

1 [公法系科目]

2
3 [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)

4 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
5 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
6 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
7 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
8 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
9 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
10 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
11 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。

12 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
13 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
14 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。
15 具体的には、本件条例は、新規に市道占用許可を受けることができる者を、本件条例の施行の日
16 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
17 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
18 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
19 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
20 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
21 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
22 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
23 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
24 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
25 いる屋台にあっては、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、
26 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。

27 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
28 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
29 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
30 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
31 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
32 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、
33 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
34 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。

35 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。

36
37 [設問1]

- 38 (1) 本件不選定決定は、取消訴訟の対象となる処分当たるか、検討しなさい。
39 (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
40 たっては、本件不選定決定が処分当たることを前提にしなさい。

41
42 [設問2]

43 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
44 市の反論を踏まえて、検討しなさい。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
45 にしなさい。

46 【法律事務所の会議録】

47 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
48 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
49 において審査請求や取消訴訟の教示をしています。この理解が正しいか検討しましょう。

50 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
51 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
52 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。

53 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、
54 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。
55 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
56 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はしましょう。

57 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
58 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
59 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
60 えの利益は失われていることにならないのでしょうか。

61 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
62 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
63 検討してください。

64 弁護士E：承知しました。

65 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
66 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
67 盤が失われてしまうと述べています。

68 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
69 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
70 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つ
71 たのですか。

72 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
73 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
74 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。
75 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
76 になりますが、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
77 です。

78 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
79 ないということでしょうか。

80 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
81 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
82 と評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
83 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
84 ったか検討してください。

85 弁護士E：承知しました。

86 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
87 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
88 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
89 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
90 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

91 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
92 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、
93 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
94 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
95 与えるという本件指針の運用を申し合わせたのです。

96 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
97 といえますね。

98 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
99 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
100 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
101 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
102 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
103 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
104 結果、Bさんの総合成績が2位になったと考えられます。

105 弁護士E：事情がよく分かりました。

106 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
107 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
108 に、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
109 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
110 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
111 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
112 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
113 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
114 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。

115 弁護士E：承知しました。

116 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
117 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
118 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
119 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
120 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
121 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
122 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
123 にしましょう。

124 弁護士E：承知しました。

125 【資料 関係法令】

126 ○ 道路法（昭和27年法律第180号）（抜粋）

127 （道路の占用の許可）

128 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
129 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。

130 一～五 （略）

131 六 露店、商品置場その他これらに類する施設

132 七 （略）

133 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
134 しなければならない。

135 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
136 することをいう。以下同じ。）の目的

137 二 道路の占用の期間

138 三 道路の占用の場所

139 四 工作物、物件又は施設の構造

140 五 工事実施の方法

141 六 工事の時期

142 七 道路の復旧方法

143 3～5 （略）

144 （道路の占用の許可基準）

145 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
146 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
147 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
148 ができる。

149 2～6 （略）

150

151 ○ A市屋台基本条例（抜粋）

152 （定義）

153 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
154 る。

155 (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
156 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
157 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。

158 (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。

159 (3) 屋台営業者屋台営業を営む者をいう。

160 (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。

161 (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
162 ものをいう。

163 (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
164 許可をいう。

165 （市道占用許可の申請）

166 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
167 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。

168 （市道占用許可の基準等）

169 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

170 請の内容が道路法第33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
171 れにも適合するときに限り、市道占用許可を与えるものとする。

172 (1) 申請者が、次のいずれにも該当しないこと。

173 ア A市暴力団排除条例(中略)に規定する暴力団員

174 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

175 (2) 申請者が、次のいずれかであること。

176 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
177 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つて
178 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
179 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。)

180 イ 第25条第1項に規定する屋台営業候補者

181 (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。

182 ア～ウ(略)

183 2 (略)

184 (市道占用許可を受けた者による屋台営業等)

185 第13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。

186 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
187 てはならない。

188 (屋台営業候補者の公募)

189 第25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
190 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
191 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
192 ができる。

193 2～3 (略)

194 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。

195 (屋台営業候補者の選定等)

196 第26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
197 営業候補者を選定するものとする。

198 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
199 候補者として適当と認める者を推薦するものとする。

200 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
201 ばならない。

202 (A市屋台専門委員会)

203 第28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。

204 2～5 (略)

205

206 ○ A市屋台基本条例施行規則(抜粋)

207 [(注) 本規則中、「条例」はA市屋台基本条例を指す。]

208 (公募書類)

