

## 第10章 行政指導

A

### 1. 行政指導の意義

B

#### (1) 定義

行政指導は、行政手続法2条6号によれば、「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であつて処分に該当しないもの」と定義される。ここから、①組織法上の根拠があること、②一定の行政目的の実現を目指すものであること、③特定人に向けられたものであること、④相手方の任意を前提とすること、という4つのポイントが導かれる。

#### (2) 性質

行政指導は、相手方の任意ないし合意を前提として行政目的を達成しようとする事実行為にすぎない。

#### (3) 分類

##### ア. 機能に着目した分類

##### ①規制行政指導

相手方の活動を規制することを目的として行われる行政指導であり、相手方にとって不利益に作用するため、法律による行政の原理に照らして最も問題のある形態である。

##### ②助成行政指導

相手方に対して情報を提供し、もって私人の活動を助成しようとするものであり、相手方にとって利益的な意味合いを有する。

##### ③調整行政指導

私人間の紛争に行政が介入することでその解決を探るために行われる形態である。

##### イ. 行政手続法の規律に着目した分類

##### ①申請に対する行政指導

行政手続法は、申請者が行政指導に従う意思がない旨を表明した以上は行政指導を継続してはならないことを明示するとともに(33条)、申請について到達主義を採用し、申請の到達後、行政庁は遅滞なく審査を開始しなければならないとし、申請書を受理しないという運用を否定した(7条)。

##### ②許認可等の権限に関連する行政指導

行政機関はしばしば規制権限があることを背景に、行政指導に従わなければ当該権限を発動するという構図の中で行政指導を行う。そのため、事実上相手方に諾否の自由はなく、行政機関もそのことを熟知した上で効果的な行政指導を展開しようとする。そこで、行政手続法は、行政指導に携わる者が「権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。」と規定する(34条)。

### ③複数の者を対象とする行政指導

行政手続法は、「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。」と規定する（36条）。

## 2. 行政指導に関する法的規制

B

### （1）法律の根拠

行政指導は相手方の任意の協力を促す非権力的作用であるから、法律の留保原則は適用されず、作用法上の根拠は不要である。

### （2）比例原則

行政指導は行政活動であるから、比例原則の適用を受け、「これを必要とする事情がある場合に、これに対応するために社会通念上相当と認められる方法によって行われ」ることが必要である。

最判 S59.2.24・百 I 96

### （3）法律の優位の原則

行政指導は、法律の優位の原則の適用を受けるから、法律の究極の目的に実質的に抵触しないものであることを要する。

最判 S59.2.24・百 I 96

### （4）手続的規制

#### ア. 行政指導の一般原則

「行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない。」（32条1項）

「行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。」（2項）

#### イ. 申請に関連する行政指導

「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。」（33条）

#### ウ. 許認可等の権限に関連する行政指導

「許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。」（34条）

#### エ. 行政指導の方式

##### （ア）原則

- ・行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない。（35条1項）
- ・行政指導に携わる者は、当該行政指導をする際に、行政機関が許認可

等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すときは、その相手方に対して、⑦当該権限を行使し得る根拠となる法令の条項、④前号の条項に規定する要件、⑤当該権限の行使が前号の要件に適合する理由を示さなければならない（2項）。

- ・行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前二項に規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない（3項）。

#### （イ）例外

前記（ア）の規定は、次に掲げる行政指導については、適用しない（4項）。

⑦相手方に対しその場において完了する行為を求めるもの

④既に文書（前項の書面を含む。）又は電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によりその相手方に通知されている事項と同一の内容を求めるものの

#### オ．複数の者を対象とする行政指導

「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。」（36条）

#### （5）行政指導の中止の求め、行政指導の求め

平成 26 年の行政手続法改正により、違法な行政指導の中止を求める手続（36条の2）が法定された。同条の2は、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと思料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。ただし、当該行政指導がその相手方について弁明その他意見陳述のための手続を経てされたものであるときは、この限りでない。」と規定する。

また、行政指導を求める手続（36条の3）も法定された。同条の3は、「何人も、法令に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分又は行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）がされていないと思料するときは、当該処分をする権限を有する行政庁又は当該行政指導をする権限を有する行政機関に対し、その旨を申し出て、当該処分又は行政指導をすることを求めることができる。」と規定する。

いずれも、行政指導が法律に根拠を有する場合に限られる。もっとも、34条違反の行政指導が含まれないのでは救済手段として十分でないから、①行政指導自体について法律で明記されている場合に限られず、②法律所定の許認可権限に付随して行われる行政指導も含まれると広く解釈するべきである

と解されている。

また、いずれの場合も、「申し出」を受けた行政機関は必要な調査を行い、必要により対応しなければならないとされるが、「申し出」にとどまり、申請権を新設するものではないから、その実効性に疑問が呈されている。

### 3. 行政指導の争い方

以下では、行政指導の争いに関する判例等を取り上げる。

#### 〔判例 1〕特殊車両通行認定の留保

事案：X（原告・行政指導の相手方）は、東京都中野区内でマンション建設を計画し、建築確認を得て工事を始めていた。資材搬入業者 B・C（申請者・処分留保の相手方）は、建設予定地への資材搬入に使用する車両が区道に係る車両幅の制限を超えるため、道路管理者（中野区長）に対し特定車両通行認定の申請をした。

区長は、マンション建設に反対する付近住民との話し合いがつくまで認定を留保する旨を通知し、約 5 ヶ月間認定を留保した。

X は、区長が 5 ヶ月以上も認定を留保したのは違法な不作為であるとして、中野区に対して工事遅延等に係る損害につき国家賠償請求をした。

判旨：「道路法 47 条 4 項の規定に基づく車両制限令 12 条所定の道路管理者の認定は、同令 5 条から 7 条までに規定する車両についての制限に関する基準に適合しないことが、車両の構造又は車両に積載する貨物が特殊であるためやむを得ないものであるかどうかの認定にすぎず、車両の通行の禁止又は制限を解除する性格を有する許可（同法 47 条 1 項から 3 項まで、47 条の 2 第 1 項）とは法的性格を異にし、基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものであることは、右法条の改正の経緯、規定の体裁及び罰則の有無等に照らし明らかであるが、他方右認定については条件を附することができること（同令 12 条但し書）、右認定の制度の具体的効用が許可の制度のそれと比較してほとんど変るところがないことなどを勘案すると、右認定に当たって、具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量を行使することが全く許容されないものと解するのは相当でない。

これを本件についてみるのに、…中野区の道路管理者としての権限を行う中野区長が本件認定申請に対して約 5 か月間認定を留保した理由は、右認定をすることによつて本件建物の建築に反対する附近住民と X 側との間で実力による衝突が起こる危険を招来するとの判断のもとにこの危険を回避するためということであり、右留保期間は約 5 か月間に及んではいるが、結局、中野区長は当初予想された実力による衝突の危険は回避されたと判断して本件認定に及んだというのである。右事実関係によれば、中野区長の本件認定留保は、その理由及び留保期間から見て前記行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるものというべく、国家賠償法 1 条 1 項の定める違法性はないものといわなければならない。」

A

B

最判 S57.4.23・百 II 123

解説：本判決は、中野区長が付近住民と業者の実力による衝突回避を考慮した点を捉えて違法性を否定しているが、かかる事情は認定行為の根拠規範と直接関係のないものであるから、他事考慮として裁量権の逸脱に当たるとはならずであろう。

本判決は、行政指導に言及していないが、これは、本件では実力による衝突の危険があったために危険防止の観点から認定の留保を正当化する余地があったと考えたからであろう。これに対し、品川マンション事件では、このような事情がなかったために、行政指導による正当化を正面から論じざるを得なかったのであろう。

本件では、行政指導を行っている主体（東京都）と、処分を留保している主体（中野区）が異なるため、品川マンション事件の判断枠組みを使いにくかったという指摘がある。

最判 S60.7.16・百 I 124

## 〔判例 2〕 建築確認の留保

A

事案：X は、Y（東京都）に対して建築確認申請をしたところ、Y の紛争調整担当職員から、反対派の付近住民との話し合いにより円滑に紛争を解決する旨の行政指導を受けた。その後、Y は、行政指導指針として、建築主と付近住民との紛争が解決しなければ建築確認処分をしない旨を定め、これに基づき X の建築確認申請に対する建築確認処分を留保した。

