

スタンダード論文答練ガイドンス

2015 最新合格者再現答案 **大** 分析会

◆ 公 法 系 ◆

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

● 目 次 ●

◆ 公法系第1問再現答案	1
★合格者甲さんの答案	1
●合格者乙さんの答案	5
■不合格者丙さんの答案	9
◆ 公法系第2問再現答案	13
★合格者甲さんの答案	13
●合格者乙さんの答案	17
■不合格者丙さんの答案	21

※ なお、本ガイダンス配付レジュメの再現答案「合格者甲さん」「合格者乙さん」「不合格者丙さん」は、各科目（公法系・民事系・刑事系）を通して同一人物です。

平成27年論文式試験公法系第1問

★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P.1 設問1(1)

2 1 Cとの同一取扱いについて

3 (1) Bは、Y採掘事業に関する反対意見表明の内容・手段等にCとの間で大きな
4 違いがあるにも拘らず、Cと同一取扱いをしたことは、平等原則(憲法1
5 4条1項)に反し、違憲であると主張する。6 (2) 憲法14条1項は、不合理な区別取扱いを禁止するが、これは同項が同一
7 事情の下での同一取扱いという相対的平等を定めるからである。とすれば、
8 異なる事情の下においては異なる取扱いをされることも相対的平等の内容と
9 して憲法14条1項の保障するところであると解される。したがって、異なる
10 事情の下で同一取扱いをすることが不合理といえる場合には、憲法14条
11 1項に反し、違憲となる。12 (3) 本件では、Bは、Y採掘事業に関する反対意見表明の内容・手段等におい
13 て大きな違いがあるにも拘らず、採用拒否というCとの同一取扱いを受けて
14 いる。そして、Y対策課に就職することは、Bが大学院で研究し取得した天
15 然資源開発に関する専門知識を使って、Y採掘事業の安全性を進めていくこ
16 とのできる点において、Bにとって個人の人格発展の契機となるものといえ
17 るから重要な利益である。したがって、Bが採用拒否によって被った不利益
18 は大きい。19 よって、Cとの同一取扱いが合理的なものといえるには、業務運営上やむ
20 を得ない事由があると認められることを要する。21 (4) 本件では、Cは、甲市シンポジウムでY採掘事業につき絶対的な全面反対
22 する旨の発言をしている。これは、将来のY採掘事業の実施のための安全性
23 確保というY対策課の目的とは相容れない趣旨の発言内容である。これに対
24 して、Bの発言内容は、安全性確保の観点から現状においてY採掘事業に反
25 対せざるを得ない旨のものである。このBの発言は、安全性が確保されれば、
26 Y採掘事業実施も問題ないという留保付の発言であり、Y採掘事業の実施の
27 ための安全性確保というY対策課の目的に合致するものである。28 また、Cは、甲市シンポジウムで拡声器を用いて自分の意見を連呼し、甲
29 市職員に対する傷害行為まで行っており、穏当な態様での意見表明とはいえ
30 ない。こうしたCは、Y採掘事業の実施阻止のために実力を行使して業務を
31 妨害するおそれがある。これに対し、Bの発言は、シンポジウムに参加し、
32 単に自己の意見を述べるというものであり、穏当な態様によるものである。
33 こうしたBは、Y採掘事業の実施について実力行使等をするなどしてY対策
34 課の業務を阻害するものとは考えられない。

35 したがって、Y対策課の業務運営上やむを得ない事由は認められない。

36 (5) よって、BをCと同一取扱いをしたことは、憲法14条1項に反し、違憲
37 である。

38 2 Dらとの区別取扱いについて

39 (1) Bは、A市のY採掘事業に反対意見を持っていることを理由に、Dらと区
40 別取扱いをしたことは、平等原則(憲法14条1項)に反し、違憲であると
41 主張する。42 (2) 憲法14条1項は、不合理な区別取扱いを禁止する。本件では、Dらが正
43 式採用されたにもかかわらず、Bは正式採用されておらず、区別取扱いがな
44 されている。これは、Y採掘事業反対という政治的な考えを有しているか否
45 かによる区別であるから、「信条」による差別であるといえる。後段列挙事
46 由による差別は、歴史的に偏見の対象になりやすいものとして不当な動機に

- P.3 2 基づく危険が典型的に高いため、その合憲性は厳格に審査される。また、Y
3 対策課に就職することは、前述したように、Bが自分の知識を最大限に生か
4 すことのできる個人の人格発展の契機となるものであるから重要な利益である。
5 よって、被侵害利益は重大である。
6 したがって、Dらとの区別取扱いに合理的理由があるといえるには、業務
7 運営上やむを得ない事由があると認められることを要する。
- 8 (3) 本件では、Bの勤務実績は、Dらと同程度あるいはそれを上回るものであ
9 り、また、Bは、天然資源開発に関する知識を取得しており、Y対策課の業
10 務遂行上十分な適格が認められる。そして、Bは、現状ではY採掘事業に反
11 対しているが、これを阻止しようと考えているわけではなく、Y対策課の業
12 務に支障が生じるとはいえない。むしろ、将来のY採掘事業実施に対し、少
13 しでもその安全性を高めたいと考えており、Y採掘事業の安全性確保という
14 Y対策課の設置目的に合致する考えを有している。したがって、Y対策課の
15 設置目的や業務内容に照らし、能力や資質が欠けるものとは認められない。
16 よって、業務運営上やむを得ない事由があると認められない。
- 17 (4) したがって、Dらとの区別取扱いは、憲法14条1項に反し、違憲である。
18 3 Bが自分の意見を述べたことが正式採用されなかった理由となったことにつ
19 いて
- 20 (1) Bは、甲市シンポジウムでY採掘事業に関する意見・評価を述べたことを
21 理由に、正式採用を拒否することは、シンポジウムでY採掘事業に関する意
22 見を表明する自由を侵害し、憲法21条1項に反し、違憲であると主張する。
23 (2) Y採掘事業に関して自己の意見・評価を述べることは、自己の意見・思想
P.4 2 を伝達するものとして個人の人格発展の契機となる自己実現の価値を有して
3 いる。また、Y採掘事業は、生命身体に対する危険の可能性を持つ代替エネ
4 ルギーとして重要な社会問題となっている。こうしたY採掘事業に関し自己
5 の意見を述べることは、言論活動によってY採掘事業実施の可否という政治
6 的意思決定に関与するという社会的価値を有する。また、地方公共団体が主
7 催するシンポジウムは、政府指定のパブリックフォーラム類似の場所であり、
8 当該場所における表現活動は有効な意見・思想の表明手段として手厚く保障
9 されるべきである。したがって、シンポジウムでY採掘事業に関する意見を
10 表明する自由は、憲法21条1項により非常に重要な権利として保障される。
11 (3) そして、甲市シンポジウムでY採掘事業の反対意見を表明したことを直接
12 の理由として、Bは正式採用を拒否されるという不利益を受けており、上記
13 権利に対する強力な制約が認められる。また、当該制約はY採掘事業に対す
14 る反対意見という表現の内容に着目した規制であるから、行政の恣意に基づ
15 く濫用的な規制が行われる危険性が大きい。
16 (4) このような権利の重要性、制約の程度・態様によれば、合憲性は厳格に審
17 査されるべきである。したがって、正式採用拒否が合憲といえるには、業務
18 運営に対する著しい支障が具体的に予見できることを要する。
19 本件では、BはY採掘事業に絶対的に反対しているわけではなく、むしろ
20 その安全性確保のために自己の専門知識を活用しようとしているのであって、
21 Bの目的はY採掘事業の安全性確保というY対策課の目的に合致するもので
22 ある。そして、Bは、天然資源開発に関する知識を取得しており、Y対策課
23 の業務遂行上十分な能力や資質が認められる。よって、BがY採掘事業に対
P.5 2 する反対意見を有していたとしても、Y対策課の業務を阻害し、又はY対策
3 課の業務遂行に反対するとはいえず、Y対策課には何らの支障も認められ
4 ない。したがって、業務運営に対する著しい支障が具体的に予見されるとはい
5 ええない。
- (5) よって、A市が反対意見表明を理由にBの正式採用を拒否することは、シ
ンポジウムでY採掘事業に関する意見を表明する自由を侵害し、憲法21条
1項に反し、違憲である。