209 第18条 条例第26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
210 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
211 に掲げる書類を添えて市長に提出しなければならない。

212 (1)～(5) (略)

213 (選定基準)

214 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。

- 215 (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
216 されていること。
- 217 (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
218 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
219 れること。
- 220 (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。
- 221 (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
222 と。
- 223 (決定の通知)
- 224 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
225 ものとする。
- 226 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
227 略）により公募申請者に通知するものとする。

[参考答案]

1 設問 1 (1)

2 1. 「申請」とは「法令に基づき」自己に対し「許認可等」の「処分」を
3 求める行為である(行手法 2 条 3 号)から、これに対する行政庁の「諾
4 否の応答」は拒否も含めて「処分」(行訴法 3 条 2 項)に当たる。

5 したがって、規則 18 条に基づく申請書の提出が「申請」に当たるの
6 であれば、これに対する応答である条例 26 条に基づく不選定決定は、
7 申請に対する拒否処分として「処分」に当たる。

8 2. 本件条例(以下「条例」とする)は、道路法(以下「法」とする)

9 33 条 1 項に基づく市道占有許可の基準についての審査基準(行手法 9
10 条)として、条例 9 条 1 項各号所定の要件を満たす必要がある旨を定
11 めている。そして、条例 9 条 2 項 2 号イでは、同号アに当たる屋台営
12 業者ではない申請者については、条例 26 条に基づく選定決定を受け
13 た屋台営業候補者(条例 25 条)であることが必要であるとされてい
14 る。このように、条例 26 条に基づく選定決定は、法 33 条 1 項に基づ
15 く市道占有許可の前提要件に位置づけられる。以上を前提として、規
16 則 18 条に基づく申請書の提出が「申請」に当たるかを検討する。

17 3. まず、申請書の提出は「法令に基づ」くといえるか。

18 条例 9 条は、法 33 条 1 項に基づく市道占有許可の基準についての
19 審査基準として定められたものであるから、行政の内部基準たる行政
20 規則として、原則として国民に対する直接の法的拘束力を有しない。

21 しかし、条例上の規定うち 9 条以外は、審査基準という行政規則で
22 はないから、その性質は法規命令たる自主条例であり、国民に対する
23 直接の法的拘束力を有する。

1 そして、条例 25 条 4 項からの委任を受けた規則 18 条は、条例 26
2 条に基づく選定決定を求めるための手続として、申請書を市長に提出
3 することを定めている。

4 したがって、申請書の提出は、「法令に基づ」くものである。

5 4. 次に、申請書の提出が自己に対して「許認可等」の「処分」を求め
6 る行為であるといえるか。

7 申請書提出者は、法 33 条 1 項に基づく市道占有許可を受けるため
8 の前提要件を満たすことを目的として、選定決定を求めて申請書を提
9 出する。そうすると、選定決定は、それ自体には当該区画で屋台営業
10 を適法に行うことができるという法的効果がないとして、「許認可等」
11 に当たらないのではないか。以下で検討する。

12 法 33 条 1 項が許可基準についてある程度抽象的に定めているのは、
13 市道占有許可の判断を市長等に委ねる趣旨によるものだから、市道占
14 有許可について市長等の要件裁量が認められる。そうすると、条例 9
15 条は市道占有許可の裁量基準に位置づけられる。

16 確かに、裁量基準は法の委任に基づかない行政規則であり法的拘束
17 力を有しない。しかし、裁量基準が存在する場合には裁量権の行使に
18 おける公正・平等な取扱いの要請があると同時に、公表されている裁
19 量基準の内容には相手方の信頼保護の要請もある。そこで、公表され
20 ている裁量基準は、外部規範である平等原則（憲法 14 条）や信義則を
21 媒介として国民に対する関係でも行政庁を拘束することとなり、裁量
22 基準と異なる取扱いを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量
23 基準を考慮しないことは裁量権の逸脱又は濫用に当たると解する。

1 そうすると、申請書提出者が市道占有許可を受けることができるか
2 否かは、特段の事情のない限り選定決定を受けているかにより決まる
3 から、選定決定を「許認可等」である市道占用許可と同視することが
4 できる。こう考えると、申請書の提出は自己に対して「許認可等」の
5 「処分」を求める行為として「申請」に当たる。

6 5. したがって、申請書提出に対する不選定決定は、「許認可等」を求め
7 る「申請」に対する拒否処分という意味で「処分」に当たる。

8 設問 1 (2)

