

第8章 行政裁量

A

1. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

A 基礎応用 45 頁

(1) 内部基準の存否

適法・違法が問題になっている行政処分に関する内部基準（通達、要綱など）がある場合には、行政裁量という法律構成（裁量基準に従った裁量処分又は裁量基準から逸脱した裁量処分）で書くことが求められている可能性が極めて高い。

もっとも、水俣病認定のように、「認定自体は、…確定した客観的事実を確認する行為」であるとして、要件裁量が否定されることもある（この場合、認定に関する内部基準は解釈基準に位置づけられる。）。

最判 H25.4.16・百 175

(2) 問題文等に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合

問題文や会議録に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合（＝行政庁が考慮した事情・考慮しなかった事情が複数記載されている場合）にも、行政裁量で書くことが求められている可能性が高い。

行政裁量を認めた上で、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を踏まえて、各々の事情について、考慮すべき事情か・考慮できる事情か・重みづけ（重視すべきか）について検討することが求められている可能性が高いのである。

2. 行政裁量の存否の判断基準

A 基礎応用 45 頁

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。

当てはめでは、処分の根拠規定で要件や効果についてそのような文言（不確定概念や「できる」）が用いられている趣旨を、処分の性質から導き、行政裁量の存在を肯定する。

3. 裁量処分の（司法）違法審査の手法

A 基礎応用 46～47 頁

(1) 裁量処分の取消事由

裁量処分は、裁量権の逸脱又は濫用がある場合に限り、取消事由が認められる（行訴法 30 条）。

もっとも、これは、行政裁量が認められる部分に限ったことである。例えば、ある行政処分について効果裁量のみが認められている場合において、処分要件を満たさないにもかかわらず当該行政処分がなされたというときには、効果に関する裁量権の逸脱又は濫用を問題とするまでもなく、処分要件を欠くという理由により取消事由が認められる。

また、ある不利益処分（行手法 2 条 4 号柱書本文）について要件裁量と効果裁量の双方が認められている場合において、行手法上必要とされる理由の提示（同法 14 条 1 項）の不備が窺われるときにも、裁量権の逸脱又は濫用ではなく、理由の提示に瑕疵があるか、仮に瑕疵があるとしてそのことは不利益処分の取消事由となるのかという形で、当該不利益処分の取消事由の有

無を検討することになる。

(2) 実体上の司法審査

ア. 社会観念（通念）審査

行政庁の判断が全くの事実（又は重要な事実）の基礎を欠き、又は社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って裁量処分を違法とする審査方法であり、事実誤認・目的動機違反・信義則違反・平等原則違反・比例原則違反という裁量判断の結果に着目した審査方法である。

イ. 判断過程審査

他事考慮・考慮不盡・考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如といった裁量処分に至る判断過程の合理性に着目した審査方法である。

他事考慮：考慮すべきでない事項を考慮した

考慮不盡：考慮すべき事項を考慮しなかった・十分考慮すべき事項を十分考慮しなかった

評価の明白な合理性欠如：重視すべきでない事項を重視した（考慮事項の過大評価）

ウ. 社会観念審査と判断過程審査を結合させた審査方法

近時の判例は、「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く」という形で、社会観念審査と判断過程審査を結合させることにより、ある程度踏み込んだ審査をする傾向にある。

（論述例）裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる（行訴法 30 条）。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不盡及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

(3) 手続上の司法審査

内部的な審査基準を設定し、場合によっては同基準を適用するうえで必要な事項について申請人の主張と証拠提出の機会を与える義務があり、この義務違反がなければ異なる判断に到達する可能性があったときには、手続面からみた裁量権の逸脱又は濫用が認められる。

個人タクシー事件（最判
S46.10.28・百 I 114）

4. 事案類型ごとの処理手順

行政裁量に関する出題は、主として、①裁量基準に従った裁量処分、②裁量基準から逸脱した裁量処分、③裁量基準とは無関係に判断過程審査をする場合の 3 つに分類される。

