



無料公開セミナー（11. 09. 24 実施）

新司法試験

「2011 年本試験 再現答案分析会」

公法系

TAC Wセミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

CONTENTS

平成 2 3 年度論文式試験問題公法系第 1 問	1
出題趣旨	5
第 1 問再現答案	7
平成 2 3 年度論文式試験問題公法系第 2 問	21
出題趣旨	27
第 2 問再現答案	29

【公法系科目】

【第1問】（配点：100）

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図上の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像（以下「Z機能画像」という。）に切り替わる。

Z機能画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されている。公道を走る自動車の屋根に高さ2メートル80センチ前後（地上約4メートル）の位置にカメラを取付け、3次元方向のほぼ全周（水平方向360度、上下方向290度）を撮影している。そのために、Z機能画像では、路上にいる人の顔、通行している車のナンバーや家の表札も映し出される。さらに、各家の塀を越えた高さから撮影するので、庭にいる人や庭にある物ばかりでなく、家の中の様子までもが映し出される場合がある。また、上下方向290度を撮影していることから、マンションの上の方の階のベランダにいる人やそこに置いてある物も映し出される場合がある。これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見るのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特にX社は、以下のように、より積極的にZ機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

ところで、Z機能画像をめぐる問題は、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開されたZ機能画像の第三者による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

こういう中、Z機能画像をインターネット上に提供することの中止を求める声が高まってきた。

20**年に、国会は、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下「法」という。）を制定した【参考資料】。法は、システム提供者に対し、Z機能画像をインターネット上に掲載する前に、A大臣に届け出を求めている（法第6条参照）。また、法は、システム提供者が遵守すべき事項を規定している（法第7条参照）。A大臣は、Z機能画像の提供によって被害を受けた者からの申立てがあったときは、法に定める手続に従って被害の回復のための措置を講じることとされている（法第8条参照）。

法が制定されてから、多くの会社は、法の定める遵守事項を守り、また個別の苦情に応じて必要な修正を施している。X社も、人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報と車のナンバープレートについてはマスキングを施し、車載カメラの高さも法が定める高さに改めた。しかし、X社は、家の中の様子など生活ぶりがうかがえるような画像については、法で具体的に明記されていないとして、修正しなかった。数件の申立てに応じて、X社に対して、そのような画像に必要な修正をすることを求める改善勧告がなされた。しかし、X社は、それらの修正を行わなかった。その結果、X社は、A大臣から、行政手続法の定める手続に従って、

特定地図検索システムの提供の中止命令を受けた。

〔設問1〕

あなたがX社から依頼を受けた弁護士である場合、どのような訴訟を提起するか。そして、その訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

【参考資料】特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律

第1章 総則

(目的)

第1条 この法律は、特定地図検索システムによる情報の提供が、インターネットの普及その他社会経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進に寄与するものであることに留意しつつ、当該情報の提供に伴い個人に関する情報が公にされることによる被害から適確に国民を保護することの緊要性に鑑み、当該被害の防止及び回復に関し、基本理念を定め、国及びシステム提供者の責務を明らかにするとともに、システム提供者の遵守事項、被害回復のための措置、被害回復委員会の設置その他必要な事項を定めることにより、国民生活の安全と平穩の確保に資することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 特定地図検索システムインターネットを通じて不特定又は多数の者に提供される地図に関する情報の検索システムであって、文字、記号その他の符号又は航空写真を用いて表現される情報提供の機能を補完するための機能として、画像の情報を提供するZ機能を有するものをいう。
- 二 Z機能地図に対応する道路、建築物、工作物等及びその周辺の状況を路上等を移動する車両に設置した水平方向に360度回転するカメラにより撮影した画像の情報を、電磁的方式（電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によっては認識することができない方式をいう。）によりインターネットを通じて不特定又は多数の者に提供するための機能をいう。
- 三 システム提供者インターネットを通じて特定地図検索システムを提供する事業を営む者をいう。
- 四 個人識別情報個人に関する情報であって、特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう。
- 五 個人自動車登録番号等個人の所有する自動車に係る道路運送車両法（昭和26年法律第185号）の規定による自動車登録番号又は車両番号をいう。
- 六 個人権利利益侵害情報個人識別情報及び個人自動車登録番号等以外の個人に関する情報であって、公にすることにより、個人の権利利益を害するおそれのあるものをいう。

(基本理念)

第3条 特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復のために講ずべき措置は、Z機能の特性に鑑み、当該情報の提供が国民の生活の安全と平穩に重大な被害を及ぼすおそれがあり、かつ、国民自らその被害を回復することが著しく困難であることを踏まえ、

国の関与により、その被害を適確に防止するとともに、現に発生している被害を迅速に回復することが極めて重要であるという基本的認識の下に、行われなければならない。

(国の責務)

第4条 国は、前条に定める基本理念にのっとり、特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する施策を総合的に策定し、及び実施する責務を有する。

(システム提供者の責務)

第5条 システム提供者は、特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復について第一義的責任を有していることを認識し、その提供すべき画像の撮影及び編集、インターネットによる当該情報の公開及び管理その他の各段階において、自らその被害の防止及び回復のために必要な措置を講じる責務を有する。

第2章 被害の防止及び回復に関する措置

(提供開始の届出)

第6条 システム提供者は、インターネットにより特定地図検索システムを提供しようとするときは、あらかじめ、その旨及びその内容をA大臣に届け出なければならない。その内容を変更しようとするときも、同様とする。

(遵守すべき事項)

第7条 システム提供者は、特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復のために必要な次に掲げる事項を遵守しなければならない。

- 一 提供すべき画像の撮影に当たっては、これに用いるカメラを地上から1メートル60センチメートルの高さを超える位置に設置してはならないこと。
- 二 提供すべき画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれている場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。
- 三 インターネットにより提供した画像に個人識別情報若しくは個人自動車登録番号等又は個人権利利益侵害情報が含まれていたことが判明した場合には、特定の個人若しくは個人自動車登録番号等を識別することができないよう、又は個人の権利利益を害するおそれをなくすよう、画像の修正その他の改善のために必要な措置をとらなければならないこと。この場合において、改善のために必要な措置をとることができないときは、インターネットによる特定地図検索システムの提供を中止しなければならないこと。
- 四 提供すべき画像の撮影又はインターネットにより画像を提供するに当たっては、適時かつ適切な方法で、対象となる地域の住民に対する周知の措置を講じるよう努めること。
- 五 特定地図検索システムによる情報の提供に伴う被害に関し、苦情等の申出があった場合には、当該申出に対し適切な措置を講じるよう努めること。
- 六 前各号に掲げるもののほか、特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復のために必要な事項として政令で定めるもの

(被害回復措置)

第8条 A大臣は、特定地図検索システムによる情報の提供により被害を受けた者から申立てがあったときは、措置を講じる必要が明らかでないことを認める場合を除き、当該申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するために必要な措置について、被害回復委員会に諮問しなければならない。

2 A大臣は、前項の規定による諮問に対する答申があった場合において、同項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため必要があると認めるときは、システム提供者に対し、画像の修正その他の提供に係る情報の改善のために必要な措置をとるべき旨を勧告することができる。

3 A大臣は、前項の規定による勧告を受けた者が、正当な理由がなくてその勧告に係る措置をと

らなかった場合において、第1項の申立てに係る被害及びこれと同種の被害を回復するため特に必要があると認めるときは、その者に対し、その勧告に係る措置の実施又はインターネットによる特定地図検索システムの提供の中止を命ずることができる。

- 4 A大臣は、前項の規定による命令をしたときは、その旨を公表しなければならない。

第3章 被害回復委員会

(委員会の設置)

第9条 A省に、被害回復委員会（以下「委員会」という。）を置く。

(所掌事務)

第10条 委員会は、次に掲げる事務をつかさどる。

- 一 第8条第1項の規定による諮問に応じて、調査審議し、A大臣に対し、必要な答申をすること。
 - 二 特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復のために国が講ずべき施策について、A大臣に意見を述べること。
- 2 委員会は、その所掌事務を遂行するため必要があると認めるときは、A大臣に対し、資料の提出、説明その他必要な協力を求めることができる。
- 3 A大臣は、第1項第一号の答申に基づき講じた措置について、委員会に報告しなければならない。

(組織等)

第11条 委員会は、委員10人をもって組織する。

- 2 委員は、優れた識見を有する者のうちから、A大臣が任命する。
- 3 委員の任期は、3年とする。
- 4 その他委員会の組織及び運営に関し必要な事項は、政令で定める。

〔出題趣旨〕

今年の問題でも、「暗記」に基づく抽象的、観念的、定型的記述ではなく、問題に即した憲法上の理論的考察力、そして事案に即した個別的・具体的考察力を見ることを主眼としている。

問題を解くに当たって、問題文を注意深く読むことが必要である。議論が不必要に拡散しないように、問題文の中にメッセージが書かれている。例えば、「行政手続法の定める手続に従って」中止命令が出されたことは、手続上の問題は存在しないことを示している。

設問1は、まず、X社側が訴えを提起する場合の訴訟類型を尋ねている。訴訟法上の問題を詳論する必要はなく、提起する訴訟類型を簡潔に記述すればよい。

法令違憲の主張に関しては、何でも書けばよいのではない。憲法の論文式問題において登場する弁護士は重要な憲法判例や主要な学説を知っている、と想定している。したがって、憲法論として到底認められないような主張を書くのは、全く不適切である。一定の筋の通った憲法上の主張を、十分に論述する必要がある。例えば、本問では、検閲が問題になることはない。あるいは、本問の法律で、「個人の権利利益を害するおそれ」等の文言の明確性が、一般的に問題になるわけではない。本問で明確性を問題にするとすれば、「生活ぶりがうかがえるような画像」が「個人情報利益侵害情報」に含まれるのか否かが明確ではない、という点である。また、本問において、X社はユーザーの「知る権利」侵害を理由として違憲主張できるとするのは、不適切であり、不十分でもある。まず、ここで「知る権利」と記すことが、「知る権利」に関する理解が不十分なものであることを示している。X社の提供する情報は、政治に有効に参加するために必要な情報ではないし、政府情報等の公開が問題となっているわけでもない。さらに、ユーザーは不特定多数の第三者であるので、特定の第三者に関する判例を根拠にX社がユーザーの「知る自由」を理由に違憲主張できるとするのは、不適切であり、不十分である。そもそも「知る自由」は、他者の私生活をのぞき見する自由を意味しない。

法令違憲に関して本問で問題となるのは、実体的権利の制約の合憲性である。この点での本問における核心的問題は、肖像権やプライバシーを護るために制約されている憲法上の権利は何か、である。確かに、本問の法律によってX社は、営業の自由も制約される。とりわけ国家賠償請求訴訟も提起するならば、経済的損失に関わる営業の自由への制約の違憲性・違法性を主張することが理論的に誤っているとはいえない。しかし、本問でその合憲性が争われる法律は、許可制を採用のものではない。そして、営業の自由とプライバシーの権利との比較衡量において、前者が優位することを説得力を持って論証することは、容易ではない。この点では、言わば「憲法訴訟」感覚が問われているといえるであろう。

したがって、X社側としては、表現の自由の制約と主張することになる。それに関して検討すべきことは、憲法第21条第1項が保障する権利の「領域」・「範囲」ではない。憲法上、表現の自由の保障「領域」・「範囲」があらかじめ確定しているわけではない。問われているのは、表現の自由の内容をどのように把握するか、である。本問の地図検索システムは、X社の思想や意見を外部に伝達するものとはいえない。そこで、当該システムを表現の自由として位置付けようすると、表現の自由の権利内容の新たな構築が必要となる。つまり、自由な情報の流れを保障する権利としての表現の自由である。本問における判断枠組みに関する最大のポイントは、判例や学説を参考にしつつ、相応の説得力を有する論拠を示して、自由な情報の流れを保障する表現の自由論を論述することである。

本問における表現の自由の制約の合憲性をめぐって問われているのは、表現の自由とプライバシーの権利の調整である。

本問の地図検索システムによって提供される情報は、「自己統治」の機能に関わる情報とはいえない。また、私的な事柄に関する情報が含まれているが、その対象者が「公職にある人」や「著名人」という問題でもない。したがって、「原告の主張」・「被告の反論」・「あなた自身の見解」それぞれの立場において審査基準論のあれこれを定型的に書くのは、全く不適切である。当該合憲性の結論は、事案に即して個別的・具体的に検討することから導き出される。

