

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された  
取消訴訟における裁量処分の司法審査

——請求認容判例を対象として——

由喜門眞治

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 判例と個別的検討
- 三 全体的な検討
- 四 おわりに

## 一 はじめに

平成16年の行政事件訴訟法改正の目玉の一つとして、義務付け訴訟と差止訴訟が新たに設けられた。それ以降、それらに関する判例もある程度蓄積されつつある。本稿では、裁量処分についての申請満足型義務付け請求認容判例を対象として、問題となる処分についての裁量の広狭、そして併合提起された取消訴訟において申請拒否処分が違法であるとする結論がどのように導かれたのか、換言すればどのような判断過程（行政のそれと区別するために以下、司法判断過程という）を経たのか、義務付け訴訟ではどのように認容判決にいたったのかについて、整理して若干の検討をしてみたいと考えている。特に後者については、次の問題意識に基づくものである。

申請満足型義務付け訴訟と取消訴訟が提起されると、裁判所は、それらの弁論と裁判を分離せず審理する（行訴37条の2第4項）。そして、取消判決の終局判決では「より迅速な争訟の解決に資すると認め」られず（同6項）、義務付け判決に熟している場合には、取消訴訟の認容判決と申請満足型義務付け訴訟の認容判決をすることになる。したがって、その場合に、行訴法が申請満足型義務付け訴訟の本案勝訴要件を、「訴えに係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けに係る処分」について「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と認められる」（以下、申請不認容濫用要件という）と定めていることからすると、裁判所が取消訴訟における申請拒否処分の違法判断（申請認容処分をしないことが違法と判断するのではなく、単に拒否処分が違法であるとの判断）とは別個に申請不認容濫用要件該当性の判断をすることが考えられる（以下、独立説という）<sup>1)</sup>。他方、取消訴訟において裁量権の踰越・濫用があるとする判断と申請満足型義務付け訴訟において申請不認容濫用であるとする判断を基本的に同一とする見解があ

---

1) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂、平成16年）74頁は、併合提起された取消訴訟等について請求に理由ありとする判断にプラスアルファされたものが、申請不認容濫用要件とする。

る（以下、同一説という）<sup>2)</sup>。そうすると、この立場では、取消訴訟において申請拒否処分が裁量権の踰越・濫用にあたるとする判断および司法判断過程にしたがい、申請満足型義務付け訴訟では口頭弁論終結時においても申請不認容が踰越・濫用にあたる判断することが考えられるであろう。すなわち、取消訴訟と申請満足型義務付け訴訟が、違法判断基準時を別にしても、同一の司法判断過程を共有することになるのであろう。そこで、判例がいずれの見解に立つものか、それについて問題はないのかも検討することとする。

## 二 判例と個別的検討

### ① 東京地判平成18年10月25日判時1956号62頁（以下、①判決という）

気管切開手術を受け、のどにカニューレを装着した児童の保護者（A）が二度にわたり東大和市立保育園に入園申込みをしたが、市福祉事務所長はいずれの申込みも拒否した。そこで、保護者（Aとその妻H）児童（B）が各拒否処分の取消しと入園の承諾の義務付けを求めた事件である。仮の義務付けの申立てについては、市に対して五つの保育園のいずれかへの入園を仮に承諾すべき旨を命じる決定がなされた。

#### 〈判旨〉

一 「児童福祉法1条1項は、『すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない。』と規定し、また、同法2条は、『国及び地方公共団体は、児童の保護者ととともに、児童を心身とも

---

2) 塩野宏『行政法Ⅱ [第5版]』（有斐閣，平成22年）240頁は、直接型義務付け訴訟における処分をしないことが裁量権の踰越・濫用にあたるという要件について「取消訴訟における裁量条項（30条）との平仄を合わせる」との趣旨であり「裁量権の濫用の認定につき特段の要素がここで付加されたとみるべきではない」として、これは申請満足型義務付け訴訟に妥当するとしている。特に申請不認容濫用について述べている文献で同様の立場と思われるものとして、室井＝芝池＝浜川『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社，平成18年）410頁 [深澤龍一郎]。行訴法改正のために、司法制度改革推進本部に設置された行政訴訟検討会議事録からは、この点についての議論は見受けられない [行政訴訟検討会第25回議事録（義務付け訴訟についての議論部分）23頁以下]。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査に健やかに育成する責任を負う。』と規定して、児童の健やかなる育成の重要性を強調している。そうすると、同法24条1項に基づいて、児童の保育に欠けるところのある保護者から申込みがあったときは、市町村は、当該児童を保育所において保育する際に、当該児童が心身ともに健やかに育成する上で真にふさわしい保育を行う責務を負うものというべきであり、このことは、当該児童が障害を有する場合であっても変わりはない。そして、真にふさわしい保育を行う上では、a 障害者であるからといって一律に保育所における保育を認めないことは許されず、障害の程度を考慮し、当該児童が、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合には、保育所での保育を実施すべきである。

