

第1部 行政法総論

第1章 行政法の基本構造 p1

行政法の定義 / 行政の観念 / 侵害行政と給付行政 / 公法の観念

第2章 法律による行政の原理 p2~4

意義 / 内容 / 判例

第3章 行政法の一般原則

第1節. 適正手続の原則 p5

第2節. 説明責任の原則 p5

第3節. その他の一般原則 p5

1. 信義誠実の原則 p5~8

2. 権利濫用禁止の原則 p8

3. 比例原則 p9

4. 平等原則 p9~10

5. 補完性の原則 p10

6. 効率性の原則 p10

第4章 行政上の法律関係

第1節. 行政上の法律関係と民法の適用 p11~12

民法 177 条 / 消滅時効

第2節. 民事法上の一般原則 p12

第3節. 行政法規違反の法律行為の効力 p12

第4節. 公物に関する法律関係 p12~13

分類 / 使用関係

第5節. 行政上の権利 p13

第5章 行政組織法

第1節. 行政上の法主体 p14~15

行政主体 / 行政機関 / 権限の代行・専決・代決

第2節. 国の行政組織 p15~16

内閣 / 行政各部

第3節. 地方の統治体制 p16~20

地方自治の原理 / 地方公共団体 / 条例

第6章 行政基準

第1節. 総論 p21

第2節. 法規命令 p21~26

執行命令 / 独立命令 / 委任命令

第3節. 行政規則 p26~31

解釈基準 / 裁量基準 / 給付基準 / 行政指導指針

第7章 行政行為

第1節. 行政行為の定義 p32

第2節. 行政行為の分類 p33～34

対象 / 効果 / 行政手続法 / 効果意思

第3節. 行政行為の効力 p34～35

公定力 / 不可争力 / 執行力 / 不可変更力 / 実質的確定力

第4節. 職権取消し p35～39

意義 / 法的根拠 / 限界 / 取消しの効果

第5節. 職権撤回 p39～41

意義 / 法的根拠 / 限界 / 撤回の効果

第6節. 附款 p41～43

種類 / 許容性 / 限界 / 附款付き許認可処分の取消訴訟

第8章 行政裁量

第1節. 行政裁量の概念 p44～45

行政裁量の意義 / 行政裁量が問題となるステージ / 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別 / 行政裁量の存否の判断基準

第2節. 裁量処分の（司法）違法審査の手法 p46～52

1. 審査手法の種類 p46～47

裁量処分の取消事由 / 実体上の司法審査 / 手続上の司法審査

2. 出題類型ごとの処理手順 p47～52

- (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）
- (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）
- (3) 裁量基準から逸脱した裁量処分
- (4) 裁量基準と関係なく判断過程審査をする場合
- (5) 処分庁の判断過程に専門的な第三者機関が関与している場合

第3節. 重要判例 p53～60

第9章 行政契約

第1節. 法の一般原則との関係 p61

第2節. 行政契約の意義と具体例 p61～64

1. 準備行政における契約 p61

2. 侵害行政・給付行政における契約 p61～65

3. 政策手段としての契約 p65～66

第10章 行政指導

1. 行政指導の意義 p67～68

2. 行政指導に関する法的規制 p68～70

3. 行政指導の争い方 p70～75

第11章 行政計画 p76

意義 / 法律の根拠 / 計画裁量 / 計画策定手続

第12章 行政調査

1. 行政調査の意義 p77
2. 行政調査の手続 p77～78
3. 行政調査と犯罪調査 p79
4. 法の一般原則 p79
5. 行政調査の違法は行政決定の違法を基礎づけるか p79～80

第13章 行政上の義務履行確保

第1節. 行政上の義務履行確保の種類 p81～85

1. 行政代執行 p81～82
2. 行政上の調整徴収 p82
3. 直接強制 p82～83
4. 執行罰 p83
5. その他の義務履行確保の制度 p83～84
6. 司法的執行の可能性 p84～85

第2節. 即時強制 p86

意義 / 自主条例による創設

第14章 行政罰 p87

意義 / 行政刑罰 / 秩序罰

第15章 行政手続法

第1節. 総論 p88

第2節. 適用範囲 p88～90

定義規定 / 他の法律に特別の定めがある場合 / 適用除外

第3節. 行政手続処分 p90～104

1. 申請に対する処分 p90～92
2. 不利益処分 p92～101
処分基準の設定・公開 / 聴聞・弁明 / 理由の提示
3. 処分手続の瑕疵と処分の取消事由 p101
4. 審査・審議の過程における瑕疵 p101～104

第4節. 行政指導 p104～106

第5節. 処分等の求め p106

第6節. 届出 p106

第7節. 意見公募手続 p107～109

第16章 情報公開・個人情報保護

第1節. 情報公開制度 p110～113

目的 / 不開示情報 / 部分開示

第2節. 個人情報保護制度 p113

第2部 行政救済法

第1章 総論 p115～117

行政不服申立て / 行政事件訴訟 / 国家賠償制度 / 損失補償制度

第2章 取消訴訟

第1節. 処分性 p118～158

1. 処分性の判断枠組み p119～122

- (1) 昭和39年判決の定式
- (2) 公権力性
- (3) 直接・具体的な法的効果
- (4) 実効的な権利救済を図る観点
- (5) 係争行為の根拠法令の解釈による定型的判断である

2. 応用事項 p122～125

- (1) 後続行為との連動性
- (2) 実効的な権利救済を図る観点
- (3) 公権力的事実行為
- (4) 個別法の明文で処分性が認められている場合
- (5) 相対的行政処分概念

3. 公権力性 p126～133

- (1) 法令上の根拠 p126～130
- (2) 優越的地位の発動 p130～133

4. 法的効果 p134～149

- (1) 許認可の前段階における同意拒否・禁止通知 p134～137
- (2) 手続上の地位に対する影響が認められる場合 p138
- (3) 観念の通知・事実上の行為・公法上の判断を表示する行為 p138～145
- (4) 内部行為論 p145～147
- (5) 事実上の地位に対する影響にとどまる場合 p147
- (6) 「申請」権アプローチ p147～149

6. 法的効果の直接・具体性 p149～158

- (1) 対物処分 p149～150
- (2) 中間的行為 p150～155
- (3) 条例制定行為 p155～158

第2節. 原告適格 p159～203

1. 原告適格とは p159

2. 原告適格の判断基準 p159

3. 判例法の確立 p159～164

4. 行政事件訴訟法9条2項の新設 p164～166

5. 法律上保護された利益説 p166～172

6. 過去問（平成21年司法試験設問1改題） p172～175

7. 営業許可 p175～180

8. 付近・周辺住民 p180～190

9. 財産権 p190～193

- 10. 消費者・研究者 p193～197
- 11. 都市計画法 59 条 2 項に基づく都市計画事業認可 p198～201
- 12. 景観利益 p201～202
- 13. 団体の原告適格 p202～203
- 14. 「自己の権利」に関する原告適格 p203～203-3

第3節. 訴えの利益 p204～218

- 1. 訴えの利益 p204
- 2. 法的地位の回復不能・喪失 p204～206
- 3. 行政処分 of 失効 p206～212
- 4. 原告適格を基礎づけている権利利益の実現・確保 p213～214
- 5. 競願関係 p214～216
- 6. 更正処分 p216～217
- 7. 授益的行政処分の取消し p217～218
- 8. 国家賠償請求訴訟との関係 p218

第4節. その他の訴訟要件 p219～223

- 1. 被告適格 p219～220
- 2. 管轄 p220～221
- 3. 不服申立前置 p221～222
- 4. 出訴期間 p222～223

第5節. 取消訴訟の審理 p224～236

- 1. 処分の取消事由の分類 p224
- 2. 法律構成を示す p224
- 3. 主張制限 p225～226
- 4. 原処分主義と裁決主義 p226～228
- 5. その他の論点 p228～236

取消訴訟の違法性判断の基準時 / 瑕疵の治癒 / 違法行為の転換 / 理由の追完・差替え / 違法性の承継

第6節. 取消判決の効力 p237～240

- 1. 既判力 p237
- 2. 形成力 p237～238
- 3. 拘束力 p238～240

第7節. 執行停止 p241～249

- 1. 執行停止制度 p241
- 2. 執行不停止の原則 p241～242
- 3. 3種類の執行停止 p242
- 4. 要件 p242～248
- 5. 執行停止に関する手続 p248～249
- 6. 執行停止決定の効力 p249～250

第8節. 取消訴訟に関するその他の規律 p251～254

民事訴訟法の準用 / 請求の併合 / 国又は公共団体に対する請求への訴えの変更 / 訴訟参加 / 釈明処分の特則
職権証拠調べ / 事情判決 / 第三者の再審の訴え / 訴訟費用の裁判の効力 / 取消訴訟に関する規定の準用
仮処分の排除 / 取消訴訟等の提起に関する事項の教示

第3章 無効等確認訴訟

1. 無効等確認訴訟の意義 p255
2. 無効確認訴訟 p255～261
訴訟要件 / 本案勝訴要件 / 判決効
3. 不存在確認訴訟 p261
4. 取消訴訟に関する規定の準用 p261

第4章 不作為の違法確認訴訟 p262～264

意義 / 訴訟要件 / 本案要件 / 判決効

第5章 義務付け訴訟

- 第1節. 非申請型義務付け訴訟 p265～268
- 第2節. 申請型義務付け訴訟 p268～271
- 第3節. 仮の義務付け p271～272

第6章 差止訴訟

1. 意義 p273
2. 訴訟要件 p274～275
3. 本案勝訴要件 p275
4. 重要判例 p275～280
5. 差止判決の第三者効 p280～281
6. 仮の差止め p281

第7章 当事者訴訟

1. 当事者訴訟 p282
2. 形式的当事者訴訟 p282
3. 実質的当事者訴訟 p282～285
4. 出訴期間の定めがある場合 p286
5. 民事仮処分の排除 p286
6. 抗告訴訟に関する規定の準用 p286

第8章 争点訴訟 p287

第9章 客観訴訟

- 第1節. 客観訴訟の意義 p288
- 第2節. 民衆訴訟・機関訴訟 p288
- 第3節. 住民訴訟 p288～297

第10章 法的手段の選択 p298～299

複数の法的手段の比較検討 / 取消訴訟が基本である / 仮の救済の検討の要否

第11章 国家賠償

第1節. 意義 p300

第2節. 国家賠償法1条 p300～321

1. 責任の性質・根拠 p300

2. 要件 p300～319

(1) 被告たる「国又は公共団体」 p300

(2) 「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員」 p300～303

(3) 「その職務を行うについて」 p303～304

(4) 「違法」 p304～318

被害者に対して負う職務上の法的義務への違反 / 法令解釈の誤り / 国会議員・裁判官・検察官 / 申請処理の遅延
法令上の申請権に基づかない申出に対する応答 / 行政行為の公定力は国家賠償請求に及ぶか / 規制権限の不行使

(5) 「故意又は過失」 p318

(6) 「他人に損害を加えた」 p318～319

3. 加害公務員の責任 p319～321

(1) 求償

(2) 損害賠償責任(個人責任)