9 1. 取消訴訟における訴えの利益が認められるためには、原告について
10 取消判決により現実に救済される法的利益があることが必要である。
11 したがって、取消判決による被侵害利益の回復が不要又は不可能であ
12 る場合には、訴えの利益は認められない。

13 2. 条例 26 条 2 項によると、同条に基づく選定決定を受けることがで
14 きるのは営業希望場所 1 つにつき 1 名だけである。そうすると、選定
15 を受けるための複数人による各申請は競願関係にあるといえる。

16 そして、B に対する本件不選定決定の取消判決によって、C に対す
17 る本件選定決定が当然に失効するという形成力（行訴法 32 条）や本
18 件選定決定を当然に取り消すべきとする拘束力（行訴法 33 条）が生
19 じるわけではない。そうすると、C に対してすでに本件選定決定がな
20 されている以上、B は、本件不選定決定の取消判決により自己に対す
21 る選定決定を受けることで被侵害利益を回復することはできないと
22 して、訴えの利益が否定されると思える。

23 しかし、B と C による各申請は 1 つの営業希望場所に関する 1 つの

1 選定決定をめぐる競願関係にあるから、B に対する本件不選定決定と
2 C に対する本件選定決定とは表裏の関係にある。そうすると、B に対
3 する本件不選定決定が取り消された場合、市長が取消判決の趣旨に従
4 い改めて双方の申請を比較してその優劣を審査することにより（行訴
5 法 33 条 2 項）、その再審査の結果、C に対する本件選定決定を取り消
6 した上で B に対して選定決定をするという可能性もある。

7 したがって、B には、本件不選定決定の取消判決によって自己に対
8 する選定決定を受けることで被侵害利益を回復する余地があるため、
9 本件不選定決定の取消しを求める訴えの利益が認められる。

10 設問 2

11 1. 市長の判断の内容に関する瑕疵

12 (1) 行政裁量の存否は法令の文言と処分の性質により判断される。

13 条例 26 条 1 項は、選定の基準について具体的に定めておらず、
14 市長が「A 市屋台専門委員会に諮り、…選定するものとする」と規
15 定するにとどまる。その趣旨は、屋台営業候補者の選定については、
16 A 市屋台専門委員会の意見も踏まえながら、公衆衛生に与える影響、
17 A 市の観光資源としての役割など様々な事情を考慮して判断する必
18 要があるため、こうした事情を総合考慮した上で適切な判断を下す
19 ことに適している市長の裁量判断に委ねることにある。そこで、条
20 例 26 条 1 項に基づく選定には市長の要件裁量が認められると解す
21 べきである。

22 (2) 裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上
23 著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用

1 があるとして取消事由が認められる（行訴法 30 条）。判断過程の合
2 理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合
3 理性欠如の有無により判断される。

4 (3) まず、他人名義営業者の地位への配慮が足りないという意味で、
5 考慮不尽がある。

6 他人名義営業者による営業は、条例制定前には適法だったものが、
7 条例制定後に違法となったのである（条例 13 条）。そうすると、経
8 過措置を設けない条例の制定により、条例制定前から営業をしてい
9 た他人名義営業者は既得の地位を脅かされることになる。そこで、
10 条例に基づく選定・不選定を判断する際には、他人名義営業者の既
11 得の地位に配慮することが要請される。にもかかわらず、市長は、
12 記者会見において、他人名義営業者の地位への配慮は市道占有許可
13 の期間の範囲内にとどまることになる旨の発言をしており、このこ
14 とからも、市長が B に対する本件不選定決定の判断過程において B
15 の既得の地位について適切な配慮をしていないことが分かる。した
16 がって、市長の判断過程は、考慮不尽による不合理なものである。
17 そして、その結果として B に対する本件不選定決定が行われたこと
18 により、同決定が社会観念上著しく妥当を欠くともいえる。

19 これについては、他人名義営業者による営業に係る既得の地位は
20 法的保護に値しないから、これに配慮しなくても考慮不尽とはなら
21 ないとの反論が想定される。

22 確かに、A 市の屋台には通行の障害、道路の汚れや排水の垂れ流
23 し等の問題があり、とりわけ、許可が事実上売買の対象となったり、

1 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
2 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ていた。