したがって、b 障害のある児童であっても、その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合であるにもかかわらず、処分行政庁が、児童福祉法24条1項ただし書にいう『やむを得ない事由』があるとして、当該児童に対し、保育所における保育を承諾しなかった場合には、そのような不承諾処分は、考慮すべき事項を適切に考慮しなかったという点において、処分行政庁の裁量の範囲を超え、又は裁量権を濫用したものというべきであって、違法であると解するのが相当である。』

- 二 「原告Bの保育所での保育が困難であって、児童福祉法24条1項ただし書にいう『やむを得ない事由』があると判断した処分行政庁の判断は、上記事情を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかったという点において、裁量の範囲を超え、又はその裁量権を濫用したものというべきである。したがって、原告Bの保育所入所を承諾しなかった本件各処分は、違法である」。
- 三 「以上によると、原告Aがした原告Bの保育園入園申込みを不承諾とした本件各処分は取り消されるべきものであり、保育園入園の承諾の義務付けと共に併合提起された本件各処分の取消しの訴えに係る請求には理由があると認められ、また、処分行政庁がC保育園、D保育園、E保育園、F保育園又

はG保育園のうちいずれかの保育園への入園を承諾しないことは、処分行政庁の裁量権の範囲を超え、又はその濫用となると認められる。

したがって、行政事件訴訟法37条の3第5項の規定に基づき、処分行政庁に対し、原告BにつきC保育園、D保育園、E保育園、F保育園又はG保育園のうちいずれかの保育園への入園を承諾すべき旨を命ずる判決をするのが相当である」。

#### 〈検討〉

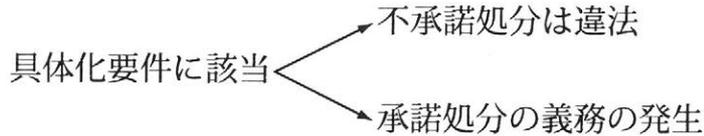
児童福祉法24条1項は、「市町村は、保護者の労働又は疾病その他の政令で定める基準に従い条例で定める事由により、その監護すべき乳児、幼児又は第39条第2項に規定する児童の保育に欠けるところがある場合において、保護者から申込みがあつたときは、それらの児童を保育所において保育しなければならない。ただし、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、その他の適切な保護をしなければならない。」と規定している。そして、判決はBが「保育に欠ける」と判断した。

判決は、判旨一で、児童福祉法1, 2条から、24条1項を解釈するにあたり、児童が障害を有する場合の規範<sup>3)</sup>としてaを示した。次に、判決は、同項但書の「やむを得ない事由」について裁量が認められる<sup>4)</sup>との前提に立ち、規範aに基き、規範bを導き出した。規範bは、「やむを得ない事由」該当性の解釈であり、「その障害のある児童であっても、その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合」(以下、具体化要件という)は「やむを得ない事由」には含まれないとするものである。したがって、原告Bが具

3) ここでは、規範としたが、例えば亘理格『公益と行政裁量』(弘文堂、平成14年)263頁以下では、「媒介的規準」として、後述の日光太郎杉事件東京高裁判決等を分析、検討する。山村恒年『行政法と合理的行政過程論——行政裁量論の代替規範論』(慈学社、平成18年)は、行政裁量を拘束する役割を果たす規範を代替規範と呼び、その規範について意思決定論、法哲学、行政法学などの学際的見地から広く検討している。