第3節. 国家賠償法2条 p322～331

1. 要件 p322～323

2. 判例 p323～331

第4節. 国家賠償法3条～6条 p332～334

1. 費用負担者 p332～333

2. 民法・特別法との関係 p333

3. 民法以外の他の法律による別段の定め p333～334

4. 相互保証主義 p334

第12章 損失補償

1. 理念 p335

2. 根拠 p335

3. 要件 p335～340

(1) 憲法29条2項に基づく財産権の制限に対する補償の要否

(2) 「公共のために用ひる」

(3) 特別の犠牲

4. 「正当な補償」 p340～342

第13章 行政不服審査法

1. 総論 p343

2. 不服申立ての種類 p343～344

3. 審査請求の要件 p344～345

4. 審査請求の手続 p345～348

5. 執行停止 p348～349

6. 教示・情報提供 p349～351

第8章 行政裁量

第1節 行政裁量の概念

1. 行政裁量の意義

行政裁量は、法律が、行政機関に独自の判断余地を与え、一定の活動の自由を認めている場合のことをいう。

かつては、行政行為を羈束行為と裁量行為に分類した上で、さらに後者を法規裁量（羈束裁量）と自由裁量（便宜裁量）に分類していた。^{1) 2) 3)}

しかし、今日では、現行憲法下における「法の支配」に基づく司法国家体制のもと、行政事件訴訟法30条が「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と定めている。その結果、たとえ自由裁量行為であっても、裁量権の逸脱・濫用の有無については裁判所の審査が及び、裁量権の逸脱・濫用があれば裁量処分も裁判所により取り消される。したがって、およそ裁判所が審査できないという意味での自由裁量は認められず、自由裁量と法規裁量の区別は相対化しており、現在では自由裁量という用語はほとんど使われない。

A

司 H22 司 H23 司 H24 司 H26 司 H27

司 H28 司 H29 司 H30 司 R1 司 R3

司 R4 司 R5 予 H23 予 H24 予 H26

予 H28 予 H29 予 H30 予 R3 予 R5

2. 行政裁量が問題となるステージ

A

(1) 事実認定

事実認定は司法裁判所の専権であり、事実問題については裁判所による判断代替的で全面的な審査が当然にできるはずであって、行政裁量を問題にする余地はないと考えられてきた。行政裁量に係る司法審査の基準としての事実誤認は、多くの場合、事実に対する評価や認識レベルの問題であり、事実認定それ自体につき行政裁量を認めるものではない。

もっとも、原子炉設置許可における原子炉施設の安全性審査につき行政裁量を認める判例については、将来の予測を含んだ安全性という事実問題に裁量を肯定しているという見解がある。高度な科学技術が問題となる領域において行政機関の事実認定につき裁量が認められるかという問題は、司法権と行政権の機能分担に関わる理論的課題といえる。

最判 H4.10.29・百174

(2) 要件

法律要件の解釈と認定事実の当てはめについて裁量が認められることがあり、これを要件裁量という。

(3) 手続の選択

手続の選択に裁量が認められることもある。

1) 羈束行為は、行政が法律に全面的に拘束されているため、裁判所の審理の対象となる。

2) 法規裁量は、「何が法であるかの裁量」であり、これは一見裁量のようにみえるが実は裁量ではなく、裁判所の審理に服するとされていた。

3) 自由裁量は、「何が行政の目的で、公益に適合するかの裁量」とされ、これが真の意味での裁量であり、当・不当の問題は生じても違法の問題は生じないとして、裁判所の審査対象にならないとされていた。

(4) 行為の選択

処分をするかしないかの選択、処分の内容の選択について、裁量が認められることがあり、これを効果裁量という。

(5) 時の選択

いつ処分をするかの選択について裁量が認められることがあり、これも効果裁量という。

3. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

A

(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。⁴⁾

これまでの司法試験では、内部基準がある事案では常に、行政裁量で書くことが求められている。

もともと、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付けられる。）。

最判 H25.4.16・百 I 75

(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（重視すべき事情か／重視すべきでない事情か）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。

4. 行政裁量の存否の判断基準

A

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。

処分の場合は、「判断の性質」ではなく「処分の性質」と書く。

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。^{5) 6)}

⁴⁾ 最高裁判例には、内部基準がある行政行為について行政裁量を否定したものもある。最判 H25.4.16（百 I 75）は、公害健康被害補償法に基づく水俣病認定申請に対する棄却処分の適法・違法が問題となっており、水俣病認定に関する内部基準として昭和 52 年判断条件（一定の症状の組み合わせが認められる場合には水俣病であると認定することが定められている）があったという事案において、「認定自体は、客観的事象としての水俣病のり患の有無という現在又は過去の確定した客観的事実を確認する行為であって、この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではないというべきである。」として、水俣病認定に関する要件裁量を否定している。

⁵⁾ 単に「法律が抽象的な要件しか定めていないから要件裁量が認められる」とするのではなく、「法律が抽象的な要件しか定めていないのは、（政治的・専門技術的判断を要する等の）処分の性質に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると解される」というように論じるべきであろう（事例研究 101 頁）。

⁶⁾ 不確定概念は、行政庁に独自の判断の余地（行政裁量）を認めるのではなく、裁判所が自ら法律を解釈してその意味を一義的に確定すべきとする趣旨である場合もある。また、「できる」規定は、行政裁量を認める趣旨ではなく、行政庁に当該処分を行う権限を付与する趣旨にすぎない場合もある。

第2節. 裁量処分の（司法）違法審査の手法

A

1. 審査手法の種類

A

（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。^{7) 8)}

基本行政法 141 頁

イ. 判断過程審査

他事考慮・考慮不尽・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。

櫻井・橋本 118 頁、宇賀 I 377 頁

令和 1 年司法試験・採点実感

他事考慮：考慮すべきでない事項を考慮した

考慮不尽：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。⁹⁾

基本行政法 141 頁

⁷⁾ これら 5 つに加え、6 つ目として基本的人権の尊重も挙げる説明もある（櫻井・橋本 115 頁）。

⁸⁾ 重要な事実とは、事実認定の一部に過誤欠落があった場合に判断の結論を左右する可能性のある事実を意味する（探究 234 頁）。

⁹⁾ 近時の最高裁は、「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、社会観念審査の枠組みの中に判断過程審査を位置付けることにより、ある程度踏み込んだ審査をしていると理解されている（基本行政法 141 頁、事例研究 159 頁）。令和 1 年司法試験・採点実感でも、「裁量権の逸脱濫用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例での当てはめにおいて、調査におけ

(論述例) 裁量処分¹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、考慮不尽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。

櫻井・橋本 120 頁、個人タクシー事件 (最判 S46.10.28・百 I 114)

2. 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

(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、モーターボート競走法では、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。

A 司 H23 司 H24 司 H26 司 H27

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]

1. 行政規則の法的性質

(1) 行政規則は、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るから、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。

要綱や通達は、法令の委任に基づかないから、行政規則である。

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。

曾和 98 頁

る考慮不尽イコール裁量権の逸脱濫用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものかという点の検討がされているのかどうか、答案上、明らかでないものがある。」と言及されているので、司法試験委員会も「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場合には、裁量権の逸脱・濫用に当たる」という規範を前提にしているといえる。

(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、許可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付けられる。

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）に位置付けられ、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）に位置付けられる。

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

例えば、最判 H18.10.26・百 I 91 [判例 6]（基礎応用 56 頁）

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
(や評価の明白な合理性欠如)を理由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
・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一つである「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)

…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。

櫻井・橋本 70 頁、基本行政法 147

～148 頁

最判 H4.10.29・百174 [判例 1]

(基礎応用 53 頁)

A

(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、許可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。

(2)その上で、「裁量基準に従った裁量処分は、裁量基準が合理的なものであっても、裁量基準の適合性判断(適合する/適合しないという判断)が不合理であるならば、裁量権の逸脱・濫用として違法となり得る」という考えに従い、裁量基準の適合性判断が不合理であるか否か(具体的には、判断過程における考慮不尽、他事考慮等の有無)を検討する。

5. 個別事情考慮義務違反

本件要綱の適合性判断に誤りがないとしても、これを機械的に適用することは許されないのではないか。

(1)…略…(行政庁は個別事情考慮義務を負う)

(2)…略…

なお、前記4で問題にしているのは、本件要綱に適合する・適合しないという判断の過程の誤りである。これに対し、5で問題にしているのは、本件要綱通りに処分をするべきではない個別事情の存否である。そのため、4と5は、別次元の問題である。

伊方原発訴訟・最判 H4.10.29・百

174 [判例1] (基礎応用 53頁)

(3) 裁量基準から逸脱した裁量処分

前記(1)の事案で、甲県は、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ため、Aが地元自治会の同意書を申請書に添付して

A 司 H28 司 H29 司 R4 予 H28

いないにもかかわらず、Aの申請を許可した。

1. 行政規則の法的性質

(1) 行政規則は、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。このように、行政規則は、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、これにより処分の要件や効果について定められていても、それは処分の要件や効果に関する行政庁の裁量権の行使を当然に拘束するものではない。

(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。そうすると、本件要綱に違反することをもって、当然に本件許可が違法になるとはいえない。

2. 行政裁量の存否

もっとも、許否の判断に行政裁量が認められるのなら、本件要綱違反を理由とする裁量権の逸脱濫用(行訴法30条)が認められるのではないか。
…略…(許可要件に関する知事の要件裁量が認められる)

3. 行政裁量の法的拘束力

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。では、裁量基準に裁量権行使に対する拘束力が認められるか。

(1) 確かに、裁量基準は法の委任に基づかない行政規則であり法的拘束力を有しないから、行政庁は常に裁量基準に従って裁量権を行使しなければならないわけではない。

しかし、裁量基準が存在する場合には裁量権の行使における公正・平等な取扱いの要請があるとともに、公表されている裁量基準の内容には相手方の信頼保護の要請もある。

そこで、公表されている裁量基準は外部規範である平等原則(憲法14条)や信義則を媒介として国民に対する関係でも行政庁を拘束することとなり、裁量基準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、裁量基準を考慮しないことは裁量権の逸脱・濫用に当たると解する(判例)。¹⁰⁾

¹⁰⁾ 最高裁判平成27年判決は、「行政手続法…12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準」の拘束力について、これは「単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。」として、「行政庁が…処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の…裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて…い…る」と述べている(最判H27.3.3・百II167)。すなわち、合理的理由なく裁量基準を適用しないことは平等原則に反するとともに、公にされている裁量基準の内容には相手方の信頼保護の要請も生じるとの理由から、外部規範である平等原則や信頼保護原則(又は信義則)を媒介とすることにより、①裁量基準が公にされていることと、②裁量基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がないことを要件として、公にされている裁量基準について、「裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて…い…る」という法的拘束力を認めているのである(宇賀I342~343頁、百II167解説3)

(2) 「特段の事情」は、裁量基準の合理性及び個別事情考慮義務の内容により審理される。まず、裁量基準に合理性がないのであれば、それだけで「特段の事情」が認められる。また、裁量基準の合理性が認められる場合でも、裁量基準通りに処分をするべきではない個別事情があるのであれば、「特段の事情」が認められる。

(4) 裁量基準と関係なく判断過程審査をする場合

裁量基準が存在せず、問題文や会議録に行政庁の判断根拠が複数記載されている事案では、判断過程審査の枠組みを用いて、判断根拠ごとに他事考慮・考慮不尽・評価の明白な合理性欠如について検討することになる。

1. …略… (行政裁量の存在を肯定する)
2. 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、考慮不尽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。

当てはめでは、行政庁が判断過程で考慮した事情・考慮しなかった事情ごとに、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的に照らし、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ (重視すべき事情か、重視するべきでない事情か) について検討する。

他事考慮、考慮不尽、考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如があったからといって、当然に裁量権の逸脱・濫用に当たるわけではない。これらにより判断過程の合理性を欠く結果として「処分が社会観念上著しく妥当を欠く」と評価される場合に初めて、裁量権の逸脱・濫用に当たる。

(5) 処分庁の判断過程に専門的な第三者機関が関与している場合

例えば、処分要件の判断 (処分要件に関する裁量基準の適合性判断も含む) の過程に専門的な第三者機関が関与している場合、①処分庁が判断過程で考慮すべき事情のすべてについて第三者機関の判断が及んでおり、しかも、処分庁の判断が第三者機関の判断に基づいて行われるというのであれば、処分庁独自の判断が存在しないため、第三者機関の判断過程を処分庁の判断過程に置き換えることができる。そのため、第三者機関の判断過程だけに着目して判断過程審査を行うことになる。すなわち、当該裁量処分の裁量権の逸脱濫用の有無は、第三者機関の判断過程だけに着目して判断される。

