

第1篇 行政法総論

第2章 法律による行政の原理

第3 内容

【論点】法律の留保

法律の留保の原則がいかなる範囲の行政作用について適用されるか。

この点について、法律による行政の原理を徹底して、およそ国民の権利義務にかかわるものについては、すべて法律の授權を要すると解する見解がある(全部留保説)。

しかし、行政の作用は、極めて多様かつ広範であることから、上記見解は非現実的であると言わざるを得ない。また、法律の根拠がないことを理由に行政の対応が消極的となり必要な行政サービス(福祉主義)が実現されないことになる。

そこで、(少なくとも)国民の権利・自由を侵害する行政(侵害行政)に限り、法律の根拠を要すると解すべきである。

↓ここで終了して問題なし。(以下は参考程度)

(もともと、古典的な侵害留保説は、法律による行政の原理の民主主義的側面を軽視しすぎている(⇔反論し得る(後述))。)

そこで、侵害留保説に立ちつつも、行政に対する民主的コントロールの要請と充実した行政活動という福祉主義の実現の要請との調和の観点から、法律の根拠の要否を個別具体的に判断すべきと考える。)

(反論について)

国の行政機関は国会の多数派を基礎とする内閣の統括の下に置かれており、地方自治体の執行機関である長は直接公選されるという意味で民主的基盤を有する。

【論点】法律の留保と緊急の措置<ヨット係留施設の撤去>百 103

思うに、民事上違法性を阻却する緊急避難(民法720条)の法理に照らし、緊急の事態に対処するためにとられたやむを得ない措置である場合には、たとえ根拠法規がなくとも例外的に違法とならないと解する。

(具体的には、①広報活動や事前通知により自発的な違法状態の解消を促したこと、②安全確保のための他の手段を尽くしたが、切迫した危険がある場合に限って、違法性が阻却されると解する。)

※判例が法律による行政の原理(法律の留保原則)の例外を認めたものであるか否かという点については争いがある

第3章 公法と私法

【論点】公法私法二元論

この点、公法関係と私法関係では適用される法原理が異なるとする見解がある。

しかし、もはや行政上の法律関係を、公法関係と私法関係に分ける実益はない。

そこで、公法関係と私法関係を区別せず、当該処分^①の性質・実体法規の趣旨・問題状況を考察して、私法規定の適用の適否を決すべきである。

第4章 行政法の法源

第2 不文法源

【論点】租税法律関係における信義則

租税法規に適合する課税処分を信義則の適用により違法なものとして取り消すことができるか。

この点について、信義則は法の一般原理であるので(民法1条2項参照)、課税処分にも信義則が適用される余地があると解する。

しかし、法律による行政の原理とりわけ租税法律主義(憲法84条)が貫かれるべき租税法理関係においては、信義則の適用については慎重を要する。

そこで、納税者間の平等・公平を犠牲にしてもなお納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえる特段の事情がある場合に、初めて課税処分に信義則を適用できると解する。そして、特段の事情の判断に当たっては、少なくとも、①税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したこと、②納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したこと、③後に当該表示に反する課税処分が行われたこと、④そのために納税者が経済的不利益を受けることになったこと、⑤納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないこと、が必要である。

※過去の所得に対してなされた課税処分の適否が争点となった事例。

将来における課税処分について、判例は、「原告が一旦非課税通知を受けたことによって、将来に向かっても非課税扱いを受けることにつき期待的利益が保障されるに至ったと解することはできない」とする。

【論点】行政計画と信義則

地方公共団体が行政計画を策定した後に当該計画を変更した場合、当該地方公共団体は計画の継続を信頼して損害を被った私人に対して不法行為責任を負うか。違法性の問題。※法律により生じたケースではない。

この点について、行政計画には、その特質として、事後的な社会経済的諸条件の変化に伴う柔軟な見直しが行われることがあるのは当然であって、地方公共団体は原則としてこれに拘束されない。

もっとも、いかなる場合においても、変更前の行政計画を信頼した私人が、当該行政計画の変更による不利益を常に甘受しなければならないとすることは、公平に反する。

そもそも、①行政主体が私人に特定の行政計画に従った特定の活動を促す個別具体的な行為を行い、②それに動機づけられた当該私人の活動が当該行政計画の相当長期間の継続を前提とするものである場合に、当該私人は、施策の維持を信頼して上記活動ないしその準備活動に入るのが通常である。このような状況のもとでは、信義衡平の原則に照らし、上記信頼に対して法的保護が与えられなければならない。すなわち、①②の場合に、③当該行政計画の変更が当該私人に社会観念上看過できない程度の積極的損害を及ぼし、かつ、④損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更したときは、当該行政計画の変更は、⑤それがやむを得ない客観的な事情によるものでない限り(ex天災等。市長の変更等の住民自治の観点からの変更はあたらぬ。)、信義則上、当該私人との間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯びると考える。

よって、上記のような場合には、地方公共団体は、例外的に、当該行政計画の変更によって損害を被った私人に対して不法行為責任を負うと解する。

第2篇 行政作用法

第1章 行政立法

第3 類型

【論点】類型

1 委任命令の可否

委任命令の必要

確かに、法律による行政の原理を貫徹するためには、行政の内容のすべてを事前に法律で詳細かつ具体的に規定しておくことが望ましい。

しかし、全国一律に適用されることを想定して制定されるがために硬直的な規範となりやすい法律によって、事前に専門的事項を詳細に定めたり、地域性に配慮した基準をつくることは必ずしも容易ではない。また、国家任務が多様に広範となった現代社会において、会期制の制約があるとともに合議体である国会が、行政需要に迅速かつ機動的に対応することは困難である(福祉主義の要請に応えることが困難である)。

委任命令の許容性

さらには、憲法73条6号ただし書は、法律の委任があれば、政令で罰則を定めることが可能であることを合意する。そして、罰則という最も人権侵害の度合いの高い規制が法律の委任に基づいて許されるのであれば、国民の権利義務にかかわる一般的規制を法律の委任に基づいて行政機関が制定することは、憲法自身が許容するものと解される。

結論

そこで、法律の規定は基本的な事項を定めるにとどめ、詳細については行政機関の判断に委ねる必要がある。

2 委任命令の限界

法律の委任の仕方の問題(委任する国会の側の問題)

もともと、全くの白紙委任では、国民の代表機関たる国会(前文1段、43条1項)に立法権を独占させ立法に民主的コントロールを及ぼそうとした憲法41条の趣旨が没却される。そこで、委任の目的と受任者のよるべき基準を定めた個別・具体的な委任を要すると考える。

(当てはめ: ex. 猿払事件: 国家公務員の政治的行為について定めた国家公務員法102条1項は白紙委任とみるはかなく、立法者は速やかに法律を改正すべきであろう。cf. 最高裁は立ち入った検討をすることなくこれを合憲としている。)

↓法律による命令への委任が個別・具体的であることを前提として…

委任命令の内容(作り方)の問題(委任を受けた行政機関側の問題)

委任命令はあくまで法律を根拠に認められるものであるから、その内容も、法律が委任した範囲を逸脱することは許されない。そこで、法の趣旨・目的及び規律の対象となる私人の権利・利益の内容・性質等を総合考慮して、委任命令が法律の委任範囲を逸脱したといえる場合には、当該命令は違法無効になると考える。

【論点】通達

(墓地・埋葬等に関する通達・百52)

<私人との関係>

行政組織内部における命令(行政規則)にすぎないため、一般国民を拘束するものではない

<行政作用との関係>

通達違反の処分がなされたからといって処分の効力は左右されるものではない。

<裁判所との関係>

裁判所は、法令の解釈適用にあたって、通達に示された法令の解釈とは異なる独自の解釈をすることができる。

1. 通達課税

それまで非課税物品として扱われていた物品について、通達を契機に課税対象物品と扱い、課税処分をすることは適法か。

このような課税処分は、通達のみを根拠とするものであり、租税法律主義(憲法84条)に反しないかがまず問題となる。

この点については、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものであるならば、たとえ当該通達を契機として行われるようになった課税処分であっても、当該課税処分は、通達による課税ではなく法律に基づく課税といえるので、租税

法律主義に反しない。

しかしながら、ここで問題となるのは租税法律主義との関係だけではない。たとえ通達の内容が法の解釈として正しいものであったとしても、通達によって、成文法に基づく従来の慣行を変更することが許されるかという問題もある。具体的には、①既に成立している慣習法に違反するのではないか、②それまでの慣行に従って処分がなされるであろうという信頼を害するのではないか、③法的安定性を害するのではないか、といった問題がある。

したがって、通達による課税処分が租税法律主義との関係では適法とされる場合であっても、**慣習法違反、信頼保護の原則違反、法的安定性を害するなどを理由に違法とされる場合がある**と考える。

2. 通達に反する処分

(上記のように、)通達は行政内部の命令に過ぎず、法規たる性質は無いから、通達に反する行政処分は直ちに違法とされない。しかし、大量的反復的に行政処分を行っている場合、ひとり通達に反して処分が行われた場合には、その処分について平等原則違反、信頼保護原則違反として違法になると解すべきである。

3. 通達の処分性

(処分性の定義を述べて)

通達は行政内部の命令に過ぎず、**一般国民を拘束するものではなく、国民の法的地位に影響を与えるものではない**。

したがって、処分性は認められないのが原則である。

(以下、下級審判例)

もっとも、通達が存在が①国民の権利義務に重大な関わり合いを持ち、②その影響が行政外部にも及び、③通達そのものを争わなければ国民の権利救済が事実上不可能となるような場合には、例外的に処分性が認められると解する。

4. 違法な訓令・通達は下級行政機関を拘束するか

訓令・通達は、行政組織内部における命令(行政規則)にすぎないため、**一般国民を拘束するものではない**(国民の権利義務に重大な関わりをもつものであっても同様)が、行政組織の**内部法規**として下級行政機関を拘束する。

では、下級行政機関が訓令・通達を違法と判断した場合にも、下級行政機関はこれに拘束されるのか、この点に関する明文の規定が存在しないため問題となる。

この点について、下級行政機関は、**法律による行政の原理**から、法令遵守義務を負っているため、訓令・通達を違法と判断した場合には、これに**拘束されない**とも思える。しかし、仮に、下級行政機関が訓令・通達を違法であると判断した場合に当該訓令・通達への服従拒否を認めるならば、**行政組織内の秩序の保持**と**行政の一体性を確保**できなくなるおそれがある。したがって、下級行政機関は、訓令・通達を違法と判断した場合にも、**行政の一体性を確保する見地から、原則として、これに拘束される**と解する。

もっとも、訓令・通達の**違法が重大かつ明白**である場合には、行政行為の場合と同様に、下級行政庁といえどもこれに**拘束されるいわれはない**。したがって、下級機関は、訓令・通達の違法が重大かつ明白である場合には、**例外的に、これに拘束されない**と解する。

第2章 行政行為

許可と特許

講学上の行政行為のうち重要なものとして、許可と特許がある。

許可とは、本来だれでも享受できる個人の自由を、公共の福祉の観点からあらかじめ一般的に禁止しておき、個別の申請に基づいて禁止を解除する行政行為をいう。

特許とは、行政庁が、私人の本来的自由に属しない特権ないし特別の能力を私人に与える行政行為をいう。

許可と特許の区別は理論上のものにすぎないため、法律の文言においては様々な文言が用いられている。例えば、自動車運転「免許」は講学上の許可に当たるし、法文上「許可」とあっても講学上の許可とは限らず特許である場合もある。

したがって、それがどのような行政行為に当たるのかについては、個々の法律の仕組みに照らし、個別的に解釈する必要がある。

許可制の下では、本来自由であるはずの行為が法令によって規制されているにすぎないため、許可を与えるかどうかについての行政庁の裁量の幅は狭いと考えるべきであり、また、許可を受けずに行った行為を法律上無効と扱う必然性はない。

他方、特許制の下では、特許の対象となる行為は私人が本来自由になし得る行為ではないため、特許を与えるかどうかについて行政庁には広い裁量が認められ、また、特許を受けずに行った行為は法律上無効とされるのが原則である。

したがって、ある行政行為が許可に当たるか特許に当たるかという点は、行政庁に認められる裁量の範囲、及びそれを受けずに行った行為の効力に影響することになる。

行政行為の効力

講学上行政行為が問題とされるのは、行政行為には他の行為には認められない特殊な効力が法律上認められるため、行政行為の範囲を明確にする必要があるからである。

公定力とは、違法な行政行為であっても、当然に無効であると認められる場合を除いては、正当な取消権限を有する国家機関によって取り消されるまでは有効なものと扱われるとする効力をいう。公定力の**根拠**は、取消訴訟の排他的管轄に求めることができる。そして、公定力の趣旨は、行政上の法律関係の安定、行政に対する国民の信頼にある。

不可争力とは、一定期間を経過すると、私人の側から行政行為の効力を争うことができなくなる効力をいう（出訴期間の限定したことの結果）。不可争力の趣旨は、行政上の法律関係の早期安定にある。

執行力とは、行政行為の内容を行政権が自力で実現することのできる効力をいう。執行力の趣旨は、行政行為の内容の早期実現にある。※行政行為の根拠法とは**別個に個別の根拠法が必要**。∵行政行為の内容の強制的実現は人権侵害のおそれが大きいため（一般法は行政代執行法、国税徴収法のみ）

不可変更力とは、一度行った行政行為について、処分庁は自ら変更することができない効力をいう。+ **実質的確定力**は、処分庁だけでなく、上級庁・裁判所も取消・変更できない。

審査請求に対する裁決等、争訟裁断的性質をもつ行政行為についてのみ認められる効力であり、その趣旨は、行政上の法律関係の早期安定にある（後述不可変更力論証参照）。

公定力の根拠

公定力とは、違法な行政行為であっても、当然に無効であると認められる場合を除いては、正当な取消権限を有する国家機関によって取り消されるまでは有効なものと扱われるとする効力をいう。

では、公定力が認められる根拠についてはどのように考えるべきか。

そもそも、立法者が**取消訴訟**という訴訟類型（行訴法3条2項、3項）を特に設けたのは、処分に何らかの違法があるときは、専らこの手続の利用を想定したためであると考えられる。このような立法者意思からすれば、それ以外の訴訟類型で処分の有効性を争うことは原則としてできないことになり（取消訴訟の排他的管轄）、そのことの反射的效果として公定力が導かれることになる。

したがって、公定力が認められる根拠は、取消訴訟を定める行政事件訴訟法の存在に求めることができる。

公定力と国家賠償

国家賠償請求訴訟において公務員の行った行政行為の違法性を主張するに際し、あらかじめ取消訴訟によって当該行政行為の違法性を確定しておく必要はあるか。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ことが、当該行政行

為の公定力に抵触するかが問題となる。

この点について、**公定力**は行政行為の**法効果にかかわる効力**であるところ、**国家賠償請求訴訟**において争われるのは、行政行為の法効果ではなく、金銭賠償を認める前提としての行政行為の**違法性にすぎない**。

したがって、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ことは、当該行政行為の**公定力に抵触しない**。

よって、国家賠償請求訴訟においては、**あらかじめ取消訴訟で当該行政行為の違法性を確定しておく必要はない**。

もっとも、課税処分のような、**行政行為の内容が金銭の支払いにかかわるものである場合には**、その違法性を主張して直ちに国家賠償請求を認めると、**実質的に行政行為の公定力を潜脱する結果**となってしまう。

したがって、**行政行為の内容が金銭の支払いにかかわるものである場合には**、**あらかじめ取消訴訟で当該行政行為の違法性を確定しておく必要**があると考ええる。

公定力と刑事訴訟

行政命令に違反したことを理由に刑事責任を問われて起訴された者が、刑事訴訟において当該命令は違法・無効であるとして無罪主張するためには、**あらかじめ取消訴訟によって当該命令の違法性を確定しておく必要はあるか**。**刑事訴訟において行政行為の違法性を主張することが、当該行政行為の公定力に抵触するかが問題となる**。

そもそも、**刑事訴訟に関する限り、構成要件の解釈は罪刑法定主義(憲法31条)の観点から独自に行われるべきものである**、ここに公定力を持ち込むことは妥当でない。さもないと、罪を犯したことを理由に処罰されるのではなく、取消訴訟で勝訴できなかったことを理由に処罰されることになりかねない。

したがって、**刑事訴訟は、その特殊性から公定力との抵触を論じることがそもそも適当ではない領域**として理解すべきである。

よって、刑事訴訟において行政命令の違法・無効を主張して無罪主張するためには、**あらかじめ取消訴訟によって当該命令の違法性を確定しておく必要はない**。

不可変更力

不可変更力とは、一度行った行政行為について、処分庁は自ら変更することができない効力をいう。

では、**行政行為一般に不可変更力は認められるか**。

この点について、行政庁が誤って違法又は不当な行政行為をした場合には、**適法性ないし合目的性の回復(法律による行政)の要請から**、行政庁が自ら取り消し、変更をする必要がある。

そのため、**行政行為一般に不可変更力は認められない**。

もっとも、行政行為のうちでも**紛争裁断的性質をもつ行政行為に不可変更力が認められないとすると、無限に争いが蒸し返されて紛争裁断作用が機能しなくなる**。そのため、行政行為のうちでも紛争裁断的性質をもつ行政行為については、処分庁が自ら取り消し、変更をする必要はない。これは、民事訴訟の裁判の場合にも、判決の変更が制限されているのと同様(民訴法256条参照)、紛争裁断作用の特質といえる。

したがって、**紛争裁断的性質をもつ行政行為については、例外的に、不可変更力が認められる**。

裁決の公定力と不可変更力

裁決庁がいったん下した裁決を取り消し、新たに裁決をやり直した場合、新たな裁決は先の裁決の不可変更力に**反し違法**である。では、**不可変更力に反した新たな裁決は効力を有するか**。

この点については、**違法な行政行為であっても、その違法が重大かつ明白なものでない限り、公定力が発生し有効である**。そして、不可変更力に反する違法があっても、重大かつ明白な違法とは限らないので、新たな裁決にも公定力が発生する場合がある。

したがって、上記のような場合には、不可変更力に反した**新たな裁決は、権限ある国家機関によって取り消されるまで、効力を有する**。(最判昭30. 12. 26)

第4 行政行為の瑕疵

【論点】 取り消し得べき行政行為と無効な行政行為との区別

前提

適法	正当	
		不当
違法	軽微	: 法的に無視してよい
	取消事由たる瑕疵(中間)	: 職権取消し・不服申立て・取消訴訟
	無効事由たる瑕疵(重大)	: 職権取消し・不服申立て・取消訴訟・無効確認

