

## 第1部 行政法総論

### 第1章 行政法の基本構造 p1

行政法の定義 / 行政の概念 / 侵害行政と給付行政 / 公法の概念

### 第2章 法律による行政の原理 p2~4

意義 / 内容

### 第3章 行政法の一般原則 p5~10

第1節. 適正手続の原則 p5

第2節. 説明責任の原則 p5

第3節. その他の一般原則 p5

1. 信義誠実の原則 p5~9

2. 権利濫用禁止の原則 p9

3. 比例原則 p10

4. 平等原則 p10

5. 補完性の原則 p10

6. 効率性の原則 p10

### 第4章 行政上の法律関係 p11~13

第1節. 行政上の法律関係と民法の適用 p11~12

民法 177条 / 消滅時効

第2節. 民事法上の一般原則 p12

第3節. 行政法規違反の法律行為の効力 p12

第4節. 公物に関する法律関係 p12~13

分類 / 使用関係

第5節. 行政上の権利 p13

### 第5章 行政組織法 p14~20

第1節. 行政上の法主体 p14~15

行政主体 / 行政機関 / 権限の代行・専決・代決

第2節. 国の行政組織 p15~16

内閣 / 行政各部

第3節. 地方の統治体制 p16~20

地方自治の原理 / 地方公共団体 / 条例

### 第6章 行政基準 p21~33

第1節. 総論 p21

第2節. 法規命令 p21~28

執行命令 / 独立命令 / 委任命令

第3節. 行政規則 p28～33

解釈基準 / 裁量基準 / 給付基準

第7章 行政行為 p34～42

第1節. 行政行為の定義 p34

第2節. 行政行為の分類 p34～36

対象 / 効果 / 行政手続法 / 効果意思

第3節. 行政行為の効力 p36～37

公定力 / 不可争力 / 執行力 / 不可変更力 / 実質的確定力

第4節. 職権取消し p37～39

第5節. 職権撤回 p39～40

第6節. 附款 p41～42

種類 / 許容性 / 限界 / 附款付き許認可処分の取消訴訟

第8章 行政裁量 p43～60

第1節. 行政裁量の概念 p42～45

行政裁量の意義 / 行政裁量が問題となるステージ / 行政裁量の存否の判断基準 / 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

第2節. 裁量処分の(司法)違法審査の手法 p45～52

審査手法の種類 / 出題類型ごとの処理手順

第3節. 重要判例 p52～60

第9章 行政契約 p61～66

第1節. 法の一般原則との関係 p61

第2節. 行政契約の意義および例 p61～65

1. 準備行政における契約 p61
2. 侵害行政・給付行政における契約 p61～65
3. 政策手段としての契約 p65～66

第10章 行政指導 p67～78

1. 行政指導の意義 p67～68
2. 行政指導に関する法的規制 p68～70
3. 行政指導の争い方 p70～78

第11章 行政計画 p79

意義 / 法律の根拠 / 計画裁量 / 計画策定手続

第12章 行政調査 p80～83

1. 行政調査の意義 p80
2. 行政調査の手続 p80～82

- 3. 行政調査と犯罪調査 p82
- 4. 法の一般原則 p92～83
- 5. 行政調査の違法は行政決定の違法を基礎づけるか p83

### 第13章 行政上の義務履行確保 p84～89

#### 第1節. 行政上の義務履行確保の種類 p84～89

- 1. 行政代執行 p84～85
- 2. 行政上の調整徴収 p85
- 3. 直接強制 p85～86
- 4. 執行罰 p86
- 5. その他の義務履行確保の制度 p86～87
- 6. 司法的執行の可能性 p87～89

#### 第2節. 即時強制 p89

意義 / 自主条例による創設

### 第14章 行政罰 p90

意義 / 行政刑罰 / 秩序罰

### 第15章 行政手続法 p91～101

#### 第1節. 総論 p91

#### 第2節. 適用除外 p91

#### 第3節. 行政手続処分 p91～101

- 1. 申請に対する処分 p91～92
- 2. 不利益処分 p92～97
- 3. 処分手続の瑕疵と処分の取消事由 p97
- 4. 審査・審議の過程における瑕疵 p97～101

#### 第4節. その他の行政手続 p101

### 第16章 情報公開・個人情報保護 p102～105

#### 第1節. 情報公開制度 p102～105

目的 / 不開示情報 / 部分開示

#### 第2節. 個人情報保護制度 p105

### 第17章 住民訴訟 p106～109

#### 第1節. 概要 p106

#### 第2節. 執行停止 p107

#### 第3節. 重要判例 p107～109

## 第2部 行政事件訴訟法等

### 第1章 行政事件訴訟の4類型 p110

### 第2章 取消訴訟 p111～221

#### 第1節. 処分性 p111～151

1. 判断枠組み p111～113
2. 処分性が論点であるかどうかの見極め方 p113～114
3. 相対的行政処分概念 p114
4. 公権力性 114～123  
法令上の根拠 / 優越的地位の発動
5. 法的効果 123～140  
許認可の前段階における同意拒否・禁止通知 / 手続上の地位に対する影響が認められる場合 / 観念の通知・事実上の行為・公法上の判断を表示する行為 / 内部行為論/事実上の地位に対する影響にとどまる場合 / 申請と届出の違い
6. 法的効果の直接・具体性 p140～151  
対物処分 / 中間的行為 / 条例制定行為

#### 第2節. 原告適格 p152～188

1. 法律上保護された利益説 p152～160
2. 「自己の権利」に関する原告適格 p160～161
3. 営業許可 p162～167
4. 付近・周辺住民 p167～174
5. 財産権 p174～178
6. 消費者・研究者 p178～182
7. 都市計画法 59条2項に基づく都市計画事業認可 p182～186
8. 景観利益 p186～187
9. 団体の原告適格 187～188