これに対し、②処分庁が判断過程で考慮すべき事情の一部についてしか第三者機関の判断が及んでおらず、しかも、第三者機関の判断が処分庁の判断を拘束するものでもないというのであれば、処分庁独自の判断余地が残るから、第三者機関の判断過程を処分庁の判断過程に置き換えることはできない。そのため、第三者機関の判断過程は、処分庁の判断過程で考慮される一事情にすぎないこととなる。すなわち、処分庁の判断過程自体を対象として判断過程審査が行われ、第三者機関の判断過程における過誤・欠落は、処分庁の判断過程の合理性を判断するに当たって考慮される一事情にとどまる。

A

司 H22 司 H29 司 H30 司 R1 司 R3

司 R5 予 H23 予 H24 予 H30 予 R3

B

伊方原発訴訟・最判 H4.10.29・百

174 [判例 1] (基礎応用 53 頁)

老 齡 加 算 廃 止 訴 訟 ・ 最 判

H24.2.28 ・ 百 1 47 [判例 2] (基礎

応用 53 頁)

第3節. 重要判例

[判例1] 伊方原発訴訟判決

B

最判 H4.10.29・百174

事案：内閣総理大臣が原子炉設置許可処分の際に行う原子炉施設の安全性の判断は、原子力委員会及び原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議と判断を基にして行われるものとされている（⇒規制法上、内閣総理大臣は、原子力委員会の意見を聴き、これを尊重しなければならないと定められており、原子力委員会設置法14条の2・3により、原子力委員会には、原子炉の安全性に関する事項の調査審議に当たるものとして原子炉安全専門審査会が設置されている。）。

本件では、内閣総理大臣による原子炉設置許可処分の違法性が問題となった。

要点：まず、本判決は、①行政庁の原子炉施設の安全性の判断に不合理な点があるか否かについて、「現在の科学技術水準」に照らして審査する、と判示した。違法性の判断基準時は原則として「処分時」と解されている。その根拠は、行政庁の第一次的判断権にある。しかし、原子炉設置許可処分の際の安全性審査では、将来、当該許可にかかる原子炉をその基本設計どおりに設置・稼働した場合の当該原子炉の安全性という、将来における安全性も審査の対象となっているため、「現在の科学技術水準」に照らして判断の不合理を審査しても、現在の科学技術水準を基準としての当該原子炉の安全性についての行政庁の第一次的判断権を侵すことにはならないのである。

次に、②「原子炉委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議…において用いられた具体的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右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過しがたい過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたものと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるとして、右判断に基づく原子炉施設許可処分は違法であると解すべきである」として、内閣総理大臣による安全性の判断の不合理性について、内閣総理大臣の判断過程に関与している原子力委員会等（専門家たる第三者機関）の検討過程における過誤・欠落を基準として判断している。内閣総理大臣による原子炉施設の安全性の判断は、原子力委員会及び原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議と判断を基にして行われるものであり、しかも、原子炉施設の安全性を判断する際の考慮事項のすべてについて、原子力委員会等の審査が及んでいるため、内閣総理大臣による原子炉施設の安全性の判断は、原子力委員会等の調査審議に基づく判断に代置されているといえるからである。¹¹⁾

[判例2] 老齢加算廃止訴訟

B

最判 H24.2.28・百147

事案：厚生労働大臣は老齢加算の廃止を内容とする保護基準の改定を行った。

その際、70歳以上の高齢者に老齢加算に見合う特別な需要が認められず、高齢者に係る本件改定後の生活扶助基準の内容が健康で文化的な生活水準を維持するに足りない程度にまで低下するものではないとした厚生労働大臣の判断は、社会保障審議会福祉部会に設置された生活保護制度の在り方に関する専門委員会が特別集計等の統計や

¹¹⁾ 判旨では「看過しがたい過誤、欠落」という絞り込みがなされていることから、原子力委員会等の判断過程の過誤又は欠落は、処分をするかどうかの判断の結論に影響を及ぼす可能性がある程度に重大なものである場合にはじめて、「看過しがたい過誤、欠落」として、裁量権の逸脱又は濫用を導くことができるのである。

第2部 行政救済法

第1章 総論

行政救済法とは、行政作用（不作為を含む）に起因して私人（国民）の権利利益が侵害され、または侵害されるおそれがある場合に、侵害行為を排除したり、行政作用に起因する損害又は損失を補填することにより私人を救済するための法を意味する。

行政救済法に基づく救済手段には、大別すると、①行政不服申立て（行政不服審査法）、②行政事件訴訟（行政事件訴訟法）、③国家賠償制度（憲法17条、国家賠償法）、④損失補償制度（憲法29条3項、損失補償に関する個別法）の4つがある。

A

宇賀II1～5頁、櫻井・橋本 246～

261頁

1. 行政不服申立て

行政不服申立てとは、国民が、行政庁による公権力の行使につき、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。

明治憲法下では行政不服申立てに関する一般法として旧訴願法が制定・実施されていたが、昭和37年に旧行政不服審査法が制定され、平成26年には、手続公正の向上・国民の利便性向上を趣旨として旧法を全部改正する行政不服審査法が制定された。

詳細は、第13章で取り上げる。

2. 行政事件訴訟

（1）意義

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。詳細は、第2章～第10章で取り上げる。

（2）沿革

①明治憲法下における行政裁判法に基づく行政裁判制度

➡列記主義（行政裁判所に出訴できる事項が法定されたものに限定されている）、訴願前置主義（原則として行政機関に対する訴願が事実上の第一審という位置付け）という特徴を有する。

②日本国憲法制定に伴う行政裁判制度の廃止、旧行政事件訴訟特例法の新設

➡行政事件訴訟特例法は、行政権の優位に配慮し、民事訴訟と異なる行政事件訴訟独特の規律になっていた。

③行政事件訴訟法の成立（昭和37年）

➡行政事件訴訟法は、現行の行政事件訴訟に関する法律であり、行政事件訴訟に関する一般法である（1条）。

④平成 16 年行政事件訴訟法改正

➡平成 16 年、国民の権利利益のより実効的な救済を趣旨として、行政事件訴訟法が改正され、その一環として、①取消訴訟の原告適格の拡大を趣旨とする 9 条 2 項の新設、②それまでは法定外抗告訴訟に位置付けられていた義務付け訴訟・差止訴訟の明文化、③当事者訴訟における確認訴訟の明示（確認訴訟の活用を促す趣旨による）などが挙げられる。

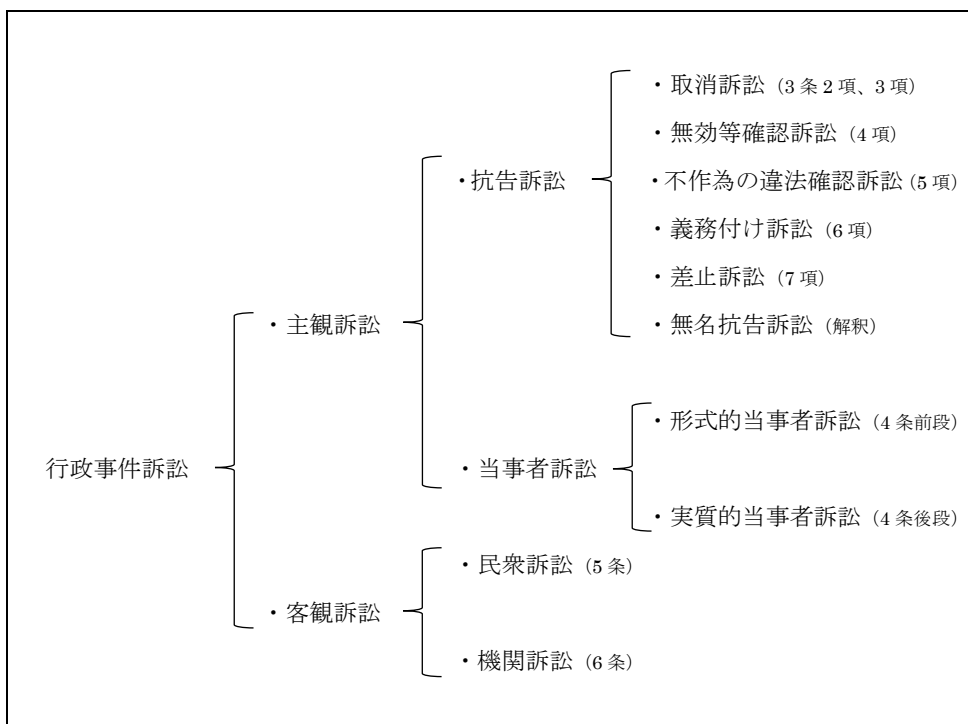
(3) 分類

訴訟には、主観訴訟（原告の個人的な権利利益の保護を目的とした訴訟）と客観訴訟（客観的な法秩序の維持のために、原告の個人的な権利利益と無関係に、行政作用の適法性を担保することを目的とする訴訟）という分類があり、主観訴訟は「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）に当たるが、客観訴訟は「法律上の争訟」に当たらず「その他法律において特に定める権限」（同法 3 条 1 項）に位置付けられる。

「行政事件訴訟」とは、「抗告訴訟」、「当事者訴訟」、「民衆訴訟」、「機関訴訟」の 4 つを意味する（行訴法 2 条）。これらのうち、抗告訴訟・当事者訴訟は主観訴訟であり、民衆訴訟・機関訴訟は客観訴訟である。民衆訴訟・機関訴訟は、客観訴訟であるため、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる。」（行訴法 43 条）とされている。

抗告訴訟は、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」（行訴法 3 条 1 項）を意味し、これは行訴法 3 条 1 項 2 号ないし 7 号所定の法定抗告訴訟と法定外抗告訴訟に分類される。法定抗告訴訟は、①処分・裁決の取消訴訟（同条 2 項、3 項）、②処分・裁決の無効等確認訴訟（4 項）、③申請に対する不作為の違法確認訴訟（5 項）、④処分・裁決の義務付け訴訟（6 項）、⑤処分・裁決の差止訴訟（7 項）に分類される。

当事者訴訟は、①形式的当事者訴訟（行訴法 4 条前段）と②実質的当事者訴訟（同条後段）、②では特に公法上の確認訴訟が用いられることが多い。



3. 国家賠償制度

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り、「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。」と定める憲法 17 条を受けて、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。

詳細は、第 11 章で取り上げる。

4. 損失補償制度

損失補償とは、適法な公権力の行使により、特定の者に財産上の特別の犠牲が生じた場合に、公平の理念に基づいて、その損失を補償する制度をいう。

損失補償については、国家賠償（憲法 17 条、国家賠償法 1 条以下）と異なり、一般的な法典はなく、憲法 29 条 3 項の趣旨を具体化する補償規定が個別法に設けられていることが多い。

詳細は、第 12 章で取り上げる。

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、3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。

