

司法試験 予備試験

新・論文の森

行政法

全50問で行政法のあらゆる
出題パターンに対応できる能力を養成

全50通の参考答案で、
合格答案のイメージを具体化

合格答案作成のすじ道（「思考のプロセス」・
「学習のポイント」等）の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

司法試験 予備試験
新・論文の森

行政法 第2版

第2版 はしがき

本書初版が刊行されてから1年余りが経過いたしました。その間に第1回予備試験の最終結果が発表され、第2回予備試験の論文式試験が実施されました。第1回予備試験の最終結果をみると、論文式合格者123名、最終合格者116名（受験者数6,477名）と、予備試験が非常に狭き門であることがわかります。

そこで、弊社は迅速な対応が必要であると考え、皆様の学習の一助となるよう、試験傾向を意識した第2版を急遽刊行することにいたしました。

第2版では、試験対策という観点から、予備試験で出題された論文式試験の過去問題を収録しました。あわせて、掲載問題の加除、修正を行うとともに、各問題における解説部分も見直し、より一層充実したものとなっております。

本書をご活用いただくことにより、読者の皆様が予備試験の合格を勝ち取られることを祈念いたします。

2012年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

2

行政立法

マスター問題

Xは、スペインで購入した外国製刀剣であるサーベル2本を銃砲刀剣類所持等取締法（以下「法」という）14条1項、2項、銃砲刀剣類登録規則（以下「規則」という）1条に基づいて、「美術品として価値のある刀剣類」に該当するとして登録申請（以下「本件申請」という）をした。しかし、文化庁長官から前記登録に関する事務の委任を受けているYは、本件サーベルが法14条5項の委任に基づいて定められた規則4条2項所定の「日本刀」に該当しないとして、本件申請の拒否処分（以下「本件処分」という）をした。Xは、本件処分の取消訴訟を提起した。

第1条 銃砲刀剣類所持等取締法（昭和20年法律第107号）の施行に必要と認め、沿革として、①戦後、日本政

第1号様式の登録申請書により、行

（鑑定の基準）

第4条 （略）

2 刀剣類の鑑定は、日本刀であって、次の各号の一に該当するものであるか否かについて行なうものとする。

一～四 （略）

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問は、行政立法における「委任の範囲」について、委任された命令側の問題を取り上げたものです。行政法の中でも重要基本判例に位置づけられる平成2年判決をもとに作成しました。設問(1)は、設問(2)で論述していただく同判決多数意見の知識を踏まえ、それと対立する形での主張を考えていただきたいと思います。そのために、個別法を

出題の意図を、
論点及び答案作
成の両面から指
摘

★ 論点一覧 ★

委任の範囲

本問の論点を見
やすく表示

思考のプロセス

一 全体の注意点

本問は、サーベル事件（最判平成22/1/百選I〔第5版〕〔47〕）を素材とする基本的な問題です。本判例は行政法の中でも重要基本判例に位置づけられるもので、設問(2)に関しては書きやすかったのではないかと思います。設問(1)は同事件最判の反対意見をご存知であれば容易といえますが、ごおさえていた方は少なかったのではないのでしょうか。また、どちらも趣旨を考慮する規範を定立するわけですから、趣旨・目的で相対立するものを提示したうえで丁寧なあてはめをすることがポイントとなります。

二 具体的な論述の流れ

答案作成に必要な
思考過程を紹介
論点間の軽重・関
連性もチェック可
能

本書の効果的活用法

参考 答案

第1 設問(1)

1 規則4条2項が法14条1項の対象となる「刀剣類」を日本刀に限定しているのは、法14条5項の委任の範囲を超え、違法であり、本件サーベルが規則4条2項所定の日本刀に該当しないことを理由として本件登録申請を拒否したYの本件処分も違法である。

2(1) すなわち、委任命令が委任の範囲を超えた場合、当該命令は違法となるところ、当該命令が委任の範囲を超えたか否かは、委任の趣旨目的を勘案して判断すべきである。

(2) これを、規則4条2項についてみる。

思うに、法14条1項に規定する登録制度の趣旨は、法の文理上、「刀剣類」には外国刀剣を含むものと解すべきである以上(法2条2項)、日本刀、外国刀剣を区別しないで、美術品として価値のある刀剣類で我が国に存するものを我が国の文化財として保存活用を図ることにあり、と解するのが相当である。

そうだとすると、法の段階では、外国刀剣にも美術品として価値のあるものがあることを認めていることになるから、同条5項の委任に基づいて規則を定める場合にも、日本刀・外国刀剣の兩者について、同項所定の事項を定めることこそ法の要請するところというべきであ

り、規則において外国刀剣を登録の対象から除外することを法が期待し、容認しているとは考えられない。

また、昭和25年施行の旧取締令の趣旨は美術刀剣類を文化財に準じるものとみてその保存と活用を図るところにあり、ここでも日本刀と外国刀剣の区別はなされていない。そして、現行法の登録に関する規定の文言が旧取締令のそれと差異がないことからすれば、かかる趣旨は現行法にも当てはまるものであり、上記解釈を裏付けるものであるといえる。

さらに、日本刀に限って登録の対象とし、外国刀剣は美術品として価値のあるものであっても登録の対象としないという判断は、政策的判断に属するというべきであり、法は、このような判断を規則に委任していると解すべきではないと考える。

3 したがって、規則4条2項は、法14条5項の委任の範囲を超え、違法であり、規則4条2項に基づく本件処分も同じく違法である。

第2 設問(2)

