

論文式試験問題集
[行政法]

[行政法]

Aは、甲県乙町において、建築基準法に基づく建築確認を受けて、客室数20室の旅館（以下「本件施設」という。）を新築しようとしていたところ、乙町の担当者から、本件施設は乙町モーター類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモーター類似旅館に当たるので、本件条例第3条による乙町長の同意を得る必要があると指摘された。Aは、2011年1月19日、モーター類似旅館の新築に対する同意を求める申請書を乙町長に提出したが、乙町長は、同年2月18日、本件施設の敷地の場所が児童生徒の通学路の付近にあることを理由にして、本件条例第5条に基づき、本件施設の新築に同意しないと決定（以下「本件不同意決定」という。）をし、本件不同意決定は、同日、Aに通知された。

Aは、本件施設の敷地の場所は、通学路として利用されている道路から約80メートル離れているので、児童生徒の通学路の付近にあるとはいえず、本件不同意決定は違法であると考えており、乙町役場を数回にわたって訪れ、本件施設の新築について同意がなされるべきであると主張したが、乙町長は見解を改めず、本件不同意決定を維持している。

Aは、既に建築確認を受けているものの、乙町長の同意を得ないまま工事を開始した場合には、本件条例に基づいて不利益な措置を受けるのではないかという不安を有している。そこで、Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

[設問2]

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

【資料】乙町モーター類似旅館規制条例（平成18年乙町条例第20号）（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、町の善良な風俗が損なわれないようにモーター類似旅館の新築又は改築（以下「新築等」という。）を規制することにより、清純な生活環境を維持することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において「モーター類似旅館」とは、旅館業法（昭和23年法律第138号）第2条に規定するホテル営業又は旅館営業の用に供することを目的とする施設であつて、その施設の一部又は全部が車庫、駐車場又は当該施設の敷地から、屋内の帳場又はこれに類する施設を通ることなく直接客室へ通ずることができると認められる構造を有するものをいう。

(同意)

第3条 モーター類似旅館を経営する目的をもって、モーター類似旅館の新築等（改築によりモーター類似旅館に該当することとなる場合を含む。以下同じ。）をしようとする者（以下「建築主」という。）は、あらかじめ町長に申請書を提出し、同意を得なければならない。

(諮問)

第4条 町長は、前条の規定により建築主から同意を求められたときは、乙町モーター類似旅館建築審査会に諮問し、同意するか否かを決定するものとする。

(規制)

第5条 町長は、第3条の申請書に係る施設の設置場所が、次の各号のいずれかに該当する場合には同意しないものとする。

- (1) 集落内又は集落の付近
- (2) 児童生徒の通学路の付近
- (3) 公園及び児童福祉施設の付近
- (4) 官公署，教育文化施設，病院又は診療所の付近
- (5) その他モーター類似旅館の設置により、町長がその地域の清純な生活環境が害されると認める場所

(通知)

第6条 町長は、第4条の規定により、同意するか否かを決定したときは、その旨を建築主に通知するものとする。

(命令等)

第7条 町長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、モーター類似旅館の新築等について中止の勧告又は命令をすることができる。

- (1) 第3条の同意を得ないでモーター類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主
- (2) 虚偽の同意申請によりモーター類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主

(公表)

第8条 町長は、前条に規定する命令に従わない建築主については、規則で定めるところにより、その旨を公表するものとする。ただし、所在の判明しない者は、この限りでない。

2 町長は、前項に規定する公表を行うときは、あらかじめ公表される建築主に対し、弁明の機会を与えなければならない。

(注) 本件条例においては、資料として掲げた条文のほかに、罰則等の制裁の定めはない。

【出題趣旨】平成23年度予備試験行政法

行政訴訟の基本的な知識，理解及びそれを事案に即して運用する基本的な能力を試すことを目的として，旅館の建設につき条例に基づく町長の不同意決定を受けた者が，訴訟を提起して争おうとする場合の行政事件訴訟法上の問題について問うものである。不同意決定の処分性を条例の仕組みに基づいて検討した上で，処分性が認められる場合に選択すべき訴訟類型及び処分性以外の訴訟要件について，事案に即して説明することが求められる。

2023年11月26日

担当：弁護士 山下大輔

参考答案
[過去問プレゼミ・行政法]

第1 設問1

1 「処分」(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。))3条2項

処分とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち(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又は条例上認められているもの(直接的具体的法効果性)をいう。これらは、権利利益の救済の実効性を考慮して判断する。

