

司法試験

武山茂樹講師のピンポイント講義
行政法
裁量基準を極める

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 166964

LU16696

裁量基準を極める

平成28年7月23日

LEC東京リーガルマインド専任講師 武山茂樹

1、はじめに

・裁量基準＝行政内部での裁量行使の基準。法規ではなく、行政内部の基準。

※裁量判断を個々の行政庁に委ねると、恣意的判断のおそれ、判断の不統一、平等原則に反する恐れがある。また国民の予測可能性も害する。

→裁量基準を定めた

Cf) 法令の委任を受けた基準は、法令である。

例) 国家公務員の懲戒処分

(懲戒の場合)

第八十二条 職員が、次の各号のいずれかに該当する場合には、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。

一 この法律若しくは国家公務員倫理法 又はこれらの法律に基づく命令（国家公務員倫理法第五条第三項の規定に基づく訓令及び同条第四項の規定に基づく規則を含む。）に違反した場合

二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合

三 国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

公務員懲戒についての人事院規則（架空）

第〇条 公務員が罰金刑を受けた場合、減給または戒告の処分をする

例1) 国家公務員が、スピード違反で罰金刑を受けた。しかし、当該公務員は違反を繰り返しているとして停職1か月の処分を受けた

→裁量基準から逸脱した処分は、取消せるか？

例2) 国家公務員が、スピード違反で罰金刑を受けた。しかし、当該国家公務員は、路上で倒れていた人を緊急に病院へ搬送するために当該違反をしたものだった（刑事裁判では過剰避難が認定）。しかし、当該公務員は、減給の処分を受けた。

→裁量基準通りでも、機械的適用を許さない特段の事情がある場合、当該処分を取り消せるか？

2、裁量判断の枠組み

(1) 全体の枠組み

①法の解釈・適用として誤りではないか？

(ここで誤りなら、裁量権の逸脱濫用を論じるまでもなく即違法)

↓ 誤りではない

②法が行政に裁量を認めているか

(認めていないのに行政が裁量権を行使したら即違法)

↓ 裁量がある

③裁量権の逸脱濫用があるか

(2) 法の解釈の問題か、裁量の逸脱濫用の問題か？

例えば、法が「行政庁は～の場合には、業務停止処分ができる」としか書いていないのに営業許可取消処分をしたら、それは裁量権のレベルで論ぜずに、法解釈のレベルで違法

※しかし、法の解釈の問題か、裁量の逸脱濫用の問題か、あいまいなケースもある。

建設業法

(指示及び営業の停止)

第二十八条 国土交通大臣又は都道府県知事は、その許可を受けた建設業者が次の各号のいずれかに該当する場合...においては、当該建設業者に対して、必要な指示をすることができる...

一 建設業者が建設工事を適切に施工しなかつたために公衆に危害を及ぼしたとき、又は危害を及ぼすおそれが大であるとき。

二 建設業者が請負契約に関し不誠実な行為をしたとき。

例) 建設業者Aが建設業とは関係のない、オーダーメイドのスーツの仕立て屋をやっていた(製作物供給契約)。このスーツの仕立ての契約に関して、不誠実な行為をAが行っていた。その場合、許可権者である国土交通大臣は、建設業法28条1項2号の指示処分をなすことができるか。建設業者A側に立って立論せよ。

<考え方1>

28条1項2号の「請負契約」は、建設業法の中の指示処分の要件なのだから、当然「建設業に関する請負契約」に限られる。とすれば、建設業に関する請負契約という要件に該当しないのに、指示処分をした行為は違法である。

<考え方2>

28条1項2号の「請負契約」は、建設業法の中の指示処分の要件なのだから、指示処分において考慮してよいのは「建設業に関する請負契約に関する事実」であって、それ以外の請負契約に関する事実は含まない。スーツの仕立てに関する不誠実な行為を考慮したのは、他事考慮であり、裁量権の逸脱濫用がある。

(3) 裁量の逸脱濫用判断の枠組み

ア) 判例の考え方

例) 裁量行為Aの違法性を争う場面

<法令解釈をして、Aが裁量行為であることを認定>

↓

しかし、裁量行為といえども、逸脱濫用がある場合は違法となる（行訴30条参照）。すなわち、その判断が重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる。

↓

<あてはめ>

※逸脱濫用審査を使う方法である。

①重大な事実誤認、②目的違反・動機違反、③平等原則違反、④比例原則違反、⑤考慮不盡をあげてもよいだろう。

イ) 裁量の幅を使う方法

<法令解釈をして、Aが裁量行為であることを認定>

↓

<裁量の広狭も認定>

↓

そして、裁量行為といえども、逸脱濫用がある場合は違法となる（行訴30条参照）。但し、法が行政に与えた裁量の幅を考慮して、裁量の幅が広い場合は逸脱濫用審査、裁量の幅が狭い場合には、判断代置審査を行うべきである。

↓

<あてはめ>

※判断代置審査

＝裁判所が行政庁の立場に立って全面的に審査をやり直す方式。

※判断過程審査

逸脱濫用審査と判断代置審査の間である判断過程審査(裁判所が、第三者的立場から、行政庁の判断過程の合理性を審査する方式)を用いる方法もある。

3、様々な規則

(1) 行手法上の区別

- ・審査基準(行手法2条8号ロ、5条1項)
- ・処分基準(行手法2条8号ハ、12条1項)
- ・行政指導方針(行手法2条8号ニ、36条)

→審査基準・処分基準は行政行為を行う際の裁量基準、行政指導方針は行政指導を行う際の裁量基準

(2) 解釈基準と裁量基準

ア) 定義

・解釈基準＝法令の解釈を統一するため、(上級行政機関が下級行政機関に対して発する)基準

例) 国税庁長官が税務署長に対して発する通達

※課税要件や刑罰の構成要件を定める規定については行政の裁量が認められないから、これらに関するものは通常解釈基準と解される。

それら以外の分野にも当然解釈基準は見られる。

解釈基準は、それが妥当な解釈を示している限り、法規の解釈となる

→法規と一体として用いられる。

・裁量基準＝行政内部での裁量行使の基準。法規ではなく、行政内部の基準。

イ) 区別

・当該法規が行政庁の裁量を認めているかによる

※行手法の設定義務との関係

解釈基準と裁量基準の判別は明確でないこともある

→基準設定段階では厳密に区別せずに、法律が不確定概念を用いている場合には、審査基準・処分基準を設定すべきである。

4、裁量基準に従った処分が取消事由となるか？

(1) 裁量基準に従わない処分がなされた場合

裁量基準は法規ではない

↓

とすれば、裁量基準を無視して、当該処分自体に裁量の逸脱濫用があるか個別に審査すべきとも思える

↓

しかし、恣意的判断のおそれ、判断の不統一、平等原則に反する恐れを排除し、国民の予測可能性を支えるために制定された裁量基準を全く無視するのは妥当ではない

↓

そこで、まず、裁量基準自体の合理性を判断すべきである。そして、裁量基準が合理的なら、その裁量基準に従わない処分は、平等原則に反し違法である。但し、裁量基準を機械的に適用すべきでない特段の事情がある場合は、例外的に適法になると解する。なぜなら、裁量基準はあくまで裁量行使の一つの基準であり、法規ではない以上、裁量権行使にあたって考慮すべき事項を考慮しないことは裁量の逸脱濫用になるからである。

