

第1 設問1

1 本件訴訟は適法か。本件訴訟で原告適格が認められるには、X1及びX2に「法律上の利益」が必要である(行政事件訴訟法9条1項, 以下, 「行訴法」という。。「法律上の利益」とは, 取消訴訟が主観訴訟であることから, 法律上保護された利益のことをいい, 公益に吸収される利益を含まず, 個別具体的に保護された利益のことをいうと解する。

本件訴訟では, X1及びX2の個別的な利益が法5条で保護された利益といえるかが問題となる。法5条の「処分」「の相手方」はAであり, X1及びX2は第三者にあたるため, 行訴法9条2項に従って判断する。

2 法5条についての検討

(1) 「当該処分」「の根拠となる法令の文言」

ア 法5条1項を受けた同法施行規則11条1項では, 「場外発売場の所在地」(同3号), 「交通機関の状況」(同5号)を記載した申請書を提出するようになっている。加えて, 同法施行規則11条2項では, 申請書には「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。)」(同1号)を添付しなければならないとされている。

1	イ 法5条2項では、「申請に係る施設の位置、構造及
2	び設備が国土交通省令で定める基準に適合する場
3	合に限り、その許可をすることができる」としている。
4	公営ギャンブルの設置許可は、刑法第187条の違
5	法性を阻却するという法制度である点が、通常の許
6	認可とは違う。すなわち、これは特許の性質をもつと
7	いえ、「国土交通省令で定める基準」の内容や「基
8	準に適合する場合」に許可するか否かについて、国
9	土交通大臣に広い裁量が認められる。
10	そして、「国土交通省令で定める基準」であり、委
11	任命令にあたる同法施行規則12条1項では、「位置
12	は、文教上又は衛生上著しい支障をきたすおそれの
13	ない場所であること」(同1号)を要求している。
14	そして、「場外発売場の位置、構造及び設備の基
15	準の運用について」という関係通達によれば、文教
16	施設には大学を含み、「文教上著しい支障を来すお
17	それがあるか否か」の判断は、大学の場合、「適当
18	な距離」を有しているかなどを総合的に判断して行う
19	とされ、「適当な距離」とは、著しい影響を及ぼさない
20	距離をいうとされている。この通達は国民を拘束しな
21	いので「根拠となる法令」にはあたらない。しかし、こ
22	の通達は審査基準(行政手続法2条8号ロ、同5条1
23	項)にあたるので、裁量基準といえる。そして、その

内容には合理性が認められると解されるため、「根拠となる法令」の検討の際に、考慮されるべきである。

(2) 「当該法令の趣旨及び目的」

ア 法1条では、「海に囲まれた我が国の発展」、「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」、「地方財政の改善」を目的としている。

イ 加えて、前述した法5条や施行規則11条、12条の文言及び関係通達からすれば、法1条の目的とともに場外発売場の設置される地域にある文教施設や医療施設及びこれらの利用者の利益との調和も趣旨及び目的としているといえる。

(3) 「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」

ア 法5条や施行規則11条、12条の文言及び関係通達からすれば、場外発売場の周辺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、これら施設の行う教育や医療が阻害されるおそれがないかが、法5条の許可処分の際に、個別具体的な利益として考慮されているといえる。

イ 一方、付近住民の生活上の利益については、仮に違法な許可がなされた場合であっても、その害さ

れる程度は大きいとまではいえず、一般公益として保護されれば十分である。

3 X1の原告適格

(1) X1が設置する法科大学院SはQ地から約400メートルに位置しており、1000メートル以内の大学という文教施設ということになる。

(2) 大学の場合、前述した関係通達によれば、通学路を考慮する必要はない。しかし、通達は一応の裁量基準に過ぎず、仮に通達で定めていないものでも、合理性があれば考慮されるべきである。本件施設が営業を行うのは、1年間に350日であり、そのうち300日はナイトーが開催される。ナイト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。そうすると、その時間帯に県道を通り、P駅に向かって多くの客が帰ることになり、法科大学院の教育に著しい影響を及ぼすといえ、「適当な距離」とはいえない可能性がでてくる。

