

論文式試験問題集  
[行政法]

## 〔行政法〕

A 社及び B 社は、太陽光発電事業等を目的とする株式会社である（両者は関連会社の関係にはなく、まったく別の会社である。）。A 社、B 社は、時を同じくして、C 県 D 町内の各土地の一部を賃借し、その上に太陽光発電設備を設置してこれを第三者に売却する事業（以下総称して「本件事業」という。）を行う計画（以下総称して「本件計画」という。）を立てた。D 町では、「D 町土地開発行為等の適正化に関する条例」（以下「適正化条例」という。）、「D 町行政手続条例」（以下「手続条例」という。）がある。

A 社及び B 社は、本件事業を実施する上で必要な手続について D 町の担当職員に照会をしたところ、同職員は、「本件事業は、「適正化条例 3 条 1 項ニの開発行為の計画に当たるので、本件計画について、町長の同意が必要である。」旨それぞれ回答した（以下 A 社に対する同意を「同意①」、B 社に対する同意を「同意②」という。）。また、同職員は、「町長の同意を得るために、本件事業に係る開発区域の酪農家で構成される D 町内の自治会 E に対して本件事業の計画について説明し、E の同意を得て、その同意書を提出するように。」とそれぞれ回答した。なお、この E の同意書の提出の要求は、D 町内の内部基準である要綱に基づき、A 社及び B 社に対して行政指導として行ったものであった。

そのころ、A 社の本件計画を知った D 町内の酪農家は、A 社が本件計画の予定をしている区画は、D 町のなかでも、牛乳の大規模生産地であるため、人工の工作物は受け入れ困難であり、また、酪農を中心とした産業の発展を目指していることから同区画における開発行為は望ましくないとして、本件計画の反対運動を起こした。

反対運動は次第に激化し、A 社が主催し、E に対して行われた説明会も紛糾し、E の会長 F も説明会の出席をボイコットするなど、対立はますます激化した。また、A 社は F 宅を訪問し交渉しようとしたが、F は取り合わず、F の住所に宛てて同意書のひな型を送付しても返送はなかった。そのため、A 社は、これ以上の交渉は不可能と判断し、令和 4 年 1 1 月 1 3 日に、D 町役場に同意①の申出書類を提出した。しかし、D 町長は、本件計画に対しては地元の理解を得ることが不可欠と考え、同年 1 2 月 9 日に、内容を審査することなく、E の同意書を改めて添付するよう A 社に対して同申出書類を返戻した。その後も A 社は粘り強く交渉を続けようとしたが、結局 E の同意書を得ることはできなかった。そのため、A 社は、交渉を打ち切り、令和 5 年 1 月 1 7 日に D 町長に同意不同意の判断をするよう再度同意①の申出書類を D 町役場に提出した。しかし、同年 7 月 1 7 日を過ぎても、D 町長から同意①に関する返事はなかった。そこで、A 社は、D 町に対して、同日付けで、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3 条 5 項の不作为の違法確認訴訟（以下「本件確認訴訟」という。）と同法 3 条 6 項 1 号の同意①の義務付け訴訟を提起した。なお、D 町では、公にされている手続条例 6 条の標準処理期間は、申出書類が到達してから 3 カ月とされている。

他方、B 社は E の同意書を取得することができ、同意書を添付して同意②の申出書類を提出したため、D 町長は同意②を行った。ところが、後日、E の同意書に次の瑕疵があるこ

とが判明した。E では、B 社の本件計画にも反対する酪農家は相当数に上るにもかかわらず、B 社の本件事業に同意することを決議した E の総会において、同意に賛成する者が 123 名であったのに対し、反対する者はわずか 10 名しかいなかった。これは、E の役員が、B 社の代表取締役と懇意であり、B 社の便宜を図るため、本件事業に反対する酪農家に総会の開催日時を通知しなかったために（以下「本件通知手続」という。）、大部分の反対派酪農家が総会に出席できなかったことによるものであった。そこで、D 町長は、再度 E の同意書を取得するよう促したが、B 社も反対派酪農家との間で対立が激化し、結局 E の同意書を再取得することはできなかった。そこで、D 町長は、同意②を取り消した（以下この取消しを「本件取消し」という。）。なお、本件通知手続は、E の役員が一方的に行ったものであり、B 社に同手続の瑕疵についての落ち度はなかった。また、B 社の開発行為につき、周辺環境への影響等の客観的基準を満たすものではあり、他に公益上の支障もない状況にある。

B 社としては、D 町長が同意②をしたことをもって本件事業の開発行為を進め、相当の資本を投入し、本件事業に必要な備品等も他の会社に発注していることから、今更同意②が取り消されることに納得がいかず、本件取消しにつき、行訴法 3 条 2 項の取消訴訟を提起することとした。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、関係法令としての抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。解答にあたっては、関係法令及び要綱の内容・適用（E の同意を求める手法）自体は適法であること、森林法等ほかの法令の問題は生じないことを前提とすること。

### 〔設問 1〕

A 社は、本件確認訴訟を適法に提起することができるか。A 社の同意①を求める申出が「法令に基づく申請」（行訴法 3 条 5 項）に当たるか否かに留意しつつ、同意①が「処分」（同項）に当たるか否かに絞って簡潔に論じなさい。

### 〔設問 2〕

本件確認訴訟において不作為の違法は認められるか。同意①が「処分」（行訴法 3 条 5 項）に当たることを前提に、D 町の反論を想定した上で、いつの時点から「相当の期間」（同項）が経過しているといえるか否かに絞って論じなさい。

### 〔設問 3〕

本件取消しはいかなる根拠に基づき行われているか論じなさい。また、同意②に職権で取り消すに足りる瑕疵があることを前提に、本件取消しが制限されないかについて、B 社はどうのような主張をすべきかに絞って論じなさい。

## 【資料】

### ○ D町土地開発行為等の適正化に関する条例（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、D町内の区域における開発行為の適正化と秩序ある土地利用を図り、もって良好な環境の確保に寄与することを目的とする。

（開発行為の同意）

第3条 開発行為をしようとする者は、以下のイからニのいずれかに該当する開発行為の計画について、あらかじめ町長に申請し、その同意を得なければならない。

イ～ハ 略

ニ 周辺地域の環境に影響を及ぼすおそれのある工作物の設置

2 町長は、前項の申請があった場合には、同意についての可否を決定し、その旨を開発者に通知しなければならない。

（監査処分等）

第13条 町長は、同意を得ず、開発行為を行っている者に対し、工事の停止、原状回復その他必要な措置を命ずることができる。

### ○ D町行政手続条例（抜粋）

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一 法令 法律、法律に基づく命令、条例及び地方公共団体の執行機関の規則をいう。

二 略

三 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。

四～八 略

（標準処理期間）

第6条 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（中略）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なければならない。

（申請に対する審査、応答）

第7条 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ないが、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、（中略）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。

(申請に関連する行政指導)

第32条 申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請をした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をした者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。

