

2018スタンダード論文答練11月コース ガイダンス

書画カメラで見る

絶対にすべらない 問題分析と答案の書き方

辰巳専任講師・弁護士

福田 俊彦先生御担当

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

2016. 1. 10 LIVE 実施

2016 スタンダード論文答練（第2クール）公法系1第2問より

◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕と〔設問2〕の配点割合は、2.5：5.5)

医師Bは、かねてからA県C市において病院（以下「本件病院」という。）を開設することを計画しており（病床数を100床とするもの。なお、当時のA県の既存の病床数は、3600床であった。）、地元医師会に対し、この計画を明らかにした。しかし、地元医師会は、これに反対する旨を決議した上、A県やC市に対し、「Bの本件病院開設計画の進行を阻止するため適切な対応を要望する。」という要望書を提出するなど、Bの上記計画を阻止する行動に出た。

そこで、平成27年2月2日、Bは、地元医師会の意見書を添付することなく、医療法第7条第1項に基づき、病床数を100床とする本件病院開設の許可申請書をA県に持参して提出したが、A県の担当職員が受理を拒んだので、A県に対し、これを郵送した。しかし、同月9日、A県から上記申請書が返戻された。その際、「申請書に地元医師会の意見書を添付するように求めているが、これが添付されていないという不備な点がありますので返却します。なお、病院開設許可申請にかかる事前協議を行いたいのので、あらかじめ日程を調整のうえ関係書類を持参してください。」といった旨の文書が添付されていた。

当時、A県は、医療法第7条に基づく病院の開設許可等の手続に際し、許可申請者に対して許可事務の担当職員と事前協議を行うことを求めるという運用をしていた。この事前協議ではA県の担当職員が申請者の病院開設計画が法令やA県の指導方針に沿ったものかについて確認を行い、不備があればこれを指摘して訂正させていた。なお、A県は、医療法第30条の第4第1項に基づき医療計画を定めていた。その内容として、医師等の限られた医療資源を国民に対し適切に配分するという観点から、県内全体における必要な病床数を4000床と定めていた。加えて、A県の許可指導方針によれば、病院の新規開設の場合の病床数をおおむね100床とし、開設許可申請の申請書に地元医師会の意見書を添付するという運用がされていた。

また、昭和61年8月30日付け健政発第563号厚生省健康政策局長通知（以下「昭和61年通知」という。）は、都道府県知事に対し、医療法第30条の11の「医療計画の達成の推進のため特に必要がある場合」とは、当該病院の開設等によって都道府県における医療計画に定める必要病床数を超えることになる場合をいうものと示していた。

Bは、A県から返戻された上記文書の指示に従いA県厚生部医務課と事前協議を行ったところ、同課の担当職員は、「地域医療に溶け込むためにも、A県の行政指導には従ってもらいたい。」と述べた。これに対し、Bが「添付すべき地元医師会の意見書は、本件病院開設に同意しないという意見書でもいいのか。」と質問したところ、同担当職員は、「そういうやり方でやられるのは構わないが、反対意見で許可した事例はない。」と回答した。その後、Bは、地元医師会と数度にわたる協議の場をもうけたが、結局、地元医師会の同意を得るには至らず、議論は平行線をたどっていた。

そこで、平成27年4月5日、Bは、地元医師会の意見書を添付しないまま、地元医師会とは引き続き話し合いを重ねて努力していきたい旨記載された文書を添付した上で、改めて病床数を100床とする本件病院開設の許可申請書をA県に持参して申請した（以下「本件申請」という。）。なお、本件申請は、医療法第7条第4項の定める構造設備及び人員の基準を満たしていた。

その際、A県の担当職員は、「今までの状況からみて、地元との連携に不安があるので、B先生のところの計画はやめてほしい。本当に地元の医療をする気があるならば、地元医師会の同

意が得られるまで何回も何十回でも話し合いをするべきである。それをしないまま申請書を送りつけてくるのは、道義上納得できない。今回の申請書は、持ち帰ってほしい。」と述べ、本件申請に係る申請書の受領を拒否した。なお、A県は、病院開設許可申請についての標準処理期間を15日間と定め、これを公にしていた。

一方で、地元医師会の会員である医師D、E、F、G（以下「Dら」という。）は、Bの本件病院開設計画を阻止するため、A県C市においてそれぞれが病床数を100床とする病院を開設することを計画した。そして、同年5月7日、Dらは、それぞれ地元医師会の意見書を添付することなく、病院開設の許可申請書をA県に提出した。A県知事は、Bに対する許可処分を留保したままDらに対し先に許可処分を行うことによって、本件申請につき医療法第30条の11に基づく勧告の要件を充足させる意図をもって、Dらに対しては地元医師会の意見書の添付を求めることなく、また、事前協議を行うこともなく、それぞれに対し、直ちに許可処分を行った。このため、A県内の既存の病床数は4000床となり、必要病床数に達することとなった。

その後、Bは、改めて病床数を100床とする本件病院開設の許可申請書をA県に対し郵送した。一方、これを受けたA県知事は、A県医療審議会に諮問したところ、同審議会は、議事を開かず、持ち回り決議の方法により、全員一致で、本件病院について病院開設の中止を勧告するのが適当であるとの結論に達し、A県知事に対し、その旨を答申した。

これを受けて、A県知事は、Bに対し、「すでにA県地域医療計画に定める必要病床数に達している」という理由で、本件申請に係る本件病院の開設を中止するように勧告した（以下「本件勧告」という。）。これに対し、Bは、本件勧告を拒否するとともに、A県に対し速やかに本件申請に対する許可をするよう求める文書を送付した。

その後、A県知事は、本件病院開設を許可（以下「本件許可」という。）することとした。しかし、その際、「本件勧告にもかかわらず本件病院を開設した場合には、保険医療機関の指定の拒否をすることとされているので、念のため申し添える。」と記載した文書をBに送付した。

そこで、Bは、A県の対応を不満に思い、訴訟提起の準備をするため弁護士Pに相談することとした。

以下に示された【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Pの指示に応じる弁護士Qの立場に立って、次の設問に答えなさい。

なお、参照すべき法令の抜粋を【資料2 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

また、医療法には許可申請に当たって地元医師会の意見書を添付することを要求する規定はないものとする。

〔設問1〕

BがA県に対して本件勧告を対象とする取消訴訟を提起した場合、本件勧告に処分性が認められるか。

〔設問2〕

仮に、BのA県に対する本件勧告を対象とする取消訴訟が適法であるとした場合、本案においてBがすべき主張を検討しなさい。

【資料1 法律事務所の会議録】

弁護士P：Bさんは、保険医療機関の指定が拒否されることを防ぐため、本件勧告を対象とする取消訴訟を提起するつもりです。訴訟要件のうち、特に問題となるのはいかなる点でしょうか。

弁護士Q：本件勧告に処分性が認められるかという点であると考えます。

弁護士P：そうですね。では、その点についての検討をお願いします。処分性以外の訴訟要件は、私の方で検討しておくので、検討の対象から外していただいて構いません。

弁護士Q：分かりました。本件と類似の事案について過去に著名な最高裁判例が出ていたと思うので、その判例で重視されていた要素に留意して検討したいと思います。

弁護士P：もちろん、その判例は、考慮すべきですね。本件の事案に即して、しっかりと検討してみてください。ただ、本件と事案は異なりますが、最近、土地区画整理法に基づく土地区画整理事業の事業計画決定の処分性を認めた判例が出ましたよね。この判例では、処分性を認めるに当たっていかなる要素が重視されましたか。

弁護士Q：いろいろな要素がありますが、実効的権利救済の観点から行政過程のどの段階において裁判的救済を認めるのが適切か、という紛争の成熟性が特に重視されていたと思います。

弁護士P：では、今回の案件においても紛争の成熟性にも着目して処分性を検討してみましょう。もし、本件のような紛争が最終局面まで争われるとすると、【資料3】に示したような経緯をたどることになると思いますが、開設中止勧告の段階で取消訴訟の提起を認めることが、最もBさんの権利救済に資することについても、簡潔でよいので検討してみてください。

弁護士Q：難しいです。何かヒントはありませんか。

弁護士P：保険医療機関の指定の申請に際しては、省令で申請前に施設・人員を確保しなければならない仕組みが採られています。この仕組みを前提に、Bさんが本件勧告を争わないまま保険医療機関の指定を申請すると、この申請に対して指定処分がされるか否かが分からない段階で大規模な施設や多数の人員の確保を強いられることとなります。このことが、Bさんにとってどのような不利益となるのかを考えてみてください。

弁護士Q：分かりました。ありがとうございます。

弁護士P：お願いしますね。次に、本件勧告を対象とする取消訴訟を適法に提起したとして、本案においてBさんがすべき主張を検討しましょう。

弁護士Q：Bさんは、本件勧告に至る手続の過程で、A県に対し数度にわたって医療法第7条に基づく開設許可の許可申請書を提出し、申請書が返戻された点に不満があるようです。

弁護士P：Bさんが提出した許可申請書は、法令上定められた形式的要件を満たしていたのですか。

弁護士Q：はい。A県がBさんの提出した申請書を返戻した理由は、もっぱら地元医師会の意見書が添付されていなかったという点にあるようです。しかし、法令上、地元医師会の意見書の添付は要求されていません。

弁護士P：この点については、行政手続法に関係する規定がありますよね。Q君には、特に平

成27年4月5日にされた本件申請に対するA県の対応について検討してもらいましょう。行政手続法第7条によれば、行政庁に審査応答義務が課されています。そこで、まず、同条の規定により、A県による申請書の返戻が違法であると主張できないかを検討してください。

弁護士Q：分かりました。また、Bさんは、当初本件病院の開設を申請した時点ではA県内の既存病床数が3600床にとどまっていたにもかかわらず、A県がBさんの申請書を返戻するなどしているうちに、Dさんたちの病院開設の申請に対して許可処分をしたことによって、A県の医療計画に定められている必要病床数に達することとなった点についても、不満があるようです。

