第０部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第０部　もくじ 1
第１部　行政法 5
第１編　行政作用法・行政組織法 5
第１章　行政法総論 5
第１節　基本的概念 5
第１款　概念 5
第２章　行政作用法 7
第１節　行為形式 7
第１款　行政の行為形式 7
第２款　行政処分 8
第３款　行政行為の瑕疵 14
第４款　行政立法 25
第５款　行政契約 33
第２節　制度・手法 38
第１款　個別法が想定する行政過程 38
第２款　行政指導 40
第３款　行政調査 43
第４款　行政計画 45
第５款　行政上の義務違反に対する強制執行 46
第６款　行政上の義務違反に対する制裁 50
第３節　手続的規律 53
第１款　適正手続の要請 53
第２款　行政手続法 55
第３款　行政調査の手続的規律 63
第４款　その他の手続的規律 66
第３章　行政組織法 68
第１節　行政の担い手 68
第１款　行政組織と法令 68
第２款　行政組織と権限 69
第３款　国・地方公共団体以外の組織による行政活動 73
第４款　情報公開と個人情報保護 74

第５款　地方自治法と地方公共団体 79
第２節　行政過程と裁判過程 80
第２編　行政救済法 81
第１章　行政処分の実体的違法事由 81
第１節　法令違反 81
第１款　法令解釈の方法 81
第２款　法令違反 81
第２節　裁量判断の合理性欠如 81
第１款　行政裁量と法令解釈 81
第２款　裁量判断の合理性欠如 81
第３節　委任命令の限界 81
第１款　白紙委任の禁止 81
第２款　委任命令の違法無効 82
第４節　自主条例の限界 82
第５節　信義則違反等 82
第２章　行政処分の手続的違法事由 82
第１節　手続違反 82
第１款　手続的瑕疵の発見 82
第２款　手続違反と処分違法の関係 83
第２節　行政調査 83
第３章　行政救済法総論・不服申立制度 84
第１節　行政救済法総論 84
第１款　行政救済法の構造 84
第２節　行政上の不服申立制度 85
第１款　不服申立ての権利 85
第４章　抗告訴訟－取消訴訟 94
第１節　総論 94
第１款　総論 94
第２節　訴訟要件 95
第１款　総論 95
第２款　処分性 96
第３款　原告適格 111
第４款　狭義の訴えの利益 119
第５款　訴訟手続的要件・教示 127
第３節　本案審理等 131
第１款　取消訴訟の本案審理 131

第２款　違法事由の主張 134
第３款　理由の追加・差替え 136
第４款　基準時 138
第５款　主張立証責任の基本 139
第４節　取消訴訟の終了 140
第１款　取消訴訟の終了 140
第２款　判決の効力 141
第５節　抗告訴訟における仮の救済 143
第１款　執行停止 143
第２款　仮の義務付け・仮の差止め 147
第５章　抗告訴訟－その他 148
第１節　無効等確認訴訟 148
第１款　総論・訴訟要件 148
第２款　本案審理・判決 150
第２節　不作為違法確認訴訟 152
第１款　総論・訴訟要件 152
第２款　本案審理・判決 153
第３節　義務付け訴訟 154
第１款　総論 154
第２款　申請型義務付け訴訟 154
第３款　非申請型義務付け訴訟 156
第４節　差止訴訟 157
第１款　総論・訴訟要件 157
第２款　本案審理・判決 158
第５節　法定外抗告訴訟 158
第１款　総論 158
第６章　その他の行政訴訟 159
第１節　当事者訴訟 159
第１款　実質的当事者訴訟 159
第２款　形式的当事者訴訟 161
第２節　客観訴訟 162
第１款　総論 162
第２款　民衆訴訟 162
第３款　機関訴訟 164
第７章　国家賠償法 167
第１節　総論 167

第１款　総論・責任原理 167
第２節　国家賠償法１条 170
第１款　総論 170
第２款　要件①－公権力該当性 170
第３款　要件②－職務行為関連性 172
第４款　要件③－故意過失 173
第５款　要件④－違法性 174
第６款　要件⑤－損害 181
第７款　公務員の個人責任 181
第３節　国家賠償法２条 184
第１款　国家賠償法２条の瑕疵 184
第８章　損失補償請求権 192
第１節　損失補償請求権 192
第１款　損失補償の根拠・要否 192
第２款　損失補償の内容 196
第３款　国家補償の谷間 198

第１部 行政法

第１編　行政作用法・行政組織法

第１章　　行政法総論

第１節　　基本的概念

第１款　概念

1. 行政とは何か

・控除説：国家作用から立法作用・司法作用を除いたもの（通説）

・積極説：「法のもとに法の規制を受けながら現実具体的に国家目的の積極的実現を目指して行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動」

→行政には裁量性、国家目的の積極的実現、全体の統一性がある、という点は正しい

2. 行政の分類

・規制行政：私人の権利・自由の制限を通じて目的を達成する行政活動

・給付行政：個人や公衆に便益を給付する活動

・私経済的行政：建物や国有財産の管理など、公の目的達成の準備的な活動（準備行政）

※調達行政（行政資源取得行政、税務行政・公用収用）や調整行政、誘導行政も加える場合あり

・権力行政／非権力行政：手法が強制力を持つか否か

3. 法律による行政の原理（＝法治主義）

・法律の法規創造力：立法府の作る法律のみが法規を創造しうる

・法律の優位：法律に違反してはならない

・法律の留保：法律に根拠のないことはしてはならない

→侵害留保説：私人の自由と財産を侵害する行為のみ法律の根拠が必要（自由主義的、通・判）

←自由と財産への侵害以外は自由だと、民主的コントロールに問題がある

→社会留保理論：私人の生活の国家依存性から、給付行政にも法律の根拠が必要

←給付行政のすべてに根拠が必要か、限界があるならどう定めるか

→権力留保理論：権力的行為形式によるならば法律の根拠が必要

←権力付与は根拠規範に限られるのか。権力的な処分が規制規範による場合がある

→全部留保説：行政活動の全部に法律の根拠が必要

←行政需要の変化に適応できず、包括的根拠規範が必要になる

4. 法律と行政の関わり

・組織規範：ある自然人の行為の効果を行政主体に帰属させるもの

・規制規範：行政活動を行政機関がなしうる前提のもと、その適正化を図るもの

・根拠規範：組織規範では足りない場合に特別な根拠となるもの。

5. 行政法の法源

・成文法源

＊憲法：直接に法源として機能する場合(§31,35,38、29-3 など)

＊条約：国内法制定を予定するもののほか、自動執行的効力で国内的効力があるものもある

＊法律

＊命令：法律の委任ある告示までが法規命令、委任のない告示以下は行政規則

・政令(憲 73:6)：内閣による

・省令(国家行政組織 12)：各省大臣による、法律・政令施行のためかその特別の委任が必要

・規則その他の特別の命令(同 13)：各委員会・各庁長官による

・告示(同 14-1)：各省大臣・各委員会・各庁長官による、所掌事務につき公示が必要な場合

・訓令・通達(同 14-2)：大臣等による、所管機関・職員宛の所掌事務についての命令・示達

＊地方公共団体における命令

・条例(憲 94,地方自治 14,96:1)

・長の定める規則(同 15)

・委員会の定める規則その他の規定(同 138/4-2)

・ 不文法源

＊慣習法：法治主義の原理が強い領域(税・警察)では認められない。公物利用権で肯定例あり

＊判例法

＊行政上の法の一般原則

・一般法原則(民法)の準用→信義則、禁反言の法理（→信頼保護の原則）、権利濫用の禁止、期間計算、住所など　※信義則は適用範囲の広狭がある（警察・税務などでは狭い）

・ドイツからの輸入→法治主義、比例原則（警察比例の原則・過剰規制の禁止）
※比例原則違反→不服審査で「不当」として扱われる

・憲法・民主主義→平等取扱原則、政府の説明責任（←情報公開）

・法治国の手続法 or 憲法→行政手続上の諸原則（告知聴聞、文書閲覧・理由附記等）

第２章　行政作用法

第１節　行為形式

第１款 行政の行為形式

1. 行政の行為形式：行政がその目的を達するために用いる様々な行為形式

・行政基準：法律と個別具体的な行政行為の中間にある、行政機関が策定した具体的基準

＊行政立法…法規命令・行政規則

＊行政計画

・行政行為(行手 2:2~4)：直接具体的に国民の権利利益に影響する行政作用の行為形式の代表

・行政指導(行手 2:6)

・届出(行手 2:7)

・行政契約

第２款　行政処分

1.　行政行為：講学上の概念⇔(行政)処分：実定法上の用語　※ずれる場合あり(行訴・行審)

・行政処分の意義

【最判昭 39.10.29】ごみ焼場設置条例無効確認訴訟[S37 オ 296:民集 18-8-1809]

「行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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いう……（最判昭 30.2.24）……かかる行政庁の行為は，公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととした……行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない」→ごみ焼却場設置は行政契約で、条例は内部的手続ゆえ却下正当。

・一般的特徴

＊当事者間の合意ではなく、法令に基づく行政庁の一方的な行為で法効果が発生する

→相手方の意思に反しても、権利制限・義務賦課ができる＝行政行為の規律力

＊拒否処分であっても関係行政庁・私人を法的に拘束しうる（←契約ではありえない）

＊規制行政で用いられることが多いが、給付行政(補助金交付決定等)でも用いられる

・行政行為の分類（効果発生要件）

＊法律行為的行政行為：行政庁の意思によって行政行為の効果が左右されるもの

・命令的行為：自由の制約…下命、禁止、許可、免除

・形成的行為：特別な権能の付与…特許、認可、代理

＊準法律行為的行政行為：事実行為に法律が効果を与えただけで、行政庁の意思は関係ないもの

…確認、公証、通知、受理

・行政行為の分類（相手方の意思）

＊相手方の意思に反して行う行政行為：土地収用、国道の原因者負担金納付命令、除却命令等

＊本人の同意に基づく行政行為：公務員採用・辞職(任用・依願免職)、補助金交付決定等

→意思の合致に加えて、許可等の要件を満たしていないと許可等の行政行為はできない

→行政契約が原則の場合(土地買収)とそれが許されない場合(納税契約)がある

2.　実定法上の規定：「処分」…行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為が基本

・一定の事実行為を含み(行審は明示)、行組・行審では不服申立て・抗告訴訟の対象を画定する

→行政基準や行政計画等でも処分として取り扱われる場合がある

行手法§2:2　行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう

行訴法§3-2　この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次

項に規定する裁決、決定その他の行為【※】を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう
※審査請求、異議申立てその他の不服申立てに対する行政庁の裁決、決定その他の行為（同 3-3）
行審法 2-1 この法律にいう「処分」には、各本条に特別の定めがある場合を除くほか、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（以下「事実行為」という。）が含まれるものとする

3. さまざまな行政行為とその特徴

・許可：法令により一般的な不作為義務を国民に課した上で、(申請で)個別的に解除する行為
（一般禁止の特定解除）
・消極的観点（警察許可：公共の安全等）と積極的観点（公益事業許可：政策目的等）
・対人許可、対物許可（製品の基準認証制度など）、人的・物的要素双方に着目した許可
・特徴：許可を理由には民事責任を免れない、

・特許：国民が本来有していない法的地位を新たに付与する行為
・例：外国人の帰化の許可、鉱業権設定（∵天然資源は国のもの）、道路占用許可、
電気・ガス・鉄道事業等の許可は特許 ⇔ 飲食店営業許可、自動車運転免許等は許可
・本来備わっていない権利を創設的に付与するから、許可よりも行政裁量が広範
・公益事業許可は「公企業の特許」として特許に分類される（本来国の任務だから：自然独占）
※給付契約締結強制や料金規制、廃業許可制など制限が多い。ガス、電気など。
←現代でも国の任務といえるか？業法規制で認可制すればよいのではないか

・認可：行政庁の意思表示により国民の法律行為を補充し、法律上の効力を完成させる行為
・例：農地転用許可（契約自由が原則だが、農地法の許可がないと売買契約は成立しない）
・許可との違い：認可がないと法律行為は完成しないので、無効 ⇔ 許可はなくても有効
←但し、許可は無効と解する場合もある。無認可は無効と解するのは変わりない
※取締法規（無許可でも私法上有効）⇔統制法規（私法上無効）と説明することもある
【最判昭 35.3.18】食品衛生法上無許可の精肉店との肉の売買契約は私法上有効
【最判昭 30.9.30】臨時物資需給調整法違反の売買契約は私法上無効(民 91 適用外=強行法規)
・特徴：第三者効が認められる場合あり（建築協定の認可の公告:建基 75）
・事業認可制：ある営業に認可を要求し、認可を得ないと私法上の契約を無効にするもの
例：公益事業許可対象の事業の約款・料金決定・変更など → 無認可電気料金は徴収できない
※明文規定がない場合、私法上の効力に争いが生じる場合あり
【最判昭 45.12.24】主務大臣の認可のない船舶海上保険普通保険約款の変更[昭 41 オ 768]
船舶海上保険金請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄自判（控訴棄却）
海賊に襲撃された船舶の保険金請求。約款の免責条項で海賊の場合は免責対象でなかったのに、主務大臣の認可なくその旨定めた括弧書きを抹消していたもの。
「普通保険約款が保険契約者の知・不知を問わずこれを拘束する効力を有するものであること、その作成変更につき主務大臣の認可を要するとされる趣旨が、主として、右のような拘束力を有する約款が保険業者の恣意により作成されることを防ぎ、約款の内容を適法かつ合理的ならしめて保険契約者の保護をはかることにある……主務大臣の認可を受けない保険約款の変更は、如何なる種類の保険においても、すべて一律にその効力を有しないものとするのは相当でない。船舶海上保険においては、一般の火災保険や生命保険とは異なり、保険契約者とな

る者すなわち船舶海上保険を利用する者は、多くは、商行為をなすことその他営利的な目的をもつて船舶を航海の用に供する者であり、相当程度の営業規模と資力を有する企業者であるのが普通であつて、保険業者に比して必ずしも経済的に著しく劣弱な地位にあるとはいえない。このような者については、同種の保険を反覆して利用することによつて普通保険約款の内容に通暁し、その各条項を仔細に検討し、契約の締結にあたつては、自己の合理的な判断と計算に基づいてその内容を定めることが、期待されうるとともに、保険業者としても、このような利用者の意思と利益を無視して約款その他の契約内容を一方的に自己に有利にのみ定めることはできないのであつて、保険約款の内容を保険業者の定めるところに委ねても、必ずしもその合理性を確保しえないものではない……海上保険についても、保険制度の公共性に基づき、その適正な運営のため保険業に対する国の一般的監督が必要とされることは勿論であるが、保険契約の内容を律する普通保険約款を公正妥当ならしめ保険契約者を保護するという点においては、行政的監督は補充的なものに過ぎず、主務大臣の認可を受けないでもそれだけでただちに約款が無効とされるものではない……船舶海上保険につき、保険業者が普通保険約款を一方的に変更し、変更につき主務大臣の認可を受けないでその約款に基づいて保険契約を締結したとしても、その変更が保険業者の恣意的な目的に出たものでなく、変更された条項が強行法規や公序良俗に違反しあるいは特に不合理なものでない限り、変更後の約款に従つた契約もその効力を有する」

＊許認可の諸問題

・期間・期限と更新制：期間満了で許認可等は失効し、新たな申請があるのか、原則更新か

→更新制を明示(道交 101-1)　保険医療機関指定のみなし申請(健保 68-2:失効防止のため)

【最判昭 43.12.24】電波法の免許期間満了の効果[昭 40 行ツ 73]

テレビジヨン放送局の開設に関する予備免許処分・同免許申請棄却処分並びにこれが異議申立棄却決定取消請求→一審(高裁)：認容→上告棄却

「免許期間の満了に関する所論について考えるに、訴外財団に付与された予備免許は、昭和三九年四月三日本免許となつたのち、翌四〇年五月三一日をもつて免許期間を満了したが、同年六月一日および同四三年六月一日の二回にわたり、これが更新されていることが明らかである。もとより、いずれも再免許であつて、形式上たんなる期間の更新にすぎないものとは異なるが、右に「再免許」と称するものも、なお、本件の予備免許および本免許を前提とするものであつて、当初の免許期間の満了とともに免許の効力が完全に喪失され、再免許において、従前とはまつたく別個無関係に、新たな免許が発効し、まつたく新たな免許期間が開始するものと解するのは相当でない」（免許期間満了後は新たな免許なので、免許更新を前提にできず、訴えの利益がないとした上告理由の否定。事案では異議申立て棄却の郵政大臣決定書に事実の記載がなかったとして認容した）

・判断の基準時：申請時点ではなく、処分時点の事実関係・法令が基準

【最大判昭 50.4.30】薬局距離制限判決（違憲）[27000373]

「行政処分は原則として処分時の法令に準拠してされるべきものであり、このことは許可処分においても同様であつて、法令に特段の定めのないかぎり、許可申請時の法令によつて許否を決定すべきものではなく、許可申請者は、申請によつて申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得するものではないから、右のように解したからといつて法律不遡及の原則に反することとなるものではない」（新法施行前日に申請が受理されていた）

・融通性：譲渡・相続・差押え等ができるか → 許認可等の性質による

・申請に対する応答がない場合：行手 6 による標準処理期間

→個別法でみなし許認可（青色申告:所得 147,法税 125）、みなし拒否(生活保護 24-4)

・競願処理：先願主義（発信主義／到達主義）、内容審査で公益に合致するかで判断など

・附款：許認可等の法効果につき法律規定事項以外の内容を付加したもの（実定法:「条件」）

-意義：許認可等の処分か拒否処分かの二者択一を緩和し、柔軟な処分を可能にする

-種類：停止条件・解除条件、始期・終期、負担(法定外の作為・不作為義務)、撤回権の留保

→(負担による)義務違反の効果：撤回理由となるのみ（取消・自動失効ではない）

※行政庁の裁量権行使の一環

→裁量権行使の一般的規制の対象：根拠法規の目的違反、平等原則・比例原則違反等

→負担については法律の根拠がないと違法

※明文根拠がある場合もある：都市計画法 79

・ 下命と禁止：国民に一定の作為／不作為義務を負わせる行為（広義の下命は両方を含む）

・種類：法律・条例により一律に行う(源泉徴収義務／売春禁止)

行政機関が個別具体的に行う(課税処分、除却命令、業務改善命令／営業停止処分)

※一般処分：個別具体的だが、不特定多数に対して下命・禁止をする場合

（一般的禁止の例：緊急時の警察官が行う道路の通行禁止（道交法 6-4））

・手続規制：行手法にいう不利益処分にあたる（一般処分・適用除外のものを除く）

・義務違反への制裁：直罰制と行政行為介在制

1.直罰制：法令の下命・禁止による義務違反を理由に罰則を適用する場合

2.行政行為介在制（ワンクッション制）：行政行為の下命・禁止による義務違反を処罰する

→併用する場合もあり、通常行政行為介在制の方が重い制裁となる

・ 免除：法令による一般的な作為義務を個別的に解除する行為（予防接種免除）

・ 代理：第三者のなすべき行為を行政機関が代行し、第三者が行ったのと同一の効果を発生させる行為（日本銀行総裁の任命）

・ 確認：疑い・争いのある事実・法律関係の存否・成否を確定・認定する行為（当選人決定）

・ 公証：疑い・争いのない事実・法律関係の存在を公に証明する行為（選挙人登録、特許権）

・ 通知：特定の事項を特定又は不特定多数の者に知らせる行為（行政代執行の戒告）

・ 受理：他人の行為を有効な行為として受け付ける行為（不服申立ての受理）

＊行手法では「届出」として規定 ∵「受理」の存在自体の排除（但し例外あり）

4. 行政行為の効果

・ 公定力（行政行為と取消訴訟の排他的管轄）

・ 執行力：相手方の意思に反して行政行為の内容を行政権が自力で実現しうる効力

＊自力救済が認められる（例：租税賦課処分に続く滞納処分）

※租税賦課処分は規律力（失効させるのに訴訟を要する）を有し、滞納処分が執行力を有する

∵行政行為の内容の早期実現（→行政目的の早期実現）と裁判所の負担軽減

⇔私人間であれば債務名義の取得と執行裁判所の執行の２段階で裁判所の関与が必要

＊法的根拠の必要性

・旧憲法下の学説：賦課処分に法律の根拠があれば、滞納処分に法律の根拠は不要

・新憲法下の学説：賦課処分・滞納処分それぞれに法律の根拠が必要

・ 不可争力（形式的確定力）

＊出訴期間経過後は取消うべき瑕疵があっても行政行為を違法と主張できない

・出訴期間： 6 月(行訴 14,H16 改正前は 3 月)

・不服申立期間：原則 60 日(行審 14,不服申立前置主義でない場合はこれを過ぎても大丈夫)

・対象は取消うべき瑕疵がある場合のみ

←重大かつ明白な瑕疵＝無効な場合は生じない(行訴 38 は無効確認に出訴期間を準用せず)

・公定力の裏返し。出訴期間は立法政策の問題だが、あまりに短いと憲 32 違反

【最大判昭 24.5.18】自創法の取消処分出訴期間短縮は合憲[昭 23 オ 137]

「出訴期間も民事訴訟上の救済方法に関するものであるから……その期間が著しく不合理で実質上裁判の拒否と認められるような場合でない限り憲法第三二条に違反するということはできない」

【最判昭 43.11.7】不可争力発生後の職権取消しの要件[S39 行ツ 97:民集 22-12-2421]

農地売渡処分が完了し、不服申立期間経過後に農業委員会が農地買収計画・売渡計画を取り消したもの（売渡を受けた者による所有権確認請求→棄却／棄却）

争訟等を経ていないが不可争力が発生した後では、「買収計画、売渡計画のごとき行政処分が違法または不当であれば、それが、たとえ、当然無効と認められず、また、すでに法定の不服申立期間の徒過により争訟手続によつてその効力を争い得なくなつたものであつても、処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、自らその違法または不当を認めて、処分の取消によつて生ずる不利益と、取消をしないことによつてかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益とを比較考量し、しかも該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし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」→本件での瑕疵は自創法の趣旨に照らして重大ゆえ取り消すのが公共の福祉に沿うので適法

・ 不可変更力

＊それ自体争訟の裁断行為の性質を有する行政行為は、特別の規定なくして自ら取り消せない

・例：行審の審査請求に対する裁決(処分庁以外の行政庁に対してするもの)

行審の異議申立てに対する決定(処分庁に対してするもの)

∵法的安定性を著しく害するから（判決の自縛性と同様）

【最判昭 29.1.21】農地委員会が自らなした裁定を取消す可否[昭 25 オ 354]

農地委員会の自らの裁定の取消処分の取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「本件裁決は、中川原村農地委員会が立てた農地の買収計画に対し被上告人が申立てた異議の却下決定に対し、一旦なされた被上告人の主張を認める裁決を取消したものである。この裁決が行政処分であることは言うまでもないが、実質的に見ればその本質は法律上の争訟を裁判するものである。憲法七六条二項後段によれば……終審としては、裁判所が裁判を行うが、行政機関をして前審として裁判を行わしめることは、何等差支えないのである。本件裁決のごときは、行政機関である上告人が実質的には裁判を行つているのであるが、行政機関がするのであるから行政処分に属するわけである。かかる性質を有する裁決は、他の一般行政処分とは異り、特別の規定がない限り、原判決のいうように裁決庁自らにおいて取消すことはできない」

○原審「裁決は判定と同じように裁決をなした都道府県農地委員会を羈束するものであつて、裁決庁はその裁決に民訴第四二〇条に規定する再審事由に相当するような重大な瑕疵があるか、農地調整法第一五条の二八第一項（当時同法第一五条の一八第一項）のような特別の規定による場合の外は、原則として一旦裁決をした以上後にその不当又は違法なことを発見しても、自らこれを取消し又は変更することができない」

・実質的確定力：争訟の裁断行為に判決の既判力に応じて認めるとする効力（争いあり）

【最判昭 42.9.26】実質的確定力を認めるべきとする意見があるもの[昭 40 行ツ 103]

自創法の宅地買収計画取消請求（１回取消したのに、再度買収計画を樹立した）→一審：２物件につき認容→被告控訴：棄却→上告：破棄差戻し（審理不尽・理由不備）→差戻控訴：取消棄却→上告：破棄自判（控訴棄却）

「異議の決定、訴願の裁決等は、一定の争訟手続に従い、なかんずく当事者を手続に関与せしめて、紛争の終局的解決を図ることを目的とするものであるから、それが確定すると、当事者がこれを争うことができなくなるのはもとより、行政庁も、特別の規定がない限り、それを取り消し又は変更し得ない拘束を受けるにいたる……（最判昭 29.1.21、同 29.5.14 参照）……特別の規定のない本件においては……当初の宅地買収計画が上告人らの異議申立に基づいて取り消され、その決定が確定したことにより、爾後、当該農地委員会がそれに拘束される結果、上告人らの宅地買収の申請は、却下等別段の意思表示をまつまでもなく、当然その効力を失う……大阪府農地委員会の茨木市春日地区農地委員会に対する前記指示は、法律上の根拠を有するものでない……それ故、本件各宅地について再度樹立された買収計画は、その前提要件としての申請を欠く違法のもの」

（田中意見）不可変更力の趣旨（利害関係人の信頼保護・法的安定の必要から「その判断の表示に確定力を認め、法律の定めるところにより一定の期間内に一定の手続による不服申立て又は訴訟を提起するほか、もはや、これを争い得ないものとして確定し、これに拘束力を与えようとする趣旨」）からして「行政庁としても、裁決・決定のなされたときの客観的事情と全く同一の事情のもとに、裁決又は決定によつて取り消された処分と全く同じ処分を繰り返してすることは許されない」から再度の買収計画は「決定の確定力を否定」し違法無効

第３款　行政行為の瑕疵

1.　行政行為の瑕疵

・行政行為に瑕疵がある：通常は行政行為が違法であること（不当な場合を含むこともある）

→法律による行政の原理より、原則として取消されるべき

・取り消しうべき瑕疵ある行政行為と無効の瑕疵ある行政行為

→瑕疵の内容の程度による分類、効果が異なる

∵無効の場合は戦前もいきなり司法裁判所に民事訴訟を提起できた

・瑕疵の分類

＊内容の瑕疵：内容が不明確、誤りがある（根拠法規不存在、要件不充足、比例原則違反等）

＊主体の瑕疵：権限を有しない主体による行政行為

←「事実上の公務員」理論：相手方保護のため、権限がなくても無効としない理論

【最大判昭 35.12.7】村長解職存否投票の無効宣言前の後任村長の行政処分は有効

＊手続の瑕疵：行政行為を行うのに踏むべき手続は欠缺・不十分

（形式の瑕疵：書面によるべきを口頭でした場合など。手続に含む場合もある）

＊判断過程の瑕疵：行政庁が錯誤や欺罔されて行政行為を行った場合、権限濫用の場合など

2.　取消訴訟の排他的管轄：行政行為の違法を争う場合は行訴法の取消訴訟で争うべき

→行政行為は、権限ある行政庁の職権取消し・取消訴訟における認容判決確定・行政上の不服申立てによる取消（争訟取消し）によらなければ、有効なものとして取り扱われる（＝公定力）

∵立法政策（取消訴訟を用いることの合理性、法律関係の安定性：行政行為には規律力がある）

【最判昭 30.12.26】取消前の違法な行政処分の裁判上の扱い[昭 26 オ 898]

耕作権確認・耕地引渡請求。原告が村農地委の耕作権者裁定を証拠としたが、県農地委がこれに対する被告の不服申し立てを容れていたもの。ただ、この県農地委の裁決は自ら取消したもので、違法だった。

「本件において茨城県農地委員会は、被上告人が緑岡村農地委員会のした裁定を不服として申立てた訴願につき、昭 24.12.23 附で訴願棄却の裁決をしながら、さらに被上告人の申出によつて再議の結果、昭 26.6.29 附をもつて……前記訴願棄却の裁決を取り消した上改めて訴願の趣旨を容認するとの裁決をした……訴願裁決庁が一旦なした訴願裁決を自ら取り消すことは、原則として許されない……から（最判昭 29.1.21 参照）茨城県農地委員会が……先になした裁決を取消してさらに訴願の趣旨を容認する裁決をしたことは違法である……しかしながら、行政処分は、たとえ違法であつても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有する……ところ、茨城県農地委員会のなした前記訴願裁決取消の裁決は、いまだ取り消されないことは原判決の確定するところであつて、しかもこれを当然無効のものと解することはできない。なお、論旨は、本件裁決書には理由が付されていないと主張するけれども、裁決書を見れば一応理由を付したものと認めることができるので、この点の所論も理由がない」

・取消訴訟の排他的管轄の範囲→行政行為の違法性が争点にならない場合は及ばない

例：建物所有権確認請求と建築確認申請、飲食店営業許可と営業用施設の明渡請求等

原発設置許可と周辺住民の人格権侵害を理由とする同運転の民事差止訴訟

→原発設置許可は周辺住民の人格権侵害がないことを確認してないから別件である

【最判平 4.9.22】もんじゅ行政訴法第一次上告審判決[平 1 行ツ 131]

「被上告人らは本件原子炉施設の設置者である動力炉・核燃料開発事業団に対し、人格権等に基づき本件原子炉

の建設ないし運転の差止めを求める民事訴訟を提起しているが、右民事訴訟は、行政事件訴訟法三六条にいう当該処分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該当するものとみることはできず、また、本件無効確認訴訟と比較して、本件設置許可処分に起因する本件紛争を解決するための争訟形態としてより直截的で適切なものであるともいえないから、被上告人らにおいて右民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、本件無効確認訴訟が同条所定の前記要件を欠くことの根拠とはなり得ない」

・取消訴訟の排他的管轄の限界

①無効の瑕疵がある行政行為

＊無効の瑕疵がある行政行為を争う方法

←特徴：取消訴訟と異なって出訴期間制限がない、不服申立前置主義の制約を受けない

・行政行為の無効確認訴訟(行訴 3-4)

・行政行為の無効を前提に現在の法律関係に関する訴えを提起する(行訴 4,45)

＊無効の瑕疵と取消しうべき瑕疵の区別

＝瑕疵が重大で、その行政行為を前提とする法関係への第三者の信頼保護の必要もないか

・重大明白説（有力）

→明白性の判断：瑕疵が瑕疵であることの明白性・瑕疵があること自体の明白性

→判例は外見上一見明白説（何人の判断でも、ほぼ同一の結論に到達しうる程度に明らか）

∵戦前は無効が司法裁にいきなり持ち込む前提だった → 行政官でなくても判断できる瑕疵

・行政行為が有効と信頼した第三者の保護の必要性がある場合のみ明白性も要件(判例？)

∵現在は司法裁判所が行政事件を判断でき、行政庁と名宛人しか関係ないなら明白性は不要

・判例：重大明白説。但し、課税処分で例外的に明白性なしに認める場合あり

【最判昭 34.9.22】無効原因の基準（重大・明白な違法）[昭 32 オ 252]

国宛自創法に基づく買収・売渡処分無効確認・取得登記抹消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「自作農創設特別措置法五条五号により買収除外の指定をすべきものをこの指定をしないで買収することは違法であり、従つて取消事由とはなるが、それだけでは、当然に、重大・明白な瑕疵として無効原因となるわけではない。すなわち無効原因となる重大・明白な違法とは、処分要件の存在を肯定する処分庁の認定に重大・明白な誤認があると認められる場合を指す……たとえば、農地でないものを農地として買収することは違法であり、取消事由となるが、それだけで、当然に、無効原因があるといい得るものではなく、無効原因があるというためには、農地と認定したことに重大・明白な誤認がある場合（たとえば、すでにその地上に堅固な建物の建つているような純然たる宅地を農地と誤認して買収し、その誤認が何人の目にも明白であるというような場合）でなければならない。従つて、無効原因の主張としては、誤認が重大・明白であることを具体的事実（右の例でいえば地上に堅固な建物が建つているような純然たる宅地を農地と誤認して買収したということ）に基いて主張すべきであり、単に抽象的に処分に重大・明白な瑕疵があると主張したり、若しくは、処分の取消原因が当然に無効原因を構成するものと主張することだけでは足りない」

【最判昭 37.7.5】「明白」の意義[昭 36 オ 804]

県知事宛自創法による買収処分無効確認→一審：棄却→控訴：取消認容→上告棄却

「行政処分の瑕疵が明白であるというためには、処分要件の存在を肯定する処分庁の認定の誤りであることが、処分成立の当初から客観的に明白であることを必要とすることは、当裁判所の判例とするところである（最判昭 34.9.22、同 36.3.7 参照）。しかして、ここに客観的に明白ということは、客観的ということが主観的に対応する概念であるから、処分関係人の知、不知とは無関係に、特に権限ある国家機関の判断をまつまでもなく、何人

の判断によつても、ほぼ同一の結論に到達し得る程度に明らかであることを指す」→原審は主観的明白として認容したのは誤りだが、客観的にも明白だから無効確認。

【最判昭 48.4.26】課税処分における要件(明白性に言及せず)[昭 42 行ツ 57]

所得税賦課処分無効確認、差押処分取消請求→一審：無効棄却、取消却下→控訴棄却→【上告：破棄差戻し】→差戻控訴：取消・ほぼすべて認容(確定)：譲渡所得税を課された原告が、訴外人原告の名義を冒用して登記をしたものであって、一切所得はないと主張し、その事実を原審も認めていたもの。

「課税処分に対する不服申立てについての右の原則【公定力と不可争力】は、もとより、比較的短期間に大量的になされるところの課税処分を可及的速やかに確定させることにより、徴税行政の安定とその円滑な運営を確保しようとする要請によるもの……この一般的な原則は、いわば通常予測されうるような事態を制度上予定したものであつて、法は、以上のような原則に対して、課税処分についても、行政上の不服申立手続の経由や出訴期間の遵守を要求しないで、当該処分の効力を争うことのできる例外的な場合の存することを否定しているものとは考えられない……課税処分についても、当然にこれを無効とすべき場合がありうるのであつて、このような処分については、これに基づく滞納処分のなされる虞れのある場合等において、その無効確認を求める訴訟によつてこれを争う途も開かれている」「一般に、課税処分が課税庁と被課税者との間にのみ存するもので、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つて、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、前記の過誤による瑕疵は、当該処分を当然無効ならしめる」

「要するに、上告人らとしては、いわば全く不知の間に第三者がほしいままにした登記操作によつて、突如として譲渡所得による課税処分を受けたことになるわけであり、かかる上告人らに前記の瑕疵ある課税処分の不可争的効果による不利益を甘受させることは、たとえば、上告人らが上記のような各登記の経由過程について完全に無関係とはいえず、事後において明示または黙示的にこれを容認していたとか、または右の表見的権利関係に基づいてなんらかの特別の利益を享受していた等の、特段の事情がないかぎり、上告人らに対して著しく酷である……本件のごときは比較的稀な事例に属し、かつ、事情の判明次第、真実の譲渡所得の帰属者に対して課税する余地もありうる……ことからすれば、かかる場合に当該処分の表見上の効力を覆滅することによつて徴税行政上格別の支障・障害をもたらすともいい難いのであつて、彼比総合して考察すれば、原審認定の事実関係のみを前提とするかぎり、本件は、課税処分に対する通常の救済制度につき定められた不服申立期間の徒過による不可争的効果を理由として、なんら責むべき事情のない上告人らに前記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事情のある場合に該当し、前記の過誤による瑕疵は、本件課税処分を当然無効ならしめるものと解する」→容認していた可能性があるので破棄差戻し

【最判昭 48.10.5】課税処分における要件(明白性を要する)[昭 45 行ツ 44]

贈与税賦課決定無効確認→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「課税処分が当然無効であるというためには、処分に重大かつ明白な瑕疵が存することを要するものと解すべきであり（最大判昭 31.7.18、最判昭 36.3.7 参照）、原判決が、その適法に確定した事実関係のもとにおいて、右と同じ見解に立つて、本件課税処分を無効とはいえないとした判断は、正当として首肯することができる」

【最判平 16.7.13】天下一家の会の課税処分取消請求[平 12 行ヒ 32,33,34]

「天下一家の会・第一相互経済研究所」宛の法人税更正処分取消・国県市宛不当利得返還請求→一審：却下→控訴：取消・処分取消却下、不当利得一部認容→被告上告：破棄自判（控訴棄却）

事実関係によれば「団体としての主要な点が確定しているようにみえる」から「課税庁においてC研究所が法人でない社団の要件を具備すると認定したことには，それなりの合理的な理由が認められるのであって，仮にその認定に誤りがあるとしても，誤認であることが本件各更正の成立の当初から外形上，客観的に明白であるということはできない」「仮に本件各更正に課税要件の根幹についての過誤があるとしても，前記事実関係によれば，

Ｂは，税務対策等の観点…（社団化を進め）…法人税，法人事業税，法人県民税及び法人市民税の申告をし，申告に係るこれらの税を納付して，高額の所得税の負担を免れた……徴税行政の安定とその円滑な運営の要請をしんしゃくしても，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Ｂに本件各更正による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的な事情がある場合（最判昭 48.4.26 参照）に該当するということもできない」（ねずみ講の事業主体が人格なき社団になったとして法人税を課税したもの。原審は社団の実態はなく、虚無人への課税と同じで無効とした）

②国家賠償請求訴訟：行政処分取消と同様の結果となる場合でも取消訴訟は不要

【最判昭 36.4.21 民集 15-4-850】国賠請求と無効確認の訴えの利益[昭 35 オ 248]

宅地買収不服所有権確認→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

自創法に基づく買収計画が取り消されたが、その無効確認を請求したもの。

「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消又は無効確認の判決を得なければならないものではないから本訴が被上告人委員会の不法行為による国家賠償を求める目的に出たものであるということだけでは、本件買収計画の取消後においても、なおその無効確認を求めるにつき法律上の利益を有するということの理由とするに足りない」

【最判平 22.6.3 判時 2083-71】冷凍倉庫固定資産税過重賦課事件(名古屋市)[平 21 受 1338]

国賠請求→一審：棄却（取消訴訟の不服申立て期間を徒過している）→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「地方税法は，固定資産評価審査委員会に審査を申し出ることができる事項について不服がある固定資産税等の納税者は，同委員会に対する審査の申出及びその決定に対する取消しの訴えによってのみ争うことができる旨を規定するが，同規定は，固定資産課税台帳に登録された価格自体の修正を求める手続に関するものであって（４３５条１項参照），当該価格の決定が公務員の職務上の法的義務に違背してされた場合における国家賠償責任を否定する根拠となるものではない」「原審は，国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額に係る損害賠償請求を許容することは課税処分の公定力を実質的に否定することになり妥当ではないともいうが，行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては，あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない（最判昭 36.4.21 参照）。このことは，当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており，その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば，結果的に当該行政処分を取消した場合と同様の経済的効果が得られるという場合であっても異ならない……たとい固定資産の価格の決定及びこれに基づく固定資産税等の賦課決定に無効事由が認められない場合であっても，公務員が納税者に対する職務上の法的義務に違背して当該固定資産の価格ないし固定資産税等の税額を過大に決定したときは，これによって損害を被った当該納税者は，地方税法４３２条１項本文に基づく審査の申出及び同法４３４条１項に基づく取消訴訟等の手続を経るまでもなく，国家賠償請求を行い得る」

（宮川補足）「金銭の徴収や給付を目的とする行政処分……についてのみ，法律関係を早期に安定させる利益を優先させなければならないという理由はない」

（金築補足）取消訴訟と国賠では故意過失の必要性や立証責任の違いなどがあり、不服前置主義や取消訴訟の出訴期間を定めた趣旨が没却されることはない。

③刑事訴訟：取消訴訟の排他的管轄は当然には及ばない（戦前は及ぶとされていた）

【最判昭 53.6.16】違法な行政処分は有罪の基礎とできないとした例[昭 50 あ 24]

風俗営業取締法違反→一審：罰金 7000 円→控訴棄却→上告：破棄自判（無罪）

個室付公衆浴場を児童遊園の 200m 以内で営んだため、営業停止命令に違反したとされたもの。しかしその児童遊園はトルコ風呂設置阻止のために設けられたもので、営業許可も故意に遅延された。

「被告会社のトルコぶろ営業に先立つ本件認可処分が行政権の濫用に相当する違法性を帯びているときには、C児童遊園の存在を被告会社のトルコぶろ営業を規制する根拠にすることは許されない」「本来、児童遊園は、児

童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（児童福祉法四〇条参照）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿つてなされるべきものであつて、前記のような、被告会社のトルコぶろ営業の規制を主たる動機、目的とするＢ町のＣ児童遊園設置の認可申請を容れた本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社のトルコぶろ営業に対しこれを規制しうる効力を有しない……（なお、本件認可処分の適法性、有効性が争点となつていた被告会社対山形県間の仙台高裁昭47 行コ 3 号損害賠償請求控訴事件において被告会社のトルコぶろ営業に対する関係においての本件認可処分の違法・無効を認めた控訴審判決が、最高裁昭 49 行ツ 92 号の上告棄却判決（本件認可処分は行政権の著しい濫用によるものとして違法であるとした。）により確定していることは、当裁判所に顕著である。【但し、国賠請求ゆえ取消・無効確認ではない】）……被告会社の本件トルコぶろ営業については、これを規制しうる児童福祉法七条に規定する児童福祉施設の存在についての証明を欠くことになり、被告会社に無罪の言渡をすべき」

④先行する行政行為の違法

【最判平 21.12.17】東京都建築安全条例の安全認定と建築確認処分[平 21 行ヒ 145]

安全認定・建築確認処分取消請求等→一審：認定却下、確認棄却→控訴：確認・取消認容、余棄却→上告棄却
接道義務を強化する都条例の適用除外認定（安全認定）に続く建築確認処分の両方の取消請求。控訴審は安全認定が区長の裁量権逸脱又は濫用で違法ゆえ条例違反として建築確認処分取消を認容。

「建築確認における接道要件充足の有無の判断と，安全認定における安全上の支障の有無の判断は，異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが，もともとは一体的に行われていたものであり，避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるもの……安全認定は，建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり，建築確認と結合して初めてその効果を発揮する……安全認定があっても，これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず，建築確認があるまでは工事が行われることもないから，周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない……安全認定について，その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難……仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても，その者において，安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく，建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて，その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない……以上の事情を考慮すると，安全認定が行われた上で建築確認がされている場合，安全認定が取り消されていなくても，建築確認の取消訴訟において，安全認定が違法であるために本件条例４条１項所定の接道義務の違反があると主張することは許される」

・取消訴訟の排他的管轄の除外

＊立法政策上排他的管轄を外したもの：形式的当事者訴訟(行訴４の前半に規定)

行訴 4 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの……をいう

・例：土地収用法の損失補償に関する訴訟（起業者⇔土地所有者又は関係人で行う）

∵損失補償の争いだけなら、取消訴訟ではなく当事者間で争った方がよい

3. 瑕疵ある行政行為の効力

・瑕疵の治癒

＊行政行為がなされた時点においては適法要件が欠けていたが、事後に充足された場合

→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もの

∵当初の行政行為を取り消しても、再度同一の行政行為を行うことがほぼ確実に予想される

→名宛人の救済に資する意義は乏しく、かえって行政効率・訴訟経済を害する

【最判昭 34.9.22】瑕疵の治癒[昭 32 オ 252]

国宛自創法に基づく買収・売渡処分無効確認・取得登記抹消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「農地買収処分は、（１）市町村農地委員会による計画の樹立、（２）県農地委員会の承認、（３）知事の買収令書交付の三段階により成立する処分であつて、買収処分の重要・不可欠の構成要素と目すべきものは（１）（２）（３）に尽きる。もつとも、自作農創設特別措置法八条は、県農地委員会が承認を下すについては、異議の決定・訴願の裁決を待つてこれをなすべきものとしているが、それは、主として、異議・訴願に対する判断の結果いかんによつては（計画が取り消された場合）、爾後の手続を進行することが無益に帰する場合のあり得べきことを慮つて、異議・訴願に対する判断の結果を見た上で爾後の手続を進行すべきものとする趣旨から出たものに過ぎず、異議・訴願の手続において不服申立人に聴問の機会を保障し、これらの手続における審理の結果を基礎として（２）（３）の手続を進行すべきものとする趣旨から出たものでない……異議の決定・訴願の裁決がなされる前に爾後の手続が進められたという違法は、買収処分の重大な瑕疵としてその無効原因を構成するものと解すべきではなく、後に異議却下・訴願棄却の裁決があれば、これにより右瑕疵は、治癒されるものと解すべき」

【最判昭 36.7.14】瑕疵の治癒を認めた例[昭 32 オ 1096]

農業用施設買収無効確認請求（手続の瑕疵の他にも違法があったため、破棄差戻し）

「農地買収計画につき異議・訴願の提起があるにもかかわらず、これに対する決定・裁決を経ないで爾後の手続を進行させたという違法は、買収処分の無効原因となるものではなく、事後において決定、裁決があつたときは、これにより買収処分の瑕疵は治癒される……（最判昭 34.9.22）……兵庫県農地委員会が本件買収計画を承認し、また兵庫県知事が被上告人に対する買収令書を発行した当時は、まだ同委員会による本件買収計画についての訴願裁決がなされていなかつたとはいえ、右承認は訴願棄却の裁決があることを停止条件としてなされたものであり、訴願棄却の裁決もその後行われたというのであるから、訴願棄却の裁決がなされる前に承認その他の買収手続を進行させたという瑕疵は、その後訴願棄却の裁決がなされたことによつて治癒された」

＊理由の追完には厳格（理由提示が当初ないか不十分だった手続上の瑕疵）

【最判昭 47.12.5】審査裁決による理由の追完の可否[昭 43 行ツ 61]

法人税課税処分取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（青色申告事業者への更正の附記理由が不備）

「本件更正の附記理由をみるのに……その記載をもつてしては…（金額算出や課税所得となることの）…具体的根拠を知るに由ないものといわざるをえない……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処分の理由を相手方に知らせて不服申立の便宜を与えることを目的として更正に附記理由の記載を命じた前記法人税法の規定の趣旨にかんがみ、本件更正の附記理由には不備の違法がある」「更正に理由附記を命じた規定の趣旨が前示のとおりであることに徴して考えるならば、処分庁と異なる機関の行為により附記理由不備の瑕疵が治癒されるとすることは、処分そのものの慎重合理性を確保する目的にそわないばかりでなく、処分の相手方としても、審査裁決によってはじめて具体的な処分根拠を知らされたのでは、それ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ないという不利益を免れない。そして、更正が附記理由不備のゆえに訴訟で取り消されるときは、更正期間の制限によりあらたな更正をする余地のないことがあるなど処分の相手方の利害に影響を及ぼすのであるから、審査裁決に理由が附記されたからといって、更正を取り消すことが所論のように無意味かつ不必要なこととなるものではない。それゆえ、更正における附記理由不備の瑕疵は、後日これに対する審査裁決において処分の具体的根拠が明らかにされたとしても、それにより治癒されるものではない」

【最判平 23.6.7】耐震偽装建築士の免許取消処分[平 21 行ヒ 91]

一級建築士免許取消処分・建築士事務所登録取消処分取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄自判（認容）

・違法行為の転換

＊要件を欠く行政行為が、別の行政行為としては要件を充足し、それによって存続させるもの

∵取消後、再度別の行政行為を行うことになり、行政効率を害する

⇔法治主義の例外であり、また名宛人が争っている場合に不意打ちになる

【最大判昭 29.7.19】農地委員会の裁定における違法行為の転換を認容[昭 25 オ 236]

自創法による買収計画に関する訴願裁決取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「同令四三条による場合と同令四五条による場合とによつて、市町村農地委員会が買収計画を相当と認める理由を異にするものとは認められない。従つて原判決が同令四三条により定めたと認定した赤坂村農地委員会の本件買収計画を被上告委員会が同令四五条を適用して相当と認め上告人の訴願を容れない旨の裁決をしたことは違法であるとはいえない」（小作人の請求がないのに、あったものとして買収計画をしたもの。村農地委は、請求が必要な施行令 43 条に基づいて買収計画をしたが、原告の訴願に対して県農地委は施行令 45 条を適用して買収計画を相当とし、訴願を容れなかった。）

【最判昭 28.12.28】農地委員会の裁定における違法行為の転換を不許[昭 25 オ 383]

自創法に基づく違法処分取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「自創法三条一項及び五項の各号の規定は、一般的に政府が自作農創設のため買収する目的物たる土地が右各号所定のいずれかの農地に該当しなければならないことを定めたに過ぎない……具体的買収処分の有効要件として、その目的物が右各号所定のいずれかの農地に該当すれば足ることを定めた趣旨のものと解することはできない……農地の買収処分はこの市町村農地委員会の定める農地買収計画に基いてなされなければならない……それゆえ、買収計画とこれに基いてなされる買収処分とは不可分一体……であり……買収計画はその目的物が同条項各号所定のいずれの農地に該当するかを考察して立てらるべきであり、漫然そのいずれかに該当するであろうというがごとき予想の下にこれを立てることは許されないのであるから，もし目的物が買収計画の根拠とされた農地に該当しないときは、かかる計画に基いてはこれを買収することはできない……たまたまその目的物が買収計画の根拠とされた以外の買収し得べき農地に該当する場合にあつてもその結論を異にするものではない。けだしもし然らずとすれば買収計画に基かない買収処分を許容する結果となり、被買収地の所有者の利害を考慮するだけでも到底認容し得ない……自創法三条一項及び五項各号による農地の買収はそれぞれその理由を異にし……買収される農地の如何は自作農となるべきものに差異を来たすこともあり得る……同条五項による買収にあつては都道府県農地委員会または市町村農地委員会が政府の買収を相当と認めることを前提とし、その認定行為もその目的物が同項各号所定のいずれの農地に該当するかによつてその結論を異にすることあるべきは当然であるから、同法条所定の一の農地として立てられた買収計画を他の農地としての買収計画と見ることは許されない……本件県農地委員会は、本件港北地区農地委員会の立てた農地買収計画を審査して、裁決することはできるが、その裁決において従来の買収計画と異なる新たなる買収計画を定めたり、又は新たなる買収計画を定めるに等しい見解をもつて、原委員会の定めた買収計画の違法を適法化することはできない」

【最判昭 29.1.14】農地買収処分・買収計画取消（上と同様の事例で転換を認めず）

【最判昭 42.4.21】国税局長への審査請求での違法行為の転換を不許[昭 39 行ツ 33]

青色申告書提出承認取消処分についての所轄国税局長宛審査請求の審理決定取消請求→一審認容→控訴棄却→上告棄却（旧法人税法二五条八項三号該当とする処分の審査請求で同項一号該当として処分相当とされたもの）

「論旨は、旧法三五条による審査の請求の手続においては、審査庁は、審査の請求の目的となつた処分の処分理由を変更してこれを維持することも許されるものとし、また右手続においていわゆる違法行為の転換の理論も適用あるものと主張する……審査の請求の手続において、請求に理由がないとして棄却決定がなされるのは、その審査の請求の目的となつた処分は違法不当と認むべき瑕疵がなく、その処分自体をそのまま維持するのを相当とする場合でなければならない……従つて、また法二五条八項三号による処分に対する審査の請求の手続において、いわゆる違法処分の転換の法理を適用し、新たに同項一号該当の事実の存在を認定し、これを生野税務署長のした右一号該当処分として維持できるものとすることは肯認しがたく」引用判例も事案が異なる。

- 不可変更力：職権取消しの制限
- 理由の追加・差替え：違法行為の転換まではせず、理由の変更・追加のみを認めるもの

＊一部認容説：申請拒否処分のみ認容（不利益処分では不可）

＊一部否定説：聴聞手続きを経た場合等は認められない（聴聞制度等の趣旨を没却する）

＊同一性説：理由の追加・差し替えにより処分の同一性が失われる場合は認められない

＊否定説：理由提示義務やその目的に反するので認められない

【最判昭 56.7.14】取消訴訟での理由の追加[昭 52 行ツ 62]

法人税更正処分取消請求→一審：一部認容→控訴：取消棄却→上告棄却

「(一）宅地の分譲販売等を業とする上告人は、本件係争事業年度において本件不動産を 7600 万 9600 円で取得しこれを 7000 万円で販売したものとして、右事業年度の法人税につき青色申告書による確定申告をした、(二）これに対して、被上告人は、本件不動産の取得価額は 6000 万円であるとして、他の理由とともにこれを更正の理由として更正通知書に附記し、本件更正処分をした、（三）ところが、被上告人は、本訴における本件更正処分の適否に関する新たな攻撃防禦方法として、仮に本件不動産の取得価額が 7600 万 9600 円であるとしても、その販売価額は 9450 万円であるから、いずれにしても本件更正処分は適法であるとの趣旨の本件追加主張をした、というのであって、このような場合に被上告人に本件追加主張の提出を許しても、右更正処分を争うにつき被処分者たる上告人に格別の不利益を与えるものではないから、一般的に青色申告書による申告についてした更正処分の取消訴訟において更正の理由とは異なるいかなる事実をも主張することができると解すべきかどうかはともかく、被上告人が本件追加主張を提出することは妨げないとした原審の判断は、結論において正当」

【最判平 11.11.19 民集 53-8-1862】逗子情報公開訴訟[H8 行ツ 236]

住民監査請求の公文書一部公開拒否処分取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄差戻し

条例で「非公開決定の通知に併せてその理由を通知すべきものとしているのは……（恣意抑制、不服申立ての便宜が目的で）……そのような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（実際には、非公開決定の通知書にその理由を付記する形で行われる。）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、右の理由通知の定めが、右の趣旨を超えて、一たび通知書に理由を付記した以上、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ものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はない」から理由の追加は許されないとして原審は誤り

・ 事情判決(行訴 31-1)：違法だが取消さずに違法宣言にとどめるもの

＊事情裁決(行審 40-6,56)・事情決定(行審 48)：違法・不当だが取消さず宣言だけにするもの

§31-1 取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない

4. 行政行為の成立・発効

・ 行政行為の成立（外部に誤って表示した場合：いつ成立するのか？）

【最判昭 29.9.28】内部的意思決定と相違する書面の作成と行政行為[民集 8-9-177]

農地賃貸借解約につき道庁内は不許可で固まっていたのに、知事決裁時に間違って許可の書類を上げたため、認可がされてしまったもの（仮処分決定取消請求→棄却／棄却）

「行政行為は表示行為によつて成立するものであつて、行政機関の内部で確定したものであつても外部に表示しない間は意思表示ではあり得ない。そうして当該行政行為が要式行為であると否とを問わず書面によつて表示されたときは書面の作成によつて行政行為は成立し、その書面の到達によつて行政行為の効力を生ずるものである。この場合表示行為が当該行政機関の内部的意思決定と相違していても表示行為が正当の権限ある者によつてな

されたものである限り……該書面に表示されているとおりの行政行為があつたものと認めなければならない」

【最判昭 57.7.15】行政処分が有効に成立する時期[昭 53 行ツ 21]

(主)①給油取扱所許可処分存在・有効確認②同附款の義務不存在確認(予)同処分の不作為違法確認、③灯油専用一般取扱所設置許可申請に対する処分の不作為違法確認→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄自判（取消・①棄却、②③却下、(予)一審差戻し）

「行政処分が行政処分として有効に成立したといえるためには、行政庁の内部において単なる意思決定の事実があるかあるいは右意思決定の内容を記載した書面が作成・用意されているのみでは足りず、右意思決定が何らかの形式で外部に表示されることが必要であり、名宛人である相手方の受領を要する行政処分の場合は、さらに右処分が相手方に告知され又は相手方に到達することすなわち相手方の了知しうべき状態におかれることによつてはじめてその相手方に対する効力を生ずるものというべきである（最判昭 29.9.28 参照）。」

・行政行為の発効

＊原則：行政行為が相手方に到達した時

【最判昭 29.8.24】行政庁の処分は原則として意思表示の一般的法理に従う（到達による）

【最判平 11.10.22】薬事法に基づく承認の効力発生時期

薬事法の「承認は、医薬品の有効性、安全性を公認する行政庁の行為であるが、これによって、その承認の申請者に製造業等の許可を受け得る地位を与えるものであるから、申請者に対する行政処分としての性質を有する……そうすると、承認の効力は、特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時、すなわち申請者が現実にこれを了知し又は了知し得べき状態におかれた時に発生する……関係法令を検討しても承認の告知方法を定めた規定は存在しないが、薬事法 14-1,13-1 等の文理からすれば、告知に関する規定がないことをもって、同法が、承認について申請者への告知を不要としているものとは解されず、他に申請者への到達なしに承認の効力が生ずることをうかがわせる定めはない。また、特許権の存続期間の延長に関する特許法の諸規定（旧法六七条三項、六七条の二第三項等）も、延長登録の理由となる処分はその処分が相手方に到達した時に効力を生ずることを前提としているものと解される。したがって、延長登録の理由となる処分としての承認は、申請者に到達した時にその効力が発生するものというべきである」

＊特別の定めによる修正：行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律 4-3

→オンラインで処分通知をする場合は被通知者の電子計算機のファイルへの記録で到達

＊附款による修正：始期や停止条件が付されると、行政行為の到達時期と異なりうる

5. 行政行為の失効

・行政行為の取消（職権取消し）：行政行為成立当初から瑕疵があった場合 → 遡及的失効

＊職権取消しと争訟取消し…争訟取消しは出訴期間があるが、職権取消しはいつでもできる

・職権取消し：行政庁が行政行為の違法を認識し、職権で効力を失わせる場合

・争訟取消し：不利益を受けた者が行審法・行訴法に基づいて行政行為の取消を求める場合

→争訟の審理中に違法と認識して、判断を待たずに職権取消しをする場合もある

＊主体：当該処分を行った行政庁

・上級行政庁も職権取消しができるか（肯定・否定で争いあり、否定説が有力）

→否定説：指揮監督権により当該行政庁に職権取消しを命じることができるにとどまる

→限定説：取消を命じても履行されないと場合に限って取消が可能

＊要件（適用場面）

・錯誤や申請者の不正な手段により違法になされた行政行為

→明文なくして一般的に可能（かつ、原則取消すべき）　∵法律による行政の原理の要請

＊効果

・原則：遡及的になかったものとして取り扱う

例：申請者が虚偽資料を提出したような場合（→申請者の信頼保護の必要はない）

・例外：違法な許認可等につき申請者の帰責事由がない場合

∵拒否されるような申請をしてはならないという義務はない→申請者の信頼保護

→現時点で要件を欠くなら、将来に向かってのみ取消す

←将来効のみなら撤回と同じゆえ、あえて取消す必要があるのか

→現時点で要件を備えていればあえて取消す必要はない

→許認可を前提として行った投資が無駄になることへの補償は必要か？

＊二重効果的処分の取消

・第三者の利益となる処分の職権取消しや、取消が公共の福祉を著しく害するおそれなど

→職権取消しを控えるべき場合がある（争訟取消しは原則認められる）

【最判昭 33.9.9】売渡を受ける者の利益と瑕疵ある農地買収処分[昭 32 オ 18]

買収面積の 1/10 未満である宅地を含めて買収令書を発したため、職権取消ししたもの。売渡を受ける者が原告の無効確認（原審棄却→破棄差戻し）

「以上の事実関係の下では、特段の事情のない限り買収農地の売渡を受くべき上告人の利益を犠牲に供してもなおかつ買収令書の全部（農地に関する部分を含む）を取り消さなければならない公益上の必要があるとは解されないから、右特段の事情がない限り、本件取消処分は、違法の瑕疵を帯びるものと解すべきである」

・行政行為の撤回：適法になされたが、事情がかわって失効させる必要が生じた場合

＊後発的な瑕疵により、将来へ向けて効力を失わせること

※撤回は実定法上「取消」ということもある ⇔ 取消は実定法上も「取消」という

例：免許「取消し」は、違反点数累積なら許可の撤回、病気発覚等なら許可の取消し

・例外：瑕疵が既に発生していた時まで遡及することはありうる

【最判昭 51.2.20】帳簿書類保存義務がある範囲で遡及して青色申告を失効させてよい

＊主体：その行政行為を行う権限のある行政庁（上級行政庁はダメ）

＊要件（適用場面）

・撤回の根拠が法律に明定されている場合 → 問題なく行いうる

・明文の根拠がない場合 → 争いあり

→相手方に不利益な行政行為：撤回しない理由がないから原則撤回可能

→相手方に権利利益を与える行政行為：権利利益侵害ゆえ法律の留保が及ぶ？

←撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合は許される（菊田医師事件）

例：許認可を与えられたのに、その許認可の趣旨に抵触する違法行為をした場合など

【最判昭 63.6.17】菊田医師事件[昭 60 行ツ 124]

県医師会・国宛優生保護法指定医取消処分取消等請求→原審棄却→上告棄却

「被上告人医師会が昭和五一年一一月一日付の指定医師の指定をしたのちに、上告人が法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、上告人に対する指定を存続させることが公益に適合しな

い状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によって上告人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から、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができる」

・行政財産をより公共性ある目的のために使用する必要が生じた場合の撤回

→可能(国財 24,19)だが、損失補償が必要な場合がある

【最判昭 49.2.5】中央卸売市場事件[昭 44 オ 628]

損賠請求→一審：棄却→控訴：変更・一部認容→上告：破棄差戻し・原状回復命令

「本件取消を理由とする損失補償に関する法律および都条例についてみるに、本件取消【但し、講学上は「撤回」のこと】がされた当時（昭和三二年六月二九日）の地方自治法および都条例にはこれに関する規定を見出すことができない。しかし、当時の国有財産法は、すでに、普通財産を貸し付けた場合における貸付期間中の契約解除による損失補償の規定をもうけ（同法二四条）、これを行政財産に準用していた（同法一九条）ところ、国有であれ都有であれ、行政財産に差等はなく、公平の原則からしても国有財産法の右規定は都有行政財産の使用許可の場合にこれを類推適用すべきものと解するのが相当であつて、これは憲法二九条三項の趣旨にも合致する……右規定は、貸付期間中の解除に関するものであるが、期間の定めのない場合であつても使用許可の目的、内容ないし条件に照らし一応の使用予定期間を認めうるときは、これを期間の定めのある場合と別異に扱う理由がないから、この場合にも前記規定の類推適用が肯定されてしかるべき…（昭 38 改正後の）…地方自治法二三八条の四および五は普通財産について補償の規定をもうけているだけで、行政財産についてこれをもうけていないが、そのことは、いまだ前記類推適用を否定する根拠にはならない……本件使用許可は期間を定めないものではあるが建物所有を目的とするというのであるから、前叙のところに従い右類推適用が肯定される……したがつて、本件損失補償については、これを直接憲法二九条三項にもとづいて論ずるまでもないのである」しかし、「当該行政財産に右の必要を生じたときに右使用権が消滅することを余儀なくされるのは、ひつきよう使用権自体に内在する前記のような制約に由来するものということができるから、右使用権者は、行政財産に右の必要を生じたときは、原則として、地方公共団体に対しもはや当該使用権を保有する実質的理由を失うに至るのであつて、その例外は、使用権者が使用許可を受けるに当たりその対価の支払いをしているが当該行政財産の使用収益により右対価を償却するに足りないと認められる期間内に当該行政財産に右の必要を生じたとか、使用許可に際し別段の定めがされている等により、行政財産についての右の必要にかかわらず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に足りる特別の事情が存する場合に限られる」→事案としては損賠否定

・ 許認可等の効力の停止：撤回より緩やかなので、弁明の機会の付与で足りる

・ 撤回不可能な行政行為：職がなくなった場合の分限免職処分など

→それ自体は適法ゆえ、再度任用すべき

・ その他の失効原因：終期・解除条件、事実上の不能（施設の利用許可で施設が地震倒壊など）

第４款　行政立法

1. 行政立法：法律の趣旨を運用において具体化するため行政機関たる行政庁が規範を定めること

・法規命令：行政機関が定める法規 → 行政外部にも効力を有する＝法律の授権・公示が必要

例：政令・府省令・規則、地方公共団体の条例・規則 ← 条例・規則は除く場合もある

＊法規：国民一般の権利義務に関係する法規範

・行政規則：行政機関が定める一般的な規範であって、法規の性質を有しない(＝内部のみ)もの

例：訓令・通達・裁量基準（審査基準・処分基準）

2. 法規命令

・実質的根拠

＊専門技術的事項まで国会で審議するのは非効率、迅速な改正による柔軟性の確保

＊人事院等への委任：中立性が重視される事項

＊条例への委任：地域的事情への配慮

・特色

＊外部効果：行政機関を拘束するのみならず、国民を拘束し、裁判規範となる

＊授権規範の必要性

・委任命令：国民の権利義務の内容を定めるもの → 法律の授権が必要

・執行命令：内容を実現する手続を定めるもの → 法律の授権が不要

←国会が国権の最高機関・唯一の立法機関である日本国憲法下では不当

→委任命令は個別法の授権が必要、執行命令は一般的授権で足りる(憲 73:6,行組 12-1 等)

・授権法の廃止 → 別段の定めがない限り委任命令も失効する

・限界

＊委任の方法：憲法 41 条の規定に抵触するような委任は違憲

【大阪高判昭 43.6.28】概括的・白地的委任は許されない[昭 41 行コ 97]

法人税更生決定取消請求→一審：一部認容→控訴：棄却（確定）

「租税法律主義の原則から、法律が命令に委任する場合には、法律自体から委任の目的、内容、程度などが明らかにされていることが必要であり、損金益金への算入不算入といった課税要件について、法律で概括的、白地的に命令に委任することは許されない。したがって、みぎ九条八項により、命令で、法律と同様な前記課税要件を広範囲にわたって規定することまでも委任したものではないし、まして、命令で、本来損金の性質を有し、これまで損金として取り扱われることに理論上も実務上もなんら怪しまれることがなかったものを、益金とするようなことは到底できないことは当然である」（使用人役員中、同族関係者の賞与は一律益金とした規則は違法）

【最大判昭 49.11.6】猿払事件最判[憲掲 27670762]

「なお、政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法一〇二条一項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうるところである。そして、そのような政治的行為が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を擁護する見地から科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものであることは、すでに述べたとおりであるから、右条項は、それが同法八二条による懲戒処分及び同法一一〇条一項一九号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一様に委任するものであるからといって、そのことの故に、憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない」

（大隅、関根、小川、坂本反対）刑罰規定であるのに人事院規則へ委任するのは違憲

【最判平 5.3.16】家永教科書裁判第一次上告審（上告棄却）

＊委任命令の内容：委任命令が委任をした法律に抵触する場合

【最大判昭 46.1.20】農地法施行令事件[昭 42 行ツ 52:民集 25-1-1]

農地売渡処分・訴願却下決定取消、農林大臣宛土地原告宛売払義務確認請求→一審：確認却下、取消棄却→控訴棄却→上告：一部破棄差戻し（売渡処分取消・確認請求を一審に差戻し）、一部破棄自判（訴願却下部分却下）

自作農創設特措法で買収された農地が区画整理の対象となってから耕作者に売り渡されたもの。区画整理編入で農地法 80 条所定の農林大臣の認定があり、農地性を失ったと原告主張。

(農地)法 80 条は 1,2 項あわせ、買収農地を自作農創設目的に供しなくなった場合は元所有者に売り払わないといけないが、「令一六条四号が、前記のように、買収農地のうち法八〇条一項の認定の対象となるべき土地を買収後新たに生じた公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実なものに制限していることは、その規定上明らかである。その趣旨は、買収の目的を重視し、その目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な場合にかぎり売り払うべきこととしたものと考えられる。同項は、その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法八〇条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されない……農地改革のための臨時立法であつた自創法とは異なり、法は、恒久立法であるから、同条による売払いの要件も、当然、長期にわたる社会、経済状勢の変化にも対処できるものとして規定されているはずのものである。したがつて、農地買収の目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実であるという場合ではなくても、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたつて維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとすることを相当とするもの（法七条一項四号参照）として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといいうるものが生ずるであろうことは、当然に予測されるところであり、法八〇条は、もとよりこのような買収農地についても旧所有者への売払いを義務付けているものと解されなければならない……同条の認定をすることができる場合につき、令一六条が、自創法三条による買収農地については令一六条四号の場合にかぎることとし、それ以外の前記のような場合につき法八〇条の認定をすることができないとしたことは、法の委任の範囲を越えた無効のものというのほかはない」

【最判平 2.2.1】サーベル事件（銃砲刀剣類登録規則事件）[昭 63 行ツ 163:民集 44-2-39]

刀剣登録拒否処分取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

刀剣所持は許可制で欠格条項もあるが、「美術品として価値のある刀剣類」に該当すると登録により誰でも所持できた。銃砲刀剣類登録規則 4-2 はその鑑定につき日本刀であることを条件としていた。

「右の要件が法の委任の趣旨を逸脱したものであるか否かをみるに、刀剣類の文化財的価値に着目してその登録の途を開いている前記法の趣旨を勘案すると、いかなる刀剣類が美術品として価値があり、その登録を認めるべきかを決する場合にも、その刀剣類が我が国において有する文化財的価値に対する考慮を欠かすことはできないものというべき」(1)制度の発端は占領軍による武器引渡命令時の例外だった、(2)次に文化財保護法の規制によるが日本刀は文化財に準ずるとして例外にした、(3)現行法も規定は同じ、(4)法施行後外国刀剣類の登録例はない、(5)日本刀は古くから美術品だった、という「認定事実に照らすと、規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、前記のとおり美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法一四条一項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということはできない。そうすると、上告人の登録申請に係る本件サーベル二本は上告人がスペインで購入して日本に持ち帰った外国刀剣であって、規則四条二項所定の鑑定の基準に照らして、登録の対象となる刀剣類に該当しないことが明らか」

