

第2版のためのごあいさつ



日本行政書士会連合会（以下「連合会」という）中央研修所の監修という形で発刊された本書『行政書士のための行政法』が第2版として改訂される運びとなりました。純粋な法律専門書が、このような短時日のうちに改訂されることは、一面において、行政書士が法律専門職者として定着しつつあることの証左でもあると考えます。

さて、平成26年6月に成立し、同年12月に施行された改正行政書士法に基づき、連合会が会則で定めるところにより実施する研修の課程を修了した行政書士（以下「特定行政書士」という）について、行政不服申立手続代理業務ができることとなりました。

行政不服申立ての手続代理まで一貫して業務が行える特定行政書士の誕生により、限られた範囲ながら、法的紛争性のある法律事務分野に歩を進めたことは、行政書士制度の大きな前進です。それは同時に、これまで以上に高い職業倫理・専門家責任が要求されることをも意味しています。連合会では、こうした点に鑑み、特定行政書士を対象としたブラッシュアップ研修を別途開催するなど、特定行政書士としての実務能力の錬成にも取組みを始めています。

この特定行政書士制度を通して、より一層行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、国民の利便に資するべく、制度のさらなる発展に向け尽力してまいります。

本書については、行政実体法、行政手続法、行政不服審査法および行政事件訴訟法を一貫して学べるテキストとしていただいております。今回の改訂では、執筆者としてあらたに政策研究大学院大学の福井秀夫教授を迎え、書式例等を追録するなど、より実践的にまとめあげていただいております。本書が、特定行政書士を目指す行政書士、行政書士試験を受験される皆様、行政法、行政手続法、行政不服審査法、行政事件訴訟法を勉強される皆様の一助となることを期待しております。

最後に、連合会の研修にご尽力をいただき、また本書を取りまとめていただきました専修大学の白藤博行教授、一橋大学の山田洋教授、弁護士の山下清兵衛先生、藤代浩則先生、野村創先生、南淵聡先生、そして福井秀夫教授に深謝申し上げます。

平成28年5月

日本行政書士会連合会
会長 遠田和夫

ごあいさつ



このたび、日本行政書士会連合会（以下「連合会」という）中央研修所の監修という形で、『行政書士のための行政法』と題する法律書が発刊される運びとなりました。大変画期的なことで、喜びにたえません。

さて、平成26年3月には、行政不服審査法関連3法が成立し、とくに行政不服審査法については、制定後50年ぶりに抜本的な見直しが行われました。また、同年6月には、「行政書士法の一部を改正する法律」が成立し、連合会が会則で定めるところにより実施する研修の課程を修了した行政書士（以下「特定行政書士」という）について、行政不服申立手続代理業務ができることとされました。われわれ行政書士も、限られた範囲ではありますが、法的紛争性のある法律事務分野に踏み込んだという、大きな第一歩となる前進です。

これまで連合会では、行政書士に対する「不服申立て手続に関する代理権の付与」や「ADR代理権の付与」を目標に、平成21年より「特別研修〈行政法〉」として、行政法、行政手続法、行政不服審査法、行政事件訴訟法はじめ行政書士が関わる業法について研修を行ってまいりました。

今回、特定行政書士制度の発足に際して、それら研修にかかわっていただいた先生方により、行政書士が新たな時代に向け学びかつ応用できる、行政実体法、行政手続法、行政不服審査法および行政事件訴訟法がトータルに学習できるテキストとして、本書をまとめあげていただきました。本書が、特定行政書士を目指す行政書士、行政書士試験を受験される皆様、行政法、行政手続法、行政不服審査法、行政事件訴訟法を勉強される皆様の一助になることを期待いたします。

最後に、連合会の研修にご尽力をいただき、また本書を取りまとめていただきました専修大学の白藤博行教授、一橋大学の山田洋教授、弁護士の下清兵衛先生、藤代浩則先生、野村創先生、南淵聡先生に深謝申し上げます。

平成27年5月

日本行政書士会連合会
会長 北山孝次

行政書士のための

行政法

【第2版】

もくじ



はじめに

II●行政にはどのようなものがあるか

III●行政法はなぜ必要なのか

IV●行政法にはどのようなものがあるのか

2……階層的な行政法の存在形式（法源）

[1……行政法における一般的法制度](#)

[（１）行政情報公開制度／（２）個人情報保護制度／（３）行政手続・参加制度／（４）行政強制制度／（５）行政争訟制度／（６）国家補償制度](#)

[2……「法関係秩序としての法秩序」という思考モデルの重要性](#)

II●行政不服審査の種類

3……処分性について

（１）判断基準／（２）公権力性／（３）国民の権利義務に関する具体的法効果性

4……原告適格

（１）原告適格とは／（２）原告適格が問題となる場面について

[6……第三者の原告適格に関する判断過程](#)

[（１）３段階の判断過程／（２）平成16年改正後の第三者の原告適格に関する判例](#)

12.....取消訴訟の審理

[（１）訴訟物／（２）要件事実／（３）違法性判断の基準時／（４）原告の主張制限／（５）原処分主義について／（６）被告による処分理由の差替え・追加](#)

13.....[取消訴訟の判決](#)

[（１）判決の種類](#)／[（２）事情判決について](#)／[（３）判決の効力](#)

[2……訴訟要件](#)

[（１）原告適格に関する行訴法36条の構造／（２）行訴法36条後段（Ｃ）の解釈について](#)

1.....意義

(1)趣旨／(2)類型／(3)訴訟物

[2……非申請型義務付け訴訟](#)

[（１）訴訟要件／（２）本案要件（行訴法37条の2第5項）／（３）違法性の判断基準時](#)

[3……申請型義務付け訴訟](#)

[（１）訴訟要件／（２）本案要件／（３）違法性の判断基準時](#)

[3……実質的当事者訴訟](#)

[\(1\) 概要](#)／[\(2\) 公法上の確認訴訟](#)

1……執行停止

（１）意義／（２）執行停止の対象／（３）執行停止の要件／（４）主張疎明責任／（５）内閣総理大臣の異議

[2……仮の義務付け](#)

[（１）意義／（２）申立要件／（３）裁判例](#)

[3.....仮の差止め](#)

[\(1\) 意義](#)／[\(2\) 申立要件](#)／[\(3\) 裁判例](#)

1◆道路運送法の趣旨・目的および組織

1－3 道路運送行政の組織

（１）国土交通省／（２）運輸審議会／（３）地方運輸局・運輸監理部・運輸支局

2◆道路運送法全体の法の仕組み（構造）

[2-1 道路運送法の規制対象](#)

[\(1\) 旅客自動車運送事業（4条）／](#)[\(2\) 一般乗合旅客自動車運送事業／](#)[\(3\) 一般貸切旅客自動車運送事業／](#)[\(4\) 一般乗用旅客自動車運送事業／](#)[\(5\) 特定旅客自動車運送事業／](#)[\(6\) 貨物自動車運送業（現在は道路運送法範囲外）／](#)[\(7\) 自動車道事業の免許／](#)[\(8\) 自家用有償旅客運送（78条）](#)

2－2 道路運送法の規制にかかる行政の行為（活動）形式

（１）許可／（２）認可／（３）免許／（４）処分

3◆道路運送法の行政手続

[3-1 申請から許可までの流れ](#)

[\(1\) 一般旅客自動車運送事業／\(2\) 自動車道事業](#)

4◆審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

1◆道路運送車両法の趣旨・目的および組織

2◆道路運送車両法全体の法の仕組み（構造）

2-1 道路運送車両法の規制対象

(1) 自動車登録制度（第2章）／(2) 道路運送車両の保安基準ならびに点検および整備（第3章、4章）／(3) 道路運送車両の検査等（第5章）／(4) 自動車の整備事業（第6章）

[2-2 道路運送車両法の規制にかかる行政の行為（活動）形式](#)

[（1）登録](#)／[（2）認可](#)／[（3）認証](#)／[（4）命令](#)／[（5）取消し](#)

3◆道路運送車両法の行政手続

3-1 申請からの流れ

(1) 登録／(2) 自動車整備分解事業の認証

3-2 不服申立手続

(1) 登録についての不服申立て／(2) 自動車整備分解事業の認証の取消しについての不服申立て／(3) 事業停止命令についての不服申立て

4◆審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

1◆都市計画法の趣旨・目的および組織

2◆都市計画法と開発許可の仕組み

[2-3 開発許可制度の概要](#)

[\(1\) 規制対象／\(2\) 公共施設管理者の同意](#)

2-4 開発許可の基準

(1) 都市計画法33条の技術基準／(2) 都市計画法34条の立地基準

3-1 開発許可取消訴訟の原告適格が争われた事例【裁判例①】

3－3 開発行為に関する工事完了後の開発許可取消訴訟の訴えの利益が争われた事例

1◆廃掃法の趣旨・目的および組織

[1－2 廃掃法の趣旨・目的](#)

[（１）趣旨／（２）平成9年、12年、15年、16年改正の趣旨／（３）関連法令](#)

2◆廃掃法全体の法の仕組み（構造）

2-2 廃掃法の規制にかかる行政の行為

(1) 廃棄物処理業に対する規制／(2) 廃棄物処理施設に対する規制／(3) 一般廃棄物処理について／(4) 産業廃棄物収集・運搬業の許可／(5) 産業廃棄物処分業の許可／(6) 産業廃棄物処理施設の設置の許可／(7) 規制について／(8) 規制に関する行政手続

2-3 廃掃法の規制に關係する法定外の制度について

(1) 廃棄物処理施設設置にかかる事前協議制度／(2) 公害防止協定／(3) 關係法令

3◆廃掃法の行政手続

3-4 行政指導と行政手続法

(1) 廃棄物処理行政における影響／(2) 事前協議に対する争い方

4-1 事前協議による手続を経ずに許可申請をした業者の申請書類の受取りを拒否したことが違法とされた事例

4－2 事前協議による手続を経ずに許可申請をした業者の申請書類を県知事が返却した行為が行政処分に該当
するとして、申請を却下した処分の違法性が認められた事例

4－3 町が産業廃棄物処理業者との間で締結した公害防止協定の効力について

4－4 産業廃棄物処理施設の設置申請の前後において内容面に関する行政指導を受けて申請した者に対して、申請者に説明や補正を求めることなく不許可処分をしたことが、信義則違反により違法とされた事例

4－5 水道水源保護条例の規定に基づき指定された水源保護地域内に設置を予定している業者に対しては、当該条例を制定した町は当該予定施設が条例において禁止する事業場に該当するかの認定について、その地位を不当に害することのないよう配慮する義務があるとされた事例

4－6 一般廃棄物処理収集運搬業許可業者に対し、その代表者が廃掃法7条5項4号トの「その業務に関し不正又は不誠実な行為をするおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」に該当するとしてした許可取消処分が適法とされた事例

5◆今後の廃棄物行政と廃掃法のあり方

1◆建設業法の趣旨・目的および組織

1－2 建設業法の趣旨・目的（1条）

（1）建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護すること／（2）建設業の健全な発展を促進すること

1－3 手段（1条）

（1）建設業を営む者の資質の向上／（2）建設工事の請負契約の適正化等

1－4 行政組織

(1) 監督行政庁／(2) 建設工事紛争審査会

2◆建設業法全体の法の仕組み（構造）

2-1 建設業法の規制対象

(1) 許可制／(2) 変更届など(11条・17条)

2－2 建設業法の規制にかかる行政の行為（活動）形式

（1）監督処分・罰則

3-1 申請手續

(1) 申請 (5 条) / (2) 審査 (7 条、8 条) / (3) 許可・不許可、通知

3-2 不服申立手續

(1) 不許可処分／(2) 監督処分

4◆審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

4－1 建設業法違反として起訴されたが、無罪とされた事例

1◆入管法の趣旨・目的および組織

1－2 入管法の趣旨・目的

（１）趣旨・目的／（２）入管法改正の趣旨

[1－3 入管行政の組織](#)

[（１）法務省・入国管理局・地方入国管理局／（２）地方入国管理局の組織／（３）入国者収容所](#)

2◆人管法全体の法の仕組み

2－2－1 外国人の入国・出国・在留の管理に関する行政の行為

（１）在留資格／（２）外国人の入国に関する行政の行為／（３）外国人の在留に関する行政の行為／（４）外国人の出国に関する行政の行為／（５）特別な在留許可に関する行政の行為（在留特別許可）

2－2－3 難民認定手続の整備に関する行政の行為

（１）難民認定・難民認定書交付／（２）定住者の在留資格許可／（３）在留特別許可／（４）仮滞在の許可

3◆退去強制処分・在留特別許可に関する行政手続

4－1 在留資格認定証明書不交付処分が取り消された事例

4－3 「短期滞在」から「定住者」の在留資格への変更が認められた事例

4－4 婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っている場合には「日本人の配偶者等」の在留資格が認められないとされた事例

4－7 日本人の血縁上の子であるという事実を考慮していないとして退去強制令書発付処分が取り消された事例

1◆農地法の趣旨・目的および組織

2◆農地法の構成

3◆規制対象――農地の定義

5－3 許可要件（法3条2項各号）

（1）規定の態様／（2）不許可要件（法3条2項各号）／（3）不許可要件の例外（法3条3項）――一般法人の農地等レンタル

9◆農転許可申請に対する拒否処分に対する紛争

10◆農業振興地域からの除外申出が認められない場合の紛争例

11◆許可申請書を提出したにもかかわらず、受理しないとして返戻された場合の事例

[11-3 ケース1、直接申請型](#)

[\(1\) 不服申立制度](#)／[\(2\) 抗告訴訟](#)／[\(3\) 国賠訴訟](#)

11-4 ケース2、第三機関経由型

(1) 許可権者（都道府県知事）に対する争訟

1◆風営法の趣旨・目的および組織

2◆風営法全体の仕組み（構造）

[2-2 風営法の規制方法](#)

[\(1\) 風俗営業の許可制](#)／[\(2\) 性風俗関連特殊営業の届出制](#)／[\(3\) 指示](#)／[\(4\) 営業停止等](#)／[\(5\) 措置命令等](#)／[\(6\) 罰則](#)

3◆風営法と条例――風営法の規制に関係するもう1つの法形式

3-2 風営法と条例との関係

(1) 風俗営業にかかる営業制限地域規制条例／(2) 性風俗関連特殊営業にかかる営業禁止区域等規制条例／(3) 風営法と自治(自主)条例

付録

1 処分についての審査請求

(1) 必要的記載事項（行審法19条2項）／(2) 任意的記載事項／(3) 補正

(4) 書式スタイル

【審査請求書記載事例1】

2 不作為についての審査請求書

(1) 必要的記載事項（行審法19条3項）／(2) 任意的記載事項

【審査請求書記載事例2】

1 事例

【審査請求書記載事例3】

凡例

行審法	行政不服審査法
行訴法	行政事件訴訟法
行手法	行政手続法
地自法	地方自治法

序

——行政書士の役割について——

伊藤 庄吉

1・条文から見える行政書士のイメージ

私の役目は、行政書士の現場における姿を通して、行政書士の果たしている役割をお伝えすることにある。その中に、行政書士の法律専門職者としての一面を感じ取っていただくことができれば、本書の序としての責任を果たせるのではないかと考えている。

さて、本題に進む前に、まず、行政書士法の条文から見える行政書士のイメージを確認しておきたい。なぜなら、おそらく行政書士の皆さんでさえ行政書士法の条文に直接触れることは少なく、また、条文上のイメージと現実の乖離はかなりあるので、条文から見える行政書士のイメージを確認しておくことは、論旨の進行上有益だと思うからである。

そこで、読者の皆様の利便のために、行政書士法の関係条文を掲記するとともに、理解の一助とするために、若干のコメントを加えることから始めたい。コメントはおおよそ連合会の考え方に沿ったものであると考えていただいてよいと思う（掲記条文下線および〈26年新設〉記載は筆者）。

■目的■

第1条 この法律は、行政書士の制度を定め、その業務の適正を図ることにより、行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、あわせて、国民の利便に資することを目的とする。

■業務■

第1条の2 行政書士は、他人の依頼を受け報酬を得て、官公署に提出する書類（その作成に代えて電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作成される記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。））を作成する場合における当該電磁的記録を含む。以下この条及び次条において同じ。）その他権利義務又は事実証明に関する書類（実地調査に基づく図面類を含む。）を作成することを業とする。

2 行政書士は、前項の書類の作成であっても、その業務を行うことが他の法律において制限されているものについては、業務を行うことができない。

第1条の3 行政書士は、前条に規定する業務のほか、他人の依頼を受け報酬を得て、次に掲げる事務を業とすることができる。ただし、他の法律においてその業務を行うことが制限されている事項については、この限りでない。

一 前条の規定により行政書士が作成することができる官公署に提出する書類を官公署に提出する手続及び当該官公署に提出する書類に係る許認可等（行政手続法（平成5年法律第88号）第2条第三号に規定する許認可等及び当該書類の受理をいう。次号において同じ。））に関して行われる聴聞又は弁明の機会の付与の手続その他の意見陳述のための手続において当該官公署に対してする行為（弁護士法（昭和24年法律第205号）第72条に規定する法律事件に関する法律事務に該当するものを除く。）について代理すること。

二 前条の規定により行政書士が作成した官公署に提出する書類に係る許認可等に関する審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立ての手続について代理し、及びその手続について官公署に提出する書類を作成すること。〈26年新設〉

三 前条の規定により行政書士が作成することができる契約その他に関する書類を代理人として作成すること。

四 前条の規定により行政書士が作成することができる書類の作成について相談に応ずること。

2 前項第二号に掲げる業務は、当該業務について日本行政書士会連合会がその会則で定めるところにより実施する研修の課程を修了した行政書士（以下「特定行政書士」という。）に限り、行うことができる。〈26年新設〉

■業務の制限■

第19条 行政書士又は行政書士法人でない者は、業として第1条の2に規定する業務を行うことができない。ただし、他の法律に別段の定めがある場合及び定型的かつ容易に行えるものとして総務省令で定める手続について、当該手続に関し相当の経験又は能力を有する者として総務省令で定める者が電磁的記録を作成する場合は、この限りでない。

2 （略）

第21条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

一 （略）

二 第19条第1項の規定に違反した者

（1）1条について

まず、**1条**は、行政書士法の目的について定めることを通じて、行政書士の使命についても定めている。われわれ行政書士の使命は、「行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、あわせて、国民の利便に資すること」にあるわけである。

もちろん、法律制度である以上、「正当な」行政に関する手続の円滑な実施への寄与であり、「法的保護に値する」国民の利便への役立ちであることはいうまでもない。何であれ、円滑に寄与したり、利便に資すればよいということではない。

また、行政に関する手続の円滑な実施への寄与を通じて結果として国民の利便に資するということではない。行政に関する手続の円滑な実施への寄与と国民の利便に資することとは、それぞれ独立した行政書士の使命であり、このことを明確にするため、平成13年の法改正において「あわせて」の一語が追加されたのである。

（2）1条の2（ならびに19条1項および21条）について

次に、**1条の2**は、行政書士の基本業務について定めている。すなわち、「他の法律において制限されているもの」（**2項**）を除き、「他人の依頼を受け報酬を得て、官公署に提出する書類」「その他権利義務又は事実証明に関する書類」「を作成することを業とする。」としている。「官公署に提出する書類」と「権利義務又は事実証明に関する書類」は「その他の」ではなく「その他」で結ばれているので、法令用語上、「官公署に提出する書類」と「権利義務又は事実証明に関する書類」は並列である。上述の通り平成13年の法改正において**1条**に「あわせて」の一語が追加されたのは、「権利義務又は事実証明に関する書類」一般の作成も行政書士の基本業務であることを明確にすることをも含意している。

ところで、この**1条の2**については、**19条1項**において、原則として「行政書士……でない者は、業として第1条の2に規定する業務を行うことができない。」とされるとともに、その**19条1項**の規定に違反した者については、**21条**で「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」という刑罰が課されている。したがって、**1条の2第1項**に掲げられた業務は、単に法で定められているだけではなく、**同2項**の「他の法律において制限されているもの」を除いた範囲で、行政書士の独占業務であることになるので、いわゆる法定独占業務である。

ただ、独占業務といっても、**19条1項ただし書**が定めるように、「他の法律に別段の定めがある」こと等により他士業者等に対し独占が解除される場合には、行政書士との共同独占となることに留意しなければならない。

（３）１条の３について

——平成26年新設の行政不服申立手続代理業務を含めて

１条の３は、１条の２の業務のほか、それに加えて、一定の代理業務や相談業務、そして行政不服申立手続代理業務も行政書士の業務であり得ることを規定しているが、（２）で述べた１条の２の業務とは異なり、19条１項および21条の対象ではない。したがって、法で定められてはいるが独占業務ではなく、いわゆる法定非独占業務である。

ただ、非独占業務といっても、行政書士法上行政書士の独占ではないというに止まり、一般人等がただちに誰でもできることになるわけではない。とくに今回の行政不服申立手続代理業務は、後に述べる弁護士法72条の制限上、本来弁護士の独占業務であったものについて特定行政書士に対しその制限が解除されたものであるので、誰でもできることになったわけではないことは明らかである。すなわち、１条の３は、あくまで行政書士（または特定行政書士）に関し、１条の２の業務のほか、それに加えて、１条の３第１項各号に掲げられた事務について、他の法律において制限されていないことの確認規定または他の法律により制限されているもののその制限の解除規定として、業務とすることができることを明らかにした規定だということである。

さて、以上確認したところから見える行政書士のイメージとはどんなものであろうか。

おそらくこれまでのところからだけでも、行政書士が、「行政」「書士」という命名にも引きずられた、主に役所に提出する書類の代書屋さんといった、今も残る一般のイメージからは、条文上ですらすらに脱却していることは、十分理解できるのではないかと思う。とくに平成26年の法改正で行政不服申立手続代理業務が条文に入ったことは、直接的には特定行政書士に限られるとはいえ、そのようなイメージの払拭に一層資していくことになるであろう。

しかし、それでも条文上の行政書士の業務のイメージとしては、行政不服申立手続代理業務を除くと、やはり官公署提出書類や権利義務または事実証明に関する書類作成という法定独占業務が中心で、あと法定非独占業務がプラスアルファということぐらいしか見えてこないのではないか。たとえば官公署提出書類の分野に限っても、行政書士は許認可の専門家とよくいわれるが、１条の２にそのことが正面から書かれているわけではない。ましてや、個々の具体的な許認可分野の専門家であることなど、読み取れる文理上の手がかりはないのである。

このことは、もともと、行政書士法が行政書士の業務範囲を、書類作成に限っても、１条の２に規定されているように、官公署提出書類は種類を問わず、それ以外は権利義務または事実証明に関するものと限定されてはいるもののそれ自体範囲が広いものについて、他士業が専管としているものを除きすべて行政書士の業務として委ねるという形を取った以上、やむを得ないともいえる。その点は、行政書士制度の強みであると同時に弱点でもあることは認めなければならない。行政書士試験が、行政書士登録後自らの努力により自身の専門分野を確立していく基礎的能力や素養の国家的承認という、他士業の資格試験とは異なった様相のものとならざるを得ないのも、このことに起因していると思われるのである。

さて、以上、条文上読み取れる行政書士のイメージとして、端的に言えば、単なる代書屋は脱却しているものの、「他士業が専管としている以外の各種の書類作成と付属業務の専門家」という程度のイメージしか一般的には浮かんでこないことが確認できたのではないかと思う。

2・行政書士の現場における姿ーその1ー

それでは、行政書士が許認可の専門家、さらに進んで、自動車登録関係の専門家であるとか、建設業許可関係の専門家、開発許可関係の専門家、外国人在留関係の専門家である等々の評価が確立しているのは如何なる事情によるのであろうか。

一般に行政書士は、先にみた通り行政書士の条文上の業務範囲が法定独占業務に限っても極めて広い中から、現実には、自分の得意分野をいくつか確立して業務を行っていくことになる。したがって、行政書士が許認可について上記のような評価を確立し得たのは、許認可申請書類が官公署提出書類であることを土台とした、先輩行政書士の方々の努力の賜物であると言わねばならないのである。そして、そういう意味での専門性は、時代の流れの中で、常に生成しているのである。今や、その生成の範囲は、「権利義務又は事実証明に関する書類」作成の分野にまで及んでいる。

そのような事情で、私も許認可分野での得意分野は2、（3）あるのみであるが、中でも建設業関係の業務が中心であるので、以下の記述もこの分野についての話が主とならざるを得ない。分野が異なると話が合わないということはざらであるが、現役行政書士である私の体験でもあるので、現場における行政書士の一つの姿であることは間違いないし、事情は他分野においても同じようなものがあると思う。

さて、新人行政書士は、許認可については、普通、先輩から最近の許認可事案の実物をいただいて、自身の顧客の事案に当てはめつつ業務をこなすことになる。私もそうであった。建設業関係においても、典型的な事案の場合はそれで済むこともないではなく、ある意味で、おいしい仕事ではある。しかし、私もその時は気づいていなかったが、実はこの段階でも、単に代書をしているだけでなく、自身の顧客の事案を先輩からいただいた実例へ当てはめることを通じて、建設業許可の要件への当てはめを行っていたわけである。

これが、非典型的な事案となると、自分自身で建設業許可の手引書とかさらには建設業法の解説書等に当たって、建設業許可はなぜあるのかとか、この許可要件は何のためにあるのかを勉強した上で、事案に沿った解決を模索していくことになる。役所の窓口と折衝をして、勉強の成果を前提に許可が可能かどうかを探ったり、典型的な場合を前提に示されている疎明資料に代えて同程度の証明力を有する疎明資料を提示したりして、窓口の説得に成功すれば、その線に沿って申請書の作成および提出へと進むわけである。話はついているわけであるから、あとは円滑に進むことになるし、非典型的とはいえ許可要件を実体的には備えている顧客に許可の取得という結果を得て満足していただくことができることになる。もちろん、どうしても許可要件の具備がないと判断せざるを得ないか、疎明資料の不備を補うことかできないような場合には、理由を示して無理があることをお知らせしなければならない。

なおその上に、建設業許可の根拠法は建設業法という1つの法律なのに、とくに知事許可の場合には、都道府県の数に対応して**47**通りの制度があるとか、さらには同一都道府県内においても、出先機関の数だけ制度があるといわれるように、申請書の提出先ごとに取扱いに違いがあることが多いという事情もある。したがって、許可をスムーズに取得するためには、そのあたりにも通じなければならないわけである。

3・行政書士の現場における姿ーその2ー

ところで、建設業分野の業務の中には、顧客である建設業者が公共工事の受注を希望する場合の手続がある。公共工事の受注を希望する場合には、最終的には入札に参加することが必要になるが、まずはその前提として企業の経営状態について公的な審査を受け客観的な評価点数を得ることが必要となる。これを経営事項審査（略して「経審」）というが、そこで得た点数が基本となって、企業のAランクとかBランクとかいう格付けが決まり、その格付けに応じて入札に参加できる請負金額が決まるわけである。

したがって、経審は、公共工事への参加を希望する建設業者にとっては、死活問題といってもよいほど重要なことになる。

この経審、書類としては「経営規模等評価申請書・総合評定値請求書」に集約され、知事許可業者であれば、都道府県の審査を受けることになるのだが、その内容が、単に建設業許可の世界に止まらないのである。経営の評価であるからむしろ当然のことかもしれないが、建設業許可を前提に、経理的な側面、登記的な側面、それ以外の法務的な側面、社会保険・労働保険的な側面等々の事項が審査対象となり、各事項に付される点数の合計が総合的な評定値となる仕組みになっている。したがって、経審にかかわる行政書士は、建設業許可についてはスペシャリスト中のスペシャリストであることが必要であるほか、審査対象となるすべての事項について、一定程度の知識を有していることが求められるわけである。単に書類を作成して総合評定値は出たところ勝負といったことであれば必要ないが、そのようなことでは、この世界では行政書士として生きていけない。最低でも、依頼者に対して、市販されているコンピュータソフトを使用して、評価方法の選択が認められている項目の組み合わせにより生ずる一業種あたり4通りの評定値を把握し、有利な選択のうえ書類を作成したことを説明できなければ、アウトである。

しかも、とくに経理的な側面については、経営状況分析申請という前段階の別の世界が用意されていて、この世界で十分に対応していくには、税務的な知識も不可欠となる。たとえば法人企業の場合、税理士の主戦場は損益計算書の最終利益である当期純利益から税務上必要な加減算をして課税対象額を導き出すことにあるので、当期純利益に至る途中での営業利益や経常利益のあり方についてはあまり関心がなかったりするのだが、経審ではどの段階での利益なのかによって点数に影響が出てくることになる。したがって、税務申告書添付の勘定科目明細書の分析を通じて適正な科目の振替を行うことは、この経営状況分析の世界ではあり得る。むしろ分析機関から、振替を求められることもあるのである。そういったことや、さらに高度な内容も理解してかからないと、結局のところいい結果を得られないことにもつながるわけである。

建設業者にとって、事後の税金の問題よりも、仕事を取れるかどうかのほうが重大関心事であるので、決算に際して、仮決算を税理士等に組ませた上で点数を尋ねてくるとか、行政書士に、社長や経理担当者、税理士と同席を求め、決算に関する作戦会議を開くといった会社もあるのである。税法の認める選択肢の範囲内で、目的とする点数の獲得を模索するわけである。

しかも、先ほど触れた格付けは、最上位のランクがいいとは限らないので、目的とする点数も高ければいいということではない。請負金額の大きいAランクよりも相対的に請負金額の小さいBランクの方が、入札対象となる仕事が多かったりするのである。したがって、各発注機関のランク分けをしっかりと把握した上で、目標とするランクに当てはまる点数をめざすことになるので、話は結構複雑になる。

4・行政書士の現場における姿－その3－

さて、以上は建設業分野の中で割とレギュラーな世界であるが、そのほかに、行政書士的にはイレギュラーともいえる世界もある。たとえば、私がかかわったのは、建設業者の民事再生の世界である。民事再生という制度が始まって割と早い時期にかかわりが持てたのは、今思えば幸運だったのだが、当時は何という厄介な世界なのかと思ったりしたのだった。その時の様子（したがって制度は当時のものが前提となっている）を、ちょっと目先を変えて物語風部分を挟みながら、以下にお示ししようと思う。

ある日、電話が入る。

「先生、ご無沙汰しています。〇〇建設です。実は倒産しまして、弁護士さんのお世話で民事再生を進めています。その弁護士さんが先生と話をしたいと言っているので、電話、替わります。」

〇〇建設、若干とはいえ、私の報酬を踏み倒して音沙汰なしになっていた知事許可業者である。しかも、いきなりの電話で少々ムツとしたが、とりあえず弁護士の話を聞く。

「伊藤行政書士さんですね。〇〇弁護士です。実は〇〇建設について民事再生の申立てをしたところ、再生可能ということで再生手続の開始が決定され手続を進めているのですが、その後一向に仕事がなく、再生も何もあつたものではない状態が続いています。社長に尋ねたら、以前伊藤行政書士という建設業関係の手続の専門家にお世話になっていたことがあるが、聞いてみたら何かわかるのではないかといいので、お心あたりがあればお話を聞かせていただけないでしょうか。」ということである。

正直、私の事務所のある三重県あたりでは、当時まだ民事再生の実例はほとんどなかったはずで、私も、民事再生を申立てた途端にいわゆる指名停止となり、公共工事への入札参加資格を失うことになることくらいしか知らなかった。しかし、〇〇建設はほぼ100%公共工事で食べていたはずなので、仕事がないのは当然であった。

そこで、そのあたりの事情を説明すると、「建設業関係の手続のことは私はよくわからないので、伊藤さん、ぜひ手伝ってもらえませんか。踏み倒した形になっている報酬は、債権申出をしてもらえば、いくらかは回収してもらえと思うし、今後発生する報酬は、社長に厳しく言って何が何でも支払いをさせるので、どうだろうか。」とのこと。

知的興味というのが大体私が深みにはまるお定まりのパターンだが、その知的興味に抗しがたく、引き受けることにしてしまった。

さっそく、県当局に尋ねたのだが、県職員の異動があつた直後くらいで、しかも今度の担当者は一度も建設業に携わつたことがないため、民事再生絡みのことなどわかるのは困難な状況だった。それでも必死に調べていただけたのだと思う。再生時経審といって特別の経審を受け、改めて入札参加資格の審査申請を行うと、社長の再生にかける意欲等について聴聞の機会を経て、業者名簿に再登録されるとのことであった。ただ、それ以上の詳しいことはただちにはわからない、ついては手引きとなる書き物を私に届けるのであとは頼むといった感じだったのである。当然前提として経営状況分析申請も必要になるはずである。分析機関に尋ねると、こちらも通常とは異なる手続が必要であることが判明した。といった具合だったので、とにかくいつものあたって砕けろ方式で前へ進む以外にないと覚悟を決めて、前進々々。

その後、業者名簿への再登録を経て、現実には県工事の受注に漕ぎ着けたのは、（3）カ月ほど後であつたろうか。民事再生の場合、税務的には事業年度の変更はないのに、経審的には、会社更生に準じて、事業年度の変更があつたような会計処理が求められるなど、結構手間がかかる厄介な世界であつた割には、スムーズに進んだといつてよいのではないか。「手続が遅れて潰れたら、おたくのせいですよ。」などと言って回つたことが功を奏したのかしらん、と思ったりしたのだった。

ところで、その後、〇〇弁護士が私自身の債権届け出を活用して、私を債権者会議に取り込むという経過があつたわけだが、ある日の債権者会議のことである。

〇〇弁護士いわく、「近々再生計画の認可決定がおりる段階になりました。再生債権の配当率は5パーセント程度になる見込みです。」

つまり、再生債権の95パーセントは切り捨てられるということか。待てよ、ということは、〇〇建設としてはその分、おそらく9,000万円程度の債務免除益が発生することになりはしないのか。

そこで、若干の税務知識をもとに、同席していた△△税理士（実は、〇〇建設を間に挟んで私とは旧知の仲である）に、「税理士さん、債務免除益が発生するということは、繰越損失がないか少ないとすると、税金を相当支払わなければならないということですか。」と尋ねると、その通りとのこと。「〇〇建設さん、繰越損失ありませんよねえ。払えなければ、結局破産という方向になるのかな。」と私。〇〇弁護士「そういうことか。うーん。」

その時、〇〇建設のバランスシートを見ていた私、「社長、会社から大分お金を持ち出していますね、社長貸付が結構巨額ですよ。経費を圧縮するなどのことがあつたのだと思いますが。ところで社長、悪いけれども自己破産をしませんか。そうすれば、会社の貸付が貸倒損失となって、債務免除益が消せるわけではありませんか。弁護士さん、自己破産は可能でしょうか。」〇〇弁護士「社長の財産状況から見て可能だと思います。」私「△△税理士さん、債務免除益と貸倒損失の見合いの件、どうですか。」△△税理士「可能だと思いますが、一度税務署の審理に尋ねてみましょう。」弁護士、幾分ぼつとして、「経理や税務というのはなかなか難しいものです。よろしく願います。」

次の債権者会議。〇〇弁護士「税理士さん、前回の件いかがでしたが。」△△税理士「やはり可能とのことでした。ただ、債務免除益の発生と貸倒損失の発生は同一事業年度である必要があると思います。債務免除益が先の年度で貸倒損失が後の年度ということでは、税金が発生してしまいますので。」

これまた難題。〇〇建設は6月決算。このとき2月で、再生計画の認可決定は3月の見込み。〇〇弁護士によれば、自己破産の手続を6月までに進め貸し倒れを発生させることは困難とのこと。

私「税理士さん、決算期を変更して、今すぐ2月決算をしていただくことは可能ですよね。」△△税理士「可能です。」私「そうすれば、来年の2月まで余裕ができますので、弁護士さん、自己破産手続を進め貸倒れに持ち込むことは可能なのではないですか。」〇〇弁護士「可能ですが、決算期の変更って、そんなに簡単にできるのかな。」私「事業年度は定款の記載事項ではあるけれども、登記事項ではないので、せいぜい総会議事録をつけて税務署に届け出ればいはずですよ、税理士さん。」△△税理士「その通りです。」私「じゃあ、議事録は私が作らせていただいて、後は税理士さんお願いします。欠格の件があるので社長を奥さんに代わっていただくことが必要になりますが、これは登記事項なので、司法書士に依頼することにします。建設業許可について言えば、奥さんは長年取締役に就いておられるので許可要件の一つである経営業務の管理責任者になりますが、そのあたりのことや決算期の変更届が必要になりますし、営業年度の終了届、それに改めて経審を受けていただくことが必要となります。社長、いいですか。」社長、弁護士のほうを見て、「しょうがないのでしょうか。」〇〇弁護士「それしかないな、それでいきましょう。じゃあ、それぞれの手続頼みます。」…………。

5・「法定外業務論」「弁護士法72条に関する事件性必要説」

さて、このように見てくると、行政書士である私が、依頼者の申述を機械的に書面化しているだけの存在ではないことの一端を感じていただけたのではないかと思います。

たしかに、法定業務以外の活動が行政書士業務かどうかは難しいところではある。しかし、法令等によって禁じられているのでない限り行政書士であることだけを理由に自制する必要はないのではないか、顧客のニーズに応えるためには可能な範囲で積極的に取り組むべきではないか、法定業務の枠内に縮こまることはないのではないか。実務を行いながら、そのような思いに悩んでいたとき、実は2つの事柄に出会い、その思いは確信に変わったのである。

行政書士の役割にとっても重要なことだと思うので、ちょっと触れておくことにする。

1つ目は、兼子仁法学博士の法定外業務論である。すなわち、憲法上の営業の自由は行政書士にも及ぶので、法令や条例に反しない限り、行政書士法が定めている法定業務以外に、法定外業務を非独占的に行い得る範囲がある、とする所説である。法律制度である行政書士制度は法定業務を前提に組み立てられているはずであるので、法定業務以外のものを法定外業務という形で法定業務と同等に行政書士業務と言ってしまうことへの疑問や、いわゆる法定外業務の実体としての存在は認められるとしてその外縁はどこまでなのかなど、難しい問題はあると思う。しかし、博士の著書である『行政書士法コンメンタール』の初版（北樹出版、2004年）でこの説に触れたとき、法律論としては法定業務の枠にしばられて考えていた私は、目を見開かされる思いがしたものである。おそらく、行政書士制度の理論面に興味を有していた行政書士は、同じではなかったかと思う。

2つ目は、[弁護士法72条](#)に関する事件性必要説である。すなわち、[弁護士法72条](#)は、[弁護士法3条1項](#)が定める弁護士の職務である法律事務のすべてを弁護士の独占業務としたものではなく、事件性のある法律事務を独占業務としたものであるという所説で、司法制度改革の議論の最中であった平成15年12月8日の第24回法曹制度検討会の議事録等によれば、法務省も採用しているところである。この説によれば、事件性のない法律事務は、弁護士法からすれば誰が行っても良いことになる。当然行政書士も行い得るうえに、書類作成が絡めば、法律事務一般として作成できる弁護士と並んで、行政書士は、他の士業等の独占であるものを除き、「権利義務又は事実証明に関する書類」として、共同独占的に作成できることになる（弁護士からみた場合、[弁護士法72条](#)の外側に行政書士法が存在することでブローカーなどの跋扈を排除できることにもなる）。

以上の2つの事柄との出会いは、法定業務の枠を法的には越えがたいものと思い込んでいた私を含む多くの行政書士にとって、その枠外に広大な活躍の場が広がっているという思いを抱かせたはずである。現に、以後私としては、許認可以外のまたはそれに関連する事件性のない法律事務に確信をもって積極的にかかわることができることとなったのである。

6・行政書士の役割

さてさて、読者の皆様は、今まで述べてきた一行政書士である私の姿を通して、どのような行政書士の役割を感じ取っていただけたであろうか。

分野ごとに多少の色合いの違いはあるのかもしれないが、それでも、もはや依頼者の言葉や意向を機械的に書面化するだけの役割を担っているわけでないことは、明らかである。法定業務自体に限ってもそうであるし、いわゆる法定外業務論を視野に入れるとなおさらであろう。私が法定業務の枠内だけで活動しているわけでないことはおわかりいただけたはずである。しかも、私などよりもっと幅広く活動しておられる方は、建設業関係において第二会社方式の事業再生に許認可の面から力を発揮された方、ある地域の開発許可申請について地元との関係を含め一手に引き受けておられる方、外国人の関係についてその生活面を含め広く活動され弁護士も一目を置く方など、枚挙にいとまがないといって過言でないのである。

このような行政書士のあり方は、書類作成という枠を超えて、これまで主として述べてきた事業者向けの業務分野に即して言えば、自分自身の得意分野を基本とした事業者に対する手続上の総合コンサルタントであり、他の士業者等専門家との関係では、当該分野におけるコーディネーターということになるのだと思う。そして、同じことは、非事業者向けの行政書士の役割についても当てはまる。幅広い知見を背景に、地域住民の最も身近な専門相談者として、私の言う「困ったときはとりあえず行政書士に。」という行政書士像、すなわち、その局面におけるコンサルタントやコーディネーターとしての役割こそが、行政書士が担いつつある役割なのだと思う。

平成26年の法改正で、行政不服申立手続代理業務について、弁護士に比べ敷居が低くかつ地域的な遍在性のより少ない行政書士が、限られた範囲とはいえ加わったことも、単に行政書士の職域の質的な拡大というに止まらず、今後、行政手続等の進行過程における後ろ盾としての意味において、コンサルタントやコーディネーターとしての行政書士の役割の遂行にも資していくことになると期待されるところである。

もちろん、顧客にも他士業者にも信頼されてコンサルタントやコーディネーターの役割を果たすためには、相当の勉強が必要である。自身の得意分野では少なくともそのことを地域において知られるくらいにはなくてはならないし、関係する他士業の専門分野のいずれについても相当の知識を身に着ける必要がある。そのような幅広い知見について顧客や他士業者の承認と信頼を得られるための努力を常に怠らないこと、そのことが行政書士にとって一番重要であるということ、このことは肝に銘じておかなければならない。

7・むすびに

平成26年の法改正により、行政書士業界にとって念願であった、「行政手続の入口から出口まで」が、業界として実現した。[法1条の3第1項二号](#)の条文は「行政書士がみずから作成した……」などとはなっていないので、特定行政書士は他の行政書士が書類を作成した事案の行服にもかかわれるわけで、一般の行政書士からいえば、弁護士ではなく行政書士として仲間である特定行政書士に委ねることが可能になったのである。

本書は、そのような行政書士の法律専門職者たる一面の深化の機会を捉えて、執筆者の方々のご了解のもと、おおそ特定行政書士法定研修のブレ部分とブラッシュアップ部分というかわり方に位置付けることになった。このような書物の執筆にも、近い将来、実績を積まれた特定行政書士の先生方が、行政書士としての視点で加わられるようになることを願っている。

總論

行政法總論

行政手続法總論

行政不服審査法總論

行政事件訴訟法總論



第1章 行政法総論



白藤博行

はじめに

行政手続のプロフェッショナルとして行政の現場で活躍される行政書士の方々に、今さら「行政法総論」の学修もないと考える向きも多かろう。しかし、行政法というのはなかなか奥深いもので、その立法・解釈・運用は一筋縄ではいかないというのが、**40年**以上も行政法問題と格闘してきた行政法研究者の実感である。

日本の行政法学は「法律による行政の原理」を中核として構築されてきたところに特徴があるが、このような行政法における法治主義の理解も変遷し、また、最近の司法制度改革、より具体的には**2004年**の行政事件訴訟法改革、そして今般の行政不服審査法の全面改正などの影響もあって、裁判実務重視の傾向が強まっている。ともすれば弁護士たち実務家によって、「座学では...」、「理論では...」とって「行政法総論」が軽視されたり、行政法研究者の中にももっぱら裁判例分析を研究対象としたりするものも多い。このような傾向は、決して好ましいものとばかりはいえない。なぜなら伝統的にみれば、「行政法総論」で積み重ねられた内容は、行政法解釈の道具そのものであり、なにより日本の行政法は、実定法制度だけで完結するものではなく、行政法理論によって基礎づけられ、同時に補充されるなどして、実定法制度と行政法理論と実務の絶妙な組み合わせで出来上がっているものだからである。

本章は、なにより行政の現場で行政法を解釈・運用する行政書士の方々にとって有用な「行政法総論」を提供することを目的とするが、紙幅の関係もあり、普通の行政法教科書のような網羅的記述は適わない。そこで「行政法総論」そのものというより、行政法および行政法学の最近の動向を踏まえ、行政書士の方々が行政法実務に向かい合うときの要諦のようなものを提供する「行政法の総論」になっている。ただ、行政法学的にみれば、これまでの「行政法総論」の現代化をめざして、また、憲法具体化法としての行政法の新たな体系化の企ても射程に入れ、随所でチャレンジングなものを見方を提示しているつもりである。行政手続のプロである皆様なりの読み方で行政法入門としていただきたい。

I ●行政はなぜ必要なのか

まず身近な具体例を観ながら、行政の存在理由を考えてみよう。やや唐突だが、東京のオフィス街の昼時の名物風景のひとつに、弁当等の路上販売がある。最近、この弁当等の「行商」（人力による移動販売。これに従事する者が「行商人」）の規制強化が、衛生上の問題を理由に取り沙汰されている。誰もが安全・衛生的な食品を望むのは当然であり、そのために「食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もつて国民の健康の保護を図ること」を目的とする食品衛生法という法律が存在する。ところがこの法律では、弁当の製造にかかる「飲食店営業」については許可制を取り、食品衛生責任者の設置等も行っているが、弁当の販売については、そもそも食品衛生法の許可対象業種でないため、その規制はもっぱら自治体が独自に定める条例（「自治条例」）に委ねられてきた。

たとえば東京都では、自治条例である食品製造業等取締条例に基づき、固定店舗や自動車による弁当販売を「食料品等販売業」と定め、条例に基づく許可制とし、食品衛生責任者の設置を義務付けているが、「行商」については、条例に基づく届出制とし、食品衛生責任者の設置義務もない。つまり、食品衛生法は、「飲食店営業」について規制対象とし、これについて「都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業（略）であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない」（[同法51条](#)）と定めることで、同法の施行条例である食品衛生法施行条例（「委任条例」）に基づく施設基準の制定を義務付け、これを満たすことが許可の要件とされている。これに対して、「食料品等販売業」については、自治条例としての食品製造業等取締条例に丸投げされ、この条例が定める衛生基準で施設基準が定められており、これを満たす場合に許可される仕組みがかりうじて採用されているが、「行商」については、この条例に基づく施設基準すら制定されておらず、単なる届出制がとられているだけで、ほぼ野放しの状態であるということになる（ただし、行商人の衛生基準はある）。

このような緩い規制のもとだからこそ、路上弁当行商人はワンコイン弁当を販売することができ、他方オフィス街の会社員たちは、衛生上の問題はあるかもしれないが安く手頃な弁当を手に入れることで懐具合を調整してきたということになる。これに対する規制強化は、一方で、ニッチな路上弁当行商人の営業の自由・職業選択の自由に対する規制の強化であり、他方で、サラリーマン・ウーマンの懐具合はともかく、法的には公衆衛生の維持・向上といった公益保護の問題が衝突する問題である。選択の問題といってしまうばそれまでだが、そもそも行政が介入すべき問題なのか、介入するとしてどのようなかたちでどこまで介入するのか、また、事柄の性質からいって自治条例ごときに任せるのではなく、本来法律で規制すべきことなのではないかなど、憲法の基本的人権保障から始まり公衆衛生の維持・向上の問題に至るまで、行政の公共性（法的存在理由）がいかなるものかが問われる大問題なのである。行政の公共性が問われる問題は、このような身近な問題から日本の防衛に至るまでの、私たちの日常生活のほとんどに関係するだけに、「これが行政だ」と言い切ることはとても困難である。

Ⅱ ●行政にはどのようなものがあるか

1 ……国家と行政

それでは行政法学上、行政はどのように定義されてきたのだろうか。一般に、国家権力を三権分立（立法権・行政権・司法権）の観点から分類し、それぞれの国家作用を立法作用・行政作用・司法作用と整理するのは容易であるが、このうち行政作用の内容を積極的に定義することは極めて困難であると考えられてきた。行政のあり方は、国家のあり方（国家が何のために存在するのかという「国家の公共性（存在理由）」）と密接に関係するからである。国家論の変遷を一瞥すれば、国家の任務や役割を防衛等に限定的に解する「夜警国家」論から始まり、この克服をめざし、国民への行政サービスの提供・福祉を重視する「給付国家」論・「福祉国家」論が展開され、ときには行政活動の肥大化が極点に達する「行政国家」論が席卷する時代もあった。現在では、「民間・私人による行政」を承認しながらも、行政にかかる国家の最終責任とでもいうべき行政サービスの保障（保証）責任・補償責任を説く「保障（保証）国家」論が有力であるように見える。行政の公共性（存在理由）は、国家の公共性（存在理由）とでもいうべき問題と密接にリンクしながら、行政の目的、範囲、内容、手段などを具体的に検討して、見極めていくしかないということであろう。

2 ……行政の類型

それでも行政法学上は、行政はさまざまに分類されてきた。たとえば塩野宏は、私人の権利・自由を制限することを通じてその目的を達成する行政活動を「規制行政」、個人や公衆に便益を給付する活動を行うことで憲法の保障する生存権を保障することを目的とする「給付行政」、そして直接に公の目的の達成をはかるのではなく、その準備的な活動にあたるものを「私経済的行政」というように、いわば目的別に分類している¹⁾。ただ、この塩野にしても、行政の分類はこれに尽きるものではなく、物的手段を確保する税務行政や公用収用を「調達行政」と総称し、人的手段を確保する人事行政は「人事行政」、また最近の規制緩和政策に応じて活発になった「民間・私人による行政」にも着目し、行政機関が私人間の利害調整の役割を担う「調整行政」なる行政活動も新たな行政類型として意識している。

このほかにも行政の分類には、いろいろな可能性がある。行政の積極目的・消極目的に応じた積極行政・消極行政、国民の権利利益への侵害内容に着目した利益行政・不利益行政、行政の権力的・非権力的手段のありように着目した権力行政・非権力行政などである。いずれにしても、行政の分類は、行政法により行政をいかに実効的にコントロールするかの問題とかかわっており、一般的・抽象的に論じるには限界がある。

Ⅲ ● 行政法はなぜ必要なのか

1 ……行政による国民の人権保障・権利利益の保護と救済の法

さて、行政の主体、目的、内容および手段等に複雑・多様性が認められ、行政の定義も分類も容易でない現代行政の現状からすれば、行政法もまたさまざまに定義されるということが推察される。一般に、広義における行政法は、「行政の組織、作用およびそれにかんする紛争処理ないし行政救済の法を指す」（室井力）というように定義されてきたところである。換言すれば、行政法とは、行政の組織と活動に対する授権と統制の法であるというしかない。このような定義には、日本国憲法の保障する基本的人権その他の憲法的価値や原理を具体化する行政法という観点が当然に含まれていたと思われるが、なお不十分な定義であるというしかない。

私見では、「行政は人権交差点、行政法は人権交差点のルール」と単純に考えているため、行政法とは、憲法で保障された基本的人権を具体化することを行政目的として、誰が、どのような行政の内容を、どのような行政手段・行政手続で行い、もし違法・不当な行政活動が行われた場合、相手方である国民にはどのような救済手段が保障されているのかについて定めた国法・自治体法の総称である、とすれば十分であると考えている。

その際、憲法と行政法との密接不可分な関係は行政法を定義する場合に極めて重要であり、私流の言い方をすれば、「憲法なき行政法は暴力、行政法なき憲法は無力」ということができる。憲法は、国家がなによりも人間の尊厳に意を尽くし、国民の基本的人権（自由権・財産権・社会権）を保障することを国民と約束したものであり、行政法は、この憲法に書かれた国家と国民との約束をどのように具体化するか（権利自由の具体化）を定めているものであると解するからにほかならない。

したがって、行政法を定義する場合、行政法は行政に対する授権と統制の法であるというほか、行政による国民の人権保障・権利利益の保護と救済の法であることを一層強調しなければならない。あえて定義するならば、行政法とは、「基本的人権その他の憲法的価値・原理の具体化を目的とする行政の適法性確保と国民の権利利益の保護・救済に関する法」とでも定義できよう。換言すれば、行政が公共性を実現する過程においては、通常、行政の名あて人のほか利害関係人がおり、一方に行政によって権利利益を保護される公衆や個人が存在するが、他方に権利利益を法的・実質的に侵害される個人が存在する（これは、「行政における三面関係」といわれる）。行政法は、このような「行政の公共性実現過程における個人の権利利益の規制と保護、およびその過程で違法・不当に侵害される個人の権利利益の救済について規律する法」ということになる。

2 ……行政の民間化・私化と行政法

伝統的な行政法・行政法学の下では、誰が行政を行うのかの問題にかかわって、国と地方公共団体は当然に行政主体であるという以外は、公行政は「公権力の行使主体」として、その固有の資格を承認されてきた。少なくとも、「公権力の行使」概念をキーワードにして、行政主体と私人は、実定法上は截然と区別されてきたと思われる。[行政事件訴訟法3条1項](#)や[行政手続法2条1項2号](#)は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」についての明文の定めを置き、「公権力の行使にあたる」行政を当然のこととし、[行政不服審査法7条2項](#)、[行政手続法4条1項](#)あるいは[地方自治法245条1項](#)は、一般私人が立ち得ないような立場、すなわち公権力を使用する立場にある状態を表す「固有の資格」概念を用いて、この資格を有する行政主体を私人と区別してきている。

ところが、「小さくて効率的な政府」をモットーにするこの間の規制緩和・規制改革の政策の下で、いわゆる「公権力の行使」までもが民間・私人に委譲される「民間化」・「私化」が進み、誰が行政を担うのかの問題は一層複雑化を増している。たとえば典型的な「公権力の行使」にあたる建築確認業務を民間検査機関に任せる指定確認検査機関制度（[建築基準法6条の2](#)）であれ、公の施設（公民館、図書館など）の設置・管理を民間企業に任せることを可能とする指定管理者制度（[地自法244条の2第3項](#)）であれ、あるいは警察行政権の行使の「民間化」・「私化」を意味する放置車両確認機関制度（[道交法51条の8](#)）が典型的な例である。

行政の「民間化」・「私化」が急速に進み、公共性の担い手が公行政主体（典型的には国・地方公共団体。以下、単に「公」）から私人・民間企業体（以下、単に「民間」）へと転化することになった。そうすると、少なくともその公共性を担うことになる「民間・私人」の正当性・正統性の確保と「民間・私人による行政」に対する法的統制の確保が喫緊の課題となる。この点、行政法のレヴェルでは、「公」が公共性を担うにあたって、行政手続の適正化・透明化・公正化、情報の提供・公開、行政過程への国民参加といった法的統制の仕組みが一定の水準に達したところであるが、いまだに「民間・私人による行政」の公共性担保の法的仕組みは未整備のままである。これらを「私行政」・「私行政主体」という者もあるが、これらを規律する法をなおも行政法というかどうかはともかく、「公」と「民間・私人」の明確な責任分担体制がないままの行政の「民間化」・「私化」には、行政法の定義の観点から十分に慎重でなければならない。

3 ……グローバル行政空間とグローバル行政法

かつて日本の行政法は、「行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法をいう」（田中二郎）と定義されたところでもあるが、今やこのような定義ではすまされない。市橋克哉は、「グローバルな事実上の権力空間」において「グローバル行政法」が登場しつつあり、「国内法であること」を再検討することが行政法の再構築の最重要課題であるという。これによれば、国内行政法と国際行政法間の境界の敷居は下がり、地域、国内、国際あるいは超国家的な社会のそれぞれのレベルで、政治・行政組織や非政府組織の相互作用が促進され、これらの多様な組織による非拘束的な制御の法形式・行為形式の活用（ソフトローも含めて）が不可欠となろう。伝統的行政法は国家と国民と間の関係構築・調整を主要な機能としてきたが、多種多様な社会組織間の社会関係構築・調整機能をも果たさざるを得なくなる。国家内での共同事務管理機能だけではなく、国家の外にある共同事務管理機能のあり方が重視されることになる。行政法学は、そこかしこの新しい規範的秩序の生成に目を向けながら、国家のあり方、地域のあり方、コミュニティのあり方を考えなければならない時代になっている。

IV●行政法にはどのようなものがあるのか

1 ……行政法の分類

行政法といっても、ひとつの一般的・包括的な行政法典があるわけではない。したがって、行政法という場合、そもそも何をもって行政法というか、その行政法はどのように分類されるのが問題となる。

行政法は、まずは内容の観点から、一般には、行政組織法、行政作用法（行政活動法）および行政救済法に分類される。行政組織法は、行政担当団体（行政主体・行政体）そのものの組織・任務および事務・権限（所掌事務）を定める組織規範からなる法であり、国の組織に関するものでは、内閣法、内閣府設置法、国家行政組織法・各省設置法、警察法などがあり、地方公共団体の組織に関するものでは、地方自治法が典型である。

行政作用法は、これらの行政組織が、もっぱら国民に対して（対外的に）、どのような個別の場合に、どのような具体的活動を行うことができるかを定めた法である。行政機関への具体の権限の授権を行い、要件と効果を定めることによって行政作用を根拠づける授権規範（根拠規範）および行政作用の適正化をはかるために規律する規制規範からなる。ほとんどの行政作用法が授権規範（根拠規範）に分類されるが、建築基準法、食品衛生法、生活保護法など枚挙にいとまがない。また、規制規範の典型は、行政手続法である。

行政救済法は、行政組織の行政作用によって国民の権利利益が違法・不当に侵害された場合、これを救済するための法である。行政組織による救済制度としての行政不服審査法、裁判所による救済としての行政事件訴訟法および国家賠償法などが典型である。

最近の特徴は、「民・私人による行政」の増大もあって、国や地方公共団体が憲法上当然に行政主体であるといっておればすむ時代ではないことから、行政組織法の重要性が指摘される傾向にある。また、「法律による行政の原理」に基づき、行政の授権規範（根拠規範）の有無を論じているだけでは適正な行政の確保もままならないことから、同時に、国民の権利利益の実効的救済の観点から、より早期の権利利益の保護が重視されることから、規制規範が重視される傾向にあるといつてよい。この点、行政手続法の重要性は、行政実体法の重要性に並ぶ。

2 ……階層的な行政法の存在形式（法源）

行政法がどのような形式で存在し法的効果を有するかは、伝統的には行政法の法源（行政法規範の所在）の問題とされてきた。最も重要な成文法源は憲法である。締結された条約も、その性質によって裁判規範性は異なるが、一般に国内法としての効力を認められる。国会の唯一立法機関性に基づいて制定される法律は憲法具体化法として重要な法源であり、この委任の下で定められる行政機関による法規命令（行政手続法上は、単に「命令」）も法規規範性を認められている。これらは、内閣が定める政令、内閣総理大臣が定める府令、各省大臣が定める省令および各委員会・各庁の長が定める規則などである。地方のレベルでは、地方公共団体の議会が定める条例および長が定める規則、各種委員会が定める規則がある。政令・省令は、実務上、施行令・施行規則などとよばれ、これらを政省令と称することが多い。なお、本来、行政主体の意思の伝達の一形式である「告示」は、それぞれ具体的内容の検討抜きにその法的性質の決定は難しいが、このところ法的拘束力が認められるものも多い。

これらの行政法の法源は、いかなる法源も憲法に違反することができないのは当然であるが、これに憲法具体化法たる法律が続き、これらのもとに「命令」があるという階層性がある。「命令」の中では、省令等は政令に違反することはできないとされる。このように階層化された行政法は、日常の行政現場における法解釈だけではなく、行政不服審査法の審査請求や行政裁判における行政法解釈に大きな影響を与える。

成文法源のほか、不文法源として、慣習法や条理といわれるものにも法源性が認められている。ただ、社会通念あるいは社会観念とも称される条理（あるいは条理法）の法源性については、成文法源がない場合にもかかわらず直面する問題解決が求められる場合重要となるが、行政法における成文法主義からすれば、これを濫用してはならない。

3 ……国法と自治体法

条例は、憲法で「法律の範囲内」と定められたり、地方自治法で「法令に違反しない限り」と定められたりしているが、これは、法令と条例との関係がただちに上下主従の関係にあることを意味しない。1995年以後の地方分権改革によって、国と地方公共団体との間の関係は、上下主従の関係から対等協力の関係になったといわれるところであるが、とくに第2次分権改革における法律による義務付け・枠付けの廃止・緩和改革によって、これまで政省令に委任されていた規制事項が、直接条例に委任されることが多くなり（たとえば児童福祉法による児童福祉施設基準）、飛躍的に条例制定権の範囲が拡大されたといわれる。今や自治体法たる条例は、国法たる法律を具体化し補完する存在になっている。自治体法たる条例には、このような法律施行条例あるいは法律実施条例のほか、自治権に基づく固有の自治条例もあり、法律・政省令の規定だけに目を奪われていては、とうてい正しい行政法の解釈ができないことが理解できよう。

1 ……憲法の原理

憲法が保障する国民主権、基本的人権および平和主義といった憲法の基本理念・基本原理・基本価値は、当然に行政法の基本原理・基本原則ともなる。このような憲法の基本理念・基本原理・基本価値を縦系に、以下で述べる行政の基本原理・基本原則を横系にして、いわば国民のための行政という布を織りあげるのが行政活動ということになる。しっかりした縦系に、豊富な横系を織り合わせることによって、さまざまな模様の温かい風合いのある行政が仕上がる。

2 ……憲法による行政の原理・法の支配

「法律による行政の原理」は、ドイツのそれを導入したものであるが、日本の行政法における法治主義として継受され発展してきた。その内容は、①すべての行政は法律に違反してはならないという「法律の優先の原則」、②新たな法規（法規概念は複雑であるが、原初的には国民の自由と財産の侵害的效果を有する法規範）の制定は法律のみによって可能であるという「法律の法規創造力の原則」および③行政権の発動の根拠づけにかかる「法律の留保の原則」からなる。このうち法律の留保の原則は、行政の授権と統制にとって最も重要であり、議論の多いところである。国民の自由と財産を侵害する行政に法律の根拠を求める「侵害留保説」、民主主義原理の観点から行政活動のすべてに法律の根拠を求める「（完全）全部留保説」がこれに対峙し、侵害行政のほか給付行政にも根拠を求める「社会留保説」が有力に説かれてきた。侵害留保説が通説とされてきたが、行政の権力的行為形式に着目した「権力留保説」も有力に展開され、最近では、国民にとっての本質的事項については法律の根拠が必要であるとする「本質性留保説」（重要事項留保説）が最有力説といえようか。ただ、このように根拠規範のあり様に着目する法律の留保の原則のもつ行政の授権・統制機能も重要であるが、上述のごとく、組織規範および規制規範の同様の機能の重要性も軽視されてはならない。

さらに最近、法律による行政の原理の母国であるドイツでは、国家による基本権保障だけではなく、国家以外の第三者から基本権を保護する基本権保護義務論も台頭するなど、基本権論に変化が生じていることにも注意したい。また、いわゆる憲法の私人間効力問題にかかわって、憲法による基本権保障だけではなく、基本権の直接的適用を認める基本権の「照射効」論なども有力に展開され、憲法による国民の権利自由の直接保護性、憲法による法律内容の拘束性、あるいは連邦憲法裁判所による違憲立法判断の多発もあって、法律による行政の原理をもはや形式的に理解することに意味はなく、ますます実質的法治主義への傾向が強まっている。この傾向は、いわば「憲法による行政の原理」とでも称すべきものであり、歴史的には異なる意味付けがされてきた英米流の「法の支配」の原理との相対化は顕著となっている。この意味では、「法律の支配」から「法の支配」への原理的展開は明らかであり、この意味で日本における法律による行政の原理も根本的変容が迫られていることはたしかである。

一見、このような法律による行政の原理にかかる問題は、一般的・抽象的な問題にすぎて、現代行政法の実務における解釈問題と無縁のようにみえるかもしれないが、たとえば公害防止協定のような行政の現代的行為形式の授権と統制を考える場合、そもそもその法的性質が本来的に契約か否かから始まり、その法的拘束力の問題とかかわって法律の留保の原則や法律の優先の原則の問題は避けて通れない。行政法における「基本原理に照らした考察」の重要性が指摘されるところである²⁾。

3 ……信頼保護の原則

信頼保護の原則とは、[民法1条2項](#)が定める信義則の内容をなすものであるが（とくに「禁反言の法理」）、行政法上の法律関係では、一般的に行政の相手方の信頼や期待は保護されなければならないことを意味する。ただ、どのような場合に（要件）、どのような保護が与えられるべきか（効果）の問題は区々であるため、この信頼保護の原則が、上記の法律による行政の原理との関係において、とくに行政処分や契約といった典型的な行為形式による行政が存在しない場合に、矛盾抵触関係を生ずることがあり、その場合にどちらを優先すべきかがしばしば問題となる。たとえば、租税法律主義と信頼保護の原則との関係では、信義則の適用は慎重でなければならないとして、少なくとも納税者の信頼の対象となる「公的見解」の表示が存在し、これに基づき行動したところ不利益をこうむり、納税者にも「責めに帰すべき事由がない」ことが要考慮事項とされている^{[3\)](#)}。また、地方公共団体の債権の消滅時効の主張が信義則違反である場合は限定されとしながらも、すでに国民に具体的な権利が発生し、違法な取扱い等を行うことでその行使を著しく困難にするなどの結果、地方公共団体の基本的な法令遵守違反により消滅時効が発生した場合のごとき例外的な場合に信義則違反が認められている^{[4\)](#)}。

4 ……適正な行政手続原理

憲法上の根拠をどこに求めるかの問題はあれ、適正な行政手続原理を否定する者はいない。この意味で、日本はかつて実体的権利保障国家であったが、今や手続的権利保障国家でもある。ただ、どのような場合に、どのような具体的手続保障が必要であるかといった問題は難解である。**1994**年、一般法としての行政手続法が制定されたが、その規制対象は処分、行政指導、届出および命令制定の各手続にいまだ限定されており、行政計画や行政契約といった多用される行政行為形式については、個別法律の規定に委ねられている。また、法の適用除外項目も少なくない。それでも、行政手続法には、共通する手続規律として、おおむね処分にあたったの告知と聴聞の手続保障、処分の決定のための内部基準（審査基準・処分基準）とその公開および理由の提示といった内容が含まれている。この法律によって「行政運営における公正の確保と透明性」（公正・透明性の原則）の向上がはかられ、もって「国民の権利利益の保護」目的が達成されるかどうかの問題点については、本書の[総論第2章](#)を参照してほしい。

5 ……比例原則

行政の目的と手段との関係に関する原則として比例原則がある。広義の比例原則は、①目的適合性原則（行政の目的に手段が適合的でなければならない）、②必要性の原則（目的達成のための必要最小限の規制手段でなければならない）、および③狭義の比例原則（均衡の原則ともいうが、目的と手段のバランスがとれていなければならない）。もともとドイツの警察権の限界の法理のひとつとして誕生して発展してきたが、今では行政権の行使一般の規制原理として適用されるものとなっている。また、当初は、国民の生命・身体の保護等といった消極行政において、行政権の「過剰禁止」原則を意味したが、最近では、食品安全や環境保全あるいは社会福祉といった積極行政が求められる領域（規制による受益者の保護）における行政権の「過少禁止」原則が注目される。

6 ……その他の基本原理・基本原則

このほか、区別する合理性がない限り国民の平等取扱いを求める平等原則、行政権の濫用を禁ずる権限濫用の禁止原則、民主主義の観点を強調するならば、主権者たる国民に対する説明責任をはじめとする責任の原理（執行責任・補償責任など）も重要である。このほか、個別法では、環境保全適正配慮義務原則（[環境影響評価法33条](#)）が明文化されたり、必要性・有効性・効率性の観点の重要性が法律に規定され（[政策評価法3条1項](#)）、「政策評価に関する基本方針」（2001年閣議決定、2005年改定）には、それぞれの定義も行われたり、新たな行政法における基本原則が生まれつつある。その意味では、なおも条例レベルで多くみられるところの住民参加・市民参加制度も、行政法の基本原理たりうることになる。なお、ドイツの行政法判例では、行政の明確性の原則あるいは行政の一義性の原則といった原則も重視されつつあることにも注意したい。

VI●行政法における一般的法制度・個別的法制度

行政・行政法の公共性（存在理由）を前提とし、また行政法における基本原理・基本原則を踏まえて、行政法における一般的法制度と個別的法制度が構築されている。この点、塩野宏は、行政強制、行政罰、国家補償および行政争訟等を一般的制度とよぶのとは異なる意味で、行政上の義務履行の確保制度、即時執行、行政調査、行政手続、行政情報管理を「各行政領域で共通に利用可能なものとして用意された法的仕組み」として「行政上の一般的制度」と整理している⁵⁾。これは、いわゆる行政過程論といわれる行政法学方法論に立って、「行政の行為形式」（行為形式＝「行政の活動の基本的単位」）と「行政上の一般的制度」を区別しながら、日本行政法の「法的仕組み」を論ずるものであるが、すべての行政法教科書がこのような整理に与しているわけではない。そこで本章では、さしあたり、行政の目的ないしは機能の観点から一定のまとまりが認められる一般的法制度として、以下の整理をしておきたい。

1 ……行政法における一般的法制度

（１）行政情報公開制度

日本の行政情報公開制度は、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（**1999**年制定・**2001**年施行、以下情報公開法）の整備によって飛躍的に向上した。何人にも行政文書（情報）に対する開示請求権が法律で保障されることにより、国民による行政の統制は格段に強化され、民主主義制度の基礎は固められた。情報公開法の理念には、いわゆる知る権利は明記されなかったが、目的条項には、「国民の主権の理念」と政府の諸活動に関する「説明責任」が明記され、「公正で民主的な行政の推進」の基礎は築かれたといつてよい。情報公開法の仔細について論じる暇はないが、たしかに開示・不開示等の決定についてのあれこれの問題はあれ、情報公開・個人情報保護審査会の諮問機関方式もそれなりの機能を果たしているようにみえる。それでも実際の審査において問題がないわけではないが、いわゆる審査会によるインカメラ審理の採用などでしのいでいる。審査会が積極的な役割を果たしているとの評価が一般的であるが、もちろん不開示決定などについての取消訴訟等の裁判は可能である。

（２）個人情報保護制度

自己情報コントロール権との理解が一般的となったプライバシー権にかかわって、個人情報は不開示情報の典型である。行政が保有する個人情報については、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（**2003**年制定、**2005**年施行）が行政の遵守すべき基準（個人情報保護の原則）を定め、同時に個人の請求権（開示請求権、訂正請求権および利用停止請求権）を定めることですべての国民の個人情報の保護がはかられている。個人の請求権にかかる不服申立てや訴訟の制度は、情報公開法と同様である。

（３）行政手続・参加制度

一般法としてではあれ、行政手続法が、行政の適正手続原則を定め、国民の権利保護と行政の公正性・透明性を向上させ、同時に、不十分ではあれ行政の意思決定過程への国民の参加制度を定めている。詳しくは、本書の[総論第2章](#)の行政手続法を参照のこと。

（４）行政強制制度

行政強制制度（行政の実効性の確保制度）は、国民に対する行政上の強制執行（代執行・強制徴収）その他の行政上の義務履行確保の制度（執行罰、直接強制）、ならびに即時強制および義務違反に対する行政上の制裁制度（行政罰、行政上の秩序罰（過料）、課徴金、利益処分の撤回、制裁的公表など）からなる。

行政上の強制執行と民事上の強制執行の関係については、行政上の強制執行が可能な場合には民事上の強制執行は許されないといった^{[6\)](#)}、いわゆるバイパス論があるところであるが、国または地方公共団体が行政権の主体として、国民に行政上の義務履行を求める民事訴訟は許されないとする判決もあり^{[7\)](#)}、行政上の義務の司法的執行については議論があるところである。

行政上の強制執行については行政代執行法、強制徴収については国税徴収法、地方税法等の法律の根拠が存在し、法律による行政の原理はそれなりに貫徹しているが、他方、直接強制に関する一般法はなく、個別法もほとんど存在しない。このため、即時強制が直接強制の代替手段として使われる場合があり、問題がないわけではない。

この即時強制は、国民に対して義務履行を課すことを前提としない点で行政上の強制執行等と異なるが、人の身体や財産に対する直接かつ重大な侵害の危険性がある点では共通している。即時強制については、行政事件訴訟などの事後的救済が困難な場合が多いこともあり、即時強制発動にかかる厳格な要件、手続および効果が法律上定められることが望ましい。また、その統制の観点からしても、比例原則等の行政法における基本原理・基本原則の適用がとくに求められる。

（５）行政争訟制度

行政の適法性の確保と国民の権利救済の制度である。実定法上は、もっぱら行政不服審査法と行政事件訴訟法にかかる制度ということになる。行政争訟制度の問題は本書の[総論第3章](#)を参照していただきたいが、行政の判断過程の民主的統制といった観点からすれば、今もなお「行政訴訟に終局的事態解決を求めているというよりも、民主的事態解決のための契機となることを求めているものが、多数を占めているとみてよい」^{[8\)](#)}との指摘は傾聴に値する。ただ、行政の公開と参加による事前の民主的チェックが充実しても、違法・不当な行政は存在するに違いない。行政自身によるチェック（行政不服審査法）も重要であるが、やはり司法権によるチェックが不可欠である。**2005**年4月施行の行政事件訴訟改正の成果であろうか、最近の最高裁判所のいくつかの司法積極主義的判断には今後も期待したい。**2015**年4月施行の改正行政不服審査法は、まだまださまざまな理論的・実践的課題を残していることであろう。行政書士の方々の代理人活動に大いに期待したい。

また、このような国民の権利保護・救済の重視の観点からすれば、これまで行政不服審査法や行政事件訴訟法を「行政救済法」と呼称してきたことも厳密に言えば不適切であり、むしろ「国民救済法」とでも呼ぶべきところであろう。

（６）国家補償制度

国家補償制度は、行政活動によって国民に生じた「損害」および「損失」の填補に関する制度の総称である。国家賠償制度は、違法な行政活動から生じた損害の填補の制度であるが、[憲法17条](#)を具体化するものとして、一般法として国家賠償法が存在する。一方、損失補償制度は、適法な行政活動から生じた損失の填補の制度であるが、その憲法上の根拠は、[憲法14条](#)、[25条](#)、[29条3項](#)等に求められるが、損失補償法といった一般法は存在しない。ただ、土地収用法、自然公園法等、多くの個別法が存在する。それにもかかわらず、国家賠償と損失補償の間には、国家補償の谷間といわれる間隙が存在する。典型的には、[国家賠償法1条1項](#)の「過失」要件に起因するところであり、「違法無過失」の行政活動には、国家賠償法の損害賠償責任が発生せず、違法であるため損失補償責任も認められない状態が惹起する。一連の予防接種禍訴訟におけるように、学説上および判例上、解釈論による「谷間」の穴埋めの努力が積み重ねられているところであるが、過失の立証責任の転換や過失責任主義・結果責任主義の思い切った採用など、根本的には立法的解決が求められるところであろう。

2 ……行政法における個別的制度

行政法における制度の本質であるといえようが、憲法の具体化の諸相は、実のところ行政における個別法制度にかかっている。それぞれの行政領域に応じて、憲法の具体化のために、行政法の基本原理・基本原則が適用され、行政法における一般的法制度が応用されながら、しかし個別行政領域固有の価値が追求されている。これらを一律に論ずることにさしたる意味がない。あえていえば、行政法における一般的法制度と個別的法制度の循環が円滑に行われることが重要となる。本書では、個別の行政法制度のほんの一部ではあるが、個別法律がどのような構造・構法を採用しているかが整理されている（[第2部145頁以下](#)参照）。

1 ……行政法学方法論——行政過程論・法的仕組み論の有力化

伝統的な行政法学においては、行政法の対象としての行政作用（活動）を分析する場合、もっぱら行政活動において選択・使用される行為形式（活動形式）に着目し、行為形式そのもののあり方やそれらの組み合わせの分析・検討に関心を集中してきた。そのためときとして静態的なものになりがちであったため、より動態的あるいは機能的分析方法論として、行政過程論が登場してきたといつてよい。たとえば塩野宏は、先に述べたように、「行政の活動の基本的単位」を行為形式として、そして「各行政領域で共通に利用可能なものとして用意された法的仕組み」として「行政上の一般的制度」を定義し、理論的に区別しながら「行政過程論」を展開する。このような「行為」と「制度」の区別論に対しては、「基本単位」とされる行為形式も、それ自体「制度」であり「法的仕組み」であるということもでき、たとえば「行政行為」といった典型的な行為形式でも、その効果は、「もともとそれ自体、法令によって設けられた」「一定の『法的仕組み』を表現するための概念」とする批判がある⁹⁾。そもそも「行政過程論」といった方法論に立つといっても行政法学方法論はなおも区々であるが、「一定の行為を中心とするシステムないし法律関係の展開の仕組み（法的仕組み）として把握することが重視されるようになっていく」¹⁰⁾といわれるように、最近の行政法教科書では、行政過程論あるいは「法的仕組み」論に方法論的基礎を置くものは多くなっているのはたしかである。

2……「法関係秩序としての法秩序」という思考モデルの重要性

本章の執筆者は、最近の行政法学方法論との関係では、かつてドイツ行政法学者であるN.アハターベルクが提唱した「法関係秩序としての法秩序」の思考モデルに注目している。実務家の方々には、いささか「座学」に過ぎる叙述になることをお許し願いたい。行政過程論でもなく、「法的仕組み」論でもない、ある意味徹底した行政法関係論をめざしている。間田穆の紹介によれば、アハターベルクのいうところの法関係とは、法規範により形成された2つまたはいくつかの主体間の関係である。法関係は、そもそも法という手段により規律された社会関係と解されることから、そこでは多極的な権利主体間の関係が存在し、この権利主体は常に相対的であり、この権利主体は最終的な権利義務の帰属主体（Zurechnungsendsubjekt）であると同時に、中間的な権利義務の帰属主体（Zurechnungszwischensubjekt）でもあるという。国家領域においてこのことを敷衍すれば、国家の組織間、機関間および組織構成員間の法関係、ならびに組織・組織構成員間、組織・機関間、組織・機関担当者間および機関・機関担当者間の法関係がそれぞれに存在し区別されねばならないことになる。このように解するならば、いわゆる国家不浸透性理論（国家領域に私人入るべからず論、公法私法二分論）や外部・内部関係二分論は克服されることとなり、法規範による法関係の決定こそが、法関係の成立、形成および消滅において重要な意義をもつことになる¹¹⁾。

行政過程論や法的仕組み論の行政法学方法論と重なり合うものの考え方もあるだろうが、行政の結果（リゾルト）から行政の過程（プロセス）へ、あるいは行政実体法から行政手続法へとといった現象面だけではなく、そもそも行政法関係におけるアクターの多様性を承認した上で、行政の行為形式の接合（Artikulation）の仕方を問題とする方法論であるところに特徴があるように思われる。私流の解釈からすれば、単なる行政過程や行政手続ではなく、行政の意思決定・表示のあり方を示す行為形式を結節点（Knoten）とする法関係そのものを分析・検討・整理することが重要であるということになる。したがって、そこでは行政の主体、目的、内容および手段（執行・強制・保護・救済）のあり方が、徹底して法関係論の視点から分析されねばならないことになる。

3 ……行政法関係秩序の中の行政の法形式・行為形式

行政の意思決定・表示のあり方を示す行為形式を結節点（**Knoten**）とする法関係といっても、ただちに一般的抽象的な理論が導き出されるわけではない。

行政法における一般的法制度および個別的法制度で選択的に使用される行為形式には、行政計画、行政立法（行政準則）、行政行為、行政調査、即時強制、行政契約、行政指導、行政上の義務履行の手段等がある。塩野によれば、行政立法、行政行為および行政上の契約は、直接法効果をもつという意味で「法的行為形式」、行政指導は事実行為、そして行政計画は両方の可能性があるという。ちなみにドイツでは、法形式（**Rechtsformen**）と行為形式（**Handlungsformen**）とを区別するのが一般的であり、行為形式は行政活動の典型的な現象形態をあらわすだけであり、これらの行政活動が一定の型を形成し、これに確固とした適法性条件や法効果が結びつけられて初めて、法形式になるとされているようである。法律はもちろんのこと、行政行為、公法上の契約あるいは意思表示、法命令、内部的な指示などが含まれているようである。

畠山武道が、行政機能を蓄積機能、秩序付け機能、複雑性縮減機能および安定化機能と分類しているが¹²⁾、行政法関係秩序の中で行政の法形式・行為形式を再検討し位置付け直そうとするならば、法効果の発生・変更・消滅にかかる法関係論の重要性に鑑み、かかる機能の観点から分類し直す必要もあるだろう。ただ、これも行政法総論の範囲でできることではなく、個別の行政領域ごとの行政法関係秩序の再検討が前提となろう。

前述のような行政の民間化・私化の傾向が強くなる中では、行政による法形式・行為形式の選択について、そもそも行政上の法形式・私法上の法形式・行為形式の選択の問題が深刻な問題にあろう。同時に、権力的行政から非権力行政への志向が強くみられるところからすれば、行政行為を選択すべきところ行政指導で代替するといった意味での行政の法形式・行為形式選択権がどの程度存在するのも問題となりうる。この点、法規範による法関係の決定が法関係の成立、形成および消滅において重要な意義をもつといったアハターベルクの所論を参考にすれば、やはり法律の定めるところにより決せられるところであり、原則として、行政には法形式・行為形式選択の自由はないといえそうである。現在、日本の行政手続法には、すでに手続が定められている法形式・行為形式がある。処分、行政指導（届出は行政の行為形式とはいえないだろう）および行政立法（命令等）だけが規律対象となっている。いわゆる行政の法形式・行為形式というからには、一般法であるとはいえ、行政手続法によって少なくとも行政手続が規律されることが必要となろう。

VIII●行政の適法性・違法性

法律は、その時代の英知を結集したものでなければならない。しかし時代の変化によって、当該法律に対してもさまざまな見方が現れ、その見方は、立法・行政・司法のそれぞれの見方によって変化を余儀なくする。そしてもちろん、最終的には国民の見方がこれを決する。行政活動に関しても、この国民の「違法」観と「不当」観の変化は重要である。

