

司法試験

行政法 一斉テスト

解説

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 237428

LU23742

第1問（短答式・肢別正誤判定）

1 下級行政機関は上級行政機関の発する通達に拘束されるから、行政機関が通達に反する処分をした場合、当該処分は権限を逸脱して行われたものとして無効となる。

× 通達の拘束力について、判例（最判昭43.12.24/百選I[第7版][55]）は、「通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあっても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、「行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その処分の効力が左右されるものではない。」旨判示している。したがって、「行政機関が通達に反する処分をした場合、当該処分は権限を逸脱して行われたものとして無効となる。」とする点で、本肢は誤っている。

平成27年予・第13問

2 公共用財産である水路が、長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失した事例において、Iが当該水路の土地（以下「本件土地」という。）を20年以上にわたり水田として利用し、平穏かつ公然と占有を続けてきた場合には、最高裁判所の判例によれば、本件土地について取得時効が成立するが、公用廃止決定がなされていないことから、Iが取得できるのは公用制限を伴う本件土地所有権である。

× 本肢においては、公共用財産の取得時効の可否が問題となる。この点、判例（最判昭51.12.24/百選I[第7版][32]）は、「公共用財産が、長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物のうえに他人の平穏かつ公然の占有が継続したが、そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、右公共用財産については、黙示的に公用が廃止されたものとして、これについて取得時効の成立を妨げない」旨判示している。この判例によれば、Iは、公用制限を伴わない本件土地所有権を取得することができる。したがって、公用廃止決定がなされていないことから、Iが取得できるのは公用制限を伴う本件土地所有権であるとする点で、本肢は誤っている。

平成25年司・第21問

3 公営住宅の使用関係については、事業主体と入居者との間の法律関係が、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いとしても、民法及び借地借家法は適用されない。

× 判例（最判昭 59. 12. 13／百選 I [第 7 版] [9]）は、「公営住宅の使用関係には、公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえない」が、「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、……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」としての上で、「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る旨判示している。よって、公営住宅の使用関係については、民法及び借地借家法は適用されないとする点で、本肢は誤っている。

令和元年予・第 13 問

4 過去約 10 年間にわたり物品税が賦課されていなかったパチンコ球遊器につき、物品税法上の課税対象物品に当たる旨の通達が発せられたために、税務署長が法令の解釈を変更して行った物品税賦課処分は、法律の改正又は制定によらずに通達に基づいて国民に新たな不利益を課すものであるから、法律の留保原則に違反する。

× 判例は、本肢と同様の経緯でパチンコ球遊器につき課税処分が行われた事案について、「本件の課税がたまたま所論通達を機縁として行われたものであっても、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものである以上、本件課税処分は法の根拠に基く処分と解するに妨げがな」としている（最判昭 33. 3. 28／百選 I [第 7 版] [54]）。したがって、税務署長が法令の解釈を変更して行った物品税賦課処分は、法律の改正又は制定によらずに通達に基づいて国民に新たな不利益を課すものであるから、法律の留保原則に違反するとする点で、本肢は誤っている。

平成 24 年予・第 13 問

5 行政庁が適法に行った行政行為をその後の事情の変化に伴い将来に向かって撤回することができるのは、当該行政行為を行う権限のある行政庁に限られるから、たとえ指揮監督権を有する上級行政庁であっても、当該行政行為の撤回をすることはできない。

○ 行政行為の撤回は、行政行為が適法に成立した後、公益上の理由が生ずるなどの後発的な事情の変化により当該行為を維持することが必ずしも適当でなくなった場合に、これを将来的に無効とすることであり、撤回を行うことができるのは、当該行政行為

を行う権限のある行政庁に限られる。そのため、指揮監督権を有する上級行政庁であっても、行政行為の撤回をすることはできず、せいぜい撤回の命令を出すのが限度である。したがって、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 23 問

6 審査請求に対する裁決は、特別の規定がない限り、裁決庁自らにおいて取り消すことはできない。

- 一度行った行政行為について、処分庁は自らこれを変更することができない（不可変更力）。判例（最判昭 29. 1. 21／百選 I [第 7 版] [69]）も、裁決は、特別の規定がない限り、原判決のいうように裁決庁自らにおいて取消すことはできないとしている。したがって、本肢は正しい。

平成 23 年司・第 22 問

7 行政行為の効力が生ずるのは、特段の定めのない限り、相手方が現実に当該行政行為を了知したか、当該行政行為が相手方の了知し得べき状態に置かれたときである。

- 行政行為の効力は、原則として、行政行為が相手方に到達した時に生じる。この点、判例（最判平 11. 10. 22／百選 I [第 7 版] [59]）は、薬事法所定の医薬品の製造承認及び輸入承認並びにこれらの承認事項一部変更承認について、これらの承認は申請者に対する行政処分としての性質を有することから、「承認の効力は、特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時、すなわち申請者が現実にこれを了知し又は了知し得べき状態におかれた時に発生する」としている。よって、本肢は正しい。

令和元年予・第 14 問

8 課税処分の違法性は、滞納処分に承継されないことから、滞納処分の取消訴訟において、課税処分の違法を滞納処分の違法事由として主張することは許されないが、課税処分に重大かつ明白な違法があつて無効であるとの主張をすることは許される。

- 法令上、先行処分の存在を前提として後行処分がされる関係にある場合に、後行処分の取消訴訟において、先行処分の違法性を後行処分の取消事由として主張することができるかが問題となる（違法性の承継）。

裁判例（東京地判平 29. 1. 31／H29重判 [3]）は、最高裁判例（最判平 21. 12. 17／百選 I [第 7 版] [84]）を参照して、「先行の処分と後行の処分とが同一の目的を達成するための連続した一連の手続を構成し、相結合して初めて所定の法律効果を発揮する場合のように、先行の処分と後行の処分とが実体的に相互に不可分の関係にあるものとして本来的な法律効果が後行の処分に留保されているといえる場合であつて、公定力ないし不可争力により担保されている先行の処分に係る法律効果の早期安定の要

