

第8章 行政裁量

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。

行政裁量は、事実認定・要件・手続の選択・効果（行為・時の選択）について問題となる。事実認定は本来、司法裁判所の専権であるが、高度な専門・技術的判断を要する領域においては事実認定にも行政裁量が認められる余地がある。

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

A 基礎応用 45 頁

最判 H25.4.16・百 175

A 基礎応用 45 頁

A 基礎応用 46～47 頁

1. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

(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。）。

(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

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

(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。

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。

（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。

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

A 基礎応用 47～52 頁

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。

(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、考慮不盡（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・考慮不盡・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

(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いないにもかかわらず、Aの申請を許可した。

A 司 H28 司 H29 司 R4 予 H28

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又は濫用に当たると解する（判例）。

(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。

最判 H27.3.3・百 II 167

(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。

A

司 H22 司 H29 司 H30 司 R1 司 R3

司 R5 予 H23 予 H24 予 H30 予 R3

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

B

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

伊方原発訴訟・最判 H4.10.29・百

174

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。

老齡加算廃止訴訟・最判

H24.2.28・百I47

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。

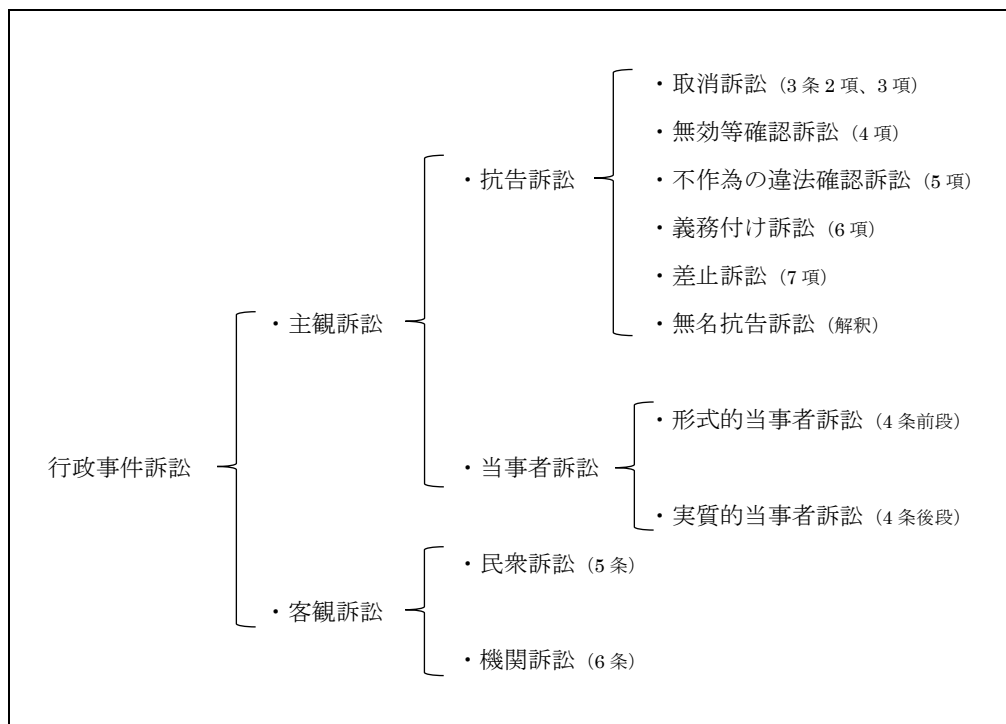
行政救済法に基づく救済手段は、①行政不服申立て（行政不服審査法）、②行政事件訴訟（行政事件訴訟法）、③国家賠償制度（憲法17条、国家賠償法）、④損失補償制度（憲法29条3項、損失補償に関する個別法）の4つに分類される。

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」（同条1項）に当たる。

②行政事件訴訟のうち「抗告訴訟」と「当事者訴訟」は主観訴訟である一方で、「民衆訴訟」と「機関訴訟」は客観訴訟であるから、「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）にとどまる。

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、㉞処分・裁決の取消訴訟（同条2項、3項）、㉟処分・裁決の無効等確認訴訟（4項）、㊱申請に対する不作為の違法確認訴訟（5項）、㊲処分・裁決の義務付け訴訟（6項）、㊳処分・裁決の差止訴訟（7項）に分類される。

[行政事件訴訟の体系]



A

基礎応用 115～117 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。

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。）。処分性は、係争行為に係る救済ルートを決する権能を有する。

