

『これ一冊だけで合格レベル到達本』 出版記念特別セミナー

民・行で絶対落としてはいけない

Aランク問題とは？

『これ一冊だけで合格レベル到達本』 抜粋レジュメ

リーダーズ総合研究所
主任講師

山田 斉明 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

4 行政立法

近10年で
8問出題

一番大事なこと

行政立法には、法規命令と行政規則の2種類があることを把握し、これらの意義を覚えることが重要です。

法規命令とは、行政機関の制定する、**行政主体と私人の関係の権利義務に関する一般**的規律です。**行政規則**とは、行政機関が定立する一般的な定めで、**国民の権利義務に関する法規**たる性質を有しないものです。

1 法規命令

(1) 意義・種類 07 08 11 15

法規命令とは、行政機関の制定する、行政主体と私人の関係の権利・義務に関する一般的規律。

ア 権限の所在に着目した分類

国の法規命令としては、内閣が制定する政令(憲法73条6号)、内閣府の長たる内閣総理大臣が制定する内閣府令(内閣府設置法7条3項)、各省大臣が定める省令(国家行政組織法12条1項)、会計検査院(会計検査院法38条)や人事院(国家公務員法16条1項)等の独立の機関が制定する規則等がある。

イ 法律との関係に着目した分類

委任命令と執行命令がある。委任命令とは、法律の委任により、私人の権利・義務の内容自体を定めるもの。執行命令とは、権利・義務の内容自体ではなく、その内容の実現のための手続を定めるものであり、法律の委任は必要ない。



**ワンポイント
アドバイス**

政令は内閣、内閣府令は内閣総理大臣、省令は各省大臣が制定するものであることを押さえておきましょう。

(2) 委任立法の限界 11

委任立法の限界には、①法律による行政の原理により、法律で定めるべき事項をすべて行政立法の定めにて委ねるような委任は許されない(白紙委任の禁止)という限界と、②委任を受けた行政機関は、法律の趣旨・目的に鑑みて委任の範囲を超えた行政立法をおこなうことは許されないという限界、の2つがある。

(3) 判例

ア 委任の方法に関する判例

■委任の方法に関する判例

最判平5・3・16	
事実	Xは、高等学校用教科書「新日本史」の新規検定および改訂検定の申請をおこなったが、文部大臣が不合格処分や条件付検定処分を行ったため、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	委任の方法
判旨	検定基準は、法律から明らかな要件を具体化したもの。そうだとすると、法律の委任を欠くとははいえない。
最判平24・12・7(宇治橋事件) 14	
事実	被告人Yは、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐として勤務する国家公務員(厚生労働事務員)であったが、日本共産党を支持する目的で、警視庁職員住宅の集合郵便受けに、同党の機関紙の号外を投函して配布したところ、これが国家公務員法110条1項19号、102条1項、人事院規則14-7(政治的行為)6項7号に当たるとして起訴された。Yは、国家公務員法102条1項による「政治的行為」の人事院規則への委任は、白紙委任であるから、本件罰則規定は憲法31条、41条、73条6号に違反するとして無罪を主張した。
争点	委任の方法
判旨	国家公務員法102条1項が人事院規則に委任しているのは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為の行為類型を規制の対象として具体的に定めることであるから、同項が懲戒処分の対象と刑罰の対象とで殊更に区別することなく規制の対象となる政治的行為の定めを人事院規則に委任しているからといって、憲法上禁止される白紙委任に当たらないことは明らかである。

みておく
過去問

国家公務員法が人事院規則に委任しているのは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為の行為類型を規制の対象として具体的に定めることであるから、国家公務員法が懲戒処分の対象と刑罰の対象とで殊更に区別することなく規制の対象となる政治的行為の定めを人事院規則に委任しているからといって、憲法上禁止される白紙委任に当たらない。

(14-9-9) ⇒○

イ 委任命令の内容の限界に関する判例

■ 委任命令の内容の限界に関する判例

最判平2・2・1	14
事実	Xは自己が保有するサーベルが銃砲刀剣類所持等取締法（銃刀法）14条1項の「美術品として価値のある刀剣類」にあたるとして登録を申請した。しかし、Y（東京都教育委員会）は、銃刀法14条5項の委任を受けた銃砲刀剣類登録規則4条2項が登録の対象となる刀剣類を日本刀に限るとしていることを理由として、Xの申請を拒否した。そこでXは登録申請拒否処分を取消しを求めて訴えを提起した。
争点	委任の範囲
判旨	規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、前記のとおり美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に適合するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、 法14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものといふべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものといふことはできない。
最判平3・7・9	
事実	拘留所に拘留されていたXは、当時10歳であった義理の姪との面会の許可を求めたが、拘留所長は旧監獄法施行規則120条に基づいて不許可処分とした。そこでXは当該不許可処分の取消し等を求めて訴えを提起した。
争点	委任の範囲
判旨	被拘留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障されるのであり、幼年者の心情の保護は元来その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄であることからすれば、法が一律に幼年者と被拘留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難である。そうすると、規則120条（および124条）は、原審のような限定的な解釈を施したとしても、なお法の容認する接見の自由を制限するものとして、法50条の委任の範囲を超えた無効のものというほかはない。
最判平14・1・31	14
事実	訴外Aを婚姻によらずに懐胎、出産したXは、児童扶養手当法施行令1条の2第3号（平成10年政令224号による改正前もの）の該当児童を監護する母として、Y知事から児童扶養手当の支給を受けた。その後、Aが父から認知されたことにより、同令1条の2第3号括弧書の「父から認知された児童を除く」に該当することとなり、XはYから児童扶養手当受給資格喪失処分を受けた。そこで、Xはその処分の取消しを求めて出訴した。
争点	委任の範囲
判旨	法が4条1項各号で規定する類型の児童は、生れ母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、 世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができたいと考えられる児童 、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父

みておく
過去問

文部省令が、登録の対象となる文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定めたことは、銃砲刀剣類所持等取締法の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものといふべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものといふことはできない。
(14-9-7)

⇒○

みておく
過去問

児童扶養手当法施行令が、父から認知された婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象とする児童の範囲から除外したことは、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したものと認められないので、児童扶養手当法の委任の範囲を逸脱した違法な規定と解することはできない。
(14-9-7)

⇒×

	が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を 支給対象児童として類型化しているものと解することができる 。そうすると、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある 婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。
	最大判平21・11・18
14	
事実	A町住民であるXらは、当時、非常勤の公務員（農業委員会委員）の職にあったXを代表者として、A町選挙管理委員会に対し、A町議会議員Yの解職請求の申請を行い、処分行政庁に対し、解職請求書に係る署名簿（以下「本件署名簿」という。）を提出し、受理された。しかし、処分行政庁は、地方自治法施行令が、公選法89条1項を議員の解職の投票に準用するに当たり、「公職の候補者」を「普通地方公共団体の議会の議員の解職請求代表者」と読み替え、かつ、同項ただし書（同項2号に関する部分を除く。）の準用を除外しており、本件各規定に準用するに当たり、 「公職の候補者」となることができる場合である」と否とを問わず、在職中、議員の解職請求代表者の資格はないとして、本件署名簿の署名をすべて無効とする旨の決定をした 。そこで、Xらが、上記決定に対し異議の申出をしたところ、処分行政庁は、異議の申出を棄却する決定をしたことから、Xらは異議申出棄却決定の取消しを求めて訴えを提起した。
争点	公務員が解職請求代表者となることを禁止している地方自治法施行令は地方自治法の委任の範囲を超えるか。
判旨	本件各規定は、地自法85条1項に基づき公選法89条1項本文を議員の解職請求代表者の資格について準用し、公務員について解職請求代表者となることを禁止している。これは、 地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって、その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効と解するのが相当である。
	最判平25・1・11
11	
事実	新薬事法の施行に伴って改正された新薬事法施行規則において、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売（以下、「郵便等販売」）は第3類医薬品に限って行うことができる旨およびそれ以外の医薬品の販売または情報提供はいずれも店舗において薬剤師等の専門家との対面により行わなければならない旨の規定が設けられた。原告らは、上記各規定は郵便等販売を広範に禁止するもので新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものであると主張して、上記各規定の無効確認・取消しおよび第1類・第2類医薬品につき郵便等販売をすることのできる地位の確認を求めた。
争点	委任の範囲
判旨	規則による規制は、一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品および第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止している。これに対し、法36条の5および36条の6は、いずれもその文理解

みておく
過去問

地方自治法施行令が、公職の候補者の資格に関する公職選挙法の定めを議員の解職請求代表者の資格について準用し、公務員について解職請求代表者となることを禁止していることは、地方自治法の委任に基づき政令の定めとして許される範囲を超えたものといえない。
(14-9-1)

⇒×

<p>は郵便等販売の規制ならびに店舗における販売、授与および情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れていない。また、法の他の規定中にも、対面販売を義務付けたり、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品および第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。そうすると、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度に応じて明確に読み取れると解するのは困難である。</p> <p>したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品および第二類医薬品について、①当該店舗において対面で販売させまたは授与させなければならない(159条の14第1項、2項本文)ものとし、②当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない(159条の15第1項1号、159条の17第1項、2号)ものとし、③郵便等販売をしてはならない(142条、15条の4第1項1号)ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。</p>

2 行政規則

(1) 意義・種類 07 12 15

行政規則とは、行政機関が成立する一般的な定めで、国民の権利・義務に係る法規たる性質を有しないもの。訓令・通達、要綱、告示、指令等があるが、政令や府令・省令の形をとる場合もある。

①組織に関する定め、②特別の関係を持つ者（公務員等）に関する定め、③各行政機関を名宛人とする、各行政機関の行動の基準に関する定め（解釈基準、裁量基準）、④補助金を交付する際に制定される交付規則や交付要綱等の給付規則、⑤行政の相手方に対する行政指導の基準を文言的に定めたもの（指導要綱）等に分類される。

(2) 行政規則の外部化現象

行政規則は、国民の権利・義務に係る法規たる性質を有しないのが原則なので、法律による授權を要しない。しかし、行政規則も一定程度で外部効果を有する。

(3) 通達 10 13

通達に関する判例

<p>最判昭 43・12・24 10</p>	<p>事案 墓地、埋葬等に関する法律 13 条は「墓地の管理者は埋葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない」と規定しているが、内閣法制局の部長が同法 13 条に関する解釈として出した「依頼者が他の宗教団体の信者であることのみを理由としてこの求めを拒むことは『正当の理由』によるものとはとうてい認められない」との回答に沿う解釈運用をする旨の通達を厚生省の部長が発した。そこで、墓地を経営するXは、当該通達の取消しを求めて訴えを提起した。</p>
<p>争点 墓地・埋葬等に関する通達</p>	<p>このような通達は行政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、このことは、通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大なかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない。このように、通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、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。また、裁判所がこれらの通達に拘束されることのないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあたっては、通達に示された法令の解釈とは異なる独自の解釈をすることができ、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる。</p>
<p>最判昭 33・3・28 12</p>	<p>事案 旧物品税法は課税対象物品の1つに「遊戯具」を挙げていたが、パチンコ球遊器については明記されておらず、物品税が課されていなかった。しかし、東京国税局長から「パチンコ球遊器は「遊戯具」にあたる旨の通達が発せられたため、Xらは物品税の賦課処分を受けることとなった。そこで、Xらは、当該処分の無効確認等を求めて訴えを提起した。</p>
<p>争点 パチンコ球遊器に関する通達</p>	<p>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い。</p>

みておく 過去問

従来課税の対象となっていなかった一定の物品について、課税の根拠となる法律所定の課税品目に当たるとする通達の発出により新たに課税の対象となることは、仮に通達の内容が根拠法律の解釈として正しいものであったとしても、租税法律主義及び信義誠実の原則に照らし、違法である。(12-8-5) ⇒×

ア 意義

通達とは、上級行政機関が下級行政機関の権限行使を指揮するために発する命令をいう（国家行政組織法 14 条 2 項参照）。

イ 通達の法的性格

- ①行政機関は法律の根拠なく発令・改廃できる。
- ②解釈基準としての通達は下級行政機関を拘束するが、一般の国民を拘束しない。(最判昭 43・12・24)
- ③国民との関係で原則として裁判規範とならない。

ワンポイント アドバイス

通達は、国民を拘束しませんが、ある処分だけが通達に反している場合、平等原則により違法となる余地があります。

④裁判所は通達と異なる解釈をすることができる。

(4) 裁量基準

ア 意義

裁量基準とは、いかなる場合にいかなる処分を行うかを行政法規が行政庁の判断にゆだねている場合において、当該裁量権の行使の仕方を含め定めるもの。

例 申請に対する処分についての審査基準（行政手続法5条1項・3項）、不利益処分についての処分基準（同法12条1項）など

イ 裁量基準の法的性格

裁量基準に従ってなされた処分は、原則適法。

→その際、①裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであること、②裁量基準が一般的に妥当な場合でも、特定のケースに機械的に適用するだけではかえって法律の趣旨・目的を損なう場合には裁量基準に従わないこと（個別審査義務）が必要。

ウ 裁量基準から逸脱した処分の効力 07 12

裁量基準は、行政規則であるから、内部的責任の問題はあるとしても、当然に違法とはならない（最大判昭53・10・4）。その処分が法に反しなければ適法。

∴裁量基準に従わなければならないとすると、裁量基準が法規命令と同じ効果を持つことになり、不合理だから。

例外的に、平等原則違反となる。また、裁量基準が公にされている場合には、裁量基準を逸脱したことが違法とされる余地は大きくなる。

∴処分の名宛人に対する不意打ちになり、不合理だから。

5 行政行為と裁量・行政行為の附款

近10年で
8問出題

一番大事なこと

行政裁量とは、立法者が法律の枠内で行政機関に認めた判断の余地のことであり、**裁量権の逸脱濫用**があれば、**違法**となります。

判例（最判昭53・5・26）は、個室付浴場の開設を阻止する目的でなされた児童遊園設置許可処分について、行政権の著しい濫用によるものとして違法としています。

1 行政行為

(1) 意義

行政行為とは、行政庁が、行政目的を実現するために法律によって認められた権能に基づいて、一方的に国民の権利義務その他の法的地位を具体的に決定する行為。

(2) 種類 07 14

行政行為の種類

名称	定義	具体例
下命	私人に一定の行為をする義務（作為義務）を課す行為	租税の賦課処分、違法建築物の除却命令
禁止	私人に一定の行為をしてはならない義務（不作為義務）を課す行為	営業停止命令、違法建築物の使用禁止
許可	すでに法令または行政行為によって課されている一般的禁止を、特定の場合に解除する行為	公衆浴場の営業許可、集団示威行進の許可
免除	すでに法令または行政行為によって課されている作為義務を、特定の場合に解除する行為	児童の就学義務の免除、納税猶予
特許	私人が生まれながらには有していない新たな権利その他法律上の地位ないし権利を特定人に付与する行為	道路占用許可、公有水面埋立免許
変更・剥奪行為	特許によりいったん与えた権利ないし法律上の地位を変更したり奪ったりする行為	占用許可の取消し・変更
認可	私人間で締結された契約、合同行為等の法律行為を補充してその法律上の効果を完成させる行為	農地の権利移転の許可、土地改良区の設立認可