第1節 処分性

取消訴訟の対象となるのは、「行政庁の処分」に限られる（これを「処分性」と呼ぶ。）。したがって、係争行為に関する行政事件訴訟としては、処分性が認められる場合には取消訴訟（3条2項）を選択し、処分性が認められない場合には公法上の当事者訴訟（4条）を選択することになる。この意味で、処分性は、係争行為に係る救済ルートを決する機能を有する。

case1：事業者Aは、風営法上の規定に基づき、公安委員会から3か月間の業務停止命令を受けたため、風営法違反はない（あるいは、風営法違反はあるが3か月間の営業停止命令をすることは効果裁量の逸脱濫用である）と主張して、業務停止命令の取消しを求める取消訴訟を提起した。¹⁾

case2：株式会社Aは、B県建築主事から建築基準法上の規定に基づき大型マンションの建築計画について建築確認を受けたところ、建築予定地の周辺住民Cは、Aの建築計画は防火に関する建築基準関係規定に適合しないから建築確認は違法であると主張して、建築確認の取消しを求める取消訴訟を提起した。²⁾

case3：医療社団法人Aは、B県知事から介護保険法に基づく開設許可を得て、介護老人保健施設を運営していたところ、B県知事から介護保険法上の規定に基づき「介護職員の人員の確保に関する基準に違反しているから、〇年〇月〇日を期限として、同基準を満たす介護職員の人員を確保した上で、これに関する改善状況を文書で報告すること。勧告に従わない場合には、その旨を公表する。」旨の勧告を受けたため、公表がなされれば市民からの信頼が失われ、多くの利用者がA運営の施設を離れることになり、Aは経営難に陥る

A

司プレ 司H19 司H20 司H21

司H23 予R4

A

司ア7 司H19 司H20 司H24 司H25

司H29 司R2 司R3 司R5 司R6

予H23 予H27 予H30 予R2

1) 営業停止命令は、公安委員会が風営法上の規定に基づき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あり、また、名宛人である事業者の営業停止義務（不作為義務）と直接形成するものであるから直接・具体的な法的効果も認められ、「行政庁の処分」に当たる。したがって、業務停止命令は「行政庁の処分」として、取消訴訟の対象となる。

2) 建築確認は、建築主義が建築基準法上の規定に基づき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あり、名宛人である建築主に対して適法に建築物の建築等の工事をすることができるという法的地位を与えるという意味で直接・具体的な法的効果もあるから、「行政庁の処分」に当たる。したがって、建築確認は「行政庁の処分」として、取消訴訟の対象となる。もっとも、case1では、事業者Aが自己を名宛人とする不利益処分の取消訴訟を提起しているのに対し、case2では、周辺住民Cが事業者Aに対する建築確認という授益的処分の取消訴訟を提起している。case2のように、処分の名宛人以外の者が当該処分の取消訴訟を提起することは当然に認められるものではなく、当該処分の取消しを求めることについて「法律上の利益を有する者」（行訴法9条1項）に限り、取消訴訟を提起法に提起することができる。これは「第三者の原告適格」と呼ばれる問題である（本章の第2節で取り上げる）。

と考え、公表を阻止するために、勧告の取消しを求める取消訴訟を提起するとともに、執行停止の申立てを行った。³⁾

1. 処分性の判断枠組み

(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。

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と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。

[論点 1] 処分性の判断枠組み

処分性を論じる場合には、少なくとも昭和 39 年判例の定式を示す。その上で、原則として、昭和 39 年判例の定式を講学上の要件に置き換える。その上で、講学上の要件を規範として、当てはめに入る。⁴⁾

「行政庁の処分」(3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、これによって直接国民の権利義務を形成し又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いう(判例)。

これは、公権力性及び直接・具体的な法効果性から判断される。⁵⁾

A

最判 S39.10.29・百 II 143

櫻井・橋本 263 頁・272 頁

事例から考える 58～59 頁・76 頁

A

³⁾ 仮に勧告が「行政庁の処分」に当たるのであれば、A は、勧告不遵守を理由とする公表を阻止する手段としては、勧告の取消訴訟及び執行停止の申立て(行訴法 25 条 2 項本文)をするべきこととなる。取消訴訟の係属中は執行停止決定の拘束力(33 条 4 項による同条 1 項の準用)により B 県知事は勧告の続行手続に当たる公表をすることが禁止され、取消判決の確定後であれば取消判決の拘束力(行訴法 33 条 1 項)により B 県知事は勧告の適法性を前提とする公表をすることが禁止される。もっとも、勧告については、その本来的性質が行政指導であるため、法的効果を欠くとして、処分性が認められないのが原則である。仮に勧告が「行政庁の処分」に当たらない場合には、A は、勧告の取消訴訟とそれを前提とした執行停止の申立てという方法を執ることができないから、勧告服従義務不存在確認(又は勧告の違法確認)を求める公法上の確認訴訟(行訴法 4 条後段)を提起するとともに、仮の地位を定める仮処分の申立て(民事保全法 23 条 2 項、行訴法 44 条)をすることになる。

なお、勧告に処分性が認められない場合、公表に処分性が認められるのであれば、A は公表の差止請求(行訴法 3 条 7 項)を提起するとともに、仮の差止の申立て(行訴法 37 条の 5)をすることができる。もっとも、公表についても、原則として処分性が認められないと解されているから、公表の処分性も認められないときは、A は、抗告訴訟としての差止訴訟を提起するのではなく、民事訴訟としての差止訴訟を提起するとともに、差止仮処分の申立て(民事保全法 23 条の 2)をするべきこととなる。

⁴⁾ 例外として、申請権アプローチなど、「公権力性、法効果性、直接具体性」といった講学上の要件を発動しない場面もある。その場合には、昭和 39 年判例の定式を示す必要がある一方で、講学上の要件には言及せずに、当該場面に固有の判断枠組みを示した上で(つまり、昭和 39 年判例の定式→当該場面に固有の判断枠組みを示した上で)、当てはめに入る。

⁵⁾ 権利救済の必要性まで言及する事案では、講学上の要件については、「これは、基本的には公権力性及び直接・具体的な法的効果という要素によって判断されるが、権利救済の必要性が考慮されることもある。」と書く。

(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。

公権力性は、形式的要素である㉞行為の主体が国又は公共団体（厳密には、都道府県知事、市区町村長なども含まれる）であること、㉟法令上の根拠規定（自主条例を含む）と、実質的要素である㊱法令を根拠とする優越的地位の発動の3つからなる。^{6) 7)}

公権力性について問題となることが多い要素が、㉟法令上の根拠の有無である。ある法律Aにおいて、係争行為Bについて明確に定めていない場合には、(ア) 法律Aの規定自体に着目した合理的解釈により、又は、(イ) 法律Aと趣旨目的を共通にする法律Cの規定や、法律Aと趣旨目的を共通にする内部基準D（通達、要綱など）の規定などを手掛かりとして、法律Aを合理的に解釈することにより、法律Aは係争行為Bについて定めている（すなわち、係争行為Bには法律Aによる根拠がある）と解釈することの可否を検討することになる。

(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、㉞私人の権利・地位（利益を含む）に対する影響、㉟影響を受ける地位が法的地位といえること（権利では㉟は問題とならない）、㊱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、㉞～㊱のうち、問題となるものだけ検討すれば足りる。

例えば、行政機関相互の内部行為（通達など）は㉞を欠くとの理由から処分性が否定され、行政庁が法律見解を表示するにとどまる行為（精神的表示行為）は単なる事実行為として㉞や㊱を欠くとの理由から処分性が否定され、行政庁による通知・勧告は㉞を欠くとの理由から処分性が否定され、公表は㊱を欠くとの理由から処分性が否定されるのが原則である。

イ. 直接・具体性

法的効果は、一般的・抽象的なものでは足りず、直接的で具体的なもの

最判 H15.9.4・百II152、事例研究

62頁

事例研究 60頁

事例から考える 76頁、大橋II51頁

事例から考える 59頁・76頁

櫻井・橋本 267～272頁

6) 当てはめでは、少なくとも、形式的要素である㉞・㉟は必ず指摘する。実質的要素である㊱は、それが問題なく認められる事案であれば、答案戦略上、言及しないという選択もあり得る。

7) 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が問題となる事案では、㉞・㉟に加え、実質的要素である㊱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。）。司プレ

であることを要する。

法的効果の直接・具体性は、紛争の成熟性（つまり、その行為を捉えて取消訴訟（抗告訴訟）を提起するタイミングが熟しているか）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。

典型的には、係争行為が中間段階に属する行為や、条例制定行為（規範定立行為の一種）である場合に、法的効果の直接・具体性の有無が問題となる。この場合、原則として、最終段階の行為、執行機関による条例の適用段階に直接・具体的な法的効果の発生が留保されており、係争行為の段階では一般的・抽象的な法的効果しか認められないと解されている。⁸⁾

なお、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観点」を考慮することがある。これは、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。

ここでいう「実効的な権利救済を図る観点」とは、係争行為の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、係争行為を対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があることを意味する。

例えば、中間段階の行為について、最終段階の行為を対象とする取消訴訟を提起して争ったのでは実効的な権利救済を図ることが困難である場合には、実効的な権利救済を図る観点から中間段階の行為を対象とする取消訴訟の提起を認めるために、処分性を認めるべきであると論じることになる。

（５）係争行為の根拠法令の解釈による定型的判断である

処分性の判断は、係争行為の根拠法令の仕組みを解釈することにより行われる。

⁸⁾ 例えば、土地区画整理事業計画決定（土地区画整理法 52 条）によって生じる施行地区内の建築制限（同法 76 条。これは施行地区内の土地所有者に対する制限に当たる）について、一般的・抽象的な法的効果にすぎないとして、法的効果の直接・具体性を認めていない（最大判 S41.2.23、最大判 H20.9.10・百 II 147）。なお、昭和 41 年判決は同決定の処分性を否定しているが、平成 20 年判決は、昭和 41 年判決を変更し、「土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされる」という意味での直接・具体的な法的効果を認めるとともに、「事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がなされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある。」として、処分性を肯定している。

また、条例制定行為については、平成 18 年判決（最判 H18.7.14）は、簡易水道料金の値上げを定める改正条例の制定行為について、「本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改訂するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではない」との理由から、法的効果を直接・具体性を否定し、処分性を否定している。他方で、平成 21 年判決（最判 H21.11.26・H22 重判 9）は、市立保育所を廃止する旨の改正条例の制定行為について、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる。」として、法的効果の直接・具体性を認め、結論として処分性を肯定している。

櫻井・橋本 264 頁、最大判 H20.9.

10・百 II 147

櫻井・橋本 264 頁

最大判 H20.9.10・百 II 147、百 II

154 解説

すなわち、前述した（２）公権力性、（３）直接・具体的な法的効果、（４）実効的な権利救済を図る観点はいずれも、係争行為の法令の仕組みを対象として法解釈により定型的に判断されるものであり、当該事案に固有の具体的な事情（特に原告側の具体的な事情）は考慮されない。⁹⁾

2. 応用事項

（１）後続行為との連動性

ア. 法的効果の前倒し的な読み込み

法的効果の分析の際には、係争行為（以下「先行行為」という。）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。

まずは、先行行為自体の効果に着目して法的効果とその直接・具体性を認めることができるかを検討する。これらを認めることができない場合には、次に、先行行為と後続行為（「後続行政過程」ともいう。）との連動性に着目して法的効果とその直接具体性を認めることができるかを検討する。

例えば、平成 20 年判決は、土地地区画整理事業計画決定（土地地区画整理法 52 条）について、計画決定それ自体の効果である施行地区内の建築制限（同法 76 条）は一般的・抽象的な法的効果にすぎないという理解に立つ一方で、「いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。…そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、…土地地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。」として、法的効果の直接具体性を認めている。ここでは、先行行為がなされた場合には特段の事情のない限り直接・具体的な権利侵害を伴う後続行為に至るという強い連動性を根拠として、前倒し的な法効果の読み込みにより、後続行為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、法的効果の直接・具体性が認められているのである。

イ. 実効的な権利救済を図る観点

先行行為の後に直接・具体的な権利侵害を伴うような後続行為が予定されている場合であっても、両者間に「特段の事情のない限り」という強い

A

A 司 H19 司 H20 司 H24 司 H25

司 R5 司 R6 予 H23 予 H30 予 R2

最大判 H20.9.10・百 II 147、百 II

154 解説 [角松生史]

