


予備試験

---

令和2年予備試験  
論文式試験分析会  
行政法・刑事訴訟法

---

 **LEC** 東京リーガルマインド



LU20752



## 行政法 問題

A市では、A市開発事業の手續及び基準に関する条例（以下「条例」という。）が定められている。条例においては、都市計画法（以下「法」という。）第29条第1項に基づく開発許可が必要な開発事業を行おうとする事業者は、開発許可の申請に先立って市長と事前協議をしなければならない、また、開発事業の内容等について、周辺住民に対して説明会を開催するなどの措置を講じることとされている。なお、A市長は、地方自治法上の中核市の長として、法第29条の開発許可に関し都道府県知事と同じ権限を有している。また、これらの条例の規定は、法の委任に基づくものではないが、その内容に違法なところはない。

Bは、A市において、平成15年から産業廃棄物処理施設（以下「第1処分場」という。）を営んでいる。平成25年になって、Bは、第1処分場の隣接地に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第2処分場」という。）を設置することを計画した。第2処分場を設置するための土地の区画形質の変更（土地の区画変更、切土・盛土など）は、条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。この第2処分場の設置に対しては、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行っていたことから、A市長は、Bに対し、条例に定められた説明会を開催した上で、周辺住民の同意を得るように指導した。Bはこれに従って、周辺住民に対し、説明会の開催を提案したが、周辺住民は説明会をボイコットし、同意も一切しなかった。

Bは、第2処分場の設置に係る開発事業は、法の規定に照らして適法であり、たとえ周辺住民の同意がなくても、A市長が開発許可を拒否することはできないと考え、A市長に対し、事前協議を開始するよう改めて申し入れた。そこで、A市長は、条例による手續を進め、Bに対して開発許可を与えることにした。その一方で、A市は、周辺住民の強力な反対を考慮し、Bとの間で開発協定を締結し、その協定においては、「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、今回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認めない。」という条項（以下「本件条項」という。）が定められた。Bは、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したが、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え、協定の締結に同意した。なお、この開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また、法第33条第1項及び条例の定める基準には、本件条項に係るものは存在しない。

令和2年になり、第2処分場がその容量の限界に達したため、Bは更に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第3処分場」という。）を設置することを計画した。第3処分場を設置するための土地の区画形質の変更も条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、同年6月、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。A市長は、同年7月、Bに対し、「本件条項により、第3処分場の設置に係る開発事業についての協議を受けることはできない。」という内容の通知（以下「本件通知」という。）をした。

Bは、本件条項の法的拘束力に疑問を抱いており、また、本件条項を前提としたA市長の対応に不満であることから、本件通知の取消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、法及び条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

## 〔設問1〕

本件条項に法的拘束力は認められるか。本件条項の性質を示した上で、法の定める開発許可制度との関係を踏まえて、検討しなさい。なお、第2処分場の設置に当たってなされたA市長の指導は適法であることを前提にすること。

## 〔設問2〕

本件通知は、取消訴訟の対象となる処分当たるか。Bの立場に立って、想定されるA市の反論を踏まえて、検討しなさい。

【資料】

○ 都市計画法（昭和43年法律第100号）（抜粋）

（定義）

第4条 1～11 （略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13～16 （略）

（開発行為の許可）

第29条 都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。（以下略）

2・3 （略）

（開発許可の基準）

第33条 都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（中略）に適合しており、かつ、その申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならない。（以下略）

2～8 （略）

○ A市開発事業の手続及び基準に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、開発事業の計画に係る事前協議等の手続及び都市計画法（昭和43年法律第100号。以下「法」という。）の規定に基づく開発許可の基準その他開発事業に関し必要な事項を定めることにより、良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 開発事業 法第29条第1項（中略）の規定による開発行為の許可（中略）を要する開発行為をいう。