1 規則4条2項が法14条1項の対象となる「刀剣類」を日本刀に限定しているのは、法14条5項の委任の範囲を超えるものではなく、違法である。

2(1) すなわち、本件登録制度の制定は、戦後の日本政府が

論点間のバランス
に配慮した参考答
案を掲載

←委任の範囲

←最判平2.2.1/百選
I【第5版】【47】
(サーベル事件)反
対意見参照

サイドコメントで
論点名を明記

▶ 合格ライン

- 1 法 14 条 1 項、5 項、規則 4 条 2 項を挙げて、法が登録の対象を決定する権限を規則に委任しているかを意識して検討できていること
- 2 小問(1)では、法の文言を重視する立場から、小問(2)では、制定経緯・立法趣旨を重視する立場から一貫して論じられていること
- 3 サーベル事件判決を考慮して論述していること

合格レベルが
すぐわかる

★ 論点解説 ★

委任の範囲

一 問題の所在

本件において、法 14 条 1 項は、登録の基準を規則に委任する旨を明確していない。また、同条 5 項は鑑定基準を定める権限を規定したにすぎず登録の基準を規則に委任する旨の規定とは直ちにはいえない。そこで、登録に関する基準を具体化する権限が規則に個別的に委任されているといえるかが問題となる。

二 学説

1 肯定説（後掲最判多数意見）

後掲サーベル事件判決多数意見は、「登録に際しては、専門的知識経験を有する登録審査委員の鑑定に基づくことを要するものとする」とともに、その鑑定の基準を設定すること自体も専門技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したものというべきである」としており、登録に関する基準を具体化する権限が規則に個別的に委任されていると解している。そうであるからこそ、裁量論の議論になっていると解することができる。

重要な論点を詳細
に解説

論点ごとに、学説・
判例を解説
各論点の深い理解
につながる

として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法 14 条 1 項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。

■参考文献

櫻井＝橋本・67 頁以下、字質 I・265 頁以下

基本書へのス
ピードアクセ
スが可能

オプション問題

通達に関する以下の設問に答えなさい。(各設問は独立した問いである。)

〔設問〕

(1) 甲県は「墓地、埋葬等に関する法律」(墓地埋葬法)に基づく経営許可申請にあたって、通達により予定地周辺の住民全員の同意書添付を要求し、Xは通達に従わず、住民の同意を得ないままに経営許可申請をしたところ、甲県知事は住民の同意書添付がないことを理由として申請拒否処分をなした。この申請拒否処分は適法か。(なお、手続的な違法事由はないものとする。)

(2) 乙国の厚生労働省衛生部長が丙県衛生主管部局長に対して「依頼者が丙県に埋葬を理由として埋葬を拒むことは「正当な理由」を認められない。」旨の通達をなした。

オプション問題を
解くことで、当該
分野を完全に習得

学習のポイント

本問は、通達の意義、法的性質を理解しているかを問うものです。設問1では、通達は行政組織内部における命令にすぎず、一般国民を拘束しないということを念頭において論じましょう。設問2は、通達に処分性が認められるか否かによって結論が変わります。処分性は認められないとすると、当事者訴訟を論じ、確認の利益の有無を検討する必要があります。

★ 論点一覧 ★

- 1 通達の法的性質
- 2 当事者訴訟

オプション問題から
学ぶべきポイント・
出題の意図等をコン
パクトに紹介

参考 答 案

第1 小問1について

1 本件拒否処分は適法か

仮に本問の通達が私人に対して拘束力を有するのであれば、同意書を添付していない申請はそもそも適式な申請とはいえず、それを拒否する処分は適法ということとなる。そこで、通達は私人を拘束するのか、通達の法的性質と関連して問題となる。

この点、通達とは、上級行政機関が下級行政機関の権限行使を指揮するために発する命令をいう。上級行政機関が下級行政機関の権限行使を指揮し取扱いを統一するための行政組織の内部的規範であるから、国民や裁判所に対する拘束力を有しない。なお、同じ理由により、裁判所も通達に拘束されず、独自の観点から司法審査することができ、したがって、Xは通達に拘束されず、予定地周辺の住民全員の同意書添付をなすに許可申請をなすことができ、裁判所も通達に拘束されずにかかる処分を適法と判断することができ、

以上より、仮に本件拒否処分理由の趣旨が「通達に従っていないこと」であったのであれば、かかる処分は違法である。

2(1) では、本件拒否処分が、通達とは無関係に、文字どおり「住民の同意がないこと」を理由とするものであった

場合、かかる処分は適法か。申請を許可するかどうかは甲知事の裁量に属する事項であり、その裁量を尊重し、

→通達の法的性質

参考答案の検討
により、合格レ
ベルの答案を具
体的にイメージ

新・論文の森 行政法 第2版

目次

はしがき

本書の効果的活用法

1	行政法総論（法律による行政の原理）	2
2	行政立法	22
3	行政裁量	38
4	行政行為	56
5	行政行為の取消・撤回	84
6	行政代執行	100
7	その他の行政上の強制手段等	114
8	行政調査	132
9	行政手続①	150
10	行政手続②	178
11	行政指導，行政契約	194
12	情報公開，個人情報保護	210
13	行政事件訴訟法総説	224
14	抗告訴訟総合	244
15	処分性①	272
16	処分性②	292
17	原告適格①	308
18	原告適格②	328
19	訴えの利益，その他の訴訟要件	348
20	取消訴訟以外の抗告訴訟①	366
21	取消訴訟以外の抗告訴訟②	386
22	取消訴訟以外の抗告訴訟③	404
23	国家賠償，損失補償	426
24	行政法総合①	442
25	行政法総合②	464