品川マンション・最判 S60.7.16・百

I 124

要点：建築確認自体は基本的に裁量の余地のない確認的行為の性格を有するから、審査の結果処分要件を具備するに至った場合には、建築主事としては速やかに建築確認を行う義務がある。

しかし、この義務は絶対的なものではなく、①建築確認の留保について建築主の任意の同意がある場合のほか、②建築確認の留保が法の趣旨目的に照らして社会通念上合理的と認められる場合には、建築確認の留保が違法であるとはいえない。

そして、①建築主において任意に行政指導に応じていることから、常に当然に建築確認の留保についてまで任意に同意しているとみるのは相当でない。

また、②普通地方公共団体の責務（旧地方自治法 2 条 3 項 1 号、7 号）及び建築基準法の趣旨目的（同法 1 条）に照らすと、関係地方公共団体において、当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあったとしても、これをもって直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。

他方で、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、①建築主が行政指導には協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明している場合には、②当該建築主が受ける不利益と右行政

指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量し、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは違法である。

本判決は、建築主が東京都建築審査会に対して行った審査請求の申立てが②①に当たるとしたうえで、審査請求がなされた昭和48年3月1日以降の行政指導を理由とする建築確認の留保は国家賠償法1条1項の適用上違法であるとした。

## 〔過去問〕

### （事案）

産業廃棄物の処分等を業とする株式会社Aは、甲県の山中に産業廃棄物の最終処分場（以下「本件処分場」という）を設置することを計画し、甲県知事Bに対し、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「法」という。）第15条第項に基づく産業廃棄物処理施設の設置許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

Bは、同条第4項に基づき、本件申請に係る必要事項を告示し、申請書類及び本件処分場の設置が周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類（Aが同条第3項に基づき申請書に添付したもの。以下「本件調査書」という。）を公衆の縦覧に供するとともに、これらの書類を踏まえて許可要件に関する審査を行い、本件申請が法第15条の2第1項所定の要件を全て満たしていると判断するに至った。

しかし、本件処分場の設置予定地（以下「本件予定地」という。）の周辺では新種の高級ぶどうの栽培が盛んであったため、周辺の住民及びぶどう栽培農家（以下、併せて「住民」という。）の一部は、本件処分場が設置されると、地下水の汚染や有害物質の飛散により、住民の健康が脅かされるだけでなく、ぶどうの栽培にも影響が及ぶのではないかとの懸念を抱き、Bに対して本件申請を不許可とするように求める法第15条第6項の意見書を提出し、本件処分場の設置に反対する運動を行った。

そこで、Bは、本件申請に対する許可を一旦留保した上で、Aに対し、住民と十分に協議し、紛争を円満に解決するように求める行政指導を行った。これを受けて、Aは、住民に対する説明会を開催し、本件調査書に基づき本件処分場の安全性を説明するとともに、住民に対し、本件処分場の安全性を直接確認してもらうため、工事又は業務に支障のない限り、住民が工事現場及び完成後の本件処分場の施設を見学することを認める旨の提案（以下「本件提案」という。）をした。

本件提案を受けて、反対派住民の一部は態度を軟化させたが、その後、上記の説明会に際してAが、(イ)住民のように装ったA社従業員を説明会に参加させ、本件処分場の安全性に問題がないとする方向の質問をさせたり意見を述べさせたりした、(イ)あえて手狭な説明会場を準備し、賛成派住民を早めに会場に到着させて、反対派住民が十分に参加できないような形で説明会を運営した、という行為に及んでいたことが判明した。

A

平成29年予備試験設問1

その結果、反対派住民は本件処分場の設置に強く反発し、A が本件処分場の安全性に関する説明を尽くしても、円満な解決には至らなかった。他方で、建設資材の価格が上昇し A の経営状況を圧迫するおそれが生じていたことから、A は、本件提案を撤回し、説明会の継続を断念することとし、B に対し、前記の行政指導にはこれ以上応じられないので直ちに本件申請に対して許可をするように求める旨の内容証明郵便を送付した。

これを受けて、B は、A に対し、説明会の運営方法を改善するとともに再度本件提案をすることにより住民との紛争を円満に解決するように求める行政指導を行って許可の留保を継続し、A も、これに従い、月 1 回程度の説明会を開催して再度本件提案をするなどして住民の説得を試みたものの、結局、事態が改善する見通しは得られなかった。そこで、B は、上記の内容証明郵便の送付を受けてから 10 か月経過後、本件申請に対する許可（以下「本件許可」という。）をした。

A は、この間も建設資材の価格が上昇したため、本件許可の遅延により生じた損害の賠償を求めて、国家賠償法に基づき、甲県を被告とする国家賠償請求訴訟を提起した。

…（略）…

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

#### [設問 1]

A は、上記の国家賠償請求訴訟において、本件申請に対する許可の留保の違法性に関し、どのような主張をすべきか。解答に当たっては、上記の許可の留保がいつの時点から違法になるかを示すとともに、想定される甲県の反論を踏まえつつ検討しなさい。

#### [法令] 【資料】

○ 廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和 45 年法律第 137 号）（抜粋）

（目的）

第 1 条 この法律は、廃棄物の排出を抑制し、及び廃棄物の適正な分別、保管、収集、運搬、再生、処分等の処理をし、並びに生活環境を清潔にすることにより、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ることを目的とする。

（産業廃棄物処理施設）

第 15 条 産業廃棄物処理施設（廃プラスチック類処理施設、産業廃棄物の最終処分場その他の産業廃棄物の処理施設で政令で定めるものをいう。以下同じ。）を設置しようとする者は、当該産業廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の許可を受けようとする者は、環境省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を提出しなければならない。

一～九（略）

3 前項の申請書には、環境省令で定めるところにより、当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類を添付しなければならない。（以下略）

4 都道府県知事は、産業廃棄物処理施設（中略）について第1項の許可の申請があつた場合には、遅滞なく、第2項（中略）に掲げる事項、申請年月日及び縦覧場所を告示するとともに、同項の申請書及び前項の書類（中略）を当該告示の日から1月間公衆の縦覧に供しなければならない。

5 （略）

6 第4項の規定による告示があつたときは、当該産業廃棄物処理施設の設置に関し利害関係を有する者は、同項の縦覧期間満了の日の翌日から起算して2週間を経過する日までに、当該都道府県知事に生活環境の保全上の見地からの意見書を提出することができる。

（許可の基準等）

第15条の2 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。

一 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画が環境省令で定める技術上の基準に適合していること。

二 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画が当該産業廃棄物処理施設に係る周辺地域の生活環境の保全及び環境省令で定める周辺の施設について適正な配慮がなされたものであること。

三 申請者の能力がその産業廃棄物処理施設の設置に関する計画及び維持管理に関する計画に従つて当該産業廃棄物処理施設の設置及び維持管理を的確に、かつ、継続して行うに足りるものとして環境省令で定める基準に適合するものであること。

四 （略）

2～5 （略）

○ 廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則（昭和46年厚生省令第35号）（抜粋）

（生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類）

第11条の2 法第15条第3項の書類には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

一 設置しようとする産業廃棄物処理施設の種類及び規模並びに処理する産業廃棄物の種類を勘案し、当該産業廃棄物処理施設を設置することに伴い生ずる大気質、騒音、振動、悪臭、水質又は地下水

に係る事項のうち、周辺地域の生活環境に影響を及ぼすおそれがあるものとして調査を行つたもの（以下この条において「産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目」という。）

二 産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目の現況及びその把握の方法

三 当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響の程度を予測するために把握した水象、気象その他自然的条件及び人口、土地利用その他社会的条件の現況並びにその把握の方法

四 当該産業廃棄物処理施設を設置することにより予測される産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目に係る変化の程度及び当該変化の及ぶ範囲並びにその予測の方法

五 当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響の程度を分析した結果

六 大気質、騒音、振動、悪臭、水質又は地下水のうち、これらに係る事項を産業廃棄物処理施設生活環境影響調査項目に含めなかつたもの及びその理由

七 その他当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査に関して参考となる事項

[答案]

