

1 第1 設問1 (1)

2 1 まず「選定」が申請に対する処分として「処分」にあたるか。「処分」(行訴法(以下、法令名略。)3条2項)とは、
3
4 ①公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、②
5 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
6 法律上認められているものをいう。またその判断の際には、
7 ③実効的な権利救済の観点も加える。

8 2 本件条例(以下、条例)26条1項により市長が公募し
9 た屋台営業候補者に選定されるには、規則18条により、市
10 長に申請書を提出しなければならない。条例26条2項は、
11 委員会が公募に応募した者のうちから屋台営業候補者として、
12 適当と認める者を推薦し、条例26条3項は、選定基準(規
13 則19条)により選定した場合には、当該候補者に通知を義
14 務付けている。このような法の仕組みによると、「選定」は当
15 事者の合意によることはなく、公権力が一方的に行うものと
16 いえ、要件①を満たす。

17 3 道路法32条1項6号の道路占用許可を受けるには、申
18 請書を市長に提出しなければならない(条例8条)。条例9条
19 1項は、申請内容が同項の基準のいずれにも適合することを
20 要求し、そのうち(2)イは、申請者が条例25条1項の屋
21 台営業候補者に該当することを要求している。そうすると、
22 法の仕組みから、「選定」は道路法上の道路占用許可を受けう
23 る地位を取得するという法効果を有する。

1 他方で、「選定」は道路占有許可を受けるまでの中間段階の
2 行為にすぎず、後の行為で処分性を認めれば十分との考えも
3 ありうる。そこで、実効的救済の点から、選定が処分といえ
4 るか、検討する。

5 条例9条は「選定」についての審査基準の性質を有する。
6 これは条例として公表されているから、処分庁は当該基準と
7 異なる取り扱いをすることは特段の事情のない限り許されず、
8 かかる取り扱いをすれば、裁量の逸脱濫用として違法となる。
9 本件でみると、申請内容が条例9条1項(2)イの基準を満
10 たさない場合、市道占用許可の申請が却下されて、占用許可
11 を受けられないことが確実となる。その結果、6か月の猶予
12 期間があるとはいえ、屋台営業者の収入がとだえて、経済上
13 の重大な不利益が生じる。

14 したがって、実効的な権利救済の点から、選定の段階で取
15 消訴訟による救済の道を認めるべきであり、「選定」は直接国
16 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
17 認められているものとして、「処分」にあたる。

18 4 以上から、「選定」は申請に対する処分として「処分」に
19 あたり、これと裏表の関係にある本件不選定決定も「処分」
20 にあたる。

21 第2 設問1(2)

22 1 判例は、放送免許の各申請が競願関係にあるとき、その
23 うちの一方に対する拒否処分と、他方の免許付与は裏表の関

1 係にあり、他方に対する拒否処分が取り消されれば、誰に免
2 許を与えるのがふさわしいかが再考されて、その結果一方に
3 免許が付与されることがありうるとして、訴えの利益を肯定
4 した。

5 2 本件では、同一区画をめぐってなされた B と C の申請は
6 それぞれ競願関係にあり、一方に対する不選定と他方に対す
7 る選定は表裏の関係にある。そのため、B に対する不選定が取
8 り消されれば、33 条 2 項により市長は、選定に対する再考
9 をして、その結果、C に対する選定決定を取消等したうえで、
10 B が選定することもありうる。

11 以上から、B は不選定の取消しを求めるにつき訴えの利益
12 があるといえる。

13 第 3 設問 2

14 1 本件不選定決定は条例 26 条 1 項に基づいて市長が判断
15 した結果であるが、そもそも市長が裁量を有するかが問題と
16 なる。

17 規則 19 条は選定基準を定めているが、これには不確定概
18 念が含まれているし、委員会の推薦基準にすぎず、選定に関
19 する明確な考慮要素はないといえる。

20 また選定については、委員会の意見も参考としながら、地
21 域の実情に合致した政策的判断を伴う。

22 さらに本件条例は法規命令ではなく、行政規則にすぎず、
23 法的拘束力を有しない。

1 以上の点から、市長には選定に関して広範な要件裁量を有
2 する。

(5) 1

3 2 もっとも裁量を有するとしても、裁量権の逸脱濫用があ
4 れば、違法となる(30条)。具体的には、裁量の判断過程が
5 合理性を欠く結果、社会観念上著しく合理性を欠く場合には、
6 違法となる。

(6) 2

7 (1) Bの地位に対する配慮について

8 他人名義営業者が市道占用許可の更新を期待し得る地位は
9 法的利益であるとの主張に対し、A市は、そのような利益に配
10 慮する明文の規定はない旨を反論する。

11 他人名義営業者の営業の継続を暫定的に認めるために、条
12 例が制定された立法事実からすると、Aの反論は正当とも思
13 える。

(11) 1/2

14 しかし、条例は全国各地で簡単な飲食物を提供する屋台が
15 消えつつある中で、A市において屋台は個性として貴重な観
16 光資源となっているほか、街に賑わいや防犯効果をもたらし
17 てきたという経緯を考慮して制定されている。また条例26
18 条の委任を受けた規則19条は、屋台営業候補者を選定する
19 ために基準である。A市では、事実上、他人名義営業者による
20 屋台営業も行われているから、上記効果等は、他人名義営業
21 者の貢献を無視することはできない。加えて、条例9条1項
22 2号アは、屋台営業者の営業による生活上の利益を保護して
23 いるところ、これは憲法で保障される重要な権利であるから、

(17) 1

(14) 2

1 明文の規定がなくとも、他人名義営業者についても保護され
2 なければならない。

3 以上から、条例は他人名義営業者が市道占用許可の更新を
4 期待し得る地位を保護しているといえる。

5 したがって、B が本件区画で10年以上も屋台を営業する
6 ことで、A 市に対して上記のような貢献をしたという実績を
7 考慮せずに B を不選定とすることは、B の地位に対する配慮
8 を欠いたものといえる。

(20) 3

9 よって、上記理由から B は裁量権の逸脱濫用があり、違法
10 と主張する。

11 (2) 申し合わせの合理性

12 B は本件申し合わせは合理性を有すると主張するが、これが
13 合理性を有するかを検討する。

14 ア かつてトラブルを起こさず営業をしてきた他人名義営業
15 者には、関係法令等の遵守、安全性、公衆衛生の点で、規範
16 意識をもって行動することを期待できるため、5 点の配点を
17 与えることは、規則 19 条 1 号との関係で合理的である。

