

(第1問) (設問1. (1))

12/35

1. 地方(行政法3条2項)とは、公権力の主体たる国又は地方公共団体の行為のうち(1)国(4)、直接(1)、国民の権利又は義務と形成し、又はその範囲を変動させることが(2)、法律上認められているもの(1)という。

2. ①について、では、本件不選定決定は、地方にもあるか。

2. ①について、条例26条1項は、市長が屋台営業従事者を選定して指定する。

3. ②について、条例は、道路の占有許可について定まる道路法33条1項の客直基準にもあること。条例9条1項は、2項により、条例25条1項に規定する屋台営業従事者は、道路の占有許可をうける地位を有する。つまり、条例26条1項で、市長により屋台営業従事者に選定されたことで、占有許可をうける地位を有する、という法的効果が生じる。原則として、

③について、直接性は、紛争の成熟性の観点から、後述のように、場合に認められる。本件では、B1の不選定決定の後に道路法33条1項でC1の道路の占有許可といふ後述がなされるか、直接性が認められるか。1項

(2) 条例9条2項により、屋台営業従事者にはのみ、道路の占有許可がなされる以上、従事者に選ばれないものは、法的に道路を占有できない。

加えて、条例13条1項、2項より、他人名義での占有もできないので、法的に道路を占有できない。

そこで、直接性の有無は、紛争の成熟性、つまり、争うべき権利義務の有無という観点から判断して、争うべき権利義務に選定された時点で、道路を占有できず、屋台営業ができないことが確定し、よって屋台営業

第

問

により生計を立てるものが困難となる。このため、救済が必要である。
また、候補者を選定する者についても、占有している地位の有無について早期
に決着できる方が、~~争訟の~~ 利益が大きい。

(3) おて、直接性の要件は認められる。

5. ④ について、公権力とは、行政の主体が、一方的に国民の権利
義務を形成・変動する ~~こと~~ として認められる。これ、候補者の不選定決定
は行政する市長が一方的に決めるものである。

6 以上の、①④の要件を全て満たして、本件不選定決定は
取消訴訟の対象となるからである。

(※設問1. (2))

7/20

1. 訴えの利益は、当該処分の一の取消しを求むることによって法律上の利益
を有する者(行政法9条1項)、つまり、処分取消訴訟で勝訴することによって利益
を得る者に認められる。

2. 条例 26条1項にて選定された屋台営業候補者は市道占有許可を
得る地位にあること(条例9条1項2号)、~~候補者に選定された者~~
たものは、市道占有許可を得ない。つまり、屋台営業候補者の申出が被
拒あるとき、全ての者が候補者になる訳ではない。また、そこで、候補者
とならなかった者が 候補者 B 等 と、候補者 C がおり、と3人 / 本件では
しか候補者とならないこと、Bが本件不選定決定の取消しの訴えの利益
を有するかが問題となる。

3. 昭和43年最判は放送局開設免許に限りがあつて、1人に
免許を認めると、他の人に免許を認めるのと同じ状態になる場合に

つて、免許を認められなかった者に、免許付与の処分取消しの訴えの利益を認めないものである。これは、競願事例においては、一方の免許が取り消しないうちに、他方の免許が認められぬことになる。免許の数に限りがある以上、

4. もっとも、本件では、Bは自ら下した不選定決定を取り消すとしている。しかし、これを取消しても、Cの選定決定が残存する限り、~~A~~ A市市長がBに、選定決定の処分を下すことには~~なり得ない~~。つまり、結果としてBは利益を得るまい。

5. 以上より、Bによる本件不選定決定の取消しを求める訴えについて、訴えの利益は認められぬ。

(設問2)

令第1. 市の~~長~~ 他人を兼管するの地位への配属

1. 条例26条1項の、屋台営業候補者の選定に、裁量に認められるか。

この点、選定基準について定めた条例施行規則19条は、抽象的な文言が多く使われている。また、A市にとって屋台は貴重な観光資源

となっており、市道の占有については、政策的な考慮が求められる。また、屋台の設置により通行の阻害や道路の汚染の問題が生じており、A市の専門的見地を考慮が求められる。よって、条例26条1項の候補者選定には、要件裁量が認められる。また、条例26条1項により、専門職員の諮問が必須、市長に裁量認められなければならない。

2. (1) 裁量処分は、濫用があるか違法と認めらる(行政法30条)。

これ、裁量の濫用の有無は、処分が社会通念に照らして、著しく妥当性を欠くか否かによって判断する。具体的には、処分決定を下すのしるに考慮不考があるか、処分は違法となる。

第

問

(2) この点 A市の反論として、選定基準を定めた規則19条が、
屋台営業候補者の選定に他人名義管轄を^{つた}も規定している。
との主張がもつた。

(3) しか、~~事件~~ Bの主張として、条例の制定経緯に照らせば、
本件条例施行に他人名義管轄の営業の継受が認められている。
つまり、A市は、従来の他人名義管轄の営業を認め生活基盤
を有している配慮として、条例制定時からそのよう
な意図が条例に含まれていると解できる。

(4) ~~たもたず~~ Bの不選定決定については、~~加えて~~
実際に、規則19条3号は、これだけの地域貢献を考慮するとして
おり、従来の他人名義管轄として Bが地域貢献して来たことは、
本件不選定決定の考慮対象となる。

(5) にも関わらず、これについて考慮を尽くしていない本件不選定
決定は違法である。

第2. 裁量権の申合での合理性 他人名義管轄の与える

1. (1) 条例26条1項の屋台営業候補者の選定には、要件裁量が
認められる。そして、その審査基準として、規則19条が定められている。

(2) そして、裁量権行使について審査基準があるとは、~~平等~~行政規則
による審査基準に拘束力はないものの、平等原則との関係で、審査基準に
沿った裁量権がなされる。これは、~~裁量~~裁量権も認められる。
審査基準が合理的なものである場合に限り、裁量権となる。

2. (1) では、裁量権の申合では合理的か。A市の反論として、
審査基準は公表義務があること(5条3項、行政手続例5条3項)。

他人多義管轄に5点を与える旨公表していない。加えて(1)新項に屋
台営業を始めおと公署に応募した者が候補者になる可能性が低
くするに、利益が不足し促すことと反論する。

(2) これらつて(1)がAは、規則19条により、候補者(選定標準)に
「屋台文化を継承すると共に、新たな魅力と創出する等の創意工夫」(規
則19条2項)、地球環境(規則19条3項)、交流の場を創出し、その魅力を
高めるとする等、(規則19条4項)、公衆空間・公衆衛生を確保する具
体的な取組み(規則19条1項)が定められており、従来の他人多義管轄の
動と、これらに応じて評価することは、規則で公表されているという。また
他人多義管轄一律に5点加算するのではなく、営業変更を認めない評価が
なされているので、5点加算は、単に規則19条を適用し結果として評価で
ある。中合では合理的である。