（角田・大堀反対）美術品たる外国刀剣を対象とするかは政策的判断で、国会が決めること。多数意見の言う沿革は日本刀を登録制度の対象にする理由たりうるが、外国刀剣を排除する理由にはならない。

【最判平 3.7.9 民集 45-6-1049】幼年者の被勾留者の接見禁止[昭 63 行ツ 41]

国賠請求(50 万)→一審認容(5 万)→被告控訴・原告附帯控訴(110 万に拡張)：控訴棄却・附帯控訴一部認容(+1 万)→上告：破棄自判(請求全部棄却) ※上告代理人の 1 人：金子泰輔

監獄法施行規則 120,124 条（14 歳未満の幼年者と在監者の接見の原則禁止）に基づき、在監者が養親長女の長女との面会が不許可となったことへの国賠請求。「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものである。そして、未決勾留により拘禁された者（以下「被勾留者」という。）は、（ア）逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のために必要かつ合理的な範囲において身体の自由及びそれ以外の行為の自由に制限を受け、また、（イ）監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生の防止のために必要な限度で身体の自由及びそれ以外の行為の自由に合理的な制限を受けるが、他方、（ウ）当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障される（最大判 45.9.16,同 58.6.22 参照）」監獄法は接見は許可制で、受刑者・監置者の親族以外は原則不許可だが、在監者の場合誰とでも原則許可。「法五〇条は、「接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、命令（法務省令）をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されないのである……規則一二〇条は、規則一二一条ないし一二八条の接見の態様に関する規定と異なり、「十四歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定し、規則一二四条は「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」と規定している。右によれば、規則一二〇条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則一二四条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法五〇条の委任の範囲を超えるものといわなければならない……規則一二〇条（及び一二四条）は、結局、被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものと断ぜざるを得ない」「原審の確定した事実関係によれば、被上告人と幹とが接見したとしても、（ア）被上告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれが生ずるとも、（イ）監獄内の規律又は秩序が乱されるおそれが生ずるとも認められないというのであるから、所長は、法四五条の趣旨に従い、被上告人と幹との接見を許可すべきであったといわなければならない。ところが、所長は、本件処分をし、これを許可しなかったのであるから、本件処分は法四五条に反する違法なものといわなければならない」

→同規定につき従来問題視されてこなかったので監獄の長に過失がなく、国賠は認められない。

【最大判平 21.11.18】東洋町解職請求署名簿無効決定訴訟[平 21 行ヒ 83:民集 63-9-2033]

解職請求署名簿無効決定異議申立棄却決定取消請求→一審：棄却→上告：破棄

町議会議員の解職請求者署名簿の署名に付き、請求代表者に非常勤公務員たる農業委員が含まれていたためすべて無効としたもの

地方自治法 85-1 は「政令で特別の定をするものを除く外」公選法の普通地方公共団体の選挙の定めを準用するとし、同施行令が請求代表者につき公選法 89 本文のみを準用するため「農業委員会委員は，公職の候補者となることができる場合であると否とを問わず，在職中，議員の解職請求代表者となることができないこととなる」（但書により農業委員会委員は公職の候補者となることができる）

「地自法は，議員の解職請求について，解職の請求と解職の投票という二つの段階に区分して規定しているところ，同法８５条１項は，公選法中の普通地方公共団体の選挙に関する規定（以下「選挙関係規定」という。）を地自法８０条３項による解職の投票に準用する旨定めているのであるから，その準用がされるのも，請求手続と

は区分された投票手続についてであると解される。このことは，その文理からのみでなく，〔１〕解職の投票手続が，選挙人による公の投票手続であるという点において選挙手続と同質性を有しており，公選法中の選挙関係規定を準用するのにふさわしい実質を備えていること，〔２〕他方、請求手続は，選挙権を有する者の側から当該投票手続を開始させる手続であって，これに相当する制度は公選法中には存在せず，その選挙関係規定を準用するだけの手続的な類似性ないし同質性があるとはいえないこと，〔３〕それゆえ，地自法８０条１項及び４項は，請求手続について，公選法中の選挙関係規定を準用することによってではなく，地自法において独自の定めを置き又は地自令の定めに委任することによってその具体的内容を定めていることからも，うかがわれるところである。したがって，地自法８５条１項は，専ら解職の投票に関する規定であり，これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって，解職の請求についてまで政令で規定することを許容するものということはできない」

「しかるに，前記２（２）のとおり，本件各規定は，地自法８５条１項に基づき公選法８９条１項本文を議員の解職請求代表者の資格について準用し，公務員について解職請求代表者となることを禁止している。これは，既に説示したとおり，地自法８５条１項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって，その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効……議員の解職請求において，請求代表者に農業委員会委員が含まれていることのみを理由として，当該解職請求者署名簿の署名の効力を否定することは許されない」「最判昭29.5.28 は以上と抵触する限度において，これを変更すべき」

（藤田補足）（涌井補足）あえて違法とする理由の補足

（宮川・櫻井補足）小さい町で公務員はダメといったら代表者たりうる人がほとんどいなくなる

（堀籠・古田・竹内反対）多数意見によると公務員の解職請求がまったく自由になり不当。

（竹内追加反対）公務員の地位利用がありうるから制限は正当で判例を維持すべき

【最判平 14.1.31】児童扶養手当法施行令事件[平８行ツ 42]

児童扶養手当受給資格喪失処分取消請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄自判（控訴棄却）

認知を受けない未婚の子を養育していたが、認知されたところ児童扶養手当受給資格がなくなったもの。

児童扶養手当法施行令 1/2:3 母が婚姻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）

控訴審は、カッコ内のみ無効とするのは裁判所による立法であり、またこの取捨選択は立法裁量とした。

○「施行令１条の２第３号の規定は，婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象児童として取り上げた上，認知された児童をそこから除外するとの明確な立法的判断を示している……このうち認知された児童を児童扶養手当の支給対象から除外するという判断が違憲，違法なものと評価される場合に，同号の規定全体を不可分一体のものとして無効とすることなく，その除外部分のみを無効とすることとしても，いまだ何らの立法的判断がされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない。したがって，本件括弧書を無効として本件処分を取り消すことが，裁判所が立法作用を行うものとして許されないということはできない」

○法 4-1:5「による委任の範囲については，その文言はもとより，法の趣旨や目的，さらには，同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべき」

「法が４条１項各号で規定する類型の児童は，生別母子世帯の児童に限定されておらず，１条の目的規定等に照らして，世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童，すなわち，児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態，あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているもの……母が婚姻によらずに懐胎，出産した婚姻外懐胎児童は，世帯の生計維持者としての父がいない児童であり，父による現実の扶養を期待することができない類型の児童に当たり，施行令１条の２第３号が本件括弧書を除いた本文において婚姻外懐胎児童を法４条１項１号ないし４号に準ずる児童としていることは，法の委任の趣旨に合致する……一方で，施行令１条の２第３号は，本件括弧書を設けて，父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに，

婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって，法律上の父が存在する状態になるのであるが，法４条１項１号ないし４号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし，認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また，父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。したがって，婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても，依然として法４条１項１号ないし４号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると，施行令１条の２第３号が本件括弧書を除いた本文において，法４条１項１号ないし４号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら，本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは，法の趣旨，目的に照らし両者の間の均衡を欠き，法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない」父死亡・生死不明の場合も生計維持者たる父の不存在の場合を類型化したものゆえ、同一に論じることはできず、そうするのが内縁解消後に父が認知しても受給権に消長を来さないとの解釈と整合性がある。「以上のとおりであるから，施行令１条の２第３号が父から認知された婚姻外懐胎児童を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し，本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効」

（町田反対）認知後父が扶養しないなら遺棄など他の条件により支給できるから、そのような場合には受給資格廃止処分は認められない。その点審理するため差戻すべき。

・委任立法の手続的規制

＊実体的統制：裁判所が審査するが、裁量が広範なため限界がある

＊手続的規制：裁量の適正な行使を担保するため

例：審議会諮問（法で明定／運用上）、公聴会の開催、他の行政機関等との協議、意見聴取等

・一般行政基準制定手続の法制化：2005 行政手続法改正で導入

3. 行政規則

・特色

＊外部効果を有しない → 裁判所は自由に法律を解釈する（同じ結論を採用することも多い）

※(事実上)外部効果を持つ行政規則：私人に対する処分基準など

【最判平 4.10.29】伊方原発訴訟[昭 60 行ツ 133]

伊方発電所原子炉設置許可処分取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

行政規則に基づいた処分につき、裁判所として独自に判断した上で、同じ審査基準を用いて同じ結論を導く

・種類

＊解釈基準：法令の解釈を統一するため、上級行政機関が下級行政機関に対して発する基準

・通達：指揮監督権の一環で訓令、下級行政機関が反すると懲戒処分の対象

・内容を争う場合：通達に基づいた具体的処分について争う

【最判昭 43.12.24】通達そのものの取消訴訟は原則として認められない[昭 39 行ツ 87]

法令解釈指定方通達変更請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

「元来、通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあつても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大なかかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない……通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その処分の効力が左右されるものではない……裁判所がこれらの通達に拘束さ

れることのないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあたつては、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、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる……このような通達一般の性質、前述した本件通達の形式、内容および……一審判決認定の事実……その他原審の適法に確定した事実ならびに墓地、埋葬等に関する法律の規定を併せ考えれば、本件通達は従来とられていた法律の解釈や取扱いを変更するものではあるが、それはもつぱら知事以下の行政機関を拘束するにとどまるもので、これらの機関は右通達に反する行為をすることはできないにしても、国民は直接これに拘束されることはなく、従つて、右通達が直接に上告人の所論墓地経営権、管理権を侵害したり、新たに埋葬の受忍義務を課したりするものとはいいえない……墓地、埋葬等に関する法律二一条違反の有無に関しても、裁判所は本件通達における法律解釈等に拘束されるものではないのみならず、同法一三条にいわゆる正当の理由の判断にあたつては、本件通達に示されている事情以外の事情をも考慮すべきものと解せられるから、本件通達が発せられたからといつて直ちに上告人において刑罰を科せられるおそれがあるともいえず……原審において上告人の主張するような損害、不利益は……直接本件通達によつて被つたものということもできない……現行法上行政訴訟において取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でなければならないのであるから、本件通達中所論の趣旨部分の取消を求める本件訴は許されないものとして却下すべき」

＊裁量基準：行政庁の処分における裁量権の行使について、その基準を定める内部基準

・法律の根拠を要せず、裁量基準に基づいていても私人は処分の取消を請求できる

・適正手続の要請（恣意的判断の抑止、国民の予測可能性）から設定が要求される場合もある

→行手 5-1,3,12-1：審査基準の作成・公表義務、処分基準の作成努力義務

・裁量基準からの逸脱：ただちに処分が違法となるわけではない

∵そうしないと事実上法規命令と同じ効果を有してしまう

→行政庁は裁量基準があっても個別的事情を審査する義務がある

→裁量基準の機械的適用は不合理で違法となる場合がある

【最大判昭 53.10.4】マクリーン事件[昭 50 行ツ 120]

「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあつても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」

【東京地判昭 42.12.20】個人タクシー免許申請却下処分取消請求認容[昭 39 行ウ 57]

審査基準の「合理性自体を否定することはできないけれども、決して合目的的配慮を容れる余地のないほどに硬直・絶対な基準とすべきものではない。このような基準の趣旨から考えると」車庫前面道路の幅員がわずかに不足していても、基準を満たすものと取り扱って「右基準設定の本旨に反するものでないことは明らかであつて、かような場合に……道路状況等をまつたく考慮することなく、道路幅員が三・五米に二糎不足であるということだけで、直ちに前記基準但書にも適合しないとすることは，あまりにも硬直・形式的にすぎ、とうてい右基準の合理的適用ということはできない」「原告の申請を却下した本件第二次処分は、車庫前面道路幅員に関する審査基準の適用につき、事実を誤認し、ひいて右誤認がなければ当然斟酌すべき事実を斟酌しないで基準を適用したことにより、結局において裁量権の行使を誤つたものとして、違法であるといわなければならない」

【東京地判昭 45.3.9】個人タクシー免許申請却下処分取消請求認容[昭 40 行ウ 145]

「六一才以上は免許しない旨を定める前記の年令基準は法六条一項四号の免許基準に適合するかどうかを判断するに当たつての一応の基準にすぎないというべきであるから、被告が上記のような他の諸事項を綜合検討することなく、原告の年令が本件申請当時六二才九ケ月であつて前記年令基準の定める年令の上限を超過するとの理

由で本件申請を却下したのは、法六条一項四号の趣旨に沿わない不合理な判断に基づくものというべく、それゆえ、本件却下処分は裁量を誤つた違法な処分である」

＊給付規則：法律の根拠なく支給される補助金の交付基準のこと（要綱で定められる）

＊指導要綱：主に地方公共団体が作成するもので、宅地開発・ゴルフ場建設等に際して行われる行政指導の指針を示したもの

・意義：行政指導は強制力はないが、行政指導適正化の点から、指針の設定・公表が望ましい

→行手 36：行政指導指針の作成・公表義務、大半の地方公共団体が条例で同様の規定

・行政規則の外部化：行政規則が実質的に外部効果を有する現象

＊解釈基準の外部化

・合理的理由なく通達に反して特定の者に厳しい処分をする→平等原則違反で取消対象

・通達により不利益変更をする→信義則違反にあたる場合あり

・通達自体で甚大な被害があり、後続する処分を争う機会がない場合の取消訴訟

【東京地判昭 46.11.8 行集 22-11=12-1785】通達の取消訴訟を認めた例[昭 39 行ウ 16]

通達取消請求、製造中止勧告取消請求→一審：前者棄却、後者却下（確定）

「現実の行政事務の運営において通達がはたしている役割・機能の重要性およびその影響力も無視しえないのであつて、こうした点をも併せ考えると、通達であつてもその内容が国民の具体的な権利、義務ないし法律上の利益に重大なかかわりをもち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利、義務ないしは法律上の利益に変動をきたし、通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合には、行政訴訟の制度が国民の権利救済のための制度であることに鑑みれば、通達を単に行政組織の内部的規律としてのみ扱い、行政訴訟の対象となしえないものとするとは妥当でなく、むしろ通達によつて具体的な不利益を受ける国民から通達そのものを訴訟の対象としてその取消を求めることも許される」（原告製造の函数尺が計量法違反とする通達の取消請求）

＊裁量基準の外部化

・合理的理由なく裁量基準を適用しない場合 → 平等原則違反で違法

←審査基準が公表されると、私人はその基準で申請等をするから違法としやすい

・行政の自己拘束論：裁量基準も不適用の合理的理由がない限り行政機関を拘束する

【最判平 4.10.29】伊方原発訴訟[昭 60 行ツ 133]

裁量基準に従った決定につき、当該裁量基準に不合理な点がないかを最初に審査すべき

＊指導要綱の外部化

・指導要綱に従わない場合の制裁規定を置いて外部効果を持たせようとする場合

→法律による行政の原理に違反

【最決平 1.11.8】武蔵野市長給水拒否事件[昭 60 あ 1265]

水道法違反→一審：元市長個人に罰金 10 万→控訴棄却→上告棄却

「被告人らが本件マンションを建設中の山基建設及びその購入者から提出された給水契約の申込書を受領することを拒絶した時期には，既に、山基建設は、武蔵野市の宅地開発に関する指導要綱に基づく行政指導には従わない意思を明確に表明し、マンションの購入者も、入居に当たり給水を現実に必要としていた……このような時期に至ったときは、水道法上給水契約の締結を義務づけられている水道事業者としては、たとえ右の指導要綱を事業主に順守させるため行政指導を継続する必要があったとしても、これを理由として事業主らとの給水契約の締結を留保することは許されない……これを留保した被告人らの行為は、給水契約の締約を拒んだ行為に当たる」

「被告人らは、右の指導要綱を順守させるための圧力手段として、水道事業者が有している給水の権限を用い、指導要綱に従わない山基建設らとの給水契約の締結を拒んだ……その給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長することとなるような事情もなかった……このような場合には、水道事業者としては、たとえ指導要綱に従わない事業主らからの給水契約の申込であっても、その締結を拒むことは許されない……被告人らには本件給水契約の締結を拒む正当の理由がなかった」

＊命令等制定手続の外部化：行政規則制定が行政内部で完結しないこと(行手法の意見公募手続)

第５款　行政契約

1. 行政契約：少なくとも一方当事者が行政主体である契約

・例：庁舎建設での入札による請負契約、土地の任意買収、備品の購入、公営バスの利用客など

・法律の根拠：不要 ∵相手方との意思の合致があるから、権利侵害・義務賦課があってもよい

＊平等原則・比例原則等、契約の一般原則も適用

＊契約違反に罰則を定めたり、行政上の強制執行をする旨を定めるのは不可能(民事執行は可)

2. 行政契約の種類

・法定行政契約と非法定行政契約：法律に根拠があるか否か

＊法定の例：消防 30-2(火災時の水利についての事前の協定),道路 47/7(道路一体建物の協定)

＊非法定の例：宅地開発協定、公害防止協定など

・規制的契約と非規制的契約：私人に義務を課し、権利を制限するのが主な内容か否か

＊非規制の例：土地売買契約、建設請負契約、物品供給契約、財政目的の売払い契約など

3. 行政契約の統制

・法律による行政の原理：法律に違反する契約は締結できない

【福岡地判昭 25.4.18】贈与税延納要件を満たさないのに、延納を認める契約はできない

【最判平 21.7.10 判時 2058-53】産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件[後掲 H19 受 1163]

産廃最終処分場使用差止請求(民訴)→一審：認容→控訴：取消棄却→上告：破棄差戻し

産廃最終処分場を設置する被告に対して合併前の町との公害防止協定で定められた使用期限の経過を理由に使用差止めを請求したもの。「処分業者が，公害防止協定において，協定の相手方に対し，その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは，処分業者自身の自由な判断で行えることであり，その結果，許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても，同法に何ら抵触するものではない」

・契約自由の原則の修正：比例原則なども適用される

・平等原則：契約相手の恣意的選択の禁止

・効率性の原則：最少経費・最大効果の原則 ∵公費の節約（対価となる金銭は租税等が源泉）

・説明責任の原則：契約締結過程の透明性を高めること ∵政治的圧力や口利きの排除

・発注者たる地位の濫用の禁止 ∵国や地方公共団体は巨大な発注者で、有利な立場にある

4. 行政契約への法的規制

・財政民主主義(憲 85)：地自 96-1:2,3,5~9 で予決算・重要な契約の議会の個別同意を規定

・一般競争入札中心主義(会計法 29/3-1)

→入札参加者を限定せず競争入札をし、予定価格の範囲内で最も有利な価格の提示者と契約

∵機会均等・参加の事由、手続の公正性・透明性、新規参入の促進・競争の活性化

←不誠実な者の落札のおそれがあるため、保証金・参加資格(同 29/3-2,29/4,29/9)等で対処

＊指名競争入札(同 29/3-3)：契約の性質・目的上、参加者少数・一般競争入札が不利な場合

∵不誠実者排除・信頼性ある者の選択、事務処理の簡便 ⇔ 恣意的指名・談合のおそれ

＊随意契約(同 29/3-4)：契約の性質・目的上、競争不可・緊急の必要・入札が不利な場合

∵事務処理が最も簡単、発注者が最適と認める者に発注可能 ⇔ 不正のおそれが高い

＊契約の金額が少額等政令で定める場合(同 29/3-5)：指名競争入札・随意契約でもよい

＊地方自治法の規制：一般競争入札中心主義等を定める(地自法 234-2)

＊総合評価方式やプロポーザル方式 ∵安かろう・悪かろうの排除

会計法 29/3-3 契約の性質又は目的により競争に加わるべき者が少数で第一項の競争に付する必要がない場合及び同項の競争に付することが不利と認められる場合においては……指名競争に付するものとする

#4 契約の性質又は目的が競争を許さない場合、緊急の必要により競争に付することができない場合及び競争に付することが不利と認められる場合においては、政令の定めるところにより、随意契約によるものとする

#5 契約に係る予定価格が少額……他政令で定める場合……指名競争に付し又は随意契約によることができる

【最判昭 62.5.19】違法に締結された随意契約の効力[民集 41-4-687]

(水源地たる森林の町有地の持分の)売却処分無効確認等請求(住民訴訟)→一審：一部認容(更生登記)→被告控訴：一部棄却(認容は原告 1 名死亡部分)→上告：破棄自判(取消棄却)

元入会地の森林を隣町と共有していたが、財源確保のため両町の林野組合の林野関係に通じた議員に算定してもらった価格に基づき、随意契約で売却したもの。

「(法 234-2・令 167/2-1 に) …右列挙された事由のいずれにも該当しないのに随意契約の方法により締結された契約は違法というべき……このように随意契約の制限に関する法令に違反して締結された契約の私法上の効力については……違法な契約であっても私法上当然に無効になるものではなく、随意契約によることができる場合として前記令の規定の掲げる事由のいずれにも当たらないことが何人の目にも明らかである場合や契約の相手方において随意契約の方法による当該契約の締結が許されないことを知り又は知り得べかりし場合のように当該契約の効力を無効としなければ随意契約の締結に制限を加える前記法及び令の規定の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められる場合に限り、私法上無効になる……前記法及び令の規定は、専ら一般的抽象的な見地に立って普通地方公共団体の締結する契約の適正を図ることを目的として右契約の締結方法について規制を加えるものと解されるから、右法令に違反して契約が締結されたということから直ちにその契約の効力を全面的に否定しなければならないとまでいうことは相当でなく、他方、契約の相手方にとっては、そもそも当該契約の締結が、随意契約によることができる場合として前記令の規定が列挙する事由のいずれに該当するものとして行われるのか必ずしも明らかであるとはいえないし、また、右事由の中にはそれに該当するか否かが必ずしも客観的一義的に明白とはいえないようなものも含まれているところ、普通地方公共団体の契約担当者が右事由に該当すると判断するに至った事情も契約の相手方において常に知り得るものとはいえないのであるから、もし普通地方公共団体の契約担当者の右判断が後に誤りであるとされ当該契約が違法とされた場合にその私法上の効力が当然に無効であると解するならば、契約の相手方において不測の損害を被ることにもなりかねず相当とはいえないから……当該契約が仮に随意契約の制限に関する法令に違反して締結された点において違法であるとしても、それが私法上当然無効とはいえない場合には、普通地方公共団体は契約の相手方に対して当該契約に基づく債務を履行すべき義務を負うのであるから、右債務の履行として行われる行為自体はこれを違法ということはできず、このような場合に住民が法二四二条の二第一項一号所定の住民訴訟の手段によって普通地方公共団体の執行機関又は職員に対し右債務の履行として行われる行為の差止めを請求することは、許されない」

・村外業者の指名競争入札からの排除

【最判平 18.10.26 判時 1953-122】損害業者の指名競争入札からの排除[H17 受 2087]

指名回避による損賠請求→一審：65%認容→双方控訴：取消棄却→上告：破棄差戻し→取消棄却

木屋平村が H10 まで参加していた原告(建設業者)を H11-16 まで入札参加者として指名しなかったもの。但し、村内業者(村内に主事務所がある者)と扱われていたが、入札資格がない工事で参加させるよう要求し、村が工事を分割して入札資格の制限内の金額にしたことが２度あり、問題となったところ、事務所は誰もおらず村外に居住していることがわかって排除され、村からの話し合いの申出も拒絶され、「木屋平村は，上告人の他の問題点を述べる意見に加えて，上告人が村内業者と認められないことを理由に，指名回避の措置を採った」もの。原審

は村内業者を原則とし、対応できない場合のみ村外業者とする運用は過疎地ゆえ合理性があるとした。
差戻し控訴審：H12,14,16 は適法、H13,15 は違法としても村長に故意過失がないとして棄却
地自法 234-1・地自法施行令 167・公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律を引用し「木屋平村においては，従前から，公共工事の指名競争入札につき，村内業者では対応できない工事についてのみ村外業者を指名し，それ以外は村内業者のみを指名するという運用が行われていた……確かに，地方公共団体が，指名競争入札に参加させようとする者を指名するに当たり，〔１〕工事現場等への距離が近く現場に関する知識等を有していることから契約の確実な履行が期待できることや，〔２〕地元の経済の活性化にも寄与することなどを考慮し，地元企業を優先する指名を行うことについては，その合理性を肯定することができるものの，〔１〕又は〔２〕の観点からは村内業者と同様の条件を満たす村外業者もあり得るのであり，価格の有利性確保（競争性の低下防止）の観点を考慮すれば，考慮すべき他の諸事情にかかわらず，およそ村内業者では対応できない工事以外の工事は村内業者のみを指名するという運用について，常に合理性があり裁量権の範囲内であるということはできない」当時、「本件指名停止等要綱を除いて，指名に関する基準は明定されていなかった」上、村内業者の判断も「客観的で具体的な基準も明らかにされていなかった」から「このような状況の下における木屋平村の上記のような運用は，村内業者で対応できる工事はすべて指名競争入札とした上で，村内業者か否かの判断を適当に行うなどの方法を採ることにより，し意的運用が可能となるものであって，公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律の定める公表義務に反し，同法及び地方自治法の趣旨にも反する」
→受注・施工実績もあるから、一律に村外業者としたのは裁量権逸脱・濫用の可能性があるとして差戻し
（才口補足）村内に事務所がないことのみをもって指名を停止したなら違法である
（横尾反対）「地元企業であることを必須の要件とすることも，そうすることが総体としての当該地域の住民（納税により公共工事の費用を負担する者，公共工事の経済効果により利益を受ける者など）の利益を損なうことのない限り，合理的な裁量の範囲内にあるというべき」木屋平村の状況からは村民の利益は損なうものではない。
（泉反対）「機会均等の理念及び価格の有利性の確保を考慮に入れても，当該普通地方公共団体の区域内に主たる営業所を有する者に限って指名する方が当該地方公共団体の利益の増進につながると合理的に判断される場合には，そのような指名を行うことも許容される」＋請求額が村内業者として受注してきた割合・利益率から算定されており、「上告人自身が，村内業者で対応できる工事の指名競争入札では村内業者のみを指名するという木屋平村の運用が続くことを前提とした損害の賠償を請求している」運用が違法なら利益も請求できないはず。

5. 給付行政と契約：財・サービスを提供する給付行政における契約

・公益的な財・サービスでの契約自由の原則の制約

＊例：水道 15-1(契約締結強制),14-2:4(差別料金の禁止) ← 水道容量逼迫なら拒否可(判例)

【最決平 1.11.8 判時 1328-16】武蔵野市長給水拒否事件[昭 60 あ 1265]

水道法違反→一審：元市長個人に罰金 10 万→控訴棄却→上告棄却

「被告人らが本件マンションを建設中の山基建設及びその購入者から提出された給水契約の申込書を受領することを拒絶した時期には，既に、山基建設は、武蔵野市の宅地開発に関する指導要綱に基づく行政指導には従わない意思を明確に表明し、マンションの購入者も、入居に当たり給水を現実に必要としていた……このような時期に至ったときは、水道法上給水契約の締結を義務づけられている水道事業者としては、たとえ右の指導要綱を事業主に順守させるため行政指導を継続する必要があったとしても、これを理由として事業主らとの給水契約の締結を留保することは許されない……これを留保した被告人らの行為は、給水契約の締約を拒んだ行為に当たる」
「被告人らは、右の指導要綱を順守させるための圧力手段として、水道事業者が有している給水の権限を用い、指導要綱に従わない山基建設らとの給水契約の締結を拒んだ……その給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長することとなるような事情もなかった……このような場合には、水道事業者としては、たとえ指導要綱に従わない事業主らからの給水契約の申込であっても、その締結を拒むことは許されない……被告人らには本件給水契約の締結を拒む正当の理由がなかった」

【最判平 11.1.21 民集 53-1-13】福岡県志免町給水拒否訴訟[H7 オ 2122]

給水上の地位確認請求→棄却／棄却（原告は 420 戸のマンション開発を計画した会社）

「法一五条一項にいう「正当の理由」とは、水道事業者の正常な企業努力にもかかわらず給水契約の締結を拒まざるを得ない理由を指すものと解されるが、具体的にいかなる事由がこれに当たるかについては、同項の趣旨、目的のほか、法全体の趣旨、目的や関連する規定に照らして合理的に解釈するのが相当」「水の供給量が既にひっ迫しているにもかかわらず、自然的条件においては取水源が貧困で現在の取水量を増加させることが困難である一方で、社会的条件としては著しい給水人口の増加が見込まれるため、近い将来において需要量が給水量を上回り水不足が生ずることが確実に予見されるという地域にあっては、水道事業者である市町村としては、そのような事態を招かないよう適正かつ合理的な施策を講じなければならず、その方策としては、困難な自然的条件を克服して給水量をできる限り増やすことが第一に執られるべきであるが、それによってもなお深刻な水不足が避けられない場合には、専ら水の需給の均衡を保つという観点から水道水の需要の著しい増加を抑制するための施策を執ることも、やむを得ない措置として許されるものというべきである。そうすると、右のような状況の下における需要の抑制施策の一つとして、新たな給水申込みのうち、需要量が特に大きく、現に居住している住民の生活用水を得るためではなく住宅を供給する事業を営む者が住宅分譲目的でしたものについて、給水契約の締結を拒むことにより、急激な需要の増加を抑制することには、法一五条一項にいう「正当の理由」がある」

【最判平 18.7.14 民集 60-6-2369】山梨県高根町簡易水道事業給水条例事件[H15 行ツ 35 等]

給水条例無効確認・未払水道料金債務不存在確認・不当利得返還請求→認容／一部破棄却下（条例無効確認）

住民でない別荘所有者の水道料金を高くしたもの（町民 1400 円・非町民 5000 円/13mm 径）

「普通地方公共団体が経営する簡易水道事業の施設は地方自治法２４４条１項所定の公の施設に該当するところ，同条３項は，普通地方公共団体は住民が公の施設を利用することについて不当な差別的取扱いをしてはならない旨規定している……同項が憲法１４条１項が保障する法の下の平等の原則を公の施設の利用関係につき具体的に規定したものであることを考えれば，上記のような住民に準ずる地位にある者による公の施設の利用関係に地方自治法２４４条３項の規律が及ばないと解するのは相当でなく，これらの者が公の施設を利用することについて，当該公の施設の性質やこれらの者と当該普通地方公共団体との結び付きの程度等に照らし合理的な理由なく差別的取扱いをすることは，同項に違反する」「別荘給水契約者は，旧高根町の区域内に生活の本拠を有しないという点では同町の住民とは異なるが，同町の区域内に別荘を有し別荘を使用する間は同町の住民と異ならない生活をするものであることなどからすれば，同町の住民に準ずる地位にある者ということができる……一般的に，水道事業においては，様々な要因により水道使用量が変動し得る中で最大使用量に耐え得る水源と施設を確保する必要があるのであるから，夏季等の一時期に水道使用が集中する別荘給水契約者に対し年間を通じて平均して相応な水道料金を負担させるために，別荘給水契約者の基本料金を別荘以外の給水契約者の基本料金よりも高額に設定すること自体は，水道事業者の裁量として許されないものではない……公営企業として営まれる水道事業において水道使用の対価である水道料金は原則として当該給水に要する個別原価に基づいて設定されるべきものであり，このような原則に照らせば，上告人の主張に係る本件改正条例における水道料金の設定方法【別荘利用者と大口利用者を含むその他利用者の負担を同じになるように算定したもの】は，本件別表における別荘給水契約者と別荘以外の給水契約者との間の基本料金の大きな格差を正当化するに足りる合理性を有するものではない。また，同町において簡易水道事業のため一般会計から毎年多額の繰入れをしていたことなど論旨が指摘する諸事情は，上記の基本料金の大きな格差を正当化するに足りるものではない……本件改正条例による別荘給水契約者の基本料金の改定は，地方自治法２４４条３項にいう不当な差別的取扱いに当たるというほかはない」

6. 規制行政と契約：公害防止協定の効力

・法的効力否定説（紳士協定説）＝法律の根拠がないから

・法的効力肯定説（判例）：

※強制的な立入調査権や刑罰までは協定できない ∵法律によらず公権力を創出するから

【最判平 21.7.10】産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件[後掲 H19 受 1163:判時 2058-53]

7. 契約には至らないものの法的に保護されるべき信頼関係が生じる場合

【最判昭 56.1.27】行政計画と計画担保責任[後掲 昭 51 オ 1338]

工場誘致に応じて原告が機械設備を発注し、整地も終わったところで工場反対派が村長に当選し、建築確認申請に応じず、工場建設を断念させたもの。宜野座村宛、損賠請求（原審棄却→上告：破棄差戻し）

第２節　制度・手法

第１款　個別法が想定する行政過程

1. 規制行政における行政過程

2. 給付行政における行政過程

・給付と対価：有償(バス)、無償(図書館等)、有償だが原価未満の低廉額(情報公開手数料)

・法的規制：侵害留保説に立てば原則は法的根拠は不要 → 受給請求権を付与するのみ

＊受給資格の取得：行政庁の確認の必要(健保 39-1)、不要(国健保 13 以下)

＊請求権の付与：給付決定が必要(生保 24-1[申請],25-1[職権])、不要(健保 35)

＊行為形式：行政行為による場合、契約による場合(保育所利用は措置→契約に転換)

＊補助金交付の法的性質

・交付決定：申請に対する処分（処分性を有するが、形式的行政処分）

・給付：事実行為（贈与契約に類するが、贈与契約とは構成しない）

※形式的行政処分：実質は民法上の契約類似だが、外観上行政処分の形式をとるもの

※補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律による規制

・公物使用

＊公物：行政主体により直接に公の用に供される個々の有体物

・行政主体が使う公用物(庁舎・校舎など)、国民一般に供用する公共用物(公園、港湾など)

・公共用物の種類：人工公物(道路、飛行場など)、自然公物(河川、海浜など)

→国家賠償請求の際の基準が異なる

【最判昭 59.1.26】大東水害訴訟[S53 オ 492 等:民集 38-2-53]

「国家賠償法二条一項の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き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいい（最大判昭 56.12.16 参照）、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個別的に判断すべきものである（最判昭 53.7.4）」「河川は、本来自然発生的な公共用物であつて、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され管理者の公用開始行為によつて公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等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……河川の管理は、道路の管理等とは異なり、本来的にかかる災害発生の危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であつて、河川の通常備えるべき安全性の確保は、管理開始後において……治水事業を行うことによつて達成されていくことが当初から予定されている……河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の期間を必要とし、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるをえないのであつて、当初から通常予測される災害に対応する安全性を備えたものとして設置され公用開始される道路その他の営造物の管理の場合とは、その管理の瑕疵の有無についての判断の基準もおのずから異なつたものとならざるをえないのである。この意味で、道路の管理者において災害等の防止施設の設置のための予算措置に困却するからといつてそのことにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害の賠償責任を免れうるものと解すべきでないとする当裁判所の判例（最判昭 45.8.20）も、河川管理の瑕疵については当然には妥当しない」（国賠→認容／破棄差戻し）

→人工公物は行政主体の意思表示である公用(供用)開始行によって供用の始期を明確にする

＊使用：原則は自由(一般)使用＝非排他的使用のことで、許可不要(散歩など)

・許可使用：非排他的使用だが、公共の安全等から許可制にするもの(道交 47:巨大車両など)

・特許使用：排他的・継続的占用にあたる場合(道路 32-1:1 電柱設置の道路占用許可)

＊行政財産の目的外使用：公物管理法(道路法、河川法など)が適用されない行政財産を、
本来の供用目的外で排他的・継続的使用を認める場合(庁舎内の食堂等)
←実際は利用者に便益があるから認められており、区別の実益はあるのか？

・行政財産：国公有財産で直接に公の目的に供され、供されると決定されたもの(国財 3-2)

第２款　行政指導

1. 行政指導：法的効果性を持たない事実行為・強制力がない(事実上強制力ある場合あり)

   →不透明・恣意的行政指導につながりやすい、違法な場合の争訟手段

   行政手続法 2:6 行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう

   ・要綱行政：行政指導の指針を定めた要綱(行手 2:8 二にいう行政指導指針)に基づく行政

   例：市町村と宅地開発（建基法の建築確認、地形変更を伴う場合は都計法の開発許可が必要）

   ∵条例制定権の限界（徳島市公安条例事件以前は横出し・上乗せ条例は不可と解釈されていた）

2. 根拠規範の要否：判例は不要を前提としている

   【最判平 9.8.29】家永教科書訴訟第三次上告審[H6 オ 1119:民集 51-8-29]

   「改善意見は、検定の合否に直接の影響を及ぼすものではなく、文部大臣の助言、指導の性質を有するものと考えられるから、教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、その意見の当不当にかかわらず、原則として、違法の問題が生ずることはないというべきである」

   （教科書検定において法的根拠のない改善意見を述べることを認めたもの）

   【最判昭 59.2.24】石油ヤミカルテル事件[S55 あ 2153:刑集 38-4-1287]

   石油業法の趣旨や「流動する事態に対する円滑・柔軟な行政の対応の必要性にかんがみると、石油業法に直接の根拠を持たない価格に関する行政指導であつても、これを必要とする事情がある場合に、これに対処するため社会通念上相当と認められる方法によつて行われ、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独禁法の究極の目的に実質的に抵触しないものである限り、これを違法とすべき理由はない。そして、価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するようにみえる場合であつても、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その違法性が阻却される」

   →本件では業界主導で行われており、適法な行政指導によるものだが違法性は阻却されない(有罪)

   【最大判平 7.2.22】ロッキード事件（丸紅ルート）[27826571:刑集 49-2-1]

   組織規範が定める所掌事務の範囲内で、根拠規範なき行政指導を認める趣旨

3. 行政指導の限界：法令の趣旨に反するとき、比例原則違反の行政指導で精神的苦痛など

   ・事実上従うのを強制した場合：損賠の可能性あり

   ※開発負担金（学校建設費や公園建設費などの寄付）を強制した場合など

   【最判平 5.2.18】武蔵野マンション事件[S63 オ 890:民集 47-2-574]

   教育施設負担金返還請求(予：国賠)→棄却→棄却→上告：本棄却・予破棄差戻し

   「前記１（一）の指導要綱制度に至る背景、制定の手続、被上告人が当面していた問題等を考慮すると、行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損うことがない限り、違法ということはできない」が、従わないと違法な給水拒絶をするとし、実際に拒絶したこと、教育施設負担金の金額も固定で担当者も減免を断っており、任意であるという姿勢がないこと、原告以外はマンション建設を断念していることから「右のような指導要綱の文言及び運用の実態からすると、本件当時、被上告人は、事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建築の目的の達成が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として，指導要綱を遵守させようとしていた……指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も…（担当者が負担金減免申請を）…拒絶した態度とあいまって、米久に対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、米久に教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたも

のということができる。指導要綱に基づく行政指導が、武蔵野市民の生活環境をいわゆる乱開発から守ることを目的とするものであり、多くの武蔵野市民の支持を受けていたことなどを考慮しても、右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない」

・許認可等の留保をした場合：相手方の同意又は同意不明で合理性があればよい

【最判昭 57.4.23 民集 36-4-727】中野区マンション事件[S55 オ 255]

建築主が建築資材を建築現場へ搬入するために、車両制限令１２条により道路管理者区長に特殊車両の本件区道の通行について通行認定申請をしたが、何ら正当な理由もないのに長期間にわたり認定手続をしないまま漫然と放置されたもの：工事遅延による損害の国賠→棄却→棄却→棄却

認定は「基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものである……が…（条件を付けることができ、許可制度と運用がほぼ同じゆえ）…右認定に当たつて、具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量を行使することが全く許容されないものと解するのは相当でない」「道路管理者としての権限を行う中野区長が本件認定申請に対して約五か月間認定を留保した理由は、右認定をすることによつて本件建物の建築に反対する附近住民と上告人側との間で実力による衝突が起こる危険を招来するとの判断のもとにこの危険を回避するためということであり、右留保期間は約五か月間に及んではいるが、結局、中野区長は当初予想された実力による衝突の危険は回避されたと判断して本件認定に及んだ……右事実関係によれば、中野区長の本件認定留保は、その理由及び留保期間から見て前記行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるものというべく、国家賠償法一条一項の定める違法性はない」

【最判昭 60.7.16】品川マンション事件[S55 オ 309,310:民集 39-5-989]

建築基準法に基づく建築申請を留保したもの：損賠請求→棄却→双方控訴：認容→被告上告棄却

「建築主事の右義務【＝申請への応答義務】は、いかなる場合にも例外を許さない絶対的な義務であるとまでは解することができないというべきであつて、建築主が確認処分の留保につき任意に同意をしているものと認められる場合のほか、必ずしも右の同意のあることが明確であるとはいえない場合であつても、諸般の事情から直ちに確認処分をしないで応答を留保することが法の趣旨目的に照らし社会通念上合理的と認められるときは、その間確認申請に対する応答を留保することをもつて、確認処分を違法に遅滞するものということはできない」

「もつとも、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに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ものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確にしている場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合のものであるといわなければならず，建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の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、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である」

・行政指導の作為義務が生じる場合

【東京高判昭 63.3.11】クロロキン１次訴訟[S57 ネ 184 他,判時 1271-3]

損賠請求→一部認容→双方控訴：変更(一部認容)→上告棄却

要旨「厚生大臣は、その職責上、製薬会社の行う医薬品の製造、販売に関し、随時、指導、勧告し得る立場にあるから、医薬品に関し国民の健康に被害を及ぼす危険性が顕著となり、同様な場合に従前の例によれば同大臣は適切な指導、勧告をしてきており、同種の措置を採ることが当然期待されるようなときには、状況のいかんによつては、製薬会社に対し被害回避のために指導、勧告をするとかその他適切な措置を採ることが、厚生大臣の権限となり同時に国民に対する義務となる」

【東京地判平 13.9.28】薬害エイズ厚生省事件[H8 刑わ 2143:判時 1799-21]

業過致死→一審：禁錮１年猶予２年→控訴棄却→上告棄却

厚生省課長が行政行為の不作為を理由に業過致死罪が認められた。

第３款　行政調査

1.　意義：行政活動を行う上で必要な情報を収集するために行われる一連の手段

2.　分類

・調査に応ずる義務の存否・強制力の有無・強制の態様により分類される

＊純粋な任意調査：法的拘束力を欠き、調査に応ずるかどうかは任意に決定できるもの

→根拠規範は不要。法定の法的拘束力ある調査権限があっても、用いられることもある

・例：水道法 17-1 の給水装置の検査のうち、住居や閉鎖された門内への立ち入り

水道法 17-1 水道事業者は、日出後日没前に限り、その職員をして、当該水道によつて水の供給を受ける者の土地又は建物に立ち入り、給水装置を検査させることができる。ただし、人の看守し、若しくは人の住居に使用する建物又は閉鎖された門内に立ち入るときは、その看守者、居住者又はこれらに代るべき者の同意を得なければならない

＊相手方の調査に応ずる義務が法定されているが、直接・間接に強制する仕組みがないもの

＊調査を拒否することで給付が拒否される仕組みのもの

＊拒否あるいは十分な資料を提示しない場合に不利益な事実があったとみなされるもの

・特定商取引法 52/2,54/2(不実告知・誇大広告に関する合理的な根拠を示す資料の提出)

特定商取引法 52/2 主務大臣は……不実のことを告げる行為をしたか否かを判断するため必要があると認めるときは、当該業務提供誘引販売業を行う者に対し、期間を定めて、当該告げた事項の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができる。この場合において、当該業務提供誘引販売業を行う者が当該資料を提出しないときは、……当該業務提供誘引販売業を行う者は……不実のことを告げる行為をしたものとみなす

・建設業法 25/21-3(紛争処理のための仲裁における立入検査の拒否)

建設業法 25/21-3 審査会は、相手方が正当な理由なく第一項に規定する検査を拒んだときは、当該事実関係に関する申立人の主張を真実と認めることができる

＊準強制(間接強制)調査：調査拒否に対して罰則を設け、間接的に調査受諾を強制するもの

＊実力を行使して相手方の抵抗を排し調査を行うことが認められているもの

・税犯 2,関税 121,金商 211,独禁 102,入管 31,児童虐待 9/3 等 → 即時強制として説明可能

・任意調査の限界

＊所持品検査

【最判昭 53.9.7】承諾なくポケットに手を入れて所持品を取り出した例[昭 51 あ 865]

覚せい剤取締法違反等→一審：覚せい剤取締法違反無罪→控訴：当該部分棄却→上告：破棄差戻し

「警職法二条一項に基づく職務質問に附随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合があると解すべきである」→ポケットに手を入れたのは違法だが、「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて」令状主義を没却するほど重大な違法ではなく、「証拠物の証拠能力はこれを肯定すべき」として破棄差戻し

＊自動車一斉検問

【最決昭 55.9.22】一斉検問の適法性[昭 53 あ 1717]

「自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわりなく短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などをすることは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法」（酒気帯び運転）

＊公務員の守秘義務と告発義務

・守秘義務(国公 100)や犯罪捜査目的の行政調査禁止と告発義務(刑訴 239-2)の関係は？

独禁 47-4 第一項の規定【公取委の調査権】による処分の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない

独禁 74-2 公正取引委員会は、前項に定めるもののほか、この法律の規定に違反する犯罪があると思料するときは、検事総長に告発しなければならない

・行政調査の瑕疵と当該調査を基礎になされた行政作用の効果

【名古屋高判昭 48.1.31】行政調査を全く怠ったときは前提要件を欠き行政行為は違法になる

【大阪地判昭 59.11.30】行政調査と行政行為は別の制度であり峻別すべき

【東京地判昭 48.8.8】行政調査の瑕疵が公序良俗違反の程度に至ると行政行為の瑕疵となる

【東京地判昭 61.3.31】重大な瑕疵ある行政調査による資料は行政行為の資料から排されうる

・リーニエンシー・プログラム：違反行為を申告し、調査等に協力することで制裁を減免する

→独禁 7/2-10~18（課徴金減免）、金商 185/7-12（課徴金半額）

第４款　行政計画

1. 行政計画
   - 定義：他の行政の行為形式に比べてあいまい（行手法にも規定なし）
2. 行政計画の事前規制（行手法に規定はなく、個別法で定める）
   - パブリック・コメント：案を作ってから一般に意見を募るもの
   - パブリック・インボルブメント（住民参画）：計画策定初期から関係市民等の意見を募るもの
   -
3.
4. ○行政計画の具体例を、条文を参照して説明することができる。
5. ○行政計画と、委任立法（法規命令等）・行政処分の異同を理解している（法律の根拠の要否を含む）。
6.
7.
8. ※都市計画の処分性については、第５章（抗告訴訟の運用能力）第１節５－１－１を参照。

【最判昭 56.1.27】行政計画と計画担保責任[昭 51 オ 1338]

工場誘致に応じて原告が機械設備を発注し、整地も終わったところで工場反対派が村長に当選し、建築確認申請に応じず、工場建設を断念させたもの。宜野座村宛、損賠請求（原審棄却→上告：破棄差戻し）

「地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則であり、また、地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたつて継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴つて変更されることがあることはもとより当然であつて、地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。しかし、右決定が、単に一定内容の継続的な施策を定めるにとどまらず、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をすることを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものであり、かつ、その活動が相当長期にわたる当該施策の継続を前提としてはじめてこれに投入する資金又は労力に相応する効果を生じうる性質のものである場合には、右特定の者は、右施策が右活動の基盤として維持されるものと信頼し、これを前提として右の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、たとえ右勧告ないし勧誘に基づいてその者と当該地方公共団体との間に右施策の維持を内容とする契約が締結されたものとは認められない場合であつても、右のように密接な交渉を持つに至つた当事者間の関係を規律すべき信義衡平の原則に照らし、その施策の変更にあたつてはかかる信頼に対して法的保護が与えられなければならないものというべきである。すなわち、右施策が変更されることにより、前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入つた者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において右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することは、それがやむをえない客観的事情によるのでない限り、当事者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、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。そして、前記住民自治の原則も、地方公共団体が住民の意思に基づいて行動する場合にはその行動になんらの法的責任も伴わないということを意味するものではないから、地方公共団体の施策決定の基盤をなす政治情勢の変化をもつてただちに前記のやむをえない客観的事情にあたるものとし、前記のような相手方の信頼を保護しないことが許されるものと解すべきではない」

第５款　行政上の義務違反に対する強制執行

1. 行政上の義務履行強制の意義と種類

・行政的執行の意義：行政庁による自力救済を認めるもの

∵私人より判断が信頼できる、取消訴訟と執行停止申立てで阻止可能、司法的執行は費用・時間が膨大で執行しきれず公益上支障が生じる、行政目的の早期実現、裁判所の負担軽減など

→戦前は行政執行法、1948 廃止後は行政代執行法以外は個別法で規定

・行政上の代執行：代替的作為義務につき、行政が私人に代わって義務を履行し費用を徴収する

・強制徴収：訴訟なしに行政庁が債務者の財産を差押え、換価し、債権に充当するもの

・直接強制：私人に対して直接実力を加えて義務の実現を図る手続（金銭は強制徴収）

→ 成田新法 3 条：#6 封鎖等・#8 除去が直接強制、#1 建物使用禁止命令(義務賦課)が前提

・間接強制(執行罰)：一定期間内に非代替的作為義務・不作為義務を履行しない場合に過料を課すことを予告し、履行されないと過料を徴収する制度 → 砂防法 36 条（消し忘れ）

＊義務履行まで反復して課しても二重処罰(憲 39)にあたらない

＊間接的：心理的に働き掛ける手法 ⇔ 直接的：実力行使による手法

2. 行政上の強制執行の法律の根拠：義務賦課と別個に必要

∵ 法律の留保の原理（強制執行自体が権利侵害だから）

・条例を根拠規定とする強制執行の可否：できない

∵行政代執行法§1,2 の規定 → §1 の「法律」に「条例」は含まれない(§2 カッコ書)

→不作為義務は代替的作為義務に転換しないと強制執行できない（設置禁止義務→除却命令等）

⇔即時強制は条例でよいこととの不均衡に批判あり

※非代替的作為義務の例：健康診断受診義務など

§1 行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる

§2 法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ…

3. 行政代執行の要件と手続

・要件：代替的作為義務（法律の直接の命令、法律に基づく行政庁の命令）の不履行があること

＋他の手段による履行確保が困難(補充性) ← 実力行使なので要件を厳重にするため

＋不履行放置が著しく公益に反する（∵比例原則）

※条例の範囲：「法律の委任に基く」はかからないか、地自法 14-1 の一般的委任で足りる

→自主条例に基づく義務違反があれば、代執行も可能

§2 法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為（他人が代つてなすことのできる行為に限る。）について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる

【大阪高決昭 40.10.5】職員組合からの市庁舎の部屋の明渡しは非代替的ゆえ代執行できない

部屋にある物件の搬出として代執行しようとしたが、認められなかった。

・手続的要件(§3)：(義務賦課→義務違反→)事前の戒告(#1)→時期・費用等の通知(#2)→代執行

※緊急時は戒告・通知を省略可(#3)、義務賦課以下を全部省略するのは即時強制

・執行責任者の証票携帯義務等(§4)、費用納付命令(§5)、国税滞納処分の準用(§6-1)

§3-1 前条の規定による処分（代執行）をなすには、相当の履行期限を定め、その期限までに履行がなされないときは、代執行をなすべき旨を、予め文書で戒告しなければならない

#2 義務者が、前項の戒告を受けて、指定の期限までにその義務を履行しないときは、当該行政庁は、代執行令書をもつて、代執行をなすべき時期、代執行のために派遣する執行責任者の氏名及び代執行に要する費用の概算による見積額を義務者に通知する

#3 非常の場合又は危険切迫の場合において、当該行為の急速な実施について緊急の必要があり、前二項に規定する手続をとる暇がないときは、その手続を経ないで代執行をすることができる

【最決平 14.9.30】新宿ホームレス退去妨害事件[平 10 あ 1491]

道路管理者たる東京都が新宿の動く歩道設置工事で、行政代執行の手続によらなかったのが威力業務妨害罪の成否にあたって業務の要保護性を失わせるか否か→失わない（原審：猶予つき懲役 1.6 年

「本件工事は，上記のように路上生活者の意思に反して段ボール小屋を撤去するに及んだものであったが，前記１の事実関係にかんがみると，本件工事は，公共目的に基づくものであるのに対し，本件通路上に起居していた路上生活者は，これを不法に占拠していた者であって，これらの者が段ボール小屋の撤去によって被る財産的不利益はごくわずかであり，居住上の不利益についても，行政的に一応の対策が立てられていた上，事前の周知活動により，路上生活者が本件工事の着手によって不意打ちを受けることがないよう配慮されていたということができる。しかも，東京都が道路法３２条１項又は４３条２号に違反する物件であるとして，段ボール小屋を撤去するため，同法７１条１項に基づき除却命令を発した上，行政代執行の手続を採る場合には，除却命令及び代執行の戒告等の相手方や目的物の特定等の点で困難を来し，実効性が期し難かったものと認められる。そうすると，道路管理者である東京都が本件工事により段ボール小屋を撤去したことは，やむを得ない事情に基づくものであって，業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない」

＊代執行に抵抗された場合：立ち退きを強制する根拠規範はない

→警察官が同道し、不退去罪・公執妨害罪で現行犯逮捕してもらう

＊代替的作為義務を命じる相手がわからない場合 → 簡易代執行（公告して行う）

例：広告 7-2、河川 75-3、建築基準 9-11、道路 71-3、都市計画 81-2、区画整理 76-5

＊不服申立ての方法：§3 の戒告・通知に対して抗告訴訟を提起すべき

∵代執行自体は法的効果を有しない事実行為（←それ自体は新たな義務を課さないから）

4. 国税徴収法による強制徴収

・租税の滞納処分のための規定だが、強制徴収の通則法化

対象：国税、地方税、分担金、加入金、過料、法律で定める使用料等

→但し、個別法での準用のため、規定がない場合は強制徴収できない

例：公営住宅家賃・公立学校学校納付金・水道料金等

・手続：（課税処分→）財産の差押え→公売等での換価→換価代金の配当（但し、通常は預金）

⇔私人間：（民訴の確定判決→）執行文付与→財産の差押え→換価→配当

5. 行政上の義務の民事執行による実現

・行政上の強制徴収と民事執行：排他的に行政上の強制徴収によるべきである

∵特権付与にとどまらず、裁判所に不必要な負担を課さず、行政目的を早期に実現すべき

【最大判昭 41.2.23】農業共済掛金等請求事件[昭 38 オ 797]

農業共済掛金請求→一審：却下（一部認容）→控訴棄却→上告棄却

茨城県農業共済組合連合会が、構成組合である下妻市農業共済組合に代位して掛金を請求したもの。

「農業災害補償法八七条の二によれば、農業共済組合は、農作物共済もしくは蚕繭共済にかかる共済掛金又は賦課金を滞納する者がある場合には、督促状により期限を指定してこれを督促することを要し、その督促を受けた者が指定期限までにこれを完納しないときは」市町村に地方税の滞納処分の例により処分してもらい、さらに都道府県知事の認可を得て自ら地方税の滞納処分の例によることができ、徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐとされ、「その債権の実現について、特別の便宜が与えられている」きよ出金の滞納も同様で「農業共済組合が組合員に対して有するこれら債権について、法が一般私法上の債権にみられない特別の取扱いを認めているのは、農業災害に関する共済事業の公共性に鑑み、その事業遂行上必要な財源を確保するためには、農業共済組合が強制加入制のもとにこれに加入する多数の組合員から収納するこれらの金円につき、租税に準ずる簡易迅速な行政上の強制徴収の手段によらしめることが、もつとも適切かつ妥当であるとしたからにほかならない」「農業共済組合が、法律上特にかような独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によつてこれら債権の実現を図ることは、前示立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されないところといわなければならない」もともとない権能を県連が代位行使するのも認められない。

- 非金銭的執行における行政的執行と民事執行：裁判例は分かれる
- 非金銭的執行で、行政的執行が認められない場合の民事執行

【最判平 14.7.9】宝塚パチンコ条例事件[平 10 行ツ 239]

建築工事続行禁止請求(行訴)→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄自判（取消・却下）

地方自治法上の普通地方公共団体である上告人の長が、パチンコ店を建築しようとする被上告人に対し、パチンコ店等の建築等の規制に関する条例に基づき、同工事を続行してはならない旨の裁判を求めたもの。

「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は，裁判所法３条１項にいう「法律上の争訟」，すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ，それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる（最判昭 56.4.7 参照）。国又は地方公共団体が提起した訴訟であって，財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には，法律上の争訟に当たるというべきであるが，国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として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ということはできないから，法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく，法律に特別の規定がある場合に限り，提起することが許される……行政代執行法は，行政上の義務の履行確保に関しては，別に法律で定めるものを除いては，同法の定めるところによるものと規定して（１条），同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で，その具体的な方法としては，同法２条の規定による代執行のみを認めている。また，行政事件訴訟法その他の法律にも，一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって，国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は，裁判所法３条１項にいう法律上の争訟に当たらず，これを認める特別の規定もないから，不適法というべきである」「本件訴えは，地方公共団体である上告人が本件条例８条に基づく行政上の義務の履行を求めて提起したものであり，原審が確定したところによると，当該義務が上告人の財産的権利に由来するものであるという事情も認められないから，法律上の争訟に当たらず，不適法というほかはない」

【最判平 21.7.10】産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件[平 19 受 1163]

産廃最終処分場使用差止請求(民訴)→一審：認容→控訴：取消棄却→上告：破棄差戻し

産廃最終処分場を設置する被告に対して合併前の町との公害防止協定で定められた使用期限の経過を理由に使用差止めを請求したもの。原審は「本件処分場の存続そのものに関わるような事項は，県知事において，諸般の

事情を勘案した上で判断すべきものであり，X及び本件処分場の関係住民としては，廃棄物処理法１５条の３に該当する事由があることを主張して，県知事に本件処分場をめぐる許可の取消しを求めるべきである」としたが、「処分業者が，公害防止協定において，協定の相手方に対し，その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは，処分業者自身の自由な判断で行えることであり，その結果，許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても，同法に何ら抵触するものではない」として破棄差戻し

→ 民事執行による操業差し止めを肯定する

6. 即時強制（即時執行）　※義務履行確保の手段ではない（∵義務がないから）

・意義：義務を命ずる暇のない緊急事態や、犯則調査・泥酔者保護のように義務を命ずることによっては目的を達成し難い場合に、相手方の義務の存在を前提せずに、行政機関が（直接身体又は財産に実力を行使して）公益上望ましい状態を強制的に実現する手段

→事実行為であるが、私人の権利・自由に制限を加える行政活動にあたる

＊根拠規範は必要。行政代執行法１条の「義務」がないから、条例を根拠規範としてもよい

←事前・事後の手続保障の不備が指摘される

・例

＊警職法：§3(保護),§4(避難等の措置),§5(犯罪の予防及び制止),§6-1(立入),§7(武器の使用)

＊海上保安庁法：海上保安官の立ち入り検査、船舶の停止等(§17,18)

＊出入国管理法：入国警備官による収容・退去強制(§39-1,52-1)

＊道路交通法：警察署長による道路上の違法工作物の撤去(§81-2)

＊精神保健福祉法：都道府県知事による入院措置(§29-1)

＊未成年者喫煙防止法：煙草・器具の没収(§2)

＊消防法：破壊消防(§29)、退去命令等(§28)

＊感染症予防法：強制入院(§19-3,20-2,46-2)

【最大判昭 48.4.25】国労久留米駅事件（鉄道営業法§42 の退去措置は即時強制）

第６款　行政上の義務違反に対する制裁

1.　行政罰

・行政上の義務違反に対する一般統治権に基づいて科される制裁の争訟

⇔懲戒罰：特別の監督関係に基づくもの（国公 82、裁限 2、公証 79,80 等）

⇔執行罰：将来の義務履行を確保するため（行政罰は過去の義務違反への制裁）

→義務違反があれば、後に義務を履行しても、当然には制裁を免れない

2.　行政刑罰：刑法に規定のある刑罰（懲役等）を刑事訴訟手続を経て科す場合

←告発が少ない、軽微なため警察・検察も好まない、刑罰が軽く威嚇力に乏しい

・適用手続の例外：交通事件即決裁判手続

・犯罪の非刑罰的処理（ダイバージョン）

＊租税犯則通告処分制度（間接国税・関税等、国税犯則取締法）

・法的拘束力のない金額納付の通告を行い、応じると公訴提起しない(§14-1,16-1)

・応じない場合、国税局長・税務署長は告発しなければならない(§17-1)

＊交通反則金制度（道路交通法）

・反則金納付を通告し、納付すれば公訴提起や家裁付審判されず、納付しないと刑事手続に移行

【最判昭 57.7.15 民集 36-6-1169】交通反則金納付通告の取消訴訟の可否[昭 55 行ツ 137]

納付後の行政処分取消請求→一審：棄却→控訴：取消・却下→上告棄却

「交通反則通告制度の趣旨とこれを具体化した道路交通法の諸規定に徴すると、反則行為は本来犯罪を構成する行為であり、したがってその成否も刑事手続において審判されるべきものであるが、前記のような大量の違反事件処理の迅速化の目的から行政手続としての交通反則通告制度を設け、反則者がこれによる処理に服する途を選んだときは、刑事手続によらないで事案の終結を図ることとしたもの……道路交通法一二七条一項の規定による警察本部長の反則金の納付の通告（以下「通告」という。）があっても、これにより通告を受けた者において通告に係る反則金を納付すべき法律上の義務が生ずるわけではなく、ただその者が任意に右反則金を納付したときは公訴が提起されないというにとどまり、納付しないときは、検察官の公訴の提起によって刑事手続が開始され、その手続において通告の理由となった反則行為となるべき事実の有無等が審判されることとなるものとされているが、これは上記の趣旨を示すものにほかならない。してみると、道路交通法は、通告を受けた者が、その自由意思により、通告に係る反則金を納付し、これによる事案の終結の途を選んだときは、もはや当該通告の理由となった反則行為の不成立等を主張して通告自体の適否を争い、これに対する抗告訴訟によってその効果の覆滅を図ることはこれを許さず、右のような主張をしようとするのであれば、反則金を納付せず、後に公訴が提起されたときにこれによって開始された刑事手続の中でこれを争い、これについて裁判所の審判を求める途を選ぶべきであるとしているもの……もしそうでなく、右のような抗告訴訟が許されるものとすると、本来刑事手続における審判対象として予定されている事項を行政訴訟手続で審判することとなり、また、刑事手続と行政訴訟手続との関係について複雑困難な問題を生ずるのであって、同法がこのような結果を予想し、これを容認しているものとは到底考えられない」

3.　行政上の秩序罰：行政上の秩序維持のために違反者に制裁として金銭的負担を課すもの

・刑罰ではない → 刑法総則不適用、前科にならない、労役場留置不可（→コストから事実上強制徴収は困難で実効性に問題あり）、行政刑罰と併科しても二重処罰でない、

← 制裁ゆえ罪刑法定主義、責任主義、比例原則などは妥当するはず

＊二重処罰にあたるか否か：判例はあたらない（憲 39 違反でない）とする

←併科してただちに違憲ではないが、併科が重すぎる場合は比例原則違反で違憲

・行政罰との使い分け：公益上迷惑な行為は行政罰(→刑法犯)、それ以外は秩序罰

∵違反があっても本人に不利益があるほか､行政執行上迷惑である程度だから(＝行政秩序維持)

【最判昭 39.6.5】過料と刑罰の併科は二重処罰にあたらない [昭 39 あ 65]

刑事訴訟法違反（正当な理由なき証言拒絶）→一審：免訴→控訴：破棄差戻し→上告棄却

「刑訴一六〇条は訴訟手続上の秩序を維持するために秩序違反行為に対して当該手続を主宰する裁判所または裁判官により直接に科せられる秩序罰としての過料を規定したものであり､同一六一条は刑事司法に協力しない行為に対して通常の刑事訴訟手続により科せられる刑罰としての罰金、拘留を規定したものであつて、両者は目的、要件及び実現の手続を異にし、必ずしも二者択一の関係にあるものではなく併科を妨げないと解すべきであり､右規定が憲法三一条､同三九条後段に違反しないことは、当裁判所の判例（最大判昭 25.9.27､同 33.4.30､最判昭 29.7.2、同 34.4.9）の趣旨に徴し明らか」

・手続

＊法律違反：非訟事件手続法§119～122 により地方裁判所が行うが、行政処分と扱われる

【最大決昭 41.12.27】判例（非訟事件の過料と適正手続き）[27001124]

法人登記過怠への過料決定→抗告棄却→特別抗告棄却

「法律上、裁判所がこれを科することにしている場合でも、過料を科する作用は、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科する作用とは異なるのであるから、憲法八二条、三二条の定めるところにより、公開の法廷における対審及び判決によつて行なわれなければならないものではない」

過料を科す手続は「違法・不当に過料に処せられることがないよう十分配慮しているのであるから、非訟事件手続法による過料の裁判は、もとより法律の定める適正な手続による裁判ということができ、それが憲法三一条に違反するものでないことは明らかである」→31 条と無関係、とはしなかった

（田中・岩田補足）非訟事件では裁判の公正を保障するための合理的手続があれば公開・対審でなくてよい

（入江反対）過料を科すのは非訟事件だが、それへの不服申立ては争訟として扱うべき

＊条例・規則違反：普通地方公共団体の長が行政処分で納付を命じる(地自法 255/3-1)

4. その他の制裁

・加算税（国税通則法）

【最大判昭 33.4.30】追徴税と刑罰の併科は二重処罰の禁止に反しない

【最判昭 36.7.6】【最判昭 45.9.11】重加算税と刑罰の併科は合憲

・課徴金（独禁法等）：もともとは利益の吐き出し→利益以上を徴収する制裁金に

【最判平 10.10.13】カルテルで罰金刑＋国の不当利得返還請求＋課徴金納付命令は合憲

・制裁的公表：間接的な違反行為抑止

＊法律・条例の根拠の要否：必要（不利益取り扱いだから権利侵害にあたる）

＊行政指導に従わない場合の公表の可否：違法行為の制裁で公表が予定されていればよい

⇔違法行為でない行為への行政指導に従わないことの制裁的公表は不適切

【大阪地判平 14.3.15】情報提供目的の公表でも反論の機会は与えるべき

・受益処分の撤回等：制裁が目的でないなら責任主義は不適用、目的なら責任主義が適用

・行政サービス・許認可等の拒否：自動車税を滞納すると車検証を交付しないなど

※義務違反がその拒否自由にならないなら違法（水道供給拒否など）

・契約関係からの排除：指名停止処分など

第３節　手続的規律

第１款 適正手続の要請

1. 適正手続の要請

・手続的正義の要請：結論さえ正しければよい→正しい手続からこそ正しい結論が生まれる

・違法な行政活動への規制：事後手続での救済で足りる→防止のための事前手続の整備

⇒1993 年行政手続法制定

2. 憲法 31 条と行政手続 → 審査基準設定、事前の告知・弁解・防御の保障など

・適正手続を踏んでいない場合 → 結論の妥当性によらず違法になる

※直ちに取消すべきか：判例は直ちに取消す瑕疵とそうでない瑕疵を個別に判断している？

【最判昭 46.10.28】個人タクシー事件[27000609]

個人タクシー免許申請却下処分取消請求：一審：請求認容→被告控訴：棄却→被告上告：棄却

「同法による個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有するものであり、このことと同法六条および前記一二二条の二の規定等とを併せ考えれば……行政庁としては、事実の認定につき行政庁の独断を疑うことが客観的にもつともと認められるような不公正な手続をとつてはならない」「その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべく、とくに、右基準の内容が微妙、高度の認定を要するようなものである等の場合には、右基準を適用するうえで必要とされる事項について、申請人に対し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならない……免許の申請人はこのような公正な手続によつて免許の許否につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によつて免許の申請の却下処分がされたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となるものというべきである」「聴聞担当官は、被上告人の転業の意思その他転業を困難ならしめるような事情および運転歴中に含まるべき軍隊における運転経歴に関しては被上告人に聴聞しなかつたというのであり、これらの点に関する事実を聴聞し、被上告人にこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんしやくしたとすれば、上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかつたとはいえないであろうから、右のような審査手続は、前記説示に照らせば、かしあるものというべく、したがつて、この手続によつてされた本件却下処分は違法たるを免れない」

【最判昭 50.5.29】群馬中央バス事件[27000372]

バス免許申請却下取消請求：一審：請求認容→控訴：請求棄却→上告棄却

「一般乗合旅客自動車運送事業の免許の許否は、国民の基本的人権である職業選択の自由にかかわりをもつものであるから、法は、道路運送法六条において免許基準を法定するとともに、他方、右免許の許否の決定の適正と公正を保障するために制度上及び手続上特別の規定を設け、全体として適正な過程により右の決定をなすべきことを法的に義務づけていることは、前述のとおりである。そうすると、憲法三一条が行政手続にも適用ないし準用されるかどうかは、特にこれを論ずる必要はないところ」とし、公聴会が適正に行われ、違法でないとした。

【最大判平 4.7.1】成田新法事件[25000011]

成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求：一審：一部却下、残棄却→控訴：追加却下、残棄却→上告：追加却下、残棄却（追加却下は訴えの利益の消滅によるもの）

「憲法三一条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」が「一般に、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものでは

