第16回　記述式対策　行政法記述式問題演習

（合格合格テキスト　111～171）

（過去＆厳選問題集　225～226）

行政法の記述式問題では、近年、事例をベースにして条文や判例の知識を問う問題が出題されています。ここでは、その形式にのっとった問題演習をしていきましょう。

≪問題編≫

【問題１】

X 市は、市の職員組合 Y に対して、市庁舎の一部屋（以下、『甲部屋』とする。）の使用を許可していた。その後、X 市はこの使用許可を撤回したが、Y は甲部屋から立ち退かない。この場合、X 市は甲部屋にある Y 所有の物件の搬出及び甲部屋の明渡しを代執行することはできないと考えられる。その理由を 40 文字程度で記述しなさい。

【問題２】

最高裁判所の判例にしたがって、〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。

Y 市では、市内のマンションの急増により日照障害などの問題が生じたため、一定規模以上の宅地開発または中高層建築物建設業を行おうとする事業主に対し、付近住民の同意を得ることを求める指導要綱が定められていた。その指導要綱には、事業者が指導要綱に従わない場合には上下水道などにつき必要な協力を行わないことがある旨定められていた。マンション業者 X は、指導要綱に従わない旨の表明をし、Y 市に対して給水申込をしたが、Y 市長はこれを拒否した。この場合、〔　　〕から、Y 市長の給水拒否は違法となる。ただし、X が給水契約を締結することについて公序良俗違反となるような事情はないものとする。

参照条文：水道法 15 条 1 項

水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申込みを受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。

【問題３】

〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。

X は、A 県警察所属の警察官から自家用貨物自動車の違法駐車を現認されたが、交通反則告知書の受領を拒み、現行犯逮捕された。X は警察署へ連行され、翌日、反則金を仮納付して釈放された。その後、A 県警察本部長（Y）は、X に対して反則金納付を公示通告した。X は、違法駐車をしたのは X の部下であるとして、本件通告の取消訴訟を提起した。この場合において、抗告訴訟の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法３条２項）とは、最高裁判所の判例によれば、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって〔　　〕ものを指すが、警察本部長の反則

金の納付の通告があっても、これにより通告を受けた者において通告にかかる反則金を納付すべき法律上の義務が生ずるわけではないから、反則金納付の通告は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たらない。

【問題４】

最高裁判所の判例にしたがって、〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。

Ｙ県公衆浴場法施行条例１条は、公衆浴場法２条の規定する適正配置基準として、各公衆浴場の最短距離を 250 メートル間隔とし、土地の状況・人口密度等により知事が適正配置と認めた場合にその例外を認める旨を定めていた。Ｙ 県知事は、Ａ に対して公衆浴場の営業許可をしたが、当該許可にかかる公衆浴場は、Ｘの経営する公衆浴場との距離が 208 メートルであり、AX 両者の浴場の利用圏内の人口はＹ県内規が定める 1000 人を下回っていた。そこで、Ｘは、Ａに対する営業許可の取消しを求めて出訴した。この場合において、Ｘに取消訴訟の原告適格が認められるかが問題となるが、行政事件訴訟法９条１項によれば、取消訴訟は当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に限って提起することが認められる。適正な許可制度の運用によって保護される業者の営業上の利益は、〔　　〕、これを侵害されるおそれのあるＸには原告適格が認められる。

参照条文：公衆浴場法２条

１ 業として公衆浴場を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

２ 都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる。但し、この場合においては、都道府県知事は、理由を附した書面をもつて、その旨を通知しなければならない。

３ 前項の設置の場所の配置の基準については、都道府県（保健所を設置する市又は特別区にあっては、市又は特別区。以下同じ。）が条例で、これを定める。

４ 都道府県知事は、第二項の規定の趣旨にかんがみて必要があると認めるときは、第一項の許可に必要な条件を附することができる。

【問題５】

最高裁判所の判例にしたがって、〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。

Ｘ は、名古屋郵政局管内の郵便局に勤務する国家公務員であったが、名古屋郵政局長（Ｙ）により懲戒免職処分を受けた。Ｘは、免職処分の取消訴訟を提起する一方、市議会議員選挙に立候補して当選した。公職選挙法９０条によれば、公務員は、公職の候補者として届出をしたときは、その届出の日に当該公務員の職を辞したものとみなされる。これにより、Ｘは取消訴訟における訴えの利益を喪失したか否かが問題となる。行政事件訴訟法９条１項によれば、取消訴訟は当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者