(3) (b)について、上述のように5点加算は、規則19条を適用し結果として
生じることである以上、新項参入者の利益が不足する程ではないとい
はない。

3. おし、申合では合理的である以上、それに従うべきである。市長
が適当に候補者と選んだ結果である。本件不選定決定は適当である。
第3. 市長が審議会の推薦を覆したことについて。

1. 最終昭和50年によれば、主として行政庁が又々別に諮問
機関の諮問を受けること。その内容に従うべきである。これは
は専門機関としての諮問機関は、行政庁が適切に判断を行
う責任を負うことによる。

2. 本件では、Aが市長、審議会の諮問は候補者とは異なる

(第 問)

候補者を選定している。しかしこれは判例に照らして違法である。

3. 57. 審判官の職務と関係する候補者を選定したことに

おそれ違法決定は違法である。

以上

再考

R1. 本誌憲

第1. 立法措置①について

1. 保護範囲

(1) ①は虚偽表現の流布を一般的に禁止及び処罰すること、虚偽表現と知る自由は憲法上保障される。

~~虚偽表現は表現行為である~~ 憲法21条1項の表現の自由の保障が及ぶかが問題となる。
(以下略)

(2) 表現の自由とは、政治的意見を表明する自由である。そして、21条1項は、表現の対象を定めておらず、保護の幅が広い。そこで、虚偽/偽りの表現についても、21条1項の保障が及ぶ。

2. 制約

(1) 制約がないという反論として、~~虚偽~~①で禁止される虚偽表現が、公共の利害に関する事項に限られ、その他の虚偽表現が認められている、という主張がある。

(2) しかしながら、虚偽表現については、表現が制約されている。また、~~虚偽~~①の規制は、~~虚偽表現~~態様に関する規制ではなく、表現が虚偽の偽りかという、表現内容に着目した規制である。そして、表現内容の真偽は思想の自由市場において、反対意見を通して判断されるべきものである。

加えて、規制の対象は、公共の利害に関する事項全般であり、広範である。そして、規制方法として刑罰が予定されており、萎縮効果が高い。

(3) および、表現の制約が認められる。

3. 文面書面

表現行為の

(1) ①は表現行為を制約している。もともと、制約の対象が広い。また、刑罰を伴っており、表現の萎縮効果が高い。さらに、表現の

自由が制約されている。そこで、表現規制立法案の規制態様が、一般人をして、規制の内容を解釈することのできるものである。また、通常の理解力がある / 規制の内容が過度に広範であるため、当該規制は、~~憲法~~ 憲法21条1項に反するとして、違憲となる。

(2) 本件において、規制目的は社会的混乱の防止とされるか(法第1条)、しかし社会的混乱を免じてる公益の利益に關する事とはなるかを、通常の理解力がある一般人は判断できない。

(3) また、公益の利益に關する事を全て社会的混乱を免じてることに限らず、規制対象が広範である。

(4) おて、①の規制態様は、憲法21条1項に違反し、違憲である。

4. 定付審査 / 審査基準について、

(1) まず、①の規制は表現内容についての規制であり、~~審~~ 恒重に判断する必要がある。また、刑罰を規制しており、~~審~~ 表現の萎縮効果がある。よて、制約の可否は、厳格に判断される。

(2) 制約の目的として、まず、立法趣意として、フライングニュースにより、食料品の買い込みが起これると、社会秩序が乱れるからである。これは、SNSの普及により、情報の拡散が容易になることに伴う。そこで、①は法律第6条にて、公益の利益に關する事について、虚偽表現の流布を禁止している。そして、参事官判例によれば、社会的混乱の防止を規制目的としていること、~~社会~~ フライングニュースによる社会的混乱が、生活の弊害を招くことは、重要な公益の利益にかかわる。

(3) 制約の手段について、公益の利益に關する事を一律に制約すること、その内容があいまいであり、過剰規制もある。また、刑罰が

かえられること、これにより 苦痛効果も生じる。そこで、規制される表現の範囲を明示すること、より 制約の低い手段が存在する以上、制約は必要最小限度のものとはいえない。

5. 以上より 立法措置①は 21条1項に反し、違憲である。

第2. 立法措置②について

1. 保護範囲

(1) ②は 選挙に関する虚偽表現の 削除を強制するものであること、選挙について虚偽表現を維持する自由は ~~憲法上~~、表現 ~~自由~~ に関する自由として、21条1項の保障が及ぶ。

(2) この点、表現は、発言により行われるものでなく、表現を記録すること、未来においても、~~真~~表現者の意思を伝えることが可能である。

(3) 然るに 1(2)で述べたように、虚偽表現も、21条1項の保障が及ぶ。

(4) 以上、選挙についての虚偽表現を維持する自由は、21条1項の保障が及ぶ。

2. 制約

(1) 制約がないという反論として、まず、②は、既に世に出た虚偽表現であり、

~~その表現は~~ 事後規制であり、規制態様は小さい。また、規制対象は、

選挙についての事項に限られる。加えて、表現者は、~~SNS事~~削除を強制する

SNS事柄ではなく、SNS上から削除すること、SNS以外の選挙に

関する虚偽表現は認められる以上、表現内容に着目した規制ではなく、表現態様の規制である。

(2) しかしながら、表現行為は、表現時よりも後に伝達されることを意図したものもあり、既に世に出た表現も、世に出るばかりの表現と同様に保護を要する。

また、選挙は国の将来を決める重要なものである。これについて情報伝達
の表現は特に制約を受けてはならない。加えて、SNS事業者も、自己が
用意したSNSにおいて、他者表現そのものを認識し、事実その
が表現活動をしたと考えることが出来る。そして、SNS等を用いて広
範囲にわたる表現行為が可能となること、SNSでの書き込みを削除する
のは、表現内容を広範囲に伝えている表現制にもなるので、表現内容の
規制である。②には

(3) 57. 表現の自由の制約が認められる

3. 文面審査

(1) ②の文面審査について、第103(4)で記した基準において判断する。

(2) 選挙9条1項(4)規制する表現は、虚偽表現であること、表現力
虚偽か否かは直ちに照らして判断してあり、明確な規制である。

(3) もともと、選挙9条1項2号は、「選挙の公正が著しく害されるおそれがある
と判断されること」を要件とするが、その内容があまり不明確である。表現の
著効効果がある。

(4) おし、②の規制文意は憲法21条の範囲内、違憲である。

4. 実体審査

(1) ②は表現内容に着目して制約がある。恒定的判断ではないから、
おし、表現の削除命令は従って行われ、又罰金としておし、著効効果
が大きい。おし、厳格審査が用いられた。

