

論文式試験問題集 [公法系科目第2問]

## 〔公法系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕，〔設問2〕（1），〔設問2〕（2），〔設問3〕の配点の割合は，3.5：1.5：3.5：1.5）

社団法人Aは、モーターボート競走の勝舟投票券の場外発売場（以下「本件施設」という。）をP市Q地に設置する計画を立て、平成22年に、モーターボート競走法（以下「法」という。）第5条第1項により国土交通大臣の許可（以下「本件許可」という。）を受けた。Aは、本件許可の申請書を国土交通大臣に提出する際に、国土交通省の関係部局が発出した通達（「場外発売場の設置等の運用について」及び「場外発売場の設置等の許可の取扱いについて」）に従い、Q地の所在する地区の自治会Rの同意書（以下「本件同意書」という。）を添付していた。本件許可がなされた直後に、Q地の近隣に法科大学院Sを設置している学校法人X1，及び自治会Rの構成員でありQ地の近隣に居住しているX2は、国に対し本件許可の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起した。本件訴訟が提起されたため、Aは、本件施設の工事にいまだ着手していない。

Aの計画によれば、本件施設は、敷地面積約3万平方メートル、建物の延べ床面積約1万平方メートルで、舟券投票所、映像設備、観覧スペース、食堂、売店等から構成され、700台を収容する駐車場が設置される。本件施設が場外発売場として営業を行うのは、1年間に350日であり、そのうち300日はナイターが開催される。本件施設の開場は午前10時であり、ナイターが開催されない場合は午後4時頃、開催される場合は午後9時頃に、退場者が集中することになる。

また、本件施設の設置を計画されているQ地、X2の住居、法科大学院S、及びこれらに共通の最寄り駅であるP駅の間的位置関係は、次のとおりである。Q地、X2の住居、法科大学院Sは、いずれも、P駅からまっすぐに南下する県道（以下「県道」という。）に面している。P駅の周辺には商店や飲食店が立ち並び、住民、通勤者、通学者などが利用している。P駅から県道を通って南下した場合、P駅から近い順に、法科大学院S、X2の住居、Q地が所在し、P駅からの距離は、法科大学院Sまでは約400メートル、X2の住居までは約600メートル、Q地までは約800メートルである。逆にQ地からの距離は、X2の住居までは約200メートル、法科大学院Sまでは約400メートルとなる。

平成23年になって、本件訴訟の過程で、本件同意書について次のような疑いが生じた。自治会Rでは、X2も含めて、本件施設の設置に反対する住民が相当な数に上る。それにもかかわらず、Aによる本件施設の設置に同意することを決議した自治会Rの総会において、同意に賛成する者が123名であったのに対し、反対する者は、10名しかいなかった。これは、自治会Rの役員が、本件施設の設置に反対する住民に総会の開催日時を通知しなかったために、大部分の反対派の住民が総会に出席できなかったためではないか、という疑いである。

国土交通大臣は、この疑いが事実であると判明した場合、次の措置を執ることを検討している。まず、Aに対し、自治会Rの構成員の意思を真に反映した再度の決議に基づく自治会Rの同意を改めて取得し、国土交通大臣に自治会Rの同意書を改めて提出するように求める（以下「要求措置」という。）。そして、Aが自治会Rの同意及び同意書を改めて取得することができない場合には、本件許可を取り消す（以下「取消措置」という。）。

以上の事案について、P市に隣接するT市の職員は、将来T市でも同様の事態が生じる可能性があることから、弁護士に調査検討を依頼することにした。【資料1 会議録】を読んだ上で、T市の職員から依頼を受けた弁護士の立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法及びモーターボート競走法施行規則（以下「施行規則」という。）の抜粋を【資料2 関係法令】に、関係する通達の抜粋を【資料3 関係通達】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問 1〕

本件訴訟は適法か。X 1 及び X 2 それぞれの原告適格の有無に絞って論じなさい。

〔設問 2〕

国土交通大臣が検討している要求措置及び取消措置について、以下の小問に答えなさい。

- (1) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明しているにもかかわらず、国土交通大臣がAに対し、取消措置を執る可能性を示しながら要求措置を執り続けた場合、Aは、取消措置を受けるおそれを除去するには、どのような訴えを提起するべきか。最も適法とされる見込みが高く、かつ、実効的な訴えを、具体的に二つ候補を挙げて比較検討した上で答えなさい。仮の救済は、考慮しなくてよい。
- (2) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明したため、国土交通大臣がAに対し取消措置を執った場合、当該取消措置は適法か。解答に当たっては、関係する法令の定め、自治会の同意を要求する通達、及び国土交通大臣がAに対し執り得る措置の範囲ないし限界を丁寧に検討しなさい。

〔設問 3〕

T市は、新たに条例を定めて、次のような規定を置くことを検討している。①T市の区域に勝舟投票券の場外発売場を設置しようとする事業者は、T市長に申請してT市長の許可を受けなければならない。②T市長は、場外発売場の施設が周辺環境と調和する場合に限り、その設置を許可する。

このような条例による許可の制度が、事業者に対して実効性を持ち、また、住民及び事業者の利害を適切に調整できるようにするためには、上記①②の規定以外に、どのような規定を条例に置くことが考えられるか。また、このような条例を制定する場合に、条例の適法性に関してどのような点が問題になるか。考えられる規定の骨子及び条例の問題点を、簡潔に示しなさい。

## 【資料1 会議録】

職員：P市は、場外舟券売場の件で大騒ぎになっていますが、我がT市にとっても他人事ではありません。公営ギャンブルの場外券売場の設置が計画される可能性は、T市にもあります。そこで、P市の事案を様々な角度から先生に検討していただき、T市としても課題を見付け出し、将来のための備えをしたいと考えています。そのような趣旨ですから、P市の事案のいずれかの当事者や利害関係者の立場に立たずに、第三者の視点から御検討をお願いいたします。

弁護士：公営ギャンブルの場外券売場の設置許可は、刑法第187条の富くじに当たるものの発売等を適法にする法制度である点が、通常の事業の許認可とは違うところですね。私もこれまで余り調査したことがない分野ですが、検討した上で文書を作成してみましょう。

職員：早速、まず本件訴訟についてですが、これは、適法な訴えなのでしょう。法、施行規則、それから関係する通達を読みますと、それぞれに関係しそうな規定があるのですが、これらの規定のそれぞれが、本件訴訟の適法性を判断する上でどのような意味を持つのか、どうもうまく整理できないのです。

弁護士：問題になるのは、原告適格ですね。私の方で、法、施行規則、それから通達の関係する規定と、それらの規定が原告適格を判断する上で持つ意味を明らかにしながら、X1とX2それぞれの原告適格の有無を考えてみましょう。

職員：お願いします。仮に本件訴訟が適法とされた場合に、本件許可が適法と判決されそうかどうかとも問題ですが、今年になって、状況が大きく変わりましたので、差し当たりその問題までは検討していただかなくて結構です。

弁護士：状況が変わったとは、どういうことですか。

職員：地元の同意書の作成プロセスについて重大な疑惑が持ち上がり、今度は、紛争が国土交通大臣とAとの間で生じる可能性が出てきたのです。Aは、裁判になって対立が激化してからもう一度地元の同意書を取るなど無理だということで、同意を取り直すつもりがないようですが、国土交通大臣の方も、地元を軽んじる姿勢は取れないので、Aに同意書を取り直すように求め続けることが予想されます。この場合、今度は、Aが何らかの訴えを起こすことはできるのでしょうか。

弁護士：最も可能性のある訴えを検討して、具体的に挙げてみましょう。

職員：それから、やや極端なケースを想定するのですが、地元の同意のプロセスに重大な瑕疵があった場合、国土交通大臣は、本件許可を取り消すことができるのでしょうか。この問題については、どうも私の頭が混乱しているので、いろいろ質問させてください。まず、施行規則第12条は、許可の基準として地元の同意とは規定していないのですが、そもそも、この条文に定められた基準以外の理由で、許可を拒否できるのですか。

弁護士：関係法令をよく検討して、お答えすることにします。

職員：よろしくお願いします。付け加えますと、地元の同意と定めているのは、国土交通省の通達の方であり、これもそもそもの話になるのですが、このような通達に定められたことを理由にして、許可を拒否してよいのですか。この点も教えていただければと思います。

弁護士：問題となっている通達の法的な性格をはっきりと説明するように、文書にまとめてみます。

職員：通達の中身について言いますと、地元の同意を重視している点は、自治体の職員としてはとてもよく理解できます。ただ、許可の取消しという措置まで執ることができるのかと問われると、自信を持って答えられないのです。

弁護士：法律家から見ますと、地元の同意を重視する行政手法には、問題点もありますね。国土交通大臣が本件許可の申請に際して地元自治会の同意を得ておくように求める行政手法の意義と問題点を、まとめておきましょう。その上で、疑惑が事実であると仮定して、国土交通大

臣は、Aに対してどこまでの指導、処分といった措置を執ることができるのか、執り得る措置の範囲ないし限界についても綿密に検討しておきます。

職員：今言われた「処分」について詳しく伺いたいのですが、仮に、地元自治会の同意がない場合に、国土交通大臣が申請に対して不許可処分をする余地が多かれ少なかれあるという考え方を採ると、一度許可をした後で許可を取り消す処分もできることになるのでしょうか。