今年の問題では、両者のサイドにとってそれぞれヒントとなる主張が問題文の中に書き込まれている。例えば、ユーザーにとっての利便性の向上等は、情報提供側のプラス面として挙げることができる。被告側にとっては、例えば、インターネット上の個人情報の二次利用による被害の拡大である。個別的・具体的検討において最も重要なポイントは、「公道から見える」ことと「インターネット上で見ることができる」ことの相違をどのように考えるか、である。

設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。想定される被告側の反論を書く部分では、結論として憲法上のポイントだけを記せばよい。「被告側の反論」では、表現の自由の制約ではなく、営業の自由の制約でしかない、とする主張はあり得る。被告側の反論の詳細な内容や論拠は、「あなた自身の見解」で書くことが求められている。

「あなた自身」の結論や理由を「原告と同じ」あるいは「被告と同じ」と書くだけでは、全く不十分である。X社側あるいは被告側のいずれかと同じ立場に立つにしても、それらとは別の見解を採るにしても、求められているのは、X社側及び被告側それぞれの見解を検討した上で「あなた自身」の結論及びその理由を述べることである。問われるのは、理由の説得力である。

公法系第1問 合格者Aさん再現答案 得点137.56

1 第1 設問1

2 1 法令違憲

3 X社は、法が①個人権利利益侵害情報（法2条6号）について修正等の措
4 置を義務づける点（法7条3号）、②措置を講じなかった場合にシステム提
5 供の中止命令を定める点（法8条3項）において、X社の表現の自由（憲法
6 21条1項）を侵害し、無効であると主張することが考えられる。

7 (1) まず、表現の自由はその性質上、法人たるX社にも保障される。そし
8 て、X社がインターネットを通じてZ機能画像を提供する自由は、表現行
9 為として憲法21条1項で保障される。

10 しかるに、①によりX社は修正等の措置を義務づけられ画像そのまま
11 の提供ができなくなり、②によりシステムの提供自体が一切できなくなる
12 ため、かかる自由が侵害されている。

13 (2) ア そして、表現の自由が公共の福祉（12条後段、13条後段）によ
14 て制約されるとしても、以下の理由からその制約は必要最小限のもの
15 でなくてはならない。すなわち、表現の自由は、表現を通じて内面を
16 他者に伝達することにより人格を發展させる自己実現の価値と、政治
17 過程に自己の意見を反映させる自己統治の価値を有する。そして、特
18 にインターネットを通じた表現は、低コストで瞬時に全世界に情報を
19 伝達できる点で非常に効果的である。とすると、その制約は厳格に審
20 査されなければならない、必要不可欠の目的のため、必要最小限の手段
21 といえる場合にのみ許容される。

22 イ 本件では、法はプライバシー（13条）侵害を防ぎ国民生活の安全
23 と平穩の確保に資することを目的としている。そして、プライバシー
24 は私生活を営む前提として貴重なものなので、かかる目的は必要不可
25 欠といえる。

26 もっとも、①について、公道から見えたものしか提供していないの
27 で、プライバシー侵害は生じず個人権利利益侵害情報を制約する必要
28 はない。また、制約するとしても個人識別情報（法2条4号）、個人
29 自動車登録番号等（同5号）だけで十分であり、個人権利利益侵害情
30 報まで制約するのは過剰である。すなわち、個人識別情報等を制限す
31 れば個人を特定することはできなくなる以上、さらにプライバシーが
32 侵害されるおそれはなく、個人権利利益侵害情報まで制約する必要は
33 ない。また、②について、仮に個人権利利益侵害情報を制約したとし
34 ても、修正をしなかった部分について削除すればプライバシー侵害は
35 除去できるので、システム提供自体を禁ずる必要はない。よって、必
36 要最小限の手段とはいえない。

37 ウ よって、①②は違憲である。

38 2 適用違憲

39 仮に法が合憲だとしても、X社の提供した家の中の様子など生活ぶりが
40 うかがえる画像は権利利益侵害情報にはあたらない。すなわち、前述のよう
41 な貴重な表現の自由を制約する以上、権利利益侵害情報は厳格に解釈すべき
42 で、個人識別情報等を修正した上でなおプライバシー侵害をもたらす危険の
43 ある情報に限るべきである。とすると、X社は個人識別情報等について法の
44 規制を守っている、生活ぶりがうかがえるような画像が提供されたとし
45 ても誰の生活ぶりかはわからないので、プライバシー侵害をもたらす危険は
46 ない。よって、X社の提供した画像は個人権利利益侵害情報にあたらない。

第2 設問2

1 法令違憲について

(1) 被告は、①Z機能画像の提供は表現ではなく営利行為である、②法の規制はZ機能画像を提供する方法を規制したに過ぎない、③インターネットを通じて瞬時に世界中に情報が提供されるためプライバシー侵害の程度が大きい、と反論することが考えられる。

(2) まず①について、X社はZ機能画像を受信者に提供することにより、ユーザーの利便性を向上する、詐欺被害を防止するといった社会的意義を果たそうとしているのであり、表現行為としての側面を有する以上、表現の自由で保障される。

また、②について、Z機能画像は路上風景をそのまま表現することに意義があるのであり、修正等を要求すると、修正部分についてはそのままの表現ができなくなる以上、表現方法の規制にとどまらず表現そのものの制約である。よって、表現の自由の価値、インターネットによる表現の有用性も考慮すると、X社の主張する厳格な基準により判断すべきである。

ア すると、法の目的については、X社も認めるように必要不可欠といえる。

イ 次に、手段については、確かに、Z機能画像は公道から見えるものしか映していない。そしてカメラの高さも1メートル60センチと、一般通行人の目線の高さに制限されている(法7条1号)。しかし、一般通行人の場合は、見られている方も見られていることがわかるが、Z機能画像の場合は知らない間に世界中に情報が提供されてしまい、プライバシー侵害の程度が大きい(③)。また、画像は拡大できる、記録・保存され第三者による二次利用の危険がある点においても、一般通行人の場合より侵害が大きい。とすると、個人識別情報等を制約しただけではなおプライバシー侵害のおそれは除去しきれない。個人を特定できなくとも、例えば空き巣は個人を特定して空き巣に入るわけでないのだから、家族構成・生活ぶりが明らかになる情報については権利利益侵害情報として提供を制約する必要がある。

また、提供者が修正等の改善勧告に従わない場合、個別の画像を全て削除しきることは現実的ではないので、プライバシー侵害を防ぐためにはシステムの提供自体を中止させる必要がある。

(3) 従って、法は合憲である。

2 適用違憲について

被告は、家の中の様子など生活ぶりがうかがえる画像は、私生活に密接に関連する情報を含むので、権利利益侵害情報にあたると反論すると考えられる。

そして、X社の主張するように権利利益侵害情報を厳格に解釈したとしても、家の中の様子など生活ぶりがうかがえる画像は、家族構成や生活リズムといった情報を含んでいる。そして、誰の生活ぶりかは特定されないとしても、家族構成や生活リズムが公開されることで犯罪の対象となりやすくなったり、誘拐等の原因になったりする。とすれば、私生活の安全を保護するためにはかかる情報についてもプライバシーが保護されるべきであり、権利利益侵害情報にあたる。

よって、修正等の措置を義務づけ、中止命令を出したことは合憲である。

公法系第1問 合格者Bさん再現答案

得点 86.60

1 第1 問1

2 1 提起する訴訟

3 Xから依頼を受けた弁護士としては、本件中止命令の根拠である本法8条
4 3項が違憲であるゆえに、それに基づく本件中止命令も違憲であると主張し
5 て、中止命令の無効確認の訴え（行政事件訴訟法3条4項）を提起する。

6 2 憲法上の主張

7 (1) 法令違憲

8 ア 本法8条3項は、特定地図検索システムによる情報の提供の自由を
9 侵害し、違憲である。

10 かかる提供行為は、インターネットを用いた情報の発信行為であり、
11 「表現」行為の一種であるので、表現の自由を保障する憲法21条1項
12 によって、憲法上保障される。

13 そして、本件の提供行為は、表現の自由の持つ一般的な意義に加えて、
14 ユーザーの利便性の向上に役立つ、詐欺未遂を未然に防止できる等の、
15 重要な社会的意義を有する。

16 よって、かかる本件提供の自由の重要な意義に鑑み、その制約は厳格
17 な審査基準を用いて判断すべきである。

18 イ 文面審査

19 (ア) まず、かかる重要な人権の意義に鑑み、その制約は恣意的な制約を
20 防ぐべく、明確な基準でなされる必要がある。そこで、当該文言を見
21 て、通常の判断能力を有する一般人が規制の対象となる行為を判断で
22 きる必要があると考える。

23 本法8条3項は、「同種の被害」という曖昧な表現を用いており、
24 かかる文言だけでは、通常の判断能力を有する一般人は規制の対
25 象を判断できない。

26 よって、かかる明確性の原則に反する点で、本法は憲法21条1項
27 に反する。

28 (イ) また、本法は中止命令という行政手続きに関するものであるが、行
29 政国家現象のもと肥大化した行政権による人権侵害を統制する必要
30 性があるので、行政手続きについても、憲法31条以下の適正手続の
31 規定の準用が認められると考える。

32 よって、本法が明確性の原則に反する点は、憲法31条にも反する。

33 ウ 実体審査

34 本件提供の自由は、前述のように重要な意義を有するので、その制約
35 は①目的が必要不可欠で②手段が目的達成のために必要最小限度な場
36 合にのみ合憲となるという、厳格な審査基準で判断すべきである。

37 本問では、①制約の目的は、画像を公開される者のプライバシーの保
38 護等であり、かかるプライバシー権は憲法上も保護される（13条後段）
39 べき利益ゆえ、目的の必要不可欠性は肯定できる。しかし、②かかる目
40 的は、中止命令よりも緩やかな、事後的な指導を徹底したり罰金を科す
41 等の手段によっても実現可能であり、手段の最小限性を欠く。

42 よって、本法は21条1項に反し、違憲である。

43 (2) 適用違憲

44 ア 根拠法令である本法8条3項が違憲である以上、それに基づく本件中
45 止命令も当然に違憲である。

46 イ 仮に本法が合憲としても、法の趣旨を逸脱して憲法上の人権を侵害す

る過剰な処分は、憲法に違反するものとして違憲となる。

本件では、Xが修正に応じなかった家の中の様子などの生活ぶりがうかがえるような画像については、法で具体的に明記されておらず、法はこれを規制対象としない趣旨であると考えられる。

よって、かかるXの不修正を理由とする本件中止命令は、Xの本件情報提供の自由を侵害し、21条1項に反し、違憲である。

第2 問2

1 法令違憲について

(1) 文面審査

ア 反論

(ア) 被告側としては、本件の情報提供は経済活動の一環としての営利目的に基づく営利的表現であるので、営業の自由と同様に緩やかな規制が認められ、明確性も要求されないと反論することが想定される。

(イ) また、31条以下の準用についても、同条は「刑罰」と明確に規定していることから、刑事手続に関する規定であり、それと性質を異にする行政手続には準用の余地はないと反論することが想定される。

イ 私見

(ア) この点、営利的表現であっても、個人の人格的自律の発展に資するという自己実現の意義を有するし、本問の情報提供の自由にはXが主張するような詐欺被害の未然防止といった重要な社会的意義も認められる。

よって、かかる本件人権の意義の重要性に鑑み、本問情報提供の自由については、営利的表現であっても、制約の明確性が要求され则认为る。

(イ) また、31条以下の準用についても、行政国家現象の下、行政権による人権侵害に対して適正手続を及ぼして人権保障を図る要請に鑑み、準用を認めるべきと考える。

(ウ) もっとも、営利的表現の自由としての性質及び行政手続の多様性・迅速性の要請に鑑み、その規制の明確性は若干緩和して判断することが可能と解する。具体的には、当該規定文言それ自体のみならず、目的規定や他の条項も併せ考えて通常の判断能力を有する一般人が規制対象となる行為を判断出来れば、明確性を満たすと判断して良いと考える。

本問では、本法1条の目的規定は、「個人に関する情報が公にされることによる被害」からの国民の保護を目的にしており、同3条は、「現に発生している被害」の迅速な回復を基本理念としている。これらの条項を併せ考えると、8条3項の「これと同種の被害」とは、個人に関する情報が公にされることによって現に発生している被害と同種の被害を指すことが、通常の判断能力を有する一般人であれば判断可能と考える。具体的には、個人を特定されたり生活ぶりをのぞかれる被害や、公開されなくなったり公開されると困る画像について公開された画像の第三者による二次的利用の被害、子供の誘拐等の被害に類する被害がこれに当たると、判断できる。

