

論文式試験問題集
[行政法]

〔行政法〕

A市は、A市立保育園設置条例(以下「本件条例1」という。)に基づき、 α 園、 β 園等の5つの市立保育園を設置している地方公共団体である。A市は、令和3年7月、 α 園では保育士等の人材確保が厳しい状況にあること、老朽化し耐震化工事を要する β 園のため、 α 園を取り壊し、 β 園を当該跡地に移転させるべきことを考慮して、令和5年4月から α 園を段階的に募集廃止する方針(以下「本件方針」という)を策定した。本件方針によると、 α 園に現に入所している児童については通常卒園まで在籍することができるようになっている。

前A市長B(以下「B」という。)は、令和4年9月1日、本件方針に基づき、本件条例1の一部を改正し、 α 園について、令和5年度における0歳児募集の廃止をし、令和9年度末をもって廃園とする「A市立保育園設置条例の一部を改正する条例」(以下「本件条例2」という。)の制定に係る議案を令和4年度A市議会(以下「市議会」という。)に提出した。しかし、会期中に同議案の議決に至らないことになったことから、B市長は、同月29日、地方自治法(以下「地自法」という。)179条1項本文に定める「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当するとして、本件条例2を制定する旨の専決処分(以下「本件専決処分」という。)をした。なお、 α 園に現に入所している児童は、本件条例2の施行によっても、本件方針通り、通常卒園まで在籍することができるようになっている。そして、Bは、同年10月、市議会に対し、地自法179条3項に基づいて本件専決処分の報告をして承認を求めたが、市議会が不承認としたことを受け、辞職した。

その後、同年11月に実施されたA市長選挙において、本件条例2を廃止して α 園の0歳児の募集を再開することを公約に掲げて当選したC市長(以下「C」という。)が就任した。Cは、同年12月、「A市立保育園設置条例の一部を改正する条例を廃止する条例」(以下「本件条例3」という。)に係る議案(以下「本件議案」という。)を市議会に提出したが、同市議会は、同議案を否決(以下「本件否決」という。)した。本件否決の議事録から認められる審議内容、本件議案の審議の実態として、本件条例2の賛否が大きく分かれたため、本件専決処分を追認して本件条例2を維持する意思表示が市議会にあったかまでは不明であった。

α 園に第1子である児童を入所させていたXは、同年11月、Cに対し、第2子(当時0歳児)である児童について、令和5年4月1日から本件保育園の利用を希望する利用申請書を提出したが、Cは、同年1月、「希望する施設は該当クラスにおいて募集を行っていないため、その施設利用を不可とする。」旨の不承諾の通知をした。Xは、第2子にとって兄である第1子が既に α 園に入所しているにもかかわらず、第2子が入園できないことに強い不満を抱いた。そこで、Xは、本件専決処分が違法であると主張し、本件専決処分に基づく本件条例2の制定(以下同制定を「本件行為」という。)の取消しを求める訴訟(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)3条2項、以下「本件訴訟」という。)の提起を弁護士に依頼した。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。なお、関係法令等の抜粋を【資料 関係法令等】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件行為が取消訴訟の対象となる「処分」(行訴法3条2項)に当たるか否かについて、想定される反対の見解にも言及しながら論じなさい。

〔設問2〕

本件行為の違法性として、①裁量の逸脱濫用は認められるか、また、②仮に本件専決処分が地自法179条1項本文に定める「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に該当しないとして違法の瑕疵があり、その瑕疵が本件行為の違法事由になるとしても、本件否決により本件行為が有効適法にならないかについて、論じなさい。

検討に際しては、本件訴訟が適法に提起できること、本件専決処分に違法の瑕疵があり、その瑕疵が本件行為の違法事由になることを前提としなさい。なお、法律と条例の関係の問題及び手続上の問題について検討する必要はない。

【資料 関係法令等】

○児童福祉法(昭和22年法律第164号)(抜粋)

第1条 全て児童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育されること、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有する。

第2条 全て国民は、児童が良好な環境において生まれ、かつ、社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない。

2 児童の保護者は、児童を心身ともに健やかに育成することについて第一義的責任を負う。

3 国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。

第3条 前2条に規定するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない。

第7条 この法律で、児童福祉施設とは、(略)保育所(略)とする。

2 (略)

第24条 市町村は、この法律(略)の定めるところにより、保護者の労働又は疾病その他の事由により、その監護すべき乳児、幼児その他の児童について保育を必要とする場合において、(略)当該児童を保育所(略)において保育しなければならない。

2～7 (略)

第35条 1・2 (略)

3 市町村は、(略)あらかじめ、(略)児童福祉施設を設置することができる。

4～12 (略)

第45条 都道府県は、児童福祉施設の設備及び運営について、条例で基準を定めなければならない。この場合において、その基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

2 都道府県が前項の条例を定めるに当たっては、次に掲げる事項については内閣府令で定める基準に従い定めるものと(略)する。※「内閣府令」には厚生省令を含む。

一 児童福祉施設に配置する従業者及びその員数

二・三 (略)

3・4 (略)

5 児童福祉施設の設置者は、第1項の基準を遵守しなければならない。

6 (略)

第46条 都道府県知事は、第45条第1項(略)の基準を維持するため、児童福祉施設の設置者、児童福祉施設の長(略)に対して、必要な報告を求め、(略)職員に、関係者に対して質問させ、若しくはその施設に立ち入り、設備、帳簿書類その他の物件を検査させることができる。

2 (略)

3 都道府県知事は、児童福祉施設の設備又は運営が第45条第1項の基準に達しないときは、その施設の設置者に対し、必要な改善を勧告し、又はその施設の設置者がその勧告に従わず、かつ、児童福祉に有害であると認められるときは、必要な改善を命ずることができる。

4 都道府県知事は、児童福祉施設の設備又は運営が第45条第1項の基準に達せず、かつ、児童福祉に著しく有害であると認められるときは、都道府県児童福祉審議会の意見を聴き、その施設の設置者に対し、その事業の停止を命ずることができる。

第56条の7 市町村は、必要に応じ、公有財産(地方自治法第238条第1項に規定する公有財産をいう。(略))の貸付けその他の必要な措置を積極的に講ずることにより、社会福祉法人その他の多様な事業者の能力を活用した保育所の設置又は運営を促進し、保育の利用に係る供給を効率的かつ計画的に増大させるものとする。

2・3 (略)

○児童福祉施設の設備及び運営に関する基準(昭和23年厚生省令第63号)(抜粋)

(職員)

第33条 保育所には、保育士(略)、嘱託医及び調理員を置かなければならない。(略)

2 保育士の数は、乳児おおむね三人につき1人以上、満1歳以上満3歳に満たない幼児おおむね6人につき1人以上、満3歳以上満4歳に満たない幼児おおむね20人につき1人以上、満4歳以上の幼児おおむね30人につき1人以上とする。ただし、保育所1につき2人を下ることはできない。