1. Bは、本件申請について、法15条の2第1項所定の許可基準を満たすと判断している。そのため、許可について効果裁量が認められなければ、申請者の任意の同意がないにもかかわらず許可を留保することは原則として違法となる。

(1) 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質の両面からみて判断する。

法15条1項の2第1項は、「許可をすることができる」という文言を用いていない。また、許可は、本来的自由に対する一般的制約を個別の申請に基づき解除するという性質上、裁量の余地の狭いものである。したがって、効果裁量は認められないと解する。

(2) 甲県は、Aが行政指導に応じて住民に対する説明を行うとともに本件提案をしていることを理由として、許可の留保についてAの任意の同意があると反論する。

しかし、申請者は、許認可権限を有する行政側からの行政指導に対しては、事を荒立てることを避けるために不本意ながらもこれに応じるのが通常であるといえる。したがって、Aの任意の同意は認められない。

2. もっとも、例外的に許可の留保が許容されないか。<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> 品川マンション事件最高裁判決（最判S60.7.16・百I124）は、建築確認について「確認処分自体は基本的に裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものと解するのが相当であるから、審査の結果、…処

(1) 普通地方公共団体は、地域の環境の整備保全を目的の1つとしている。また、法も、生活環境の保全を目的としている(法1条)。そのため、申請者が行政指導に応じている場合には、関係地方公共団体において、当該地域の生活環境の保全を図るために、行政指導の結果に期待して社会通念上合理的と認められる期間許可を留保することが許容され得ると解すべきである。もっとも、許可の留保が申請者の任意の協力・服従を前提とした事実上の措置にとどまることに鑑み、行政手続法33条がその限界を定めている。具体的には、①申請者が不協力の意思を真摯かつ明確に表明している場合には、②不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情のない限り、許可の留保は同法33条に反し違法となる。

(2) 甲県は、内容証明郵便送付後も、AはBの行政指導に従って月1回程度の説明会を開催して再度本件提案をするなどしているから、①は認められないと反論する。

しかし、Aは、Bが行政指導及び許可の留保を継続していることから許可を受けるためにやむなく協力しただけであるから、内容証明郵便送付後にAが行政指導に協力していたという事実をもって、内容証明郵便送付が①に当たることを否定することはできない。

(3) 甲県は、Aが(ア)(イ)の行為に及んだこと及びAが本件提案を撤回していることを理由として、②が認められると反論する。

確かに、Aは、(ア)(イ)の行為により反対派住民が十分に参加できないような形で説明会を運営しており、これにより、行政指導の目的である周辺住民との十分な協議による紛争の円満解決が実現されなかったのである。

また、Aが上記(ア)(イ)に加え、行政指導に対して自ら行った本件提案を撤回するという行為にも及んでいることから、Aの対応には社会通念上正義の観念に反する側面があったともいえそうである。

しかし、Aが行政指導に協力している間に、建設資材の価格が上昇し、Aの経営状況を圧迫するおそれが生じていたため、Aは行政指導に協力している余裕がない状況に追い込まれていたといえる。

そして、上記状況に照らし、Aはやむを得ず本件提案を撤回するに

分要件具備するに至った場合には、建築主事は速やかに確認処分を行う義務があるといわなければならない。」とする一方で、普通地方公共団体の責務(旧地方自治法2条3項1号、7号)及び建築基準法の趣旨目的(同法1条)を理由として、「関係地方公共団体において、…当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあったとしても、これをもって直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。」としており、産業廃棄物処理施設の設置許可についても同様に考えることができる。

他方で、「右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものである」との理由から、①建築主が行政指導には協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明している場合には、②当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量し、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは違法であるとしている。行政手続法33条は、本判決を基礎として制定されたものであるから、本判決の判旨に従って解釈することになる。

至ったのだから、本件提案の撤回が社会通念上正義の観念に反するとはいえない。

また、A は、(ア) (イ) により不誠実な説明会運営をしていたものの、反対派住民に対して本件処分場の安全性に関する説明を尽くしている上、本件提案の撤回後に行政指導に対して再度本件提案をするなどして住民の説得を試みているのだから、(ア) (イ) をもって A の不協力が社会通念上正義の観念に違反するともいえない。

したがって、②は認められず、許可の留保は内容証明郵便送付時点から違法になる。<sup>2)</sup>

### 〔判例 3〕 要綱に基づく教育施設負担金の納付の要求

A

最判 H5.2.18・百 198

事案：水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景とした開発指導要綱に基づき教育施設負担金の納付を要求した行政指導について、国家賠償法上の違法性が問題となった。

#### 要点 1：判断枠組み

行政指導は相手方に任意の協力を求める非権力的作用であるから、行政指導として教育施設負担金の納付を求めることは、強制にわたるなど事業主の任意性を損なうものである場合には、違法である。

#### 要点 2：当てはめ

##### ①指導要綱の文言

指導要綱は、法令の根拠に基づくものではなく、市において事業主に対する行政指導を行うための内部基準であるにもかかわらず、水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、事業主に一定の義務を課すようなものとなっており、また、これを遵守させるため一定の手続が設けられている。教育施設負担金についても、その金額は選択の余地のないほどに具体的に定められており、事業主の義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となっているから、右負担金が事業主の任意の寄付金の趣旨で規定されていると認めるのは困難である。しかも、給水契約の締結の拒否という制裁措置は、水道法上許されないものであり、右措置が採られた場合には、マンションを建築してもそれを住居として使用することが事実上不可能となり、建築の目的を達成することができなくなる。

##### ②運用の実態

市が X1 に対し教育施設負担金の納付を求めた当時において、指導要綱に基づく行政指導に従うことができない事業主は事実上開発等を断念せざるを得なくなっており、これに従わずに開発行為を行った事業主は A 以外になく、その A の建築したマンションに関しては、現に水道の給水契約の締結及び下水道の使用が拒否され、その事実が新聞等によって報道された。

<sup>2)</sup> A としては、内容証明郵便送付時点から違法になると主張するべきで、そうすること、内容証明郵便送付時点から本件許可までの 10 カ月間における建築資材の価格上昇分の損害と違法な不作為（許可の留保）の間の相当因果関係が認められるからである。

### ③市の担当者の態度

市の担当者が X1 による教育施設負担金の減免等の懇願に対し前例がないとして拒絶した態度からは、本件教育施設負担金の納付が事業主の任意の納付であることを認識した上で行政指導をするという姿勢は、到底うかがうことができない。

### ④総合評価

上記のような①指導要綱の文言及び②運用の実態からすると、本件当時、市は、事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建築の目的が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、指導要綱を遵守させようとしていたというべきである。

市が X1 に対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、上記のような③市の担当者の態度と相まって、X1 に対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、X1 に教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものといえることができる。

右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限界を超えるものであり、違法な公権力の行使である。

## 第2章 取消訴訟

A

取消訴訟は、行政庁の処分・裁決について、その全部又は一部の取消しを求め、その処分・裁決の法的効力を遡って消滅させる訴えである。

取消訴訟の訴訟要件は、処分性（3条2項）、原告適格（9条）、訴えの利益（9条1項参照）、被告適格（11条）、管轄（12条）、不服申立前置（8条）、出訴期間（14条）である。

### 第1節 処分性

A

#### 1. 処分性の判断枠組み

A

##### （1）昭和39年判決の定式

判例において、「行政庁の処分」（行訴法3条2項）とは、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、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確定することが法律上認められているもの」を意味するとされている。

最判 S39.10.29・百II 148

昭和39年判例の定式の具体的内容の整理については、著者によって若干の違いがあるところ、試験対策上、①公権力性、②国民に対する直接・具体的な法的効果（国民の権利義務に対する直接・具体的な法的規律）と整理すると、答案が書きやすいと思われる。

櫻井・橋本 263頁・272頁

処分性の要件は、抗告訴訟か公法上の当事者訴訟・民事訴訟かという訴訟管轄の配分を行うのに加え、広義の訴えの利益の判断として訴訟として取り上げるに値しない紛争を成熟性の観点から排除する機能を果たす。

