

論文式試験問題集  
〔行政法Ⅱ〕

## 〔行政法Ⅱ〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

XはY県が開設した中央卸売市場内にある、行政財産たる土地（以下、「本件土地」という。）について、昭和42年に、使用期間の定めなしに、使用目的をクラブ、レストラン等の事業を営むため建物を建築所有することとして、地方自治法（以下「地自法」という。）238条の4第7項の使用許可（以下、「本件許可」という。）を求め、これに対し使用許可がなされた。本件許可を受けるに際し、特段の条件等は設定されず、また、各月の使用料は「市場使用料あり方検討委員会」で評議・検討の上算定された合理的なものであった。

Xは、相当の費用を投じて、当時荒廃していた本件土地を整地し、本件土地上に建物を建て喫茶店等を営業していた。ところが、平成以降、取引量の増大やトラック輸送への転換によって次第に市場が手狭となるにつれて、輸送ルートや売場等、市場施設の拡充が必要になったため、Y県は平成30年8月1日に、Xに対し、本件土地を全部返還するよう要求した。

その後、Xが断固反対したため、XとY県職員との間で、話し合いの機会が幾度も設けられた。Xは、経営する喫茶店が、外国人観光客等から人気があり、中央卸売市場内にあることこそが高い価値を有しているから、他の土地で同様のブランド価値・売上を達成することはできない、また、本件土地について相当の費用をかけて整地したのに、急に返せと言われても困る、と主張した。他方、Y県職員は、極力、現時点のブランド価値・売上を維持できるよう移転先の代替案を提示し、また、初期費用については、長年、本件土地を低廉で利用する等により、回収は既になされている旨反論した。なお、Xの喫茶店の売上については、約15%の売上の減少が予測されるものの、新たな移転先において、各種施設の相乗効果により新たなブランド価値や今まで以上の売上等を得る余地があること、初期費用については、行政財産でない近傍類地に比して本件土地使用料が相当低廉であることを理由に費用回収はなされていると評価できることが客観的資料により明らかとなった。しかし、両者の主張は平行線のまま、妥結を見るには至らなかった。そのため、Y県は、地自法238条の4第9項に基づき、本件許可を撤回し（以下「本件撤回」という。）、その旨Xに対し通知した。

Xは、本件撤回により、このままでは本件土地について行政代執行もなされることを懸念し、本件撤回の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項、以下「行訴法」という。）を提起した。

### 〔設問1〕

本件撤回が行訴法3条2項の「行政庁の処分」に当たることについて、Xはどのような主張をすべきか。想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい。

### 〔設問2〕

- (1) 本件撤回が適法か否か簡潔に論じなさい（本件撤回の取消訴訟が適法に係属していることを前提とすること）。
- (2) 仮に本件撤回が適法とされる場合、本件土地の使用料相当額と初期の整地費用の補償請求は認められるか。①補償の根拠と②補償の可否をそれぞれ論じなさい。

**【資料】**

○地方自治法 昭和22年法律第67号（抜粋）

（財産の管理及び処分）

第237条 この法律において「財産」とは、公有財産、物品及び債権並びに基金をいう。

2～3 （略）

（公有財産の範囲及び分類）

第238条 この法律において「公有財産」とは、普通地方公共団体の所有に属する財産……をいう。

一～八 （略）

2 （略）

3 公有財産は、これを行政財産と普通財産とに分類する。

4 行政財産とは、普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することと決定した財産をいい、普通財産とは、行政財産以外の一切の公有財産をいう。

（行政財産の管理及び処分）

第238条の4 行政財産は、次項から第4項までに定めるものを除くほか、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、……又はこれに私権を設定することができない。

2 行政財産は、次に掲げる場合には、その用途又は目的を妨げない限度において、貸し付け、又は私権を設定することができる。

一～六 （略）

3～6 （略）

7 行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる。

8 前項の規定による許可を受けてする行政財産の使用については、借地借家法……の規定は、これを適用しない。

9 第7項の規定により行政財産の使用を許可した場合において、公用若しくは公共用に供するため必要を生じたとき、又は許可の条件に違反する行為があると認めるときは、普通地方公共団体の長又は委員会は、その許可を取り消すことができる。

（普通財産の管理及び処分）

第238条の5 普通財産は、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、若しくは出資の目的とし、又はこれに私権を設定することができる。

2～3 （略）

4 普通財産を貸し付けた場合において、その貸付期間中に……公共団体において公用又は公共用に供するため必要を生じたときは、普通地方公共団体の長は、その契約を解除することができる。