○A市立保育園設置条例(昭和39年条例第○号)

第1条 市内に居住する乳幼児の福祉を増進するため、本市に、保育所を設置する。

第2条 市立保育所の名称及び位置は、次のとおりとする。

A市立α園 A市甲区乙1丁目2番地

A市立β園 A市丙区丁3丁目4番地・・・

○A市保育実施条例施行規則(昭和39年規則第○号)

第1条 この規則は、児童福祉法(略)及びA市保育実施条例の施行に関し必要な事項を定める。

第2条 保護者は、保育所に児童の保育を委託しようとするときは、保育所入所申込書を福祉事務所に提出し、その承諾を得なければならない。

2 福祉事務所長は、保育上又は管理上適当でないと認めるときは、前項の承諾をしないことができる。

3 福祉事務所長は、第1項の承諾をする場合、保護者に対し、保育所、保育期間、保育料を明記した入所承諾通知書をもって回答する。

予備試験答案練習会（第1回行政法）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問 1 小問(1)（処分性）	19		0
処分性の定義を判例を踏まえて指摘できている。		1	0
条例制定行為の処分性が否定される一般論を説明できている。		2	0
条例制定行為に処分性を認めた判例を規範として説明できている。		2	0
限られた特定の者に対する法効果が生じ（得）るか検討できている。		2	0
他の処分を待つことなく直ちに具体的な法効果が生じるか、現に入所中、あるいはこれから入所予定の子を持つ親の地位を踏まえて検討している。		8	0
他の訴訟との比較や権利利益の実効的救済の観点を論じている。		4	0
設問 2（裁量の逸脱濫用）	12		0
裁量が認められる対象、裁量の有無及び広狭を理由とともに論じている。		4	0
逸脱濫用の具体的基準を規範として示せている。		2	0
具体的な考慮事項を設定し、当てはめができている。		6	0
設問 2（瑕疵の治癒）	9		0
瑕疵の治癒の定義等を踏まえて、本件否決により本件専決処分の瑕疵が治癒されるのではないかという問題意識を示せている。		2	0
瑕疵の治癒が認められる一般的規範あるいは本問に即した具体的規範を定立できている。		3	0
本問の事情、とりわけ、本件否決がどのような意義を有するかについて論じている。		4	0
裁量点	10		0
合 計	50		0

2026年1月18日実施 講師：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、公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、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い、権利利益の実効的救済等を考慮し判断する。

2 本件行為は、条例の制定行為である。同行為は、地方公共団体が条例制定権(憲法94条1項、地方自治法14条1項)により認められた優越的地位に基づき一方的になすものである。

3(1) 条例制定行為は、地方公共団体の議会が行う立法作用に属し、一般的に処分に当たらないという反対の見解が想定される。しかし、条例制定行為であっても、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により特定個人の権利義務や法的地位に直接影響を及ぼし、行政庁の処分と実質的に同視し得ることができるような例外的場合には、処分性が認められる(横浜市保育所廃止条例事件)。

(2)ア 本件行為は、下記のとおり、α園に現に入所している児童及びその保護者という限られた特定の者の法的地位に影響を与え得る。イ 次に、法は、児童福祉((児童福祉法(以下「法」という。))1条乃至3条)の観点から、効率的に(法56条の7)保育所(法7条)を設置し(法35条)、児童の保育に欠けることがないよう保育を義務とし(法24条)、適切な水準(法45条)を担保する(法46条)。また、保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所や保育期間等を定め、当該保育所の入所承諾等をもって、同期間が満了するまで継続する

(A市保育実施条例施行規則2条)。これらは、特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者に、保育所の受入能力がある限り、あるいは、保育上又は管理上適当でない事由(同条2項)がない限り、保育期間満了まで同保育所における保育を受けることを期待する法的地位を認めるものである。そのため、α園に現に入所している児童及びその保護者も、α園において保育期間が満了するまでの間保育を受けることを期待し得る法的地位を有し、本件行為はこれを奪うという見解が想定される。しかし、本件条例2は、α園への入所募集を段階的に廃止するにとどまり、現に入所中の児童が通常卒園まで在籍することができる措置を講じているから、本件行為によっても上記法的地位を奪うものではない。

また、本件では、令和5年度からα園での保育を受けることを希望する児童及びその保護者は、本件条例2によりその希望を断念せざるを得ず、これらの者の法的地位を奪うという見解も想定される。しかし、そもそも保育所の入所承諾等をもって現に入所している児童又はその保護者ではない以上、これらの者にα園における保育を受けることを期待する法的地位が認められない。そのため、本件行為はこれらの者の法的地位を奪うものでもない。

ウ しかも、本件行為の処分性が否定され、取消訴訟以外の訴訟で本件条例2の制定を違法とする判決がなされた場合、同判決に第三者効(行訴法32条)がないが、いずれα園が廃止することは予定されているから、α園での保育を希望する児童及びその保護者のみとの

関係でα園を存続させ、保育士を稼働させその後廃止するという対応も可能である。そのため、権利利益の実効的救済の観点から、本件行為に処分性を認め、その違法に第三者効を認める必要もない。

4 以上より、本件行為は「処分」に当たらない。

第2 設問2

1 裁量の逸脱濫用(行訴法30条)

(1) 市町村が設置運営する保育所を廃止する旨の条例制定は、財源や人員等の問題等、制定者による政策的判断や地域実情の考慮を要する上、同制定行為は立法行為であることから、同行為につき広範な立法裁量を認めざるを得ない。もっとも、同行為に際し他事考慮や過大考慮があるなど、判断過程が不合理な場合、同行為は社会観念上妥当を欠き裁量の逸脱濫用として違法となる。

(2) 法45条及びその委任を受けた児童福祉施設の設備及び運営に関する基準33条は、保育所に関し保育士等の人員に関する最低基準を設け、法46条は、この基準を満たさない場合の調査や事業停止命令等の権限を都道府県知事等に認めている。これら規定は、保育士等の人員不足により適正な基準を下回る場合、かえって子の安全が害されたり心身の発達を阻害したりするなど子の福祉に有害であることから、保育所設置に際して人員の充足性を重視する趣旨である。それゆえ保育所廃止の判断に際し、人員の充足性は重視すべき事項でありこれを考慮したとしても他事考慮又は過大考慮とはならない。他方、他の保育園の耐震化問題や移転の必要性は、特定の

保育園における施設や人員の基準、ひいては当該保育園における子の福祉とは直接関連しないから、考慮事項又は重視事項ではない。

(3) そのため、同問題や同必要性を考慮することは他事考慮又は過大考慮に当たり、判断過程が不合理であるから、これらを考慮した本件行為は社会観念上妥当を欠き裁量の逸脱濫用として違法となる。