↓

<裁量基準の合理性を判断>

↓

従って、裁量基準は合理的である。では、裁量基準を機械的に適用すべきでない特段の事情があるか。

↓

<特段の事情の有無を認定>

↓

従って、本件において裁量基準を適用すべきでない特段の事情は見当たらない。従って違法である。

(2) 裁量基準に従った処分がなされたが、機械的に裁量基準を適用すべきでない特段の事情があるとき。

裁量基準は法規ではない

↓

とすれば、裁量基準を無視して、当該処分自体に裁量の逸脱濫用があるか個別に審査す

べきとも思える

↓

しかし、恣意的判断のおそれ、判断の不統一、平等原則に反する恐れを排除し国民の予測可能性を支えるために制定された裁量基準を全く無視するのは妥当ではない

↓

そこで、まず、裁量基準自体の合理性を判断すべきである。そして、裁量基準が合理的なら、その裁量基準に従った処分は原則適法となる。但し、裁量基準を機械的に適用すべきでない特段の事情がある場合は、例外的に違法になると解する。なぜなら、裁量基準はあくまで裁量行使の一つの基準であり、法規ではない以上、裁量権行使にあたって考慮すべき事項を考慮しないことは裁量の逸脱濫用になるからである。

↓

<裁量基準の合理性を判断>

↓

従って、裁量基準は合理的である。では、裁量基準を機械的に適用すべきでない特段の事情があるか。

↓

<特段の事情の有無を認定>

↓

従って、本件において裁量基準を適用すべきでない特段の事情が存在する。従って本件処分は、考慮すべき事項を考慮しなかった点に裁量の逸脱濫用があり、違法である。

5、過去問検討

(1) H28 司法試験行政法

課題 【資料2 要綱(抜粋)】に定められている基準は、それぞれ解釈基準か裁量基準か。その区別を踏まえて、それぞれの基準を原告適格の判断(設問1)に用いることができるか。また、設問2の裁量に関わる部分について検討せよ。

(2) H27年司法試験行政法

課題 【資料2 本件基準(抜粋)】に定められている基準は、解釈基準か裁量基準か。また設問2について検討せよ。

平成28年司法試験
公法系科目第2問

[公法系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1], [設問2], [設問3], [設問4] の配点割合は、25：30：30：15])

株式会社Aは、Y1市において、旧来の銭湯に比して規模の大きな日帰り入浴施設である、いわゆるスーパー銭湯（以下「本件スーパー銭湯」という。）を建築して開業することを計画した。本件スーパー銭湯及びこれに附属する自動車車庫（以下「本件自動車車庫」という。）の建築予定地である一団の敷地（以下「本件敷地」という。）は、都市計画に第一種低層住居専用地域として定められた地域にある。

Aは、平成28年3月20日、近隣住民に対する説明会において、本件スーパー銭湯の建築計画について、大略、以下のとおり、説明した。

「本件スーパー銭湯は、地上2階建て、延べ床面積約1490平方メートルであり、本件自動車車庫は、1層2段の自走式自動車車庫であり、その収容台数は130台で床面積は約1500平方メートルである。本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫の建築予定地である本件敷地の面積は約4150平方メートルである。また、本件スーパー銭湯は、白湯、泡風呂、露天風呂等の各種浴場、サウナ風呂、各種自販機コーナー、休憩コーナー、マッサージコーナーがあるほか、軽食と生ビールが提供される飲食コーナー及び小規模な厨房施設（飲食コーナー及び厨房施設の床面積の合計は約50平方メートル）を備え、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、広範囲の地域から顧客が自動車で来店することを予定しており、来客予想人数は、土日休日は1日当たり約1500人である。」

ところで、本件自動車車庫の床面積は600平方メートルを超え、建築基準法（以下「法」という。）第48条第1項、別表第二（イ）項第10号及び建築基準法施行令第130条の5第1号により、第一種低層住居専用地域では原則として建築することができないため、Aがこれを適法に建築するためには、法第48条第1項ただし書に基づき、特定行政庁であるY1市長の許可（以下「例外許可」という。）を得る必要がある。そこで、Aは、同年4月5日、Y1市長に対し、本件自動車車庫の建築について、法第48条第1項ただし書に基づき例外許可の申請をした。

Y1市長は、例外許可の申請を受けて、同年5月6日、利害関係人らの意見を聴取するため、法第48条第14項の定める公開による意見の聴取（以下「公聴会」という。）を開催した。公聴会には、本件スーパー銭湯の周辺に居住する5名の住民（以下「Xら」という。）が、利害関係人として出席した。Xらのうち、X1ら2名（以下「X1ら」という。）は、本件自動車車庫に隣接し、本件自動車車庫から直線距離で約6メートル離れた位置の建物に居住している住民であり、X2ら3名（以下「X2ら」という。）は、本件敷地から約45メートル離れた位置で、かつ、幹線道路から本件自動車車庫に通ずる道路沿いの建物に居住する住民である。公聴会において、X1らは、本件自動車車庫に出入りする多数の自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア（注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象）及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨、X2らは、本件自動車車庫に出入りする多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあることが明白である旨の意見を陳述した。

また、Y1市長は、例外許可の申請を受けて、Y1市建築審査会に対し、法第48条第14項本文の定める同意について諮問した。Y1市建築審査会における議決の成立には、出席委員の過半数の賛成を要するところ、Y1市建築審査会は、同年5月30日、審理の上、出席委員7名のうち5名の委員の賛成をもって、Y1市長が例外許可をすることについて、同意（以下「本件同意」という。）をした。

後日、Y1市建築審査会の本件同意に係る議決には、Aの代表取締役の実弟Bが委員として加わり、賛成票を投じていたことが明らかになったが、本来、Bは、Y1市建築審査会の議事から除斥

されるべき者であった（法第82条）。しかし、Y1市建築審査会は、Bを除外してもなお議決の成立に必要な過半数の委員の賛成があるとして、本件同意に係る議決をやり直すことなく、そのまま維持した。