2 ①について

「同意」(本件条例3条等)という文言から、本件不同意決定は、非権力的な作用にすぎず、①は認められないように見える。しかし、本件不同意決定は、建築審査会の諮問を経るものの、建築主の意思を介在させることなく(同4条)、町長が同5条に基づき一方的に行う行為であるから、①は認められる。

3 ②について

(1) 同意を得なくともモーテル類似旅館の新築等は可能であるから、本件不同意決定自体に②は認められないように見える。しかし、同意を得ないで工事を開始した場合に受けるおそれのある措置及び法的性格との関係で、②が認められないか。

(2) 勧告(本件条例7条)との関係

勧告は、罰則や公表等の制裁によって義務が担保されておらず(同8条1項)、それにより工事停止等の具体的な権利義務の変動は生じないから、事実上の措置である行政指導(行手法2条6号)にすぎない。そのため、事実上の効果しかない勧告との関係から、本件不同

意決定の直接的具体的法効果性を基礎づけることはできない。

(3) 中止命令との関係

中止命令は、本件条例7条に基づき一方的に行われるものであるから、①が認められる。

また、中止命令違反の場合、罰則等はないものの、公表がなされる(同8条)。公表は、一般に事実上の制裁措置にすぎず処分ではない。しかし、公表に際し弁明の機会の付与(同条2項)が設けられているのは、公表が単なる情報提供ではなく一定程度の不利益性、すなわち中止命令不服従の場合の制裁として機能するからである。そのため、公表という制裁により工事中止義務が法的に担保されているといえる。よって、②が認められる。

(4) そして、中止命令発動につき効果裁量があるものの(同7条)、同意の有無が中止命令の法令上の要件となっているため(同条(1))、本件不同意決定は、当然に上記法的効果を有する中止命令を受ける地位に立たせるという②直接的具体的法効果が認められる。しかも、中止命令自体、事業者の営業の自由や財産権に対する重大な制約である上、同命令段階にならないと同意不同意の違法性を争えないのでは、建築主や事業者にとっては、相当の資本を投下するリスクを負って工事を開始しなければならないことになるから、権利利益の実効的救済の観点からも、不同意決定に②を認める実益がある。

4 以上のことから、本件不同意決定は処分に当たる。

以上

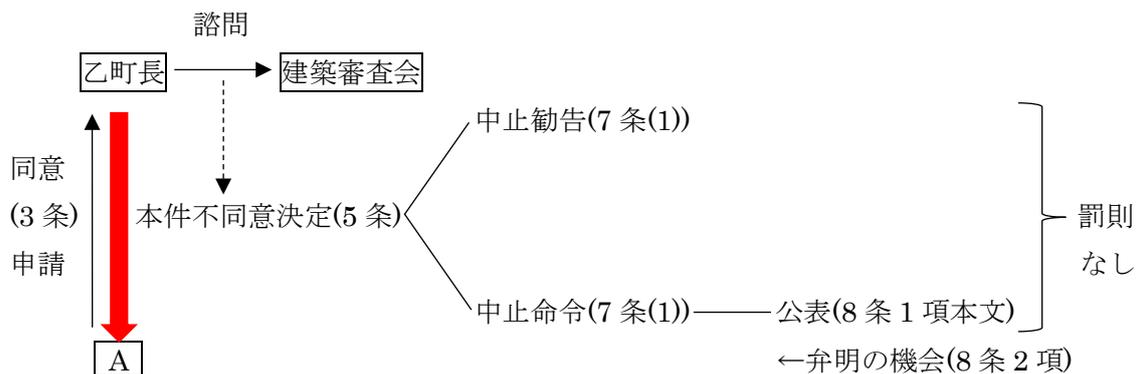
司法試験対策ゼミ解説レジュメ

(平成23年度司法試験予備試験行政法)

担当講師：弁護士 山下大輔

第1 問題の所在

本件不同意決定は、①「同意」(本件条例3条)という文言から、非権力的な作用に過ぎず、公権力性が認められないのではないか、また、②町長の単なる見解の表明に過ぎず、しかも同意を得ずに工事を開始した場合でも、後続する勧告、中止命令、公表等の措置を争えば足りるから、直接的具体的な法効果が認められないのではないか。



第2 処分性

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 (直接的具体的法効果性)
- ← 紛争の成熟性, 権利利益の実効的救済を考慮。