弁護士P：なるほど。昭和61年通知が示す解釈に従えば、必要病床数を超える場合には、勧告の要件を満たすこととなってしまいますからね。では、今回のように形式的には処分要件を満たす場合には、いかなる主張をすることができるか、検討してみてください。

なお、昭和61年通知は医療法第30条の11の要件についての解釈基準という法的性格を有していますが、解釈基準の内容の合理性いかにについては、検討の対象外としてください。すなわち、昭和61年通知が示す法の解釈は合理的なものであることを前提として構いません。

弁護士Q：分かりました。さらに、Bさんは、本件勧告がされる過程において、A県医療審議会が議事を開かず、持ち回り決議の方法によって、本件病院について病院開設の中止勧告をするのが適当であるとの結論に達した点にも、不満があるようです。実際に会議を開催し、話し合っていれば、本件病院について病院開設の中止を勧告することに疑義が生じ、中止勧告をするのが適当であるとの結論に至らなかった可能性があります。

弁護士P：医療法第30条の11の「都道府県医療審議会の意見を聴い」といえるか否かの解釈問題となりそうですね。この点については、都道府県医療審議会について定める医療法ないし医療法施行令の規定を参照し、勧告の際に都道府県医療審議会の意見を聴くことを要求する趣旨を踏まえて検討してみてください。なお、A県医療審議会は、会議による場合の手続のみを定めており、それ以外の方法については何も定めていないようです。

最後に、本案においてBさんがすべき主張についてお願いした3つの課題を検討するに当たって、手続上の違法事由を認定した場合には、その事由が本件勧告の違法を構成するかという点についても忘れずに検討してください。頑張ってください。

【資料2 関係法令】

○ 医療法（昭和23年7月30日法律第205号）（抜粋）

第7条 病院を開設しようとするとき、（中略）は、開設地の都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。

2・3 （略）

4 都道府県知事（中略）は、前3項の許可の申請があつた場合において、その申請に係る施設の構造設備及びその有する人員が第21条及び第23条の規定に基づく厚生労働省令並びに第21条の規定に基づく都道府県の条例の定める要件に適合するときは、前3項の許可を与えなければならない。

5・6 （略）

第7条の2 都道府県知事は、次に掲げる者が病院の開設の許可（中略）の申請をした場合において、当該申請に係る病院の所在地を含む地域（中略）における病院又は診療所の病床の当該申請に係る病床の種別に応じた数（中略）が、（中略）医療計画において定めるその地域の当該申請に係る病床の種別に応じた基準病床数（中略）に既に達しているか、又は当該申請に係る病院の開設（中略）によつてこれを超えることになると認めるときは、前条第4項の規定にかかわらず、同条第1項（中略）の許可を与えないことができる。

一～八 （略）

2～8 （略）

第30条の4 都道府県は、基本方針に即して、かつ、地域の実情に応じて、当該都道府県における医療提供体制の確保を図るための計画（以下「医療計画」という。）を定めるものとする。

2 医療計画においては、次に掲げる事項を定めるものとする。

一～十一 （略）

十二 主として病院の病床（中略）及び診療所の病床の整備を図るべき地域的単位として区分する区域の設定に関する事項

十三・十四 （略）

3～15 （略）

第30条の11 都道府県知事は、医療計画の達成の推進のため特に必要がある場合には、病院若しくは診療所を開設しようとする者又は病院若しくは診療所の開設者若しくは管理者に対し、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院の開設若しくは病院の病床数の増加若しくは病床の種別の変更又は診療所の病床の設置若しくは診療所の病床数の増加に関して勧告することができる。

第71条の2 この法律の規定によりその権限に属させられた事項を調査審議するほか、都道府県知事の諮問に応じ、当該都道府県における医療を提供する体制の確保に関する重要事項を調査審議するため、都道府県に、都道府県医療審議会を置く。

2 都道府県医療審議会の組織及び運営に関し必要な事項は、政令で定める。

○ 医療法施行令（昭和23年10月27日政令第326号）（抜粋）

（都道府県医療審議会）

- 第5条の16 都道府県医療審議会（以下「審議会」という。）は、委員30人以内で組織する。
- 第5条の17 委員は、医師、歯科医師、薬剤師、医療を受ける立場にある者及び学識経験のある者のうちから、都道府県知事が任命する。
- 2・3 （略）
- 第5条の19 専門の事項を調査審議させるため必要があるときは、審議会に専門委員10人以内を置くことができる。
- 2 専門委員は、学識経験のある者のうちから、都道府県知事が任命する。
- 3・4 （略）
- 第5条の20 審議会は、会長が招集する。
- 2 審議会は、委員の過半数が出席しなければ、議事を開き、議決を行うことができない。
- 3 （略）
- 第5条の22 第5条の16から前条までに定めるもののほか、議事の手続その他審議会の運営に関し必要な事項は、審議会が定める。

○ 健康保険法（大正11年4月22日法律第70号）（抜粋）
（療養の給付）

第63条 被保険者の疾病又は負傷に関しては、次に掲げる療養の給付を行う。

一～五 （略）

2 （略）

3 第1項の給付を受けようとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、次に掲げる病院若しくは診療所又は薬局のうち、自己の選定するものから受けるものとする。

一 厚生労働大臣の指定を受けた病院若しくは診療所（第65条の規定により病床の全部又は一部を除いて指定を受けたときは、その除外された病床を除く。以下「保険医療機関」という。）又は薬局（以下「保険薬局」という。）

二・三 （略）

（保険医療機関又は保険薬局の指定）

第65条 第63条第3項第1号の指定は、政令で定めるところにより、病院若しくは診療所又は薬局の開設者の申請により行う。

2・3 （略）

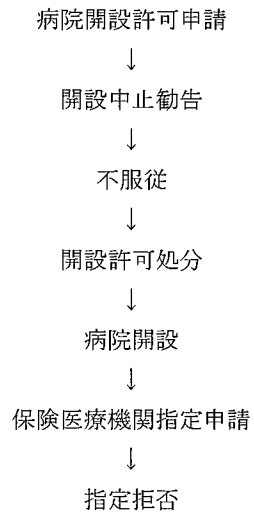
4 厚生労働大臣は、（中略）第1項の申請があった場合において、次の各号のいずれかに該当するときは、その申請に係る病床の全部又は一部を除いて、第63条第3項第1号の指定を行うことができる。

一 （略）

二 当該申請に係る病床の種別に応じ、医療法第7条の2第1項に規定する地域における保険医療機関の病床数が、その指定により同法第30条の4第1項に規定する医療計画において定める基準病床数を勘案して厚生労働大臣が定めるところにより算定した数を超えることになると認める場合（その数を既に超えている場合を含む。）であつて、当該病院又は診療所の開設者又は管理者が同法第30条の11の規定による都道府県知事の勧告を受け、これに従わないとき。

三 （略）

【資料3】



【配点表】

			配点		
第1	設問1				
	1	問題の所在			
		・本件勧告の根拠条文（医療法30条の11）を指摘していること		1	
		・「処分」（行政事件訴訟法3条2項）の規範を示していること		2	
		【加点事項】 ※ 端的な理由づけや適切な下位規範が定立されている場合には、加点する		加点評価 A・B・C	
	2	本件における具体的検討			
		(1)	公権力性について		
			・本件勧告の主体が都道府県知事であること		1
		(2)	法的効果について		13
			① 本件勧告の法的性格が「行政指導」（行政手続法（以下「行手法」という。）2条6号）であること…目安3点		
② 「行政指導」である本件勧告は事実行為にすぎないこと…目安2点					
③ 本件勧告に従わなかった場合、健康保険法65条4項2号の要件に該当し、相当程度の確実さをもって同法63条3項1号に基づく保険医療機関の指定を受けることができなくなる…目安3点					
④ 本件病院が保険医療機関の指定を受けられなくなった場合、我が国では健康保険等を利用せずに病院を利用する者がほとんどいないため、事実上病院の開設自体を断念せざるをえなくなる…目安3点					
⑤ 上記の検討から、本件勧告には、これに従わなかった場合、實際上病院の開設自体を断念せざるをえなくなる効果が認められること…目安2点					
(3)	紛争の成熟性について		7		
	① 保険医療機関の指定拒否が「処分」にあたり、この段階で取消訴訟を提起する余地があること…目安2点				
	② 保険医療機関の指定の申請前に施設・人員を確保しなければならない仕組みがとられており、その結果、病院開設者は莫大な投資リスクを負うことになること…目安3点				
③ 上記の検討から、本件では本件勧告の段階で出訴を認めるのがBの権利救済に資すること…目安2点					
【加点事項】 ※ 上記2について、説得的に論じられている場合には、加点する		加点評価 A・B・C			
第2	3 結論			1	
	設問2				
1	行手法7条違反について				
	(1)	問題の所在			
		・許可申請書（医療法7条1項）が返戻された点が行手法7条違反である旨の主張		2	
	(2)	本件における具体的検討			
		・行手法7条の趣旨（受理概念の否定）の指摘		3	
		・Bの許可申請書の提出が「申請」（行手法2条3号）にあたることの認定		2	
		・Bの「申請」が「事務所に到達した」ことの認定		2	
・Bの「申請」は法令上の形式的要件に適合しているため、返戻は行手法7条に違反し、許されないことの指摘		3			

