

## 第1部 行政法総論

### 第1章 行政法の基本構造 p1

### 第2章 法律による行政の原理 p1

[論点1] 法律の留保が必要とされる行政活動

### 第3章 行政法の一般原則 p2

[論点1] 租税法規に基づく課税処分に対する信義則の適用 (最判 S62.10.30・百 I 24)

### 第4章 行政上の法律関係 p3

[論点1] 短期消滅時効を定める会計法 30 条の適用範囲 (最判 S50.2.25・百 I 31)

### 第5章 行政組織法 p4~5

#### 第1節. 行政上の法主体 p4~5

1. 行政主体 p4
2. 行政機関 p4
3. 権限の代行・専決・代決 p4~5

#### 第2節. 国の行政組織 p5

#### 第3節. 地方の統治体制 p5

1. 地方自治の原理
2. 地方公共団体の権能と事務
3. 条例

### 第6章 行政基準 p6~7

#### 第1節. 総論 p6

#### 第2節. 法規命令 p6~7

[論点1] 委任命令

(論証1) 委任立法の可否

(論証2) 委任の方法の限界

(論証3) 委任命令の内容の限界

#### 第3節. 行政規則 p7

### 第7章 行政行為 p8~10

#### 第1節. 行政行為の意義 p8

#### 第2節. 行政行為の分類 p8

#### 第3節. 行政行為の効力 p8

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 p9

[論点1] 特別の法律の根拠・限界 (最判 S43.11.7・百 I 88)

#### 第5節. 職権撤回 p9

[論点1] 特別の法律の根拠・限界 (最判 S63.6.17・百 I 89)

## 第6節 附款 p9～10

1. 種類 p10
2. 許容性 p10
3. 限界 p10
4. 附款付き許認可処分取消訴訟 p10

## 第8章 行政裁量 p11～17

1. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別 p11
2. 行政裁量の存否の判断基準 p11
3. 裁量処分の（司法）違法審査の手法 p11
4. 事案類型ごとの処理手順 p12～17
  - （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） p12～14
  - （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） p14～15
  - （3）裁量基準から逸脱した裁量処分 p15～16
  - （4）裁量基準と関係なく判断過程審査をする場合 p16
  - （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 p16～17

## 第9章 行政契約 p18～19

- 第1節 法の一般原則との関係 p18
- 第2節 行政契約の分類 p18
- 第3節 公害防止協定 p18～19

[論点1] 公害防止協定の法的拘束力

## 第10章 行政指導 p20～22

1. 行政指導の意義・性質 p20
2. 行政指導に関する法的規制 p20
3. 行政指導の争い方 p20～22
  - [論点1] 行政指導を理由とする許認可の留保（品川マンション・最判 S60.7.16・百I124）
  - [論点2] 指導要綱に基づき教育施設負担金の納付を求める行政指導の限界（最判 H5.2.18・百I98）

## 第11章 行政計画 p23

## 第12章 行政調査 p24～25

1. 行政調査の意義 p24
2. 行政調査の手續 p24
  - [論点1] 憲法35条（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百I103）
  - [論点2] 憲法38条1項（川崎民商事件・最大判 S47.11.22・百I103）
3. 行政調査と犯罪調査 p24～25
  - [論点3] 犯罪事件の調査・捜査の手段としての行政調査（最判 H16.1.20・百I105）
  - [論点4] 刑事捜査により取得収集された資料の流用（最判 S63.3.31）
4. 法の一般原則 p25

5. 行政調査の違法は行政決定の違法を基礎づけるか p25

[論点5] 行政調査の違法は行政決定の違法を基礎づけるか

第13章 行政上の義務履行確保 p26~27

第1節. 行政上の義務履行確保の種類 p26~27

[論点1] 行政代執行の対象となる代替的作為義務の発生根拠

[論点2] 義務履行確保の手段としての公表を自主条例で定めることの可否

[論点3] 司法的執行の可能性(1) (宝塚市パチンコ条例事件・最判 H14.7.9・百 I 109)