（行政財産を使用する権利に関する処分についての審査請求）

第238条の7 第238条の4の規定により普通地方公共団体の長以外の機関がした行政財産を使用する権利に関する処分についての審査請求は、……当該普通地方公共団体の長に対してするものとする。

2～3 （略）

○国有財産法（昭和23年法律第73号）（抜粋）

（処分等の制限）

第18条 （略）

2～5 （略）

6 行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度において、その使用又は収益を許可することができる。

7～8 （略）

(準用規定)

第19条 第21条から第25条まで……の規定は、前……条第6項の許可により行政財産の使用又は収益をさせる場合について準用する。

(貸付契約の解除)

第24条 普通財産を貸し付けた場合において、その貸付期間中に国又は公共団体において公共用、公用又は公益事業の用に供するため必要を生じたときは、当該財産を所管する各省各庁の長は、その契約を解除することができる。

2 前項の規定により契約を解除した場合においては、借受人は、これによつて生じた損失につき当該財産を所管する各省各庁の長に対し、その補償を求めることができる。

2019年2月17日

担当：弁護士 山下大輔

参考答案  
〔行政法Ⅱ〕

<p><b>第1 設問1</b></p> <p>1 行訴法3条2項の「処分」とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②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。</p> <p>2</p> <p>(1) Yとしては、本件撤回は、単なる契約上の行為の取消しに当たるとして、①公権力性が否定される旨反論することが考えられる。</p> <p>(2) ①は、法が認めた優越的地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動をいう。そして、処分が公定力を有することから、④法律関係を一方的に規律する趣旨か、⑥根拠法令上、不服申立ての行政訴訟手段が用意されているか否かにより判断する。</p> <p>(3) ④地自法は、普通財産につき、「契約」や「解除」といった対等当事者を前提とした文言を用い、原則として貸付けや私権の設定等を許している(同238条の5)。しかし、行政財産については、同238条の4は、「許可」、「取…消し」という、法律関係を一方的に規律する文言を用い、原則として私権の設定を許していない。これは、行政財産が、公用又は公共用に供される財産であること(同238条4項)に鑑み、原則として対等当事者間の契約関係の設定を認めずに、行政庁が法律関係を一方的に規律する趣旨であると解される。</p>	<p>また、⑥同238条の7は、行政財産を使用する権利に関する処分を不服申立ての対象としており、行政訴訟を認めている。</p> <p>これらのことから、本件撤回は地自法がY県に認めた優越的地位に基づく権力的な意思活動に当たり、①公権力性は認められる。</p> <p>3 また、Yは、行政財産の目的外使用許可は行政財産の効率的利用の見地から認められるものであり、使用者に使用を求める権利はなく、使用許可を撤回したとしても、権利義務を形成等するわけではなく、②法的効果性は認められない旨反論することが考えられる。</p> <p>しかし、行政財産の目的外使用許可は、私人に対してその用途又は目的を妨げない限度で行政財産の使用を認める性質の行為であり、同238条の7は、「行政財産を使用する権利」といった文言を用いており、私人の使用権を前提としている。そのため、Yの使用権を制限する本件撤回には、②法的効果が認められる。</p> <p>4 以上より、本件撤回は「処分」に当たる。</p> <p><b>第2 設問2</b></p> <p>1 小問(1)</p> <p>(1) 地自法238条の9に基づき本件撤回がなされているところ、これは、後発的事情により許可の効果を将来的に無効にする講学上の撤回に当たる。そして、「できる」規定は、目的外使用許可の撤回につき、行政財産を実際に管理し、その効率的利用方法</p>
--	---

を判断できる公共団体の長等の専門的判断に委ねる趣旨と解される。そこで、同条は、許可権者たるYに広範な効果裁量を認めていると解する。

もともと、行政財産であっても常に公用・公共用に供されるものではないため、公用・公共用に供されない状況では、私人が使用することによって得られる利益や信頼保護をも考慮すべきである。具体的には、使用許可の撤回によって得られる公益上の利益と失われる利益が著しく均衡を失う場合、使用許可の撤回は、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量の逸脱・濫用として違法となると解する。

本件についてみるに、中央卸売市場の拡充により、市場取引がその分増大する上、輸送ルート確保等により更なる市場の活性化・効率化が見込め、得られる公益は大きい。他方、Xはブランド価値の喪失により一定の売上減が生じうるが、移転先において新たなブランド価値や今まで以上の売上を得る見込みもあること、また、以下のとおり対価等は償却できていることから、本件撤回により失われる利益は、重大とまではいえない。したがって、本件撤回により得られる公益上の利益と失われる利益が著しく均衡を失うとはいえず、裁量の逸脱・濫用は認められないから、本件撤回は適法である。