Y1市長は、同年6月8日、Y1市建築審査会による本件同意を受けて、本件自動車車庫の建築について、法第48条第1項ただし書の「第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがない」と認め、例外許可（以下「本件例外許可」という。）をした。Y1市には、例外許可の基準として「建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱」（【資料2】。以下「本件要綱」という。）がある。

例外許可については、申請者以外の者に通知することは予定されていないが、Xらは、遅くとも、同年6月末日までに本件例外許可がされたことを知った。そこで、Xらは、Xらが居住する地域は、都市計画法上の第一種低層住居専用地域であり、良好な住居の環境の保護に対する要請が最も強い地域であることを考慮すれば、良好な住居の環境を著しく害するおそれのある本件スーパー銭湯の建築は到底許されないはずであるとして、本件スーパー銭湯の建築を阻止したいと考えた。

他方、Aは、同年9月14日、指定確認検査機関（注：国土交通大臣又は都道府県知事の指定を受けて建築確認をする民間の機関）Y2に対し、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、法第6条の2第1項に基づく建築確認の申請をした。これに対し、Y2は、法別表第二（イ）項第7号によれば、本件スーパー銭湯は、第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物である「公衆浴場」に該当すると判断せざるを得ないとして、同年10月7日、本件スーパー銭湯及び本件自動車車庫を一体として、建築基準関係規定に適合する旨の建築確認（以下「本件確認」という。）をした。

Xらは、本件スーパー銭湯の建築を阻止するため、代理人弁護士に委任することなく、平成29年1月17日、Y1市を被告として本件例外許可の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟1」という。）を、Y2を被告として本件確認の取消しを求める訴え（以下「本件訴訟2」という。）をそれぞれ提起した。その後、Xらは、Y1市及びY2の各答弁書への反論を準備する過程で、今後の訴訟追行に不安を覚えたため、弁護士事務所にご相談に訪れ、弁護士に本件訴訟1及び本件訴訟2の訴訟追行を委任した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Cの指示に応じる弁護士Dの立場に立って、設問に答えなさい。

なお、建築基準法、都市計画法、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律、公衆浴場法及び建築基準法施行令の抜粋を【資料1 関係法令】に、Y1市の建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱（本件要綱）の抜粋を【資料2 要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げているので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、X1らとX2らのそれぞれの原告適格は認められるか。

〔設問2〕

本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）において、本件例外許可は適法であると認められるか。解答に当たっては、Xらによる本件例外許可の違法事由の主張として考えられるものを挙げて論じなさい。

〔設問3〕

Xらは、本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において、〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由を主張することができるか。解答に当たっては、本件訴訟1及び本件訴訟2において、い

ずれもXらの原告適格が認められること、〔設問2〕で挙げた本件例外許可の違法事由が認められることを前提に下さい。

〔設問4〕

本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）において、本件確認は適法であると認められるか。解答に当たっては、Xらによる本件確認の違法事由の主張として考えられるものを挙げて、論じなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士C：本日は、Xらの案件について議論したいと思います。Xらは、代理人弁護士に委任することなく、自ら、Y1市を被告として本件訴訟1（本件例外許可の取消訴訟）を、Y2を被告として本件訴訟2（本件確認の取消訴訟）をそれぞれ提起したということですね。

弁護士D：はい。そうです。

弁護士C：それでは、本件訴訟1から検討していきましょう。本件訴訟1における本件例外許可の対象となっている本件自動車車庫について、「1層2段の自走式自動車車庫」とはどういうものですか。

弁護士D：1階建ての1階部分及び屋上部分を自動車の駐車場所として、両部分をスロープで連結させ、自動車で行って駐車場所まで移動する方式の自動車車庫のことです。本件自動車車庫は、1階部分に屋根があり、柱が基礎に固定されているので、建築基準法上の「建築物」に当たることは間違いありませんが、屋上部分の外周に転落防止用の金属製の網状フェンスが設置されているのみで壁はないため、自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスを防ぐ構造にはなっていません。

弁護士C：そうすると、近隣住民の被る夜間の自動車の騒音、ライトグレア及び排気ガスによる被害は重大なものになりますね。

弁護士D：Xらもこの点を心配しています。

弁護士C：本件訴訟1の訴訟要件としては何が問題になりますか。

弁護士D：原告適格と出訴期間が問題になります。

まず、原告適格については、X1らは、本件自動車車庫に隣接して居住する者ですが、本件スーパー銭湯は、年中無休、午前10時から午後12時までの営業で、来場する自動車が多く、特に、土日休日は1日約550台にも及ぶため、自動車のエンジン音、ドアの開閉音などの騒音、ライトグレア及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。また、X2らは、本件自動車車庫から若干離れたところに居住する者ですが、本件自動車車庫から幹線道路に通ずる道路沿いに居住していることから、多数の自動車の通行による騒音及び排気ガスにより居住環境が悪化し、交通事故が多発するおそれがあると主張しています。

弁護士C：X1ら及びX2らのそれぞれについて、本件訴訟1の原告適格を肯定することはできるのでしょうか。根拠法令及び関係法令を参照し、X1ら及びX2らの個別の事情を考慮しつつ検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：Xらは、本件訴訟1については、本件例外許可を知った日から6か月を経過して訴えを提起したということですね。Xらが出訴期間を徒過したのは、どのような理由からですか。

弁護士D：Xらによれば、Y1市の担当職員に、例外許可の違法を争う方法を尋ねたところ、同職員から、例外許可の違法については、後続の建築確認の取消訴訟の中で主張すれば足りるとの説明を受けたということです。出訴期間の徒過については、行政事件訴訟法第14条第1項ただし書の「正当な理由」があると主張して争いたいと考えています。

弁護士C：そうですか。出訴期間の徒過につき「正当な理由」があるかどうかについては、既に検討済みということですから、本件訴訟1の訴訟要件の検討対象から外してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：次に、Xらが、本件訴訟1において主張し得る本件例外許可の違法事由としては、どのようなものが考えられますか。

弁護士D：第1に、除斥事由のあるBが建築審査会の同意に係る議決に加わっていることから、手続上の瑕疵があるという主張が考えられます。第2に、Y1市長による本件例外許可については、裁量権の範囲の逸脱、濫用があったという主張が考えられます。

弁護士C：そうですね。第1については、除斥事由が定められた趣旨等を踏まえて検討してください。
第2については、本件要綱の法的性質を踏まえた上で、本件例外許可についてのY1市長の裁量権の内容、範囲を検討し、説得的な主張ができるようにしてください。

弁護士D：検討してみます。

弁護士C：次に、本件訴訟2についての検討に入りましょう。まず、本件訴訟2の原告適格についても問題となりますが、今回は、本件訴訟2については、Xらの原告適格が肯定されることを前提にして、他の問題点を先に検討することにしましょう。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：ところで、本件例外許可の違法を主張したいということでしたが、本件訴訟2の中で、その違法を主張することはできるのでしょうか。