(2) 目的について、立憲主義として、選挙についての虚偽情報の流布による
制約の / 選挙の公正が著しく害されること。おし、法律9条1項は、選
挙についての、特定虚偽表現の削除を義務化し、2項は削除命令を認める。

として、制約的は、選挙の公正確保であると(12条1号)、選挙は国の運命にかか
る重要なものである。よ、立法目的は重要である。

(3) 手段について、選挙の公正確保を定めたため、表現規制の必要性を選
挙関係者*虚偽の情報の制限しており、合理的である。

よ、以上より、②の合理性を証明するため、②は合理的である。

憲

以上

第1 設問 (1) 17/35

行政法 231

1. 取消訴訟の対象となる「処分」(行政事件訴訟法(以下、~~法~~ 訴訟法) 3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体のなす行為のうち(公権力性)、その行為により、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という(直接・異時的法的効果性)。

2. 公権力性 について ? 行政法の分野ではある。

(1) 彼は、屋台営業候補者の公募に応募して、本件不選決定決定を受けている。そこで、本件条例及び本件条例施行規則の仕組みに即して、屋台営業候補者の選定の申請に対する処分にあたるか、否かと、本件不選決定決定が、申請拒否処分にあたるかといふことが問題となる。

(2) ここで、「申請」(行政手続法(以下、行政手続法とす。) 3条2号)とは、行政庁に内容富直権があり、諾否の応答をすべきこととされているものという。

本件は、屋台営業候補者の選定を受けようとする者の申請権について、本件条例施行規則(以下、規則とす。) 18条が、申請書を市長に提出しなければならないという形式規定している。

この規則18条は、本件条例(以下、条例とす。) 26条1項に基づいて定められており、同条項は、公募を行った場合は、A市屋台営業委員会に諮り、候補者を選定するものと定め、内容富直権を認め、同条3項は、選定を行ったときの通知

1	義務、 すなわち 、 <u>諾否の応答義務</u> を定める。また、規則21条2項	
2	は、 <u>選定しないこと</u> を する し、 <u>これについて</u> も通知義務を定める。	(9)3
3	(3) <u>したがって</u> 、 <u>屋台営業候補者の選定が申請に対する処分</u>	
4	<u>に依り</u> 、 <u>また</u> 、 <u>本件不選定決定が申請拒否処分</u> に <u>よる</u> こと	(10)1
5	いえる。	
6	(4) <u>よって</u> 、 <u>本件不選定決定に公権力性が認められ</u>	
7	3. <u>直接・具体的法知照性について</u>	
8	(1) <u>仮に</u> 、 <u>屋台営業候補者の公募に応募した</u> は、 <u>あくまでも</u>	
9	<u>市道占有権許可を受けなければならぬ</u> ことから、 <u>屋台営業候補</u>	(13)1/2
10	<u>者と市道占有許可の関係が問題となる</u> 。	
11	(2) <u>条例9条1項柱書Aの同条項2号イは</u> 、 <u>屋台営業候補者</u>	
12	<u>であることが市道占有許可を与える審査基準の</u> 一として現	
13	定され	
14	<u>したがって</u> 、 <u>屋台営業候補者につき不選定決定がなされ</u>	(14)0
15	<u>ば</u> 、 <u>市道占有許可は与えられなくなり</u> 、 <u>10年以上も</u>	(15)0
16	<u>本件区画で屋台営業を行って</u> は、 <u>生活の基盤を失うこと</u>	
17	となる。	
18	(3) <u>よって</u> 、 <u>直接・具体的法知照性も認められ</u>	
19	4. <u>よって</u> 、 <u>本件不選定決定は</u> 、 <u>取消訴訟の対象となる</u> 処分、	(16)1
20	<u>に依る</u> 。	
21	第2、 <u>論点</u> (12) 8/20	
22	1. <u>許すの利益とは</u> 、 <u>当該処分を現実に取り消してもらう必要性</u> が	
23	<u>実効性のあること</u> をいう。	

1 本件と、市長は既にCに対し、本件候補者決定を行っており、この
2 決定が取消される限り、Bは候補者として選定されることになり
3 とも考えられるため、本件不選定決定を現実に取消してもらう必要
4 性Aの知性が認められ、許す利益が認められていることは
5 ないかが問題である。

6 2. 本件のBとCとは、本件区画の屋台営業を営む競合関係
7 関係にある。Bに対する不選定決定と、Cに対する候補者決
8 定は表裏の関係にあるといえる。

9 したがって、Bに対する不選定決定が取消された場合には、
10 Cに対する候補者決定について自前の状態に戻り、改めて
11 専門委員会に諮り、選定をなすべきことになる。

12 よって、Bは、自己に対する不選定決定の取消を請求し、
13 競合関係者Cに対する候補者決定の取消を請求する。この
14 請求は認められる。

15 3. 以上から、Bは、不選定決定の取消を求め許す利益が
16 認められる。

17 第3. 1/2(16) 2 20/45

18 1. Bの地位の瑕疵について。

19 (1) Bのように、他人の名義を借りて営業を行っている場合、
20 事実上、許可が事実上委員の封鎖となるため、営業者の
21 頻繁な交替による屋台を営む諸問題の解決に向けて
22 継続的な話し合いが難しいなど、とりうるという課題が、本件
23 条例の立法事実として挙げられている。

1	(カ) Bは、本件区域の屋台営業者としての地位を第三者に譲渡	(14) 2
2	したとなく、10年以上継続して営業を行っており、また、A市への	
3	間にトラブルも起こらずであり、これがよきはずである。	
4	(ニ) にもかかわらず、本件不選定決定は、これを考慮せずになされた。	
5	Bとしては、 <u>要考慮事項不考慮</u> に反し、裁量権の逸脱・濫用(行	(15) 3
6	政法30条)とて、違法であると主張するべきである。	
7	(2) これに対し、A市は、他人の名義を借りて屋台営業は、これと	
8	道路法上無許可営業により法的保護に値しないと反論する	
9	ことがあろう。	
10	(3) (カ) 前記立法事実における課題は、名義を借りた者が、管	
11	業を行っていると自ら主張し、許可を売買取手の対象としたり、	
12	営業者の頻繁な交替により継続的な許可合意を困難にする	
13	ことにあつた。	
14	したがって、Bは、許可を売買取手の対象としないことは、また、	(17) 2
15	10年以上何らのトラブルも起こらずに継続して屋台営業を続けて	(18) 2
16	おり、これに該当しない。	
17	むしろ、Bによる屋台営業は、本件条例の立法事実である屋台が	
18	A市の個性として貴重な観光資源となつており、町の賑わ	
19	いや防犯効果ももたらしていること、また、そのために資力があつて	
20	いる。	
21	(4) したがって、Bに対する本件不選定決定をする際における事	
22	情は考慮されべきだったといえる。にもかかわらず、考慮さ	
23	れていない。	

上と
同じ
C1P2に
いふこと!!

