

司法試験

---

令和3年司法試験分析会

公法系

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215082

LU21508



# 令和3年司法試験分析会

## 公法系・第1問

## 令和3年司法試験 公法系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

1. 20××年、各地の大規模なデモにおいて、いくつかの団体の構成員が、覆面や仮面で顔を隠して参加するようになった。これらの団体は、それぞれ異なる政治的主張を掲げ、組織的な活動を行っていた。これらの団体の構成員は、集団行進（集団示威運動を含む。）に際して、顔を隠すだけでなく、団体の主張が書かれた大きな旗を振り回す、抗議の対象となるものが書かれた紙を燃やすなどの行動も行っていた。また、これらの団体は、このような行動の動画や、集団行進への参加の呼び掛けを、ウェブサイトやソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下「SNS」という。）を通じて配信していた。

上記各団体は、顔を隠すこと自体に特定のメッセージを込めていなかったが、このような集団行進のスタイルが大きな注目を集めた。SNS等では、「デモの報道で顔が映る心配がない。」「就職活動や職場のことを気にせずデモに参加できる。」といった意見が多く見られ、上記各団体の構成員ではないデモ参加者の中にも、顔を隠す者が多数現れるようになった。

2. 前記の大規模なデモでは、参加者の大部分は平穩に集団行進を行っていた。しかし、その最中に、顔を隠した参加者の一部が、商店のショーウィンドウを破壊する、ごみ箱に放火するなどの暴力的な行為を行うようになった。さらに、いくつかのデモでは、顔を隠した参加者の一部が警備に当たる警察官を負傷させ、それぞれ数十名が逮捕される事態となった。

逮捕者には、前記各団体の構成員が相当数含まれていた。しかし、逮捕者の半数ほどはそれらの団体の構成員ではなく、専ら暴力的な行為を目的として、その都度SNSで仲間を募り、デモに参加していた者であった。さらにそれ以外にも、その場の雰囲気刺激された一般の参加者が、暴力的な行為に加わり逮捕された例もあった。

集団行進の許可を求められた公安委員会は、主催者側に適切な対応を求め、また所轄の警察署も警備を強化していた。しかし、大規模なデモの最中に暴力的な行為が散発的に行われることから、集団行進の主催者も警察も、そのような行為を行う者を事前に把握し対応することが困難であった。また、顔を隠している被疑者の特定が難しいため、逮捕者は暴力的な行為を行った者の一部にとどまっていた。

3. このような状況に強い懸念を抱いた国会議員Xらは、次のような規制を内容とする法律案を検討している。

規制① 顔を隠して集団行進に参加することを禁止する。

規制② 集団行進において公共の安全を害する行為を行った者が一定比率以上含まれる団体を観察対象として指定し、当該団体がその活動のために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、報告を義務付ける。

4. 【別添資料】は、規制①及び②の内容として検討されている法律案の骨子である。Xらは、法律案の骨子について、法律家甲に相談した。その際の甲とXとのやり取りは、以下のとおりであった。

甲：まず規制①ですが、暴力的な行為をしている者だけでなく、平穩にデモを行っている多くの参加者にまで、一律に規制を及ぼすのは行き過ぎではないですか。

X：規制①の目的は、集団行進において公共の安全を害する行為が行われるのを抑止することであり、デモそれ自体を規制するつもりはありません。覆面や仮面で顔を隠している人はそのことで何かを伝えようとしているわけではないのですから、顔を隠さなくても集団行進を通じてメッセージを届けることは、十分に可能なはずで。他方、覆面や仮面で顔を隠すことによって、誰がやっているか分からないという感覚が生じて、普段はしないような行動に走る面があることは否定できません。同じようなことは、ウェブサイトやSNSでの表現一般をめぐっても、問題にな

っています。

甲：顔を隠すことが許される「正当な理由」としては、どのようなものを想定していますか。例えば、マスクの着用についてはどうですか。

X：感染症対策や健康上の理由でマスクをする、信仰上の理由から顔を隠すといったことは、もちろん「正当な理由」があるものとして扱われます。

なお、この種の規制では、文言の明確性も問題になりますが、この点は別途相談する予定ですので、本日は検討いただく必要はありません。

甲：分かりました。次に規制②ですが、団体の規制に関する既存の立法と比べると、対象となる団体の危険性はさほど大きくないように思います。どのようにお考えでしょう。

X：公共の安全を害する行為を実効的に抑止するためには、そのような行為を助長している団体の活動を把握する必要があります。これが規制②の目的です。規制②を担当するのは、公共の安全の確保のために最近新たに設置されたA1委員会とA2庁です。

また、観察処分を受けた団体が、そのことを意識して自覚ある行動をとることも期待しています。

甲：団体の指定の要件に関してですが、そもそも構成員の範囲の画定が可能なのでしょうか。

X：団体の指定の要件は、我々の間でも議論になり、これまで逮捕者が出た事案を調査しました。構成員としては、組織としての活動に継続的に参加している者を想定しており、A2庁である程度の把握ができているとのこと。SNS等をフォローして集団行進に参加しているだけの者は、構成員に含みません。

公共の安全を害する行為を助長している団体は、現状では、構成員がおおむね50人から100人程度の、比較的規模の小さなものです。これらの団体のいずれでも、過去5年以内に、デモにおいて「法律案の骨子」の第2の2に掲げる行為のいずれかを行い、処罰された構成員が全体の10パーセント以上に上ります。構成員の10パーセント以上という基準であれば、当面は、指定の対象を、実際に問題を起こした団体だけに絞り込むことができるとみています。基準については、今後の状況の変化も踏まえ、A1委員会で見直してもらいます。