事例から考える 58～59頁・76頁

##### （2）公権力性

公権力性は、国又は公共団体が法令を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使をいう。

最判 H15.9.4・百II 157、事例研究  
42頁

これは、「公権力の主体たる」という判旨に対応する要件であり、権力性のない行為を取消訴訟から除外することを趣旨とする。

事例研究 40頁

当てはめでは、少なくとも、形式的要素に属する①行為の主体（国又は公共団体）と②法令上の根拠規定を指摘する。

事例から考える 76頁

保育実施解除のように契約関係に基づく私法上の行為にとどまるのかが問題となる事案では、①・②に加え、実質的要素である③法令を根拠とする優越的地位の発動の有無についても検討する。そして、法律関係の出口に関する行為の性質が問われている事案では、入り口の性質から検討する（出口と入り口の性質が対をなしているのが通常だから）。さらに、手続規定（行手法の適用除外や行政不服申立てに関する規定）については、実体法上の規定を検討した後に言及する（手続規定は、実体法上の規定により根拠づけられていること（公権力性の有無）を反映したものだから。）。

③には自主条例も含まれる（大橋II  
84頁）。

##### （3）直接具体的な法的効果

直接具体的な法的効果は、国民の権利義務（又は法的地位）に対する影響（規律）という意味での法的効果と、その直接性・具体性からなる。直接性・具体性には、紛争の成熟性を欠くものを取消訴訟の対象から除外する機能が

事例から考える 59頁・76頁

ある。

## ア. 法効果性

法効果性は、④私人の権利・地位（利益を含む）に対する影響、⑤影響を受ける地位が法的地位といえる（権利であれば⑤は問題とならない）、⑥権利・地位に対する影響が根拠規定において当該行為の効果として予定されたものであることからなる。法的地位には、実体上の地位と手続上の地位がある。なお、④～⑥のうち、問題となるものだけ検討すれば足りる。

## イ. 直接・具体性

法的効果の直接・具体性は、紛争の成熟性を吟味する機能を有することから、「抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果」と呼ばれることもある。⑦法的効果の分析の際には、当該行為それ自体の効果と、後続行為との連動性を根拠にした効果を区別する。例えば、特段の事情のない限り後続処分に至るという強い連動性があれば、前倒しの法的効果の読み込みにより、後続処分を受けるべき地位に立たされるという意味で、法的地位に対する直接・具体的な影響が生じるとして、直接・具体的な法的効果を認める余地がある。

最大判 H20.9.10・百 II 152

最大判 H20.9.10・百 II 152、百 II

160 解説

## （４）実効的な権利救済を図るという観点

近時の判例では、処分性を判断する際に、「実効的な権利救済を図るという観点」を考慮することがある。

実効的な権利救済という観点を処分性の判定要素の 1 つとして用いることは、国民の権利利益のより実効的な救済という平成 16 年行訴法改正の理念に適うものである。

実効的な権利救済の使い方としては、①処分性の本来的要件の緩和、②本来的要件の不充足の補完、③本来的要件から導かれる結論の合理性を支える、④処分性要件の加重などが挙げられる。

H24 重判 4 解説（①）、探究 391～

392 頁（②）、基本行政法 296～297

頁・塩野 II 102 頁（③）、H22 重判

9 解説（④）

最判 H17.7.15・百 II 160、最大判

H20.9.10・百 II 152、最判

H21.11.26・H22 重判 9

最判 H16.4.26、最判 H7.4.14・百 II

161、最大判 H20.9.10 百 II 152

これらの例としては、⑤病院開設中止勧告の処分性を肯定した判例、⑥土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例、⑦市立保育所を廃止する改正条例の制定行為の処分性を肯定した判例が挙げられる。

検疫所長による食品衛生法違反通知の処分性を肯定した判例、登録免許税還付通知拒絶通知の処分性を肯定した判例、土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例につき、①に属する判例であるとの見方もある。

## （５）公権力的事実行為

行政事件訴訟法 3 条 2 項が処分性について「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」として「その他公権力の行使に当たる行為」という文言を付加しているのは、学問上の行政行為だけでなく一定範囲の公権力的事実行為についても処分性を認めて抗告訴訟の対象にするためである。

事例研究 41～42 頁

そうすると、①法効果性ありとして処分性を肯定する場合には「行政庁の処分」だけ引用すれば足りる一方で、②「公権力の行使に当たる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの」（旧行政不服審査法 2 条 1 項）という意味での継続的性質を有する公権力的事実行為について処分性を認める場合と、③法効果性がない公権力的事実行為のう

継続的性質を欠く公権力的事実行

為も「その他公権力の行使に当たる

行為」に当たる余地がある（事例問

題 41～42 頁）

ち継続的性質を有しない行為（例えば、病院開設中止勧告）について権利救済の必要性から例外的に処分性を肯定する場合には、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」まで引用する、という理解が正確である。

## （6）個別法の明文で処分性が認められる場合

### ア．当該行為について、個別法が明文で行政不服審査法上の不服申立てや行政事件訴訟法上の抗告訴訟の提起を認めている場合

この場合には、法律が、当該行為の実質的性質を問わずこれを「処分」とみなしているのであるから、処分性を認めるに当たって、昭和 39 年判決の定式を持ち出すことなく、処分性を肯定することができる。

### イ．当該行為について、個別法が明文で行政不服審査法や行政手続法上の行政処分手続の適用除外を定めている場合

処分性がないのであれば、適用除外規定がなくても行政不服審査法や行政手続法上の行政処分手続が適用されないのだから、敢えてこれらの適用除外規定が設けられているということは、個別法が当該行為について本来であれば行政不服審査法や行政手続法上の行政処分手続が適用される「処分」であることを前提にしている、と理解することになる。したがって、適用除外規定の存在は、争点となっている処分性の要件（公権力性、法効果性、法効果の直接具体性）を肯定する方向で評価される。

### ウ．論じ方

前記ア・イについては、処分性の検討過程の最後に言及するべきである。例えば、公権力性との関係で論じるのであれば公権力性の検討過程の最後に、法効果性との関係で論じるのであれば法効果性の検討過程の最後に論じる。

前記ア・イという手続面に関する規定は、実定法上の規定により導かれる処分性肯定という結論を反映したものである。<sup>1)</sup>

事例研究 42 頁

A

## 2. 処分性が論点であるかどうかの見極め方

“～のために、A がいかなる法的手段をとるべきか。”というように、訴訟要件を網羅的に検討することが求められている設問において、処分性が論点になっているかどうかは、会議録のヒントに従って判断する。

### ○司法試験平成 19 年設問 1 (1)

退去強制令書に基づく A の収容の継続及び送還を阻止するために、A がいかなる法的手段（行政事件訴訟法に定めるものに限る。）をとるべきかについて、それを用いる場合の要件を中心に論じなさい。

➡「本件では退去強制令書が発付され、Aさんは収容されていますし、このままでは本国に送還されてしまいます。まず、何らかの手立てを講じなければなりません。発付の法的性格を解明した上で、争い方を考えてください。」

<sup>1)</sup> 例えば、保育実施解除の処分性が問題となった司法試験プレテストに関する Apr.No307「法学教室」18 頁（担当：石川敏行教授）の解説では、保育実施解除に関する行政手続法の適用除外規定について、「これ…をメインに、いきなり「処分性」に直結させるというのでは、それだけでは弱いですね。まず実体法上の根拠があり、それが手続法に反映しているはずですからね。」とある。

### ○司法試験平成 20 年設問 1

勧告に従わなかった旨の公表がされることを阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）を検討し、それを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。解答に当たっては、複数の法的手段を比較検討した上で、最も適切と考える法的手段について自己の見解を明らかにすること。

➡「D 君には、勧告と公表の法的性格を分析した上で、採るべき法的手段について、公表を阻止する観点から検討をお願いします。」

### ○司法試験平成 21 年設問 1

F が本件建築物の建築を阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）を挙げた上で、それを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。

➡「本件確認が処分当たることは疑いありませんし、審査請求も既に行われています。出訴期間も現時点では問題ないようですね。訴訟を提起するとして、F らは本件建築物とどのような関係にあるのですか。」

### ○司法試験平成 26 年設問 3

D が〔設問 2〕で挙げられた処分をさせることを求める行政訴訟を提起した場合、当該訴えは適法か。行政事件訴訟法第 3 条第 2 項以下に列举されている抗告訴訟として考えられる訴えの例を具体的に一つ挙げ、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。なお、仮の救済は解答の対象から除く。

➡「設問 3 の表現からして処分性が認められていることが前提になっている。」

### ○司法試験平成 27 年設問 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 項以下に列举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。

