

論文式試験問題集
[憲法・行政法]

[行政法]

A県B町は、B町文化財保護条例（以下「本件条例」という。）を定め、B町の区域内に存する文化財のうち重要なものを指定し、その保存及び活用のため必要な措置を講じている。B町教育委員会（以下「教育委員会」という。）は、平成18年4月14日、告示により、B町の区域内にあるC古墳を本件条例第4条第1項に基づきB町指定文化財に指定した（以下、同指定を「本件処分」という。）。C古墳は、7世紀前半に造られた横穴式石室古墳であり、宗教法人Dが本件処分以前から所有する土地（以下「本件土地」という。）の一部を占めている。横穴式石室とは、遺体を納める埋葬室と、そこから入口部分へとつながる通路から成る石積みの墓室をいい、その全体が墳丘を成している盛土の中に埋まっているのが通常であるところ、C古墳の横穴式石室（以下「本件石室」という。）も、埋葬室の中心から半径約10メートルの盛土の中に石造りの埋葬室と通路が埋まっているが、その入口周辺の盛土は崩れてしまい、入口を構成している巨石が盛土から露出している状態であった。教育委員会は、本件処分の際に、C古墳の範囲が本件石室に限定されるものではなく、本件石室を取り巻く盛土全体もC古墳に含まれると考えており、その範囲（本件石室の埋葬室の中心から半径約10メートルの円の内側一帯）に本件処分の効力が及ぶと認識していた。もっとも、上記露出している巨石（同巨石は、本件石室の埋葬室の中心から約9メートルの距離に位置する。）の周辺のみは、Dから管理責任者として選任されている教育委員会により本件処分の直後から定期的に草刈りがされてきたものの、それ以外の盛土全体には樹木が生い茂っている。また、教育委員会は、本件処分後にC古墳であることを示す標識を露出している上記巨石のすぐそばに設置したが、上記半径約10メートルの円の内側一帯がC古墳であることを示す標識等を設置したことはなかった。

Dは、平成31年3月5日、C古墳周辺を公園として整備することとし、教育委員会に相談したところ、教育委員会は、Dの計画がC古墳の現状を変更したり、その保存に影響を与えたりしないものであれば、本件条例第13条の許可は不要である旨回答した。そこで、Dは、本件土地を平らに整地する土木工事（以下「本件工事」という。）を開始した。教育委員会は、令和3年5月頃、本件処分の効力が及ぶと考えている土地の付近まで本件工事が進められていることを把握したことから、C古墳の現状保存等のため、Dに対して本件工事の中断を求める旨の行政指導を行った。Dは、本件工事を中断した上で、教育委員会に対し、C古墳の範囲は、埋葬室及び通路から成る本件石室部分のみを指し、盛土は含まれないから、本件石室の周囲1メートルまでの工事ならば、C古墳の現状が変更されることはなく、その保存に影響を与えることもないと主張したが、教育委員会は、Dの主張する工事を行うには、本件条例第13条第1項に基づく教育委員会の許可が必要になるとDに説明した。

Dは、教育委員会に反論する根拠を見付けたいと考え、教育委員会の許しを得て本件処分当時の関係資料を閲覧した。当該資料によれば、C古墳が指定文化財に指定されたことは当時のDの代表者にも前記告示の日に通知されたこと等が記載されていたものの、本件処分の指定対象物の範囲が本件石室にとどまるのか、それとも本件石室とそれを取り巻く盛土も含むのかについては記載がなかった。また、本件処分当時、B町文化財保護委員会（以下「保護委員会」という。）は、委員長である考古学者Eのほか、歴史学、民俗学等を専攻する9名の研究者で構成されていたが、本件処分に当たり、本件条例の定める手続に基づく保護委員会への諮問は行われておらず、E一人のみの意見を聴取し、当該資料には、「Eの意見聴取を経たことにより、本件条例第4条第2項に基づく保護委員会への諮問手続を実質的には履践したものといえる。」との教育委員会の意見が付記されていた。

Dは、本件処分の内容の明確性や手続等に問題があることから、本件処分それ自体を争うべきであると考えに至り、行政訴訟を提起することを考えている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、本件条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問１〕

Dは、本件処分について、取消訴訟の提起を断念し、無効確認訴訟を提起したいと考えている。Dが当該取消訴訟の提起を断念した理由として考えられるものについて説明するとともに、Dが当該無効確認訴訟を提起した場合、Dに行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第３６条に定める原告適格が認められるかを検討しなさい。なお、本問の解答に当たっては、本件処分が行訴法第３条第２項の「処分」に当たることを前提にしなさい。