また、規制②で報告が義務付けられるのは、団体がその活動のために利用している媒体の名称等のみです。報告によって得られた情報は、A2庁による団体の活動の把握に用いますが、必要な場合には、A2庁が各都道府県の公安委員会に提供し、公安条例や道路交通法等の運用を通じ、公共の安全を害する行為の抑止に役立ててもらうこともあります。

甲：確認ですが、報告義務の対象となるのは、機関紙のほか、団体が利用しているウェブサイト等、誰もが見ることができるようなものですね。SNSでも、そのサービスの利用者であれば自由に閲覧できる投稿をしているアカウント等も、ここには含まれてきますね。一方で、サービスの利用に当たって用いている氏名、住所、パスワード等の情報は含まれないという理解でよろしいでしょうか。

X：そのとおりです。現在問題となっている団体は、団体名を使っているウェブサイトやSNS等に限らず、様々なルートで公共の安全を害する行為を助長する可能性があります。その全てを把握するのは困難です。代表者や幹部に限らず、構成員が、個人名義のアカウントを使って団体の主張を流布する場合も含めて、それらを網羅的に把握し、団体の活動を継続的に観察する必要があります。

なお、規制②の指定の要件に該当するかどうかの判断は難しい場合があり、団体や構成員にもいろいろ言い分はあるでしょうから、告知・聴聞の機会の保障など、適正な手続の整備が必要になります。しかし、手続保障については、別途相談する予定ですので、本日は検討いただく必要はありません。

〔設問〕

あなたが検討を依頼された法律家甲であるとして、規制①及び②の憲法適合性について論じなさい。なお、その際には、必要に応じて、参考とすべき判例や自己の見解と異なる立場に言及すること。規定の文言の明確性、手続の適正については、論じる必要はない。

## 【別添資料】

- 公共の安全を害する行為の抑止及び公共の安全を害する行為を助長する団体の規制に関する法律案の骨子

## 第1 目的

この法律は、集団行進（集団示威運動を含む。）における公共の安全を害する行為を抑止するとともに、そのような行為を助長する団体の活動状況を明らかにするために必要な措置を定め、もって公共の安全の確保に寄与することを目的とする。

## 第2 定義

- この法律において「顔を覆う行為」とは、手段のいかんを問わず顔面の全体又は一部を覆い、容貌の確認を困難にする行為をいう。
- この法律において「公共の安全を害する行為」とは、次に掲げる行為をいう。  
刑法第95条第1項〔公務執行妨害〕、第106条〔騒乱〕、第108条〔現住建造物等放火〕、第109条〔非現住建造物等放火〕、第110条〔建造物等以外放火〕、第199条〔殺人〕、第204条〔傷害〕、第205条〔傷害致死〕、第206条〔現場助勢〕、第208条〔暴行〕、第208条の2〔凶器準備集合及び結集〕、第260条〔建造物等損壊及び同致死傷〕、第261条〔器物損壊等〕に規定する行為をなすこと。
- この法律において「集団行進において公共の安全を害する行為を行っている」と認められる団体とは、その構成員と認められる者のうち、第4の1の処分に係る手続が開始された日から遡って5年間に、集団行進において公共の安全を害する行為を行い刑に処せられた者の比率が、A1委員会規則で定める基準（当分の間、100分の10を下回らない比率とする。）を超える団体をいう。

## 第3 顔を覆う行為の禁止

- 何人も、集団行進において、正当な理由なく、顔を覆う行為をしてはならない。
- 第3の1の規定に違反した者は、10万円以下の過料に処する。

## 第4 観察処分

- A1委員会は、集団行進において公共の安全を害する行為を行っている」と認められる団体に対して、1年を超えない期間を定めて、A2庁長官の観察に付する処分（以下「観察処分」という。）を行うことができる。A1委員会は、さらに必要と認めるときは、その期間を更新することができる。
- 観察処分を受けた団体の代表者は、名義のいかんを問わず、団体の活動として団体の主義、主張等を不特定又は多数の者に対して伝えるために利用している機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等について、1か月ごとにA2庁長官に対して報告しなければならない。
- A2庁長官は、必要と認めるときは、観察処分を受けた団体の名称、当該団体の活動等の情報を各都道府県公安委員会に提供することができる。
- 観察処分を受けた団体の代表者が、正当な理由なく、第4の2の報告義務に違反した場合（虚偽の報告を行った場合を含む。）は、50万円以下の過料に処する。

## 令和3年司法試験 公法系第1問 解答例

### 第1 規制①

- 1 集団行進を行う際に、顔面を覆うことを禁止する規制①は、集団行進を行う自由を侵害し、憲法（以下、法令名略）21条1項に反し、違憲となるのではないか。
- 2(1) 「表現の自由」とは、内心における精神作用を外部に表明する精神活動を行う自由をいうところ、集団行進は、一定の主張を表明するために行われる活動であることから、集団行進を行う自由も「表現の自由」に含まれる。したがって、集団行進を行う者は、いかなる主張をし、いかなる態様で主張を行うかは、原則として自由に決定することができる。そうすると、集団行進の際に、顔面を覆うことを禁止する規制①は、集団行進の方法を制限するものであり、表現の自由に対する制約となる。
- (2)ア 表現の自由に対する制約は、「公共の福祉」（13条後段）によるものとして正当化されない限り違憲である。そして、当該正当性の審査基準は、制約される権利の性質及び規制態様の点から決定される。
- イ 自由に意見を述べ、他者の意見を聞くことは、個々人の人格を形成する機能があり、特に、政治的主張の場合には、人格形成に加えて、個人の政治的プロセスに参加することを保障する機能がある。こうした表現の自由が持つ価値からすると、表現の自由に対する制約は、厳格に審査することが必要となる。