2 本件専決処分の瑕疵の治癒

(1) 違法の瑕疵ある本件専決処分に基づく本件行為も違法無効となる。もっとも、本件行為後にCが、本件条例2を廃止する本件条例3に係る議案を市議会に提出したが、同市議会は、同議案を否決している。このことにより、本件専決処分の瑕疵が治癒されないか。

(2) 市議会における否決という議決は積極的な議会としての意思表示を明確に示すものではないことから、原則としてこれによって瑕疵の治癒があったということはできない。もっとも、本件否決の審議の実態として、明らかに本件専決処分につき市議会により追認し条例を維持する旨の意思表示が認められるような特段の事情がある場合には、本件専決処分の瑕疵は治癒されると解する。

(3) 本件では、本件専決処分を追認し、本件条例2を維持する意思表示が市議会にあったかまでは不明であった。したがって、本件否決の審議の実態として、上記特段の事情があったとはいえず、本件否決によっても本件専決処分の瑕疵は治癒されない。

(4) 以上より、本件専決処分には違法の瑕疵があり、これに基づく本件行為も違法となる。

以上

行政法解説レジュメ

第1 出題趣旨

行政法は、例年、受験生になじみのない法令をもとに、訴訟要件、実体違法等を幅広く問われる傾向にある。平成26年度以降は、設問1で訴訟要件が問われ、設問2で処分の違法性が問われており、相当程度確立した傾向といえる。問題文については、本試験のような会議録等の誘導がないため、自身で法律構成や論点を考える必要がある。また、主張反論形式が続いており、本試験同様、高い答案構成能力が試されている¹。もっとも、設問の形式につき、近年は、「A市は、本件取消訴訟において、本件許可は新計画に適合していること、法第6条に規定する一般廃棄物処理計画の策定及び内容の変更についてはA市長に裁量が認められており、新計画の内容はその裁量の範囲内であること、並びにDに事業遂行能力がある以上、自由な参入を認めざるを得ないことを主張している。これに対し、法第7条第5項第2号及び第3号の各要件に関して、Cは本件許可の違法事由としてどのような主張をすることが考えられるか…。」（同5年度設問2）などのように、何を検討すればよいか悩まなくていいよう検討対象が明らかになっている。

素材としては、重判や百選のみならず、最新の地裁判例等からも出題される傾向にある。また、令和2年度は行政契約の限界、令和3年度は附款の争訟方法、令和4年度は処分の明確性と無効事由の関係が出題されるなど、行政法総論の細かい知識が出題されている。さらに、近年では訴訟要件や違法性の問題について、テーマがいくつかに分かれている。令和5年度では原告適格（行訴法9条2項）・狭義の訴えの利益・本案の問題、令和6年度では原告適格、国家賠償法の違法過失・義務付け訴訟の訴訟要件と本案の問題が出題されている。

上記の出題傾向に鑑み、近年の裁判例を素材に、行政法総論の知識を前提とし、設問1で訴訟要件の問題を主張反論形式で1問、設問2で処分の実体違法を問う問題を2問出題した。また検討対象は極力明確になるようにした。

全体的なテーマは、保育園を廃止する条例制定行為である。いわゆる「保育園落ちた日本死ね!!!」問題から、保育園の拡充・待機児童の解消につき相当程度改善されたが、保育士や教職員の不足、予算の問題、少子化、効率化の観点等から、公立の保育園や学校を廃止する事案もあり、近年注目すべき裁判例も出ているため、出題可能性が高いと考えられる。

設問1では、処分性の問題を出題した。令和5年度から3年連続行訴法9条2項の原告適格が出題されており、やや安直ではあるが令和8年度は処分性の問題が出題される可能性が高いため、処分性の問題を選定した。

設問2では実体違法のうち、裁量の逸脱濫用、瑕疵の治癒に関する問題を出題した。令和元年度から令和4年度にかけて、また令和7年度では、実体違法は若干マイナーな論点や現場思考型の問題が出題されているが、細かい知識を試すというより基本知識と現場思考を

¹ ただし、令和6年度では主張反論形式ではなかった。

試していると思われる。本問でも、瑕疵の治癒に関する細かい処理を試すというより、試験現場で問題点を発見し、論理的に説明・処理していく能力を試している。他方、令和5年度・令和6年度ではオーソドックスな違法性の問題が出題されているため、一般的な裁量の逸脱濫用論も出題している。

第2 設問1

1 法規範定立行為等の処分性

(1) 問題の所在

行政計画・地域指定²や告示³、法規範定立（条例制定）行為⁴等のように、一定（長期）期間、不特定多数（にみえる）者に対して、一般的抽象的法効果を及ぼすに過ぎない（ようにみえる）行政行為については、直接的具体的法効果が否定され得る。

(2) 処理の基準

①個別性・具体性

…個別に権利制限内容や名宛人を特定できるか

②直接性（・具体性）・法効果性

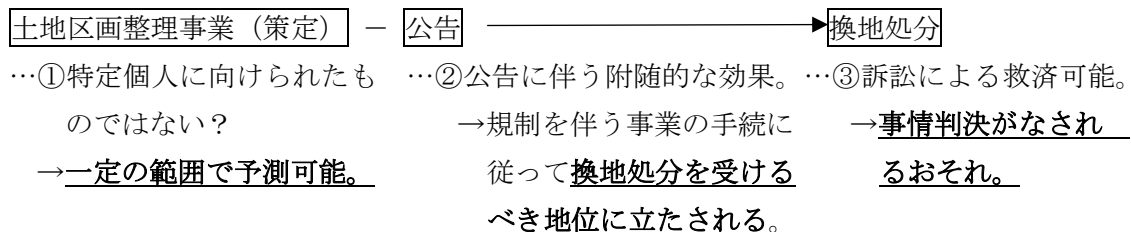
…他に行政処分を待つことなく直ちに具体的な法効果が発生するか

③紛争の成熟性・権利利益の実効的救済

…他の手段や他の処分との関係で、現時点で争わせる必要があるかの観点から検討する。

(3) 行政計画

・最大判平成20年判決



² 平成24年度・令和2年度司法試験，平成27年度予備試験

³ 平成18年度司法試験

⁴ 司法試験プレテスト，平成25年度司法試験

重要判例最大判平成20年9月10日(行政判例百選Ⅱ[第8版]152事件)

市町村は、土地区画整理事業を施行しようとする場合においては、施行規程及び事業計画を定めなければならない(法52条1項)、事業計画が定められた場合においては、市町村長は、遅滞なく、施行者の名称、事業施行期間、施行地区その他国土交通省令で定める事項を公告しなければならない(法55条9項)。そして、この公告がされると、換地処分公告がある日まで、施行地区内において、土地区画整理事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物その他の工作物の新築、改築若しくは増築を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない(法76条1項)、これに違反した者がある場合には、都道府県知事は、当該違反者又はその承継者に対し、当該土地の原状回復等を命ずることができ(同条4項)、この命令に違反した者に対しては刑罰が科される(法140条) …。