よって、本法8条3項は、明確性に欠けることはなく、この点

公法系第1問 合格者Cさん再現答案

得点 116.87

1 第1 設問1について

2 1、提起する訴訟

3 X社は、中止命令の効力を取り消すために、取消訴訟（行政事件訴訟法3
4 条2項）を提起することが考えられる。

5 処分性が認められる行為とは、公権力の主体たる国又は地方公共団体の行
6 為のうち、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
7 で認められているものをいう。

8 中止命令は、インターネットによる特定地図システムの提供をすることが
9 できなくなる効果を有するため（法8条2項）Xの権利義務を形成すること
10 が法律上認められている

11 といえ処分性が認められる。

12 加えて、公表されることを防止するために公表の執行停止を申し立てるこ
13 とも考えられる（行訴法25条）

14 なお、公表の差止訴訟も考えられるが、公表は新たな処分と言うよりも、
15 中止命令があった旨を知らしめる意味を有し、中止命令処分の続行としての
16 性質を有するので、執行停止が妥当である。

17 2、憲法上の主張

18 (1) 法令の21条違反

19 ア、まず、Xの地図情報を提供する自由は、表現の自由の一環として保護さ
20 れる（憲法（以下省略する。）21条）。また、地図情報を提供する自由は、
21 利用者に地図情報を提供するという意味で、国民の知る権利にも資するも
22 のであり、知る権利も、情報の受領者側の権利として憲法21条1項の表
23 現の自由として保護される。

24 イ、そして、法の中止命令は、地図情報の提供を不可能にする点において、
25 上記情報提供の自由を制約している。

26 ウ、もっとも、人権といっても無制約なものではなく、他の人権との衝突の
27 関係で「公共の福祉による制約を受けるため（12条後段、13条後段）、
28 許容される制約か、合憲性判定基準が問題となる。

29 この点、情報提供をする自由は、表現の自由の一環として保護されるも
30 のであり、自己統治の価値及び自己実現の価値を有する重要な人権であり、
31 一旦害されると民主制の過程での回復が困難であるため、厳格な審査基準
32 によって判断する必要がある。Y主張の住民のプライバシー権は、外から
33 見える範囲では放棄されているので保護に値しないので合憲性判定基準
34 には影響しない。

35 具体的には、①目的が必要不可欠な政府的利益を迫及するためのもので
36 あり、②手段が目的達成のために必要不可欠な場合に限って合憲となる。

37 本件では、国民のプライバシーを守り、国民の生活の安全と平穏の確保
38 に資することは重要な目的であるが、それらは国民が自己の手で自己防衛
39 することが可能なものであり、必要不可欠な政府的利益ということはでき
40 ない（①不充足）。

41 また、仮に目的が必要不可欠であったとしても、中止命令によって情報
42 の提供を禁止することは過剰な規制であり、必要不可欠な手段であるとは
43 言えない（②不充足）。

44 よって、法は、「公共の福祉による制約」と言えず、21条1項に反し
45 違憲である。

46 (2) 明確性の原則

47 また、表現の自由を制約する法は、無用な萎縮効果を排除する観点から明
48 確であることが求められるが、法は、個人識別情報（法2条4号）の定義に
49 該当するかが通常の判断能力を有する一般人は容易に判断することは不可
50 能なので、その文言が不明確でありその点でも憲法21条1項に反する。

51 (3) 適用違憲

52 仮に法が合憲であったとしても、本件法をXに適用し、中止命令をしたの
53 は違憲である。

54 すなわち、中止命令をするには、「正当な理由がなく勧告に係る措置をと
55 らなかった」と言える必要があるが（法8条3号）、本件では、Xは、家の中
56 の様子など生活ぶりがうかがえるような画像については、法で具体的に明記
57 されていないために修正しなかったものであり、上記のように法の文言が不明
58 確であることから、Xの判断は妥当であり、「正当な理由がなく勧告に係る措
59 置をとらなかった」とは言えないため、本件中止命令は法の要件を満たさず
60 憲法21条1項に反する。

61 (4) 65条1項違反

62 法9条、10条によると被害回復委員会が職務に関係することになってい
63 るが、被害回復委員会は、内閣から独立した独立行政委員会であり、内閣以
64 外の者が行政権を行使することになるので65条1項に反する。

65 第2 設問2

66 1、主張（1）

67 (1) ア、反論

68 まず、地図情報を提供する自由は、自己の思想等を外部に表現する
69 ものではなく、表現の自由として保障されるわけではなく、X社の営
70 業の自由として保障されるにすぎないので、合憲性審査基準は緩やか
71 なもので足りる。

72 イ、私見

73 地図情報を提供するにも、提供する者の編集等が加わっているので、
74 表現の自由の一環として保護される。

75 (2) ア、反論

76 Xが利用者の知る権利を援用することは第三者の権利主張に当たり、
77 Xが主張することは妥当でない。

78 イ、私見

79 第三者の権利の主張が原則として許されないのは、第三者が訴訟で
80 争う機会を奪うことになるからである。

81 そこで、第三者が訴訟で自己の権利を争う機会がない場合で、不利
82 益を与えるおそれがない場合には、例外的に第三者に主張適格が認め
83 られると解する。

84 本件では、中止命令によって直接権利侵害を受けているわけではな
85 い利用者は訴訟で争う機会が保障されておらず、また、利用者の知る
86 権利は情報提供者の表現の自由と表裏一体の関係にあるものであり、
87 情報提供者に権利主張させたとしても充実した訴訟追行が期待でき、
88 利用者に不利益を与えとも言えない。

89 よって、Xに知る権利の主張適格は認められる。

90 (3) ア、反論

91 法は住民のプライバシー権（憲法13条）を保護するものなので、
92 表現の自由に対する制約があるとしても、プライバシー権の価値も表

93 現の自由に劣らない重要なものなので比較考量によって合憲性を審
94 査すべきである。

95 本件では、法によって守られる利益は住民のプライバシー権であり、
96 一方害される利益はXの表現の自由だが、インターネットによらなく
97 ても他の方法で情報提供することも可能であり、前者の利益の方が守
98 られるべきである。

99 よって、法は表現の自由を侵害するものとは言えず合憲である。

100 イ、私見

101 まず、比較考量の手法は、基準として明確でないので妥当でない。
102 また、X主張のように表現の自由の価値は重要なので等価値的な比較
103 考量は妥当でない。

104 一方、外から見える範囲のプライバシー権においては、公道上と同
105 様に放棄されているとまでは言えないので、プライバシーとして保護
106 に値する。

107 よって、表現の自由の価値を重視するとしても、多少緩やかな基準
108 で審査すべきである。

109 具体的には、①目的が重要であり、かつ、②手段が目的達成のため
110 に実質的関連性を有する場合に限って合憲となると解すべきである。

111 本件では、プライバシー保護という目的は、人格的生存に不可欠な
112 権利として13条により保護されるものなので目的として重要であ
113 る(①充足)。

114 そして、その目的達成のために、勧告に従わない者にシステムの提
115 供の中止を命じることは、プライバシーの保護に資するものであり、
116 勧告という段階も踏んでいるので、手続きとしても過剰ではなく、目
117 的との実質的関連性も認められる(②充足)。

118 よって、法は、公共の福祉による制約として合憲である。

119 2、主張(2)

120 (1) 反論

121 個人情報識別情報の定義は明確であるため、明確性の原則に反しない。

122 (2) 私見

123 「特定の個人を識別することができるもの」という定義は、他の法(情
124 報公開法等)でも使われており、通常の判断能力を有する一般人も何が
125 それに当たるか判断することは可能なので、明確性の原則に反するとは
126 言えない。

127 3、主張(3)

128 (1) 反論

129 上記のように個人情報識別情報の定義は明確であり、家の中の様子ぶ
130 りが伺えるような画像はそれに含まれるので、Xが勧告に従わなかった
131 ことは「正当な理由がなくその勧告に係る措置をとらなかった場合」
132 に当たるので、本件中止命令は合憲である。

133 (2) 私見

134 反論通り、家の中の様子ぶりがうかがえるような画像は、個人情報識
135 別情報に含まれるので、Xが勧告に従わなかったことは、「正当な理由」
136 がなく、中止命令は合憲である。

137 4、主張(4)

138 (1) 反論

公法系第1問 不合格者Dさん再現答案

〔設問1〕

第1 提起する訴訟

X社は、Z機能画像をインターネットにて掲載していたところ、「特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律」（以下、「法」と略す）8条3項に基づく中止命令を受けた。

ここで、X社は、家の中の様子がうかがえる画像など、法で明定されていない事項につき改善勧告および中止命令を受けたことに不満である。すなわち、X社は、法そのものに不満があるわけではなく、むしろ、法に明定されていないにもかかわらず改善勧告や中止命令を受けたことに不満なのである。

そうだとすれば、X社としては、本件法の法令違憲を主張することは適切ではない。X社としては、本件中止命令に従う法的義務がないことの確認を求める実質的当事者訴訟（行訴法4条後段）を提起し、その中で、8条3項をX社に適用させたことが適用違憲であると主張すべきである。

第2 憲法上の問題点

法8条3項によれば、「正当な理由がなく」2項の勧告に服従せず、かつ、被害回復のため「特に必要であるとき」に限って、中止命令を行うことができる。そこで、X社としては、Z機能画像の配信という本件活動に対して、かかる2要件を充足したとして8条3項を適用させたことが、X社の表現の自由を害し憲法21条1項に反する、と主張すべきである。

ここで、そのような主張が成り立つためには、そもそもX社の活動が憲法上保障されたものでなければならない。そこで、まず前提として、(i) X社の本件活動が21条1項によって保障されているといえるかどうか問題となる。これが認められるとしたうえで、(ii) 本件で「正当な理由がなく」と判断したことが21条1項に照らして適用違憲であるといえるかどうか、(iii) 本件で「特に必要があるとき」と判断したことが21条1項に照らして適用違憲であるといえるかどうか、が問題となる。

本件で憲法上問題となるのは、以上の3点である。以下、各別に検討する。

1. X社の活動が21条1項で保障されるか ((i))

(1) X社の活動は、インターネットを通じて、Z機能画像による風景画像を提供するというものである。かかる活動は、表現の自由(21条1項)によって保障されるか。

(2) ア 表現の自由の趣旨の1つとして、自己実現が挙げられる。すなわち、表現を通じて、自己の人格の実現を図っていくという価値である。

本件では、X社は、Z機能画像の提供を通じて、多くの利用者に便益を与えている。利用者の役に立つことで、X社は、自己の社会的な存在意義を確立することができるとともに、社会的責任を全うすることができる。このように、社会的に意義のある活動を行うことにより、X社は自己の人格的發展を遂げることができる。

イ また、本件で提供される画像は、利用者にとって有用なものである。利用者は、Z機能画像を通じて、あたかも自分がそこを現実歩いているかのように風景を堪能することができるのであるから、X社の風景画像提供活動は、利用者の利便性の向上に大いに寄与し