2 判断手法

(1) 実質的 (実体法的) アプローチ

とくに②について、問題となる行政行為の個別具体性や直接性、法的効果性を、当該行政行為の根拠法令に基づいて検討する。

(2) 形式的（手続法的）アプローチ

申請権アプローチ

ア 申請の意義・要件

「申請」…⑦法令に基づくこと，⑧利益を付与する処分を求める行為，⑨行政庁に諾否の応答義務があるもの（行手法2条3号）。

※⑦・⑧は必ずしも法令上明文規定があることを要せず，法令の趣旨や仕組みから申請権や応答義務を導き出せばよい。

※⑧につき，許認可等の拒否行為の処分性を検討する場合，許認可等の行政行為が処分であることが明らかであれば，それを求める法令に基づく申請に対する拒否行為（許認可等の拒否行為）が処分であると言いが，許認可等の行政行為がそもそも処分に当たるか否か問題になるときは，結局⑧要件で許認可等の行政行為の処分性を検討せざるを得ないので，このようなアプローチを用いる実益が少ない。

イ 申請に対する応答行為の処分性（実質的アプローチからの説明）

申請が行手法2条3項の「申請」に当たれば，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ことになるため，申請に対する応答行為は，直接的具体的な法効果が認められる。

3 ①公権力性

(1) 判断要素

Point 議論の実益は，私法関係との峻別。

法が認めた優越的地位に基づいて，行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動。

→④優越的地位（法の根拠）に基づき法律関係を一方的に変動させる効果。

⑤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)。

→④優越的地位に基づき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。

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，手続や法の文言が行政処分として扱っているか¹。

¹ 「処分性判断の定式に沿って個々の要素を検討した答案の中には，「公権力性」を挙げておきながら検討過程でこれに全く触れない，触れるにしても単に「公務員」ないし地方公共団体の長たる市長が選定を行ったとか，「一方的態様」で行ったなどといった理由で権力性を認める答案が相当数あった。こうした理由で権力性が認められるのであれば，例えば地方公共団体の長が行った行政指導に関しても，およそ権力性があることになってしまう」（令和3年度本試験採点実感）。

重要判例最判昭和 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、…。

重要判例最判平成 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つて、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、…。

参考判例最判昭和 59 年 12 月 13 日(行政判例百選Ⅰ[第 8 版]7 事件)²

…公営住宅法は、国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を建設し、これを住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものであつて（1 条）、この法律によつて建設された公営住宅の使用関係については、管理に関する規定を設け、家賃の決定、家賃の変更、家賃の徴収猶予、修繕義務、入居者の募集方法、入居者資格、入居者の選考、家賃の報告、家賃の変更命令、入居者の保管義務、明渡等について規定し（第三章）、また、法の委任（25 条）に基づいて制定された条例も、使用許可、使用申込、申込者の資格、使用者選考、使用手続、使用料の決定、使用料の変更、使用料の徴収、明渡等について具体的な定めをしている…（3 条ないし 22 条）。…入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはなく、このことは、法が賃貸（1 条、2 条）、家賃（1 条、2 条、12 条、13 条、14 条）等私法上の賃貸借関係に通常用いられる用語を使用して公営住宅の使用関係を律していることから明らかである…。したがつて、公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信託関係の法理の適用がある…。