弁護士D：うーん。難しいところですね。本件例外許可の違法については、本件訴訟1において主張するのが本筋ですので、許されないような感じもしますが…。

弁護士C：Xらが、本件訴訟2の中で、本件例外許可の違法を主張することができるかという問題は、本件では重要な争点となりますので、この点については、できるだけ多角的な観点から検討してください。

弁護士D：分かりました。たしか、関連する最高裁判所の判例もあったと思いますので、併せて検討してみます。

弁護士C：次に、Xらの言い分の中から、本件確認の違法事由として、どのような主張を構成することができますか。

弁護士D：第1に、旧来の「銭湯」と本件スーパー銭湯とを同一のものと考えて行った本件確認は違法という主張ができるように思います。本件に関し、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」が第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物とされた趣旨について調査したところ、「建築基準法が制定された昭和25年当時は、住宅に内風呂がない者が相当程度おり、国民の健康、公衆衛生を確保するため住居専用地域（注：「住居専用地域」とは当時の用途地域の区分であり、現在の「第一種低層住居専用地域」を含む地域である。）に公衆浴場を設けることが必要不可欠であった。」と説明されています。また、都市部において、住宅の浴室保有率が急増したのは昭和30年代からと言われ、住宅の浴室保有率は、統計を取り始めた昭和38年には59%であったのに対し、現在は95.5%となっています。

弁護士C：本件スーパー銭湯の入浴料金は、どうなっていますか。

弁護士D：公衆浴場法の適用を受ける「公衆浴場」については、Y1市の属する県の公衆浴場法施行条例で「一般公衆浴場」と「その他の公衆浴場」に区分されており、「一般公衆浴場」とは、公衆浴場法第1条第1項に規定する公衆浴場であって、その利用の目的及び形態が地域住民の日常生活において保健衛生上必要な施設として利用されるものとして、物価統制令の規定に基づき入浴料金が定められているものをいい、「その他の公衆浴場」とは、「一般公衆浴場」以外の公衆浴場をいいます。旧来の「銭湯」は、「一般公衆浴場」に当たり、物価統制令に基づく価格統制の対象となっていますが、スーパー銭湯は「その他の公衆浴場」に当たり、価格統制の対象外となっています。Y1市の属する県の告示により、「一般公衆浴場」の入浴料金の統制額（上限金額）は、「大人（12歳以上）につき、400円」等と定められています。これに対し、本件スーパー銭湯の入浴料金は「大人（12歳以上）につき、平日600円、土日祝日700円」等となっています。

弁護士C：本件スーパー銭湯が「一般公衆浴場」と実態が異なるということは分かりました。これに加えて、本件スーパー銭湯には、飲食コーナー及び厨房があるということですね。この飲食店部分についても、建築基準法別表第二（い）項第7号の「公衆浴場」に当たると考えてよいのでしょうか。第一種低層住居専用地域に建築することができる建築物にはどのようなも

のがあるかをよく確認した上で、本件スーパー銭湯の建築は到底許されないというXらの言い分について、法律解釈としてどのように主張を構成することができるかについて、検討してください。

弁護士D：分かりました。

弁護士C：ところで、Xらから受任してから速やかに、本件確認の効力を停止する執行停止の申立てをしたということですね。

弁護士D：そうです。建築基準法第6条第1項による確認を受けた建築物の工事が完了したときは、その確認の取消しを求める訴えの利益は失われるというのが最高裁判所の判例ですから、本件訴訟2の係属中に訴えの利益が失われることのないように、速やかに執行停止の申立てをしておきました。

弁護士C：執行停止の件については、既に検討済みとのことですので、今回は、執行停止以外の問題点について検討してください。

弁護士D：分かりました。

【資料 1 関係法令】

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（括弧内略）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（以下略）

一～四 （略）

2・3 （略）

4 建築主事は、第1項の申請書を受理した場合には、同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から35日以内に、同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に、申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5～9 （略）

（国土交通大臣等の指定を受けた者による確認）

第6条の2 前条第1項各号に掲げる建築物の計画（前条第3項各号のいずれかに該当するものを除く。）が建築基準関係規定に適合するものであることについて、第77条の18から第77条の21までの規定の定めるところにより国土交通大臣又は都道府県知事が指定した者〔注：「指定確認検査機関」を指す。〕の確認を受け、国土交通省令で定めるところにより確認済証の交付を受けたときは、当該確認は前条第1項の規定による確認と、当該確認済証は同項の確認済証とみなす。

2～7 （略）

（用途地域等）

第48条 第一種低層住居専用地域内においては、別表第二（い）項に掲げる建築物以外の建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第一種低層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合には、この限りでない。

2～13 （略）

14 特定行政庁は、前各項のただし書の規定による許可をする場合においては、あらかじめ、その許可に利害関係を有する者の出頭を求めて公開による意見の聴取を行い、かつ、建築審査会の同意を得なければならない。ただし、前各項のただし書の規定による許可を受けた建築物の増築、改築又は移転（これらのうち、政令で定める場合に限る。）について許可をする場合においては、この限りでない。

15 特定行政庁は、前項の規定による意見の聴取を行う場合においては、その許可しようとする建築物の建築の計画並びに意見の聴取の期日及び場所を期日の3日前までに公告しなければならない。

（建築審査会）

第78条 この法律に規定する同意及び第94条第1項の審査請求に対する裁決についての議決を行

わせるとともに、特定行政庁の諮問に応じて、この法律の施行に関する重要事項を調査審議させるために、建築主事を置く市町村及び都道府県に、建築審査会を置く。

2 建築審査会は、前項に規定する事務を行う外、この法律の施行に関する事項について、関係行政機関に対し建議することができる。

(建築審査会の組織)

第79条 建築審査会は、委員5人以上をもつて組織する。

2 委員は、法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者のうちから、市町村長又は都道府県知事が任命する。

(委員の除斥)

第82条 委員は、自己又は3親等以内の親族の利害に関係のある事件については、この法律に規定する同意又は第94条第1項の審査請求に対する裁決に関する議事に加わることができない。

別表第二 用途地域等内の建築物の制限(第27条、第48条、第68条の3関係)

(い) 第一種低層住居専用地域内に建築することができる建築物

一 住宅

二 住宅で事務所、店舗その他これらに類する用途を兼ねるもののうち政令で定めるもの

三 共同住宅、寄宿舎又は下宿

四 学校(大学、高等専門学校、専修学校及び各種学校を除く。)、図書館その他これに類するもの

五 神社、寺院、教会その他これらに類するもの

六 老人ホーム、保育所、福祉ホームその他これらに類するもの

七 公衆浴場(風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(昭和23年法律第122号)第2条第6項第1号に該当する営業(以下この表において「個室付浴場業」という。)に係るものを除く。)