参 考 文 献

- 櫻井敬子・橋本博之「行政法」〔第3版〕 弘文堂 櫻井＝橋本
 宇賀克也「行政法概説Ⅰ 行政法総論」〔第4版〕 有斐閣 宇賀Ⅰ
 宇賀克也「行政法概説Ⅱ 行政救済法」〔第3版〕 有斐閣 宇賀Ⅱ
 宇賀克也「行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法」〔第2版〕 有斐閣 宇賀Ⅲ
 小早川光郎・宇賀克也・交告尚史編「行政判例百選Ⅰ・Ⅱ」〔第5版〕 有斐閣別冊ジュリスト
 百選Ⅰ・Ⅱ〔第5版〕

司法試験 予備試験

新・論文の森

行政法 第2版

マスター問題

次の文章を読み、以下の【設問】(1)～(3)に答えよ。

〔事例1〕 甲県乙市にある本件土地は、公図上水路として表示されている国有地であったが、古くから水田、あるいはあぜ道に作りかえられ、水田あるいはそのあぜ道の一部となり、水路としての外観を全く喪失し、本件土地は、X1の祖父がAから借り受けて小作していた当時から、幅60センチメートルないし75センチメートル程度の細いあぜ道によって合計45枚の水田に区分けされていた。X1は、昭和22年7月2日自作農創設特別措置法により国からその水田の売渡を受けたが、その当時の本件土地の位置関係及び使用状況は、X1の祖父が耕作していた状態と全く同様であったため、X1は、本件土地を含んだ水田とあぜ道全体を売り渡されたものと信じ、水田あるいはあぜ道として平穏かつ公然に本件土地の占有を続けた。

〔事例2〕 X2は、30年以上にわたって、甲県乙市に隣接する海岸の海面上（海岸保全区域に該当するものとする）に200㎡のプレートを浮かべ、その上でレストランを営んでいる（ただし、海岸法7条1項所定の海岸管理者の許可は受けていなかった）。レストランは立地や外観で有名であり、同レストランを目当てにして観光客も甲県乙市に訪れていることから、長年乙市から注意されることはなかった。むしろ乙市市長は、同レストランを観光事業に役立てようと考え、同レストランを訪問し、乙市ホームページに同レストランの写真を載せるための許可を得るなどしていた。しかし、乙市の新市長はレストランを問題視し、レストランの撤去命令を出した。しかし、X2がこれに従わず、撤去しないため、行政代執行をするべく、戒告をした（戒告の手續に違法はないものとする）。

【設問】

- (1) 事例1において、国はX1に対し、所有権を主張して水田の明渡しを請求することができるか。X1の反論に留意しつつ論じなさい。
- (2) 事例2において、乙市はX2に対し、強制撤去のために戒告をしたうえで、行政代執行しようと考えているところ、戒告の前提である撤去命令に違法性は存在するか。X2の反論に留意しつつ論じなさい。

- (3) 事例2で、X2が、乙市の主張を封じるために戒告の取消訴訟を提起しようとする場合、その訴訟要件はみたされているか、また勝訴の見込みはあるか。

【資料】

○ 海岸法（昭和23年5月2日法律第37号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、津波、高潮、波浪その他海水又は地盤の変動による被害から海岸を防護するとともに、海岸環境の整備と保全及び公衆の海岸の適正な利用を図り、もつて国土の保全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「海岸保全施設」とは、第3条の規定により指定される海岸保全区域内にある堤防、突堤、護岸、胸壁、離岸堤、砂浜（海岸管理者が、消波等の海岸を防護する機能を維持するために設けたもので、指定したものに限る。）その他海水の侵入又は海水による侵食を防止するための施設をいう。

2 この法律において、「公共海岸」とは、国又は地方公共団体が所有する公共の用に供されている海岸の土地（他の法令の規定により施設の管理を行う者がその権原に基づき管理する土地として主務省令で定めるものを除き、地方公共団体が所有する公共の用に供されている海岸の土地にあつては、都道府県知事が主務省令で定めるところにより指定し、公示した土地に限る。）及びこれと一体として管理を行う必要があるものとして都道府県知事が指定し、公示した低潮線までの水面をいい、「一般公共海岸区域」とは、公共海岸の区域のうち第3条の規定により指定される海岸保全区域以外の区域をいう。

3 この法律において「海岸管理者」とは、第3条の規定により指定される海岸保全区域及び一般公共海岸区域（以下「海岸保全区域等」という。）について第5条第1項から第4項まで及び第37条の2第1項並びに第37条の3第1項から第3項までの規定によりその管理を行うべき者をいう。

（海岸保全区域の指定）

第3条 都道府県知事は、海水又は地盤の変動による被害から海岸を防護するため海岸保全施設の設置その他第2章に規定する管理を行う必要があると認めるときは、防護すべき海岸に係る一定の区域を海岸保全区域として指定することができる。ただし、河川法（昭和39年法律第167号）第3条第1項に規定する河川の河川区域、砂防法（明治30