代理		第三者のなすべき行為を行政主体が代わっておこない、当該第三者が自らおこなったのと同じ効果を生じさせる行為	当事者の協議が整わないときに行政庁が代わってする裁定(土地収用裁判等)
確認	準法律行為的行政行為	特定の実事または法律関係の存在について公の權威をもって判断する行為で、法律上、法律関係を確定する効果の認められるもの	当選人の決定、建築確認
公証		特定の実事または法律関係の存在を公に証明する行為のうち、法律により法律効果の発生が予定されているもの	選挙人名簿への登録、戸籍への記載
通知		特定人ないし不特定多数人に対し一定の事項を知らせる行為のうち、法律が一定の法律効果を付している場合のもの	納税の督促、事業認定の告示
受理		他人の行為を有効な行為として受け付ける行為で、これにより法律上一定の効果が発生するもの	不服申立ての受理

※法律行為的行政行為とは、行政庁の意思表示、すなわち行政庁が一定の法律効果の発生を欲する意思(効果意思)をもち、これを外部に表示する行為(表示行為)によって成立する行政行為のことである。一方、準法律行為的行政行為とは、行政庁の意思表示ではなく、それ以外の判断なり認識の表示に対し法律により一定の法的効果が結合されることによって行政行為とされるものである。法律行為的行政行為は、その内容の観点から命令的行為と形成的行為の2つに分類することができる。命令的行為とは、私人が生まれながらに有している活動の自由を制限を課して、一定の作為・不作為を命じたり、その義務を解除したりする行為のことである。形成的行為とは、私人が本来有していない権利、能力その他の法的地位を与えたり奪ったりする行為をいう。

2 行政裁量 09 10 11

(1) 意義

行政裁量とは、立法者が法律の枠内で行政機関に認めた判断の余地のこと。

■裁量と不確定概念についての判例

最判平 11・7・19 13	
事案	タクシー事業を営むXら(被上诉人)は、消費税増徴分として3%の運賃値上げをA(近畿運輸局長)に申請した。Aは、行政指導を1か月間継続した後に、同申請を受理し、申請却下処分をした。そこで、Xらは、Aは申請を直ちに受理し認可すべきであったにもかかわらず1か月間受理をせず、また、受理後4か月以上も処

**みておく
過去問**

道路運送法に基づく一般乗用旅客自動車運送事業(いわゆるタクシー事業)の許可について、その許可基準が抽象的、概括的なものであるとしても、判断に際して行政庁の専門技術的な知識経験や公益上の判断を必要としないことから、行政庁に裁量は認められない。(13-8-ウ) ⇒×

	分せず、しかも、違法な却下決定をしたとして、Y(国、上诉人)に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	裁量と不確定概念
判旨	同号の基準は抽象的、概括的なものであり、右基準に適合するか否かは、行政庁の専門技術的な知識経験と公益上の判断を必要とし、ある程度の裁量的要素があることを否定することはできない。

(2) 要件裁量と効果裁量の区別

■要件裁量と効果裁量の区別に関する判例

最大判昭 53・10・4 (マクレーン事件) 13 16	
事案	X(アメリカ合衆国国籍)が在留期間の更新の申請をしたところ、Y(法務大臣)は、Xが無届で転職したことおよび政治的活動をおこなったことなどを理由として更新不許可処分をした。そこで、Xは本件処分の取消しを求めて訴えを提起した。
争点	在留期間の更新と裁量審査
判旨	行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずることとなり、当然に違法となるものではない。
最判昭 52・12・20 (神戸税関事件) 12 16	
事案	Xら(神戸税関職員)は、職員に対する懲戒処分に対する抗議活動などにおいて指導的な役割を果たしていた。Y(神戸税関長)は、Xらのかかる活動は、国家公務員法 98 条 1 項・同 5 項および 101 条 1 項ならびに人事院規則 14-1 第 3 項に違反するとして、国家公務員法 82 条 1 号・同 3 号にもついで懲戒免職処分とした。そこで、Xらは、本件処分の無効確認および取消しを求めて訴えを提起した。
争点	公務員懲戒処分と裁量審査
判旨	懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されている。懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならない。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者との立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうかまた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、その結果と処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、それが社会観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。(16-9-5) ⇒○

**みておく
過去問**

裁判所が懲戒権者の裁量権の行使としてきた公務員に対する懲戒処分の適否を審査するに当たっては、懲戒権者との立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうかまた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、その結果と処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、それが社会観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。(16-9-5) ⇒○

ア 時の裁量

時の裁量とは、行政庁が行政行為をおこなう際に、いつおこなうかについて認められる裁量のことである。

道路法47条の規定に基づく車両制限令12条所定の道路管理者の認定は、車両の通行の禁止または制限を解除する性格を有する許可とは法的性格を異にし、基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するが、認定に当たって、具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量行使することが全く許容されないと解するのは相当でない(最判昭57・4・23)。

イ 手続の裁量 16

手続の裁量とは、行政過程における手続の選択について行政庁に認められる裁量のことである。

個人タクシー免許申請の審査手続において、多数の申請人のうちから少数特定の者を具体的個別的事実関係に基づき選択してその免許申請の許可をしようとするときには、道路運送法6条の規定の趣旨に沿う具体的審査基準を設定してこれを公正かつ合理的に適用すべきであり、この基準の内容が微妙、高度の認定を要するものである等の場合は、この基準の適用上必要とされる事項について聴聞その他適切な方法により申請人に対しその主張と証拠提出の機会を与えるべきであり、これに反する審査手続により免許申請を却下したときは、公正な手続によって免許申請の許可につき判断を受けるべき申請人の法的利益を侵害したもとして、却下処分は違法となる(最判昭46・10・28)。

(3) 裁量権の逸脱と濫用

裁量権の逸脱濫用があれば裁判所は審理判断し、違法と判断されれば取り消される(行政事件訴訟法30条)。

類型：重大な事実誤認、目的・動機違反、平等原則違反、比例原則違反

■裁量権の逸脱濫用に関する判例

最判昭48・9・14	
事案	Xは、小学校の校長に任命されたが、地方公務員法28条1項3号に基づきY(広島県教育委員会)から公立学校教員教諭に降任するとの分限処分を受けた。そこでXは、本件分限処分の取消しを求めて訴えを提起した。
争点	公務員分限処分と裁量審査
判旨	地方公務員法28条に基づく分限処分については、任命権者にある程度の裁量権は認められるけれども、もとよりその純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度の上記目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないのはもちろん、処分事由の有無の判断についても恣意にわたること

みておく
過去問

個人タクシー事業の免許に当たり、多数の申請人のうちから少数特定の者を具体的個別的事実関係に基づき選択してその免許申請の許可をしようとするときには、道路運送法6条の規定の趣旨に沿う具体的審査基準を設定してこれを公正かつ合理的に適用すべきであり、この基準の内容が高度の認定を要するものである等の場合は、基準の適用上必要とされる事項について聴聞その他適切な方法により申請人に対しその主張と証拠提出の機会を与えるべきであり、これに反する審査手続により免許申請を却下したときは、公正な手続によって免許申請の許可につき判断を受けるべき申請人の法的利益を侵害したもとして、当該却下処分は違法となる。(16-9-3) ⇒○

ワンポイント
ポイント

行政裁量が認められるか否かは、法律の要件該当性を形式的に判断できるかどうかで決まると考えよう。ざっくりいうと、大規模な事業であればあるほど形式的には判断できないから裁量が認められます。

	とを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものときは、裁量権の行使を誤った違法のものであることを免れない。
最判昭53・5・26	
事案	Xは個室付浴場を営むことを計画し、個室付浴用の建物の建築確認を得て建物完成させ、公衆浴場法上の許可を受けた。しかし、付近住民から反対運動が生じたため、行政当局は個室付浴場の開業を阻止するため、児童福祉施設である児童遊園を設置することを計画し、児童遊園設置認可の申請をし、知事が認可処分をした。その後、Xは個室付浴場の営業を開始したので、県公安委員会はXの営業が風俗営業等取締法4条の4第1項に違反しているとして、60日間の営業停止処分をした。そこでXは本件処分の取消し、営業停止期間経過後は国家賠償を求めて訴えを提起した。
争点	行政権の濫用
判旨	本件児童遊園設置認可処分は行政権の善い濫用によるものとして違法である。

(4) 判断過程審査

行政庁の判断過程の合理性を実体的な観点から踏まえて審査する方法

■判断過程審査に関する判例

最判平4・10・29 (伊方原発事件) 10 16	
事案	四国電力株式会社は、「核原料物質、核燃料物質および原子炉の規制に関する法律」23条に基づいて、Y(内閣総理大臣)に対し、原子炉設置の許可を申請し、原子炉設置の許可を受けた。これに対して、伊方町およびその周辺に居住する住民Xらは、Yに対して異議申立てをしたが棄却された。そこで、Xらは、原子炉の安全審査の実体および手続に違法があり、Xらの生命、身体、財産等が侵害される危険性があることを理由に、原子炉設置許可処分の取消訴訟を提起した。
争点	専門技術的判断と裁判所の審査
判旨	右の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、原子力委員会もしくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議およ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る。
最判平8・3・8 12 16	
事案	Xは「エホバの証人」の信者であり、保健体育の必修科目である剣道実技への参加は宗教的信条と相容れないとして代替措置を申し入れたが、Y(校長)は代替措置をとならなかった。Xは、剣道の授業において実技には参加せず、授業後に剣道に関するレポートの提出を試みたが拒否された。Xは体育の成績を認定せずYによる原級留置処分がなされ、次年度も同様の状況のために再び原級留置処分がなされ、それをもとにYは退学処分をおこなった。そこで、Xは原級留置処分、退学処分について取消訴訟を提起す

	るとともに執行停止を申し立てた。
争点	学生に対する措置と裁量審査
判旨	高等専門学校校長が学生に対し原級留置処分または退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立つて当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くまたは社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超えまたは裁量権を濫用してされたものと認められる場合に限り、違法であるが、退学処分の要件の認定につき他の処分を選択し比較して特に慎重な配慮を要するものである。また、原級留置処分が2回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求される。退学処分をしたという告人の措置は裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。
最判平	18・2・7 (呉市公立学校施設使用不許可事件) 12
事案	X (広島県教職員組合)は、県教育研究会をおこなうため、呉市教育委員会に対して呉市立A中学校の学校施設の使用許可を申請したが、市教育委員会はこれを不許可とした。その理由は、右翼団体の妨害活動によりA中学校および周辺地域に混乱が生じ、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予測されるため、呉市立学校施設使用規則5条1号、3号に定める不許可事由に該当する、というものであった。Xは、本件不許可処分は違法であるとして、国家賠償法1条1項に基づきY (呉市)に対して損害賠償を求める訴えを提起した。
争点	公立学校施設の目的外使用不許可処分と司法審査
判旨	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およ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。その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、または社会観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、裁量権の逸脱または濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。本件不許可処分は、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会観念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえることができる。

みておく 過去問

学生が信仰上の理由に反した剣道実技の履修拒否について、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が可能というわけでもないに、代替措置について何ら検討することもなく原級留置処分をし、さらに、退学処分をした公立高等専門学校校長の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当性を欠く処分をしたものであり、原級留置処分と退学処分は裁量権の範囲を超える違法なものとなる。(16-9-2) ⇒○

最判平	18・11・2 (小田急高架訴訟本案判決) 09
事案	Xら(周辺住民)は、建設大臣の事務承継者である整備局長Yに対して、鉄道の高架化事業実施のための都市計画事業認可および関連付属街路事業認可の取消訴訟を提起した。
争点	騒音問題と都市計画事業の適法性
判旨	都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、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るといわざるを得ない。そうすると、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ゆだねられているというべきであって当該決定また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と誤認があったこと等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、または、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観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またはこれを濫用したもとして違法となる。本件の都市計画決定は、都市計画法等の要請に反するものではなく、飲通騒音に対して十分な考慮を欠くものであったということもできない。

みておく 過去問

計画策定権者に広範な裁量認められるのが行政計画の特徴であるので、裁判所による計画裁量の統制は、重大な事実認識の有無の審査に限られる。(09-8-3) ⇒×

(5) 不作為の違法

ある状況下では裁量権が収縮し、裁量権がゼロになると作為義務が生じることになること、あるいは行政庁の不作為が著しく不合理な場合には裁量権の逸脱・濫用になることなどを理由に、行政行為の不作為の違法性が認められる場合がある(最判平元・11・24)。

3 行政行為の附款

(1) 意義

附款とは、許認可等の法的効果について法律で規定された事項以外の内容を付加したものを。

(2) 種類 12 14

附款の種類には、条件、期限、負担、撤回権の留保がある。

ア 条件

条件とは、行政行為の効力の発生・消滅を将来の発生不確定な事実にかからしめる附款。停止条件と解除条件がある。

イ 期限

期限とは、行政行為の効力の発生・消滅を将来の発生確定な事実にかからしめる附款。期限には始期と終期がある(最判昭38・4・2)。



ワンポイント
アドバイス

条件と負担の違いは、効力要件であるか否かです。負担は効力要件ではありません。

ウ 負担

負担とは、法令に規定されている義務以外の義務（作為・不作為）を付加する附款である。負担を付すためには法律の根拠が必要となる。

負担に対する違反は、行政行為の効力に影響を及ぼさない。ただし、負担義務違反が行政行為の撤回事由とされることはありうる。

エ 撤回権の留保

撤回権の留保とは、行政行為をするにあたって、将来撤回することがあることをあらかじめ宣言しておくことを内容とする附款である。

撤回権の留保が付されている行政行為でも、法令の解釈によって撤回が認められない場合には、撤回することは許されない。一方、撤回権の留保がない場合でも、法令で認められる撤回の要件を充たしている場合には撤回することは可能である。

(3) 限界

法律に附款を付することができる旨の規定がある場合か、法律が当該行政行為について行政庁に認めた裁量の範囲内になければ附款を付すことはできない。附款を付すことが許される場合でも、いかなる附款を付してもよいわけではない。必要以上の義務を課す附款、法律の目的の範囲外の附款は許されない。

(4) 附款に瑕疵がある場合の効果

附款に瑕疵がある場合、附款部分だけの取消訴訟などを提起できる。附款部分と本体の行政行為が不可分一体の場合は、附款部分のみの取消訴訟などは許されない。この場合は、行政行為全体について瑕疵を争う。

18 行政指導

近10年で
6問出題

一番大事なこと

行政指導は「あくまでも**相手方の任意の協力**によってのみ実現されるもの」でなければなりません（行政手続法32条1項）。このような行政指導の性格から、申請者が行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず行政指導を継続すること等により、申請者の権利行使を妨げるようなことをしてはなりません（同法33条）。

行政指導に応じられないとの意思を明確に表明している者の建築確認申請に対して、行政指導継続中であることを理由に建築確認を留保した事案について、判例（最判昭60・7・16）は違法であるとしています。

行政手続法

第32条（行政指導の一般原則） 10

1 行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも**相手方の任意の協力**によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない。

2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。

第33条（申請に関連する行政指導） 10

申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。

第34条（許認可等の権限に関連する行政指導） 08

許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、**当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。**

第35条（行政指導の方式） 16

1 行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない。

2 行政指導に携わる者は、当該行政指導をする際に、行政機関が許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すときは、その相手方に対して、次に掲げる事項を示さなければならない。

- ① 当該権限を行使し得る根拠となる法令の条項
- ② 前号の条項に規定する要件
- ③ 当該権限の行使が前号の要件に適合する理由

みておく 過去問

行政指導に携わる者は、行政主体への負担金の納付を求める行政指導に相手方が同意したにもかかわらず、納期限までに当該納付がなされないときは、その実効性を確保するために、国税または地方税の滞納処分と同様の徴収手続を執ることができる。（10-13-3）
⇒×