八 診療所

九 巡査派出所、公衆電話所その他これらに類する政令で定める公益上必要な建築物

十 前各号の建築物に附属するもの(政令で定めるものを除く。)

[注:別表第二(い)項中の「政令」とは、後記「建築基準法施行令」を指す。]

(ろ)～(わ) (略)

○ 都市計画法(昭和43年6月15日法律第100号)(抜粋)

(目的)

第1条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

(地域地区)

第8条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、工業地域又は工業専用地域(以下「用途地域」と総称する。)

二～十六 (略)

2 (略)

3 地域地区については、都市計画に、第1号及び第2号に掲げる事項を定めるものとともに、

第3号に掲げる事項を定めるよう努めるものとする。

一 地域地区の種類（特別用途地区にあつては、その指定により実現を図るべき特別の目的を明らかにした特別用途地区の種類）、位置及び区域

二 次に掲げる地域地区については、それぞれ次に定める事項

イ 用途地域 建築基準法第52条第1項第1号から第4号までに規定する建築物の容積率（延べ面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）並びに同法第53条の2第1項及び第2項に規定する建築物の敷地面積の最低限度（建築物の敷地面積の最低限度にあつては、当該地域における市街地の環境を確保するため必要な場合に限る。）

ロ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域 建築基準法第53条第1項第1号に規定する建築物の建ぺい率（建築面積の敷地面積に対する割合をいう。以下同じ。）、同法第54条に規定する外壁の後退距離の限度（低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため必要な場合に限る。）及び同法第55条第1項に規定する建築物の高さの限度

ハ～リ （略）

三 （略）

4 （略）

第9条 第一種低層住居専用地域は、低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

2～22 （略）

第10条 地域地区内における建築物その他の工作物に関する制限については、この法律に特に定めるもののほか、別に法律で定める。

○ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年7月10日法律第122号）（抜粋）

（用語の意義）

第2条

1～5 （略）

6 この法律において「店舗型性風俗特殊営業」とは、次の各号のいずれかに該当する営業をいう。

一 浴場業（公衆浴場法（昭和23年法律第139号）第1条第1項に規定する公衆浴場を業として経営することをいう。）の施設として個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する営業

二～六 （略）

7～11 （略）

○ 公衆浴場法（昭和23年7月12日法律第139号）（抜粋）

第1条 この法律で「公衆浴場」とは、温湯、潮湯又は温泉その他を使用して、公衆を入浴させる施設をいう。

2 （略）

○ 建築基準法施行令（昭和25年11月16日政令第338号）（抜粋）

（第一種低層住居専用地域内に建築することができる兼用住宅）

第130条の3 法〔注：建築基準法〕別表第二（イ）項第2号（括弧内略）の規定により政令で定める住宅は、延べ面積の2分の1以上を居住の用に供し、かつ、次の各号の一に掲げる用途を兼ねるもの（これらの用途に供する部分の床面積の合計が50平方メートルを超えるものを除く。）とする。

一 （略）

二 日用品の販売を主たる目的とする店舗又は食堂若しくは喫茶店

三～七 (略)

(第一種低層住居専用地域及び第二種低層住居専用地域内に建築してはならない附属建築物)

第130条の5 法〔注：建築基準法〕別表第二(イ)項第10号(中略)の規定により政令で定める建築物は、次に掲げるものとする。

一 自動車車庫で当該自動車車庫の床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積(括弧内略)を加えた値が600平方メートル(括弧内略)を超えるもの(以下略)

二～五 (略)

【資料2 要綱（抜粋）】

建築基準法第48条ただし書許可に関する要綱

（趣旨）

第1 この要綱は、建築基準法第48条各項ただし書に規定する建築許可（以下「例外許可」という。）の基準及び手続に関して必要な事項を定めるものとする。

（許可基準）

第2 用途地域別の許可基準は、次に定めるものとする。

1 第一種低層住居専用地域，第二種低層住居専用地域

(1)～(3) (略)

(4) 自動車車庫で別紙「自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準」に適合するもの

(5) (略)

2～5 (略)

（公開による意見聴取）

第7 公開による意見聴取（以下「公聴会」という。）は、次によるものとする。

(1) 公聴会の案内は、公告を開催日の3日前までに行うほか、次の者に案内書を送付する。

ア 申請建築物の敷地〔注：「敷地」とは、一の建築物又は用途上不可分の関係にある二以上の建築物のある一団の土地をいう。〕から概ね50mの範囲の土地又は建物の所有者

イ 当該敷地が属する地縁による団体（自治会）の代表者

ウ 計画建築物の用途，規模により特に利害が大きいと思われる者

(2) 公聴会には、申請者及び設計者又はそれらの代理人の出席を求める。

2 公聴会において聴取した利害関係を有する者の意見は十分尊重しなければならない。

(別紙)

自動車車庫に係る建築基準法第48条第1項から第3項までの規定に関する許可基準

第1 許可方針

第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域（中略）において良好な住居の環境の確保を図りつつ、居住者等が利用する自動車車庫の建築を促進するため、第2の許可基準の1から3までのいずれかに適合し、住居の環境を害するおそれがないと認められる自動車車庫については、許可制度の積極的活用を図るものとする。

第2 許可基準

1 建築物に附属する自動車車庫にあつては、次に掲げる条件に該当するものであること。

(1) 当該自動車車庫の床面積の合計及び階が、用途地域に応じて次に掲げるところによること。

イ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域にあつては、床面積の合計に同一敷地内にある建築物に附属する自動車車庫の用途に供する工作物の築造面積（中略）を加えた値が1500㎡以下であり、かつ、1階以下の部分にあること。

ロ・ハ （略）

(2)・(3) （略）

(4) 当該自動車車庫の敷地の位置及び道路との関係、構造等が次の条件に該当すること。

イ 騒音

周囲に対する騒音の低減を図るため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあつては、遮音壁の設置等を行うこと。

ロ ライトグレア〔注：光のまぶしさにより物が見えにくくなったり、一過性の盲目状態になったりするような現象〕

光が周囲の建築物に頻繁に当たることのないようにするため、敷地内の建築物の配置を踏まえた適切な配置、地階への設置等を行うこと。これらの対応が困難な場合にあつては、植栽、目隠し板の設置等を行うこと。

ハ 排気ガス

排気ガスを排出するための換気孔等を設ける場合には、適切な位置に換気孔を設置する等により、周囲に害を及ぼさないよう配慮すること。これらの対応が困難な場合にあつては、植栽、塀の設置等を行うこと。