書画カメラで見る 絶対にすべらない問題分析と答案の書き方

	<p>【加点事項】</p> <p>※ 摘示した事実を説得的に評価した上で論じられている場合には、加点する</p> <p>※ 行手法33条や品川マンション事件判決（最高裁昭和60年7月16日第三小法廷判決（行政判例百選132事件））の規範を用いて適切に検討できている場合には、加点する</p>	<p>加点評価</p> <p>A・B・C</p>
	<p>★行手法7条について検討せず、行手法33条や品川マンション事件判決（最高裁昭和60年7月16日第三小法廷判決（行政判例百選132事件））の規範等について検討している場合には、適切に検討されている場合に限り、7割を目安に配点する</p>	
(3)	<p>手続上の瑕疵と行政処分の効力</p> <p>・手続上の瑕疵がいかなる場合に処分の取消事由となるかの点についての規範定立</p>	3
	<p>・行手法7条違反が本件勧告の取消事由となるかの検討</p>	5
2	<p>法の一般原則違反について</p>	
(1)	<p>問題の所在</p> <p>・A県は、医療法30条の11の要件を充足させる意図をもって、Bに対しては事前協議や地元医師会の意見書の添付を要求した上で許可処分を留保し、一方、Dらに対してはこれらを要求せず直ちに病院開設許可処分をし、これによって同条の要件を充足させた点が権利濫用禁止原則（民法1条3項参照）、あるいは平等原則（憲法14条1項参照）違反であるなどの主張</p>	3
	<p>★権利濫用禁止原則や平等原則といった法の一般原則を明示せず、単に手続違反とする場合でも、同様に配点する</p>	
(2)	<p>本件における具体的検討</p> <p>・権利濫用禁止原則（あるいは平等原則等）から、中止勧告においては公平・公正な取扱いが予定されていること</p>	3
	<p>・本件勧告に至る手続はBを不公平・不公正に扱うものであること</p>	4
(3)	<p>手続上の瑕疵と行政処分の効力</p> <p>・民法1条3項違反（あるいは憲法14条1項違反等）が本件勧告の取消事由となるかの検討</p>	5
	<p>★手続上の違法の検討ではなく、裁量統制といった実体法上の違法として検討した場合であっても、適切に検討できている場合には、同様に配点する</p>	
3	<p>持ち回り決議の医療法30条の11違反について</p>	
(1)	<p>問題の所在</p> <p>・医療法30条の11の要件である「都道府県医療審議会の意見を聴いて」を欠く点で同条に違反する旨の主張</p>	2
(2)	<p>本件における具体的検討</p> <p>・医療法71条の2第1項の指摘・解釈</p>	3
	<p>・医療法71条の2第2項、医療法施行令5条の20各項の指摘・解釈</p>	3
	<p>・医療法施行令5条の22の指摘</p>	2
	<p>・医療法30条の11の趣旨について自分なりに論じていること</p>	3
	<p>・「都道府県医療審議会の意見を聴いて」についての規範定立</p>	2
	<p>・当てはめ</p>	2
	<p>【加点事項】</p> <p>※ 上記(2)について説得的に論じられている場合には、加点する</p>	<p>加点評価</p> <p>A・B・C</p>
(3)	<p>手続上の瑕疵と行政処分の効力</p> <p>・医療法30条の11違反が本件勧告の取消事由となるかの検討</p>	3
第3	<p>【その他加点事項】</p> <p>※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する</p>	
	<p>加点評価</p> <p>A・B・C</p>	

基本配点分	合計	80点
加点评価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理の思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理の構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 処分性
- 2 受理概念の否定
- 3 法の一般原則
- 4 持ち回り決議の適法性

【出題趣旨】

< 総論 >

本問は、医療法及び健康保険法をテーマとし、問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、個別法の趣旨を読み解いた上で、訴訟要件及び本案における違法事由を論じる力を試すものである。

< 内容面について >

1 設問 1

医療法に基づく病院開設中止勧告の処分性について判示した最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決（行政判例百選Ⅱ167事件、本問の素材とした判例）は、勧告の法的性質を行政指導としている。

行政指導は、事実行為にすぎないので（行政手続法（以下「行手法」という。）2条6号参照）、直接国民の権利義務に影響を与えないと見え、処分性が否定されるとも思える。

もっとも、上記判決は、勧告の後に相当程度の確実さをもって保険医療機関指定拒否処分がなされることを理由に、勧告の処分性を肯定している。本問でも、上記判決と同様の流れで処分性を肯定する必要がある。

また、土地地区画整理事業計画の処分性について判示した最高裁平成20年9月10日大法廷判決（行政判例百選Ⅱ159事件）が紛争の成熟性に着目して処分性を肯定したことを踏まえた上で、紛争の成熟性の観点からもBに対する病院開設中止勧告に処分性が認められるかを論じることが求められる。

2 設問 2

本問は、上記の行政判例百選Ⅱ167事件の差戻審である富山地判平成19年8月29日（判例タイムズ1279号146頁）を素材とした問題である。

本問では、病院開設中止勧告を対象とする取消訴訟の本案において、Bが主張しうる手続上の違法事由を挙げて論じることが求められる。具体的には、以下の3点を挙げて検討することを求めている。

第1に、A県がBの病院開設許可申請書を返戻した点が行手法7条違反となりうる点である。

第2に、A県がBに対しては地元医師会の同意書を添付することを要請する行政指導を継続し、その間に他の開設許可申請者であるDらにはこのような行政指導を行わずに直ちに開設許可処分を行うことで中止勧告の要件を満たしたことが不公平・不公正である点である。

なお、本問の素材とした上記裁判例において、原告は、勧告に至る手続において不公平・不公正な扱いがなされた点が医療法30条の7（現医療法30条の11）違反である旨の主張をして

いる。この点については法の一般原則違反とする構成が考えられるが、解答例では法の一般原則のうち、権利濫用禁止原則違反（民法1条3項参照）として構成した。いずれにせよ、どのような構成をとるかというよりも、根拠条文を指摘し、いかなる構成をとったのかが採点者に明確に伝わる答案が望ましいと思われる。

第3に、Bに対する病院開設中止勧告をするにあたって医療審議会が議事を開かず持ち回り決議の方法を採用した点が医療法33条の11の要件である「意見を聴いて」を満たさず、同条違反となる点である。

この点について、本問の素材とした上記裁判例においては問題となっておらず、また、仮に今後持ち回り決議の方法が勧告の違法事由となるか否かが争点となる判例が現れた場合、いかなる判断がなされるかは定かではない。しかし、本問は、「本案において、Bがすべき主張を挙げなさい」という問題形式である以上、Bの立場としては、持ち回り決議の方法を採用した点が医療法33条の11に違反し、かつ、上記違法が勧告の違法事由を構成する、という主張をすべきである。

最後に、上記の3点が勧告の違法事由となりうるかについても検討することが求められている。手続上の瑕疵が処分の違法事由を構成するか否かという論点については諸説あるが、最高裁昭和46年10月28日第一小法廷判決（行政判例百選I125事件）が参考になる。手続上の瑕疵が処分の結果に影響を及ぼす場合には処分の違法事由を構成するという規範を定立すると、あてはめがしやすいであろう。

<作成の経緯等>

1 はじめに

設問1は最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決（行政判例百選II167事件）を、設問2はその差戻審である富山地判平成19年8月29日判決（判例タイムズ1279号146頁）及び最高裁昭和46年10月28日第一小法廷判決（行政判例百選I125事件）を素材とした問題である。

2 設問1

設問1では、処分性を問うことにした。処分性については、すでに何度も司法試験で出題されている。しかし、行政事件訴訟法上の訴訟要件の中でも重要な位置づけを占めるものであり、今後も出題される可能性が高い。また、出題された場合には、多くの受験生が得点源とする分野と思われるため、他の受験生に差をつけられないようになってほしく、出題した。なお、今後の本試験においては、本案の主張の場面において差をつけるための難問が出題され、一方で訴訟要件の場面では本問のような百選レベルの基本的な問題がサービス問題として出題されることが予想される。このような場合に備えて、本問で、基本的な問題を短時間で確実に得点しつつ、後続の難問に充てる時間を多く確保する訓練をしてもらいたい。

3 設問2

設問2では、本案上の主張として、行手法7条、法の一般原則、持ち回り決議の違法性及びこれらの手続上の瑕疵が処分の違法事由を構成するか否かについて問うことにした。

まず、行手法7条については、本試験において未だ出題がない。しかし、平成20年に行手法13条1項、14条1項、平成21年に行手法10条、平成23年に行手法33条に関する問題が出題されており、今後も本案において行手法違反を問う形式の出題がありうるため、今回出題

書画カメラで見る 絶対にすべらない問題分析と答案の書き方

した。行手法7条についても、他の条項と同様、事実を抽出して要件をあてはめるという作業を行うべきことを確認してほしい。

次に、法の一般原則について、本試験において未だ出題がない。しかし、平成27年予備試験において法の一般原則の一場面である信頼保護原則（民法1条2項参照）に関する問題が出題された。このことから、今後本試験において法の一般原則に関する主張を問う出題がありうるため、出題した。この点については、形式的には処分要件を満たし適法とも思える場合に、最終手段として主張するものであるという点に留意してほしい。

次に、持ち回り決議の違法性について、本試験において未だ出題がない。しかし、持ち回り決議の採用を認めているか否かを判断する際に個別法の趣旨を読み解く作業が必要となり、個別法の解釈能力を問うのに適した分野と思われるため、今後出題の可能性があり、出題した。応用的な問題であるが、是非、現場思考の訓練として本問を役立てて頂きたい。

【参考文献】

- ・宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』（有斐閣，第6版，2011）P.244～5
- ・宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』（有斐閣，第6版，2011）P.346～7
- ・『平成19年度重要判例解説』（有斐閣，2008）P.50～51
- ・富山地判平成19年8月29日（判タ1279-146）
- ・櫻井敬子・橋本博之『行政法』（弘文堂，第5版，2016）P.24～7，207～210
- ・亙理格・北村喜宣『重要判例とともに読み解く個別行政法』（有斐閣，2013）P.412～3
- ・中原茂樹『基本行政法』（日本評論社，第2版，2015）P.48～59
- ・稲葉馨ほか『行政法』（有斐閣，第3版，2015）P.40～46
- ・塩野 宏『行政法Ⅰ行政法総論』（有斐閣，第6版，2015）P.93～5
- ・宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣，第5版，2013）P.55～6