➡会議録には、本件命令の法的性格を分析する旨の誘導がない。

## 3. 相対的行政処分概念

誰が争うか、争う理由は何かという紛争の利益状況次第で、同じ行為でも抗告訴訟の対象となるかどうか異なってくるとする「相対的行政処分論」の問題意識は、現在の行政事件訴訟法のもとではむしろ、主としては公法上の当事者訴訟（特に確認訴訟）によって受け止められることになる。

相対的行政処分論には、①抗告訴訟の対象を行為の実体法上の性質理解から判断するのではなく、あくまでも争訟法上の観点から紛争の状況に応じてその成熟性を判断しようとする見解、②一律かつ画一的な処分性の判断の後で保護法益性の存否という観点から再度の検証を行い、当初の処分性否定の判断を覆す可能性を主張する見解がある。

ただ、これらの相対的行政処分論は、紛争状況という「原告側」の固有事情

B

探究 380～387 頁

を取り上げることができるかどうかという問題意識に関するものであると思われる。

したがって、相対的行政処分論に立たなくても、ある根拠法令上の行為について、現実に行われた行為そのものに関する特殊事情に着目して、処分性の可否を判断することは許されると考えられる。

例えば、条例制定行為の処分性が問題となった複数の最高裁判例では、根拠法令を同じくする条例制定行為（地方自治法 14 条 1 項）について、条例の内容に着目した上で、処分性の可否の結論を異にしているからである。<sup>2)</sup>

#### 4. 公権力性

##### (1) 法令上の根拠

A という行為について、法令上の明文規定がなく、要綱・通達といった行政規則によって明確に定められている場合、「法令上の根拠」を認めるために、当該法令の合理的解釈が試みられることがある。

##### 〔判例 1〕 検疫所長による食品衛生法違反通知

事案：輸入食品等監視指導業務基準（内部基準）が定める検疫所長による食品衛生法違反通知について、（1）違反通知は同法 16 条に基づくものといえるか（公権力性のうち、形式的要素）、（2）輸入許可申請に対する税関長の判断を法的に拘束する効力が認められるかが問題となった。

食品等を適法に輸入するための手続は、以下の通りである。

- ①検疫所長に対する輸入の届出（当時：食品衛生法 16 条、現在：同法 27 条）
- ②検疫所長による㊦食品等輸入届出済証又は㊧食品衛生法違反通知書の交付（㊦㊧につき、食品衛生法上は明確に定められておらず、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）により明確に定められているにとどまる）
- ③税関長に対して輸入許可を求めて輸入申告（関税法 67 条）をする
- ④関税法 70 条 2 項が輸入許可の要件として定める「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認があれば、税関長が輸入許可をすることになる。関税法 70 条 2 項が輸入許可の要件として定める「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の方法について、関税法基本通達（行政規則）では、②において㊦食品等輸入届出済証が交付されていない食品等に関する輸入申告書は受理しないと定めているが、そのようなことは関税法上明確には定められていない

要点：まず、食品衛生法違反通知（㊧・㊦）については、食品衛生法上は明確に定められておらず、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）により明確に定められているにとどまるため、法律上の根拠を欠くとして、公権力性が認められないのではないかが問題となる。本判決は、（改正

A

B

最判 H16.4.26

基本行政法 289～292 頁

<sup>2)</sup> 簡易水道料金の値上げを定める改正条例×（最判 H18.7.14・百Ⅱ155）、区立小学校の統廃合を内容とする条例×（最判 H14.4.25）、市立保育所の廃止を内容とする改正条例○（最判 H21.11.26・H22 重判 9）

前) 食品衛生法 16 条は、検疫所長が輸入届出に対する応答として㉞食品等輸入届出済証又は㉞食品衛生法違反通知書のいずれかを交付することを予定しており、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）はそのことを確認する趣旨で定められたものであると解釈することにより、食品衛生法違反通知は（改正前）食品衛生法 16 条に基づくものであるといえ公権力性があるとした。<sup>3)</sup>

次に、関税法 70 条 2 項が輸入許可の要件として定める「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の方法について、関税法基本通達（行政規則）では、㉞において㉞食品等輸入届出済証が交付されていない食品等に関する輸入申告書は受理しないと定めているものの、そのようなことは関税法上明確には定められていないため、関税法上は食品等輸入届出済証が交付されていなくても輸入許可の要件を満たすとして税関長により輸入許可がなされる余地がある（つまり、輸入許可の要件である「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の手段が㉞において㉞食品等輸入届出済証が交付されたことに限定されない）のであれば、㉞において㉞食品等輸入届出済証ではなく㉞食品衛生法違反通知書が交付されたことには、輸入許可を受けられなくなる結果として食品等を適法に輸入することができなくなるという法的効果が認められないことになる。そこで、関税法上は食品等輸入届出済証が交付されていなくても輸入許可の要件を満たすとして税関長により輸入許可がなされる余地があるのか（換言すると、食品衛生法違反通知書の交付には、輸入許可をしてはならないとして税関長の許否に関する判断を法的に拘束する力があるのか）が問題となる。本判決は、関税法 70 条 2 項では、輸入許可の要件である「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の手段として㉞において㉞食品等輸入届出済証が交付されていることを要求するという取扱いが予定されており、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）はそのことを確認する趣旨で定められたものであると解釈することにより、食品衛生法違反通知書の交付には輸入許可をしてはならないとして税関長の許否に関する判断を法的に拘束する力があるとして、輸入許可を受けられなくなる結果として食品等を適法に輸入することができなくなるという法的効果を認め、処分性を肯定した。

#### 〔判例 2〕 労災就学援護費の不支給決定

事案：労働者災害補償保険法 23 条 1 項 2 号は、労働福祉事業として労災就学援護費の支給を行うことを定めているものの、同条 2 項の委任を受けた同法施行規則 1 条 3 項では、支給に関する事務の管轄を定めるだけで、支給のための一連の手續・要件を定めていなかった。また、法第 3 章（7 条～29 条）は、「保険給付」の手續・要件について定めている

A

最判 H15.9.4・百 II 157

<sup>3)</sup> “通達に示されている解釈を法令に取り込みたい場合、「通達に A と書いてあるから、A と解釈すべきである」とするのではなく（これでは裁判所が行政機関の解釈に拘束されることになってしまう）、「そもそも当該法令は A と解釈すべきであり、当該通達はその旨を確認したものである（裁判所が正しいと考える解釈を、行政機関も採用している）」と説明するべきである…”（基本行政法 326 頁）

が、労災就学援護費の支給は第3章の「保険給付」に含まれない。そのため、労災就学援護費の支給に関する決定について、法令上の明文根拠を欠く状態にあった。

要点：労災就学援護費については、給付自体は法律上予定されており、委任規則が給付を行う際の管轄を定めているが、給付の手続・要件は通達で定められているにとどまる。そのため、労災就学援護費の支給・不支給決定は、直接には通達に基づくものであるともいえそうであり、仮にこのように解すると、同支給・不支給決定について処分性を認めることは、内部規範による公権力の創出として、法律による行政の原理に抵触する。これについて、本判決は、上記労災就学援護費に関する制度の仕組みに鑑みれば、法は、同法に基づく保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により労災就学援護費を支給できる旨を規定していると解釈した。<sup>4)</sup>

本判決は、上記のような解釈を展開したうえで、被災労働者又はその遺族は、所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられており、労働基準監督署の支給決定によって初めて具体的な労災就学援護費の支給請求権を取得すると述べ、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給・不支給決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、処分性が認められる、とした。

#### (論述例)

1. 「行政庁の処分」(行訴法3条2項)とは、…略…
2. 確かに、労災就学援護費の支給に関する決定については、法で明示的に定められていないから、本件通達に根拠を有するだけのように思える。そして、本件通達は、法令の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。そうすると、仮に同決定が本件通達のみ根拠を置くものなのであれば、法令上の根拠を欠くものとして、公権力性が否定される。

しかし、限られた財源を原資とする労災就学援護費の支給については、統一的・公平に判断されるべきであるから、行政処分の形式で行われるのが望ましい。そこで、このような要請のある同支給に関する決定については、関連する給付の支給決定の根拠規定を柔軟に解釈することで、法令上の根拠を認める余地があると解すべきである。