設問1(2)

1 Cとの同一取扱いについて

憲法14条1項は、不合理な区別取扱いを禁止する趣旨であって、異なる事情の下で異なる取扱いを要求することまで保障するものではないと反論する。

2 Dらとの区別取扱いについて

(1) A市はY対策課の職員採用において広範な裁量を有しているから、採用拒否の平等原則違反は緩やかに判断すべきである。

(2) また、Dらとの区別取扱いは、BがY採掘事業に対する反対意見を有していたことを理由とするものではなく、Y対策課の業務遂行上の支障のおそれを理由とするものであるから、「信条」による差別にあらず、平等原則違反は緩やかに判断すべきである。

(3) そして、Y採掘事業につき反対意見を有するBが、Y採掘事業を推進するY対策課の活動に反対することで、公務の一体性を害し、Y対策課の業務に支障を及ぼすおそれがある。よって、Bの採用拒否というDらとの区別取扱いについて合理的理由があるから憲法14条1項違反は認められない。

3 Bが自分の意見を述べたことが正式採用されなかった理由となったことについて

(1) A市はY対策課の職員採用において広範な裁量を有しているから、採用拒否の合憲性判断は緩やかに判断されるべきである。

(2) そして、Y採掘事業につき反対意見を有するBが、Y採掘事業を推進するY対策課の業務に反対することで、公務の一体性を害し、Y対策課の業務に支障を及ぼすおそれがある。したがって、憲法21条1項違反は認められない。

設問2

1 Cとの同一取扱いについて

憲法14条1項は、A市主張の通り、同一事情の下での同一取扱いという相対的平等を定めているが、不合理な区別取扱い、すなわち「差別」を禁止する趣旨である。したがって、同項は、さらに異なる事情の下で異なる取扱いを要求することまでその保障内容に含むわけではない。したがって、Bにおいて、反対意見表明の内容や方法にCとの間で大きく異なる事情があったとしても、BとCを採用拒否し同一取扱いしたことが憲法14条1項に反することにはならない。

2 Dらとの区別取扱いについて

(1) 被告が主張するように、A市はY対策課の職員採用において裁量を有している。もっとも、Y対策課に就職することは、Bが大学院で取得した天然資源開発に関する知識を活用して、Bが考える安全なY採掘事業を実現することにつながるから、B個人の人格発展の契機となる重要な利益である。よって、このような重要な利益を侵害する採用拒否においてA市に認められる裁量は広範なものとはいえない。

(2) また、A市は、BがY採掘事業の反対意見を示したことを契機として、Bを採用拒否するに至っている。しかし、これは、Bが一定の考えを有していたから、採用を拒否したわけではない。A市は、BがY採掘事業につき反対意見を表明していることに鑑みて、Y対策課の業務遂行上で公務の一体性が阻害され、業務上支障が生ずるおそれがあることを理由として、Bの採用を拒否しているものといえる。したがって、Dとの区別取扱いは、原告が主張するような「信条」に基づく区別とはいえない。

以上からすれば、Dらとの区別取扱いに合理的理由があるといえるには、Y対策課において業務運営上支障を生ずるおそれが認められることを要する。

(3) 本件では、Bは甲市シンポジウムでY採掘事業に対する反対意見を述べ、現段階でもまだ安全性の問題が残っているので反対せざるをえないと考えているため、Y採掘事業に関する公務の一体性を損なうとも思える。しかし、甲市シンポジウムの後、Y採掘時に出る有害成分の無害化の技術が進み、Y

- 11 採掘事業における安全性は高まっている。よって、Bとしても、Y採掘事業
12 に反対する理由は少なくなってきた。また、Bは、Y対策課で少しでも
13 Y採掘事業の安全性を高めるために働きたいと考え、将来的にY採掘事業が
14 なされることを前提としてY対策課での就職を希望している。そして、こう
15 したBの考えは、Y採掘事業の安全性確保というY対策課の設置目的や事業
16 内容とも合致している。したがって、BがY採掘事業の実施にあたってその
17 反対意見を表明し、その業務を阻害するおそれがあるとは認められない。
18 (4) よって、Dらとの区別取扱いには合理的理由が認められず、違憲である。
19 3 Bが自分の意見を述べたことが正式採用されなかった理由となったことにつ
20 いて
21 (1) 被告が主張するように、A市はY対策課の職員採用において裁量を有して
22 いる。もっとも、Y採掘事業に関して自己の意見・評価を述べることは、原
23 告が主張するように個人の人格発展の契機となる自己実現の価値を有する。
P.8 また、Y採掘事業実施という重要な社会的・政治的問題の意思決定に関与す
2 るといふ社会的価値を有する。そして、甲市シンポジウムは、政府指定のパ
3 ブリックフォーラム類似の場所であり、当該場所における表現活動は有効な
4 意見・思想の表明手段として手厚く保障されるべきである。したがって、シ
5 ンポジウムでY採掘事業に関する意見を表明する自由は、憲法21条1項に
6 より非常に重要な権利として保障される。したがって、こうしたBの重要な
7 権利を制約するものであるから、A市の採用拒否における裁量は狭いものと
8 なる。また、当該制約はY採掘事業に対する反対意見という表現の内容に着
9 目した規制であるから、行政の恣意に基づく濫用的な規制を行う危険性が
10 大きい。このような権利の重要性、制約の程度・態様によれば、合憲性は厳格
11 に審査されるべきで、正式採用拒否が合憲といえるには、業務運営に対する
12 重大な支障が予見できることを要する。
13 (2) 本件では、上記2(3)のように、BがY採掘事業において反対意見を有して
14 いるからといって、Y対策課の業務に支障を生じるおそれは認められない。
15 むしろ、Bには天然資源開発に関する知識を取得しており、Y対策課の業務
16 遂行上十分な能力や資質が認められる。したがって、業務運営に対する重大
17 な支障が予見できるとはいえない。
18 (3) よって、A市が反対意見表明を理由に正式採用を拒否することは、シンポ
19 ジウムでY採掘事業に関する意見を表明する自由を侵害し、憲法21条1項
20 に反し、違憲である。

以上

平成27年論文式試験公法系第1問

● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P.1 【設問1】

2 第一 小問(1)について

3 一 BとCとの間における問題について

4 1 Bの訴訟代理人として、正式採用における判断において、A市がB
5 とCとを同一に取り扱ったことが憲法(以下略)14条1項に反すると主張する。6 14条1項は、差別の禁止を定めている。しかし、これと同時に、
7 その裏返しとして、両者間に合理的な差がある場合には、両者を別の
8 のものとして取り扱うべき義務を国や公共団体に対して課しているとい
9 える。