3 しかし、他人名義営業者の中にも特定の区画で長期間営業、通行
4 の便宜・安全や公衆衛生に配慮しながら営業をしている者もいるか
5 ら、他人名義営業者による営業に係る既得の地位が当然に法的保護
6 に値しないとはいえない。実際、Bは、本件区画で10年以上も屋台
7 営業を行ってきており、その間に通行の便宜・安全や公衆衛生を害
8 したという事情もない。しかも、Bは、10年以上も本件区画で屋台
9 営業を継続していることから、今後営業を継続できなくなると生活
10 の基盤が失われるという重大な不利益を被ることになる。そこで、
11 Bの既得の地位は法的保護に値するものであるといえる。したがっ
12 て、本件不選定決定には、法的保護に値するBの既得の地位に対す
13 る適切な配慮を欠いたものとして、考慮不尽を理由とする裁量権の
14 逸脱・濫用が認められる。

15 (2)次に、市長が自らの公約実現のためにBを屋台営業候補者に選定
16 すべきとする推薦を覆して本件不選定決定をしたことには、他事考
17 慮又は考慮不尽による裁量権の逸脱・濫用がある。

18 これについては、委員会の推薦が不合理なのだから、これを覆し
19 たことには他事考慮も考慮不尽もないとの反論が想定される。

20 まず、委員会は、㊦他人名義営業者が本件条例の施行後6か月以
21 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
22 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
23 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

1 範囲内で営業実績を踏まえて 5 点を与えるという運用に基づき、B
2 の総合成績が 1 位であると判断している。他人名義営業者が新たな
3 店舗や仕事を探すことができなかつた場合、営業を維持するために
4 市道占用許可を得ることなく違法な営業をする可能性があり、その
5 ことが交通の便宜・安全や公衆衛生に対する悪影響をもたらすおそ
6 れがある。そのため、㊦は施行規則 19 条 1 号・2 号に関連するもの
7 として考慮することが可能である。また、㊧A 市との間でトラブル
8 がなかつたことは、今後 A 市の屋台政策への確実な貢献が期待でき
9 ることを示すものであるから、施行規則 19 条 2 号として考慮する
10 ことができる。したがって、㊦及び㊧は、いずれも推薦の判断過程
11 で考慮することができる。

12 次に、これまでの営業実績を理由として各項目で加点をするとい
13 う運用だと、推薦の判断において営業実績のある他人名義営業者と
14 の関係で営業実績のない新規営業希望者が不利になるが、当該区画
15 での営業を継続してきた他人名義営業者のほうが希望する区画で営
16 業をすることができない場合に大きな不利益を被ることも踏まえる
17 と、上記運用が新規営業希望者の利益を不当に害するとはいえない。

18 したがって、委員会の推薦は合理的なものである。にもかかわら
19 ず、市長が委員会の推薦を覆したのは、屋台営業者の交代をより積
20 極的に推進して公約を実現することにより有権者の支持を獲得した
21 いという保身のためである。そうすると、市長の判断過程には、公
22 約実現による自己保身のための判断であったという点で他事考慮が
23 あるとともに、合理的な理由なく委員会の推薦を覆したという点で

1 考慮不尽がある。そして、その結果として B に対する本件不選定決
2 定が行われたことにより、同決定が社会観念上著しく妥当を欠くと
3 もいえるから、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

4 よって、本件不選定決定には取消事由がある。

5 2. 市長の判断の手續に関する瑕疵

6 (1) 市長は、屋台営業候補者の選定をする際には、委員会に諮問する
7 必要がある(条例 26 条 1 項)。にもかかわらず、委員会の推薦を覆
8 したときには、手續上の瑕疵を理由とする取消事由もある。

9 これについては、諮問委員会の判断は行政庁の判断を法的に拘束
10 するものではないから手續上の瑕疵はないとの反論が想定される。

11 (2) 諮問手續を要求する法令の趣旨は、処分行政庁が、諮問機関の決
12 定・答申を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的
13 な理由のない限りこれに反する処分をしないように要求することに
14 より、当該処分の客観的な適正妥当と公正を担保することにあるか
15 ら、諮問機関に対する諮問の経由は極めて重大な意義を有する。そ
16 こで、当該処分に法令が諮問手續を要求した趣旨に反すると認めら
17 れる瑕疵があるときは、諮問手續を経てなされた処分であっても取
18 消事由が認められると解すべきである。

19 前記の通り、市長は、自己の公約を実現するためだけに委員会の
20 推薦を覆しているのだから、委員会の推薦を検討することすらして
21 いない。したがって、本件不選定決定には、条例が諮問手續を要求
22 した趣旨に反すると認められる瑕疵があるといえるから、手續上の
23 瑕疵を理由とする取消事由もある。 以上