

論文式試験問題集
[憲法・行政法]

[行政法]

A県は、漁港漁場整備法（以下「法」という。）に基づき、漁港管理者としてB漁港を管理している。B漁港の一部には公共空地（以下「本件公共空地」という。）があり、Cは、A県の執行機関であるA県知事から、本件公共空地の一部（以下「本件敷地」という。）につき、1981年8月1日から2014年7月31日までの期間、3年ごとに法第39条第1項による占有許可（以下「占有許可」とは、同法による占有許可をいう。）を受けてきた。そして、1982年に本件敷地に建物を建築し、現在に至るまでその建物で飲食店を営んでいる。同飲食店は、本件公共空地の近くにあった魚市場の関係者によって利用されていたが、同魚市場は徐々に縮小され、2012年には廃止されて、関係施設も含め完全に撤去されるに至った。現在Cは、観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を継続し、2013年には、客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。他方、A県知事は、魚市場の廃止に伴って、観光客を誘引するために、B漁港その他の県内漁港からの水産物の直売所を本件敷地を含む土地に建設する事業（以下「本件事業」という。）の構想を、2014年の初めに取りまとめた。なお、本件事業は、法第1条にいう漁港漁場整備事業にも、法第39条第2項にいう特定漁港漁場整備事業にも、該当するものではない。

Cは、これまで受けてきた占有許可に引き続き、2014年8月1日からも占有許可を受けるために、本件敷地の占有許可の申請をした。しかし、A県知事は、Cに対する占有許可が本件事業の妨げになることに鑑みて、2014年7月10日付けで占有不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした。Cは、「Cは長期間継続して占有許可を受けてきたので、本件不許可処分は占有許可を撤回する処分と理解すべきである。」という法律論を主張している。A県側は、「法第39条第1項による占有許可をするか否かについて、同条第2項に従って判断すべき場合は、法第1条の定める法の目的を促進する占有に限定されると解釈すべきである。Cによる本件敷地の占有は、法第1条の定める法の目的を促進するものではないので、Cに対し本件敷地の占有許可をするかどうかについては、その実質に照らし、地方自治法第238条の4第7項が行政財産の使用許可について定める基準に従って判断するべきである。」という法律論を主張している。なお、B漁港は、A県の行政財産である。

A県の職員から、Cがなぜ上記のような法律論を主張しているのか、及び、A県側の法律論は認められるかについて、質問を受けた弁護士Dの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。なお、法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]

本件不許可処分を、占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論と、占有許可の撤回処分と理解する法律論とを比べると、後者の法律論は、Cにとってどのような利点があるために、Cが主張していると考えられるか。行政手続法及び行政事件訴訟法の規定も考慮して答えなさい。

[設問2]

- (1) Cによる本件敷地の占有を許可するか否かについて、法第39条第2項に従って判断する法律論と、A県側が主張するように、地方自治法第238条の4第7項の定める基準に従って判断する法律論とを比べると、後者の法律論は、A県側にとってどのような利点があるか。両方の規定の文言及び趣旨を比較して答えなさい。
- (2) 本件において、A県側の上記の法律論は認められるか、検討しなさい。

【資料】漁港漁場整備法（昭和25年法律第137号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため、環境との調和に配慮しつつ、漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し、及び漁港の維持管理を適正にし、もって国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し、あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資することを目的とする。

（漁港の保全）

第39条 漁港の区域内の水域又は公共空地において、（中略）土地の一部の占用（中略）をしようとする者は、漁港管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2 漁港管理者は、前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り、同項の許可をしなければならない。

3～8 （略）

2022年6月23日

担当：弁護士 山下大輔

【関連問題】平成26年度司法試験予備試験

- 1 〔設問1〕の本件不許可処分を占用許可の撤回処分と理解する法律論について、同法律論によると、本件不許可処分はいかなる根拠に基づくか。理由を挙げて論じなさい。

- 2 本件不許可処分後も、Cは本件敷地から立ち退こうとしないため、A県が法39条の2第1項に基づきCの建物の除却命令を発出したが、Cは当該建物を除却せず、立ち退きもせずに営業を継続している。この場合、A県は具体的に何をすべきか。Cとの任意交渉が成功しなかった場合を前提とした強制手段について検討しなさい。

【資料】

(監督処分)

第39条の2 漁港管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、その許可を取り消し、その効力を停止し、若しくはその条件を変更し、又はその行為の中止、工作物若しくは船舶、自動車その他の物件（以下「工作物等」という。）の改築、移転若しくは除却若しくは原状回復を命ずることができる。

- 一 前条第一項又は第五項の規定に違反した者 ※前条第一項とは法39条1項を指す。
(以下略)

- 3 A県知事は本件不許可処分をする際に、Cに対して「Cに対する占用許可が本件事業の妨げになるため。」という理由を提示したものとする。この場合に、本件不許可処分の取消訴訟係属中に、A県が上記理由とは別の理由を追加して本件不許可処分の適法性を主張することは認められるか。検討に際しては、〔設問2〕のCによる本件敷地の占用を許可するか否かについて、法第39条第2項に従って判断する法律論を採用していること、各理由提示の程度は手続法上適法であること、別の理由に基づく不許可処分も本件不許可処分と同一の処分であることを前提に、理由の追加自体が認められるかに絞って検討しなさい。