他にも、社会観念（通念）審査をする場合・手続上の司法審査をする場合も想定されるが、少なくとも、これまでの司法試験では出題されていない。

A 基礎応用 47～52 頁

(1) 裁量基準に従った裁量処分（裁量基準の適合性判断は不問）

例えば、モータボート競走法では、①場外発売場の設置について都道府県知事の許可を要するとした上で（5 条）、②「都道府県知事は、第 5 条の許可の申請があった場合において、当該申請に係る場外発売場がその周辺の環境

A
平成 23 年司法試験改題 [解説の便宜上、法の仕組み等を修正している]

を害するおそれがあると認めるときは、同条の許可をしてはならない」と規定していると仮定する（6条）。

そして、甲県は、周辺の住民等との利害調整を趣旨として、許可の要件に関する内部基準として、要綱で、「法第5条の許可を受けようとする者は、地元の自治会の同意書を申請書に添付しなければならない」と定めていた。

甲県は、Aの許可申請に対して、地元自治会の同意書が添付されていないことを理由に、不許可処分をした。

1. 行政規則の法的性質

(1) 行政規則とは、国民の権利義務にかかわらない行政の内部基準にとどまる規範であり、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。

要綱や通達は、法令の委任に基づかないため、行政規則に位置づけられる。

そうすると、要綱や通達は、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ため、例えば要綱や通達によりある処分について何らかの要件を定めていても、それは法所定の処分要件そのものとはならない。

(2) 本件要綱は、本法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。そのため、本件要綱で定めた内容は法6条の許可基準そのものとはならない。

2. 行政裁量の存否

処分につき行政裁量が認められるのであれば、要綱や通達で定めた内容を考慮して処分をすることが許容される余地がある。そこで、行政裁量の存否を判断することになる。

なお、問題となっている行政規則が処分要件に関するものであれば要件裁量の存否を、効果に関するものであれば効果裁量の存否を判断することになる。

(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。

(2) 法6条は、許可基準について「その周辺の環境を害するおそれがあると認めるとき」という不確定概念をもって規定している。その趣旨は、場外発売場が周辺環境に及ぼす影響が地域ごとに異なり得るため、許否の判断を地域の実情を把握している都道府県知事の裁量に委ねることにある。したがって、許可要件に関する知事の要件裁量が認められる。

3. 行政規則の裁量基準としての合理性

(1) 当該処分について行政裁量が認められる場合、当該処分の要件又は効果について定めた要綱や通達は、当該処分の裁量権を行使する際の準則たる裁量基準に位置づけられる。

当該処分が申請に対する応答（行手法2条3号参照）であればこれに関する裁量基準は審査基準（行手法5条）に位置づけられ、当該処分が不利益処分（行手法2条4号柱書本文）であればこれに関する裁量基準は処分基準（行手法12条）に位置づけられる。

本件要綱は、許可基準についての行政裁量が認められることにより、裁量基準（そのうち、行手法 5 条の審査基準）に位置付けられる。

- (2) 裁量基準は、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的に照らして合理的なものでなければ、これを考慮することができない。仮に合理性を欠く裁量基準に従い裁量処分をした場合には、他事考慮による裁量権の逸脱・濫用（行訴法 30 条参照）となる。

そこで、要綱や通達について、裁量基準としての合理性を検討することになる。裁量基準の合理性は、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的と裁量基準の内容を比較して、後者が前者に適合するかどうかにより判断される。

具体的には、①法 5 条の趣旨・目的（許可基準を定める 6 条や目的・理念を定める 1 条などから導く）⇒②本件要綱の内容⇒③両者の比較⇒④本件要綱が法 5 条の趣旨・目的に適合するものであれば裁量基準としての合理性あり、という検討過程を経る。

