

重要判例&採点実感準拠

# 理解が 伝わる

論 証 講 義

行政法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格  
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所



# 行政法論証集

清武宗一郎

## 目次

はじめに .....	6
☆問の形式に関する注意 .....	6
—主張反論パターン .....	6
—会議録 .....	7
☆本論証集の表記の説明 .....	7
・出題実績 .....	7
・採点実感等の引用 .....	7
☆行政の行為形式論 .....	8
☆個別法の読解・解釈 .....	8
—本質；保護法益の分析 .....	8
—論述の流れ .....	8
—読解・解釈の手法 .....	9
<b>行政立法</b> .....	12
☆法規命令と行政規則 .....	12
—裁量基準 .....	12
—解釈基準 .....	12
・委任の範囲(予 R1) .....	13
・委任立法の解釈(新 R2) .....	13
<b>行政裁量</b> .....	15

☆裁量論の出題意図 .....	15
☆裁量論の用語法 .....	15
一裁量の種類 .....	15
一判断過程の統制 .....	16
・行政裁量の認定と統制 .....	18
一有無・広狭 .....	18
一統制基準 .....	19
・裁量基準 .....	24
一基準から逸脱する場合(予 H28、新 H28) .....	24
一基準に沿う場合(新 H26、H27) .....	26
・諮問機関の回答に反する処分(新 R3) .....	27
・裁量論と信頼原則 .....	28
一法律による行政の原理と対立しない場合 .....	28
一法律による行政の原理と対立する場合(予 H27) .....	29
・処分の留保(予 H29) .....	30
・附款の意義と限界(予 R3) .....	31
<b>行政処分</b> .....	33
☆処分性の判断の法的位置づけ .....	33
☆行手法の適用除外(新 H20) .....	33
・処分性 .....	33
一不利益処分 .....	33
一申請拒否処分 .....	34
一公権力性 .....	35
一直接具体性(予 H27、新 H24、H29、R2) .....	37
一法効果性(予 H23、H30、R2) .....	40
一外部性(新 H25) .....	44
一実効的権利救済 .....	45
・授益的処分の撤回の制限法理(予 H26、新 H23、H26) .....	47

・理由提示の程度 .....	48
一処分基準がない場合(予 H24) .....	48
一処分基準がある場合(予 H28) .....	49
<b>行政契約</b> .....	51
☆基本事項 .....	51
・公害防止協定の法的拘束力(予 R2) .....	51
<b>取消訴訟</b> .....	52
☆取消訴訟の訴訟要件 .....	52
・原告適格 .....	52
一一般論 .....	52
一関係法令の使い方 .....	54
一被侵害利益の類型論 .....	56
・狭義の訴えの利益(予 H28、新 H21) .....	62
・主張制限(新 H21、H30) .....	64
・理由の差替え .....	65
・違法性の承継(新 H28、R1) .....	65
・手続の違法と取消事由(予 H24、H28、新 H28) .....	67
・取消判決の効力 .....	68
一取消判決の拘束力 .....	68
一申請却下処分取消判決の拘束力(予 H26) .....	68
一第三者効 .....	69
<b>無効等確認訴訟</b> .....	70
・無効等確認訴訟の補充性(新 H18、R1) .....	70
・行政処分の無効要件 .....	71
<b>不作為の違法確認訴訟</b> .....	73
☆本訴訟類型の性質 .....	73
☆当事者の法的状態 .....	73
・不作為の違法確認訴訟 .....	73

— 訴訟要件(新 R2) .....	73
— 本案勝訴要件(新 R2) .....	74
<b>義務付訴訟</b> .....	76
☆申請型義務付訴訟の訴訟選択と訴訟要件の論じ方 .....	76
☆本案勝訴要件 .....	76
・裁量処分 .....	76
・羈束処分 .....	76
・非申請型義務付訴訟の訴訟要件(予 H25、H27、新 H26、H29) .....	77
— 「一定の処分」 .....	77
— 重損要件 .....	77
— 補充性 .....	78
<b>差止訴訟</b> .....	80
☆本案勝訴要件(行訴法 37 条の 4 第 5 項) .....	80
・裁量処分 .....	80
・羈束処分 .....	80
・差止訴訟の訴訟要件(新 H27) .....	80
— 処分の蓋然性 .....	80
— 重損要件 .....	81
— 補充性 .....	82
<b>仮の救済</b> .....	83
☆執行停止と仮の義務付け・差止めとの差異 .....	83
・執行停止 .....	83
・仮の義務付け等 .....	83
・執行停止の要件(新 H19、H20、H21) .....	83
— 重損要件(・緊急の必要性) .....	84
— 効力の停止の補充性 .....	85
<b>当事者訴訟</b> .....	86
・公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の訴訟要件(新 H18、H20) .....	86