#### 第3節. 訴えの利益 p189～202

1. 法的地位の回復不能・喪失 p189～190
2. 行政処分の失効 p190～197
3. 原告適格を基礎づけている権利利益の実現・確保 p197～198
4. 競願関係 p199
5. 更正処分 p200
6. 授益的行政処分の取消し p200～202
7. 国家賠償請求訴訟との関係 p202

#### 第4節. 取消訴訟の審理 p203～212

1. 処分の取消事由の分類 p203
2. 法律構成を示す p203
3. 論点 p203～212  
取消訴訟の違法性判断の基準時 / 瑕疵の治癒 / 違法行為の転換 / 理由の追完・差替え / 違法性の承継 / 原処分主義と裁決主義 / 主張制限

#### 第5節. 取消判決の効力 p213～215

1. 既判力 p213
2. 形成力 p213～214
3. 拘束力 p214～215

#### 第6節 執行停止 p216～222

1. 3種類の執行停止 p216
2. 要件 p216～221
3. 執行停止決定の効力 p221～222

### 第2章 無効等確認訴訟 p223～226

### 第3章 不作為の違法確認訴訟 p227～228

訴訟要件 / 本案要件 / 判決効

### 第4章 義務付け訴訟 p229～233

- 第1節. 非申請型義務付け訴訟 p229～231
- 第2節. 申請型義務付け訴訟 p231～232
- 第3節. 仮の義務付け p232～233

### 第5章 差止訴訟 p234～238

訴訟要件 / 本案勝訴要件 / 差止判決の第三者効/仮の差止め

### 第6章 当事者訴訟 p239～241

1. 形式的当事者訴訟 p239
2. 実質的当事者訴訟 p239～241
3. 民事仮処分の排除 p241

### 第7章 争点訴訟 p242

### 第8章 法的手段の選択 p243

### 第9章 国家賠償 p244～274

- 第1節. 国家賠償法1条 p244～260
- 第2節. 国家賠償法2条 p261～271
- 第3節. 国家賠償法3条～6条 p272～274

費用負担者 / 民法・特別法との関係 / 民法以外の他の法律による別段の定め / 相互保証主義

### 第9章 損失補償 p275～283

理念 / 根拠 / 要件 / 「正当な補償」

### 第3部 行政不服審査法

1. 総論 p284
2. 不服申立ての種類 p284～285
3. 審査請求の要件 p285～286
4. 審査請求の手続 p286～289
5. 執行停止 p290
6. 教示・情報提供 p290～292

## 第2部 行政事件訴訟法等

### 第1章 行政事件訴訟の4類型

A

行政事件訴訟法2条は、行政事件訴訟として、抗告訴訟・当事者訴訟・民衆訴訟・機関訴訟という4つの類型を定めている。

抗告訴訟は、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」（3条1項）であり、これは主観訴訟である。<sup>1)</sup>

当事者訴訟とは、法主体間（当事者間）で公法上の法律関係を争う訴えであり（4条）、これも主観訴訟に当たる。

民衆訴訟は、「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」（5条）であり、これは客観訴訟に当たる。<sup>2)</sup>

機関訴訟は、「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」である（6条）。これも、客観訴訟である。

<sup>1)</sup> 主観訴訟は、国民の個人的な権利利益の保護を目的とするものであり、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に当たる。

<sup>2)</sup> 客観訴訟は、客観的な法秩序の維持のために、原告の個人的な権利利益と無関係に、行政作用の適法性を担保することを目的とするものであり、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に当たらず、「その他法律において特に定める権限」（同法3条1項）に含まれるものである。

## 第2章 取消訴訟

取消訴訟は、行政庁の処分・裁決について、その全部又は一部の取消しを求め、その処分・裁決の法的効力を遡って消滅させる訴えである。

取消訴訟の訴訟要件は、処分性（3条2項）、原告適格（9条）、訴えの利益（9条1項参照）、被告適格（11条）、管轄（12条）、不服申立前置（8条）、出訴期間（14条）である。

### 第1節 処分性

#### 1. 処分性の判断枠組み

##### （1）昭和39年判決の定式

判例において、「行政庁の処分」（行訴法3条2項）とは、「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ことが法律上認められているもの」を意味するとされている。

昭和39年判例の定式の具体的内容の整理については、著者によって若干の違いがあるところ、試験対策上、①公権力性、②国民に対する直接・具体的な法的効果（国民の権利義務に対する直接・具体的な法的規律）と整理すると、答案が書きやすいと思われる。

処分性の要件は、抗告訴訟か公法上の当事者訴訟・民事訴訟かという訴訟管轄の配分を行うのに加え、広義の訴えの利益の判断として訴訟として取り上げるに値しない紛争を成熟性の観点から排除する機能を果たす。

##### （2）公権力性

公権力性は、国又は公共団体が法令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をいう。

これは、「公権力の主体たる」という判旨に対応する要件であり、権力性のない行為を取消訴訟から除外することを趣旨とする。

当てはめでは、少なくとも、形式的要素に属する①行為の主体（国又は公共団体）と②法令上の根拠規定を指摘する。<sup>1)</sup>

保育実施解除のように契約関係に基づく私法上の行為にとどまるのかが問題となる事案では、①・②に加え、実質的要素である③法令を根拠とする優越的地位の発動の有無についても検討する。そして、法律関係の出口に関する行為の性質が問われている事案では、入り口の性質から検討する（出口と入り口の性質が対をなしているのが通常だから）。さらに、手続規定（行手法の適用除外や行政不服申立てに関する規定）には、実体法上の規定を検討した後言及する（手続規定は、実体法上の規定により根拠づけられていること（公権力性の有無）を反映したものだから）。