- (3) 個別事情考慮義務違反の成否に影響し得るものとして、裁量基準の合理性の高低にまで言及するのが望ましい。裁量基準の合理性が低ければ、その分だけ、個別に考慮すべき事情が増えたり、その重みが増すため、裁量基準を重視し難くなるからである。

4. 個別事情考慮義務違反

- (1) 行政裁量を認めることで個別事案に応じた柔軟（適切）な判断を可能にした法律の趣旨から、行政庁の個別事情考慮義務が導かれる。

したがって、裁量基準の合理性が認められる場合であっても、行政庁が個別に考慮すべき事情があるのにそれを適切に考慮することなく裁量基準を機械的に適用することで裁量処分をした場合には、考慮不尽（や評価の明白な合理性欠如）として裁量権の逸脱・濫用となる。

- (2) 個別事情考慮義務違反は、①裁量基準とは別に個別に考慮すべき事情があるか⇒②あるとしてそれを適切に考慮しているか、という流れで検討する。

個別に考慮すべき事情としては、裁量基準が実現しようとしている裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を裁量基準に代わって実現し得る事情を問題にするのが通常である。

- (3) 裁量基準の合理性も個別事情考慮義務違反に影響し得る。裁量基準の合理性が低ければ、その分だけ、個別に考慮すべき事情が増えたり、その重みが増すため、裁量基準を重視し難くなるからである。

- (4) なお、事案によっては、前記 3 と 4 の間で、裁量基準の適合性判断の過程における他事考慮・考慮不尽・事実に対する評価の明白な合理性欠如が問題となることがある。例えば、伊方原発訴訟判決は、原子炉設置許可処分の許可基準の 1 つである「原子炉施設の安全性」（規制法 23 条 1 項 4 号）について審査基準が設けられているという事案において、「審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が…審査基準に適合とするとした…判断の過程に看過しがたい過誤、欠落」があるか

どうかを問題としている。判旨のうち、「当該原子炉施設が…審査基準に適合とするとした…判断の過程に看過しがたい過誤、欠落」という部分が、裁量基準の適合性判断の過程を問題としているところである。

もともと、(4)が問題となるのは、裁量基準の内容がその該当性判断の過程の合理性を問題にする余地がある程度に抽象的である場合に限られる。

本件要綱の内容は、「地元の自治会の同意書を申請書に添付し」たかという、単純かつ具体的な事柄であるため、その該当性判断の過程の合理性を問題にする余地はない。したがって、(4)は問題とならない。

(2) 裁量基準に従った裁量処分(裁量基準の適合性判断も問題となる)

A

…略…(モーターボート競走法の仕組みは(1)と同じ)

甲県は、周辺の住民等との利害調整を趣旨として、許可の要件に関する内部基準として、要綱で、「都道府県知事は、法第5条の許可を受けようとする者が、公聴会などにより、地元の住民等との利害調整を終えていなければ、同条の許可をしてはならない」と規定していた。

甲県は、Aの許可申請に対し、「地元の住民等との利害調整を終えていないことを理由に、不許可処分をした。

(1)との違いは、本件要綱の内容がその該当性判断の合理性を問題にする余地があるくらい抽象的であるため、本件要綱に該当するかどうかの判断(裁量基準の適合性判断)の過程の合理性を問題にし得るという点にある。

なお、(1)の事案で、Aが公聴会等を通じて地元の住民等との利害調整を概ね終えていたという事情があっても、地元自治会の同意書がない以上、本件要綱に適合しないとの判断に誤りはない。利害調整を概ね終えていたという事情は、本件要綱に適合しないとの判断の誤りを基礎づける事情としてではなく、個別事情考慮義務違反を基礎づける個別事情として使うことになる。

1. 行政規則の法的性質

…略…(本件要綱で定めた内容は法6条の許可基準そのものとはならない。)

2. 行政裁量の存否

もともと、許否の判断に行政裁量が認められるのであれば、法6条で定めた許可基準以外の理由で認可を拒否する余地が認められる。

…略…(許可要件に関する知事の要件裁量が認められる)