弁護士：そこまで考えて、ようやく答えが出ますね。全体を順序立てて文書にまとめてみます。

職員：助かります。それでやっと、我がT市の話になるのですが、T市の区域で場外舟券売場を設置しようとする事業者が現れた場合、国が定めた法令や通達の基準だけで設置を認めるのでは、不十分であると考えています。T市としては、調和のとれた街づくりをするために、場外舟券売場が周辺環境と調和するかをしっかりと審査して、市長が調和しないと判断した場合には、設置をやめていただく制度を作りたいと考えています。このような制度を条例で定める場合に、配慮すべき点を教えていただければ幸いです。

弁護士：解釈論だけでなく、立法論も大事ですからね。簡潔にまとめておきましょう。

## 【資料2 関係法令】

### ○ モーターボート競走法（昭和26年6月18日法律第242号）（抜粋）

（趣旨）

第1条 この法律は、モーターボートその他の船舶、船舶用機関及び船舶用品の改良及び輸出の振興並びにこれらの製造に関する事業及び海難防止に関する事業その他の海事に関する事業の振興に寄与することにより海に囲まれた我が国の発展に資し、あわせて観光に関する事業及び体育事業その他の公益の増進を目的とする事業の振興に資するとともに、地方財政の改善を図るために行うモーターボート競走に関し規定するものとする。

（競走の施行）

第2条 都道府県及び人口、財政等を考慮して総務大臣が指定する市町村（以下「施行者」という。）は、その議会の議決を経て、この法律の規定により、モーターボート競走（以下「競走」という。）を行うことができる。

2～4 （略）

5 施行者以外の者は、勝舟投票券（以下「舟券」という。）その他これに類似するものを発売して、競走を行ってはならない。

（競走場の設置）

第4条 競走の用に供するモーターボート競走場を設置し又は移転しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。

2～4 （略）

5 国土交通大臣は、必要があると認めるときは、第1項の許可に期限又は条件を附することができる。

6 国土交通大臣は、第1項の許可を受けた者（以下「競走場設置者」という。）が1年以上引き続き同項の許可を受けて設置され若しくは移転されたモーターボート競走場（以下「競走場」という。）を競走の用に供しなかつたとき、又は競走場の位置、構造及び設備がその許可の基準に適合しなくなつたと認めるときは、同項の許可を取り消すことができる。

7, 8 （略）

（場外発売場の設置）

第5条 舟券の発売等の用に供する施設を競走場外に設置しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。当該許可を受けて設置された施設を移転しようとするときも、同様とする。

2 国土交通大臣は、前項の許可の申請があつたときは、申請に係る施設の位置、構造及び設備が国土交通省令で定める基準に適合する場合に限り、その許可をすることができる。

3 競走場外における舟券の発売等は、第1項の許可を受けて設置され又は移転された施設（以下「場外発売場」という。）でなければならない。

4 前条第5項及び第6項の規定は第1項の許可について、同条第7項及び第8項の規定は場外発売場及び場外発売場設置者（第1項の許可を受けた者をいう。以下同じ。）について、それぞれ準用する。

（競走場内等の取締り）

第22条 施行者は、競走場内の秩序（場外発売場において舟券の発売等が行われる場合にあつては、当該場外発売場内の秩序を含む。）を維持し、かつ、競走の公正及び安全を確保するため、入場者の整理、選手の出場に関する適正な条件の確保、競走に関する犯罪及び不正の防止並びに競走場内における品位及び衛生の保持について必要な措置を講じなければならない。

（競走場及び場外発売場の維持）

第24条 (略)

2 場外発売場設置者は、その場外発売場の位置、構造及び設備を第5条第2項の国土交通省令で定める基準に適合するように維持しなければならない。

(秩序維持等に関する命令)

第57条 国土交通大臣は、競走場内又は場外発売場内の秩序を維持し、競走の公正又は安全を確保し、その他この法律の施行を確保するため必要があると認めるときは、施行者、競走場設置者又は場外発売場設置者に対し、選手の出場又は競走場若しくは場外発売場の貸借に関する条件を適正にすべき旨の命令、競走場若しくは場外発売場を修理し、改造し、又は移転すべき旨の命令その他必要な命令をすることができる。

(競走の開催の停止等)

第58条 (略)

2 国土交通大臣は、競走場設置者若しくは場外発売場設置者又はその役員が、この法律若しくはこの法律に基づく命令若しくはこれらに基づく処分に違反し、又はその関係する競走につき公益に反し、若しくは公益に反するおそれのある行為をしたときは、当該競走場設置者又は当該場外発売場設置者に対し、その業務を停止し、若しくは制限し、又は当該役員を解任すべき旨を命ずることができる。

3 (略)

(競走場等の設置等の許可の取消し)

第59条 国土交通大臣は、競走場設置者又は場外発売場設置者が前条第2項の規定による命令に違反したときは、当該競走場又は当該場外発売場の設置又は移転の許可を取り消すことができる。

○ モーターボート競走法施行規則（昭和26年7月9日運輸省令第59号）（抜粋）

(場外発売場の設置等の許可の申請)

第11条 法第5条第1項の規定により場外発売場の設置又は移転の許可を受けようとする者は、次に掲げる事項を記載した申請書を国土交通大臣に提出しなければならない。

- 一 申請者の氏名又は名称及び住所並びに法人にあつては代表者の氏名
- 二 場外発売場の設置又は移転を必要とする事由
- 三 場外発売場の所在地
- 四 場外発売場の構造及び設備の概要
- 五 場外発売場を中心とする交通機関の状況
- 六 場外発売場の建設費の見積額及びその調達方法
- 七 場外発売場の建設工事の開始及び完了の予定年月日
- 八 その他必要な事項

2 前項の申請書には、次に掲げる書類を添付しなければならない。

- 一 場外発売場付近の見取図（場外発売場の周辺から1000メートルの区域内にある文教施設及び医療施設については、その位置及び名称を明記すること。）
- 二 場外発売場の設備の構造図及び配置図（1000分の1以上の縮尺による。）
- 三 申請者が当該施設を使用する権原を有するか、又はこれを確実に取得することができることを証明する書類
- 四 場外発売場の経営に関する収支見積書
- 五 施行者の委託を受けて舟券の発売等を行う予定であることを証明する書類

(場外発売場の設置等の許可の基準)

第12条 法第5条第2項の国土交通省令で定める基準（払戻金又は返還金の交付のみの用に供す

る施設及び設備の基準を除く。)は、次のとおりとする。

- 一 位置は、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれのない場所であること。
- 二 構造及び設備が入場者を整理するため適当なものであること。
- 三 競走の公正かつ円滑な運営に必要な次に掲げる施設及び設備を有していること。

イ 舟券の発売等の用に供する施設及び設備

ロ 入場者の用に供する施設及び設備

ハ その他管理運営に必要な施設及び設備

四 (略)

2 (略)

### 【資料3 関係通達】

- 場外発売場の設置等の運用について（平成20年2月15日付け国海総第136号海事局長から各地方運輸局長，神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

7 場外発売場設置予定者は，設置許可申請書に省令第2条の7（注1）第2項に定める書類のほか，地元との調整がとれていることを証明する書類及び管轄警察の指導の内容が反映されていることを証明する書類並びに建築確認申請書の写しを添付すること。

（注1）【資料2 関係法令】に掲げる現行のモーターボート競走法施行規則第11条を指す。以下「省令」とは現行のモーターボート競走法施行規則を指す。

- 場外発売場の位置，構造及び設備の基準の運用について（平成20年2月15日付け国海総第139号海事局長から各地方運輸局長，神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

#### 1 場外発売場の基準

場外発売場の基準の運用については，次のとおりとする。

##### (1) 位置（省令第12条第1項第1号）

① 「文教上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は，文教施設から適当な距離を有している，当該設置場所が主たる通学路（学校長が児童又は生徒の登下校の交通安全の確保のために指定した小学校又は中学校の通学路をいう。）に面していないなど総合的に判断して行う。

② 「衛生上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は，医療施設から適当な距離を有している，救急病院又は救急診療所（都道府県知事が救急隊により搬送する医療機関として認定したものをいう。）への救急車の主たる経路に面していないなど総合的に判断して行う。

③ 文教施設とは，学問又は教育を行う施設であり，学校教育法第1条の学校（小学校，中学校，高等学校，中等教育学校，大学，高等専門学校，盲学校，聾学校，養護学校及び幼稚園）及び同法第82条の2の専修学校をいう。

④ 医療施設とは，医療法第1条の5第1項の病院及び同条第2項の診療所（入院施設を有するものに限る。）をいう。

⑤ 「適当な距離」とは，著しい影響を及ぼさない距離をいい，場外発売場の規模，位置，道路状況，周囲の地理的要因等により大きく異なる。

##### (2)～(5) （略）

- 場外発売場の設置等の許可の取扱いについて（平成20年3月28日付け国海総第513号海事局総務課長から各地方運輸局海事振興部長，北陸信越運輸局海事部長，神戸運輸監理部海事振興部長あて通達）（抜粋）

7 局長通達（注2）7の「地元との調整がとれていること」とは，当該場外発売場の所在する自治会等の同意，市町村の長の同意及び市町村の議会が反対を議決していないことをいう。

（注2）前記の平成20年2月15日付け国海総第136号「場外発売場の設置等の運用について」を指す。

本問の地図検索システムによって提供される情報は、「自己統治」の機能に関わる情報とはいえない。また、私的な事柄に関する情報が含まれているが、その対象者が「公職にある人」や「著名人」という問題でもない。したがって、「原告の主張」・「被告の反論」・「あなた自身の見解」それぞれの立場において審査基準論のあれこれを定型的に書くのは、全く不適切である。当該合憲性の結論は、事案に即して個別的・具体的に検討することから導き出される。

