

【問題】

以下の文章を読んで、設問 1 および 2 のそれぞれに解答しなさい。

P 公園は、都市公園法（以下「法」という。）に基づいて甲市が設置し、管理する都市公園である。X は、ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法にいうホームレスであり、P 公園内において、法 6 条 1 項による占用許可を受けることなく、テント・小屋掛けその他の工作物（以下「本件テント等」という。）を設置して、これらをその起居の場所などとして利用して日常生活を営んでいる。

甲市長（A）は、○年 1 月 13 日付けで、法 27 条 1 項 1 号に基づき、不法占用物件である本件テント等を同月 17 日午後 1 時までに除却することを命じた（以下「本件除却命令」という。）。

X は、本件テント等は無許可で設置したことにより法 27 条 1 項 1 号に該当するとしても、本件除却命令は、次の①から④までの事情により違法であると考え、同命令に従わなかった。① X は、P 公園内で起居しつつ、廃品回収や日雇い労働等によって生計を立て、ある程度安定した生活を営んでおり、P 公園から排除されることによって生活の基盤を奪われることになる。② X が起居の場所としているのは、広い公園の隅のごく一部にすぎず、他の公園利用者との間でトラブルになったこともない。③ P 公園以外の都市公園等でもホームレスが起居しているのに、X のみが追い出しの対象とされている。④ X のみが追い出しの対象とされたのは、行政に対してホームレスの様々な権利を要求する運動に X が積極的に参加していることに対する報復的措置であり、運動を萎縮させることを狙っている。

本件除却命令の示した期限までに X が本件テント等を除却しなかったため、A は、行政代執行法による代執行の手続を行うこととし、同月 18 日付けで、X に対し、行政代執行法 3 条 1 項に基づき、同月 23 日を期限とする戒告（以下「本件戒告」という。）をした。

X は、本件除却命令が上述の理由で違法であることに加え、本件除却命令によって課された義務の代執行（以下「本件代執行」という。）は、実質的に、X が居住する場所の明渡しを求めるものであって、行政代執行法 2 条が定める要件を充たないと考えている。そこで、ホームレスを支援する弁護士の力を借りて、代執行を阻止するため、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）が定める法的手段を用いようとしている。

設問 1.（15 点）

X は、本件代執行を阻止するために、本件戒告の取消訴訟（行訴 3 条 2 項）を提起し、執行停止の申立て（行訴 25 条 2 項）として、手続続行の停止を申し立てることを検討している。本件戒告が取消訴訟の対象たる処分当たるという主張を、処分性を否定する主張として想定されるものへの反論を含めて、述べなさい。

設問 2. (35点)

- (1) 問題文で示された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、Xの立場に立って述べなさい。(17点)
- (2) Xが、本件戒告の取消訴訟を適法に提起した場合において、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はできるか。本件除却命令が取消訴訟の対象である処分当たることを前提にして、行政処分の違法性の承継の理論を踏まえて述べなさい。(18点)

資料 1 都市公園法（昭和31年法律第79号） 抜粋

(目的)

第1条 この法律は、都市公園の設置及び管理に関する基準等を定めて、都市公園の健全な発達を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。

(都市公園の占用の許可)

第6条 都市公園に公園施設以外の工作物その他の物件又は施設を設けて都市公園を占用しようとするときは、公園管理者の許可を受けなければならない。

2 前項の許可を受けようとする者は、占用の目的、占用の期間、占用の場所、工作物その他の物件又は施設の構造その他条例（…略…）で定める事項を記載した申請書を公園管理者に提出しなければならない。

3、4 (略)

第7条 公園管理者は、前条第1項又は第3項の許可の申請に係る工作物その他の物件又は施設が次の各号に掲げるものに該当し、都市公園の占用が公衆のその利用に著しい支障を及ぼさず、かつ、必要やむを得ないと認められるものであつて、政令で定める技術的基準に適合する場合に限り、前条第1項又は第3項の許可を与えることができる。

- 一 電柱、電線、変圧塔その他これらに類するもの
- 二 水道管、下水道管、ガス管その他これらに類するもの
- 三 通路、鉄道、軌道、公共駐車場その他これらに類する施設で地下に設けられるもの
- 四 郵便差出箱、信書便差出箱又は公衆電話所
- 五 非常災害に際し災害にかかった者を収容するため設けられる仮設工作物
- 六 競技会、集会、展示会、博覧会その他これらに類する催しのため設けられる仮設工作物
- 七 前各号に掲げるもののほか、政令で定める工作物その他の物件又は施設

(監督処分)

第27条 公園管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、この法律の規定によってした許可を取り消し、その効力を停止し、若しくはその条件を変更し、又は行為若しくは工事の中止、都市公園に存する工作物その他の物件若しくは施設（以下