3. 行政規則の裁量基準としての合理性

要件裁量が認められることから、許可基準に関する本件要綱は裁量権行使の準則たる裁量基準(そのうち、行政手続法5条の審査基準)に位置付けられる。

…略…(裁量基準として合理性あり)

4. 裁量基準の適合性判断の問題点

本件要綱を満たさないとする知事の判断に誤りがあるといえないか。

(1)判断過程審査による(又は判断過程審査と社会観念審査が結合した)判断基準を示す。

第3節 訴えの利益

「法律上の利益」(9条1項)とは、取消訴訟(3条2項)における原告適格と訴えの利益の双方を意味している。

取消訴訟における訴えの利益が認められるためには、原告について取消判決により現実に救済される法的利益があることが必要である。そのため、取消判決による被侵害利益の回復が不要又は不可能である場合には、訴えの利益は認められない。

そして、処分の直接的効果が失われた後であっても、それ以外の付随的效果があるためになお法的利益の侵害があるという場合には、「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」(9条1項括弧書)として、訴えの利益が認められる。

[判例1] 建築確認

建築基準法6条1項に基づく建築確認に係る工事が完了した場合、建築確認の取消訴訟の訴えの利益が失われないか。

1. 取消訴訟における訴えの利益が認められるためには、原告について当該処分の取消しを求める法律上の利益があることが必要である。

2. まず、法6条1項の建築確認には、これを受けなければ適法に建築物の建築等の工事を行うことができないという法的効果があるところ、これは建築確認に係る工事の完了後に消滅する。

次に、検査済証の交付と違反是正命令の発令はいずれも、建築確認に係る建築計画への適合性ではなく、建築基準関係規定への適合性を基準とするものである(法7条3項・4項、法9条)から、建築確認が有効に存在していても検査済証の交付拒否や違反是正命令の発令が可能である。この意味で、建築確認には、検査済証の交付の拒否又は違反是正命令の発令における法的障害になるという効果もない。

さらに、建築確認の取消判決の拘束力(行訴法33条)には、検査済証の交付を拒否したり、違反是正命令を発すべきとする法的拘束力はない。なぜならば、検査済証の交付と違反是正命令の発令はいずれも建築基準関係規定への適合性を基準とするものであるし、両者のうち違反是正命令には効果裁量が認められるからである。

そうすると、建築確認に係る工事の完了後は、建築確認の取消訴訟によって除去すべき建築確認の法的効果が存在しないことになるから、原告には建築確認の取消しを求める法律上の利益はない。

したがって、工事完了後は訴えの利益が失われる。

[判例2] 開発許可(1) 市街化区域内における土地を開発区域とする場合

都市計画法29条に基づく開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた場合、開発許可の取消訴訟の訴えの利益が失われないか。

1. 取消訴訟における訴えの利益が認められるためには、原告について当該処分の取消しを求める法律上の利益があることが必要である。

A 基礎応用 203~218 頁

A

最判 S59.10.26・百II 170

A

最判 H5.9.10

2. まず、都市計画法 29 条に基づく開発許可には、これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果がある。これは、許可に係る開発行為に関する工事が完了したときに消滅する。

次に、開発許可には、違反是正命令の発令の法的障害になるという効果もない。違反是正命令（法 81 条 1 項 1 号）は、開発行為の法 33 条所定の要件適合性を基準とするものだからである。

さらに、開発許可の取消判決には、違反是正命令を発すべき法的拘束力はない。違反是正命令の基準が上記のように解されることと、違反是正命令には効果裁量が認められることが、その理由である。

そうすると、開発行為に関する工事が完了し、検査済証も交付された後は、開発行為の取消訴訟によって除去すべき開発行為の法的効果が存在しないことになるから、原告には開発行為の取消しを求める法律上の利益はない。