[論点4] 司法的執行の可能性(2) (最判 S41.2.23・百 I 108)

第2節. 即時強制 p27

第14章 行政罰 p28

第15章 行政手続法 p29~31

[論点1] 不利益処分理由の提示 (最判 H23.6.7・百 I 120)

[論点2] 処分手続の瑕疵と処分の取消事由

第16章 情報公開・個人情報保護 p32~33

第1節. 情報公開制度 p32~33

[論点1] 情報公開法に基づく本人情報の開示 (最判 H13.12.18・百 I 38)

[論点2] 不開示情報を開示する裁量

[論点3] 部分開示における情報の有意性 (最判 H13.3.27、最判 H19.4.17・百 I 37)

第2節. 個人情報保護制度 p33

第17章 住民訴訟 p34~36

[過去問] 平成23年司法試験短答式試験公法系第33問改題

[論点1] 違法性の承継 (最判 H14.7.2、最判 H19.4.24)

[論点2] 住民監査請求の期間制限 (最判 H14.7.2、最判 H19.4.24)

[論点3] 同一の行為等を対象とする住民監査請求を重ねて行うことの可否 (最判 S62.2.20・百 I 130)

## 第2部 行政事件訴訟法等

第1章 行政事件訴訟の4類型 p37

第2章 取消訴訟 p37~73

第1節. 処分性 p37~53

1. 処分性の判断枠組み p37~39

2. 公権力性 p39~44

(1) 法令上の根拠 p39~43

[例1] 検疫所長による食品衛生法違反通知 (最判 H16.4.26)

[例2] 労災就学援護費の不支給決定 (最判 H15.9.4・百 II 157)

[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（最判 H23.6.14・H23 重判 6）

(2) 優越的地位の発動 p43～44

[例 4] 保育実施の解除（司法試験プレテスト）

3. 法的効果 p44～50

(1) 許認可の前段階における同意拒否・禁止通知 p44～46

[例 5] 関税込率法 21 条 3 項に基づく輸入禁制品該当通知（最判 S59.12.12・百 II 159）

[例 6] 開発許可に係る公共施設管理者の同意の拒否（最判 H7.3.23・百 II 156）

(2) 手続上の地位に対する影響が認められる場合 p46

[例 7] 登録免許税還付通知拒絶通知（最判 H17.4.14・百 II 161）

(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 p47～49

[例 8] 病院開設中止勧告（最判 H17.7.15・百 II 160）

[例 9] 公表

(4) 内部行為論 p49

(5) 事実上の地位に対する影響にとどまる場合 p49

[例 10] 区立小学校の統廃合を内容とする条例（最判 H14.4.25）

(6) 申請と届出の違い p49～50

4. 法的効果の直接・具体性 p50～53

(1) 対物処分 p50

[例 11] 対物処分：二項道路の一括指定（最判 H14.1.17・百 II 154）

(2) 中間的行為 p50～53

[例 12] 中間的行為：土地区画整理事業計画の決定（最大判 S41.2.23、最大判 H20.9.20・百 II 152）

[例 13] 条例制定行為：市立保育所の廃止を内容とする条例（最判 H21.11.26・H22 重判 9）

## 第 2 節. 原告適格 p54～59

1. 法律上保護された利益説 p54～62

[書き方のコツ] p54～57

[論証例] p58

[過去問] 平成 21 年司法試験設問 1 改題 p58～62

2. 「自己の権利」に関する原告適格 p62

3. 団体の原告適格 p62～63

## 第 3 節. 訴えの利益 p64～68

[判例 1] 建築確認（最判 S59.10.26・百 II 174）

[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（最判 H5.9.10）

[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（最判 H27.12.14・H28 重判 3）

[判例 4] 裁量基準の拘束力と訴えの利益（最判 H27.3.3・百 II 175）

[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（名古屋高判 H8.7.18）

[判例 6] 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（最判 H21.2.27・H21 重判 8）

