

再チャレ第3回令和3年行政法

第1 設問1(1)

1 処分の定義

取消訴訟の対象となる処分とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、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をいう。処分性は、(1)法律の根拠、(2)法律効果、(3)法律効果の直接性、(4)公権力性の四要件を満たすものを原則とし、例外的に法律等の解釈で実効的な救済の必要性が認められる場合などにも認められるものである(病院開設中止勧告事件)。

2 本件での検討

(1) 本件不選定決定は、A市屋台基本条例施行規則(以下本件A市規則とする)21条2項によってなされた通知である。処分性の法律の根拠には法律に基づいて定められた規則も含まれるので本件不選定決定は本件A市規則21条2項に基づくものとして法律の根拠を有する。

(2) 本件不選定決定は、一般的に禁止されている道路の占有について(道路法32条1項参照)、それを許可しないという性質のものであり、もともと占有が許されていないものの占有が出来ない状態になるだけであり、法的効果は無いとする意見があり得る。しかし、一般的に禁止されている道路の占有が、本件条例25条1項の道路占有許可を受けることが出来る者の公募を通じて、応募した者に対して不選定決定によって個別的に占有することが出来ず、本件区域で営業活動ができないということが確定するという法的効果が生じているといえる。また、本件条例9条は道路占有許可を求める者の公募に対しての審査基準が定められているので、一定の場合には法的効果を生じさせる前提で制度を設計したと言える。したがって、本件不選定決定にはBに対して本件区画の道路占有が確定的にできなくなるという法的効果が認められる。

(3) 本件不選定決定によってBが道路占有できなくなる効果は、B個人への通知という形で直接的に生じるものである

(4) 本件不選定決定の効力はA市の判断により一方的に生じるものであり公権力性を満たす。

(5)以上のことから本件不選定決定は取消訴訟の対象である処分に当たる。

第2 設問1(2)

1 問題の所在

市長はBに対して本件不選定決定を行う一方でCに対して本件候補者決定をしており本件不選定決定を取り消したとしても、本件区画はすでにCが占有できるものになっており、取り消したとしても、Bが本件区画を占有できる可能性が無いとして訴えの利益が失われたとしないか。

2 取消訴訟の取消範囲

取消訴訟の訴訟物は、処分の違法性一般である。そこで本件で争われる処分である本件不選定決定に至る手続き全体として違法性を審理することで本件不選定決定と同時期にされた本件候補者決定も取り消されるという法的構成により訴えの利益が認められると考えられる。

3 本件での検討

本件不選定決定は、本件条例 25 条 1 項の公募により、複数人の応募がなされたとして、その応募者の能力を評価し、基準に適合した者に候補者決定をし、適合しなかったものについて不選定決定をするものである。したがって、候補者決定と不選定決定は表裏の関係であり、不選定決定の判断基準が適切でない場合や、判断に瑕疵が認められる場合には、候補者決定も瑕疵あるものとなると解する。したがって、本件不選定決定を取り消せば、本件候補者決定も瑕疵あるものとなり、本件区画をCが占有できるとは限られず、また、A市は改めて判決の趣旨に従った判断をすることになるので(行訴法 33 条 1 項)、Bが本件区画を占有する可能性もあり、本件不選定決定を取り消した場合の利益もある。したがって、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。

第3 設問2

1 Bの主張の要旨

Bは、本件不選定決定は、判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠くとして裁量権の逸脱濫用があり違法であると主張する(行訴法 30 条)。

2 本件での裁量

本件不選定決定を含めた、道路占有許可は、候補者の選定基準は本件A市条例 19 条各号に従うものとなっているが、地域社会への貢献や町の交流の場の創出、魅力を高める意欲など、抽象的な基準となっており、法律から一義的な判断ができるようなものではない。また、A市の屋台はA市の個性的な観光資源としてとなっており、地方の経済政策としての政治的判断が必要であることから市長に裁量が認められる。

3 判断過程審査

Bは以前から本件区画で屋台営業を行ってきており、経済的基盤を本件区画の占有に依拠しているものである。しかし、本件条例による道路占有に関しての改革により、突然占有する権限を失い、その経済的基盤の依拠先を失うことは、今後の生活および営業を厳しきすぎるものであり、その不利益は重大である。しかし、市長は他人名義営業者を積極的に排除するために、Bの選考基準に従った判断に背き、独自の基準で選定しなおして不選定決定をしたものであり、市長の恣意的判断がなされたといえ、判断過程が合理性を欠く。判断過程が合理性を欠き、Bの不利益も重大であることから、市長によるBに対する本件不選定決定は判断過程が合理性を欠き、処分が社会観念上著しく妥当を欠くものである。したがって、本件不選定決定は裁量の逸脱濫用があり違法である。

4 諮問機関の判断に背く処分

市長は委員会が市長によって作成された本件指針に従って審査を行い、その結果として

推薦された者とは異なるものを候補者として決定しているため違法とならないか。

行政庁が諮問機関の判断と異なる決定をしたとしても、決定の権限は行政庁にあり、諮問機関は行政庁が適切な判断をするための資料を提供するに過ぎないことから直ちに違法と解すべきではない。しかし、諮問機関は、行政庁が適切な判断をするために設置された機関であり、その専門技術的判断は尊重すべきである。したがって、行政庁が諮問機関の判断と異なる決定をした場合には、諮問機関の判断過程に重大な過誤があり、結論として著しく妥当性を欠くか、判断の基礎となった事情に変化が生じたなど、諮問機関の判断を維持することが適切ではないなどの特段の事情が無い限りは違法となると解すべきである。

本件では、委員会は従前に本件区画で営業をしてきた他人名義営業者の利益に配慮する必要があるとして、他人名義営業者に配慮した選定を行っている。この配慮を市長は考慮要素から除外し、B に対して本件不選定決定を行ったものであるから、他人名義営業者への配慮が適切であったかが問題となる。

他人名義営業者は、本来許可の与えられていないにもかかわらず、他人から道路の占有をする権利を借りて道路占有をしており道路法に反するためそのような利益は保護に値しないとの反論が考えられる。しかし、A 市ではその個性的な屋台の数々によって観光資源として役に立っており、防犯効果ももたらしめているところである。これらは安全なまちづくりや観光の活性化といった本件 A 市施行規則 19 条 2 号、3 号に照らすと過去の実績として評価できる要素でもある。また、申請者が排除される原因は暴力団といった著しい反社会的勢力のみが明記されており、それと比較すると他人名義営業者は同等の反社会性を有していないにも関わらず、その利益を一切配慮しないというのは不当である。したがって、委員会の他人名義営業者の利益を配慮することは適切である。

他人名義営業者が短期間で次の営業先を見つけることが困難であり一定の配慮が必要であることは、本件条例 9 条 1 項 2 号アの現在の許可を受けており生計を営んでいるものに対する配慮と同様に重要であり、市長が公約で掲げた屋台営業者の刷新のための配慮をしない基準での判断はその配慮の重要性を不当に軽視し、適切ではない基準で判断したものであり違法である。

以上のことから、市長の委員会の推薦に従わなかった本件不選定決定は違法である。

以上