請を犠牲にし、でもなお先行の処分の効力を争おうとする者の手続的保障を図るべき特段の事情があるときは、違法性の承継が肯定され、「後行の処分の取消訴訟において先行の処分の違法を後行の処分の取消事由として主張することが許される」として

いる。

この点について、課税処分（納税義務を課す処分）と滞納処分（課された納税義務の履行を強制する処分）は、一連の手続を構成しているものの、それぞれ別個の目的・効果を有していることから、課税処分の違法性は、滞納処分に承継されず、滞納処分の取消訴訟において、課税処分の違法を滞納処分の違法事由として主張することは許されないと一般的に解されている。

もっとも、後行処分の前提となる先行処分がそもそも無効であれば、後行処分は当然に違法となる。これは、後行処分の実体法的な適法要件の問題であり、違法性の承継の問題とは別であると解されている。

したがって、滞納処分の取消訴訟において、課税処分に重大かつ明白な違法があったと無効であるとの主張をすることは許される。よって、本肢は正しい。

令和3年予・第14問

- 9 最高裁判所の判例によれば、C市が特定の市立保育所を廃止する条例（以下「条例」という。）を制定した場合において、廃止される保育所で保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間満了まで当該保育所で保育を受けることを期待し得る法的地位を条例により違法に侵害されたと主張して、条例制定行為に対する取消訴訟を適法に提起することができる。

○ 判例は、「特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」という判断を前提として、「条例の制定は、…一般的には、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものでないことはいうまでもないが、本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる」として、条例制定行為の処分性を肯定した（最判平21.11.26/百選Ⅱ[第7版][204]）。したがって、本肢は正しい。

平成24年司・第28問、予・第17問

- 10 D市は、産業廃棄物処理業者Eとの間で公害防止協定を締結する場合には、当該協定において、必要があると認めるときは、D市職員をしてEの所有する処理施設に実力で立ち入らせ、検査を行わせることができる旨を定めることができる。

× 本肢のように市の職員が私人の所有する施設に実力で立入検査をすることを行政法の講学上、強制調査という。強制調査は、公権力による人権侵害のおそれが強いため、法律による行政の原理から、法律の規定が必要となる。なお、市町村と産業廃棄物処理業者の間で締結した公害防止協定のうち、最終処分場の使用期限を定めた条項について、契約としての法的拘束力が認められるとする判例があるが（最判平 21. 7. 10 / 百選 I [第 7 版] [93]）、本肢の立入検査権のような公権力を創出するものについては、法律による行政の原理から許されない。したがって、法律によらず当該協定において、必要があると認めるときは、D市職員をしてEの所有する処理施設に実力で立ち入らせ、検査を行わせることができる旨を定めることができるとする点で、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 28 問, 予・第 17 問

11 公務員の懲戒処分について法令により行政裁量が認められる場合において、裁判所は、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったか、又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果が懲戒権者の行った懲戒処分と異なるときは、その処分を取り消すことができる。

× 判例（最判昭 52. 12. 20 / 百選 I [第 7 版] [80]）は、「裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をなすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会通念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである。」と判示した。すなわち、判例は、懲戒処分の適否について、裁判所が懲戒権者と同一の立場に立って判断することを否定している。したがって、裁判所は、懲戒権者と同一の立場に立って……判断し、とする点で、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 25 問

12 都市施設に係る都市計画決定に当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であり、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量に委ねられている。したがって、裁判所は、行政庁が判断の過程において考慮すべき事項を考慮せずに都市計画決定を行ったことを理由に挙げて、当該決定を違法とすることはできない。

× 判例（最判平 18. 11. 2 / 百選 I [第 7 版] [75]）は、「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するにあたっては、当該決定又は変更が裁量

権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」旨判示している。そのため、行政庁が判断の過程において考慮すべき事項を考慮しないことにより、当該決定の内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠く場合には、当該決定は違法となる。したがって、「裁判所は、行政庁が判断の過程において考慮すべき事項を考慮せずに都市計画決定を行ったことを理由に挙げて、当該決定を違法とすることはできない。」とする点で、本肢は誤っている。

平成 27 年予・第 16 問

- 13 処分を行う行政庁に裁量権が認められる場合には、処分が社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の濫用に当たるものでない限り、処分の理由の提示に不備があったとしても、そのことを理由として処分が違法とされることはない。

× 判例(最判昭 60. 1. 22/百選 I [第 7 版] [121], 最判平 23. 6. 7/百選 I [第 7 版] [120]) は、法が処分において理由付記を求めたのは、行政庁の判断の慎重と公正妥当を担保してその恣意を抑制するとともに、拒否の理由を申請者に知らせることによって、その不服申立てに便宜を与える趣旨に出たものである旨判示し、単に拒否処分の根拠法令を示すだけでは、それによって当該規定の適用の基礎となった事実関係をも当然知りうるような場合を別として、理由付記として十分でなく、理由の提示の不備は直ちに当該処分の取消事由になる旨判示している。したがって、「処分の理由の提示に不備があったとしても、そのことを理由として処分が違法とされることはない」とする点で、本肢は誤っている。

平成 26 年司・第 24 問, 予・第 15 問

- 14 不利益処分の理由の提示の不備による瑕疵は、後日の不服申立てに対する裁決又は決定において当該処分の具体的根拠が明らかにされれば、そのことにより治癒される。

× 判例(最判昭 47. 12. 5/百選 I [第 7 版] [86]) は、「処分庁の判断の慎重、合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服申立ての便宜を与えることを目的として更正に附記理由の記載を命じた」趣旨に鑑みると、「処分庁と異なる機関の行為により附記理由不備の瑕疵が治癒されるとすることは、処分そのものの慎重合理性を確保する目的にそわないばかりでなく、処分の相手方としても、審査裁決によってはじめて具体的な処分根拠を知らされたのでは、それ以前の審査手続において十分な不服理由を主張することができないという不利益を免れない。