ウ 一方で、表現の方法を規制する場合には、公権力側が当該表現内容に対する否定的な態度を表明するものではなく、規制される方法以外の態様では表現することができるとして、上記の表現の自由が持つ価値に与える影響が小さいとして、審査基準の厳格度が下がるとの主張が考えられる。

しかし、表現方法の規制であっても、その規制によって萎縮効果が生じる場合には、自由な意見交換の機会それ自体を減少させることとなり、人格形成や政治参加という価値を害するのであるから、そのような規制の審査をする場合には、審査基準の厳格度を下げるべきではないと解するべきである。

SNS等の発展により、デモ参加者の様子が鮮明かつ広範囲に拡散する現代においては、個人を特定されずにデモ行進に参加できることは、活発な表現活動に資する要素となっている。そうすると、顔面を覆うことを禁止する規制①は、個人を特定する可能性を高め、デモに参加すること自体を萎縮させる効果を持つことから、審査基準の厳格度を下げるべきでない。したがって、規制①は、その目的がやむにやまれぬ目的であって、かつ目的達成にとって必要最小限度の手段であるといえなければ21条1項に反して違憲となる。

- (3)ア まず、規制①の目的は、暴力的行為を目的として集団



行進に参加した者の行為や、突発的に生じる暴力的行為によって、公共の安全が害されることを防止することを目的とする。この目的は、他者の生命・身体・財産が侵害されることを防止するものであり、基本的人権の侵害を防止するものとして、やむにやまれぬ目的であるといえる。

イ 次に、手段について検討すると、集団行進の際になされた公共の安全を害する行為は、暴力的行為のみを目的とする者が、顔を隠した集団行進に乗じて行っていることが半数程度である。そうすると、顔を隠して集団行進に参加している者の前後や隣に、団体の正式な構成員を配置することを求めるなどして、正式な構成員以外の者によって、集団行進の目的に反する行為がなされないようにすることは可能である。したがって、暴力的行為のみを目的とする者の行為を防止するために行う規制として、一律に顔を覆うことを禁止することは過剰な規制である。

また、匿名性の担保によって、普段はしない行動に走る面があるとの主張は、群集心理によって集団は暴徒化する旨の経験則と同様に、十分に社会的根拠を有するものとはいえない。そうすると、顔を隠すことが、衝動的な暴力行為を生じさせるという前提に誤りがある以上、顔を覆うことを禁止することは、突発的な暴力的行為を

防止するという目的に適合する手段であるということはいえない。

ウ したがって、規制①は、暴力的行為のみを目的とする者の行為を防止する手段としては必要最小限度とはいえず、また、突発的な暴力的行為を防止するためには、そもそも関連性を認めることができない。

3 以上より、規制①は、21条1項に反して違憲である。

## 第2 規制②

1 機関紙、ウェブサイト、SNSのアカウント等の情報（以下、「対象情報」という。）の報告を義務付ける規制②は、指定団体の結社の自由（21条1項）を侵害し、違憲となるのではないかと。

2(1) 「結社の自由」は、各人が団体の結成・解散、活動内容・方法について、自由に決定することができるということから、これらの点について制限を加えることは、結社の自由に対する制約になる。

規制②についてみると、指定団体に対して、対象情報という公開されている情報を1ヶ月ごとに提供することを義務付け、当該情報を公安委員会などへ提供することを認めるものであって、当該指定団体の情報管理権を制限するにとどまり、団体としての自由な活動を制限するものともまではいえないとも考えられる。

しかし、対象情報の継続的な把握は、団体の活動内容や

主義・主張を確認することを容易にするものである。そのような対象情報を、一定期間、定期的に規制当局によって把握されるとなると、当該団体の活動が継続的に監視されるのと同様の状況を作成することになる。そうすると、規制②は、当局による規制を恐れて、構成員が自由に活動することを萎縮させる結果として、団体としての自由な活動を縮小させ、ひいては団体を結成すること自体を差し控えさせる効果を持つのであって、団体の情報管理権のみならず、結社の自由に対する制約であるといえる。

(2)ア 規制②は、結社の自由に対する制約になることから、規制①と同様に、「公共の福祉」による規制として正当化されない限り違憲となる。

イ 結社の自由は、団体としての自由な表現活動を認めるものであるところ、同一の目的を持つ者同士が意見交換を交わすことは、各人に自らの主張の正当性を実感させる効果を与える点で、表現の自由と同様に個人の人格形成に寄与するものである。そして、団体としての自由な政治活動を認めることは、個人による政治活動よりも強い政治プロセスへの参加を保障するものである。したがって、個人の表現の自由と同様に、結社の自由に対する制約は、原則として厳格に審査することが求められるというべきである。

ウ たしかに、規制②は、上記の通り、公開されている対

象情報の提供を義務付け、関係機関に対する対象情報の提供を許容するにとどまり、団体としての表現活動それ自体を規制の対象としているものではないとして間接的制約にあたり、審査基準の厳格度を下げるべきであるとの主張が考えられる。

しかし、規制②は、構成員が行う団体としての活動も含めて、指定団体の活動を網羅的かつ一般的に把握することを目的とするものであって、規制当局が、対象情報を利用して、指定団体の活動それ自体を継続的に監視することが想定されている。そうすると、規制②に基づいて指定されている限りは、本来の意味での自由な団体活動は差し控えられ、指定が解除されたあとにおいても、再度指定されることを恐れて、積極的に活動を行うことを萎縮させる効果がある。したがって、規制②は、現在から将来にわたる団体活動の自由に対して強力な萎縮効果をもたらすものであるから、間接的な制約ということではできず、規制の目的がやむにやまれぬ目的であって、かつその手段が目的達成にとって必要最小限度であるといえなければ、21条1項に反して違憲となる。