4) 本判決評釈で、「やむを得ない事由」についての裁量の有無、広狭についての判例、学説の紹介は、千松順子・別冊判タ22号310頁(平成20年)参照。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
具体化要件をみたせば、不承諾処分は違法となり、同時に被告市は原告Bに対して  
保育所入園承諾義務を負うことになる。



そして判決は、障害の程度について4級となったこと、障害のない児童とほとんど変わらない身体的機能を有するようになったこと、精神的発達・運動発達に問題がなくなり医師からは障害のない児童との集団保育を勧められていること、今後カニューレを装着しなくても完全な自己呼吸ができる可能性もあること、たん等の吸引行為について、その危険は回避可能あるいは事故が起きる可能性が極めて低いこと、カニューレ事故の防止は可能あるいは万一の場合でも重大事故に発展する可能性は極めて低いこと、誤えんの注意は保育士によっても可能であること、原告Aが希望する保育園には看護師1名が配置されていることを指摘し、次のように述べる。

「以上の事実関係によれば、原告Bは、平成15年当時は、種々の機能障害等を有していたものの、成長につれてこれが改善され、本件各処分当時は、呼吸の点を除いては、知的及び精神的機能、運動機能等に特段の障害はなく、近い将来、カニューレの不要な児童として生活する可能性もあり、医師の多くも、原告Bについて障害のない児童との集団保育を望ましいとしているものであって、たん等の吸引については、医師の適切な指導を受けた看護師等が行えば、吸引に伴う危険は回避することができ、カニューレの脱落等についても、十分防止することができたといえることができる。

したがって、本件各処分当時、原告Bについては、たん等の吸引と誤えんへの注意の点について格別の配慮を要するものではあったが、保育所に通う障害のない児童と、身体的、精神的状態及び発達の点で同視することができるものであって、保育所での保育が可能であったと認めるべきである。」と。

このように規範bの具体化要件について実体的判断を行い、原告Bは具体化

要件をみたすとの結論を導き、24条1項但書に基づく不承諾処分に際し「上記事情」を考慮すべきであるのに考慮せずなされた同処分には裁量権の逸脱、濫用があり違法とした（判旨二）。「上記事情」とは考慮事項についての検討結果をいうのであろうから、規範bにいう考慮事項とは厳密にいうと異なる。この点について、規範bは24条1項但書該当性の解釈であるので、原告Bが具体化要件に該当するにもかかわらず、不承諾処分をするのは、事実誤認か法令解釈の誤りに該当し、法令解釈のあり方が考慮事項に含まれているとする指摘がある<sup>5)</sup>。ここでいう考慮事項として前提とされているものは、例えば日光太郎杉事件東京高判（東京高判昭和48.7.13行集24巻6=7号533頁）が指摘する事業認定の3号要件（土地収用20条）において比較衡量されるその対象地の状況、その土地が有する私的あるいは公共価値等の諸要素、価値である。考慮事項は処分に際して考慮されるべき事項である。法令解釈の結果である規範bは処分庁が考慮事項を適切に考慮、評価して一定の行為（あるいは不行為）をすべきであるとする行為規範であるので、本件では具体化要件中の当該児童の身体的・精神的状態、発育の程度およびそれらの事項をふまえた保育所での保育可能性が考慮事項ということになる。ここでいう保育可能性は、Bが障害のない児童とは異なりたん等の吸引と誤えんへの注意を必要とするが、吸引、誤えんから生じる危険性は保育所で回避可能であるという意味で用いられていることからすると、判旨二は、要考慮事項不考慮を理由として本件処分を違法としたが、看護師がBの看護につききつきりになることなどの市側主張を裁判所が否定していることから考慮事項の適切な評価、すなわち適正な衡量がなされていないこともいえるであろう。しかし、判決は形式上考慮事項に着目した判断過程の審査方式を採ったように述べるが、実際は規範bの具体化要件を認定事実にあてはめて、「やむを得ない事由」がないという結論を導いている。

そして、申請満足型義務付け訴訟についても、取消判決をそのまま用いて原告の請求通り五保育園のいずれかへの入園を承諾すべきとした（判旨三）。これに対しては、「一 はじめに」で述べた独立説の立場から、「本案勝訴要件を