〔設問２〕

Dは、本件処分の無効確認訴訟において、本件処分が無効であることについて、どのような主張をすべきか。想定されるB町の反論を踏まえて、検討しなさい。

【資料】

○ B町文化財保護条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、（中略）B町の区域内に存する文化財のうち重要なものを指定し、その保存及び活用のため必要な措置を講じ、もって町民の文化的向上に資するとともに、国文化の進歩に貢献することを目的とする。

（財産権等の尊重及び公益との調整）

第3条 B町教育委員会（以下「教育委員会」という。）は、この条例の施行に当たっては、関係者の所有権その他の財産権を尊重するとともに、文化財の保護と他の公益との調整に留意しなければならない。

（指定）

第4条 教育委員会は、町の区域内に存する文化財のうち、町にとって重要なものをB町指定文化財（以下「町指定文化財」という。）に指定することができる。

2 教育委員会は第1項の規定による指定をしようとするときは、B町文化財保護委員会（以下「保護委員会」という。）に諮問しなければならない。

3 第1項による指定は、その旨を告示するとともに、当該文化財の所有者及び権原に基づく占有者に通知して行う。

4 第1項による指定は、前項の規定による告示があった日から効力を生ずる。

5、6 （略）

（所有者の管理義務及び管理責任者）

第6条 町指定文化財の所有者は、この条例に従い、町指定文化財を管理しなければならない。

2 （略）

3 町指定文化財の所有者は、特別の事情がある場合は、専ら自己に代わり当該指定文化財の管理の責めに任ずべき者（以下「管理責任者」という。）を選任することができる。

4～6 （略）

（現状変更等の制限）

第13条 町指定文化財の現状を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をしようとするときは、あらかじめ、教育委員会の許可を受けなければならない。

2、3 （略）

（保護委員会の設置）

第19条 文化財に関する諮問のため、保護委員会を置く。

（保護委員会の組織等）

第20条 保護委員会の委員は、10人以内とし、学識経験を有する者のうちから教育委員会が委嘱する。

2～5 （略）

（保護委員会の答申等）

第21条 保護委員会は、教育委員会の諮問に応じ、これを審議し、これに関する専門的又は技術的事項について答申する。

2 保護委員会は、前項の答申に必要な調査、研究を行う。

（会議の招集等）

第22条 保護委員会の会議は、教育長が招集する。

2 会議は、委員の半数以上が出席しなければ開くことができない。

3 保護委員会の庶務は、教育委員会において処理する。

第1 設問1

1 Dが取消訴訟の提起を断念した理由

- (1) 行政事件訴訟法（以下「法」という。）は、取消訴訟の出訴期間を、「処分があったことを知ったときから6か月」（法14条1項）と定めている。本件条例は、B町指定文化財への指定は告示をもって行い、所有者等に通知することとされている（本件条例（以下「条例」という。）4条3項）。

そして、本件土地の所有者である宗教法人Dの当時の代表者に対しては、平成18年4月14日に通知がなされている。

したがって、Dが本件処分の取消訴訟を提起するための出訴期間は、6か月後の平成18年10月13日までであったが、平成31年時点では既に経過している。

また、宗教法人Dがこの期間中に提訴できなかった正当な理由は認められない。

よって、Dは取消訴訟の提起を断念したと考えられる。

2 無効確認訴訟の原告適格

- (1) 無効確認訴訟は、①その処分により損害を受けるおそれのある者、又は②その他当該処分の無効の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、かつ③当該処分の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限り、提起することができる（法36条）。

- (2) Dは、「①その処分により損害を受けるおそれのある者」に当たるか。

本件条例により文化財に指定されると、その所有者は条例に従った管理責任が生じ（条例6条）、現状変更には教育委員会の許可を受けなければならない（条例13条）。

しかし、管理責任自体が損害とは言い難く、許可を受ければ現状変更が可能なので、文化財に指定されたこと自体から何らかの損害を生じるおそれがあるとは言い難い。

したがって、Dは①の要件に該当しない。

- (3) Dは、「②その他当該処分の無効の確認を求めるにつき、法律上の利益を有する者」に当たるか。

ア 無効確認訴訟の原告適格には法9条が準用されていないが、違法な処分の効力を争うという性格が共通するので、取消訴訟と同様に「法律上の利益を有する者」は法9条の場合と同様に考える。