この条において「工作物等」という。)の改築、移転若しくは除却、当該工作物等により生ずべき損害を予防するため必要な施設をすること、若しくは都市公園を原状に回復することを命ずることができる。

- 一 この法律（前条を除く。以下この号において同じ。）若しくはこの法律に基づく政令の規定又はこの法律の規定に基づく処分に違反している者
- 二 この法律の規定による許可に付した条件に違反している者
- 三 偽りその他不正な手段によりこの法律の規定による許可を受けた者

2～10 （略）

## 資料2 ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法（平成14年法律第105号） 抜粋

（目的）

第1条 この法律は、自立の意思がありながらホームレスとなることを余儀なくされた者が多数存在し、健康で文化的な生活を送ることができないでいるとともに、地域社会とのあつれきが生じつつある現状にかんがみ、ホームレスの自立の支援、ホームレスとなることを防止するための生活上の支援等に関し、国等の果たすべき責務を明らかにするとともに、ホームレスの人権に配慮し、かつ、地域社会の理解と協力を得つつ、必要な施策を講ずることにより、ホームレスに関する問題の解決に資することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において「ホームレス」とは、都市公園、河川、道路、駅舎その他の施設を故なく起居の場所とし、日常生活を営んでいる者をいう。

### 【出題趣旨】

甲市が管理する都市公園内で、法所定の占有〔占有ではないことに注意〕許可を受けずにテント等を設置して起居しているホームレスであるXに対し、公園管理者である甲市の市長が、テント等の除却命令を発した上で、行政代執行法による代執行を行おうとしている事例を素材にして、取消訴訟の訴訟要件および除却命令の違法性等について論じることが求められるものである。

設問1においては、判例による処分性の定式を前提に、行政代執行3条1項による戒告の法的効果および法的意義を踏まえ、権利救済上の必要性という観点を加えて、処分性を肯定する主張を組み立てることが求められる。

設問2（1）においては、法27条が、除却命令等の監督処分要件が充たされる場合において、監督処分を発するか否かおよびどのような監督処分を発するかについて具体的な基準を定めていないことを前提にして、問題文で示された事実関係に基づき、本件除却命令を違法とする主張を組み立てることが求められる。

同（2）においては、本件除却命令から本件戒告への違法性の承継の有無につき、判例（最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁・東京都建築安全条例事件）を前提として具体的に検討することが求められる。

### 【採点基準】

#### 設問1. 本件戒告の処分性（15点）

##### ○行政処分の定式（3点）

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

##### ○本件戒告についての検討（12点）

※参考裁判例として、大阪高決昭和40年10月5日行集16巻10号1765頁（茨木市職員組合事務所明渡請求事件）

- ・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）
- ・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）
- ・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）

設問 2. 違法性の主張 (35 点)

(1) 本件除却命令の違法 (17 点)

○法律の仕組み (3 点)

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

(注) このような監督処分については通常、司法審査レベルでの裁量が認められる。

しかし、設問は「Xの立場に立って述べなさい」というものであり、Xにとっては、司法審査レベルでの裁量が認められると不利になるため、裁量について主張するとすれば、司法審査レベルでの裁量はない(羈束裁量である)と主張をすべきである。したがって、(司法審査レベルでの)裁量を認めたうえで、著しく妥当性を欠く場合には裁量権の逸脱・濫用に当たるという論じ方をすることは適切でない(出題趣旨が、裁量が認められるとしても裁量権の逸脱・濫用に当たるという主張をせよ、というものであれば別である)。

○比例原則違反 (6 点)

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

○平等原則違反 (4 点)

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

○目的違反ないし他事考慮 (4 点)

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

(2) 違法性の承継 (18 点)

○前提 (3 点)

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

○違法性の承継に関する判例の判断基準（6点）

前掲最判平成21年12月17日が違法性の承継を認めるに当たり考慮した事情は下記の通りである。

（i）実体的事情（2点）

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

（ii）手続的事情（＝権利救済上の必要性）（4点）

（ア）先行行為を争うための手続的保障が不十分であること

（イ）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

（注）前掲最判平成21年12月17日が示しているのは、事例判断において考慮された「事情」であって、すべてを充足しなければならない「要件」ではない。したがって、仮に、（i）や（ii）（ア）に該当しないとしても、直ちに違法性の承継を否定して論述を終えるべきでなく、それ以外の事情についても検討することが必要である。

○本件に即した検討（9点）

以下のような事情に鑑みれば、違法性の承継は認められない。

（i）実体的事情（3点）

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

（ii）手続的事情

（ア）本件除却命令を争うための手続的保障（3点）

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

（イ）本件除却命令を争わなかったことの合理性（3点）

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