したがって、訴えの利益が失われる。

[判例 3] 開発許可（2）市街化調整区域内における土地を開発区域とする場合

市街化調整区域内の開発行為の許可申請に対する開発許可の取消訴訟の係属中に、開発許可に係る工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された場合、開発許可の取消訴訟の訴えの利益が失われるか。

A

最判 H27.12.14・H28 重判 3

[判例 2] は、開発許可の効果は工事施行権限の付与（これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果）にとどまると解し、工事完了及び検査済証の交付後は、その効果が消滅するから、開発許可を取り消す法律上の利益がないとして、訴えの利益を否定している。

これに対し、[判例 3] は、①市街化区域内における土地を開発区域とする開発許可と、②市街化調整区域内における土地を開発区域とする開発許可を区別した上で、次のように解している。すなわち、②については、「開発許可を受けた開発区域においては、同法 42 条 1 項により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、…予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果」が認められるとして、工事完了および検査済証交付の後であっても、「当該開発許可…の効力を前提とする…予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除する」ために開発許可を取り消す法律上の利益があるとして、訴えの利益を認めている。

[判例 4] 裁量基準の拘束力と訴えの利益

風営法 26 条 1 項は、風俗営業者・代理人等が当該営業に関し同法・委任条例の規定に違反した場合、公安委員会が営業許可取消し・営業停止命令をすることができる旨を定めている。A 県公安委員会は、風営法 26 条 1 項の不利益処分に関する処分基準（行政手続法 12 条 1 項）として、「営業停止命令等の量定等の基準に関する規定」により、過去 3 年以内の営業停止命令を受けたことを理由として営業停止命令の量定を加重する旨を定めていた。X は、風営法の許可を受けてパチンコ店を営むものであり、平成 24 年 10 月 24 日付けで 40 日間の営業停

A

最判 H27.3.3・百 II 167

止命令を受けたところ、営業停止期間経過後に、当該営業停止命令の取消訴訟を提起した。

1. 取消訴訟における訴えの利益（9条1項参照）が認められるためには、原告について当該処分取消しを求める法律上の利益があることが必要である。そして、処分の直接的効果が失われた後であっても、それ以外の付随的効果があるためになお法的利益の侵害があるという場合には、「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」（行訴法9条1項括弧書）として、訴えの利益が認められる。

本件営業停止処分（以下「本件処分」とする）の期間満了により適法に営業をすることができないという本件処分の直接的効果が失われるものの、本件基準により本件処分から3年以内に再度営業停止処分を受けることになった場合には量定が加重されるという不利益が存続する。もっとも、本件基準は風営法の委任によることなく定められた行政の内部基準たる行政規則であり、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、本件基準による量定加重という不利益な取り扱いは、事実上の不利益にとどまるとして、これを排除することは本件「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益」に当たらないのではないか。

2. そこで以下では、本件基準の拘束力について検討する。

(1) まず、行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質の両面から判断される。

法34条2項は、「6ヵ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」「命じることができる」として、営業停止命令をするかという点のみならず、営業の全部又は一部を停止するか、停止するとしていかなる期間にするかという量定についても、公安委員会の選択余地が残るような規定をしている。その趣旨は、営業停止処分の要否・量定については公安委員会の専門的判断に委ねる必要があることにある。そこで、営業停止処分については、量定を含めて、公安委員会の効果裁量が認められると解する。

(2) そうすると、本件基準は、営業停止処分に関する公安委員会の裁量権行使の準則たる裁量基準に位置づけられることになり、その性質は処分基準である（行政手続法12条1項）。

そして、裁量基準は、それが公にされている場合には、公正・平等取扱いや相手方の信頼保護等の要請が生じるから、それと異なる取扱いを相当と認めるべき特段の事情がない限り、平等原則・信義則を媒介として、裁量権行使に対する法的拘束力を有すると解する。