(3) したがって、X1は法律上保護された個別的な利益を有する者として、原告適格がある。

4 X2の原告適格

(1) X2は自治会Rの構成員でQ地から200メートルに居住している。しかし、X2は文教施設や医療施設ではない。また、X2の生活上の利益は法5条で個別的に

1 保護されていない。よって、X2の利益は公益に吸収さ
2 れる抽象的な利益に過ぎない。

3 (2) したがって、X2には原告適格は認められない。

4 5 以上により、本件訴訟はX1については適法でありX2
5 については違法である。

6 第2 設問2

7 1 (1)について

8 (1) Aとしては、要求措置の違法確認訴訟(行訴法4条)
9 あるいは、取消措置の差止め訴訟(行訴法3条7項)を
10 提起することが考えられる。

11 (2) 要求措置は行政指導であり、処分性は認められにく
12 いことから、実質的当事者訴訟を提起することが考え
13 られる。しかし、要求措置の違法が確認されても、その
14 後の取消措置自体を防ぐことはできないことから、実
15 効的とはいえず、確認の訴えの利益が認められないお
16 それもある。

17 (3) 取消措置の可能性を除去するというAの目的を最も
18 直接的に実現するのは、取消措置の差止め訴訟であ
19 る。差止め訴訟が適法とされるためには、取消措置が
20 されることにより、「重大な損害を生ずるおそれ」(同3
21 7条の4第1項本文、2項)が必要である。仮に取消措
22 置がされると、Aは本件施設の工事に着手はしていな
23 いものの、投じた投下資本からすれば、「損害の回復」

1 は極めて「困難」であり、取消措置によって守られる利
2 益を考慮しても、「重大な損害を生ずるおそれ」は肯定
3 できる。また、「損害を避けるため他に適当な方法があ
4 る」(同1項但し書)かということ、要求措置の違法確認
5 の訴えが適当とはいえないことからしても、ないという
6 べきである。

7 (4) したがって、取消措置の差止め訴訟を提起するべき
8 である。

9 2 (2)について

10 (1) 本件取消措置は適法か。

11 (2) そもそも、住民の同意は関係通達で要求されている
12 ものであり、法5条及び同法施行規則12条1項の許
13 可の基準としては規定されていない。もともと、前述の
14 ように、ここでの許可はいわゆる特許にあたり、国土交
15 通大臣に広い裁量が認められる。

16 そして、「場外発売場の設置等の運用について」とい
17 う関係通達では、地元との調整がとれていることを証
18 明する書類を添付することが求められている。「地元と
19 の調整がとれていること」とは、当該場外発売場の所
20 在する自治会等の同意、市町村の長の同意及び市町
21 村の議会が反対を議決していないことをいうとされてい
22 る(「場外発売場の設置等の許可の取扱いについて」)。

23 これら関係通達は、国土交通大臣の許可の審査基準

1	たる裁量基準という法的性格を有する。
2	もつとも、通達は国民を拘束しない以上、関係通達
3	自体に合理性がなければ、仮に通達に従ったとしても
4	行政裁量の逸脱・濫用となる。
5	地元の同意を重視する行政手法は、後の紛争を防
6	止するという意義があるが、これを重視し過ぎると法1
7	条の目的を全く達成できなくなるという問題点がある。
8	そこで、同意書がとれていなくても、実質的にみて住民
9	との調整がとれている場合には、その不許可は行政裁
10	量の逸脱・濫用があるといえる。
11	本件では、本件施設設置に反対する住民が相当な
12	数に上っていたことから、仮に不許可にしたとしても適
13	法である。
14	(3) それでは、本件で一度許可した後で許可を取り消す
15	ことができるのか。本件は同意書に問題があったので
16	あるから、許可の時点の瑕疵の問題として職権取消し
17	の可否が問題となる。
18	法には職権取消しの規定はないが、法律による行
19	政の原理からすれば、明文のない職権取消しも許容さ
20	れる。もつとも、授益的行政処分職権取消しは相手
21	方の不利益を考慮しても職権取消しの必要性が認め
22	られる場合に限り、許容されると解すべきである。
23	本件の許可の対象は、本来、国民が自由にできる