二 開発事業区域 開発事業を行おうとする土地の区域をいう。

三 事業者 開発事業を行おうとする者をいう。

2 前項に規定するもののほか、この条例において使用する用語は、法（中略）において使用する用語の例による。

（事前協議）

第4条 事業者は、開発事業を行おうとするときは、あらかじめ、規則で定めるところにより、開発事業の計画について市長と協議しなければならない。

（事前周知）

第8条 事業者は、規則で定めるところにより、開発事業（中略）の計画の内容、工事の概要、環境への配慮等について、当該開発事業を行う地域の周辺住民等に対しあらかじめ説明会を開催するなど当該開発事業に関する周知について必要な措置を講じ、その結果を市長に報告しなければならない。

（指導及び勧告）

第10条 市長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、必要な措置を講じるよう指導し、又は勧告することができる。

一 第4条（中略）の規定による協議をせず、又は虚偽の内容で協議を行った者

二～五 （略）

（命令）

第11条 市長は、前条の勧告を受けた者が正当な理由なくこれに従わないときは、開発事業に係る工事の中止を命じ、又は相当な期限を定めて違反を是正するために必要な措置を講じるよう命じることができる。

## 行政法 解答のポイント

設問1では、本件条項の法的拘束力が問われている。検討の際には、本件条項の性質を示し、法の定める開発許可制度との関係を踏まえていなければならない。

本件条項の性質は、法的拘束力を検討する上で前提となるものであるから、最初に検討しなければならない。この点、本件条項はA市長とBの間で締結された開発協定において定められたものであり、また、「法や条例に根拠を有するものではなく、また、法33条第1項及び条例の定める基準には、本件条項に関するものは存在しない。」との指摘も問題文中にあることからすれば、本件条項は、行政行為ではなく、行政契約であるといえよう。

次に、このような行政契約にBに対する法的拘束力が認められるか、すなわち、本件条項が契約として有効かを検討しなければならない。検討に際して参考となる判例は、最判平成21年7月10日百選〔第7版〕〔93〕である。本判決は、法律ないし条例の根拠がない協定の法的拘束力を認めた最初の判例であり、協定も、本問と同様、産業廃棄物処理事業を営む者との間でなされている。そこで、本問でも、本判例が、協定が産業廃棄物処理法の趣旨に反するか否かを検討していることを踏まえて、本件条項が都市計画法の定める開発許可制度及び本件条例の趣旨に反するかを検討することが求められる。

もっとも、本判例は、協定がどのような性質のものであるのかは明らかでない。そこで、解答にあたっては、まず契約の性質をいかに考えるかを示す必要がある。

この点、解答例では、多数説である行政契約説を採用している。同説からは、①義務の内容が具体的か、②任意の合意といえるか、③行手法34条違反の行政指導によってなされていないか、④法令の趣旨に反しないか、⑤一般原則に反しないか、という観点から検討することが求められる。中でも、「法の定める開発許可制度との関係を踏まえて」論じることが要求されていることから、④について特に厚く論じる必要がある。本件条例は「良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和の取れたまちづくりに寄与すること」を目的としているところ、同目的と本件条項との関係を説得的に論じられるかどうか、評価を左右するであろう。

設問2では、本件通知の処分性が問われている。Bの立場に立って論じることが求められているから、処分性を認める方向で解答する必要がある。その際には、想定されるA市の反論を踏まえなければならない。

処分性の要件は、①公権力性、②法効果、③個別具体性、④対外性である。本問で問題となるのは、①と②であろう。①について、A市から本件条項を理由として本件通知を行っていることから、法令に基づくものではないとの反論が考えられる。Bとしては、条例4条に基づく通知であることを、説得的に論じる必要があろう。②については、本件通知が観念の通知であることから、法効果が認められないとのA市からの反論が予想される。Bとしては、A市において29条1項の許可を得るためには、本件条例4条の事前協議がなされなければならないことを捉えて、本件通知により開発許可が得られないという法的効果が発生することを説得的に論じる必要がある。

