

# 行政法 解説レジュメ

## 1. 出題趣旨

上記の出題傾向及び本試験の出題傾向に鑑み、近年の重要判例を素材に、設問1で訴訟要件、設問2で処分の実体違法を問う問題とし、検討対象は極力明確になるようにした。

また、近年、本試験・予備試験ともに問題文が長文化し、参照法令も増えているため、長文の問題とした。

さらに、近年、主張・反論形式の問題が続いているため、設問1で主張・反論形式の出題とした。

設問1では、差止訴訟の「重大な損害を生ずるおそれ」について検討する問題とした。近年、重要判例が相次いで出ているにもかかわらず、予備試験では一度も出題されておらず、今後出題されることが予想されるためである。

設問2では、行政規則に関する実体上の違法性の問題を出題した。予備試験では平成28年度に出題されており、本試験では、近年、毎年出題されている。本試験において、行政規則に関する問題は、もはや毎年出題されると考えたほうがよい。

そこで、本問でも、行政規則に関する問題を出題し、改めて知識の整理をして頂きたいと出題した。

なお、素材となった判例は名古屋高判平成26年5月30日（判例時報No. 2241（平成27年2月1日号））、東京高裁平成27年2月12日（平成27年重要判例解説行政法8）である。素材判例は、①公示の取消訴訟（処分性）、②地位確認訴訟（確認の利益）、③差止訴訟（処分の蓋然性、重大な損害を生ずるおそれ）、④運輸規則22条の合憲性（憲法22条1項違反）、⑤運輸規則22条の法適合性（委任の限界）、⑥処分の適法性（比例原則違反、行政規則の法適合性）、⑦理由提示義務違反など、予備試験でも出題可能性の高い点が、多岐にわたり問題となった。

そのため、行政法の知識確認には最適の判例といえる。本問で出題したのは、そのごく一部に過ぎないため、一度判例（原審）を読み、多角的に検討して頂きたい。

## 2. 設問1

- ① 差止訴訟（行訴法3条7項）における「重大な損害を生ずるおそれ」（同法37条の4第1項）の解釈

…損害の回復の困難の程度を考慮

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（同条第2項）

### 判例 ①

最判平成24年2月9日（国歌斉唱義務不存在確認等請求事件、行政判例百選Ⅱ〔第6版〕214事件）

「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」。

「……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、……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『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められる」。

#### 判例②

名古屋地判平成25年5月31日（名古屋高判平成26年5月30日（判例時報No. 2241（平成27年2月1日号））の原審）

「原告には、本件乗務距離規制違反を理由として法40条に基づく処分（自動車等使用停止処分、事業停止処分又は許可停止処分）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といふべきであり、日々運行している原告の事業用自動車の本件乗務距離規制違反を契機として、同条に基づく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となるといふべきである。このような一連の累次の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あれば救済を受けることが困難なものであるといふことができるから、その回復の困難の程度に鑑み、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」があるといふべきである」。

#### 判例③

東京高判平成27年2月12日（平成27年重要判例解説行政法8）

「……上記の違反点数の類型によってXが使用停止処分を受け、その後により重い使用停止処分を受ける可能性は否定できないとしても、Xの保有タクシーの台数に照らせば、その営業に深刻な打撃を与えるものではなく、事後的に金銭による回復が可能なものといえるから、……Xに『重大な損害を生ずるおそれ』があるものと認めるのは相当ではない」。

#### 本問について

本問では、設問の指示に従って、国の反論を想定したうえで、Xの立場から「重大な損害を生ずるおそれ」があると論述することが求められる。

Xの立場としては、判例①に従って、Xのタクシー自動車保有数や、本件基準②の仕組みから、今後、反復継続的かつ累積加重的に処分が積み重なることを主張すべきであろう（素材判例の原審もそのように認定し、素材判例である控訴審もその認定を支持している）。

これに対し、国としては、①運送利益については、事後的な金銭賠償が可能である（判例③）、②暫定的とはいえ、Xは乗務距離の最高限度を260kmにおさえるよう、乗務計画の改定・管理をしているのであるから、今後、処分が積み重なることはない、③本件処分内容は公表されない以上、本件処分によって直ちに信用失墜することはない、④本件処分により配送依頼が滞るとしても、直ちに契約が打ち切られるとはいえず、仮に打ち切られたとしても、やはり金銭賠償による回復が可能である、といった反論をすることが想定される。多数挙げて論じる必要はないが、Xの乗務距離の暫定的改定・管理、本件処分内容の非公表については、問題文に記載があるので、これらの事実に着目した反論をすることが求められる。