(3)ア まず、規制②の目的は、集団行進などに乗じて暴力的行為がなされることを助長している団体の活動を把握して、公共の安全を害する行為を実行的に抑止することにある。当該目的は、規制①と同様に、基本的人権が侵害

されることを防止するものであって、やむにやまれぬ目的といえる。

イ 次に、規制②は、指定の要件として、過去5年以内に公共の安全を害する行為を行ったことにより刑に処せられた構成員の割合が、10パーセントを超える団体と規定しており、報告義務が課せられる団体の範囲には限定がある。しかし、指定を受けた団体は、機関紙だけでなく、団体として利用しているウェブサイトやSNSのアカウント等であれば、その名義のいかんを問わず報告することが義務付けられる。そうすると、当該団体の主張をするために利用しているものであれば、全てA2庁に報告すべき義務が課せられることになり、当該サイトやSNSの中で公開されている情報は全てA2庁が容易に把握できることになり、構成員のアカウントにあっては、団体の活動とは関係のない活動や情報までも容易に把握されることになる。このように、把握できる情報に実質的な限定がない手段は、公共の安全を害する行為を実行的に抑止するという目的との関係では、過剰な規制であって、その必要性を認めることができない。

ウ したがって、規制②は、目的達成の手段として、必要最小限度のものとはいえない。

3 以上より、規制②は、21条1項に反して違憲である。

以上

－ MEMO －

# 令和3年司法試験分析会

## 公法系・第2問

## 令和3年司法試験 公法系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕(1)〔設問1〕(2)〔設問2〕の配点割合は35：20：45）

A市の市道上には多くの屋台が設けられ、簡単な飲食物を提供する営業を行っており、全国各地でこの種の屋台が姿を消しつつある中で、A市の個性として貴重な観光資源となっているほか、街に賑わいや防犯効果をもたらしている。その一方で、A市の屋台には通行の障害、道路の汚れや排水の垂れ流し等の問題があり、とりわけ、屋台の設置に必要な市道占用許可（道路法第32条第1項第6号）を有する者から名義を借りた別の者が営業を行っている屋台があることから、許可が事実上売買の対象となったり、営業者の頻繁な交代により屋台をめぐる諸問題の解決に向けた継続的な話し合いが難しくなったりするといった課題が指摘され、こうした課題はA市議会でも繰り返し取り上げられてきたが、長年にわたり手付かずのままになっていた。

そこで、A市が昨年制定したA市屋台基本条例（以下「本件条例」という。）では、屋台営業に係る市道占用許可の基準及び手続を、新規の許可に係るものと許可の更新に係るものに分けて規定した上で、屋台営業に係る名義貸しを禁止することにより、名義貸し行為の一扫を目指すことにした。具体的には、本件条例は、新規に市道占用許可を受けられることができる者を、本件条例の施行の日において市道占用許可を受けて屋台営業を営む者の配偶者又は直系血族に当たる者以外は、本件条例第25条所定の屋台営業候補者に限定している。また、A市のウェブサイトに掲載されている「A市屋台営業候補者募集要項」によると、屋台営業候補者の公募に応募する者は営業希望場所（1か所）を明記した応募申請書等をA市長（以下「市長」という。）に提出し、これを受けて、有識者で構成されるA市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）は、市長によって策定された屋台営業候補者選定指針（以下「本件指針」という。）に従って審査を行い、営業希望場所ごとに総合成績が最も優れた者各1名を屋台営業候補者として適当と認める者として推薦し、その後、市長が屋台営業候補者を選定することとされている（なお、屋台営業候補者が市道占用許可及びその後の更新を受けられる期間は通算して原則3年までである。）。このように、他人の名義を借りて営業を行っている屋台にあつては、本件条例の施行後も営業を続けようとするれば、名義人本人が屋台営業を行うか、実際に屋台営業を行っている者が屋台営業候補者の公募に応募することが必要となった。

A市の市道上で他人の名義を借りて屋台営業を行ってきたBは、本件条例の施行後も同じ場所（以下「本件区画」という。）で屋台営業を続けることを希望し、本件条例の施行後に実施された屋台営業候補者の公募（合計20区画）に応募したところ、市長は本件区画についてBを屋台営業候補者に選定しない旨の決定（以下「本件不選定決定」という。）を行う一方で、Cを屋台営業候補者に選定する旨の決定（以下「本件候補者決定」という。）を行った。本件区画で屋台営業を行ってきた実績から、屋台営業候補者に選定されるはずであると考えていたBは、本件不選定決定に不服を持ち、今後の対応を相談するため、弁護士Dに相談した。以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて、弁護士Dの指示に応じる弁護士Eの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

### 〔設問1〕

- (1) 本件不選定決定は、取消訴訟の対象となる処分にあたるか、検討しなさい。
- (2) Bは本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益を有するか、検討しなさい。なお、解答に当たっては、本件不選定決定が処分にあたることを前提にしなさい。

