

第10章 行政指導

A 総まくり 66～77 頁

1. 行政指導の意義・性質

B 総まくり 66～67 頁

行政指導のポイントは、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である（行手法2条6号）。

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。

2. 行政指導に関する法的規制

B 総まくり 67～69 頁

(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

これには、①行政指導の一般原則（行手法32条）、②申請に関連する行政指導（33条）、③許認可等の権限に関連する行政指導（34条）、④行政指導の方式（35条）、⑤複数の者を対象とする行政指導（36条）がある。

(5) 行政指導の中止の求め・行政指導の求め

平成26年の行手法改正により、①違法な行政指導の中止を求める手続（36条の2）、②行政指導を求める手続（36条の3）が法定された。

3. 行政指導の争い方

A 総まくり 69～77 頁

[論点1] 行政指導を理由とする許認可の留保

A

例えば、Aが、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「法」という）15条1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）をしたところ、知事Bは、本件申請が法15条2項所定の要件をすべて満たしていると判断したが、周辺住民が反対運動を行っていたことを踏まえ、Aに対し、周辺住民と十分に協議し、紛争を円満に解決するようにもとめる行政指導を行うとともに、許可を留保した、という事案を想定する。

平成29年予備試験

品川マンション・最判 S60.7.16・百

I 124

この事案では、Aは、国家賠償請求訴訟を提起して、本件申請に対する許可の留保の違法性を主張することになると考えられる。

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。

もっとも、効果裁量が認められるなら、許可の留保が許容される余地がある。

- (1) 行政裁量の存否は法律の文言と判断の性質の両面を考慮して判断する。
 - (2) 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. また、行政指導を理由とする許認可の留保は、これに対する申請者の任意の同意があるのであれば、適法であると解されている。

確かに、A は、行政指導に応じて住民に対する説明を行うなどしているから、許可の留保について任意の同意があるとも思える。

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。

そうすると、他に任意の同意を窺わせる事情のない本問では、A の任意の同意は認められないというべきである。

3. では、本問において、許可の留保は一切許されないのか。
- (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（地方自治法 1 条の 2 第 1 項参照）。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) …略…（当てはめ）

【論点 2】 指導要綱に基づき教育施設負担金の納付を求める行政指導の限界

判例では、武蔵野市がマンション建築を計画する X に対して、水道の給水契約の締結拒否を背景として指導要綱に基づき教育施設開発負担金の納付を求める行政指導を行ったことの違法性が問題となった。

1. 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。
2. 当てはめは、①・②・③に即して行う。
①指導要綱の文言：⑦金額が選択の余地がないほどに具体的に定められて

A

最判 H5.2.18・百 1 98

いる、①納付を命ずる文言、⑦納付拒否に対して採ることがあるとされる給水契約の締結拒否という制裁措置は水道法上許されないものである、④同制裁措置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目的を達成し得なくする性質のものである。

②運用の実体：過去に納付を拒否したAは給水契約の締結を拒否されて事実上マンション建築等を断念せざるを得なくなっており、これに従わずマンション建築等を行った事業主はA以外にいない。しかも、その事実が新聞等によって報道された。

③市の担当者の態度：市の担当者がX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。

③は、「指導要綱の運用の実体」(②)として考慮されるものである。

第2部 行政事件訴訟法等

第1章 行政事件訴訟の4類型

行政事件訴訟法2条は、行政事件訴訟として、抗告訴訟(3条)・当事者訴訟(4条)・民衆訴訟(5条)・機関訴訟(6条)という4つの類型を定めている。

抗告訴訟・当事者訴訟は主観訴訟、民衆訴訟・機関訴訟は客観訴訟である。

B 総まくり 109頁

第2章 取消訴訟

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(3条2項)。

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。

A 総まくり 110~219頁

第1節 処分性

A 総まくり 110~150頁

1. 処分性の判断枠組み

A 総まくり 110~112頁

(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。

処分性の有無は、基本的には①及び②により判断されるが、③抗告訴訟による権利救済の必要性が考慮されることもある。

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。

(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。

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。

当てはめでは、少なくとも、形式的要素に属する㊦行為の主体(国又は公共団体)と㊧法令上の根拠規定(自主条例も含まれる)を指摘する。

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、㊦・㊧に加え、実質的要素である㊨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）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ある。

ア．法効果性

法効果性は、㉠私人の権利・地位（利益を含む）に対する影響、㉡影響を受ける地位が法的地位といえること（権利では㉡は問題とならない）、㉢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、㉠～㉢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。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、前倒し的な法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。

（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、㉣処分性の本来的要件の緩和、㉤本来的要件の不充足の補完、㉥本来的要件から導かれる結論の合理性を支える㉦処分性要件の加重などが挙げられる。

これらの例としては、㉧病院開設中止勧告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、㉩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及び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、㉪に属する判例であるとする見方もある。

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

(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。

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

ア・イについては、処分性の検討過程の最後に言及する。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。

ア・イという手続面に関する規定は、実体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だからである。

2. 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。

A 総まくり 114～122 頁

A 総まくり 114～119 頁

【例 1】 検疫所長による食品衛生法違反通知

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⑦食品等輸入届出済証又は④食品衛生法違反通知書の交付（⑦④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⑦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。

まず、本判決は、(改正前) 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⑦食品等輸入届出済証又は④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。