これら反論を想定したうえで、Xの立場から有効な再反論をすることが求められる。

### 3. 設問2

#### ① 処分の実体違法の考え方—行政規則との関係

- 1) まずは、当該処分に関し、細目的基準が定められている場合、法規命令か、行政規則か？  
←法規命令である場合、委任の範囲という別の問題となるので、細目的基準の法的性質決定が必要。
- 2) 行政規則である場合、当該基準は解釈基準か、裁量基準か（当該処分につき、行政庁に裁量が認められているか）？←解釈基準である場合、解釈違反が問題となり、他方で裁量の逸脱濫用は問題とならないため、裁量の有無の認定が必要。
- 3) 裁量基準である場合、裁量基準に従ってなされた処分が裁量の逸脱濫用として違法となるか？  
→裁量基準の拘束力（裁量の逸脱濫用）

#### 前提

裁量基準は、行政規則としての内部基準であり、法源性は有しないと考えられている。

#### 判例④

最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マクリーン事件、行政判例百選I〔第6版〕80事件）

「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っても、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、当然に法となるものではない」。

#### また、

裁量基準は、日常的な行政運営を能率的に行うために、抽象的な法の規定を具体化した基準である。裁量基準が定められている場合には裁量基準に従って行政行為がなされることが平等であり、通常のあるべき行政の姿ということになる。

そのため、裁量基準が定められている場合には、原則として、裁量基準に従って行われた処分は適法である。

むしろ、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、平等原則違反、不当な動機・目的、比例原則違反等と評価されることがある。

#### 判例⑤

最判平成27年3月3日民集69巻2号153頁（平成27年度重要判例解説行政法6事件）

「当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なった取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものということができる。」

## しかし、

### 1) 裁量基準自体の合理性

裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであることが前である。裁量基準が法律の趣旨目的を逸脱した不合理なものであれば、裁量基準に従ってなされた行政処分も違法となる。

### 2) 個別的審査義務

裁量基準自体が一般的に妥当な場合であっても、当該裁量基準をある特定のケースに機械的に適用するだけでは、かえって法律の趣旨目的を損なうような場合には、個別的な特殊性に鑑みてむしろ裁量基準に従わないことが求められる。この場合に、行政庁が、個別的事情に鑑みることなく裁量基準を機械的に適用し、法律の趣旨目的を没却した場合には、裁量の逸脱・濫用として違法となる。

## 判例 ⑥

最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁(伊方原発事件, 判例百選I [第6版] 81事件)

「…①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,」

「②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である。」

## 判例 ⑦

最判平成11年7月19日判時1688号123頁(タクシー運賃変更認可基準事件, 判例百選I [第6版] 76事件)

1) 「本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は, 法9条2項1号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有するといえる。」

2) 「もっとも, タクシー事業者が平均原価方式により算定された額と異なる運賃額を内容とする運賃の設定又は変更の認可申請をし, …所定の原価計算書その他運賃の額の算出の基礎を記載した書類を提出した場合には, 地方運輸局長は, 当該申請について法9条2項1号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきである。」

## 本問について

### 1) 本件基準②は、法規命令か、行政規則か？

本件基準②は、道路運送法または旅客自動車運送事業規則(委任命令)の明確な委任(再委任)を受けているわけではないので、委任命令ではない。また、本件基準②は道路運送法を具体的に実施するための形式・手続について定めたものでもないので、執行命令でもない。したがって、本件基準②は法規命令ではなく、行政規則である。このように、まずは本件基準②が行政規則に当たることを簡潔に論じる必要がある。

### 2) 本件基準②は、解釈基準か、裁量基準か？

行政規則には、①解釈基準(法律の解釈を示す基準)、②裁量基準(行政裁量の行使の基準)、③行政指導指針(行政指導を行う際の基準)、④給付基準(補助金・融資の基準)等がある。本件基準は③、④に当たらないことは明白なので、①、②のいずれに当たるかが問題となる(なお、行政手続法2条8号にいう審査基準、処分基準は、規定内容に応じて、解釈基準の

場合もあるし、裁量基準の場合もある。)

①、②の区別は、本体たる行政処分に裁量が認められるか否かによる。本件処分が、裁量が認められない羈束行為である場合には、本件基準②は①解釈基準に当たる。他方、裁量が認められる裁量行為である場合には、本件基準②は②裁量基準に当たることになる。

本問では、旅客自動車運送事業規則において、乗務距離の最高限度の設定について具体的な基準等がないこと、地方運輸局長は自己の判断でさらに再委任することができること（道路運送法88条）から、乗務距離規制及びその規制違反を理由とする処分について、地方運輸局長に裁量を認めていると考えることができる。実質的な理由としては、その地域の交通量、タクシー運行数、乗務距離の程度等、その地域のタクシー事業の実態を把握しているのは、その地域の地方運輸局長であるから、その地域のタクシーの乗務距離規制及びその規制違反を理由とする処分についても、地方運輸局長の判断に委ねることが、適切かつ合理的と言えることなどが挙げられよう。