<b>行政代執行法</b> .....	88
☆意義(新 H23).....	88
・ 代替的作為義務 .....	88
・ 行政上の義務の履行を求める民事訴訟の可否 .....	89
<b>国家賠償訴訟</b> .....	91
・ 国家賠償法 1 条 1 項の要件 .....	91
— 公権力の行使 .....	91
— 外形標準説 .....	91
— 職務行為基準説 .....	91
— 「故意又は過失」 .....	92
・ 権限不行使の違法性 .....	92
<b>損失補償</b> .....	94
・ 補償の要否(新 H24、H27) .....	94
・ 「正当な補償」の意義 .....	94
・ 法律上補償規定を欠く場合の処理(新 H24) .....	95

## ・ 条例制定行為

条例制定行為は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するから、一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらぬ(前掲保育所民営化事件判決)。特に、将来にわたってその効力が存続し、不特定多数者にも反復継続的に適用される場合は、具体的法効果性を欠くため処分性が否定される。

※旧高根町簡易水道事業給水条例事件判決＝最二判 H18.7.14＝百選Ⅱ150＝判例集Ⅱ29

### —法効果性(予 H23、H30、R2)

#### ○肯定例

#### ・ 勧告

1 医療法 30 条の 11 に基づく本件病院の開設中止勧告(以下、「本件勧告」という)は、「処分」に当たるか。

(1) (「処分性—不利益処分」)

(2) (「処分性—公権力性」)

本件勧告は行政指導として定められているものの、当該勧告を受けた者がこれに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、保険医療機関の指定(後続処分)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である。

当該指定を受けずに診療を行う病院はほとんどないから、当該指定を受けることができないと、当該勧告の名宛人は事実上本件病院の開設を断念することになる(後続処分の重要性)。

本件勧告の指定に及ぼす効果及び当該指定のもつ意義に併せ考えると、本件勧告は直接具体的法効果性を有するといえる。



※最二判 H17.7.15 = 病院開設中止勧告取消訴訟判決 = 百選 II 154

→判例の射程

法規ではない厚生省通知により、勧告不服従によって指定が拒否される可能性が高いと分かる事案であり、当該厚生省通知自体も判例上既に適法とされていた。このように、後続処分が法律上必ず予定されているとは言えない場合でも、後続処分を背景とする事実上の強制として処分性を認めた判例と解すると、その射程は、制裁的公表が後続する場面などにも広く妥当し得ることになる。

しかし、本判決は、勧告が後続処分の要件の一部を事実上前倒し的に判断する効果を持つことや、指定拒否を争って負けると保険医療機関になれないまま莫大な病院開設費用が無駄になるという重大な事実上の不利益があること、に加えて、市場参入規制という医療機関側に帰責性のない拒否事由であるとの事情が付け加わったから、処分性が認められたと述べている。つまり、私人に帰責性のない後続処分拒否事由については予め争えるようにしてその有無を確定させるべきであり、私人の側に後続処分拒否時までの法的地位不安定のリスクを負わせるべきではないということである。単に事実上の強制性や不利益の重大性を強調するだけでは、射程の検討として不十分である。

## ・ 通知

1 関税法 69 条の 11 第 3 項の輸入禁制品該当通知(以下、「本件通知」という)は、「処分」に当たるか。

(1)ア (「処分性—申請拒否処分」)

イ (「処分性—公権力性」)

本件通知がされれば、その後に不許可処分がされることはないというのが確立した実務の取扱いである。よって、本件通知は不許可とするという、許可権者の意見が初めて公にされるもので、最終的な拒否の態度を表明するものといえる。

とすれば、手続の実際において、本件通知は、実質的な不許可処分として機能しているというべきである。

※輸入禁制品該当通知取消訴訟判決＝最大判 S59.12.12＝百選Ⅱ153

→関連判例

前掲 S59 判決は最三判 S54.12.25＝判例集Ⅱ25 の差戻後上告審であるところ、S54 判決は輸入禁制品該当通知について、禁制品の輸入禁止という一般的な制約が当該通知により具体化したと解して処分性を認めている。

また、食品衛生法違反通知事件＝最一判 H16.4.26＝判例集Ⅱ24 は、検疫所長が輸入届出済証か違反通知書を交付し、後者の場合は税関長が輸入申告不受理とする通達を法律解釈に反映させ、上記輸入届出手続の完了が関税法上の輸入許可要件に当たると解した(したがって、上記違反通知は処分性を有する)。