- 4 本件不許可処分が仮に適法であるとして、Cが営業損失の補償請求をした場合、当該請求は認められるか。なお、損失額は算定しなくてよい。

以 上

2022年6月23日

担当：弁護士 山下大輔

参考解答

第1 設問1

1 占用許可申請拒否処分（以下「処分①」という。）の不利な点

(1) 法令の根拠・要件

処分①は、漁港漁場整備法（以下「法」という。）39条2項を根拠として「漁港の保全に著しく支障を与える」場合等になされる。同要件該当性判断に際して、後記のようなCの信頼保護の要請は働かないため、この点はCにとって不利である。

(2) 行政手続法（以下「行手法」という。）上の規定

処分①は、Cの「申請」（法39条2項参照）を拒否する「処分」（同法5条以下）であるため、A県は処分①に関し、審査基準の設定・公表義務（同5条）を負うが、「聴聞」（同15条以下）は要しない。そのため、A県の判断が独断に陥る可能性があり、Cに防御権行使の機会が保障されないことになり、Cにとって不利である。

(3) 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）上の規定

処分①を取り消しても、占用許可をすべき拘束力（行訴法33条）は生じない。そこで、取消訴訟（同3条2項）と義務付け訴訟（同3条6項2号）を併合提起（同37条の3第3項2号）しなければならない。義務付け訴訟の訴訟要件・本案勝訴要件自体厳格であるし、仮の義務付け（同37条の5第1項）の、「償うことのできない損害」要件も厳格である。Cにとってこれら立証の負担は大きい。

2 許可の撤回処分（以下「処分②」）の利点

(1) 法令の根拠・要件

撤回は占用許可の合目的性の回復であり、撤回される占用許可の根拠たる法39条2項にその撤回権限が内在している。そのため、処分②の根拠・要件も法39条2項である。ただし、Cにとって授益的行政行為である占用許可につき、占用許可を有効と信じたC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。そこで、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Cの不利益とを比較考量して撤回が認められるかどうか決せられる。Cの不利益を比較考量することで、処分①よりもCの救済に適う判断がなされやすくなる点で、Cにとって利点がある。

(2) 行手法上の規定

処分②は、Cに対する「不利益処分」（同法13条1項）のうち、本件敷地を占有できる「資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分」（同項1号ロ）である。そのため、A県は「聴聞」（同15条以下）を行わなければならない。聴聞手続が履践されることにより、処分②に関し、A県の判断が独断に陥ることを防ぎ、Cは自己の防御権を行使することができる点で、Cにとって利点がある。

(3) 行訴法上の規定

占用許可の撤回処分を取り消すことができれば、取消しの効果として撤回処分は当初からなかったことになり、許可処分の効果が残る。そこで、Cは、取消訴訟（同法3条2項）のみ提起すればよく、Cにとっては、処分①の場合よりも負担は小さい。また、執行停止（同25条2項）の「重大な損害」要件も、仮の義務付けの要件と

参考答案

比較して緩やかな要件であり、Cにとって立証の負担は比較的低い。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) 法39条2項に従って判断する法律論（以下「法律論①」という。）の劣後点

ア 裁量について

同条項は、行政庁は漁港の利用を著しく阻害する等、ごく例外の場合を除き、原則として漁港等の敷地の占用を「許可をしなければならない」としている。これは、漁港等の敷地の有効利用が「漁村の振興」（法1条）等に資することを前提に、不許可とできる事由（要件）を限定し、不許可要件を満たさない場合は許可すべきとする趣旨である。そのため、法律論①では、不許可とする場合の要件裁量・効果裁量はいずれも狭く、A県側にとって不利である。

イ 立証責任について

立証責任につき、行訴法は特別の規定を置いていないので、民事訴訟の法律要件分類説に従うと（行訴法7条）、例外的に不許可となる場合の要件事実については、A県側に立証責任がある。しかも、要件も「著しく阻害」、「著しく支障」などと厳格であり、A県側にとって負担は大きい。

(2) 地方自治法（以下「地自法」という。）238条の4第7項に従って判断する法律論（以下「法律論②」という。）の利点

ア 裁量について

行政財産は、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（地自法238条4項）であり、貸付けや売買等は原則認められない（地自法238条の4）。例外的に使用許可できるのは、「用途又は目的を妨げない限度において」（地自法238条の4第7項）であり、その場合も「許可」「できる」と不許可判断の余地を認めている。これら規定は、行政財産は行政目的に使用させることが前提であるから、例外的に許可すべき場合の要件・許可すべきか否かの効果の判断につき、A県側に広汎な裁量を認める趣旨である。この点はA県側にとって利点である。

イ 立証責任について

上記法律要件分類説からすると、例外的に許可となるかどうかは、CがA県側の裁量の逸脱濫用を立証しなければならない。そのため、この点もA県側にとって利点がある。

2 小問(2)

地自法は行政財産一般の適正管理としての使用関係につき定めたものである。他方、法は、漁港の維持管理や国民生活の安定、国民経済の発展、漁村の振興等（法1条）、行政財産一般の適正管理を超えた利益確保のため、漁港漁場という特定の行政財産の使用関係につき定めたものである。これらのことから、前者が一般法、後者が特別法の関係にある。したがって、地自法より法が優先適用される。