1	行為ではないこと、及びAは未だ工事に着手していな
2	いことからすれば、Aが職権取消しにより受ける不利益
3	は小さい。他方で、周辺住民の同意を得ることは国土
4	交通大臣が合理的な裁量権の行使として要求してい
5	るものであり、それが無い場合の職権取消しの必要性
6	はAの不利益を考慮しても認められるべきものである。
7	(4) 以上により、本件取消措置は適法である。
8	
9	第3 設問3
10	
11	1 考えられる規定の骨子
12	(1) ①については、T市長の許可を受けずに施設を設置
13	した場合に、施設の除去を命じることができる規定及
14	び罰則規定を置くことが考えられる。
15	(2) ②については、住民との協議及び過半数の賛成を
16	義務づける規定を置くことが考えられる。
17	
18	2 条例の問題点
19	(1) 本条例が「法律の範囲」(憲法94条)といえるかとい
20	う問題点が考えられる。
21	(2) また、施設の除去を命じる規定を置いた場合に、そ
22	の義務の実現方法として、行政代執行ができるかとい
23	う問題点(行政代執行法2条、地方自治法14条1項
	参照)が考えられる。
	以上

1	第1 設問1
2	1 甲は、乙との間で、乙がその倉庫に保管中のB型ワー
3	プロ500台のうち200台を、契約の日から1週間後を引
4	渡期日と定めて購入する契約を締結した。
5	契約の日の翌日、B型ワープロ全部が倉庫から消失
6	してしまった場合、甲の債権が制限種類債権であること
7	から、社会通念上、「履行をすることができなくなったと
8	き」にあたる。
9	2 そこで、仮に消失について乙に帰責事由がある場合に
10	は、債務不履行の問題となり、甲は乙に対して損害賠
11	償請求をすることができる(415条後段)。また、甲は売
12	買契約を解除することで売買代金の支払いを免れること
13	ができる(543条、540条1項)。
14	3 一方、仮に消失について乙に帰責事由がない場合に
15	は、危険負担の問題となる。本件では制限種類債権の
16	特定がなされる前に消失している。
17	そこで、「当事者双方の責めに帰することができない
18	事由によって債務を履行することができなくなったとき」
19	には、「債務者」乙「は、反対給付」である売買代金「を受
20	ける権利を有しない」(536条1項)。
21	他方、「債権者」甲「の責めに帰すべき事由によって債
22	務を履行することができなくなった」のであれば、「債務

1	者」乙「は、反対給付を受ける権利を失わない」(536条
2	2項)。
3	第2 設問2
4	1 乙が甲に引き渡すために、あらかじめ甲が指示したB
5	型ワープロ200台を倉庫から搬出し、トラックに積載して
6	おいたところ、トラックごとそれが消失してしまった場合、
7	それが持参債務であっても、甲が指示した以上は「債務
8	者が物の給付をするのに必要な行為を完了し」たといえ
9	るため、特定が生じ、以後、その200台が甲の「債権の
10	目的物」となる(401条2項前段)。そのため、たとえ倉
11	庫にB型ワープロ300台が保管されていたとしても、社
12	会通念上、「履行をすることができなくなったとき」にあた
13	る。
14	2 そこで、仮に消失について乙に帰責事由がある場合に
15	は、甲は乙に対して損害賠償請求をすることができる(4
16	15条後段)。また、甲は売買契約を解除することで売買
17	代金の支払いを免れることができる。
18	もともと、売買契約の対象となったB型ワープロ200
19	台と同一の品質、同一数量の物が現に乙の倉庫に保管
20	されていることからすれば、乙としては損害賠償に代え
21	てかかる200台を履行したいと希望することが考えられ
22	る。また、甲からしても甲が指示したB型ワープロ200台