年法律第29号)第2条の規定により指定された土地又は森林法(昭和26年法律第249号)第25条第1項若しくは第25条の2第1項若しくは第2項の規定による保安林(同法第25条の2第1項後段又は第2項後段において準用する同法第25条第2項の規定による保安林を除く。以下次項において「保安林」という。)若しくは同法第41条の規定による保安施設地区(以下次項において「保安施設地区」という。)については、指定することができない。

2～5 (略)

(海岸保全区域の占用)

第7条 海岸管理者以外の者が海岸保全区域(公共海岸の土地に限る。)内において、海岸保全施設以外の施設又は工作物(以下次条、第9条及び第12条において「他の施設等」という。)を設けて当該海岸保全区域を占用しようとするときは、主務省令で定めるところにより、海岸管理者の許可を受けなければならない。

2 海岸管理者は、前項の規定による許可の申請があつた場合において、その申請に係る事項が海岸の防護に著しい支障を及ぼすおそれがあると認めるときは、これを許可してはならない。

(海岸保全区域における行為の制限)

第8条 海岸保全区域内において、次に掲げる行為をしようとする者は、主務省令で定めるところにより、海岸管理者の許可を受けなければならない。ただし、政令で定める行為については、この限りでない。

- 一 土石(砂を含む。以下同じ。)を採取すること。
- 二 水面又は公共海岸の土地以外の土地において、他の施設等を新設し、又は改築すること。
- 三 土地の掘削、盛土、切土その他政令で定める行為をすること。

2 前条第2項の規定は、前項の許可について準用する。

第8条の2 何人も、海岸保全区域(第2号から第4号までにあつては、公共海岸に該当し、かつ、海岸の利用、地形その他の状況により、海岸の保全上特に必要があると認めて海岸管理者が指定した区域に限る。)内において、みだりに次に掲げる行為をしてはならない。

- 一 海岸管理者が管理する海岸保全施設その他の施設又は工作物(第16条及び第31条において「海岸保全施設等」という。)を損傷し、又は汚損すること。
- 二 油その他の通常の管理行為による処理が困難なものとして主務省令で定めるものにより海岸を汚損すること。
- 三 自動車、船舶その他の物件で海岸管理者が指定したものを入れ、又

は放置すること。

四 その他海岸の保全に著しい支障を及ぼすおそれのある行為で政令で定めるものを行うこと。

2 海岸管理者は、前項各号列記以外の部分の規定又は同項第3号の規定による指定をするときは、主務省令で定めるところにより、その旨を公示しなければならない。これを廃止するときも、同様とする。

3 前項の指定又はその廃止は、同項の公示によつてその効力を生ずる。
(監督処分)

第12条 海岸管理者は、次の各号の一に該当する者に対して、その許可を取り消し、若しくはその条件を変更し、又はその行為の中止、他の施設等の改築、移転若しくは除却（第8条の2第1項第3号に規定する放置された物件の除却を含む。）、他の施設等により生ずべき海岸の保全上の障害を予防するために必要な施設をすること若しくは原状回復を命ずることができる。

一 第7条第1項、第8条第1項又は第8条の2第1項の規定に違反した者

二 第7条第1項又は第8条第1項の規定による許可に付した条件に違反した者

三 偽りその他不正な手段により第7条第1項又は第8条第1項の規定による許可を受けた者

2 海岸管理者は、次の各号の一に該当する場合においては、第7条第1項又は第8条第1項の規定による許可を受けた者に対し、前項に規定する処分をし、又は同項に規定する必要な措置を命ずることができる。

一 海岸保全施設に関する工事のためやむを得ない必要が生じたとき。

二 海岸の保全上著しい支障が生じたとき。

三 海岸の保全上の理由以外の理由に基く公益上やむを得ない必要が生じたとき。

3～10 （略）

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

- 1 本問は、小問(1)では公共用財産に対する時効取得（民162）、小問(2)では、法律による行政の原理、行政法の一般原則、小問(3)では違法性の承継について論じていただくために、重要判例をベースに作成しました。普段学習している判例が出題されたときに、うまく論述を展開できるかを、本問を用いて訓練していただきたいと思います。
- 2 公法私法二元論に関する論じ方や違法性の承継等の基本的な問題点を正確に論じられるように、改めて判例の理解を深めておいて下さい。

★ 論点一覧 ★

- ❶ 公共用財産と時効取得
- ❷ 自治体の政策変更と信義則による保護
- ❸ 違法性の承継

思考のプロセス

一 小問(1)

国が水田の明渡しを求める根拠としては、売渡をしたのは本件水田のみであり、本件土地については国有地であると主張することが考えられます。

これに対し、X 1 の反論としては、時効取得（民 162）の主張が考えられます。問題文に「全体を売り渡されたものと信じ」「平穏かつ公然に」「占有」というワードが出てくることから、時効の論点を導きやすいと思います。しかし、時効は民法上の制度なので、公共用物たる本件土地に対しても適用できるかどうか、問題となります。

この点、一般公衆のために用いられるという公共用物の特殊性から、時効取得の目的となるには、行政による明示の公用廃止が必要とも思えます。しかし、客観的に公共用物としての状態を喪失し、かつ民法 162 条の要件をみたしているにもかかわらず、明示の公用廃止がなければ時効取得を認めないというのは迂遠でしょう。そこで、判例に従い、明示の公用廃止がなくとも、時効取得を認めるべきだと考えます。

二 小問(2)

まず、資料として挙げられている海岸法に着目します。乙市としては、海岸法 7 条 1 項違反を理由に X 2 のレストランの撤去命令を出しています。なお撤去命令は、海岸法 12 条 1 項を根拠とする行政処分なので、原則として適法です（法律による行政の原理）。