処分性の検討については、通知の処分性が争われた、最判昭和59年12月12日百選〔第7版〕〔159〕が参考になる。

— MEMO —

## 行政法 解答例

## 第 1 〔設問 1〕

- 1 (1) 本件条項は、B・A市間の開発協定の内容であり、開発事業の規制という一定の行政目的を達成するためにA市が締結した行政契約である。本件条項の法的拘束力があるか、本件条項の行政契約としての有効性と関係して問題となる。
- (2) 行政契約は、行政主体が私人間と任意に締結するものである限り、適法・有効であると解する。しかし、公権力の優越的地位によって不当に国民の権利を制約し、義務を課すこととなるのは妥当でない。
- (3) そこで、①行政契約によって課される義務の内容が具体的に特定されていること、②任意の合意に基づくこと、③義務について定める法令の趣旨に適合し、④公序良俗・比例原則・平等原則といった法の一般原則に違反しない場合に、当該行政契約は適法・有効である。
- 2 (1) まず、①に関し、本件条項では、BがA市において廃棄物処理事業に係る開発事業を行うに当たり、第2処分場の開発区域内の土地・規模に限って開発許可を与えることとされているので、BがA市に対して廃棄物処理事業に関して受け得る許可の内容の制限は具体的に特定されている。
- (2) 次に、②に関し、確かに、Bは、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したので、任意にA市・B間で合意がされたのではないとも思える。

しかし、Bが周辺住民との関係を改善することも必要であると考えて協定の締結に同意していることから、Bの意思に反しているとはいえず、任意の合意があったといえる。

- (3) また、③に関し、Bが開発行為をするために許可を必要とする規制の根拠法令は、29条で許可制を定める法及びこれと目的が共通の本件条例であるところ、条例第1条は「良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与すること」を目的としている。本件条項は、Bによる廃棄物処理事業の開発事業を制限するものであるが、これは周辺住民による説明会ボイコットからも分かるように、周辺住民の強固な反対を考慮して、定められたものである。廃棄物処理施設の設置のための開発は、住民にとって良好な都市環境に大きく影響するものであり、住民の理解は秩序ある調和の取れたまちづくりに不可欠であるところ、本件条項によるBが廃棄物処理施設を設置することへの制約は、Bに課する義務について定める法令の趣旨に適合したものといえる。
- (4) 更に、④に関し、Bが受ける制約は、他の事業者との間でBを特に不利益に扱うものでもなく平等原則に反せず、前述の如く義務の内容がA市内での開発事業に限定されているため比例原則に反せず、また、公序良俗に反する事情もない。
- 3 以上より、本件条項は行政契約として有効であるから、法的



拘束力がある。

第2 〔設問2〕

1 「処分」(行政事件訴訟法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、その行為によって、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う。

その具体的判断基準としては、①公権力性があること、③国民の権利義務への直接・具体的な法効果があること、である。

2(1)ア まず、①に関し、本件通知は、A市長が「本件条項により、…」としているから、法令に基づくものではないこと、また、本件通知は、A市・B間で法的拘束力を有する本件条項に基づくものであって、両者の合意に基づくものであるから、公権力性がないとA市の反論が考えられる。

イ 確かに、本件通知について法や条例に直接の根拠はない。しかし、本件通知は、令和2年6月にBがA市長に対し、条第4条に基づく事前協議を申し入れており、これを受けて、A市長が同年7月にBに対してなされたものである。条例4条が、事業者が「開発事業」(条例2条1項1号)をするには市長との協議を要し、協議は市長が応じなければ成立しないものであること、法29条が開発行為には都道府県知事の許可を要すること、A市長が中核市の長として都道府県知事と同じ権限を有していることからす

れば、本件通知は、法29条と相まって条例4条に基づいて、事業者が開発事業に必要な協議を行えないようにするもので、法令に基づくものである。

そして、条例4条に基づく協議は、開発事業のための許可を欲する者が申し入れて行われるものであるところ、これを拒否することは、開発事業の許可のための事前協議を行うことの求めを一方的にできなくするものであり、権力性があるといえる。