5) 深澤龍一郎「裁量統制の法理の展開」法時82巻8号37頁（平成22年）。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査重疊的に定めた意味が形骸化してしまうように思われる」として疑問を呈する見解がある<sup>6)</sup>。

②名古屋地判平成20年1月31日判時2011号108頁（以下、②判決という）

原告は、愛知県個人保護条例に基づき長男Aの死体見分調書、写真撮影報告書の開示請求をしたが、処分庁（県警本部長）は一部不開示決定をした。そこで、不開示部分の決定取消しとその部分の開示決定の義務付けを求めた。

〈判旨〉

- 一 「(本件条例) 17条6号に該当するとしてされた不開示処分が違法となるのは、実施機関の第一次的な判断が合理性のある判断として許容される限度を超える場合、すなわち、当該処分が裁量権を逸脱又は濫用したと認められる場合に限られるというべきであるが、17条6号が実施機関の判断について『相当の理由がある』ことを要件としていることや、本件条例が保有個人情報について開示することを原則としつつ、17条各号に掲げる不開示情報について例外的に不開示としていることにかんがみると、実施機関が不開示とした根拠、理由等に照らしてその判断がそもそも合理性のある判断として許容される限度内のものであると認められないときは、当該不開示処分は、裁量権の逸脱又は濫用があったものとして違法であるというべきである。」
- 二 「Aの死亡の調査に関わった見分官を含む警察官は、いずれもAの落下の原因を自殺と判断しており、現時点で、Aの死亡について将来犯罪捜査が開始される具体的な可能性は認められないから（仮に、本件各文書に犯罪性をうかがわせる情報が記載されているのであれば、警察署としては捜査を尽くすべきであって、自殺と判断すべきものではないことは明らかである。）、別紙の不開示部分C及びEを開示することにより、Aの死亡に関する将来の捜査等に具体的な支障が生ずるおそれがあるものとはいえず、愛知県警察本部長がこのような支障が生ずるおそれがあると認めたとしても、その判断が合

---

6) 新田秀樹「本判決評釈」西村 = 岩村編『社会保障判例百選 [第4版]』205頁（平成20年）。

理性のあるものとして許容される限度内のものであるとは直ちに認められず、愛知県警察本部長の当該判断について相当の理由があるものということとはできない。

次に、犯罪死体であるか否か（自殺か他殺か）を判別するために着眼する部位等の警察の捜査手法等が記録されているという主張は、結局、捜査機関が死体を見分する際の一般的な着眼点が開示されることをもって、将来、一般的に、自殺を装った殺人の敢行や罪証隠滅を容易にし、将来の捜査等に一般的な支障が生ずるおそれがある旨をいうにすぎないものである。本件死体見分調書の記載項目が死体を司法検視した場合に作成される検視調書……のそれと同様であるとしても、そもそも、検視調書自体は、捜査機関が内部文書として用いるものではなく、刑事事件になれば証拠として提出することを予定しているものであるし、上記の着眼点も刑事裁判において主張立証の対象とされるものであって、そうした捜査上の一般的な着眼点自体を開示することにより、将来の捜査等に具体的な支障が生ずるおそれがあるものとは容易に認めることができない。また、本件各文書に一般的な着眼点以外の捜査機関のみが保有する特別な着眼点が記載されているとの事情も認められない。したがって、別紙の不開示部分C及びEを開示することにより、将来の捜査等に支障が生ずるおそれがあると愛知県警察本部長が認めたとしても、その判断が合理性のあるものとして許容される限度内のものであるとは直ちに認められず、愛知県警察本部長の当該判断について相当の理由があるものということとはできない。」

三 「本件決定のうち別紙の不開示部分C及びEを不開示とした愛知県警察本部長の判断は、合理性のある判断として許容される限度を超え、裁量権を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法な処分というべきであるから、同部分の取消請求は理由がある。」

四 「本件条例17条柱書によれば、上記部分について開示の決定をすべきことが明らかであるから、同部分の開示決定の義務付けを求める請求は、行政事件訴訟法3条6項2号、37条の3第5項に照らして理由がある。」

〈検討〉

本件条例は、次のように定める。

「17条 実施機関は、開示請求があったときは、開示請求に係る保有個人情報に次の各号に掲げる情報（以下「不開示情報」という。）のいずれかが含まれている場合を除き、開示請求者に対し、当該保有個人情報を開示しなければならない。