[判例 7] 国家賠償請求訴訟との関係（最判 S36.4.21）

## 第 4 節. 取消訴訟の審理 p69～73

1. 処分の取消事由の分類 p69

2. 法律構成を示す p69

3. 論点 p69～73

[論点 1] 取消訴訟の違法性判断の基準時 (伊方原発訴訟・最判 H4.10.29・百 I 77)

[論点 2] 瑕疵の治癒 (最判 S47.12.5・百 I 86)

[論点 3] 違法行為の転換 (最大判 S29.7.29・百 I 87)

[論点 4] 理由の追完・差替え (最判 S56.7.14・百 II 188)

[論点 5] 違法性の承継 (最大判 H21.12.17・百 I 84)

[論点 6] 原処分主義と裁決主義

[論点 7] 主張制限

第5節. 取消判決の効力 p74～75

1. 既判力 p74

2. 形成力 p74

[論点 1] 取消判決の形成力が生じる「第三者」の範囲 (最判 H21.11.26・H22 重判 9)

3. 拘束力 p74～75

第6節. 執行停止 p76～77

1. 3種類の執行停止 p76

2. 要件 p76～78

3. 執行停止決定の効力 p78～79

第3章 無効等確認訴訟 p80～81

[論点 1] 予防的無効確認訴訟 (最判 S51.4.27)

[論点 2] 補充性 (最判 H4.9.22・百 II 181)

[論点 3] 無効原因 (最判 S48.4.26・百 I 83、もんじゅ訴訟・名古屋高金沢支判 H15.1.27)

[論点 4] 無効確認判決の第三者効 (最判 S42.3.14・百 II 205)

第4章 不作為の違法確認訴訟 p82

1. 訴訟要件

2. 本案要件

3. 判決効

第5章 義務付け訴訟 p83～86

第1節. 非申請型義務付け訴訟 p83

1. 訴訟要件

2. 本案勝訴要件

第2節. 申請型義務付け訴訟 p83～85

1. 訴訟要件 p83～84

2. 本案勝訴要件 p84

3. 関連論点 p84～85

[論点 1] 処分の義務付け訴訟への第三者の参加

第3節. 仮の義務付け p86

1. 要件

2. 仮に義務付けられる処分の性質

## 第6章 差止訴訟 p86～87

1. 訴訟要件 p86
2. 本案勝訴要件 p86
3. 差止判決の第三者効 p86～87
4. 仮の差止め p87

## 第7章 当事者訴訟 p88～89

1. 形式的当事者訴 p88
2. 実質的当事者訴訟 p88～89
3. 民事仮処分の排除 p89

## 第8章 争点訴訟 p89

## 第9章 法的手段の選択 p90

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

## 第10章 国家賠償 p91～100

### 第1節. 国家賠償法1条 p91～95

1. 責任の性質・実質的根拠 p91
2. 要件 p91～93
  - [判例1] 児童養護施設における他の入所児童からの暴行 (最判 H19.1.25・百II232)
3. 論点 p93～95
  - [論点1] 加害公務員・加害行為の特定 (最判 S57.4.1・百II230)
  - [論点2] 申請処理の遅延 (最判 H3.4.26・百II218)
  - [論点3] 行政行為の公定力は国家賠償請求に及ぶか (最判 H22.6.3・百II233)
  - [論点4] 規制権限の不行使 (最判 H元.11.24・百II222、最判 H7.6.23・百II223)

### 第2節. 国家賠償法2条 p96～99

1. 責任の趣旨 p96
2. 要件 p96
3. 判例 p97～99
  - [判例1] テニスコートの審判台の転倒事故 (最判 H5.3.30・百II240)
  - [判例2] 河川管理の瑕疵 (1) 未改修河川又は改修の不十分な河川 (最判 S59.1.26・百II237)
  - [判例3] 河川管理の瑕疵 (2) 改修済みの河川 (最判 H2.12.13・百II238)
  - [判例4] 安全設備の未設置 (最判 S61.3.25・百II239)
  - [判例5] 安全設備の一応の設置・運用 (東京高判 H5.6.24)
  - [判例6] 供用関連瑕疵 (機能的瑕疵) (最判 S56.12.16・百II241)