- 47 ている。
- 48 しかも、不動産広告が誇大広告であるか否かを Z 機能画像によ
- 49 って判断できるため、詐欺事件を防止することができるなど、犯罪
- 50 の未然防止という社会的意義をも果たしている。
- 51 (3) 以上のような、本件活動の性質や役割の重要性に照らせは
- 52 動は 21 条 1 項によって保障されているといえることができる。
- 53 2. 「正当な理由がなく」 ((ii))
- 54 (1) X 社は、改善勧告に従わなかったところ、「正当な理由なく」これに
- 55 従わなかったものとして、中止命令を受けた。では、かかる不服従に
- 56 は、「正当な理由」があるだろうか。
- 57 (2) 中止命令は、X 社の画像提供活動を中止させるものであるから、表
- 58 現の自由の制約といえる。他方で、X 社の活動によって、家の中の様
- 59 子がインターネット上に公開されることになるなど、住民のプライバ
- 60 シーが被害を受けているところ、中止命令がなされれば、これらのプ
- 61 ライバシーが回復を受ける。このように、X 社の表 現の自由と、住
- 62 民のプライバシー権とが対立しているという関係になっている。
- 63 そこで、両者の憲法上の価値を加味しながら、X 社の表現の利益
- 64 の方と住民のプライバシー権とを比較考量し、前者が後者に優越する
- 65 と認められる場合には、「正当な理由がなく」と判断・適用したことは適用違憲になると解する。
- 66 (3) そこで本件について検討するに、X 社の表現の自由は、上述の通り、
- 67 利用者の利便性の向上に資し、また、犯罪の防止という公共的利益の
- 68 実現にもかかわるものであるから、その価値は非常に重要なものである。
- 69 他方で、確かに住民にも家の中をみだりに撮影・公開されないとい
- 70 うプライバシー権を有しており、Z 機能画像によってかかるプライバ
- 71 シー権は一定の被害を受けてはいる。しかし、Z 機能画像によって
- 72 映し出されるこれらの写真は、いずれも公道から見える範囲のもので
- 73 ある。公道公共性の高い公物であって、そこでのプライバシー権は憲
- 74 法上の保護に値しない。したがって、本件における家の中の画像は、
- 75 憲法上保障されたプライバシー権を侵害するものではない。
- 76 だとするならば、本件中止命令は、憲法上保護に値しない住民のプ
- 77 ライバシー権を、憲法上の利益たる X 社の画像提供の自由よりも優越
- 78 させたものである。
- 79 (4) よって、A 大臣が「正当な理由」がないとして法 8 条 3 項を適用さ
- 80 せたことは、適用上 21 条 1 項に反する。
- 81 3. 「特に必要があるとき」について ((iii))
- 82 (1) 中止命令が X 社の表現活動という重要な利益を規制するものである
- 83 ことに鑑みると、かかる重要な利益を制約するだけの公共的な必要性
- 84 および緊急性がないにもかかわらず法 8 条 3 項を適用することは、「特
- 85 に必要があるとき」の適用上違憲になると解する。
- 86 (2) これを本件について見るに、まず、上記のように住民らのプライバ
- 87 シー権は憲法上の保護に値するものではないから、要保護性が強いと
- 88 は言えない。また、X 社が写真を公開することによっても、具体的な
- 89 危険は何ら生じていない。
- 90 したがって、X 社の活動を中止させるべき必要性や緊急性はない。
- 91 (3) よって、A 大臣が「特に必要がある」として法 8 条 3 項を適用させ
- 92

たことは、適用上21条1項に反する。

〔設問2〕

第1 主張(i)について

1. 反論

X社は、風景という「事実」を撮影しているにすぎないから、「表現」ではない。

仮に表現にあたり21条1項の保障が及ぶとしても、Z機能画像による画像は、どの会社の場合もほぼ共通した方法で撮影されているにすぎないから、X社の独自性が表れているとはいえず、よって価値の低い表現である。

2. 私見

(1) ア X社は、Z機能画像によって風景画像を提供するという活動を行っている。この活動は、上記X社の主張の通り、利用者の便宜に資し、また社会的に有用な行為であるから、これを通じてX社は自己の社会的存在意義を確立していくことができる。この意味で、かかる行為はX社の自己実現に資する。

また、確かに本件撮影の対象は風景、すなわち事実ではある。しかし、その撮影にあたっては、いかなる角度、斜光等で撮影するかという点でX社の個性が大きく表れることになるから、かかる個性は自己実現として尊重されなければならない。

イ 以上から、X社の画像提供行為は、表現の自由として、21条1項によって保障される。

(2) なお、被告の反論は失当である。なぜなら、このような主張が認められることになれば、表現者が多いほど表現の価値が薄まるという明らかに不当な結論になるからである。

第2 主張(ii)について

1. 反論

たとえ公道上から見える範囲内の写真であっても、これをみだりに撮影されない自由としての肖像権が憲法上保護される。そして、本件では、住民の肖像権は、X社の表現の自由に優越するから、X社の勧告不服従は「正当な理由」を欠く。

2. 私見

(1) ア 確かに、一般には、公道上のものや公道から見える範囲のものについては、プライバシー権を放棄したものとして、その保障は及ばないのが原則である。

しかし、家の中は、私生活の情報や利益が密集した空間であり、他人に知られたくない情報が集積しているから、家の中の様子をみだりに撮影されない自由は格別に保護されなければならない。そして、このような自由は、公開されたくない私的情報をコントロールするという人格的生存に欠かせない重要なものであるから、幸福追求権(13条後段)として保障に値する。したがって、たとえ公道から見える範囲のものであるとしても、家の中の様子を撮影されない自由は、プライバシー権として憲法上保障される。

イ また、公道上の様子については、確かにプライバシー権では保障されない。しかし、これをみだりに撮影されない自由は、個人の人格の尊厳を守るという意味で人格的生存に不可欠な権利といえる

から、肖像権として憲法 13 条後段によって保障される。

ウ 以上から、家の中の様子についてはプライバシー権によって、公道上の様子であっても肖像権として、憲法上保障される。

- (2) そうすると、X 社の表現の自由と、住民らのプライバシー権・肖像権とが衝突していることになる。そこで、いかにして両者の調整を図るかが問題となる。

上述してきたように、X 社の表現の自由も、住民らのプライバシー権・肖像権も、ともに重要な権利である。そこで、両者の調整は比較衡量によるべきである。そして、法 8 条 3 項の「正当な理由」は、これらの対立利益を調整する趣旨の規定と考えられる。

そこで、「正当な理由」の有無は、対立する X 社・住民らの利益の憲法的価値を踏まえながら、中止命令の①目的、②必要性・相当性によって判断すべきである。

- (3) そこで本件について検討するに、①本件中止命令は、被害を受けたとの住民の申立て（法 8 条 1 項）に端を発してなされたものであり、恣意的に X 社の利益を妨害しようといった不当な目的は見受けられないから、目的は十分に正当なものである。

また、②家の中というプライバシーや公道上の様子をみだりに撮影・公開されることになれば、被撮影主体の人格的利益が大きく害されることになる。また、これらの損害は、事後的な金銭賠償によって解消できるものではない。だとすれば、これらの写真につき、公開を中止させ、あるいは修正を施した上で公開させるようにする必要性がある。

他方で、かかる写真は X 社の活動にとっての不可欠の要素であるとはいえないから、これらの写真の公開を中止させ、あるいは修正を施した上で公開させることとしても、X 社の画像提供活動の本質を損なうことにはならない。また、中止命令は、改善勧告の不服従の場合にはじめてなされるという二段階の仕組みによるものであるから、不当に X 社の表現の自由を害するとはいえない。だとすれば、本件中止命令には、相当性が認められる。

- (4) 以上から、住民らのプライバシー権・肖像権を X 社の表現の自由に優先させて、X 社に「正当な理由」がないとしたことは、適用上 21 条 1 項に反するものではなく、合憲である。

第3 主張 (iii) について

1. 法 8 条 3 項が「特に必要があるとき」と規定した趣旨は次のようなものと考えられる。すなわち、中止命令は表現の自由の制約となるため可能な限りこれを控えるべきであるけれども、表現であっても絶対無制約でなく公共の福祉のための制約を免れないため、厳格な要件のもと、一定の場合には表現の制約を可能としたものである。

このように考えると、その適用の合憲性判断に当たっては、制約される表現の自由と図るべき公共の利益とを衡量しながら、特に後者を優先すべき必要性・緊急性を首肯するに足る現実的危険があったかどうかによって判断すべきである。

2. 本件では、X 社による写真提供によって、個人が特定され、また生活環境等が明らかにされることで、犯罪を企む者に悪用されるという危険が考えられる。しかし、これは、抽象的な危険であって、現実にはそのような危険が

切迫しているという事情は見受けられない。

また、ドメスティックバイオレンスからの保護施設など、公開に適さない場所が公開されるという弊害もあるが、およそ公道に面する以上は、このような弊害はやむをえないものであって、表現の自由のもとでは甘受されなければならない。

公園で遊ぶ子供が公開されることによって誘拐等が誘因されるのではないかとの危惧も、抽象的な危険にすぎず、現にそのような危険が間近に迫っているというわけではない。

3. 以上から、本件では、X社の表現の自由を排してでも公開を中止させるべき緊急の危険はなく、よって、「特に必要がある」として法8条3項を適用させたことは、適用上21条1項に反し、違憲である。

以上

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕，〔設問2〕（1），〔設問2〕（2），〔設問3〕の配点の割合は，3.5：1.5：3.5：1.5）

社団法人Aは、モーターボート競走の勝舟投票券の場外発売場（以下「本件施設」という。）をP市Q地に設置する計画を立て、平成22年に、モーターボート競走法（以下「法」という。）第5条第1項により国土交通大臣の許可（以下「本件許可」という。）を受けた。Aは、本件許可の申請書を国土交通大臣に提出する際に、国土交通省の関係部局が発出した通達（「場外発売場の設置等の運用について」及び「場外発売場の設置等の許可の取扱いについて」）に従い、Q地の所在する地区の自治会Rの同意書（以下「本件同意書」という。）を添付していた。本件許可がなされた直後に、Q地の近隣に法科大学院Sを設置している学校法人X1、及び自治会Rの構成員でありQ地の近隣に居住しているX2は、国に対し本件許可の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を提起した。本件訴訟が提起されたため、Aは、本件施設の工事にいまだ着手していない。

Aの計画によれば、本件施設は、敷地面積約3万平方メートル、建物の延べ床面積約1万平方メートルで、舟券投票所、映像設備、観覧スペース、食堂、売店等から構成され、700台を収容する駐車場が設置される。本件施設が場外発売場として営業を行うのは、1年間に350日であり、そのうち300日はナイターが開催される。本件施設の開場は午前10時であり、ナイターが開催されない場合は午後4時頃、開催される場合は午後9時頃に、退場者が集中することになる。

また、本件施設の設置を計画されているQ地、X2の住居、法科大学院S、及びこれらに共通の最寄り駅であるP駅の間的位置関係は、次のとおりである。Q地、X2の住居、法科大学院Sは、いずれも、P駅からまっすぐに南下する県道（以下「県道」という。）に面している。P駅の周辺には商店や飲食店が立ち並び、住民、通勤者、通学者などが利用している。P駅から県道を通って南下した場合、P駅から近い順に、法科大学院S、X2の住居、Q地が所在し、P駅からの距離は、法科大学院Sまでは約400メートル、X2の住居までは約600メートル、Q地までは約800メートルである。逆にQ地からの距離は、X2の住居までは約200メートル、法科大学院Sまでは約400メートルとなる。

平成23年になって、本件訴訟の過程で、本件同意書について次のような疑いが生じた。自治会Rでは、X2も含めて、本件施設の設置に反対する住民が相当な数に上る。それにもかかわらず、Aによる本件施設の設置に同意することを決議した自治会Rの総会において、同意に賛成する者が123名であったのに対し、反対する者は、10名しかいなかった。これは、自治会Rの役員が、本件施設の設置に反対する住民に総会の開催日時を通知しなかったために、大部分の反対派の住民が総会に出席できなかったためではないか、という疑いである。

国土交通大臣は、この疑いが事実であると判明した場合、次の措置を執ることを検討している。まず、Aに対し、自治会Rの構成員の意思を真に反映した再度の決議に基づく自治会Rの同意を改めて取得し、国土交通大臣に自治会Rの同意書を改めて提出するように求める（以下「要求措置」という。）。そして、Aが自治会Rの同意及び同意書を改めて取得することができない場合には、本件許可を取り消す（以下「取消措置」という。）。

以上の事案について、P市に隣接するT市の職員は、将来T市でも同様の事態が生じる可能性があることから、弁護士に調査検討を依頼することにした。【資料1 会議録】を読んだ上で、T市の職員から依頼を受けた弁護士の立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法及びモーターボート競走法施行規則（以下「施行規則」という。）の抜粋を【資料2 関係法令】に、関係する通達の抜粋を【資料3 関係通達】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件訴訟は適法か。X1及びX2それぞれの原告適格の有無に絞って論じなさい。

〔設問2〕

国土交通大臣が検討している要求措置及び取消措置について、以下の小問に答えなさい。

- (1) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明しているにもかかわらず、国土交通大臣がAに対し、取消措置を執る可能性を示しながら要求措置を執り続けた場合、Aは、取消措置を受けるおそれを除去するには、どのような訴えを提起するべきか。最も適法とされる見込みが高く、かつ、実効的な訴えを、具体的に二つ候補を挙げて比較検討した上で答えなさい。仮の救済は、考慮しなくてよい。
- (2) Aが国土交通大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを表明したため、国土交通大臣がAに対し取消措置を執った場合、当該取消措置は適法か。解答に当たっては、関係する法令の定め、自治会の同意を要求する通達、及び国土交通大臣がAに対し執り得る措置の範囲ないし限界を丁寧に検討しなさい。