2018スタンダード論文答練11月コースガイダンス 公法系 第2問

■ 福田俊彦先生監修 合格スタンダード答案

(「良好」と「一応の水準」の境界上の本試験順位500番相当の解答例)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 医療法30条の11に基づく本件勧告は、行政事件訴訟法3条2項
3 の「行政庁の処分」に当たるか。

4 2 「行政庁の処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行
5 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又はその範
6 囲を確定することが法律上認められるものをいう。そして、直接国民
7 の権利義務に影響を及ぼすか否かについては、原告の実効的権利救済
8 の観点から、紛争の成熟性をも考慮して判断すべきである。

9 3(1) たしかに、医療法30条の11に基づく本件勧告は、「行政指導」
10 (行政手続法(以下「行手法」という。)2条6号)に当たるので、
11 事実行為にすぎない。

12 しかし、本件勧告に従わなかった場合には、健康保険法65条4
13 項2号の要件に該当することになり、相当程度の確実さをもって本
14 件病院について保険医療機関の指定を受けられなくなる。そして、
15 上記指定を受けられない場合には、我が国では健康保険等を利用せ
16 ずに病院を利用する者が少ないため、病院の開設自体を断念せざる
17 を得なくなる。したがって、病院開設希望者は、本件勧告をされた
18 時点で、本件病院開設を断念せざるを得ないといえる。

19 (2) また、紛争の成熟性について検討すると、保険医療機関の指定申
20 請の際には一定の施設・人員等を確保しなければならないという法
21 の仕組みが採られているから、Bが指定拒否を待って取消訴訟を提
22 起しなければならないとすると、Bには多大な経済的不利益が及ぶ。
23 そうすると、本件勧告の段階で紛争は成熟しているといえるから、
P.2 本件勧告の段階でBに出訴を認めることが、Bの実効的権利救済に
2 資する。

3 (3) 以上から、本件勧告は、Bの権利義務に直接的な影響を及ぼすと
4 いえる。

5 4 よって、本件勧告は、「行政庁の処分」に当たる。

第2 設問2

1 第1の主張

8 (1) 本件勧告に先立つ本件申請の際にA県担当職員がBの提出した許
9 可申請書の受領を拒否した点が行手法7条に反し、かつ当該手続上
10 の瑕疵が本件勧告の違法事由を構成すると主張すべきである。具体
11 的な主張内容は、以下のとおりである。

12 (2)ア 平成27年4月5日、Bは許可申請書をA県に持参しているから、
13 「申請がその事務所に到達した」といえる。したがって、A
14 県は、「形式上の要件に適合しない申請」に限り返戻することができる。
15 できる。

16 イ そして、Bの許可申請書には地元医師会の意見書が添付されて
17 いないが、法令上定められた要件を満たしていたから、「形式上
18 の要件に適合しない申請」には当たらない。したがって、A県担
19 当職員がBの許可申請書の受領を拒否した行為は、行手法7条に
20 反し、違法である。

21 (3) では、(2)の手続上の瑕疵は、本件勧告の違法事由を構成するか。
22 手続上の瑕疵が処分の結果に影響を及ぼす場合には、重大な瑕疵
23 といえるから、処分の違法事由を構成すると解すべきである。

P.3 本件では、A県は病院開設許可申請についての標準処理期間（行
2 手法6条）を15日間と定めており、仮に4月5日の時点でA県が
3 直ちに本件申請の審査を始めていれば、遅くとも同月20日ま
4 には本件申請が処理されていたはずである。そして、本件申請は医療
5 法7条4項の構造設備及び人員の基準を満たしていたから、同日ま
6 までに本件病院開設許可処分がなされるべきであったことが明らかで
7 あり、本件病院開設許可処分がなされていれば、そもそも本件勧告
8 がなされることもなかった。

9 よって、行手法7条違反の瑕疵が本件勧告の結果に影響を及ぼし
10 たといえるので、(2)の手續上の瑕疵は、本件勧告の違法事由を構成
11 する。

12 2 第2の主張

13 (1) A県は、医療法30条の11の要件を充足させる意図をもって、
14 一方で、Bに対しては事前協議や地元医師会の意見書の添付を要求
15 した上で許可処分を留保しながら、他方で、Dらに対してはこれら
16 を要求せず直ちに病院開設許可処分をし、これによって同条の要件
17 を充足させた。そうすると、当該手續は、権利濫用禁止の原則（民
18 法1条3項参照）に反して違法であり、かつ当該手續上の瑕疵が本
19 件勧告の違法事由を構成すると主張すべきである。具体的な主張内
20 容は、以下のとおりである。

21 (2) 権利濫用禁止の原則から、医療法30条の11の中止勧告をする
22 にあたっては、複数の病院開設許可申請があつてそのいずれも許可
23 処分の要件を満たしている場合には、各申請者を公平・公正に取り
P.4 扱う必要があると解する。

2 本件では、上記のような手續は、B及びDらのいずれの病院開設
3 許可申請も許可処分の要件を満たしているにもかかわらず、Bのみ
4 を不公平・不公正に扱うものといえる。

5 したがって、本件勧告に至る手續は権利濫用禁止原則に反し、違
6 法である。

7 (3) では、(2)の手續上の瑕疵は、本件勧告の違法事由を構成するか。

8 A県が平成27年4月5日の時点で直ちに本件申請の審査を始め、
9 少なくとも同月20日の時点までに許可処分を留保せずに行ってい
10 れば、当該時点ではA県内の既存の病床数は4000床に達してお
11 らず、医療法30条の11の要件を満たすことはなかった。

12 よって、権利濫用禁止の原則に違反した瑕疵が本件勧告の結果に
13 影響を及ぼしたといえるので、(2)の手續上の瑕疵は、本件勧告の違
14 法事由を構成する。

15 3 第3の主張

16 (1) 本件勧告に先立ちA県医療審議会が開催されず、持ち回り決議が
17 なされたにすぎないから、「都道府県医療審議会の意見を聴い」た
18 とはいえず、医療法30条の11に反し、かつ上記手續上の瑕疵が
19 本件勧告の違法事由を構成すると主張すべきである。具体的な主張
20 内容は、以下のとおりである。

21 (2) 医療法71条の2第1項は、都道府県医療審議会を設置する目的
22 を「都道府県における医療を提供する体制の確保に関する重要事項
23 を調査審議するため」としている。このような専門的な事項を審議
P.5 するためには、持ち回り決議の方法では足りない。

2 また、同条第2項の委任を受けた医療法施行令5条の20第1項、
3 2項は、実際に会議が開催されることを前提とした手續を定めてい
4 る。上記規定からすると、医療法30条の11の趣旨は、持ち回り
5 決議を許容せず、実際に会議を開催することを要求する点にあると

6 いえる。

7 以上より、「都道府県医療審議会の意見を聴い」たといえるため
8 には、実際に会議を開催する必要があり、持ち回り決議では足りな
9 いといえる。

10 したがって、本件では、「都道府県医療審議会の意見を聴い」た
11 とはいえないので、医療法30条の11に違反する。

12 (3) では、(2)の手續上の瑕疵は、本件勧告の違法事由を構成するか。

13 仮にA県医療審議会が持ち回り決議の方法によらず実際に会議を
14 開催していれば、本件病院について病院開設の中止を勧告するのが
15 適当であるとの結論に至らなかった可能性がある。

16 よって、医療法30条の11違反の瑕疵が本件勧告の結果に影響
17 を及ぼしたといえるので、(2)の手續上の瑕疵は、本件勧告の違法事
18 由を構成する。

19 以上

【MEMO】

2018スタンダード論文答練11月コースガイダンス 公法系 第2問

◆ 受験生答案 (受験生が試験時間内に実際に書いた答案)

Memo

P.1 第1 設問1

1 「処分」(行政事件訴訟法(以下「行訴」)3条2項)とは、①
2 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
3 よって、②国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定すること
4 が法律上認められるものをいう。本件勧告は、医療法(以下、
5 略)30条の11に基づき、都道府県知事がなすものであるから、
6 「公権力の主体たる…公共団体が行う行為」といえる。

7 ②では、②「国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定する」
8 ものといえるか。

9
10 2(1) 勧告は、通常、相手方の任意の協力を求める事実行為にすぎ
11 ず(行政事件手続法(以下「行手」)2条6号)、②が否定され
12 るのが原則である。

13 (2)ア しかし、病院開設中止勧告に従わない場合、健康保険法6
14 5条4項2号に該当することになる。そして、この場合、6
15 3条3項1号の指定を受けることができないことになりかね
16 ない(同法65条4項)。63条3項1号の指定を受けないと療養の給付を受けることができず、患者の負担となり、患者が指定を受けられなかった病院を利用することはほとんどない。加えて、中止勧告に従わずに病院を開設したとしても相当程度の確実さをもって、63条3項1号の指定をしないという運用がなされている。

17
18
19
20
21
22 以上のことからすると、中止勧告を受けた者は、早期に中
23 止勧告を争う実益がある。

P.2 イ また、保険医療機関の指定の申請に際しては、省令で申
2 請前に施設・人員を確保せねばならず、かかる申請に対す
3 る拒否処分がなされた段階でこれを争うとしても、人件費
4 や施設管理費に多大なコストがかかる一方で、上記のよう
5 に病院の利用者が見込めず収入が期待できないことになり、
6 申請者に重大な不利益が生じることになる。

7 ウ 以上のような早期に中止勧告を争う実益及び保険医療機
8 関の指定の申請に対する処分を待つてからの訴訟では、原
9 告に重大な不利益が生じることからすると、中止勧告を受
10 けた段階で紛争の成熟性を肯定し、取消訴訟の提起を認め
11 た方が実効的権利救済に資する。

12 したがって、本件では、例外的に②を充足するというべ
13 きである。

14 エ よって、本件勧告に処分性が認められる。

15 第2 設問2

16 1 行手7条違反について

17 (1) 行手7条は、申請に対する審査・応答義務を定める。では、
18 本件のように法令上定められた形式的要件ではなく、地元医師
19 会の意見書の添付がないことを理由に申請を受理しないことが
20 行手7条に違反しないか。