また、土地区画整理事業の(中略)事業計画において定める設計の概要については、設計説明書及び設計図を作成して定めなければならない、このうち、設計説明書には、事業施行後における施行地区内の宅地の地積…の合計の事業施行前における施行地区内の宅地の地積の合計に対する割合が記載され…、設計図…には、事業施行後における施行地区内の公共施設等の位置及び形状が、事業施行により新設され又は変更される部分と既設のもので変更されない部分とに区別して表示されることから…、事業計画が決定されると、当該土地区画整理事業の施行によって施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかについて、一定の限度で具体的に予測することが可能になるのである。そして、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るべき地位に立たされるものということができ、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うべきであり、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、既に工事等も進ちよくし、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いい難い。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…。

以上によれば、…土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものといえることができ、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。したがって、上記事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう「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…。

これと異なる趣旨をいう最高裁昭和…41年2月23日大法廷判決…は、…変更すべきである。

(4) 告示⁵

ア 問題の所在

①個別性・具体性

一括指定の段階では具体的にどの道が2項道路に当たるのか、特定行政庁でさえも知らず、特定個人の具体的権利義務に影響を及ぼさない。

⇒個別に名宛人や権利制限内容を特定できない？

②直接性（・具体性）・法効果性

個別指定と異なり、一括指定は告示によるものであり、一括指定の段階では直ちに具体的な私権制限が生じるものではない。

⇒直接的具体的法効果が生じない？

③紛争の成熟性・権利利益の実効的救済

指定に基づく後続の行政処分を争うことができるため規則制定行為を争うべき必要性は乏しい。

⇒現段階で紛争が成熟していない？

⁵ 以下では2項道路一括指定告示を例とする。

イ 判例理論

①個別性・具体性

告示の段階で個別指定と同様，規則の条件に合致するものすべてにつき指定の効果が生じる。

∴④建築確認等の後の手続において2項道路該当性が判断されて初めて指定の効果が生じるとすると，建基法42条2項のみなし規定の文言に明確に反する。

⑤一括指定の指定対象道路が不特定であるとする和不特定な一括指定は無効又は不存在であると言わざるを得ない。

②直接性（・具体性）・法効果性

一括指定により，2項道路に該当する道路の敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（建基法44条），私道の変更又は廃止が制限される（建基法45条）等の具体的な私権の制限を受ける。

③紛争の成熟性・権利利益の実効的救済

地方公共団体が建物除去命令等の具体的な行政処分を行わず，指示や勧告等しか行わない場合，敷地所有者は権利侵害を争う手段はなく，何時までも不安定な権利状態におかれる。しかも，仮に当該所有者が道路部分内に工作物を建築した場合，建基法44条違反として刑事罰を科されるおそれもある（法99条5号）。

重要判例 最判平成14年1月17日(行政判例百選Ⅱ[第8版]149事件)

本件告示は，幅員4m未満1．8m以上の道を一括して2項道路として指定するものであるが，これによって，法第3章の規定が適用されるに至った時点において現に建築物が立ち並んでいる幅員4m未満の道のうち，本件告示の定める幅員1．8m以上の条件に合致するものすべてについて2項道路としての指定がされたこととなり，当該道につき指定の効果が生じる…。原判決は，特定の土地について個別具体的に2項道路の指定をするものではない本件告示自体によって直ちに私権制限が生じるものではない旨をいう。しかしながら，それが，本件告示がされた時点では2項道路の指定の効果が生じていないとする趣旨であれば，結局，本件告示の定める条件に合致する道であっても，個別指定の方法による指定がない限り，特定行政庁による2項道路の指定がないことに帰することとなり，そのような見解は相当とはいえない。

そして，本件告示によって2項道路の指定の効果が生じるものと解する以上，このような指定の効果が及ぶ個々の道は2項道路とされ，その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（法44条），私道の変更又は廃止が制限される（法45条）等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると，特定行政庁による2項道路の指定は，それが一括指定の方法でされた場合であって

も、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる。

したがって、本件告示のような一括指定の方法による2項道路の指定も、…行政処分に当たる…。

(5) 法規範定立（条例制定）行為

形式的には立法作用に属するとしても、当該法令の具体的規定を実質的にみて、①限られた特定の者らに対し、②他に具体的な処分を待つことなく直接的具体的な法効果を及ぼす場合は、③その時点で紛争は成熟しているとして、権利利益の実効的救済の観点から、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定するものに当たると解する。

重要判例最判平成18年7月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]150事件)－否定例

本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである。

重要判例最判平成21年11月26日(行政判例百選Ⅱ[第8版]197事件)－肯定例

市町村は、保護者の労働又は疾病等の事由により、児童の保育に欠けるところがある場合において、その児童の保護者から入所を希望する保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは、希望児童のすべてが入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選考することができること等を除けば、その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている（児童福祉法24条1項～3項）。…児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは、女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って、乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ、その保育所の受入れ能力がある限り、希望どおりの入所を図らなければならないこととして、保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして、前記のとおり、被上告人においては、保育所への入所承諾の際に、保育の実施期間が指定されることになっている。このように、被上告人における保育所の利用関係は、保護者の選択に基づき、保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり、保育の実施の解除がされない限り（同法33条の4参照）、保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると、特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する…。

ところで、公の施設である保育所を廃止するのは、市町村長の担当事務であるが（地方自治法149条7号）、これについては条例をもって定めることが必要とされている（同法244条の2）。条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するから、一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分当たるものでないことはいうまでもないが、本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる。

また、市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が、当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり⁶、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法32条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある。

以上によれば、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる…。

3 本間について

素材判例 東京地裁令和6年2月22日

ア 本件2園に現に入所している児童及びその保護者は、当該保育所において保育の実施期間が満了するまでの間保育を受けることを期待し得る法的地位を有するものの、本件募集廃止条例は、段階的に募集を廃止するにとどまり、本件2園に現に入所している児童については通常卒園まで在籍することができるようにする措置を講じているから…、本件募集廃止条例の制定行為によっても、上記の法的地位が奪われる結果が生ずるとはいえない。

⁶ 本判例は市立保育所を廃止して同保育所を民営化し、引き続き市立保育所の建物等を利用する予定であった。それゆえ、市立保育所の廃止条例の制定行為に処分性、ひいては第三者効を認めないと、実質的に同一の建物、設備、人員につき、原告との関係では市立保育所、その他の児童及び保護者との関係では私立保育所という非両立の関係になり、保育所としての実際の対応に困難を来すことになると考えられる。もっとも、本間では、そのような事案ではなく、いずれα園を廃止するのであるから、上記のような実際の対応に困難を来す非両立の関係はないと考えられる。