1	
2	したが、2. 要否慶事項不考慮とい裁量権の逸脱・濫用にあつ
3	1) 違法である主張すべきである。
4	2. 委員会が中合せが合理的であるか。
5	(1) 以上は、委員会が中合せは合理的であるのに、市長はこれに基づ
6	くなく、選挙の際に利益を実現するために、中合せをなした
7	こととし、事件不決定決定となっており、違法であると主張することか
8	らる。
9	(2) 以上に対し、A市においては、中合せは、規則19第6号の選定基準
10	に照らし、是認するとはならず、合理的とはいえずと反論するこ
11	が考えられる。
12	(3) 本件の中合せは、特にA市との間にトリアルをなした他人名義
13	営業者は、今後A市の屋台政策への確たる貢献が期待
14	されるとして5点を与えようというものである。
15	予1号
16	このよりの他人名義営業者は、「関係法令を遵守しているといえ
17	し、今後を期待する。また、トリアルを中心とする営業姿勢に
18	より、「安全で快適な公共空間及び良好な公共環境を
19	確保する具体的な取り組みが示されている」といふ(1号)。
20	したが、このよりの他人名義営業者に5点与えることは合理
21	的といえる。
22	予2号 同様に、トリアルを走っているといふことは、「市民、地
23	域住民及び観光客に親しまれ、といふこと。また、「A市は
	屋台文化を営むとともに、親近の魅力を創出するための創業工夫

16

5/5

理由の
書い

1	か見られ、といふ。(2号)。
2	さらに、トウと起にさす「官業を授けし」に「地域貢献に
3	向けた異体制取組が「不十分」といふ(3号)、「また、1に
4	か「人々の交流の場を 創設 創設し、町の魅力を高める
5	とする」を有しているといふ(4号)。
6	よ、この点に5点5点と合理的といふ。
7	(4) だが、5点といふは、1号から4号までの各号に両点ずつに25点
8	のうち5点にすぎず、平等原則に反するといふ。(7号!!)
9	(5) (したがって、事件の合意は合理的といふ、決定はこれに基づ
10	てなす)べきであるといふ。にもかかわらず、これに基づくとして、選
11	挙の際の公利の実現に反して下された事件不決定決定は、
12	違法であるといふべきである。 違法 違法である。
13	3. 市長の選定に係る判断の内容の瑕疵
14	前記のとおり合理性の認められず、合意に基づく両点と考慮するに
15	なく、これら市長の選定に係る判断は、要考慮事項不考慮といふ、
16	裁量権の逸脱・濫用にあつては主張することができよう。
17	4. 市長が委員会の推薦を覆い選定したことの瑕疵
18	条例26条1項は「市長は、委員会推薦し、 市長 市長候補者
19	を選定する」と規定する。
20	よ、事件の委員会の推薦に基づく合意は、前記のとおり合理的なものと
21	認められよう。したがって、これを覆いした市長の選定
22	はこれに反するといふ。
23	よ、このような事後的瑕疵のありは、当該瑕疵

(17) 1/5

(19) +1

(14) 3/6

1	が、仮に存在していたら 異なる処分がなされ
2	たとえ現実の可能性が低い場合には、処分自体を違法と
3	することはできると解する。
4	本件で、委員会への推薦により選定がなされたことは、Bに對し、
5	候補者決定がなされたことは、異なる処分がなされた
6	ことである現実の可能性が低い。
7	したがって、Bは、本件不選定決定は違法であると主張することは
8	できる。
9	
10	以上。
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

40/100

設問1 (1)

13/35

1. 本件不選定決定（A市屋台基本条例^{（以下略）}26条1項、同規則21条2項参照）は、取消訴訟の対象となる「処分」（行政事件訴訟法3条2項）
に当たるか。

2. 「処分」（同）とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によつて、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^{（以下略）}法律上認められているものをいう。

したがって、① 公権力性を有し、② 国民の権利義務に対し、直接、具体的な法的効果を発生させる場合には「処分」といえる。

3. (1) 8条で市道占用許可を受けようとする者は、道路法32条2項に規定する申請書のほか規則で定める書類を市長に提出しなければならないとし、同規則15条は、26条1項に規定する規則定により屋台営業候補者の選定を受けようとする者は、市長が定める期間内に、公営屋台営業候補者応募申請書に、多くの書類を添えて提出しなければならないとしている。そして、同規則19条の選定基準とあわせて、A市屋台専門委員会が推薦し、市長が選定する（26条12条、22条）。

また、民法上の契約ではなく、市長が

（したがって、本件不選定決定（26条1項）は、民法上の契約ではなく、A市長が、一身的地位に基づき公権力性を有して、法約枠組みに依り、^{申請権を有する} Bに対して、行っているため、① 公権力性を有する。（① 充足）

(2) Bが屋台営業候補者の公募に応募したため、飽くまでも、市道占用許可（道路法32条1項）を受けるためなので、

第

問

① 2

⑥ 3/5

④ 1

第

問

市道占有物不許可処分についての取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)をBは行なは"とく。それ以前に本件不選定決定が出た段階では、紛争の成熟性がなく、②が認められないと考えられる。

しかし、これも、市長は本件不選定決定が処分にあたるという理解で、屋台営業候補者通知書において審査請求や取消訴訟の教示をしている。

また、法の仕組み上9条(2)イの「第25条第1項に規定する屋台営業候補者」に選挙(26条12)されなければ、市長は、その選挙権を行使できないので、本件不選定決定の段階で、権利救済の实效性、本件不選定決定を取消すことを認めることが、より迅速な紛争の解決につながり、権利救済の实效性が認められるので、紛争の成熟性があり、②も認められる。

(3) ため、本件不選定決定は「処分」にあたる。

設問1(2) 15/20

1. Bは、本件不選定決定の取消を求める訴えの利益(行政事件訴訟法9条1項)を有するか。訴えの利益とは、本案判決を要する必要性ないし正当性を吟味する訴訟要件である。この要件は、無関係な訴訟を排除することにある。したがって、本件不選定決定が処分に当たるとしても、既に市長はCに対して本件候補者決定を行っており、ため、本件候補者決定が取消されない限り、Bは本件区画に対して、屋台営業候補者への選定を受けることができず、本件不選定決定の取消を求める訴えの利益が失われているのでは

第

問

ないか加問題となる。

2. この問題については、放送局の開設免許に関する判例は、

競争関係にある者1の一方の処分が取り消された場合、再審査の可能性がある場合には、訴えの利益は失われないとする。

本件においても、Bの本件不選定決定処分を取り消された場合、競争関係にあるB、C間について、特に再審査の可能性がある（裁判19条、26条12号）ので、訴えの利益は失われないと解する。