## 2 小問(2)

(1) 請求の根拠について

まず、憲法29条3項に基づき補償請求することが考えられる。しかし、同条項に基づき直接請求ができるのは、「私有財産」に対する特別の犠牲が生じた場合である。本件許可によって生じた行政財産の使用権は、あくまで公有の財産に対する使用権であり、これを私有財産とは解せないから、憲法29条3項は根拠とならない。

もともと、国有財産法は、行政財産の使用許可の撤回につき損失補償の規定を設けている(同法24条2項・19条)。そして、国有であれば、公有であれば、行政財産に差異はないため、公平の観点から、同法の補償規定を類推適用すべきである。したがって、本件撤回による損失の補償請求の根拠は、国有財産法24条2項・19条である。

### (2) 補償の許否について

ア では、使用対価や整地費用の補償は認められるか。

イ 使用許可によって与えられた、期間の定めなき使用権は、行政財産本来の用途・目的上の必要を生じたとき、権利自体の内在的制約として、原則として消滅するので、補償を要しない。但し、①使用権者が使用許可を受けるに際し、対価を支払い、かつ、当該財産の使用収益により右対価を償却するに足りない期間内に使用許可が撤回された場合、②使用許可に別段の定めがされている等、使用権を保有する実質的理由が認められる場合は、使用者に不測の損害を与えるため、内在的制約を超えるものとして

補償を要すると解する。

ウ 本件では、Xは当初相当の費用を投じ、本件土地を整地している。これを使用許可の対価支払とみる余地もあるが、本件土地が相当低廉である故、費用回収はなされており、実際に約50年本件土地を使用していたことに鑑みれば、本件撤回は上記対価を償却するに足りる期間後の撤回といえ、上記①の場合に当たらない。また、本件許可に際し別段の定めはなされておらず、他に使用権を認める実質的理由も認められないため、上記②の場合にも当たらない。

そして、本件土地の使用に際し、期間の定めはなく、中央卸売市場としての利用という本件土地の本来の用途上の必要を生じたのであるから、原則どおり本件土地使用権は本件撤回により消滅する。

以上より、本件撤回により補償を要しないと解する。

以 上

2019年2月17日

担当：弁護士 山下大輔

# 予備試験答案練習会(行政法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(16)		
処分性の規範を、判例を踏まえて定立できている。		1	
公権力性要件が問題となることを、理由とともに示せている。		2	
公権力性の定義・判断要素を示せている。		3	
地自法において、普通財産と行政財産とで異なる文言・仕組みとなっていることを端的に示せている。		3	
上記差異の趣旨を検討できている。		2	
行政争訟手段に関する規定を挙げられている。		2	
法的効果性の観点から、使用权が認められるか検討できている。		3	
<b>〔設問2〕 小問(1)</b>	(11)		
本件撤回が講学上の撤回に当たることを端的に示せている。		1	
許可権者の裁量が認められることを丁寧に論じている。		2	
比較考量の視点を理由とともに示せている。		3	
失われる利益に関する事実を摘示・評価できている。		2	
得られる利益に関する事実を摘示・評価できている。		2	
考量の結果を端的に示せている。		1	
<b>〔設問2〕 小問(2)</b>	(13)		
損失補償の根拠として、憲法29条3項を検討できている。		3	
国有財産法の類推適用を検討できている(憲法29条3項を根拠とする場合は、その説得力に応じて3点を上限として加算する)。		3	
いかなる場合に内在的制約となるか否か、規範を示せている。		4	
本問の事実を自身の挙げた規範に適切に当てはめることができている。		3	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 行政法Ⅱ 解説レジュメ

## 1. 出題趣旨

過去の問題及び出題傾向等については、第1回行政法解説レジュメを参照。

設問1では、処分性に関する問題を出題した。処分性に関する問題は、平成30年予備試験でも出題されているが、行政法で最も重要な論点と言っても過言ではなく、また、そのなかでも、公権力性に関する問題は未だ出題されていないため、今後出題可能性が高いと考え出題した。また、3年連続主張反論形式の出題が続いているため、設問1でも主張反論形式の出題とした。

設問2では、撤回に関する実体違法と損失補償の問題を出題した。本問の実体違法については、撤回の限界を論じることが求められている。行政行為の撤回については、平成26年予備試験でも出題されているが、論評問題であり、正面から問われていたわけではないので、今後正面から違法性を問う形式での出題可能性が高いと考え、出題した。損失補償については、憲法本試験、行政法本試験、憲法予備試験では頻出テーマであるにもかかわらず、行政法予備試験では未だ出題されておらず、今後出題可能性が高いと考えられるため出題した。