##### （3）直接具体的な法的効果

直接具体的な法的効果は、国民の権利義務（又は法的地位）に対する影響

A

A

A

最判 S39.10.29・百II 148

櫻井・橋本 267頁・275頁

事例から考える 58～59頁・76頁

最判 H15.9.4・百II 157、事例研究  
42頁

事例研究 40頁

事例から考える 76頁

<sup>1)</sup> ③には自主条例も含まれる（大橋II 84頁）。

(規律) という意味での法的効果と、その直接性・具体性からなる。直接性・具体性には、紛争の成熟性を欠くものを取消訴訟の対象から除外する機能がある。

#### ア. 法効果性

法効果性は、㉔私人の権利・地位（利益を含む）に対する影響、㉕影響を受ける地位が法的地位といえる（権利であれば㉖は問題とならない）、㉗権利・地位に対する影響が根拠規定において当該行為の効果として予定されたものであることからなる。法的地位には、実体上の地位と手続上の地位がある。なお、㉔～㉗のうち、問題となるものだけ検討すれば足りる。

#### イ. 直接・具体性

法的効果の直接・具体性は、紛争の成熟性を吟味する機能を有することから、「抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果」と呼ばれることもある。㉘法的効果の分析の際には、当該行為それ自体の効果と、後続行為との連動性を根拠にした効果を区別する。例えば、特段の事情のない限り後続処分に至るという強い連動性があれば、前倒し的な法効果の読み込みにより、後続処分を受けるべき地位に立たされるという意味で、法的地位に対する直接・具体的な影響が生じるとして、直接・具体的な法的効果を認める余地がある。

#### (4) 実効的な権利救済を図るという観点

近時の判例では、処分性を判断する際に、「実効的な権利救済を図るという観点」を考慮することがある。

実効的な権利救済という観点を処分性の判定要素の1つとして用いることは、国民の権利利益のより実効的な救済という平成16年行訴法改正の理念に適うものである。

実効的な権利救済の使い方としては、㉙処分性の本来的要件の緩和、㉚本来的要件の不充足の補完、㉛本来的要件から導かれる結論の合理性を支える、㉜処分性要件の加重などが挙げられる。

これらの例としては、㉝病院開設中止勧告の処分性を肯定した判例、㉞土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例、㉟市立保育所を廃止する改正条例の制定行為の処分性を肯定した判例が挙げられる。

検疫所長による食品衛生法違反通知の処分性を肯定した判例、登録免許税還付通知拒絶通知の処分性を肯定した判例、土地地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例につき、㊱に属する判例であるとの見方もある。

#### (5) 公権力的事実行為

旧行政不服審査法の下では、同法2条1項が「処分」について同条項所定の事実行為も含めていることから、行政事件訴訟法3条2項でいう「公権力の行使に当たる行為」には、旧行政不服審査法2条1項でいう「公権力の行使に当たる事実行為」であって、「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」が含まれると解すべきである、と解されていた。

改正行政不服審査法の下では、処分について公権力的事実行為を含める明

事例から考える 59 頁・76 頁

最大判 H20.9.10・百 II 152

最大判 H20.9.10・百 II 152、百 II  
160 解説

H24 重判 4 解説 (㉙)、探究 391～  
392 頁 (㉚)、基本行政法 296～297  
頁・塩野 II 102 頁 (㉛)、H22 重判  
9 解説 (㉜)

最判 H17.7.15・百 II 160、最大判  
H20.9.10・百 II 152、最判  
H21.11.26・H22 重判 9

最判 H16.4.26、最判 H7.4.14・百 II  
161、最大判 H20.9.10 百 II 152

文の定義規定がなくなっているが、同法 46 条及び 47 条では「事実上の行為」が審査請求の対象になることが前提とされているから、改正法の下でも、公権力的事実行為は、「公権力の行使に当たる行為」(同法 1 条 2 項)として「処分」に当たるものとして扱われているといえる。

なお、取消訴訟の対象となる公権力的事実行為が継続性を有するものに限られる趣旨は、事実行為が終了すれば取消訴訟の訴えの利益が消滅するからである。

#### (6) 個別法の明文で処分性が認められる場合

当該行為について、個別法が明文で行政不服審査法の不服申立てや行政事件訴訟法上の抗告訴訟の提起を認めている場合には、法律が、当該行為の実質的性質を問わずこれを「処分」とみなしているのであるから、処分性を認めるに当たって、昭和 39 年判決の定式を持ち出すことなく、処分性を肯定することができる。

## 2. 処分性が論点であるかどうかの見極め方

A

“～のために、A がいかなる法的手段をとるべきか。”というように、訴訟要件を網羅的に検討することが求められている設問において、処分性が論点になっているかどうかは、会議録のヒントに従って判断する。

### ○司法試験平成 19 年設問 1 (1)

退去強制令書に基づく A の收容の継続及び送還を阻止するために、A がいかなる法的手段(行政事件訴訟法に定めるものに限る。)をとるべきかについて、それを用いる場合の要件を中心に論じなさい。

➡ “本件では退去強制令書が発付され、A さんは收容されていますし、このままでは本国に送還されてしまいます。まず、何らかの手立てを講じなければなりません。発付の法的性格を解明した上で、争い方を考えてください。”

### ○司法試験平成 20 年設問 1

勧告に従わなかった旨の公表がされることを阻止するために考えられる法的手段(訴訟とそれに伴う仮の救済措置)を検討し、それを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。解答に当たっては、複数の法的手段を比較検討した上で、最も適切と考える法的手段について自己の見解を明らかにすること。

