

〔判例報告〕

市の総合運動場への売店出店に関する損害賠償請求控訴事件

高松高判令和5年1月20日判例自治512号112頁

新潟大学

宮森征司

## I 事実の概要

### 1 訴外Aに対する許可の継続

高知市α総合運動場では、昭和26年に野球場が建設され、昭和30年代頃から野外テントを張って出店している店舗があった。昭和40年8月1日、高知市Y（被告・被控訴人）は高知市運動場条例<sup>1</sup>、同年10月1日、高知市運動場条例施行規則を制定し、これ以降、運動場市（α総合運動場内の物品販売を許可する区域を指す）内における物品販売は許可制となった。Y市教育長は<sup>2</sup>、昭和30年代頃から運動場内に店を出していた10名に対して物品販売を許可し、以後も毎年、同人らないしその後継者に対して物品販売及び野球場周辺の自動販売機の設置について許可してきた。

α総合運動場内の野球場、体育館等の改修が完了した平成3年末頃以降、個々の出店は廃止されたが、毎年、出店者らが組織する売店組合（以下、「訴外A」という）に対し、物品販売及び自動販売機の設置の許可がされてきた。遅くとも平成14年以降は、運動場市利用「許可申請があった場合には、現在許可している団体を優先的に選考することとし、新たな許可は行わない」との方針（以下、「本件方針」という）に基づいて、教育長が、訴外Aに対する許可を行ってきた。

---

<sup>1</sup> 高知市昭和40年条例第20号。改正における経緯（議会における議論等）を詳細に確認できていないが、現行の条例と施行規則（令和3年規則第62号）の制度設計を見ると、利用許可の権限が市長に属せしめられており、本件訴訟が条例改正の契機となったのではないかと推察されるところである。

<sup>2</sup> α総合運動場の管理等は、高知市運動場条例及び高知市運動場条例施行規則に基づき、Y市教育委員会が行うとされているところ、高知市教育委員会教育長に対する事務委任規則2条1項に基づき、運動場市への出店者の決定事務は教育長に委任されている。

X 及び X が代表を務める団体 B は、平成 22 年度から令和 2 年度にかけて計 9 回、運動場市内への自動販機設置及び売店出店に係る許可申請を行ったものの、自動販売機 1 台の設置が許可されたことを除き、いずれも不許可決定とされてきた（以下、「各不許可処分」という）のに対して、訴外 A 及びその組合員には、野球場売店の出店及び自動販売機の設置(17 台)が許可されてきた。平成 22 年 6 月、X は Y スポーツ振興課に対してそのような取扱い是不公平であると指摘したことを受けて、同課は訴外 A に従前のように許可を継続するのは困難である旨を伝えたものの、取扱いの変更に係る了承を得られなかった。なお、不許可決定の通知書においては、「継続している方を優先しており、その結果許可できない」（平成 26 年度及び平成 27 年度）、「選考の結果、許可できない」（平成 28 年度及び平成 31 年度）との理由提示がされていた。

## 2 本件方針の見直しと許可の継続

平成 26 年 3 月、高知市包括外部監査人である C 公認会計士は、平成 25 年度の包括外部監査の結果報告において、現状の自動販売機の目的外使用料の算定と徴収は条例に即したものであり、合規性の点では何ら問題のない取扱いであるが、自動販売機がもたらす経済的便益を使用面積で測ることは経済性の観点から合理性に欠けるものであること、他の自治体において、自動販売機の設置許可を公募制に変更したところ増収効果があったとされる事例があり、関西地方の他の自治体において自動販売機の設置を公募制に変更する動きがあることから、①Y が使用許可を与える全ての自動販売機について競争入札を実施することが必要と考えられる、②このような取組みには一定の準備期間を要するものの、α 総合運動場を含む一般市民の利用度が高いと考えられる施設に設置される自動販売機については先行した取組みが必要である等の意見を述べた。