そして、法第3章は、被災労働者及びその遺族を援護する趣旨で、「保険給付」に関する手続・要件を定めている。法23条1項は、法第3章と

事例から考える 79 頁、探究 367 頁、  
探究 108 頁・367～369 頁

<sup>4)</sup> 労災就学援護費の給付自体については、法律の明文規定があったが、給付の手続・要件については法律の明文規定がなかった。給付行政において、給付自体に法律の根拠があることから、直ちに給付の手続・要件について法律の根拠があるとはいえず、またそれゆえに、当然に国民について支給を受けることができるという法的地位が認められるわけではない。給付自体に法律の根拠があっても、法律に支給の手続・要件を定めることなく、その給付の手続を法律の根拠に基づかない契約形式で行う場合もあるからである。

同様の趣旨に基づき、労働福祉事業として、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができると規定し、同条 2 項の委任を受けた規則 1 条 3 項では、労災就学援護費の支給に関する事務の管轄を定めている。そうすると、法は、第 3 章の「保険給付」を補完するために、労働福祉事業として、第 3 章の「保険給付」と同様の手続・要件により労災就学援護費を支給できる旨を規定していると解される。そして、本件通達はこれと同じ趣旨を明らかにしたものと解される。

したがって、労災就学援護費の支給に関する決定（支給決定・不支給決定）にも、法令上の根拠が認められる。

3. そして、同支給決定は、労働基準監督署長が、上記でいう法令上の根拠に基づき、「請求」に対する応答として、優越的地位の発動として行うものであるから、公権力性が認められる。

4. さらに、労災就学援護費の給付を受ける権利を有する者には、一定額の給付を受けることができる抽象的な地位が与えられており、「請求」に対する支給決定によりその地位が具体的な給付請求権へと転化変質する。この意味で、支給に関する決定には直接・具体的な法的効果がある。

したがって、労災就学援護費の支給に関する決定は「行政庁の処分」に当たる。

### 〔判例 3〕 公営福祉施設の民間移管に係る事業者選考応募者に対する「決定に至らなかった」旨の通知

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

事案：紋別市は、老人福祉施設の民営化を図るために、施設譲渡方式（建物は無償で譲渡し、土地は、当分の間、無償貸与する）を選択し、担い手の決定は公募によることとし、募集要綱を定め、募集要綱に基づき受託事業者の公募を開始し、書類審査を経て受託事業候補者とすることに決定した A 会に対して、移管先としての「決定に至らなかった」旨の通知をした。

要点：本判決は、本件通知は、市が契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し、その者を契約の相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず、公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないとして、処分性を否定した。

#### ①市の優越的地位

➡本件民間移管は、市と受託事業者との間で契約を締結することにより行うことが予定されていた。また、本件募集要綱では、市の解除権などが留保されているが、解除権の留保は私人間の契約にもみられることであるし、本件契約を締結するか否かは相手方の意思に委ねられているから、そのような留保によって本件契約の契約としての性質に本質的な変化が生じるものではない。本判決は、上記のように述べて、本件募集は私法上の行為であるとした。

#### ②法令の根拠

➡本件契約は、地方自治法施行令 167 条の 2 第 1 項 2 号に該当する

ため随意契約の方法により締結できる。また、公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する市の条例及び同条例施行規則は、市の設置する公の施設に係る地方自治法 244 条の 2 第 3 項所定の指定管理者の指定の手続について定めたものであって、本件契約の締結及びその手続について適用されるものではない。本判決は、上記のように述べたうえで、本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではなく、市が本件民間移管に適する事業者を契約の相手方として選考するための手法として行ったものにすぎない、とした

解説：控訴審判決の論理の発展

控訴審判決は、行政の内部規範によって創出された行為には原則として処分性が認められないという問題について、紋別市では、施設の所有権が自治体に留保される指定管理者方式においてさえも、地方自治法 244 条の 2 第 3 項でいう指定管理者制度に関する市条例及び同条例施行規則上、公募が必要とされているのであるから、指定管理者方式よりも利権が大きく事業者に大きな責任を負わせることになる施設譲渡方式にあたっては、なおさら慎重な手続を踏むことが必要であり、これについて公募を行うことが地方自治法の解釈上要求されていると解することができるとして、本件募集の根拠を地方自治法に求めた。

この控訴審判決の解釈論を補強するために、労災就学援護費不支給決定の処分性を肯定した最高裁平成 15 年判決の判例理論を援用することが考えられる。

(論述例)

1. 「行政庁の処分」(3 条 2 項)とは、…略…(昭和 39 年判決)。これは、公権力性及び直接・具体的な法的効果からなる。これらのうち、公権力性は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使を意味する。

2. 以上を前提として、本件通知の「処分」性を検討する。

(1) まず、公権力性との関係で、本件通知に法令上の根拠があるかが問題となる。

確かに、公の施設の民間移管の方法のうち、指定管理者方式についてのみ、地方自治法 244 条の 2 第 3 項でその手続が明定されている。そうすると、施設譲渡方式における本件通知は、地方自治法上の根拠を欠き、本件募集要綱に根拠があるにとどまるといい得る。そして、本件募集要綱は、法令の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。そうすると、仮に本件通知が本件募集要綱のみに根拠を置くものなのであれば、法令上の根拠を欠くことになる。

しかし、老人福祉施設は、もともとは市町村が老人の福祉を実現・充実化するという公益的要請に応じて設置・運用すべきものである(老人福祉法 11 条)から、その民間移管先の選択は公益的側面が強いとい

H23 重判 6 解説

最判 H15.9.4・百Ⅱ157

実質的要素が争点となる事案では、公権力性の定義まで示すべきである。

公権力性の形式的要素について、本判決は、「本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではな…い」とする。

H23 重判 6 解説

える。このことは、民間移管先であっても、条例所定の基準に服するとともに（同法 17 条）、措置の受託義務を負い（同法 20 条）、さらには都道府県から措置に要する費用の一部補助を受けることができる（同法 24 条）という仕組みになっていることから窺われる。このような公益的側面の強い民間移管先の選択については、法令を根拠として統一的に行われることが望ましい。

そして、紋別市では、指定管理者方式に関する市条例等において、公募を必要とする仕組みを設けているのだから、次のように考えることが可能である。すなわち、法令上、施設の所有権が自治体に留保される指定管理者方式についてさえも公募が必要とされているのであれば、市条例等は、これに基づく指定管理者方式による民間移管を補完するために、指定管理者方式よりも利権が大きく事業者に大きな責任を負わせることになる施設譲渡方式についても、慎重な手続を踏むべく、指定管理者方式と同様の公募を行うべきことを規定していると解釈することができるのであり、本件募集要綱はこのような法令の解釈と同じ趣旨を明らかにしたものと位置づけられるべきである。

したがって、本件通知にも法令上の根拠が認められる。

（２）次に、公権力性との関係で、優越的地位の発動の有無が問題となる。

老人福祉施設の民間移管先の選択は、行政契約の相手方の選択であるから、形式上は、契約関係における行為に位置づけられる。そうすると、本件通知は、契約交渉段階の一方当事者としての私法上の行為であり、法を根拠とする市の優越的地位の発動としての行為ではない、という見方になる。

なお、本件募集要綱では、決定後の市の取消権が定められているが、当事者の一方にのみ解除権を留保するということは、私人間の契約にもみられることであるから、この定めは本件通知の契約としての性質に本質的な変化をもたらすものではないと考えられる。

したがって、本件通知は、法を根拠とする優越的地位の発動として行われるものであるとはいえないため、公権力性を欠き、「行政庁の処分」に当たらない。

論述例では、公権力性の実質的要素については、本判決と同じ考えに立っている。

## （２）優越的地位の発動

国又は公共団体が国民との間でする行為が、契約の相手方の選考、契約の締結拒否、契約の解除・取消しなどの私法上の行為にとどまるのではないかという点が問題になることがある。

### 〔判例 4〕 普通財産の売り払い

事案：A の所有地は、物納許可により国有に属し、これを管理していた旧大蔵大臣は、本件土地を X に売り渡した。国有財産法上、国有財産は行政財産と普通財産とに区別されており、物納財産は普通財産とされている。なお、物納とは、金銭による納税が困難である場合に許可を得て他の財産を納付することをいう。