……それゆえ、更正における附記理由不備の瑕疵は、後日これに対する審査裁決において処分の具体的根拠が明らかにされたとしても、それにより治癒されるものではない」旨判示している。したがって、本肢は、「不利益処分の理由の提示の不備による瑕疵は、後日の不服申立てに対する裁決又は決定において当該処分の具体的根拠が明らかにされれば、そのことにより治癒される」とする点で、最高裁判所の判例の趣旨と矛盾する。よって本肢は誤っている。

平成 27 年予・第 15 問

15 原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであるから、その合理性の有無は当該設置許可処分時の科学技術水準に照らして審理、判断されるべきである。

× 判例（最判平 4. 10. 29／百選 I [第 7 版] [77]）は、「原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであ」とした上で、「現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。」としている。よって、その合理性の有無は当該設置許可処分時の科学技術水準に照らして審理、判断されるべきであるとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 16 問

16 公立学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量に委ねられているものと解されるが、学校施設の設置目的に照らせば、学校教育上支障がない場合には原則として許可すべきものであり、学校教育上の支障がないにもかかわらず不許可とすることは管理者の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となる。

× 判例（最判平 18. 2. 7／百選 I [第 7 版] [73]）は、「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。すなわち、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないもの

ではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。」としている。よって、学校教育上支障がない場合には原則として許可すべきものであり、学校教育上の支障がないにもかかわらず不許可とすることは管理者の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となる点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 16 問

- 17 行政庁が行政処分により私人に義務を課することができる旨が法律に定められていても、即時強制を行うことができる旨が法律に定められていなければ、行政庁が行政処分を経ずに当該義務の内容を実現する即時強制を行うことは認められない。

○ 即時強制は、相手方の義務の存在を前提とせずに、行政機関が直接に身体又は財産に対して実力を行使するものである。そして、国民に義務を課し、権利を制限する侵害的な行政作用を行うには、法律の根拠を要するとする侵害留保説（通説・実務）によれば、即時強制を行うには、私人に義務を課することができる旨の法律が存在するだけでは足りず、即時強制を行うことができる旨の法律が定められていなければならない。したがって、本肢は正しい。

平成 27 年予・第 17 問

- 18 行政上の強制徴収が認められている金銭債権については、その履行を求める民事訴訟を提起することはできず、民事執行法による強制執行をすることも許されない。

○ 判例（最大判昭 41.2.23／百選 I [第 7 版] [108]）は、農業共済組合が組合員に対して有する公法上の金銭債権について、法が簡易迅速な行政上の強制徴収の手段を与えている以上、「この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民法上の強制執行の手段によってこれら債権の実現を図ることは、……許されない」としている。よって、本肢は正しい。

平成 29 年予・第 17 問

- 19 地方公共団体が、産業廃棄物処分業者に対して、当該地方公共団体と当該産業廃棄物処分業者との間で締結した公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴えは、法律上の争訟とはいえないから、不適法である。

× 判例（最判平 21.7.10／百選 I [第 7 版] [93]）は、廃棄物処理法に基づく産業廃棄物処分業の許可を受けている「処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由

な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではない。」として、公害防止協定の契約としての法的拘束力を認めている（契約説）。そして、公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴訟は、地方公共団体が、事業者との間で対等な立場に立って締結した契約上の義務の履行を求めるものであるため、法律上の争訟に当たり、肢イの解説において述べた判例（最判平 14.7.9/百選 I [第7版] [109]）の射程は及ばないと解されている。よって、公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴えは、法律上の争訟とはいえないから、不適法であるとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 17 問

20 秩序罰としての過料は、法律に基づくものであっても、条例に基づくものであっても、裁判手続によらなければ科すことができない。

- × 秩序罰とは、行政上の秩序に障害を与える危険がある義務違反に対して科される金銭的制裁をいう。刑罰ではないため、刑法総則や刑事訴訟法の適用を受けない。そして、法律に基づく秩序罰としての過料は、非訟事件手続法（同法 119 以下）の定めるところにより地方裁判所における裁判を経て科されるのに対し、条例に基づく秩序罰としての過料は、地方公共団体の長の行政処分によって科される（自治法 14Ⅲ, 255 の 3）。よって、秩序罰としての過料は、条例に基づくものであっても、裁判手続によらなければ科すことができないとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 17 問

21 国又は地方公共団体が、相手方に新たな義務を課することを内容とする契約を当該相手方と締結するに当たっては、法律による行政の原理ないし侵害留保原則の見地から、原則として、当該義務を課する法令上の根拠があることを要する。

- × 知事の許可が、処分業者に対し、許可が効力を有する限り事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものではないことは明らかである。そして、同法には、処分業者にそのような義務を課す条文は存せず、かえって、処分業者による事業の全部又は一部の廃止、処理施設の廃止については、知事に対する届出で足りる旨規定されているのであるから……、処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではない旨判示している。かかる判例の趣旨からすれば、国又は地方公共団体が、相手方に新たな義務を課することを内容とする契約を当該相手方と締結するに当たっても、原則として、当該義務を

課する法令上の根拠があることを要しない。よって、法律による行政の原理ないし侵害留保原則の見地から、原則として、当該義務を課する法令上の根拠があることを要するとする点で、本肢は誤っている。

平成 30 年予・第 18 問

22 行政手続法は、国民の権利利益を保護することや行政運営における公正を確保することを目的としたものであって、行政上の意思決定における透明性の向上を図ることまでを目的としていない。

× 行政手続法 1 条は、同法の目的として「……行政運営における公正の確保と透明性……の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする」と定める。したがって、行政上の意思決定における透明性の向上を図ることまでを目的としていないとする点で、本肢は誤っている。