今年の問題では、両者のサイドにとってそれぞれヒントとなる主張が問題文の中に書き込まれている。例えば、ユーザーにとっての利便性の向上等は、情報提供側のプラス面として挙げることができる。被告側にとっては、例えば、インターネット上の個人情報の二次利用による被害の拡大である。個別的・具体的検討において最も重要なポイントは、「公道から見える」ことと「インターネット上で見るができる」ことの相違をどのように考えるか、である。

設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。想定される被告側の反論を書く部分では、結論として憲法上のポイントだけを記せばよい。「被告側の反論」では、表現の自由の制約ではなく、営業の自由の制約でしかない、とする主張はあり得る。被告側の反論の詳細な内容や論拠は、「あなた自身の見解」で書くことが求められている。

「あなた自身」の結論や理由を「原告と同じ」あるいは「被告と同じ」と書くだけでは、全く不十分である。X社側あるいは被告側のいずれかと同じ立場に立つにしても、それらとは別の見解を採るにしても、求められているのは、X社側及び被告側それぞれの見解を検討した上で「あなた自身」の結論及びその理由を述べることである。問われるのは、理由の説得力である。

## 〔第2問〕

本問は、国土交通大臣による場外舟券売場の設置許可を、近隣に法科大学院を設置する学校法人X1及び周辺住民X2が争う場面（設問1）、許可が取り消される可能性が生じ、許可を受けた社団法人Aが争う場面（設問2）、T市が場外舟券売場の設置を規制する場面（設問3）という、三つの場面を想定して、第三者の観点から論じさせるものである。類似の法分野（自転車競技法）について近時最高裁判決が下されて注目されたが、本問はもとより、モーターボート競走法に関する特別な知識・理解を問う趣旨ではない。問題文と資料から基本的な事実関係を把握した上で、関係法令を読み解き、行政処分の第三者、行政指導を受けた許可の名宛人、国の法令とは別に条例を定めようとする基礎的な地方公共団体という、それぞれの立場に関わる基本的な法律問題を論じる力を試すものである。本問では、通達を定めて、許可の申請に際し地元同意の取得を求めるといふ、日本でしばしば用いられてきた行政手法を法律論に織り込むことも要求される。また、設問3では、日頃具体的な事例と法令を読んで解釈論を勉強していれば十分対応できる範囲で、立法論に論及することも求めている。

設問1は、X1及びX2による取消訴訟の訴訟要件のうち、原告適格を論じさせる問題である。まず、行政事件訴訟法の条文と判例を踏まえ、いかなる判断枠組みにより、いわゆる行政処分の第三者の原告適格を判断すべきかを明らかにしなければならない。そして、モーターボート競走法上、法律の趣旨を定める規定や許可の根拠規定などは、場外発売場内の秩序や競走の公正・安全以外には、具体的に保護法益を特定していないこと、同法施行規則は、文教上の利益を保護しているが、個別の文教施設を保護する趣旨を明確にしていないことなどを、具体的な条文を挙げて示すことが求められる。一定の距離内の文教施設を許可の申請書類に記載することを求める同法施行規則の規定や、様々な内容の関係通達が、原告適格を認める根拠又は手掛かりにならないかという点も、検討する必要がある。その上で、本件施設の規模、開場される期間・時間、距離関係や位置関係などから想定されるX1及びX2の不利益の内容・程度など、さらに、X1及びX2が特定の利益を代表して主張する適格性などを考慮して、原告適格を根拠付けられないかを、判断することが求められる。

設問2(1)は、行政訴訟としてAがどのような請求を立てることが最も適切かを問う問題である。想定されている状況において、取消措置の可能性を除去するというAの目的を最も直接的に実現する訴えは、本件許可を取り消す処分差止めを求める抗告訴訟と考えられる。もう一つ、要求措置を対象にする何らかの当事者訴訟又は抗告訴訟を候補として具体的に挙げて、訴訟要件が満たされるか、及びAの目的を実現するために適切な請求かという点を、比較しながら検討することが求められる。

設問2(2)は、行政実体法及び広義の行政手続に関わる問題を基礎から一つ一つ検討して解きほぐし、最終的に、本件許可を取り消す処分の適法性を判断するように求めるものである。まず、法令の文言や、刑法上の違法性を阻却するという許可の性質などを考慮して、国土交通大臣による許可・不許可の判断に裁量が認められるかを検討しなければならない。次に、本件の通達の法的効果は何か、行政手続法上は何に当たるかを示すことが求められる。こうして、通達に定められている地元同意を許可申請に際して求める裁量が、関係法令に照らして認められるか、またどの範囲で認められるかが論点であることを確認することになる。その上で、地元同意の意義と問題点を、コミュニケーションと手続参加の促進、手続の公正性・透明性・明確性などの観点から具体的に検討することが求められる。

以上のような法令解釈及び地元同意に対する評価を踏まえて、地元同意を行政指導として求め得るとどまるのか、地元との十分な協議を経なければ許可を拒否できるか、十分な協議を経ても同意がなければ許可を拒否できるか、協議の不十分さや同意の不存在が許可を拒否する一つの考慮要素になるか、といった点を、どのように判断するか、示さなければならない。そして、本件における許可の取消しの公益性及びAの信頼の要保護性の程度を考慮した場合に、本件許可の取消しが適法か、各人の結論を示すことが要求される。

設問3は、T市が場外舟券売場の設置許可制を条例で定める場合に、配慮すべき点を指摘させる問題である。いろいろな解答があり得るが、第一に、許可後の是正命令、罰則などを条例に定めて実効性を確保する必要性、第二に、住民、利害関係者、専門家などが参加して周辺環境との調和について判断する手続を構築する必要性、第三に、モーターボート競走法や建築基準法など国の法律と条例とが抵触しないか、検討する必要性など、豊かな着想で指摘することが期待される。

なお、設問のうち、設問1と設問2(2)においては、事実関係、関係法令の解釈及び行政法の一般理論を総合して、論理的かつ説得的に筋道を示した解答を期待しているのに対し、設問2(1)と設問3では、ポイントを的確かつ簡潔に示すことを要求することとどめている。こうした出題の趣旨を十分に理解して受験者が実力を発揮できるように、昨年に続き本年も各設問の配点割合を明示することとした。

## 【民事系科目】

### 〔第1問〕

本問は、不動産賃貸業を営むAが賃借している建物とその敷地について複数の取引が行われた後、Aが事実上倒産した状態となり、その頃その建物のエレベーター内で人が転倒し骨折するという事故が生じた事例に関して、民法上の問題についての基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である。具体的な事実を法的な観点から評価し構成する能力、具体的な事実関係に即して民法上の問題を考察する能力及び論理的に一貫した論述をする能力などを試すものである。

設問1は、小問(1)において、不当利得制度とその要件についての理解及び法的構成能力と、具体的な事案において存在する諸事実を各々の要件に結び付けて意味付ける能力を試すとともに、小問(2)において、敷金返還請求権を放棄する合意の意味を踏まえて、敷金返還請求権を放棄することの詐害行為性についての検討を求めることにより、責任財産保全制度に関

## 平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第2問）

### 1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を、参照いただきたい。

### 2 採点方針

採点に当たり重視していることは、①事案を正確に把握し、問いに対して的確に答え、解釈論のみならず立法論についても基礎的な知識を活かして相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、②法的な論述に慣れ、分かりやすく、かつ、受験者の思考の跡を採点者が追うことができるような文章を書いているか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

### 3 答案に求められる水準

#### (1) 設問1

最高裁による原告適格の一般的な判断基準を引用し、法律がある利益を専ら一般の公益として保護しているのか、個々人の個別的利益としても保護しているのかという点が問題になりやすいことを、一般論として記述しているだけの答案については、一応の水準の答案と判定した。この問題に焦点を当てて本件のX1・X2の利益ないし不利益を具体的に分析し、原告適格を論じることができているかどうかで、優秀度ないしは良好度の高さを判定した。

また、行政事件訴訟法第9条第2項に言及し、関係する省令と通達の定めを、専ら同項にいう法律の「関係法令」に当たるか否かという観点から検討し、平板に羅列するだけの答案については、一応の水準の答案と判定した。行政事件訴訟法第9条第2項の規定に従って原告適格を検討する判断枠組みを正確に理解し、処分要件を定める法律と省令の規定との関係、処分要件を定める省令の規定と申請書類を定める省令の規定との関係、処分要件を定める省令の規定とその解釈を示す通達との関係、さらに、法律と地元同意を定める通達との関係を、それぞれ正確に分析して原告適格論と結び付けて論じているかどうかで、優秀度ないしは良好度の高さを判定した。検討に当たっては、まず、「処分の根拠となる法令の規定」として、モーターボート競争法第5条及びその委任を受けた同法施行規則第12条、第11条の規定を確認し、次に、「当該法令の趣旨及び目的」として同法第1条等からうかがわれる同法の趣旨・目的を検討し、さらに、同法と目的を共通にする関連法令が存在するならば、その趣旨・目的を参酌することが不可欠である。

#### (2) 設問2(1)

取消措置（処分）の差止め訴訟を正確に挙げていれば一応の水準の答案、もう一つ検討に値する訴訟を挙げていれば良好な答案、差止め訴訟の適法性及び実効性を、他の訴訟と比較する形で論理的・説得的に論じていれば、優秀な答案とした。

#### (3) 設問2(2)

本件許可に関して法律が行政庁のどのような判断について裁量を認めている可能性があるかを、法律の文言及び趣旨・目的を正確に把握した上で検討できているかどうか、地元同意を求める行政手法の意義と問題点を論じているかどうか、そして、本件許可の取消しの適法性を論じる際に、考慮すべき要素・事情を的確に挙げてい