論証

瑕疵の認定



- 1 まず、取消訴訟(行訴法3条2項)を提起することが考えられる。
もともと、出訴期間(行訴法14条1項)を徒過。よって、取消訴訟を提起することはできない。
- 2 そこで、次に無効確認訴訟を提起することが考えられる。→出訴期間が設けられていないので適法。
もともと、上記瑕疵が無効事由たる瑕疵にあたるか、取消事由たる瑕疵との区別基準が問題となる。(本案の問題)

し

ていること(取消訴訟の排他的管轄)に求められる。このことは、ここで想定されている瑕疵が、取消訴訟を経ることによって初めて無効と扱われることを相当とするような瑕疵であることを意味している。とすれば、行政行為に取消訴訟を経ないでも無効と扱うことが妥当視されるような重大な瑕疵がある場合には、取消訴訟の排他的管轄に服さない(すなわち公定力が及ばない)と解するのが相当である。

また、行政行為の有効性を信頼した第三者の利益保護の要請に鑑みれば、瑕疵の存在が処分の成立当初から外形上客観的に明白であること(すなわち何人の判断によってもほぼ同一の結論に到達し得る程度に瑕疵の存在が明らかであること)をも要すると解するのが相当である。

以上より、原則として、行政処分に上記のような重大かつ明白な瑕疵がある場合に限り、無効事由たる瑕疵にあたる

イ もともと、上述した明白性を要求する理由からすれば、行政行為の有効性を信頼する第三者の保護を考慮する必要のない場合には、例外的に明白性の要件は不要であると解するのが相当である。

cf. 判例は、第三者の信頼のみを問題としているわけではない。→「処分の存在を信頼する第三者の保護を考慮する必要のないこと等を勘案すれば、当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであって、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌してもなお、不服申立期間の徒過による不可争的効果の発生を理由として被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合には」と述べている。

↓これを規範に反映させるとすると(参考例)

原則：重大かつ明白

もともと、常にこのように解してしまうと、国民の裁判を受ける権利(憲法32条)を侵害する等、憲法の趣旨に反する不都合な結果が生じかねない。

そこで、①行政行為の有効性を信頼した第三者の不利益、及び、行政目的達成上の不利益と、②相手方国民の救済の必要性(不利益の内容・程度や取消訴訟を提起しなかったことの有責性など)とを比較衡量し、後者が前者を上回る場合には、例外的に明白性の要件は不要であるとする。

(2) 当てはめ

重大な瑕疵：行政行為の基幹的な要件ないし内容にかかわる違法のこと

明白性：「処分の成立当初から」→口頭弁論終結時までに現われた証拠等を基礎としない。

「外形上客観的に」→行政庁が怠慢により調査すべき資料を見落としたかどうかは無関係！

(3) 結論

【論点】 違法性の承継

1. 先行行為＝処分、後行行為＝処分の場合(狭義の違法性の承継)

(1) 先行処分に違法な瑕疵がある場合

関連する行政行為が段階的になされる場合において、先行処分の出訴期間経過後に(前なら拘束力で処理・百選205事件参照)、後続処分の違法性を争おうとする場合に、当該後続処分の前提とされた先行処分の違法性を主張することができるか、違法性の承継が認められるかが問題となる。

この点については、仮に後続処分の取消訴訟において先行処分の違法性を自由に争えるとするならば、先行処分の出訴期間が経過した後も、後続処分の取消訴訟において、実質的に先行処分の違法性を争えることになってしまい、行政上の法律関係を早期に確定するために出訴期間を定めた行訴法14条の趣旨に反することになる。

よって、原則として、違法性の承継は認められず、後続処分の取消訴訟における違法事由として先行処分の瑕疵を主張することはできない。

もっとも、①先行処分と後続処分が連続した一連の手続を構成し、②一つの法律効果の発生を目指した場合には、先行処分が後続処分の準備として行われるにすぎないから、例外的に、違法性の承継が認められ、後続処分の取消訴訟における違法事由として先行処分の瑕疵を主張することができる。と考える。

なお、先行処分が重大かつ明白な瑕疵を有し無効とされる場合には、無効な行為を前提に後続処分がなされている以上、違法性の承継を論ずるまでもなく、後続処分には違法事由があることになる。

※異なる根拠をplus

先行処分の瑕疵を理由に後行処分の違法性を主張することができるか、いわゆる違法性の承継の可否が問題となる。

ア そもそも、個々の行政行為は別個であるにもかかわらず、安易に違法性の承継を認めると先行処分の公定力を実質的に否定することになりかねない。また、行政事件訴訟法(以下、「行訴法」という。)14条が出訴期間を制限し、行政上の法律関係を早期に確定し安定させようとした趣旨をも没却しかねない。そこで、違法性の承継は原則として認められないと考える(違法性の不承継の原則)。

もっとも、複数の行政行為が一連のものとなされている場合、先行行為の段階ではその内容が抽象的で取消訴訟の提起が困難な場合が多い。とすると、かかる場合に違法性の承継を認め、国民の権利・利益を保護する必要性が高い。そこで、①一つの手続ないし過程において複数の行為が連続して行われる場合で、かつ、②これらの行為が結合して一つの法効果の発生を目指すものであれば、例外的に違法性の承継が認められると考える。

イ これを本件についてみると、～。

ex. 事業認定→収用裁決

①について

事業認定がなされても所有権はなお地権者のもとにある。しかも、任意買収に応ずる法的義務もない。



事業認定だけでは完結しない。土地収用法の制度上は、事業認定に続いて収用裁決が一連の手続として予定されている。→①充足

②について

事業認定も収用裁決も土地を収用するという一つの法効果の発生を目指すもの。→②充足

ex. 課税処分→滞納処分

①について

課税処分がなされるとそれだけで納税義務が生じ、義務があるにもかかわらず納税がなされないという事態が生じた場合にはじめて滞納処分が検討されることになる。



課税処分だけで完結する。課税処分と滞納処分の関係はいったん遮断されている。→①不充足

②について

課税処分は、「(納税)義務を課す」という法効果の発生を目指している。これに対して、滞納処分は、この

「義務の履行確保」という法効果の発生を目指している。→②不充足

(2) 先行処分に無効の瑕疵がある場合

先行処分が無効である場合、後行処分も当然に無効となる。なぜなら、先行処分が無効であれば、公定力・不可争力は認められないから、違法性の承継を論ずるまでもなく、その効力の無効を前提として後行処分の効力を考えることになるからである。

2. 先行行為=処分、後行行為=処分性なしの場合

原則として、先行処分の違法・無効を抗告訴訟で争う。取消・無効が確定すれば、後行行為は法的に無意味となる。

また、先行処分に無効の瑕疵がある場合、その瑕疵を、後行行為を当事者訴訟で争う際に主張できる場合がある。ただし、先行処分の瑕疵が取り消しうる瑕疵にとどまる場合、当事者訴訟においてその瑕疵を主張することはできない。先行行為の公定力に抵触するからである。

3. 先行行為=処分性なし、後行行為=処分の場合

(1) 先行する事実行為を後行処分が要件としている場合

先行する事実行為を後行処分の要件欠缺と処理できる

(2) 先行する事実行為(行政調査)が要件としていない場合

この点、行政調査は行政活動の前提となる情報収集として行われるものであり、行政処分とは別個独立のものだから、本来調査の違法は行政処分の違法を招来しない。

もっとも、行政処分が行政調査を前提になされることが規定されている場合、行政調査と続く行政処分は一連の手続を構成しているといえる。そこで、かかる場合、行政調査に違法があれば、適正手続の見地から、続く行政処分も違法となると解する。

【論点】瑕疵の治癒・違法行為の転換

1. 瑕疵の治癒※一つの行政行為の問題

瑕疵の治癒とは、適法要件を欠く行政行為がされたものの、その後の事情の変化によって当該要件が充足された場合に、当初の瑕疵が治癒されたとして行政行為の効力を維持することをいう。

この点、**法律による行政の原理**から、法律違反という瑕疵のある処分は違法であり、取り消しうるのが原則である。

しかし、瑕疵のある処分を一旦取り消して再度同じ処分をするより、当初の処分の効力をそのまま維持する方が**法的安定性**に資する場合がある。そこで、**一定の場合には瑕疵の治癒を認めるべき**である。

もっとも、**法律による行政の原理の重大な例外**であるから、要件は**厳格に**すべきである。具体的には、①**瑕疵が軽微**であり、しかも、②**第三者の利益が存在**している場合にのみ治癒を認めるべきと解する。

備考：瑕疵が治癒される例として、中央労働委員会規則8条2項所定の「緊急やむを得ない場合」に当たらないのにこれに当たるものとしてなされた公益委員会議の招集手続が、過半数の委員の会議への出席と欠席した委員の異議の不存在により、治癒されたとするものが挙げられる(福島地判昭30. 11. 11参照)。

2. 違法性の転換※別の行政行為として適法とできないかという問題

違法行為の転換とは、ある行政行為が違法ないし無効であっても、これを別個の行政行為としてみたときには**瑕疵がない**と認められる場合に、その**別個の行政行為とみて有効なもの**と扱うことをいう。

たしかに、違法行為の転換を認めることは紛争の一回的解決に資する可能性があり**行政効率の観点**からは好ましい。

もっとも、**違法な行為を存続させることは法治主義の例外であり、広く認められるべきでない**。また、争訟において違法行為の転換を認めると相手方である私人にとって**不意打ち**となるおそれがある。よって、**厳格に解すべき**である。

具体的には、①**転換前の行政行為と転換後の行政行為の具体的な目的が同一で**、②**転換後の行政行為が転換前の行政行為より相手方にとって実体的・手続的に不利益でない場合に**③**転換後の処分がなされる蓋然性が認められる限り**、転換は認められるべきである。

備考：裁判例には、死者を名あて人とした農地買収処分について、買収令書をその相続人に手渡していたことから、その相続人を名あて人として処分がなされたものとみだてて効力を維持したのものがある(東京地判昭45・12・2)。

もつとも、行政行為の瑕疵の主張を轉換の理論で回避しようとすることは、公権力による権利利益の侵害を排除しようとする法治国家原理からすると望ましいとはいえない。また、名宛人にとって不意打ちとなるおそれもある。そこで、違法行為の轉換の適用は限定すべきであると考ええる。

cf. 法律による行政の原理の観点からすると、行政行為が客觀的に法に適合しているかどうかは問題なのであるから、別の行政行為としてでも適法ならば、違法行為の轉換を認めても、法律による行政の原理に違反しないのではないかと、という見方がある(塩野・行政法 I「第四版」151 頁)。別の行為としても適法性を肯定できない「瑕疵の治癒」の問題とは異なり、行政行為を行った当初から適法性を肯定できる以上、「法律による行政の原理に対する例外」とまで断言していいのか疑問(私見)。

第5 行政行為の取消と撤回

(職権)取消と撤回の区別

取消: 右行政行為に当初から**瑕疵**があった場合に、当該行政行為を取り消して**遡及的に無効**とすること

撤回: 行政行為の**適法な成立後**、公益上の理由が生ずるなどの**後発的な事情の変化**により当該行政行為を維持することが**必ずしも適当でなくなった場合**に、これを**将来的に無効**とすること(撤回も行政行為である)

⇒想定される瑕疵は、**取消**の場合は**違法・不当の両方**であるが、**撤回**の場合はその定義上、**不当の瑕疵に限られる**。法律上は、ともに「取消し」と表記されるのが通例であるため、理論上両者を区別する必要がある。

【論点】行政行為の(職権)取消

<法律の根拠>

法律の根拠は**不要**であると解される。なぜなら、法律による行政の原理の一内容である**法律優位の原則**からすれば、法律に反している行政行為を取消すことは**当然の要請**であるし(適法性の回復)、また、**公益性の見地**からも公益違反の状態であればそれを取り除くことが**行政目的に合致**しているからである(合目的性の回復)。

<主体>

上級行政庁(監督庁)も**監督権の行使**として職権取消しを行うことができると解される。

<取消しの制限>

確かに、瑕疵ある行政行為を是正することは、**本来あるべき法的状態の回復**として、**何ら問題がないようにも思える**。しかし、**授益的行政処分**の取消しの場合、**相手方の信頼を害し、事実上不利益を及ぼすこと**になるため、その許否については**慎重**に判断すべきである。

そこで、法律による行政の原理と私人の信頼保護の**調和**の見地から、(①取り消される行政行為の性質、②取消しの行われる時期、③代償措置や緩和措置の有無、④違法性の内容や程度等の諸般の事情を総合考慮して、)**処分の取消しによる不利益と取消しをしないことによる不利益とを比較衡量し後者が前者を上回る場合であって、かつ、処分を放置することが公共の福祉の要請に照らして著しく不当であると認められるときに限り**、これを取り消すことができると考える。

※なお、許認可等の職権取消は「不利益処分」に当たるから、聴聞手続を経る必要がある(行手法13条1項1号イ)。

【論点】行政行為の撤回

<法律の根拠>※前提として本件規則などの法的性格を検討すること。『行政規則にあたる→法律の根拠がない。そこで、法律の根拠なくして撤回できるか。』

(この点について、**授益的行為の撤回は、相手方にとって侵害的行為そのものである**ことを理由に、明文の根拠を必要とする見解がある。

しかし、このように解すると、**行政責任を放棄するような結果となり、著しい不都合が生じる**。)

そもそも、**当初の行政行為の法律による授権**には、**その撤回の授権も含まれている**と考えられる。

そこで、授益的行為の撤回に、法律の**明文の根拠は不要**であると考ええる。(百選91事件参照)

撤回の事由は、要件事実の変更消滅、優越的公益による撤回、制裁としての撤回、がある(芝池)。優生保護法の指定医の撤回については、被告人が指定医としての適格性を欠くことを指摘しており、要件事実の変更消滅に該当すると考えられる。一方で、制裁としての要素も含むものとの評価も可能(本件では、優生保護法違反の事実はないため、一般的な法秩序遵守違反に対する制裁となる点に注意)

<主体>

上級行政庁は、下級行政庁が行った行政行為を撤回する権限を有するか。上級行政庁が有する下級行政庁に対する**監督権限に撤回権が含まれるか**が問題となる。

この点について、撤回は、**処分権限と表裏の関係**(行政行為を維持するのが妥当かどうか新たな判断に基づくもの=性質上、新たに処分(行政行為)をしているのと同じ)にあるといえるため、監督権限に撤回権が含まれないと考える。

したがって、上級行政庁は、下級行政庁が行った行政行為を撤回する**権限を有しない**。

<撤回の制限>

もっとも、授益的行為の撤回の場合、相手方の信頼を害し、事実上不利益を及ぼすことは否定できない。また、(職権取消の場合とは異なり、)行政行為に何ら違法がないにもかかわらず、公益上の必要性に鑑みてなされる積極的な行政介入手段の一つである以上、行政庁は撤回を当然のこととして選択できるわけではない。

そこで、撤回により処分の相手方の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合に限り、撤回することができる¹と考える。

※裁量判断の効果裁量についての逸脱濫用を検討することが多いかな。『指定の取消し・停止をすべきか、すべきとしても取消しと停止のいずれをすべきか、の判断における裁量(効果裁量)の余地はある。その裁量に逸脱・濫用の違法はないか。指定の取消処分が、比例原則に反していないか、という検討が求められる。具体的には、取消処分を必要とする公益上の理由と、取消処分によって損なわれる被処分医師の利益のバランスの検討』

目的外使用の撤回が認められる場合の補償

例えば、卸売市場の敷地内の目的外使用の許可を受けて(=「特許」)飲食店を営んでいた者につき、卸売市場の拡張の必要から、使用許可が撤回されたときのように、私人に対し、本来の使用目的外での行政財産の使用を許可した後で当該使用許可を撤回した場合、補償は必要か。※そもそも撤回が許されるかを先に論じるに注意 ※公法上の当事者訴訟

この点について、当該使用許可は、あくまでも目的外使用許可という形で、行政財産本来の用途を害さない限りで例外的に認められているにすぎない。そのため、当該使用許可は、期間の定めがない以上、公益上の必要が生じた場合には使用できなくなるという内在的制約を有するものであるから、そのような制約が現実化した場合、もはや使用権を保有する実質的理由を失う。したがって、行政財産の使用権を失ったことに対する補償は、原則として不要である。

もっとも、使用許可に際して私人が使用対価を支払っており、いまだそれを償却していない場合(×使用料。ex補強工事・整地をして使用を開始した)や、使用許可に際して別段の定めがある場合など使用権者がなお当該使用権を保有する実質的理由を有すると認めるとする特別な事情がある場合には、その部分については、例外的に補償が必要となる。

【論点】附款

1. 附款とは、行政行為の効果制限するため、行政庁の意思表示の主たる内容に付加された従たる意思表示である(附款を付することができる行政行為は、性質上、意思表示を要素とする法律行為的行政行為。×準法律行為的行政行為)。

附款には、法律の規定による画一的な処理の要請に対し、具体的な状況に応じたきめ細やかな、弾力性のある対応を可能にする機能がある。

附款の種類としては、①条件、②期限、③負担*¹、④撤回権の留保の四つに区別されるのが一般である。

では、どのような場合に、どのような内容の附款を付すことができるのか。

まず、行政行為の根拠法に附款を付すことができる旨の規定がある場合には、法律が許容している以上、行政庁は、当然に附款を付すことができる。もっとも、その内容は根拠法の規定に違反してはならない。

また、行政行為の根拠法に附款を付すことができる旨の規定がない場合であっても、行政庁に裁量権が付与されているのであれば、附款を付すこと自体も当該裁量権行使の一態様といえるので、その範囲で附款を付すことができる。もっとも、その内容は、裁量権行使についての一般的な制約に服することになる。具体的には、当該行政行為の根拠法規の目的に反したり*²、法の一般原則である平等原則や比例原則に違反する内容の附款を付すことは許されない。

*¹自動車運転免許は、自動車の運転を許可する行政行為であるが、眼鏡使用等の条件が付されていることがある。この条件が附款に当たり、附款の種類としては「負担」に当たる。負担とは、相手方に特定の義務を命ずる附款である。法令に規定されている義務以外の義務を課することになるが、負担に違反しても行政行為の効力には影響がなく、せいぜいその撤回がなされるにとどまるような場合をいう。

*²たとえば、キャパレー、ゲームセンターなどの風俗営業の許可にあたって、附款でネオンの色を規制することは許されるだろうか。風営法の目的には「清浄な風俗環境」の保持(風営法1条)等も含まれているが、ネオンの色に対する規制は良好な住環境維持の観点によるものであり、風営法の規制目的とは異質の要素を含んでいる。また、風俗営業の許可は理論上の警察許可であり、裁量の余地は大きくない。そうすると、このような附款は風営法の予定するところではないと考えられる。