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。¹⁾

「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。²⁾

（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

A

司ブレ 司H19 司H20 司H21

司H23 予R4

A

司アレ 司H19 司H20 司H24 司H25

司H29 司R2 司R3 司R5 予H23

予H27 予H30 予R2

A 基礎応用 119～122 頁

最判 S39.10.29・百II 143

最判 H17.7.15・百II 154、最大判
H20.9.10・百II 147 等

A

最判 H15.9.4・百II 152

¹⁾ 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。

²⁾ 権利救済の必要性まで言及する場合は、講学上の要件について、「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。

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。^{3) 4)}

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、行政庁が法律の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

3) 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。

4) 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）。

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。

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。

最大判 H20.9.10・百Ⅱ147

（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。

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。

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

A 基礎応用 122～125 頁

A 司 H19 司 H20 司 H24 司 H25

司 R5 予 H23 予 H30 予 R2

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、土地区画整理事業計画決定（土地区画整理法 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えることができ、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えるべきであり、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。

最大判 H20.9.10・百 II 147

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。

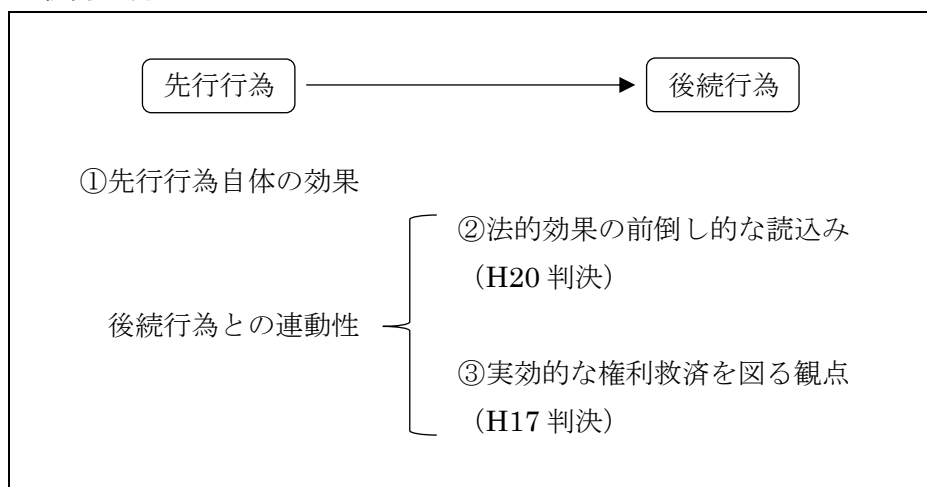
この場合に援用されるのが「実効的な権利救済を図る観点」である。ここでは、「実効的な権利救済を図る観点」は、係争行為たる先行行為が処分性の本来的要件を満たさないにもかかわらず、例外的に処分性を認めるための根拠として援用されているのである。

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、通達が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えることができる。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

最判 H17.7.15・百 II 154

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。

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。⁵⁾

A 司 H20 司 H24 司 R2 司 R5

予 H23 予 H27 予 H30 予 R2

⁵⁾ 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

(3) 公権力的事実行為

B

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。⁶⁾

(4) 個別法の明文で処分性が認められている場合

B

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だからである。⁷⁾

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。

⁶⁾ 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。

⁷⁾ 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

(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る。8)

B

3. 公権力性

A

(1) 法令上の根拠

A 基礎応用 126~130 頁

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。

[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。

B

最判 H16.4.26

- 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㊦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

…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。

8) 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。

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。

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

A 予R2

最判 H15.9.4・百II152

「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。

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。

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

実質的要素が争点となる事案では、公権力性の定義まで示すべきである。

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

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。

[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

司 H21 司 R3 司 R4 予 H28

予 R5

A 司 H21 司 R4

最判 S59.10.26・百II170

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は存在しないから、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。

[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

A

最判 H27.12.14・H28 重判 3

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)

提起した。¹⁾

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 of 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 of 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 of 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) …（略）…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…の取り消しによって回復すべき法律上の利益を有する者」として、本件処分の取消訴訟の訴えの利益が認められる。

¹⁾ 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 of 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 of 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。

[判例 5] 取消判決により原状回復義務が生じることを根拠として訴えの利益を肯定することの可否

行政処分が目的達成により失効した場合、訴えの利益が失われるのが通常である。しかし、行政処分に基づく事実上の措置が継続している場合には、以下の理論構成により、行政庁の原状回復義務（行政処分に基づく事実状態を排除して行政処分前の原状に回復する義務）を肯定し、この原状回復請求権が「回復すべき法律上の利益」に当たるとして、9条1項括弧書に基づき訴えの利益を肯定する見解がある。