よって、地自法が適用されるとするA県側の主張は認められない。

以上

【平成26年度司法試験予備試験 行政法 出題趣旨】

本問は、漁港において公共空地の占有許可を継続的に受けてきた事業者が、引き続き占有許可を申請したところ、不許可処分を受けたという事例に即して、行政手続、行政訴訟及び行政処分の違法事由についての基本的な知識及び理解を試す趣旨の問題である。設問1では、申請拒否処分と不利益処分について行政手続法が定める規律の相違や抗告訴訟で争う場合の行政事件訴訟上の規定の相違及び授益処分の撤回の制限法理について論じること、設問2では、行政財産の目的外使用許可と行政庁の裁量についての理解を前提とした上で、行政庁が占有許可についてどのような法的基準を用いて判断すべきかを、関係規定及び関係制度の文言や趣旨並びに本件の事実関係に照らして論じることが、それぞれ求められている。

2022年6月23日

担当：弁護士 山下大輔

司法試験対策ゼミ解説レジュメ

(平成26年度予備試験行政法)

担当講師：弁護士 山下大輔

第1 設問1

1 申請に対する処分

(1) 申請の意義・要件

「申請」…⑦法令に基づくこと，⑧利益を付与する処分を求める行為，⑨行政庁に諾否の応答義務があるもの（行手法2条3号）。

※⑦は必ずしも明文規定があることを要せず，法令の趣旨から申請権を導き出せばよい。

(2) 申請に対する処分の処分性

申請が行手法2条3項の「申請」に当たれば，申請者にとっては，申請が実体上の要件を満たしている場合には許認可等がなされるという実体上の権利が形成確定され，あるいは申請に対する諾否の応答という手続上の権利が確定されることになるため，申請に対する応答行為は，直接的具体的な法効果が認められる。

(3) 占用許可申請拒否処分

ア 根拠・要件

「前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し，その他漁港の保全に著しく支障を与えるもの」（法39条2項）

イ 行手法上の規定

占用許可申請拒否処分…「申請」を拒否する「処分」（行手法5条以下）

→①審査基準の設定・公開義務（5条），②標準処理期間の設定の努力義務（6条），③申請に対する審査・応答義務（7条），④申請拒否処分の理由の開示義務（8条），⑤情報の提供の努力義務（9条），⑥公聴会の開催の努力義務（10条）⑦共管事務の迅速処理の努力義務（11条）。

ウ 行訴法上の規定

占用許可申請拒否処分を取り消しても，占用許可をすべき拘束力（33条）が生じるわけではなく，占用許可がなされている状態でもない。

→①取消訴訟（3条2項），②義務付け訴訟（3条6項2号）

の併合提起（37条の3第3項2号）+仮の義務付け（37条の5第1項）

2 行政行為の撤回（関連問題1）

(1) 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。

(2) 撤回の制限

ア 法律の根拠の要否

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規定は不要。

ただし、法治主義・法律の留保の原則から、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。

イ 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、撤回県の留保、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。

ウ 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、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、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、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。

(3) 占用許可の撤回処分

ア 根拠・要件

占用許可申請処分と同様。なお、行手法上、授益的行政行為の撤回は「不利益処分」に当たる場合がある。

イ 行手法上の規定

占有許可の撤回処分…不利益処分

→①処分基準の設定・公表の努力義務（12条）、②聴聞又は弁明の機会の付与義務（13条1項）、③理由の提示義務（14条）

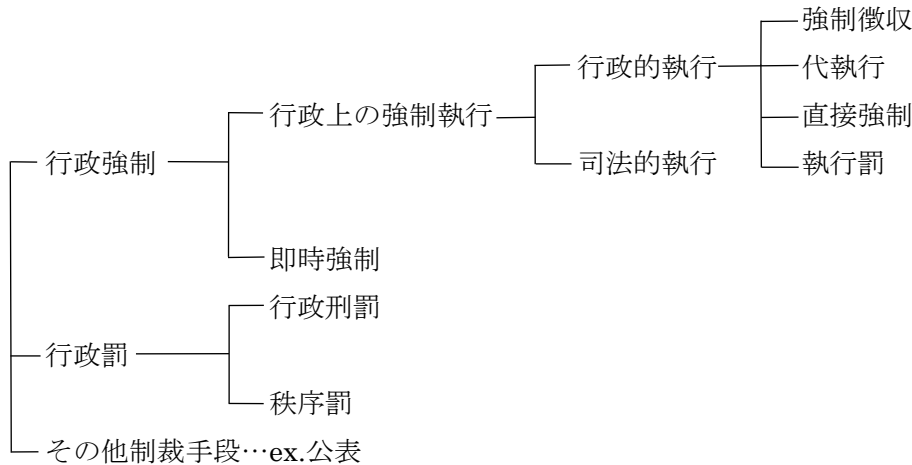
ウ 行訴法上の規定

占有許可の撤回処分を取り消すことができれば、許可処分の効果が残る。

→①取消訴訟（3条2項）の提起+執行停止（25条2項）

3 行政上の強制手段（関連問題2）

(1) 行政上の強制手段



(2) 行政強制

ア 行政上の強制執行

	根拠法	種類	義務	備考
行政的執行	一般法	行政上の強制徴収（国税徴収法）	金銭給付義務の不履行のみ。	地方税も国税徴収法の例による。
		代執行（行政代執行法）	代替的作為義務の不履行のみ。	①文書で戒告②通知③代執行④費用徴収
	個別法	直接強制（成田新法，政令21条）	作為・不作為・代替・非代替問わない。	国民の身体又は財産に直接実力行使をする。
		執行罰（砂防法36条）	代替・非代替問わない。不作為のみ。	金銭納付命令により心理的圧迫を加える。
司法的執行	<ul style="list-style-type: none"> 行政的執行が可能な場合は、司法的執行は許されない¹。 行政的執行ができない場合も、行政権の主体としての司法的執行は許されない²。 			