イ 保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位は、当該保育所への入所承諾等をもって当該保育所での利用関係が生ずることに伴って初めて取得するものと解するのが相当であるところ、令和5年度から本件2園での保育を受けることを希望する0歳児又はその保護者は、本件募集廃止条例によってその希望を断念せざるを得なくなるという事実上の影響を受けるにすぎず、当該児童又はその保護者について、本件募集廃止条例の制定行為によってその法的地位に直接的な影響があるということとはできない。そして、現に本件保育園で保育を受けているきょうだいが在籍しているとしても、当該児童のきょうだいが本件保育園を利用することができるかどうかは、本件保育園について、当該児童及びそのきょうだいの保護者以外にどの程度その利用を希望する保護者がいるかどうかや、他の保護者の入所指数の大小にもよるのであり、きょうだいが既に本件保育園に在籍している事実は、同一の入所指数の保護者がいた場合において優先的に扱われる事情にすぎず…、現に本件保育園で保育を受けているきょうだいが在籍していることをもって、当該児童のきょうだいが本件保育園における保育を期待し得る法的地位を有していたということとはできない。

ウ 以上に照らせば、本件募集廃止条例の制定行為は、その施行により特定の個人の権利義務や法的地位に直接影響を及ぼし、それが行政庁の処分と実質的に同視し得るような例外的な場合に該当するものということとはできず、処分の取消しの訴えの対象となる処分に該当するとはいえない。そして、本件募集廃止条例の制定行為が処分に該当しないものと解する以上、本件保育園の0歳児募集が廃止されたことは本件募集廃止条例の施行による効果にすぎず、これについても同様に処分に該当するとはいえない。要するに、本件は平成21年最判とは事案を異にするのであって、原告の主張のうち、これと異なる前提に立つものと解される部分は、採用…できない。

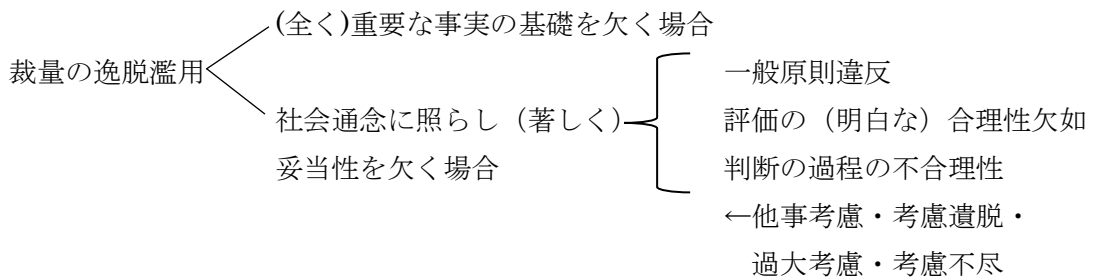
第3 設問2

1 裁量の逸脱濫用論

(1) 問題の所在

A市は、令和3年7月、公立保育園の今後の運営に関し、α園では保育士等の人材確保が厳しい状況にあること、老朽化し耐震化工事を要するβ園のため、α園を取り壊し、β園を当該跡地に移転させるべきことを考慮して、本件方針を策定し、本件方針に基づき本件条例2を制定している。これらの考慮による本件行為が、不合理な判断過程であるとして、社会通念上妥当を欠き、裁量の逸脱濫用として違法とならないか。

(2) 判断枠組み



(2) 立法裁量

重要判例 最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]220事件)

…立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。

素材判例 奈良地判令和2年3月24日

県議会議員は、条例の制定に関しては、原則として、住民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の住民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないから、県議会の条例の制定行為が、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けるのは、当該条例の内容が、憲法又は法律の一義的な文言に違反しているにもかかわらず議会があえてこれを制定する場合や、当該条例の内容が住民に憲法上又は法律上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合等、容易に想定し難いような例外的な場合に限られる…(…最高裁平成17年9月14日大法院判決…参照)。

(3) 審査基準・考慮事項

重要判例 最判平成18年11月2日(行政判例百選Ⅰ[第8版]72事件)

都市計画法は、都市計画について、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと等の基本理念の下で(2条)、都市施設の整備に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを一体的かつ総合的に定めなければならない、当該都市について公害防止計画が定められているときは当該公害防止計画に適合したものでなければならないとし(13条1項柱書き)、

都市施設について、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めることとしているところ（同項5号）、このような基準に従って都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実^{（一）}に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が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、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものであるとして違法となるとすべき…。

重要判例東京高判平成21年1月29日(行政判例百選Ⅱ[第8版]197事件の原審)

…保護者は、やむを得ない事由のない限り保護者の選択した特定の保育所においてその監護下にある児童につき保育の実施を受け、将来の保育期間中にわたって当該保育所での保育の実施を受けるとする利益を有するものである。したがって、この利益がいかなる事由があっても侵害し得ないものと解すべきものとする、市町村は、入所児童が現に存在する保育所を廃止するについて、入所児童の保護者の同意を得られない限りは、これを廃止することができないこととなってしまうが、上記利益をそこまで絶対的に保護されるべきものと解するのは相当ではない。保護者の上記利益は、平成9年改正法において認められるに至ったものであるが、これらの利益が保育所の廃止をも制約するものと解することはできない。上記利益ができる限り尊重されるべきことは当然であるとしても、公の施設であるからには、基本的には住民全体の利益に適う利用がされるべきであり、保育所の利用は長ければ6年間にも及び、当該保育所を取り巻く諸情勢に変化が生じることも避けがたいし、もともと入所時に定める保育期間も入所時における見込期間という性質を持つものであり、市町村の限られた財産の有効利用という視点からすれば、保護者が入所申込時に行う入所希望保育所の申出や、当該保育所において保育の実施を受ける利益の保護を、当該保育所の廃止までをも制約する絶対的なものと解することはできない。

そうすると、市町村の設置運営する保育所の廃止については、設置者による政策的な裁量判断に委ねられているものと解するのが相当であり、保護者の同意が得られない限りその廃止が違法となるとまでは解することはできない。

素材判例 大阪高判令和4年12月13日

…高等学校の設置、管理等に関する現行法制にかんがみれば、実定法上、都道府県は、その樹立する教育政策に基づき、高等学校の設置及び廃止に関する事項をその裁量により決定することができる…と解される。

もともと、上記のとおり、地方公共団体に付与された教育に関する権限とりわけ普通教育及び高等学校教育に関する権限は、国民各自が、1個の人間として、また、1市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、自ら学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していることを背景に、このような学習をする権利に対応し、その充足を図り得る立場にある者の責務としてとらえられるべきものであり、地方公共団体がその教育に関する権限に基づいて樹立、実施する教育政策は、子ども自身の利益の擁護のため及び子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められるものでなければならない…。したがって、高等学校の設置及び廃止に係る教育政策は、教育基本法及び学校教育法（50条、51条等）の趣旨に沿ったものであることはもとより、究極的には高等学校への進学を希望し又は高等学校に在学して学ぶ生徒らの利益の擁護及びその成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるものでなければならないというべきである。のみならず、地方公共団体（都道府県）の設置する高等学校については、現行法令上、生徒は、自ら高等学校を選択志望し、所定の選抜手続を経て当該高等学校の校長により入学を許可されることにより、当該高等学校について在学関係を設定し就学する仕組みが採用されているのであって、高等学校への進学を希望し又は高等学校に在学して学ぶ生徒らの利益を考えるに当たっては、このような観点をも考慮に入れなければならない…。

