

行政法

1. 行政法とは

(1) 講学上の分類

行政法は、行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法と定義される。

行政法の内容は、行政の組織に関わる法（組織法）、行政の作用に関わる法（作用法）、その統制に関わる法（救済法）からなる。

(2) 試験範囲としての分類

行政法は、試験範囲という観点からは、①行政手続法、②行政不服審査法、③行政事件訴訟法、④国家賠償法、⑤行政作用に関する個別法に分類することができる（厳密には、地方自治法、損失補償なども挙げられるが、ここでは割愛する。）。

例えば、株式会社Aが、その所有する土地に高層マンションを建築するために、B県建築主事Cに対して、建築基準法6条1項に基づき、建築確認の申請を行ったところ、建築確認の申請を拒否されたとする。この場合、Aは、Cによる申請拒否を争うために、行政不服審査法に基づいて、B県建築審査会に対して審査請求をしたり（②）、B県に対して建築確認の拒否処分の取消訴訟を提起したり（③）、B県に対して建築確認の義務付けを求める訴訟を提起する（③）ことが考えられる。また、Aは、建築確認の拒否処分により被った損害の賠償を求めるために、国に対して国家賠償請求訴訟を提起する（④）ことも考えられる。

Aは、②では、建築確認の拒否処分の不当性又は違法性を、③・④では、建築確認の拒否処分の違法性を基礎付ける必要があるところ、ここで登場するのが、①行政手続法や⑤個別法である建築基準法である。例えば、行政手続法における必要な手続を履践していないのであれば、行政手続法違反という意味で違法であり、建築基準法における申請要件を満たしているにもかかわらず、拒否処分が下されているのであれば、建築基準法違反という意味で違法である。

このように、ある事例において、複数の行政法が登場するのであり、ここが行政法の特徴であるとともに、試験科目としての難しさでもある。

2. 行政権の観念

憲法は、国家機関と国家権力の配分について、国会に立法権（憲法41条）、内閣に行政権（憲法65条）、裁判所に司法権（憲法76条）を割り振っている。

行政権については、国家作用の中から立法作用と司法作用を除いたもの、という消極的な定義づけがなされる（控除説）。

現代では行政活動の内容は複雑で多種多様なものを含んでおり、その特徴を析出した上でこれを積極的に叙述することは事実上不可能であることから、控除説が妥当である。

3. 侵害行政と給付行政

19世紀における夜警国家観のもとでは、市民の関心対象となる行政活動は、主として、市民の権利・自由を制約する侵害行政（ないし規制行政）であった。

20世紀においては、資本主義の矛盾により貧富の格差が拡大したことに伴い、国家が積極的に市場に干渉したり（経済政策）、弱者の保護にあたること（社会政策）が求められるようになったため、国民に便益を供与する諸活動という新しいタイプの給付行政が要請されるようになった。

もっとも、現在の行政活動には、近代的な侵害行政と現代的な給付行政が混在しているため、両者の区別を徹底することは困難である。

4. 法律による行政の原理

（1）意義

行政活動は、法律に基づき、法律に従って行わなければならない。これを、法律による行政の原理（法治主義）という。

根拠は権力分立（憲法41条、65条、76条）にあり、目的は行政活動に対して間接的に民主的統制を及ぼすことにある。

（2）内容

ア. 法律の法規創造力

法律によってのみ法規（これは、憲法41条における国会が定めるべき実質的意味の立法の内容と同じである）を創造することができる。

これは、立法権と行政権との関係についての規律であり、立法機関どうしの関係について規律する憲法94条とは関係がない。

イ. 法律の優位

行政活動は法律に反してはならず、法律違反の行政活動は許されない。

法律の優位は、法律の留保と異なり、行政活動全般に妥当する。

ウ. 法律の留保

行政活動には法律の根拠（授權）を要する。法律の授權は、個別的授權（要件と効果について）であることを要する。

自由主義的な見地からは、個人の権利を制約し、義務を課すような侵害行政について法律の根拠が必要であると解される（侵害留保説）。

5. 主要な法律

（1）行政手続法

行政手続法は、行政庁が行う処分、行政機関が行う行政指導、行政機関に対する届出、命令等制定機関が命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的として制定された法律である（1条）。

例えば、行政庁が許認可等を求める申請に対して応答するにあたっての手続と

して、審査基準の設定・公表（5条）、標準処理期間の設定・公表（6条）、審査・応答義務（7条）、理由の提示（8条）などが定められている。

また、行政庁が不利益処分をするにあたっての手續として、処分基準の設定・公表（12条）、聴聞・弁明の機会（13条、15～31条）、理由の提示（14条）などが定められている。

