

[設問1] (1)

本件不選定決定は、「処分」(行政事件訴訟法(以下略)3条2項)に
当るか。

1. ここで「処分」であるとは、公権力の主体たる国又は公共団体の
行為のうち、国民の権利義務を形成し、その範囲を画定する
ことが法律上認められるものをいう。具体的には、③公
権力性、④法的効果性、⑤紛争の成熟性の点から考える。

2. ①について

本件不選定決定については、A市屋台基本条例(以下「条例」といふ)
26条1項に基づき、市長が一方的な立場から行ったものというこ
とがわかる。したがって、公権力性は認められる。

3. ①について

これは、^{選定}本件候補者^{の公職}決定は、「申請」(行手法2条35)に当り
るかを見る。ここでの「申請」とは、①法的利益を付与する処分
を求めるものにおいて、②行政府に応答義務があるものという。

本件においては、①本件候補者の公職に係り、屋台営業候補
者を選定すること(条例26条1項)。そして、この候補者は
市道占用許可を受け得る地位を有する(条例25条)。すなわち、
市道における屋台営業を行うには、市道占用許可を受けなければ
ならない以上(条例13条1項)、当該公職に係る選定は、
応募する者にとって、屋台営業を行って得る地位という法的利益
を付与するものといえる。

~~したがって、法的効果性~~ したがって、本件不選定決定は、公職に係り、

第

問

上記利益を受けることができなくさせるものである。したがって、
本件不選定決定についても法的利益の付与に関する処分といえる。
また、②候補者の選定については、条例26条3項により、選
定の通知が義務づけられている。このため、公募に伴い、選
定者が存在すれば、不選定者も当然に存在することから、同条
は、不選定者に対しても通知を予定しており、応答義務を課し
ているものといえる。

以上より、本件不選定決定は、「申請」に基づく処分といえる。
ゆえに、本件不選定決定には、法的効果性が認められる。

4. ④について

本件不選定決定を受けた者は、同時点において、市道におけ
る屋台営業ができてはならないので、市道占用許可が
認められるからこの時点で、市道占用許可が認められないことについ
ての取消訴訟を争うことが可能と考えられる。そのため、本件不選定
決定の時点では、未だ紛争の成熟性を欠くようにも思える。

もっとも、これについては、条例9条は、市道占用許可が得ら
れるものは、屋台営業候補者であるとしている。この条例9条に
ついては、道路法33条に定める審査基準であり、行政規則
であるとして、法的拘束力を有しないようにも思える。しかし、同
条は、公衆にこれ以上、行政の運営の公平・透明性を
与えるべく、行政庁側はこれに拘束されるといえる。

したがって、本件不選定決定を受けた者は、その時点で、条
例9条により、市道占用許可が得られはくはるといえる。

以上より、物事の成熟性も認められる。

5. よって、本件不選定決定は「処分」にあたる。

[設問1] (2)

Bに訴えの利益は認められるか。

1. ここで、訴えの利益が認められるとは、現状において、「回復すべき法律上の利益」が存在することという(9条1項から2書)。

2. 本件においては、本件不選定決定の取消しが行われたとしても、既に選定を受けた^{CO}地位が取り消されることとはほゞはいいぬ。Bに現状・回復すべき法律上の利益はほゞはいいぬ。

しかし、本件候補者の選定の公募に係り、選定と不選定は表裏の関係にある。すなわち、不選定についての取消しが行われた場合には、選定の決定についても再考の余地が出てくること~~も~~解される。不選定決定の取消訴訟の結果によっては、行政側はこれに拘束される(32条、33条)。また、本件不選定決定の取消しが行われた場合には、A市は再び候補者の選定に係る公募を義務づけられるというべきである。

3. したがって、上記再決定~~が~~行われる可能性がある以上、Bは現状・回復すべき法律上の利益を有しており、訴えの利益は認められる。

[設問2]

1. 本件不選定決定に係り、Bの地位を配慮しはかたこと上記につき、A市長に裁量の逸脱・濫用が認められるか。

(1) まず、条例25条1項において、「まちのいきおいや一効用を
発揮するに必要と認めるとき」という抽象的な文言に
とまり、詳細な基準を定めてはいない。ゆえに、A市長には、
事件裁量が認められる。また、観光資源としての効用を判断
するに当たっては、その地域の事情に基づいて専門技術的な
知見を要し、この判断はA市長に委ねられると解するのが相当
である。