みておく 過去問

申請拒否処分が許されない場合において、それをないうとして申請の取下げを求める行政指導は、違法な行政指導である。（08-12-5）
⇒○

3 行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前二項に規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない。

4 前項の規定は、次に掲げる行政指導については、適用しない。

- ① 相手方に対しその場において完了する行為を求めるもの
- ② 既に文書（前項の書面を含む。）又は電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によりその相手方に通知されている事項と同一の内容を求めるもの

第36条（複数の者を対象とする行政指導） 10

同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。

第36条の2（行政指導の中止等の求め） 16

1 法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと判断するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。ただし、当該行政指導がその相手方についてき明その他意見陳述のための手続を経てされたものであるときは、この限りでない。

2 前項の申出は、次に掲げる事項を記載した申出書を提出してしなければならない。

- ① 申出をする者の氏名又は名称及び住所又は居所
- ② 当該行政指導の内容
- ③ 当該行政指導がその根拠とする法律の条項
- ④ 前号の条項に規定する要件
- ⑤ 当該行政指導が前号の要件に適合しないと判断する理由
- ⑥ その他参考となる事項

3 当該行政機関は、第1項の規定による申出があったときは、必要な調査を行い、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと認めるときは、当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。

第36条の3 16

1 何人も、法令に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分又は行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）がされていないと判断するときは、当該処分をする権限を有する行政庁又は当該行政指導をする権限を有する行政機関に対し、その旨を申し出て、当該処分又は行政指導をすることを求めることができる。

2 前項の申出は、次に掲げる事項を記載した申出書を提出してなければならない。

- ① 申出をする者の氏名又は名称及び住所又は居所
- ② 法令に違反する事実の内容
- ③ 当該処分又は行政指導の内容
- ④ 当該処分又は行政指導の根拠となる法令の条項
- ⑤ 当該処分又は行政指導がされるべきであると判断する理由
- ⑥ その他参考となる事項

3 当該行政庁又は行政機関は、第1項の規定による申出があったときは、必要な調査を行い、その結果に基づき必要があると認めるときは、当該処分又は行政指導をしなければならない。

1 行政指導の種類（規制的行政指導、助成的行政指導、調整的行政指導）

規制的行政指導とは、行政の相手方たる私企業等の活動を規制する目的で行うもの。

助成的行政指導とは、私人に対して情報を提供し、もって私人の活動を助成しようとするもの。

調整的行政指導とは、私人間の紛争の解決のための手法として用いられるもの。

2 法的根拠の要否 07

行政指導は事実行為であり、相手方に対して直接の権利義務の変動をもたらす法的効果を有するものでもないので、侵害留保の原則によれば、行政指導には法律の根拠は不要（最判昭 60・7・16）。

36条にいう行政指導指針を定める方法については、規定がなく、通達により定めることも許される。法令上に根拠規定のない行政指導も、行政手続法の適用を受ける。

3 行政指導の限界 07 10

(1) 法令の趣旨・目的違反

制定法の趣旨・目的に抵触するような行政指導は許されない（最判昭 59・2・24）。

(2) 法の一般原則違反

制定法以外にも、法の一般原則である平等原則・比例原則、禁反言ないし信頼保護の法理等が行政指導にも及び（最判昭 56・1・27）。

4 行政指導の救済制度

(1) 取消訴訟の可否

行政指導が違法でも、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、直接の法的効果を持たないので、行政事件訴訟法3条2項に定める「行政庁の処分」にあたらない
→行政指導であっても処分性を肯定した判例(最判平17・7・15)

(2) 損害賠償請求の可否

ア 行政指導に従ったことに基づく損害 07

行政指導自体の取消しを求めなくても、行政指導によって損害が生じているのであれば、それについて損害賠償等を請求することが可能(最判平5・2・18, 最判平22・4・20)。

イ 行政指導継続中の処分留保の違法性

申請があった場合に、行政庁が行政指導を継続して申請に対する処分を留保したという場合は、処分の留保の違法を理由とする損害賠償請求訴訟、不作為の違法確認訴訟、もしくは処分の義務付け訴訟等を提起できる(最判昭60・7・16)。

(3) 平成26年行政手続法改正(平成27年4月1日施行) 16

法律に基づく行政指導を受けた事業者が、行政指導が法律の要件に適合しないと思う場合に、行政指導の中止を求めることが認められた(36条の2)。また、従来、国民が、法律違反をしている事実を発見した場合に行政に対して適正な権限行使を促すための手段は設けられていなかったが、認められることとなった(36条の3)。

行政指導に関する判例

最判平 17・7・15 12 16	
事案	Xは、Y(県知事)に対して、病院開設許可申請をおこなったが、Yは開設を中止するよう医療法30条の7に基づく勧告をした。Xは、勧告を拒否したため、YはXに対し、開設許可処分をした。その際、厚生部長名で、「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には、厚生省通知において、保健医療機関の指定を拒否することとされている」という趣旨が記載(通告部分)された文書を送付した。そこで、Xは、本件勧告、本件通告部分の取消訴訟を提起した。
争点	病院開設中止勧告の処分性
判旨	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、

**ワンポイント
アドバイス**

行政指導は法的効果のない非権力的事実行為です。原則として処分性は認められませんが、関連する許認可との関連で例外的に処分性が認められることもある点に注意しましょう。

**みておく
過去問**

医療法の規定に基づき都道府県知事が行う病院開設中止の勧告は、行政処分に該当しない。(12-18-1) →×

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、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およ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、**本件勧告は、行政事件訴訟法3条2項の「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。**

最判昭 60・7・16 (品川区マンション事件) 15	
事案	Xはマンション建設のため建築確認申請をしたところ、Y(東京都)の紛争調整担当職員は、Xに対し建築に反対する付近住民との円満解決を指導した。Xは指導に積極的に協力したが、解決に至らなかった。そこで、Xは、確認処分留保を背景とするYの行政指導には服さないとして、建築審査会に本件確認申請に対する不作為の違法を理由として審査請求をした。しかし、その後もXと付近住民の話し合いは継続され、結局、Xは金銭補償によって住民との間の紛争を解決し、審査請求を取り下げ、Yの建築主事は本件申請についての建築確認処分をした。Xは、審査が終了しているにもかかわらず付近住民との話し合いを権力的、強制的に行政指導し、その期間建築確認処分を留保するのは違法であるとして、Yに対して国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	行政指導継続中の建築確認の留保
判旨	確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない筋合いのものであるといわなければならない。建築主が右のような行政指導に不協力・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、違法であると解するのが相当である。建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となる。
最決平元・11・8 16	
事案	東京都武蔵野市では、「宅地開発等に関する指導要綱」を制定し、事業主は「日照の影響について付近住民の同意を得ること」等を定め、要綱に従わない事業者に対して、市は上下水道費が必要な施設その他必要な協力を行わないことがあるとして指導の実効性を担保する措置を設けていた。ところが、A建設は、指導要綱の順守の要求にもかかわらず、日照被害を受ける住民の同意を得ない

	ままマンション建設に着手した。そこで市長Yは、A建設の給水契約の申込みに対して、指導要綱が順守されていないので申込書は受理できないと回答し、給水を保留した。そのため、水道事業管理者である市長が、正当の理由なく給水契約の締結を拒んだとして、水道法違反に問われた。
争点	宅地開発指導要綱に基づく給水拒否
判旨	Yらが本件マンションを建設中のA建設およびその購入者から提出された給水契約の申込書を受領することを拒絶した時期には、既に、A建設は、武蔵野市の宅地開発に関する指導要綱に基づく行政指導には従わない意思を明確に表明し、マンションの購入者も、入居に当たり給水を現実必要としていたというのである。そうすると、原判決が、このような時期に至ったときは、水道法上給水契約の締結を義務づけられている水道事業者としては、たとえ右の指導要綱を事業主に順守させるため行政指導を継続する必要があったとしても、これを理由として事業主らとの給水契約の締結を保留することは許されないというべきであるから、これを保留した被告人らの行為は、給水契約の締結を拒んだ行為に当たると判断したのは、是認することができる。また、水道事業者としては、たとえ指導要綱に従わない事業主らからの給水契約の申込であっても、その締結を拒むことは許されないというべきであるから、被告人らには本件給水契約の締結を拒む正当の理由がなかったと判断した点も、是認することができる。
裁判平5・2・18	
事案	武蔵野市は、「武蔵野市宅地開発等に関する指導要領」において、事業主は所定の行政指導を受けるとともに、「寄付額」を提出して教育施設負担金を納付することとしていた。武蔵野市は違反者に対して制裁として実際に上下水道の利用を拒否するなどの姿勢で臨んでいた。Xは制裁を恐れ寄付金を納付したが、寄付が強迫にあたるものであるとして意思表示の取り消しを主張し、支払い済みの負担金相当額の返還を求めた。
争点	行政指導による負担金の支払
判旨	武蔵野市がXに対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為は、武蔵野市の担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、Xに対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結および下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、Xに教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものといえる。指導要綱に基づく行政指導が武蔵野市民の生活環境をいわゆる乱開発から守ることを目的とするものであり、多くの武蔵野市民の支持を受けていたこと等を考慮しても、右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない。

22 審査請求

近10年で
10問出題

一番大事なこと

審査請求は、行政庁の処分および行政庁の不作为に対して行うことができます（行政不服審査法2条、3条）。

審査請求期間は、正当な理由がある場合を除いて、**処分があった日の翌日から起算して1年**、**処分があったことを知った日の翌日から起算して3月以内**（同法18条）です。行政事件訴訟法14条は取消訴訟の出訴期間について、正当な理由がある場合を除いて、処分または判決の日から1年を経過したとき（同条2項）、処分または判決があったことを知った日から6箇月（同条1項）以内と規定しているので、対比させて覚えておくのと良いでしょう。

1 審査請求期間

■行政不服審査法

第18条（審査請求期間）

- 1 処分についての審査請求は、**処分があったことを知った日の翌日から起算して3月**（当該処分について再調査の請求をしたときは、当該再調査の請求についての決定があったことを知った日の翌日から起算して1月）を経過したときは、することができない。ただし、**正当な理由**があるときは、この限りでない。
- 2 処分についての審査請求は、**処分**（当該処分について再調査の請求をしたときは、当該再調査の請求についての決定）が**あった日の翌日から起算して1年**を経過したときは、することができない。ただし、**正当な理由**があるときは、この限りでない。



**ワンポイント
アドバイス**

審査請求期間は、処分があった日を知らなかった日から3月です。改正前の60日より延長されました。

(1) 平成26年改正

平成26年改正により、審査請求の期間は「処分があった日の翌日から起算して3月」とされ、また同項ただし書は「**正当な理由**」がある場合に不服申立期間の例外を認めることとされた。旧法14条1項本文は「処分があった日の翌日から起算して60日」とし、同項ただし書は「やむをえない理由」がある場合に期間の例外を認めていた。

なお、**不作为**についての審査請求には、**審査請求期間の制限は存在しない**。

行政事件訴訟法14条1項が取消訴訟の出訴期間を「処分又は判決があったことを知った日から6箇月」と定めていることと比較すれば、その延長の程度は制限的である。不服申立機会の拡充による不服申立人の権利救済のためには不服申立期間の延長は必要であるものの、不服申立ては訴訟提起と比較して準備が少なく済み、ま

みておく
過去問

取消訴訟の出訴期間は、処分の相手方が処分があったことを知った日から6か月であるが、審査請求期間は3か月となっている。
(06-16-3)

⇒ x

た、不服申立期間を無用に長期化することは処分の効力の早期安定を損なうおそれがあり、さらに、無用の長期化は証拠の散逸による正確な事実認定を困難とする危険もあることが考慮された。

(2) 「処分があったことを知った日」(1項本文) 11

ア 「処分があった」

処分があったといえるためには、処分の効力が発生していることが前提となるから、**原則として処分が名実て人に到達していることが必要**となる。

イ 「知った日」

処分がなされたことを**現実**に知った日をいう。判例は、処分がなされたことを**現実**に知った日を「知った日」としながら、**一定の場合、現実**に知った状態だけでなく「知った」と推定できるとしている(最判昭27・11・20)。

→都市計画事業のように、処分が個別の通知ではなく**告示**により多数の関係権利者等に画一的に告知される場合には、「**処分があったことを知った日**」は**告示があった日**をいう(最判平14・10・24)。処分の名宛人以外の第三者の場合は、**第三者が処分があったことを知したものと推認することができる日**を、「**処分があったことを知った日**」とする(最判平5・12・17)。

(3) 「正当な理由」(1項ただし書)

「正当な理由」があるときには、主観的審査請求期間の例外が認められる。「正当な理由」とは、**不服申立てをすることができないと認められる客観的状況**(災害など)がある場合に限らず、**審査請求期間が告示されなかった場合および誤って長期の審査請求期間が告示された場合であって、審査請求人が他の方法で正しい審査請求期間を知ることができなかったような場合**を含む。

(4) 「正当な理由」(2項ただし書)

「正当な理由」があるときには、客観的審査請求期間の例外が認められる。「正当な理由」には、本人の個人的な都合は含まれない。また、客観的審査請求期間の例外を認める規定であるから、「正当な理由」にあたる場合はそれほど多くないとされている。

2 誤った教示をした場合の救済制度 14

■行政不服審査法

第22条 (誤った教示をした場合の救済)

- 1 審査請求をすることができる処分につき、処分庁が誤って**審査請求をすべき行政庁でない行政庁を審査請求をすべき行政庁として教示した場合**において、その教示された行政庁に書面で審査請求がされたときは、当該行政庁は、速やかに、審査請求書を処分庁又は審査庁となるべき行政庁に送付し、かつ、その旨を審査請求人に通知しなければならない。
- 2 前項の規定により処分庁に審査請求書が送付されたときは、処分庁は、速やかに、これを審査庁となるべき行政庁に送付し、かつ、その旨を審査請求人に通知しなければならない。
- 3～4 (略)
- 5 前各項の規定により**審査請求書又は再調査の請求書若しくは再調査の請求録取書が審査庁となるべき行政庁に送付されたときは、初めから審査庁となるべき行政庁に審査請求がされたものとみなす。**

3 審査請求書の補正

■行政不服審査法

第23条 (審査請求書の補正)

審査請求書が第19条の規定に違反する場合には、審査庁は、**相当の期間**を定め、その期間内に**不備を補正**すべきことを命じなければならない。

第24条 (審理手続を経ないでする却下裁決)

- 1 前条の場合において、審査請求人が**同条の期間内に不備を補正しないときは**、審査庁は、次節に規定する**審理手続を経ないで**、第45条第1項又は第49条第1項の規定に基づき、**裁決で、当該審査請求を却下**することができる。
- 2 **審査請求が不適法であって補正することができないことが明らか**なときも、前項と同様とする。

不服申立てが要件を充たさない場合に、直ちに申立てを却下すべきかどうかは、立法政策上考慮を要するところである。行政不服審査法はこの点に関し、補正という制度を定め、補正命令をすることなく却下した裁決・決定は違法であるとした。

審査請求が不適法であるときは、審査庁がこれをすぐに却下するというのでは、国民の権利救済という観点から不服審査制度を設けた意義が著しく減じられることになるため、**審査庁に補正命令を義務付けることで、補正があればこれを適法な審査請求と認めて救済を図るものである。**