2. 附款に瑕疵ある場合、どのようにして争うことができるか。

附款も行政行為の一部であるから、公定力を有する。そのため、たとえ違法であっても取り消されるまでは一応有効である。

↓

附款が行政行為の本体と可分である場合は、附款だけの取消しないし無効確認を求める争訟を提起することになる。→附款の付かない行政行為が残る。

これに対して、附款が行政行為の本体と不可分一体の関係にある場合は、附款のみの無効確認・取消を求めるとは許されず、行政行為本体を取り消す必要がある。

↓

行政行為本体と不可分一体か否かの判断

→附款が付かなければ処分がなされなかったであろうことが客観的にいえるのであれば、不可分一体。

第3章 行政裁量

第3 裁量行為の種類

【論点】行政裁量

※法律による行政の原理⇒まずは、**法令違反(法解釈の問題)**を主張する。あくまで本案では法令違反がメインの主張!!。

☆裁量が問題となるステージ

- ①事実認定の段階
- ②法律要件の解釈と事実認定の当てはめ(要件裁量)
- ③手続の選択
- ④行為の選択(効果裁量)
 - ・その処分をするかしないかの決定(する・しないの選択)
 - ・どの処分をするかの決定(処分内容の選択)
- ⑤処分をするときの選択

☆論証

(要件、効果等)については、(行政庁)に、**広い(or一定の)「裁量」が認められる**。なぜなら、～(以下のファクターi～vの認定)。

そのため、(当該処分)を取り消すためには、当該処分が「裁量権の範囲を超え」又は「その濫用があった」ことを要する(行訴法30条)。具体的には、(政治的・政策的裁量の場合)(当該判断要素の選択や、判断過程に合理性を欠くところがないか等を検討し、) **当該判断が重要な事実の基礎を欠くか、又は判断内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り**、裁量権の逸脱又は濫用として違法となると考える。or(専門技術的裁量の場合) **現在の科学技術水準に照らし、～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～が右の具体的審査基準に適合するとした～の判断の過程に看過し難い過誤、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ものとして、違法となると考える(二段階)。

☆裁量認定のファクターについて

- i 権利侵害の有無や程度(ex1. 許可：国民が本来有している権利が問題→裁量を狭める方向。特許：国民が本来有していない権利が問題→裁量を広める方向。ex2. 免職と降任：公務員としての地位を失うか否かという大きな差異がある。)
- ii 制定法の規定の仕方(法の趣旨も含む)
- iii 法的救済の必要性の程度
- iv 政策的・技術的裁量の必要性や程度
- v 司法審査の基準・方法の形成の状況など



cf. 判例の言い回しを覚えるしかない。

①政治的・政策的裁量の場合

ex. 在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていない(ファクターの。+在留期間の更新の許否の判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができないものと考えられる(ファクターiv)。

ex. 国公法は、懲戒処分について具体的な基準を設けていない(ファクターの。+懲戒処分に係る判断は、広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができない(ファクターiv)。

②専門技術的裁量の場合(cf. 用語の問題だが、最高裁は上記の裁量と同様の広汎な裁量を認めたものと誤解されることを避けるために(裁量の内容、裁量が認められる事項・範囲が相当異なる)、「専門技術的裁量」という文言を使っていない。「合理的な判断にゆだねる」という言い方をしている。ただ、実質的には同じ。)

ex. 原発訴訟：多方面にわたる極めて高度な最新の科学的、専門技術的知見に基づく総合的判断が必要(ファクターiv)。

ex. 教科書検定：学術的、教育的な専門技術的判断である(ファクターiv)。

☆逸脱・濫用の審査基準について

①政治的・政策的裁量の場合

(cf. 以下の区別に従って、判例は基準を使い分けているようだが、答案作成上、余裕がない時は簡単に上記規範を書いて、当てはめの中で事案に沿った言い回しをすれば足りると思われる(私見)。)

判例の言い回し

- ・**裁量判断の「結果」に着目した審査基準(裁量がある。**→処分権者と同一の立場に立って本件処分をすべきであったかどうか又は、いかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と本件処分とを比較しその軽重を論ずるべきではない(判断代置を否定)。裁量がないなら判断代置となる。)

i 事実誤認

裁量権の「範囲をこえ」又は「その濫用があった」場合に限り、違法となると考える(行訴法 30 条参照)。具体的には、判断の基礎とされた重要な事実誤認があることによりその判断が重要な事実の基礎を欠くか、又は事実に対する評価が合理性を欠くことによりその判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合に限り、違法。

cf. マクリーン事件判決においては、「全く」事実の基礎を欠くという定式(+妥当性を欠くことが「明らか」であるという定式)を採用しているが、これは外国人の人権が問題となっている事案であるということが影響しているのではないか。このような裁量を広く認めすぎる基準は一般化できないであろう。というのも、本来、事実認定については完全な裁量での司法審査が可能ならずであり、また、行政庁が「全く」事実の基礎を欠いて処分することは通常想定しがたいからである。

ii 目的違反・動機違反、iii 信義則違反、iv 平等原則違反、v 比例原則違反

当該処分が社会通念上著しく妥当性を欠く場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となると考える。

- ・**判断「過程」の審査基準(判断代置にかなり近づく場合がある。**裁判所が考慮すべき事項等をどの程度詳細に判断するかによる。→処分の性質や対応する相手方の人権を考慮して判断することになる。)

vi 他事考慮(何を考慮すべきか、考慮すべきではないかについては、**当該処分の根拠法令の趣旨から判断すべき。**)

ex. 考慮すべき事項を考慮せず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠くことにより、当該判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合には、裁量権の逸脱又は濫用として違法となると考える(エホバの証人剣道実技拒否事件参照)。(←信仰の自由という基本的人権にかかわることを考慮して詳細に判断)

ex. 本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考量を尽くさず、または本来考量に容れるべきではない事項を考量に容れ若しくは本来過大に評価すべきではない事項を過重に評価し、これらのことによりこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして違法となる(日光太郎杉事件東京高裁判決参照)。

②専門技術的裁量の場合

裁量判断の「結果」に着目した審査基準

なし。なぜなら、専門技術的な判断自体の妥当性を裁判所が審査することは困難だからである。司法審査の密度は、往々にして希薄なものにならざるを得ない。

判断「過程」の審査基準(政治的・政策的裁量の場合と異なり、判断過程をみていくしかない)

ex. 原発訴訟：現在の科学技術水準に照らし、右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難い過誤、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ものとして、違法。(①のように「著しい」不合理があるか否かに限定されていない。)

ex. 教科書検定：教科用図書検定調査委員会判断の過程に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や、旧検定基準に違反するとの評価等に看過し難い過誤があつて、文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、違法。

第4章 行政上の強制手段

第2 行政強制

【論点】民事法上の強制執行と行政法上の強制執行の関係

行政上の義務を司法裁判所の下で実現させる、司法的執行の方法を取ることは許されるか。

1. 個別法に特別の規定がある場合（行政上の強制執行ができる場合）

例えば、農業共済組合連合会が、農業共済組合に対して有する農業共済保険料及び賦課金の債権（法律上行政上の強制徴収が認められていない債権）を保全するため、農業共済組合が組合員に対して有する共済掛金等の債権（法律上行政上の強制徴収が認められている債権）を代位して、組合員に対し共済掛金等の支払を求める民事訴訟を提起した場合のように、行政庁が、法律が行政上の強制徴収手続を定めている公法上の金銭債権について、この手続によらないで、裁判所に民事上の強制執行手続を求めることができるか。

この点について、法律が行政上の強制徴収手続を定めているのは、行政庁に特権を付与する趣旨にすぎないとすれば、行政庁は、この特権を放棄して、民事上の強制執行手続を求めることができるとも思える。

しかしながら、法律が行政上の強制徴収手続を定めている趣旨は、債権の公共性、大量反復性に鑑み、行政権に特権を付与する趣旨にとどまらず、行政庁が強制徴収手続という簡易迅速な手段を利用することにより裁判所の負担を軽減する点にあると解する。そうだとすれば、法律が簡易迅速な強制徴収手続を用意している以上、行政庁が、これによることなく、民事上の強制執行手続を選択することは許されないと解するのが法の趣旨と合致する（バイパス理論）。

したがって、法律が公法上の金銭債権について行政上の強制徴収手続を定めている場合には、行政庁が民事上の強制執行手続を求めることはできないと解する。

2. 個別法に特別の規定が無い場合（行政上の強制執行ができない場合）

X市の市長が、条例（なお、この条例には特別の義務履行確保手段がない）に基づき、市内にパチンコ店を建築しようとしているYに中止命令を発したが、これに従わなかった場合に、XはYに対して工事中止の履行を求める民事訴訟を提起できるか。（不作為義務⇒代執行罰。執行罰、直接強制は、法律がないこと、条例では定められないことから×。秩序罰??⇒地方自治法14条3項で○だが、条例でなかったし、一度支払えばそれで終わり（制裁なので）。

この点について、判例は、行政主体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものではないことから、「法律上の争訟」（裁判所法3条）に当たらないとして、これを否定する。（背景：行政主体は行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できるのだから。）

しかし、「法律上の争訟」を、自己の権利利益の保護救済を目的とするものに限定することは、行政上の義務履行確保の手段が不十分な現行法の下においては、妥当な解釈といえない。また、行政行為に対して名あて人たる私人が提起する取消訴訟は法律上の争訟とされるにもかかわらず、行政上の義務履行確保のために行政主体が提起する訴訟は法律上の争訟に当たらないとする解釈は、バランスを欠く（＝片面的な法律上の争訟概念がどこから導かれるのか不明）。（そもそも、法律関係に関する具体的な紛争が生じ、それが法令の適用によって終局的解決が可能であれば、それは最終的に裁判所で解決されるというのが司法国家の原理原則である。）したがって、行政上の義務履行確保を求める訴訟も「法律上の争訟」に当たると解する。

よって、XはYに対して工事中止の履行を求める民事訴訟を提起できる。

【論点】建物の使用許可の取消と物の搬出の代執行

建物の使用許可を取り消した場合、建物の使用関係は終了し、使用者に建物明渡義務が生じる。

しかし、代執行により履行の確保される行政上の義務は、作為義務のうち、代替的なものに限られ（行政代執行法2条）、建物の明渡ししないしは立退きのような非代替的作為義務は含まれない。よって、明渡義務については強制できない。

そして、明渡義務については代執行ができないにもかかわらず、付随する義務である搬出を代執行できるとすれば、実質的に明渡しを強制することになり、法の趣旨に反する。よって、物の搬出について、代執行はできない。強制執行するためには、建物の所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権を行使することになる。

【論点】「戒告」（行政代執行法3条1項）の処分性

思うに、戒告は、代執行手続の一環をなし、代執行が行われることをほぼ確実に示すものであるから、国民の権利利益に重大かつ具体的な影響を与えると見える。また、代執行の段階に入れば、直ちに執行は終了するので、もはや争うことができなくなる。

そこで、戒告段階で争わなければ保護が十分図れない以上、戒告には処分性が認められると解すべきである。

【論点】事前の告知の要否

たしかに、人権保障の観点からは、事前の告知・理由告知があった方が望ましい。

しかし、行政調査が事前に告知されると行政目的が達成されない場合が生じる。

そこで、行政調査に際し事前の告知をするか否かは、調査の必要性がある場合には、社会通念上相当と言える限り、行政庁の裁量に委ねられていると解する。

【論点】行政調査の違法と処分の違法

1 行政調査の瑕疵の有無

(1) 憲法上の規定の適用について

ア 憲法38条1項による保障は、(純然たる刑事手続のいばかりではなく、それ以外の手続においても、)実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解する(川崎民商事件判決：百選I 106事件)。

所得税法上の質問検査：当たらない。→黙秘権の保障は及ばない(供述を強制する条項は合憲。供述を強制しても行政調査は適法)。

国税犯則取締法上の犯則調査手続：当たる。→黙秘権の保障が及ぶ(供述を強制する条項は違憲。供述を強制する行政調査は違法)。

イ 憲法35条1項による保障についても、上と同じ。

当たる場合には、令状を要求しない条項は違憲、令状なく搜索・差押えをする行政調査は違法となる。

(2) 犯罪捜査との関係について

ア 行政調査は、所定の行政目的達成のためにのみ認められるものである以上、(犯罪の証拠資料を取得収集し、保全するためなど、)犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使することは許されないと解するのが相当である。

しかし、行政調査権を行使するに当たって、取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、そのことによって直ちに、上記行政調査権限が犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使されたことにはならないと考える。(百選I 108事件)

イ 当てはめ

2 行政調査の瑕疵と行政行為の瑕疵の関係について

もともと、上記のように行政調査に瑕疵があっても、その行政調査の違法が行政行為の違法を構成するかについては別途検討を要する。

この点、行政調査は行政活動の前提となる情報収集として行われるものであり、**行政処分とは別個独立のものであるから、原則として調査の違法は行政処分の違法を招来しない。**

もともと、**行政処分が行政調査を前提になされることが規定されている場合**、行政調査と続く行政処分は一連の手続を構成しているといえる。そこで、かかる場合、行政調査に違法があれば、**適正手続の見地から、続く行政処分も違法**となると解する。

第5章 その他の行政活動の形式

第2 行政契約

【論点】「正当の理由」（水道法15条1項）の意義

この点、水道法の趣旨は、都市環境の整備を図ろうとすることであり、都市環境を害するものをチェックすることを含むものではない。また、水道は生活に不可欠なライフラインであるから、給水拒否という権限発動は限定すべきである。

よって、「正当の理由」とは、水道事業者の正常な企業努力にも関わらず、給水契約を拒まざるをえない理由を指すと言うべきである。

すなわち、原則として、事業の運営上給水困難な場合や水道料金を支払わない場合に限り、給水契約の申込みを拒否すべきである。もともと、例外的に、①公序良俗その他一定の違法な状態があり、②給水拒否しても生活に支障がない場合には、「正当な理由」があると考えられるべきである。

【論点】公害防止協定

1. 公害防止協定の法的性質をいかに解すべきか。

この点、法律や条例に基づいて一律に実施されるべきであり、これを超える規制を公害防止協定によって事業者に対して加えることは、法律による行政の原理に違反するとして、一種の紳士協定に過ぎないとする見解がある。

しかし、公害の防止等を目的とする法令が定める規制措置は、一般的には、環境の保全や住民の生命・健康の維持という観点からの必要最小限の規制であると考えられ、事業者が、地方公共団体との間の個別の合意により、法令が定める規制を超える義務を負うことを排斥する趣旨を含むものではないと考えられる。そうすると、このような趣旨の合意に法的拘束力を認めても、法律による行政の原則に反することにはならない。

したがって、公害防止協定は法的拘束力を有し得る契約であると解するのが相当である。

2. そして、公害防止協定は、行政目的の手段であり、住民の住環境の保全という公共の利益の保護を目的としている点で、私的な財産上の利益の保護・調整を目的とする民事法の妥当範囲を超えるものであると解されるから、行政契約であると解するのが妥当である。

3. なお、契約としての法的拘束力を有するか否かは、通常の契約解釈と同様に、①当事者が法的拘束力を持たせる意思で当該条項を定めたか否かや、②契約内容の一般的有効要件を満たすか否かを、個別具体的な公害防止協定中の個々の条項ごとに、種々の事情を総合的に勘案して判断すべきである。

第6章 行政手続法

適正手続4原則

行政手続における適正手続4原則とは、①告知・聴聞（行手法15条以下、29条以下）、②文書閲覧（行手法18条）、③理由の提示（行手法8条、14条）、④処分基準の設定・公表（行手法5条、12条）である。以下、各原則につき詳述する。

①告知・聴聞とは、事前に相手方に処分内容及び理由を知らせ、その言い分を聞くことをいう。告知・聴聞の趣旨は、処分の適法性及び妥当性を担保することによって、公権力による侵害から国民の権利利益を保護する点にある。

②文書閲覧とは、聴聞に際して、処分の相手方が当該事案に関する行政側の文書等を閲覧することをいう。文書閲覧の趣旨は、文書閲覧により、いかなる証拠によって処分理由が基礎付けられているかを処分の相手方が知ることにより、聴聞の段階での確かな意見を述べることを可能にさせる点にある。このことから、文書閲覧は聴聞を実質化するものといえる。

③理由の提示とは、行政処分をする際に、その理由を処分書に付記して相手方に知らせることをいう。理由の提示の趣旨は、処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制し、処分の理由を相手方に知らせて不服申立ての便宜を与える点にある。

④処分基準の設定・公表とは、行政庁が処分をする際の基準を設定し、これを事前に公表しておくことをいう。処分基準の設定・公表の趣旨は、当事者に予測可能性を与えるとともに、行政決定の恣意・独断を防ぐ点にある。

【論点】理由提示（行手法8条）の程度

行政庁は、申請に対して拒否処分をする場合や不利益処分をする場合には理由を示さなければならない（行手法8条、14条）。では、どの程度の理由を提示しなければならないか、行手法上明らかでないため問題となる。

この点について、行手法8条、14条の趣旨は、①処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、②処分の理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を与えることにある。

このような趣旨を十全化するべく、理由提示の程度は、特段の事情がない限り（＝根拠規定を示すことによって当該規定の適用の基礎となった事実関係をも当然知り得るような場合）、いかなる事実関係に基づき、いかなる法規を適用して当該行政処分をしたのかを、被処分者において提示された理由自体から了知し得るもの（＝推知できるかは無関係）でなければならない。

備考：パスポートの発給拒否処分の際に、その理由として根拠条文のみを示した（「旅券法〇条に当たる」とのみ理由付記した）との事案において、判例（最判昭60.1.22）は、上記結論のように述べた上で、理由付記として不十分である旨述べている。

第3 申請に対する処分に関する手続

【論点】受理概念の否定

思うに、行手法7条は、行政指導に従わない相手方に対して申請の拒否がなされることが多かったため、このような行政運営を排除して行政運営の公正を図る観点から、申請の到達により行政庁に審査義務が生じるとしている。とすれば、行政手続法は、このような審査義務に対応する申請権を保障していると解する。

この場合、不作為の違法確認の訴えや、義務付け訴訟を提起することが考えられる。また、国賠訴訟を提起することもできる。

第4 不利益処分手続

【論点】文書閲覧拒否処分に対する抗告訴訟の可否

1. 文書閲覧拒否処分については明文で不服申立てが制限されている(行手法27条)。とすれば、かかる処分については抗告訴訟も提起できないのではないか。

思うに、被処分者については、後続の不利益処分に対する抗告訴訟の中でこれを争う機会があるし、仮に独立して不服申立てを認めると紛争の複雑化・手続の遅延を招くおそれがある。