➡ “D 君には、勧告と公表の法的性格を分析した上で、採るべき法的手段について、公表を阻止する観点から検討をお願いします。”

### ○司法試験平成 21 年設問 1

F らが本件建築物の建築を阻止するために考えられる法的手段(訴訟とそれに伴う仮の救済措置)を挙げた上で、それを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じなさい。

➡ “本件確認が処分に当たることは疑いありませんし、審査請求も既に行われています。出訴期間も現時点では問題ないようですね。訴訟を提起するとして、F らは本件建築物とどのような関係にあるのですか。”

### ○司法試験平成 26 年設問 3

D が〔設問 2〕で挙げられた処分をさせることを求める行政訴訟を提起した場合、当該訴えは適法か。行政事件訴訟法第 3 条第 2 項以下に列挙されている抗告訴訟として考えられる訴えの例を具体的に一つ挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。なお、仮の救済は解答の対象から除く。

➡ 設問 3 の表現からして処分性が認められていることが前提になっている。

### ○司法試験平成 27 年設問 1

X は、本件命令が発せられることを事前に阻止するために、抗告訴訟を適法に提起することができるか。行政事件訴訟法第 3 条第 2 項以下に列挙されている抗告訴訟として考えられる訴えを具体的に挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。

➡ 会議録には、本件命令の法的性格を分析する旨の誘導がない。

## 3. 相対的行政処分概念

誰が争うか、争う理由は何かという紛争の利益状況次第で、同じ行為でも抗告訴訟の対象となるかどうか異なってくるとする「相対的行政処分論」の問題意識は、現在の行政事件訴訟法のもとではむしろ、主としては公法上の当事者訴訟（特に確認訴訟）によって受け止められることになる。

相対的行政処分論には、①抗告訴訟の対象を行為の実体法上の性質理解から判断するのではなく、あくまでも争訟法上の観点から紛争の状況に応じてその成熟性を判断しようとする見解、②一律かつ画一的な処分性の判断の後で保護法益性の存否という観点から再度の検証を行い、当初の処分性否定の判断を覆す可能性を主張する見解がある。

ただ、これらの相対的行政処分論は、紛争状況という「原告側」の固有事情を取り上げることができるかどうかという問題意識に関するものであると思われる。

したがって、相対的行政処分論に立たなくても、ある根拠法令上の行為について、現実に行われた行為そのものに関する特殊事情に着目して、処分性の肯否を判断することは許されると考えられる。

例えば、条例制定行為の処分性が問題となった複数の最高裁判例では、根拠法令を同じくする条例制定行為（地方自治法 14 条 1 項）について、条例の内容に着目した上で、処分性の肯否の結論を異にしているからである。<sup>2)</sup>

## 4. 公権力性

### (1) 法令上の根拠

A という行為について、法令上の明文規定がなく、要綱・通達といった行政規則によって明確に定められている場合、「法令上の根拠」を認めるために、

B

探究 380～387 頁

A

<sup>2)</sup> 簡易水道料金の値上げを定める改正条例×（最判 H18.7.14・百 II 155）、区立小学校の統廃合を内容とする条例×（最判 H14.4.25）、市立保育所の廃止を内容とする改正条例○（最判 H21.11.26・H22 重判 9）

当該法令の合理的解釈が試みられることがある。

**[判例 1] 検疫所長による食品衛生法違反通知**

事案：入食品等監視指導業務基準（内部基準）が定める検疫所長による食品衛生法違反通知（注：食品衛生法 16 条は、輸入届出については明文で定めていたが、輸入届出に対する行政庁の応答義務及びその内容については明文で定めていなかった）について、①違反通知は同法 16 条に基づくものといえるか（公権力性のうち、形式的要素）、②輸入許可申請に対する税関長の判断を法的に拘束する効力が認められるかが問題となった。

要点：①食品等輸入届出済証又は食品衛生法違反通知書を交付することとする「輸入食品等監視指導業務基準は、法 16 条が定める輸入届出に対する応答を具体化したもの」であるから、違反通知は法 16 条を根拠とするものであるといえる。

本判決は、法 16 条の合理的解釈として、前記基準（行政規則）を参考にしつつ、輸入届出に対して行政庁の応答義務及びその応答は食品等輸入届出済証又は食品衛生法違反通知書の交付をもってするということを導き、前記基準について、このような食品衛生法の解釈と同じ趣旨を明らかにしたものであると位置づけているのである。

②関税法 70 条 3 項による輸入許可を受けるためにその証明・確認を要する関税法 70 条 2 項の「当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備」とは、食品衛生法 16 条による輸入届出を行い、法の規定に違反しないと厚生労働大臣の認定判断を受けて、輸入手続を完了したことを指すと解されるところ、関税法 70 条 2 項の証明は食品等輸入届出済証により行い、同書類の添付がないときは輸入申告書を受理しないとする関税法基本通達は、上記解釈と同じ趣旨を明らかにしたものである。そうすると、関税法 70 条 2 項の証明の手段は検疫所長による食品等輸入届出済証に限定されるから、同済証ではなく、食品衛生法違反通知書が交付された場合には、関税法 70 条 2 項の「検査の完了又は条件の具備」を関税長に証明することができなくなり、その結果、同条 3 項により輸入の許可を受けられなくなるという法的効力が認められる。この意味で、国民の権利義務に対する直接の影響が認められる。

反対：輸入食品等監視指導業務基準や関税法基本通達によれば、食品衛生法違反通知を交付され、食品等輸入届出済証が交付されない場合には、食品等の輸入申告書は受理されない取扱いとなっているが、このような実務の取扱いは、行政機関相互の協力関係を定めたにすぎず、これを根拠に関税法 70 条 2 項の証明の手段を検疫所長による食品等輸入届出済証に限定しているものと解することはできない。