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

12/45

1. 本件不選定決定の違法事由を検討する上で、まず、Bの地位に對する再已處分に欠ける点があるかを検討する。

想定される市の瓦給は、A市の屋舎営業と後市道占用許可は6か月ごとの更新である。本件条例の施行から6か月後には、他人名義営業者の地位の再已處は市道占用許可の期間満了により、他人名義営業者と市道占用許可の更新を期待し得る地位は存在しないといえる。いうことが出来る。

しかし、本件条例制定と受けるA市の急速であるA市の観光地として屋舎を生かした街作りをすることや、関係にある道路の上の無許可営業について罰則等がないと併せて、これまで屋舎営業をA市で営んでいた観光等の発展に貢献してきたBの地位は

② 4

③ 2

④ 4/6

⑤ 3/6

⑥ 1

⑧ 2

（第 問）

全て法的保護に値しなくてはならないか Bの地位に對する配慮をしないことは、考慮がそのことを考慮せず、著しく公平性を欠く。本件決定をしていふ点で、裁量の濫用（行政事件訴訟法30条）になり、~~取~~違法事由となる

2. 委員会の申合せが本件条例施行規則第9条各号の規定基準に照して是認することかであるか。

A市ではA市行政手続条例を施行しており同条例は行政手続法第二章と同じ規定を設けている。そして本件条例は、申請に對する処分にかゝる。そして、行政手続法5条1項により、審査を決定し、その結果を、公にしておく必要があるとある。本件決定は、外部の者に知らせておらず、同法に違反するとの主張がなされる。

しかし、「公にしておく」との文をかりて、秘密にしていなければよく、関係者や関係者に對して通知にあれば合法である。また、公平性からして、Bの地位に對して加ふることは、著しく不当とはいえない。

3. 新規に屋台営業を営むことに従事し、前記の利益を不当に侵害することになることも考えられる。しかし、既存の屋台営業主のこれまでのA市の貢献と、新規屋台営業主開始費増や手数料増大の自由（憲法22条2項）を比較衡量した結果、各々の場合で25名の町会の単位で営業を認めようとする必要はない。委員会の全体的な必要裁量の範囲内で違法と認めら

4 市長の「認定」（26条2項）は、その文意や地域について理解し、各

(第 問)

1 市の利益を調整する政治的及び専門技術的判断が必要
2 となるから、~~裁量~~ 裁量が必要となる。しかし、A市長は専門委員会が
3 諮問機関として（26条123、222）専断法の枠組みとして設置されて
4 いるため、市長は諮問機関の判断に専断する点か他の特例
5 の事情がない限り、その判断通りの判断をしなくてはならぬ。
6 それに反する場合は、取消事由となる。（行政事件訴訟法151条）

7 諮問機関は、その構成員の専門性を生かし、人気取りにおいて結果
8 を欠く判断が市長側に及ぼされることを防止するにその機能を有
9 する。

10 したがって、新教習生の募集や市の人口を上げたいと市
11 は考えるが、上記諮問機関の機能からして、そのように
12 するのは許されない。また、上記のように本件は裁量に基いて不合理とはいえない

13 したがって、本件で、諮問機関の裁量を欠いた形で
14 Cを屋台並みと認定し、最低賃金に引き上げて差支（た）A市長
15 の~~判断~~判断に、裁量の逸脱・濫用として取消事由となる。

以上

第1. 設問1.

38/100

1. 小問1

10/35

① 2

(1) 「処分」(行政事件訴訟法(以下行政法と略)3条2項)とは公権力の主体たる国又は公共団体の行為と称しその行為により直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を画定する法律上認められるものという。具体的には、①公権力性、②法効果性、③直接性、④法律の根拠の存在が認められる行為のことという。この際、各種各様な行政行為の出現に対応するため、立法者意思、権利放棄の裏効性、紛争の成熟性等の観点から判断する必要がある。

但し本件では、候補者としての不送定決定(事件第126条1項)は、市長が決定しているため、一方的に行政行為と認められ公権力性が認められ(①充足)

② 1

本件における占有許可の基準は、事件第9条に規定されている。占有許可の申請権を有する者は、9条1項2号アの現に占有許可を受けている者の親族等、または9条1項2号イの屋敷営業候補者として推薦を届け出た者のみである。したがって、市長は9条1項2号イの資格要件を満たす者が市長であり、その申請の結果、不許可と受け付ける。

したがって、市長により不送定決定を受けた者は、9条1項2号アの要件を満たす限り、その占有許可を受けていると見做され地位に立たされることになる。よって、法効果性が認められ(②充足)。

伊藤塾

⑪ 1
⑫ 2
⑬ 3
⑭ 2
⑮ 3
⑯ 2
⑰ 3
⑱ 2
⑲ 3
⑳ 2
㉑ 3
㉒ 2
㉓ 3
㉔ 2
㉕ 3
㉖ 2
㉗ 3
㉘ 2
㉙ 3
㉚ 2
㉛ 3
㉜ 2
㉝ 3
㉞ 2
㉟ 3
㊱ 2
㊲ 3
㊳ 2
㊴ 3
㊵ 2
㊶ 3
㊷ 2
㊸ 3
㊹ 2
㊺ 3
㊻ 2
㊼ 3
㊽ 2
㊾ 3
㊿ 2

23 事件は、^{113条}不選定決定の段階において、その後の占有許可
24 決定が予定されているのだから、~~第~~ 第10条の成続性が、占有
25 許可申請を怠り、それが拒否された段階で争うことができない
26 と思ふ。しかし、おおよそ占有許可申請が許可となり
27 見込めは、そのことから、これを待つことがあり、~~第~~ 第10条
28 第2項、~~第~~ 第10条の流動性の不利益を回避するため、一度
29 占有許可が出た後は、その営業を開始し、各
30 事業の都合で、事情判断（例として、第10条第2項）が
31 あり、その後の状況に応じて、権利行使の
32 流動性を確保するため、直轄性があつた（⑬）
33 事件不選定は、事件第26条（第10条第2項）
34 次条の根拠（~~第~~ 第10条）
35 以上から、事件不選定決定は、「処分」に当たらず、
36 2. 小問2. 8/20
37 ① 第10条の利益（例として、第10条第2項）は、
38 第10条の取扱い、その回復した利益の地位が、
39 否かで判断した。第10条第2項、~~第~~ 第10条
40 事件は、第10条第2項の決定により、第10条第2項
41 第1項、これを争う申請に関係なく、BとCは、
42 競争関係にある。2の場合、第10条第2項の決定
43 と、他方の第10条の決定は、第10条第2項の決定
44 ~~第~~ 第10条、他方の決定を取扱所から取扱い