¹ 最大判昭和41年2月23日(行政判例百選I[第7版]108事件)

² 最判平成14年7月9日(行政判例百選I[第7版]109事件)

イ 即時強制

義務を命ずる暇のない緊急事態や、犯則調査や泥酔者保護のように、義務を命ずることによっては目的を達成し難い場合に、相手方の義務の存在を前提とせずに、行政機関が直接に身体又は財産に対して実力を行使して行政上望ましい状態を実現する作用。

重要判例最大判昭和 41 年 2 月 23 日(行政判例百選 I [第 7 版]108 事件)

農業災害補償法 8 7 条の 2 によれば、農業共済組合は、農作物共済もしくは蚕繭共済にかかる共済掛金又は賦課金を滞納する者がある場合には、督促状により期限を指定してこれを督促することを要し、その督促を受けた者が指定期限までにこれを完納しないときは、市町村に対し、その徴収を請求することができ、市町村は、右請求に応じて地方税の滞納処分の例によりこれを処分すべく、若し市町村が右請求を受けた日から 3 0 日以内にその処分に着手せず、又は 9 0 日以内にこれを終了しないときは、農業共済組合は、都道府県知事の認可を受けて、自ら地方税の滞納処分の例により処分することができることになっており、右徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとされる等、その債権の実現について、特別の便宜が与えられている。また、きよ出金の滞納についても、農業共済基金法 4 6 条により、前示農業災害補償法 8 7 条の 2 の規定が準用され、右と同じ取扱いが認められている。かように、農業共済組合が組合に対して有するこれら債権について、法が一般私法上の債権にみられない特別の取扱いを認めているのは、農業災害に関する共済事業の公共性に鑑み、その事業遂行上必要な財源を確保するためには、農業共済組合が強制加入制のもとにこれに加入する多数の組合員から収納するこれらの金円につき、租税に準ずる簡易迅速な行政上の強制徴収の手段によらしめることが、もつとも適切かつ妥当であるとしたからにほかならない。

論旨は、農業災害補償法 8 7 条の 2 がこれら債権に行政上の強制徴収の手段を認めていることは、これら債権について、一般私法上の債権とひとしく、民訴法上の強制執行の手段をとることを排除する趣旨ではないと主張する。

しかし、農業共済組合が、法律上特にかような独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によってこれら債権の実現を図ることは、前示立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されない…。

重要判例最判平成 14 年 7 月 9 日(行政判例百選 I [第 7 版]109 事件)

行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる…。国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たる…が、国又は

地方公共団体が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は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される…。そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法で定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行…訴…法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、国又は地方公共団体が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は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法…。

(3) 明渡しと除却命令について

ア 問題の所在

代執行は代替的作為義務に限って認められるものであるから、本件敷地の明渡しの代執行はできない。では、除却命令の代執行として、建物等の除却は行えるか。

イ 判例の考え方

参考判例大阪高判昭和40年10月5日

本件庁舎の管理権者たる原告人が、相手方に対する庁舎の使用許可を取消すときは、庁舎の使用関係はこれによつて終了し、原告人が管理権に基いて相手方に対し庁舎の明渡ないし立退きを求めることができ、相手方はこれに応ずべき義務あることはいうまでもないが、右義務は行政代執行によつてその履行の確保が許される行政上の義務ではない。けだし、行政代執行による強制実現が許される義務は、行政代執行法第2条によつて明らかな如く、法律が直接行為を命じた結果による義務であるかまたは行政庁が法律に基き行為を命じた結果に基く義務に限定されているのである。ところで、本件の如き庁舎使用許可取消処分については、処分があれば、庁舎の明渡ないし立退きをなすべき旨を直接命じた法律の規定はない。また右使用許可取消処分は単に庁舎の使用関係を終了せしめるだけで、庁舎の明渡ないし立退きを命じたものではないし、またこれを命じうる権限を与えた法律の規定もないからである。

原告人の相手方に対する前記明渡し、立退き要求は、庁舎管理権に基く事実行為に過ぎないし、また相手方のこれに応ずべき義務は、使用関係の終了に伴い権利主体（茨木市）に対して生ずる公法上の義務であつて、これを以て法律が直接命じた義務とすることはできないのである。…しかのみならず、行政代執行により履行の確保される行政上の義務は、いわゆる「為す義務」たる作為義務のうち代替的なものに限られるのであつて、庁舎の明渡ないし立退きの如き、いわゆる「与える義務」は含まれないものと解すべきである。

これらの義務の強制的実現には実力による占有の解除を必要とするのであつて、法律が直接強

制を許す場合においてのみこれが可能となるのである。

もつとも、抗告人が相手方に対してなした行政代執行の前提たる戒告は、前記の如く、庁舎内にある相手方組合事務所の存置物件の搬出についてであつて、組合事務所の明渡ししないしは立退きについてではないが、組合事務所存置物件の搬出は組合事務所の明渡ししないしは立退き義務の履行に伴う必然的な行為であり、それ自体独立した義務内容をなすものではなく、況んや、法律が直接命じた義務あるいは法律に基づく行政処分により命じた義務でないこと勿論である。従つて、組合事務所の明渡ししないしは立退きについて前記の如く代執行が許されないからといつて、組合事務所存置物件の搬出のみを取り上げ、これが物件の搬出という面では代替的な作為義務に属することの故に、代執行の対象とするが如きことが許されないのは、いうまでもない。