そうであるとすれば、都道府県による高等学校の設置又は廃止は、当該設置又は廃止に係る当該都道府県の教育政策が、教育基本法の理念や学校教育法（50条、51条等）の趣旨等に照らして著しく不合理であり、高等学校への進学を希望し又は高等学校に在学して学ぶ生徒らの利益を著しく侵害するような場合には、その裁量権を逸脱又は濫用したものとして、違法と評価されるというべきである。

(4) 本問について

素材判例大阪高判令和4年12月13日⁷

…一審原告らは、一審被告が廃校の対象としてa高校を選択したのは、廃校としたa高校の校舎にb高校を移転させ、b高校の校舎の耐震化問題を解決することを目的とし、あるいはそれを考慮したからにほかならないところ、b高校の耐震化の問題を解決するためにa高校そのものを廃止するというのは、本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に入れたもの（明らかな他事考慮）、少なくとも本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価したものであって、不合理であることは明らかである旨主張する。

…上記認定説示したa高校の廃止に係る本件計画の内容に加え、上記認定のb高校の耐震化問題に係る経過事実に鑑みても、一審原告らの主張するように、a高校の校舎にb高校を移転させることにより、b高校の校舎の耐震化問題を解決することを目的として、あるいは、b高校の校舎の耐震化問題の解決を主な考慮要素として、再編の対象校としてa高校を選択したと認めることはできない…。

2 瑕疵の治癒

(1) 問題の所在

本件専決処分は、地自法179条1項本文の「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に当たらず、違法の瑕疵がある処分である。そして、これに基づく本件行為も違法無効となる。もともと、選挙の結果新たに就任したCが、本件条例2を廃止する本件条例3に係る議案を市議会に提出したが、同市議会は、同議案を否決している。このことにより、市議会により実質的に本件条例2の制定の議決があった場合と同様の結果が生じたものであるとか、あるいは市議会により本件専決処分や本件条例2の追認があったと評価し、本件専決処分の瑕疵が治癒されないか。

素材判例東京地裁令和6年2月22日

憲法93条は、「地方自治の本旨」（同法92条）である住民自治の原則を具体化するため、地方公共団体の長、議会の議員を住民が直接選挙することを定め、地自法は、これを受けて、いわゆる首長主義を採用し、議決機関としての議会と執行機関としての長とを共に直接民意に基礎を置く住民の代表機関として対立させ、それぞれその権限を分かち、その自主性を尊重しながら相互の間の均衡と調和とを図るという見

⁷ 裁判所は、a高校の校舎にb高校を移転させることにより、b高校の校舎の耐震化問題を解決することを目的として、あるいは、b高校の校舎の耐震化問題の解決を主な考慮要素としたことを証拠から認定できないとしたのであって、これらが認定できた場合には、原告の主張のとおり他事考慮又は過大考慮に当たると判断したと考えられる。

地に立って、地方自治の運営を図ろうとしている。しかるところ、地自法179条1項本文に規定する長の専決処分は、議会がその本来の機能を発揮し得なくなっている場合に長の執行機能を確保するための制度であり、普通地方公共団体の長と議会との間の調整を図るため、長に対して議会の権限に属する事項を代わって決定する権限を与えるものである。もっとも、長は、議会の権限に属する事項については議会の意思決定に従うのが本来であることからすれば、専決処分は、議会の意思決定を得ようとしても得られない場合に、例外的に長に認められる手段にすぎないものというべきである。そして、地自法179条1項本文の定める専決処分をすることができるとして列挙されているもののうち、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」以外の事由が、いずれも普通地方公共団体の執行機関である長にとって議会の議決を得ることが不可能ないし著しく困難な場合に当たることをも考慮すれば、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」の意味するところについても、議決を欠く事態が出現すれば直ちにこれに当たるというのではなく、法改正との整合性、災害対応その他の公益的見地から客観的に議決をする緊急性が高い事件につき、何らかの事情により議会がその機能を発揮し得なくなっているために、長にとって議会の議決を得ることが社会通念上不可能ないしこれに準ずる程度に困難と認められるときでなければならないものと解する…。

(2) 瑕疵の治癒

ア 意義

行政行為がなされた時点においては瑕疵があったが、その後に生じた事情を理由に、瑕疵なきものとして取り扱い行政行為の効力を維持する理論。

イ 瑕疵の治癒を認める理由

- ①たとえ当初の行政行為を取り消しても、行政庁が再度同一の行政行為を行うことがほぼ確実に予想され、名宛人の権利救済に資する意義は乏しく、他方、行政効率を害する場合がある。
- ②新しい行政行為に対して再度訴訟が提起されれば、訴訟経済の観点からも問題がある。
- ③仮に当該行政行為を信頼した善意の第三者がいる場合には、その者の信頼を保護するためにも、瑕疵の治癒を認めて法的安定を図るという要請が働く。

ウ 限界

当初瑕疵があった以上、その後に事情が生じたとしても、法律による行政の原理から、無制約に瑕疵が治癒されたとみることができない。違反された処分要件の趣旨と瑕疵の内容、事後的に生じた事情の内容を考慮し、行政行為の効力を維持する（瑕疵を不問とする）必要性を具体的に判断し、瑕疵の治癒を認めるか否かを決する。

重要判例最判昭和47年12月5日(行政判例百選I[第8版]82事件)

本件更正の附記理由をみるのに、その更正通知書の理由欄に、係争事業年度所得の加算項目として、(1)営業譲渡補償金計上もれ1155万円、(2)認定利息(代表者)計上もれ1万9839円、清算所得の加算項目として、(3)残余財産価格の違算分4000円、(4)代表者仮払金39万6890円、(5)営業譲渡補償金905万円と記載されている…。所論は、右各項目のうち(1)(5)の記載は、「被上告会社は訴外日興証券株式会社に営業を譲渡した対価として250万円を清算所得に計上していたが、被上告会社代表者…が右訴外会社から受領した借入金300万円、嘱託料290万円、手数料315万円、計905万円も右営業譲渡の対価であるのにこれが脱漏しており、営業譲渡の対価の総額は1155万円と評価されるので、これを加算すること」および「905万円は営業譲渡の対価の債権であること」を端的に要約したものであり、また、(2)(4)の記載は、「被上告会社の前記山田豊に対する仮払金と立替金についての認定利息が1万9839円であること」および「被上告会社の山田豊からの受入未済金が39万6890円であること」を端的に明らかにしたものであると主張する。しかし、(3)を除く前記各加算項目の記載から、右主張のごとき更正理由を理解することはとうてい不可能であり、その記載をもつてしては、更正にかかる金額がいかにして算出されたのか、それがなにゆえに被上告会社の課税所得とされるのか等の具体的根拠を知るに由ないものといわざるをえない。