1 (この場合、~~取消訴訟の物~~ 取消判決の拘束力に
 2 于て、行政庁は、再度、別の者と選定するに審議し
 3 たるは「おろしくなるからた」, 期許に示す (5) 2/6
 4 したがって、本件で、~~取消~~ 不選定決定を取消す
 5 新の利益として、なお再審議により選定者として
 6 の地位を回復し得るから、請求の利益は認めらる。
 7 第2 争点 2. 20/45

8 1. Bにおいては、市長の判断に、裁量権の没収・濫用が
 9 あり、主張するところを認める

10 2. (1) 行政庁の裁量の有無・行使に関し、法律の
 11 文言と、双方の主張を踏まえて、個別具体的に
 12 判断するべき

13 (2) 本件では、選定の根拠条文中の26条を以て、
 14 22条は、具体的に基準が示されていない。 (4) 1

15 A市は固有の習俗・文化で村屋の繁華と称する
 16 に相違ないから、広く文化や市内の情勢に
 17 通じた市長の裁量に委ねらるべきというべき (3) 1

18 3. (1) 争点 1. 原則として行政庁の市長の裁量
 19 であるべき。そして、行政庁の裁量行使が、
 20 今般重要事項と見なされるべき場合、特に重要
 21 欠乏、裁量権の没収・濫用を認め得る場合には、
 22 違法と判断される (争点 30条) (6) 2

23 2. (ア) Bに27. Bに27の信託問題について、市長の
24 他事考慮が相違をきたす恐れあり。

25 (イ) 一度、行政の政策等との決定を所管として、
26 環境局交渉を要したことが事実である。

27 その際、~~は~~ 知事、信託を保護すべきである。

28 その根拠は、信託則にある。(7) 2

29 又、何ら代償措置なく、事所の相違なく、
30 が変更された場合には、その信託が意図された
31 信託則に反し違はるべきである。

32 事件は、Bに10年以上事件区域に居住
33 していること、その信託は保護されること、

34 Aから、譲渡す他人名義を信託の當事者の信
35 託は保護に値しないと反論が予想される。(14) 2

36 しかし、そのことについて、10年以上何ら警告
37 されていないこと、Bの営業を意図していつか、

38 Bがトラブルなく営業していることを認めること、
39 その信託は十分保護されることである。

40 又、Aは、~~は~~ 経過措置をとったもの、6か月(11)
41 以上他の場所を移すことは困難であり、何ら

42 代償措置をとっていない。また、話し合いを要する
43 こと、したがって、事件判断は、信託則に反し

44 違はるものの、~~は~~ 誤りがあり、違はる。(15) 2

1 (ウ) 予が、屋台候補者選定委員会の判断が合理的な
2 ものであるか。事件で委員会の選定基準を問うに
3 日公衆衛生(規則19条(以下略)1号), 文化保護(2号)
4 意欲(1号) 地域参加(3号) 意欲(9号)の4つで
5 あり。 ~~2~~

6 事件では、Bは、10年間屋台で営業して来たので、
7 何らトランプで522号の店なので、上記4つ
8 の点から見て、Bの ~~推薦~~ 推薦に十分な理由
9 がある。 (16) 5

10 次に、市長は、市長選挙に於いて、屋台営業の刷新
11 を公約に表明して当選している。そのため、屋台営業
12 の変化を積極的に推進し、公約実現を
13 図ったものとみられる。その結果、点検が10年Bは2年以内
14 2年は、選定要件以外を考慮して選定を遅れ
15 るといえるから、他事考慮 ~~あり~~ である。 (19) +2

16 したがって、事件選定は、裁量権の逸脱、濫用
17 があつた、違法である。

18 以上
19
20
21
22

科目名	受講クラス	学籍番号	採点
R3 行政法			35

設問1

第1. 小問(1)について.

1. 「処分」(行政事件訴訟法3条2項)とは、公権力の主1本である公共団体(国又は地方公共団体)が行う行為のうち、当該行為によって直接国民の権利義務を確定し又はその範囲を形成し、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. 本件不選定決定は、公権力の主1本たる市長が、Bに対して一方的に行ったものである。

そして、本件不選定決定により、屋台営業候補者に選定されなかったBは、本件条例9条2号イに定める審査基準を満たすことができず、そのため、市道占用許可を受けようとして申請したとしても、市道占用許可を受けることができないこととなる。このように考えると、Bは、本件不選定決定により市道占用許可を受けることができない法的地位に立たされることになるとも思える。

しかし、本件条例によれば、市長が屋台営業候補者の公募を行った場合、委員会が本件条例施行規則19条各号に定める基準をみたすかどうかを検討した上で屋台営業候補者を推薦し、これによって屋台営業候補者が選定されるという仕組みになっている(本件条例26条1項2項、25条1項)。そうだとすると、本件不選定決定は、Bが屋台営業候補者として審査基準である本件条例施行規則19条各号の基準をみたしていないという市長の見解を表示し、その旨をBに通知(本件条例施行規則21条1項、2項)したものにすぎないのであって、本件不選定決定により市道占用許可を受けることができないというものではない。

3. よって、本件不選定決定通知は、直接Bの権利義務を形成するものといえず、「処分」にあてられないから、取消訴訟の対象とならず処分にあたらない。

第2. 1-10月(2)

7/20

1. 訴えの利益とは、取消判決によって処分を取消す必要性・実効性という。訴えの利益の有無は、取消判決によって除去すべき法的効果を有するが、原告に回復されるべき権利利益が存するかにより判断される。

2. 本件候補者決定によりBが屋台営業候補者となった以上、本件候補者決定が取り消されない限りBは本件区画について屋台営業候補者への選定を受け得ることができ、本件不選定決定を取消してもBの回復すべき不利益利益がなく、訴えの利益は認められないと思える。

~~しかし、市長は本件区画のみならず、合計20区画の屋台営業候補者の公募を行っているとして、申請を却下した処分が判決で棄却した処分が判決により取消されたときは、その処分を行政庁は、判決の趣旨に従い改めて申請に対する処分をしなければならない(行政事件訴訟法33条2項)。そのため、Bに対する本件不選定決定~~

~~しかし、処分を取り消す判決は、その事件について、処分を行政庁その他の機関(行政庁を拘束し(行政事件訴訟法33条1項)、さらに、申請を棄却した処分が判決により取り消されたときは、その処分を行政庁は改めて申請に対する処分をしなければならない(同条2項)。そして、市長の公募は本件区画のみならず、合計20区画の屋台営業候補者の公募は、本件区画のみならず合計20区画について行われている。そのため、Bに対する本件不選定決定が取り消されたに~~