この場合、食品等を輸入しようとする者は、科学的な検査結果等をもって当該食品等が食品衛生法 6 条の規定する添加物含有食品等に該当しないことを証明し、税関長の確認を得ることができるのであり、食品

B

最判 H16.4.26

横尾和子裁判官の反対意見

等輸入届出済証の添付がないことをもって輸入申告を不受理とされた場合には、これを税関長の拒否処分として争えば足りるというべきである。

多数意見は、本件通知が食品衛生法 16 条に根拠を有し、関税法 70 条 2 項及び 3 項により、輸入許可を得られないという法的効果が生じるといえるが、本件通知は、法令の委任によるものではない輸入食品等監視業務基準に基づくものであるにすぎず、国民の権利義務に直接影響するものではないと解すべきである。

#### 〔判例 2〕 労災就学援護費の不支給決定

事案：労働者災害補償保険法 23 条 1 項 2 号は、労働福祉事業として労災就学援護費の支給を行うことを定めているものの、同条 2 項の委任を受けた同法施行規則 1 条 3 項では、支給に関する事務の管轄を定めるだけで、支給のための一連の手續・要件を定めていなかった。また、法第 3 章（7 条～29 条）は、「保険給付」の手續・要件について定めているが、労災就学援護費の支給は第 3 章の「保険給付」に含まれない。そのため、労災就学援護費の支給に関する決定について、法令上の明文根拠を欠く状態にあった。

要点：労災就学援護費については、給付自体は法律上予定されており、委任規則が給付を行う際の管轄を定めているが、給付の手續・要件は通達で定められているにとどまる。そのため、労災就学援護費の支給・不支給決定は、直接には通達に基づくものであるともいえそうであり、仮にこのように解すると、同支給・不支給決定について処分性を認めることは、内部規範による公権力の創出として、法律による行政の原理に抵触する。これについて、本判決は、上記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、同法に基づく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續により労災就学援護費を支給できる旨を規定していると解釈した。<sup>3)</sup>

本判決は、上記のような解釈を展開したうえで、被災労働者又はその遺族は、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おり、労働基準監督署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と述べ、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給・不支給決定は、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、処分性が認められる、とした。

A

最判 H15.9.4・百 II 157

<sup>3)</sup> 労災就学援護費の給付自体については、法律の明文規定があったが、給付の手續・要件については法律の明文規定がなかった。給付行政において、給付自体に法律の根拠があることから、直ちに給付の手續・要件について法律の根拠があるとはいえず、またそれゆえに、当然に国民について支給を受けることができるという法的地位が認められるわけではない。給付自体に法律の根拠があっても、法律に支給の手續・要件を定めることなく、その給付の手續を法律の根拠に基づかない契約形式で行う場合もあるからである。

(論述例)

1. 「行政庁の処分」(行訴法 3 条 2 項) とは、…略…
2. 確かに、労災就学援護費の支給に関する決定については、法で明示的に定められていないから、本件通達に根拠を有するだけのよう思える。そして、本件通達は、法令の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。そうすると、仮に同決定が本件通達のみで根拠を置くものなのであれば、法令上の根拠を欠くものとして、公権力性が否定される。

しかし、限られた財源を原資とする労災就学援護費の支給については、統一的・公平に判断されるべきであるから、行政処分の形式で行われるのが望ましい。そこで、このような要請のある同支給に関する決定については、関連する給付の支給決定の根拠規定を柔軟に解釈することで、法令上の根拠を認める余地があると解すべきである。

そして、法第 3 章は、被災労働者及びその遺族を援護する趣旨で、「保険給付」に関する手続・要件を定めている。法 23 条 1 項は、法第 3 章と同様の趣旨に基づき、労働福祉事業として、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができると規定し、同条 2 項の委任を受けた規則 1 条 3 項では、労災就学援護費の支給に関する事務の管轄を定めている。そうすると、法は、第 3 章の「保険給付」を補完するために、労働福祉事業として、第 3 章の「保険給付」と同様の手続・要件により労災就学援護費を支給できる旨を規定していると解される。そして、本件通達はこれと同じ趣旨を明らかにしたものと解される。

したがって、労災就学援護費の支給に関する決定(支給決定・不支給決定)にも、法令上の根拠が認められる。

3. そして、同支給決定は、労働基準監督署長が、上記でいう法令上の根拠に基づき、「請求」に対する応答として、優越的地位の発動として行うものであるから、公権力性が認められる。
4. さらに、労災就学援護費の給付を受ける権利を有する者には、一定額の給付を受けることができる抽象的な地位が与えられており、「請求」に対する支給決定によりその地位が具体的な給付請求権へと転化変質する。この意味で、支給に関する決定には直接・具体的な法的効果がある。

したがって、労災就学援護費の支給に関する決定は「行政庁の処分」に当たる。

【判例 3】公営福祉施設の民間移管に係る事業者選考応募者に対する「決定に至らなかった」旨の通知

事案：紋別市は、老人福祉施設の民営化を図るために、施設譲渡方式(建物は無償で譲渡し、土地は、当分の間、無償貸与する)を選択し、担い手の決定は公募によることとし、募集要綱を定め、募集要綱に基づき受託事業者の公募を開始し、書類審査を経て受託事業候補者とするに決定した A 会に対して、移管先としての「決定に至らなかった」旨の通

事例から考える 79 頁、探究 367 頁、  
探究 108 頁・367～369 頁

A

最判 H23.6.14・H23 重判 6

知をした。

要点：本判決は、本件通知は、市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、その者を契約の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して、処分性を否定した。