## 2. 設問1（処分性）について

### (1) 問題の所在

本件撤回の前提である本件許可は、XとY県の間で、私人間同士の契約関係又はそれに準じる権利関係を設定したにすぎないとして、公権力性要件が否定されないか。

### (2) 処分とは

処分…①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②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③法律上認められているものをいう。

→①公権力性要件

…法が認めた優越的地位に基づき行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動

→④法律関係を一方的に変動させる効果

⑤仮に違法なものであっても、権限のある行政庁又は裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する効果（公定力）

→②その行為により法律関係を一方的に変動させる法的仕組みとなっているか

⑥根拠法令上その行為につき不服申立て等の行政争訟が認められているか

**重要判例** 最判昭和39年10月29日（行政判例百選Ⅱ[第7版]148事件）

……本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的な手続行為に止まると解するのが相当である……。

それ故、仮りに右設置行為によって上告人らが所論のごとき不利益を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、……。

**重要判例** 最判平成15年9月4日(行政判例百選Ⅱ[第7版]157事件)

……被災労働者が本件通達及び本件要綱に定める支給要件を具備するとして援護費の支給を申請した場合、労働基準監督署長はこれが所定の支給要件を具備しているか否かの確認をしなければならず、ここにおいて支給要件を具備するものと確認されることによって、被災労働者に具体的な援護費支給請求権が発生し、逆にこれを具備しないものとされることにより、右請求権が否定されることになるものであるであって、これはまさに労働基準監督署長がその与えられた優越的地位に基づいて一方的に行う公権的判断であり、……。

## ②権利義務形成要件

### ・直接性

最判昭和53年12月8日(行政判例百選Ⅰ[第7版]2事件)

最判昭和34年1月29日(行政判例百選Ⅰ[第7版]20事件)

最判昭和43年12月24日(行政判例百選Ⅰ[第7版]55事件)

### ・法的効果性

最判昭和57年7月15日(行政判例百選Ⅱ[第7版]151事件)

最判平成7年3月23日(行政判例百選Ⅱ[第7版]156事件)

最大判昭和36年3月15日(行政判例百選Ⅱ[第7版]158事件)

最大判昭和59年12月12日(行政判例百選Ⅱ[第7版]159事件)

最判平成17年7月15日(行政判例百選Ⅱ[第7版]160事件)

最判平成17年4月14日(行政判例百選Ⅱ[第7版]161事件)

### ・個別具体性

最大判平成20年9月10日(行政判例百選Ⅱ[第7版]152事件)

最判昭和57年4月22日(行政判例百選Ⅱ[第7版]153事件)

最判平成14年1月17日(行政判例百選Ⅱ[第7版]154事件)

最判平成18年7月14日(行政判例百選Ⅱ[第7版]155事件)

## ③法律根拠要件

最判平成15年9月4日(行政判例百選Ⅱ[第7版]157事件)

## (3) 本問について

本問では、まず、①公権力性要件について、地自法の規定を具体的に読み解く必要がある。その際には、普通財産の使用に関する規定と、文言や仕組みが異なっていることをヒントにできるかが重要である。また、②については、そもそも地自法上行政財産の使用権が認められているか、といった問題意識を示す必要がある。

## 3. 設問2(1)(行政行為の撤回)について

### (1) 問題の所在

本件撤回は、地自法238条の4第9項に基づく。同項は「できる」と規定されており、効果裁量が認められるのではないかと、また、効果裁量を認めるとして、撤回は無制限に許されるか問題となる。

(2) 裁量統制について

ア 裁量の有無・広狭に応じた違法性判断

行政行為	裁量	審査方式	審査密度	審査手法	審査基準
羈束行為	無	解釈違反	高	判断代置審査	法の趣旨目的 信義則・信頼保護原則
裁量行為	狭 (羈束裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法 30 条)	中	社会観念審査	事実誤認等
				判断過程統制審査	考慮遺脱・他事考慮 考慮不尽
裁量行為	広 (自由裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法 30 条)	低	社会観念審査 (最小限審査)	重大な事実誤認等
				判断過程統制審査	考慮遺脱・他事考慮

イ 審査手法について

(ア) 社会観念審査について

行政庁の判断が(全く)事実の基礎を欠き、又は社会観念上(著しく)妥当(性)を欠く場合に限りて処分を違法とする審査手法。

事実誤認、目的違反・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反が審査基準となる。

**重要判例** 最大判昭和53年10月4日(行政判例百選I[第7版]76事件)  
—マククリーン事件

……判断の基礎とされた重要な事実<sup>1</sup>に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうか……。