※解答は左ページから書き始めてください。

2 ページ

裏面へ

取消判決によって取消された場合、その審査が改めて行われることにより、

Bが本件区画についてBが屋台営業候補者に選定されるとともに、それ以外
の区画についてAがCが屋台営業候補者として選定するという判断が
されるとか、BがAが屋台営業候補者として選定されるという判断がされる等の可
能性がある。

3. しにあって、本件不選定決定を取消すことにより、①復すべきBの本権利益が
認められるといえよから、なおBは言えの利益を有す。

言えの利益

18/45

1. 屋台営業候補者の選定にあたっては、委員会により本件条例施行規則
19条各号の要件を満たすことによりその推薦がなされ、この結果を受けて市長は
屋台営業候補者の選定を行うという仕組みがとられている。本件条例では、
その選定要件の基準は明白なものでない。また、本件条例施行規則
19条各号で定める委員会による推薦基準も、抽象的な文言によってしか規定
されていない。これは、屋台営業候補者としての適性を備えているかどうかは、行
政庁の専門的・技術的な判断を要すると共に、A市における屋台文化に精通
した者のみしか判断できない事柄が多いことと配慮したものと考えられる。

しにあって、屋台営業候補者の選定は、市長の裁量に委ねられている。

また、行政裁量が認められる場合であっても、その判断内容や
過程に裁量の逸脱・濫用があるときには取消事由となる（行政事件訴訟
法30条）。

2. まず、Bとしては、自己が他人名義営業者であることを理由に本件不選
定決定を行ったことを取消事由として主張することが——違法事由として主張
することが考えられる。

違法判決

(1) A市としては、本件条例は、他人名義営業者による屋台営業に
市道占有許可が事実上売買の目的となり、継続的な場合に一切禁
止することを目的として制定されたものであるから、Bが他人名義営業者である
ことと理由に本件不選定決定をしたことは適法であると反論することが考
えられる。

8
01
1

(2) しかし、~~名義貸し営業がされる~~他人名義営業者の全てが法的保護に値
しないわけではない。本件条例は、名義貸し営業がされることにより、事実上
市道占有許可が売買の目的となり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐ
る争い問題の解決に向けた、継続的な場合に「難化」してしまふという
弊害を防止すべく、屋台営業に係る名義貸しを禁止しようとしたものであるが、
このような弊害を生じさせたことのない他人名義営業者であるならば、
~~市道占有許可~~ ~~市道占有許可~~ このことも考慮した上で、選定・不選定の判断をすべきである。

(3) A市長の判断は、他人Bが他人名義営業者として上記弊害をもたらし得たことある
かどうかについても考慮すべきであるのに、このことを考慮せずになされたものであるから、
考慮不周として社会通念に照らし著しく不合理であり、裁量の濫用と
して違法である。

15
2
192

2. 次に、Bとしては、A市長が委員会の申合せが合理的であったにもかかわらず
これを採用せずに本件不選定決定をした判断が違法であると主張することが考
えられる。

(1) A市は、委員会の申合せは、~~本件~~ 条例施行規則(9条)の
審査にあたり、一律に加点することには理由がない上、新規に屋台営業を
営むために公募に応募した者の利害を害するの、委員会の申合せは不合
理であるというA市の反論が考えられる。

科目名	受講クラス	学籍番号	氏名	採点

(2) しかし、同条各号は、前述した本件条例の目的を達成するために設けられた審査基準であるところ、A市との対価取引のなかつた他人名義営業者には当然その審査基準を一定程度はクリアすると考えられるから、これに對して一律に不適合とするのは公平である。また、その点数も、2万点のうち5点にすぎないから合理的範囲といえ、新規に屋台営業を始めようとして公営に転落した者の利益を不当に害することはない。

(3) よって、委員会の申合わせを考慮することなく本件不選定決定を行ったA市長の判断は、考慮不周、~~ありき不適合社会常識といふ社会~~があり、社会通念に照らし著しく不合理といえ、裁量の濫用・濫用がある。

3. さらに、A市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体が違法であると主張することが考えられる。

(1) A市としては、委員会(言問機関)にすぎず、市長には独立して選定することについての裁量があるとして、~~その裁量~~ 委員会の推薦を覆すことは適法であると反論することが考えられる。

(2) しかし、言問機関とは、行政の判断にあたり専門的知識を持つ有識者によって組織された機関であるところ、特段の事情のない限り、その~~判断~~ 意見は尊重されるべきである。

本件不選定決定にあたっては、言問機関の意見に明白な誤りがある等の特段の事情がない以上、市長はその意見を尊重すべきであった。それにもかかわらずなされた本件不選定決定は違法である。

以上

(16) 0

(17) 3/5

(19) +2

(18) 3/6

33/100

8/35

第1 設問1 (1)について

1. 本件不選定決定は、取消訴訟~~（行政訴訟法）~~（行政事件訴訟法（以下、「行訴法」）3条2項）の対象となる処分にあたる。

(1) 「処分」~~（行訴法3条2項）~~とは、公権力の主体たる国又は地方公共団体が行う行為のうち、その行為により、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によって法律上認められているものをいう。

(2) 本件不選定決定は、本件条例26条1項に基づく行為である。

1. 本件不選定決定により、Bは、本件区画において適法に屋台営業を営みうる地位を失う。

2. Bが本件区画において適法に屋台営業を行うためには、市道占用許可（道路法32条1項6号）を得る必要があるため、本件不選定決定により直ちに法的効果は発生しない。

A市市長が申請者に対し、市道占用許可を与えるためには、申請者が現営業者の配偶者又は直系血族であるか、屋台営業候補者（本件条例25条1項）であることが必要である（本件条例9条1項2号3イ）。Bは、市道占有許可を求める申請（道路法32条2項）に対する不許可処分（同条1項）の取消訴訟（行訴法3条2項）を提起しても、上記要件を充足していない以上、同訴訟による救済は見込まれない。Bの本件区画における適法に屋台営業を行いうる地位をめぐる法的紛争は、本件不選定決定がなされた時点で既に成熟しているものと認められるから、直ちに法的効果を発生させるものではないが、処分性を肯定すべきである。

2. 屋台営業候補者の選定は、屋台営業候補者への応募（本件条例25条1項）は、委員会による本件指針に基づく審査、市長への推薦（本件条例26条2項）を経て、市長が選定する（本件条例26条1項）、候補者への通知（同条3項）を予定した

第
問

1 任組みであるから、「申請」(行政手続法(以下、「行手法」)2条3号)としての性質を有す
2
3 る。したがって、本件不選定決定は、Bの申請に対する拒否処分として、公権的性
4 質を認められる。
5
6

公権的性の話??