一～五号（略）

六号 開示することにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると実施機関が認めることにつき相当の理由がある情報

七、八号（略）」

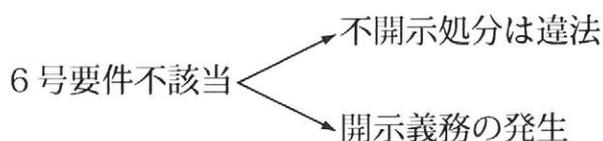
判決は、「おそれがあると実施機関が認めることにつき相当の理由がある情報」（六号）と規定したのは、犯罪の予防等に支障を及ぼすか否かの判断が、専門的・技術的判断を要することがあるためとして、実施機関である処分庁の判断に裁量を認めた<sup>7)</sup>。そして、「支障」（同号）を具体的な支障と解した<sup>8)</sup>。これも要件の具体化要件ということができよう。また、本件条例の目的（1条）、実施機関の保有する自己を本人とする保有個人情報について不開示情報を除いて原則的に開示を義務付けていること（17条柱書）から、条例は開示

---

7) 他に情報公開の分野で、義務付け訴訟で認容判決がだされたものがいくつかある。さいたま地判平成18年4月26日判自303号46頁は、埼玉県情報公開条例における個人情報該当性の判断に関して裁量を認めていない。大阪地判平成19年1月30日LEX/DB28130441は、情報公開法における法人情報に関して利益侵害情報に該当するか否かについて裁量を問題としていない。ただ、この控訴審判決（大阪高判平成19年10月19日LEX/DB28140011）は、裁量を認めたが裁量権の濫用はないとした。横浜地判平成22年3月17日判自336号77頁は、神奈川県情報公開条例における個人情報等の該当性判断について裁量を問題としていない。同様に、東京地判平成22年4月9日判時2076号19頁は、情報公開法における不存在を理由とする不開示処分について裁量を問題としない。

8) 本判決評釈で、控訴審判決の審査との比較検討は、黒坂則子・判自326号89頁（平成22年）、そして本件のような公共秩序維持情報に関する判例、学説については、高石直樹・別冊判タ29号326頁（平成22年）参照。

が原則で不開示が例外であることを確認し、本件で争われている情報が不開示情報の一つである6号要件に該当する情報ではないとされれば、不開示処分は違法になるとともに、処分庁は開示義務を負うことを示す（判旨一）。



そして、それを前提にして、判旨一では、不開示処分の「根拠、理由等」に照らして、判断が合理的な許容限度内であると認められないときは、処分が裁量の逸脱、濫用となり違法となるとする。これは、不開示情報であるとの判断 = 不開示処分であるので、不開示情報該当の判断（要件裁量）の合理性が問題となることを示すとともに、前述の原則開示、例外不開示とする条例の趣旨を根拠に、積極的に不合理と認められなくても、消極的に合理的であると認められなければ不開示処分は違法となり、開示義務が生ずることを述べている。

判旨二では、判決は不開示部分を開示しても「将来の捜査等に具体的な支障が生ずるおそれがあるものとは」いえない、あるいは容易に認めることができず、具体的な支障の発生のおそれはないと実体的判断をしており、支障があるとの処分庁の判断は、合理的な許容限度内とは「直ちには認められず」相当な理由があるものとはいえないとした。具体的な支障発生のおそれなしとされれば、もはや処分庁には「相当な理由」はなく、相当な理由ありとする判断は合理性がないことになる。そして、取消請求、申請満足型義務付け請求を認容した（判旨三、四）。

### ③東京地判平成20年2月29日判時2013号61頁（以下、③判決という）

ガーナ国籍の原告が、日本人女性Cとの内縁関係にあることを看過しているなどと主張して、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法という）49条1項に基づいてなした異議申出に対する東京入国管理局長による退去強制対象者に該当するとの裁決、裁決に続く退去強制令書発付処分の取消しとともに、在留