してみると、処分庁の判断の慎重、合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服申立の便宜を与えることを目的として更正附記理由の記載を命じた前記法人税法の規定の趣旨にかんがみ、本件更正の附記理由には不備の違法があるものというべきである。

…所論は、かりに本件更正の附記理由に不備があるとしても、その瑕疵は、本件審査裁決に理由が附記されたことによつて治癒されたものと解すべきであり、これを認めなかつた原判決は違法であるというのである。

しかし、更正に理由附記を命じた規定の趣旨が前示のとおりであることに徴して考えるならば、処分庁と異なる機関の行為により附記理由不備の瑕疵が治癒されるとすることは、処分そのものの慎重、合理性を確保する目的にそわないばかりでなく、処分の相手方としても、審査裁決によつてはじめて具体的な処分根拠を知らされたのでは、それ以前の審査手続において十分な不服理由を主張することができないという不利益を免れない。そして、更正が附記理由不備のゆえに訴訟で取り消されるときは、更正期間の制限によりあらたな更正をする余地のないことがあるなど処分の相手方の利害に影響を及ぼすのであるから、審査裁決に理由が附記されたからといって、更正を取り消すことが…無意味かつ不必要…ではない。

それゆえ、更正における附記理由不備の瑕疵は、後日これに対する審査裁決において処分の具体的根拠が明らかにされたとしても、…治癒されるものではない…。

エ 本問について

本問では、条例制定の過程における瑕疵がどのような場合に治癒されるかという細かい知識を確認するのではなく、本問の具体的事情に照らし、瑕疵ある本件条例2を廃止する本件条例3を否決するといった、市議会による本件否決がどのような意義を有するか、とりわけ、本件条例2を追認するような市議会の意思表示があるといえるかを、自分なりに説得的に論じることが求められる。

素材判例 東京地裁令和6年2月22日

地自法179条1項本文の要件を満たさない専決処分であっても、本来権限を有する議会が事後において承認を与えた場合には、議会の議決があった場合と同様の結果が生じたものといえるから、専決処分の瑕疵は治癒される…。これに対し、専決処分の承認がされなかった本件のような場合には、承認によるその瑕疵の治癒は生じ得ない。そして、その後の本件否決によって専決処分の瑕疵が治癒されるかについても、否決という議決は積極的な議会としての意思表示を明確に示すものではないことから、本件募集廃止条例と実質的に異なる条例を再度議決し直したような場合と異なり、原則としてこれによって瑕疵の治癒があったということとはできない。しかしながら、本件否決の審議の実態として、明らかに市議会による追認の意思表示が認められるといえるような特段の事情がある場合には、本件専決処分について瑕疵の治癒が認められると解する余地はあり得る…。

本件否決の議事録…から認められる審議内容によっても、市議会が、本件否決によって本件専決処分の瑕疵を治癒し、その内容を追認する明らかな意思表示をしたとまで認めることはできない上、前記のとおり、市議会は、本件募集廃止条例が有効であることを前提に本件募集再開条例の採否を議論しており、無効な本件募集廃止条例を有効なものとすべきか否かという観点から本件募集再開条例に係る議案を審査していたともいえない。むしろ、前記…認定説示したとおり、本件2園の段階的募集廃止に関しては、被告において時間を掛けて慎重な議論がされてきたところであり、意見の分かれる内容であったことも踏まえると、市議会としては、本件2園における令和5年度からの0歳児の募集廃止にも本件募集再開条例の制定にも賛成することができず、まだいずれにも決めることができないという消極的な意思表示をしたにすぎないと見ることも十分に可能といえる…。

…本件募集再開条例に係る議案の審議の実態としても、本件否決によって本件専決処分を追認して改めて本件募集廃止条例を成立させる趣旨の市議会による明らかな意思表示があったと認めることができるような特段の事情までは…ない。

…したがって、本件否決をもって本件募集廃止条例が有効になったとか、本件専決処分に存する瑕疵が治癒されたということとはできないものというほかはない。

以上

【参考文献】

- ・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7版]』 有斐閣 2021/3/30
- ・斎藤誠・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30
- ・斎藤誠・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30

採点講評

(2026 年 1 月 18 日実施 行政法)

担当講師：弁護士 山下大輔

第 1 全体の出来・形式面について

全体の出来は例年に比べて悪かったです。とくに極めて重要な判例知識が不足しているように感じました。また、全体的に条文に即して考える姿勢は身についているものの、具体的な問題文の事情や行政過程を踏まえていない答案が散見されました。

得点分布では、30 点を超える答案が 1 通、25 点を超える答案が 1 通、それぞれありました。他方、極端に低い点数がついた答案はほとんどなく、例年に比べると少なくとも行政法に手をつけていないであろう受講生の数は低かったと考えられます。

第 2 個別の注意点について

1 設問 1 について

まず、処分性の定義について、「国または地方公共団体が行う行為のうち」といった誤った論述が散見されました。正しくは「国又は公共団体が行う行為のうち」であり、「公共団体」は、地方公共団体のみならず、公共組合等を含む概念ですので注意が必要です。

また、条例制定行為の処分性に関し、横浜市保育所廃止条例事件や旧高根町水道条例事件等、受験生にとってもおさえておくべき重要な判例を知らないと推認される答案が散見されたことは意外でした。また、このような判例を知っていても、本問の事案が判例の事案とどう違うかを意識することなく、漫然と判例の判示部分を書き写す答案も一定数あったことは残念でした。予備試験といえども、判示部分を書き写せばそれでよいという問題は過去に一回も出題されていないので、設問をよく読んで問いに答えるという意識を持つことが必要です。

さらに、例年注意しているところですが、基本的に、処分性判断は一般的類型的抽象的になされるべきであり、個別の事情（B 市長が行った行為であるとか、X の地位やその第 2 子の状況等）を踏まえて判断するものではありませんので、今一度注意してください。

2 設問 2①について

同設問中、②の指示を反対解釈し、地自法 179 条 1 項本文の「議会において議決すべき事件を議決しないとき」に当たるか否かのみを検討している答案が散見されました。問われているのは、「本件行為」（条例制定行為）「の違法性」であり、本

件専決処分の違法性ではありません。また、地自法179条1項本文の上記文言該当性判断については、類型的に判断できる法規則性の強い解釈の問題であり、裁量の問題ではありません。さらに、仮にこれを論じる余地があるとしても、同文言に該当せず、本件専決処分に瑕疵があることと、これに基づく条例制定行為の違法性とどのような関係にあるのか（承継関係なのか、先決関係なのかなど。）を一切明らかにすることなく、あるいは、条例制定の際に、どのような事項を考慮して制定に至ったのか、行政の判断過程を問題視することなく本件行為の違法性として論じる答案が散見されました。