#### ①市の優越的地位

→本件民間移管は、市と受託事業者との間で契約を締結することにより行うことが予定されていた。また、本件募集要綱では、市の解除権などが留保されているが、解除権の留保は私人間の契約にもみられることであるし、本件契約を締結するか否かは相手方の意思に委ねられているから、そのような留保によって本件契約の契約としての性質に本質的な変化が生じるものではない。本判決は、上記のように述べて、本件募集は私法上の行為であるとした。

#### ②法令の根拠

→本件契約は、地方自治法施行令 167 条の 2 第 1 項 2 号に該当するため随意契約の方法により締結できる。また、公の施設に係る指定管理者の指定手続に関する市の条例及び同条例施行規則は、市の設置する公の施設に係る地方自治法 244 条の 2 第 3 項所定の指定管理者の指定の手続について定めたものであって、本件契約の締結及びその手続について適用されるものではない。本判決は、上記のように述べたうえで、本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではなく、市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にすぎない、とした

解説：控訴審判決の論理の発展

控訴審判決は、行政の内部規範によって創出された行為には原則として処分性が認められないという問題について、紋別市では、施設の所有権が自治体に留保される指定管理者方式においてさえも、地方自治法 244 条の 2 第 3 項でいう指定管理者制度に関する市条例及び同条例施行規則上、公募が必要とされているのであるから、指定管理者方式よりも利権が大きく事業者に大きな責任を負わせることになる施設譲渡方式にあたっては、なおさら慎重な手続を踏むことが必要であり、これについて公募を行うことが地方自治法の解釈上要求されていると解すことができるとして、本件募集の根拠を地方自治法に求めた。

この控訴審判決の解釈論を補強するために、労災就学援護費不支給決定の処分性を肯定した最高裁平成 15 年判決の判例理論を援用することが考えられる。

(論述例)

1. 「行政庁の処分」(3 条 2 項) とは、…略…(昭和 39 年判決)。これは、

H23 重判 6 解説

最判 H15.9.4・百 II 157

公権力性及び直接・具体的な法的効果からなる。これらのうち、公権力性は、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を意味する。

2. 以上を前提として、本件通知の「処分」性を検討する。

(1) まず、公権力性との関係で、本件通知に法令上の根拠があるかが問題となる。

確かに、公の施設の民間移管の方法のうち、指定管理者方式についてのみ、地方自治法 244 条の 2 第 3 項でその手続が明定されている。そうすると、施設譲渡方式における本件通知は、地方自治法上の根拠を欠き、本件募集要綱に根拠があるにとどまるといい得る。そして、本件募集要綱は、法令の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。そうすると、仮に本件通知が本件募集要綱のみに根拠を置くものなのであれば、法令上の根拠を欠くことになる。

しかし、老人福祉施設は、もともとは市町村が老人の福祉を実現・充実化するという公益的要請に応じて設置・運用すべきものである（老人福祉法 11 条）から、その民間移管先の選択は公益的側面が強いといえる。このことは、民間移管先であっても、条例所定の基準に服するとともに（同法 17 条）、措置の受託義務を負い（同法 20 条）、さらには都道府県から措置に要する費用の一部補助を受けることができる（同法 24 条）という仕組みになっていることから窺われる。このような公益的側面の強い民間移管先の選択については、法令を根拠として統一的行われることが望ましい。

そして、紋別市では、指定管理者方式に関する市条例等において、公募を必要とする仕組みを設けているのだから、次のように考えることが可能である。すなわち、法令上、施設の所有権が自治体に留保される指定管理者方式についてさえも公募が必要とされているのであれば、市条例等は、これに基づく指定管理者方式による民間移管を補完するために、指定管理者方式よりも利権が大きく事業者に大きな責任を負わせることになる施設譲渡方式についても、慎重な手続を踏むべく、指定管理者方式と同様の公募を行うべきことを規定していると解釈することができるのであり、本件募集要綱はこのような法令の解釈と同じ趣旨を明らかにしたものと位置づけられるべきである。

したがって、本件通知にも法令上の根拠が認められる。

(2) 次に、公権力性との関係で、優越的地位の発動の有無が問題となる。

老人福祉施設の民間移管先の選択は、行政契約の相手方の選択であるから、形式上は、契約関係における行為に位置づけられる。そうすると、本件通知は、契約交渉段階の一方当事者としての私法上の行為であり、法を根拠とする市の優越的地位の発動としての行為ではない、という見方になる。

