

明治大学法曹会 司法試験予備試験 答案練習会

講師：弁護士 山下大輔 質問：dai2yamashita@gmail.com

2024.12.8 実施 過去問プレゼミ 行政法／平成23年予備試験行政法

[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の決定（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。

明治大学法曹会 司法試験予備試験 答案練習会

講師：弁護士 山下大輔 質問：dai2yamashita@gmail.com

2024.12.8 実施 過去問プレゼミ 行政法／平成23年予備試験行政法

(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。



表

試験科目	受験番号	フリガナ	
行政法		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 山下大輔
 質問：dai2yamashita@gmail.com
 2024.12.8実施 過去問プレゼミ 行政法
 平成23年予備試験行政法

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法の答案用紙です。

行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は換書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時は「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 山下大輔

質問：dai2yamashita@gmail.com

2024.12.8実施 過去問プレゼミ 行政法

平成23年予備試験行政法

行政法 3 頁

行政法 4 頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

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3条を根拠とする優越的地位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。

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、町長が、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、国民に情報を提供したり、当事者の精神作用を促すといった事実上の効果を有するに過ぎず、処分ではない。しかし、公表に先立ち弁明の機会の付与(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に対する制裁を目的としているからである。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。

第2 設問2

1 提起すべき訴訟

A が本件不同意決定の取消訴訟に勝訴し、本件不同意決定が取り消されたとしても、そのみで同意決定を得ることはできない。また、同意・不同意はAの申請に対してなされるものである(本件条例3条・4条)。これらのことから、Aは、本件不同意決定「処分」をした「行政庁」乙町長が「所属する」「公共団体」の乙町を被告として(行訴法11条1項1号、同38条1項)、本件不同意決定の取消訴訟(同3条2項)と、同意決定の申請型義務付け訴訟(同条6項2号)を提起すべきである。

2 取消訴訟の訴訟要件

Aは本件不同意決定の名宛人であり、「法律上の利益を有する者」(同9条1項)に当たる。同意を得ない場合は命令等の対象となり、同意を取り消す必要性・実効性が認められるから、狭義の訴えの利益(同項)もある。

また、審査請求前置の定めはないため、審査請求の前置は不要となる(同8条1項但書参照。)。管轄については、「被告」乙町の「普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所」か、「処分…行政庁」乙町長の「所在地を管轄する裁判所」となる(同12条1項)。さらに、出訴

期間について、本件不同意決定がなされたのは2011年2月18日であり、同年7月上旬である現時点では出訴期間に問題はない。被告適格については上記のとおり乙町となる。

3 申請型義務付け訴訟固有の訴訟要件

Aは、本件条例3条に基づき同意を求める申請をしているから、「法令に基づく申請」(行訴法37条の3第2項)をした者に当たる。また、乙町長は同申請に対し、本件不同意決定をしているから、「法令に基づく申請」を「棄却する旨の処分」(同条1項)に当たる。

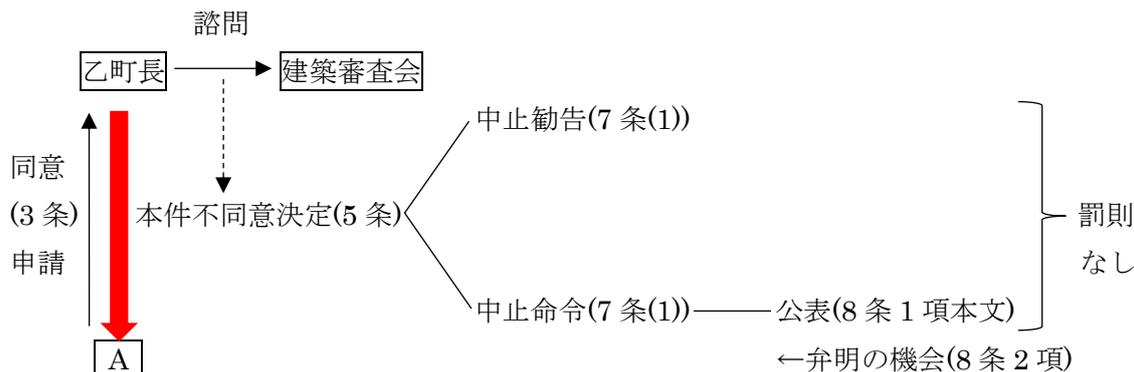
そして、同訴訟は、本件不同意決定の取消訴訟と併合提起する必要がある。

以上

解説レジュメ

(平成 23 年度予備試験行政法)