### 〔設問2〕

本件不選定決定の取消訴訟において、Bはどのような違法事由の主張をすべきか。想定されるA

市の反論を踏まえて、検討下さい。なお、解答に当たっては、当該訴訟が適法であることを前提に下さい。

【法律事務所の会議録】

- 弁護士D：Bさんの不服の内容からすると、まずは本件不選定決定の取消訴訟を提起することが考えられます。市長は本件不選定決定が処分に当たると理解して、屋台営業候補者不選定通知書において審査請求や取消訴訟の教示をしていますが、この理解が正しいか検討しましょう。
- 弁護士E：Bさんは、屋台営業候補者の公募に応募して、本件不選定決定を受けたので、本件条例及び本件条例施行規則の仕組みに即して、屋台営業候補者の選定が申請に対する処分に当たるか、したがって、本件不選定決定が申請拒否処分に当たるかを検討すればいいのでしょうか。
- 弁護士D：基本的な方針はそれでいいと思いますが、Bさんが屋台営業候補者の公募に応募したのは、飽くまでも市道占用許可を受けるためなので、市道占用許可との関係にも注意してください。なお、A市は、本件条例第9条を行政手続法上の審査基準として定めたようです。本件条例第9条の性格については、我々もA市と同じ立場を取ることにしましょう。
- 弁護士E：本件不選定決定が処分に当たるとしても、既に市長はCさんに対して本件候補者決定を行っているため、本件候補者決定が取り消されない限り、Bさんは本件区画について屋台営業候補者への選定を受けることができないとも考えられ、本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益は失われていることにならないでしょうか。
- 弁護士D：その問題については、放送局の開設免許に関する判例（最高裁判所昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3254頁）がありますので、この判例を参考にして検討してください。
- 弁護士E：承知しました。
- 弁護士D：次に本案で主張すべき違法事由ですが、Bさんは、本件区画で10年以上も屋台営業を行ってきて、A市との間でトラブルもなかったのに、今後営業が続けられなくなると生活の基盤が失われてしまうと述べています。
- 弁護士E：新しい条例を施行する場合には経過措置を設けるのが通例で、そうすることが法的に要請される場合もありますが、本件条例の施行に際して、Bさんのように従前から他人の名義を借りて屋台営業を行っていた者（以下「他人名義営業者」という。）の地位への配慮はなかったのですか。
- 弁護士D：市長は、本件条例可決後の記者会見において、A市での屋台営業に係る市道占用許可は6か月ごとの更新のため、本件条例の施行から6か月後には屋台営業候補者が営業を開始できるよう速やかに公募を実施し、その間は他人名義営業の継続を暫定的に認めると述べました。そうすると、他人名義営業者の地位への配慮は市道占用許可の期間の範囲内にとどまることになりませんが、他人名義営業者が市道占用許可の更新を期待し得る地位を有しないのか疑問です。
- 弁護士E：他人の名義を借りた屋台営業はそもそも道路法上無許可営業に当たり、法的な保護に値しないということでしょうか。
- 弁護士D：しかし、本件条例制定に至るまでの経緯や関係法令の規定等に照らして、屋台営業において他人の名義を借りることは、営業の実績が全て法的な保護に値しなくなるほど悪質な行為と価できるのでしょうか。本件条例が違法であるとまではいえないとしても、本件不選定決定の違法事由を検討する上で、まずは、Bさんの地位に対する配慮に欠けるところがなかったか検討してください。
- 弁護士E：承知しました。
- 弁護士D：それから、Bさんへの屋台営業候補者不選定通知書には、Bさんの総合成績が本件区画で第2位であった旨が記されていますが、実は、委員会は、Bさんを屋台営業候補者として適当と認める者として推薦していたようです。20区画の応募に対する屋台営業候補者選定決定後の記者会見で、市長が自ら発表したことですが、A市のウェブサイトで公開されている本件指針は、本件条例施行規則第19条第1号から第4号までの各号の審査に25点ずつ配



点するとともに各号の審査において考慮すべき要素を例示しているところ、委員会では、他人名義営業者が本件条例の施行後 6 か月以内に新たな店舗や仕事を探すことは困難である上、特に A 市との間でトラブルのなかった他人名義営業者は、今後 A 市の屋台政策への確実な貢献が期待できるとして、各号の審査では 25 点の配点の範囲内で営業実績を踏まえて 5 点を与えるという本件指針の運用を申し合わせたのです。

弁護士 E：そうすると、委員会は、他人名義営業者の地位への更なる配慮が必要であると考えていたといえますね。

弁護士 D：ところが、委員会の各委員がこの申合せどおりに審査を行った結果、ほとんどの区画について B さんのような他人名義営業者が屋台営業候補者として適当と認める者として推薦されたため、不審に思った市長が委員会の議事録を取り寄せて申合せの内容を知ったのです。前回市長選挙で屋台営業の刷新を公約に掲げて当選した市長としては、屋台営業者の交代をより積極的に推進して公約を実現したいと考え、委員会の審査結果から申合せに基づく点数を差し引いた総合成績に基づいて屋台営業候補者を選定したと記者会見で発表しました。その結果、B さんの総合成績が 2 位になったと考えられます。

弁護士 E：事情がよく分かりました。

弁護士 D：我々としては、市長は委員会の推薦どおりに B さんを屋台営業候補者に選定すべきであったという立場ですので、既に検討をお願いした他人名義営業者の地位への配慮の問題のほか、屋台営業の実績を考慮して審査を行うという委員会の申合せが合理的であったかという問題を検討する必要があります。委員会の申合せが不合理であれば、市長がこれに基づく推薦を覆すのは当然ということになりますから。具体的には、委員会の申合せが本件条例施行規則第 19 条各号の選定基準に照らして是認することができるか、また、新規に屋台営業を始めようとして公募に応募した者の利益を不当に侵害することにならないか検討してください。なお、A 市は、平成 7 年から A 市行政手続条例を施行しており、同条例は行政手続法第 2 章と同じ内容の規定を設けていますので、必要に応じて参照してください。