1 ……行政の適法性・違法性

芝池義一によれば、行政活動は適法なものでなければならず、違法なものであってはならない。行政活動についての評価は複数の立場からの評価があり得るとしながらも、行政活動の適法性・違法性の判断は、法律学にとって最重要なものであり法律学、法理論の立場からすれば、適法・違法の判断基準が決定的に重要であるという¹³⁾。そうはいつでも、ある行政活動が法規範に違反して違法であるという判断は容易ではない。先に述べたように、そもそも行政法とは何か（行政法の存在形式の多様性および階層性）からして、容易に想像がつく。なかでも行政裁量の違法性に対する司法審査の問題は最難問である。

2 ……行政裁量の統制

人間の営みは複雑多様であり、それを反映して、行政の現場は、多くの人たちの人権や権利自由が入り乱れる、いわば人権や権利自由のスクランブル交差点である。さしずめ行政法は、それらを規律する人権交差点のルールであるといってもよい。この点は、もっぱら人や企業の経済的利益の交差点である市場、そしてそれらを規律する競争原理に基づく市場のルールとは、本質的に異なる点であることはたしかである。

憲法による行政の原理とか、法による行政の原理とかいうかたちで行政法における法治主義をいくら論じても、つまり憲法や法律に基づいて行政を行うといっても、行政を行うのが人間である限り、行政判断には幅が生じるものである。行政法学では、これを行政裁量とよび、この行政裁量の民主的統制が行政法学の最大の課題とされてきた。日本語には、もともと塩加減を表す「按配（塩梅）」という繊細な言葉がある。行政においても「按配」は重要であるが、恣意的・独断的な「按配」は許されないのである。そのために行政情報をできるだけ公開し、行政手続・過程への参加を促す制度の充実化がはかられてきた。とくに行政手続法では、申請に対する処分については審査基準、不利益処分については処分基準の制定が義務づけられた。これらが行政裁量の事前統制機能を持つことは当然である。

しかし、これでもって行政裁量の問題が解決する兆しは全くない。古くから要件裁量論あるいは効果裁量論という形で行政裁量が論じられ、その司法審査の意義と限界が議論され続けてきた。最近では、時の裁量（タイミングの裁量）、手続裁量等も論じられるようになり、行政裁量論は拡大するばかりである。行政の専門的知識や迅速柔軟な行政事態への対応などが行政裁量を許容する理由であろうが、それは究極的には国民に対する行政の最適化要請に他ならない。立法や行政は社会の鏡であるが、いずれの鏡も賢い鑑でなければならない。行政自らがこれを磨くことはもちろん、司法はこの鏡を常に磨き続け、賢い鑑にしなければならない。この点で、裁量問題は、行政裁量のほか、立法裁量および司法裁量もあるとすれば、同様の問題が妥当する。また、行政裁量はこれまで行政行為の裁量として論じられてきたが、行政行為の行為形式にも同様の問題が存在することの指摘はされながらも、実際には議論の積み重ねがない。行政裁量論が、伝統的にもっぱら行政行為の司法審査との関係で論じられ蓄積されたことの後遺症であろう。いったん司法審査との関係から離れ、日常の行政における最適裁量権行使原則等の探究があってもいいのではなかろうか。

3 ……行政裁量の司法審査

もはや司法審査から自由であるという意味での行政裁量は存在しないといいながらも、実際には司法審査の限界は、好むと好まざるとにかかわらず存在する。最高裁は、いわゆる「判断代置方式」による裁量審査方式は採用せず、いわゆる「社会観念審査あるいは社会通念審査」方式あるいは「裁量権の逸脱・濫用審査」方式を採用しているようにみえる。ただ、とくに注目すべきは、日光太郎杉事件東京高裁判決¹⁴⁾以来、「判断過程審査」が採用されていることである。最近の最高裁は、社会観念審査方式を採用する場合であっても、「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当性を欠く」¹⁵⁾といった形で、判断過程に立ち入った審査を行っている。一方で、判断過程審査を採用しているように見えながら、政策的・技術的見地からの総合的判断が必要であるとの都市計画決定の性質に着目して、要考慮事項等について広い行政裁量を認めた判決も存在する¹⁶⁾。このように司法審査の密度は斑模様であり、一概に審査密度が濃くなっていると断定はできない状況である。

また、行政手続法における処分にかかる審査基準・処分基準違反の違法判断にかかわって、行政裁量の問題が伏在する。いわゆる風営法上の不利益処分にかわって、「処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなる」と判示している¹⁷⁾。判決の当否はともかく、平等原則や信頼保護の原則を介して、処分基準を実質的に違法判断基準とする傾向がみられる。手続的瑕疵にかかる裁量問題は、今後一層顕在化するであろうことから、今後の動向を注視したい。

1) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）8頁。
2) 橋本博之『行政法解釈の基礎―「仕組み」から解く』（日本評論社、2013年）236頁以下。
3) 最判昭和62・10・30判時1262号91頁。
4) 最判平成19・2・6民集61巻1号122頁。
5) 塩野・前掲書88頁。
6) 最判平成14・7・9民集56巻6号34頁
7) 最判平成14・7・9民集56巻6号34頁。
8) 原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、2004年OD版）189頁。
9) 藤田由靖『行政法総論』（青林書院、2013年）363頁以下。
10) 稲葉馨他『行政法 第3版』（有斐閣、2015年）22頁。
11) 間田「N.アハターベルクの『法律関係論』・『行政法関係論』（法律時報57巻1号（1985年）107頁以下参照。
12) 畠山武道「行政介入の形態」『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）5頁。
13) 芝池義一『行政法読本』（有斐閣、2009年）60頁。
14) 東京高判昭和48・7・13行集24巻6―7号533頁。
15) 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁など。
16) 最判平成18・11・2民集60巻9号3249頁。
17) 最判平成27・3・3裁判所ウェブサイト。

第2章 行政手続法総論

山田 洋

1 ……行政手続法とは何か

近代国家の憲法は、営業活動の自由を保障しているが、もちろん、公共の安全や公衆衛生などにリスクをもたらす営業活動については、許認可を要するとされるなど、一定の制約が課されることになる。しかし、こうした制約が行政機関やその職員の恣意に委ねられるとすれば、営業活動の自由も画に描いた餅となる。そこで、近代国家においては、たとえば許認可やその取消しの要件などは、議会が制定した法律などのルールによって定められ、それにそって自由の制約がなされることとなる。周知のように、こうした考え方を「法治国家原理」とよぶ。さしあたり、ここで問題となるのは、行政の活動あるいは判断の内容を規律するルールであるが、これを「行政実体法」とよび、その存在が重要であることは、言うまでもない。

しかし、許認可などの要件を法律などで定めても、営業活動に対する不当な制約が完全に回避できるわけではない。たとえば、具体の申請者が許認可の法定の要件を満たしているか否かを判断するのは、人間である官庁の職員であり、そこで判断の誤りがあれば、結果的には、申請者の営業活動が不当に制約されることになってしまう。これを防ぐためには、判断の内容をルール化するだけでなく、判断のやり方・手順もルール化しておく必要がある。こうした行政判断の手順に関するルールを「行政手続法」とよぶ。

さて、行政活動には極めて多様な領域があるが、行政実体法は、当然のことながら、それぞれの領域によって全く異なったものとならざるを得ず、実際にも、多くの行政領域ごとに、これを規律する極めて多くの法律が制定されている。これに対して、行政手続法に関しては、古くから、行政領域を超えた一般化が可能であると考えられてきた。行政活動自体は多様であっても、行政が判断を下す以上、最低限、踏むべき一般的な手順といったものが存在すると考えられてきたわけである。こうした考え方は、当初は、主として英米法の判例の中で形成されてきたものであるが、次第に多くの欧米諸国に広まり、多くの国において、行政領域を超えた行政手続に関する一般のルールを定めた実定法としての「行政手続法」が制定されることとなった。のちにみるように、わが国においても、多くの欧米諸国には遅れをとることになったが、**1993年**に原則としてすべての行政領域に適用される「行政手続法」が制定されるに至ったのである。

2……事前手続と事後手続

たとえば、食品衛生法に基づく飲食店の営業許可について考えると、多くの場合、保健所長によって許可または不許可の判断がなされることとなる。しかし、不許可の判断がなされた場合においては、それで行政の判断が完結するわけではなく、それに申請者が不服を有する場合には、保健所を設置している県知事（または市長）に審査請求をして、判断の見直しを求めることができることになっている。この場合、申請者が許可をもらえるか否かは、最終的には、県知事の判断（裁決）によって決まる仕組みといえ、保健所長と県知事の判断のプロセスは、許可または不許可を決するための一連の「行政手続」ということができる。

しかし、現行の制度においては、「行政手続法」が適用されるのは、保健所長による許可または不許可の判断までのプロセスのみであり、その後の県知事による見直しのプロセスについては、別の「行政不服審査法」が適用される。許可や不許可（さらにはその取消しや各種の命令）など、法令に基づいて行われる行政機関による具体の相手方の権利義務や法的地位に関する決定を「処分（行政処分）」とよぶが、この処分に至る「事前手続」については「行政手続法」が適用され、その見直しのための「事後手続」については「行政不服審査法」が適用されるのである。さしあたり、本章で対象とするのは前者であり、後者については、[次章](#)で説明される。ただし、それぞれの手続を考える際には、両者が一連のプロセスであることに留意しておくことが重要である。

3……行政手続法の理念

それでは、行政手続法は、行政活動について、基本的に、どのようなあり方を求めているのであろうか。これについては、アメリカにおける「デュー・プロセスの原理」など、各国でさまざまな説明がなされてきたが、わが国の行政手続法は、同法の目的として、「行政活動における公正の確保と透明性の向上」と規定している（[1条1項](#)）。これが同法の基本理念であり、同法は、行政機関に対して、「公正」かつ「透明」な手順で判断を下すことを求めているといえよう。

ここでいう「公正」とは、英米でいわれてきた「フェア（fair）」を意味するものと考えられ、必ずしも理解しやすい観念ではない。しかし、結局のところ、相手方などの市民の眼から見て、不当な利害に左右されないなど、行政機関が偏りのない判断をしていると信頼あるいは納得ができる判断方法であると説明できるであろう。結論はどうあれ、市民から見て、偏りがあるのではないかと疑われても仕方がない判断方法は、不公正と評価されなければならない。市民とのコミュニケーションを大切に、その納得の得られるような判断プロセスが求められるわけであり、その意味では、もう一つの理念である行政運営の「透明性」と一体であるということもできよう。

こうした理念を実現するために、同法は、許認可や命令などをなすにあたって、行政機関がさまざまな手順を踏むことを求めている。たとえば、営業許可の取消処分については、事前に具体的な処分基準を公表しておくこと、処分の前に相手方の言い分を聞くこと、処分に際して理由を示すこと、などが求められるのである。言い分も聞いてもらえず、理由もわからずに営業許可を取り消されては、相手方は、到底、納得できず、不当な思惑や圧力などの介在を疑うのが当然だからである。こうした手順を尽くすことによって、結果的には、誤った処分がなされることが防止でき、また、相手方の納得を得ることによって、円滑な行政目的の実現も期待できるのである。

4 ……わが国の行政手続法の構成と特色

わが国にも、第二次世界大戦後、アメリカの影響もあって、行政手続の法的整備を必要とする考え方が導入され、さまざまな個別法の中に、処分前に相手方の言い分を聞くこと（聴聞）や処分時に理由を示すことなどを要求する規定が置かれることとなった。しかし、それを統一的な行政手続法にまとめる立法がなされないまま、近年に至ることとなった。その結果、個別法における行政手続に関する諸規定についても、その不備や不統一が指摘されてきた。

こうした中で、**1980**年代頃から、海外との経済摩擦の激化や行政改革の機運の高まりを背景として、経済界さらには外国政府などから、わが国の経済活動に対する行政による過剰かつ恣意的な介入への批判が高まることとなった。こうした批判への対応として、経済活動に対する行政による介入の作法を規律するものとして、年来の課題であった統一的な行政手続法の必要性が注目されることとなり、結果的には、これが**1993**年の行政手続法の制定につながることとなったのである。

この行政手続法においては、許認可などの可否を審査する「申請に対する処分」の手続（第2章）、各種の命令や許認可の取消処分などの「不利益処分」の手続（第3章）のほか、行政機関による勧告、助言などの「行政指導」の規律（第4章）、法令よって義務付けられた各種の「届出」の処理方法（第5章）、に関する規定が置かれている。さらに、**2005**年の法改正により、政省令などの制定に際して広く意見を求める「意見公募手続」（第6章）に関する規定も挿入されている。

先に述べたように、わが国の行政手続法は、経済活動への規制緩和の一手段として立法化されたという側面があり、立法に際して、主として念頭に置かれていたのは、事業者と監督官庁との関係である。こうした事情は、許認可手続（申請に対する処分）や届出の処理に関する詳しい規定が置かれ、行政指導に関する規律が規定されるなど、先行する欧米諸国とは大きく異なったわが国の行政手続法の構成に反映しているといえる。また、改正により挿入された意見公募手続も、経済規制のための政省令等を対象としたパブリック・コメント制度を前身としている。もちろん、わが国の行政手続法も、経済規制に限らず、すべての行政領域に適用される一般法として立法化されているが、以上のような立法の背景に留意しておくことは、そのあり方を理解するために重要である。

5 ……適用除外

これまで述べてきたように、行政手続に関する規律は、多様な行政分野を超えて一般化することが可能であると考えられてきたのであり、これをうけて、行政手続法も、原則としてすべての行政領域に適用される一般法として立法化されている。しかし、行政手続についても、それぞれの行政領域ごとに、一定の特殊性があることももちろんであり、それに応じた立法的な手当てが必要となる。

そこで、まず、同法自体が、その適用が相応しくない行政分野について、適用除外として、処分や行政指導にかかわる規定を適用しないこととしている（[3条1項各号](#)）。まず、国会や裁判所による決定や刑事手続にかかわるものは、通常の行政手続とは基本的に性格を異にするから、同法が適用できないのは当然である（[1から6号](#)）。公立学校と生徒、刑務所と受刑者、雇用者としての国と公務員、国と外国人といった間の関係は、通常の行政と市民との関係とは大きく性格を異にするため、同法をそのまま適用することはできない（[7から10号](#)）。こうした分野については、刑事施設法、国家公務員法などの個別法によって、別途、規律されることとなる。そのほか、事故等の現場や公的試験など、さまざまな場面において、その状況から考えて同法が適用できない場面があり得るわけで、これらについても、同法は、適用除外とされている（[11から16号](#)）。

6 ……個別法の定め

他方、それぞれの行政領域を規律している個別の法律の側で、その領域の事情を考慮して、そこへの行政手続法の適用を排除している例もある。たとえば、国税の賦課徴収についての処分や行政指導については、その手続について、伝統的に国税通則法や国税徴収法が自己完結的に規律してきたことを考慮して、[国税通則法74条の14](#)により、行政手続法の適用が排除されている。類似の例としては、戸籍に関する手続などがある（[戸籍法127条](#)）。

このような分野ごとの適用除外のほか、同法の個々の規定について、個別の法律が同法と異なった規定を置くことも認められており、この場合は、個別法の規定が適用される（[1条2項](#)）。業務停止などの不利益処分に関する相手方の意見陳述について、個別の法律が行政手続法とは異なった方法を定めている例などが多くみられる（[建築士法10条2項](#)など）。

7……地方公共団体への適用

行政手続法は、国の法律であるから、国の行政機関が行う行政活動にそれが適用されることには、何の問題もない。地方公共団体の行政活動についても、一般に、国の法律による規律を受けることは珍しくないし、最低限の一般的な手続を定めるという同法の性格からいっても、これをそのまま地方公共団体に適用しても、特段の不都合はないはずであった。しかし、同法の制定に際して、とりわけ行政指導などについて規律をこうむることを嫌う地方公共団体の側から、その適用に反対する声上がり、これをうけて、その一部の適用が制限されることとなった（[3条3項](#)）。

まず、同法の処分（申請に対する処分と不利益処分）および届出に関する規定については、地方公共団体がなす処分あるいは処理する届出のうち、法律に根拠を有するものにのみ適用される。たとえば、廃棄物処理法に基づく廃棄物施設に関する県知事の処分やこれにより義務付けられた県知事への届出の処理については、行政手続法の関係規定が適用されることとなる。これに対して、地方公共団体がなす処分および処理する届出のうち、自身の条例を根拠としているものについては、同法の適用はないこととなる。たとえば、県の青少年保護条例に基づく県知事の処分やこれにより義務付けられた届出の処理については、行政手続法の関係規定の適用はない。

一方、行政指導については、のちに述べるように、必ずしも法律や条例に根拠を有するわけではなく、処分と同様の区別はできない。そこで、地方公共団体による行政指導については、行政手続法の関連規定は適用されないこととされた。

8 ……地方公共団体の対応

この結果、地方公共団体に関しては、条例を根拠とする処分・届出とすべての行政指導について、行政手続法の関連規定の適用がないこととなってしまったが、同法は、こうした部分について、地方公共団体が「必要な措置」をとるべく努めることを義務付けている（[46条](#)）。これをうけて、地方公共団体のほとんどが「行政手続条例」を制定して、こうした部分を規律している。これらの条例は、多少の文言の相違はあるものの、基本的には行政手続法に準拠した内容になっており、結果的には、この部分についても、同法が適用されるのと、大差のない状況となっているといえる。したがって、以下でも、もっぱら行政手続法を念頭に説明することとし、行政手続条例に直接に言及することは避ける。ただし、同法と条例の適用関係には、留意しておく必要がある。

なお、**2005**年改正により挿入された意見公募手続についても、その時点で多くの地方公共団体が類似の手続を有していたため、地方公共団体には適用されないこととされている。この分野についても、「必要な措置」をとるべき義務は規定されているものの、各地方公共団体ごとに、それぞれの要綱などによって定められた多様な手続が存在するのが現状といえる。

Ⅱ ●申請に対する処分と届出

1 ……申請に対する処分の意味

以下、行政手続法各章の規律するそれぞれの手続について、順次、見ていくこととするが、まず、第2章の「申請に対する処分」についてみれば、この手続は、「申請」に基づいて、許認可等の「何らかの利益を付与する処分」をするか否かを審査する手続である（[2条3号](#)）。次章が規定する命令等の不利益処分が行政側のイニシアティブでなされるのとは異なり、こうした利益を付与する処分については、それを求める者の「申請」に基づいて審査される仕組みとされているのが通例であるため、同法は、この手続を「申請に対する処分」の手続とよんでいる。

ここでいう「何らかの利益を付与する処分」には、各種の営業や事業に関する許認可のほか、その他各種の行為についての許可や免許、資格等の付与の決定、金銭の給付の決定など、さまざまな処分が含まれうるが、同法は、これを「許認可等」と総称している。実際の法律においては、さまざまな名称が付されているわけで、一例のみをあげれば、建築物の工事完了検査における検査済証の交付なども、検査に基づいて適法に建築物を利用できる地位を与えるという意味で、こうした処分に該当することとなる（[建築基準法7条](#)）。

ただし、この手続の対象となる「処分」は、法律や政省令などの「法令」（地方公共団体については、条例または規則）に基づくものに限られる（[2条3号](#)）。たとえば、多くの地方公共団体において、行政の内部的なルールに過ぎない「要綱」において、相手方の求めに応じて、各種の行為について長が同意などをしたり、補助金等の交付について長が決定したりする仕組みがとられている。しかし、こうした要綱に基づく同意や交付決定は、「処分」とはいえず、行政手続法さらには各地の行政手続条例にいう「申請に対する処分」の規定は適用されないこととなる。むしろ、法的拘束力を欠く要綱に基づいて同意の取得を要求することは、ある種の行政指導であり、それに関する規律に服すべきこととなる。

2 ……申請と応答義務

もちろん、この手続の対象となるのは、「申請」に基づいてなされる仕組みがとられている処分に限られるが、「諾否の応答をすべきこととされているもの」のみが「申請」とされていることに留意しなければならない（[2条3号](#)）。以下でも、繰り返し述べることとなるが、許認可等の申請がなされた場合、行政機関は、これを審査せずに放置することは許されず、その結果により許認可または申請拒否（不許可等）の処分をしなければならないのは当然である。「諾否の応答」の義務があるのである。

これに対して、業者が放置した廃棄物により迷惑をこうむっている隣地の住民が県知事に廃棄物処理法に基づく業者への措置命令を求めている場合を想定してみよう。他の法に基づくこうした命令の多くと同様に、廃棄物処理法上、被害者等が措置命令を求められるという仕組みはとられておらず、こうした要求あるいは通報は、事実上のものに過ぎないこととなる。そうであれば、こうした要求については、県知事は、「諾否の応答」の法的な義務はなく、これを「申請」とみることはいけないため、こうした場合には「申請に対する処分」の手続の適用はない。なお、**2014**年の行政手続法改正によって、こうした場合に、何人も処分を求めることができる旨の規定が置かれたが（[36条の3](#)）、これも、行政機関に諾否の応答を義務付けているわけではないことに留意しなければならない。

3 ……審査基準の設定

さて、許認可等の「申請に対する処分」については、行政庁（当該処分をする権限を有する行政機関）は、あらかじめ、それをするか否かを判断する基準である「審査基準」を設定し、公表しておかなければならない（[5条](#)）。本来、許認可等の要件は、その根拠となった法律や委任を受けた政省令等に規定されているはずである。しかし、多くの場合、こうした法令上の要件規定は、極めて抽象的な表現にとどまっている。一例のみをあげれば、廃棄物処理法の規定する産業廃棄物処理施設の設置許可に関する要件の一つとして「周辺地域の生活環境の保全……について適正な配慮がなされたものであること」と規定されているが（[15条の2第1項2号](#)）、これを具体化する規定は、政省令にも存在しない。法文上は、どのような配慮をすれば許可が得られるのかは、極めて曖昧というほかない。

もし、こうした要件を個別の案件にそのまま適用することになると、担当者の判断等によって、類似の条件の施設について、許可と不許可が分かれるなど、不公平が生じることも予想される。とりわけ、不許可とされた申請者の眼からは、不公平感は避けられないであろう。何よりも、こうした状況においては、申請者は、どのような申請をすれば許可が得られるのかが全く予想できないこととなってしまう。

もちろん、判断の基準が曖昧であることは、審査をする担当者にとっても不都合であるから、従来も、多くは、担当部局内部でマニュアル等を策定して、事実上、これに依拠して判断をしていたと思われる。しかし、こうした基準が策定されている場合でも、担当部局は、これに縛られることを嫌い、その公表には消極的であった。しかし、行政手続法は、前記のような弊害を除去し、審査過程の公正と透明を確保する観点から、審査基準を設定し、これを公表することを義務付けたわけである。

さて、審査基準の策定を義務付けられているのは、当該許認可等の権限を有する行政庁であり、たとえば、県知事がなす許認可であれば、法律に基づくものであっても、それぞれの県知事が審査基準を設定することになる。実際には、国の主務官庁からの通達等が審査基準として流用されている例も多いが、独自の基準を設定できることはいうまでもない。ただし、法令に具体的に書き尽くされている要件については、それ以上の審査基準を設定する必要はないものの、それ以外については、「できる限り具体的な」審査基準の設定が求められる（[5条2項](#)）。しかし、要求される精度については、個々に判断するほかない。

4 ……その法的効力

このように、審査基準は、その設定と公表が行政手続法によって義務付けられたものではあるが、それ自体は、行政自身が設定した内部的な基準であるにとどまり、政省令のような市民に対する法的拘束力を有するわけではない。したがって、審査基準に適合した処分が当然に適法となるわけではない。そもそも審査基準が根拠法の趣旨に違反していれば、それに沿った処分が違法となるのは当然であるし、一応の合理性を有する基準であっても、個別の事情によっては、そのまま適用することが法の趣旨に反することもありえる。たとえば、審査基準を満たさない許認可を拒否した場合でも、それが法の趣旨と異なる基準であれば拒否処分は違法となるし、一応合理的な基準だとしても、それを満たさないことを是認すべき特別の事情があれば、やはり拒否処分は違法となろう。

反対に、審査基準に反する処分も、当然に違法となるわけではない。たとえば、審査基準を満たす申請について許認可を拒否することも、法の趣旨に照らして、それを是認すべき合理的な事情が認められれば、適法とされる余地がある。ただし、他の申請者が審査基準に従って許認可を得てきたにもかかわらず、特段の事情もなく、審査基準を満たす申請を拒否するようなことがあれば、こうした拒否処分は平等原則に違反するものとして、違法とされることになる。こうした意味では、審査基準は、裁判などの場においても、一定の役割を担うこととなるのである。

5 ……標準処理期間の設定

申請がなされた場合、それを審査して諾否の応答をすべき義務を行政庁が負うことは、すでに述べたが、当然のことながら、審査には一定の期間を要する。もちろん、審査に要する期間は、その難易度あるいは複雑性などに応じて、許認可等の種類ごとに大きく異なるはずであるが、その種類に応じて申請から処分までの「通常要すべき標準的な期間」を考えることができるはずである。行政手続法は、こうした期間を「標準処理期間」とよび、その設定と公表を行政庁に義務付けている（[6条](#)）。

こうした標準処理期間の設定と公表が義務付けられた趣旨は、まず、申請者の便宜をはかることにある。申請から処分までの期間の見当がつかなければ、申請者にとって、計画的な事業の遂行等が難しくなることは容易に想像できよう。さらに、これを同法があえて規定したねらいは、行政庁による意図的な審査の遅延を防止することにある。すなわち、従来、意に添わない申請を受けた行政庁が審査を引きのばすことによって、申請を「店ざらし」にし、申請の取下げなどを迫るといった実務が問題視されてきた。そこで、審査に要する通常の期間を自ら公表させることによって、恣意的な引きのばしを難しくすることが意図されたのである。

この標準処理期間についても、その設定は、それぞれの行政庁の義務とされる。その期間が許認可等の種類に応じて異なるのはもちろんであるし、たとえば、法律に基づく同一の許認可等についても、各地方公共団体の処理能力に応じて、異なった期間が定められることもあり得る。また、あくまでも通常の審査に要する期間であるから、特別に複雑な申請がなされた場合や異常に申請が集中した場合などに、標準処理期間内に審査が終了しないのは、むしろ当然であり、非難されるべきことではない。もちろん、これを合理的な理由もなく超過することは、制度の趣旨を没却するもので、極端な場合は、申請者の権利を害するものとして損害賠償請求の原因ともなりうるが、そのために遅延してなされた処分自体が取り消されることは考えにくい。

6 ……申請の審査と応答

くり返し述べてきたように、許認可等の申請を受けた行政庁は、それを審査して諸否の応答をすべき義務があるのであるから、申請がなされれば、「遅滞なく当該申請の審査を開始しなければなら」ないとする[行政手続法7条](#)は、当然のことを述べているといえる。むしろ、注目すべきは、同条が「申請がその事務所に到達したとき」に審査を開始しなければならないと規定していることである。なぜなら、わが国の実務においては、申請書が物理的に行政庁に提出されたことをもって、法的に「申請」がなされ審査の義務が発生する、とは考えられていなかったからである。

すなわち、従来、申請書が提出されても、それは事前審査のために「預かった」に過ぎず、その結果、問題なしとして「受理」された時点で法的な「申請」がなされたものと扱われ、そこから正式の審査がなされるという建前がとられてきた。これを背景として、法的要件を満たさないと判断されたものはもちろん、行政庁の意に添わない申請書は、事実上、「受理」を拒否されて「返戻」され、正式の「申請」や審査に至ることなく処理されることが少なくなかった。いうまでもなく、こうした処理は、行政庁の恣意的な取扱いの温床となり得るわけで、実際にも、そのような弊害が指摘されてきた。

そこで、同条は、物理的に申請書が提出されることによって、「受理」といった行政庁側の対応にかかわりなく、「申請」がなされたものと扱うこととし、その時点で審査の義務も発生する旨を規定して、行政庁の恣意的な処理の余地を封じたわけである。現在でも、行政庁が申請書に受理印を押すという運用はなされているであろうが、文書管理上の役割しかもたないこととなる。もちろん、なお、行政庁の側には、事前協議において申請の断念を求めるなど、事実上、申請書を受け取らないという途は残るわけであるが、受理という防壁が失われたため、申請者が申請書を断固として提出する（あるいは郵送する）ということになれば、申請を妨げることは相当に困難になったといえる。

7……補 正

もちろん、申請がなされ審査の義務が生じるのは、法定の記載がなされ法定の添付資料等が具備した申請書が提出された時であり、これが欠けていれば審査は不可能である。ただし、こうした形式上の不備を有する申請書についても、行政庁は、これを放置することは許されない（[8条後段](#)）。これを放置することは、結局のところ、申請者が正しい申請をする途を閉ざすことになるからである。こうした場合には、相手方に速やかに期限を定めて補正を求めるべきこととされる。もつとも、不備があっても、許認可等を拒否すべきとの判断が可能であれば、ただちに拒否処分をすることも許されているし、また、不備が甚だしい場合には、それを理由に拒否処分（却下）をすることも認められよう。

要するに、行政手続法の趣旨は、申請を妨害したり、審査を引きのばしたりすることによって、許認可の可否について、申請者が判断を受けることを妨げてはならない、とするものである。たとえば、事前協議において申請の断念を求め、審査の途上で申請の取下げを求めるといった行為自体は許されないわけではないが、申請者が申請とそれへの応答を求める以上、それを行政庁が妨げることは許されず、法に基づいて許認可等の可否を判断すべきこととされるのである。

8……届出の処理

以上、申請の処理に関して述べてきたが、ここで、「届出」の処理に関する類似の規定について説明しておくこととしたい。すなわち、行政手続法は、届出についても、申請と同様に、届出書が「事務所に到達したとき」に届出がなされた（届出の義務が履行された）ものとする旨を規定している（[6章・37条](#)）。ここでも、従来は、届出書が「受理」されて、はじめて届出が完了するという運用が一般的であり、意に添わない届出書の受理を拒否することによって、行政庁が届出を妨げるという実務がみられた。現在も、届出書に受理印を押し、場合によっては届出済証を交付するといった運用は存在するが、従来と異なり、届出がなされたことを確認する意味しかもたないわけで、届出自体は、届出書の提出時点で完了していることになる。

そもそも、届出とは、「行政庁に一定の事項を通知する行為」であり（[2条7号](#)）、それ自体は通知によって完了し、その認める（認めない）といった行政庁の応答は予定されていない。たとえば、消防法は、危険物施設（ガソリンスタンドなど）における危険物の貯蔵量等の変更について、市長等への事前の「届出」を義務付けているが（[11条の4](#)）、事業者が届出書を提出して当該事項を通知した時点で、届出の義務は履行されたことになる。たとえ、その変更が危険なものであったとしても、すでに届出自体は完了しているわけであって、その後、市長等が行政指導や同法所定の中止等の命令によって対応するとしても、それは、届出とは別の段階ということになる。

ちなみに、同法は、施設の新設については、市長等の「許可」が必要であるとしている（[11条](#)）。当然のことながら、この場合は、市長等の審査を経た許可がなされて、はじめて新設が認められるわけで、前記の変更が届出のみで認められるのとは、仕組みを異にしている。もちろん、同法は、意図的に、施設の新設については、審査を経た「許可」を必要とする一方、変更については、「届出」による事前の通知で足ると区別しているわけで、他の法律においても、「届出」と「許可」の仕組みの相違には、充分に留意しておく必要がある。

9 ……拒否理由の提示

許認可等の申請を審査した結果、それが法定の要件を満たさないなど、行政庁が許認可等を与えるべきでないとの判断することもあり得る。この場合、行政庁は、申請拒否処分（不許可処分など）をすることになるが、行政手続法により、こうした拒否処分については、「理由を示さなければならない」とされている（[8条](#)）。

もちろん、こうした拒否処分やのちにみる不利益処分について、一般的に理由の提示が義務付けられたのは、同法の制定によるものであるが、それ以前から、こうした処分に理由の提示（当時の用語では「理由の附記」）を義務付ける規定は、個別の法律に少なからず存在し、これに関する最高裁判例も存在した^{[1](#)}。そして、最高裁は、理由の提示の機能として、くり返し、以下の2点を指摘してきた。まず、当該処分を不服申立てや訴訟によって争うか否かを判断し、争う場合には争い方を考える手がかりを与えるという意味で、相手方の便宜をはかる機能である。処分の理由がわからなくては、こうした判断に支障が生じることは、容易に理解できる。もう一つは、行政庁の慎重かつ公正妥当な判断を担保し、恣意を抑制する機能である。相手方への理由提示を義務付ければ、行政庁は、判断の最終段階で理由を文書化しなければなくなり、これが自らの判断を客観的に見直す機会となる、というわけである。

10……理由提示の違法

ここで注目しておくべきなのは、後者の機能である。まず、實際上、相手方は、さまざまの交渉などにより、処分の時点では処分理由を知っていることもあり得る。こうした場合、前者の観点からは、改めて処分時に理由を提示することは無意味と思われるが、後者の観点を加味すれば、やはり慎重な判断を経た理由の提示は必要ということになる。また、処分時に十分な理由を提示せず、相手方が不服を申し立ててから理由を提示するという運用があり得る（理由の追完）。こうした運用についても、前者の観点からは、一応は理由の提示の機能は果たされているとも言えそうであるが、後者の観点からは、処分後に文書化しても全く無意味ということになる²⁾。

こうした点を考慮して、判例は、後者の機能をあえて強調してきたわけであり、理由の提示が不十分な処分は、それを原因に取り消されるべきものとされてきた。ちなみに、形式的には十分な理由が提示されている場合に、それとは別の内容の処分理由が訴訟の場などで主張されることがあるが（理由の差換え）、処分の段階で理由の提示の要件は満たされているわけであるから、判例上、こうした主張も認められている³⁾。

問題は、どの程度の理由を提示することが求められるかであるが、ここでも、慎重な判断を担保し得る程度の理由の提示は求められることとなる⁴⁾。さしあたり、処分の根拠となる条文のみを記載した理由について、不十分とする一連の判例があり、それに該当する事実の記載が求められることとなる。また、不利益処分については、近年、処分基準が公にされている場合には、その適用関係も理由として提示すべきであるとの判例もある⁵⁾。しかし、これらの点も含めて、必要とされる理由の提示の程度については、処分の性質や具体の事実関係などを総合的に考慮して、判断されるべきこととなる。

1 ……不利益処分の意味

これまで述べてきた「申請に対する処分」の手続は、申請者の申請に基づいて「何らかの利益を付与する処分」をするか否かを決定する手続である。これに対し、「不利益処分」の手続は、「特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、またはその権利を制限する処分」（[2条4号](#)）にかかわる手続であるから、相手方（名あて人）による申請は考えられず、行政庁のイニシアティブすなわち職権で実施されることとなる。こうした観点から、行政手続法は、処分にかかわる手続を、この2つに分類しているのである。

この不利益処分に該当するものとしては、作為等の義務を課す処分として、各種の施設等の改善命令、事業活動等の是正命令、各種の原状回復命令、土地の明渡命令など、不作为の義務を課すものとして、各種の事業活動等の中止命令、営業や業務の停止命令、施設等の使用禁止命令など、さまざまなものが考えられる。そのほか、許認可等は、もちろん「申請に対する処分」であるが、その取消処分は、権利を制約するものとして、不利益処分に該当する。しかし、許認可等の申請拒否処分は、申請者に不利益な処分といえそうであるが、許認可等と表裏の関係にあり、「申請に対する処分」に分類される。なお、助言や勧告などは、たとえ法令に根拠を有しても、相手方に義務を課すものではないから、不利益処分ではなく、行政指導ということになる。

2 ……処分基準の設定

許認可等の要件と同様に、法令に定められる不利益処分の要件も、抽象的な表現にとどまっていることが少なくない。加えて、多くの不利益処分においては、要件を充足した場合に処分をするか否か、さらに如何なる処分をするかについて、行政庁の判断の余地を認める規定の仕方となっている。一例をあげれば、不利益処分の典型である懲戒処分について、建築士法は、建築士が「業務に関して不誠実な行為をしたとき」などに、戒告、業務停止、免許取消しの処分をすることが「できる」旨を規定している（[10条](#)）。どのような行為について、どのような処分がなされるかは、まことに曖昧といわざるを得ず、そのままでは、処分に不公平が生じたり、処分についての相手方等の予測可能性が失われるなどの弊害が予想されることも、許認可等におけるのと同様である。

そこで、行政手続法は、先に述べた許認可等における審査基準と同様に、不利益処分についても、あらかじめ、処分をするか否か、またはどのような処分をするかを判断するための「処分基準」を設定し公表することを行政庁に求めている（[12条](#)）。「審査基準」と「処分基準」とよび分けられているが、両者の趣旨は、ほぼ同様とあってよく、法的拘束力をもたないことなども同様である。ただし、審査基準の設定と公表が明確に法的義務とされているのに対して、処分基準については、その設定と公表に「努めなければならない」との表現がとられ、いわゆる努力義務にとどめられている。これは、まず、不利益処分の中には、実際には、ほとんど行使されていないものが少なくなく、こうしたものについてまで処分基準を設定することは、困難かつ無意味と考えられたからである。さらに、不利益処分の多くは、相手方の違法行為の是正やそれへの制裁としてなされるものであり、その処分基準の設定と公表が違法行為を助長するおそれのある場合もあり得るからである。

3 ……相手方等の意見陳述

言うまでもなく、事前に相手方等の言い分を十分に聞いておくことは、事実関係を正しく把握し、早合点などによる誤った判断を避けるためにも、また、判断に対する相手方等の納得を得るためにも、極めて重要であり、古くから法的手続の基本とされてきた。そこで、行政手続法も、不利益処分に際して、その相手方（名あて人）について、「意見陳述の手続」をとらなければならないとしている（[13条](#)）。ちなみに、相手方の言い分を聞くことは、申請に対する処分とりわけ許認可等を拒否する場合にも重要といえそうであるが、申請者は、申請書類の中で一応の言い分を伝えることができると考えられるため、同法は、不利益処分の相手方のみに一般的に意見陳述の機会を保障している。もちろん、複雑な判断を要する許認可等においては、改めて申請者に意見陳述の機会を与える必要があるであろうが、そうした場合については、その旨を個別法で定めることとしているのである。

さて、同法が定める意見陳述の方法には、慎重な手続である「聴聞」と簡便な手続である「弁明の機会の付与」の2種類がある。前者においては、行政庁の通知により聴聞期日に出頭した相手方等が行政庁の職員と互いの言い分を主張し合い、その調書等を斟酌して処分をなすか否かが決定される。また、聴聞期日に十分な主張が可能となるよう、相手方等は、事前に、行政庁の保有する当該事案に関する調査資料等を閲覧する権利が認められる。ちなみに、聴聞期日には、利害関係者が参加することも認められている。これに対して、後者においては、処分の内容や根拠等を記した行政庁の通知を受けて、相手方は、弁明を記載した書面を提出できるのみである。

このうち、相手方の権利に重大な影響を与えるものとして「聴聞」が必要とされる処分は、（イ）許認可等の取消処分、（ロ）資格や地位をなく奪する処分、（ハ）法人の役員等の解任等を命ずる処分、であるが、それ以外の処分についても、行政庁が相当と判断すれば、これを実施できる。もちろん、実例が多いのは許認可等の取消処分であって、地方公共団体においては、廃棄物処理業や宅地建物取引業などの取消処分について、聴聞が実施されているといわれる。そのほか、建築士などの各種士業の資格取消処分などについても、聴聞がなされることとなる。それ以外の不利益処分、たとえば各種の営業停止処分や懲戒処分、是正命令、原状回復命令などについては、書面による弁明の機会を付与すれば足ることになるが、従来の立法経緯などを反映して、こうした場合にも、聴聞を要求している個別法も少なくない。

なお、緊急に処分をする公益上の必要性がある場合には、本来は義務付けられている意見陳述の手続を省略して、ただちに不利益処分をすることも認められている。現に進行している違法な開発行為に対する中止命令などが想定されるであろう。そのほか、金銭の納付などを命ずる処分など、事前の意見陳述の必要に乏しい各種の処分についても、これに関する規定が適用されないこととされている。

4 ……処分理由の提示

許認可等の拒否処分と同様に、不利益処分についても、処分理由の提示が求められている（[14条](#)）。ただし、不利益処分については、差し迫った必要があるときには、理由を提示することなく処分することが認められているが、あまり実例は考えにくい。理由は処分と同時に提示されるべきで、事後に追完することは認められないことなども、拒否処分の場合と同様である。処分基準の公表されている不利益処分については、それに添った詳細な理由の提示が求められるとする判例があることも[6](#)、すでに触れた通りである。

1 ……行政指導の意味と役割

行政機関による経済活動に対する過剰な介入への批判が行政手続法の立法への推進力となったことは、すでに述べたが、わが国においては、その介入において行政指導が重要な役割を果たしてきたことはいうまでもない。行政指導に類する行政活動は、必ずしもわが国に固有のものではないが、とくにわが国においては、古くから、その機能や弊害について関心が集まり、多くの議論がなされてきた。こうした中で、同法は、はじめて、行政指導についての規律を立法化し、「一定の行政目的を実現するために特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為」と定義している（[2条6号](#)）。これに続けて、「処分に該当しないものをいう」と付け加えられているのは、ここまで見てきた処分と異なり、行政指導に相手方を拘束する法的効力がないこと、言い換えれば、これに従う義務が相手方ないことを意味する。

行政機関は、日常的に生ずるさまざまな課題の解決を迫られ、そのために市民や事業者にもさまざまな働きかけをしなければならないわけであるが、その際、常に命令といった法的拘束力のある手段が立法により用意されているとは限らない。こうした課題に迅速かつ柔軟に対応するためには、のちにみるように法的根拠を要しない行政指導は、不可欠な手段といえる。また、命令等が可能な場合であっても、煩雑な手続や無用の摩擦を避けるために、行政指導は、好んで用いられることとなる。いずれにしても、相手方の協力によって行政活動を進めることは、何ら非難されるべきことではない。

その反面、こうした相手方の「協力」あるいは「納得」は、建前に過ぎないことも少なくない。たとえば、監督官庁と事業者の間や許認可官庁と申請者の間などでは、報復的措置などを恐れる相手方は、行政指導に従わないことが困難となる。さらに、行政目的の実現を急ぐ行政機関の側も、さまざまな不利益などをほのめかすなどして、意識的に圧力をかけることもあるであろう。もし、実際には行政指導を相手方が拒めないとすれば、行政指導の名のもとに、行政機関は、自らの意に添った行動を相手方に法的根拠もなく強制できることとなってしまう、法治国家は空洞化してしまう。とりわけ、行政指導については、形式等に特段のルールはなく、密室でなされるため、恣意的なものになりがちである。わが国の行政指導が内外の批判の対象とされてきた所以であり、行政手続法は、こうした課題への対応を求められたのである。

2 ……法令の根拠

さて、恣意的な行政指導を防ぐためには、許認可等や不利益処分などと同様に、それについても根拠となる法令を必要であるとし、その要件等を定めておくことが有効ではある。しかし、現実になされている行政指導の多様性や先に述べた役割を考えると、すべての行政指導に法令の個別の根拠を必要とすることが不可能なのは明らかといえよう。行政手続法も、それと法令との関係については、「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」とするのみである（[32条1項](#)）。ここでいう任務又は所掌事務とは、中央省庁でいえば、それぞれの設置法に一般的かつ抽象的に規定されている官庁の仕事の範囲であり、その範囲を超えた行政活動が許されないのは当然である。逆に言えば、同法は、その範囲内であれば、個別の法令の根拠がなくとも行政指導が許されることを前提にしているといえることができる。

もともと、現実には、勧告などの法的拘束力のない行政指導でありながら、法律や条例に根拠条文が置かれている例も少なくない。その例は、地方公共団体の条例に多いが、国の法律においても、その重みづけのために、法的拘束力のない行政機関の勧告などについて条文を置く例がある（[国土利用計画法24条](#)など）。その他、命令の前提として、勧告をすべきこととしている例も多い（[騒音規制法12条](#)など）。もちろん、こうした規定が置かれていない場合でも、不利益処分の要件が満たされているのに警告的な行政指導がなされ、拒否処分が許されるのに申請取下げの行政指導がなされるといった実務は、広くみられ、こうした行政指導については、処分の根拠規定が実質的根拠となっているともいえる。おそらく、こうした場合については、恣意的な行政指導が問題となる余地は少ないであろう。

3 ……任意性の確保

すべての行政指導について、法的根拠を要求し、法の縛りをかけることが現実的でないとすれば、行政指導の弊害を除去するためには、その事実上の強制力を排除するしかない。もし、それが実現できれば、たとえ恣意的な行政指導がなされても、相手方は、協力を拒否することによって、被害を免れうるからである。そこで、同法は、それが「あくまでも相手方の任意の協力によつてのみ実現されるものであること」（[32条1項](#)）、さらには、その不履行を理由として「不利益な取り扱いをしてはならない」こと（[同2項](#)）を強調する。しかし、こうした事実上の強制力を排除することも、決して容易ではない。

すなわち、行政指導といえども、何らかの行政目的、言い換えれば公益の実現のためになされる以上、その履行を行政機関が相手方に働きかけること自体は当然である。その履行を期待することなく行政指導がなされるなどということがあれば、むしろ、それは無責任の誹りを免れない。したがって、こうした働きかけも、相手方の任意性を害しない範囲にとどまる限りは、許されると言わざるを得ない。とはいえ、先に述べたように、履行に向けた圧力には構造的な要素もあるとすれば、どのような働きかけ方をしても、そこに一定の圧力が混入することは避けられず、一定程度は任意性が損なわれることは避けがたい。結局は、同法は、行政指導の履行を求める働きかけのすべてを禁じているわけではなく、過度に任意性を害するような不当な働きかけを禁じているということができよう。しかし、そうした働きかけ方を一般的に表現することは極めて困難なため、同法は、判例等に現れた典型的な不当な働きかけ方を2つ例示することにより、任意性の向上をめざしているわけである。

4 ……違法な行政指導

まず、許認可等の申請者に対する行政指導については、それに申請者が従う意思がないことを表明しているにもかかわらず、それを継続するなど、申請者の権利の行使を妨げてはならないとする（[33条](#)）。その基となった判例においては[7](#)、マンションの建築確認申請に対して、区により周辺住民との話し合いを求める行政指導がなされている。話し合いが決裂して、申請者が建築確認を要求しているにもかかわらず、なお指導と審査の留保が継続され、着工が遅れた事例である。判決は、行政指導それ自体と、話し合い継続中の審査の留保は適法としたものの、決裂後の審査の留保を違法として、申請者の損害賠償請求を認めている。こうした審査の引きのばしが申請処理のあり方として許されないことは、先にも述べたが（[7条](#)）、行政指導のあり方としても違法と考えられるのである。

また、許認可等の権限に関連する行政指導については、行使しえない、あるいは行使する意思のない権限をことさらに示す行政指導が禁じられている。これも、従来から判例で問題とされてきた水道の給水拒否をほのめかした開発負担金等の納付の強制などを意識した規定である[8](#)）。こうした場合の給水拒否は、水道法に違反することは明らかであり、それを担当者も熟知しながら、それをほのめかして任意であるはずの開発負担金等の納付を強制するといった実務がみられ、こうした実務を同法が戒めているわけである。

逆に言えば、正当に行行使し得る権限を示して行政指導の履行を求めることは何ら違法ではない。たとえば、防火設備に不備がある施設について、消防職員が改善を求める指導をし、それに従わなければ改善命令をなす旨を示しても、違法でないことはもちろんである。さらに、不履行の場合に改善命令をしても、行政指導の不履行を「理由として」不利益な取扱いをしたことにもならない。ちなみに、**2014**年の法改正により、こうした行政指導に際しては、行使し得る権限の根拠などが示されなければならないこととされている（[35条2項](#)）。

5 ……方法の規律

従来、行政指導には、特段の形式の定めはなく、また、多くは密室でなされているだけに、後日に、その存否や内容について争いが生ずる例も少なくないが、多くの場合、水掛け論となってしまう。こうした状況は、それに従った相手方に不測の不利益を生ずるおそれがあるだけでなく、恣意的な行政指導の温床ともなる。そこで、行政手続法は、その方式についても、一定の規律を置いている。

まず、行政指導をなす際に、その趣旨、内容、責任者を明確にすることが求められている（[35条1項](#)）。不履行の際に命令等がなし得ることを示す場合には、その根拠等も示さなければならないことは、すでに述べた。また、口頭による行政指導は、内容等の証拠が残らず、恣意的となりがちであるが、それをすべて禁ずることも現実的でないため、相手方の要求があれば、原則として書面化しなければならないこととされている（[同3項](#)）。さらに、一定規模以上の開発について一定の開発負担金の納付を求めるといった場合など、複数の者を対象とする行政指導については、その基準（行政指導基準）の設定と公表も義務付けられている（[36条](#)）。ちなみに、この指針についても、国の設定するものは、のちに述べる意見公募手続の対象とされる。

6 ……救 済

行政指導に従うか否かは法的には自由であるとはいえ、違法な指導に従うことを余儀なくされて損害をこうむった者や誤った指導に従ったことにより損害をこうむった者は、いうまでもなく、損害賠償を請求できる。しかし、それは、法的には相手方に義務を課すものではないから、行政不服審査法による審査請求や行政事件訴訟法による抗告訴訟の対象となる「処分」には該当せず、その相手方は、基本的には、これらの手段で救済を求めることはできない。

ただし、**2014年**の行政手続法の改正により、法令違反を是正するためになされる法律に根拠を有する行政指導については、それが法律の要件に該当しないと考える相手方は、その中止などを求めることができることとなった（**36条の2**）。さらに、同様の行政指導がなされていないことを違法と考える者は、何人も、それをなすことを求めることができる（**36条の3**）。ただし、いずれの場合についても、申出をした者に諾否等の応答を求める権利が保障されているわけではない。

1 ……その意義と対象

先に述べたように、許認可等の要件を定める法令の規定は、抽象的な表現にとどまることが少なくなく、こうした場合には、行政手続法にいう審査基準など、行政機関自身が定める判断基準によって実質的には許認可等の可否が決まることとなる。また、法令による要件の規定といっても、法律の委任を受けた政省令に定められていることが多く、こうした場合、法律自体の定める要件は、さらに抽象度の高いものとなる。結局、許認可等の判断は、国会の審議を経た法律ではなく、各レベルの行政機関が定める政省令や審査基準に沿って判断される傾向となる。こうした状況においては、担当官庁が政省令や審査基準に法律自体が予定していなかったような余分な要件を付け加えることなどによって、許認可等を得にくくし、結果として、行政が経済活動に過度の介入をするといった弊害が生ずることとなる。

このような弊害については、行政改革に伴う規制緩和の流れの中で、強く意識されることとなり、これへの対応として、**1999**年、経済規制にかかわる政省令等の制定に際して、広く国民の声を反映するための「パブリック・コメント」の制度が閣議決定された。この事実上の制度が**2005**年の改正によって行政手続法に取り込まれたのが「意見公募手続」である（**6**章）。ここでは、経済規制にかかわるものに限らず、国の行政機関の定める「命令等」（**2条8号**）が一般的に対象とされる。これには、処分の要件を定める政省令・規則や告示のほか、審査基準、処分基準、行政指導基準も含まれることとされている。

2 ……その手続

言うまでもなく、こうした命令等が「これを定める根拠となる法令の趣旨に合致するもの」でなければならないが（[38条1項](#)）、この手続は、これを担保するために、命令等の制定に際して、広く一般の意見を求めるものである（[39条](#)）。すなわち、命令等を制定する機関は、それを定めようとする場合には、その案や関係資料を公示して、原則として、**30日以上の期間を定めて意見を募集しなければならない**。これに対しては、利害関係等とはかかわりなく、何人でも意見を提出することができる。提出された意見について、命令等を定めるに際して、行政機関が十分に考慮しなければならないのは当然であるが、これを確認するため、命令等の交付と同時期に、提出された意見を整理し、その考慮の結果と理由を公示すべきこととされているのである。

現在では、この意見公募手続は、国民の意見を聞く手段として、法定の命令等のほか、法律案や各種の計画の策定などに際しても、事実上、広く利用されている。この手続は、地方公共団体には適用されないが、その要綱などにに基づき、それぞれの地方公共団体ごとに各種の類似の手続が存在することも、すでに述べた。

- [1.\)](#) 最判昭和60・1・22民集39巻1号1頁。
- [2.\)](#) 最判昭和47・12・5民集26巻10号1795頁。
- [3.\)](#) 最判平成11・11・19民集53巻8号1862頁。
- [4.\)](#) 最判昭和60・1・22民集39巻1号1頁。
- [5.\)](#) 最判平成23・6・7民集65巻4号2081頁。
- [6.\)](#) 最判平成23・6・7民集65巻4号2081頁。
- [7.\)](#) 最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁。
- [8.\)](#) 最判平成5・2・18民集47巻2号574頁。

第3章 行政不服審査法総論



山田 洋

1 ……行政の自己統制

行政機関がした命令や許認可等の処分について、相手方等の不服申立てを受けて、行政機関自体が見直しをする制度は、かなり古くから存在する。わが国においても、これに類する制度は、古くは太政官布告である請願規則にまでさかのぼるといわれるが、本格的な制度としても、明治憲法と同時期に制定された訴願法により確立されている。

もちろん、行政機関による見直しの制度は、行政組織内の規律の確保の観点からはもちろん、行政活動により被害を被った市民の救済の観点からも、それなりの意味をもつ制度といえる。とはいえ、行政機関相互のチェックという性格から、市民の目からは、宿命的に「かばい合い」といった不信感が付きまとうこととなる。そこで、この制度自体について、それなりの客観性を高めるための制度改革が積み重ねられる一方で、裁判所による見直しの制度である行政訴訟制度の整備がはかられてきたわけである。わが国においても、先に述べた訴願法とほぼ同時期に行政裁判法が制定された。また、現行憲法下においても、**1962**年に訴願法の後継である行政不服審査法が制定され、同年に行政事件訴訟法も制定されている。

2 ……行政不服審査の機能

しかし、今少し考えてみれば、より信頼性の高い行政裁判による見直しが制度化された以上、行政機関自身による見直しの制度に過ぎない行政不服審査は、その存在意義を失い、不要となったとも言えそうである。それにもかかわらず、行政訴訟制度の確立した現代においても、多くの諸国で行政不服審査制度が存続しているのは、そこに行政訴訟制度とは異なった役割が残されていると考えられているからである。

まず、行政訴訟制度は、慎重な手続を本質とする裁判という性格上、判決による事件の決着までに、相当の時間を要することになる。救済までに時間を要するということは、その間、相手方に負担をかけ続けることとなるであろうし、時間の経過により、実質的な救済が難しくなる場合も少なくない。また、長期の複雑な手続に対応するために、弁護士等の費用など、経済的な負担が必要となることも考えられる。それに対して、より柔軟な手続の設計が可能な行政不服審査においては、時間的にも経済的にも、より軽い負担で相手方等の救済を実現できるはずである。この手続の理念として、行政不服審査法が「簡易迅速」と規定しているのは（[1条1項](#)）、この趣旨である。

次に、行政訴訟の基準は、あくまで法令であり、それに違反した「違法」な処分から相手方等を救済するのが裁判所の役割である。しかし、法令には違反しないものの、その目的達成のための適否などの観点から、適切とはいえない処分もあり得るはずであるが、こうした点については、裁判所は口出しできず、こうした「不当」な処分から相手方等を救済することはできない。しかし、行政機関相互間においては、こうした行政活動のあり方そのものの見直しも可能なわけで、「不当」な処分からの救済も期待できることとなる。前記の規定が行政庁の「違法又は不当な処分」を対象とする旨を述べているのは、そうした意味である。

さらに、裁判の面倒な手続に煩わされることなく、簡易迅速に誤った行政活動を是正する機会を得ることは、行政内部の規律の確保にとっても好都合といえる。また、紛争が行政機関の手で解決され、あるいは、そこで争点等が整理されたのちに裁判の場にのぼることは、裁判を実施する裁判所の負担軽減の効果もあるといえる。

3 ……行政不服審査法の改正

先に触れたように、行政不服審査法は、その制定から、すでに半世紀以上が経過しているが、実質的な改正がなされないまま、近年に至っている。その間、事前手続については、**1993**年に新たに行政手続法が制定され、行政訴訟についても、**2004**年に行政事件訴訟法が大改正されている。本来は一对のものとして後者と同時期に制定された行政不服審査法についても、それと連動して改正の動きが出たのは、当然の流れといえる。

そもそも、同法については、先に述べた理念とは異なり、手続が煩雑で時間がかかり、到底、「簡易迅速」とは言いがたいこと、「不当」な処分どころか、「違法」な処分についての救済率も極めて低いことなど、その機能不全を指摘する批判が多かった。こうした批判に応えるため、**2007**年には、第三者機関への諮問手続を導入するなど、手続の公正さの向上等をめざした全面的な改正案が政府により国会に提出されている。しかし、この政府案は、衆議院解散により廃案となり、その後の2度の政権交代の影響などにより、新たな政府案の提出には、かなりの時間を要する結果となった。新たな政府案が国会に提出され、改正法が可決成立したのは、**2014**年6月であり、**201**年4月から施行されている。以下、この改正後の行政不服審査法（新法）の内容をみていくこととする。

4 ……一般概括主義

行政不服審査法は、「行政庁の処分不服のある者」(2条)および「法令に基づき行政庁に対して処分の申請をした者」(3条)は、「審査請求をすることができる」と規定し、行政庁の処分やその申請の処理(不作為)に不服のある者に対して、一般的に同法に基づく不服審査の請求を認めている。ここでいう「処分」の意味については、のちに述べるが、こうした処分不服のある者等は、当該処分の根拠となる個別法令等に不服審査を認める特段の定めがなくとも、同法により不服審査を請求することができるのである(一般概括主義)。もちろん、法律等に基づく国の行政機関による処分等だけではなく、法律や条例に基づく地方公共団体の行政機関による処分等についても、同法は適用され、それに基づく不服審査が認められる。

ただし、同法は、同法に定める不服審査を適用することが相応しくない12類型の処分(さらに不作為)について、同法の適用を除外している(7条1項各号)。このうち、国会の議決による処分等が不服審査の対象とすることが不適切であることは明らかであるし、刑事事件に関する処分等も、裁判等で争うべきものであろう。そのほか、刑事施設内の処分や学校における処分等に対する不服も、別の手続で争うべきものであろうし、試験の結果などが不服審査に相応しくないことも明らかといえる。

そのほか、個別の法律が行政不服審査法の適用を排除している例も少なくない。たとえば、道路交通法が事故現場で警察官がする処分等につき行政不服審査法による審査請求ができないとしているなど(113条の3)、一定の処分への不服審査を排除している例がある。そのほか、職員への不利益処分に対する審査請求について、国家公務員法が行政不服審査法の審査請求手続の適用を除外し(90条3項)、文書不開示決定等に対する審査請求について、行政機関情報公開法が審理員の手続を除外しているなど(18条1項)、行政不服審査法の手続規定の一部を適用除外としている例も多い。なお、地方公共団体の条例については、審理員や不服審査委員会についての特則を置くことが認められているのを除き、たとえば、一定の処分への不服審査を認めないといった同法の特別規定を置くことは認められていない。

5 ……行政訴訟との関係

これまで述べてきたように、現在の制度においては、行政機関による処分に不服のあるものに対しては、行政不服審査法に基づき行政機関に不服審査を請求するという方法と、行政事件訴訟法に基づき裁判所に裁判（たとえば処分取消訴訟）を提起する方法との、2つの救済方法が認められていることになる。そして、不服審査が請求できる場合にも、直接に裁判を提起できること（自由選択主義）が原則とされている（[行訴法8条](#)）。処分に不服のある者は、いきなり裁判を提起することも許されるし、まず、不服審査を請求して、その結果（裁決）をみてから、改めて裁判を提起することも許されるのである。

しかし、個別法において、不服審査（審査請求）への裁決を経たのちでなければ裁判を提起できない旨の定めがなされているときは、直接に裁判を起こすことは認められない（審査請求前置）。たとえば、国家公務員の懲戒処分については、まず、人事院に審査請求をし、その裁決がなされてからでなければ、裁判を起こすことは許されないのである（[国家公務員法92条の2](#)）。ただし、こうした場合にも、3カ月を経過しても裁決がなされないとき、緊急の必要があるとき、その他正当な理由があるとき、には、裁決を待たずに裁判を提起できる。

従来の個別法では、先に述べた行政側の便宜や裁判所の負担軽減の見地から、このような審査請求前置を規定する例が極めて多くみられた。中には、2段階の不服審査の前置を義務付ける個別法も少なくなく、結果的には、こうした規定が相手方等の救済を遅らせているとの批判があった。そこで、今回の行政不服審査法の改正を機会に、多くの個別法が改正され、2段階の不服審査の前置は全廃され、その他の審査請求前置の規定も大幅に整理された。たとえば、従来は、建築基準法に基づく建築物の建築確認や是正命令などについての裁判は、建築審査会への審査請求を経る必要があったが、法改正により、直接に裁判が提起できることとなっている。

Ⅱ ●行政不服審査の種類

1 ……審査請求

法改正前の旧法においては、不服審査の請求のうち、処分をした行政庁（処分庁）自身に対するものを異議申立て、それ以外の機関に対するものを審査請求とよび分けていたが、新法においては、処分庁自身、その上級庁あるいは特別の審査機関のいずれにするものであっても、一元的に「審査請求」とよばれることとなる。審査請求をすべき審査庁については、かなりわかりにくい規定の仕方になっているが、要するに、行政組織の階層に従って、原則として処分庁の最上級の行政庁に請求すべきものとし、処分庁が最上級に位置すれば当該処分庁自身に請求することとなる。ただし、形式的には、外局である庁の長官や委員会の上には大臣が、大臣の上には内閣が上級庁として存在することになるが、それぞれの自律性を反映して、前者の処分においては各庁長官等、後者の処分においては大臣が自ら審査庁となる（[4条](#)）。

結局、たとえば、国の各省の部局のした処分については、大臣自身、地方支分部局の長、その支部の長など、いずれによる処分でも、各省大臣に審査請求が集中する仕組みである。同様に、地方公共団体の機関の処分については、公安委員会や教育委員会などの管轄下のものを除き、都道府県は知事、市町村は市町村長に審査請求をなすべきこととなる。ちなみに、地方公共団体の長には上級庁はないから、その処分については、長自身に審査請求すべきこととなるが、その処分が法定受託事務（[地自法2条9号](#)）に該当するときは、市町村長の処分については知事、知事の処分については所轄の大臣に審査請求することとされていることに留意すべきである（[同法255条の2](#)）。たとえば、廃棄物処理法に基づく知事による産業廃棄物処理施設の設置許可処分（不許可処分）については、法定受託事務とされているため、所轄の環境大臣に審査請求すべきこととなる。そうした事務の性質上、事務執行の統一性を確保することが求められるからである（いわゆる裁定的関与）。

もちろん、個別の法律で第三者機関等の特別の審査庁が定められている場合には、そこに審査請求すべきこととなる。たとえば、税務署長による国税の賦課徴収の処分については、国税不服審判所長への審査請求が認められ（[国税通則法75条](#)）、国家公務員への不利益処分については、人事院への審査請求が認められる（[国家公務員法90条](#)）。そのほか、建築物の建築確認や是正命令などについては、建築審査会への審査請求（[建築基準法94条](#)）、開発許可に関しては開発審査会への審査請求（[都市計画法50条](#)）が認められるなど、こうした例は少なくない。

2 ……再審査請求

不服審査は、一審制が原則であるが、例外的に、審査請求の結論（裁決）に不服がある請求人に対して、個別法が再度の審査請求を認めていることがある。これを「再審査請求」という（6条）。この再審査請求の制度は、不服審査手続全体の簡素化の観点から、新法を機会に大幅に削減されたが、厚生年金保険の給付等の処分について、社会保険審査官への審査請求ののち、社会保険審査会への再審査請求が認められている（厚生年金保険法90条）など、社会保険の分野などに多く残されている。第三者機関の負担軽減等を考慮したものであろう。

また、法定受託事務にかかる知事や市町村長の処分について、所轄の大臣や知事への審査請求が認められることは、先に触れたが、同様の趣旨から、地方公共団体の機関がした審査請求の裁決について、所轄の大臣に再審査請求が認められることが少なくない。たとえば、先にも触れた建築確認等への審査請求に対する建築審査会の裁決については、国土交通大臣への再審査請求が認められている（95条）。ただし、こうした再審査請求による裁定的関与についても、新法を機会に、かなり整理されている。

ちなみに、旧法の下では、再審査請求の制度が法定されている処分が多くみられたばかりではなく、そうした処分については、2段階の不服審査を経たのちでなければ裁判を提起できないとする例も少なくなく、裁判による救済を遅延させるものとの批判があった。新法の制定を機会に、こうした処分についても、すべて、直接に裁判を提起できるか、審査請求のみで裁判を提起できることに改められている。

3 ……再調査の請求

のちに述べるように、新法による審査請求については、第三者機関への諮問が予定されるなど、従来よりも、かなり慎重で手厚い手続が規定されている。しかし、課税処分に表示されるように、大量になされ、しかも、事実認定などに関する不服が多く生じることが予想される処分については、処分庁自身が簡便な手続で処分を見直す手続を設けることが、相手方の簡易迅速な救済のためにも有効であると考えられる。そこで、新法は、そうした処分について、通常の審査請求とは別に、個別の法律により、処分庁に対する「再調査の請求」を認めることとしている（[5条](#)）。これを受けて、国税通則法が国税に関する税務署長等による処分につき、国税不服審判所長への審査請求のほかに、税務署長等への再調査の請求を認めているほか（[75条](#)）、関税法にも、類似の規定がある（[89条](#)）。そのほか、公害健康被害補償法に基づく知事による患者の認定について、国の公害被害補償認定不服審査会への審査請求とは別に、知事への再調査の請求が認められている（[106条](#)）。これも、大量の審査請求が予想されるためである。

その簡易迅速性を重視する趣旨から、この請求についても、審査請求と同様に、処分を知った日から3カ月という請求期間の制限が設けられる一方（[54条](#)）、審査についての標準処理期間の設定に関する規定も準用される。他方、のちに述べる審理員による審査手続や不服審査会への諮問といった規定は準用されない。さらに、口頭審理の請求は認められるものの、そこでの職員への質問権や提出資料等の閲覧請求権の規定は準用されないなど、審査請求に比べて、かなり簡略な手続となっている。ただし、処分の執行停止に関する規定は準用されている（以上につき、[61条](#)）。

ちなみに、旧法においても、個別法の規定により、他の行政機関への審査請求とともに処分庁への不服審査の請求（異議申立て）が認められることがあったが、この場合は、異議申立てを経ずに直接に審査請求をすることは認められていなかった。しかし、新法においては、再調査の請求が認められる場合であっても、その請求をするか、直接に審査請求をするかは、請求人の選択に委ねられることとなった。たとえば、国税に関する税務署長の処分については、旧法では、税務署長への異議申立てを経なければ国税不服審判所長への審査請求はできないこととされていたが、新法では、税務署長への再調査の請求は認められているものの、直接に国税不服審判所長への審査請求をすることも認められるのである。ただし、一旦、再調査の請求を選択した場合には、その結論（決定）がでるまでは、審査請求をすることはできない。もともと、再調査請求から3カ月を経過しても決定がなされないときは、ただちに審査請求をすることも許される（[5条](#)）。

4 ……不作為に対する審査請求

これまで述べてきたように、許認可等の申請をした者が申請拒否処分（不許可処分等）を受けた場合には、「処分に不服がある者」として、審査請求が認められるのは明らかである（[2条](#)）。しかし、意に添わない申請を受けた行政庁が審査を意図的に引延し、何の処分もしないまま、申請を「店ざらし」にするといった事態が考えられる。こうした場合、処分はなされていないので、処分に対して審査請求はできず、申請者は、対応に窮することとなる。そこで、行政不服審査法は、従来から、申請に対する不作為に対しても不服審査を認めており、新法も、「法令に基づき行政庁に対して処分についての申請した者」について、「当該申請から相当の期間が経過したにもかかわらず、行政庁の不作為がある場合」についても、審査請求を認めている（[3条](#)）。したがって、審査請求としては、これまで念頭に置いてきた「処分に対する審査請求」と並んで「不作為に対する審査請求」が認められているわけであるが、従来から、積極的に活用されていたとは言いがたい。そこで、これについては、ここで簡単に説明しておくにとどめる。

この審査請求の対象となる「不作為」とは、「処分」を求める「申請」に対する不作為に限られる。したがって、たとえば、事実上の情報提供の要請、内部的な要綱に基づくサービスや給付の請求など、「処分」に該当しない行政活動の請求に回答がなくとも、この審査請求は認められない。また、「処分」を求めるものであっても、たとえば、廃棄物を放置する事業者に対する是正命令を住民が知事に求めている場合など、回答が法的に義務付けられていない事実上の要請などは、これに回答がなくとも、審査請求の対象とはならない。こうした場合については、行政手続法の改正により、何人も「処分の求め」ができる旨が定められたが（[36条の3](#)）、これも諾否の回答が義務付けられる「申請」を認めたものではなく、これに回答がなくとも、審査請求ができるわけではない。

この不作為に対する審査請求については、申請をした者のみが請求できることは明らかであり、処分に対するものとは異なり、審査請求期間の制限はない。不作為が継続する限り、いつまでも請求できることになるが、何らかの処分がなされれば、目的を喪失して、却下されることとなる。申請拒否処分がなされた場合には、申立てにより、その処分に対する審査請求に移行することとなろう。また、不作為が申請から「相当の期間」が経過していなければ請求は却下されるが（[49条1項](#)）、これが申請の時点で経過していなくても、裁決の時点で経過していれば、請求は認められる。どの程度で「相当の期間」といい得るかは個別の事案ごとに判断するほかないが、申請された許認可等に標準処理期間が設定されている場合には（[行手法6条](#)）、審理の長期化を正当化すべき特段の事情がなければ、これが一応の目安となろう。

審査の手続については、執行停止の規定などの適用がないことは勿論であるが、不服審査会への諮問手続などを含めて、大筋では、のちに述べる処分に対する審査請求と変わりはない。こうした手続の結果、当該不作為が違法または不当であると認められた場合には、審査庁は、裁決において、それを宣言し、これを受けて、処分庁が申請への何らかの回答を義務付けられることとなる。さらに、手続の結果、たとえば申請された許認可をなすべきであるとの判断に審査庁が達した場合には、審査庁が申請を受けた処分庁（不作為庁）自身であれば自ら許認可をすることになるのは勿論、処分庁の上級庁である審査庁も裁決で許認可をすべきことを処分庁に命ずることができる。したがって、こうした場合においては、不作為についての審査請求の手続においても、不作為の是非だけではなく、許認可そのものの是非も争われることとなるのである。

1 ……その対象

以下、「処分に不服のある者」による審査請求の要件についてみていくが、その対象となるのは、「処分」より正確には「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（[1条2項](#)）であり、これに該当しない行政活動に対して審査請求をしても、その請求は不適法とされ、その違法または不当について判断されることなく、却下される。行政不服審査法により規定されている審査請求の対象については、行政事件訴訟法における取消訴訟等の対象と同様の表現がとられている。そして、それに何が該当するか（いわゆる「処分的性」）をめぐっては、古くから争いがあり、多くの判例もある。これについて、判例は、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」と定義している^{[1](#)}。要するに、法令に基づいて行政機関が個々の個人等の権利義務や法的地位などについて決定する行為であると理解できよう。

ここで詳しく述べる余裕はないが、典型例をあげれば、具体的相手方に各種の作為や不作為を命じる命令や各種の許認可、その拒否処分、その取消しや停止の処分などが「処分」に該当するものと考えられる。これに対して、行政機関の行為であっても、たとえば、行政指導、契約の締結行為、立法行為などは、例外的なものを除き、「処分」には該当せず、審査請求の対象とはならない。行政機関による実力行使など、物理的な事実行為も「処分」には該当しないのが原則であるが、人の収容や物の留置など、継続性を有するものについては、それに対する救済の見地から、例外的に、審査請求の対象とすることが認められており、旧法には、その旨の明文規定もあった。しかし、行政事件訴訟法においては、こうした明文がないにもかかわらず、取消訴訟等について同様の解釈がとられており、両者を整合させる見地から、この文言は新法からは削除されている。もちろん、こうした事実行為を対象から除外する趣旨ではない。

なお、「行政庁」の行為のみが「処分」であり、通常、私人の行為が処分とならないことは勿論であるが、個別法においては、弁護士法が弁護士会に弁護士の懲戒処分の権限を与え（[59条](#)）、建築基準法が民間の指定確認機関に建築確認の権限を与えるなど（[6条の2](#)）、私人の団体などに処分の権限を与え、それを審査請求の対象としている例がある。そうした場合の審査庁については、個別法に規定があるのが通例である。

ちなみに、行政手続法の改正により、「処分」に該当しない行政指導についても、法律を根拠とし相手方の法令違反の是正を求めるものについては、それに不服のある相手方は、行政機関に中止等を求めることができることとされた（[36条の2](#)）。ただし、これに対しては、行政機関は、必要と認めるときに調査と対応措置をなすべきこととされるにとどまり、裁決のような応答をする法的義務はないとされ、審査請求とは大きく異なった制度となっている。

2 ……審査請求適格

不作為に対する審査請求ができるのは、申請者に限られることは明らかであるが、処分に対する請求ができる者については、「処分に不服がある者」とされているのみである。したがって、処分の直接の相手方だけではなく、たとえば、事業者への開発許可に不服がある周辺住民など、第三者についても、審査請求が認められる余地があることになる。しかし、審査請求も「国民の権利利益の救済」を目的とする制度である以上（[1条1項](#)）、処分と無関係な者がこれを請求できないことは明らかであるから、こうした請求は不適法として却下され、処分により自らの権利利益を害された者のみが請求できることとなる。

すなわち、行政事件訴訟法は、処分に対して取消訴訟を提起できる者の資格（原告適格）について、「処分の取消しを求めるにつき、法律上の利益を有する者」と規定しているが（[9条1項](#)）、判例上、審査請求をできる者の資格（審査請求適格）についても、ほぼ同様であるとされている²⁾。この「法律上の利益を有する者」の意味、とりわけ、許認可を争いうる第三者の範囲については、激しい対立があり、多くの判例があるが、結局のところ、その者の主張する利益が許認可の根拠法等により保護されており、また、その利益が公益（世の中一般の利益）と区別できるものであれば、「法律上の利益」が認められることとなる。これについても、詳しく述べることは避けるが、近年の判例では、鉄道路線の事業認可³⁾や廃棄物処理施設の設置許可⁴⁾などを争う周辺住民の原告適格が認められるなど、「法律上の利益」がやや柔軟に解釈される傾向にあり、審査請求適格についても、同様に解すべきこととなろう。

3……審査請求期間

処分に対する審査請求は、処分のあったことを知った日の翌日から起算して3カ月を経過したときは、することができない。当該処分について再調査の請求ができ、これを経た場合においては、その決定を知った日から1カ月が期限となる。（たとえ、処分を知らなくても）処分の日の翌日から起算して1年を経過すると、審査請求はできなくなる。こうした審査請求期間を徒過した請求は、不適法として却下されるが、いずれの場合についても、「正当な理由があるとき」は、こうした期間が過ぎたのちでも、請求が許される（[18条](#)）。次に述べるように、処分に際して、処分庁は審査請求期間を教示しなければならないこととされているが（[82条1項](#)）、これが正しくなされなかった場合などが、「正当な理由」の典型例といえよう。

旧法においては、処分を知った場合の審査請求期間は、**60日**とされ、また、それが不変期間とされており、「やむをえない場合」にのみ例外を認めていた。これに対して、新法は、これを3カ月に延長するとともに、「正当な理由」があれば例外を認めることとして、審査請求を容易にしたわけである。もちろん、行政事件訴訟法の規定する取消訴訟の出訴期間が6カ月とされていることとのバランスについては、議論の余地は残ろう。

再調査の請求の期間が審査請求期間と同様であること、不作為についての審査請求には請求期間の制限がないこと、については、すでに述べた。また、再審査請求が認められる場合において、審査請求の裁決から再審査請求までの期間制限も、審査請求期間と同様である。

4……教 示

市民にとって行政不服審査の制度そのものが必ずしもなじみのある制度ではなく、また、その要件も単純とはいえない。そのため、処分庁は、審査請求のできる処分をするに際して、処分の相手方に対して、それに審査請求できること、審査庁、審査請求期間を「教示」すべきこととされている。再調査の請求ができる処分についても、同様である（[82条](#)）。また、再調査の請求の決定についても、審査請求に関する同様の教示が義務付けられ（[60条2項](#)）、審査請求の裁決についても、再審査請求が認められる場合には、それに関する教示が義務付けられている（[50条3項](#)）。

こうした教示の義務が履行されなくても、それを理由として処分自体が違法として取り消されるわけではないが、それによつて相手方が不利益をこうむらないよう、一定の手当てがなされている。まず、審査請求期間について正しい教示がなされなかった場合について、その徒過に「正当な理由」が認められることは、すでに述べた。審査庁について教示がなされなかった場合は処分庁に（[83条](#)）、誤った教示がなされた場合は当該行政庁に（[22条](#)）審査請求書を提出すれば、適法な審査請求として取り扱われることになる。そのほか、再調査の請求ができる場合に、その旨の教示がなされなかったために審査請求がなされたときは、請求人の申立てにより、請求書が処分庁に送付され、最初から再調査の請求とみなされる（[55条](#)）。

1 ……手続の開始と進行

審査請求の手続は、他の法律（条例）が口頭による請求を認めていない限り、審査庁への審査請求書の提出によって開始される。口頭による請求を認める例は、社会保険関係の法律などに散見される。さて、この審査請求書には、審査請求人の氏名と住所など、対象となる処分の内容、処分を知った年月日、審査請求の趣旨と理由、教示の有無と内容、審査請求の年月日、などを記載しなければならない（[19条2項など](#)）。

なお、審査請求は、代理人によってすることもでき、以後、代理人は、当該審査請求に関する一切の行為をすることができる。ただし、取下げに関しては、特別の委任を要する（[12条](#)）。委任契約等で、これと反する定めをすることは許されない。代理人となる者に特段の制限はないが、報酬を目的として代理人となりうる者は、弁護士のほか、一部の行政書士（特定行政書士）など、一定の事件について個別法が認めている者に限られる。

審査請求書が提出されると、審査庁は、その記載事項を確認して、それに不備がある場合には、相当な期限を定めて補正を命じなければならない（[23条](#)）。この期間内に不備が補正されないとき、あるいは、審査請求が審査請求要件を満たさず不適法であることが明らかであるときは、以後の審理員による審理手続に移行することなく、審査庁は、審査請求を却下することができる（[24条](#)）。

審査請求書に不備がなく審査請求要件を満たす適法な審査請求であると認められたときは、次に述べるように審理員が指名され、その主宰により審理手続が進行していくが、審査庁は、あらかじめ、審査請求書の提出から裁決に至るまでの通常要すべき期間である「標準審理期間」を設定して、これを公表しておくべきこととされている（[16条](#)）。行政手続法の規定する許認可等の申請についての標準処理期間と同様、審理期間の長期化を防止し、それによる請求者の救済の促進をはかる趣旨である。ただし、これが一応の目安にとどまることも、標準処理期間と同様である。

2 ……審理員

従来の不服審査の手續においては、処分庁自身が審査にあたる場合はもちろん、上級庁等が審査にあたる場合においても、元の処分に関与した職員が審理や裁決書の起案などにも関与する例が少なからずあり、手續の客観性に疑問が呈されてきた。そこで、新法においては、処分庁が審査庁となる場合においても、当該処分に関与していない職員を審理員に指名し、その者の主宰で審理手續を進行して、その意見書等を基に裁決書を作成する仕組みを導入した。ただし、委員会等が審査庁となる場合については、審理員による審理手續は実施されない。また、情報公開条例など、地方公共団体の条例に基づく処分についても、その例外を条例で定めることも認められている（[9条1項ただし書](#)）。そのほか、行政機関情報公開法などがその除外を規定している（[18条](#)）。

審理員は、審査庁の職員の中から指名されるが、当該処分あるいはそれにかかる再調査の請求の決定に関与した者などは、指名できない。審査庁は、審理員となるべき者の名簿を作成し公表するよう努めることとされているが（[17条](#)）、総務課や法制担当等の幹部職員等の指名が想定されている。外部の弁護士等を非常勤職員として任用して、審理員に指名するといった運用も認められる。

3 ……審理員による審理手続

審理員による審理手続も、従来どおり、原則として、書面主義により実施される。指名された審理員は、ただちに、処分庁に対して弁明書の提出を求めることになる（[29条](#)）。旧法と異なり、処分庁自身が審査庁となる場合においても、審理員は、当該処分に関与していないわけであるから、必ず弁明書の提出を求めることとなる。提出された弁明書は、審査請求人に送付され、審査請求人は、審理員の定めた相当の期間内に、反論書を提出することができる（[30条](#)）。処分庁と審査請求人の双方は、審理員に対して、証拠書類等の提出もできる（[32条](#)）。

さて、審理手続には、審理員の許可を得て、当該処分の利害関係者が「参加人」として参加することができる。廃棄物処理施設の設置許可に不服のある周辺住民が審査請求をした場合を想定すれば、許可を受けた事業者が参加することは当然に予想されるし、審査請求をしなかった他の住民が参加することも考えられる。参加を許可された参加人には、前記の弁明書や反論書が送付され、自らの意見書を提出でき、また、証拠書類等の提出も認められる。

以上のように審査請求人や参加人の主張は、書面で提出されるのが原則であるが、いずれかの申立てがあつた場合には、それが困難と認められる場合を除き、審理員は、口頭による意見陳述の機会を与えなければならない。口頭意見陳述には、すべての審理関係人が招集され、申立てをした者は、旧法と異なり、処分庁に対して質問を発することも認められる（[31条](#)）。

反論書等や口頭意見陳述において、十分に自らの意見を表明するためには、審査請求人や参加人は、当該処分に関する処分庁の調査結果等を知っておくことが必要である。そこで、審査請求人や参加人には、審査手続の終結まで、処分庁が審査庁に提出した調書や証拠書類等を閲覧する権利が認められる（[38条](#)）。処分庁以外から提出された書類等も対象となる。また、旧法と異なり、閲覧だけではなく、写しの交付等も請求できる。この請求がなされたときは、第三者の利益を害するなど、正当な理由がなければ、これを拒否することはできない。