行政手続法において、申請がその要件を欠く場合、行政庁に、補正を求めるか申請が不合法として拒否処分をするかの選択が認められている（行政手続法7条）のと異なる。

補正命令に応じて申立書が是正されたときは、最初から適法な不服申立てであったことになる。

4 審理原則と手続上の権利

(1) 書面審理主義 08 11 12 13 15

行政不服審査法は、審理の簡易迅速性の確保と審理機関の事情を考慮して、**書面審理主義**を原則とする（旧法 25 条 1 項本文の規定は削除されたが、書面審理主義の変更ではない）。一方で、書面主義による欠陥を補うべく、**審査請求人または参加人の申立てがあったときは、審査庁は申立人に口頭で意見を述べる機会を与えなければならない（義務）**とする（31 条 1 項本文）。

書面審理主義を念頭に置いた手続として、弁明書と反論書についての定めが設けられている（29 条、30 条）。

(2) 職権主義

審査庁が**職権により証拠資料を収集し、その採否を決定する。**

（具体例）

- ① 職権により、適当と認める者を参考人として陳述させることができる（34 条）
- ② 書類その他の物件の所持人に対し、その物件の提出を求め、かつ、その提出された物件を留め置くことができる（33 条）
- ③ 必要な場所につき、検証することができる（35 条）
- ④ 審査請求人に質問することができる（36 条）

なお、職権探知主義まで認められるかについては、訴願（現行法でいう行政不服審査）においては当事者の対立弁論により攻撃防御方法を尽くす途が開かれているわけではないため、弁論主義は適用されず、訴願庁がその裁決をなすにあたって職権を以てその基礎となすべき事実を探知できる（最判昭 29・10・14 参照）とする判例がある。

(3) 審査請求人の手続上の権利

- ① **口頭陳述の機会**が権利として与えられる（31 条）。
- ② 送付された弁明書に対する**反論書**を提出できる（30 条 1 項）。
- ③ 審理員に対し、所持人から提出された書類その他の物件の**閲覧**を求めることができる（38 条 1 項）。
- ④ 自ら**証拠物を提出**することができる（32 条 1 項）、また、**審査庁**

みておく 過去問

審査請求の審理は、書面によるのが原則であるが、申立人の申立てがあった場合には、審査庁は、申立人に口頭で意見を述べる機会を与えなければならない。（15-15-1） →○

の証拠調手続の発動を促す各種の申立てをすることができる（33 条～36 条）。

⑤ **検証に立ち会う**ことができる（35 条 2 項）。

(4) 参加人の手続上の権利

- ① **利害関係人は、審理員の許可を得て**、参加人として当該審査請求に参加することができる（13 条 1 項）。
→審理員は、**必要があると認める場合には**、利害関係人に対し、当該審査請求に参加することを求めることができる（同条 2 項）。
- ② **審査請求人に与えられた手続上の権利は、反論書の提出を除き、参加人も認められる**（31 条～36 条、38 条）。なお、参加人には、**意見書の提出が認められている**（30 条 2 項）。

5 審理員

■行政不服審査法

第 9 条（審理員） 16

1 第 4 条又は他の法律若しくは条例の規定により審査請求がされた行政庁（第 14 条の規定により引継ぎを受けた行政庁を含む。以下「**審査庁**」という。）は、**審査庁に所属する職員**（第 17 条に規定する名簿を作成した場合にあっては、当該名簿に記載されている者）のうちから第 3 節に規定する審理手続（この節に規定する手続を含む。）を行う者を**指名**するとともに、その旨を**審査請求人及び処分庁等**（審査庁以外の処分庁等に限る。）に**通知**しなければならない。ただし、次の各号のいずれかに掲げる機関が審査庁である場合若しくは条例に基づく処分について条例に特別の定めがある場合又は第 24 条の規定により当該審査請求を却下する場合は、この限りでない。

- ①～③（略）
- 2 審査庁が前項の規定により指名する者は、**次に掲げる者以外のもでなければならない。**
 - ① **審査請求に係る処分若しくは当該処分に係る再調査の請求についての決定に関与した者又は審査請求に係る不作為に係る処分に関与し、若しくは関与することとなる者**
 - ② **審査請求人**
 - ③ 審査請求人の配偶者、四親等内の親族又は同居の親族
 - ④ 審査請求人の代理人
 - ⑤ 前 2 号に掲げる者であった者
 - ⑥ 審査請求人の後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人
 - ⑦ 第 13 条第 1 項に規定する**利害関係人**

3～4（略）

第 28 条（審理手続の計画的進行）

審査請求人、参加人及び処分庁等（以下「**審理関係人**」という。）

並びに審理員は、簡易迅速かつ公正な審理の実現のため、審理において、相互に協力するとともに、審理手続の計画的な進行を図らなければならない。

第40条（審理員による執行停止の意見書の提出）

審理員は、必要があると認める場合には、審査庁に対し、執行停止をすべき旨の意見書を提出することができる。

第42条（審理員意見書） 16

- 1 審理員は、審理手続を終結したときは、遅滞なく、審査庁がすべき裁判に関する意見書（以下「審理員意見書」という。）を作成しなければならない。
- 2 審理員は、審理員意見書を作成したときは、速やかに、これを事件記録とともに、審査庁に提出しなければならない。

審理員は、平成26年改正により導入され、審査請求の審理手続を主宰する。審理員制度は、判断の中立性・公正性を担保するために設けられたものである。

9条1項は、審理員は、審査庁に所属する職員の中から審査庁が指名すると定め、審理員の資格要件は9条2項が定める。審査請求に係る処分等に関与した者等や、審査請求人、審査請求人と一定の関係にある者、当該処分につき利害関係を有する利害関係人は、審理員になることができない（9条2項）。そして、指名された審理員は審査請求人および処分庁などに対して通知される（9条1項）。

審理員は、審理手続を終結したときは、遅滞なく、審査庁がすべき裁判に関する意見書を作成し、速やかに提出することが義務付けられている（42条2項）。

9条1項ただし書は、審理員制度の適用除外について規定している。9条1項各号に掲げる機関が審査庁の場合、判断の中立性・公正性は担保されるため、審理員による審理を得る必要性がないからである。

6 執行停止

■行政不服審査法

第25条（執行停止） 16

- 1 審査請求は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。
- 2 処分庁の上級行政庁又は処分庁である審査庁は、必要があると認める場合には、審査請求人の申立てにより又は職権で、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止その他の措置（以下「執行停止」という。）をとることができる。
- 3 処分庁の上級行政庁又は処分庁のいずれでもない審査庁は、必要があると認める場合には、審査請求人の申立てにより、処

分庁の意見を聴取した上、執行停止をすることができる。ただし、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止以外の措置をとることはできない。

- 4 前2項の規定による審査請求人の申立てがあった場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるために緊急の必要があると認めるときは、審査庁は、執行停止をしなければならない。ただし、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、この限りでない。
- 5 審査庁は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする。
- 6 第2項から第4項までの場合において、処分の効力の停止は、処分の効力の停止以外の措置によって目的を達することができるときは、することができない。
- 7 執行停止の申立てがあったとき、又は審理員から第40条に規定する執行停止をすべき旨の意見書が提出されたときは、審査庁は、速やかに、執行停止をするかどうかを決定しなければならない。

(1) 執行不停止の原則 07 15

不服申立ての濫用によって行政が麻痺することを防止するという公益を重視し、審査請求の申立てに処分の執行停止効を認めない立法政策（執行不停止の原則）を採用する（25条1項）。

ただし、その反面、国民の権利救済の実効性を保つため、審査庁が係争処分についての終局判断をなすまでの間、審査請求人の権利保全の必要があると認めるときに、暫定的措置としてなす付随処分として、執行停止命令を下すことを認めている（2項以下）。

なお、執行停止が認められる場合および執行停止においてとりうる措置につき、審査庁が処分庁の上級行政庁または処分庁であるか否かにより相違があるため、注意を要する。

ア 審査庁が処分庁の上級行政庁または処分庁の場合

審査請求人の申立てまたは職権により、執行停止をすることができる（2項）。そして、処分の効力、処分の執行または手続の続行の全部または一部の停止その他の措置をとることができる（同項）。

イ 審査庁が処分庁の上級行政庁または処分庁のいずれでもない場合

審査請求人の申立てによってのみ、執行停止をすることができる（職権では不可）。また、処分庁の意見を聴取しなければならない（3項）。そして、処分の効力、処分の執行または手続の続行の全部または一部の停止以外の措置をとることはできない（同項）。

みておく 過去問

審査請求は、簡易迅速に国民の権利利益の救済を図るための制度であるから、審査請求が行われた場合には、処分の効力は、最終が行われるまで停止する。

(15-15-4)

⇒×

(2) 執行停止の要件 **07**

ア 執行停止が可能な場合の要件

執行停止の必要があると認められること（25条2項、3項）。

イ 執行停止が義務である場合の要件

- ① 審査請求人の申立てがあること
- ② 処分、処分の執行または手続の続行により生ずる**重大な損害**を避けるための緊急の必要があると認められること（25条4項本文）
- ③ 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと（25条4項ただし書）
- ④ 本案について理由がないとみえないこと（同上）

なお、上記③、④の消極的要件のいずれかに該当する場合であっても、行政事件訴訟法 25 条の場合と異なり執行停止義務が生じないだけであって、**執行停止をしなければならないというわけではない**ことに注意を要する。

(3) 執行停止についての審理員意見書

審理員から 40 条に規定する執行停止の意見書が提出されたときは、審査庁は速やかに執行停止をするかどうかを決定しなければならない（25条7項）。

7 審査請求の継続および終了**■行政不服審査法**第15条（審理手続の承継） **07**

1 審査請求人が死亡したときは、相続人その他法令により審査請求の目的である処分に係る権利を承継した者は、審査請求人の地位を**承継**する。

2～6（略）

第27条（審査請求の取下げ） **10**

1 審査請求人は、**裁判があるまでは、いつでも審査請求を取り下げることができる。**

2 審査請求の取下げは、**書面**でしなければならない。

第39条（審理手続の併合又は分離）

審理員は、**必要があると認める場合には**、数個の審査請求に係る審理手続を**併合**し、又は併合された数個の審査請求に係る審理手続を**分離**することができる。

26 行政事件訴訟法の類型

近10年で
9問出題

一番大事なこと

行政事件訴訟法には、①**抗告訴訟**（行政事件訴訟法3条）、②**当事者訴訟**（同条4項）、③**民衆訴訟**（同法5条）、④**機関訴訟**（同法6条）の4つの類型が存在することを把握する必要がある（同法2条）。

行政事件訴訟法に関し、行政事件訴訟法に定めがない事項については、民事訴訟の例によります（同法7条）。電力会社に対する原子炉設置許可処分の取消訴訟における立証責任について、判例（最判平4・10・29）は、実際の訴訟において行政側が多くの証拠を有していることを考慮して、原告の主張立証責任の負担の軽減を図っています。

1 行政事件訴訟の限界

司法権による行政権に対する統制は、どこまで行うことができるかが権力分立の観点から問題。

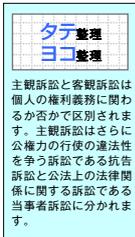
■行政事件訴訟の限界

司法審査の対象の限界	法律上の争訟に当たらない	「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）とは、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②法律を適用することによって最終的に解決できるものをいう。これに当たらないものは司法審査の対象とならない → 警察予備隊事件（最大判昭27・10・8）、国家試験と司法審査（最判昭41・2・8）、最高裁判所規則と司法審査（最判平3・4・19）、宝塚市パチンコ店規制条例事件（最判平14・7・9）
	法律上の争訟に当たる	<p>高度な政治的判断をとらぬ場合、司法審査が及ばない → 苫米地事件（最大判昭35・6・8）</p> <p>自律的法規範を有する部分社会内部の問題については、司法審査が及ばない → 富山大学事件（最判昭52・3・15）</p>
司法審査の内容の限界	行政庁の裁量	裁判所は、適法性についてのみ審査をおこなうのであり、行政庁の判断の妥当性については、審査を及ぼさない（30条参照） → 最判昭52・12・20
	行政庁の第一次的判断権の尊重	司法権は、行政権が先行して判断したのに対して、事後的にその適法性を審査する → ただし、義務付け訴訟、差止訴訟の場合はこの限りではない

2 行政事件訴訟の類型

行政事件訴訟の類型 07 08 10 11

行政事件訴訟	主観訴訟	抗告訴訟 (3条)	①取消訴訟(3条2項, 3項)
			②無効等確認訴訟(3条4項)
		③不作為の違法確認訴訟(3条5項)	
		④義務付け訴訟(3条6項)	
		⑤差止訴訟(3条7項)	
		⑥無名(法定外)抗告訴訟	
	当事者訴訟 (4条)		⑦形式的当事者訴訟(4条前段)
			⑧実質的当事者訴訟(4条後段)
	客観訴訟	民衆訴訟 (5条)	住民訴訟(地方自治法242条の2等)
			選挙に関する訴訟(公職選挙法203条等)
	機関訴訟 (6条)		地方公共団体の長と議会の紛争 (地方自治法176条7項)
			国の関与に関する訴訟(地方自治法251条の5)



(1) 抗告訴訟(1項)

行政事件訴訟法にいう「行政庁」は、法律により「公権力の行使」をする権限が与えられていなければならない。

「公権力の行使」とは、行政行為にあたるものをいうと解されるが、抽象的概念のため、何がこれにあたるか、解釈の問題が生じる。

(2) 処分の取消しの訴え(2項)

「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」の全部またはその一部の取消しを求める訴え。取消訴訟は行政処分の効果を消滅させる形成訴訟であるとされている。

(3) 裁決の取消しの訴え(3項)

審査請求、再審査請求その他の不服申立てに対する行政庁の裁決、決定その他の行為の取消しを求める訴え。

(4) 無効等確認の訴え(4項)

行政庁の処分や裁決の有効・無効、失効、存在・不存在の確認を求める訴訟。本来、無効であれば、当初からこれを原因とした法律関係の変動も生じないため、現在の法律関係について訴訟を提起すれば、紛争解決としては十分なはずである。そこで、現在の法律関係を争ったのでは十分な救済とならない場合にのみ、無効等確認訴訟が認められる(補充性)(36条)。

(5) 不作為の違法確認の訴え(5項) 08

法令に基づく申請があったにもかかわらず、行政庁がこれに対して応答しない場合、その不作為が違法であることの確認を求める訴訟。

→行政庁は積極的な判断をしていないので、処分の取消訴訟を提起できない。

(6) 義務付けの訴え(6項)

①原告の申請権を前提とせず、行政庁が一定の処分をおこなうよう命じることを求める訴訟(非申請型義務付け訴訟:1号)

→違法建築物が建っており、これに対し、除却命令などの処分をすべきときなのに、それがなされない場合に、違法建築物により被害を受けている住民がその義務付けを求めて提訴する場合など。

非申請型については、「裁決」についての義務付けは法定されていない。

②行政庁に対して申請をした者が原告となり、行政庁が一定の処分をおこなうよう命じることを求める訴訟(申請型義務付け訴訟:2号)。

→ア 処分・裁決の不作為を争う場合(37条の3第1項1号)

イ 申請拒否処分を争う場合(同条項2号)

アは不作為の違法確認訴訟、イは取消訴訟または無効等確認訴訟と併合提起する。

(7) 差止めの訴え(7項)

行政庁が一定の処分または裁決をすべきでないのにこれをしようとしている場合に、予め、行政庁がその処分または裁決をしてはならない旨を命じることを求める訴訟。

(8) 無名(法定外)抗告訴訟

1項は、抗告訴訟の包括的規定であり、2項以下の6つの法定抗告訴訟に限定する趣旨ではない。そこで、法定外抗告訴訟が認められる余地がある。想定される無名(法定外)抗告訴訟は、義務確認訴訟や権力的妨害排除訴訟(包括的な権力的作用に対して、生命、健康等の包括的人格権を基礎にその排除を求める訴訟)など。