ニ 接道要件 （略）

ホ その他 （略）

2・3 （略）

第3 （略）

— M E M O —

平成27年司法試験
公法系科目第2問

[公法系科目]

[第2問] (配点：100 [[設問1], [設問2], [設問3] の配点割合は, 2 : 5 : 3))

株式会社Xは、指定数量以上の灯油を取り扱うため、消防法第10条第1項及び危険物の規制に関する政令（以下「危険物政令」という。）第3条第4号所定の一般取扱所に当たる取扱所（以下「本件取扱所」という。）につき、平成17年にY市長から消防法第11条第1項による設置許可を受け、灯油販売業を営んでいた（消防法その他の関係法令については【資料1】参照）。本件取扱所は、工業地域に所在し、都市計画法及び建築基準法上、適法に建築されている。建築基準法上は、都市計画法上の用途地域ごとに、一般取扱所を建築できるか否かが定められ、建築できる用途地域については、工業地域を除き、一般取扱所で取り扱うことのできる危険物の指定数量の倍数（取扱所の場合、当該取扱所において取り扱う危険物の数量を当該危険物の指定数量で除して得た値を指す。以下「倍数」という。）の上限が規定されているが、工業地域については、倍数の制限なく一般取扱所を建築できることとされている。本件取扱所において現在取り扱われている倍数は55である。

ところが、本件取扱所から18メートル離れた地点において、株式会社Aが葬祭場（以下「本件葬祭場」という。）の建築を計画し、平成27年1月にY市建築主事から建築確認（以下「本件建築確認」という。）を受けた上で、建築工事を完了させ、同年5月末には営業開始を予定している。本件葬祭場の所在地は、平成17年の時点では第一種中高層住居専用地域とされていたため、都市計画法及び建築基準法上、葬祭場の建築は原則として不可能であったが、平成26年に、Y市長が都市計画法に基づき第二種中高層住居専用地域に指定替えする都市計画決定（以下「本件都市計画決定」という。）を行い、葬祭場の建築が可能になった。本件建築確認及び本件都市計画決定は、いずれも適法なものであった。

本件葬祭場の営業開始が法的な問題を発生させるのではないかという懸念を抱いたXの社員Bが、Y市の消防行政担当課に問い合わせたところ、同課職員Cは次のような見解を示した。

- (1) 本件葬祭場は、一般的な解釈に従えば、危険物政令第9条第1項第1号ロの「学校、病院、劇場その他多数の人を収容する施設で総務省令で定める」建築物（以下、同号に定める建築物を「保安物件」という。）に当たるから、危険物政令第19条第1項により準用される危険物政令第9条第1項第1号本文にいう距離（以下「保安距離」という。）として、本件取扱所と本件葬祭場との間は30メートル以上を保たなければならない。
- (2) ただし、保安距離は、危険物政令第19条第1項により準用される危険物政令第9条第1項第1号ただし書によって、市町村長が短縮することができる。Y市は、保安距離の短縮に関して内部基準（以下「本件基準」という。【資料2】参照）を定めている。本件基準は、①一般取扱所がいずれの用途地域に所在するかに応じて、倍数の上限（以下「短縮条件」という。）、②保安物件の危険度（保安物件の立地条件及び構造により判定される。）及び種類、並びに一般取扱所で取り扱う危険物の量（倍数）及び種類ごとに、短縮する場合の保安距離の下限（以下「短縮限界距離」という。）、③取扱所の高さ、保安物件の高さ及び防火性・耐火性、並びに両者間の距離から算定される、必要な防火壁の高さを定めている。そして、本件基準は、これら3つの要件が全て満たされる場合に限り、保安距離を短縮することができるとしている。本件基準によれば、本件取扱所が所在する工業地域における短縮条件としての倍数の上限は50であり、第二石油類に該当する灯油を取扱い、かつ、倍数が10以上の本件取扱所及び本件葬祭場に適用される短縮限界距離は20メートルである。
- (3) 本件葬祭場が営業を始めた場合、本件取扱所は、上記①及び②の要件を満たさないため、保安距離を短縮することができず、消防法第10条第4項の技術上の基準に適合しないこととなる。そこで、Y市長としては、消防法第12条第2項に基づき、Xに対し、本件取扱所を本件葬祭場から30メートル以上離れたところに移転すべきことを求める命令（以下「本件命令」という。）を発する予定である。

Xとしては、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増設することについては、技術的にも経営上も可能であり、実施する用意がある。他方、Xは、現在の倍数を減らすと経営が成り立たなくなるため、現在の倍数を減らせない状況にある。また、Xの所有する敷地内において、本件取扱所を本件葬祭場から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る。このような事情の下で、職員Cの見解に従うとすれば、Xは本件取扱所を他所に移転せざるを得ず、巨額な費用を要することになる。納得がいかない社員Bは、知り合いの弁護士Dに相談した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、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。

なお、消防法、都市計画法、建築基準法及び危険物政令の抜粋を【資料1 関係法令】に、本件基準の抜粋を【資料2 本件基準(抜粋)】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

Xは、本件命令が発せられることを事前に阻止するために、抗告訴訟を適法に提起することができるか。行政事件訴訟法第3条第2項以下に列挙されている抗告訴訟として考えられる訴えを具体的に挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。

〔設問2〕

仮に、本件命令が発せられ、Xが本件命令の取消しを求める訴訟を提起した場合、この取消訴訟において本件命令は適法と認められるか。消防法及び危険物政令の関係する規定の趣旨及び内容に照らして、また、本件基準の法的性質及び内容を検討しながら、本件命令を違法とするXの法律論として考えられるものを挙げて、詳細に論じなさい。解答に当たっては、職員Cの見解のうち(1)の法解釈には争いが無いこと、及び本件命令に手続的違法はないことを前提にしなさい。

〔設問3〕

仮に、本件命令が発せられ、Xが本件命令に従って本件取扱所を他所に移転させた場合、Xは移転に要した費用についてY市に損失補償を請求することができるか。解答に当たっては、本件命令が適法であること、及び損失補償の定めが法律になくとも、憲法第29条第3項に基づき損失補償を請求できることを前提にしなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士D：本日は、Xの案件について議論したいと思います。Xからは、「できれば事前に本件命令を阻止できないか。」と相談されています。Y市では、消防法第12条第2項による移転命令を発した場合、直ちにウェブサイトで公表する運用をとっており、Xは、それによって顧客の信用を失うことを恐れているのです。