### 第3節. 国家賠償法3条～6条 p100

1. 費用負担者

[論点1] 「費用を負担する者」(最判 S50.11.28・百II242)

[論点2] 「内部関係でその損害を賠償する責任ある者」(最判 H21.10.23・百II243)

2. 民法・特別法との関係

3. 民法以外の他の法律による別段の定め

4. 相互保証主義

**第11章 損失補償 p101~102**

1. 2項と3項の関係 p101

[論点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」 p101

3. 補償の要否 p101~102

[論点2] 補償の要否の判断基準

[論点3] 消極目的規制に対する補償の要否(最大判 S43.11.27・百II252、最判 S58.2.18・百II247)

4. 「正当な補償」 p102

[論点4] 「正当な補償」の意味(農地改革事件・最大判 S28.12.23・百II248)

5. 直接憲法に基づく補償の請求 p102

[論点5] 憲法29条3項を直接の根拠とする損失補償請求権(河川附近地制限令事件・最大判 S43.11.27・百II252)

**第3部 行政不服審査法**

1. 総論 p103

2. 不服申立ての種類 p95

3. 審査請求の要件(掲載なし)

4. 審査請求の手続(掲載なし)

5. 執行停止(掲載なし)

6. 教示・情報提供(公表を含む)(掲載なし)

## 第10章 行政指導

A 総まくり 66~77 頁

### 1. 行政指導の意義・性質

B 総まくり 66~67 頁

行政指導のポイントは、①組織法上の根拠があること、②一定の行政目的の実現を目指すものであること、③特定人に向けられたものであること、④相手方の任意を前提とすることである（行手法2条6号）。

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

### 2. 行政指導に関する法的規制

B 総まくり 67~69 頁

#### (1) 法律の根拠

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

#### (2) 比例原則

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

最判 S59.2.24・百 I 96

#### (3) 法律の優位の原則

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

最判 S59.2.24・百 I 96

#### (4) 手続的規制

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

#### (5) 行政指導の中止の求め・行政指導の求め

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

### 3. 行政指導の争い方

A 総まくり 69~77 頁

#### [論点1] 行政指導を理由とする許認可の留保

A

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

平成29年予備試験

品川マンション・最判 S60.7.16・百

I 124

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

1. Bは、本件申請について、法15条の2第1項所定の許可基準をみたと

判断している。そのため、許可について効果裁量が認められなければ、申請者の任意の同意がないにもかかわらず許可を留保することは原則として違法となる。

もっとも、効果裁量が認められるなら、許可の留保が許容される余地がある。

- (1) 行政裁量の存否は法律の文言と判断の性質の両面を考慮して判断する。
  - (2) 法 15 条 1 項の 2 第 1 項は、「許可をすることができる」という文言を用いていない。また、許可は、本来的自由に対する一般的制約を個別の申請に基づき解除するという性質上、裁量の余地の狭いものである。したがって、効果裁量は認められないと解する。
2. また、行政指導を理由とする許認可の留保は、これに対する申請者の任意の同意があるのであれば、適法であると解されている。

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

しかし、申請者は、許認可権限を有する行政側からの行政指導に対しては、事を荒立てることを避けるために不本意ながらもこれに応じるのが通常であるといえる。

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

3. では、本問において、許可の留保は一切許されないのか。
- (1) 普通地方公共団体は、地域の環境の整備保全を目的の 1 つとしている（地方自治法 1 条の 2 第 1 項参照）。また、法も、生活環境の保全を目的としている（法 1 条）。そのため、申請者が行政指導に応じている場合には、関係地方公共団体において、当該地域の生活環境の保全を図るために、行政指導の結果に期待して社会通念上合理的と認められる期間許可を留保することが許容され得ると解すべきである。もっとも、許可の留保が申請者の任意の協力・服従を前提とした事実上の措置にとどまることに鑑み、行政手続法 33 条がその限界を定めている。具体的には、①申請者が不協力の意思を真摯かつ明確に表明している場合には、②不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情のない限り、許可の留保は同法 33 条に反し違法となる。
  - (2) …略…（当てはめ）