そうであるから、前記庁舎使用許可取消処分に基づき行政代執行は、その執行の範囲を相手方組合事務所内の存置物件搬出に限定すると否とを問はず、行政代執行法2条の要件を欠き違法であるといわなければならない。

右の如き庁舎の明渡ししないしは立退き請求については、庁舎の権利主体たる茨木市より相手方に対し、公法上の法律関係に関する訴えたる、当事者訴訟を提起し、その確定判決に基く強制執行によるか、あるいは仮処分によるなど、民訴法上の強制的実現の方法に出すべきものである。

右庁舎の明渡ししないし立退き請求は、前記の如く公法上の請求権ではあるが、その実質において私法上の賃貸借、使用貸借の終了による返還請求と異るところはないのであるから、民訴法の強制執行ないしは仮処分の規定の類推適用が許されるものと解すべきである。また庁舎所有権に基き、相手方の不法占拠を理由に明渡ししないしは立退きを求める民訴法上の訴えを提起し、あるいは仮処分を求めて、その強制的実現をはかる方法もないではなく、行政代執行を許さないからといつて、不当な結果を生ずるものではない。

参考判例大阪地判平成21年3月25日

…法律により直接又は法律に基づき行政庁により課せられた行政上の義務について、当該義務が任意に履行されない場合に行政代執行によってその履行を確保するためには、① 当該義務が、他人が代わってなすことができるものであること（代替的作為義務であること）、…を具備する必要があることになる。

原告らは、上記①に関し、本件テント等の除却と本件各公園の明渡しとは等価であつて、原告らの占有の喪失は本件代執行の事実上の効果にすぎないなどということとはできないから、本件代執行は、本件各公園の明渡しという本来明渡し訴訟により実現すべき与える債務を強制的に実現するものであり、上記①の要件を満たさず、行政代執行法に違反し違法であると主張する。

しかしながら、前記のとおり、本件除却命令は、各原告に対し、同人らが本件各公園内に設置する物件（本件テント等）を除却する義務を賦課することをその法的効果とする処分にすぎず、それを超えて、本件各公園の敷地である土地の明渡しを命じる趣旨までもを含むものではないと解され、本件除却命令に係る除却命令書の記載からも、このような趣旨を読み取ることはできない。そして、本件除却命令によって賦課される上記義務（本件テント等を除却する義務）自体は、

他人が代わってなすことができるものであること（代替的作為義務であること）は明らかである。

この点、原告らは、本件テント等の設置と原告らによる本件テント等設置に係る区画の敷地である土地の占有とは不可分一体であるから、本件テント等の除却には本件テント等設置に係る区画の敷地である土地の占有の解除が必然的に伴い、これらを分離することはできず、本件代執行は非代替的作為義務につきされたものであると主張し…ている。

確かに、…原告らが本件各公園内に設置した本件テント等は、人の居住空間を提供するに足りる設備及び構造を有するものと推認され、原告らは、本件テント等を単にその起居の場所として利用するにとどまらずその生活の拠点として利用していた事実が認められるのであって、本件テント等の構造、設置の目的、態様及び利用形態等からすれば、原告らは、本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事実上その排他的支配下に置いていたとすることができる。

しかしながら、前記のとおり、本件除却命令は、あくまでも工作物その他の物件又は施設としての本件テント等の除却義務をその原告らに課すものにすぎず、本件テント等の除却によって本件テント等の設置場所ないしその周辺場所に対する原告らの事実上の排他的支配状態が失われることとなるとしても、それは、本件テント等の除却によって生じる事実上の効果にすぎないのであって、これをもって本件テント等の除却命令の法的効果の実現であるということとはできない。のみならず、工作物その他の物件又は施設の設置によって当該物件又は施設の設置場所ないしその周辺場所が事実上その設置者等の排他的支配下に置かれることも少なくないと考えられるところ、そのような場合に当該物件又は施設の除却によって当該場所に対する設置者等の事実上の排他的支配状態の消滅という当該施設等の引渡ししないし明渡しと同等の事実上の効果が生じてしまうことを理由に当該除却命令の代執行が許されないとすると、行政代執行法の適用場面が相当程度限定されたものとなって、行政上の義務の履行確保を原則として行政代執行法による代執行に限定した（1条）同法の趣旨が没却されるものというべきであり、原告らの援用する同法の沿革にかんがみても、そのような限定解釈をすべき特段の理由は見いだせない。したがって、原告らの上記主張は採用することはできない。

また、原告らは、被告が本件代執行に際して多数の被告職員及び民間警備会社の警備員を動員するなど大規模な人的体制を準備していたことなど、本件代執行の態様を客観的に見れば、原告らを排除する強制立ち退きにほかならないなどと主張する。

…上記認定事実によれば、少なくともb公園については、本件代執行において、その設置等に係る本件テント等を除却されたにとどまらず、被告職員や警備員らにより実力をもってその身体を公園外に移動させられるなど、本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を越えて都市公園であるb公園の外に強制的に排除された者が存在する事実が認められる…。

確かに、前記のとおり、都市公園法27条1項に基づく工作物その他の物件又は施設の除却命令の行政代執行法による代執行は、あくまでも、当該物件又は施設の除却を目的とする手続であって、当該物件又は施設の設置者等を当該都市公園から強制的に排除することを目的とした手続でないことはいうまでもない。