なお、審理員による審理手続は、裁判手続とは異なり、職権主義によるため、審理員には、審査請求人等の申立てがなくとも、所持人への物件の提出要求、鑑定等の要求、検証などを実施することもできる。このようにして審理員が必要な審理を終えたと認めるときは、審理手続を終結し（[41条](#)）、裁決に関する意見書を作成して、事件記録とともに審査庁に提出することになる（[42条](#)）。

4 ……行政不服審査会

審査請求手続の客観性を担保するためには、言うまでもなく、第三者機関を関与させることが有効である。そこで、今回の法改正においても、情報公開制度における情報公開審査会などをモデルとして、行政不服審査会といった第三者機関を設置し、審査庁の判断に際して、そこへの諮問を義務付けることが構想された。しかし、こうした機関への諮問手続には、それなりの時間を要することになり、手続の簡易迅速性を損ねる面があることも否定できない。また、こうした機関の設置は、とくに小規模な地方公共団体にとっては、かなりの負担ともなる。そこで、こうした機関の設置形態や諮問対象の範囲などが改正における最大の争点となった。結局、国については、総務省の下に省庁横断的な行政不服審査会を設置する一方、地方公共団体については特殊な設置形態を容認することとし、いずれにおいても、ある程度、諮問事項を絞り込むことで、立法化が実現している。いずれにしても、審査会等は、諮問機関にとどまり、それ自体が審査庁として請求を受けて裁決するという制度設計ではないことに留意すべきである。

まず、国については、総務省の下に「行政不服審査会」が設置され、すべての省庁に対する審査請求に関する諮問を処理することとなる。委員は、9名（うち3名が常勤）とされ、両議院の同意を得て、総務大臣が任命し、任期は3年である。通常は、各3名からなる部会により調査審議をすることが予定されており、その事務を処理する事務局も設置される（[67条以下](#)）。一方、各地方公共団体についても、執行機関の付属機関として、類似の第三者機関が設置される。その組織や運営に関しては、それぞれの条例によって定められることとなるが、小規模で多くの事件が予想にくい団体の便宜を考慮して、団体間で共同設置すること等も認められ、また、随時、事件ごとに設置するとすることも認められている（[81条](#)）。

5 ……不服審査会等の手続

さて、先に述べた審理員の意見書等の提出を受けた審査庁は、こうした不服審査会等に諮問しなければならない。諮問すべきとされる審査庁は、国においては大臣と外局たる庁の長官であり、地方公共団体においては長とされているから、審査庁自体が委員会等であるときは（人事院、建築審査会など）、別に審査会等への諮問を要しないのは当然である（[43条1項](#)）。ただし、当該処分が審議会等や議会の議を経ている場合、個別法で審議会等や議会の議を経て当該審査請求の裁決をすべきものとされている場合のほか、審査会等が認める軽微な事件なども、審査会等への諮問は不要とされている。また、審査請求を全面的に認容する場合（参加人等が認容に反対する場合を除く）のほか、審査請求を不適法として却下する場合にも諮問は不要である。そのほか、審査請求人（さらには参加人）が諮問を希望しない場合にも、手続の遅延を防ぐ観点から、諮問は不要とされているのである（[43条1項各号](#)）。

さて、審査会等は、諮問に添えられた事件記録や審理員意見書を基に審査を行うことになるが、必要があると認めるときは、審査庁や審査請求人等に主張書面や資料の提出を求められるほか、鑑定を求めるなどの必要な調査を職権ですることができる。もちろん、審査請求人等から主張書面などを提出することも認められる。また、審査請求人等は、口頭による意見陳述を求めることができるが、審査会等が必要を認めない場合には、その限りではない。また、審査請求人等は、審査会等に提出された主張書面や資料等の閲覧や謄写を求めることができ、正当な理由がなければ、これを拒まれることはない（[74条以下](#)）。

こうした審査の結果、審査会等は、審査庁に答申をすることになるが、答申書の写しは、審査請求人や参加人に送付されるとともに、その内容は、公表される（[79条](#)）。この答申は、審査庁を法的に拘束するわけではないが、これが審査庁により十分に斟酌されるべきことは、言うまでもない。

6 ……裁 決

審査請求は、言うまでもなく、審査請求人の権利であるから、審査請求がなされた以上、これを請求人が取り下げない限り（[27条](#)）、それを放置することは許されない。たとえ審査請求の要件を満たさない不適法なものであっても却下の裁決がなされるなど、審査庁による何らかの判断が示されなければならない。審査請求に対する審査庁の判断を「裁決」とよぶ（[44条など](#)）。ちなみに、再審査請求に対する判断も、同様に「裁決」とよばれるが（[64条など](#)）、再調査の請求に対する判断は「決定」とよばれている（[58条など](#)）。

さて、審査請求期間を徒過している場合など、請求が審査請求要件を満たさず、不適法である場合には、「却下」の裁決がなされ、当該処分 of 違法または不当に関する判断は示されない（[45条 1 項](#)）。適法な請求ではあるものの、審査請求に理由がない、すなわち、当該処分が違法でも不当でもないとの判断がなされたときは、「棄却」の裁決がなされる（[同 2 項](#)）。これに対して、審査請求に理由がある、すなわち、当該処分が違法または不当であると判断されたときは、「認容」の裁決がなされるが、もちろん、請求の一部のみを認容する裁決もあり得る（[46条](#)）。ただし、当該処分が違法または不当であっても、その取消し等により、公の利益に著しい障害が生ずるときは、その違法等を主文で宣言するにとどめ、審査請求を棄却することも認められる（[45条 3 項](#)）。いわゆる「事情裁決」であるが、従来から、その実例を聞かない。

審査請求を認容する場合、当該処分が命令などの不利益処分である場合には、その全部または一部を裁決で取り消せば、救済となる。たとえば、営業許可取消しから営業停止へというような「変更」も許されるが、審査庁が処分庁かその上級庁である場合に限られる。当該処分が許認可等の拒否処分の場合にも、それを裁決で取り消すにとどめるのが原則であり、裁決に「拘束力」があることから、こうした場合には、処分庁は、その裁決の趣旨に従って改めて処分をやり直すべきこととなる（[52条](#)）。ただし、審査請求手続の中で、一定の許認可等をすべきことが明らかになることもあり得るわけで、そうした場合には、取消しに加えて、審査庁が処分庁であるときは、その許認可等を自らなし、上級庁であるときは、それを処分庁に命じることも許される。その他、請求の内容により、認容の裁決には、さまざまなものがあり得ることになる。

たとえば、納税者による課税処分に対する審査請求の結果、その審理により、その税額がむしろ過少であることが判明することもあり得る。処分の適法性の確保の観点からは、こうした場合には、裁決により、税額を加算することも考えられよう。しかし、こうした変更が許されるのであれば、安心して審査請求をすることができなくなる。そこで、従来から、行政不服審査法は、裁決により、審査請求人の不利益に処分等を変更することを禁じている（[48条](#)）。

裁決には、裁決書によりなされるが、そこには理由が記載される。先にも述べた通り、審理員の意見書や不服審査会等の答申は、審査庁の判断を拘束しないため、これらと裁決が異なることがあり得るが、この場合には、とくに、それが異なることとなった理由が記載されなければならない。なお、審査会等の答申については、当然に、審査請求人等に送付され、公表もされることとなっているが、審査会等への諮問がなされなかった場合については、裁決に審理員意見書が添付されることとなっているのである（[50条](#)）。

1 ……執行不停止の原則

簡易迅速を旨とするとはいえ、不服審査にも、それなりの時間を要するが、その間の審査請求人等の処遇が問題となる。たとえば、営業許可の取消しに相手方から審査請求がなされた場合を考えれば、相手方の利益の観点からは、審査請求に決着がつくまでは仮に営業を継続させるのが望ましいとも考えられるが、それでは公益の確保さらには公共安全等に支障が生ずることも憂慮される。そこで、行政不服審査法は、「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」として、執行不停止の原則を採用しており（[25条1項](#)）、先の例で言えば、相手方は、審査請求をしても、認容の裁決が出るまで、営業を中止しなければならないこととなる。

他方、審査請求人の早期の救済の観点から、次にみるように、必要があると認めるときには、その申立てまたは職権により、審査庁が執行停止の措置をとりうることとし、さらに、一定の要件を満たす場合には、そうした措置をとらなければならないものとしている。こうした措置により、裁決がなされるまでの間、審査請求人に仮の救済を与える仕組みである。同様の仕組みは、処分庁に対する再調査の請求、さらには再審査請求にも準用されている。

ただし、この執行停止の措置は、当該処分の効力等を消滅させるものに過ぎないため、営業許可などの申請拒否処分に対する審査請求においては、機能しないこととなる。なぜなら、申請拒否処分の効力を消滅させても、営業許可などの効果が発生するわけではなく、請求人が営業できることとはならないからである。この意味で、これが不作為についての審査請求に適用されていないのも当然といえる。こうした申請拒否処分や不作為についての仮の救済のためには、裁決まで仮に営業を許可しておくといった別の仕組みが必要となるが、行政事件訴訟法における仮の義務付け（[37条の5第1項](#)）と異なり、不服審査については、こうした仕組みは用意されていない。したがって、こうした場合においては、直接に裁判を提起して、裁判所に仮の義務付けを求めるほかない。

2 ……執行停止の手続

審査庁が「必要があると認める場合」に執行停止の措置がとれることは、すでに述べたが、当該手続についての審理員も、必要と認める場合に、執行停止をすべき旨の意見書を提出できる（40条）。審査庁のイニシアティブによる柔軟な執行停止を期待する趣旨であろう。

これに対して、審査請求人から申立てがあった場合において、「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」には、執行停止をしなければならない。ただし、執行停止により「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」、および、「本案について理由がないとみえるとき」には、執行停止は認められない（25条4項）。最後の要件は、結局のところ、審査請求書の記載などからみて、当該処分が違法でも不当でもないことなどが明らかな場合には、執行停止を認めないことを意味する。もちろん、その最終判断は審理の結果に待つべきことになるが、こうした場合に執行停止を認めても、時間稼ぎに終わる可能性が高いからである。なお、一旦、執行停止が認められても、事情の変更があったときなどには、執行停止が取り消されることもあり得る（26条）。

1) 最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁。
2) 最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁。
3) 最判平成17・12・7民集59巻10号2645頁。
4) 最判平成26・7・29民集68巻6号620頁。

第4章 行政事件訴訟法総論



藤代浩則

1 ……行政事件訴訟法

行政事件訴訟法とは、違法な行政作用によって国民の具体的な権利利益が侵害され、あるいは侵害されるおそれがある場合に、裁判所に訴えを提起することにより、違法状態を排除して国民の権利利益の救済をはかる訴訟手続である^{[1](#)}。

行政事件訴訟法（以下「**行訴法**」という）[1](#)条は、同法が行政事件訴訟に関する一般法であることを明らかにしている。なお、[行訴法7条](#)は、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」と規定しているが、これは、行政事件訴訟法は民事訴訟法の特別法ではなく行政事件訴訟に関する統一的な基本法としての性質を有していることから行政事件訴訟に民事訴訟に関する法令の規定が当然には適用されるものでないことを前提として、訴えの性質に反しない限り、民事訴訟に関する法令の規定が準用されるという趣旨であると説明されている^{[2](#)[3](#)}。

2 ……平成16年改正の概要

行政事件訴訟法において原告が勝訴することは極めて困難であることもあって、行政事件訴訟の利用は著しく少なく、その結果として国民の権利救済に必ずしも資する訴訟制度となっていなかった。また、行政需要の増大あるいは行政作用の多様化に伴い、行政による国民の利益調整が一層複雑多様化するなどの変化が生じているところ、必ずしも行政事件訴訟法がこれに対応する訴訟制度ではなかった。このような行政事件訴訟法の問題点を改め、国民の権利利益のより実効的な救済手続の整備をはかる観点から、平成**16**年に行政事件訴訟法の一部を改正する法律として改正された。

3 ……行政不服申立てとの差異について

行政事件訴訟も行政不服審査法が定める行政不服審査も行政庁の公権力の行使に対する不服についても紛争解決制度である点では「行政争訟」として位置付けられている。

しかしながら、行政事件訴訟は司法機関である裁判所による国民の権利救済制度である点で、行政過程における紛争解決制度である行政不服審査とは大きく異なる。そしてこの制度上の違いは、両制度のメリット・デメリットとして表れ、いずれの紛争解決制度を利用するのが適切であるのかを決める上で重要なファクターとなる。

行政不服審査のメリットとしては、①手続の簡易迅速性、②行政の自己統制手段としての機能があること、③違法性審査のみならず、公益目的適合性（不当）の審査が可能であること、④裁判所の負担軽減があげられる。そして、これらが行政事件訴訟におけるデメリットでもある。一方、行政不服審査のデメリットとしては①平成26年の行政不服審査法の改正により審理員による審査制度を新設したものの行政過程における審査であり裁判所による訴訟と比べて中立性に欠けること、②審理手続が簡易であるために厳格さに欠け、公正性と救済の確実性に欠けるという点があげられる。そして、これらが行政事件訴訟におけるメリットである。したがって、紛争事件の性質から見て司法機関による中立・公正な審理を望むのであれば、行政事件訴訟による解決が相応しい。他方、違法性よりも公益判断を求める場合、あるいは紛争事案解決にあたって簡易迅速性が求められる場合には行政不服審査による解決が相応しいといえる。

Ⅱ ●行政事件訴訟の種類

1 ……行政訴訟の類型

行政事件訴訟法によれば、行政訴訟は4つの訴訟類型に分けられている。すなわち、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟および機関訴訟である。このうち、前二者は、国民個人の具体的な権利利益の保護を目的としていることから「主観訴訟」といわれ、後二者は、客観的な法秩序維持を目的としていることから「客観訴訟」といわれている。

2 ……抗告訴訟の種類

（１）「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」を「抗告訴訟」という（[行訴法 3 条 1 項](#)）。そして、抗告訴訟として、①処分の取消訴訟、②裁決の取消訴訟、③無効等確認訴訟、④不作為違法確認訴訟、⑤義務付け訴訟（申請者か否かで「申請型（申請満足型）」と「非申請型（直接型）」とに分かれる）および⑥差止訴訟の 6 種類を定めている（[行訴法 3 条 2 ～ 7 項](#)）。このうち、後二者すなわち⑤義務付け訴訟と⑥差止訴訟は平成16年改正によって新たに抗告訴訟として法定された訴訟種類である。

（２）これら 6 種類は法定抗告訴訟と称させるが、[行政事件訴訟法 3 条 1 項](#)では、「抗告訴訟とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう」とするのみで、抗告訴訟を列挙し、それに限るとはしていないことから、上記 6 種類のほかにも法定されていない抗告訴訟（無名抗告訴訟）の存在を否定するものではないと解されている。

3 ……当事者訴訟

（１）当事者訴訟は、当事者間で公法上の法律関係を争う訴訟類型である（[行訴法4条](#)）。抗告訴訟が行政庁の処分に関する争いであるのとは異なる。

（２）当事者訴訟には形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟との２類型がある。

形式的当事者訴訟は「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又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」訴訟類型である（[同条前段](#)）。他方、実質的当事者訴訟とは「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」訴訟である（[同条後段](#)）。

当事者訴訟は、抗告訴訟以外のものを包括する訴訟類型であって、とくに実質的当事者訴訟についてはこれまでも裁判実務において事例が多いことなどから実務上の評価も高く、それゆえ平成16年改正を契機にその活用が提唱されている。

4 ……民衆訴訟

民衆訴訟とは、「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益に関わらない資格で提起する」訴訟をいう（[行訴法5条](#)）。ただし、客観訴訟であることから「法律に定める者」に限り提起できるとされている（[42条](#)）。

民衆訴訟の代表例は、「選挙訴訟」（[公職選挙法203条ほか](#)）および住民訴訟（[地自法242条の2](#)）である。選挙訴訟としては議員定数不均衡訴訟（一票の格差訴訟）がある。住民訴訟は本来は違法な財務会計行為の是正を目的とした制度であるが、実際の訴訟においては政教分離原則という憲法問題を争点としたり（最判平成22・7・22判時2087号>26頁）、環境保全という一地方公共団体の枠を超えた争点を提起するものがあり（最判昭和57・7・13民集36巻9号670頁）、当該地方公共団体の財務会計行為の違法の是正という目的を超えて活用されている。

5 ……機関訴訟

機関訴訟とは、「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」をいう（[行訴法6条](#)）。そして民衆訴訟と同様客観訴訟であることから「法律に定める者」に限り提起できるとされている（[42条](#)）。

機関訴訟としては、地方公共団体の長と議会の紛争（[地自法176条7項](#)）、代執行訴訟（[地自法245条の8第3項以下](#)）がある。しかしながら、機関訴訟については実務的にはまれな訴訟である。

1 ……取消訴訟中心主義

行政事件訴訟法は6類型ある抗告訴訟のうち取消訴訟に関する条文を定めた上で、それ以外の訴訟類型については、取消訴訟に関する規定を準用するという体裁をとっている（[行訴法38条](#)）。これは、行政事件訴訟法が取消訴訟を抗告訴訟の基本と位置付けていることを示すものであるが、平成16年改正によってそれまで無名抗告訴訟として扱われていた「義務付け訴訟」「差止訴訟」も法定抗告訴訟としたように「取消訴訟」のみならず訴訟類型を多様化させることにより国民の権利救済をはかっている。

2 ……取消訴訟における訴訟要件

訴訟要件とは、適法な訴えをするための要件であり、これを欠く場合には、本案審理に入ることなく「門前払い判決」すなわち「却下判決」が言い渡される。したがって、取消訴訟を提起する場合には取消しの対象となる行政処分の瑕疵の検討のみならず、訴訟要件が満たされるのかについても十分検討する必要がある。

取消訴訟の訴訟要件は、①処分性、②原告適格、③狭義の訴えの利益、④被告適格、⑤管轄裁判所、⑥審査請求前置、⑦出訴期間、である。

3 ……処分性について

（１）判断基準

取消訴訟の対象は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（[行訴法3条2項](#)）である。そして、取消訴訟の対象として認められる場合を「処分性」があるという。

「行政庁の処分」については、判例によれば、「行政庁の法令に基づく行為の全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、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」をいうとされている（最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁）[4](#)。上記判示からすれば、処分性の有無は①公権力性、②国民の権利義務に対する具体的法効果性という観点から判断されることになる。この「処分性」の定義は講学上の「行政行為」（許可、不許可等）の概念と合致するものである[5](#)。したがって、定型的な行政行為であれば処分性が肯定され、他方、純粋な私法上の行為は否定されるが、いずれともいえないような行政庁の行為について、「処分性」の有無を判断するために上記①②の判断基準が有用となってくる。

（２）公権力性

公権力性すなわち「公権力の行使に当たる行為」とは、「法が認めた優越的地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動」とであるとされてきた。したがって、公権力性が認められるためには、当該行政庁の行為によって法律関係を一方的に変動させるものであることが要件となってくる。

（３）国民の権利義務に関する具体的法効果性

行政庁の行為が、特定の国民に対して直接・具体的な法効果を発生させず、特定の国民の法的地位を変動させない場合には、処分性は否定される。

したがって、この判断基準を検討するにあたっては、行政庁の行為が特定の国民に対して向けられたものかという視点、それによって直接・具体的な法効果が生じたかという視点から検討することになる。

また、平成16年改正によってそれまで使い勝手が悪いとされていた行政事件訴訟を活性化させることによって国民の実効的な権利救済に資するという同改正法の趣旨目的からすれば、従来のように形式的な法令の解釈に留まることなく具体的法効果性を認めることによって実効的な権利救済をはかるという視点も「処分性」を検討する上では必要となる。それに関して重要なのは、当該行為を捉えて取消訴訟を提起する必要性があるという「紛争の成熟性」という視点からも検討することである[67](#)。

4 ……原告適格

（１）原告適格とは

原告適格とは、誰が訴えを提起できるかという原告の資格に関するものである。この点について[行訴法は9条1項](#)で「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」に限り訴えを提起できると定めている。

ここでいう「法律上の利益」とは、判例によれば、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう」とし、「当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有する」と定義付けている（最判平成17・12・7民集59巻10号2645頁）[8\)](#)。

「法律上の利益」については、学説上は判例と同様に「法律上保護された利益」と考える立場（通説）と、「法的な保護に値する利益」と考える立場の対立がある[9\)10\)](#)。個別の事例においても紹介するが、判例は前者の「法律上保護された利益説」を堅持しつつも[11\)](#)、後者の「法的な保護に値する利益説」的な考慮も働かせて平成16年改正がめざすところの実効的権利救済をはかっている[12\)](#)。

（２）原告適格が問題となる場面について

民事訴訟においては原告適格が問題となる場面はないに等しい。それは、民事訴訟においては、問題となる法律関係（契約など）の当事者が原告・被告となって争うものであって、第三者が当該法律関係について争う場面はないからである。これに対して、行政訴訟においては取消訴訟の対象となる行政庁の処分について、処分の名宛人すなわち当事者以外の者が当該処分の違法性を争う場面があることから、かかる第三者の原告適格が問題となってくるのである。

すなわち、廃棄物処理を例に説明するに、行政庁が廃棄物処理業者に対して廃棄物処分場の設置に関する許可を与えたとなると、許可を受けた業者としては当該許可をめぐって争う必要もないのは当然であるが、許可を受けたことで周辺住民としてはそれまでの住環境が悪化するおそれもあり、単なる行政処分の第三者とすることはできないのである。

また、競合関係にある者のうち1名に対してしか許可・免許を付与しないという行政行為もある。このような場合、許可・免許の付与を受けなかった者も当事者である許可権限庁と許可を付与された者との関係では第三者ではあるが、競業者であり、全くの第三者ではない[13\)](#)。このように行政処分は民事関係と同様に当事者間のみで効果を生じる場合のほかに、第三者に対しても影響が生じる場合がある。そして、後者の場合を複効的行政処分あるいは三面関係という。

この行政処分の三面関係ゆえに、第三者に対しても原告適格を認めるべきとの考えもあるが、他方で第三者という概念は行政処分の名宛人以外の者を総称するものでもあることから、第三者の範囲が無限に広がり、誰でもが提訴できることによる裁判所の負担、行政側の応訴負担あるいは常に提訴されるおそれを危惧することによる名宛人の地位の不安、法的安定性の欠如といったマイナス面も考慮せざるを得ない。

そこで、一般市民とは区別される原告となり得る者の範囲を確定することが必要となる。この範囲の確定が「原告適格」の問題にほかならない。

5 ……行訴法9条2項の構造

9条2項は「裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たつては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、（Ａ）当該法令の趣旨及び目的ならびに（Ｂ）当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、（Ｃ）当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たつては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、（Ｄ）当該利益の内容及び性質を考慮するに当たつては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質ならびにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」と規定する（括弧の表記は筆者による）。

同条項の条文構造としては、これまでの「法律上保護する利益説」がともするととっていた処分根拠法令の文言解釈を排除して、（Ａ）の処分根拠法令の趣旨および目的と（Ｂ）の当該処分において考慮されるべき利益の内容および利益の性質とが主要な考慮事項とされている。そして、各補助要素として、（Ａ）に対応するものが（Ｃ）の処分根拠法令と目的を共通にする関係法令の趣旨および目的をも参酌することであり、（Ｂ）に対応するのが（Ｄ）の当該根拠法令に違反してなされた場合の利益の内容・性質および侵害態様・程度をも勘案することである。

6 ……**第三者の原告適格に関する判断過程**

（１）３段階の判断過程

行訴法9条2項における第三者の原告適格を具体的に検討する場合には次のような３段階の判断過程を経ることになる¹⁴⁾。

- ① 原告が主張する「被侵害利益」の認定
当該処分が原告の一定の利益に対する侵害を伴うものであること
- ② 処分根拠法令と関連法令の解釈
処分根拠法令の立法の趣旨が、関係法令の趣旨目的をも参酌することにより被侵害利益を一般的な公益としてではなく、原告ら関係者自身の利益として個別的に保護するものであること（前項（Ａ）、（Ｃ））
- ③ 具体的な侵害状況
 - i）利益の性質（前項（Ｂ））
生命・身体・健康、財産権、良好な生活環境、
良好な風俗環境、手続的参加利益など
 - ii）利益が侵害される強度、蓋然性（前項（Ｄ））
- ④ ①で認定した原告が主張する被侵害利益が、処分根拠法令および関係法令の趣旨・目的からして一般的な公益に吸収解消されることのない具体的利益であつて（Ａ）（Ｃ）、その利益に対する具体的な侵害態様がある場合には（Ｂ）（Ｄ）、「法律上保護された利益」として、そのものに原告適格を認めることになる。

（２）平成16年改正後の第三者の原告適格に関する判例

- ① 最判平成17・12・7民集59巻10号2645頁（小田急高架線訴訟）
都市計画法59条2項に基づき、当該都市計画区域内である線路の複々線化、立体交差および高架化する等の事業に関する認可について、沿線住民から当該事業認可の取り消しを求めた訴訟において、沿線住民の一部に原告適格を認めた。
- ② 最判平成21・10・15民集63巻8号1711頁（サテライト大阪事件）
自転車競技法に基づく場外車券販売施設（サテライト大阪）の設置許可に対して、同施設の付近住民が取消しを求めた訴訟において、周辺住民の原告適格を否定した。
- ③ 最判平成26・1・28民集68巻1号49頁
市町村長から一定区域につき、すでに一般廃棄物収集運搬業または一般廃棄物処分業の許可またはその更新を受けている者について、当該区域を対象として他の者に対してされた一般廃棄物収集運搬業または一般廃棄物処分業の許可処分または許可更新処分の取消訴訟を提起するにあたって、原告適格を認めた。
- ④ 最判平成26・7・29民集68巻6号620頁
産業廃棄物処分業の許可等について、当該産業廃棄物最終処分場の周辺住民から提起された取消訴訟および無効確認訴訟について、原告適格を認めた。

7……狭義の訴えの利益

原告が取消訴訟において勝訴することによって現実に救済される法的利益があることが要件となる。これを「狭義の訴えの利益」という。

これが問題となるのは、原告適格の要件を満たしていても、時間の経過あるいは事情が変更することによって、原告が取消訴訟によって回復可能な現実的利益を失う事案においてである。原告において回復可能な現実的利益を失った場合には「（狭義の）訴えの利益」がないとして当該取消訴訟については却下判決を受ける。

[行訴法9条1項](#)[かつこ書](#)において当該処分効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお当該処分の取消によって回復すべき法律上の利益を有する者については、「狭義の訴えの利益」と規定している。

8 ……被告適格

取消訴訟の被告は、原則として、処分または裁決をした行政庁が所属する国または公共団体である（[行訴法11条1項](#)）。具体的には、行政庁が国の機関であれば被告は国であり、地方公共団体の機関であれば当該地方公共団体が被告となる。

9 ……管轄裁判所

管轄裁判所は、原則として、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所、または処分若しくは裁決をした行政庁の所在地を管轄する裁判所である（[行訴法12条1項](#)）。また、行政事件訴訟については簡易裁判所および地方裁判所の支部は管轄を有しない（[裁判所法33条1項1号](#)、[地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則1条2項](#)）。したがって、管轄する地方裁判所の本庁において提訴する必要がある。

特定管轄裁判所として、国または独立行政法人等を被告とする場合には、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所にも提起できる（[行訴法12条4項](#)）。すなわち、高等裁判所は全国に8カ庁あるので、東京地裁、大阪地裁、名古屋地裁、広島地裁、福岡地裁、仙台地裁、札幌地裁および高松地裁が特定管轄裁判所となる。

10……審査請求前置

行政処分について争う場合には、行政不服審査法に基づく 審査請求と行政事件訴訟法に基づく取消訴訟とがある。

いずれの争訟手段を用いるかは国民の選択に委ねられているとする「自由選択主義」が原則である（[行訴法8条1項本文](#)）。そして、個別法により、取消訴訟を提起するためには審査請求を経由しなければならないとすることができる（[同項ただし書](#)）。これを「審査請求前置主義」という。仮にこの手続を経ずに取消訴訟を提起した場合には訴訟要件を満たしていないことから「却下」される。したがって、行政処分について争う場合には、当該処分に関する根拠法上審査請求前置主義をとっているのかについての確認が必要となる。

ところで、審査請求前置主義が個別法によって法定されている場合でも、①審査請求があつた日から3カ月を経過しても裁決がないとき、②処分、処分の執行または手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき、あるいは③その他裁決を経ないことにつき正当な理由があるときは、裁決を経由しないで取消訴訟を提起することができる（[行訴法8条2項](#)）。

11……出訴期間

処分・裁決のあったことを知った日から6カ月あるいは処分・裁決の日から1年を出訴期間と定めている（[行訴法14条1項本文](#)）。前者が主観的出訴期間、後者が客観的出訴期間といわれている。なお、いずれの出訴期間についても、「正当な理由」があれば、延長が認められる場合もある（[同項ただし書](#)）。

（１）訴訟物

審判の対象となる権利または法律関係を訴訟物という。

訴訟物は、二重起訴の禁止の判断、請求の併合、訴えの変更、既判力の客観的範囲等の判断のメルクマールになるなど、審理の全般において重要な指針となる。

取消訴訟は、その認容判決により、行政処分の効力を遡及的に失わせるための制度として位置付けられている。したがって、取消訴訟は形成訴訟と解される。そして、取り消されるべき行政処分とはいかなるものかという点につき、ある行政処分が当該処分を行うための要件として実定法上定められたものの１つまたは複数を満たさない場合には当該処分は違法であり、かつ、違法な行政処分は取り消されるべきであるという理解を前提にすれば、取消訴訟の訴訟物は当該処分の違法性一般であると解される¹⁵⁾。

（２）要件事実

㉞ 要件事実とは、法が定める法律効果の発生要件に該当する具体的事実を意味する¹⁶⁾。法律効果が自らに有利に働く当事者が立証責任を負う。このような考えを「法律要件分類説」といい、民事訴訟法における通説である¹⁷⁾。民事訴訟において問題となる私法法規は、訴訟における当事者の立証の負担をも考慮しつつ立法されたものといえるが、行政訴訟において問題となる行政法規は、民事訴訟のように当事者の立証の負担を考慮されたものとは言いがたく、これを行政事件訴訟にそのまま導入することには問題がある。そこで、当事者の公平、事案の性質、事物に関する立証の難易等に照らして、具体的な事案において、いずれの当事者に不利益に判断するかを決し、これに基づいて具体的な要件事実に関する立証責任の配分を決定する必要がある（「個別検討説」）¹⁸⁾。

㉟ 当該取消訴訟においては訴訟物が当該処分の違法性一般であるから、当該処分の適法要件に該当する事実が要件事実である。

課税処分・退去強制令書発布処分の取消訴訟においては、被告（行政庁側）が、当該処分の根拠法規にその要件として定められた各事実の立証責任を負担する。私人からの申請に対する拒否処分に関する取消訴訟においては、申請に対応する処分の効果を受けるべきことを主張する原告が負担する。

㊱ 裁量処分の取消訴訟

裁量処分については、原則としてその効力が認められ、裁量権の逸脱または濫用があった場合には違法との評価を受ける（[行訴法30条](#)）。とすると、裁量権の逸脱・濫用に該当する事情があれば、これが権利阻止事由となって、その法的効果が否定されることになる。したがって、当該裁量処分について逸脱または濫用に該当する事情があることについて、原告がその立証責任を負担するものと解される。

㊲ 当該訴訟における原告と被告との間で証拠の偏在がみられる場合には、事実上の推定の手法により、当該事案における立証責任の公平な分配をはかる。

＊伊方原発訴訟判決（最判平成4・10・29民集46巻7号1174頁）

立証責任は原告にあるとする一方で、「被告の側において、まず、その依拠した具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告の判断に不合理な点のないことを相当の根拠に基づき主張立証する必要があり、被告がこのような主張立証を尽くさない場合には、被告がした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。」旨判示している。

㊳ 訴訟要件

訴訟要件については、その存在が認定されないと訴えが不適法として却下判決がされるという効果からすれば、原告に立証責任がある。したがって、原告は、訴訟要件である、①処分性、②原告適格、③狭義の訴えの利益、④審査請求前置、⑤出訴期間について各要件を満たしていることについて主張立証責任がある。なお、その他の抗告訴訟においても訴訟要件の存在が認定されないと却下判決が下されるという効果は変わりないところなので、取消訴訟と同様に原告に立証責任があると解されている。

（３）違法性判断の基準時

取消訴訟は、当該処分の違法性について事後的に争われるものであることからすれば、「処分時」が違法の判断の基準時となる（最判昭和27・1・25民集6巻1号22頁）。

（４）原告の主張制限

取消訴訟においては、原告は、「自己の法律上の利益と関係ない違法」事由を主張できない（[行訴法10条1項](#)）。これを原告の主張制限という。

[行訴法9条1項](#)が訴訟要件として原告適格に関して「法律上の利益」を要求したのに対して、この主張制限は本案要件として「法律上の利益」を求めたものである。平成16年改正によって原告適格については[行訴法9条2項](#)を新設したことにより原告適格が拡大されるようになったが、主張制限については改正の対象とはならなかった。そこで、主張制限については厳格に解釈すべきであるとの考えもあるが、平成16年改正の趣旨が行政訴訟の活性化であり、それは国民の権利利益の実効的救済であることからすれば、原告適格と同様に「主張制限」についても拡大して解釈されるべきである。したがって、原告適格が認められた者については、処分法令・関係法令の趣旨・目的ならびに利益の性質および侵害態様等も考慮した上で、これらに關係する違法事由であれば本案においても主張できるものと解すべきである¹⁹⁾。

（５）原処分主義について

行政処分（以下「原処分」という）について取消訴訟を提起する前に行政不服審査法に基づく裁決を経ている場合の争い方としては、①原処分について取消訴訟で争う場合と②裁決について取消訴訟で争う場合とがある。このうち、②による場合には、裁判において「原処分」の違法を主張することはできず、「裁決」固有の違法のみを争うことができるとされている（「原処分主義」[行訴法10条2項](#)。東京地判平成22・8・6裁判所ウェブサイト、大阪地判平成27・9・17裁判所ウェブサイト）。したがって、行政不服審査で棄却裁決を受けた場合には、取消訴訟において「原処分」を争うのか、「裁決」固有の瑕疵を争うのかをよく見極める必要がある。

（６）被告による処分理由の差替え・追加

行政訴訟における訴訟物が当該処分の違法性一般であるとすれば、被告である行政側は、口頭弁論終結時まで、当該処分が適法であることについて一切の事由を主張できることになる。つまり、処分理由の差し替えあるいは追加が認められることになり、理由の差替えについてはこれを認める判例もある（最判平成11・11・19民集53巻8号1862頁）。他方、行政処分をするにあたっては、行政庁に対して慎重な処分を求めることおよび被処分者の防御保障という趣旨から理由の提示が要求されている。したがって、裁判において一切の自由を主張できるとするとこの理由提示の趣旨が没却されてしまう。このことから、理由提示の趣旨を没却する場合、たとえば理由の差替えによって処分の同一性が失われるものである場合には、これを認めないとするべきである。

13……取消訴訟の判決

（１） 判決の種類

- ① 訴え却下 訴訟要件を満たしていない場合。
- ② 請求棄却 本案審理において原告の請求に理由がないと判断した場合。
- ③ 請求認容 本案審理において原告の請求に理由があると判断した場合。

（２）事情判決について

事情判決とは、係属裁判所が本案審理において原告の請求に理由があると判断した場合であっても、公の利益に著しい障害をもたらす場合に、「請求棄却」とする判決である（[行訴法31条1項](#)）。

本来は請求認容事案であるから、いかに公益・公共の福祉を優先させるとはいえ、「原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮」する必要がある（[同項前段](#)）。また、「この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない。」とされている（[同項後段](#)）。なお、同様のことは[行審法45条3項](#)においても規定されている。

（３）判決の効力

既判力

民事訴訟によれば、訴訟において判決が確定した場合には、「既判力」すなわち当事者および裁判所は、その訴訟の対象となった同一事項について、異なる主張・立証をすることができないとする効力が生じる（[民事訴訟114条1項](#)）。行政訴訟においても[行訴法7条](#)において「行政事件訴訟に関して、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による」とされているので、判決が確定すれば「既判力」が生じる。

形成力

取消訴訟によって請求が認容されれば、当該処分の効力は処分時に遡って無効となる。これを「形成力」という。[行訴法32条1項](#)においては、当該処分について認容判決が出された場合、原告以外の第三者についても、当該処分が遡及的に無効であることを前提としなければならず、別の訴訟においてもその処分が有効であることを主張することはできないとされている。

ところで、取消訴訟における認容判決が第三者に及ぶことになれば、訴訟手続に関与していない第三者に不測の不利益を課すことにもなるので第三者に対し手続的保障をする必要がある。そこで、行訴法は訴訟参加（[22条](#)）および第三者再審の訴えを規定し、第三者の保護をはかっている。

拘束力

[行訴法33条1項](#)において、「処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する。」と定めている。これを「拘束力」という。

この拘束力によって、申請を却下もしくは棄却した処分または審査請求を却下もしくは棄却した裁決が判決により取り消されたときは、その処分または裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分または審査請求に対する裁決をしなければならない（[同条2項](#)）。また、申請に基づいてした処分または審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合にも、その処分または裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分または審査請求に対する裁決をしなければならない（[同条3項](#)）。

IV ● 無効等確認訴訟（行訴法36条）

1 ……意 義

無効等確認訴訟（[行訴法3条4項・36条](#)）は、時機に遅れた取消訴訟といわれている[20](#)）。すなわち、行政処分の瑕疵が重大明白であり、公定力を認めることが不適切と考えられる場合には、これを無効と観念し、取消訴訟を経由せずにその効力を否定できると解釈されている。無効等確認訴訟は、行政処分の無効を確認することを念頭に法定された訴訟類型であり、行政処分につき、取消訴訟における出訴期間あるいは不服申立前置の制約が外された救済手続とみることができる。なお、法は無効確認訴訟ではなく無効「等」確認訴訟としている。この「等」には「有効確認訴訟」「不存在確認訴訟」「存在確認訴訟」が含まれるとされている。

2 ……訴訟要件

取消訴訟と異なるのは、原告適格および審査請求前置の点である。

（１）原告適格に関する行訴法36条の構造

㍿ 無効等確認訴訟における原告適格は、行訴法36条において定めており取消訴訟（9条1項）と異なる。

無効等確認訴訟における原告適格を定めた36条は次のように規定されている。

（Ａ）当該処分または裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者（Ｂ）その他当該処分または裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、（Ｃ）当該処分もしくは裁決の存否またはその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限り、提起することができる。と規定されている。この条文の文言中に記した（Ａ）（Ｂ）（Ｃ）の部分をもどのように解釈するかで以下のような争いがある²¹⁾。なお、判例は②の二元説をとっている（最判昭和48・4・26民集27巻3号629頁）。

① 一元説

「（Ａ）＋（Ｃ）」または「（Ｂ）＋（Ｃ）」と考える

（Ａ）と（Ｂ）全体に（Ｃ）が掛かるとする考え方

② 二元説

「（Ａ）」または「（Ｂ）＋（Ｃ）」と考える

（Ａ）を予防訴訟、（Ｂ）＋（Ｃ）を補充訴訟とみる

（２）行訴法36条後段（Ｃ）の解釈について

現在の法律関係に関する訴えに還元することが不可能な場合に限って無効等確認訴訟の原告適格を認めるとする考え方（法律関係還元不能説）、現在の法律関係に関する訴えに還元することが可能であっても、その訴えにより目的を達成することができない場合には原告適格を認める考え方（目的達成不能説）、および「現在の法律関係に関する訴え」により争わせるべきかは、いずれが当該紛争を解決するためのより直截的で適切な争訟形態といえるかにより決定されるべきとする考え方がある²²⁾。判例は「当該処分の無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な訴訟形態」であれば無効等確認訴訟を認めるとの考えに立っている（最判昭和62・4・17民集41巻3号286頁、最判平成4・9・22民集46巻6号1090頁）²³⁾。

3 ……無効事由

「行政行為は、仮に違法であっても、取消権限のある国家機関によって取り消されるまでは、何人もその効力を否定できない」とされ、これを「公定力」という。そして、通説的見解によれば取消訴訟を定める行政事件訴訟法の存在に根拠を求める。とすると、ここで想定されている違法事由すなわち瑕疵とは、取り消されるまでは有効として扱っても支障のない程度の「瑕疵」の意であり、取消訴訟を経るまでもなく無効と扱うべき瑕疵については、取消訴訟の排他的管轄に服しないものというべきである。

そして、無効等確認訴訟における「瑕疵」については、通説的見解によれば、当該処分に重大かつ明白な違法がある場合であると理解されている²⁴⁾。しかしながら、取消訴訟の対象となる「瑕疵」か無効等確認訴訟の対象となる「瑕疵」かの区別は実際の場面では容易ではない。そこで、無効等確認訴訟は時機に遅れた取消訴訟であり、出訴期間経過後にやむを得ず提起された訴訟であることからすれば、当該処分が無効か否かについては、当該処分にかかる法的安定性と、出訴期間を経過してもなお救済すべき原告の利益とを比較衡量して実質的に決せざるを得ない²⁵⁾。

4 ……無効判断の基準時

取消訴訟と同様に処分時が無効の判断基準時になる。

V ● 不作為違法確認訴訟

1 ……意 義

不作為違法確認訴訟とは、行政庁が、法令に基づく申請に対し、相当期間内に何らかの処分または裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての確認を求める訴訟である（[行訴法3条5項](#)）。

不作為違法確認訴訟においては、申請者である原告が勝訴しても、行政庁は申請に対して何らかの応答をする義務を負うだけで（[行訴法38条1項](#)、[33条1項](#)）、申請拒否処分が出されれば、申請者は改めて取消訴訟を提起せざるを得ない。つまり、申請者に対して少なくとも2度の訴訟を負担させることになる。このような申請者の負担を解消するために、平成16年改正によって、行政庁に対し、当該申請に対する応諾の処分を求める「申請型義務付け訴訟」を新設した。

2 ……訴訟要件

「原告が、法令に基づき、処分または裁決についての申請をしたこと」が取消訴訟と異なる訴訟要件である（[行訴法37条](#)）。

また、不作為違法確認訴訟においては、処分または裁決の不作為が継続していれば訴えを提起できることから、出訴期間の制限も受けない。

3 ……本案要件

「相当期間内に、処分又は裁決がなされなかったこと」が本案要件である（[行訴法3条5項](#)）。

「相当期間」とは、行政庁が当該処分・裁決をするにあたって通常必要とする期間をいう。[行手法6条](#)において、「標準処理期間」が設定されているところ、その経過がただちに「相当期間」になるものではないが、判断において重要な基準となる。したがって、行政庁は「標準処理期間」を徒過した場合には、それを正当化できる合理的根拠を抗弁として主張立証しなければならない。

4 ……違法性の判断基準時

不作為違法確認訴訟の目的が申請に対する行政庁の不作為が違法であることを確認することによって当該違法状態を是正する点にあると解されることから、事実審の口頭弁論終結時をもって違法性の判断基準時とすべきことになる²⁶⁾。

1 ……意 義

（１）趣旨

義務付け訴訟は、一定の場合に行政庁がその処分または裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう（[行訴法3条6項](#)）。平成16年改正前からも無名抗告訴訟として、実務上もあるいは解釈論上もその許容性が論じられてきた訴訟類型である。司法機関である裁判所が行政機関に対して一定の行為を義務付けることを求める訴訟であり、司法権と行政権との役割関係、行政庁の第一次的判断権の尊重という考え方から、これを消極的に解する考え方がとくに裁判実務では強かった。しかしながら、行政訴訟の活性化・実効的な権利救済を趣旨とする平成16年改正により、差止訴訟とともに法定化された。

（２）類型

義務付け訴訟については、行政庁に対し一定の処分または裁決を求める旨の法令に基づく申請または審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分または裁決をすべきであるにもかかわらずこれがなされないときに、行政庁がその処分または裁決をすべき旨を命ずることを求める義務付け訴訟と、これ以外の場合の義務付け訴訟とがある（[行訴法3条6項](#)）。前者を申請型あるいは申請満足型義務付け訴訟（以下「申請型義務付け訴訟」という）（[同項2号](#)）といい、後者を非申請型あるいは直接型義務付け訴訟（以下「非申請型義務付け訴訟」という）という（[同項1号](#)）。つまり、法令に基づく申請者による義務付け訴訟が前者であり、その他が後者に該当する。このように、義務付け訴訟には2類型あることから、訴訟要件・本案要件も異にする。

（３）訴訟物

義務付け訴訟における訴訟物については、義務付け訴訟を原告が一定の処分をすべき旨を命ずることを求める訴訟すなわち給付訴訟と解するか、原告と被告との間で、本来的には義務のない被告に、処分すべき義務を形成する形成訴訟と解するかで訴訟物についても見解が分かれている^{[27\)](#)}。給付訴訟と捉えるのであれば、原告の有する実体法上の給付請求権となる^{[28\)](#)}。他方、形成訴訟と捉えるのであれば、形成要件（当該義務付けの対象となる一定の処分をしないことの違法）の存否が訴訟物となる。

2 ……非申請型義務付け訴訟

（１）訴訟要件

- ① 「重大な損害」の要件

一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあること（[行訴法37条の2第1項](#)）。

- ② 「補充性」の要件

①の損害を避けるため他に適当な方法がないこと（[同項](#)）。

補充性の要件は、法律上別の救済手段が用意されている場合にはそれによるという趣旨であって、厳格に解すると、むしろ非申請型義務付け訴訟による救済がはかれなくなってしまう。したがって、補充性の要件は限定して解釈すべきである。

- ③ 原告適格

原告が、当該行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有すること（[行訴法37条の2第3項](#)）。この場合にも、[行訴法9条2項](#)が準用されている（[同条4項](#)）。

（２）本案要件（[行訴法37条の2第5項](#)）

- ① 当該行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること。

②当該行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となること。

＊①と②は選択的である。そして、義務付けの訴えが認容されることにより一定の処分がされ、それによって原告が利益を得るので、主張立証責任は原告が負うことになる^{[29](#)}。

（３）違法性の判断基準時

義務付け訴訟は、裁判所が行政庁による処分が未だ行われていない段階で義務付けの対象となる処分の要件の存否を判断すべき訴訟類型であることから、違法性判断基準時は、事実審の口頭弁論終結時と解される^{[30](#)}。

3 ……申請型義務付け訴訟

（１）訴訟要件

- ① 客観的要件（[行訴法37条の3第1項](#)）

行政庁の不作为状態（[1号](#)）、取り消し得べき瑕疵または無効の瑕疵の存在（[2号](#)）

- ② 主観的要件（[同条2項](#)）

申請者による申請

- ③ 取消訴訟等の併合提起（[同条3項](#)）

行政庁の不作为状態の場合は、当該処分または裁決にかかる不作为違法確認訴訟を併合提起する。申請に対する拒否処分の場合は、当該処分または裁決にかかる取消訴訟または無効等確認訴訟を併合提起する。

- ④ 裁決の義務付け訴訟については、処分についての審査請求がされた場合に、その処分にかかる処分の取消しまたは無効等確認の訴えを提起することができない場合（裁決主義）に限定されている（[同条7項](#)）。

（２）本案要件

- ① 併合提起された訴えにかかる請求に理由があること
- ② 当該行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること。
- ③ 当該行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となること。

＊①の要件を満たした上で、②または③の要件を満たすことが必要である。なお、主張立証責任は、非申請型と同様に原告が負う[31\)](#)。

（３）違法性の判断基準時

非申請型義務付け訴訟と同様、違法性判断基準時は、事実審の口頭弁論終結時と解される[32\)](#)。

1 ……意 義

差止訴訟とは、行政庁による公権力の行使を予め防止する訴訟をいう。平成16年改正前は、予防的不作為訴訟の名で、無名抗告訴訟として、実務上もあるいは解釈論上もその許容性が論じられてきた訴訟類型である。義務付け訴訟が行政庁に対して積極的な行使を求める訴訟類型であるのに対して、差止訴訟は、公権力の行使による私人の権利利益に対する侵害を未然に防ぐという訴訟類型であるために、平成16年改正前から判例・学説においても許容される傾向があった。最高裁判決としてはいわゆる長野勤務評定事件（最判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁）³³⁾、横川川事件（最判平成元・7・4日判時1336号86頁）³⁴⁾がある。

差止訴訟は、行政庁が一定の処分または裁決をすべきでないにもかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分または裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟であるために、いわゆる取消訴訟を前倒した訴訟として位置付けられている。

2 ……訴訟物

差止訴訟についても義務付け訴訟と同様に、これを給付訴訟と解するか、形成訴訟と解するかで訴訟物について見解が分かれている。給付訴訟と捉えるのであれば、原告の有する実体法上の差止請求権となる。他方、形成訴訟と捉えるのであれば、形成要件（当該差止めの対象となる一定の処分をすることの違法）の存否が訴訟物となる³⁵⁾。

3……訴訟要件

① 処分の蓋然性

行政庁が一定の処分・裁決をする蓋然性があること（[行訴法3条7項](#)）。

② 積極要件→損害の重大性

一定の処分または裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合（[行訴法37条の4第1項本文](#)）。

差止訴訟が前倒しされた取消訴訟として位置付けられていることから、具体的な処分が行われた後に取消訴訟を提起して執行停止を申し立てるのでは救済できない場合が「重大な損害を生ずるおそれがある場合」に該当する。

③ 消極要件→補充性

損害を避けるために他に適当な方法があるとき（[行訴法37条の4第1項ただし書](#)）。

同じく補充性を訴訟要件としている非申請型義務付け訴訟と異なり、ただし書すなわち消極要件として規定されている点に注意する必要がある。すなわち、損害の重大性の要件が満たされるならば訴訟要件は充足し、一般的に差止訴訟による救済の必要性は認められるのであり、例外を認めるには相応の根拠が必要となる。

4 ……本案要件

- ① 当該行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること。
- ② 当該行政庁がその処分をすることがその裁量権の範囲を超えもしくはその濫用となること。

＊①と②は選択的である。差止訴訟は原告が有している諸権利の侵害を防止するために処分がされる前に当該処分の禁止を求める訴訟であることからすれば、侵害処分にあつては、被告が当該処分の適法性を基礎付ける事実の立証責任を負うことになる³⁶⁾。

5 ……違法性の判断基準時

差止訴訟も義務付け訴訟と同様に、裁判所が行政庁による処分が未だ行われていない段階で差止めの対象となる処分の要件の存否を判断すべき訴訟類型であることから、違法性判断基準時は、事実審の口頭弁論終結時と解される³⁷⁾。

1 ……意 義

当事者訴訟とは、行政庁による公権力の行使にあたる行為を争うのではなく、公法上の法律関係を対象に争う場合の訴訟類型をいう（[行訴法4条](#)）。

当事者訴訟の類型としては、[行訴法4条前段](#)で定める形式的当事者訴訟と同条後段で定める実質的当事者訴訟とがある。平成16年改正では、当事者訴訟の例として「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が明示され、公法上の当事者訴訟の活用が説かれた。

2 ……形式的当事者訴訟

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訴訟を形式的当事者訴訟という（[行訴法4条前段](#)）。

処分・裁決の効力を争うという点では抗告訴訟としての実質をもつが、法令の規定により当事者訴訟の形式をとる訴訟類型である。これは、法が、処分・裁決を争うよりも、直接利害関係のある当事者間で争った方が適切と考えられる場合に、立法政策上、抗告訴訟としてではなく当事者訴訟としたものである。

形式的当事者訴訟の例としては、[土地収用法133条](#)による損失補償額に関する訴訟がある。この訴訟は、収用裁決の内容に対する不服の訴訟であるという点では抗告訴訟としての実質を有するが、法の規定により、行政主体を被告とせずに、土地所有者と起業者といった当事者間で損失補償の額の増減を争うこととされた。[土地収用法133条](#)のほかに、[著作権法72条](#)（補償金額についての訴え）、[特許法183条1項・184条](#)（対価額についての訴え）、[道路運送法69条6項・7項](#)（土地立入・使用に関する補償についての訴え）などがある。

3 ……実質的当事者訴訟

（１）概要

実質的当事者訴訟は、訴訟物が「公法上の法律関係」であることから民事訴訟と区別されるが、行政事件訴訟法は特別な訴訟類型を規定していないことから、民事訴訟にいう給付訴訟・確認訴訟の例に倣うことになる。

（２）公法上の確認訴訟

㉞ 処分性が認められない行政活動に対して、行政訴訟の可能性を求める訴訟類型である。平成16年改正において、4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が新たに例示され、当事者訴訟の活用が説かれたところであるが、同改正前においても当事者訴訟としての確認訴訟が提起できたことは明らかであることからすれば、改正法は確認訴訟を新設する趣旨ではなく、国民の権利利益の実効的救済のために活用すべきであるとの考えを注意的に明らかにしたものというべきである³⁸⁾。

㉟ 当事者訴訟としての確認訴訟は、「確認の利益」が認められないと提起することはできないが、同訴訟に関する条文は簡略であるために、民事訴訟における確認の利益が参考になる³⁹⁾。

確認の利益は次のような視点に基づく審査が重要である。ただし、平成16年改正において国民の権利利益の実効的救済をはかる意図から当事者訴訟の活用が説かれていることからすれば、確認の利益を厳格に解しすぎると確認訴訟の活用による救済をはかることが困難となることから、いずれの審査も実効的救済の見地から柔軟に解釈すべきである。

① 即時確定の利益（紛争の成熟性）

現時点において確認を求める必要性つまり原告の権利利益の実効的救済をはかる必要性があるかという審査である。

② 確認対象選択の適切性

確認対象は性質上無限に広がる可能性があることから、有効適切な紛争解決に資する対象が選択されているのかという審査が必要となる。

③ 方法選択の適切性（訴訟選択の補充性）

確認訴訟という訴訟を選択することが適切であるのか、他に適切な形成訴訟あるいは給付訴訟が利用可能であり、それによるべきではないかという審査である。

㊦ 確認訴訟に関する裁判例

① 在外邦人の選挙権に関する確認訴訟（最判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）

在外邦人らが、次回の衆議院小選挙区選挙および参議院選挙区選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を求めた訴えについて、選挙権の権利としての重要性にがんがみて、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ものであると認めた。

② 国籍法違憲訴訟判決（最判平成20・6・4民集62巻6号1367頁）

原告が日本国籍を有することの確認を求める実質的当事者訴訟として提起していたところ、国籍法3条1項が、認知されただけの子と準正（父母の婚姻およびその認知により嫡出子たる身分を取得すること）のあった子との間に国籍取得に関する区別を生じさせていることが憲法14条1項に違反するして、原告の請求を認容した判決。

㊧ 活用例

① 行政指導について

行政指導は非権力的行政活動として、従来の判例によれば、処分性は否定される。しかし、これを行政指導の違法確認訴訟、あるいは行政指導によって一定の義務を負わないことを確認訴訟により争うことができれば、権利利益の実効的な救済手段となる。

② 通達について

通達とは、上級行政機関が下級行政機関に対して発する命令であり、従来の判例によれば、行政機関内部の行為であり、処分性が否定される。しかし、これを通達の違法確認訴訟あるいは通達の違法・無効を前提として、通達が規定する義務を負わないことを確認訴訟において争うことができれば、これも権利利益の実効的な救済手段となる。

1 ……執行停止

（１）意義

処分取消訴訟が提起されても、執行不停止原則（[行訴法25条1項](#)）があるために、当該処分の効力は有効と扱われ、行政過程も進行する。これは、行政の安定性確保と濫訴の予防のために規定されたものである。しかしながら、取消訴訟の原告についても、当該処分が有効と扱われることで損害を被る可能性もある。そこで、法は、原告について一定の要件を満たした場合に執行停止を認める制度を規定した。これが「執行停止」である（[行訴法25条2項](#)）。

（２）執行停止の対象

執行停止の対象は、①処分の効力、②処分の執行または③手続の続行の停止という３種類がある（[同条2項本文](#)）。ただし、①については、②または③によって目的を達することができる場合にはすることができない（[同項ただし書](#)）。

（３）執行停止の要件

① 積極要件

- i）本案訴訟の係属
- ii）重大な損害を避けるため緊急の必要があること

裁判所は、重大な損害を判断するにあたっては、「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内容及び性質をも勘案するものとする」との解釈指針がある（[同条3項](#)）。

平成16年改正前は「回復困難な損害」とされていたところ、要件の解釈・運用が厳格すぎるとの批判を受けて、同改正によって要件が緩和された。

② 消極要件

- i）公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき
- ii）本案について理由がないとみえるとき

（４）主張疎明責任

[（3）①](#)積極要件については、申立人が主張・疎明すべき事項であり、②消極要件は相手方において主張・疎明すべき事項である（[行訴法25条5項](#)）[40\)](#)。

なお、疎明とは、相当程度の蓋然性が認められれば、ある事項を裁判所が認定できるものとする概念であり、高度の蓋然性についての確信にまで至ることを要する「証明」よりも緩やかなものである[41\)](#)。そのため、即時に取り調べることのできる証拠によってしなければならない（[行訴法7条](#)、[民訴法188条](#)）。

（５）内閣総理大臣の異議

内閣総理大臣は執行停止の申立て・執行停止の決定に対し異議を述べることを認め、裁判所の執行停止に対する強力な対抗手段を認めている（[行訴法27条](#)）。しかし、この異議制度については行政権が司法権を侵すものであるとして違憲とする見解が有力である。

2 ……仮の義務付け

(1) 意義

仮の義務付けとは、義務付け訴訟が提起された場合において、本案判決が下されるまで、暫定的に本案で求められた義務の履行を行政に行わせるものである（[行訴法37条の5第1項](#)）。平成16年改正前までは、仮の救済手段としては執行停止制度のみであった。そして、執行停止制度は申請拒否処分に対する取消訴訟においては有効手段ではなく、また不作為違法確認訴訟においては準用されていなかった。そのため有効な仮の救済手段を欠く状態であったところ、同改正によって仮の義務付け申立制度が制度化されるに至った。

(2) 申立要件

- ① 義務付け訴訟の提起
 - ② 償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるとき（[行訴法37条の5第1項](#)）
- 義務付けの訴えにかかる処分がされないことによって被る損害が、原状回復ないし金銭賠償による補填が不能であるか、または社会通念上相当に困難であるとみられる程度に達していて、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性がある場合（東京地判平成18・1・25判時1931号10頁）。本案判決の前に本案における認容判決と同じ内容を暫定的に実現するものであることから、本案訴訟における「重大な損害」の要件に比べて厳格である。

- ③ 本案について理由があるとみえるとき（[同項](#)）
- 執行停止の要件とは異なり、積極要件である。したがって、主張・疎明責任は申立人にある⁴²⁾。
- ④ 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと（[同条3項](#)）消極要件なので、相手方において主張・疎明責任がある⁴³⁾

(3) 裁判例

- ① 東京地決平成18・1・25判時1931号10頁

【事 案】

東大和市に居住する申立人の長女Aは、気管支切開手術を受けた後、カニューレを装着していた。申立人は相手方である東大和市が設置運営する普通保育園への入園申込みをしたが、同市福祉事務所長は不承諾処分をした。これに対し、申立人は、不承諾処分は違法であり、長女Aの普通保育園への入園を仮に承諾することを求めた事案。

【決定の概要】

子どもにとって、幼児期は、その健康かつ安全な生活のために必要な習慣を身につけたり、自主的、自律的な精神をはぐくんだり、集団生活を経験することによって社会生活をしていく上での素養を身につけたりするなどの重要な時期であり、長女Aが保育園に入園して保育を受ける機会を喪失するという損害は、その性質上、原状回復ないし金銭賠償による填補が不能な損害であるというべきである。

長女Aについて格別の配慮を要するとしても、その程度に照らし、普通保育園での保育が可能であると認めるべきである。

そうすると、長女Aの普通保育園での適切な保育が困難であって、「やむを得ない事由」があると判断した同市福祉事務所長の判断は、裁量の範囲を超えまたはその濫用となるものというべきである。

以上の理由により仮の義務付けの申立てを認容した。

- ② 岡山地決平成19・10・15判時1994号26頁

【事 案】

申立人が岡山市の設置した公の施設である岡山シンフォニーホール（以下「本件ホール」という）の使用許可を申請したのに対し、本件ホールの指定管理者である相手方が不許可処分をしたため、申立人が相手方に対し仮に本件ホールの使用許可処分を義務付けるよう申し立てた事案。

【決定の概要】

本件公演が実施できなくなることによって被る申立人の損害は、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価されるということができるから、申立人に生じる損害は、[行訴法37条の5第1項](#)所定の「その義務付けの訴えに係る処分がされないことにより生ずる償うことのできない損害」に当たると認めるのが相当である。

本件公演が実施された場合に、警察の適切な警備によってもなお混乱を防止することができない事態が生ずることが客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されるものとは認め難く、本件申立ては、本案について理由があるとみえるときにあたる。

本件公演を実施しても警察の適切な警備等によって防止することができないような混乱が生ずるものとは認め難い以上、本件申立てを認容することによって公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとはいえない。

以上の理由により仮の義務付けの申立てを認容した。

3 ……仮の差止め

(1) 意義

仮の差止めとは、差止訴訟が提起された場合において、本案判決が下されるまで、仮の救済措置として処分を下さないように命じるものである（[行訴法37条の5第1項](#)）。すなわち、差止訴訟が争われている場合に、行政庁が処分を発令すれば、原告は訴えの利益が消滅し、敗訴に追い込まれることになる。そこで、原告が訴えの利益の消滅を心配することなく差止め訴訟を争うための仮の救済措置として仮の差止めが平成16年改正により制度化されるに至った（[行訴法37条の5第1項](#)）。

(2) 申立要件

- ① 差止訴訟の提起
 - ② 償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるとき（[行訴法37条の5第1項](#)）
- 差止訴訟にかかる処分がされることによって被る損害が、原状回復ないし金銭賠償による補填が不能であるか、または社会通念上相当に困難であるとみられる程度に達していて、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性がある場合である。
- ③ 本案について理由があるとみえるとき（[同項](#)）
- 執行停止の要件とは異なり、積極要件である。したがって、主張・疎明責任は申立人にある[44\)](#)。
- ④ 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと（[同条3項](#)）消極要件なので、相手方において主張・疎明責任を負う[45\)](#)。

(3) 裁判例

広島地決平成20・2・29判時2045号98頁

【事 案】

広島県福山市の鞆の浦のある鞆地区の住民らが、広島県および福山市からの公有水面埋立免許付与申請に対して、広島県知事が[公有水面埋立法2条](#)に基づき免許を付与することは違法な処分であるとして、埋立免許付与処分の仮の差止めを求めた事案。

【決定の概要】

申立人らのうち、慣習排水者および景観利益を有する者については、申立人適格を認めた。他方、慣習排水権については、本件埋立が着工されても直ちに排水が不可能になり生活に多大の支障を生ずることになるなどの緊急の必要性は認められないとし、また、景観利益については一度破壊されることにより原状回復することが著しく困難であることには理解を示しつつも、本件埋立免許処分がされた場合、差止訴訟を取消訴訟に変更するとともに執行停止の申立てをすることが可能であるから、緊急の必要性があるとはいえないとして、本件申立てを却下した。

なお、本案である差止訴訟においては、景観利益については、本件埋立免許がされることにより重大な損害を生ずるおそれがあると認め、「損害を避けるため他に適当な方法がある」とはいえないとして、請求を認容した（広島地判平成21・10・1判時2060号3頁）。

[1\)](#) 原田尚彦『行政法要論 全訂第7版補訂2版』（学陽書房、2012年）350頁。

[2\)](#) 塩野 宏『行政法Ⅱ—行政救済法第5版補訂版』（有斐閣、2013年）78頁。

[3\)](#) 西川知一郎『行政関係訴訟』（青林書院、2009年）2頁。

[4\)](#) ごみ焼却場は、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであり、仮に右設置行為によって原告らが所論の如き不利益を被ることがあるとしても、「行政庁の処分」にはあたらない。と判示した。

[5\)](#) 櫻井敬子・橋本博之『行政法第5版』（弘文堂、2016年）267頁。

[6\)](#) 最判平成20・9・10民集62巻8号2029頁は、土地区画整理事業計画に関して、それまでの「青写真判決」（最判昭和41・2・23民集20巻2号271頁）を変更して、処分性を認めた。

[7\)](#) 最判平成17・7・15民集59巻6号1661頁。医療法30条の7に基づく県知事からの病院開設中止勧告について処分性を肯定。

[8\)](#) 最判平成17・4・14民集59巻3号491頁。登録免許税還付通知拒絶通知について処分性を肯定。

[9\)](#) 櫻井・橋本・前掲280頁。

[10\)](#) 塩野・前掲123頁。

[11\)](#) 主婦連ジュース不当表示事件（最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁）以来、判例の立場は「法律上保護された利益」である。

[12\)](#) 平成16年改正前からも「法律上保護された利益説」に立ちながら、原告適格について柔軟に解釈して肯定した判例（最判平成元・2・17民集43巻2号56頁、最判平成4・9・22民集46巻6号571頁）もある。

[13\)](#) テレビジョン放送局の開設に関する予備免許について、競願関係にある場合には、免許拒否処分と免許付与とは表裏の関係にあるから、拒否処分と免許付与処分いずれについても訴えの利益を否定するものではないと判示（最判昭和43・12・24民集22巻13号3254頁）。

[14\)](#) 第三者の原告適格に関する解釈については、橋本博之『行政法解釈の基礎』（日本評論社、2013年）109頁が詳しい。

[15\)](#) 塩野・前掲89頁。

[16\)](#) 司法研修所『民事訴訟における要件事実第一巻』（法曹会、1985年）2頁。

[17\)](#) 伊藤眞『民事訴訟法第4版補訂版』（有斐閣、2014年）360頁。

[18\)](#) 西川・前掲113頁。

[19\)](#) 塩野・前掲172頁。

[20\)](#) 塩野・前掲214頁。

[21\)](#) 塩野・前掲216頁。

[22\)](#) 塩野・前掲218頁。

[23\)](#) 民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、無効確認訴訟が、行訴法36条所定の要件を欠くことの根拠とはなり得ないと判示し、紛争の直接かつ本格的な解決のために最も適切かつ必要と認められるかという視点から柔軟に解している。

[24\)](#) 櫻井・橋本・前掲93頁。

[25\)](#) 櫻井・橋本・前掲94頁。

[26\)](#) 塩野・前掲231頁。

[27\)](#) 西川・前掲110頁。同書によれば、義務付け訴訟および差止訴訟の訴訟物については新設された訴訟であり立法経緯からしても必ずしも明らかでないとしている。

[28\)](#) 塩野・前掲237頁。

[29\)](#) 西川・前掲119頁。

[30\)](#) 西川・前掲128頁。

[31\)](#) 西川・前掲119頁。

[32\)](#) 西川・前掲119頁。

[33\)](#) 県立高校教諭らが、勤務評定書の記入をしなかった場合に懲戒処分などの不利益処分を受けることをあらかじめ防ぐために提起した訴訟。

[34\)](#) 河原の土地所有者が、河川管理者に対して、当該土地につき河川法に基づく処分等をしてはならない義務があることの確認等を求めて提訴した訴訟。

[35\)](#) 西川・前掲119頁。

[36\)](#) 西川・前掲119頁。

[37\)](#) 西川・前掲128頁。

[38\)](#) 櫻井・橋本・前掲353頁。

[39\)](#) 伊藤眞・前掲175頁。給付訴訟の場合には、実体法上の給付請求権が訴訟物になるので、通常は権利保護の資格が問題となることはない。これに対して、確認訴訟においては、確認の対象となりうるものは論理的には無限定にあるので、まず、権利保護の資格の有無を法律上の争訟性に照らして判断し、次に権利保護の利益の有無を判断する必要がある。

[40\)](#) 西川・前掲196頁。

[41\)](#) 伊藤眞・前掲333頁。

[42\)](#) 西川・前掲202頁。

[43\)](#) 西川・前掲202頁。

[44\)](#) 西川・前掲202頁。

[45\)](#) 西川・前掲202頁。

各論

道路運送法

道路運送車両法

都市計画法

廃棄物処理法

建設業法

出入国管理及び難民認定法

農地関係法

風営法



第1章

道路運送法



道路運送法

昭和26年6月1日法律183号

山下清兵衛

道路運送法は、旅客自動車であるバスやタクシー等の運送事業や、有料道路等の自動車道路事業に関する業法である。下位規範として、道路運送法施行規則、旅客自動車運送事業運輸規則がある。

1 ◆道路運送法の趣旨・目的および組織

1－1 道路運送法の歴史

旧道路運送法の不備欠陥を是正して、道路運送事業の適正な運営と、公正な競争を確保するとともに、道路運送の秩序を確立して、道路運送の総合的な発達をはかる目的をもって、**1951（昭和26）**年に道路運送法が制定された。その後、何度も改正を重ね現在に至る。主要な改正は以下の通り。

1953（昭和28）年 一般貸切旅客自動車運送事業、貨物自動車運送事業および特定自動車運送事業について、幅運賃制度が導入された。

1960（昭和35）年 自動車運送事業者に対し、運行管理者の選任が義務付けられた。

1986（昭和61）年 国鉄民営化に伴い、国営自動車運送事業に関する規定が削除された。

1989（平成元）年 物流二法（貨物運送取扱事業法、貨物自動車運送事業法）の成立に伴い、自動車運送取扱事業及び貨物自動車運送事業に関する規定を本法から独立させた。

1999（平成11）年 一般貸切旅客自動車運送事業が免許制から許可制に変更された。

2000（平成12）年 一般乗合旅客自動車運送事業及び一般乗用旅客自動車運送事業が許可制とされるとともに、一般貸切旅客自動車運送事業の運賃について届出制に変更された。

2006（平成18）年 自家用自動車による有償旅客運送制度が創設された。

1－2 道路運送法の趣旨・目的（1条）

道路運送法の目的は1条に掲げられており、以下の3点である。

- ① 道路運送事業運営の適正化・合理化
- ② 道路運送利用者の利益保護及び利便の増進
- ③ 道路運送の総合的発達

同法は、タクシーやバスなどの旅客自動車運送事業や有料道路などの自動車道路事業について定める。

1－3 道路運送行政の組織

（１）国土交通省

道路運送行政は、国土交通省の所轄であり、同省は道路運送法の委任を受けて国土交通省令を定める。道路運送法上、国土交通省の長たる国土交通大臣が、道路運送法上の許可や業務停止命令等の行政行為を行う。

（２）運輸審議会

国土交通省設置法6条に基づいて設置されている。運輸審議会は、「同審議会に諮ることを要する事項のうち国土交通大臣の行う処分等に係るものを処理する」（同法15条1項）とされている。

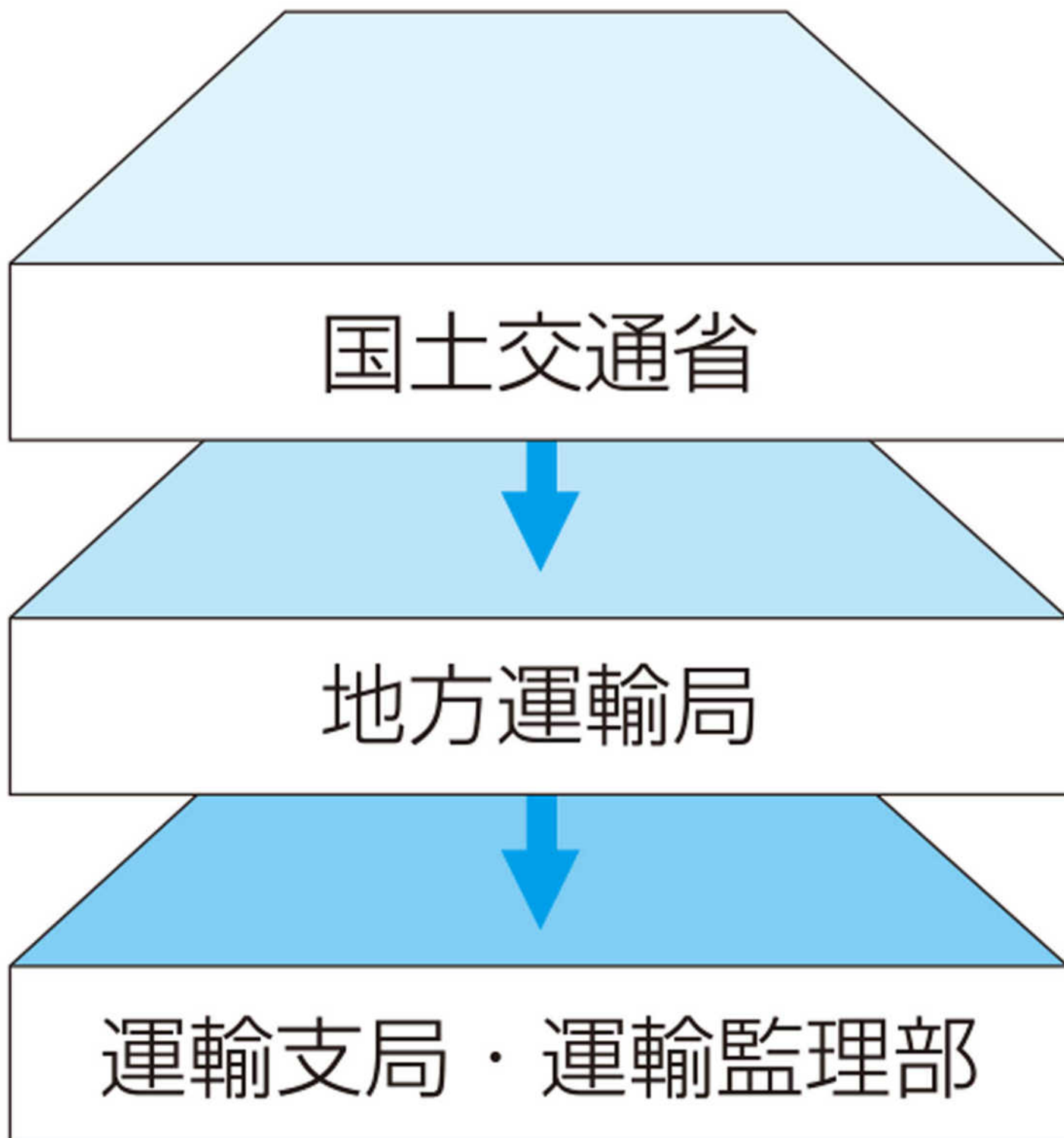
（３）地方運輸局・運輸監理部・運輸支局

道路運送法施行令は、国土交通大臣の各種権限を地方運輸局長、運輸監理部長または運輸支局長に委任している。

国土交通省の地方支分部局である地方運輸局（北海道、東北、関東、北陸信越、中部、近畿、中国、四国、九州の9つ、沖縄は例外、沖縄総合事務局運輸部）が、全国の運輸・交通関係の行政事務を分掌している。地方運輸局の下部組織として運輸支局がある。

運輸監理部（神戸運輸監理部の1つしか存在しない）は、陸運行政に関しては、運輸支局と同列の、地方運輸局の下部組織である。（海自行政については地方運輸局と同列の組織である）

陸運行政に関する各組織の上下関係は、以下のように図示できる。



2 ◆道路運送法全体の法の仕組み（構造）

2－1 道路運送法の規制対象

（１）旅客自動車運送事業（４条）

「旅客自動車運送事業」とは、乗合バス（高速バス・定期観光バス）事業などで、他人の需要に応じ、有償で、自動車を使用して旅客を運送する事業をいう（２条3項）。一般旅客自動車運送事業を行うには、国土交通大臣の許可が必要となる（４条）。

旅客自動車運送事業は、一般旅客自動車運送事業と特定旅客自動車運送事業にわかれており（３条1項・同条2項）、一般旅客自動車運送事業はさらに一般乗合旅客自動車運送事業・一般貸切旅客自動車運送事業・一般乗用旅客自動車運送事業の3つに分類される（３条1項各号）。

（２）一般乗合旅客自動車運送事業

「一般乗合旅客自動車運送事業」とは、乗合旅客を運送する一般旅客自動車運送事業をいう（３条1項イ）。一般乗合旅客自動車運送事業者は、原則として、旅客の運賃および料金の上限を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも同様である（９条）。

運賃及び料金認可申請の却下処分を巡る行政事業がいくつか存在する。

（３）一般貸切旅客自動車運送事業

「一般貸切旅客自動車運送事業」とは、貸切バスやツアーバス事業で、一個の契約により国土交通省令で定める乗車定員以上の自動車を貸し切って旅客を運送する一般旅客自動車運送事業をいう（３条1項ロ）。一般貸切旅客自動車運送事業者は、旅客の運賃および料金を定め、あらかじめ、国土交通大臣に届け出なければならない。これを変更しようとするときも同様とする（９条の2第1項）。

（４）一般乗用旅客自動車運送事業

「一般乗用旅客自動車運送事業」とは、タクシー・ハイヤー事業で、一個の契約により3条1項口の国土交通省令で定める乗車定員未満の自動車を貸し切って旅客を運送する一般旅客自動車運送事業をいう（３条1項ハ）。一般乗用旅客自動車運送事業者は、旅客の運賃および料金（旅客の利益に及ぼす影響が比較的小さいものとして国土交通省令で定める料金を除く）を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも同様となる（９条の3）。

（５）特定旅客自動車運送事業

「特定旅客自動車運送事業」とは、特定の事業所・教育機関などの通勤用または通学用自動車の運送事業のことで、特定の者の需要に応じ、一定の範囲の旅客を運送する旅客自動車運送事業（３条1項ニ）をいう。特定旅客自動車運送事業を経営しようとする者は、国土交通大臣の許可を受けなければならない（43条）。

（６）貨物自動車運送事業（現在は道路運送法範囲外）

「貨物自動車運送事業」とは、貨物自動車運送事業法による貨物自動車運送事業をいう（２条4項）。制定当初、貨物自動車運送事業は道路運送法に規定されていたが、1989（平成元）年、貨物自動車運送法に分離されている。

（７）自動車道事業の免許

「自動車道事業」とは、一般自動車道をもつばら自動車の交通の用に供する事業をいう（２条5項）。自動車道事業を経営しようとする者は、国土交通大臣の免許を受けなければならない（47条1項）。

（８）自家用有償旅客運送（78条）

「自家用有償旅客運送」とは、自家用自動車を、有償で運送の用に供することであるが、これは原則として禁止されている。しかし、その例外が78条各号に掲げられている。

2－2 道路運送法の規制にかかる行政の行為（活動）形式

（１）許可

許可が必要とされるもののうち、主要なものを以下にあげる。

- ① 一般自動車運送事業（[4条1項](#)）
- ② 一般旅客自動車運送事業の管理の委託及び受託（[35条1項](#)）
- ③ 自動車道事業の管理の委託及び受託（[70条の2](#)）
- ④ 自動車道事業の全部又は一部を休止、又は廃止（[70条の3](#)）

（２）認可

認可が必要とされるもののうち、主要なものを以下にあげる。

- ① 一般乗合旅客自動車運送事業の旅客の運賃及び料金の上限の決定又は変更（[9条1項](#)）
- ② 一般乗用旅客自動車運送事業の旅客の運賃及び料金の上限の決定又は変更（[9条の3第1項](#)）
- ③ 一般旅客自動車運送の約款の決定又は変更（[11条1項](#)）
- ④ 一般旅客自動車運送事業の変更（[15条1項](#)）
- ⑤ 一般旅客自動車運送事業の譲渡及び譲受（[36条1項](#)）
- ⑥ 一般旅客自動車運送事業者たる法人の合併及び分割（[36条2項](#)）
- ⑦ 自動車道事業の工事方法の変更（[54条1項](#)）
- ⑧ 一般自動車道の使用料金の決定又は変更（[61条1項](#)）
- ⑨ 自動車道事業計画の変更（[66条1項](#)）

（３）免許

自動車道事業を営もうとする者は、国土交通大臣の免許を受けなければならない（[47条1項](#)）。

（４）処分

㍑ 許認可

国土交通大臣は、道路運送法の定めるところにより、上述した事業等について許認可の権限が付与されている。

㍒ 命令

国土交通大臣は、道路運送法の定めるところにより、事業者に対して命令をすることができる。主要な命令は以下の通りである。

- ① 運賃又は料金の変更命令（[9条6項](#)）
- ② 安全管理規程是正命令（[22条の2第3項](#)）
- ③ 公衆の利便を阻害する行為の停止・変更命令（[30条4項](#)）
- ④ 事業改善命令（[31条](#)、[70条](#)）
- ⑤ 工事方法変更命令（[55条](#)）
- ⑥ 構造若しくは設備の変更又は設備の共用の命令（[73条2項](#)）
- ⑦ 輸送の安全及び旅客の利便の確保に関する命令（[27条](#)、[79条の9第2項](#)）

㍓ 取消し（[40条](#)、[79条の12](#)）

国土交通大臣は、道路運送法の定めるところにより、許可や指定等の取消しを行う権限が付与されている。許可の取消し（[40条](#)）がその代表例である。

3 ◆道路運送法の行政手続

3-1 申請から許可までの流れ

一般旅客自動車運送の許可と自動車道事業の免許の申請からの流れを例にとる。

（１）一般旅客自動車運送事業

① 申請

一般旅客自動車運送事業の許可を受けようとする者は、法定事項を記載した申請書を国土交通大臣に提出する（[5条](#)）。

② 審査

国土交通大臣は、許可基準に適合するかどうかを審査する（[6条](#)）。

③ 許可

国土交通大臣は、申請が許可基準に適合し、欠格事由（[7条](#)）に該当しない場合は、許可をなす。

（２）自動車道事業

① 申請

自動車道事業の免許を受けようとする者は、法定事項を記載した申請書を国土交通大臣に提出する（[48条](#)）。

② 審査

国土交通大臣は、申請書を受理したときは、その申請が免許基準に適合するかどうかを審査する（[49条1項](#)）。

③ 免許

国土交通大臣は、申請が免許基準に適合していると認めたときは、法定の除外事由がある場合を除いて、自動車道事業の免許をしなければならない（[49条2項](#)）。

3－2 不服申立手続

不許可処分や免許付与処分に不服がある場合、道路運送法には特別の不服申立手続は規定されておらず、行政不服審査法に基づき不服申立てをすることになる。すなわち、処分があったことを知った日の翌日から起算して3カ月以内に国土交通大臣に対し審査請求をすることができる（[行審法18条1項](#)）。

