

2018 年度同志社大学大学院司法研究科
履修免除試験問題解説
行政法

【出題意図】

本問は行政活動によって私人が負う義務を私人が履行しない場合に行政が用いることができる義務履行確保の手法に関する問題である。公害防止協定に定める義務を私人が履行しない場合に係る最判平成 21 年 7 月 10 日判時 2058 号 53 頁を素材とするが、同判決で前提とされた民事訴訟の提起に限らず、行政上の義務履行確保の手法としての行政代執行、執行罰、制裁としての公表を用いるための要件についても合わせて問うている。

【採点のポイント】

(1) については、上記平成 21 年最判に言及することが求められるが、さらに同判決と対照的な立場を示すかにみえる平成 14 年 7 月 9 日最判と対比することが望ましい。

(2) については、行政代執行の要件である「法律により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為」に公害防止協定上の義務が該当しないことを指摘する必要がある。

(3) については、執行罰は法律の根拠が必要であることの指摘が必要である。行政代執行法 1 条への言及が求められる。条例によって定めることができないことを追加的に指摘していれば加点する。

(4) については、公表が義務違反の制裁としてなされるものであることを指摘した上で、制裁としての公表に法律の根拠が必要であるとする学説の検討が求められる。制裁としての公表とはいえない公表につき法律の根拠を要しないとした東京高判平成 15 年 5 月 21 日に言及できればより望ましい。

【講評】

(1)～(4) いずれについても標準的な教科書に記載されている基本的な論点であり、検討すべき論点自体を間違えた答えはあまりなかった。ただし、いずれの論点についても上記【採点のポイント】で指摘した点につき正確な記述はほとんどなく、理解が十分でないことがみてとれた。一例を挙げると、行政代執行の可能性につき代替的作為義務にあたらないとする答案が続出したが、誤りではないにしても、それ以前に公害防止協定上の義務であることに着目すべきである。履修免除となった者も行政法総論の理解が十分でないことを自覚した上で、より正確な理解に向けて行政法総論の学習を深めて欲しい。