しかしながら、行政代執行は、他の手段によっては履行を確保することが困難な行政上の義務

について、その履行を確保するために、法律によって特別に行政庁に認められた手段なのであり、このような行政代執行法の趣旨からすると、行政代執行に際してその義務者等がこれに抵抗するような場合には、行政庁は、行政代執行の目的を円滑かつ確実に実現するために必要最小限度の範囲において実力を行使することも、行政代執行に付随する措置として許容されるものと解される。すなわち、行政代執行は、行政庁が自ら強制的に行政上の義務の履行を確保するための手段として実定法（行政代執行法）が規定する手続であり、このような手続の性格に加えて、実定法上行政代執行が行政上の義務履行確保のための原則的な手段とされた上、他の手段によっては履行を確保することが困難な場合であることがその要件として規定されていることをも併せ考えると、その根拠法令である行政代執行法は、民事執行法6条のような明文の規定を待つまでもなく、代執行に際し抵抗を受けるときは、代執行の目的を円滑かつ確実に実現するために必要最小限度の範囲内で、自ら威力を用い、又は警察官の援助を求めるなどして、実力行使に及ぶことを許容する趣旨のものとして解される。

…以上のような本件代執行における被告の実力行使の態様及び程度等に照らせば、本件代執行に際して被告が用いた実力は、本件除却命令に基づく義務の履行として本件テント等を除却するという行政代執行の目的を円滑かつ確実に実現するために必要最小限度の範囲内…であった…。
…以上のとおりであるから、本件各公園における本件代執行は、前記①の要件を満たす…。

第2 設問2

1 行政財産の目的外使用

(1) 行政財産

公有財産（地自法238条1項）

- 普通財産：行政財産以外の一切の公有財産（地自法238条4項）
→貸付けや売買等が認められる（地自法238条の5）。
- 行政財産：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（地自法238条4項）
→貸付けや売買等は原則認められない（地自法238条の4）。
例外的に「用途又は目的を妨げない限度において」使用許可できる（地自法238条の4第7項）。

(2) 目的外使用許可の裁量

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)

地方公共団体の設置する公立学校は、地方自治法244条にいう「公の施設」として設けられるものであるが、これを構成する物的要素としての学校施設は同法238条4項にいう行政財産である。したがって、公立学校施設をその設置目的である学校教育の目的に使用する場合には、同法

244条の規律に服することになるが、これを設置目的外に使用するためには、同法238条の4第4項に基づく許可が必要である。

…地方自治法238条の4第4項は、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¹と定めており、その趣旨を学校施設の場合に敷えんした学校教育法85条は、学校教育上支障のない限り、学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができると規定している。

…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…。すなわち、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。学校教育上の支障とは、物理的支障に限らず、教育的配慮の観点から、児童、生徒に対し精神的悪影響を与え、学校の教育方針にもとることとなる場合も含まれ、現在の具体的な支障だけでなく、将来における教育上の支障が生ずるおそれが明白に認められる場合も含まれる。また、管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、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。

教職員の職員団体は、教職員を構成員とするとはいえ、その勤務条件の維持改善を図ることを目的とするものであって、学校における教育活動を直接目的とするものではないから、職員団体にとって使用の必要性が大きいからといって、管理者において職員団体の活動のためにする学校施設の使用を受忍し、許容しなければならない義務を負うものではないし、使用を許さないことが学校施設につき管理者が有する裁量権の逸脱又は濫用であると認められるような場合を除いては、その使用不許可が違法となるものでもない。また、従前、同一目的での使用許可申請を物理的支障のない限り許可してきたという運用があったとしても、そのことから直ちに、従前と異なる取扱いをすることが裁量権の濫用となるものではない。もっとも、従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推察させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない。

2 行政事件の主張立証責任³

(1) 意義

弁論主義の下で、当事者が要件事実につき主張立証をしないことにより、その当事者が不利益を受けること。

(2) 主張立証責任に関する学説

- ・公定力説：行政行為は公定力を有し、違法性が推定されるので、原告がその違法性を立証してはじめて違法になる。行政処分⁴の違法を根拠づける事実について、すべて原告が主張立証責任を負う。
- ・法律要件分類説：行政処分の根拠法を権限行使規定と権限不行使規定に分け、前者については権限を行使すべきと主張する者（積極処分では原告）が、後者については権限を行使すべきでないと主張する者（積極処分では原告、消極処分では行政主体）が、それぞれ要件事実につき主張立証責任を負う。民事訴訟法における法律要件分類説にならおうとする考え方。
- ・個別検討説：個別の事案ごとに、当事者の公平・事案の性質・立証の難易などを考慮の上、主張立証責任を決定する。行政法令は民事法のように主張立証責任の分配を前提に立法されておらず、法律要件分類説が妥当しないとの認識に立ち、具体的事案ごとに主張立証せ貴院を合理的に分配するしかないとする。
- ・実質説：行政処分の実質に着目した上で、侵害処分（二重効果処分も同じ）については原則として行政側が主張立証責任を負い、申請拒否処分については、その申請制度における原告の地位を考慮し、自由の回復・社会保障請求権の充足であるときは被告が、資金交付請求であるときは原告が、それぞれ主張立証責任を負う。個別検討説を是としつつ、より具体的な審査基準を設けようとする。

3 理由の追加・差し替え（関連問題3）

(1) 問題の所在

取消訴訟の訴訟物が処分の違法性一般である以上、当事者である行政側は、口頭弁論終結時まで、係争処分が適法であることにつき一切の法律上・事実上の根拠を主張できるはずである。しかし、行政処分に理由付記が要求される場合、取消訴訟の段階になって行政側が処分理由を追加・変更できるとすると、理由付記制度は空洞化してしまう。そこで、取消訴訟において、係争処分をした際に根拠とした理由とは異なる処分理由を、行政側が追加的・交換的に主張することが許されるか。

