

令和2年予備試験 行政法

問題文

A市では、A市開発事業の手續及び基準に関する条例（以下「条例」という。）が定められている。条例においては、都市計画法（以下「法」という。）第29条第1項に基づく開発許可が必要な開発事業を行おうとする事業者は、開発許可の申請に先立って市長と事前協議をしなければならない、また、開発事業の内容等について、周辺住民に対して説明会を開催するなどの措置を講じることとされている。なお、A市長は、地方自治法上の中核市の長として、法第29条の開発許可に関し都道府県知事と同じ権限を有している。また、これらの条例の規定は、法の委任に基づくものではないが、その内容に違法なところはない。

Bは、A市において、平成15年から産業廃棄物処理施設（以下「第1処分場」という。）を営んでいる。平成25年になって、Bは、第1処分場の隣接地に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第2処分場」という。）を設置することを計画した。第2処分場を設置するための土地の区画形質の変更（土地の区画変更、切土・盛土など）は、条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。この第2処分場の設置に対しては、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行っていたことから、A市長は、Bに対し、条例に定められた説明会を開催した上で、周辺住民の同意を得るように指導した。Bはこれに従って、周辺住民に対し、説明会の開催を提案したが、周辺住民は説明会をボイコットし、同意も一切しなかった。

Bは、第2処分場の設置に係る開発事業は、法の規定に照らして適法であり、たとえ周辺住民の同意がなくても、A市長が開発許可を拒否することはできないと考え、A市長に対し、事前協議を開始するよう改めて申し入れた。そこで、A市長は、条例による手續を進め、Bに対して開発許可を与えることにした。その一方で、A市は、周辺住民の強力な反対を考慮し、Bとの間で開発協定を締結し、その協定においては、「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、今回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認めない。」という条項（以下「本件条項」という。）が定められた。Bは、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したが、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え、協定の締結に同意した。なお、この開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また、法第33条第1項及び条例の定める基準には、本件条項に関係するものは存在しない。

令和2年になり、第2処分場がその容量の限界に達したため、Bは更に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第3処分場」という。）を設置することを計画した。第3処分場を設置するための土地の区画形質の変更も条例第2条第1項第1号の開発事業に該当するため、Bは、同年6月、A市長に対し、条例第4条に基づく事前協議を申し入れた。A市長は、同年7月、Bに対し、「本件条項により、第3処分場の設置に係る開発事業についての協議を受けることはできない。」という内容の通知（以下「本件通知」という。）をした。

Bは、本件条項の法的拘束力に疑問を抱いており、また、本件条項を前提としたA市長の対応に不満であることから、本件通知の取消訴訟を提起することを考えている。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、法及び条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件条項に法的拘束力は認められるか。本件条項の性質を示した上で、法の定める開発許可制度との関係を踏まえて、検討しなさい。なお、第2処分場の設置に当たってなされたA市長の指導は適法であることを前提にすること。

〔設問2〕

本件通知は、取消訴訟の対象となる処分当たるか。Bの立場に立って、想定されるA市の反論を踏まえて、検討しなさい。

【資料】

○ 都市計画法（昭和43年法律第100号）（抜粋）

（定義）

第4条 1～11 （略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13～16 （略）

（開発行為の許可）

第29条 都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。（以下略）

2・3 （略）

（開発許可の基準）

第33条 都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（中略）に適合しており、かつ、その申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならない。（以下略）

2～8 （略）

○ A市開発事業の手續及び基準に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、開発事業の計画に係る事前協議等の手續及び都市計画法（昭和43年法律第100号。以下「法」という。）の規定に基づく開発許可の基準その他開発事業に関し必要な事項を定めることにより、良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与することを目的とする。

（定義）

第2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る。

- 一 開発事業法第29条第1項（中略）の規定による開発行為の許可（中略）を要する開発行為をいう。
- 二 開発事業区域開発事業を行おうとする土地の区域をいう。
- 三 事業者開発事業を行おうとする者をいう。