(18) 5

18 イ 他人名義営業者の過去の実績は、従来の A 市らしい屋台
19 文化を守ることに寄与するため、19 条 2 号との関係で合理
20 的である。

(19) 5

21 ウ 他人名義営業者は屋台営業をすることで街の賑わいや防
22 犯効果をもたらしてきたのであるから、まちの魅力を高めよ
23 うとする意欲が感じられるため、19 条 4 号の要件を満たす。

1 したがって、合理性を有する。

2 エ 以上から、規則 19 条各号において、各号の審査の中で
3 25 点中 5 点の限度で加点する旨の申合せは合理的といえる。

4 オ ゆえに、申し合わせについて、適用をしないとした A に
5 よる不選定処分は、裁量の行使を逸脱濫用した違法なものと
6 主張する。 裁量濫用 (2) 0

7 (3) 行政庁が処分をするにあたり、諮問機関に諮問しその
8 決定を尊重するべきとする趣旨は、行政庁が諮問機関の意見
9 を十分に考慮することで公正性を担保することにある。

10 したがって、行政庁が合理的理由なしに、諮問機関の意見 (2) 3
11 に反して処分することは違法事由となる。

12 本件でみると、申合せは条例の選定基準を具体化した規則
13 19 条に適合するものである。委員会はこの申合せを踏まえ
14 て B を屋台営業候補者として推薦したのに、市長は公約を実
15 現するという保身のために、委員会の推薦を覆している。こ
16 れは、市長は特段の合理的な理由がないにもかかわらず、委
17 員会の推薦を覆して不選定をしたといえる。

18 したがって、本件不選定決定は違法になると主張する。

第

問

設問1 (1)

6/35

1. ① 本件不違定決定が「行政庁の処分(行政事件訴訟法(以下「行政訴訟法」)3条2項)に該当する行政行為」である公権力の主体たる国または公共団体の行為である。この行為により、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から法律上認められているものであることが必要である。

② 要件としては、① 公権力性、② 直接具体的法効果性の点から検討する。

(2) 屋台営業許可は公募申請者(条例18条柱書)から、市長が条例25条4項、26条1項の趣意に基づき、一方向に決定しているため公権力性も認められる(①)。

③ 確かに本件不違定決定で屋台営業候補者として選定されることにより、それが直接屋台営業を行えるようになるわけではなく、市道占用許可を受けて屋台営業を営む者の配属者又は直営団体に当たる者は屋台営業を営むことに加わる(条例9条1項、2項)。しかし条例9条2項イに該当する場合、屋台営業候補者として選定されているわけでは(条例25条、26条)、道路占有許可申請をすることができるので、屋台営業に必要な^{市道}占用許可を受けることができる。したがって、本件不違定決定は市道占用許可を申請する地位を直接奪う結果を生じ、本件屋台営業候補者の選定と受けおける申請は、市道占用許可申請者(条例4条)の地位を取得する利益を求める行為であり(行政訴訟法(以下2条3項「行政法」)2条3項)、条例26条3項に列挙行為に列じ市長は原告の原告も規定している。本件

① 2

② 1/2

③ ⑩

2/21

⑦

不選定決定は利益を得ることを拒否する中消拒否処分にある(行政法7条)。以上の、本件不選定決定は法的効果発生が認められる(2)。

(3) よて本件不選定決定は取消訴訟の対象となる処分にあたる。

設問1 (2) 8/20

1. Cに対し本件候補者決定を行っているため、Bに対し本件不選定決定の取消して求め訴えの利益は失われていることになるか(行政法9条1項から書)

2 即ち、利益とは、処分と現実に取り消してどう必要権あるか実効性という。

BとCは屋台営業権者という競願関係に立つ。本件不選定決定の取消判決が出た場合、行政法33条1項で処分を行政庁で拘束すると規定する。これにより、行政庁は取消判決の趣旨に従って改めて措置をとるべき義務を負う。改めて申請し取り消し処分をしなければならぬ(行政法33条2項)。つまり新たな屋台候補者を選定し直さなければならない。Bが屋台候補者として選定される可能性が生じる。

3 しかし、Bは競争の訴えの利益を有する。

設問2 14/45

1. 本件不選定決定の選定は条例26条、選定基準は規則19条で規定され抽象的な基準となっている。規則19条15から4号まで審査において考慮すべき要素を例示し、専門技術的判断に基

何の!!
何度も読んでいます。

要件or効果どちら?

第

問

づいて分けられているので、違法の判断に裁量が認められる。

(5) 0

(1) Bは他人名義管理者の地位にある点

A. 裁量権の行使について、重要な事実の基礎を欠くか、判断内容が著しく不合理な場合には、裁量の逸脱・濫用にある(行政法30条)。

(6) 2

イ Bは、本件不違法決定に他人名義管理者としてのBの地位を考慮していない。考慮不周があると主張する。

(20) 3

これに対し、A市長は、A市での屋台営業に係る市道占有許可は6か月ごとの更新のため、この期間についての考慮をしている。考慮不周はないと反論すると主張する。

(16) 2

ウ. いか. A市の屋台はA市の個性として貴重な観光資源となっている状況で、本件条例は制定され、従来のA市らしい景観文化も作り、(条例26条2項、規則19条2号)により違法基準となっていることに照らせば、Bは本件区域で10年以上屋台営業を行っており、A市との間でトラブルもなく、基準に適合することが客観的に判断できる。

(17) 1

したがってA市は本件不違法決定において、本件条例制定前の屋台文化を形成してきた他人名義管理者たるBの地位という事情を考慮すべきであり、裁量権逸脱・濫用で違法と主張する。