(イ) 判断過程統制審査について

行政庁が考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない要素を考慮したか(考慮遺脱・他事考慮)、重視すべき要素を重視せず、重視すべきでない要素を重視したか否か(考慮不尽)、といったように、行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査する手法。

**重要判例** 東京高判昭和48年7月13日(判タ 297号124頁)  
—日光太郎杉事件

……本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより同控訴人のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には、同控訴人の右判断は、とりもなおさず裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる……。

(ウ) 社会観念審査と判断過程統制審査の結合等について

**重要判例** 最判平成8年3月8日(行政判例百選I[第7版]81事件)

……高等専門学校<sup>2</sup>の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等につい

て判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである……。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則13条3項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限り退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである……。また、原級留置処分も、学生にその意に反して1年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高专においては、原級留置処分が2回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。

……退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

**重要判例** 最判平成18年2月7日(行政判例百選I[第7版]73事件)

地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条の上記文言に加えて、学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている(学校施設令1条、3条)ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。

……その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な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ものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。

**重要判例** 最判平成18年11月2日(行政判例百選I[第7版]75事件)

### (3) 行政行為の撤回

#### ア 意義

行政行為の撤回とは、行政行為の適法な成立後、公益上の理由が生ずるなどの後発的な事情の変化により、当該行為を維持することが必ずしも適当でなくなった場合に、これを将来的に無効とすることである。

行政行為当初から瑕疵ある場合の職権取消しとの違いに注意。

#### イ 法律の根拠の要否

##### (ア) 法律根拠必要説

法治主義、とりわけ法律の留保の観点からは、明文規定を置く法令がある場合に限り、行政行為の撤回が可能。

(イ) 法律根拠（明文規定）不要説

撤回は行政行為の合目的性の回復であり、撤回に関する特別の明文は不要。

ただし、法律の根拠がまったく不要というわけではなく、撤回される行政行為の権限を授与する法は同時にその撤回の権限をも授与している、などと説明される。

**重要判例** 最判昭和63年6月17日(行政判例百選I[第7版]89事件)

ウ 撤回事由

撤回の場合はその定義上、不当の瑕疵に限られる。具体的には、撤回権の留保、負担の不履行、相手方の有責性、事実・法状況の変更、公益上の必要性、相手方の同意などが考えられる。

エ 撤回の制限

不当の瑕疵ある行政行為を是正することは、行政行為の合目的性の回復であり、本来あるべき姿といえる。しかし、一度行われた行政行為が撤回されると、これを有効と信じたものの信頼や法的安定性を害し、権利利益を侵害するおそれがあるので、撤回を認めるかどうかは、撤回により守ろうとする利益（撤回の必要性）と、撤回によって受ける相手方等の不利益とを比較考量することにより決せられるべきである。

とくに、侵害的処分の撤回は相手方等に有利に働くので比較的自由に認められるが、授益的処分の撤回は相手方等に不利に働き得るので、撤回が許されるかどうかは厳格に判断すべきである。

**重要判例** 最判昭和63年6月17日(行政判例百選I[第7版]89事件)

……指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、……被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるものというべきである。

(4) 本問について

本問では、本件撤回が講学上の撤回に当たることを端的に示した上、撤回の制限について規範を示し論じることが必要である。その際には、裁量の逸脱・濫用が違法性の根拠となること、考量の対象となる各当事者の利益を示す必要がある。

4. 設問2(2)(損失補償)について

(1) 問題の所在

本件撤回が適法な場合は、損失補償請求をすることも考えられるが、①そもそも行政財産の目的外使用許可によって与えられた使用権が、憲法29条3項の「私有財産」といえるか、また、②本来公用又は公共の用に供される行政財産の使用許可を撤回した場合に、補償が必要か問題となる。

(2) 目的外使用許可の撤回と損失補償

ア 根拠

(ア) A説

直接、憲法29条3項に基づいて補償請求できる。

**重要判例** 最大判昭和43年11月27日(行政判例百選Ⅱ[第7版]252事件)

……同令4条2号による制限について同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない……。

(イ) B説

憲法29条3項を直接の根拠として損失補償請求できるのは、「私有財産」に対する特別の犠牲が生じた場合である。しかし、使用許可によって生じた行政財産の使用権を私有財産とは認めがたい。そこで、公平の原則から、行政財産の使用許可の撤回による損失補償を定めた国有財産法の規定を類推適用する。