³ 2につき、櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第3版]』弘文堂 2011/9/15 325頁、326参照

(2) 審理構造と判決効

訴訟物—— 処分の違法性一般 ————— 既判力（民訴法 114 条 1 項）
主要事実—— 処分の理由（処分要件・効果）—— 拘束力（行訴法 33 条 1 項）

(3) 学説及び裁判実務の状況

ア 積極説（裁判実務）

原則として処分理由の追加・差し替えは許される⁴。

∴①理由付記の制度趣旨は、処分の際に処分理由が具体的に記載されて通知されればひとまず実現される。

②訴訟物との関係で、理由の追加・差し替えが制限される根拠はない。

③紛争の一次的解決の要請

新たな理由の追加・差し替えが許されず、そのために本件取消訴訟で請求認容判決がなされても、拘束力の生じない新たな理由に基づいて同一内容の処分をすることができてしまう。

イ 消極説

原則として処分理由の追加・差し替えは許されない。

∴①理由付記の制度趣旨の重要性

②処分の理由によっては処分の同一性を欠く場合があり、その場合は別の処分として構成すべき。仮に処分の同一性を肯定できる場合（それゆえに処分理由の追加・差し替えにすぎない場合）でも、行政が第一次的判断権を行使していない処分要件の有無については差し替えを認めるべきではない。

③新たな理由に基づく再処分の禁止

行政処分の決定基礎資料から無理なく構成できたであろう理由については、その理由を事後に持ち出すことで同一内容の処分を行うことは許されるべきではない。

ウ 有力説

行政の慎重公正判断の要請，原告（国民）の手續保障と紛争解決の実効性との調整をする。

ex. ①不利益処分…原告の利益が訴訟経済を上回るから理由の差し替えを制限する。

②申請拒否処分…原告が求める処分を早期に実現するため、訴訟の中で理由の差し替えを許して争点を一挙に解決する。

⁴ 例外的に許されない場合はどういふ場合かという解釈論は残る。また、積極説であっても、例えば国家公務員に対する懲戒処分や青色申告承認取消処分等の場合に、処分理由の差し替えの主張が、係争処分の同一性を失わせ、もはや別個の処分と評価せざるを得ないケースでは、そのような主張は許されない。理由変更との関係で処分の同一性がどこまで保たれるか、個々の処分に関する法制度上の仕組みに即して解釈する必要がある。

重要判例最判平成 11 年 11 月 19 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]197 事件)

本件条例 9 条 4 項前段が、前記のように非公開決定の通知に併せてその理由を通知すべきものとしているのは、…非公開の理由の有無について実施機関の判断の慎重と公正妥当とを担保してそのし意を抑制するとともに、非公開の理由を公開請求者に知らせることによって、その不服申立てに便宜を与えることを目的としている…。そして、そのような目的は非公開の理由を具体的に記載して通知させること（実際には、非公開決定の通知書にその理由を付記する形で行われる。）自体をもってひとまず実現されるところ、本件条例の規定をみても、右の理由通知の定めが、右の趣旨を超えて、一たび通知書に理由を付記した以上、実施機関が当該理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することを許さないものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はない…。

第 3 関連問題 4

1 根拠

(1) 法 3 9 条 2 項に従って判断する法律論

- ・ A 説：直接、憲法 2 9 条 3 項に基づいて補償請求できる⁵。
- ・ B 説：憲法 2 9 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。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。

参考判例最大判昭和 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つて、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 2 9 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…。

⁵ 実際には条例で公益上の許可取消しの場合の損失補償が規定されている場合が多い。

(2) 地方自治法 238 条の 4 第 7 項に従って判断する法律論

国有財産法⁶ 19 条・24 条の規定を類推適用する。

重要判例最判昭和 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、国有であれ都府有であれ、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府行政財産の使用許可の場合にこれを類推適用すべき…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。…もつとも、…地方自治法 238 条の 4 および 5 は普通財産について補償の規定をもうけているだけで、行政財産についてこれをもうけていないが、そのことは、いまだ前記類推適用を否定する根拠にはならない…。そして、…本件使用許可は期間を定めないものではあるが建物所有を目的とするというのであるから、前叙のところに従い右類推適用が肯定されるべきである。したがつて、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…。

2 補償の要否⁷

(1) 「財産権」に対する

憲法上保障されている財産権(行使)であることが前提となる。

重要判例最判昭和 38 年 6 月 26 日(行政判例百選 II [第 7 版]251 事件)

…ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例 1 条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活

⁶ 国有財産法

(処分等の制限)

第 18 条 1～5 (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(略)の規定は、(略)同条第 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。

⁷ 2 以下では憲法 29 条 3 項の損失補償論を前提とする。

上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負う…。すなわち、ため池の破損，決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は，憲法でも，民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて，憲法，民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく，従つて，これらの行為を条例をもつて禁止，処罰しても憲法および法律に牴触またはこれを逸脱するものとはいえない…。

…本条例は，災害を防止し公共の福祉を保持するためのものであり，その4条2号は，ため池の堤とうを使用する財産上の権利の行使を著しく制限するものではあるが，結局それは，災害を防止し公共の福祉を保持する上に社会生活上已むを得ないものであり，そのような制約は，ため池の堤とうを使用し得る財産権を有する者が当然受忍しなければならない責務というべきものであつて，憲法29条3項の損失補償はこれを必要としない…。