2023年4月9日

担当：弁護士 山下大輔

参考答案  
[行政法]

## 第1 設問1

1 「処分」(行訴法3条5項)とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち②その行為により直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を画することが法律上認められているものをいう。これらは権利利益の実効的救済を考慮して判断する。

2(1) ①につき、同意①を求める申出は、「法令」(手続条例2条1号)たる適正化条例3条1項に「基づ」いている(手続条例2条3号)。また、同意①は、下記効果から、「許可」類似の法的効果を有しているため、同意①を求める申出は、「許認可等…を求める行為」に当たる(同項)。さらに、適正化条例3条2項により「諾否の応答」が義務付けられている(手続条例2条3号)。これらのことから、同意①を求める申出は、「法令に基づく申請」(行訴法3条5項)に当たり、これに対する応答行為たる同意①は、D町長が適正化条例3条1項の審査権限に基づき一方的に行う行為であるから、①は認められる。

(2) ②につき、適正化条例3条は規制対象の開発行為につき、町長の同意を得ることを義務化し、同意を得ずに開発行為を行った場合、工事停止命令等の監査処分を受けることとなっており(同13条)、同意①の有無が監査処分の要件として組み込まれている。かかる仕組みから、同意①は、これを得ることで規制対象の開発行為を行った場合、監査処分の対象とならないという法的な地位を確定するものといえる。また、上記のとおり、同意①は、「法令に基づく申請」(行訴法3条5項)に対する応答行為であり、個別法で申請の仕組みがと

られていれば、申請者にとり、申請が実体上の要件を満たしている場合には許認可等がなされるという実体上の権利が形成確定され、あるいは申請に対する諾否の応答という手続上の権利が確定される。しかも、工事停止等の監査処分といった事業者に重大な不利益が課されるリスクを負ってまで同意①を争わずに、開発行為の準備等を進めることは権利利益の実効的救済を欠くから、同意①に②を認める実益がある。これらのことから、②も認められる。

3 以上のことから、同意①は、「処分」に当たる。

## 第2 設問2

1 標準処理期間(手続条例6条)を考慮し、審査応答に通常要する期間を徒過した場合は、事案の複雑性、情勢の変動等、期間経過を正当化すべき特段の事情があるときを除き「相当の期間」を「経過」(行訴法3条5項)したものととして不作為は違法となる。

2 本件では令和4年11月13日に、同意①の申出書類が到達しているため、この時点からD町の標準処理期間3カ月後の令和5年2月13日経過時点で不作為は違法となるとA社は主張する。

3 これに対し、D町は、本件では、Eの同意書の添付を要求する行政指導(手続条例32条)を継続していたところ、①A社が行政指導にもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明したものと認めるに足りない、また②良好な環境確保(適正化条例1条)のためEの同意書取得は公益上必須であり、A社の、行政指導への不服従が社会通念上正義の観念に反する特段の事情があるため、行政指導の

継続を理由に同意①の判断を留保することも許されると反論する。

4 しかし、上記①・②の基準は、行政指導を理由に建築確認申請を留保することが国家賠償法上違法となるかについて判断した事案の基準である。違法な公権力の行使によって受けた損害填補を目的とする国家賠償法と、違法な不作為により不利益を受けている申請人の救済を目的とする不作為の違法確認訴訟とは、その目的とするところが異なるため、上記①・②の基準がそのまま不作為の違法確認訴訟における違法性の判断において妥当するものではない。また、D町の反論を前提とすると、上記①・②の基準を満たさないことを理由に、いつまでも処分を留保することが事実上可能となってしまう、かかる事態は手続条例6条及び7条が、申請に対する事務処理の迅速化を図るという趣旨に反する。

5 したがって、D町の反論は認められず、かつ、その他期間経過を正当化すべき特段の事情はないから、A社の主張のとおり、令和5年2月13日経過時点で不作為は違法となる。

### 第3 設問3

1 D町長は当初からEの同意書に取り消すべき瑕疵があったことを理由に、遡及的に同意②の効果を失わせているから、本件取消しは、講学上の職権取消しに当たる。そして、取消しの明文規定がなくても、瑕疵ある法的状態の回復という法治国家原理の要請から、許認可等の権限規定に黙示的に取消権が留保されていると解する。

本件でも、同意権限規定である適正化条例3条2項を根拠として、

同意②の取消しができる。

2 もっとも、B社としては以下のとおり主張すべきである。

同意②は、それによりB社が開発行為を適法に行えるという点で、授益的行政行為である。そして、授益的行政行為の無制限の取消しを認めると、一度行われた行政行為が有効であると信じた者の信頼や権利利益、法的安定を害しうる。そのため、取消しをすることにより保全される利益と取消しによって受ける相手方等の不利益とを比較考量し、前者が後者を下回る場合には取消しができない。

本件では、同意②の瑕疵の内容は、本件通知手続の瑕疵であり、地元の理解といった主観的抽象的利益を害するに過ぎない。また、本件事業は、開発行為に伴う周辺環境への影響に係る客観的基準は満たしている。これらのことから、同意②を維持することによる周辺環境への影響といった公益上の不利益は、まったくないかごく限定的であるといえる。他方で、同意②の瑕疵の原因は、Eの役員がB社の便宜を図ったことにあるものの、B社には帰責性がない。そのため、B社の信頼の要保護性は高い。また、開発行為を進め、相当の資本を投下し、他の会社に発注する等利害関係も多様化している状況において、同意②の取消しにより開発行為を中止せざるを得ないとすると、経済的損害のみでも莫大であるが、B社の信用や社会的評価も低下する等の回復が著しく困難な損害を被る。

以上のことから、本件取消しによって保全される利益は、B社の利益を下回るため、本件取消しはできない。 以上



予備試験答案練習会(第2回行政法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
<b>設問1(処分性)</b>	(14)		
処分性の定義を挙げることができる。		2	
同意①を求める申出が「申請」に当たることを論じることができる。		5	
同意①と監査処分の関係性を論じることができる。		5	
権利利益の実効的救済の観点を考慮できている。		2	
<b>設問2(相当の期間の経過・許認可等の留保の適法性)</b>	(14)		
標準処理期間との関連性を踏まえて相当の期間の判断基準を示している。		2	
行政指導の継続を理由とする留保が適法となるか否かが問題となることを示している。		3	
国家賠償法上の違法と不作為の違法との異同を示している。		4	
最判昭和60年の射程を検討できている(射程が及ぶ場合は、同判例の基準の当てはめができていない。)		5	
<b>設問3(職権取消しの適法性)</b>	(12)		
本件取消しが職権取消しに当たることを示している。		2	
本件取消しの根拠を理由とともに挙げることができる。		2	
同意②が受益的行政行為に当たることを前提に、取消しが制限される基準を挙げることができる。		3	
B社の立場から本問の具体的事情を正確に当てはめることができる。		5	
<b>裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	