2 前項に規定するもののほか、この条例において使用する用語は、法（中略）において使用する用語の例による。

（事前協議）

第4条 事業者は、開発事業を行おうとするときは、あらかじめ、規則で定めるところにより、開発事業の計画について市長と協議しなければならない。

（事前周知）

第8条 事業者は、規則で定めるところにより、開発事業（中略）の計画の内容、工
事の概要、環境への配慮等について、当該開発事業を行う地域の周辺住民等に対し
あらかじめ説明会を開催するなど当該開発事業に関する周知について必要な措置を
講じ、その結果を市長に報告しなければならない。

（指導及び勧告）

第10条 市長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、必要な措置を講じるよ
う指導し、又は勧告することができる。

- 一 第4条（中略）の規定による協議をせず、又は虚偽の内容で協議を行った者
- 二～五 （略）

（命令）

第11条 市長は、前条の勧告を受けた者が正当な理由なくこれに従わないときは、
開発事業に係る工事中止を命じ、又は相当な期限を定めて違反を是正するために
必要な措置を講じるよう命じることができる。

出題趣旨

本問は、都市計画法上の開発許可の事前手続を定めた条例（以下「条例」という。）の運用に際して、市と事業者の間で、事業者の開発制限に関する条項（以下「本件条項」という。）を含む開発協定が締結され、さらに、本件条項を前提にして、条例に基づく事前協議を受けることができないという市長の通知（以下「本件通知」という。）が発せられたという事実を基にして、行政契約の実体法的な制約、及び取消訴訟の訴訟要件に関する基本的な知識・理解を試す趣旨の問題である。

設問1は、本件条項の法的拘束力を問うものである。本件条項は、公害防止協定に類する規制的な契約であることから、最高裁判所平成21年7月10日第二小法廷判決（裁判集民事231号273頁）などを踏まえて、その法的拘束力の有無について検討することが求められる。その際、本件の事例に即して、とりわけ開発許可制度の趣旨を踏まえて論ずる必要がある。

設問2は、本件通知の処分性の有無を問うものであり、処分性に関する最高裁判例を基に検討することが求められる。その際、本件通知の法的根拠の有無、本件通知が条例上の措置や開発許可との関係でいかなる意義を有するか、開発不許可処分の取消訴訟において本件通知の違法性を争うことができるか、などについて、都市計画法や条例の規定を基に論ずることが求められる。

再現答案 A評価

1

第1 設問1

- 1 本件条項のような協定の法的性質について、これを法的拘束力を有しない紳士協定と解する立場がある。法律によらずに行政庁と私人の合意によって、当事者間に法的拘束力を発生させるのは妥当ではない、という理由である。
- 2 もっとも、法の趣旨・目的に反しない限度であれば、当事者間の合意に拘束力を認めるべきである。法の趣旨・目的に反しない以上、私人を不当に拘束するものとはならないし、私人が自らの意思により合意したのであれば、私人にとって不意打ちともならないからである。そして、かかる合意は公益的配慮も含むもので、当事者の利害の調整という私法の領域を超えたものであるから、その法的性質は行政契約であると解する。なお、これは当事者間の合意により拘束力を発生させるものであるから、公序良俗（民法90条）に反しないことも要求される。
- 3 以下、本件条項が行政契約として有効か検討する。
 - (1) まず、A市長が本件条項のように私人の開発事業の拡張を限定することは、法及び条例からは直ちに明らかとはならない。もっとも、法はこれを禁止しているわけではない。一方、条例は「良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与すること」を目的としている。とすれば、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行っている中で、住民の利益たる生活環境を考慮してかかる条項を設けることは、条例の趣旨に合致するというべきである。したがって、本件条項が法の趣旨・目的に反するものとは言えない。