弁護士 E：承知しました。

弁護士 D：そして、これらの検討を踏まえて、本件不選定決定の取消訴訟における違法事由の主張として、市長の選定に係る判断の内容に瑕疵があったと主張することができないか検討してください。さらに、市長が委員会の推薦を覆して選定したこと自体に瑕疵があったと主張することも考えられます。その際には、行政庁である当時の運輸大臣の処分と諮問機関である運輸審議会の決定との関係について一般論を述べた判例（最高裁判所昭和 50 年 5 月 29 日第一小法廷判決・民集 29 巻 5 号 662 頁）がありますので、この判例を参考に、諮問機関の機能等を踏まえて本件不選定決定が違法であると主張することができないか、検討することにしましょう。

弁護士 E：承知しました。

【資料 関係法令】

○ 道路法（昭和27年法律第180号）（抜粋）

（道路の占用の許可）

第32条 道路に次の各号のいずれかに掲げる工作物、物件又は施設を設け、継続して道路を使用しようとする場合においては、道路管理者の許可を受けなければならない。

一～五 （略）

六 露店、商品置場その他これらに類する施設

七 （略）

2 前項の許可を受けようとする者は、左の各号に掲げる事項を記載した申請書を道路管理者に提出しなければならない。

一 道路の占用（道路に前項各号の一に掲げる工作物、物件又は施設を設け、継続して道路を使用することをいう。以下同じ。）の目的

二 道路の占用の期間

三 道路の占用の場所

四 工作物、物件又は施設の構造

五 工事実施の方法

六 工事の時期

七 道路の復旧方法

3～5 （略）

（道路の占用の許可基準）

第33条 道路管理者は、道路の占用が前条第1項各号のいずれかに該当するものであつて道路の敷地外に余地がないためにやむを得ないものであり、かつ、同条第2項第2号から第7号までに掲げる事項について政令で定める基準に適合する場合に限り、同条第1項（中略）の許可を与えることができる。

2～6 （略）

○ A市屋台基本条例（抜粋）

（定義）

第3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。

(1) 屋台 道路運送車両法（昭和26年法律第185号）第2条第4項に規定する軽車両に飲食店営業（食品衛生法施行令（昭和28年政令第229号）第35条第1号に規定する飲食店営業をいう。次号において同じ。）のための設備を備え付けたものをいう。

(2) 屋台営業 屋台を一定の時間一定の場所に設置して行う飲食店営業をいう。

(3) 屋台営業者 屋台営業を営む者をいう。

(4) 屋台営業従事者 屋台営業者以外の者であつて屋台営業に従事するものをいう。

(5) 市道 道路法（昭和27年法律第180号）第2条第1項に規定する道路であつて市が管理するものをいう。

(6) 市道占用許可 屋台営業を行うための道路法第32条第1項（中略）の規定による市道の占用の許可をいう。

（市道占用許可の申請）

第8条 市道占用許可を受けようとする者（次条第1項（中略）において「申請者」という。）は、道路法第32条第2項に規定する申請書のほか規則で定める書類を市長に提出しなければならない。

（市道占用許可の基準等）

第 9 条 市長は、申請者（次条第 1 項に規定する更新申請者を除く。以下この項において同じ。）の申請の内容が道路法第 3 3 条第 1 項に規定する場合に該当する場合であって、次に掲げる基準のいずれにも適合するとき限り、市道占用許可を与えるものとする。

(1) 申請者が、次のいずれにも該当しないこと。

ア A市暴力団排除条例（中略）に規定する暴力団員

イ A市暴力団排除条例（中略）に規定する暴力団又は暴力団員と密接な関係を有する者

(2) 申請者が、次のいずれかであること。

ア この条例の施行の日において市道占用許可を受けている屋台営業者（以下「現営業者」という。）の配偶者又は直系血族のうち、同日及び申請の日（現営業者が死亡している場合にあっては、現営業者が死亡した日。）において、主として現営業者が営む屋台営業による収入により生計を維持している屋台営業従事者（その者が 2 人以上である場合は、そのうちの 1 人に限る。）

イ 第 2 5 条第 1 項に規定する屋台営業候補者

(3) 市道占用許可を受けようとする場所が、次のいずれにも適合すること。

ア～ウ （略）

2 （略）

（市道占用許可を受けた者による屋台営業等）

第 1 3 条 市道における屋台営業は、市道占用許可を受けた者が、自ら行わなければならない。

2 市道占用許可を受けた者は、市道占用許可に係る権利を他人に譲渡し、転貸し、又は担保に供してはならない。

（屋台営業候補者の公募）

第 2 5 条 市長は、市道における屋台営業が、まちににぎわいや人々の交流の場を創出し、観光資源としての効用を発揮することができると思われるときは、場所を指定して、当該場所において市道占用許可を受けることができる者（法人を除く。以下「屋台営業候補者」という。）の公募を行うことができる。

2～3 （略）

4 前 3 項に定めるもののほか、屋台営業候補者の公募に関し必要な事項は、規則で定める。

（屋台営業候補者の選定等）

第 2 6 条 市長は、前条第 1 項の規定による公募を行った場合は、A市屋台専門委員会に諮り、屋台営業候補者を選定するものとする。

2 A市屋台専門委員会は、規則で定める基準に基づき、当該公募に応募した者のうちから屋台営業候補者として適当と認める者を推薦するものとする。

3 市長は、第 1 項の規定による選定を行ったときは、その旨を当該屋台営業候補者に通知しなければならない。

（A市屋台専門委員会）

第 2 8 条 市長の附属機関として、A市屋台専門委員会（以下「委員会」という。）を置く。

2～5 （略）

## ○ A市屋台基本条例施行規則（抜粋）

〔（注）本規則中、「条例」はA市屋台基本条例を指す。〕

（公募書類）

第 1 8 条 条例第 2 6 条第 1 項の規定により屋台営業候補者の選定を受けようとする者（以下「公募申請者」という。）は、市長が定める期間内に、公募屋台営業候補者応募申請書（中略）に次の各号に掲げる書類を添えて市長に提出しなければならない。

