

論文式試験問題集  
[行政法]

## 〔行政法〕

### 【事例】

Xは、再生可能エネルギーによる発電事業等を目的とする株式会社であり、Y市内の土地を賃借し、その上に太陽光発電設備を設置してこれを第三者に売却するという事業（以下「本件事業」という。）を行う計画（以下「本件計画」という。）を立てた。

Xは、本件事業に係る事業計画書をY市に提出したところ、Y市担当者は、本件事業は、「Y市土地開発行為等の適正化に関する条例」（以下「条例①」という。）の規制対象事業に当たるので、当該事業に係る開発行為の計画について、市長への申請及びその同意が必要である旨回答した。また、同担当者は、Y市長の同意を得るために、本件事業に係る開発区域の酪農家で構成されるB町内の自治会に対して本件事業の計画について説明し、自治会長Cの同意を得て、その同意書を提出するようにと回答した。

そのころ、本件計画を知ったB町内の酪農家は、Y市、とくにB町が牛乳の大規模生産地であるため人工の工作物は受け入れ困難であり、また、酪農を中心とした産業の発展を目指していることから同地域における開発行為は望ましくないとして、本件計画の反対運動を起こした。もっとも、本件事業により周辺の酪農環境への悪影響を示す客観的根拠はなかった。また、Xは、Cの事務所に数回電話をかけたが、Cが電話に出ることはなく、「太陽光の件で話がしたい。」と、伝言を残しても、Cから折り返し電話が掛かってくることはなかった。そのため、Xは、Cの事務所に、本件事業に関する資料と同意書のひな型を送付したが、同意書は返送されなかった。

Xは、Cが何らの反応も示さなかったこと、B町内において本件事業に対する酪農家の反対運動が激化したことから、説明会を開催しても紛糾することが予想されたため、B町内における説明会の開催も断念した。もっとも、Xは、希望のあった酪農家や住所が判明している酪農家（あわせてB町の8割程度の酪農家）に対し、本件事業に関する資料を送付した。

Xは、以上の同意を得られなかった経緯を記した「経緯書」のみをY市に提出し、再度Y市長の同意を申請したが、Y市長は、公表されている「Y市土地開発行為等の適正化に関する基準」（以下「本件基準」という。）に従い審査し、周辺の酪農家に十分な説明がなされておらず、Cの同意書も得られていないことを理由に、Xに対し、本件事業について同意をしない旨の回答をした（以下「本件不同意」という。）。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

### 〔設問1〕

Xは本件不同意の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項、以下「行訴法」という。）を提起した。本件不同意の「処分」性（行訴法3条2項）について、Xはどのように主張すべきか。想定される被告の反論を踏まえてXの立場から簡潔に論じなさい。

### 〔設問2〕

本件不同意の取消訴訟において本件不同意は実体上違法といえるか、想定されるY市の反論を踏まえて論じなさい。手続上の問題、法律と条例の抵触については論じなくてよい。

### 【設問3】

【事例】の事情と異なり、本件事業の計画書を提出したことによって、本件計画を知ったY市は、周辺住民の反対運動等を重視し、「Y市酪農産業保護に関する条例」（以下「条例②」という。）を制定し、B町内を酪農産業保護地域に指定した上、条例①の規制対象事業に認定された場合、B町内においては、当該事業の事業場の設置を禁止することとした。Y市は、条例②を制定する前に、Xが既に本件事業の同意に係る手続を進めていたことを了知していたが、本件事業が規制対象事業に当たると認定し（以下「本件認定」という。）、本件事業の事業場の設置を禁止する旨、Xに対し通知した。

Xが本件認定の取消訴訟を提起した場合、本件認定は実体上違法か、簡潔に検討しなさい。手続上の問題、法律と条例の抵触については論じなくてよい。また、条例②自体は適法かつ有効であることを前提としなさい。

### 【資料】

#### ○ Y市土地開発行為等の適正化に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、Y市内の区域における開発行為の適正化と秩序ある土地利用を図り、もって良好な環境の確保に寄与することを目的とする。

（開発行為の同意）

第3条 開発行為をしようとする者は、以下のイからニのいずれかに該当する開発行為の計画について、あらかじめ市長に申請し、その同意を得なければならない。

イ～ハ 略

ニ 周辺地域の環境に影響を及ぼすおそれのある工作物

2 市長は、前項の申請があった場合には、同意についての可否を決定し、その旨を開発者に通知しなければならない。

（監査処分等）

第13条 市長は、同意を得ず、開発行為を行っている者に対し、工事の停止、当該同意の撤回、原状回復その他必要な措置を命ずることができる。

#### ○ Y市行政手続条例（抜粋）

（審査基準）

第5条 行政庁は、申請により求められた許認可等をするかどうかをその条例等の定めに従って判断するために必要とされる基準（審査基準）を定めるものとする。

#### ○ Y市土地開発行為等の適正化に関する基準（抜粋）

市長は、Y市土地開発行為等の適正化に関する条例第3条1項の同意については、以下の（ア）～（オ）に掲げる事項を勘案して行うものとする。

（ア）～（エ） 略

（オ） 開発者は、開発区域内の環境に影響を及ぼすおそれのある事業計画について、開発区域内の利害関係者の意見を十分尊重し、説明等を行い、あらかじめ必要な調整を図らなければならない。

○ Y市酪農産業保護に関する条例（抜粋）

（目的）

第 1 条 この条例は、Y市の水道水質の汚濁等を防止することにより、自然豊かで安全な水質等を保護し、もってY市の酪農産業を保護することを目的とする。

（審議会）

第 5 条 審議会は、市の水源や土壌、大気等の保護に関する重要な事項について、調査、審議する。

2 審議会は、町議会の議員、学識経験者、関係行政機関の職員等のうちから市長が委嘱し、又は任命する委員10人以内をもって組織する。

3～5 略

（立地規制）

第 1 1 条 市長は、町の水道に係わる水源及びその上流地域において、酪農産業保護地域を指定することができる。

2 酪農産業保護地域においては、何人も、規制対象事業場を設置してはならない。

（協議及び審議）

第 1 3 条 酪農保護地域において開発行為を行おうとする者は、予め市長に協議を求めるものとする。

2 前項の協議の申出があった場合、市長は、審議会の意見を聴き、開発行為に係る事業場が規制対象事業場に該当するか否かを認定しなければならない。

（罰則）

第 2 0 条 第 1 1 条 2 項に違反して規制対象事業場を設置した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