そして、本件処分に裁量が認められる以上、本件処分に係る本件基準②は裁量基準と認定することができる。

### 3) 裁量基準として合理的か、個別的審査を尽くしたか？

本件基準②が裁量基準に当たる場合、①本件基準②自体が合理的か、②本件基準②自体が合理的であったとしても、個別的事情に鑑みることなく本件基準②を機械的に適用した結果、かえって道路運送法及び旅客自動車運送事業規則の趣旨目的を没却することにならないか、を検討する必要がある。

参考答案では、素材判例に従い、①のみ観点のみから裁量の逸脱・濫用として違法としたが、本件基準②を合理的と評価したうえで、②Xの違反は軽微な違反に過ぎないなどの個別事情に鑑みることなく、機械的に適用した結果、かえって法令の趣旨目的を没却する、などと評価することも可能である。また、①、②いずれの観点についても、平等原則違反や比例原則違反、狙い撃ちなどの不当な動機・目的などと評価することも可能である。

いずれにせよ法令の仕組みや、問題文の事情等を具体的に拾い、自分なりに考えて評価することが求められる。これは、行政法の論文試験において最も重要な能力であるから、本問においてもそのような能力を示せていたかが問われた。

## ○ 予備試験行政法の傾向

例年、受験生になじみのない法令をもとに、訴訟選択、訴訟要件、実体違法、手続違法等を幅広く問う傾向にある。特に、平成26年以降は、設問1で訴訟要件が問われ、設問2で処分の違法性が問われており、一定程度確立した傾向とみることができる（なお、平成29年は逆の順序で違法性と訴訟要件が問われている）。

問題文については、会議録等もなく、個別法の条文の掲載も多くなく、本試験に比べて全体的に分量は少ない。ただし、近年、全体的な分量は増えている傾向にある。設問の形式は、近年は、「処分性の有無に絞り」（平成27年設問1）、「手続上の違法性と実体上の違法性に分けて」（平成28年設問2）、「本件申請に対する許可の留保の違法性に関し」（平成29年設問1）などのように、検討対象が明らかになっているため、そもそも何を検討すればよいのかなどと、悩まなくてよい形式となっている。

○ 過去の問題

年度	テーマ	論点	個別法, 素材判例等
平成 2 3 年	モーテル類似旅館規制条例	[設問 1] 処分性 [設問 2] 訴訟選択, 訴訟要件	乙町モーテル類似旅館規制条例
平成 2 4 年	排水設工事に係る指定工事	実体違法 (解釈違反, 比例原則違反), 手続違法 (理由付記, 告知・聴聞)	乙市下水道条例 乙市下水道排水設備指定工事店に関する規則
平成 2 5 年	マンション建設計画と景観計画の遵守	[設問 1] 訴訟選択 (非申請型義務付け), 仮の救済 [設問 2] 訴訟要件 (原告適格)	景観法  最判平成 1 8 年 3 月 3 0 日民集 6 0 卷 3 号 9 4 8 頁
平成 2 6 年	漁港における公共空地の占有許可をめぐる紛争	[設問 1] 申請拒否処分と不利益処分の取り扱い [設問 2] 実体違法 (行政裁量)	漁港漁場整備法  ※論評形式
平成 2 7 年	河川区域におけるコテージ除去命令をめぐる紛争	[設問 1] 処分性 (個別具体性) [設問 2] 実体違法 (法の一般原則)	河川法 河川法施行令
平成 2 8 年	未成年者に酒類を提供した飲食店に対する営業停止処分をめぐる紛争	[設問 1] 狭義の訴えの利益 [設問 2] 実体違法 (裁量逸脱濫用) 手続違法 (理由付記)	風営法 風営法に基づく営業停止命令等の基準  ※主張・反論形式
平成 2 9 年	産業廃棄物の処分場の設置をめぐる紛争	[設問 1] 国家賠償における違法性 [設問 2] 原告適格	廃棄物処理法 廃棄物処理法施行規則  ※主張・反論形式

【参考文献】

1. 櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第5版]』 弘文堂 2016/2/17
2. 中原茂樹 『基本行政法 [第2版]』 日本評論社 2015/3/12
3. 宇賀克也 交告尚史 山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第6版]』 有斐閣 2012/10/19
4. 宇賀克也 交告尚史 山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第6版]』 有斐閣 2012/11/7
5. 『平成27年度重要判例解説』 有斐閣 2016/4/8
6. 曾和俊文 野呂充 北村和生 編著『事例研究行政法 [第3版]』 日本評論社 2016/11/14
7. 『判例時報N o. 2241』 判例時報社 2015/2/1

以 上