平成 23 年司・第 23 問

23 処分の取消しの訴えは、当該処分につき法令の規定により審査請求をすることができる場合においても、直ちに提起することを妨げないが、当該処分につき審査請求がされているときは、その審査請求に対する裁決があるまで、提起することができない。

× 処分の取消しの訴えは、当該処分につき法令の規定により審査請求をすることができる場合であっても、直ちに提起することを妨げない（自由選択主義，行訴法 8 I 本文）。この場合において、当該処分につき審査請求がされているときは、裁判所は、その審査請求に対する裁決があるまで、訴訟手続を中止することができる（同 III）。このように、当該処分につき審査請求がされているときであっても、処分の取消しの訴えを提起できることが前提となっている。よって、処分の取消しの訴えは、当該処分につき審査請求がされているときは、その審査請求に対する裁決があるまで、提起することができないとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 20 問

24 国有普通財産の払下げは、売渡申請書の提出及びこれに対する払下許可の形式が採られており、国が優越的地位に立って私人との間の法律関係を定めるものであるから、処分性が認められるものといえる。

× 判例は、国有普通財産の払下げは私法上の売買契約と解すべきであり、「右払下が売渡申請書の提出、これに対する払下許可の形式をとっているからといって、右払下行為の性質に影響を及ぼすものではない」として処分性を否定している（最判昭

35.7.12/百選Ⅱ[第7版][146])。したがって、処分性が認められるとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第31問, 予・第18問

25 過大に登録免許税を納付して登記等を受けた者が、登録免許税法に基づいて、登記機関に対し税務署長への還付通知を行うよう請求した事例において、登記機関が当該請求を拒否する旨の通知を行った場合、当該拒否通知は、登記等を受けた者に対して簡易迅速に還付を受ける手続を利用することができる地位を否定する法的効果を有するから、処分性が認められるものといえる。

○ 判例は、「登録免許税法 31 条 2 項は、登記等を受けた者に対し、簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができる地位を保障して」おり、「同項に基づく還付通知をすべき旨の請求に対してなされた拒否通知は、登記機関が還付通知を行わず、還付手続を執らないことを明らかにするものであって、これにより、登記等を受けた者は、簡易迅速に還付を受ける手続を利用することができなくなる。そうすると、上記の許否通知は、登記等を受けた者に対して上記の手続上の地位を否定する法的効果を有するものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分当たる」としている(最判平 17.4.14/百選Ⅱ[第7版][161])。したがって、本肢は正しい。

平成 24 年司・第 31 問, 予・第 18 問

26 都市計画法は開発行為による影響を受ける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しているが、公共施設の管理者が同意を拒否する行為自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえず、当該同意を拒否する行為には処分性は認められない。

○ 都市計画法は、開発行為による影響を受ける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しているところ、判例(最判平 7.3.23/百選Ⅱ[第7版][156])は、「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り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。」旨判示している。したがって、本肢は正しい。

平成 27 年予・第 19 問

27 条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するが、条例の内容によっては、その制定行為が行政庁の処分と実質的に同視し得るものとして取消訴訟の対象となる。

○ 判例（最判平 21. 11. 26／百選Ⅱ〔第7版〕〔204〕）は、「条例の制定は、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当たるものでないことはいうまでもない」とする一方、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものといえることができる。」とした上で、「本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」としている。よって、本肢は正しい。

平成 29 年予・第 19 問

28 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ものの、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であり、その結果、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から、上記勧告は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる。

○ 病院開設中止の勧告の処分性について、判例（最判平 17. 7. 15／百選Ⅱ〔第7版〕〔160〕）は、「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えることができる。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 [注：現医療法 30 条の 11] 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

たとえ解するのが相当である。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旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成 30 年予・第 20 問

- 29 免許の申請が競願関係にある場合において、申請拒否処分を受けた申請者は、自己に対する拒否処分の取消訴訟を提起することができるほか、競願者に対する免許処分の取消訴訟を提起することもできる。

○ 判例（最判昭 43. 12. 24／百選Ⅱ [第 7 版] [173]）は、申請者（X）と競願者（A）とは「係争の同一周波をめぐって競願関係にあり、……X に対する拒否処分と A に対する免許付与とは、表裏の関係にあるものである」とした上で、「X は、自己に対する拒否処分の取消しを請求しうるほか、競願者（A）に対する免許処分の取消しをも請求しうる」としている。よって、本肢は正しい。

令和 3 年予・第 18 問

- 30 航空法（平成 11 年法律第 72 号による改正前のもの）に基づく定期航空運送事業免許については、事業計画が「経営上及び航空保安上適切なもの」であることが免許基準とされており、これに飛行場周辺住民の個別的利益を保護する趣旨が含まれるものとは解し難いから、上記住民は、当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音により障害を受けることを理由として、その取消しを求める原告適格を有しない。

× 判例（最判平元. 2. 17／百選Ⅱ [第 7 版] [192]）は、「法が、定期航空運送事業免許の審査において、航空機の騒音による障害の防止の観点から、申請に係る事業計画が……『経営上及び航空保安上適切なもの』であるかどうかを、当該事業計画による使用飛行場周辺における当該事業計画に基づく航空機の航行による騒音障害の有無及び程度を考慮に入れたうえで判断すべきものとしているのは、単に飛行場周辺の環境上の利益を一般的公益として保護しようとするにとどまらず、飛行場周辺に居住する者が航空機の騒音によって著しい障害を受けないという利益をこれら個々人の個別的利益としても保護すべきとする趣旨を含むものと解することができるのである。したがって、新たに付与された定期航空運送事業免許に係る路線の使用飛行場の周辺に居住していて、当該免許に係る事業が行われる結果、当該飛行場を使用する各種航空機の騒音の程度、当該飛行場の一日の離着陸回数、離着陸の時間帯等からして、当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音によって社会通念上著しい障害を受けることとなる者は、当該免許の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当である」としている。よって、飛