〔設問3〕

T市は、新たに条例を定めて、次のような規定を置くことを検討している。①T市の区域に勝舟投票券の場外発売場を設置しようとする事業者は、T市長に申請してT市長の許可を受けなければならない。②T市長は、場外発売場の施設が周辺環境と調和する場合に限り、その設置を許可する。

このような条例による許可の制度が、事業者に対して実効性を持ち、また、住民及び事業者の利害を適切に調整できるようにするためには、上記①②の規定以外に、どのような規定を条例に置くことが考えられるか。また、このような条例を制定する場合に、条例の適法性に関してどのような点が問題になるか。考えられる規定の骨子及び条例の問題点を、簡潔に示しなさい。

【資料1 会議録】

職員：P市は、場外券売場の件で大騒ぎになっていますが、我がT市にとっても他人事ではありません。公営ギャンブルの場外券売場の設置が計画される可能性は、T市にもあります。そこで、P市の事案を様々な角度から先生に検討していただいて、T市としても課題を見付け出し、将来のための備えをしたいと考えています。そのような趣旨ですから、P市の事案のいずれかの当事者や利害関係者の立場に立たずに、第三者の視点から御検討をお願いいたします。

弁護士：公営ギャンブルの場外券売場の設置許可は、刑法第187条の富くじに当たるものの発売等を適法にする法制度である点が、通常の事業の許認可とは違うところですね。私もこれまで余り調査したことがない分野ですが、検討した上で文書を作成してみましよう。

職員：早速、まず本件訴訟についてですが、これは、適法な訴えなのでしょう。法、施行規則、それから関係する通達を読みますと、それぞれに関係しそうな規定があるのですが、これらの規定のそれぞれが、本件訴訟の適法性を判断する上でどのような意味を持つのか、どうもうまく整理できないのです。

弁護士：問題になるのは、原告適格ですね。私の方で、法、施行規則、それから通達の関係する規定と、それらの規定が原告適格を判断する上で持つ意味を明らかにしながら、X1とX2それぞれの原告適格の有無を考えてみましょう。

職員：お願いします。仮に本件訴訟が適法とされた場合に、本件許可が適法と判決されそうかどうか問題ですが、今年になって、状況が大きく変わりましたので、差し当たりその問題までは検討していただかなくて結構です。

弁護士：状況が変わったとは、どういうことですか。

職員：地元の同意書の作成プロセスについて重大な疑惑が持ち上がり、今度は、紛争が国土交通大臣とAとの間で生じる可能性が出てきたのです。Aは、裁判になって対立が激化してからもう

一度地元の同意書を取るなど無理だということで、同意を取り直すつもりがないようですが、国土交通大臣の方も、地元を軽んじる姿勢は取れないので、Aに同意書を取り直すように求め続けることが予想されます。この場合、今度は、Aが何らかの訴えを起こすことはできるのでしょうか。

弁護士：最も可能性のある訴えを検討して、具体的に挙げてみましょう。

職員：それから、やや極端なケースを想定するのですが、地元の同意のプロセスに重大な瑕疵があった場合、国土交通大臣は、本件許可を取り消すことができるのでしょうか。この問題については、どうも私の頭が混乱しているので、いろいろ質問させてください。まず、施行規則第12条は、許可の基準として地元の同意とは規定していないのですが、そもそも、この条文に定められた基準以外の理由で、許可を拒否できるのですか。

弁護士：関係法令をよく検討して、お答えすることにします。

職員：よろしくお願いします。付け加えますと、地元の同意と定めているのは、国土交通省の通達の方であり、これもそもそもの話になるのですが、このような通達に定められたことを理由にして、許可を拒否してよいのですか。この点も教えていただければと思います。

弁護士：問題となっている通達の法的な性格をはっきりと説明するように、文書にまとめてみます。

職員：通達の中身について言いますと、地元の同意を重視している点は、自治体の職員としてはとてもよく理解できます。ただ、許可の取消しという措置まで執ることができるのかと問われると、自信を持って答えられないのです。

弁護士：法律家から見ますと、地元の同意を重視する行政手法には、問題点もありますね。国土交通大臣が本件許可の申請に際して地元自治会の同意を得ておくように求める行政手法の意義と問題点を、まとめておきましょう。その上で、疑惑が事実であると仮定して、国土交通大臣は、Aに対してどこまでの指導、処分といった措置を執ることができるのか、執り得る措置の範囲ないし限界についても綿密に検討しておきます。

職員：今言われた「処分」について詳しく伺いたいのですが、仮に、地元自治会の同意がない場合に、国土交通大臣が申請に対して不許可処分をする余地が多かれ少なかれあるという考え方を採ると、一度許可をした後で許可を取り消す処分もできることになるのでしょうか。

弁護士：そこまで考えて、ようやく答えが出ますね。全体を順序立てて文書にまとめてみます。

職員：助かります。それでやっとな、我がT市の話になるのですが、T市の区域で場外舟券売場を設置しようとする事業者が現れた場合、国が定めた法令や通達の基準だけで設置を認めるのでは、不十分であると考えています。T市としては、調和のとれた街づくりをするために、場外舟券売場が周辺環境と調和するかをしっかりと審査して、市長が調和しないと判断した場合には、設置をやめていただく制度を作りたいと考えています。このような制度を条例で定める場合に、配慮すべき点を教えていただければ幸いです。

弁護士：解釈論だけでなく、立法論も大事ですからね。簡潔にまとめておきましょう。

【資料2 関係法令】

○ モーターボート競走法（昭和26年6月18日法律第242号）（抜粋）

（趣旨）

第1条 この法律は、モーターボートその他の船舶、船舶用機関及び船舶用品の改良及び輸出の振興並びにこれらの製造に関する事業及び海難防止に関する事業その他の海事に関する事業の振興に寄与することにより海に囲まれた我が国の発展に資し、あわせて観光に関する事業及び体育事業その他の公益の増進を目的とする事業の振興に資するとともに、地方財政の改善を図るため

に行うモーターボート競走に関し規定するものとする。

(競走の施行)

第2条 都道府県及び人口、財政等を考慮して総務大臣が指定する市町村(以下「施行者」という。)は、その議会の議決を経て、この法律の規定により、モーターボート競走(以下「競走」という。)を行うことができる。

2～4 (略)

5 施行者以外の者は、勝舟投票券(以下「舟券」という。)その他これに類似するものを発売して、競走を行ってはならない。

(競走場の設置)

第4条 競走の用に供するモーターボート競走場を設置し又は移転しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。

2～4 (略)

5 国土交通大臣は、必要があると認めるときは、第1項の許可に期限又は条件を附することができる。

6 国土交通大臣は、第1項の許可を受けた者(以下「競走場設置者」という。)が1年以上引き続き同項の許可を受けて設置され若しくは移転されたモーターボート競走場(以下「競走場」という。)を競走の用に供しなかつたとき、又は競走場の位置、構造及び設備がその許可の基準に適合しなくなつたと認めるときは、同項の許可を取り消すことができる。

7, 8 (略)

(場外発売場の設置)

第5条 舟券の発売等の用に供する施設を競走場外に設置しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、国土交通大臣の許可を受けなければならない。当該許可を受けて設置された施設を移転しようとするときも、同様とする。

2 国土交通大臣は、前項の許可の申請があつたときは、申請に係る施設の位置、構造及び設備が国土交通省令で定める基準に適合する場合に限り、その許可をすることができる。

3 競走場外における舟券の発売等は、第1項の許可を受けて設置され又は移転された施設(以下「場外発売場」という。)でなければならない。

4 前条第5項及び第6項の規定は第1項の許可について、同条第7項及び第8項の規定は場外発売場及び場外発売場設置者(第1項の許可を受けた者をいう。以下同じ。)について、それぞれ準用する。

(競走場内等の取締り)

第22条 施行者は、競走場内の秩序(場外発売場において舟券の発売等が行われる場合にあつては、当該場外発売場内の秩序を含む。)を維持し、かつ、競走の公正及び安全を確保するため、入場者の整理、選手の出場に関する適正な条件の確保、競走に関する犯罪及び不正の防止並びに競走場内における品位及び衛生の保持について必要な措置を講じなければならない。

(競走場及び場外発売場の維持)

第24条 (略)

2 場外発売場設置者は、その場外発売場の位置、構造及び設備を第5条第2項の国土交通省令で定める基準に適合するように維持しなければならない。

(秩序維持等に関する命令)

第57条 国土交通大臣は、競走場内又は場外発売場内の秩序を維持し、競走の公正又は安全を確保し、その他この法律の施行を確保するため必要があると認めるときは、施行者、競走場設置者又は場外発売場設置者に対し、選手の出場又は競走場若しくは場外発売場の貸借に関する条件を適正にすべき旨の命令、競走場若しくは場外発売場を修理し、改造し、又は移転すべき旨の命令その他必要な命令をすることができる。

(競走の開催の停止等)

第58条 (略)

2 国土交通大臣は、競走場設置者若しくは場外発売場設置者又はその役員が、この法律若しくはこの法律に基づく命令若しくはこれらに基づく処分に違反し、又はその関係する競走につき公益に反し、若しくは公益に反するおそれのある行為をしたときは、当該競走場設置者又は当該場外発売場設置者に対し、その業務を停止し、若しくは制限し、又は当該役員を解任すべき旨を命ずることができる。

3 (略)

(競走場等の設置等の許可の取消し)

第59条 国土交通大臣は、競走場設置者又は場外発売場設置者が前条第2項の規定による命令に違反したときは、当該競走場又は当該場外発売場の設置又は移転の許可を取り消すことができる。

○ モーターボート競走法施行規則(昭和26年7月9日運輸省令第59号) (抜粋)

(場外発売場の設置等の許可の申請)

第11条 法第5条第1項の規定により場外発売場の設置又は移転の許可を受けようとする者は、次に掲げる事項を記載した申請書を国土交通大臣に提出しなければならない。

- 一 申請者の氏名又は名称及び住所並びに法人にあつては代表者の氏名
- 二 場外発売場の設置又は移転を必要とする事由
- 三 場外発売場の所在地
- 四 場外発売場の構造及び設備の概要
- 五 場外発売場を中心とする交通機関の状況
- 六 場外発売場の建設費の見積額及びその調達方法
- 七 場外発売場の建設工事の開始及び完了の予定年月日
- 八 その他必要な事項

2 前項の申請書には、次に掲げる書類を添付しなければならない。

- 一 場外発売場付近の見取図(場外発売場の周辺から1000メートルの区域内にある文教施設及び医療施設については、その位置及び名称を明記すること。)
- 二 場外発売場の設備の構造図及び配置図(1000分の1以上の縮尺による。)
- 三 申請者が当該施設を使用する権原を有するか、又はこれを確実に取得することができることを証明する書類
- 四 場外発売場の経営に関する収支見積書
- 五 施行者の委託を受けて舟券の発売等を行う予定であることを証明する書類

(場外発売場の設置等の許可の基準)

第12条 法第5条第2項の国土交通省令で定める基準(払戻金又は返還金の交付のみの用に供する施設及び設備の基準を除く。)は、次のとおりとする。

- 一 位置は、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれのない場所であること。
- 二 構造及び設備が入場者を整理するため適当なものであること。
- 三 競走の公正かつ円滑な運営に必要な次に掲げる施設及び設備を有していること。
 - イ 舟券の発売等の用に供する施設及び設備
 - ロ 入場者の用に供する施設及び設備
 - ハ その他管理運営に必要な施設及び設備

四 (略)

2 (略)

【資料3 関係通達】

- 場外発売場の設置等の運用について（平成20年2月15日付け国海総第136号海事局長から各地方運輸局長，神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

7 場外発売場設置予定者は，設置許可申請書に省令第2条の7（注1）第2項に定める書類のほか，地元との調整がとれていることを証明する書類及び管轄警察の指導の内容が反映されていることを証明する書類並びに建築確認申請書の写しを添付すること。