また、認証取消処分の取消しを求める行政訴訟を提起することも可能で、取消処分を知った日の翌日から6カ月以内に、国を被告として処分取消しの訴えを提起することができる（[行訴法14条1項](#)）。

4 ◆ 審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

運賃・料金の認可に関する行政訴訟が多い。

【事 案】

バス会社である上告人が、一般旅客自動車運送事業の免許を申請したところ、被上告人運輸大臣が[道路運送法6条1項1号および5号](#)に適合しないとの理由で却下処分をしたため、その取消しを求めた事案の上告審。上告人に主張立証の機会を与えるにつき公聴会審理が必ずしも十分でないところがあったが、「上告人において、運輸審議会の認定判断を左右するに足る意見及び資料を追加提出し得る可能性があったとは認め難いのである。してみると、右のような事情のもとにおいて、本件免許申請についての運輸審議会の審理手続における上記のごとき不備は、……公聴会審理を要求する法の趣旨に違背する重大な違法とするには足りず、右審理の結果に基づく運輸審議会の決定（答申）自体に瑕疵があるということはできないから、右諮問を経てなされた運輸大臣の本件処分を違法として取り消す理由とはならない」などと判断して、上告を棄却した事案。

【判決の概要】

一般乗合旅客自動車運送事業の免許に関し諮問を受けた運輸審議会の公聴会の審理手続において、申請者に申請計画の問題点につき主張・立証の機会を十分に与えなかったという瑕疵がある場合でも、仮に運輸審議会がこのような機会を与えたとしても申請者において運輸審議会の認定判断を左右するに足りる資料および意見を提出し得る可能性があったとは認め難い事情があるときは、右瑕疵は、同審査会の諮問を経てされた運輸大臣の免許の拒否処分を違法として取り消す事由とはならない。

【法的問題点】

本判決は、処分の効果に影響を与える手続的瑕疵が諮問手続にある場合には行政処分の取り消し事由になるとの考え方を示した。審議会の審理手続が適正な手続であったかどうかの問題とされたケースである。

【事 案】

申立人が、[道路運送法9条の3第1項](#)等に基づき、運賃据置および料金設定認可申請をしたところ、運輸局長は申請を却下する処分を行った。そこで本件処分の取消しを求めた事案において、裁判所は「申立人が処分行政庁に提出した計算書は、申立人の平年度（平成23年度）における収支を予測するための合理的な資料であると認められるところ、これによれば、申立人の平年度における収支率は113.8xパーセントとなっているのであるから、申立人が申請した運賃は、[（道路運送）法9条の3第2項1号](#)の『能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものであること』に適合するものであると一応認められる」と判断し、申立てを一部認容した事案。

【判決の概要】

道路運送法上の一般乗用旅客自動車運送事業者の運賃据置認可申請について、申請にかかる原価および収入の算定方法が行政機関が定めた審査基準所定の方法によらない場合であっても、その方法が合理的であり、かつ、認可を求める運賃が同法上の認可基準に適合するときは、行政庁はその申請に対し、仮に認可しなければならない。

【法的問題点】

審査基準は、絶対のものではなく、他の原価算定方法が合理的であれば、それに従うことができるとした判決で、審査基準は裁判所を拘束しないことを示したといえる。

【事 案】

原告が中部運輸局長に対して無償旅客自動車運送事業経営届出をしたが、同届出は不受理として返付された。そこで原告がその取消しを求めた抗告訴訟において、（改正前の）[道路運送法44条1項](#)に基づく届出は、「行政手続法37条所定の時期、すなわち、提出先期間の事務所への到達時に効力を生ずると解すべきであり、提出先機関によって当該届出が受理されるか否かはその効力の発生に影響を及ぼさない」とすべきであり、提出から「7日後になされた被告による届出書の返付行為は単なる事実上の行為にすぎず、原告の権利ないし法律上の地位に何ら影響を及ぼさないから、取消訴訟の対象となる処分その他公権力の行使にあたる行為に該当しない」として、訴えを却下した事案。

【判決の概要】

運輸局長がなした無償旅客自動車運送事業経営届出を受理しない行為（届出書等の返付）の取消しを求める訴えにつき、改正前[道路運送法44条1項](#)に基づく前記届出は、改正前[同法施行規則34条](#)の定める形式上の要件に適合するものである限り、提出先機関の事務所への到達時に効力を生ずると解すべきである。提出先機関によって当該届出が受理されるか否かは前記効力の発生に影響を及ぼさないというべきであるところ、前記届出書は改正前[施行規則34条](#)の定める形式上の要件に適合するものであるから、前記届出書が運輸局長の事務所に提出された日にその効力を生じる。その後の運輸局長による届出書の返付行為は、単なる事実上の行為にすぎず、申請人の権利ないし法律上の地位に何ら影響を及ぼさないというべきである。したがって取消訴訟の対象となる処分その他の公権力の行使に該当しないので訴えは不適法である。

【法的問題点】

届出書は、行政機関の事務所に到達した時に効力が生じるのであり、行政庁は、その後遅滞なく審査を開始しなければならない（[行手法7条](#)）。

【事 案】

タクシー運賃値下げ訴訟に関して、運賃変更認可につき、私人の営業の自由の規制であることを1つの理由に、法規裁量（羈束裁量）の性質を有するとし、右認可の基準を定める道路運送法8条2項が同一地域同一運賃の原則を定めたものではなく、この基準に該当するか否かの審理を十分に行わないまま同一地域同一運賃の原則に反することを理由とした運賃値下げ却下処分を違法とした事例。

【判決の概要】

「（道路運送）法8条に基づくタクシー運賃変更の認可又は不認可（却下）の処分は、……法規裁量行為と解すべきであるが、仮に自由裁量に属する部分があるとしても、……、本件申請を却下した本件却下処分は、その裁量の範囲を著しく逸脱したものであつて、違法なものというべきであるから、結局、取消を免がれないものというべきである」と判断し、同一の運賃適用地域内においては異なる運賃の存在を認めないといういわゆる同一地域同一運賃の原則に反することを理由として、運輸局長のなした却下処分が、裁量の範囲を著しく逸脱し、違法であるとして、処分を取り消した。

【法的問題点】

道路運送法8条は削除済み、現在は9条の3について妥当する判例といえよう。

【事 案】

個人タクシー事業を営む原告が、運輸局長に対し、初乗運賃の値下げなどを内容とするタクシー事業にかかる旅客の運賃および料金の変更認可申請をした。しかし、同局長から[道路運送法9条の3第2項3号](#)の基準に適合しないとして同申請を却下する旨の処分を受けた。それに伴い、同却下処分の取消し等を求めた裁判（A事件）では、[行政事件訴訟法37条の3第6項前段](#)に基づき、上記却下処分の取消しを求める訴えについてのみ認容する終局判決がなされた。そこで、同局長が、再度、同申請を却下する旨の処分を行ったため、同却下処分の取消しを求めるとともに、[国家賠償法1条1項](#)に基づく慰謝料の支払いを求めて、A事件の義務付けの訴えに追加的に併合提起した事案の控訴審は、本件再却下処分の適否を判断するための基準時は、本件再却下処分がなされた日であり、同日時点における法状態と事実状態によって本件再却下処分の適法、違法を判断することになるが、同日時点における事実関係を立証するために、当該処分後の事実を事情（間接事実）として認定し、当該処分後の事実の存在によって同日時点における事実の存在を推認することはできるところ、本件認定事実によれば、本件再却下処分は適法であると判断された事例。

【判決の概要】

タクシー運賃および料金の値下げ変更申請が[道路運送法9条の3第2項3号](#)の基準に適合しないとして却下した行政処分が判決により取り消された場合に、その理由となっていた事実認定および法律判断のうち、[行訴法33条](#)の拘束力により、申請された運賃が能率的な経営の下における適正な原価を下回るものであるか否か、事業者市場での位置付け、当該運賃を設定する意図等の事由ならびにその前提となる具体的な考慮事項を考慮した上で、[道路運送法9条の3第2項3号](#)の要件を充足しないと判断して、再却下処分を行ったことが違法となるか否かは、運輸局長が、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持つ判断として許容される限度を超えた不当なものであるかどうかの観点から、裁量権の範囲の逸脱または濫用の有無を判断するから、要件を充足しないとした運輸局長の判断が、十分首肯するに足りる場合には、裁量権の範囲の逸脱または濫用があるとは認められないとした。また、再却下処分の取消請求が棄却された場合には、取消請求と併合提起された、申請を認可することの義務付け請求は、[行訴法37条の3第1項2号](#)の訴訟要件を満たさず、不適法であるした。

【法的問題点】

「一般乗用旅客自動車運送事業に係る旅客の運賃及び料金」の変更認可基準の1つである[道路運送法9条の3第2項3号](#)の基準（他の一般旅客自動車運送業者との間に不当な競争を引き起こすこととなるおそれがないものであること）が、[行訴法37条の3第1項2号](#)の訴訟要件に該当するか否か、その適否判断における司法審査の方法が問われた。

5 ◆参考文献

・道路運送法令研究会編『Q & A 改正道路運送法の解説』（ぎょうせい、2006年）

第2章 道路運送車両法

道路運送車両法

昭和26年6月1日法律185号

山下清兵衛

道路運送車両法とは、自動車・原動機付自転車・軽車両について、所有権の公証、安全性の確保、公害の防止、整備等に関し規定した法律である。下位規範として、道路運送車両法施行令、道路運送車両法施行規則、道路運送車両の保安基準がある。

1 ◆道路運送車両法の趣旨・目的および組織

1－1 歴 史

戦前に制定された自動車取締法は、自動車保有台数の増加、交通事故の頻発などにより、「道路交通取締法」と「道路運送法」に分離した。当時、自動車の登録、検査、整備に関する規定は道路運送法の範囲内であった。

1947（昭和22）年、道路運送法が制定された直後、運輸省令として、「車輛規則」が制定された。車輛規則は、道路運送法とともに自動車整備産業を規定するものであり、1951年の道路運送車両法につながった。

1－2 道路運送車両法の趣旨・目的（1条）

道路運送車両法の目的は1条に掲げられており、以下の3点である。

- ① 所有権の存否を公に証明する制度を設けること
- ② 安全性の確保および公害の防止その他の環境の保全をはかること
- ③ 自動車整備についての技術の向上を図ること
- ④ 自動車整備事業の健全な発達に資すること

1－3 組 織

道路運送法の組織を参照。

- ① 国土交通省
- ② 地方運輸局・運輸監理部・運輸支局

2 ◆道路運送車両法全体の法の仕組み（構造）

2－1 道路運送車両法の規制対象

（１）自動車登録制度（第2章）

道路運送車両法は、第2章で、自動車（軽自動車、小型特殊自動車及び二輪の小型自動車を除く）の登録制度を規定している。自動車登録制度は、道路運送車両（自動車、原動機付自転車及び軽車両をいう）の使用実態把握と車両の同一性確認という行政上の目的と、所有権の得喪変更の対抗力付与という民事上の目的が併存している。

行政上の目的のため、自動車は、自動車登録ファイルに登録を受けたものでなければ、これを運行の用に供してはならない（4条）とされ、また民事上の目的のため、登録を受けた自動車の所有権の得喪は、登録を受けなければ、第三者に対抗することができない（5条1項）としている。

（２）道路運送車両の保安基準ならびに点検および整備（第3章、4章）

道路運送車両を常に保安基準に適合するよう維持していくためには、平素から車両の使用者により適切かつ規則的な点検と整備が行われる必要がある。

道路運送車両法は、道路運送車両の保安基準について車両区分ごとに第3章において規定し、保安基準を満たさない道路運送車両は、運行の用に供してはならないとする。

第4章では、使用者に自動車の保安基準適合維持義務を課し、保安基準適合性の確保を第一次的には使用者による自主的な点検と整備に委ねている。

（３）道路運送車両の検査等（第5章）

道路運送車両の保安管理は、第一次的には使用者の点検整備に委ねられている（第3章、第4章）が、これを補完する制度として、第5章に道路運送車両の検査制度が規定されている。検査制度は、使用者による点検整備義務が正しく果たされているか否かを国が後見的に確認するため、一定期間ごとに自動車の検査を行うものである。検査の結果、保安基準に適合することが確認された自動車には、自動車検証が交付される。58条1項は、「自動車は、この章に定めるところにより、国土交通大臣の行う検査を受け、有効な自動車検査証の交付を受けているものでなければ、これを運行の用に供してはならない」と定め、検査を受けて有効な自動車検査証の交付を受けることは、運行の要件であるとしている。

（４）自動車の整備事業（第6章）

道路運送車両法は、自動車の整備事業について第6章で規定している。

「自動車分解整備事業」とは、自動車（検査対象外軽自動車及び小型特殊自動車を除く）の分解整備を行う事業をいい、これを経営しようとする者は、自動車分解整備事業の種類および分解整備を行う事業場ごとに、地方運輸局長の認証を受けなければならない（78条）。

2－2 道路運送車両法の規制にかかる行政の行為（活動）形式

（１）登録

自動車登録ファイルへの登録としては、新規登録（7条）、変更登録（12条）、移転登録（13条）、永久抹消登録（15条）、輸出抹消登録（15条の2）、一時抹消登録（16条）および登録令に規定する更正登録（自動車登録令25条）、予告登録（自動車登録令34条）のほか、自動車抵当法其他法令に定めがある。

国土交通大臣は、申請を受けて、除外事由に該当する場合を除き、これらの情報を自動車登録ファイルに登録する。

（２）認可

認可が必要となるケースは全体的に少なく、軽自動車検査協会に関するものがほとんどである。主なものは以下の通りである。

- ① 自動車登録番号標の交付手数料（28条）
- ② 軽自動車検査協会の設立（76条の10）
- ③ 軽自動車検査協会の定款の変更（76条の2第項）
- ④ 軽自動車協会の役員の選任及び解任（76条の20）

（３）認証

先述した通り、自動車分解整備事業を営もうとする者は、地方運輸局長の認証が必要となる（78条）。地方運輸局長は、申請を受けて、法定の基準に適合するときは、自動車分解整備事業の認証をしなければならない（80条）。

（４）命令

国土交通大臣と地方運輸局長は、道路運送車両法の定めるところにより、下記命令を行うことができる。

① 整備命令

地方運輸局長は、当該自動車の使用者に対し、必要な整備を行うべきことを命ずることができる（54条1項）。

② 使用停止命令

地方運輸局長は、自動車の使用者が54条1項の規定による命令または指示に従わない場合において、当該自動車が保安基準に適合しない状態にあるときは、当該自動車の使用を停止することができる（54条2項）。

③ 改善命令

地方運輸局長は、自動車分解整備事業者に対し、その設備および従業員を基準に適合させるため、またはその業務の運営を改善するため必要な措置をとるべきことを命ずることができる（92条）。

④ 事業停止命令

地方運輸局長は、自動車分解整備事業者が、93条各号のいずれかに該当するときは、3カ月以内において期間を定めて事業の停止を命じることができる（93条）。

（５）取消し

① 認証の取消し

地方運輸局長は、自動車分解整備事業者が、93条各号のいずれかに該当するときは、事業停止命令だけでなく、認証を取り消すこともできる（93条）。

2－3 道路運送車両法の規制に関係するもう1つの法形式

道路運送車両法に基づく事務に関する手数料について、条例が多数制定されている。

3 ◆道路運送車両法の行政手続

3－1 申請からの流れ

（１）登録

登録については、行手法第2章（申請に対する処分）および第3章（不利益処分）の規定が除外されている（[36条の4](#)）。

新規登録を例にして申請から登録までの流れを以下に述べる。

新規登録を受けようとする場合には、その所有者は、国土交通大臣に対し、法定事項を記載した申請書に、譲渡証明書、輸入の事実を証明する書面または当該自動車の所有権を証明するに足るその他の書面を添えて提出し、かつ、当該自動車を提示しなければならない（[7条1項](#)）。

この申請は、新規検査の申請または[71条4項](#)の交付の申請と同時にしなければならない（[6項](#)）。

国土交通大臣は、申請書を受理したときは、除外事由に該当する場合を除き、新規登録をしなければならず（[9条](#)）、新規登録をしたときは、申請者に対し、登録事項を書面により通知しなければならない（[10条](#)）。

（２）自動車整備分解事業の認証

自動車分解整備事業の認証を受けようとする者は、法定事項を記載した申請書を地方運輸局長に提出する（[79条1項](#)）。申請を受けた地方運輸局長は、基準に適合するときは、自動車分解整備事業の認証をしなければならない（[80条1項](#)）。

3－2 不服申立手続

（１）登録についての不服申立て

登録について不服がある場合には、行政不服審査法の定めるところにより、国土交通大臣に対して不服申立てができる。ただし、登録についての不服申立てについては、行政不服審査法の適用除外がある（[37条](#)）。

国土交通大臣は、登録についての不服申立てに理由があるときは、当該不服申立てにかかる登録について更正をし、その旨を当該登録についての利害関係人に通知しなければならない（[38条1項](#)）。

（２）自動車整備分解事業の認証の取消しについての不服申立て

自動車整備分解事業の取消しについて不服がある場合、道路運送車両法に特段の規定はなく、行政不服審査法に基づき不服申立てをすることになる。すなわち、取消処分があったことを知った日の翌日から起算して3カ月以内に国土交通大臣に対し審査請求をすることができる。

また、認証取消処分の取消しを求める行政訴訟を提起することも可能で、取消処分を知った日の翌日から6カ月以内に、国を被告として処分取消しの訴えを提起することができる。

（３）事業停止命令についての不服申立て

事業停止命令について不服がある場合も、自動車整備分解事業の取消しについて不服がある場合（上記（[1](#)））と同様、審査委請求をすることも、取消訴訟を提起することも可能である。

4 ◆ 審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

道路運送車両法が単独で問題になることは少ないのか、行政事件訴訟として顕在化した事件は極めて少ない。近年の事案で、自動車ナンバープレートに地名表記導入決定は処分性なしと判示した世田谷ナンバー導入処分取消請求事件がある。刑事事件では、道路交通法違反に付随して道路運送法違反が問われている場合が多い。

【事 案】

原告は、世田谷区に居住し、世田谷区を使用の本拠とする自動車を保有し、保有する自動車のナンバープレートに記載される自動車登録番号は自動車登録規則13条1項1号規定の「自動車の使用の本拠の位置を管轄する運輸監理部又は運輸支局を表示する文字」により、「品川」とされている。「品川」ナンバープレートに愛着を抱いている原告が、国土交通大臣が同「表示する文字」として「世田谷」を追加する「導入決定処分」をしたことについて、その取消しを求めた事案。

【判決の概要】

「導入決定処分」について、国土交通省が施策の実施にあたり定めた要綱に沿ってした施策の内容の取りまとめにとどまり、処分性は認められないとして、訴えを却下した。

【法的問題点】

行政庁の活動について、是正を求める対象が処分でない場合、抗告訴訟ではなく、公法上の当事者訴訟などを利用するべきである。

5 ◆参考文献

- ・国土交通省自動車交通局『Q & A 解説改正道路運送車両法』（東京法令出版、2004年）

第3章 都市計画法



都市計画法
昭和43年 6 月15日法律第100号

福井秀夫

1 ◆都市計画法の趣旨・目的および組織

1－1　歴史

日本における都市計画は、**1919**年における旧都市計画法による規律が最初であった。これは、当初東京市はじめ六大都市にのみ適用されていたが、順次範囲が拡大され、最終的には**1000**強の市町村で同法による都市計画が策定された。

同法は、抜本的な改正のないまま戦後の高度成長期を迎えたが、**1950**年代後半からの都市化の進展は著しく、都市への人口集中が加速し、市街地の面積の拡大、市街地人口の急激な増加、全人口に占める市街地人口比率の増大などが進展した。これらの背景は、主として就業機会の少ない農山村から都市への人口移動であった。

このような中で、とくに大都市では、通勤鉄道混雑、交通渋滞、質のよい住宅の不足、住宅価格の高騰、周辺部における無秩序な開発による環境悪化、公害の発生と健康被害の拡大など、さまざまな問題が発生し、その解決のための取組みが求められるに至った。このような諸問題が激化した理由は、日本の都市がもともと急速な市街化を想定しない城下町などから発展したものであること、都市への人口等の集中が急速であったため、道路、鉄道、上下水道、公園その他の都市基盤施設の整備が後追いとなり、大きい人口を支えるだけの供給がなされなかったこと、開発行為を適切に制御して土地利用を適切化するための統制、規制などが十分になされなかったこと等であるといわれる。

欧米諸国における産業革命後の都市化の進展は、日本と比べて十分な時間を要しており、都市への人口等の集中への対処についても余裕をもって行うことができたが、日本ではこの速度が極端に速かったことによる混乱がもたらされたといえる。

旧都市計画法は、このような急激な都市化の進展を想定しておらず、都市問題の抑制、緩和に対して十分な力を発揮できなかったことを踏まえ、数年の立案期間を経て、都市計画法の抜本的改正がはかられ、**1968**年5月に新都市計画法（以下「都市計画法」という。本章において法令名を特記していない条文引用は同法のものである）が成立し、同年6月に公布された。

1－2 都市計画法の趣旨・目的

都市計画法は、「この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする」（[1条](#)）旨定め、「都市計画は、農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきことを基本理念として定めるものとする」（[2条](#)）と規定する。

「都市計画」については、「この法律において『都市計画』とは、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する計画で、次章の規定に従い定められたものをいう」（[4条1項](#)）と定義された。

このように、都市計画は、秩序ある都市の形成のため、土地利用に関する規制を行い、併せて道路、鉄道等の都市施設の適切な整備をはかること、土地区画整理、都市再開発など市街地開発事業などに関する計画を策定し、その実効性を確保することを目的としている。

旧都市計画法下の高度経済成長期における産業人口の都市への集中の激化は、都市での工業用地、住宅地の需要を増大させ、地価の高騰をもたらした。これに伴い、市街地が外縁部へと大きく拡大した。ところが、旧都市計画法下では、無秩序な市街地の拡大に対処する土地利用規制措置が十分に伴ってはいなかったため、拡大した市街地では、計画的な都市施設の整備を伴わない単発的な開発が多くなった。農地や山林が無計画に開発され、道路や排水施設などが十分に伴わない質の悪い宅地が形成されるといういわゆるスプロール現象が広範に発生した。

本来宅地開発に際しては、居住や産業活動に伴って、最低限の都市施設として上水道、排水施設、電気・ガス、道路網、学校などが必要となるが、不良な宅地であったとしても、いったん人々が多数居住を始めてしまえば、結局は彼らの要請に應えて、国や自治体が後追いの、各種都市施設を整備せざるを得なくなる。しかし、財源の制約がある以上、このような無計画な施設整備によってすべての要請を効率的に満たすことはできなかった。自然発生的に拡散した市街地のすべてに対して必要最低限の都市施設を網羅的に備えることは、社会的には極めて非効率であり、実際多くの地域では、道路網が不完全で渋滞が発生したり、または緊急車両の通行に支障をきたしたり、排水不良で浸水被害が発生するなど、環境衛生安全面で問題のある市街地が増大していった。

この際、参考とされたのが欧米で主流となっていた厳格な土地利用規制であった。法改正により、都市施設の集中的、効率的な整備配置を確保するとともに、都市環境の悪化を防ぐため、宅地化すべき地域と、農林業的土地利用を保全し、宅地化を抑制すべき地域とに地域を区分しようとした。前者では宅地化を前提に都市施設を整備し、後者では宅地化を原則として禁じて都市施設の後追いの整備による財政負担を避けるとともに、居住にふさわしくない市街地の無秩序な拡散を防ごうと試みたのである。

具体的には、都市計画法で、いわゆる「線引き」制度を導入し、都市計画区域について無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化をはかるため必要があるときは、都市計画に、市街化区域と市街化調整区域との区分を定めることができることとした（[7条1項](#)）。市街化区域は、すでに市街地を形成している区域およびおおむね10年以内に優先的かつ計画的に市街化をはかるべき区域（[7条2項](#)）、市街化調整区域は、市街化を抑制すべき区域（[7条3項](#)）とされた。

このようなスプロールによる都市施設整備の非効率と都市環境悪化を防ぐという線引き制度の趣旨を確保するための手段として改正法で創設されたのが開発許可制度である。

すなわち、開発行為（主として建築物の建築または特定工作物の建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更をいう。[4条12項](#)）を行政庁の許可にかからしめて、開発行為を一定水準に保たせるとともに、市街化調整区域においては例外的なものを除き、開発行為を行わせないこととして、これらの趣旨を達成しようとしたものである。

このように、開発許可制度は、第一に、土地利用の適切さを確保して都市環境の維持向上をはかる上で、第二に、後追いの非効率な都市施設整備費の巨額負担を避ける上で、重要な機能を果たすことが想定されている。

近年では、法改正の際には想定されていなかった少子高齢化、都市構造の変化等を背景とした空家・空地の発生、中心市街地の衰退、郊外における大規模団地の荒廃など、新しい問題が発生してきており、開発許可の運用についても、現代的な課題に適切に対処すべく、より複雑で高度な制御が求められるようになってきている。

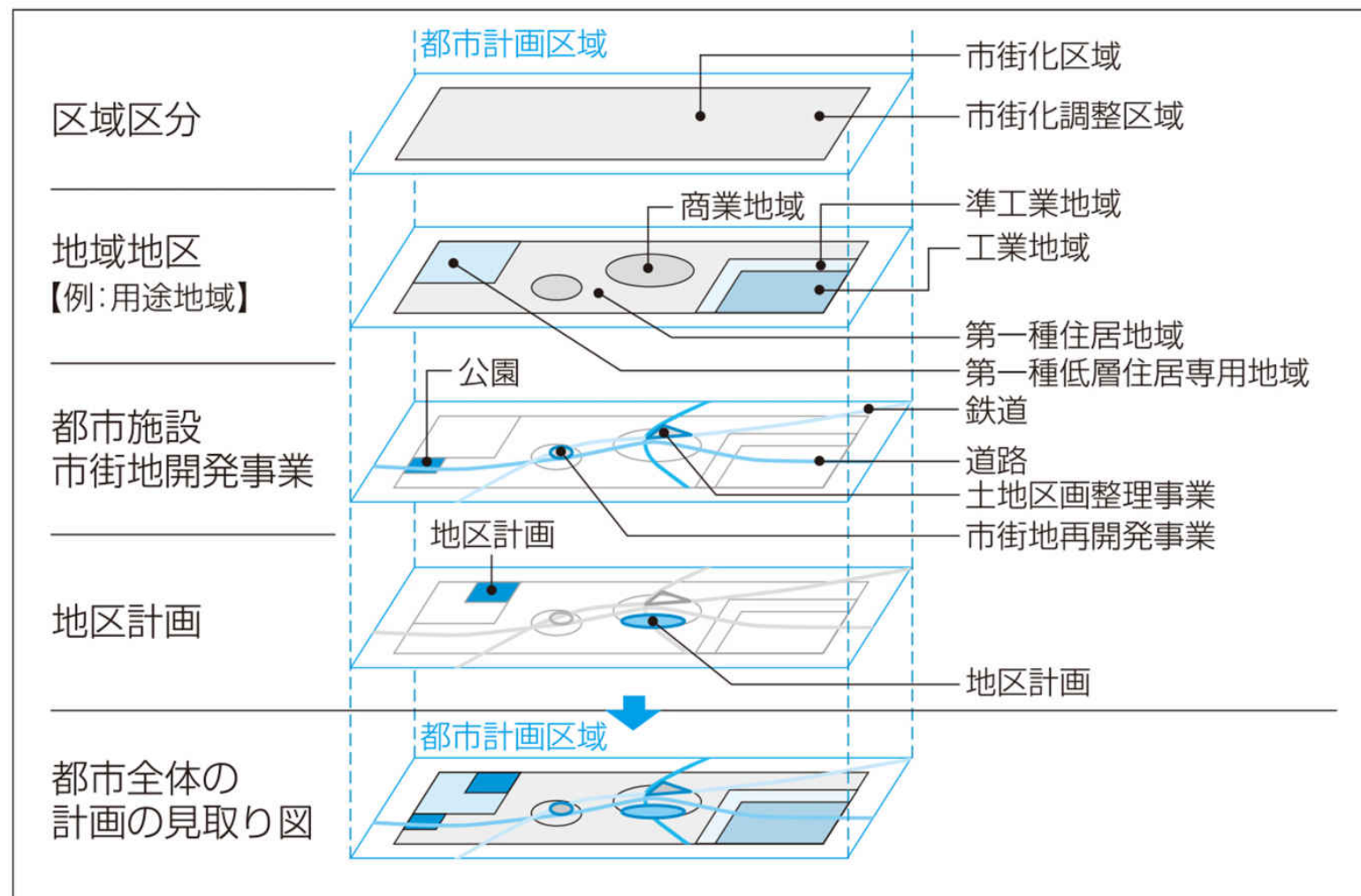
1－3 都市計画行政の組織

都市計画行政については、国、都道府県、政令市、一般市区町村などが重層的にかかわる複雑な構造となっているが、都市計画法制定時には、多くの事務が国や都道府県など上位行政庁の指揮監督を受ける機関委任事務とされていた。しかし、一連の地方分権改革により、多くの事務が自治事務とされた。開発許可事務も、かつては機関委任事務であったが、現在では自治事務である。

開発許可権者は、[都市計画法29条](#)により、都道府県知事、政令指定都市の長、中核市の長および特例市の長、[地自法252条の17の2](#)による事務処理市町村の長とされており、2014年4月現在、許可権者数は全国で556である（国土交通省調べ）。

都道府県、政令指定都市等には、開発審査会が置かれる（[78条1項](#)）。開発審査会は、開発許可などに関する処分に対する審査請求の裁決（[50条](#)）、市街化調整区域において周辺の市街化を促進するおそれがないなどの理由により開発行為を許可する際の審議（[34条14号](#)）、市街化調整区域の開発許可を受けた区域以外において建築物等の許可をする際の審議（[43条1項](#)、[都市計画法施行令（以下「令」という）36条1項3号ホ](#)）を行う権限をもつ。

図1 土地利用計画制度のイメージ



都市計画における土地利用計画制度の構造は、次のようなものである（[図1](#)参照）。

まず、都市計画区域は、市、令の要件を満たす町村の中心の市街地を含み、一体の都市として総合的に整備、開発または保全すべき区域または新たに住居都市、工業都市その他の都市として開発し、および保全する必要がある区域について指定される（[5条1、2項](#)）。令の要件は、人口が1万以上で、かつ、商工業その他の都市的業態に従事する者の数が全就業者数の50パーセント以上、おおむね10年以内にそれに該当することとなると認められること、中心の市街地を形成している区域内の人口が3000以上、観光資源があることにより多数人が集中するため、とくに良好な都市環境の形成をはかる必要があること、火災、震災その他の災害により市街地内の相当数の建築物が滅失し、健全な復興をはかる必要があることのいずれかに該当する町村である（[令2条各号](#)）。

都市計画区域に指定されると、都市計画の決定、都市施設の整備、市街地開発事業の施行等を行うことができ、区域内では一定の要件の下に開発許可や建築確認を受けなければならない。また都市計画区域では、線引き、地域地区、都市施設に関する計画、市街地開発事業に関する計画、地区計画などが設定される。

また2000年には、準都市計画区域として、都市計画区域外の区域のうち、相当数の建築物等の建築、建設、これらの敷地の造成が現に行われ、または行われると見込まれる区域を含み、かつ、現況および推移を勘案して、そのまま土地利用を整理し、または環境を保全するための措置を講ずることなく放置すれば、将来における一体の都市としての整備、開発および保全に支障が生じるおそれがあると認められる一定の区域を指定できるとされた（[5条の2](#)）。

準都市計画区域に指定されると、用途地域、特別用途地区など8種類の都市計画の決定が可能となるほか、一定の要件の下に、開発許可、建築確認を受けなければならないこととなる。

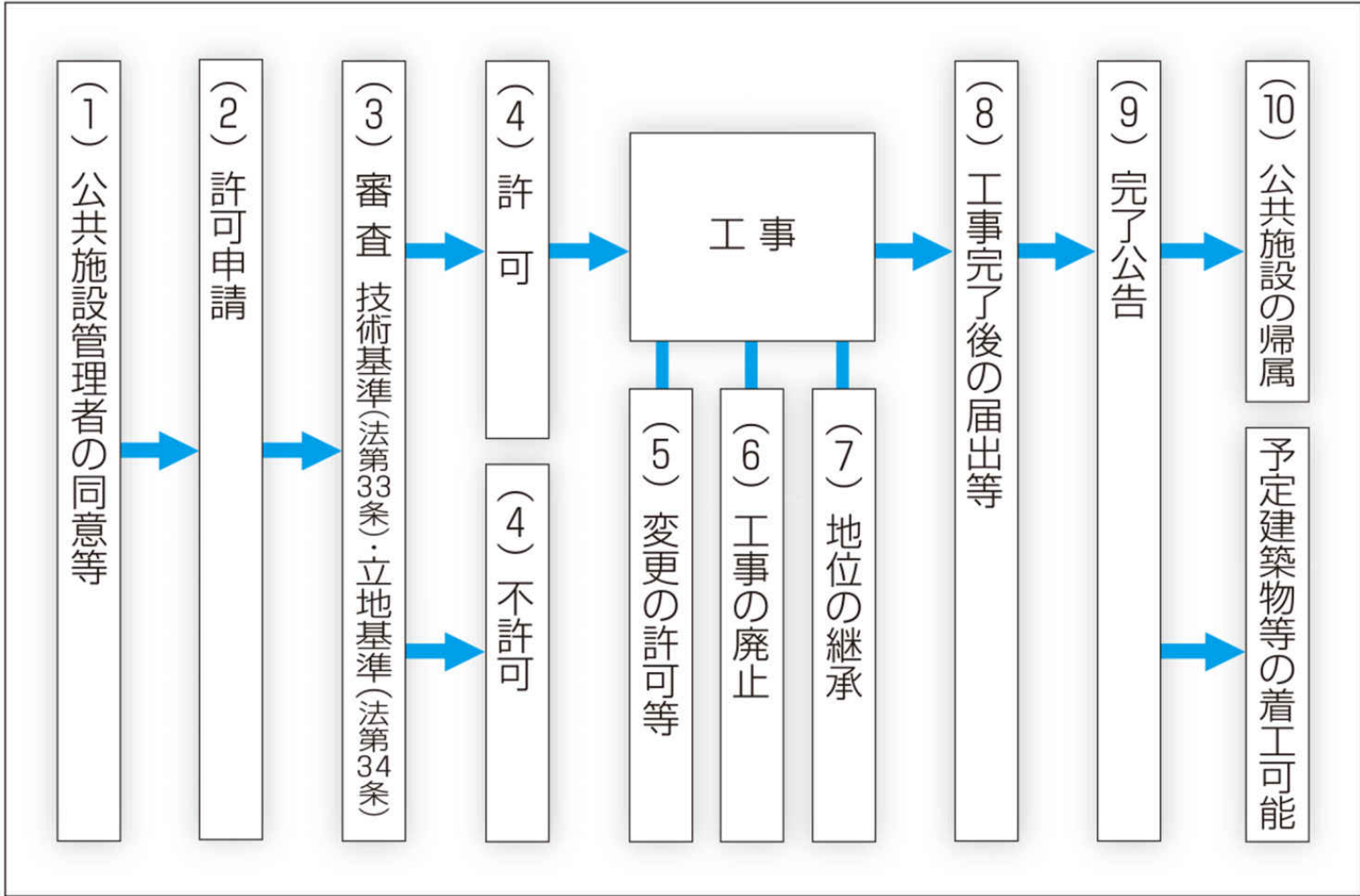
2-2 市街化区域と市街化調整区域の線引き

都市計画区域について無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化をはかるため必要があるときは、都市計画に、市街化区域と市街化調整区域の区分（区域区分）を定めることができる（7条1項本文）。ただし、三大都市圏や政令市等の大都市の都市計画区域では線引きを行うことが義務付けられている（同項ただし書、令3条）。

市街化区域は、①すでに市街地を形成している区域（人口密度ヘクタールあたり40人以上の土地の区域が連担し区域内人口が3000人以上の区域、それに接続し建築物敷地等面積合計が区域面積の3分の1以上である区域に該当する、相当の人口および人口密度を有する市街地その他既成市街地）、これに接続して現に市街化しつつある土地の区域、②概ね10年以内に優先的かつ計画的に市街化をはかるべき区域である（7条2項、令8条1項1号、都市計画法施行規則（以下「省令」という）8条）。ただし、溢水、津波等による災害発生のおそれのある土地、優良な集団農地、保全すべき土地等は原則として市街化区域に含めない（令8条1項2号）。

市街化調整区域は、市街化を抑制すべき区域である（7条3項）。

図2 開発許可制度の手続



2－3 開発許可制度の概要

開発許可の手續の概要は、[図2](#)の通りである。

（１）規制対象

都市計画区域または準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、一定の場合を除いて、開発許可を受けなければならない（[29条1項](#)）。

許可が必要な規模要件は次の通りである。市街化区域では、三大都市圏の既成市街地、近郊整備地帯は500m²以上、その他は1000m²以上の開発行為（いずれも許可権者が条例で300m²まで引き下げ可能）、市街化調整区域ではすべての開発行為、非線引き都市計画区域・準都市計画区域では3000m²以上の開発行為（許可権者が条例で300m²まで引き下げ可能）、都市計画区域および準都市計画区域外では1ヘクタール以上の開発行為についてそれぞれ許可が必要である（[29条1項1、2号、令19条1、2項](#)）。

許可が不要な開発行為は次の通りである。①畜舎、温室、農用地保全利用上必要な施設管理のための建築物、建築面積90m²以内の建築物等、農林漁業の用に供する建築物、これら業務を営む者の住宅（[29条1項2号、2項1号、令20条](#)）の建築のための開発行為、②公益上必要な建築物（駅舎、図書館、公民館、変電所その他これらに類する建築物）のうち開発区域・その周辺の地域の適正かつ合理的な土地利用および環境の保全をはかる上で支障がない開発行為（[29条1項3号、令21条](#)）、③都市計画事業・土地区画整理事業・市街地再開発事業・住宅街区整備事業・防災街区整備事業の施行として行う開発行為（[29条1項4～8号](#)）、④公有水面埋立法の免許を受けた埋立地で竣工認可を受けていない埋立地で行う開発行為（[29条1項9号](#)）、⑤非常災害のための応急措置たる開発行為（[同項10号](#)）、通常の実管理行為・軽易な行為（仮設建築物、車庫、物置等。[同項11号、令22条](#)）については、許可が不要である。

（２）公共施設管理者の同意

開発許可を申請しようとする者は、あらかじめ、①開発行為に関係がある公共施設の管理者と協議し、その同意を得なければならない（[32条1項](#)）、②開発行為または開発行為に関する工事により設置される公共施設を管理することとなる者、20ヘクタール以上の規模の開発行為についての義務教育施設設置義務者・水道事業者等とは、協議しなければならない（[同条2項](#)）。

「開発行為に関係がある公共施設の管理者との協議・その同意」の趣旨は、工事によって既存の公共施設の機能を損なわないようにするとともに、変更を伴う際にはそれを適正に行わせるためである。「設置される公共施設を管理することとなる者等との協議」の趣旨は、新たに設置される公共施設の管理の適正をはかるためである。

これら協議の際に相手方となる公共施設管理者・管理予定者については、「公共施設の適切な管理を確保する観点から……協議を行うものとする」（[同条3項](#)）とされており、管理者が、申請者が寄付金負担に応じないこと、周辺住民の同意を取っていないこと、まちづくりの方針に合わないことなど、公共施設管理という目的、立場を超えた観点からの理由をもち出して、協議や同意を拒むことはできず、仮にこのような違法な理由によって協議が整わず、または同意が得られなかった場合には、少なくともそれによって申請者に生じた損害に関して国家賠償請求の対象となり得る。

この点に関しては以下の判例がある。事業者が同意を求めたところ、地元市が都市計画基本方針に適合しないことなどを理由に不同意としたため事業者が不同意回答の取消訴訟を提起した。1審は同意拒否の処分性を否定し、2審はその処分性を肯定したが、最判1995（平成7）・3・23民集49巻3号1006頁、判時1526号81頁【[裁判例②](#)】は、次のように判示して同意拒否の処分性を否定した。

「国若しくは地方公共団体又はその機関が公共施設の管理権限を有する場合には、行政機関等が[法第32条](#)の同意を求める相手方となり、行政機関等が右の同意を拒否する行為は、公共施設の適正な管理上当然開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為とすることができる。この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を認めた結果にほかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない。したがって、開発行為を行おうとする者が、右の同意を得ることができず、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとは言えないから、右の同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない。もとより、このような公法上の判断について、立法政策上一定の者に右判断を求める権利を付与し、これに係る行為を抗告訴訟の対象とすることも可能であるが、その場合には、それに相応する法令の定めが整備されるべきところ、法及びその関係法令には、[法32条](#)の同意に関し、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申立て及び……右の同意やこれを拒否する行為については何ら規定するところがないのである。

そうしてみると、公共施設の管理者である行政機関等が[法32条](#)所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない。」

公共施設管理者の同意については、処分性を否定する判例、肯定する判例の双方があったが、最高裁により一応の解釈が示されたことになる。しかし、この判決は、阿部泰隆¹⁾が批判する通り、極めて問題が多い。もともとの法令体系では、これを処分とするか、民事上の意思表示とするかについて明確な定めを置いていないことから、文理上は、処分、意思表示両方の解釈があり得る。仮に同意を意思表示と解するなら、宇賀克也²⁾が論じる通り、[民法414条2項ただし書](#)に基づいて同意を求める訴訟を提起することによって同意を得て結果的に開発許可を得ることも可能である。

しかし、本件に関してのより重要な論点は、このような不明確な法解釈状況を踏まえ、不同意に対して取消訴訟が提起され、長時間をかけて最判に至った際に、いわばどんでん返しの不意打ちのような形で処分性を否定されたのでは、場合により時効にかかって民事上の意思表示を求める訴訟すら提起できずに失権し、結果として権利の救済を阻むこととなってしまうことである。いみじくも、[32条3項](#)の規定が後から置かれたことから明らかなように、現実の公共施設管理者の同意権は一種の他事考慮によって運用が歪められることも多く、これを実質的に是正させるための簡易で効果的な方法がないことが問題となっている。

本来、この種の訴訟類型の選択は、職業裁判官ですらどちらに決するか迷いがあり、そのゆえに下級審も正反対の判断にわかれていたほどであるので、あらかじめ結果として最高裁が認める方の類型を特定することを求め、それが間違っていたら失権させるというのでは、裁判を受ける権利の侵害である。

民事訴訟、抗告訴訟いずれが提起されたとしても、いずれも適法とし、要するに不同意が他事考慮で行われたのなら違法である旨断的に判断すれば足りる。仮にどちらかのみを適法とするのであれば、裁判所において適切な訴訟指揮を行い、適法な訴訟類型への変更を訴訟継続中に促すべきものである。ましてや、国家賠償請求が可能であるから違法は正のための訴訟提起が不可能でも仕方がないというのでは、裁判を受ける権利の侵害そのものであって、法治国家として許されない³⁾。

いずれにせよ、現段階では、仮に違法な不同意に直面した事業者にとっては、同意を求める民事訴訟を提起し、その勝訴判決をもって同意に代えることが対抗手段となる。

なお、立法論としては、公共施設管理者の不同意が正当か否かについて法令による判定、吟味の仕組みを創設し、施設管理以外の他事考慮などによる違法を事前に簡易に排除できるよう法改正することが望ましい。

2-4 開発許可の基準

開発許可については、すべての区域の開発行為に適用される**33条**の技術基準と、市街化調整区域の開発行為についてのみ適用される**34条**の立地基準の二種類の基準がある。いわゆる行政指導・技術的助言としては、国土交通省都市局長通知「都市計画運用指針」（2000年）、同「開発許可制度運用指針」（2014年）に考え方や具体的な基準が定められている。

（1）都市計画法33条の技術基準

- 用途、公共施設、防災・環境等への配慮
- 技術基準は、良好な市街地の形成をはかるため、公共施設等の整備を義務付けることにより宅地に一定の水準を保たせようとすることをねらいとした基準である。**33条**、**令23条の2～29条の4**、**省令20～27条の5**、上記指針等に運用基準が定められている。具体的には、道路、公園、給排水施設等の確保、防災上の措置等に関する基準が設けられているが、建築物の用途や開発規模によって適用基準が異なる。また、地方公共団体の条例により、基準の一部について強化または緩和等が可能である。
- 33条1項各号**に掲げる基準は次の通りである。用途地域への適合（**1号**）、道路・公園その他の公共の用に供する空地の配置・構造（**2号**、**図3**、**図4**参照）、排水施設の構造・能力（**3号**、**図5**参照）、給水施設の構造・能力（**4号**）、地区計画等の内容への適合（**5号**）、利便増進・環境保全のための公共施設、学校などの公益施設の配分（**6号**、**図6**参照）、地盤沈下、崖崩れ、出水その他による災害防止のための安全上必要な措置（**7号**、**図7**参照）、災害危険区域等の排除（**8号**）、環境保全のための樹木の保存・表土の保全措置（**9号**、**図8**参照）、騒音・振動等による環境悪化の防止上必要な緩衝帯配置（**10号**、**図9**参照）、道路鉄道等による輸送の便（**11号**）、申請者の資力・信用（**12号**）、工事施工能力（**13号**）、区域内の土地・建築物に関して工事実施の妨げとなる権利を有する者の相当数の同意（**14号**）が審査されるが、それぞれの項目ごとに、また、住宅にかかる開発行為が否か、自己用かそれ以外かによって、適用の有無や適用される開発行為面積の規模が異なる。

図3 道路に関する基準

○関係条文	法第33条第1項第2号、令第25条第1～5号、令第29条の2第1項第1～4号、規則第20条、規則第20条の2、規則第24条、規則第27条の4第1,2号
-------	---

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
敷地に接する道路の幅員(接道要件)	住宅の敷地、住宅以外の敷地で規模が1,000㎡未満のもの→6m(多雪地域で必要な場合8m) その他のもの→9m	12m(小區間で通行上支障がない場合は、6m)を超えない範囲	既成市街地で行われる場合最低限度について、4mを下らない範囲
ただし書き	開発区域内に道路が新設されない場合の当該開発区域に接する道路幅員が4m以上		
調整区域20ha以上開発の設置基準	敷地から250m以内の距離に幅員12m以上の道路が設けられていること	開発区域の面積について行うものであること	
歩車分離	開発区域内の幅員9m以上の道路は、歩車道が分離されていること	5.5mを下らない範囲で行うものであること	
その他構造・能力に関する技術的細目	・砂利敷その他の構造、適当な値の横断勾配 ・雨水等を有効に排出するため必要な側溝等適当な施設の設置 ・縦断勾配は9%以下、やむを得ない場合は小區間に限り12%以下 ・階段状でないこと ・袋路状でないこと ・歩道のない道路が同一平面で交差する場合等は適当な長さで街角が切り取られていること 等	その地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認められる場合に、左欄各号に掲げる基準と異なる基準を定めるものであること	

図4 公園等に関する基準

○条文	法第33条第1項第2号、令第25条第6,7号、令第29条の2第1項第1,5,6号及び第2項第1,3号、規則第21条、規則第25条、規則第27条の2、規則第27条の4第1,3号
-----	---

○条例による基準強化緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
0.3ha以上5ha未満の開発行為の公園設置基準	面積の合計が開発区域の面積の3%以上の公園等が設けられていること。ただし、開発区域の周辺の状況並びに予定建築物等の用途及び敷地の配置を勘案して特に必要がないと認められる場合は、この限りでない	・住宅目的で行う開発行為で設置すべき施設の種類の公園に限定・設置すべき公園、緑地又は広場の数又は一箇所当たりの面積の最低限度を定めること ・設置すべき公園、緑地又は広場の面積の合計の開発区域の面積に対する割合の最低限度について、6%を超えない範囲	地方公共団体が開発区域の周辺に相当規模の公園等を予定している場合に行うものであること
5ha以上の開発行為の公園設置基準	・公園の面積が1箇所300㎡以上であり、公園の面積の合計が開発区域の面積の3%以上であること ・開発区域の面積が20ha未満の場合1000㎡以上の公園が1箇所以上、20ha以上の場合1000㎡以上の公園が2箇所以上であること	・設置すべき公園、緑地又は広場の数又は1箇所当たりの面積の最低限度を定めること ・公園等の合計面積の開発区域の面積に対する割合の最低限度について6%を超えない範囲 ・公園等の数又は一箇所当たりの面積の最低限度について行うもの	
その他構造・能力に関する技術的細目	・公園が自動車交通量の著しい道路等に接する場合は、さく又はへの設置その他利用者の安全の確保を図るための措置が講ぜられていること	・公園の利用者の安全の確保を図るため必要があると認められる場合にさく又はへの設置その他利用者の安全を図るための措置が講ぜられていることを要件とするもの	

図 5 排水施設に関する基準

○条文 法第33条第1項第3号、令第26条、令第29条の2第1項第1号、規則第22条、規則第26条、規則第27条の4第1,4号

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
暗渠の内径又は内法幅	公共の用に供する排水施設のうち暗渠である構造の部分の内径又は内法幅は、20cm以上であること	内径又は内法幅について行うもの	

図 6 公共公益施設に関する基準

○条文 法第33条第1項第6号、令第27条、令第29条の2第1項第1,7号

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
住宅目的で行なう20ha以上の開発行為	当該開発行為の規模に応じ必要な教育施設、医療施設、交通施設、購買施設その他の公益的施設が、それぞれの機能に応じ居住者の有効な作用が確保されるような位置及び規模で配置されていなければならない。ただし、周辺の状況により必要がないと認められるときは、この限りでない	20ha未満の開発行為においてもごみ収集場その他の公益的施設が特に必要とされる場合に、当該公益的施設を配置すべき開発行為の規模について行うものであること	

図 7 防災措置に関する基準

○関係条文 法第33条第1項第7号、令第28条、令第29条の2第1項第1,8号、規則第23条、規則第27条、規則第27条の4第1,5号

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
	<ul style="list-style-type: none">・ がけの上端に続く地盤面は、がけの反対方向に雨水その他の地表水が流れるように勾配をとる・ 切土をした後の地盤にすべりやすい土質の層があるときは、くい打ち、土の置換えその他の措置を講じる盛土に雨水その他の地表水の浸透によるゆるみ、沈下又は崩壊が生じないように、締固めその他の措置を講じる・ 著しく傾斜している土地において盛土をする場合には、盛土をする前の地盤と盛土とが接する面がすべり面とならないように、段切りその他の措置 <div>開発行為によつて生じたがけ面は、崩壊しないよう、擁壁の設置、石張り、芝張り、モルタル吹付けその他の措置を講じる</div> <ul style="list-style-type: none">・ 高さ2mを超える切土、高さ1mを超える盛土、切土と盛土を同時に行った場合の高さが2mを超える場合のがけ面は、擁壁で被う・ 開発行為によつて生ずるがけのがけ面は、擁壁でおおう場合を除き、石張り、芝張り、モルタルの吹付け等によつて風化その他の侵食に対して保護 <div>その他構造・能力に関する技術的細目(規則第27条)</div>	その地方の気候、風土又は地勢の特殊性により、これらの規定のみによつては開発行為に伴うがけ崩れ又は土砂の流出の防止の目的を達し難いと認められる場合に行うものであること	

図 8 樹木の保存、表土保全に関する基準

○関係条文	法第33条第1項第9号、令第23条の3、令第28条の2、令第29条の2第1項第1,9,10号、規則第23条の2
-------	---

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
健全な樹木の集団の保存	高さが10m以上の健全な樹木又は高さが5mで、かつ、面積が300㎡以上の健全な樹木の集団については、当該樹木又は樹木の集団の保存の措置を講じる	保存の措置を講ずべき樹木又は樹木の集団の要件について、優れた自然的環境の保全のため特に必要があると認められる場合に行うものであること	
切土又は盛土を行う場合の表土の保全	高さが1mを超える切土又は盛土が行われ、かつ、その切土又は盛土をする土地の面積が1000㎡以上である場合には、当該切土又は盛土を行う部分について表土の復元、客土、土壌の改良等の措置が講ぜられていること	表土の復元、客土、土壌の改良等の措置を講ずべき切土若しくは盛土の高さの最低限度又は切土若しくは盛土をする土地の面積の最低限度について行うものであること	

図 9 緩衝帯に関する基準

○関係条文	法第33条第1項第10号、令第23条の4、令第28条の3、令第29条の2第1項第1,11号、規則第23条の3、規則第27条の3
-------	---

○条例による強化・緩和

	政令・規則による基準	強化	緩和
緩衝帯の幅員	騒音、振動等による環境の悪化をもたらすおそれがある予定建築物等の建設又は建設の用に供する目的で行う開発行為では、以下の幅員以上の緑地帯その他の緩衝帯が開発区域の境界にそってその内側に配置されていなければならない ⇒開発行為の規模が、 1ha以上1.5ha未満の場合…4m 1.5ha以上5ha未満の場合…5m 5ha以上15ha未満の場合…10m 15ha以上25ha未満の場合…15m 25ha以上の場合…20m ただし、開発区域の土地が開発区域外にある公園、緑地、河川等に隣接する部分については、その規模に応じ、緩衝帯の幅員を減少し、又は緩衝帯を配置しないことができる	配置すべき緩衝帯の幅員の最低限度について、以下の基準に従い行うものであること ⇒開発行為の規模が 1ha以上1.5ha未満の場合…6.5m 1.5ha以上5ha未満の場合…8m 5ha以上15ha未満の場合…15m 15ha以上25ha未満の場合…20m を超えない範囲で行う	

14号の「権利者の相当数の同意」は、多くの現場で運用上混乱がしばしばみられる要件である。この要件をあたかも当該区域内の権利者に対して開発行為についての円満な理解と共感をもたせ、できるだけ多数の「開発行為」への合意の下に許可をさせようとするものであるがごとく運用する自治体が見られるが、違法な運用である。開発行為が行われる事業の当否に関して権利者多数の同意を得させようとする趣旨は、本号の要件には一切含まれていない。

これは、開発許可をしても、許可を受けた者が開発区域等について私法上の権原を取得しない限り開発行為等を行うことはできないことから、開発行為の施行等につき相当程度の見込みがあることを許可の要件とすることにより、無意味な結果となる開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられたものである（最判1997（平成9）・1・28民集51巻1号250頁、判時1592号34頁【裁判例1】）。言いかえれば、無意味で無駄な行政コストの発生を避けようとする要件であるから、その観点からの「相当数の同意」であることに留意し、その観点とかかわりのない考慮をしてはならない。開発許可制度運用指針では、相当数を概ね3分の2であるとし、これを大幅に上回って同意を求めることは過大な負担である旨明記するが、実際には全員同意などを求める運用が後を絶たない。これらは違法な行政指導であり少なくとも国家賠償請求訴訟の対象となり得る。

とくに、建物区分所有法による、原則として議決権の5分の4以上の賛成で成立するマンションの建替え決議がなされたときにも、建替えに伴う開発許可に関して全区分所有者の同意を要求する許可権者までみられたが、そもそも建替え決議が行われた場合は、5分の4以上の建替え賛成者により反対者に対する区分所有権の売渡請求が行われ、請求と同時に反対者の所有権はすべて賛成者に移転する。したがって、開発許可申請の段階では通常すでに全員合意の状態になっているので、この上さらに権利者でなくなった反対者についての合意を求めることは、法の趣旨の逸脱にとどまらず、法的要件と無関係の措置を要求することにほかならず、端的に違法である⁴¹。

④ 技術基準の強化と緩和

地方公共団体は、開発許可権限をもたない市町村も含め、条例で令の技術的細目に定められた制限を強化し、または緩和することができる（33条3項）。従来は全国画一基準であったが、本特例は2000年法改正で導入された。ただし、指定都市、中核市、特別市、全部事務処理市町村以外の市町村は、条例制定にあたり都道府県知事の同意が必要である（33条6項）。

強化可能な基準は、令29条の2第1項に定められており、具体的には、道路の接道要件、設置基準、歩車道分離、公園等の設置義務、道路・公園・排水施設の構造・能力に関する技術的細目、20ヘクタール未満の住宅開発における公益的施設の設置義務付け、防災上の安全措置・技術的細目、樹木の保存・表土の保全、緩衝帯の幅員である。緩和可能な基準は、令29条の2第2項に定められており、強化と異なり、道路の接道条件と公園の設置義務に限定されている。

⑤ 最低敷地規模の規制

地方公共団体は、開発許可権限をもたない市町村も含め、良好な住居等の環境の形成または保全のため必要があるときには、条例（強化等と同様一定の市町村は都道府県知事の同意が必要）により開発区域内で予定される建築物の敷地面積の最低限度に関する制限を定めることができる（33条4項）。

⑥ 景観計画に定められた開発行為の制限

景観行政団体は、良好な景観形成をはかる必要があるときには、景観計画に定められた開発行為についての制限の内容を、条例（強化等と同様一定の市町村は都道府県知事の同意が必要）で開発許可の基準として定めることができる（[33条5項](#)）。

（2）都市計画法34条の立地基準

市街化調整区域にかかる開発行為のうち、建築物の建築または第一種特定工作物（コンクリートプラントなど周辺の地域環境の悪化をもたらすおそれがある工作物で令で定めるもの。[4条11項](#)、[令1条1項](#)）については、[33条](#)の技術基準に加え、[34条](#)の一定の立地に関する基準を満たさなければ許可されない。第二種特定工作物（ゴルフコースその他大規模な工作物で令で定めるもの。[4条11項](#)、[令1条2項](#)）については、立地基準は適用されない。

立地基準を満たすのは、[34条各号](#)に規定する次の開発行為である。これらは、スプロール対策上とくに支障がないと認められるもの、またはスプロール対策上支障があるが、これを認容すべき特別の必要性の認められるもののいずれかの理由に基づくものである。次のいずれかに該当する場合には、許可権者は開発許可を拒否することができず、[33条](#)に基づき必ず許可をしなければならない。

主として周辺地域において居住している者の利用に供する公益上必要な学校、診療所、保育所等の建築物（[34条1号](#)、[令29条の5](#)）またはこれらの者の日常生活のため必要な物品の販売、加工、修理等の業務、たとえば食料品店、理髪店等を営む店舗、事業所等の用に供する目的で行う開発行為（[34条1号](#)）、市街化調整区域内にある鉱物資源・観光資源等の有効利用上必要な生コン工場、観光展望台などの建築物等の用に供する目的で行う開発行為（[同条2号](#)）、農林漁業の用に供する建築物で開発許可不要のものを除いたものまたは市街化調整区域内で生産される農林水産物の処理、貯蔵若しくは加工のための建築物の用に供する目的で行う開発行為（[同条4号](#)）、特定農山村地域における農林業等の活性化のための基盤整備の促進に関する法律の所有権移転等促進計画の定める利用目的に従って行う開発行為（[同条5号](#)）、都道府県が国または（独法）中小企業基盤整備機構と一体となって助成する中小企業者の行う他の事業者との連携等に寄与する事業の用に供する目的で行う開発行為（[同条6号](#)）、市街化調整区域内の既存工場の事業と密接な関連を有する事業の用に供する目的で行う開発行為（[同条7号](#)）、危険物の貯蔵または処理に供する建築物等で、市街化区域内で建築することが不適当なものの用に供する目的で行う開発行為（[同条8号](#)）、市街化区域内で建築することが困難または不適当な道路管理施設、休憩所、ガソリンスタンド等の用に供する目的で行う開発行為（[同条9号](#)、[令29条の7](#)）、地区整備計画・集落地区整備計画が定められている区域で計画に定められた内容に適合する建築物等の用に供する目的で行う開発行為（[同条10号](#)）、市街化区域に隣接・近接し、自然的社会的諸条件から市街化区域と一体的な日常生活圏を構成している地域で概ね50以上の建築物が連たんしている地域のうち都道府県等が条例で指定する区域内の、環境保全上支障があると認められない用途の開発行為（[同条11号](#)。すでに相当程度公共施設が整備され、近隣接する市街化区域の公共施設の利用が可能であり、開発行為があっても積極的な公共投資を要しないという理由に基づく）、周辺における市街化を促進するおそれがないと認められ、市街化区域内で行うことが困難・不適当な開発行為として都道府県条例で区域、目的または予定建築物等の用途を限り定めたもの（[同条12号](#)）、市街化調整区域が定められた際、自己の居住用または自己の業務用の建築物を建築する目的で土地等の権利を有していた者が、線引き後6か月以内に届け出て5年以内に当初目的どおりに行う開発行為（[同条13号](#)、[令30条](#)）、開発許可権者が開発審査会の議を経て、開発区域の周辺における市街化を促進するおそれがなく、かつ、市街化区域において行うことが困難または著しく不適当と認める開発行為（[同条14号](#)）については、立地基準を満たす。

これらの各号別の2013年度の全国の許可件数・総面積（国土交通省調べ）は、[11号](#)4710件・344ヘクタール、[12号](#)4103件・243ヘクタール、[14号](#)3217件・534.4ヘクタールと、これら三つの開発行為のシェアが、件数・面積ともに圧倒的に大きい。これら以外は、件数では、[1号](#)が853件、その他はゼロから200数十件にとどまり、面積では、[10号](#)が160ヘクタール、[1号](#)が137ヘクタールのほかは、約60ヘクタール以下にとどまる。

これらの中で、[14号](#)のみ開発審査会の議を経ることとされているのは、本号の要件が一般的、包括的な要件であり、裁量的な要素が大きく、とくに公正かつ慎重な運用を行う必要があるためである。したがって、不許可の処分をする際には開発審査会の議を経る必要はない。

[14号](#)の立地基準を満たす開発行為として想定されているのは、農家世帯の分家に伴う住宅、収用対象事業の施行による移転または除却、社寺仏閣・納骨堂、研究対象が市街化調整区域に存在するなどの理由で市街化調整区域に建設することがやむを得ない研究施設、[1～14号](#)により許可を受けた開発行為にかかる事業所等で業務に従事する者の住宅・寮などでそこに立地することがやむを得ないもの、土地区画整理事業の施行された土地の区域内における建築物、独立して一体的な日常生活圏を構成している大規模な既存集落で市街化区域における建築物の連たんの状況とほぼ同程度の集落で建築することがやむを得ないと認められる自己用住宅・分家住宅・小規模工場等・公営住宅、地区集会所など[法29条1項3号](#)の施設に準じる施設、既存建築物の建替え、災害危険区域等にある建築物の移転、キャンプ場・スキー場等自然的土地利用と調和の取れたレクリエーションのための施設、特定流通業務施設、一定の優良な有料老人ホーム、介護老人保健施設、優良田園住宅、社会福祉施設、一定の医療施設、一定の学校関係施設、既存土地利用を適正に行うため最低限必要な管理施設・既存住宅増築のためやむを得ない敷地の拡大、法に基づく許可を得て建築された後相当期間適正に利用された建築物のやむを得ない事情による用途変更などである。

[34条各号](#)の開発行為のほかにも、他の法律により[14号](#)の開発行為とみなされ、市街化調整区域にかかるものであっても、[33条](#)の技術基準のみに基づいて審査される開発行為がある。たとえば、認定市民農園建築物の建築の用に供する目的で行う開発行為、地方拠点都市地域の整備および産業業務施設の再配置の促進に関する法律の同意基本計画の内容に即して行われる開発行為、幹線道路の沿道の整備に関する法律の沿道整備権利移転等促進計画に従って行われる開発行為、歴史的風致維持向上計画に従って行われる開発行為などがこれに該当する。

2-5 開発許可に関するその他の手続

ア 開発許可の特例

国、都道府県、指定都市等が行う開発行為については、国、都道府県等と開発許可権者との協議の成立をもって開発許可があったものとみなされる（[34条の2](#)）。

イ 通知

開発許可権者は、申請があったときは、遅滞なく、文書をもって、許可または不許可の処分をしなければならない（[35条1、2項](#)）。

ウ 建ぺい率等の指定

開発許可権者は、用途地域の定められていない土地の区域における開発行為を許可する場合において、開発区域内の建築物の建ぺい率等の制限を定めることができる（[41条1項](#)）。

エ 変更の許可

開発許可を受けた者は、開発区域の位置、区域、規模、予定建築物の用途、開発行為に関する設計、工事施工者等を変更しようとする場合は、軽微な変更等を除いて開発許可権者の許可を受けなければならない（[35条の2](#)）。軽微な変更とは、一定の予定建築物の敷地の形状の変更、工事着手予定年月日・完了予定年月日の変更、自己居住用住宅等の工事施行者の変更等であり、変更後遅滞なく開発許可権者に届け出なければならない（[35条の2第3項](#)、[省令28条の4](#)）。

オ 開発行為の廃止

開発許可を受けた者は、開発行為に関する工事を廃止したときは、遅滞なく、開発許可権者に届け出なければならない（[38条](#)）。

カ 地位の承継

開発許可を受けた者の一般承継人（相続人や合併した法人）は、被承継人が有していた開発許可に基づく地位を承継する（[44条](#)）。

開発許可を受けた者の特定承継人は、開発許可権者の承認を受けて開発許可に基づく地位を承継することができる（[45条](#)）。

キ 工事完了の検査

開発許可を受けた者は、開発区域の全部について開発行為に関する工事を完了したときは、開発許可権者に届け出なければならない（[36条1項](#)）。開発許可権者は、届出のあった工事が許可の内容に適合しているかどうかについて検査し、適合していると認めたときには、検査済証を交付しなければならず（[同条2項](#)）、その交付をしたときは、遅滞なく当該工事が完了した旨を公告しなければならない（[同条3項](#)）。

ク 開発登録簿

開発許可権者は、開発許可をしたときは、当該許可にかかる土地について、開発許可年月日、予定建築物等の用途、公共施設の種類、位置および区域、開発許可の内容、建ぺい率等の制限の内容等の事項を開発登録簿に登録し、その開発登録簿を保管しなければならない（[47条1項](#)、[46条](#)）。開発許可権者は、開発登録簿を常に公衆の閲覧に供するように保管し、かつ、請求があったときは、その写しを交付しなければならない（[47条5項](#)）。これは、第三者に開発行為に関する制限の内容等を知らしめて、土地取引等に関して不測の損害が発生することを防止するとともに、建築確認の審査にも活用しようとする趣旨である。

ケ 公共施設の管理・敷地の帰属

開発行為等により公共施設が設置されたときは、当該施設は、工事完了公告の日の翌日から、原則として当該施設の存する市町村の管理に属する（[39条](#)）。開発行為等により従前の公共施設に代えて新たな公共施設が設置されることとなる場合には、従前の施設の敷地で国・地方公共団体が所有するものは、工事完了公告の日の翌日に開発許可を受けた者に帰属し、新たな施設の敷地は国・地方公共団体に帰属する（[40条1項](#)）。この場合と開発許可を受けた者が自ら管理する公共施設の敷地を除き、公共施設の敷地は、公共施設を管理すべき者に帰属する（[40条2項](#)）。

コ 建築行為等の制限

工事完了公告前については、開発許可を受けた区域での建築物の建築、特定工作物の建設は原則として禁じられるが、工事用仮設建築物を建築等するときなど、開発許可権者が支障がないと認めたとき、開発行為を行うことにつき[33条1項14号](#)の同意をしていない者がその権利の行使として建築等を行うときには、建築等は制限されない（[37条](#)）。

工事完了公告後については、予定建築物等以外の新築、改築等は禁じられ、予定建築物等の用途を変更することも禁じられるが、開発許可権者が、当該開発区域の利便の増進上、当該区域・周辺地域の環境の保全上支障がないと認めて許可したとき、用途地域等が定められているときは、建築等は制限されない（[42条1項](#)）。

市街化調整区域のうち開発許可を受けた開発区域以外については、建築物の新築・改築・用途変更、第一種特定工作物の新設は、開発許可権者の許可を受けなければならない（[43条1項本文](#)）。ただし、農林漁業用の一定の建築物・農林漁業者の居住用の建築物、図書館・公民館等の公益上必要な一定の建築物、都市計画事業の施行として行う建築物の新築、改築若しくは用途の変更または第一種特定工作物の新設、仮設建築物の新築、通常管理行為・軽易な行為、第二種特定工作物の建設については、許可は不要である（[同項本文](#)、[ただし書](#)）。

【事 案】

都市計画法33条1項7号は「地盤の沈下、崖崩れ、出水その他による災害を防止するため、開発区域内の土地について、地盤の改良、擁壁又は排水施設の設置その他安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていること」と定めており、開発区域内のがけ崩れのおそれが多い土地等に当たる場合には、がけ崩れ等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当であるとされた事案。

【判決の概要】

本判決は、次のように述べて、工事による崖崩れなどにより生命の危険にさらされる場合に周辺住民の原告適格を肯定した。

「**都市計画法33条1項7号**は、開発区域内の土地が、地盤の軟弱な土地、がけ崩れまたは出水のおそれが多い土地その他これらに類する土地であるときは、地盤の改良、擁壁の設置等安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていることを開発許可の基準としている。この規定は、右のような土地において安全上必要な措置を講じないままに開発行為を行うときは、その結果、がけ崩れ等の災害が発生して、人の生命、身体、安全等が脅かされるおそれがあることにかんがみ、そのような災害を防止するために、開発許可の段階で、開発行為の設計内容を十分審査し、右の措置が講ぜられるように設計が定められている場合にのみ許可をすることとしているものである。そして、このがけ崩れ等が起きた場合における被害は、開発区域内のみならず開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民に直接的に及ぶことが予想される。また、**同条2項**は、**同条1項7号**の基準を適用するについて必要な技術的細目を政令で定めることとしており、その委任に基づき定められた**都市計画法施行令28条**、**都市計画法施行規則23条**、**同規則**（平成5年建設省令第8号による改正前のもの）**27条**の各規定をみると、**同法33条1項7号**は、開発許可に際し、がけ崩れ等を防止するためにがけ面、擁壁等に施すべき措置について具体的かつ詳細に審査すべきこととしているものと解される。以上のような同号の趣旨・目的、同号が開発許可を通して保護しようとしている利益の内容・性質等にかんがみれば、同号は、がけ崩れ等のおそれのない良好な都市環境の保持・形成を図るとともに、がけ崩れ等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体、安全等を、個々人の個別の利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、開発区域内の土地が同号にいうがけ崩れのおそれが多い土地等に当たる場合には、がけ崩れ等による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当である。」

【法的問題点】

開発許可については、周辺住民などが、開発行為に伴う環境悪化、安全性の低下などを理由として、その取消しを求めて争うことがあるが、従来の判例は、開発許可は一般公益を守るものであって、個別の周辺住民の法的利益を保護するものではないとの理由で、周辺住民の原告適格を否定するものが多かった。

本判決は、がけ崩れから周辺住民の人命、身体等を守るとは、開発許可の要件の中で具体的に保護している趣旨が読み取れるとして、そのような危険が及ぶ範囲に限っての周辺住民に原告適格を認めたものである。その限りでは当然の判決といえる。しかし、本判決以降、行政事件訴訟法（行訴法）の改正により、**9条2項**として原告適格に関しての考慮事項が追加された。この改正法の下では、がけ崩れ防止による人命、身体保護という法益に加えて、**行訴33条**の技術基準の要件を前提としても、別の個別の法的利益を守っていると解釈できる可能性が広がっているので、同最判のいう根拠以外にも開発許可処分に関して原告適格を有する場合が生じる可能性があることに留意すべきである⁵⁾。

また、開発許可に限らず、一見すると周辺住民の個別の法的利益を保護しているようには見えなくとも、一定の処分によって周辺住民に対して社会通念上一定の範囲を超えて不利益をもたらす場合にそのような不利益と引き換えにさまざまな事業の適正さの要件の遵守を求めている場合には、それらの一連の要件のいずれに関しても特定の周辺住民に対する不利益の受忍を求めるための適法要件となり得る場合が広くみられる。このような場合には、要件の文言そのものの言語学的な意味の探求は無意味であって、要件そのものに保護の趣旨が含まれていない場合であっても一連の要件の適法性確保によってやはり周辺住民の個別利益を保護していると解釈すべき場合があり得る⁶⁾。このような場合に、要件の文言や趣旨の探求のみによって原告適格を基礎付けようとすることは妥当でない。

併せて、要件の中の一見「自己の法律上の利益に関係ない違法」の主張に見え、**行訴法10条1項**で主張制限の対象となるかのごとき要件違反の主張であったとしても、それが一定の不利益の受忍を原告に求めようとする要件の一つである場合には、当然に主張制限を受けないと解すべきである。改正**行訴法9条2項**は、このような領域を認めなければ空文化してしまい、法改正の趣旨が没却されることに注意が必要である。したがって、開発許可の技術基準に関しては、がけ崩れ防止による生命、身体、保護というにとどまらず、周辺環境や財産的な不利益についても、これを受忍させるために遵守が求められる一連の要件を構成している限り、その要件に関する違法の主張を認めるべきである。

【事 案】

被上告人は、開発行為をするために都市計画法29条所定の開発行為許可申請の事前準備として、上告人盛岡市長および組合消防長に対して同意および協議を求めたが不同意回答を受けた。これに対して、上告人らに対し①1次的に不同意回答は処分にあたらないとして不作為の違法確認を求め、②2次的に不同意回答が処分にあたるとしてその取消しを求め、③3次的に同意および協議を義務として履行を求め、上告人盛岡市に対して国家賠償請求を行った。これについて最高裁が、同法32条所定の同意を拒否する行為は抗告訴訟の対象となる処分にはあたらないとした事案。

【判決の概要】

前記「2－3 開発許可制度の概要」の「(2) 公共施設管理者の同意」中の本判決引用部分(178頁)を参照。

【法的問題点】

本判決は、同意拒否の処分性を否定しているが、すでに論じたように妥当でない。いずれにせよ、正当な理由のない同意拒否があった場合には、少なくとも、同意を求める民事訴訟が可能であるので、今後の判例の蓄積が待たれるところである。しかし、本来は、立法論として、同意拒否に対する適切な法的、手続的統制の仕組みを早急に導入すべきであろう。

法と経済学の観点から付言すれば、仮に行政訴訟と民事訴訟という2つの司法救済ルートが想定でき、これらのいずれによるべきか判例が固まらず、法解釈論ではにわかに決しがたく、かつ、そのいずれかのルートのみが正しく、他方は誤っており、誤ったルートを通った場合には、後から時効等により正しいルートを再度通ることが許されなくなってしまう、という状況が存在するとき、正しいルートの選択を誤ることが司法的救済そのものを拒否する結果をもたらす、という法的帰結は、権利救済の阻害にとどまらず、潜在的な者も含めた多くの訴訟提起者に対して、複雑、膨大で費用の多額な訴訟準備作業、たとえば本来間違っているかもしれないルートのための法理論構築、証拠提出などの負担をも強いることを意味する⁷⁾。

結果的に違法を排除し、国民を救済するとともに、法治主義的な行政を実現するのが司法の大きな役割であることを前提とする以上、このような、運動会ならゲームとして楽しめるが、司法の場面で無益有害な障害物競走への参加、裁判官ですら解けない難題パズルを解くことを一般国民に強いることは、嫌がらせに近い膨大な紛争処理コストを発生させることでもあり、国民の貴重な労力、時間、費用の浪費をもたらす。

この意味からも、司法は救済ルートについて厳格すぎる特定を一般国民に強いるべきではない。難題パズルの解明に血道を上げるのではなく、権利の救済の実効性を確保すること、言い換えれば、ルートがどちらであれ、違法性の判断という実質審理を行うことを明示的に適法とし、それに主たる司法資源を充てるべきこと、さらに仮に厳格なルートを前提とするなら、時効にかかってから最高裁に行って初めて正しいルートを教えてもらえる、という異常なやり方を取らず、訴訟提起段階での訴訟指揮による適切なルートの教示を義務付け、権利者を失権させないことが重要なのである。

【事 案】

鎌倉市長がした、[都市計画法](#)（平成26年法律第42号による改正前のもの）[29条1項](#)による開発許可について、開発区域の周辺に居住する被上告人らが、同市長に対して同開発許可の取消しを求めた事案。

【判決の概要】

本判決は、市街化区域における開発許可取消訴訟について工事検査済証が交付された後の訴えの利益を否定した最判1993（平成5）・9・10民集47巻7号4955頁を引用しつつ、次のように述べて市街化調整区域における開発許可取消訴訟について工事検査済証交付後の訴えの利益を肯定した。

「所論は、最高裁平成3年（行ツ）第46号同5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号4955頁及び最高裁平成9年（行ツ）第24号同11年10月26日第三小法廷判決裁判集民事194号907頁を引用して、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする本件許可についても、本件許可を受けた開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においては、本件許可の取消しを求める訴えの利益は失われる旨をいう。」

「都市計画法の規定によれば、開発許可は、あらかじめ申請に係る開発行為が[同法33条及び34条](#)所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果を有するものであるところ、開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付されたときは、当該開発許可の有する上記の法的効果は消滅するものというべきである（前掲第二小法廷判決参照）」

「市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、[都市計画法43条1項](#)により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、開発許可を受けた開発区域においては、[同法42条1項](#)により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずるものということができる。

したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為については当該開発行為にかかる予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。

以上によれば、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われないと解するのが相当である。」

「所論引用の判例は、市街化区域内における土地を開発区域とする開発許可に関するものであるところ、市街化区域においては、開発許可を取り消しても、用途地域等における建築物の制限（[都市計画法10条](#)、[建築基準法第3章第3節](#)）等に従う限り、自由に建築物の建築等を行うことが可能であり、市街化調整区域における場合は開発許可の取消しにより排除し得る法的効果が異なるから、本件に適切でない。」

【法的問題点】

要するに、市街化区域においては、開発許可が取り消されても一定の建築は自由にできるので、取消しによって回復される法的利益がないが、市街化調整区域においては、開発許可が取り消されたら、予定建築物の建築等ができるという法的効果を排除して、建築等を阻止できることから、訴えの利益は消滅しない、というのが最高裁の法的整理である。

建築確認に対する第三者からの取消訴訟については、建物完成後は訴えの利益が消滅すると解されている（最判1984（昭和59）・10・26民集38巻10号1169頁、判時1186号53頁）。これは、建築確認は申請に係る計画が法令に適合しているか否かを審査する手続きであるため、建物完成後に確認を取り消しても、建物の存続自体が直ちに違法となるわけではないことを理由とする。仮に違法建築物であるなら、監督処分（[建築基準法9条](#)）による是正を求める義務付け訴訟などによって目的を達すべきこととなる。

従来最高裁は、開発許可に関しても、市街化区域における取消訴訟については、建築確認同様、工事完了公告の後は、許可の取消しによって回復できる法的利益がないものと解して、訴えの利益が消滅するものとしてきた（本判決引用の最判1993（平成5）・9・10民集47巻7号4955頁、最判1999（平成11）・10・26判時1695号63頁）。本判決は、これに対して、市街化調整区域については、用途地域等が定められていないことを理由に訴えの利益の工事完了公告後における存続を認めたものである。

市街化区域については、用途地域等が必ず定められていることに伴い、[都市計画法42条1項ただし書](#)により、予定建築物であるか否かを問わず、工事完了公告後は同項本文の建築制限に服さなくなる。したがって、工事完了公告前なら、許可取消しにより当該工事の施行権限を剥奪することとなって工事の差止めが可能となるが、工事完了公告後は、許可の取り消しによって開発行為完了後の建築行為の制限や禁止という法的効果を得ることはできないという考え方に基づくものである。この場合、やはり監督処分（[都市計画法81条](#)、[建築基準法9条](#)）による是正を求める義務付け訴訟によって目的を達すべきことになる。

これに対して、市街化調整区域では原則として用途地域等が定められていないため、工事完了公告後であっても、[42条1項](#)本文により予定建築物の建築等以外は許されない、という法的効果が残存する。したがって、開発行為終了後でも開発許可の取消しにより、予定建築物の建築を阻止できることとなるので、工事完了公告後も依然として訴えの利益は失われないこととなる。もっとも、予定建築物の竣工後は、許可の取消しによって回復すべき法的な利益が消滅するため、本判決の論理によったとしても訴えの利益は消滅する可能性がある。この場合は、やはり是正を求める義務付け訴訟による救済が想定されることとなる。

法と経済学の観点から付言すれば、開発許可取消訴訟の訴えの利益については、少なくとも市街化区域に関してすでに複数回の最高裁の判決がなされており、これらについては、市街化調整区域における判断を明示していなかったため、判決の射程距離をめぐって学説などで推論に基づく議論が繰り返されるままであったが、ようやく本判決に至って市街化区域についての最高裁の明示的な判断が示された点が注目される。

いくら裁判が個別的な紛争解決のためのものであるからといっても、論理的に明確な分類が可能である以上、傍論としてであれ、市街化調整区域における訴えの利益の消滅の有無について、かつての判決の段階で明示的に法解釈を示していれば、本判決を待つて初めて国民に明らかとなった本論点をめぐる莫大な紛争処理コストの発生を未然に防ぐことができたのである。

本論点に関して、最高裁が、法解釈のいわば小出しによって社会的な紛争処理コストの増大をもたらしたことは、紛争の未然防止の可能性を小さくし、紛争処理の長期化、複雑化を招いたといえ、これは一種の政府の失敗⁸⁾であり、本来望ましくない。一般的に判決は、同種ないし類似の事案に関して普遍化できる解釈については、広くこれを示す責務を負っているというべきである。

4 ◆参考文献

- ・開発許可制度研究会編『最新開発許可制度の解説 第3次改訂版』（ぎょうせい、2015年）
- ・福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『新行政事件訴訟法』（新日本法規出版、2004年）
- ・阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）
- ・福井秀夫『ケースからはじめよう法と経済学』（日本評論社、2007年）

※本章の図は、国土交通省都市局都市計画課による研修資料「開発許可制度について」をもとに作成した。

1.)

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）105頁以下。

2.)

宇賀克也・ジュリスト1061号（1995年）121頁以下。

3.)

阿部・前掲105頁。

4.)

浅見泰司・福井秀夫・山口幹幸編『マンション建替え——老朽化にどう備えるか』（日本評論社、2012年）55～56頁参照。筆者らの問題提起を受け、国土交通省都市・地域整備局及び住宅局から自治体の開発許可担当当局あて、2008年9月9日付で「都市計画法第3条第1項第14号の規定に係る開発許可制度のマンションの建替えに関する適切な運用について（技術的助言）」が発出され、同じ趣旨が徹底された。本通知に関しては、国土交通省「都市計画法第33条第1項第14号の規定に係る開発許可制度のマンションの建替えに関する適切な運用について（技術的助言）」市街地再開発462号（2008年）の解説も参考になる。

5.)