イ 即ち、「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益が侵害され、または必然的に侵害されるおそれがあるものをいい、法律上保護された利益とは、処分の根拠法令が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に

吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合に認められると考える。

ウ 本件条例の目的としては、「町民の文化的向上、国文化の進歩への貢献」という文化的な公益目的が挙げられており（条例1条）、国民の個別的権利利益は挙げられていない。また、条例には、文化財指定につき、所有者の手続参加・意見陳述などの規定はないので、この点でも所有者の利益が考慮されているとはいえない。

しかし、条例3条に「関係者の所有権その他の財産権を尊重」しなければならないと規定され、文化財に指定されたときには、その旨を告示するとともに、所有者にも個別に通知が義務付けられている（条例4条3項）。その上で、文化財所有者は、「文化財の現状を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をしようとするときは、あらかじめ、教育委員会の許可を受けなければならない」と定められており（条例13条）、文化財の自由な使用が制限されている。

このことからすると、条例は、文化財所有者の利益を一般公益としてのみならず、個別の利益としても保護する趣旨であると考えられる。

(4) Dは、「③現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」の要件を満たすか。

ア 「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」とは、行政処分は無効確認訴訟以外の民事訴訟や当事者訴訟が理論上全く想定できない場合のみを指すのではなく、行政処分無効確認訴訟によった方が、より直接的に紛争解決に資する場合を含むと解する。

イ Dが、仮に本件工事を許可なく行う地位を有することの確認を求める実質的当事者訴訟を提起して認められたとしても、本件処分の効力について争って否定することができないため、Dが将来的にC古墳につき別の工事等をする場合には、また同じ問題が生じてしまい、紛争が解決しない。

したがって、より紛争を直接的に解決するためには、本件処分の無効確認訴訟による必要があるといえるから、③の要件を満たす。

(5) 以上から、Dは原告適格を有する。

第2 設問2

1 Dは、「本件処分は、①文化財指定されたC古墳の物理的な範囲について明示されていないという違法（条例4条3項違反）があり、②必要な保護委員会の諮問手続も行われてい

かった（条例4条2項違反）ところ、いずれも重大かつ明白な違法であるから無効である。」と主張すべきである。

2 ①について

(1) この点、B町からは、本件処分の告示の日に「当該文化財」であるC古墳の「所有者」であるDに対して「通知」をしたのだから、条例4条3項には違反しないとの反論が考えられる。

(2) しかし、条例4条3項の趣旨は、指定文化財への指定によって直接的な不利益を受けることになる「当該文化財の所有者及び権原に基づく占有者」に対して、争う機会を十分に与えるために、指定の存在と範囲を明確に伝えることにあるから、「通知」においては当該文化財として指定された範囲は一般人を基準に明らかなものでなければならないと解する。

そして、本件通知には、本件処分の指定対象物の範囲が本件石室にとどまるのか、それとも本件石室とそれを取り巻く盛土も含むのかについては記載がなかった。C古墳の入り口を構成する巨石が露出している付近は教育委員会が定期的に草刈りをしていたが、それ以外の盛土部分には樹木が生い茂っていて、教育委員会が設置したC古墳を示す標識は盛土全体を含むことは示されていなかったことを合わせて考えると、本件処分により指定文化財として指定された範囲は不明確である。

したがって、本件処分は、「通知」を欠くものとして、条例4条3項に反し違法である。

そして、「通知」は、当該文化財の所有者に対して争う機会を十分に与えるために重大な意義を有するものであるから、通知義務違反は重大な違法に当たる。さらに、その違法は通知の記載からして明白である。

3 ②について

(1) この点、B町からは、諮問委員会の判断は行政庁の判断を法的に拘束するものではないし、Eの意見聴取は行っているから、重大な違法とまではいえないとの反論が考えられる。

(2) しかし、保護委員会の会議には委員の半数以上の出席を要すると定められていることから（同22条2項）、保護委員会については合議体による意見の形成が求められているのであり、委員長Eの意見聴取のみでは、合議体による審議・答申を経たとは評価できない。

また、わざわざ合議体である保護委員会を諮問委員会として設置した条例の趣旨からして、この手続きを経ないことは重大な違法といえる。さらに、その違法は必要な手続きを欠いていることからして明白である。