⁹⁾ 例えば、令和 2 年司法試験の採点実感では、「処分性は係争行為の根拠となる法令に照らして定型的に判断されるべきであり、本件に登場する X の事情に照らして判断すべきものでないことはもはや周知のものと思われる…」、「救済の必要性の内容として、地域における医療施設の設置の必要性など、本件事案に特有の個別具体的な事情を挙げる答案が散見されたが、処分性の有無はそのような個別具体的な事情によって左右されないことについての理解が不十分であることによるものであると思われる。」とある。また、櫻井・橋本 263 頁でも、「処分性の有無は、行政庁の行為に係る根拠法令の仕組みを解釈することによって判定される。」とある。

連動性がないのであれば、法的効果の前倒し的な読み込みにより、後続行為を受けるべき地位に立たされるという意味での直接・具体的な法的効果を認めることができない。そうすると、「公権力性、直接・具体的な法的効果」という処分性の本来的要件の下では処分性は認められないことになる。

この場合に援用されるのが「実効的な権利救済を図る観点」である。ここでは、「実効的な権利救済を図る観点」は、係争行為たる先行行為が処分性の本来的要件を満たさないにもかかわらず、例外的に処分性を認めるための根拠として援用されているのである。

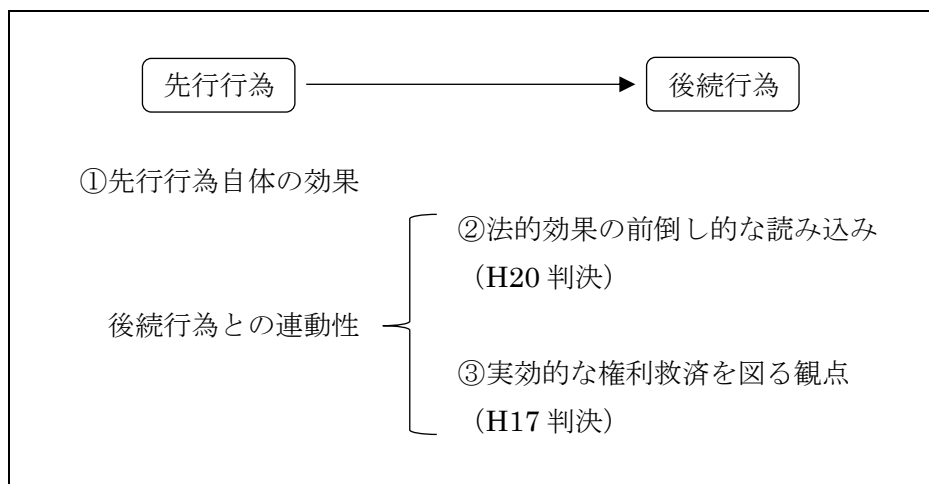
例えば、平成 17 年判決は、医療法 30 条の 7 に基づく病院開設中止勧告について、通達と同勧告への不服従を改正前健康保険法 43 条の 3 第 2 項に基づく保健医療機関等の指定における拒否事由として定めていた事案において、「医療法 30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められている」として法的効果を否定する一方で、「当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、…保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法 30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。」として、実効的な権利救済を図る観点から処分性を認めている。ここでは、係争行為である先行行為がなされた場合には相当程度の確実さをもって深刻な不利益を伴う後行行為に至ることを根拠として、先行行為には法的効果が認められないにもかかわらず、実効的な権利救済を図る観点から例外的に処分性が認められているのである。

最判 H17.7.15・百 II 154

基本行政法 289～290 頁、百 II 154

解説 [角松生史]

ウ. 検討の流れ



まずは、①係争行為である先行行為自体の効果に着目して、法的効果とその直接・具体性を認めることができるかを検討する。

次に、①が認められない場合には、②平成 20 年判決の理論に従い、先行行為と直接・具体的な権利侵害を伴う後続行為との間に「特段の事情がない限り」という連動性があるとして、前倒しの法効果の読み込みにより、後続行為を受けるべき地位に立たされるという意味での直接・具体的な法的効果を認めることができるかを検討する。

最後に、②も認められない場合には、③平成 17 年判決の理論に従い、先行行為がなされた場合には相当程度の確実さをもって深刻な不利益を伴う後続行為に至ることを根拠として、実効的な権利救済を図る観点から例外的に処分性を認めることができるかを検討する。

(2) 実効的な権利救済を図る観点

実効的な権利救済を図る観点は、典型的には、①処分性の本来的要件（公権力性、直接・具体的な法的効果）を満たさない場合に例外的に処分性を認める（つまり、処分性の本来的要件の不充足を補完する）ために用いるというものであるが、その他にも、②処分性の本来的要件から導かれる結論の合理性を支える、③処分性の本来的要件を緩和する、④処分性の要件を加重するという形で用いられることもある。¹⁰⁾

(3) 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ろう。¹¹⁾

(4) 個別法の明文で処分性が認められている場合

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。

A 司 H20 司 H24 司 R2 司 R5

予 H23 予 H27 予 H30 予 R2

H24 重判 4 解説、探究 391～392

頁、基本行政法 289～190 頁、H22

重判 9 解説

B

事例研究 41～42 頁

B

事例研究 62 頁

¹⁰⁾ 例えば、病院開設中止勧告の処分性を肯定した判例（①：最判 H17.7.15・百 II 154）、土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例（②：最大判 H20.9.10・百 II 147）、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（④：最判 H21.11.26・H22 重判 9）などを挙げることができる。

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（最判 H16.4.26）、登録免許税還付通知拒絶通知の処分性を肯定した判例（最判 H7.4.14・百 II 161）、土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例（最大判 H20.9.10 百 II 147）については、①に属する判例であるとの見方もある。

¹¹⁾ 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）。

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、法的効果、法的効果の直接具体性）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。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である。¹²⁾

(5) 相対的行政処分概念

処分性の有無は、係争行為の根拠法令の仕組みを解釈することにより定型的に判断されるものであり、本件事案に特有の個別具体的な事情によってその有無が左右されるものではない（相対的行政処分概念の否定）。権利救済の必要性（＝実効的な権利救済を図る観点）を論じる際も同様である。

この立場からは、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ろう。

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。¹³⁾

B 探究 380～387 頁

令和 2 年司法試験・採点実感

¹²⁾ 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。まず実体法上に根拠があり、それが手続法に反映しているはずですからね。」とある。司ブレ

¹³⁾ もっとも、これらの相対的行政処分論は、紛争状況という「原告側」の固有事情を取り上げることができ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、処分性の肯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 3 つの最高裁判例では、簡易水道料金の値上げを定める改正条例×（最判 H18.7.14・百 II 150）、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）というように、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肯否の結論を異にしているからである。

3. 公権力性

A

(1) 法令上の根拠

A

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

B

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。

最判 H16.4.26

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。

基本行政法 282～284 頁

- 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ありませんが問題となる。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㊦食品等輸入届出済証又は㊧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。¹⁴⁾

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、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

¹⁴⁾ “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）

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②において⑦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、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。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。

[判例 2] 労災就学援護費の不支給決定

A 予 R2

最判 H15.9.4・百 II 152

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続・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」の手続・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。

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。¹⁵⁾

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ふ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

¹⁵⁾ 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。

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は思える。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ことと規定し、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

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。

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

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

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。

H23 重判 6 解説

最判 H15.9.4・百 II 152

(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

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

第3節. 訴えの利益

A

司 H21 司 R3 司 R4 予 H28 予 R5

case1：事業者 A は、風営法上の規定に基づき、公安委員会から 3 か月間の業務停止命令を受けたところ、3 か月間の業務停止期間が経過した後に、業務停止命令を受けたことにより侵害された名誉・信用を回復するために、業務停止命令の取消訴訟を提起した。

case2：株式会社 A は、B 県建築主事から建築基準法上の規定に基づき大型マンションの建築計画について建築確認を受けたところ、建築予定地の周辺住民 C は、建築工事の完了後に、建築確認の取消訴訟を提起した。

1. 訴えの利益とは

A

字賀 II 218 頁

「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。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、処分の本来的効果(「直接的効果」とも呼ばれる。)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」(9 条 1 項括弧書)として、訴えの利益が認められる。

2. 法的地位の回復不能・喪失

不利益処分や申請拒否処分によって喪失した(あるいは否定された)法的地位を回復することができない場合でも、これらの処分の取消しを求める訴えの利益が認められるかが問題となる。

[判例 1] 懲戒免職処分後の市議会議員立候補

B

最判 S40.4.28

事案：公務員であった X は、懲戒免職処分の取消訴訟の提起後、市議会議員に立候補することにより公職選挙法により公務員の職を辞したものとみなされ、懲戒免職処分の取消しにより公務員たる地位を回復することができなくなった。

判旨：「本件免職処分が取り消されたとしても、X は市議会議員に立候補したことにより郵政省の職員たる地位を回復するに由ないこと、まさに、原判決…説示のとおりである。しかし、公務職免職の行政処分は、それが取り消されない限り、免職処分の効力を保有し、当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであった給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるのであるから、本件免職処分の効力を排除する判決を求めることは、右の権利、利益

¹⁾ “行訴法第 9 条第 1 項の「法律上の利益」は、原告適格のみならず訴えの利益も意味するが、同項括弧書だけが訴えの利益を指すと誤解している答案がしばしば見られた。”(令和 4 年司法試験・採点実感)

を回復するための必要な手段であると認められる。そして、新法 9 条が、たとえ注意的にもしろ、括弧内において前記のような規定を設けたことに思いを致せば、同法の下においては、広く訴の利益を認めるべきであつて、X が郵政省の職員たる地位を回復するに由なくなつた現在においても、特段の事情の認められない本件において、X の叙上のごとき権利、利益が害されたままになつているという不利益状態の存在する余地がある以上、X は、なおかつ、本件訴訟を進行する利益を有するものと認めるのが相当である。」

解説：本判決は、公務員の免職処分は、(公定力により、) それを取り消されない限り、その効力を保有し、当該公務員は違法な免職処分がなければ公務員として有するはずであった給料請求権その他の権利・利益につき裁判所に救済を求めることができないと解している。ここでは、公定力が作用する範囲について、取消判決を得ることなく行政行為の効力をダイレクトに否定することだけでなく、無効を前提とした請求・主張をすることも許さないという理解が前提となっている。その上で、免職処分の取消判決を求めることは、給料請求権その他の権利・利益を回復するための必要な手続であるから、処分の取消しにより「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) に当たるとして、訴えの利益が認められているのである。

[判例 2] 在留外国人が再入国許可を受けずに出国した場合

B

最判 H10.4.10

事案：X は、入管法に基づく再入国許可申請に対する拒否処分の取消訴訟の係属中に、再入国許可を得ないまま米国に出国し、約 2 年後、帰国しようとしたところ、出国により協定永住資格を失つたものとして、上陸特別許可と新たな在留資格を得て、我が国に入国するに至った。再入国拒否処分の取消訴訟に関する第 1 審は、X は再入国許可を受けないまま出国したことにより在留資格を喪失したのだから、これを前提とする再入国許可処分を改めて受ける余地はないとし、訴えの利益は失われたと判断した。

判旨：「再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、右不許可処分の取消しを求める訴えの利益は失われるものと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

本邦に在留する外国人が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格は消滅するところ、出入国管理及び難民認定法 26 条 1 項に基づく再入国の許可は、本邦に在留する外国人に対し、新たな在留資格を付与するものではなく、同人が有していた在留資格を出国にもかかわらず存続させ、右在留資格のままで本邦に再び入国することを認める処分であると解される。そうすると、再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格が消滅することにより、右不許可処分が取り消されても、同人に対して右在留資格のままで再入国することを認める余地はなくなるから、同人は、右不許可処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を失うに至るものと解すべきである。そして、右の理は、右不許可処分を受けた者が日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法(以下「出入国管理特別法」という。) 1 条の許可を受けて本邦に永住していた場合であっても、異なるところがないというべきである。」