(9) 当事者訴訟(4条)

ア 形式的当事者訴訟(4条前段) 14 記12

当事者間の法律関係を確認または形成する処分または裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの。

形式的当事者訴訟の類型および具体例。

①原処分が対立当事者の紛争の審理を経ておこなわれるから、当該処分に対する訴訟も原処分の当事者間で争われたほうがよいと考えられるもの

例：特許無効審判の審決に対する取消訴訟（特許法 179 条）

②紛争の実体が当事者間の財産関係のものであって、公益と直接関係しないもの

例：土地収用法上の損失補償の訴え（土地収用法 133 条）
著作権法上の補償金の額に関する訴え（著作権法 72 条）

イ 実質的当事者訴訟（4条後段） 11

公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟。その対象が**公法上の法律関係である点で、民事訴訟とは異なる。**

実質的当事者訴訟の類型および具体例。

①給付訴訟 例：公務員の給与請求訴訟（最判平 12・12・19）
課税処分の無効を前提とする不当利得返還請求訴訟

憲法 29 条 3 項に基づく**損失補償請求訴訟**

→**国家賠償請求訴訟は民事訴訟**であり、この類型ではない（最判昭 46・11・30）。

②確認訴訟 例：国籍確認訴訟（最判平 9・10・17，最大判平 20・6・4）

薬局開設を登録制から許可制にする薬事法改正があった場合、当該改正が違憲無効であると主張し、新法の許可を受けなくても薬局を開設しようとするの確認を求める訴訟（最大判昭 41・7・20）

健康保険法 63 条 1 項の「療養の給付」に該当する療法（保険診療）である A 療法と、該当しない療法（自由診療）である B 療法を併用した混合診療を受けた場合、「療養の給付」にあたる診療として A 療法を受ける権利を有することの確認を求める訴訟（最判平 23・10・25）。

みておく 過去問

実質的当事者訴訟は、行政主体と一般市民との間における対等当事者としての法律関係に関する訴訟のうち、公法上の法律関係に関する訴訟であり、私法上の法律関係に関する訴訟は民事訴訟となる。
(11-18-1)

⇒○

みておく 過去問

個別法の中に損失補償に関する規定がない場合であっても、憲法に直接基づいて損失補償を請求することが可能だと解されているが、この損失補償請求の訴訟は実質的当事者訴訟に該当する。
(11-18-2)

⇒○

■当事者訴訟に関する判例

最判平 9・1・28	
事案	Y（日本道路公園）はX所有の土地について取用裁決を申請した。上記土地についてZ（Y側補助参加人）の賃借小作権の存否について争いがあったことから、取用委員会によってZの小作権割合を4割とする不明裁決がなされた。Xは小作権割合は2割が相当であるとして、土地収用法 133 条に基づいて損失補償額の増額変更および差額の支払いを求めて訴えを提起した。
争点	損失補償額認定における取用委員会の裁量権の存否
判旨	土地収用法による補償金の額は、「相当な価格」（同法 71 条参照）等の不確定概念をもって定められているものではあるが、通常人の経験則および社会通念に従って、客観的に認定され得るものであり、かつ、認定すべきものであって、補償の範囲およびその額の決定につき取用委員会に裁量権が認められるものと解することはできない。
最大判平 17・9・14	
事案	Xらが、在外国民に国政選挙での選挙権行使の全部または一部を認めないことは憲法 15 条 1 項 3 項、43 条 1 項、44 条ただし書に違反するとして、主体的に改正前の公職選挙法の憲法確認を、予備的にはXらが選挙権を有することの確認、および立法院の改正懈怠により選挙権を行使することができなかったとして国家賠償請求した。
争点	在外国民の選挙権確認訴訟の訴えの利益
判旨	本件の予備の確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。その内容をみると、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えである。選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきであり、本件の予備の確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができる。

(10) 民衆訴訟（5条） 09 15 16

選挙人たる資格その他**自己の法律上の利益にかかわらず資格で提起する訴訟**。個人の権利利益の救済よりも、行政活動が適正におこなわれることを担保するために提訴される客観訴訟。

例 地方自治法上の住民訴訟（地方自治法 242 条の2）、公職選挙法上の選挙訴訟（公職選挙法 203 条、204 条、207 条、208 条）、最高裁判所裁判官の国民審査に関する訴訟（最高裁判所裁判官国民審査法 36 条）

みておく 過去問

公職選挙法に定める選挙無効訴訟は、国民の選挙権に関する訴訟であるから、当事者訴訟である。
(09-18-5)

⇒×

住民訴訟は、行政事件訴訟法の定める機関訴訟であり、それに関する行政事件訴訟法の規定が適用される。
(15-21-エ)

⇒×

(1) 機関訴訟 (6条) 09 16

国または公共団体の機関相互間における権限の存否またはその行使に関する紛争についての訴訟。個人の権利利益の救済よりも、行政権内部の権限に関する紛争について解決するために提訴される客観訴訟。

例 地方自治法上の地方公共団体の長と議会との間の訴訟 (地方自治法 176 条 7項)、各大臣による知事への代執行訴訟 (地方自治法 245 条の8第3項)、国の関与に関する訴訟 (地方自治法 251 条の5)

みておく
過去問

国または公共団体の機関相互間における権限の存否に関する紛争についての訴訟は、公法上の法律関係に関するものであるから、当事者訴訟である。

(09-18-3)

⇒ x

3 民事訴訟の規定の準用 (7条) 13 14 15

(1) 立証責任

訴訟において、ある事実の存否につきいずれとも確定できない場合に、判決において、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生または不発生が認められないこととなる一方当事者の不利益を立証 (証明) 責任という。

取消訴訟においては立証責任の分配についての定説はない。実際の訴訟では、行政側が多くの証拠を有している場合が多い。このような証拠の偏在について、最判平4・10・29は主張立証責任の負担の軽減を図った。

■立証責任に関する判例

最判平4・10・29 (伊方原発事件)	
事案	四国電力株式会社は、昭和47年5月、核原料物質、核燃料物質および原子炉の規制に関する法律23条に基づいて、Y (内閣総理大臣) に対し、愛媛県西予郡伊方町における原子炉設置の許可を申請し、同年11月、原子炉設置の許可を受けた。これに対して、伊方町およびその周辺に居住する住民Xらは、行政不服審査法に基づいてYに対して異議申立てをしたが棄却された。そこで、Xらは、原子炉の安全審査の実体および手続に違法があり、Xらの生命、身体、財産等が侵害される危険性があることを理由に、昭和48年8月、原子炉設置許可処分の取消訴訟を提起した。
争点	専門技術的判断と裁判所の審査
判旨	被告行政庁 (通産大臣) がした右判断に不合理な点があること的主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準ならびに調査審議および判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。

*本判例は、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、現在の価額水準に照らし、原子力委員会もしくは原子炉安全専

門審査会の専門技術的な調査審議およ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とした。

(2) 主張制限

ア 時機に後れた攻撃防御方法

取消訴訟においても、民事訴訟と同様、時機に後れた攻撃防御方法は却下されることがある (民事訴訟法 157 条)。

イ 原告の主張制限

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 (10 条 1項)。 16

ウ 理由の差替え

理由の差替えとは、行政行為が同一である場合に、処分理由を変更してその適法性を維持すること。行政庁の側にも、私人と同様に口頭弁論終結時までの理由の差替えが許されるかという問題がある。

■理由の差替えに関する判例

最判昭56・7・14	
事案	不動産業を営むX (株式会社) は、青色申告書による確定申告をおこなったところ、所轄のY (税務署長) は、増額更正処分をおこなった。これに対して、Xは必要な前置手続を経た上で、本件更正処分の取消しを求めて訴訟提起をした。その訴訟においてYは、本件物件の譲渡価額が7000万円ではなくて9450万円であったことを知り、追加抗弁として、仮に本件物件の取得価額がXの主張どおりであるとしても、譲渡益は1850万円弱となるから、結局本件更正処分には何ら違法性がないとした。
争点	課税処分における処分理由の差替え
判旨	このような場合にYに本件追加主張の提出を許しても、右更正処分を争うにつき被処分者たるXに格別の不利益を与えるものではないから、Yが本件追加主張を提出することは妨げない。
最判平11・11・19	
事案	逗子市の住民Xは、Y (逗子市監査委員) に対して、逗子市情報公開条例に基づいて、住民監査請求に関する一件記録の公開を請求した。Yは、本件条例5条 (2) ウの非公開事由に該当するという理由を付記して、非公開決定をした。Xは、本件処分の取消訴訟を提起した。訴訟において、Yは非公開決定の理由として、更に、同条 (2) アに該当することも追加主張した。
争点	情報公開における処分理由の差替え
判旨	一たび通知書で理由を付記した以上、実施機関が当該理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することを許さないものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はないとみるのが相当である。

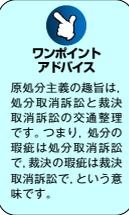
4 原処分主義 15

特別に裁判主義がとられている場合は別として、判決の取消訴訟では原処分の違法事由を主張できず、判決固有の瑕疵のみを主張できる（10条2項、原処分主義）。判決固有の瑕疵とは、審査請求における理由付記不備など、判決における手続的瑕疵が典型例。

原処分と異なった理由により原処分を維持する判決も「審査請求を棄却した判決」に含まれ、一部取消しの判決も残部について原処分主義が妥当する。

原処分を消滅させ新たな処分をした変更判決があった場合、原処分が修正判決により消滅せず、当初から判決により修正された内容の処分として存在しているものとみなされる（最判昭62・4・21）。

原処分の取消訴訟と判決の取消訴訟が同時に別々に提起されたときは、関連請求にかかる訴訟の移送（13条）、請求の客観的併合（16条）、原告による請求の追加的併合（19条）等の制度がある。原処分が取り消されると、原処分を維持した判決に対する取消訴訟は、訴えの利益を欠き、却下となる。



43 国家賠償法2条他

近10年で
10問出題

一番大事なこと

国家賠償法2条では、公の营造物の「設置・管理の瑕疵」を要件の1つとしています。**設置・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こと（最判昭45・8・20）をいいます。**判例は、未改修河川の通常有すべき安全性とは過渡的安全性をもって足りるとしています（最判昭59・1・26）。一方、改修済み河川の通常有すべき安全性とは改修整備がなされた段階で想定されていた洪水に対応しうる安全性を有するとしています（最判平2・12・13）。

■国家賠償法

第2条【公の营造物の設置管理の瑕疵に基づく損害の賠償責任、求償権】 15

- 1 道路、河川その他の公の营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。
- 2 前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する。

1 総論 13

民法717条によっても国の賠償責任を認めることは可能。本条は、民法と比較して、次のような特色がある。

- ①民法の土地の工作物よりも、公の营造物の方が広い概念。
- ②民法には免責条項があるのに対し、国家賠償法にはそのような規定はない。
- ③費用負担のあり方につき、国家賠償法3条がある。

2 国家賠償法2条の要件

- ①公の营造物
- ②設置・管理の瑕疵

みておく 過去問

A県に居住するXは、折からの豪雨により増大した河川Bの水が堤防を越えて自宅敷地内に流れ込み、自宅家屋が床上浸水の被害を受けたことから、国家賠償法に基づく損害賠償を請求することとした。なお、この水害は、河川Bの堤防の高さが十分でなかったことと、河川Bの上流に位置する多目的ダムCにおいて、A県職員Dが誤った放流操作（ダムに溜まっている水を河川に流すこと）を行ったことの二つが合わさって起きたものである。また、河川BとダムCはA県が河川管理者として管理しているが、その管理の2分の1は国が負担している。本件で、原告の請求が認容され、A県が国家賠償法2条に基づき賠償金の全額を支払った場合には、他にその損害を賠償する責任を有する者がいれば、その者に対して求償することができる。（15-20-オ）

⇒○

(1) 公の営造物

ア 意義 07 09 11 13

「公の営造物」とは、国または公共団体により直接公の目的に供される有体物をいう。道路、河川、湾岸、水道、下水道、官公庁舎、学校の建物等がこれにあたる。公の営造物には、不動産だけでなく、動産も含まれる。国、公共団体が管理していても、公の用に供されていない物は含まれない。

イ 公の営造物の設置・管理主体

公の営造物の設置・管理主体は、国、公共団体であるが、その設置・管理とは、法律上の権限を有することを必要とせず、行政主体が事実上管理している状態があればよい。

(2) 設置・管理の瑕疵 09 10 11

設置・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う（最判昭45・8・20）。通常有すべき安全性の有無は、当該営造物の構造、用法、場所的環境および利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断される（最判昭53・7・4）。

3 判例

(1) 通常の用法

公の営造物の利用にともない事故が発生しても、当該営造物の利用が、物の異常な用法に基づく場合には、管理者は責任を負わない（最判平5・3・30）。

(2) 道路等の場合 09

ア 3原則

道路等の設置・管理の瑕疵については、判例（最判昭45・8・20（高知落石事件））は、以下の3原則を定立している。

- ①設置・管理の瑕疵を営造物の物的安全性の欠如とする。
- ②無過失責任。
- ③財政的理由は免責事由とならない。

イ 時間的要素 07 10

- ①国道上に故障車が87時間にわたって放置されていた事案で、道路の安全性が著しく欠如する状態であったにもかかわらず、道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じなかった場合には、道路管理の瑕疵があるとす（最判昭50・7・25）。
- ②道路工事標識板、バリケード、赤色灯標柱が事故直前に他者により倒されていたケースで、道路管理者において、時間的

みておく
過去問

国家賠償法2条にいう「公の営造物」は、民法717条の「土地の工作物」を国家賠償の文脈において表現したものであるから、両者は同じ意味であり、動産はここに含まれないと解されている。（11-19-1） ⇒×



ワンポイント
アドバイス

例えば、土砂崩れによる被害を防止するために多額の費用を要し、それについての予算措置が困難である場合でも、財政的理由は免責事由とならないため、道路管理者は、この被害についての賠償責任を負うこととなります。もっとも、近時、小動物の侵入を防止するために多額の費用を要する場合について、賠償責任を否定した判例も出しています。

に対応する余地がなかったことを理由として瑕疵を否定した（最判昭50・6・26）。

■国家賠償法2条（道路に関する判例）

最判昭45・8・20（高知落石事件） 10 11
<p>事実 国道56号線の一部である本件道路上に、崩土とともに岩石が落下し、そのうち1つが貨物自動車車席上部に落下したため、訴外Aが死亡した。そこで、両親X1・X2がY1（国）とY2（県）に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。</p>
<p>争点 道路管理の瑕疵</p>
<p>判旨 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。（公共団体が）予算措置に因困するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできないのであり、その他、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。</p>
最判昭50・7・25 10
<p>事実 昭和40年10月17日午後3時頃Y1が本件道路に故障車を放置した。本件道路管理者Y3（和歌山県）のA土木出張所は、常時巡視をおこなわなかったことから、故障車の放置を知らなかった。同月21日午前6時過ぎ、原動機付自転車を運転した訴外Bが故障車後部に激突し即死した。そこで、Bの両親であるX1・X2がY1・Y2（Y1の使用者）・Y3に対して、損害賠償請求をした。</p>
<p>争点 故障車の放置と道路管理の瑕疵</p>
<p>判旨 本件事故現場付近は、幅員7.5メートルの道路中央線付近に故障した大型貨物自動車87時間にわたって放置され、道路の安全性を著しく欠如する状態であったにもかかわらず、当時その管理事務を担当する土木出張所は、道路を常時巡視した応急の事態に対処しうる看視体制をとっていなかったために、本件事故が発生するまで右故障車が道路上に長時間放置されていることすら知らず、道路の安全性を保持するために必要とされる措置を全く講じていなかったことは明らかで、同出張所の道路管理に瑕疵があったというほかない。</p>
最判昭50・6・26 10
<p>事実 本件道路は、掘穿工事中であり、工事箇所を表示する標識として、工事標識板およびバリケードが設置され、バリケード間の道路中心線付近に赤色灯標柱が1つずつ設置されていた。昭和41年9月6日午後10時30分頃本件事故が発生する直前に、他車によって工事現場に設置されていた工事標識板、バリケードおよび赤色灯標柱はその場に倒され、赤色灯が消えていた。</p>
<p>争点 結果回避可能性と道路管理の瑕疵</p>
<p>判旨 本件事故発生当時、被告らにおいて設置した工事標識板、バリケードおよび赤色灯標柱が道路上に倒されたまま放置されていたのであるから、道路の安全性に欠如があったといわざるをえな</p>