るかどうかに着目して、優秀度ないしは良好度の高さを判定した。

加えて、「法律は許可をしない行政裁量を認めている」、「通達は直接には外部に対し拘束力をもたない」、「行政指導には限界がある」といった諸命題を、どの程度まで適切に関係付けて論じることができているかに着目して、優秀度ないしは良好度の高さを判定した。法律とそれを適用するための通達との関係を明確にさせないまま、「(法律は不許可処分を行う行政裁量を認めているが、)通達には外部に対する拘束力がないので、行政庁が通達に従うように求めるには行政指導しかできないところ、行政指導に従わない者に対し不許可処分ないし許可取消処分を行うことは違法である。」と帰結するにとどまる答案は、一応の水準の答案と判定した。

#### (4) 設問3

条例の実効性を確保するための具体的な手段を提案できていること、住民、利害関係者、専門家等の参加する協議会、審議会等の利害調整手続を構想できていること、法律と条例の抵触可能性を指摘できていることについて、全て論じてあれば優秀な答案と判定し、一部欠けている答案は良好なものとして評価した。

### 4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

#### (1) 全体的印象

- ・ 字の上手・下手は関係ないが、読みやすさは大切であり、書きなぐった感じの乱雑な(特に乱雑かつ小さい文字を多用している)答案は、読解に非常に難渋した。採点者が判読困難な答案を作成することのないよう、受験者には改善を求めたい。
- ・ 問題文、資料、設問を正確に読んでいない答案、何を聞かれているのか理解していないまま解答をしている答案が見られた。
- ・ 全体として、問題に素直に取り組んで自分の考えを論理的に述べるものが極めて少なく、問題に関係のありそうな事項の記述をランダムに並べるようなものが目立った。
- ・ 特定の設問に力を入れすぎて、時間不足になったと思われる答案や、各設問の分量バランスが悪い答案が見受けられた。設問1、同2(1)はよく書けているが、設問2(2)、同3の順に記述の分量及び質が落ちていく傾向が見られた。
- ・ 多角的に検討を要する論点が多かったため、高得点を得るためには、理解力や、論理的に論述を展開する能力がかなり求められていたように感じられた。
- ・ 論旨が一貫しない答案が少なくない。例えば、原告適格の箇所では全く又はほとんど説明なしに通達が「関係法令」に当たるとしながら、職権取消しの箇所では通達の内部規範性ばかりを強調する答案などである。
- ・ 受験者の得点が高得点から低い点数まで広く分布するなど、行政法に関する受験者の実力を測ることができた問題であったと考える。
- ・ 今回の問題は、資料1(会議録)にも明示して指摘されているモーターボート競争法第5条の規定による許可の特殊性(「刑法第187条の富くじに当たるものの発売等を適法にする法制度である点が、通常の事業の許認可とは違う」)の理解の深さが、採点結果に如実に反映される場所となった。

#### (2) 設問1

- 原告適格の定式まではよく覚えているものの、それに基づく具体的な判断の手法を理解していないと思われ、各法令や通達等の位置付けを説明せず、ただ羅列して強引に結論に至っている答案も多かった。
- モーターボート競走法の規定の趣旨、目的にもほとんど言及せず、いきなり通達が「関係法令」に含まれるとした上、問題文の具体的な事情（本件施設の規模、開場日数、時間帯、距離など）については一切言及しないまま、簡単に原告適格の有無を判断するなど、法的思考能力に疑問を感じさせる答案もあった。
- 用語に関する基本的な誤解が目立つ。例えば、①行政処分の根拠法令に属する省令の規定をも、行政事件訴訟法第9条第2項にいう「関係法令」の一つに挙げる答案、②法科大学院が、「文教施設」ないしは学校教育法第1条にいう「大学」に属しないと述べる答案などである。
- 多くの答案が一定のレベルまでは論じられるような問題で高得点を得るためには、更に深い理解が必要となる。例えば、X1とX2について、それぞれの保護の対象となり得る利益について正確に書けている答案は思いの外少なく、特に、X1については、学生の学習する権利のみを論じているものなども見られた。
- 法令（すなわちモーターボート競走法及び同法施行規則）と通達の違いを考慮せずに、通達について当然に規則と同様に関係法令に該当するとして論じる答案が目立った。
- 通達が法や規則の合理的な解釈を前提として発出されているものである限り、根拠法令の解釈の参考となることは当然であるにもかかわらず、「法令」ではないから一切考慮しないとする答案が比較的多く見られた。
- モーターボート競争法が一定の範囲で処分の相手方以外の者の原告適格を肯定する趣旨であると解する答案の中には、距離に言及する同法施行規則第11条第2項の規定から直ちに結論を導くものが見られた。
- 原告適格と本案の関係が整理できていない答案が目立った。

(3) 設問2(1)

- 訴訟要件を満たすかという観点からの検討が見当たらない答案、「比較検討」がなされていない答案が見られた。
- 確認訴訟については、意味を見だし難い確認訴訟の答案が散見された。
- 訴えの候補例を二つ挙げての比較を求められた場合において、一つは合理的な例でも、もう一方に解答者自身も直ちに消極評価するような例を持ち出して、当然に前者を良しとするのは、一般的に言って適切ではない。
- 「取消措置を受けるおそれを除去する」というAの目的を実現するに適した訴訟として、いきなり国家賠償訴訟を挙げる答案などが見受けられたのは意外であった。
- 「取消措置を受けるおそれを除去するには、」という問題文であるにもかかわらず、「取消措置の取消訴訟」を挙げていた例も見られた。また、「仮の救済は、考慮しなくてよい。」と問題文に付記したにもかかわらず、仮の差止めができるかどうか等を選択の根拠に挙げている例もあった。

(4) 設問2(2)

- 問題文及び会議録等を分析して、質問のポイントを押さえて素直に答えていく姿勢であれば、自ずから比較的高得点が得られるものであるが、知識の量はうか

がわれるのに、会議録等を十分に考慮せずに自分の書きたいことを書いているため、相対的に低い得点にとどまっている答案が少なくなかった。

- ・自治会の同意について申請時の許可要件とすることができるかという観点からの検討自体が全くなされていない答案が予想以上に多かった。また、自治会の同意を考慮するのは他事考慮だから違法と安易に結論付ける答案が多く、自治会の同意を求める手法の意義と問題点について実質的に検討された答案は少なかった。
- ・国土交通大臣がAに対し執り得る措置の範囲ないし限界を検討することが求められているにもかかわらず、取消措置が他事考慮だから違法とするだけで、国土交通大臣がいかなる措置を執り得るのかについて検討されていない答案が見られた。
- ・省令の基準以外の理由で許可を拒否することができるかという問題と、職権取消の可否、行政指導の限界という三つの問題の相互関係が的確に整理できているかどうかで大きく差がついた印象がある。
- ・許可不許可の裁量を認める根拠がどこにあるのか、その限界についてどう考えるのかといった点について、「丁寧」に論述することが求められているのに、裁量の有無などにも触れないで答えを導こうとする答案もあった。
- ・周辺自治会等の同意を求める行政手法について検討した答案は少数であり、これに言及する答案においても当該手法の問題点にまで触れたものは少数であった。
- ・申請に係る許可を拒否する処分が行政手続法上の「不利益処分」に当たるとの前提に立つ答案が見られた（同法第2条第4号口参照）。
- ・少数ながら、感心させられるほど優秀な答案もあった。

(5) 設問3

- ・時間切れとなっている答案を除き、実効性確保、利害調整ともに豊かな着想から設問に食らいついた答案が相当数あり、好印象だった。
- ・比較的多くの受験者が、条例に盛り込むべき事項を複数挙げており、その内容もおおむね正解に近いものであって、全体的な印象は悪くなかったが、法的な問題点に関しては、憲法第94条の条文すら挙げていないものも散見され、問題の所在を正確に理解しているか疑わしい答案も少なくなかった。
- ・立法論的な理解が要求されるものであり、解答に戸惑った者も少なくなかったのではないかと思われる。解答に当たって、具体的な規定について思い描けたかどうかで差の付いたものとなったようである。
- ・自主条例(独自条例)と委任条例との相違を十分に理解できていない答案が目についた。現実の条例に余り接したことがないのではないかという印象を受けた。
- ・「事業者に対して実効性を持ち」、「住民及び事業者の利害を適切に調整できるようにするため」の「①②の規定以外」の規定を聞かれているにもかかわらず、問題の趣旨を理解せず、①②をなぞった規定を書いたり、求められている要請との関係に触れることなく、他に定め得る規定(外観や高さの制限、地域指定等)を挙げたりしていた答案が散見された。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

行政実体法について自分で論理を組み立てる能力、及びその前提となる行政法総論に関する正確な理解を、身に付けられるような教育が法科大学院に求められる。

【平成23年新司法試験公法系第2問（行政法）答案構成例】

第1 設問1

1 本件許可の名宛人でないX1, X2に原告適格は認められるか。

2 「法律上の利益を有する者」とは、基準の明確性の観点から、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害される者をいう。そして、原告の主張する利益が、行訴法9条2項の要素を考慮した上で(同法37条の2第4項)、処分の根拠法規によって一般的公益に吸収解消させるとどまらず、個々人の個別的利益としても保護されている場合、当該利益は法律上保護された利益に当たると解する。