実質的要素が争点となる事案では、公権力性の定義まで示すべきである。

公権力性の形式的要素について、本判決は、「本件募集は、法令の定めに基づいてされたものではない」とする。

H23 重判 6 解説

論述例では、公権力性の実質的要素については、本判決と同じ考えに立っている。

## 判例

- ・最判 S28.2.18 p11
- ・最判 S28.6.12 (百 II 211) p138
- ・最判 S28.12.23 (百 I 65) p54, 121
- ・最大判 S28.12.23 (百 II 248) p281
- ・最判 S29.1.22 p275
- ・最判 S29.6.22 (百 II 200) p221
- ・最大判 S29.7.19 (百 I 87) p203
- ・最判 S30.4.19 (百 II 234) p260
- ・最判 S31.11.30 (百 II 229) p248
- ・最判 S33.3.28 (百 I 54) p30
- ・最判 S34.1.29 (百 I 20) p136, 137
- ・最判 S34.9.22 (百 I 82) p225
- ・最判 S35.3.31 (百 I 11) p11
- ・最判 S35.7.12 (百 II 146) p120
- ・最大判 S36.3.15 (百 II 158) p130
- ・最判 S36.4.21 p202
- ・最判 S37.1.19 (百 II 170) p162
- ・最判 S38.4.2 (百 I 91) p41
- ・最大判 S38.6.26 (百 II 251) p277
- ・最判 S38.12.12 (百 I 114) p98
- ・最判 S39.10.29 (百 II 148) p34, 111, 120
- ・最判 S40.4.28 p189
- ・最判 S41.2.23 (百 I 108) p88
- ・最大判 S41.2.23 p142
- ・最判 S42.3.14 (百 II 205) p226
- ・最判 S42.9.19 (百 II 172) p200
- ・最判 S43.11.7 (百 I 88) p38
- ・最大判 S43.11.27 (百 II 252) p275, 276
- ・松山地宇和島支判 S43.12.10 p39
- ・最判 S43.12.24 (百 I 55) p29, 136
- ・最判 S43.12.24 (百 II 173) p199
- ・最判 S45.7.15 (百 II 147) p121
- ・最判 S45.8.20 (百 II 235) p262
- ・東京地決 S45.9.14 p217
- ・最判 S46.1.22 (百 I 113) p97
- ・最判 S46.10.28 (百 I 117) p46, 99
- ・最判 S47.10.12 (百 I 74) p56
- ・最大判 S47.11.22 (百 I 103) p80, 81
- ・最判 S47.12.5 (百 I 86) p204, 206

- ・最判 S48.4.26 (百 I 83) p224, 225
- ・最判 S48.10.18 (百 II 250) p281
- ・最判 S49.2.5 (百 I 90) p13, 277, 279
- ・最判 S49.5.30 (百 I 1) p138
- ・最判 S49.12.10 (百 I 115) p99
- ・最判 S50.2.25 (百 I 31) p11
- ・最判 S50.5.29 (百 I 118) p97, 100
- ・最判 S50.6.26 p263
- ・最判 S50.7.25 (百 II 236) p262
- ・最判 S50.8.27 p208
- ・最大判 S50.9.10 (百 I 43) p19
- ・最判 S50.11.28 (百 II 185) p214
- ・最判 S50.11.28 (百 II 242) p272
- ・最判 S51.4.27 p223
- ・最判 S51.12.24 (百 I 32) p13
- ・最決 S52.3.10 (百 II 198) p218
- ・最判 S52.12.20 (百 I 80) p60
- ・最判 S53.3.14 (百 II 132) p178
- ・最判 S53.5.26 (百 I 29) p9
- ・最判 S53.7.4 p261, 263
- ・最判 S53.7.17 (百 II 244) p273
- ・最大判 S53.10.4 (百 I 76) p59
- ・最判 S53.12.8 (百 I 2) p137
- ・最判 S54.7.10 (百 II 231) p244
- ・最判 S54.12.25 p124
- ・最決 S55.9.22 (百 I 107) p2
- ・最判 S55.11.25 (百 II 176) p190
- ・最判 S56.1.27 (百 I 25) p6
- ・最判 S56.4.24 p201
- ・最判 S56.7.14 (百 II 188) p204
- ・最判 S56.7.16 p64
- ・最判 S56.12.16 (百 II 241) p269
- ・最判 S57.4.1 (百 II 230) p248
- ・最判 S57.4.22 (百 II 153) p147
- ・最判 S57.4.23 (百 II 123) p70
- ・最判 S57.5.27 p129
- ・最判 S57.7.15 (百 II 151) p128
- ・最判 S57.9.9 (百 II 177) p167, 186, 197
- ・最判 S58.2.18 (百 II 247) p276, 279
- ・福岡高判 S58.3.7 p20

- ・最判 S59.1.26 (百Ⅱ237) p266
- ・最判 S59.2.24 (百Ⅰ96) p68
- ・最判 S59.3.27 p81
- ・最判 S59.10.26 (百Ⅱ174) p191
- ・最判 S59.12.12 (百Ⅱ159) p124, 131
- ・最判 S60.7.16 (百Ⅰ124) p71, 76
- ・最判 S61.19 (百Ⅱ140) p140
- ・最判 S61.3.25 (百Ⅱ239) p268
- ・最判 S62.2.20 (百Ⅰ130) p108
- ・最判 S62.4.17 (百Ⅱ180) p223
- ・最判 S62.4.21 (百Ⅱ138) p210
- ・最判 S62.10.30 (百Ⅰ24) p6, 31
- ・東京高判 S63.3.11 p254
- ・最判 S63.3.31 p82
- ・最判 S63.6.17 (百Ⅰ89) p40
- ・最判 H元.2.17 (百Ⅱ192) p154, 167
- ・最判 H元.4.13 (百Ⅱ168) p179
- ・最判 H元.6.20 (百Ⅱ169) p182
- ・最判 H元.11.8 (百Ⅰ92) p63
- ・最判 H元.11.24 (百Ⅱ222) p254
- ・最判 H2.2.1 p24
- ・最判 H2.12.13 (百Ⅱ238) p267
- ・最判 H3.3.8 (百Ⅰ101) p3
- ・最判 H3.4.26 (百Ⅱ218) p251
- ・最判 H3.7.9 (百Ⅰ48) p23
- ・大阪高決 H3.11.15 p217
- ・最判 H4.1.24 (百Ⅱ178) p196
- ・最判 H4.2.18 p205
- ・最判 H4.9.22 (百Ⅱ162) p168
- ・最判 H4.9.22 (百Ⅱ181) p223, 224
- ・最判 H4.10.29 (百Ⅰ77) p48, 49, 52, 203
- ・最判 H5.2.18 (百Ⅰ98) p77
- ・最判 H5.3.30 (百Ⅱ240) p261, 264
- ・東京高判 H5.6.24 p269
- ・最判 H5.9.10 p192, 194
- ・最判 H6.9.27 p162
- ・最判 H7.3.23 (百Ⅱ156) p125
- ・最判 H7.6.23 (百Ⅱ223) p256
- ・最判 H8.3.8 (百Ⅰ81) p45
- ・名古屋高判 H8.7.18 p197