解説：本判決の結論は、再入国不許可処分を受けた外国人に対し、事実上旅行を断念して判決を待つか、在留資格を放棄して出国するかの二者択一を迫ることにほかならず、当時の申請拒否処分に関する仮の救済制度の不十分さ（申請拒否処分に対する執行停止の申立ては、執行停止決定により回復すべき原状がないものとして原則として申立ての利益を欠き、また、当時は義務付け訴訟・仮の義務付けが法定されていなかった）や在留資格の再取得の困難さなども勘案すれば、わが国を生活の本拠とする永住者には過酷であると言わざるを得ない。

現行行政事件訴訟法の下での救済方法としては、出国前であれば、再入国の不許可処分の取消訴訟（3条2項）と再入国許可処分の義務付け訴訟（3条6項2号）を併合提起（37条の3第3項2号）した上で、再入国許可処分の仮の義務付けの申立てをすることが考えられる。出国後であれば、在留資格の確認を求める公法上の確認訴訟（4条後段）及び国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項）を提起すべきである。

3. 行政処分の失効

行政処分が失効するとその本来的効果（「直接的効果」とも呼ばれる。）は失われるが、付随的效果（名誉・信用の毀損、監督処分の法的障害など）が残存することがあるため、付随的效果を除去することを目的として失効した行政処分の取消訴訟が提起されることがある。

[判例 3] 運転免許停止処分の停止期間の経過

事案：運転免許取消処分の取消訴訟の係属中に免許証有効期間を経過した場合であっても、処分の取消しが確定して免許証を行使できる状態に復帰した際に更新時期に至ったものと解すべきであるから、訴えの利益は失われない。

それでは、運転免許停止処分の停止期間が経過した場合はどうか。

要点：以下の理由から、訴えの利益は認められない。

- ①運転免許停止処分の本来的効果は、停止期間の経過により失効する。
- ②運転免許停止処分を受けたことは前歴となり将来の処分の加重原因となるが、1年間の無違反・無処分により前歴が抹消されるから、運転免許停止処分の日から1年を経過した日の翌日以降においては、運転免許停止処分を理由に道路交通法上不利益を受けることはない。
- ③他に運転免許停止処分を理由に不利益に取り扱いうることを認めた法令の規定はない。
- ④運転免許停止処分の記載のある運転免許証を所持することにより警察官に同処分の存在した事実を覚知され、名誉・感情・信用等を損なう可能性は、同処分がもたらす事実上の効果にすぎず、同処分の取消しにより回復すべき「法律上の利益」（9条1項括弧書）に当たらない。

[判例 4] 建築確認

事案：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。

C

最判 S55.11.25・百II 168

A 司 H21 司 R4

最判 S59.10.26・百II 170

要点：本判決は、建築確認に係る工事の完了後に建築確認の取消しを求める利益を否定する際に、建築確認の付随的効果を否定することにより、「建築確認は、それを受けなければ右工事を行うことができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるものといわざるを得ない。」と判示した。

まず、建築確認には、その本来的効果として「それを受けなければ右工事を行うことができないという法的効果」があり、これは建築確認に係る工事の完了により失われる。そのため、建築確認に係る工事の完了後に建築確認の取消しを求める利益を認めるためには、建築確認の付随的効果が認められることが必要である。この付随的効果として問題となったのが、①建築確認の存在が検査済証の交付拒否・違反是正命令をする上で法的障害になるという効果と、②建築確認の取消判決における検査済証の交付拒否や違反是正命令をすべきとする法的拘束力（行訴法 33 条）の有無である。

本判決は、①については、「建築基準法 6 条 1 項の建築物の建築等の工事…が完了した後における建築主事等の検査は、当該建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを基準とし、同じく特定行政庁の違反是正命令は、当該建築物及びその敷地が建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定に適合しているかどうかを基準とし、いずれも当該建築物及びその敷地が建築確認に係る計画どおりのものであるかどうかを基準とするものでない上、違反是正命令を発するかどうかは、特定行政庁の裁量にゆだねられているから、建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではない。」と述べて、否定している。

また、②についても、「たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生じるものではない。」と述べて、否定している。

[判例 5] 開発許可：市街化区域内における土地を開発区域とする場合

A

最判 H5.9.10

事案：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。

要点：本判決は、以下の理由から、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後においては、開発許可が有する本来の効果（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）は既に消滅しており、他にその取消しを求める法律上の利益を基礎付ける理由も存しないことになるから、訴えの利益を欠くに至ると判示している。

①違反是正命令発令への影響

➡違反是正命令では、客観的にみて法 33 条所定の要件に適合するかどうかを基準とされていると解されるから、開発許可の存在は、違反是正命令を発令するうえにおいて法的障害となるものではない。

②取消判決の拘束力

➡開発許可の取消判決は、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生じるものではない。

判旨：「都市計画法 29 条ないし 31 条及び 33 条の規定するところによれば、同法 29 条に

基づく許可（以下、この許可を「開発許可」という。）は、あらかじめ申請に係る開発行為が同法 33 条所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、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を有するものであるが、許可に係る開発行為に関する工事が完了したときは、開発許可の有する右の法的効果は消滅するものというべきである。そこで、このような場合にも、なお開発許可の取消しを求める法律上の利益があるか否かについて検討するのに、同法 81 条 1 項 1 号は、建設大臣又は都道府県知事は、この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反した者に対して、違反を是正するため必要な措置を採ることを命ずることができる（以下、この命令を「違反是正命令」という。）としているが、同法 29 条ないし 31 条及び 33 条の各規定に基づく開発行為に関する規制の趣旨、目的にかんがみると、同法は、33 条所定の要件に適合する場合に限って開発行為を許容しているものと解するのが相当であるから、客観的にみて同法 33 条所定の要件に適合しない開発行為について過って開発許可がされ、右行為に関する工事がされたときは、右工事を行った者は、同法 81 条 1 項 1 号所定の「この法律に違反した者」に該当するものというべきである。したがって、建設大臣又は都道府県知事は、右のような工事を行った者に対して、同法 81 条 1 項 1 号の規定に基づき違反是正命令を発することができるから、開発許可の存在は、違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生ずるものでもないというべきである。そうすると、開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた後においては、開発許可が有する前記のようなその本来の効果は既に消滅しており、他にその取消しを求める法律上の利益を基礎付ける理由も存しないことになるから、開発許可の取消しを求める訴えは、その利益を欠くに至るものといわざるを得ない。」

解説：建築確認の場合における検査済証の交付要件は「建築基準関係規定に適合していること」であるのに対し、開発許可の場合における検査済証の交付要件は「開発許可の内容に適合」することであるから、開発許可が取り消されると検査済証も適法に交付できないこととなり（既に交付された検査済証は失効する）、工事完了後や検査済証の交付後であっても、開発許可を取り消す実益が残るともいえそうである。

しかし、最高裁は、開発許可の存在が違反是正命令発令の法的障害とならないことから、違法な開発許可に基づき工事が完了した場合には、違反是正命令により開発行為の法 33 条適合性を確保できると考えて、訴えの利益を否定したのであろう。

なお、都市計画法における開発許可と検査済証交付の関係については、検査済証の交付要件として「開発許可の内容に適合」することと規定されていることから、開発許可の内容が客観的には許可基準に違反するものであっても、開発行為に関する工事が開発許可の内容に適合している以上、検査済証の交付を拒否できないと解釈することも可能であるが、許可基準に違反する開発行為の現出を防止し、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るといふ法の目的に照らせば、許可基準に違反する開発許可への適合性を審査することは法の目的にそぐわないから、法が検査済証の交付要件として適合性を要求する「開発許可」とは、法 33 条の許可基準を満たすものに限定されるべきである。このように考えると、開発許可の内容自体が客観的に許可基準に違反した

違法なものである場合には、検査済証の交付を拒否し得ると解されるから、開発許可の存在は、検査済証の交付を拒否する上で何らの法的障害となるものではない。

[判例 6] 開発許可：市街化調整区域内における土地を開発区域とする場合

事案：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。

判旨：「都市計画法の規定によれば、開発許可は、あらかじめ申請に係る開発行為が同法 33 条及び 34 条所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、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を有するものであるところ、開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付されたときは、当該開発許可の有する上記の法的効果は消滅するものというべきである（前掲第二小法廷判決参照）。そこで、このような場合にも、なお開発許可の取消しを求める訴えの利益があるか否かを検討する。

市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、都市計画法 43 条 1 項により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、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、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずるものということができる。したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為については当該開発行為に係る予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記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ことができる。以上によれば、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われないと解するのが相当である。

本件許可は、市街化調整区域内にある本件開発区域に係るものであるから、被上告人らは、本件許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、本件許可の取消しを求める訴えの利益を有するということができる。

以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。所論引用の判例は、市街化区域内における土地を開発区域とする開発許可に関するものであるところ、市街化区域においては、開発許可を取り消しても、用途地域等における建築物の制限（都市計画法 10 条、建築基準法第 3 章第 3 節）等に従う限り、自由に建築物の建築等を行うことが可能であり、市街化調整区域における場合とは開発許可の取消しにより排除し得る法的効果が異なるから、本件に適切でない。」

解説：都市計画法上、「開発行為」とは、「主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう」と定義されている（同法 4 条

A

最判 H27.12.14・H28 重判 3

最判 H5.9.10 [判例 5]

H28 重判 3 解説

12号)。

「市街化区域」では、①開発許可がなければ開発行為はできないが、②建築物の建築等は、開発許可がなくても、法令（建築基準法等）の範囲内であれば、自由に行うことができる。

「市街化調整区域」では、①開発許可がなければ開発行為はできないし、②開発許可がなければ建築物の建築等もできない。

「市街化区域」でも「市街化調整区域」でも、㉞開発許可⇒㉟開発許可に係る開発行為に関する工事（例えば、宅地以外の土地（農地・山林等）を宅地にするなど）⇒㊱建築物の建築等という流れを辿ることになる。

「市街化区域」と「市街化調整区域」の違いは、「市街化区域」では、建築物の建築等は法令の範囲内であれば自由であるため、開発許可には、㉟の禁止を解除する効果があるにとどまり、㊱の禁止を解除する効果までではない（もともと、法令の範囲内であれば㊱は自由だから）のに対し、「市街化調整区域」では、建築物の建築等は法令の範囲内であっても禁止されるため、開発許可には、㉟の禁止を解除する効果に加え、㊱の禁止を解除する効果まである、という点である。

そうすると、「市街化調整区域」では、㉟が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がなされることで、開発許可が有する㉟の禁止を解除する効果が失われた後であっても、開発許可が有する㊱の禁止を解除する効果が残存しているため、㊱の禁止を解除する効果を除去するために開発許可を取り消す実益がある。

だからこそ、[判例6]は、「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「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、後者について、「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、工事完了及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実益があるとして、訴えの利益を認めているのである。

これに対し、[判例5]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実益がないとして、訴えの利益を否定している。[判例5]によれば、開発許可について、㉟検査済証交付・違反是正命令の法的障害になるような法的効果が併せて付与されている場合、又は㉟事業者の原状回復義務や担当行政庁の違反是正命令発出義務など、処分の取消しに国民の権利利益を救済するための法的効果が付与されている場合には、工事完了及び検査済証交付の後であっても、㉟や㉟の法的効果を消滅させるために開発許可を取り消す実益があるとして、訴えの利益が認められることになる。もともと、[判例5]は、開発許可につき、㉟や㉟の法的効果を認めていない。