要点：以下の理由から、物納財産の払下げは、私法上の売買であり、処分性

C

最判 S35.7.12・百II146

が認められない。

- ①物納財産の払下げが旧大蔵大臣の定めた内規に基づいて許可の形式で行われていたが、これは払下げ行為の法的性質に影響を及ぼすものではない（最高裁）。
- ②この許可において旧大蔵大臣は優越的な地位にあり、私人は何ら発言権を有しないが、一方当事者が事実上の優越的地位にあるというのは私人間の私法上の契約にも見られることである（上告理由であるが、最高裁は判断を示していない。）
- ③物納財産の売払行為は、単なる代金を得て国の歳入に充てることのみを目的とするものであって、売り払った後においてその管理処分につき監督する必要は全くないのであるから、国が買受人と全く同等の立場においてする私法上の売買契約にほかならない（第1審）。

#### 〔判例 5〕 ごみ焼却場の設置

事案：本件におけるごみ焼却場の設置は、①土地の買収 ⇒ ②設置計画の策定 ⇒ ③同計画案の都議会への提出 ⇒ ④建築会社との建築請負契約 ⇒ ⑤建築・据付け等の設置行為という一連の行為から成る複合的行為である。

要点：本判決は、この一連の行為を全体として1つのものとは捉えずに、個々の行為について処分性を判断するという手法を採った。

①土地の買収、④建築会社との建築請負契約は、私法上の契約である。

②設置計画の策定と、③同計画案の都議会への提出は、東京都自身の内部的な手続行為にとどまる。

そのため、⑤建築・据付け等の設置行為も、仮にこれによって煤煙・悪臭などによる保健衛生上重大な脅威・経済上多大な損失を被ることがあるとしても、事実行為にすぎない。

#### 〔判例 6〕 供託物取戻請求の却下

事案：供託官による供託物取戻請求の却下について、処分性が問題となった。

要点：確かに、弁済供託は民法上の寄託関係であるから、供託物取戻請求の却下は、民法上の履行拒絶にすぎないともいえそうである。しかし、以下の理由から、処分性が認められる。

①供託法・供託規則は、供託官が供託物取戻請求を受けた場合の行為につき、特に、「却下」及び「処分」という字句を用い、さらに、供託官の却下処分に対しては特別の不服審査手続を設けているから、供託物取戻請求の却下を行政処分とする趣旨であるといえる。

②大量の弁済供託事務の確実かつ迅速な処理を要する関係上、法律秩序の維持安定に期するという公益上の目的から、法は、国家の公権的役割を果たすために、供託官に対して寄託契約の当事者的地位にとどまらない行政機関としての（優越的な）立場から請求につき判断する権限を与えている。

#### 〔判例 7〕 皇居外苑の使用許可

事案：皇居外苑の使用については、本件当時、昭和28年改正前の国有財産

C

最判 S39.10.29・百II 148

C

最判 S45.7.15・百II 147

C

最判 S28.12.23・百I 65

法3条2項2号にいう「公共福祉用財産」として、同法5条及び厚生省設置法8条17号(当時)により、厚生大臣の管理下に置かれており、その維持管理に関する旧国民公園管理規則4条によれば、国民公園における集会・示威行進は厚生大臣による許可制の下に置かれていた。

Xは、皇居外苑を昭和27年5月1日のメーデーに使用するために、使用許可申請をしたところ、不許可処分を受けたため、同処分の取消訴訟を提起した。

要点：学説には、公共用物の使用関係を契約関係と捉え、本件使用許可申請は使用契約の申込みであり、不許可は承諾をしないという事実上の意思の通知にすぎず、行政処分ではないとする見解もある。

本判決は、この点について特に論ずることなく、行政処分であることを当然の前提としており、学説においても、公共用物の管理を公共の用に供する義務のない私法上の財産管理と同視することは妥当でないことなどを理由に、処分性を認める見解が多数を占めている。

本件不許可処分を行政処分であると解すると、法律の具体的委任に基づかない旧国民公園管理規則を根拠とすることは、法律による行政の原理(法律の留保)に反し許されないのではないかという問題が生じる。

これについて、多数意見は、本件管理規則は国有財産法5条の公園管理権に基づくものであるとして、本件不許可処分の根拠を国有財産法5条に求めている。

#### 〔過去問〕保育実施の解除

B区福祉事務所長は、市立保育所Xの民間移管のため、児童Qを含む市立保育所Xで保育している児童について、児童福祉法33条の4・A市保育実施条例・A市保育実施条例施行規則第4条に基づき、保育実施の解除を行った。

1. 「行政庁の処分」(行訴法3条2項)とは、…略…

2. 保育実施の解除は、福祉事務所長により、児童福祉法第33条の4・A市保育実施条例・A市保育実施条例施行規則4条という法令上の根拠に基づき行われるものである。

そして、児童福祉法上、「市町村は、…児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあつたときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない」(同法24条1項1項本文)とされており、しかも、同法の委任に基づくA市保育実施条例・A市保育実施条例施行規則4条では、保育実施の解除事由が限定列举されている。このことから、市町村は、保育に欠けるところがある児童を保育する義務を負い、これに対応して、児童及びその保護者は、現に保育を受けている保育所において保育の実施期間が満了するまで保育を受けることを期待し得る法的地位を有するといえる。そうすると、保育実施の解除は、児童及びその保護者の上記法的地位を直接に剥奪するという意味において、直接・具体的な法的効果を有する。

3. そうだとしても、かかる法的効果は契約の解除によるものであるとして、

A

司法試験プレテスト

法令の仕組みについては、プレテス

トの問題文参照

## 第5章 義務付け訴訟

A

義務付けの訴訟とは、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（3条6項柱書）。

### 第1節 非申請型義務付け訴訟

A

非申請型義務付け訴訟とは、行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされない場合（2号の場合を除く）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（3条6項1号）。

#### 1. 訴訟要件

##### （1）「処分」

公権力の行使に当たる事実上の行為も含まれ、将来の行為の義務付けを求めるという訴えの性質上、継続性は不要である。

##### （2）「一定の処分」

「一定の処分」とは、裁判所の審判対象を画するために請求内容を特定する趣旨で必要とされる要件である。平成16年改正における実効的な権利救済という趣旨からすれば、裁判所における審判対象の画定という趣旨を超えて、特定性を厳格に要求するべきではない。そこで、「一定の処分」とは、裁判所の判断が可能な程度に特定されていれば足りると解する。

基本行政法 385 頁、櫻井・橋本 329

頁

例えば、建築基準法9条1項は、違法建築物等に対する是正命令として、「特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人（請負工事の下請人を含む。）若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。」と規定している。

マンション建設予定地の付近住民が建設されたマンションが建築基準法上の高さ制限に違反するとして建築基準法9条1項に基づく是正措置命令の義務付け訴訟を提起する場合には、“是正措置命令の義務付け”といった幅のある請求方法で足り、是正措置命令の種類や是正箇所まで特定する必要はない。

大橋II 236 頁

##### （3）原告適格

37条の2第3項の「法律上の利益を有する者」には、当該処分を定める行政法規が個々人の個別的利益として保護する利益を、当該処分がなされないことにより侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者も含まれ、処分の名宛人でない者については、37条の2第4項が準用する9条2項の諸要素を考慮して判断する。

##### （4）「重大な損害を生ずるおそれ」（37条の2第1項・2項）

塩野II 239 頁

平成16年行訴法改正により「重大な損害」の考慮要素が法定された趣旨に鑑み、「重大な損害」要件は、国民の権利利益の実効的救済の観点から柔軟に

運用されるべきである。

「重大な損害」要件は、非申請型義務付け訴訟が認められると法令上の申請権がない者に申請権を認めたのと同様の結果となることから、非申請型義務付け訴訟はこれによる権利救済の必要性が高い場合に限って認めるべきとの考えに基づくものである。<sup>1)</sup>

基本行政法 386 頁、大橋 II 238 頁

#### (5) 「その損害を避けるために他の適当な方法がない」(37 条の 2 第 1 項後段)

塩野 II 239 頁

救済の必要性という観点から定められたものである。

行訴法では、私人間の民事紛争を一定範囲で未然に防止する趣旨で、行政庁に一定の規制権限を与え、その権限行使を求める請求があることを前提として直接型義務付け訴訟が設けられている。このような場合に、民事訴訟と義務付け訴訟のどちらの方法により自己の権利を守るのかは私人の選択に委ねられているのが原則であり、補充性が否定されるのは、法政策的見地から民事訴訟との交通整理をするために特別の救済方法が個別実定法において法定されている場合に限られる。