福井秀夫・村田斉志・越智敏裕『新行政事件訴訟法』（新日本法規出版、2004年）290頁以下、314頁参照。

6.)

福井秀夫「行政事件訴訟法10条1項による自己の『法律上の利益』に関係のない違法の主張制限（上）、（下）」自治研究84巻9、10号（2008年）（上）44頁以下。

7.)

法と経済学における取引費用、司法の失敗につき、福井秀夫『ケースからはじめよう法と経済学』（日本評論社、2007年）序章、5章参照。

8.)

福井前掲書8、10頁、1、2章参照。

第4章 廃棄物処理法



廃棄物の処理及び清掃に関する法律（略称「廃掃法」）
昭和45年12月25日法律137号

藤代浩則

1 ◆ 廃掃法の趣旨・目的および組織

1－1 廃棄物処理行政の歴史

ゴミ処理に関しては明治**33**年成立の汚物掃除法、昭和**29**年成立の清掃法までは家庭から出るゴミの処理を中心としていたそれまでの法体系を改めて、工場等から排出されるゴミに対応するために昭和**45**年に廃棄物の処理及び清掃に関する法律（「廃掃法」）によって規律されている。また、平成3年の廃掃法の改正を機にそれまでのゴミ処理のみならず、生活環境保全あるいはリサイクルにも注目するようになった。

1－2 廃掃法の趣旨・目的

（１）趣旨

廃掃法は昭和45年にそれまでの家庭から出るゴミ処理に関する清掃法を工場等から出るゴミに対応するために全面改正する趣旨で制定された。この昭和45年の廃掃法では「廃棄物を適正に処理し、及び生活環境を清潔にすることにより、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ること」（同法1条）を趣旨・目的としていた。

しかしながら、高度経済成長時代が終わるとそれまでの経済優先の大量生産・大量消費の考え方から、環境問題を重視する社会に変わっていった。廃掃法も平成3年に改正され、同法趣旨目的も「廃棄物の排出を抑制し、及び廃棄物の適正な分別、保管、収集、運搬、再生、処分等の処理をし、並びに生活環境を清潔にすることにより、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ること」と規定し、環境問題を重視する社会を実現することを目標に据えた。

（２）平成9年、12年、15年、16年改正の趣旨

廃掃法は平成3年の大改正以後も4回の改正をしている。各回における改正の趣旨は次の通りである。

ア 平成9年改正

- ・廃棄物の再生利用について許可に代わる認定制度の新設等
- ・廃棄物処理施設の設置許可に関する手続の明確化
- ・廃棄物処理業者の欠格要件の強化等
- ・マニフェスト制度の拡充、情報処理センターによる電算情報処理
- ・不法投棄に対する罰則強化
- ・原状回復のための拠出金制度と産業廃棄物適正処理センター制度

イ 平成12年改正

- ・環境大臣による基本方針、都道府県廃棄物処理計画
- ・適正処理のための規制強化
- ・都道府県の行う産業廃棄物の処理
- ・多量排出事業者の産業廃棄物処理計画の策定義務
- ・マニフェストの運用改善
- ・廃棄物の焼却禁止
- ・措置命令の対象範囲拡大

ウ 平成15年改正

- ・不法投棄の未然防止に関する措置
- ・リサイクルの促進等の措置

エ 平成16年改正

- ・廃棄物埋立地の変更に係る届出の義務化
- ・廃棄物処理施設における事故発生時の届出の義務化

（３）関連法令

このように、廃掃法は、廃棄物の排出を抑え、発生した廃棄物はリサイクルするなどの適正な処理をすることで、住民の生活環境を守ることを目的としている。そして、廃掃法に関連する法令として、上位に循環型社会の構築に向けた循環型社会形成推進基本法や、個別の廃棄物のリサイクルを推進するための法律として、容器包装リサイクル法、家電リサイクル法といった各種のリサイクル法がある。

1－3 廃棄物処理行政の組織

廃棄物処理行政は、平成3年の廃掃法大改正により、それまでの廃棄物処理のみでなく、環境問題を重視する社会を実現することを目標に据えるようになった（[廃掃法1条](#)参照）。そのため、廃掃法のみならずいわゆるリサイクル関連法においても規律されているところである。したがって、廃掃法の所管庁である環境省が廃棄物処理行政の中心となるが、リサイクル関連法令である「資源の有効な利用の促進に関する法律」「容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律」および「特定家庭用器機再商品化法」にあつては経済産業省、「建設工事に係る資材の再資源化等に関する法律」にあつては国土交通省、「食品循環資源の再生利用等に関する法律」にあつては農林水産省も廃棄物処理行政に関係している。

また、廃掃法においては、廃棄物処理施設および廃棄物収集・運搬・処理等に関する各種許認可関係については主に都道府県知事の権限に委ねられている。しかし、廃棄物処理施設は周辺住民の生活環境にも大きく影響するものであるところから、条例あるいは指導要綱等によって事実上市町村レベルでの関与も大きく認められているところである。

2 ◆ 廃掃法全体の法の仕組み（構造）

廃掃法は家庭から出るゴミを中心として規定されていた汚物処理法、清掃法を改正して制定されたという経緯から「一般廃棄物」に関する規定が「産業廃棄物」よりも先にされているという特徴がある。そのために、産業廃棄物に関する規定については、一般廃棄物の規定が準用されていることがあるので、たとえば産業廃棄物処理業などの許可基準も、一般廃棄物の規定にあたらないとわからないなど条文を読むにあたっては注意を要する。

2-1 廃掃法の規制対象

廃掃法の規制対象は「廃棄物」である。

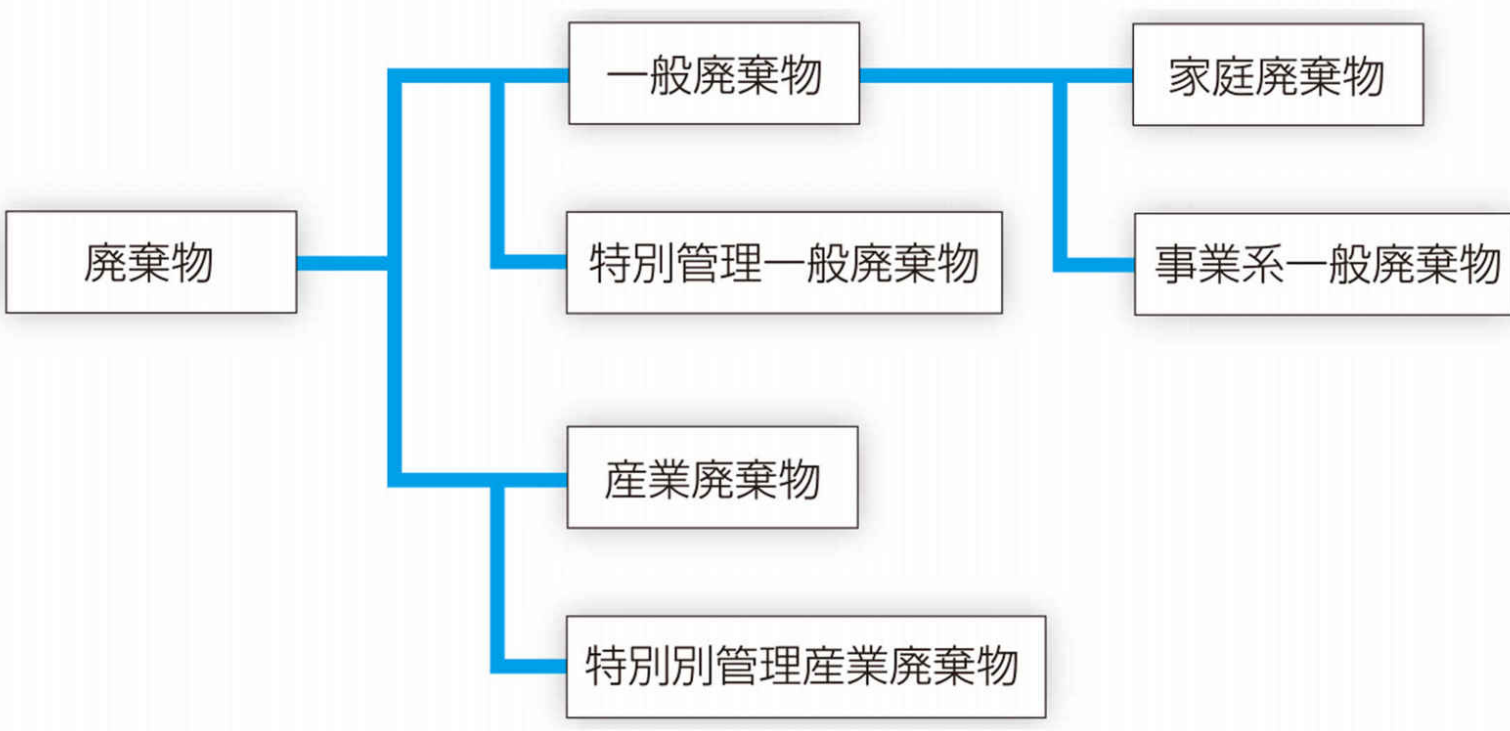
「廃棄物」とは、「ごみ、粗大ごみ、燃え殻、汚泥、ふん尿、廃油、廃酸、廃アルカリ、動物の死体その他の汚物又は不要物であって、固形状又は液状のもの（放射性物質及びこれによって汚染された物を除く）」である（[廃掃法2条1項](#)）。

この「廃棄物」はさらに一般廃棄物と産業廃棄物とに分けられ、廃掃法上は産業廃棄物以外の廃棄物が一般廃棄物とされる（[廃掃法2条2項](#)）。したがって、産業廃棄物の定義が重要となるが、基本的には事業活動に伴って生じた廃棄物を「産業廃棄物」とするが、そのうち廃掃法施行令で定めたものを「産業廃棄物」という（「限定主義」）（[廃掃法2条4項](#)）。そして、ここでいう「事業活動」とは、製造業や建設業のみならず、農林漁業、商業活動および公共事業なども含まれる。これについては、「おから」も産業廃棄物に該当するとした判例が参考になる（最決平成11・3・10判時1672号156頁）。

一般廃棄物についても、家庭から出される一般廃棄物（「家庭廃棄物」）と、事業活動に伴って生じた産業廃棄物以外の一般廃棄物（「事業系一般廃棄物」）とに区分される。この区分は、一般廃棄物のうち家庭廃棄物については処理責任が市町村にあることによる区分である。

また、一般廃棄物および産業廃棄物のうち、爆発性、毒性、感染性があるものなどが「特別管理一般廃棄物」「特別管理産業廃棄物」として区分されている（[廃掃法2条3項、5項、同法施行令1条、2条の4](#)）。

廃棄物の種類を整理すると以下のようになる。



2－2 廃掃法の規制にかかる行政の行為

（１）廃棄物処理業に対する規制

㉞ 廃棄物処理業の種類

- ① 一般廃棄物収集運搬業（[廃掃法7条1項](#)）
- ② 一般廃棄物処分業（[廃掃法7条4項](#)）
- ③ 産業廃棄物収集運搬業（[廃掃法7条1項](#)）
- ④ 産業廃棄物処分業（[廃掃法14条4項](#)）
- ⑤ 特別管理産業廃棄物収集運搬業（[廃掃法14条の4第1項](#)）
- ⑥ 特別産業廃棄物処分業（[廃掃法14条の4第4項](#)）

㉟ 許可権限について

一般廃棄物と産業廃棄物とで許可権限を異にしている。すなわち、①②と③～⑥とで許可権者が異なる。

一般廃棄物の処理は市町村の事務である（[廃掃法6条の2](#)）であることから、一般廃棄物処理業の許可は市町村長の権限である（[廃掃法7条](#)）。これに対して、産業廃棄物処理業の許可は都道府県知事の権限である（[廃掃法14条4項](#)）。

許可は一般廃棄物は市町村ごと、産業廃棄物は都道府県ごとなので、収集運搬業にあつては、複数の都道府県あるいは市町村にわたって行う場合には、廃棄物の収集場所、中継場所（保管・積替場所）および到着地の各場所を管轄するすべての都道府県知事（産業廃棄物）・市町村長（一般廃棄物）の許可を受けなければならない。

（２）廃棄物処理施設に対する規制

廃棄物処理施設を設置する場合は、一般廃棄物および産業廃棄物ともに処理施設の設置場所を管轄する都道府県知事の許可が必要（[廃掃法8条1項](#)・[同法施行令5条](#)・[廃掃法15条](#)・[同法施行令7条](#)）。

（３）一般廃棄物処理について

㉞ 一般廃棄物収集・運搬業の許可

（ア）許可を要する場合

一般廃棄物の収集または運搬を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域（運搬のみを業として行う場合にあっては、一般廃棄物の積卸しを行う区域に限る）を管轄する市町村長の許可を受けなければならない。ただし、事業者（自らその一般廃棄物を運搬する場合に限る）、もっぱら再生利用の目的となる一般廃棄物のみの収集または運搬を業として行う者その他環境省令で定める者については、この限りでない（[廃掃法7条1項](#)）。

（イ）許可の要件

[廃掃法7条5項](#)で許可要件をあげている。要件の概略としては、当該市町村による一般廃棄物の収集・運搬が困難であること、申請内容が一般廃棄物処理計画に適合するものであること、事業施設および事業者が事業を継続的に行う能力を備えていること、ならびに過去に刑罰に処せられたあるいは不許可処分を受けたことがあるといった欠格事由（[同項4号](#)）が定められている。

㉟ 一般廃棄物処分業の許可

（ア）許可を要する場合

一般廃棄物の処分を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域を管轄する市町村長の許可を受けなければならない。ただし、事業者（自らその一般廃棄物を処分する場合に限る）、もっぱら再生利用の目的となる一般廃棄物のみの処分を業として行う者その他環境省令で定める者については、この限りでない（[廃掃法7条6項](#)）。

（イ）許可の要件

[廃掃法7条10項](#)において許可要件を定めている。その内容は、一般廃棄物収集・運搬業の許可と同様に当該市町村による一般廃棄物の収集・運搬の困難性、一般廃棄物処理計画との適合性、事業者として能力があること、申請者において[同項4号](#)に定める欠格事由に該当しないことである。

㊱ 一般廃棄物処理施設の許可

（ア）許可を要する場合

一般廃棄物処理施設を設置しようとする者は、当該一般廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない（[廃掃法8条1項](#)）。

（イ）申請書の提出

許可を受けようとする者は、環境省令で定めるところにより掲げる事項を記載した申請書を提出しなければならない（[廃掃法8条2項](#)）。

㊲ 生活環境影響調査

㉞（[イ](#)）の申請書には、環境省令で定めるところにより、当該一般廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類を添付しなければならない（[廃掃法8条3項](#)）。

㊳ 告示縦覧

都道府県知事は、一般廃棄物処理施設（政令で定めるものに限る）について第1項の許可の申請があつた場合には、遅滞なく告示し、同項の申請書および前項の書類を当該告示の日から1週間公衆の縦覧に供しなければならない（[廃掃法8条4項](#)）。

㊴ 意見聴取

都道府県知事は、㉞の告示をしたときは、遅滞なく、その旨を当該一般廃棄物処理施設の設置に関し生活環境の保全上関係がある市町村の長に通知し、期間を指定して当該市町村長の生活環境の保全上の見地からの意見を聴かなければならない（[廃掃法8条5項](#)）。

㊵ 意見書提出

㉞の告示があつたときは、当該一般廃棄物処理施設の設置に関し利害関係を有する者は、同項の縦覧期間満了の日の翌日から起算して2週間を経過する日までに、当該都道府県知事に生活環境の保全上の見地からの意見書を提出することができる（[廃掃法8条6項](#)）。

㊶ 許可要件

（ア）[廃掃法8条の2第1項](#)で許可要件をあげている。要件の概略としては、事業施設および事業者が環境省令で定める基準に従って事業を継続的かつ的確に行う能力を備えていること、および過去に刑罰に処せられたあるいは不許可処分を受けたことがあるといった欠格事由（[同項4号](#)）が定められている。

（イ）都道府県知事は、[8条1項](#)の許可の申請にかかるごみ処理施設の設置によって、ごみ処理施設または産業廃棄物処理施設の過度の集中により大気環境基準の確保が困難となると認めるときは、[8条1項](#)の許可をしないことができる（[廃掃法8条の2第2項](#)）。

（ウ）専門的知識を有する者からの意見聴取

都道府県知事は、[前条1項](#)の許可をする場合においては、あらかじめ、[1項2号](#)に掲げる事項について、生活環境の保全に関し環境省令で定める事項について専門的知識を有する者の意見を聴かなければならない（[廃掃法8条の2第3項](#)）。

（エ）使用前検査

[8条1項](#)の許可を受けた者は、当該許可にかかる一般廃棄物処理施設について、都道府県知事の検査を受け、当該一般廃棄物処理施設が当該許可にかかる[同条2項](#)の申請書に記載した設置に関する計画に適合していると認められた後でなければ、これを使用してはならない（[廃掃法8条の2第5項](#)）。

（４）産業廃棄物収集・運搬業の許可

[ア](#) 許可を要する場合

産業廃棄物の収集または運搬を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域を管轄する都道府県知事（政令指定都市の場合は、その長。以下同じ）の許可を受けなければならない（[廃掃法14条1項](#)）。

[イ](#) 許可の要件

[廃掃法14条1項](#)で許可要件をあげている。要件の概略としては、事業施設および事業者が環境省令で定める基準に従って事業を継続的かつ的確に行う能力を備えていること、および過去に刑罰に処せられたあるいは不許可処分を受けたことがあるといった欠格事由（[同項2号](#)）が定められている。

（５）産業廃棄物処分業の許可

[ア](#) 許可を要する場合

産業廃棄物の処分を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。ただし、自らその産業廃棄物を処分する事業者、もっぱら再生利用の目的となる産業廃棄物のみの処分を業として行う者その他環境省令で定める者については許可は不要である（[廃掃法14条6項](#)）。

[イ](#) 許可要件

[廃掃法14条6項](#)で許可要件をあげている。要件の概略としては、事業施設および事業者が環境省令で定める基準に従って事業を継続的かつ的確に行う能力を備えていること、および過去に刑罰に処せられたあるいは不許可処分を受けたことがあるといった欠格事由（[同項2号](#)）が定められている。

（６）産業廃棄物処理施設の設置の許可

[ア](#) 許可を要する場合

産業廃棄物処理施設を設置しようとする者は、当該産業廃棄物処理施設を設置しようとする地を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない（[廃掃法15条1項](#)）。

ただし、多くの都道府県では廃棄物処理施設の設置の許可申請に先立って、事前協議を行うことを指導要綱などで定めて、行政指導をしている。この事前協議については後述する。

[イ](#) 申請書の提出

産業廃棄物処理施設を設置許可を受けようとする者は、環境省令で定めに従った所定の事項を記載した申請書を提出しなければならない（[廃掃法15条2項](#)、[同法施行規則11条](#)）。

[ウ](#) 生活環境調査

提出する申請書には、環境省令で定めるところにより、当該産業廃棄物処理施設を設置することが周辺地域の生活環境に及ぼす影響についての調査の結果を記載した書類を添付しなければならない（[廃掃法15条3項](#)）。

[エ](#) 告示縦覧

都道府県知事は、産業廃棄物処理施設について許可の申請があった場合には、遅滞なく、縦覧場所等を告示するとともに、申請書類等を当該告示の日から1カ月間公衆の縦覧に供しなければならない（[廃掃法15条4項](#)）。

[オ](#) 意見聴取

都道府県知事は、前項の規定による告示をしたときは、遅滞なく、その旨を当該産業廃棄物処理施設の設置に関し生活環境の保全上関係がある市町村の長に通知し、期間を指定して当該市町村長の生活環境の保全上の見地からの意見を聴かなければならない（[廃掃法15条5項](#)）。

[カ](#) 意見書の提出

[4項](#)の告示があったときは、当該産業廃棄物処理施設の設置に関し利害関係を有する者は、同項の縦覧期間満了の日の翌日から起算して2週間を経過する日までに、当該都道府県知事に生活環境の保全上の見地からの意見書を提出することができる（[廃掃法15条6項](#)）。

[キ](#) 許可要件

（ア）[廃掃法15条の2第1項](#)で許可要件をあげている。要件の概略としては、事業施設および事業者が環境省令で定める基準に従って事業を継続的かつ的確に行う能力を備えていること、および過去に刑罰に処せられたあるいは不許可処分を受けたことがあるといった欠格事由（[同項2号](#)）が定められている。

（イ）ただし、都道府県知事は、[前条1項](#)の許可の申請にかかる産業廃棄物処理施設の設置によつて、ごみ処理施設または産業廃棄物処理施設の過度の集中により大気環境基準の確保が困難となると認めるときは、同項の許可をしないことができる。

（ウ）専門的知識を有する者からの意見聴取

都道府県知事は、産業廃棄物処理施設の設置許可をする場合においては、あらかじめ、事業施設および事業者が環境省令で定める基準に従って事業を継続的かつ的確に行う能力を備えていることについて、専門的知識を有する者の意見を聴かなければならない。

（エ）使用前検査

産業廃棄物処理施設の設置許可を受けた者は、当該許可にかかる産業廃棄物処理施設について、都道府県知事の検査を受け、当該産業廃棄物処理施設が当該許可にかかる申請書に記載した設置に関する計画に適合していると認められた後でなければ、これを使用してはならない（[廃掃法15条の2第5項](#)、[同法施行規則12条の4](#)）。

（７）規制について

[ア](#) 廃棄物処理業について

（ア）事業の停止

一般廃棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者にあつては市町村長、産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者にあつては都道府県知事は、一般廃棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者もしくは産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者が、法令違反行為、事業施設等が基準に適合しなくなった場合または許可条件に反している場合には、期間を定めてその事業の全部または一部の停止を命ずることができる（[廃掃法7条の3](#)、[14条の3](#)）。

（イ）許可の必要的取消し

一般廃棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者にあつては市町村長、産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者にあつては都道府県知事は、一般廃

棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者もしくは産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者が、許可要件を満たさないと認められる場合、刑罰に処せられた場合、またはその業務を行うにあたって不誠実な行為をするおそれのある場合等に該当するときは、その許可を取り消さなければならない（[廃掃法7条の4第1項](#)、[14条の3の2第1項](#)）。

（ウ）許可の任意的取消し

一般廃棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者にあつては市町村長、産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者にあつては都道府県知事は、一般廃棄物収集運搬業者または一般廃棄物処分業者もしくは産業廃棄物収集運搬業者または産業廃棄物処分業者が、廃掃法に規定する基準に適合しなくなったこと、または許可に付した条件に違反したときは、その許可を取り消すことができる（[廃掃法7条の4第2項](#)、[14条の3の2第2項](#)）。

廃棄物処理施設について

（ア）改善命令等

都道府県知事は、廃棄物処理施設の構造等が廃掃法の技術水準に適合していない等と認められた場合、法令違反があつたと認められた場合、あるいは許可条件に違反したと認められた場合には、一般廃棄物処理施設設置許可または産業廃棄物処理施設設置許を受けた者に対し、期限を定めて当該廃棄物処理施設につき必要な改善を命じ、または期間を定めて当該廃棄物処理施設の使用の停止を命ずることができる（[廃掃法9条の2](#)、[15条の2の7](#)）。


（イ）許可の必要的取消し

都道府県知事は、廃棄物処理施設設置許可を受けた者について不許可事由が生じた場合等には、一般廃棄物処理施設設置許可または産業廃棄物処理施設設置許を受けた者に対し、当該廃棄物処理施設にかかる設置許可を取り消さなければならない（[廃掃法9条の2の2第1項](#)、[15条の3第1項](#)）。

（ウ）許可の任意的取消し

都道府県知事は、一般廃棄物処理施設の設置許可を受けた者および産業廃棄物処理施設の設置許可を受けた者について、廃掃法に規定する基準に適合しなくなったとき、許可に付した条件に違反したとき、または維持管理積立をしていないときは、当該廃棄物処理施設にかかる設置の許可を取り消すことができる（[廃掃法9条の2第2項](#)、[15条の3第2項](#)）。

（８）規制に関する行政手続

 廃棄物処理業者あるいは廃棄物設置に対する各種の規制（事業停止、許可取消、改善命令等）は、不利益処分に該当するので、行政手続法による手続的保障を受ける。

すなわち、不利益処分をするにあたっては、処分の相手方の権利を侵害するものであることから、処分の相手方に反論・防御の機会を与え、自らの権利利益について手続的保障をする必要がある。この不利益処分手続について行政手続法は、処分の通知（[行政手続法（以下「行手法」という）15条、30条](#)）、処分基準の設定（[12条](#)）を定めてあらかじめ相手方に対し不利益処分の内容を知らしめる手続的保障をしている。そして不利益処分を受ける相手方に対し、聴聞あるいは弁明の機会を付与することによって、行政庁に対し反論・防御の手続的保障をもしている（[行手法13条](#)）。

聴聞手続と弁明手続について

聴聞手続が反論・防御の機会を与える正式な手続であるのに対して（[行手法13条1項1号](#)）、弁明手続は原則として書面によって行う簡易な手続であるとされている（[同法13条1項2号](#)）。

聴聞手続がとられるのは、許認可等を取り消す不利益処分であることから（[同法13条1項1号イ](#)）、廃掃法上では廃棄物処理業許可の取消しおよび廃棄物処理施設の設置許可の取消しがこれに該当する。他方、弁明手続はこれ以外の不利益処分であるので、廃掃法上は「廃棄物処理業の事業停止命令及び廃棄物処理施設に対する改善命令」がこれに該当する（[同法13条1項2号](#)）。

2-3 廃掃法の規制に関係する法定外の制度について

(1) 廃棄物処理施設設置にかかる事前協議制度

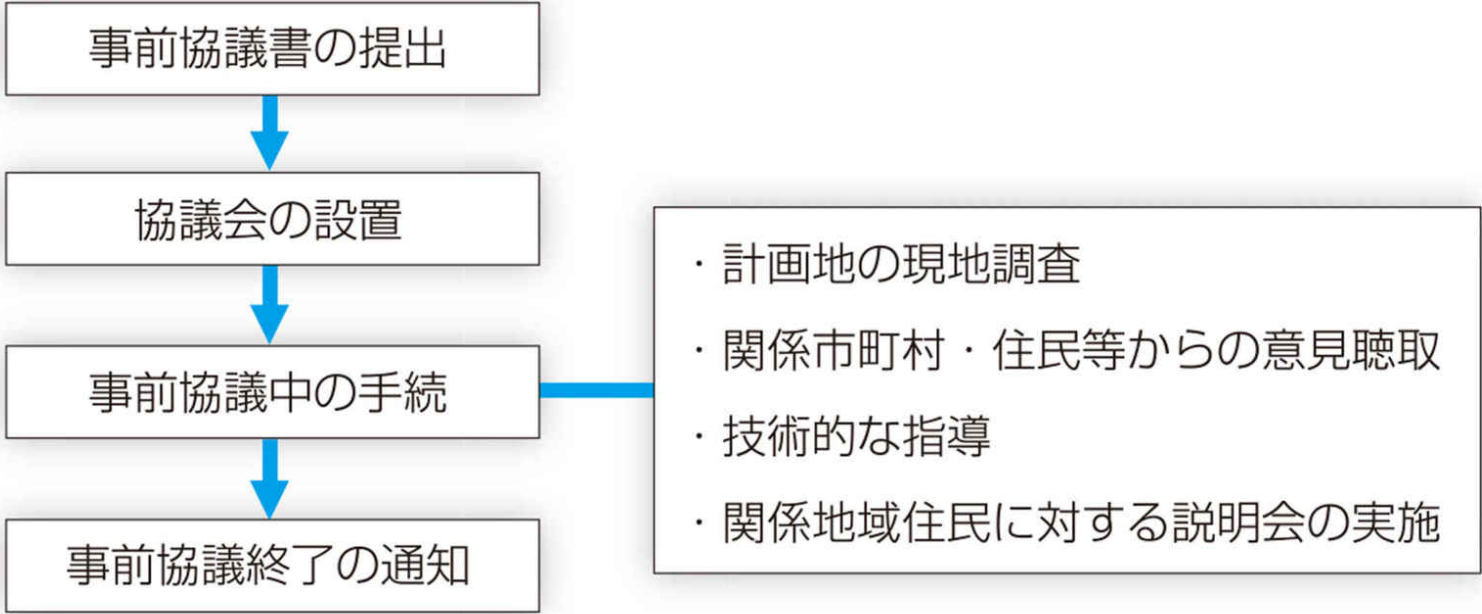
⑦ 廃掃法上は廃棄物処理施設の設置については、[同法15条](#)以下に定められた手続によって行われ、要件を満たした場合には当該都道府県知事の許可を受ける設置することができる。しかしながら、多くの都道府県においては、この廃掃法の規定のほかに指導要綱による行政指導が行われている。これは廃棄物処理施設は周辺住民の生活環境にも大きく影響するものであるところから、設置許可をする前に関係市町村および周辺住民にも手続に参加させることにより、事後に施設設置者との間で生ずるかもしれないトラブルを未然に防ぐため設けられた制度である。

具体的には、廃掃法の定める設置許可申請を行う前に、事前協議を行うことが指導要綱に定められ、それに基づく行政指導が行われているのが現状である。したがって、各都道府県で規定している指導要綱に基づいて事前協議の手続が必要となる。

⑧ 仕組み

以下にみるように廃掃法による処理施設設置の許可申請手続を行う前に、事前協議の手続をとることを求めて、事前協議手続が完了しない限り、都道府県知事は設置許可の申請を受け付けない制度になっている。

都道府県知事は、事前協議等が終了したと認められる場合は、事業者等および関係市町村長に事前協議が終了した旨を通知する。そして、この通知を受けた事業者は廃棄物処理施設設置許可の申請を行う。



(2) 公害防止協定

廃棄物処理施設の設置許可は都道府県知事の権限であるために、設置予定地の関係市町村には法律上権限がないために、関係市町村においては住民の生活環境保護のために廃棄物処理施設業者と協定を締結することがある。そして、この協定に基づいて関係市町村においては業者に対して立入検査を実施したり、行政指導をするなどしている。これが有力な手段となったのは、法令による公害規制は画一的な規定にならざるを得ないが、協定による場合には廃棄物設置業者との協議によって地域の実情・周辺住民の意見をも取り入れた規制内容を、あるいは専門技術的な規制内容を個別具体的に決められることができるというメリットがあることによる。ただし、協定は法令ではないために協定内容を遵守させることは行政指導によるほかなく、事後に紛争に発展するケースもある。

(3) 関係法令

廃掃法は平成3年大改正により、それまでの廃棄物処理のみでなく、環境問題を重視する社会を実現することを目標に据えるようになった（[廃掃法1条](#)参照）。そのため、廃棄物処理に関しては廃掃法のみならずいわゆるリサイクル関連法（容器包装リサイクル法、家電リサイクル法、建設廃棄物リサイクル法、食品廃棄物リサイクル法、循環型社会形成推進基本法、自動車リサイクル法においても規律されているところである。

廃棄物処理施設の設置場所に関して、その設置場所が水道水源周辺あるいは森林内であつたりする場合もある。このような場合に、関係市町村にあつては、廃棄物処理施設の設置による水道水源への影響を考慮して、あるいは林道に廃棄物を運搬する車両が多数乗り入れることによって生じるであろう環境破壊・周辺住民の不安を考慮して、独自に水道水源保護条例あるいは林道管理条例を制定して規制しているところもある。

このように廃棄物処理に関しては、廃棄物の処理のみでなく環境問題にも注意を払う必要があり、それに関連する環境法令（条例も含む）による規制についても注意する必要がある。

3－1 手続の特徴

事前協議制度において述べたように廃掃法による廃棄物処理施設の設置の許可を得るためには、申請手続を行う前に、事前協議の手続をとることが求められている。そして、この事前協議手続が完了しない限り、許可権者である都道府県知事は設置許可の申請を受け付けない制度になっている。

3-2 事前協議における行政指導について

多くの都道府県では事前協議に関して指導要綱を定め、その要綱に基づいて設置予定業者に対し行政指導が行われている。たとえば千葉県では環境生活部廃棄物指導課において「千葉県廃棄物処理施設の設置及び維持管理に関する指導要綱集」（平成26年4月1日付）を策定している。同指導要綱1条（目的）では「事業者等が廃棄物処理施設の設置及び維持管理を行う場合に、県が事業者等に対し、公害防止、災害防止等のための必要な指導を行うことにより、生活環境の保全及び廃棄物の適正処理の推進を図ることを目的とする。」と行政指導であることを明記しているものの、20条においては「事業者等のうち、その設置しようとする廃棄物処理施設について、（略）許可を要するものは、（事前協議終了の）通知を受けた後に当該許可の申請を行うものとする。」と定め、事前協議が整わない限り許可申請ができない仕組みになっている。また、同指導要綱集には廃棄物処理施設の立地等に関する基準、廃棄物処理施設の構造に関する基準、廃物処理施設の維持管理に関する基準および環境調査指針といった同指導要綱に基づいて指導するための基準等も規定されていて、廃棄物処理に関する行政指導が事細かに行われているのがよくわかる。

ところで、行政指導の内容は相手方の任意の協力によつてのみ実現されるものである（[行手法32条1項](#)）。そして、行政指導に従わないことを理由として相手方に対し不利益な取扱いをすることは禁じられている（[同法2項](#)）。また、廃棄物処理施設の設置許可申請手続は行政手続法の適用を受けるので、申請があつた場合に行政庁（都道府県知事）は、「遅滞なく当該申請の審査を開始しなければなら」ない（[同法7条](#)）。

したがって、事前協議をするよう求めるのは行政指導によるものであるから設置予定事業者としてはこれを拒むことができ、また事前協議を経ずとも廃掃法およびその関係法令に従った内容の申請書を都道府県知事に提出すれば、当該都道府県知事はこれを受理し、遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならないことになる。しかし、現実的には設置予定事業者としては許可を受けるためには行政指導によるものとはいえ事前協議を拒絶することは、許可権者の意向を無視するものであり、またその後の許認可関係に対する影響も考慮して、事前協議制度に従っているのが現状ではないかと推測する。このように事前協議制度をめぐる諸問題については、紛争事例の項目で紹介する。

3－3 許可後の行政指導について

廃棄物処理業においては、法令違反等があれば行政処分として「事業停止」、「許可の取消し」がある。また、廃棄物処理施設においては、法令違反等があれば行政処分として「改善命令等」、「許可の取消し」がある。しかし、処分庁はただちにこれら公権力の行使として行政処分を行うのではなく、法令違反の事実を止めるよう、あるいは技術的改善にただちに取りかかるように行政指導を行い、それでも改まらない場合にこれら行政処分を行うのが一般的である。行政指導は相手方の協力を得て行うという非権力的行政活動であることから臨機応変に対応できるというメリットがある。また、事業者としても行政処分による権力的な命令ではなく任意の協力を求めるという要請であることから、監督官庁に対する心理的抵抗感も少なく、かかる要請に応じやすい。その結果として、早期に違法状態の解消あるいは技術面の改善がはかれることにもなる。このように行政指導のメリットを生かして、ただちに許可取消し等の行政処分を行うのではなく、規制的指導あるいは助成的指導といった手法がとられている。

3-4 行政指導と行政手続法

平成26年の行政手続法の改正（平成27年4月1日施行）により、行政指導については、その指導の相手方から中止等を求める規定が加えられた。すなわち、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導の相手方は、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思料するときは、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（[行手法36条の2第1項](#)）。そして、この中止等の求めがあった場合には行政指導を行っている行政機関は、「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。」とされている（[同条3項](#)）。

（1）廃棄物処理行政における影響

これを廃棄物処理行政において行われている行政指導においてみると、これまでは行政指導に従わざるを得ない状況にあった廃棄物処理業者等も当該行政指導が廃掃法の規定する要件に該当しないと思われる場合には、指導を行っている行政機関に対し、当該行政指導を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ようになった。なお、事前協議における行政指導は法律の規定によるものではないので同法の適用を受けるものではないが、手続的保障を受けるという意味では法律に規定されているか否かで分ける必要性が乏しく、また行政指導は任意の協力によるものであるという性質からすれば、同条の趣旨を援用して中止の申入れをすることも十分考えられるところである。

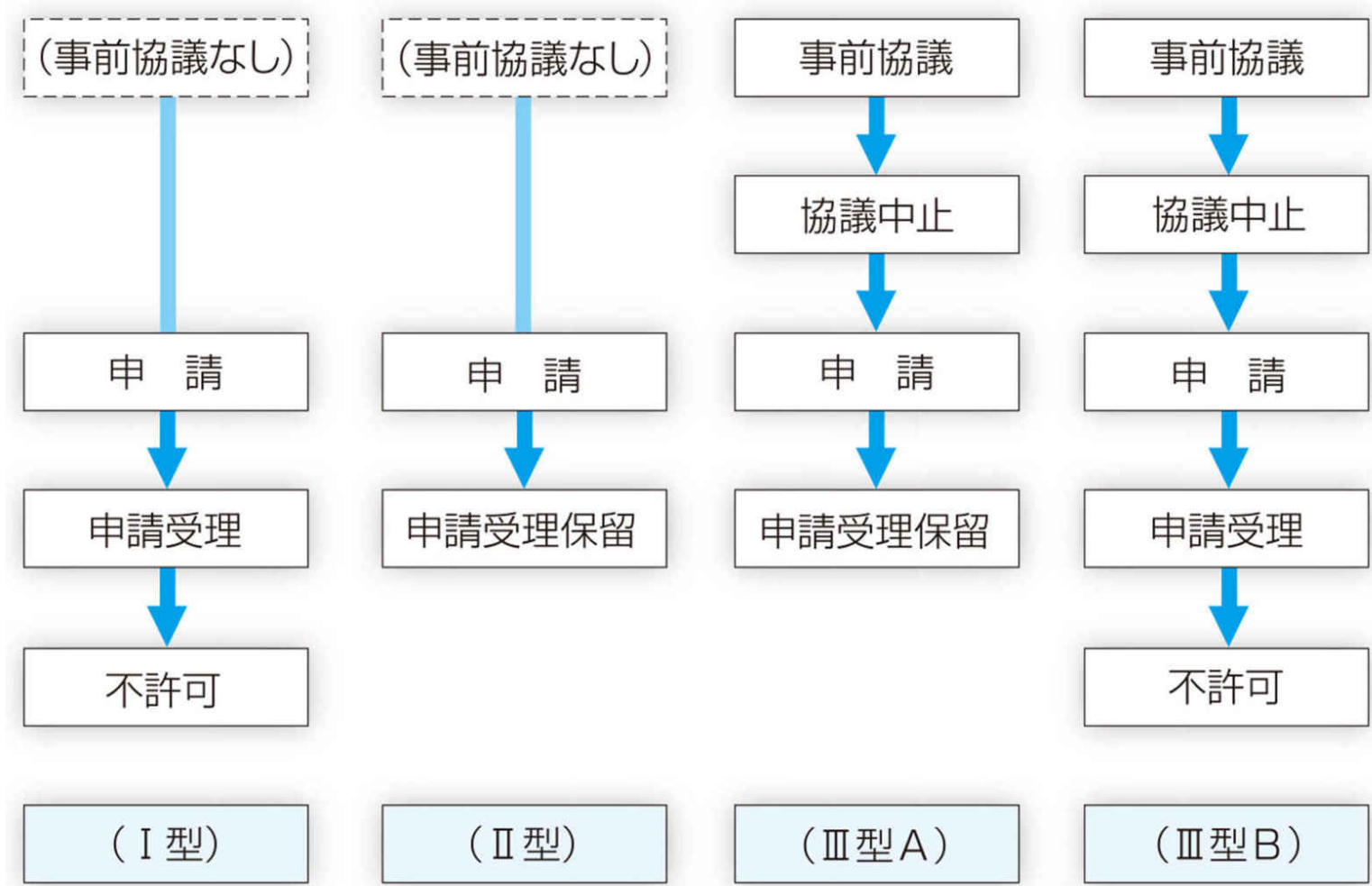
（2）事前協議に対する争い方

⑦ 行政指導の中止申し入れ（[行手法36条の2第1項](#)）

事前協議は廃掃法により法定された制度ではなく、各都道府県において定められた指導要綱に基づく制度である。したがって、当該都道府県が事前協議を求める根拠は「行政指導」である。そこで、廃棄物処理施設業者において廃掃法および関連法令に基づいて申請したにもかかわらず、事前協議の過程で、行政側あるいは住民等の関係者側の事情でそれ以上事前協議を進めることができない場合には、廃棄物処理施設業者としては、もはや行政指導に従う義務はないとして行政指導の中止を申し入れることができる（[行手法36条の2第1項](#)）。

⑧ 不服審査の申立て

- ① 申請拒否処分についての審査請求（[行審法2条、4条](#)）



廃棄物処理施設業者において廃掃法および関連法令に基づいて申請したにもかかわらず、当該都道府県知事から事前協議を経ていないこと、あるいは事前協議が中止になったことを理由に、当該申請に対する拒否処分（以下「申請拒否処分」という）がされた場合（[Ⅰ型、Ⅲ型B](#)）。

廃棄物処理施設業者としては、申請拒否処分について、当該都道府県知事に対して審査請求をすることができる（[行審法2条、4条](#)）。

かかる審査請求について理由があると判断された場合には、申請拒否処分が取り消され、さらに申請を認容する処分がされる。これは、行政事件訴訟法においてすでに規定されている申請型義務付け訴訟（[行訴法3条6項2号](#)）と同様の措置であり、今般の改正により新設された規定である。

② 不作為についての審査請求（[行審法3条、4条](#)）

廃棄物処理施設業者において廃掃法および関連法令に基づいて申請したにもかかわらず、当該都道府県知事から事前協議を経ていないこと、あるいは事前協議が中止になったことを理由に、当該申請手続が留保された場合（以下「申請留保処分」という）（[Ⅱ型、Ⅲ型A](#)）。

廃棄物処理施設業者としては、申請留保処分が申請行為に対する「不作為」に該当するとして、当該都道府県知事に対して不作為についての審査請求をすることができる（[同法3条、4条](#)）。

かかる審査請求について理由があると判断された場合には、申請留保処分は違法または不当である旨の宣言を受け、さらに申請を受理する旨の措置がとられる（[同法49条3項2号](#)）。

⑨ 行政事件訴訟として提起する場合

- ① 申請拒否処分について

上記⑦⑧と同様の事例（[Ⅰ型、Ⅲ型B](#)）

廃棄物処理施設業者としては、申請拒否処分について「取消訴訟」を提起するとともに、申請内容通りの許可をするよう義務付ける「申請型義務付け訴訟」を併せて提起する（[行訴法3条2項、6項2号、37条の3第3項](#)）。取消訴訟のみでは、申請拒否処分が違法であることは認められても申請された状態に戻るに過ぎないことから、申請型義務付け訴訟を提起する必要がある。

- ② 不作為についての審査請求

上記④②と同様の事例（Ⅱ型、Ⅲ型A）

廃棄物処理施設業者としては、申請留保処分を不作為として、「不作為違法確認訴訟」を提起し、併せて申請内容通りの許可をするよう義務付ける「申請型義務付け訴訟」を提起することになる（行訴法3条5項、6条2号、37条の3第3項）。

④ ④と④の選択

行政不服審査を申し立てるか、行政事件訴訟法に基づく訴訟を提起するかは、各制度のメリット・デメリットを考慮の上、当該事案に沿った解決としていずれが直截的かにより選択することになる。

【事 案】

X（原告）は、Y県知事（被告）に対し、[廃掃法14条4項](#)（ただし、平成9年改正前）に基づく産業廃棄物処分業の許可申請および[同法15条1項](#)に基づく産業廃棄物処理施設の許可申請（以下「本件申請」という）をしたところ、Y県知事は、Xが県の産業廃棄物処理施設の設置及び維持管理に関する指導要綱（以下「本件指導要綱」という）に定める手続を履践せず、公益を著しく害するおそれがあるので、申請を取り下げて本件指導要綱に定める手続を経た上で申請するよう記載した書面を添付して、Xに申請書を返戻した（以下「本件返戻」という）。そこで、Xは、本件返戻はY県知事が申請を審査しない意思を示した行為であるから、申請の受理を拒否した処分であるとして、主的に申請受理拒否処分の取消しを求め、仮にそうでないとしても申請後相当な期間を経過しても何ら処分をしないのは違法であるとして予備的に不作為違法確認を求める訴えを提起した。

【判決の概要】

- ① 本件返戻行為は審査の拒否という事実上の措置であって、これをもって何らかの法的効果を伴う行政処分と認めることはできないことから、本件返戻行為を本件各申請の受理拒否処分として、その取消しを求めることは不適法と判示。
- ② 被告は、本件各申請が被告に到達した以上、直ちに[行手法7条](#)にいう審査の開始を行うことが義務付けられていることから、本件返戻行為に及び、何らその審査をしていないのであるから、本件各申請に対する被告の不作為（本件不作為）が存在することは明らかであると判示。
- ③ 国家賠償請求における不作為の違法と、不作為の違法確認訴訟における不作為の違法とでは質的に異なることを理由として、国家賠償請求に関する最高裁判決（最判平成3・4・26民集45巻4号653頁）による基準によることなく、「法令に基づく申請の有無」と「相当期間の経過につき、それを正当とする事情」の有無によって判断した。そして、後者の判断においては「申請者が行政指導に従う意思を示していたか否か等、行政指導の必要性やそれに対する申請者の対応等に立ち入るまでもなく、容易に判断が可能な事柄に限られるとし、相当期間を経過したことについて正当な理由はないこと等を理由として、本件不作為は違法であると判示した。

【法的問題点】

- （1）返戻行為とは、申請があった場合にこれを受理せず申請者に返却する行為である。この行為が、廃掃法上、どのように位置付けられるかが問題となる。もし、返戻行為に処分性が認められれば、本件返戻行為に対する取消訴訟を提起することが可能となり、訴訟選択を考慮する上でも必要な検討事項である。
廃掃法上は、申請者からの申請に対して不受理の場合を念頭においた規定もなく、また[行手法7条](#)が規定するように直ちに審査の開始を行うことが義務付けられていることからすれば、返戻行為とはすなわち申請についての審査の拒否という事実行為であって、これをもって法的効果を伴う行政処分と認めることは困難である。
- （2）本事案では、本件返戻行為に処分性が認められないとした場合に、備えて本件各申請に対する不作為違法確認の訴えも予備的に請求している。そこで、この不作為違法確認訴訟において、原告の主張は認められるのであろうか。
ポイントは、Y県知事がXに対し本件返戻行為に及んだ行為が、公益上の見地から本件指導要綱に基づいて、同指導要綱の定める手続に従って申請をするよう指導したことによるものであって、これを正当化できるかである。
行政指導については「行政指導に協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明して当該申請に対し直ちに応答すべきことを求めたときは、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といえるような特段な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右申請に対する処分を留保することは、国家賠償法1条1項所定の違法な行為となる。」とする最高裁判決（最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁）がある。しかしながら、本判決では国家賠償請求における不作為の違法と、不作為の違法確認訴訟における不作為の違法とでは質的に異なることを理由として、国家賠償請求に関する前掲最高裁判決による基準によることなく、「法令に基づく申請の有無」と「相当期間の経過につき、それを正当とする事情」の有無によって判断した。これは、国家賠償請求における違法性と抗告訴訟における違法性とは性質を異にするといういわゆる「違法性相対論」に立った判決である。判例も違法性相対論を採っている（最判平成3・4・26民集45巻4号653頁）。
本判決を前提とすれば、通常必要な期間経過後に行政指導を理由に行政処分を留保することは、その意思が「真摯なもの」か否かに関わらず、原則として違法となるものと解される。
- （3）本事案は改正行訴法施行前であることから、不作為違法確認訴訟の提起に留まった。しかし、不作為法確認訴訟により原告が勝訴しても不作為が違法であることの確認がされるだけで、原告が最終的に企図する要求すなわち許可が認められたものではない。この点、改正行訴法においては申請型義務付け訴訟（[行訴法3条6項2号](#)、[37条の3](#)）が法定抗告訴訟として新設されたことからすれば、同訴訟を提起する必要があることを付言する。
なお、同趣旨の裁判例として広島高判平成12・4・27判例地方自治214号70頁がある。

4－2 事前協議による手続を経ずに許可申請をした業者の申請書類を県知事が返却した行為が行政処分に該当するとして、申請を却下した処分の違法性が認められた事例

東京高判平成14・2・20裁判所ウェブサイト

【事 案】

X（原告、控訴人）は産業廃棄物処理施設設置許可を得べく、許可権者であるY県知事（被告、被控訴人）に対し、平成11年6月4日付けで産業廃棄物処理施設設置許可申請書を提出したが、同月18日付けで上記申請書を返却されたので、この返却行為は上記許可申請の却下処分にあたると主張し、Y県知事に対し、同却下処分の取消しを求める訴えを提起した事案。

【判決の概要】

廃掃法15条1項が定める通り、都道府県知事に対し産業廃棄物処理施設設置許可申請をした者は、同申請につき法令に定める正当な手続によってその許否を判断されることを求める法律上の地位ないし権利を有する。したがって、廃掃法の規定する手続に従い産業廃棄物処理施設設置許可の申請がされた場合において、都道府県知事が、同申請に対する許否の判断をしないで申請書を申請者に返却したときには、特段の事情が認められない限り、実質的に取消訴訟の対象となる申請却下処分にあた

【法的問題点】

本判決は、4－1で紹介した判決とは異なり、申請書を申請者に返却した行為について、原則として、取消訴訟の対象となる申請却下処分に該当するとして、「処分性」を認めた。

そこで、4－1の判決との違いが問題となるが、ここではいずれの判決が正しいかという検討ではなく、両判決の廃掃法における申請に対するとらえ方を検討してみたい。

4－1では、廃掃法上は、申請者からの申請に対して不受理の場合を念頭においた規定もなく、また行手法7条が規定するように直ちに審査の開始を行うことが義務付けられているという、行政庁における申請に対する対応あるいは手続構造に焦点を合わせて、申請に対する不受理という行為を否定したのである。

これに対して、本判決は、行政庁における手続構造に焦点を合わせるのではなく、むしろ申請者の立場から廃掃法における申請→許可・不許可を検討したものである。すなわち、私人が産業廃棄物処理施設を適法に設置するためには、廃掃法15条1項が定める通り、都道府県知事の許可が必要不可欠であるから、都道府県知事に対し産業廃棄物処理施設設置許可申請をした者は、同申請につき法令に定める正当な手続によってその許否を判断されることを求める法律上の地位ないし権利を有することができる。それにもかかわらず、都道府県知事が、同申請に対する許否の判断すらせずに申請書その他の書類を申請者に返却すれば、それは申請者の法律上の地位ないし権利に影響を及ぼし、ひいてはこれを侵害することになることから、取消訴訟の対象となる「行政処分」に該当すると判示した。

同種の事案を扱う場合には、4－1あるいは本判決いずれかの裁判例を参照することになるが、各裁判例における廃掃法に対する視点の違いに留意する必要がある。

【事 案】

旧A町の地位を合併によって承継したX市が、旧A町と同町地域内に産業廃棄物処分場（以下「本件処分場」という）を設置していた処分業者Yとの間で締結した公害防止協定に定める処分場の使用期限が経過したとして、同協定に基づき本件処分場の使用の差止めを求めた事案。

【判決の概要】

処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではなく、また本件協定が締結された当時の廃棄物処理法の趣旨に反するということもできないとして、本件公害協定が有効であることを認めた。

【法的問題点】

（１）本件は、X市が本件公害防止協定の相手方である処分業者に対して、本件公害防止協定に基づいて本件処分場の使用差止めを求めていることから、本件公害防止協定の有効性が問題となっている。廃掃法と公害防止協定については[2－4（2）](#)でも説明したところであるが、本裁判例に沿って問題点について解説する。

（２）公害防止協定とは、公害の発生原因となり得る事業を営む事業者と地方公共団体との間で、地域の生活環境悪化を防止するために交わされる取決めをいう。法律（廃掃法等）の欠缺や、法定基準が不十分であるときに、その不備を補うために、企業の事業活動を制約する内容の協定が締結されるようになった。

公害防止協定については、かつては法的効果を認めず、その効力は事実上のものにとどまるとする紳士協定とする考え方もあった。しかしながら、公害防止等を目的とする法令が定める規制措置は、一般的には、環境の保全や住民の生命・健康の維持という観点からの必要最小限の規制であると考えられ、事業者が地方公共団体との間の個別の合意により、法令が定める規制を超える義務を負うことを排斥する趣旨を含むものではない。したがって、このような趣旨の合意に法的拘束力を認めても、法律による行政の原則に反することはない。また、非権力的な行政作用として[地方自治法7条2項](#)に反するということにもならない。このように、今日ではこれを契約として考えるのが通説的な理解である。

ところで、公害防止協定は契約関係ではあるが、私人対私人の契約ではなく、行政対私人（業者）の関係であって完全に対等な立場ではないことに鑑みると、公害防止協定の有効性を判断するにあたっては、次の事項を考慮する必要がある。すなわち、①当事者が法的拘束力を持たせる意思で当該条項を定めたか。②契約内容の一般的有效要件（確定性、実現可能性、適法性、社会的妥当性）を満たすか否かを、個別具体的な公害防止協定中の個々の条項ごとに、種々の事情を総合的に勘案して判断することになる。

本裁判例においても、本件公害防止協定の性質を考慮しつつ上記①②の観点から検討し、その有効性を認めたものと理解できる。

（３）本件においては、X市が事業者Yに対して、処分場として使用することの差止めを求めている。

本件のように民事事件として提訴したのは、公害防止協定が「契約」であることによる。すなわち、公害防止協定は「契約」であって非権力的活動なので、行政上の強制手段はとり得ず、私人間における契約と同様に司法裁判所の裁判を媒介としてその義務の履行を強制せざるを得ないという理由によるものである。

（４）処分業者が公害防止協定の無効を争う場合について

では、処分業者が行政主体との間で一旦は締結した公害防止協定の無効を争うとした場合には、行政事件訴訟法上はいかなる訴訟を選択するのであろうか。公害防止協定が「契約」であるとする「処分性」（[行訴法3条2項](#)）が否定されるので、取消訴訟によることはできない（名古屋地判昭和53・1・18判時893号25頁）。そこで、訴訟手段として実質的当事者訴訟（[行訴法4条](#)）を選択した上で、当該公害防止協定の無効を争うことが考えられる^{[11](#)}。

4－4 産業廃棄物処理施設の設置申請の前後において内容面に関する行政指導を受けて申請した者に対して、申請者に説明や補正を求めることなく不許可処分をしたことが、信義則違反により違法とされた事例

和歌山地判平成16・3・31裁判所ウェブサイト

【事 案】

Xは、平成12年7月末ころから、Y市対策室（室長はA）の担当者であるBとの間で、廃掃法所定の技術上の基準に関する事項について協議を進めてきた。同年11月7日にXが提出した産業廃棄物処理施設設置許可申請（以下「本件許可申請」という）の申請書類の内容を審査した上、同月9日、特に内容的に問題がないとして、担当者Bはこれを受理した。平成13年1月23日および同年2月5日にY市の担当者BとXとの間の協議においても、不許可事由にかかるとする事項については、全く話題とされなかった。

しかしながら、Y市長は、Xの本件許可申請に対し、平成13年4月25日付けで不許可とした（以下「本件不許可処分」という）。

これに対して、Xは、①不許可事由が存在しないにもかかわらずされた違法な処分であること、②行政指導による補正が容易にできたにもかかわらず、これをせずにした信義則違反および裁量権を逸脱ないし濫用した違法な処分であることを理由として、本件不許可処分の取消しを求めた事案。

【判決の概要】

Xにおいては、本件許可申請の許可権者であるY市長ないしY市の担当者から、本件許可申請の受理後本件不許可処分に至るまでの間、不許可事由について何らの質問、指導を受けていなかったのであるから、本件許可申請が許可される見込みが高いか、少なくとも、不許可事由を理由として、本件不許可処分がされることはない信頼し、本件各施設の設置または本件許可申請の許可に向けて必要な準備活動をしていたと推認される。

これらの事実を照らすと、Y市長ないしY市の担当者においては、Xの上記信頼を保護するため、それまでと異なり、不許可事由について、技術上の基準に適合しないないしその疑いがあることを指摘し、Xをして、これらの事項についての説明や本件許可申請の補正をするなどの対応を検討させる機会を与えるべき信義則上の義務があったというべきであり、このような機会を与えることなく、不許可事由を理由として、本件不許可処分をすることは、信義則上許されないというべきであるとして、本件不許可処分を違法と判示した。

【法的問題点】

- （１）本件においては、①信義則違反が行政法においても適用されるのかという問題と、②手続違反が取消訴訟における違法事由となるのかという問題とがある²⁾。
 - （２）信義則違反について
- 信義則とは「権利の行使および義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」という原則であり、民法1条2項において規定されている。かかる信義則が行政法にも適用されるのが問題とされていた。これについては、信義則は法全体に通ずる一般の原理であり、公法私法の区別を問わず法の基本原理であるから、行政法上の関係にも信義則の適用を認めるというのが通説的理解である³⁾。もともと、行政法関係においては法律による行政の原理もあるので、かかる原理と矛盾抵触する場合には信義則違反を問うことはできない。そこで、行政法関係において信義則の適用が認められるためには、信頼の対象となる公的見解の存在、具体的不利益の発生および申請者の帰責事由がないことが必要とされる。本件では、XはY市の担当者と廃掃法所定の技術上の基準に関する事項について協議を進め、Xが提出した本件許可申請の申請書類の内容を審査・受理したこと、担当者がXに対し、その後、不許可事由に関する点について対応を全くとらなかったことなどから、Xとしては本件不許可処分がされることはない信頼したことがもともとであると認め、これに反して本件不許可処分をしたY市側の行為を信義則違反と認定したのである。

- （３）手続違反について
- 本件では、信義則違反を理由とするのみで、不許可処分事由それ自体についての違法性は判断することなく、違法と判断している。すなわち、Y市側の手続上の違法のみを理由としている。手続的瑕疵が違法事由となるのかについては、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立場からは、手続的瑕疵は直ちに処分の法的効果に影響を及ぼすものではないとの結論が導かれ、他方、行政手続の意義を重視する立場からは、手続的瑕疵は直ちに当該処分の違法事由となるとの結論が導かれる。行政手続法が制定された今日においては、公正な手続があつて初めて適法な行政処分が成り立つものであり、また国民には手続的権利が保障されているともいうべきものであることからすれば、行政庁において手続上の瑕疵があれば、原則として処分の違法事由とすべきであろう。そして、本件判決も行政手続の意義を重視し、Y市側にはXに対し、不許可事由についての説明や補正をするなどの対応を検討させる機会を与えるべき信義則上の義務があつたにもかかわらず、そのような機会を与えなかったという手続上の観点から、これを手続上の瑕疵と捉え、本件不許可処分を違法と認定したのである。

4－5 水道水源保護条例の規定に基づき指定された水源保護地域内に設置を予定している業者に対しては、当該条例を制定した町は当該予定施設が条例において禁止する事業場に該当するかの認定について、その地位を不当に害することのないよう配慮する義務があるとされた事例

最判平成16・12・24民集58巻9号2536頁

【事 案】

本件は、上告人が三重県北牟婁郡紀伊長島町において産業廃棄物中間処理施設（以下「本件施設」という）の建設を計画したところ、被上告人が、本件施設を紀伊長島町水道水源保護条例（以下「本件条例」という）2条5号所定の規制対象事業場と認定する旨の処分（以下「本件処分」という）をしたため、上告人Xが被上告人Yに対し、本件処分の取消しを求めた事案。

【判決の概要】

本件条例は、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしている。したがって、町長としては、上告人Xに対して本件処分をするにあたっては、本件条例の定める上記手続において、上告人Xと十分な協議を尽くし、上告人Xに対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人Xの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったにもかかわらず、そのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となると判示した。

【法的問題点】

（１）本件については、①規制立法がされる場合に立法者に求められる対象事業者に対する配慮義務と②法律と条例との関係（憲法94条）とが法的問題点である。

（２）規制立法がされる場合に立法者に求められる対象事業者に対する配慮義務について
規制立法がされる場合には、当該対象事業者の権利保護と規制目的を達成する必要性とを調和させるという観点から、規制者である行政庁は対象事業者と事前に協議を尽くす手続が設けられ、その手続が実際に機能していることが必要であるとした。本件条例が、上告人Xの営業開始を阻止するために制定されたという特殊事情もあるが、適正手続を重視する立場から、条例を制定するにあたっても、特定の事業者に対して規制を課す以上は不利益処分であるから、その者に対し地位を不当に害することのないように適切な行政指導をするなど、配慮すべき義務があるとした。法律による行政の原理が実体的判断のみならず手続的保障も求めているところからすれば、それは具体的な処分のみならず、その前提となる立法過程においても要求されるのは当然のことであり、それを明らかにした判例として理解できる。

なお、本件の差戻審においても「控訴人（上告人）の側に起因する事情で適切な指導が困難であるとはいっても、これが著しく困難であったとまでは認めるに至らないから、被控訴人（被上告人）は、控訴人において枯渇のおそれの有無が問題とされると理解できるような協議や指導をするべき義務を免れることはできず、これをし」と認められない以上、本件配慮義務に違反して本件処分を行ったものというべきである。」と判示して、本件認定処分を違法とした（名古屋高判平成18・2・24判タ1242号131頁）。

（３）法律と条例との関係について

下級審において、条例が「法律の範囲内」で制定しなければならないことから（憲法94条）、廃掃法とは別に本件条例を独自に制定したことが違法・無効ではないかも問題となった。これについて本件の控訴審判決は、「廃棄物処理法は、産業廃棄物の排出を抑制し、産業廃棄物の適正な処理によって、生活環境の改善をはかることを目的とするのに対し、水道法第2条の2によって、地方公共団体に施策を講ずることが定められた結果、紀伊長島町が住民の生命と健康を守るため、安全な水道水を確保する目的で同町が制定した本件条例とではその目的、趣旨が異なる」ことを理由に本件条例は廃掃法に違反するものではないと判示した（名古屋高判平成12・2・29判例地方自治205号31頁）。

4－6 一般廃棄物処理収集運搬業許可業者に対し、その代表者が廃掃法7条5項4号トの「その業務に関し不正又は不誠実な行為をするおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」に該当するとしてした許可取消処分が適法とされた事例

大阪地判平成20・1・24判タ1266 号151頁

【事 案】

本件は、処分庁から廃掃法7条に基づく一般廃棄物収集運搬業許可（以下「本件許可」という）を受けていた原告が、同許可の取消処分（以下「本件取消処分」という）を受けたことから、本件取消処分は処分庁の裁量権の逸脱、濫用であり、違法であると主張して、その取消しを求めた抗告訴訟の事案。

【判決の概要】

廃掃法7条の4第1項1号、7条5項4号トが一般廃棄物収集運搬業許可の取消事由として「その業務に関し不正又は不誠実な行為をするおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」と定めた趣旨は、一般廃棄物の収集運搬業が生活環境と公衆の衛生にかかわる公共性の高い事業であることに鑑み、これに従事する業者の資質を一定水準に保つことにより、不法投棄等の違法、不適正な処理を防止するとともに、適正な処理体制の確保という観点から、一般廃棄物収集運搬業者に対し、その業務の公共的性質に見合った姿勢・資質を要請した点にあると解される。このような観点からすれば、「その業務に関し不正又は不誠実な行為をするおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」とは、許可を受けた者の資質、社会的信用性等の観点から、将来、その業務に関して不正または不誠実な行為をすることが、相当程度の蓋然性をもって予想される者をいうと解するのが相当である。

【法的問題点】

本件判決は、廃掃法第7条5項4号トの「その業務に関し不正又は不誠実な行為をするおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」に該当するかに関する判決である。

同号トの趣旨は、申請者の資質および社会的信用の面から適切な業務運営が期待できないことが明らかな者を排除するための規定であるとされている⁴⁾。そして、かかる者に該当するかは「その者の資質及び社会的信用性等の面から将来その業務に関して不正又は不誠実な行為をすることが相当程度の蓋然性を以て予想される者」と解されている。

主に事実認定に関する問題点であるが、許可を受けていた廃棄物業者の代表者において廃掃法第7条5項4号トに該当するおそれがある場合には、当該許可の取消事由になることも予想されるところ、事業者においては取消事由に該当しないことを主張・立証する上で、上記趣旨の理解は重要なポイントになる。

5 ◆ 今後の廃棄物行政と廃掃法のあり方

平成3年の廃掃法の改正を機にそれまでのゴミ処理のみならず、生活環境保全あるいはリサイクルにも注目するようになった。このように生活環境保全が重視されるようになったものの、とくに産業廃棄物処理行政は許認可権限が原則として都道府県知事にあることから都道府県単位であって、地域の実情に合わせた廃棄物関連条例を制定してもそれは同じく都道府県毎の対応であり、生活環境保全により関心のある地域住民の声あるいは関係市町村の実情が伝わり難い構造になっている。このために、各都道府県では廃棄物関連条例のほかに、事前協議制度を指導要綱という形式で策定するなどして関係市町村・地域住民の廃棄物行政への関与に一定の配慮をしている。しかし、この事前協議制度は先にも指摘した通り、法定外の規制であって、行政指導によって行われていることから、廃棄物処理場設置業者に対しての強制力はないためにその実効性に疑問がもたれている。他方、廃棄物処分場設置業者としても行政指導であることから従うか否かは任意であるものの、従わない場合の事実上の不利益をも考えて結局は従わざるを得ないという判断を多くの業者がしているものと予想できる。

このように、事前協議制度は、ともすると硬直になりがちな行政活動に柔軟性をもたせるという長所も備えている一方で、法的規制ではないことから実効性をめぐって紛争が生ずる余地があるなど地域住民にとっても、また廃棄物処分場設置業者にとっても短所のある制度でもある。そこで、今後はこの柔軟性を生かしつつ、実効的な廃棄物処理行政がはかれる法整備および行政運営が必要とされる。そのためには、事前協議制度を廃掃法に組み入れるなどの法定化も必要となると思われる。

6 ◆参考文献

- ・山下清兵衛編著『行政許認可手続と紛争解決の実務と書式』（民事法研究会、**2010**年）
- ・梶山正三著『廃棄物紛争の上手な対処法』（民事法研究会、**2004**年）
- ・廃棄物処理法研究会『Q & A 廃棄物処理法改正のポイント』（新日本法規、**2000**年）
- ・北村喜宣編『産廃判例を読む』（環境新聞社、**2005**年）
- ・北村喜宣編『産廃判例が解る』（環境新聞社、**2010**年）

1.)

野村創『事例に学ぶ行政訴訟入門』（民事法研究会、**2011**年）**57**頁。

2.)

天本哲史「判例研究 申請前後において内容面に関する行政指導を受けた申請に対して、申請者に説明や補正を求めずにした不許可処分について、その処分が信義則違反により違法として取消した事例」（東海法学 35号、**2006**年）**159**頁。

3.)

田中二郎『新版行政法 上巻』（弘文堂、**1974**年）**81**頁。

4.)

廃棄物処理法研究会編『廃棄物処理法の解説 平成**24**年版』（財団法人日本環境衛生センター、**2012**年）**90**頁。

第5章 建設業法



建設業法
昭和24年 5 月24日 法律100号

山下清兵衛

1 ◆建設業法の趣旨・目的および組織

1－1 歴 史

終戦直後に建設業は急増した。この建設業の繁栄時代は、昭和22年に終わりを告げ、その後、前近代的経営の建設業者と、請負契約に関する封建制・片務性が残存した。建設業者の経営難は建設業者の激烈な競争をまねき、不正工事の誘因となる不当に低い請負価格で工事を行う事態が生じた。すなわち、前渡金の詐取、不正工事の施工等を行う悪質な建設業者の増加もみられるとともに、建設工事の請負契約に関する片務性を助長し、契約内容も権力関係に基づいた強圧的あるいは恩恵的な性格を強め、結果として建設業者に不当過大な義務を課し、または当然の権利をも放棄せしめているものが多く見受けられるに至り、建設業界全体の信用に関する問題となっていた。

一方、建設業の生産物は、国民、あるいは個人の生活に密接な関連を有する公共施設や家屋等の工作物であり、その工事の施工の良否は社会公共の福祉に直接つながるものである。また建設業は、戦後の国民経済の再建のため重要な責務を有する産業である。

このような背景をもとにして、建設工事の特殊性と公共性を基礎とし、混乱と弊害の生じていた建設業界の状況に鑑み、建設工事の適正な施工を確保するとともに建設業の健全な発達をはかり、もって公共の福祉に寄与しようとして昭和24年に制定されたものが建設業法である。

1－2 建設業法の趣旨・目的（1条）

（1）建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護すること

「適正な施工を確保する」とは、手抜き工事、粗雑疎漏工事等の不正工事を防止することのほか、さらに積極的に建設工事の適正な施工を実現することを意味している。これにより、契約の目的に適った工事の完成が担保され、「発注者を保護する」ことになるのである。

（2）建設業の健全な発展を促進すること

建設業はわが国の重要産業の1つであり、その国民経済活動に与える影響は極めて大きい。建設業が調和のとれた産業として発達することは、国家公益的要請でもある。

1－3 手段（1条）

（１）建設業を営む者の資質の向上

建設業の経営の近代化等による実際の経営能力・施工能力の向上のほか、建設業の社会的信用の向上をも目的としている。この目的を達成するための具体的な方策として、技術者の設置、経営業務の管理責任者の設置等を内容とした建設業の許可制と、施工技術の確保・向上をはかるための技術検定制度がある。

（２）建設工事の請負契約の適正化等

建設業法は、発注者と請負人あるいは元請負人と下請負人の間にみられる不平等な契約関係を是正することを目的としている。この適正化により請負人、とくに下請負人を保護しようとしている。具体的には、建設業法第３章第１節は、請負契約の原則を明示するとともに、契約書の記載事項、一括下請負の禁止、注文者の取引上の地位の不正利用の禁止、下請代金の支払期日等について規定している。

1－4 行政組織

（１）監督行政庁

建設業者の監督行政庁は、原則として、当該建設業者の許可を行った国土交通大臣または都道府県知事となる（建設業法第5章）。

（２）建設工事紛争審査会

[建設業法25条1項](#)は、「建設工事の請負契約に関する紛争の解決を図るため、建設工事紛争委員会を設置する」と定めている。建設工事の請負契約に関する紛争は、件数が多いのみならず、その解決方法の困難さから問題となっていた。以前は建設業審議会が、請負契約関係を処理する機関として機能していたが、処理手続が法定されていないこと、法律的效果が弱いことという問題点があった。一方、裁判所の手続では当事者が利用しづらいという問題点があった。そこで、簡易な手続で迅速かつ専門的に紛争を処理するため、昭和31年改正で建設工事紛争審査会の制度が定められた。

審査会の性格は、中央審査会にあつては[国家行政組織法8条](#)の、都道府県審査会にあつては[地方自治法138条の4](#)の付属機関であり、国土交通大臣または都道府県一般的な監督権に服することになる（[25条の2第2項](#)、[25条の5](#)、[25条の23](#)参照）が、紛争処理手続および判断にあたつては監督機関の制約を受けずに自主的にこれを行う。

2 ◆建設業法全体の法の仕組み（構造）

2-1 建設業法の規制対象

(1) 許可制

許可を受けようとする場合は、許可行政庁である国土交通大臣または都道府県知事（国土交通省令で定めるところにより、2以上の都道府県の区域内に営業所を設けて営業をしようとする場合にあっては国土交通大臣に、1の都道府県の区域内にのみ営業所を設けて営業をしようとする場合にあっては当該営業所の所在地を管轄する都道府県知事）に許可申請書および添付書類を提出することが必要となる（3条）。

建設業法3条1項

建設業（建設工事の完成を請け負うことを営業とする者）を営もうとする者は、建設業法施行令1条の2で定める軽微な建設工事のみを請け負うことを営業とする者以外は、建設業の許可を受けなければならない（3条1項）。

「建設業の許可は、軽微な建設工事となるものを除き、建設工事の施工を請け負うことを営業とすることを一般的に禁止し、一定の要件を備えている者に対し、その申請に基づき、許可行政庁において一定の要件を満たしているかどうかを審査して許可することにより営業の禁止を解除し、適法に営業を行わせるものである。」

「したがって、この一定の要件、すなわち許可の基準はこれを法律上明らかにしておくことが必要であり、許可行政庁は、この法の羈束の範囲内において許可事務を執行しなければならない、行政法上の特許とはその性格を異にするものである。」

「建設業の許可は前述のとおり行政法上の羈束裁量行為であるので、その受理した許可申請者が許可の基準に適合していると認められ、かつ、事情の欠格要件に該当しない場合には、許可をしなければならない。」

許可要件

許可を受けるためには、「許可要件」（7条各号）を備えていることおよび「欠格要件」（8条各号）に該当しないことが必要となる。

(ア) 許可要件（7条）

① 経営業務の管理責任者を有すること（1号）

許可を受けようとする者が法人である場合には常勤の役員のうちの1人が、個人である場合には本人または支配人のうちの1人が次のいずれかに該当することが必要であり、これらの者を経営業務の管理責任者という。

(イ) 許可を受けようとする建設業に関し、5年以上経営業務の管理責任者としての経験を有していること。

(ロ) 許可を受けようとする建設業以外の建設業に関し、7年以上経営業務の管理責任者としての経験を有していること。

(ハ) 許可を受けようとする建設業に関し、経営業務管理責任者に準ずる地位にあって次のいずれかの経験を有していること。

(a) 経営業務の執行に関して、取締役会の決議を経て取締役会または代表取締役から具体的な権限委譲を受け、かつ、その権限に基づき、執行役員等として5年以上建設業の経営業務を総合的に管理した経験

(b) 7年以上経営業務を補佐した経験

② 営業所ごとに置く専任技術者を有すること（2号）

建設工事に関する請負契約の適正な締結、履行を確保するためには、許可を受けようとする建設業にかかる建設工事についての専門的知識が必要になる。見積、入札、請負契約締結等の建設業に関する営業は各営業所で行われることから、営業所ごとに許可を受けようとする建設業に関して、一定の資格または経験を有した者（専任技術者）を設置することが必要となる。

③ 誠実性を有すること（3号）

請負契約の締結やその履行に際して不正または不誠実な行為をするおそれが明らかである場合は、建設業を営むことができない。これは、許可の対象となる法人もしくは個人についてはもちろんのこと、建設業の営業取引において重要な地位にある役員等についても同様である。

④ 財産的基礎または金銭的信用を有すること（4号、15条3号）

建設工事を着手するにあたっては、資材の購入および労働者の確保、機械器具等の購入など、一定の準備資金が必要となる。また、営業活動を行うにあってもある程度の資金を確保していることが必要である。このため、建設業の許可が必要となる規模の工事を請け負うことができるだけの財産的基礎等を有していることを許可の要件とされている。

(イ) 欠格要件（8条、17条（準用））

国土交通大臣または都道府県知事は、許可を受けようとする者が、8条各号に掲げられた事項に該当する場合、または許可申請書もしくはその添付書類中に、重要な事項について虚偽の記載があり、もしくは重要な事実の記載が欠けている場合には、許可をしてはならない。

その要件は、以下の通りである。

① 成年被後見人もしくは被保佐人または破産者で復権を得ないもの

② 29条1項5号または6号に該当することにより一般建設業の許可または特定建設業の許可を取り消され、その取消しの日から5年を経過しない者

③ 29条1項5号または6号に該当するとして一般建設業の許可または特定建設業の許可の取消しの処分にかかる行手法15条の規定による通知があった日から当該処分があった日または処分をしないことの決定があった日までの間に12条5号に該当する旨の同条の規定による届出をした者で当該届出の日から5年を経過しないもの

④ 8条3号に規定する期間内に12条5号に該当する旨の同条の規定による届出があった場合において、8条3号の通知の日前60日以内に当該届出に係る法人の役員等もしくは政令で定める使用人であつた者または当該届出に係る個人の政令で定める使用人であつた者で、当該届出の日から5年を経過しないもの

⑤ 28条3項また5項の規定により営業の停止を命ぜられ、その停止の期間が経過しない者

⑥ 許可を受けようとする建設業について29条の4の規定により営業を禁止され、その禁止の期間が経過しない者

⑦ 禁錮以上の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、またはその刑の執行を受けることがなくなつた日から5年を経過しない者

⑧ 建設業法、建設工事の施工もしくは建設工事に従事する労働者の使用に関する法令の規定で政令で定めるものもしくは「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」の規定（同法32条の3第7項および32条の11第1項の規定を除く）に違反したことにより、または刑法204条、206条、208条、208条の3、222条もしくは247条の罪もしくは暴力行為等処罰に関する法律の罪を犯したことにより、罰金の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、またはその刑の執行を受けることがなくなつた日から5年を経過しない者

⑨ 「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」2条6号に規定する暴力団員または同号に規定する暴力団員でなくなつた日から5年を経過しないもの

⑩ 営業に関し成年者と同一の能力を有しない未成年者でその法定代理人が8条1号から8号または8条9号（法人でその役員等のうちに8条1号から4号まで、または8条6号から9号までのいずれかに該当する者のあるものにかかる部分に限る）のいずれかに該当するもの

⑪ 法人でその役員等または政令で定める使用人のうちに、8条1号から4号までまたは8条6号から9号までのいずれかに該当する者（2号に該当する者についてはその者が29条の規定により許可を取り消される以前から、8条3号または4号に該当する者についてはその者が12条5号に該当する旨の同条の規定による届出がされる以前から、8条6号に該当する者についてはその者が29条の4の規定により営業を禁止される以前から、建設業者である当該法人の役員等または政令で定める使用人であつた者を除く）のあるもの

⑫ 個人で政令で定める使用人のうちに、8条1号から4号までまたは8条6号から9号までのいずれかに該当する者（2号に該当する者についてはその者が29条の規定により許可を取り消される以前から、3号または4号に該当する者についてはその者が12条5号に該当する旨の同条の規定による届出がされる以前から、6号に該当する者についてはその者が29条の4の規定により営業を禁止される以前から、建設業者である当該個人の政令で定める使用人であつた者を除く）のあるもの

⑬ 暴力団員等がその事業活動を支配する者

一般建設業許可と特定建設業許可

建設業の許可は、下請契約の規模などにより「一般建設業」と「特定建設業」の別に区分して行う。

この区分は、発注者から直接請け負う工事1件につき、3,000万円（建築工事業の場合は4,500万円）以上となる下請契約を締結するか否かで区分される。

① 特定建設業

発注者から直接請け負った1件の工事代金について、3,000万円（建築工事業の場合は4,500万円）以上となる下請契約を締結する場合は、特定建設業の許可が必要となる。

② 一般建設業

上記①以外は、一般建設業の許可で差し支えない。

なお、発注者から直接請け負う請負金額については、一般・特定にかかわらず制限はなく、発注者から直接請け負った1件の工事が比較的規模の大きな工事であっても、その大半を自社で直接施工するなど、常時、下請契約の総額が3,000万円未満であれば、一般建設業の許可でも差し支えない。

また、1つの工種について一般建設業許可と特定建設業許可はどちらか一方しか取得できない。

● 業種別許可制

建設業の許可は、建設工事の種類ごと（業種別）に行う。

建設工事は、土木一式工事と建築一式工事の2つの一式工事のほか、26の専門工事の計28種類に分類されており、この建設工事の種類ごとに許可を取得することとされている。

実際に許可を取得するにあたっては、営業しようとする業種ごとに取得する必要があるが、同時に2つ以上の業種の許可を取得することもできるし、また現在取得している許可業種とは別の業種について追加取得することもできる（表1参照）。

表1 「建設工事の種類」、「建設工事の内容」、「建設工事の例示」および「許可業種の区分」

建設工事の種類 建設業法別表第一（上欄）	建設工事の内容 昭和47年3月8日建設省告示350号		建設工事の例示 平成13年4月3日国総建97号「建設業許可事務ガイドラインについて」		許可業種の区分 建設業法別表第一（下欄）
土木一式工事	総合的な企画、指導、調整のもとに土木工作物を建設する工事（補修、改造または解体する工事を含む。）				土木工事業
建築一式工事	総合的な企画、指導、調整のもとに建築物を建設する工事（補修、改造または解体する工事を含む。）				建築工事業
大工工事	木材の加工または取付けにより工作物を築造し、または工作物に木製設備を取付ける工事		大工工事、型枠工事、造作工事		大工工事業
左官工事	工作物に壁土、モルタル、漆くい、プラスター、繊維等をこて塗り、吹付け、またははり付ける工事		左官工事、モルタル工事、モルタル防水工事、吹付け工事、とぎ出し工事、洗い出し工事		左官工事業
とび・土工・コンクリート工事業	イ）	足場の組立て、機械器具・建設資材等の重量物の運搬配置、鉄骨等の組立て等を行う工事	イ）	とび工事、ひき工事、足場等仮設工事、重量物の揚重運搬配置工事、鉄骨組立て工事、コンクリートブロック据付け工事	とび・土工事業
	ロ）	くい打ち、くい抜きおよび場所	ロ）	くい工事、くい打ち工事、くい	

		打ぐいを行う工事		抜き工事、場所打ぐい工事	
	ハ)	土砂等の掘削、盛上げ、締固め等を行う工事	ハ)	土工事、掘削工事、根切り工事、発破工事、盛土工事	
	ニ)	コンクリートにより工作物を築造する工事	ニ)	コンクリート工事、コンクリート打設工事、コンクリート圧送工事、プレストレストコンクリート工事	
	ホ)	その他基礎的ないしは準備的工事	ホ)	地すべり防止工事、地盤改良工事、ボーリンググラウト工事、土留め工事、仮締切り工事、吹付け工事、道路付属物設置工事、捨石工事、外構工事、はつり工事	
石工事	石材（石材に類似のコンクリートブロックおよび擬石を含む。）の加工または積方により工作物を築造し、または工作物に石材を取付ける工事		石積み（張り）工事、コンクリートブロック積み（張り）工事		石工事業
屋根工事	瓦、スレート、金属薄板等により屋根をふく工事		屋根ふき工事		屋根工事業
電気工事	発電設備、変電設備、送配電設備、構内電気設備等を設置する工事		発電設備工事、送配電線工事、引込線工事、変電設備工事、構内電気設備（非常用電気設備を含む。）工事、照明設備工事、電車線工事、信号設備工事、ネオン装置工事		電気工事業