2～3 略

2020年2月16日

担当：弁護士 山下大輔

参考答案  
[行政法]

## 第1 設問 1

1 「処分」(行訴法3条2項)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その行為により直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を画することが法律上認められているものをいう。

2 Y市としては、「同意」という文言から本件不同意が権力的な意思活動とはいえず、①は認められないと反論することが考えられる。しかし、条例①3条1項は、明確に「申請」と規定し、同2項では可否の応答義務が記載されていること、公表されている本件基準が審査基準と解されることから、本件不同意は、「申請に対する処分」(行政手続法参照)として、申請者の意思を介在することなく、一方的に法律関係を変動させる権力的な意思活動といえ、①は認められる。

また、Y市としては、条例①には具体的な法効果を生じさせるだけの同意要件や同意手続が具体的に法定されておらず、②は認められないと反論することが考えられる。しかし、条例①3条は規制対象事業に係る開発行為につき、市長の同意を得ることを義務化し、その担保として、条例①13条は監査処分を規定している。このような仕組みに照らせば、本件不同意は、同意を得ることなく規制対象事業に係る開発行為を行った場合、監査処分の対象とするという法的な地位を確定するものということができ、②は認められる。

以上のことから、本件不同意は「処分」に当たる。

## 第2 設問 2

1 開発行為の同意制度の目的は、Y市内の開発行為の適正化と秩

序ある土地利用を図り良好な環境を確保することにあり(条例①1条)、同意につき、市内全体の開発事情、環境状況等に精通し、都市政策の知見を有する行政庁に広汎な裁量が認められる。もつとも、かかる裁量判断は尊重しつつ、司法審査においては判断過程に着目し、考慮すべきでない事項を考慮し、又は考慮すべき事項を考慮しないことで処分は、裁量の逸脱濫用(行訴法30条)として違法となる。

2(1) Xは、自治会長の同意は本件基準に明示されておらず、法・規則の要求していない考慮すべきでない事項にあたりと主張し、他方で、Y市は、すべての事項を審査基準に明示することはできず、基準外の事項も考慮することができる旨反論することが考えられる。行政による恣意を抑止し、国民に予測可能性を与える趣旨から、すべての事項を審査基準に明示することが望ましいが、それは法的に不可能である。また、処分に際し基準を機械的に適用するのみでは不合理な結果を生じる場合にも配慮すべきである。そこで、処分に際し審査基準外の事項自体も考慮することができると解する。

(2) 次に、Xとしては、Cの不同意に至る過程や説明会を実施できなかつた背景事情も処分に際し考慮すべき事項に当たると主張し、他方で、Y市としては、Cの同意の存在や説明会の実施は、開発行為と酪農家全体の利益を調整したことの証左であり、それら以外は考慮すべき事項に当たらないと反論することが考えられる。

しかし、自治会長の同意が必ずしも条例の趣旨目的の観点からなされるとは限らない。そのため、法に明示されていない同意制度に

つき、単に同意の有無のみを処分の方の基準とすると、実質的に法の根拠なく拒否権を認めただに他ならず、憲法上の権利を侵害する。そして、周辺地域の環境に影響を及ぼすおそれのある開発行為の計画につき、あらかじめ市長の同意を要求し、市の良好な環境を確保しようとした目的(条例①1条)に鑑みると、同意制度の趣旨は事業によって影響を受けうる酪農家に対し説明がなされる過程で事業計画と酪農家(酪農環境)相互の利害を合理的に調整することにある。そこで、同意・不同意の判断に際し、形式的なCの同意や説明会の実施のみではなく、B町内酪農家への説明の程度や説明の過程、事業計画が与える環境への客観的影響等も考慮すべき事項になると解する。

本件でXはB町の8割の酪農家やCに対し事業計画の資料を送付し、酪農家に対し一応の説明をしているといえる。また、説明会を実施できなかったのは、Xの電話等に対し当初からCが何ら反応を示さなかった上、説明会が紛糾すると予想されたことにあり、説明の過程で合理的調整が図られなかった客観的根拠は認められない。

3 これらの事項は、処分に際して考慮すべき事項であったが、本件不同意は、これらの考慮すべき事項を考慮していないため、裁量の逸脱濫用として違法となる。

### 第3 設問3

1 Y市は、本件事業に係る事業計画を契機として、条例②を制定・適用している。その結果、Xは本件事業の事業場を設置することが

できなくなっている。このような条例適用行為(本件認定)は、Xの地位を不当に害するものとして違法とならないか。

2 新たに制定された条例により、従前許されていた行為を禁止し、憲法で保障された事業者の権利に重大な制限を課す場合、行政側には条例の定める手続において、その事業者の地位を不当に害することのないよう配慮する義務がある。そのような配慮義務に違反して事業者の地位を不当に害する処分は、法の一般原則上違法となる。

3 Xは本件事業の事業場を設置することができなくなっており(条例②11条2項・同20条1項)、Xの営業の自由(憲法22条1項)等に重大な制限を課している。そして、条例②は、酪農産業保護地域において開発行為を行おうとする事業者にあらかじめ市長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、市長は、規制対象事業場と認定する前に、学識経験者等、専門家で構成される審議会(条例②5条)の意見を聴くなど慎重に判断するものとしている(条例②13条)。また、Y市は条例②を制定する前に、Xが既に本件事業の同意に係る手続を進めていたことを了知していた。これらのことから、Y市には、特に慎重さが要求される協議及び審議の手続において、Xと十分な協議を尽くし、適切な指導を行う、経過措置を設けるなどし、Xの権利・地位を不当に害することのないよう配慮する義務があった。しかし、本件ではY市がそのような配慮した事情はなく、配慮義務に反することは明らかである。