行政手続法27条はこれらの点を考慮して、不服申立てを制限しているのである。

そうすると、この趣旨は抗告訴訟の提起にも当てはまるということができる。

したがって、文書閲覧拒否処分については抗告訴訟も提起できないと解すべきである。

2. 一方、第三者が文書閲覧許可処分を抗告訴訟で争うことは可能か。

思うに、同法27条の根拠は不服申立てを制限しても被処分者の権利保護は図り得る点にある。ここに、第三者は後続の不利益処分の中でこれを争うことは不可能であるから、同条の趣旨が妥当しない。また、プライバシー侵害を防止するという観点から、抗告訴訟の提起を認めるべきである。

したがって、第三者は文書閲覧許可処分を抗告訴訟で争うことができると解する。

第5 行政指導手続

【論点】行政指導の違法性

行政指導と法律の根拠の要否

行政指導には法律の根拠が必要か。

この点について、行政指導は、相手方の任意の協力を前提とする事実行為にすぎない。したがって、行政指導には法律の根拠は不要である。

このような見解に対しては、少なくとも、相手方の活動を規制することを目的として行われる行政指導（規制の行政指導）については、実質的には権力的な規制がなされる場合と変わらないのだから、法律の根拠を必要とするとの批判も考えられる。

しかしながら、法律の根拠を必要とすると、法律の不備、欠陥を補って臨機応変に行政需要に対応できるという行政指導のメリットが失われてしまう。よって、規制の行政指導に関しても、法律の根拠は不要である。

行政指導の限界の判断基準

行政指導に対する相手方の態度

- | |
|--|
| <p>①積極的に応じる場合：適法</p> <p>②いやいや応じる場合：グレーゾーン</p> <ul style="list-style-type: none">・当初はいやいや応じていたが、途中で拒絶の意思を表明した。それにもかかわらず、行政指導を継続された。（品川マンション事件）・拒絶の意思を表明することなく、しぶしぶ応じる。（武蔵野開発負担金事件）・後に制裁を加えられる。（武蔵野マンション事件等） <p>→ 水道法 15 条 1 項の解釈問題。百選 95 事件と 96 事件を対比しておく。</p> <p>③当初から明確に拒絶している場合：違法（行手法 32 条 1 項）</p> |
|--|

論証

1 国賠訴訟の場合

- (1) 処分の留保(不作為)に対して拒絶の意思を表明したにもかかわらず、留保を継続され損害が生じた場合 (cf. 品川マンション事件の事案)

本件行政指導を理由とした処分の留保によって損害が発生しているため、国賠訴訟を提起することが考える。そこで、本件行政指導の適法性が問題となる。

ア まず、本件のように(法的拘束力を有しない)指導要綱のみに基づく行政指導が適法か、行政指導の法律の根拠の要否が問題となりうるが、法律の根拠は不要であると考える。なぜなら、このように考えなければ、新しい行政需要に機敏に対応し法の不備を補いながら臨機応変に行政目的の実現を図るという行政指導の機能を全うすることが困難となるからである。

イ では次に、行政指導を理由に処分を留保することができるか、できるとしてもその限界をいかに解するかが問題となる。

そもそも、前述した新しい行政需要に臨機応変に対応するという行政指導の機能を全うするには、直ちに処分をせずに留保することも認める必要がある。(そこで、たとえ相手方が処分の留保につき任意に同意していても、社会通念上合理的と認められる期間内であれば、行政指導を理由として処分を留保したこと自体をもって違法な行政指導であるということとはできないと考える。)

もっとも、行政指導はあくまで相手方の任意の協力・服従の下に行われるものであるから(行手 32 条 1 項)、行政指導に基づく処分の留保も事実上の措置にすぎない。(そうである以上、相手方の明示の意思に反して処分の留保の受忍を強いることは許されないといわなければならない。)そこで、相手方の明示の意思に反して処分を留保することは、相手方の行政指導に対する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が存在しない限り、認められないと考える。

これを本件についてみると…

- ・明示の意思があること

→ 協議の進行状況及び四囲の客観的状況により、相手方が行政庁に対して、許可が留保されたままでの行

政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるか否か

・特段の事情が存在しないこと

(2) 処分の留保(不作為)に対して拒絶の意思を表明せず、しぶしぶ従った後に争う場合(cf. 武蔵野市開発負担金事件の

事案)

本件行政指導を理由とした処分の留保によって損害が発生しているため、国賠訴訟を提起することが考える。そこで、本件行政指導の適法性が問題となる。

ア 法律の根拠の要否

→ 不要(前述)

イ もっとも、行政指導はあくまで相手方の任意の協力・服従の下に行われるものであるから、行政指導の内容を強制することはできない(行手32条1項)。そこで、本間の行政指導はその限界を超え国賠法上「違法」ではないか、行政指導に対する任意性の判断基準が問題となる。

(ア) この点について、相手方の主観に着目し、行政指導にもはや協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明したかどうかによる見解がある(主観説)。

しかし、客観的状況次第ではもはや上記のような意思の表明ができない場合もありうる。このような状況下においては、相手方の意思の表明を待つまでもなく行政指導が違法になる場合を認めるべきである。

そこで、任意性の判断に当たっては、相手方の対応(真摯かつ明確な意思表示)に限らず、指導要綱の内容、運用の実態、行政指導に当たる職員の対応等を諸般の事情を総合して判断すべきである(客観説 or 折衷説)。

(イ) 当てはめ

・指導要綱の内容

→ とりわけ制裁措置の有無・内容(ex. 公表、建築確認の留保、水道の給水拒否等)・性質(ex. 適法なものかどうか、制裁措置が執られた場合の影響、それに対する対応手段の有無など)等

・運用の実態

→ ex. 今まで従わなかった人がいないくらい定着した運用であったか等

・行政指導に当たる職員の対応

→ ex. 任意の協力であることを認識したうえで行政指導をするという姿勢が窺われたか等

cf. 処分の留保がされたわけではないため、任意性の有無が直接問題となる。

cf. 品川マンション事件は折衷説?→基本的には建築主の意思表示の有無に着目しているという意味で主観説に基礎を置いているが、同時に特段の事情を認定するにあたり、建築主の受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性の比較考量を要求し、客観的な要素も加味している。

しかし、武蔵野市の事件のように開発負担金の納付を求める行政指導においては、通常やむなくこれを納付した後に違法性が争われるため(明示の意思表示がない場合が多い)、品川マンション事件判決の基準では不十分。

2 不作為の違法確認訴訟+義務付け訴訟の場合

(1) 不作為の違法確認訴訟

同訴訟の本案要件は、①「相当の期間」が経過しても、②「なされるべき処分がなされない」ことの2つである(行訴法3条5項)。本件で問題となるのは①の該当性である。

ア この点、「相当の期間」の経過の有無は、当該処分をなすに通常必要とする期間を基準として判断すべきであると考え。そして、右期間を経過した場合には原則として違法となるが、それを正当とするような特段の事情がある場合には例外的に適法となると考える。

イ これを以下本件について当てはめる。→正当化する特段の事情の有無

適法な行政指導を理由に処分の留保を行うことが上記特段の事情にあたるか。

(ア) そもそも、～。そこで、～社会通念上合理的と認められる期間内であれば～許されると考える。

(イ) もっとも、行政指導はあくまで相手方の任意の協力・服従の下に行われるものであるから(行手32条1項)、行政指導に基づく処分の留保も事実上の措置にすぎない。そうである以上、～。そこで、～相手方の行政指導に

対する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が存在しない限り、認められないと考える。

これを本件についてみると…

(ウ) なお、本件のように(法的拘束力を有しない)指導要綱のみに基づく行政指導が適法か、行政指導の法律の根拠の要否も問題となりうるが、法律の根拠は不要であると考え。なぜなら、～。

(2) 義務付け訴訟

すべての要件の該当性+効果裁量なし

【論点】 手続の瑕疵と行政行為の効力

手続的瑕疵が処分の無効・取消事由となるか。

- (1) 確かに、公正な手続があつてはじめて適法な行政処分が成り立つという考えを貫徹すると、行政効率が害される。一方で、行政手続は実体的に正しい内容の決定を担保する手段にすぎないという考えを貫徹すると、行政庁に手続的義務を課す意味が著しく失われてしまう。
- そこで、(行政効率確保の要請と適正手続の要請の調和の観点から、)手続の瑕疵が結果に影響を及ぼす可能性がある場合か、そうでなくても瑕疵が重大な場合には、処分の無効・取消事由になると考える。
- (2) 当てはめ
- ex. 理由が付記されていない場合、もしくは付記の程度が不十分な場合→瑕疵が重大といわざるを得ない。(行政庁の行為義務を明確に定めた適正手続4原則も同様に)

第6 届出

【論点】「申請」（行手法2条1項3号）と「届出」（同条項7号）の区別

両者の区別は、前者が行政庁に内容審査権があり、諾否の応答をすべきとされているのに対し、後者は行政庁に内容審査権がなく、諾否の応答も予定されていない点にある。

とすれば、両者の区別は、行政庁に内容審査権があり、諾否の応答が予定されているか否かによってなされるべきと解する。

【論点】「届出」の不受理

届出は「形式上の要件に適合している」限り、「事務所に到達」したときに、届出義務が履行されたことになる（行手法37条）。同条により、受理概念は否定されている。

そこで、届出人は、届出義務の履行ないし届出の存在を前提とする法律上の地位の確認を求める公法上の当事者訴訟（行訴法4条後段）を提起すべきである。

※「事務所に到達」

→事務所に物理的に到達し、行政庁の支配領域に入ったこと

→行政機関が受領印等により、受領を確認する意思表示をすることは不要

不服申立適格

行訴法は取消訴訟の原告適格に関する明文規定を置いている（行訴法9条）が、行審法は、不服申立適格について単に「不服がある者」（行審法4条1項）とのみ規定しているため、どのような者に不服申立適格が認められるかが問題となる。

この点について、**行審法1条1項**は法の趣旨として「簡易迅速な手続による**国民の権利利益の救済を図る**」と規定していることから、行審法は、主観争訟すなわち私人の権利利益に関する紛争を解決するために立法化されたものと考えられる。そうであるとするれば、**行審法上の不服申立適格についても、同じく主観争訟たる取消訴訟の原告適格と同様に解釈すべきである。**＝目的が同じ

したがって、「不服がある者」とは、当該処分について不服申立てをする法律上の利益がある者、すなわち、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いうと解する。

なお、法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保護されている利益をいう。それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果、たまたま一定の者が受けることになる反射的利益とは区別される。

第3篇 行政救済法

第3章 行政事件訴訟法

第2 取消訴訟

審査請求前置の意義 (百選 189 事件)

審査請求前置主義 (行訴法 8 条 1 項ただし書) が採用されている場合において、適法な審査請求を裁決庁が誤って不適法として却下したときには、審査請求前置の要件を満たしていると解すべきか。満たしているとすれば、原告としては、改めて審査請求することなしに取消訴訟を提起することができるため問題となる。

確かに、適法な審査請求を裁決庁が誤って却下した場合には、理論的には審査請求や裁決を経たことにはならないので、審査請求前置の要件を満たさないようにも思われる。

しかし、審査請求前置が要求されるのは、行政処分に対する司法審査に先立って、当該処分の当否について、行政庁に反省の機会を与えることにより、行政の自主的解決を促すところにある。そうであれば、行政庁は自らの過誤により自制機能を果たしていないのであるから、原告に対しさらに改めて審査請求を行うことを要求することは、適法な審査請求をした原告の負担において行政庁の過誤を救済することになり、不合理である。

よって、適法な審査請求を裁決庁が誤って不適法として却下したときには、審査請求前置の要件を満たしていると解すべきである。

備考：本件とは逆に、不適法な審査請求に対して、行政庁が却下することなく誤って受理し、裁決をした場合には、審査請求に対する裁決には該当しないとして、審査請求前置の要件を満たさないとされる (最判昭 48. 6. 21)。

+

不服申立前置を果たしたというのは、適法な不服申立てを経たことをいい、不服申立てが不適法で却下されたときには、不服申立てを前置したことにはならない。

ただし、適法な審査請求が行われたにもかかわらず、審査庁が誤って不適法却下した場合には、審査庁は処分について再審査の機会が与えられていながらそれを適切に行使しなかったのであるから、この場合には審査請求を経たものと解するのが合理的である。

(3) 処分の取消訴訟と裁決の取消訴訟

【論点】原処分主義と裁決主義

原処分主義とは、原処分の取消訴訟と裁決の取消訴訟の双方を提起できる場合、裁決の取消訴訟では原処分の違法を主張できず、裁決固有の瑕疵のみを主張し得ることをいう (行訴法 10 条 2 項)。原処分主義の趣旨は、原処分の取消訴訟と裁決の取消訴訟とにおいて審理判断事項の重複を避けるため、原告が主張できる違法事由を制限することにある。cf. . 裁決主義(処分に対する審査請求の裁決に対してのみ取消訴訟が提起できるという仕組み)

1. 全部棄却裁決

(1) 裁決庁が不当の審査を行わなかったことが裁決固有の瑕疵と言えるか

思うに、裁決庁が不当について審査しなかったことを裁決の取消で主張できるとすると、判決の矛盾抵触を避けるという原処分主義の趣旨に反する。よって、裁決固有の瑕疵とは言えない。

(2) 原処分と異なる理由で、裁決庁が原処分を維持する裁決を行った場合、裁決の取消訴訟において、裁決庁の理由が違法であることを主張できるか。

原処分と異なる理由を裁決庁が付記したことが裁決固有の瑕疵と言えるか、問題となる。

思うに、異なる理由でも原処分を正当とした結論は同じであるし、判決の矛盾抵触を避けるという原処分主義の趣旨からすれば、同一理由による棄却裁決と区別する理由はない。

よって、裁決庁が異なる理由で原処分を維持した場合であっても、かかる理由付記の違法は、裁決固有の瑕疵とは言えず、原処分の取消訴訟において主張されなければならない。

2. 一部棄却裁決

不服申立てについて、その一部を理由ありとして、残部についてのみ棄却裁決を行った場合、残部を争う場合、原処分主義の適用はあるか。

裁決の一部棄却部分は、一部につき原処分を維持する裁決であり、その限りで原処分は存続していると考えられるか

ら、棄却裁決部分の取消訴訟については原処分主義の適用があると解すべきである。よって、裁決棄却部分の取消訴訟において、原処分の違法を主張することはできない。

3. 修正裁決

営業免許の取消処分が上級行政庁の裁決によって有期の営業停止に変更された場合（行審法 40 条 5 項参照）、この修正裁決に不服がある者は、原処分と裁決のどちらの取消訴訟を提起すべきか。（この場合にも原処分は存続しており、原処分の違法は原処分の取消訴訟においてのみ主張することが許されるという原処分主義（行訴法 10 条 2 項）が適用されるか、それとも修正裁決により原処分は消滅しており、裁決の取消訴訟において主張しなければならないかが問題となる。）

この点について、修正裁決は原処分の取消し及び新処分であるから、その内容の瑕疵は裁決固有の瑕疵といえ、裁決の取消訴訟を提起すべきとする見解がある。＝原処分はもはや存在しない

しかしながら、処分権限発動の審査と、処分の種類・量定の選択の審査は区別されるどころ、後者の段階でなされる処分の法律効果の修正は原処分の存在を前提としているから、修正裁決を新たな処分と考えることは妥当でない。

そもそも、修正裁決は、処分権者の権限発動の意思決定そのものについてはこれを承認した上で、処分権者が選択、決定した処分の種類及び量定の面について、その適法性及び妥当性を判断し、上級行政庁の裁量により処分権者の意思決定の内容に変更を加えるものである。そうだとすれば、原処分は当初から修正裁決による修正どおりの法律効果を伴う処分として存在していたものとみなされる。

したがって、修正裁決の瑕疵は、原処分固有の瑕疵といえ、原処分主義が適用される。よって、修正裁決に不服のある者は原処分の取消訴訟を提起すべきである。

(2) 処分性

【論点】 処分性

「処分」とは、（行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するのではなく、）公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち(①公権力性)、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(②直接・具体的法効果性)をいうと解される。

↓（判例の当てはめをしっかりと読むこと！）

① 公権力の主体（私人間でも行われるような行為を排除→ex. 対等当事者間の契約上の行為とみることができる場合など）

- i 優越的地位の発動として
 - ii 一方的に
- } このような仕組みが法律上規定されているか？

② 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

当該行為によって国民の法的地位に直接かつ個別具体的な変化が生じているか
→これが法律上認められているか？

↓以上①②の点が…

・形式的にみて法律上明らか？

↓明らかでない…

・実質的にみて、「当該行為が取消訴訟の対象となる処分であると窺わせるような規定や仕組み」を根拠法令が持っているか？

→法律全体の構造を意識

→条文の文言が、国民の権利義務の形成等を予定していると解されるものか（取消訴訟の対象とする立法者意思の有無）。

ex. 当該行為に関し、手続、基準ないし要件、通知等の規定の有無、不服申立て及び争訟の規定の有無、義務の履行確保につき行政上の強制執行や行政罰を置いているか。

③行政上の必要性に基づく拡大

関連する法令をも含めて法令の仕組みを全体的に解釈し、その行為を含む行政過程全体の中でその行為がどのような法的効力をもつか、簡単にいえば、当該行為を争う途を残しておかなければ国民の権利救済にかけるかどうかを検討すればいいと思われる。

i 複数の行為が一連の手続過程を構成している場合

→ 法的効力が確定的に発生しているのはどの段階か

→ 実質的な要件充足・不充足の判断がなされているのはどの段階か

→ 最も効果的な救済を得られるのはどの段階か

ii 複数の行為が関連し合っている場合

→ 当該行為それ自体は行政処分¹の性質を有しない数多くの行為が普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしているとともに、これらの行為が相互に組み合わせられることによって一つのメカニズム(仕組み)が作り上げられ、このメカニズムの中において各行為がその一つ一つを見たのでは把握しきれない新たな意味と機能をもっているか。
(後続処分との相当程度確実な連動、後続処分の不利益性の深刻度など)

(具体例1：戒告)

戒告の取消訴訟(行訴法3条2項)を提起することが考えられる。そこで、まず、戒告が同条項にいう「処分」にあたるかが問題となる。

(1) ここで、「処分」とは、(行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するのではなく、)公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、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と解される。

(2) 本件についてこれを見ると、確かに、戒告それ自体は国民に新たな義務を賦課するものではない。

しかし、代執行手続における戒告は、代執行の前提要件として行政代執行手続の一環をなしており、また、代執行の行われることをほぼ確実に示すものである。そうすると、名宛人は、戒告によって、代執行を受けるべき地位に立たされるものといえる(その意味で、その法的地位に直接的かつ具体的な影響が生ずるものといえるべきである)。