管工事	冷暖房、空気調和、給排水、衛生等のための設備を設置し、または金属製の管を使用して水、油、ガス、水蒸気等を送配するための設備を設置する工事	冷暖房設備工事、冷凍冷蔵設備工事、空気調和設備工事、給排水・給湯設備工事、厨房設備工事、衛生設備工事、浄化槽工事、水洗便所設備工事、ガス管配管工事、ダクト工事、管内更生工事	管工事業
タイル・れんが・ブロック工事	れんが、コンクリートブロック等により工作物を築造し、または工作物にれんが、コンクリートブロック、タイル等を取付け、またははり付ける工事	コンクリートブロック積み（張り）工事、レンガ積み（張り）工事、タイル張り工事、築炉工事、石綿スレート張り工事	タイル・れんが・ブロック工事業
鋼構造物工事	形鋼、鋼板等の鋼材の加工または組立てにより工作物を築造する工事	鉄骨工事、橋梁工事、鉄塔工事、石油、ガス等の貯蔵用タンク設置工事、屋外広告工事、閘門、水門等の門扉設置工事	鋼構造物工事業
鉄筋工事	棒鋼等の鋼材を加工し、接合し、または組立てる工事	鉄筋加工組立て工事、ガス圧接工事	鉄筋工事業
ほ装工事	道路等の地盤面をアスファルト、コンクリート、砂、砂利、砕石等によりほ装する工事	アスファルト舗装工事、コンクリート舗装工事、ブロック舗装工事、路盤築造工事	ほ装工事業
しゅんせつ工事	河川、港湾等の水底をしゅんせつする工事	しゅんせつ工事	しゅんせつ工事業
板金工事	金属薄板等を加工して工作物に取付け、または工作物に金属製の付属物を取付ける工事	板金加工取付け工事、建築板金工事	板金工事業
ガラス工事	工作物にガラスを加工して取付ける工事	ガラス加工取付け工事	ガラス工事業
塗装工事	塗料、塗材等を工作物に吹付け、塗付け、またははり付ける工事	塗装工事、溶射工事、ライニング工事、布張り仕上工事、鋼構造物塗装工事、路面標示工事	塗装工事業

防水工事	アスファルト、モルタル、シーリング材等によって防水を行う工事	アスファルト防水工事、モルタル防水工事、シーリング工事、塗膜防水工事、シート防水工事、注入防水工事	防水工事業
内装仕上工事	木材、石膏ボード、吸音板、壁紙、たたみ、ビニール床タイル、カーペット、ふすま等を用いて建築物の内装仕上げを行う工事	インテリア工事、天井仕上工事、壁張り工事、内装間仕切り工事、床仕上工事、たたみ工事、ふすま工事、家具工事、防音工事	内装仕上工事業
機械器具設置工事	機械器具の組立て等により工作物を建設し、または工作物に機械器具を取付ける工事	プラント設備工事、運搬機器設置工事、内燃力発電設備工事、集塵機器設置工事、給排気機器設置工事、揚排水機器設置工事、ダム用仮設備工事、遊戯施設設置工事、舞台装置設置工事、サイロ設置工事、立体駐車設備工事	機械器具設置工事業
熱絶縁工事	工作物または工作物の設備を熱絶縁する工事	冷暖房設備、冷凍冷蔵設備、動力設備または燃料工業、化学工業等の設備の熱絶縁工事	熱絶縁工事業
電気通信工事	有線電気通信設備、無線電気通信設備、放送機械設備、データ通信設備等の電気通信設備を設置する工事	電気通信線路設備工事、電気通信機械設置工事、放送機械設置工事、空中線設備工事、データ通信設備工事、情報制御設備工事、TV電波障害防除設備工事	電気通信工事業
造園工事業	整地、樹木の植栽、景石のすえ付け等により庭園、公園、緑地等の苑地を築造する工事	植栽工事、地被工事、景石工事、地ごしらえ工事、公園設備工事、広場工事、園路工事、水景工事、屋上等緑化工事	造園工事業

さく井工事	さく井機械等を用いてさく孔、さく井を行う工事またはこれらの工事に伴う揚水設備等を行う工事	さく井工事、観測井工事、還元井工事、温泉掘削工事、井戸築造工事、さく孔工事、石油掘削工事、天然ガス掘削工事、揚水設備工事	さく井工事業
建具工事	工作物に木製または金属製の建具等を取付ける工事	金属製建具取付け工事、サッシ取付け工事、金属製カーテンウォール取付け工事、シャッター取付け工事、自動ドア取付け工事、木製建具取付け工事、ふすま工事	建具工事業
水道施設工事	上水道、工業用水道等のための取水、浄水、配水等の施設を築造する工事または公共下水道もしくは流域下水道の処理設備を設置する工事	取水施設工事、浄水施設工事、配水施設工事、下水処理設備工事	水道施設工事業
消防施設工事	火災警報設備、消火設備、避難設備もしくは消火活動に必要な設備を設置し、または工作物に取付ける工事	屋内消火栓設置工事、スプリンクラー設置工事、水噴霧、泡、不燃性ガス、蒸発性液体または粉末による消火設備工事、屋外消火栓設置工事、動力消防ポンプ設置工事、火災報知設備工事、漏電火災警報機設置工事、非常警報設備工事、金属製避難はしご、救助袋、緩降機、避難橋または排煙設備の設置工事	消防施設工事業
清掃施設工事	し尿処理施設またはごみ処理施設を設置する工事	ごみ処理施設工事、し尿処理施設工事	清掃施設工事業
解体工事	工作物の解体を行う工事	工作物解体工事	解体工事業

消 防 施 設 工 事	火災警報設備、消火設備、避難設備もしくは消火活動に必要な設備を設置し、または工作物に取付ける工事	屋内消火栓設置工事、スプリンクラー設置工事、水噴霧、泡、不燃性ガス、蒸発性液体または粉末による消火設備工事、屋外消火栓設置工事、動力消防ポンプ設置工事、火災報知設備工事、漏電火災警報機設置工事、非常警報設備工事、金属製避難はしご、救助袋、緩降機、避難橋または排煙設備の設置工事	消 防 施 設 工 事 業
清 掃 施 設 工 事	し尿処理施設またはごみ処理施設を設置する工事	ごみ処理施設工事、し尿処理施設工事	清 掃 施 設 工 事 業
解体工事	<u>工作物の解体を行う工事</u>	<u>工作物解体工事</u>	解 体 工 事 業

● 軽微な建設工事

建設業法は、「軽微な建設工事」のみを受注するのであれば、建設業の許可は不要としている（3条1項ただし書）。

建設業法施行令1条の2によると、「軽微な建設工事」とは

- ① 建築一式工事では1,500万円未満の工事、または延べ床面積150㎡未満の木造住宅工事
- ② 建築一式工事以外の工事では、500万円未満の工事

ただし、請負金額の算定にあたっては、以下の点に注意する必要がある。

- a 工事の完成を2つ以上の契約に分割して請け負うときは、それぞれの契約の請負代金の合計額とする（同令同条2項）。
- b 材料が注文者から支給される場合は、支給材料費が含まれる（同令同条3項）。
- c 請負代金や支給材料にかかわる消費税、地方消費税が含まれる。

（2）変更届など（11条・17条）

許可取得後に、許可の申請書および添付書類の記載内容に変更が生じた場合は、変更事由ごとに定められた期間内に、許可を受けた行政庁に変更届等を提出しなければならない。長期間にわたって届出を怠ったり、事実と異なる届出を行うと、行政処分（29条・30条）の対象となる。

2-2 建設業法の規制にかかる行政の行為（活動）形式

（1）監督処分・罰則

ア 監督処分

監督行政庁は、建設業法に違反した者に対し、適法性の回復のため、以下の行政処分を行うことができる。

（ア）監督処分の種類

① 指示処分（28条1項、2項、4項）

建設業法違反者に対する是正命令のことである。指示処分とは、法令違反等を行った業者に対して監督行政庁が求める是正要求命令である。

② 営業停止処分（28条3項、5項）

建設業者が指示処分に従わなかったときには監督行政庁による営業停止処分の対象になる。

③ 許可取消処分（29条）

不正手段で建設業の許可を受けたり、営業停止処分に違反して営業したりすると、監督行政庁によって建設業の許可の取消しが行なわれる。

（イ）処分基準の公表

国土交通省は、「建設業者の不正業者等に対する監督処分の基準」を定め、関係機関に通知するとともに、その内容を同省のホームページで公表している。

エ 罰則

建設業法は、法律に違反した場合、監督処分とは別に、罰則の規定を設けている（45条～55条）。

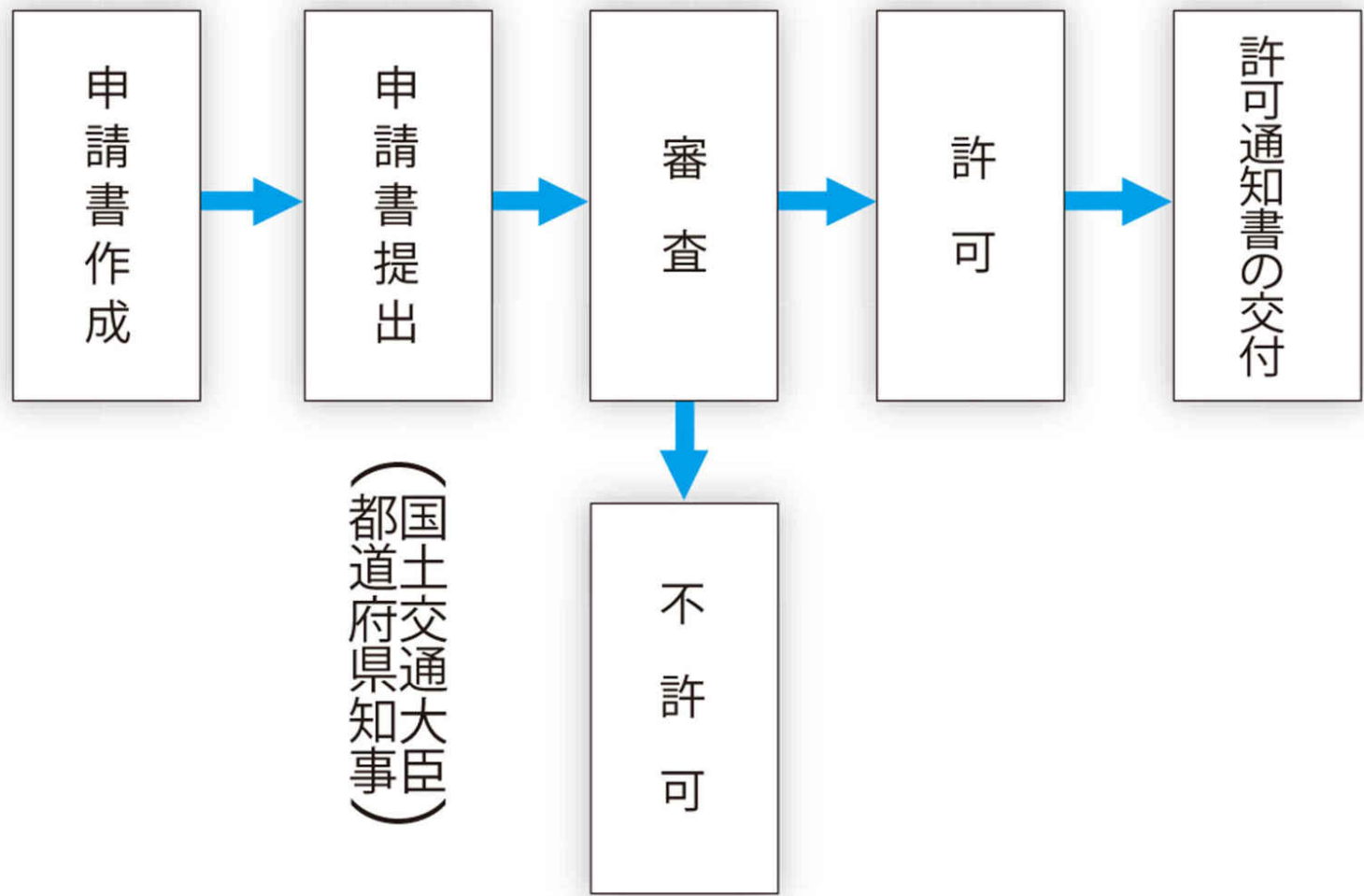
2－3 建設業法の規制に係る条例規制

都道府県では、下記事項について条例等を定め建設業を規制している。

- ① 建設業の許可・指導監督に関すること
- ② 経営事項審査に関すること
- ③ 建設工事指名競争入札参加者の資格審査及び格付けに関すること
- ④ 建設工事紛争審査会に関すること
- ⑤ 生活環境の保全等に関すること

3-1 申請手続

申請から許可までの流れは、概ね次の図のようになる。



(1) 申請 (5条)

建設業の許可を受けようとする者は、許可申請書に所要の書類を添付し、許可の区分に応じて、国土交通大臣または都道府県知事に申請する。

(2) 審査 (7条、8条)

申請を受け、国土交通大臣または都道府県知事は、申請者が建設業の許可業者として法令に定められた要件を満たしているか審査する。

(3) 許可・不許可、通知

国土交通大臣または都道府県知事は、申請者が許可要件を満たし、かつ欠格事由に該当しないと判断した場合は、許可の処分をするとともに申請者へ許可を通知する。申請者が許可要件を満たしていない場合、または欠格事由に該当する場合は、不許可の処分を行い申請者へ不許可の通知をする。

3-2 不服申立手続

（１）不許可処分

建設業の不許可処分については行政不服審査法の規定による不服申立てが可能である。

（２）監督処分

以下の監督処分に対しても、行政不服審査法による不服申立てが可能である。

- ① [28条3項・5項](#)規定の営業停止命令
- ② [29条1項・2項](#)、[29条の2](#) 規定の許可取消し
- ③ [29条の5](#)（監督処分の広告）

3－3 建設工事請負契約に関する紛争処理

建設工事の請負契約に関する紛争の解決を図るため建設工事紛争審査会が設置されている（[25条](#)）。同審査会は同紛争につき、あっせん、調停および仲裁を行う。これは、監督官庁と建設業者間の行政事件を扱うものではなく、建設業者間または、建設業者と発注間の民事事件を扱うものである。

4 ◆ 審査請求や行政事件訴訟で問題となる紛争事例

【事 案】

[建設業法8条8号](#)に該当する者が、建設業許可申請をしたが、その者は当該法人の従業員であった。そこで、[同法45条1項3号](#)違反として起訴された事案。

【判決の概要】

虚偽または不正の事実に基づいて建設業の許可・更新を受けた者の処罰を定める[建設業法45条1項3号](#)違反の罪（本件は平成15年法律96号による改正前事案）の成立には、建設業の許可ないし更新につき、不許可事由となるような事実があるにもかかわらず、そのことを認識しながら、ことさらに秘し、あるいは虚偽の事実を申告することにより、建設業の許可ないし更新を受けたことが必要である。ところが本件においては、[同法8条8号](#)に該当する者が許可を申請した法人の役員である場合には建設業の不許可事由に該当するということを被告人が認識していたとは認定できないから、犯罪の証明がないから、[刑事訴訟法336条](#)により無罪である、と判断した。

【法的問題点】

建設業許可申請の虚偽記載について、建設業法違反として起訴されるケースが多い。犯罪が成立するとされるには、「虚偽又は不正の事実」について認識していることが必要である。

【事 案】

被告人は、他の役員らと共に、特定建設業の許可を受けて建設業を営む甲野建設の業務に関し、国土交通省地方整備局長あてに変更届出書を提出するにあたり、虚偽の記載をした貸借対照表等を提出し、その貸借対照表等に基づいて許可の変更がなされることを知りながら、特定建設業許可申請書を同局長にあてて提出し、その許可の更新を受けたとして建設業法違反に問われた。判決は被告人は、債務超過の事実を隠ぺいすることにより、特定建設業の許可更新を得るという目的を他の役員と共有し、自ら、同期の粉飾決算において、重要な役割を果たしており、被告人と他の役員との間に、共謀関係があったことは明らかであるといえるとして、被告人を懲役1年、執行猶予3年に処した事案。

【判決の概要】

本件は、虚偽記載による貸借対照表等の提出および虚偽事実に基づく特定建設業の許可更新を受けたことに関する故意の成否については、被告人において、当該会社が債務超過の状態であったことや公表上の決算が黒字であったことを認識していたと認められるから、粉飾決算を認識していたことは明らかであり、また、特定建設業許可の更新の際には、財産的基礎の審査に決算書類が用いられることや財産的基礎が厳しく審査されことは理解しており、かつ特定建設業の許可更新を受けなければならないことは認識していたといえるから、虚偽の事実に基づいて許可更新がなされることを認識していたと認めることができる、と判断し、共謀の成否について、債務超過の事実を隠ぺいすることにより特定建設業の許可更新を得るという目的を、代表取締役社長らと共有しながら、粉飾決算において重要な役割を果たしているといえ、当該会社の存続が被告人らに共通する極めて重要な利益であったことも併せて考慮すれば、被告人と代表取締役社長ら間に共謀関係があったと認められる、と判断した。

【法的問題点】

虚偽記載による貸借対照表等の提出および虚偽事実に基づく特定建設業の許可更新を受けたことに関する故意の成否は、虚偽の事実に基づいて許可更新がなされることを認識していたかどうか、共謀の成否は、債務超過の事実を隠ぺいすることにより特定建設業の許可更新を得るという目的を共有しながら、粉飾決算を行い、当該会社の存続が共通する極めて重要な利益であったかどうかという点である。

5 ◆参考文献

- ・建設業法研究会編著『建設業法解説改訂11版』（大成出版社、2008年）
- ・建設業適正取引推進機構編著『わかりやすい建設業法Q & A』（大成出版社、2011年）
- ・全国建設関係行政書士協議会編著『建設業許可Q & A 第6版』（日刊建設通信新聞社、2009年）



出入国管理及び難民認定法（略称「入管法」）
昭和26年10月4日政令319号

南淵 聡

1 ◆入管法の趣旨・目的および組織

1－1 入管行政の歴史

出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という）は、戦後のいわゆるポツダム緊急勅令に基づいて「出入国管理令」の題名で制定公布されたものが起源となっている。その後、昭和**27**年のサンフランシスコ平和条約の発効後も法律としての効力を有するものとして存続させられた。

「出入国管理令」は、昭和**56**年、日本が「難民の地位に関する条約」（以下「難民条約」という）および「難民の地位に関する議定書」（以下「難民議定書」という）へ加入したことに伴い、難民認定手続等についても規定する一部改正が行われたことに併せて、題名も「出入国管理及び難民認定法」に改められた。

1－2 入管法の趣旨・目的

（１）趣旨・目的

入管法1条は「出入国管理及び難民認定法は、本邦に入国し、又は本邦から出国するすべての人の出入国の公正な管理をはかるとともに、難民の認定手続を整備することを目的とする。」と定められており、入管法の目的は、①すべての人の出入国の公正な管理、②難民の認定手続の整備の2つである。

「すべての人の出入国の公正な管理」とは、日本人および外国人の双方について入国（帰国）、出国の管理をするだけでなく、外国人の在留の管理も含まれている。この目的を果たすために、入管法は、入国、在留等の許可の要件および手続を定め、退去強制を中心とした強制力の行使についての制度や手続等を規定している。

また、「難民の認定手続を整備する」とは、昭和56年に加入した難民条約および難民議定書が難民に各種の保護措置を与えることを締約国に義務付けており、その義務を履行するための前提として、個々の外国人が同条約上の難民であることを確定する難民認定が不可欠であることから定められたものである。

（２）入管法改正の趣旨

入管法の現在に至るまでの主な改正点は以下の通りである。

平成元年改正

- ・在留資格の整備
- ・不法就労助長罪の新設等

平成9年改正

- ・集団密航にかかる罪の新設等

平成10年改正

- ・旅券の定義についての改正

平成11年改正

- ・不法在留罪の新設
- ・上陸拒否期間の伸長
- ・再入国許可の有効期間の伸長

平成13年改正

- ・いわゆるフーリガン対策
- ・外国人犯罪対策および偽変造文書対策のための上陸拒否事由および退去強制事由の整備
- ・よりの確な上陸・在留審査を確保するための入国審査官による事実の調査に関する規定の新設
- ・法務大臣の権限の委任に関する規定の新設

平成16年改正

- ・不法滞在者等対策、難民認定制度の見直し
- ・精神障害を有する外国人にかかる上陸拒否事由の見直し

平成17年改正

- ・人身取引対策等のための規定の整備

平成18年改正

- ・上陸審査時に外国人（特別永住者等を除く）に指紋等の個人識別情報の提供を義務付けることなどテロを未然に防ぐための規定の整備
- ・出入国管理の一層の円滑化のための措置および構造改革特別区域法に規定されている在留資格に関する特例措置等を全国において実施するための規定の整備

平成21年改正

- ・新しい在留管理制度導入
- ・在留期間の上限を3年から最長5年に延長
- ・みなし再入国許可制度の導入
- ・研修・技能実習制度の見直し
- ・在留資格「留学」と「就学」の一本化
- ・入国者収容所等視察委員会の設置
- ・在留期間更新申請等をした者の在留期間の特例
- ・上陸拒否の特例
- ・不法就労助長行為等に的確に対処するための退去強制事由等の整備にかかる措置
- ・乗員上陸の許可を受けた者の乗員手帳等の携帯・提示義務にかかる措置
- ・拷問等禁止条約等の送還禁止規定の明文化

1－3 入管行政の組織

（１）法務省・入国管理局・地方入国管理局

入管法の目的を任務とする省庁は法務省であり、法務省は、入国管理局を設置した上で、地方支分部局として地方入国管理局を設置し、同局が入管法の目的とする事務を分掌する。

（２）地方入国管理局の組織

地方入国管理局には、外国人の上陸許可、在留資格の取得および変更、難民の認定、日本人の出国および帰国に関する事務をつかさどる首席審査官と、その事務を行う入国審査官、特別審理官が置かれている。

また、出入国および外国人の在留の管理ならびに難民に関する資料の収集、違反調査、被収容者の処遇、収容令書および退去強制令書の執行等の事務をつかさどる首席入国警備官と、その事務を行う入国警備官が置かれている。

現在設置されている地方入国管理局は、①札幌入国管理局、②仙台入国管理局、③東京入国管理局、④名古屋入国管理局、⑤大阪入国管理局、⑥広島入国管理局、⑦高松入国管理局、⑧福岡入国管理局があり、各管轄区域の事務を担当している。

また、地方入国管理局の支局として、①東京入国管理局成田空港支局、②同局羽田空港支局、③同局横浜支局、④名古屋入国管理局中部空港支局、⑤大阪入国管理局関西空港支局、⑥同局神戸支局、⑦福岡入国管理局那覇支局が設置されている。なお、出張所も各地に設置されている。

（３）入国者収容所

法務省は、日本から退去を強制される者を収容し、送還する事務をつかさどる施設として入国者収容所を設置しており、現在設置されている入国者収容所は、①入国者収容所東日本入国管理センター（茨城県牛久市）、②入国者収容所西日本入国管理センター（大阪府茨木市）、③入国者収容所大村入国管理センター（長崎県大村市）がある。

2－1 入管法の規制対象

入管法の規制対象は、「日本人及び外国人の双方についての入国（帰国）・出国の管理」と「外国人の在留の管理」、難民条約および難民議定書によって定められた難民に対する各種の保護措置の前提となる「難民認定手続の整備」である（[入管法1条](#)）。

（１）在留資格

外国人が日本に入国し在留するためには、入管法に定められた在留資格を有していなければならない（入管法2条の2第1項）。在留資格とは、外国人が日本に入国・在留して特定の活動を行うことができる法的地位、もしくは外国人が有する地位に基づいて日本において活動を行うことができる法的地位をいう。

在留資格の種類は入管法別表第1、回第2記載の通りである。なお、同別表第1に記載されている在留資格は、日本において特定の活動を行うことができる地位としての在留資格であって、在留資格に属しない収入を伴う事業を運営する活動または報酬を受ける活動（業として行うものではない講演に対する謝礼、日常生活に伴う臨時の報酬等は除く）を行うことは出来ない。

他方、在留資格の中には、同別表第2に記載されているように、日本人の配偶者が取得できる「日本人の配偶者等」などのように、外国人が有する一定の地位に基づいて取得できる在留資格もある。これらの在留資格は、収入を伴う事業を運営する活動や報酬を受ける活動について入管法上の制限はない。

なお、平成21年改正によって、法務大臣は、3カ月超の在留資格が決定された者などの中長期在留者に対して、在留資格や在留期間が記載された在留カードを交付することとなった（入管法19条の3～）。

表1 在留資格一覧表
――日本において特定の活動を行うことが出来る地位としての在留資格

在留資格	本邦において行うことができる活動	該当例	在留期間
外交	日本国政府が接受する外国政府の外交使節団もしくは領事機関の構成員、条約もしくは国際慣行により外交使節と同様の特権および免除を受ける者またはこれらの者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動	外国政府の大使、公使、総領事、代表団構成員等およびその家族	外交活動の期間
公用	日本国政府の承認した外国政府もしくは国際機関の公務に従事する者またはその者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動（この表の外交の項に掲げる活動を除く）	外国政府の大使館・領事館の職員、国際機関等から公の用務で派遣される者等およびその家族	5年、3年、1年、3月、30日または15日
教授	本邦の大学もしくはこれに準ずる機関または高等専門学校において研究、研究の指導または教育をする活動	大学教授等	5年、3年、1年または3月
芸術	収入を伴う音楽、美術、文学その他の芸術上の活動（この表の興行の項に掲げる活動を除く）	作曲家、画家、著述家等	5年、3年、1年または3月
宗教	外国の宗教団体により本邦に派遣された宗教家の行う布教その他の宗教上の活動	外国の宗教団体から派遣される宣教師等	5年、3年、1年または3月
報道	外国の報道機関との契約に基づいて行う取材その他の報道上の活動	外国の報道機関の記者、カメラマン	5年、3年、1年または3月
投資・経営	本邦において貿易その他の事業の経営を開始しもしくは本邦におけるこれらの事業に投資してその経営を行いもしくは当該事業の管理に従事しまたは本邦においてこれらの事業の経営を開始した外国人（外国法人を含む、以下この項において同じ）もしくは本邦におけるこれらの事業に投資している外国人に代わってその経営を行いもしくは当該事業の管理に従事する活動（この表の法律・会計業務の項に掲げる資格を有しなければ法律上行うことができないこととされている事業の経営もしくは管理に従事する活動を除く）	外資系企業等の経営者・管理者	5年、3年、1年または3月

法律・ 会計 業務	外国法事務弁護士、外国公認会計士 その他法律上資格を有する者が行う こととされている法律または会計に 係る業務に従事する活動	弁護士、公認会計 士等	5年、3年、 1年または 3月
医療	医師、歯科医師その他法律上資格を 有する者が行うこととされている医 療に係る業務に従事する活動	医師、歯科医師、 看護師	5年、3年、 1年または 3月
研究	本邦の公私の機関との契約に基づい て研究を行う業務に従事する活動 (この表の教授の項に掲げる活動を 除く)	政府関係機関や私 企業等の研究者	5年、3年、 1年または 3月
教育	本邦の小学校、中学校、高等学校、 中等教育学校、特別支援学校、専修 学校または各種学校もしくは設備お よび編制に関してこれに準ずる教育 機関において語学教育その他の教育 をする活動	中学校・高等学校 等の語学教師等	5年、3年、 1年または 3月
技術	本邦の公私の機関との契約に基づい て行う理学、工学その他の自然科学 の分野に属する技術または知識を要 する業務に従事する活動(この表の 教授の項、投資・経営の項、医療の 項から教育の項まで、企業内転勤の 項および興行の項に掲げる活動を除 く)	機械工学等の技術 者	5年、3年、 1年または 3月
人文 知識・ 国際 業務	本邦の公私の機関との契約に基づい て行う法律学、経済学、社会学その 他の人文科学の分野に属する知識を 必要とする業務または外国の文化に 基盤を有する思考もしくは感受性を 必要とする業務に従事する活動(こ の表の教授の項、芸術の項、報道の 項、投資・経営の項から教育の項ま で、企業内転勤の項および興行の項 に掲げる活動を除く)	通訳、デザイナー、 私企業の語学教師 等	5年、3年、 1年または 3月
企業 内転 勤	本邦に本店、支店その他の事業所の ある公私の機関の外国にある事業所 の職員が本邦にある事業所に期間を 定めて転勤して当該事業所において 行うこの表の技術の項または人文知 識・国際業務の項に掲げる活動	外国の事業所から の転勤者	5年、3年、 1年または 3月

興行	演劇、演芸、演奏、スポーツ等の興行に係る活動またはその他の芸能活動（この表の投資・経営の項に掲げる活動を除く）	俳優、歌手、ダンサー、プロスポーツ選手等	3年、1年、6月、3月または15日
技能	本邦の公私の機関との契約に基づいて行う産業上の特殊な分野に属する熟練した技能を要する業務に従事する活動	外国料理の調理師、スポーツ指導者、航空機等の操縦者、貴金属等の加工職人等	5年、3年、1年または3月
技能実習	<p>1号 イ 本邦の公私の機関の外国にある事業所の職員または本邦の公私の機関と法務省令で定める事業上の関係を有する外国の公私の機関の外国にある事業所の職員がこれらの本邦の公私の機関との雇用契約に基づいて当該機関の本邦にある事業所の業務に従事して行う技能等の修得をする活動（これらの職員がこれらの本邦の公私の機関の本邦にある事業所に受け入れられて行う当該活動に必要な知識の修得をする活動を含む） ロ 法務省令で定める要件に適合する営利を目的としない団体により受け入れられて行う知識の修得および当該団体の策定した計画に基づき、当該団体の責任および監理の下に本邦の公私の機関との雇用契約に基づいて当該機関の業務に従事して行う技能等の修得をする活動</p> <p>2号 イ 1号イに掲げる活動に従事して技能等を修得した者が、当該技能等に習熟するため、法務大臣が指定する本邦の公私の機関との雇用契約に基づいて当該機関において当該技能等を要する業務に従事する活動 ロ 1号ロに掲げる活動に従事して技能等を修得した者が、当該技能等に習熟するため、法務大臣が指定する本邦の公私の機関との雇用契約に基づいて当該機関において当該技能等を要する業務に従事する活動（法務省令で定める要件に適合する営利を目的としない団体の責任及び監理の下に当該業務に従事するものに限る）</p>	技能実習生	1年、6月または法務大臣が個々に指定する期間（1年を超えない範囲）

文化活動	収入を伴わない学術上もしくは芸術上の活動またはわが国特有の文化もしくは技芸について専門的な研究を行いもしくは専門家の指導を受けてこれを修得する活動（この表の留学の項から研修の項までに掲げる活動を除く）	日本文化の研究者等	3年、1年、6月または3月
短期滞在	本邦に短期間滞在して行う観光、保養、スポーツ、親族の訪問、見学、講習または会合への参加、業務連絡その他これらに類似する活動	観光客、会議参加者等	90日もしくは30日または15日以内の日を単位とする期間
留学	年邦の大学、高等専門学校、高等学校（中等教育学校の後期課程を含む）もしくは特別支援学校の高等部、専修学校もしくは各種学校または設備および編制に関してこれらに準ずる機関において教育を受ける活動	大学、短期大学、高等専門学校および高等学校等の学生	4年3月、4年、3年3月、3年、2年3月、2年、1年3月、1年、6月または3月
研修	本邦の公私機関により受け入れられて行う技術、技能または知識の修得をする活動（この表の技能実習1号および留学の項に掲げる活動を除く）	研修生	1年、6月または3月
家族滞在	この表の教授から文化活動までの在留資格をもって在留する者（技能実習を除く）またはこの表の留学の在留資格をもって在留する者の扶養を受ける配偶者または子として行う日常的な活動	在留外国人が扶養する配偶者・子	5年、4年3月、4年、3年3月、3年、2年3月、2年、1年3月、1年、6月または3月
特定活動	法務大臣が個々の外国人について特に指定する活動	高度研究者、外交官等の家事使用人、ワーキング・ホリデー、経済連携協定に基づく外国人看護師・介護福祉士候補等	5年、4年、3年、2年、1年、6月、3月または法務大臣が個々に指定する期間（5年を超えない範囲）

表 2 在留資格一覧表

——外国人が有する一定の地位に基づいて取得できる在留資格

在留資格	本邦において有する身分または地位	該当例	在留期間
永住者	法務大臣が永住を認める者	法務大臣から永住の許可を受けた者（入管特例法の「特別永住者」を除く）	無期限
日本人の配偶者等	日本人の配偶者もしくは民法（明治29年法律第89号）第817条の2の規定による特別養子または日本人の子として出生した者	日本人の配偶者・実子・特別養子	5年、3年、1年または6月
永住者の配偶者等	永住者の在留資格をもって在留する者もしくは特別永住者（以下「永住者等」と総称する）の配偶者または永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者	永住者・特別永住者の配偶者およびわが国で出生し引き続き在留している実子	5年、3年、1年または6月
定住者	法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者	インドシナ難民、日系3世、中国残留邦人等	5年、3年、1年、6月または法務大臣が個々に指定する期間（5年を超えない範囲）

（2）外国人の入国に関する行政の行為

㉞ 上陸許可（入管法9条1項）

① 上陸のための条件

主権国家は、国際法上確立した原則として、適当と認める条件を具備する外国人のみの入国を許可する権限を有しており、公衆衛生、公の秩序、国内の治安等が害されるおそれがあると認める外国人の入国・上陸を拒否することができる。

そのため、日本に上陸しようとする外国人は、その者が入国しようとする出入国港において、入国審査官に対して上陸の申請をして、上陸のための審査を受けなければならない（入管法6条2項）、入国審査官は、上陸のための条件に適合していると認定したときは、当該外国人の旅券に上陸許可の証印をしなければならない（入管法9条1項）。

上陸のための条件としては、①旅券、査証が有効であること、②申請にかかる活動内容、期間が入管法規定の在留資格、在留期間に適合すること、③上陸拒否事由（入管法5条1項各号）に該当しないことがあげられる（入管法7条1項各号）。

② 上陸拒否事由

上陸拒否事由の詳細は入管法5条に記載されているが、上陸拒否事由に該当する外国人の概要は以下の通りである。

- i 保健・衛生上の観点から上陸を認めることが好ましくない者
- ii 反社会性が強いと認められることにより上陸を認めることが好ましくない者
- iii わが国から退去強制を受けたこと等により上陸を認めることが好ましくない者
- iv わが国の利益または公安を害するおそれがあるため上陸を認めることが好ましくない者
- v 相互主義に基づき上陸を認めない者

③ 在留資格認定証明書

上陸のための条件としては、上記①記載のように、当該外国人が日本で行おうとしている活動、期間の申請内容が虚偽ではなく、入管法で定められた在留資格、在留期間に適合することが必要であるが、入国しようとする出入国港において上記審査をすることは容易ではない。そこで法務大臣は、当該外国人（短期滞在目的の場合を除く）もしくは当該外国人を受け入れようとする機関の職員等からあらかじめ申請があったときは、当該外国人の活動が在留資格に適合している旨の証明書（在留資格認定証明書）を交付することができる（入管法7条の2）。当該外国人は、在留資格認定証明書を持参して上陸許可申請をすることによって、在留資格適合性の審査が容易になる。

㉟ 再入国許可（入管法26条、26条の2）

外国人が取得した在留資格は、一旦出国すると消滅し、再入国しようとする場合には新たに在留資格を取り直さなければならないのが原則である。しかし、法務大臣は、日本に在留する外国人がその在留期間の満了の日以前に再び入国する意図をもって出国しようとするときは、その者の申請に基づき再入国の許可を与えることができる。その場合、その者の申請によって数次再入国許可とすることもできる。

なお、平成21年改正により、入国審査官に対して再び入国する意図を表明して出国するときは、再入国許可を受けたものとみなすとされた（みなし再入国許可）。

（３）外国人の在留に関する行政の行為

ア 資格外活動許可（入管法19条2項3項）

在留資格のうち、特定の活動を行うことができる地位としての在留資格（入管法別表第1）の場合は、当該在留資格に属しない収入・報酬を伴う活動を行うことはできないが、申請があった場合には、法務大臣は、当該在留資格で定められた活動を阻害しない範囲の収入・報酬を伴う活動を許可することができる。なお、当該許可を与えておくことが適当でないと認める場合には、当該許可を取り消すことができる。

また、法務大臣は、当該外国人が行うことができる収入・報酬を伴う活動を証明するため、申請により、就労資格証明書を交付することができる（入管法19条の2）。

イ 在留資格変更許可（入管法20条）

法務大臣は、在留資格変更許可申請があったときは、当該外国人が提出した文書により、在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、許可することができる。ただし、短期滞在の在留資格をもって在留する者の申請については、やむを得ない特別の事情に基づくものでなければ許可しないものとされている。また、永住者の在留資格の変更は、永住許可（入管法22条）による。

ウ 在留期間更新許可（入管法21条）

法務大臣は、在留期間更新許可申請があったときは、当該外国人が提出した文書により、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、許可することができる。

エ 永住許可（入管法22条）

法務大臣は、永住許可申請があった場合には、当該外国人が下記各号に適合し、かつ、当該外国人の永住が日本国の利益に合すると認めたとときに限り、許可することができる。ただし、当該外国人が日本人、永住許可を受けている者または特別永住者の配偶者または子である場合には、下記各号に適合することは要しない。

- ① 素行が善良であること
- ② 独立の生計を営むに足る資産または技能を有すること

オ 在留資格取得（入管法22条の2）

日本の国籍を離脱した者または出生その他の事由により、上陸許可手続を経ることなく日本に在留することとなる外国人は、国籍離脱・出生等から60日を限度に引き続き在留資格を有することなく日本に在留できるが、それ以上日本に在留しようとする場合には、国籍離脱・出生等から30日以内に法務大臣に対して在留資格の取得を申請しなければならない。その場合の手続・許可は、在留資格変更許可、永住許可の場合と同様である。

カ 在留資格取消（入管法22条の4、22条の5）

法務大臣は、在留資格を有する外国人について以下の事実が判明したときは、当該外国人が現に有する在留資格を取り消すことができる。ただし、下記⑦の場合には、法務大臣は、当該外国人に対して在留資格変更申請または永住許可申請の機会を与えるように配慮しなければならない。

- ① 偽りその他不正の手段により上陸拒否事由に該当しないものとして上陸許可の証印または許可を受けたこと
- ② 偽りその他不正の手段により、上陸許可申請において在留資格に適合するとして上陸許可の証印等を受けたこと
- ③ その他、偽りその他不正の手段により、上陸許可の証印等を受けたこと
- ④ その他、不実の記載のある文書・図面（不実の記載のある文書・図面の提出等により交付を受けた在留資格認定証明書、査証を含む）の提出等により、上陸許可の証印等を受けたこと
- ⑤ 偽りその他の手段により、在留特別許可を受けたこと
- ⑥ 日本において特定の活動を行うことができる地位としての在留資格（入管法別表第1）をもって在留する者が、正当な理由がなくその特定の活動を継続して3カ月以上行わないで在留していること
- ⑦ 日本人の配偶者等の在留資格をもって在留する者または永住者の配偶者等の在留資格をもって在留する者が、正当な理由がなくその配偶者の身分を有する者としての活動を継続して6カ月以上行わないで在留していること
- ⑧ 新たに中長期在留者となった者が当該上陸許可の証印または許可を受けた日から90日以内に、正当な理由がなく法務大臣に住居地の届出をしないこと
- ⑨ 中長期在留者が法務大臣に届け出た住居地から退去した場合において、当該退去の日から90日以内に、正当な理由がなく法務大臣に新住居地の届出をしないこと
- ⑩ 中長期在留者が法務大臣に虚偽の住居地を届け出たこと

（４）外国人の出国に関する行政の行為

ア 出国の確認

外国人が日本から出国する場合には入国審査官から出国の確認を受けなければならない（入管法25条）。入国審査官は、当該外国人が一定の犯罪によって逮捕状等が発せられている者であること等の通知を関係機関から受けている場合には、出国確認手続がされたときから24時間に限り、当該外国人の出国確認を留保することができる（入管法25条の2）。

外国人の出国について入国審査官の確認を必要とした理由は、出国の事実を的確に把握して出入国の公正な管理に資するためであって、外国人の出国自体を許可にかからしめようとするものではない。

イ 退去強制処分

適法な在留資格を有する外国人であっても、入管法で定められた退去強制事由に該当する行為を行った場合には、入管法で規定された手続によって、退去を強制することができる（入管法24条）。

表3 退去強制事由一覧表

不法入国者	入管24条1号	偽造旅券や有効期限を過ぎている旅券など有効な旅券を所持せず入国した（日本の領海・領空に入った）者や有効な旅券を所持しているが、正規の上陸手続きを受けずに上陸する目的を有して入国した（日本の領海・領空に入った）者
不法上陸者	入管24条2号	入国審査官の上陸許可を受けずに上陸した者
在留資格取消者	入管24条2号の2	在留資格取消しを受け、出国猶予期間を付与されなかった者……上陸拒否事由非該当性を偽って上陸許可・上陸特別許可を受ける、または、在留資格該当性を偽り上陸許可証印を受けたり、在留資格変更許可・在留期間更新許可・永住許可・在留資格取得許可を受けて在留資格を取り消された者
不法残留者	入管24条2号の3	在留資格取消しを受け、出国猶予期間、を付与された者……在留資格を取り消され、30日を超えない範囲内で出国するために必要な期間の指定を受けた者で、この期間を経過して不法に残留する者
不法入国等支援者	入管24条3号	他の外国人に不正に在留資格認定証明書・上陸許可・上陸特別許可・在留特別許可を受けさせる目的で、文書・図画の偽変造、虚偽文書・図画作成、およびその行使・所持・提供、またはこれらの行為を教唆し、助けた者
テロリスト等	入管24条3号の2	テロ（公衆等脅迫目的の犯罪）行為、テロの予備行為またはテロ行為の実行を容易にする行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者として法務大臣が認定する者
	入管24条3号の3	国際約束により本邦への入国を防止すべきものとされているテロリスト等

不法就労助長行為	入管24条3号の4	<p>次のいずれかの行為をし、教唆し、助けた者</p> <p>イ 事業活動に関し、資格外活動または不法入国者、不法上陸者、在留資格を取り消された者、在留資格を取り消され指定期間を経過して残留する者、その他不法残留者に不法就労活動をさせること。</p> <p>ロ 外国人に不法就労活動をさせるために自己の支配下におくこと。</p> <p>ハ 業として、外国人に不法就労活動をさせる行為またはロに規定する行為に関しあつせんすること。</p>
在留カード、特別永住者証明書の偽造・変造等	入管24条3号の5	<p>次のいずれかの行為をし、教唆し、助けた者</p> <p>イ 行使目的で、在留カード・特別永住者証明書を偽造・変造、または偽造・変造の在留カード・特別永住者証明書を提供・収受・所持すること。</p> <p>ロ 行使目的で、他人名義の在留カード・特別永住者証明書を提供・収受・所持し、または自己名義の在留カードを提供すること。</p> <p>ハ 偽造・変造の在留カード・特別永住者証明書または他人名義の在留カード・特別永住者証明書を行使すること。</p> <p>ニ 在留カード・特別永住者証明書の偽造・変造の用に供する目的で、器械または原料を準備すること。</p>
専従資格外活動者	入管24条4号イ	資格外活動許可を受けないで、在留資格の活動以外の事業運営活動、報酬を受ける活動をもっぱら行っていると明らかに認められる者（人身取引等により他人の支配下におかれている者を除く）
不法残留者	入管24条4号ロ	在留期間更新または変更を受けないで在留期間を経過して残留する者
人身取引加担者	入管24条4号ハ	人身取引等を行い、唆し、またはこれを助けた者

刑罰法令違反者	入管24条4号ニ	旅券法上の虚偽申請等に関する罪により刑に処せられた者
	入管24条4号ホ	集団密入国等を助長・援助し、刑に処せられた者
	入管24条4号ヘ	資格外活動許可を受けないで、在留資格の活動以外の事業運営活動、報酬を受ける活動を行った非専従資格外活動者で禁錮以上の刑に処せられた者
	入管24条4号ト	未成年で、少年法の不定期刑を言い渡すべき場合に、長期が3年を超える懲役または禁錮に処せられた者（不定期刑……「懲役1年～3年」というように刑期を特定せず、受刑中の更正を考慮して刑を終了する。この場合長期は3年）
	入管24条4号チ	麻薬・大麻・覚醒剤等にかかわる取締法令違反により有罪判決（執行猶予付含む）を受けた者
	入管24条4号リ	上記以外で、無期または1年を超える懲役または禁錮の実刑に処せられた者 ただし、執行猶予の言い渡しを受けた者を除く
買春関係事業従事者	入管24条4号ヌ	売春に従事する者、売春の周旋・勧誘・場所の提供・その他売春に直接関係のある業務に従事する者
不法入国助長等	入管24条4号ル	不法入国・不法上陸助長・援助者
暴力主義的・無政府主義的破壊活動関係者	入管24条4号オ	日本政府を暴力で破壊することを企て・主張する者またはその主張する団体結成・団体加入している者
	入管24条4号ワ	公務員への暴力、公共施設の破壊、工場事業場の安全を脅かすなどを勧奨する政党・その他団体結成・加入する者
	入管24条4号カ	上記政党・団体目的を達成するための印刷物・映画・文書図書を作成し、頒布・展示する等の宣伝活動
	入管24条4号ヨ	利益公安条項該当者……入管法24条4号イ～4号カの者以外で、法務大臣が日本の利益・公安を害する行為を行ったと認定する者

刑罰法令違反者	入管24条4号の2	判決確定時の在留資格が活動資格の者対象（「日本人の配偶者等」などの身分資格は対象外）：住居を侵す罪、通貨一文書・有価証券・印章偽造の罪、支払い用カード電磁的記録に関する罪、賭博、殺人、傷害、逮捕・監禁、略取・誘拐・人身売買、窃盗・強盗・詐欺恐喝の罪、盗品に関する罪により懲役または禁錮に処せられた者（執行猶予付含む）
国際競技会等の関連不法行為	入管24条4号の3	短期滞在対象：国際競技会等経過・結果に関連して、または妨害目的で、殺傷・暴行・脅迫・建造物破壊をした者（フォーリガン対策）
刑罰法令違反者	入管24条4号の4	住所地届出義務違反・虚偽の届出・在留カード更新義務違反等により懲役に処せられた者
仮上陸条件違反者	入管24条5号	仮上陸許可に際して付した住居・行動範囲制限、呼出しに対する出頭義務その他条件に違反した者
退去命令違反者	入管24条5号の2	上陸を許可されず退去命令を受けた者で遅滞なく退去しない者
不法残留者	入管24条6号	寄港地上陸・通過上陸・乗員上陸・緊急上陸・遭難上陸・一時庇護上陸許可の特別上陸許可の上陸期間を経過して残留する者
	入管24条6号の2	乗員上陸許可を取り消す場合に指定する期間を超えて残留する者
	入管24条7号	出生・国籍離脱等で上陸手続を経ないで在留することとなる外国人が60日を過ぎて、在留資格未取得で残留する者
	入管24条8号	出国命令に付された出国期限を経過して日本に残留する者
出国命令取消者	入管24条9号	行動範囲の逸脱など出国命令に付与された条件に違反して出国命令を取り消された者
難民認定取消者	入管24条10号	不正手段で難民認定を受けたことが判明した者、難民欠格事由該当を理由に難民認定を取り消された者

㊦ 出国命令（入管法24条の3・55条の2～55条の6）

地方入国管理局の主任審査官は、当該外国人がいわゆるオーバーステイを行ったものであり、かつ、以下の条件をすべて満たす場合において、入管法規定の通知を受けた場合には、退去強制手続によらずに出国を命じなければならない。

- ① 速やかに日本から出国する意思をもって自ら入国管理官署に出頭したこと
- ② 一定の退去強制事由に該当しないこと
- ③ 日本において一定の犯罪によって懲役または禁固に処せられたものでないこと
- ④ 過去に日本から退去強制もしくは出国命令によって出国したことがないこと
- ⑤ 速やかに日本から出国することが確実と見込まれること

（５）特別な在留許可に関する行政の行為（在留特別許可）

法務大臣は、退去強制手続により退去強制されることになる外国人について、以下の条件のいずれかに該当する場合には、その者の在留を特別に許可することができる（入管法50条）。

- ① 永住許可を受けているとき
- ② かつて日本国民として日本に本籍を有したことがあるとき
- ③ 人身取引等により他人の支配下に置かれて日本に在留するものであるとき
- ④ その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき

在留特別許可においては、[上記④](#)該当性が問題となる場合が多く、その該当性判断は、当該外国人の日本における生活状況、家族関係などの諸事情を考慮し、人道上の配慮によって行われる。

2－2－2 日本人の出国・帰国の管理に関する行政の行為

日本人が出国もしくは帰国する場合には、有効な旅券を所持し、入国審査官から出国・帰国の確認を受けなければならない（[入管法60条](#)、[61条](#)）。ただし、日本人の場合には、外国人が出国する場合とは異なり、出国確認を留保する制度はないから、有効な旅券を所持する以上、逮捕状等により強制的に身柄を拘束しない限り、その出国を差し止めることはできない。なお、帰国時に有効な旅券を所持することができないときは、日本の国籍を有することを証明する文書を所持することを要する。

日本人の出国・帰国について入国審査官の確認を必要とした理由は、外国人の出国の場合と同様に、出国・帰国の事実を的確に把握して出入国の公正な管理に資するためであって、日本人の出国・帰国自体を許可にかからしめようとするものではない。

2－2－3 難民認定手続の整備に関する行政の行為

（１）難民認定・難民認定書交付

法務大臣は、日本にいる外国人から難民認定申請があつたときは、その提出した資料に基づいて、当該外国人が難民である旨の認定を行うことができる（[入管法61条の2第1項](#)）。法務大臣は、難民認定をしたときは、当該外国人に対して、難民認定証明書を交付し、その認定をしないときは、当該外国人に対して、理由を付した書面でもってその旨を通知する（[同条2項](#)）。

（２）定住者の在留資格許可

法務大臣は、難民認定をする場合に、当該外国人が在留資格未取得であつた場合には、以下のいずれかに該当する場合を除いて、定住者の在留資格取得を許可するものとする（[入管法61条の2の2第1項](#)）。また、難民認定を受けている外国人が定住者への在留資格変更申請をしたときも、以下のいずれかに該当する場合を除いて、定住者への在留資格変更を許可するものとする（[入管法61条の2の3](#)）。

- ① 日本に上陸した日（日本にある間に難民となる事由が生じた場合にはその事実を知った日）から6カ月経過後に難民認定をしたとき。ただし、やむを得ない事情がある場合を除く
- ② 日本にある間に難民となる事由が生じた場合を除き、その者の生命、身体または身体の自由が[難民条約1条A（２）](#)に規定する理由によって害されるおそれのあつた領域から直接日本に入ったものでないとき
- ③ 一定の退去強制事由に該当するとき
- ④ 日本に入った後に一定の犯罪により懲役または禁固に処せられたものであるとき

（３）在留特別許可

法務大臣は、難民認定をしない処分をするとき、または上記（[２](#)）の定住者の在留資格許可をしないときは、当該在留資格未取得外国人の在留を特別に許可すべき事情があるか否かを審査するものとし、当該事情があると認めるときは、その在留を特別に許可することができる（[入管法61条の2の2第2項](#)）。

（４）仮滞在の許可

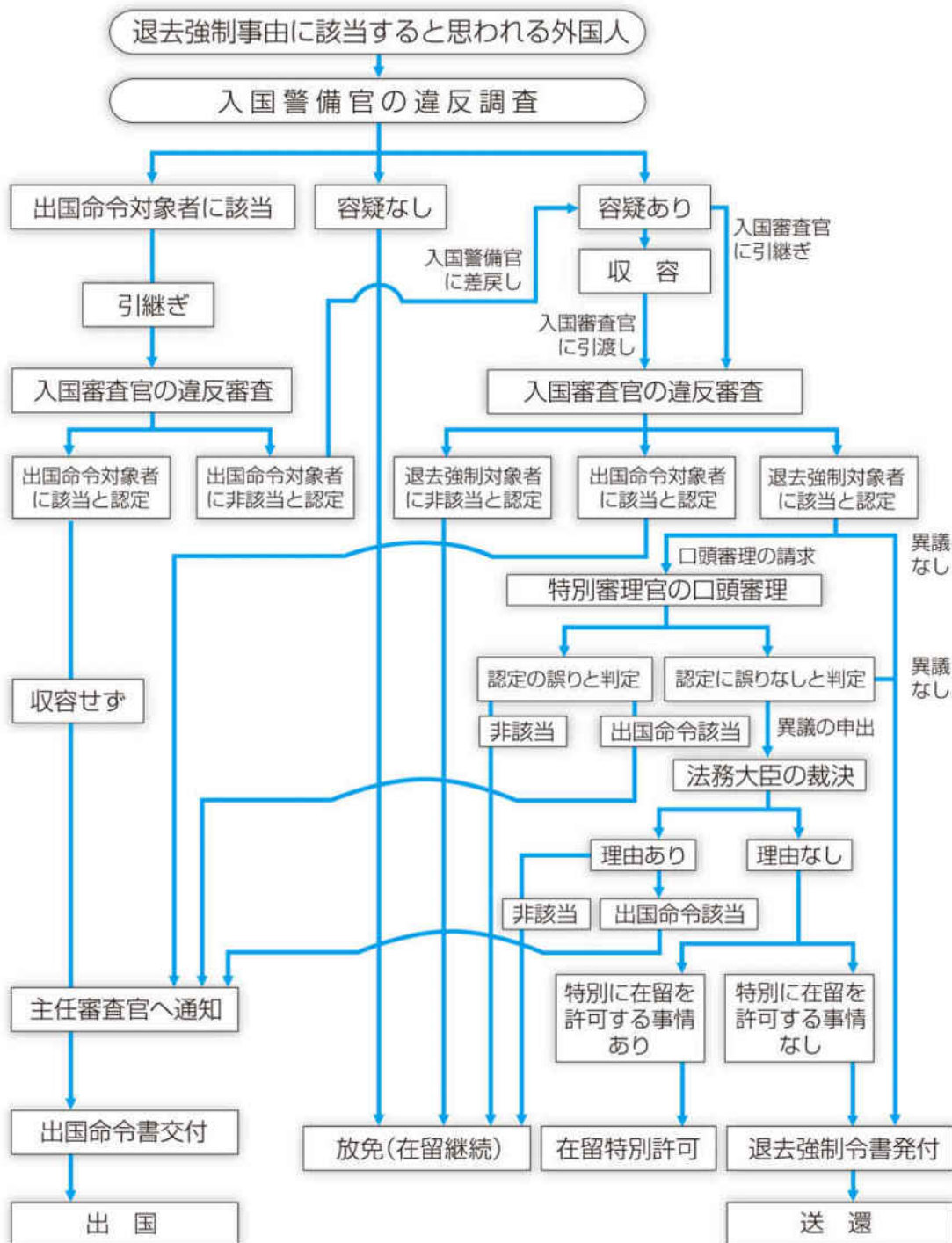
法務大臣は、在留資格未取得外国人から難民認定申請があつたときは、当該在留資格未取得外国人が以下のいずれかに該当する場合を除き、その者に仮に日本に滞在することを許可するものとする（[入管法61条の2の4](#)）。

- ① 仮上陸の許可を受けているとき
- ② 寄港地上陸の許可等を受け、旅券または当該許可証に記載された期間を経過していないとき
- ③ 日本の国籍を離脱しまたは出生その他の事由によって在留資格なく日本に在留することとなつた日から60日を経過していないとき
- ④ 日本に入ったときに一定の上陸拒否事由に該当していたとき
- ⑤ 一定の退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があるとき
- ⑥ 上記（[２](#)）①、②のいずれかに該当することが明らかであるとき
- ⑦ 日本に入った後に一定の犯罪により懲役または禁固に処せられたものであるとき
- ⑧ 退去強制令書の発付を受けているとき
- ⑨ 逃亡するおそれがあると疑うに足りる相当の理由があるとき

3 ◆ 退去強制処分・在留特別許可に関する行政手続

退去強制処分を行うには、入管法で定められた退去強制手続を経る必要がある。退去強制手続の流れは次頁の図3記載の通りである。

図3 退去強制手続の流れ



<http://www.immi-moj.go.jp/tetuduki/> をもとに作成

3－2 入国警備官による違反調査・収容

入国警備官は、退去強制事由があると思料する場合には違反調査を開始し（[入管法27条](#)）、容疑者や証人の出頭を求めて取調べを行い、公務所や公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができ、裁判官の許可を得て臨検、搜索または押収をし、搜索または押収をするため必要がある場合には錠を外し、封を開くなどの必要な処分をすることができる（[入管法28条～32条](#)）。

入国警備官は、退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる。収容令書は、入国警備官の請求により、その所属官署の主任審査官が発付するものとする（[入管法39条](#)）。収容期間は、30日以内であるが、主任審査官は、やむを得ない事由があると認めるときは30日を限度に延長することができる（[入管法41条](#)）。

入国警備官は、容疑者を収容したときは、身体拘束時から48時間以内に、調書および証拠物とともに当該容疑者を入国審査官に引き渡さなければならない（[入管法44条](#)）。

3－3 入国審査官の違反調査

入国警備官から容疑者の引渡を受けた入国審査官は、当該容疑者が退去強制事由に該当し、かつ、出国命令対象者に該当しないかどうかを速やかに審査しなければならない（[入管法45条](#)）。

入国審査官は、退去強制事由に該当しないと認定したときは直ちに当該外国人を放免しなければならない（[入管法47条1項](#)）。また、出国命令対象者に該当すると認定した場合には、速やかに主任審査官にその旨を通知し、主任審査官は出国命令書を交付して日本からの出国を命じなければならない（[同条2項](#)、[55条の3](#)）。他方、退去強制事由に該当し、かつ出国命令対象者に該当しないと認定したときは、速やかに書面をもって、主任審査官および当該外国人にその旨を知らせなければならず、その際、入国審査官は、当該外国人に対して、口頭審理の請求をすることができる旨を知らせなければならない（[入管法47条3、4項](#)）。

当該外国人が入国審査官の認定に服したときは、主任審理官は、当該外国人に対して、口頭審理の請求をしない旨を記載した文書に署名させ、速やかに退去強制令書を発付しなければならない（[同条5項](#)）。

当該外国人は、入国審査官の認定に異議があるときは、その通知を受けた日から3日以内に口頭で特別審理官に対して口頭審理を請求することができる（[入管法48条1項](#)）。

3－4 特別審理官の口頭審理

特別審理官は、口頭審理の請求があったときは、当該外国人に対して、時および場所を通知して速やかに口頭審理を行わなければならない。その際、当該外国人または代理人は、証拠を提出し、および証人を尋問することができる。また、当該外国人は、特別審理官の許可を受けて、親族または知人の1人を立ち会わせることができる。特別審理官は、証人の出頭を命じて証言を求め、公務所または公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる（[入管法48条5項](#)、[10条3項～6項](#)）。

特別審理官は、口頭審理の結果、退去強制事由に該当しないと判定したときはただちに当該外国人を放免しなければならない。また、出国命令対象者に該当すると判定したときは速やかに主任審査官にその旨を知らせなければならない。その場合、主任審査官は出国命令書を交付して日本からの出国を命じなければならない。特別審理官は、出国命令が発せられたときは直ちに当該外国人を放免しなければならない（[入管法48条7項](#)、[55条の3](#)）。

他方、口頭審理の結果、入国審査官の認定に誤りがないと判定したときは、速やかに主任審査官および当該外国人にその旨を知らせなければならない。その際、特別審理官は、当該外国人に対して、通知を受けた日から3日以内に法務大臣に対し異議を申し出ることができる旨を知らせなければならない（[入管法48条8項](#)）。当該外国人が特別審理官の前記判定に服したときは、主任審査官は、当該外国人に対して、異議を申し出ない旨を記載した文書に署名させ、速やかに退去強制令書を発付しなければならない（[同条9項](#)）。

3－5 法務大臣の裁決

当該外国人は、特別審理官による入国審査官の認定に誤りがないとの判定に異議があるときは、その通知を受けた日から３日以内に不服の事由を記載した書面を主任審査官に提出して、法務大臣に対して異議を申し出ることができる（[入管法49条](#)）。法務大臣の裁決の結果に対しては、特別審理官の口頭審理の結果の場合と同じく、放免ないし退去強制令書の発付が行われる。

3－6 法務大臣の裁決の特例（在留特別許可）

法務大臣は、前記裁決にあたって、異議の申出が理由がないと認める場合でも、上記2－2－1（5）記載の通り、特別に在留を許可すべき事情があると認めるときは、新たに在留資格および在留期間を決定することができる（入管法50条）。

在留特別許可が与えられる基準について、入管法50条1項4号は、「その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」と定めているが、どのような場合に同号の在留特別許可が認められるかは定められていない。この点、入国管理局は、在留特別許可が認められた事例や認められなかった事例を公開し、在留特別許可にかかるガイドラインも公表しているので、それらの事情を考慮して判断するしかない。大まかな判断要素としては、①日本人の配偶者や日本人との間に産まれた子がいること、②長期間日本に在住し日本社会への定着性が認められること、③犯罪行為などの素行不良が認められないこと、④船舶による密航や偽造旅券等による入国でないことなどがある。

【事 案】

本件は、かつて「興行」の在留資格で在留していたロシア女性である原告が、入国管理局長に対し、「文化活動」にかかる在留資格認定証明書の交付を申請したところ不交付処分を受けたことから、その取消しを求めた事案において、原告が本邦において行おうとする活動である「日本陶芸の修得」が虚偽のものではないことが証明されているとして、請求が認容された事案である。

【判決の概要】

本件申請書およびその添付資料には、本件倶楽部の海外での日本陶芸の普及等の一環として、Bが原告に対し、Aの指導の下で日本陶芸を修得させることを勧め、原告を受け入れるに至った経緯についても記載されており、その経緯について不合理とすべき点は認められない。被告の主張は、かつてダンサーとして稼働し、ダンサーとして来日していた原告が、日本陶芸の修得をすることは不自然である旨の主張と解する余地があるが、そのような主張は偏見によるものといわざるを得ず、到底採用することができない。

以上によれば、原告が本邦において行おうとする活動として掲げた「日本陶芸の修得」が、社会通念上虚偽のものではないことについて、十分に証明されているといふべきである。

【法的問題点】

本件では、原告は、日本で「日本陶芸の修得」を行おうとしており、その活動は、「我が国特有の文化若しくは技芸について...専門家の指導を受けてこれを修得する活動」である「文化活動」の在留資格に該当することになるが、その活動が虚偽のものではないことが上陸のための条件になる（[入管法7条1項2号](#)）。

この点、法務大臣は、当該外国人が日本で行おうとする活動が同号に規定する在留資格に係る上陸条件に適合している場合には、当該外国人が同項に定める同号以外の上陸の条件に適合しない場合を除き、認定証明書を交付しなければならず、この点に裁量の働く余地はない。

本件申請において、入管法施行規則別表第3が求める資料はすべて提出されており、明らかな誤記等と思われる箇所を除けば、本件申請書およびその添付資料に特段の不備があるものではなく、本件申請およびその添付資料の内容について、とくに不合理とすべき点は認められないと判断された。入管による「かつてダンサーとして稼働し、ダンサーとして来日していた原告が日本陶芸の修得をすることは不自然である」との主張についても、その主張を基礎づける客観的証拠もなく、単なる偏見に過ぎないとして排斥された。

【事 案】

本件は、身柄を拘束されたまま強盗の罪で起訴され、犯行の一部を否認して第1 審の公判手続中であった原告が、「日本人の配偶者等」にかかる在留期間更新許可申請を行ったところ、許可されなかったので、その不許可処分が違法であるとして、その取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

有罪判決確定前に行われた在留期間更新の許否の判断に際しては、その更新を申請する外国人の行状を判断するにつき、刑事手続における起訴事実や判決が認定した罪となるべき事実および情状に関する事実は、判決が確定していなくても、判断の重要な資料となるのは当然であり、刑事手続における無罪推定の原則が、在留期間更新許否の判断においてこのような事実を考慮されないという原則まで含むとする根拠はない。

刑事訴追を受けている外国人から在留期間更新の申請があった場合に、起訴された犯罪事実を含めた当該外国人の行状について、被告が独自に事実関係の調査をした上で許否の判断をするか、起訴事実に関する裁判所の判断を資料とすることとし、そのために裁判所の判断が出るまで許否の判断を留保するかという点についても、被告の裁量に任されている。

【法的問題点】

本件は、「日本人の配偶者等」の在留資格の在留期間更新許可申請が不許可となった事案である。法務大臣は、在留期間更新許可申請があった場合には、「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるとき」に限り許可するものとされている（[入管法21条3項](#)）。この相当の理由があるか否かの判断は、もっぱら法務大臣の裁量に委ねられているが、その判断要素については、法務省入国管理局による「在留資格の変更、在留期間の更新許可のガイドライン」に示されており、その判断要素の1つとして「素行が不良でないこと」が示されている。

日本において強盗の罪で有罪判決を受けた場合に、「素行が不良でないこと」という判断要素において強くマイナス要素となることは間違いがない。しかし、本件のように、刑事裁判において実刑の第1 審判決を受けて控訴中であり判決が確定していない場合、刑事手続上は無罪推定の原則があるとしても、在留期間更新の許否の判断については、第1 審判決の内容を考慮することに問題はないとされた。

また、本件においては、在留期間更新許可の判断が刑事事件の第1 審判決の言渡しが行われるまで留保されていたが、そのような判断の留保も法務大臣の裁量権の範囲内であるとされた。

4－3 「短期滞在」から「定住者」の在留資格への変更が認められた事例

東京地判平成19・10・31判例集未登載

【事案】

本件は、日本人男性と婚姻して在留特別許可により「日本人の配偶者等」の在留資格を付与されたフィリピン人女性Bを実母とするフィリピン国籍の原告（17歳）が、在留資格を「短期滞在」とする上陸許可を受けて本邦に上陸し、その後、在留資格を「定住者」に変更することを申請したところ、東京入管局長が[入管法20条3項](#)にいう「在留資格の変更を認めるに足りる相当の理由」がないとして不許可処分をしたため、原告が同処分は原告が「定住者」に該当することを看過した違法があるなどと主張して、その取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

原告は、国外から在留資格認定証明書の交付申請を行い続けても、本件出生証明書の信憑性についての誤った判断に基づく不交付処分が繰り返された可能性が極めて高かったのであるから、原告とすれば、そのような事態が不毛に繰り返されることを避けるために、一旦「短期滞在」の在留資格により本邦に上陸し、BやAの協力を得て、DNA鑑定等の様々な証拠収集方法を講じて、それらに基づいて「定住者」の在留資格への変更を求めるとする方法をとろうと考えたとしても、それは十分に理解できるところである。

原告が短期滞在の在留資格を得てわが国に上陸し、定住者への在留資格変更の申請をしたとしても、わが国の査証制度および在留資格認定証明書制度の形骸化を招くおそれはなく、また、厳格な事実審査を行うわが国の出入国管理制度に照らしてもなお首肯し得る合理的な理由が存したといえる。そうすると、原告が「短期滞在」から「定住者」への在留資格変更を申請したことについて、[入管法20条3項ただし書](#)の定める「やむを得ない特別の事情」が存したと認めることができる。

【法的問題点】

本件は、「短期滞在」の在留資格から「定住者」の在留資格への在留資格変更許可申請をした事案であるが、「短期滞在」の在留資格を有する外国人からの在留資格変更許可申請については、[入管法20条3項ただし書](#)によって、「やむを得ない特別の事情」がなければ許可しないものとされている。すなわち、観光等を目的とする「短期滞在」については、本来、短期間の滞在を目的とするものであるから、査証発給、上陸手続等も簡易なものであるので、他の在留資格への変更は原則として許可しないこととされている。

本件では、「短期滞在」からの在留資格の変更については、当該外国人が短期滞在の在留資格で入国し、在留資格の変更を申請した経緯や理由について、日本の査証制度や在留資格認定証明書制度を形骸化させるような事情の存否、あるいは厳格な事前審査を行う日本の出入国管理制度に照らしてもなお首肯しうる合理的な理由が存するか否かによって判断するのが相当であると判断して、結論として「やむを得ない特別の事情」があると判断した。

【事案】

本件は、「短期滞在」の在留資格をもって在留していたタイ国籍の原告が、法務大臣に対し「日本人の配偶者等」への在留資格変更許可申請をしたところ、不許可処分を受けたので、その取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

「日本人の配偶者等」の在留資格をもって本邦に在留するためには、単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係があるだけでは足りず、当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要する。

【法的問題点】

「日本人の配偶者等」の在留資格とは、「日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者」としての活動を行うことができる在留資格であるが、日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が「日本人の配偶者等」の在留資格を取得することができるものとされているのは、当該外国人が、日本人との間に、両性が永続的な精神的および肉体的結合を目的として真摯な意思を持って共同生活を営むことを本質とする婚姻という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとすることに基づくものと解されている。そのため、この趣旨に照らせば、日本人との間に婚姻関係が法律上存続している外国人であっても、その婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っている場合には、その者の活動は日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当するということとはできない。

4－5 永住不許可処分が取り消された事例

東京高判平成19・7・17裁判所ウェブサイト

【事案】

本件は、在留資格「定住者」（在留期間3年）の在留期間更新許可を受けながら日本に居住してきたペルー国籍の女性である控訴人が、永住許可申請をしたところ、法務大臣により、これを不許可とする処分がなされたため、被控訴人に対し、その取消しを求めた事案である。第1審判決は、上記永住不許可処分について法務大臣の裁量権の逸脱・濫用は認められず、同処分は適法であるとして控訴人の請求を棄却していた。

【判決の概要】

本件では、法務大臣は、本件申請に際して、控訴人が、訴外Aは控訴人の兄であるとの虚偽の資料を提出したものではないのに、虚偽の資料を提出した、あるいはその疑いがあるとの事実の誤認に基づき本件不許可処分をしたものといわざるを得ない。控訴人の兄弟姉妹は、いずれも永住許可を得ているところ、その永住許可申請に際してもAを兄弟とする資料が提出されたものと推認される。したがって、本件不許可処分は、基礎とすべき事実誤認があり、ひいては平等原則に反してなされたものというべきである。

また、社会保険、厚生年金および雇用保険は、雇用主に届出義務および保険料納付義務が課せられているのであるから、従業員がこれに加入していないからといって、このことを過大に考慮するのは相当ではない。そうすると、本件申請について判断するにあたり、控訴人が社会保険等に加入していないことを消極要素として考慮して、そのことのみを理由に不許可とすることは、少なくとも控訴人の姉らに対する永住許可と異なる取扱いをすることになるのであり、裁量権の逸脱・濫用にあたるものといわざるを得ない。

【法的問題点】

入管法22条2項によると、法務大臣は、永住許可申請について、その者が①素行善良であり、②独立の生計を営むに足る資産または技能を有し、③その者の永住が日本国の利益に合すると認められるときに限り、これを許可することができると定められているところ、永住許可をするかどうか、とくに③の要件の認定、①ないし③の要件がある場合に永住許可をするかどうかについては、法務大臣に裁量権が認められている。しかし、法務大臣の裁量権も無制限ではなく、その判断が全く事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるなど、法務大臣が裁量権の範囲を逸脱または濫用した場合には違法になる。

本件は、法務大臣による「控訴人が虚偽の資料を提出した」との事実認定が誤りであったこと、控訴人の兄弟も永住許可申請において同様の資料が提出されていたと推認されるにもかかわらず永住許可処分がなされたこととの関係で平等原則に反すること等を理由に、法務大臣の裁量権の範囲を逸脱または濫用したと判断した。

4－6 資格外活動を理由とする退去強制令書発付処分が取り消された事例

東京地判平成23・2・18判例集未登載

【事 案】

本件は、中国国籍を有する男性で「技能」の在留資格により本邦に在留していた原告が、[入管法24条4号イ](#)（資格外活動）に該当すると疑うに足りる相当の理由があるとして収容された後、審査官から資格外活動に該当する旨の認定を受け、異議の申出には理由がない旨の裁決を受け、退去強制令書発付処分を受けたため、上記認定、裁決、退去強制令書発付処分を不服として、これらの取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

原告のA店における活動は、その在留資格に対応する活動と少なからず関連性を有するものであったといえる。また、原告は、従前、勤務先の中華料理店を経営する会社の倒産という原告の意思によらない理由により失職するに至ったものであること、当時、本格的な中華料理店における調理師の求人は非常に少なかったことが認められ、原告にとって、A店で稼働することはやむを得ない選択であったといえるべきである。そうすると、A店での稼働は、少なくとも原告の主観においては、あくまでも新たな稼働先となる中華料理店が見つかるまでの暫定的なものであったと認めるのが相当であり、摘発を受けた時点までの稼働期間が未だ6カ月程度にとどまっていたことにも照らせば、原告のA店での稼働が固定化していたということもできない。原告について、その在留目的である活動がすでに実質的に変更されてしまっているといえる程度にA店における就労を行っていると評価することは困難であり、原告が資格外活動をもつばら行っていることが明らかに認められるということは到底できない。

【法的問題点】

日本に在留する外国人は、その有する在留資格によって認められた活動以外の収入を伴う事業を運営する活動または報酬を受ける活動（いわゆる資格外活動）を行うことはできず（[入管法19条1項](#)）、それらの活動を「専ら行っていると明らかに認められる者」は、日本から退去強制することができる（[入管法24条4号イ](#)）。

そして、外国人が資格外活動を「専ら」行っていると認められ、[入管法24条4号イ](#)所定の退去強制事由に該当するというためには、当該外国人の在留資格に対応する活動と現に行っている就労活動等との関連性、当該外国人が当該就労活動等をするに至った経緯、当該就労活動等の状況、態様、継続性や固定性等を総合的に考慮して、当該外国人の在留目的である活動がすでに実質的に変更されてしまっているといえる程度にその就労活動等が行われていることを要するものと解するのが相当である。

本件においては、上記事情を考慮して、原告が資格外活動をもつばら行っていると明らかに認められるとはいえないとした。

4－7 日本人の血縁上の子であるという事実を考慮していないとして退去強制令書発付処分が取り消された事例

東京地判平成21・3・6裁判所ウェブサイト

【事 案】

本件は、ミャンマー連邦の国籍を有する外国人である原告が、東京入管局長から[入管法49条1項](#)に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受け、主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けたため、自分は日本人を父にもつ日系人であり、そのことを考慮せずにされた上記の裁決および退去強制令書発付処分は違法であるなどと主張して、これらの各取消しを求めた事案である。原告は日本人男性A（すでに死亡）の血縁上の子である（ただし、原告はAから認知されていない）。

【判決の概要】

日本人男性の血縁上の子であるという事実は、入管法上在留について高度の保護を与えられている「日本人の子として出生した者」の中核と評価されるべきものとして、また、その者とわが国との強い結びつきを示すものとして、在留特別許可の許否を判断するにあたり、重要な積極的事情として考慮されなければならないものというべきである。本件裁決にあたり、仮に原告がAの血縁上の子であるという事実を考慮していたとしても結論に影響がなかったとは到底考えられないところである。したがって、原告がAの血縁上の子であるという事実を考慮しなかった本件裁決は、全く事実の基礎を欠くものといわざるを得ず、東京入管局長が裁量権の範囲を逸脱し、または濫用したものというべきである。

本件は、原告が日本人の血縁上の子であるという事実があったとしても、原告が「日本人の配偶者等」の身分を有する者ではないが、その事実を考慮せずになされた退去強制令書発付処分は、事実の基礎を欠き裁量権の範囲を逸脱または濫用したものとして取り消した。

【法的問題点】

「日本人の配偶者等」で定める「日本人の子として出生した者」（[入管法2条の2第2項](#)、[別表第2](#)）とは、日本人の実子、すなわち、日本人の嫡出子または認知された非嫡出子を指すものと解される。したがって、日本人男性の血縁上の子であるというだけでは「日本人の子として出生した者」に該当するものではない。しかし、日本人男性の血縁上の子は、認知された非嫡出子となるための前提というべき身分であって、同男性から認知を受けさえすれば非嫡出子となり、同男性が認知しないときは、認知の訴え（[民法787条](#)）を提起して認容判決を受けることにより、非嫡出子の身分を取得することができるのであるから、日本人男性の血縁上の子であるという事実は、非嫡出子という身分の中核と評価されるべきものというべきである。

【事 案】

本件は、タイにおいて出生した外国人である原告が、口頭審理の請求を放棄する旨記載された口頭審理放棄書に署名して提出したため、主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたところ、原告が無国籍であること、また、原告がした口頭審理放棄の意思表示は真意によるものではないことから、ベトナムを送還先とする上記退去強制令書発付処分は違法であると主張して、同処分の取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

容疑者に対して口頭審理請求権の告知がされず、または容疑者が入国審査官の認定に服していないにもかかわらず、真意に基づかずに口頭審理請求権を放棄した場合には、そのような口頭審理請求権放棄は無効であり、退去強制令書発付処分は、その前提となる手続に重大な瑕疵があるものとして違法となると解するのが相当である。

【法的問題点】

入管法47条5項は、主任審査官において、容疑者が入国審査官の認定に服した事実および口頭審理の請求をしない旨の意思表示をした事実を容疑者の署名がされた口頭審理放棄書によって確認することを退去強制令書発付の要件とする趣旨であると解される。そのため、入管法47条5項および51条に基づく退去強制令書発付処分は、違反審査において、容疑者に対して口頭審理請求の告知がされ、適正な手続の下で、容疑者が真に入国審査官の認定に服して口頭審理請求を放棄したことを前提とするものといえることができる。

本件では、真意に基づかないで口頭審理の請求をしない旨の意思表示がなされたとして処分を取り消した。

【事 案】

本件は、フィリピン国籍を有する外国人の女性である原告が、東京入管入国審査官から不法残留に該当し、かつ、出国命令対象者に該当しない旨の認定を受け、次いで、東京入管特別審査官から上記認定に誤りはない旨の判定を受け、さらに、法務大臣に対する異議の申出についても、異議の申出には理由がない旨の裁決を受け、退去強制令書発付処分を受けたため、上記裁決および上記退去強制令書発付処分を不服として、これらの取消しを求めた事案である。

【判決の概要】

原告は、入管法違反（不法残留）以外にわが国の法令に違反する行為をしておらず、外国人登録およびその変更登録の各申請手続を繰り返し行うなどしている。そうすると、原告にわが国の法規範を遵守する意識が認められないとまではいうことができない。

また、原告には、永住者の在留資格を有する内縁の夫DとDとの間の子Eがあり、Eは本件裁決と同時に在留特別許可がされて定住者の在留資格を有している。そして、原告、DおよびEは、今後も家族一緒に日本で暮らすことを強く望んでいる。Eは、本件裁決時には8歳で、小学校2年生だったのであり、まだ幼いEから実の母親を引き離してその養育および監護を受けられなくすることは相当であるとはいいがたく、E、Dおよび原告の生活状況等を考慮すると酷であるということもできる。また、Eは、日本で生まれ育ち、フィリピンに行ったこともなく、タガログ語の簡単な言葉は理解できるが、タガログ語を話すことはできないのであって、原告とともにフィリピンに行くことは、学習を継続する上でも非常に困難を伴うと考えられ、また、同時に実父であるDと引き離すことにもなり、Eにとって酷であることに変わりがない。

Dと原告とは、5カ月ほど別居していた期間を除き、8年あまりの間同居しており、事実上夫婦として生活をともにしており、その関係は婚姻の実質を備えた内縁関係といえることができる。Dにはフィリピンに妻がいるが、10年にわたって連絡を取ることもなく、夫婦としての実質的な関係は全くないのであって、Dの妻からの婚姻解消の手続への協力を得られず、その手続は進んでいないものの、原告とDの生活実態からすれば、Dと原告との関係を「婚姻関係のない同棲」であるとか重婚的内縁関係にすぎないと軽々に評価することはできない。

そうであるとなると、東京入管局長が、これらの事情を適正に認定し、評価していれば、原告についても在留特別許可をすべきものであったというべきである。

【法的問題点】

在留特別許可にかかる基本的な考え方および判断基準については、法務省入国管理局から「在留特別許可に係るガイドライン」が公表され、在留特別許可を認めるべき積極要素の1つとして、本件で判断しているような、

- ① 当該外国人が、別表第2に掲げる在留資格で在留している実子（嫡出子または父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、ア 当該実子が未成年かつ未婚であること、イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること、ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護および養育していることという要件全てを満たすこと
- ② 当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護および養育していること
- ③ 当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること
- ④ その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情があること

というような判断要素が示されている。

本件では、これらの判断要素を考慮した上で、在留特別許可をすべきであったとして退去強制令書発付処分を取り消した。

5 ◆ 今後の入管行政と入管法のあり方

今後の入管行政と入管法のあり方としては、まず外国人の入国、在留をより規制すべき事柄として、国際テロリストや重度感染症患者の入国を水際で阻止することがあげられる。現在においても、上陸拒否事由として、「指定感染症の患者」や「新感染症の所見がある者」、「法務大臣において日本国の利益または公安を害する行為を行うおそれがあると認めるに足る相当の理由がある者」が規定されているが、出入国港における審査でも発見できない事態や偽造旅券、査証の多発が現実問題となっており、今後も厳格な審査が求められる。

他方、外国人の入国、在留の規制を再検討すべき事柄としては、日本における人口減少問題の対策の1つとして、移民受入れの可否があり、現在においても「法律・会計業務」、「人文知識・国際業務」などの高度専門業種での労働、「技能実習」による単純労働が可能であるが、「技能実習」の本来の目的は、外国人が日本において専門技能を修得することであり、単純労働者を受け入れることではない。そのため、外国人の単純労働者受入れや、労働に関する新たな在留資格の新設が今後の検討課題である。

また、現在、日本人の出国を管理する制度として出国確認が行われているが、外国に移住する権利が憲法で認められていることもあり、入管法上は日本人の出国を制限する制度がない。しかし、日本人が国外でテロを行うおそれやテロの標的になるおそれが現実問題となっており、旅券法においては外務大臣による旅券返納命令が規定されているが、出入国港での審査による出国制限も議論されるべきであり、入管法上も適切な対策が必要と考える。