そうすると、営業停止処分を受けた飲食店営業者は、営業停止処分の期間満了によりその直接的効果が失われた後であっても、営業停止処分後3年の期間内は、本件基準により再度営業停止処分を受けた場合には量定が加重されるという法的不利益を負うことになるから、営業停止「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」に当たる。

3. したがって、Xには、本件処分後3年の期間内は、本件「処分…の取り消

第3章 無効等確認訴訟

B 基礎応用 250～261 頁

1. 無効等確認訴訟の意義

B

無効等確認訴訟とは、「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訴訟」（3条4項）、すなわち、処分・裁決の有効・無効又は存在・不存在の確認を求め訴訟を意味する。これらをまとめて、「無効等確認訴訟」と呼ぶ。問題になることが多いのは無効確認訴訟であり、次に不存在確認訴訟である。36条は、無効等確認訴訟の原告適格について定めている。

無効等確認訴訟は、公定力、取消訴訟の排他的管轄、出訴期間による不可争力、不服申立前置という制約の外にある救済手続である。

2. 無効確認訴訟

A

無効確認訴訟とは、処分・裁決の無効の確認を求め訴訟である（3条4項）。

（1）訴訟要件

ア. 原告適格

無効確認訴訟については、取消訴訟における原告適格の規定（9条）は準用されておらず（38条参照）、36条が原告適格について独自の規定を設けている。

36条は、無効確認訴訟の原告適格について、①「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」、②「その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めにつき法律上の利益を有する者」、③「当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴訟によつて目的を達することができない」と規定している。

②は、取消訴訟における原告適格（9条）と同じである。無効確認訴訟を準取消訴訟とみる立場からすれば、当然ともいえよう。これは、処分の第三者が無効確認訴訟を提起する場合に問題となり、取消訴訟における原告適格と同義であると解される。

③は、補充性であり、無効確認訴訟の原告適格と呼ばれることもある。

〔論点1〕 予防訴訟としての無効確認訴訟

B

36条の解釈については、無効確認訴訟を一元的に理解する一元説と、予防訴訟としての無効確認訴訟と補充訴訟としての無効確認訴訟の2つに整理する二元説が対立している。

最判 S51.4.27

一元説では、①「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」と、②「その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めにつき法律上の利益を有する者」はいずれも、③補充性が要求される。

これに対し、二元説では、①「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」には予防訴訟としての無効確認訴訟が認められ、③補充性が要求されない一方で、②「その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めにつき法律上の利益を有する者」については補充訴訟としての無効確認訴訟であるとして、③補充性が要求される。

条文の文言にはそぐわないが、国民の権利利益の実効的救済という観点からは、「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれがある者」については補充性の要件を必要としない予防訴訟としての無効確認訴訟が認められると解すべきである（判例）。

〔論点 2〕 補充性（③）

無効確認訴訟の補充性（「当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができない」）についてどこまで厳格に解釈されるのかが問題となる。

「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができない」（36条）とは、①処分の無効を前提とする争点訴訟・当事者訴訟によつては処分のために被っている不利益を排除できない場合はもとより、②争点訴訟（45条参照）・当事者訴訟（4条）との比較において、無効確認訴訟のほうがより直截的で適切な争訟形態であるといえる場合をも意味する（直截・適切基準説 - 判例）。

（当てはめ）

補充性の当てはめでは、(i)原告が無効確認訴訟を提起する目的を明らかにした上で、(ii)無効確認訴訟との比較対象となる処分の無効を前提とする争点訴訟（民事訴訟）又は当事者訴訟を具体的に明示して、(iii)無効確認訴訟と(ii)における判決効の違い（拘束力の有無、第三者効の有無等）に着目して、「(ii)によつても原告の目的を達成できるか(①)⇒達成できるとしても(ii)のほうが目的達成にとって効果的といえるか(②)」を検討する。