3 X1について

(1) X1…本件施設の来場者が多数利用するであろうP駅へ通ずる県道に面し、Q地から約400mに位置する法科大学院Sを設置している学校法人。

→健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う文教上の利益。

(2) 法令の趣旨目的

・「当該法令」

法1条に文教上の利益に関する具体的定めなし。

法5条の委任を受けた規則11条2項→「当該法令」そのものとして、場外発売場周辺から1000メートルの区域内にある文教施設の位置名称明記。

規則12条1項1号→文教上著しい支障をきたす恐れのない場所。

→位置を限定することで文教上の支障をきたさないようにすることを目的。

・通達の参考可能性

また、通達は行政の内部基準であり、行訴法9条2項の「法令」ではない。

しかし、通達は、法解釈の指針となるもの。

→通達の内容が法の内容と合致する正しいものである限り、「法令」の解釈にあたって、通達の内容を参考にすることはできる。

→下記のとおり、139号通達①、同③、同⑤は法・規則の意味内容を補充・具体化するものであり、法の内容に合致するから、参考にすることは可能。

規則12条1項1号「支障をきたすおそれ」

…文教施設から「適当な距離」(139号通達①)

…「著しい影響を及ぼさない距離」(139号通達⑤)

→距離を保つことによって文教上の施設に影響を及ぼさないことを目的。

(3) 利益の性質等

本件施設のような1年の大半、深夜まで公営ギャンブルを催す大規模かつ複合的な施設。

→多数の来場者が参集することによってその周辺や往復の道路において享樂的な雰囲気や喧騒といった環境を及ぼす。

→日々反復継続して健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う利益は侵害される。

→専門職大学院における高度かつ専門的な教育は静穏な環境の下で実施される必要性が特に高い。

→重大かつ中核的な事業利益の逸失。

(4) 以上のような法令の趣旨目的、侵害される利益の性質等

→法は、位置や距離に着目して、X1の主張する利益を保護する趣旨

⇒位置や距離等を総合考慮の上(139号通達⑤)、法律上保護された利益を必然的に侵害される者として原告適格を肯定できる。

(5) 法科大学院S

→本件施設の来場者が多数利用するであろうP駅へ通ずる県道に面している。

→本件施設利用者の入場、退場に際して享樂的な雰囲気、騒音を全面に受ける。

+Q地から僅か約400mに位置する。

→本件施設の営業そのものによって生じる騒音や喧噪の影響を受ける。

⇒健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う文教上の利益が必然的に侵害される。

⇒X1に原告適格が認められる。

4 X2について

(1) X2…本件施設の来場者が多数利用するであろうP駅へ通ずる県道に面し、Q地から約200mの位置に居住する自治会Rの構成員。

→健全で静穏な生活環境を享受する生活環境上の利益。

(2) 法令の趣旨目的

・「当該法令」

法1条に生活環境上の利益に関する定めなし。

規則11条、同12条に生活環境上の利益に関する定めなし。

・通達の参考可能性

設問2(2)のとおり、法の正しい内容と合致するので、136号通達、51

3号通達を参考にすることは可能。

「地元との調整」(136号通達)

…「自治会等の同意」(513号通達)

→周辺環境に配慮した規定, もっとも, きわめて抽象的であり, 個別具体的保護の目的は見いだせない。

### (3) 損害の性質等

・一般的に, 場外施設が設置, 運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は, 交通, 風紀, 教育など広い意味での生活環境の悪化。

→このような生活環境に関する利益は, 一般的な公益に属する利益。

・その設置, 運営により, 直ちに周辺住民等の生命, 身体の安全や健康が脅かされたり, その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難い。

### (4) 以上のような法令の趣旨目的, 侵害される利益の性質等

→法は, X2が主張する利益を, 一般的公益としては保護しているが, それを超えて個々人の個別的利益としてまでは保護していない趣旨。

→法律上保護された利益にあたらぬ。

⇒X2は「法律上の利益を有する者」にあたらぬ, 原告適格は認められない。

## 第2 設問2 (1)

### 1 考えうる訴訟

(1) 取消措置の未然防止→取消措置の差止訴訟(行訴法3条7項)。

(2) 要求措置は直ちにAの権利義務を確定しない行政指導であり, 「処分」ではない→公法上の当事者訴訟として, 要求措置に従う義務の不存在確認訴訟(行訴法4条後段)。

### 2 各訴訟要件

#### (1) 差止訴訟

ア 国土交通大臣は取消措置を取る可能性を示唆。

→取消措置という「一定の処分」が「されようとしている場合」に当たる(行訴法3条7項)。

イ 「重大な損害」(同法37条の4第1項)につき,

・敷地面積約3万平方メートル, 建物の延べ面積約1万平方メートルで, 舟券投票所等から構成され, 700台を収容する駐車場が設置される。

・平成22年に設置の許可を受けている。

- 大規模かつ複合的な施設。
- 多数の業界（印刷会社や飲食店経営者、食品販売業者、スポーツ用品店等）からなる利害関係者との法的関係が、既に大規模かつ複合的に形成され、設置・営業に向けた各事業が同時並行的に展開。
- 取り消されると、これら大部分の法的関係の形成・発展や各事業の展開は中断又は停止しうる。
- 損害賠償、補償のみならず、事業機会の喪失、信用失墜等の損害も発生する虞。
- ひとたび生じれば、これら損害の回復は困難。
- 処分後の取消訴訟等及び執行停止によっては容易に救済できない損害。
- ⇒「重大な損害」に当たる。

ウ 「他に適当な方法」（同項）がないとき、またその他訴訟要件も満たす。

## (2) 当事者訴訟

### ア 対象選択の適切性

要求措置に従う義務といった原告の現在の義務を対象とするため、対象選択は適切。

### イ 方法選択の適切性

要求措置は行政指導であり、抗告訴訟は提起できない。取消措置の差止訴訟による救済はあり得るが、要求措置に従う義務の不存在確認訴訟は、要求措置の反復といった行政処分以外の処遇上の不利益の予防目的に即した有効適切な争訟方法である。よって、方法選択適切。

### ウ 即時確定の現実的利益

前述のとおり取消措置がなされると重大な損害が発生し、後の時点では実効的な司法救済が得られないため、即時確定の現実的利益もある。

## 3 比較検討（実効性）

当事者訴訟は反復継続的になされている要求措置に従う義務がないことを確定できるものであり、紛争の抜本的解決に資するように見える。しかし、別の理由に基づき取消措置を受ける虞はなお存在する。他方、差止訴訟でも、別の理由に基づく取消措置を受けない虞がまったくないわけではないが、少なくとも、口頭弁論終結前の事情、同一事情・同一理由・同一手続による取消措置はできなくなる（行訴法 38 条 1 項・33 条 1 項）。

→A は A にとって最大の不利益である「取消措置を受けるおそれを除去する」ことを目的としている。

⇒差止訴訟を提起すべき。

### 第3 設問2 (2)

#### 1 取消措置について

取消措置…Rの同意書(513号通達)を取得する要求措置に従わないことを理由に、  
法5条2項の「許可」を取り消すもの。<sup>1</sup>

#### 2 裁量について

(1) 規則12条は、許可の基準として地元の同意とは規定していないが、そもそも、この条文に定められた基準以外の理由で許可を拒否する裁量が認められるか。許可を拒否できないのであれば取消しもできないため問題。

(2) 確かに、刑法第187条の富くじに当たるものの発売等を適法にする法制度→許  
可的性質を有する →効果裁量はないようにみえる。

しかし、「許可をすることができる」(法5条2項)との文言+公営賭博は海事  
に関する事業や観光事業等の振興・地方財政改善等(法1条)という政策的性質を  
有し、統計資料・財政動向等、専門的知見・資料を有しているのは行政+許可に際  
し、期限又は条件を附することができる(法4条5項)。

(3) 基準以外の理由で許可を拒否する(取り消す)広汎な効果裁量が認められる。但  
し、考慮すべきでない事項を考慮し又は過大に評価すべきでない事項を不適切に  
考慮した場合は裁量の逸脱・濫用(行訴法30条参照)として違法。

#### 3 通達及び同意手法について

(1) 通達に定められたことを理由にして、許可を取り消してよいか。通達自体及び通  
達内容が考慮すべきでない事項であれば、それらを考慮した本件取消措置は裁量  
の逸脱・濫用として違法。

#### (2) 通達自体の考慮可能性

通達の法的性質…513号通達は法の委任なく、行政規則。

規則11条・法5条1項→審査基準(行手法5条1項・2条8号  
ロ)。

審査基準たる通達は行政の内部基準であり、法的評価に影響を与えない、但し、法  
の趣旨目的・内容と合致している場合は考慮可能。

---

<sup>1</sup> 法5条2項基準不適合を理由とする取消しではないので、法5条4項・法4条6項に基  
づく取消しではない。また、命令違反を理由とする取消しでもない。法59条違反  
を理由とする取消しでもない。すなわち、明文規定のない職権取消しの問題である。

(3) 通達内容の観点からの考慮可能性（同意手法の意義と問題点）

法の趣旨目的…公営賭博は本来射幸心を煽り、善良な風俗に反するとして禁止されるもの+騒音・享乐的雰囲気など周囲の環境に影響を与える。  
→少なくとも一般的公益として周辺環境との調和を求める趣旨。

通達内容…**問題点**

確かに、直ちに無制約に取り消すならば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。

**意義**

Rの同意を要することで、地元の生活環境に影響を与える施設の設置についての、手続の公平性・透明性の確保や、住民の意思を反映させて紛争を事前に防止する。

(4) 本件は直ちに取り消すものではなく、法の趣旨目的・内容と合致→513号通達を考慮することはできる。

4 取り得る措置の範囲ないし限界

(1) 考慮できるとしても、どこまでの措置を執り得るか、取消しまでできるのか問題。なぜなら、同意がないことを理由に直ちに何らの制約もなく取り消せるのであれば、前述の問題点生じ、過大に評価すべきでない事項を不適切に考慮したことになり裁量の逸脱濫用となるため。