# 行政法 解説レジュメ

## 1. 出題趣旨

行政法は、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われる傾向にある。とくに、平成26年度以降は、概ね、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、相当程度確立した傾向といえる。但し、注意をしなければいけないのは、本試験でも予備試験でも、近年、訴訟要件は2以上のテーマから出題されている。

問題文については、本試験のような会議録等の誘導がないため、自身で法律構成や論点を考える必要があるという難しさがある。また、主張反論形式が続いており、本試験同様、高い答案構成能力が試されている。もっとも、設問の形式につき、「処分性の有無に絞る」（平成27年度設問1）、「手続上の違法性と実体上の違法性に分けて」（平成28年度設問2）、「Bは、…基準1が条例に反して無効である旨を主張したい。この点につき、Bがすべき主張を検討しなさい。」（令和元年度設問2）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か、と悩まなくてよい形式となっている。なお、素材としては、重判や百選判例のみならず、最新の地裁判決等からも出題される傾向にあり、とくに令和2年度は行政契約の限界、令和3年度は附款の争訟方法、令和4年度は処分の明確性と無効事由の関係が出題されるなど、行政法総論の細かい知識が重視されている（但し、細かい知識を試すというより基本知識と現場思考を試していると思われる。）。

上記の出題傾向及び本試験の出題傾向に鑑み、近年の裁判例や令和元年度本答案練習会第2回行政法、平成23年度・令和2年度本試験等を素材に、設問1で訴訟要件の問題、設問2で主張反論形式の実体違法の問題、設問3で原告の主張としての実体違法の問題を出題し、検討対象は極力明確になるようにした。

全体としては、太陽光発電がテーマである。近年、補助金交付のあり方、パネル設置のための開発行為に伴う自然環境・生活環境の悪化、周辺住民との対立等、トラブルが多発し民事・行政を問わず裁判例も増えている注目すべきテーマである。

設問1のうち、処分性の問題は第1回答案練習会でも出題されているが、処分性の問題は多様であり、難易度の高い問題もあるため、この機会に再度復習して頂きたい。設問2では、不作為の違法確認訴訟の本案勝訴要件の問題を出題した。近年の司法試験では、本試験・予備試験問わず期間に関する前提や論点が出題される傾向にあり、かつ、予備試験では不作為の違法確認訴訟が未だ出題されていないことから、今後の出題可能性は高いと考えられる。加えて、標準処理期間や法令に基づく申請に対する応答といった、行政手続法の知識、品川マンション事件等の国家賠償法の知識も試すことを狙いとしている。設問3では、職権取消しの問題を出題した。職権取消しは、違法行為の転換、行政行為の内容の特定、委任の範囲と並んで、行政行為の瑕疵論の最新かつ重要な判例があり、古典的な行政法総論の問題でもあるため、令和4年度予備試験の傾向から出題可能性は高いと考えられる。

## 2. 処分性（設問1）

### (1) 意義

①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち（公権力性）、②直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの（直接的・個別的・具体的・法効果性）をいう。

←紛争の成熟性、権利利益の実効的救済を考慮して判断する。

### (2) 同意①の処分性

#### ア 問題の所在

同意①は、「同意」（適正化条例3条）という文言から、権力的な意思活動とは言えず、①公権力性を有しないのではないか。また、具体的な法効果を発生させるだけの同意要件や同意手続が具体的に法定されていないこと、同意なしの設置や工事停止命令違反に対しての罰則がないこと、後の工事停止命令等を争えば権利利益の救済が図られることから、②直接的具体的法効果性を有しないのではないか。

### **重要判例**最判平成7年3月23日(行政判例百選Ⅱ[第8版]151事件)<sup>1</sup>

…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32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することができる。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32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50条、51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32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…。

<sup>1</sup> 後記最大判平成20年以降は、判例変更の可能性が指摘されている。

イ ①公権力性

(ア) 定義・判断要素

法が認めた優越的地位に基づき行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動<sup>2</sup>

→④法律関係を一方的に変動させる効果

⑥仮に違法なものであっても、権限のある行政庁又は裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する効果（公定力）

→②その行為により法律関係を一方的に変動させる法的仕組みとなっているか

…立法者意思（文言）、申請に対する応答の仕組みがあるか etc...

⑥根拠法令上その行為につき不服申立て等の行政争訟が認められているか

関連判例最判昭和 39 年 10 月 29 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]143 事件)

…本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的な手続行為に止まると解するのが相当である…。

それ故、仮りに右設置行為によつて上告人らが所論のごとき不利益を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、…。

関連判例最判平成 15 年 9 月 4 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]152 事件)

…被災労働者が本件通達及び本件要綱に定める支給要件を具備するとして援護費の支給を申請した場合、労働基準監督署長はこれが所定の支給要件を具備しているか否かの確認をしなければならず、ここにおいて支給要件を具備するものと確認されることによって、被災労働者に具体的な援護費支給請求権が発生し、逆にこれを具備しないものとされることにより、右請求権が否定されることになるものであって、これはまさに労働基準監督署長がその与えられた優越的地位に基づいて一方的に行う公権的判断であり、…。

(イ) 申請に対する応答<sup>3</sup>

ポイントは、申請に対する応答か、事実上の職権発動を促す申出かの区別

- ・文言……「申請」か「申出」か（但し、文言は決め手とならない）
- ・行政手続法 2 条 3 号（①法令に基づくか、②行政庁に応答義務があるか、③第三者に対する処分を求める申請ではないか）

<sup>2</sup> とくに公権力性が問題とならない事案では、④当該行政行為が法律の根拠に基づくこと、⑥法律の根拠により管理権限や監督権限等の優越的地位が認められること、③当事者の意思を介在させることなく一方的意思表示により行われていることを認定すればよい。

<sup>3</sup> 令和 2 年度・令和 3 年度本試験

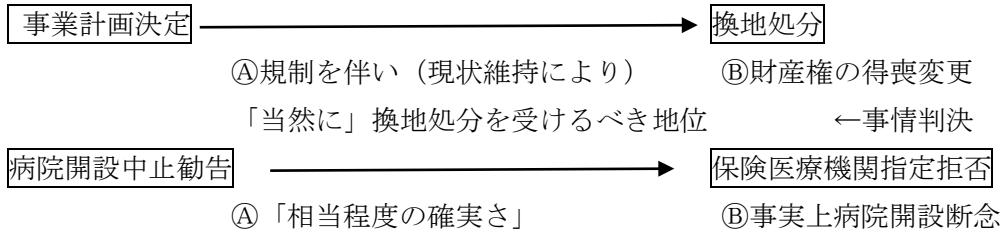
ウ ②直接具体的法効果性

(ア) 複数の行政行為（中間段階の行政行為）について<sup>4</sup>

行政計画や行政指導にみえる行政行為のように、一般的には当該行政行為に直接的具体的法効果性を認めがたい行為であっても、後続する行政行為との関係で、直接的具体的法効果性を柔軟に認める判例がある。