#### (6) 被告適格

38 条 1 項による 11 条の準用。

### 2. 本案勝訴要件 (37 条の 2 第 5 項)

本案勝訴要件は、①「その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ…るとき」(裁量の余地がないとき)、②「行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」のいずれかに該当することである。

### 3. 当該処分につき法定された行政手続を踏まないという問題点

例えば、不利益処分につき、法定の行政手続(理由の提示、聴聞・弁明の機会、告知)を履践しなければ義務付け判決を下すことができないと解すると、不利益処分につき義務付け訴訟が全く機能しなくなる。

そこで、第三者に対して訴訟告知(民事訴訟法 53 条)等が行われ、義務付け訴訟の中で防御の機会が与えられていれば、その第三者に対する行政手続を踏まないで処分の義務付け判決を下すことが許されると解すべきである。

### 4. 第三者を名宛人とする処分の義務付け判決の第三者効

第三者を名宛人とする処分の義務付け判決には第三者効は認められない(38 条 1 項は 32 条 1 項を準用していない)。

したがって、行政庁が義務付け判決の拘束力(38 条 1 項・33 条 1 項)に基

<sup>1)</sup> “原告適格は、義務付け訴訟が…主観訴訟であることから当然に要求される要件であるのに対し、「重大な損害を生ずるおそれ」は、非申請型義務付け訴訟について特に要求される…プラスアルファの要件である。…原告適格の判断は、違法状態を仮定した場合に、原告の利益について一般的にどのような被害が生じうるかという一般的・抽象的な判断である…のに対し、「重大な損害を生ずるおそれ」については、当該事案における個別具体的な事情を基に判断される(その意味では、本案の判断に近いものとなる。)。…もともと、上記…点の判断方法の違いを事例問題の答案のレベルで表現するのは困難である。”(基本行政法 388 頁)

づいて第三者に対してする処分は、判決の執行的なものではなく、本来の処分と同質のものであり、名宛人である第三者は、当該義務付け判決に基づいてされる処分に対して、取消訴訟によりその適法性を争うことができ、裁判所は、義務付け判決に基づいてされた処分であっても、違法であると認められるならば、その処分を取り消す判決を下すことができる。

なお、38条1項は、取消判決の第三者の再審の訴えに関する34条1項を義務付け訴訟に準用していないから、義務付け判決に基づいて行政庁が第三者に対してする処分に対して、当該第三者が再審の訴えを提起することはできない。

## 第2節. 申請型義務付け訴訟

A

申請型義務付け訴訟とは、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に、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（3条6項2号）。

### 1. 訴訟要件

#### （1）併合提起

申請型義務付け訴訟は、不作為の違法確認訴訟又は申請拒否処分の取消訴訟・無効等確認訴訟と併合提起する必要がある（37条の3第3項1号、2号）。

大橋II 228 頁

併合提起が強制される上記の訴訟は適法に提起される必要があり、例えば、申請拒否処分の取消訴訟では、出訴期間（14条）や審査請求前置（8条1項但書）が問題になることがある。

#### （2）「一定の処分」

義務付け訴訟の対象は「一定の処分」とされているから（3条6項2号）、一定の幅のある処分の義務付けを求めることもできる。

#### （3）「法令に基づく申請…をした者」（37条の3第2項）

原告が「法令に基づく申請…をした者」といえるか、当該処分を求める「法令に基づく申請」権が認められているかが問題となる。

「法令に基づく申請」とは、①行政庁が内容審査に基づき、②許認可等の諾否の応答をすることを、法令上義務付けられていることをいう。

#### （4）併合提起が強制される訴訟の本案勝訴要件

①「当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと」（37条の3第1項1号）、か、②「当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること」（37条の3第1項2号）が必要である。<sup>2)</sup>

例えば、申請拒否処分の取消訴訟を併合提起した場合には、取消訴訟の本案勝訴要件を満たすことが必要となる。

<sup>2)</sup>「相当の期間」の経過は、不作為の違法確認訴訟では本案要件であるが、義務付け訴訟では訴訟要件である。もっとも、訴え提起後、義務付け訴訟の審理中に相当の期間が経過したときには、この訴訟要件が充足されたと考えてよい。訴訟要件は本案判決要件であり、訴え提起そのものの要件ではないから、口頭弁論終結時にみたされればよいのである。

## (5) 原処分主義

裁決の義務付け訴訟は、「処分についての審査請求がされた場合において、当該処分に係る処分の取消しの訴え又は無効等確認の訴えを提起することができないとき」（個別法により裁決主義が採られているとき）に限り、提起することができる（37条の3第7項）。

## (6) 被告適格

38条1項による11条の準用。

## 2. 本案勝訴要件（37条の3第5項）

宇賀Ⅱ342～343頁、大橋Ⅱ241頁

①処分をすべきことが処分の根拠規定から明らかである場合（法令自体が効果裁量を明確に否定している羈束処分である場合）

or

②処分をしないことが裁量権の逸脱・濫用に当たる場合（裁量処分の場合に、求められた処分をしないことが裁量権の逸脱・濫用に当たるとき）

## 3. 関連論点

### 〔論点1〕 処分の義務付け訴訟への第三者の参加

C

原告Xが、自己に対する開発許可処分の義務付けを求めて申請型義務付け訴訟を提起した場合を想定する。

38条1項は取消判決の第三者効を規定した32条1項を義務付け訴訟に準用していないから、処分の義務付け判決には第三者効は認められない。したがって、開発許可処分の義務付け判決の効力は、付近住民Zに及ばない。

これでは、付近住民Zが差止訴訟や取消訴訟を提起し、これが認容された場合、先に得られた義務付け判決の実効性が失われてしまう。

そこで、義務付け判決の効力を付近住民Zにも及ぼすべく、原告Xは、付近住民Zを義務付けの訴えに参加させる旨の申立て（38条1項・22条1項）をするべきである。

付近住民Zは、開発許可処分により法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者として、「法律上の利益を有する者」に当たるから、「訴訟の結果により権利を害される第三者」（22条1項）といえる。

## 第3節. 仮の義務付け

B

義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることができる（37条の5第1項）。

## 1. 要件

①義務付けの訴えの適法な提起・係属

②裁判所に対する申立て

③「償うことのできない損害」

執行停止が原状を維持する方向での仮の救済であるのに対し、仮の義務付けは、処分又は裁決があったと同様の状態を暫定的に作り出すものであるから、その要件は、執行停止の場合における「重大な損害」（25 条 2 項）よりも厳格になっている。

もっとも、金銭賠償ができない損害に限定すると、仮の義務付け決定が認められる場合が極めて限定されてしまい、国民の実効的な権利救済のために平成 16 年改正により仮の義務付けが法定された意義が失われる。

そこで、「償うことのできない損害」は、金銭賠償による補填が不可能な損害のみならず、金銭賠償による救済では社会通念に照らし著しく不合理と認められる損害も含まれると解すべきである。

④「緊急の必要」

⑤「本案について理由があるとみえるとき」

⑥「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」（消極要件）

## 2. 仮に義務付けられる処分の性質

仮の義務付け決定に基づいて行政庁が処分をしたところ、義務付け訴訟で棄却判決が下された場合、仮に義務付けられた処分は当然に失効するのか。

行政処分は行政実体法を根拠とする以外ありえないというドグマを肯定すると、仮に義務付けられる処分の性質は、行政処分である以上、行政実体法を根拠とする本来の処分であると解されることになる。この見解によると、仮に義務付けられた処分は当然には失効せず、行政庁が職権で処分をやり直すのを待つことになる。

しかし、これはあまりにも迂遠であるし、仮の義務付け決定に仮の救済を超えて本案勝訴判決と同じ効果を付与するに等しく、仮の救済という制度の趣旨を逸脱する。

そこで、仮に義務付けられる処分の性質は、訴訟手続上の仮の救済制度の一環としての仮の処分であると解する。

これによると、仮に義務付けられた処分は当然に失効することになる。