のみが提起できるが、処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においても、なお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する場合も提起できるとされている。本件免職処分は判決により取り消されるまでは効力を有するのであって、Xとしては、訴えを提起できなければ、〔　　〕から、訴えの利益はいまだあると認められる。

【問題 6】
Xは、Y県内に産業廃棄物処理施設の設置を計画し、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」に基づき、Y県知事に対して設置許可を申請した。しかし、Y県知事は、同法所定の要件を満たさないとして、平成 24 年 4 月 1 日、申請に対し拒否処分をした。これを不服としたXは、施設の設置を可能とするため、これに対する訴訟の提起を検討している。Xは、平成 24 年 12 月 1 日現在、誰を被告として、いかなる抗告訴訟を提起すべきか。40 字程度で記述しなさい。

【問題 7】
〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。
喉に障害のある児童 A の親 X が、居住する Y 市が設置運営する普通保育園への入園申込みをしたところ、同市福祉事務所長から 2 度に渡り不承諾処分をされたため、不承諾処分の取消しを求めるとともに、適切な保育園へ入園承諾処分をすることの義務付け等を求める抗告訴訟を提起したうえで、A の普通保育園の入園を仮に承諾する仮の義務付けを申し立てた。行政事件訴訟法 37 条の 5 第 1 項によれば、仮の義務付けの申立てに対して認容決定がされる要件は、義務付け訴訟を提起したこと、義務付けの訴えにかかる〔　　〕こと、本案について理由があるとみえること、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないことである。本件ではこれらの要件は満たされると考えられるから、裁判所は決定で申立てを認容する。

【問題 8】
〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。
Y2 県の国道において、山側斜面から岩石が落下し、走行中の貨物自動車を直撃して助手席の A が即死した。A の両親 X らが、本件国道の管理者たる国（Y1）、費用負担者である Y2 県に対し、国家賠償請求訴訟を提起した。この場合において問題になるのは、国家賠償法 2 条 1 項にいう「公の営造物の設置又は管理に瑕疵」があったかである。この文言の意味、及びこれに基づく国及び公共団体の賠償責任について過失が必要とされるかについて、最高裁判所は、〔　　〕とした。本問においては、Xらの賠償請求は認容されると考えられる。

【問題 9】
以下の問いに答えなさい。
A 市長は、A 市に居住する有力者 B に対し、A 市が所有する甲土地を賃料月額５万円で賃貸した。甲土地の賃料相場は月々50 万円であったが、この賃貸借契約は 1 年以上継続していた。これに不満を持った A 市の住民 X は、A 市監査委員に対し、住民監査請求を行った。A 市監査委員が監査を行ったところ、上記賃貸借が「怠る事実」には当たらないとの判断に達し、X の請求には理由がないとする通知を、理由を付して X に書面で通知し、これを公表した。この監査結果に不満を持つ X は、住民訴訟（4 号請求）として、誰に対して、誰を相手方として、どのような請求をすることを求めると考えられるか。40 字程度で記述しなさい。ただし、期間制限上の問題はないものとする。

【問題 10】
〔　　〕の中に入る文章を 40 字程度で記述しなさい。
A 市では、「集団行進及び集団示威運動」に関する条例が制定されており、同条例においては公道上における「だ行進」の扇動行為が罰則をもって禁止されていた。Y は、A 市内の公道上において「だ行進」を行うようデモ隊を誘導し、同条例違反で起訴された。Y は、道路交通法上、デモ行進は同法 77 条において許可事項とされており、同法以外の一般的禁止事項を定めた A 市条例は憲法 94 条、地方自治法 14 条 1 項に反し無効であり、A 市条例に基づいて Y を処罰することは憲法 31 条に反すると主張した。ここで、条例が「法律の範囲」に入るかどうかは、法律と条例の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、〔　　〕とするのが最高裁判所の判例である。本問の場合においては、道路交通法が、その許可対象となる道路の特別使用行為等につき、各普通地方公共団体が条例により地方公共の安寧と秩序の維持のための規制を施すにあたり、その一環として、これらの行為に対し道路交通法による規制とは別個に交通秩序の維持の見地から一定の規制を施すこと自体を排斥する趣旨まで含むものとは考えられないから、A 市条例は「法律の範囲」内といえ、Y の主張は認められない。