これに対する X 2 の反論としては、①時効取得、②信義則を根拠とした撤去命令の違法主張が考えられます。①時効取得については、海の特性を考慮しつつ、「他人の物」（民 162）という要件をみたすかどうかを検討します。②信義則については、民法上の原則ではありますが、法律関係全般に妥当性を持つ一般原則として、行政上の法律関係にも適用される点に着目します。そこで、本件 X 2 と乙市の間において、信義則上 X 2 のレストランの営業を認めるべき事情が存在したかどうかを、具体的に検討する必要があります。

三 小問(3)

撤去命令に従わなかった X 2 に対する代執行の戒告に対する取消訴訟の要件の有無を検討します。まず、取消訴訟の要件は①処分性、②原告適格、③訴えの利益の 3 点が重要です。その中で、本問では、戒告の①処分性が問題となります。本件戒告がなされると、X 2 にどのような不利益が生じるのかを検討し、結論として処分性の要件をみたす方向で論じて下さい。

次に、勝訴の見込みを検討しますが、戒告自体に違法性はありません。そこで、

乙市の撤去命令における違法事由を，戒告の取消訴訟においても主張できるのか，違法性の承継が問題となります。

違法性の承継は原則として認められませんが，例外的に，一連の過程として行われる行政行為の間では，違法性の承継が認められると考えられています。しかし，本件の撤去命令・戒告とは，撤去命令に従わなかったときにはじめて代執行という手続きが生じる関係にあることを考えると，一連の過程とはいえ，違法性の承継は認められない方向で論じることになるでしょう。

参考 答 案

学習の便宜を図るため、分量にとらわれることなく、各論点を詳述した

第1 小問(1)

- 1 国の所有権に基づく明渡請求に対し、X 1 は、本件土地を時効取得したと反論して明渡しを拒絶することが考えられる。そこで、本件土地の時効取得の可否が問題となる。
- 2 そもそも、本件土地は公共用財産にあたる。なぜなら、本件土地は、もともと公団上水路として一般公衆の利用に供されていた国有地だからである。とすれば、かかる公法関係においては私法上の規定である民法162条の適用は否定され、明示的な公用廃止がされない限り、時効取得できないとも思える。

しかし、公法関係に私法規定の適用を一律に否定するのではなく、個別の公法関係ごとに、その適用の有無を考えるべきである（公法・私法二元論の否定）。公共用財産の時効取得についてみると、公共用財産としての形態・機能を有している場合には時効取得することはできない。しかし、長年の間、事実上公の目的に供用されことなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物のうえに他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため實際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、黙示的に公用が廃止されたものとして、時効取得しうると解する。

←公共用財産と時効取得

←最判昭51.12.24／百選Ⅰ〔第5版〕〔36〕

- 3 これを本問についてみると、本件土地は、X 1 の祖父の代から水田あるいはあぜ道の一部として利用されており、水路としての外観を全く喪失しており、長年の間、事実上公の目的に供用されことなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失しているといえる。また、X 1 は本件土地を水田あるいはあぜ道として平穩かつ公然に占有しており、これによって實際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなったといえる。
- 4 以上より、本件土地に関しては、水路としての公用は黙示的に廃止されたといえ、時効取得が認められる。

よって、国のX 1 に対する明渡請求は認められない。

第2 小問(2)

- 1 本件撤去命令は、X 2 が海岸管理者の許可を受けずに海岸保全区域を占用していることから、海岸法12条1項1号・7条1項に基づいて、その除却を命じたものである。したがって、適法な法律上の根拠に基づいてなされたものといえ、撤去命令は原則として適法である（法律による行政の原理）。
- 2 これに対し、X 2 は、①プレートの係留箇所を時効取得したことから本件撤去命令は違法である、②仮に時効取得が認められないとしても、海岸の海面上に200㎡のプ

レートを浮かべ、そのうえでレストランを長年営んでおり、そのことに対して乙市から注意されることはなかったことから、信義則上占有に法的保護が与えられると主張し、本件撤去命令は違法である、と反論することが考えられる。

3 反論①について

プレートの係留箇所を時効取得したとの反論に関し、海面部分は時効取得できるのかが問題になる。しかし、海面は、そのままの状態では所有権の容体にはあたらないので、時効取得の反論は失当である。

4 反論②について

- (1) たしかに、適法な法律上の根拠に基づいてなされた行政行為は適法であるのが原則である。
- (2) しかし、当事者間で特別の信頼関係が形成されている場合において、一方当事者が社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむをえない客観的事情によるのでない限り、違法性を帯びると解する。
- (3) 本件において、X 2 は 30 年以上もの長きにわたってプレート上でレストランを営んでいる。その間、海岸管理者の許可がないにもかかわらず乙市から何ら注意されることはなかった。それどころか、乙市は X 2 のレ

◀最判昭61.12.16

◀自治体の政策変更と信義則による保護

◀最判昭56.1.27／百選 I [第 5 版] [27]

ストランを市の観光事業に活用しようと考え、市のホームページにレストランの写真を掲載する許可を X 2 から得るなどの働きかけをしている。そうだとすれば、乙市としては観光客が集まる X 2 のレストランの営業を事実上承認していたといえ、X 2 も実質的には許可が与えられているものと信頼して営業を継続していたといえる。よって、乙市と X 2 との間で特別の信頼関係が形成されていたといえる。そして、乙市は、市長の交代という乙市側の一方的な事情のみにより X 2 のレストランを問題視し、何ら代償措置を講じることなく本件撤去命令という X 2 の信頼を裏切る行為をし、これによって X 2 に営業継続不可能という損害を発生させている。