(2) 本件申立てが合理的であるか

他事考慮

A. Bは、本件不違法決定が委員会の本件申立てに適合しない点があるとして、本件不違法決定は違法であると主張する。

(21) 0

イ. これに対し、A市長は、本件指針は本件規則19条1号から4号

(18) 2

25

まての各号を違定基準とし、本件申合せはこれに適合せず、不合理であり、本件申合せに基つて点数を差し引いて選法しているとの反論が提起される。

7. 規則19条の違定基準は、関係法令等の遵守、安全良好な公衆衛生（同条18）、市民、地味住民及び観光客に親しむこと（同条28）、地味貢献（同条35）、さらににぎやかや人々の交流の場を創出すること（同条43）は、A市との間でトラブルがなく長年にわたりA市の屋台文化を形成し、常態として他人を養育するについて、今後とも、屋台政策への確たる貢献が期待できるとして加点をすることが違定基準に照らして合理的である。

8. さらに新規公募申請者との公平にかつては、新規公募申請者も、違定基準をベースに採点され、実績を積み重ねて他人を養育する屋台営業と同様の加点を得ることが可能である。よて、本件申合せ内容は合理的である。

9. また、条例26条1項、2項はA市屋台専門委員会に諮り、推薦することと定めており、A市が屋台営業促進者を違定するにあつては、諮問委員会が合理的な申合せにかつて尊重することが所望である。

10. 以上より、Bは本件申合せに適合しない本件不違定決定が裁量上の違法濫用にふたつ違法であると主張するものである。

2. 専門委員会が推薦を覆した手続的瑕疵

(1) Bは、A市が諮問した屋台専門委員会が推薦を覆して違定したことは、全体に於て手続的瑕疵があり違法であると主

19
5

（第 問）

張る。

(2) 上記に対し A市は、委員会は本件指針に従って審査を行い、選定するもので、申合せは不合理であり、委員会の推薦を覆しても問題はないと反論するに努める。

(3) 判決は 審問手続の重要性を強調し、法が審問手続下要求する趣旨に反する手続的瑕疵がある場合に、処分自体の取消事由になるとは、ただし、手続的瑕疵を正して処分を尽くしたとしても変わらないと判断される場合には、処分の取消事由にならないとする。

1. 本件では市長が委員会の申合せが合理的であるにもかかわらずこれを不合理と判断し、委員会の推薦を覆して 手続的瑕疵が認められ、処分の取消事由となる。Bは委員会の申合せに基づき加点が差しかねないが、総合順位は1位であり、判断が正しいければ判断は変わっていない。

よって Bは 選定の手続的瑕疵により本件不選定決定処分は取消事由にあると主張すべきである。

以上

設問1 (1). 11/35

1. 取消訴訟の対象となる「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体が「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をいう。その際には、実効的権利救済なども考慮して判断する。

2. Bとしては、市道占用許可を受けるために、屋台営業候補者の公募に応募した。道路の占用許可については道路法32条が規定しており、その許可基準を同33条が規定している。その審査基準として、本件条例9条が定められた。これにより、2項2号イで、同33条に於ける屋台営業者ではない申請者には、本件条例26条に基づく屋台営業候補者である必要がある。その選定は公募で行うことができ(本件条例26条)、応募は、規則18条による。そうすると、屋台営業候補者の公募の応募が「申請」(行手法26条)にあたれば、これに対する応答である不選定決定(本件条例26条3項)は申請に対する拒否処分として「処分」にあたる。

3. たしかに、屋台営業候補者の資格は本件条例9条2項2号イの要件にあっては、それがないと市道占用許可の申請自体をすることはできない。しかし、本件条例9条が審査基準として、外部に公表されていると

第

2

問

(1) 2

(3) 2 (10)

5/21

△

(10) (10)

2/10

(第2問)

からすると、その基準は、平等原則や信頼原則の観点から拘束力をおかす。そうすると、本件条例9条を以て、屋台営業候補者不選定通知を受けると実質的に市道の占用許可を交付しなくなる。という法的地位に立たされることになる。また、後に、道路法33条2項に基づく道路の占用の許可処分において、違法を争う不選定通知の違法を争うことができるとの反論も考えられる。しかし、屋台営業は生活の基盤に関わる重要な権利なので、早期に争うことが、実効的権利救済の点から重要である。

4 本件条例 37条。不選定通知は、法26条3項を根拠にして、A市町が優越的立場の発動として行い、上記法的効果を有する行為であるから、権力性が認められる。

5 7 57条。本件不選定決定は、取消訴訟の対象となる処分にあたる。

16 設1(2) 13/20

17 1. 訴えの利益とは、処分者の取消しを求める必要性及び実効性をいう。

2 したがって、本件不選定決定は、Bに対するものなのでこれを取り消したところでは、すでにCが選定されて選定決定がなされているから、改めてBが選定Bが直接選定されることにはならない。

23 しかし、本件条例26条2項によると、屋台候補者

第2問

1 は、営業場所ごとに1名選定し、2名同時に選定
2 されることはない。競願関係にある。すると、Bに対
3 する本件不選定決定とCに対する本件選定決定は
4 表裏の関係にある。処分が取消されると、行政庁は
5 改めて審査することになる(行訴法33条2項)。
6 その結果、Cに対する本件選定決定を取り消して、Bを
7 選定する可能性がある。すると、Bは既に選
8 定決定が下っているという実態があるから、取消しを求める
9 必要性及び実効性があるもの。
10

11 以上、訴えのBは本件不選定決定の取消
12 しを求める訴えの利益を有する。

13 設問2: 23/45 の主張

14 1. (1) Bは違法事由として、市長の選定に係る判断の内容
15 に瑕疵があったと主張することから争われる。

16 (2) 行政裁量の存在は、法の文言と処分の性質から
17 判断する。

18 (3) 本件条例26条項は、選定「A市屋台専門委員会」
19 諮り「選定するものとする」と規定しており、選定基準
20 について具体的に定めていない。その趣旨は、屋台営業が
21 A市にとって、観光資源になっているが、環境、通行の阻害、道路
22 の汚染や排水などの問題もあるから、地域の実情をふま
23 へた専門的な判断が必要とされるから、市長の裁量判断
に委ねることにある。そこで、市長に要件裁量が認められ

(第 2 問)

裁量権行使の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく不当な場合には、裁量権の逸脱濫用がまたとして取消事由になる。