ない」本件ではこれらに加え「高度かつ緊急の必要性を有するものであることなどを総合較量すれば、右命令をするに当たり、その相手方に対し事前に告知、弁解、防御の機会を与える旨の規定がなくても、本法三条一項が憲法三一条の法意に反するものということはできない」

（園部意見）不利益処分については原則として 31 条を適用すべき

（可部意見）31 条は行政手続きにも適用され、事前手続きを要しないのは本件のような限られた例外に限る。

3. 憲法 35,38 条と行政調査

【最大判昭 47.11.22】川崎民商事件（35,38 条適用だが合憲）[21040750]

所得税法違反：一審：罰金 1 万円猶予 2 年→双方控訴：罰金 1 万円→上告棄却

所得税法に基づく税務署の検査に対して帳簿等の提示を拒んだもの。

「憲法三五条一項の規定は・・当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら、（目的が徴税であり刑事訴追ではないこと、間接強制で程度も低いなどの）諸点を総合して判断すれば、旧所得税法七〇条一〇号、六三条に規定する検査は、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといつて、これを憲法三五条の法意に反するものとすることはでき」ない

「憲法三八条一項・・による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、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・・旧所得税法七〇条一〇号、一二号、六三条の検査、質問の性質が上述のようなものである以上、右各規定そのものが憲法三八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとすることはでき」ない

【最大判昭 30.4.27】国税犯則取締法 3 条（現行犯の捜査）合憲性[21006482]

酒税法違反幇助（無許可酒造）：一審：懲役 3 月→控訴棄却→上告棄却

国税犯則取締法 3 条による現行犯における現場での捜索・差押えが憲法 35 条違反と主張したもの。

「それ故少くとも現行犯の場合に関する限り、法律が司法官憲によらずまた司法官憲の発した令状によらずその犯行の現場において捜索、押収等をなし得べきことを規定したからとて、立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法三五条違反の問題を生ずる余地は存しないのである」

（斎藤、小林補足）35 条は刑事手続きにしか及ばない。行政処分は 13 条後段による。

（入江意見）33,35 条ではなく、12,13,31 条の問題であるが、規定は現住で違憲ではない。

（栗山補足）35 条が適用。現行犯・緊急逮捕せずに捜索だけするのは被告人が逮捕の不利益を免れるから合憲。

（藤田）刑事手続きの性格を持つ行政処分には 35 条が適用される。

【最判昭 59.3.27】国税犯則取締法の質問調査手続へ 38 条 1 項は適用される[21080330]

「憲法三八条一項の規定によるいわゆる供述拒否権の保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、対象となる者が自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を求めることになるもので、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」「国税犯則取締法上の質問調査の手続は・・憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ」

「憲法三八条一項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく……立法政策の問題と解されるところから……告知をしなかったからといって、その質問手続が憲法三八条一項に違反することとなるものでない」

第２款　行政手続法

1. 行政手続法の目的：行政運営の公正確保・透明性向上による国民の権利・利益保護

→国・地方公共団体やその機関そのものへの処分は法律の対象外(§4)

§1-1 この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第四十六条において同じ。）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする

#2 処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関しこの法律に規定する事項について、他の法律に特別の定めがある場合は、その定めるところによる

§4-1 国の機関又は地方公共団体若しくはその機関に対する処分（これらの機関又は団体がその固有の資格において当該処分の名あて人となるものに限る。）及び行政指導並びにこれらの機関又は団体がする届出（これらの機関又は団体がその固有の資格においてすべきこととされているものに限る。）については、この法律の規定は、適用しない

- 内容：処分(２章:申請,３章:不利益)、行政指導(４章)、届出(５章)、命令等(６章)、補足(７章)
- ２・３・４章不適用：国会、裁判所、会計検査院等の処分・行政指導(§3-1)
- ２・３章不適用：独法、試験実施機関等への処分(§4-2,3)
- ６章不適用：施行期日・恩赦等、国の組織・皇室・公務員人事関係等の命令等(§3-2,4-4)

2. 申請に対する処分と不利益処分(§2:2-4)

- 申請に対する処分：申請に対して行政庁が行う、諾否の応答としての処分

→申請満足処分(諾)・申請拒否処分(否)

- 不利益処分：行政庁が法令に基づき、特定の者を名宛人に直接に義務付け・権利制限する処分

＊適用外：一般処分、行政上の強制執行・即時強制(イ:事実行為)、申請に対する処分(ロ)、名宛人の同意が前提のもの(ハ)、要件消滅時の許認可等失効の処分(ニ)

§2:2 処分 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう

§2:3 申請 法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分（以下「許認可等」という。）を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう

§2:4 不利益処分 行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分をいう。ただし、次のいずれかに該当するものを除く。

イ 事実上の行為及び事実上の行為をするに当たりその範囲、時期等を明らかにするために法令上必要とされている手続としての処分

ロ 申請により求められた許認可等を拒否する処分その他申請に基づき当該申請をした者を名あて人としてされる処分

ハ 名あて人となるべき者の同意の下にすることとされている処分

ニ 許認可等の効力を失わせる処分であって、当該許認可等の基礎となった事実が消滅した旨の届出があったことを理由としてされるもの

- 二重効果的処分（複効的処分）：名宛人と他の者とで効果が逆になるもの

例：汚染物質を排出する工場への改善命令(→工場主には不利益、周辺住民には利益)

※行手法は行政手続の整備が主眼のため、名宛人の権利保護からの手続規定となっている

→申請に対する処分での公聴会等(§10)、不利益処分での参加人(§17)として配慮

§10 行政庁は、申請に対する処分であって、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない

§17-1 第十九条の規定により聴聞を主宰する者（以下「主宰者」という。）は、必要があると認めるときは、当事者以外の者であって当該不利益処分の根拠となる法令に照らし当該不利益処分につき利害関係を有するものと認められる者（同条第二項第六号において「関係人」という。）に対し、当該聴聞に関する手続に参加することを求め、又は当該聴聞に関する手続に参加することを許可することができる

#2 前項の規定により当該聴聞に関する手続に参加する者（以下「参加人」という。）は、代理人を選任することができる

#3 前条第二項から第四項までの規定は、前項の代理人について準用する。この場合において、同条第二項及び第四項中「当事者」とあるのは、「参加人」と読み替えるものとする

3. 申請に対する処分(第２章：§5～11)

・審査基準(§5)：審査基準の作成義務・内容規制・原則公開の義務付け

∵基準自体の適切さ・遵守されたかの検証、申請者の情報提供の便宜、無駄な申請の省略

＊審査基準は行政内部の規範ゆえ、行政規則である

※裁判所は審査基準の合理性を審査し、次にあてはめの合理性を審査する

§2:8 命令等　内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう

ロ 審査基準（申請により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準をいう。以下同じ。）

§5-1 行政庁は、審査基準を定めるものとする

#2 行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない

#3 行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない

・標準処理期間(§6)：設定努力義務、設定時の公表義務

∵申請の恣意的放置の防止、迅速処理の促進、申請者が見通しを付けられるようにするため

＊行訴法 3-5 不作為の違法確認訴訟の「相当の期間」と当然一致ではないが、重要な参考

§6 行政庁は、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分をするまでに通常要すべき標準的な期間（法令により当該行政庁と異なる機関が当該申請の提出先とされている場合は、併せて、当該申請が当該提出先とされている機関の事務所に到達してから当該行政庁の事務所に到達するまでに通常要すべき標準的な期間）を定めるよう努めるとともに、これを定めたときは、これらの当該申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により公にしておかなければならない

・審査開始義務(§7)：形式要件を満たさない場合の申請者に対する速やかな補正又は拒否義務

∵受理前に内容審査をし、行政指導に応じないと「受理」しない扱いを禁じる

§7 行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならず、かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない

・理由の提示(§8)：拒否処分の場合のみ義務(要求時のみの場合あり)、処分が書面なら理由も書面
→第三者の不利益になる場合は規定なし。個別法で規定する場合もある（土地収用法）
∵不服申立ての便宜、行政庁の恣意的判断の抑制、説得機能、決定過程公開機能

§8-1 行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない。ただし、法令に定められた許認可等の要件又は公にされた審査基準が数量的指標その他の客観的指標により明確に定められている場合であって、当該申請がこれらに適合しないことが申請書の記載又は添付書類その他の申請の内容から明らかであるときは、申請者の求めがあったときにこれを示せば足りる

#2 前項本文に規定する処分を書面でするときは、同項の理由は、書面により示さなければならない

【最判昭 60.1.22】旅券発給拒否処分における理由の提示の趣旨[昭 57 行ツ 70]

一般旅券発給拒否処分取消・国賠請求→一審：取消認容→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄自判（控訴棄却）

「旅券法一四条は、外務大臣が、同法一三条の規定に基づき一般旅券の発給をしないと決定したときは、すみやかに、理由を付した書面をもつて一般旅券の発給を申請した者にその旨を通知しなければならないことを規定している。一般に、法律が行政処分に理由を付記すべきものとしている場合に、どの程度の記載をなすべきかは、処分の性質と理由付記を命じた各法律の規定の趣旨・目的に照らしてこれを決定すべき…（最判昭 38.5.31）…旅券法が右のように一般旅券発給拒否通知書に拒否の理由を付記すべきものとしているのは、一般旅券の発給を拒否すれば、憲法二二条二項で国民に保障された基本的人権である外国旅行の自由を制限することになるため、拒否事由の有無についての外務大臣の判断の慎重と公正妥当を担保してその恣意を抑制するとともに、拒否の理由を申請者に知らせることによつて、その不服申立てに便宜を与える趣旨に出たもの……このような理由付記制度の趣旨にかんがみれば、一般旅券発給拒否通知書に付記すべき理由としては、いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して一般旅券の発給が拒否されたかを、申請者においてその記載自体から了知しうるものでなければならず、単に発給拒否の根拠規定を示すだけでは、それによつて当該規定の適用の基礎となつた事実関係をも当然知りうるような場合を別として、旅券法の要求する理由付記として十分でない……旅券法一三条一項五号……は「前各号に掲げる者を除く外、外務大臣において、著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」という概括的、抽象的な規定であるため、一般旅券発給拒否通知書に同号に該当する旨付記されただけでは、申請者において発給拒否の基因となつた事実関係をその記載自体から知ることはできない……外務大臣において旅券法一三条一項五号の規定を根拠に一般旅券の発給を拒否する場合には、申請者に対する通知書に同号に該当すると付記するのみでは足りず、いかなる事実関係を認定して申請者が同号に該当すると判断したかを具体的に記載することを要する……単に「旅券法一三条一項五号に該当する。」と付記されているにすぎない本件一般旅券発給拒否処分の通知書は、同法一四条の定める理由付記の要件を欠くものというほかはなく、本件一般旅券発給拒否処分に右違法があることを理由としてその取消しを求める上告人の本訴請求は、正当として認容すべき」

・情報提供義務(§9)：申請者・申請しようとする者への努力義務（要求がある場合のみ）

§9-1 行政庁は、申請者の求めに応じ、当該申請に係る審査の進行状況及び当該申請に対する処分の時期の見通しを示すよう努めなければならない

#2 行政庁は、申請をしようとする者又は申請者の求めに応じ、申請書の記載及び添付書類に関する事項その他の申請に必要な情報の提供に努めなければならない

・複数の行政庁が関与する処分(§11)：複数行政庁が関与する場合の遅延防止義務

§11-1 行政庁は、申請の処理をするに当たり、他の行政庁において同一の申請者からされた関連する申請が審査中であることをもって自らすべき許認可等をするかどうかについての審査又は判断を殊更に遅延させるようなことをしてはならない

#2 一の申請又は同一の申請者からされた相互に関連する複数の申請に対する処分について複数の行政庁が関与する場合においては、当該複数の行政庁は、必要に応じ、相互に連絡をとり、当該申請者からの説明の聴取を共同して行う等により審査の促進に努めるものとする

・処分の種類と不服申立て

＊許認可処分等と申請拒否・不許可処分等がある

→行審法による不服審査申立て

→行訴法による抗告訴訟(行訴 3-1)

・取消訴訟(#2)：不許可処分等の取消を求める場合

・不作為の違法確認訴訟(#5)：申請したが行政庁が応答しない場合

・(申請型)義務付け訴訟(#6)：許認可処分等の義務付けを求める場合(H16 新設)

4. 不利益処分(第３章：§12～31)

・処分基準(§12)：処分基準の作成努力義務・内容（→審査基準より緩やか、公開義務なし）

∵不利益処分は発動実績が乏しく事前作成が困難なものが多い、公開時の弊害

§2:8 命令等　内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう

ハ 処分基準（不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準をいう。以下同じ。）

§12-1 行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない

#2 行政庁は、処分基準を定めるに当たっては、不利益処分の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない

・意見陳述の機会の保障(§13)

＊不利益処分に先立つ通知・意見陳述の機会の保障：憲法の要請(有力)

※根拠：§31 説（判例：成田新法事件）,§13 説, §31・13 併用説,手続的法治国家説

＊不利益処分の内容により聴聞又は弁明の機会の付与が必要（聴聞の方が正式）

・聴聞(#1:1)：許認可等取消、名宛人の資格・地位の直接はく奪、名宛人の法人役員解任・業務従事者解任・会員除名命令、その他行政庁が相当と認めるとき

・弁明の機会の付与(#1:2)：1 号所定以外の場合

・例外(#2)：公益上緊急の必要性、事由が明確かつ証拠も明確な場合など

§13-1 行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞【イロハニ省略】

二 前号イから二までのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

#2 次の各号のいずれかに該当するときは、前項の規定は、適用しない【一～五省略】

・聴聞の手続(§15～28)・弁明の機会の付与の手続(§29～31)

＊相当期間前に名宛人に書面で通知(§15,30)：聴聞の方が必要事項が多い

・公示送達(§15-3)・代理人(§16)は弁明の機会の付与も準用(§31)

＊相違点

・文書等の閲覧請求権(§18)：聴聞のみ(行政庁の負担軽減)、名宛人と不利益を受ける参加人

・審理の方式：当事者の口頭意見陳述権(§20-2)は聴聞のみ

←陳述書を出してもよい(§21)、弁明は行政庁が認めない限り、弁明書による(§29)

※不出頭かつ陳述書不提出の場合は聴聞を終結してもよい(§23)

・聴聞主宰者制度(§19)：行政庁が指名する職員等（当事者・参加人・関係人等はなれない）

聴聞調書・報告書を作成し行政庁に提出する(§24)

→行政庁は不利益処分の決定において「十分に参酌してこれをしなければならない」(§26)

・行政不服審査法による異議申立ての禁止(§27-2)：公示送達かつ不出頭の場合は許容

←聴聞手続上の処分への不服申立て禁止（§27-1)

・ 理由提示(§14)：不利益処分と同時にその理由を名宛人に示さなければならない

※差し迫った必要があれば示さなくてもよいが、相当期間内に示さなければならない

∵被処分者の不服申立ての便宜、行政庁の恣意的判断の抑制

§14-1 行政庁は、不利益処分をする場合には、その名あて人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならない。ただし、当該理由を示さないで処分をすべき差し迫った必要がある場合は、この限りでない

#2 行政庁は、前項ただし書の場合においては、当該名あて人の所在が判明しなくなったときその他処分後において理由を示すことが困難な事情があるときを除き､処分後相当の期間内に､同項の理由を示さなければならない

#3 不利益処分を書面でするときは、前二項の理由は、書面により示さなければならない

【最判平 23.6.7 判時 2121-38】耐震偽装建築士の免許取消処分[平 21 行ヒ 91]

一級建築士免許取消処分・建築士事務所登録取消処分取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄自判（認容）

「行政手続法１４条１項本文が，不利益処分をする場合に同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは，名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み，行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに，処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たもの……同項本文に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは，上記のような同項本文の趣旨に照らし，当該処分の根拠法令の規定内容，当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無，当該処分の性質及び内容，当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべき」建築士法の処分要件は抽象的で、処分も行政庁の裁量だが、手厚い手続を経た公開の複雑な処分基準があるから、「建築士に対する上記懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては，処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて，本件処分基準の適用関係が示されなければ，処分の名宛人において，上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は知り得るとしても，いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例…（本件では）…処分の原因となる事実と，建築士法１０条１項２号及び３号という処分の根拠法条とが示されているのみで，本件処分基準の適用関係が全く示されておらず，その複雑な基準の下では，上告人Ｘ１において，上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は相応に知り得るとしても，いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって免許取消処分が選択されたのかを知ることはできない……このような本件の事情の下においては，行政手続法１４条１項本文の趣旨に照らし，同項本文の要求する理由提示としては十分でないといわなければならず，本件免許取消処分は，同項本文の定める理由提示の要件を欠いた違法な処分であるというべきであって，取消しを免れない」（田原補足）学説の整理「〔１〕不利益処分に理由付記を要するのは，処分庁の判断の慎重，合理性を担保して，その恣意を抑制するとともに，処分の理由を相手方に知らせることにより，相手方の不服申立てに便宜を与えることにある。その理由の記載を欠く場合には，実体法上その処分の適法性が肯定されると否とにかかわらず，当該処分自体が違法となり，原則としてその取消事由となる（仮に，取り消した後に，再度，適正手続を経た上で，同様の処分がなされると見込まれる場合であっても同様である。）。〔２〕理由付記の程度は，処分の性質，理由

付記を命じた法律の趣旨・目的に照らして決せられる。〔3〕処分理由は，その記載自体から明らかでなければならず，単なる根拠法規の摘記は，理由記載に当たらない。〔4〕理由付記は，相手方に処分の理由を示すことにとどまらず，処分の公正さを担保するものであるから，相手方がその理由を推知できるか否かにかかわらず，第三者においてもその記載自体からその処分理由が明らかとなるものでなければならない。」

（那須反対・岡部同調）裁量権の逸脱・濫用がない、適用関係明示がなくても常に手続違背ではない（処分基準自体行政裁量でもある）、聴聞手続とあいまって理由が充分示されていればよい、訴訟経済上も不合理

- 不服申立て

  →行審法による不服審査申立て

  →行訴法による抗告訴訟(行訴 3-1)

  - 取消訴訟(#2)：不利益処分の取消を求める場合
  - 差止め訴訟(#7)：不利益処分がなされる前に差止める場合(H16 新設)

5. 行政指導(§2:6)とその規制(第 6 章：§32～36)

- 行政指導の範囲(§2:6)：処分や不特定多数への省エネ呼びかけなど、情報伝達は除かれる

  §2:6 行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう

- 行政指導の一般原則(§32)：任意性の留意、任務・所掌事務逸脱の禁止、不利益取扱いの禁止

  ＊不利益取扱いの禁止：事実上の不利益を含む

  §32-1 行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない

  #2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない

- 行政指導の限界(§33,34)：申請・許認可等の権限を有する場合の濫用防止（他事考慮の禁止）

  §33 申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない

  §34 許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない

- 行政指導の方式(§35)：趣旨・内容・責任者の明示(#1)、請求があれば原則書面交付(#2,3)

  ∵相手方に証拠を残させるため

- 行政指導指針(§2:8 二)の作成・公表義務(§36)：行政指導の適正化のため

  §2:8 命令等　内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう

  二 行政指導指針（同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときにこれらの行政指導に共通してその内容となるべき事項をいう。以下同じ。）

  §36 同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない

6. 届出(§2:7)と届出への規制(第 5 章:§37)

・届出の定義：申請を除く＝法律上の効果の発生に行政庁の諾否の応答を要しないもの(§2:7)

・要件の充足：形式上要件に適合していれば、法定機関の事務所に到達すれば足りる(§37)

→届出の「不受理」とする取扱の禁止（形式要件を満たせば「受理」を要しないから）

※形式要件不適合の場合は規定がなく、補正要求は義務ではない（条例で義務付ける例あり）

§2:7 届出 行政庁に対し一定の事項の通知をする行為（申請に該当するものを除く。）であって、法令により直接に当該通知が義務付けられているもの（自己の期待する一定の法律上の効果を発生させるためには当該通知をすべきこととされているものを含む。）をいう

§37 届出が届出書の記載事項に不備がないこと、届出書に必要な書類が添付されていることその他の法令に定められた届出の形式上の要件に適合している場合は、当該届出が法令により当該届出の提出先とされている機関の事務所に到達したときに、当該届出をすべき手続上の義務が履行されたものとする

7. 命令等(§2:8)と意見公募手続等(第６章：§38～45)

・行政手続法による定義（命令等）：法規命令(イ)と私人に関する重要な行政規則(ロ,ハ,ニ)

→§38～45 の対象（但し、§3-2,4-4 など性質上適用除外あり）

§2:8 命令等　内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう

イ 法律に基づく命令（処分の要件を定める告示を含む。次条第二項において単に「命令」という。）又は規則

ロ 審査基準（申請により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準をいう。以下同じ。）

ハ 処分基準（不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準をいう。以下同じ。）

ニ 行政指導指針（同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときにこれらの行政指導に共通してその内容となるべき事項をいう。以下同じ。）

・命令等を定める場合の一般原則(§38)

§38-1 命令等を定める機関（閣議の決定により命令等が定められる場合にあっては、当該命令等の立案をする各大臣。以下「命令等制定機関」という。）は、命令等を定めるに当たっては、当該命令等がこれを定める根拠となる法令の趣旨に適合するものとなるようにしなければならない

#2 命令等制定機関は、命令等を定めた後においても、当該命令等の規定の実施状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、必要に応じ、当該命令等の内容について検討を加え、その適正を確保するよう努めなければならない

・意見公募手続(パブリック・コメント手続)

＊意義：公正確保・透明性向上、情報収集の促進と判断の適正確保、意思決定への国民参加

＊手続の開始(§39)：案は具体的であること(#2)

§39-1 略 命令等制定機関は、命令等を定めようとする場合には、当該命令等の案及びこれに関連する資料をあらかじめ公示し、意見の提出先及び意見の提出のための期間を定めて広く一般の意見を求めなければならない

#3 第一項の規定により定める意見提出期間は、同項の公示の日から起算して三十日以上でなければならない

#4 適用除外(公益上の緊急性、法改正に伴う金銭の額等、予算に伴う金銭の額等、委員会等の審議を経た場合、他の行政機関が了した意見公募手続と実質的に同一内容、必要的技術的読替え等、根拠法廃止に伴う廃止、軽微)

＊意見の考慮義務(§42)

§42 略 命令等制定機関は、意見公募手続を実施して命令等を定める場合には、意見提出期間内に当該命令等制定機関に対し提出された当該命令等の案についての意見を十分に考慮しなければならない

＊結果の公示(§43、題名・公示日・提出意見・考慮結果)、

・同一性を失うほど別の案になった場合は再手続となり、その旨公示される(#4 括弧書)

・§39-4 適用除外の場合は命令の題名・趣旨と省略した理由を公示する(#5)

・ 雑則：期間短縮・手続省略の特例(§40)、周知等努力義務(§41)、準用(§44)、電子的方法(§45)

8. 行政手続法の地方公共団体への適用(第７章)

・ §3-3 で適用除外するが、§46 で努力義務を課す（→行政手続条例が制定される）

§3-3 第一項各号及び前項各号に掲げるもののほか、地方公共団体の機関がする処分（その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）及び行政指導、地方公共団体の機関に対する届出（前条第七号の通知の根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については、次章から第六章までの規定は、適用しない

§46 地方公共団体は、第三条第三項において第二章から前章までの規定を適用しないこととされた処分、行政指導及び届出並びに命令等を定める行為に関する手続について、この法律の規定の趣旨にのっとり、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならない

第３款　行政調査の手続的規律

1.　行政調査手続（特に強制調査）の規制

←行政手続法は適用対象から除外(§3-1:14 で処分・行政指導、2:4 イで事実行為を除外)

・身分証の携行・提示義務

税通 74/13 国税庁等又は税関の当該職員は、§74/2 から 74/6 まで……の規定による質問、検査、提示若しくは提出の要求、閲覧の要求、採取、移動の禁止若しくは封かんの実施をする場合又は前条の職務を執行する場合には、その身分を示す証明書を携帯し、関係人の請求があつたときは、これを提示しなければならない

・事前通知・意見書提出機会の付与：憲法上の要請ではない

税通 74/9 略 税務署長等は、国税庁等又は税関の当該職員に納税義務者に対し実地の調査において§74/2 から §74/6 まで（当該職員の質問検査権）の規定による質問、検査又は提示若しくは提出の要求を行わせる場合には、あらかじめ、当該納税義務者に対し、その旨及び次に掲げる事項を通知するものとする（1～7 号略）

自然環境保全法 31-2 略 国の機関又は地方公共団体の長は、その職員に前項の規定による行為【＝実地調査】をさせようとするときは、あらかじめ、土地の所有者及び占有者並びに木竹又はかき、さく等の所有者にその旨を通知し、意見書を提出する機会を与えなければならない

【最決昭 48.7.10】荒川民商事件[S45 あ 2339:刑集 27-7-1205]

所得税の賦課徴収に必要な処分に至る「認定判断に必要な範囲内で職権による調査が行なわれることは法の当然に許容するところ……所得税法二三四条一項の規定は、国税庁、国税局または税務署の調査権限を有する職員において、当該調査の目的、調査すべき事項、申請、申告の体裁内容、帳簿等の記入保存状況、相手方の事業の形態等諸般の具体的事情にかんがみ、客観的な必要性があると判断される場合には、前記職権調査の一方法として、同条一項各号規定の者に対し質問し、またはその事業に関する帳簿、書類その他当該調査事項に関連性を有する物件の検査を行なう権限を認めた趣旨であつて、この場合の質問検査の範囲、程度、時期、場所等実定法上特段の定めのない実施の細目については、右にいう質問検査の必要があり、かつ、これと相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまるかぎり、権限ある税務職員の合理的な選択に委ねられているものと解すべく、また、暦年終了前または確定申告期間経過前といえども質問検査が法律上許されないものではなく、実施の日時場所の事前通知、調査の理由および必要性の個別的、具体的な告知のごときも、質問検査を行なううえの法律上一律の要件とされているものではない」（所得税法違反（帳簿書類呈示拒否）、有罪／棄却）

・令状主義：規定があるものもあるが、あまり多くない

→憲 35-1 は行政手続に及びうるが、目的や刑事責任追及との直接の結びつきの有無・
　罰則の程度・実効性確保との均衡などを考慮して判断(判例)

＊税犯§2-1 は管轄地裁・簡裁の許可を要求するが、間接国税の現行犯は不要(同§3-1)

税犯 2-1 収税官吏ハ犯則事件ヲ調査スル為必要アルトキハ其ノ所属官署ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所又ハ簡易裁判所ノ裁判官ノ許可ヲ得テ臨検、捜索又ハ差押ヲ為スコトヲ得

税犯 3-1 間接国税ニ関シ現ニ犯則ヲ行ヒ又ハ現ニ犯則ヲ行ヒ終リタル際ニ発覚シタル事件ニ付其ノ証憑ヲ集取スル為必要ニシテ且急速ヲ要シ前条第一項又ハ第二項ノ許可ヲ得ルコト能ハサルトキハ其ノ犯則ノ現場ニ於テ収税官吏ハ同条第一項ノ処分ヲ為スコトヲ得

【最大判昭 47.11.22】川崎民商事件（35,38 条適用だが合憲）[21040750]

所得税法違反：一審：罰金 1 万円猶予 2 年→双方控訴：罰金 1 万円→上告棄却

所得税法に基づく税務署の検査に対して帳簿等の提示を拒んだもの。

「憲法三八条一項・・による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、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…

（「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない）が目的が徴税であり刑事訴追ではないこと、間接強制で程度も低いなどの諸点を総合して判断すれば）…右各規定そのものが憲法三八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとすることはでき」ない

【最大判平 4.7.1】成田新法事件[25000011]

立入の必要性、刑事責任追及との直接の結びつきがないこと、強制の程度・態様から合憲

【最大判昭 30.4.27】国税犯則取締法 3 条（現行犯の捜査）の合憲性[21006482]

酒税法違反幇助（無許可酒造）：一審：懲役 3 月→控訴棄却→上告棄却

国税犯則取締法 3 条による現行犯における現場での捜索・差押えが憲法 35 条違反と主張したもの。

「それ故少くとも現行犯の場合に関する限り、法律が司法官憲によらずまた司法官憲の発した令状によらずその犯行の現場において捜索、押収等をなし得べきことを規定したからとて、立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法三五条違反の問題を生ずる余地は存しないのである」（補足・意見あり）

2. 行政調査と犯罪捜査の関係

・犯罪捜査目的での行政調査の禁止

∵行政調査は所定の行政目的のために認められており、手続的コントロールが弱い

＊違反の効果：違法収集証拠として証拠能力を否定すべき

税通 74/8 第七十四条の二から前条まで（当該職員の質問検査権等）の規定による当該職員の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない

【最決平 16.1.20 刑集 56-1-26】証拠利用の可能性と質問検査権拒否[H15 あ 884]

「法人税法【改正前＝現税通 74/8】156 条によると，同法 153 条ないし 155 条に規定する質問又は検査の権限は，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……しかしながら，上記質問又は検査の権限の行使に当たって，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，上記質問又は検査の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」「本件では，上記質問又は検査の権限の行使に当たって，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にとどまり，上記質問又は検査の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ものとみるべき根拠はないから，その権限の行使に違法はなかった」（法人税法違反（脱税）、有罪／棄却／棄却）

・犯則調査で得た資料を用いて行政処分をすることは許される

【最判昭 63.3.31 判時 1276-39】犯則調査での収集資料による課税処分等[S62 行ツ 77]

「収税官吏が犯則嫌疑者に対し国税犯則取締法に基づく調査を行つた場合に、課税庁が右調査により収集された資料を右の者に対する課税処分及び青色申告承認の取消処分を行うために利用することは許される」（上告棄却）

3. 黙秘権の保障：刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結び付くなら憲 38-1 適用

【最判昭 59.3.27 刑集 38-5-2037】国税犯則取締法の質問調査手続と黙秘権[S58 あ 180]

「憲法三八条一項の規定によるいわゆる供述拒否権の保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、対象となる者が自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を求めることになるもので、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」国税犯則取締法上の「調査手続は、国税の公平確実な賦課徴収という行政目的を実現するためのものであり、その性質は、一種の行政手続であって、刑事手続ではない……が（最大判昭 44.12.3）、その手続自体が捜査手続と類似し、これと共通するところがあるばかりでなく、右調査の対象となる犯則事件は、間接国税以外の国税については……所定の告発により被疑事件となって刑事手続に移行し、告発前の右調査手続において

得られた質問顛末書等の資料も、右被疑事件についての捜査及び訴追の証拠資料として利用されることが予定されている……このような諸点にかんがみると、右調査手続は、実質的には租税犯の捜査としての機能を営むものであって、租税犯捜査の特殊性、技術性等から専門的知識経験を有する収税官吏に認められた特別の捜査手続としての性質を帯有するもの……質問調査の手続は、犯則嫌疑者については、自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項についても供述を求めることになるもので、「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」ものというべきであって……憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ」「憲法三八条一項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく……立法政策の問題と解されるところから……告知をしなかったからといって、その質問手続が憲法三八条一項に違反することとなるものでない」

＊届出（報告）義務と黙秘権

【最大判昭 37.5.2】判例（交通事故の報告義務）[27760728]

一審：禁錮 10 月→被告人控訴棄却→上告棄却

重過失致死・道路交通取締法違反（無免許・飲酒運転での死亡事故で救護・報告しなかったもの）

「警察官が交通事故に対する（被害者救護や交通安全確保の）処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであつて、それ以上、所論の如くに、刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない。また、いわゆる黙秘権を規定した憲法三八条一項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべき・・前叙の報告を命ずることは、憲法三八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当らない」

【最判昭 29.7.16】判例（麻薬取扱者の記帳義務）[27680574]

第４款　その他の手続的規律

1.　行政審判手続

・行政過程でとられる、司法審査に類似した慎重な手続（準司法手続）

＊行政処分への不服審査：覆審的争訟（公取委の排除命令等に対する審判手続）

＊行政処分の事前審査：始審的争訟や不利益処分の事前審査（海難審判手続等）

・始審的争訟：当事者間の争訟を第三者機関が裁定するもの（収用委員会の裁決手続きなど）

・特徴：三面構造（審判する行政機関＋当該作用を求める行政機関＋名宛人）

＝審判機能と訴追機能の分離（主宰者と不利益処分を求める職員を組織的に分離する）

←行手法の手続きより慎重なので、適用除外(行手 3-1:12)

＊その他：公開の口頭審理、事実認定で手続に顕れた証拠に限定など

・実質的証拠法則：行政審判の認定事実につき、実質的証拠の存在を前提に裁判所を拘束するもの

独禁法 80-1 第七十七条第一項に規定する訴訟【公取委の審決の取消しの訴え】については、公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する

#2 前項に規定する実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものとする

【東京高判昭 28.8.29 高民集 6-11-667】実質的証拠の意義[S25 行ナ 10]

「思うに、審決認定の事実について実質的な証拠の存することが必要なことは、いまさら言うをまたないところであるが、かかる証拠は必ずしも当該事件の審判手続開始以後の記録中に見出されなければならないものと限定する理由はなく、審判開始前のものをも含めて当該事件に関する一切の記録中、いやしくも私的独占禁止法第七十八条にいう「当該事件の記録」として被告の送付にかかるものの中に存すれば足りる……実質的な証拠とは、審決認定事実の合理的基礎たり得る証拠の意味である。すなわち、その証拠に基き、理性ある人が合理的に考えてその事実認定の到達し得るところのものであれば、その証拠は実質的な証拠というべき……ある証拠が経験則上とうてい信ずることができないかどうか、及び当該事件の記録中に相矛盾する証拠がある場合に被告のした証拠の取捨選択が経験則に反していないかどうかの問題は、ともに当然裁判所の審査すべきことである。すなわち、被告は特殊の分野の問題を取り扱うための専門的な知識経験を有する委員その他の職員から成り立つていることから事実認定を被告の権限に委ね裁判所は被告の証拠調が不十分な場合にも自ら証拠調をなさず当該事件を被告に差し戻してあたらしい証拠の取調をなさしめる私的独占禁止法第八十一条（団体法第九条により本件に準用）の規定から言つて、証拠の取捨選択は、事実認定について権限を有する被告のなすべきことであり、被告の証拠判断が経験則に反せず、合理的であるならば、裁判所もこれに拘束されるのであるが、その然らざるときは、裁判所はそのことの故に、これを違法のものとして被告の審決を取り消すことができるのである。従つて私的独占禁止法第八十二条第一項第一号は、何ら憲法第七十六条第二項に違反するものではない」

＊新証拠提出の制限：実質的証拠法則がある場合、当然に要請される(通説・判例)

∵新証拠の提出が自由だと、実質的証拠法則が働かなくなる(独禁法は§81 に明文規定)

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3254】規定なき場合の新証拠提出の制限[S40 行ツ 73]

TV 報道局開設に関する予備免許処分等・異議申立て棄却決定取消請求→認容／棄却

「所論独禁法八一条、設置法五三条の規定は、委員会が正当の理由なくして当該証拠を採用しなかつた場合、または委員会の審判に際して当該証拠を提出することができず、かつ、これを提出できなかつたことについて過失がなかつた場合にかぎり、当事者に新たな証拠の申出を許したものにすぎず、しかも、この場合、裁判所は、みずから新たな証拠の取調べをすることはできず、その取調べの必要があると認めるときは、当該事件を委員会に差し戻さなければならないことにしているのである。また、所論独禁法八二条一号、設置法五四条一号が、審決または裁定の「基礎となつた事実を立証する実質的な証拠がない場合」に、裁判所が審決または裁定を取り消す

ことができるとするのも、委員会の事実認定の拘束力を規定した独禁法八〇条、設置法五二条等と対比すれば、むしろ当然のことを規定したものというべく、所論のように、電波法に独禁法八一条、八二条、設置法五三条、五四条に相当する規定がないことの故をもつて、裁判所が、郵政大臣のした異議申立て棄却決定の取消訴訟において、みずから自由に事実を確定し、これに基づいて右決定に表示された電波監理審議会の判断の適否を審査しうるものと解することは、原判決説示のように、「事実については専門的の知識経験を有する行政機関の認定を尊重し、裁判所はこれを立証する実質的な証拠の有無についてのみ審査し得るに止めようとする規定の趣旨を没却」するものといわなければならない」

第３章　行政組織法

第１節　行政の担い手

第１款　行政組織と法令

1. 行政組織法定主義：明治憲法での天皇の官制大権は否定→行政組織編成権は国会とすべき

   ∵民主的統制説：国会による行政の民主的統制の一環で基本的な行政組織編成権を国会とする

   憲 73:4(内閣の事務)：法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること

   ・法定の範囲はどこまでか：国務大臣行政長官同一性が憲法の趣旨ゆえその仕組みは定めるべき

   →省庁・委員会という基本的行政組織の設置・所掌事務まで（内部組織・分掌までは不要）

2. 現行の行政組織規制

   ・法律による規制

   ＊内閣府設置法→外局（委員会・庁）は別に法定(同§49-3)

   ＊国家行政組織法→各省設置法のほか、外局を別に法定（同§3-2）

   ＊会計検査院法

   ・法規命令による規制

   ＊内閣

   ・政令：官房・局／部／課・室の設置・所掌事務(内閣 17-3)

   ＊省・委員会事務局・庁

   ・政令：官房・局／部／課・室の設置・所掌事務(行組 7-4,5) ※委員会・庁に「局」は置けない

   ・省令：実施庁の課・室の設置・所掌事務(行組 7-6) ※公安調査・国税・特許・気象・海上保安庁

   ・行政規則による規制

   ・訓令：政省令事項の組織より下位の組織（最小単位：職＝１人の人間の職務・責任）

   ・職員：職を占める者。職は役割分担からの考察、職員は雇用関係からの考察

第２款　行政組織と権限

1. 行政機関：行政主体の手足となって行動する単位（実際に権限行使する人のこと）

・行政主体：国・公共団体（地方公共団体・公共組合・独法・特殊法人）

・公共組合は土地改良区、商工組合、健康保険組合などをいう

＊公務員：行政主体により特定の公の目的に供される人的手段のこと

＊営造物：行政主体により特定の公の目的に供される人的・物的手段の総合体をいう

＊公物：行政主体により直接に公の用に供される個々の有体物（物的手段）

・権限：行政機関が行政主体のために行政権を行使することができる法令上の職務の範囲

→職権・権能・所掌事務ともいう

・作用法的行政機関概念：行政庁とその補助・諮問機関を行政庁との関係で位置付ける概念

・事務配分的行政機関概念：行政事務の配分の単位（省単位）←行組法はこの概念

・行政官庁：国の意思を決定し私人に対しこれを表示する権限を付与された国家機関

・行政庁：行政官庁が国の機関のみであるのに対し、地方公共団体の機関も含む

＊独任制の行政庁：大臣・都道府県知事・市町村長など１人の者からなるもの

＊合議制の行政庁：公取委・教育委・収用委など複数の者で構成するもの

＊中央官庁：権限が全国に及ぶ官庁（内閣・財務大臣など）

＊地方官庁：権限が特定の地域に限定される官庁（税務署長など）

・国税庁長官・国税局長・税務署長はいずれも行政庁で、それぞれ補助機関を有する

・補助機関：作用法的行政機関概念で、行政庁を補佐する内部部局の職員

・諮問機関：専門的知見・利害調整等のため(行政庁の諮問を受け)答申を行う権限を有する機関

＊参与機関：その議決が行政庁の意思決定に必要で行政庁を拘束する諮問機関（峻別は困難）

・執行機関：私人に対して直接に実力を行使する権限を有する機関（警察官や消防吏員等）

2. 行政機関相互の権限

・委任：委任により権限は受任機関に移譲され、委任機関は当該権限を失う

→法律上定められた処分権者の変更にあたり、法律によらずして行えない

→指揮監督権は上級機関としてのものを除き有しない。必要なら法で明定(例：航空法 137-4)

・代理：代理機関の行為は被代理機関の行為としての効果を生じる。顕名も必要だが例外あり

＊法定代理：法定の要件を充足することで発生する代理権

・狭義の法定代理：法定要件充足で当然に代理関係発生(地方 152:首長事故時の副知事等)

・指定代理：法定要件充足＋被代理機関の指定(事前指定も可、内閣 9:内閣総理大臣臨時代理)

＊授権代理：法定代理以外の代理 ← 法律の根拠が必要か（実務はなしでも行っている）

・不要説：代理機関に対する指揮監督もでき、法定の権限の所在自体は変更しない

・必要説：法律で付与された権限は自ら行う責任があり、法定外に権限行使させるのはダメ

・折衷説：原則必要説、重要でない権限の一部の授権代理は法律の根拠不要

→代理権の範囲：当該職の一身専属的権限は不可（総理外遊中の衆院解散・大臣罷免）

→指揮監督権の有無：ありが原則？法定代理は行使しえない場合あり（死亡など）

・専決：補助機関が行政庁の名において権限を行使すること（内部委任）

→外部的には権限委任・代理権付与はない → 単に補助執行しているだけ

→法律の根拠不要（実際は訓令で規定）

【最判平 3.12.20】専決による違法な事務処理における住民訴訟の損賠請求先[平 2 行ツ 137]

「管理者が右訓令等により法令上その権限に属する財務会計上の行為を特定の補助職員に専決させることとしている場合においては、当該財務会計上の行為を行う法令上の権限が右補助職員に委譲されるものではないが、内部的には、右権限は専ら右補助職員にゆだねられ、右補助職員が常時自らの判断において右行為を行うものとされるのであるから、右補助職員が、専決を任された財務会計上の行為につき違法な専決処理をし、これにより当該普通地方公共団体に損害を与えたときには、右損害は、自らの判断において右行為を行った右補助職員がこれを賠償すべきものであって、管理者は、前記のような右補助職員に対する指揮監督上の帰責事由が認められない限り、右補助職員が専決により行った財務会計上の違法行為につき、損害賠償責任を負うべきいわれはないものというべきだから」（補助職員が会議をでっちあげて支出した違法支出金補填請求事件）

【東京高判昭 39.4.27】東京都公安委が訓令により警察官に専決処理させたのは適法

【最判昭 43.2.16】教育委が訓令により免職処分権限を教育長に専決処理させたのは適法

【東京高判平 20.7.15】三菱ふそう刑事事件（専決処分の報告要求に対する虚偽報告罪肯定）

・代決：決裁権者が出張等の不在時、直近下位者が内部的に代理の意思表示をして決済すること

・至急に処理しなければならない決裁文書につき、決裁権者の予め指定する者が代決する

・代決した場合は事後速やかに決裁権者に報告する義務がある

→代理の意思表示は対外的に表示されないので、内部代理ともいえる

→実務上はかなり広く認められている（軽微なら決裁権者がいても行う場合もある）

3. 行政機関の相互関係

・権限分配（土地・事物管轄）：法令によって権限をそれぞれの行政機関に分配すること

＊積極的効果：行政庁の権限行使が他の行政庁を拘束すること

＊消極的効果：他の行政庁がその権限を侵すことができないこと

・上級機関の指揮監督権

＊指揮権：上級→下級機関へ、その所掌事務についての方針等を命令する権限

＊監督権：上級機関が下級機関を監視し、その行為の適法性・合目的性を担保する権限

＊具体的な内容

・監視権：下級機関の事務処理についての調査権（報告請求・書類等閲覧・現場視察など）

・同意(承認)権：下級機関の事務処理につき同意(承認)する権限。法定外の機関訴訟等は不可

・指揮(訓令)権：総理大臣、各省大臣・委員長・長官の訓令・通達を発する権限(行組 14-2 等)

→事務次官、局長、部課長等も所掌事務につき訓令・通達可能

→一般的（処分の裁量基準や解釈基準の通達）にも個別具体的にも行使しうる

→行政機関を名宛人とし、行政機関の職員に対する職務命令の性格もある

※通常の職務命令なら職員が代わると失効するが、訓令は職の後任者も拘束する

→違法な訓令の拘束力（宇賀：明白説）

・形式要件説：下級機関は訓令の形式要件のみ審査可能（職務上の独立性の侵害も含む）

→形式要件を欠けば服従義務なし＋不服従義務（⇔実体審査はできない）

・重大明白説：重大明白な瑕疵があれば当該訓令は無効で下級機関は無視できる

・明白説：訴訟不可なので「重大」は不要、上級機関判断優先のため「明白」は必要

・違法＝無効説：全面的に訓令の適法性審査権を認める ∵私人に違法な行政作用の影響

・取消・停止権：違法・不当として上級機関が下級機関の権限行使を取消・停止すること

→明文の規定がある場合：総理大臣・首長(内 8、自治 154/2)

→明文の規定のない場合：否定説が近時多数

・肯定説：法律上の権限変動ではない、指揮監督権実効性担保、違法権限行使は是正すべき

・否定説：権限分配を変動させる、懲戒権で十分担保される、（不当と違法は別にすべき）

・代行権：下級機関が処分権限不行使の場合に上級機関が代行すること

←法定の処分権限を変動させるため、異論なく法律上明定の場合を除き不可

・裁定権：対等の行政機関の間の権限争議の場合、共通の上級機関が裁定し処理

→法律上明文規定なく認められる（当然必要だから）：内 7、なお自治 138/3-3 は努力義務

・ 統合的調整：行政組織における意思統一のための作業全般

＊上級機関による指揮監督権その他非権力的手法・予算配分・組織改編等による調整

＊狭義の調整：その他の調整

・委員会等における統合的調整：職権行使の独立性が認められているため

→普通地方公共団体の長：組織等・予算執行・公有財産につき勧告・調査・措置請求等可能

・統合的調整組織：内閣官房と内閣府(内 12-2,内閣府 4-1,2 など)

・分立的調整

→国の行政機関の相互調整・連絡・意見陳述等(行組 1,2-2,15)、行政機関同士の協議

意見聴取（国→地方公共団体の長の意見聴取義務など)、措置要請・勧告等

同意(承認)制（事前の関係機関の同意を明定する例：消防 7-1)、内申（義務教育教員）

・総括管理機関：法制管理、組織・定員管理、人事管理、予算管理等の機関

→上級機関による直系・一般監督に対して、傍系・特別監督と称する

→例：官房３課（大臣官房の文書・人事・会計課)、内閣法制局、総務省行政管理局、

同政策統括官（統計基準担当)、同行政評価局、人事院、財務省主計局・理財局など

＊行政組織における協力

・共管：複数の行政機関が共同で意思決定し対外的にも複数の機関の名で表示する場合

例：県をまたぐ河川管理など

・共助：対等・独立の行政機関間の協力（警察と消防など）

・情報の共有：関係行政機関への通報義務（福岡高判昭 59.3.16 カネミ油症国賠請求）

・職員の融通：普通地方公共団体の職員を委員会の事務に従事させるなど

・検査・評価・監視等：監査機関＝会計検査院、総務省行政評価局

・ 国と地方公共団体・地方公共団体相互の関係：行政機関どうしの関係

＊国・都道府県・市町村の関与に関する訴訟は機関訴訟(自治 251/5-1,252-1)

＊国・地方公共団体の提起する訴訟は法律上の争訟にあたらない

【最判昭 49.5.30】大阪市が府国民健康保険審査会の裁決を争うことはできない

【最判平 13.7.13】国が那覇市の情報公開決定の取り消しを求めるのは私人としては可能

【最判平 14.7.9】宝塚市パチンコ点等建築規制条例事件（行政権の主体として訴訟提起不可）

【東京高判平 19.11.29】杉並区→東京都の住基ネット確認訴訟を却下（上告不受理）

←地方公共団体は国とは独立した行政主体で憲法に団体自治が保障されているから、自治権の侵害に対しては抗告訴訟を提起し得る（多数）→自治 251/5-1,252-1 は抗告訴訟の特則である

第３款　国・地方公共団体以外の組織による行政活動

1. ○地方公共団体以外の公共団体の具体例を理解している(独立行政法人を含む)。
2. ○国又は公共団体（行政主体ないし行政体）による行政のみならず、私人による行政が存在することの具体例を理解している。

第４款　情報公開と個人情報保護

1. 行政上法の収集

・申請・届出(行手 2:3,7)：必要な情報は基本的に申請・届出者が提出 → 情報収集費用は少ない

→ 添付書類・記入漏れは補正・拒否処分・無届扱い、虚偽申請に対する罰則が個別法で規定

・行政調査：行政が主体的に行う情報収集

2. 行政情報の管理・利用

・公文書等の管理に関する法律(公文書管理法:2009)

＊行政文書の適正な管理、保存・利用のため、管理基準を規定・公文書管理委員会設置など

・行政情報の目的外利用・共用：行政機関内の情報共有 → 官公署等への情報提供協力規定など

←行政個人情報 8-1：利用目的外の利用・提供は法令に定めのない限りできない

3. 行政情報の公開

・情報提供制度(広義)

＊情報提供制度(狭義)：行政主体の裁量で行われるもの

＊情報公表義務制度：私人の開示請求権の行使なくして法令・条例で公表が義務付けられるもの

・情報開示請求制度：私人に開示請求権を付与し、その行使を受けて情報開示するもの

＊主観的情報開示請求制度：特定の利害関係人にのみ開示請求権を付与するもの

＊客観的情報開示請求制度：国民・住民一般に開示請求権を付与するもの

→行政の意思形成過程を明らかにし、恣意的意思決定を間接的に防止する役割（透明性確保）

4. 行政機関の保有する情報の公開に関する法律(行政機関情報公開法:1999)

・目的(§1)：知る権利の実現・政府の国民に対する説明責任だが知る権利は明記せず

§1 この法律は、国民主権の理念にのっとり、行政文書の開示を請求する権利につき定めること等により、行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もって政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資することを目的とする

・行政機関(§2-1)：内閣府や各省・庁・委員会、その下の機関、会計検査院

・行政文書(§2-2 本文)：行政機関が作成・取得し組織的に利用・保有するもの(組織供用文書)

→文書等の有形物が対象で、情報そのもの(無形物)が対象なわけではない

§2-2 本 この法律において「行政文書」とは、行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録であって、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているものをいう

※但し、官報等、特定歴史公文書(公文書管理 2-7)、特別に管理する歴史的・文化的資料は除外(同但書)

・開示請求権(§3)：子どもや外国在住の外国人を含め、誰にでも開示請求権がある

§3 何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長に対し、当該行政機関の保有する行政文書の開示を請求することができる

＊開示請求の手続(§4)：開示請求書に請求者の氏名住所、対象文書を特定する事項を記載

・請求の理由や目的は通知不要 → 開示を求める理由は何でもよい

＊開示決定(§9)：全部開示・一部開示・全部不開示の決定をし、文書で通知する

・期限(§10,11)：開示請求から 30 日以内が原則だが(§10-1)、例外あり(§10-1,11)

・決定は申請に対する処分：一部開示・不開示決定は拒否処分なので理由附記必要(行手§8)

【最判平 4.12.10】警視庁個人情報非開示決定取消訴訟[H4 行ツ 48:判時 1453-116]

警視庁情報非開示決定処分取消請求→一審：棄却→控訴：取消認容→上告棄却

東京都公文書開示等に関する条例による開示請求に「東京都公文書の開示等に関する条例第九条第八号に該当」との理由を付記して不開示決定を通知したもの。

条例は不開示決定への理由附記を規定し、「一般に、法令が行政処分に理由を付記すべきものとしている場合に、どの程度の記載をすべきかは、処分の性質と理由付記を命じた各法令の趣旨・目的に照らしてこれを決定すべきである（最判昭 38.5.31 参照）」本条例での理由附記は条例の目的・趣旨に鑑み「非開示理由の有無について実施機関の判断の慎重と公正妥当を担保してそのし意を抑制するとともに、非開示の理由を開示請求者に知らせることによって、その不服申立てに便宜を与える趣旨に出たもの……このような理由付記制度の趣旨にかんがみれば、公文書の非開示決定通知書に付記すべき理由としては、開示請求者において、本条例九条各号所定の非開示事由のどれに該当するのかをその根拠とともに了知し得るものでなければならず、単に非開示の根拠規定を示すだけでは、当該公文書の種類、性質等とあいまって開示請求者がそれらを当然知り得るような場合は別として、本条例七条四項の要求する理由付記としては十分ではない」条例 9:8 の規定に照らし「同号に該当する旨の記載だけでは、開示請求者において、非開示理由がいかなる根拠により同号所定のどの事由に該当するのかを知り得ないのが通例であると考えられる」本件では「被上告人によって前示のとおり特定された本件文書の種類、性質等を考慮しても、本件付記理由によっては、いかなる根拠により同号所定の非開示事由のどれに該当するとして本件非開示決定がされたのかを、被上告人において知ることができないものといわざるを得ない。そうであるとすれば、単に「東京都公文書の開示等に関する条例第九条第八号に該当」と付記されたにすぎない本件非開示決定の通知書は、本条例七条四項の定める理由付記の要件を欠く」

【最判平 11.11.19 民集 53-8-1862】逗子情報公開訴訟[前掲 H8 行ツ 236]

条例で「非公開決定の通知に併せてその理由を通知すべきものとしているのは…（恣意抑制、不服申立ての便宜が目的で）…そのような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（実際には、非公開決定の通知書にその理由を付記する形で行われる。）自体をもってひとまず実現される……本件条例の規定をみても、右の理由通知の定めが、右の趣旨を超えて、一たび通知書に理由を付記した以上、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ものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はない」

・ 不開示情報(§5)：不開示情報がない行政文書は、行政機関が保有する限り開示義務が発生する

＊§5 は(申請に対する)審査基準にあたる

①個人情報：個人識別情報型で例外を規定（⇔プライバシー情報型=プライバシーのみ非公開）

※請求者の情報であっても不開示情報となる（→行政機関個人情報保護法で請求すればよい）

(イ)公表済み・公表が予定される事項：登記簿(法令)・叙勲者名簿(慣行)などは公開

(ロ)公益上の義務的開示：人の生命・健康・生活・財産を保護するために必要なもの

(ハ)公務員等の職と職務遂行の内容：説明責任のため。公務員の氏名は(イ)により判断

②法人等情報：法人等や個人事業主の情報でイ,ロに該当する場合。公益上の義務的開示を除く

(イ)権利・競争上の地位等正当な利益を害する場合：営業のノウハウ等

(ロ)非公開を約して提供されたもの：非公開約束が合理的と認められる場合のみ

③国家機密：国防上・外交上不利益等があると認める「相当の理由」が必要

④公共安全情報：犯罪予防や捜査に支障を及ぼすと認める「相当の理由」が必要

⑤審議検討情報：意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるもの

⑥事務事業情報：監査等・契約等・調査研究・人事管理・公企業の経営等に支障のあるもの

【最判平 6.3.25 判時 1512-22】鴨川ダムサイト訴訟[H5 行ツ 110]

公文書非公開決定処分取消請求→認容／取消棄却／棄却

「本件文書が京都府情報公開条例五条六号所定の情報が記録されている公文書に当たるとして、被上告人がした本件文書を公開しない旨の決定が適法である」旨の原審は正当、「府又は国等の意思形成の過程における情報であって、公開することにより、当該又は同様の意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるおそれのあるものが記録されている公文書の公開をしないことができる旨を定めた右条例の規定が憲法二一条一項その他所論の憲法の各規定に違反するものでない」

・部分開示(§6)：容易に不開示情報のみ除去できる場合は部分開示しなければならない(#1)

＊氏名、生年月日等の個人識別情報を除去すれば個人の権利利益を害さない場合も同様(#2)

【最判 13.3.27 民集 55-2-530】大阪府知事交際費情報公開請求事件[H8 行ツ 210]

公文書非公開決定→認容→棄却→上告：破棄差戻し→変更(一部認容)→上告：変更(認容部分減)

非開示情報には公開禁止のものもあるが、交際費は「公開をしないことができるとされているにすぎず」解釈規定(3 条:住民等の公開請求権保障)を踏まえ「裁量判断によりこれを任意に公開することは、本件条例の許容するところであり」交際費も「実施機関において，上記の趣旨をも踏まえて，同号に該当する独立した一体的な情報を更に細分化し，特定の個人を識別することができることとなる記述等の部分のみを非公開としその余の部分を公開するといった態様の部分公開を任意に行うことは，本件条例の許容するところ」実施機関が非公開文書を裁量で公開・一部公開することも条例違反ではないが、「実施機関による上記のような運用が広く行われているとしても，そのことから直ちに当該条例の解釈として住民等が実施機関に対し上記のような公文書の公開ないし部分公開を請求する権利が付与されているとすることはできないのであって，このような権利を付与するか否かは専ら各地方公共団体がその条例において定めるべき事柄であり，上記のような規定を有するにすぎない本件条例の下においては，その規定を改めない限り，住民等に上記のような権利が付与されていると解することはできない」 ←行政機関情報公開法では§6-2 の定めがあるので、この判決の射程は及ばない

・公益上の理由による裁量的開示(§7)

§7 行政機関の長は、開示請求に係る行政文書に不開示情報が記録されている場合であっても、公益上特に必要があると認めるときは、開示請求者に対し、当該行政文書を開示することができる

・行政文書の存否に関する情報(§8)：通院記録や逮捕歴など、存在確認だけで支障があるもの

→存否を明らかにせず開示請求を拒否できる（グローマー拒否）

§8 開示請求に対し、当該開示請求に係る行政文書が存在しているか否かを答えるだけで、不開示情報を開示することとなるときは、行政機関の長は、当該行政文書の存否を明らかにしないで、当該開示請求を拒否することができる

・第三者に対する意見書提出の機会の付与等(§13)：行政文書に自分に関する情報がある場合

＊原則は任意的(#1)、実施時は不服申立ての保障のため開示決定・実施に２週間おく(#3)

＊義務的実施(#2)：公益上の義務的開示の場合(§5:1 口,:2 但)、裁量的開示の場合(§7)

・不服申立て(§18～21)

＊行政不服審査法による場合(§18)：原則、情報公開・個人情報保護審査会に諮問する

→拘束力はないが、原則として従うべきもの。答申は公表される(情報審 16)

・会計検査院の場合のみ、会計検査院情報公開・個人情報保護審査会(会計検査 19/2-1)

・審査会はインカメラ審理ができ、文書提示の求めを諮問庁は拒否できない(情報審 9-1 等)

＊行政訴訟による場合：不開示決定等の取消訴訟を提起する(行訴 3-2)

→検証としてのインカメラ審理は民訴の原則に反するので不可(導入しても合憲)

【最決平 21.1.15 民集 63-1-46】証拠調べ(検証)としてのインカメラ手続[H20 行フ 5]

検証物提示命令申立て→原審(高裁)：一部提示命令→許可抗告：破棄自判(却下)

「情報公開訴訟において証拠調べとしてのインカメラ審理を行うことは，民事訴訟の基本原則に反するから，明文の規定がない限り，許されない」「本件不開示文書について裁判所がインカメラ審理を行うことは許されず，相手方が立会権の放棄等をしたとしても，抗告人に本件不開示文書の検証を受忍すべき義務を負わせてその検証を行うことは許されない……から，そのために抗告人に本件不開示文書の提示を命ずることも許されない」

- 独立行政法人等情報公開法：独立行政法人・日銀・国立大学法人等が対象、内容は同様

5. 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（行政機関個人情報保護法）
   - 1988（行政機関電子計算機個人情報保護法）→2003 全部改正で電子計算機処理以外も対象に
   - 意義：自己情報コントロール（情報拡散防止・正確性の確保）、個人情報保護法の特別法
   - 個人情報の意義(§2-2)：生存する個人につき、特定の個人を識別できるもの

     §2-2 この法律において「個人情報」とは、生存する個人に関する情報であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう
   - 取扱い(§3)：必要な範囲を超えて保有してはならない(#2)

     §3-1 行政機関は、個人情報を保有するに当たっては、法令の定める所掌事務を遂行するため必要な場合に限り、かつ、その利用の目的をできる限り特定しなければならない

     #2 行政機関は、前項の規定により特定された利用の目的（以下「利用目的」という。）の達成に必要な範囲を超えて、個人情報を保有してはならない

     #3 行政機関は、利用目的を変更する場合には、変更前の利用目的と相当の関連性を有すると合理的に認められる範囲を超えて行ってはならない

     【東京地判平 16.2.13】【東京高判平 19.6.20】情報公開請求者リスト問題

     防衛庁海幕情報公開室が情報公開請求者リストに「反戦自衛官」等を記載していたもの。国賠請求認容
   - 利用目的の明示(§4)：緊急の必要があるときなどを除き、本人に利用目的を明示する
   - 開示請求権(§12)：手続等は§13～26 に規定

     §12-1 何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長に対し、当該行政機関の保有する自己を本人とする保有個人情報の開示を請求することができる（#2 は法定代理人による請求）
   - 訂正請求権(§27)：開示されたものに限る。手続等は§28～35

     §27-1 前段略 何人も、自己を本人とする保有個人情報の内容が事実でないと思料するときは、この法律の定めるところにより、当該保有個人情報を保有する行政機関の長に対し、当該保有個人情報の訂正を請求することができる（#2 は法定代理人による請求、#3 で開示を受けた日から 90 日以内に制限）
   - 利用停止請求権(§36)：違法取得や違法提供がある場合、手続等は§37～41
   - 不開示情報(§14)：行政機関情報公開法の①～⑥＋請求者の生命,健康等を害するおそれ

     ＊部分開示(§15)、裁量的開示(§16)、存否に関する情報(§17)、第三者の手続保障(§23)など
6. 会議の公開：1995.9.25 閣議決定で会議・議事録の原則公開を決定

   【最判昭 49.12.10 民集 28-10-1868】旭丘中学校事件[S44 行ツ 8]

   懲戒免職処分取消請求→認容→棄却→破棄差戻し→取消棄却・死亡終了→上告棄却(死亡終了部分破棄差戻し)

   公選制下の教委の議事公開は「重要な意義を有するものであり、これに違反して行われた議事が瑕疵を帯びる…

…このことから直ちに、教育委員会の会議の過程において形式上いささかでも右公開原則に違反するところがあれば、常にその議決の効力に影響を及ぼすものとすることは相当でなく、具体的事案における違反の程度及び態様が当該議案の議事手続全体との関係からみて実質的に前記公開原則の趣旨目的に反するというに値いしないほど軽微であつて、その瑕疵が議決の効力に影響を及ぼすとするには足りない場合もありうる」→従前から人事案件は非公開であり、秘密会にしたからといって実質的にさして重要ではない。

第５款　地方自治法と地方公共団体

1.　地方公共団体の組織（地方自治法）

・地方公共団体の種類

＊普通地方公共団体：都道府県・市町村(§1/3,8)

・市：人口５万以上、市街地の戸数が６割以上、商工業等従事者等６割以上、都市的施設具備

→政令指定：指定都市(人口 50 万以上、区必置)、中核市(30 万以上)、特例市(20 万以上)

・町：都道府県条例の条件を満たす（人口 5～8 千、連たん戸数・都市的業態人口の割合等）

・村：その他

＊特別地方公共団体：特別区・地方公共団体の組合・財産区

・特別区：都の区(§281)

・地方公共団体の組合：一部自治組合・広域連合(§284)

・財産区：市町村・特別区の一部で財産を有し又は公の施設を設けるもの(§294)

・普通地方公共団体の組織

＊議会(§89)

＊執行機関(§138/2)：長の所轄である(§138/3)

・長(§138/4,139)：知事・市町村長

・委員会又は委員(§138/4)：教育・選管・人事／公平・監査委員(会) ほか(§180/5)

・補助機関：副知事・副市町村長(§161)、会計管理者(§168)、会計職員(§171)、職員(§172)
常設又は臨時の専門委員(§174)

・附属機関(§202/3)：調停・審査・審議・調査等を行う機関（法定）

・地域自治区(§202/4)：市町村長の事務を分掌させる。地域協議会を置く(§202/5)

2.　○普通地方公共団体の事務が、地方自治法においてどのように定められているかの概要を理解している。

3.　○国と地方公共団体の関係のうち、地方自治法が定める国の関与の在り方の概要を理解している

第２節　行政過程と裁判過程

1. ○行政事件訴訟法における行政事件訴訟の意義を理解している。
2. ○行政事件訴訟法が定める行政事件訴訟の４類型（抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟）それぞれの特色を理解している。
3. ○住民監査請求（地方自治法２４２条）及び住民訴訟（地方自治法２４２条の２）の特色を理解している。
4. ※行政不服審査については第４章(行政上の不服申立制度の運用能力)において、抗告訴訟及び当事者訴訟及び国家賠償請求訴訟については第５章（抗告訴訟の運用能力）、第６章（当事者訴訟の運用能力）、第７章（国家賠償法に基づく損害賠償請求権に関する検討能力）においてそれぞれ取り上げる。

第２編　行政救済法

第１章　　行政処分の実体的違法事由

第１節　　法令違反

第１款　法令解釈の方法

1. ○行政処分の要件及び内容に関する規定、定義規定、目的規定等の意味をどう解釈するべきかを、具体的事案に即し適切な法令解釈方法（文理解釈、趣旨・目的解釈、合憲限定解釈等）を用いて考察することができる。

第２款　法令違反

1. ○行政庁が法令解釈又はその適用を誤ったかどうかを裁判所がどのような点に着目して審査しているかについて、判決例を参照して説明することができる（付近住民や既存事業者の不同意のみを理由としてなされた行政処分が違法とされる事例、考慮義務のある事情が考慮されていない行政処分が違法とされる事例、法令の文言の意味を誤って解釈してなされた処分が違法とされる事例、正当理由の有無等についての判定を誤った事例など）。
2. ○裁判所が法令解釈をするにあたって、行政機関によって設定された解釈基準をどう取り扱うべきかを理解している。
3. ○行政庁による法令解釈の誤り又はその適用の誤りがないかどうかを、具体的事案に即して考察することができる。
4. ※解釈基準については、第１章（行政過程の全体像）第２節１－２－２も参照。

第２節　　裁量判断の合理性欠如

第１款　行政裁量と法令解釈

1. ○要件裁量及び効果裁量の具体例を、条文を参照して説明することができる。
2. ○行政処分の要件・効果等の判断のどの部分に行政裁量が認められる（又は認められない）と裁判所が判断しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
3. ○行政処分の要件・効果等の判断のどの部分に、なぜ行政裁量が認められるべきか（または認められるべきではないのか）を、具体的事案に即して考察することができる。

第２款　裁量判断の合理性欠如

1. ○裁量判断の合理性が欠如しているかどうかを裁判所がどのような点に着目して審査しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
2. ○裁量判断の合理性が欠如しているかどうかを裁判所が審査するにあたって、行政機関によって設定された裁量基準をどう取り扱うべきかを理解している。
3. ○裁量判断の合理性が欠如していることを示すためにどのような指摘をおこなうべきかを、具体的事案に即して考察することができる。
4. ※裁量基準については、第１章（行政過程の全体像）第２節１―２－２も参照。

第３節　　委任命令の限界

第１款　白紙委任の禁止

1. ○行政処分の要件及び内容に関し、立法権の委任の仕方が憲法上許容される範囲を超えているか

（白紙委任禁止に抵触するか）どうかを裁判所がどのように審査しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。

2. ○行政処分の要件及び内容に関し、立法権の委任の仕方が憲法上許容される範囲を超えているか（白紙委任禁止に抵触するか）どうかを、具体的事案に即して考察することができる。

第２款　委任命令の違法無効

1. ○行政処分の要件及び内容に関し、委任命令が委任の趣旨を逸脱しているかどうかを裁判所がどのような点に着目して審査しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
2. ○行政処分の要件及び内容に関し、委任命令が委任の趣旨を逸脱しているかどうかを、具体的事案に即して考察することができる。

第４節　自主条例の限界

1. ○自主条例（独自条例）の意義を理解している。
2. ○自主条例（独自条例）か委任条例(法律に根拠のある条例)かの区別を、具体的事案に即して考察することができる。
3. ○行政処分の要件及び内容に関し、自主条例(独自条例)が法律に反して違法無効であるかどうかを裁判所がどのような点に着目して審査しているかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。

第５節　信義則違反等

1. ○信義則違反（信頼保護原則違反を含む）を理由として行政処分が違法とされる場面とはどのようなものかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
2. ○行政権の濫用（動機の不法）を理由として行政処分が違法とされる場面とはどのようなものかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
3. ○信義則及び行政権の濫用を理由に行政処分を違法とすべきかどうかを、具体的事案に即して考察することができる。
4. ○行政処分に適用される比例原則の意味を、具体例を挙げて説明することができる。

第２章　行政処分の手続的違法事由

第１節　手続違反

第１款　手続的瑕疵の発見

1. ○行政手続法及び個別法それぞれにおける適用除外の対象となるかどうか、及び個別法における修正規定の内容を、それぞれ条文を参照して説明することができる。
2. ○個別法及び行政手続法・条例から、法的に義務付けられる行政手続がいかなるものかを、具体的事案に即して考察することができる。
3. ○理由提示、聴聞・弁明機会付与などの意見陳述の機会を与えること、又は審査基準を定めて公にすることが義務付けられる場合に、その違反があったかどうかを裁判所がどのような点に着目して審査しているかについて、代表的な最高裁判決又は判決例を挙げて説明することができる。
4. ○理由提示、聴聞・弁明機会付与などの意見陳述の機会を与えること、又は審査基準を定めて公