行場周辺住民の個別的利益を保護する趣旨が含まれるものとは解し難いから、上記住民は、当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音により障害を受けることを理由として、その取消しを求める原告適格を有しないとする点で、本肢は誤っている。

令和3年予・第18問

- 31 自動車運転免許証の有効期間の更新処分は、申請を認容して利益を付する処分であり、更新によって交付される免許証が優良運転者である旨の記載のあるものか一般運転者である旨の記載のあるものかによって当該免許証の有効期間等に差異はないから、一般運転者として扱われ、優良運転者である旨の記載のない免許証を交付されて更新処分を受けた者が、自分は優良運転者に当たるとして当該更新処分の取消しを求める利益はない。

× 判例（最判平21.2.27）は、「道路交通法は、優良運転者の実績を賞揚し、優良な運転へと免許証保有者を誘導して交通事故の防止を図る目的で、優良運転者であることを免許証に記載して公に明らかにすることとともに、優良運転者に対し更新手続上の優遇措置を講じているのである。このことに、優良運転者の制度の上記沿革等を併せて考慮すれば、同法は、客観的に優良運転者の要件を満たす者に対しては優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して更新処分を行うということを、単なる事実上の措置にとどめず、その者の法律上の地位として保障するとの立法政策を、交通事故の防止を図るという制度の目的を全うするため、特に採用したものと解するのが相当である。……上記のとおり、客観的に優良運転者の要件を満たす者であれば優良運転者である旨の記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を有することが肯定される以上、一般運転者として扱われ上記記載のない免許証を交付されて免許証の更新処分を受けた者は、上記の法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため、同更新処分の取消しを求める訴えの利益を有する」としている。したがって、自分は優良運転者に当たるとして当該更新処分の取消しを求める利益はないとする点で、本肢は誤っている。

平成25年司・第30問

- 32 建築基準法に基づく建築確認は、それを受けなければ工事をすることができないという法的効果が付与されているものにすぎないが、建築確認が違法であるとして判決で取り消されれば、相当程度の確実さをもって、工事完了後、建築主事等において検査済証の交付を拒否することになるか、又は特定行政庁において違反是正命令を発すべきことになるのであるから、当該工事が完了した場合においても、その取消しを求める訴えの利益は失われない。

× 判例（最判昭59.10.26／百選Ⅱ〔第7版〕〔174〕）は、「建築確認は、……それを受

けなければ右工事をする事ができないという法的効果が付与されており、建築関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを目的としたものといえる。しかしながら、……建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない。したがって、建築確認は、それを受けなければ右工事をする事ができないという法的効果を付与されているにすぎないものといえるべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる」としている。よって、当該工事が完了した場合においても、その取消しを求める訴えの利益は失われまいとする点で、本肢は誤っている。

平成 28 年予・第 19 問

- 33 行政手続法により定められ公にされている処分基準において、先行処分を受けたことを理由として後行処分に係る量定を加重する定めがあっても、そのような量定の加重は先行処分の法的効果によるものとはいえないから、先行処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後は、当該処分の取消しを求める法律上の利益は消滅する。

× 判例（最判平 27.3.3/百選Ⅱ [第7版] [175]）は、「行政手続法 12 条 1 項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分に当たる処分を受けた者は、将来において上記後行の処分に当たる処分の対象となり得るときは、上記先行の処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当である」としている。よって、先行処分を受けたことを理由として後行処分に係る量定を加重する定めがあっても、そのような量定の加重は先行処分の法的効果によるものとはいえないから、先行処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後は、当該処分の取消しを求める法律上の利益は消滅するとする点で、本肢は誤っている。

令和 3 年予・第 19 問

- 34 本邦に在留する外国人が再入国許可申請に対する不許可処分を受けて、再入国許可を受けないまま出国した場合には、当該不許可処分が取り消されても当該外国人が従前の在留資格のままで再入国することを認める余地はないから、当該不許可処分の取消しを求める法律上の利益は消滅する。

- 判例（最判平10.4.10／百選Ⅱ〔第7版〕〔179〕）は、「本邦に在留する外国人が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格は消滅するところ、出入国管理及び難民認定法26条1項に基づく再入国の許可は、本邦に在留する外国人に対し、新たな在留資格を付与するものではなく、同人が有していた在留資格を出国にもかかわらず存続させ、右在留資格のまま本邦に再び入国することを認める処分であると解される。そうすると、再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合には、同人がそれまで有していた在留資格が消滅することにより、右不許可処分が取り消されても、同人に対して右在留資格のまま再入国することを認める余地はなくなるから、同人は、右不許可処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を失うに至るものと解すべきである」としている。よって、本肢は正しい。

令和3年予・第19問

- 35 処分の取消しの訴えにおいて、原告は、処分に関係する一切の違法を理由として取消しを求めることができる。

- × 取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることはできない（行訴法10Ⅰ）。したがって、一切の違法を理由として取消しを求めることができるとする点で、本肢は誤っている。

平成24年司・第33問、予・第20問

- 36 執行停止の申立てについては、裁判所は、一定の場合には、相手方の意見を聴かないで、執行停止を命ずる決定をすることができる。

- × 執行停止（行訴法25Ⅱ本文）の決定は、口頭弁論を経ないではあるが、あらかじめ当事者の意見をきかなければならない（同Ⅵただし書）。したがって、本肢は、一定の場合には、相手方の意見を聴かないで執行停止を命ずる決定をすることができる点で、誤っている。

平成23年司・第35問

- 37 処分の取消判決が確定した場合、処分行政庁は、判決の拘束力により当該処分を取り消さなければならない。

- × 取消訴訟の性質については争いがあるが、取消訴訟を形成訴訟と解する通説によれば、処分の取消判決が確定した場合には、行政庁による取消しを要せず、形成力によって、処分は遡及的に失効する。また、取消訴訟を確認訴訟と解する有力説によっても、適法要件（処分権限）を欠くことが確認された行政処分は、行政庁による取消し