2 ここで、Bは、他人無義営業者の地位への配慮がなされたことが考慮すべき事項を考慮していないと主張する。

これに対し、他人無義である以上、道路法上無許可営業にあたリ、法的な保護に値しないという反論が想定される。

他人無義での屋台営業が禁止された~~趣旨~~は、屋台営業が街の環境悪化にもつなかることから、その対策が必要となるにもかかわらず、営業者の毎頻繁な交代により継続的な話し合いが難しくなるため、これに対処する点にある。そうすると、このような危険のない、他人無義営業者の地位に両て慮することは趣旨に反しない。

本件で、Bは、10年以上も屋台営業を行っており、仲とのトラブルもなかった。しかし、~~現在~~今後営業を継続できなくなると生活の基盤が失われるという重大な損害を被る。そこで、Bは^{既得}の地位への配慮をすべき無許可営業者にあたるとにもかかわらず、それを考慮していないという~~裁量~~裁量権の逸脱濫用にあたリ。

3 次に、Bとしては、市長が委員会^の推薦を要して本件不~~決定~~決定をしたことが、考慮すべき事項を考慮しておらず、裁量権の逸脱濫用にあたると主張する。

（第2問）

11) これに対して、委員会の申合せは、本件条例施行規則19条各号の選定基準に照らして是認することができないという反論が想定される。

委員会では、他人名義営業者が本件条例の施行後6か月以内に新たな店舗や仕事を探すことは困難であると、A市との間でドラフツルがなかった者は、今後の屋台政策の確実な貢献が期待できるとしている。19条各号は選定基準として、公衆衛生の存在保や、A市の観光面での取り組みなどをおいている。そのままだ違法な他人名義営業が続けば、公衆衛生の悪化のおそれもある。また、親戚の事業者よりも従前の事業者の方が屋台政策にも屋台政策への理解が高いといえるから、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だとはいえる。

(2) また、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になるという反論も想定される。

しかし、当該区画で営業を継続してきた事業者にとって、それを失うことは大きな不利益になる。その区画では1名しか営業できない以上、やむを得ない。

よって、委員会の申合せは合理的なものであるにもかかわらず、市長は、公約実現のため、これを考慮しながら、この裁量権の濫用がなかったといえる。

41) 最後に、市長が委員会の推薦も照して選定したことは

(第2問)

1に瑕疵があつたと主張するに於て考慮せらる。

2
3(2) 本件条例 26条1項は、委員会に諮問することを要求しては
4その趣旨は、客観的な公正性と公正を担保することに
5にある。その諮問経由は極めて重大な意義を有する。
6そのため、決定自体に法が諮問手続を経ることを要
7求した趣旨に反して認めらるるは瑕疵があつ
8とせしめらるるも違法にはならない。

9(3) 本件では、諮問手続である委員会の決定にお
10いて、合理的な申合せがなされておらず、法の趣旨に反
11するような瑕疵はないから、諮問手続を考慮す
12べきではない。

13よつて、推薦を要して選定したに於て瑕疵が認め
14らるる以上から、Bは、A市の判断内容と、判断自体に瑕
15疵があつたという違法事由の主張をすべきである。

[設問1] (1) 23/35

1. ~~本件~~ 本件不選定決定は、取消訴訟(行政事件訴訟法(以下行訴法とす)3条2項)となるか分にあたるか、以下検討する。

2(1) 又分とは、公権力の主体たる国又は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、又はその範囲を確定することか法9条1項上認められているものかという。そこで、①公権力性、②法効果性に加え、行政と国民との関係が多様化している現状においては、③紛争の成熟性、国民の実効的権利救済を加味して判断する。

(2)ア. 本件不選定決定は、A市長の地位に基づいて一方的に行われたものである。手に本件条例26条1項は、A市長が屋台営業候補者の選定の決定について定めるところ、選定決定及び不選定決定のいずれか~~を~~なされ、それにより、地位は変動する~~場合~~。ゆえに公権力性に認められる。(①充足)。

1. 本件不選定決定は「申請」(行政手続法(以下行手法とす)2条3号)に対する「処分」(行手法2条2号)にあたる~~か~~問題となる場合、申請拒否処分にあたる~~といえ~~、法9条

第

問

①
2②
2④
2

（第 問）

果性が認められる。本件において、公募申請者は
公募書類を提出しなければならぬと規定されて
いる（本件条例25条4項、本件条例施行規則
18条）。ゆえに、公募申請者には、申請権
があるといえる。次にA市長は、屋台営業候
候者の選定決定を行ったときは、通知すること
が義務づけられている（本件条例26条3項、
本件条例施行規則21条1項）。通知することと
選定決定と不選定決定は、表裏の関係に
あるから、選定決定に通知義務があると
すれば、~~否~~ 否、それは、申請に対する処分といふ
^{ため}、不選定決定は、申請に対する申請
拒否処分といえる。（②充足）

ウ、確かにBが、市道占用許可を申請し、不許可
処分を受けた場合に、その取消訴訟の中で
不選定決定の違法性を争うこともできる。
しかし、屋台営業候補者であることが
道路法32条2項の要件となっている（道路
法33条1項、本件条例9条）から当然に不
許可処分がなされるといえる。そうであるとすれば
不選定決定の段階で争わなければ、実効
的権利救済に欠けはるといえる（③充足）。

3. 以上より処分性が認められる。

⑥
3

⑧
3

⑨
2/4

⑩
3

⑪
1

⑬
2/5
⑮
3

⑯
1

（第 問）

（設問1）（2）

12/20

1. Bは、本件不選定決定の取消しを求めに
あつて、訴えの利益を有するか。

2(1) 訴えの利益とは、~~知分の取消し~~によつて法
律上の利益を~~有する者~~^{受ける場合}という。

(2) R. 確かに本件では、市市長がCに於て、本件
候補者決定を受けていることから、本件不選定
決定の取消しがなされること、それにより本
件候補者決定が取り消されるわけではな
いから、法律上の利益を受ける場合とはい
えないとも思える。

1. 取消判決は行政庁に於て、判決の趣旨
に従つて行動することを義務付ける拘束力を
有するところ（行政訴訟法33条1項）、取消しに
よつて改めて申請に対する処分を行うことが
義務づけられる（同条2項）。~~ゆえに~~ゆえに
取消判決は、本件選定候補者決定の
取り消される形成力（はじけないといえる）。