また、代執行の段階に入れば多くの場合直ちに執行は終了し、代執行の段階で実効的な救済を求めることは困難である以上、戒告の段階で取消訴訟を認める必要性が高い。

(3) 以上のように行政代執行法の仕組みを全体的に考察すると、戒告は「処分」にあたるというべきである。

(具体例2：行政計画)

<土地区画整理事業の事業計画決定の処分性> 最判平 20. 9. 10 平成 20 年度重判 4 事件

土地区画整理事業計画決定は行訴法3条2項にいう「処分」にあたるか。

(1) 規範

(2) 本件についてこれを見ると、いったん事業計画の決定がされると、所有者等への影響が一定限度で具体的に予測可能になり、また、特段の事情のない限り当然に換地処分が行われることになる(not「青写真」)。(そして、その決定の公告がなされると、事業計画決定に基づく事業の施行の障害となる事態を防止するための種々の法律上の制限が、換地処分の公告がある日まで継続的に課され続ける。)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、(前記のような規制を伴う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(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る)(not「付随的効果」)。

さらに、当該換地処分等を対象として取消訴訟を提起することができるが、既に工事等が進められている換地処分等の段階では、事業全体に著しい混乱をもたらしかねないことを理由に事情判決(行訴法31条1項)がされる可能性が相

当程度あるのであり、宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとは言い難い。(そうすると、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された段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めたことに合理性があるというべきである。)(not「事件の成熟性を欠く」)

(3) 以上の事情を考慮すると、事業計画決定は「処分」にあたるというべきである。

<第二種市街地再開発事業計画>

第二種市街地再開発事業計画の決定は、行訴訟3条2項にいう「処分」にあたるか。

(1) 規範

(2) これを本件についてみると、**第二種市街地再開発の決定がなされると、その公告の日から、土地収用法上の事業の認定と同一の法律効果を生ずるものであるから、市町村は、右決定の公告により、同法に基づく収用権限を取得するとともに、その結果として、施行地区内の土地の所有者等は、特段の事情のない限り、自己の所有地等が収用されるべき地位に立たされることになる。**(not「青写真」、not「付随的」)

しかも、この場合、都市再開発法上、施行地区内の所有者等は、**公告があった日から起算して30日以内に、その対償の払渡しを受けることとするか又はこれに代えて建築施設の部分の譲受け希望の申出をするかの選択を余儀なくされる**のである。

そうすると、第二種市街地再開発事業計画の決定は、施行地区内の土地所有者等の**法的地位に直接的な影響を及ぼす**ものである。

(3) よって、当該決定は、「処分」にあたる。

<都市計画法上の用途地域指定等のいわゆる「完結型」土地利用計画決定の処分性>

用途地域指定の決定は、行訴訟3条2項にいう「処分」にあたるか。

(1) 規範

(2) これを本件についてみると、確かに、当該決定がなされると、当該地区内の土地所有者等に**建築基準法上新たな制約が課されることになるが、かかる効果は、(あたかも新たに右のような制約を課す法令が制定された場合におけると同様の)当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎない。**(このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があったものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。)(→cf. 種々の法律上の制限を伴う点においては土地区画整理事業計画と同様であるが、平成20年判決の処分性肯定の理由づけは、これには直ちに当てはまらないと解されている。やはり用途地域指定が「完結型」である点はその理由ではないか。つまり、平成20年は後続の具体的な換地処分の効果を考慮して事業計画決定の効果の具体性を基礎づけているが、完結型計画の場合は、換地処分のような後続事業を予定していないため、効果の具体性を基礎づけることが困難であると思われる。その意味で、完結型計画の決定は、一般処分の性質を有すると思われる。)

また、上記制限に違反することを理由に建築等の実現を阻止する**行政庁の具体的処分をとらえ、**地域指定が違法であることを主張して右処分の**取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、格別不都合は生じない。**(cf. 完結型の場合には、後続事業が予定されていないため、土地区画整理事業計画の場合のように、事業計画に従い工事等が進み具体的処分がなされた段階で取消訴訟の途を残しても権利救済として十分ではないということにはならない。)

(3) よって、用途地域指定の決定は、「処分」にあたらぬ。

【論点】 労災就学援助費の支給決定 (最判平成15. 9. 4)

1. 公権力性

Q 法律及び規則に処分要件が明確に定められておらず、通達によって支給決定をしていた。

→通達又は要綱のみに根拠を有する給付行政(いわゆる通達行政)については、その給付が申請とこれに対する決定

という形式で行われていても、処分性は否定されるから、権力性があるのか。

A 法の仕組みを解釈すれば、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているものと解することができる

→行政機関と申請者の意思表示の合致(私法契約)でなく、行政機関の一方的判断に基づいてなされるもの(=権力的な行為)である。

2. 直接・具体的法効果性

Q 法律の要件を満たした場合に支給を受けることができるという地位を獲得する

→労働基準監督所長のする支給・不支給の決定は事実上のものにすぎず、「法律上認められている」と言えるのか(単なる確認に過ぎないのか)

A 労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備していることの確認を受けなければならず、労働基準監督署長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。

【論点】食品衛生法違反通知事件(最判平成16. 4. 25)

※食品等の輸入届出(法16条)

→食品衛生法違反通知書交付(検疫所長)=食品等輸入届出済証の不交付

→輸入申告書の不受理(税関長)

→不許可

※本件原告は食品衛生法違反通知書交付を「処分」と見て争った。

Q 「食品衛生法違反通知が、法令に直接の根拠を有するものではなく、その内容も検査結果の通知とその結果が法に違反する場合に輸入者のとるべき措置を事実上指導するものにすぎず、同通知がなされれば、その後に輸入の許可が与えられない可能性が極めて高くなるものの、税関長は…輸出入の条件が具備されているか否かの最終的な判断権限を有しており、同通知が関税法70条2項による税関長の輸出入の条件が具備されているか否かの判断を法的に拘束する関係にはない」(第一審、原審の判断)

A 食品衛生法16条の届出義務

→厚生労働大臣に対して輸入届出に係る食品等が法に違反するかどうかを認定判断する権限を付与し、更に厚生労働大臣が輸入届出をした者に対しその認定判断の結果を告知して応答すべきことを定めている(=実際には、厚生労働大臣から委任を受けた検疫所長が食品衛生法違反通知書交付又は食品等輸入届出済証の不交付を決定)

→法律の根拠あり

↓その上で

関税法70条2項にいう「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」とは、食品等の輸入に関して言えば、食品衛生法16条の規定による輸入届出を行い、法の規定に違反しないとの厚生労働大臣の認定判断を受けて、輸入届出の手続を完了したこと(=食品等輸入届出済証によって証明)を指し、その確認を受けなければ、関税法70条3項の規定により、当該食品等の輸入は許可されない(=法的効果が発生する)。

※反対意見は輸入申告書の不受理の段階で争えば足りるとする。

【論点】登録免許税還付許可(最判平成17. 4. 14)

※登録免許税法31条1項→登記機関は過大に登録免許税を納付された場合に税務署長にその旨通知(これによって簡易迅速に還付が受けられる)

同法31条2項→第1項の通知をするよう請求できる(1年の期間制限)

→これに対する拒否通知の処分性が問題になった。

国税通則法56条→還付請求権の根拠

↓

31条2項によらなくても還付請求を受けることができる

(=直接還付金返還請求訴訟を提起すればよい、判決では「手続の排他性」が無いと表現)。→同条項は簡易迅速な手続を受ける権利を保障したもの

↓しかし

拒否通知はかような手続を受ける地位（手続的権利）を否定する法的効果を有する
＝直接・具体的法効果性あり

【論点】 病院開設中止の勧告（最判平成17. 7. 15）

Q 直接法効果性→勧告は行政指導（＝事実行為）だから、直接・具体的法効果性が無いのでは。

A 確かに、医療法上は、同法30条の7の規定に基づく勧告は任意の協力を求める行政指導として規定されており、これに従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない（＝直接・具体的法効果性無し?）

↓しかし

医療法30条の7の規定に基づき開設中止の勧告に従わずに開設された病院が保険医療機関の指定の申請をした場合には、都道府県知事は保険医療機関の指定拒否の諮問を行うことになり、そうすると、特段の事情がない限り、これに従って指定拒否処分がされ、その結果、實際上病院の経営が成り立たなくなる

↓そうすると

指定拒否がされる可能性が高い中で必要な人員及び施設を確保するなど巨額の投資をしなければならないということになり、事実上病院の開設を断念せざるを得ない地位に置かれることになる。

↓したがって

保険医療機関の指定拒否処分の取消訴訟によって救済されるので本件勧告の取消しを認めなくてもよいということにはならない

→紛争の成熟性・国民の実効的権利救済の必要性あり

(3) 原告適格

【論点】原告適格

思うに、取消訴訟が主観訴訟であることに鑑みれば、「**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もの**を言うとする。

そして、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専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、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は**、このような利益も法律上保護された利益に当たると解する。その際には、9条2項に掲げる判断要素を勘案することとなる。

(compact)

思うに、取消訴訟が主観訴訟であることに鑑みれば、「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言うとする。したがって、原告適格の判断は、**根拠となる法律が個々人の個別的利益をも保護する趣旨か**によるべきである。その際には、9条2項に掲げる判断要素を勘案することとなる。

☆2段階で当てはめること！

前提：問題文から「誰の」「どのような権利利益」が侵害されているかをまず把握すること！

↓

1 法律上保護された利益か？

①処分に際し配慮されるべき利益かを考える。

処分は法律に基づいて行われることから、まずは法律上の処分基準等に注目する。

↓当該利益が配慮されているとしても…

②その利益の性質等を考える。＝**反射的利益にすぎないか個別的利益か**を考える。

線引きできるものか否か→被害を受ける者を限定できるか？

被害の内容・性質・程度→公益の中に吸収できるようなものか？

①**法令の趣旨・目的**を探る必要があり、その際には、処分要件の規定の仕方、処分根拠法規の目的規定のほか、関連法令があればそれも考慮することになる。

例えば目的規定に「国民の生命、健康及び財産の保護」がうたわれている場合(建基1条)や、根拠法規に原告の利益の保護に資する手続規定が置かれている場合には、原告適格を認めるための有利な事情になる。なお、**目的規定や関連法令は、処分権限に制約を課す規定を解釈するための手がかり**であり、目的規定や関連法令が直接原告適格の根拠となるわけではないことに注意する必要がある。

②**処分の際に考慮されるべき利益の性質や侵害の態様・程度**も考慮する。

例えば原子炉設置許可処分のように、周辺住民の生命・身体の重大な被害をもたらすおそれがある処分については、周辺住民の原告適格を比較的容易に認めることができる。

ex. 1 生命・身体の安全

⇒ かけがえのない利益、公益には容易に吸収解消され難い性質の利益

ex. 2 財産権(cf. 最高裁は差別化を図っている。)

⇒ 公益には容易に吸収解消された難い性質の利益とはいえない。金銭賠償による損害回復が容易。(cf. 土地計画法、森林法)

⇒ 建築基準法においては、同法1条で「財産」が挙げられている。

ex. 3 一般消費者の利益

⇒ 経済的利益にすぎない。公益の中に吸収解消されやすい。また、一般公衆に共通の利益であるから、線引きが困難。

ex. 4 良好な環境の下で生活する利益

⇒ 風俗環境：一般的な環境上の利益であり、公益の中に吸収解消されやすい。また、一定範囲の地域全体の利益であるから線引きが困難。(下位法令によってどの程度具体化されているかによる(最判平成17.12.7))

→その際、下位法令が法律の委任を受けているかも重要。法律の委任を受けているとなれば原告適格が認められやすいex. 最判平成6.9.27では、法律施行条例の距離制限規定から原告適格を肯定。一方、最判平成

12. 3. 17では、条例に距離制限の規定はあったが、法律の委任を受けたものではなかった(原告適格否定。)
⇒ 騒音・振動：健康等に影響を与えることから、公益の中に吸収解消され難い性質の利益。また、事業地
周辺の者等に線引きすることも可能。
⇒ 日照、通風、採光等：同上



2 保護される者の範囲はどこまでか？

原告適格を認めた上記根拠規定の合理的解釈から導かれる範囲＝規制法が処分段階でどの範囲の周辺地域・住民の権利・利益を一般公衆のそれとは区別して特に配慮し、視野に入れた上で処分を行うべきものとしているかという観点から検討。

ex. 原子炉事故等による災害により直接かつ重大な被害を受けるものと想定される地域に居住する住民→当該原子炉の種類・構造・規模等の当該原子炉に関する具体的な諸条件を考慮に入れた上で、当該住民の居住する地域と原子炉の位置との距離関係を中心として、社会通念に照らし合理的に判断すべき。

※主張制限を意識して、何を根拠に原告適格を主張するかも意識すること。

(4) (狭義の) 訴えの利益

【論点】 (狭義の) 訴えの利益

訴えの利益とは、**処分を現実に取り消してもらう必要性及び実効性**を言う。(そして、処分の効果が期間の経過その他の理由によって失われた場合には、原則として訴えの利益は消滅する。もっとも、この場合に救済の必要性が全くなくなるわけではなく、処分の付随的效果により、侵害状態が継続する場合がある。そこで、9条1項は括弧書きで、期間の経過その他の理由により処分の効果が無くなった場合でも、なお処分の取消により回復すべき法律上の利益があれば、訴えの利益があるとしている。) 狭義の訴えの利益の有無は、判決言渡時において、**処分が取消判決によって除去すべき法的効果を有しているか否か、処分を取り消すことによって回復される法的利益が存在するか否か**、という観点から検討する必要がある。

【論点】 訴えの利益と事情変更

- ・最判昭和59. 10. 26→建築確認取消訴訟の訴えの利益消滅する
- ・最判平成4. 1. 24→土地改良事業認可取消訴訟の訴えの利益消滅しない
- ・最判平成5. 9. 10→開発許可処分取消訴訟の訴えの利益消滅する

この3つの判決をどのように整合的に説明するか。

まず、昭和59年判決と平成5年判決は同じ結論を採りながらも理由を異にする。

次に、平成4年判決とこの2つの判決とは結論を異にする。

1. 59年判決の法的仕組み

建築確認→検査済み証交付→是正命令

※検査済み証交付の要件は「建築基準関係規定に適合している」こと

建築確認は、「建築基準法6条1項の建築物の建築等の工事が着手される前に、当該建築物の計画が建築関係規定に適合していることを公権的に判断する行為であって、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付与されており、建築関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを目的としたもの」

↓そうすると

工事に着工した後の**検査済み証の交付**と建築確認は**無関係**であると考えられる(完成した建物が法令違反か否かのみが問題となる)

→さらに、**是正命令**も「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」ているから、やはり建築確認とは**無関係**

↓以上から

「**建築確認の存在は、検査済み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。**

↓さらに

「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、**検査済み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**」じない。

↓したがって

「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」

→「当該工事が完了した場合には、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる。」

2. 平成5年判決の法的仕組み

開発許可→**検査済み証交付**→**是正命令**

※検査済み証交付の要件は、「開発許可の内容に適合」していること

→昭和59年判決とは異なり、開発許可の取消は検査済み証の交付に法的影響を及ぼす

↓しかし

是正命令に関しては昭和59年判決と同様であり、「当該開発行為が、客観的にみて、土地計画法33条所定の要件に適合しない以上、同法81条1項1号に基づく違反是正命令を発することができる」

→これは開発許可が取り消されるか否かに関わらない。

↓また

59年判決と同様取消判決の拘束力も及ばない。

↓そうすると

結論としては59年判決と同様となる。

3. 平成4年判決の法的仕組み

業施行認可→…→換地処分→所有権移転

「土地改良事業の施行の認可は、事業施行地域内の土地につき、土地改良事業の施行権限を付与するものであり、土地改良事業の一環としてされる工事の行うことを許容するにとどまらない。」

↓そうすると

「土地改良事業の施行の認可が取り消されれば、これが有効に存在することを前提にしてされた換地処分等の一連の手續及び処分の法的効果にも影響が生じる（換地処分も違法となる→従前地の所有権に基づく原状回復請求権を取得する余地も生じる。）。」

競願関係と訴えの利益

AとBの競願関係があるとの事情の下で、Aに免許が与えられ、Bの申請が拒否された場合には、Bはどのような争い方を選択するべきか。争い方としては、①Aへの免許処分の取消しを求める方法と、②B自身への申請拒否処分の取消しを求める方法、が考えられるところ、②の方法によることが適法かが問題となる。

この点について、②の方法によることは不適法であるとする見解は、たとえBが勝訴して拒否処分が取り消されたとしても、Aに対して既に有効な免許が付与されている以上、Bには新たに免許を受ける余地はないのであるから、Aの免許処分が取り消されない限りBは自己の拒否処分の取消しを求める利益（行訴法9条1項括弧書参照）を有しないことを理由とする。

しかし、競願関係がある場合には、その一方に対する拒否処分と他方に対する免許処分とは、いわば表裏の関係にあり、本来は一体として扱わなければならない性質を有している。そのため、行政庁は、競願関係にある一方の処分が取消判決によって取り消された場合には、改めて競願関係にある処分全体をやり直さなければならないことになる（行訴法33条2項）。それゆえ、取消訴訟の結果によっては、一方に与えた免許を取り消して他方に免許を付与する可能性もある。

したがって、Bは、新たに免許を受ける余地がないとはいえないので、自己の拒否処分の取消しを求める利益を有している。

よって、②の方法によることは適法である。

備考：最判昭43.12.24。なお、競願関係とは、例えば、ある利益処分をめぐって複数の者の申請が競合し、そのうちの一人に対して利益処分がなされると、それ以外の他者にとっては、自己の申請が拒否されることが必然的となる場合をいう。

開示請求の対象文書が取消訴訟において書証として提出された場合の訴えの利益の帰趨

最判平14.2.28(平14重判4事件)

被告Yによって当該文書が書証として提出され、原告Xは当該文書の内容をすべて了知している。その結果、XはYが非開示としたことによる被侵害利益を既に回復し、開示請求をなした目的を達しており、本案判決を求める必要性が失われたとも考えられる。そこで、かかる場合には、もはや狭義の訴えの利益が消滅し、却下されるのではないかが問題となる。

本件条例が、所定の手続による文書開示を定めており(〇条〇項)、また、開示請求権者が請求に係る文書の内容を知った場合に、当該文書の開示を制限する趣旨の規定が存在しないことからすれば、開示請求権者であるXは、同条例に基づき文書の開示を請求し、所定の手続により請求に係る文書を閲覧することを求める法律上の利益を有していると認められる。