10

11 本件において、BとCはY採掘事業に対して反対しているという点
12 では共通する。しかし、Bは、安全性が十分に確保されているとはい
13 えない現状においては当該計画に反対せざるを得ない旨の意見を甲市
14 シンポジウムで述べたのみであり、一方でCはその開催自体を中止さ
15 せようとして、Y採掘への絶対的な全面反対及び甲市シンポジウムの
16 即刻中止を拡声器で連呼したり、これを制止しようとした甲市の職員
17 ともみ合いになり、その職員を殴って怪我を負わせ、傷害罪で罰金刑
18 に処せられている。

20

19 このように、両者は意見表明にあたってとった手法・行動に大きな
20 違いがあるにもかかわらず、これを同一に扱ったことは14条1項の
21 義務に反する。22 2 そして、14条1項においては、合理的な同一取り扱いは正当化さ
23 れる。合理的な同一取り扱いといえるかどうかは、取り扱いの目的が
24 重要で、かつ、手段が目的との間で実質的関連性を有するものではな
25 くてはならない。

P.2

2 3 本件についてこれを見るに、A市は、Y対策課の設置目的である、
4 将来実施されるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確
5 保、をBとCの同一取り扱いの目的としていると考えられる。しかし、
6 かかる目的は抽象的にすぎ、これをもってただちに重要な目的である
7 とはいえない。8 かりに目的が重要としても、かかる目的達成のための手段としては、
9 単にY採掘事業に対して反対意見を持っているBとCとを同一に取り
10 扱うのではなく、より過激・攻撃的な外部的行為に出る危険性のある
11 Cを、平和的な手段のみをもってその反対を訴えるBとは別の存在と
12 して正式採用段階において取り扱うべきであったし、それで足りたは
13 ずである。したがって、BとCとを同一に取り扱うという手段は、目
14 的達成のために実質的関連性を有していないから、14条1項に反し
15 違憲である。

16 二 BとDらとの間における問題について

17 1 また、A市がBをDらとの間で別異に取り扱ったことも14条1項
18 に反すると主張する。19 14条1項は差別を禁止しており、特に同項後段で「信条」に基づ
20 く差別を明記して禁じている。21 本件において、Bは、Y採掘事業に対して反対という意見を有して
22 いるが、これを除いては、Dらと比して、試用期間における勤務実績
23 はほぼ同程度ないし上回るものであった。にもかかわらず、反対意見

P.3

2
3
4
5
6
7
8

を有し、これを甲市シンポジウムで発言したことをもってDらと比較して不利な扱いをされており、「信条」を理由とする差別にあたる。

2 そして、別異取り扱いが14条1項に違反しないというためには、合理的な区別でなくてはならないところ、同項後段が「信条」など、歴史的に差別の理由となりやすかったものについてとくに明記した一種のブラックリストであることを踏まえると、合理的な区別といえるためには、目的が必要不可欠で、かつ、手段が厳密に定められたものでなければならない。

10

11
12
13

3 本件についてみるに、上述のとおり、A市がBをDらと別に取り扱った目的は、将来実施されるY採掘事業の安全性及びこれに対する市民の信頼を確保することにあると思われる。しかし、これについてもやはり、かかる抽象的な目的のみをもって、必要不可欠な目的であるとはいえない。

15

16
17
18

また、かりにこれが必要不可欠な目的であるにしても、手段として、単にY採掘事業に対して反対意見を有することとどまるBを、Dらと区別するという取り扱いは、あまりに行き過ぎであるから、厳密に定められた手段とはいえない。したがって、BをDらと別に取り扱ったことは、憲法14条1項に反する。

三 憲法19条の主張について

20

21
22

1 さらに、BがY採掘事業に対する反対意見を有することを不採用の理由としたことは、19条が保障する不利益取り扱いからの自由を侵害すると主張する。

P.4

2
3
4

19条は、思想の自由を保障する。思想とは、信仰に準ずる主義、主張、世界観を全人格的に持つことである。そして、かかる自由の一側面として、思想を理由に国や公共団体から不利益取り扱いをされないという自由についても、同条によって保障されているというべきである。

5

6
7
8
9

本件において、Bはその安全性への不安から、Y採掘事業に対して反対意見を持つとともに、この意見を甲市シンポジウムで発言するなどの行動をとっている。このことからすると、BのY採掘事業に対する反対意見は、信仰に準ずる程度の強い主義、主張であるということが出来る。そして、A市が、かかる思想を有するBを、Y対策課への正式採用の可否判断において不採用の理由のひとつとしたことは、不利益取り扱いからの自由を侵害する。

10

11
12
13

2 かかる不利益取り扱いが19条に違反しないというためには、必要不可欠な目的のために、厳密に定められた手段によらなければならない。

15

16
17
18
19

3 本件において、目的が必要不可欠なものといえないのはすでに述べたとおりである。

また手段についても、かかる目的達成のために、Cのような過激・攻撃的な行動に出る者を不利益に取り扱うことは格別、単に反対思想を有していることのみを理由としてこれを不利益に取り扱うことは、厳密に定められた手段とはいえない。よって、19条にも反する。

20

21
22
23

第二 小問②について

一 BとCについて

まずこの点について、A市から次のような反論がありうる。すなわち、合理的な差があるからといってこれを区別して取り扱うことは、14条1項が保障する自由ではない。

P.5

2
3
4
5

二 BとDらについて

この点については、Y対策課への正式採用の判断においては、A市に広い裁量が認められるから、審査基準は下げられるべきである、との反論がありうる。

三 19条について

この点については、まず、外部的行為を理由とする不利益取り扱いは、19条によっても保障されないか、されたとしても、間接的な制約にすぎないから、保障強度は下げられるべきである、との反論がありうる。

四 あてはめについて

そして、審査基準へのあてはめについて、目的がそれぞれ重要、必要不可欠なものではないといえないし、手段も目的との関係で実質的関連性または厳密に定められたものである、との反論がありうる。

【設問2】

一 BとCについて

1 被告は、合理的な差があるからといってこれを区別して取り扱うことは、14条1項が保障するところではないと反論する。しかし、14条1項はかかる利益をも保障していると考えべきである。

たとえば、生活保護の受給の段階においては、経済的に貧しい者が、経済的に豊かな者に対して有利に取り扱われなくてはならない。このように、憲法上の権利保障確保のためには、単に両者を区別しないということのみならず、両者に差があれば、これを差として明確に区別し、両者を区別して取り扱うべき場面が存在するからである。

したがって、原告主張のとおり、BとCとを、Y採掘事業に対する反対意見をもっていることのみをもって同一に取り扱い、彼らの外部的行為の差に着目しなかったことは、14条1項に反する疑いがある。

2 そして、審査基準について、被告はA市の裁量について述べる。たしかに、Yといったエネルギー開発という分野においては、高度の専門性、技術性が要求される。したがって、かかる事業の安全性やこれに対する市民の信頼確保を目的とするY対策課にいかなる人材を採用するかどうかについては、A市の裁量を考慮せざるをえない。