**素材判例** 最判昭和49年2月5日(行政判例百選Ⅰ[第7版]90事件)

……本件取消を理由とする損失補償に関する法律および都条例についてみるに、本件取消がされた当時……の地方自治法および都条例にはこれに関する規定を見出すことができない。しかし、当時の国有財産法は、すでに、普通財産を貸し付けた場合における貸付期間中の契約解除による損失補償の規定をもうけ(同法24条)、これを行政財産に準用していた(同法19条)ところ、国有であれ都有であれ、行政財産に差等はなく、公平の原則からしても国有財産法の右規定は都有行政財産の使用許可の場合にこれを類推適用すべきものと解するのが相当であつて、これは憲法29条3項の趣旨にも合致するところである。……したがって、本件損失補償については、これを直接憲法29条3項にもとづいて論ずるまでもないのである。

イ 補償の要否及び範囲

(ア) A説

・特別の犠牲

…①侵害行為の対象が一般的か個別的か(形式的基準)。

②侵害行為が財産権の本質的内容を侵害するほどに強度なものかどうか(実質的基準)。

**重要判例** 最大判昭和43年11月27日(行政判例百選Ⅱ[第7版]252事件)

・正当な補償

公用収用の場合に準じて正当な補償をすべき(権利対価補償が必要である)。

**参考判例** 最大判昭和28年12月23日(行政判例百選Ⅱ[第7版]248事件)

←相当補償説

**参考判例** 最判昭和48年10月18日(行政判例百選Ⅱ[第7版]250事件)

←完全補償説

(イ) B説

行政財産の使用者に対し内在的な制約を認めるため、使用者が使用許可を受けるに際しその対価として支払った使用料を財産の使用収益によって償却できないような期間内に許可が取り消された場合のように特別の事情が存在する場合にのみ補償を要する。

**素材判例** 最判昭和49年2月5日(行政判例百選Ⅰ[第7版]90事件)

……国有財産法24条2項は「これに因つて生じた損失」につき補償すべきことを定めているが、使用許可の取消に際して使用権者に損失が生じても、使用権者においてその損失を受

忍すべきときは、右の損失は同条のいう補償を必要とする損失には当たらないと解すべき…  
…。

公有行政財産たる土地は、その所有者たる地方公共団体の行政活動の物的基礎であるから、その性質上行政財産本来の用途または目的のために利用されるべきものであつて、これにつき私人の利用を許す場合にその利用上の法律関係をいかなるものにするかは、立法政策に委ねられているところと解される。

……本件のような公有行政財産たる土地につき使用許可によつて与えられた使用権は、それが期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在しているものとして付与されているものとみるのが相当である。すなわち、当該行政財産に右の必要を生じたときに右使用権が消滅することを余儀なくされるのは、ひつきよう使用権自体に内在する前記のような制約に由来するものといふことができるから、右使用権者は、行政財産に右の必要を生じたときは、原則として、地方公共団体に対してもはや当該使用権を保有する実質的理由を失うに至る……、

その例外は、使用権者が使用許可を受けるに当たりその対価の支払をしているが当該行政財産の使用収益により右対価を償却するに足りないと認められる期間内に当該行政財産に右の必要を生じたとか、使用許可に際し別段の定めがされている等により、行政財産についての右の必要にかかわらず使用権者がなお当該使用権を保有する実質的理由を有すると認めるに足りる特別の事情が存する場合に限られるといふべきである。

### (3) 本問について

B説を採用した場合は、上記素材判例に従つて処理することが簡便である。A説を採用した場合は、特別の犠牲、正当な補償の各意義を示し、処理することが求められる。ただし、正当な補償については、上記参考判例のとおり、完全補償説か相当補償説かの対立があるが、机上の空論になりがちなので、答案戦略上、自己の見解を端的に示し、結論付けるべきである。

#### 【参考文献】

- ・櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第5版]』 弘文堂 2016/2/17
- ・中原茂樹 『基本行政法 [第3版]』 日本評論社 2018/3/23
- ・宇賀克也 『行政法概説 行政救済法 [第5版]』 有斐閣 2015/4/10
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第7版]』 有斐閣 2017/11/30
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第7版]』 有斐閣 2012/11/30
- ・曾和俊文・野呂充・北村和生 編著『事例研究行政法 [第3版]』 日本評論社 2016/11/20

以 上

2019年2月17日

担当：弁護士 山下大輔

## 最優秀答案

回答者 Y K 33点

### 第1 設問1

1 本件撤回は行政事件訴訟法（以下「行訴法」）3条2項の「行政庁の処分」にあたるか。

2 Xの主張

「処分」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。検討にあたっては、公権力性（①）、直接性（②）、外部性（③）、法的効果性（④）を考慮する。