(2) 特別の犠牲

規制目的，規制の強度・期間，既存の利用形態，規制される権利の性質等を考慮し，

①侵害行為の対象が一般的か個別的吗(形式的基準)⁸。

②侵害行為が財産権の本質的内容を侵害するほど強度なものか(実質的基準)。

(3) 行政財産の使用許可の撤回の場合（撤回処分と構成した場合）

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。

重要判例最判昭和49年2月5日(行政判例百選I【第7版】90事件)

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…。

⁸ 「土地利用制限に係る本件事例では、損失補償の要否の判断基準として、権利侵害の一般性・個別性はほとんど問題にならないにもかかわらず、この点のみに紙幅を割いている外的な答えが相当数見られた」（平成24年度本試験採点実感）、「侵害行為の対象が一般的か個別的吗」という形式的基準を前提として、「本件では消防法上の移転命令がXという特定人に対して適用されるから損失補償が必要」と論じる答えが相当数見られた。しかし、この論理を適用すれば、およそあらゆる不利益処分に対して損失補償が必要になってしまうのであつて、本件では、侵害行為の対象が一般的か個別的吗という基準は全く決め手とはならない」（本採点実感），とあり，事案に応じて要件の論証の紙幅・重点の置き方には注意すべきである。

…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…。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、ひつきょ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…。

4 補償の範囲（「正当な補償」の意義）

(1) 損失の内容

ア 財産権補償

(ア) 権利対価補償

(イ) 付随的損失

移転料や移転に伴う営業上の損失等、客観的・社会的にみて通常受ける経済的・財産的損失。

→「正当な補償」が必要。

イ 生活権補償

従前の生活水準を維持するための補償。

→学説は「正当な補償」としては消極に解し、政策上の問題とする。

ウ 精神的損失補償

住み慣れた土地を離れることによる精神的損失、生活の変化に対する不安など、非財産的・非経済的損失。

→判例・学説は「正当な補償」としては消極に解し、政策上の問題とする。

(2) 完全補償・相当補償の意義

ア 完全補償：①権利対価補償のみ 100%（権利対価補償のみ補償の対象となる立場）

②権利対価補償 100%+付随的損失（付随的損失まで含んではじめて完全補償となる立場）

イ 相当補償：①権利対価補償 1%～99%（権利対価補償のみ補償の対象となる立場）

②権利対価補償 1%～100%のみ（付随的損失まで含んではじめて完全補償となる立場）

(3) 判例の整理

ア 「正当な補償」(憲法29条3項)

←相当補償(最大判昭和28年12月23日⁹, 最判平成14年6月11日)

…常に完全補償を要するのではなく、規制目的、規制強度、損失発生の時期、社会的状況に鑑みて相当補償も許容される (ゆえに個別の損失補償規定が相当補償としていたとしても、それのみでは直ちに憲法違反とはならない。)

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)

…憲法29条3項にいうところの財産権を公共の用に供する場合の正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであつて、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない…。けだし財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律で定められるのを本質とするから(憲法29条2項)、公共の福祉を増進し又は維持するため必要ある場合は、財産権の使用収益又は処分の権利にある制限を受けることがあり、また財産権の価格についても特定の制限を受けることがあつて、その自由な取引による価格の成立を認められないこともあるからである。

イ 土地収用法の「補償」(同法71条・72条)

←完全補償(最判昭和48年10月18日, 最判平成14年6月11日)

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)

…土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によつて当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償をなすべきであり、金銭をもつて補償する場合には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要するものというべく、土地収用法72条…は右のような趣旨を明らかにした規定と解すべき…。そして、右の理は、土地が都市計画事業のために収用される場合であつても、何ら、異なるものではなく、この場合、被収用地については、街路計画等施設の計画決定がなされたときには建築基準法44条2項に定める建築制限が、また、都市計画事業決定がなされたときには旧都市計画法11条、同法施行令11条、12条等に定める建築制限が課せられているが、前記のような土地収用における損失補償の趣旨からすれば、被収用者に対し土地収用法72条によつて補償すべき相当な価格とは、被収用地が、右のような建築制限を受けていないとすれば、裁決時において有するであろうと認められる価格をいう…。…法律上右

⁹ 自作農創設による農業の民主化という占領政策の一環として行われた農地買収事案であり、射程は狭いと考えられてきた。しかし、最判平成14年6月11日民集56巻5号958頁が、土地収用法に基づく土地収用の事案につき、本判決を引用し、憲法解釈論としては相当補償説、土地収用法の解釈としては完全補償説を採用した。

のような建築制限に基づく損失を補償する旨の明文の規定は設けられていないが、このことは、単に右の損失に対し独立に補償することを要しないことを意味するに止ま…り、損失補償規定の存在しないことから、右のような建築制限の存する土地の収用による損失を決定するにあたり、当該土地をかかえる建築制限を受けた土地として評価算定すれば足りると解するのは、前記土地収用法の規定の立法趣旨に反し、被収用者に対し不当に低い額の補償を強いることになるのみならず、右土地の近傍にある土地の所有者に比しても著しく不平等な結果を招くことになり、到底許されない…。

以 上

【参考文献】

- ・ 櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第3版]』 弘文堂 2011/9/15
- ・ 宇賀克也 『行政法概説 行政救済法 [第3版]』 有斐閣 2011/3/30
- ・ 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