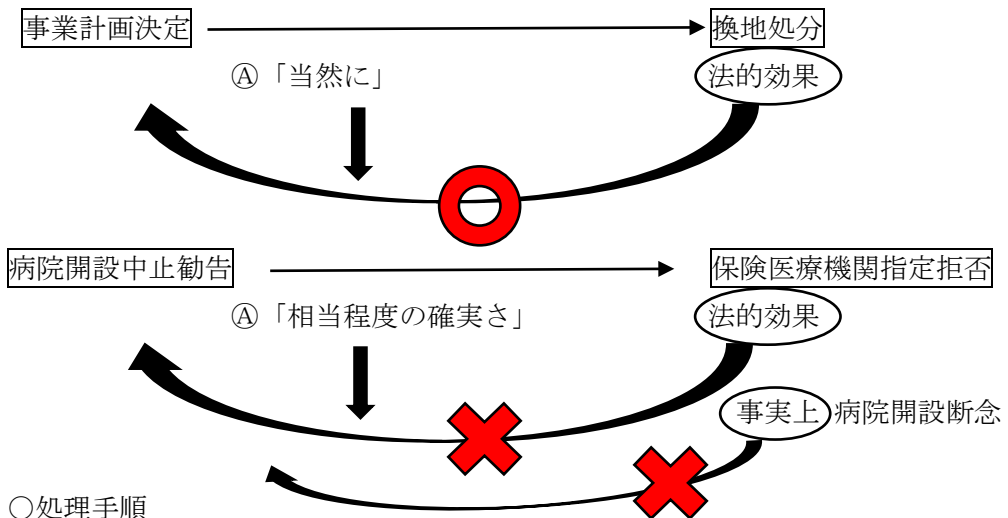
○共通点

ポイントは①連動性（直接性）と②不利益の重大性（紛争の成熟性）。



○相違点

ポイントは、①連動性の強弱。



○処理手順

⑦後続する行政行為に処分性（直接的具体的法効果性）が認められるか。

→⑧認められる場合、後続処分の法的効果を前倒しのできるだけの「当然」の連動性があるか（ex. 先行処分の有無が、後続処分の要件となっているか等）。

→連動性があるとしても、後続する行政処分を争うのでは救済が図れないほど不利益が重大故に、先行する行政行為を争わせる必要があるか。

⑨認められない場合、「相当程度の確実さ」をもって、後続する不利益との連動性が認められるか。

→連動性があるとしても、後続する不利益が重大故に、先行する行政行為を争わせる必要があるか。

<sup>4</sup> 平成23年度・平成30年度・令和2年度・令和3年度予備試験，平成20年度・平成24年度・令和2年度・令和3年度本試験参照。

**重要判例**最判平成 20 年 9 月 10 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]147 事件)

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ふことができ、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ふべきであり、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ふことはできない。

…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、實際上、既に工事等も進ちよくし、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 3 1 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…。

**重要判例**最判平成 17 年 7 月 15 日(行政判例百選Ⅱ[第 8 版]154 事件)

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といふことができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、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、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような…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、【要旨】この勧告は、…「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。

素材判例 東京高判平成 30 年 10 月 3 日

町長は、開発者から所定の協議書（4 条 2 項）が提出されて形式上の要件に適合する協議があったときは、所定の審査基準に従って審査をし、同意についての可否を決定して、その旨を当該開発者に通知すべきものとされているところ（5 条 1 項）、町長がする上記の同意については、既に述べた本件条例の定めにも照らすと、開発者の申請に対する応答として、当該同意に係る開発者が当該計画又は当該同意について付された条件に適合する工事を施行する限りにおいては町長による監督処分の対象とすることはないという法的な地位を確定するものと解することができる、…「処分」に該当するものといえ、一方、町長がする上記の不同意については、開発者の申請に対する応答として、申請により求められた上記の処分を拒否するものであって、そのような性格の行為として、やはり同項の「処分」に該当する…。

(イ) 申請に対する応答行為の直接的具体的法効果性<sup>5</sup>

個別法で申請の仕組みがとられていれば、申請者にとっては、申請が実体上の要件を満たしている場合には許認可等がなされるという実体上の権利が形成確定され、あるいは申請に対する諾否の応答という手続上の権利が確定される。

参考判例 最判昭和 47 年 11 月 16 日(行政判例百選 I [第 8 版]119 事件)

…独占禁止法 4 5 条 1 項は、「何人も…事実を報告し、適当な措置をとるべきことを求めることができる。」と規定しており、その文言、および、同法の目的が、一般消費者の利益を確保し、国民経済の民主的で健全な発達を促進することにある（1 条）、報告者が当然には審判手続に關与しうる地位を認められていないこと（5 9 条参照）から考えれば、同法 4 5 条 1 項は、被上告人公正取引委員会の審査手続開始の職権発動を促す端緒に関する規定であるにとどまり、報告者に対して、公正取引委員会に適当な措置をとることを要求する具体的請求権を付与したものであるとは解されない。また、独占禁止法の定める審判制度は、もともと公益保護の立場から同法違反の状態を是正することを主眼とするものであつて、違反行為による被害者の個人的利益の救済をはかることを目的とするものではなく、同法 2 5 条が特殊の損害賠償責任を定め、同法 2 6 条において右損害賠償の請求権は所定の審決が確定した後でなければ裁判上これを主張することができないと規定しているのは、これによつて個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置と相俟つて同法違反の行為に対する抑止的效果を挙げようとする目的に出た附随的の制度に過ぎず、違法行為によつて自己の法的権利を害された者がその救済を求める手段としては、その行為が民法上の不法行為に該当するかぎり、審決の有無にかかわらず、別に損害賠償の請求をすることができるのであるから、独占禁止法 2 5 条にいう被害者に該当するからといつて、審決を求める特段権利・利益を保障されたものと解することはできない。これを要するに、被上告人は、

<sup>5</sup> 令和 2 年度・令和 3 年度本試験

独占禁止法45条1項に基づく報告、措置要求に対して応答義務を負うものではなく、また、これを不問に付したからといって、被害者の具体的権利・利益を侵害するものとはいえないのである。したがって、上告人がした報告、措置要求についての不問に付する決定は取消訴訟の対象となる行政処分に該当せず、その不存在確認を求める訴えを不適法とした原審の判断は、正当である。また、独占禁止法45条1項に基づく報告、措置要求は法令に基づく申請権の行使であるとはいえないのであるから、本件異議申立てに対する不作為の違法確認の訴えを不適法とした原審の判断も、結局正当である。

**参考判例**名古屋高判平成29年8月9日(平成30年度重要判例解説行政法8事件)

本件回答により、Xが本件土地に関して有する権利義務あるいは法的地位について直接の影響を受けるとは認められないから、本件回答は、行政処分に当たるとはいえない。

#### ※ 補論

不作為の違法確認訴訟において、「法令に基づく申請」(行手法3条5項)が、訴訟要件か本案勝訴要件かについては下記のとおり争いがある(本問では、訴訟要件説を前提に設問1で出題している)。