2

- (2) Bが自らの開発事業を拡張するか否かは、もとよりBが任意に決定しうる事項である。そして本問においてBは当初条項の締結に難色を示していたものの、周辺住民が説明会をボイコットし、同意も一切しないなど、その反対が強固であることに鑑み、住民との関係改善のために任意に本件条項を締結したものである。したがって、当事者間の合意により、Bの開発事業の拡大をしないものとした本件条項は公序良俗に反しない。
- (3) よって、本件条項は行政契約として有効である。
- 4 以上より、本件条項に法的拘束力は認められる。

第2 設問2

- 1 「処分」（行政事件訴訟法3条2号）とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち（①公権力性）、当該行為によって直接国民の権利・義務を形成また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（②直接・具体的効果性）を言う。
 もっとも、今日における行政と私人の関係は従来想定された単純なものにとまらないから、①・②に加えて③実行的権利救済の観点からも、処分性を検討すべきである。
- 2 本件通知は行政庁たるA市長が一方的に行っているもので、①公権力性が認められるとも思える。もっとも、上記の通り本件条項には法的拘束力が認められるのであり、A市長の通知は本件条項に基づくものであるから、法律によるものとは言えず、①を満たさない。
- 3 また、上記のように本件条項に拘束力を認める以上、Bが新たに開発事業を行うことができないのは、本件条項の効力として発生したものと

3

考えるべきであり、本件通知によりBに直接、開発事業を行うことができないという法効果を発生させるものでもない(②不充足)。

4 では、③の観点から本件通知に処分性が認められないか。

(1) 本件条例を見ると、開発事業を行おうとする者は、市長と協議をしなければならない(条例4条)。また、かかる協議を経ずに開発事業を行った場合、市長から指導・勧告を受ける恐れがあり(条例10条)、勧告に従わなければ、市長から中止命令または違反是正措置命令が下る恐れがある(条例11条)。Bが本件通知に従わなかった場合、勧告・中止命令等が発出され、Bは開発事業を継続できなくなる恐れがあるのであり、Bの実行的権利救済の観点から処分性を認めるべきと考えられる。

(2) もっとも、法33条1項は、開発許可の申請があった場合、都道府県知事は当該申請の手続が「この法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならない」と規定している。その文言上法同条は開発許可の申請権を付与したものであると解される。また、条例は法の委任に基づくものではないから、「この法律に基づく命令の規定」には当たらない。そして、同条は申請が法の基準に適合する限り開発許可を出さなければいけないものとしている。条例により同条の申請権を否定することはできないから、従って、Bの権利救済としては同条により申請することであり、これが不許可となった場合に初めて取消訴訟を提起させれば足りる。したがって③の観点からも本件通知に処分性を認める必要はない、とのA市側の反論が考えられる。

4

(3) しかし、一切の交渉の余地を残さないようなA市長の態度からすれば、Bが本件通知に従わなかった場合には、相当程度の確実さを持って、勧告・命令等の後続の処分がなされるものであるから、やはり③の観点から処分性を認めるべきである。

5 従って、本件通知は取消訴訟の対象となる処分にあたる。

以 上

再現答案 B評価

1

第1 設問1

- 1 本件条項が含まれる開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また法33条1項及び条例の定める基準には本件条項に関係するものは存在しない。よって本件条項は法的根拠を有しない。行政契約たる性質を有する。
- 2(1) そこで、まず行政契約に法的拘束性を認めることは法律の留保原則に違反しないかが問題となる。
- (2) 法33条1項は、開発許可申請に係る開発行為が基準に適合しており、手続が法律又は法律に基づく命令に違反していないと知事が認める時は、開発許可を「しなければならない」と規定している。よって、当該基準以外での開発許可に関する契約に法的拘束力を認めない趣旨とも思える。もっとも、条例4条は開発許可を行う際事前にその計画につき市長と協議しなければならない旨規定しており、その際行う行政契約は「協議」の内容となるため、法は法的拘束力を有する契約を定めることを排斥する趣旨ではない。
- (3) したがって行政契約に法的拘束力を認めても法律の留保原則に反しない。
- 3(1) では、本件条項に法的拘束力が認められるか。
- (2) その判断は、行政契約たる性質に鑑み、当事者が法的拘束力をもたせる趣旨で作成したかという点で決する。もっとも、信義則（民法1条2項）に反する場合この限りでない。
- (3) 本件では、A市は周辺住民の強力な反対を考慮して「Bが行う…開発事業については今回の開発区域内…に限るものとし、今後一切の例