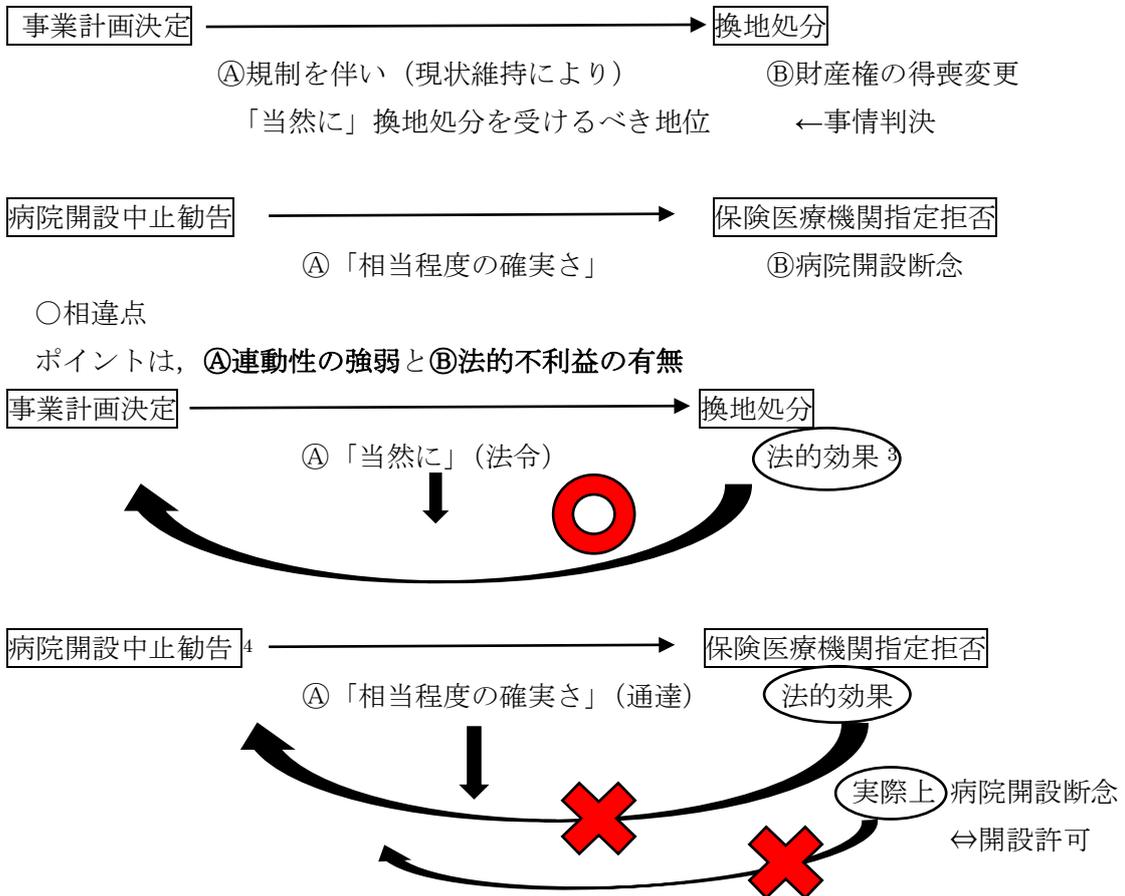
² 司法試験プレテストも参照。

4 ②直接的具体的法効果性

段階的行為論

○共通点

ポイントは④連動性（直接性）と⑤不利益の重大性（紛争の成熟性）。



³ 講学上法的効果の前倒しの解釈とも呼ばれる。

⁴ 行政指導であっても、行政指導に対する不服従が、法律上後続処分の要件となっている仕組みがある場合には、最高裁判所の定式(処分性の定義)に当てはまるとして、処分性が認められる。

しかし、病院開設中止勧告の場合には勧告への不服従が次の侵害的行政処分の要件として法令上組み込まれておらず(通達に規定されているのみであった)、連動性は事実上の関係にあるにすぎないため、保険医療機関指定拒否の法的効果の前倒しの解釈は行われていない。また、医療法上、病院開設中止勧告をしても、病院開設はできる(開設許可はなされる)のであり、病院開設を断念せざるを得ないのは、あくまで事実上の不利益であるので、かかる不利益を法的効果として前倒しすることもできなかった。その上で、最高裁は、病院開設中止勧告の法的効果に何ら言及することなく、連動性と不利益の重大性から処分性を認めたため、事業計画決定のような従来の処分性の定義(伝統的処分概念)とはかけ離れており、処分性概念を拡大したものと評される(処分性拡大論)。

○処理手順（思考過程）

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。

→④処分性が認められる場合、後続処分の法的効果を前倒しできるだけの「当然」の連動性があるか（ex. 先行行為の有無が、法令上後続処分の要件となっているか等⁵）。→⑤「当然」の連動性がある場合、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。
→⑥「当然」の連動性がない場合、「相当程度の確実さ⁶」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⁷。

→④処分性が認められない場合

→⑥と同様の検討。

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)⁸

都市計画法…32条は、開発行為の許可（以下「開発許可」という。）を申請しようとする者は、あらかじめ、開発行為に関係がある公共施設の管理者の同意を得なければならない旨を規定する。そして、法30条2項は、開発許可の申請書に、右の同意を得たことを証する書面を添付することを要することを、法33条1項は、申請に係る開発行為が同項各号の定める基準に適合しており、かつ、その申請の手続が法又は法に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならないことを規定している。

右のような定めは、開発行為が、開発区域内に存する道路、下水道等の公共施設に影響を与えることはもとより、開発区域の周辺の公共施設についても、変更、廃止などが必要となるような影響