第1 問題状況



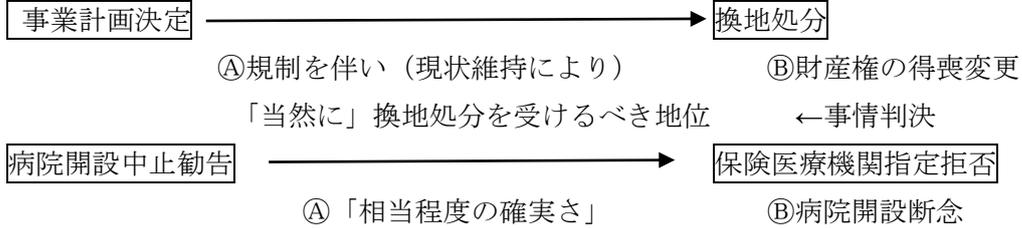
第2 問題の所在

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3 段階的行為論

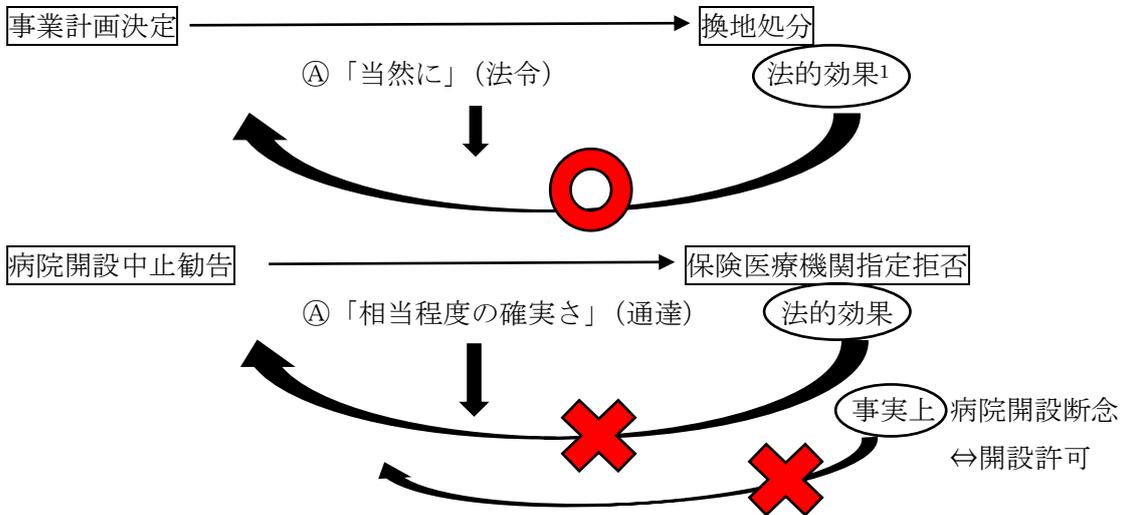
○共通点

ポイントは①連動性（直接性）と②（利益）不利益の重大性（紛争の成熟性）。



○相違点

ポイントは、①連動性の強弱と②法的（利益）不利益の有無



¹ 講学上、法的効果の前倒しの解釈とも呼ばれる。

○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。

→①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²）。

→②「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利益・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。

→③「当然」の連動性がない場合，「相当程度の確実さ³」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，後続する利益・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⁴。

→④処分性が認められない場合

→⑤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)⁵

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

² 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。答案戦略としては，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。

³ 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。

⁴ ⑤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。

⁵ 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，今後，判例変更される可能性が高いと指摘されている（下記高松高判も同旨）。