6 ◆参考文献

- ・出入国管理法令研究会著『注解・判例出入国管理実務六法 平成27年版』（日本加除出版、2014年）
- ・坂中英徳・齋藤利男著『出入国管理及び難民認定法逐条解説 改訂第四版』（日本加除出版、2012年）
- ・実務公法学会編『実務行政訴訟法講義』（民事法研究会、2007年）
- ・山下清兵衛編著『行政許可手続と紛争解決の実務と書式』（民事法研究会、2010年）
- ・前田泰志・南淵聡編著『行政処分差止め・取消訴訟の実務と書式』（民事法研究会、2014年）

第7章 農地関係法



農地法
昭和27年 7 月15日法律229号

野村 創

1 ◆農地法の趣旨・目的および組織

1－1 旧農地法

第二次世界大戦以前の農地は、大規模土地所有者である地主が小作人を雇いまたは小作人に農地を賃貸し小作料を収受する形態が多く、農地の所有者と実際の耕作者が分離し、封建的支配関係の色彩が強い状況にあった。

旧農地法（昭和27年7月15日法律229号）は、GHQによる戦後民主化の一環（いわゆる農地解放）としての農地改革の思想の流れを汲み、農地の所有・耕作・経営が一体となった農家による自作農主義に立脚し、耕作者の農地取得の促進および権利保護による耕作者の地位の安定を主眼としていた。

制度としては、本来自由であるはずの農地の移転、権利設定または転用（農地を農地以外のものにすること）を許可制とし、規制することに現れている。

1－2 現行法（平成21年改正農地法）

しかし、戦後の産業構造や人口動態の変化により、農業人口の高齢化および減少による耕作放棄地の増加、食糧自給率の減少等の課題が生ずるに至った。

これに対応するため、改正農地法（平成21年6月24日法律57号）は、旧農地法の自作農主義をより緩和し、農地の保護、農地を効率的に利用する耕作者による地域との調和に配慮した権利取得の促進等を新たに法の目的とした（農地法1条）。具体的には、一定の要件の下に、一般法人（株式会社、NPO等）も農地のレンタル（賃貸借ないし使用貸借等）ができるようになったこと等があげられる。旧農地法では、簡潔に言えば個人農家か農業生産法人以外の者が農地を取得、賃借等することはできなかったが、株式会社等の一般法人も農地を使用できるようにし、企業的農業への道を開いたものといえる。

一方で、農業生産の基盤である農地が貴重な資源であることから、農地を農地以外のものにすること（転用）を規制する旨を明文で掲げ、転用規制を強化するとともに、引き続き耕作者の地位の安定をはかることも法の目的としている（同法1条）。

農地の移転、権利設定または転用の規制という旧農地法以来の制度は、現行法によっても維持されている。

1－3 組 織

農地法固有の組織として、農業委員会等に関する法律に基づく、農業委員会がある。

農業委員会は、原則として区域内に農地がある市町村に設置される合議制の行政機関（行政委員会）であるが、所掌事務につき意思決定を行い、これを外部に表示する場合、地方公共団体の行政庁（処分庁）たる性質を帯びる。所掌事務の典型例として[農地法3条](#)の許可（詳細は後述する）があげられ、たとえば、申請した3条許可につき不許可処分がなされた場合、当該不許可処分の処分庁は農業委員会となる。

2-1 重要規制対象

農地法の構成を大まかに分類すれば、農地の移転等に関する規制、農業生産法人に関する組織法的規定および農地利用関係の調整規定に整理できる。

この中で最も重要でありかつ申請として実務上頻出するものは、農地の移転等に関する規制（[農地法3条～5条](#)）であり、以下、この点を中心に解説を行う。

2-2 農地の移転等に関する規制の概要

- ① 農地を他人に譲渡したり、貸したりする場合
- ② 自分が所有する農地を自分が使用する目的で転用する場合（転用とは、農地を農地以外のものにする場合であり、たとえば、田を宅地にするような場合がこれにあたる。省略して「農転」ともいう）
- ③ 農地の転用を目的として農地を他人に譲渡したり貸したりする場合

これらの場合には、農地法に定める許可が必要となる。

具体的には、上記①の農地の移転、権利設定を行う場合は、[農地法3条](#)に定める許可が（3条許可という）、上記②の農地転用の場合は、[同法4条](#)に定める許可が（4条許可という）、上記③の農地転用の場合は、[同法5条](#)に定める許可が（5条許可という）それぞれ必要となる。

3条、4条および5条許可の特色として、無許可の場合、私法上の効力が発生しないという点がある（[同法3条7項](#)、[5条3項](#)）。たとえば、Aが所有する農地を転用目的でBに売却した場合、原則として^{[1](#)}5条許可が必要となるが、許可を受けていなければ、A、B間の売買契約の効力は未だ発生せず、AはBに対し、所有権移転登記義務あるいは物の引渡義務を負わない^{[2](#)}。実務的には、許可を受けなければ、所有権移転等の登記ができないと考えておけばよい。

この3条許可等の「許可」は、法文上「許可」という用語が使用されているが、行政法学上の分類に従えば、講学上の「認可」としての性質を有する行政行為である^{[3](#)}。

無許可で農地を譲渡し、あるいは転用した場合、当然に罰則規定があり（3年以下の有期徒刑または300万円以下の罰金、法人の場合は1億円以下の罰金、[同法64条](#)、[67条](#)）、あるいは行政処分（無断転用の場合の原状回復命令等、[同法51条](#)）を受けることとなる。

3 ◆規制対象——農地の定義

農地の転用等につき許可が必要であるとして、では、許可等の取得が必要な「農地」とは何か？ 言い換えれば、農地法に定める「農地」の定義は何か？ という点は、申請にあたっての前提問題となる。

[農地法2条1項](#)は、農地の定義につき、「耕作の目的に供される土地」と定義し、登記上の地目ではなく、現に「耕作の目的に供される土地」であるかどうかという現況主義をとっている^{[4\)](#)}。登記簿上の地目が「田」または「畑」であっても現況がたとえば宅地であれば、農地法上の「農地」には該当しないこととなる。逆に登記簿上の地目が宅地であっても、現況が耕作の目的に供される土地であれば、農地法上の「農地」に該当することとなる。

では、「耕作」あるいは「耕作の目的に供される土地」とは具体的にどのようなものを示すのか？ 最終的には法律の解釈問題であり、司法判断に属する事項ではあるが、農林水産省は、解釈指針を出している（「農地関係事務処理に係る処理基準（平成12年6月1日付12構改B404号農林水産事務次官依命通知）」）。

同処理基準第1、（1）、①によれば、「耕作」とは土地に労費を加え肥培管理^{[5\)](#)}を行って作物を栽培すること。「耕作の目的に供される土地」には、現に耕作されている土地のほか、現在は耕作されていなくても耕作しようとするばいつでも耕作できるような、すなわち、客観的に見てその現状が耕作の目的に供されるものと認められる土地（休耕地、不耕地）も含まれる、とされている。「耕作」にあたるか否かのポイントとしては、肥培管理の有無に求められよう。また、現に「耕作」を行っていない休耕地はもちろん、不耕地あるいは耕作放棄地であっても、現況復旧が容易であれば農地と判断される可能性がある^{[6\)](#)}。

なお、耕作放棄地に関して、農林水産省は、「1 その土地が森林の様相を呈しているなど農地に復元するための物理的な条件整備が著しく困難な場合、2 1以外の場合であって、その土地の周囲の状況からみて、その土地を農地として復元しても継続して利用することができないと見込まれる場合」には、農地に該当しないものとするとの判断基準を示している（「耕作放棄地に係る農地法第2条第1項の「農地」に該当するか否かの判断基準等について」（平成20年4月15日付19経営7907号））。

4－1 法 令

他の行政実定法と同様、農地法も専門性、技術性の高い法分野であることから、許可基準等の細目事項に関しては、政令（農地法施行令）に委任され、政令（農地法施行令）は、さらに省令（農地法施行規則）に委任するという重層的構造をもつ。法律、政令および省令を読み込んで初めて許可基準が明確になることが多く（例として、後に述べる農転許可の立地基準等）、農地法のみならず、関連政省令（農地法施行令、同施行規則）の精査が不可欠である。

政令省令の調査にあたっては、農地六法等の専門六法を利用するのが最も効率的と考えるが、総務省の法令データ提供システム（<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>）から誰でも容易に法律、政省令を検索することができるので、こちらを利用する方法も簡便である。

4－2 事務の分配と区分

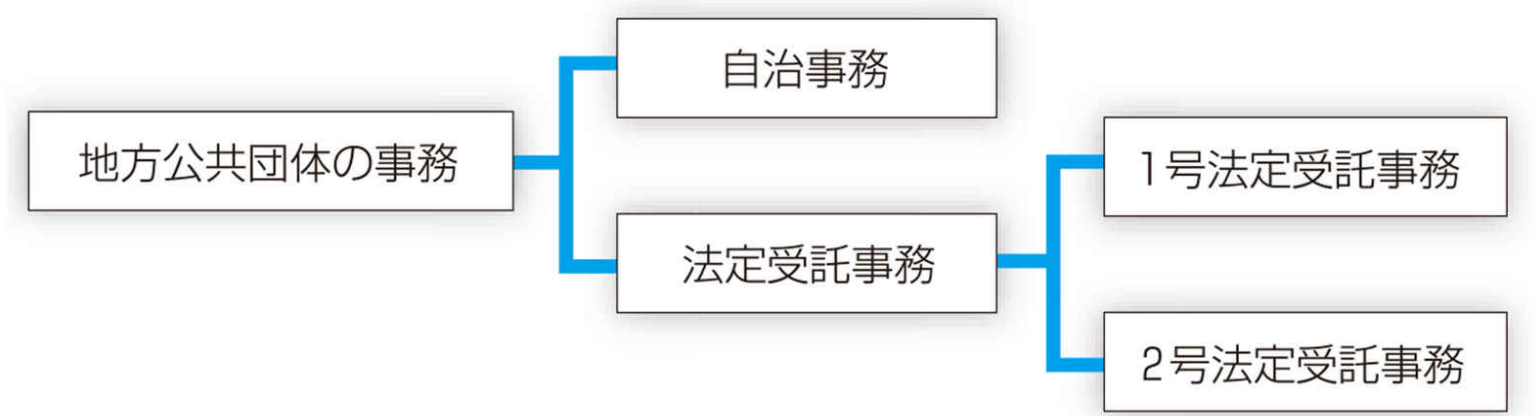
いわゆる地方分権一括法（平成12年4月1日施行）により、機関委任事務²⁾の制度は廃止され、今まで国の事務とされていた多くの事務が地方公共団体に委譲された。委譲された事務は、地方公共団体の事務（地方自治法（以下「地自法」という）2条2項）であり、地方自治体固有の事務（権限）である。かつての機関委任事務のように国と指揮監督の関係（上級庁、下級庁の関係）に立つものではなく、原則として国からの干渉を受けない。また、法令に違反しない限り条例を制定することも可能である（同法14条1項）。

地方公共団体の事務は、さらに自治事務（同法2条8項）と法定受託事務（同法2条9項）に分けられる。

法定受託事務とは地方公共団体が処理する事務のうち、本来国が果たすべき事務であるもの（いわゆる1号法定受託事務）または都道府県が果たすべき事務であるもの（いわゆる2号法定受託事務）であって、国または都道府県においてその適正な処理を確保する必要があるものとして法律または政令にとくに定めるものである（同法2条9項）。原則として地方自治法別表1に1号法定受託事務が、同法別表2に2号法定受託事務が定められている（同法2条10項）。

一方、自治事務とは、法定受託事務以外の地方公共団体の事務である（同法2条8項）。

まとめると以下の通りである。



以上、詳しく法定受託事務と自治事務との説明を行ってきたが、それは以下の実益があるためである。

- ① 法定受託事務の場合、各大臣はその所管する法律等の処理につきよるべき基準（処理基準）を定めることができ（地自法245条の9第1項）、許可申請において考慮すべき場合がある。
- ② 法定受託事務の場合、行政不服審査法に基づく審査請求の審査庁は、主管大臣または都道府県知事等になる（行審法4条、地自法255条の2）。
- ③ 3条許可は、市町村農業委員会が許可権者とされ、4条および5条許可は、原則として都道府県知事が許可権者とされる。したがって、地方公共団体の事務であるが、表1の通り、2ヘクタール以下の農地転用許可以外は法定受託事務とされている。

表 1

処分庁	許可内容	事務区分	根拠条文(農地法)
都道府県知事	2haを超えて4ha以下の農地転用許可	1号法定受託事務	第63条第1項
	2ha以下の農地転用許可	自治事務	同上
農業委員会	2haを超える農地転用届出受理	1号法定受託事務	第63条第2項
	2ha以下の農地転用届出受理	2号法定受託事務	同上
	耕作目的の農地の権利移動等の許可	1号法定受託事務	第63条第1項

＊ 4haを超える農地転用の許可権者は、原則的に農林水産大臣とされている。

4－3 行政規則

先述した[地自法245条の9第1項](#)の処理基準として、「農地関係事務処理に係る処理基準（平成12年6月1日付12構改B404号農林水産事務次官依命通知）」が存在する。同処理基準のみならず、「農地法の運用について（平成21年12月11日付経営4530号・21農振1598号経営局長・農村振興局長連名通知）」等、多数の通知、通達（行政規則）が存在し、許可申請にあたっての解釈指針ないし審査基準として運用されている。

これら行政規則は、法規[8](#)ではなく、私人を拘束するものではない。すなわち、処理基準に反しているとの一事をもって、行政庁が直ちに申請を不許可とした場合、行政庁は、処理基準を理由に処分 of 適法性を根拠付けることはできない[9](#)。

もつとも、これら行政規則（処理基準）が法律の解釈に合致している場合、処理基準に違反した申請を不許可としても当該不許可処分は適法と解される余地がある。この場合は、当該不許可処分が、処理基準に照らし許可要件に合致していないから不許可処分が適法なのではなく、法律の解釈つまり法律に照らして、許可要件に合致していないから不許可処分が適法と考えられる[10](#)。

4－4 条 例

3条、4条および5条許可は、地方公共団体の事務であり、各地方公共団体は、その事務処理にあたり、法令に違反しない限り条例を制定することができる（[地自法14条1項](#)）。また、地方自治体の長は、法令に違反しない限り規則を制定することができ（[同法15条1項](#)）、条例が制定されている場合、「〇〇条例施行規則等」の名称で、この規則が制定される場合が多い。

したがって、申請を行う地方自治体（正確には、行政庁）によつては、農地法令（農地法、同施行令、同施行規則）のほかに、さらに細目事項を定めた条例およびその施行規則が制定されている場合があり、事前に調査しておく必要がある。

調査方法としては当該地方公共団体に問い合わせるのが最も確実であるが、ホームページを作成している地方公共団体では、「例規集」ないし「条例集」という形で条例等の検索、閲覧のためのコンテンツを用意している場合が多いので、これらを利用することも簡便である。

4－5 権限の委譲

いわゆる分権条例（[地自法252条の17の2](#)）により、都道府県知事の権限が市町村長に委譲されている場合がある。

たとえば、5条許可は原則として都道府県知事の権限であるが、当該都道府県において、上記した分権条例が制定され、5条許可は市町村長に処理させると規定された場合、5条許可の権限は、当該市町村の長が有することとなる。すなわち、市町村長に権限が委譲される。

注意すべき点として、分権条例は、ある都道府県に属するすべての市町村に一律に権限を委譲するものではなく、条例の定めに従って個々の市町村ごとに権限の委譲がなされることである。具体的に言えば、平成26年末現在、埼玉県においては、分権条例によりさいたま市に5条許可の事務が委譲されているが、熊谷市には委譲されていない（今後分権条例が改定されれば委譲されることはある）。したがって、申請にあたり、分権条例により権限が委譲されていないか個別に確認しておく必要がある。調査の方法としては、先述の通り、直接問い合わせるかインターネットを利用することとなる。

分権条例により事務が市町村に委譲された場合、当該事務は当該市町村の事務となるので、前記[4－4](#)で述べた通り、当該市町村により、条例等が制定される場合もある。

5-1 概 要

3条許可は、農地または採草放牧地について、

- ① 所有権の移転
- ② 地上権、永小作権または質権の設定または移転
- ③ 使用貸借、賃貸借またはその他の使用および収益を目的とする権利の設定または移転を行う場合に必要となる（[農地法3条1項](#)本文。以下、特段の断りがない限り「法」という）。以上をまとめて、以後、権利等の取得という。

ただし、例外として許可が不要の場合が[法3条1項1号～16号](#)で規定されている。

5－2 許可権者（法3条1項）

市町村農業委員会（従前は、一定の場合、都道府県知事が許可権限を有していたが、平成23年法律105号により、農業委員会のみが許可権限を有することとなった）。

5－3 許可要件（法3条2項各号）

（1）規定の態様

農地法は、一定の要件に該当する場合は許可しないと規定する（法3条2項）。したがって、不許可要件が認められるにもかかわらず許可することは違法である。この場合の違法な許可の効力について、下級審は、取消事由にすぎないと判示するものと無効事由になると判示するものにわかれる¹¹⁾。筆者の私見ではあるが、不可争力の観点から、取消事由と考え対応の方が無難である¹²⁾。

（2）不許可要件（法3条2項各号）

以下に農地法上の規定を簡潔にまとめる。

要は、農家（耕作を行う者）以外は権利等を取得できないということである。

なお、以下は概要を示したものにすぎず、例外規定が多数あるので、詳細は農地法、同法施行令および同法施行規則等参照のこと。

- ㊦ 権利等を取得しようとする者（世帯員等含む）の耕作または養畜の事業に必要な機械の所有の状況、農作業に従事する者の数等からみて、これらの者がその取得後において耕作または養畜の事業に供すべき農地等のすべてを効率的に利用して耕作または養畜の事業を行うと認められない場合（1号）
- ㊧ 農業生産法人以外の法人（株式会社等の一般法人）が権利を取得しようとする場合（2号）
- ㊨ 信託の引受けにより権利が取得される場合（3号）
- ㊩ 権利を取得しようとする者（農業生産法人を除く）その世帯員等がその取得後において行う耕作または養畜の事業に必要な農作業に常時従事すると認められない場合（4号）
- ㊪ 権利等を取得しようとする（世帯員等）がその取得後において耕作の事業に供すべき農地等の面積の合計が原則として、北海道では2ヘクタール、都府県では50アールに達しない場合（5号）
- ㊫ 農地等につき所有権以外の権原に基づいて耕作等の事業を行う者がその土地を貸し付け、または質入れしようとする場合（6号）

（3）不許可要件の例外（法3条3項）——一般法人の農地等レンタル

上記の通り、農業生産法人以外の法人が農地等の権利等を取得することはできないのが原則である。

しかし、先述した平成21年農地法改正により、一般法人であっても、下記要件を満たす場合、いわゆる農地等のレンタル（賃貸借、使用貸借）が可能となった。

- ㊦ 賃借権または使用貸借権等を取得しようとする者（株式会社等）がその取得後においてその農地等を適正に利用していないと認められる場合に使用貸借または賃貸借の解除をする旨の条件が書面による契約において付されていること（1号）。
- ㊧ 地域の農業における他の農業者との適切な役割分担の下に継続的かつ安定的に農業経営を行うと見込まれること（2号）。
- ㊨ その法人の業務を執行する役員のうち1人以上の者がその法人の行う耕作等の事業に常時従事（現実に耕作労働をする必要はない）すると認められること（3号）。

5－4 許可が不要の場合

農地法3条1項1号～16号までに列挙されているが、その中から一般的なものをあげれば、遺産分割、離婚における財産分与の裁判または調停による場合である（12号）。

また、農地法上の規定はないが、相続、包括遺贈、合併または会社分割等の包括承継¹³⁾の場合も、その性質上許可は不要である。

6-1 概 要

4条、5条許可は、許可権者や許可基準等はほぼ同一であるので（異なる点として、[法5条2項5号](#)および[同項7号](#)）、まとめて解説する。

4条許可は、農地を農地以外のものにする場合に必要となる（[法4条1項](#)）。

5条許可は、農地を農地以外のものにするため、または採草放牧地を採草放牧地以外のものにするため、第三者に、

- ① 所有権の移転
- ② 地上権、永小作権または質権の設定または移転
- ③ 使用貸借、賃貸借またはその他の使用および収益を目的とする権利の設定または移転

を行う場合（以下、上記①～③をまとめて「権利等の取得」という）に必要となる（[法5条1項本文](#)）。

ただし、例外として許可が不要の場合が[法4条1項1号～8号](#)および[法5条1項1号～7号](#)で規定されている。

この中で重要な点は、都市計画法上の市街化区域内に存在する農地に関しては、許可は不要であり、農業委員会への届出¹⁴⁾で足りる点である。

6－2 許可権者

原則 都道府県知事（ただし、市町村農業委員会を経由して申請する、[農地法施行令 7 条または15条](#)）。

例外 1 農林水産大臣（4ヘクタールを超える農地等の場合）。

例外 2 市町村長等 （当該都道府県の分権条例により市町村長等に権限が委譲されている場合）。

6－3 許可要件（法4条2項各号、法5条2項各号）

（1）農地転用許可の許可基準の要点

農地転用許可基準には、

- ① 立地基準
- ② 一般基準

の2つの基準があり、とくに①の立地基準、すなわち、当該農地がどのような場所に存在するかにより、許可の方針、要件が異なるという点が要点である。

[7](#)で詳細を解説するが、農用地農地では、転用は原則としてできない。一方、市街化が進んだ地域である第3種農地では、許可が原則となる。市街化区域では、許可すら不要となる（届出で足りる）。このように、優良農地の確保という観点から、農地として存続させる地域と市街化を認める地域とに段階を分け、それに応じて、許可方針、要件を緩和する構造となっている。

（2）立地基準

[法4（5）条2項1号および2号](#)で立地基準が定められているが、政令（同施行令）への委任が多く、さらに同施行令は、農林水産省令（同施行規則）に細目を委任するという構造をとっている。そのため条文の構造が複雑でしかも例外規定（括弧書き）が多く、一読して理解することは至難である。

そこで、立地基準の概要を把握するため、立地基準を[表2](#)としてまとめた。この[表2](#)は、あくまで概要を知るためのものであり、詳細な要件、例外規定等は、関連法令、行政規則（「農地法の運用について（平成21年12月11日付経営4530号・21農振1598号経営局長・農村振興局長連名通知）」）等を参考にされたい。

[表2](#)からわかる通り、農地をその存在する場所により、農用地農地、甲種農地、第1種農地、第2種農地、第3種農地（この名称は、法令用語ではなく、便宜上の用語である）の5個に分類している。許可要件ではないが、届出で足りる場合の市街化区域をあわせれば、6種類に分類できる。表の下に行くに従い、許可方針、要件が緩くなる。農用地農地、甲種農地では、原則として農地の転用は許可されないこととなる。

なお、「農用地」とは、農業振興地域の整備に関する法律（以下「農振法」という）によって定める農業振興地域整備計画において、農用地区域内と定められた農地をいう。農用地農地の転用を行う場合、農転許可の前に、いわゆる農振除外申請を行い、当該農地を農用地区域から除外しておくのが通例である（後述[7](#)参照）。

表2 立 地 基 準

区 分	営農条件、市街地化の状況	許可の方針
農用地区域内農地	市町村が定める農業振興地域整備計画において農用地区域とされた区域内の農地	原則不許可（農振法第10条第3項の農用地利用計画において指定された用途の場合等に許可）
甲種農地	第1種農地の条件を満たす農地であって、市街化調整区域内の土地改良事業等の対象となった農地(8年以内)等特に良好な営農条件を備えている農地	原則不許可（土地収用法第26条の告示に係る事業の場合等に許可）
第1種農地	10ha以上の規模の一団の農地、土地改良事業等の対象となった農地等良好な営農条件を備えている農地	原則不許可（土地収用法対象事業の用に供する場合等に許可）
第2種農地	鉄道の駅が500m以内にある等市街地化が見込まれる農地又は生産性の低い小集団の農地	周辺の他の土地に立地することができない場合等は許可
第3種農地	鉄道の駅が300m以内にある等の市街地の区域又は市街地化の傾向が著しい区域にある農地	原則許可

* 出典：農林水産省ウェブページ

（3）一般基準

立地基準による許可要件の外に、一般的要件として以下に定める不許可要件が存在しないことが許可の要件となる（[法4条2項3号以下](#)、[法5条2項3号以下](#)）。

- [7](#) 4条、5条許可共通

（ア）申請者に申請にかかる農地を農地以外のものにする行為を行うために必要な資力および信用があると認められないこと（[3号](#)）。

（イ）申請にかかる農地を農地以外のものにする行為の妨げとなる権利を有する者の同意を得ていないこと、その他農林水産省令で定める事由により、申請にかかる農地のすべてを住宅の用、事業の用に供する施設の用その他の当該申請にかかる用途に供することが確実と認められない場合（3号）。

（ウ）申請にかかる農地を農地以外のものにするにより、土砂の流出または崩壊その他の災害を発生させるおそれがあると認められる場合、農業用排水施設の有する機能に支障を及ぼすおそれがあると認められる場合、その他の周辺の農地にかかる営農条件に支障を生ずるおそれがあると認められる場合（4号）。

4条許可

仮設工作物の設置その他の一時的な利用に供するため農地を農地以外のものにしようとする場合において、その利用に供された後にその土地が耕作の目的に供されることが確実と認められないとき（5号）。

5条許可

（ア）仮設工作物の設置その他の一時的な利用に供するため所有権を取得しようとする場合（5号）。

（イ）仮設工作物の設置その他の一時的な利用に供するため、農地につき所有権以外の農地法3条1項本文に掲げる権利を取得しようとする場合において、その利用に供された後にその土地が耕作の目的に供されることが確実と認められないとき、または採草放牧地につきこれらの権利を取得しようとする場合において、その利用に供された後にその土地が耕作の目的もしくは主として耕作もしくは養畜の事業のための採草もしくは家畜の放牧の目的に供されることが確実と認められないとき（6号）。

（ウ）農地を採草放牧地にするため権利等を取得しようとする場合において、農地法3条2項の規定により同条1項の許可をすることができない場合に該当すると認められるとき。

7－1 農業振興地域制度の概要

農業振興地域とは、農業振興地域の整備に関する法律（以下「農振法」という）に基づき、自然的経済的社会的諸条件を考慮して総合的に農業の振興をはかることが必要であると認められる地域について、その地域の整備に必要な施策を計画的に推進するための措置を講ずることにより、農業の健全な発展をはかるとともに、国土資源の合理的な利用に寄与することを目的とする制度である（[農振法1条](#)）。

7-2 農業振興地域の指定とその意義・要点

- ① 農林水産大臣は、食料・農業・農村政策審議会の意見を聞いて農用地等の確保等に関する基本指針を策定する（[農振法3条の2](#)）。
 - ② 都道府県知事は、農林水産大臣と協議し、基本指針に基づき農業振興地域整備基本方針を定め（[同法4条](#)）、これに基づき、農業振興地域を指定する（[同法6条](#)）。
 - ③ 指定を受けた市町村は、知事と協議し、農業振興地域整備計画を定める（[同法8条](#)）。この農業振興地域整備計画で定めるべき事項の一つとして農用地利用計画があり（[同法8条2項1号](#)、[同条4項](#)）、農転との関係で重要な意義を有する。
 - ④ 農用地利用計画は、農用地として利用すべき土地の区域（農用地区域）およびその区域内にある土地の農業上の用途区分を定めるものである（[同法8条2項1号](#)）。
- 農用地区域に指定された農地（以下「農用地農地」という）には、原則として農地の転用が許可されないという効果が生じることから（[農地法4条2項1号イ](#)、[5条2項1号イ](#)）農用地区域の指定が農業振興地域制度（農振制度）の要点といえる。

7－3 農振除外

農用地農地につき転用を企図する場合、農用地農地では原則として転用が禁止されることから、当該農用地農地につき、いわゆる『農振除外』＝農業振興地区域から当該農地を除外すること＝農地利用計画の変更（[農振法13条](#)）をまず検討することとなる。

すなわち、農振除外により、当該農地は、農用地ではなくなる。これにより先述した立地基準のいわば下のレベルの分類（たとえば第1種農地等）に格下げされ、許可方針、基準が緩くなり、許可される余地が出てくるためである。

7－4 農振除外の法的性質

一般に農振除外「申請」と呼称され、実務上も「除外申請書」、「除外願」、「除外届出」等の名称による用紙を農業委員会等に提出させており、実質的には、「申請」と同様の運用が行われている。

しかし、[農振法13条1項](#)は、「都道府県または市町村は、農業振興地域整備基本方針の変更若しくは農業振興地域の区域の変更により、前条1項の規定による基礎調査の結果によりまたは経済事情の変動その他情勢の推移により必要が生じたときは、政令で定めるところにより、遅滞なく、農業振興地域整備計画を変更しなければならない。市町村の定めた農業振興地域整備計画が9条1項の規定による農業振興地域整備計画の決定により変更を必要とするに至ったときも、同様とする。」と規定しており、その法的性質は、行政庁の職権による行政計画の変更である。申請者が「申請書」と称する書面を提出する行為は、行政庁の職権発動を促す意味しかない。したがって、農振除外申請と呼称されるものの、私人に申請権はなく、講学上の行政行為（行政処分）には該当しない^{[15](#)}。

7－5 農振除外判断基準

農振除外（農用地等以外の用途に供することを目的として農用地区域内の土地を農用地区域から除外するために行う農用地区域の変更）は、以下の要件のすべてを満たす場合に限りすることができる。と規定されている（[農振法13条2項](#)）。実質的な許可基準である。

- ① 農業振興地域における農用地区域以外の区域内の土地利用の状況からみて、変更にかかる土地を農用地等以外の用途に供することが必要かつ適当であつて、農用地区域以外の区域内の土地をもって代えることが困難であると認められること（[1号](#)）。
- ② 変更により、農用地区域内における農用地の集団化、農作業の効率化その他土地の農業上の効率的かつ総合的な利用に支障を及ぼすおそれがないと認められること（[2号](#)）。
- ③ 変更により、農用地区域内における効率的かつ安定的な農業経営を営む者に対する農用地の利用の集積に支障を及ぼすおそれがないと認められること（[3号](#)）。
- ④ 変更により、農用地区域内の[同法3条3号](#)の施設の有する機能に支障を及ぼすおそれがないと認められること（[4号](#)）。
- ⑤ 変更にかかる土地が[同法10条3項2号](#)に掲げる土地（土地改良事業による区画整理等が行われた土地）に該当する場合にあつては、当該土地が、農業に関する公共投資により得られる効用の確保をはかる観点から政令で定める基準（事業の工事が完了した年度の翌年度から起算して8年を経過）に適合していること（[5号](#)）。

8 ◆紛争事例概説

農地の許認可にまつわる紛争に関して、実務上多くみられる事案として、

- ① 農地転用許可（５条許可）を申請したが、許可要件を満たさないとして拒否処分がなされた場合
- ② 農業振興地域からの除外申出が認められない場合
- ③ 許可申請書を提出したにもかかわらず、受理しないとして返戻された場合

を取り上げ、そこにおける法的問題点、争訟手段の選択方法等を各解説していく。

9 ◆農転許可申請に対する拒否処分に対する紛争

9－1 処分の重要性

紛争の実体的争点は、許可要件（正確には不許可要件の不存在）の存否という事実認定の問題あるいは当該法令の文言の解釈問題¹⁶⁾に帰結すると思われるが、拒否処分¹⁷⁾がなされている以上、「処分性」¹⁸⁾が問題となることはなく、争訟手続¹⁹⁾に乗せること自体は極めて容易である。

私見であるが、行政としては、「処分」させないことに力点を置き、申請手続を運用している節がある。

農転許可に特有の話ではないが、たとえば、指導要綱等（ガイドライン）により、法令に基づく申請の前に、事前手続や協議と称する手続を義務付け（言うまでもないが、単なる行政指導の内部基準にすぎない指導要綱等に私人が従う義務はない）、事前手続や協議をパスしたもののみ、法令に基づく申請を促し、事前手続や協議の段階で不許可相当とみなすものは、「却下」し、あるいは事前協議等の申立書を返戻して、法令に基づく申請を行わせないという運用をとることが多い。

これらの運用は、広い意味での行政指導であり²⁰⁾、添付書類の不足や法定記載事項の欠落等の不備のある申請を事前に補正し、あるいは、根本的な許可要件を満たさない等、不許可とせざるを得ない申請を事前に排斥し、私人および行政双方に無用の費用および労力をかけさせないという点で、あながちすべてを否定的、批判的に考えるべきものではない。しかし、運用のさじ加減一つで、行政庁の恣意的判断により「処分」をさせないという問題が存在することを否定することはできない。

すなわち、ガイドライン等に基づく事前協議等の申請（申出）は、法令に基づく申請ではない²¹⁾。これに対し、行政が却下等の意思表示をなしたとしても、それは、講学上の「行政行為」ではなく、「処分性」は認められない。したがって、事前協議における行政庁の判断に問題があったとしても、これを不服申立てないし抗告訴訟で争うことはできず（訴訟要件等を欠くとして却下される）、救済手段を欠くことになる²²⁾。

最も問題になるのは、この事前協議の申請（申出）が放置（たなざらし）された場合である。法令に基づく申請ではないため不作為違法確認等の争訟手続をとることはできない。事前協議を経ずに、あるいは、その判断を待たずに、法令に基づく正規の申請を行った場合でも、事前手続を踏んでいないという理由で「受理」²³⁾する、しないで無意味に紛争になる場合が多く、「受理」されたとしても、事前手続を経ていないという理由で不許可とされることが多く、抗告訴訟等でもその理由が維持される蓋然性が高い²⁴⁾。そのため救済手段を著しく欠くこととなる。

したがって、後に紛争が予想される場合、無用な訴訟上の手間（訴訟要件である処分性を巡る争いに相当の労力を割かれる）を省くためにも、行政に「処分」させるということが重要である。

「処分」さえあれば、それを基点に各種の争訟手段を組み立てることができる。

（1）自由選択主義

改正農地法（平成26年6月13日法律69号、平成28年4月1日施行）は、不服申立前置を廃止した（[同法54条](#)が削除された）。これにより、行審法の原則（自由選択主義）通り、当該拒否処分を争うにつき、不服申立手続を経ることなく、ただちに訴訟（処分取消の訴え等）を提起することも可能となった。

したがって、争訟手続を考えるにあたり、ただちに訴訟提起するか不服申立てを行うか、各手続のメリット・デメリットを勘案して判断する必要がある。

一般的に、訴訟手続は、司法機関による厳格な審理手続が予定され公正性・中立性が高く、最終的な紛争解決手段である点にメリットがあるといえる。

一方、平成26年改正行政不服審査法（平成26年6月13日法律68号、平成28年4月1日施行）は、審査請求を原則とし、審理員による審理、行政不服審査会等への諮問手続を導入し、今後の運用次第であるが一定の公平性・中立性が確保されるようになった。不服申立てによるメリットとしては、簡易迅速であることに加え、当・不当の裁量問題についても判断可能であること（[行審法1条1項](#)）、申請に対する拒否処分の救済として、一定の場合、処分の変更または許可処分を行うことができること（[同法46条1項・2項](#)）等があげられる。

（2）審査請求

農転許可申請の拒否処分に対する不服申立ての方法は、審査請求となる（[行審法2条・5条1項](#)）。

審査請求をなすべき行政庁は、原則として処分庁の最上級行政庁となるが（[同法4条4号](#)）、農転許可の許可権者（処分庁）は、原則として都道府県知事であり、地方公共団体固有の事務である。したがって、上級庁は存在せず、処分庁が審査庁となるのが原則である（[同法4条1号](#)）。

ただし、転用面積が2ヘクタールを超え4ヘクタール以下の農転許可の場合、先述した通り、1号法定受託事務となり、[地自法255条の2第1項1号](#)により、農林水産大臣が審査庁となる。また、4ヘクタールを超える農転許可の場合は、農林水産大臣が許可権者（処分庁）となることから、やはり農林水産大臣が審査庁となる（[同法4条1号](#)）。

いわゆる分権条例（[地自法252条の17の2](#)）により、農転許可権限が市町村長に委譲されている場合であって、委譲された事務が法定受託事務の場合、審査請求は、都道府県知事に行うこととなる（[同法255条の2第2号](#)）。この場合、権限が市町村長に委譲されていない場合との均衡から（権限委譲がなければ、本来は農林水産大臣に審査請求できるはずである）、特例として、審査請求の裁決に対し、農林水産大臣に対し再審査請求ができる（[同法252条の17の4第4項](#)）。

以上、不服申立手続をまとめると[表3](#)の通りである。

表 3

処分庁	転用面積	事務区分	審査庁	再審査請求
農林水産大臣	4 haを超える		農林水産大臣	×
都道府県知事	2 haを超えて 4 ha以下	1号法定受託事務	農林水産大臣	×
	2 ha以下	自治事務	都道府県知事	×
市町村長	分権条例 による	委譲を受けた 事務による	都道府県知事	○ 農林水産 大臣

9－3 抗告訴訟

農転許可申請の拒否処分を争う訴訟形態として、理論的に以下の4種類が考えられる。

- A 不許可処分に対する処分取消しの訴え（[行訴法3条2項](#)）
- B 裁決取消しの訴え（[同法3条3項](#)）
- C 義務付けの訴え（[同法3条6項2号](#)、「いわゆる2号義務付け」）
- D 無効確認の訴え（[同法3条4項](#)）

理論的には上記の通りであるが、C（義務付けの訴え）は、本案勝訴要件^{[25\)](#)}が厳しく、現実的に義務付け判決を獲得することは相当に困難である。

D（無効確認の訴え）は、補充的例外的な訴訟形態であり、要件^{[26\)](#)}が厳しい上に争点である拒否処分の違法性が重大かつ明白な場合でなければならない。処分の違法性を争点とし、処分の効力を消滅させるという目的において処分取消しの訴えと変わらず、あえて選択する意味がない。出訴期間が経過してしまった場合の救済として考慮し得る余地がある程度である。

【事 案】

本件は、太平洋戦争中、帰化の許可が与えられた英国籍の被上告人が、戦後、その許可処分に旧国籍法上の無効事由があるとして、上告人国に対し、被上告人が日本国籍を有しないことの確認訴訟を提起したところ原判決（控訴審）はこれを認容したが、上告人国は、無効事由はないとして上告した事案である。

【判決の概要】

国家機関の公法的行為（行政処分）はそれが当該国家機関の権限に属する処分としての外観的形式を具有する限り、仮にその処分に関し違法の点があったとしても、その違法が重大かつ明白である場合の外は、これを法律上当然無効となすべきではない。

B（裁決取消しの訴え）に関しては、農地法は裁決主義を採用していない。したがって、原則通りの原処分主義（[行訴法10条2項](#)）により、裁決取消しの訴えにおいては、裁決固有の瑕疵しか争うことができず、原処分の違法を争えない。また、裁決取消しの訴えで勝訴判決を得たとしても、審査請求を棄却した裁決を取り消し、審査請求の審理を再度やり直す効果しかなく[27\)](#)、救済にただちに結びつくものではない[28\)](#)。

A（処分取消しの訴え）が最も合理的である。

10◆農業振興地域からの除外申出が認められない場合の紛争例

10－1 概 要

農振法に基づく農業振興地域の指定を受け、当該市町村が農業振興整備計画において農用地区域が用途区分された場合、農用地区域に存する農地（農用地）に関しては、先述の通り、原則として農転は不可能である。

したがって、農用地農地につき転用を考えるにあたっては、当該農地を農用地区域から除外してもらうこと、いわゆる農振除外をまず行っておく必要がある。農振除外がなされれば、農転許可の立地基準がいわばランクダウンし、ランクダウンした立地要件と一般要件を満たせば転用が許可される可能性がある²⁹⁾。

その意味で、農振除外（申請）申出は、頻繁にみられるが、農振除外が認められなかった場合、その法的問題点および争訟方法につき以下で解説する。

【事 案】

本件は、養鰻経営を行っている控訴人らが農用地利用計画の変更決定を行った被控訴人に対し、本件変更計画は、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるものとして争った事案である。

【判決の概要】

農用地利用計画は、農業振興地域整備計画のうち農用地区域およびその区域内にある土地の用途区分にかかるものであり、農用地区域を定めるとともに農用地等につき当該農業振興地域における農業生産の基盤の保全、整備および開発の見地から必要な限度において区分する農業上の用途を指定して定めるものであって、国民の権利義務に直接影響を与えるものではなく、個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分といえない。農用地利用計画の決定またはその変更決定によって生ずる制約は当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的な制約にすぎず、直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があったということはできない。

【事 案】

本件は、原告が被告市に対し、その所有する農地を農用地区域から除外する旨の農業振興地域整備計画変更の申出を行ったところ、受理拒否通知が行われたため、主位的に本件受理拒否通知について抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるものとして処分取消しを求め、予備的に公法上の法律関係の確認訴訟として、本件土地が農用地区域に該当しないことの確認を求めた事案である。

【判決の概要】

市町村が農業振興地域整備計画中で定める農用地利用計画において、土地利用に制限を受ける土地所有者等には、制限の解除を求める申請権が肯定され、原告の本件申請は、[農地法13条2項](#)によるものと解されるから、本件受理拒否通知については、抗告訴訟の対象となるべき行政処分といえる。

【法的問題点】

一般に農振除外「申請」と呼称され、実務上も「除外申請書」、「除外願」、「除外届出」等の名称による用紙を農業委員会等に提出させており、一見すると「申請行為」に見えるが、行政法的には「申請」に該当しない。ここに法的な問題点がある。

「申請」とは、「法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているもの」である([行手法2条3号](#))。

ここで、農振除外とは何かを検討するに、まずマスタープランである農業振興地域整備計基本方針に基づき、農業振興地域の指定が行われる。具体的には、告示により、「何県何市字某1116番地.....を農業振興地域と指定する」という形で一般的に行われる。もっとわかりやすくいえば、地図の上に線を引き、一定の地域を農業振興地域として色分けするわけである(白地とよばれる)。市町村は、この農業振興地域のうち、農業振興地域整備計画に基づき、農業振興地域の用途区分として、農用地の指定を行う。これも前記同様に告示により行われる。これもわかりやすくいえば、地図上の白地にさらに線引きして区分けし、色分けする(青地とよばれる)。ここまでの過程に、私人の申請行為は一切なく、また、行政が行っているのは、告示³⁰⁾のみ(地図の線引きと色分け)である。個々の私人(たとえば山田太郎氏)に対し、「貴殿の農地を農用地とする」という形での行政庁の個別具体的な意思表示は一切なされていない。

すなわち、農用地の指定は、「処分」には該当せず、講学上「行政計画」とよばれる行政の行為形式にすぎない。農振除外とは、この農用地の用途区分を行政庁が職権で(申請によらず)変更する行為([農振法13条1項](#))に他ならない。農振除外とは、法的には、行政計画の職権による変更である。「申請」と目される行為は、単なる職権発動を促すものにすぎない。

したがって、形式的に言えば、農振除外申請に処分性は認められず、行審法に基づく不服申立ておよび抗告訴訟の対象とならないこととなる。過去の裁判例においては、農用地利用計画の変更につき処分性を否定したものがほとんどであった【[判例①](#)】。

ただし、これら過去の裁判例を検討する場合、平成10年の農地法改正以前のものであることは十分に留意する必要がある。なお、後で詳述するが、近時は、処分性を正面から肯定する裁判例が出されるに至っている【[判例②](#)】。

10－2 争訟方法の検討

（１）審査請求・処分取消しの訴え

先述の通り、行訴法等の「処分」にあたらないから処分性がなく、不服申立てまたは抗告訴訟で争うことができないとするならば（訴訟要件等がないとして却下され、実体審理が行われない）、行政庁が、計画変更を認めないことが違法である場合に、争訟での救済が否定されるに等しいこととなる。

一方で、法的性質としては計画変更ではあるが、現実的には私人からの農振除外の（申請）申出に応じ、農振除外を行っている運用がほとんどであり、除外を認める基準も農振法上規定されている（[農振法13条2項](#)）。実態としては、申請に基づく処分と変わらない。

農振除外申請を争訟で争うためには、これに処分性を認めさせる必要がある。

さて、行政法学上あるいは実務上、抗告訴訟の訴訟要件として「処分性」という術語が使用されているが、正確には、「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為（[行訴法3条2項](#)）」と定義される。講学上の「行政行為」＝「行政処分」に処分性が認められることに異論はないが、その範囲をどう画するか、言い換えれば、「行政行為」以外の行政作用形式のどこまでに処分性を認めるかについては見解は一致していない。従前、最高裁は、「行政庁による公権力の行使としてなされる国民の権利義務を形成しまたはその範囲を具体的に確定する行為」（最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁）と定義した上、これを厳格に解し、行政計画等に関しては、紛争の成熟性を欠く（いわゆる青写真論）として処分性を認めてこなかった。しかし、平成16年の行政事件訴訟法の改正（改正の目的として、私人の権利救済の拡大がある）前後から、最高裁の処分性に関する考え方にも変化がみられるようになり、形式的、演繹的に処分性を判断する傾向から、行政の行為形式の実質や関連法体系全体を考察して実質的に判断を行う傾向がみられるようになった³¹⁾。この最高裁の判断傾向からすれば、従前は処分性が認められなかった行為形式であっても処分性が認められる余地が広がったともいえ、過去の判例をみて消極的になることなく、処分性を認める余地がないか十分に検討することが必要である。

農振除外申請は、先述の通り、申請に基づく処分と実態として変わらない。法理論的な問題として以下の3点が認められれば、実質的に処分と同視し得るといえる。

- ① 申請（申出）に対する行政の応答という運用が確立している。
- ② 計画変更により、法的効果に変動が生じる。
- ③ 紛争の成熟性を満たす。

上記①の点に関して、計画変更がほぼ私人からの申請（申出）によりなされ、申出に基づかない職権による変更の件数が著しく少なければ、実態として申請行為と変わらない運用がなされているといえる。

もともと、地方公共団体により運用はまちまちであり、過度に一般化することは危険であるが、現実の運用としては、ほぼ申請によっているといつてよい（先述したさいたま地判平成20・2・27の事案では、過去20年間の計画変更のうち、申請（申出）によらないものは0件であった。すなわち全件申請（申出）によって計画変更していたこととなる）。

立証の方法としては、情報公開を利用するのも手であるが、不服申立てまたは訴訟の審理において、審理関係人への質問（[行審法36条](#)）または求釈明を行うという方法も考えられる。その内容としては、「過去〇年間における計画変更（農振除外）の件数およびそのうちに申出（申請）に基づくものの件数」といった内容となる。

②の点に関して、現行農地法の下にあつては、計画変更につき法的効果が認められるといつてよい。先述した通り、現行農地法は、農転における立地基準を明文化し、その立地基準の内容として、農用地では農転を原則許可しないと規定している。逆に言えば、計画変更（農振除外）により、農転が可能（要件が緩和）されるという法的効果が付与されることとなり、具体的な権利の変動を確定させる行為といえる。

なお、この立地基準が明文化されたのが平成10年の農地法改正であり、それ以前の農地法では、許可基準は明文化されていなかった（通達等の行政規則により基準設定がなされていた）。したがって、計画変更により農地法上の法的な効果が発生するといえない状況であり、計画変更につき処分性を否定する裁判例がほとんどであった。平成10年の農地法改正以降は、法的状況が変化しており、過去の裁判例を読む場合には、この点につき留意する必要がある。

また、農振法の規定によっても、農用地区域に指定されることにより、開発行為が制限される（[同法15条の2](#)）等の土地に対する負担を課す法的効果が認められ、この負担を免れるためには、計画変更が必要となるのであり、実態として許可制が採用されているのと同視できる。

③の点に関して、紛争の成熟性とは、端的に言えば、「一連の行政過程を構成する行政庁の行為にあつては、当事者の権利義務を最終的に決定する終局段階の行為でないと、処分性は認められない」³²⁾とする理論である。たとえば、都市計画法における用途地域が指定されたとして、用途地域の指定を争うのではなく、その後行われる建築確認等の個別具体的紛争の中で用途地区域の指定の違法性を争った方が紛争解決に資すると考えるものである。

農転許可に関しては、不許可処分を争う取消しの訴えの中で、用途指定の違法等を争えばよいのではないかという立論である。

しかし、農転許可の許可権者は原則的に都道府県知事であるのに対し、農用地区域からの除外（計画変更）の権限は、市町村に存する（[農振法8条](#)、[13条1項](#)）。農転許可の争訟手続、とくに処分取消しの訴えにおいて、違法事由として計画変更の違法性を主張することは、違法性の承継を認めることが前提となるが、原則として違法性の承継は認められておらず、処分取消しの訴えの中で計画変更の違法性を主張することはできない。すなわち、計画変更に対する抗告訴訟を認めなければ、計画変更の違法性を主張する訴訟手続は相当に制限され、権利救済に欠けることとなる。また、被告の防御の観点からも（処分取消しの訴えの被告が都道府県であるのに対し、計画変更を争う場合の被告は市町村）、都道府県が市町村に変わって適切な訴訟遂行を行うことは困難である。

これらの観点からすれば、計画変更そのものを争った方が合理的かつ権利救済に資するのであり、紛争の成熟性が認められる。

以上、上記の①～③の諸点の理由により、農用地区域の変更（計画変更）は、実態として申請行為と変わらず、紛争の成熟性も認められ、処分性を有すると考えるのが相当である。

前掲さいたま地判平成20・2・27も同旨の理由により処分性を認めるに至っている。今後の課題としては、いまだ実務においては、計画変更＝行政計画であるから処分性なしとの固定観念が支配的であるので、積極的に処分性を主張し、救済手段があることを認知させる必要があると考える。

（２）実質的当事者訴訟

先述の通り、農振除外申請に対しては、判例上も処分性が認められ、処分取消しの訴えにより争うことができると考えるが、最高裁判所による確立した判決でなく、各地方自治体の運用（申請によらない計画変更も相当数ある等）によっては、処分性が否定される場合もあり得る。

そのような場合も想定し、予備的に実質的当事者訴訟（[行訴法4条](#)）として「当該農地が農用地区域に該当しないことの確認」を併合提起する方法がある。

実質的当事者訴訟とは、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他公法上の法律関係に関する訴訟」と定義される。教科書等では、公務員の職務上の地位確認訴訟等が例示されている場合が多いが、従来あまり活用される訴訟類型ではなかった。

実質的当事者訴訟が着目されるに至ったのは、平成16年の行訴法改正での改正作業においてである。平成16年に行訴法が改正されたが、その立法段階において、処分性を広く認める形での改正も議論された。一般的に処分性がないとされる、行政指導、行政計画、行政契約等も抗告訴訟の対象とし、権利救済をはかろうとする意図による。結果として、処分性拡張に関する改正は見送られることとなったが、先述のような処分性が認められない行政形式に関しては、当事者訴訟の活用による権利救済をはかることが可能であるとの見地から、平成16年の行訴法改正に際し、[同法4条](#)を改正し、当事者訴訟において、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を新たに追加して明示することにより、立法者のメッセージを示すこととされたものである³³⁾。

当事者訴訟の対象として、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」と明示されたことから、行政指導、行政計画、行政契約等につき、「行政指導が違法であること

の確認」、「行政指導に従う義務のないことの確認」、「行政計画の変更が無効であることの確認」、「行政契約が無効であることの確認」、「行政契約上の義務を負わないことの確認」等の「法律関係に関する確認」を求める請求を行い、訴訟手続による権利救済をはかることが可能となる。

11◆許可申請書を提出したにもかかわらず、受理しないとして返戻された場合の事例

仙台地判平成10・1・27判時1676号43頁

【事 案】

本件は、産廃業者である原告が被告県知事に対し、廃掃法に基づく産業廃棄物処理業等の許可申請等を行ったところ、被告県知事が各申請書を原告に返戻したため、主位的に許可申請書の受理を拒否した処分の取消しを求め、予備的に不作為の違法確認を求めた事案である。

【判決の概要】

（主位的請求に関し）本件返戻行為の性質は申請についての審査の拒否であるところ、廃掃法は、申請に対する行政庁の受理等の行為を予定しておらず、不受理の場合を念頭に置いた規定もなく、審査の拒否は事実上の措置というほかなく、受理拒否処分が存在するものとはいえない。

（予備的請求に関し）被告は、本件各申請が被告に到達した以上、他に何らの行為を要件とすることなく、ただちに[行手法7条](#)にいう審査の開始を行うことが義務付けられているところ、それが到達したにもかかわらず、本件返戻行為に及び、何らその審査をしていないのであるから、本件各申請に対する被告の不作為（本件不作為）が存在することは明らかである。

11－1 概 要

適式な申請を行ったにもかかわらず、「書類に不備がある」等の理由により、「受理しない」、「申請書を持ち帰ってくれ」等の窓口対応をされることが実務上よくみられる。

[行手法7条](#)は、「行政庁は、申請がそ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（中略）形式上の要件に適合しない申請については、速やかに（中略）補正を求め、また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」と規定し、行政庁に申請に対する応答義務を課している。

すなわち、そもそも「受理する」、「受理しない」という問題は、申請に関しては存在しない^{[34\)](#)}。申請を受けた行政庁は、必ず「受理」し、補正を求めるか、直ちに審査を行わなければならない。行政庁が「受理しない」場合、それは違法な行為であり、国賠法の損害賠償義務の対象となる。

しかし、ここでの問題は、申請をさせないことにより、処分しないこと、処分が存在しないことにある。拒否処分であっても、処分があれば、抗告訴訟等により、その違法性を争い、究極の目標である許可を取得する道が開かれるが、処分が存在しないのであるから、許認可の実体的紛争（拒否処分の違法性確認）による解決の道が閉ざされる。この点がまさに問題である。

申請が行政庁の事務所に到達したにもかかわらず受理しないとして返戻する行為は、行政庁が、法令に基づく申請に対し、相当期間内（[行手法6条](#)に定める標準処理期間の経過が一つの目安となる）に何らかの処分等をすべきであるにもかかわらず、これをしない場合（[行訴法3条5項・同法37条の3第1項2号・行審法2条2項](#)）に該当し、いわゆる行政の不作为にあたる。

この場合の争訟方法として、公正性・中立性が高く、救済に資する方法は、2号義務付け訴訟である。要は、裁判所に許可を求めることである。しかし、司法機関である裁判所に行政と同等の専門的技術的判断能力はなく（任務が全く異なる）、まして、不作为という全く白紙の状況で（裁判所は、許可要件を満たすか、政策的見地から許可が相当かどうかを行政庁に代わって判断せねばならず、かつ、原告にはそのための立証を要求される）裁判所に許可の義務付けを認めさせることは至難の業であり勝訴見通しに乏しいといわねばならない。

次善の策ではあるが、不作为に対する不服申立て、不作为違法確認の訴えおよび国賠法に基づく損害賠償請求等により、間接的にプレッシャーを与え、行政庁に処分させ、当該処分につき実質審理を求めるという二段構えの戦略を用いるのが賢明である。

以下、申請の類型に応じ、法的問題点と争訟方法につき解説する。

11－2 申請類型

本書で取り扱う農地法関係の認可（3条、4条および5条許可）のうち、3条許可に関しては、農業委員会が許可権者であり、同委員会に直接申請書を提出し、申請することとなる（[ケース1、直接申請型](#)）。

一方、4条および5条許可は、原則として都道府県知事が許可権者であるが、[農地法施行令7条1項](#)、[同令15条1項](#)により、農業委員会を経由して申請することが定められている。申請書は、農業委員会に提出し、農業委員会が都道府県知事に当該申請書を進達することとなる（[ケース2、第三機関経由型](#)）。

【事 案】

本件は、原告らバス事業者が道路運送法に基づく一般乗合旅客自動車運賃変更認可を旧運輸大臣に申請したところ、その申請後3年余の間、被告が何らの処分をしなかったため、原告が被告に対し、不作為の違法確認を求めた事案である。

【判決の概要】

被告はバス事業者からの運賃変更認可申請に対し相当の期間内に何らかの処分をなすべき義務を負担しているのであるが、そこにいう相当の期間経過の有無は、その処分をなすに通常必要とする期間を基準として判断し、通常の所要期間を経過した場合には原則として被告の不作為は違法となり、ただ右期間を経過したことを正当とするような特段の事情がある場合には違法たることを免れるものと解するのが相当である。

【法的問題点】

特段大きな法的問題点はないが、行政不作為に関連する争訟においては、先述した通り、「相当の期間の経過」が要件となり、どの程度の期間を経過すれば「相当期間が経過した」といえるのかが一応問題となる。行手法施行前の判例では、「その処分をなすに通常必要とする期間を基準として判断し、通常の所要時間を経過した場合には原則として被告の不作為は違法となる」と判示している。行手法施行後は、[同法6条](#)で標準処理期間を定めるよう努力義務が課せられており、標準処理期間が定められている場合（当該行政機関のホームページ等で公開されている）、標準処理期間を経過したことが1つの目安となろう。

ただし、申請書の不受理、返戻の場合にもこれと同視してよいかはまた別個の問題となる。現実的に行政庁は申請書を所持していない（審査していない）のであるから、どれだけの期間待とうが、何らかの処分がなされることは論理的にはあり得ないためである。下級審ではあるが、「行政庁が将来いかなる時期に処分をするのが全く不確定・不明であり、かつ当該処分に至るまでの期間が相当期間を経過することが確実であり、しかも以上の状態が解消される見込みがない場合（熊本地判昭和51・12・15判時835号3頁）」には行政庁の不作為は違法になると判示するものもあり、不受理、返戻の場合、上記判旨に合致する。したがって、不受理あるいは返戻された時点で、直ちに各種争訟を起こすことも検討してよい。万全を期すのであれば、一応標準処理期間の経過を待った方がよいであろう。

（1）不服申立制度

先述の通り、不服申立て（審査請求）は、訴訟に比して公正性・中立性に若干欠ける憾みがあるが、不作為に対する救済方法を考えるにあたっては、訴訟より権利救済の実効性が高い面がある。

不作為に対する争訟の戦略意図としては、何らかの処分をさせることに主眼があるところ、審査請求を受けた審査庁が不作為庁または不作為庁の上級庁である場合、審査請求の裁決で違法または不当である旨を宣言した上、当該処分をすること（審査庁が不作為庁の場合）または不作為庁に対して当該処分をなすべきことを命じること（審査庁が上級庁の場合）が可能であり（[行審法49条](#)）、訴訟に比して権利実現の実効性が高い。

（2）抗告訴訟

不作為違法確認の訴えおよび2号義務付けの訴えが訴訟形態として考えられるが、先述の通り、義務付けの訴えは勝訴見通しが低く、その意味で実効性を期しがたい。

一方、不作為違法確認の訴えの場合、勝訴の場合でも判決内容としては不作為が違法であることを確認するのみであり、ただちに権利実現（許可を取得する）に結びつくものではない。しかし、審理における争点は、本稿で前提としている事案においては（農転許可という法令に基づく申請が行政庁の事務所に到達しているという前提）相当期間が経過したか否かのみが争点であり、極論すれば、十分な時間を待つて提訴すれば、ほとんど立証の要なく（相当期間の経過は顕著な事実であり、申請が行政庁の事務所に到達したことおよびその年月日のみの立証で足りよう）、短期に勝訴判決を得られる可能性が高い。

（3）国賠訴訟

不作為違法確認訴訟により勝訴判決を得れば、当該行政庁としても何らかの処分を行うと考えられるが、それでも不作為を続ける場合、さらなるプレッシャーとして、国賠訴訟による損害賠償請求を提起することが考えられる。

この場合、不作為を違法と確認する判決が出ているため、違法性および有責性の立証は極めて容易である。しかし、損害額および因果関係の立証は通常困難であり、低額の慰謝料程度と考えておく必要がある。

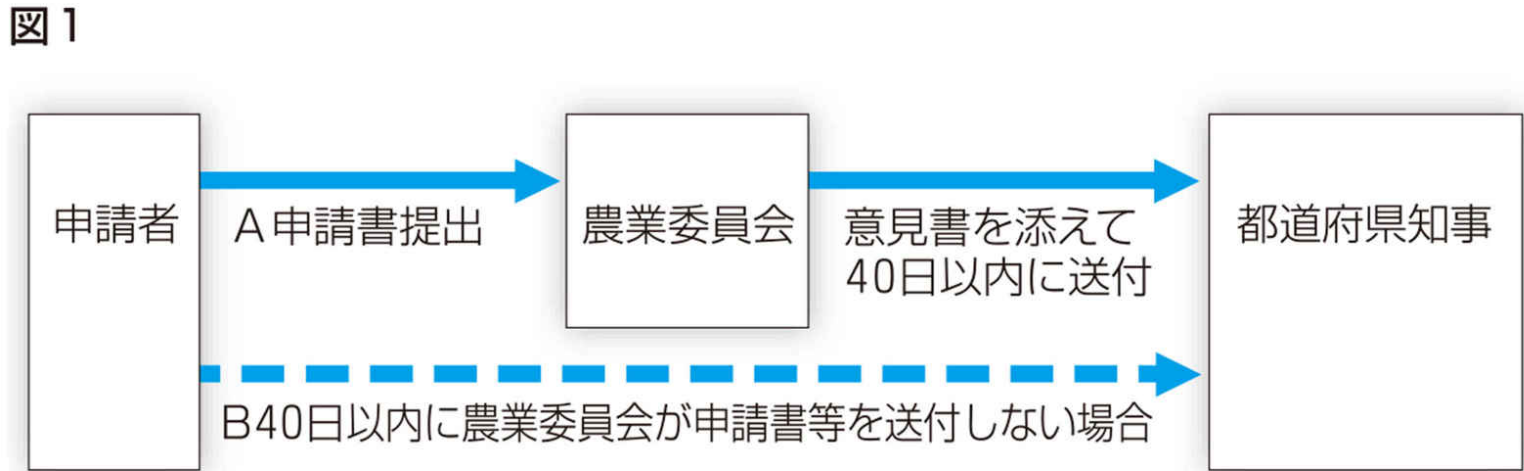
農業委員会を被告とする不作為違法確認の訴えが、
被告適格を欠くとして却下された事例

名古屋高金沢支判平成元・1・23行集40巻1－2号15頁

【事 案】
本件は、控訴人が**農地法 4 条**の転用許可後の事業計画変更申請書を被控訴人農業委員会を経由して知事に提出したが、被控訴人農業委員会は、控訴人に申請書類等を返戻したため、控訴人は被控訴人農業委員会が知事に申請書等を進達せず、返戻した点を不作為と捉え、不作為の違法確認を提起したところ、1 審は控訴人の請求を却下したため、控訴人はこれを不服として控訴を提起した事案である。

【判決の概要】
農業委員会は独立の行政処分をする権限を有するものではなく、農業委員会の受理、審査、意見書の作成、知事への進達は知事の一機構としての行為というべきであるから、同進達は行政機関相互間の行為に過ぎず、国民の権利義務を形成し、または確定する効力を有する行政処分とはいえない。したがって、控訴人らが被控訴人農業委員会に対してした本件事業計画変更承認申請について、改めて知事に対し直接申請書を提出することなく、同被控訴人が何らの処分をしないことが違法であると主張するならば、知事を被告とすべきであり、同被控訴人は被告適格を有しない。また、同被控訴人自身の不作為の違法を主張するのであれば、同被控訴人が知事に申請書を進達する行為は行政処分とはいえないから、訴訟要件を欠く。

【法的問題点】
農転許可の申請の場合、原則として農業委員会を経由し都道府県知事に申請することとなる。申請書の提出を受けた農業委員会は、申請書が到達した日の翌日から**40 日**以内に申請書に意見書を添えて都道府県知事に送付しなければならず（**農地法施行令15条 2 項、7 条 2 項、同法施行規則24条**）、この期間内に農業委員会が都道府県知事に申請書等を送付しない場合、申請者は都道府県知事に直接申請することができる（**農地法施行令15条 2 項、7 条 3 項**）。
図示すれば以下の通りである。



上記Aの場合で、経由機関である農業委員会が申請書を「受理しない」との扱いをし、あるいは、申請書を返戻した場合はどうなるであろうか？
ケース1と同様、「不作為」が存在することは間違いないが、誰に不作為があるのかという点が問題である。現実には、「不作為」を行っているのは農業委員会である。しかし農業委員会は、単なる経由機関にすぎず、農転許可の許可権者ではない。**行訴法3条 5 項**の「行政庁」には該当せず、農業委員会を被告とする不作為違法確認の訴えは、被告適格を欠くとして却下される。
では、都道府県知事に不作為違法確認の訴えの被告適格を認めることができるか？
① 都道府県知事には申請書が到達しておらず、事実問題として、都道府県知事に「不作為」が認められないこと、
② **農地法施行令15条 2 項、7 条 3 項、同法施行規則24条**により、農業委員会に申請書が到達した日の翌日から**40日**以内に都道府県知事に申請書等を送付しない場合、直接申請が可能となり、権利救済に欠けることがないこと、
から、一考を要する。

（1）許可権者（都道府県知事）に対する争訟
先述した通り、許可権者を不作為庁または被告とする不服申立てまたは不作為違法確認の訴えを認めなければ、行政不作為を争う救済手段を欠くこととなる（損害賠償請求という金銭賠償の余地はある）。たしかに、上記②の通り、農業委員会が**40日**以内に申請書を送付しなければ、都道府県知事に直接申請は可能であり、申請目的は達成できる。しかし、このことにより、当初の申請行為の効力が覆滅されるわけではない（法令上そのような規定は存在しない）。理論上、当初の申請行為（**図1**のAの申請）と2回目の申請行為（都道府県知事に対する直接申請行為、**図1**のBの申請）が並立している状態となる。2回目の申請行為により、当初の申請書返戻行為の違法性が治癒されるわけではなく、不作為という違法状態は存続されたままである。したがって、都道府県知事に対する直接申請を認める規定が存在することを理由に、当事者適格性を否定することはできない。

前記①の点に関して、たしかに行政組織法上、農業委員会と都道府県知事は、全く別個、独立した行政機関であり、農業委員会は、都道府県知事の下位機関あるいは補助機関**35**）ではない。原理的に、ただちに農業委員会と都道府県知事を同視し、農業委員会の不作為を都道府県知事の不作為と同視することは不可能である。
しかし、農転許可のように、法令上、第三機関を経由して申請すべきことが義務付けられ、当該第三者機関に許可権者に対する進達義務（送付義務）が義務付けられている場合、第三機関に申請の審査権はなく（独自に申請を判断する余地がなく）、機械的に申請書を権限者に送付する、いわば許可権者の手足としての機能しか有さない。したがって、農転許可申請に限定すれば、農業委員会は、都道府県知事の補助機関としての地位しか有さず、その不作為は、実質的に都道府県知事の不作為と同視できる。

以上の理由により、都道府県知事に当事者適格性（被告適格）は認められると考えるのが妥当である。
東京高判平成20・3・26（裁判所ウェブサイト）は、同旨の理由により、都道府県知事の被告適格を認め、不作為が違法であることを確認している。

12◆参考文献

- ・宮崎直己『農地法講義（補訂版）』（大成出版社、2014年）
- ・宮崎直己『農地法概説』（信山社、2009年）
- ・仁瓶五郎『農地売買・転用の法律』（学陽書房、2002年）

- 1) 都市計画法上の市街化区域の農転の場合は届出で足りる。
- 2) 正確には、許可を停止条件とする売買契約となり、仮登記は可能である。
- 3) 講学上の認可とは、当事者間の法律行為を補充し、その法律上の効力を完成させる行為であるとされる（最判昭和38・11・12民集17巻11号1545頁）。本文に記した通り、認可を受けていない法律行為は私法上も効力が生じない。
- 4) 東京高判昭和37・1・25行集13巻1号1頁。
- 5) 肥培管理とは、肥料を与え、害虫駆除し、除草を行うなどの管理を指す（東京高判平成3・1・29判タ766号193頁）。
- 6) 参考判例、甲府地判昭和26・5・22行集2巻7号984頁、宇都宮地判昭和63・3・31行集39巻3－4号193頁等。
- 7) 機関委任事務とは、本来国の事務であるが、地方公共団体の機関にその事務を委託された事務をいう。この場合、実際に事務をとり行うのは地方公共団体であるが、法制上国の事務とされているため、事務の内容につき条例等で規制することはできず、また、国と地方公共団体の機関は上下の指揮命令系統に服することとなる。
- 8) 法規とは、私人の権利を制限し義務を課す効力を有する法規範をいう。民主国家においては、議会（国会または地方公共団体の議会）の制定した法律または条例、法律の委任を受けた政令および省令が法規とされ、私人に対する拘束力を有する。一方、通達等の行政規則は、行政内部の基準、規範に過ぎず、私人を拘束しない。
- 9) 最判昭和43・12・24民集22巻13号3147頁。
- 10) 最判昭和33・3・28民集12巻4号624頁。
- 11) 取消事由と判示するものとして、名古屋高判昭和43・2・8高民集21巻1号38頁、無効事由と判示するものとして、仙台高判昭和36・10・12行集12巻10号1967頁。
- 12) 不可争力とは、処分後一定期間（出訴期間または不服申立期間）が経過した後は、争訟により処分を取り消すことができなくなる効力である。不可争力が発生すれば以後当該処分は有効なものと確定し、争訟で争うことができなくなる。違法な処分が無効事由であると考え、民事訴訟等で争ったが処分の無効が認められなかった場合、仮に取消事由があったとしても、その時点で出訴期間等が経過していればもはや処分の効力を争えなくなる。
- 13) 包括承継（一般承継）とは、ある者の権利・義務の一切を承継することを意味する法律用語である。ある特定の事由の発生により（たとえば被相続人の死亡）、特段の法律行為なくして権利・義務が移転する。
- 14) 届出とは、[行手法2条7号](#)で、行政庁に対し一定の事項の通知をする行為（申請に該当するものを除く）であって、法令により直接に当該通知が義務付けられているもの、と定義されている。すなわち、届出には行政庁が何らかの判断を行う余地はない。
- 15) 講学上の行政行為でないからといって、ただちに抗告訴訟における「処分性」が否定されるものではない。たしかに、一般的に行政計画については、処分性を認めない傾向が強く、古い判例では、農振除外について処分性を否定するものもあるが、最近の判例では、農振除外申請の処分性を正面から認めたものが現れている（さいたま地判平成20・2・27判例地方自治308号79頁）
- 16) 農転許可につき裁量を認める見地からは、裁量の逸脱濫用の存否も争点となる。
- 17) 不許可も「許可しない」という行政庁の対外的意思表示であり行政行為である。一般に拒否処分といわれる。
- 18) 処分取消の訴えは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（[行訴法3条2項](#)）」が対象であり、訴訟要件である。同様に、行審法に基づく不服申立は、「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使（[同法1条1項](#)）」が対象であり、申立要件である。これら訴訟要件または申立要件を「処分性要件」または単に「処分性」という。
- 19) 行政事件訴訟法に基づく訴訟および行政不服審査法に基づく不服申立てをまとめて「争訟」という。
- 20) [行手法33条](#)参照。
- 21) 申請とは、行政手続法上「法令に基づき、行政庁の許可（中略）を求める行為」とされる（[同法2条3号](#)）。
- 22) 後に解説する、実質的当事者訴訟（公法上の法律関係の確認訴訟）として争う余地はある。
- 23) これも後に解説するが、申請が行政庁の事務所に到達した場合、行政庁には申請応答義務が発生し（[行手法7条](#)）、そもそも受理、不受理という問題は生じ得ない。受理しないということは、特段の事情がない限り違法である。
- 24) 判例の傾向として、行政指導、指導要綱等につき、その有益面を重視し、尊重しようとする傾向がみられる。最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁、最判昭和56・7・16民集35巻5号930頁等。
- 25) 行政庁がその処分をすべきであることが根拠となる法令の規定から明らかであると認められまたはその処分をしないことが裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となることが認められることが必要である（[行訴法37条の3第5項](#)）。
- 26) 処分が無効であれば、公定力（取消訴訟の排他的管轄）は働かず、実体的紛争の中で、当該処分の無効を主張すれば足りる。たとえば、公務員に対する懲戒免職処分が無効である場合、公務員としての地位確認訴訟や棒給請求訴訟（現在の法律関係に関する訴え）における主張として懲戒免職処分の無効を主張すれば目的を達成できる。無効の確認訴訟を認める実益は乏しく、例外的に、予防訴訟（当該処分等により損害を受けるおそれがある者）と補充訴訟（法律上の利益を有する者で当該処分等の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの）の2形態のみが認められる。
- 27) ただし、取消判決の拘束力（[行訴法33条2項](#)）により、審査庁は、判決の趣旨（判決主文が導き出されるのに必要な事実認定および法律判断。最判平成4・4・28民集46巻4号245頁）に反して、再度の審査請求等の審理を行うことはできないため、再度の審査請求等により原処分が取り消される可能性はある。
- 28) 取消判決が違法と判断した理由とは異なる理由により、再度の審査請求において棄却判決をすることは、取消判決の拘束力によっても妨げられない（大阪高判昭和50・11・10行集26巻10－11号1268頁）。
- 29) たとえば、当該農用地農地が農用地区域の指定範囲外であった場合の立地基準上の分類が第1種農地に該当するとした場合、農用地区域からの除外により、農転許可において第1種農地の立地基準が適用されることとなり、許可要件が緩和される。
- 30) 告示とは、行政機関がその意思や事実を広く一般に公示する方式である（[国家行政組織法14条1項](#)）。一種の法規定立行為として機能する。
- 31) 最判平成20・9・10民集62巻8号2029頁、最判平成14・1・17民集56巻1号1頁、最判平成17・7・15民集59巻6号1661頁等。
- 32) 原田尚彦『行政法要論（全訂第7版補訂2版）』（学陽書房、2012年）385頁。
- 33) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）84頁以下。
- 34) 室井力他編著『コンメンタール行政法1 行政手続法・行政不服審査法 第2版』（日本評論社、2008年）109頁以下。
- 35) 行政庁等の職務を補助するため日常業務を行う機関。次官、局長、部長、課長、一般職員等。

第8章 風営法



風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（略称「風営法」）
昭和23年 7 月10日 法律122号

白藤博行

1 ◆風営法の趣旨・目的および組織

1－1 風俗行政の歴史

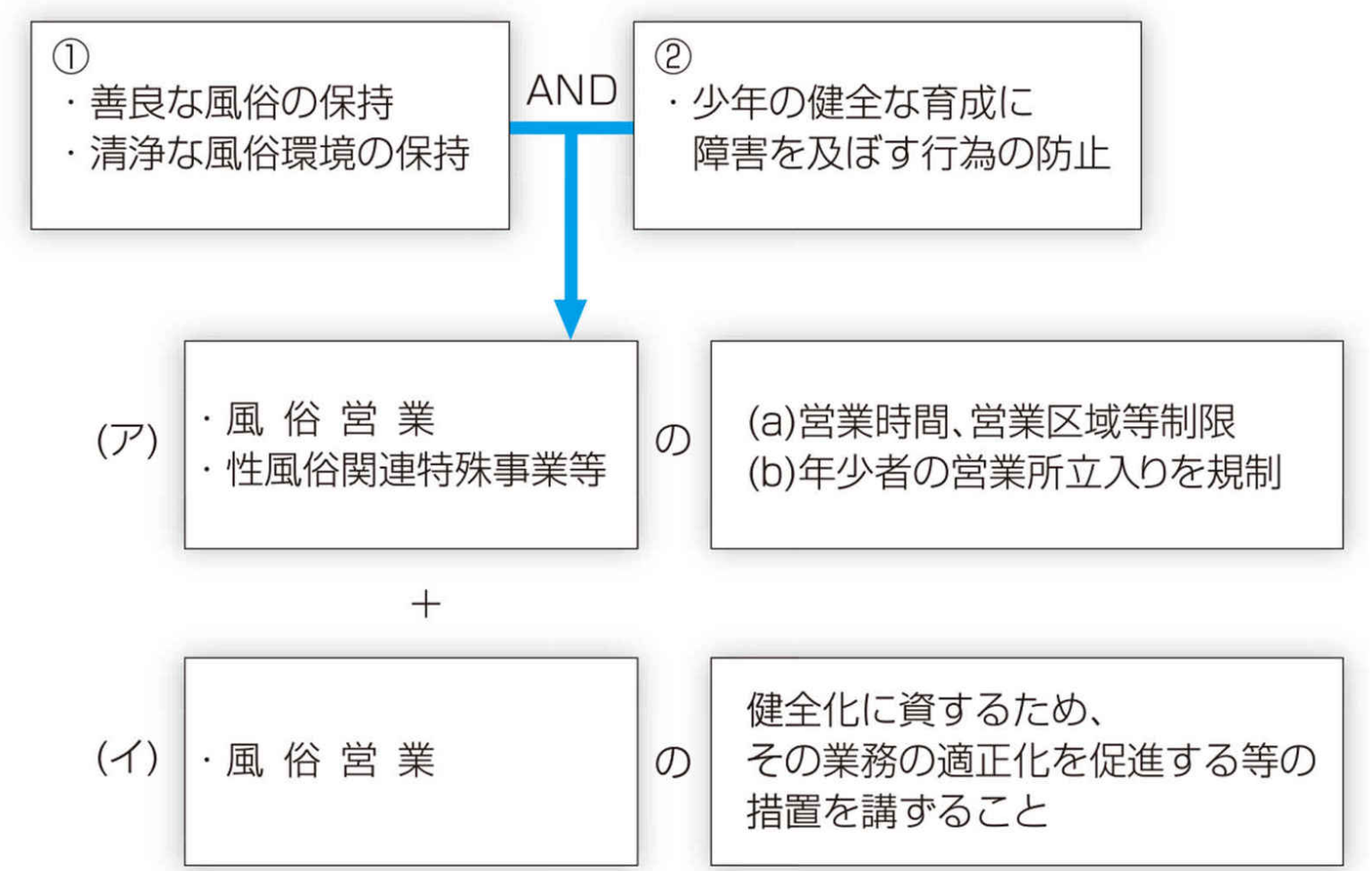
「風俗行政」・「風俗警察」の起源をどこに求めるかについては諸説あろう。古代から女性による接客は存在したといわれるが、いわゆる遊廓が作られたのは豊臣秀吉の時代であるとの説が有力である。江戸幕府は、市中に散在する娼婦を一か所に集める「集娼」制度を採用し（その典型は吉原遊廓）、遊廓の「公許」制度を導入することで、公権力による売春の積極的公認と統制に乗り出した。明治時代に入り、「人身売買ヲ禁シ諸奉公人年限ヲ定メ芸娼妓ヲ開放シ之ニ付テノ貸借訴訟ハ取上ケスノ件」（明治5年10月2日太政官布告295号）によって、日本の風俗環境は、少なくとも法的には一変した。ただ、明治政府は、この「芸娼妓解放令」よって人身売買は禁止したが、娼妓の存在自体が否定されたわけではなく、娼妓営業や貸座敷営業は存続し、「公娼」については娼妓取締規則（明治33年内務省令44号）に基づく「風俗警察」による取り締まりが行われてきた。このほか「私娼」（非合法の娼妓）が、呑屋、新聞閲覧所、興行場、ダンスホールなどに散在したため、「興行場及興行取締規則」、「特殊飲食店営業取締規則」、「舞踏教授所及舞踏教師取締規則」など、その業態ごとに「許可」制度がとられてきた。

そもそも「風俗警察」の観念は、「東京警視庁職制章程並諸規則」による「放蕩淫逸ヲ制止シテ風俗ヲ正シフスル事」の規定、行政警察規則「放蕩淫逸ヲ制止スル事」の規定を契機とされる¹⁾。「風俗行政」・「風俗警察」の所掌は内務省であったが、その具体化は、警視庁令や府県令によるところに特徴がある。たとえば警視庁令を例にとれば、芸妓営業取締規則、遊技場取締規則、宿屋営業取締規則あるいは浴場営業取締規則等のごとくである。

1ー2 風営法の趣旨・目的

第2次大戦敗戦後、旧警察法（昭和22年法律196号）では、「風俗警察」は「風俗犯罪の捜査に関すること」と同義に解されるようになったが、その後のいわゆる「脱警察化」傾向もあり、一時、食品衛生法、旅館業法あるいは公衆浴場法といった衛生上の見地から風俗に関する営業規制が行われた。しかし、戦後の混乱のなか風俗の乱れが顕在化し、公衆衛生立法とは一線を画する形で、風俗営業取締法（昭和23年7月10日法律122号）が制定された。「善良の風俗」の保持を目的として、取締対象の「風俗営業」は、「待合、料理店、カフェーその他客席で客の接待をして客に遊興又は飲食をさせる営業」、「キヤバレー、ダンスホールその他設備を設けて客にダンスをさせる営業」および「玉突場、まあじやん屋その他設備を設けて客に射幸心をそそる虞のある遊技をさせる営業」に限られた極めてシンプルなものであった。その後、風俗営業等取締法（昭和34年2月10日法律2号）と改名され、取締対象の拡大、規制方法の多様化が施され、1984（昭和59）年、現行の「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」が制定された。

図1 風営法の目的(1条)



現行の風営法は、「この法律は、善良の風俗と清浄な風俗環境を保持し、及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため、風俗営業及び性風俗関連特殊営業等について、営業時間、営業区域等を制限し、及び年少者をこれらの営業所に立ち入らせること等を規制するとともに、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずることを目的とする。」（1条）と定めるところであるが、「風俗営業等取締法」からの名称変更にとどまらない重要な変更が内在する。かつての風俗営業等取締法は、いわゆる「飲む、打つ、買う」にかかるサービス提供の規制に関する法律として、売春、賭博等に至る犯罪抑止を目的とする、警察行政権の発動は必要最小限に抑制されるべきであるという意味で、もっぱら消極目的を有するところの警察行政法の法的性格を有するものであった。いわゆる「風俗警察作用」を対象とし、保安警察・行政警察の警察行政法規として、まさに旧警察法における「犯罪の抑止」のひとつとしての「風俗犯罪の捜査に関すること」といった規制と平仄を合わせるものであった。その後、上述のごとく、いわゆる「脱警察化」の傾向の中で「衛生警察」のひとつとして位置付けられることにもなるが、一貫して消極目的としての法的性格（＝警察行政の性格）は維持されてきたといつてよい。この法的性格は、1984（昭和59）年改正で、大きく転換されることになった。すなわち、風営法は、「少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止」し、年少者を風俗営業および性風俗関連特殊営業等の営業所に立ち入らせること等を規制するだけでなく、「風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずる」といった積極目的を掲げて登場することになる。