2. もっとも本件は、定数6名であり、定数の
応募者は競願関係にある。またゆえに、
本件は本件不選定決定と、本件候補者決定
はいずれかの処分により他方の処分内容が
決定されるという点で表裏の関係にある。

②
①
④
4/6
⑤
5

つまり、本件不選定決定が確定した場合、A市長は
~~その~~判決の趣旨に従い、2(行訴法33条2項)
改め2決定あることになすといえる。ゆえにA市長
は、Cに付する本件候補者決定の取消義務
を負う(行訴法33条1項)といえる。

3. 以上から、訴えの利益は認められる。

[設問2] 26/45

第 1. 本件条例26条は、屋台営業候補者の選定要
件について、具体的に要件を定めていはい。
~~むしろ~~、屋台営業候補者の選定には、条例
施行規則19条の基準に記載されている内容を
~~市長の専門技術的~~に合致するか否かにして
市長の専門技術的判断が必要であるから、
市長に要件裁量認められる。もっとも市長
の本件不選定決定の判断が、社会通念上
著しく妥当性と欠く場合、裁量権の逸脱・
濫用として違法(行訴法30条)である。

2 (1) 本件においてBは、10年という長きにわたって
屋台営業を行い、その収入で生活をしており、
カバ一束うと、生活基盤を失う。ゆえに既存
している地位は保護しなければならぬ。

(2) これに対し、反論としてBは他人営業者に
すぎず、当該地位は保護に値しないという

(第 問)

ことが考えられる。

(3) もっとも、昨年には、本件条例が制定されるまでは、名義借用による屋台営業を明示的に禁ずる規定はなかった。名義貸しを禁止する規定が置かれた理由は、営業者によるトラブルが頻出したことにあるが、Bは10年以上トラブルなく営業しており、既得的地位は法的保護に値する。

(4) もっとも法的保護に値するにもかかわらずA市長は、6か月という市道占用許可の期間と同じ期間しか経過措置をとっていない。これはBの既得的地位を不当に侵害し、信義則に反する。ゆえに裁量権の逸脱・濫用が認められる。

3. (1) 本件において本件条例規則19条各号は、「良好な公衆衛生を確保する具体的な取組み」「屋台文化を守るとともに新に魅力を出すための創意工夫」「地域貢献に向けた具体的な取組」などと述べている。これは、いずれもA市の屋台事業者と協力して、街づくりを行ってきたことが伺える。ゆえにトラブルのない者へ他人名義営業者に加点をするとする

（第 問）

委員会の申し合わせは、合理的である。

(2) もっとも既存の他人名義営業者に25点の枠内
内、5点を加えることは、新規見屋台営業を
始める公募の応募者の権利を不当に害する
とも思える。

(3) しかし、新規参入者はこれから実践がたいに
め、既存業者に評価に加点することは不当
とはいえない。

(4) 以上のことから、申し合わせに基づく点数を
差し引いてはならず、総合点に基
選定を行うことは、事実誤認といえ、
裁量権の逸脱・濫用と認めらる。

3. (1) 諮問機関は、行政庁の意見を補充する
役割をもち、できる限り尊重されるべきである。
それにもかかわらず、A市長が委員会の推薦を
覆して、本件不選定決定を行うことは、違法
である。裁量権の逸脱・濫用と認められ、違法
である。

以上

19
3/5

21
3

23
2

39/100

[設問1]

(小問(1))

9/35

1. 本件区画で屋台営業を行っていた実績から、屋台営業候補者は選定されるはずであると考えていたBは、本件不選定決定に不服を懐き、取消訴訟(行政事件訴訟法「以下法名略」3条2項)を提起しようと考えているが、当該決定は取消訴訟の対象である処分といえるか。

文字いじり

2. 処分とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成した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という。つまり、処分性が認められるためには ① 公権力性 ② 直接性 ③ 個別具体性 ④ 法効果性が必要である。

3. (1) 本件不選定決定は本件条例26条3項、同施行規則21条2項に基づき、市長から(1) Bに対して一方的に通知されているから(2, 3)、処分性があるか否かは④の法効果性があるか否かで判断されることになる。

(2) 市道における屋台営業は、市道占用許可を受けた者が自ら行わなければならない(本件条例13条1項)。本件区画で営業しようとする者は市長が行う公募(同25条1項)に応募しなければならない。

Bが公募に応募したのはあくまで市道占用許可を受けるためであるが、A市は本件条例9条を行政法上の審査基準としている。同9条によれば市道占用許可を受けようとする申請者(同8条)は道路法33条1項に規定する場合に該当し、かつ、本件条例

第2問

① 2

② 2

⑥ 1/3

⑦ 3

（第2問）

[設問2]

18/45

1. Bについては 本件不選定決定の取消訴訟において①市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があった、とした②市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があった、と主張する。そして、その判断が重要な事実の基礎を欠き、社会通念に照らし著しく妥当性を欠き、裁量権の濫用として違法(30条)であると主張することが考えられる。

2. ①について

(1) Bについては 本件区画で10年以上も屋台営業を行っており、A市との間でトラブルもなかった、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う。10年以上トラブルなく営業してきたのだから、信頼保護原則や比例原則に基づき、他人名義営業者への地位への配慮をすべきであると主張することが考えられる。

(2) それに対しA市からは他人名義営業者はそもそも道路法上無許可営業にあたり、法的な保護に値しない。本件条例は名義貸し行為の一端の下めに制定されたとして反論することが考えられる。

(3) しかし、道路法33条1項で許可基準に要件裁量が与えられており、具体的な選考基準である本件条例施行規則19条の各規定は今後A市の屋台政策への確実な貢献が期待できると重視している。したがって、Bは本件区画で10年以上トラブルなく営業しているから基準をみたしているといえる。それにもかかわらず、他人名義営業者だからといって、これまで営業してきたBのA市への貢献度やBの地位に対する配慮が欠けていることは考慮不周であり、

（第2問）

市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があり、裁量権の逸脱・濫用として違法であると主張~~する~~が、おかしである。

3. ②に於いて

(1)ア、Bとしては、本件条例26条項で市長が同25条1項に基づき公募を行った場合、A市屋台専門委員会に諮り、屋台営業候補者を選定するものとし、同委員会は規則で定める基準に基づいて適当と認める者と推薦するものとされている（同26条2項）。