そうすると、同条所定の手続に基づいた開示が行われていない以上、書証提出により内容を了知したとしても、かかるXの法律上の利益は、なお失われぬというべきである。

よって、本件文書の書証提出によっても狭義の訴えの利益は消滅しない。

狭義の訴えの利益と名誉・信用

取消訴訟の狭義の訴えの利益は、処分の効力が失われた後であっても回復すべき「法律上の利益」があれば失われない(行訴法9条1項括弧書)。では、処分によって名誉・信用を害されるおそれがあるにすぎない場合であっても、回復すべき「法律上の利益」があるといえるか、同文言の解釈が問題となる。

この点について、**取消訴訟は、違法な処分の法的効果により原告の権利利益が侵害されている場合に、その法的効果を排除することを目的とする訴訟**であって、事実上の効果の排除を目的とする訴訟ではない。+許：国賠

したがって、「**法律上の利益**」とは、**法律上の権利ないし法律の保護する利益に限定**される。すなわち、名誉・信用を害されるおそれのような**事実上の影響**については、「法律上の利益」には**含まれない**と解される。

よって、処分によって名誉・信用を害されるおそれがあるにすぎない場合には、回復すべき「法律上の利益」があるとはいえない。

備考： 最判昭55.11.25は、運転免許停止処分の記載された運転免許証を所持することにより名誉等を侵害される可能性が継続するとしても、これは処分がもたらす事実上の効果にすぎないとして、狭義の訴えの利益を否定した。

なお、最判平21.2.27は、一般運転者として扱われ、優良運転者である旨の記載のない運転免許を交付されて免許証の更新期間の更新処分を受けた者に、狭義の訴えの利益を肯定した。

出訴期間(1項、2項ともに「正当な理由」による例外があることに注意)

出訴期間の起算日をいかに判断するか。(百選Ⅱ186事件)

同条にいう「処分のあったことを**知った日**」とは、当事者が処分の存在を**現実**に知った日を指す(ものであって、抽象的な知り得べかりし日を意味するものではない)と解するのが相当である。(「知った日」とした趣旨は、被処分者が処分の存在を知らない間に、当該処分の効力を争うことができなくなるという事態を防止する点にある。そうだとすれば、出訴期間は、被処分者にとって当該処分の効力を争うことが**現実に期待できる時点から開始させるのが相当である**。(原告側の事情を考慮))

↓例外①

もともと、(処分を記載した書類が当事者の住所に送達される等)のことがあって、**社会通念上処分のあったことを当事者の知り得べき状態に置かれたときは、反証のない限り、その処分のあったことを知ったものと推定**することはできると解する。(主観的事情が要件とされているため、当事者が**真実に知った日と違う日を知った日**であると主張してきた場合、重要な訴訟要件である出訴期間について裁判所がこれを確認するのは極めて困難となる。そこで、「推定」と「反証」という枠組みを示し、その調整を図った。)

↓例外②

もともと、処分が個別の通知ではなく**告示をもって多数の利害関係者等に画一的に告知される場合には、そのような告知方法が採られている趣旨に鑑み**(百選Ⅱ137事件を参照すること)、「知った日」とは、**告示があった日**をいうと解するのが相当である。

訴えの変更があった場合の出訴期間の起算日をいかに解するか。(百選Ⅱ188事件)

そもそも、訴えの変更は、変更後の新請求については**新たな訴えに他ならない**。そうである以上、右訴えにつき出訴期間の制限がある場合には、**特別の規定のない限り、訴えの変更時を基準**として出訴期間の遵守の有無を決するのが相当である。

もともと、**①変更前後の請求の間に訴訟物の同一性が認められるとき、又は②両者の間に存する関係から変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起のときに提起されたものと同視し、出訴期間の遵守において欠けるところがないと解すべき特段の事情があるときには、当初の訴え提起時を基準として決すべきである**と考える。

cf. ①は当然であるが、そのような場合を具体的に観念することは難しい。したがって、実務上は、①はほとんど問題になり得ない。

そこで、実務上は、専ら②の「特段の事情」がある場合とはどのような場合かが問題となる。その典型的な場合として、**出訴期間内に処分又は裁決の無効確認訴訟を提起していたところ、出訴期間経過後に当該処分等の取消訴訟に訴えを変更した場合が挙げられる**。そのほかにも「特段の事情」を認めたと解される事例として3件の最高裁判例があるが、これらの判例に共通するのは、**変更前の訴えにおいて変更後の訴えにおける不服の内容が主張されていたこと**が、実質

的には変更後の訴えが提起されていたのと同視し得ることの理由づけに用いられていることである。

まとめ：②の「特段の事情」とは、形式的には変更前後の訴えの訴訟物が異なるにもかかわらず、それらが極めて近い関係にあり、かつ、具体的不服の内容が共通していることから、変更前の訴えが提起された時に既に実質的には変更後の被告に対して変更後の訴えが提起されていたのと同視してよいような事情のことをいうものと考えられる(行政判例百選Ⅱ「第5版」188事件解説・大橋寛明)

3 取消訴訟の審理

【論点】理由の差し替え・追加、追完

1. 理由の差し替え・追加(理由の変更と総称する)

理由の差し替えとは、同一の行政行為について、行政庁が処分時に示した処分理由とは異なる処分理由に変更することによって、行政行為の適法性を維持することをいう。※十分な理由が示されている(cf.理由の追完)

では、処分理由の付記が求められている処分の適法性が争われている取消訴訟において、行政側が理由の差し替えをすることは許されるか、この点に関する明文の規定がないため問題となる。

この点について、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般であり、処分理由は攻撃防御方法に位置付けられる。そうだとすると、行政側は、口頭弁論終結時まで、処分が適法であることにつき一切の法律上、事実上の根拠を主張できるはずである。また、理由付記制度の趣旨は行政の恣意抑制機能と国民の争訟便宜機能にあるところ、処分時に理由が具体的に示されていれば、その趣旨は一応実現されていると考えられる。したがって、理由の差換えは、処分の同一性が維持されている限り、許されると考える。

また、聴聞・弁明手続の対象となる不利益処分に関して、当該手続の段階で示されていない理由に差し替えることも許されない。なぜなら、これが許されるとすると、聴聞・弁明手続において当事者等の反論にさらされていない理由による不利益処分を認めることになり、これらの手続を保障した法の趣旨に反することになるからである。

備考：「処分の同一性が失われる」とは、処分理由が異なることによって処分の実質が変化してしまう場合をいう。例

えば、公務員の懲戒処分は、懲戒の対象となった非行事実が異なれば別個の処分と解されるため、後に懲戒事由を変更した場合には、処分の同一性が失われることになる。

※《第2部問題1 土地買収価指の公開をめぐる紛争》

否定説	肯定説
理由の追加・差し替えを認めることは、 <u>行政手続法が処分と同時に理由を提示することを義務づけている考えと合致せず</u> 、また理由提示の機能とされる行政庁の <u>第一次的判断の慎重、合理性の担保、不服申立ての便宜の確保</u> という機能も、理由の追加・差し替えによって阻害される	訴訟物との関係である。取消訴訟の訴訟物は <u>処分の違法性一般</u> であり、 <u>処分の違法性を支える理由は口頭弁論終結時まで自由に主張できる</u> というのが民事訴訟の原則である。したがって、処分の同一性を保持している限り、理由の追加・変更は認められるべきであるということになる
否定説を補強する主張として、 <u>新たな理由に基づく再処分の禁止</u> の主張もある。すなわち、肯定説からは、理由の追加を許されなければ改めて新たな理由に基づき同一内容の再処分をすることになるので、理由の追加を認めるべきであるという主張があるが、それに対する反論として、 <u>行政処分時の決定基礎資料から無理なく構成できたであろう理由については、その理由を事後に持ち出すことで同一内容の処分を行うことは許されるべきではない</u>	紛争の一回的解決の要請との関係である 新たな理由の追加が許されず、そのために本件取消訴訟で請求認容判決がなされても、被告としては、訴訟で主張することが認められなかった新たな理由に基づいて再度同様の処分をすることになるであろう。
	★逗子市情報公開条例事件 『理由付記制度の目的は非公開の理由を具体的に記載して通知させること自体をもってひとまず実現されるところ、本件条例の規定をみても、ひとたび通知書に理由を附記した以上、実施機関が当該理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することを許さない趣旨を当該理由通知の定めが含むと解すべき根拠はない』
Q 義務付け訴訟の場合	

取消訴訟では、裁判所は、非公開処分の理由として挙げられた不開示情報該当性の有無についてだけ判断することが求められているのであって、行政庁の判断が誤っていると判断した場合には取消訴訟を認容すればよいのであるから、理由の追加、差し替えの問題が生じる。

しかし、義務付け訴訟の場合には、裁判所は、文書を公開すべきか否かについて判断すべき要素をすべて考慮したうえで判断すべきことが求められている。したがって、義務付け訴訟においては、行政庁が新たな非公開理由を主張してきた場合には、それを審理・判断することが当然に求められることになる。

すなわち、仮に取消訴訟において処分理由の追加が許されないとしても、義務付け訴訟では追加が認められるべきということになるであろう。

2. 理由の追完

理由の追完とは、行政行為を行うのと同時に理由を提示することが義務付けられている場合に、理由が提示されなかったり、提示された理由が不十分であるときに、事後に理由を補充することによって瑕疵を治癒させることをいう。

では、取消訴訟段階で行政庁が理由の追完をすることは認められるか、この点に関する行手法上の規定がないため問題となる。

この点について、理由付記制度の趣旨は、①行政庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、②処分理由を相手方に知らせて不服申立てに便宜を与えることにある。それにもかかわらず、取消訴訟段階になって、行政庁が理由の追完をすることが認められるならば、処分時においては、たとえ不十分な理由であっても付記すればよいことになり上記①の趣旨が没却されてしまう。また、処分の相手方としても訴訟以前の審査手続において十分な不服理由を主張することができず上記②の趣旨も没却されてしまう。

したがって、取消訴訟段階で行政庁が理由の追完をすることは認められない。

備考 最判昭47. 12. 5

行政判例百選 I 「第5版」85 事件解説(山田洋)参照

(批判)

一般に、手続上の瑕疵を理由として行政処分を取り消すことは、処分庁に対し正しい手続で判断をやり直すことを命ずることに他ならない。その結果、処分庁が既に明らかにされた理由を付記して同一内容の処分を繰り返す可能性が極めて高いと思われる。この場合、相手方が行政処分の実質的内容に不満があるとすれば、再度、新処分に対して取消訴訟を提起して争わなければならないことになり、紛争の最終的解決は先送りされる結果となる。かかる事態は、行政効率や訴訟経済の見地から望ましくない。

→ 従来の下級審判例の中には、このような見地から、理由付記の瑕疵の治癒を認めるものがあった。

↓しかし、最高裁はこれを否定することを明言

(反論)

- ・ 理由付記に不備のある行政処分は、恣意的になされた疑いがあるのであるから、これを取り消すことによって、あらためて処分庁に処分理由について慎重に再検討せしめるべきであると考えられる。そうすれば、処分庁が当初とは異なった結論に達する可能性もないではない。
- ・ また、その間に事情の変化(たとえば、更正期間の経過)によって、同一処分が不可能または不要となることもありうる。
- ・ さらに、同一処分が繰り返された場合でも、理由を熟知した相手方が十分な準備を経て再度の不服申立てに臨めば、不服申立ての結果も変わらないとも限らない。

⇒ 取り消すことが無意味かつ不必要なこととなるものではない。

【論点】10条1項の「法律上の利益」

1. 不利益処分を受けた者がその取消訴訟を提起した場合

もっぱら第三者の利益に関する規定の違反は主張できない。しかし、公益保護を目的とする規定の違反も取消事由として主張できる。

∵不利益処分の相手方は、処分が公益要件(例えば、土地収用の公益性に係る要件)を満たす場合には法律上の利益の侵害を受忍しなければならないので、公益要件は原告の法律上の利益と関係があるといえる。

2. 第三者が提起した取消訴訟の場合

原告適格を根拠づける規定の違反しか主張できない（10条1項の制限は9条1項の制限の範囲と同一である。）

∴原告適格を根拠づける規定の違反が存在しないのであれば、法律が意図したレベルにおける原告の利益の保護は達成されていることになるため、他の要件の違反は自己の法律上の利益に関係があるとはいえない。

【論点】情報公開訴訟における証明責任

取消訴訟において証明責任の分配をどのように考えるべきかに関しては、学説上、さまざまな議論があるが、情報公開訴訟における証明責任に関して、判例・学説の立場は一致している。

すなわち、情報公開法・条例の運用においては、不開示情報該当性の証明責任を負うのは被告行政側であると考えられている。その理由は以下の通りである。

①情報公開条例は、公開を原則とし、非公開事由に該当するときだけ例外的に非公開にできるとしている。このような条例の構造からすれば、例外に当たると主張する側が、例外に該当することを証明すべきである。

②対象公文書を現実に所持しているのは被告であり、その内容について判断できるのも被告であるから、被告が当該文書の内容に即して非公開事由（不開示情報）に該当することを証明すべきである。

【論点】取消判決の効力

1. 既判力

認容判決が確定すると、当該処分を違法とする国家賠償訴訟において、行政庁は処分の適法性を主張できない。逆に、棄却判決が確定した場合、原告は、他の違法事由を主張して再度取消訴訟を提起したり、国賠請求訴訟を提起したりできない。

2. 形成力

3. 対世効(法32条)

原告と利害の対立する第三者に判決効が及ぶことには争いが無い。では、原告と利害を共通にする第三者も同条の第三者に含まれるか

思うに、およそ第三者に判決効を拡張するとすれば、訴訟に参加していない第三者の権利保護にもとる。また、取消訴訟は原告個人の権利利益を救済することを目的とする主観訴訟であるから、訴訟を提起しなかったものについてまで、その効力を拡張する必要は無い。

したがって、これらのものには判決効が及ばないものと解する。

4. 拘束力

拘束力が認められる結果、行政庁は、少なくとも同一事情の下、同一理由に基づいて、同人に対し、同一内容の処分を行うことはできなくなる（反復禁止効）。

それでは、取消訴訟が確定した場合、行政庁は異なる理由で同一処分をできるか。拘束力の法的性質と関連して問題となる。

思うに、拘束力は、取消訴訟の権利救済の実効性を高めるため、行政庁に対し、取消判決に従うという実体法上の義務を課す、特殊な効力である。とするならば、判決によって確定された違法事由を超えてその効力を及ぼすものではない。

したがって、行政庁が異なる理由により、同一内容の処分を行うことは妨げられない。

8 仮の救済（執行停止）

【論点】仮の救済（執行停止）

1. 拒否処分

執行停止決定については、授益的行政処分（許認可や給付決定）の拒否の取消判決があった場合のやり直しに関する行訴法33条2項の準用がない（法33条4項参照）。そのため、拒否処分についての執行停止決定があっても、行政庁による仮の救済が行われないため、執行停止申立ての利益がない。この場合、拒否処分については義務付け訴訟が認められると共に、仮の救済として仮の義務付けが認められる。

2. 要件（法25条）

処分の取消訴訟が提起されても、その処分の効力、処分の執行、手続の続行は停止されないのが原則である（**執行不停止原則**、行訴法 25 条 1 項）。執行不停止原則の趣旨は、**行政の円滑な執行を確保し、国民による濫訴の弊害を避ける**点にある。

もっとも、取消訴訟においても、本案判決がなされるまでの間に、不利益な状態が継続したり、現状が不利益に変更されることを防止する必要がある場合がある。そこで、一定の要件の下に、**例外的に執行停止が認められる**（行訴法 25 条 2 項）。

執行停止の要件は、①**本案訴訟の係属**、②**重大な損害**を避けるため**緊急の必要**があること＋**申立の利益**という**積極要件**（原告に疎明責任）と（行訴法 25 条 2 項本文）、③**公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき**、④**本案について理由がないとみえるとき**という**消極要件**（被告に疎明責任）（行訴法 25 条 4 項）からなる。

したがって、執行停止が認められるためには、①②の要件を満たし、③④の要件を満たさないことが必要となる。

☆申立の利益

＝**執行停止の対象となる処分の効力が存在しており、これを停止することによって現実に権利の保全が図られること**

→ 執行停止の対象となる処分について、すでに執行が完了し、原状回復の余地が失われたと解されるケース（強制送還の実施、建物を除去する代執行の完了など）では、申立ての利益が否定される。

→ 申請拒否処分のように、積極的效果をもたらさない処分に対しては執行停止をしても現実の権利保全は図られないから申立ての利益は否定される（cf. 同時に義務付け訴訟を提起して、仮の義務付けの申立てをすることになる）。

しかし、申請拒否処分であっても、**拒否処分がされる前の状態を回復する法的利益が認められれば**、申立ての利益が認められる。例えば、外国人の在留期間更新不許可処分につき、不許可処分の効力が停止されれば、許否いずれかの処分がされるまで不法残留者としての責任が問われないという意味で本邦に在留できるとして、執行停止の申立てを認容した裁判例がある（東京地決昭和 45・9・14 行集 21 巻 9 号 1113 頁）。

☆重大な損害

法改正前は、「回復の困難な損害」という文言であった。確かに、改正前でも、**原状回復不能または金銭賠償不能な損害のみ**ではなく、金銭賠償が可能であっても、**損害の態様・性質などから社会通念上金銭賠償では埋め合わせができない著しい損害**まで含むと解釈されていた。しかし、「回復の困難な損害」という文言では、損害の性質（回復の困難さ）のみを重視した形式的な解釈に陥り、個々の事案における仮の救済の必要性を適切に判断することを妨げるおそれがあった。

改正法における「重大な損害」の文言は、損害の「性質」のみに着目した要件から、**損害の「程度」ないし「量」に着目した要件に改め**、執行停止について、個別・具体的な紛争状況に即した適切な判断を担保することを目的としている（25 条 3 項も参照）。cf. 仮の義務付け・差止め「償うことのできない損害」

<手続について>

執行停止決定の内容としては、①**処分の効力の停止**、②**処分の執行の停止**、③**手続の続行の停止**がある（25 条 2 項本文）。

→ ②または③によって目的を達することができる場合には、①はできない（同項ただし書）。執行停止は、申立人の権利利益保全のため必要最小限に限られるという趣旨により、もっとも広範な影響をもたらす①について、②③との関係で**補充性が定められたものである**。

cf. ①処分の効力の停止とは、処分によって生じる**効力を一時停止**し、将来に向かって**処分がなかったに等しい状態を作り出す**ことをいう。

②処分の執行の停止とは、処分の内容を実現するために行われる行政権による**実力行使を停止**させること、つまり**処分庁が行政上の強制執行に訴えて処分の内容を強制的に実現することをできなくする**ことをいう。