#### 【論点 2】 指導要綱に基づき教育施設負担金の納付を求める行政指導の限界

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

1. 行政指導は相手方に任意の協力を求める非権力的作用であるから、行政指導として教育施設負担金の納付を求めることは、強制にわたるなど事業主の任意性を損なうものである場合には、違法である。
2. 当てはめは、①・②・③に即して行う。  
①指導要綱の文言：⑦金額が選択の余地がないほどに具体的に定められて

A

最判 H5.2.18・百 198

いる、①納付を命ずる文言、⑦納付拒否に対して採ることがあるとされる給水契約の締結拒否という制裁措置は水道法上許されないものである、④同制裁措置はマンションを建築してもそれを住居として使用することが事実上不可能となり建築目的を達成し得なくする性質のものである。

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

③市の担当者の態度：市の担当者がXによる教育施設負担金の減免等の懇願に対し前例がないとして拒絶した態度からは、本件教育施設負担金の納付が事業主の任意の納付であることを認識した上で行政指導をするという姿勢は、到底うかがうことができない。

③は、「指導要綱の運用の実体」②として考慮されるものである。

## 第2部 行政事件訴訟法等

### 第1章 行政事件訴訟の4類型

B 総まくり 109頁

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

抗告訴訟・当事者訴訟は主観訴訟、民衆訴訟・機関訴訟は客観訴訟である。

### 第2章 取消訴訟

A 総まくり 110~219頁

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

A 総まくり 110~150頁

##### 1. 処分性の判断枠組み

A 総まくり 111~112頁

###### (1) 昭和39年判決の定式

判例において、「行政庁の処分」(行訴法3条2項)とは、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」を意味するとされている。

最判 S39.10.29・百II 148

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

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

###### (2) 公権力性

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

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

当てはめでは、少なくとも、形式的要素に属する①行為の主体(国又は公共団体)と②法令上の根拠規定を指摘する。③には自主条例も含まれる

保育実施解除のように契約関係に基づく私法上の行為にとどまるのかが問題となる事案では、①・③に加え、実質的要素である④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）を反映したものであるから。）。

### （3）直接具体的な法的効果

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

#### ア. 法効果性

法効果性は、㉔私人の権利・地位（利益を含む）に対する影響、㉕影響を受ける地位が法的地位といえる（権利であれば㉕は問題とならない）、㉖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、㉔～㉖のうち、問題となるものだけ検討すれば足りる。

#### イ. 直接・具体性

法的効果の直接・具体性は、紛争の成熟性を吟味する機能を有することから、「抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果」と呼ばれることもある。㉗法的効果の分析の際には、当該行為それ自体の効果と、後続行為との連動性を根拠にした効果を区別する。例えば、特段の事情のない限り後続処分に至るという強い連動性があれば、前倒し的な法効果の読み込みにより、後続処分を受けるべき地位に立たされるという意味で、法的地位に対する直接・具体的な影響が生じるとして、直接・具体的な法的効果を認める余地がある。

### （4）実効的な権利救済を図るという観点

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

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

実効的な権利救済の使い方としては、㉘処分性の本来的要件の緩和、㉙本来的要件の不充足の補完、㉚本来的要件から導かれる結論の合理性を支える、㉛処分性要件の加重などが挙げられる。

これらの例としては、㉜病院開設中止勧告の処分性を肯定した判例、㉝土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例、㉞市立保育所を廃止する改正条例の制定行為の処分性を肯定した判例が挙げられる。