（注1）【資料2 関係法令】に掲げる現行のモーターボート競走法施行規則第11条を指す。

以下「省令」とは現行のモーターボート競走法施行規則を指す。

- 場外発売場の位置，構造及び設備の基準の運用について（平成20年2月15日付け国海総第139号海事局長から各地方運輸局長，神戸運輸監理部長あて通達）（抜粋）

1 場外発売場の基準

場外発売場の基準の運用については，次のとおりとする。

(1) 位置（省令第12条第1項第1号）

- ① 「文教上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は，文教施設から適当な距離を有している，当該設置場所が主たる通学路（学校長が児童又は生徒の登下校の交通安全の確保のために指定した小学校又は中学校の通学路をいう。）に面していないなど総合的に判断して行う。
- ② 「衛生上著しい支障をきたすおそれがあるか否か」の判断は，医療施設から適当な距離を有している，救急病院又は救急診療所（都道府県知事が救急隊により搬送する医療機関として認定したものをいう。）への救急車の主たる経路に面していないなど総合的に判断して行う。
- ③ 文教施設とは，学問又は教育を行う施設であり，学校教育法第1条の学校（小学校，中学校，高等学校，中等教育学校，大学，高等専門学校，盲学校，聾学校，養護学校及び幼稚園）及び同法第82条の2の専修学校をいう。
- ④ 医療施設とは，医療法第1条の5第1項の病院及び同条第2項の診療所（入院施設を有するものに限る。）をいう。
- ⑤ 「適当な距離」とは，著しい影響を及ぼさない距離をいい，場外発売場の規模，位置，道路状況，周囲の地理的要因等により大きく異なる。

(2)～(5)（略）

- 場外発売場の設置等の許可の取扱いについて（平成20年3月28日付け国海総第513号海事局総務課長から各地方運輸局海事振興部長，北陸信越運輸局海事部長，神戸運輸監理部海事振興部長あて通達）（抜粋）

7 局長通達（注2）7の「地元との調整がとれていること」とは，当該場外発売場の所在する自治会等の同意，市町村の長の同意及び市町村の議会が反対を議決していないことをいう。

（注2）前記の平成20年2月15日付け国海総第136号「場外発売場の設置等の運用について」を指す。

〔出題趣旨〕

本問は、国土交通大臣による場外舟券売場の設置許可を、近隣に法科大学院を設置する学校法人X1及び周辺住民X2が争う場面（設問1）、許可が取り消される可能性が生じ、許可を受けた社团法人Aが争う場面（設問2）、T市が場外舟券売場の設置を規制する場面（設問3）という、三つの場面を想定して、第三者の観点から論じさせるものである。類似の法分野（自転車競技法）について近時最高裁判決が下されて注目されたが、本問はもとより、モーターボート競走法に関する特別な知識・理解を問う趣旨ではない。問題文と資料から基本的な事実関係を把握した上で、関係法令を読み解き、行政処分の第三者、行政指導を受けた許可の名宛人、国の法令とは別に条例を定めようとする基礎的な地方公共団体という、それぞれの立場に関わる基本的な法律問題を論じる力を試すものである。本問では、通達を定めて、許可の申請に際し地元同意の取得を求めるという、日本でしばしば用いられてきた行政手法を法律論に織り込むことも要求される。また、設問3では、日頃具体的な事例と法令を読んで解釈論を勉強していれば十分対応できる範囲で、立法論に論及することも求めている。

設問1は、X1及びX2による取消訴訟の訴訟要件のうち、原告適格を論じさせる問題である。まず、行政事件訴訟法の条文と判例を踏まえ、いかなる判断枠組みにより、いわゆる行政処分の第三者の原告適格を判断すべきかを明らかにしなければならない。そして、モーターボート競走法上、法律の趣旨を定める規定や許可の根拠規定などは、場外発売場内の秩序や競走の公正・安全以外には、具体的に保護法益を特定していないこと、同法施行規則は、文教上の利益を保護しているが、個別の文教施設を保護する趣旨を明確にしていないことなどを、具体的な条文を挙げて示すことが求められる。一定の距離内の文教施設を許可の申請書類に記載することを求める同法施行規則の規定や、様々な内容の関係通達が、原告適格を認める根拠又は手掛かりにならないかという点も、検討する必要がある。その上で、本件施設の規模、開場される期間・時間、距離関係や位置関係などから想定されるX1及びX2の不利益の内容・程度など、さらに、X1及びX2が特定の利益を代表して主張する適格性などを考慮して、原告適格を根拠付けられないかを、判断することが求められる。

設問2（1）は、行政訴訟としてAがどのような請求を立てることが最も適切かを問う問題である。想定されている状況において、取消措置の可能性を除去するというAの目的を最も直接的に実現する訴えは、本件許可を取り消す処分の差止めを求める抗告訴訟と考えられる。もう一つ、要求措置を対象にする何らかの当事者訴訟又は抗告訴訟を候補として具体的に挙げて、訴訟要件が満たされるか、及びAの目的を実現するために適切な請求かという点を、比較しながら検討することが求められる。

設問2（2）は、行政実体法及び広義の行政手続に関わる問題を基礎から一つ一つ検討して解きほぐし、最終的に、本件許可を取り消す処分の適法性を判断するように求めるものである。まず、法令の文言や、刑法上の違法性を阻却するという許可の性質などを考慮して、国土交通大臣による許可・不許可の判断に裁量が認められるかを検討しなければならない。次に、本件の通達の法的効果は何か、行政手続法上は何に当たるかを示すことが求められる。こうして、通達に定められている地元同意を許可申請に際して求める裁量が、関係法令に照らして認められるか、またどの範囲で認められるかが論点であることを確認することになる。その上で、地元同意の意義と問題点を、コミュニケーションと手続参加の促進、手続の公正性・透明性・明確性などの観点から具体的に検討することが求められる。

以上のような法令解釈及び地元同意に対する評価を踏まえて、地元同意を行政指導として求め得るにとどまるのか、地元との十分な協議を経なければ許可を拒否できるか、十分な協議を経ても同意がなければ許可を拒否できるか、協議の不十分さや同意の不存在が許可を拒否する一つの考慮要素になるか、といった点を、どのように判断するか、示さなければならない。そして、本件における許可の取消しの公益性及びAの信頼の要保護性の程度を考慮した場合に、本件許可の取消しが適法か、各人の結論を示すことが要求される。

設問3は、T市が場外舟券売場の設置許可制を条例で定める場合に、配慮すべき点を指摘させる問題である。いろいろな解答があり得るが、第一に、許可後の是正命令、罰則などを条例に定めて実効性を確保する必要性、第二に、住民、利害関係者、専門家などが参加して周辺環境との調和について判断する手続を構築する必要性、第三に、モーターボート競走法や建築基準法など国の法律と条例とが抵触しないか、検討する必要性など、豊かな着想で指摘することが期待される。

なお、設問のうち、設問1と設問2(2)においては、事実関係、関係法令の解釈及び行政法の一般理論を総合して、論理的かつ説得的に筋道を示した解答を期待しているのに対し、設問2(1)と設問3では、ポイントを的確かつ簡潔に示すことを要求するにとどめている。こうした出題の趣旨を十分に理解して受験者が実力を発揮できるように、昨年に続き本年も各設問の配点割合を明示することとした。

公法系第2問 合格者Aさん再現答案

得点 137.56

1 第1 設問1

2 1 X1は原告適格を有するか。

3 (1) 原告適格は、「法律上の利益を有するもの」(行政事件訴訟法(以下、
4 「行訴法」という。)9条1項)に認められる。これは、訴訟による紛争
5 解決を求めるに値するものを選別するためである。よって、「法律上の
6 利益を有するもの」とは、自己の権利または法律上保護された利益を侵
7 害され、あるいは必然的に侵害されるおそれのあるものをいう。そして
8 法律上保護された利益であるか否かは、当該利益が一般公益に解消され
9 ず、個別具体的に保障されているか否かにより判断する。

10 (2) X1は、本件許可により、本件施設から出る騒音や、学びの場のわずか
11 400メートルの至近距離でギャンブルが行われることにより、学習環境
12 が害される。また、本件施設の利用者の退出による混雑で教職員・学生
13 の通勤・通学が妨げられるという不利益を被る。

14 確かに、法の目的は観光・体育事業といった公益を増進し、地方財政
15 の改善を図ることを目的(行訴法9条2項)としており、X1の前記利益
16 について定めていない。しかし、関係法令たる施行規則は許可基準とし
17 て「文教上...著しい支障をきたすおそれのない場所であること」(施行
18 規則12条1項1号)と定めており、X1のような学校法人の学習環境を
19 守る利益の保護を目的としている。また、通達(資料3の中段)は文教
20 施設として大学を挙げており、法科大学院Sは大学の一部として保護の
21 対象になる。よって、X1の利益は法及び関係法令の文言からして個別具
22 体的に保護されているといえ、「法律上の利益」を有する。

23 (3) 従って、X1は原告適格を有する。

24 2 X2は原告適格を有するか。

25 (1) X2は本件施設からわずか200メートルの至近距離に住居を有し、本件
26 許可により、騒音・混雑による不利益を被る。しかし、法はかかる利益
27 の保護を目的としていない。また、施行規則も衛生上の支障については
28 定めているが(施行規則12条1項1号)、これは医療機関についての定
29 めである(資料3中段の通達)。確かに、資料3の上下段の通達は自治
30 会等の同意を要求する点で近隣住民の利益を考慮しているが、後述のよ
31 うにこの通達は法の目的を逸脱したものなので、関係法令として考慮す
32 べきではない。とすると、X2の利益は法及び関係法令の文言からして個
33 別具体的に保護されているとはいえず、X2は「法律上の利益」を有しな
34 い。

35 (2) 従って、X2は原告適格を有しない。

36 第2 設問2

37 1 小問1

38 (1) ①取消措置の差止めを求める訴え(行訴法3条7項)と、②改めてR
39 の同意を得る義務がないことの確認を求める実質的当事者訴訟(行訴法
40 4条後段)が考えられるが、②を提起すべきである。

41 (2) ①について

42 ア まず、取消措置が「処分」(行訴法3条2項)にあたる必要がある。

43 「処分」とは、国または地方公共団体の行為であって、国民の権利・義
44 務を直接形成することが法律上認められているものをいう。

45 取消措置によって、Aは本件許可を取り消され、本件施設を設置でき
46 なくなる(法5条1項)のだから、取消措置はAの営業の自由(憲法

47 22条1項)を直接形成することが法律上認められているといえ、「処分」
48 にあたる。

49 イ もっとも、Aは本件施設の工事に着手すらしておらず、取消措置によ
50 って「重大な損害」(行訴法37条の4第1項本文)が生じるとはいえな
51 い。

52 ウ また、消極的要件ではあるが、Aには②の方法があるので補充性(行
53 訴法37条の4第1項ただし書)も認められない。

54 (3) ②について

55 ②の場合は、一般的な確認の利益が認められればよい。そして、大臣
56 は取消措置を執る可能性を示しながら要求措置を執り続けており、Aが要
57 求措置に従う意思がないことを表明した以上、取消措置がなされる可能性
58 が高い。とすれば、Aとしては取消措置の前提となる、改めてRの同意を
59 得る義務がないことの確認がないことを求める必要性があるといえ、確認
60 の利益が認められる。

61 (4) 確かに、①の方が取消措置を直接差し止めることができる点で実効性が
62 高いとも思えるが、そもそも本案に至らなければ意味がないので、適法と
63 される見込みが高い②の方が優れている。また、②でもRの同意を得る義
64 務がないことが確認されれば、大臣は取消措置をする理由がなくなるので
65 (行訴法38条1項・33条1項)、取消措置を受けるおそれを除去でき実効
66 性がある。

67 従って、②を提起すべきである。

68 2 小問2

69 取消措置の理由は、Aが要求措置に従わないためRの同意が得られないこ
70 とになり通達(資料3の上下段)に反することと考えられる。かかる取消措
71 置は可能か。

72 (1) まず、そもそも本件許可の取消の可否が問題となるが、許可に当初から
73 瑕疵があった場合は、相手方の信頼を保護すべき特段の事情がない限り、
74 行政庁は職権取消ができる。

75 本件では、確かに当初の同意について反対派に総会の通知をしなかった
76 のはRの役員であり、Aはかかる事情を知らなかった可能性がある。しか
77 し、Aは本件施設の工事に着手していない以上、いまだ取消措置によって
78 投下資本の回収が困難になり甚大な損害を被るといったことにはならな
79 い。とすると、Aの信頼を保護すべき特段の事情があるとはいえず、大臣
80 は取消事由があった場合は取消措置をなしうる。

81 (2) では、通達違反が取消事由となるか。

82 ア 通達は外部効果を有しない行政規則であり、裁判所も通達が法の正し
83 い解釈によるものでない限り、拘束されない。特に、法の目的を逸脱し
84 た通達は無効であり、かかる通達に反することを取消事由とすることは
85 できない。

