

公法系第2問

〔設問1〕(1)

1. 取消訴訟の対象となる処分要件は、①法律の根拠を有すること

②法効果性③直接性 具体性④公権力性である。

2. 本件不選定決定は、本件条例26条1項に基づいており、条例は

法律と同じく民主的手続きを経て選出された地方議員で構成される

議会の決議によって成立するものであり、法律と同視しうる。よって

法律の根拠を有するといえる(①充足)

3. 法効果性とは、当該行政行為が国民の権利義務を形成し、その範

囲を確定すること。本件不選定決定は、市道における屋台営業

を行うために必要な市道占用許可を受けた者である屋台営業

候補者の選定に係るものであり、市道占用許可の資格を形成し、確

定するものである(②充足)

4. 直接性・具体性とは、国民の権利義務を直接または具体的に形成・

その範囲を確定すること。本件不選定決定は、この決定により

屋台営業を行うための市道占用許可を受けた者である屋台営業候補

者が直接かつ具体的に定まるものである(③充足)

5. 公権力性とは、国民の同意を得ずに一方的にその権利義務を形

成し範囲を確定すること。本件不選定決定は、申請者の同

意を得ずに市長が一方的に定まるものである(④充足)

以上より本件不選定決

定は、本件ではA市は市道占用許可の基準である本件条例

9条を行政手続法上の申請に対する処分(行政手続法第2章)に

関する審査基準として定めている

第 2 問

3. (カ) 本件においては、別に本件候補者決定がなされており、Bは本件不選定決定が取消されたとしても、屋台営業候補者の地位を取得するものではない。即ち、本件候補者決定が取り消される限り、Bは本件区画について屋台営業候補者への選定を受けるには不十分である。

* Aは同様の事例である放送局の開設免許に関する判例では、
 Bは同様の立場にある免許申請者の訴えの利益を認めている。PFS
 Bは、屋台営業廃止者に選定されたCにつき、その取消を求める法律に
 保護すべき利益があり、これを用いてBに対する申請型義務内り
 訴訟(行政事件訴訟法(以下「行訴法」)第6項2号)を提起すること
 によって、Bに対する廃止者決定が得られる可能性がある

1. 本件不鑑定決定は、これまで原告営業行為、してきたBの地所に付する

配意に欠ける虞法か否か、また、市長の委員会^の推薦を覆した本件
不選定決定に瑕疵があるか、さらに、その前提として、市長の選定に係る
判断の内容及び瑕疵があるか。

2. Bは、他人名義^{（シムス）}営業者であり、Bの所有する屋台営業は、道路法に無
許可営業にはあたるか。A市の市道としての屋台営業はA市の個性
として重要な観光資源である。特に、街に賑やか、防犯効果をもた
らしている。そして、この営業は、自ら市道占有許可を有するものと、
Bのような他人名義営業者により支えられている。このようにA市の屋台
営業の役割、効果とその位置づけを考慮すると、Bの地位にも配意と
あてられている。本件条例によつて、~~他人~~^{（シムス）} 本件区画で10年以上屋台営業を行つた
名義営業者は、市道占有許可の期間の範囲内にとどまり、市道占有許
可の更新と期待する地位^{（シムス）}までのものでは無い。これは、本件区画で
10年以上も屋台営業を行つたA市の観光資源を支えてきたBへの
配意を欠くものであり、違法である。

3. 次に市長の選定に係る判断であるか。市長は委員会の推薦とおりの
選定すべきであり、この委員会の推薦にあたっては、屋台営業の実態を
考慮して審査を行うという本件指針の運用の申合せがなされている。
委員会は、本件指針に依り審査を行うに当たっているか。その審査
による本件指針の運用の申合せである屋台営業の実態の考慮は、選定
基準である本件条例施行規則19条と照らして、特に、^{（シムス）}「従来の
A市らしい屋台文化を守る、これに資するものであり、また、その配意は
その審査において25点の配点の範囲内で営業実績を踏まえて
5点を与える」というものであり、新規に屋台営業を始めようとして公募に

（第2問）

1 応募した者の利益と不当に侵害するものこそでは言えず合理的な
2 のである。

3 かし、市長は、~~委員会~~の本件条例の趣旨と^{条例}の自らの屋台営業の
4 新という企画的実現のために、^{委員会}の甲合せに基づく点歌を要し引いて
5 判断をなしている。これは^{（本件条例に即して）}委員会の甲合せに合理性が認められる
6 ことから瑕疵点があるといえる。

7 また、市長は、Bと屋台営業候補者として~~推薦~~する委員会の推薦を
8 覆してCを選定している。本件条例は、屋台営業候補者の^{（公署による）}選定に
9 あてては、市長は委員会に諮り、委員会は規則で定める基準
10 （本件条例施行規則）に基づき、適当と認めた者と推薦、市長が
11 選定するものと定めている（本件条例第5条）。しかし、市長は委員会
12 によるBの推薦と、自らの審査基準と^{（異なる）}異なる判断で覆して
13 おり、この選定自体に瑕疵点があったといえる。

14 又、よて、Bは、Bの地位に対する配慮がある、と市長の選定に係る判断の
15 内容に瑕疵点がある、と、市長が委員会の推薦を覆して選定した、と
16 自体に瑕疵点がある、この3点と違背理由として主張すべきである。

17 以上に

18 1. 又、合意の意義からすると、^{（合意）}合意

19 2. 合意とは、市長は、OKとする、規範的意味と、規範的
20 リングによる法的拘束力、^{（法的拘束力）}法的拘束力 → 法的拘束力という
21 意味では、法的拘束力、法的拘束力