

（設問 1）(1)

1 「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の行為のうち、これによって、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が法律上認められているものをいう。

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」を求める行為である（行手法 2 条 3 号）から、これに対する行政庁の「諸否の応答」は「処分」に当たる。したがって、公募への応募（本件条例 25 条）が「申請」に当たる場合には、不選定決定（本件条例 26 条）も「処分」に当たる。

2 本件条例は、道路法 33 条 1 項に基づく市道占有許可の基準についての審査基準を定めている。そして、本件条例 9 条 2 項 2 号イは、同号アの申請者は、選定決定（本件条例 26 条）を受けた屋台営業候補者（本件条例 25 条）であることが必要であると定めている。それゆえ、選定決定は、市道占有許可の前提要件となる。

3 まず、本件条例 25 条 4 項の委任を受けた本件規則 18 条は、選定決定を求めるための公募への応募は申請書を市長に提出する方法によると定めている。それゆえ、申請書の提出による公募への応募は、「法令に基づ」くものであるといえる。

4 前述の通り、選定決定は市道占有許可の前提要件に位置づけられているから、申請書の提出者が市道占有許可を受けることができるかどうかは、原則として選定決定を受けているかにより決ま

る。そうであるとすれば、選定決定は「許認可等」である市道占用許可と同視することできる。それゆえ、公募への応募は、自己に対して「許認可等」の「処分」を求める行為として「申請」に当たる。

- 5 したがって、公募への応募に対する不選定決定は、「許認可等」を求める「申請」に対する拒否処分に当たるから、「処分」に当たる。

（設問 1）(2)

- 1 取消訴訟の訴えの客観的利益という訴訟要件は、行訴法 9 条 1 項の「処分…の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」という要件に含まれており、当該処分を取り消す判決が原告の法的利益の救済に資する状況にあることを意味する。
- 2 選定決定を受けることができるのは営業希望場所 1 つにつき 1 名のみである（本件条例 26 条 2 項）。そうであるとすれば、C に対する本件選定決定が既になされているから、B は本件不選定決定の取消判決により自己に対する選定決定を受けたとしても B の法的利益の救済にはならないから訴えの利益が否定されると思える。しかし、B と C による各申請は 1 つの選定決定をめぐる競願関係にあるから、B に対する本件不選定決定と C に対する本件選定決定とは表裏の関係にあるといえる。そうであるとすれば、B に対する本件不選定決定が取り消された場合、市長が取消判決の趣旨に従い改めて双方の申請を比較してその優劣を審査することにより、その再審査の結果、C に対する本件選定決定を取り消した上

で B に対して選定決定をするという可能性もありうる。

したがって、本件不選定決定を取り消す判決が B の法的利益の救済に資する状況にあるといえるから訴えの利益が認められる。

（設問 2）

1 市長の判断の内容に関する瑕疵について

- (1) 本件条例 26 条 1 項は、市長が「A 市屋台専門委員会に諮り…選定するものとする」として抽象的に定めるにとどまる。そこで、本件条例 26 条 1 項に基づく選定決定には市長の要件裁量が認められる。
- (2) 係争処分の行政判断について、判断要素の選択・判断過程に合理性を欠くところがないか検討し、当該行政判断が全く事実の基礎を欠くか、又は、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くと認められる場合に裁量権の逸脱・濫用として違法となる。
- (3) ア まず、他人名義の営業者による営業は本件条例制定前には適法だったのだから、当該営業者の地位に配慮する必要がある。しかし、市長は、本件不選定決定の判断過程において B の既得の地位について適切な配慮をしていない、それゆえ、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くと認められるから、裁量権の逸脱・濫用がある。
イ これに対し、当該営業者の地位は法的保護に値しないとの A 市からの反論が想定される。
ウ しかし、他人名義の営業者の中にも特定の区画で長期間にわたり、通行の便宜・安全や公衆衛生を害することなく営業を

している者もいるから、他人名義営業者の地位が法的保護に値しないとはいえない。本件において、B は、本件区画で 10 年以上も屋台営業を行ってきており、その間に通行の便宜・安全や公衆衛生を害したという事情はない。それゆえ、B の地位は法的保護に値する。したがって、本件不選定決定には、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

(4) ア 次に、市長が B を屋台営業補者に選定すべきであるとする委員会の推薦を覆して本件不選定決定をしたことは、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くから、裁量権の逸脱・濫用がある。

イ これに対し、委員会の推薦自体が不合理なのだから、これを覆したとしても、裁量権の逸脱・濫用とはならないとの A 市からの反論が想定される。

ウ 他人名義の営業者の営業実績は規則 19 条各号に係する事情であるといえるから、規則 19 条各号の審査において 25 点の配点の範囲内で 5 点与えることは、規則 19 条所定の選定基準に適合するものであるといえる。また、営業実績により加点を認めると新規に営業を希望する者にとっては不利になる。しかし、当該区画で営業をしてきた営業者のほうがその区画で営業できない場合に常連客の喪失などの大きな不利益を被ることになる。そうであるとすれば、営業実績により加点を認めることが新規に営業を希望する者の利益を不当に害するとはいえない。それゆえ、委員会の推薦は合理的である

といえる。

そして、市長が委員会の上記推薦を覆したのは、自身公約の実現のためである。そうすると、本件不選定決定には、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

2 市長が委員会の推薦を覆して選定したことの瑕疵について

- (1) 諮問手続を要求する法令の趣旨は、処分行政庁の判断を慎重ならしめて、処分の客観的な適正妥当と公正を担保することにある。当該処分に法令が諮問手続を要求した趣旨に反すると認められる瑕疵があるときは、処分の取消事由が認められる。
- (2) 市長は自己の公約を実現するためだけに委員会の推薦を覆しており、委員会の推薦を検討すらしていない。したがって、本件不選定決定には、諮問手続の趣旨に反すると認められる瑕疵があるといえるから、取消事由が認められる。

3 以上より、本件不選定決定には取消事由がある。

以上