にすることが義務付けられる場合に、その違反があったかどうかを、具体的事案に即して考察することができる。

第２款　手続違反と処分違法の関係

1. ○いかなる手続違反があると行政処分は違法とされる（取消訴訟であれば取消事由となる）かについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
2. ○いかなる手続違反があると行政処分は違法とされる（取消訴訟であれば取消事由となる）かについて、具体的事案に即して考察することができる。
3. ※手続違反を理由とする取消判決の効力については、第５章（抗告訴訟の運用能力）第４節５－４－１を参照。

第２節　　行政調査

1. ○行政調査の方法の選択を誤り（たとえば、任意調査に止まるべきところ、誤って強制を伴う方法をとり）、又は行政調査をおこなうにあたってとるべき手続に不十分な点がある場合、当該調査によって得られた証拠を用いた行政処分が違法とされるかどうかについて、具体的事案に即して考察することができる。
2. ※行政調査については、第１章（行政過程の全体像）第３節１－３－３も参照

第３章　行政救済法総論・不服申立制度

第１節　行政救済法総論

第１款 行政救済法の構造

1. 行政救済法―行政争訟法と国家補償法
2. 行政争訟法―行政不服審査法・行政事件訴訟法

・意義：公権力の発動・不発動という行為そのものを争うもの

・行政不服申立て（行政不服審査法等）

＊ある処分を行った行政庁や関連する他の行政庁に対して行うもの

・行政訴訟（行政事件訴訟法）

＊裁判所に対して訴えを提起するもの

＊沿革：戦前は行政裁判法（司法裁判所ではなく行政裁判所が担当、明治憲法 61 条）

→憲 76-1,2 により行政事件も司法裁判所が担当

＊分類：主観訴訟（抗告訴訟・当事者訴訟）と客観訴訟（民衆訴訟・機関訴訟）

＊抗告訴訟の分類(§3)：処分性の有無により当事者訴訟と区別される

・法定抗告訴訟：処分の取消しの訴え(#2)、裁決の取消しの訴え(#3)、無効等確認の訴え(#4)
不作為の違法確認の訴え(#5)、義務付けの訴え(#6)、差止めの訴え(#7)

・法定外抗告訴訟：列挙されない抗告訴訟 ∵§2 と異なり、§3 は列挙類型に限定していない

→義務付け・差止めは 2004 改正までは法定外抗告訴訟扱いであった

＊実際に多い行政訴訟

・情報公開請求・住民訴訟 ∵実質的に誰でも出訴できるから

・税務関係 ∵問題になりやすく対象者も多いから

・難民認定 ∵認定されるかどうかが非常に重要だから

3. 国家補償法―国家賠償法・損失補償

・意義：国の行為に起因して生じた損害（損失）を原因者としての国が補てんすること

第２節　行政上の不服申立制度

第１款 不服申立ての権利

1. 行政上の不服申立て

・長所：簡易迅速な解決、不当処分も審査、専門的判断、行政の自己反省、裁判所の負担軽減
(スクリーニング機能)　※不当：違法ではないが、政策的に見て妥当でないこと

・短所：中立性が薄い、事案解明能力(調査能力)・信頼性の限界

・根拠：憲法上の根拠はないため、制度設計含め立法の裁量が認められる

2. 行政不服審査法(1890 訴願法→1962 改正→2004 改正)：行政上の不服申立ての一般法

・対象

＊概括主義(§1-2)、適用除外も多いが、別法で不服申立て制度を定めてもよい(§4-2)

・適用除外(§4)：結論が同じ予想(1-4 号：立法府・司法府関係)、審査法より慎重な手続(5-7 号：民訴・刑訴・税務)、処分の性格(学校・矯正・入管・試験・検定)、同法に基づく処分

・個別法での適用除外：行手法 27(#1:聴聞手続上の処分は不服申立て不可、#2:聴聞手続を経た処分は異議申立て不可)、破防法 36/3

・異なる手続規定が存する場合：国公法 90～(人事院)、情報公開法 18～(審査会への諮問)

＊一律適用型：条例に基づく処分も同法の対象である

・条例による不服申立て制度：行審法の手続を制限するのは不可、上乗せは許容

・行訴法との関係：自由選択主義…原則としていきなり訴訟を提起してもよい(行訴 8-1)

＊旧行訴法では訴願前置主義、個別法で不服申立前置主義を採用する例は多い

・目的：行政救済と行政統制だが、不利益変更禁止(§40-5,47-3~4,56)もあり、救済重視

§1-1 この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする

・類型(§3)：原則は一審制で、異議申立て・審査請求のほか、例外で再審査請求の３種類

＊審査請求(§5)：処分庁等以外の行政庁に、行政庁の処分又は不作為について行なうもの

・処分庁に上級行政庁があるとき → 直近上級行政庁、法律・条例の定めのあるとき

§5-1 行政庁の処分についての審査請求は、次の場合にすることができる

一 処分庁に上級行政庁があるとき。ただし、処分庁が主任の大臣又は宮内庁長官若しくは外局若しくはこれに置かれる庁の長であるときを除く【→相手方は処分庁の直近上級行政庁】

二 前号に該当しない場合であつて、法律（条例に基づく処分については、条例を含む。）に審査請求をすることができる旨の定めがあるとき【→相手方は法律又は条例に定める行政庁】

＊異議申立て(§6)：処分庁または不作為庁に、行政庁の処分又は不作為について行なうもの
←再度の考案であってムダなので、H26 改正で原則廃止し、再調査の請求に変更

・上級処分庁がない／処分庁が主任大臣等／法律の定めがあるとき → 当該処分庁にする

§6 行政庁の処分についての異議申立ては、次の場合にすることができる。ただし、第一号又は第二号の場合において、当該処分について審査請求をすることができるときは、法律に特別の定めがある場合を除くほか、することができない

一 処分庁に上級行政庁がないとき

二 処分庁が主任の大臣又は宮内庁長官若しくは外局若しくはこれに置かれる庁の長であるとき
三 前二号に該当しない場合であつて、法律に異議申立てをすることができる旨の定めがあるとき

＊再審査請求(§8)：審査請求の裁決を経た後さらに行なうもの

・法律・条例の定めのあるとき → 法律・条例の定める行政庁(#2)

※審査請求の裁決を争うか、原処分を争うかは選択可能(解釈)

例：地自 206-6(給与)、建築基準 95(建築審査会の裁決)、生保 66、社会保険審査会など

・権限委任による処分で原権限庁が(再)審査庁として裁決したとき

→原権限庁が処分をした場合の審査庁 ∵委任という行政側の都合で審査庁の審査を免れる

§8-1 次の場合には、処分についての審査請求の裁決に不服がある者は、再審査請求をすることができる
一 法律（条例に基づく処分については、条例を含む。）に再審査請求をすることができる旨の定めがあるとき
二 審査請求をすることができる処分につき、その処分をする権限を有する行政庁（以下「原権限庁」という。）がその権限を他に委任した場合において、委任を受けた行政庁がその委任に基づいてした処分に係る審査請求につき、原権限庁が審査庁として裁決をしたとき【→#3:再々審査請求：再審査庁として裁決した場合も同様】

・審査請求と異議申立ての関係：原則は択一関係（相互独立主義）

＊例外：税通 75-3(国税に関する処分)、地自 206-1,238/7-1,244/4-1(給与、行政財産等)

・この場合、異議申立前置主義(§20)が採られるが、審査請求の対象は原処分である

§20 本文 審査請求は、当該処分につき異議申立てをすることができるときは、異議申立てについての決定を経た後でなければ、することができない【但書は例外：教示なし、処分庁が決定せず、その他正当な理由】

＊審査請求中心主義：審査請求可能なら異議申立ては原則不可ゆえ(§6 柱但)

・例外：不作為についての不服申立ては原則どちらも可(§7) ∵処理促進を求めるのが主目的

§7 行政庁の不作為については、当該不作為に係る処分その他の行為を申請した者は、異議申立て又は当該不作為庁の直近上級行政庁に対する審査請求のいずれかをすることができる。ただし、不作為庁が主任の大臣又は宮内庁長官若しくは外局若しくはこれに置かれる庁の長であるときは、異議申立てのみをすることができる

3. 不服申立ての要件

・対象：処分その他公権力の行使にあたる行為(§1-1)で、事実行為も含まれる

＊事実行為の例：不法入国者の収容(入管 39)、輸入許可不明の場合の留置(関税 86-1)等

∵事実行為が終了すると、その撤廃を求める利益は失われるので、継続的なものに限る

§2-1 この法律にいう「処分」には、各本条に特別の定めがある場合を除くほか、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が含まれるものとする
§2-2 この法律において「不作為」とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内になんらかの処分その他公権力の行使に当たる行為をすべきにかかわらず、これをしないことをいう

・不服申立てをできる者

＊不服申立資格(一般的資格)：外国人を含む自然人・法人、法人でない社団・財団も可(§10)

∵§1-1「国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて」

・地方公共団体その他の公共団体：否定する明文はないが、§57-4 は「固有の資格」で処分の相手方になるものでは教示不要とする(→私人と異なる立場なら本法適用外？)

＊不服申立(人)適格(個別的資格)：行政庁の処分に不服があること → 主観的争訟であること

・取消訴訟の原告適格(行訴 9)と同じ(判例)← 行政統制も目的ゆえ原告適格より広い

§4-1 柱本文 行政庁の処分（この法律に基づく処分を除く。）に不服がある者は、次条及び第六条の定めるとこ

ろにより、審査請求又は異議申立てをすることができる

【最判昭 53.3.14】主婦連ジュース事件[S49 行ツ 99:民集 32-2-211]

(公取委審決：公正競争規約認定処分に対する不服申立→却下)→審決取消請求→棄却／棄却

「不当景品類及び不当表示防止法一〇条一項により公正取引委員会がした公正競争規約の認定に対する行政上の不服申立は、これにつき行政不服審査法の適用を排除され（景表法一一条)、専ら景表法一〇条六項の定める不服申立手続によるべきこととされている（行審法一条二項）が、行政上の不服申立の一種にほかならないのであるから、景表法の右条項にいう「第一項……の規定による公正取引委員会の処分について不服があるもの」とは、一般の行政処分についての不服申立の場合と同様に、当該処分について不服申立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……けだし、現行法制のもとにおける行政上の不服申立制度は、原則として、国民の権利・利益の救済を図ることを主眼としたものであり、行政の適正な運営を確保することは行政上の不服申立に基づく国民の権利・利益の救済を通じて達成される間接的な効果にすぎないものと解すべく、したがつて、行政庁の処分に対し不服申立をすることができる者は、法律に特別の定めがない限り、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があり、その取消等によつてこれを回復すべき法律上の利益をもつ者に限られるべきであり、そして、景表法の右規定が自己の法律上の利益にかかわりなく不服申立をすることができる旨を特に定めたもの、すなわち、いわゆる民衆争訟を認めたものと解しがたいことは、規定の体裁に照らし、明らか」「右にいう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障されている利益であつて、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となる反射的利益とは区別されるべきものである」→一般消費者は反射的利益のみゆえ適格がない。

・ 不服申立期間(§14) ∵利害関係人の地位など法律関係の早期安定と行政救済の要請の調和

＊主観的審査請求期間(#1)：処分があったことを知った日の翌日から 60 日以内(§14-1)

・異議申立てをした場合は決定を知った日の翌日から 30 日以内

・「やむを得ない理由」があればその後 1 週間以内は可能（天災など,#2）

§14-1 審査請求は、処分があつたことを知つた日の翌日から起算して六十日以内（当該処分について異議申立てをしたときは、当該異議申立てについての決定があつたことを知つた日の翌日から起算して三十日以内）に、しなければならない。ただし、天災その他審査請求をしなかつたことについてやむをえない理由があるときは、この限りでない

#2 前項ただし書の場合における審査請求は、その理由がやんだ日の翌日から起算して一週間以内にしなければならない

【最判昭 27.11.20】名宛人の審査請求期間の起算日[S26 オ 392:民集 6-10-1038]

農業用宅地買収計画・裁決取消請求(不在で知らなかった)→却下(出訴期間徒過)／棄却／破棄差戻し(一審へ)

原審は自創法 47/2「処分のあったことを知った日」を了知することができる状態におかれたときとしたが「同条の一項は、「この法律による行政庁の処分で違法なものの取消又は変更を求める訴は……当事者がその処分のあつたことを知つた日から一箇月以内にこれを提起しなければならない。但し、処分の日から二箇月を経過したときは……訴を提起することはできない。」と規定し、その但書において同条項所定の訴は、処分の日から二箇月を経過したときは、当事者が処分のあつたことを知らなくともこれを提起することができないものとして、処分の不確定な状態を処分の日から二箇月に限定したところからこれを見ると、同条にいう「処分のあつたことを知つた日」とは、当事者が書類の交付、口頭の告知その他の方法により処分の存在を現実に知つた日を指すものであつて、抽象的な知り得べかりし日を意味するものでない……尤も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つて、社会通念上処分のあつ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、その処分のあつたことを知つたものと推定することはできる（最判昭 27.4.25 参照）」

【最判平 5.12.17】第三者の審査請求期間の起算日[H2 行ツ 115:民集 47-10-5530]

借地権の存在を争う所有者による(借地権の)権利変換処分取消請求→却下(原告適格なし)／棄却／棄却

「施行地区内の宅地の所有者が当該宅地上の借地権の存在を争っている場合に、右借地権が存在することを前提として当該宅地の所有者及び借地権者に対してされる権利変換に関する処分については……借地権者に対する権利変換に関する処分は、宅地の所有者の権利に対しても影響を及ぼす」から「宅地の所有者は、自己に対する処分の取消しを訴求するほか、借地権者に対する処分の取消しをも訴求する原告適格を有する」→原審は誤り

本件は不服申立前置主義だが、「処分の名宛人以外の第三者の場合については、諸般の事情から、右第三者が処分があったことを了知したものと推認することができるときは、その日を右にいう「処分があったことを知った日」としてその翌日を右第三者の審査請求期間の起算日とすることができるものというべき」で、本件では事前に意見書を出した上、処分翌日に通知書を受領していたのに、60 日経過後に審査請求したから違法で却下。

【最判昭 61.6.19】公告による場合の起算日[S60 行ツ 207:判時 1206-21]

壁面線指定処分取消等請求→裁決取消却下、処分取消し棄却→棄却→棄却

「建築基準法四六条一項に基づく壁面線の指定に対する審査請求の請求期間の起算日は、同条三項に基づく公告があった日の翌日と解するのが相当……横浜市報に登載することによって行われた本件壁面線の指定に係る公告が法四六条三項所定の公告として適法であり、本件指定に対する審査請求の請求期間の起算日は右公告があった日の翌日であるとした原審の判断は、正当」「行政不服審査法五七条一項は、同項所定の処分を書面でする場合に、その処分の相手方に対して不服申立に関する教示をしなければならないとしているものであるから、特定の個人又は団体を名あて人とするものでない処分についてはその適用がない……法四六条一項に基づく壁面線の指定は、特定の街区を対象として行ういわば対物的な処分であり、特定の個人又は団体を名あて人として行うものではないから、右指定については行政不服審査法五七条一項の適用はないものといわなければならない（利害関係人は、同条二項により教示を求めることができるものとされている。）。」

【最判平 14.10.24】告示による場合の起算日[H12 行ヒ 174:民集 56-8-1903]

(都市計画道路事業認可取消しを求める審査請求の)裁決取消請求→棄却→取消認容→破棄自判(控訴棄却)

都市計画法 59-1,62-1,65-1,70 を引用し「都市計画事業の認可は，事業地内の土地につき所有権等を有する者に効力の及ぶ処分であるが，都市計画法は，これらの関係権利者に個別に同認可の通知をするものとはせず，同認可の告示を行うものとするにとどめている。これは，都市計画事業を円滑に進めるためには，その認可の効力を関係権利者の全員に同時に及ぼす必要がある一方で，一般に，その全員を確実に把握して同時期に個別の通知を到達させることが極めて困難であり，かつ，同認可が特定の事業地を対象として行ういわば対物的な処分の性質を有することから，これを特定の個人を名あて人として行わないものとした上，告示という方法により画一的に関係権利者等にこれを告知することとしたもの……このような同法の趣旨からするならば，告示の時に関係権利者にその内容が告知されたとみるべきであり，個々の関係権利者が告示の内容を現実に知るまでは告知があったものとはいえないとすると，その趣旨は全うされない……このような告知の方法を採ることには，都市計画事業の認可の性質に照らして，相応の合理性がある上，同法は……同認可の周知を図ることとし，関係権利者の保護にも配慮している」「行政不服審査法１４条１項本文の規定する「処分があったことを知った日」というのは，処分がその名あて人に個別に通知される場合には，その者が処分のあったことを現実に知った日のことをいい，処分があったことを知り得たというだけでは足りない（最判昭 27.11.20）。しかし，都市計画法における都市計画事業の認可のように，処分が個別の通知ではなく告示をもって多数の関係権利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かんがみて，上記の「処分があったことを知った日」というのは、告示があった日をいう……（最判昭 61.6.19）」本件では告示 9/13、審査請求 12/2 ゆえ「被上告人が本件認可を現実に知った日がいつであるかにかかわりなく，同審査請求は行政不服審査法１４条１項本文の期間を経過した後にされたものであることが明らか」

＊客観的審査請求期間(#3)：処分があった日の翌日から起算して１年以内

・「正当な理由」があればその後でも可能（← やむを得ない理由より広い）

§14-3 審査請求は、処分（当該処分について異議申立てをしたときは、当該異議申立てについての決定）があつた日の翌日から起算して一年を経過したときは、することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない

＊異議申立期間：主観的 60 日(§45)、客観的１年(§48→14-3)

＊不作為についての不服申立て：制限なし(§52-2 は§14 の準用を除外) ∵不作為状態の継続

＊再審査請求期間：主観的 30 日(§53)、客観的１年(§56→14-3)

・ 不服申立ての利益：主観争訟のため、不服申立人の権利利益の救済に資することが必要

→事情変化で不服申立ての利益が失われると、却下となる

4. 手続の開始

・ 処分権主義：不服申立が前提(職権での開始は不可)

＊不服申立ての可否は行為能力に準じる(解釈)

＊法人でない社団・財団(§10)、総代の互選(§11)、代理人(§12)、資格証明は書面による(§13)

・ 参加人(§24)：利害関係人は審査庁の許可を得て参加可能、審査庁は参加を求めてもよい

＊利害関係人の範囲：当該審査請求に対する裁決の主文で直接自らの権利利益に影響のある者

・ 不服申立ての方式(§9)：書面が原則 → 請求の要件審理・本案前の審理

＊記載事項(§15)、処分庁経由による審査請求も可能(§17)

＊適法な申立て → 本案審理へ

＊不適法な申立て → 却下／不適法かつ補正可能なら補正を命じる(§21)

5. 本案審理

・ 受理後の手続(異議申立てでは省略 ∵審査庁が処分庁だから)

＊弁明書の提出を求めることができる(§22-1)→複本を請求人に送付(#5)

・弁明書なくして理由がないと認定できる場合は、ただちに請求を棄却できる

§22-1 審査庁は、審査請求を受理したときは、審査請求書の副本又は審査請求録取書の写しを処分庁に送付し、相当の期間を定めて、弁明書の提出を求めることができる

#5 処分庁から弁明書の提出があつたときは、審査庁は、その副本を審査請求人に送付しなければならない。ただし、審査請求の全部を容認すべきときは、この限りでない

＊(弁明書の送付を受けると)審査請求人は反論書を提出できる(§23)

・提出は任意、「相当の期間」が短すぎると裁決の違法事由になる

§23 審査請求人は、弁明書の副本の送付を受けたときは、これに対する反論書を提出することができる。この場合において、審査庁が、反論書を提出すべき相当の期間を定めたときは、その期間内にこれを提出しなければならない

・ 書面審理中心主義(§25-1 本) ∵簡易迅速性・資料の明確性

＊口頭意見陳述権(§25-1 但)：審査請求人・参加者は申し立てれば口頭意見陳述できる

・口頭意見陳述の公開審理請求権はない(個別法で規定あり：国公 91-2、地公 50-1)

・処分庁との対審構造までは予定しない → 実際は聴取して記録するにとどまる

・行手法の聴聞と弁明の中間的保障(口頭意見陳述必須・対審 ～ 陳述権 ～ 行政庁の裁量)

・補佐人(#2)：審査庁の許可を得て、口頭意見陳述に補佐人を伴いうる(専門家など)

§25-1 審査請求の審理は、書面による。ただし、審査請求人又は参加人の申立てがあつたときは、審査庁は、申立人に口頭で意見を述べる機会を与えなければならない

・証拠調べ

＊審査請求人・参加人による証拠書類等の提出(§26)：請求後の提出でもよい

§26 審査請求人又は参加人は、証拠書類又は証拠物を提出することができる。ただし、審査庁が、証拠書類又は証拠物を提出すべき相当の期間を定めたときは、その期間内にこれを提出しなければならない

＊証拠調べ(§27～30)：参考人の陳述・鑑定の要求(§27)、物件の提出要求(§28)、検証(§29)、審査請求人又は参加人の申尋(§30)　※申立てによる検証の際の申立人の立会権(§29-2)

・職権又は審査請求人・参加人の申立てだが、申立てに応じる義務はない

・職権探知の可否：通説は肯定、但し義務ではない(⇔行訴では否定される)

∵行政救済だけでなく、行政統制も目的とするため

【最判昭 29.10.14】職権探知の可否(訴願法下)[S28 オ 516:民集 8-10-1858]

「訴願においては訴訟におけるが如く当事者の対立弁論により攻撃防禦の方法を尽す途が開かれているわけではなく、従つて弁論主義を適用すべき限りではないから、訴願庁がその裁決をなすに当つて職権を以つてその基礎となすべき事実を探知し得べきことは勿論であり、必ずしも訴願人の主張した事実のみを斟酌すべきものということはできない」（市議会議員選挙無効裁決取消請求→棄却／棄却）

＊処分庁からの物件の提出及び閲覧(§33)

・自主的に出さない場合は§28 で要求するが、処分庁は物件提出要求に応じる義務がない(解釈)

§33-1 処分庁は、当該処分の理由となつた事実を証する書類その他の物件を審査庁に提出することができる

#2 審査請求人又は参加人は、審査庁に対し、処分庁から提出された書類その他の物件の閲覧を求めることができる。この場合において、審査庁は、第三者の利益を害するおそれがあると認めるとき、その他正当な理由があるときでなければ、その閲覧を拒むことができない

・執行停止制度(§34)

＊執行不停止原則(#1)∵公益重視 ← 私人の権利利益救済重視なら執行停止原則

・行訴と同じ。但し、行政内部なので上級庁なら職権で執行停止可、行訴 25-2 より要件緩和、「その他の措置」も可能（例：公務員免職処分を一時休職処分にするなど）

§34-1 審査請求は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない

＊裁量的停止：審査庁が必要と認める場合に、処分の効力等の全部・一部の停止等をするもの

←「必要と認める」だけで裁量的停止可能、義務的は#4 の場合のみ(⇔行訴 25-2)

・審査庁が上級行政庁(#2)：申立て又は職権で、全部又は一部の停止その他の措置が可能

∵処分庁に一般的指揮監督権を有するため、職権も権限の発動のうちで正当化可能

・審査庁が上級行政庁以外(#3)：申立てで、処分庁の意見聴取後、全部又は一部の停止が可能

#2 処分庁の上級行政庁である審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申立てにより又は職権で、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止その他の措置（以下「執行停止」という。）をすることができる

#3 処分庁の上級行政庁以外の審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申立てにより、処分庁の意見を聴取したうえ、執行停止をすることができる。ただし、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止以外の措置をすることはできない

・裁量的停止の判断基準等(#4~7)

→執行停止義務の要件(#4)：申立て＋処分等による重大な損害を避けるため緊急の必要

←公共の福祉に重大な影響、処分執行等不能のおそれ、本案理由なしにみえるなら裁量的

→他の措置により目的達成可能なら執行停止はできない(#5)

例：除却命令の効力停止ではなく、代執行手続の停止により除却を免れさせるなど

#4 前二項の規定による審査請求人の申立てがあつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるときは、審査庁は、執行停止をしなければならない。ただし、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、処分の執行若しくは手続の続行ができなくなるおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、この限りでない

#5 審査庁は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする

#6 第二項から第四項までの場合において、処分の効力の停止は、処分の効力の停止以外の措置によつて目的を達することができるときは、することができない

#7 執行停止の申立てがあつたときは、審査庁は、すみやかに、執行停止をするかどうかを決定しなければならない

6. 手続の終了

・請求の取下げ：裁決・決定までは審査請求の取下げ可能(§39、異議申立て等も同様)

・審査庁・再審査庁・処分庁による最終的裁断(§40 等)

＊名称：審査請求・再審査請求は裁決(§40,55)、異議申立ては決定(§47)…行政行為である

＊方式：書面＋理由附記(§41-1)、(再)審査請求可能な場合は教示必要(§41-2,47-5)

＊審査請求等が不適法(#2)…却下裁決(決定)

§40-1 審査請求が法定の期間経過後にされたものであるとき、その他不適法であるときは、審査庁は、裁決で、当該審査請求を却下する

＊審査請求等が理由がない(#2)…棄却裁決(決定)

・事情裁決(決定)も可能(#6)…棄却裁決(決定)の上、当該処分の違法・不当を宣言する

#2 審査請求が理由がないときは、審査庁は、裁決で、当該審査請求を棄却する

#6 処分が違法又は不当ではあるが、これを取り消し又は撤廃することにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、審査請求人の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分を取り消し又は撤廃することが公共の福祉に適合しないと認めるときは、審査庁は、裁決で、当該審査請求を棄却することができる。この場合には、審査庁は、裁決で、当該処分が違法又は不当であることを宣言しなければならない

＊審査請求等に理由がある(#3,4,5)…認容裁決(決定)

・取消(#3)：事実行為を除く処分 → 全部又は一部の失効

・撤廃(#4)：事実行為 → 命令＋宣言 ∵審査庁自らは撤廃することができない

・変更(#5)：上級行政庁に限る → 変更又は変更命令＋宣言 ※不利益変更禁止

←国公法 92-1・地公法 50-3：修正裁決を認める(上級行政庁ではない例外)

§40-3 処分（事実行為を除く。）についての審査請求が理由があるときは、審査庁は、裁決で、当該処分の全部又は一部を取り消す

#4 事実行為についての審査請求が理由があるときは、審査庁は、処分庁に対し当該事実行為の全部又は一部を

撤廃すべきことを命ずるとともに、裁決で、その旨を宣言する

#5 前二項の場合において、審査庁が処分庁の上級行政庁であるときは、審査庁は、裁決で当該処分を変更し、又は処分庁に対し当該事実行為を変更すべきことを命ずるとともに裁決でその旨を宣言することもできる。ただし、審査請求人の不利益に当該処分を変更し、又は当該事実行為を変更すべきことを命ずることはできない

【最判昭 62.4.21】人事院による修正裁決の効果[S59 行ツ 68:民集 41-3-309]

停職６月となたが、修正裁決で 1/10 減給６月になったが、処分理由がないとして修正後の懲戒処分の取消しを請求→却下(訴えの利益なし)／棄却／破棄差戻し(取消→一審へ)

「国公法によれば、職員は、懲戒処分等同法八九条一項所定の処分を受けたときは、人事院に対して行政不服審査法による不服申立をすることができ（九〇条）……処分を行うべき事由のあることが判明したときは、人事院は、その処分を承認し、又はその裁量により修正しなければならず（九二条一項)、また、右調査の結果、その職員に処分を受けるべき事由のないことが判明したときは、人事院は、その処分を取り消し、職員としての権利を回復するために必要で、かつ適切な処置をし、及びその職員がその処分によつて受けた不当な処置を是正しなければならないものとされている（九二条二項)。右のような規定をみると、国公法は、懲戒処分等同法八九条一項所定の処分に対する不服申立の審査については、処分権者が職員に一定の処分事由が存在するとして処分権限を発動したことの適法性及び妥当性の審査と、当該処分事由に基づき職員に対しいかなる法律効果を伴う処分を課するかという処分の種類及び量定の選択、決定に関する適法性及び妥当性の審査とを分けて考え、当該処分につき処分権限を発動すべき事由が存在すると認める場合には、処分権者の処分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うえ、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、人事院の裁量により右の点に関する処分権者の意思決定の内容に変更を加えることができるものとし、これを処分の「修正」という用語で表現している……懲戒処分につき人事院の修正裁決があつた場合に、それにより懲戒権者の行つた懲戒処分が一体として取り消されて消滅し、人事院において新たな内容の懲戒処分をしたものと解するのは相当でなく、修正裁決は、原処分を行つた懲戒権者の懲戒権の発動に関する意思決定を承認し、これに基づく原処分の存在を前提としたうえで、原処分の法律効果の内容を一定の限度のものに変更する効果を生ぜしめるにすぎないものであり、これにより、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懲戒処分として存在していたものとみなされることになる」→訴えの利益は失われない

＊異議申立ての場合(§47)：撤廃・変更は撤回・変更した上で宣言する(自分で撤廃等可能)

・諮問機関の答申に基づく場合の認容決定(#3)：諮問機関の答申が必要

＊不作為についての異議申立て(§50)：却下、20 日以内に行為をするか書面で理由提示

§50-2 前項の場合を除くほか、不作為庁は、不作為についての異議申立てがあつた日の翌日から起算して二十日以内に、申請に対するなんらかの行為をするか、又は書面で不作為の理由を示さなければならない

＊不作為についての審査請求(§51)：却下、棄却、命令＋宣言

§51-3 不作為についての審査請求が理由があるときは、審査庁は、当該不作為庁に対しすみやかに申請に対するなんらかの行為をすべきことを命ずるとともに、裁決で、その旨を宣言する

＊再審査請求の場合：原則は審査請求を準用(§56)、原処分に瑕疵がない場合の特則(§55)

§55 審査請求を却下し又は棄却した裁決が違法又は不当である場合においても、当該裁決に係る処分が違法又は不当でないときは、再審査庁は、当該再審査請求を棄却する

・裁決・決定の効力：行政行為ゆえ、行政行為一般の効力を有する（発効は送達：§42）

→公定力・自力執行力・不可争力＋拘束力、不可変更力、形成力(原則遡及効)

＊裁決の拘束力(§43)：処分庁が当該裁決に抗告訴訟を提起することはできない

→拘束力は認容裁決のみで、棄却裁決後の職権取り消しは可能（多数）

§43-1 裁決は、関係行政庁を拘束する

【最判昭 33.2.7】棄却裁決の拘束力[民集 12-2-167]

「異議、訴願を棄却する決定、裁決があつたからといつて、原処分庁が原処分を取消し得ない理由はなく論旨は採用できない」（農地買収計画変更請求→棄却／棄却）

7. 教示：他の法律による不服申立にも適用 → 一般的教示制度

・不服申立可能な場合、口頭による処分を除き処分の相手方に書面で教示する義務がある(§57-1)

＊利害関係人から求められても教示する義務(#2) ∵二重効果的処分の相手方以外の便宜

→口頭でよいが、請求があれば書面でする(#3)

＊内容：不服申立ての可否／不服申立てすべき行政庁／不服申立期間

§57-1 行政庁は、審査請求若しくは異議申立て又は他の法令に基づく不服申立て（以下この条において単に「不服申立て」という。）をすることができる処分をする場合には、処分の相手方に対し、当該処分につき不服申立てをすることができる旨並びに不服申立てをすべき行政庁及び不服申立てをすることができる期間を書面で教示しなければならない。ただし、当該処分を口頭でする場合は、この限りでない

#2 行政庁は、利害関係人から、当該処分が不服申立てをすることができる処分であるかどうか並びに当該処分が不服申立てをすることができるものである場合における不服申立てをすべき行政庁及び不服申立てをすることができる期間につき教示を求められたときは、当該事項を教示しなければならない

・誤った教示をした場合の救済

＊審査請求可能(かつ異議申立て不可)な場合

・審査庁を誤って教示(§18-1)：審査庁等へ送付される

§18-1 審査請求をすることができる処分（異議申立てをすることもできる処分を除く。）につき、処分庁が誤つて審査庁でない行政庁を審査庁として教示した場合において、その教示された行政庁に書面で審査請求がされたときは、当該行政庁は、すみやかに、審査請求書の正本及び副本を処分庁又は審査庁に送付し、かつ、その旨を審査請求人に通知しなければならない

・異議申立てが可能と誤って教示(§18-3)：審査庁に送付し審査請求扱いにする

＊審査請求期間を長く教示した場合(§19)：教示した期間内なら審査請求は適法

＊異議申立て可能な場合で審査請求可と誤教示(§46)：処分庁へ送付し異議申立て扱いにする

§46-1 異議申立てをすることができる処分につき、処分庁が誤つて審査請求をすることができる旨を教示した場合（審査請求をすることもできる処分につき、処分庁が誤つて審査庁でない行政庁を審査庁として教示した場合を含む。）において、その教示された行政庁に書面で審査請求がなされたときは、当該行政庁は、すみやかに、審査請求書を当該処分庁に送付し、かつ、その旨を審査請求人に通知しなければならない

・教示懈怠の場合の救済(§58)

＊教示義務懈怠と当該処分の適法性：教示義務懈怠は処分を違法とする瑕疵ではない

＊処分庁に不服申立書を提出可能(#1)

・他の行政庁に審査請求等可能：審査庁等に送付され、審査請求等の不服申立扱い(#3,4)

・処分庁に異議申立て等可能：そのまま異議申立て等の不服申立扱い(#5)

§58-1 行政庁が前条の規定による教示をしなかつたときは、当該処分について不服がある者は、当該処分庁に不服申立書を提出することができる

第４章　抗告訴訟－取消訴訟

第１節　総論

第１款　総論

1. 取消訴訟の意義

§3-1 この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう

#2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう

#3 この法律において「裁決の取消しの訴え」とは、審査請求、異議申立てその他の不服申立て（以下単に「審査請求」という。）に対する行政庁の裁決、決定その他の行為（以下単に「裁決」という。）の取消しを求める訴訟をいう

2. 性質：形成訴訟である(通説)

＝行政処分により生じた(原告に不利な)法律効果が、取消判決による失われる

←違法な行政処分は無効であって、取消前一応妥当するだけ。よって確認訴訟である(有力)

3. 訴訟物：行政処分の違法性一般(通説)

4. 機能：権利利益救済機能(行政救済機能)・法治国原理担保機能(行政統制機能)

・制約：出訴条件の制約が厳しいほか、民保法の仮処分は不許(§44)で執行停止制度による

5. 被告：行政主体主義（2004 改正で、行政庁主義から変更）

∵被告を特定する原告の負担の軽減、抗告訴訟から当事者訴訟への訴えの変更等を容易にする

§11-1 処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属する場合には、取消訴訟は、次の各号に掲げる訴えの区分に応じてそれぞれ当該各号に定める者を被告として提起しなければならない

一 処分の取消しの訴え　当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体【2 号は「処分」→「裁決」】

・訴訟参加：民訴法による補助参加(民訴 42)のほか第三者・行政庁の訴訟参加(§22,23)が可能

第２節　訴訟要件

第１款 総論

1. 取消訴訟の訴訟要件

・主観的訴訟要件：本案たる請求内容との関係で、個別具体的判断を要するもの

＊処分性

＊原告適格

＊(狭義の)訴えの利益

＊裁判管轄

・客観的訴訟要件：一般的・形式的に決められているもの

＊被告適格

＊出訴期間

＊不服申立前置

第２款　処分性

1. 処分性＝抗告訴訟の対象となりうる資格(§3-2)
   - 意義：「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」

     §3-2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう

     →①公権力の主体たる国または公共団体の行う行為

     ②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

     ③②が法律上認められている

     の３要件を満たせば、いわゆる行政行為以外であっても処分性が認められる

     ∵§3-2 の「その他公権力の行使に当たる行為」に含まれる（cf.行審法は§2-1 で明文で規定）
   - 対象：行政行為(≒処分)は問題なく処分性を備える。その他の場合が問題となる

     【最判昭 39.10.29 民集 18-8-1809】大田区ごみ焼却場訴訟[前掲 S37 オ 296]

     「行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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いう……（最判昭 30.2.24）……かかる行政庁の行為は，公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととした……行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない」→ごみ焼却場設置は行政契約で、条例は内部的手続ゆえ却下正当。

     【最判昭 30.2.24 民集 9-2-217】行政処分の意義[S28 オ 1362]

     「所論は、本件通告は行政事件訴訟の対象となる行政処分であると主張する。しかし、行政事件訴訟特例法が行政処分の取消変更を求める訴を規定しているのは、公権力の主体たる国又は公共団体がその行為によつて、国民の権利義務を形成し、或はその範囲を確定することが法律上認められている場合に、具体的の行為によつて権利を侵された者のために、その違法を主張せしめ、その効力を失わしめるためである。従つて、特例法にいう行政処分はこのような効力を持つ行政庁の行為でなければならない。しかるに、本件における市町村農業委員会は、いかなる法律によつても個人の農地所有権の範囲を確定する権限が与えられているものではなく、本件通知は法律上何等の効力を有するものではない。それ故、本件通知をもつて特例法にいう行政処分と解することはできない」（農地境界査定処分無効確認請求→却下／棄却）
2. 権力的な事実行為：行政代執行、直接強制、即時強制など
   - 「その他公権力の行使に当たる行為」に含まれる
   - 執行されると訴えの利益が失われるため、行政代執行の戒告・通知(行政代執行§3)、退去強制令書発付(入管 49-6)に処分性を認める(通説・判例)
3. 内部的行為

・内部的行為：行政機関相互の内部的行為は処分性を有しない ∵要件②「直接」を満たさない

【最判昭 34.1.29 民集 13-1-32】消防長の同意取消処分の処分性[S29 オ 391]

上告人が、被上告人消防長が消防法７条に基づきした建築許可の同意取消処分の取消しを、予備的に、同処分の無効確認を求めた事案（①消防法７条に基づく同意取消処分取消・②(予)同意取消処分無効確認・③損賠請求→①却下、②③棄却／①③控訴棄却、②取消却下／上告棄却）

行政事件訴訟特例法「が行政処分の取消変更を求める訴を規定しているのは、公権力の主体たる国又は公共団体がその行為によつて、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場合に、行政庁によつてなされる具体的行為によつて、権利を侵害された者のために、その違法を主張せしめ、その効力を失わしめるためである（最判昭 30.2.24 参照）。従つて、かかる抗告訴訟の対象となるべき行政庁の行為は、対国民との直接の関係において、その権利義務に関係あるものたることを必要とし、行政機関相互間における行為は、その行為が、国民に対する直接の関係において、その権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものでない限りは、抗告訴訟の対象とならない（最判昭 27.1.25、同 27.3.6 参照）……このことは、行政事件訴訟特例法により行政庁の行為の無効確認を求める場合においても同様……本件消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であつて、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められないから、前記法律の適用については、これを訴訟の対象となる行政処分ということはできない。それ故、本件においては、知事のなした建築出願不許可処分に対し、その違法を理由として行政訴訟を適法に提起し、その訴訟において、右不許可処分の前提となつた消防長の同意拒絶乃至同意取消の違法を主張しうることは格別、行政機関相互間の行為たるに止まる、知事に対する消防長の本件同意拒絶乃至同意取消の違法を主張して消防長を被告としてその取消乃至無効確認を求める訴は、不適法たるを免れず」、却下妥当

【最判昭 53.12.8 民集 32-9-1617】成田新幹線反対訴訟[S49 行ツ 8]

運輸大臣が全国新幹線鉄道整備法９条１項に基づきした日本鉄道建設公団に対する成田新幹線工事実施計画の認可について、工事予定地の近辺に住む上告人らが、成田新幹線は公害を発生させいわゆる環境権を侵害するものであるから、本件認可は違法であるなどとして、その取消しを求めた事案

「本件認可は、いわば上級行政機関としての運輸大臣が下級行政機関としての日本鉄道建設公団に対しその作成した本件工事実施計画の整備計画との整合性等を審査してなす監督手段としての承認の性質を有するもので、行政機関相互の行為と同視すべきものであり、行政行為として外部に対する効力を有するものではなく、また、これによつて直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらない」（行政処分取消請求→却下／棄却／棄却）

・通達：②の「直接性」を欠き、処分性を有しない

∵国民に対する法的拘束力がない、規範定立行為で特定の国民に具体的義務が及ばない

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3147】墓地埋葬法通達事件[S39 行ツ 87]

上告人が、本件通達中、宗教団体の経営する墓地についてその管理者が、埋葬又は埋蔵の請求者が他の宗教団体の信者であることを理由に、これを拒むことは「正当の理由」とは認められないであろうという趣旨の取消しを求めたもの（東福院→厚生大臣：法律解釈指定通達取消請求→却下／棄却／棄却）

「行政組織および右法律の施行事務に関する関係法令を参しやくすれば、本件通達は、被上告人がその権限にもとづき所掌事務について、知事をも含めた関係行政機関に対し、法律の解釈、運用の方針を示して、その職務権限の行使を指揮したもの……元来、通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあつても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大なかかわりをもつようなものである場合においても

別段異なるところはない。このように、通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その処分の効力が左右されるものではない。また、裁判所がこれらの通達に拘束されることのないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあたつては、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、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる筋合である。このような通達一般の性質、前述した本件通達の形式、内容および原判決の引用する一審判決認定の事実……その他原審の適法に確定した事実ならびに墓地、埋葬等に関する法律の規定を併せ考えれば、本件通達は従来とられていた法律の解釈や取扱いを変更するものではあるが、それはもつぱら知事以下の行政機関を拘束するにとどまるもので、これらの機関は右通達に反する行為をすることはできないにしても、国民は直接これに拘束されることはなく、従つて、右通達が直接に上告人の所論墓地経営権、管理権を侵害したり、新たに埋葬の受忍義務を課したりするものとはいいえない。また、墓地、埋葬等に関する法律二一条違反の有無に関しても、裁判所は本件通達における法律解釈等に拘束されるものではないのみならず、同法一三条にいわゆる正当の理由の判断にあたつては、本件通達に示されている事情以外の事情をも考慮すべきものと解せられるから、本件通達が発せられたからといつて直ちに上告人において刑罰を科せられるおそれがあるともいえず、さらにまた、原審において上告人の主張するような損害、不利益は、原判示のように、直接本件通達によつて被つたものということもできない。現行法上行政訴訟において取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でなければならないのであるから、本件通達中所論の趣旨部分の取消を求める本件訴は許されないものとして却下すべきものである」

＊例外的に通達の処分性を肯定した下級審裁判例

【東京地判昭 46.11.8 行集 22-11=12-1785】通達の取消訴訟を許した例[昭 39 行ウ 16]

通達取消請求、製造中止勧告取消請求→一審：前者棄却、後者却下（確定）

「現実の行政事務の運営において通達がはたしている役割・機能の重要性およびその影響力も無視しえないのであつて、こうした点をも併せ考えると、通達であつてもその内容が国民の具体的な権利、義務ないし法律上の利益に重大なかかわりをもち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利、義務ないしは法律上の利益に変動をきたし、通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合には、行政訴訟の制度が国民の権利救済のための制度であることに鑑みれば、通達を単に行政組織の内部的規律としてのみ扱い、行政訴訟の対象となしえないものとするとは妥当でなく、むしろ通達によつて具体的な不利益を受ける国民から通達そのものを訴訟の対象としてその取済を求めることも許される」（原告製造の函数尺が計量法違反とする通達の取消請求）

4. 行政契約

・行政契約が可能でも、あえて行政処分と構成する場合がある（補助金交付等、形式的行政処分）

【釧路地判昭 43.3.19 行集 19-3-408】奨励金交付決定の処分性肯定(釧路市工場誘致条例)

【札幌高判昭 44.4.17 行集 20-4-459】同控判：同様に処分性を肯定

【最大判昭 45.7.15 民集 24-7-771】供託金取戻請求却下処分の処分性[S40 行ツ 100]

弁済供託における供託金取戻請求が供託官により時効消滅として却下されたもの

供託規則・供託法を参照し、「もともと、弁済供託は、弁済者の申請により供託官が債権者のために供託物を受け入れ管理するもので、民法上の寄託契約の性質を有するものであるが、供託により弁済者は債務を免れることとなるばかりでなく、金銭債務の弁済供託事務が大量で、しかも、確実かつ迅速な処理を要する関係上、法律秩序の維持、安定を期するという公益上の目的から、法は、国家の後見的役割を果たすため、国家機関である供託官に供託事務を取り扱わせることとしたうえ、供託官が弁済者から供託物取戻の請求を受けたときには、単に、民法上の寄託契約の当事者的地位にとどまらず、行政機関としての立場から右請求につき理由があるかどうかを

判断する権限を供託官に与えたもの……右のような実定法が存するかぎりにおいては、供託官が供託物取戻請求を理由がないと認めて却下した行為は行政処分であり、弁済者は右却下行為が権限のある機関によつて取り消されるまでは供託物を取り戻すことができないものといわなければならず、供託関係が民法上の寄託関係であるからといつて、供託官の右却下行為が民法上の履行拒絶にすぎないものということは到底できない」「供託官の処分を不当とする者の監督法務局または地方法務局の長に対してする前示不服審査請求については、期間の制限がないのである……が、これは、供託官の処分が供託上の権利関係の有無を判断する確認行為であり、これに対する不服につきその利益のあるかぎりは不服を許すことが相当であるから、とくに期間の制限をうけなかつたものであり、このことから、供託官の処分を行政処分として取り扱うべきでないとするのは、理由がない（不動産登記法 157/2 参照）。」（供託金取戻請求却下処分取消請求→認容／棄却／棄却）

【最大判昭 46.1.20 民集 25-1-1】農地法施行令事件[昭 42 行ツ 52]

農地売渡処分・訴願却下決定取消、農林大臣宛土地原告宛売払義務確認請求→一審：確認却下、取消棄却→控訴棄却→上告：一部破棄差戻し（売渡処分取消・確認請求を一審に差戻し）、一部破棄自判（訴願却下部分却下）

自作農創設特措法で買収された農地が区画整理の対象となってから耕作者に売り渡されたもの。区画整理編入で農地法 80 条所定の農林大臣の認定があり、農地性を失ったと原告主張。

「なお、法八〇条に基づく農林大臣の認定、あるいは同条に基づく農林大臣の売払いを行政処分とみる見解があるが、右認定は、その申立て、審査等対外的の手続につき特別の定めはなく、同条の定める要件を充足する事実が生じたときにはかならず行なうべく羈束された内部的な行為にとどまるのであるから、これを独立の行政処分とみる余地はないし……改正前の法八五条が法三九条一項所定の農地等の売渡通知書の交付に関しては、訴願による不服申立方法を認めていたのにかかわらず、法八〇条の土地売払いに関してはそのような不服申立方法を認めていなかつたこと、および法三九条一項の売渡通知書による売渡しの対価の徴収には農地対価徴収令の定めがあり、その不払いには国税徴収の例による処分がされるが（法四三条）、右売払いの対価にはそのような定めのないことから考えても、売払いを行政処分とみることはできない」「被上告人農林大臣に対する本件各土地の売払義務確認の訴えについては、法八〇条による売払いを私法上の行為と解すべきことは、前述のとおりであるから、釈明の結果によつては、右訴えを売渡処分の取消判決の確定を条件として売払いをすべきことを求める将来の給付の訴えとすることができる余地があるので、単に公法上の売払義務確認を求めるものとして裁判権がないことを理由に右訴えを却下した第一審判決およびこれを支持した原判決は、いずれも法律の解釈を誤つたもの」

【最判昭 35.7.12 民集 14-9-1744】物納された土地の払下げの処分性(否定)[S33 オ 784]

「論旨は要するに、物納土地の払下は行政処分である旨を主張するのであるが、国有普通財産の払下を私法上の売買と解すべきことは原判決の説明するとおりであつて、右払下が売渡申請書の提出、これに対する払下許可の形式をとつているからといつて、右払下行為の法律上の性質に影響を及ぼすものではない」（大蔵大臣宛払下処分取消・被払下人宛所有権移転登記抹消請求→処分取消：却下、登記抹消：棄却／棄却／棄却）

5. 規範定立行為

・条例の制定などは一般に処分性を有しない

∵規範定立行為は、それ自体一般的・抽象的義務を課すに過ぎず、特定性をもって具体的に義務が賦課されたといえない（抗告訴訟を認めると濫訴のおそれ：紛争の成熟性がない）

【最判平 14.4.25 判例自治 229-52】公立小学校の統廃合条例の処分性(否定)

【最判平 18.7.14 民集 60-6-2369】高根町水道水源条例事件[前掲 H15 行ツ 35 等]

給水条例無効確認・未払水道料金債務不存在確認・不当利得返還請求→認容／一部破棄却下（条例無効確認）

「本件別表の無効確認を求める被上告人らの訴えは，本件改正条例の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たることを前提に，行政事件訴訟法３条４項の無効等確認の訴えとして，本件改正条例により定められた本件別表が無効であることの確認を求めるものである。しかしながら，抗告訴訟の対象となる行政処分とは，行政

庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいうものである。本件改正条例は，旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって，そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく，本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから，本件改正条例の制定行為は，抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである」

・実質的にみて個別具体性を持つ場合は処分性が認められる

＊当事者訴訟も可能だが、だからといって取消訴訟が無理な理由にはならない

【最判平 21.11.26 民集 63-9-2124】横浜市保育所廃止条例事件[H21 行ヒ 75]

①横浜市立保育園廃止処分取消②損賠請求→①卒園者却下、在園者違法宣言付棄却②保護者の一部認容、他棄却→市控訴：取消自判（①却下②棄却）→上告棄却

「市町村は，保護者の労働又は疾病等の事由により，児童の保育に欠けるところがある場合において，その児童の保護者から入所を希望する保育所等を記載した申込書を提出しての申込みがあったときは，希望児童のすべてが入所すると適切な保育の実施が困難になるなどのやむを得ない事由がある場合に入所児童を選考することができること等を除けば，その児童を当該保育所において保育しなければならないとされている（児童福祉法２４条１項～３項）。平成９年法律第７４号による児童福祉法の改正がこうした仕組みを採用したのは，女性の社会進出や就労形態の多様化に伴って，乳児保育や保育時間の延長を始めとする多様なサービスの提供が必要となった状況を踏まえ，その保育所の受入れ能力がある限り，希望どおりの入所を図らなければならないこととして，保護者の選択を制度上保障したものと解される。そして，前記のとおり，被上告人においては，保育所への入所承諾の際に，保育の実施期間が指定されることになっている。このように，被上告人における保育所の利用関係は，保護者の選択に基づき，保育所及び保育の実施期間を定めて設定されるものであり，保育の実施の解除がされない限り（同法３３条の４参照），保育の実施期間が満了するまで継続するものである。そうすると，特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は，保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」「公の施設である保育所を廃止するのは，市町村長の担任事務であるが（地方自治法１４９条７号），これについては条例をもって定めることが必要とされている（同法２４４条の２）。条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するから，一般的には，抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものでないことはいうまでもないが，本件改正条例は，本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって，他に行政庁の処分を待つことなく，その施行により各保育所廃止の効果を発生させ，当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して，直接，当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから，その制定行為は，行政庁の処分と実質的に同視し得る」「市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が，当該保育所を廃止する条例の効力を争って，当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し，勝訴判決や保全命令を得たとしても，これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから，これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり，処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法３２条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある」「本件改正条例の制定行為は，抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」→原告全員の保育実施期間満了のため訴えの利益なし

6. 行政計画の処分性

・判断枠組み

＊権利制限を伴う(拘束的計画) → 類型によって肯定（行政行為との近接性、直接的制限か）

例：第二種市街地再開発事業計画決定 → 換地処分に直結するので肯定

※実定法上処分性を肯定する手掛かりがあれば肯定、なければ否定の傾向が強い

＊権利制限を伴わない(被拘束的計画) → 処分性を否定（例：環境基準を緩和するなど）

・動態的都市計画(非完結型)：土地区画整理事業計画決定など

【最大判昭 41.2.23 民集 20-2-271】青写真判決[昭 37 オ 122]

区画整理事業設計等無効確認請求（原審棄却→上告棄却）

「土地区画整理事業計画は、もともと、土地区画整理事業に関する一連の手続の一環をなすものであつて、事業計画そのものとしては、単に…（施行地区特定などの基礎的事項について）…長期的見通しのもとに、健全な市街地の造成を目的とする高度の行政的・技術的裁量によつて、一般的・抽象的に決定するものである。従つて、事業計画は、その計画書に添付される設計図面に各宅地の地番、形状等が表示されることになつているとはいえ、特定個人に向けられた具体的な処分とは著しく趣きを異にし、事業計画自体ではその遂行によつて利害関係者の権利にどのような変動を及ぼすかが、必ずしも具体的に確定されているわけではなく、いわば当該土地区画整理事業の青写真たる性質を有するにすぎない……土地区画整理法が……事業計画を定めるには、事業計画を二週間公衆の縦覧に供することを要するものとし、利害関係者から意見書の提出があつた場合には、都道府県知事は、都市計画審議会に付議したうえで、事業計画に必要な修正を加えるべきものとしているのも、利害関係者の意見を反映させて事業計画そのものをより適切妥当なものとしようとする配慮に出たものにほかならない…（その性質は）…公告された後においても、何ら変るところはない。もつとも、当該事業計画が法律の定めるところにより公告されると、爾後、施行地区内において宅地、建物等を所有する者は、土地の形質の変更、建物等の新築、改築、増築等につき一定の制限を受け、また、施行地区内の宅地の所有権以外の権利で登記のないものを有し、又は有することになつた者も、所定の権利申告をしなければ不利益な取扱いを受ける……これは、当該事業計画の円滑な遂行に対する障害を除去するための必要に基づき、法律が特に付与した公告に伴う附随的な効果にとどまるものであつて、事業計画の決定ないし公告そのものの効果として発生する権利制限とはいえない。それ故、事業計画は、それが公告された段階においても、直接、特定個人に向けられた具体的な処分ではなく、また、宅地・建物の所有者又は賃借人等の有する権利に対し、具体的な変動を与える行政処分ではない、といわなければならない」「事業計画は、一連の土地区画整理事業手続の根幹をなすものであり、その後の手続の進展に伴つて、仮換地の指定処分、建物の移転・除却命令等の具体的処分が行なわれ、これらの処分によつて具体的な権利侵害を生ずることはありうる。しかし、事業計画そのものとしては、さきに説示したように、特定個人に向けられた具体的な処分ではなく、いわば当該土地区画整理事業の青写真たるにすぎない一般的・抽象的な単なる計画にとどまるものであつて、土地区画整理事業の進展に伴い、やがては利害関係者の権利に直接変動を与える具体的な処分が行なわれることがあるとか、また、計画の決定ないし公告がなされたままで、相当の期間放置されることがあるとしても、右事業計画の決定ないし公告の段階で、その取消又は無効確認を求める訴えの提起を許さなければ、利害関係者の権利保護に欠けるところがあるとはいい難く、そのような訴えは、抗告訴訟を中心とするわが国の行政訴訟制度のもとにおいては、争訟の成熟性ないし具体的事件性を欠くものといわなければならない」

「そもそも、土地区画整理事業のように、一連の手続を経て行なわれる行政作用について、どの段階で、これに対する訴えの提起を認めるべきかは、立法政策の問題ともいいうるのであつて、一連の手続のあらゆる段階で訴えの提起を認めなければ、裁判を受ける権利を奪うことになるものとはいえない。右に説示したように、事業計画の決定ないし公告の段階で訴えの提起が許されないからといつて、土地区画整理事業によつて生じた権利侵害に対する救済手段が一切閉ざされてしまうわけではない。すなわち、土地区画整理事業の施行に対する障害を排除するため、当該行政庁が、当該土地の所有者等に対し、原状回復を命じ、又は当該建築物等の移転若しくは除却を命じた場合において、それらの違法を主張する者は、その取消（又は無効確認）を訴求することができ、また、当該行政庁が換地計画の実施の一環として、仮換地の指定又は換地処分を行なつた場合において、その違法を主張する者は、これらの具体的処分の取消（又は無効確認）を訴求することができる。これらの救済手段によつて、具体的な権利侵害に対する救済の目的は、十分に達成することができるのである。土地区画整理法の趣旨とするところも、このような具体的な処分の行なわれた段階で、前叙のような救済手段を認めるだけで足り、直接それに基づく具体的な権利変動の生じない事業計画の決定ないし公告の段階では、理論上からいつても、訴訟

事件としてとりあげるに足るだけの事件の成熟性を欠くのみならず、実際上からいつても、その段階で、訴えの提起を認めることは妥当でなく、また、その必要もないとしたものと解するのが相当」

（奥野反対、草鹿・石田同調）（入江反対、柏原同調）本訴は適法

【最判平 4.10.6 判時 1439-116】土地区画整理事業計画決定の処分性を否定

【最大判平 20.9.10 民集 62-8-2029】行政計画の処分性(遠州鉄道事件)[平 17 行ヒ 397]

行政処分取消請求→原審棄却→破棄差戻し

事業計画が公告されると、所有者等はその権利を制限され、「土地区画整理事業の事業計画については，いったんその決定がされると，特段の事情のない限り，その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ，その後の手続として，施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。前記の建築行為等の制限は，このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり，しかも，施行地区内の宅地所有者等は，換地処分の公告がある日まで，その制限を継続的に課され続けるのである。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うことができ，その意味で，その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり，事業計画の決定に伴う法的効果が一般的，抽象的なものにすぎないということはできない」「もとより，換地処分を受けた宅地所有者等やその前に仮換地の指定を受けた宅地所有者等は，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，換地処分等がされた段階では，実際上，既に工事等も進ちょくし，換地計画も具体的に定められるなどしており，その時点で事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には，事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ，換地処分等の取消訴訟において，宅地所有者等が事業計画の違法を主張し，その主張が認められたとしても，当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法３１条１項）がされる可能性が相当程度あるのであり，換地処分等がされた段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができるとしても，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いい難い。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ることに合理性がある」「市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は，施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって，抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものということができ，実効的な権利救済を図るという観点から見ても，これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。したがって，上記事業計画の決定は，行政事件訴訟法３条２項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たる」

（藤田補足）（泉補足）（近藤補足、今井一部同調）

（涌井意見）事業計画決定は行政行為だが、建築制限等の法的効果を有する点ですでに処分性を肯定できる

＊土地区画整理組合の設立認可:組合の施行地区内の宅地につき所有権または借地権を有する者をすべて強制的に組合員とすることなどから、処分性が肯定される

【最判昭 60.12.17 民集 39-8-1821】土地区画整理組合の設立認可(処分性肯定)

＊土地改良事業：市町村営土地改良事業施行認可も土地改良事業計画決定と同じ機能をもつ

【最判昭 61.2.13 民集 40-1-1】市町村営土地改良事業施行認可の処分性(肯定)

＊第２種市街地再開発事業：用地買収方式、事業公告は土地収用法の事業認定の告示とみなす

【最判平 4.11.26 民集 46-8-2658】公告された第２種市街地再開発事業計画決定(処分性肯定)

・静態的都市計画（完結型）：用途地域の指定など、後続する行政計画が予定されない

→一般的・抽象的だから。指定に反した建築確認申請をし、拒否処分を争うべき

【最判昭 57.4.22 民集 36-4-705】盛岡広域都市計画用途地域指定処分(否定)[S53 行ツ 62]

「都市計画区域内において工業地域を指定する決定は、都市計画法八条一項一号に基づき都市計画決定の一つとしてされるものであり、右決定が告示されて効力を生ずると、当該地域内においては、建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準が適用され（建築基準法四八条七項、五二条一項三号、五三条一項二号等）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてその建築等をすることができないこととなるから（同法六条四項、五項）、右決定が、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する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ず、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つたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。もつとも、右のような法状態の変動に伴い将来における土地の利用計画が事実上制約されたり、地価や土地環境に影響が生ずる等の事態の発生も予想されるが、これらの事由は未だ右の結論を左右するに足りるものではない。なお、右地域内の土地上に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をしようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているということができるが、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の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、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じない……右の次第で、本件工業地域指定の決定は、抗告訴訟の対象となる処分にはあたらない」（医療法人による盛岡広域都市計画用途地域指定無効確認請求→却下／棄却／棄却）

【最判昭 57.4.22 判時 1043-43】高度地区指定 (否定)[S54 行ツ 7]

上記 S53 行ツ 62 事件判決と同旨「右の次第で、本件高度地区指定の決定は、抗告訴訟の対象となる処分にはあたらない」（高度地区変更決定取消請求→却下／棄却／棄却）

【最判昭 62.9.22 判時 1285-25】道路に関する都市計画変更決定の処分性(否定)

【最判平 6.4.22 判時 1499-63】地区整備計画(都計法)を含む地区計画決定(処分性否定)

・その他

【最判昭 61.6.19 判時 1206-21】建基法 46 の壁面線の指定の処分性を前提とした判決

7. その他

・公共施設管理者の同意・不同意

【最判平 7.3.23 民集 49-3-1006】公共施設管理者の不同意の処分性(否定)[H6 行ツ 19,20]

不作為の違法確認・処分取消等請求→損賠棄却、他却下／変更(不同意の一部取消)／破棄自判(行訴全部却下)

都市計画法 32 条の開発行為の許可申請に必要な公共施設管理者の同意が拒否されたもの。

「国若しくは地方公共団体又はその機関（以下「行政機関等」という。）が公共施設の管理権限を有する場合には、行政機関等が法三二条の同意を求める相手方となり、行政機関等が右の同意を拒否する行為は、公共施設の適正な管理上当該開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為ということができる。この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にほかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない。したがって、開発行為を行おうとする者が、右の同意を得ることができず、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとはいえないから、右の同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない。もとより、このような公法上の判断について、立法政策上、一定の者に右判断を求める権利を付与し、これに係る行為を抗告訴訟の対象とすることも可能ではあるが、その場合には、それに相応する法令の定めが整備されるべきところ、法及びその関係法令には、法三二

条の同意に関し、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申立て及び争訟について規定する法五〇条、五一条も、右の同意やこれを拒否する行為については何ら規定するところがないのである。そうしてみると、公共施設の管理者である行政機関等が法三二条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分には当たらないものというべく、被上告人が原判決添付の同意及び協議申立目録……一、三及び五記載の書面をもってした同意の申立てにつき、上告人が法三二条所定の同意を拒否した行為の取消しを求める被上告人の訴えは、不適法として却下されなければならない」

・公証行為

【最判昭 39.1.24 民集 18-1-113】家賃台帳への家賃認可統制額記入(否定)[S37 オ 914]

「市町村長が地代家賃統制令一四条の規定に基づき家賃台帳に家賃の停止統制額または認可統制額その他法所定の事項を記入する行為は、借家の家賃に停止統制額または認可統制額の存在することおよびその金額等につき、公の権威をもつてこれらの事項を証明し、それに公の証拠力を与えるいわゆる公証行為であることはいうまでもない。しかし，それは、元来家賃台帳を市役所または町村役場に備えつけ公衆の閲覧に供することによつて右の事項を一般に周知徹底させて統制額を超える契約等を防止し、あわせて行政庁内部における事務処理の便益に資せんことを目的とするに過ぎないものであつて、もとよりその行為によつて新らたに国民の権利義務を形成し、或いはその範囲を確認する性質を有するものではない。それ故、本件家賃台帳の作成、登載行為をもつて行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分にあたらないとした原判決（その引用する第一審判決）の判断は、正当」（家賃台帳無効確認→却下／棄却／棄却）

【最判平 11.1.21 判時 1675-48】非嫡出子の住民票続柄記載取消請求事件[H7 行ツ 116]

「市町村長が住民基本台帳法七条に基づき住民票に同条各号に掲げる事項を記載する行為は、元来、公の権威をもって住民の居住関係に関するこれらの事項を証明し、それに公の証拠力を与えるいわゆる公証行為であり、それ自体によって新たに国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する法的効果を有するものではない。もっとも、同法一五条一項は、選挙人名簿の登録は住民基本台帳に記載されている者で選挙権を有するものについて行うと規定し、公職選挙法二一条一項も、右登録は住民票が作成された日から引き続き三箇月以上当該市町村の住民基本台帳に記録されている者について行うと規定しており、これらの規定によれば、住民票に特定の住民の氏名等を記載する行為は、その者が当該市町村の選挙人名簿に登録されるか否かを決定付けるものであって、その者は選挙人名簿に登録されない限り原則として投票をすることができない（同法四二条一項）のであるから、これに法的効果が与えられているということができる。しかし、住民票に特定の住民と世帯主との続柄がどのように記載されるかは、その者が選挙人名簿に登録されるか否かには何らの影響も及ぼさないことが明らかであり、住民票に右続柄を記載する行為が何らかの法的効果を有すると解すべき根拠はない。したがって，住民票に世帯主との続柄を記載する行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないものというべきである」（非嫡出子の住民票記載処分取消・国賠→取消却下、国賠棄却／棄却／棄却）

【最判平 9.3.11 判時 1599-48】不動産登記簿表題部への所有者の記載(肯定)[H6 行ツ 197]

土地所有権保存登記申請却下処分等取消・所有者欄の「外７名」部分の無効確認、その他請求→取消棄却、無効確認等却下／棄却／棄却(無効確認は棄却すべきだが、不利益変更禁止のため、園部補足あり)

「登記官が不動産登記簿の表題部に所有者を記載する行為は、所有者と記載された特定の個人に不動産登記法一〇〇条一項一号に基づき所有権保存登記申請をすることができる地位を与えるという法的効果を有するから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解するのが相当である。そして、上告人は、本件土地の登記簿の表題部の所有者欄に記載された池谷勝藏の一般承継人であるというのであるから、右所有者欄の「外七名」という記載の無効確認を求める上告人の訴えは適法であって、これを不適法として却下した原判決の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるものというべきである。しかしながら、被上告人が右の「外七名」という記載をしたことに違法はないと解すべきであることは前記のとおりであるから，右無効確認請求は、理由がないことが明らかである。そうすると、右請求は棄却を免れないところであるが、不利益変更禁止の原則により、上告を棄却する

にとどめるほかはなく、結局、原判決の右違法は、結論に影響を及ぼさないものというに帰する」

・通知行為：一定の事項を相手方に通知するにとどまり、それにより相手方の権利義務に直接変動をもたらすものではない場合は、処分性は否定される

【最判昭 47.4.20 民集 26-3-507】関税法上の通告処分の処分性(否定)

【最判昭 57.7.15 民集 36-6-1169】交通反則金納付通告の処分性(否定)[昭 55 行ツ 137]

納付後の行政処分取消請求→一審：棄却→控訴：取消・却下→上告棄却

「交通反則通告制度の趣旨とこれを具体化した道路交通法の諸規定に徴すると、反則行為は本来犯罪を構成する行為であり、したがってその成否も刑事手続において審判されるべきものであるが、前記のような大量の違反事件処理の迅速化の目的から行政手続としての交通反則通告制度を設け、反則者がこれによる処理に服する途を選んだときは、刑事手続によらないで事案の終結を図ることとしたもの……道路交通法一二七条一項の規定による警察本部長の反則金の納付の通告（以下「通告」という。）があっても、これにより通告を受けた者において通告に係る反則金を納付すべき法律上の義務が生ずるわけではなく、ただその者が任意に右反則金を納付したときは公訴が提起されないというにとどまり、納付しないときは、検察官の公訴の提起によって刑事手続が開始され、その手続において通告の理由となった反則行為となるべき事実の有無等が審判されることとなるものとされているが、これは上記の趣旨を示すものにほかならない。してみると、道路交通法は、通告を受けた者が、その自由意思により、通告に係る反則金を納付し、これによる事案の終結の途を選んだときは、もはや当該通告の理由となった反則行為の不成立等を主張して通告自体の適否を争い、これに対する抗告訴訟によってその効果の覆滅を図ることはこれを許さず、右のような主張をしようとするのであれば、反則金を納付せず、後に公訴が提起されたときにこれによって開始された刑事手続の中でこれを争い、これについて裁判所の審判を求める途を選ぶべきであるとしているもの……もしそうでなく、右のような抗告訴訟が許されるものとすると、本来刑事手続における審判対象として予定されている事項を行政訴訟手続で審判することとなり、また、刑事手続と行政訴訟手続との関係について複雑困難な問題を生ずるのであって、同法がこのような結果を予想し、これを容認しているものとは到底考えられない」

【最判平 23.6.14 集民 237-21】契約の相手方に選ばない旨の通知(否定)[H22 行ヒ 124]

安養園民間移管業務委託事業候補者の①審査結果の異議申立て却下決定取消・②審査結果通知取消・③候補者決定通知義務付け請求→①棄却、②③却下／変更（②認容、③却下、①棄却）／破棄自判（控訴棄却）

老人福祉施設民間移管先の公募で決定に至らなかった旨の通知を受けたことの処分性

「本件民間移管は，上告人と受託事業者との間で，上告人が受託事業者に対し本件建物等を無償で譲渡し本件土地を貸し付け，受託事業者が移管条件に従い当該施設を老人福祉施設として経営することを約する旨の契約（以下「本件契約」という。）を締結することにより行うことが予定されていた……本件募集は，法令の定めに基づいてされたものではなく，上告人が本件民間移管に適する事業者を契約の相手方として選考するための手法として行ったもの……以上によれば，紋別市長がした本件通知は，上告人が，契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し，その者を相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず，公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないと解するのが相当である。したがって，本件通知は，抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである（最判昭 35.7.12，最大判昭 46.1.20 参照）」

＊源泉徴収での納税告知は徴収処分にあたる（課税処分ではないので、支払者が争いうるのみで、給与受給者は争い得ない）

【最判昭 45.12.24 民集 24-13-2243】源泉徴収での納税告知の処分性(肯定)[S43 オ 258]