取消判決の拘束力（行訴法 33 条 1 項）により、違法な事実状態を排除して取り消された行政処分がなされる前の原状に回復すべき原状回復義務が生じるとする見解もある。

しかし、取消判決の拘束力は判決理由中で判断された具体的な違法事由について及び、係争処分の違法性一般について生じるものではないという理解を前提にすると、常に取消判決の拘束力を根拠として原状回復義務を肯定できるとは限らない。

そこで、取消判決の形成力を根拠とするべきである。すなわち、行政処分は遡及的に失効し、これにより行政処分に直接関連して生じた一切の事実状態もその根拠を失い違法となる結果、これを排除すべき実体法上の原状回復義務が生じると考える。

そして、取消判決により原状回復義務が生じる場合には、原告には、原状回復請求権という「処分…の取り消しによって回復すべき法律上の利益」（行訴法 9 条 1 項括弧書）があるから、訴えの利益が認められる。

名古屋高判 H8.7.18

B

最判 S57.9.9・百II171

[判例 6] 原告適格を基礎づけている権利利益の実現・確保

原告適格を基礎づけている権利利益が実現・確保された場合、これらの被侵害権利利益の回復を目的とする取消訴訟は訴えの利益を欠くに至る。

(論証 1) 保安林指定解除処分後の代替施設の設置

保安林指定解除処分後に、代替施設が設置されたことにより洪水・濁水の危険性が解消された場合、付近住民による保安林指定解除処分の取消訴訟は訴えの利益を欠くに至る。理由は、以下の通りである。

①保安林指定解除処分に関する付近住民の原告適格を基礎づけているのは、同処分に基づく立木竹の伐採に伴う理水機能の低下の影響を直接受ける点において保安林の存在により洪水や濁水の防止上の利益を侵害されていることにあるところ、代替施設の設置によって洪水や濁水の危険が解消された場合、その危険を防止するために本件保安林を存続させる必要性がなくなる。

②伐採後の跡地利用によって生ずべき利益の侵害は付近住民の原告適格を基礎づけるものではないから、跡地利用の利益のために保安林を存続させる必要性があったとしても、そのことは訴えの利益の存否に影響を及ぼさない。

(論証 2) 公文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出された場合

C

最判 H14.2.28

本判決は、愛知県公文書公開「条例には、請求者が請求に係る公文書の内容を知り、又はその写しを取得している場合に当該公文書の公開を制限する趣旨の規定は存在しない」ことなどに着目し、「本件条例 5 条所定の公開請求権者は、本件条例に基づき公文書の公開を請求して、所定の手続により請求に係る公文書を閲覧し、又は写しの交付を受けることを求める法律上の利益を有する」と述べた上で、「請求に係る公文書の非公開決定の取消訴訟において当該公文書が書証として提出されたとしても、当該公文書の非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅するものではない」と判示した。

[判例 7] 競願関係

放送免許をめぐる 5 者について競願となったところ、郵政大臣 Y は、A に対して免許を与え、他の 4 者の申請を全て拒否した。免許を拒否された X は、自己に対する免許拒否処分の取消訴訟を提起した(説明の便宜上、裁決主義の採用、予備免許という点は捨象している)。

B 司 R3 予 R5

最判 S43.12.24・百 II 166

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。したがって、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。
2. 確かに、X に対する免許拒否処分の取消判決によって、A に対する免許処分が当然に失効するという形成力(行訴法 32 条)や同免許処分を当然に取り消すべきとする拘束力(行訴法 33 条)が生じるわけではない。そうすると、A に対してすでに免許処分がなされている以上、X は、免許拒否処分の取消判決により自己が免許を受けることで被侵害利益を回復することはできないとして、訴えの利益が否定されると思える。

しかし、X に対する免許拒否処分の取消判決の形成力により、同処分が失効し、X による免許申請に対して応答がなされていない状態に戻ることになり、郵政大臣は X による免許申請について再審査をすることになる(行訴法 33 条 2 項)。

そして、X と A による各申請は 1 つの放送免許をめぐる競願関係にあるから、X に対する免許拒否処分と A に対する免許処分とは表裏の関係にある。

そうすると、X に対する免許拒否処分が取り消された場合、郵政大臣 Y が取消判決の趣旨に従い改めて双方の申請を比較してその優劣を審査することにより、その再審査の結果、A に対する免許処分を取り消した上で X に対して免許処分をするという可能性もある。