したがって、A市長には候補者の決定につき裁量が認められる。

(2) そして、当該裁量については、判断内容が重要な事実の基礎
を欠き、社会通念上著しく妥当性を欠く場合においては、裁
量の逸脱・濫用があるとして違法とする(30条)。

本件においては、BはA市において、本件区域において10年以上
も屋台営業を続け続けた。そして、これまでA市とラゲルになった
ことは一度もなかった。そうであれば、BはA市でこれまで営業
してきた屋台文化を支えてきたと言える。

また、本件条例9条には、市道占用許可が与えられない対象
として、暴力団員やその関係者等が挙げられている。そうすると、
屋台営業が認められないのは、上記該当事由に匹敵するほどの
悪質~~性~~質性がある場合に限られるというべきである。そうでは
なければ、Bは名義貸りを行っているが、これは同名義借り自体
をもちつのみ市民に不便を与えるということではなく、悪質性は低
いといえる。

したがって、Bの行為をもちつのみ悪質性があると判断し、点のつ

第 問

第 問

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
いて。A市側には、考慮不尽がある。

2. A市長が委員会の推薦に従わなければならない点について。

まず、A市長が上記のように従わなければならない点に考慮不尽がある
このためには、委員会の申合せが合理性を有することを要する。

(1) たとえば、Bとしては、~~同条~~ 本件条例施行規則（以下「規則」という）
19条各号に従って、合理性を有すると主張する。

(2) これについては、A市の市道における屋台は、道路の汚れや
排水の垂れ流しをしていることから、良好な公衆衛生を確保
しているとはいえない（同条1号）。また、名義を借りた者が屋
台を行うことにより、その許可が事実上の売買の対象ともはって
おり、A市は屋台文化を辛んでいるとはいえない（同条2号）。また、
~~清掃~~ 清掃活動に参加しているともいえない（同条3号）。さらに、
名義の貸し借りをしている以上、まちの魅力を高めようとする
意欲は感じられない（同条4号）。以上のように反論があることが考
えられる。

(3) もっとも、道路の汚れや排水の垂れ流しは、名義の貸借り
によっても起こるものである。そのため、名義借りを行っている屋
台の事業者に対して、清掃活動を義務づけることによっても
これを解決することはできる（同条1号、3号）。また、
全ての名義借りを行っている事業者が売買の対象とはしてお
くが、Bのように一度もA市シラゲルにならなかったのは、営業
者も存在する。こうした事業者については、A市の屋台文化を支
えきれない以上、まちの魅力を高めようとする（同条2号、5号）。

~~したがって、委員会の申合せは合理性を有する~~

(4) 次に、Bは新規に屋台営業を始めようとして公募に応募し、その利益を不当に侵害するこれにもはらひいて主張する。

(5) これについては、A市側は、19条各号の事由に該当する場合、最大で20点も加算され公平性に欠き、不意打ちを与えるものもあると反論する。

(6) しかし、これについては、19条各号において25点ずつ計100点が配点される中の最大でもわずか20点にすぎず、その程度は5分の1のものにすぎないといえる。ゆえに、相当性を欠く程度の優遇とはいえない。

また、19条各号に該当する場合、営業実績を求めるとは、これまでのA市の屋台文化を更迭するに以上、相当はものとして、新規参入を予定する者にとっても想定範囲内として、不意打ちにはあたらないといえる。

(7) 以上の点を踏まえ、委員会の申合せは合理性を有するものと言える。

したがって、特段の事情なく、委員会の申合せを考慮に入れなければならないことにつき、考慮不届がある。

3. A市長が委員会の申合せに従うはかられた点に手続上の瑕疵があることについて

(1) 本件条例26条に於ては、A市屋台専門委員会に諮問するこれが規定されている。そして、これは行政の通常の公平性、透明性を確保するため、合理的な理由に基づかざれば

従わなければならない場合は、手続上の瑕疵があるといえる。

(2) これに対し、A市側は、A市の市長としては、屋台営業者の交代を積極的に公約していた以上、当該公約に従う必要性があったと反論する。

しかし、これについては、上記に述べたように、委員会の申しせに合理性が認められる以上、上記~~理由~~^{反論}が合理的な理由と解することはできない。

(3) それでは、当該手続の瑕疵が取消事由としての違法事由を構成するかが問題となる。手続上の瑕疵については、重入は瑕疵については、取消事由にはならないと解するところ、本件で諮問を経たといえることは、本件条例26条でも定められているように重入は手続上の瑕疵といえる。

したがって、取消事由となる。

以上

（
第
問
）