勤務先→元代取・取締役への金銭支払請求(認定賞与にかかる所得税納付分の請求)→認容／棄却／一部破棄自判、他棄却(一部請求棄却：不納付加算税の支払責任は支払者にあるから)　※被告は原告が納税通知があったことを

被告に告げず、被告らにおいて異議申立て・訴訟提起の機会を失わしめたと主張

「一般に、納税の告知は、法三六条所定の場合に（なお、資産再評価法七一条四項参照）、国税徴収手続の第一段階をなすものとして要求され、滞納処分の不可欠の前提となるものであり、また、その性質は、税額の確定した国税債権につき、納期限を指定して納税義務者等に履行を請求する行為、すなわち徴収処分であつて（ただし、賦課課税方式による場合において法三二条一項一号に該当するときは、納税の告知が、同時に賦課決定の通知として、税額確定の効果をあわせもつ例外の場合にあたる）、それ自体独立して国税徴収権の消滅時効の中断事由となるもの（法七三条一項）であるが、源泉徴収による所得税についての納税の告知は、前記により確定した税額がいくばくであるかについての税務署長の意見が初めて公にされるものであるから、支払者がこれと意見を異にするときは、当該税額による所得税の徴収を防止するため、異議申立てまたは審査請求（法七六条、七九条）のほか、抗告訴訟をもなしうるものと解すべきであり、この場合、支払者は、納税の告知の前提となる納税義務の存否または範囲を争つて、納税の告知の違法を主張することができる……けだし、右の納税の告知に先だつて、税額の確定（およびその前提となる納税義務の成立の確認）が、納税者の申告または税務署長の処分によつてなされるわけではなく、支払者が納税義務の存否または範囲を争ううえで、障害となるべきものは存しないからである」「源泉徴収による所得税についての納税の告知は、課税処分ではなく徴収処分であつて、支払者の納税義務の存否・範囲は右処分の前提問題たるにすぎないから、支払者においてこれに対する不服申立てをせず、または不服申立てをしてそれが排斥されたとしても、受給者の源泉納税義務の存否・範囲にはいかなる影響も及ぼしうるものではない。したがつて、受給者は、源泉徴収による所得税を徴収されまたは期限後に納付した支払者から、その税額に相当する金額の支払を請求されたときは、自己において源泉納税義務を負わないことまたはその義務の範囲を争つて、支払者の請求の全部または一部を拒むことができる……（支払者が右の徴収または納付の時以後において受給者に支払うべき金額から右税額相当額を控除したときは、その全部または一部につき源泉納税義務のないことを主張する受給者は、支払者において法律上許容されえない控除をなし、その残額のみを支払つたのは債務の一部不履行であるとして、当該控除額に相当する債務の履行を請求することができる）。支払者は、一方、納税の告知に対する抗告訴訟において、その前提問題たる納税義務の存否または範囲を争つて敗訴し、他方、受給者に対する税額相当額の支払請求訴訟（または受給者より支払者に対する控除額の支払請求訴訟）において敗訴することがありうるが、それは、納税の告知が課税処分ではなく、これに対する抗告訴訟が支払者の納税義務また従つて受給者の源泉納税義務の存否・範囲を訴訟上確定させうるものでない故であつて、支払者は、かかる不利益を避けるため、右の抗告訴訟にあわせて、またはこれと別個に、納税の告知を受けた納税義務の全部または一部の不存在の確認の訴えを提起し、受給者に訴訟告知をして、自己の納税義務（受給者の源泉納税義務）の存否・範囲の確認について、受給者とその責任を分かつことができる。」

【最大判昭 59.12.12 民集 38-12-1308】税関検査事件[S57 行ツ 156]

①輸入禁制品該当通知取消・②各郵便物引渡・③国賠請求→①認容②③棄却→被告①控訴：①取消棄却→棄却

「通関手続の実際においては、前述のとおり、輸入禁制品のうち、一、二、四号物件については、これに該当する貨物を没収して廃棄し、又はその積みもどしを命じ（同条二項）、三号物件については、これに該当すると認めるのに相当の理由がある旨を通知する（同条三項）のであるが、およそ輸入手続において、貨物の輸入申告に対し許可が与えられない場合にも、不許可処分がされることはない（三号物件につき税関長の通知がされた場合にも、その後改めて不許可処分がされることはない）というのが確立した実務の取扱いであることは、被上告人らの自陳するところであつて、これによると、同法二一条三項の通知は、当該物件につき輸入が許されないとする税関長の意見が初めて公にされるもので、しかも以後不許可処分がされることはなく、その意味において輸入申告に対する行政庁側の最終的な拒否の態度を表明するものとみて妨げないものというべきである。輸入申告及び許可の手続のない郵便物の輸入についても、同項の通知が最終的な拒否の態度の表明に当たることは、何ら異なるところはない。そして、現実に同項の通知がされたときは、郵便物以外の貨物については、輸入申告者において、当該貨物を適法に保税地域から引き取ることができず（関税法七三条一、二項、一〇九条一項参照）、ま

た、郵便物については、名あて人において、郵政官署から配達又は交付を受けることができないことになるのである（同法七六条四項、七〇条三項参照）……かかる通関手続の実際において、前記の税関長の通知は、実質的な拒否処分（不許可処分）として機能しているものということができ、右の通知及び異議の申出に対する決定（関税定率法二一条五項）は、抗告訴訟の対象となる行政庁の処分及び決定に当たる」

【最判昭 54.12.25 民集 33-7-753】関税定率法に基づく通知の処分性(肯定)[S48 行ツ 86]

輸入禁制品該当通知にあたる通知への異議申出棄却決定取消請求→

「税関長において、輸入申告者に対し、関税定率法二一条三項の規定による通知をし、又は、更に、輸入申告者からの異議の申出にかかわらず先の通知に示された判断を変更することなく維持し、同条五項の規定による決定及びその通知をした場合においては、当該貨物につき輸入の許可の得られるべくもないことが明らかとなつたものということができると同時に、関税定率法二一条の規定の趣旨からみて、税関長において同条一項三号に該当すると認めるのに相当の理由がある貨物について、税関長が同条三項及び五項に定める措置をとる以外に当該輸入申告に対し何らかの応答的行政処分をすることは、およそ期待され得ないところであり、他方、輸入申告者は輸入の許可を受けないで貨物を輸入することを法律上禁止されている（関税法一一一条参照）のであるから、輸入申告者は、当該貨物を適法に輸入する道を閉ざされるに至つたものといわなければならない。そして、輸入申告者の被るこのような制約は、輸入申告に対する税関長の応答的行政処分が未了である場合に輸入申告者がその間申告にかかる貨物を適法に輸入することができないという，行政事務処理手続に伴う一般的・経過的な状態下におけるものとは異なり、関税定率法二一条三項の規定による通知又は同条五項の規定による決定及びその通知（以下「関税定率法による通知等」という。）によつて生ずるに至つた法律上の効果である、とみるのが相当」

「被上告人の関税定率法による通知等は、その法律上の性質において被上告人の判断の結果の表明、すなわち観念の通知であるとはいうものの、もともと法律の規定に準拠してされたものであり、かつ、これにより上告人に対し申告にかかる本件貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすものというべきであるから、行政事件訴訟法三条二項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当する」

（高辻補足）検閲にあたるとの上告理由につき、輸入禁止は憲法が許容するとする

（環意見）そもそも観念の通知ではない

（横井反対）不許可処分の取消訴訟や、不作為の違法確認によるべき

【最判平 16.4.26 民集 58-4-989】食品衛生法違反の通知(処分性肯定)[H15 行ヒ 206]

要旨「上告人が、冷凍スモークマグロ切り身１００ｋｇを輸入しようとしたところ、検疫所長である被上告人から食品衛生法６条（平成１５年改正前のもの）に違反する旨の通知を受けたため、その取消しを求めた事案で、食品衛生法違反通知書による本件通知は、同法１６条に根拠を有し、厚生労働大臣の委任を受けた被上告人が、上告人に対し、本件食品について、同法６条の規定に違反すると認定し、輸入届出の手続が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のものであり、届出済証がなければ、関税法７０条２項、３項により輸入許可を得られないのであるから、本件通知は、そのような法的効果を有するものとして、取消訴訟の対象となる」（処分取消請求→却下／棄却／破棄自判（取消差戻し）：横尾反対あり）

【最判平 17.4.14 民集 59-3-491】登録免許税還付通知拒絶通知(処分性肯定)[H13 行ヒ 25]

①登録免許税税還付通知拒絶通知取消②不当利得返還請求→①却下②認容→①棄却②取消棄却→棄却

「登録免許税については，納税義務は登記の時に成立し，納付すべき税額は納税義務の成立と同時に特別の手続を要しないで確定する（国税通則法……１５条２項１４号，３項６号）。そこで，登録免許税の納税義務者は，過大に登録免許税を納付して登記等を受けた場合には，そのことによって当然に還付請求権を取得し，同法５６条，７４条により５年間は過誤納金の還付を受けることができるのであり（登録免許税法３１条６項４号参照），その還付がされないときは，還付金請求訴訟を提起することができる……同条１項及び２項の趣旨は，上記のとおり，過誤納金の還付が円滑に行われるようにするために簡便な手続を設けることにある。同項が上記の請求につき１年の期間制限を定めているのも，登記等を受けた者が上記の簡便な手続を利用するについてその期間を画

する趣旨であるにすぎないのであって，当該期間経過後は還付請求権が存在していても一切その行使をすることができず，登録免許税の還付を請求するには専ら同項所定の手続によらなければならないこととする手続の排他性を定めるものであるということはできない」「登録免許税法３１条２項は，登録免許税の還付を請求するには専ら上記の請求の手続によるべきであるとする手続の排他性を規定するものということはできない。したがって，登記等を受けた者は，過大に登録免許税を納付した場合には，同項所定の請求に対する拒否通知の取消しを受けなくても，国税通則法５６条に基づき，登録免許税の過誤納金の還付を請求することができる……同項が登録免許税の過誤納金の還付につき排他的な手続を定めていることを理由に，同項に基づく還付通知をすべき旨の請求に対してされた拒否通知が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解することはできない」「しかしながら，上述したところにかんがみると，登録免許税法３１条２項は，登記等を受けた者に対し，簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができる地位を保障しているものと解するのが相当である。そして，同項に基づく還付通知をすべき旨の請求に対してされた拒否通知は，登記機関が還付通知を行わず，還付手続を執らないことを明らかにするものであって，これにより，登記等を受けた者は，簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができなくなる。そうすると，上記の拒否通知は，登記等を受けた者に対して上記の手続上の地位を否定する法的効果を有するものとして，抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」（→原告は①のみ上告しており、還付金返還請求権がないことが確定している以上、①も棄却、不利益変更禁止のため却下のまま）（泉反対）還付金返還請求は法 31-2 の手続によるべきで、不当利得返還請求はできない。明白な過誤があるような特段の事情が認められれば不当利得返還請求の余地もある。

・ 指導・勧告

【最判昭 38.6.4 民集 17-5-670】栃木県知事事件[S36 オ 791]

戒告処分取消請求→棄却→取消認容→破棄自判（取消・却下）

「本件戒告は、保険医の監督機関たる上告人知事が「社会保険医療担当者監査要綱」（昭和二八年六月一〇日保発四六号厚生省保険局長の都道府県知事あて通達参照）に基づき保険医たる被上告人に対してした行政上の措置であることは、原判決によつて明らかである。ところで、保険医に適用さるべき健康保険法……には、かかる行政措置につき出訴を認める旨の特段の規定はなく、その法的効果を推認し得るに足る規定も存しない。また、前示監査要綱によれば、監査後の措置として、事案の軽重により、指定取消、戒告および注意指導の三種類が予定されており、指定取消は、「故意に不正又は不当な診療、報酬請求を行つたもの」のほか、戒告の事由たる「重大なる過失により不正又は不当な診療、報酬請求」を「しばしば行つたもの」に対して行われることとなつているので、戒告理由がたび重なることによつて一層不利益な指定取消（それが行政処分であることは疑問の余地がない。）を受ける虞れのあることは首肯し得るとしても、戒告を受けたこと自体が指定取消の事由とはなつていない。いいかえれば、戒告を受けた者は将来指定を取り消される虞れはあるとしても、それは、戒告の事由がたび重なることによるものであつて、戒告という行政上の措置を受けたこととは直接の関係はない。従つて、本件戒告は、所詮、被上告人に対し何等かの義務を課するとか権利行使を妨げる等法的効果を生ずるものではないといわなければならない。もつとも、本件戒告は、前叙のごとく行政上の指導監督措置であつて、制裁を目的とするものでないとはいえ、それによつて被上告人の名誉、信用等を害することは、否定し得ないところである。しかし、行政事件訴訟特例法上の行政処分といい得るためには、当該処分がそれ自体において直接の法的効果を生ずるものでなければならないことは、当裁判所の判例とするところである（最判昭 30.2.24、最大判昭 36.3.15 参照）。それ故、本件戒告は、仮りに違法でありこれに対する損害賠償の請求が可能であるとしても、行政事件訴訟特例法によつてその取消を求めることは許されないもの、といわなければならない」

【最判平 17.7.15 民集 59-6-1661】病院開設中止勧告取消訴訟事件[H14 行ヒ 207]

病院開設中止勧告取消請求→却下→棄却→破棄自判(取消差戻し)→差戻一審；認容→棄却→上告不明

病院開設中止勧告は医療法上不利益はないが、健康保険法の保険医療機関指定を拒否される可能性があり、「上記の医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと，医療法３０条の７の規定に基づく病院開

設中止の勧告は，医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども，当該勧告を受けた者に対し，これに従わない場合には，相当程度の確実さをもって，病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすもの……いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては，健康保険，国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく，保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから，保険医療機関の指定を受けることができない場合には，実際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法３０条の７の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると，この勧告は，行政事件訴訟法３条２項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たる……後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても，そのことは上記の結論を左右するものではない。したがって，本件勧告は，行政事件訴訟法３条２項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たるというべき」

※現在は健康保険法 65-4:2、医療法 30/11 で勧告に従わない場合は指定されない旨法定。

・ 要綱に基づく承認：労働省労働基準局長通達の別添要綱に基づく不支給決定

※根拠は労災保険法だが、具体的な支給対象等は要綱に定められていた

【最判平 15.9.4 判時 1841-89】中央労基署長（労災就学援護費事件）[H11 行ヒ 99]

労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金の受給権者が、被上告人に対し、外国の大学に進学した子の学資に係る労災就学援護費の支給申請をしたところ、被上告人から、労災就学援護費を支給しない旨の決定を受けたため、その取消しを求めたもの（労災就学援護費不支給処分取消請求→却下／棄却／破棄自判(取消差戻し)

「このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば，法は，労働者が業務災害等を被った場合に，政府が，法第３章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために，労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により，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……被災労働者又はその遺族は，上記のとおり，所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられているが，具体的に支給を受けるためには，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ものといわなければならない。そうすると，労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は，法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり，被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから，抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」

・ 公務員の採用内定の取消

【最判昭 57.5.27 民集 36-5-777】内定取消通知の処分性(否定)[S51 行ツ 114]

都知事宛採用内定取消処分取消・都宛職員地位確認等請求→棄却／都知事宛取消却下・他棄却／棄却

「採用予定者を内定し、これを相手方に通知することは職員の採用に関する法令上の根拠に基づくものではなく、その趣旨とするところは、採用者である被上告人東京都としてもできるだけ早期に採用予定者の就職の意思の有無を確認しないと発令手続に支障を来すなどの理由から、あらかじめ採用予定者を内定してこれを相手方に通知し、事務処理上の便宜を図つている」であることなどから「本件採用内定の通知は、単に採用発令の手続を支障なく行うための準備手続としてされる事実上の行為にすぎず、被上告人東京都と上告人との間で、上告人を東京都職員（地方公務員）として採用し、東京都職員としての地位を取得させることを目的とする確定的な意思表示ないしは始期付又は条件付採用行為と目すべきものではなく、したがつて、右採用内定通知によつては、上告人が、直ちに又は昭和四六年四月一日から被上告人東京都の職員たる地位を取得するものではなく、また、被上告人東京都知事において上告人を職員として採用すべき法律上の義務を負うものでもない……被上告人東京都において正当な理由がなく右採用内定を取消しても、これによつて、右内定通知を信頼し、東京都職員として採用

されることを期待して他の就職の機会を放棄するなど、東京都に就職するための準備を行つた者に対し損害賠償の責任を負うことがあるのは格別、右採用内定の取消し自体は、採用内定を受けた者の法律上の地位ないし権利関係に影響を及ぼすものではないから、行政事件訴訟法三条二項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものということができず、右採用内定者においてその取消しを訴求することはできない」

- 原因解明裁決：結論を述べるにとどあり、民訴で拘束力を持つものではないから処分性はない

  【最大判昭 36.3.15 民集 15-3-467】海難審判法の原因解明裁決の処分性(否定)

- 学生生徒心得：法的義務を課さず、訓示的なものにとどまるなら行政処分ではない

  【最判平 8.2.22 判時 1560-72】公立中の丸刈り校則は訓示的なものなら処分性否定

- 公共施設の設置・供用

  【最大判昭 56.12.16 民集 35-10-1369】大阪空港訴訟(空港供用は民訴ではない)

  【最判平 1.2.17 民集 43-2-56】新潟空港事件(定期航空運送事業免許取消訴訟を肯定)

  【最判昭 62.5.28 判時 1246-80】自衛隊演習場での射撃訓練・立入禁止措置の処分性否定

  【最判平 5.2.25 民集 47-2-643】厚木基地事件(民事差止め請求を否定)

  【最判平 7.7.7 民集 49-7-2599】国道 43 号事件(民事差止め請求の適法性を論ぜず肯定)

第３款　原告適格

1. 原告適格(§9)：個別具体の事件で取消訴訟を提起する資格をいう

2. §9-1 の解釈

・行訴特例法下：規定なし→権利侵害＋法律上保護されるに足る正当な利益のある者(通・判)

・S37 行訴法：９条に「法律上の利益を有する者」と明記、行訴特例法の通説・判例の明文化

§9-1 処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴えは、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）に限り、提起することができる

＊法律上保護された利益説：当該行政処分の根拠となる法規が、私人の個別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る利益(判例)

＝原告の主張する利益の考慮が処分要件になっているか（→処分要件説ともいう）

→行政権行使の制約によりたまたま受ける利益は反射的利益にすぎない

←憲法上保護された利益でも個別法で保護されていないと原告適格がないのか

←個別法の規定で原告適格が制限されると、実質的に列記主義で、概括主義の理念に反する

←立法者は原告適格まで意識していない、立法後の新たな権利利益は保護できない

←利益保護規定も公益保護規定として除外可、公益は個別的利益の集積で質的に区別可能か

＊裁判上保護に値する利益説：原告の被侵害利益が、処分の根拠法規によって保護されていない利益でも、裁判上保護に値するものであれば、原告適格を基礎づける(学説からの批判)

∵判例の立場だと第三者の出訴資格がほとんど認められないから

←利益衡量になり客観性に欠ける、取消訴訟が民衆訴訟化する

←自己の法律上の利益に関係ない違法は主張できないから、結局敗訴する(行訴 10-1)

・適法性保障説：取消訴訟による適法性保障を重視する(少数)

・判例は「保護された」説だが、柔軟な解釈ゆえ実質的に「値する」説ともいわれる

【最判昭 60.12.17 判時 1179-56】伊達火力発電所判決[S57 行ツ 149]

公有水面埋立免許処分・竣功許可取消請求→免許棄却・許可却下→免許取消却下・許可控訴棄却→棄却

原告は当該水面を漁業権から除外した伊達漁協の組合員と、隣接する有珠漁協の組合員。

「行政処分の取消訴訟は、その取消判決の効力によつて処分の法的効果を遡及的に失わしめ、処分の法的効果として個人に生じている権利利益の侵害状態を解消させ、右権利利益の回復を図ることをその目的とするものであり、行政事件訴訟法九条が処分の取消しを求めるについての法律上の利益といつているのも、このような権利利益の回復を指すものである。したがつて、処分の法的効果として自己の権利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に限つて、行政処分の取消訴訟の原告適格を有するものというべきであるが、処分の法律上の影響を受ける権利利益は、処分がその本来的効果として制限を加える権利利益に限られるものではなく、行政法規が個人の権利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障されている権利利益もこれに当たり、右の制約に違反して処分が行われ行政法規による権利利益の保護を無視されたとする者も、当該処分の取消しを訴求することができると解すべきである。そして、右にいう行政法規による行政権の行使の制約とは、明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである」

しかし伊達漁協の漁業権変更議決は有効で、隣接漁協組合員は引水・排水の権利利益を有する者ではないから、

「上告人らは、本件公有水面の周辺の水面において漁業を営む権利を有するにすぎない者というべきであるが、

本件埋立免許及び本件竣功認可が右の権利に対し直接の法律上の影響を与えるものでないことは明らかである。そして、旧埋立法には、当該公有水面の周辺の水面において漁業を営む者の権利を保護することを目的として埋立免許権又は竣功認可権の行使に制約を課している明文の規定はなく、また、同法の解釈からかかる制約を導くことも困難である」→原告適格はない

【最判平 1.2.17 民集 43-2-56】新潟空港事件[S57 行ツ 46]

定期航空運送事業免許処分取消請求→却下／棄却／棄却(請求棄却すべきだが、不利益変更禁止)

「取消訴訟の原告適格について規定する行政事件訴訟法九条にいう当該処分の取消しを求めるにつき「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いうのであるが、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もつぱ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、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するということができる（最判昭 53.3.14、同 57.9.9 参照）。そして、当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によつて形成される法体系の中において，当該処分の根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているとみることができるかどうかによつて決すべき」

「航空機の騒音による障害の被害者は、飛行場周辺の一定の地域的範囲の住民に限定され、その障害の程度は居住地域が離着陸経路に接近するにつれて増大するものであり、他面、飛行場に航空機が発着する場合に常にある程度の騒音が伴うことはやむをえないところであり、また、航空交通による利便が政治、経済、文化等の面において今日の社会に多大の効用をもたらしていることにかんがみれば、飛行場周辺に居住する者は、ある程度の航空機騒音については、不可避のものとしてこれを甘受すべきであるといわざるをえず、その騒音による障害が著しい程度に至つたときに初めて、その防止・軽減を求めるための法的手段に訴えることを許容しうるような利益侵害が生じたものとせざるをえないのである。このような航空機の騒音による障害の性質等を踏まえて、前述した航空機騒音障害の防止の観点からの定期航空運送事業に対する規制に関する法体系をみると、法が、定期航空運送事業免許の審査において、航空機の騒音による障害の防止の観点から、申請に係る事業計画が法一〇一条一項三号にいう「経営上及び航空保安上適切なもの」であるかどうかを、当該事業計画による使用飛行場周辺における当該事業計画に基づく航空機の航行による騒音障害の有無及び程度を考慮に入れたうえで判断すべきものとしているのは、単に飛行場周辺の環境上の利益を一般的公益として保護しようとするにとどまらず、飛行場周辺に居住する者が航空機の騒音によつて著しい障害を受けないという利益をこれら個々人の個別的利益としても保護すべきとする趣旨を含むものと解することができるのである。したがつて、新たに付与された定期航空運送事業免許に係る路線の使用飛行場の周辺に居住していて、当該免許に係る事業が行われる結果、当該飛行場を使用する各種航空機の騒音の程度、当該飛行場の一日の離着陸回数、離着陸の時間帯等からして、当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音によつて社会通念上著しい障害を受けることとなる者は、当該免許の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有する」→却下は不当

「違法事由の主張がいずれも自己の法律上の利益に関係のない違法をいうもの」で行訴法 10 条 1 項より理由がないから棄却判決となり、不利益変更禁止ゆえ上告棄却

＊法定外公共物の利用関係を定めた法律がないのに、原告適格が認められる可能性を肯定した例

→法律がない以上「保護された」説では説明ができない

【最判昭 62.11.24 判時 1284-56】里道廃止処分の原告適格[S62 行ツ 49]

認定外道路用途廃止処分取消請求→却下／棄却

里道の近くに居住する者が当該里道の用途廃止処分の取消しを求めた事件において、一般公衆が道路の自由使用

によって享受する利益は反射的利益にすぎないとする原審判断を前提として、本件の原告適格を否定した事例
「本件里道が上告人に個別的具体的な利益をもたらしていて，その用途廃止により上告人の生活に著しい支障が生ずるという特段の事情は認められず、上告人は本件用途廃止処分の取消しを求めるにつき原告適格を有しないとした原審の認定判断は……正当」→特段の事情があれば原告適格が認められうる

3. 解釈規定の新設：H16 改正で§9-2 新設 ← 伊達火力発電所判決以来の柔軟化の反映

§9-2 裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たつては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たつては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たつては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする

＊処分又は裁決の相手方以外の者：相手方は当然権利義務を侵害されるから解釈規定は不要

・相手方ではないが肯定される例

【最判昭 57.4.8 民集 36-4-594】執筆者の教科書検定不合格処分取消請求(第二次家永訴訟)

【最判平 5.12.17 民集 47-10-5530】取消判決によって変更される処分の名宛人[H2 行ツ 115]

権利変換処分取消請求→却下→棄却→棄却(不服申立前置主義だが、審査請求が申立期間経過後で不適法)

「都市再開発法に基づく第一種市街地再開発事業における権利変換に関する処分は、権利変換期日において、施行地区内の宅地の所有者、借地権者等に対し、従前の宅地、借地権等に代え、これに対応して、施設建築敷地若しくはその共有持分又は施設建築物の一部等を与えることなどを内容とする処分である（同法七三条一項二号、一二号、八六条、八七条一項、九一条一項等）。権利変換に関する処分がこのような内容のものであることからすると、施行地区内の宅地の所有者が当該宅地上の借地権の存在を争っている場合に、右借地権が存在することを前提として当該宅地の所有者及び借地権者に対してされる権利変換に関する処分については、借地権者に対してされた処分が当該借地権が存在しないものとして取り消された場合には、施行者は、宅地の所有者に対する処分についても、これを取消した上、改めてその上に借地権が存在しないことを前提とする処分をすべき関係にある（行政事件訴訟法三三条一項）。その意味で、この場合の借地権者に対する権利変換に関する処分は、宅地の所有者の権利に対しても影響を及ぼすものといわなければならない。そうすると、宅地の所有者は、自己に対する処分の取消しを訴求するほか、借地権者に対する処分の取消しをも訴求する原告適格を有する」

＊利益の内容及び性質を考慮 ← もんじゅ判決の反映

・重視される程度：生命＞身体＞財産＞その他

【最判平 4.9.22 民集 46-6-571】もんじゅ事件[H1 行ツ 130]

原子炉設置許可処分無効確認等請求→却下→棄却→破棄(取消差戻)→棄却→取消認容→破棄自判(控訴棄却)

「行政事件訴訟法九条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条にいう当該処分の取消しを求めるにつき「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いうのであり、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、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有する…（最判昭 53.3.14、同昭 57.9.9、同平 1.2.17 参照）…当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべき……行

政事件訴訟法三六条は、無効等確認の訴えの原告適格について規定するが、同条にいう当該処分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」の意義についても、右の取消訴訟の原告適格の場合と同義に解する」（具体的に検討した上で）「右の三号（技術的能力に係る部分に限る。）及び四号の設けられた趣旨、右各号が考慮している被害の性質等にかんがみると、右各号は、単に公衆の生命、身体の安全、環境上の利益を一般的公益として保護しようとするにとどまらず、原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む……当該住民の居住する地域が、前記の原子炉事故等による災害により直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される地域であるか否かについては、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……以上説示した見地に立って本件をみるのに、上告人らは本件原子炉から約二九キロメートルないし約五八キロメートルの範囲内の地域に居住していること、本件原子炉は研究開発段階にある原子炉である高速増殖炉であり……炉心内において毒性の強いプルトニウムの増殖が行われるものであることが記録上明らかであって、かかる事実に照らすと、上告人らは、いずれも本件原子炉の設置許可の際に行われる規制法二四条一項三号所定の技術的能力の有無及び四号所定の安全性に関する各審査に過誤、欠落がある場合に起こり得る事故等による災害により直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される地域内に居住する者というべきであるから、本件設置許可処分の無効確認を求める本訴請求において、行政事件訴訟法三六条所定の「法律上の利益を有する者」に該当する」

・関連法令の考慮

【最判平 1.2.17 民集 43-2-56】新潟空港事件[前掲 S57 行ツ 46]

「法は、国際民間航空条約の規定並びに同条約の附属書として採択された標準、方式及び手続に準拠しているものであるが、航空機の航行に起因する障害の防止を図ることをその直接の目的の一つとしている（法一条）。この目的は、右条約の第一六附属書として採択された航空機騒音に対する標準及び勧告方式に準拠して、法の一部改正（昭和五〇年法律第五八号）により、航空機騒音の排出規制の観点から航空機の型式等に応じて定められた騒音の基準に適合した航空機につき運輸大臣がその証明を行う騒音基準適合証明制度に関する法二〇条以下の規定が新設された際に、新たに追加されたものであるから、右にいう航空機の航行に起因する障害に航空機の騒音による障害が含まれることは明らか……定期航空運送事業を経営しようとする者が運輸大臣の免許を受けるときに、免許基準の一つである、事業計画が経営上及び航空保安上適切なものであることについて審査を受けなければならないのであるが……事業計画は、定期航空運送事業者が業務を行ううえで準拠すべき基本的規準であるから、申請に係る事業計画についての審査は、その内容が法一条に定める目的に沿うかどうかという観点から行われるべきことは当然……更に、運輸大臣は、定期航空運送事業について公共の福祉を阻害している事実があると認めるときは、事業改善命令の一つとして、事業計画の変更を命ずることができるのであるが（法一一二条）、右にいう公共の福祉を阻害している事実に、飛行場周辺に居住する者に与える航空機騒音障害が一つの要素として含まれることは、航空機の航行に起因する障害の防止を図るという、前述した法一条に定める目的に照らし明らかである。また、航空運送事業の免許権限を有する運輸大臣は、他方において、公共用飛行場の周辺における航空機の騒音による障害の防止等を目的とする公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律三条に基づき、公共用飛行場周辺における航空機の騒音による障害の防止・軽減のために必要があるときは、航空機の航行方法の指定をする権限を有しているのであるが、同一の行政機関である運輸大臣が行う定期航空運送事業免許の審査は、関連法規である同法の航空機の騒音による障害の防止の趣旨をも踏まえて行われることが求められるといわなければならない」

【最判平 11.11.25 判時 1698-66】都市計画事業認可処分(周辺住民:否定)[H8 行ツ 76]

都市計画事業認可処分等取消請求(環状六号線道路拡幅事業の認可処分及び同条三項に基づいて首都高速道路公団に対してした中央環状新宿線建設事業の承認処分)→原告 408 名却下、残棄却→棄却→棄却

「本件各処分に係る事業地の周辺地域に居住し又は通勤、通学しているが事業地内の不動産につき権利を有しない上告人らは、本件各処分の取消しを求める原告適格を有しない」

【最大判平 17.12.7 民集 59-10-2645】小田急線連続立体交差事業認可事件[H16 行ヒ 114]

事業認可処分取消請求→一部原告につき認容、他棄却→取消(一部原告につき棄却、他却下)・原告控訴棄却→(大法廷)小田急高架化につき原告適格確認・街路整備につき上告棄却、(小法廷)棄却(請求棄却だが不利益変更禁止)

都市計画法、公害対策基本法、本件都条例の趣旨も考慮し、都市計画「法は，これらの規定を通じて，都市の健全な発展と秩序ある整備を図るなどの公益的見地から都市計画施設の整備に関する事業を規制するとともに，騒音，振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して，そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む……したがって，都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音，振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は，当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として，その取消訴訟における原告適格を有するものといわなければならない。」

→関係地域内に居住する原告らの原告適格を認め、その地域内に居住しない者の原告適格を否定

（藤田補足）行政庁が保護すべき利益は現行法令一般による場合もあり得るから、「一般論として，同法９条の解釈上，そこにいう法律上の利益とはすなわち根拠規定によって保護された利益であるとの出発点に固執することが，果たして適切あるいは必要であるかについては，なお疑問」がある

（町田補足）藤田補足同調、(今井補足)反対意見への反論

（横尾、滝井、泉、島田反対）付属街路事業認可は一体であり、この原告適格も認めるべき

4. 従来の裁判例

・営業上の利益：競業者の原告適格は、法令上考慮される場合等に限られる

【最判昭 34.8.18 民集 13-10-1286】質屋営業許可取消(既存業者：否定)

【最判昭 37.1.19 民集 16-1-57】公衆浴場許可無効確認(既存業者：肯定)[S33 オ 710]

公衆浴場営業許可無効確認→棄却(却下の誤り)→棄却→破棄(取消差戻し)

「公衆浴場法は、公衆浴場の経営につき許可制を採用し、第二条において、「設置の場所が配置の適正を欠く」と認められるときは許可を拒み得る旨を定めているが、その立法趣旨は、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設け」たのであることは当裁判所大法廷判決の判示するところである（最判昭 30.1.26）。そして、同条はその第三項において右設置場所の配置の基準については都道府県条例の定めるところに委任し、京都府公衆浴場法施行条例は各公衆浴場との最短距離は二百五十米間隔とする旨を規定している。これら規定の趣旨から考えると公衆浴場法が許可制を採用し前述のような規定を設けたのは、主として「国民保健及び環境衛生」という公共の福祉の見地から出たものであることはむろんであるが、他面、同時に、無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ないところであつて、適正な許可制度の運用によつて保護せらるべき業者の営業上の利益は、単なる事実上の反射的利益というにとどまらず公衆浴場法によつて保護せられる法的利益と解するを相当とする」

（池田意見）事実上の利益でも具体的な個人的利益で、直接かつ重大な損害を被るなら原告適格を肯定すべき

（奥野反対）公衆衛生目的であって既存業者の保護は目的ではなく、反射的利益にすぎない

【最判平 6.9.27 判時 1518-10】風俗営業許可処分(診療所経営者：肯定 ∵距離制限あり)

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3254】東京 12 チャンネル事件(競願関係：肯定)

・ 文化的利益：利益享受者が国民全体なら原告適格は認められない

←貴重な史跡の指定解除を誰も訴訟で争えなくなる。学術研究者に認めるべき(有力)

【最判平 1.6.20 判時 1334-201】伊場遺跡事件[S58 行ツ 98]

史跡指定解除処分取消請求→却下／棄却／棄却

静岡県文化財保護条例・文化財保護法の「規定中に、県民あるいは国民が史跡等の文化財の保存・活用から受ける利益をそれら個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を明記しているものはなく、また、右各規定の合理的解釈によっても、そのような趣旨を導くことはできない。そうすると、本件条例及び法は、文化財の保存・活用から個々の県民あるいは国民が受ける利益については、本来本件条例及び法がその目的としている公益の中に吸収解消させ、その保護は、もっぱら右公益の実現を通じて図ることとしているものと解される。そして、本件条例及び法において、文化財の学術研究者の学問研究上の利益の保護について特段の配慮をしていると解しうる規定を見出すことはできないから、そこに、学術研究者の右利益について、一般の県民あるいは国民が文化財の保存・活用から受ける利益を超えてその保護を図ろうとする趣旨を認めることはできない。文化財の価値は学術研究者の調査研究によって明らかにされるものであり、その保存・活用のためには学術研究者の協力を得ることが不可欠であるという実情があるとしても、そのことによって右の解釈が左右されるものではない……上告人らは、本件遺跡を研究の対象としてきた学術研究者であるとしても、本件史跡指定解除処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有せず、本件訴訟における原告適格を有しないといわざるをえない」

【最判昭 48.1.19 民集 27-1-1】町名変更決定取消(住民：否定 ∵事実上の利益にすぎない)

・ 消費者の利益：否定 ← 通勤定期券購入者などは認めてよいのでは

【最判昭 53.3.14 民集 32-2-211】主婦連ジュース事件(消費者:否定、但し不服申立)

【最判平 1.4.13 判時 1313-121】近鉄特急事件[S60 行ツ 41]

近鉄特急料金認可処分取消等請求→違法宣言付棄却→取消却下→棄却

「地方鉄道法（大正八年法律第五二号）二一条は、地方鉄道における運賃、料金の定め、変更につき監督官庁の認可を受けさせることとしているが、同条に基づく認可処分そのものは、本来、当該地方鉄道利用者の契約上の地位に直接影響を及ぼすものではなく、このことは、その利用形態のいかんにより差異を生ずるものではない。また、同条の趣旨は、もっぱら公共の利益を確保することにあるのであって、当該地方鉄道の利用者の個別的な権利利益を保護することにあるのではなく、他に同条が当該地方鉄道の利用者の個別的な権利利益を保護することを目的として認可権の行使に制約を課していると解すべき根拠はない。そうすると、たとえ上告人らが近畿日本鉄道株式会社の路線の周辺に居住する者であって通勤定期券を購入するなどしたうえ、日常同社が運行している特別急行旅客列車を利用しているとしても、上告人らは、本件特別急行料金の改定（変更）の認可処分によって自己の権利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に当たるということができず、右認可処分の取消しを求める原告適格を有しないというべきであるから、本件訴えは不適法である」

・ 生命・身体の安全の利益：

【最判平 4.9.22 民集 46-6-571】もんじゅ事件(周辺住民：肯定)[H1 行ツ 130]

【最判平 4.10.29 民集 46-7-1174】伊方原発事件(周辺住民：肯定)

【最判平 4.10.29 判時 1441-50】福島第２原発事件(周辺住民：肯定)

【最判平 9.1.28 民集 51-1-250】都市計画法 29 条の開発許可(周辺住民：肯定)

がけ崩れ等による生命・身体等への被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の住民

【最判平 13.3.13 民集 55-2-283】森林法 10/2 の隣地開発許可(周辺住民：肯定)

開発による土砂流出・崩壊・水害等の災害に起因する生命・身体等への直接的な被害を受けることが予想される範囲の住民

【最判平 14.1.22 民集 56-1-46】建基法 59/2-1 の総合設計許可(周辺住民：肯定)

建築物の倒壊・炎上等により直接的被害を受けることが予想される範囲の地域の住民・建物所有者

・健康ないし生活上の利益

【最判平 14.3.28 民集 56-3-613】建基法 59/2-1 の総合設計許可(周辺住民：肯定)

周辺建物居住者が日照被害により健康を害される恐れがある場合の健康上の利益は法律上保護された利益

→前面道路である都市計画道路の完成・供用により訴えの利益消滅とした

【最判昭 57.9.9 民集 36-9-1679】長沼事件[S52 行ツ 56]

「法は、森林の存続によつて不特定多数者の受ける生活利益のうち一定範囲のものを公益と並んで保護すべき個人の個別的利益としてとらえ、かかる利益の帰属者に対し保安林の指定につき「直接の利害関係を有する者」としてその利益主張をすることができる地位を法律上付与している……かかる「直接の利害関係を有する者」は、保安林の指定が違法に解除され、それによつて自己の利益を害された場合には、右解除処分に対する取消しの訴えを提起する原告適格を有する者ということができるけれども、その反面、それ以外の者は、たといこれによつてなんらかの事実上の利益を害されることがあつても、右のような取消訴訟の原告適格を有するものとすることはできない……法二七条一項にいう「直接の利害関係を有する者」の意義ないし範囲について考えるのに、法二五条一項各号に掲げる目的に含まれる不特定多数者の生活利益は極めて多種多様であるから、結局、そのそれぞれの生活利益の具体的内容と性質、その重要性、森林の存続との具体的な関連の内容及び程度等に照らし、「直接の利害関係を有する者」として前記のような法的地位を付与するのが相当であるかどうかによつて、これを決するほかはない……原審は、特定の保安林の指定に際して、具体的な地形、地質、気象条件、受益主体との関連等から、処分に伴う直接的影響が及ぶものとして配慮されたものと認めうる個々人の生活利益をもつて、当該処分による個別的・具体的な法的利益と認めるべきものとし、本件保安林は、長沼町一円の農業用水確保目的を動機として、水源かん養保安林として指定されたものであり、その指定に当たつては、右農業用水の確保のほか、洪水予防、飲料水の確保という効果も配慮され、右処分によるその実現が期待されていたものと認め、これらの利益を右の個別的・具体的な法的利益とし、進んで右の見地から、本件保安林の有する理水機能が直接重要に作用する一定範囲の地域、すなわち保安林の伐採による理水機能の低下により洪水緩和、渇水予防の点において直接に影響を被る一定範囲の地域に居住する住民についてのみ原告適格を認めるべきものとしているのであるが、原審の右見解は、おおむね前記「直接の利害関係を有する者」に相当するものを限定指示しているものということができるのであつて、その限りにおいて原審の右見解は、結論において正当というべきである」

・善良な風俗等の居住環境上の利益

【最判平 10.12.17 民集 52-9-1821】風俗営業許可(風俗営業制限地域内の住民：否定)

【最判平 12.3.17 判時 1708-62】墓地経営許可(周辺住民：否定)

【最判平 21.10.15 民集 63-8-1711】サテライト大阪判決[H20 行ヒ 247]

場外車券発売施設設置許可処分取消請求→却下→取消差戻し→死亡原告：破棄自判(終了)、他：変更(原告３名取消差戻し、他控訴棄却)→棄却→棄却 ※原告適格は 120～200m 離れた病院・診療所を開設する医師のみ肯定、他の原告（800m離れた医師、その他は 1000m以内に居住又は事業を営む者）は否定

小田急高架橋訴訟を引用し「一般的に，場外施設が設置，運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は，交通，風紀，教育など広い意味での生活環境の悪化であって，その設置，運営により，直ちに周辺住民等の生命，身体の安全や健康が脅かされたり，その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難いところで

ある。そして，このような生活環境に関する利益は，基本的には公益に属する利益というべきであって，法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず，当然に，法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難といわざるを得ない」「位置基準は，場外施設が医療施設等から相当の距離を有し，当該場外施設において車券の発売等の営業が行われた場合に文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないことを，その設置許可要件の一つとして定めるものである。場外施設が設置，運営されることに伴う上記の支障は，基本的には，その周辺に所在する医療施設等を利用する児童，生徒，患者等の不特定多数者に生じ得るものであって，かつ，それらの支障を除去することは，心身共に健康な青少年の育成や公衆衛生の向上及び増進といった公益的な理念ないし要請と強くかかわるもの……法及び規則が位置基準によって保護しようとしているのは，第一次的には，上記のような不特定多数者の利益であるところ，それは，性質上，一般的公益に属する利益であって，原告適格を基礎付けるには足りない……場外施設の周辺において居住し又は事業（医療施設等に係る事業を除く。）を営むにすぎない者や，医療施設等の利用者は，位置基準を根拠として場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有しない」「もっとも，場外施設は，多数の来場者が参集することによってその周辺に享楽的な雰囲気や喧噪といった環境をもたらすものであるから，位置基準は，そのような環境の変化によって周辺の医療施設等の開設者が被る文教又は保健衛生にかかわる業務上の支障について，特に国民の生活に及ぼす影響が大きいものとして，その支障が著しいものである場合に当該場外施設の設置を禁止し当該医療施設等の開設者の行う業務を保護する趣旨をも含む規定である……仮に当該場外施設が設置，運営されることに伴い，その周辺に所在する特定の医療施設等に上記のような著しい支障が生ずるおそれが具体的に認められる場合には，当該場外施設の設置許可が違法とされることもあることとなる。このように，位置基準は，一般的公益を保護する趣旨に加えて，上記のような業務上の支障が具体的に生ずるおそれのある医療施設等の開設者において，健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益を，個々の開設者の個別的利益として保護する趣旨をも含む規定であるというべきであるから，当該場外施設の設置，運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者は，位置基準を根拠として当該場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有する……このような見地から，当該医療施設等の開設者が上記の原告適格を有するか否かを判断するに当たっては，当該場外施設が設置，運営された場合にその規模，周辺の交通等の地理的状況等から合理的に予測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して，当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを，当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置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」→原告３名は「いずれも本件敷地の周辺から約１２０ｍないし２００ｍ離れた場所に医療施設を開設する者であり，前記の考慮要素を勘案することなく上記の原告適格を有するか否かを的確に判断することは困難」→原告適格審理のため破棄差戻し
周辺環境調和基準は公益ゆえ原告適格を基礎づけない → 他は全員原告適格なし

・ 団体訴訟：行政処分により特定個人・団体のみの利益ではなく、広く地域住民・消費者等の集団的利益が害される場合に、かかる多数人の共通利益を事実上代表する住民団体・消費者団体等に取消訴訟を提起する原告適格を認める考え方

←敗訴後に団体構成員が別の団体を作って出訴し、訴訟を繰り返す可能性がある

＊原告適格を有する個人がいる場合 → 訴訟一本化による訴訟経済、専門知識の活用等

【仙台高判昭 46.3.24 行集 22-3-297】公立小学校分校廃止処分(住民団体：否定)

【東京地判昭 48.11.6 行集 24-11=12-1191】ボーリング場建設反対(住民団体：否定)

＊原告適格を有する個人がいない場合 → 消費者団体訴訟制度の導入

第４款　狭義の訴えの利益

1.　狭義の訴えの利益：当該処分を取消す実際上の必要性

・処分が原告にとって不利益でないこと → 訴えの利益否定(→不適法却下)

【最判昭 46.3.25 訟月 17-8-1348】減額再更正処分で取消された部分(否定)[S41 行ツ 24]

「職権をもつて調査するに、右更正中所論の役員賞与金の損金算入を否認した部分は、被上告人が昭和四四年五月二三日付をもつて行つた上告人の前記事業年度分の欠損金額を三四五万六、九二一円とする法人税の減額再更正処分により、取り消され、所論の賞与金が損金に算入されることとなつたことは記録上明らかであるから、上告人の本件訴えは、右更正中すでに取り消された部分の取消しを求める部分については、その法律上の利益を失うに至つたものというべく、却下すべきものである」→当該部分破棄自判（却下）

【最判昭 56.4.24 民集 35-3-672】減額再更正処分(否定)[S52 行ツ 12]

「申告に係る税額につき更正処分がされたのち、いわゆる減額再更正がされた場合、右再更正処分は、それにより減少した税額に係る部分についてのみ法的効果を及ぼすものであり（国税通則法二九条二項）、それ自体は、再更正処分の理由のいかんにかかわらず、当初の更正処分とは別個独立の課税処分ではなく、その実質は、当初の更正処分の変更であり、それによって、税額の一部取消という納税者に有利な効果をもたらす処分と解するのを相当とする。そうすると、納税者は、右の再更正処分に対してその救済を求める訴の利益はなく、専ら減額された当初の更正処分の取消を訴求することをもって足りるというべきである」→破棄自判(減額再更正処分取消請求却下、当初更正処分取消請求棄却)

【最判昭 61.10.23 判時 1219-127】吹田二中教師転任事件(否定)[S55 行ツ 78]

「本件転任処分は、吹田二中教諭として勤務していた被上告人らを同一市内の他の中学校教諭に補する旨配置換えを命じたものにすぎず、被上告人らの身分、俸給等に異動を生ぜしめるものでないことはもとより、客観的また実際的見地からみても、被上告人らの勤務場所、勤務内容等においてなんらの不利益を伴うものでないことは、原判決の判示するとおりであると認められる。したがって、他に特段の事情の認められない本件においては、被上告人らについて本件転任処分の取消しを求める法律上の利益を肯認することはできないものといわなければならない（原判決のいう名誉の侵害は、事実上の不利益であって、本件転任処分の直接の法的効果ということはできない。）。なお、被上告人小川については、昭和五五年四月、本件転任処分による転任先の吹田市立青山台中学校から本人の希望により同市立片山中学校に更に転任したものであることが記録上明らかであって、本件転任処分の取消しにより吹田二中の教諭たる地位を回復するものではない」転任処分取消請求(解同の圧力によるもの)→認容／破棄自判(却下)

・そもそも権利がない場合

【最判平 8.2.22 判時 1562-39】短期の在留期間更新許可の取消訴訟(否定)[H4 行ツ 140]

「上告人は、本件処分当時、出入国管理及び難民認定法四条一項一六号、同法施行規則二条三号に基づく在留資格をもって本邦に在留する者に当たるというべきである。右のような在留資格で本邦に在留する外国人については、当然に一定期間本邦に在留する権利が保障されているものということはできないから、その在留期間の更新申請に対し、在留期間を一年と指定してこれを許可した本件処分が、上告人の権利ないし法律上保護された利益を侵害するものであると解することはできない。したがって、本件処分の取消しを求める訴えは、その利益を欠くから、これを不適法として却下すべき」（在留期間短縮処分取消等請求→却下／棄却）

・国家賠償請求のために無効確認を求める利益：ない(無効確認しなくても請求可能だから)

【最判昭 36.4.21 民集 15-4-850】国賠請求と無効確認の訴えの利益[前掲 昭 35 オ 248]

宅地買収不服所有権確認→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

自創法に基づく買収計画が取り消されたが、その無効確認を請求したもの。

「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消

又は無効確認の判決を得なければならないものではないから本訴が被上告人委員会の不法行為による国家賠償を求める目的に出たものであるということだけでは、本件買収計画の取消後においても、なおその無効確認を求めるにつき法律上の利益を有するということの理由とするに足りない」

【東京地判昭 41.11.27 行集 20-11-1509】処分取消請求で同旨(訴えの利益否定)

・取消が無意味な場合

＊原処分取消訴訟で原処分取消→裁決取消訴訟：訴えの利益なし

＊原処分取消訴訟で棄却判決確定→裁決取消訴訟：訴えの利益なし

←不服申立で取消される可能性があるから、肯定すべき

【最判昭 37.12.26 民集 16-12-2557】原処分取消請求棄却後の裁決取消(否定)[S36 オ 409]

不服審査の棄却の審査決定に理由附記の点で瑕疵があり、取消すべき違法があると認めつつ、取消請求棄却。「本件の場合は、上告人は芝税務署長がした原処分の取消をも訴求しており、その理由がないことは、原判示のとおりであり、上告人も本件上告において取消処分の内容については何等の不服も述べていないのである。審査請求も結局は、上告人に対する青色申告書提出承認の取消処分の取消を求める趣旨である以上、上述のような理由附記の不備を理由に、本件審査決定を取り消すことは全く意味がないことというべきであろう。けだし、本件決定を取消し、東京国税局長が、あらためて理由を附記した決定をしても、すでに青色申告提出承認の原取消処分の違法でないことが本判決で確定している以上、決定の取消を求める訴においても、裁判所はこれと異なる判断をすることはできないからである」（原処分取消請求・裁決取消請求→棄却／棄却）

（奥野・山田反対）「本件審査決定が取り消され、被上告人東京国税局長が改めて審査決定をする場合に本件青色申告提出承認の取消処分も不当又は違法として取消される可能性が全然ないとは断定できないのであるから、本件審査決定を取り消す意味が全くないとはいえない」（→破棄自判・取消認容）

・訴えの利益の範囲

＊取消しにより確実に生ずる実体的利益には限られない：確実ではなくても認められる例

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3254】東京 12 チャンネル事件(肯定)[S40 行ツ 73]

「訴外財団と被上告人とは、係争の同一周波をめぐつて競願関係にあり、上告人は、被上告人よりも訴外財団を優位にあるものと認めて、これに予備免許を与え、被上告人にはこれを拒んだもので、被上告人に対する拒否処分と訴外財団に対する免許付与とは、表裏の関係にある……本件のごとき場合においては、被上告人は、自己に対する拒否処分の取消しを請求しうるほか、競願者（訴外財団）に対する免許処分の取消しをも訴求しうる（ただし、いずれも裁決主義がとられているので、取消しの対象は異議申立てに対する棄却決定となる。）が、いずれの訴えも、自己の申請が優れていることを理由とする場合には、申請の優劣に関し再審査を求める点においてその目的を同一にするものであるから、免許処分の取消しを訴求する場合はもとより、拒否処分のみの取消しを訴求する場合にも、上告人による再審査の結果によつては、訴外財団に対する免許を取り消し、被上告人に対し免許を付与するということもありうるのである。したがつて、論旨が、本件棄却決定の取消しが当然に訴外財団に対する免許の取消しを招来するものでないことを理由に，本件訴えの利益を否定するのは早計であつて、採用できない」（ＴＶ放送局開設予備免許処分・同免許申請棄却処分等取消請求→認容／棄却）

2. 処分後の事情の変更と訴えの利益

・任期の満了：但し、行訴法§9-1 括弧書き新設により否定された

【最大判昭 35.3.9 民集 14-3-355】地方議会議員除名処分と任期満了(消滅)[S30 オ 430]

（藤田・河村・垂水・奥野・高橋多数意見）「地方自治法（§134,135,137）に基き議員の懲罰として行われる除名は、議員たる身分を剥奪する処分であつて、その処分に対し違法を理由として除名処分の取消を求める訴は、判決による除名処分の取消によつて除名処分のなかりし状態に復帰し、もつて、剥奪された議員たる身分の回復

を図ることを目的とするものに外ならないのである。従つて、既に議員の任期満了等の事由によつて議員の身分を失つている者については、最早除名処分を取消しても議員たる身分を回復するに由ないのであるから、かかる場合においては除名処分の取消を求める訴は、訴訟の利益がなくなつたものとして、許すべからざるものと云わなければならない」「原判決は本件除名議決が取消されるときは除名議決当時に遡つて被上告人の議員たる資格に伴う報酬請求権その他の権利が回復されることになるから、本訴のような判決を求める利益がないものとする上告人の主張は理由がない旨判示する。しかし本訴は除名議決の取消によつて議員たる身分の回復を求むものであること明白であるから、議員たる身分に随伴して派生する報酬請求権等を考慮して、これがため既に任期満了した者に対し議員たる身分の回復を認めることは許されないものと解すべき」(決議無効確認・損賠請求→決議：取消、損賠：却下→破棄自判・棄却)

(田中・斎藤・下飯坂補足) 区議会の除名決議に裁判所の審査権は及ばないから棄却である(部分社会論)。なお、裁判権があっても任期満了後は法律上の利益は失われる点は藤田ら意見同調

(小谷・島・入江・池田・河村・高木・石坂反対) 報酬請求権等を追求したい場合は取消訴訟の利益がある。「多数意見は、本件除名処分の取消を求める訴は、議員たる身分の回復を図ることを目的とするものであるから、既に議員の任期が満了した場合には、訴訟の利益がなくなつたものとして許すべからざるものである旨を判示し、将来に向つて身分の回復を図ることのみが訴の利益であると解している。しかし、かような見解をとるときは、除名処分後本来の任期満了迄の間における議員たる資格に伴う報酬請求権等は遂にこれを回復する手段がないこととなり、本来違法の除名処分さえなければ議員として有する筈であつた権利につき裁判所に救済を求める途を失うことになる。かかる不当の結果を招来する多数意見には到底賛同できない」(→上告棄却)

・ 根拠法令の改廃によって訴えの利益が失われる場合

【最判昭 30.4.19 民集 9-5-534】農地委員会解散命令無効確認請求(農地委員会廃止)

【最判昭 41.11.15 民集 20-9-1792】保険医指定取消処分取消請求(保険医指定制度廃止)

【最判昭 57.4.8 民集 36-4-594】教科書検定不合格処分取消請求(学習指導要領改訂)

【最判昭 60.6.6 判例自治 19-60】条例廃止請求署名簿の効力に関する取消請求(条例廃止)

・ 処分の取消し・撤回によって訴えの利益が失われる場合

【最判昭 36.4.21 民集 15-4-850】農地買収計画取消請求(農地委員会が計画取消し)

＊更正処分取消訴訟中に増額再更正処分がされた場合

・併存(段階)説：更正処分は更正された金額、再更正処分は再更正された金額で双方に利益

・吸収(消滅)説：更正処分は再更正処分に吸収され、更正処分を争う利益はなくなる

・逆吸収説：再更正処分は更正処分に吸収され、更正処分のみ争える

【最判昭 32.9.19 民集 11-9-1608】【最判昭 55.11.20 判時 1001-31】吸収説を採用

【最判昭 42.9.19 民集 21-7-1828】まからずや事件(吸収説)[S39 行ツ 52]

「上告人は、被上告人税務署長が上告人に対しS33.3.31 付をもつてした S31 事業年度の法人税に関する更正(第一次更正処分)の取消を求める……被上告人税務署長は、本件訴訟係属後の S35.4.30 にいたり、訴訟で攻撃されている右更正処分の瑕疵を是正するために、同日付で、更正の用紙を用い、上告人の S31 事業年度の所得金額を確定申告書記載の金額に減額する旨の再更正(第二次更正処分)と、更正の具体的根拠を明示して、申告に係る課税標準及び税額を第一次更正処分のとおりに更正する旨の再々更正(第三次更正処分)をなし、右二個の処分の通知書を一通の封筒に同封して上告人に送付した、というのである。右の事実関係の下においては、第二次更正処分は、第三次更正処分を行なうための前提手続たる意味を有するにすぎず、また、第三次更正処分も、実質的には、第一次更正処分の附記理由を追完したにとどまることは否定し得ず、また、かかる行為の効力には疑問がないわけではない。しかしながら、これらの行為も、各々独立の行政処分であることはいうまでもな

く、その取消の求められていない本件においては、第一次更正処分は第二次更正処分によつて取り消され、第三次更正処分は、第一次更正処分とは別個になされた新たな行政処分であると解さざるを得ない。されば、第一次更正処分の取消を求めるにすぎない本件訴は、第二次更正処分の行なわれた時以降、その利益を失うにいたつたもの」（更正処分取消請求→棄却／棄却／棄却）

（田中二郎反対）取消訴訟は納税者の救済制度であり、訴えの追加的併合を待たず第一次更正処分取消訴訟の訴訟物として含まれると解すべき。破棄差戻して本案審理をすべき。

＊更正処分に続いて減額再更正処分がされた場合：減額された税額の限度のみ残存

【最判昭 56.4.24 民集 35-3-672】減額再更正処分(残額部分のみ)[前掲 S52 行ツ 12]

「申告に係る税額につき更正処分がされたのち、いわゆる減額再更正がされた場合、右再更正処分は、それにより減少した税額に係る部分についてのみ法的効果を及ぼすものであり（国税通則法二九条二項）、それ自体は、再更正処分の理由のいかんにかかわらず、当初の更正処分とは別個独立の課税処分ではなく、その実質は、当初の更正処分の変更であり、それによって、税額の一部取消という納税者に有利な効果をもたらす処分と解するのを相当とする。そうすると、納税者は、右の再更正処分に対してその救済を求める訴の利益はなく、専ら減額された当初の更正処分の取消を訴求することをもって足りるというべきである」→破棄自判(減額再更正処分取消請求却下、当初更正処分取消請求棄却)

・代替的措置が講じられた場合

【最判昭 57.9.9 民集 36-9-1679】長沼ナイキ訴訟[S52 行ツ 56]

・期間の経過＜肯定例あり＞

＊否定例

【最判昭 45.10.16 民集 24-11-1512】再入国許可申請不許可処分(目的行事の終了)

【最大判昭 28.12.23 民集 7-13-1561】皇居外苑使用不許可事件[S27 オ 1150]

【最判平 21.11.26 民集 63-9-2124】横浜市保育所廃止条例事件(子の保育実施期間満了)

【最判昭 55.1.25 判時 1008-136】宅地建物取引業業務停止処分(処分の期間満了)

＊肯定例

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3254】東京 12 チャンネル事件(再免許が与えられるから)

【最判昭 40.8.2 民集 19-6-1393】運転免許取消(免許有効期間満了)[S39 行ツ 44]

自動車運転免許取消処分取消請求(取消事由につき簡裁で無罪)→認容／棄却／棄却

「被上告人が道路交通法一〇一条の規定に従い、免許証の有効期間の更新を受けるために、その期間の満了する日の一月前から当該期間の満了の日までの間に上告人に対して適性検査を求めなかつたのは、取消判決が確定しない以上、本件免許取消処分はなお効力を有し、右更新の手続をとりがたかつたためと認められる。したがつて、その免許取消処分が違法で取り消されるべきものであるかぎり、右更新のできなかつたのは、これを上告人の違法処分に基づくものということができる。そして右道交法一〇一条が、免許証有効期間満了にあたり適性検査を行ない、その結果自動車等の運転に支障がないと認められる者については免許証の有効期間を更新して免許を存続させることにし、同法一〇五条が、免許証の有効期間の更新を受けなかつたときは免許は効力を失うものとしたのは、現に免許証を行使しつつある者に対し、その運転適性を維持しているかどうかについての定期検査を強行し、不適格者には適宜の処置をとる目的に出でたものであることにかんがみれば、これら規定は、本件のように免許が現在取り消されており、その取消しの適否が訴訟によつて争われている場合についてまで適用を予定したものとは解しがたい。むしろかような取消処分の係争中の免許については、その取消処分の取消しが確定して免許証を行使しうる状態に復帰した際に、その適性検査の時期に至つたものとして取り扱うのが相当であり、道交法上もそのような取扱いを許されないとする根拠は認められない。してみれば、本件被上告人の免許証の有効

期間の経過は、なんら本件訴の利益の存続に影響するところはないと解するのを相当とする。論旨は、本件免許取消処分の執行停止をえて免許証の有効期間の更新を求めなかつた以上免許の失効はやむをえないものとするが、前示説明のごとく理由なく、また被上告人が現在新たに別種の運転免許を有することをあげて訴の利益を欠くものと主張するが、後段説示のごとく【別種の免許を持つのは可能で関係ない】到底首肯しがたい」

・ 工事の完了：建築確認などで工事が完了すると訴えの利益消滅＜肯定例あり＞

←事情判決で違法宣言付棄却とすべき ∵損賠など原告救済に資する

【最判昭 59.10.26 民集 38-10-1169】建築確認取消請求(工事完了で消滅)[S58 行ツ 35]

建築確認(受けないと工事できない)→工事完了後、建築主事に届出→建築主事等の検査→適合していれば検査済証交付、特定行政庁は建基法等違反の建築物又は建築物の敷地につき除却等の違反是正命令が可能という「これらの一連の規定に照らせば、建築確認は、建築基準法六条一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つて、それを受けなければ右工事をする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ということができる。しかしながら、右工事が完了した後における建築主事等の検査は、当該建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを基準とし、同じく特定行政庁の違反是正命令は、当該建築物及びその敷地が建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定に適合しているかどうかを基準とし、いずれも当該建築物及びその敷地が建築確認に係る計画どおりのものであるかどうかを基準とするものでない上、違反是正命令を発するかどうかは、特定行政庁の裁量にゆだねられているから、建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない。したがつて、建築確認は、それを受けなければ右工事をすることができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる」（近隣住民による建築確認処分取消請求→却下／棄却／棄却）

【最判平 14.1.22 民集 56-1-46】建築確認取消請求(同旨)

【最判平 5.9.10 民集 47-7-4955】都計法 29 の開発許可取消請求(完了・検査済証交付で消滅)

【最判平 11.10.26 判時 1695-63】同旨(建築確認が未了でも同じ∵開発行為とは別)

【最判平 7.11.9 判時 1551-64】森林法の開発許可取消請求(完了・検査済証交付で消滅)

＊事情判決の考慮要因とし、訴えの利益を認めたもの

【最判平 4.1.24 民集 46-1-54】土地改良事業施行認可処分[H2 行ツ 153]

土地改良事業施行認可処分取消請求→却下(社会通念上、法的に原状回復不可能)／棄却／破棄自判(取消差戻)

「本件認可処分は、本件事業の施行者である八鹿町に対し、本件事業施行地域内の土地につき土地改良事業を施行することを認可するもの、すなわち、土地改良事業施行権を付与するものであり、本件事業において、本件認可処分後に行われる換地処分等の一連の手続及び処分は、本件認可処分が有効に存在することを前提とするものであるから、本件訴訟において本件認可処分が取り消されるとすれば、これにより右換地処分等の法的効力が影響を受けることは明らか……本件訴訟において、本件認可処分が取り消された場合に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法三一条の適用に関して考慮されるべき事柄であって、本件認可処分の取消しを求める上告人の法律上の利益を消滅させるものではない」

・ 処分の執行

【最判昭 48.3.6 集民 108-387】除却命令・代執行令書発布処分(除却工事完了で消滅)

【名古屋高判平 8.7.18 判時 1595-58】原状回復が可能なら消滅しない

∵除却命令が取消されると、拘束力より原状回復義務が生ずるから

・再入国許可を受けないままの出国：従来の在留資格が消滅するから

【最判平 10.4.10 民集 52-3-677】再入国不許可処分取消[H6 行ツ 152]

①再入国不許可処分取消、②永住資格確認・損賠請求→①却下②棄却→①取消認容②棄却→①破棄自判(控訴棄却)[被告上告：本件]②棄却[原告上告：H6 行ツ 153]

「再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、右不許可処分の取消しを求める訴えの利益は失われる……本邦に在留する外国人が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格は消滅するところ、出入国管理及び難民認定法二六条一項に基づく再入国の許可は、本邦に在留する外国人に対し、新たな在留資格を付与するものではなく、同人が有していた在留資格を出国にもかかわらず存続させ、右在留資格のままで本邦に再び入国することを認める処分であると解される。そうすると、再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格が消滅することにより、右不許可処分が取り消されても、同人に対して右在留資格のままで再入国することを認める余地はなくなるから、同人は、右不許可処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を失うに至る……右の理は、右不許可処分を受けた者が日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法一条の許可を受けて本邦に永住していた場合であっても、異なるところがない」

・時効取得：時効取得されると所有権を回復することが不可能になるため

【最判昭 47.12.12 民集 26-10-1850】農地買収計画取消訴訟(買収農地を買受人が時効取得)

3. 行訴法 9-1 括弧書きの問題（S37 の行訴法施行時に導入）

・経済的利益の回復（国賠請求だと公務員の故意過失の立証を要するから）

【最大判昭 40.4.28 民集 19-3-721】名古屋郵政局長事件(免職後公職立候補)[S37 オ 515]

免職処分取消請求→棄却(実質却下)／棄却／破棄自判(取消差戻)：なお、訴訟中に行訴法が施行されたが、附則 3 条で「この法律は、この附則に特別の定めがある場合を除き、この法律施行前に生じた事項にも適用する。ただし，旧法によつて生じた効力を妨げない。」とし、訴えの利益は職権調査事項・訴訟要件であるから行訴法に基づいて審判すべきとした（この点、奥野補足あり）

「本件免職処分が取り消されたとしても、上告人は市議会議員に立候補したことにより郵政省の職員たる地位を回復するに由ないこと、まさに、原判決（および第一審判決）説示のとおりである。しかし、公務職免職の行政処分は、それが取り消されない限り、免職処分の効力を保有し、当該公務員は、違法な免職処分さえなければ公務員として有するはずであつた給料請求権その他の権利、利益につき裁判所に救済を求めることができなくなるのであるから、本件免職処分の効力を排除する判決を求めることは、右の権利、利益を回復するための必要な手段であると認められる。そして、新法九条が、たとえ注意的にもしろ、括弧内において前記のような規定を設けたことに思いを致せば、同法の下においては、広く訴の利益を認めるべきであつて、上告人が郵政省の職員たる地位を回復するに由なくなつた現在においても、特段の事情の認められない本件において、上告人の叙上のごとき権利、利益が害されたままになつているという不利益状態の存在する余地がある以上、上告人は、なおかつ、本件訴訟を追行する利益を有するものと認めるのが相当」

・法定の加重条件・免除条件

【最判昭 55.11.25 民集 34-6-781】運転免許停止処分(停止期間満了)[S53 行ツ 32]

審査請求棄却処分取消・運転免許停止処分取消請求→棄却／棄却／破棄自判(却下)

「福井県警察本部長は、昭和四八年一二月一七日被上告人に対し自動車運転免許の効力を三〇日間停止する旨の処分【＝本件原処分】をしたが、同日免許の効力停止期間を二九日短縮した、被上告人は、本件原処分の日から

満一年間、無違反・無処分で経過した……右事実によると本件原処分の効果は右処分の日一日の期間の経過によりなくなつたものであり、また、本件原処分の日から一年を経過した日の翌日以降、被上告人が本件原処分を理由に道路交通法上不利益を受ける虞がなくなつたことはもとより、他に本件原処分を理由に被上告人を不利益に取り扱いうることを認めた法令の規定はないから、行政事件訴訟法九条の規定の適用上、被上告人は、本件原処分及び本件裁決の取消によつて回復すべき法律上の利益を有しない」（→一年間は訴えの利益がある）

【最判平 21.2.27 民集 63-2-299】ゴールド免許を受ける地位 [H18 行ヒ 285]

運転免許証有効期間更新処分のうち一般運転者とする部分の取消・優良運転者と記載した運転免許証交付義務付け・異議申立て棄却決定取消→却下／取消差戻／棄却(上告代理人・金子泰輔)