①本案勝訴要件説…訴訟要件である原告適格に関しては、現実に申請を行ってさえいればよく、当該申請が法令に基づくものであるか否かは、訴訟要件の問題ではなく本案の問題である(立法者)。

∵行訴法37条は、単に「申請をした者に限り」と規定されており、「法令に基づく申請をした者に限り」とは規定されていないこと、他方、同法3条5項では、不作為の違法確認訴訟を「法令に基づく申請に対し」不作為があった場合の訴訟と定義していることに照らし、37条は、意図的に「法令に基づく」という文言を入れなかったとみることができる。

②訴訟要件説…申請が法令に基づくものであるかどうかは、本案の問題ではなく訴訟要件の問題である(下記判例)。

**参考判例**最判昭和47年11月16日(行政判例百選I[第8版]119事件)

…独占禁止法45条1項に基づく報告、措置要求は法令に基づく申請権の行使であるとはいえないのであるから、本件異議申立てに対する不作為の違法確認の訴えを不適法とした原審の判断も、結局正当である。

**参考判例**最判令和3年1月22日(行政判例百選II[第8版]131事件)

…本件審査請求をもって、被上告人が不作為庁である知事に対して法令に基づく申請をしたということではできないものと解すべきである。

以上によれば、本件訴えのうち上記部分は、不適法であり、その不備を補正することができないというべきである。



### 3. 相当の期間の経過・許認可等の留保の適法性（設問2）

#### (1) 問題の所在

A社は、令和4年11月13日に、D町役場へ同意①の申出書類を提出したにもかかわらず、令和5年7月17日を過ぎても、D町長から同意不同意の返事はなかった。そこで、「相当の期間」は既に経過したとして、D町長の不作為は違法となるのではないか。D町としては、最判昭和60年7月16日の射程が及ぶことを前提に、行政指導の継続を理由に同意不同意の判断を留保したことは適法であると反論することが考えられるため、同判例の射程が本問のような不作為の違法確認訴訟に及ぶかが問題となる（仮に同判例の射程が及ぶとしても、同判例の判断基準に照らして、本問の判断留保は違法な不作為となるのではないかも問題となりうる。）。

#### (2) 不受理・返戻行為について<sup>6</sup>

行政手続法上、行政庁は、申請がその事務所に到達したときには遅滞なく審査を開始しなければならない（同法7条）、受理（不受理）概念は否定されているから、不受理や申請書の返戻行為は事実上の行為に過ぎない（行政手続法上意味のない行為である。）。

素材判例 仙台地判平成10年1月27日

…原告は、被告が、…本件各申請書を返戻したこと（本件返戻行為）は、被告において、本件各申請を審査しない意思を示した行為であるから、それは本件各申請についてその受理を拒絶した行政処分であると主張するので、この点につき検討するに、前記…認定の本件各申請についての原告と被告との交渉の経緯、…、被告は、本件について事前協議に応ずることをも拒否し続けてきたものであることや、本件返戻行為に際して被告が原告に対し送付した通知書…には、本件各申請につき、「公益を著しく害するおそれがありますので、取り下げし、当該手続きを経た上で申請願います。」という記載があることなどからすれば、被告は、本件各申請につき、その内容を具体的に審査することなく、本件返戻行為をしたことが明らかである。

これによれば、本件返戻行為の性質は、申請についての審査の拒否と認められるところ、原告は、これが受理拒絶の行政処分に当たるとするけれども、廃棄物処理法は、私人が、行政庁に対し、同法14条及び15条の各規定に基づく申請をした場合、行政庁の受理等の行為を予定していないし、不受理の場合を念頭に置いた規定もなく、被告は、本件各申請が被告に到達した以上、直ちに審査の開始を行うことが義務づけられているというべきであるから、右審査の拒否はあくまで事実上の措置というほかなく、これをもって何らかの法的効果を伴う行政処分がなされたと認めることは困難である。

…前記1のように、被告は、本件各申請が被告に到達した以上、他に何らの行為を要件とすることなく、直ちに行政手続法7条にいう審査の開始を行うことが義務づけられているところ、それが到達したにもかかわらず、本件返戻行為に及び、何らその審査をしていないのであるから、本件各申請に対する被告の不作為（本件不作為）が存在することは明らかである。

<sup>6</sup> 令和2年度本試験

素材判例さいたま地判平成 21 年 10 月 14 日

行政庁には、法令に基づく許認可の申請に対し、許可・不許可の応答を行う義務があるところ、埼玉県知事は、本件各申請に対し、現在に至るまで許可・不許可の処分を行っておらず、この点について、埼玉県知事の不作為がある（なお、本件返戻行為は、あくまで本件行政指導の過程における事実行為に過ぎず、処分と認めることはできない。）。

※補論

本問では、要綱の内容及び適用は適法であることが前提であるから、E の同意書取得は、町長の同意要件である（申請に対する内部基準であるので審査基準（行手法 2 条 8 号ロ））とも考えられ、令和 4 年 1 2 月 9 日の返戻行為は、同意要件違反を理由とする申請拒否処分（E の同意書のない申請を拒否する D 町長の意思表示）と構成することも考えられる。そのように構成する場合は、申請拒否処分に該当する理由を丁寧に説明する必要がある。なお、そのように構成する場合であっても、A 社は、令和 5 年 1 月 1 7 日に再度申出書類を提出し、返事はないのであるから、不作為状態を問題にすることに変わりはないと思われる（いつの時点から違法となり得るかが変わり得る。）。

(3) 相当の期間の経過（行訴法 3 条 5 項）<sup>7</sup>

①標準処理期間（行手法 6 条）を考慮し、審査応答に通常要する期間を徒過した場合

→原則：違法。

例外：事案の複雑性、情勢の変動等、期間経過を正当化すべき特段の事情があるときは適法。

(2) 審査応答に通常要する期間を徒過していない場合

→申請後ある程度の期間を経過したにもかかわらず、行政庁が将来いかなる時期に処分をなすが全く不確定・不明であり、しかも以上の状態が解消される見込みがない場合においても、申請者らの地位の不安定は、既に相当の期間を経過した場合と異なることがなく、このような場合には、行政庁の措置（不作為）は違法。）<sup>8</sup>

素材判例さいたま地判平成 21 年 10 月 14 日

…行政手続法 6 条…及び 7 条が、標準処理期間、申請に対する審査応答義務を定めて、申請に対する事務処理の迅速化、透明化を図っていることからすると、原則として、法令に基づく申請から、当該処分を行うのに通常要する期間が経過しているにもかかわらず、許可・不許可の処分が行われていない場合は、その不作為は違法となり、この期間が徒過したことを正当化するような特段の事情がある場合に限り、その不作為は違法とはならない…。そして、この通常要する期間の経過、特段の事情を認めるに当たっては、前記の行政手続法の趣旨が考慮されなければならない。

<sup>7</sup> 令和 2 年度本試験

<sup>8</sup> 上記最判平成 3 年 4 月 26 日に先立って提起された不作為の違法確認訴訟における判旨（熊本地判昭和 58 年 7 月 20 日）。