平成 29 年 2 月、Y スポーツ振興課は上記意見等を踏まえ、訴外 A に対して競争入札の実施に変更する方針を示したが、訴外 A は、Y の要請で現状に至っていること、組合員あたり月額 2 万円から 6 万円程度の分配があり、分配金を売店の赤字補填に充てていること、収入が生活の糧になっていること等を理由に、競争入札への移行は認められないと回答をした。

## 3 X による審査請求の提起、経過措置を理由とする許可の継続

X は、令和元年 6 月 29 日、Y 市長に対して、上記不許可処分のうち、平成 31 年 3 月 26 日付でされた不許可処分に対して審査請求を提起した。これに対して、Y 市長は、令和 2 年 3 月

23 日、本件方針に基づいて行われた平成 31 年度の申請に係る不許可処分は教育長の裁量権を逸脱するものではないとした一方、審査基準である本件方針が公にされていなかった点で高知市行政手続条例 5 条 3 項に違反する違法な処分であるとして、同不許可処分を取り消す旨の裁決をした<sup>3</sup>。これを受けて教育長は、平成 31 年度分の申請について再度審査を行い、令和 2 年 3 月 26 日付けで不許可処分をした（この不許可処分については、「令和 3 年度の許可から売店・食堂は公募、自動販売機は入札による選定に移行することとしており、経過措置として令和 3 年 3 月 31 日までは、現在許可している団体を優先的に選考することとし、新たな許可は行わないこととしているため。」との理由が提示された）。X は、令和 2 年 3 月 24 日にも申請を行ったが、同月 27 日頃、X は同様の理由によって不許可処分を受けた

#### 4 本件訴訟の提起

上記の経緯を踏まえ、X は、①平成 25 年度以降にされた各不許可処分は、一般競争入札又は公募の方法によらずにされたものであり違法である（主位的請求）、②X が有する「公平かつ合理的な基準による判断を求める利益」を侵害し違法である（予備的請求）と主張して、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、330 万円（慰謝料 300 万円、弁護士費用 30 万円）及び遅延損害金の支払を求めて国家賠償請求訴訟を提起した。

#### 5 本件一審判決

本件一審判決（高知地判令和 4 年 5 月 13 日判例自治 512 号 119 頁）は、本件方針に基づいて運動場市利用許可申請の拒否に係る判断を行うことは教育長の合理的な裁量の範囲内に属し、その判断重要な事実の基礎を欠くとも社会通念に照らし著しく妥当性を欠くとも認められないこと等から、X の請求を棄却した。これに対して、X が控訴した。ここで X は、①教育長による各不許可処分は、出店者の選定に当たっての公平性の要請と、既存出店者の生活基盤保護の要請を比較衡量した結果による判断であるが、出店によって生活基盤を構築するのは既存出店者に限られるものではなく、その他の出店希望者も同様であること、②包括外部監査において市場原理に沿って出店者を選定するよう求められていたことに照らすと、もはや、

---

<sup>3</sup> 高知市行審裁決令和 2 年 3 月 23 日高知市 31 重文法第 214 号。なお、公の施設を利用する権利に関する処分についての審査請求先は普通地方団体の長（地方自治法 244 条の 4 第 1 項）、諮問先は議会とされている（同 2 項）。

上記公平性の要請よりも既存出店者の既得権益を優先させるべき特段の合理的な理由はないことから、既存出店者の既得権益を優先させた上記各不許可処分は、その判断過程に著しく妥当性を欠き、教育長の裁量権を逸脱濫用した処分であり、③教育長は上記事情を認識し、包括外部監査によって入札制度の早期導入の必要性を指摘されていながら、漫然と上記各不許可処分を継続したから、同処分について国家賠償法上の違法があるとの補足的主張を行った。

## II 判旨

・本判決は、原判決変更し、原告の請求を一部認容（認容額 33 万円）した（本判決が確定）。

### 1 裁量審査の枠組み

「 $\alpha$ 総合運動場は、地方自治法 244 条にいう『公の施設』であり、同運動場の施設は、同法 238 条 4 項にいう行政財産である。同運動場内の運動場市に売店や自動販売機を設置して物品を販売することは、行政財産の目的外使用に当たり、同法 238 条の 4 第 7 項に基づく許可が必要である。そして、運動場市での物品の販売を許可するか否かの判断は、高知市教育委員会が『必要と認めたとき』に許可することができるとされ（高知市運動場条例 19 条 1 項）、事後的に利用許可を取り消すこともできるとされていること（同条例 19 条 2 項、10 条 1 項 4 号）から、原則として教育長の裁量に委ねられているものと解するのが相当である。