「免許証の更新処分は，免許証を有する者の申請に応じて，免許証の有効期間を更新することにより，免許の効力を時間的に延長し，適法に自動車等の運転をすることのできる地位をその名あて人に継続して保有させる効果を生じさせるものであるから，抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」「もっとも，免許証の更新処分は，申請を認容して上記のような利益を名あて人に付与する処分であるから，当該名あて人においてその取消しを求める利益を直ちに肯定することはできない……免許証の更新を受けようとする者が優良運転者であるか一般運転者であるかによって，他の公安委員会を経由した更新申請書の提出の可否並びに更新時講習の講習事項等及び手数料の額が異なるものとされているが，それらは，いずれも，免許証の更新処分がされるまでの手続上の要件のみにかかわる事項であって，同更新処分がその名あて人にもたらした法律上の地位に対する不利益な影響とは解し得ないから，これ自体が同更新処分の取消しを求める利益の根拠となるものではない」（原審がここを理由にしたのはダメ）「道路交通法及びその委任を受けた道路交通法施行規則は，免許証の更新を受けようとする者が優良運転者に該当する場合には，免許証の更新処分を，優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行うべきものと規定している……道路交通法は，優良運転者の実績を賞揚し，優良な運転へと免許証保有者を誘導して交通事故の防止を図る目的で，優良運転者であることを免許証に記載して公に明らかにすることとするとともに，優良運転者に対し更新手続上の優遇措置を講じているのである。このことに，優良運転者の制度の上記沿革等を併せて考慮すれば，同法は，客観的に優良運転者の要件を満たす者に対しては優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して更新処分を行うということを，単なる事実上の措置にとどめず，その者の法律上の地位として保障するとの立法政策を，交通事故の防止を図るという制度の目的を全うするため，特に採用したもの……客観的に優良運転者の要件を満たす者であれば優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を有することが肯定される以上，一般運転者として扱われ上記記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者は，上記の法律上の地位を否定されたことを理由として，これを回復するため，同更新処分の取消しを求める訴えの利益を有するというべき」

（古田補足）優良運転者の「記載は，法律により，運転免許証の必要的記載事項として，所定の要件に従って行われるものであって，その保持者について，運転免許証の提示により，一定の道路交通関係法規の違反が認められない者であることを即時かつ簡便に公証する機能を有するものであり，また，これにより自動車運転に関する社会生活上の様々な場面で有利な取扱いを受ける実際上の効果が生じることを期待しているものと思われるのであって，これらの点を考慮すると，その記載を受けることについて法的な利益を認め得るものと考える」

・資格制限：処分の付随的効果として処分終了後一定期間資格制限がある場合

【最判昭 58.4.5 判時 1077-50】弁護士業務停止処分(会長選被選挙権剥奪中は肯定)

・名誉・信用等の人格的利益：処分があったという事実による名誉・信用等の人格的利益の損害

＊否定説(判例)：かかる利益侵害は事実上の利益にすぎない（→国賠訴訟によるべき）

＊肯定説：国賠訴訟では故意過失又は違法性が否定され(職務行為基準説の場合)てしまう

＊折衷説：当該処分の目的・機能のかなりの部分が制裁・懲罰的機能を持てば認めてよい

【最判昭 55.11.25 民集 34-6-781】運転免許停止処分(否定説)[前掲 S53 行ツ 32]

「原審は、被上告人には、本件原処分の記載のある免許証を所持することにより警察官に本件原処分の存した事実を覚知され、名誉、感情、信用等を損なう可能性が常時継続して存在するとし、その排除は法の保護に値する被上告人の利益であると解して本件裁決取消の訴を適法とした。しかしながら、このような可能性の存在が認められるとしても、それは本件原処分がもたらす事実上の効果にすぎないものであり、これをもつて被上告人が本件裁決取消の訴によつて回復すべき法律上の利益を有することの根拠とするのは相当でない」→却下

第５款　訴訟手続的要件・教示

1.　被告適格(§11)

・行政庁主義 → 行政主体主義に変更(H16 改正)

＊判断基準：処分行政庁の所属する行政主体（←事務ではなく組織的所属）

∵処分行政庁を特定する必要がなく、被告適格で却下となるのを防ぎ、原告の救済を図る

被告の変更をせずに取消訴訟から当事者訴訟(従来から行政主体主義)への訴えの変更が可能

§11-1 処分又は裁決をした行政庁（処分又は裁決があつた後に当該行政庁の権限が他の行政庁に承継されたときは、当該他の行政庁。以下同じ。）が国又は公共団体に所属する場合には、取消訴訟は、次の各号に掲げる訴えの区分に応じてそれぞれ当該各号に定める者を被告として提起しなければならない

一[二] 処分[裁決]の取消しの訴え　当該処分[裁決]をした行政庁の所属する国又は公共団体

＊国・公共団体に所属しない行政庁(#2)：当該行政庁。指定定期検査機関(計量 20)など

#2 処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属しない場合には、取消訴訟は、当該行政庁を被告として提起しなければならない

＊行政庁廃止＋他の行政庁に権限が承継されていない場合(#3)

#3 前二項の規定により被告とすべき国若しくは公共団体又は行政庁がない場合には、取消訴訟は、当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体を被告として提起しなければならない

＊処分・裁決行政庁の訴状への記載(#4)：訓示規定で、誤記載・無記載でも不利益はない

#4 第一項又は前項の規定により国又は公共団体を被告として取消訴訟を提起する場合には、訴状には、民事訴訟の例により記載すべき事項のほか、次の各号に掲げる訴えの区分に応じてそれぞれ当該各号に定める行政庁を記載するものとする ／ 一[二] 処分[裁決]の取消しの訴え　当該処分[裁決]をした行政庁

・処分庁・裁決庁の特定

＊国・公共団体は処分・裁決行政庁を裁判所に対し明らかにする義務を負う(#5)

∵審理の迅速化と判決の拘束力(§33)の及ぶ関係行政庁を明確にするため

#5 第一項又は第三項の規定により国又は公共団体を被告として取消訴訟が提起された場合には、被告は、遅滞なく、裁判所に対し、前項各号に掲げる訴えの区分に応じてそれぞれ当該各号に定める行政庁を明らかにしなければならない

＊処分・裁決行政庁の権限(#6)

#6 処分又は裁決をした行政庁は、当該処分又は裁決に係る第一項の規定による国又は公共団体を被告とする訴訟について、裁判上の一切の行為をする権限を有する

＊行政庁の対応(国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律)

法務 5-1 略 行政庁は、所部の職員でその指定するものに、当該行政庁の処分又は裁決に係る同法§11-1 の規定による国を被告とする訴訟又は当該行政庁を当事者若しくは参加人とする訴訟を行わせることができる

同 6-1 前条第一項の訴訟については、行政庁は、法務大臣の指揮を受けるものとする

・被告を誤った訴えの救済(§15)：却下されると再訴時には出訴期間を徒過しているから

→出訴期間遵守では当初の訴え提起時とし、旧被告との間は訴え取下げとする(#3,4)

§15-1 取消訴訟において、原告が故意又は重大な過失によらないで被告とすべき者を誤つたときは、裁判所は、原告の申立てにより、決定をもつて、被告を変更することを許すことができる

2.　出訴期間(§14)

・主観的出訴期間(#1)：処分又は裁決があったことを知った日から６カ月(H16 改正前は３月)

←正当な理由があればこの限りでないが、まず認められない

§14-1 取消訴訟は、処分又は裁決があつたことを知つた日から六箇月を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない

＊起算日：処分・裁決が名宛人に到達していることが前提

【最判昭 29.8.24 刑集 8-8-1372】到達の意義[S26 れ 754]

「依願免官による退職の効果の発生時期について考えてみると、特定の公務員の任免の如き行政庁の処分については、特別の規定のない限り、意思表示の一般的法理に従い、その意思表示が相手方に到達した時と解するのが相当である。即ち、辞令書の交付その他公の通知によつて、相手方が現実にこれを了知し、また相手方の了知し得べき状態におかれた時と解すべきである（原判決がこの点について、退職令書の交付時に限つたことは妥当でない）。論旨は免官の発令が官報に掲載された日に退職の効果を生ずるものと主張するけれども、公務員の任免は法令の公布とは自らその性質を異にするばかりでなく、官報による公示は特定の相手方に対する意思表示とは到底認めることができない」（→検察官免官発令後、本人が了知する前に検察官がした公訴提起を有効とした）

【最判昭 27.11.20 民集 6-10-1038】名宛人の審査請求期間の起算日[前掲 S26 オ 392]

「処分のあつたことを知つた日」とは、当事者が書類の交付、口頭の告知その他の方法により処分の存在を現実に知つた日を指すものであつて、抽象的な知り得べかりし日を意味するものでない……尤も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つて、社会通念上処分のあつ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、その処分のあつたことを知つたものと推定することはできる」(行訴)

【最判平 14.10.24 民集 56-8-1903】告示による場合の起算日(行審)[前掲 H12 行ヒ 174]

(都市計画道路事業認可取消しを求める審査請求の)裁決取消請求→棄却→取消認容→破棄自判(控訴棄却)

都市計画法の「趣旨からするならば，告示の時に関係権利者にその内容が告知されたとみるべき」「行政不服審査法１４条１項本文の規定する「処分があったことを知った日」というのは，処分がその名あて人に個別に通知される場合には，その者が処分のあったことを現実に知った日のことをいい，処分があったことを知り得たというだけでは足りない（最判昭 27.11.20）。しかし，都市計画法における都市計画事業の認可のように，処分が個別の通知ではなく告示をもって多数の関係権利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かんがみて，上記の「処分があったことを知った日」というのは、告示があった日をいう」

- 客観的出訴期間(#2)：処分又は裁決の日(＝発効日)から１年、救済規定あり

  #2 取消訴訟は、処分又は裁決の日から一年を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない

- 審査請求ができる場合・誤ってできると教示した場合の出訴期間(#3)

  →審査請求をしたときは、裁決があったことを知った日・裁決の日が起算点となる

  ∵審査請求を行い、その裁決を待って原処分の取消訴訟の提起を判断できるようにするため

  #3処分又は裁決につき審査請求をすることができる場合又は行政庁が誤つて審査請求をすることができる旨を教示した場合において、審査請求があつたときは、処分又は裁決に係る取消訴訟は、その審査請求をした者については、前二項の規定にかかわらず、これに対する裁決があつたことを知つた日から六箇月を経過したとき又は当該裁決の日から一年を経過したときは、提起することができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない

- 出訴期間経過による効果：不可争力(名宛人は違法性を争い得ない)

  →無効等確認訴訟(「時機に遅れた取消訴訟」)しかできない、職権取消しは許される

3. 不服申立前置(§8)

- 自由選択主義(#1 本文)：直ちに取消訴訟を提起する、行政上の不服申立の裁決等を受けてから

取消訴訟を提起する、両者を同時並行で行う、のいずれも自由

＊裁判所は裁決まで又は審査請求後３月経過まで訴訟手続を中止できる(#3)

§8-1 処分の取消しの訴えは、当該処分につき法令の規定により審査請求をすることができる場合においても、直ちに提起することを妨げない。ただし、法律に当該処分についての審査請求に対する裁決を経た後でなければ処分の取消しの訴えを提起することができない旨の定めがあるときは、この限りでない

#3 第一項本文の場合において、当該処分につき審査請求がされているときは、裁判所は、その審査請求に対する裁決があるまで（審査請求があつた日から三箇月を経過しても裁決がないときは、その期間を経過するまで）、訴訟手続を中止することができる

・例外的不服申立前置主義(#1 但)：裁決前置主義ともいう(裁決等を得る必要があるから)

←訴訟要件に過ぎず、不服申立てで主張しなかった違法事由も取消訴訟で主張できる

＊例：建築確認(建基法 96 → 建築審査会)、

更正処分(税通 115-1 → 税務署長＋国税不服審判所)など

∵処分が大量で、訴訟経済上行政上の不服申立で大部分を処理するため(スクリーニング機能)

処分が専門的判断を必要とし、専門の審査庁にまず審判させるため（第三者的機関も含む）

【最大判昭 26.8.1 民集 5-9-489】訴願前置主義は合憲

＊不服申立前置主義の要件充足の判断：適法な不服申立てと実体裁決が必要

【最判昭 30.1.28 民集 9-1-60】不服申立てに却下裁決がされても要件を充足しない

【東京高判昭 56.9.28 行集 32-9-1682】審査請求期間徒過を争う場合はその点実体審理すべき

・適法な不服申立てを誤って却下した場合：要件充足(#2-2:3 による説もある)

【最判昭 36.7.21 民集 15-7-1966】適法なのに誤って却下された場合[S34 オ 973]

「上告人が国税局長を名宛人とする審査請求書と題する書面を浅草税務署に提出したのであるが……税務署長はこれを再調査請求書として取扱い、所得税法四九条四項二号によつて審査請求があつたものとみなされ、国税局長は審査請求として補正を命じ、応じなかつたという理由で却下した……本訴の上告人の請求は更正処分の取消であるから同法五一条により原則として再調査決定、審査決定を経なければ提起できないのであるが、国税庁長官又は国税局長が誤つてこれを不適法として却下した場合には本来行政庁は処分について再審理の機会が与えられていたのであるから、却下の決定であつてもこれを前記規定にいう審査の決定にあたると解すべき……かくの如く不適法として却下すべきでない場合に国税局長が誤つて却下した場合は前述説明の如く同法五一条の審査の決定があつたものとして適法に出訴ができる」（所得税更正処分取消請求→却下／棄却／破棄差戻）

・不適法な不服申立てを誤って実体審理した場合：要件を満たさない(有力・判例)

【最判昭 48.6.21 訟月 19-10-51】不適法なのに誤って実体審理された場合[S46 行ツ 86]

「恩給裁定についての審査請求が法定の期間経過後になされた不適法なものである場合には、右審査請求は本来裁決で却下を免がれないものであつて、たとえこれに対し実体審理のうえ棄却の裁決がなされたとしても、右裁決は、恩給法一五条ノ二所定の「審査請求ニ対スル裁決」にあたらない」（裁定取消請求→却下／棄却）

・不服申立前置義務の免除(#2)：該当すると裁決を経ずに処分の取消しの訴えを提起可能

＊１号：裁決の遅延で適時に司法審査を得る機会を喪失するのを防ぐため

一 審査請求があつた日から三箇月を経過しても裁決がないとき

・出訴期間は裁決があった日から６月、裁決の日から１年以内なら可能(＝裁決前は常に可)

・審査請求から３月以内に提訴すると却下だが、却下前に３月経過し裁決がないと瑕疵は治癒

【大阪地判昭 50.4.24 訟月 21-6-1305】却下前に１号を充足すると訴訟要件を満たす

＊２号：執行停止の申立てに必要な場合など(審査請求をせずに提訴してもよい)

二 処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき

【横浜地判昭 40.8.16 行集 16-8-1451】建築確認処分取消訴訟(２号により適法とした)

審査請求の手続をとると裁決までに建物の完成が予想されたため

＊３号：審査請求をしても有利な裁決を期待できない場合？

三 その他裁決を経ないことにつき正当な理由があるとき

【横浜地判昭 40.8.16】市当局が処分は適法の見解を堅持するため３号該当を肯定[前掲]

【福岡地判昭 57.3.19 行集 33-3-504】有利な裁決を期待できないのみでは３号は該当しない

・他への準用：不作為の違法確認訴訟のみ(§38-4)

→ 無効等確認訴訟では不服申立て不要 ∵瑕疵が重大明白ゆえ、裁判官も判断が容易

4. 教示(§46)

・H16 改正で新設 → 取消訴訟(#1)、裁決主義の場合その旨(#2)、形式的当事者訴訟(#3)

＊利害関係人の教示請求：規定なしだが、応じるべき(⇔行審法 57-2 は義務付け)

＊教示の懈怠・誤った教示：規定なし(⇔行審法 18,19,46,58 で救済)

・被告適格：原則§15-1 で重過失がないとして扱うべき

・出訴期間：原則§14 で正当な理由ありとして扱うべき

・不服申立前置：§8-2:3 のその他裁決を経ない正当な理由ありとして扱うか、行審法で不服申立期間を徒過しても、行審法 14-1 但・#3 を用いて救済すべき

§46-1 行政庁は、取消訴訟を提起することができる処分又は裁決をする場合には、当該処分又は裁決の相手方に対し、次に掲げる事項を書面で教示しなければならない。ただし、当該処分を口頭でする場合は、この限りでない【１号：被告適格、２号：出訴期間、３号：不服申立前置の場合はその旨】

#2 行政庁は、法律に処分についての審査請求に対する裁決に対してのみ取消訴訟を提起することができる旨の定めがある場合において、当該処分をするときは、当該処分の相手方に対し、法律にその定めがある旨を書面で教示しなければならない。ただし、当該処分を口頭でする場合は、この限りでない

#3 行政庁は、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするものを提起することができる処分又は裁決をする場合には、当該処分又は裁決の相手方に対し、次に掲げる事項を書面で教示しなければならない。ただし、当該処分を口頭でする場合は、この限りでない【１号：被告適格、２号：出訴期間】

第３節　本案審理等

第１款 取消訴訟の本案審理

1. 処分権主義の例外

・取消訴訟の開始、(終了のうち)取下げ・請求の放棄：処分権主義が妥当

・和解・請求の認諾：一般に許されない

∵行政主体は法律に従って行政を行う義務がある→適法と信じるなら最後まで争うべき

【長崎地判昭 36.2.3 行集 12-2-2505】裁量権の範囲内なら和解可能

←処分後の当事者の協定に基づく職権取消を認めるから、当事者の協定に従って和解や請求の認諾をしても法治主義に反しないのではないか

【最判昭 28.3.3 民集 7-3-218】農地買収後の当事者の協定による買収計画取消を是認

・実務上は行政庁が職権で処分を取消、原告が訴訟を取下げる場合がある

2. 弁論主義とその修正

・原則：弁論主義が妥当する

・例外：職権証拠調べの許容(§24)：当事者が申立てない証拠も取調べ可能

→ 裁判所の専断を避けるため、その結果について当事者の意見聴取義務がある(但書)

∵私人と行政主体では立証能力に差があり、当事者間の実質的公平を確保するため

§24 裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、証拠調べをすることができる。ただし、その証拠調べの結果について、当事者の意見をきかなければならない

【最判昭 28.12.24 民集 7-13-1604】職権証拠調べの義務(否定)[S24 オ 333]

「行政事件訴訟特例法九条による職権調査をしなかつたのは違法であるというが……行政事件訴訟特例法九条は、証拠につき充分の心証を得られない場合、職権で、証拠を調べることのできる旨を規定したものであつて、原審が証拠につき十分の心証を得られる以上、職権によつて更に証拠を調べる必要はないのである」（訴願裁決取消請求→認容／棄却）

・職権探知主義：行政裁判法では肯定、現行法は規定がなく、認められていない(通説)

3. 釈明権・釈明処分

・原則：積極的に行使すべき

・釈明処分の特則(§23/2)：対象及び関連する処分・裁決に関する資料の提出・送付嘱託が可能

→制裁は法定されていないが、裁判官の心証形成の面で不利とされる

∵当事者対等の原則を掲げて行政主体が資料提出を拒むことがあったため、行政過程では説明責務を負う以上、訴訟でも説明責務を負うことを明確にしたもの

§23/2-1 裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、必要があると認めるときは、次に掲げる処分をすることができる

一 被告である国若しくは公共団体に所属する行政庁又は被告である行政庁に対し、処分又は裁決の内容、処分又は裁決の根拠となる法令の条項、処分又は裁決の原因となる事実その他処分又は裁決の理由を明らかにする資料（次項に規定する審査請求に係る事件の記録を除く。）であつて当該行政庁が保有するものの全部又は一部の提出を求めること

二 前号に規定する行政庁以外の行政庁に対し、同号に規定する資料であつて当該行政庁が保有するものの全部又は一部の送付を嘱託すること

#2 裁判所は、処分についての審査請求に対する裁決を経た後に取消訴訟の提起があつたときは、次に掲げる処分をすることができる

一 被告である国若しくは公共団体に所属する行政庁又は被告である行政庁に対し、当該審査請求に係る事件の記録であつて当該行政庁が保有するものの全部又は一部の提出を求めること

二 前号に規定する行政庁以外の行政庁に対し、同号に規定する事件の記録であつて当該行政庁が保有するものの全部又は一部の送付を嘱託すること

4. 職権進行主義：行訴にも妥当。訴訟の手続面は裁判所に委ねられている

5. 訴訟参加・第三者の再審の訴え(§22,23,34)

・訴訟参加の意義:係属中の訴訟に当事者以外の第三者が自己の権利を擁護するため参加すること

・第三者の訴訟参加(§22)

∵取消判決の第三者効・拘束力で不利益を受ける第三者の権利利益の救済

第三者の参加と攻撃防御の機会付与で訴訟資料を豊富にし事案の適正な裁判を可能にする

§22 裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる

#2 裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならない

【#3：第三者の却下決定に対する即時抗告、#4：民訴 40-1~3 の準用、#5：民訴§45-3,4 の準用】

＊対象：「権利を害される」第三者だが、「法律上の利益」(§9-1)を害される者なら可能

・例：収用裁決取消訴訟における企業者、建築確認取消訴訟における当該建物の開発業者、免許拒否処分における免許を付与された競願者、労委救済申立て棄却命令取消訴訟の使用者

【最決平 8.11.1 判時 1590-144】労委の救済申立て棄却命令取消訴訟での使用者(肯定)

・参加可能な第三者への訴訟告知の義務：否定 ← 肯定しないと機能不全では？

【東京地判平 10.7.16 判時 1654-41】第三者への訴訟告知の義務を否定

・第三者の再審の訴え(§34)：判決確定後もやむを得ない場合に第三者に再審の訴えを認める

※民訴法上の再審も可能である

§34-1 処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかつたため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかつたものは、これを理由として、確定の終局判決に対し、再審の訴えをもつて、不服の申立てをすることができる【#2：主観的出訴期間 30 日、#3：30 日は不変期間、#4：客観的出訴期間は判決確定後 1 年】

・行政庁の訴訟参加(§23)：処分・裁決行政庁(§11-6)以外の行政庁を参加させるもの

∵実質的に関与した行政庁を参加させ、訴訟資料を豊富にし、適正な裁判を可能にする

§11-6 処分又は裁決をした行政庁は、当該処分又は裁決に係る第一項の規定による国又は公共団体を被告とする訴訟について、裁判上の一切の行為をする権限を有する

§23-1 裁判所は、処分又は裁決をした行政庁以外の行政庁を訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、当事者若しくはその行政庁の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その行政庁を訴訟に参加させることができる【#2：事前の当事者・当該行政庁の意見聴取義務、#3：民訴 45-1,2(補助参加人の訴訟行為)準用】

・例：処分案を具申する下級行政庁、指揮監督する上級行政庁、同意・協議行政庁、審査庁など

・行政庁の訴訟参加は被告側にのみ認められる ∵原告側に認めると機関訴訟類似の関係になる

・補助参加：民訴 42 に基づく補助参加は可能(通説)

【最決平 15.1.24 集民 209-59】産廃処理施設の周辺住民の補助参加(肯定)[H14 行フ 7]

補助参加申立てに対する異議申立て→補助参加許可決定→抗告棄却→許可抗告：一部却下・一部棄却

本件で取消判決が確定すると原則許可処分がされるが、廃棄物処理法 15-2: 1,2、廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則 12/3 を参照すれば、同法 15-1 は「周辺地域に災害が発生することを未然に防止するという観点からも上記の技術上の基準に適合するかどうかの審査を行うことを定めている……人体に有害な物質を含む産業廃棄物の処理施設である管理型最終処分場については，設置許可処分における審査に過誤，欠落があり有害な物質が許容限度を超えて排出された場合には，その周辺に居住する者の生命，身体に重大な危害を及ぼすなどの災害を引き起こすことがあり得る。このような同項の趣旨・目的及び上記の災害による被害の内容・性質等を考慮すると，同項は，管理型最終処分場について，その周辺に居住し，当該施設から有害な物質が排出された場合に直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命，身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む……上記の範囲の住民に当たることが疎明された者は，民訴法４２条にいう「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」に当たる」→疎明は認められるので適法

6. 司法審査の範囲

・法解釈：行政庁の解釈通達等に拘束されない

・事実認定

＊原則：覆審的審査＝独自の立場で全面的に審査する

＊例外：実質的証拠法則＝事実認定に実質的な証拠があれば覆審的審査をしない

【最判昭 50.7.10 民集 29-6-888】和光堂・明治商事粉ミルク再販事件[S46 行ツ 82]

「法八〇条は、審決取消訴訟につきいわゆる実質的証拠の原則を採用し、審決の認定した事実は、これを立証する実質的証拠があるときは裁判所を拘束する旨を定めている。したがつて、裁判所は、審決の認定事実については、独自の立場で新たに認定をやり直すのではなく、審判で取り調べられた証拠から当該事実を認定することが合理的であるかどうかの点のみを審査するのであつて、右訴訟の提起があつたときは、裁判所は被上告委員会に対して当該事件記録の送付を求めるべきものとされ（法七八条）、また、右訴訟においては、審判で取り調べられなかつた証拠の提出が制限され、裁判所が新たな証拠を取り調べる必要があると認めるときは、被上告委員会に事件を差し戻すべきこととされている（法八一条）のは、これを前提とする……このような審判と訴訟との関係からすれば、審判は、制度上訴訟の前審手続ではないけれども、審判で取り調べられた証拠はすべて当然に裁判所の判断資料とされるべきものであり、右証拠につき改めて通常の訴訟におけるような証拠調に関する手続を行う余地はない」（独禁法に基づく公取委の排除命令(審決・再販価格維持行為)→棄却／棄却）

・実質的証拠がないとして審決を取り消した例

【最判昭 37.4.12 民集 16-4-781】土地調整委員会の裁定

【東京高判昭 59.4.12 行集 35-2-144】公取委の審決

＊明文規定がない場合、実質的証拠法則は認められない ← 行政審判手続なら認めるべき

・行手法の聴聞手続について実質的証拠法則を認めるべきとの学説はない(行政審判より略式)

【最判昭 47.4.21 民集 26-3-567】高等海難審判庁の裁決(実質的証拠法則認めず)

・裁量審査(§30)：裁量権の逸脱・濫用がないと違法にならない

→裁量権の範囲はその処分の趣旨・目的等によって異なる

§30 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる

第２款　違法事由の主張

1.　違法事由の主張の制限(§10)

・主張制限(#1)：自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として主張できない

∵取消訴訟は主観訴訟ゆえ、自己の法律上の利益に関係ない違法事由は主張できない

※「自己の法律上の利益」は§9-2 を適用して柔軟に解するべき

#1 取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない

【最判昭 32.12.24 民集 11-14-2336】日本通運事件[S31 オ 58]

不当労働行為救済命令申立てに対する審査命令取消請求→棄却／棄却

「労働組合法第五条の立法趣旨は、労働委員会をして同法第二条および第五条第二項の要件を欠く組合の救済申立を拒否せしめることにより、間接に、組合が右各法条の要件を具備するように促進することにある……この点から、第五条は、労働委員会に、申立組合が右要件を具備するかどうかを審査し、この要件を具備しないと認める場合にはその申立を拒否すべき義務を課していることは明らか……この義務は、労働委員会が、組合が第二条および第五条第二項の要件を具備するように促進するという国家目的に協力することを要請されている意味において、直接、国家に対し負う責務にほかならず、申立資格を欠く組合の救済申立を拒否することが、使用者の法的利益の保障の見地から要求される意味において、使用者に対する関係において負う義務ではない……それ故、仮に資格審査の方法乃至手続に瑕疵がありもしくは審査の結果に誤りがあるとしても、使用者は、組合が第二条の要件を具備しないことを不当労働行為の成立を否定する事由として主張することにより救済命令の取消を求め得る場合のあるのは格別、単に審査の方法乃至手続に瑕疵があることもしくは審査の結果に誤りがあることのみを理由として救済命令の取消を求めることはできない」（申立て組合が労組法２条の要件を欠くと主張）

【最判平 1.2.17 民集 43-2-56】新潟空港事件[前掲 S57 行ツ 46]

「上告人が本件各免許の違法事由として具体的に主張するところは、要するに、（１）被上告人が告示された供用開始期日の前から本件空港の変更後の着陸帯Ｂ及び滑走路Ｂを供用したのは違法であり、このような状態において付与された本件各免許は法一〇一条一項三号の免許基準に適合しない、（２）本件空港の着陸帯Ａ及びＢは非計器用であるのに、被上告人はこれを違法に計器用に供用しており、このような状態において付与された本件各免許は右免許基準に適合しない、（３）日本航空株式会社に対する本件免許は、当該路線の利用客の大部分が遊興目的の韓国ツアーの団体客である点において、同条同項一号の免許基準に適合せず、また、当該路線については、日韓航空協定に基づく相互乗入れが原則であることにより輸送力が著しく供給過剰となるので、同項二号の免許基準に適合しない、というものであるから、上告人の右違法事由の主張がいずれも自己の法律上の利益に関係のない違法をいうものである……そうすると、本件請求は、上告人が本件各免許の取消しを訴求する原告適格を有するとしても、行政事件訴訟法一〇条一項によりその主張自体失当として棄却を免れないことになるが、その結論は原判決より上告人に不利益となり、民訴法三九六条、三八五条により原判決を上告人に不利益に変更することは許されないので、当裁判所は原判決の結論を維持して上告を棄却するにとどめる」

・原処分主義と裁決主義(#2)

＊原処分主義：原処分の違法は原処分の取消訴訟のみによって争われるべき(§10-2)

→裁決固有の瑕疵しか主張できない

※原処分の取消訴訟の出訴期間の遵守に注意を要する（もっとも、裁決後に起算される）

∵両方提起時の審理順序、裁決取消訴訟での原処分執行停止・認容判決の原処分への効果に疑い

#2 処分の取消しの訴えとその処分についての審査請求を棄却した裁決の取消しの訴えとを提起することができる場合には、裁決の取消しの訴えにおいては、処分の違法を理由として取消しを求めることができない

・適用対象は棄却裁決の取消の訴えのみ

∵却下裁決では本案審理がないため、裁決固有の瑕疵・判断の違法性しか主張しようがない

＊裁決主義:個別法で裁決取消訴訟のみ提起できるとされる場合 → 原処分の違法も主張できる

例：鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律§50

【最判昭 61.6.10 判例自治 33-56】原処分の無効等確認訴訟等すべての抗告訴訟が許されない

2. 違法性の承継：処分の不可争力の例外

・要件(学説)：先行処分と後行処分の関係が密接(→判例の「同一の目的」を達成するため)

＋先行処分段階での原告の手続保障が不十分

※例外措置ゆえ、先行処分の取消訴訟＞無効等確認訴訟＞違法性の承継の順に検討する

＊対象：都計法の事業認可と土地収用法の収用裁決

土地収用法の事業認定と収用裁決(土地収用法上、告知がされるため無理ではないか)

⇔所得税法の更正処分と滞納処分には認められない

・判例：同一目的基準＋先行処分での手続保障の不十分さ

【最判平 21.12.17 民集 63-10-2631】新宿区タヌキの森訴訟[前掲 H21 行ヒ 145]

安全認定・建築確認処分取消請求等→一審：認定却下、確認棄却→控訴：確認・取消認容、余棄却→上告棄却

接道義務を強化する都条例の適用除外認定（安全認定）に続く建築確認処分の両方の取消請求。控訴審は安全認定が区長の裁量権逸脱又は濫用で違法ゆえ条例違反として建築確認処分取消を認容。

「建築確認における接道要件充足の有無の判断と，安全認定における安全上の支障の有無の判断は，異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが，もともとは一体的に行われていたものであり，避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるもの……安全認定は，建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり，建築確認と結合して初めてその効果を発揮する……安全認定があっても，これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず，建築確認があるまでは工事が行われることもないから，周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない……安全認定について，その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難……仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても，その者において，安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく，建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて，その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない……以上の事情を考慮すると，安全認定が行われた上で建築確認がされている場合，安全認定が取り消されていなくても，建築確認の取消訴訟において，安全認定が違法であるために本件条例４条１項所定の接道義務の違反があると主張することは許される」

第３款　理由の追加・差替え

1. 意義：処分時の理由に追加して／替えて、異なる理由を取消訴訟で被告が主張できるか

→恣意的判断の抑制・不服申立ての便宜という理由提示の趣旨に則して判断すべき

＊一部認容説：申請拒否処分のみ認容（不利益処分では不可）

∵紛争の一回的解決の要請が強い・申請拒否処分は申請人は従前と比べ不利益がない

＊一部否定説：聴聞手続きを経た場合等は認められない

∵不利益処分の原因となる事実を明らかにしてなされる聴聞制度等の趣旨を没却する

＊同一性説：理由の追加・差し替えにより処分の同一性が失われる場合は認められない

＊否定説：理由提示義務やその目的に反するので認められない

2. 判例：原則として許される　∵慎重考慮担保機能は具体的に記載させれば実現される

←他の理由については慎重考慮が働かない、不服申立ての便宜を図れなくなる

←どっちみち別理由で同じ処分がされる、義務付け訴訟が併合提起されれば判断必要

【最判昭 53.9.19 判時 911-99】理由の追加・差替えの可否(肯定)[S51 行ツ 113]

免許期限変更不許可処分取消請求→棄却／取消認容(予備的主張排斥)／破棄自判(控訴棄却)

「一般に、取消訴訟においては、別異に解すべき特別の理由のない限り、行政庁は当該処分の効力を維持するための一切の法律上及び事実上の根拠を主張することが許されるものと解すべきであるところ、本件においては、右特別の理由があるものとは認められない」原審は「審査基準を異にする処分は別個の処分と考えられること、及び上告人が行政庁として依拠していない審査基準によつて裁判所が本件処分の適否を判断することは司法審査権の及ばない事項について判断することになるおそれがあること、を挙げている。しかし、本件処分は、被上告人からの本件免許期限の変更を求める申請に対する応答としてされたものであり、しかも、本来、法一二〇条二項の趣旨に従い、免許期限の変更を許すことが公衆の利益に反しないかどうかを基準としてその許否を審査すべきところを、誤つて、法六条一項を基準としてこれを審査したものにすぎないのであるから、いま、裁判所が、法一二〇条二項の趣旨に従い、免許期限の変更を許すことが公衆の利益に反しないかどうかを基準として本件処分の適否を判断したからといつて、これによつて本件処分と別個の新たな処分をしたことになるとはいえないし、また、司法審査権の限界を逸脱したものであるともいえない。原審は、また、上告人が依拠していない審査基準によつて裁判所が本件処分の適否を判断することは、被上告人から本件免許の期限変更についての法律の定める行政手続の保障をはく奪することにより許されないとするが、法一二〇条二項の趣旨に従い、公衆の利益に反しないかどうかを基準として免許期限の変更の許否を審査する場合について、法六条一項を審査基準とする新免許の付与の場合よりも一層丁重な手続を踏むことが法律上要求されているわけではないから、いま、裁判所が、法一二〇条二項の趣旨に従い、本件免許期限の変更を許すことが公衆の利益に反しないかどうかを基準として本件処分の適否を判断したとしても、被上告人から法律の定める行政手続の保障をはく奪することにはならない」

【最判平 11.11.19 民集 53-8-1862】逗子情報公開訴訟[前掲 H8 行ツ 236]

住民監査請求の公文書一部公開拒否処分取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告：破棄差戻し

条例で「非公開決定の通知に併せてその理由を通知すべきものとしているのは…（恣意抑制、不服申立ての便宜が目的で）…そのような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（実際には、非公開決定の通知書にその理由を付記する形で行われる。）自体をもってひとまず実現される……本件条例の規定をみても、右の理由通知の定めが、右の趣旨を超えて、一たび通知書に理由を付記した以上、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ものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はない」

・法律上理由提示が義務付けられていない処分で理由の追加・差替えを肯定

【最判昭 49.4.18 訟月 20-11-175】【最判昭 50-6-12 訟月 21-7-1547】白色申告(肯定)

・課税処分：総額主義（取消訴訟は実質的に租税債務不存在確認訴訟ゆえ、理由の差替え可）

←文面上は理由の差替えは再更正処分によるべきだから、同一性説によるべき(有力)

【最判昭 56.7.14 民集 35-5-901】課税処分取消訴訟での理由の追加[昭 52 行ツ 62]

法人税更正処分取消請求→一審：一部認容→控訴：取消棄却→上告棄却

「(一) 宅地の分譲販売等を業とする上告人は、本件係争事業年度において本件不動産を 7600 万 9600 円で取得しこれを 7000 万円で販売したものとして、右事業年度の法人税につき青色申告書による確定申告をした、(二) これに対して、被上告人は、本件不動産の取得価額は 6000 万円であるとして、他の理由とともにこれを更正の理由として更正通知書に附記し、本件更正処分をした、(三) ところが、被上告人は、本訴における本件更正処分の適否に関する新たな攻撃防禦方法として、仮に本件不動産の取得価額が 7600 万 9600 円であるとしても、その販売価額は 9450 万円であるから、いずれにしても本件更正処分は適法であるとの趣旨の本件追加主張をした、というのであって、このような場合に被上告人に本件追加主張の提出を許しても、右更正処分を争うにつき被処分者たる上告人に格別の不利益を与えるものではないから、一般的に青色申告書による申告についてした更正処分の取消訴訟において更正の理由とは異なるいかなる事実をも主張することができると解すべきかどうかはともかく、被上告人が本件追加主張を提出することは妨げないとした原審の判断は、結論において正当」

【最判平 4.2.18 民集 46-2-77】青色申告に対する更正処分取消訴訟(同旨)

3. 新証拠提出の制限：実質的証拠法則が法定されている場合は解釈で制限される

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3254】東京 12 チャンネル事件[前掲 S40 行ツ 73]

第４款　基準時

1. 意義：違法判断を行う場合に、いつの法令・事実状態を基準に判断すべきか

・処分時説：行政処分が行われた時点での法令・事実状態を基準に判断する

・判決時説：事実審口頭弁論終結時における法令・事実状態を基準に判断する

∵①取消訴訟の本質を行政庁の判断で生じた違法状態の排除・行政処分の適法性の判断とみる

→取消判決後、現在の法令に従って同様の処分がされる二度手間を防ぎうる

←瑕疵の治癒を認めれば足りる

②薬害や公害では判決時で判断しないと生命・身体の安全を害する

・取消訴訟は処分時説、不作為の違法確認・義務付け訴訟は判決時説

←不利益処分の対象となった行為が処分後に適法となった場合は判決時説でよい

2. 判例：処分時説

【最判昭 27.1.25 民集 6-1-22】適用法令について処分時説を採用[S25 オ 220]

「行政処分の取消又は変更を求める訴において裁判所の判断すべきことは係争の行政処分が違法に行われたかどうかの点である。行政処分の行われた後法律が改正されたからと言つて、行政庁は改正法律によつて行政処分をしたのではないから裁判所が改正後の法律によつて行政処分の当否を判断することはできない。本件買収計画は……改正前の自作農創設特別措置法附則二項によつて定められたのであるから、原判決が本件買収計画が右附則二項による計画として適法であるかどうかを審理したのは当然である。前記法律二四一号附則二条は改正法施行前に前記附則二項による買収計画に関してされた手続は改正後の法律の六条の二、三、五の規定によりされた手続とみなす旨の規定であることは論旨のとおりであるが、右は改正前の法律による手続が改正法による手続としての効力を有する趣旨の規定に過ぎず、改正前の法律にてらして違法があつた計画が法律の改正によつて適法になる理由はないのであるから、所論のように本件買収計画が適法であるかどうかについて改正後の法律によつて判断すべきものではない」（農地買収処分取消請求→認容／棄却）

【最判昭 28.10.30 行集 4-10-2316】事実状態についても処分時説[S26 オ 412]

「行政処分の取消又は変更を求める訴において，裁判所が行政処分を取り消すのは、行政処分が違法であることを確認してその効力を失わせるのであつて、弁論終結時において、裁判所が行政庁の立場に立つて、いかなる処分が正当であるかを判断するのではない。所論のように弁論終結時までの事情を参酌して当初の行政処分の当否を判断すべきものではない（最判昭 27.1.25 参照）」（自創法の違法処分取消請求→棄却／棄却）

【最判昭 34.7.15 民集 13-7-1062】未墾地買収処分完了後の事実を斟酌して違法とできない

＊処分時には存在しなかった知見が明らかになった場合 → 法令解釈・事実認定は現在の知見

【最判平 4.10.29 民集 46-7-1174】伊方原発訴訟 [S60 行ツ 133]

「右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、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た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、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべき」

3. 行政処分の基準時：申請後の法令改正等で許可要件を満たさずに不許可処分となった場合

・申請時説(申請時に適法だったから許可すべきだった)⇔処分時説(処分時に無理なら仕方ない)

【金沢高支判昭 57.12.12 判時 1104-57】処分時説を採用

【広島高判昭 43.7.30 行集 19-7-1346】処分時が原則だが、遅延させた場合は例外

【最大判昭 50.4.30 民集 29-4-572】薬局距離制限判決[S43 行ツ 120]

「行政処分は原則として処分時の法令に準拠してされるべきものであり、このことは許可処分においても同様であつて、法令に特段の定めのないかぎり、許可申請時の法令によつて許否を決定すべきものではなく、許可申請者は、申請によつて申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得するものではないから、右のように解したからといつて法律不遡及の原則に反することとなるものではない……本件許可申請は所論の改正法施行の日の前日に受理されたというのであり、被上告人が改正法に基づく許可条件に関する基準を定める条例の施行をまつて右申請に対する処理をしたからといつて、これを違法とすべき理由はない」

【大阪高判平 2.10.31 判時 1396-42】違法な処理遅延なら新法適用での不許可は許されない

第５款　主張立証責任の基本

1. 主張責任：立証責任と一致する(有力)・一致しない(有力)

   ∵権利制限・義務賦課処分については、行政庁の理由提示義務(行手 8,14)に照らして、行政過程の説明責任が司法過程でも貫徹されるべきゆえ、適法要件を具備することの主張責任は被告たる行政庁が負うべき

2. (客観的)立証責任：どちらに課せられるかの定説はない

   →判例は民訴と同じとするが、行政庁に主張・立証を尽くす義務を課す場合がある

   【最判平 12.7.18 判時 1724-29】取消訴訟の因果関係の立証の程度(民事訴訟と同じ)

   【最判昭 42.4.7 民集 21-3-572】裁量権の逸脱・濫用の立証責任は原告が負う(無効等確認)

   【最判平 4.10.29 民集 46-7-1174】伊方原発訴訟(行政庁の主張立証義務)[S60 行ツ 133]

   「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」同じ立場で判断の上棄却した原審は相当（原子炉設置許可処分取消請求→棄却／棄却／棄却）

第４節　取消訴訟の終了

第１款　取消訴訟の終了

1. 判決の種類
   - 訴訟判決：却下判決
   - 本案判決：棄却判決(処分が違法ではない or 事情判決)・認容判決(取消判決)
     →原則的に処分の違法性を審判するが、差戻す場合もある(独禁 81-3、土地利用調整 53-3)
2. 事情判決(§31-1)：請求棄却判決の一種。処分等が違法であることに既判力が及ぶ
   →後続する国賠訴訟で当該処分の違法は前提となる(→双方とも上訴可能)
   §31-1 取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない
   - 事情判決がされた例
     【札幌地判平 9.3.27 判時 1598-33】二風谷ダム事件(ダム建設にかかる収用裁決、建設完了)
     【広島地判昭 59.10.17 行集 35-10-1656】土地区画整理事業の換地処分
     【大阪地判昭 57.2.19 行集 33-1=2-118】近鉄特急事件一審(近鉄・他社の特急運行に影響)
     【横浜地判平 18.5.22 判タ 1262-137】横浜市公立保育所廃止条例一審(新設保育所ができた)
   - 工事完了が訴えの利益消滅ではなく、事情判決の考慮事情とされた例
     【最判平 4.1.24 民集 46-1-54】土地改良事業施行認可処分[前掲 H2 行ツ 153]
     土地改良事業施行認可処分取消請求→却下(社会通念上、法的に原状回復不可能)／棄却／破棄自判(取消差戻)
     「本件認可処分が取り消された場合に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法三一条の適用に関して考慮されるべき事柄であって、本件認可処分の取消しを求める上告人の法律上の利益を消滅させるものではない」
   - 中間違法宣言判決(§31-2)：民訴の中間判決に相当し、これを前提に事情判決かどうかを審理
     →事情判決に持ち込むため、行政庁が損害賠償に積極的になるなど、事実上の和解勧告機能
     §31-2 裁判所は、相当と認めるときは、終局判決前に、判決をもつて、処分又は裁決が違法であることを宣言することができる【#3：終局判決の事実・理由に中間違法宣言判決の引用を認める】
3. 原告の死亡による訴訟手続の終了
   - 一身専属的権利の場合、原告死亡で裁判所の訴訟指揮権に基づく決定で訴訟が終了する
     【最大判昭 42.5.24 民集 21-5-1043】朝日訴訟(生活保護受給権は一身専属権)
     【最判昭 49.12.10 民集 28-10-1868】旭丘中学事件(免職処分取消訴訟は承継˙.˙給料請求権)
     【最判平 9.1.28 民集 51-1-250】開発許可取消訴訟は終了(生命・身体の安全は一身専属権)

第２款　判決の効力

1. 形成力：取消判決は行政庁による取消を要せずに処分を遡って失効させる(形成権説：通説)
2. 第三者効(対世効)：取消判決は第三者に対しても効力を有する(§32-1)
   - 特例法では論争あり、行訴法で明文化し第三者の訴訟参加・再審の訴えを整備
     ∵形成力の効果(通説。既判力の主観的範囲の拡張説もありうるが、支持なし)
     §32-1 処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する【#2：執行停止決定・取消決定に準用】
   - 意義
     ＊原告と対立関係にある第三者：第三者効が及ぶことは争いなし
       →収用裁決取消訴訟で勝訴後、起業者に所有権確認請求等をしても負けてしまうのを防ぐ
     ＊一般処分や処分性ある立法行為につき、原告と利益を共通にする第三者：争いあり
       →鉄道料金値上げ認可で勝訴すると、他の利用者にも値上げの効果が失われるのか
     - 相対効説：第三者効は及ばない
       ∵同一行政処分も各請求者に取消請求権が成立し関連請求訴訟の併合(§13:5,16)、地自法 242/2-4 のような別訴禁止規定がなく原則的に統一的に審判される制度でない、主観訴訟ゆえ処分に対し訴訟を提起しなかった者まで効果を及ぼす必要がない、相対効でも行政庁は拘束力に従い事案に応じて適切に解決すると期待可
     - 絶対効説：第三者効は及ぶ ∵画一的に法効果を定めるべき、適法性保障機能の重視
     - 折衷説：原則絶対効、違法事由が原告関係か処分が性質上相対効でよければ相対効
3. 既判力：当該処分の違法性一般につき、確定判決後は別訴で争えなくなる
   ∵取消訴訟の訴訟物は当該処分の違法性一般だから(判例)
   - 但し、処分行政庁による職権取消しは妨げられない
     【最判昭 48.3.27 集民 108-529】取消訴訟で処分適法確定後は国賠訴訟で違法性を争えない
4. 拘束力(§33)：取消判決は、当該事件について処分・関係行政庁を拘束する(#1)
   →他の抗告訴訟・当事者訴訟・民衆訴訟・機関訴訟にも準用(§38-1,41-1,43)
   - 主観的範囲：指揮監督関係や同一の行政主体に属するものでなくてもよい
     →市町村長の処分で知事が審査庁の場合の知事(§255/2:2)、消防長(市町村の機関)の同意がないために知事が建築許可等を不許可とした場合の消防長(消防 7-1)など
     §33-1 処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する【#4：執行停止決定に準用】
   - 客観的範囲：主文に含まれる判断を導くために不可欠な理由中の判断(法的判断・事実認定とも)
     →傍論や要件事実を認定するための間接事実の認定には及ばない
   - 性質：特殊な効力(通説) ⇔ 既判力の現れ(有力)
     ∵既判力は対裁判所効ゆえ、原告救済の実効性保障のため特に定めた特殊な効力
   - 拒否処分等の取消判決(#2)：再度の処分・裁決をしなければならない(再度の申請等は不要)
     ＊違法の理由：実体的違法・手続的違法のいずれが理由でもよい
     #2 申請を却下し若しくは棄却した処分又は審査請求を却下し若しくは棄却した裁決が判決により取り消されたときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は審査請求に対する裁決をしなければならない

・許可処分・認容裁決の取消判決(#3)：効果は同じだが、理由は手続的違法に限られる

∵実体的違法なら再度処分・裁決をしても許可処分・認容裁決となる見込みがない

#3 前項の規定は、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合に準用する

・拘束力の外延：他の処分・措置の扱い

＊先行行為(違法性の承継の場合)：拘束力により先行行為を取消す義務が生じる

→収用裁決取消後の事業認定職権取消し、建築不許可処分取消後の消防長の不同意撤回など

＊後行行為：先行行為が取消された場合にそれを与件とする後行行為を取消す義務があるか

←そもそも無効であって、わざわざ取消すまでもない

【最決平 11.1.11 判時 1675-61】除名処分執行停止と繰上当選通知の扱い[H10 行フ 1]

「本件除名処分の効力停止決定がされることによって、同処分の効力は将来に向かって存在しない状態に置かれ、相手方の川島町議会議員としての地位が回復されることになり、これに伴って、相手方の除名による欠員が生じたことに基づいて行われた繰上補充による当選人の定めは、その根拠を失うことになるというべきであるから、関係行政庁である川島町選挙管理委員会は、右効力停止決定に拘束され、繰上補充による当選人の定めを撤回し、その当選を将来に向かって無効とすべき義務を負う」（町議会議員除名処分執行停止決定／棄却／棄却）

←議会側が繰上当選通知と矛盾し、この効力は公選法の当選争訟でしか争えないとして執行停止を争った

＊行政処分に基づく事実上の措置についての原状回復義務→訴えの利益が残るか否か

【名古屋高判平 8.7.18 判時 1595-58】係留船舶除却命令代執行完了後の原状回復義務(肯定)

【東京地判昭 44.9.25 判時 576-46】違法建築物除却命令に基づく除却工事完了後(否定)

【大阪高判昭 41-11-29 行集 17-11-1307】区画整理法に基づく建物移転工事完了後(否定)

【東京地判平 13.10.3 判時 1764-3】小田急高架橋事件一審(原状回復義務否定→事情判決不要)

・農地買収処分取消後の国の所有権移転登記抹消や課税処分取消後の税金の還付

→拘束力によるとする説と、拘束力ではなく実体法上の原状回復義務によるとする説がある

5. 反復禁止効：行政庁は、同一事情の下で同一理由により、同一処分を行うことが禁止される

→事情変更後や別の理由による再処分であればよい

∵行政庁が主張しなかった他の理由での再処分も禁止すると法律による行政の趣旨に反する

・性質：争いあり

＊拘束力の効果 ∵再処分は元の処分と別、既判力は判決理由中の判断に及ばない、実体法上の不作為義務であって訴訟法上の義務である既判力で説明するのはおかしい

＊既判力の効果 ∵再処分も実質的に元の処分と同一

・原則として同一事情の下で同一内容の処分をすること自体禁止(既判力説の１つ、有力)

∵別の理由も取消訴訟で提出可能だから、これを認めると原告の地位が不安定となり被告の真摯な訴訟追行も期待できない、取消判決の既判力は処分の違法性一般に及ぶ

←§33-2,3 で再考慮が認められており、別理由での再処分は予定されている

←取消訴訟で提出可能なのに提出しなかった理由による再処分は禁止されるべき

【最判昭 30.9.13 民集 9-10-1262】反復禁止効は拘束力の効果(特例法下の事案)

第５節　抗告訴訟における仮の救済

第１款　執行停止

1. 民保法による仮処分の排除(§44)

→ 当事者訴訟では仮処分が行いうる(有力) ∵§44 反対＋そうしないと仮の救済手段がない

§44 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない

2. 執行不停止原則(§25-1) ∵行政活動の停滞防止・行政目的の迅速・円滑な実現の重視

←執行停止原則(独など)かどうかは立法裁量

←退去強制処分や満足的仮処分以外の仮処分､出訴期間中の強制執行は執行停止原則にすべき

§25-1 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない

・行政処分即時発効原則(行政処分は到達時に直ちに効力を生じる)とあいまって事後救済が困難

←例外：職員団体の登録の取消し(出訴期間・訴訟係属中は不発効：国公 108/3-8、地公 53-8)

3. 執行停止制度(§25~29)：処分の効力・執行、手続の続行の全部又は一部を停止するもの

→執行停止義務：要件を満たす場合は文言上裁量のようでも義務的(有力)

§25-2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止(以下「執行停止」という)をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない

#3 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする

【#5:決定は疎明に基づく、#6：任意的口頭弁論、#7：即時抗告、#8：即時抗告の効力(執行不停止)】

・要件(積極要件：#2→①②、消極要件：#4→③④)

①本案訴訟の係属(§25-2、不適法なら不許) ⇔ 仮処分は本案訴訟係属前でも可能

②「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要がある」

・通常、損害要件と緊急性の要件は一体的に判断される

・H16 改正で「回復の困難な損害」→「重大な損害」に緩和、解釈規定新設(§25-3)

→金銭賠償で回復できる損害（財産損害）も対象となった

【最判平 19.12.18 判時 1994-21】「重大な損害」の判断[H19 行フ 5]

「相手方は，その所属する弁護士会から業務停止３月の懲戒処分を受けたが，当該業務停止期間中に期日が指定されているものだけで３１件の訴訟案件を受任していたなど本件事実関係の下においては，行政事件訴訟法２５条３項所定の事由を考慮し勘案して，上記懲戒処分によって相手方に生ずる社会的信用の低下，業務上の信頼関係の毀損等の損害が同条２項に規定する「重大な損害」に当たる」（執行停止申立て→認容→許可抗告棄却）

（田原補足）執行停止しないと本案訴訟中に処分期間が経過するが、信用等は損賠では回復できない。抗告人(日弁連)は改正前行訴法の高裁判例を挙げるが、執行停止の要件緩和を日弁連が求めていたから主張は採りえない。

【最決平 14.2.28 判時 1781-96】退去強制令書執行後の収容令書執行停止申立ては不適法

③４項除外事由がない(公共の福祉に重大な影響のおそれ／本案について理由がないとみえる)

#4 執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない

・これらの判断は②との相対評価となる

【東京地決昭 46.6.29 判時 633-23】満足的執行停止では④要件は緩やかに解してよい

【東京地決平 15.6.11 判時 1831-96】②が重大なら④は限定的に解する(退去強制令書執行)

【東京高決平 3.1.21 判例自治 87-44】東京体育館使用承認取消処分執行停止事件[H3 行ス 1]

「教育研究全国集会は、日教組傘下の団体の構成員が集会して教育問題に関する研究討議を行うものであつて、相手方組合の組合員は、同集会への参加により憲法二一条一項所定の集会、言論の自由を行使するものというべきところ、東京体育館の一般利用者及び周辺住民等が第三者の違法な妨害行為によつて被る多少の不便、不愉快は、憲法上保障されているこれらの自由を犠牲にしなければならない程度に重大であるとはいうことはできない……右翼団体の妨害行為による混乱ないし被害が予想されることによつて、本件取消処分の執行停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞れがあるとはいえない」(行政処分執行停止→即時抗告：棄却(日教組教研集会))

・手続：管轄裁判所は本案の係属する裁判所(§28)

＊原告の申立てにより、決定をもって行う(§25-2)：特例法時代や行審法 34-2 では職権も可

§28 執行停止又はその決定の取消しの申立ての管轄裁判所は、本案の係属する裁判所とする

4. 執行停止の内容と効果

・内容

＊処分の効力の停止：処分の執行・手続の執行では足りない場合のみ(#2 但書)

＊処分の執行の停止：強制手段を取ることを停止させる(退去強制令書発布後の強制送還など)

＊手続の続行の停止：後続処分を停止させる(事業認定に続く収用裁決など)

・違法性の承継が認められない段階的行為・異なる主体でも手続の続行の停止を申立て可能

例：国交大臣の事業認定取消訴訟で、収用委(都道府県)の手続の続行の停止は可能

【最決平 15.3.11 判時 1822-55】弁護士に対する戒告における効力の停止[H14 行フ 11]

(主)戒告処分効力停止・(予)戒告処分に基づく手続続行停止→認容→許可抗告：破棄自判(却下)

「弁護士に対する戒告処分は，それが当該弁護士に告知された時にその効力が生じ，告知によって完結する。その後会則９７条の３第１項に基づいて行われる公告は，処分があった事実を一般に周知させるための手続であって，処分の効力として行われるものでも，処分の続行手続として行われるものでもない……そうすると，本件処分の効力又はその手続の続行を停止することによって本件公告が行われることを法的に阻止することはできないし，本件処分が本件公告を介して第三者の知るところとなり，相手方の弁護士としての社会的信用等が低下するなどの事態を生ずるとしても，それは本件処分によるものではないから，これをもって本件処分により生ずる回復困難な損害に当たるものということはできない」

・効果：将来効のみ(処分時に遡及しない：通説・判例)

←事案によっては遡及効を認めるべき(cf.民保法の仮処分でもバックペイが認められる)

【最判昭 29.6.22 民集 8-6-1162】執行停止決定の効力[S27 オ 305]

「農地の元所有者が、その買収計画に対する行政処分取消の訴訟を提起し、その行政処分の執行停止決定を得たとしても債権者が右買収計画手続によつて農地の所有権を取得したとし、その保全のために元所有者を相手方としてした仮処分決定はその理由を失つたものと解すべきではない。何故ならば右執行停止決定は単に農地買収計画に基く買収手続の進行を停止する効力を有するだけであつて、すでに執行されたその手続の効果を覆滅して元所有者の所有権を確定する効力を有するものと解すべきではなく、従つて仮処分債権者の被保全権利は右の執行停止決定により直ちに失われたものとすることはできないからである。然らば右執行停止決定がなされたことによつて、本件仮処分の理由が消滅したものと言い得ない」（元所有者による仮処分決定取消請求→棄却／棄却）

＊第三者効(§32-1)、拘束力(§33-4)が認められる

・申請拒否処分の執行停止の申立ての利益：ない(通説) ∵§33-2 の再処分義務は準用されない

【大阪高決平 3.11.15 行集 42-11=12-1788】入学不許可処分の効力停止に申立ての利益なし

【名古屋地決昭 43.5.25 行集 19-5-935】就学校の指定処分の効力停止に申立ての利益なし

→いずれも行政庁は入学許可／別の就学校指定処分をする義務がないため

・集団示威行進許可申請は実質届出制ゆえ、不許可処分(＝中止命令)の執行停止の申立ては適法

【東京地決昭 42.7.10 行集 18-7-855】【東京地決昭 42.11.27 行集 18-11-1485】同旨

・期間満了時に期間の更新が予定されている処分の場合は、新たな処分の効力停止が認められる

【大阪高決平 1.8.10 行集 40-8-985】公立保育所入所措置期間満了時の別園入所措置(適法)

5. 執行停止の取消し(§26-1)：相手方の申立て→決定による

§26-1 執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる【#2：§25-5~8 の準用】

6. 内閣総理大臣の異議(§27)

・意義：異議により、裁判所は執行停止をすることができず、決定後は取消す(#4)

・合憲性と必要性

＊違憲説：執行停止制度は司法的救済の実効性確保に不可欠で司法権に属する(→裁判官の独立及び権力分立原理に反する)、申立人の執行停止の裁判を受ける権利を侵害する、当事者対等原則に矛盾する

【最大決昭 28.1.16 民集 7-1-12 真野補足】内閣総理大臣の異議は違憲(三権分立に反する)

＊合憲説：執行停止は本来行政作用で執行停止の最終判断権を留保したもの、被申立人に加担せず行政権の責任者として異議を述べるだけで当事者対等原則に反しない

【東京地判昭 44.9.26 行集 20-8=9-1141】合憲(執行停止は本来は行政作用ゆえ)

・合憲の場合の必要性：行政事件の公益と関わる特殊性を十分斟酌せず、容易に執行停止を認める恐れがあるから ← 行政権を過度に信頼し、濫用のおそれに無警戒

・行使方法：決定前→申立て却下となる、決定後→決定を取り消す(#1,#4)

§27-1 §25-2 の申立てがあつた場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする

#4 第一項の異議があつたときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない【#5：相手方は執行停止決定裁判所、抗告中は抗告裁判所】

＊異議には理由附記(#2)、その内容は公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ(#3)

→理由がないか、公共の福祉に関しない場合は裁判所は異議を無視しうる(通説)

#3 前項の異議の理由においては、内閣総理大臣は、処分の効力を存続し、処分を執行し、又は手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情を示すものとする【#2：理由附記】

【東京地判昭 44.9.26 行集 20-8=9-1141】異議の理由の実質的妥当性は審査不可

・異議の対象となる処分：行政主体や根拠法令を問わない

【東京地決昭 42.7.11 行集 18-7-893】都公安委の公安条例に基づく条件付許可で異議

・異議の適否の審査：国会に報告させ、政治的に責任を問う(#6)

#6 内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、第一項の異議を述べてはならず、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない

第２款　仮の義務付け・仮の差止め

1.　仮の義務付け：裁判に時間がかかるため、私人の権利利益救済の実効性確保が必要

→本案判決の前に暫定的に本案で求められている義務を行政庁に履行させる

・要件(§37/5-1)

①目的の処分等の不履行で生じる償うことのできない損害を避けるための緊急の必要(#1)

・改正前行訴法「回復の困難な損害」より厳格

・原則、金銭賠償が不可能な損害 ← 金銭賠償のみでは社会通念上著しく不合理な場合も含む

例：生活保護の申請許可(本案判決まで生活が持たない)

【東京地決平 18.1.25 判時 1931-10】仮の義務付けの最初の肯定例(保育所入所)

②本案について理由があるとみえるとき(#1)

③公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと(#3)

＋手続的要件(#1)：義務付けの訴えの提起、(原告の)申立て

§37/5-1 義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決が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り、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずること（以下この条において「仮の義務付け」という。）ができる

#3 仮の義務付け又は仮の差止めは,公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは,することができない

#4 §25-5 から#8【執行停止の手続】まで、§26 から§28 まで【事情変更による取消し、内閣総理大臣の異議、管轄裁】及び§33-1【拘束力】の規定は、仮の義務付け又は仮の差止めに関する事項について準用する

#5 前項において準用する§25-7 の即時抗告についての裁判又は前項において準用する§26-1 の決定により仮の義務付けの決定が取り消されたときは、当該行政庁は、当該仮の義務付けの決定に基づいてした処分又は裁決を取り消さなければならない

・効果：行政庁は命じられた処分等をする義務を負う(§37/5-4→33-1 による/性質上当然)

＊当該処分等の性質

・§37/5-1 に基づく仮の処分 → 勝訴後に再度処分等をする必要がある

・(仮の救済としての法定附款付の)行政実体法上に基づく本来の処分 → 再処分の必要はない

2.　仮の差止め

#2 差止めの訴えの提起があつた場合において,その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり,かつ,本案について理由があるとみえるときは,裁判所は,申立てにより,決定をもつて,仮に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることができる

・要件(§37/5-2)

①目的の処分等があると生じる償うことのできない損害を避けるための緊急の必要(#1)

例：弁護士に対する除名処分

②本案について理由があるとみえるとき(#1)

③公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと(#3)

＋手続的要件(#2)：差止めの訴えの提起、(原告の)申立て

第５章　抗告訴訟－その他

第１節　無効等確認訴訟

第１款　総論・訴訟要件

1. 意義：出訴期間・不服申立前置の制約のかからない準取消訴訟 → “時機に遅れた取消訴訟”

   ∵瑕疵が重大・明白だから、訴訟要件を緩くしてよい

   ・“無効等”＝無効確認のほか、有効確認、不存在確認、存在確認も認められるから

   §3-4 この法律において「無効等確認の訴え」とは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう

2. 訴訟要件

   ・原告適格(§36)のほか、処分性・狭義の訴えの利益・被告適格が問題となる

   ・出訴期間・不服申立前置は不要となる

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ないもの」の意義

   ・現在の法律関係に関する訴え：当事者訴訟及び争点訴訟をいう

   ※無効等の瑕疵がある行政処分は、公定力が及ばないから、そもそも別訴で争いうる

   ・当事者訴訟(§4)：公法上の法律関係に関する訴訟ゆえ、実質的当事者訴訟となる

   【最判平 11.7.15 判時 1692-140】懲戒免職処分無効を前提に退職手当支払請求をするもの

   ・争点訴訟(§45)：民訴だが、処分・採決の存否・効力が争われる場合

   →手続が当事者訴訟に準じる(#1,4 → 行政庁の訴訟参加など)

   ・例：権利取得裁決無効を前提に土地所有者が起業者に土地の返還を請求する訴訟

   §45-1 私法上の法律関係に関する訴訟において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無が争われている場合には、§23-1 及び#2【行政庁の訴訟参加】並びに§39【当事者訴訟での出訴の通知】の規定を準用する

   【#2：民訴 45-1,2=補助参加人の訴訟行為を準用、#3：争点消滅後の参加決定取消し】

   #4 第一項の場合には、当該争点について§23/2【釈明処分の特則】及び§24【職権証拠調べ】の規定を、訴訟費用の裁判について§35【訴訟費用の裁判の効力＝行政主体への効力】の規定を準用する

4. 原告適格(§36)

   §36 無効等確認の訴えは、当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該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で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないものに限り、提起することができる

   ・構成要素

   ①当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者

   ②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現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの（補充性）

   ・一元説(制約説)：(①or②）かつ③

   ・二元説(無制約説・有力)：①or（②かつ③）：前者を予防訴訟、後者を補充訴訟とする

   ＊予防訴訟の例：無効な建築物除却命令に基づく代執行阻止のため、除却命令の無効確認をする

   →一元説では、現在の法律関係に関する訴えの可否も検討しなければならない

   【最判昭 48.4.26 民集 27-3-629】滞納処分のおそれで予防訴訟たる無効等確認訴訟が可能

【最判平 4.9.22 民集 46-6-571】もんじゅ事件[前掲 H1 行ツ 130]

「行政事件訴訟法九条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条にいう当該処分の取消しを求めるにつき「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いうのであり、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、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有する…（最判昭 53.3.14、同昭 57.9.9、同平 1.2.17 参照）…当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべき……行政事件訴訟法三六条は、無効等確認の訴えの原告適格について規定するが、同条にいう当該処分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」の意義についても、右の取消訴訟の原告適格の場合と同義に解する」

・ ③の解釈

＊(法律関係)還元不能説：「現在の法律関係に関する訴えによつて」を重視

→訴えが不可能な場合に限り原告適格がある

＊目的達成不能説：「目的を達することができないもの」を重視

→訴えが可能でも目的を達することができなければ原告適格がある

＊直截・適切基準説(判例)：抗告訴訟と現在の法律関係に関する訴えのどちらが当該紛争の解決のためにより直接的で適切な争訟形態といえるかどうかで決定する

【最判昭 62.4.17 民集 41-3-286】無効等確認訴訟の原告適格の判断[S57 行ツ 97]

換地無効確認請求→棄却／取消却下／破棄差戻し

「土地改良事業の施行に伴い土地改良区から換地処分を受けた者が、右換地処分は照応の原則に違反し無効であると主張してこれを争おうとするときは、行政事件訴訟法三六条により右換地処分の無効確認を求める訴えを提起することができる……けだし、法五四条に基づく換地処分は、土地改良事業の性質上必要があるときに当該土地改良事業の施行に係る地域につき換地計画を定めて行われるものであり、右施行地域内の土地所有者等多数の権利者に対して行われる換地処分は通常相互に連鎖し関連し合っているとみられるのであるから、このような換地処分の効力をめぐる紛争を私人間の法律関係に関する個別の訴えによって解決しなければならないとするのは右処分の性質に照らして必ずしも適当とはいい難く、また、換地処分を受けた者が照応の原則に違反することを主張してこれを争う場合には、自己に対してより有利な換地が交付されるべきことを主張していることにほかならないのであって、換地処分がされる前の従前の土地に関する所有権等の権利の保全確保を目的とするものではないのであるから、このような紛争の実態にかんがみると、当該換地処分の無効を前提とする従前の土地の所有権確認訴訟等の現在の法律関係に関する訴えは右紛争を解決するための争訟形態として適切なものとはいえず、むしろ当該換地処分の無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な争訟形態というべきであり、結局、右のような場合には、当該換地処分の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴えによってはその目的を達することができないものとして、行政事件訴訟法三六条所定の無効確認の訴えの原告適格を肯認すべき」

【最判平 4.9.22 民集 46-6-571】もんじゅ事件[前掲 H1 行ツ 130]

行訴法 36 条は「処分の無効確認の訴えは、当該処分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に限り、提起することができるとの要件を定めているが、本件原子炉施設の設置者である動力炉・核燃料開発事業団に対する前記の民事訴訟は、右にいう当該処分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該当するものとみることはできず、また、本件無効確認訴訟と比較して、本件設置許可処分に起因する本件紛争を解決するための争訟形態としてより直截的かつ適切なものであるとも

いえないから、上告人らにおいて右民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、本件無効確認訴訟が同条所定の右要件を欠くことの根拠とはなり得ない。また、他に本件無効確認訴訟が右要件を欠くものと解すべき事情もうかがわれない」→却下判決を破棄差戻し（民事差止めと許可処分無効は先決問題ではない）

第２款　本案審理・判決

1. 取消訴訟の規定の準用(§38-1,2,3)

・抗告訴訟一般(#1)

＊訴訟要件関係：§11(被告適格),12(管轄), 13(移送)

＊本案審理関係：§16-19(併合訴訟),21(訴えの変更),22~23(訴訟参加),24(職権証拠調べ)

＊判決関係：§33(拘束力),35(訴訟費用裁判の拘束力)

・無効等確認訴訟のみ(#2,3)