2

外は認めない。」との条項を作成しており、この文言からすれば、法的拘束力をもたせる趣旨で両者が協定を結んだとも思える。もっとも、BはA市長との事前協議で開催を指導された説明会を周辺住民に提案したが、周辺住民は説明会をボイコットし、同意も一切しなかった。よって周辺住民の不同意の態度は強いものであり、Bは周辺住民との関係を改善することも必要だと考えてとりあえず本件条項に同意したものと解せる。当初は協定締結に難色を示していたことから、法的拘束力まで認める趣旨で同意したとはいえない。

- (4) 以上より、本件条項に法的拘束力をもたせる趣旨で協定が締結されたとはいえない。よって、本件条項に法的拘束力は認められない。

第2 設問2

- 1 本件通知は「処分」（行政事件訴訟法3条2項）にあたりとBは主張する。
- 2 「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を画定することが法律上認められているものを指す。その判断にあたっては、①公権力性、②法効果性を考慮し、加えて実効的権利救済の観点も加味する。
- 3(1) まず、本件通知は条例4条の事前協議につきA市長の優越的地位に基づいて行うものだから、①は認められる。
- (2) では②は認められるか。
ここでA市としては本件通知は事実上の行為にすぎず、何ら国民の権利義務を形成するものでないと反論が考えられる。また、通知が行

3

われ、それに反したとしても「できる」(条例10条, 11条)との規定から後の処分を行うかの裁量は市長に委ねられるため、通知自体は効果性をもたないとの反論も考えられる。もっとも、A市長は周辺住民の反対を考慮して本件条項を設けていることから、これ以上の開発許可を認めない考えと言え、本件通知がされれば相当程度の確実さをもって勧告がなされ、勧告に従わなければ中止命令・違反是正命令がなされることとなる。したがってBは本件通知により後の中止命令・違反是正命令を受ける地位に立たされると言え、②法効果が認められる。

(3) ここで、実際に後続の処分たる中止命令・違反是正命令が行われてからそれを「処分」として取消訴訟を行えば良いという反論が考えられる。もっとも、開発事業を行うBにとっては早期の紛争解決・開発許可がなされることが望ましく、実効的権利救済の観点からも処分性を認めるべきである。

4 以上より、①公権力性、②法的効果が認められ、実効的権利救済の観点からも処分性を認めるべきなので、本件通知は「処分」にあたりBは主張する。

以上

4

再現答案 D評価

- 1 第1 設問1
- 1 本件条項の性質
 本件条項を含む開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また法33条1項及び条例の定める基準には、本件条項に係るものは存在しないので、本件条項は法の委任に基づかない協定として性質を有する。
- 2 法の定める開発許可制度との関係
- (1) 開発行為をしようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない（法29条1項）、その基準は法33条1項に定められている。
 法33条1項は「その申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるとき」という行政方へ積極的に判断を委ねるような文言を用いている。
 このような文言となっている趣旨は、建築物の建築や特定工作物の建築の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更については、いかなる区画形質の変更が良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与するかを行政方の専門技術的判断に委ねる点にある。
 よって開発許可には裁量がある。
 そうだとすればかかる法の文言・趣旨と抵触する協定であれば、法的拘束力が認められないと解する。
- (2) 法29条1項、33条1項の文言・趣旨は上記の通りである。
 本件条項は「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、
- 2 今回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認めない。」というものである。
 「今後一切の例外を認めない。」というのは重い規制であるし、Bが今後行おうとしている開発事業が良好な都市環境の保全及び形成を図り、もって秩序ある調和のとれたまちづくりに寄与するものとしても、制限しなければならないのは、上記法29条1項、33条1項の趣旨と抵触する。
 よって本件条項に法的拘束力は認められない。
- 第2 設問2
- 1 本件通知が取消訴訟の対象となる「処分」（行政事件訴訟法3条2項）に当たるか。
 「処分」とは公権力の主体たる国又は団体が行う行為のうち、その行為に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上認められているものを言う。
 その判断は①公権力性と②法効果性からなされ、国民の実効的な権利救済も加味して判断する。
- (1)ア A市は、本件通知は本件条項により行われているので公権力性が認められないと反論することが考えられる。
 イ もっともA市長はBに対し、優越的地位に基づいて一方的に本件通知を行っているので、公権力性は認められる。
- (2)ア Bが本件通知に従わず、条例4条に基づく事前協議を受けることなく、開発事業を行おうとした場合は、必要な措置を講じるよう指導又は勧告がなされる（条例10条1号）。