本件撤回は地方自治法（以下「法」）238条の4第9項に基づきY県が優越的地位に基づき一方的に（①充足）Xに対し（③充足）本件土地の使用許可を取り消すものである（②、④充足）。

よって、本件撤回は「処分」にあたるというべきである。

3 Yの反論

「行政財産」の使用許可は（法238条4項、238条の4第7項）は元々公共の用のために将来制約が予定されているものであるから、Xに保護に値する法的地位はなく、本件撤回に法的効果はない（④不充足）。

4 検討

確かに「行政財産」の使用許可は元々内在的制約を有し、そのため借地人保護のための法律たる借地借家法の適用が排除されている（法238条の4第8項）。また、「普通財産」（法238条4項）については私権の設定ができることが原則とされている（法238条の5第1項）反面、「行政財産」については、私権の設定が例外とされている（法238条の4第1項）ことから、普通財産に比べ行政財産の方が借地権以上に公用目的が重視されるといえる。以上のことから「行政財産」たる本件土地のXの使用する地位は法的地位ではなく事実上のものに過ぎないようにも思える。

しかし法は238条の4第7項で使用許可を明文化していることから、一定程度は借地人の利益を保護すべきである。また、本件撤回の根拠条文たる法

238条の4第9項は、撤回につき、「公用若しくは公共用に供するための必要を生じた時」と一定の留保を付している。

それに法238条の7第1項においては、本件撤回を含む法238条の4の定める処分について、審査請求を定めている。これは「審査請求」をすべき行政庁に関する「法律」の「特別の定め」（行政不服審査法（以下「行不法」）4条柱書）に該当するものといえ、また行不法の対象となる処分（行不法1条1項）と行訴法の対象とする「処分」は意義を共通にするものと考えられている。以上のことからXの本件土地を使用する地位は法的地位にあたり、法効果性はあるといえる（④充足）。

よって、本件撤回は「行政庁の処分」にあたる。

## 第2 設問2

### 1 小問（1）

- （1）本件撤回は適法か。
- （2）本件許可は授益的処分にあたる所、授益的処分の撤回は既得損益の保護の観点から、当該利益を上回る公益が存するといった特段の事情がある場合に限り適法となる。
- （3）本件許可は前述の通り、公共の利益のための内在的制約を元々有しており、Xの既得損益は決して大きいものではない。その一方本件では平成以降取引量の増大やトラック輸送への転換によって市場が手狭になり、市場施設の拡充が必要となった。したがって既得損益を上回る公益が存在するといえ、特段の事情がある。
- （4）よって本件撤回は適法である。

### 2 小問（2）

#### （1）補償の根拠

本件土地は「行政財産」にあたり、本件許可は国有財産法18条6項に基づくものであるから、同法21条から25条までの規定が準用される（同法19条）。そして本件撤回は「公益の用に供する必要性」からなされるものであるから同法24条1項の「解除」と同視できる。よって補償の根拠は同法24条2項によるべきである。

なお、同法24条2項によらなくても憲法29条3項に基づき補償を求めることも、国民の財産の保護の観点から認められる。

(2) 補償の要否

ア. 補償の要否は補償の原因たる行為が個別的になされるものか(①), 財産的基礎の本質を侵す程度に強度なものか(②)という観点から決する。

イ. 本件において補償の原因となる行為は本件撤回である所, これはXという個人になされている(①充足)。

確かにXは相当の費用を投じて荒廃していた本件土地を整地した。またXが本件土地で経営する喫茶店が外国人観光客等から高い人気があり, 中央卸売市場内にあることこそが高い価値を有しており, 他の土地では同様のブランド価値, 売上げを達成できない。それにXは本件許可がされた昭和42年から平成30年まで数十年もの期間本件土地を使用している。

しかしYは急に返せと言っているのではなく何度も話し合いの機会を設けて妥協点を探ろうとしている。また, Y県職員は極力現時点のブランド価値・売上げを維持できる移転先の代替案を提示している。それに初期費用については長年本件土地を低廉で利用する等により回収されている。そしてこれらの意見は新天地で今まで以上の売上げ等を得る余地があり, また初期費用は既に回収済であることが客観的資料から明らかであるから, 合理性がある。

従って, 本件撤回は財産的基礎を侵すものとはいえない(②不充足)。

ウ. よって本件撤回につき補償は不要である。

以 上

# 採点講評

(2019年2月17日 行政法)