＊本案審理関係：§10-2(原処分の瑕疵の主張制限),20(原処分・裁決の抗告訴訟の併合提起),
23/2(釈明処分の特則),25~29(執行停止),32-2(執行停止決定の第三者効)

・準用されないもの

＊訴訟要件関係：§8(不服申立前置),9(原告適格),14(出訴期間),15(被告の誤りの救済)

＊本案審理関係：§10-1(自己の法律上の利益に関係のない違法の主張制限)

∵実体法上無効であることを確認するだけなので、原告が誰でも判断は左右されない

←取消訴訟で主張できないのに、無効等確認訴訟で主張できるのに批判がある

＊判決関係：§30(裁量処分の取消),31(事情判決),32-1(判決の第三者効),34(第三者の再審)

2. 主張・立証責任：例外的救済ゆえ、その事由は原告が主張・立証すべき

←瑕疵の重大性は法解釈ゆえ、要件事実の存否自体の主張・立証責任は取消判決と同じに解するべき（→行政の説明義務を及ぼすべき）

【最判昭 34.9.22 民集 13-11-1426】無効原因の基準（重大・明白な違法）[前掲 S32 オ 252]

国宛自創法に基づく買収・売渡処分無効確認・取得登記抹消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「自作農創設特別措置法五条五号により買収除外の指定をすべきものをこの指定をしないで買収することは違法であり、従つて取消事由とはなるが、それだけでは、当然に、重大・明白な瑕疵として無効原因となるわけではない。すなわち無効原因となる重大・明白な違法とは、処分要件の存在を肯定する処分庁の認定に重大・明白な誤認があると認められる場合を指す……たとえば、農地でないものを農地として買収することは違法であり、取消事由となるが、それだけで、当然に、無効原因があるといい得るものではなく、無効原因があるというためには、農地と認定したことに重大・明白な誤認がある場合（たとえば、すでにその地上に堅固な建物の建つているような純然たる宅地を農地と誤認して買収し、その誤認が何人の目にも明白であるというような場合）でなければならない。従つて、無効原因の主張としては、誤認が重大・明白であることを具体的事実（右の例でいえば地上に堅固な建物が建つているような純然たる宅地を農地と誤認して買収したということ）に基いて主張すべきであり、単に抽象的に処分に重大・明白な瑕疵があると主張したり、若しくは、処分の取消原因が当然に無効原因を構成するものと主張することだけでは足りない」

【最判昭 42.4.7 民集 21-3-572】裁量権の逸脱・濫用の立証責任は原告が負う(無効等確認)

3. 判決の効力：既判力はあるが、形成力は認められない(確認ゆえ)。拘束力はある(§38→33)

・第三者効なし(§32-1 準用せず) ∵第三者効は形成力の効果ゆえ、確認判決に認める余地がない

←形式上は確認訴訟だが、実質は準取消訴訟で、瑕疵が重大明白なのだから、認めてよい

←周辺住民の建築確認無効確認を考えれば、第三者効がないと意味がない

【最判昭 42.3.14 民集 21-2-312】行訴特例法下での無効判決の第三者効[S38 オ 431]

「行政事件訴訟特例法のもとにおいては、行政処分取消判決は、当該訴訟の当事者に対して効力を有するにとどまらず、すべての第三者に対しても効力を有する……けだし、特例法一二条は、「確定判決は、その事件について関係の行政庁を拘束する。」と規定するにとどまり、行政処分取消判決は第三者に対しても効力を有する旨の規定はないけれども、行政上の法律関係はその性質上画一的に規制されるべきものであることに徴すれば、行政処分取消判決の形成力は第三者に及ぶものと解すべきであるからである……行政処分無効確認訴訟については、特例法になんらの規定がないのであるが、無効な行政処分によつて権利を侵害されたと主張する者は、現在の法律関係に関する訴の前提問題として行政処分の無効を主張しうるにとどまらず、直接、行政処分無効確認の訴を提起しうることが判例上肯認されてきた……その実質的理由は、期間の徒過等により行政上の不服申立ならびに行政処分取消の訴の提起が許されなくなつたような場合であつても、当該行政処分に重大かつ明白な瑕疵があるときは、行政処分無効確認の訴を提起することによつて、行政処分取消の訴を提起した場合と同様の救済を与えようとする趣旨であるから、右行政処分無効確認判決の効力は、行政処分取消判決の効力と同様に、訴訟の当事者のみならず、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しなければならない。もし、行政処分無効確認判決の効力が第三者に及ばないと解すべきものとすれば、特例法のもとで行政処分取消の訴の一変形として肯認されてきた行政処分無効確認の訴は、著しくその機能を損ずることになるのであつて、この意味においても、行政処分無効確認判決は、第三者に対しても、その効力を有するものと解するのが相当」（土地所有権保存登記抹消登記手続等請求→棄却／破棄自判・認容）

・事情判決は認められない ∵無効な処分について効力を維持し有効とするのは論理矛盾

←準取消訴訟ゆえ認めるべき、行訴法 31-1 の基礎にある法の一般原則から認めてよい

【大阪高判昭 61.2.25 判時 1199-59】換地処分無効確認で事情判決(∵法の一般原則)

第２節　不作為違法確認訴訟

第１款 総論・訴訟要件

1. 意義：行政庁が申請に対する処分に応答しないことの違法を確認するもの

   →行政庁は直ちに応答しなければならなくなる（但し、結論はどちらでもよい）

   §3-5 この法律において「不作為の違法確認の訴え」とは,行政庁が法令に基づく申請に対し,相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう

2. 訴訟要件

   ・原告適格(§37)のほか、処分性・狭義の訴えの利益・被告適格・不服申立前置が問題となる

   ・出訴期間は不要となる

3. 原告適格(§37)

   §37 不作為の違法確認の訴えは、処分又は裁決についての申請をした者に限り、提起することができる

   ・現実に申請をしていること

   ＊申請が適法である必要はない ∵申請制度は、不適法なら拒否処分をすべきだから

   ・法令に基づく申請権を有することは訴訟要件か(争いあり)

   ＊現実に申請を行っていれば足り、申請が法令に基づくか否かは本案の問題

   →法令に基づかない場合は棄却判決

   ＊訴訟要件説：現実に申請が行われていても、申請が法令に基づかない場合は却下判決

   【最判昭 47.11.16 民集 26-9-1573】訴訟要件説を採る

   ・「法令に基づく申請」の意義

   ＊法令の明文で規定されている必要があるか：不要(解釈)

   ・規定があっても、職権発動を促すにとどまる場合(応答義務がない場合)は私人の申請権が認められない(→判例の立場では却下となる)

   【最判昭 47.11.16 民集 26-9-1573】独禁法 45-1 の措置要求に私人の申請権はない

   ・国有財産の売払いは行政行為ではなく民法上の法律行為ゆえ、民事訴訟で争うべき

   【最大判昭 46.1.20 民集 25-1-1】買収農地旧所有者の売払申請に不作為違法確認は不適法

第２款　本案審理・判決

1.　「相当の期間」の経過：通常必要な期間の経過後は、特段の事情がないと違法

【東京地判昭 39.11.4 行集 15-11-2168】相当の期間の経過の意義[S39 行ウ 20]

「相当の期間経過の有無は、その処分をなすに通常必要とする期間を基準として判断し、通常の所要期間を経過した場合には原則として被告の不作為は違法となり、ただ右期間を経過したことを正当とするような特段の事情がある場合には違法たることを免れる」（運賃変更認可申請への不作為違法確認請求→認容→その後不明）

・行手法§6(標準処理期間)との関係：当然には一致しない

→重要な参考資料だが、行政庁の設定が長すぎたり短すぎたりする可能性はあるから

・特段の事情の判断例

【熊本地判昭 51.12.15 判時 835-3】水俣病認定申請者激増は特段の事情

【東京地判昭 52.9.21 行集 28-9-973】建築確認で相当・真摯な行政指導は特段の事情

2.　取消訴訟の規定の準用(§38-1,4)

・抗告訴訟一般(#1)

＊訴訟要件関係：§11(被告適格),12(管轄), 13(移送)

＊本案審理関係：§16-19(併合訴訟),21(訴えの変更),22~23(訴訟参加),24(職権証拠調べ)

＊判決関係：§33(拘束力),35(訴訟費用裁判の拘束力)

・不作為の違法確認訴訟のみ(#4)

＊訴訟要件関係：§8(不服申立前置)

＊本案審理関係：§10-2(原処分の瑕疵の主張制限)

・準用されないもの

＊訴訟要件関係：§9(原告適格),14(出訴期間),15(被告の誤りの救済)

＊本案審理関係：§10-1(違法の主張制限),20(原処分・裁決の抗告訴訟の併合提起),
23/2(釈明処分の特則),25~29(執行停止),32-2(執行停止決定の第三者効)

＊判決関係：§30(裁量処分の取消),31(事情判決),32-1(判決の第三者効),34(第三者の再審)

3.　判決の効果

・行政庁は申請に対する処分を義務付けられる ∵§38-1 →§33(拘束力)

第３節　義務付け訴訟

第１款 総論

1. 意義：H16 改正で新設、それ以前は法定外抗告訴訟として認められる場合があった

§3-6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、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

・申請型義務付け訴訟(2 号義務付け訴訟)：申請が前提となり、許可処分の義務付けを求める

＊不作為違法確認訴訟との併合提起

＊取消訴訟(無効等確認訴訟)との併合提起

二 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かかわらずこれがされないとき

・非申請型義務付け訴訟(１号義務付け訴訟・直接型義務付け訴訟)：申請を前提しない

＊行政介入請求権としてなされるもの → 第三者への不利益処分の義務付けを求める

一 行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされないとき（次号に掲げる場合を除く。）

2. 性質：給付訴訟とされる

第２款 申請型義務付け訴訟

1. 訴訟要件(§37/3-1~3,7)

・要件①―不作為又は拒否処分の瑕疵(#1)

＊不作為型：不作為の違法確認訴訟の要件にあたること(1 号)

＊拒否処分型：取消訴訟又は無効等確認訴訟の要件にあたること(2 号)

※非申請型のような損害の重大性・補充性の要件は不要

§37/3-1 §3-6:2 に掲げる場合において、義務付けの訴えは、次の各号に掲げる要件のいずれかに該当するときに限り、提起することができる

一 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

二 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

・要件②―原告適格(#2)：法令に基づく申請・審査請求をした者 → 法文より、訴訟要件説

#2 前項の義務付けの訴えは、同項各号に規定する法令に基づく申請又は審査請求をした者に限り、提起することができる

・要件③―併合提起(#3)：不作為の違法確認訴訟、取消訴訟、無効等確認訴訟の併合提起

∵これらの訴訟の判決を先にすることにより紛争の迅速な解決をなしうる場合があるから

#3 #1 の義務付けの訴えを提起するときは、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める訴えをその義務付けの訴えに併合して提起しなければならない。この場合において、当該各号に定める訴えに係る訴訟の管轄について他の法律に特別の定めがあるときは、当該義務付けの訴えに係る訴訟の管轄は、§38-1 において準用する§12 の規定にかかわらず、その定めに従う

一 #1:1 に掲げる要件に該当する場合　同号に規定する処分又は裁決に係る不作為の違法確認の訴え

二 #1:2 に掲げる要件に該当する場合　同号に規定する処分又は裁決に係る取消訴訟又は無効等確認の訴え

・要件④－原処分主義(#7)：原処分の取消訴訟等ができない場合のみ、裁決義務付け訴訟が可能

→不利益処分に係る棄却裁決は取消訴訟、申請に対する処分の裁決は原処分を争えばよい

#7 第一項の義務付けの訴えのうち、行政庁が一定の裁決をすべき旨を命ずることを求めるものは、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に限り、提起することができる

2. 本案審理(§37/3-4)：併合提起された取消訴訟等との弁論・裁判の分離を禁止

∵結論が異なるのは許されないから

#4 前項の規定により併合して提起された義務付けの訴え及び同項各号に定める訴えに係る弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない

3. 本案判決(§37/3-5~6)

・本案勝訴要件(#5)：訴訟要件具備が前提

①併合提起した取消訴訟等に理由がある

②根拠法令から処分等をすべきことが明らか or 処分等をしないことが裁量権逸脱・濫用

#5 義務付けの訴えが第一項から第三項までに規定する要件に該当する場合において、同項各号に定める訴えに係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきであることがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決を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は、裁判所は、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決をすべき旨を命ずる判決をする

・併合提起した取消訴訟等のみの終局判決(#6)：迅速な争訟の解決に資する場合は可能

→行政庁の許可処分等の処理の間、義務付けの訴えの訴訟手続を中止できる

#6 #4 の規定にかかわらず、裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、#3 各号に定める訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、当該訴えについてのみ終局判決をすることができる。この場合において、裁判所は、当該訴えについてのみ終局判決をしたときは、当事者の意見を聴いて、当該訴えに係る訴訟手続が完結するまでの間、義務付けの訴えに係る訴訟手続を中止することができる

・判決の効力

＊行政庁が処分をすることを義務付けられる → 但し、無視した場合の規定はない

・理由：拘束力(§38-1→33)の効果／拘束力を待たず、当然の２説あり

＊第三者効はない → 訴訟参加ないし訴訟告知で効力を及ぼすほかない

第３款　非申請型義務付け訴訟

1. 意義：行政介入請求権として扱われていたものの法定化

・対象：一定の処分の義務付け

＊主に、第三者への不利益処分を要求するもの（隣家への除却命令など）

・原告への利益付与処分（入管法 50-1 在留特別許可の自分への発出など）も可能

→申請権がない場合に利用できる

＊特定の程度：裁判所の判断を可能にする程度の特定が必要(具体的・一義的確定までは不要)

2. 訴訟要件(§37/2-1~4)

・要件①－重大性の要件(#1)：解釈規定あり(#2)、厳格に解して出訴困難にしないため

§37/2-1 §3-6:1 に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の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り、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる

#2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする

・要件②－補充性の要件(#1)：行政上救済ルートがないこと

＊私人に対する民事訴訟が可能であるだけで、補充性の要件を欠くものではない

→(例えば、隣家が倒壊しそうで)所有権に基づく妨害予防請求権が可能であってもよい

・要件③－原告適格・法律上の利益の要件(#3)：§9-2(解釈規定)はここにも及ぶ(#4)

#3 第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる

#4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する

3. 本案判決

・本案勝訴要件(§37/2-5)：訴訟要件具備が前提

＊根拠法令から処分等をすべきことが明らか or 処分等をしないことが裁量権逸脱・濫用

#5 義務付けの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、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又は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は、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする

第４節　差止訴訟

第１款 総論・訴訟要件

1. 意義：行政庁に一定の処分等をしてはならないことを命じる請求(予防的不作為訴訟)

   ∵先行処分があれば取消訴訟等＋執行停止で阻止できるが、先行処分がないと止められない

   - 対象：自己への不利益処分の差止め、他人への利益処分の差止め

     §3-7 この法律において「差止めの訴え」とは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう

2. 訴訟要件(§37/4-1~4)

   - 要件①－重大な損害(#1)：解釈規定(#2)

     §37/4-1 差止めの訴えは、一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない

     #2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案するものとする

   - 要件②－補充性(#1)

   - 要件③－原告適格(#3)：法律上の利益の解釈規定(§9-2)準用(#4)

     #3 差止めの訴えは、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる

     #4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する

     【最判平 24.2.9 民集 66-2-183】教職員国旗国歌予防訴訟[H23 行ツ 177]

     行訴法 37/4-1,2 を引用し、「行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは，国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から，そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要する……したがって，差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには，処分がされることにより生ずるおそれのある損害が，処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく，処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する……本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では，事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に，毎年度２回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると，本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は，処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず，処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ，その回復の困難の程度等に鑑み，本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべき……差止めの訴えの訴訟要件については，「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと，すなわち補充性の要件を満たすことが必要……本件通達及び本件職務命令は前記１（２）のとおり行政処分に当たらないから，取消訴訟等及び執行停止の対象とはならないものであり……本件では懲戒処分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではない……以上のほか，懲戒処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとは解されないから，本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは，補充性の要件を満たす……在職中の教職員である前記１（１）の上告人らが懲戒処分の差止めを求める訴えである以上，上記上告人らにその差止めを求める法律上の利益（行訴法３

７条の４第３項）が認められることは明らか……以上によれば，被上告人らに対する本件差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは，いずれも適法」→棄却だが不利益変更禁止ゆえ上告棄却(却下)。

第２款　本案審理・判決

1. 本案判決

・本案勝訴要件(§37/4-5)

＊羈束処分：処分すべきでないことが根拠法令から明らか

＊裁量処分：処分をすることが裁量権逸脱・濫用

#5 差止めの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をすることがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずる判決をする

・判決の効力

＊第三者効はない

＊違反してなされた処分等：無効と解するべき

第５節　法定外抗告訴訟

第１款　総論

1. 意義：法律で規定されないが、適法な抗告訴訟(無名抗告訴訟ともいう)

・H16 改正前は義務付け訴訟、差止め訴訟が典型であった

・根拠：§2 は行訴の類型を限定列挙するが、§3 は他の類型の抗告訴訟を排除していない

2. 行訴法の適用：§38-1 は取消訴訟以外の抗告訴訟とするから、法定外抗告訴訟にも及ぶ

3. 例とされるもの

・権力的妨害排除請求：人格権に基づく抗告訴訟

←大阪空港訴訟・厚木基地訴訟が民事差止め却下となったため、対応するものとして考案

・義務確認訴訟：義務の有無の確認訴訟

＊公的義務不存在確認訴訟

【東京地判平 13.12.4 判時 179-3】国立マンション除却命令等請求事件(類型としては肯定)

【最判平 24.2.9 民集 66-2-183】教職員国旗国歌予防訴訟(差止め訴訟が可能ゆえ不適法)

第６章　その他の行政訴訟

第１節　当事者訴訟

第１款　実質的当事者訴訟

1. 当事者訴訟(§4)：

§4 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの【形式的当事者訴訟】及び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【実質的当事者訴訟】をいう

2. 実質的当事者訴訟の意義(§4)

・意義：対等当事者間の訴訟だが、公法上の法律関係に関するもの(公法私法二元論が前提)

＊民事訴訟との区別

・機能的アプローチ(少数)：当事者訴訟の規定を適用することが合理的か否か

←当事者訴訟の規定の意義が乏しく、民訴と区別する意味があるのか

（一方が行政主体なら、訴訟参加も意義が薄く、職権証拠調べも活用されておらず、

行政庁が判決に従わないなら拘束力があっても無意味）

・訴訟物が公法関係か司法関係かで判断する ← そもそも二元論に立つべきか

・給付訴訟

＊公務員による俸給・退職手当支払請求

【最判平 11.7.15 判時 1692-140】兵庫県社土木事務所事件(退職手当金請求)[H9 オ 367]

＊老齢年金支払請求訴訟(例は年金支給停止措置の無効を前提とするもの)

【最判平 7.11.7 民集 49-9-2829】老齢年金支給請求訴訟(本村年金訴訟、行訴 7 を適用)

＊憲 29-3 に直接基づく損失補償支払訴訟

∵本来的に国等と私人の関係 ← 民訴とする説あり

⇔国賠請求は民訴である ∵公務員の損賠責任の代位責任だから

【最判平 5.7.20 民集 47-7-4627】旅館経営者のダム設置への損賠請求[S63 オ 1410]

「もっとも、損失補償請求が公法上の請求として行政訴訟手続によって審理されるべきものであることなどを考慮すれば、相手方の審級の利益に配慮する必要があるから、控訴審における右訴えの変更には相手方の同意を要する」（国賠請求への損失補償請求の予備的・追加的併合請求。原審不適法却下／同意がないので却下）

・確認訴訟

＊確認の利益の判断：民訴の確認の利益が基本で、行訴の特性に配慮して判断

→判例は、権利の性質と目的のため有効適切な争訟方法かを考慮

＊国が提起する租税納付義務存在確認訴訟(財産がない場合に時効中断目的でする)

＊墓地埋葬法通達事件 → 異宗徒の埋葬を認める義務の不存在確認でできないか

＊その他

【最大判平 17.9.14 民集 59-7-2087】在外邦人選挙権確認訴訟(肯定)

「本件の予備的確認請求【次回衆院選小選挙区及び参院選選挙区の選挙に在外選挙人名簿登録に基づいて投票できる地位の確認】に係る訴えは，公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ，その内容をみると，公職選挙法附則８項につき所要の改正がされないと，在外国民である……上告人らが，今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院

議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず，選挙権を行使する権利を侵害されることになるので，そのような事態になることを防止するために，同上告人らが，同項が違憲無効であるとして，当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。選挙権は，これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず，侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから，その権利の重要性にかんがみると，具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては，それが有効適切な手段であると認められる限り，確認の利益を肯定すべき……本件の予備的確認請求に係る訴えは，公法上の法律関係に関する確認の訴えとして，上記の内容に照らし，確認の利益を肯定することができるものに当たるというべきである。なお，この訴えが法律上の争訟に当たることは論をまたない。そうすると，本件の予備的確認請求に係る訴えについては，引き続き在外国民である同上告人らが，次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において，在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えということができる」

【最大判平 20.6.4 民集 62-6-1367】国籍法違憲判決(肯定)

＊その他（差止めに近い意義を持つもの）

【最判平 24.2.9 民集 66-2-183】教職員国旗国歌予防訴訟(肯定・規律斉唱義務の不存在確認)

3. 手続規定：形式的当事者訴訟にも適用される

・救済措置(§40)：正当な理由で出訴期間徒過を救済、被告を誤った訴えの救済も適用

§40-1 法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟は、その法令に別段の定めがある場合を除き、正当な理由があるときは、その期間を経過した後であつても、これを提起することができる

#2 §15【被告を誤った訴えの救済】の規定は、法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟について準用する

・取消訴訟の規定の準用(§41)

＊訴訟係属関係：§13(移送),16-19(併合訴訟)

＊本案審理関係：§23(行政庁の訴訟参加),23/2(釈明処分の特則),24(職権証拠調べ)

＊判決関係：§33-1(拘束力),35(訴訟費用裁判の拘束力)

§41-1 §23、§24、§33-1 及び§35 の規定は当事者訴訟について、§23/2 の規定は当事者訴訟における処分又は裁決の理由を明らかにする資料の提出について準用する

#2 §13 の規定は、当事者訴訟とその目的たる請求と関連請求の関係にある請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における移送に、§16 から§19 までの規定は、これらの訴えの併合について準用する

4. 仮の救済の可否

・不可能 ∵執行停止(§25)を準用せず、処分性があれば民保法の仮処分は不許(§44)

・民保法による仮処分を認める：無効な処分なら可能／執行停止を超えない範囲なら可能

・執行停止を認める

【高知地決平 4.3.23 判タ 805-66】無効確認訴訟に準じて執行停止を認める

第２款　形式的当事者訴訟

1. 形式的当事者訴訟の意義

・意義：実質は処分等への不服の訴訟だが、形式上当事者間の権利義務関係の訴訟とするもの

2. 代表例

・紛争の実体が当事者間の財産上のもので、公益と直接に関わらないもの

＊土地収用 133-3 の減額請求訴訟(起業者→所有者等)、増額確認訴訟(所有者等→起業者)

∵収用裁決は行政行為だが、損失補償については本人同士で解決させた方がよい

※審査請求も、公益的裁決事項(収容対象の土地の範囲、権利取得等の時期など)は可能だが、私益的裁決事項(損失補償)は理由にできない(土地収用 132-2)

土地収用 133-2　収用委員会の裁決のうち損失の補償に関する訴えは、裁決書の正本の送達を受けた日から六月以内に提起しなければならない

#3　前項の規定による訴えは、これを提起した者が起業者であるときは土地所有者又は関係人を、土地所有者又は関係人であるときは起業者を、それぞれ被告としなければならない

土地収用 134　前条#2 及び#3 の規定による訴えの提起は、事業の進行及び土地の収用又は使用を停止しない

＊河川法 42-5,6：水利使用の許可等に係る損失の補償

・原処分自体がある法律関係の対立当事者間の紛争の審判で、当事者間で訴訟した方がよいもの

＊特許法 179 但：特許無効審判(講学上は処分の取消しにあたる)等の審決取消訴訟

→審判・再審の請求人・被請求人を相手方とする

・取消判決が確定すると、審判管は再審理・審決をすることになる（→差戻し）

3. 手続：このほか、§40,41 も適用

・出訴の通知(§39)　∵拘束力が及び、資料の多くを行政庁が有するから

§39　当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で、法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするものが提起されたときは、裁判所は、当該処分又は裁決をした行政庁にその旨を通知するものとする

第２節　客観訴訟

第１款 総論

1. 意義：政策的に客観訴訟を通じて行政作用の適法性を保障する（客観的法秩序の維持）
   - 法律上の争訟性：該当しない
2. 客観訴訟の適法性・原告適格：法律で定めた場合のみ、定められた者だけ可能

   →原告は公益の代表者として訴訟追行することになる

   §42 民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる
3. 手続
   - 処分等の取消しを求めるもの：取消訴訟の規定を準用

     ＊例外：§9(原告適格)、10-1(自分に無関係の違法主張の制限)

     §43-1 民衆訴訟又は機関訴訟で、処分又は裁決の取消しを求めるものについては、§9 及び§10-1 の規定を除き、取消訴訟に関する規定を準用する
   - 処分等の無効確認を求めるもの：無効等確認訴訟の規定を準用

     ＊例外：§36(原告適格)

     #2 民衆訴訟又は機関訴訟で、処分又は裁決の無効の確認を求めるものについては、§36 の規定を除き、無効等確認の訴えに関する規定を準用する
   - その他の客観訴訟：当事者訴訟の規定を準用

     ＊例外：§39(出訴の通知)、40-1(出訴期間徒過後の救済)

     #3 民衆訴訟又は機関訴訟で、前二項に規定する訴訟以外のものについては、§39 及び§40-1 の規定を除き、当事者訴訟に関する規定を準用する

第２款 民衆訴訟

1. 意義

   §5 この法律において「民衆訴訟」とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう
2. 選挙訴訟：公選§202 以下 → 本来は選挙の規定に違反がある場合などを想定(公選 205)
   - 論点

     ＊公選 205 で選挙の合憲性を争えるのか

     ＊公選 219-3 で行訴法 31 を排除しているのに、事情判決をしてよいか

     【最大判昭 51.4.14 民集 30-3-223】衆院定数不均衡判決(S47)：いずれも肯定[S49 行ツ 75]
   - 選挙に関する個々の手続のみの取消訴訟：不適法

     【最判昭 32.3.19 民集 11-3-527】村長選選挙期日の告示の取消訴訟(不適法)[S31 オ 606]

     「本件訴訟は、選挙に関する法規の違法な適用があることを主張して、これを是正し法規を維持するため、上告人が大和村の住民にして選挙民たる資格において提起したいわゆる民衆訴訟であつて、当事者間に具体的な権利義務その他の法律関係についての争があり個人の権利を保護するための訴訟ではないから、かかる訴訟は、法律の規定をまつてはじめて提起しうるものであり、法律の規定のない限り訴訟を提起しうべきものではない。地方公共団体の長の選挙に関する選挙期日の告示については、独立してその取消を求める異議、訴願又は訴訟を許した法律上の規定はなく、ただ公職選挙法は選挙争訟として異議、訴願又は訴訟のみを規定しており、同法二〇二

条は、選挙の効力に関する異議申立期間を選挙の日から十四日と定め、それにつづく訴願、訴訟のほか他に争訟の規定をおいていない。それ故、選挙期日の告示を選挙の一連の手続から切り離して、これを独立した争訟の対象とすることは、法律の許容しない趣旨と解すべきである」（処分取消請求→却下／棄却）

3. 住民訴訟：地自§242/2,242/3

・意義：地方公共団地の財務会計行為の適法性の確認手段として法定

※もともとは、税を地方自治体に信託している信託者は、長等の職員に対して善管注意義務違反として是正を求めうるという納税者訴訟のアイデアから発達した

地自 242/2-1 柱書 普通地方公共団体の住民は、前条第一項の規定による請求【住民監査請求】をした場合において、同条第四項の規定による監査委員の監査の結果若しくは勧告若しくは同条第九項の規定による普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関若しくは職員の措置に不服があるとき、又は監査委員が同条第四項の規定による監査若しくは勧告を同条第五項の期間内に行わないとき、若しくは議会、長その他の執行機関若しくは職員が同条第九項の規定による措置を講じないときは、裁判所に対し、同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次に掲げる請求をすることができる

・住民監査請求前置主義(§242,242/2-1)

※議会の議決に基づく行為でも、議決が違法なら住民訴訟の対象となる

【最大判昭 37.3.7 民集 16-3-445】警察法改正無効事件[S31 オ 61]

地方自治法に基く警察予算支出禁止請求→一審：棄却（議会の承認あり）→控訴棄却→上告棄却

「議会の議決があつたからというて、法令上違法な支出が適法な支出となる理由はない」

・原告適格：当該普通地方公共団体の住民 ＋ 住民監査請求をした者

＊納税者・有権者でなくてもよく、法人や外国人も含まれる

【福岡地判平 10.3.31 判時 1669-40】権利能力なき社団の原告適格[H6 行ウ 14,15,16]

「一般に法人がその住所地のある普通地方公共団体の住民として住民訴訟の提起をすることができることについては概ね異論がないところ、権利能力なき社団においては、法人と異なり、住所地に関する法的根拠が必ずしも明らかではないことから、これを否定する見解もある。しかし、権利能力なき社団についても、法人と同様に、主たる事務所の所在地を住所地と考えて何ら不都合はない（地方税法 317/2-7 参照）から、主たる事務所の所在地が定められていれば、これを法人と区別して扱う理由はないといえる。また、権利能力なき社団に原告適格を認めたからといって、個人たる住民は依然として住民訴訟を提起することができるのであるから、個々の住民に住民訴訟の原告適格を認めた意義が没却されるということにはならないし、権利能力なき社団であっても代表者の定めがあるものについては、法人同様に地方税を納付する義務を負っている（地方税法 12 参照）から、その活動区域が属する当該普通地方公共団体の財政の在り方に利害関係を有するという点では、当該普通地方公共団体の住民個人と何ら変わりはない。そうすると、権利能力なき社団であるからといって、そのことの故のみをもって、原告適格を否定するのは相当でない」「もっとも、そうなると、当該地方公共団体の住民ではあっても、個人としては住民訴訟を提起する意思のない者たちが、専ら団体の名で住民訴訟を提起する目的で権利能力なき社団を結成したりすることも考えられないではなく、さらには、住民でさえない者たちが住民訴訟を提起する目的で参集して、権利能力なき社団を結成し、その主たる事務所を当該地方公共団体の区域内に置くことによって、右住民訴訟を提起することも可能となるが、このようなことは、住民訴訟の制度趣旨に反するものといわざるを得ない。したがって、権利能力なき社団の設立目的が右のようなものであると認められる場合には、当該社団の原告適格を否定するのが相当」→活動時期や会員資格等からこれにあたるとして却下

＊転出した者の扱い：転出すると失格(判例)／住民監査請求時に住民ならよい

【大阪高判昭 59.1.25 行集 35-1-8】事実審口頭弁論終結時までに転出すると不適法

＊死亡した場合：住民訴訟を提起する権利は一身専属的で、承継はできない

【青森地決昭 42.6.2 行集 18-11-1427】同旨

・対象：財務会計上の違法行為

【最判平 2.4.12 民集 44-3-431】住民訴訟の対象となる行為[S62 行ツ 22]

保安林内の市有地における市道建設を決裁した市建設局長らの行為が住民訴訟の対象となるか(否定)

「法 242/2 に定める住民訴訟は、地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とし、その対象とされる事項は法 282-1 に定める事項、すなわち公金の支出、財産の取得・管理・処分、契約の締結・履行、債務その他の義務の負担、公金の賦課・徴収を怠る事実、財産の管理を怠る事実に限られるのであり、右事項はいずれも財務会計上の行為又は事実としての性質を有するものである」（破棄自判・却下）

＊先行行為の違法は争いうるか

・争えるとしたもの

【最判昭 60.9.12 判時 1171-52】川崎市退職金支払無効確認事件(肯定)

原因行為が違法の場合も争いうるが、本件では分限免職は違法でない(原告は収賄で懲戒免職すべきだと主張)

・争えないとしたもの：別の独立性を持つ機関が先行行為をした場合は、原則として不可

【最判平 4.12.15 民集 46-9-2753】一日校長事件

【最判平 15.1.17 民集 57-1-1】議員野球大会旅費事件[H12 行ツ 369]

「法 242/2-1:4 に基づき当該職員に損害賠償責任を問うことができるのは，先行する原因行為に違法事由がある場合であっても，上記原因行為を前提にしてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる（最判平 4.12.15 参照）……議会がその裁量により議員を派遣することができることは前示のとおりであるところ，予算執行権を有する普通地方公共団体の長は，議会を指揮監督し，議会の自律的行為を是正する権限を有していないから，議会がした議員の派遣に関する決定については，これが著しく合理性を欠きそのために予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵がある場合でない限り，議会の決定を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を執る義務があり，これを拒むことは許されない」（破棄自判・棄却）

・特則：仮処分の排除(地自 242/2-10)、勝訴の場合の弁護士費用請求権(地自 242/2-12)

第３款　機関訴訟

1. 意義：権限の争いを特に裁判所で解決させるために用意されたもの

   §6 この法律において「機関訴訟」とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう

2. 国の関与・都道府県の関与に関する訴訟：いずれも一審は高裁

   ※機関訴訟として行訴法の一部の準用を排除(地自 251/5-8,9 など) ← 主観訴訟では(有力)

   ・国の関与に関する訴え(地自 251/5)

   ＊国地方係争処理委員会への審査申出(地自 250/13)の結果に不服があるときなど

   ＊相手方は行政庁、内容は取消し又は不作為違法確認

   ・都道府県の関与に関する訴え(地自 251/6)：自治紛争処理委員への審査申出を経る

   ・普通地方公共団体の不作為に関する国の訴え(地自 251/7)：大臣が提起する

   ・市町村の不作為に関する都道府県の訴え(地自 252)：大臣が指示する

3. 地方公共団体の長と議会の間の権限分配に関する訴え(地自 176-7)

※機関訴訟説が通説だが、大臣等の審査請求への裁定に対する自治権をめぐる主観訴訟説もある

・対象：議決等が権限逸脱・法令違反・会議規則違反の場合

∵長と議会の二元代表制ゆえ、中立的な裁判所の判断を仰がせるため例外的に規定

・手続：再議・再選挙(#4)→審査請求・裁定(#5,6:総務大臣・知事)→出訴、被告は議会(#7,8)

4. 規定のない機関訴訟ゆえ不適法とされたもの

【最判昭 28.6.12 民集 7-6-663】布施市公会堂事件[S26 オ 290]

「布施市議会の本件議決の不存在又は無効確認を求める訴について考えて見るに、市議会の議決は法人格を有する市の内部的意思決定に過ぎないのであつて、市の行為としての効力を有するものではなく、従つて市を被告として不存在又は無効確認を求めることは全く無意味である。上告人は布施市議会議員なるが故にこのような確認を求める利益を有すると主張するのであるが、なるほど市長は市議会の議決に拘束されるけれども、このような執行機関と議決機関との関係は市の内部の機関相互間の関係であつて若しその間に紛争があるならば市が内部的に解決すべく、訴訟をもつて争うべき問題ではない。機関相互間の権限の争は法人格者間の権利義務に関する争とは異り、法律上の争として当然に訴訟の対象となるものではなく、法律が内部的解決に委せることを不適当として、例えば地方自治法 176-5 のように特に訴の提起を許している場合にのみ、訴訟の対象となるものと解すべきである。そして市議会の議員が、市又は市長を被告として議決の無効又は不存在の確認を求める訴は、地方自治法その他の法律中に、これを許した規定がないのであるから、原判決が本訴を不適法としたのは正当」

【最判昭 49.5.30 民集 28-4-594】大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件[S46 行ツ 106]

「国民健康保険の保険者たる市町村又は国民健康保険組合は、保険給付等に関する処分を行なう問題では、行政庁として規定されているものということができるが、他面、これらの保険者は、いずれも独立の法人であつて……保険事業を経営する権利義務の主体たる地位を有するのであるから、みずからのした保険給付等に関する処分が審査会の裁決によつて取り消されるときは、右の事業経営主体としての権利義務に影響を受けることとなるのを避けられない。しかし、そのことから直ちに、審査会の裁決によつて不利益を受ける保険者は、一般の事業主体と同様に、訴訟によつてその裁決を争うことができると解するのは早計であつて、このことが認められるかどうかは、国民健康保険事業の性格に照らし、その運営について法がいかなる建前を採用しているかを検討したうえで決しなければならない」「現行法上、国民健康保険事業は市町村又は国民健康保険組合を保険者とするいわゆる保険方式によつて運営されているとはいえ、その事業主体としての保険者の地位を通常の私保険における保険者の地位と同視して、事業経営による経済的利益を目的とするもの、あるいはそのような経済的関係について固有の利害を有するものとみるのは相当でなく、もつぱら、法の命ずるところにより、国の事務である国民健康保険事業の実施という行政作用を担当する行政主体としての地位に立つものと認めるのが、制度の趣旨に合致する」「法が……審査会を審査機関としたのは、保険者の保険給付等に関する処分の適正を確保する目的をもつて……都道府県に右のような特殊な構成をもつ第三者的機関を設置して審査に当たらせることとしたものであつて……あたかも本来の行政作用の系列を離れた独立の機関が保険者とその処分の相手方との間の法律関係に関する争いを裁断するいわゆる行政審判のごとき性質をもつものとはとうてい解されない」「以上のような国民健康保険事業の運営に関する法の建前と審査会による審査の性質から考えれば、保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者はこれによつて拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべきであつて、その裁決により保険者の事業主体としての権利義務に影響が及ぶことを理由として保険者が右裁決を争うことは、法の認めていないところである……このように解しても、保険者の前記のような特別な地位にかんがみるならば、保険者の裁判を受ける権利を侵害したことにならないことはいうまでもなく、もしこれに反して、審査会の裁決に対する保険者からの出訴を認めるときは、審査会なる第三者機関を設けて処分の相手方の権利救済をより十分ならしめようとしたことが、かえつ

て通常の行政不服審査の場合よりも権利救済を遅延させる結果をもたらし、制度の目的が没却されることになりかねないのである。以上の理由により、国民健康保険の保険者は、保険給付等に関する保険者の処分について審査会のした裁決につき、その取消訴訟を提起する適格を有しない」

第７章　国家賠償法

第１節　総論

第１款　総論・責任原理

1. 意義：違法な行政活動により損害を受けた私人に金銭的救済として損害賠償金を支払うこと

憲 17 何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる

2. 費用負担者の賠償責任(§3)

・趣旨：戦前の官営公費事業(国が主体／費用は地方公共団体)で責任がどちらか混乱があった

→政府案は費用負担者が責任を負うとしたが、参議院で両方が責任を負うとした

∵被害者保護。費用負担の調整は内部の求償で解決すべき

§3-1 前二条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において、公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者と公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは、費用を負担する者もまた、その損害を賠償する責に任ずる

§3-2 前項の場合において、損害を賠償した者は、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権を有する

【最判平 21.10.23 民集 63-8-1849】最終的な賠償責任者(市立中の体罰)[H20 受 1043]

市立中教師の体罰による国賠請求に敗訴した県から市への全額の求償請求（認容／棄却）

「市町村が設置する中学校の教諭がその職務を行うについて故意又は過失によって違法に生徒に損害を与えた場合において，当該教諭の給料その他の給与を負担する都道府県が国家賠償法１条１項，３条１項に従い上記生徒に対して損害を賠償したときは，当該都道府県は、同条２項に基づき，賠償した損害の全額を当該中学校を設置する市町村に対して求償することができる」「国又は公共団体がその事務を行うについて国家賠償法に基づき損害を賠償する責めに任ずる場合における損害を賠償するための費用も国又は公共団体の事務を行うために要する経費に含まれるというべきであるから，上記経費の負担について定める法令は，上記費用の負担についても定めていると解される。同法３条２項に基づく求償についても，上記経費の負担について定める法令の規定に従うべきであり，法令上，上記損害を賠償するための費用をその事務を行うための経費として負担すべきものとされている者が，同項にいう内部関係でその損害を賠償する責任ある者に当たる」→学教法 5 条、地方財政法 9 条からは市、市町村立学校職員給与負担法１条は給料のみだから、国賠の支払は含まれないので市が全額負担。

＊負担金支出者(地方財政法 10～10/4)：費用負担者に含まれる

＊補助金支出者(地方財政法 16)：争いあり

→義務者と同等程度の費用負担、実質的に事業を共同執行、瑕疵の危険を効果的に防止可能

【最判昭 50.11.28 民集 29-10-1754】鬼ヶ城事件[S48 オ 896]

国立公園で周回路から転落して重傷を負ったもの：国県市への国賠請求→認容／棄却／棄却

「公の営造物の設置又は管理に瑕疵があるため国又は公共団体が国家賠償法二条一項の規定によつて責任を負う場合につき、同法三条一項が、同法二条一項と相まつて、当該営造物の設置もしくは管理にあたる者とその設置もしくは管理の費用の負担者とが異なるときは、その双方が損害賠償の責に任ずべきであるとしているのは、もしそのいずれかのみが損害賠償の責任を負うとしたとすれば、被害者たる国民が、そのいずれに賠償責任を求めるべきであるかを必らずしも明確にしえないため、賠償の責に任ずべき者の選択に困難をきたすことがありうるので、対外的には右双方に損害賠償の責任を負わせることによつて右のような困難を除去しようとすることにあるのみでなく、危険責任の法理に基づく同法二条の責任につき、同一の法理に立つて、被害者の救済を全からしめようとするためでもあるから、同法三条一項所定の設置費用の負担者には、当該営造物の設置費用につき法

律上負担義務を負う者のほか、この者と同等もしくはこれに近い設置費用を負担し、実質的にはこの者と当該営造物による事業を共同して執行していると認められる者であつて、当該営造物の瑕疵による危険を効果的に防止しうる者も含まれると解すべきであり、したがつて、公の営造物の設置者に対してその費用を単に贈与したに過ぎない者は同項所定の設置費用の負担者に含まれるものではないが、法律の規定上当該営造物の設置をなしうることが認められている国が、自らこれを設置するにかえて、特定の地方公共団体に対しその設置を認めたうえ、右営造物の設置費用につき当該地方公共団体の負担額と同等もしくはこれに近い経済的な補助を供与する反面、右地方公共団体に対し法律上当該営造物につき危険防止の措置を請求しうる立場にあるときには、国は、同項所定の設置費用の負担者に含まれるものというべきであり、右の補助が地方財政法一六条所定の補助金の交付に該当するものであることは、直ちに右の理を左右するものではない」

「国立公園に関する公園事業の一部の執行として本件かけ橋を含む本件周回路の設置を承認し、その際設置費用の半額に相当する補助金を交付し、その後の改修にも度々相当の補助金の交付を続け、上告人の本件周回路に関する設置費用の負担の割合は二分の一近くにも達しているというのであるから、上告人は、国家賠償法三条一項の適用に関しては、本件周回路の設置費用の負担者というべき」

（高辻反対）負担金は含むが、補助金は除くべき

【最判平 1.10.26 民集 43-9-999】複合的施設の場合[S60 オ 901]

吊り橋落下死亡事故：国県へ国賠請求→認容→国県控訴：変更(減額)→国上告：破棄自判・取消棄却

「国が、自然公園法一四条二項により地方公共団体に対し国立公園に関する公園事業の一部執行として特定の営造物を設置することを承認したうえ、同法二五条により右地方公共団体が負担すべきものとされているその設置管理（補修を含む。）の費用について同法二六条に基づく補助金を度々交付し、その額が右地方公共団体の負担額と同等又はこれに近い額に達している場合には、国は、当該営造物についての費用負担の点においては国家賠償法三条一項にいう費用負担者に当たる…（最判昭 50.11.28 参照）。しかしながら、この場合、当該公園事業に関する施設が、社会通念上独立の営造物と認められる複数の営造物によって構成される複合的な施設であって、その設置管理に瑕疵があるとされた特定の営造物が右複合的施設を構成する個々の施設であるときは、当該個別的施設と複合的施設を構成する他の施設とを一体として補助金が交付された場合などの特段の事情がない限り、右費用負担者に当たるか否かは、当該個別的施設について費用負担の割合等を考慮して判断するのが相当である。けだし、地方公共団体は、自然公園法一四条二項に基づく承認を受けて執行する国立公園に関する公園事業施設について補助金の交付を申請する場合には、特定の施設ないしその部分についての設置、補修工事等を特定して申請し、国は、右申請を受けて、国家的観点から個別にその必要性を判断して補助をするか否かを決定すべきものとされているのであり、また、国が補助金の交付を通じて地方公共団体に対し具体的に危険防止の措置を要求することができるのは、補助金が交付された設置、補修等の工事の範囲に限られるからである」

（佐藤反対）被害者にとってそんなのわからないんだから、個別に検討して棄却するべきでない

3. 民法の適用(§4)：２つの意味がある

§4 国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定によるの外、民法の規定による

・国賠法と民法の適用の振り分けの問題

＊公権力の行使なら国賠１条、そうでなければ民 715 条

＊公の営造物なら国賠２条、それ以外なら民 717 条

・国賠法適用の場合でも、規定がない事項は民法の規定による

＊対象：消滅時効、過失相殺等は民法の規定による

＊民法付属法規(失火責任法、自賠法など)を含むか：含む(判例)←含まない

・失火責任法の適用

→適用肯定説(判例)、適用否定説、適用限定説(消防職員の公権力の行使には適用を否定)

【最判昭 53.7.17 民集 32-5-1000】失火責任法の適用を肯定(消防職員の過失)

【最判平 1.3.28 判時 1311-66】失火責任法の適用を肯定(消防職員の過失)

4. 特別法の適用(§5)

§5 国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の法律に別段の定があるときは、その定めるところによる

・責任を加重するもの：消防法 6-3(無過失責任)

・責任を軽減するもの：旧郵便法 68,73(免責規定) ← 憲法 17 条違反の検討が必要

【最大判平 14.9.11 民集 56-7-1439】郵便法違憲判決

5. 外国人への適用(§6)：相互保証主義

§6 この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する

・政府解釈：憲 17 に「法律の定めるところにより」とあるので、立法裁量の範囲内

・相互保証の存在時：判決時でよい／不法行為時点で必要

【東京地判平 13.7.12 判タ 1067-119】中国人強制連行訴訟(国賠肯定)

【東京高判平 17.6.23 判時 1904-83】同控訴審(不法行為時に中国に国賠法がないため棄却)

第２節　国家賠償法１条

第１款　総論

1. 公権力の行使に関する国家賠償(§1)

・意義：公務員の不法行為に基づく国または公共団体の責任について定める(民 715 の特則)

§1-1 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる

2. 根拠

・自己責任説：公務員は国等の手足として行動したにすぎず、第一次的に国等が責任を負う

∵国が危険を創出したから

・代位責任説：第一次的には公務員個人が責任を負うが、国等が代位して負う

∵公務員個人に資力がないため、政策的見地から国が代わりに支払う

←公務員個人の責任無能力、公務員個人・加害行為が特定できない場合に認容できなくなる

←組織的決定の実態に即し、組織的過失を判断すればよい

←代位責任説によっても､公務員個人や加害行為を特定せずに国賠請求を認容する余地はある

【最判昭 57.4.1 民集 36-4-519】レントゲン読影ミス事件[S51 オ 1249]

定期健診を受けた公務員のレントゲンの異常が看過され、長期療養を余儀なくされたため国賠請求したもの（国賠請求→ [医師のミスか税務署長のミスか確定せず]認容／棄却／破棄差戻し）

「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても､右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があつたのでなければ右の被害が生ずることはなかつたであろうと認められ、かつ、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又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもつて国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない……しかしながら､この法理が肯定されるのは､それらの一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為にあたる場合に限られ、一部にこれに該当しない行為が含まれている場合には、もとより右の法理は妥当しないのである」

→検診における医師のレントゲン写真による検診及びその結果の報告は公権力の行使にあたらない

→医師が国の職員なら民 715 により上記の損賠責任を負わせる余地はあるが、国は医師が岡山県の職員と主張しているから、その点の判断が必要ゆえ、審理不尽で破棄差戻し

第２款　要件①－公権力該当性

1. 要件①－「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員」

・意義：これを満たすと国賠法、満たさないと民法の不法行為責任となる

2. 「国又は公共団体」：公権力該当性が肯定されれば、その帰属主体を確定すれば決まる

＊公権力の帰属主体が争点となる場合

【最判昭 54.7.10 民集 33-5-481】都道府県警察官の犯罪捜査[S52 オ 857]

国・都宛 116 万国賠請求→都 20 万認容・国棄却→双方控訴：都 36 万認容・国棄却→原告上告：棄却

交通事故で死亡した側の遺族が、警察官が実況見分調書に死亡側の過失と記載して公表したことの慰謝料請求

「都道府県警察の警察官がいわゆる交通犯罪の捜査を行うにつき故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えた場合において国家賠償法一条一項によりその損害の賠償の責めに任ずるのは､原則として当該都道府県であ

り、国は原則としてその責めを負うものではない……けだし、警察法及び地方自治法は、都道府県に都道府県警察を置き、警察の管理及び運営に関することを都道府県の処理すべき事務と定めている……ものと解されるから、都道府県警察の警察官が警察の責務の範囲に属する交通犯罪の捜査を行うこと……は、検察官が自ら行う犯罪の捜査の補助に係るものであるとき……のような例外的な場合を除いて、当該都道府県の公権力の行使にほかならないものとみるべきであるからである」

【最判平 17.6.24 判時 1904-69】指定確認検査機関による建築確認事務(地方公共団体に帰属)

【最判平 19.1.25 民集 61-1-1】児童養護施設の養育看護行為[H17 受 2335,2336]

社福・愛知県宛 5663 万請求→県 3375 万認容、社福棄却→双方控訴：社福も同額認容→県棄却、社福破棄自判(控訴棄却)（県知事の入所措置で児童養護施設に入所していた児童が、他の児童から暴行され受傷したもの）

児童福祉「法は，保護者による児童の養育監護について，国又は地方公共団体が後見的な責任を負うことを前提に，要保護児童に対して都道府県が有する権限及び責務を具体的に規定する一方で，児童養護施設の長が入所児童に対して監護，教育及び懲戒に関しその児童の福祉のため必要な措置を採ることを認めている。上記のような法の規定及び趣旨に照らせば，３号措置に基づき児童養護施設に入所した児童に対する関係では，入所後の施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり，このような児童の養育監護に当たる児童養護施設の長は，３号措置に伴い，本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するものと解される……都道府県による３号措置に基づき社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童に対する当該施設の職員等による養育監護行為は，都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為と解する」

「国家賠償法１条１項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が，その職務を行うについて，故意又は過失によって違法に他人に損害を与えた場合には，国又は公共団体がその被害者に対して賠償の責めに任ずることとし，公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととしたものと解される（最判昭 30.4.19、同 53.10.20 等）。この趣旨からすれば，国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても，当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には，被用者個人が民法７０９条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず，使用者も同法７１５条に基づく損害賠償責任を負わない」

3. 「公権力の行使」

＊意義：判例・通説は広義説

・狭義説：命令、強制等の伝統的な権力作用に限る

・広義説：国等の作用のうち、純粋な私経済的作用と§2(営造物の設置管理作用)を除くすべて

・最広義説：純粋な私経済作用も含む(国賠法は主体に着目した民法不法行為法の特則)

＊具体的な対象範囲：行政行為＋権力的事実行為、不作為、裁判、立法行為、教育、
行政指導も含みうる

・公立学校における教育作用

【最判昭 58.2.18 民集 37-1-101】課外クラブ活動中の事故と教諭の監督[S56 オ 539]

町立中学校の生徒が放課後に体育館にトランポリンを持ち出して遊んでいたため、邪魔だと注意した課外クラブ活動中の生徒に顔面を殴打されて失明したもの（国賠請求→棄却／取消認容／破棄差戻し）

「本件事故当時、体育館内においては、いずれも課外のクラブ活動であるバレーボール部とバスケツトボール部とが両側に分かれて練習していたのであるが、本件記録によれば、課外のクラブ活動は、希望する生徒による自主的活動であつたことが窺われる。もとより、課外のクラブ活動であつても、それが学校の教育活動の一環として行われるものである以上、その実施について、顧問の教諭を始め学校側に、生徒を指導監督し事故の発生を未然に防止すべき一般的な注意義務のあることを否定することはできない。しかしながら、課外のクラブ活動が本

来生徒の自主性を尊重すべきものであることに鑑みれば、何らかの事故の発生する危険性を具体的に予見することが可能であるような特段の事情のある場合は格別、そうでない限り、顧問の教諭としては、個々の活動に常時立会い、監視指導すべき義務までを負うものではない」→予見可能性の判断のため破棄差戻し

【最判昭 62.2.6 判時 1232-100】横浜市立中学校プール事故訴訟[S59 オ 1058]

飛び込みの練習中に助走して飛びこませたところ、プールの底で頭を打って頚髄損傷、全身麻痺となったもの「国家賠償法一条一項にいう「公権力の行使」には、公立学校における教師の教育活動も含まれる」「学校の教師は、学校における教育活動により生ずるおそれのある危険から生徒を保護すべき義務を負っており、危険を伴う技術を指導する場合には、事故の発生を防止するために十分な措置を講じるべき注意義務があることはいうまでもない」（国賠請求→認容(1.3 億)→変更(1.2 億)→棄却）

・公立病院における医療作用：強制接種・勧奨接種は含むが、通常の医療は除かれる

4. 「公務員」

＊身分上の「公務員」である必要性：不要＝公権力の行使に当る者であればよい

・職業団体（弁護士会・医師会など）や公共組合（土地区画整理・土地改良事業組合など）
→自治権があり、公権力の行使にあたる場合もある

・例：弁護士会の行う懲戒 → 懲戒委員は身分上の公務員ではないが国賠法上の公務員となる
（→弁護士会が国賠法上の公共団体となる）

＊組織的決定の場合の公務員：過失の有無をどこにおいて判断するか＝組織的過失

・組織的決定：補助機関や諮問機関で事実上意思決定をするような場合のこと

・組織的過失：公務員個人の過失ではなく、 組織としての行政主体の公務運営上の欠陥
→合議体なら、多数決の賛成したのが誰で、その個々の過失を確定する必要はない

【札幌地小樽支判昭 49.12.9 判時 762-8】立法につき国会自体の故意過失を論じれば足りる

※§1-2 の公務員は、求償なので個人としての公務員をいう

第３款 要件②－職務行為関連性

1. 「その職務を行うについて」

・外形標準説：職務として行われたのではなくても、職務の外形を備えていればよい
→本人が自己図利でも国賠は成立する＝当該公務員の主観的意図は問題とならない

【最判昭 31.11.30 民集 10-11-1502】職務行為関連性(非番警察官強殺事件)[S29 オ 774]

原審は「国家賠償法第一条の職務執行とは、その公務員が、その所為に出づる意図目的はともあれ、行為の外形において、職務執行と認め得べきものをもつて、この場合の職務執行なりとするのほかないのであるとし、即ち、同条の適用を見るがためには、公務員が、主観的に権限行使の意思をもつてした職務執行につき、違法に他人に損害を加えた場合に限るとの解釈を排斥し、本件において、梅津巡査がもつぱら自己の利をはかる目的で警察官の職務執行をよそおい、被害者に対し不審尋問の上、犯罪の証拠物名義でその所持品を預り、しかも連行の途中、これを不法に領得するため所持の拳銃で、同人を射殺して、その目的をとげた、判示のごとき職権濫用の所為をもつて、同条にいわゆる職務執行について違法に他人に損害を加えたときに該当するものと解した」が「同条に関する右の解釈は正当……けだし、同条は公務員が主観的に権限行使の意思をもつてする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもつてする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによつて、他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の権益を擁護することをもつて、その立法の趣旨とするものと解すべきであるからである」（国賠請求→認容／棄却、非番の警官による強殺事件）

第４款　要件③－故意過失

1. 要件③－「故意又は過失によつて」（故意過失・因果関係）
2. 故意：違法性の認識は必要か → 必要（欠く場合は過失がないか判断する）

   ∵認識不要だと、行政処分が違法すなわち故意ありとなるから、違法性と別にした意味がない
3. 過失：当該行政処分が違法であると認識すべきなのに認識しなかったこと

・判断基準：抽象的に判断(平均的公務員を基準として、客観的に判断する)

＊違法だが無過失となる場合：法律の解釈に対立があり、判例・実務も分かれている場合など

【最判昭 46.6.24 民集 25-4-574】執行方法に争いがあった場合[S42 オ 692]

執行吏が立木を差し押さえ、明認方法を施さないまま競売、落札した原告が執行は無効で立木所有権を取得できず代価相当額の損害を受けたとして国賠請求したもの（立木伐採権を差押え、これを換価するのが正しい）

「未登記立木に対する強制執行の方法については、有体動産の執行手続によるとする説、立木伐採権を執行の対象として民訴法六二五条の特別換価手続によるとする説ならびに不動産の執行手続によるとする説の三様の見解が存し，全国の裁判所の実務上の取扱いとしても、立木伐採権に対する執行手続による例が多数ではあるが、有体動産の執行手続による例も少なくないことが認められ、坂本執行吏は、本件強制執行の委任を受けた際、参考書等に基づき一応の調査をしたうえ、有体動産の執行手続によるのを正当と判断してその執行をしたいというのである。そして、右の有体動産の執行手続によるべきものとする見解についてみるに、その論拠とするところには、一応首肯するに足りるものが認められる。このように、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといつて、ただちに右公務員に過失があつたものとすることは相当でない」（国賠請求→認容／取消棄却[過失なし]／棄却）

【最判昭 49.12.12 民集 28-10-2028】異議ある債権の供託の必要性[S45 オ 886]

配当なしとされた者から配当異議訴訟が提起され、勝訴したのち配当金額を受領しようとしたところ、裁判所が供託していなかったため、利息相当額を受領できなかったもの（国賠請求→認容／取消棄却／棄却）

「競売裁判所が異議ある債権の配当額を供託する義務があるか否かについて、先例的な判例及び通説的な学説はなく、これをいかに解すべきかについて疑義があり、積極・消極の両説が考えられ、また、裁判所の競売実務上の取扱いも二様に分かれており、本件における競売裁判所である浦和地方裁判所は、民訴法の右規定の準用がないとの解釈のもとに、配当額を供託することなく、そのままこれを保管する措置をとつた……このように、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立して疑義を生じ、拠るべき明確な判例、学説がなく、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても一応の論拠が認められる場合に、公務員がその一方の解釈に立脚して公務を執行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといつて、ただちに右公務員に過失があつたものとすることは相当でなく」原判決は正当

【最判平 3.7.9 民集 45-6-1049】幼年者の被勾留者との接見禁止[前掲 昭 63 行ツ 41]

【最判平 16.1.15 民集 58-1-226】在留資格を有しない外国人と国保[H14 受 687]

在留資格を有しない外国人(在外華僑で、台湾でも国籍をもらえなかった。日本ではちゃんと出頭していた)が、国民健康保険被保険者証の交付を申請したが拒否されたもの

「法５条が，日本の国籍を有しない者のうち在留資格を有しないものを被保険者から一律に除外する趣旨を定めた規定であると解することはできない」し、「上告人は，被上告人横浜市の区域内で家族と共に安定した生活を継続的に営んでおり，将来にわたってこれを維持し続ける蓋然性が高いものと認められ，法５条にいう「住所を有する者」に該当するというべきである。そうすると，本件処分は違法であるというべき」だが、「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し，実務上の取扱いも分かれていて，そのいずれについても相当の根拠

が認められる場合に，公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは，後にその執行が違法と判断されたからといって，直ちに上記公務員に過失があったものとすることは相当ではない（最判昭46.6.24、同平 3.7.9 等参照）。これを本件についてみると，本件処分は，本件各通知に従って行われたものであるところ，前記４のとおり，社会保障制度を外国人に適用する場合には，そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から，国内に適法な居住関係を有する者のみを対象者とするのが一応の原則であると解されていることに照らせば，本件各通知には相当の根拠が認められる……前記事実関係等によれば，在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となるかどうかについては，定説がなく，下級審裁判例の判断も分かれている上，本件処分当時には，これを否定する判断を示した東京地判平 7.9.27 があっただけで，法５条の解釈につき本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかった……から，本件処分をした被上告人横浜市の担当者及び本件各通知を発した被上告人国の担当者に過失があったということはできない……被上告人らの国家賠償責任は認められない」（横尾・泉意見）いつでも退去強制されうるし、地域保険たる国保になじまない。法廷意見は在留特別許可の可能性の判断を市町村に先行的にさせるもので、不相当

・過失一元的判断がされる場合：学校事故＝注意義務違反があれば違法かつ過失

【最判昭 58.2.18 民集 37-1-101】課外クラブ活動中の事故と教諭の監督[S56 オ 539]

【最判昭 62.2.6 判時 1232-100】横浜市立中学校プール事故訴訟[S59 オ 1058]

・違法一元的判断がされる場合：規制権限の行使の不作為

＝不作為の違法判断に予見可能性・結果回避可能性が取り込まれるから

第５款　要件④－違法性

1. 要件④－「違法に」

・判断基準

＊民法：結果不法説、相関関係説、行為不法説

＊国賠：結果不法説、相関関係説、職務行為基準説、公権力発動要件欠如説

・結果違法説：公務員の行為が結果的に違法なら、国賠法上はすべて違法と評価される

・職務行為基準説：行為時において職務上の注意義務を果たし合理的判断を行っていれば適法

・故意過失との関係

＊違法一元説：取消訴訟の違法性と国賠訴訟の違法性は同じ → 違法性と故意過失は別(通説)

＊違法二元説：国賠訴訟の違法性は故意過失も含む概念で、取消訴訟の違法性とは異なる

2. 取消訴訟等との関係：国賠訴訟の前提として、取消判決等を得ておく必要はない

＊但し、取消判決・無効確認判決を得ておくと、違法性は既判力で認められ、争う必要がない

【最判昭 36.4.21 民集 15-4-850】国賠請求と無効確認の訴えの利益[昭 35 オ 248]

「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消又は無効確認の判決を得なければならないものではない」（ゆえに訴えの利益がなく却下）

【最判平 22.6.3 民集 64-4-1010】冷凍倉庫固定資産税過重賦課事件[平 21 受 1338]

国賠請求→一審：棄却（取消訴訟の不服申立て期間を徒過している）→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては，あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない（最判昭 36.4.21 参照）」

3. 具体的判断

・立法行為：立法の違憲性と国賠法上の違法性は区別される

←違憲即違法説：法律が違憲であれば当該立法は国賠法上違法となる

【最判昭 60.11.21 民集 39-7-1512】在宅投票事件[S53 オ 1240]

「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである……国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」

「国会議員が立法に関し個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うもの……国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法五一条が、「両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。」と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されない……ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといつて、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできない」「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」（国賠請求→認容／取消棄却／棄却）

【最大判平 17.9.14 民集 59-7-2087】在外邦人選挙権事件[H13 行ツ 82 等]

「国家賠償法１条１項は，国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに，国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって，国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって，当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり，仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても，そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら，立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や，国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには，例外的に，国会議員の立法行為又は立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受ける……最判昭 60.11.21 は，以上と異なる趣旨をいうものではない」

「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり，この権利行使の機会を確保するためには，在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず，前記事実関係によれば，昭和５９年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの，同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで１０年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから，このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり，このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果，上告人らは本件選挙において投票をすることができず，これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。したがって，本件においては，上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである」（横尾、上田反対）違憲とはいえない（泉反対）他に違憲の是正策がある場合は国賠認容はすべきでない

・裁判行為：違法又は不当な目的をもって裁判したなど裁判官の明確な背任がある場合等のみ

【最判昭 43.3.15 判時 524-48】裁判官の行う裁判も制約はあるが国賠法が適用される

【最判昭 57.3.12 民集 36-3-329】ミシン商事留置権事件[S53 オ 69]

「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする……最判昭 43.3.15 の趣旨とするところも結局右と同旨に帰するのであつて、判例抵触を生ずるものではない。したがつて，本件において仮に前訴判決に所論のような法令の解釈・適用の誤りがあつたとしても、それが上訴による是正の原因となるのは格別、それだけでは未だ右特別の事情がある場合にあたるものとすることはできない」（損賠請求前訴で被告となり、留置権を主張したが関連性なしとして敗訴（控訴せず確定）したが、商事留置権ゆえ関連性は不要であることを知った者による国賠請求→棄却／棄却／棄却）

【最判平 2.7.20 民集 44-5-938】弘前大教授夫人殺し冤罪国賠請求事件[S62 オ 667]

「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるものではなく、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情がある場合にはじめて右責任が肯定されると解するのが当裁判所の判例（最判昭 57.3.12、同 57.3.18）であるところ、この理は、刑事事件において、上告審で確定した有罪判決が再審で取り消され、無罪判決が確定した場合においても異ならない」

「刑事事件において、無罪の判決が確定したというだけで直ちに検察官の公訴の提起及び追行が国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為となるものではなく、公訴の提起及び追行時の検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、右提起及び追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが当裁判所の判例（最判昭 53.10.20）であるところ、この理は、上告審で確定した有罪判決が再審で取り消され、無罪判決が確定した場合においても異ならない」（弘前大教授夫人殺人事件で有罪(上告審で確定)となったが再審無罪となった者の国賠請求(家族の慰謝料を含め約 9800 万)→一部認容(960 万)／取消棄却／棄却）

【最判昭 57.2.23 民集 36-2-154】強制執行手続における救済手続の懈怠[S52 オ 1155]

「不動産の強制競売事件における執行裁判所の処分は、債権者の主張、登記簿の記載その他記録にあらわれた権利関係の外形に依拠して行われるものであり、その結果関係人間の実体的権利関係との不適合が生じることがありうるが、これについては執行手続の性質上、強制執行法に定める救済の手続により是正されることが予定されているものである。したがつて、執行裁判所みずからその処分を是正すべき場合等特別の事情がある場合は格別、そうでない場合には権利者が右の手続による救済を求めることを怠つたため損害が発生しても、その賠償を国に

対して請求することはできない」（国賠請求→棄却／棄却／棄却）

・逮捕・起訴等の違法

【最判昭 53.10.20 民集 32-7-1367】芦別事件国賠請求[S49 オ 419]

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」←原告主張「無罪判決が確定した場合には、判決時と捜査、公訴の提起・追行時で特に事情を異にする特別の場合を除き、捜査、訴追は違法であつたと判定されるべき」（鉄道爆破事件で無罪となった者の国賠請求→一部認容／取消棄却／棄却）

【最判平 1.6.29 民集 43-6-664】沖縄ゼネスト警官死亡事件国賠請求[S59 オ 103]

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに公訴の提起が違法となるということはなく、公訴提起時の検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、右提起時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる…（最判昭 53.10.20）…ところ、公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠く……したがつて、公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であつて、通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる証拠資料をもつて公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されない」（国賠請求→一部認容→双方控訴：棄却→破棄差戻し→取消棄却）

【最判平 5.1.25 民集 47-1-310】逮捕状執行前の国賠請求[H1 オ 548]

「逮捕状は発付されたが、被疑者が逃亡中のため、逮捕状の執行ができず、逮捕状の更新が繰り返されているにすぎない時点で、被疑者の近親者が、被疑者のアリバイの存在を理由に、逮捕状の請求、発付における捜査機関又は令状発付裁判官の被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があったとする判断の違法性を主張して、国家賠償を請求することは許されない……けだし、右の時点において前記の各判断の違法性の有無の審理を裁判所に求めることができるものとすれば、その目的及び性質に照らし密行性が要求される捜査の遂行に重大な支障を来す結果となるのであって、これは現行法制度の予定するところではない……から」（棄却／棄却）

・行政処分

＊公権力発動要件欠如説：法令で明記された発動要件の欠如が国賠法上の違法(従前裁判例)

→近年は職務行為基準説に基づくものが多い

【最判平 3.7.9 民集 45-6-1049】監獄法施行規則事件(委任範囲を超え違法としつつ過失否定)

【最判平 5.3.11 民集 47-4-2863】奈良民商事件(取消判決があっても違法性否定)

【最判平 11.1.21 判時 1675-48】非嫡出子の住民票続柄記載事件[H7 行ツ 116]

「市町村長が住民票に法定の事項を記載する行為は、たとえ記載の内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、市町村長が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と右行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるもの…(最判平 5.3.11 参照)」（国賠請求→棄却／棄却）

・権力的事実行為

【最判昭 61.2.27 民集 40-1-124】パトカーによる追尾中の違反車両の事故[S58 オ 767]

速度違反車を猛スピードで追尾中、追われた車両が信号無視して原告らの車に衝突、傷害を負わせたため、追尾

していた警察官に違法があるとして県へ国賠請求したもの

「およそ警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断してなんらかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問し、また、現行犯人を現認した場合には速やかにその検挙又は逮捕に当たる職責を負うものであつて（警察 2,65、警職 2-1）、右職責を遂行する目的のために被疑者を追跡することはもとよりなしうるところであるから、警察官がかかる目的のために交通法規等に違反して車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、逃走車両の走行により第三者が損害を被つた場合において、右追跡行為が違法であるというためには、右追跡が当該職務目的を遂行する上で不必要であるか、又は逃走車両の逃走の態様及び道路交通状況等から予測される被害発生の具体的危険性の有無及び内容に照らし、追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要する」（国賠請求→おおむね認容／変更(認容額増)／破棄自判・請求棄却）