(4) 許認可等の留保の適法性<sup>9</sup>

ア 行政指導の継続を理由とする留保の適法性

任意（行手法 32 条～34 条）性

→客観的状況に鑑みて、

①行政指導に不協力・不服従の意思を真摯かつ明確に表明している場合

②不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較考量して、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ない場合

**重要判例**最判昭和 60 年 7 月 16 日(行政判例百選 I [第 8 版]121 事件)

…確認処分<sup>9</sup>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表明している場合には、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ない。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、違法であると解する…。

したがって、いつたん行政指導に応じて建築主と付近住民との間に話し合いによる紛争解決をめざして協議が始められた場合でも、右協議の進行状況及び四囲の客観的状況により、建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分の留保の措置を受忍せしめることの許されないことは前述のとおりであるから、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となる…。

※ 補論

行政指導の違法性につき、最判平成 5 年 2 月 18 日(行政判例百選 I [第 8 版]95 事件)は、**行政指導を行うための内部基準の文言、その運用実態から、行政指導に従わざるを得ないといった心理状況に陥らせたか否か**、を基準として判断しており、上記最判昭和 60 年とは異なる基準を採用している。両者の判例の関係については様々な考え方があるが、ひとまずは、行政指導の継続を理由とする許認可の留保の違法性については最判昭和 60 年の判断基準、行政指導そのものが違法かどうかの判断基準は最判平成 5 年の基準、と考えておけばよい。

<sup>9</sup> 平成 29 年度予備試験

イ 行政事件訴訟法の（不作為の）違法と国家賠償法の違法

・ A説

**最判昭和 60 年 7 月 16 日の判断基準は、不作為の違法確認訴訟には妥当しない。**

∴①最判昭和 60 年 7 月 16 日は、国家賠償請求訴訟の事案に関する判断である。

違法な公権力の行使によって受けた損害の填補を目的とする国家賠償法と、違法な不作為により不利益を受けている申請人の救済を目的とする不作為の違法確認訴訟とは、その目的とするところが異なる以上、国家賠償法における違法性の判断がそのまま不作為の違法確認訴訟における違法性の判断において妥当するものではない（違法性相対説）。また、国家賠償請求における不作為の違法と、不作為の違法確認訴訟における不作為の違法とでは質的に相違がある（後記最判平成 3 年 4 月 26 日も参照）。

②原告が行政指導に従えない真摯かつ明確な意思を表明していない、行政指導の目的とする公益上の必要性が当該行政指導により原告が受ける不利益とを比較すれば行政指導への不協力・不服従が社会通念上正義に反するという理由で、いつまでも処分を留保することが事実上可能となってしまう、かかる事態は行手法 6 条及び 7 条が、申請に対する事務処理の迅速化を図っている趣旨に反する。

③不作為の違法確認訴訟は、違法な不作為状態を解消し、最終的な救済に向けて中間的な解決を図るための訴訟であり、その性質上迅速な解決が要求されるのであるから、その争点は、法令に基づく申請の有無と、相当期間の経過の点に絞られるというべきであって、右相当期間の経過につき、それを正当とする事情の存否が問題になる場合があり、その中には行政指導の継続を理由とする場合が含まれるとしても、それは申請者が行政指導に従う意思を示していたか否か等、行政指導の必要性やそれに対する申請者の対応等に立ち入るまでもなく、容易に判断が可能な事柄に限られる。

・ B説

**最判昭和 60 年 7 月 16 日は、不作為の違法確認訴訟における違法性判断にも妥当する。**

∴①行政事件訴訟法において行政処分が違法とされ、違法な行政処分によって損害を被った場合は、国家賠償法上も違法と評価されるべきである（違法性同一説）。また、最判平成 3 年 4 月 26 日が不作為の違法確認訴訟における違法性に加えて、さらに長期間の遅延等を違法性の要件としたのは、原告の「内心の静穏な感情を害される」といった特殊な精神的損害が問題となった事案であって、不作為の違法と国家賠償法の違法が一般的に質的に異なる論拠とはできない。

②行政指導の継続を理由とする許認可等の留保は、最判昭和 60 年 7 月 16 日の判断基準に適合する以上は、紛争の円満解決にとり必要かつ相当なものであって、国家賠償法上のみならず行政事件訴訟法上も適法とされるべきである。

素材判例 仙台地判平成 10 年 1 月 27 日

…本件は、不作為の違法確認の訴えにおける違法性が問題となっているのに対し、60年最判は、国家賠償請求において、行政指導を理由とする処分留保の違法性が問題となった事案であるところ、国家賠償請求における不作為の違法と、不作為の違法確認訴訟における不作為の違法とでは質的に相違があるというべきである（最高裁平成3年4月26日…判決…）。ことに、不作為の違法確認訴訟は、違法な不作為状態を解消し、最終的な救済に向けて中間的な解決を図るための訴訟であり、その性質上迅速な解決が要求されるのであるから、その争点は、法令に基づく申請の有無と、相当期間の経過の点に絞られるというべきであって、右相当期間の経過につき、それを正当とする事情の存否が問題になる場合があり、その中には行政指導の継続を理由とする場合が含まれるとしても、それは申請者が行政指導に従う意思を示していたか否か等、行政指導の必要性やそれに対する申請者の対応等に立ち入るまでもなく、容易に判断が可能な事柄に限られるというべきである。

…本件のような不作為の違法確認訴訟において、相当期間経過の正当性の判断に当たり、60年最判の判示するような、「申請者が受ける不利益と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、行政指導に対する申請者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」の存否についてまで立ち入って審理することが予定されているとは解し難く、右判示が必ずしも本件の判断基準とならないといえない…。

素材判例 さいたま地判平成 21 年 10 月 14 日

…被告は、判例（最高裁判所昭和60年7月16日…判決…）及び埼玉県行政手続条例32条に基づき、①原告が行政指導にもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明したものと認めるに足りないとき、②行政指導の目的とする公益上の必要性と原告の受ける不利益とを比較衡量して、行政指導への不協力・不服従が社会通念上正義の観念に反するといえるような特段の事情があるときには、行政指導の継続を理由に処分を留保することも許されると主張する。

しかしながら、前記の判例は、建築基準法上の建築確認の申請を行政指導を理由に留保することが国家賠償法1条1項の適用上違法となるかについて判断した事案である。そして、違法な公権力の行使によって受けた損害の填補を目的とする国家賠償法と、違法な不作為により不利益を受けている申請人の救済を目的とする不作為の違法確認訴訟とは、その目的とするところが異なる以上、国家賠償法における違法性の判断がそのまま不作為の違法確認訴訟における違法性の判断において妥当するものではない。また、埼玉県行政手続条例32条は、行