したがって、かかる同一取り扱いが14条1項に反しないというためには、正当な目的のために、合理的関連性ある手段があればよい。

3 本件についてみるに、まず目的の正当性に関して、原告はかかる抽象的なものでは重要性がないと述べる。しかし、ことエネルギー開発分野においては、人々の生命・身体に対する危険がいかに抽象的であろうとも、これが災害などによって突如現実化し、大きな危険をもたらすことは原子力発電の歴史や現状から明らかである。したがって、Y採掘事業における安全性確保や、信頼確保といった目的は、正当なものである。

手段について、どうか。かかる目的を達成しようとするために、Cのような、反対思想をもつことに加えて、これを過激かつ攻撃的な手段を用いて表現し、かつ実現しようとする者の排除が必要なことは明らかである。しかし、Y対策課の業務内容が、情報収集等による安全性監視、事業者に対する安全性に関する指導・助言、市民への対応や広報活動、異常発生時の市民への情報提供、関係者による意見交換会の運営等であることに照らせば、単にその安全性を盲信する者よりも、Bのように、Yの採掘技術が改善されてもいまだ安全性には問題が残っているため、現段階でもY採掘事業には反対であるが、少しでもその安全性を高めたという考えを持った者のほうが、安全性確保や信頼確保に尽力できるからである。

したがって、BとCとの間には、Y対策課の設置目的達成のためには、看過できない大きな差があるのであり、これを無視して両者を同一に扱うことは、相当性が認められないことはもちろん、必要性すら認めることが出来ない。よって、合理的関連性を有するとはいえず、14条1項に反する。

二 BとDらについて

11 1 審査基準について、BとCにおけるのと同様、A市の側の裁量が無視
12 できないから、審査基準を下げ、重要な目的のために、実質的関連性あ
13 る手段によれば14条1項には反しない。

14 2 本件において、まず目的が正当であるのみならず重要であることは、
15 一で述べた。

16 では手段はどうか。これについて、BをDらと区別する手段に、目的
17 との間に実質的関連性はないといえる。なぜなら、上記のY対策課の業
18 務内容に照らせば、Bのような、反対意見を持ちつつも、その安全性を
19 高めたいという考えを持った人間は、Y対策課にとって不適切でないば
20 かりか、むしろ適切な人材であるということが出来るからである。よっ
21 て、BをDらと区別したことについても、14条1項に反する。

22 三 19条について

23 1 被告は、思想が外部的行為化したものについて、これを理由に不利益
P.8 取り扱いすることは19条の保障するところではない、または、19条
2 が保障しているとしても間接的な制約にすぎないと反論する。

3 まず、かかる自由は19条によって保障されていると考えるべきであ
4 る。思想が、信仰に準ずる主義、主張などを全人格的に持つことである
5 以上、単に内心において思想を持つことだけではなく、それを平和的な
6 方法で発言したり、行動に移したりすることについても、19条は保障
7 している。したがって、Bが反対意見を発言したことを理由に不利益取
8 り扱いをすることは19条の保障する自由を侵害する。

9 さらに、外部的行為を理由に不利益に取り扱うのであっても、それが
10 Cのように法的に許されない方法によってなされたものではなく、Bの
11 ように平和的な方法・手段を用いて行われた行為を理由とする不利益取
12 り扱いについては、間接的な制約ではなく直接的な制約というべきである。

13 したがって、審査基準は下げるべきではなく、必要不可欠な目的のた
14 めに、厳密に定められた手段でなければ19条に違反する。

15 2 本件についてこれをみるに、目的は必要不可欠なものであるといえる。

16 しかし、手段について、厳密に定められたものとはいえない。なぜな
17 らば、Cのような過激・攻撃的な言動に出た者を不利益に扱い不採用と
18 することはまだしも、単に反対意見を平和的な方法で主張したにとどま
19 るBを不利益に取り扱うことは、目的が必要不可欠としても、Y対策課
20 の業務内容等に照らして、厳密に定められた手段とはいえないからである。

21 以 上

平成27年論文式試験公法系第1問

■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 小問(1)Bの主張

3 (1) まず、Bは、A市がBを(1)Cと同一扱いして不採用としたこと、
4 及び、(2)Dらと同一扱いせず不採用としたことが「法の下に平等」
5 (14条1項)に反して処分違憲であると主張する。

6 ア そもそも、絶対的形式的平等を求めるとかえって不合理な結果
7 となることから、「法の下に平等」とは相対的実質的平等をいう。
8 したがって、差別的取扱いに合理的根拠がなければ「法の下に平等」
9 に反する。

10 イ そして、Cは刑罰に処せられる問題を起こしている一方でBは
11 穏当に活動していたことから事情がことなるため、BとCとを同一
12 に扱うべきではなく、同一に扱うべきではないのに同一に扱った
13 として(1)には差別的取扱いが存在する。

14 また、BとDらは同程度の能力があるにも拘らず、Bは不採用
15 とし、Dらは採用されるという点で、(2)にも差別的取扱いが存在
16 する。

17 ウ 次に、(1)も(2)もBがY採掘事業の安全性に問題があるという
18 「信条」という14条1項列举事由を理由とする差別となっている
19 から、歴史的に慎重な審査を要する差別である。そして、不採用
20 はBの職業に関わるものであり、生計の点のみならず、Bが大学院時代から研究してきた資源問題を扱うため人格的価値もある
21 ものであるから、不採用となった場合のBの経済的精神的不利益
22 は大きい。
23

P.2 エ また、本件不採用の基準を定めた募集要項の「職員としてふさわしい能力・資質等を有」するとの趣旨は、客観的なY対策課の職務を遂行する能力を有し、かつ、公的活動をするにあたりA市民の信頼を確保する点にある。

5 オ したがって、上述の差別の強さから、かかる趣旨は限定的に解すべきであり、「職員…」にあたらず不採用とするには、客観的にY対策課の職務を遂行する能力がなく、又は、A市民のY採掘事業への信頼を害する明らかに差し迫った危険が生じている場合に限り許される。

10 カ 本件では、(1)と(2)の差別について、BもCもDらの勤務実績は同程度またはそれ以上のものであるから、Dらが採用された以上、Bが客観的に職務を遂行する能力に欠けるとはいえない。そして、不採用の理由となった甲市シンポジウムでのBとCの行動につき、Cは暴力行為を用いる不法なものによってY採掘事業に反対していることからA市の不信感は強く生じる一方で、Bは穏当な弁論によって自己の見解を主張してただけでCと比べ何らA市民の信頼を害しない。

18 したがって、(1)と(2)の差別は合理的根拠を欠き、「法の下に平等」に反する。

20 オ よって、(1)と(2)の差別は処分違憲である。

21 (2) 次に、Bは、A市がBの有するY採掘事業の安全性に反対意見を持つことを理由に不採用としたことが「思想…の自由」(19条)を侵害し処分違憲であると主張する。
22
23