(2) 行政指導の限界

通達の同意書を取得するよう行政指導…直ちに取り消すより、むしろAの利益にもかなう。

但し、要求措置に従わないことを明確に表明している以上、当該行政指導を継続することはできない（行手法32条）。

(3) 職権取消しの限界

ア 前述のとおり要求措置に従わなかったことを理由に取消しはできない。しかし、通達の考慮により周辺環境との調和といった趣旨目的に当初より適っていないことを理由に、法的瑕疵があったとして、職権取消しが可能か。

イ 当初から瑕疵あり→明文ないが法治国家原理の要請として取消し可能。

しかし、前述のとおり無制限に取り消すと違憲の問題。また、Aの信頼保護の要請。

→取消しの目的の公益性・必要性とAの信頼の要保護性を考量して判断。

ウ 本件、前述のとおり、確かにR同意は重要な意義。

しかし、法自体の要請ではない+周辺環境調和は位置基準等でも相当程度図られている。他方、Aが不正を行ったわけではない+前述のとおり、取り消されると重大損害。

(4) 取消しは制限される。

→それにもかかわらず取消措置を執ることは、過大に評価すべきでない事項を不適切に考量した場合に当たり、裁量の逸脱濫用として違法。

#### 第4 設問3

##### 1 実効性確保

(1) 規定の骨子

③「T市長は、場外発売場の施設が周辺環境との調和要件を満たさなくなったと認められる場合、是正命令または許可の取消しをすることができる。」旨の規定。

④是正命令違反等に対する行政罰規定。

(2) 意義

是正命令を自主条例で定める場合、委任条例と異なり、罰則を定めておかないと、義務履行確保手段がなくなる虞がある。

(3) 問題点

罰則を条例で定められるかという問題がある。

##### 2 利害調整

(1) 規定の骨子

法的義務としての説明会、公聴会の開催といった事前手続の規定。

(2) 意義

行政手続法上は、公聴会の開催は努力義務として定められているにすぎず（行手法10条）、利害関係者の申請手続への参加権まで認めたものではない。条例上法的義務とすることで、付近住民や専門家の意見聴取の機会を確保することが可能となる。

(3) 問題点

許認可に際して、どこまで公聴会の内容を考慮できるかは微妙な判断を要する。

3 自主条例自体の問題点

(1) 「法律の範囲内で」(憲法 94 条), 「法令に違反しない限りにおいて」(地方自治法 14 条 1 項) といえるか。

(2) 新たに制定された条例により、すでに許可申請手続を進めていた事業者の権利に重大な制限を課すような場合、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に配慮する義務がある。

以 上

# 司法試験本試験対策ゼミ解説レジュメ

## (平成23年新司法試験公法系第2問(行政法))

担当講師：弁護士 山下大輔

### 第1 設問1

#### 1 原告の主張利益の特定

##### (1) 本件施設について

- ・本件施設…「モーターボート競争の勝舟投票券の場外発売場」。  
→公営ギャンブル。
- ・「敷地面積約3万平方メートル，建物の延べ面積約1万平方メートル」で，「舟券投票所……等から構成され」，「700台を収容する駐車場が設置される」。  
→大規模かつ複合的な施設。
- ・「1年間に350日」，「300日はナイター」が開催され，「開場は午前10時」，「ナイターが開催されない場合は午後4時頃，開催される場合は午後9時頃」。  
⇒多数の来場者が参集することによってその周辺に享樂的な雰囲気や喧騒といった環境を及ぼす。

##### (2) X1について

- …本件施設の来場者が多数利用するであろうP駅へ通ずる県道に面し，Q地から約400mに位置する法科大学院Sを設置している学校法人。  
→健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行う文教上の利益。

##### (3) X2について

- …本件施設の来場者が多数利用するであろうP駅へ通ずる県道に面し，Q地から約200mの位置に居住する自治会Rの構成員。  
→健全で静穏な生活環境を享受する生活環境上の利益。

#### 2 「当該法令」(行訴法9条2項第一文)

##### (1) 問題の所在

通達を原告適格の判断において参考にできるか。

##### (2) 通達の法的性格

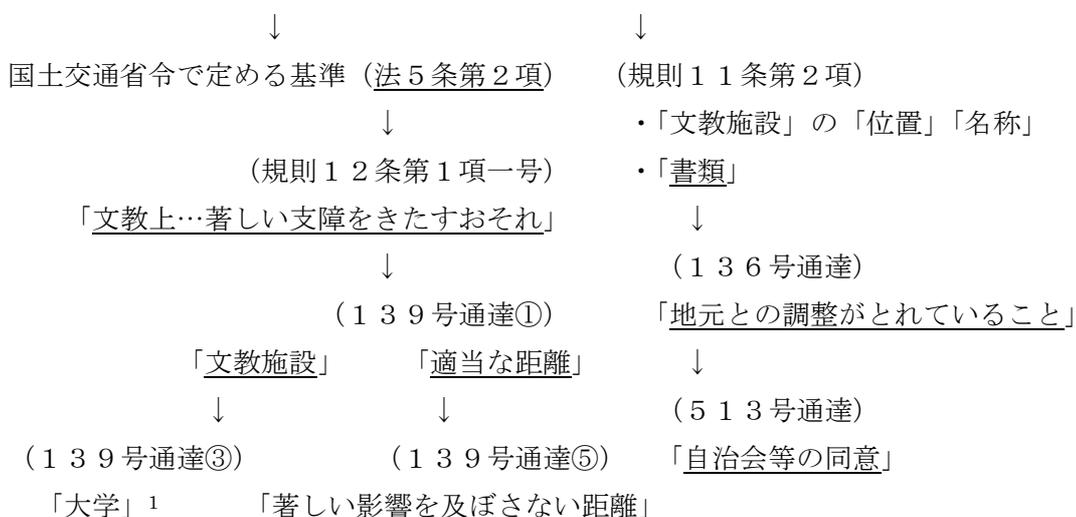
通達は行政規則であり，法令ではないから(最判昭和43年12月24日(行政判例百選I[第7版]55事件))，「当該処分……の根拠となる法令」に当たらないことはもちろん，「関係法令」にも含まれない。

### (3) 通達の参考可能性

しかしながら、一方で通達は、一般的には法令の合理的な解釈運用を助けるものないしは具現化したものであり、合理的な解釈運用に際して考慮される事項は当然に法の趣旨目的に含まれているはずであるから（最判昭和 33 年 3 月 28 日(行政判例百選 I [第 7 版]54 事件)）、通達等の内容を「当該法令の趣旨及び目的」の解釈にあたって参考とすることはできる。

## 2 法令の趣旨目的（法の仕組み）

取消しの対象…「許可」（法 5 条 第 1 項）



## 3 損害の性質等

### (1) 生活環境利益

重要判例大阪高判平成 20 年 3 月 6 日(下記最判の原審)

法……に反する場外施設の設置許可がされた場合、そのような施設に起因する善良な風俗及び生活環境に対する悪影響を直接的に受けるのは、当該場外施設の周辺の一定範囲の地域において居住し又は事業を営む住民に限られ、その被害の程度は、居住地や事業地が当該場外施設に接近するにつれて増大する。また、これらの住民が、当該地域において居住し又は事業を営み続けることにより上記の被害を反復、継続して受けた場合、その被害は、これらの住民

<sup>1</sup>（学校教育法）

97条 大学には、大学院を置くことができる。

99条2項 大学院のうち、学術の理論及び応用を教授研究し、高度の専門性が求められる職業を担うための深い学識及び卓越した能力を培うことを目的とするものは、専門職大学院とする。

（法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律）

2条1項 法科大学院（学校教育法（昭和22年法律第26号）第99条第2項に規定する専門職大学院であって、（略）。

のストレス等の健康被害や生活環境に係る著しい被害にも至りかねず、そのような被害を受けない利益は、一般的公益の中に吸収解消させることが困難なものである。

**重要判例**最判平成 21 年 10 月 15 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]167 事件)

一般的に、場外施設が設置、運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は、交通、風紀、教育など広い意味での生活環境の悪化であって、その設置、運営により、直ちに周辺住民等の生命、身体の安全や健康が脅かされたり、その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難い<sup>2</sup>ところである。そして、このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難……。

……法及び規則が位置基準によって保護しようとしているのは、第一次的には、上記のような不特定多数者の利益であるところ、それは、性質上、一般的公益に属する利益であって、……場外施設の周辺において居住し又は事業（医療施設等に係る事業を除く。）を営むにすぎない者や、医療施設等の利用者は、位置基準を根拠として場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有しない……。

(2) 事業利益

**重要判例**最判平成 21 年 10 月 15 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]167 事件)

……場外施設は、多数の来場者が参集することによってその周辺に享樂的な雰囲気や喧噪といった環境をもたらすものであるから、位置基準は、そのような環境の変化によって周辺の医療施設等の開設者が被る文教又は保健衛生にかかわる業務上の支障について、特に国民の生活に及ぼす影響が大きいものとして、その支障が著しいものである場合に当該場外施設の設置を禁止し当該医療施設等の開設者の行う業務を保護する趣旨をも含む規定であると解することができる。したがって、仮に当該場外施設が設置、運営されることに伴い、その周辺に所在する特定の医療施設等に上記のような著しい支障が生ずるおそれが具体的に認められる場合には、当該場外施設の設置許可が違法とされることもあることとなる。このように、位置基準は、一般的公益を保護する趣旨に加えて、上記のような業務上の支障が具体的に生ずるおそれのある医療施設等の開設者において、健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益を、個々の開設者の個別的利益として保護する趣旨をも含む規定であるというべきである。