したがって、本件認定は法の一般原則上違法である。以上

2020年2月16日  
担当：弁護士 山下大輔



# 予備試験答案練習会(行政法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
<b>〔設問1〕</b>	(11)		
処分性の定義を端的に示している。		1	
公権力性の定義とともに、同意の文言・性質等から公権力性が問題になることを示している。		2	
本件不同意が申請に対する処分であることを示している		3	
本件不同意に直接的具体的法効果があるかが問題になることを示している。		2	
条例①の仕組みから、本件不同意の法的効果を検討できている。		3	
<b>〔設問2〕</b> (裁量基準の合理性・機械的適用の是非を検討しても、同様)	(18)		
裁量を認める実質的理由を示している。		2	
具体的な審査基準を立てて、裁量の逸脱・濫用論を示している。		2	
審査基準以外の事項を考慮できるか検討できている。		6	
同意や説明会の実施以外の事項を考慮すべきか検討できている。		8	
<b>〔設問3〕</b> (権利濫用・裁量の逸脱濫用として論じても、同様)	(11)		
本件の事情を踏まえて具体的な問題設定ができている。		2	
いかなる場合に配慮義務違反となるか、規範を示している。		3	
条例②の仕組み・手続等から、Y市に配慮義務があるか否か論じることができている。		5	
配慮義務違反の当てはめができている。		1	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 行政法 解説レジュメ

## 1. 出題の趣旨

本問は、直近の裁判例を素材にしつつも、本試験・予備試験の過去問で問われ続けてきた論点を結集しており、論文式試験約5か月前のこの時期までに、果たしてどの程度過去問対策を行ってきたかを試す問題である。なお、予備試験及び本試験の出題傾向については、本答案練習会第1回行政法解説レジュメを参照されたい。

設問1では、同意・不同意の処分性の問題を出題した。第1回行政法（令和元年11月17日実施）において、違法性の承継論の前提問題として処分性の問題を出題したが、意外にも、多くの受験生が適切に当てはめをすることができておらず、定義すら不正確な者もいた。処分性は、行政法で最も基本的かつ重要なテーマであり、かつ、出題頻度も極めて高い。予備試験のみならず本試験も含めれば、必ず試験本番で論じることがある、というくらいの意識をもって対策をして頂きたい、再度出題した。

設問2では、実体違法として裁量の逸脱濫用論を出題した。他事考慮等のスタンダードな判断枠組みを採用する基本問題であるが、これも頻出の裁量基準の合理性・機械的適用の是非との峻別をどのように考えるか、論点の出どころを整理して頂きたいと出題した。

設問3では、法の一般原則に関する問題を出題した。法の一般原則は、直近では平成30年度本試験、平成27年度予備試験で出題されており、今後も出題可能性が高いと考えられる。また、地域住民・利害関係者の同意プロセスについても、社会的な背景もあって、行政法の本試験・予備試験のみならず、憲法や環境法の本試験においても頻出のテーマである。さらに、いわゆる狙い撃ち条例・措置条例についても、市教委から諮問を受けた弁護士らによる分限懲戒審査会が「条例適用は不相当」としたにもかかわらず、いじめを行ったとされ有給休暇取得中の市教諭の給与を差止める条例が制定され、社会的な議論を起こしている。この機会に、行政法的時事問題にも興味を持って勉学に取り励んで頂きたい。

## 2. 設問1（処分性）について

### 1 問題の所在

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。

本件不同意は、「同意」という文言上、①が認められないのではないかと、具体的な法効果を発生させるだけの同意要件や同意手続が具体的に法定されておらず、②は認められないのではないかと問題となる。

#### 重要判例 最判平成7年3月23日（行政判例百選Ⅱ[第7版]156事件）

……地方公共団体又はその機関（以下「行政機関等」という）が公共施設の管理権限を有する場合には、行政機関等が法32条の同意を求める相手方となり、行政機関等が右の同意を拒否する行為は、公共施設の適正な管理上当該開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為とすることができる。この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にほかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない

い。したがって、開発行為を行おうとする者が、右の同意を得ることができず、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとはいえないから、右の同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない。もとより、このような公法上の判断について、立法政策上、一定の者に右判断を求める権利を付与し、これに係る行為を抗告訴訟の対象とすることも可能ではあるが、その場合には、それに相応する法令の定めが整備されるべきところ、法及びその関係法令には、法32条の同意に関し、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申立て及び争訟について規定する法50条、51条も、右の同意やこれを拒否する行為については何ら規定するところがないのである。そうしてみると、公共施設の管理者である行政機関等が法32条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない……。

## 2 処分性の要素

### (1) 公権力性<sup>1</sup>

#### ア 定義・判断要素

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

⑥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

……立法者意思（文言）、申請に対する応答 etc…

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

#### 関連判例 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つ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、……。

#### 関連判例 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、……。

<sup>1</sup> 本答練の第1回行政法でも散見されたが、平成29年度本試験採点実感においても、「公権力性についての当てはめの検討……を行っていない答案が多く見られた」と指摘されているので、公権力性についても必ず検討されたい。

イ 申請に対する処分

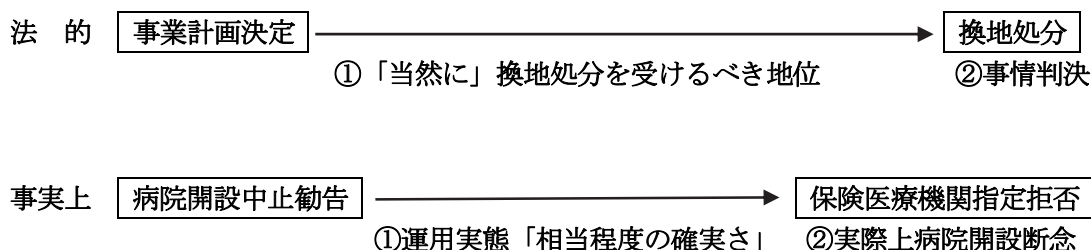
ポイントは、申請に対する応答か、事実上の職権発動を促す申出かの区別

- ・文言……「申請」か「申出」か（ただし、文言は決め手とならない）
- ・行政手続法2条3号（①法令に基づくか、②行政庁に**応答義務があるか**、③第三者に対する処分を求める申請ではないか）

(2) 直接的具体的法効果

- ・複数の行政行為について<sup>2</sup>

ポイントは①**運動性（直接性）**と②**不利益の重大性（紛争の成熟性）**



重要判例 最判平成20年9月10日(行政判例百選Ⅱ[第7版]152事件)