を要せず、当初から違法・無効であることになる。したがって、処分を取り消さなければならぬとする点で、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 32 問, 予・第 19 問

38 法令に基づく許可の申請を却下した処分の取消しを求める訴えとその許可の義務付けを求める訴えが併合提起されている場合において、前者の処分の取消しの訴えにつき請求が棄却される場合には、後者の義務付けの訴えも請求が棄却される。

× 併合提起されている処分の取消しの訴えが認容されることは、申請型義務付け訴訟（行訴法 3 VI②）の訴訟要件であると解するのが判例（最判平23.10.14等）の考え方であるとされている。これは、行政事件訴訟法37条の3第1項2号が、当該処分が取り消されるべきであるときに限り義務付け訴訟を提起することができるという規定を置いている点を重視する解釈といえる。したがって、判例に照らすと、併合提起されている処分の取消しの訴えにつき請求が棄却される場合には、義務付けの訴えの請求は却下されることになる。よって、義務付けの訴えも請求が棄却されるとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 21 問

39 検察官が公訴を提起したが裁判で無罪が確定した場合、当該公訴提起は国家賠償法上違法の評価を受ける。

× 刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない（最判昭 53.10.20/百選Ⅱ〔第7版〕〔228〕）。したがって、本肢は誤っている。

平成 23 年司・第 36 問, 予・第 22 問

40 国家賠償法第1条第1項にいう「公権力の行使」には、公立学校における教師の教育活動も含まれる。

○ 判例（最判昭 62.2.6/百選Ⅱ〔第7版〕〔215〕）は、「国家賠償法1条1項にいう『公権力の行使』には、公立学校における教師の教育活動も含まれる」旨判示している。したがって、本肢は正しい。

平成 25 年予・第 22 問

41 国家賠償法第1条第1項にいう「その職務を行うについて」に当たるのは、公務員が権限行使の意思をもって行為をした場合に限られ、公務員が自己の利を図る意図をもって行為をした場合は、これに当たらない。

× 判例（最判昭 31. 11. 30／百選Ⅱ〔第7版〕〔229〕）は、「公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって、他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の權益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解すべきである」旨判示している。したがって、公務員が自己の利を図る意図をもって行為をした場合には、「職務を行うについて」に当たらないとする点で、本肢は誤っている。

平成 25 年予・第 22 問

42 公の営造物が通常有すべき安全性の有無は、当該営造物の本来の用法に従った使用を前提として判断されるものであり、設置管理者の通常予測し得ない異常な方法で営造物が使用された結果生じた損害については、設置管理者は賠償責任を負わない。

○ 判例（最判平 5. 3. 30／百選Ⅱ〔第7版〕〔240〕）は、「国家賠償法 2 条 1 項にいう『公の営造物の設置又は管理に瑕疵』があるとは、公の営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、右の安全性を欠くか否かの判断は、当該営造物の構造、本来の用法、場所的環境及び利用状況等諸般の状況を総合考慮して具体的、個別的に判断すべきであり、「通常有すべき安全性の有無は、この本来の用法に従った使用を前提とした上で、何らかの危険発生の可能性があるか否かによって決せられる」とした上で、「本来の用法に従えば安全である営造物について、これを設置管理者の通常予測し得ない異常な方法で使用しないという注意義務は、利用者である一般市民の側が負うのが当然」と判示している。そのため、営造物が通常予測し得ない異常な方法で使用された結果生じた損害については、設置管理者は損害賠償責任を負わない。したがって、本肢は正しい。

平成 25 年予・第 22 問

43 社会福祉法人 C の設置する児童養護施設に、児童福祉法に基づく D 県の措置により入所した児童が、施設の職員 E の養育監護上の過失によって、他の入所児童から暴行を受けて負傷した場合であって、E の養育監護行為が、国家賠償法第 1 条第 1 項の適用上、県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為とされるときには、E 個人が民法第 709 条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者である C も同法第 715 条に基づく損害賠償責任を負わない。

○ 判例（最判平 19. 1. 25／百選Ⅱ〔第7版〕〔232〕）は、「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を与えた場合には、国又は公共団体がその被害者に対し

て賠償の責めに任ずることとし、公務員個人は民事上の損害賠償責任を負わないこととしたものと解される」とした上で、「この趣旨からすれば、国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であっても、当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法 709 条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法 715 条に基づく損害賠償責任を負わない」旨判示している。したがって、本肢は正しい。

平成 26 年司・第 36 問、予・第 23 問

- 44 国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても、それらの一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為に当たるときには、国又は公共団体は、加害行為が不特定であることを理由に国家賠償法上の損害賠償責任を免れることはできない。

○ 判例（最判昭 57.4.1/百選Ⅱ[第7版] [230]）は、「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても、右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があったのでなければ右の被害が生ずることはなかったであろうと認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもって国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない」とした上で、「この法理が肯定されるのは、それらの一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為にあたる場合に限られ」る旨判示している。したがって、本肢のように、一連の行為を組成する各行為のいずれもが国又は同一の公共団体の公務員の職務上の行為に当たる場合には、上記法理が適用され、国又は公共団体は、加害行為が不特定であることを理由に国家賠償法上の損害賠償責任を免れることはできない。よって、本肢は正しい。

令和元年予・第 23 問

- 45 警察官が、交通法規等に違反して車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、逃走車両の走行により第三者が損害を被った場合、当該警察官の職務執行は、当該追跡が職務目的を遂行する上で必要なものであり、かつ、追跡の開始・継続及び追跡の方法が相当であったとしても、当該第三者に対する関係では違法なものとなる。