検疫所長による食品衛生法違反通知の処分性を肯定した判例、登録免許税還付通知拒絶通知の処分性を肯定した判例、土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例につき、㉟に属する判例であるとする見方もある。

### （5）公権力的事実行為

行政事件訴訟法3条2項が処分性について「行政庁の処分その他公権力の

最判 H17.7.15・百II160

最大判 H20.9.10・百II152

最判 H21.11.26・H22重判9

最判 H16.4.26

最判 H7.4.14・百II161

最大判 H20.9.10百II152

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

そうすると、①法効果性ありとして処分性を肯定する場合には「行政庁の処分」だけ引用すれば足りる一方で、②「公権力の行使に当たる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの」（旧行政不服審査法2条1項）という意味での継続的性質を有する公権力的事実行為について処分性を認める場合と、③法効果性がない公権力的事実行為のうち継続的性質を有しない行為（例えば、病院開設中止勧告）について権利救済の必要性から例外的に処分性を肯定する場合には、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」まで引用する、という理解が正確である。

#### （6）個別法の明文で処分性が認められる場合

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

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

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

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

##### ウ. 論じ方

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

ア・イという手続面に関する規定は、実定法上の規定により導かれる処分性肯定という結論を反映したものだからである。

## 2. 公権力性

A 総まくり 114～122 頁

### （1）法令上の根拠

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

#### 【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⑦食品等輸入届出済証又は④食品衛生法違反通知書の交付（⑦④につき、食品衛生法上は明確に定められておらず、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）により明確に定められているにとどまる）
- ③税関長に対して輸入許可を求めて輸入申告（関税法 67 条）をする
- ④関税法 70 条 2 項が輸入許可の要件として定める「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認があれば、税関長が輸入許可をすることになる。関税法 70 条 2 項が輸入許可の要件として定める「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の方法について、関税法基本通達（行政規則）では、②において⑦食品等輸入届出済証が交付されていない食品等に関する輸入申告書は受理しないと定めているものの、そのようなことは関税法上明確には定められていない。

まず、本判決は、(改正前) 食品衛生法 16 条は、検疫所長が輸入届出に対する応答として⑦食品等輸入届出済証又は④食品衛生法違反通知書のいずれかを交付することを予定しており、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）はそのことを確認する趣旨で定められたものであると解釈することにより、食品衛生法違反通知は（改正前）食品衛生法 16 条に基づくものであるといえ公権力性があるとした。

次に、関税法上は食品等輸入届出済証が交付されていなくても輸入許可の要件を満たすとして税関長により輸入許可がなされる余地があるのであれば、②において⑦食品等輸入届出済証ではなく④食品衛生法違反通知書が交付されたことには、輸入許可を受けられなくなる結果として食品等を適法に輸入することができなくなるという法的効果が認められないことになるため、関税法上は食品等輸入届出済証が交付されていなくても輸入許可の要件を満たすとして税関長により輸入許可がなされる余地があるのか(換言すると、食品衛生法違反通知書の交付には、輸入許可をしてはならないとして税関長の許否に関する判断を法的に拘束する力があるのか) が問題となる。本判決は、関税法 70 条 2 項では、輸入許可の要件である「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」の証明・確認の手段として②において⑦食品等輸入届出済証が交付されていることを要求するという取扱いが予定されており、輸入食品等監視指導業務基準（行政規則）はそのことを確認する趣旨で定められたものであると解釈することにより、食品衛生法違反通知書の交付には輸入許可をしてはならないとして税関長の許否に関する判断を法的に拘束する力があるとして、輸入許可を受けられなくなる結果として食品等を適法に輸入することができなくなるという法的効果を認め、処分性を肯定した。

#### 【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

A

最判 H15.9.4・百 II 157

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

1. 「行政庁の処分」（行訴法3条2項）とは、…略…

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

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

そして、法第3章は、被災労働者及びその遺族を援護する趣旨で、「保険給付」に関する手続・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。