土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。前記の建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり、しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続けるのである。そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けべき地位に立たされるものといえることができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものといえるべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。

……もとより、換地処分を受けた宅地所有者等やその前に仮換地の指定を受けた宅地所有者等は、当該換地処分等を対象として取消訴訟を提起することができるが、換地処分等がされた段階では、實際上、既に工事等も進ちょくし、換地計画も具体的に定められるなどしており、その時点で事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ、換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法31条1項）がされる可能性が相当程度あるのであり、換地処分等がされた段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができるとしても、宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいえない。そうすると、事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利

<sup>2</sup> 平成23年度・同30年度予備試験、平成20年度・同24年度本試験参照。

救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある……。

**関連判例** 最判平成 17 年 7 月 15 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]160 事件)

医療法 30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような……規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、【要旨】この勧告は、……「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たる……。後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない。

**素材判例** 東京高判平成 30 年 10 月 3 日

町長は、開発者から所定の協議書（4 条 2 項）が提出されて形式上の要件に適合する協議があったときは、所定の審査基準に従って審査をし、同意についての可否を決定して、その旨を当該開発者に通知すべきものとされているところ（5 条 1 項）、町長がする上記の同意については、既に述べた本件条例の定めにも照らすと、開発者の申請に対する応答として、当該同意に係る開発者が当該計画又は当該同意について付された条件に適合する工事を施行する限りにおいては町長による監督処分の対象とすることはないという法的な地位を確定するものと解することができる、……「処分」に該当するものといえ、一方、町長がする上記の不同意については、開発者の申請に対する応答として、申請により求められた上記の処分を拒否するものであって、そのような性格の行為として、やはり同項の「処分」に該当する……。

### 3 本問について

本問では、「同意」という文言ではあるものの、条例① 3 条 2 項で諾否の応答義務が記載されていることなどに着目して、「申請に対する処分」として、公権力性を認めることができる。また、最判平成 20 年の考え方を参考に、法的仕組みとして監督処分の対象とする法的地位を確定するものとして、直接的具体的法効果性を認めることができる。

### 3. 設問2（裁量の逸脱・濫用）について

#### 1 裁量の逸脱・濫用論

##### (1) 裁量の有無<sup>3</sup>・広狭に応じた違法性判断

行政行為	裁量	審査方式 <sup>4</sup>	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 法の一般原則
裁量行為	狭 (羈束裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法 30 条等)	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 条等)	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

##### (2) 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。

##### 関連判例 最大判昭和 53 年 10 月 4 日(行政判例百選 I [第 7 版]76 事件)

……判断の基礎とされた重要な事実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……。

<sup>3</sup> 平成 29 年度本試験採点実感において、「裁量の有無を検討する答案でも、単に法律の文言のみに依拠して判断している答案が多く見られた。裁量が肯定される実質的理由についても併せて検討することが重要である。」と指摘され、さらに、翌年の平成 30 年度本試験採点実感においては、「行政裁量が認められる実質的根拠について、例えば、「専門性」とだけしか述べない答案が少なくない。教育や科学技術など一定の分野に関する専門家・専門組織の判断の尊重なのか、政治的判断・公益的見地からの判断の尊重なのか、全国一律で基準を定めるべきでなく地域の特性や地域住民の意見をしんしゃくすべきゆえに認められる裁量なのかなど、事案の特性を踏まえてもう少し適切な理由付けを考えて説明してほしい。」と指摘されているので、裁量を認める具体的な理由を示すべきである。

<sup>4</sup> 「勧告の違法について、安易に行政裁量の問題として論じているものが目立った」(平成 19 年度本試験採点実感)、「法解釈における条文の文言解釈の重要性については十分に意識してもらいたい」(平成 28 年度本試験採点実感)、「法令上の要件該当性判断と行政の裁量の逸脱濫用の基本的区別ができていない答案が少なからず見受けられた」(平成 30 年度本試験採点実感)とあるので、解釈違反と裁量の逸脱濫用は、意識して区別するようにされたい。

イ 判断過程統制審査について<sup>5</sup>

行政庁が考慮すべき事項を考慮せず（考慮遺脱）、考慮すべきでない要素を考慮したか（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）<sup>6</sup>、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。<sup>7</sup>

**関連判例** 東京高判昭和48年7月13日(判タ297号124頁)一日光太郎杉事件

……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4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、神戸高専においては、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

<sup>5</sup> 平成30年度予備試験、平成18年度・同23年度・同24年度・同30年度・令和元年度本試験参照。

<sup>6</sup> 令和元年度本試験採点実感において、「他事考慮」とは……、「考慮不尽」は……であるが、考慮事項の審査を論じるに当たり、これらの言葉について、その意味を踏まえないで用いているものがあつた」、「これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとて目についた」と指摘されており、これら言葉の意味は使い分けるべきである。

<sup>7</sup> 平成30年度本試験採点実感において、「法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず、直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた」、「他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し、関係法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく、自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。」とあるので、法令の趣旨目的・具体的仕組みなどから、法令が求める考慮すべき事項は何か、考慮すべきでない事項は何か、を規範化して論じるべきである。

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って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる……。

## 2 処分の実体違法と行政規則との関係<sup>8</sup>

### (1) 問題の所在

本問では、裁量基準として本件基準が定められている。そこで、本件基準自体の不合理性等も問題視して、本件基準を適用した結果として、本件不同意につき裁量の逸脱濫用が認められないか。

### (2) 処理手順

- ア まず、当該処分に関し、細目的基準が定められている場合、法規命令か、行政規則か？  
←法規命令である場合、委任の範囲という別の問題となるので<sup>9</sup>、細目的基準の法的性質決定が必要。
- イ 行政規則である場合、当該基準は解釈基準か、裁量基準か(当該処分につき、行政庁に裁量が認められているか)？←解釈基準である場合、解釈違反が問題となり、他方で裁量の逸脱濫用は問題とならないため、裁量の有無の認定が必要。
- ウ 裁量基準である場合、裁量基準に従ってなされた処分が裁量の逸脱濫用として違法となるか？→裁量基準の拘束力(裁量の逸脱濫用)  
前提……裁量基準は、行政規則としての内部基準であり、法源性は有しないと考えられている。