4 以上から、本件処分は無効である。

以上

令和4年予備試験 行政法 解説

〈出題趣旨〉

本問は、文化財保護条例に基づき、町が私有地にある古墳を文化財に指定した処分（以下「本件処分」という。）について、当該私有地の所有者が、本件処分から16年の後、当該古墳一帯を開発するために無効確認訴訟の提起を検討しているという設例の下で、取消訴訟の訴訟要件としての出訴期間の意義理解とともに、無効確認訴訟の訴訟要件及び本案勝訴要件に関する基本的な知識・理解を試す趣旨の問題である。

設問1では、まず、本件処分に不服のある原告は、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第14条が定める出訴期間の経過によって原則として適法に取消訴訟を提起することができないこと、そのため、無効確認訴訟を提起することが考えられるが、無効確認訴訟の原告適格の有無について、行訴法第36条に則して検討することが求められる。

設問2では、まず、処分が重大かつ明白な瑕疵を帯びていることが無効確認訴訟の本案勝訴要件であることについて言及した上で、本件処分の内容が不明確であること及び条例に定める諮問手続を欠いていること等の瑕疵が本件処分の無効事由に当たるかどうかについて、本問における事実関係を踏まえて紛争当事者の主張を想定しながら論ずる必要がある。

●出題趣旨の分析・解説

設問1

取消訴訟の出訴期間、無効等確認訴訟の訴訟要件と本案勝訴要件を意識することが求められている。

①取消訴訟の出訴期間は、

原則「処分があったことを知った日から6箇月」（行訴法14条1項本文）

例外的に、処分の日から1年（同2項）

「正当な理由」（同ただし書）がないことについても触れておくべき

⇒3段落目の第2文に「当該資料によれば、C古墳が指定文化財に指定されたことは当時のDの代表者にも前記告示の日に通達されたこと等が記載されていた」との記載があるので、告示の日（平成18年4月14日）に通達がなされていることがわかる。

1段落目の本件処分に関する経過の説明の部分では触れていないので見落とし注意ではあるが、これにしっかり気付ければ問題なくあてはめできると思われる。

②無効等確認訴訟は、①予防的無効確認訴訟（原告が当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者である場合）と②補充的無効確認訴訟（処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有し、当該処分若しくは裁決の存

否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによっては目的を達することができない場合）とに分けられる。

⇒まずは①に当たらないか検討すべき

これを検討せずに取消訴訟に準じた原告適格の検討を行わないように注意！

そして、Dは条例によって文化財の利用に制限を受けているので、①に当たると考えることもあり得ないとはいえないように思われる（こっちで書いてもOK）。

※参考答案では、念のため①に当たることにはせずに、②の検討も行っています

②の検討を行う際には、36条は9条を準用しているわけではないので、**何も言わずに取消訴訟に準じた原告適格の検討を行わないように注意！**

なぜ、36条の検討において、9条と同様の検討の仕方ができるのか、一言説明が必要。

その後は、定番の9条2項に従ったあてはめでOK（ただ、本問ではそこまで厚く書けるほどの根拠法令の趣旨目的や被侵害利益に関する具体的な事情がないので、そのようなことを考えるとやはり出題者は①に当たるとして、無効等確認訴訟の原告適格はあっさり認定してほしかったのかもしれませんが。ただ、そうなると補充性の検討が必要なのか、一元説と二元説の話をする事となりますが、それは出題趣旨では触れられていないので、ではやはり②で書くのが求められていたのか…、などと考えが行ったり来たりしてしまいます。ここは出題者の意図を読み取るのが難しいですね）。

そして、②の場合は、補充性について、補充性として求められるのはどの程度か、基準を示した上で（具体的には参考答案のように記載すればOK）、あてはめをすることとなる。

設問2

①本件処分の内容が不明確であることと、②条例に定める諮問手続を欠いていることについて、それぞれ重大かつ明白な瑕疵だといえるかどうか、検討が求められている。

①本件処分の内容が不明確であることは、

- ・ C古墳周辺の状況
- ・ 問い合わせへの応答
- ・ 関係資料の記載など

問題文の事情を具体的に検討して、主張すればOK

ただ、その前提として、無効確認の勝訴要件が、**重大かつ明白な違法であることを意識する必要あり。**

これを忘れ、単に違法を主張するのみでは、出題者の意図に答えられていないことになってしまうので要注意。

②条例に定める諮問手続を欠いていることは、条例の仕組みや趣旨から、**重大かつ明白な違法であることを主張すればOK**

なお、B町からの反論についても触れるよう指示がありますが、反論を厚く論じる必要はないので、争点を明示するためのツールとして、軽く触れれば十分だと思われる。