㉟は、土地の「区画」、「形状」又は「質」の変更を意味する。

[判例7] 土地改良事業施行認可

事案：土地改良事業施行認可後、土地改良工事が完了し、換地計画の認可がなされ、換地処分が行われ、換地処分の登記の完了にまで至った。この場合、同認可の取消訴訟の

A

最判 H4.1.24・百II172

訴えの利益が失われるか。

判旨：「本件認可処分は、本件事業の施行者である八鹿町に対し、本件事業施行地域内の土地につき土地改良事業を施行することを認可するもの、すなわち、土地改良事業施行権を付与するものであり、本件事業において、本件認可処分後に行われる換地処分等の一連の手續及び処分は、本件認可処分が有効に存在することを前提とするものであるから、本件訴訟において本件認可処分が取り消されるとすれば、これにより右換地処分等の法的効力が影響を受けることは明らかである。そして、本件訴訟において、本件認可処分が取り消された場合に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法 31 条の適用に関して考慮されるべき事柄であって、本件認可処分の取消しを求める上告人の法律上の利益を消滅させるものではないと解するのが相当である。」

[判例 8] 裁量基準の効果と訴えの利益

事案：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。²⁾

判旨：「行政手続法は、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その目的とし（1 条 1 項）、行政庁は、不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である処分基準（2 条 8 号ハ）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ものと規定している（12 条 1 項）。上記のような行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法 12 条 1 項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量

A 最判 H27.3.3・百 II 167

司 H28(裁量) 司 H29(裁量)

司 R3(処分性) 司 R4(裁量)

予 H28(裁量&訴えの利益)

2) 営業停止期間の満了により、営業停止期間中は適法に営業をすることができないという営業停止命令の直接的効果が失われる。他方で、常習違反加重について定めている処分基準により、本件営業停止命令から 3 年以内に再度営業停止命令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として、この不利益が存続する期間内はなお本件営業停止「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益」（9 条 1 項括弧書）があるとして訴えの利益が認められそうである。もっとも、処分基準は行政規則であり、国民に対する直接の関係において法的効力を有しないから、処分基準により量定加重という不利益な取扱いを受ける可能性は、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」に当たらないとも考えられる。そこで、処分基準の法的拘束力の有無が問題となる。以上が本事件における訴えの利益に関する問題意識である。

第6章 差止訴訟

A

司プレ 司 H20 司 H23 司 H27

[3条] 抗告訴訟

①～⑥

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。

[37条の4] 差止めの訴えの要件

- ① 差止めの訴えは、一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない。
- ② 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案するものとする。
- ③ 差止めの訴えは、行政庁が一定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につき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。
- ④ 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第9条第2項の規定を準用する。
- ⑤ 差止めの訴えが第1項及び第3項に規定する要件に該当する場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をする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は、裁判所は、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判決をする。

1. 意義

差止訴訟とは、「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないに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（3条7項）。

平成16年改正前の行政事件訴訟法の下では、無名抗告訴訟として、解釈論上その許容性が論じられていたが、同改正により明文化されるに至った。

典型的には、①自己に対する不利益処分（行手法2条4号参照）の差止めを求める形で用いられるが、②第三者に対する処分（許認可処分であることが多い）の差止めを求める（例えば、建築予定地の周辺住民Xが建築主Yに対する建築確認の差止めを求めるときなど）ために用いられることなどもある。また、理論上は、③自己に対する不利益処分以外の処分（申請拒否処分など）の差止めを求める形で用いる余地もある。¹⁾

¹⁾ 例えば、先行行為（ex.是正勧告）の段階で、その名宛人が先行行為を理由とする後行行為（ex.公表）を阻止するための法的手段を用いようとしている場面では、設問や会議録で特段の指示がない限り、いきなり後行行為を対象とする差止訴訟（3条7項）を選択・検討するのではなく、まず初めに先行行為を対象とする取消訴訟を選択・検討するのが通常である。行政事件訴訟では、取消訴訟の提起及び執行停止の申立てが原則的な救済ルートだからである。平成19年司法試験ヒアリングでも、「普通、行政訴訟であれば、行政処分をつかまえて取消訴訟を起こし執行停止を求めるというのが、実務家的、実務的には当たり前の話である。…基本は取消訴訟である。とにかく基本は取消訴訟である…。行政訴訟の体系では取消訴訟というのがスタンダードなものだといういわば原則があるわけで、それと違うことをあえて言うのであれば、かなりシビアな議論を経る必要がある。」とある。

2. 訴訟要件

(1) 「処分」

将来の処分の阻止を求めるといふ差止訴訟の性格上、継続性のない公権力的事実行為も含まれる。

(2) 「一定の」処分

「一定の」処分とは、裁判所が差止訴訟の要件を審理・判断できる程度に対象が特定されていることが必要であり、かつ、それで足りる。

大橋Ⅱ245頁

(3) 「一定の処分…がされようとしている」(3条7項)

救済の必要性を基礎付ける前提要件であり、処分の蓋然性を意味する。

司 H27

教職員国旗国歌訴訟・最判

(4) 原告適格

第三者に対する処分の差止めを求める場合には、原告が処分の名宛人以外の者であることから、原告適格が問題となる。

H24.2.9・百Ⅱ200

37条の4第3項の「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは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のある者を意味する。ここでいう法律上保護された利益とは、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合における当該利益を意味し、その判断は37条の4第4項が準用する9条2項に従って行われる。

(5) 「重大な損害を生ずるおそれ」(37条の4第1項本文、2項)

差止訴訟は前倒しの取消訴訟であるから、差止訴訟における「重大な損害」は、処分後の取消訴訟・執行停止とのすみ分けを趣旨とする要件であるといえる。そこで、「重大な損害」とは、処分後の取消訴訟・執行停止では容易に救済できない損害を意味すると解する。

司 H27

教職員国旗国歌訴訟・最判

H24.2.9・百Ⅱ200、基本行政法 404

頁

この判断では、「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案する」ものとする(37条の4第2項)。²⁾

(6) 補充性(37条の4第1項但書)

差止訴訟においても、非申請型義務付け訴訟と同様、補充性が要件とされている。もっとも、非申請型義務付け訴訟では「その損害を避けるため他に

櫻井・橋本 338頁

²⁾ 最高裁平成24年判決(最判 H24.2.9・百Ⅱ200)では、都立高校の教職員が学校の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立斉唱をしたりピアノ伴奏をすることを内容とする職務命令(通達に基づくもの)に違反することを理由とする懲戒処分の差止めを求めた事案において、「本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでの相応の期間を要している間に、毎年2回以上の各式典を契機として…懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になる」として、「重大な損害を生ずるおそれ」が認められている(基本行政法 397頁)。

最高裁平成28年判決(最判 H28.12.8・百Ⅱ145)でも、米軍の厚木基地の周辺住民が厚木基地の飛行場に離着陸する米軍の航空機の運航の差止めを求めた事案において、「原告らは、本件飛行場に係る第一種区域内に居住しており、本件飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害や、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けており、その程度は軽視し難いものというべきである…。また、上記騒音は、本件飛行場において内外の情勢等に応じて配備され運航される航空機の離着陸が行われる度に発生するものであり、上記被害もそれに応じてその都度発生し、これを反復継続的に受けることにより蓄積していくおそれのあるものであるから、このような被害は、事後的にその違法性を争う取消訴訟等による救済になじまない性質のものといえることができる。」として、「重大な損害を生ずるおそれ」が認められている。

このように、二つの判例では、「反復継続的」という表現が共通して用いられている(基本行政法 397～398頁、百Ⅱ145解説2)。

適当な方法がないときに限り、提起することができる。」(37条の2第1項)として補充性が積極要件として定められているのに対し、差止訴訟では「ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない。」として補充性について消極要件として定められている。これは、差止訴訟では、積極要件である「重大な損害を生ずるおそれ」を満たすならば、一般的に差止訴訟による救済の必要性が認められ、消極要件はあくまでもその例外であることを示すものである。

ここでいう「適当な方法」とは、法律が特別な差止方法を定めているような場合を指す。すなわち、差止対象とされている後行処分的前提となる先行処分の取消訴訟を提起すれば当然に後行処分をすることができないことが法令上定められている場合に、「他に適当な方法がある」とされる。したがって、民事訴訟や公法上の当事者訴訟は「適当な方法」に当たらないから、これらの提起可能性は補充性を否定する理由とはならない。

大橋II249頁、基本行政法405頁

(7) 被告適格

38条1項により取消訴訟の被告適格を定める11条が準用されるから、「処分…をした行政庁…が国又は公共団体に所属する場合」には、「当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体」が被告となる(38条1項による11条1項1号の準用)。

3. 本案勝訴要件

宇賀II375頁

本案勝訴要件は、①「その差止めの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決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」(羈束処分の場合)、又は②「行政庁がその処分若しくは裁決をする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」(裁量処分の場合)のいずれかに該当することである(37条の4第5項)。

4. 重要判例

[判例1] 教職員国旗国歌訴訟

A

事案：東京都教育委員会（以下「都教委」という。）の教育長は、都立学校の各校長宛てに、「入学式、卒業式等の実施に当たっては、式典会場の舞台壇上正面に国旗を掲揚し、教職員は式典会場の指定された席で国旗に向かって起立して国歌を斉唱し、その斉唱はピアノ伴奏等により行うなど」を内容とする通達（以下「本件通達」という。）を發し、都立学校の各校長は、本件通達を踏まえ、その發出後に行われた卒業式や入学式等の式典に際し、その都度、多数の教職員に対し、国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の職務命令を發し、相当数の音楽科担当の教職員に対し、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを命ずる旨の職務命令を發した（以下、将来發せられるものを含め、このような職務命令を併せて「本件職務命令」という。）。

最判H24.2.9・百II200

都教委は、都立学校の卒業式において各所属校の校長の本件職務命令に従わず国歌斉唱の際に起立しなかった教職員及びピアノ伴奏をしなかった教職員に対し、職務命令違反等を理由に戒告

処分又は減給処分を行った。

都立学校の教職員 X らは、東京都を被告として、本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を求める訴えと、本件職務命令違反を理由とする懲戒処分の差止めを求める訴えを提起した。

判旨 1：本件通達と本件職務命令の処分性

①「上記各訴えは、…それぞれ、本件通達を踏まえて発せられる本件職務命令に従わないことによる懲戒処分等の不利益の予防を目的とするものであり、これを目的として、本件確認の訴えは本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求め、本件差止めの訴えは本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めを求めるものであると解されるところ、このような目的に沿った争訟方法としてどのような訴訟類型が適切かを検討する前提として、まず、本件通達の行政処分性の有無についてみることにする。

…本件通達は、…上級行政機関である都教委が関係下級行政機関である都立学校の各校長を名宛人としてその職務権限の行使を指揮するために発出したものであって、個々の教職員を名宛人とするものではなく、本件職務命令の発出を待たずに当該通達自体によって個々の教職員に具体的な義務を課すものではない。また、本件通達には、…各校長に対し、本件職務命令の発出の必要性を基礎付ける事項を示すとともに、教職員がこれに従わない場合は服務上の責任を問われることの周知を命ずる旨の文言があり、これらは国歌斉唱の際の起立斉唱又はピアノ伴奏の実施が必要に応じて職務命令により確保されるべきことを前提とする趣旨と解されるものの、本件職務命令の発出を命ずる旨及びその範囲等を示す文言は含まれておらず、具体的にどの範囲の教職員に対し本件職務命令を発するか等については個々の式典及び教職員ごとの個別的な事情に応じて各校長の裁量に委ねられているものと解される。…したがって、本件通達をもって、本件職務命令と不可分一体のものとしてこれと同視することはできず、本件職務命令を受ける教職員に条件付きで懲戒処分を受けるといった法的効果を生じさせるものとみることもできない。そうすると、個々の教職員との関係では、本件通達を踏まえた校長の裁量により本件職務命令が発せられ、さらに、その違反に対して都教委の裁量により懲戒処分がされた場合に、その時点で初めて教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼす行政処分がされるに至るものというべきであって、本件通達は、行政組織の内部における上級行政機関である都教委から関係下級行政機関である都立学校の各校長に対する示達ないし命令にとどまり、それ自体によって教職員個人の権利義務を直接形成し又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とはいえないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである（最高裁昭和 39 年（行ツ）第 87 号同 43 年 12 月 24 日第三小法廷判決・民集 22 卷 13 号 3147 頁参照）。また、本件職務命令も、教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立学校の儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解される。なお、本件職務命令の違反を理由に懲戒処分を受ける教職員としては、懲戒処分の取消訴訟等において本件通達を踏まえた本件職務命令の適法性を争い得るほか、後述のように本件に係る事情の下では事前救済の争訟方法においてもこれを争い得るのであり、本件通達及び本件職務命令の行政処分性の有無について上記のように解することについて争訟方法の観点から権利利益の救済の実効性に欠けるところがあるとはいえない。」