- (4) よって、撤去命令は違法であると解する。

第3 小問(3)

- 1 まず、代執行の手続が進行し、レストランが撤去されることを防ぐために、戒告の取消訴訟を提起することが考えられる。ただ、戒告は観念の通知にすぎないため「処分」(行訴法 3 条 2 項)といえないとも思える。しかし、戒告は代執行が行われることをほぼ確実に表示すること、代執行段階に入ると通常直ちに執行が終了するため事前の救済の必要性があることから「処分」にあたると解する。また、その他の訴訟要件については問題なく認められる。よって、

◀戒告の取消訴訟

戒告の取消訴訟の提起自体は認められる。

もっとも、戒告の手続自体に違法がないとされている以上、戒告の手続自体の違法のみを主張するだけでは勝訴は難しいと考える。

- 2 そこで、戒告の取消訴訟の本案において、撤去命令の違法を主張することが考えられるところ、撤去命令と戒告とは別個独立の手続である。そこで、撤去命令の違法を戒告の取消訴訟の本案で主張できるか。違法性の承継の可否が問題となる。

この点、行政行為の瑕疵は、行政行為ごとに判断するべきであり、原則として違法性の承継は否定される。しかし、先行行為と後行行為とが相結合して一つの効果の実現を目指しこれを完成するものである場合、すなわち、先行行為と後行行為とが一連の過程を構成している場合には、例外的に違法性の承継は認められると解する。

本問において、先行行為たる撤去命令に従わなかったときにはじめて代執行という手続が予定されている。とすれば、先行行為と後行行為との関係はいったん遮断されており、一連の過程を構成しているとはいえない。

よって、違法性の承継は否定される。

- 3 以上より、X 2 の勝訴の見込みは低いと考える。

以 上

←違法性の承継

←最判昭25.9.15／
百選 I [第 5 版]
[83]

▶ 合格ライン

- 1 本件土地が公共用財産にあたることを指摘したうえで、公法関係には私法上の時効取得は適用されないのかという問題点を正確に論じていること
- 2 海が時効取得の対象になるのかについて、判例を意識して論じていること
- 3 時効取得を否定する場合に、信義則を根拠とするX2の保護について、判例の掲げる事情を具体的に検討できていること
- 4 戒告の取消訴訟の訴訟要件について、処分性を正確に検討できていること
- 5 違法性の承継について、原則と例外を意識し、本件事実を具体的に検討できていること

★ 論点解説 ★

① 公共用財産と時効取得

一 はじめに

本問の水路は、一般公衆の使用に供するものであり、公共用物といえる。また、自然の状態のままで公共の利用に供され得る形態を備える自然公物でなく、人工公物といえる。人工公物の成立には、特定物件が一般公衆の利用に供される形態的要素を備えていること、およびこれをその目的に供する旨の行政主体の意思的行為の存することが必要である。そこで、この2つの要件が失われている場合に時効取得が問題となる。

二 学説・判例

公共用物は、その形態的要素が永久的に変化し、その原状回復が社会通念上もはや不能もしくは著しく困難な場合、または、行政主体の意思的行為、すなわち公用廃止行為がなされた場合には、公物たる性質を失うとする。この意思表示につき、明示の意思表示が必要かが問題となると解されている。これに関連し、公共用財産と取得時効について判例（最判昭51.12.24／百選I〔第5版〕〔36〕）は、「公共用財産が、長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物のうえに他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、右公共用財産については、黙示的に公用が廃止されたものとして、これについて取得時効の成立を妨げないものと解するのが相当である。」と判示している。

三 検討

まず本問の水路が公共用財産にあたることを指摘したうえで、公法関係には

私法規定である民法 162 条は適用されないのではないかという問題の所在を示す必要があります。そのうえで、公法私法二元論を否定し、公共用財産の時効取得という公法関係について、時効取得が認められる場合があることを判断した上記判例を論じ、問題文の事情を丁寧にあてはめて下さい。

■参考文献

櫻井＝橋本・35 頁以下、宇賀 I・43 頁以下

② 自治体の政策変更と信義則による保護

一 海面上の時効取得

1 はじめに

海は、性質上当然に私法上の所有権の客体にならないとはいえないため、時効取得するための所有権の客体になるのか問題となる。

2 判例

判例（最判昭 61.12.16）は「海は、（中略）いわゆる公共用物であつて、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるから、そのままの状態においては、所有権の客体たる土地に当たらないというべきである。しかし、海も、（中略）その性質上当然に私法上の所有権の客体となりえないというものではなく、国が行政行為などによつて一定範囲を区画し、他の海面から区別してこれに対する排他的支配を可能にしたうえで、その公用を廃止して私人の所有に帰属させることが不可能であるということはできず、そうするかどうかは立法政策の問題であつて、かかる措置をとった場合の当該区画部分は所有権の客体たる土地に当たると解することができる。」としている。

3 検討

本問ではX 2は、海岸管理者の許可なく、海岸の海面上に 200㎡のプレートを浮かべ、その上にレストランを建設しています。そのため、行政行為などにより一定範囲に区画されたわけではなく、時効取得の対象となりません。