本件区画の応募に於ける屋台営業候補者選定決定後の市長の記者会見で、A市のウェブサイトで公開されている本件指針は本件条例施行規則19条1号から4号までの各号の審査に25点ずつ配点するものと各号の審査において考慮すべき要素を例示しているとした。

本件指針は、申請に対する審査基準である。この指針に基づき委員会は各号の審査で25点の配点の範囲内で営業実績を踏まえ25点と記入する。この本件指針の運用を申し合わせた結果、ほとんどの区画でBのような他人名義営業者が推薦される事態となった。1. 具体的に本件条例施行規則19条の要件にBが該当しているかであるが、1号では法令遵守や安全が求められ、2号では従来のA市らしい屋台文化を営むこととされているが、Bは本件区画で10年以上トナリな観光客に支持され営業に専ら^{上記}要件をみたす。3号は地域に貢献する取り組み、4号は人と交流して、まちの魅力を高めようとする意欲が感じられることであるが、Bは今後も本件区画で営業を続け生活の基盤を確保しようとしているから莫大に様々なる取り組みを心がけていた。これらの要件をみたす。

（第2問）

ら、以上のように委員会はあくまで審査基準とされる本件指針に
基いて要件を充足しているか否かで審査しBを推薦した点では、
これに争いはない。前回市長選挙で屋台営業の刷新を推進し公約を
掲げて当選した市長としては公約を実現したいと、委員会の審査
結果から申合せに基いて点数を差し、屋台営業候補者を
選定したから、Bは不選定になったといえる。

② も、と、A市からは委員会はあくまで市長の附属機関に過ぎず
（本件条例28条1項）、公募は市長の権限であり（同25条1項）、これ
に基づく選定も最終的には市長の権限である（同26条1項）から、委員会の推
薦を覆してCを選定したこと自体に問題はないと反論することになる。

③ かつ、委員会は専門的知識のある有識者と構成されたものである。昭和
50年5月29日の判例では、行政処分をするにあたり、諮問機関への諮問と
これに基づき決定を尊重する趣旨は、処分の適正性と公正性を確保する
ためであり、その趣旨に反するような処分は違法として取消しを要しないと
された。

本件においても本件条例26条1項で委員会に諮った上で市長が選定を行う
という趣旨は、特段の事情がない限り、その分野に通暁した専門家である
委員会の推薦を尊重し選定すべきであるといえるのである。委員会は本件
指針に基いて点数化し適正・公正にBを推薦したのに、市長は
自らの公約実現のために委員会の審査結果から申合せに基いて点数を
差し、Cを選定したこと自体に矛盾があり、裁量権の濫用、濫用
といえる違法であると主張するべきである。

以上

設問1

第1 1)

11/35

1. 事件不遂決定は、行政庁の処分(行政法3条2項)にあたるか。

2. 行政庁の処分とは、公権力の主体たる国子に対する国権の行使のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成するにその範囲を確定するものとして認められているものをいう。

(

第

2

問

)

事件条125条項にいう公権に対する公権は「申請(行政法2条3号)にあたる。申請にあつては、事件条126条に基づいてなされる事件不遂決定は申請に対する拒否処分としての処分にあつては、この問題となる。

すなわち、申請とは、法令に基づき自己に対して「許可」等の処分を求めようとする行為である。この申請に対する行政庁の答復の応答は拒否処分として行政法の処分にあたる。

また、道路と同好所(道路法3条1項)が受けたるかの許可基準(同法33条1項)の法、政令で定める基準として事件条19条1項が設けられていると、同項2号12号の申請者資格として事件条125条1項に基き、屋敷営業(許可)を定めていると、事件条126条1項は屋敷営業(許可)の選定について定め、その選定を受ける者は、事件条126条1項に規則18条1項に基づき所定の書類を市長に提出する

① 2

② 2

③ 1/2

④ 3

ここで応募できる。

本件では、Bは、上記規則18条の「命令」に基づき、
道路占用許可という許可何等の前提となる屋号営業候補
者として送定されるべく、本件条例26条の送定を受け、同26条
の屋号営業候補者として送定されたか不送定かという諸君の応募
についての「処分」がなされたといえる。

したがって、本件条例25条の「申請に対する応募は申請に
おいて、本件不送定決定は申請に対する拒否処分として「取
消の処分」にあたる。

第

56、本件不送定決定は取消訴訟の対象となる処分である。
第2 (2) 7/20

2

問

1. 取消しを求むる者の利益を有するに於いて、原告
について取消判決により現実（取消）される法的利益がある
ことが必要である。

2. ~~本件条例26条~~ A市屋号営業候補者募集要項による
と、応募者は営業希望場所（A所）を希望し、応募者の
総合成績が最も優れた（B）が送定を受ける。そうす
るに既に本件候補者決定がなされている以上、Bは、
本件不送定決定を取り消しても再び送定決定を受ける
という利益を得られまいと考える。

しかし、B・Cの各申請は1つの送定決定を争う競願
関係にあるから、本件候補者決定と本件不送定決定は
表裏の関係にある。そうすると、本件不送定決定について取消

1 判決がなされ、~~同判決の形成力(行訴法32条)~~により同被
2 訴が判例的に無効となる結果、同一の営業場所にてBが
3 申請をした際、Cに対する不選定決定を行政庁が取り
4 消したうえでBを選定することになり期待でき(行訴法
5 33条)。

6 Bは、本件不選定決定が取り消されたこと、上述のようによ
7 候補者として選定されるという法的利益があるといえる
8 こと、故にその利益を有する。

9 設問2

10 第

11 2

12 問

13 第1 市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったこと

14 1. 本件不選定決定においてA市長の判断は裁量権の逸脱
15 濫用があったといえる(行訴法30条)とならない。

16 2. 本件条例26条1項は、裁量基準について、市長が
17 市屋瓦専門委員会に諮り、選定することができること
18 的に定めていること、屋瓦についての専門委員会に諮ったに
19 いて、市内の様子は把握している市長が選定する
20 否かを判断することであり、市長でなければ判断できな
21 いため、本件条例26条1項に基づき選定には市長の要件
22 裁量が認められる。