（判決効の違い）

処分無効確認訴訟の補充性の当てはめでは、処分の無効を前提とする争点訴訟・当事者訴訟と処分無効確認訴訟とを、判決効の違いに着目して判断することになる。

争点訴訟は民事訴訟であるため、処分無効確認訴訟と異なり、判決の拘束力（行訴法 38条 1項・33条）が認められない（45条が 33条を準用していないため）。また、訴訟物の違いから既判力の客観的範囲（処分無効確認訴訟については7条による民訴法 114条 1項の適用ないし準用）が異なる。なお、両者は、判決の第三者効が認められないという点では共通する。32条 1項が準用されていないため、いずれも判決相対効の原則に服するのである（処分無効確認訴訟については7条による民訴法 115条 1項 1号の適用ないし準用）。

当事者訴訟と処分無効確認訴訟とは、判決の拘束力が認められる点（当事者訴訟については41条 1項による 33条 1項の準用）、判決の第三者効が認められない点で共通する。もっとも、訴訟物の違いから既判力（7条による民事訴訟法 114条 1項の適用ないし準用）の客観的範囲が異なるし、事案によっては審理対象の違いから拘束力（判決理由中の判断にも生

A

最判 H4.9.22・百II 174

じる拘束力)の生じ方が異なることもある。

イ. その他の訴訟要件

無効確認訴訟については、取消訴訟と異なり出訴期間はない(38条では14条を準用していない)。また、取消訴訟について不服申立前置とされている処分についても、不服申立前置は不要である(38条では8条を準用していない)。

他方で、「処分」性(36条)、被告適格(38条1項・11条)、管轄(38条1項・12条)については、取消訴訟と同じである(なお、狭義の訴えの利益の要否・内容については、明らかではない)。

(2) 本案勝訴要件

ア. 無効原因

無効原因が認められる行政処分は、公定力、取消訴訟の排他的管轄、出訴期間徒過による不可争力という制限を受けないため、無効原因となる瑕疵は取消事由よりも大きなものでなければならない。その内容は、解釈に委ねられている。

[論点3] 無効原因

1. 行政の安定とその円滑な運営のために、無効原因としては違法の重大性が必要である。また、処分の有効性に対する関係者の信頼を保護するために、違法の明白性も必要である(重大明白説 - 判例)。
2. もっとも、課税処分については、処分の存在を信頼する第三者を保護する要請がないから、①課税処分の根幹に属する内容上の過誤があり、②徴税行政の安定・円滑運営の要請を斟酌してもなお不服申立期間の徒過による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的な事情がある場合には、過誤の明白性を問わず、①の過誤が課税処分を無効ならしめると解する(判例)。
3. また、原子炉施設設置許可処分については、原子炉の潜在的危険性の重大さが処分に対する関係者の信頼保護の要請に勝るから、無効要件としては、違法の重大性をもって足り、明白性は不要と解する(裁判例)。

A

最判S48.4.26・百I80

もんじゅ訴訟・名古屋高金沢支判

H15.1.27

イ. 主張方法

(ア) 論じ方

論文試験では、①無効原因を重大・明白な瑕疵に限定する判例・通説を論じた上で、②処分に瑕疵が存在することと、③その瑕疵が重大かつ明白な瑕疵に当たることを論じることになる。

②では、処分手続違反、行政裁量など、取消事由に関することがそのまま妥当するのが通常である。

(イ) 主張制限

無効確認訴訟について、「取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない。」と定める10条1項は準用されていない(38条1項ないし3項参照)。これは、無効確認訴訟は、実体法上、処分が無効であるという法律状態を確認するものであるから、原告が誰であるかによって本案の判断が左右される余

地はないという考えに基づく。もつとも、無効確認訴訟も主観訴訟である以上、取消訴訟が主観訴訟であることを根拠とする 10 条 1 項が準用されないことについては批判もある。裁判例には、10 条 1 項の類推適用を認めたものもある。