21 (2) 行手7条の趣旨は、法令とは無関係な要件を課すことで国民
22 の申請を不当に受理しないことを防止しようとするものである。
23 もっとも、申請者に対して他の要件を具備するよう行政指導し

- ・問題量は多くないと感じた。
- ・設問2の手続法違反と勧告の違法との関係については、考えたことがなかったので、良い問題だと感じた。

P.3 たとしても、申請者がこれに任意で応じる分には7条違反とは
2 ならない。

3 そこで、申請者が明確かつ真摯に行政指導に従わない旨を表
4 明した場合には、その後の返戻は7条違反となると解する。

5 (3)ア 本件では、本件申請は法7条4項の定める基準を充足して
6 おり、法令上の形式的要件は充足している。

7 イ また、Bの本件申請は、「医師会とは引き続き話し合いを
8 重ねていきたい」旨の記載がなされている。しかし、かかる
9 申請は、Bが地元医師会と数度にわたる協議をしたものの同
10 意を得るに至らなかつた結果なされており、平成27年2月
11 2日から4月5日までの2ヶ月もの間、Bが努力した上でな
12 されたものである。このような努力があつた上での再度の申
13 請は、言葉として行政指導に従わないとの意思の表明をして
14 いなくとも、再度申請をすること自体、行政指導に従わない
15 との意思が明確に示されているといえる。

16 加えて、Bは、病床数がうまる前に申請をしたいと考えて、
17 これをなしているのであるから、真摯な意思での拒否といえ
18 る。

19 (4) 以上より、A県の返戻は行手7条に違反し違法である。

20 (5) では、かかる手続上の違法が本件勧告の違法となるか。

21 ア 法30条の11の勧告は、医療計画に定められた病床数を
22 超えるような場合になされる。そして、かかる病床数は、申
23 請の段階いかんによっては、病床数を超えない状況から超え
P.4 る状況へと変化することがありうる。このような性質からす
2 ると、違法な返戻がなされた段階では、規定の病床数に達し
3 ていなかったものの、その後の申請が受理され許可がされた
4 段階で規定の病床数を超えている場合には、手続違反と勧告
5 が密接に関連しているというべきで、勧告の違法となると解
6 する。

7 イ 本件では、4月5日の段階では、規定の病床数に達してお
8 らず、その後のBの申請段階で、Dらの申請が認められたこ
9 とにより、病床数が規定に達している。

10 したがって、手続違反と勧告が密接に関連している。

11 ウ 以上より、行手7条違反が本件勧告の違法となる。

12 2 平等原則・信義則違反

13 (1) 本件勧告は、形式的には処分要件を充足している。しかし、
14 どのような処分をするにせよ、その処分は平等原則や著しく不
15 当な目的による処分を禁じる信義則に合致したものでなければ
16 ならない。

17 (2)ア 本件では、地元の医師であるDらの申請については、地元
18 医師会の意見書の添付も事前協議も要求することなく直ちに
19 許可処分をなしている。これに対して、Bは、およそ2ヶ月
20 にわたり、地元医師会と協議するなどの努力を行ったにもか
21 かわらず、申請の不受理をしている。より努力したBについ
22 てDらよりも不利に扱うことは平等の原理からは是認できない
23 イ また、A県は、Bに対する許可処分を留保したままDらに
P.5 対して先に許可処分を行うことにより本件申請につき法30
2 条の11に基づく勧告の要件を充足させる意図をもってDら
3 の許可処分をしている。これは、上記平等原則に違反する重
4 大な信義則違反である。

5 (3) 以上より、本件勧告は、平等原則・信義則に違反するもので

- 6 あり、違法である。
- 7 3 法30条の11違反
- 8 (1) A県医療審議会は、会議による場合の手続のみを定めており、
- 9 それ以外の方法については何も定めていない。そこで、持ち回
- 10 り決議の方法による場合、法30条の11の「都道府県医療審
- 11 議会の意見を聴い」たといえるかが問題となる。
- 12 (2) 医療計画の策定は、当該地域の実情に応じて定めるべきであ
- 13 り、その際には人口・年齢分布といった専門技術的判断が必要
- 14 となるのは事実である。法30条の11が「勧告することがで
- 15 きる」としているのは、かかる点に配慮してのものといえる。
- 16 しかし、法30条があえて医療審議会の意見を要求している
- 17 のは、病院等の開設には多数の利害関係人が生じることから、
- 18 医療の専門家で構成された（医療法施行令（以下、令）5条の
- 19 17、5条の19第2項）会議体たる審議会（令5条の16、
- 20 5条の20第1項、2項）の議決による慎重な判断を要求した
- 21 ものである。そして、会議の議決は、多数意見がとびかい相互
- 22 に影響することでより良いものとなることからすると、法30
- 23 条の11の「審議会の意見を聴いて」といえるためには、持ち
- P.6 回り決議の方法では足りず、会議による決議でなければならな
- 2 いと解される。
- 3 (3) 本件では、A県医療審議会が開催されていない持ち回り決議
- 4 の内容は全員一致で中止勧告をすべきとするものではあるが、
- 5 実際に一同に会して会議を行っていたら、委員が相互に影響し
- 6 合うことで、中止勧告がなされなかった可能性がある。したが
- 7 って、法30条の11の医療審議会の意見を要求する上記の趣
- 8 旨が全うされていない。
- 9 (4) 以上より、法30条の11を充足せず、本件勧告は違法があ
- 10 る。
- 11

以上

※本答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。

【MEMO】

【解 説】

◆ 論点① 処分性 ◆

1 問題の所在

設問1では、最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決（百選Ⅱ167事件）及び最高裁平成20年9月10日大法廷判決（百選Ⅱ159事件）を踏まえた上で、Bに対する病院開設中止勧告に処分性が認められるかを論じる必要がある。

2 処分性

(1) 処分性の意義

取消訴訟の対象は、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）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でなければならぬ」とされており、行政庁の行為がこのような取消訴訟の対象となることを「処分性」を有するという。

そして、行政処分とは、「行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為」とされ（塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』P.124）、①行政機関の行為、②具体的規律、③法効果、④権力性、の諸要素が必須とされている。

(2) 処分性一般についての判例理論

ア 最判昭39.10.29（民集18-8-1809、百選Ⅱ156事件、大田区ごみ焼却場事件）（下線は、辰巳法律研究所が付した。以下同様。）

〔判 旨〕

「行政庁の処分とは、…行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」。

イ これは、行政事件訴訟特例法の下での判例であるが、行政事件訴訟法の下でも妥当する先例として位置づけられている。上記判示は、行政庁の行為に処分性を認める基準であるが、処分性が認められるか否かの問題は、結局は、当該行為の根拠法規等が、当該行為の効力を抗告訴訟により争わせるに値するものとして規定しているか否かという解釈問題にほかならず、上記判示は、その判断基準を一般的に述べたものと解されている。行政庁のある行為について処分性の有無を具体的に判断する際の考慮要素としては、次のような点が挙げられている。

- ① 条文の文言が、権利義務の形成等を予定していると解されるものか
- ② 当該行為によって、国民の地位に法律上どのような変化を生じさせるか
- ③ 複数の行為が一連の手續過程を構成している場合には、どの段階で違法性を争えるようにし、また公定力の発生を認めるのが適切か（事件の成熟性）

3 表示行為

「処分」の要件のうち、「直接国民の権利義務を形成し…」の点について、行政庁が法律の見解

を表示するだけの行為は一般的には単なる事実行為にすぎず、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」にあたらぬものとして、処分性が否定される。

もっとも、判例は、事実行為にすぎないとみられる行為について、関連する法令の仕組み解釈に基づき、取消訴訟による救済の必要性を考慮して、処分性を拡大することがある（櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第5版）』P. 272～3頁参照）。

4 判例

□ 最判平17. 7. 15（民集59-6-1661, 百選II167事件）

〔事案の概要〕

病院開設申請者に対し、都道府県知事が医療法に基づく病院開設中止勧告を行った。その後、病院開設許可処分はされたものの、当該勧告がされたために、当該病院は、健康保険法上の保険医療機関の指定を受けられなくなった。そこで、病院開設申請者は、当該勧告を対象とする取消訴訟を提起した。

〔判旨〕

「医療法は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならない旨を定めているところ（7条1項）、都道府県知事は、一定の要件に適合する限り、病院開設の許可を与えなければならないが（同条3項）、医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増加等に関し勧告することができる（30条の7）。そして、医療法上は、上記の勧告に従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。

他方、健康保険法（平成10年法律第109号による改正前のもの）43条ノ3第2項は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときは、その指定を拒むことができると規定しているが、この拒否事由の定めの中には、『保険医療機関等トシテ著シク不相当ト認ムルモノナルトキ』との定めがあり、昭和62年保険局長通知において、『医療法第30条の7の規定に基づき、都道府県知事が医療計画達成の推進のため特に必要があるものとして勧告を行ったにもかかわらず、病院開設が行われ、当該病院から保険医療機関の指定申請があった場合にあっては、健康保険法43条ノ3第2項に規定する「著シク不相当ト認ムルモノナルトキ」に該当するものとして、地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと』とされていた（なお、平成10年法律第109号による改正後の健康保険法（平成11年法律第87号による改正前のもの）43条ノ3第4項2号は、医療法30条の7の規定による都道府県知事の勧告を受けてこれに従わない場合には、その申請に係る病床の全部又は一部を除いて保険医療機関の指定を行うことができる旨を規定するに至った。）。

「上記の医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。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の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。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。

したがって、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』に当たるといべきである。」

□ 最大判平20. 9. 10（民集62-8-2029, 百選II159事件）

〔事案の概要〕

浜松市の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定について、施行地区内に土地を所有しているXらが、同決定の違法を主張して、その取消しを求めた。