23 3. 行政庁の判断が社会観念上著しく不当と認めら
24 れる場合は裁量権の逸脱濫用が認められる。本件判断の
25 過程において考慮すべきことを考慮せず、考慮すべきこと
26 を考慮した場合には裁量権の逸脱濫用が認められる。

第2問

(い) あり
理由が
薄い
(書かれて
いない)

本件では、他人名義営業者は、条例施行前までは法令違反にあらず、被業人の者がこの形態で屋敷を営業しているそれにもかかわらず、経過措置も設けられず、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、すなわち6か月の範囲にとどまることになり、他人名義営業者への地位への配慮が一般的には上記の程度で足りるとしても、Bは、特に、同一区画で10年以上屋敷営業にあり、今後営業を止めれば生活の基盤が失われる点で、いさうの配慮が必要と云ふ

A市長は、Bの他人名義営業者としての地位について上述の事情を考慮すべきであるに、考慮されざる

を以て、委員会による本件指針の運用を申し立てていたところ、これは規則19条々号12各25点を配し、そのうち5点を得ると定めるところは、同規定の途定基準に適合するが、市長のいかにのって、新規参入者の利益を優先すべきにも考えられず、より長年同一区画で屋敷を営業し生活基盤をつくる者の利益が優先する

A市長は、上記事情を考慮すべきであるに、考慮せず、委員会の推薦を覆した

(したがって、裁量権の濫用が認められ、違法である)

第2 手続上の瑕疵

1. 法令が未整備

(16) 2

(17) 1

(20) 3

(18) 2/5

(19) 2/5

(21) 2/3

第2問

設問1 (1) 2/35

1. 取消訴訟の対象となる「処分」(行政事件訴訟法(以下、行訴法という)3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、それ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によって法律上認められているものをいう。^{行政行為}
 そして、「申請」とは「法令に基づき、自己に対し「許認可等」の「処分」を求めた行為である(行政手続法(以下、行手法という)2条3号)から、これに対する応答は「処分」に当たる。
 本問において、屋台営業候補者の公募への応募が「申請」に当たするのであれば、これに対する応答である本件不選定決定は「処分」に当たる。

2. A市で屋台営業をしようとする者は、道路法(以下、道法という)32条により道路の占有許可を受けなければならない。道法33条1項の道路の占有許可の基準についての審査基準(行手法5条)である本件条例9条17、1項で各号の要件を満たすことを求めている。同条1項2号は申請者の適格について定め264、Aに当たらない者は1の本件条例25条1項の屋台営業候補者でなければならない。このように法の仕組みを見ると、本件条例26条に基づき市長による屋台営業候補者の選定は、道法33条1項に基づく道路の占有許可の前提要件となっているといえる。これを前提に、屋台営業候補者の公募への応募が「申請」に当たるといえる。

3. 公募への応募が「法令に基づき」ものといえなければならない。
 本件条例25条1項は公募を行うことについて規定し、本件条例9条は審査基準であるから、行政の内部基準としての行政規則として法的拘束力はない。しかし、その他については、A市の自主条例として法的拘束力がある。本件条例25条1項は公募を行うことについて規定し、同条4項で規定した公募に関し必要な事項は規則で定めるとして規則へ委任している。これを受けたA市屋台基本条例施設規則(以下、本件規則という)18条は公募申請者へ市長に申請書と書類の提出を求めている。そうすると、公募

① 2

② 1/2

④ 2

⑦ 3

⑤ 1

⑥ 3

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

を受けようとする者へ申請書[※]号を提出する応募は、「法令に基づき」そのといえる。

4. 公募への応募は、自己に対して「許認可等」を求め^{○又々}る行為といえる。

屋台営業候補者の公募への応募はあくまでも^{○又々}法33条1項の道路占有許可を得るための前提要件であるから、「許認可等」を求め^{○又々}るものといえないのではないかと
思える。~~しかし~~ 選定決定を受けたとしても、占有許可を得られたことにはならないため、
あくまでも中間行為がある。して、選定決定は前提条件である以上、選定決定は^不道路占有許可を直法に受けられる法的地位を与え^不るものであり、一、選定決定は直法に道路占有許可を受けられない法的地位を確定するものといえる。このような結果を
もつ選定決定を受けるための公募への応募は、自己に対して「許認可等」の^{○又々}求め^{○又々}る行為といえる。

5. ~~本件条例21条1~~ 条件本件条例26条3項は、同条1項の選定を行ったときに候補者へ通知することを規定しており、~~本件~~ 本件規則21条2項は~~決定~~ 選定しないこととしたときは不選定通知を行うものとしているから、公募の応募があったときは、行政庁である市長が「諾否の応答」義務を負うといえる。

6. 以上より、屋台営業候補者の公募への応募は、「申請」(行手法2条3号)に当たるから、これに対する応答の本件不選定決定は「取消訴訟の対象となる^{○又々}」に当たる。

設問1 (2)

1. 取消訴訟の原告は、^{○又々}取消されることにより自己の権利の救済を受けられることが必要である。本問で本訴えの利益が認められるか。

放送局の開設免許に関する判例は、1つの許可の科を争う関係にある競願関係において、既に他の者に許可がなされていても、訴えの利益は失われ^{○又々}ないとした。ある者に対する不許可^{○又々}決定が取消裁判決によって取消された場合、行

⑪ 1

⑬ 2

⑭ ⑮

%

⑳ 3

㉑ 0

㉒ 3

㉓ 1

㉔ 1

㉕ 1

㉖ 4

第 2 問

1 許法33条2項によつて、行政庁は改め申請に対する処分をしなければならぬ義務を負ふ。その判断によつては、既に争はれた事他の者に対する許可処分を取り消して、取消判決を得た原告に改め許可処分をなす可能性があるので、この意味において、原告の訴えの利益は否定されない。

2. 本問でも、既に市長はCに対して本件候補者決定を行つてゐるが、本件不選定決定を受けたBは、Cと競願関係にある。そうすると両者は素意の関係にあり、上記判例の射程程及び範囲。Bは取消判決を受けて、行政庁である市長から改め選定決定を受ける可能性があるので、訴えの利益は否定されない。よつて、Bは本件不選定決定の取消を求める訴えの利益を有する。