$\alpha$ 総合運動場は、市民の健全なスポーツ、レクリエーション及び健康増進に寄与することを目的として設置されたものであり（同条例 1 条）、それ以外の目的に使用することが原則として認められていないこと（同条例 7 条 2 項）からすれば、上記目的に支障がないからといって当然に許可しなければならないものではなく、行政財産である  $\alpha$ 総合運動場の目的及び用途と目的外使用許可の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるといえる。

そして、教育長の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものである。教育長の裁量権行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたこ

とを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、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とすべきものと解するのが相当である（最高裁判所平成 18 年 2 月 7 日第三小法廷判決・民集 60 卷 2 号 401 頁参照）。」

## 2 当てはめ

### (1) 主位的請求について

「上記不許可処分については、普通地方公共団体が普通財産について私人と対等の地位において売買、貸借、請負その他の私法上の契約を締結する場合（地方自治法 234 条）とは異なり、教育長が一般競争入札又は公募の方法による義務を負うとはいえない。よって、これらの方法によらなければ教育長が有する上記裁量権を逸脱するとはいえない。」

### (2) 予備的請求について

「既存出店者ないしその後継者が得てきた許可の期間は、許可制を採った昭和 40 年から通算して 55 年程度に及び、これにより、新規の希望者が運動場市に出店等をする機会が長期間失われてきたといわざるを得ない。」

「α総合運動場という行政財産の目的及び用途は、一般市民のスポーツ、レクリエーション、健康増進に供することにある。一般市民の利用度が高い施設における物品販売には、それを利用する多数の市民の利益という観点からも、単に従前から許可してきたという理由で既存出店者を優先するのではなく、手続の公平性や透明性を確保することが相当であり、近年、社会全般にそのような価値判断が広がってきたものといえる。もっとも、α総合運動場においては、既存出店者が長期間、同じ場所での物品販売による収入で生計を立ててきたという歴史的経緯があり、この点が選考に当たって考慮の一要素にはなり得るとしても、上記施設の性質、目的及び用途を考えると、多数の一般市民が利用する施設について運営の公平性、透明性を確保するという要請に比較すれば副次的であって、この点は経過措置により考慮すべき問題である。」

「教育長としては、遅くとも本件監査報告書の上記意見に接した平成 26 年 3 月の時点で、本件方針を見直し、新規の希望者にとっても公平かつ合理的な判断基準の設置に向けた取組に着手すべきであったといえる。新たな判断基準に基づく選考に移行するためには、既存出店者

に方針の見直しを説明し、移行のための準備期間（経過措置として必要な期間）が必要になることは否定し難いが、そのための相当期間は3年程度で足りるというべきである。

したがって、教育長が、上記相当期間を経過した後の平成30年度以降において、本件方針に基づいて許可を受ける者を選考することは、その時点では重視すべきでない考慮要素を重視し、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いているといえる。教育長が漫然と本件方針を維持し、平成30年度以降の選考をしたことは、社会通念に照らし、著しく妥当性を欠いた判断といえる。そうすると、Yスポーツ振興課が平成30年に至って本件方針の転換に関する意見書案を作成し、既存出店者にその旨説明したことなどを考慮しても、本件方針に基づく同年度以降のXに対する不許可処分は、その裁量を逸脱したものであるというべきである。」