86 イ 本件の通達(資料3の上下段)は、自治会等の周辺住民の同意を要求
87 する。しかし、法は周辺住民の利益について何ら定めておらず、施行規
88 則も文教施設・医療施設以外の周辺住民についてはふれていない。とす
89 ると、法は許可にあたって周辺住民の利益を考慮することを要求してお
90 らず、通達は考慮すべきでない事項を考慮事項として定める点で法の目
91 的を逸脱している。従って、Aが改めてRの同意を得ない点でかかる通
92 達に違反するとしても、取消事由とはならない。

93 (3) また、要求措置は法に基づかない行政指導（行手法 32 条 1 項）にすぎ
94 ないのだから、A が従う意思がない旨表示しているとしても、そのことを
95 もって取消事由とすることはできない（同 1 項、2 項）。

96 (4) 以上より、取消事由がないので、取消措置は違法である。

97 第3 設問3

98 T 市は、「③T 市長は、①②に反する事業者に対して、施設の撤去を命ずる
99 ことができる。」との規定を置けばよい。

100 条例によっては新たな執行方法を定めることはできない（行政代執行法 1
101 条）。しかし、条例によっても、行政代執行の根拠となる義務を課すことは
102 可能である（同 2 条かっこ書き）。とすれば、③で撤去義務を課すことによ
103 り、従わない業者については T 市が同法により施設を撤去し、後で費用を徴
104 収することにより、①②の実効性を担保できる。

105 従って、上記規定を置けばよい。

106

107

108

公法系第2問 合格者Bさん再現答案

得点 86.60

第1 問1

1 X1について

- (1) 本問X1は、行政事件訴訟法9条1項「法律上の利益を有する者」に当たり、本件訴訟の原告適格を有するか。この点、同条項の「法律上の利益を有する者」とは、自己の法律上保護された利益を侵害され、または必然的に侵害されるおそれのある者を指す。

そして、法律上保護された利益というためには、当該処分 of 根拠法令が当該利益を一般公益の中に吸収解消させるにとどめず、個々人の個別の利益として保護する趣旨が読み取れることが必要であるとする。本問X1は、処分の相手方ではないので、9条2項の考慮要素に従って判断することになる。

- (2) 本問X1は、本件許可を受けた本件場外発売場が設置される予定のQ地の近隣に法科大学院を設置している学校法人である。そこで、かかるX1の主張する良好な学習環境を保持する文教上の利益について、本件許可処分の根拠法であるモーターボート競走法は、個別的な利益として保護する趣旨を有しているのか以下検討する。

まず、法1条には、目的として公益の増進や地方財政の改善は挙げられているものの、文教上の環境の保護は、直接目的としては挙げられていない。

もっとも、法5条2項の委任を受けた規則12条1号及び11条2項1号には、文教施設に対する配慮を示した規定が存在する。そして、かかる規則の運用に関する通達(139号通達)も存在する。よって、かかる通達による基準を満たす限度で、本法は文教上の環境の保護も個別的な利益として保護する趣旨であると読み取る事ができると考える。

この点、本問Aが設置を予定する本件施設は、敷地面積約3万平方メートル、建物の延べ床面積約1万平方メートルの巨大な施設であり、700台を収容する駐車場が設置されることから、多数の者の来場が予想され、交通事故等が発生して文教環境上悪影響を及ぼすおそれがある。

そして、本件施設は1年のうち350日とほぼ毎日営業が行われ、うち300日はナイトーも実施されるので、昼夜を問わず、X1の法科大学院Sの文教上の環境に大きな悪影響を与える危険性が高い。

また、法科大学院も、139号通達1(1)③の文教施設と同視できると解される所、本件施設が設置されるQ地から法科大学院Sまでは直線で400メートルしか離れていない。加えて、Qは、P駅からのSの通学路上には面していない(139号通達1(1)①)ものの、本件施設の設置が予定されているQ地に最寄りのP駅から向かう県道沿いにSが存在する位置関係上、P駅からQに向かう者は必然的にSの近くを通行することになるので、Sの周辺にボート競走に関心を持つ享乐的な性質を有する者が日常的に多く存在する状態を招く事になり、Sの文教的な教育環境に著しい悪影響を与える危険性が予想される。よって、本件Qは、文教施設Sから「適当な距離」(139号通達1(1)①⑤)を有しているとは言えない。

よって、かかるSの設置者たるX1の文教上の利益は、本法上個別的な利益として保護されたものとして、X1には本件訴訟の原告適格が認められる。

2 X2について

47 一方、X2はQ地の近隣に居住する者であるが、かかる近隣住民の有する衛
48 生面等の生活環境一般については、モーターボート法にも（22条・57条参
49 照）、規則や通達にも、特に個別的利益として保護する趣旨の規定は見当た
50 らない。

51 通達139号1(1)②は、「衛生」上の利益に配慮下規定であるが、文言上、
52 医療施設の利益を保護したものであって、近隣住民の利益を保護した趣旨ま
53 では読み取れない。

54 よって、X2には、本件訴訟の原告適格は認められない。

55 第2 問2(1)

56 1 まず、Aは本件要求措置に従う義務がないことの確認をする実質的当事者
57 訴訟（4条後段）の提起をすることが考えられる。

58 この点、本件要求措置は、Aに対して同意書の提出を要求するだけで強制
59 するものではないので、処分にはあたらず（処分性の要件のうちの、直接法
60 効果性を欠く）、行政指導（行政手続法2条6号）としての性質を有するに
61 とどまる。よって、抗告訴訟であるかかる要求措置の取消訴訟（3条2項）
62 はなしえないと考える。

63 2 次に、Aは本件取消措置の差止めの訴え（3条7項・37条ノ4）を提起す
64 ることが考えられる。

65 かかる取消措置については、不利益処分（行手法2条4号）に該当し、処
66 分性を肯定できるので、抗告訴訟（3条1項）の一種である、差止めの訴え
67 を提起することができる。

68 本問では、かかる取消し措置がなされることによって、本件許可の効力が
69 消滅するという、「重大な損害を生じるおそれ」（37条ノ4第1項本文）が認
70 められる。

71 また、同条項但書の「他に適当な方法」とは、平成16年改正で同訴えが
72 新設された趣旨に鑑み、特に個別法に特別の方法が規定されているような場
73 合に限定して解すべきであるし、前述した要求に従う義務のない事の確認だ
74 けでは現実に取消措置を受けるおそれを否定しきれない。

75 よって、本問Aは、本件取消措置の差止め訴訟を提起するべきである。

76 第3 問2(2)

77 1 規則12条に定められた基準以外の理由で、許可 を拒否できるか。こ
78 の点、法5条2項の文言からすると、規則12条の基準を満たさない場合は
79 不許可とするべき旨は読み取れるが、逆にその基準を満たす場合に必ず許可
80 すべき旨までは規定しているとは言い切れない。

81 そして、「地元の同意」については、136号通達及び513号通達の7によっ
82 て、要求されている。

83 よって、かかる理由で許可を拒否することも許される。

84 2 地元の同意を要求する通達の効力について、通達は、原則としては、行政
85 内部の規範にとどまり、外部的な拘束力は有しない。よって、通達に定めら
86 れたことを理由に許可を拒否することはできないとも思える。

87 しかし、法の趣旨を具現化する通達については、法規と同様の拘束力を持
88 ち、かかる通達に定められたことを理由に許可を拒否することも許される。

89 3 国土交通大臣は、Aに対して、手続き違反を理由に再度地元自治会の同意
90 を得るよう要求し、Aが要求に従わない場合、不許可の措置を採ることがで
91 きる。

92 もっとも、一度許可をした後で許可を取消す処分は、許可を受けた相手方

公法系第2問 合格者Cさん再現答案

得点116.87

1 第1 設問1

2 1、総論

3 (1) 取消訴訟は主観訴訟であるため、原告適格を有するものしか訴訟を提
4 起できない。

5 原告適格は、処分の取消を求めるにつき法律上の利益を有する者に限
6 り認められ（行政事件訴訟法（以下省略する。）9条1項）、法律上の利
7 益とは法律上保護された利益を言う。そして、行政法規は、何らかの公
8 益を保護するためのものであるもので、法律上保護された利益と言えるに
9 は、法が、当該利益を一般公益に解消することなく、個々人の個別的利
10 益として保護する趣旨を含むことが必要である。

11 (2) 原告適格の判断をする際には、9条2項の考慮事項を新釈すべきであ
12 る。

13 (3) X1

14 場外発券場の許可基準は、法5条2項が委任する規則12条1項が定
15 めており、「文教上」「著しい支障をきたすおそれのない場所であること」
16 が要件とされている（同項1号）。そして、関係法令で通達139号
17 ①によると、小学校又は中学校の通学路に面していることが考慮要素と
18 されているが、大学院は列挙されていない。また、③にも大学院は含ま
19 れていない。

20 しかしながら、通学路は一つの考慮要素であり、その他の事由をも総
21 合的に判断する必要がある（同通達①参照）。また、文教施設として③
22 で列挙されているものは教育機関として代表的なものであり、大学院も
23 大学に準ずるものとしてこれに含まれると考えられる。

24 そして、Aの計画において来場が多く予想される時間帯においては、
25 法科大学院は講義等で使用されており、またナイターの時間帯には、法
26 科大学院生が自習で使用している可能性も高く騒音等によって法科大
27 学院に著しい支障が生じるといえる。

28 よって、文教上の著しい支障を受けるおそれがあるX1の法科大学院
29 は、法律上保護された利益を有するといえる。

30 したがって、X1には原告適格が認められる。

31 (4) X2

32 X2は、Q地付近の住民であるところ、法1条は地方財政の改善を図る
33 ことを目的としているが、これは一般的公益として住民の生活を支える
34 ものであり、個別的法益とは言えない。しかし、もっとも、関連通達1
35 36号や513号は、地元との調整がとれていることを証明する書類の
36 写しの添付を求めており、議会が反対の議決をしていないことが要求さ
37 れており、これは、住民の代表機関である議会の意見を反映するもので
38 あり、地域住民の利益を個別的法益として保護する趣旨を含むと考えら
39 れる。また、場外券発売所はナイターで営業する場合もあり、近隣住民
40 に騒音や交通渋滞等による支障を与えるおそれが強い。そこで、法は、
41 場外券発売所の営業により著しい支障を受ける範囲に居住する住民の
42 生活（居住）利益を個別的公益として保護する趣旨を含むといえる。

43 本件では、X2は、Q地からわずか200メートルの位置に居住する
44 こと、Q地とP駅の間に居住することから、X2は、場外券発売所の運
45 営により著しい支障を受ける地域に居住するといえる。

46 よって、X2の利益は法律上保護された利益であり、X2には原告適

格が認められる。

第2 設問2 (1)

1、まず、取消措置の差止めの訴えを提起することが考えられる(3条7項)。

Aは、取消措置を受けることにより、場外券売場を営業することができなくなり、これは重大な損害と言える(37条の4第1項、2項)。そして、後述のように当事者訴訟は認められないので、差止の訴えが損害を避けるための唯一の方法といえ、「損害を避けるために他に適当な方法がある」とはいえない(同条1項ただし書き)。

よって、右訴えは認められる。

2、次に、同意書を改めて取得することなく営業する権利を有することの確認訴訟(4条後段)を提起することも考えられる。

これは実質的当事者訴訟としてのものだが、確認の利益が必要である。しかし、本件では、上記取消措置の差止訴訟の方が紛争の解決にとって直截的かつ有効的な訴えであるため、確認の利益が認められない。

よって、右訴えは認められない。

3、以上のように、Aは取消措置の差止の訴えを提起すべきである。

第3 設問2 (2)

1 (1) まず、12条以外の理由で拒否することは可能か。

(2) この点、12条以外の理由で拒否する裁量が認められる場合には、拒否は可能なので、裁量の有無が問題となる。その判断においては、条文の文言及び処分の性質から考えるべきである。

(3) 本件では、法5条2項は、「許可することができる」としており、文言上、規則12条の要件を満たしても許可しないことを認めると考えられる。また、場外券売場の営業はもともと営業の自由として保障されているものではなく、本券許可は講学上の特許としての性質を有するので、許可と比べて許可しない裁量は広いと言える。