第1章 総則

第1条（目的等）

- 1 この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手續並びに命令等を定める手續に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。・・・）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする。
- 2 処分、行政指導及び届出に関する手續並びに命令等を定める手續に関しこの法律に規定する事項について、他の法律に特別の定めがある場合は、その定めるところによる。

第2条（定義）

この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 法令 法律、法律に基づく命令（告示を含む。）、条例及び地方公共団体の執行機関の規則（規程を含む。以下「規則」という。）をいう。
- 二 処分 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。
- 三 申請 法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分（以下「許認可等」という。）を求める行為であつて、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう。
- 四 不利益処分 行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分をいう。ただし、次のいずれかに該当するものを除く。
 - イ、ロ、ハ、ニ （略）
- 五 ～ 八 （略）

・・・（以下略）・・・

第2章 申請に対する処分

第5条（審査基準）

- 1 行政庁は、審査基準を定めるものとする。
- 2 行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。
- 3 行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先

とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない。

第6条（標準処理期間）

行政庁は、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分をするまでに通常要すべき標準的な期間（法令により当該行政庁と異なる機関が当該申請の提出先とされている場合は、併せて、当該申請が当該提出先とされている機関の事務所に到達してから当該行政庁の事務所に到達するまでに通常要すべき標準的な期間）を定めるよう努めるとともに、これを定めたときは、これらの当該申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により公にしておかなければならない。

第7条（申請に対する審査、応答）

行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない。かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない。

第8条（理由の提示）

- 1 行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない。ただし、法令に定められた許認可等の要件又は公にされた審査基準が数量的指標その他の客観的指標により明確に定められている場合であって、当該申請がこれらに適合しないことが申請書の記載又は添付書類その他の申請の内容から明らかであるときは、申請者の求めがあったときにこれを示せば足りる。
- 2 前項本文に規定する処分を書面でするときは、同項の理由は、書面により示さなければならない。

・・・（以下略）・・・

第3章 不利益処分

第12条（処分の基準）

- 1 行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない。
- 2 行政庁は、処分基準を定めるに当たっては、不利益処分の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

第13条（不利益処分をしようとする場合の手続）

1 行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない。

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。

ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。

ハ 名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。

ニ イからハまでに掲げる場合以外の場合であって行政庁が相当と認めるとき。

二 前号イからニまでのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

2 （略）

第14条（不利益処分の理由の提示）

1 行政庁は、不利益処分をする場合には、その名あて人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならない。ただし、当該理由を示さないで処分をすべき差し迫った必要がある場合は、この限りでない。

2 行政庁は、前項ただし書の場合においては、当該名あて人の所在が判明しなくなったときその他処分後において理由を示すことが困難な事情があるときを除き、処分後相当の期間内に、同項の理由を示さなければならない。

3 不利益処分を書面でするときは、前2項の理由は、書面により示さなければならない。

・・・（以下略）・・・

（2）行政不服審査法

行政不服申立てとは、国民が、行政庁の違法又は不当な処分その他の公権力の行使に当たる行為につき、行政機関に対して不服を申し立てる手続であり、司法過程における行政事件訴訟とは異なる。

行政不服申立ては、違法（法律不適合）のみならず、不当（公益目的に合致しない）も対象とする。

例えば、許認可等を求める申請を拒否された者は、申請拒否処分が違法又は不当であるとして、処分をした行政庁（これを、処分庁という。）の上級行政庁に対して、審査請求をすることができる（2条、4条）。

なお、申請拒否処分の争い方には、大別して、①行政不服申立てとして上級行政庁に対して審査請求（行政不服審査法2条、4条）をする方法と、②行政事件訴訟として裁判所に対して取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）等を提起する方法があるところ、個別法において「当該処分についての審査請求に対する裁決を

経た後でなければ処分の取消しの訴えを提起することができない旨の定めがあるとき」（審査請求前置主義、行政事件訴訟法8条1項但書）を除き、審査請求（①）を飛ばしていきなり行政事件訴訟（②）を提起することができる（自由選択主義、同法8条1項本文。）。

（3）行政事件訴訟法

行政事件訴訟とは、国民が違法な行政作用を是正し、違法な行政作用により権利利益を侵害された国民の救済を図るための裁判による司法救済手続である。

試験で頻出なのは、「行政庁の公権力の行使に関する不服」たる抗告訴訟であり、これには、取消訴訟、差止訴訟などがある（行政事件訴訟法3条）

第1条（この法律の趣旨）

行政事件訴訟については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。

第2条（行政事件訴訟）

この法律において「行政事件訴訟」とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう。

第3条（抗告訴訟）

1 この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。

2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう。

3 この法律において「裁決の取消しの訴え」とは、審査請求その他の不服申立て（以下単に「審査請求」という。）に対する行政庁の裁決、決定その他の行為（以下単に「裁決」という。）の取消しを求める訴訟をいう。