### (3) 本件方針（審査基準）について

「Yは本件基準を文書化しておらず、本件基準がいつ、どのような手続で制定されたかは本件全証拠によっても明らかではない。行政庁が定めるものとする審査基準（行政手続法5条）とは、申請により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要となる基準であり、行政庁の判断過程の透明性を確保し、申請者にとって予見可能性を高め、不公正に取り扱われることを防止することなどに意義がある。しかるに、本件方針は、…既存出店者を単にそれが既存出店者であるというだけの理由で優先し、新規参入者の可能性を排除するものであり、他の判断要素は全く挙げられていないのであるから、これ自体、同条の制度趣旨に照らした基準としての実質を備えているとはいえず、しかも公にされていない基準である。」さらに、「不許可決定における理由の提示（行政手続法8条）は、行政庁の判断の慎重と公正妥当を担保することによる恣意の抑制と、不服申立ての便宜にあるが、Xに対する申請不許可処分の理由については、…平成28年度以降は理由の開示といえるものがなく、Xは、本件裁決まで審査基準としての本件方針の存在を認識することができないものであった。」

「上記諸点に照らせば、教育長が本件方針に従って出店許可者を選考することが公平かつ合理的なものであったとはいえない。」

### (4) 国家賠償法上の過失、被侵害利益

「教育長による処分が教育長の裁量権の逸脱又は濫用として違法となる場合であっても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではない。同条項は、地方公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を与えたときに、地方公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定したものであって、教育長が申請に対する処分をする場合において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と処分したと認めうるような事情がある場合に限り、上記評価を受けるものと解するのが相当である〔最判平成5年3月1日民集47巻4号2863頁〕」。

「これを本件についてみると、…教育長は、平成26年3月時点で本件方針の見直しに着手すべき義務があったにもかかわらず、経過措置として必要な期間を経過した平成30年度以降も、漫然と本件方針に基づく判断を続け、Xからの申請に対し不許可処分をしたものであるから、これによって、Xの公平かつ合理的な判断基準に基づく手続を受ける権利を侵害したものであり、この点について過失があったと認められる。」

### Ⅲ 評釈

結論賛成。ただし、判旨の一部に疑問あり。

#### 1 手続法上の違法

本判決においては、本件審査基準の内容に即して、同条の基準が審査基準としての実質を備えていないこと、これが公にされていないこと等を踏まえ、本件方針に従って出店許可者を選考することが公平かつ合理的なものであったとはいえないと指摘している。

本件裁決、本件一審判決、本判決のいずれにおいても、本件方針が審査基準として設定されていたことを前提とした判断がされている。しかしながら、本判決も指摘しているように、本件方針は文書化されておらず、本件方針がいつ、どのような手続で制定されたのかは、本件全証拠によっても明らかにされていない。評者としてはかかる事実認定の問題に立ち入って検討する立場にはないものの、審査基準の公表義務違反が認められるにとどまらず、そもそも、本件方針のようなものが審査基準といえるものなのか各不許可処分の時点において本件方針が審査基準として作成されていたかについて、疑問が生ずるところである。

申請に対する処分の審査に係る審査基準については、設定及び公表が義務づけられている（行手法5条1項・3項）ところ、とりわけ裁量処分については、処分の公正さを確保する

観点から、審査基準の設定義務・公表義務への違反という手続上の瑕疵は、独立した処分  
取消事由になると考えられる<sup>4</sup>。下級審判例の中にも、審査基準の設定義務・公表義務への違  
反を理由として、処分が取り消された例がある<sup>5</sup>。現に、本件訴訟に先立つ本件裁決において  
も、高知市行政手続条例5条違反を理由に平成31年分の不許可処分が取り消されている。

以上述べたところからすれば、本判決が審査基準に当たるとした本件方針が、行政手続法  
ないし行政手続条例<sup>6</sup>の理念・趣旨に照らして大きな問題を抱えていることは明らかであり、  
ストレートに、本件不許可処分に係る手続法上の違法を認定する方法もあり得たのではなか  
ろうか。

## 2 実体面における判断

### (1) 平成18年最判の判断枠組

本判決は、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁（以下、「平成18年最判」とい  
う）が提示した行政財産の目的外使用許可に関する裁量審査の判断枠組に依拠した判断を行  
っている。平成18年最判が提示した判断枠組と審査手法に対しては、行政財産の目的外使用  
許可に関して比較的広い裁量を認めつつも、いわゆる「判断過程統制」を通じて高い密度での  
裁量審査を行ったものと評価されているが<sup>7</sup>、本判決の判示も、基本的にはかような流れに沿