- P.3
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
P.4
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
P.5
2
3
4
5
- c ア まず、「思想…の自由」とは思想の自由市場の働きを保護するために広く、世界観歴史観を保障している。そして、BがY採掘事業の安全性に反対意見を持つことは世界観歴史観に関わるものであるから「思想…の自由」によって保障される。そして、かかる意見は資源問題に関わるもので、これは政治的問題にも結びつくものであるから、民主主義の根幹となる重要な思想として重要な権利である。
- イ 次に、A市はかかるBの思想を理由として不採用という不利益処分をしたため、制約が存在する。そして、上述のようにかかる不採用はBに重大な不利益を生じるため強い制約である。
- ウ 以上より重要な権利を強く制約するため、平等権同様の基準により、厳しく違憲性を審査する。
- エ そして、上述のように合憲となる基準をみとさないため、本件不採用はBの「思想…の自由」を侵害して処分違憲となる。
- 2 小問(2)A市の反論
- (1) 14条1項違反に対する反論
- ① (1)の差別はBとDらを形式的に同一に扱うものであり、差別的取扱いにあたらぬと反論する。
- ② 「信条」は個人の好みであって変えることができるため重要な権利ではないと反論する。
- ③ Bは試用期間であったため不採用にはA市の裁量が認められると反論する。
- ④ BとCは不採用という点で同一の扱いをしているが、両者ともY採掘事業に反対する行動をとっており、B単独で見てもA市民の信頼を害するとして不採用は合憲であると反論する。
- (2) 19条違反に対する反論
- ⑤ A市がBを不採用とした理由はBの思想自体ではなく、それに伴う甲市シンポジウムでの外部的行動がA市民の信頼を害するという点を理由としており、そもそも「思想…の自由」の侵害はないと反論する。
- ⑥ 14条1項と同様に、B単独の行動からA市民の信頼を害するため不採用は合憲であると反論する。
- 第2 設問2 私見
- 1 14条1項違反について
- (1) まず、①について、「法の下に平等」とは形式的な平等ではなく実質的な平等を図ることを定めているから、別に取り扱うべき理由のある者を形式的に同一に扱うことは実質的な平等に反するため、(1)も差別的取扱いにあたり、14条1項に反し得る。
- (2) 次に、(1)と(2)の差別はBの「信条」という14条1項列挙事由を理由に差別するものであるが、②の反論からすれば、個人の努力で変えることのできる内容であれば強い差別とはいえない。しかし、「信条」すべて個人の努力で変更可能なものとはいえないため具体的な検討を要する。本件のBの「信条」はY採掘事業の安全性に疑いを持つものである。これはかかる事業が事故を起こしていることから、この安全性はBも含めたA市民の生命身体の安全に関わるものであり、これに対する不信任はその安全性の重要性から変えがたい。そしてBはかかる資源問題の安全性につき大学院などで研究をしてきておりかかる安全性への関心は非常に強い。したがって、Bのかかる「信条」は個人の努力で変えることのできない確固たるものといえるため、これを理由として差別は強く、②の反論は認められない。

6 (3) もっとも、Bは③の反論の通り試用期間にあり、正式採用するに
7 はA市の人事部においてY対策課の職務を全うできるか専門的技術
8 的判断が必要となる。したがって、A市のBを不採用とする判断に
9 裁量が認められるため、判断枠組みは原告の主張より緩やかとなる。

10 (4) 以上より、「職員として…」にあたり不採用とすることは客観的
11 にY対策課の職務を遂行する能力がなく、又は、A市民のY採掘事
12 業への信頼を害する危険が実質的客観的に認められる場合に限り合
13 憲となる。

14 (5) まず、Bの技術的能力に問題はない。たしかにBも甲市シンポジ
15 ヴウムにおいてY対策課の推進するY採掘事業に反対するとの意見を
16 主張していたことから、職務であるA市民との交流を通じて会うA
17 市民の間でBはY採掘事業の妨害をするのではないかとの不信感を
18 生ずる可能性もある。しかし、甲市シンポジウムの内容は外部に公
19 表されていないため、Bのかかる行動がA市民の間に広がる可能性
20 は少ない。そして、仮に甲市シンポジウムに参加した者によって広
21 がったとしても、この場においてBは発言の機会を穏当に利用して
22 その安全性について疑問を呈したに過ぎないことがわかり、Cのよ
23 うな威力を用いて秩序を乱すような行動はとっていないことは明ら
P.6 2 かである。また、Bがこのような慎重な態度をとっていることは、
3 A市民にとって安全性に配慮した慎重なY採掘事業となるとむしろ
4 信頼感を生じさせるものである。以上より、Bのかかる行動はA市
5 民の信頼を実質的客観的に害するおそれはない。

6 したがって、A市のBの不採用は「職員として…」をみたすのに
7 なされた違法な処分である。

8 (6) よって、(1)と(2)の本件不採用は合理的根拠のない差別として「法
9 の下に平等」に反するため処分違憲となる。

2 19条違反について

10 (1) まず、⑤の反論は本件不採用がBの「思想…の自由」を制約しな
11 いというが、BのY対策事業の安全性を疑うとの思想は、上述のよ
12 うに、Bの生命身体の安全や専門に関わるものであり、これに伴う
13 反対行動も思想と不可分の関係に立つ。したがって、Bの反対行動
14 を理由とした不採用もBのかかる「思想…の自由」を制約する。も
15 っとも、不採用が思想自体を禁止するものではないため間接的制約
16 に過ぎず、制約は弱い。

17 したがって、不採用の違憲性の判断枠組みも緩やかになり、14
18 条1項違反の判断同様の基準となる。

19 (2) とすると、14条1項違反で検討したようにかかる基準では「職
20 員として…」をBはみたすため不採用は違法となる。したがって⑥
21 の反論も認められない。

22 (3) よって、本件不採用は19条に反して処分違憲である。

23 以上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験公法系第2問

★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P.1 設問1

2 1 提起すべき訴訟

3 Xは、消防法12条2項に基づく本件命令の差止訴訟（行政事件訴
4 訟法（以下略）3条7項・37条の4第1項）を提起することが考え
5 られる。

6 2 訴訟要件の具備

7 (1) 「一定の」といえるには、裁判所における判断が可能な程度に特
8 定していることを要する。本件命令は、本件取扱所につき本件葬祭
9 場から30メートル離れたところに移転すべきことを求める内容の
10 ものであるから、相当程度に具体化されており、十分に特定されて
11 いる。したがって、「一定の」といえる。

12 (2) 「処分」（3条2項参照）とは、公権力の主体たる国又は公共団
13 体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形
14 成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものを
15 いう。本件命令は、本件取扱所の移転を命じるもので、Xの財産権
16 を直接制約し、Xに対し本件取扱所の移転義務を形成することが法
17 律上認められているものといえる。したがって、「処分」に該当する。

18 (3) 「されようとしている場合」とは、客観的に見て相当程度の蓋然
19 性があることをいう。本件では、本件葬祭場の営業が開始されれば、
20 Y市長が本件命令を発することは確実である。そして、本件葬祭場
21 はすでに本件建築確認を受け、平成27年5月末には営業開始を予
22 定している。したがって、客観的に見て本件命令が発される相当程
23 度の蓋然性が認められるので「されようとしている場合」にあたる。

P.2

2 (4) 「重大な損害を生ずるおそれ」は、37条の4第2項に従って判
3 断する。本件命令が発された場合、Xは本件取扱所を本件葬祭場か
4 ら20メートル以上離れた位置に移設することは不可能であって、
5 本件取扱所を他所に移転せざるを得ず、Xにおいて巨額の費用を要
6 することになる。また、本件命令が発されると、Y市では直ちにウ
7 ェブサイトで公表する運用をとっており、Xは顧客の信用まで失う
8 可能性がある。よって、本件命令が発されると、上記のような重大
9 な不利益を受け、経営が立ち行かなくなり倒産するおそれもあると
10 いえる。これは事後的に回復困難な損害である。したがって、「重
11 大な損害を生ずるおそれ」が認められる。