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

## 第5章 義務付け訴訟

A 総まくり 226～230 頁

### 第1節. 非申請型義務付け訴訟 (3条6項1号)

A 総まくり 226～228 頁

#### 1. 訴訟要件

##### (1) 「処分」

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

##### (2) 「一定の処分」

裁判所の判断が可能な程度に特定されていなければならない。

##### (3) 原告適格

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

##### (4) 「重大な損害を生ずるおそれ」(37条の2第1項・2項)

この要件は、非申請型義務付け訴訟が認められると法令上の申請権がない者に申請権を認めたのと同様の結果となることから、同訴訟はこれによる権利救済の必要性が高い場合に限り認めるべきとの考えに基づく。

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

これは、救済の必要性という観点から定められたものである。行訴法は、民事訴訟と義務付け訴訟の選択を原則として国民に委ねることを前提としている。そこで、「他に適当な方法」は、法政策的見地から民事訴訟との交通整理をするために特別の救済方法が個別実定法において法定されている場合に限り認められると解する。

##### (6) 被告適格

38条1項による11条の準用。

#### 2. 本案勝訴要件 (37条の2第5項)

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

### 第2節. 申請型義務付け訴訟 (3条6項2号)

A 総まくり 228～229 頁

#### 1. 訴訟要件

##### (1) 併合提起

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

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

## (2) 「一定の処分」

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

## (3) 「法令に基づく申請…をした者」(37条の3第2項)

「申請」(行手法2条3号)とは、行政庁が内容審査に基づき許認可等の可否の応答をすることを、法令上義務付けられているものをいう。

## (4) 併合提起が強制される訴訟の本案勝訴要件

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

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

## (5) 原処分主義

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

## (6) 被告適格

38条1項による11条の準用。

## 2. 本案勝訴要件(37条の3第5項)

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

or

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

## 3. 関連論点

### [論点1] 処分の義務付け訴訟への第三者の参加

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

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

C

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

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

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

### 第 3 節. 仮の義務付け（37 条の 5 第 1 項）

B 総まくり 229～230 頁

#### 1. 要件

- ①義務付けの訴えの適法な提起・係属
- ②裁判所に対する申立て
- ③「償うことのできない損害」

平成 16 年改正により実効的な権利救済の観点から仮の義務付けが法定された経緯に鑑み、金銭賠償による補填が不可能な損害のみならず、金銭賠償による救済では社会通念に照らし著しく不合理と認められる損害も含まれると解すべきである。

- ④「緊急の必要」
- ⑤「本案について理由があるとみえるとき」
- ⑥「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」（消極要件）

#### 2. 仮に義務付けられる処分の性質

仮に義務付けられる処分の性質は、訴訟手続上の仮の救済制度の一環としての仮の処分にとどまり、本来の処分とは異なるものであるから、仮の義務付け決定に基づいて行政庁が処分をした後に、義務付け訴訟で棄却判決が下された場合には、仮に義務付けられた処分は当然に失効すると解する。

行政処分は行政実体法を根拠とする以外ありえないというドグマを肯定し、仮に義務付けられる処分の性質は本来の処分と同じであると解することは、仮の義務付け決定に仮の救済を超えて本案勝訴判決と同じ効果を付与するに等しく、仮の救済という制度趣旨を逸脱するからである。