よって、本件では12条以外の事由で許可しない裁量が認められる。

2 (1) そうだとしても、次に、通達による拒否をすることができるか。

法律による行政の原理に反しないか問題となる。

(2) この点法律による行政の原理は侵害行政についてののみ該当する。

(3) 本件許可は前述のように特許としての性質を有するものであり、他人の権利を侵害するものではないので、通達によって拒否をしても法律による行政の原理に反しない。

3 (1) 次に、同意の意義は、これを得ることによって後の紛争が生じるのを防止することにある。

(2) しかし、法令の定めなしに国民の権利を制約する可能性があることが問題となる。

4、まず、要求措置は行政指導であるため、Aが要求措置に従う意思がないことを表明した後は、それを継続することは違法となる(行手法33条)。

5、取消措置については、法59条、58条2項に法律上の根拠があるので、それに基づいてすることができる。

よって、本件取消措置は適法である。

第4 設問3について

1、まず、罰則の定めをすることが考えられる。

しかし、条例で罰則の定めをするためには、法令によって相当程度具体的な委任が必要であるので、法には委任する規定がないので条例で定めること

公法系第2問 不合格者Dさん再現答案

〔設問1〕

第1 前提——原告適格の判断枠組み

処分取消しの訴え（行訴法3条2項）においては、原告適格が訴訟要件となる。

原告適格は、取消しを求めることにつき「法律上の利益」、すなわち法律上保護された利益を有する者に認められる（9条1項）。ある法規が、当事者の権利利益を一般公益の中に吸収させるにとどまず、個人の個別的利益として保護する趣旨を含む場合には、当該利益は法律上の利益といえる。そのようにいえるかどうかを、9条2項にしたがって判断していく。

第2 X1、X2の原告適格

1. X1はQ地の近隣に法科大学院を有する学校法人であり、X2はQ地の近隣に居住している者である。X1は、近隣にギャンブルの場外券売場が設置されることで、適切な学習環境ないし文教的環境が害されることになるから、本件許可の取消しを争う上では、かかる利益が害されたと主張していくことになる。一方、X2は、近隣にギャンブルの場外券売場が設置されることで、喧騒等により静かな住環境が害されることになるから、本件許可の取消しを争う上では、かかる利益が害されたと主張していくことになる。

そこで問題は、そのような利益が法律上保護された利益といえるかどうかである。

2. モーターボート競争法について

（1） 本件許可は、モーターボート競争法（以下、「法」と略す）5条1項にもとづくものである。そこで、さしあたっては、同法がX1、X2の上記利益を個別的利益として保護しているかについて検討する。

（2） 法の趣旨は、海事に関する事業の振興を促すとともに、地方財政の改善を図る点にある（法1条）。つまり、文教的環境や静謐な住環境の保護は、法の趣旨とすべきところではない。

また、場外券売場の設置許可に関する法5条の各項を見ても、格別文教的環境や住環境については関心を払っていない。許可取消しに関する59条・58条2項も、かかる利益については特に関心を払っていない。

取締りに関する規定である22条も、専ら競争の構成および安全を規定しており、文教的環境や住環境については規定するところではない。

（3） そうすると、法は、X1、X2の主張する利益については、個別的利益として保護する趣旨ではないように思われる。

3. 施行規則および関係通達

（1） ところが、法5条1項を受けて制定されたモーターボート競争法施行規則（以下、「規則」と略す）および関係通達は、文教的環境や住環境に一定の配慮を示しているといえる。

すなわち、規則11条2項1号は、「文教施設」という文言を明示している。また、規則12条1項1号は、文教上支障がない場所に場外券売場を設けるよう定めている。そして、「場外券売場の位置、構造および設備の基準の運用について」という通達では、①に関する1(1)の①③において文教上適さない位置を排除し、②において近隣の衛生環境に一定の配慮を示し、また、⑤において適当な距離の意義を示すことで包括的に近隣施設への配慮を行っている。さらに、「場外券売

場の設置等の許可の取扱いについて」という通達では、地元との調整を要件とすることで、地元住民の利益にも配慮をしているものと考えられる。

そこで、法そのものに限らず、このような施行規則や通達の規定をも原告適格の判断の基礎としていいのかが問題となる。

- (2) この点については、次のように考える。法律は一般に、法律そのものだけで完結するものではなく、施行規則や通達などの下位基準とあいまってひとつの社会制度を形成している。だとすれば、たとえ法そのものが一定の利益について特に関心を払っていないように思われる場合であっても、法が特に当該利益を考慮することを禁止する趣旨でない限り、施行規則や通達によって規定される利益も原告適格の基礎としてよいと考える。

なお、最高裁援護費事件判決も、要綱の規定を考慮している。

- (3) そこで本件について検討するに、法は確かに文教的環境や住環境について規定していないものの、これらの利益の考慮を禁止するという趣旨までは窺われない。

施行規則および通達は、上記の通り、文教的環境や住環境について一定の配慮を示しているといえる。なお、上記通達 1 (1) ③は、「文教施設」の定義として法科大学院を明定してはいないが、学術を行う場という性質上、「大学」に含まれると解してよい。

そして、法科大学院にとっての文教的環境は、その目的を果たす上で前提となる重要な利益である。また、住環境については、人は自らの住処においてもっとも安息を得ることができるのだから、そのための必要不可欠の利益として重要な利益である。加えて、文教的環境も住環境も、ギャングルの喧騒等によって受けた利益については、事後的に金銭賠償で解決できるような性質のものではない。

- (4) 以上のように、規則および通達の規定や利益の内容・性質・害される態様等を考慮すれば、規則および通達は、X1 の文教的利益および X2 の住環境の利益を個別的利益として保護しているものといえる。

したがって、X1、X2 の主張する利益は法律上保護された利益と認められる。

4. よって、X1、X2 の原告適格は認められる。

〔設問 2〕

小問 (1)

第 1 差止訴訟

1. 取消措置を受けるおそれがあり、かつこれを事前に防止しようというのであるから、差止訴訟（行訴法 3 条 7 項）が考えられる。

2. そこで、以下、その訴訟要件（37 条の 4）について検討する。

- (1) 「一定の処分」（同条 1 項）

差止訴訟の対象は処分性（3 条 2 項）を有していなければならない。

ここに処分性とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、国民の権利義務を形成またはその範囲を確定させることが法律上認められているものをいう。

そこで検討するに、取消措置は本件許可の効力を失わせ、以て営業者の営業にかかる法的地位を剥奪するものである。そして、取消措置

は、法 59 条によって法律上認められている。

したがって、取消措置は処分性を有する。

(2) 原告適格 (同条 3 項、4 項)

A は処分の名宛人であるから、原告適格が認められることは当然である。

(3) 「重大な損害を生ずるおそれ」 (同条 1 項、2 項)

差止訴訟は、裁判所が事前に処分を打ちとめるという強力なものであるから、「重大な損害を生ずるおそれ」は厳格に解されなければならない。具体的には、事後的な金銭賠償では賄えないほどの損害であることまでは必要でないが、事後的な金銭賠償でも十分に対処可能である損害であれば、本条の「重大な損害」とはいえないものと解する。

本件では、取消措置がなされることによって、営業が中断されその分の売上げが減少するとともに、世間の信用が失墜することになりこれに伴う営業損失が発生するものと考えられる。しかし、これらはいずれも事後的な金銭賠償で十分に対処可能なものであるといえる余地がある。

そうだとすると、「重大な損害を生ずるおそれ」は認められない可能性がある。

3. 以上のように、差止訴訟は、訴訟要件を満たさないと判断される可能性を払拭しきれない。

第2 実質的当事者訴訟

1. そこで、もっとも有効かつ適切と考えられるのが、実質的当事者訴訟 (4 条後段) である。すなわち、A は、取消措置に従わなければならない法的義務が存在しないことの確認訴訟を提起するのである。

2. 実質的当事者訴訟は民事法上の確認訴訟と同一の性質のものであるから、その訴訟要件は、民事法上の確認訴訟のそれと同一であると考えられる (7 条)。すなわち、①確認対象の選択が適切であること、②確認訴訟という形式を用いることが適切であること、③紛争が成熟していること、の3つである。

3. そこで、以下、本件について要件の充足性を検討する。

(1) まず、①について、大臣の取消措置に従う義務がないことを確認対象とすることは、取消措置を受けるおそれを除去することに資するから、対象選択として適切である。

(2) 次に、②について、上述の通り、差止訴訟は訴訟要件を満たさない可能性があるから、これに備えて確認訴訟を提起することは適切である。

(3) そして、③について、本件では A は大臣に対し、要求措置に従う意思がないことを既に表明している。それにもかかわらず、大臣は取消措置を執る可能性をちらつかせて要求措置を執り続けているのであるから、紛争は十分に成熟しているといえる。

4. 以上から、実質的当事者訴訟は、訴訟要件を満たし、適法である。同訴訟に拠るのが、A の救済の上でもっとも有効かつ適切である。

小問 (2)

1. 許可事由について

(1) 場外券売場の設置許可の許可事由について、法 5 条 2 項は、「国土

交通省令で定める基準に適合する場合に限り」と規定している。これを受けて、施行規則 12 条が具体的な許可基準を定めているという仕組みになっている。

ここで、「地元の同意」要件は、規則 12 条では定められておらず、通達がこれを定めているにすぎない。このような場合、「地元の同意」は許可の要件となるのだろうか。

(2) この点については、次のように考える。すなわち、法およびこれを受けた規則が直接的・明示的に定めていない許可要件であったとしても、法・規則・通達を全体的に考察して、法が通達の要件を許可事由として認める趣旨を含むならば、通達の要件は法の許可事由の要素をなし、許可要件として認められるものと解する。

(3) そこで本件についてこれを見るに、規則 11 条 2 項は申請書に添付する書類につき規定しているところ、ここでは、地元との調整に関連するような書類の添付は求められていない。だとすると、規則 11 条は、地元との調整を予定しているわけではないと考えられる。

また、規則 12 条においても、位置基準を定めてはいるものの、ここでは専ら文教および衛生の観点からの規律があるのみで、地元との調整を予定しているとは考えられない。

そうすると、規則 11 条・12 条、ひいてはその母体たる法 5 条 1 項・2 項は、地元との調整を許可事由にしているとは考えられない。

(4) したがって、「地元の同意」要件は、法の要素をなすものではなく、これを許可事由と解することは許されない。

2. 許可事由と取消事由

(1) 取消措置は、法 59 条に基づく許可の取消しであるところ、59 条および 58 条 2 項は、具体的な取消事由を定めてはいない。そこで、いかなる事由が取消事由たりうるかが問題となる。

(2) 許可と許可取消しは表裏の関係にあるから、許可事由に関する瑕疵は許可取消事由になるものと解する。

本件では、上述の通り、「地元の同意」は許可事由ではないのだから、よって、これが許可取消事由となることはない。すなわち、地元の同意を得ていないという瑕疵があったとしても、これを理由に許可を取り消すことは許されない。

(3) よって、大臣が許可事由の欠缺として取消措置を行うことは許されない。

3. 手続瑕疵

(1) もっとも、以上のことは、「地元の同意」を許可要件および許可取消要件に組み込んで取消措置を行うことが禁じられるというだけであって、手続瑕疵があることを理由として許可の取消しを行うことまでが禁じられるわけではない。

そこで、本件では、地元の同意を経していないという手続瑕疵が許可を違法ならしめるのではないかが問題となる。

(2) 軽微な手続瑕疵にすぎないにもかかわらずこれを取消しの対象としたのでは、著しく法的安定を害する。そこで、①手続瑕疵が重大であり、かつ、②そのような瑕疵がなければ結果が変わっていた可能性がある場合にのみ、手続瑕疵を理由に取消しが可能と解する。

(3) 本件では、①自治会 R の役員が、本件施設の設置に反対する住民に

総会の開催日時を通知しなかったという瑕疵がある。総会は、本件施設の設置の適否について自己の意見を反映する場であり、反対の住民はここでその意を示すことになるものであるから、総会に参加する権利は手続的権利として尊重されなければならない。そして、そのような重要な権利を、総会への参加の機会自体を遮断するという方法によりおよそ行使させなかったのであるから、かかる瑕疵は重大である。

そして、②本件総会では、賛成 123 名に対し反対はわずか 10 名である。しかしこれは、上述の瑕疵があったために、大部分の反対派の住民が総会に出席できなかったためである。そうであるならば、もし瑕疵がなく、反対派の住民が総会に出席できていた場合には、結果は変わっていた可能性を否定できない。

よって、本件では、手続瑕疵を理由に許可を取り消すことができる。

4. 以上から、取消措置は適法である。

〔設問 3〕

住民及び事業者の利害を適切に反映するためには、両者の意見が適切に表明されるような場を設けることが重要である。とりわけ、住民の意見をいかにして反映させるかが課題となろう。

そこで、公聴会を手続要件とするなどして、民主的な解決を図ることが望ましい。

以上