⁵ 当然の連動性があるか否かについては微妙な判断を要する。受験戦略としては、先行行為の有無が、法令上後続処分の要件となっている場合は、後続処分の発動につき効果裁量があろうが、後続処分等に複数選択肢があろうが、当然の連動性を認めてよいと思われる。ただし、「当然」といえるためには、法令上後続処分の要件となっていることが明示的に規定されている必要があり、通達等の行政規則による解釈を梯子にして当然の連動性を認めてよいわけではないと思われる。

⁶ 相当程度の確実さがあるか否かについても微妙な判断を要する。病院開設中止勧告事件は、通達を梯子に中止勧告の処分性を認めたが、当時の通達は、他の通達の解釈や法改正を総合的に踏まえて後続する保険医療機関の指定拒否を「許容」したに過ぎず、「羈束」まではしていない。それゆえ、通達がなくても、運用実態等を総合的に踏まえ、後続不利益の許容といった程度の連動性があれば相当程度の確実さを認定できると思われる。

⁷ ⑥の検討により、病院開設中止勧告事件の射程が及び処分性が認められるとしても、答案の構成や結論をどうするかは悩ましい。同事件は、中止勧告の直接的具体的法効果には何ら言及していないのであるから、判例法理の処分性の定義を挙げ、直接的具体的法効果性は否定した上で、例外的に処分性を認めるか、「その他公権力の行使に当たる行為」（行訴法3条2項）と解するかのが望ましいと思われる。

⁸ 最判平成7年判例は処分性を否定したが、最大判平成20年判決によれば、処分性が認められる事案であり、下記高松高判のとおり、今後、判例変更される可能性が高いと指摘されている。

を与えることが少なくないことにかんがみ、事前に、開発行為による影響を受けるこれらの公共施設の管理者の同意を得ることを開発許可申請の要件とすることによって、開発行為の円滑な施行と公共施設の適正な管理の実現を図ったものと解される。…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…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…。

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…。

参考判例 高松高判平成25年5月30日

…法30条2項、32条1項によれば、開発許可の申請については、公共施設の管理者の同意書面を添付する必要があるので、この同意がないと開発許可の申請ができない構造となっており、公共施設の管理者がこの同意をしない場合には、前記同意書の添付がないという理由で開発許可の申請に対し不許可処分がなされる結果となる。

このように開発許可の申請に対し、最終的に都道府県知事の許可に至るまで法32条の同意や協議が一つの仕組みを形成しているものであって、法32条の同意と開発許可との関係が、公共施設の管理者の同意がなければ、開発許可の申請そのものすらできないという結果をもたらすという意味で、双方が密接に連動する仕組みを形成している。

本件においても、本件不許可処分…は、本件開発行為に関係のある公共施設の管理者の同意を得たことを証する書面が開発許可申請に添付されていないことのみを理由として却下されている。

したがって、法32条所定の公共施設の管理者による同意が不当になされなかった場合には、正当に開発行為の許可を求める国民は、開発行為の途を閉ざされる結果となり、そのような場合にも法律の規定がない限りは救済されないとすることは、ひいては憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反することとなる。

そして、法50条は、審査請求の対象につき、開発行為許可に係る処分は該当すると規定する一方で、法32条の同意をしない旨の措置は該当するものと明記していないところ、法が、審査請求

前置が義務づけられた処分に関して、審査請求の対象と定めていない措置については、抗告訴訟の対象とすべき処分性を有しないと解するならば、不当に同意がなされない場合の救済としては、開発不許可処分に対する不服申立手続の審理において、不同意の不当性についても判断の対象とする途をとるべきこととなる。

しかしながら、法32条所定の公共施設の管理者の同意を得た上、これを証する書面が開発許可申請に添付されることは、開発行為を許可するに当たっての前提要件となっており、それ自体、国民の権利義務を左右する重要な意味を持つ行為であって、開発不許可処分とは処分行政庁も異なり、独自性を有するものであり、しかも、法30条の公共施設の管理者の同意書面の添付要件について、不当に同意がされなかった場合には、同意書面の添付要件を満たすものと見なしうると解することは、解釈論上、無理があるといわざるを得ない。

したがって、上記の不同意が開発許可に及ぼす影響及びその意義を考えると、法32条所定の同意をしない旨の措置は、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」に当たると解する…。