(1)～(5) （略）

(選定基準)

第19条 条例第26条に規定する規則で定める基準は、次に掲げるとおりとする。

- (1) 関係法令等を遵守し、安全で快適な公共空間及び良好な公衆衛生を確保する具体的な取組が示されていること。
- (2) 市民、地域住民及び観光客に親しまれ、観光資源としてA市を広報することができる屋台を目指し、従来のA市らしい屋台文化を守るとともに、新たな魅力を創出するための創意工夫が見られること。
- (3) 地域の清掃活動に参加する等地域貢献に向けた具体的な取組が示されていること。
- (4) まちのにぎわいや人々の交流の場を創出し、まちの魅力を高めようとする意欲が感じられること。

(決定の通知)

第21条 条例第26条第3項の規定による通知は、屋台営業候補者選定通知書（中略）により行うものとする。

- 2 市長は、屋台営業候補者として選定しないこととしたときは、屋台営業候補者不選定通知書（中略）により公募申請者に通知するものとする。

－ MEMO －

## 令和3年司法試験公法系第2問 解答例

### 第1 〔設問1〕(1)

- 1(1) 「処分」(行政事件訴訟法(以下、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する行為のうち、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。取消訴訟制度は、行政行為の公定力を排除するための、いわば上訴類似の特殊な訴訟手続であるから、公定力を持つ行政行為のみがその対象とされるべきだからである。
- (2) そして、その判断要素は、①権力性、②具体的法効果性である。
- 2(1) まず、①について、本件不選定決定は、本件条例26条1項に基づくものであるから、条例に基づく行政活動として、A市行政手続条例が適用される(行政手続法(以下、行手法)46条)。そして、A市行政手続条例は行手法第2章と同様の内容であるところ、本件不選定決定は、本件条例25条1項の公募に応じた者に対して、選定するか否かという諾否をもって応えるものであり、拒否する場合には同条例21条2項によって通知するものであるから、行手法2条1項3号を前提とする行手法第2章と同内容の同条例において申請に基づく処分として本件不選定決定が位置付けられているといえる。

このように、本件不選定決定は申請に基づき、A市長が

一方的に行うものであるから、権力性のある作用といえる。

- (2) 次に、②について、確かに、Bは道路法32条1項による市道占用許可を受けることで屋台の営業が可能であって、屋台の営業を望むBに対しては、本件不選定決定はA市長による観念の通知に過ぎないとも思える。しかし、本件条例9条1項2号イは、屋台営業車として公募で選定された屋台営業候補者を規定している。即ち、不選定決定がA市長によってなされることで、A市においては市道占用許可を受けることが条例上、不可能となる。これは、道路法32条1項による占用許可制度と本件条例の仕組みが相まって、最終的に屋台営業を不可能にするものであるといえ、具体的な法効果を有するものである。
- 3 以上より、本件不選定決定は①権力性と②具体的法効果性を有していることから、取消訴訟の対象となる「処分」に当たる。

### 第2 〔設問1〕(2)

- 1 Bは訴えの利益を有するか。ここで、取消訴訟における狭義の訴えの利益があるというのは、原告の請求が認容された場合に、原告の具体的な権利・利益が客観的に回復可能であることをいう。抗告訴訟が国民の権利・利益の保護のための制度であることから、それに関係のない訴訟を排除するために訴訟要件として必要と解する。

2(1) 本件では、Bの請求内容は本件不選定決定を取り消すことであって、それが認容されたとしても、Cへの選定決定を覆滅することは請求の内容に含まれていないと考えられる。このため、請求が認容されても本件区画で屋台営業をしようとするBの権利・利益を回復することにつながらないとも思える。

(2) しかし、放送局の開設免許に関する判例（最高裁判所昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3254頁）では、テレビ放送局開設のために同一周波をめぐる競願関係において、一方の者への免許付与と他方の者への拒否処分とは表裏の関係にあるのであって、拒否処分を受けた者は、その取り消しを求めることで、競願者である免許付与を受けた者への免許処分を取り消すことを求める立場にあるとされている。これは、同一周波に係るテレビ放送局の開設のため免許処分に着き申請した者のうちの者のみが免許を受ける関係から、拒否処分が取り消されることで、拒否処分を受けた者は免許処分を受け得る立場に復することとなり、それはすでになされた免許処分を検討し直すことになるからである。

本件では、A市における屋台営業のための合計20区画のうち、本件区画についてBとCが応募しているところ、本件区画は1つの屋台しか営業できないため、少なくともBとCのうちいずれか一方しか営業できないのであって、

選定決定は一の者にのみなされることとなる。そして、Bへの本件不選定決定が取り消されることで、Cへの選定決定も検討し直されることとなるから、Cへの選定決定が取り消され得るのであり、同時にBへの選定決定がなされる可能性がある。これによって、Bが本件区画で屋台営業をすることが可能となる。

(3) 以上より、本件不選定決定が取り消されるというBの請求が認容されることで、Bが本件区画で屋台営業をすることができる余地がある。よって、原告の具体的な権利・利益が客観的に回復可能であるといえる。