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
特別許可の義務付けを求めた。

〈判旨〉

- 一 「その（法務大臣の 引用者注）裁量権の内容は全く無制約のものではなく、その判断の基礎とされた重要な事実<sup>1</sup>に誤認があること等により判断が全く事実の基礎を欠く場合や、事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかである場合には、法務大臣の判断が裁量権を逸脱、濫用したものとして違法になるものと解される。」
- 二 「a 本邦への在留を希望する外国人が、日本人との間に法律上又は事実上の婚姻関係がある旨を主張し、当該日本人も当該外国人の本邦への在留を希望する場合において、両者の関係が、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべきであり、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与しないとする判断は、重要な事実<sup>2</sup>に誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかかな判断として、裁量権の逸脱、濫用となるものと解するのが相当である。」
- 三 「以上のことからすれば、東京入管局長は、本件裁決に当たり、原告とCとの内縁関係が婚姻の本質に適合する実質を備えていると認められるにもかかわらず、これを誤認したか、又はこれを過少に評価することによって、原告に在留特別許可を付与しないとの判断をしたものといえることができる。したがって、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情が認められない以上、上記の判断は、重要な事実<sup>3</sup>に誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかかな判断として、裁量権の逸脱、濫用とな

るといふべきである。」

四 「本件裁決の取消しを求める原告の請求には理由があり、かつ、前記三（判旨一、二、三 引用者注）に説示したところに加え、前記認定のとおり、原告とCが平成18年11月8日（入管局長による裁決の翌日 引用者注）に婚姻の届出をしたことにより、現在（口頭弁論終結時）では、原告とCとの間に法律上の婚姻関係が成立していることが認められることをも併せ考慮すれば、東京入管局長が原告に対して在留特別許可をしないことは、その裁量権の逸脱、濫用になると認められ、「附すべき条件を指定する部分を除いて認容する」。

#### 〈検討〉

まず、判決は、「（入管）法は、法49条1項の異議の申出権を法50条1項の在留特別許可を求める申請権としての性質を併せ有するものとして規定し、かつ、当該申請に対しては在留特別許可を付与するか否かの応答をすべき義務を法務大臣に課したものと解するのが自然であるから、本件における在留特別許可の義務付けを求める訴え……は、行政事件訴訟法3条6項二号にいういわゆる申請型の義務付けの訴えであると解するのが相当である」として、異議の申出を在留特別許可の申請として、棄却裁決にその拒否処分が含まれていると構成した。

そして、「法24条各号の退去強制事由に該当する外国人に対し、法50条1項の在留特別許可を付与するか否かは、法務大臣（法務大臣の権限の委任を受けた地方入国管理局長を含む。以下同じ。）が、当該外国人の在留状況等の個人的事情を検討し、さらに国際情勢、国内の政治、経済、社会の諸事情、労働事情などにも配慮した上で判断すべきものであり、その判断については、法務大臣の広範な裁量が認められている」として在留特別許可（不許可）処分に広い裁量を認めた。次に、その裁量に対する限定的な審査方式を示した（判旨二）。

次に、日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとって婚姻・家族に関する憲法上の保護利益（憲法24条）に関わ

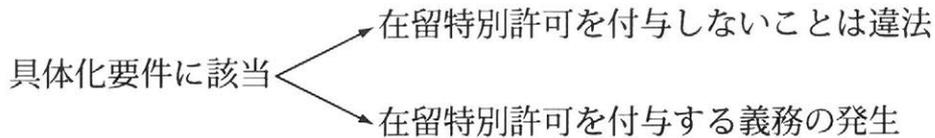
申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査

る事柄で、このような憲法上の保護利益は、「出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要する」とするとともに、そこでいう婚姻には内縁関係も含むとした。婚姻関係にある日本人の利益が憲法により保護されていることにより、その相手方の在留資格の付与において日本人との婚姻関係という要素が重要な考慮要素になることを導くことになる。憲法の人権規定を考慮要素の重みづけに使用したと評価することができる。それに基き、判旨二で規範aを提示する。それは、在留希望の外国人が日本人との婚姻関係を主張し、日本人もその在留を希望する場合には、具体化要件、すなわち日本人との実質的な婚姻関係がある場合で、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない場合という要件と、その要件をみたすのであれば、処分庁は在留特別許可を付与しなければならないことを示している。