## 判例

- ・最大判 S28.12.23 (百 II 248) p102
- ・最判 S31.11.30 (百 II 229) p93
- ・最判 S34.1.29 (百 I 20) p49
- ・最判 S36.4.21 p68
- ・最判 S39.10.29 (百 II 148) p37
- ・最判 S41.2.23 (百 I 108) p27
- ・最大判 S41.2.23 p50
- ・最判 S42.3.14 (百 II 205) p81
- ・最判 S43.11.7 (百 I 88) p9
- ・最大判 S43.11.27 (百 II 252) p101、102
- ・松山地宇和島支判 S43.12.10 p9
- ・最大判 S47.11.22 (百 I 103) p24
- ・最判 S47.12.5 (百 I 86) p70
- ・最判 S48.4.26 (百 I 83) p80
- ・最判 S50.2.25 (百 I 31) p3
- ・最判 S50.11.28 (百 II 242) p100
- ・最判 S51.4.27 p80
- ・最判 S54.7.10 (百 II 231) p91
- ・最判 S56.7.14 (百 II 188) p70
- ・最判 S56.12.16 (百 II 241) p98
- ・最判 S57.4.1 (百 II 230) p93
- ・最判 S58.2.18 (百 II 247) p101
- ・福岡高判 S58.3.7 p5
- ・最判 S59.1.26 (百 II 237) p97
- ・最判 S59.2.24 (百 I 96) p20
- ・最判 S59.10.26 (百 II 174) p64
- ・最判 S59.12.12 (百 II 159) p45
- ・最判 S60.7.16 (百 I 124) p20
- ・最判 S61.3.25 (百 II 239) p98
- ・最判 S62.2.20 (百 I 130) p36
- ・最判 S62.10.30 (百 I 24) p2
- ・最判 S63.3.31 p25
- ・最判 S63.6.17 (百 I 89) p9
- ・最判 H 元.11.24 (百 II 222) p94
- ・最判 H2.12.13 (百 II 238) p98
- ・最判 H3.4.26 (百 II 218) p94
- ・最判 H4.9.22 (百 II 181) p80
- ・最判 H4.10.29 (百 I 77) p15、16、69
- ・最判 H5.2.18 (百 I 98) p21
- ・最判 H5.3.30 (百 II 240) p97

- ・東京高判 H5.6.24 p98
- ・最判 H5.9.10 p64
- ・最判 H7.3.23 (百Ⅱ156) p45
- ・最判 H7.6.23 (百Ⅱ223) p94
- ・名古屋高判 H8.7.18 p67
- ・最判 H13.3.27 p33
- ・最判 H13.12.18 (百Ⅰ38) p32
- ・最判 H14.1.17 (百Ⅱ154) p50
- ・最判 H14.4.25 p49
- ・最判 H14.7.2 p35
- ・最判 H14.7.9 (百Ⅰ109) p27
- ・名古屋高金沢支判 H15.1.27 p80
- ・最判 H15.9.4 (百Ⅱ157) p40
- ・最判 H16.1.20 (百Ⅰ105) p24
- ・最判 H16.4.26 p38、39
- ・最判 H16.12.24 (百Ⅰ28) p5
- ・最判 H17.4.14 (百Ⅱ161) p46
- ・最判 H17.7.15 (百Ⅱ160) p38、47
- ・最大判 H17.12.7 (百Ⅱ165) p54
- ・最判 H18.7.14 (百Ⅱ155) p53
- ・最判 H19.1.25 (百Ⅱ232) p91
- ・最判 H19.4.17 (百Ⅰ37) p33
- ・最判 H19.4.24 p35
- ・最判 H20.4.15 (H20 重判 11) p93
- ・最大判 H20.9.10 (百Ⅱ152) p38、48、51
- ・最判 H21.2.27 (H21 重判 8) p67
- ・最判 H21.7.10 (百Ⅰ93) p19
- ・最判 H21.10.23 (百Ⅱ243) p100
- ・最判 H21.11.26 (H22 重判 9) p38、51、74
- ・最判 H22.6.3 (百Ⅱ233) p94
- ・最判 H23.6.7 (百Ⅰ120) p29
- ・最判 H23.6.14 (H23 重判 6) p41
- ・最判 H24.2.9 (百Ⅱ207) p86、88
- ・最判 H24.2.28 (百Ⅰ51) p17
- ・最判 H25.4.16 (百Ⅰ78) p11
- ・最判 H25.7.12 (H25 重判 3) p62
- ・最判 H27.3.3 (百Ⅱ175) p16、65