<sup>4</sup> 高橋滋『行政手続法』（ぎょうせい、1996年）434頁、高木光・常岡孝好・須田守編『条解 行政  
手続法〔第2版〕』（弘文堂、2017年）169頁〔須田守執筆箇所〕。

<sup>5</sup> 審査基準が作成・公表されていなかった事案につき、行手法5条違反を理由に行政財産の目的外  
使用に係る不許可処分が取り消された裁判例として、那覇地判平成20年3月11日判時2056号  
56頁。他方、同様の事案について、本来の用途又は目的を妨げない限度で認められるものにすぎ  
ないこと等から、行手法5条違反を理由として不許可処分は違法としないとした裁判例として、  
奈良地判平成12年3月29日判例自治204号16頁。

<sup>6</sup> 本件裁決は、本件方針が高知市行政手続条例5条1項の審査基準に該当するとしている。本件一  
審判決は、行政手続法5条及び高知市行政手続条例5条に照らして本件基準の設定及び公表に係る  
違法の有無について判断している。本判決は、行政手続法5条及び8条の趣旨に照らして本件方針  
に従った出店許可者の選考の公平性・合理性について判断している。以上には、各不許可処分の根  
拠法規が地方自治法と高知市運動条例のいずれであるのかに係る理解の違いが現れているものと  
思われる。いわゆる「根拠法規区分主義」に関して、宇賀克也『地方自治法概説〔第11版〕』（有斐  
閣、2025年）186・187頁を参照。

<sup>7</sup> 高橋滋「行政裁量論再訪」判例時報2619号（2025年）13頁、山本隆司『判例から探究する行  
政法』（有斐閣、2012年）233頁を参照。



うものと思われる。

もっとも、平成 18 年最判が行った考慮要素ないし関連諸利益の重み付けは、平成 18 年最判の事案の特性を踏まえた上で行われた個別判断としての性質を強く帯びている<sup>8</sup>。本判決を分析する際にも、考慮要素ないし関連諸利益の重み付けのあり方、「社会通念」の内実に着目して分析することが求めているといえる<sup>9</sup>。

## (2) 一審判決との比較

この点、本件一審判決と本判決のいずれも、平成 18 年最判が提示した判断枠組に依拠しているにもかかわらず、両者の結論が分かれた要因がいかなる点にあったかを探ることが、上記のような分析を行う際の手がかりとなろう。

本件一審判決は、「本件方針」に基づいて運動場市利用許可申請の許可の判断を行うことが教育長の裁量に属するという前提に立っている。これに対して、本判決は、本件特有の経緯を踏まえ選考するにあたって本件方針が裁量権行使に当たっての考慮要素となり得るとされる一方、施設について運営の公平性、透明性を確保するという要請という考慮要素を対置し、基本的には後者が優先されるという形で、考慮要素ないし関連諸利益の重み付けを行っている。

上記のような重み付けを行うにあたり、本判決は、①運動場という行政財産が、一般市民の利益に資することを目的としていること、②一般市民の利用度が高い施設における物品販売には、それを利用する多数の市民の利益という観点から、手続の公平性や透明性の確保が求められるという価値判断が社会一般に広がっていることに着目している。

## (3) 本判決の判断の特徴

以上のような本判決の判断を、いかに評価すべきであろうか。

### ① 行政財産（施設）の用途・目的への着目

まず、行政財産の目的外使用許可が問題となっている点では共通していても、平成 18 年最判は、本来の利用目的が比較的限定されると考えられる学校施設の目的外使用許可が問題と

---

<sup>8</sup> 平成 18 年最判における考慮要素の重み付けについて、より踏み込んだ説明が必要であった旨の批判として、土田伸也「判批」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例解説 I 〔第 8 版〕』（有斐閣、2022 年）143 頁を参照。