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…。

重要判例高松高判平成 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、本件開発行為に係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 3 2 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のは、ひいては憲法 2 9 条あるいは 2 2 条 1 項の趣旨に反することとなる。

そして、法 5 0 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 3 2 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 3 2 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 3 0 条の公共施設の管理者の同意書面の添付要件について、不当に同意がなされた場合には、同意書面の添付要件を満たすものと見なしようと解することは、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 3 2 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 3 2 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 2 3 日…判決（…以下「最判平成 7 年 3 月 2 3 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 1 7 年 7 月 1 5 日判決…、最判平成 2 0 年 9 月 1 0 日大法廷判決…等の流れや、最判平成 7 年 3 月 2 3 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 3 2 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 2 8 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 3 2 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 5 2 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 5 5 条 9 項)。そして、この公告がされると、換地処分公告がある日まで、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 7 6 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 1 4 0 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 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出来る。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。

以 上



表

試験科目	受験番号	フリガナ
行政法	6074	氏名 S, M

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 山下大輔
 質問：dai2yamashita@gmail.com
 2024.12.8実施 過去問プレゼミ 行政法
 平成23年予備試験行政法

行政法 1 頁

第1 設問1

1 本件不同意決定は、「処分」(行政事件の公法上条2項以下、法省令略)に於ける。

2 (1) 「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団(本件は市)の行為のうち、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に於て法に基づき認められているものをいう。具体的には、①法に基づき、②法的効果、③法的効果の直接性、④具体性、⑤公権力の主体たる国または公共団の行為であることを必要とする。

10 (2) Aは、本件条例5条に基づき、本件施設の新築に対する乙の同意を求めたに過ぎない。乙は、本件条例5条(2)に於て同意を求めらるるに同意する。

13 本件不同意決定は、Aが本件条例5条に基づき本件施設の新築について乙の同意を求めたに過ぎないに於て、乙が、本件施設の新築について本件条例5条(2)に於て同意を求めたに過ぎないとの決定を以てしてなされる。

16 乙は、法に基づき認められる(①充足)。Aが乙の同意を求めないに於て、法に基づき認められる(①充足)。

18 乙は、本件条例7条(1)に於て同意を求めらるるに、本件施設の新築の中止命令又は中止命令を受ける可能性は、乙は、中止命令に違反した場合には、本件条例5条に基づき公表される可能性は、中止命令に違反した場合には、本件条例5条の公表の要件として「命令に違反した建築

23 主」と見做してあるに於て、公表の要件として認められる。そのに

24 24 乙は、中止命令に違反したに於て、Aの新築の法的義務を形成し、又はその範囲を確定させるに於ては、乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

26 26 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

27 27 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

28 28 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

29 29 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

30 30 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

31 31 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

32 32 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

33 33 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

34 34 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

35 35 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

36 36 乙は、中止命令に違反したに於て、中止命令に違反したに於て、公表の要件として認められる。

行政法 2 頁



裏

<p>〔注意事項〕</p> <p>1 答案用紙の種類 本答案用紙は、憲法の答案用紙です。 行政法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、奪点となるので、注意してください。 なお、試験時間中に答案用紙の取替えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。（試験時間終了後の答案用紙の取替えの申出は一切応じません。）</p> <p>2 答案用紙の取扱い 答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。</p>	<p>3 答案作成上の注意</p> <p>(1) 答案は縦書きとし、解答欄の枠内に直線に従って書き添えてください。なお、解答欄の枠外（青色部分及びその外側の空白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。 (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として奪点となります。 (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が横行にわたる場合は別紙で1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。 (4) 答案用紙の裏面を書き通して答案を作成した場合には、裏が白紙の場合は「裏から記載」、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ、試験時間中に裏の解答欄に記載してください。（試験時間終了後に記載することは認めません。） (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。 その他 解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として奪点となります。</p>
--	---

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 山下大輔
 質問：dai2yamashita@gmail.com
 2024.12.8実施 過去問プレゼミ 行政法
 平成23年予備試験行政法