12 (5) また、差止訴訟に代わる方法が消防法に定められているわけでは
13 ないので、「他に適当な方法がある」とはいえない（37条の4第
14 1項但書）。

15 (6) そして、Xは本件命令の被処分者であるから、当然に「法律上の
16 利益を有する者」（37条の4第3項）として原告適格が認められる。

17 (7) 以上から、訴訟要件を満たし、Xは差止訴訟を適法に提起する
18 ことができる。

設問2

19 1 (1) 本件取扱所は一般取扱所（危険物政令3条4号）だから、消防法
20 12条2項に基づく本件命令の要件は、消防法10条4項・危険物
21 政令19条・同9条1項1号ロである。

22 (2) そして、危険物政令9条1項1号但書は同項本文の例外を定めて
23

P.3

2
3
4
5
6
7

いる。危険物政令9条1項1号但書につき、資料2は本件基準を定めるが、本件基準は消防法及び危険物政令の委任を受けていないので行政規則にあたる。また、保安距離の例外を設けるには、防災及び危険物に関する専門的技術的な知識が必要であるし、危険物政令9条1項1号但書が「することができる」と定めていることからすれば、但書の適用には市町村長等の広範な裁量が認められているといえる。したがって、本件基準は裁量基準としての性質を有する。

10

11
12
13
14

そして、危険物政令9条1項1号但書の趣旨は、防災による国民の生命身体の安全確保と、危険物を取り扱う者が一般取扱所の移転等の措置を講じなければならなくなった場合の財産権や営業の自由との調整を図るところにある。本件基準①や②は、倍数に応じて短縮条件を定め、また、倍数に応じて短縮限界距離を設ける等、一般取扱所の有する危険の程度に応じて保安距離規制を緩和しており、この趣旨に合致するものといえる。また、本件基準③は、火災の危険につき特別の対策を講じていることを条件にするものであり、これも取扱所に内在する危険の程度に応じた保安規制距離の緩和といえるため、上記趣旨に合致する。したがって、本件基準は危険物政令の趣旨に合致し、法の合理的な解釈を定めた裁量基準であるといえる。

15

16
17
18
19

(3) もっとも、裁量基準の機械的適用がかえって法の趣旨を阻害する場合には、裁量基準の適用の例外を認める余地がある。危険物政令23条が、消防法の規制が全国で統一されたことに鑑みて、実際の社会にある特殊な構造や設備を有する危険物施設の存在等地域の事情においた例外的運用を可能にし、政令の趣旨を損なわないようにする趣旨で規定されていることから、一定の例外を認めるべきことが分かる。したがって、同9条1項1号但書の定めがある場合でもさらに同23条を適用する余地が認められる。

P.4

2
3
4

そして、本件では、本件基準の適用によれば、①②の要件を満たさないことになるが、そうすると、Xは本件取扱所を他所に移転せざるを得なくなり、巨額の費用を要することになり、危険物を取り扱う者の財産権に配慮する危険物政令の趣旨に反することになる。一方で、Xは本件基準③の定める高さより高い防火塀を設置すること及び危険物政令で義務付けられた水準以上の消火設備をすることが可能であり、これらを実施する用意がある。したがって、「火災の発生及び延焼のおそれが著しく少なく、かつ、火災等の災害による被害を最少限度に止めることができる」場合に当たる。よって、Xの一般取扱所は危険物政令23条の要件を満たさずといえるから、本件命令はその要件を満たさないことになる。

5

6
7
8
9

(4) 以上から、本件命令は違法である。

10

11
12
13
14

15

16
17

設問3

18

19
20
21
22
23

1(1) Xとしては、憲法29条3項に基づき、移転に要した費用について損失補償請求をすることが考えられる。

(2) 損失補償(憲法29条3項)は、平等原則(同14条1項)及び財産権保障(同29条1項)の実質化の観点から、財産権の制限によって生じた個人の損失を国民一般の負担に転嫁するところにある。とすれば、財産権の制限を受ける者に特別の犠牲が課されているといえる場合には補償を要すると解すべきである。特別の犠牲にあたるかは、侵害の対象・程度・目的等により判断する。

P.5

2
3
4
5

(3) 消防法12条1項が、取扱所の所有者等に同10条4項の技術上の基準に適合するように維持すべき義務を定めている趣旨は、危険物を保有する取扱所が国民の生命・身体に対する重大な危険を内在

6 させていることに鑑みて、外部的事情の変化等によって取扱所が基
7 準に適合しなくなった場合に、基準に適合させるための負担を取扱
8 所の所有者等に受忍させるところにある。よって、消防法の基準に
9 適合するために取扱所を移転することは、危険物取扱所の設置にお
10 いて内在的に予定されているものといえる。したがって、本件でも、
11 移転のために要する費用についても取扱所の所有者たるXが負担す
12 べきものといえる。

13 (4) また、本件では、平成26年の指定替えによって建築規制が緩和
14 された結果、葬祭場の建築が可能になるに至っているという事情が
15 ある。たしかに、これは現状変更型の財産権に対する制約であり、
16 強度の制約があるとも思える。しかし、都市計画法は、種々の政策
17 的考慮によって、常に都市計画の内容が変化する可能性があること
18 を予定している。したがって、本件で、Xは、都市計画の内容の変
19 更があることを予測できる立場にあったから、都市計画の内容の変
20 更によって、Xは不測の不利益を受けたとはいえず、強度の制約が
21 あったとはいえない。

22 (5) 以上から、特別の犠牲は認められず、Xの損失補償請求は認めら
23 れない。

以上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験公法系第2問

● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

P.1 【設問1】

2 1 Xは、本件命令が発せられることを事前に阻止すべく、行政事
3 件訴訟法(以下略)3条7項の差し止め訴訟を提起することが考
4 えられる。訴訟要件を満たすか。

5 2 差し止め訴訟の訴訟要件は(ア)「一定の処分」の蓋然性(イ)
6 「重大な損害」(ウ)補充性(エ)原告適格である(37条の4)。

7 3(1) まず、(ア)について、「一定の処分」とは、一義的な特定の
8 必要はなく、裁判所が判断可能な程度に特定されていることで
9 足りるが、本件においてはY市長が消防法12条2項に基づき、
10 Xに対して、本件取扱所を本件葬祭場から30メートル以上離
11 れたところに移転すべきことを求める本件命令を発する予定で
12 あるから、これを満たす。

13 (2) また(イ)について「重大な損害」であるか否かは、37条
14 の4第2項の考慮要素に従い、当該訴えが取消訴訟・執行停止
15 という事後救済の原則に対する例外であることから、取消訴
16 訟・執行停止によっては救済し得ない性質の損害であるか否か
17 を検討する。

18 本件命令がなされた場合には、Xが移転を余儀なくされるこ
19 とによって移転費用というコスト面での損害が生じることが予
20 想される。さらにこれに加えて、本件命令の後、直ちにウェブ
21 サイト上での公表という運用にしたがって、本件命令の公表が
22 予想される。これがなされると、Xはそれによって顧客の信用
23 を失うという損害が生じうる。前者の経済的損害については事
24 後的な救済によって補填可能であるが、信用喪失の点に関して