予備試験では頼りになる条文や誘導が本試験に比べて少ないため、条例制定行為の裁量という重要論点をあらかじめおさえておくことや、上記のような具体的な行政過程を把握することは問題を解く際に極めて重要になりますので、このような観点からも復習してください。

3 設問2②について

最も苦戦すると予想しましたが、概ね出来は良かったです。まず瑕疵の治癒という問題の所在を挙げられている答案も多数ありましたし、これを知らなくても自分なりに問題点を発見し、本件否決の意味を探ろうとする答案も複数ありました。

以 上

2026 年 01 月 18 日答案練習会

行政法

最優秀答案

回答者：T・S さん

第1、設問1

1、「行政庁の処分」(行政事件訴訟法3条2項)とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、②その行為によって直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を画定することが法律上認められることをいう。

△ 法律の範囲

(1)、本件では、本件専決処分に基づく本件条例2の制定は地方公共団体である A 市の市長 B が、一方的に行う行為であって、①を充足する。

(2)、ア、ここで、条例制定行為は、一般的・抽象的な権利義務を規律するのみで、特定人の具体的権利義務に直接の影響を及ぼすものではない。したがって、②を充足せず処分性は否定されるという見解が想定される。

しかし、横浜市保育所民営化事件では、他の行政庁の処分を待つことなく、限られた特定の者の法的地位を直接奪うような条例制定行為は②を充足し、処分性が認められるとされた。したがって、全ての条例制定行為に処分性が否定されるわけではなく、上記見解は妥当ではない。

イ、そこで、本件では、前記事件とは異なり、α 園に現に入所している児童は、本件条例 2 の施行によっても、本件方針通り、通常卒園まで在籍することができるようになっており、新たな児童の受け入れをやめているだけである。したがって、限られた特定の者の法的地位を奪うものではなく、処分性は認められないとの見解が想定される。

ここで、児童福祉法24条は、「市町村は、保護者の労働又は疾病その他の事由により、児童について保育を必要とする場合において、当該児童を保育所において保育しなければならない。」と規定している。そして、児童福祉法及びA市保育実施条例の執行命令である A 市保育実施条例施行規則は、2条2項で、「福祉事務所長は、保育上又は管理上適当でないと認めるときは、前項の承諾をしないことができる。」と規定し、原則として、同条1項の保育所入所申込書の提出があれば、その児童を当該保育所で保育しなければならないとしている。法がこのような仕組みを採用しているのは、保護者に希望した保育園で保育を受けることを期待し得る法的地位を保障する趣旨である。そして、本件条例2は、「令和 5 年度における 0 歳児募集の廃止」を内容としている。

したがって、本件条例は、A 市において令和 5 年度に0歳である幼児の保護者という限られた者らに対して、直接、希望した保育園で保育を受けることを期待し得る法的地位を奪うものであり、②を充足する。そのため、上記見解は妥当ではない。

2、よって、本件行為は、「行政庁の処分」に当たる。

第2、設問2

1、①について

(1)、B が本件行為を行ったことは裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法であるか(行政事件訴訟法

× 処分性の判断は一般的類型的抽象的に判断してください。

△ 条文の趣旨は不要です。

× 他の訴訟との比較や権利利益の実効的救済の検討

△ この期待か
現に入所中の幼児及びその保護者のみ認められている判例との関係も踏まえてください。

30条)。

- (2)、179条1項は「議会において議決すべき事件を議決しないときは、当該普通地方公共団体の長は、その議決すべき事件を処分することができる。」と規定している。さらに、議決すべき事件について専決処分をすべきか否かの判断に当たっては、当該普通地方公共団体の長の専門的・技術的な考察とそれに基づく政治的な判断が要求される。したがって、A市長に広い効果裁量が認められる。← X 解釈の問題です。

- (3)、そこで、行政庁の判断が重要な事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠く場合に限りて裁量権の逸脱・濫用が認められる。

本件では、α園では保育士等の人材確保が厳しい状況にあり運営面に問題がある。そして、児童福祉施設の設備及び運営に関する基準33条2項の規定する保育士の人数を確保できなければ、児童福祉に有害となる可能性がある。また、人材確保という問題は改善が難しい。

一方、β園は老朽化し耐震化工事を要する状況にあり施設面で問題がある。そして、地震災害などが多い日本において、耐震化工事を行うことは児童の安全の観点から緊急を要する。また、老朽化という問題は耐震工事を行えば早急に解決できる。

そして、A市は、限られた財源の中でどの施設に優先的に資源を投入するかを判断しなければならないところ、人材確保も耐震化工事も多額の費用を要する。そうすると、α園及びβ園の問題を個別に解決させるよりも、α園を廃止して、β園を当該跡地に移転させて施設面の問題を早急に解決する方が、児童福祉法の児童の福祉の確保という目的(同法1条ないし3条)に資するといえるし、A市の財源の運用としても合理的である。また、本件条例2では、α園に現に入所している児童については通常卒園まで在籍することができるようになっており、児童の福祉に配慮してα園を廃止しようとしている。

したがって、本件行為を行うというBの判断が重要な事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠くとは認められない。

- (4)、よって、Bが本件行為を行ったことは裁量権の逸脱・濫用に当たらない。

2. ②について

- (1)、瑕疵ある行政行為は原則として取り消されるべきである。しかし、当該行政行為を維持する方が行政行為をやり直すより効率的であるし、私人の側にとっても有利となる場合がある。そこで、本件否決により本件行為の瑕疵が治癒されたとして有効適法にならないが。

- (2)、瑕疵の治癒とは、瑕疵ある行政行為がなされたが事後的に当該瑕疵が追完される場合をいい、追完するには先行行為の瑕疵を追完する意思表示が明確になければならない。

本件では、「A市立保育園設置条例の一部を改正する条例を廃止する条例」を否決したのみで、市議会では本件条例2の賛否が大きく分かれており、本件専決処分を追認して本件条例2を維持する意思表示が明確になされたとはいえない。

- (3)、よって、本件行為の瑕疵は治癒されず、有効適法にはならない。

以上

X 客観基準を
設定してください。

X 具体的な考慮事項として
設定してください。

△ これを論じる余地があるとしても、条例制定行為自体の裁量権の逸脱・濫用の検討は必須です。

△ 保育士の人員に関する具体的な条文を挙げてください。

司法試験予備試験答案練習会 2026年01月18日分 得点分布表
行政法

平均点20.20点

分布	人数
0	0
1～5	1
6～10	0
11～15	0
16～20	7
21～25	5
26～30	1
31～35	1
36～40	0
41～45	0
46～50	0

