分と後行処分が一体となっており、先行処分^{行為}で争う機会が十分に保障されていない場合にまで、後行処分^{行為}での主張が認められなければ、国民の権利保護が十分とはい

えず、国民の救済を図る、行政事件訴訟法の趣旨に合致しない。

(3) そこで、先行処分と後行処分が別個の処分であったとしても、先行処分と後行処分が一体として一つの目的を達成するもので、先行処分において争う機会が十分保障されておらず、又は、当事者が先行処分を争わず、後行処分を争うことが不合理といえない場合には、例外的に違法性の承継を認め、後行処分でも先行処分の違法性を争うことができる。と解する。

2 ① 本件除却命令と、本件戒告は、いずれも処分性が認められる別個の処分である。

本件除却命令は、都市公園法に基づき、② 原状回復を命ずるものである。これに対し、本件戒告は、代執行を行うための手続きであり、根拠法令も、行政代執行法である。

したがって、両処分は、同一目的を達成するための処分とはいえない。

(2) また、本件戒告は、Xに通知されており、Xはその時点で義務が課されたことを知ることから争うこともできたといえる。本件戒告を待たずとも、除却の義務が生じたことは明らかであるといえ、本件除却命令で争わないことは合理的な行動とはいえない。

3 以上からすると、本件において、先行処分と後行処分の違法性の承継は認められないといえる。

よって、Xは、本件戒告の取消訴訟において、本件戒告の違法事由を主張することはできない。

以上

4 ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。

項 目	採点基準	得点
本件戒告の 処分性	最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（大田区ごみ焼却場設置事件）の定式を正確に示しておればよいものとする（3点）	3
	行政代執行法3条1項による戒告は、新たな義務を課すものではないこと（4点）	4
	しかし、戒告は、代執行手続の一環として、法律に基づき一方的になされる行為であること（4点）	3
	代執行自体は通常直ちに終了し、代執行自体の取消訴訟による救済が困難であるため、権利救済の実効性の観点から戒告に処分性を認めるべきであること（4点）	4
本件除却命令の違法	都市公園法27条1項1号の要件を充足する場合の監督処分権限の発動について法律には具体的な基準が定められておらず、条文を手がかりに違法を主張することはできないこと（3点）	0
	①および②の事情に基づいて、比例原則違反の主張を組み立てていること（6点）	5
	③の事情に基づいて、平等原則違反の主張を組み立てていること（4点）	3
	④の事情ならびに法および除却命令の目的に照らして、目的違反ないし他事考慮の主張を組み立てていること（4点）	2
違法性の承継	本件除却命令が取消訴訟の対象たる処分に当たることは問題文で前提としてされており、本件除却命令は、（無効事由たる瑕疵がある場合は別にして）公定力および（出訴期間徒過後は）不可争力を有する。後行行為である本件戒告の取消訴訟において本件除却命令の違法を主張することは、公定力および不可争力を潜脱することになるので原則として許されないが、一定の場合には、違法性の承継が認められること（3点）	3
	先行行為と後行行為が、同一の目的を達成するためのものであり、両行為が結合して初めてその効果を発揮すること（2点）	2
	(7)先行行為を争うための手続的保障が不十分であること (4)後行行為があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることが、不合理とまではいえないこと（計4点）	4
本件に即した検討	義務賦課行為である本件除却命令は、相手方に法的義務を課するという独自の法的効果を有し、強制執行行為である戒告や代執行と結合して初めて効果を発揮するとは言えないこと（3点）	2

	本件除却命令は、Xに対する不利益処分であるから、Xに直接告知され、争訟手段についての教示も法律で義務付けられているため、手続的保障が十分であること（3点）	2
	本件除却命令によって具体的義務を課されており、不利益が現実化していること（3点）	3
合 計		4 0
総合評価		A

コメント

- ① 全体として流れもよく、本番でも合格水準にあるのではないかと思います。
- ② 本件では除却命令が問題になっており、原状回復命令が問題になっていないのではないかと思います（除却【モノをどける】と原状回復【原状に復せ】は同じではないです）→問題文をよく読み、問いに答える。
- ③ 短くてもよいので、理由を書くと点が伸びると思います。
- ④ 問題文に事情①～④に基づいて、という指示があるので、その事実について記載するならば「（事情①）」といったように、きちんと記載をした方が、「問題文の「指示に従っている」というアピールになると思います（他も同様）。
- ⑤ 必要性の検討と相当性の検討を区別して記載したほうが論理的な答案になります。
- ⑥ 平等原則は、区別を前提として、その区別が合理的なものかどうかを検討したほうがよいと思います。
- ⑦ 除却命令の発令に際して、④の事情が考慮されるべきものでないことが論理的前提となりますので、その点に関する記載が必要です。