<sup>9</sup> 高橋・前掲注 7) 13 頁。

なった事案であったのに対して、本判決においては 総合運動場という日常的に一般住民に開放されている施設が舞台となっている。一口に目的外使用許可といっても、問題となる行政財産の種類により目的外使用許可の形態には様々なバリエーションが想定されるところ<sup>10</sup>、本判決の判示は、総合運動場の運動場市の用途・目的を踏まえた具体的な判断が行われている点を特徴として指摘できよう。

## ② 手続の公平性・透明性という視点

次に、手続の公平性や透明性にウェイトを置いた裁量審査が展開されている点である。

判決文を見る限り、本判決が裁量審査の考慮要素として掲げる手続の公平性や透明性という観点は、直接的には本判決に特有のコンテキストに由来しており、また、行政手続一般において求められる「公正性」と「透明性」と異なるものであるようである。

そうであればこそ、先に述べたように、一審判決との比較による限り、この観点が本判決の結果を方向づけた要因であると考えられることをも踏まえれば、この観点の背後にあった裁判所の「価値判断」の内実（ないしその規範的裏付けの余地）が問われる必要があるように思われる。

まず、一般論として、行政財産の目的外使用許可制度の制度趣旨が、当該行政財産の本来の目的を妨げない限りにおいて、あくまで例外的にその使用を許可することにあることからすれば、特定の団体に対する優遇を行政が継続することは少なくとも制度上望ましい運用とはいえず<sup>11</sup>、事情に応じて違法と評価されることがあろう<sup>12</sup>。

---

<sup>10</sup> 学説では、庁舎内における食堂・売店の設置等を典型例として念頭において議論されてきたところである。また理論的には、目的外使用許可と目的内使用許可の区別の困難性ないし相対性が指摘されてきた。この点につき、塩野宏『行政法Ⅲ〔第5版〕』（有斐閣、2021年）434頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第6版〕』（有斐閣、2024年）670頁、阿部泰隆「行政財産の目的外使用許可と目的内（本来の）使用許可（1）」自治実務セミナー50巻2号（2011年）4頁以下。

<sup>11</sup> 松本英昭『新版逐条地方自治法〔第9次改訂版〕』（学陽書房、2017年）1009頁は、行政財産の目的外使用許可の運用として、その期間はなるべく短い期間とすることが望ましく、通常1年以内を原則とし、著しく事情に沿わない場合に限り適宜必要の程度に応じて期間を延長することが適当である旨を述べる。行政財産の目的外使用許可は、本質的に一時的な利用を前提としている旨を指摘する裁判例として、大阪地判平成20年2月7日判例自治312号10頁。

<sup>12</sup> 仲野武志「判批」判例評論578号（2007年）180頁は、平成18年最判の評釈において、「従前の運用が適法であったという保障はどこにも存しない」と指摘している。大阪高判平成27年6月26日の評釈において同様の旨を述べるものとして、田中良弘「判批」判例評論693号（2016年）

申請者の側の視点からみれば、行政財産の目的外使用許可に、有限である行政財産の使用の機会を「選定」によって「配分」する作用が介在することからすれば、申請者の側には競争が発生することが観念され、現に本件においてもこのような状況が生じていた。本判決は結論として、Xの「公平かつ合理的な判断基準に基づく手続を受ける権利」の侵害を認めている。この判断の背後には、かような競争状況に関連づいてXに認められる法的地位を保護されるものとして捉える視点が前提とされているように思われる<sup>13</sup>。以上のような本判決の判示を実質的にみれば、本判決が行った考慮要素の重み付けや本判決が念頭に置いている「社会通念」の内実の背後には、平等原則（的発想）が控えているという見方もあり得るように思われ<sup>14</sup>、裁量審査のあり方としては興味深いところがある。

### 3 国家賠償法上の違法性判断について

#### (1) 全体的な構造としての分かりにくさ

本判決全体にわたる特徴として、職務行為基準説の立場に立脚し、国家賠償法上の違法と過失の判断が一元的に行われていることを指摘できる。上に検討を行った実体法面・手続法面のいずれの判断においても、違法であるとは明言されていない。