その後も、風俗営業等の業態の多様化に対応するため、風営法の改正はかなり頻繁に行われてきた。なかでも2005（平成17）年改正は、外国人接客従業者の在留資格の確認義務の新設のほか、飛躍的に増大する「性風俗関連特殊営業」の規制強化のため、同営業の届出確認書の交付制度あるいは同営業の集客行為の規制強化のため、広告宣伝の方法規制強化に乗り出した。

2 ◆ 風営法全体の仕組み（構造）

2-1 風営法の規制対象営業

風営法は規制対象を、営業の業態に着目して、「風俗営業」と「性風俗関連特殊営業」に大別する。さらにこの業態例示とは別に、「特定遊興飲食店営業等」、「興行場営業」、「特定性風俗物品販売等営業」および「接客業務受託営業」も規制対象としている。とくに「風俗営業」と「性風俗関連特殊営業」の区分は、規制方法との関係で意味をもってくる。おおむね以下の通りである。

ア 風俗営業（法2条1項）

- ・キャバレー、待合等営業（1号）
- ・低照度飲食店営業（2号）
- ・区画席飲食店営業（3号）
- ・まあじゃん屋・ばちんこ屋等営業（4号）
- ・ゲームセンター等遊技場営業（5号）

イ 性風俗関連特殊営業（法2条5項）

① 店舗型性風俗特殊営業（法2条6項）

- ・個室付浴場業（1号）
- ・ファッションヘルス営業（2号）
- ・ストリップ劇場等営業（3号）
- ・ラブホテル等営業（4号）
- ・アダルトショップ等営業（5号）
- ・その他政令が定める営業（同法施行令5条の出会い系喫茶営業）

② 無店舗型性風俗特殊営業（法2条7項）

- ・デリバリーヘルス営業（その受付所営業を含む。1号）
- ・アダルトグッズ通信販売等営業（2号）

③ 映像送信型性風俗特殊営業（法2条8項）

④ 店舗型電話異性紹介営業（法2条9項）

⑤ 無店舗型電話異性紹介営業（法2条10項）

ウ 特定遊興飲食店営業（法2条11項）

エ 興行場営業（法35条。ただし、「興行場」の定義は、興行場法1条）

オ 特定性風俗物品販売等営業（法35条の2）

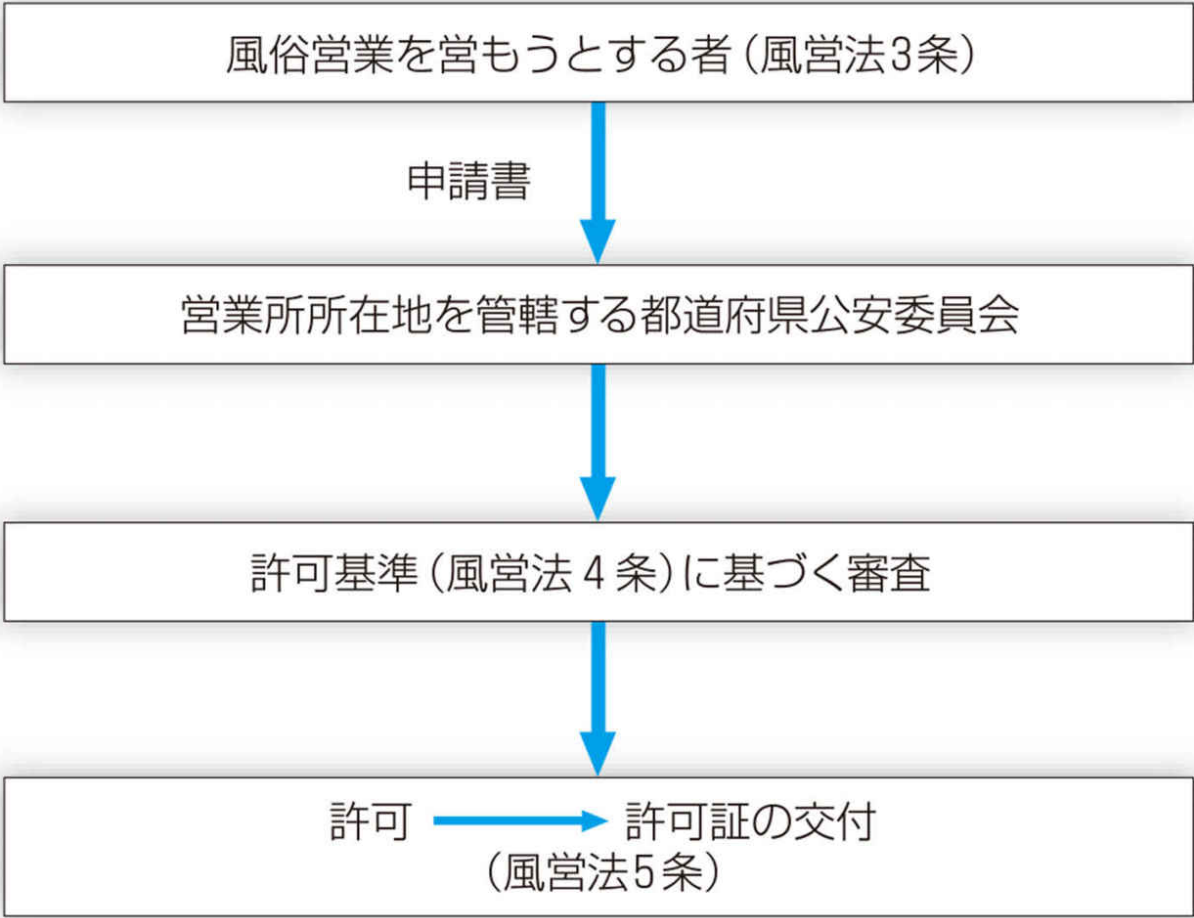
カ 接客業務受託営業（法2条13項、35条の3、35条の4）

2-2 風営法の規制方法

風営法が規制対象としているすべての営業規制の方法について論じる暇はないので、風営法の規制にかかる行政の行為（活動）形式の典型的なものだけを取り上げることにする。また、紙幅の関係上、もっぱら風俗営業と性風俗関連特殊営業を中心とした叙述となることをお断りしたい。

(1) 風俗営業の許可制

図2 許可申請



風営法は、風俗営業を営もうとする者に、上記の営業の種別ごとに、営業所ごとの許可の取得を義務付け（3条）、許可なく営業を行う者に対して、2年以下の懲役もしくは200万円以下の罰金に処し、またはこれを併科するとあることから（49条1号）、講学上の典型的な許可制が採用されているといつてよい。当該営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会は、営業者にかかる基準、営業所の構造・設備に関する基準、営業所の場所に関する基準等に照らして許可することになるが、風営法4条各号および同法施行規則等が定める営業者基準は相当厳しいものがある。

また、許可を得て風俗営業を営む者（風俗営業者）については、許可証掲示義務（6条）や名義貸禁止（11条）のほか、営業所の構造・設備規制、営業時間制限、照度規制、騒音・振動規制、広告・宣伝規制、料金表示規制、年少者の立入禁止表示規制、接客従業者に対する拘束的行為制限、遊技料金等制限、遊技機の規制・認定規制などの遵守事項が定められ、また、営業に関する客引き禁止、そのための路上での立ちふさがり、つきまといの禁止、18歳未満の者による接客行為の禁止、遊技場営業者の禁止行為が定められ、管理者選任等の義務も賦課される。これら遵守事項や禁止行為に違反した場合には、後述する「指示」、「営業の全部・一部の停止」、「許可の取消し」などの「処分」が用意されているから要注意である。

(2) 性風俗関連特殊営業の届出制

これに対して、性風俗関連特殊営業の規制では、許可制を採用せず、届出制が採用されている。風営法は、そもそも性風俗関連特殊営業の属性を「本質的にいかがわしい」ものと考え、これを「社会的に有益、かつ有意義である」風俗営業と区別する考え方に立脚しているとの解説があるが²⁾、その当否はともかく、一般論としては、「本質的にいかがわしい」性風俗関連特殊営業の方が、許可制よりもより緩やかな規制である届出制を採用していることの不思議は指摘できよう。ただ、だからといって風営法における性風俗関連特殊営業の規制が、風俗営業の規制よりも弱い規制であるということではなさそうである。

たとえば、性風俗関連特殊営業のうち店舗型性風俗特殊営業については、たしかに届出でもって営業が開始できとしながらも（法27条）、営業禁止区域等制度（法28条1・2項）および広告制限区域等制度（法27条5項）を採用し、営業所または受付所が営業禁止区域等にある場合（法27条4項ただし書・31条の2第4項ただし書）や虚偽の届出がなされた場合等には届出確認書は交付しないといった、公安委員会による厳格な「届出確認書」交付制度が導入されている。この届出確認書は、営業所に備え付けることが義務付けられており、事実上、許可制度と変わらない運用がなされているようである。なお、届出確認書の交付にかかわる法律問題として、風営法施行規則43条2項（施行規則54条2項・65条2項において準用する場合を含む）の規定による届出確認書不交付通知書の交付については、これにより「特定の者を名けて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する」ものではないから、「不利益処分」にはあたらない（行手法2条4号）とされる。ただし、風営法27条の届出は、届出確認書の交付を求める行為として、行手法2条3号の「申請」にあたるとする福岡地判平成20・2・25LEX/DB25421219がある。

(3) 指示

風営法では、「指示」という行政の行為（活動）形式が、風俗営業および性風俗関連特殊営業の規制について頻繁に用いられている（法25条、29条、31条の4第1項、31条の6第2項1号、31条の9第1項、31条の11第2項1号、31条の14、31の19第1項、31条の21第2項1号、31条の24、34条1項ならびに35条の4第1項および4項1号関係）。警察庁生活安全局長から各管区警察局長、各都道府県警察の長および（参考送付先）各附属機関の長宛て出された「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について（通達）」（平成26年10月17日、警察庁丙保発37号・警察庁丙少発45号、以下「警察庁解釈運用基準」という）によれば、指示規定の趣旨は、営業者の自主的な努力を促す手段として設けたものであり、比例原則ののっとって行うべきものであり、営業者に過大な負担を課すものであってはならないとの留意事項が付され、また、指示の内容は、法令違反状態の解消のための措置、将来の違反の防止のための措置等を具体的に示すものでなければならぬ、ともされている。

行政実務では、警察が風俗営業者の法令違反を発見した場合の対応のひとつとして、しばしば「指示処分」があげられる。実際、風営法上の「処分」のうち、指示が最も頻繁に行われるという。現行の風営法25条には、「公安委員会は、風俗営業者又はその代理人等が、当該営業に関し、法令又はこの法律に基づく条例の規定に違反した場合においては、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し、又は少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるときは、当該風俗営業者に対し、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要な指示をすることができる」とあるが、本条は、1984（昭和

59) 年の風営法改正において制定されたものであり、改正前は「風俗営業者が守らなければならない事項はすべて直罰であつたため取締法的色彩が濃厚であつたところ、これが営業者の自主的な健全化のための努力をそぐきらいがあつた」ことから、「風俗営業者が守らなければならない事項を遵守事項と禁止行為に区分し、日常的な営業活動に伴って生じる違反については、第一次的には行政処分により対処し、営業者の自主的な健全化のための努力を尊重することとする」といった経緯があるようである³⁾。前述の警察庁解釈基準における「指示の規定は、営業者の自主的な努力を促す手段として設けたものである」との記述も、同様の趣旨から出たものであろう。このため、指示の具体例として、著しく射幸心をそそるおそれのある行為を示唆する物がみられる場合、ただちに当該物を撤去することなどの指示や、客室内の見通しを妨げる設備の設置に対して、客室内部の見通しを妨げる設備を設けないこと、あるいはその他営業所の構造および設備の技術上の基準を遵守することといった指示があり得るところである。また、再度の違反を防止するための措置や改善後の報告を求めるような指示もしばしばみられるところである。

こうしてみると、一般には、一見「改善」を促す行政指導のように理解されているようにみえ、行政法学上の行政行為あるいは行政処分のイメージからはほど遠いように思われる。たしかに指示に違反したことを前提にして営業の全部または一部の停止処分が行われ、その量定が重くなる可能性が高くなるが、それによって指示の拘束力が担保される訳ではないからである。あくまでも直罰（罰則）で担保されている訳ではないのである。それでもこのような内容の指示が、実務上、「指示処分」とよばれ、行政処分として通用する理由は、より直截的には、たとえば「特例風俗営業者」の認定にかかわり、**風営法10条の2第1項2号**が、「過去十年以内にこの法律に基づく処分（指示を含む。以下同じ）を受けたことがなく、かつ、受けるべき事由が現にないこと。」と明定するなどして、この限りで風営法上は、「この法律に基づく処分」の中に指示が含まれることが明らかであることが決定的な理由であろう。

このように指示の法的性格が行政処分であることは、行政手続法、行政不服審査法および行政事件訴訟との関係で極めて重要である。すなわち、一般に、行政処分である指示を行うに際しては、「**聴聞及び弁明の機会の付与に関する規則**」（平成6年9月26日国家公安委員会規則26号）**20条**に規定する弁明通知書を交付し、営業者に対し弁明の機会を付与するものとする」とされており（ただし、技術的な基準に従うべきことを指示するときは、**行政手続法**（平成5年法律88号）**13条2項3号**の規定により弁明の機会の付与を要しない）、行政処分の手続ルートに乗ってくるからである。

また、**風営法25条**にかかる**風営法施行規則86条1項**（「法の規定に基づき処分（指示を含む。以下同じ。）」といった書きぶりになっている）によれば、**風営法25条**の指示を行う際には、理由を付記した書面の交付をもって行うこととされており、その書面には不服申立てをすることができる旨を記載して行うものであるとされている（根拠は、指示は「行政処分であり、**施行規則86条1項**の書面に不服申立てをすることができる旨を記載して行うものである」と明記した警察庁解釈運用基準である）。このように、指示に処分性が認められる限り、不利益処分にかかる行政手続の適正保障、行政不服審査法の審査請求や行政事件訴訟法の抗告訴訟の対象となり得る可能性が担保されるということに注意したい。

（４）営業停止等

風俗営業にしても、性風俗関連特殊営業にしても、指示のあとは、指示に従ったかどうかが確認され、指示に違反している場合には、営業停止等（営業許可の取消し、営業の廃止を含む）の処分がなされる。営業停止等は、風俗営業、性風俗関連特殊営業、特定遊興飲食店営業、興行場営業、特定性風俗物品販売等営業および接客業務受託営業のそれぞれについて、**風営法8条、26条、30条、31条の5、31条の6第2項2号**および**3号、31条の15、31条の20、31条の21第2項2号、31条の25、34条2項、35条、35条の2、35条の4第2項**および**4項2号**ならびに**41条の2**などに基づき行われる。

このうち風俗営業の営業停止等の発動要件について、**法26条**は、①「風俗営業者若しくはその代理人等が当該営業に関し法令若しくはこの法律に基づく条例の規定に違反した場合において著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがあると認めるとき」、または②「風俗営業者がこの法律に基づく処分若しくは**第3条第2項**の規定に基づき付された条件に違反したとき」と定める。②の「法律に基づく処分」に指示が含まれることについてはすでに述べたが、ここでは、①の要件にかかわって重要なのは、「法令若しくはこの法律に基づく条例の規定に違反」と「著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがある」ことの要件が同時に満たされることが必要であるという点である。つまり、「法令若しくはこの法律に基づく条例の規定に違反」が満たされただけでは、営業停止等の処分はできないということになる。「著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼすおそれがある」との要件が、どのような場合に満たされるのかは、解釈論として重要な論点となる。

これに対して、たとえば性風俗関連特殊営業のうち店舗型性風俗特殊営業にかかる営業停止等の発動要件は、「この法律に規定する罪（**第49条第5号**及び**第6号**の罪を除く）若しくは**第4条第1項第2号**から**へまで、チ、リ、ル若しくはヲ**に掲げる罪に当たる違法な行為その他善良の風俗を害し若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼす重大な不正行為で政令で定めるものをしたとき、又は店舗型性風俗特殊営業を営む者がこの法律に基づく処分に違反したとき」と定められ、いかにも規定ぶりが異なる。「一定の罪に当たる違法な行為その他重大な不正行為をした場合に限定されるが、具体的な状況で善良の風俗を害する等のおそれがあることを要しない」（警察庁解釈基準27号参照）と解されるゆえんである。営業停止等の処分は、その業態によってその存続を左右する重大な問題である。それぞれの処分の要件と効果、および一つの処分が他の営業の継続にどのような影響を与えることになるのか、丁寧な解釈が不可欠である。

（５）措置命令等

風営法では、とくに映像送信型性風俗特殊営業の規制において、措置命令等の行為形式が好んで採用されているようである。映像送信型性風俗特殊営業者には、わいせつな映像または児童ポルノ映像を含む自動公衆送信装置の記録媒体の映像送信を防止するため必要な措置を講ずる努力義務の賦課（**31条の8第5項**）、自動公衆送信装置設置者に対する措置勧告（**31条の9**）、年少者の利用防止のための措置命令（**31条の10**）、都道府県風俗環境浄化協会に対する措置命令（**39条3項**）などがある。

（６）罰則

最後は、罰則でもって、あれこれの行政の行為形式の実効性を担保することになる。たとえば、風俗営業に関しては、遵守事項違反に対して、まずは指示がなされ、これに違反すれば、営業停止等の不利益処分という流れになるが、最後は罰則である（禁止行為違反の場合は、指示なしで営業停止等の処分、そして罰則）。

性風俗関連特殊営業の場合、営業禁止区域等（営業禁止区域および営業禁止地域）および広告制限区域等（広告制限区域および広告制限地域）にかかる違反があれば、直ちに営業停止等の処分や罰則が科される可能性がある。

2－3 警察官の立入り・少年指導員の立入り

公安委員会は、風営法の施行に必要な限度において、風俗営業者、性風俗関連特殊営業を営む者等に対し、その業務に関し報告または資料の提出を求めることができ、警察職員は、同法の施行に必要な限度において、風俗営業の営業所、店舗型性風俗特殊営業の営業所等に立ち入ることができる。したがって、犯罪捜査の目的や他の行政目的のために行うことはできない。営業所等に設けられている個室その他これに類する施設で客が在室するものについては、直ちに立入りはできない（[風営法37条2項](#)、[3項](#)および[4項](#)）。この立入りを拒んだり、妨げたりまたは忌避する場合は、**100万円**以下の罰金が科される（[法53条7号](#)）。

公安委員会は、少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があると認めるときは、この風営法の施行に必要な限度において、自らが委嘱した少年指導委員をして、風俗営業の営業所、店舗型性風俗特殊営業の営業所等に立ち入らせることができる（[法38条の2](#)）。これらの即時強制的な行政活動は権力性が強いことから、細心の注意が必要であり、風営法の施行に必要な限度においてであるから、たとえば、経営状態の把握のために会計帳簿や経理書類等の提出を求めたり、保健衛生上の見地から調理場の検査を行ったりすること等は認められない。

2－4 風営法独自の行政手続（特例聴聞）

風俗営業と特定遊興飲食店営業が許可制、性風俗関連特殊営業と深夜における酒類提供飲食店営業が届出制をとっている以外、いわゆる事前規制といわれる行政手続は不要である。申請先と届出先が営業所の所在地を管轄する公安委員会である点で特異といえば特異であるが、何か特別の行政手続があるわけではない。たとえば「風営法許可申請」と入力すれば、警視庁をはじめとして、各県の風俗営業の許可申請手続が、申請書式も含めて、丁寧に解説されており、行政書士でなくても申請可能のようにもみえる。

問題は、指示を受けたり、あるいは営業許可を取り消されたり、営業停止等の処分を受けたりするときの手続ではなかろうか。指示についてはすでに述べたので、ここでは、営業許可の取消や停止の処分について触れておきたい。

風営法40条1項は、風営法上の営業停止（26条、30条1項もしくは3項、31条の5第1項、31条の6第2項2号、31条の15第1項、31条の20、31条の21第2項2号、31条の25、34条2項、35条、35条の2もしくは35条の4第2項もしくは4項2号）および営業廃止（30条2項、31条の5第2項、31条の6第2項3号もしくは31条の15第2項）の処分手続について、行手法13条1項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならないとしている。いわゆる「特例聴聞」といわれるものである。これは、営業取締に関して、旧風俗営業等取締法がすでに聴聞手続を規定していたという歴史による。

同法41条2項は聴聞の「公示」を定めており、公示を欠く聴聞は違法となろう。また、同法4項は、審理の公開を定めており、行政手続法にはない特例である。

3 ◆風営法と条例——風営法の規制に關係するもう1つの法形式

3－1 風営法における地方公共団体の事務の性質

風営法の世界も、他の行政法領域と同様に、風営法（法律）、風営法施行令（政令）、風営法に基づく許可申請書の添付書類等に関する内閣府令、風営法施行規則、遊技機の認定及び型式の検定等に関する規則、少年指導委員規則および風俗環境浄化協会規則（いずれも国家公安委員会規則）などなど、階層的な法形式を豊富に使って、風俗行政および風俗警察の運営が行われている。特徴的なのは、これらの法形式のどれよりも実務上で有力なのが、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について（通達）」（警察庁丙保発**37**号、警察庁丙少発**45**号）という解釈基準であることである。すでに述べたように、本通達の名宛人は、各管区警察局長および各都道府県警察の長であるが、参考送付先として各附属機関の長宛てにも送付されており、いわゆる「通達行政」の典型事例である。手元に風俗問題研究会著『最新風営適正化法ハンドブック全訂第3版』（立花書房、**2011**年）があるが、「解釈運用基準」（平成**22**年7月9日警察庁丙保発**14**号、丙少発**22**号）からの引用で埋め尽くされている。風営法の趣旨・目的を地方の隅々までいきわたらせ、善良の風俗と清浄な風俗環境を保持するための遺漏なき行政を行うことは並大抵のことではないと思われるが、ここでは、地方の独自性を発揮する条例との関係について触れておきたい。

あくまでも一般論であるが、**1999**年地方自治法改正（**2000**年施行）によって、いわゆる機関委任事務体制なるものは廃止され、地方公共団体が処理する事務は、すべて地方公共団体の事務であるという整理がなされ、この地方公共団体の事務は法定受託事務と自治事務に区分されることになった（[地自法2条8項](#)および[9項](#)）。この事務区分に関する改正趣旨は、いうまでもなく機関委任事務に対する国の強い指揮監督の呪縛から地方公共団体を解放し、本来の地方自治的な事務の処理を取り戻すことにほかならない。そのため法定受託事務であれ、自治事務であれ、地方公共団体の事務である限り、国の関与は自治法で限定された関与類型の中から選択的に行われ、とくに自治事務に関する関与は、国の権力的な関与を極力抑制し（「是正の要求」に限られる）、自治裁量権の行使を最大化することが目的とされた。風営法における国と地方公共団体との関係も、このような地方自治法改正から自由ではないことがまずは確認されねばならない。このような観点から風営法をみると、風営法における地方公共団体の事務は、自治裁量を最大限生かすべき自治事務であることにまずは注意したい。

3－2 風営法と条例との関係

（1）風俗営業にかかる営業制限地域規制条例

風営法21条は、たしかに「第12条から第19条まで及び前条第1項に定めるもののほか、都道府県は、条例により、風俗営業者の行為について、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し、又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要な制限を定めることができる。」として、風俗営業者の遵守事項等についての条例委任を明文で定めている。以下では、このほか風俗営業と性風俗関連特殊営業についての典型的な委任条例をみておきたい。

まず風営法は、風俗営業の許可について、都道府県の公安委員会の許可を得なければならないとして（3条）、その許可基準のひとつとしての営業制限地域について、「営業所が、良好な風俗環境を保全するため特にその設置を制限する必要があるものとして政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める地域内にあるとき」と定めている。これを受けて、風営法施行令6条は、「政令で定める基準」を以下のように定める。

- 「法第4条第2項第2号の政令で定める基準は、次のとおりとする。
- 一 風俗営業の営業所の設置を制限する地域（以下「制限地域」という。）の指定は、次に掲げる地域内の地域について行うこと。
 - イ 住居が多数集合しており、住居以外の用途に供される土地が少ない地域（以下「住居集合地域」という。）
 - ロ その他の地域のうち、学校その他の施設で学生等の利用者の構成その他のその特性にかんがみ特にその周辺における良好な風俗環境を保全する必要がある施設として都道府県の条例で定めるものの周辺の地域
 - 二 前号ロに掲げる地域内の地域につき制限地域の指定を行う場合には、当該施設の敷地（これらの用に供するものと決定した土地を含む。）の周囲おおむね百メートルの区域を限度とし、その区域内の地域につき指定を行うこと。
 - 三 前二号の規定による制限地域の指定は、風俗営業の種類及び営業の態様、地域の特性、第一号ロに規定する施設の特性、既設の風俗営業の営業所の数その他の事情に応じ、良好な風俗環境を保全するため必要な最小限度のものであること。」

そして、たとえば東京都は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例で、以下のように「風俗営業の営業所の設置を特に制限する地域」（3条）を定める。

- 「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（略）第4条第2項第2号の条例で定める地域は、次の地域とする。
- 一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域及び準住居地域（以下「住居集合地域」という。）。ただし、法第2条第1項第7号及び8号の営業に係る営業所については、近隣商業地域及び商業地域に近接する第二種住居地域及び準住居地域で東京都公安委員会規則（以下「規則」という。）で定めるものを除く。
 - 二 学校、図書館、児童福祉施設、病院及び診療所の敷地（これらの用に供するものと決定した土地を含む。）の周囲百メートル以内の地域。ただし、近隣商業地域及び商業地域のうち、規則で定める地域に該当する部分を除く。」

風俗営業の営業制限地域の指定が、風営法という法律から、風営法施行令という政令に委任され、その定める基準に従い条例で定めることが都道府県条例に委任されている。これは、たしかに法令と条例との関係の問題ではあるが、あくまでも法令による条例委任の問題であり、法律から委任条例に至る階層的な法形式の典型例であるが、それでもここまで読まないで都道府県条例による営業制限地域はわからないように仕組まれている。

さらに、もし市町村条例によって独自の営業制限地域を定める場合、典型的な法令と自治（自主）条例との紛争事例となる。【裁判例①】

（2）性風俗関連特殊営業にかかる営業禁止区域等規制条例

- 風営法28条は、性風俗関連特殊営業のうち店舗型性風俗特殊営業の禁止区域等について、以下のように定めている。
- 「店舗型性風俗特殊営業は、一団地の官庁庁施設（略）、学校（略）、図書館（略）若しくは児童福祉施設（略）又はその他の施設でその周辺における善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止する必要があるものとして都道府県の条例で定めるものの敷地（これらの用に供するものと決定した土地を含む。）の周囲二百メートルの区域内においては、これを営んではならない。
- 2 前項に定めるもののほか、都道府県は、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があるときは、条例により、地域を定めて、店舗型性風俗特殊営業を営むことを禁止することができる。」

ここでは、風俗営業の場合と違って、単純に委任条例と解することはできないが、都道府県条例による保護対象施設の上乗せを許容し、禁止区域の拡大を可能としており（1項）、また、「善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があるとき」、都道府県条例による店舗型性風俗営業の禁止区域を独自に定めることを許容しているように読める。ここでも、それでは、市町村条例によって、このような「上乗せ」規制が可能かどうかとなると、風営法と自治（自主）条例との関係問題となり、紛争事例となることが多い。【裁判例②】

（3）風営法と自治（自主）条例

⑦ 法令と条例の関係についての判例

法令と条例との関係についての判例である徳島市公安条例事件最高裁判決（昭和50・9・10刑集29巻8号489頁）は、以下のように判決している。

「地方自治法14条1項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法2条2項の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない。例えば、ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである。」

この判決の意義は、①法令と条例の目的が同一か、②法令が法令以外の規制を条例で行うことを一切ならず許さない趣旨か、③法令と条例との間に矛盾抵触関係が存在するか、④条例制定に特別の意義と効果が存在するか、そして⑤条例が法令よりも重い法定刑を規定することに合理性があるか、といった論点についての審査方法を確立した点にある。現在もなお、本判決をベースに裁判審査が行われている意味でリーディングケースといえる。

⑧ 風営法と「風俗案内所規制条例」

風営法16条は、風俗営業の広告および宣伝の規制について、「風俗営業者は、その営業につき、営業所周辺における清浄な風俗環境を害するおそれのある方法で広告又は宣伝をしてはならない。」と定めるものの、具体的な規制方法について定めていない。また、性風俗関連特殊営業（店舗型性風俗特殊営業）の広告および宣伝の規制についても、28条5項において、以下の通り定めるだけである。

- 「店舗型性風俗特殊営業を営む者は、前条に規定するもののほか、その営業につき、次に掲げる方法で広告又は宣伝をしてはならない。
- 一 次に掲げる区域又は地域（第3号において「広告制限区域等」という。）において、広告物（常時又は一定の期間継続して公衆に表示されるものであつて、看板、立看板、はり紙及びはり札並びに広告塔、広告板、建物その他の工作物等に掲出され、又は表示されたもの並びにこれらに類するものをいう。以下同じ。）を表示すること。
 - イ 第1項に規定する敷地（同項に規定する施設の用に供するものと決定した土地を除く。）の周囲二百メートルの区域
 - ロ 第2項の規定に基づく条例で定める地域のうち当該店舗型性風俗特殊営業の広告又は宣伝を制限すべき地域として条例で定める地域
 - 二 人の住居にピラ等（ピラ、パンフレット又はこれらに類する広告若しくは宣伝の用に供される文書図画をいう。以下同じ。）を配り、又は差し入れること。
 - 三 前号に掲げるもののほか、広告制限区域等においてピラ等を頒布し、又は広告制限区域等以外の地域において18歳未満の者に対してピラ等を頒布すること。」

このように風俗営業や性風俗関連特殊営業にかかる広告および宣伝が風営法上規制されたため、風営法2条1項1号および2号の営業にかかわる接待内容、接待従事者、接待時間、客の遊興事項あるいは料金などの情報提供を別に行う業態のサービスが横行するようになった。ところが風営法の規制が不十分であるため、いわゆる「風俗案内所」や「風俗案内」についての規制が、地域の実情に照らして不十分であると考える地方公共団体は、都道府県などの中には、「風俗案内所」等の届出を義

務付けたり、禁止地域や年少者の立入禁止などを定めたりする自治（自主）条例を制定するところが増えている。ただ、京都府風俗案内書規制条例事件では、京都地裁と大阪高裁の憲法判断が、見事に分かれてしまっているのです、熟読吟味してほしい。

参考【条例制定都府県】

- ・京都府風俗案内所の規制に関する条例【[裁判例③](#)】
- ・東京都歓乐的雰囲気を過度に助長する風俗案内の防止に関する条例
- ・千葉県風俗案内業の規制に関する条例
- ・愛知県風俗案内所規制条例
- ・岐阜県風俗案内業の規制に関する条例
- ・大阪府特殊風俗あっせん事業の規制に関する条例
- ・広島県歓乐的雰囲気を過度に助長する風俗案内の防止に関する条例
- ・福岡県風俗案内業の規制に関する条例
- ・沖縄県風俗案内業の規制に関する条例

4 ◆2015年風営法改正と今後の風営法のあり方

最近、風営法上のダンス営業規制のあり方が問われる判決が登場し、風営法の改正が**2015年**に行われることとなった。風営法の「接待」概念である「**歓乐的雰囲気**を醸し出す方法により客をもてなすこと」（**法2条3項**）そのものの意義が問われる事件であり、今後の風営法の規制の行方を占うひとつの材料となろう。**【裁判例④】**

実際、**2015年風営法改正（2016年6月施行）**では、客にダンスをさせる営業に関する規制範囲の見直しが行われ、当該営業の一部が風俗営業から除外され、営業形態に応じた規制を行うこととなった。「客にダンスをさせる営業」は、①「客にダンスをさせ、かつ、客の接待をして客に飲食させる営業」（キャバレー等）、②「客にダンスをさせ、かつ、客に飲食させる営業」（クラブ、踊れるレストラン等）および③「客にダンスをさせる営業」の営業形態に大別される。このうち、「接待をするもの」または「低照度のもの」に属する営業は、そのまま風俗営業とされるが、「低照度でなく、深夜まで営業するもの」（ただし、酒類の提供を伴うものに限る）は、特定遊興飲食店営業規制の対象とされ、「低照度でなく、深夜に営業しないもの」や「低照度でなく、酒類の提供を伴わないもの」は、飲食店営業規制の対象とされることとなった。その結果、これ以外の客にダンスをさせる営業（ダンスホール等）は、風営法の規制対象から除外されることとなった。

NOON判決**【裁判例④】**にかかる最高裁判決が待たれるところではあるが、すでに地裁・高裁の判決は、**2105年風営法改正**に大いに影響を与えている。すなわち、あくまでも「**歓乐的雰囲気を醸し出す方法により客をもてなすこと**」（**法2条3項**）といった「接待」概念は維持しつつ、これと区別される「ダンスをさせる営業」の営業形態を認め、これを風俗営業の規制対象から除外する考え方は、今後の風営法の規制のあり方を考える上で示唆的である。

【事 案】

「伊丹市教育環境保全条例」（以下、「本件条例」）による規制は、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」（以下、「風営法」）および「兵庫県風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例」（以下、「同法施行条例」）による規制の範囲を超えた違憲・違法の条例であり、これに基づく市長のパチンコ店建設不同意処分は違法であるとして取消を求めた事案。

【判決の概要】

風営法および同法施行条例が、風俗営業に関する規制およびその適正化に主要な目的があるのに対し、本件条例は、良好な教育環境の保持を目的とするもので、市の豊かな街づくりを目指す施策に深く関係し、その一貫として制定されたものという位置付けができる。その規制方法についても、本件条例は、街づくりに関連するという観点から、建築物の建築規制という方法を採用しており、営業規制という手法をとる風営法とは著しい違いがある。本件条例と風営法および同法施行条例とは、その目的および規制方法を異にするものであり、風営法が規定する目的と効果をなんら阻害するものではない。また、本件条例と風営法および同法施行条例との間において共通する面があったとしても、地方自治の本旨にのっとり、地方公共団体の事務に属する街づくり政策の一貫として、良好な環境の下での豊かな住宅都市の建設を目的とする施策の一貫として制定され運用されている本件条例は、それ自体、行政目的を有するものであるということが出来るから、風営法および同法施行条例と重複する二重の規制であるとして、直ちに違憲・違法となるものではない。

各市町村において、各地域の実情に応じた風俗環境を保持するために、地域の状況に即して、都道府県が定める地域以外の地域においても、その公共団体の立法手段である条例をもって、同様に規制をすることは、十分合理性が認められるものであつて、風営法および同法施行条例に反するものではないといわなければならない。風営法が風俗営業の規制に関し、同法の規定のみによって全国的に一律に同一内容の規制を施すものではなく、各地方公共団体により独自の規制を施すことを前提としていることは、同法がその規制対象地域の定めを各都道府県の条例に委ねていることから明らかであるし、また、都道府県の条例の規制対象地域以外の地域における規制につき、各市町村の実情に応じ、各市町村が良好な風俗環境、教育環境を保全するために独自の規制を加えることを容認していないとする規定は存しない。

本件条例と風営法および同法施行条例とは、その目的および規制方法を大きく異にし、教育環境保全条例の適用によって、風営法の意図する目的と効果をなんら阻害するものではないし、また、両者の間にその目的において共通する面があったとしても、風営法は各地方の実情に応じて、独自の規制をすることを容認していないとは解せられないから、教育環境保全条例と風営法および兵庫県施行条例との間になんら矛盾抵触はないといわなければならない、教育環境保全条例を違憲・違法なものといふことはできない。

【法的問題点】

「[3－2（1）](#)風俗営業にかかる営業制限地域規制条例」の具体判例である。[風営法（4条2項2号）](#)は、風俗営業の営業制限地域の指定に関して、まずは政令に委任し、指定のための具体の要件を定め、これに従つて都道府県条例が個別の規定を施すことになっている。この限りで生じうる法律問題としては、条例に対する法令による委任の範囲の問題しか生じない。ところが、本件のように、法律が明文でもって都道府県に委任しているほかに、市町村が独自の自治（自主）条例に基づき、風俗営業に関する営業制限地域を規制することになると、話は別である。憲法が保障する自治権のひとつとしての条例制定権の範囲の問題、とりわけ法令と条例との関係問題が顕在化する。

5－2 東郷町ラブホテル規制事件【裁判例②】

名古屋地判平成17・5・26判タ1275号144頁

【事案】

東郷町内でホテルの建築に着手した原告が、被告から、本件条例に基づく同ホテルの建築中止命令を受けたため、主位的には本件命令の無効であることの確認を、予備的には本件命令の取消しをそれぞれ求めた抗告訴訟の事案である。いわゆるラブホテル経営にかかわって、公共の福祉の実現という観点から一定の制約を受けると解することは憲法適合的か、また、本件条例の[憲法22条](#)旅館業法および風営法との間に矛盾抵触関係はないかが問題となった事案。

【判決の概要】

「東郷町ホテル等建築の適正化に関する条例」（本件条例）は、[旅館業法2条2項・3項](#)が規律対象とするホテル・旅館の建物の構造等について基準を設け、その基準に適合しない場合には、町長は当該ホテル等の建築に同意せず、同意なくしてホテル等を建築し、または建築しようとする者に対して、当該ホテル等の建築の中止等を命ずることができる旨を定める。ホテル等の経営にかかる[憲法22条](#)の「公共の福祉」による制約は、社会国家的見地からする積極的、政策的なものであっても、その規制の程度が、その目的を達するために合理的な関連性を有する範囲内である限り、許容される。ラブホテル経営については、利用客の出入り自体が周辺の生活環境、教育環境に悪影響を与え得るものと考えられる上、性犯罪等の発生の可能性も無視できないなど、公共の福祉の観点からする規制の必要性が高いことは否定できない。同町においては、都会化された地域と比較してラブホテルの存在による生活環境、教育環境の悪影響は相当なものであると推認され、同条例を定めたことには相応の合理性があり、同条例の定める構造基準を満たすホテル等をラブホテル等として使用することや、既存の建物をラブホテル等として利用することも禁ずるものではないことを考慮すると、規制の手法、内容が比例原則に反するとはいえないから、[憲法22条](#)に違反するとはいえない。

本件条例と風営法は、目的および趣旨においてほぼ重なり、規制対象もいずれも実質的にはラブホテルを規制対象としていると解することができるが、規制の手法については、風営法が、罰則や営業停止等の専ら事後的な規制手法であるのに対し、本件条例は、施設の建築という営業前の段階における規制である。風営法は、従来の規定では規制の及ばなかった新たな形態の性風俗営業が出現した場合には、これを規定の対象に取り込む必要があると考えていることが明らかであり、法律改正が完了するまでの間、何らの規制を加えるべきではないというのが趣旨であるとはいえないから、風営法の規制が最大限であり、条例による上乗せ規制、横出し規制を一切許さない趣旨であるとはできないので、風営法の規制対象外となっている性的好奇心を高める設備等を有しないラブホテル等をも規制の対象としているからといって、同法の趣旨に反するとまではいえない。

【法的問題点】

「[3－2（1）](#)性風俗関連特殊営業にかかる営業禁止区域等規制条例」、とりわけ店舗型性風俗関連特殊営業の営業禁止区域等の具体判例である。[【裁判例①】](#)が風俗営業にかかる事件であるのに対して、性風俗関連特殊営業にかかる事件である点が異なる。[風営法28条](#)は、わざわざ明文でもって営業禁止区域制限を都道府県条例に委任している。厳密に言えば、都道府県条例が、風営法が定める保護対象施設から200m以上の営業禁止区域を上乗せ規制することができるかといった問題もあるが、なにより市町村条例でもってかかる上乗せ条例を定めることができるかが焦点の問題である。本判決は、法令と条例との目的の同一性は認めながらも、規制手法の違いに着目している。風営法の規制が、ラブホテル等に関する「最大限規制法律」ではなく、「最小限規制法律」と解しているところに特徴があるが、その理由付けについてももう少し考えてみたい裁判例である。

5－3 京都府風俗案内所規制条例事件【裁判例③】

5－3－1 京都地判（違憲判断）

京都地判平成26・2・25裁判所ウェブサイト

【事 案】

京都府風営法施行条例に基づき風俗案内所を営んでいた原告が、「京都府風俗案内所の規制に関する条例」（本件条例）の規制を憲法違反として、主位的に、（１）風俗案内所を営む法的地位を有すること、（２）風俗案内所において営業をする法定地位を有することの確認を求め、予備的に、本件条例にかかる保護対象施設の敷地から70mの範囲に含まれない場所において、上記主位的請求と同様の法的地位を有することの確認を求めた事案である。保護対象施設（学校、児童福祉施設、病院、無床のものを含む診療所および図書館）の敷地から少なくとも70mを超える区域において接待飲食等営業の情報提供を行う風俗案内所の営業を全面的に禁止する本件条例の規定は、府民の営業の自由を立法府の合理的裁量の範囲を超えて制限するものとして、[憲法22条1項](#)に違反し無効であるとして、（２）の訴えをいずれも却下、主位的請求（１）を棄却した事案。

【判決の概要】

風営法と本件条例の目的は、いずれも青少年の健全な育成を図ることが含まれている点では共通しているが、前者には、善良の風俗と清浄な風俗環境を保持するため、風俗営業等について、必要な規制を施すことと、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講じることが含まれているのに対し、後者には、風俗案内所に起因する府民に著しく不安を覚えさせ、または不快の念を起こさせる行為、犯罪を助長する行為等に対し必要な規制を行うことにより、府民の安全で安心な生活環境を確保することが含まれていることから、全く同一の規制目的により制定されたものとはいえない。

風営法は、風俗営業等に関する広告または宣伝に含まれるとは必ずしもいえない風俗案内という行為について、風営法の規制以外の規制を条例によって施すことを一切許さない趣旨であるとはいえない。風営法の規制対象となっていない風俗案内所を、風営法とは一部異なる公益上の目的に基づいて規制することは、直ちに風営法に抵触するものではなく、[憲法94条](#)および[地自法14条1項](#)に違反するものでもない。

本件条例の必要性は認められ、学校等の施設を保護対象施設とした上で、その敷地から一定の距離内を風俗案内所の営業禁止区域として設定することは、合理性を有する規制手段であるが、その規制手段は、特定の区域における風俗案内所の営業を、刑罰をもって全面的に禁止するものであるから、営業が禁止される区域の設定方法および禁止される営業内容の特定にあたっては、国民の営業の自由に配慮することが求められ、当該区域が過度に広範にわたって設定され、あるいは禁止される営業内容の特定が規制の必要性を超えるものである場合には、規制目的との関係で合理的な関連性がないものとして、立法府の裁量を逸脱したものと評価される場合があり得る。

京都府風営法施行条例が定める営業禁止区域は、無床の診療所を除く保護対象施設の敷地から最大で70m以内の地域に限られ、本件条例の営業禁止区域は、無床の診療所を含む保護対象施設の敷地から200m以内とされている。また、風俗営業所等における営業内容には、接待飲食等営業や性風俗関連特殊営業等があり、風営法および京都府施行条例は、いずれもこれらの風俗営業が周辺地域にもたらす弊害の程度に応じて、その規制態様を異にしているところ、本件条例は、営業禁止区域を設定するにあたり、風俗案内所、接待飲食等営業および性風俗関連特殊営業の情報提供との間で区別を設けておらず、当該営業禁止区域における風俗案内所の営業を全面的に禁止しているが、風俗案内所における接待飲食等営業に関する情報を提供する方法での営業が公共の福祉に対してもたらす弊害が、風俗営業所における接待飲食等営業がもたらす弊害よりも大きなものであることについては明確な根拠を認め難い。本件条例の目的は、風俗案内所がもたらす弊害およびこれを規制する必要性に鑑みると、公共の福祉に適うものとして合理的であるものの、当該規制目的を達成するために、本件条例にかかる保護対象施設の敷地から少なくとも70mを超える区域において接待飲食等営業の情報提供を行う風俗案内所の営業を全面的に禁止し、これを刑事罰で担保するという手段を採用することは、規制目的と規制手段との間に合理的な関連性を認めることができず、本件条例の当該規制にかかる部分は、府民の営業の自由を立法府の合理的裁量の範囲を超えて制限するものとして、[憲法22条1項](#)に違反し、無効である。

5－3－2 大阪高判（合憲判断）

大阪高判平成27・2・20LEX/DB25506058

【事案】

[5－3－1](#)の控訴審であるが、第1審被告敗訴部分を取り消し、1審原告の請求を棄却して本件条例を合憲とした事案。

【判決の概要】

風俗案内所について、その外部の環境に及ぼす影響力やそれによる弊害の大きさからして、学校等の一定の施設を保護対象施設とした上で、その敷地から一定の距離内を風俗案内所の営業禁止区域として設定した上で、そこでの風俗案内所の営業の全部または一部を禁止し、これを刑事罰で担保するという手段を採用することは合理的である。また、「風俗案内所が風俗営業所よりも外部の環境に対して格段に大きな影響を与え、かつ、違法な性風俗営業店と結び付きやすいものであることからすると、風俗案内所に対して風俗営業所より厳しい規制をすることも、それが合理的な範囲に留まる限り許されると解するのが相当である。

本件条例の保護対象施設の範囲については、合理的範囲で立法者の裁量が認められており、保健所および博物館は、いずれも青少年を含む一般の不特定多数の公衆が訪れる公共施設であって、その果たす役割等からして、当該施設利用者ないし当該街区内に居住する者にとって学校、児童福祉施設、図書館と同等と評価でき、無床の診療所の夜間診療に訪れる患者は、幼児から青少年までが含まれていることが認められ、風俗案内所に対する規制との関係で、有床の診療所に準じた施設として保護対象施設とすることに合理性が認められないわけではない。以上の事情を踏まえると、無床の診療所、保健所および博物館もまた、同保護対象施設としたとしても、それらの施設を含めた本件条例について、裁量権を逸脱濫用しているとまでは認められない。本件条例3条1項、16条1項1号は、風俗案内所に対する規制の必要性和合理性についての立法機関の判断にその裁量の逸脱または濫用があったと認めることはできず、[憲法22条1項](#)に反するとはいえない。

【法的問題点】

[【裁判例①】](#)・[【裁判例②】](#)と同様に、基本的には、徳島市公安条例事件最高裁判決の判断枠組みがベースにあるところのものである。[【裁判例①】](#)・[【裁判例②】](#)の条例の規制対象が風俗営業および性風俗関連特殊営業であるのと異なり、本件は、風営法に規定のない「風俗案内」あるいは「風俗案内所」の営業が規制対象である。風営法は、風俗営業等に関する広告または宣伝に対する規制はあるものの、風俗案内所等にかかる直接規制が存在しないため、必然的に、これについての規制は自治体の独自の自治（自主）条例によることとなる。少なくとも風営法の規制対象から外されている風俗案内所等がもたらす弊害、これを規制する必要性がそもそもあるのか、あるとしてどの程度の規制が許されるのか（比例原則問題）等が、大きな問題となる。この点、本件条例が、性風俗関連特殊営業等に関する規制より強度の規制を施している点で、第1審と第2審の判断が真逆になっている点が興味深い。「[3－2（3）](#)風営法と（自治（自主）条例）」を参照いただきたい。

5－4 風営法ダンス営業規制憲法適合性事件【裁判例④】

大阪地判平成26・4・25裁判所ウェブサイト
大阪高判平成27・1・21LEX/DB25505605

【事案】
被告人はクラブを経営するものであるが、大阪府公安委員会の風俗営業の許可を受けないで、不特定の来店客にダンスをさせ、かつ、酒類等を提供して飲食させ、無許可で風俗営業を営んだとして、風営法違反として起訴された。第1審判決が、[風営法2条1項3号](#)「ナイトクラブその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる営業」（「3号営業」）の意義について、「その具体的な営業態様から、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなどの性風俗秩序の乱れにつながるおそれが、単に抽象的なものにととらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められる営業を指す」との限定解釈をもとに、被告人の本件営業はこれに該当しないとして、無罪を言い渡したため、検察官が控訴した事案。

【判決の概要】
風営法は、性風俗秩序の維持と少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止に止まらず、3号営業が善良な風俗や周囲の風俗環境に与える悪影響を広く防止するために種々の規制を設けている。3号営業に対する規制の主な目的は、男女間の享乐的雰囲気が過度に醸成されることを防止することにより、健全な性風俗秩序を維持し、併せて、成長途にある少年の立入りを規制することで、その健全な成長に悪影響を及ぼす事態を防止することにある。
立法経緯、ダンスの多様化および営業実態の変化を併せて検討すると、旧風俗営業取締法の立法当時には、ダンスホール営業と売春が結び付いていたことや、男女が組になり、身体を接触させて踊るというダンスの様式から、客にダンスをさせることが直ちに男女間の享乐的雰囲気を醸成するような状況にあったといえるが、その後のダンスホール営業の変化に加え、男女が組にならず、身体も接触させずに個別に踊るダンスの流行など、ダンスの様式も変化した結果として、客にダンスをさせることで男女間の享乐的雰囲気が醸成される可能性は低下している。現在では、客にダンスと飲食をさせる営業であっても、ダンスの種類や様式によっては男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのない営業があり、客にダンスと飲食をさせるという指標により、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのある営業類型とみなすことは、実態に即さず、困難になった。
立法当時から想定されていた、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスをさせる営業は、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのある営業類型であり、性風俗秩序の維持と少年の健全育成という3号営業に対する主たる規制目的を達成するためには、このようなダンスをさせる営業を引き続き規制する必要があるが、これ以外のダンスについては、これを客にさせる営業によって男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成し、売春等の風俗犯罪をはじめとした性的な逸脱行動を誘発するなど、性風俗秩序を害するおそれがある類型とはいえず、3号営業の主要な規制目的に照らして規制が必要な営業と考えることはできない。また、このようなダンスを客にさせる営業所に少年が立ち入ることで直ちにその健全な育成を障害するおそれがあるともいえない。

【法的問題点】
[風営法2条3項](#)の接待概念である「歓乐的雰囲気を醸し出す方法により客をもてなすこと」の意味が問われ、ひいては風営法の「風俗営業」概念の本質が問われる事例である。風営法の目的は、「風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずること」にあり、それだけ「風俗営業」が何かはそもそも出発点の問題である。しかも、本件は、刑事罰の賦科が問題となる深刻な問題だけに注目される事件であった。とくに、ダンスについては、国際化・グローバル化がいわゆる今日において、文化・コミュニケーションの問題としても、おおいに議論すべき問題である。風俗営業だけでなく、性風俗関連特殊営業等の定義を考えるにあっても、風営法の規制対象とする営業業態についてどのようなものの考え方をするのか、影響が大きいところである。

6 ◆参考文献

- ・ 蔭山 信著『注解風営法Ⅰ・Ⅱ』（東京法令、2008年）
- ・ 風俗問題研究会『風営適正化法ハンドブック 全訂第3版』（立花書房、2011年）
- ・ 大塚 尚著『風俗営業法判例集』（立花書房、2014年）

[1\)](#) 蔭山信『注解風営法Ⅰ』（東京法令出版、2008年）3頁以下参照。
[2\)](#) 蔭山前掲・18頁、30頁。
[3\)](#) 蔭山・前掲549頁以下。

付録



審査請求書の記載例



藤代浩則

第1 ● 審査請求書について

1 処分についての審査請求書（【[審査請求書記載例1](#)】参照）

（1）必要的記載事項（[行審法19条2項](#)）

- ① 審査請求人の氏名または名称及び住所または居所
 - i）【[審査請求書記載例1](#)】では標題に続いて審査請求人の氏名・住所等を記載しているが、第1項において記載しても支障ない。
 - ii）代理人（弁護士・特定行政書士（[行政書士法1条の3第1項2号、2項^{1\)}](#)））が審査請求をする場合は、審査請求書に代理人の氏名及び住所又は居所を記載し、代理人が押印しなければならない（[行審法19条4項、行審法施行令4条2項](#)）。また、代理人による申請にあたっては代理人の資格を証するために委任状を添付する必要がある（[行審法施行令4条3項](#)）。
- ② 審査請求にかかる処分の内容
審査請求の対象が特定できるように具体的に記載すること。誰（処分庁名）が、何日付（処分の日付）でした、誰（審査請求人）に対する、いかなる処分であるか等を記載する。
- ③ 審査請求にかかる処分があったことを知った日
- ④ 審査請求の趣旨及び理由
- ⑤ 処分庁の教示の有無及びその内容
- ⑥ 審査請求の年月日

（2）任意的記載事項

- ① 標題（「審査請求書」）
- ② 審査請求する旨の文言
- ③ 審査庁となるべき行政庁の記載
- ④ 処分庁の記載

（3）補正

補正については、審理員による審理手続によることなく形式的に判断が可能であることから、審理員を指名する前に審査庁が判断する（[行審法23条](#)）。

①～⑥は必要的記載事項なので記載されていない場合には「補正」を求められる（[行審法23条](#)）。①～④は任意的記載事項なので記載されていなくとも「補正」は求められないが、記載内容が明らかに異なっている場合には事実上補正を求められることも予想される。

審査請求書が補正された場合には、適法な審査請求として扱われる。他方、補正命令に従わなかった場合には、「却下裁決」を受けることになる（[行審法24条1項](#)）。

（4）書式スタイル

特に指定はない。参考までに、行政訴訟の場合に裁判所に提出する主張書面（訴状・答弁書・準備書面等）を例に挙げると、一般的にはA4横書、37～38文字、26～30行、12ポイントを使用している。

審査請求書 ①

平成28年〇月〇日 ⑥

(審査庁) ③ 御中

審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政 ⑩

〒〇〇〇-△△△△ C県E市〇〇1-2-3

審査請求人 株式会社 乙 川

代表者代表取締役 丙 野 太 郎

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇3-8-7××ビル8階

甲野行政書士事務所(送達場所)

上記審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政

TEL 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

FAX 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇1-1-1

処分庁 A県知事④

A県知事が行った下記処分について、不服があるので、
次のとおり審査請求をする。②

第1 審査請求人の住所、氏名 ①

上記のとおり

第2 審査請求にかかる処分の表示 ②

A県知事が平成〇〇年〇月〇日付で審査請求人に対してな
した、××不許可処分(以下「本件処分」という。)

第3 審査請求にかかる処分があったことを知った日 ③

平成〇〇年〇月〇日

第4 審査請求の趣旨 ④

第2記載の本件処分を取り消すとの裁決を求める。

第5 審査請求の理由 ④

第6 教示の有無及びその内容 ⑤

「・・・(教示内容の記載)」等の教示があった。

添 付 書 類

- | | |
|-------------------|------|
| 1 審査請求書副本 | 1 通 |
| 2 甲号証(写し) | 各2 通 |
| 3 資格証明書(代表者事項証明書) | 1 通 |
| 4 委任状 | 1 通 |

2 不作為についての審査請求書(【審査請求書記載例2】参照)

(1) 必要的記載事項(行審法19条3項)

- ① 審査請求人の氏名または名称及び住所または居所
- ② 当該不作為にかかる処分についての申請の内容及び年月日
- ③ 審査請求の年月日

(2) 任意的記載事項

- ① 標題(「審査請求書」)
- ② 不作為についての審査請求をする旨の文言
- ③ 審査請求の趣旨及び理由
*条文上は必要的記載事項ではないが、審査を円滑にするためには記載することが望ましいと思われる。
不作為が違法ないし不当であることの確認を求めても救済に繋がらないので、審査請求の趣旨としては一定の作為を求めることになる(行審法49条3項)。
- ④ 審査庁となるべき行政庁の記載
- ⑤ 不作為庁の記載

審査請求書 ①

平成28年〇月〇日

(審査庁) ④御中

審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政 ⑤

〒〇〇〇-△△△△ C県E市〇〇1-2-3

審査請求人 株式会社 乙 川

代表者代表取締役 丙 野 太 郎

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇3-8-7××ビル
8階

甲野行政書士事務所(送達場所)

上記審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政

TEL 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

FAX 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇1-1-1

不作為庁 A県知事⑤

A県知事による下記不作為について、不服があるので、
次のとおり審査請求をする。②

第1 審査請求人の住所、氏名 ①

上記のとおり

第2 不作為にかかる処分についての申請の内容及び年月日 ②

第3 審査請求の趣旨③

第2記載の申請につきA県知事は、許可せよ
との裁決を求める。

第4 審査請求の理由③

添 付 書 類

- | | |
|-------------------|------|
| 1 審査請求書副本 | 1 通 |
| 2 甲号証(写し) | 各2 通 |
| 3 資格証明書(代表者事項証明書) | 1 通 |
| 4 委任状 | 1 通 |

第2 ●具体的な事例

1 事例

C県より廃掃法14条1項の規定により産業廃棄物収集運搬業許可取得した株式会社乙川（以下「乙川」という。）が、収集運搬車両の整備不良等を理由に上記許可の更新拒否処分を受けた事案（事実関係は下記【時系列】を参照）を例に、乙川の依頼を受けた甲野行政書士の立場にて審査請求書を記載する場合について、【審査請求書記載例3】を参照しながら説明する。なお、参考のために廃掃法の該当条文を記載した。

【時系列】

- 平成23年4月1日 C県E市にある株式会社乙川（本社 C県E市F町1ー2ー3 代表取締役丙野太郎）（以下「乙川」という。）はC県より廃掃法14条1項の規定により、産業廃棄物収集運搬業許可取得（許可期限平成28年3月31日）（以下「本件許可」という。）
- 平成27年1月頃 E市F町の住民有志からC県環境生活部廃棄物指導課に乙川が収集運搬に使用している車両から積載している廃棄物が道路に落ちるなどの事故が多数発生していること、住民から乙川に申し入れても改善の傾向が全く認められないことなどの苦情の申入れあり。
- 平成27年4月 乙川、C県環境生活部廃棄物指導課収集関係担当者より収集運搬車両に関する資料の提出を求められる（任意提出）
指導課担当者が乙川を訪問の上で、収集運搬車両及び運搬関係施設を調査
調査時に直近3か年分の決算書、総勘定元帳の提出を求められる
- 平成27年6月 指導課より、収集運搬車両20台のうち12台について整備不良を理由として9月末までに車両整備をするよう指導
収益バランスの悪さを指摘される（改善指導はない）
- 平成27年9月中旬 乙川は指導に従う意思を示すも運転資金不足のために整備できたのは5台。7台については1年以内に整備することを確約の上で、整備期間延長の申し入れ
- 平成27年10月 指導課より平成27年12月末日までに整備を完了するよう指導
- 平成27年12月末迄に整備できたのは4台のみ
車両の整備計画ができていることを示す資料として車両整備計画一覧表、修理工場からの報告書、残りの車両による稼働状況が判る資料として稼働状況報告書及び業務報告書、会社の経営状況が分かる資料として直近3年度分（第15～17期）決算書及び売上試算表、そして各金融機関に対し計画通りの返済が可能であることを説明するための資料として融資返済計画表（△△銀行、○○銀行、××信用金庫）を揃えた上で、再度説明に行くも指導課からは事業継続能力がないので翌年3月31日が有効期限である本件許可について更新には応じられない旨の発言あり。
- 平成28年1月8日 甲野行政書士に依頼し、C県知事に対し本件許可の更新申請をする
- 平成28年2月25日 乙川はF地区住民を対象に説明会を実施
- 平成28年4月5日 C県知事、本件許可の更新拒否決定
理由：廃掃法14条5項1号に該当（事業継続能力なし）
- 平成28年4月6日 乙川、本件許可の更新拒否決定通知書受領

【参照法令】

○廃棄物の処理及び清掃に関する法律

（産業廃棄物処理業）

- 第14条 産業廃棄物（略）の収集又は運搬を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域（略）を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない。略
- 2 前項の許可は、5年を下らない期間であつて当該許可に係る事業の実施に関する能力及び実績を勘案して政令で定める期間ごとにその更新を受けなければ、その期間の経過によつて、その効力を失う。
- 3 前項の更新の申請があつた場合において、同項の期間（以下この項及び次項において「許可の有効期間」という。）の満了の日までにその申請に対する処分がされないときは、従前の許可は、許可の有効期間の満了後もその処分がされるまでの間は、なおその効力を有する。
- 4 前項の場合において、許可の更新がされたときは、その許可の有効期間は、従前の許可の有効期間の満了の日の翌日から起算するものとする。
- 5 都道府県知事は、第1項の許可の申請が次の各号に適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。
- 一 その事業の用に供する施設及び申請者の能力がその事業を的確に、かつ、継続して行うに足りるものとして環境省令で定める基準に適合するものであること。

審 査 請 求 書 ①

平成28年4月〇〇日②

C 県 知 事 ③ 御中

審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政 ④ ⑤

〒〇〇〇-△△△△ C県E市F町1-2-3

審査請求人 株式会社 乙川

代表者代表取締役 丙 野 太 郎

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇3-8-7××ビル
8階

甲野行政書士事務所（送達場所）

上記審査請求人代理人 行政書士 甲 野 行 政

TEL 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

FAX 〇〇〇-〇〇〇〇-〇〇〇〇

〒〇〇〇-△△△△ C県D市中央区〇〇1-1-1

処分庁 C県知事

C県知事が行った下記処分について、不服があるので、
次のとおり審査請求をする。

第1 審査請求人の住所、氏名 ⑤

上記のとおり

第2 審査請求にかかる処分の表示 ⑥

C県知事（以下「処分庁」という。）が、平成28年4月5日
付けで行った、審査請求人に対してなした廃棄物収集運搬業許
可の更新拒否処分（以下「本件処分」という。）。

第3 審査請求にかかる処分があったことを知った日 ⑦

平成28年4月6日

第4 審査請求の趣旨 ⑧

第2記載の本件処分を取消し、審査請求人が平成28年1月8日付けでした廃棄物収集運搬業許可更新申請に対して許可するとの裁決を求める。

第5 審査請求の理由 ⑨

本件処分には、以下のような廃棄物の処理及び清掃に関する法律に反する違法があり、取り消した上で、審査請求人に対し、廃棄物収集運搬業許可の更新をすべきである。

1 収集運搬車両の整備状況について

処分庁より平成27年6月○日付けで指摘された審査請求人の収集運搬車両の整備状況は整備状況一覧表のとおりである（甲1）。

処分庁により整備不良の指摘を受けた12台のうち車両番号1ないし5については平成27年9月○日までに整備を完了した。

車両番号6ないし9については、次年度の予算を前倒しするなどの措置を講じて平成27年12月○日までに整備を完了した。

車両番号10ないし12については、車両番号6ないし9と同じ自動車整備工場に修理に出すも、同工場の説明によると車両が収集運搬車両という特殊性から補修が技術的に難しく、またメーカーの部品在庫が不足しているため早急に修理することが困難であるとの説明を受けた（甲2）。

審査請求人としては上記自動車修理工場に修理を早急に行うよう重ねて依頼をしているところである。

2 17台の車両のみでも収集運搬業務に支障がないこと

第1項にて述べたとおり御庁の指摘を受けた12台のうち車両番号1～9の9台については既に補修工事が完了し、処分庁による点検も受けている。そのため、修理が終わった車両から順次稼働しているところである（甲3）。

処分庁からは審査請求人が20台の車両の保有し稼働することに対して本件許可を付与したものであるところ17台のみでは本件許可の要件を満たさないとの指摘を受けた。

確かに稼働車両のうち3台は補修が終わっていないが、稼働状況報告書（甲3）及び業務報告書（甲4）記載のとおり廃棄物収集運搬業務に対する影響は極めて低いものである。すなわち、処分庁より指摘を受けて補修のために12台の稼働を停止した当初こそ売上高は前月比80%減、前年比70%減と低迷したが、修理が整うに従って運搬車両の稼働率に比例して売上高も上昇している。現在の売上高は前年比70%と回復の兆しも見えており、審査請求人の主力車両である車両番号10ないし12について順次修理が終われば前年並みの売上が回復できるものと試算している。また、一台当たりの稼働率を上げるなどして整備未了による車両の稼働をカバーするなどの努力も重ねているところである（甲3、4）

また、昨今の不況の煽りを受けて売上が低迷している企業は多数あるところであって、審査請求人のみが低迷しているものではない。

3 審査請求人の経営状況について

資料として提出した当社の第15期ないし第18期の決算書（甲5～7）によれば、売上が低迷していることは否定できない。しかしながら、これは当社のみの問題に留まらずバブル崩壊に端を発する経済全体の問題であって、大手企業においても例外ではない。したがって、審査請求人の経営体質・財務状況のみが原因なのではない。

もとより審査請求人としても現状に甘んじることなく新規取引先の開拓、関連会社とのアライアンスも強化しているところであって、社会全体の問題であるとして経営財務改善を怠っているわけではない。そして、売上にこそ反映していないが新規の受注先も獲得したことで、来年度の売上増に繋がるものと試算しているところである（甲8）。

金融機関からの借入金返済については、各金融機関に返済計画を提示したうえで協議を重ねているところであって、債務不履行状態に陥っていない（甲9～11）。

4 周辺住民への謝罪と事後措置について

審査請求人の収集運搬車両の整備不良によりC県E市F地区の住民に対して不愉快な思いをさせてしまったことに対しては、審査請求人としても真摯に反省しているところである。平成28年2月25日にF地区の住民を対象に説明会を開き代表取締役丙野太郎より住民に対する謝罪はもちろんのこと、今後の対応について詳細な説明をし、さらに住民からの質問に対しても懇切丁寧に対応した次第である（甲12）。住民からも上記説明会後は苦情はなくなった。審査請求人としても住民からの苦情がなくなったことにより、上記説明会によって審査請求人の真摯な姿勢を理解して頂けたものと考えている。なお、審査請求人としてもこの説明会を開催したことで満足することなく、引き続き住民の生活環境には最大限の配慮をする所存である。

5 結語

以上のように車両整備の見通しが立っていることはもとより、経営改善及び営業努力もしているところであって、審査請求人について廃棄物収集・運搬業者として廃棄物の処理及び清掃に関する法律第14条5項1号が規定する事業継続能力がないと認められる事情はない。

よって、本件処分は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律に反する違法があるので、取り消した上で、審査請求人が平成28年1月8日付けでした廃棄物収集運搬業許可更新申請に対して許可すべきである⑩。

第6 処分庁の教示の有無及びその内容 ⑪

「この決定に不服があるときは、この決定があったことを知った日の翌日から起算して90日以内にC県知事に対し審査請求することができる」との教示があった。

添 付 書 類

1 委任状 ④

2 代表者事項証明書 ⑤

3 資料 ⑫

甲1号証	車両整備計画一覧表
甲2号証	修理工場からの報告書
甲3号証	稼働状況報告書
甲4号証	業務報告書
甲5号証	第15期決算書
甲6号証	第16期決算書
甲7号証	第17期決算書
甲8号証	売上試算表
甲9号証	融資返済計画表（△△銀行）
甲10号証	融資返済計画表（〇〇銀行）
甲11号証	融資返済計画表（××信用金庫）
甲12号証	F地区住民説明会質疑応答録取書

2 審査請求書【審査請求書記載例3】の記載について

1 標題の記載①（【審査請求書記載例3】記載の番号を指す。以下同じ。）

任意的記載事項であるが、他の書面との区別を付けるためにも審査請求書の冒頭に①記載のような標題を記載することが望ましい。

2 提出日の記載②

提出日の記載は必要的記載事項。提出時に不服申立期間を徒過していないかを確認する。

3 審査庁の記載③

任意的記載事項であるが、書面を提出する以上は提出先があるのは当然なので記載することが望ましい。

4 審査請求人の氏名または名称及び住所または居所④⑤

（1）代理人（弁護士、特定行政書士（[行政書士法1条の3第1項2号、2項](#)））が審査請求をする場合は、審査請求書に代理人の氏名及び住所又は居所を記載し、代理人が押印しなければならない（[行審法19条4項、行審法施行令4条2項](#)）。④はその例に従った記載例。また、代理人による申請にあたっては代理人の資格を証するために委任状を添付する必要がある（[行審法施行令4条3項](#)）。

（2）審査請求人の住所、氏名についても民事訴訟においては、当事者の表示を訴状の冒頭に記載するので、本記載例もこれに従い、第1項は「上記のとおり」と省略記載した⑤。ただし、第1に記載しても差し支えない。

審査請求人が個人の場合は住民票記載の住所を記載し、法人の場合は商業登記簿記載の内容に従って、その商号又は名称、本店又は主たる事務所の所在を記載する。

法人は、自然人によって当該審査請求を遂行する必要があるので、その代表者（株式会社にあつては代表取締役）は法定代理人と同視される。したがって、代表者の資格及び氏名を審査請求書に表示する必要がある。そして、民事訴訟においてはこれを証するものとして代表者事項証明書（商業登記簿謄本）を添付書類として提

出することが求められている（[行審法施行令4条3項](#)）。

5 審査請求にかかる処分の表示⑥

審査請求人である乙川が具体的に受けた行政庁による処分をできるだけ特定できるように記載する必要がある。この場合、処分庁、被処分者、当該処分がされた日付及び当該処分の具体的内容を記載すること。

6 審査請求にかかる処分があったことを知った日⑦

処分があったことを「知った」とは、当該処分が審査請求人につき了知得る状態に置かれただけでは足りず、審査請求人において現実に了知した日をいう（最判昭和27・11・20民集6巻10号1038頁（ただし、[行訴法14条1項](#)に関する判例）。処分の内容が記載された通知書等が審査請求人の住所に送達されても、その者が出張で不在などの事由によって現実に処分があったことを知らない場合には上記「知った」には該当しない。しかし、処分の内容を知りながら当該通知書の受領を拒絶した場合や、通知書を一旦受領しながら後にこれを返却した場合などは、処分があったことを知ったものとされる²⁾。本事例では平成28年4月6日に乙川が通知書を受領しているので、同日付を記載。

7 審査請求の趣旨⑧

（1）審査庁に対し求める裁決内容を具体的に記載する。

処分庁が申請に対して何らの処分を行わないことに対する審査請求の趣旨は、何らかの処分をすることを求めることになるので「審査請求人が○年○月○日付で行った申請につき処分庁は、許可せよ」となる。また、原処分（A）を取り消した上で、新たな処分（B）を求める内容の審査請求をする場合には「原処分（A）を取り消すのうえ、B処分をするよう求める」という趣旨を記載することになる。

（2）本事例では受けた申請拒否処分を取消したうえで、申請を認容して更新処分をするよう審査庁に対し求めているので、後者の場合に該当するので「本件処分を取り消す」のみでなく、「審査請求人に対し廃棄物収集運搬業許可の更新をすべきである」とのいわゆる義務付け裁決を求めることが審査請求の趣旨となる（[9](#)参照）。

8 審査請求の理由⑨

（1）処分権主義をとる民事訴訟と異なり、審理の対象が審査請求の趣旨に拘束される訳ではないので、訴状における請求の原因に比べて厳格に書くことまでは求められない。しかし、審査を求める以上は審査請求の対象となる処分が違法または不当であることについて、処分根拠法令を解釈し、事実を摘示し、さらには客観的な資料にて主張の正当性を根拠付けながら記載する必要がある。

（2）[【審査請求書記載例3】](#)において、「甲1」「甲2」と記載してあるのは、審査請求人の主張を根拠付ける資料（証拠）の番号である。民事訴訟においては、立証を要する事由ごとに、証拠を記載し（[民事訴訟規則53条1項](#)）、「重要な書証」は、訴状に添付しなければならないと定められている（[同55条2項](#)）。

「証拠」の記載とは、原告側提出の書証については「甲第○号証」、被告側提出の書証については「乙第○号証」といった具体的な証拠方法の記載を意味する。請求を理由付ける事実（要件事実・主要事実）や関連事実の記載中において、それらの記載事実に対応する証拠の番号・標目をかつ書きその他の方法で引用して記載し、対応関係を明示することになる。[【審査請求書記載例3】](#)において、「甲1」「甲2」との標記がこれに該当する。

引用した資料は添付書類として審査請求書に列記した上で、同請求書に添えて提出する（[12](#)）。

9 求める裁決について⑩

[行審法46条2項2号](#)によれば、本設例のように法令に基づく申請を棄却する処分の全部を取り消す場合において、審査庁が処分庁であるときは、当該申請に対して一定の処分をすべきものと認めるときは、当該処分をすることと規定されている。そこで、本設例における審査請求では「更新拒否処分」の取消しのみでなく、「更新処分」をするよう求めることになる。行政事件訴訟法における「申請型義務付け訴訟」（[行訴法3条6項2号](#)、[37条の3第1項2号](#)）と同趣旨の規定。

10 処分庁の教示の有無及びその内容⑪

[行審法82条1項](#)に基づく教示の有無と教示がされた場合にはその内容を記載する。教示内容は同条項の規定によれば、「不服申立ができること」「不服申立をすべき行政庁（審査庁）」及び「不服申立期間」を書面でしなければならないので、審査請求書への記載もこれによる。そこで内容の記載は「『この決定に不服があるときは、この決定があったことを知った日の翌日から起算して○日以内にC県知事に対し審査請求することができる』との教示があった」というものになる。

[1\)](#) 特定行政書士が不服申立手続の代理を行いうる手続は、当該行政書士本人が作成した書類にかかる不服申立手続に限定されず、行政書士が作成した書類にかかる不服申立手続が対象となる（地方自治制度研究会編「月刊地方自治」（ぎょうせい）805号30頁）。

たとえば、A行政書士が作成した書類にかかる許認可等の手続について、特定行政書士であるBがこれを引き継いで不服申立手続を代理することができる。

[2\)](#) 室井力他編著『コンメンタール行政法1 行政手続法・行政不服審査法 第2版』（日本評論社、2008年）216頁。

最判昭和27・1・25民集6巻1号22頁
最判昭和27・11・20民集6巻10号1038頁
最判昭和31・7・18民集10巻7号890頁
最判昭和33・3・28民集12巻4号624頁
最判昭和38・11・12民集17巻11号1545頁
最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁
最判昭和41・2・23民集20巻2号271頁
最判昭和43・12・24民集22巻13号3147頁
最判昭和43・12・24民集22巻13号3254頁
最判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁
最判昭和47・12・5民集26巻10号1795頁
最判昭和48・4・26民集27巻3号629頁
最判昭和50・5・29民集29巻5号662頁
最判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁
最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁
最判昭和56・7・16民集35巻5号930頁
最判昭和57・7・13民集36巻9号670頁
最判昭和59・10・26民集38巻10号1169頁
最判昭和60・1・22民集39巻1号1頁
最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁
最判昭和62・4・17民集41巻3号286頁
最判昭和62・10・30判時1262号91頁
最判平成元・2・17民集43巻2号56頁
最判平成元・7・4判時1336号86頁
最判平成3・4・26民集45巻4号653頁
最判平成4・4・28民集46巻4号245頁
最判平成4・9・22民集46巻6号571頁
最判平成4・9・22民集46巻6号1090頁
最判平成4・10・29民集46巻7号1174頁
最判平成5・2・18民集47巻2号574頁
最判平成5・9・10民集47巻7号4955頁
最判平成7・3・23民集49巻3号1006頁
最判平成8・3・8民集50巻3号469頁
最判平成9・1・28民集51巻1号250頁
最決平成11・3・10判時1672号156頁
最判平成11・10・26判時1695号63頁
最判平成11・11・19民集53巻8号1862頁
最判平成14・1・17民集56巻1号1頁
最判平成14・7・9民集56巻6号34頁
最判平成14・10・17民集56巻8号1823頁
最判平成16・12・24民集58巻9号2536頁
最判平成17・12・7民集59巻10号2645頁
最判平成17・4・14民集59巻3号491頁
最判平成17・7・15民集59巻6号1661頁
最判平成17・9・14民集59巻7号2087頁
最判平成18・11・2民集60巻9号3249頁
最判平成19・2・6民集61巻1号122頁
最判平成20・6・4民集62巻6号1367頁
最判平成20・9・10民集62巻8号2029頁
最判平成21・7・10集民231号273頁
最判平成21・10・15民集63巻8号1711頁
最判平成22・7・22判時2087号26頁109
最判平成23・6・7民集65巻4号2081頁
最判平成26・1・28民集68巻1号49頁
最判平成26・7・29民集68巻6号620頁
最判平成27・3・3裁判所ウェブサイト
最判平成27・12・14裁判所ウェブサイト

- 仙台高判昭和36・10・12行集12巻10号1967頁
- 東京高判昭和37・1・25行集13巻1号1頁
- 名古屋高判昭和43・2・8高民集21巻1号38頁
- 東京高判昭和48・7・13行集24巻6－7号533頁
- 大阪高判昭和50・11・10行集26巻10－11号1268頁
- 名古屋高金沢支判平成元・1・23行集40巻1－2号15頁
- 東京高判平成3・1・29判タ766号193頁
- 東京高判平成9・5・22判時1643号147頁
- 名古屋高判平成12・2・29判例地方自治205号31頁
- 広島高判平成12・4・27判例地方自治214号70頁
- 東京高判平成14・2・20裁判所ウェブサイト
- 名古屋高判平成19・2・26判タ1315号65頁
- 東京高判平成19・7・17裁判所ウェブサイト
- 東京高判平成20・3・26裁判所ウェブサイト
- 東京高判平成20・8・28判例集未搭載
- 大阪高判平成22・9・9判時2108号21頁
- 大阪高判平成27・1・21LEX/DB25505605
- 大阪高判平成27・2・20LEX/DB25506058

- 甲府地判昭和26・5・22行集2巻7号984頁
- 東京地判昭和39・11・4行集15巻11号2168頁
- 熊本地判昭和51・12・15判時835号3頁
- 名古屋地判昭和53・1・18判時893号25頁
- 大阪地判昭和60・1・31判時1143号85頁
- 宇都宮地判昭和63・3・31行集39巻3－4号193頁
- 神戸地判平成5・1・25判タ817号177頁
- 東京地判平成5・9・6判タ864号209頁
- 仙台地判平成10・1・27判時1676号43頁
- 名古屋地判平成13・8・29判タ1074号294頁
- 和歌山地判平成16・3・31裁判所ウェブサイト
- 名古屋地判平成17・5・26判タ1275号144頁
- 東京地判平成18・1・25判時1931号10頁
- 東京地判平成18・11・1判タ1243号332頁
- 岡山地決平成19・10・15判時1994号26頁
- 東京地判平成19・10・31判例集未登載
- 大阪地判平成20・1・24判タ1266号151頁
- 福岡地判平成20・2・25LEX/DB25421219
- さいたま地判平成20・2・27判例地方自治308号79頁
- 広島地決平成20・2・29判時2045号98頁
- 東京地判平成21・3・6裁判所ウェブサイト
- 広島地判平成21・10・1判時2060号3頁
- 東京地判平成21・10・16判タ1337号123頁
- 東京地判平成22・2・19判タ1356号146頁
- 東京地判平成22・8・6裁判所ウェブサイト
- 名古屋地決平成22・11・8判タ1358号94頁
- 東京地判平成23・2・18判例集未登載
- 東京地判平成23・4・15判例集未登載
- 東京地判平成25・10・2LEX/DB25502190
- 京都地判平成26・2・25裁判所ウェブサイト
- 大阪地判平成27・9・17裁判所ウェブサイト

執筆者一覧

伊藤 庄吉 （いとう・しょうきち）行政書士〔日本行政書士会連合会中央研修所所長（2013年～）〕

- 序

白藤 博行 （しらふじ・ひろゆき）専修大学教授

- 行政法総論、風営法

野村 創 （のむら・はじめ）弁護士

- 農地関係法

福井 秀夫 （ふくい・ひでお）政策研究大学院大学教授

- 都市計画法

藤代 浩則 （ふじしろ・ひろのり）弁護士

- 行政事件訴訟法総論、廃棄物処理法

南淵 聡 （みなみぶち・さとし）弁護士

- 出入国管理及び難民認定法

山下清兵衛 （やました・せいべえ）弁護士

- 道路運送法、道路運送車両法、建設業法

山田 洋 （やまだ・ひろし）一橋大学教授

- 行政手続法総論、行政不服審査法総論

執筆者一覧

伊藤 庄吉（いとう・しょうきち）行政書士（日本行政書士会連合会中央研修所所長）（2013

■序

白藤 博行（しらふじ・ひろゆき）専修大学教授

■行政法総論、風営法

野村 創（のむら・はじめ）弁護士

■農地関係法

福井 秀夫（ふくい・ひでお）政策研究大学院大学教授

■都市計画法

藤代 浩則（ふじしろ・ひろのり）弁護士

■行政事件訴訟法総論、廃棄物処理法

南淵 聡（みなみぶち・さとし）弁護士

■出入国管理及び難民認定法

山下清兵衛（やました・せいべえ）弁護士

■道路運送法、道路運送車両法、建設業法

山田 洋（やまだ・ひろし）一橋大学教授

■行政手続法総論、行政不服審査法総論

ぎょうせいしょ し ぎょうせいほう 行政書士のための行政法 第2版

2015年6月10日 第1版第1刷発行

2016年6月15日 第2版第1刷発行

監修——にほんぎょうせいしょ し かいれんこうかい ちゅうおうけんしゅうじょう
日本行政書士会連合会 中央研修所

発行者——串崎 浩

発行所——株式会社 日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4

電話 03-3987-8621（販売）-8631（編集）

FAX 03-3987-8590（販売）-8596（編集）

振替 00100-3-16

印刷——精文堂印刷

製本——難波製本

© 2016 日本行政書士会連合会 中央研修所

装幀／銀山宏子

ISBN 978-4-535-52197-1

Printed in Japan

JCOPY <（株）出版者著作権管理機構 委託出版物>

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（株）出版者著作権管理機構（電話 03-3513-6969、FAX 03-3513-6979、e-mail: info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャニング等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められておりません。

書 名 行政書士のための行政法【第2版】

監 修 日本行政書士会連合会 中央研修所
発行者 串崎 浩

発 行 株式会社日本評論社
〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4
WEBサイト <https://www.nippyo.co.jp/>
[日本評論社の電子書籍はこちら](#)

©2016 日本行政書士会連合会 中央研修所

電子書籍発行日 2016年9月5日
電子書籍制作 精文堂印刷株式会社
装幀 銀山宏子

本書の無断複製・複写は、著作権法上の例外を除いて禁じられています。
この電子書籍は、2016年6月に発行された『行政書士のための行政法【第2版】』第2版第1刷を底本としています。