**関連判例** 最大判昭和 53 年 10 月 4 日(行政判例百選 I [第 7 版]76 事件)

行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当・不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない……。

<sup>8</sup> 平成 28 年度予備試験、平成 23 年度・同 24 年度・同 26 年度・同 27 年度・同 29 年度本試験参照。

<sup>9</sup> 令和元年度予備試験・平成 18 年度本試験参照。



また、裁量基準は、日常的な行政運営を能率的に行うために抽象的な法の規定を具体化した基準である。裁量基準が定められている場合には裁量基準に従って行政行為がなされることが平等であり、通常のあるべき行政の姿ということになる。

そのため、裁量基準が定められている場合には、原則として、裁量基準に従って行われた処分は適法である。

むしろ、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、平等原則違反、不当な動機・目的、比例原則違反等と評価されることがある。

**関連判例** 最判平成 27 年 3 月 3 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]175 事件)

当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なった取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになる……。

しかし、

①裁量基準自体の合理性

裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであることが前提である。裁量基準が法律の趣旨目的を逸脱した不合理なものであれば、裁量基準に従ってなされた行政処分も違法となる。

②個別的審査義務

裁量基準自体が一般的に妥当な場合であっても、当該裁量基準をある特定のケースに機械的に適用するだけでは、かえって法律の趣旨目的を損なうような場合には、個別的な特殊性に鑑みてむしろ裁量基準に従わないことが求められる。この場合に、行政庁が、個別的事情に鑑みることなく裁量基準を機械的に適用し、法律の趣旨目的を没却した場合には、裁量の逸脱・濫用として違法となる。

**重要判例** 最判平成 4 年 10 月 29 日(行政判例百選Ⅰ[第 7 版]77 事件)

…①調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、②あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。

**重要判例** 最判平成 11 年 7 月 19 日(行政判例百選Ⅰ[第 7 版]72 事件)

①本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は、法 9 条 2 項 1 号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有するといえる。  
②もっとも、タクシー事業者が平均原価方式により算定された額と異なる運賃額を内容とする運賃の設定又は変更の認可申請をし、…所定の原価計算書その他運賃の額の算出の基礎を記載した書類を提出した場合には、地方運輸局長は、当該申請について法 9 条 2 項 1 号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきである。

(3) 本問について

本問では、①Cの同意といった、本件基準に定められていないことについて考慮できるかといった他事考慮の問題・他の背景事情も考慮すべきといった考慮遺脱の問題、②Cの同意が本件基準に含まれると解釈できるとして、本件基準自体が合理的といえるかといった問題、③本件基準自体が合理的であるとしても、本件基準を機械的に適用したことによりかえって法の趣旨を没却しないかといった問題など、様々な考え方ができるし、全てを問題視することもできる。なお、本問の素材となった裁判例のうち、原審は①の発想で原告の不同意処分取消請求を認めたが、控訴審は③に近い発想で原判決を取り消し、原告の請求を棄却した<sup>10</sup>。答案では、いずれの考え方であっても、説得力があれば採点上差異は設けない。

素材判例 東京高判平成 30 年 10 月 3 日

……協議書の提出により協議があったときは、町長は、審査基準に従い審査し、同意についての可否を決定しなければならず（本件条例5条1項）、上記の同意の可否を決定するに当たっては、……のほか、町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準を満たしていることを勘案して行うものとされていること（同6条）を併せて考慮すると、本件条例は、控訴人の区域における開発行為の適正化と秩序ある土地利用を図り、もって良好な環境の確保に寄与するとの目的を達成するため、開発者が一定の開発行為の計画について町長に協議をしてその同意を得るための手続上の要件として、事前に、当該計画に係る開発区域の周辺の住民等に説明等を行い、必要な調整を図ることを求めるとともに、上記の開発区域の周辺に影響を及ぼすおそれのある事業計画については、原則として、事前に利害関係者の同意を得ることを求めて、開発者と上記の開発区域の周辺の住民等、とりわけ上記の利害関係者との間において利害の調整がされることを図った上で、町長が同意についての可否を判断するに当たっては、そのような手続が履践されていることを前提に、町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準を満たしていること等の一定の事項を勘案してするものとしているものと解される。

……本件においては、……被控訴人は、控訴人の担当者から、本件開発区域の周辺の住民に本件事業の計画について説明し、富士ヶ嶺区の区長の同意を得て、その同意書の提出を求むるよう求める行政指導を受けたにもかかわらず、同区の区長であるCに対し、電話で説明の機会を得るための接触を試みたり、本件事業に関する資料とともに同意書のひな型を送付したりしただけで、上記のような本件開発区域の周辺の住民等に対する説明の機会を設けるなどのための具体的な行動は見られないままであったところ、このような中で、同区から本件事業の計画について不同意とする書面の送付を受けたものであって、被控訴人は、町長に本件事業に係る開発行為の計画について協議をするに当たって、本件条例が求める手続を履践せず、その提出した開発行為協議書に所定の隣接地等利害関係者の同意書を添付することができなかったものと認めるのが相当である。

……そして、被控訴人は、Cの同意書を得られなかった経緯を記載した「経緯書」と題する書面を提出し、町長に対して同意についての可否の決定を求めていたところ、町長は、上記の状況の下で、被控訴人に対し、補正を求めることなく、本件不同意をしたものであって、その判断は、本件条例4条2項及び本件手続条例7条の規定に従うものといえ、町長が補正

<sup>10</sup> ただし、素材判例の事案では、条例に本件基準の内容が定められていたが、本問の事案では、条例ではなく、本件基準に利害関係者の同意等が定められており、素材判例とは若干事案を変えている。控訴審は、条例の定めとして同意書の取得提出を求めていると解釈し、それがなかったため形式上の要件に適合しないことを理由に、不同意は適法であると判断した。

を求めなかったことにその手続上の裁量権の範囲からの逸脱又はその濫用があったと認めることはできない。

**素材判例** 甲府地判平成 29 年 12 月 12 日（上記素材判例の原審）

……本件審査基準には、「開発区域周辺の住民等」に対する説明等の有無や「利害関係者」の同意の有無を、町長が同意についての可否を決定するに当たって勘案することを定めた規定はない。