弁護士E：本件葬祭場の営業が開始されれば、Y市長が本件命令を発することが確実なのですね。

弁護士D：はい。その点は、私からもY市の消防行政担当課に確認をとりました。

弁護士E：では、本件命令が発せられることを、抗告訴訟によって事前に阻止することが可能か、検討してみます。

弁護士D：お願いします。次に、本件命令を事前に阻止できず、本件命令が発せられた場合、Xとしては取消訴訟を提起して本件命令の適法性を争うことを考えています。消防法と危険物政令の関係規定をよく読んで、本件命令を違法とする法律論について検討してください。なお、本件葬祭場が、危険物政令第9条第1項第1号口の保安物件に該当するかどうかについて議論の余地がないわけではありませんが、その点は今回は検討せず、該当することを前提としてください。

弁護士E：危険物政令第9条第1項第1号ただし書については、本件基準が定められていますので、気になって立法経緯を調べました。このただし書の規定は、製造所そのものに変更がなくても、製造所の設置後、製造所の周辺に新たに保安物件が設置された場合に、消防法第12条により、製造所の移転等の措置を講じなければならなくなる事態を避けることを主な目的にして定められた、とのことでした。したがって、新たに設置される製造所の設置の許可に際して、このただし書の規定を適用し、初めから保安距離を短縮する運用は、規定の趣旨に合わない、行政実務上は考えられています。

弁護士D：では、このただし書の規定の趣旨・内容及び本件基準の法的性質を踏まえた上で、本件基準①及び②について検討してください。「倍数」は、耳慣れない用語かもしれませんが、取扱所で取り扱われている危険物の分量と考えてください。なお、このただし書にある、市町村長等が「安全であると認め」る行為が行政処分でないことは明らかですから、処分性の問題は考えなくて結構です。本件基準①は、工業地域などの用途地域について触れていますが、用途地域の制度の概要は御存じですね。

弁護士E：もちろんです。用途地域は、基本的に市町村が都市計画法に基づき都市計画に定めるもので、用途地域の種類ごとに、建築基準法別表第二に、原則として建築が可能な用途の建築物又は不可能な用途の建築物が列挙されています。

弁護士D：そのとおりです。建築基準法上、工業地域においては、一般取扱所を建築でき、倍数に関する制限もありません。

弁護士E：分かりました。それから、危険物政令第23条が、製造所、取扱所等の位置、構造及び設備の基準の特例を定めていますので、この規定についても立法経緯を調べました。消防法が昭和34年に改正される以前には、各市町村長が各市町村条例の定めるところにより異なる基準を設けて危険物規制を行っていたのですが、同年に改正された消防法により、危険物規制の基準が全国で統一されました。一方で、現実の社会には一般基準に適合しない特殊な構造や設備を有する危険物施設が存在し、また、科学技術の進歩に伴って一般基準において予想もしない施設が出現する可能性があるため、こうした事態に市町村長等の判断と責任において対応し、政令の趣旨を損なうことなく実態に応じた運用を可能にするために、危険物政令第23条が定められた、とのことでした。

弁護士D：なるほど。検討に当たっては、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離の例外を認めるために、同号ただし書が定められているとして、更に第23条を適用する余地があるかなど、第9条第1項第1号ただし書と第23条との関係についても整理しておく必要がありそうですね。

弁護士E：分かりました。それから、事情を確認したいのですが、Xは、防火塀の設置及び消火設備の増

設も考えているのですね。

弁護士D：はい、移転よりはずっと費用が安いですから、本件基準③の定める高さ以上の防火塀の設置や、法令で義務付けられた水準以上の消火設備を増設する用意があるとのことでした。

弁護士E：分かりました。

弁護士D：さらに、Xは、「敗訴の可能性もあるから、本件命令に従って他所に移転することも考えている。しかし、それには巨額の費用が掛かるが、Y市に補償を要求できないだろうか。」とも言っていました。そこで、Xが本件命令に従う場合や、本件命令の取消訴訟で敗訴した場合を想定して、損失補償の可能性も検討する必要があります。消防法上、本件のような場合について補償の定めはないのですね。

弁護士E：はい、ありません。

弁護士D：個別法に損失補償の定めがない場合に、憲法に基づき直接補償を請求できるかどうかについて、学説上議論がないわけではありませんが、その点は今回は検討せず、損失補償請求権が憲法第29条第3項により直接発生することを前提として、主張を組み立ててください。

弁護士E：消防法第12条は、取扱所の所有者等に対して、第10条第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課しています。この第12条の趣旨をどう理解するか、その趣旨が損失補償と関係するかが問題になりそうですね。

弁護士D：さらに、次のような事情も問題になりそうです。Xが本件取扱所の営業を始めた平成17年の時点では、本件葬祭場の所在地は、用途地域の一つである第一種中高層住居専用地域とされていました。第一種中高層住居専用地域では、原則として、建築基準法別表第二（は）項に列挙されている用途の建築物に限り建築できるのですが、葬祭場はここに列挙されておらず、建築が原則として不可能でした。しかし、平成26年の都市計画決定で第二種中高層住居専用地域に指定替えがされて建築規制が緩和されたため、葬祭場の建築が可能になりました。第二種中高層住居専用地域では、別表第二（に）項に列挙されていない用途の建築物であれば建築でき、葬祭場は、同（に）項7号及び8号の「（は）項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供する」建築物に当たりますので、二階建てまでで床面積が1500平方メートルを超えなければ、建築できるのです。

弁護士E：分かりました。そのような事情が損失補償と関係するかどうか、検討してみます。

弁護士D：よろしく申し上げます。本件命令が発せられた場合のXの対応方針を決めるに当たっては、一方で、取消訴訟を提起したとして本件命令が違法とされる見込みがどの程度あるか、他方で、損失補償が認められる見込みがどの程度あるかを、判断の基礎にする必要がありますので、綿密に検討を進めてください。

【資料1 関係法令】

○ 消防法（昭和23年7月24日法律第186号）（抜粋）

第1条 この法律は、火災を予防し、警戒し及び鎮圧し、国民の生命、身体及び財産を火災から保護するとともに、火災又は地震等の災害による被害を軽減するほか、災害等による傷病者の搬送を適切に行い、もって安寧秩序を保持し、社会公共の福祉の増進に資することを目的とする。

第2条 この法律の用語は左の例による。

2～6 （略）

7 危険物とは、別表第一の品名欄に掲げる物品で、同表に定める区分に応じ同表の性質欄に掲げる性状を有するものをいう。〔(注) 別表第一には、「第四類 引火性液体」として、第二石油類が掲げられ、「備考十四」として、「第二石油類とは、灯油、軽油その他（中略）をいい、」と記されている。〕

第10条 指定数量以上の危険物は、貯蔵所（中略）以外の場所でこれを貯蔵し、又は製造所、貯蔵所及び取扱所以外の場所でこれを取り扱ってはならない。（以下略）〔(注) 消防法上、指定数量とは、「危険物についてその危険性を勘案して政令で定める数量」をいう。〕

