

なんというか誘導に従う分にはいろんなことが書けるが答案のメリ

ハリがうまくできないという感じがした。

第1 設問1

1 小問1

(1) まずは屋台営業候補者の選定が申請に対する処分に当たるかを検討する

(2) 「処分」(行訴法33条1項)とは、公権力である国又は公共団体が、直接・具体的に国民に対して権利義務を形成し、又はその範囲を確定させることが法律上認められているものをいう。また、「処分」を検討する際には、実質的権利救済の観点も検討する。

(3) ア屋台営業候補者の選定はA市屋台基本条例(以下、「条例」とする。)25条1項により公募を行い、条例26条1項により屋台営業選定候補者を選定するものとされることから、法律上の根拠があるといえる。

イ当該選定は、A市市長が選定を行ったときに、その旨を屋台営業候補者に通知(条例26条3項・1項)ため、公共団体による一方的な行為であるため、公権力性が認められる。

ウ公募に応募し、屋台営業候補者の選定(条例26条1項)されることにより、指定された場所において市道占有許可を受けることのできる(条例25条1項)地位に得ることができるため、権利義務を形成するといえる。

エ(びみょい) もっとも、屋台営業候補者の選定は、市道占有許可

を行う上での、中間段階的な行為であり、選定の取消訴訟自体に実益がなく、後続の市道占有の不許可処分に対する取消を求めた紛争の解決の観点から十分であるといえ、選定の段階では、紛争は成熟していないという主張が考えられる。しかし、市道占有の不許可処分を受けることが確実であるような場合において、市道占有の許可の審査を待っていては、審査の結果が出るまでの間の経済的な収益を得られる機会が失われてしまう。そのため、実効的な権利的救済の観点から、選定の審査の段階で取消訴訟において争うことにおいて具体的な利益があるといえ、直接性・具体性が認められる。

(3) 以上から、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分に当たり、したがって、本件不許可処分は申請拒否処分にあたる。

2 小問 2

(1) 放送局の開設免許に関する判例においては、開設免許の申請許可処分と申請不許可処分とは、放送局の開設できるのが1つであるということから、表裏の関係であり、開設免許の申請不許可処分の取消訴訟によって、再度、開設免許の申請の許可を受けるのにふさわしいかを審査することができるため、訴えの利益（行訴法9条1項カッコ書）があると認めた。

(2) 本件においても、屋台営業候補者は営業希望場所ごとに総合成績が最も優れた者各1名が選定され、屋台営業候補者の選定と不選定とは表裏の関係にあるといえる。また、屋台営業候補者の不選定の決定を取消すことにより、再度 A 条例規則19条各号による選定基準に基づいて審査され、公募に応募した者が屋台営業候補者

の選定を受けるのにふさわしいかが審査されるといえる。

(3) したがって、B に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といえる。

第 2 設問 2

1 B の他人名義営業者の地位への配慮

(1) ア市長は、本件条例可決後の記者会見において、他人名義営業者の地位への配慮は市道占有許可の期間の範囲内にとどまるとされていた。当該範囲内にとどまるかを疑問である。

イそこで、本件条例制定に至るまでの経緯や関係法令の規定等を照らすと、まず、本件条例制定に至るまでの経緯は、A 市の屋台には通行の障害、道路の汚れや排水の垂れ流し等の問題があり、とりわけ他人名義営業を行っている屋台があることから、許可が事実上売買の対象となったり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話し合いが困難であったという経緯があった。次に関係法令をみると、市道における屋台営業がまちのにぎわいや人々の交流の場を創出し、観光資源としての効用を発揮することができると認められるときは、屋台営業候補者の公募を行うことができるとしている。それらを踏まえると、本件条例は、A 市の市道における交通や衛生の安全の確保、他人名義営業屋台の売買の防止のみならず、屋台営業候補者を選定することにより、屋台営業の観光資源としての効用を発揮することも目的であるといえる。また、A 市の屋台は貴重な観光資源になっているほか、街に賑わいや防犯効果をもたしていたことから、重要な役割を有しているとい

える。

以上のことを踏まえると、全ての屋内営業において他人名義を貸す行為が、法的な保護に値しない悪質な行為であるとして、他人名義営業者の市道占有許可の更新を期待し得る地位を配慮しないとすることは妥当ではなく、営業の実績等を考慮して、配慮をすべきであると考ええる。

ウ B は 10 年以上も屋台営業を行っており、長い期間において A 市における観光資源や防犯効果に寄与していたほか、A 市との間でトラブルもなかったことから、B の A 市に対する営業の実績は大きかったといえる。そうであるならば、A 市は B の地位に対して配慮すべきであったといえる。