本件手続条例 5 条は、行政庁は、申請により求められた許認可等をするかどうかをその条例等の定めに従って判断するために必要とされる審査基準を定めるものとし、審査基準を定めるに当たっては、当該許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならないと規定しているところ、上記のとおり、本件審査基準においては、本件条例 7 条 1 項の「開発区域周辺の住民等」に対する説明等の有無や同条 2 項の「利害関係者」の同意の有無が、町長が同意についての可否を決定するに当たって勘案する事項となる旨は定められていないのであるから、「開発区域周辺の住民等」に対する説明等の有無や「利害関係者」の同意の有無自体が本件審査基準において勘案し得る事項となると解することはできない。

そうすると、富士ヶ嶺区が本件条例 7 条 1 項の「開発区域周辺の住民等」、あるいは同条 2 項の「利害関係者」に当たるとしても、富士ヶ嶺区の不同意自体が本件審査基準において勘案し得る事項となるとはいえない。

……そうした状況において、町長において、富士ヶ嶺区の同意を得ることを、「町長が町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準」とすることができるかが問題となるが、町長は、本件審査基準に従い審査し、同意についての可否を決定しなければならないとされており（本件条例 5 条 1 項）、行政庁は、許認可等をするかどうかをその条例の定めに従って判断するために必要とされる審査基準を定め、これを定めるに当たってはできる限り具体的なものとしなければならないとされていること（本件手続条例 5 条 2 項）の趣旨からすれば、原則としては、「町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準」の内容が更に定められていることが必要であって、町長において、ある事項が「町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準」に当たるという判断をすれば、それが当然に本件審査基準において勘案し得る事項となるものではないと解される。また、例外的に、本件審査基準において定められていない事項について、町長が、「町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準」を満たしていないとして、そのことを勘案して同意の可否について決定することができる場合があるとしても、その事項が「町民の適正な生活環境」を害することが客観的に明白である場合に限られると解すべきである。

本件においては、上記のとおり、「町民の適正な生活環境の確保のため特に必要と認める基準」の内容を定めた規定はなく、また、富士ヶ嶺区の同意が得られていない中で、原告が本件事業を行うことにより、「町民の適正な生活環境」を害されることが客観的に明白であるというべき根拠を認めるに足りる主張立証もない。

そうすると、町長において、富士ヶ嶺区の同意を得ることが「町民の適正な生活環境の確保のために特に必要と認める基準」に当たるとして、富士ヶ嶺区の同意の有無を勘案して同意の可否について決定することはできないと解される。

……したがって、富士ヶ嶺区の不同意は本件審査基準において勘案し得る事項にはならず、富士ヶ嶺区の同意がないことを理由として本件不同意をすることはできないというべきである。

### 3 同意的手法の問題点<sup>11</sup>

#### (1) 意義

行政実務上、廃棄物処理施設等のいわゆる嫌忌施設の設置・営業許可等に際して、付近住民や自治会等の不安や反発を緩和する目的で、地方公共団体は紛争予防条例や指導要綱を定め、住民等の同意を求めることがある。このような同意を求める理由・意義としては、①住民と設置者との間の設置前後の紛争防止・回避、②地域融和型施設の実現、③不十分な許可制への対応、④悪質業者のふるい分け、⑤早期の情報提供等が挙げられる。

#### (2) 問題点

- ・要綱等行政の内部基準にとどまる場合、それはあくまで行政指導であるから、強制にわたることは許されない。
- ・住民同意がないことのみを理由に不許可とすることは、実質的には付近住民に法の根拠のない拒否権を認めることになり、財産権や職業選択（遂行）の自由の違憲的侵害となる。また、法令上の基準を満たしていても同意がなければ一切許可されないというのであれば、比例原則にも違反する。
- ・住民同意や自治会同意等については、地方議会の決議や住民投票と異なり、定足数・議決要件・同意の有効性に係る事項が明確ではなく、また、それら事実関係を確認する資料の保管等も十分ではないことから、プロセス上の問題も多く、後日紛争が生じる可能性がある。

### 4. 設問3（法の一般原則違反<sup>12</sup>）について

#### 1 問題の所在

Yは、本件条例②を制定する前に、Xが既に本件事業の同意に係る手続を進めていたことを了知していたが、本件事業に係る事業計画をきっかけとして、本件条例②を制定・適用している。その結果、Xは本件事業の事業場を設置することができなくなっている。このような条例適用行為（本件認定処分）は、Xの地位を不当に害するものとして違法とされないか。

#### 2 配慮義務違反

ある条例がある行為を禁止等するために制定されたいわゆる狙い撃ち条例であるとしても、当該行為は条例制定のきっかけに過ぎず、当該条例の内容が憲法や法の許容するものであれば、狙い撃ちにしたことのみで条例が違法無効となるわけではない。しかし、従前は許容されていた行為を制限する法令が制定される場合に、既にその行為を行っている者又はその準備をしている者がいるときは、行政側には、条例の適用によってそのような者の地位、ひいては憲法上保障された職業選択の自由や営業の自由、財産権等を不当に害することのないよう、適切に配慮すべき義務がある。このような義務に違背した条例の適用は、配慮義務違反として違法無効となる。

#### 重要判例 最判平成16年12月24日（行政判例百選I [第7版]28事件）

【要旨】本件条例は、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしているところ、規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものであることを考慮すると、上記協議は、本件条例の中で重要な地位を占める手続であるといえることができる。

<sup>11</sup> 平成29年度予備試験、平成23年度・同29年度・同30年度本試験、平成19年度本試験憲法参照。

<sup>12</sup> 平成27年度予備試験参照。

そして、前記事実関係等によれば、本件条例は、上告人が三重県知事に対してした産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る事前協議に被上告人が関係機関として加わったことを契機として、上告人が町の区域内に本件施設を設置しようとしていることを知った町が制定したものであり、被上告人は、上告人が本件条例制定の前に既に産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る手続を進めていたことを了知しており、また、同手続を通じて本件施設の設置の必要性と水源の保護の必要性とを調和させるために町としてどのような措置を執るべきかを検討する機会を与えられていたといえることができる。そうすると、被上告人としては、上告人に対して本件処分をするに当たっては、本件条例の定める上記手続において、上記のような上告人の立場を踏まえて、上告人と十分な協議を尽くし、上告人に対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったものといふべきであって、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となるといわざるを得ない。