政手続法6条及び7条が申請に対する事務処理の迅速化を図っていることとの整合性をふまえれば、行政指導を行う際の基準を規定したに過ぎず、本件のような申請に対する不作為の違法性が問題となっている事案において直ちに適用されるものではない。さらに被告の主張を前提とすると、原告が行政指導に従えない真摯かつ明確な意思を表明していない、行政指導の目的とする公益上の必要性が当該行政指導により原告が受ける不利益とを比較すれば行政指導への不協力・不服従が社会通念上正義に反するという理由で、いつまでも処分を留保することが事実上可能となってしまう、かかる事態は同法6条及び7条が、申請に対する事務処理の迅速化を図っている趣旨に反するというべきである。

参考判例 最判平成3年4月26日(行政判例百選Ⅱ[第8版]212事件)－国賠事案

…法の中に、認定申請者の…私的利益に直接向けられた作為義務の根拠を見だし難いとしても、一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務がある…。

そして、処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには、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できなかっ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っ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ったことが必要である…。

ウ 最判昭和60年7月16日の射程が及ぶ場合

上記アの判断基準に従い当てはめをする。

素材判例 仙台地判平成10年1月27日

…仮に、本件不作為の適法性を60年最判の趣旨に沿って考えとしても、同条1項にいう、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を明確に表明したとは、申請者が、今後、行政指導に従う意思がなく、これを翻意する意思がないことを客観的に明らかにすれば足りるというべきところ、前記…認定の本件各申請についての原告と被告との交渉の経緯からすれば、本件で、原告は、右のような意思を客観的にも明らかにしているというべきである。被告は、右意思の表明につき、社会的にも首肯しうるような客観的条件が備わっていることが必要であると主張するところ、必ずしもそのように解すべき根拠はないと考えられるが、その前提で考えた場合でも、本件では、前記のように、原告が被告に対し、要綱に基づく事前協議を再三申し入れたにもかかわらず、被告がこれに応じなかったものであること、そのもっとも大きな理由は、地域住民が本件計画に反対の意向を示していたことにあること、右反対の運動はやがて地域の公共団体を含む大規模なものになり、原告が開催した説明会にも地域住民らがほとんど

欠席するなど、もはや事態の進展が見込まれない状況になったのであるから、本件では、原告が行政指導に従う意思がないことを表明するにつき、社会的にも首肯しうような客観的条件があるというべきである。

…次に、本件につき、申請者が受ける不利益と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、行政指導に対する申請者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あるか否かが問題となるので、以下、この点につき検討する。

…本件で、原告は、要綱に定める諸手続を必ずしも履践しないまま、本件各申請に及んでいるところ、前記…認定の諸事実からすれば、その理由は、被告（仙南保健所）及び関係市町村である白石市が要綱に定める事前協議に応じなかったことにあることが明らかである。被告らが右事前協議に応じなかったのは、地域住民らの理解や同意が得られていないということによるものであるところ、事業者と地域住民との紛争を未然に防止するため、行政指導により、事業者付近住民の同意を得る努力をさせることは望ましいけれども、本件では、原告が開催した説明会に対して、地域住民等は、これを集団で欠席している上、地元の白石市や白石市議会、白石商工会議所だけでなく、宮城県議会等もこぞって本件計画に反対の意向を示し、それを覆すことは極めて困難な状況になっていた。かような場合にまで、地元住民の理解や同意が得られなければ、要綱の定める事前協議に応じてもらえず、申請手続ができないとすれば、それは原告に不可能を強いて、廃棄物処理法14条4項、15条1項に認められた原告の申請権を行政指導によって奪うものといわなければならない。

…このようにみてくると、前記の諸事情をもって、申請者の意思に反し、行政指導を継続する根拠とすることはできないし、それに対する原告の不協力が必ずしも正義の観念に反するものといえないと考えられるのであるから、これらの点をもって、前記特段の事情があるということとはできない。

…前記…すれば、本件行政指導を継続するということは、原告に、事実上、本件各申請を断念させることに等しく、多大な不利益を及ぼすことは明らかである。

…このようにみてくると、要綱の持つ公益性を十分に考慮しても、本件行政指導に対する原告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するとは認め難い。

#### 4. 職権取消しの適法性（設問3）

##### (1) 問題の所在

Eの同意書は総会手続上瑕疵があり、B社は当初から適式な同意書を取得することができていないため、同意②には原始的瑕疵があることになる（このことは、設問中でも前提としている）。そうだとすると、後になって同意②を取り消すことは、B社の信頼を害することになる。しかも本件通知手続上の瑕疵については、B社に帰責性がない（少なくとも、不正の故意はない）。そこでこのような場合にも、職権で同意②を取り消すことが認められるか。

## ※ 補論

本問では、内部基準である要綱の内容・適用について適法であることを前提としたため、同意手法の違法性は問題とならない。しかし、同意手法については、本試験<sup>10</sup>では頻出の論点であり、下記の知識は習得して頂きたい（令和元年度本答案練習会第2回行政法も参照）。

### ・同意手法の意義

行政実務上、いわゆる嫌忌施設（嫌悪施設，NIMBY）の設置・営業許可等に際して、付近住民や自治会等の不安や反発を緩和する目的で、地方公共団体は紛争予防条例や指導要綱を定め、住民等の同意を求めることがある。このような同意を求める理由・意義としては、①住民と設置者との間の設置前後の紛争防止・回避，②地域融和型施設の実現，③不十分な許可制への対応，④悪質業者のふるい分け，⑤早期の情報提供等が挙げられる。

### ・嫌忌施設の一例

住宅地としての品格・風紀・治安を下げるような施設（パチンコ・パチスロ店，ゲームセンター，ソープランド，ファッションヘルス，ラブホテル，消費者金融，競馬場，競艇場，競輪場，オートレース場，場外勝馬投票券発売所・競艇場外発売場・競輪場外車券売場，刑務所・矯正施設（少年院・鑑別所など）。

騒音，大気汚染，土壌汚染，悪臭，地盤沈下などを引き起こしたり不快感・嫌悪感を与えたりする施設（原子力関連施設，廃棄物処理場，下水処理場，火葬場，軍事基地，刑務所，ガスタンク，火薬類貯蔵施設など）。

### ・問題点

- ①同意手法の根拠が要綱等，行政の内部基準である場合，それはあくまで行政指導であるから，強制にわたることは許されない。
- ②住民同意がないことのみを理由に不許可とすることは，実質的には付近住民に法の明文根拠のない拒否権を認めることになり，財産権や職業選択（遂行）の自由の違憲的侵害となる。また，法令上の基準を満たしていても同意がなければ一切許可されないというのであれば，比例原則にも違反する。
- ③住民同意や自治会同意等については，地方議会の決議や住民投票と異なり，定足数・議決要件・同意の有効性に係る事項が明確ではなく，また，それら事実関係を確認する資料の保管等も十分ではないことから，プロセス上の問題も多く，後日紛争が生じる可能性がある。