そして、判決は婚姻関係の実質性について詳細な事実認定の後に、自ら具体化要件をみたすか否かを判断し、それをみたすと評価したため在留不許可処分を裁量権の逸脱・濫用ありとして違法とした（判旨三）。なお、在留特別許可を不相当とする特段の事情として、在留状況が問題のないものか否か、帰国後の本国での生活についての特段の支障の有無をあげているが、結果的に特段の事情はないと判断している。

続いて、申請満足型義務付け訴訟についても、処分後口頭弁論終結時までに婚姻の届出をしたことも考慮して、条件の部分を除いて義務付けを認容した（判旨四）。

判決は、取消訴訟において在留特別許可を付与すべきであるのに、それを拒否したから違法であるとは述べていない（判旨三）。しかし、処分後の婚姻届出の事実も考慮して義務付けを認容している（判旨四）が、申請満足型義務付け訴訟の段階ではじめて在留特別許可をすべきであるとの判断にいたったとはいえないであろう。なぜならば、婚姻については法律上と事実上のものを同視している（判旨二）のであるから、処分時には原告とCは事実上の婚姻関係にあったという事実から判旨三で具体化要件をみたしていることになり、在留特別許可をすべきであるとの判断にいたっているといえるであろう。



④名古屋高裁金沢支判平成21年8月19日判タ1311号95頁（以下、④判決という）

原告（被控訴人）は加賀市内所在の地点について温泉の掘削許可を申請したが、石川県知事は不許可処分をしたので、その取消しと許可処分の義務付けを求めた。原審（金沢地判平成20年11月28日判タ1311号104頁）が、両請求を認容したので、石川県が控訴した。

〈判旨〉

- 一 「法が温泉の掘削を知事の許可にかからせた趣旨は、温泉源を保護しその利用の適正化を図るといふ公益的見地から出たものであって、既存の温泉井所有者の既得の利益を直接保護する趣旨から出たものではないと解される。したがって、法4条1項1号にいう『温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき』は、『公益を害するおそれがあると認めるとき』の例示と解すべきである。また、同項2号にいう『公益を害するおそれがあると認めるとき』とは、温泉源を保護し、その利用の適正化を図る見地から特に必要があると認められる場合を指し、同条は、この見地から特に必要と認められる場合以外は掘削の許可を拒み得ないとの趣旨を定めたものと解すべきであり、新規の掘削が、物理的意味において、少しでも既存の温泉井に影響を及ぼす限り、絶対に掘削を許可してはならないとの趣旨を定めたものと解すべきではない。具体的には、a 『公益を害するおそれがあると認めるとき』とは、〔1〕既存の温泉井の温度が新規掘削により温泉の利用・経営に支障が生じる程度に低下する場合、〔2〕既存の温泉井の利用施設の規模・利用状況に照らし、従前、需要量を凌駕するゆう出量をみていたものが、新規掘削により、当該需要量を満たさない程度に減少する場合、〔3〕新規の掘削が既存の温泉井のゆう出量に影響を及ぼす上、新規掘削による一般の便益が大きくなり、全体として、同一源泉から流出する温泉の利用価値に影響

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査を及ぼす場合、〔4〕新規の掘削が既存の温泉井に相当の影響を及ぼし、既存の温泉井が現在利用されており、かつ、将来その利用の廃止が予定されていない場合、その他上記〔1〕ないし〔4〕と同等の事態を招来する場合を指し、これらの場合（以下、これらを併せて「本件〔1〕ないし〔4〕の場合等」という。）以外は掘削の許可を拒み得ないと解すべきである。」

二 「温泉源を保護しその利用の適正化を図る見地から許可を拒む必要があるかどうかの判断は、主として、専門技術的な判断を基礎とする行政庁の裁量により決定されるべきことがらであって、裁判所が行政庁の判断を違法視し得るのは、その判断が行政庁に任された裁量権の範囲を超える場合に限り、「法が、都道府県知事に、温泉掘削の許可等を行う場合、あらかじめ温泉部会の意見を聴かなければならない旨定めているのは、温泉部会の専門技術的な知見に基づく意見を聴いて行う都道府県知事の合理的判断にゆだねる趣旨と解するのが相当である。したがって、温泉の掘削申請の不許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、温泉部会の専門技術的な審議及び答申を基にしてされた処分行政庁の判断に不合理な点があつて裁量権の範囲を超えているか否かという観点から行われるべきであり、処分行政庁がした判断に不合理な点があつて裁量権の範囲を超えていることの主張立証責任は、本来、その処分の取消しを求める被控訴人が負うべきものと解される。しかし、温泉部会の審議に関する資料をすべて控訴人の側が保持していることなどを考慮すると、控訴人の側において、まず、処分行政庁の依拠した温泉部会の調査審議及び判断の過程等、処分行政庁の判断に不合理な点がないことを相当の根拠に基づき主張立証する必要がある、控訴人がその主張立証を尽くさない場合には、処分行政庁がした判断に不合理な点があつて裁量権の範囲を超えていることが事実上推認されると解すべきである。」