### 3 権利濫用の禁止原則<sup>13</sup>

さらに進んで、ある行為を禁止することを主目的として、本来法の予定しない方法・態様で条例や処分を利用した場合、行政権の著しい濫用として違法となる（民法1条3項参照）。

**関連判例** 最判昭和53年5月26日(行政判例百選I[第7版]29事件)

被告山形県および余目町は、いずれも、当初原告に対し、近い将来、原告をしてトルコ風呂営業が可能であるとの観念を抱かせるような態度（aからのトルコ風呂設置についての相談に協力し、かつ、建築確認をしたこと等）を示しながら、特に余目町は、同町婦人団体などからの、トルコ風呂営業阻止の陳情に遭い、にわかに翻意しトルコ風呂営業を阻止するため、その手段として本件遊園設置の認可申請を行い、被告代表者知事も、余目町の右目的を認識しながら、右申請を認可したものと認めるのが相当であり、斯様な経過による同認可は甚だ当を得ないものとされる余地がある。

……aが、営々として築きあげた開業資金により本件トルコ風呂の開業に着手し、具体的にその建物を建て始めるに至ってから、同営業を法的に阻止する目的をもつて、児童遊園としては、その設備上必ずしも充分であるとは言いがたい、旧常万小学校校庭跡地を児童遊園として認可申請に及んだ余目町の行為は、原告に対する関係において、所謂、営業妨害的行為といわざるを得ず、職業選択の自由を保障した憲法第22条、財産権の不可侵を規定した同法第29条の各精神にてらし、極めて妥当性を欠くものといわざるを得ない。

<sup>13</sup> 平成30年度本試験参照。

#### 4 本問について

本問の事案は、配慮義務違反を認めた平成 16 年判例の事案とほぼ同一であり、配慮義務違反を論じることが望ましい。ただし、本件事業場の設置禁止が主目的であったなどと認定して、昭和 53 年判例に引きつけて、行政権の著しい濫用として論じても、大きく減点はしない<sup>14</sup>。また、法の一般原則ではなく、不当な動機等の基準を用いて裁量の逸脱濫用論として論じても、採点上差異を設けない。

#### 【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 I 行政法総論 [第 6 版]』 有斐閣 2017/12/15
- ・ 宇賀克也 『行政法概説 II 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 2017/11/30
- ・ 『判例タイムズ No. 1242』 判例タイムズ社 2007/8/15

以 上

2020 年 2 月 16 日

担当：弁護士 山下大輔

---

<sup>14</sup> ただし、平成 30 年度本試験採点実感においては、「権利濫用につき、「阻止するため」「意図的に」「あえて」というような主観的目的のみ記載して、本件説明会（本件申請）後に設置したというような客観的事実の指摘がない答案が多かったが、該当する事実を丁寧に拾うことが求められる」とあるので、まずは本問の客観的事情を拾うことが重要である。

## 最優秀答案

回答者 KM 30点

### 第1 設問1

1. Xは、本件不同意は、「処分」性（行訴法3条2項）を有するものであると主張すべきである。

これに対して、被告から、本件不同意は、単なる事実の表示行為であるから、「処分」性を有しないと反論することが考えられる。

- (1) まず、「処分」とは、公権力の主体たる国又は地方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、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。と解する。具体的には i 公権性、ii 法効果性を有するかで判断し、また、実効的な権利救済の観点を加味すべきである。

- (2) まず、Y市長は、Xに対し、一方的に本件不同意をしているため、公権性が認められる。(i 充足)

そして、本件不同意により、Xは、開発行為をすることができなくなる地位に立たされ(条例①第3条2項)また、これに違反して開発行為を行えば、工事の停止、原状回復その他必要な措置を命ぜられる(同13条)アのため、Xは、本件不同意により、著しい不利益を受けるため、本件不同意は、直接国民の権利義務を形成しているといえ、法効果性も認められる(ii 充足)

また、市長の同意が開発行為をしようとする者の開発行為の出発点となる以上、本件不同意があるとXは、何も始められないため、その後に争うことは、想定できないから、本件不同意の段階で争わせる必要がある。よって実効的な権利救済の観点からも、本件不同意の段階で争うことが妥当である。

- (3) よって、本件不同意は、「処分」性を有する。

### 第2 設問2

1. 本件不同意は、本件基準が不合理であるにもかかわらず、これに従い行われているため、裁量を逸脱・濫用（行訴法30条）し違法ではないか。

これに対し、本件基準は、条例①の趣旨・目的に沿うものであり合理的な

ものであるから、これに基づく本件不同意は適法であると反論することが考えられる。

- (1) まず、本件不同意は、条例①第3条に基づいてされているところ、同条1項二は、「及ぼすおそれ」と抽象的な文言を用いている。

また、同条の同意は、環境や当該町内の酪農産業、開発行為等種々の事情を考慮する必要がある。よって、Y市長には、要件裁量が認められる。また本件基準は委任を受けて、設けられたものでもないため、法規の性質を有しない裁量基準である。(Y市行政手続条例第5条)。そして裁量基準も、Y市長の裁量の範囲内で設けることも許される。

- (2) そうだとしても、本件基準は、不合理なものとして、これに基づく本件不同意は、裁量の逸脱・濫用であり、違法であるか。

ア 本条例①の趣旨目的は、良好な環境の確保にあるところ、本件基準は、環境に影響を及ぼすおそれのある計画について、制約を課しているものであるから、本件基準は、条例①の趣旨・目的に沿うものであり、不合理なものではない。よって本件不同意は違法ではないとも思える。

2. もっとも、個別事情を考慮せずに、本件基準を機械的に適用してなく、本件不同意は違法ではないか。

これに対して、被告から、本件基準を機械的に適用しなければ、平等原則に反しかねないため、適法であると反論されることが想定できる。

- (1) この点行政庁が常に裁量基準に従い処分をするならば法が行政庁に裁量を認め、個別の事情を考慮して判断を可能とした法の趣旨が没却される。

そこで、個別的な事情がある例外的な場合にまで、裁量基準を機械的に適用して処分を行うことは、裁量の逸脱・濫用といえ、違法であると解する。

- (2) 本件では、Xは、Y市担当者から、自治会長Cの同意を得ることが必要との説明を受けてから、かかる同意を得るために様々な手段を尽くしている。それにもかかわらず、Cがこれらに対応していない。またXは、B町の8割程度の酪農家に対し資料を送付している。そして、本件事業が、悪影響を及ぼす客観的根拠もないため条例①の趣旨・目的に反するとはいえない。