・非権力的事実行為：法律の解釈を誤った通知に基づく都道府県の行政指導は違法

【東京高判平 5.10.28 判時 1483-17】廃棄物処理法の誤解釈(厚生省担当官の過失)

・規制権限の不行使

＊規制対象者：規制を受ける者 ⇔ 規制受益者：規制によって生命や財産を守られる人

＊規制権限不行使に対する国賠請求の壁：行政便宜主義(権限行使についての効果裁量)

←裁量権収縮の理論(一定の場合には効果裁量がゼロに収縮し、作為義務が生ずる)

←裁量権消極的濫用論(不作為が裁量権の逸脱・濫用にあたれば違法)

＊考慮要素

・被侵害法益(重要なほど認められやすい)

・予見可能性(欠ければ認められない、程度の問題：急迫性を要するか/蓋然性で足りるか)

・結果回避可能性(欠ければ認められない)

・期待可能性(私人による危険回避が困難なら認められやすい(補充性)、あまり重視されない)

←国民の現実の期待よりは、客観的に行政介入が期待される状況だったか

※比例原則との関係：従来は過剰禁止のこと、近時は過少禁止も含むとする

＊具体例

【最判平 1.11.24 民集 43-10-1169】宅建業事件[S61 オ 1152]

宅建業者の不正項で損害を受けた者による国賠請求、知事の宅建業免許付与・更新、業務停止処分等の規制権限の行使懈怠が違法と主張した（国賠請求→棄却／棄却）

「法がかかる免許制度を設けた趣旨は、直接的には、宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあり、監督処分権限も、この免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する趣旨に出たものにほかならない。もっとも、法は、その目的の一つとして購入者等の利益の保護を掲げ（一条）、宅建業者が業務に関し取引関係者に損害を与え又は与えるおそれが大であるときに必要な指示をする権限を知事等に付与し（六五条一項一号）、営業保証金の供託を義務づける（二五条、二六条）など、取引関係者の利益の保護を顧慮した規定を置いており、免許制度も、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではない……業務の停止ないし免許の取消は、当該宅建業者に対する不利益処分であり、その営業継続を不能にする事態を招き、既存の取引関係者の利害にも影響するところが

大きく、そのゆえに前記のような聴聞、公告の手続が定められているところ、業務の停止に関する知事等の権限がその裁量により行使されるべきことは法六五条二項の規定上明らかであり、免許の取消については法六六条各号の一に該当する場合に知事等がこれをしなければならないと規定しているが、業務の停止事由に該当し情状が特に重いときを免許の取消事由と定めている同条九号にあっては、その要件の認定に裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられている……したがって、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」「右事実関係によれば、京都府知事が誠和住研に対し本件免許を付与し更にその後これを更新するまでの間、誠和住研の取引関係者からの担当職員に対する苦情申出は一件にすぎず、担当職員において双方から事情を聴取してこれを処理したというのであるから、本件免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しないものであるとしても、その後に誠和住研と取引関係を持つに至った上告人に対する関係で直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではない……また、本件免許の更新後は担当職員が誠和住研と被害者との交渉の経過を見守りながら被害者救済の可能性を模索しつつ行政指導を続けてきたなど前示事実関係の下においては、上告人が誠和住研に対し中間金三九〇万円を支払った時点までに京都府知事において誠和住研に対する業務の停止ないし本件免許の取消をしなかったことが、監督処分権限の趣旨・目的に照らして著しく不合理であるということはできないから、右権限の不行使も国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないというべき」

（奥野反対）宅建業法違反で執行猶予中の者が実質的に免許を受けており、その点看過している→破棄差戻し

【最判平 7.6.23 民集 49-6-1600】クロロキン薬害事件[H1 オ 1260]

クロロキン製剤網膜症の発生防止のため、厚生大臣が製造承認の撤回等の措置を講じなかったことが違法と主張（国賠請求→棄却／棄却）

「厚生大臣は、右のような権限を具体的な状況に応じて行使するが、その前提となるべき医薬品の有用性の判断は、当該医薬品の効能、効果と副作用との比較考量によって行われるものであるから、これについては、高度の専門的かつ総合的な判断が要求される。そして、右判断の要素となる医薬品の有効性と副作用及び代替可能な医薬品や治療法の有無等に関する医学的、薬学的知見は、研究、開発の成果などにより常に変わり得るものであるから、医薬品の有用性の判断は、その時点における医学的、薬学的知見を前提としたものとならざるを得ない。また、厚生大臣は、当該医薬品の有用性を否定することができない場合においても、その副作用による被害の発生を防止するため、前記のような権限を行使し、あるいは行政指導を行うことができるが、これらの権限を行使するについては、問題となった副作用の種類や程度、その発現率及び予防方法などを考慮した上、随時、相当と認められる措置を講ずべきものであり、その態様、時期等については、性質上、厚生大臣のその時点の医学的、薬学的知見の下における専門的かつ裁量的な判断によらざるを得ない」「厚生大臣の薬事法上の権限の行使についての右のような性質ないし特質を考慮すると、医薬品の副作用による被害が発生した場合であっても、厚生大臣が当該医薬品の副作用による被害の発生を防止するために前記の各権限を行使しなかったことが直ちに国家賠償法一条一項の適用上違法と評価されるものではなく、副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、前記のような薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、右権限の不行使がその許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において同項の適用上違法となる」→著しく合理性を欠くとまではいえない

【最判平 16.4.27 民集 58-4-1032】筑豊じん肺事件[H13 受 1760]

「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は，その権限を定めた法令の趣旨，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，その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く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，国家賠償法１条１項の適用上違法となる…（最

判平 1.11.24、同 7.6.23 参照)」「以上の諸点に照らすと，通商産業大臣は，遅くとも，昭和３５年３月３１日のじん肺法成立の時までに，前記のじん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして，石炭鉱山においても，衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執った上で，鉱山保安法に基づく監督権限を適切に行使して，上記粉じん発生防止策の速やかな普及，実施を図るべき状況にあったというべきである。そして，上記の時点までに，上記の保安規制の権限（省令改正権限等）が適切に行使されていれば，それ以降の炭坑労働者のじん肺の被害拡大を相当程度防ぐことができたものということができる。以上の諸点に照らすと，通商産業大臣は，遅くとも，昭和３５年３月３１日のじん肺法成立の時までに，前記のじん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして，石炭鉱山においても，衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執った上で，鉱山保安法に基づく監督権限を適切に行使して，上記粉じん発生防止策の速やかな普及，実施を図るべき状況にあったというべきである。そして，上記の時点までに，上記の保安規制の権限（省令改正権限等）が適切に行使されていれば，それ以降の炭坑労働者のじん肺の被害拡大を相当程度防ぐことができたものということができる」（国賠請求→認容／棄却）

【最判平 16.10.15 民集 58-7-1802】熊本水俣病関西事件[H13 オ 1194]

判断枠組は同じ「前記の事実関係によれば，昭 34.11 末の時点で，〔１〕昭 31.5.1 の水俣病の公式発見から起算しても既に約３年半が経過しており，その間，水俣湾又はその周辺海域の魚介類を摂取する住民の生命，健康等に対する深刻かつ重大な被害が生じ得る状況が継続していたのであって，上告人国は，現に多数の水俣病患者が発生し，死亡者も相当数に上っていることを認識していたこと，〔２〕上告人国においては，水俣病の原因物質がある種の有機水銀化合物であり，その排出源がチッソ水俣工場のアセトアルデヒド製造施設であることを高度のがい然性をもって認識し得る状況にあったこと，〔３〕上告人国にとって，チッソ水俣工場の排水に微量の水銀が含まれていることについての定量分析をすることは可能であったことといった事情を認めることができる。なお，チッソが昭 34.12 に整備した前記排水浄化装置が水銀の除去を目的としたものではなかったことを容易に知り得たことも，前記認定のとおりである。そうすると，同年 11 月末の時点において，水俣湾及びその周辺海域を指定水域に指定すること，当該指定水域に排出される工場排水から水銀又はその化合物が検出されないという水質基準を定めること，アセトアルデヒド製造施設を特定施設に定めることという上記規制権限を行使するために必要な水質二法所定の手続を直ちに執ることが可能であり，また，そうすべき状況にあったものといわなければならない。そして，この手続に要する期間を考慮に入れても，同年 12 月末には，主務大臣として定められるべき通商産業大臣において，上記規制権限を行使して，チッソに対し水俣工場のアセトアルデヒド製造施設からの工場排水についての処理方法の改善，当該施設の使用の一時停止その他必要な措置を執ることを命ずることが可能であり，しかも，水俣病による健康被害の深刻さにかんがみると，直ちにこの権限を行使すべき状況にあった……この時点で上記規制権限が行使されていれば，それ以降の水俣病の被害拡大を防ぐことができたこと，ところが，実際には，その行使がされなかったために，被害が拡大する結果となったことも明らかである」「本件における以上の諸事情を総合すると，昭和３５年１月以降，水質二法に基づく上記規制権限を行使しなかったことは，上記規制権限を定めた水質二法の趣旨，目的や，その権限の性質等に照らし，著しく合理性を欠くものであって，国家賠償法１条１項の適用上違法というべき」（国賠請求→認容／一部破棄自判（棄却））

・申請に対する不作為

＊従前多数：不作為の違法確認訴訟の違法性と共通 → 職務行為基準 or 相関関係説

【最判平 3.4.26 民集 45-4-653】水俣病認定お待たせ賃事件[S61 オ 329]

要旨①「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法３条１項又は(旧)公害健康被害補償法４条２項に基づき水俣病患者認定申請をした者が相当期間内に応答処分されることにより焦燥、不安の気持ちを抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、不法行為法上の保護の対象になる」（香川反対）

要旨②「右認定申請を受けた処分庁には、不当に長期間にわたちないうちに応答処分をすべき条理上の作為義務があり、右の作為義務に違反したというためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分ができなかつたことだけでは足りず、その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によつて遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかつたことが必要である」（国賠請求→一部認容／変更(一部認容)／破棄差戻し／取消棄却）

第６款　要件⑤－損害

1. 要件⑤－「他人に損害を加えたときは」（損害）

・反射的利益は国賠法上保護されない

【最判平 1.11.24 民集 43-10-1169】宅建業事件[前掲 S61 オ 1152]

「取引関係者の利益の保護を顧慮した規定を置いており、免許制度も、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべき」→基本的には国賠法の保護対象外だが[宇賀]、違法となる場合もあるから保護されうる[板垣]

【最判平 2.2.20 判時 1380-94】被害者・告訴人による不起訴等への国賠請求[H1 オ 825]

「犯罪の捜査及び検察官による公訴権の行使は、国家及び社会の秩序維持という公益を図るために行われるものであって、犯罪の被害者の被侵害利益ないし損害の回復を目的とするものではなく、また、告訴は、捜査機関に犯罪捜査の端緒を与え、検察官の職権発動を促すものにすぎないから、被害者又は告訴人が捜査又は公訴提起によって受ける利益は、公益上の見地に立って行われる捜査又は公訴の提起によって反射的にもたらされる事実上の利益にすぎず、法律上保護された利益ではない……したがって、被害者ないし告訴人は、捜査機関による捜査が適正を欠くこと又は検察官の不起訴処分の違法を理由として、国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることはできないというべきである（最大判昭 27.12.24 参照）」

・ただし、抗告訴訟と国賠訴訟で救済される損害の範囲は異なる

【大阪地判平 2.10.29 判時 1398-94】取消訴訟の原告適格はなくても国賠で救済されうる

電気、ガスの利用者が、通産大臣の料金値上げ認可処分の違法を理由としてした国家賠償請求が棄却されたもの

第７款　公務員の個人責任

1. 公務員個人の対外的責任

・肯定説、制限的肯定説(故意・重過失がある場合のみ/故意職権濫用行為のみ)、否定説

→最高裁は否定説、下級審では若干の制限的肯定説はあるが、多数は否定説

＊肯定説の理由：被害者の報復感情の満足、違法行為の抑止、条文の根拠がない

＊否定説の理由：公務員個人を萎縮させ、公務の適正な執行を妨げるおそれ

【最判昭 30.4.19 民集 9-5-534】県知事・県農地部長への損賠請求[S28 オ 625]

損賠「請求は、被上告人等の職務行為を理由とする国家賠償の請求と解すべきであるから、国または公共団体が賠償の責に任ずるのであつて、公務員が行政機関としての地位において賠償の責任を負うものではなく、また公務員個人もその責任を負うものではない。従つて県知事を相手方とする訴は不適法であり、また県知事個人、農地部長個人を相手方とする請求は理由がない」（県知事の農地委解散命令が無効として慰謝料請求したもの→棄却／棄却／棄却）

・外形標準説により国賠請求を認めた場合に、公務員個人への損賠請求が否定されるかは不明

※最判昭 31.11.30 民集 10-11-1502 では、強殺をした警察官への請求はされていない

・例外的に公務員の個人責任を認めてもよい場合(ただし、控訴審で否定)

【東京地判平 6.9.6 判時 1504-40】緒方靖夫幹部宅盗聴事件[S63 ワ 12066]

国・神奈川県・警察官 4 名連帯し 3308 万円、国に 300 万円請求→国・県・警察官 3 名に 206 万円認容→双方控訴：国・県に 404 万円認容→確定

「思うに、公務は、私的業務とは際立った特殊性を有するものであり、その特殊性ゆえに、民事不法行為法の適用が原則として否定されるべきものであると解されるが、右の理は、本件のごとく、公務としての特段の保護を何ら必要としないほど明白に違法な公務で、かつ、行為時に行為者自身がその違法性を認識していたような事案については該当しない……このように解しても、公務員の個人責任が認められる事案は、行為の違法性が重大で、かつ行為者がその違法性を認識している場合に限られるのであるから、損害賠償義務の発生を恐れるがゆえに公務員が公務の執行を躊躇するといったような弊害は何ら発生するおそれがないことは言うまでもなく、かえって、将来の違法な公務執行の抑制の見地からは望ましい効果が生じることさえ期待できるところである。（また、本件訴訟において、被告個人らは、当裁判所が被告個人ら全員について本人尋問を採用したにもかかわらず、既に神奈川県警察を退職した被告乙川を除き、いずれも正当な理由なく期日に出頭せず、本人尋問に出頭した被告乙川についても、正当な理由を示さない供述拒否と形式的否認の態度に終結したものであるが、被告個人らが、右のように本件事案の真相解明に協力しないとの姿勢に終始することができたのは、同被告らが、事実認定の結果いかんにかかわらず、自分たちが損害賠償責任を問われることはないとの前提に立っていたためであることは疑い得ないところであり、本件事案のごとく、加害公務員が当初から自らの違法性を認識していたような場合において、かかる不誠実な応訴態度を是認するがごとき法解釈が相当とは言えないことも、また論を待たない…）なお、被告個人ら引用の判例は、加害者たる公務員個人が行為当初より自己の行為の違法性を認識しつつ行動していたものではないという点において本件とは実質的に事案を異にするものであって……本件事案が右判例の射程外の事案であることは明らかと言うべきであるから、何ら前記の結論を左右するものではない。」

・刑事事件については担当の公務員個人が罪責を負う

【最判平 20.3.3 刑集 62-4-567】薬害エイズ厚生省事件(生物製剤課長が業過致死で有罪)

2. 公務員個人に対する求償(§1-2)

§1-2 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する

・全額の求償は(信義則上)認められないことが多い

【佐賀地判平 22.7.16 判時 2097-114】佐賀商工共済事件(一審)[H20 ワ 580]

佐賀商工共済組合が多額の債務超過を粉飾経理操作によって隠蔽したまま事業を継続し、破産したところ、佐賀県知事がこれを知りつつ権限を行使せず放置したとして共済組合員から国賠請求を提起し、県敗訴、4.9 億円を支払ったため、被告(元知事)に求償金請求したもの

○一審判決：4.9 億円の全額を認容

被告は「放置すれば、将来的に破綻して、組合員に多大な被害を与える蓋然性が高いことを認識していたか、少なくとも容易に認識することが可能であった……それにもかかわらず、被告は、経営再建の可能性の有無を慎重に検討することなく、具体的な根拠のない極めて安易な見通しに基づき、経営再建の可能性を認めて、本件監督権限を行使することなく、これを放置したのであり、被告には、本件監督権限不行使につき、前記認定の過失を超えて重大な過失があった」「法三条一項に基づき、行政事務の管理者とともに、費用負担者が損害賠償責任を負う場合には、損害を賠償した行政事務の管理者及び費用負担者は、法一条二項に基づき、公務員個人に対し、求償権を行使することができる。もっとも、被害者に対して損害を賠償した行政事務の管理者又は費用負担者は、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対し、求償権を行使することができる（法三条二項）のであるから、

法一条二項に基づき、公務員個人に対し行使できる求償権の範囲は、法三条二項に基づく求償権の行使により損害が填補される部分を控除した範囲にとどまる……すなわち、損害を賠償する責任のある者が複数いる場合には、法令の規定により、若しくは合意により定まる内部的負担割合に応じてのみ、公務員個人に対し求償権を行使することができる……もっとも、被告は、本件訴訟において、裁判所からの求釈明にもかかわらず、求償権の範囲を制限すべき理由を何ら主張しないから、求償権の範囲を制限する事情はないものと判断するほかはない」

○控訴審判決：求償額を 1/10 に圧縮（福岡高判平 24.2.16：H22 ネ 844）

「法３条１項の費用負担者としての損害賠償責任は，法１条１項の責任そのものであるということができるから，法３条１項の費用負担者として賠償責任を履行した費用負担者も，法１条２項に基づき，公務員個人に対して求償権を有する」「法１条１項に基づき賠償責任を負う国又は公共団体は、公務員による公務の遂行を通じて，公権力の行使という行政目的を達していることに照らせば，損害の公平な分担という見地から，国又は公共団体からの公務員個人に対する求償権の行使は，信義則上相当と認められる限度に制限されるべき」「この点，被控訴人は，公務員個人が求償義務を負う場合は，法１条２項により故意又は重過失がある場合に制限されていることなどを理由に，求償権の範囲を制限すべきではない旨主張するが，公務員個人が求償義務を負うかどうかの問題と，その範囲をどの程度にとどめるかは異なる問題であるから，被控訴人の主張は採用できない」

→§3-2 により国への求償権行使を試みておらず、実際は商工労働部商工企画課長の専決であったこと、被告が損失を知った時点ですでに累積欠損が膨大で結果回避可能性が低かったこと、アルゼンチン国債の利払いがなかったため損失が拡大したことに帰責性がないことから「求償権の範囲ないしその額は，信義則上，被控訴人の本件組合員に対する賠償額の１０分の１に相当する額に制限され，同額をもって相当というべきである」

○上告審決定：被告上告棄却、受理申立て不受理（最決平 26.1.16：H24 オ 898・H24 受 1093）

（櫻井反対、横田同調）重過失の認定に疑問があり、破棄差戻しすべき

【東京地判平 22.12.22 判時 2104-19】国立マンション訴訟[H21 行ウ 249]

前市長がマンション開発を妨害したとして国賠訴訟が提起され、国立市が敗訴し損害賠償を支払った(2500 万円＋利息で 3123 万円)ところ、住民が前市長への求償権行使を求めた住民訴訟→全部認容→控訴審係属中

「Ｃ１前市長が本件第１行為から本件第４行為までの各行為に及んだ動機が大学通りの景観を保持するためであったことは優に推認することができるものの，Ｃ１前市長は，前記（３）のとおり，建築基準法に違反しない適法建築物である本件建物の建築・販売を阻止することを目的として，一連の本件違法行為が，普通地方公共団体の長として要請される中立性・公平性を逸脱し，急激かつ強引な行政施策の変更又は異例かつ執拗な目的達成行為であると評価することができる基礎事実を十分に認識しながら，本件違法行為に及んで明和地所の適法な営業活動を妨害したと認められる以上，少なくとも重大な過失があることは明らか」

→損賠金は市に寄付されたが、一般寄付でありまた訴訟費用請求権を放棄しているから求償権は消滅していない

→「Ｃ１前市長は，普通地方公共団体の長として行政目的を達成する上での中立性・公平性が要請される立場にありながら，建築基準法に違反しない適法建築物である本件建物の建築・販売を阻止することを目的として，少なくとも重大な過失により，自ら主体的かつ積極的に一連の本件違法行為に及び，これにより明和地所に損害を与えたことから，国立市らを相手とする前件訴訟を提起され，国立市において明和地所に本件損害賠償金を支払わなければならない事態を招いたものであり……上記一連の行為により国立市が受けた経済的不利益は本件損害賠償金にとどまるものではないことに照らすと，国立市が明和地所から本件寄附を受けたことや国家賠償法１条２項が公務員に軽過失があるにとどまる場合に求償権の成立を認めない趣旨等を考慮しても，なお国立市がＣ１前市長に対して本件求償権を行使することが信義則に反するとはいえない」

第３節　国家賠償法２条

第１款　国家賠償法２条の瑕疵

1. 営造物責任(§2)

・公の営造物の設置・管理の瑕疵によって私人が被った損害の賠償責任(民 717 の特則)

＊沿革：国賠１条と異なって、戦前から民 717 によって認められていた

【大判大 5.6.1 民録 22-1088】徳島小学校遊動円棒事件(民 717-1 による市の損賠責任肯定)

＊意義：民 717 より救済範囲が広い

・民 717 の「土地の工作物」より§2 の「公の営造物」は広い概念

←公の営造物ではない、土地の工作物もありうる（その場合は民 717 で救済する）

・占有者の無過失による免責が認められない（→代わりに求償可能：§2-2）

§2-1 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる

§2-2 前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する

2. 公の営造物

・(国賠法上の)意義：国や公共団体が直接に公の目的に供している有体物

＊国や公共団体の物でも、私経済的目的なら含まない

＊人的要素は捨象される。無体財産や人は含まない(→1 条で処理する)

＊判断：実際に公の目的に供されているか否か

・私人の設置管理する施設に補助金が支給されていることだけで該当するわけではない

→権原があればよいが、なくても事実上管理していれば該当する場合がある

・行政財産(国有財産法・地自法＝国等が公の用に供している財産)：原則該当

・普通財産(国公有財産で行政財産以外のもの)：「公の営造物」に該当する場合あり

・種類

＊不動産・動産：ともに有体物ゆえ含まれる。パトカー(勝手に動いた)や拳銃(暴発,悪用)など

←動産はそれ自体の欠陥がある場合に限定すべき

【大阪高判昭 62.11.27 判時 1275-62】動産の公の営造物該当性[S61 ネ 2035]

「本件において、けん銃保管のための保管箱が右営造物に該るものと解されるのみならず、本件けん銃はそれ自体動産であるが、本来的に人身等を殺傷する用に供されるために作製されたいわゆる性質上の兇器であり、しかもその威力は強大で、一旦使用されると相手に容易に致命傷を与える高度の危険性を持つ武器であるから、これもまた右営造物に該る」（警察官が拳銃を持ち出して愛人を射殺したもの：国賠→認容：確定）

＊人工公物・自然公物：ともに含むが、瑕疵判断基準は異なる ∵河川も列挙されているから

＊自有公物・他有公物：ともに含む。私有地を賃借して公園としているような場合

3. 設置又は管理の瑕疵

・瑕疵の意義：営造物が通常有すべき安全性を欠いていること

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1268】高知落石事件[S42 オ 921]

「国家賠償法二条一項の営造物の設置または管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、これに基づく国および公共団体の賠償責任については、その過失の存在を必要としない」

本件では国道 2km の間、落石が多発していたのに、落石注意の看板を立てただけで、「本件道路は、その通行の安全性の確保において欠け、その管理に瑕疵があつたものというべきである旨、本件道路における落石、崩土の発生する原因は道路の山側の地層に原因があつたので、本件における道路管理の瑕疵の有無は、本件事故発生地点だけに局限せず、前記 2000m の本件道路全般についての危険状況および管理状況等を考慮にいれて決するのが相当である旨、そして、本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、上告人県としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えることはできないのであり、その他、本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は、いずれも正当」（落石で死亡した被害者の両親による国・県への国賠請求→認容→被告控訴：棄却・請求拡張一部認容→上告棄却）

・瑕疵の判断

＊考慮要素：§1 と連続的に解すると、判断基準は共通となる

・被侵害法益の重要性、予見可能性、結果回避可能性、期待可能性

→人工公物と自然公物では期待可能性が異なる

＊通常有すべき安全性の基準：通常の用法の限度でよい

→通常の用法で必要な安全性は誰が使っているかによって異なる（幼児＞大人・乳児）

・通常の用法に即しない行動

【最判昭 53.7.4 民集 32-5-809】道路柵後ろ向き腰かけ転落事件[S53 オ 76]

道路の防護柵から４m落下した原告が道路設置者の神戸市に国賠請求したもの（原告は「本件防護柵の上段手摺に後ろ向きに腰かけて遊ぶうち誤つて転落したものと推認されるが、右防護柵設置の後他に子どもの転落事故が発生したとか、住民が被上告人に対し事故防止措置をとるよう陳情したとかいう事実はいずれも認められない」）「国家賠償法二条一項にいう営造物の設置又は管理に瑕疵があつたとみられるかどうかは、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個別的に判断すべきものであるところ、前記事実関係に照らすと、本件防護柵は、本件道路を通行する人や車が誤つて転落するのを防止するために被上告人によつて設置されたものであり、その材質、高さその他その構造に徴し、通行時における転落防止の目的からみればその安全性に欠けるところがないものというべく、上告人の転落事故は、同人が当時危険性の判断能力に乏しい六歳の幼児であつたとしても、本件道路及び防護柵の設置管理者である被上告人において通常予測することのできない行動に起因するものであつた……したがつて、右営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあつたとはいえず、上告人のしたような通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき、被上告人はその設置管理者としての責任を負うべき理由はない」（国賠請求→一部認容／取消棄却／棄却）

【最判昭 56.7.16 判時 1016-59】児童遊園のプールと金網[]

・現実にどのような利用がされていたか

【東京地判昭 54.3.27 判時 919-77】点字ブロック未設置(盲人用施設が多い駅では瑕疵)

・通常の用法＋社会的影響の考慮

【最判平 5.3.30 民集 47-4-3226】テニスコート審判台落下事件[S61 オ 315]

幼児が、町立中学校にあったテニスの審判台に昇り(遊び場として開放されており、親は横でテニスをしていた)、その後部から座席部分の背当てを構成している左右の鉄パイプを両手で握って降りようとしたために転倒した審判台の下敷きになって死亡したため、その両親が国賠請求をしたもの（認容／棄却／破棄自判・取消棄却）「国家賠償法二条一項にいう「公の営造物の設置又は管理に瑕疵」があるとは、公の営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、右の安全性を欠くか否かの判断は、当該営造物の構造、本来の用法、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、個別的に判断すべきである（最判昭 45.8.20、同昭 53.7.4 参

照)」「本件において、その設置又は管理に瑕疵があったと主張されている当該営造物とは、具体的には、上告人（栃木県芳賀郡茂木町）町立の中川中学校の校庭に設置されたテニスの審判台であるが、一般に、テニスの審判台は、審判者がコート面より高い位置から競技を見守るための設備であり、座席への昇り降りには、そのために設けられた階段によるべきことはいうまでもなく、審判台の通常有すべき安全性の有無は、この本来の用法に従った使用を前提とした上で、何らかの危険発生の可能性があるか否かによって決せられるべき」「本件審判台が本来の用法に従ってこれを使用する限り転倒の危険を有する構造のものでなかった」

「本件事故の発生した中川中学校の校庭が幼児を含む一般市民に事実上開放されていたことは、前述のとおりであるが、このように、公立学校の校庭が開放されて一般の利用に供されている場合、幼児を含む一般市民の校庭内における安全につき、校庭内の設備等の設置管理者に全面的に責任があるとするのは当を得ないことであり、幼児がいかなる行動に出ても不測の結果が生じないようにせよというのは、設置管理者に不能を強いるものといわなければならず、これを余りに強調するとすれば、かえって校庭は一般市民に対して全く閉ざされ、都会地においては幼児は危険な路上で遊ぶことを余儀なくされる結果ともなろう。公の営造物の設置管理者は、本件の例についていえば、審判台が本来の用法に従って安全であるべきことについて責任を負うのは当然として、その責任は原則としてこれをもって限度とすべく、本来の用法に従えば安全である営造物について、これを設置管理者の通常予測し得ない異常な方法で使用しないという注意義務は、利用者である一般市民の側が負うのが当然であり、幼児について、異常な行動に出ることがないようにさせる注意義務は、もとより、第一次的にその保護者にあるといわなければならない」「本件事故時の圭吾の行動は、本件審判台に前部階段から昇った後、その座席部分の背当てを構成している左右の鉄パイプを両手で握って審判台の後部から降りるという極めて異常なもので、本件審判台の本来の用法と異なることはもちろん，設置管理者の通常予測し得ないものであった……このような使用をすれば、本来その安全性に欠けるところのない設備であっても、何らかの危険を生ずることは避け難い……幼児が異常な行動に出ることのないようにしつけるのは、保護者の側の義務であり、このような通常予測し得ない異常な行動の結果生じた事故につき、保護者から設置管理者に対して責任を問うというのは、もとより相当でない。まして本件に現れた付随的事情からすれば、圭吾は、保護者である被上告人恒雄らに同伴されていたのであるから、同被上告人らは、テニスの競技中にも圭吾の動静に留意して危険な行動に出ることがないように看守し、万一その危険が察知されたときは直ちに制止するのが当然であり、また容易にこれを制止し得た」「これを要するに、本件事故は、被上告人らの主張と異なり、本件審判台の安全性の欠如に起因するものではなく、かえって、前記に見るような圭吾の異常な行動に原因があったものといわなければならず、このような場合にまで、上告人が被上告人らに対して国家賠償法二条一項所定の責任を負ういわれはないというべき」

・新たに開発された安全施設の不設置

→標準化、普及度、構造・利用度から予測する危険性の程度、必要性、設置困難性等

【最判昭 61.3.25 民集 40-2-472】点字ブロック未設置転落事件[S58 オ 1132,1133]

視覚障害者の原告が国鉄福島駅で線路に転落して重傷を負ったもの(事故は S48)→一部認容(運転士の過失・過失相殺４割)→変更(点字ブロック未設置は瑕疵・過失相殺５割)→破棄差戻し・原状回復認容

「国家賠償法二条一項にいう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個別的に判断すべきものである（最大判昭 56.12.16、最判昭 53.7.4、同 59.1.26 頁参照)。そして、点字ブロツク等のように、新たに開発された視力障害者用の安全設備を駅のホームに設置しなかつたことをもつ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当たつては、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、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、右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右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」

＊時間の要素の考慮：無過失責任だが、時間が短ければ瑕疵がなかったとする場合がある

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1268】高知落石事件(無過失責任、不可抗力・回避不能は肯定)

【最判昭 50.6.26 民集 29-6-851】直前にバリケード等が損壊[瑕疵なし][S46 オ 887]

本件事故が発生する直前に、同所を北進した他車によつて前記工事現場の南側に設置されていた工事標識板, バリケード及び赤色灯標柱はその場に倒され、赤色灯が消えていたため、事故になったもの

「右の事実関係に照らすと、本件事故発生当時、被上告人において設置した工事標識板、バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから、道路の安全性に欠如があつたといわざるをえないが、それは夜間、しかも事故発生の直前に先行した他車によつて惹起されたものであり、時間的に被上告人において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であつたというべく、このような状況のもとにおいては、被上告人の道路管理に瑕疵がなかつたと認めるのが相当」（棄却／棄却）

【最判昭 50.7.25 民集 29-6-1136】87 時間の故障車放置(瑕疵あり)[S47 オ 704]

故障車が路上に 87 時間放置され、原付運転者が衝突死亡したもの（認容／棄却）

「道路管理者は、道路を常時良好な状態に保つように維持し、修繕し、もつて一般交通に支障を及ぼさないように努める義務を負うところ（道路法四二条）、前記事実関係に照らすと、同国道の本件事故現場付近は、幅員七・五メートルの道路中央線付近に故障した大型貨物自動車が八七時間にわたつて放置され、道路の安全性を著しく欠如する状態であつたにもかかわらず、当時その管理事務を担当する橋本土木出張所は、道路を常時巡視して応急の事態に対処しうる監視体制をとつていなかつたために、本件事故が発生するまで右故障車が道路上に長時間放置されていることすら知らず、まして故障車のあることを知らせるためバリケードを設けるとか、道路の片側部分を一時通行止めにするなど、道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じていなかつたことは明らかであるから、このような状況のもとにおいては、本件事故発生当時、同出張所の道路管理に瑕疵があつたというのほかなく、してみると、本件道路の管理費用を負担すべき上告人は、国家賠償法二条及び三条の規定に基づき、本件事故によつて被上告人らの被つた損害を賠償する責に任ずべきであり、上告人は、道路交通法上、警察官が道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、道路の交通に起因する障害の防止に資するために、違法駐車に対して駐車の方法の変更・場所の移動などの規制を行うべきものとされていること（道路交通法一条、五一条）を理由に、前記損害賠償責任を免れることはできない」

・瑕疵判断基準（道路・河川）

＊道路(人工公物)：供用開始行為の時点で一定の安全性が必要

・予算抗弁は排斥される

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1268】高知落石事件[前掲 S42 オ 921]

「本件道路における防護柵を設置するとした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、上告人県としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えることはできない」

＊河川(自然公物)：もともと公共の用に供されており、安全性は「高める」もの

・予算の限界も含め、諸制約の下、一般的水準・社会通念に照らし是認しうる安全性でよい

【最判昭 59.1.26 民集 38-2-53】大東水害事件[S53 オ 492,493,494]

S47.7 の豪雨の浸水被害者が国・府・大東市に損賠請求したもの→一部認容／一部変更／破棄差戻し／取消棄却

「国家賠償法二条一項の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き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいい（最大判昭 56.12.16 参照）、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個別的に判断すべき…（最判昭 53.7.4）」

「河川の管理については……道路その他の営造物の管理とは異なる特質及びそれに基づく諸制約が存するので

あつて、河川管理の瑕疵の存否の判断にあたつては、右の点を考慮すべき……すなわち、河川は、本来自然発生的な公共用物であつて、管理者による公用開始のための特別の行為を要することなく自然の状態において公共の用に供される物であるから、通常は当初から人工的に安全性を備えた物として設置され管理者の公用開始行為によつて公共の用に供される道路その他の営造物とは性質を異にし、もともと洪水等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ものである。したがつて、河川の管理は、道路の管理等とは異なり、本来的にかかる災害発生の危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であつて、河川の通常備えるべき安全性の確保は、管理開始後において、予想される洪水等による災害に対処すべく、堤防の安全性を高め、河道を拡幅・掘削し、流路を整え、又は放水路、ダム、遊水池を設置するなどの治水事業を行うことによつて達成されていくことが当初から予定されている……この治水事業は、もとより一朝一夕にして成るものではなく、しかも全国に多数存在する未改修河川及び改修の不十分な河川についてこれを実施するには莫大な費用を必要とするものであるから、結局、原則として、議会が国民生活上の他の諸要求との調整を図りつつその配分を決定する予算のもとで、各河川につき過去に発生した水害の規模、頻度、発生原因、被害の性質等のほか、降雨状況、流域の自然的条件及び開発その他土地利用の状況、各河川の安全度の均衡等の諸事情を総合勘案し、それぞれの河川についての改修等の必要性・緊急性を比較しつつ、その程度の高いものから逐次これを実施していくほかはない。また、その実施にあたつては、当該河川の河道及び流域全体について改修等のための調査・検討を経て計画を立て、緊急に改修を要する箇所から段階的に、また、原則として下流から上流に向けて行うことを要するなどの技術的な制約もあり、更に、流域の開発等による雨水の流出機構の変化、地盤沈下、低湿地域の宅地化及び地価の高騰等による治水用地の取得難その他の社会的制約を伴うことも看過することはできない。しかも、河川の管理においては、道路の管理における危険な区間の一時閉鎖等のような簡易、臨機的な危険回避の手段を採ることもできないのである。河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の期間を必要とし、未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるをえないのであつて、当初から通常予測される災害に対応する安全性を備えたものとして設置され公用開始される道路その他の営造物の管理の場合とは、その管理の瑕疵の有無についての判断の基準もおのずから異なつたものとならざるをえないのである。この意味で、道路の管理者において災害等の防止施設の設置のための予算措置に困却するからといつてそのことにより直ちに道路の管理の瑕疵によつて生じた損害の賠償責任を免れうるものと解すべきでないとする当裁判所の判例（最判昭 45.8.20）も、河川管理の瑕疵については当然には妥当しない」

「以上説示したところを総合すると、我が国における治水事業の進展等により前示のような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が解消した段階においてはともかく、これらの諸制約によつていまだ通常予測される災害に対応する安全性を備えるに至つていない現段階においては、当該河川の管理についての瑕疵の有無は、過去に発生した水害の規模、発生の頻度、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然的条件、土地の利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮し、前記諸制約のもとでの同種・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備えていると認められるかどうかを基準として判断すべき……既に改修計画が定められ、これに基づいて現に改修中である河川については、右計画が全体として右の見地からみて格別不合理なものと認められないときは、その後の事情の変動により当該河川の未改修部分につき水害発生の危険性が特に顕著となり、当初の計画の時期を繰り上げ、又は工事の順序を変更するなどして早期の改修工事を施行しなければならないと認めるべき特段の事由が生じない限り、右部分につき改修がいまだ行われていないとの一事をもつて河川管理に瑕疵があるとすることはできない……右の理は、人口密集地域を流域とするいわゆる都市河川の管理についても、前記の特質及び諸制約が存すること自体には異なるところがないのであるから、一般的にはひとしく妥当する」

【最判平 2.12.13 民集 44-9-1185】多摩川水害事件[S63 オ 791]

洪水被害者の国への国賠請求→一部認容→取消棄却→破棄差戻し→変更(認容額変更)

「国家賠償法二条一項にいう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き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいい、このような瑕疵の存在については、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、個別的に判断すべきものである。ところで、河川は、当初から通常有すべき安全性を有するものとして管理が開始されるものではなく、治水事業を経て、逐次その安全性を高めてゆくことが予定されているものであるから、河川が通常予測し、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に至っていないとしても、直ちに河川管理に瑕疵があるとすることはできず、河川の備えるべき安全性としては、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もって足りるものとせざるを得ない。そして、河川の管理についての瑕疵の有無は、過去に発生した水害の規模、発生の頻度、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然的条件、土地の利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮し、河川管理における財政的、技術的及び社会的諸制約のもとでの同種・同規模の河川の管理の一般的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と認められるかどうかを基準として判断すべき…（最判昭 59.1.26、同 60.3.28 参照）。右当審判例が示した右の河川管理の瑕疵についての判断基準は、本件の場合にも適用される」

「本件河川部分は、基本計画策定後本件災害時までの間において、基本計画に定める事項に照らして新規の改修、整備の必要がないものとされていたところから、工事実施基本計画に準拠して改修、整備がされた河川と同視されるものであり、本件は、このような河川部分について、管理の瑕疵が問題となる事案である」

「工事実施基本計画が策定され、右計画に準拠して改修、整備がされ、あるいは右計画に準拠して新規の改修、整備の必要がないものとされた河川の改修、整備の段階に対応する安全性とは、同計画に定める規模の洪水における流水の通常の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」∵改修・整備時点で想定した洪水から当時の技術で予測・回避しうる水害を防止できる安全性で足り、予測でなかったなら瑕疵でない

「水害発生当時においてその発生の危険を通常予測することができたとしても、右危険が改修、整備がされた段階においては予測することができなかったものであって、当該改修、整備の後に生じた河川及び流域の環境の変化、河川工学の知見の拡大又は防災技術の向上等によってその予測が可能となったものである場合には、直ちに、河川管理の瑕疵があるとすることはできない」∵予測できるようになっても、河川管理の特質上時間がかかる

「本件河川部分については、基本計画が策定された後において、これに定める事項に照らして新規の改修、整備の必要がないものとされていたというのであるから、本件災害発生当時において想定された洪水の規模は、基本計画に定められた計画高水流量規模の洪水であるというべき……本件における問題は、本件堰及びその取付部護岸の欠陥から本件河川部分において破堤が生じたことについて、本件堰を含む全体としての本件河川部分に河川管理の瑕疵があったかどうかにある。したがって、本件における河川管理の瑕疵の有無を検討するに当たっては、まず、本件災害時において、基本計画に定める計画高水流量規模の流水の通常の作用により本件堰及びその取付部護岸の欠陥から本件河川部分において破堤が生ずることの危険を予測することができたかどうかを検討し、これが肯定された場合には、右予測をすることが可能となった時点を確定した上で、右の時点から本件災害時までに前記判断基準に示された諸制約を考慮しても、なお、本件堰に関する監督処分権の行使又は本件堰に接続する河川管理施設の改修、整備等の各措置を適切に講じなかったことによって、本件河川部分が同種・同規模の河川の管理の一般的水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を欠いていたことになるかどうかを、本件事案に即して具体的に判断すべきものである」

・ 供用関連瑕疵(機能的瑕疵)：公共施設の供用に伴い、周辺住民に事業損失を与える場合

＊例：空港や道路など

→損失補償での処理、§1-1 での処理もありうるが、日本では§2-1 で処理している

⇔物的供用瑕疵：上記検討してきた、公の営造物の利用者にとって瑕疵があるもの

【最大判昭 56.12.16 民集 35-10-1369】大阪空港事件[S51 オ 395]

「国家賠償法二条一項の営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が有すべき安全性を欠いている状態をいうのであるが、そこにいう安全性の欠如、すなわち、他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは、ひとり当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的、外形的な欠陥ないし不備によつて一般的に右のような危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず、その営造物が供用目的に沿つ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性がある場合をも含み、また、その危害は、営造物の利用者に対してのみならず、利用者以外の第三者に対するそれをも含むものと解すべきである。すなわち、当該営造物の利用の態様及び程度が一定の限度にとどまる限りにおいてはその施設に危害を生ぜしめる危険性がなくても、これを超える利用によつて危害を生ぜしめる危険性がある状況にある場合には、そのような利用に供される限りにおいて右営造物の設置、管理には瑕疵があるというを妨げず、したがつて、右営造物の設置・管理者において、かかる危険性があるにもかかわらず、これにつき特段の措置を講ずることなく、また、適切な制限を加えないままこれを利用に供し、その結果利用者又は第三者に対して現実に危害を生ぜしめたときは、それが右設置・管理者の予測しえない事由によるものでない限り、国家賠償法二条一項の規定による責任を免れることができない」→損賠請求を認める

（栗本、藤崎、本山、横井反対）国賠法１条の問題として処理すべき

＊判断基準：受忍限度論＝受忍限度を超えないと損害がない

【最大判昭 56.12.16 民集 35-10-1369】大阪空港事件[前掲 S51 オ 395]

「原審は……必ずしも本件空港の供用によつて周辺住民に被害が生ずること自体をもつて直ちにその設置、管理の瑕疵としているわけではなく、右被害は一般に社会生活上受忍すべき限度を超えるようなものであるが、本件空港のもつ公共性に照らし、右の限度を超える場合でもなおかつ公共の必要性から更に一定の限度まではこれを甘受しなければならないとすべきものであることを前提とし、その点において上記営造物の設置、管理の瑕疵の有無についても右のような基本的な違法性の判断が要求されるものとの見解に立つたうえ……認定した事実に基づいて本件の場合には右のような違法性を肯定すべきであるとしている」

「本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたつては、上告人の主張するように、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これを決すべきものであることは、異論のないところ」

【最判平 7.7.7 民集 49-7-1870】国道 43 号線訴訟(損賠請求部分)[H4 オ 1503]

「国家賠償法二条一項にいう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いている状態、すなわち他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいうのであるが、これには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その利用者以外の第三者に対して危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含むものであり、営造物の設置・管理者において、このような危険性のある営造物を利用に供し、その結果周辺住民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、原則として同項の規定に基づく責任を免れることができない…（最大判昭 56.12.16 参照。）そして、道路の周辺住民から道路の設置・管理者に対して同項の規定に基づき損害賠償の請求がされた場合において、右道路からの騒音、排気ガス等が右住民に対して現実に社会生活上受忍すべき限度を超える被害をもたらしたことが認定判断されたときは、当然に右住民との関係において右道路が他人に危害を及ぼす危険性のある状態にあったことが認定判断されたことになるから、右危険性を生じさせる騒音レベル、排気ガス濃度等の最低基準を確定した上でなければ右道路の設置又は管理に瑕疵があったという結論に到達し得ないものではない。原判決は、本件道路からの騒音、排気ガス等がその近隣に居住する被上告人らに対して現実に社会生活上受忍すべき限度を超える被害をもたらしたことを認定判断した上で、本件道路の設置又は管理に瑕疵があったとの結論を導いたものであり、正当」

第８章　損失補償請求権

第１節　損失補償請求権

第１款　損失補償の根拠・要否

1. 総論

・意義：適法な公権力の行使により、財産権が侵害され、特別の犠牲が生じた者に対して、公平の見地から全体の負担において金銭でその損失を保障すること

＊適法性：国賠との区別の基準 ← 違法な場合も含むべきとの異論あり

＊公権力の行使：行政主体と私人の合意による契約は含まない

←収用権を背景とする用地取得契約は損失補償 ∵必ずしも実質的に任意買収とはいえない

＊財産権侵害 ∵憲 29-3 が私有財産を対象としているから

←財産権以外も対象にすべき ∵損失補償の根拠を公平の確保とすると憲 14 も根拠になる

2. 根拠：憲 29-3

・実定法上の根拠：一般法はない。土地収用 68 以下、消防 29-3 など

・実定法上の根拠がない場合の扱い

＊違憲無効説(旧有力)：補償規定がないと当該規制が違憲無効となる

＊請求権発生説(判例・通説)：憲 29-3 に基づいて補償を請求できる

【最大判昭 43.11.27 刑集 22-12-1402】名取川事件[S37 あ 2922]

「河川附近地制限令四条二号の定める制限は、河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するため、単に所定の行為をしようとする場合には知事の許可を受けることが必要である旨を定めているにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである。このように、同令四条二号の定め自体としては、特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、右の程度の制限を課するには損失補償を要件とするものではなく、したがつて、補償に関する規定のない同令四条二号の規定が所論のように憲法二九条三項に違反し無効であるとはいえない」

「同令四条二号による制限について同条に損失補償に関する規定がないからといつて、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないから、単に一般的な場合について、当然に受忍すべきものとされる制限を定めた同令四条二号およびこの制限違反について罪則を定めた同令一〇条の各規定を直ちに違憲無効の規定と解すべきではない」（河川附近地制限令違反→有罪／棄却）

【最判昭 50.3.13 判時 771-37】損失補償規定を欠いても直ちに違憲無効ではない(取消訴訟)

【最判昭 50.4.11 判時 777-35】同旨

3. 損失補償の要否：特別の犠牲にあたるか否か

・基準：侵害の特殊性・侵害行為の強度・侵害行為の目的等を総合的に判断

＊侵害行為の目的：積極目的なら必要、警察目的なら内在的制約で不要とされやすい

←規制目的がどちらかは一義的に明確でなく、時代によっても変化する

【最大判昭 38.6.26 刑集 17-5-521】奈良県ため池条例事件[S36 あ 2623]

「ため池の提とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例一条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の提とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これ

を受忍しなければならない責務を負う……すなわち、ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく、従つて、これらの行為を条例をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に牴触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、これを条例で定めたからといつて、違憲または違法の点は認められない」（条例違反→無罪／破棄差戻し、補足３・反対３）

（入江補足）農作物を廃棄させられた者がいた場合は、憲 29-3 に基づき損失補償を請求できる可能性がある

【最判昭 47.5.30 民集 26-4-851】破壊消防の損失補償[S44 オ 649]

消防法 29 条 1~3 項より、「火災の際の消防活動により損害を受けた者がその損失の補償を請求しうるためには、当該処分等が、火災が発生しようとし、もしくは発生し、または延焼のおそれがある消防対象物およびこれらのもののある土地以外の消防対象物および土地に対しなされたものであり、かつ、右処分等が消火もしくは延焼の防止または人命の救助のために緊急の必要があるときになされたものであることを要する」

「本件破壊消防活動の行なわれた当時右図面表示のロ、ニ、ヌの建物自体は必ずしも延焼のおそれがあつたとはいえないが、Ｂ建物から北に連なる建物への延焼を防止するために右ロ、ニ、ヌの建物を破壊する緊急の必要があつたものであることは明らかである。してみれば、小坂消防団長が右建物を破壊したことは消防法二九条三項による適法な行為ではあるが、そのために損害を受けた被上告人らは右法条によりその損失の補償を請求することができるものといわなければならない」（損賠請求→認容／棄却）

・警察目的でも既存の権利を事実上剥奪する場合は損失補償を要する場合がある

【最大判昭 43.11.27 刑集 22-12-1402】名取川事件[前掲 S37 あ 2922]

「もつとも……被告人は、名取川の堤外民有地の各所有者に対し賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、従来から同所の砂利を採取してきたところ、昭 34.12.11 宮城県告示第六四三号により、右地域が河川附近地に指定されたため、河川附近地制限令により、知事の許可を受けることなくしては砂利を採取することができなくなり、従来、賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、相当の資本を投入して営んできた事業が営み得なくなるために相当の損失を被る筋合であるというのである。そうだとすれば、その財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法二九条三項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令一条ないし三条および五条による規制について同令七条の定めるところにより損失補償をすべきものとしていることとの均衡からいつて、本件被告人の被つた現実の損失については、その補償を請求することができるものと解する余地がある」

・ガソリンタンク・鉱業権：判例は損失補償不要とするが、争いあり

【最判昭 58.2.18 民集 37-1-59】ガソリンタンク事件(不要)[S54 行ツ 155]

「道路法七〇条一項の……補償の対象は、道路工事の施行による土地の形状の変更を直接の原因として生じた隣接地の用益又は管理上の障害を除去するためにやむを得ない必要があつてした前記工作物の新築、増築、修繕若しくは移転又は切土若しくは盛土の工事に起因する損失に限られる……したがつて、警察法規が一定の危険物の保管場所等につき保安物件との間に一定の離隔距離を保持すべきことなどを内容とする技術上の基準を定めている場合において、道路工事の施行の結果、警察違反の状態を生じ、危険物保有者が右技術上の基準に適合するように工作物の移転等を余儀なくされ、これによつて損失を被つたとしても、それは道路工事の施行によつて警察規制に基づく損失がたまたま現実化するに至つたものにすぎず、このような損失は、道路法七〇条一項の定める補償の対象には属しない」「被上告人は、その経営する石油給油所においてガソリン等の地下貯蔵タンクを埋設していたところ、上告人を道路管理者とする道路工事の施行に伴い、右地下貯蔵タンクの設置状況が消防法 10,12,危険物の規制に関する政令 13,危険物の規制に関する規則 23 の定める技術上の基準に適合しなくなつて警察違反の状態を生じたため、右地下貯蔵タンクを別の場所に移設せざるを得なくなつたというのであつて、こ

れによつて被上告人が被つた損失は、まさしく先にみた警察規制に基づく損失にほかならず、道路法七〇条一項の定める補償の対象には属しない」（損失補償裁決取消請求等(原告：国)→棄却／破棄自判・取消認容）

【最判昭 57.2.5 民集 36-2-127】鉱業権設定後の学校建設(不要)[S55 オ 1185]

「公共のためにする財産権の制限が一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲をこえず、特定人に対し特別の犠牲を課したものでない場合には、憲法二九条三項を根拠として損失補償を請求することができないことは、当裁判所大法廷判例の趣旨とするところである（最判昭 38.6.26、最大判昭 43.11.27 刑集 22-12-1402）。ところで、鉱業法六四条の定める制限は、鉄道、河川、公園、学校、病院、図書館等の公共施設及び建物の管理運営上支障ある事態の発生を未然に防止するため、これらの近傍において鉱物を掘採する場合には管理庁又は管理人の承諾を得ることが必要であることを定めたものにすぎず，この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な最小限度の制限であり、何人もこれをやむを得ないものとして当然受忍しなければならないものであつて、特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、同条の規定によつて損失を被つたとしても、憲法二九条三項を根拠にして補償請求をすることができない…（前記最大判昭 43.11.27 参照）。」

＊行政財産の使用許可

・被許可者の責めに帰すべき事由による許可撤回：消極目的ゆえ補償不要

・帰責性がないが、財産使用の必要性がある場合：権利対価保障必要(通説)←原則不要(判例)

【最判昭 49.2.5 民集 28-1-1】中央卸売市場事件(大極光明事件・不要)[S44 オ 628]

「国有財産法二四条二項は「これに因つて生じた損失」につき補償すべきことを定めているが、使用許可の取消に際して使用権者に損失が生じても、使用権者においてその損失を受忍すべきときは、右の損失は同条のいう補償を必要とする損失には当たらない」「都有行政財産たる土地につき使用許可によつて与えられた使用権は、それが期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在しているものとして付与されている……すなわち、当該行政財産に右の必要を生じたときに右使用権が消滅することを余儀なくされるのは、ひつきよう使用権自体に内在する前記のような制約に由来するものということができるから、右使用権者は、行政財産に右の必要を生じたときは、原則として、地方公共団体に対しもはや当該使用権を保有する実質的理由を失うに至るのであつて、その例外は、使用権者が使用許可を受けるに当たりその対価の支払いをしているが当該行政財産の使用収益により右対価を償却するに足りないと認められる期間内に当該行政財産に右の必要を生じたとか、使用許可に際し別段の定めがされている等により、行政財産についての右の必要にかかわらず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に足りる特別の事情が存する場合に限られる……それゆえ、被上告人は、むしろ、上告人に対し、本件行政財産についての右の必要のもとにされたと認めうる本件取消によつて使用権が消滅することを受忍すべき立場にあると解されるから、被上告人が本件取消により土地使用権の喪失という積極的損失を受け、この損失につき補償を必要とするとした原判決の判断は、さらに首肯しうべき事情のないかぎり、これを是認することができない」（借地権確認等請求→認容／破棄差戻し）

【最判平 22.2.23 判時 2076-40】食肉センター廃止に伴う支援金[H18 行ヒ 79]

「国有財産法は，普通財産を貸し付け，その貸付期間中に契約を解除した場合の損失補償を規定し（同法２４条２項），これを行政財産に準用しているところ（同法１９条），同規定は地方公共団体の行政財産の使用許可の場合に類推適用されることがあるとしても（最判昭 49.2.5 参照），前記事実関係等によれば，行政財産である本件と畜場の利用資格に制限はなく，利用業者又はと殺業務従事者らと市との間に委託契約，雇用契約等の継続的契約関係はないというのであるから，単に利用業者等が本件と畜場を事実上，独占的に使用する状況が継続していたという事情をもって，その使用関係を国有財産法１９条，２４条２項を類推適用すべき継続的な使用関係と同視することはできない」「財産上の犠牲が一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲を超え，特別の犠牲を課したものである場合には，憲法２９条３項を根拠にしてその補償請求をする余地がないではないが（最大

判昭 43.11.27 参照)，上記のとおり，利用業者等は，市と継続的契約関係になく，本件と畜場を事実上独占的に使用していたにとどまるのであるから，利用業者等がこれにより享受してきた利益は，基本的には本件と畜場が公共の用に供されたことの反射的利益にとどまる……本件と畜場は，と畜場法施行令の改正等に伴い必要となる施設の新築が実現困難であるためにやむなく廃止されたのであり，そのことによる不利益は住民が等しく受忍すべきものであるから，利用業者等が本件と畜場を利用し得なくなったという不利益は，憲法２９条３項による損失補償を要する特別の犠牲には当たらない」(住民訴訟→棄却／破棄差戻し[補助金として適法か否か審理のため→差戻控訴審は補助金として適法として請求棄却])

＊侵害の特殊性

【最大判昭 43.11.27 民集 22-12-2808】戦争損害の補償(在外資産) [S40 オ 417]

「在外資産の喪失に対しては、国において補償をなすべきものとする前提そのものを認めることができず、したがつて、憲法二九条三項の趣旨について判断するまでもなく、上告人の主張は、その前提を欠く」

「敗戦国の立場上、平和条約の締結にあたつて、やむを得ない場合には憲法の枠外で問題の解決を図ることも避けがたいところであつた……戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであつて、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかつたところであり、右の在外資産の賠償への充当による損害のごときも、一種の戦争損害として、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところ」「平和条約一四条（ａ）項２（１）……の趣旨とするところは……わが国が自主的な公権力の行使に基づいて、日本国民の所有に属する在外資産を戦争賠償に充当する処分をしたものということはできず，この場合、わが国は、日本国民の右資産が当該外国において不利益な取扱いを受けないようにするために有するいわゆる異議権ないし外交保護権を行使しないことを約せしめられたにすぎない……平和条約は、もとより、日本国政府の責任において締結したものではあるが、同条約中の右条項のごときは、上述の経緯に基づき不可避的に承認せざるを得なかつたところであつて、その結果として上告人らが被つた在外資産の喪失による損害も、敗戦という事実に基づいて生じた一種の戦争損害とみるほかはない」「このような戦争損害は、他の種々の戦争損害と同様、多かれ少なかれ、国民のひとしく堪え忍ばなければならないやむを得ない犠牲なのであつて、その補償のごときは、さきに説示したように、憲法二九条三項の全く予想しないところで、同条項の適用の余地のない問題……これら在外資産の喪失による損害に対し、国が、政策的に何らかの配慮をするかどうかは別問題として、憲法二九条三項を適用してその補償を求める所論主張は、その前提を欠く」(補償金請求→棄却／棄却)

＊侵害行為の強度：長期間にわたる土地利用規制(都計法による規制が長年に及ぶ場合など)

→短期間ならよいが、長期間だと収用対価に含まれない特別の犠牲といえるのではないか

【最判平 17.11.1 判時 1928-25】都計法による 60 年超の土地利用規制(特別の犠牲でない)

第２款　損失補償の内容

1.　損失補償の内容

・一般保証基準：任意買収も含めた損失補償の基準(任意買収も過大・過少のおそれがあるから)

・正当な補償(憲 29-3)の意義

＊完全補償説：生じた損失を市場価格で算定し、完全に補いうる補償額を要する

←実際は、財産権補償に限定されており、生活権補償を含めれば完全補償ではない

※生活権補償：収用がなかったのと同様の生活状態を可能にする補償

←生じた損失を財産的補償に限っても、その範囲に争いあり

＝権利対価の補償完全補償で足りる ／ 移転料等の付随的損失の補償も含む

＊相当補償説：合理的な理由があれば、市場価格以下でも社会通念上相当な補償額で足りる

・農地改革における損失補償の範囲：相当補償説（特殊な場合だから）

【最大判昭 28.12.23 民集 7-13-1523】農地改革における損失補償[S25 オ 98]

「政府が、自作農創設特別措置法三条によつて農地を買収する場合は、自創法第一条に定める目的を達するために行うのであり、もとより所有者に対し憲法二九条三項の正当な補償をしなければならないことはいうをまたない。しかるに自創法六条三項によれば、農地買収計画による対価は、田についてはその賃貸価格の四〇倍、畑についてはその賃貸価格の四八倍を越えてはならないという趣旨が定められている」「憲法二九条三項にいうところの財産権を公共の用に供する場合の正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであつて、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない……けだし財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律で定められるのを本質とするから（憲法二九条二項）、公共の福祉を増進し又は維持するため必要ある場合は、財産権の使用収益又は処分の権利にある制限を受けることがあり、また財産権の価格についても特定の制限を受けることがあつて、その自由な取引による価格の成立を認められないこともあるからである」

・土地収用における損失補償の範囲：完全補償説

【最判昭 48.10.18 民集 27-9-1210】土地収用における損失補償[S46 オ 146]

原審は「倉吉都市計画の街路用地と決定され、その結果、建築基準法四四条二項の建築制限を受けるものであるから、本件土地収用による損失補償額の算定にあたつては、本件土地をこのような建築制限を受けた土地として評価すれば足りる」として棄却

「土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によつて当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償をなすべきであり、金銭をもつて補償する場合には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要するものというべく、土地収用法七二条は右のような趣旨を明らかにした規定と解すべきである。そして、右の理は、土地が都市計画事業のために収用される場合であつても、何ら、異なるものではなく、この場合、被収用地については、街路計画等施設の計画決定がなされたときには建築基準法四四条二項に定める建築制限が、また、都市計画事業決定がなされたときには旧都市計画法一一条、同法施行令一一条、一二条等に定める建築制限が課せられているが、前記のような土地収用における損失補償の趣旨からすれば、被収用者に対し土地収用法七二条によつて補償すべき相当な価格とは、被収用地が、右のような建築制限を受けていないとすれば、裁決時において有するであろうと認められる価格をいうと解すべきである。なるほど、法律上右のような建築制限に基づく損失を補償する旨の明文の規定は設けられていないが、このことは、単に右の損失に対し独立に補償することを要しないことを意味するに止まるものと解すべきであり、損失補償規定の存在しないことから、右のような

建築制限の存する土地の収用による損失を決定するにあたり、当該土地をかかる建築制限を受けた土地として評価算定すれば足りると解するのは、前記土地収用法の規定の立法趣旨に反し、被収用者に対し不当に低い額の補償を強いることになるのみならず、右土地の近傍にある土地の所有者に比しても著しく不平等な結果を招くことになり，到底許されないものというべきである」（土地収用補償金請求→棄却／破棄差戻し）

2. 付随的損失の補償

＊土地収用法 75,77 条等：移転料、離作料等の「通常受ける損失」の補償(通損補償)

→「正当な補償」に含むべき(争いあり)

∵公用収用等では自ら望んで移転するわけではないから、補填しないと「収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額」に足りない

（私人間の売買では自己負担でよい。もっとも、実質的には譲渡価格に上乗せされる）

・生活権補償：財産権の権利対価補償のみでは従前の生活水準を維持できない場合があるから

＊実務：憲法上の保障はなく、政策的努力義務(例：水源地域対策特措法 8 条(生活再建措置))

【岐阜地判昭 55.2.25 行集 31-2-184】徳山ダム事件

水源地域対策特措法・憲 29 に基づく工事差止め請求→特措法の規定は憲 29-3 の「正当な補償」に含まない

3. 精神的損失に対する補償：不要(従来は通説) ← 必要(有力)

【最判昭 63.1.21 判時 1270-67】福原輪中堤事件[S58 行ツ 91]

「土地収用法八八条にいう「通常受ける損失」とは、客観的社会的にみて収用に基づき被収用者が当然に受けるであろうと考えられる経済的･財産的な損失をいう……経済的価値でない特殊な価値についてまで補償の対象とする趣旨ではないというべきである。もとより、由緒ある書画、刀剣、工芸品等のように、その美術性・歴史性などのいわゆる文化財的価値なるものが、当該物件の取引価格に反映し、その市場価格を形成する一要素となる場合があることは否定できず、この場合には、かかる文化財的価値を反映した市場価格がその物件の補償されるべき相当な価格となることはいうまでもないが、これに対し、例えば、貝塚、古戦場、関跡などにみられるような、主としてそれによって国の歴史を理解し往時の生活・文化等を知り得るという意味での歴史的・学術的な価値は、特段の事情のない限り、当該土地の不動産としての経済的・財産的価値を何ら高めるものではなく、その市場価格の形成に影響を与えることはないというべきであって、このような意味での文化財的価値なるものは、それ自体経済的評価になじまないものとして、右土地収用法上損失補償の対象とはなり得ない」（補償金増額請求→文化財的価値 48 万円を認容／変更・文化財的価値の部分の増額を棄却）

4. 損失補償の時期：事前補償または同時補償が憲法上保障されるか(判例は消極)

←遅延利息は必要、事後補償により従前の生活水準の維持を著しく困難にするなら違憲の疑い

【最大判昭 24.7.13 刑集 3-8-1286】損失補償の時期[S23 れ 829]

「憲法第二九条は、財産権の不可侵を規定すると共に「私有財産権は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と定めている。従つて、国家が私人の財産を公共の用に供するにはこれによつて私人の破るべき損害を填補するに足りるだけの相当な賠償をしなければならないことは言うまでもない。しかしながら，憲法は「正当な補償」と規定しているだけであつて、補償の時期についてはすこしも言明していないのであるから、補償が財産の供与と交換的に同時に履行さるべきことについては、憲法の保障するところではないと言わなければならない。もつとも、補償が財産の供与より甚しく遅れた場合には、遅延による損害をも填補する問題を生ずるであらうが、だからといつて、憲法は補償の同時履行までをも保障したものと解することはできない」（食管法違反→有罪／棄却：なお、原審で主張しないので上告却下をいう反対２あり）

・立法：土地収用法は原則として事前補償ないし同時補償

＊但し、合理的理由があれば事後補償となる(同法 83-2,84-2,91,92,93,94,124)

第３款　国家補償の谷間

1.　国家補償の谷間(損失補償と国家賠償の谷間)

・谷間となる領域：違法無過失や非財産的法益の侵害

・損害賠償による救済：過失の推定による緩和

＊禁忌者の識別に失敗した過失の推定

【最判昭 51.9.30 民集 30-8-816】インフルエンザ予防接種訴訟[S50 オ 140]

「予防接種に際しての問診の結果は、他の予診方法の要否を左右するばかりでなく、それ自体、禁忌者発見の基本的かつ重要な機能をもつものであるところ、問診は、医学的な専門知識を欠く一般人に対してされるもので、質問の趣旨が正解されなかつたり、的確な応答がされなかつたり、素人的な誤つた判断が介入して不充分な対応がされたりする危険性をももつているものであるから、予防接種を実施する医師としては、問診するにあたつて…（具体的に）…適切な質問をする義務がある…（集団接種では問診票を使うなどの方法も許されるが）…医師の口頭による問診の適否は、質問内容、表現、用語及び併用された補助方法の手段の種類、内容、表現、用語を総合考慮して判断すべきである。このような方法による適切な問診を尽さなかつたため，接種対象者の症状、疾病その他異常な身体的条件及び体質的素因を認識することができず、禁忌すべき者の識別判断を誤つて予防接種を実施した場合において、予防接種の異常な副反応により接種対象者が死亡又は罹病したときには、担当医師は接種に際し右結果を予見しえたものであるのに過誤により予見しなかつたものと推定するのが相当である。そして当該予防接種の実施主体であり、かつ、右医師の使用者である地方公共団体は、接種対象者の死亡等の副反応が現在の医学水準からして予知することのできないものであつたこと、若しくは予防接種による死亡等の結果が発生した症例を医学情報上知りうるものであつたとしても、その結果発生の蓋然性が著しく低く、医学上、当該具体的結果の発生を否定的に予測するのが通常であること、又は当該接種対象者に対する予防接種の具体的必要性と予防接種の危険性との比較衡量上接種が相当であつたこと（実施規則四条但書）等を立証しない限り、不法行為責任を免れない」（損賠請求→棄却／破棄差戻し）

＊禁忌者の識別に失敗した過失　＋　被接種者が禁忌者に該当していたことの推定

【最判平 3.4.19 民集 45-4-367】小樽種痘禍事件[S61 オ 1493]

「予防接種によって重篤な後遺障害が発生する原因としては、被接種者が禁忌者に該当していたこと又は被接種者が後遺障害を発生しやすい個人的素因を有していたことが考えられるところ、禁忌者として掲げられた事由は一般通常人がなり得る病的状態、比較的多く見られる疾患又はアレルギー体質等であり、ある個人が禁忌者に該当する可能性は右の個人的素因を有する可能性よりもはるかに大きいものというべきであるから、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があると考えられる。したがって、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、禁忌者を識別するために必要とされる予診が尽くされたが禁忌者に該当すると認められる事由を発見することができなかったこと、被接種者が右個人的素因を有していたこと等の特段の事情が認められない限り、被接種者は禁忌者に該当していたと推定するのが相当」（市保健所予防課長らの過失：損賠請求→棄却／破棄差戻し）

【東京高判平 4.12.18 高民集 45-3-212】東京予防接種禍訴訟控訴審(厚生大臣の過失認定)

・損失補償による救済：非財産的法益の侵害に憲法 29 条 3 項を勿論／類推適用

【東京地判昭 59.5.18 判時 1118-28】類推適用(東京予防接種禍訴訟一審)

【大阪地判昭 62.9.30 判時 1255-45】【福岡地判平 1.4.18 判時 1313-17】勿論適用

2.　立法による対応：結果責任主義＋社会保障の両面混在の場合が多い

【最判昭 53.3.30 民集 32-2-435】旧原爆医療法(損失補償的側面を認める)

不法入国で被爆した者への被爆者健康手帳交付申請却下処分の取消請求→認容／棄却／棄却

「原爆医療法は、被爆者の健康面に着目して公費により必要な医療の給付をすることを中心とするものであつて、その点からみると、いわゆる社会保障法としての他の公的医療給付立法と同様の性格をもつものであるということができる。しかしながら、被爆者のみを対象として特に右立法がされた所以を理解するについては、原子爆弾の被爆による健康上の障害がかつて例をみない特異かつ深刻なものであることと並んで、かかる障害が遡れば戦争という国の行為によつてもたらされたものであり、しかも、被爆者の多くが今なお生活上一般の戦争被害者よりも不安定な状態に置かれているという事実を見逃すことはできない。原爆医療法は、このような特殊の戦争被害について戦争遂行主体であつた国が自らの責任によりその救済をはかるという一面をも有するものであり、その点では実質的に国家補償的配慮が制度の根底にあることは、これを否定することができないのである」

[了]