1.	と同一の品質，数量が引渡期日に履行されれば目的は
2.	達成できる。そこで，信義則上，債務者である乙には倉
3.	庫にある200台をもって売買の対象に代える変更権が
4.	認められるというべきである(1条2項)。そして，仮に，か
5.	かる変更権が行使された場合には，債務不履行はなか
6.	ったことになるため，甲は損害賠償も解除もすることがで
7.	きないと解する。
8.	3 一方，仮に消失について乙に帰責事由がない場合に
9.	は，危険負担の問題となる。本件は「特定物」であるB型
10.	ワープロ200台「に関する物権」たる所有権の「移転を
11.	双務契約」である売買契約「の目的とした場合」にあたる
12.	ため，「その滅失」「は，債権者」たる甲「の負担に属す
13.	る」ように思われる(534条1項)。そうすると，甲の売買
14.	代金債務は消滅しないため，乙は甲に代金を請求でき
15.	ることになる。しかし，かかる結論は妥当ではない。
16.	本規定は所有権の移転に合わせて危険が移転すると
17.	いう思想に基づいている。しかし，観念的な所有権の移
18.	転がなされれば，債権者はその物を現実に使用，収益
19.	できるといったわけではないので，この段階で危険を移
20.	転させるのは債権者に酷である。そこで，現実的な支配
21.	の移転がなされない限り，危険は移転しないと考えるべ
22.	きである。

1	
2	そこで、目的物について、現実に引渡しがなされた場
3	合でなければ債権者は危険を負担しないというべきであ
4	る。なお、売買代金がすでに支払われた場合には債務
5	がすでに消滅しているといえるので危険負担の問題は
6	生じないと解するべきである。
7	本問では売買代金の支払いはなされておらず、引渡
8	もなされていない。
9	そこで、「当事者双方の責めに帰することができない
10	事由によって債務を履行することができなくなったとき」
11	には、「債務者」乙「は、反対給付」である売買代金「を受
12	ける権利を有しない」(536条1項)。
13	他方、「債権者」甲「の責めに帰すべき事由によって債
14	務を履行することができなくなった」のであれば、「債務
15	者」乙「は、反対給付を受ける権利を失わない」(536条
16	2項)。
17	
18	
19	
20	
21	
22	

以上

1	
2	第1 設問1
3	
4	1 Aは、Aを取締役から解任する旨の本件総会の決議の効力を
5	争うことができるか。代表取締役であるBはAの質問について
6	「答える必要はない」と回答し、質疑を打ち切っている。しかし、
7	「取締役」「は、株主総会において、株主から特定の事項につい
8	て説明を求められた場合には、当該事項について必要な説明
9	をしなければならない」(314条)。そこで、本件総会の「決議の
10	方法」が「法令」に「違反し」たとして、本件総会の決議の日から
11	3ヶ月以内に本件総会の決議の取消しを請求して、その効力を
12	争うことができないか(831条1項1号)。
13	
14	2 Bは、「それはあなたもわかっているはず」と回答している。し
15	かし、他の株主が議決権をどう行使するべきかを判断するため
16	に、その理由を説明するべきである。もっとも、Y社の株主は、X
17	グループとA及びAが親族経営しているZ社しかいない。そのた
18	め、本件総会に出席している株主は全員Aの解任の理由を理
19	解していた。よって、取締役の説明義務違反はなく、「決議の方
20	法」が「法令」に「違反し」たとはいえない。
21	
22	3 以上により、Aは、Aを取締役から解任する旨の本件総会の
	決議の効力を争うことができない。
	第2 設問2
	1 Y社は、Aの請求(433条1項)を拒むことができるか。Aは、
	関東地方を中心に住居用の中古不動産の販売等を行うZ社の

1.	取締役であり、67%の株式を保有していることから、新築マン
2.	ションの企画・販売等を行うY社「の業務と実質的に競争関係に
3.	ある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき」(同2項3
4.	号)に該当すると主張することが考えられるが認められるか。
5.	2 本規定は、会社の機密情報が不当に利用されるのを防ぐ趣
6.	旨である。Z社とY社とは、住宅の販売という点で共通しており、
7.	住居を探す顧客を奪い合う関係にあるので、Y社の会計帳簿
8.	やその資料にある取引先の情報は、Z社にとっても有益である。
9.	したがって、「実質的に競争関係にある事業を営み」と評価でき
10.	る。もっとも、AはY社の取締役であったのであるから、Y社の取
11.	引先などの情報はすでにもっている。一方で、ここでAの請求を
12.	拒めるとしてしまうと、Aは本件交換比率の妥当性を検討できな
13.	くなり、株主としての権利行使に支障をきたす。以上からすれば、
14.	Aの請求を認めるべきである。
15.	3 よって、Y社は、Aの請求を拒むことができない。
16.	第3 設問3
17.	1 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生前に会社法
18.	上採ることができる手段について
19.	(1) 本件株式交換を不当と考えるAとしては、株式の譲渡によ
20.	る取得にはY社の承認が必要な公開会社でない会社の株主
21.	として(360条2項)、「法令」「に違反する行為」「によって」Y
22.	社に「回復することができない損害」が生ずるおそれがあ