≪解答・解説編≫
【問題 1】
解答：「物件の搬出、及び甲部屋の明渡しは代執行の対象である代替的作為義務に当たらないから。」（41 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「物件の搬出、及び甲部屋の明渡しは代執行の対象である代替的作為義務に当たらないから」…20 点
解説：代執行の対象は代替的作為義務に限られます（行政代執行法２条）。本問の場合、物件の搬出だけ見ると代替的作為義務のようにも見えますが、物件の搬出は明渡義務の履行

の必然的効果であって、それ自体が独立した義務ではありません。そして、明渡義務は占有者（本問で言うＹ）自身がすることに意味があるので、第三者が代わってすることはできないと考えられます（大阪高決昭和 40 年 10 月５日、合格テキスト P264 参照）。

【問題２】
解答：「給水契約の申込者が行政指導に従わないことは、給水契約の締結を拒む正当の理由には当たらない」（44 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「給水契約の申込者が行政指導に従わないことは」…８点
「給水契約の締結を拒む正当の理由には当たらない」…12 点
解説：行政指導はあくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるべきものです（行政手続法 32 条１項）。本問では、Ｙ市長はＸが行政指導に従わないことを理由として給水契約の締結を拒否していますが、判例（最決平成元年 11 月８日）は、給水契約の申込者が行政指導に従わないことは、給水契約の締結が公序良俗違反を構成するなどの特段の事情がない限り、水道法 15 条１項の「正当の理由」には当たらないと判示しています（合格テキスト P280 参照）。

【問題３】
解答：「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」（37 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「直接国民の権利義務を形成し」…８点
「又はその範囲を確定することが」…８点
「法律上認められている」…４点
解説：処分性の定義については、最判昭和 39 年 10 月 29 日が、行政事件訴訟特例法下の判例ではありますが、先例として扱われています。それによると、「行政庁の処分とは」、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、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るものをいう」となっています。また、本問のもとになった最判昭和 57 年７月 15 日によると、「反則金の納付の通告があっても、これにより通告を受けた者において通告にかかる反則金を納付すべき法律上の義務が生ずるわけではなく、ただその者が任意に右反則金を納付した時は公訴が提起されないというにとどまり、納付しないときは、検察官の公訴の提起によって刑事手続が開始され、その手続において通告の理由となった反則行為となるべき事実の有無が審判される…。通告自体の適否を争い、これに対する抗告訴訟によってその効果の覆滅を図ることは許されず、右のような主張をしようとするのであれば、反則金を納付せず、後に公訴提起されたときにこれによっ

て開始された刑事手続のなかでこれを争い、これについて裁判所の審判を求める途を選ぶべき…。」としています（合格テキスト P308,309 参照）。

【問題 4】
解答：「単なる事実上の反射的利益というにとどまらず公衆浴場法によって保護される法的利益だから」（42 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「単なる事実上の反射的利益というにとどまらず」…10 点
「公衆浴場法によって保護される法的利益だから」…10 点
解説：「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」にあたるかどうかは、当該処分又は裁決の根拠法となった個別法令において原告の利益が保護されているかという観点から判断します。最判昭和 37 年 1 月 19 日によると、公衆浴場法は「（国民保健及び環境衛生という公共の福祉の見地のみならず）無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者（既存業者）を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ないところであって、適正な許可制度の運用によって保護せらるべき業者の営業上の利益は、単なる事実上の反射的利益というにとどまらず公衆浴場法によって保護せられる法的利益」であるとしています（合格テキスト P310 参照）。

【問題 5】
解答：「違法な免職処分がなければ得られたであろう権利利益につき裁判所に救済を求められなくなる」（42 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「違法な免職処分がなければ得られたであろ権利利益につき」…14 点
「裁判所に救済を求められなくなる」…6 点
解説：最大判昭和 40 年 4 月 28 日は、「公務員免職の行政処分は、それが取り消されない限り、免職処分の効力を保有し、当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであつた給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるのであるから、本件免職処分の効力を排除する判決を求めることは、右の権利、利益を回復するための必要な手段である」としています（合格テキスト P313 参照）。

【問題 6】
解答：「Y 県を被告として申請拒否処分の無効確認訴訟と設置許可の義務付け訴訟を併合提起すべき。」（42 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「Y 県を被告として」…3 点