みておく
過去問

土砂崩れによる被害を防止するために多額の費用を要し、それについての予算措置が困難である場合は、道路管理者は、こうした被害についての賠償責任を免れる。（10-20-2） ⇒×

みておく
過去問

道路上に放置された故障車に追突して損害を被った者がいたとしても、道路自体に瑕疵があったわけではないから、道路管理者が賠償責任を負うことはない。（10-20-3） ⇒×

	いが、それは夜間、しかも事故発生の直前に先行した他車によって惹起されたものであり、時間的に被上告人において遅滞なくこれ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いうべく、このような状況のもとにおいては、被上告人の道路管理に瑕疵がなかったと認めるのが相当である。
最判平 22・3・2	
事案	北海道内の高速道路において、自動車の運転者が、キツネとの衝突を避けようとして自損事故を起こし停車中、後続車に衝突されて死亡したことについて、キツネの侵入防止措置が不十分であった点で、高速道路の設置または管理に瑕疵があったと主張して、国家賠償法2条1項に基づく損害賠償を求めた。
争点	道路管理の瑕疵
判旨	キツネ等の小動物が道路に侵入することを防止する対策が全国や北海道内の高速道路において広く採られていたという事情はうかがわれないし、そのような対策を講ずるためには多額の費用を要することは明らかであり、加えて、本件道路には、動物注意の標識が設置されていたというのであって、自動車の運転者に対しては、道路に侵入した動物についての適切な注意喚起がされていたことができる。これらの事情を総合すると、本件道路が通常有すべき安全性を欠いていたということはできず、本件道路に設置または管理の瑕疵があったとみることはできない。

(3) 新たに開発された安全設備

新たに開発された安全設備を導入しなかったことをもって通常有すべき安全性を欠くと判断するかという点につき、当該安全設備が全国的に普及しているかどうかなど諸般の事情を考慮し、これを否定した(最判昭61・3・25)。

■国家賠償法2条(新たに開発された安全設備の判例)

最判昭 61・3・25	
事案	視力障害者であるXは、昭和48年8月、点字ブロックの設置されていない駅のホームから線路上に落下し、電車に轢かれ重傷を負った。そこで、Xは、Y(国鉄)に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	点字ブロックの不存在と駅ホームの設置管理
判旨	当該駅のホームが通常有すべき安全性を欠くか否かを判断するに当たっては、その安全設備が、視力障害者用の事故防止に有効なものであるとして、その素材、形状および敷設方法等において相当程度標準化されて全国的ないし当該地域における道路および駅のホーム等に普及しているかどうか、当該駅のホームにおける構造または視力障害者の利用度との関係から予測される視力障害者の事故発生の危険性の程度、右事故を未然に防止するため右安全設備を設置する必要性の程度および右安全設備の設置の困難性の有無等の諸般の事情を総合考慮することを要するものと解するのが相当である。

(4) 河川

ア 未改修河川

(ア) 道路管理の場合との相違点

- ①治水事業は一朝一夕にやり遂げることができないという時間的制約
- ②その実施には莫大な費用を要し、予算配分の事情のもと、改修の緊急性の高い河川から逐次進めるしかないという財政的制約
- ③緊急性の高い箇所から段階的に、下流から上流に向けて実施しなければならないという技術的制約
- ④流域の開発等による雨水の流出機構の変化、地盤沈下、治水用地の取得難といった社会的制約
- ⑤洪水に対しては、一時通行規制など道路管理のような簡易かつ柔軟な手段を取ることができないという危険回避に関する制約

(イ) 安全性の基準

未改修河川または改修の不十分な河川の安全性としては、いわば過渡的な安全性をもって足りる。河川の管理についての瑕疵の有無は、自然的条件、土地の利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無およびその程度等諸般の事情を総合的に考慮し、同種・同規模の河川の管理の一般的水準および社会通念に照らして是認しうる安全性を備えていると認められるかを基準として判断すべきである(最判昭59・1・26(大東水害事件))。

イ 改修済み河川

河川の危険防止施設が完成した場合には、それが所期の目的を達成できるように維持管理されなければ意味がない。そこで、改修済みの河川は改修整備がなされた段階で想定されていた洪水に対応しうる安全性を備えていなければならない(最判平2・12・13(多摩川水害事件))。

■国家賠償法2条(河川に関する判例)

最判昭 59・1・26(大東水害事件)	
事案	昭和47年7月、大阪府大東市を流れる河川等からの溢水により、床上浸水等が発生した。そこで、Xら(住民)は、河川の管理者たるY1(国)、同河川の費用負担者たるY2(大阪府)、排水路の管理者たるY3(大東市)に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	河川管理の瑕疵(1)
判旨	すべての河川について通常予測し、かつ、回避しうるあらゆる水害を未然に防止するに足りる治水施設を完備するには、相応の期間を必要とし、未改修河川また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って足りるものとせざるをえない。
最判平 2・12・13 (多摩川水害事件)	
事案	昭和 49 年8月の豪雨により、多摩川が増水し、堤防が決壊したため、家屋 19 棟が流失した。被災箇所は、工事実施基本計画に準拠して新規の改修、整備の必要がないものとされていたが、本件水害は、多摩川水系工事実施基本計画の予定する計画高水流量規模の洪水流量の範囲内で発生した。そこで、被災者Xらは多摩川の管理者であるY(国)に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	河川管理の瑕疵(2)
判旨	本件における河川管理の瑕疵の有無を検討するに当たっては、まず、本件災害時において、基本計画に定める計画高水流量規模の流水の通常的作用により本件堰およびその取付部護岸の欠陥から本件河川部分において破綻が生ずることの危険を予測できたかどうかを検討し……本件河川部分が同種・同規模の河川の管理の一般的水準および社会通念に照らして是認し得る安全性を欠いていたことになるかどうかを、本件事案に即して具体的に判断すべきである。

(5) 機能的瑕疵(供用関連瑕疵) 09 10 12

営造物そのものになんら物理的瑕疵はなく、それが通常の用法によって使用されている場合でも、周辺住民等の第三者に被害が及ぶ場合には、営造物には機能的瑕疵(供用関連瑕疵)があるとされ、本条が適用される場合がある(最大判昭 56・12・16(大阪空港事件))。

■国家賠償法2条(機能的瑕疵に関する判例)

最大判昭 56・12・16(大阪空港事件) 09 12	
事案	大阪国際空港では、昭和 39 年にジェット機が就航し、昭和 45 年には従来のA滑走路に加え、新たにB滑走路の供用を開始された。それにより、飛行機の離発着数が増大し、騒音、排気ガス、震動等による生活被害等が生じたため、周辺住民Xらは、Y(国)に対して、国家賠償請求訴訟等を提起した。
争点	空港騒音と供用関連瑕疵
判旨	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、ひとり当該営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っ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、その営造物が供用目的に沿っ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も含み、また、その危害は、営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も含む。

4 その他の問題

(1) 国家賠償法3条について 07 09 11 14 15 16

本条は、公務員の選任・監督や営造物の設置・管理をおこなう国、公共団体と、当該公務員・営造物の費用を負担する団体とが異なる場合に、いずれに対しても損害賠償を請求することができるとして、被害者救済の便宜を図った規定(最判昭 50・11・28(鬼ヶ城事件)、最判平 21・10・23)。

■国家賠償法3条に関する判例

最判昭 50・11・28(鬼ヶ城事件)	
事案	Xは、吉野熊野国立公園特別地域の一部である鬼ヶ城(三重県熊野市)の周回路を歩いていたところ、架け橋から転落し、重傷を負った。そこで、Xは、事故は周回路の設置・管理の瑕疵に起因すると主張し、Y1(国)、Y2(三重県)、Y3(熊野市)に対して、国家賠償請求訴訟を提起した。
争点	賠償責任者
判旨	国家賠償法3条1項所定の設置費用の負担者には、当該営造物の設置費用につき法律上負担義務を負う者のほか、この者と同等もしくはこれに近い設置費用を負担し、実質的にはこの者と当該営造物による事業を共同して執行していると認められる者であった。当該営造物の瑕疵による危険を効果的に防止しうる者も含まれると解すべきである。したがって、公の営造物の設置者に対してその費用を単に贈与したに過ぎない者は同項所定の設置費用の負担者に含まれるものではないが、法律の規定上当該営造物の設置をなしていることが認められている国が、自らこれを設置するに於て、特定の地方公共団体に対しその設置を認めたとし、右営造物の設置費用につき当該地方公共団体の負担額と同等もしくはこれに近い経済的な補助を供与する反面、右地方公共団体に対し法律上当該営造物につき危険防止の措置を請求しうる立場にあるときには、国は、同項所定の設置費用の負担者に含まれるものというべきであり、右の補助が地方財政法16条所定の補助金の交付に該当するものであることは、直ちに右の理を左右するものではないと解すべきである。

(2) 国家賠償法4条について 08 12 13

ア 効果

① 国家賠償請求が認められる場合

→不法行為により生じた債権を受動債権とする相殺の禁止(509条)、慰謝料請求(710条、711条)、心神喪失者の責任能力(713条)、共同不法行為者の責任(719条)、損害賠償の方法・過失相殺(722条)、消滅時効(724条)などが適用される。

みておく

A県に居住するXは、折からの豪雨により増水した河川Bの水流が堤防を越えて自宅敷地に流れ込み、自宅家屋が床上浸水の水被害を受けたことから、国家賠償法に基づき損害賠償を請求することとした。なお、この水害は、河川Bの堤防の高さが十分でなかったこと、河川Bの上流に位置する多目的ダムCにおいて、A県職員Dが誤った放流操作(ダムに溜まっている水を河川に流すこと)を行ったことの二つが合わさって起きたものである。また、河川BとダムCはA県が河川管理者として管理しているが、費用の2分の1は国が負担している。本件では、河川Bの管理費用を国も負担しているが、管理者はA県であることから、Xが国家賠償法2条に基づき損害賠償を請求する際には、A県を被告としなければならず、国を被告とすることはできない。(15-20ウ) →×

②国家賠償請求が認められない場合

→国家賠償法の要件に該当しない国または公共団体の活動による損害賠償責任が問題となる場合には、民法上の不法行為規定を適用する。なお、本案の「民法」には失火責任法も含まれる（最判昭53・7・17）。

み て お く
過 去 問

公権力の行使に起因する損害の賠償責任については、国家賠償法に規定がない事項に関し、民法の規定が適用される。

(13-19-2)

⇒○

(3) 国家賠償法5条、6条について

ア 5条について

本条が予定する「別段の定」とは、民法以外の法律であらかじめ国または公共団体の負うべき責任の範囲・賠償金額を規定することや、民法の定めとは異なる短期の時効を規定すること等である。

なお、国や公共団体の責任を軽減ないし定型化する特別法については、憲法17条との関係で合憲性が問題となる（最大判平14・9・11）。

イ 6条について 08 11 16

本条は、外国人が損害を受けた場合に、1条、2条の要件が満たされるときは、当該外国人の本国法において同様の被害を受けた日本人に損害賠償請求権が付与されていることを条件に、当該外国人に対して国家賠償法が適用され、国・公共団体が損害賠償責任を負うとする。

み て お く
過 去 問

外国人が被害者である場合、国家賠償法が、同法につき相互の保証があるときに限り適用されるとしているのは、公権力の行使に関する1条の責任についてのみであるから、2条の責任については、相互の保証がなくとも、被害者である外国人に対して国家賠償責任が生じる。

(11-19-3)

⇒×

25 法定地上権

近10年で
3問出題

一番大事なこと

行政書士試験では、法定地上権の成否が頻繁に問われています。法定地上権の成否は、**388条所定の成立要件**を押さえた上で、その要件を充足しているかどうかという観点から、結論を導くことが基本です。その上で、**建物取去による社会経済上の不利益や買受人の保護**といった観点も加えて結論も導くことができるようになることが最終目標です。例えば、判例（最判昭36・2・10）は、土地に対する抵当権設定の当時、建物は未だ成立しておらず、更地としての評価に基づき抵当権が設定されたときは、抵当権者が建物の築造をあらかじめ承認していたとしても、法定地上権は成立しない、とします。この判例の結論について検討すると、388条所定の成立要件からは、抵当権の設定当時土地上に建物が存在していたこと、という要件を充足しておらず、法定地上権は成立しないはずですが、その上で、抵当権者の承認によって買受人に法定地上権付きの土地を取得させるとすれば、買受人の保護を図ることができません。そのため、法定地上権は成立しない、といった具合です。

1 要件 (388条)

- ① 抵当権設定当時、建物が存在すること
- ② 抵当権設定当時、土地と建物が同一人所有であること
- ③ 土地・建物の一方または双方に抵当権が設定されたこと
- ④ 土地・建物の所有者が競売により異なるに至ったこと
 - ※法定地上権の成立を排除する特約は無効（大判明41・5・11）

(1) ① 抵当権設定当時、建物が存在すること

ア 抵当権設定当時建物が存在しなかった（更地）が、その後、建物が建築された場合

→法定地上権は不成立（最判昭36・2・10）。

∴法定地上権が成立すると、更地として土地を高く評価した抵当権者を害する。

※抵当権者が建物の築造をあらかじめ承認していた場合でも、

法定地上権は成立しない（最判昭36・2・10）。

∴事情を知りえない競落人が害される。

イ 1番抵当権設定当時建物が存在しなかった（更地）が、その後、建物が建築され、土地につき2番抵当権が設定された場合

→法定地上権は不成立（最判昭47・11・2）。

∴競売は目的不動産上のすべての抵当権のために一括してなされ、1番抵当権設定時には要件を満たしていない。

ウ 抵当権設定当時建物が存在していたが、建物滅失後、再築された場合

原則——旧建物を基準とした法定地上権が成立（大判昭 10・8・10）。

∴ 抵当権設定時の建物が担保価値算定の基準。

例外——① 抵当権設定当時、新建物を基準に担保価値が評価され、

② 抵当権者自らが競落したときには、新建物を基準とした法定地上権が成立（最判昭 52・10・11）。

∴ この場合、抵当権者の利益を害しない。

エ 同一所有者に属する土地と建物に共同抵当が設定された後、建物が滅失して再築された場合 11

原則——法定地上権は不成立（最判平 9・2・14）。

例外——① 新建物の所有者が土地の所有者と同一で、かつ、

② 新建物が築造された時点での土地抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事情があれば、成立（最判平 9・2・14）。