3

イ これに対しA市は中止命令や違反是正命令がなされる蓋然性がないと反論することが考えられる。

確かに条例10条1号及び11条は「できる」と規定しており、行政方の裁量に委ねられている。

もっとも勧告不服従が要件化されているし、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行うことを防止するために、開発事業に係る中止命令や違反是正命令がなされる蓋然性がある。よって法効果性が認められる。

- (3) またBは第2処分場がその容量の限界に達したため、更に新たな産業廃棄物処理施設を設置することを計画していたところ、第3処分場の設置に係る開発事業が中止されると、産業廃棄物の処理が困難となるので、国民の実効的権利救済の観点からも、本件通知の時点で争う機会が与えられるべきである。

- 2 よって本件通知は、取消訴訟の対象とする処分に当たる。

以 上

4

再現答案 E 評価

1 第1 設問1について

1 本件条項については、都市計画法（以下「法」）33条1項及び条例を根拠とするものではない。

もっともBとA市は対等な立場で本件条項を定めているから、本件条項の法的性質は行政契約であるといえる。

では本件条項に法的拘束力が認められるか。

2 行政契約は行政が私人と対等な立場で契約をするものであるため当事者間での拘束力は認められるものの法的拘束力は原則認められない。

もっとも契約内容が、内容、文言等に照らし、根拠法令の内容を具体化したものであるといえる場合には例外的に法的拘束力を認めるべきといえる。

3 条例4条は市長と事前協議をすることが法33条により開発事業の開発許可の要件となっている。

もっとも条例4条は「協議」とするのみで、その文言からはどのような協議かを読み取ることができない。

そうだとすれば、本件条項の「Bが行う廃棄物処理開発事業については、今回の開発区域内の土地及び規模に限る」という内容は、協議の内容を具体化したものであるといえる。以上より本件条項は、行政契約という法的性質を持ち、開発許可（法33条）の要件である「事前協議」（条例4条）を具体化したものであるため、法的拘束力が認められるといえる。

第2 設問2について

1 「処分」（行政訴訟法3条2項）は、公権力の主体たる国または公共

2 団体の行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成した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指す。

2 本件条項は設問1より法的拘束力があるといえる。よって本件条項に基づく本件通知は、A市長という地位に基づいた一方的な通知であるといえる。

3 Bは本件通知がなされれば法29条による開発許可を得られなくなるので具体的法効果性が認められると主張する。他方A市は、本件通知がなされても開発許可が得られないという関係にあるとはいえないと反論する。

確かに本件通知は、「協議」（条例4条）の具体化である本件条項に基づきBの計画の変更を任意で求めるに過ぎない行政指導（行政手続法2条6号）といえ、不利益がないように思える。

もっとも本件通知がなされれば、条例4条の事前協議なく第3処分場の開発事業をすることとなる。

そうすると、条例10条1号により勧告がなされ、勧告に従わなければ条例11条により開発の中止命令がなされる蓋然性が高いといえる。また本件通知がなされた時点で、法29条による許可が受けられないことが明らかになるといえるので、実効的権利救済性もある。

以上より、本件通知は「処分」にあたるといえる。

以上