〔判旨〕

最高裁は、青写真判決（最大判昭41. 2. 23民集20-2-271）を覆し、事業計画決定に処分性を認める旨の判例変更を行った。

「市町村は、土地区画整理事業を施行しようとする場合においては、施行規程及び事業計画を定めなければならない（法52条1項）、事業計画が定められた場合においては、市町村長は、遅滞なく、施行者の名称、事業施行期間、施行地区その他国土交通省令で定める事項を公告しなければならない（法55条9項）。そして、この公告がされると、換地処分の公告がある日まで、施行地区内において、土地区画整理事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物その他の工作物の新築、改築若しくは増築を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない（法76条1項）、これに違反した者がある場合には、都道府県知事は、当該違反者又はその承継者に対し、当該土地の原状回復等を命ずることができ（同条4項）、この命令に違反した者に対しては刑罰が科される（法140条）。このほか、施行地区内の宅地についての所有権以外の権利で登記のないものを有し又は有することとなった者は、書面をもってその権利の種類及び内容を施行者に申告しなければならない（法85条1項）、施行者は、その申告がない限り、これを存しないものとみなして、仮換地の指定や換地処分等を行うことができることとされている（同条5項）。

また、土地区画整理事業の事業計画は、施行地区（施行地区を工区に分ける場合には施行地区及び工区）、設計の概要、事業施行期間及び資金計画という当該土地区画整理事業の基礎的事項を一般的に定めるものであるが（法54条、6条1項）、事業計画において定める設計の概要については、設計説明書及び設計図を作成して定めなければならない、このうち、設計説明書には、事業施行後における施行地区内の宅地の地積（保留地の予定地積を除く。）の合計の事業施行前における施行地区内の宅地の地積の合計に対する割合が記載され（これにより、施行地区全体でどの程度の減歩がされるのかが分かる。）、設計図（縮尺1200分の1以上のも

の)には、事業施行後における施行地区内の公共施設等の位置及び形状が、事業施行により新設され又は変更される部分と既設のもので変更されない部分とに区別して表示されることから(平成17年国土交通省令第102号による改正前の土地区画整理事業の施行規則6条)、事業計画が決定されると、当該土地区画整理事業の施行によって施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかについて、一定の限度で具体的に予測することが可能になるのである。そして、土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。前記の建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり、しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続けるのである。

そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものといえることができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものといえるべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないといえることはできない。」

「もとより、換地処分を受けた宅地所有者等やその前に仮換地の指定を受けた宅地所有者等は、当該換地処分等を対象として取消訴訟を提起することができるが、換地処分等がされた段階では、實際上、既に工事等も進ちよくし、換地計画も具体的に定められるなどしており、その時点で事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ、換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決(行政事件訴訟法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いえない。そうすると、事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるといえるべきである。」

「以上によれば、市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものといえることができ、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。したがって、上記事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」

5 本問における具体的検討

(1) 問題文及び【資料1】の会議録から、本件勧告の処分性が問われている。そこで、まずは「処分」(行訴法3条2項)の規範を定立する。この点についての記載は必須である。

(2)ア まず、公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為か否かを検討する。

処分の主体は都道府県知事だから、上記行為にあたることは明らかである。この点は簡潔に指摘すれば足りる。時間が足りなくなる人は省略してもよい。

イ 次に、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められるか否かを検討する。

勧告の法的性質が行政指導であり、このような事実行為は直接国民の権利義務に影響を及ぼさないことを確認した上で、勧告の後に相当程度の確実さをもって後続処分である保険医療機関指定拒否処分がなされると考えられることを指摘する。また、保険医療機関指定拒否処分がなされると利用者が集まらず、事実上病院開設を断念せざるを得ない結果となることを指摘する。この点は百選レベルの内容であり、大半の受験生が書くと考えられる部分であるから、他の受験生に書き負けないように注意すべきである。

さらに、【資料1】の会議録から、紛争の成熟性の観点からのあてはめが必要となる。この点については、法の仕組みに従って一定の施設・人員を確保しなければならないとするとBが莫大な投資リスクを背負うことになる点に気付くべきである。この点については会議録による誘導に従い現場で対応すべき部分であり、やや難易度が高い。

◆ 論点② 受理概念の否定 ◆

1 問題の所在

設問2において、Bの許可申請書は地元医師会の意見書が添付されていないものの、法令上定められた形式的要件は満たしていた。それにもかかわらず、A県がBの許可申請書を数度にわたって返戻した点が行手法7条に違反し、かつ、この手続上の瑕疵が本件勧告の違法事由になると主張すべきである。

2 趣旨

申請に対する審査応答義務は、申請人に法令上の申請権がある限り、いわば当然のことである。しかし、わが国の行政運営においては、ときに行政指導に相手方が従わない場合に、申請の受理を拒否したり、申請書を返戻したりするなどのことが行われ、これによって、申請の審査が遅らされて相手方が損害を被るなどの弊害が生じていた。行手法7条は、速やかに調査を開始する義務を定め、不備があるときは速やかに補正を求めるか、許認可を拒否するかの対応をすべきことを規定し、申請に対する処分迅速で公正な処理を確保しようとするものである。

3 審査義務

審査義務は申請が到達したときに生じるのであるから、実務上行われてきた受理という行為は行政手続法上の概念として位置づけられていない。その意味で、行政行為論上、準法律行為的行政行為の一種としての受理は、少なくとも同法上は法的意味を持たないこととなる。また、行手法のこのような整理は、受理（拒否）、受付（拒否）、返戻といった事実上の行為が行われなくなることを期待しているものであり、仮にこれらの行為が行われても、申請があった以上、すでに行政庁の審査義務があるので、受理拒否の状態は法律上は審査懈怠を意味することになり、これを前提とした審査義務違反の違法性が問題となると思われる。

4 判例

□ 富山地判平19・8・29（判タ1279-146、百選Ⅱ167事件の差戻審、本問の素材とした裁判例）

〔判旨〕

「行政手続法7条は、行政庁は、申請が行政庁の事務所に到達したときは、遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならないが、法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請者に対し補正を求めるか、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない旨定めている。

そして、同条は、同法制定前の行政実務において、許認可等に係る申請が許認可の権限を有する行政庁に提出されても、行政庁がこれを適法あるいは適式なものと認めて『受理』しない限り審査義務が生じないものとの理解に立って、当該申請書を返戻することにより審査を拒否するなどの恣意的な行政運営がされていたことを踏まえ、このような行政運営を否定し、到達した申請書に係る申請に対する行政庁の審査、応答義務を明確にするために設けられた規定である。したがって、行政庁は、申請書が行政庁の事務所に到達したときには、そのときから当該申請書による申請について審査し、応答する義務を負うのであって、申請者の同意がないにもかかわらず、これを申請として取り扱わず、当該申請書を返戻することは同条に違反し許さ

れない。」

「被告は、各申請書を返戻したのは、原告が事前協議を経ることなく、不備のある申請書の提出を繰り返したためであると主張する。しかしながら、病院開設許可申請をするに当たり、事前協議を経ることは、法律上の手続的要件となっておらず、これを経ていないことをもって上記申請を拒否することはできず、申請書の記載に不備等がある場合には、申請書を受理した後に補正を促せば足りるのであるから、申請書を返戻する正当な理由とはなり得ない。また、前記認定のとおり、被告の補助機関である高岡保健所長及び厚生部医務課は、各申請書を返戻する際に、開設地の市町村及び郡市医師会の意見書を添付するよう要請しているが、意見書の添付についても、前記したとおり行政指導にすぎず、この添付がないことも申請書を返戻する正当な理由とはなり得ず、被告の上記主張は、被告による申請拒否を正当化できるものではなく、採用できない。」

「そうすると、たとえ不備の是正を求めるためであっても、また、医師会の意見書の添付や事前協議といった行政指導の必要があったとしても、被告の申請書の各返戻行為はいずれも行政手続法7条に違反するものであって、行政手続法上違法であり、被告は、原告から1回目申請書が提出された時点から、申請について審査し、応答すべき義務があったといえる。」

「次に、上記のような手続的瑕疵があった場合に、それが本件勧告の取消原因となるかについて検討する。

本件のような行政手続法7条に違反する申請書の返戻行為ないし不公平・不公正な取扱いがあった場合に、その後、行政庁が当該申請に応じて審査を開始し、当該申請により求められた許認可又はこれを拒否する処分等を行ったとしても、常にその処分が同条違反を理由に取り消され得るとすることは相当でないが、本件勧告の上記手続的瑕疵がその結果に影響を及ぼす場合には、上記手続的瑕疵は本件勧告の取消原因に当たると解すべきである。」

「1回目ないし5回目申請書（いずれも病床を100床とするもの。）の提出に対し、被告が行政手続法7条に従って遅滞なく審査、応答していれば、それぞれその時点で本件病院の開設によって既存病床数が必要病床数を超えることはなく、医療法30条の7の『医療計画の達成の推進のため特に必要がある』との要件を欠くので、同条の規定に基づく勧告がされることはなかったものといえる。」

「したがって、被告が行政手続法7条に従って遅滞なく審査、応答していれば、原告の本件申請に対して中止勧告がされることはなく、このような手続的瑕疵が結果に影響を及ぼす場合に当たるから、同手続的瑕疵は本件勧告の取消原因となる。」

5 本問における具体的検討

- (1) 本件申請の際にA県の担当職員がBの提出した病院開設許可申請書の受領を拒否した点が行手続法7条に反し、かつ、当該手続上の瑕疵が本件勧告の違法事由を構成すると主張することが考えられる。

行手続法7条違反の問題を処理するにあたっては、まず同条の要件を確認する。同条の要件は①申請が、②行政庁の事務所に到達したことである。そして、その要件を満たした場合、効果として、行政庁に審査義務が生じることになる。この点についての記載は必須である。