法32条所定の同意を拒否する行為が抗告訴訟の対象となる処分に当たらないとした最判平成7年3月23日…判決（…以下「最判平成7年3月23日判決」という。）は、本件とは事案を異にする上、当該行為自体について国民の権利ないし法律上の地位に影響を与えるかどうか、法令に直截に争訟の対象となる旨明記されているかを厳格に考えることを所与のものとしているところ、その後、上記の厳格性を緩和し、当該行為の及ぼす効果や意義に着目して法の欠缺を補充し、処分性の範囲をいくらか広げてきた最判平成17年7月15日判決…、最判平成20年9月10日大法廷判決…等の流れや、最判平成7年3月23日判決後、「公共施設の管理者又は公共施設を管理することとなる者は、公共施設の適切な管理を確保する観点から、第2項の協議を行うものとする。」と法32条3項が付加されたことなどに鑑みると、最判平成7年3月28日判決は、本件において、そのまま妥当しない…。

よって、小松島市長が法32条の同意を拒否する本件不同意通知は、抗告訴訟の対象となる処分に当たるから、本件不同意通知についての行政事件訴訟法3条2項に基づく取消しの訴え及び同条6項2号に基づく義務付けの訴えはいずれも適法であって、これらを不適法として却下した原判決は相当でないから取り消すべき…。

重要判例最大判平成20年9月10日(行政判例百選Ⅱ[第8版]147事件)

市町村は、土地区画整理事業を施行しようとする場合においては、施行規程及び事業計画を定めなければならない(法52条1項)、事業計画が定められた場合においては、市町村長は、遅滞なく、施行者の名称、事業施行期間、施行地区その他国土交通省令で定める事項を公告しなければならない(法55条9項)。そして、この公告がされると、換地処分の公告がある日まで、施行地区内において、土地区画整理事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物その他の工作物の新築、改築若しくは増築を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない(法76条1項)、

これに違反した者がある場合には、都道府県知事は、当該違反者又はその承継者に対し、当該土地の原状回復等を命ずることができ（同条4項）、この命令に違反した者に対しては刑罰が科される（法140条）…。

…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…。

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えない。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というべきである。

以上によれば、（中略）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（略）。

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ということができる。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」に当たると解する…。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。

第3 公表の法的性格

1 種類

⑦情報提供型公表…国民に対する情報提供を目的とする公表であって、制裁ないし強制手段としての性格を有しない公表。

⇒・法律の根拠は不要。

・意見聴取等の事前手続は不要（但し、特定の者に不利益が及ぶことが予想される場合は必要。）。

・処分性は否定されやすい。

⑧制裁型公表…行政処分に違反した事実や行政指導不服従の事実等、違反行為に対する制裁を目的とする公表であって、制裁ないし強制手段としての性格を有する公表。

⇒・法律の根拠が必要（法律の留保原則）。

・意見聴取等の事前手続が必要。

・処分性を肯定する余地がある。

2 制裁型公表の処分性

一般的・実務的には、制裁として機能する公表であっても、そのような公表は相手方の精神作用を促す、国民・住民に対し事実を知らせるにとどまるものであり、非権力的・事実的行為と考えられ、処分性は否定される。

素材判例 最判平成19年6月18日

…行政機関による公表は、非権力的な事実行為であり、それ自体によって直接国民の権利義務に影響を及ぼすものとはいえず、「行政庁の処分その他の公権力の行使にあたる行為」にはあたらない。
したがって、介護保険法103条2項に基づく公表の差止めを求める訴えは不適法であ…る。

以上

出題趣旨・講評

(平成23年度予備試験行政法)

担当講師：弁護士 山下大輔

出題趣旨

予備試験行政法はどの年度も難易度は高いが、平成23年度は比較的難易度は低く、設問2も訴訟要件を挙げるだけの問題なので、解きやすい問題となっており、プレゼミで取り扱うには最適である。また、予備試験では頻出の段階的行為についてこの機会に習得して頂くとともに、設問の意味の理解や参照条文の使い方を学んで頂きたい。

講評

1 全体について

とにかく設問の指示に従うことが重要である。予備試験は時間がタイトなので、設問の指示を無視して余事記載や無益的な検討をしていたのでは到底時間が足りなくなる。本問で言えば、設問2では、「本件不同意決定が違法であることを前提にして、」とあるのに、申請型義務付け訴訟の訴訟要件である「当該法令に基づく申請…を…棄却する旨の処分…がされた場合において、当該処分…が取り消されるべきもの」（行訴法37条の3第1項2号）に該当するか否かを、（この点に関する問題文の事情がほとんどないにもかかわらず、半ば無理やり）検討している答案が散見された。同じく、設問2では、「提起すべき訴訟とその訴訟要件」について問われているのであり、本件不同意決定の取消訴訟の本案勝訴要件を検討することは不要である。これと関連して、「当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、」と問題文の指示があるにもかかわらず、設問1においてわずか数行の検討で本件不同意決定の処分性を否定する答案も散見された。Cの立場とはいえ、何がなんでも処分性を認める構成をとらなければいけないわけではないし、取消訴訟には厳格な出訴期間の制限があるなど、処分性を認めることが原告にとって必ずしも有利にならない場合もあるものの、まずは原告が想定、希望する訴訟の提起可能性を粘り強く検討することが求められる。本試験の採点実感でも再三注意されているところなので、強く意識して頂きたい。