× 判例（最判昭 61. 2. 27／百選Ⅱ〔第7版〕〔216〕）は、「警察官が……交通法規等に違反して車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、逃走車両の走行により第三者が損害を被った場合において、右追跡行為が違法であるというためには、右追跡が当該職務目的を遂行する上で不必要であるか、又は逃走車両の逃走の態様及び道路交通状況等から予測される被害発生の具体的危険性の有無及び内容に照らし、追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要する」としている。よって、追跡が職務目的を遂行する上で必要なものであり、かつ、追跡の開始・継続及び追跡の方法が相当であったとしても、当該第三者に対する関係では違法なものとなる点で、本肢は誤っている。

令和2年予・第22問

46 国家賠償法第2条第1項の営造物の設置又は管理の瑕疵に基づく損害賠償責任は無過失責任であるから、結果発生の回避可能性がなかったとしても、国又は公共団体の責任は否定されない。

× 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる（国賠法2Ⅰ）。この営造物責任は、無過失責任と解されている。高知落石事件（最判昭45. 8. 20／百選Ⅱ〔第7版〕〔235〕）においても、最高裁判所は、「国家賠償法2条1項の営造物の設置または管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、これに基づく国および公共団体の賠償責任については、その過失の存在を必要としない」旨判示している。よって、本肢の前段は正しい。もっとも、同判例は、「本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は、いずれも正当として是認することができる」として、営造物責任がいわゆる結果責任を認めるものでないことを前提とする判示をしている。また、奈良県道赤色灯標柱事件（最判昭50. 6. 26）において、最高裁判所は、「道路の安全性に欠如があつたといわざるをえない」としながらも、時間的に遅滞なく道路を原状に復し、道路を安全良好な状態に保つことは不可能であったとして、道路管理の瑕疵を否定している。よって、結果発生の回避可能性がなかった場合、営造物責任が否定されることはあり得る。したがって、最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、結果発生の回避可能性がなかったとしても、国又は公共団体の責任は否定されないとする点で、本肢は誤っている。

平成25年司・第37問

47 未改修河川に要求される安全性は、財政的、技術的、社会的制約等の下で一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性を

もって足りるものとせざるを得ないから、道路の管理の場合とは、管理の瑕疵の有無についての判断基準もおおのずから異なる。

- 大東水害訴訟（最判昭59. 1. 26／百選Ⅱ〔第7版〕〔237〕）において、最高裁判所は、「河川は、本来自然発生的な公共用物であつて、……道路その他の营造物とは性質を異にし、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものである。したがつて、河川の管理は、道路の管理等とは異なり、本来的にかかる災害発生危険性をはらむ河川を対象として開始されるのが通常であつて、河川の通常備えるべき安全性の確保は、……治水事業を行うことによつて達成されていくことが当初から予定されている」旨判示した上で、この治水事業の実施には財政的制約・技術的制約・社会的制約があるほか、河川管理には道路の一時閉鎖のような簡易な危険回避手段もなく、「河川の管理には、以上のような諸制約が内在するため、……未改修河川又は改修の不十分な河川の安全性としては、右諸制約のもとで一般に施行されてきた治水事業による河川の改修、整備の過程に対応するいわば過渡的な安全性をもつて足りるものとせざるをえないのであつて、当初から通常予測される災害に対応する安全性を備えたものとして設置され公用開始される道路その他の营造物の管理の場合とは、その管理の瑕疵の有無についての判断の基準もおおのずから異なつたものとならざるをえない」旨判示している。したがつて、最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、本肢は正しい。

平成25年司・第37問

- 48 国家賠償法第2条第1項の营造物の設置又は管理の瑕疵とは、营造物が通常有すべき安全性を欠いている状態、すなわち、他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいうが、そこにいう危害は、营造物の利用者以外の第三者に対するものを含む。

- 空港騒音といわゆる機能的瑕疵が問題となった大阪空港訴訟（最大判昭 56. 12. 16／百選Ⅱ〔第7版〕〔241〕）において、最高裁判所は、「国家賠償法2条1項の营造物の設置又は管理の瑕疵とは、营造物が有すべき安全性を欠いている状態をいうのであるが、そこにいう安全性の欠如、すなわち、他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは、ひとり当該营造物を構成する物的施設自体に存する物理的、外形的な欠陥ないし不備によつて一般的に右のような危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず、その营造物が供用目的に沿つて利用されることとの関連において危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含み、また、その危害は、营造物の利用者に対してのみならず、利用者以外の第三者に対するそれをも含む」旨判示している。したがつて、最高裁判所の判例の趣旨に照らすと、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 37 問

49 憲法第29条第3項は「正当な補償」と規定しているだけで補償の時期については規定していないから、損失補償が私有財産の供与と交換的に同時履行されなくても、憲法に違反するものではない。

- 判例（最大判昭 24. 7. 13／百選Ⅱ [第7版] [249]）は、「憲法は『正当な補償』と規定しているだけであって、補償の時期についてはすこしも言明していないのであるから、補償が財産の供与と交換的に同時に履行さるべきことについては、憲法の保障するところではないと言わなければならない。もっとも、補償が財産の供与より甚しく遅れた場合には、遅延による損害をも填補する問題を生ずるであらうが、だからといって、憲法は補償の同時履行までをも保障したものと解することはできない」としている。よって、本肢は正しい。

令和3年予・第23問

50 土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によって当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復を図ることを目的とするものであるから、被収用者は、収用の前後を通じて被収用者の保持する財産価値を等しくさせるような補償を求めることができる。

- 判例（最判昭 48. 10. 18／百選Ⅱ [第7版] [250]）は、「土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によって当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償をなすべきであり、金銭をもって補償する場合には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要する」としている。よって、本肢は正しい。