……当該医療施設等の開設者が上記の原告適格を有するか否かを判断するに当たっては、当該場外施設が設置、運営された場合にその規模、周辺の交通等の地理的状况等から合理的に予

<sup>2</sup> 下線講師。以下下線部分も同じ。

測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して、当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを、当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置関係を中心として社会通念に照らし合理的に判断すべき……。

なお、原審は、場外施設の設置許可申請書に、敷地の周辺から1000m以内の地域にある医療施設等の位置及び名称を記載した見取図等を添付すべきことを義務付ける定めがあることを一つの根拠として、上記地域において医療等の事業を営む者一般に上記の原告適格を肯定している。確かに、上記見取図は、これに記載された個々の医療施設等に前記のような業務上の支障が生ずるか否かを審査する際の資料の一つとなり得るものではあるが、場外施設の設置、運営が周辺の医療施設等に対して及ぼす影響はその周辺の地理的状況等に応じて様ではなく、上記の定めが上記地域において医療等の事業を営むすべての者の利益を個別的利益としても保護する趣旨を含むとまでは解し難いのであるから、このような地理的状況等は一切問題とすることなく、これらの者すべてに一律に上記の原告適格が認められるとすることはできないものというべきである。

## 第2 設問2 (1)

### 1 会議録等を活用した問題設定

- ・「要求措置を執り続けた場合」に、  
→自治会Rの同意書を改めて提出するように求めた場合に、
- ・「取消措置を受けるおそれを除去する」ための「訴え」。  
→Aが上記同意書を取得できなかった場合の本件許可の取消しを受けるおそれを除去するための訴えについて、
- ・で、「最も適法とされる見込みが高く」、「実効的な訴え」  
→訴訟要件を満たし、本案勝訴判決となった場合の効力を踏まえて、
- ・を「二つ候補を挙げて比較検討」  
→二つ候補を挙げて、比較し、どちらが適切か検討する。
- ・「仮の救済は考慮しなくてよい」  
→その際、訴訟選択自体、又は訴訟選択の理由付けとして、仮の救済を考慮すべきではない。

↓

自治会Rの同意書を改めて提出するように求めた場合に、Aが上記同意書を取得できなかった場合の本件許可の取消しを受けるおそれを除去するための訴えについて、訴訟要件を満たし、本案勝訴判決となった場合の効力を踏まえて、二つ候補を挙げて、比較し、どちらが適切か検討する。その際、訴訟選択自体、又は訴訟選択の理由付けとして、仮の救済を考慮すべきではない。

<sup>3</sup> 設問2 (2) の「丁寧に検討しなさい」との指示との対比及び配点割合からして、簡潔に論述することが求められていることは明らかである。

## 2 具体的検討

### (1) 考え得る訴訟

#### ア 取消措置そのものを対象とする場合

取消措置は未だ発出されていない。

→取消措置の未然防止。

→差止訴訟

#### イ 要求措置を対象とする場合

→①要求措置の取消訴訟←要求措置が処分に当たることが前提。…△<sup>4</sup>

②要求措置の取消訴訟+取消措置の執行停止←仮の救済の考慮はNG。…×

③要求措置に従う義務の不存在確認訴訟←要求措置が処分に当たらなくても認められる可能性が高い。…○

### (2) 訴訟要件について

#### ア 差止訴訟の重大損害要件（「重大な損害を生ずるおそれ」）

…「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する」（最判平成24年2月9日(行政判例百選Ⅱ[第7版]207事件))。

・「敷地面積約3万平方メートル、建物の延べ面積約1万平方メートル」で、「舟券投票所……等から構成され」、「700台を収容する駐車場が設置される」。  
→大規模かつ複合的な施設

・「平成22年」に設置の「許可」を受けている。

→多数の業界（印刷会社や飲食店経営者、食品販売業者、スポーツ用品店等）からなる利害関係者との法的関係が、既に大規模かつ複合的に形成され、設置・営業に向けた各事業が同時並行的に展開。

→取り消されると、これら大部分の法的関係の形成・発展や各事業の展開は中断又は停止しうる。

⇒損害賠償、補償のみならず、事業機会の喪失、信用失墜等の損害も発生する虞。

---

<sup>4</sup> 病院開設中止勧告事件（最判平成17年7月15日(行政判例百選Ⅱ[第7版]160事件))を用いて、処分性を肯定する構成はあり得る。

イ 義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益  
ポイントは、民事訴訟法の確認の利益との異同。<sup>5</sup>

① 確認対象選択の適切性

民事訴訟法

→原告の現在の権利義務や法的地位に引き直した請求であること。

行政法

→原告の現在の権利義務や法的地位に引き直すことによって紛争を適切に解決できない場合は、いわゆるダイレクト・アタックとしての、行政の特定の行為に関する違法性（最大判平成 17 年 9 月 14 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]208 事件)）。

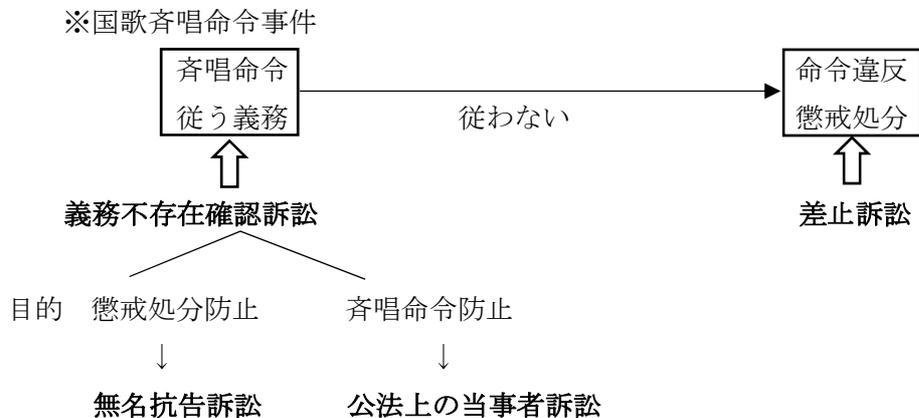
② 確認訴訟という方法選択の適切性（訴訟類型選択の補充性）

民事訴訟法

→抗告訴訟をはじめとする他の訴訟による救済ができないこと。<sup>6</sup>

行政法

→行政処分以外の処遇上の不利益の予防の目的がある場合は、その目的に即した有効適切な争訟方法（上記行政判例百選Ⅱ[第 7 版]207 事件，行政判例百選Ⅱ[第 7 版]208 事件）。



<sup>5</sup> 「民事訴訟における確認の利益を基本としつつ、行政訴訟としての特性にも配慮して判断されるべきであろう。」宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法 [第 3 版]』2011/3/30 有斐閣

<sup>6</sup> 「現在の法律関係に関する訴え」について、当事者訴訟の一種としての確認訴訟を挙げる答案は多く見られた。「現在の法律関係に関する訴え」に当事者訴訟が含まれるのは妥当だが、確認の対象が、例えば、明渡裁決を受けない地位の確認訴訟のように、抗告訴訟との関係の整理がされていない訴訟を挙げる答案が見られた」（令和元年司法試験行政法採点実感）。

③即時確定の現実的必要性（紛争の成熟性）

民事訴訟法

→事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情（長野勤評事件（最判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁）<sup>7)</sup>）。

行政法

→権利利益の重要性・性質、後の時点では実効的な司法救済が得られないかを考慮する（上記行政判例百選Ⅱ[第7版]207事件, 行政判例百選Ⅱ[第7版]208事件）。

(3) 本案勝訴判決の効力について

ア 差止訴訟（行訴法38条1項・33条1項）

- ・口頭弁論終結前の事情，同一事情・理由・手続による取消措置はできない。
- ・「取消措置を受けるおそれを除去する」ことがAにとって最大の関心事。
- ・要求措置自体は今後も継続する虞。

イ 当事者訴訟（行訴法41条1項・33条1項）

- ・反復継続的になされる要求措置+Aは「要求措置に従う意思がないことを表明」。
- 紛争の抜本的解決に資する。
- ・別の理由に基づき取消措置を受ける虞。

第3 設問2（2）

1 会議録等を活用した問題設定

①「関係する法令の定め」

→「施行規則12条は，許可の基準として地元の同意とは規定していない……が，そもそも，この条文に定められた基準以外の理由で許可を拒否できる……か。」

⇒行政裁量論

②「自治会の同意を要求する通達」

→「通達に定められたことを理由にして，許可を拒否してよい……か。」

「通達の法的な性格をはっきりと説明」

「通達の中身について……地元の同意を重視している点」

⇒通達の法的性格と考慮可能性，同意手法の意義と問題点

③「執り得る措置の範囲」

→「地元の同意を重視して……許可の取消しという措置まで執ることができるのか」

「許可の申請に際して地元自治会の同意を得ておくように求める行政手法の意義と問題点」

「Aに対してどこまでの指導，処分といった措置をとることができるのか」

<sup>7</sup> H16 改正行訴法の下では妥当しない。

⇒行政指導の限界

④「執り得る措置の…限界」

→「一度許可をした後で許可を取り消す処分もできることになるの……か。」

⇒職権取消しの限界

↓

施行規則 12 条は、許可の基準として地元の同意とは規定していないが、そもそも、この条文に定められた基準以外の理由で許可を拒否できるか。当該基準以外の理由で拒否することができるとしても、自治会の同意を要求する通達を根拠とする行政指導に従わないことを理由に拒否できるか。また、一度許可した後で許可を拒否（取消し）することまでできるのか。