判旨 2：抗告訴訟たる差止訴訟の適法性

②「以上を前提に、まず、法定抗告訴訟たる差止めの訴えとしての…本件差止めの訴えの適法

性について検討する。…法定抗告訴訟たる差止めの訴えの訴訟要件については、まず、一定の処分がされようとしていること（行訴法3条7項）、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることが、救済の必要性を基礎付ける前提として必要となる。…本件通達の発出後、都立学校の教職員が本件職務命令に違反した場合の都教委の懲戒処分の内容は、おおむね、1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目以降は停職となっており、過去に他の懲戒処分歴のある教職員に対してはより重い処分量定がされているが、免職処分はされていないというのであり、従来の処分の程度を超えて更に重い処分量定がされる可能性をうかがわせる事情は存しない以上、都立学校の教職員について本件通達を踏まえた本件職務命令の違反に対しては、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）がされる蓋然性があると認められる一方で、免職処分がされる蓋然性があるとは認められない。そうすると、本件差止めの訴えのうち免職処分の差止めを求める訴えは、当該処分がされる蓋然性を欠き、不適法というべきである。」

③「そこで、本件差止めの訴えのうち、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）の差止めを求める訴えの適法性について検討するに、…行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要するものと解される。したがって、差止めの訴えの訴訟要件としての…「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である。本件においては、…本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で（他の懲戒処分歴があれば3回以内に）停職処分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。」

④「また、差止めの訴えの訴訟要件については、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件を満たすことが必要であるとされている（行訴法37条の4第1項ただし書）。原審は、本件通達が行政処分に当たるとした上で、その取消訴訟等及び執行停止との関係で補充性の要件を欠くとして、本件差止めの訴えをいずれも却下したが、本件通達及び本件職務命令は…行政処分に当たらないから、取消訴訟等及び執行停止の対象とはならないものであり、また、上記…において説示したところによれば、本件では懲戒処分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではないと解される。以上のほか、懲戒処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとは解されないか

ら、本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは、補充性の要件を満たすものということができる。」

⑤「なお、在職中の教職員である…Xらが懲戒処分の差止めを求める訴えである以上、…Xらにその差止めを求める法律上の利益（行訴法 37 条の 4 第 3 項）が認められることは明らかである。」

⑥「以上によれば、東京都に対する本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは、いずれも適法というべきである。」

判旨 3：本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認訴訟の適法性

⑦「無名抗告訴訟は行政処分に関する不服を内容とする訴訟であって、…本件通達及び本件職務命令のいずれも抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない以上、無名抗告訴訟としての…本件確認の訴えは、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置付けられるべきものと解するのが相当であり、実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したものである。抗告訴訟については、行訴法において、法定抗告訴訟の諸類型が定められ、改正法により、従来は個別の訴訟類型として法定されていなかった義務付けの訴えと差止めの訴えが法定抗告訴訟の新たな類型として創設され、将来の不利益処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として法定された差止めの訴えについて「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件が訴訟要件として定められていること（37 条の 4 第 1 項ただし書）等に鑑みると、職務命令の違反を理由とする不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての当該職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める訴えについても、上記と同様に補充性の要件を満たすことが必要となり、特に法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を満たすか否かが問題となるものと解するのが相当である。

本件においては、前記 2 のとおり、法定抗告訴訟として本件職務命令の違反を理由としてされる蓋然性のある懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起ことができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、上記懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法というべきである。」

⑧「本件確認の訴えに関しては、行政処分に関する不服を内容とする訴訟として構成する場合には、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置付けられるべきものであるが、本件通達を踏まえた本件職務命令に基づく公的義務の存在は、その違反が懲戒処分の処分事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生する危険の観点からも、都立学校の教職員の法的地位に現実の危険を及ぼし得るものといえるので、このような行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成する場合には、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法 4 条）として位置付けることができると解される。前記…のとおり本件職務命令自体は抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらない以上、本件確認の訴えを行政処分たる行政庁の命令に基づく義務の不存在の確認を求める無名抗告訴訟とみることもできないから、東京都に対する本件確認の訴えを無名抗告訴訟としか構成し得ないものということとはできない。

そして、本件では、前記…のとおり、本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の…Xらの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難なることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものといえるべきである。したがって、東京都に対する本件確認の訴えは、上記の趣旨における公法上の当事者訴訟としては、適法といえるべきである。」

[判例 2] 米軍の航空機の運航の差止め

B

最判 H28.12.8・百 145

事案：米海軍が使用する厚木基地の周辺住民らは、自衛隊及びアメリカ合衆国軍隊（以下「米軍」という。）の使用する航空機（以下、それぞれ「自衛隊機」、「米軍機」という。）の発する騒音により精神的及び身体的被害を受けていると主張して、厚木基地における一定の態様による自衛隊機及び米軍機の運航の差止めを求める訴えを提起した。

判旨：①「行政事件訴訟法 37 条の 4 第 1 項の差止めの訴えの訴訟要件である、処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である（最高裁平成 23 年（行ツ）第 177 号、第 178 号、同年（行ヒ）第 182 号同 24 年 2 月 9 日第一小法廷判決・民集 66 卷 2 号 183 頁参照）。

前記事実関係等によれば、…原告らは、本件飛行場に係る第一種区域内に居住しており、本件飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害や、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けており、その程度は軽視し難いものといえるべきであるところ、このような被害の発生に自衛隊機の運航が一定程度寄与していることは否定し難い。また、上記騒音は、本件飛行場において内外の情勢等に応じて配備され運航される航空機の離着陸が行われる度に発生するものであり、上記被害もそれに応じてその都度発生し、これを反復継続的に受けることにより蓄積していくおそれのあるものであるから、このような被害は、事後的にその違法性を争う取消訴訟等による救済になじまない性質のものといえることができる。

以上によれば、…原告らの主張する…自衛隊機の運航により生ずるおそれのある損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起することなどにより容易に救済を受けることができるものとはいえず、本件飛行場における自衛隊機の運航の内容、性質を勘案しても、…原告らの自衛隊機に関する…運航差止請求…に係る訴えについては、上記の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる。」

②「行政事件訴訟法 37 条の 4 第 5 項は、裁量処分に関しては、行政庁がその処分をすること

がその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときに差止めを命ずる旨を定めるところ、これは、個々の事案ごとの具体的な事実関係の下で、当該処分をすることが当該行政庁の裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められることを差止めの要件とするものと解される…。

…以上の自衛隊法等の定めによれば、防衛大臣は、我が国の防衛や公共の秩序の維持等の自衛隊に課せられた任務を確実かつ効果的に遂行するため、自衛隊機の運航に係る権限を行使するものと認められるところ、その権限の行使に当たっては、我が国の平和と安全、国民の生命、身体、財産等の保護に関わる内外の情勢、自衛隊機の運航の目的及び必要性の程度、同運航により周辺住民にもたらされる騒音による被害の性質及び程度等の諸般の事情を総合考慮してなされるべき高度の政策的、専門技術的な判断を要することが明らかであるから、上記の権限の行使は、防衛大臣の広範な裁量に委ねられているものというべきである。

そうすると、自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使が、行政事件訴訟法 37 条の 4 第 5 項の差止めの要件である、行政庁がその処分をすることがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときに当たるか否かについては、同権限の行使が、上記のような防衛大臣の裁量権の行使としてされることを前提として、それが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か否かという観点から審査を行うのが相当であり、その検討に当たっては、当該飛行場において継続してきた自衛隊機の運航やそれによる騒音被害等に係る事実関係を踏まえた上で、当該飛行場における自衛隊機の運航の目的等に照らした公共性や公益性の有無及び程度、上記の自衛隊機の運航による騒音により周辺住民に生ずる被害の性質及び程度、当該被害を軽減するための措置の有無や内容等を総合考慮すべきものと考えられる。

…以上のような本件飛行場において継続してきた自衛隊機の運航やそれによる騒音被害等に係る事実関係を踏まえると、…自衛隊機の運航には高度の公共性、公益性があるものと認められ、他方で、本件飛行場における航空機騒音により…原告らに生ずる被害は軽視することができないものの、周辺住民に生ずる被害を軽減するため、自衛隊機の運航に係る自主規制や周辺対策事業の実施など相応の対策措置が講じられているのであって、これらの事情を総合考慮すれば、本件飛行場において、将来にわたり上記の自衛隊機の運航が行われることが、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認めることは困難であるといわざるを得ない。したがって、本件飛行場における…自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使が、行政事件訴訟法 37 条の 4 第 5 項の行政庁がその処分をすることがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときに当たるということとはできないと解するのが相当である。

以上によると、…原告らの自衛隊機に関する主位的請求（運航差止請求）は、理由がないから棄却を免れない…。」

5. 差止判決の第三者効

38 条 1 項は取消判決の第三者効を規定した 32 条 1 項を差止訴訟に準用していないから、第三者を名宛人とする処分の差止判決について、第三者効は認められない。

したがって、第三者を名宛人とする処分の差止判決が下された場合であっても、当該第三者は、行政庁に対して当該処分の申請をすることができ、当該行

政庁が差止判決の拘束力（38条1項・33条1項）に基づいて拒否処分をしたときには、当該拒否処分の取消訴訟と当該処分の義務付け訴訟を併合提起することができる。

差止判決の拘束力は、行政庁に対するものであって、訴訟において裁判所を拘束するものではないから、取消訴訟と義務付け訴訟を提起された裁判所は、差止判決の拘束力に拘束されることなく、本案について審理・判断をすることができる。

6. 仮の差止め

[37条の5] 仮の差止め

- ② 差止めの訴えの提起があつた場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされる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、決定をもつて、仮に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（以下この条において「仮の差止め」という。）ができる。
- ③ 仮の義務付け又は仮の差止めは、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができない。
- ①、④、⑤ （略）

(1) 要件

- ① 差止訴訟の適法な提起・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差止めが法定された経緯に鑑み、「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) 手続

① 執行停止に関する手続（25条5項～8項：疎明に基づく決定、任意的口頭弁論、即時抗告）、② 事情変更による執行停止の取消し（26条）、③ 内閣総理大臣の異議（27条、28条）、④ 取消判決の拘束力（33条1項）は、仮の差止めにも準用される（37条の5第4項）。

(択)

参考文献

(行政法)

- ・「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6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「基本行政法 判例演習」初版(著:中原茂樹-日本評論社)
→(判例演習○)と表記
- ・「行政法概説Ⅰ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7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4版(編著:曾和俊文・野呂克・北村和生-日本評論社)
→(事例研究○頁)と表記
- ・「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」第2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7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5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」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(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)

(憲法)

- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅠ○頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ 基本権」第2版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
→(憲法Ⅰ○頁)と表記
- ・「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)