次に、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であれば、②において⑦食品等輸入届出済証ではなく④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②において⑦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、関税法基本通達（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。

【例 2】 労災就学援護費の不支給決定

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

B

最判 H16.4.26

A

最判 H15.9.4・百II157

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。

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、本件要綱に根拠を有するだけのよう思える。そして、本件要綱は、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、仮に同決定が本件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」に関する手續・要件を定めている。法23条1項は、法第3章と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」と同様の手續・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、本件要綱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。

【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

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

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

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。

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。

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。

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。

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。

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、

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。

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。

(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この点が問題になることがある。

[例 4] 保育実施の解除

B 区福祉事務局長は、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 4 条に基づき保育実施を解除した。

2. 公権力性は、①行為の主体が国又は公共団体であることと②法令上の根拠規定という形式的要素と、③法令を根拠とする優越的地位の発動という実質的要素からなる。

(1) 保育実施の解除は、福祉事務局長により、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から、①及び②を満たす。

もともと、保育所の利用関係については、保護者による保育実施の申込みとこれに対する市町村の応諾によって成立する利用契約関係であるとする見解もあるから、保育実施の解除は契約関係の解除という私法上の行為にとどまり、③法令を根拠とする優越的地位の発動とはいえないのではないかが問題となる。

(2) 確かに、A 市保育実施条例施行規則 2 条 1 項では「申込書」「承諾」と定められていることから、保育実施の開始は契約関係に基づくものであり、それと対を為す保育実施の解除も契約上の解除権行使によるものであり、公権力性を有しないことになると思える。

しかし、申請とこれに対する応答としての処分も、実質上は申込みと承諾であるから、「申込書」「承諾」という文言は、保育実施の申込みとこれに対する承諾の法的性質を判断する上で決定的な意味を持たない。

そして、「申込」に対する「承諾又は不承諾」の決定は、「国及び地方公共団体」が負う「児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任」に基づいて行われるものであり、公益性が強い。

また、児童福祉法施行令 27 条所定の保育実施事由に該当する場合には、保護者からの申込みがあった「児童を保育所において保育しなければならない」（児童福祉法 24 条 1 項本文）のだから、契約のように承

A 総まくり 119～122 頁

A

司法試験プレテスト

法令の仕組みについては、プレテ

スの問題文参照

諾の自由が認められているものではない。

そうすると、保育実施の開始は契約関係によるものとはいえない。このことは、保育実施の対価である保育費用が都道府県・市町村側によって一方的に決定され（児童福祉法 56 条 3 項）、しかも、地方税の滞納処分の例によって徴収できるとされている（児童福祉法 56 条 11 項）ことからもうかがわれる。

したがって、保育実施の開始と対を為す保育実施の解除についても、契約の解除であるとはいえない。

(3) さらに、児童福祉法では、保育実施の解除について、児童の保護者に対する事前の意見聴取を要するとともに（同法 33 条の 4 第 3 号）、行政手続法の不利益処分に関する第 3 章の規定が 12 条・14 条を除いて排除される（同法 33 条の 5）と定められている。これは、児童福祉法が保育実施の解除を行政手続法第 3 章の「不利益処分」であると解しているからであると考えられる。

(4) したがって、保育実施の解除は、児童福祉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いえ、③も満たし、公権力性が認められる。

3. では、保育実施解除に直接・具体的な法的効果が認められるか。

(1) ここでは、児童福祉法上、児童及びその保護者について、①保育所が特定されていない単なる「保育を受けることについての法的地位」のみならず、②「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」まで認められるかが問題となる。仮に、①しか認められないのであれば、市立保育所 X のほかに社会通念上通うことができる範囲内にある民間保育所 Y（市立保育所 X の移管先）があることから、①に対する侵害という意味での法的効果を欠くとして、法効果が否定される一方で、②が認められるのであれば、②に対する侵害という意味での法的効果、さらにはその直接・具体性が認められるからである。

(2) 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挙されている。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。

4. 以上より、保育実施の解除は、「行政庁の処分」に当たる。

第5章 義務付け訴訟

A 総まくり 226～230 頁

第1節. 非申請型義務付け訴訟 (3条6項1号)

A 総まくり 226～228 頁

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ふ訴えの性質上、継続性は不要である。

(2) 「一定の処分」

裁判所の判断が可能な程度に特定されていれば足りる。

(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)

この要件は、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、同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。

(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)

これは、救済の必要性という観点から定められたものである。行訴法は、民事訴訟と義務付け訴訟の選択を原則として国民に委ねることを前提としている。そこで、「他に適当な方法」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って認められると解する。

(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。

第2節. 申請型義務付け訴訟 (3条6項2号)

A 総まくり 228～229 頁

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)。

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)

「申請」(行手法2条3号)とは、行政庁が内容審査に基づき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ものをいう。

(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。

したがって、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。

(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)

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

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。

C

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（37 条の 5 第 1 項）

B 総まくり 229～230 頁

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」

平成 16 年改正により実効的な権利救済の観点から仮の義務付けが法定された経緯に鑑み、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にとどまり、本来の処分とは異なるものであるから、仮の義務付け決定に基づいて行政庁が処分をした後に、義務付け訴訟で棄却判決が下された場合には、仮に義務付けられた処分は当然に失効すると解する。

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し、仮に義務付けられる処分の性質は本来の処分と同じであると解することは、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趣旨を逸脱するからである。