4 この法律において「無効等確認の訴え」とは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう。

5 この法律において「不作為の違法確認の訴え」とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう。

6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。

一 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（次号に掲げる場合を除く。）。

二 行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき。

7 この法律において「差止めの訴え」とは、行政庁が一定の処分又は裁決をす

べきでないにもかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう。

第4条（当事者訴訟）

この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう。

第5条（民衆訴訟）

この法律において「民衆訴訟」とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう。

第6条（機関訴訟）

この法律において「機関訴訟」とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう。

第7条（この法律に定めがない事項）

行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。

・・・（以下略）・・・

（４）国家賠償法

国家賠償制度とは、違法な行政活動によって生じた損害を賠償するものである。

憲法17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」と規定しており、これを受けて、国家賠償法が国家賠償に関する要件・効果等について定めている。

国家賠償制度は、①「国又は公共団体の公権力の行使」に起因する損害の賠償責任（国家賠償法1条1項）と、②「道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつた」ことに起因する損害の賠償責任（同法2条）に分類される。

第1条（公権力の行使に基づく損害の賠償責任、求償権）

- 1 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。
- 2 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する。

第2条（公の営造物の設置管理の瑕疵に基づく損害の賠償責任、求償権）

- 1 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。
- 2 前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する。

第3条（賠償者責任）

- 1 前2条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において、公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者と公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは、費用を負担する者もまた、その損害を賠償する責に任ずる。
- 2 前項の場合において、損害を賠償した者は、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権を有する。

第4条（民法の適用）

国又は公共団体の損害賠償の責任については、前3条の規定によるの外、民法の規定による。

第5条（他の法律の適用）

国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の法律に別段の定があるときは、その定めるところによる。

第6条（相互保証主義）

この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する。

（5）行政作用に関する個別法

行政作用に関する個別法の例として、以下では、建築基準法の一部を抜粋する。

建築基準法

第1条（目的）

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。

第6条（建築物の建築等に関する申請及び確認）

- 1 建築主は、第1号若しくは第2号に掲げる建築物を建築しようとする場合・・・、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3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又は建築副主事（以下「建築主事等」という。）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 別表第一（い）欄に掲げる用途に供する特殊建築物で、その用途に供する部分の床面積の合計が200平方メートルを超えるもの
- 二 前号に掲げる建築物を除くほか、2以上の階数を有し、又は延べ面積が200平方メートルを超える建築物
- 三 前2号に掲げる建築物を除くほか、都市計画区域若しくは準都市計画区域・・・若しくは景観法・・・第74条第1項の準景観地区・・・内又は都道府県知事が関係市町村の意見を聴いてその区域の全部若しくは一部について指定する区域内における建築物

2 ～ 9 （略）

第43条（敷地等と道路との関係）

- 1 建築物の敷地は、道路（次に掲げるものを除く。・・・）に2メートル以上接しなければならない。
 - 一 自動車のみの交通の用に供する道路
 - 二 地区計画の区域（地区整備計画が定められている区域のうち都市計画法第12条の11の規定により建築物その他の工作物の敷地として併せて利用すべき区域として定められている区域に限る。）内の道路
- 2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する建築物については、適用しない。
 - 一、二 （略）
- 3 地方公共団体は、次の各号のいずれかに該当する建築物について、その用途、規模又は位置の特殊性により、第1項の規定によつては避難又は通行の安全の目的を十分に達成することが困難であると認めるときは、条例で、その敷地が接しなければならない道路の幅員、その敷地が道路に接する部分の長さその他その敷地又は建築物と道路との関係に関して必要な制限を付加することができる。
 - 一 特殊建築物
 - 二 階数が3以上である建築物
 - 三 政令で定める窓その他の開口部を有しない居室を有する建築物
 - 四 延べ面積（同一敷地内に2以上の建築物がある場合にあっては、その延べ面積の合計。・・・）が1000平方メートルを超える建築物
 - 五 その敷地が袋路状道路（その一端のみが他の道路に接続したものをいう。）にのみ接する建築物で、延べ面積が150平方メートルを超えるもの

(一戸建ての住宅を除く。)