福井地判 H12.3.22

(ウ) 原処分主義

原処分の無効確認訴訟と審査請求棄却裁決の取消訴訟の関係については、取消訴訟の場合と同様の調整が必要であるため、10 条 2 項が準用されている (38 条 2 項)。したがって、いずれの取消訴訟も提起できる場合には、裁決取消訴訟においては裁決固有の無効原因だけを主張することができ、原処分の無効原因を主張することができない。

(エ) 主張・立証責任

判例は、無効原因についての主張・立証責任は原告にあるとして上で、原告は単に重大・明白な瑕疵が存在すると主張するだけでは足りず、重大・明白な瑕疵があることを具体的事実に基づいて主張・立証する必要があると解している。

最判 S34.9.22・百 I 79

無効確認訴訟が取消訴訟の出訴期間の経過後でも認められる例外的な救済手段であることから、例外的救済事由は原告の主張・立証責任に帰属すると理解されているのである。

(3) 判決効

無効確認判決には、既判力 (民訴法 114 条)、拘束力 (38 条 1 項・33 条) は認められるが、形成力は認められないと解されている。そうである以上、形成力の主観的範囲の拡張を意味する第三者効も認められない (38 条も 32 条を準用していない)。

判例には、取消判決の第三者効の規定がなかった行政事件訴訟特例法の下において、行政上の法律関係はその性質上画一的に規制されるべきことを理由に、取消判決の形成力は第三者に及ぶと述べたうえで、無効確認訴訟は重大かつ明白な瑕疵がある場合に取消訴訟と同様の救済を与えようとする趣旨であるとして、無効確認判決の第三者効を認めたものがある。

最判 S42.3.14・百 II 198

しかし、行政事件訴訟法の下では、無効確認判決は処分の無効を確認するにとどまり実体上の法律関係を形成するものではないとの理由から、取消判決の第三者効を規定する 32 条 1 項の準用が除外されていることから、本判決の射程は及ばないと解すべきである。

3. 不存在確認訴訟

B

不存在確認訴訟とは、処分・裁決の不存在の確認を求める訴えである (3 条 4 項)。

不存在確認訴訟が用いられることは、無効確認訴訟に比べて稀であり、二項道路の一括指定について用いられることがある。

訴訟要件、本案勝訴要件、判決効については無効確認訴訟と基本的に同じであるが、処分不存在確認訴訟では、処分の瑕疵を主張するわけではないから、

処分が本件通路上に客観的に存在しないこと（二項道路の一括指定の場合には、同指定が本件通路上に客観的に存在しないこと）を主張すれば足りると解されている。

4. 取消訴訟に関する規定の準用

無効等確認訴訟には、取消訴訟に関する規定の一部が準用されている（38条1項ないし3項）。

そのうち特に重要なのが、①被告適格（38条1項・11条）、②管轄（38条1項・12条）、③判決の拘束力（38条1項・33条）、④原処分主義（38条2項・10条2項）、⑤執行停止（38条3項・25条～29条）である。

C

(参考文献)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「判例から探究する行政法」初版(著:山本隆司-有斐閣)
- ・「事例研究行政法」第3版(編著:曾和俊文・野呂充・北村和生-日本評論社)
- ・「事例から行政法を考える」初版(著:北村和生・深澤龍一郎ほか-有斐閣)
- ・「行政法 事案解析の作法」初版(著:大貫裕之・土田伸也-日本評論社)
- ・「基礎演習行政法」第2版(著:土田伸也-日本評論社)
- ・「行政法の基本」第5版(著:北村和生・佐伯彰洋ほか-法律文化社)
- ・「行政法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「行政判例百選Ⅰ」第8版(有斐閣)
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年(有斐閣)
- ・「ケースブック行政法」第5版(編:稲葉馨・下井康史ほか-弘文堂)
- ・「行政判例ノート」第3版(著:橋本博之-弘文堂)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2022(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)

(参考文献2)

- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ 基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)