また、余事記載に関して、処分性の定義を挙げた上で、「では、本件不同意決定が処分に当たるか。上記の定義に照らして、以下検討する。」「では、②（直接的具体的法効果）は認められるか。以下検討する。」「誰を被告としてどのような訴訟を提起するか。」など、宣言めいた記述や、設問の問いをコピペした記述が散見された。論点が多数あり、何をどのような順序で論じるのか冒頭で明示したほうが望ましい場合や、問題の所在が

不明確故に自身の思考過程を述べた上で問題点を明らかにしていくべき場合などを除いて、とくに行政法では上記のような記述は不要であると思われる（上位合格答案等も参照。）。また、単なる問題文にある事情の羅列や、論点処理に無関係な条文の羅列、行訴法の客観的訴訟要件に関する条文の一般的説明も目立ったが、同じく不要と思われる。

2 設問1

平成20年大法廷判決を踏まえて論じている答案は皆無であった。公表や中止命令が不利益処分当たることを認定した上で、「したがって」等で繋ぎ、直ちに本件不同意決定の直接的具体的法効果性を導く答案も多かった。初学者であれば仕方がないが、本試験・予備試験では頻出であり、必ず押さえて頂きたい。とくに例年本答練に参加している者は、できていないのであれば復習不足である。

また、ここでも設問の指示に従っていない答案が散見された。設問1では、「Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて」とあるのに、それら法的性格を踏まえず、ひたすら公表の不利益性を強調して本件不同意決定の直接的具体的法効果性を認める答案が散見された。一般に、本試験であれ予備試験であれ、「法的性格」と問われれば、処分性の有無を念頭に置いて検討すべきである（令和2年度本試験も参照。）。

公表に弁明の機会の付与手続が設けられていることを強調して、不利益処分であることを簡単に認定している答案も多かったが、判例・学説ともに公表の処分性は否定されている。弁明の機会の付与も、必ずしも処分性を導く絶対的な根拠となるわけではない（令和5年度本試験も参照。）。

3 設問2

想定よりも不正確な論述が散見された。

まず、訴訟選択の問題では一言でもいいので当該訴訟を選択する理由を述べたほうが望ましい。本問では、本件不同意決定を取り消しても、同意がなされるとは限らない、ということを一言でも述べたほうがよい。

また、被告適格についての誤解が多かった。被告は、本件不同意決定をした「行政庁」である乙町長ではなく、その「の所属する…公共団体」である乙町である。

なお、訴訟要件に関して、「取消訴訟の訴訟要件は、処分性、原告適格、狭義の訴えの利益である。」といった論述、処分性や原告適格を検討、認定した上で、「以上より取消訴訟の訴訟要件はすべて満たす。」などの論述は、不正確である。取消訴訟であれば、訴訟要件は、①処分性、②原告適格、③狭義の訴えの利益、④被告適格、⑤管轄裁判所、⑥出訴期間、⑦不服申立前置（個別法にある場合）、である。申請型義務付け訴訟であれば、訴訟要件は、①処分性、②法令に基づく申請等、③②をした者（原告適格）、④取消訴訟等との併合提起、⑤④の請求に理由があると認められること、⑥狭義の訴えの

利益, ⑦被告適格, ⑧管轄裁判所, である。

本問ではこれらを網羅的に検討する紙幅と時間の余裕はあるが, 本試験や他の年度の予備試験の問題では, 管轄や出訴期間等の些末な訴訟要件を検討する余裕はない。「その他管轄など客観的訴訟要件も問題なく満たす。したがって, 取消訴訟を適法に提起できる。」「主要な訴訟要件は, …である。」「申請型義務付け訴訟の固有の訴訟要件は…である。」などのように, 工夫した論述が求められる。

以 上

回答者：M.Y.