・・・(以下略)・・・

6. 短答式のチャレンジ問題

<問題>

次のアからウまでの各記述について、それぞれ正しい場合には○を、誤っている場合には×を選びなさい。

ア. すべての行政活動について、法律の根拠が必要である。

イ. 処分の取消訴訟を提起するに先立ち、原則として、上級行政庁に対する審査請求を経る必要がある。

ウ. 審査請求では、処分の違法性のみならず不当性も争うことができる。

<正答・解説>

ア. ×

法律による行政の原理の一つとして、行政活動には法律の根拠（授權）が必要であるとする法律の留保がある。

もっとも、すべての行政活動について法律の留保が必要なのではなく、自由主義的な見地から、個人の権利を制約し、義務を課すような侵害行政についてのみ法律の根拠が必要であると解されている（侵害留保説）。

したがって、選択肢アは誤っている。

イ. ×

取消訴訟と審査請求の関係については、自由選択主義が原則とされており、審査請求前置主義はその例外である。

すなわち、個別法において「当該処分についての審査請求に対する裁決を経た後でなければ処分の取消しの訴えを提起することができない旨の定めがあるとき」を除き、審査請求を飛ばしていきなり取消訴訟を提起することができる（行政事件訴訟法8条1項）。

したがって、選択肢イは誤っている。

ウ. ○

行政事件訴訟である取消訴訟では、処分の違法性のみを争うことができるのに対し、行政不服申立てである審査請求では、処分の違法性のみならず不当性も争うことができる（行政不服審査法1条）。

したがって、選択肢ウは正しい。

7. 論文式のチャレンジ問題

<問題>

(事案)

株式会社A（以下「A」という。）は、B県で飲食店Cを営んでいるところ、C店において、Aの従業員Dが未成年者に対して酒類を提供したことを理由に、風営法第34条第2項に基づき、公安委員会から、風営法第41条及び行政手続法所定の聴聞手続を経た上で、C店に係る飲食店営業の全部を3か月間停止することを命じる行政処分（以下「本件処分」という。）を受けた。

Aは、何らの説明もなく本件処分がなされたことには不服があるとして、本件処分の取消訴訟を提起した。

(設問)

本件処分の取消訴訟が認められるかについて、論じなさい。

なお、訴訟要件については、言及する必要はない。

○ 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）（抜粋）

第22条（禁止行為）

風俗営業を営む者は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 営業所で20歳未満の者に酒類又はたばこを提供すること。

第32条（深夜における飲食店営業の規制等）

1～2 （略）

3 第22条（第3号を除く。）の規定は、飲食店営業を営む者について準用する。
（以下略）

第34条（指示等）

1 （略）

2 公安委員会は、飲食店営業者〔(注)「飲食店営業者」とは、「飲食店営業を営む者」をいう。〕若しくはその代理人等が当該営業に関し法令・・・の規定に違反した場合において、・・・少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき・・・は、当該飲食店営業者に対し、当該施設を用いて営む飲食店営業について、6月を超えない範囲内で期間を定めて営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

<答案>

1. Aは、本件処分の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）において、取消事由として、理由の提示がなかったことが行政手続法に違反すると主張することが考えられる。
2. 本件処分は「不利益処分」（行政手続法2条4号柱書本文）に当たるから、公安

委員会は、本件処分の際に「処分の理由」を提示する必要がある（同法14条1項本文）。

にもかかわらず、公安委員会は、本件処分の際に「処分の理由」を何ら提示していないから、本件処分は同法14条1項本文に違反する。

3. では、手続的瑕疵は処分の取消事由に当たるか。

(1) 手続規定の軽重や手続違反の軽重には様々なものがあり得るため、手続的瑕疵がある場合でも手続保障の要請よりも行政経済や法的安定の要請を優先するべきときもあるから、手続的瑕疵が当然に処分の取消事由に当たると解すべきではない。もっとも、重要な手続規定に違反する場合には、手続違反が軽微であるなどの特段の事情がない限り、手続的権利の侵害の度合いが大きいことから、その手続的瑕疵が処分の結果に影響を及ぼすものであるかを問わず、当然に処分の取消事由が認められると解すべきである。

(2) 不利益処分の「理由の提示」について規定する同法14条1項本文は、行政手続法上の適正手続4原則であるから、これに違反することは重要な手続規定に違反することに当たる。また、公安委員会は、本件処分の際に「処分の理由」を何ら提示していないから、手続違反が軽微であるなどの特段の事情も認められない。したがって、前記2の手続的瑕疵は、本件処分の取消事由に当たる。

4. よって、本件処分の取消訴訟が認められる。

以上