一般に、学説においては、国家賠償制度の違法統制機能を重視する観点から、いわゆる公権力発動要件欠如説を基本に据えるべきである旨の主張が広く見られる<sup>15</sup>。このことに加えて、本判決の構造上の特徴として、処分行為の裁量の逸脱濫用の有無と公務員の過失の有無それ自体は二段構えで判断されながら、その判示内容を実質的にみると、違法性判断が注意義務違反の判断の有無に収斂しているとも言え切れず、判決の論理としての明快さを欠く。

結果として、本判決が指摘している各不許可処分の抱える実体法面及び手続法面の問題点

---

162 頁も参照。前掲 5) の奈良地判も、一方の申請者に許可を継続し、他方の申請者に不許可を継続した場合に、不許可処分は裁量の範囲を逸脱した違法なものと評価される余地を指摘している。

<sup>13</sup> ちなみに、最判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 101 号は、「公正な手続によって免許の許否につき判定を受くべき法的地位」を措定している。同判決の評釈として、船渡康平「判批」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例百選 I 〔第 8 版〕』（有斐閣、2022 年）230-231 頁。

<sup>14</sup> 平等原則が裁量審査の際の視点となることにつき、塩野宏『行政法 I 〔第 6 次補訂版〕』（有斐閣、2024 年）147 頁、高橋滋『行政法 〔第 3 版〕』（弘文堂、2023 年）94 頁。

<sup>15</sup> 本件と同様、行政財産の目的外使用の不許可処分に係る国家賠償が争われた事例において、不許可処分の違法性を明言した上で、学校施設の管理者たる校長の過失の有無を判断している事例として、大阪高判平成 27 年 10 月 13 日判時 2296 号 30 頁。

が、結局のところ、国家賠償法1条1項の「違法」をいかに導いたのかが不明瞭になってしまっている。

## (2) 包括外部監査の意見を手がかりとした長の過失の有無の判断

本判決が抱える構造上の問題にさらに付随して、教育長の裁量権の逸脱・濫用の有無に関する判断と、教育長の過失の有無に関する判断が実質的に重ねられて判断されている点も、本判決の論理の明快さを欠落させている。このことは、長の裁量権の逸脱・濫用ないし過失の有無を判断するにあたり、包括外部監査人による意見が示されたタイミングとの関係が意識されていることとも関係しよう。

さらに、その判断の内容としても、教育長が本件監査報告書に接した事実が、教育長における裁量権の逸脱・濫用（ないし注意義務違反）に係る判断に少なからぬ影響を与えているように見受けられる。しかしながら、一方で、包括外部監査人の意見に行政機関は必ずしも拘束される訳ではなく<sup>16</sup>、本件における包括外部監査人の意見の内容も法的に見て一般化可能であるか（考慮要素の根拠として持ち出す合理性がある内容か）について疑わしい点があること、他方で、包括外部監査人の意見とは関係なく、（一定の実質を備えた）審査基準を作成し公表することは行政庁の側の義務であることからすれば、本判決は、監査報告書の意見に接したことをあくまで一つの契機として、一連の経緯に照らして教育長の裁量権の逸脱・濫用（ないし注意義務違反）を判断したと理解すべきであろう。以上のような補足説明が評者による補足説明を要することからしても、(1)で指摘したような本判決の全体構造には問題があったように思われる。

## 4 おわりに

上に検討してきたとおり、本判決はその全体的な構造、行政手続の捉え方について批判的に検討すべき点が少なくないが、平成18年最判で問題となった教育施設の場合等を除けば、行政財産の目的外使用許可の事例が国家賠償で争われた事例は少なく、貴重な事例であるといえよう<sup>17</sup>。

---

<sup>16</sup> 宇賀・前掲注6)388頁。

<sup>17</sup> 評釈の枠を超えるが、本件における一連の行政側による対応に着目すると、公の施設ないし行政財産の管理や行政手続の理解に関する地方公共団体内部における組織的対応のあり方を考える際にも、興味深い素材を提供するようにも思われた。