2. よって、本件不選定決定は「処分」(行訴法3条2項)にあたる。

第2 設問1 (2) について

10/20

1. 処分取消訴訟の訴えの利益を認められるのは、当該処分を取り消したと求
める「につき」法律上の利益を有する者(行訴法9条1項)である。本件不選
定処分を取り消す請求を認容したとしても、既に本件区画における屋台営業候補者は、
Cに決定しているため、Bの本件区画において適法に屋台営業を行うにせよは回復
しないため、Bは本件不選定決定取消訴訟の訴えの利益を認められないのでは
ない。

2. 本件において、BとCは、本件区画における屋台営業候補者の選定をめぐり
競願関係にある。したがって、A市長はBに対する本件不選定決定とCに対する
本件候補者決定は表裏の関係にあり、本件不選定決定を違法として取り消さ
れば、A市長は決定前の自紙の状態に戻り、再選定を行うべきである。よ
って、その結果Cに対する本件候補者決定を取り消して、Bに対して候補者決定を
することもありうるため、Bは、本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を認め
られる。

第2 設問2 について

15/45

1. A市長による屋台営業候補者の選定は、A市内の屋台営業場所全一
件で基準を定めるべきではなく、区画ごとの治安や交通状況、衛生状態に合

第
問

第

問

③
1 わせた柔軟な判断をすべき事柄であるから、その決定の可否については、A市長に
2 裁量権が認められる。以下では、このことを前提に、Bが主張する違法事由を
3 検討する。なお、A市長が本件条例に基づき行う行政処分は、行手法の適用が
4 除外される（行手法3条3項）が、A市は、¹²行手法第2章と同内容のA市行政
5 手続条例が施行されている。

2. 屋台営業候補者の選定における裁量基準が不合理であること

11 (1) いかなる場合にいかなる処分を行うかを行政法規が行政庁の判断に委ねてい
12 る場合において、当該裁量権の行使の仕方を含め裁量基準の内容が不
13 合理であるとき、当該裁量基準に従ってこれに処分は、~~違法~~^違法である。裁量
14 基準の内容が不合理であるかどうかは、法令の趣旨・目的に照らして判断する。

15 (2) 屋台営業候補者の選定において、A市長が裁量権を行使するにあたっては、本
16 件条例26条各項及び本件条例施行規則^(以下本件規則)が裁量基準として定められている。いかに
17 これらの規定において、従前の他人名義営業者の地位へ配慮する規定は存在しない。

18 屋台営業候補者を選定する趣旨は、市道における屋台営業により、さらにに
19 ぎわいや人々の交流の場を創出し（本件条例25条1項・本件条例施行規則19
20 条4号）、^先観光資源として、効用を發揮する（本件条例25条1項、本件規則19条2号）
21 一方で、地区の安全や公衆衛生を確保する（本件規則19条13号）ことにある。

22 A市では従来より、他人名義での屋台営業により、通行の阻害、道路の汚れや排水
23 の垂れ流し等の問題解決が困難となったため、本件条例を制定するに至った。こ
24 のような経緯を踏まえるに、Bのように長年トラブルもなく屋台営業を行い、A市の観光資
25 源、地域振興に貢献してきた屋台営業者が、他人名義での営業を行ってこれに
26 応じをもって、その生活~~基盤~~を失うことは、不合理である。

(3) したがって、長年トラブルなく屋台営業を他人名義で行ってきた者に対して配慮の

第

問

1. ^{不合理な}審査基準に従ってなされた本件不選定処分は、違法である。

2. 委員会の推薦を覆ってなされた本件不選定処分は、裁量権の逸脱又は濫用に当たり、違法である。

(1) 裁量基準が法律により行政庁に与えられた裁量の範囲内で定められたものであり、かつその内容も合理的なものである場合、裁量基準に果す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、裁量権の逸脱又は濫用に当たり、違法である。

(2) 本件条例26条1項は、A市長による屋台営業候補者の選定にあって、A市屋台専門委員会（以下、「委員会」）に諮ることを定める。委員会は、本件指針の運用について、特にA市との間でトラブルのなかつた他人名義営業者は、本件規則19条各号の審査において、その営業実績を踏まえて5点を与えるという申合せに基づいて、屋台営業候補者の推薦を行った。

本件規則19条は、A市内の屋台がA市の観光資源、地域振興に貢献してきた一方、A市の安全や公衆衛生上の問題も生じさせてきたことを踏まえて定められた選定基準であるという。委員会の申合せは、実際に屋台営業を行ってきた者の営業実績に照らし、各号審査を行う方法として、正確性のある運用であり、是認できる。

~~委員~~申合せに基づく運用の結果、ほとんどの区画について他人名義営業者が推薦を受けることとなったが、屋台をめぐる諸問題の解決目的につくられた選定制度的において、トラブルを実際に生じさせていない既存の営業者が有利になることばかりを得ず、また申合せによる他人名義営業者に対する加点は、本件19条各号審査に配分される100点満点のうち、5分の1に当たる20点であるから、新規参入を著しく困難にする加点とはいえない。

したがって、本件委員会の申合せは合理的である。

問題入りをしている
2011-02-28

=「他事考慮」と評価
key word

(3) 委員会が申合せに基づいて、本件区画における屋台営業候補者として直当と認める者にBを推薦したにも関わらず、A市長は、~~を~~ Bに対して本件不選定決定をした。A市長がこのような処分をしたのは、A市長が市長選挙の案に掲げた屋台営業の推進という公約の実現のためである。屋台をめぐる諸問題の解決を~~各~~各目的とする屋台営業候補者の選定にあたって、~~市長の公約実現~~当該市長の目的は選定目的の範囲外である。したがって、A市長が委員会の申合せを推薦を覆しての選定は、その判断過程が著しく妥当性を欠き、審査基準と異なる取扱いを相当と認めるべき特段の事情はない。

(4) 3. 行政庁の手続に瑕疵があった場合、それだけでは直ちに違法とはならず、個別具体的な事情において、当該手続瑕疵が処分の結果や内容を左右する可能性がある場合、違法な取消事由となる。法が処分にあたって諮問機関への諮問を経ることを要求し、実際に諮問を経た場合でも、法が当該諮問機関を^{その処分は}に対する諮問を経ることを要求した趣旨に反すると認められるような瑕疵がある場合、当該処分は違法となる。

1. A市長が委員会が申合せに基づき推薦を覆さなければ、本件区画における屋台営業候補者は、CではなくBが選定されていた。委員会は、屋台営業の有識者が構成された組織で、処分が客観的に適正妥当かつ公正になされることを^{趣旨}目的としている。と~~本~~本にも関わらず、A市長が自身の公約実現のため、委員会の推薦を覆すことは、委員会^{趣旨}の趣旨に反する瑕疵である。

(5) よって、本件選定処分は違法である。

以上。