- (2) まず、①につき、Bが許可申請書を提出した行為は「申請」（行手続法2条3号）にあたり、①を満たす。

次に、②につき、「事務所に到達した」とは、行政庁の支配下に入れば足り、申請を受け付けた旨の行政庁の意思表示は不要である。

なお、行手法7条の趣旨が受理概念を否定する点にあることについては、その要件の解釈にあたって述べればよいと思われる。

本問では、Bが許可申請書を提出したことをもって②を満たす。

- (3) 次に、行手法7条違反が処分である本件勧告の取消事由を構成するか否かを検討する。この点については、例えば行手法8条1項、14条1項違反等の場合と同様の流れでよい。もっとも、問われているのは「Bがすべき主張」であることに留意することが必要である。原告であるBとしては当然行手法7条違反が本件勧告の取消事由となると主張するはずである。それゆえ、本論点に関しては、手続違反の瑕疵が処分の取消事由になりやすい規範を定立するのが良いと思われる。

行手法7条については、行手法8条1項、14条1項などと比べるとややマイナーな条文とも思われるが、要件・趣旨・効果については確実に書いてほしい。また、本問では病院開設許可処分を留保したまま地元医師会の同意を得よう行政指導を行っているので、行手法33条についても論じることが望ましい。その上で、事案へのあてはめ・同条違反が処分の違法事由を構成するか否かの点についてまで触れることができればより高得点が望める。また、本問のように、時間が足りない中でやや使う頻度が低い条文に関する問題が出題されたとしても、三段論法が崩れないように注意してほしい。

◆ 論点③ 法の一般原則 ◆

1 問題の所在

設問2において、A県はBに対しては地元医師会の意見書を添付することを求める行政指導を継続しつつ、一方で、Dらに対してはこのような行政指導を行わずに病院開設許可処分を行うことで本件勧告の要件を充足する状況を作出している。このように形式的には法令上の要件を満たす本件勧告の違法事由を主張しようとするにあたって、本件勧告に至る手続が違法といえるか、仮に違法といえるとして、当該手続上の瑕疵が勧告の取消事由となるかが問題となりうる。

なお、本問の素材となった下記の裁判例において、原告は、勧告に至る手続において不公平・不公正な扱いがなされた点が医療法30条の7（現医療法30条の11）違反である旨の主張をしている。この点については、権利濫用禁止原則違反、平等原則違反などの構成が考えられるが、「不公正」という点をとらえて、解答例では権利濫用禁止原則違反として構成した。

2 適用範囲

法の一般原則，は当該処分が「行政庁の裁量処分」（行訴法30条）に該当するか否かにかかわらず、あらゆる行政分野に適用できるが、内容が抽象的にとどまる。そこで、答案の書き方としては、まずは個別法の解釈によって当該行政活動の違法性を導けないかを検討し、最後の手段として法の一般原則違反を検討すべきである（中原茂樹『基本行政法』（日本評論社，第2版，2015）P.58～9参照）。

3 種類

(1) 平等原則（憲法14条1項参照）

憲法14条1項は「すべて国民は、法の下に平等であつて、…差別されない」と定める。

これは行政上の法律関係にも妥当し、行政処分が「平等」なものといえない場合、当該処分は同項に反し、違憲・違法となる。

なお、同項違反の場合の結論の書き方として、「違法」には、憲法や法の一般原則に違反する場合も含まれることから、「違憲・違法」としても、単に「違法」としても、いずれでも良い。

(2) 比例原則（憲法13条参照）

比例原則とは、行政目的を達成するために必要な範囲でのみ行政権限を用いることが許されるという原則である。これはかねて法治主義に根拠を有する不文の法として定着し、それが、現行憲法の下でも引き継がれていると解される。日本国憲法の下では、憲法13条にその根拠を求める説が有力なようである。

書き方としては、憲法13条を根拠条文とする有力説に立ちつつ、行政目的達成のために必要な範囲を超えて行政権限を用いた場合、当該処分は私人の基本的人権を「尊重」したものといえず、憲法13条に反し、違憲・違法であると述べればよいと思われる。

(3) 信義則・信頼保護原則（民法1条2項参照）

民法1条2項は「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」として信義則を明記する。

これは行政上の法律関係にも妥当し、行政処分が「信義に従い誠実に行」ったものといえない

場合、当該処分は同項に反し、違法となる。

(4) 権限濫用禁止原則（民法1条3項参照）

民法1条3項は「権利の濫用は、これを許さない」として権利濫用禁止原則を明記する。

これは行政上の法律関係にも妥当し、行政権限を本来の趣旨・目的と異なる目的で用いること（いわゆる目的・動機違反）は行政権の濫用（後述の百選172事件参照）にあたり、当該処分は同項に反し、違法となる。

なお、ここでいう「行政権の濫用」は「裁量権の…濫用」（行訴法30条）とは別の概念である。

「行政権の濫用」とは、行政権の行使が形式的には法令の定める要件に適合しているが、当該法令の趣旨に沿った運用がなされていない場合をいい、裁量のない処分についても認められる。

一方、「裁量権の…濫用」とは、当該処分が「行政庁の裁量処分」（行訴法30条）に該当する場合に、行政庁の判断が全く事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠く場合をいうものである。

4 判例

□ 最判昭53. 6. 16（刑集32-4-605、百選172事件）

〔事案の概要〕

被告Y県は、原告X社のトルコ風呂経営を規制することを主たる動機・目的として、A町に対して児童遊園設置認可処分を行った。

〔判旨〕

「本件の争点は、山形県知事のA児童遊園設置認可処分（以下『本件認可処分』という。）の適法性、有効性にある。すなわち、風俗営業等取締法は、学校、児童福祉施設などの特定施設と個室付浴場業（いわゆるトルコ風呂営業）の一定区域内における併存を例外なく全面的に禁止しているわけではない（同法4条の4第3項参照）ので、被告会社のトルコ風呂営業に先立つ本件認可処分が行政権の濫用に相当する違法性を帯びているときには、A児童遊園の存在を被告会社のトルコ風呂営業を規制する根拠にすることは許されないことになるからである。」

「ところで、原判決は、余目町が山形県の関係部局、同県警察本部と協議し、その示唆を受けて被告会社のトルコ風呂営業の規制をさしあつての主たる動機、目的として本件認可の申請をしたこと及び山形県知事もその経緯を知りつつ本件認可処分をしたことを認定しながら、A児童遊園を認可施設にする必要性、緊急性の有無については具体的な判断を示すことなく、公共の福祉による営業の自由の制限に依拠して本件認可処分の適法性、有効性を肯定している。また、記録を精査しても、本件当時余目町において、被告会社のトルコ風呂営業の規制以外に、A児童遊園を無認可施設から認可施設に整備する必要性、緊急性があつたことをうかがわせる事情は認められない。

本来、児童遊園は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（児童福祉法40条参照）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿ってなされるべきものであつて、前記のような、被告会社のトルコ風呂営業の規制を主たる動機、目的とする余目町のA児童遊園設置の認可申請を容れた本

件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社のトルコぶろ営業に対しこれを規制しうる効力を有しないとわざるをえない…」。

□ 前掲富山裁判平19. 8. 29

〔判旨〕

「本件勧告に至る手続における不公平・不公正な取扱い

本件勧告は、前記認定のとおり、平成9年10月3日にされたもので、当時の高岡医療圏における不足病床数は0床であり、被告が医療法30条の7に基づき病院開設の中止勧告（本件勧告）をするに必要な要件を一応具備しているものといえる。

しかしながら、前記認定のとおり、被告は、原告の申請書を行政手続法7条に違反して6回にわたり返戻して、申請に対する審査、応答すべき義務を怠りながら、他方、その間に、他の病院開設等予定者との間で、いまだ開設許可等の正式な申請がされていないにもかかわらず、事前協議あるいは高岡地域医療推進対策協議会において病床配分を決め、原告に対しては、原告の意見聴取等の機会もなく、平成8年5月30日に開催された上記協議会（第1回協議会）において病床配分をしないこととし、以降、病院開設申請の取下げを勧告してきたものであり、本件勧告の前提となった平成9年9月1日に開催された上記協議会（第2回協議会）においても、厚生部医務課の担当者が原告以外の他の病院開設等予定者に連絡して計画書の提出を促し、これらの者から正式な申請がされていないにもかかわらず、病床配分を決定し、原告に対しては、原告の意見聴取等の機会もなく、病床配分をしないこととしたものであって、本件勧告に至るまでの上記の経緯にかんがみると、被告は、本件勧告を行うに当たり、原告を公平・公正に取り扱っていたものといえず、本件勧告にはその手続において瑕疵があったものというべきである。」

5 本問における具体的検討

(1) 本件勧告に至る手続をみると、A県はBに対する勧告の要件（医療法30条の11，昭和61年通知参照）を充足させる意図をもってBに対しては地元医師会の意見書の添付を要求しつつ許可処分を留保する一方、Dらに対してはこれを要求することなく直ちに病院開設許可処分をした上で、はたして意図通りにBに対し本件勧告を行っている。この点につき、本件勧告に至る手続は行政権の濫用として違法であり（民法1条3項参照）、かつ、その手続上の瑕疵が本件勧告の違法事由を構成すると主張することが考えられる。

本問の素材とした上記裁判例における原告は、「このような本件勧告に至る手続は、…中止勧告における公平・公正な取扱いを予定する医療法30条の7（現医療法30条の11）に反し違法である」と主張している。詳細は不明だが、原告は「被告は、…中止勧告の実体的要件（医療法30条の7（現医療法30条の11））を作出して本件勧告を行った」と主張し、差戻審も「被告が医療法30条の7（現医療法30条の11）に基づき病院開設の中止勧告（本件勧告）をするに必要な要件を一応具備しているものといえる」と判断していることから、原告は法の一般原則違反を主張していたものと考えられる。