行政法 3 頁

45 より、乙町長の「甲町長を(国)又は(公共団)体」である乙町を被告と
 46 し提起し得べきである(38条1項)。
 47 2(イ)甲町長の消滅公の消滅公要件に該当する(ア)又(イ)性、(ロ)原告
 48 適格(9条)、(ニ)甲町長の利益(同条1項のニ書)、(ハ)被告適格(11
 49 条)、(ヘ)裁判管轄(12条)、(ニ)出訴期間(14条)、(ホ)不服申立前置
 50 (8条)がある。
 51 (2) 本件不同意決定は(イ)に当り(ア)充足)、Aは30歳以上
 52 あり(イ)「法上の利益を有する者」に当り(ロ)充足)。また、
 53 本件消滅公の利益が消滅し得る等の事情は認めらる(ニ)充
 54 足)。被告は、上記のとおり乙町であり(ロ)充足)、乙町の
 55 「普通裁判籍の所在地」は甲県であり、甲県に管轄する裁判
 56 所である甲地方法院に管轄を有する(ロ)充足)。本件不同意
 57 決定は、2011年1月19日(2011年1月19日)に作出され、Aの不服決定後11月の
 58 同月9月上旬日であるから、「六箇月」(14条1項)を経過してしま
 59 い(ハ)充足)。不服申立前置の規定も(イ)に当り(ホ)充足)。
 60 (3) 以上、消滅公要件は満ちる。
 61 甲町長の
 62 (イ) 申請型裁判(17条)の消滅公要件に該当する(ア)又(イ)性
 63 (3条2項、3項)、(ロ)原告に該当する申請又は審査請求に該当する
 64 不作為又は不作為(37条の3第1項)、(ニ)原告適格(同条2項)、
 65 (ハ)原告提起(同条3項)、(ヘ)甲町長の利益、(ホ)被告適
 66 格(38条1項、11条)、(ニ)裁判管轄(38条12条)がある。

67 (2) 本件不同意決定は(イ)に当り(ア)充足)。また、~~Aは~~
 68 本件裁判所(イ)に該当するAの申請(イ)に該当する原告(イ)に当り(ロ)充足)
 69 ~~Aは~~(ロ)(ニ)充足)、(ニ)は、37条の3第1項2号に該当するこ
 70 の甲町長の消滅公要件に該当し提起し得る要件がある(同条3項2号)。
 71 上記のとおり乙町であり(ロ)充足)、甲町長の消滅公の消滅公要件に満ちるこ
 72 の原告提起し得る要件に当り(ア)充足)。被告は
 73 乙町であり(ロ)充足)、甲地方法院に管轄を有する(ニ)充
 74 足)。甲町長の利益は(イ)に当り(ロ)充足)。
 75 (3) 以上、申請型裁判(17条)の消滅公の消滅公要件は満ちる。
 76 以上より、乙町に該当し、甲町長の消滅公と申請型裁判(17条)
 77 要件に該当し提起し得べきである。
 78 以上

行政法 4 頁

出題趣旨・講評

(平成23年度予備試験行政法)

出題趣旨

令和5年度・令和6年度ともに主に訴訟要件は原告適格が出題されており、処分性か原告適格のいずれかがほぼ必ず出題される予備試験行政法においては、やや安直ではあるが処分性の出題可能性は高い。そこで、昨年度のプレゼミと同じ年度の問題になるが、比較的難易度が低い処分性の問題として、平成23年度を取り扱う。

講評

1 全体について

例年指摘していることであるが、処分性の定義を挙げた上で、「本件不同意決定は処分…に当たるか。」「これを本件事案に即して検討する。」「ここで取消訴訟を提起することができるか検討する。」、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る。予備試験は論点が多数あるので、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、これも例年指摘していることであるが、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あった。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において簡単な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、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。初学者であれば仕方がないが、本試験・予備試験では段階的行為論は頻出であり、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。）。

さらに、処分性の定義を挙げた上で、直接性、個別性等、細かく要素を分類する四要件説等をとる答案も複数あったが、有益な構成とは思えない。

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を否定するものが多い。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、これも例年指摘しているが、「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。「その他管轄等、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