設問 1 (以下、条文数のみは行政事件訴訟法)

1 「処分」(3条2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確定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) 本件条例は乙町の清純な生活環境維持を目的としてモーター類似旅館の新築等を規制する点にあり(条例1条)、モーター類似旅館の建築主はあらかじめ町長の「同意」を得ることを求められ(同3条)、「同意」を得ない建築主に対して町長は同新築等について「中止の勧告又は命令」ができる(同7条)。そして、上記「命令」

に従わない場合町長はその旨を「公表」する(同8条)。) 条例の一般的な説明は不要です。

建築主は町長に上記「同意」を得るための「申請書を提出し」(同3条)、町長は建築主から「同意」を求められたとき、モーター類似旅館建築審査会に「諮問」(同4条)し、「同意するか否かを決定」し、その旨を建築主に「通知」する(同6条)。かかる仕組みに照らせば本件「同意」又は「不同意」の「決定」は行手法7条の「申請」に対する「応答」、すなわち申請に対する「処分」(行手法第2章)と見ることが出来る。*同意が許認可等の処分にあたるか否かの検討は必要になります。

(2) 町長は上記「同意」を求める「申請」を拒否する「決定」をした場合、不「同意」のまま新築等をしようとする建築主に対して「中止の勧告又は命令」ができる(同7条)。上記「勧告」は行政指導であるから法的拘束力はない。他方、「命令」について罰則等の定めはないが、「命令」に従わない建築主についてその旨「公表」(同

1 △そのように言える根拠は？

8条1項)されるから、「命令」の実効性担保が図られている。ゆえに、条例は命令の名宛人たる建築主に新築等を中止する法的義務を課すから命令は「処分」の性質を有する。

また、「公表」は町民に対する情報提供と解されるが、命令に従わない建築主への制裁と見られることを否定できない。

△結局これに当たりますか？

加えて、「公表」前の「弁明の機会」の付与(8条2項)は不利益処分たる性質を有する(行手法13条1項2号参照)。

3 本件命令が「処分」であることに鑑み、町長の「同意」は申請をした建築主に対して「中止」「命令」を受けることなく新築等ができる法的地位を確定する。

△H20大法院判決に従い、当然の連動性を検討してください。

また、町長の不「同意」決定は行政指導たる「勧告」のみならず行政処分としての「中止」「命令」を受けると法的地位に立たされ、建築主の法的地位を具体的に変動させる。

また、同意・不同意決定は申請に対する応答行為として規定されていることをあわせ見れば、本件不同意決定は条例4条に基づき町長が優越的立場に立って行う行為であるから①は認められる。

そして、本件不同意決定は、既に建築確認を受けている建築主の法的地位を具体的に変動させるものとし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ことが条例上認められているものといえる。

さらに、中止命令という重大な不利益が課されるリスクを負ってまで不同意を争わずに工事を開始することは、権利利益の実効的救済を欠くから本件不同意決定に②を認める実益がある。

ゆえに②も認められる。

4 よって、本件不同意決定は「処分」にあたる。

設問 2

1 A は本件申請に対する「同意」を得ることを求めるため、行政主体たる乙町を被告として（11条1項1号）、「同意」を求める申請型義務付け訴訟を提起する（3条6項2号）。

加えて、37条の3第3項により、本件不同意決定の取消訴訟を併合提起する（同条項2号）。

2 (1) 取消訴訟について

上述通り本件不同意は「処分」にあたる。

また、本件不同意決定により、A は本件申請を拒否されたと同視しうるから、A は「法律上の利益を有する者」（9条1項）にあたる。

さらに、2011年7月上旬時点において、A が「処分」「があったことを知った日」たる2月18日から「6か月」以内であり、出訴期間を充たす（14条1項）。

← その他の訴訟要件も満たす。

よって、取消訴訟の訴訟要件はみたす。

(2) 申請型義務付け訴訟

設問2の指示により本件不同意決定の違法性

本件施設の敷地は通学路から80m離れており「児童生徒の通学路の付近」（条例5条(2)）とはいえ、事実誤認の違法がある。

の検討は不要です。

ゆえに、「申請」を「棄却する旨の処分」がされた場合において「当該処分が取り消されるべきもの」（37条1項2号）にあたる。

A は同意を求める申請書を提出したから「法令に基づく申請」「をした者」（同条2項）にあたる。

△ 法令(条例)上の根拠

Aは本件取消訴訟を本件義務付けの訴えに併合提起している（同条3項2号①。）

その他の訴訟要件も満たす。

よって、本件義務付け訴訟の訴訟要件をみたす。

3 以上よりAは上記訴訟（1）（2）を併合提起すべきである。

以上