令和3年予・第23問

第2問（記述式）

- 1 行政活動にはその根拠となる法律の存在が必要であるという原則
適用範囲：国民の自由・権利を権力的に制限ないし侵害するような行政活動に限り法律の根拠が必要（侵害留保説）
- 2 法規命令：行政権の定立する法規（国民の権利義務に関する一般的かつ抽象的規律）
※法規命令は委任命令と執行命令とに分類される
※立法行為の性質を有していることから、原則として法律の授權が必要である
行政規則：行政権の定立する一般的な定めで、法規たる性質を有しないもの
- 3 違法な行政行為であっても、当然無効の場合は別として、正当な権限を有する国家機関（＝処分庁、上級行政庁または裁判所）によって取り消されるまでは一応適法の推定を受け、行政行為の相手方はもちろん、第三者も他の国家機関も当該行為の効力を無視することができない効力
- 4 判断が裁量権の行使としてされたことを前提として、①判断が重要な事実の基礎を欠く場合、又は、②判断の内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合には、裁量権の逸脱・濫用として違法となる（小田急高架訴訟本案判決，最判平 18. 11. 2 参照）
- 5 行政行為として存在するにもかかわらず、正当な権限のある行政庁または裁判所の取消しを待たず（＝公定力・不可抗力は生じない）、はじめから行政行為の内容に適合する法律的效果がまったく生じない行為
原則として、①行為に内在する瑕疵が重要な法規違反であること（瑕疵の重大性）、②瑕疵の存在が外観上一見明白であること（瑕疵の明白性）の2要件を備えている場合、当該行政行為は無効となるが、処分の性質上、第三者の信頼を保護する必要があるような場合には例外的に明白性の要件がなくても無効が認められる（税務署長がした所得税の課税処分につき，最判昭 48. 4. 26 参照）
- 6 実体的要件として、①先行行為と後行行為とが相結合して同一目的の達成を目指し、これを完成するものであること、及び、手続的要件として、②先行行為の適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられていると評価できないことが満たされる場合には、例外的に違法性の承継を認める（最判平 21. 12. 17 参照）

- 7 ①相手方の同意がある場合
 ②相手方の責めに帰すべき事由による場合
 ③相手方の既得の利益を犠牲にしてもなお当該行為を取り消すだけの公益上の必要性がある場合（比較衡量の上、判断する）
- 8 【原則として補償は不要（最判昭49.2.5）】
 ∴使用許可によって与えられた使用权→行政財産本来の用途又は目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであるとの制約が内在している
 【例外的に補償が必要な場合（最判昭49.2.5）】
 行政財産についての撤回の必要性にかかわらず使用权者がなお当該使用权を保有する実質的理由を有すると認めるとに足りる特別の事情が存する場合には、例外的に補償を要する
 （例）使用料を支払っていたが未だ償却できていない段階における撤回や、使用許可に際し別段の定めがされている場合など
- 9 附款が行政行為の重要な要素でない場合、性質上可分である場合
- 10 国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される（最判平14.7.9）
 ∴当該訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象とはならない
- 11 換地処分等がされた段階では、實際上、既に工事等も進捗し、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
 →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言い難い
 →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

- 12 計画主体が特定の者に対し特定内容の活動をすることを促す個別具体的な勧奨を行い、勧奨を受けた者が当該計画の相当長期にわたる存続を信頼した場合
→社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、計画主体において損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむをえない客観的事情によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめる（最判昭 56. 1. 27）
- 13 建築主が行政指導に不協力・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（最判昭 60. 7. 16）
- 14 ①行政指導が違法であったとしても、私人はその取消しを求めて取消訴訟を提起することは原則として認められない（∵行政指導は非権力的な事実行為である）
②国家賠償法に基づく損害賠償請求を肯定（最判平 5. 2. 1）
（∵国家賠償法上の「公権力の行使」の概念は、行政事件訴訟法における「処分」よりも広く解釈され（広義説）、行政指導も「公権力の行使」に含まれる）
- 15 行政庁の恣意の抑制，被処分者の不服申立ての便宜
- 16 公権力の主体たる国又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あるい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（最判昭 39. 10. 29）
- 17 処分性を否定（最判昭 57. 7. 15）
∵反則金の納付の通告があっても，これにより通告を受けた者において通告に係る反則金を納付すべき法律上の義務が生ずるわけではなく，ただその者が任意に反則金を納付したときは公訴が提起されないというにとどまる（＝違反事実の有無について刑事訴訟で争うべきであり，通告によって被告者の法律上の地位は何ら影響を受けない）

- 18 「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害されまたは必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであるが、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益をもつばら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たる（最判平 4. 9. 22）
- 19 当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、当該処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求める訴えのほうにより直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合を意味する（判例）
- 20 ①「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」
→執行停止の要件である「重大な損害」（25Ⅱ）よりも要件が加重されている
②本案について理由があるとみえること（37の5Ⅰ）
→積極的要件であり、執行停止よりも要件が加重されている
- 21 公務員個人は被害者に対して直接責任を負わない（判例）
∴①国の側からの求償権が存在する（国賠法 1Ⅱ）
②故意・重過失の公務員以外は国から求償されず個人責任も負わない結果安心して公務に従事できる
③国家に責任を負わせることで被害者救済という目的は達成される
- 22 在外邦人選挙権訴訟（最大判平 17. 9. 14）
「国会議員の立法行為または立法不作為は、その立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受ける」
- 23 公の営造物が通常有すべき安全性を欠き、他人に危害を及ぼす危険性のある状態（判例）
→瑕疵が認められるか否かは、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して個別具体的に判断すべき（判例）

- 24 公法関係に私法関係が適用されるか否かは問題となる法律関係の性質を実定法に照らして個別具体的に決すべきであるとする考え方
- 25 租税関係における信義則の適用にあたっては以下の要件が不可欠であるとした
- ①税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したこと
 - ②納税者が①の表示を過失なく信頼したこと
 - ③納税者が②の信頼に基づいて過失なく行動したこと
 - ④後に①の表示に反する課税処分が行なわれ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったこと

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU23742