オ 建物登記の必要性

建物の保存登記がなくても法定地上権は成立（大判昭 14・12・19）。

(2) ② 抵当権設定当時、土地と建物が同一人所有であること

■ 抵当権設定当時、土地と建物が同一人所有であったが、競売時には別人所有となった場合

土地抵当の場合	法定地上権が成立（大連判大 12・12・14）。 ∴ 抵当権設定時に要件を満たしている以上、土地の第三取得者を不当に害するものではない。
建物抵当の場合	法定地上権が成立。 ∴ 成立を否定すると、法定地上権をとらぬものとして建物抵当権の担保価値を高く評価している建物抵当権者を害する。

みておく
過去問

A が自己所有の土地と建物に共同抵当権を設定した後、建物が滅失したため、新たに建物を再築した場合において、A が抵当権の被担保価値について弁済することができなかつたので、土地についての抵当権が実行され、その土地は買受人 B が取得した。この場合、再築時点での土地の抵当権と同一順位の共同抵当権の設定を受けたなどの特段の事由のない限り、再築建物のために法定地上権は成立しない。（11-30-4）

⇒○

みておく
過去問

A が B から土地を借りてその土地上に建物を所有している場合において、B は、その土地上に甲抵当権を設定したが、A から建物を取得した後に、さらにその土地に乙抵当権を設定した。その後、B は、甲抵当権の被担保価値について弁済したので甲抵当権は消滅したが、乙抵当権の被担保価値については弁済できなかったため、乙抵当権が実行され、その土地は買受人 C が取得した。この場合、この建物のために法定地上権は成立しない。（11-30-2）

⇒×

A が B から土地を借りてその土地上に建物を所有している場合において、A は、その建物上に甲抵当権を設定したが、B から土地を取得した後に、さらにその建物に乙抵当権を設定した。その後、A は、甲抵当権の被担保価値について弁済できなかったため、甲抵当権が実行され、その建物は買受人 C が取得した。この場合、この建物のために法定地上権は成立しない。（11-30-3）

⇒×

A は B に金銭を貸し付け、この貸付金を担保するために B 所有の土地の上に建っている B 所有の建物に抵当権の設定を受けて、その登記を備えた。抵当権設定時に B 所有の土地の登記名義は C であった場合でも、抵当権実行により買受人 D のために法定地上権が成立する。（08-31-2）

⇒○

■ 抵当権設定当時、土地と建物が別人所有であったが、競売時には同一人所有となった場合

土地抵当の場合	法定地上権は不成立（従来の利用権が存続）。 ∴ 抵当権設定時には要件を満たしていない以上、土地抵当権者は法定地上権が成立しないものとして土地の担保価値を高く評価したはずであり、法定地上権の成立を認めると土地抵当権者を不当に害する。
建物抵当の場合	法定地上権は不成立（最判昭 44・2・14）。 ∴ 建物抵当権の効力が借地権に及び、これが混同の例外として存続する（179 条 1 項ただし書参照）ため、認める必要なし。

■ 1 番抵当権設定当時、土地と建物が別人所有であったが、2 番抵当権設定時には同一人所有となった場合 11

原則	——法定地上権は不成立（最判平 2・1・22） ∴ 成立を肯定すれば、法定地上権の不成立を前提に担保価値を高く評価した 1 番抵当権者を害する。
例外	—— 1 番抵当権が設定契約の解除等により消滅した場合は、法定地上権が成立（最判平 19・7・6） ∴ ① 2 番抵当権設定時には要件を満たしている。 ② 抵当権は弁済等により消滅するものだから、2 番抵当権者としては、1 番抵当権の消滅も予測しておくべき。
土地抵当の場合	法定地上権が成立（大判昭 14・7・26） ∴ 法定地上権が成立しても建物の 1 番抵当権者は害されない。
建物抵当の場合	

ア 登記簿上は別人所有の場合 08

実体上、土地・建物が同一人所有であれば、法定地上権は成立する（最判昭 48・9・18、最判昭 53・9・29）。

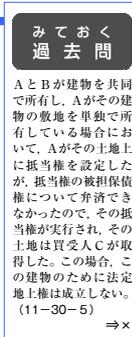
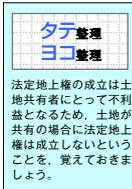
∴ 抵当権設定に際し現地検査をするのが通例ゆえ、同一人所有であることを推知しうる。

イ 共有と同一人所有の要件との関係 11 14

(ア) 土地または建物が共有の場合

■土地または建物が共有の場合

	建物が甲単独所有 土地が甲乙共有	建物が甲乙共有 土地が甲単独所有
建物が甲が 抵当権を 設定	共有地上に法定地上権は不成立。 ∴甲は単独では共有地の完全な処分権を有しない。	法定地上権が成立。 ∴建物共有者乙にとって法定地上権成立は有利。
土地に甲が 抵当権を 設定	共有地上に法定地上権は不成立(最判昭29・12・23)。 ∴甲は単独では共有地の完全な処分権を有しない。	法定地上権が成立(最判昭46・12・21)。 ∴甲は単独で土地の処分権を有しており、建物共有者乙にとって法定地上権成立は有利。



(イ) 地上建物(甲およびX1～X8の共有)の共有者の1人である甲の債務を担保するため、土地共有者の全員(甲とその妻となる乙・丙)が共同して抵当権を設定した場合

原則——法定地上権は不成立。

例外——他の土地共有者(乙・丙)がその持分に基づく土地に対する使用収益権を事実上放棄し、土地共有者(甲)の処分にゆだねていたことなどにより、法定地上権の発生をあらかじめ容認していたとみることができるような特段の事情がある場合、成立(最判平6・12・20)。

(3) ③土地・建物の一方または双方に抵当権が設定されたこと
「土地又は建物」とあるが、土地・建物の両方に抵当権が設定された場合も含む(最判昭37・9・4)。

(4) ④土地・建物の所有者が競売により異なるに至ったこと
抵当権者でない他の債権者の申立てによる強制競売の結果、土地・建物の所有者が異なるに至った場合でも成立。

2 内容と対抗要件

(1) 法定地上権の及ぶ範囲

建物の敷地のみならず、建物の利用に必要な土地にも及ぶ(大判大9・5・5)。

(2) 内容

抵当権設定当時の建物の状態等により決定(268条2項)。
地代について当事者の協議が整わない時は、裁判所が決定(388条後段)。

(3) 対抗要件

- ①地上権の登記(177条)
- ②借地借家法10条の建物登記

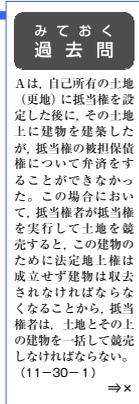
3 一括競売

(1) 要件(389条)

- ①抵当権設定当時、抵当地上に建物がないこと
- ②抵当権設定後に、抵当権設定者または第三者が新たに建物を築造したこと
※旧法：抵当権設定者が建物を築造した場合に限定
- ③建物所有者に抵当権者に対抗できる権利がないこと(389条2項)

(2) 効果 11

土地と建物を一括して競売することができる(389条1項本文)。
ただし、土地の競売価格だけから優先弁済(389条1項ただし書)。
一括競売せず、土地だけの競売も可能(大判大15・2・5)。



34 保証債務

近10年で
4問出題

一番大事なこと

保証債務の分野は、債権総論の分野で最重要なテーマです。そこで、受験生としては、以下に述べる保証債務の性質を根底に握え、保証債務を正確に理解する必要があります。

保証債務の性質のうち、特に、①独立性、②付従性、③補充性が重要です。

まず、保証債務は、主債務とは別個の債務です(①)。つぎに、保証債務の範囲は、元本その他、利息、違約金、損害賠償その他その債務に**従たるものを包含**します(②)。さらに、**主債務者について生じた事由は、②付従性から原則として保証人、連帯保証人に及びます**。保証人について生じた事由は、**債権者が満足するもの以外は**、主たる債務者にその効力を及ぼしません。ただし、**連帯保証の場合には例外規定が設けられています**(458条、434条、457条2項)。また、保証人は通常、③補充性から、催告の抗弁(452条)、検索の抗弁(453条)を有しています。もっとも、連帯保証の場合には、③補充性が失われるから、上記の権利を有さないことになります。なお、保証人自身には負担部分がないことから、連帯債務同様に求償権についての規定がおかれています(459条ないし465条)。

1 性質

(1) 独立性

保証債務は、主債務とは別個独立した債務。

(2) 内容の同一性

主たる債務と同一内容の給付を目的とする。不代替的給付債務につき保証した場合は、主債務の不履行による損害賠償債務の保証をしたものと解される。

(3) 付従性

ア 成立の付従性

主債務が成立しなければ保証債務も成立しない。

イ 消滅の付従性

主債務が消滅すれば保証債務も消滅。

ウ 内容の付従性(448条)

保証債務の内容・態様が主債務より重い場合は、主債務の限度に減縮される。

ただし、保証債務につき別途、違約金や損害賠償額を予定することは可能(447条2項)。

∴これらは保証債務の履行を確実にするためのものであり、内容・態様が主債務より重くなるものではないから。

債権譲渡について主債務者が異議をとめずに承諾した場合、

保証人は抗弁事由を譲受人にも対抗可能(大判昭15・10・9)。債権者が保証人の承諾なく、主債務の弁済期を猶予した場合、保証債務の弁済期も延長される(大連判明37・12・13)。

(4) 随伴性

主債務が移転すれば、保証債務もそれにとまない移転する。

ただし、**主債務が免責的債務引受によって移転しても保証債務は随伴しない**。

∴保証債務は、保証人と債務者との人的関係に基づくものだから。

(5) 補充性

保証債務は、主債務が履行されない場合に第2次的に履行すべき債務(1項)。したがって、保証人は催告・検索の抗弁を有する(452条、453条)。もっとも、補充性は連帯保証(454条)の場合には認められない。

■保証と物上保証の比較

責任の範囲	保証人 一般財産	物上保証人 担保に供した 特定財産
直接の履行請求の可否	○	×
付従性・随伴性	○	○ (根抵当権では緩和)
補充性 (催告・検索の抗弁)	○ (452条、453条)	×
主債務の 時効援用権	○ (大判大4・12・11)	○ (最判昭42・10・27)
主債務の 時効中断効の 効力	保証債務へ及び (457条1項)	物上保証人は時効中断の 効力を否定できない (最判平7・3・10)。
相殺の 援用権	○ (457条2項、 抗弁権として)	×
事前求償権の 有無	○ (委託を受けた保証人のみ) (460条)	×
事後求償権の 有無	○ (459条)	○ (351条、459条)
委託を受けた 保証人の 求償権の範囲	弁済額、法定利息、避ける ことができなかった費用、 その他の損害賠償(459 条2項、442条2項)	保証人の場合と同様 (351条、459条)

タテ整理
ヨコ整理

物上保証人は債務を負っていないことから、直接の履行請求はできません。補充性(二次的に債務を負うこと)も認められません。

委託を受けない保証人の求償権の範囲	主たる債務者の意思に反しないときは、出捐時に主たる債務者が利益を受けた限度(462条1項)。主たる債務者の意思に反するときは、求償時に主たる債務者が利益を受けた限度(462条2項)。	保証人の場合と同様(351条、462条)
複数存在する場合の処理	共同保証(456条、427条)。ただし、特約により分別の利益を失わせることができる(保証連帯)。保証人間においては、人数割合で負担。	複数の物上保証人間においては、目的物の価格の割合で負担。

2 保証債務の成立

(1) 保証契約の成立

保証債務は、債権者と保証人との間の契約により成立。主債務の一部の保証も可能。契約は書面で行わなければならない(2項)。保証契約は債権者と保証人との間の契約なので、保証人と主債務者との間の事情は保証債務の成立に影響を及ぼさない。また、主債務者の意思に反する場合でも成立する(462条2項参照)。

(2) 保証契約の無効・取消し

保証人が、他に連帯保証人がいると欺かれ、または誤信して保証契約をした場合は、特にそのことを契約の内容としない限り、保証契約は錯誤無効とならない(最判昭32・12・19)。主債務の内容について錯誤があれば、法律行為の内容の錯誤(95条)となる(最判平14・7・11)。

会社が破産し、法人格が消滅した場合、会社の負担していた債務も消滅すると解すべきであり、存在しない債務の時効消滅は観念できないため、当該会社を主債務者とする債務の保証人は、会社の法人格の消滅後に主債務者についての消滅時効が完成したことを主張して時効の援用をすることはできない(最判平15・3・14)。

3 保証債務の範囲(447条) 10

元本の他、利息、違約金、損害賠償その他その債務に從たるものを包含する。本案は任意規定であり特約で利息、違約金等を保証の範囲外とすることも可能。一部保証も可能。

→賃貸借契約において賃借人が賃貸人に対して負う債務を期間の定めなく保証した場合は、賃貸借契約期間中に賃借人が死亡し、

みておく 過去問

私は、AがB所有のアパートを賃借するにあたりAの保証人となりました。このたびA・B間の契約がAの賃料不払いを理由として解除されたところ、Bは、Aの滞納した賃料だけでなく、Aが立ち退くまでの間に生じた損害の賠償についても保証債務の履行をせよと主張しています。私は保証債務の履行を拒むことは可能です。(10-31-4) →×

相続人が賃貸借契約上の地位を承継したときでも、承継後に生じた賃借人の債務の責任を負う(大判昭12・6・15)。

→契約の解除による原状回復義務も保証債務に含まれる(最大判昭40・6・30)。

・当事者の合理的解釈として、保証人は債務者の負担する一切の債務を保証し、契約の不履行によって相手方に損失を被らせない意思であるのが通常であるから。

4 催告の抗弁・検索の抗弁(452条・453条) 09

(1) 催告の抗弁権(452条)

「催告の抗弁権」とは、債権者があらかじめ主たる債務者に請求することなく保証人に請求してきた場合に、まず、主たる債務者に請求をするよう求めることができる保証人の抗弁権である。

①主たる債務者が破産手続開始の決定を受けた場合、または、②行方が知れない場合は催告の抗弁権は否定される(ただし書)。

・催告の意味がないから。

連帯保証人は催告の抗弁権をもたない(454条)。

・連帯保証には補充性が無いから。

(2) 検索の抗弁権(453条) 12

ア 意義

検索の抗弁権とは、債権者からの債務の履行請求に対して、まず主たる債務者の財産について執行するよう求めることができる保証人の抗弁権である。

催告の抗弁権同様、連帯保証人には検索の抗弁権がない(454条)。

イ 要件

①主たる債務者に弁済の資力あること

全額を完済する資力があることは要しない(大判昭8・6・13)。

②主たる債務者の財産が執行の容易なものであること

ウ 催告の抗弁権との関係

保証人は催告の抗弁を行使せずに、直ちに検索の抗弁を行使可能。

(3) 催告の抗弁および検索の抗弁の効果(455条)

452条または453条の規定により保証人の請求または証明があったにもかかわらず、債権者が催告または執行をすることを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が直ちに催告または執行をすれば弁済を得ることができた限度

みておく 過去問

私は、AがBとの間に締結した土地の売買契約につき、売主であるAの土地引渡等の債務につき保証人となりましたが、このたびBがAの債務不履行を理由として売買契約を解除しました。Bは、私に対して、Aが受領した代金の返還について保証債務の履行をせよと主張しています。私が保証債務の履行を拒むことは可能です。(10-31-1) →×

みておく 過去問

Eは知人FがGより100万円の融資を受けるにあたり、保証(単純保証)する旨を約した。弁済期後、GはいきなりEに対して保証債務の履行を求めてきたので、Eはまずは主たる債務者に催告するよう請求した。ところがGがFに催告したときにはFの資産状況が悪化しており、GはFから全額の弁済を受けることができなかった。この場合、EはGが直ちにFに催告していれば弁済を受けられた限度で保証債務の履行を求めることができる。(09-30-ウ) →○