したがって、X には、自己に対する免許拒否処分の取消判決によって自己に対する免許を受けることで被侵害利益を回復する余地があるため、免許拒否処分の取消しを求める訴えの利益が認められる。²⁾

²⁾ 東京 12 チャンネル事件では、①競願関係における訴えの利益だけでなく、②予備免許の免許期間満了に伴い再免許が付与された場合には予備免許の取消訴訟における訴えの利益が失われるかも争点になっており、②について、最高裁は、「A に付与された再免許…も、なお、本件の予備免許および本免許を前提とするものであつて、当初の免許期間の満了とともに免許の効力が完全に喪失され、再免許において、従前とはまったく別個無関係に、新たな免許が発効し、まったく新たな免許期間が開始するものと解するのは相

[判例 8] 優良運転者の記載がない免許証を交付されて免許証更新処分を受けた者による免許証更新処分の取消訴訟

A

最判 H21.2.27・H21 重判 8

免許証更新処分が授益的処分であるため、名宛人がこれの取り消しを求める訴えの利益が認められるかが問題となる。

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. 確かに、免許証更新処分は、申請を認容して適法に自動車等の運転をすることのできる地位の継続保有という利益を名宛人に付与する授益的処分である。また、優良運転者の記載のある免許証を交付して更新処分を行うことは、免許証の更新の申請の内容を成す事項ではないから、免許証更新処分について、優良運転者の記載のある免許証の交付がないことをもって、申請に対する一部拒否処分とみることもできない。そうすると、免許証更新処分には名宛人に対する法的不利益が伴わないとして、名宛人においてこれを取り消す利益が否定されそうである。

しかし、道路交通法は、優良な運転へと免許証保有者を誘導して交通事故の防止を図るという目的を達成するための立法政策として、客観的に優良運転者の要件を満たす者について優良運転者である旨の記載のある免許証の交付を受けることができるという地位を法律上の地位として保障したものであると解される。

そうすると、一般運転者として扱われ優良な運転者である旨の記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者には、上記の法律上の地位を回復するため同更新処分の取消しを求める法律上の利益を有する者として、訴えの利益が認められる。

[判例 9] 国家賠償請求訴訟との関係

B

最判 S36.4.21

公定力は、行政行為の効力に関するものであり、行政行為を適法なものとして扱う効力までは有しない。

したがって、行政行為の公定力は、国家賠償請求訴訟には及ばず、国家賠償請求訴訟において行政行為の違法性を主張するためには、予め取消判決を得ておく必要はないと解されるので、行政行為が完了又は期間の経過により消滅した場合に、国家賠償請求訴訟で行政行為の違法性を主張するために、「回復すべき法律上の利益を有する」として、取消訴訟の訴えの利益を認めることはできない。

当でない。そして、前記の競願者に対する免許処分（異議申立て棄却決定）の取消訴訟において、所論免許期間の満了という点が問題となるのであるが、期間満了後再免許が付与されず、免許が完全に失効した場合は格別として、期間満了後ただちに再免許が与えられ、継続して事業が維持されている場合に、これを前記の免許失効の場合と同視して、訴えの利益を否定することは相当でない。けだし、訴えの利益の有無という観点からすれば、競願者に対する免許処分の取消しを訴求する場合はもちろん、自己に対する拒否処分の取消しを訴求する場合においても、当初の免許期間の満了と再免許は、たんなる形式にすぎず、免許期間の更新とその実質において異なるところはないと認められるからである。」と判示している。

第6章 差止訴訟

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）。

A 基礎応用 273～281 頁

司プレ 司 H20 司 H23 司 H27

A

司 H27

教職員国旗国歌訴訟・最判

H24.2.9・百II200

司 H27

教職員国旗国歌訴訟・最判

H24.2.9・百II200

1. 訴訟要件

(1) 「処分」

将来の処分の阻止を求めるという差止訴訟の性格上、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

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。

(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。

(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。

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から、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。

この判断は37条の4第2項に従い行う。¹⁾

¹⁾ 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。

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うことができる。」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、2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。

(6) 「その損害を避けるために他に適当な方法がある」(37条の4第1項但書)

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。

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。

(7) 被告適格

38条1項による11条の準用。

2. 本案勝訴要件

B

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)。

3. 差止判決の第三者効

B

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。

4. 仮の差止め(37条の5第2項)。

B

- 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)

(参考文献1)

- ・「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)
- ・「行政法概説Ⅰ」第8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」2012～2023(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」第2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)