「申請拒否処分の無効確認訴訟と」…7 点
「設置許可の義務付け訴訟を」…7 点
「併合提起すべき」…3 点
解説：本件において、Xは、施設の設置を可能とするため、これに対する訴訟の提起を検討していることから、申請拒否処分の取消訴訟または無効確認訴訟では十分ではなく、設置許可の義務付け訴訟も提起すべきであると考えられます。本件のような申請型義務付け訴訟には行政事件訴訟法 37 条の 3 が適用され、本件では設置許可申請の拒否処分が対象となっていることから、同 1 項 2 号が適用されることになります。そうすると、同 3 項 2 号が適用されることになり、義務付け訴訟を提起するには申請拒否処分の取消訴訟または無効確認訴訟の併合提起が必要とされています。ここで、取消訴訟の出訴期間は処分を知った日から 6 か月であり（行政事件訴訟法 14 条 1 項）、本件ではこれを徒過していると考えられるから、併合提起すべきは無効確認訴訟ということになります（合格テキスト P325 参照）。

【問題 7】
解答：「処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」（44 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「処分又は裁決がされないことにより生ずる」…4 点
「償うことのできない損害を避けるため」…8 点
「緊急の必要がある」…8 点
解説：仮の義務付けの認容要件については、条文を読んでしっかり押さえてください。仮の差し止めの要件についても条文で押さえてください。
なお、本問は東京地決平成 18 年 10 月 25 日をもとにしています。同決定は、「義務付けの訴えにかかる処分又は裁決がされないことにより生じる償うことのできない損害を避ける緊急の必要」の要件について、「義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことによって被る損害が、原状回復ないし金銭賠償による填補が不能であるか、又は社会通念上相当に困難であるとみられる程度に達していて、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性が存在することをいうと解すべき」とし、本問類似の事案において、本案判決の確定を待っていては A が保育園に入園して保育を受ける機会を喪失する可能性があること、子供の発育にとって幼児期にいかなる環境で生活を送るかは重大な事柄であること、現に A が保育を受けられない状態にあることを指摘し、保育園で保育を受ける機会を喪失することは、性質上原状回復ないし金銭賠償による填補が不可能な損害であって、かつこれを避ける緊急の必要があるとしています。また、「本案について理由があると見える」という要件については、児童福祉法を解釈したうえで、「処分行政庁は、当該児童に対し、保育所における保育を行う際に、当該児童が心身

ともに健やかに育成する上で真にふさわしい保育を行う責務があるというべきである。このことは、当該児童が障害を有する場合であっても同様である。そして、真にふさわしい保育を行う上では、障害者であるからといって一律に障害のない者が通う普通保育園における保育を認めないことは許されず、障害の程度を考えて、当該児童が、普通保育園に通う児童と身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができ、普通保育園での保育が可能な場合には、普通保育園での保育を実施すべきである」とし、不承諾処分は「裁量の範囲を超え又はその濫用となるものであ」るとしています（合格テキストP329参照）。

【問題8】
解答：「営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、国及び公共団体の過失は必要ない」（40文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい」…10点
「国及び公共団体の過失は必要ない」…10点
解説：本問は、国家賠償法2条に関する判例のうち、メジャーな最判昭和45年8月20日をもとにしたものです。同判決は、国家賠償法2条1項の瑕疵につき、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることを言うという客観的基準に立ったうえで、①無過失責任であること、②道路全般の管理状況が問題になること、③予算不足は瑕疵がないことの理由にはならないこと、④無過失責任であっても、不可抗力による損害については賠償する必要はないが、本件事情の下では不可抗力による損害とは言えないことを示しています（合格テキストP334,335参照）。

【問題9】
解答：「A市長に対して、Bを相手方として、損害賠償請求又は不当利得返還請求をすることを求める。」（43文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「A市長に対して」…5点
「Bを相手方として」…5点
「損害賠償請求又は不当利得返還請求をすることを求める」…10点
解説：本問はいわゆる4号請求といわれるもので、実務上もっともよく使われるものです。地方自治法242条の2第1項4号本文を見ると、「当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求」とあります。すなわち、4号請求とは地方公共団体の執行機関などを被告として4号所定の請求を義務付ける義務付け訴訟です。本問では、Xは執行機関であるY市を被告として、Bに対する損害賠償請求又は不当利得返還請求を義務付ける請求をするということになります（合格テキストP342,343参照）。

【問題 10】
解答：「それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかによって判断する」（43 文字）
配点：以下を上限に、表現等を考慮して適宜点数を与える。
「それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し」…10 点
「両者の間に矛盾抵触があるかによって判断する」…10 点
解説：本問は、憲法 94 条、地方自治法 14 条 1 項について判断した重要判例である徳島市公安条例事件（最大判昭和 50 年 9 月 10 日）がもとになっています。同判例では、「ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾牴触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない」としています（合格テキスト P346 参照）。