二 自治体の政策変更と信義則による保護

1 はじめに

地方自治制度を採用し、住民自治を規定する現行憲法において、議会や首長の選挙により、自治体の政策が変更されることは、制度上想定されている。こうした政策の変更によって損害を被った私人が、その賠償を求めることができるかが問題となる。

2 判例

判例は、地方公共団体が、私人に対し損害を補償するなどの代償措置を講ずることなく計画を変更することは、やむを得ない客観的事情のない限り違法となるとし、これを認める。工場誘致施策の変更に関する判例（最判昭56.1.27／百選Ⅰ〔第5版〕〔27〕）では、村の工場誘致施策に対応して工場建設の準備を進めていたところ、計画の変更により、断念せざるを得なくなった点につき、「密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を規律すべき信義衡平の原則に照らし、その施策の変更にあたってはかかる信頼に対して法的保護が与えられなければならない」と判示した。なお、計画の変更によって生じた損失の補償について、明文の規定が置かれる例もある（都市計画52の5、57の6）。

3 検討

本問の事例では、上記解説と異なり、前市長や議会がレストランを誘致をしたなどの要素がありません。ただ、長年乙市から注意されることはなく、レストランは立地や外観で有名であり、同レストランを目当てにして観光客も甲県乙市に訪れています。にもかかわらず、突如として乙市の新市長がレストランを問題視し、レストランの撤去命令を出しており、上記解説の事情と類似の問題状況があります。むしろ乙市はレストランを市の観光事業に役立てようと、ホームページへの写真掲載の許可を得るなどX2に働きかけをしています。こうした事情からすれば、同時点においては乙市とX2の関係は少なくとも友好的なものであったと評価できるでしょう。信義則に該当するかについては、工場誘致施策の変更に関する判例が参考になるでしょう。30年以上もの長きにわたり乙市が無許可状態を放置していた以上、乙市はこれを黙認し、X2は実質的には許可を受けていると信頼して営業を継続していたものといえます。したがって、特別の信頼関係が形成されているものといえ、これを市長の変更により一方的に裏切る行為をすることによりX2に積極的損害を与えています。

よって、本件撤去命令は違法といえます。

もっとも、ここは事実の評価次第で異なる認定の余地も十分にあるところででしょう。重要なことは、工場誘致施策に関する判例を参考にしつつ、問題文の事情を的確に評価して結論を導くことです。また、同判例は直接的には国家賠償に関する判示であり、取消訴訟が問題になっている本問にそのまま妥当するかどうかは難問といえるでしょう。参考答案では、行政法上、信義誠実の原則が法律による行政原理を修正する理論として使われていることに鑑み、信義則により修正を図った同判例の基準をそのまま使用しました。ここはいろいろな考え方ができるところですが、自分なりに

一貫した論述を心がけて下さい。

■参考文献

櫻井＝橋本・33頁以下，宇賀Ⅰ・43頁以下

③ 違法性の承継

一 戒告の取消訴訟

1 はじめに

義務者の義務不履行のみを理由としてただちに代執行の手段を採ることは許されない。つまり，代執行を行うには，義務の履行期限を定め，その期限までに履行されないときは代執行を行う旨を，あらかじめ文書で戒告をしなければならない（代執3Ⅰ）。この点を捉えて，戒告の取消訴訟を提起することになるが，戒告が「処分」（行訴3Ⅱ）にあたるかどうかが問題になる。

2 取消訴訟の対象（処分性）

取消訴訟の対象は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行訴3Ⅱ）である。これを処分性の要件という。

3 判例・学説

判例・伝統的通説は「公権力の主体たる国又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あるい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」に処分性を認めている（最判昭30.2.24）。

4 検討

戒告については観念の通知ではあるものの，裁判例の大勢は処分性を肯定している。その理由としては，戒告は代執行が行われることをほぼ確実に表示すること，代執行段階に入ると通常直ちに執行が終了するため事前の救済の必要性があること等があげられる（大阪高決昭40.10.5）。

二 違法性の承継の検討

1 はじめに

ここで，本問の戒告に手続上の違法性はなく，その他の要件についても問題はないことから，戒告の取消訴訟の本案において，先行する撤去命令の違法性を主張することが考えられる。そこで，かかる主張が認められるか，違法性の承継が認められるかどうかが問題となる。

2 違法性の承継

関連する行政処分が段階的に複数なされる場合に，先行処分の出訴期間

経過後に、後続処分の違法性を争うために当該後続処分の前提となっている先行処分の違法性を主張することができるかという問題を違法性の承継という。

3 判例・学説

具体例として、土地収用法上の事業認定とそれに続く収用裁決や、農地買収計画とそれに続く買収処分（最判昭 25.9.15 / 百選 I [第 5 版] [83]）には、違法性の承継が認められる。他方、租税賦課処分とそれに続く滞納処分には、違法性の承継が認められない。なぜなら、前者が租税の納付義務を課す処分であるのに対し、後者はすでに課せられた義務の履行を強制するための処分であり、別個の効果を指すものといえるからである。

違法性の承継について、上記判例は、「都道府県農地委員会や知事が右権限の適正な行使を誤った結果内容の違法な買収計画にもとづいて買収処分が行われたならばかかる買収処分が違法であることは言うまでもないところ、当事者は買収計画に対する不服を申立てる権利を失ったとしても更に買収処分取消の訴においてその違法を攻撃しうるものといわなければならない」と判示している。