(2)ア また、②に関し、事前協議自体は法29条の許可の直接の要件ではないのであって、本件通知は、A市長がBに対して事前協議を行わないとする観念の通知に過ぎない、とのA市からの反論が考えられる。

イ しかし、条例4条が、開発事業を行おうとする者にA市長との事前協議を必要としていること、協議が成立しなければ許可を受けることはできないことから、A市長が協議に応じないと伝えることは、実質的に、開発事業の許可への拒否の態度を行政主体として初めて公かつ最終的にするものであって、Bが第3処分場の開発事業を行えなくなる法的地位を確定させるといえる。このため、国民の権利義務への直接・具体的な法効果がある。

3 以上より、本件通知は「処分」にあたる。

以上

— MEMO —

## 刑事訴訟法 問題

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

### 【事例】

甲は、①「被告人は、令和元年6月1日、H県I市内の自宅において、交際相手の乙に対し、その顔面を平手で数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約5日間を要する顔面挫傷等の傷害を負わせたものである。」との傷害罪の公訴事実により、同月20日、H地方裁判所に起訴された。

同事件について、同年8月1日、甲に対し、同公訴事実の傷害罪により有罪判決が宣告され、同月16日、同判決が確定した。

ところが、前記判決が確定した後、甲が同年5月15日に路上で見ず知らずの通行人丙に傷害を負わせる事件を起こしていたことが判明し、同事件について、甲は、②「被告人は、令和元年5月15日、J県L市内の路上において、丙に対し、その顔面、頭部を拳骨で多数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約6か月間を要する脳挫傷等の傷害を負わせたものである。」との傷害罪の公訴事実により、同年12月20日、J地方裁判所に起訴された。

公判において、甲の弁護人は、「②の起訴の事件は、既に有罪判決が確定した①の起訴の事件と共に常習傷害罪の包括一罪を構成する。よって、免訴の判決を求める。」旨の主張をした。

### 【設問】

前記の弁護人の主張について、裁判所は、どのように判断すべきか。

仮に、①の起訴が、「被告人は、常習として、令和元年6月1日、H県I市内の自宅において、交際相手の乙に対し、その顔面を平手で数回殴るなどの暴行を加え、よって、同人に加療約5日間を要する顔面挫傷等の傷害を負わせたものである。」との常習傷害罪の公訴事実で行われ、同公訴事実の常習傷害罪により有罪判決が確定していた場合であればどうか。

(参照条文) 暴力行為等処罰ニ関スル法律

第1条ノ3第1項 常習トシテ刑法第204条、第208条、第222条又ハ第261条ノ罪ヲ犯シタル者人ヲ傷害シタルモノナルトキハ1年以上15年以下ノ懲役ニ処シ其ノ他ノ場合ニ在リテハ3月以上5年以下ノ懲役ニ処ス

## 刑事訴訟法 解答のポイント

設問では、免訴判決を求める旨の弁護人の主張に対して、裁判所がいかなる判断をすべきかが問われている。弁護人の主張は、②の起訴の事件が①の起訴の事件とともに常習傷害罪の包括一罪を構成する以上、i ①の起訴の事件が傷害罪の訴因である場合と、ii ①の起訴の事件が常習傷害罪である場合のいずれにおいても、①の起訴の事件の一事不再理効が②の起訴の事件に及び、免訴判決すべきである、というものである。

そこで、i の場合と、ii の場合に、①の起訴の事件の一事不再理効が②の起訴の事件に及ぶか否か、一事不再理効の客観的範囲が問題となる。

一事不再理効の根拠については内容的確定力説と二重の危険説があるが、答案例では通説である後者を採用している。同説からすれば、一事不再理効は、訴因変更が可能で、二重処罰の危険が及んでいる範囲、すなわち、「公訴事実の同一性」が認められる範囲において及ぶ。