2 具体的検討

(1) ①行政裁量論

ア 文言

「許可をすることができる」（法 5 条 2 項）。

→基準に適合しない場合でも、許可をしない場合がありうる。

イ 行為の性質

・「刑法第 187 条の富くじに当たるものの発売等を適法にする法制度」。

→本来的自由を一般的に禁止しておき、個別申請に基づき禁止を解除する行為。

→許会的性質を有する<sup>8</sup>。

→効果裁量はないようにみえる（最判昭和 47 年 5 月 19 日（行政判例百選 I [第 7 版]64 事件））。

→複合的な性質を有する場合には、特許的性格を肯定できる（裁量を認める方向に働く）。

→公営賭博は海事に関する事業や観光事業等の振興・地方財政改善等（法 1 条）という政策的性質を有する＋統計資料・財政動向等、専門的知見・資料を有しているのは行政。

ウ 法の仕組み

許可に際し、期限又は条件を附することができる（法 4 条 5 項・法 5 条 4 項）。

⇒文言通り、許可を拒否する効果裁量を肯定できる。

<sup>8</sup> 予備校の解説等では、特許的性格とする解説が多いが、モーターボート競走法の許可につき、東京高裁平成 20 年 4 月 17 日判決は、講学上の特許にあたることとした東京地裁平成 18 年 12 月 20 日を黙示的に変更し、許可の性質を有することとした。

(2) ②通達の法的性格と考慮可能性, 同意手法の意義と問題点

ア 通達の法的性格

・講学上

通達…行政組織の内部で法の解釈を統一するために, 上級行政機関が下級行政機関に対して発する内部基準 (国家行政組織法 14 条 2 項)。

→裁量基準

・実定法上

規則 11 条・法 5 条 1 項

→審査基準 (行手法 5 条 1 項・2 条 8 号ロ)<sup>9</sup>

イ 考慮可能性

**原則** 審査基準たる通達は行政の内部基準であり, 法的評価に影響を与えない。

(上記行政判例百選 I [第 7 版]55 事件)

**例外** 法の趣旨目的・内容と合致している場合は考慮可能。

(上記行政判例百選 I [第 7 版]54 事件)

ウ 同意手法の意義と問題点

(ア) 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。

(イ) 問題点

- ・同意手法の根拠が要綱等, 行政の内部基準である場合, 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。

<sup>9</sup> ※なお, 取消措置を授益的な許可処分 of 取消しとして不利益処分と解し, 通達を処分基準と解するのは誤り (行手法 2 条 4 号ロ)。

(3) ③行政指導の限界<sup>10</sup>

ア 問題の所在

要求措置は、通達に基づく行政指導

→「任意」のものでなければならない（行手法 32 条～34 条）。

イ 任意性について

・折衷説（最判昭和 60 年 7 月 16 日(行政判例百選 I [第 7 版]124 事件))

①行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合

②不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較考量して、不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情)

・主観説（最判平成 5 年 2 月 18 日(行政判例百選 I [第 7 版]98 事件))

行政指導を行うための内部基準の文言，その運用実態から，行政指導に従わざるを得ないといった心理状況に陥らせたか否か

(4) ④職権取消しの限界

ア 意義

行政行為に当初から瑕疵があった場合に，当該行政行為を取り消して遡及的に無効とすること

イ 根拠

行政行為の職権取消しは，当該行政行為の成立にあたって原始的瑕疵が存在したところ，これを取り消して瑕疵のない法的状態を回復させるのであるから，法律による特別の根拠は不要（法治国家原理の要請）。

・対象

取消しの場合は違法・不当の両方。

・限界

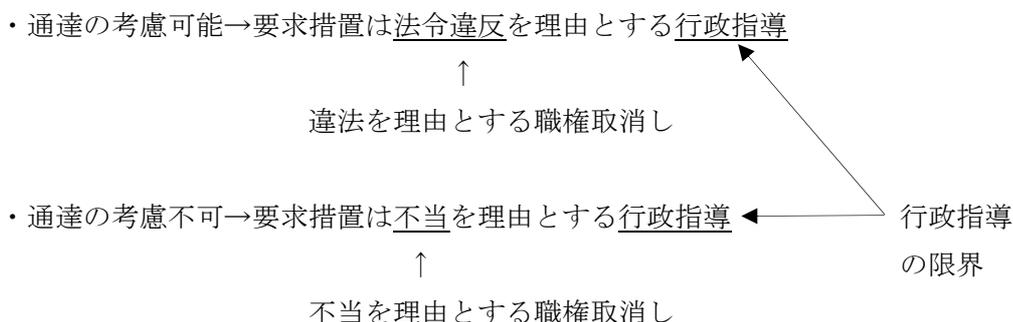
瑕疵ある行政行為を是正することは，本来あるべき法的状態の回復として問題がないように見える。しかし，一度行われた行政行為が事後的に取り消されると，これを有効と信じた者の信頼や法的安定性を害し，権利利益を侵害するおそれがある。

→具体的には，授益的行政処分取消しの場合には，相手方の帰責性等も考慮の上，当該処分の取消しによって相手方が受ける不利益を上回るだけの必要性が認められる場合に取消しが認められる（最判昭和 43 年 11 月 7 日(行政判例百選 I [第 7 版]88 事件))。

---

<sup>10</sup> 平成 28 年司法試験予備試験行政法も参照。

#### (4) 論点相互の関係性



### 第3 設問3<sup>11</sup>

#### 1 会議録等を活用した問題設定

##### (1) 検討課題

###### ① 条例の規定の骨子

前提は、「周辺環境と調和する場合に限り,」「設置」を「許可する」制度。

→㉞事業者に対する「実効性」を確保する制度

㉞「周辺環境と調和」「住民及び事業者の利害を適切に調整」する制度。

###### ② 条例の問題点

##### (2) 検討の視点

P市の実際の紛争を反面教師として、T市において「新たに条例を定め」る場面。  
既存の【関係法令】や【関係通達】、設問の事案をなぞるだけでは不十分かつ不適切。  
【関係法令】や【関係通達】、設問の事案にない制度を想起することが肝要。

#### 2 具体的検討

##### (1) 実効性

###### ア 想起すべき制度

一般に、許認可制度の実効性を確保する制度としては、行政調査、許認可の取消し、中止・是正の命令、行政罰などが考えられる（ハード型行政）。

→うち、行政調査については、設置許可時点では施設内の立入りや調査報告を想定しづらい場面。

→周辺環境との調和要件を明確化し、当該要件を満たさない場合の許可取消し・是正命令、**行政罰**を想起すべき。

###### イ 行政罰について

###### ・意義

是正命令を自主条例で定める場合、委任条例と異なり、罰則を定めておかないと、

<sup>11</sup> 「簡潔に示しなさい」・設問2(2)の「丁寧に検討しなさい」との指示との対比及び配点割合からして、簡潔に論述することが求められていることは明らかである。

義務履行確保手段がなくなる虞がある(最判平成14年7月9日(行政判例百選I[第7版]109事件))。<sup>12</sup>

・問題点

罰則を条例で定められるかという問題がある(最大判昭和37年5月30日(行政判例百選I[第7版]44事件))。

## (2) 利害調整

### ア 想起すべき制度

一般に、許認可に際して付近住民らとの利害調整をする制度としては、行政契約、行政指導、行政手続などが考えられる(ソフト型行政)。

→うち、行政契約については、条例とは別個の法形式によるもの。

→また、行政指導については、行政指導の限界という本問の問題状況と同一の状況になる。

→法的義務としての説明会、公聴会の開催といった事前手続を想起すべき。

### イ 公聴会について

・意義

行政手続法上は、公聴会の開催は努力義務として定められているにすぎず(行手法10条)、利害関係者の申請手続への参加権まで認めたものではない。条例上法的義務とすることで、付近住民や専門家の意見聴取の機会を確保することが可能となる。

・問題点

許認可に際して、どこまで公聴会の内容を考慮できるかは微妙な判断を要する(諮問機関による公聴会につき、(最判昭和50年5月29日(行政判例百選I[第7版]118事件))参照)。

## (3) 自主条例自体の問題点<sup>13</sup>

### ア 最大判昭和50年9月10日(行政判例百選I[第7版]43事件)

「法律の範囲内で」(憲法94条)、「法令に違反しない限りにおいて」(地方自治法14条1項)といえるか。

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

新たに制定された条例により、すでに許可申請手続を進めていた事業者の権利に重大な制限を課すような場合、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に配慮する義務がある。

以上

<sup>12</sup> 行政上の強制執行としての直接強制もできない(行政代執行法1条・2条)。また、専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟もできない。

<sup>13</sup> 法律と条例の関係を論ずる際には、自主条例(法律の委任・授権によらず、地方公共団体の自主法として制定される条例)と委任条例(法律の規定を実施・執行するため、法律の委任を受けて制定される条例)の区別を明確に意識することが肝要である。

### 【参考文献】

- ・北村喜宣 『環境法[第3版]』 2015/3/15 弘文堂
- ・櫻井敬子・橋本博之 『行政法[第3版]』 2011/9/15 弘文堂
- ・宇賀克也 『行政法概説Ⅱ行政救済法 [第3版]』 2011/3/30 有斐閣
- ・淡路剛久・大塚直・北村喜宣編 『環境法判例百選[第2版]』 2011/9/30 有斐閣
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司編 『行政判例百選Ⅰ[第7版]』 2017/11/30 有斐閣
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司編 『行政判例百選Ⅱ[第7版]』 2017/11/30 有斐閣