4 検討

義務賦課行為を履行しない時にはじめて代執行がされるという関係にあるので、撤去命令と代執行手続は別個独立の手続であるといえます。また、海岸法に基づく、撤去命令と行政代執行法の代執行手続における戒告とは、撤去命令に従わなかったことを理由に代執行がされるという関係にあることから、先行行為と後行行為との関係はいったん遮断されており、別個独立の行為といえます。よって、違法性の承継は否定されると解します。

■参考文献

櫻井＝橋本・94 頁以下、宇賀 I・337 頁以下、宇賀 II・158 頁以下

オプション問題

Xは、Y村内に製鉄工場（以下「本件工場」という。）の建設を計画し、Yの村長Aは雇用の創出になると考えて、村有地の一部をXに譲渡する旨の議会の議決を得て、工場の誘致に全面的に協力することを言明した。これを受けてXは工場建設を決定し、同土地の耕作人に補償料を払って譲り受け、またA村長の口添えによりO県開発金融公庫から機械設備発注のために必要とする融資を受けて機械設備を発注し、更に工場敷地の整地工事に着手してこれを完了した。

ところが、Aによる協力の表明から2年後に、誘致反対派のBが村長選挙において当選した。村長Bは、建築確認申請書を市町村長を経由して提出することを定める規定に従ってXが提出した本件工場の建築確認申請書を建築主事に送付せず、また、Xに対し、工場予定地周辺の住民が工場建設に反対していることを理由として、特に代償措置を講じることなく一方的にこれ以上Xに一切協力しない旨の通知をしたため、本件工場の建設は不可能となった。

そこで、Yが協力を拒否することはXとの間に形成された信頼関係を不当に破るものであると主張して、XはYに対し、国家賠償法1条1項の「違法に他人に損害を加えたとき」にあたるとして前記機械設備の発注により支払義務を負担することとなった代金相当額等その被った積極的損害の賠償を求めた。かかるXの主張の正当性を検討しなさい。

学習のポイント

本問は、最判昭和56年1月27日／百選I〔第5版〕〔27〕を基にした設問です。判例百選にも掲載されている有名な判例ですので、判例の要件を正確に抽出し、丁寧にあてはめて下さい。

論述にあたっては、地方公共団体は原則として施策決定に必ずしも拘束されるものではないという原則を意識し、例外的に、Xの信頼を保護すべきかという観点から論述しましょう。

★ 論点一覧 ★

- 1 国家賠償法の適用**
- 2 信頼保護の原則**

参 考 答 案

1 本問Xは、自己の被った積極的損害についてYに対して賠償を求めているが、その根拠としてYがXの工場建設への協力を拒否したことが信義則違反であるとして国家賠償法1条1項の「違法に他人に損害を加えたとき」にあたる旨を主張している。そこで、Yの協力拒否が信義則に反するか、検討する。

←国家賠償法の適用

2(1) 思うに、住民自治の原則（憲法92条）からすると、行政主体が将来にわたって継続すべき施策を決定した場合でも、当該施策が社会情勢の変動等に伴って変更されることがあり、地方公共団体は原則としてその決定に拘束されるものではない。

(2) しかし、当該施策は、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をするを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものもある。そうだとすると、施策が維持されるものと信頼して施策に適合する活動ないしその準備活動に入るのが通常である場合には、たとえ勧告または勧誘に基づいてその者と当該地方公共団体との間に施策の維持を内容とする契約が締結されたものとは認められない場合であっても、当該施策の決定を前提として密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を規律すべき信義衡平の原則に照らし、その施策の変更にあたってはかかる信頼に対して法的保護が与えられなければならないものというべき

←信頼保護の原則

←最判昭56.1.27／
百選I〔第5版〕
〔27〕

である。

(3) そこで、当該施策が変更されることにより、①前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入った者が②その信頼に反して所期の活動を妨げられ、③社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、④地方公共団体において右損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむをえない客観的事情によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法であるものと解する。

3 これを本問についてみると、①A前村長は村議会の賛成のもとに本件工場建設に全面的に協力することを言明したのみならず、その後も融資に協力するなどしている。そして、XはYの協力を得られるものと信じていたことから、Yの態度に動機づけられて本件工場建設の準備活動に入ったといえる。しかし、②誘致反対派の新村長Bは、Xの提出した本件工場の建築確認申請書を建築主事に送付しないばかりか、建築確認申請に対して不同意の通知まで行っている。よって、Xはその信頼に反して準備活動を妨げられているといえる。また、③Xは、本件工場の建設に際して機械設備発注分の支払義務や、整地工事の費用などを負担しており、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合である

といえる。さらに、④Bは特に損害を補償するなどの代償措置を講じておらず、施策変更の理由が周辺住民の反対のみであることからやむを得ない客観的な事情はうかがわれない。

- 4 したがって、Yの協力拒否は、信頼関係を不当に破壊するものとして信義則に違反する違法な加害行為であるといえる。

よって、Xの主張は正当である。

以 上

司法試験 予備試験 新・論文の森 行政法 第2版

2011年10月25日 第1版 第1刷発行

2012年10月15日 第2版 第1刷発行

著者 ●株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ●株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎ 03(5913)5011 (代表)

☎ 03(5913)6336 (出版部)

☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec-jp.com/

印刷・製本 ●倉敷印刷株式会社

© 2012 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-7194-8

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-7193-1

C3332 ¥3800E



9784844971931

定価**3,990円** 本体**3,800円** +税5%
LD07193



1923332038000

司法試験 予備試験
新・論文の森
行政法