P.2 2 は「損害の性質」(37条の4第2項)からして、事後的にそ
3 の「損害の回復」が「困難」なものといえることができる。した
4 がって、事後救済に適せず、「重大な損害」があるといえるこ
5 ができる。

6 3 そして(ウ)について、本件において他の特別な救済ルート
7 は存在しないため、これを満たすし、(エ)についても、Xは
8 本件命令の名宛人であることからこれも満たす。

9 以上より、差し止め訴訟の訴訟要件は満たされている。

10 【設問2】

11 1(1) 本件命令を違法とする法律論を述べる上で、まず本件命令の
12 法的根拠について検討する。

13 (2) 本件命令は消防法12条2項に基づくものである。12条
14 2項の命令は、消防法10条4項違反に対してなされる。

15 消防法10条4項は「取扱所の位置、構造及び設備の技術
16 上の基準は、政令でこれを定める」としているところ、「取扱
17 所」は政令3条4号で「一般取扱所」を規定する。そして政
18 令9条1項1号は、消防法10条4項の「技術上の基準」と
19 して、保安距離を定め、同口の場合には30メートルの保安
20 距離が必要となっている。

21 しかし、同号の保安距離要件を満たさない場合であっても、
22 同号但し書きに該当する場合には、例外的に保安距離要件充
23 足が認められる。

P.3

そして、同号但し書き該当の有無の判断については、本件基準の①②③すべての要件を満たすかどうかで判断される。

本件において、Xの本件取扱所は、政令3条4号の一般取扱所にあたるから、政令9条1項1号の基準を満たさなくてはならない。しかし、本件取扱所と本件葬祭場の距離は18メートルであるから、同号本文の保安距離要件を満たさない。

さらに同号但し書きについても、本件取扱所は本件基準③防火塀の高さは満たす。しかし、①短縮条件については倍数「50以下」を要求されているところ、本件取扱所は倍数55であり満たさない。また②短縮距離限界についても、(ろ)より「20メートル」が限界となっているが、本件取扱所と本件葬祭場の距離は18メートルであるから、これも満たさない。

よって本件取扱所は、政令9条1項1号本文、但し書きいづれも満たさないことになるので、消防法10条4項に違反することになってしまい、消防法12条2項の処分がなされる。

2 しかし、政令9条1項1号但し書きの趣旨に照らして、本件取扱所が同号但し書きに該当すると考えられないか。

同号但し書きの趣旨は、製造所そのものに変更がなくても、製造所の設置後に、製造所の周辺環境に変化が生じた場合に消防法上の基準を満たさなくなることによって移転義務等が生じるという不利益を防止することである。

そして本件基準の法的性質は行政規則であり、法的拘束力はない。本件基準は、同号但し書きの運用のための裁量基準である。だとするならば、本件基準を満たさない場合であっても、個別の事例において、同号但し書きの趣旨から、不利益を救済する必要がある場合には、本件基準とは別に個別的配慮義務が行政庁に求められると考えられるべきである。そして、かかる義務違反がある場合には処分が著しく妥当性を欠くとして30条に違反する。

3 本件についてこれをみるに、本件取扱所はもともと消防法上の基準を満たしていたところ、本件都市計画決定によって葬祭場の建築が可能になったことが原因で、消防法10条4項の規定に違反してしまっている。これは、まったくXの側に帰責性のない周辺環境の変化によるものであり、まさに政令9条1項1号但し書きの趣旨からして、その適用が認められるべきものである。

本件基準の充足性についても、③についてはもちろん、①についても「50以下」に対して「55」、②について「20メートル」に対して「18メートル」と、それぞれ「5」、「2メートル」と、不足分はわずかである。

こう考えるならば、Yが本件都市計画決定によるXに帰責性のない周辺環境の変化という事情を考慮せず、形式的に本件基準を当てはめただけで本件取扱所が政令9条1項1号但し書きに該当しない旨の判断をすることは、かかる個別的配慮義務に欠けているとみるべきであり、その判断は著しく不合理であるといえ、30条違反になる。よって本件命令は違法である。

4 なお本件において、消防法23条を適用する余地はない。上述のとおり、政令9条1項1号但し書きは、設置後の周辺環境の変化という事後的な事態に対する例外的救済措置を認める規定である。一方、政令23条は現代における技術進歩等によつ

6 て、政令に定められた保安距離要件等を満たさなくても火災の
7 発生や延焼のおそれが著しく少なく、かつ、火災等の災害によ
8 る被害を最小限度に留めることができると認められる取扱所等
9 について、設置時において保安距離の短縮を認める例外規定で
10 ある。前者が事後救済、後者が事前救済なのである。

11 本件においては、設置後の周辺環境の変化による事後的な救
12 済の必要の有無が問題となっている事例であるから、政令9条
13 1項1号但し書きの適用が検討されるべき場面であり、23条
14 はその制定経緯からして適用の余地はない。

15 【設問3】

- 16 1 憲法29条3項による損失補償請求は認められるか。
17 2 同項による請求が認められるためには、損害の公平分担という
18 その趣旨に鑑み、救済の必要なだけの特別な犠牲が認められなく
19 てはならない。特別な犠牲の有無については、犠牲を生じさせる
20 措置の目的、財産権の性質等から検討する。
21 3 本件において、まず消防法12条の趣旨が問題となる。同条は
22 消防法の目的である国民の生命、身体及び財産の保護（消防法1
23 条参照）を実効化するために、取扱所等が維持すべき技術上の基
P.6 準を定めた規定である。この12条の趣旨からすると、本件にお
2 ける措置の目的は国民の生命・安全を守るためという消極目的で
3 ある。消極目的であることは、特別な犠牲の有無について、それ
4 を否定する判断へ方向づける。国民の生命・安全のための規制を
5 受けうる財産を有する者にとって、かかる目的のための規制は予
6 測可能性が高いからである。

7 しかし本件における規制は、本件都市計画決定によって、本件
8 葬祭場の所在地が第一種中高層住居専用地域から第二種中高層住
9 居専用地域に指定替えがなされたことによって、葬祭場の建築が
10 可能になったことによるものである。これは、この措置が経済の
11 調和的発展のための積極目的でなされたことを意味する。積極目
12 的であることは、特別な犠牲肯定の判断へ方向づける。財産を有
13 する者にとって、かかる目的による措置は予測可能性が低いから
14 である。

15 このことから、本件における措置は消極、積極目的が両立して
16 いるものであると言える。

17 しかし、本件取扱所はもともと、その財産権の性質として、国
18 民の生命、財産に対する危険性を有しているといえることができる。
19 したがって、かかる財産に対する規制は、もともと財産権に内在
20 する制約といえる。

21 よって、本件では損失補償請求は認められない。

22 以 上

・・MEMO・・

平成27年論文式試験公法系第2問

■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 XはY市に対して本件命令（消防法12条2項）の差止訴訟
3 （行訴法3条7項）を提起することが考えられるが、かかる訴訟
4 は訴訟要件をみたすか。

5 2 まず、Y市は38条1項・11条1項1号により被告適格を有
6 する。

7 3 次に、本件命令は、Xに対して、Xの本件取扱所を移転させる
8 法的地位に消防法12条2項により立たせるものであるから「処
9 分」（3条7項）にあたる。そして、本件命令を差し止めること
10 を本件訴訟は目的とする点で特定性を有するから「一定の処分」
11 にあたる。