設問2

1. 市長のBに対する本件不選定決定は、裁量権の逸脱濫用であり取消事由と認められると主(行許法30条)と主張することと考える。

裁量の有無は、処分の性質及び規定の文言から判断される。屋台営業者候補者の選定及び不選定決定は本件条例26条に基づく。26条は具体的な基準を設けておらず、「A市屋台専門委員会に諮り、選定する」と定める。しかし、屋台営業候補者の公募は、本件条例25条2「市道における屋台営業は、まちにぎわいや人々の交流の場を創出し、観光資源としての活用を促進すると認めるとき、に行われるものであり、候補者の選定も、委員会の意見をききながら、これらの観点から行われるものと解される。そうすると、候補者の選定について、市長である行政庁である市長の判断に一定の幅をもたせものであるといえる。したがつて、屋台営業候補者の選定、不選定の処分については、要件裁量と認められる。

2. 市長の本件不選定決定は、他人名義営業者の地位に對してその判断過程に考慮不足があり、それによつてなされた処分が社会観念上著しく妥当性を欠く。

第

2

問

(1) 名義貸しによる屋台営業は、本件条例の制定前には明文で禁止されていなかった。
これら禁止されること、これより平穩に屋台営業をしてきた他人名義営業者は、
営業を継続するために選定を受けた上で改めて自己の名義で占有許可を受けなければならず、その選定も行政官の裁量次第と行われるため、不安定な地位
におかれることになる。また、他人名義営業者は従前から営業を行っていた経歴を有す
るのであり、この点は、選定次第の判断において、考慮されるべき事情である。
(2) これに対し、他人の名義を借りた屋台営業はそもそも道路法上無許可営業に当た
り、法的な保護に値しないから、これらの者の地位を考慮しなかったとしても、考慮
不届は正しいとA市の反論が考えられる。
ただし、A市の屋台は通行の障害、衛生環境の悪化などの問題であり、とりわけ
道路の占有許可で事実上売買の対象となつて、実質的な営業者の特定が難しくなり
諸問題についての話し合いができて、他人名義営業による被害が存する。しかし、他人
名義営業者の中にも、これらの問題を引き起こすことなく、平穩に長期間営業を
し、町観光資源や防犯効果をもたらしている者もいる。名義貸しという行為のみに
とらえて法的保護に値しないとはいえない。
さらに、長期間平穩に営業を続けてきた他人名義営業者も、継続して営業ができな
くになると、生活の基盤を失うことになる。受ける不利益は大変。
よって、選定の際にはこれらを含め他人名義営業者の地位を考慮しなければなら
ないといえる。
(3) しかし、市長は本件条例の施行から6か月後には屋台営業候補者が営業を開
始できるよう速やかに公募を実施し、他人名義営業者の地位への配慮は通常市道
占有許可の期間の範囲内にとどまるものであるから、主として不利益の大変さを考慮して
いい。また、Bは本件区画で10年以上も平穩に営業を行ってきたのに、これを考慮して、

17 1

8 1

11 2

17
を
長に
考へ
てい
たい

16 2

（第 2 問）

1
はい。したがって、考慮不全による裁量権の逸脱濫用がある。

2
3. 市長が委員会の申合せにより出された委員会の審査結果を考慮せず、考慮すべきでない事情を考慮したことによる考慮不周及び他事考慮あり、裁量の逸脱濫用があると。

3
（1）まず、委員会の審査結果の基礎となした委員会の申合せが合理的でなければ、市長がこれを考慮しなかったとしても合理性が否定できないため、これを検討する。

4
委員会では、他人名義営業者が本件条例の施行後6ヶ月以内に新たな店舗や仕事を探すことは困難である（①）、A市との間がトラギルとなつた他人名義営業者は、今後A市の屋台政策への確実な貢献を期待できる（②）として申合せがされている。

5
本件条例26条2項を受けた本件規則19条を見ると、従前から営業として主として他人名義営業者は、改め2候補者として選定を受け、自己の名義で適切に営業することができると考えられるから、①は本件規則19条4号に照らして考慮できる。また、

6
②については、従前の対応等により、本件条例制定によってA市の屋台営業について改革がなされた後に継続して営業する意欲が応募という意思表示によりわかるから、1号との関係でも考慮できる。②は、長期間の経営営業とその間のトラギルがないことは、2号との関係でも考慮できる。

7
また、他人名義営業者と比べて親類に参入するものの利益を害しない点という点については、そもそも公募を行う場合が本件条例に基づき考えられており、基準として従前の営業等と比べて観光資源等の知用の程度を判断することは趣旨に合致するため、不当に利益を害することにはならない。

8
したがって、本委員会の申合せは合理的である。

9
（2）市長は、合理的な申合せを考慮せず（考慮不全）、前回市長選挙で屋台営

21 3

18 5

19 2/5

（第2問）

業の刷新と公約に掲げた要望した市長としては屋台営業者の交代により積極的
に推進して公約を実現したいとの考えに基づいて本件不選定決定を行っている。
市長としての公約の実現は、市の屋台営業者や観光客が知用を榮輝するの判断と
は関係がないため、考慮すべきでない事情を考慮した上として他事考慮がある。
その結果なされた本件不選定決定は社会観念上著しく不当と欠乏、裁量権の逸脱濫
用を認められ取消事由を構成する。

4. 合理的な理由なく諮問機関である委員会の推薦決定を覆したことは、半々に
与えられた裁量の逸脱濫用である。 手続上重大な瑕疵がある。

判例に照らると、諮問機関に意見を求むた上での裁量の判断は、それが合理的
でない限り明らかに認められるなど、特段の事情のない限りはその判断に法的拘束
されるわけではない。 そもそも、専門的知見に基づいた合理的意見であれば、半判断の
公正やその慎重を要するための手続である以上、特段の事情のない限りその意見
を尊重しなければならぬ。

上記の通り委員会の意見申合せは合理性を認められる。にもかかわらず市長はその
判断を覆すことは是認されるほどの合理的な事情もないままに、独断で裁量を行って
いる。そうすると、本件条例28条で委員会を置き、26条2項で委員会の推薦を経た上で
市長が慎重な判断ができるよう手続が定められた趣旨に反する。

したがって、手続上重大な瑕疵があり、この場合には手続的違法があると取消
事由を構成する。