- (3) よって、個別的な事情を考慮する、例外的な場合であるといえる。したがって、本件不同意は、比例原則に反し違法である。



### 第3 設問3

1. 本件認定は、裁量の逸脱・濫用といえ違法であるか。

(1) まず、本件事業が規制対象事業に該当するかは前述と同じく種々の事情を考慮する必要があるため、Y市に要件裁量が認められる。

(2) もっとも、Y市の本件認定は、裁量の逸脱・濫用といえないか。

ア この点、行政庁の判断の結果及び、その過程が重要な事実の基礎を欠くか、社会通念に照らして著しく妥当性を欠く場合裁量の逸脱・濫用となる。

イ 本件認定は、Y市が、Xが既に本件事業の同意に係る手続きを進めていたことを了知しており、本件事業を実質的に行わせないためになされているといえる。

また、Y市は、周辺住民の反対運動等という、条例②の趣旨・目的でない重要性に欠ける事情を考慮している。さらに周辺の酪農環境への悪影響を及ぼす客観的根拠がないという重要な要素を考慮していない。

よって、他事考慮、考慮不尽があり、比例原則に反するため、社会通念に照らし著しく妥当性を欠く。

(3) よって、本件認定は、裁量の逸脱・濫用といえ違法である。

以 上

# 採点講評

(2020年2月16日 行政法)

## 第1 全体について

全体の答案の出来は第1回と比べて非常に悪かったです。

このような結果の第1の原因としては、当然、今回のほうが第1回よりも問題の難易度が高く、分量も多いということが考えられます。この点は講義でも繰り返し述べているとおり、回数が2回と限られている本答練において、できるだけたくさんの観点到に触れて頂きたいという趣旨のもと作成していますので、分量も多く、難易度も高くなります。時間不足で設問3の検討が不十分となるなどは仕方ないので、落ち込む必要は全くありません。

ただし、第2の原因として、やはり実体違法の問題に対して受験生が弱すぎることが考えられます。案の定、設問2の出来が非常に悪かったです。例年指摘していますが、訴訟要件の問題はしっかり論じているのに、実体違法の問題になると、突然両当事者の言い分をほぼ書き並べるだけの答案が続出します。実体違法は個別法の解釈など、現場思考型の問題になることは多いですが、他の科目同様、法律論文である以上、法令の趣旨や個別の規定、行為の性質等から、具体的な判断枠組みを挙げ、当てはめることが肝要です。

とはいえ、やはり上位層（全体の約2割程度）はそれなりに書けており、試験本番でも十分に合格点がつく答案になっていました。

## 第2 個別の注意点について

### 1 設問1について

①公権力性について検討をしない答案、検討していても一行程度の簡単な論述しかない答案が散見されました。公権力性の問題については、確かに百選掲載判例も少なく、出題頻度も低いですが、しかし、本試験の採点実感でも指摘されているとおり、公権力性について論述することは必須です。少なくとも、検討をまったくしていない受講生は意識を改めてください。また、本答案練習会に何度も参加しているにもかかわらず、処分性の定義すら未だに不正確な論述となるか、論じることさえしていない受講生は、何のために本答案練習会に参加しているのか、今一度考えてください。

また、②直接的具体的法効果性については、多くの受験生が監督処分との関係を適切に論じていましたが、「Xは同意を得るために努力した」などといった、法の仕組みを解釈することなく設問2の実体違法で拾うべき事情をひたすら列挙するなどの答案も一定程度ありました。病院開設中止勧告事件のように、運用実態や事実上の効果に着目して処分性を求める例もありますが、Xの努力は行政行為

の運用実態等と何ら関係ありませんし、処分性肯定の足掛かりは、各規定の行為との関連性や趣旨、性質など、法の仕組みを解釈することにあることをまずはおさえるべきです。

## 2 設問2について

Yの反論で本件基準に照らした処分は適法、Xの主張又は私見で、問題文の事情、とくに説明会が開催できず自治会長の同意を得られなかった理由・経緯を羅列し、考慮すべき事項を考慮しておらず違法である、と論じる答案が散見されました。このような論述は、主張と反論がかみ合っておらず、適切ではありません。本件基準に従って行われた処分が適法という反論を立てるならば、そもそもその基準自体が間違っている（基準自体の合理性）、あるいは基準の適用が間違っている（機械的適用の是非）、という対立軸を設定するほうが論理的です。ただし、上記のように散見された論述は、問題文の事情や参照法令を余すことなく活用しようという態度の発露でもあり、その点は十分に評価に値します。そのような論述をした受講生は、この機会に論点の出どころさえ整理して頂ければよいです。

また、そもそも考慮すべき事項や考慮すべきでない事項を何ら規範として挙げないまま、同意書を得るための努力などの事情を羅列し、これら事情を考慮していないから違法、と結論付ける答案がほとんどでした。しかし、そのような論述が本当に法律論文となっているか、小学生でも書けるただの書き写しになってしまっていないか、遅くとも答案構成の段階で立ち止まって考えるべきです（遅すぎですが）。参考答案や本試験の採点実感にもあるとおり、法令が処分に際しどのような事項を、どの程度考慮すべきか、考慮すべきではないか求めているかを、法令の趣旨や目的、処分の性質等から認定して、考慮すべき事項、考慮すべきでない事項、考慮の程度が明らかになります。その様な検討を経て、当てはめをすることで、法律論文といえます。このことは、比例原則や平等原則を審査基準として用いる場合も同様です。

## 3 設問3について

時間不足のせいもあってか、検討不十分な答案が続出しました。憲法等の他の科目でも同じことは言えますが、行政法では、目的・動機違反や一般原則違反を論じる際、抽象的な規範設定になりがちです。しかし、そのような分野こそ、関連する百選掲載判例等を手掛かりにし、具体的な判断基準を挙げて、丁寧に当てはめていくことが重要です。

以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年2月16日分 得点分布表

行政法

出席者 35名 平均点 16.7点