2 （略）

3 製造所、貯蔵所又は取扱所においてする危険物の貯蔵又は取扱は、政令で定める技術上の基準に従ってこれをしなければならない。

4 製造所、貯蔵所及び取扱所の位置、構造及び設備の技術上の基準は、政令でこれを定める。

第11条 製造所、貯蔵所又は取扱所を設置しようとする者は、政令で定めるところにより、製造所、貯蔵所又は取扱所ごとに、次の各号に掲げる製造所、貯蔵所又は取扱所の区分に応じ、当該各号に定める者の許可を受けなければならない。製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造又は設備を変更しようとする者も、同様とする。

一 消防本部及び消防署を置く市町村（中略）の区域に設置される製造所、貯蔵所又は取扱所（中略）
当該市町村長

二～四 （略）

2 前項各号に掲げる製造所、貯蔵所又は取扱所の区分に応じ当該各号に定める市町村長、都道府県知事又は総務大臣（以下この章及び次章において「市町村長等」という。）は、同項の規定による許可の申請があつた場合において、その製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が前条第4項の技術上の基準に適合し、かつ、当該製造所、貯蔵所又は取扱所においてする危険物の貯蔵又は取扱いが公共の安全の維持又は災害の発生の防止に支障を及ぼすおそれがないものであるときは、許可を与えなければならない。

3～7 （略）

第12条 製造所、貯蔵所又は取扱所の所有者、管理者又は占有者は、製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が第10条第4項の技術上の基準に適合するように維持しなければならない。

2 市町村長等は、製造所、貯蔵所又は取扱所の位置、構造及び設備が第10条第4項の技術上の基準に適合していないと認めるときは、製造所、貯蔵所又は取扱所の所有者、管理者又は占有者で権原を有する者に対し、同項の技術上の基準に適合するように、これらを修理し、改造し、又は移転すべきことを命ずることができる。

3 （略）

○ 都市計画法（昭和43年6月15日法律第100号）（抜粋）

（地域地区）

第8条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、

工業地域又は工業専用地域（以下「用途地域」と総称する。）

二～十六（略）

2～4（略）

第9条 1・2（略）

3 第一種中高層住居専用地域は、中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

4 第二種中高層住居専用地域は、主として中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域とする。

5～10（略）

11 工業地域は、主として工業の利便を増進するため定める地域とする。

12～22（略）

○ 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（用途地域等）

第48条 1・2（略）

3 第一種中高層住居専用地域内においては、別表第二（は）項に掲げる建築物以外の建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第一種中高層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

4 第二種中高層住居専用地域内においては、別表第二（に）項に掲げる建築物は、建築してはならない。ただし、特定行政庁が第二種中高層住居専用地域における良好な住居の環境を害するおそれがないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可した場合においては、この限りでない。

5～15（略）

別表第二（い）・（ろ）（略）

（は） 第一種中高層住居専用地域内に建築することができる建築物

一（い）項第1号から第9号までに掲げるもの〔（注）（い）項第1号に「住宅」、同第4号に「学校（大学、高等専門学校、専修学校及び各種学校を除く。）」等が挙げられている。〕

二 大学、高等専門学校、専修学校その他これらに類するもの

三 病院

四～八（略）

（に） 第二種中高層住居専用地域内に建築してはならない建築物

一～六（略）

七 三階以上の部分を（は）項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供するもの（以下略）

八（は）項に掲げる建築物以外の建築物の用途に供するものでその用途に供する部分の床面積の合計が1500平方メートルを超えるもの（以下略）

（ほ）～（わ）（略）

○ 危険物の規制に関する政令（昭和34年9月26日政令第306号）（抜粋）

〔（注）本政令中、「法」は消防法を指す。〕

（取扱所の区分）

第3条 法第10条の取扱所は、次のとおり区分する。

一～三（略）

四 前3号に掲げる取扱所以外の取扱所（以下「一般取扱所」という。）

（製造所の基準）

第9条 法第10条第4項の製造所の位置、構造及び設備（中略）の技術上の基準は、次のとおりとする。

一 製造所の位置は、次に掲げる建築物等から当該製造所の外壁又はこれに相当する工作物の外側まで

の間に、それぞれ当該建築物等について定める距離を保つこと。ただし、イからハまでに掲げる建築物等について、不燃材料（中略）で造った防火上有効な塀を設けること等により、市町村長等が安全であると認めた場合は、当該市町村長等が定めた距離を当該距離とすることができる。

イ （略）

ロ 学校、病院、劇場その他多数の人を収容する施設で総務省令で定めるもの 30メートル以上
ハ～ヘ （略）

二～二十二 （略）

2・3 （略）

（一般取扱所の基準）

第19条 第9条第1項の規定は、一般取扱所の位置、構造及び設備の技術上の基準について準用する。

2～4 （略）

（基準の特例）

第23条 この章〔（注） 第9条から第23条までを指す。〕の規定は、製造所等について、市町村長等が、危険物の品名及び最大数量、指定数量の倍数、危険物の貯蔵又は取扱いの方法並びに製造所等の周囲の地形その他の状況等から判断して、この章の規定による製造所等の位置、構造及び設備の基準によらなくとも、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と認めるとき、又は予想しない特殊の構造若しくは設備を用いることにより、この章の規定による製造所等の位置、構造及び設備の基準による場合と同等以上の効力があると認めるときにおいては、適用しない。

【資料2 本件基準(抜粋)】

Y市長が一般取扱所について危険物政令第19条第1項の規定により準用される第9条第1項第1号ただし書の規定を適用する場合は、以下の基準による。

① 短縮条件

倍数が次に掲げる数値を超える一般取扱所については、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離を短縮することができない。

一・二 (略)

三 準工業地域又は工業地域に所在する一般取扱所 50

② 短縮限界距離

一般取扱所については、防火塀を設けることにより、次に掲げる距離を下限として、危険物政令第9条第1項第1号本文の保安距離を短縮することができる。

一 保安物件が危険物政令第9条第1項第1号ロに規定する建築物であり、別表に基づき保安物件の立地条件及び構造から判定される危険度がC(最小)のランクである場合〔(注) 本件葬祭場はこのCのランクに該当する。〕

(い) 一般取扱所が第二石油類(中略)を取り扱い、倍数が10未満の場合 18メートル

(ろ) 一般取扱所が第二石油類(中略)を取り扱い、倍数が10以上の場合 20メートル

(は)・(に) (略)

二～九 (略)

③ 防火塀の高さ

必要な防火塀の高さは、取扱所の高さ、保安物件の高さ、保安物件の防火性・耐火性の程度、及び保安物件と一般取扱所との距離を変数として、次の数式により算定する。(以下略)

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16696