12 4 そして、Xは本件命令の名宛人であるから「法律上の利益」
13 （37条の4第3項・4項・9条2項）を有する。

14 5 また、「重大な損害を生じるおそれ」（37条の4第1項本文・
15 2項）とは当該処分を待って取消訴訟（3条2項）の提起と執行
16 停止（25条2項）の申し立てをしては容易に事後的な損害を回
17 復することが社会通念上困難な場合をいう。本件では、本件命令
18 による本件取扱所の移転が法的に強制されるのは行政代執行がな
19 される時点であり、それまでに戒告など手続きが経られるため、
20 その時点で取消訴訟と執行停止をすればかかる移転に伴う費用な
21 どの損害を容易に避けることができる。したがって、かかる移転
22 に伴う費用は「重大な損害」にあたらない。

23 では、本件命令に伴う公表によって生じる損害が「重大な損
害」にあたらないか。

P.2

2 本件では、本件命令に伴うXの消防法違反の公表は、事実上の
3 効果しかないため、損害はないようにも思える。しかし、Xは灯
4 油の販売業という危険物を扱う営業をしているため、付近への危
5 険性を有するものであるところ、かかる危険物の扱いが不適切で
6 あると公表することは、社会の安全性への関心度の高さからも、
7 Xの営業上の顧客の信頼を失わしめる。そして、顧客が減ればX
8 は営業を続けられず収入を失うという莫大な損害を生じる。さら
9 に顧客の信頼は一度失われれば回復するために非常に長期間を有
10 するため、取消訴訟などの事後的な回復が困難な性質のものであ
11 る。

12 したがって、本件命令に伴う公表によるXの顧客の信頼を失う
13 点が「重大な損害」にあたる。

14 6 さらに、上述のような損害を避ける方法は上述のように存在し
15 ないから「他に適当な方法」（37条の4第1項但書）が認めら
16 れない。

17 7 そして、Y市は本件命令の際にかかる公表を行う運用をしてお
18 り、Xは本件命令の根拠となる消防法違反を続けているから本件
19 命令と公表がなされる蓋然性（「されようとしている場合」（行訴
20 法3条7項））が現在認められる。

21 8 以上より、本件差止訴訟は訴訟要件をみたす。

第2 設問2

22 1 まず、Xは、政令9条1項1号口の距離制限に該当しないにも
23

- P.3 2 かかわらず本件命令がなされたことを違法であると主張する。
3 (1) まず、本件基準を理由に本件命令をしているが、本件基準は
4 法令から委任されたものではなく法規範性はないことから政令
5 9条1項1号口該当性の審査基準にあたるにすぎないため、本
6 件基準に反しても本件命令をしなければならないものではなく、
7 本件基準に合理的理由がなければ違法となる。そして、本件距
8 離制限を政令に基準を委任した消防法10条4項および1項よ
9 り、本件距離制限の趣旨は灯油を原因とした火災などの被害か
10 ら近隣住民の生命身体財産を保護する点にあるが、建物の距離
11 制限は、都市計画などの様々な考慮とともに保護しなければ適
12 切な判断とならないため、この権限のあるY市長の専門的技術
13 的判断を要する。したがって、政令9条1項1号口該当性につ
14 いてY市長に要件裁量が認められる。もっとも、本件基準は灯
15 油などの販売について職業選択の自由(22条1項)の制約と
16 もなるから裁量判断も慎重にすべきである。
17 したがって、Y市長が政令9条1項1号口にXが該当すると
18 の判断に、他事考慮や考慮不盡などがあり著しく妥当性を欠く
19 場合には裁量権の逸脱濫用により違法となる(行訴法30条)。
20 (2) 本件において、たしかに本件基準自体には火災による被害防
21 止のために合理性が認められる。しかし、Xは都市計画の変更
22 まで、距離制限なく営業ができていたのであり、それまでの都
23 市計画でかかる制限がないことが公示されていたからXの営業
P.4 への信頼が生じている。そして、Xの帰責性なく都市計画が一
2 方的に変更され、しかも距離制限があるにかかわらずAがこれ
3 に配慮することなく本件葬祭場を設置して、Xに移転を余儀なく
4 させている。また、かかる移転には元の土地や建物の財産を流
5 用できないため莫大な費用が掛かる不利益が生じる。したが
6 って、Y市長には信義則上、Xの既存の営業に配慮して消火設
7 備の増強などによる代替手段によって本件命令による移転を避
8 けるべき義務があったといえる。そして、かかる代替手段をX
9 は採りうると言っているため、容易である。にもかかわらず、
10 Y市長はかかる義務を考慮することなく本件命令をしている
11 ため、考慮不盡があるとして著しく妥当性を欠き、裁量権の逸
12 脱濫用の違法があるといえる。
13 2 Xは、仮に上述が適法であっても、政令23条を適用して政令
14 9条1項1号口の距離制限がないとの判断をY市長はすべきであ
15 ったのにこれをしなかったとして違法であると主張する。
16 (1) まず、23条は「予想しない…効力がある」ときに政令9条
17 1項1号口の距離制限がないとしているが、この文言は任意規
18 定となっていない。かかる趣旨は、9条1項1号但書が「でき
19 る」との任意規定により適用の裁量を認めているのに比べて、
20 23条は「予想しない」などと事情変更を予期できなかった処
21 分の名宛人に帰責性が無いことから特にかかる者の職業選択の
22 自由を保護しようとするものである。そして、23条の火災防
23 止などの「設備」については客観的にその適切さが判断できる。
P.5 したがって、23条の適用にY市長の裁量はみとめられないた
2 ため、事情変更帰責性のない名宛人に客観的に可能な代替手段
3 が存在すれば「予想しない…効力がある」にあたるとして23
4 条を適用する。
5 (2) 本件において、上述のようにXに帰責性はなく、Y市の求め
る水準より高い消火設備の設置という代替手段によりXの建物

6 の火災に対する安全性を十分に向上させることが客観的に可能
7 であるため、「予想しない…効力がある」として23条を適用
8 すべきである。

9 したがって、政令9条1項1号口の距離制限の適用はXにな
10 いたため、本件命令は法的根拠を欠くとして違法である。

11 第3 設問3

12 1 まず、損失補償（憲法29条3項）するためには、損失の公平
13 な国民間での分担という同項の趣旨から、Xに特別の犠牲が認め
14 られる必要がある。そして、特別の犠牲とは、①特定人への制約
15 かという形式的基準と、②財産権の本質的内容に対する制約か
16 という実質的基準を総合的に考慮して判断する。

17 2 本件において、たしかに、都市計画は設定された範囲の国民に
18 一般的に効力が及ぶものであるから特定性はないとも思える。し
19 かし、これまでの計画変更の経緯からXは距離制限のない者から
20 それのある者へと変更されており、別表第二からその範囲を具体
21 的に示されているから、不利益を受ける者を具体的に特定するこ
22 とができる（①充足）。そして、本件命令により、Xは建物の移
23 転を余儀なくされ、これを代用することはできないことからXの
P.6 財産は変更にとまらず廃止されたといえるからXの所有権という
2 権利の排他性に対する本質的内容に制約を加えるものである（②
3 充足）。

4 3 以上から、Xに特別の犠牲があるため、損失補償が認められる。

5 以上