③手続の続行の停止とは、処分自体の効力を維持しつつ、その処分の存在前提としてなされる**後続処分をさせない**ようにすることをいう。

3. 効果

執行停止決定は、将来効を有するに留まり、遡及効を有しない

第3 その他の抗告訴訟

1 無効確認訴訟

1. 無効確認訴訟

(1) 行政事件訴訟法36条の解釈

行訴法 36 条は、無効等確認訴訟の原告適格を、①「処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」、②「処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者」、③「処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」という三つの要件により限定している。この条文の解釈については、消極要件である③が、積極要件である①②の要件双方にかかるのか、それとも②のみにかかるのか争いがある。

この点について、条文の文言を重視して、消極要件である③が①②の要件双方にかかるとする見解（一元説）がある。

しかしながら、一元説によると、①「処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」であるにもかかわらず、③「現在の法律関係に関する訴え」によって目的を達することができる場合には、無効等確認訴訟を提起できないことになり、国民救済の点で不十分である。

そこで、①の要件のみを満たした者も訴えが提起できるとし、消極要件である③は②のみにかかるとする見解（二元説）が妥当である。この見解によれば、①の要件のみを満たす予防訴訟としての無効等確認訴訟を認めることができる。

(2) 「目的を達することができない」の解釈

「目的を達することができない」（行訴法 36 条）の意義が問題となる。

(1)（この点、「目的を達することができない」とは、現在の法律関係に関する訴えに還元できないことをいうと限定的に解する見解がある。しかし、理論上、現在の法律関係に関する訴えに還元できないものはなく、この解釈では、無効確認訴訟を認めた意味がない。また、上記文言にも合致し難い。）

そもそも、無効確認訴訟が出訴期間の延長された取消訴訟としての実質を有し、（差止機能・原状回復機能等の）紛争解決機能をも有することからすれば、「目的を達することができない」とは、広く、当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、当該処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求める訴えのほうがより直裁的で適切な争訟形態であるとみるべき場合をも意味すると解するのが相当である。

(2) 当てはめ

注意 1：「当該処分の無効を前提とする」→処分の無効を前提としない当事者訴訟や民事訴訟は比較の対象とならない
ex. 炉の建設・運転につき人格権等に基づいて差止めを求める民事訴訟は、原子炉設置許可処分の有効・無効を前提とする訴えではないから、かかる民事訴訟は比較の対象とならない。

注意 2：必ず比較対象としての当事者訴訟または民事訴訟を具体的に示すこと！

↓入口の問題をクリアーしたとして

本案主張(重大かつ明白)

↓出口の問題として

行政 76 補足 第三者効

無効確認判決に第三者効が認められるか。

確かに、取消判決につき第三者効を認める行訴法 32 条 1 項は、無効確認判決に準用されていない。

しかし、無効確認訴訟を定めた行訴法 3 条 6 項の趣旨は、出訴期間(14 条)の徒過等により取消訴訟を提起することが許されなくなったような場合であっても、当該行政処分に重大かつ明白な瑕疵があるときは、無効確認訴訟を提起することによって、取消訴訟を提起した場合と同様の救済を与えようとした点にある(時機に後れた取消訴訟)。とすれば、無効確認判決の効力は取消判決の効力と同様に、第三者に対する関係においても、画一的に生ずるものと解するのが相当である。

したがって、無効確認判決には第三者効が認められると解する。

2 不作為の違法確認訴訟 《申請型義務付け訴訟で不作為のケース》

【論点】訴訟要件・本案勝訴要件

不作為の違法確認訴訟とは、私人が行政庁に対して法令に基づく申請をしたにもかかわらず、行政庁が処分又は裁決をしないことの違法確認を求める訴訟である（行訴法3条5項）。

行政庁が私人の申請に応答すべきであるのにこれをしない場合には、処分又は裁決が存在しない以上、取消訴訟等による救済は不可能である。そこで、取消訴訟等では救済されない申請人を救済するために、不作為の違法確認訴訟が設けられた。

不作為の違法確認訴訟の要件は、行政庁が①法令に基づく申請に対し、②相当な期間内に、③何らかの処分又は裁決をしないことである（行訴法3条5項）。そして、④処分又は裁決についての申請をした者に原告適格がある（行訴法37条）。

①について、申請権は法令の明文で規定されている必要はなく、法令の解釈上原告の申請権が認められればよい。

②について、処分をなすのに通常必要とする期間を基準として判断する。そして、通常必要とする期間を経過した場合には原則として違法となる。もっとも、期間の経過を正当化する特段の事情がある場合には、例外的に違法とならない。（標準処理期間とは一致しない）

④について、現実に申請をした者であればよく、申請の適法・不適法は問わない。

備考：不作為の違法確認訴訟より義務付け訴訟の方がより直接的に申請人の救済に資するといえる。それは、不作為の違法確認訴訟では、原告が勝訴しても判決の拘束力が申請に対する応答内容に及ばないので、紛争の抜本的解決とはならない場合があるからである。

訴訟要件

①行政処分(処分・裁決の不作為という意味で処分性が問題となる)

※私法上の行為の不作為はその対象でない

②訴えの客観的利益

不作為状態が継続していること及び不作為の違法確認を求めるだけの実益があること

※出訴期間の制限は妥当しない

→不作為状態が継続している限り、不作為の違法確認訴訟を提起できる

③「法令に基づく申請」(法3条5項、37条)→適法・不適法は不問

本案勝訴要件

行政庁が「相当の期間内に」処分・裁決を行わないこと（法3条5項）

【論点】「法令に基づく申請」の意義

訴訟提起できるのは、処分・裁決について「法令に基づく申請」をした者のみである。

それでは、直接法令に基づかず要綱に従って交付される補助金の申請は、「法令に基づく申請」といえるか。

「法令に基づく申請」とは、申請権が法令の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上、当該申請につき、申請をした者が行政庁から何らかの応答を受け得る利益を、法律上保障されている場合を含むと解すべきである。

したがって、法令に明文規定がない場合も、制度がその性質上申請を予定しているものであれば、「法令に基づく申請」の要件は充たされる。

※申請の仕組みと行手法および行訴法における取扱い

個別法で申請(行手2条3号参照)の仕組みがとられている場合、申請者にとっては、申請が実体上の要件を満たしている場合には許認可等をもたらえるという実体的な権利とは別に、申請を審査してもらったうえで諾否の応答(実体的要件を満たさないと行政庁が判断する場合には、申請拒否の応答)をもたらえるという手続上の権利が保障される。これを申請権という。

なお、申請権が保障されているか否かは、個別法の仕組みの解釈による。文言が重要な手がかりになる(「許可」、「認可」、「申請」等の文書が用いられていれば、申請権が保障されていると解釈しやすい)が、「申出」等の文書が用いられている場合にも、当該仕組みの解釈によって、申請権が保障されていると解釈されることはありうる。

申請の仕組みが定められている場合	申請の仕組みが定められておらず、破権による処分を求める申出にすぎない場合
------------------	--------------------------------------

行政庁に審査義務および諾否の 応答義務が課される (国民に申請権が保障されている)(行手7条・33条参照)。	行政庁に審査義務および諾否の 応答義務は課されない (国民に申請権が保障されていない)。
申請に対する行政庁の応答は 処分に当たる (申請を認容する応答のみならず、申請を拒否する応答も処分に当たることに注意)。	申出に対する行政庁の応答がされたとしても、それは 事実上のものにすぎず、処分に当たらない (行政庁が申出を受け入れて[きっかけとして]職権による処分をした場合は、もちろん、処分がされたことになる。しかし、応答自体は処分ではないから、行政庁が申出を拒否する応答をし、職権による処分をしない場合は、何ら処分が存在しないことになる)。
行手法の「 申請に対する処分 」の 手続 (行手第2章(5条-11条):審査基準の設定・公表、拒否処分の理由の提示等)が保障される。	申出については、 行手法の「申請に対する処分」の手続(審査基準の設定・公表、拒否処分の理由の提示等)は保障されない 。
申請を拒否する応答(拒否処分)に不服がある場合は、 取消訴訟および申請満足型義務付け訴訟(行訴3条6項2号) で争うことができる。 相当の期間を経過しても応答が得られない場合は、 不作為の違法確認訴訟(行訴3条5項)および申請満足型義務付け訴訟(行訴3条6項2号) で争うことができる。	申出を拒否する応答を 取消訴訟 で争うことはできない。また、応答が得られなくても、 不作為の違法確認訴訟(行訴3条5項) で争うことはできない。 ただし、職権による処分を求める 直接型義務付け訴訟(行訴3条6項1号) を提起することは可能である。この場合、申請満足型義務付け訴訟と異なり、「 処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれ 」があることが訴訟要件となる(行訴37条の2)。

【論点】「相当の期間」の意義

相当の期間は、通常当該申請を処理するのに必要とされる期間を経過しているか、また、それを経過したことについてそれを正当とするような事情があるか、という基準で判断される。



相当の期間の意義は必ずしも一律に決まるものではなく、根拠法令の仕組み等に照らして個別具体的に判断するしかない。

たとえば、標準処理期間(行手法6条)が定められており、これが経過しているような場合には特段の事情無い限り、「相当の期間」を経過したことと評価される。

一方で、申請者に対し行政指導を行い、申請者が任意にこれに応じている間は、社会通念上合理的と認められる期間留保したとしても、「相当の期間」を経過したこととならない。しかし、このような留保は申請者の任意の協力のもと行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまる。したがって、①申請者が行政指導には協力できないとの意思を真筆かつ明確に表明し②それが社会通念上正義の観念に反すると認められる特段の事情が無い場合には、その時点で「相当の期間」を経過したこととなる。

3 義務付け訴訟

【論点】訴訟要件・本案勝訴要件

義務付け訴訟とは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされない場合に、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう(行訴法3条6項)。義務付け訴訟には、以下の二つの類型がある。

第1の類型は、「行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき」(行訴法3条6項1号)に、行政庁がその処分をすべきことを命じる義務付け訴訟である(非申請型)。+37条の2

第2の類型は、「行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき」(行訴法3条6項2号)に、行政庁が

その処分又は裁決をすべきことを命じる義務付け訴訟である（申請型）。+37条の3

そして、この申請型義務付け訴訟は、さらに二つの類型に分かれる。すなわち、「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」ときに提起するもの（**不作為型**、行訴法37条の3第1項1号）と、「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」に提起するもの（**拒否処分型**、行訴法37条の3第1項2号）である。※「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」という要件は、併合提起された取消訴訟が本案審理の結果、棄却されれば義務付け訴訟が却下されるということを示すにすぎず、訴え提起段階で問題となるものではない。

1. 直接型義務付け訴訟(法3条6項1号、37条の2)

訴訟要件

①一定の処分

※裁判所の判断が可能な程度に特定されていればよい

★②重大な損害が生じるおそれがあること

※考慮要素→37条の2第2項

<事例研究問題、第1部『問題6 住民票の記載をめぐる紛争』>

選挙人名簿への登録については、Aがまだ乳児であり選挙権を得るまで20年近くある

↓しかし

居住関係の証明を必要とし、住民票の提出を求められる手続には、市による行政サービス以外にもさまざまなものがあり、市の行政サービスを受けるための手続が煩さになることも含め、**日常の社会生活のさまざまな場面における不利益の累積は、市民生活上看過できない負担**であって、住民票に記載されないこと自体が重大な不利益であると考えられる…

③その損害を避けるために他に適当な方法が無いとき(補充性)

※義務付けの訴えに代替する救済手続が特に法定されている場合に限定されるべき

④法律上の利益(原告適格)

本案勝訴要件

一 義的明白性又は裁量権の逸脱・濫用

2. 申請型義務付け訴訟(法3条6項2号、37条の3)

訴訟要件

①法令に基づく申請

②不作為又は拒否処分

③併合提起

※原告適格は併合提起の要件で検討

本案勝訴要件

①併合提起された訴訟に理由があること(一言明示)

②一義的明白性又は裁量権の逸脱・濫用

←処分の法的性質が羈束処分か裁量処分かで分れる

※不許可事由すべてにあたらぬということまで論じること！

【論点】仮の救済(仮の義務付け(法37条の5)の申立て)

2004年改正前行訴法では義務付け訴訟は法定されていなかったため、裁判所によってこれらの訴訟が認められたとしても、仮の救済手段が欠けているという問題があった。

そこで、義務付け訴訟の法定とともに、仮の救済手段として仮の義務付けの制度が法定された(行訴法37条の5)。

仮の義務付けが認められるには、①義務付けの訴えの提起があった場合であり、積極要件として、②「義務付けの訴え

に係る処分又は裁決がなされない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ること、③「本案について理由があるとみえる」ことが必要である（行訴法37条の5第1項）。

さらに、消極要件として、④「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」には仮の義務付けをすることはできない（行訴法37条の5第3項）。

②の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」ときとは、処分・裁決がなされないことによって被る損害が、原状回復ないし金銭賠償による補填が不能であるか、又は、社会通念上相当に困難であるとみられる程度に達している、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性が存在する場合をいう。（重判H20.6事件参照：執行停止の重大な損害よりも厳しい+金銭賠償が不可能な損害に限定すべきではなく、金銭賠償の承による救済では社会通念に照らして著しく不合理と認められる場合も、「償うことのできない損害」に含まれると解すべき）

③が積極要件とされている点で、③を消極要件とする執行停止よりも要件が加重されている。

なお、仮の差止めの要件は、基本的に仮の義務付けに関する要件と同一である（行訴法37条の5第2項3項参照）。

訴訟要件

① 本案訴訟の係属

② 「償うことのできない損害」、緊急の必要性※前者が充たされれば後者も充たされる

※「重大な損害」よりも回復の困難の程度が著しい場合

→原状回復ないし金銭賠償が不可能な損害あるいは金銭賠償によることが社会通念上不相当と認められる損害等を想定

③ 本案について理由があるとみえること

④ 公共の福祉

→①～③の要件を充足すれば十分と解されている

4 差止訴訟(法3条7項、37条の4)

【論点】訴訟要件・本案勝訴要件

行政 79 差止訴訟の要件

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も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（行訴法3条7項）。

差止訴訟の訴訟要件として、①「一定の処分又は裁決」がされることにより、②「重大な損害を生ずるおそれがある場合」で、③「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」でないことが必要である（行訴法37条の4第1項）。さらに、④差止めを求めるにつき「法律上の利益」を有する者に限り提起することができる（行訴法37条の4第3項）。

①「一定の処分又は裁決」といえるためには、裁判所の判断が可能な程度に特定されている必要がある。

②「重大な損害」は、処分がなされた後に取消訴訟の提起と執行停止の申立ての手段を採っても十分な救済が図れない場合に認められると考える。また、「重大な損害」の判断に際しては、「損害の回復の困難の程度」、「損害の性質及び程度」、「処分又は裁決の内容及び性質」も考慮事項とされる（行訴法37条の4第2項）。

③「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」でないことについては、第三者に対する民事訴訟の提起が可能であることのみをもって、この要件の不充足とすることはできない。

④「法律上の利益」の有無の判断に際しては、取消訴訟の原告適格を実質的に拡大する趣旨で設けられた行訴法9条2項が準用される（行訴法37条の4第4項）。

訴訟要件

①「一定の処分又は裁決」

※裁判所の判断が可能な程度に特定されていればよい

※目前急迫性までは必要でないが、単に行われるおそれがあるだけの行政処分の差止訴訟は訴えの利益を欠く

②「重大な損害を生ずるおそれ」

※事前救済である差止めを命じる方法による救済が必要な損害を言い、取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けられるような性質の損害である場合には、充たさない

※考慮要素→37条の4第2項

③その損害を避けるために他に適当な方法が無いとき(補充性)

※ある処分の前提となる処分が存在し、前提処分の取消訴訟を提起すれば後続処分の続行ができない場合など、がこれに当たる

→当事者訴訟や民事訴訟はこれに該当しない

④法律上の利益(原告適格)

※この要件が問題となるのは、第三者が差止訴訟を提起する場合

本案勝訴要件

一 義的明白性又は裁量権の逸脱・濫用

※仮の差止めの要件は仮の義務付けの要件と同様（ただし、仮の義務付けより要件を緩和すべきという議論がある）

実質的当事者訴訟

実質的当事者訴訟とは、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」（行訴法4条後段）をいう。

同条の趣旨は、国民と行政主体の間の多様な法律関係に応じ、処分性の認められない行政庁の行為であっても、その行為に起因して具体的な紛争が生じ、司法審査を及ぼすに足りる紛争の成熟性が認められる場合（確認訴訟であれば、確認の利益が認められる場合）には、当事者訴訟を受け皿として活用し国民の権利利益の実効的救済を図る点にある。

従来は、通達等の行政内部の意思決定や行政指導に対して抗告訴訟が提起され、その処分性が争われるケースがあった。

しかし、このような処分性を認め難い行為に対しては、実質的当事者訴訟を利用することによって、通達や行政指導に起因して生ずる法的義務の不存在確認の訴えという救済手段を採ることができるようになった。

第4章 国家補償法

第1 国家賠償法

【論点】国賠法1条の法的性質

(この点、国の自己責任であるとの説がある(自己責任説)。

しかし、賠償責任の成立要件として**公務員の故意・過失が要求されていること、国に求償権が認められている(1条2項)**ことから、かかる立場は妥当でない。)

思うに、加害行為を行った公務員個人に不法行為責任がまず成立するが、適法・違法の判断は困難な場合があり、公務の萎縮を招くおそれがあることから、国賠法1条1項の責任は、本来公務員が負うはずである不法行為責任を国又は公共団体が代位するものと解すべきである(代位責任説)。

【論点】公務員個人の責任

思うに、国賠法1条の責任は、**国又は公共団体が負う**と解すべきである。なぜなら、同法1項は、「国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定しているし、行政主体が賠償責任を負うことで、被害者救済としては十分だからである。

(また、公務員に個人責任を認めると、**公務員が萎縮して公務の円滑な執行を阻害**し、ひいては、公的部門の人材確保を困難にするおそれがある。したがって、国家賠償法の適用を受ける不法行為について、被害者が直接加害公務員に対して**民法709条に基づき損害賠償を請求することはできない。**)

【論点】国賠法1条の要件

- ①国又は公共団体の「公権力の行使」に当たる
- ②「公務員」が、
- ③その「職務を行うについて」
- ④「故意又は過失」によって
- ⑤「違法に」他人に
- ⑥「損害」を加えること