公訴事実の同一性の判断に際しては、最判平15.10.7/百選[第10版] [97] が参考になる。本判例は、それぞれ単純窃盗罪で起訴された前訴と後訴が実体的に常習特殊窃盗罪の関係に立つ場合、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶとの弁護人の主張に対して、公訴事実の単一性についての判断は前訴後訴の各訴因のみを基準として行うべきであり、常習性の発露という面が全く訴因として訴訟手続に上程されていない場合には、公訴事実の同一性の判断に際しても、常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは相当でないと判断し、弁護人の主張を退けている。

本問において、i の場合はまさに本判例と同様の事案であるから、弁護人の主張は認められないこととなろう。

一方、ii の場合、両訴因の記載の比較から、両訴因が実体的には常習傷害罪一罪ではないかと強く疑われる。判例も、前訴後訴のいずれかに常習性の発露がある場合には、両訴因が実体法上一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在するとしている。したがって、ii の場合には、①の起訴の事件の一事不再理効は、②の起訴の事件に及ぶと結論付けることとなろう。

— MEMO —

## 刑事訴訟法 解答例

## 第1 前段

## 1 弁護人の主張の内容

当該弁護人の主張は、すでに傷害罪について有罪判決を経ている以上、これと常習傷害罪として一罪の關係に立つ傷害罪は単一であるため、本件②の起訴は、「確定判決を経た」(337条1号)ものとして、免訴判決をすべきである、というものである。

## 2 弁護人の主張の可否

- (1) 上記弁護人の主張は認められるのか。「確定判決を経た」ものとして免訴すべき範囲か、一事不再理の客観的範囲が問題となる。
- (2) 一事不再理効の根拠は、二重処罰の危険を防止する点にある。当事者主義を採用している現行刑事訴訟法における審判対象は訴因であり、訴因が「公訴事実の同一性」(312条1項)の範囲内で変更が可能であることから、かかる範囲内で被告人は二重処罰の危険にさらされているといえる。よって、「公訴事実の同一性」の範囲内において一事不再理効は生じる。

また、公訴事実の同一性とは、狭義の同一性と単一性を指し、単一性とは、実体法上一罪の關係に立つ場合をいい科刑上一罪も含まれる。そして、当事者主義を採用し、訴因制度をとる現行刑法の下では、公訴事実の単一性の判断は、前訴と後訴の各訴因のみを基準として比較対照することによって判断すべ

きである。

- (3) 確かに①の起訴及び②の起訴の訴因は双方傷害罪を構成する事実であり、常習傷害罪にて一罪の關係に立つという点に照らせば、公訴事実の単一性も認められるとも思える。

しかし、本件では前訴及び後訴とも単純傷害罪で起訴されているため、一罪を基礎付ける常習性という構成要件要素が両訴因には現れていない。そうだとすると、常習性の発露という側面は①の起訴及び②の起訴において上程されておらず、両訴因を比較検討するに当たり、常習性の発露を考慮すべき契機はない。そして、①の起訴の公訴事実は令和元年6月1日、H県I市内の自宅における乙に対する傷害であり、②の起訴の公訴事実は令和元年5月15日、J県L市内の路上における傷害である。そのため、両訴因それぞれ別個の機会になされた犯罪であり、単一性は認められない。

したがって、②の起訴の訴因は①の起訴の訴因の「公訴事実の同一性」の範囲内とはいえないから、前訴の一事不再理効は②の起訴には及ばない。

- (4) 以上より、弁護人の主張は認められない。

## 第2 後段

- 1 ①の起訴が、常習傷害罪の公訴事実で行われた場合には、一罪を基礎付ける常習性という構成要件要素が訴因に現れている。そうだとすれば、両訴因を比較検討するに当たり、実体的

に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する。

2 そして、①の起訴と②の起訴の訴因は、両訴因とも1つの常習傷害（暴力行為等処罰ニ関スル法律第1条ノ3第1項）に当たるものであり、実体法上一罪の関係に立つのであるから、公訴事實は同一であり、一事不再理効が及ぶ。

よって、裁判所は、弁護人の主張を認め、免訴判決の判断をすべきである。

以 上

— MEMO —









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20752