本件勧告は一応形式的には医療法30条の11の要件を満たすものであるから、同条を根拠条文とするよりも、権利濫用禁止原則違反の場面として民法1条3項違反を指摘する方が分かりやすいと思われる。あるいは、Bに対してのみ地元医師会の意見書の添付を要求しておきながら、

一方で、Dらに対してはこのような要求を一切しなかった点に着目し、平等原則違反の場面として憲法14条1項違反を指摘してもよいだろう。

本問のように法の一般原則違反の主張を書く場合、「当該処分は形式的には処分要件を満たしている。しかし、法の一般原則に反して違法である」という論理構成が採点者に伝わるように書くこと、および、法の一般原則のうちいかなる原則に依拠した主張なのかを伝わるように根拠条文（例えば、権利濫用禁止原則違反であれば民法1条3項、平等原則違反であれば憲法14条1項）を指摘をすることが大切だと思われる。

- (2) 以上に加えて、上記違反が本件勧告の取消事由に該当するかについても忘れずに触れて欲しい。本件では、A県が平成27年4月5日の時点で直ちに本件申請の審査を始めて、許可処分を留保せずに行っていたら、「医療計画の達成の推進のため特に必要がある場合」の要件を満たすことはなかったもので、本件勧告の取消事由を構成するといえるだろう。

◆ 論点④ 持ち回り決議の適法性 ◆

1 問題の所在

設問2において、医療法30条の11は勧告を行うにあたって「都道府県医療審議会の意見を聴く」ことを要件としている。しかし、上記審議会における会議の方式について定めた明文の規定はない。そこで、医療法30条の11の趣旨から持ち回り決議が違法といえるか、仮に違法といえるとして、上記手続上の瑕疵が勧告の違法事由となるかが問題となりうる。

なお、医療法30条の11の勧告を行う際の持ち回り決議の違法性、および、当該違法が処分の違法事由となるか否かについて判断した判例は見当たらないが、本問は原告Bがすることができる主張を問うものであるから、持ち回り決議が違法といえ、かつ、これが勧告の違法事由になると主張すべきことを述べればよい。

2 手続の瑕疵と行政処分の効力

(1) 行政処分に手続違反があった場合、当然にその行政処分の無効事由ないし取消事由を構成するかという問題がある。

櫻井＝橋本『行政法（第5版）』P.208～210によると、行政処分に手続違反があった場合、当然にその行政処分の無効事由ないし取消事由を構成するかという点につき、①行政手続の意義を重視する考え方と、②行政手続は実体的に正しい内容の決定を担保する手段に過ぎないとする考え方のいずれの立場を採るかにより、結論が分かれる。①説に立つと、手続的瑕疵は直ちに処分の取消事由・無効事由となるとの考えに近づきやすく、②説に立つと、正しい手続をやり直しても当該事案について内容的に同じ結果が想定される場合には処分を取り消す必要はないと解されることになる。

(2) 行政手続法制定前、最高裁は、手続的瑕疵が行政庁による実体判断に影響を与える可能性がある場合（違法な手続をやり直すことが処分の結果に影響を与える場合）にのみ、処分の違法をもたらすという解釈を示していた（個人タクシー事件判決、群馬中央バス事件判決など）。もっとも、最高裁は、理由付記に瑕疵のある処分について、手続のやり直しが結果に影響を与える可能性を問題にすることなく、違法として取り消す判断をしている（最判昭38.5.31民集17-4-617・行政百選I127事件）。

判例全体の傾向としては、手続的瑕疵の法的効果について、①説・②説の中間で、行政手続の法的意義の重さを評価し、ある種の手続的瑕疵は直ちに処分の違法を導くという立場を採っていると考えられる。

しかし、行政手続法施行後は、行政庁の行為義務として法定された手続に瑕疵があれば、原則として処分の違法事由（取消事由ないし無効事由）を構成すると解釈されるべきである。そうでなければ、行政庁に手続的義務を課す意味がなくなってしまうからである。

なお、塩野宏『行政法I（第6版）』P.348は、行政手続法が制定され、①告知・聴聞、②理由の提示、③文書閲覧、④審査基準の設定・公表が明確に行政庁の行為義務として定められたことからすると、私人には、行政庁がこの行為義務に従って行動することを求める手続上の権利が付与され、その権利侵害は、処分の違法事由となると主張している（適正手続4原則）。

3 諮問手続を欠く手続上の瑕疵と行政処分の効力

諮問手続における審議会の答申は、原則として行政機関の決定を法的に拘束するものではない。後掲最判昭46. 1. 22は、審議会からの意見聴取が法令上義務付けられている場合に、適法・有効な意見聴取を欠いてなされた処分について、諮問手続は利害関係人の権利利益を保護するための手段ではなく、適切な処分のための参考であるとして、その瑕疵は、取消原因であるかはともかく無効原因とはならないとした。

他方、最高裁は、事業免許申請につき運輸大臣が処分をする手続の中で運輸審議会の答申の経由が仕組みまれていた場合に、同審議会での審議手続の瑕疵が争われた事例（最判昭50. 5. 29・行政百選I126 群馬中央バス事件）において、「一般に、行政庁が行政処分をするにあたって、諮問機関に諮問し、その決定を尊重して処分をしなければならない旨を法が定めているのは、処分行政庁が、諮問機関の決定（答申）を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的な理由のないかぎりこれに反する処分をしないように要求することにより、当該行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保する」趣旨であると述べた。この判決は、一般論として、諮問を経由しない場合や、諮問を経由してもその手続に重大な法規違反があるなど法が諮問手続を要求した趣旨に反する場合には、処分が違法となることを示している。

法的拘束力を持たない審議会の答申に手続上の瑕疵がある場合に、行政処分の違法を導くことができるか否かについては定説がない。後掲最判昭46. 1. 22の調査官解説によれば、通説的見解は、諮問が利害関係人の立場を保護するために要求されている場合には重大な手続上の瑕疵が処分を違法とすると解し、他方、単に処分の内容を適正ならしめるための諮問に留まる場合には重大な瑕疵があったとしても直ちに処分を違法とするものではないと解しているようである。そして、審議会設置の実質的目的の一つが、従来知事の処分によって生ずることの多かった温泉業者間の種々の紛争を未然に防止することにあるとみられることを考えれば、温泉審議会の諮問には利害関係人の立場を保護する趣旨が含まれ、諮問手続を経なかったという重大な手続上の瑕疵が処分を違法とし得ると考えることができるだろう。

4 判例

□ 最判昭46. 1. 22（民集25-1-45, 百選I121事件）

〔事案の概要〕

温泉法に基づく動力設置許可処分がされた際、温泉審議会が開かれず、持ち回り決議の方法で意見聴取がされたにとどまった。これに対し、当該処分を対象とする無効確認請求訴訟が提起された。

〔判旨〕

「温泉法20条によれば、知事が同法8条1項等所定の規定による処分をしようとするときは温泉審議会の意見を聞かなければならないこととされていることは、所論のとおりであるが、同法19条は、都道府県知事の諮問に応じ、温泉およびこれに関する行政に関し調査、審議させるため、都道府県に温泉審議会を置く、右審議会の組織、所掌事務、委員その他の職員については都道府県の条例で定める旨規定しており、その他、同法の目的を定める1条、許可不許可の基準を定める4条等の規定に徴すれば、前記20条が知事に対し温泉審議会の意見を聞かなければならないこととしたのは、知事の処分の内容を適正ならしめるためであり、利害関係人の利益の保護を直接の目的としたものではなく、また、知事は右の意見に拘

束されるものではないと解せられる。そして、これらの諸点を併せ考えれば、本件許可処分にあたり、知事のした温泉審議会の意見聴取は前記のようなものではあるが、そのかしは、取消の原因としてはともかく、本件許可処分を無効ならしめるものということはできない。」

5 本問における具体的検討

- (1) 本件勧告に先立ちA県医療審議会が開催されず、持ち回り決議がなされたにすぎない。この点につき、「都道府県医療審議会の意見を聴いて」の要件を満たさず、医療法30条の11に反し、かつ、当該手続上の瑕疵が本件勧告の違法事由を構成すると主張することが考えられる。
- この点につき、抽象的に「持ち回り決議の方法が適法か」という問題提起をするのではなく、例えば、条文の文言に即して「持ち回り決議の方法によっても『都道府県医療審議会の意見を聴い』たといえるか」といった問題提起をするといよい。
- (2) 医療法71条の2第1項が都道府県医療審議会を置く目的を「都道府県における医療を提供する体制の確保に関する重要事項」という専門的事項を審議する点にあるとしていること、同条第2項、医療法施行令5条の20第1項、2項が実際に会議が開催されることを前提とした手続を定めていること等に注目する。これらは持ち回り決議の方法を認めない方向に傾く解釈と考えられる。
- 一方で、医療法施行令5条の22は議事の手続につき審議会が定めることを認めていることに注目する。上記規定は審議会が議事の手続につき持ち回り決議の方法を定めておく余地を残している。これは持ち回り決議の方法を認める方向に傾く解釈と考えられる。
- 以上の検討から、「都道府県医療審議会の意見を聴いて」の解釈を自分なりに行い、本問の事案にあてはめる。
- この点については会議録による誘導に従い現場で個別法を解釈して読み取るべき部分であり、難易度が高い。また、設問2に関する誘導の後半にかかる部分であることもあって、時間的にも厳しい状況であろうと思われる。このような状況下では、無理に説得的な解釈やあてはめを追求しようとするのではなく、まずは個別法のうちどの文言の解釈問題なのかを明らかにし（本問では「都道府県医療審議会の意見を聴いて」）、規範を定立し、事案にあてはめ、結論を出すという形式面を守ることに重点を置いてもらいたい。
- (3) また、上記瑕疵が、本件勧告の取消事由となるかについても触れる必要がある。ここでは、仮に実際に会議を開催していれば、本件病院について開設中止の勧告をするのが適当であるとの結論に至らなかった可能性があり、本件勧告の結果に影響を及ぼしていたなどと触れられれば充分であろう。

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
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

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 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335