## (2) 職権取消しについて

### ア 意義

行政行為に当初から瑕疵があった場合に，当該行政行為を取り消して遡及的に無効とすること

### イ 根拠

取消しは行政行為の合目的性の回復であり，取消しに関する特別の明文規定は不要。

<sup>10</sup> 平成23年度本試験，平成29年度本試験，平成30年度本試験



但し、法治主義・法律の留保の原則から、法律の根拠がまったく不要というわけではなく、取り消される行政行為の権限を授与する法は同時にその取消権限をも授与している、などと説明される。

ウ 取消事由

違法または不当の瑕疵（後記最判平成 28 年 12 月 20 日）

エ 限界

①行政行為を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否か争われている場合

**重要判例**最判平成 28 年 12 月 20 日(行政判例百選 I [第 8 版]84 事件)

一般に、その取消しにより名宛人の権利又は法律上の利益が害される行政庁の処分につき、当該処分がされた時点において瑕疵があることを理由に当該行政庁が職権でこれを取り消した場合において、当該処分を職権で取り消すに足りる瑕疵があるか否かが争われたときは、この点に関する裁判所の審理判断は、当該処分がされた時点における事情に照らし、当該処分に違法又は不当（以下「違法等」という。）があると認められるか否かとの観点から行われるべきものであり、そのような違法等があると認められないときには、行政庁が当該処分に違法等があることを理由としてこれを職権により取り消すことは許されず、その取消しは違法となる…。

したがって、本件埋立承認取消しの適否を判断するに当たっては、本件埋立承認取消しに係る上告人の判断に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべきであり、本件埋立承認に違法等が認められない場合には、上告人による本件埋立承認取消しは違法となる。

②①の瑕疵があるとして、取消しが無制限に行えるか。

瑕疵ある行政行為を是正することは、本来あるべき法的状態の回復として問題がないように見える。しかし、一度行われた行政行為が事後的に取り消されると、これを有効と信じた者の信頼や法的安定性を害し、権利利益を侵害するおそれがある。

→具体的には、授益的行政処分の取消しの場合には、相手方の帰責性等も考慮の上、当該処分の取消しによって相手方が受ける不利益を上回るだけの必要性が認められる場合に取消しが認められる。

←⑦処分の瑕疵の原因、内容及び程度、⑧処分の取消しにより相手方が被る不利益の性質、内容及び程度、⑨処分の効果を維持することにより害される公共の利益の性質、内容及び程度、⑩処分の取消しの時期を考慮する。

**重要判例**最判令和3年6月4日(行政判例百選I[第8版]85事件)

…前記事実関係等によれば、東日本大震災による本件マンションの被害の程度は客観的には一部損壊にとどまり、本件各世帯は、東日本大震災による被害を受けているものの、支援法の規定する「被災世帯」には該当しなかったのであるから、本件各支給決定は、本件各世帯の被災世帯該当性についての認定に誤りがあるという瑕疵を有するものといわざるを得ない。そして、この瑕疵は、前記で説示したところによれば、支援法の規定する支援金の支給要件の根幹に関わるものというべきである。

なお、上記瑕疵が生じた原因は、本件各支給決定がされた当時、申請に係る世帯が被災世帯に該当するか否かの認定を市町村が交付する罹災証明書に依拠して行う取扱いがされていた状況の下で、本件マンションの被害の程度について、a区長が交付した本件証明書の認定に誤りがあったことにある。この誤りについては、罹災証明書の交付が市町村の自治事務（地方自治法2条8項）に属すると解されることや本件の実事経過、当時の多数の被災状況等に照らせば、上告人と本件世帯主らのいずれか一方の責めに帰すべき事由によって生じたものであるということとはできない。罹災証明書を用いて支援金の支給に関する事務を迅速かつ効率的に処理する利益という点に着目しても、この利益を上告人のみが享受しているとはいえないし、この点や本件証明書の認定に関する誤りの責任の所在等から、本件証明書の内容が変更されるリスクを上告人が負担すべきということとはできない。

本件各支給決定の効果を維持することによって生ずる不利益を更に検討すると、その効果を維持した場合には、支援金の支給に関し、東日本大震災により被害を受けた極めて多数の世帯の間において、公平性が確保されないこととなる。このような結果を許容することは、支援金に係る制度の適正な運用ひいては当該制度それ自体に対する国民の信頼を害する…。

また、支援金は、都道府県の拠出金及び国の補助金が財源となっており（支援法9条2項、18条等）、その全てが究極的には国民から徴収された税金その他の貴重な財源で賄われているところ、本件各支給決定の効果を維持した場合には、その財源を害することになる。

さらに、支援金の支給には迅速性が求められるところ、本件のような誤った支給決定の効果を維持するとした場合には、今後、市町村において、自然災害による被害の認定をして罹災証明書を交付するに当たり、その認定を誤らないようにするため、過度に慎重かつ詳細な調査、認定を行うことを促すことにもなりかねず、かえって支援金の支給の迅速性が害されるおそれがある。

上記のような事態は、いずれも支援金に係る制度の安定的かつ円滑な運用を害しかねないものであるから、本件各支給決定の効果を維持することによる不利益は、住民の生活の安定と被災地の速やかな復興という支援法の目的の実現を困難にする性質のものである…。

その一方で、本件各支給決定を取り消すことによって生ずる不利益を検討すると、その取消しがされた場合には、本件世帯主らにとっては、その有効性を信頼し、あるいは既に全額を消費していたにもかかわらず、本件各支援金相当額を返還させられる結果となる。このことによる負担感は、本件世帯主らが既に東日本大震災による被害を受けていることも勘案すると、小

さくなくといわざるを得ない。

しかしながら、前記のとおり、本件世帯主らは、支援法上、本件各支援金に係る利益を享受することのできる法的地位をおよそ有しないのである。また、本件世帯主らは、既に利益を得たことに対応して金員の返還を求められているにとどまり、新たな金員の抛出等を求められているわけではない。これらを踏まえると、上記のような結果となることは誠にやむを得ないものといわざるを得ない。

なお、本件各支給決定を取り消すことにより、支援金の受給者一般においてこれをちゅうちよなく使用できるという利益が一定の制約を受けるという点についても、そのようなおそれが全くないわけではないが、そのことにより、上記判断が左右されるものではない。

以上に加え、本件各支給決定を取り消すまでの期間が不当に長期に及んでいるともい難いことを併せ考慮すると、前記瑕疵を有する本件各支給決定については、その効果を維持することによって生ずる不利益がこれを取り消すことによって生ずる不利益と比較して重大であり、その取消しを正当化するに足りる公益上の必要があると認められる。

したがって、上告人は、本件各世帯が大規模半壊世帯に該当するとの認定に誤りがあることを理由として、本件各支給決定を取り消すことができるというべきである。

以 上

【参考文献】

- ・ 櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第5版]』 弘文堂 2016/2/17
- ・ 宇賀克也 『行政法概説Ⅰ 行政法総論 [第6版]』 有斐閣 2017/12/15
- ・ 宇賀克也 『行政法概説Ⅱ 行政救済法 [第3版]』 有斐閣 2011/3/30
- ・ 宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30
- ・ 宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30

2023年4月9日

担当：弁護士 山下大輔