エ以上より、B の地位への配慮を欠くといえる。

2 (1) まずは、屋台営業の実績を考慮して審査を行うとする委員会の申合せが合理的であったかを検討する

ア選定基準に照らして是認することができるか

(ア) 条例規則 19 条 1 号については、関係法令等を遵守し、安全で快適な公共空間及び良好な公衆衛生を確保する具体的な取組が示されていることによって、継続的な屋台政策への貢献が期待できるため他人名義営業者の営業実績を踏まえて 25 点の範囲内で 5 点を与えることは是認することができる。

(イ) 2 号については、屋台文化を守るとともに、新たな魅力を創出するための創意工夫が見られることで、屋台営業が観光の資源として効用を発揮することが期待できるため、営業実績を踏まえて加点

することは是認することができる。

（ウ）３号については、地域の清掃活動に参加する等地域貢献に向けた活動の継続が他人名義営業者に対して期待することができるため、営業実績を踏まえて加点することは是認することができる。

（エ）４号については、まちににぎわいや人々の交流の場を創出することは、これまで屋台営業を行っていた他人名義営業者に期待することができるため、営業実績を踏まえて加点することは是認することができる。

（オ）以上より、委員会の申合せは本件条例施行規制１９条各号の選定基準に照らして是認することができる。

（２）新規の応募者の利益を不当に害さないか

ア条例施行規則１９条各号の審査において、他人名義営業者は２５点の配点の範囲内で営業実績を踏まえて５点が与えられるため、他人名義営業者と比べると新規に屋台営業を始めようとして公募に応募した者は、不利益であるといえる。

イもっとも、上記の不利益が不当であるといえるのかについて検討すると、Ａ市との間でトラブルのなかった他人名義営業者はまちににぎわいや人々の交流の場を創出し、貴重な観光資源としての効用を発揮し、また防犯効果をもたらした実績を踏まえると、２５点の範囲内で５点を加点することは、適当であるといえる。

ウしたがって、新規の応募者の利益を不当に害するとはいえない。

（３）ア（１）と（２）を踏まえて、市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったかを検討する。

イ屋台営業候補者の選定は、屋台営業によってまちのにぎわいの創出、屋台営業の観光資源として効用を高めること、防犯効果をもたらすこと目的とした本件条例を踏まえて、誰が屋台営業者になるのかがふさわしいかを選定するものであり、専門的な判断を要するものであり、市長に本件条例施行規則 19 条各号の選定基準に基づいて、屋台営業候補者を選定についての要件裁量が認められる。もっとも、屋台営業候補者の選定の判断を審査するにあたっては、社会通念上、考慮不尽や他事考慮等によって判断の妥当性を著しく欠く場合には、裁量権の逸脱・濫用があり、違法（行訴法 30 条）である。

ウ本件において、本件条例には、他人名義人の市道占有許可の更新を期待し得る地位の配慮も含まれており、当該地位の配慮を何らせずに、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いたことは考慮不尽であるといえる。また、市長は屋台営業者の交代をより積極的に推進して公約を実現したいと考え、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いた総合成績に基づいて屋台営業者を選定した点については、公約自体には法的拘束力がないにもかかわらず、公約の実現に向けて審査したことは、他事考慮であるといえる。

エしたがって、市長の選定に係る判断は裁量権の逸脱・濫用にあたり、瑕疵が認められる。

3 諮問機関の機能等を踏まえての本件不選定決定の違法性

(1) 昭和 50 年判決（知らない判例だった）は、諮問機関への諮

問とその決定の法が定めているのは、行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保するためであるから、極めて重要な意義を有し、諮問機関の審理・決定の過程に重大な法規違反があること等により、その決定自体に法が諮問機関への諮問を要求した趣旨に反するような瑕疵があるときは、これを経た処分も違法であるとした。

（２）本件についてみると、市長の附属機関として、委員会が置かれており（条例 28 条 1 項）、市長は公募を行った場合は、委員会に諮り、屋台営業候補者を選定する（条例 26 条 1 項）ことから、委員会は A 市における諮問機関であるといえる。そうであるならば、その決定自体に委員会への諮問を要求した趣旨に反するような瑕疵があるときは、処分は違法であるというべきである。

（３）本件において、委員会は B を他人名義営業候補者として推薦したのにもかかわらず、法的拘束のない公約の実現を理由に委員会の審査結果から申し合せに基づく点数を差し引いた総合成績に基づいて屋台営業候補者を選定し、結果として、B の総合成績が 2 位となり、不選定決定をしたことは合理的な理由によるものではなく、重大な瑕疵があるといえる。

（４）したがって本件不選定決定には瑕疵があり、違法である。

以上