3 したがって、Bは訴えの利益を有する。

### 第3 〔設問2〕

#### 1 A市長の判断の瑕疵

(1) A市長が本件不選定決定をしたことについて、A市長の判断に瑕疵があったのではないか。裁量の逸脱・濫用があったか検討する。

(2) ここで、裁量とは、行政庁に法が認めた判断の余地であり、処分の性質、根拠法規の文言の抽象性や、同法規に行政庁の専門技術的判断を尊重する趣旨が認められるか否かでその有無を決する。そして、行政庁の裁量は行政庁の専門技術的判断に合理性がある限りで認められるから、行政庁の判断が著しく不合理であれば、裁量の逸脱・濫用として当該処分は違法となる。

(3) まず、本件不選定決定についてA市長の裁量が認められるか検討する。本件不選定決定の根拠法規は本件条例26条1項であり、本件条例施行規則19条各号で定める基準によってなされる。同条各号の「安全で快適な公共空間及び良好な公衆衛生」、「観光資源…新たな魅力を創出する創意工夫」、「まちの魅力」といった文言から、都市空間と観光政策の見地による行政庁の専門技術的判断を尊重する趣旨といえる。

このため、本件不選定決定にはA市長の裁量が認められる。

(4) 本問で、他人名義とはいえこれまでトラブルなく営業していたBという既存の事業者の地位への配慮を欠いていたとの主張が考えられる。ここで、本件条例施行規則19条各号では、「安全で快適な公共空間及び良好な公衆衛生を確保する」（同条1号）、「市民、地域住民及び観光客に親しまれ、観光資源としてA市を好捕することができる屋台を目指し」（同条2号）、「まちの魅力を高めようとする意欲」（同条4号）とあることから、本件条例26条1項による選定決定は、観光資源として機能するか否かによりなされるべきであり、トラブルなく屋台営業をしている既存事業者の営業上の地位に配慮すべきものであった。

しかし、本件不選定決定は、10年以上トラブルなく屋台営業を続けていたBの営業上の地位に何ら配慮すること

なくなされており、これは本件条例26条1項で考慮すべき事項を考慮できていないという他事考慮であり、A市長の裁量の逸脱であるといえる。

(5) 次に、委員会の申し合わせに基づく審査に反してA市長が本件不選定決定をしているが、申し合わせが合理的であるか否かが問題となる。申し合わせは審査基準と考えられるところ、これが不合理であれば、A市長がこれに基づく推薦を覆すのは寧ろ合理的であるといえるからである。

本問で、委員会は、本件条例施行規則19条各号の審査において、他人名義営業者が本件条例の施行後6ヶ月以内に新たな店舗や仕事を探すことは困難であるうえ、特にA市との間でトラブルがなかった場合は、今後もA市の屋台政策への確実な貢献が期待できるとの判断から、各号につき22.5点の配点の範囲内で5点を与えるとの指針の申し合わせをしていた。かかる申し合わせは、A市が観光政策として屋台を活用していたことを踏まえ、25点中2割の限度で他人名義営業者の地位に配慮するものであり、優遇するものであったとしても、その程度は相当な範囲に止まるものである。また、トラブルなく屋台営業をしてきた者への配慮は、観光資源として屋台を活用するA市の政策に資するものといえる。

また、このような他人名義営業者の地位への配慮が新規に応募する者の利益を不当に侵害しないかも問題となる



が、選定決定の更新は6ヶ月毎になされ、通算して原則3年以内とされていることから、新規参入を希望する者の営業が事実上困難となるとまではいえず、新規に応募する者の利益を不当に侵害するものでもない。

よって、申し合わせは合理的なものであり、このような合理的な申し合わせに基づく審査結果を覆したA市長の判断は、合理的でないといえる。

さらに、A市長は、選挙公約で屋台営業の刷新を掲げていたため、屋台営業者の交替を積極的に推進するという公約への形式的適合を追求しようという動機で本件不選定決定をしたと考えられることから、政策的合理性と無関係な自身の政治的利益を動機として処分をしたといえる。これは、考慮すべきでない事項を考慮したといえるから、他事考慮として裁量の逸脱であるといえる。

## 2 A市長が委員会の推薦を覆して選定したことの瑕疵

- (1) A市長が委員会の推薦に反して本件不選定決定をしたことは違法事由となるか。
- (2) 判例（最高裁判所昭和50年5月29日第一小法廷判決・民集29巻5号662頁）では、道路運送法が諮問機関への諮問と、その決定を尊重して処分すべきとしているのは、処分行政庁が諮問機関の決定を慎重に検討し、これに十分の考慮を払い、特段の合理的な理由のない限り、これに反する処分をしないよう要求することにより、当該行

政処分の客観的な適正妥当と公正を担保することを法が期するためであるとする。即ち、行政庁は、処分の根拠法規が定める諮問機関の諮問結果を受けて処分をする場合、特段の合理的事情がない限り、諮問結果に反する処分をすることは、処分の適正妥当と公正を担保すべく諮問を要するとした法の趣旨に反し違法である。

- (3) 本問では、本件不選定決定の根拠法規である本件条例26条1項及び本件条例施行規則19条各号に基づく委員会の審査結果に反してA市長が本件不選定決定をしている。しかし、A市長は自らの選挙公約に従い、屋台経営者の刷新を進めるという動機によって当該処分をしたに過ぎず、特段の合理的事情はない。

よって、委員会の審査結果に反して本件不選定決定をA市長がしたことは、市長による適正妥当で公正な選定決定を期するという本件条例の趣旨に反し、違法事由となる。

## 3 結論

以上より、本件不選定決定は著しく不合理であるため裁量の逸脱があると共に、特段の合理的事情なく審査結果に反してなされたことから違法であるといえる。

以上





**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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21508