1	る」(同3項)として、本件株式交換を「やめることを請求する」
2	ことが考えられる(同1項)。仮処分の申立て(民事保全法2
3	3条2項)も必要である。しかし、株式交換の場合、Y社「に回
4	復することができない損害」「が生ずるおそれがある」とはい
5	えないように思われる。また、本件において差し止めるべき行
6	為として、どのような行為が想定できるのかという問題もある。
7	よって、かかる手段を採ることはできないと解する。
8	(2) 次に、Aとしては、株式交換をやめることの請求(784条の
9	2第1号)をすることが考えられる。この点、たしかに交換比
10	率の不当は株主総会を経ない略式組織再編の場合(784
11	条)しか認められていない(784条の2第2号)。しかし、本件
12	では「特別の利害関係を有する者」であるXグループが75%
13	の議決権を行使したことによって、Y社株式10株につきX社
14	株式3株を交付すべきところ、1株しか交付されないという
15	「著しく不当な決議がされ」ている。
16	そこで、Aは本件総会の決議の取消しの訴え(831条1項
17	3号)をあわせて提起することで、双方を本案とした株式交換
18	差止めの仮処分の申立てをすることができると解する。
19	(3) Aとしては、本件総会決議に反対した反対株主として、株
20	式買取請求権を行使することも考えられる(785条)。
21	2 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生後に会社法
22	上採ることができる手段について

1	(1) Aとしては、本件株式交換は、株主総会決議取消事由が
2	あるのであるから、株式交換無効の訴え(828条1項11号
3	参照)を提起して、その無効を争うことが考えられる。株式交
4	換無効事由について、明文の規定はないものの、株主総会
5	の決議の瑕疵は無効事由として主張できると解する。もっと
6	も、法が株主総会決議取消しの訴えについて、決議の日か
7	ら3ヶ月の提訴期間を定めていることに鑑みて、たとえ株式
8	交換効力発生日から6ヶ月以内であっても、株主総会決議
9	から3ヶ月が経過すると主張できないと解するべきである。
10	(2) さらに、Aとしては、本件株式交換の適正な実施という「任
11	務を怠った」として、Y社の取締役であるBに対して、損害賠
12	償訴訟を提起するようにY社に請求することが考えられる(4
13	23条1項・847条)。もっとも、株式交換でY社自身に「損害」
14	が発生したといえないように思われる。
15	(3) そこで、Aとしては、取締役Bが本件株式交換という「職務
16	を行うについて」交換比率を誤ったという「重大な過失」「があ
17	った」として、株主である自己「に生じた」あるべき交換比率と
18	本件交換比率との差額に相当する損害の賠償を法定責任と
19	してBに請求することが考えられる(429条)。
20	
21	以 上
22	

1	第1 警察官Aの撮影行為の適法性
2	1 まず、「強制の処分」(刑事訴訟法197条1項但し書。
3	以下、法令名は省略する。)にあたるかを検討する。
4	(1) 強制の処分とは、個人の意思に反し、重要な権利を
5	侵害する処分をいう。
6	(2) 甲が警察官Aの撮影行為を仮に認識した場合、承諾
7	することは考えられないので、この撮影行為は甲の推
8	定的意思に反するものである。
9	(3) それでは、重要な権利を侵害したといえるか。
10	甲は、みだりにその容ぼう、姿態を撮影されない自
11	由を有する。本件では、甲宅の2階居室にいる際の容
12	ぼうが撮影されている。自宅の2階居室は私的空間で
13	あり、そこにいる際にその容ぼうが撮影されない自由は
14	特に保護されるべきである。もっとも、警察官Aは甲が
15	窓のカーテンを開けて窓越しに顔を見せた際に撮影を
16	している。窓越しに顔を見せれば、路上にいる誰かに
17	容ぼうを見られる可能性があるのは当然であり、この
18	場合には保護の程度が高いとまではいえない。
19	したがって、重要な権利が侵害されたとはいえない。
20	(4) よって、当該撮影行為は「強制の処分」にはあたらな
21	い。
22	2 次に、警察官Aの撮影行為は「必要な取調」(197条1