1. ①「公権力の行使」

思うに、「公権力の行使」という文言が用いられていることから、国や公共団体の全ての活動に国賠法の適用を認めることは妥当でない。他方、行政行為や行政強制などの権力的作用に限ることは、**被害者救済という国賠法の趣旨**に反する。

そこで、広く、国又は公共団体の作用のうち、純然たる私経済作用及び国賠法2条の营造物の設置管理作用を除いた一切の作用をいうと解する(広義説)。

よって、教育活動、行政指導、医療行為なども「公権力の行使」に含まれる。

2. ②「公務員」

例えば、国又は公共団体の公務員が一連の職務上の行為の過程において国民に損害を発生させたような事案においては、その損害が**具体的にどの公務員の、どのような違法行為によって発生したかを特定することが困難な場合がある**。そこで、このような場合にも、国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を追及するためには、加害公務員及び加害行為の特定を要するのかが問題となる。

思うに、国賠法の趣旨は、被害者の救済にあるところ、被害者に**加害公務員の特定という困難な立証を強いることはかかる趣旨に反する**。また、一般に不法行為責任について加害者の特定が要求されるのは、不法行為の成否及び誰が責任を負うかを明らかにするためである。とすれば、一連の行為のどれかが不法行為に当たれば、加害者を特定する必要はないし、責任を負う主体を特定する必要もない。

よって、厳密に加害公務員を特定する必要は無いと解する。(そこで、上記の特定の程度は緩和されるべきである。具体的には、①国又は公共団体の公務員による一連の行為のいずれかに行為者の故意・過失による違法行為があったのでなければ被害が生ずることはなかったであろうと認められ、かつ、②それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国・公共団体が賠償責任を負うべき関係が存在するときには、一連の行為につき責任を負うべき主体が明らかである以上、国又は公共団体は加害行為が特定されないことを理由に国賠法1条1項に基づく損害賠償責任

を免れることはできないと解する。)

ただし、本法理は、賠償責任の所在を明確化する観点から、一連の行為を組成する各行為がすべて同一の行政主体(国又は同一の公共団体)の公務員の職務上の行為である場合に限定され、一部にそうでない行為が含まれる場合には妥当しないものと解すべきである。

3. ③「職務を行うについて」

国家賠償制度は、公務に起因して損害を被った者を救済することを目的とし、広く国民の権利利益を擁護するための制度であるから、「職務を行うについて」の意義は広く解すべきである。

したがって、「職務を行うについて」とは、行為が厳密には職務行為そのものとして行われたものでなくても、①公務と一定の関連性を持つ行為や、②行為者の意思にかかわらず、職務行為と牽連関係があり、客観的・外形的にみて社会通念上職務の範囲に属するとみられる行為もこれに含まれると解する。

具体的には、①パトカーが犯罪者の追跡中に通行人をひいてしまう行為(公務関連行為)や、②非番の目に職務質問を装って金を奪うことを企図した警察官が、制服・制帽を着用して、同僚から盗んだけん銃で相手を射殺した行為など、公務員が権限行使の意図を有さずに行った行為であっても、客観的に職務執行の外形を備える行為であれば「職務を行うについて」との要件を満たす(外形標準説)。

備考：最判昭31.11.30

4. ④「故意又は過失」によって

「過失」の判断基準

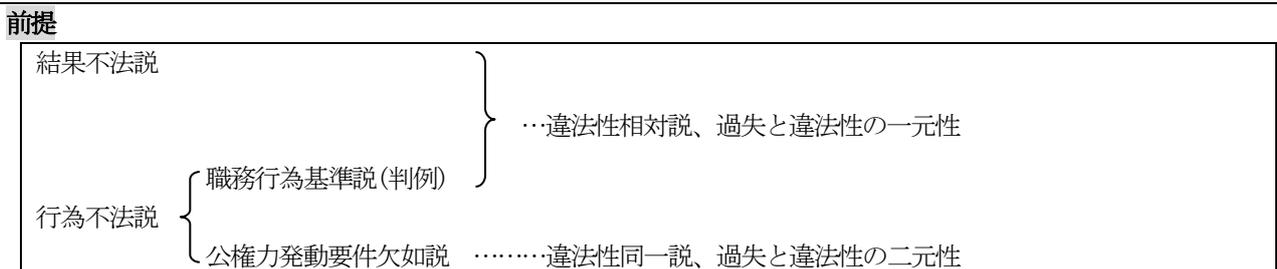
(確かに、国賠法1条1項の責任の性質が代位責任であると解されることから、公務員「個人」の過失の有無が問題とされる以上、当該個人の能力や認識状況等に着目して過失の有無を決すべきとも思える(具体的過失論))

しかし、国家賠償責任の有無が公務員の個人的要素によって左右されることは、被害者救済の観点から望ましくない。そこで、過失を客観化して捉えるべきであると考え。具体的には、公務員が職務上要求される標準的な注意義務に違反している場合には過失が肯定される(抽象的過失論)。(すなわち、通常の公務員に要求される知識・能力を前提に、当該公務員が被害の発生を予見することができたのに予見を怠り、かつ結果を回避できたのに怠ったといえれば、「過失」が認められる。)

5. ⑤「違法に」

「違法」とは、結果基準では公務員に職務に萎縮効果が生じること、円滑な行政の確保の見地から、公務員が具体的状況下で職務上尽くすべき法的義務に違反したか否かをいうと解する

(職務行為基準説)。かかる義務は、法令違反、条理、平等原則、比例原則、信義則(禁反言)等の法の一般原則違反から生じ得る。



注意：違法性の議論について公権力発動要件欠如説(違法性同一説、過失と違法性の二元性)を採用したとしても、法令に根拠のない(権力的 or 非権力的)事実行為および不作為については注意義務違反の有無を判断せざるを得ない(職務行為基準説、違法性相対説、過失と違法性の一元性)(後述)。

したがって、上記対立は、狭義の公権力行使について生じるものである。

論証

本件行為が「違法」といえるか、違法性の判断基準が問題となる。

この点について、判例は、多くの場合国賠法における「違法」を職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさなかった

という一種の注意義務違反と解している(違法性相対説)。

しかし、かく解すると過失の判断が違法性の判断と重なってしまうため、「違法」と「過失」を明らかに区別して規定している国賠法1条1項の文理に反する。

そもそも、国賠制度は法律による行政の原理を事後的に担保(or 法治主義を担保)するための制度である点で取消訴訟制度と同じであるから、取消訴訟上の「違法」と統一的に解するのが相当である。

そこで、国賠法における「違法」も客観的法規違反をいうと解する(違法同一説)。このように解することが、被害者救済という国賠法の趣旨(や違法行為抑止という同法の機能)にも合致する。

6. ⑥「損害」

処分が遅延による内心の静謐な感情を害されない利益も法的保護に値する

【論点】権限不行使の「違法」性

権限行使要件を充足しており、権限行使できたにもかかわらず行使していない。そこで、かかる権限不行使が国賠法上の違法とならないか。

(1) 確かに、権限行使には行政庁の裁量が認められるが、(行政庁、被規制者、第三者という)三面関係の紛争が多い現代社会においては、国民の権利利益は行政庁の適切な権限行使によってはじめて保護されるのが通常であって、法もそれを期待して行政庁に権限を付与しているものと解される。

そこで、当該権限を定めた法の趣旨・目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が著しく不合理と認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において違法となると解する。

(2) 当てはめの考慮要素(以下の要素に尽きるわけではない。)

- ①重要な法益に対する具体的危険が切迫していること(危険の切迫)
- ②行政庁が上記危険を知り又は知り得る状態にあること(予見可能性)
- ③行政庁が権限の行使により結果を容易に回避してたこと(結果回避可能性)
- ④国民自ら危険を回避できないこと(補充性)
- ⑤国民が権限行使を期待する状況にあること(期待可能性)

ex. 被侵害利益が、生命・身体・健康等の場合

→ 国民だけでこれに対する防止することは通常困難であるから(④)、権限行使を期待するのも当然(⑤)

ex. 被侵害利益が財産権の場合

→ 国民が注意を払うことにより危険を防止し得る余地が大きく、本来その守備範囲に属するから、行政庁の権限行使に対する期待可能性がより厳しく吟味される。

cf. 違法性判断の中で、②や③の要素が考慮されるため、「過失」と一元的に判断されることになる。

cf. 反射的利益論

= 行政法規が公益上の見地から、行政主体に対して一定の作為・不作為を命じている場合、被害者の利益は法律が直接に保護する利益ではないから、たとえその利益が侵害されたとしても、損害賠償責任は発生しないとする理論

⇔ 批判

反射的利益論は、取消訴訟の原告適格という訴訟要件の有無を決する際に用いられる理論であり、実際に被害が発生している国賠訴訟には必ずしも該当しない。

すなわち、法律上保護されている一般公衆の利益が侵害され損害が発生した以上、そこに吸収されていた個々の反射的利益について、潜在的な損害が具体化・現実化したといえ、したがって、反射的利益論はもはや妥当しないのである。

【論点】公表の「違法」性

法律上根拠の無い公表が許されるか。

たしかに、公表は事実行為に過ぎない。

しかし、法律による留保原則の下、行政の迅速な遂行と国民の権利利益保護の観点から、国民の権利利益を侵害・制限する行為には法律上の根拠が必要と解する。とすれば、制裁型の公表は、国民の権利利益を侵害する点で侵害的行政行為と同視できるため、法律の根拠無くすることは許されない。

他方、情報提供型の公表は法律の根拠なく許されるのが原則である。もっとも、情報提供型であっても、全くの無制約ではなく、目的の適切性、公表の必要性、公表方法の相当性の各要件を充たすことが必要である。

【論点】申請に対する不作為の「違法」性

※前提として、当該処分が遅延による内心の静謐な感情を害されない利益が法的保護に値する点に触れる

思うに、行政庁にはかような不安感、焦燥感が生じるのを回避すべき条理上の作為義務が生じる。

その義務違反が認められるためには、①相当期間を超える処分が遅延、②さらに長期に渡る遅延の継続、③遅延を解消することができたのに努力を尽くさなかったことを要する。

【論点】国賠法2条関係

①「道路、河川その他公の営造物」

国や公共団体によって直接に公の目的に供されている有体物又は物理的施設

②「設置又は管理に瑕疵」

営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態(客観説)

※判断要素→構造、用法、場所的環境、利用状況等諸般の事情

※判断基準→危険性、予見可能性、回避可能性

ex. 不可抗力又は利用者の用法逸脱があり、管理者が通常予測できない場合には、瑕疵は認められない

※便益提供施設(道路、公園、学校等)と危険防止施設(河川、ホーム等)では、要求される

通常有すべき安全性が異なる

「瑕疵」の意義が問題となる。

この点につき、営造物の設置・管理の瑕疵は、管理者の損害(危険)防止措置の懈怠・放置についての客観的な管理義務違反であるとする見解がある。この見解によれば、国賠法2条は、国賠法1条と連続性を有し、過失責任と解することとなる。

しかし、国賠法2条の「瑕疵」は物の状態に関するものであるが、国賠法1条の「過失」は人の行為に関するものである以上、同じ過失責任と捉えるべきでない。同法が1条とは別に2条を規定したのもかかる趣旨と考える。

そこで、設置・管理の「瑕疵」とは、営造物が(通常予想される危険に対して)通常有すべき安全性を欠いている状態をいうと解する。そして、かかる「瑕疵」の有無の判断に際しては、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して個別・具体的に判断すべきであるとする。

cf. なお、上記のような判定方法が定着した結果、今日では、瑕疵概念を主観説ないし客観説のいずれかに割り切つてとらえることは必ずしも適切ではなく、賠償責任が争われる具体的事例ごとに物的施設の種類や被害の性質などをもとに一定の類型化を行い、判例で示された瑕疵の判断基準を分析することが有益と考えられる。

(a)河川

瑕疵の有無は、一般に施行されてきた治水事業の過程における河川の改修・整備の段階に対応する安全性を欠くか否かで判断される(過渡的・段階的安全性)

∴河川は自然発生的な公共用物である、河川整備には多大な財政的・技術的・社会的制約がある

↓もっとも

改修済河川については、①改修、整備された段階において想定された洪水から、当時の防災技術の水準に照らして通常予測し、かつ、回避しうる水害を未然に防止するに足る安全性を欠くか否か、②同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を欠くか否かによって判断される

大東水害訴訟

集中豪雨が原因で、改修計画に基づいて改修中であるD川の未改修部分等から溢水し、床上浸水等が発生した。被害を受けた住民らは、河川管理者である国等に対して、国賠法2条1項に基づく損害賠償を請求した。国賠法2条1項の「瑕疵」の意義は通常有すべき安全性を欠いていることをいうところ、本件では河川において必要とされる安全性の程度が問題となった。一、二審は国等の責任を認めたが、最判昭59.1.26は、以下の判断基準を示した上、原

審の判断には国賠法2条1項の解釈の誤り等があると破棄差戻した。

河川は、**自然公物**であって、管理者の特別の行為を要することなく**自然状態において公共の用に供される物**であるから、**もともと洪水などの自然的原因による災害をもたらす危険性を内包**している。そのため、河川が通常備えるべき安全性は、管理開始後に予想される洪水等の災害に対処するための治水事業を行うことによって確保される。

そして、治水事業の実施には、**財政的・社会的・技術的な制約等**があり、また、道路の一時閉鎖のような**簡易な危機回避の手段がない**ことから、未改修河川や改修の不十分な河川の管理における安全性の程度は、諸制約の下で**一般に施工されてきた河川の改修・整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性**をもって足りる。（ここまでが一般論）

したがって、未改修河川の管理における「瑕疵」の判断基準は、河川管理の特質に由来する財政的、技術的及び社会的諸制約の下、諸般の事情を総合的に考慮し、**同種・同規模の河川管理の一般水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えているか否か**を基準に判断すべきである。

多摩川水害訴訟

集中豪雨により T 川が増水し、河道内に設置された許可工作物である取水堰が損壊したことが原因となって水害が発生した。被害を受けた住民らは T 川を管理する国に対して、国賠法2条1項に基づき損害賠償を請求した。なお、T 川の被災箇所は河川法に基づく工事实施基本計画による改修・整備が完了していたが、本件水害はこの計画が予定する規模の水量において発生した。二審は大東水害訴訟判決（最判昭59. 1. 26）において示された基準に基づいて、瑕疵を否定したが、最判平2. 12. 13は改修済河川等において必要とされる安全性の程度について、以下の判断基準を示した上、二審判決は具体的事案に即さずに大東水害訴訟判決の基準を適用した等として破棄差戻した。

（大東水害訴訟判決を引用して、同判決の河川管理の瑕疵についての判断基準を正当とした上で、）工事实施基本計画による改修・整備が完了し、あるいは新規改修・整備の必要がないとされた河川は、**改修が完成した以上、改修・整備段階において想定された洪水から、当時の防災技術の水準に照らして、通常予想し、かつ、回避し得る水害を未然に防止するに足りる安全性を備えるべきである。**

したがって、河川改修工事实施基本計画において改修済の河川や新規改修・整備の必要がないとされた河川において必要とされる安全性の程度は、**河川改修工事实施計画に定める規模の洪水における流水の通常的作用から予測される災害の発生を防止するに足りる安全性**をいう。

水害の原因が許可工作物であったことにも注意。本判決は、河川管理者は許可工作物の存在を前提として河川の安全性を確保する責務があるとして、許可工作物から生じる危険を除去するための措置をとるための制約は、流域全体の河川管理の制約と比較して相当に小さいとも判示している。

(b) ホーム（点字ブロック）

①安全設備が相当程度標準化されて同種設備に普及しているか、②利用度との関係から施設において予測される事故発生の危険性の程度、③設置の必要性の程度、④設備設置の困難性等の諸般の事情を総合考慮して判断される

国鉄（現 JR：当時は公共企業体）の駅ホームから線路上に転落して重症を負った視力障害者が、公営造物であるホームに点字ブロックが設置されていなかった事を理由として、国賠法2条等に基づく損害賠償を請求した。

この事件においては、ホームに点字ブロックが設置されていなかったことが営造物の設置又は管理の瑕疵といえるかが問題となった。

最判昭61. 3. 25は、営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠く状態をいい、かかる瑕疵の存否については、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的に個別に判断すべきとした。

そして、新たに開発された視力障害者用の安全設備が設置されていないことをもって当該駅のホームが**通常有すべき安全性を欠くか否かを判断する**については、①その安全設備が、視力障害者の**事故防止に有効なもの**として、その素材、形状及び敷設方法等において**相当程度標準化されて全国的ないし当該地域における道路及び駅のホーム等に普及**しているかどうか、②当該駅のホームにおける構造又は視力障害者の利用度との関係から予測される視力障害者の**事故の発生の危険性の程度**、③上記事故を未然に防止するため右安全設備を**設置する必要性の程度**及び上記安全設備の**設置の困難性の有無**等の諸般の事情を総合考慮することを要するとした。

その上で、本件においては、事故当時（昭和48年）の点字ブロック等の標準化及び普及の程度について原審がどのように認定したのか明確でない等として、賠償責任を認めた原審判決を破棄した。

新たに開発された安全設備の設置については、**ある程度の期間は、新技術の開発と普及とのタイム・ラグ**として

許容せざるを得ない。上記判決はかかる考慮に基づいている。

※供用関連瑕疵（機能的瑕疵）

営造物（空港）本来の用法としては瑕疵が無い場合でも、営造物が供用目的に沿って利用されることにより、利用者以外の第三者に危害を生ぜしめる危険性がある場合には、当該営造物に瑕疵があると言える。

そして、かかる瑕疵によって当該第三者に社会生活上受忍すべき限度を超える被害が生じた場合には、原則として国家賠償法2条1項に基づく責任を免れることができない。

なお、かかる責任の有無を判断するに当たっては、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為の持つ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきである。

ex. 空港そのものに物理的の瑕疵が無く、空港が航空機の離発着という通常の用法に従って使用されているに過ぎない→騒音等の被害について、周辺住民の2条1項に基づく賠償請求を肯定

いわゆる機能的瑕疵が同条項の「瑕疵」に含まれるか。

そもそも、「**瑕疵**」とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いている状態をいうと解される。そして、**危険責任の法理に基づき、広く被害者の救済を図ろうとした同条項の趣旨に鑑みれば、ここにいう安全性の欠如とは、広く、営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険がある場合をも含み、また、利用者以外の第三者に対する危害をも含むものと解するのが相当である。**

そして、かかる機能的瑕疵の有無については、（侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察して、）**発生した被害が社会生活上受忍すべきものといえるか否か**で決すべきである。

③「あつたため」（因果関係）

相当因果関係説により判断する

④「他人に損害を生」じた