## 第1 全体を通しての印象

本問は、処分性、撤回の限界、損失補償といずれも司法試験本試験・予備試験で頻出のテーマからの出題となっています。いずれも、頻出のテーマですが、参照条文を比較検討しながら、公権力性や損失補償の根拠といった、あまり馴染みのない部分を検討する必要がある点で、現場思考型の問題であり、かつ、予備試験本番の問題よりも分量が多いため、全体的に苦戦をしている印象を受けました。ただし、途中答案はほとんどなく、わからなくても参照条文や問題文中の事情を挙げて何かしら検討するという姿勢は見受けられました。

答案の内容としては、全体的に、具体的な規範を論じる姿勢が乏しかったです。なかには、設問2(1)の論述で、何らの規範も立てず、問題文中の事情を丸写しし、本件撤回は裁量の逸脱濫用には当たらないから適法である、と安易に結論付ける答案が少数ながらありました。また、設問2(2)でも、憲法29条3項を根拠としておきながら、特別の犠牲すら規範として挙げずに、問題文の事情を漫然と書き写す答案が多数ありました。行政法の論文試験も、あくまで法律論文ですので、条文の趣旨や仕組みを丁寧に検討したり、判例を踏まえた判断枠組みを挙げたりするなど、法律論を展開することが重要です。行政法については、民法などの科目に比べて、要求される知識の総量は少ないはずですので、その分、事例演習を怠らないようにしてください。

## 第2 設問1について

約半数の答案で、わざわざ豊富に挙げられている地方自治法の条文を一切参照せずに、外国人観光客からの人気などの事情に着目し、不利益が大きいから権利義務を設定している、行政代執行が差し迫っているから紛争の成熟性を満たす、などと結論付ける論述がみられました。しかし、処分性の検討においては、法の文言と仕組みを解釈し、立法者が抗告訴訟の対象となる処分として予定しているといえるかがポイントとなります。病院開設中止勧告事件のように、具体的事実に着目しないことがないわけではありませんが、あくまで、法の文言や仕組みが処分性判断の主要な要素になることを念頭においてください。少なくとも、参照条文を一切検討しない行政法答案に点数はつきません。

### 第3 設問2(1)について

設問1・設問2(2)は受験生があまり考えたことがない問題かもしれませんが、撤回の限界については、本試験・予備試験でも頻出のテーマであり、比較衡量の視点を全く示さない答案には、低い点数がついてしまいました。比較衡量の視点を示して、的確に処理できていた答案は、約2割にとどまりました。撤回の限界の問題は、職権取消しも含め、判例百選に多数掲載されている分野ですし、理論的にもそれほど難解ではありません。本答練を機会に、行政行為の撤回・取消しについては処理手順を確立しておいてください。

### 第4 設問2(2)について

補償の根拠については、損失補償の根拠はXにとって不利益であること、というように明文規定を挙げない答案が約1割ありました。他方で、地自法上、本件撤回に伴う補償規定がないことを端的に示し、「国有財産法については行政財産に対する補償規定があるにも関わらず(同法24条, 19条), 行政主体が異なるという理由のみで補償が受けられないのは不合理である」と論じる答案もあり、このような現場思考に優れた答案には高い点数がつけました。

補償の許否については、憲法29条3項を根拠に、財産権の内在的制約を超える侵害か否かといった抽象的な規範しか挙げない、または、国有財産法の規定を根拠に、同法の条文の文言に安易に当てはめる答案が続出しました。しかし、損失補償に関する百選掲載判例からも明らかなおおりの、事案の特殊性に応じて具体的規範を設定し、具体的に当てはめる姿勢が重要です。憲法短答式・論文式試験、行政法短答式試験対策の観点からも、損失補償に関する百選掲載判例は、事案の概要や規範、当てはめまで正確に理解しておいてください。

### 第5 講義後の質問について

講義後、多くの受講生から、行政法(だけ)は勉強の仕方がわからないという質問が寄せられました。おそらく、学部やロースクールで行政法が必修科目でなかったり、設問1のような法の仕組み解釈について勉強する機会があまりなかったりしたことが原因かと思われます。行政法は、個別法を読み解く能力が特に重要ですので、判例学習や答練のみならず、予備試験過去問・本試験過去問、定評のある演習書などを題材にして、設問に挙げられている個別法の条文を余すことなく使うことができる構成や、各条文の趣旨・意味を、時間をかけて(時間を計らずに)考えることが重要です。受験生はどうしても論点単位で勉強してしまいがちですが、個別法の文言や仕組みを解釈する事例演習を中心として、論点は付随的におさえるほうが、合格への近道になると思います。

以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2019年2月17日分 得点分布表

行政法

出席者 18名 平均点 15.7点