1.	項本文)として許されるかを検討する。
2.	(1) 任意処分といっても、個人の権利を侵害する以上は、
3.	捜査の必要性や緊急性、侵害される法益の性質、程
4.	度を考慮し、具体的状況のもとで相当といえる程度の
5.	ものに限って、許されると解する。
6.	(2) 警察官Aは振り込め詐欺事件に関与した疑いの濃
7.	厚な被疑者甲について、銀行の現金自動預払機から
8.	現金を引き出す際に防犯カメラに写っていた犯人との
9.	同一性を判断するために撮影を行っている。振り込め
10.	詐欺は、組織的な犯罪であり、重大性が認められる。
11.	また、早期に検挙しなければ、さらに犯行が行われ
12.	る可能性が高い。捜査は過去の犯罪を明らかにし、将
13.	来の犯罪を防止することも目的としていることからすれ
14.	ば、甲の容ぼうを撮影する必要性及び緊急性は肯定で
15.	きる。
16.	一方、撮影方法としては、警察官Aが甲宅前路上で
17.	監視し、甲の容ぼうを撮影するというものであり、公道
18.	から見える甲の容ぼうを撮影していることからすれば要
19.	保護性の高いプライバシーの権利の過度の制約とまで
20.	は評価できない。したがって、具体的状況のもとで相当
21.	な方法として許容されるというべきである。
22.	(3) よって、警察官Aの撮影行為は「必要な取調」として

1	許される。
2	3 以上により、警察官Aの撮影行為は適法である。
3	第2 警察官Bの撮影行為の適法性
4	1 まず、「強制の処分」にあたるかを検討する。
5	(1) 甲が警察官Bの撮影行為を仮に認識した場合、承
6	諾することは考えられないので、この撮影行為は甲の
7	推定的意思に反するものである。
8	(2) それでは、重要な権利を侵害したといえるか。本件
9	では、レストランで食事をしている様子が撮影されてい
10	る。通常、飲食をしている姿は撮影されたくないもので
11	ある。しかし、レストランは不特定多数の人が出入りす
12	る場所であり、食事の様子もレストランにいる者であれ
13	ば、見ることができる。したがって、このような甲の姿態
14	を撮影されない自由については、要保護性が高いとま
15	ではいえない。
16	したがって、重要な権利が侵害されたとはいえない。
17	(3) よって、当該撮影行為は「強制の処分」にはあたらな
18	い。
19	2 次に、警察官Bの撮影行為は「必要な取調」として許さ
20	れるかを検討する。
21	(1) 警察官Bは振り込め詐欺事件に関与した疑いの濃
22	厚な被疑者甲について、銀行の現金自動預払機から

1	
2	現金を引き出す際に防犯カメラに写っていた犯人の右
3	手首のあざが甲にあるかを確認するために撮影を行っ
4	ている。振り込め詐欺は、組織的な犯罪であり、重大
5	性が認められる。また、早期に検挙しなければ、さらに
6	犯行が行われる可能性が高い。捜査は過去の犯罪を
7	明らかにし、将来の犯罪を防止することも目的としてい
8	ることからすれば、甲の右手首を撮影する必要性及び
9	緊急性は肯定できる。
10	一方、撮影方法としては、警察官Bが客を装ってレス
11	トランに入店して、かばん内に装備した小型ビデオカメ
12	ラで撮影するというものであり、レストラン自体が不特
13	定多数の人間が出入りすることを予定していることから
14	すれば、要保護性の高いプライバシー権とはいえず、
15	また、過度の制約ともいえない。
16	(2) したがって、具体的な状況のもとで相当な方法として
17	許容されるというべきである。
18	(3) よって、警察官Bの撮影行為は「必要な取調」として
19	許される。
20	3 以上により、警察官Bの撮影行為は適法である。
21	以 上
22	