- ・最判 H9.1.28 p174
- ・最判 H10.4.10 (百 II 179) p189
- ・最判 H10.12.17 (百 II 166) p154, 163
- ・最判 H11.1.21 p63
- ・最判 H11.1.21 p130
- ・最判 H11.10.22 (百 I 59) p128
- ・最判 H11.11.19 (百 II 189) p205
- ・最判 H11.11.25 (百 I 56) p182
- ・最判 H12.3.17 p154, 169
- ・最判 H13.3.13 (百 II 163) p175
- ・最判 H13.3.27 p105
- ・最判 H13.6.14 p140
- ・最判 H13.7.13 p103
- ・最判 H13.12.18 (百 I 38) p102
- ・最判 H14.1.17 (百 II 154) p141
- ・最判 H14.1.22 (百 II 164) p176
- ・最判 H14.1.31 p24
- ・最判 H14.2.28 p198
- ・最判 H14.4.25 p114, 139
- ・最判 H14.6.11 p282
- ・最判 H14.7.2 p108
- ・最判 H14.7.9 (百 I 109) p87, 103
- ・最大判 H14.9.11 (百 II 245) p273
- ・名古屋高金沢支判 H15.1.27 p225
- ・東京高判 H15.5.2 p4
- ・東京地決 H15.6.11 p218
- ・最判 H15.6.26 p253
- ・最判 H15.9.4 (百 II 157) p111, 116, 118
- ・最判 H16.1.15 p56, 251
- ・最判 H16.1.20 (百 I 105) p82
- ・最判 H16.4.26 p112, 115
- ・最判 H16.7.13 (百 I 6) p65
- ・最判 H16.12.24 (百 I 28) p19
- ・最判 H17.4.14 (百 II 161) p128
- ・最決 H17.6.24 (百 I 7) p245
- ・最判 H17.7.15 (百 II 160) p30, 112, 130
- ・最大判 H17.9.14 (百 II 208) p240
- ・最判 H17.11.1 (百 II 253) p277, 280
- ・最大判 H17.12.7 (百 II 165) p152, 154, 156, 172, 183
- ・最判 H18.1.19 p208

- ・最判 H18.2.7 (百 I 73) p45, 55
- ・最判 H18.3.30 p186
- ・最判 H18.7.14 (百 II 155) p64, 114, 148, 151
- ・東京地決 H18.8.30 p209
- ・最判 H18.9.4 p59
- ・最判 H18.10.26 (百 I 94) p47, 56
- ・最判 H18.11.2 (百 I 79) p58
- ・最判 H19.1.25 (百 II 232) p245, 260
- ・最判 H19.2.6 (百 I 27) p7
- ・最判 H19.4.17 (百 I 37) p105
- ・最判 H19.4.24 p108
- ・東京地判 H19.11.7 p240
- ・最判 H19.10.19 (H19 重判 7) p170
- ・最判 H19.11.1 (百 II 220) p250, 259
- ・最決 H19.12.18 p218
- ・最判 H20.1.18 (百 I 95) p108
- ・最判 H20.4.15 (H20 重判 11) p249
- ・最大判 H20.9.10 (百 II 152) p112, 131, 142
- ・最判 H21.2.27 (H21 重判 8) p201
- ・最判 H21.4.17 (百 I 62) p139, 252
- ・最判 H21.7.10 (百 I 93) p62, 87
- ・広島地判 H21.10.1 (H22 重判 10) p186
- ・最判 H21.10.15 (百 II 167) p156, 171
- ・最判 H21.10.23 (百 II 243) p272
- ・最判 H21.11.26 (H22 重判 9) p112, 114, 148, 214
- ・最判 H21.12.17 (百 I 84) p127, 207
- ・最判 H22.6.3 (百 II 233) p253
- ・最判 H23.6.7 (百 I 120) p93
- ・最判 H23.6.14 (H23 重判 6) p117
- ・最判 H23.12.2 p108
- ・熊本地判 H23.12.14 (H24 重判 7) p164
- ・最判 H23.12.15 (H24 重判 9) p109
- ・最判 H23.12.16 p12
- ・最判 H24.1.16 p60
- ・最判 H24.2.3 (H24 重判 4) p134
- ・最判 H24.2.9 (百 II 207) p234, 239
- ・最判 H24.2.28 (百 I 51) p52, 53
- ・最判 H25.1.11 (百 I 50) p22, 26
- ・最判 H25.3.26 (百 II 221) p249
- ・東京地判 H25.3.26 (H25 重判 4) p180

- ・最判 H25.4.16 (百 I 78) p31, 44
- ・最判 H25.7.12 (H25 重判 3) p160
- ・最判 H26.10.9 (百 II 224) p258
- ・最判 H27.3.3 (百 II 175) p51, 196

(参考文献)

- ・「行政法」第5版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法②」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「判例から探究する行政法」初版(著:山本隆司-有斐閣)
- ・「事例研究行政法」第3版(編著:曾和俊文・野呂充・北村和生-日本評論社)
- ・「事例から行政法を考える」初版(著:北村和生・深澤龍一郎ほか-有斐閣)
- ・「行政法 事案解析の作法」初版(著:大貫裕之・土田伸也-日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2015(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2015(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「行政法ガール」(著:大島義則-法律文化社)
- ・「行政法判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～30年(有斐閣)
- ・「ケースブック行政法」第5版(編:稲葉馨・下井康史ほか-弘文堂)
- ・「行政判例ノート」第3版(著:橋本博之-弘文堂)