において、その義務を免れる。

5 共同保証 (456 条)

(1) 意義・類型

共同保証とは、同一の主債務について、数人の保証人がある場合をいう。

(2) 分別の利益 14

原則——共同保証人は、各別の行為で保証債務を負担したときでも、主たる債務の額を**平等の割合で分割した額についてのみ**保証債務を負担する。

例外——①数人の保証人が連帯保証の場合

②共同保証人が相互に連帯特約をして、分別の利益を放棄したとき (保証連帯の場合)

③主たる債務の目的が不可分のとき

→これらの場合は分別の利益はなく、共同保証人は各々全額について保証債務を負担する。

※保証連帯とは、保証人間に連帯があり、保証人相互間に全額弁済の特約があるが主債務者との関係では通常の保証で、保証人は催告の抗弁権・検索の抗弁権を有する。

6 主債務者について生じた事由の効力 (457 条、458 条)

(1) 主債務者または保証人について生じた事由の効力 11

ア 主債務者について生じた事由

原則としてすべて保証人・連帯保証人に対して効力を生じる。

∴保証債務の付従性から。

ex. 債務の承認など主債務者に生じた時効中断効 (457 条 1 項) (大判大 9・10・23)、債権譲渡の通知。

→本条は保証債務の付従性に基づく規定であり、連帯保証 (458 条) にも適用される (大判昭 7・2・16)。物上保証人が債務者の承認により生じた時効中断の効力を否定するのは付従性、396 条の趣旨から許されない。

イ 保証人について生じた事由

弁済その他債権者に満足を与えるもの以外は、主たる債務者にその効力を及ぼさない。

保証人に対する時効中断は主債務者には及ぼないのが原則。ただし、**連帯保証の場合には、請求の絶対効** (458 条、434 条)

により連帯保証人に対する請求で主債務者の時効も中断する。

ウ 連帯保証人に生じた事由 (458 条)

連帯保証には連帯債務に関する 434 条から 440 条までの規定が準用される。ただし、連帯保証人には負担部分がないので負担部分を前提とする相殺権の援用 (436 条 2 項)・免除 (437 条)・時効 (439 条) の規定は準用されない。

(2) 主債務者の債権による相殺 (457 条 2 項) 11

保証人は主債務者の抗弁権を援用可能。保証人は主債務者の有する反対債権を処分する権限を有するものではなく、相殺によって消滅する限度で単に弁済を拒絶する抗弁権を有するにすぎない。保証人は主債務者の有する反対債権をもってする相殺により、主たる債務者が消滅する限度で支払を拒絶できる。

ex. 相殺権 ∴ 保証人の保護・決済の便宜のため

なお、主債務者の取消権の行使について、保証人は取消権者について定める 120 条の「承継人」にあたらなため**保証人は主債務者の取消権を行使できない** (大判昭 20・5・21)。

7 保証人の求償権 (459 条～465 条) 09

(1) 委託を受けた保証人の求償権について (459 条、460 条)

ア 求償権成立の要件 (459 条 1 項)

①保証人が債務の全部または一部を消滅させたこと

②保証人が弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたこと

イ 求償権の範囲 14

弁済その他、免責があった日以後の法定利息および避けることのできなかった費用その他の損害の賠償を包含する (459 条 2 項、442 条 2 項)。

ウ 事前求償権 (460 条) 10

(ア) 要件

主債務者の委託を受けていることを前提に

①主債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき。

②債務が弁済期にあるとき。ただし、保証契約の後に債権者が主たる債務者に許与した期限は、保証人に対抗することができない。

③債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期も確定することができない場合に、保証契約の後 10 年を経過したとき。

(イ) 物上保証人の事前求償権は否定される(最判平2・12・18)。

∴競売してみなければ担保物の客観的価値は確定しない。また、物上保証人は債務を負担せず、被担保債権の弁済は、物上保証人の委託の趣旨に含まれないため。

(2) 委託を受けない保証人の求償権(462条)

ア 保証が債務者の意思に反しないとき(1項)

保証人の出捐によって債務が消滅したときに債務者が受けた利益の限度で求償権を取得。したがって、債務消滅の日以後の法定利息・費用・損害賠償の請求を含まない。

イ 保証が債務者の意思に反するとき(2項)

求償当時に、主債務者が現に利益を受ける限度でのみ求償可能。求償の日以前に主債務者が債権者に対する反対債権を取得し、それによる相殺を主張すれば保証人の求償に対抗でき、求償そのものが不可能となる。この場合にはその反対債権の履行を債権者に請求可能。

(3) 通知を怠った保証人の求償の制限(463条)

ア 保証人の通知義務

保証人は委託の有無を問わず債務者に対する事前・事後の通知義務を負う。これを怠って弁済したときは、求償の制限を受ける。

イ 債務者の通知義務

原則——保証人に対する通知義務はない。

∴保証人には負担部分がないので、これを前提とする443条1項は準用されないため。

例外——委託を受けた保証人に対しては事後の通知義務を負う。

→これを怠って弁済したときは、善意で弁済した保証人からの求償を拒めない。

(4) 連帯債務または不可分債務の保証人の求償権(464条)

連帯債務者または不可分債務者の1人のために保証した者は、他の債務者に対し、その負担部分についてのみ求償権を有する。

∴求償の循環を避けるため。

(5) 共同保証人間の求償権(465条) 10 11

ア 分別の利益を有しない場合(1項)

各共同保証人は、全額弁済の義務を負う点で連帯債務者の1人が弁済した場合に類似するため、連帯債務の規定(442条~444条)が準用される(本条1項)。

もっとも、共同保証の趣旨に鑑み、連帯債務の場合と異なり、

みておく
過去問

私は、AがBから金銭の貸付を受けるに当たり、Aに頼まれて物上保証人となることにし、Bのために私の所有する不動産に抵当権を設定した。このたびAの債務の期限が到来したが、最近資金繰りに窮しているAには債務を履行する様子がみられず、抵当権が実行されるのはほぼ確実である。私はAに資力があるうちにあらかじめ求償権を行使しておきたいが、これは可能である。(10-31-2)

⇒×

負担部分超過部分についてだけ、他の共同保証人に対する求償権を取得し、自己の負担部分については、主たる債務者に求償できるにとどまりと解されている。

イ 分別の利益を有する場合(2項)

分別の利益がある以上、本来自己の負担部分のみを履行すればいいので、これを越えた弁済は、他の保証人に対しては事務管理となる。よって、委託を受けない保証人が弁済した場合に類似するため、それに関する規定が準用される(本条2項、462条)。

8 貸金等根保証契約と保証人を保護する主な制度

(1) 貸金等根保証契約の意義 10

「根保証」とは、一定の継続的取引関係から生じる債務を保証するものである。

「貸金等根保証契約」とは、主債務に融資による債務が含まれている根保証で、保証人が自然人であるものである(465条の2第1項)。

※保証人が法人の場合

→法人の保証契約につき貸金等根保証契約に関する諸規定の適用なし(465条の2第1項)

∴法人である保証人は保護不要

(2) 極度額(465条の2第2項)

極度額を定めない貸金等根保証契約→無効

(3) 元本確定期日(465条の3)

定めなし——契約締結の日から3年で元本確定

定めあり——契約締結の日から5年を超える場合、期日の定め無効
→定めなしとして、3年で元本確定

(4) 元本確定事由(465条の4)

①債権者が、主債務者または保証人の財産に対し、金銭債権についての強制執行・担保権実行を申し立てたとき

※実行手続の開始があったときに限る

②主債務者または保証人が、破産手続開始決定を受けたとき

③主債務者または保証人が、死亡したとき

(5) 潜脱防止規定(465条の5)

保証人たる法人が主債務者に対して有する求償権につき、個人保証人が付されている場合

→極度額の定めがないなどの場合、個人保証契約が無効(465条の5)

みておく
過去問

私の経営する会社甲は、AがBと新たに取引関係を結ぶに当たり、取引開始時から3ヶ月間の取引に関してAがBに対して負う一切の債務を保証することとし、契約書を作成しましたが、特に極度額を定めていませんでした。このたび、この期間内のA・B間の取引によって、私が想定していた以上の債務をAが負うことになり、Bが甲に対して保証債務の履行を求めてきました。甲が保証債務の履行を拒むことは可能です。(10-31-3)

⇒×

50 賃借権の譲渡と転貸借

近10年で
4問出題

一番大事なこと

賃借人が賃借権を無断譲渡したり、無断で転貸借をした場合、条文中、賃借人は無条件で解除できるのが原則のように読めます。しかし、賃借権が賃借人の生活の基盤である場合(土地・建物の賃貸の場合等)、賃借人の保護のため、**背信行為と認めるに足りない特段の事情**を賃借人が証明すれば、解除はできないとされています。

これに対して、適法な転貸借がなされた場合、転借人は賃借人に支払うべき料金を賃借人に対して直接支払う義務を負います。

1 賃借権の無断譲渡・賃借物の無断転貸による解除

の要件

- ①賃借人の承諾を得ないで、賃借権を譲渡または賃借物を転貸すること(612条1項)
- ②第三者が、賃借物を使用収益すること(同条2項)
- ③背信行為と認めるに足りない特段の事情がないこと(判例)

2 ①賃借人の承諾を得ないで、賃借権を譲渡または

賃借物を転貸すること

(1) 賃借権の譲渡・賃借物の転貸 13

「賃借権の譲渡」とは、賃借人が第三者に賃借人たる地位を移転することをいう。

「賃借物の転貸」とは、賃借人が第三者に賃借権の目的物を賃貸することをいう。

宅地の賃借人が、借地上の自己所有建物を賃貸しても、賃借権の目的物である土地の賃貸ではないから、土地の転貸にはあたらない(大判昭8・12・11)。

賃借地上にある建物の売買契約が締結された場合においては、**特別の事情のないかぎり、その売主は買主に対し建物の所有権とともにその敷地の賃借権をも譲渡したものと解すべきであり、それに伴い、特別の事情のないかぎり、建物の売主は買主に対しその敷地の賃借権譲渡につき賃借人の承諾を得る義務を負う**(最判昭47・3・9)。

また、借地上の建物について、借地人から譲渡担保権の設定を受けた者が建物の引渡しを受けて使用・収益をする場合には、譲渡担

みておく 過去問

Aは、Bとの間の土地賃貸借契約に基づいてB所有の甲土地上に乙建物を建てて保存登記をし、Cとの間の建物賃貸借契約に基づいてCに乙建物を使用させている。この場合、Aが、Cに対して乙建物を売却するためには、特段の事情のない限り、甲土地にかかる賃借権を譲渡することについてBの承諾を得る必要がある。

(13-32-エ)

⇒○

保権実行前でも、土地賃借権の譲渡・転貸にあたる(最判平9・7・17)。

なお、解除権が発生するためには、譲渡ないし転貸の契約を締結しただけでは足りず、目的物を現に使用・収益させることが必要である(612条2項)。

(2) 賃借人の承諾

承諾は、明示・黙示、事前・事後を問わない。承諾の意思表示の相手方は、賃借人でもよいし、また、譲受人・転借人でもよい(最判昭31・10・5)。一度なした承諾は、撤回できない。

3 ③背信行為と認めるに足りない特段の事情がない

こと 記08

賃借人が賃借人の承諾なく第三者に賃借物の使用収益をさせた場合においても、賃借人の当該行為が賃借人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しない(信頼関係破壊の法理、最判昭28・9・25など)。

4 催告の要否 11

賃借人が賃借人との間の信頼関係を破壊し、賃貸借契約の継続を著しく困難にした場合は、賃借人は、**催告を要せず**、将来に向かって賃貸借契約を解除できる(最判昭27・4・25)。

5 賃借権の無断譲渡・賃借物の無断転貸の場合の

法律関係

■賃借権の無断譲渡・賃借物の無断転貸の場合の法律関係

賃借人：A 譲渡人・転賃人：B 譲受人・転借人：C

B・C間の関係	譲渡・転賃は有効。Bは遅滞なくAの承諾を取り付ける義務を負う。
A・B間の関係	無断譲渡・転賃の効果として解除が認められる。ただし、信頼関係破壊の法理。
A・C間の関係	Aは、A・B間の契約の解除の有無にかかわらず、所有権に基づく妨害排除請求および引渡請求可。ただし、背信行為と認めるに足りない特段の事情があり、A・B間の賃貸借契約の解除が制限される場合 →Cは賃貸借の譲受または転借権に基づく使用をAに対抗可。

みておく 過去問

賃貸借契約において、賃借人の賃借物に対する使用方法が著しく信頼関係を破壊するものである場合には、賃借人は、催告を要せずにただちに契約を解除することができる。

(11-32-3)

⇒○

6 適法な転貸借の効果 (613条)

(1) 「適法」な転貸借

「適法な転貸借」とは、賃貸人の承諾があった場合のみならず、背信行為と認めると足りない特段の事情があるなどのため、解除が認められない場合を含む。

(2) 転借人の義務

ア 賃料支払義務

転借人は、賃借人に支払うべき賃料を直接賃貸人に支払う義務がある。

ただし、その額は、賃借人の支払額の範囲にとどまる。

イ 目的物返還義務 09 12

原則——賃貸人と賃借人との間で賃貸借契約が終了すると、転借人は占有権原を失う。

しかし、常に転借人が占有権原を失うとすると、転借人の保護に欠ける。

→終了事由により賃貸借契約の終了が転借人に対抗できず、例外的に転借人の占有権原が認められる場合がある。

①期間満了により賃貸借が終了した場合

転貸借は直ちに消滅しないとしても、転借人は、転借権を賃貸人に対抗できなくなるので、賃貸人との関係では不法占拠者となる。その結果、賃貸人からの所有権に基づく目的物返還請求に応じざるをえない。

②賃貸人と賃借人（転貸人）との間で賃貸借契約が合意解除された場合

この場合には、**賃貸人と賃借人による賃貸借契約の合意解除は、特別の事情のない限り転借人には対抗できない**（大判昭9・3・7）。

③賃借人（転貸人）の債務不履行により賃貸人が賃貸借契約を解除した場合

転借人は、賃貸人との関係において目的物の占有権限を失う（最判昭36・12・21）。ただし、転貸借契約は当然に終了するわけではなく、賃貸人が転借人に目的物の返還を請求したときに履行不能で終了する（最判平9・2・25）。なお、この場合、**解除に際して転借人に対する催告は不要とされて**

みておく 過去問

Aはその所有する建物Bに賃貸し、BはAの承諾を得てその建物Cに転貸している。この状況の下で、A・B間の賃貸借契約が終了したので、AはCに建物の明渡しを求めたいと考えている。A・Bが賃貸借契約を合意解除した場合には、AはそれをCに対抗することができる。

(06-33-ア)

⇒×

Aはその所有する建物Bに賃貸し、BはAの承諾を得てその建物Cに転貸している。この状況の下で、A・B間の賃貸借契約が終了したので、AはCに建物の明渡しを求めたいと考えている。Bの債務不履行によってA・B間の賃貸借契約が解除された場合には、AはあらかじめCに催告をしなくてもCに対抗することができる。

(06-33-ウ)

⇒○

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) ☎ 0120-319059 (受講相談)

<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F

TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F

TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435

TEL075-254-8066 (代表)

京都御池第一生命ビルディング2F

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F

TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 エキュート福岡ビル8F

TEL092-726-5040 (代表)