三 「本件処分に際し、処分行政庁が依拠した温泉部会の調査審議及び判断（本件答申）の過程等、ひいては、本件申請が法4条1項2号にいう『公益を害するおそれがあると認めるとき』に該当するとした処分行政庁の判断に不合理な点がないかについて検討する。」

四 「処分行政庁は、『本件申請地点は、鉱業法第15条に基づく鉱区禁止地域内に位置するが、山代温泉では、昭和45年9月の同禁止地域の指定以来、地域内では個別旅館による温泉掘削はしないなど、地域が連携し、温泉の保護と継続的、安定的な利用を図ってきた経緯がある。また、加賀市においては、同禁止地域の指定の意義を踏まえ、本件許可について慎重な対応をとるよう求めている。』、『このような状況で、本件のような個別の掘削を許可すれば、今後、掘削に歯止めがきかなくなり、ひいては温泉の枯渇を招くおそれがある。』、『地元団体が過去の経緯や個別掘削による影響を踏まえ、本件掘削に反対している中で掘削を行うことは、地域に大きな混乱をもたらすおそれがある。』との本件答申を受けて、事由〔2〕（上記答申の内、地域連携の経緯と温泉の枯渇をあげる 引用者注）及び〔3〕（同様に、地域の混乱をあげる 引用者注）を理由に本件処分を行っているが、事由〔2〕及び〔3〕がいずれも本件〔1〕ないし〔4〕の場合等に該当しないことは明らかである。……

また、処分行政庁は、『裂か型と言われている山代温泉では、源泉間の干渉の可能性が高く、新たな温泉掘削は既存源泉に影響を及ぼす危険性が高いと考えられる。』との本件答申を受けて、『山代温泉では源泉間の干渉の可能性が高く、新たな温泉掘削は既存源泉に影響を及ぼす危険性が高い』とする事由〔1〕を理由に本件処分を行っているが、本件答申及び事由〔1〕は、いずれも『既存源泉に影響を及ぼす危険性が高い』という抽象的なものであり、本件〔1〕ないし〔4〕の場合等に該当しない。……

（温泉部会での審議における各委員の発言は）同様に既存源泉へ影響を及ぼす可能性を指摘するに止まるものであって、本件〔1〕ないし〔4〕の場合等に該当しない。……

これらの資料（書証として提出された資料 引用者注）をもっては、本件掘削が本件〔1〕ないし〔4〕の場合等に該当するとは認められないし、他に、温泉部会の審議・判断の資料・根拠としても、本件訴訟上も、上記場合等に該当すると認められるような証拠はない」。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査

五 「したがって、本件処分に際し、処分行政庁が依拠した温泉部会が本件答申において、……『本件掘削を不許可とすることが適当と考える。』としたこと、ひいては、処分行政庁が本件申請は法4条1項2号にいう『公益を害するおそれがあると認めるとき』に該当すると判断したことは合理的な根拠を欠くものというべきである。」

六 「控訴人は、本件掘削は、法4条1項1号にも該当する旨主張するが、前提事実判示のとおり、本件処分は法4条1項1号を理由とするものでないし、……本件掘削が『温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼす』とは認められないから、控訴人の上記主張には理由がない。」

本ガイドライン（環境省が作成したもの 引用者注）は、温泉保護のための手段として、一定の要件の下で、都道府県が、掘削等の原則禁止区域を設定したり、既存源泉から一定距離内での掘削を認めない距離規制を行うことを掲げていることが認められるが、石川県において、本ガイドラインに基づく掘削等の原則禁止区域の設定や上記距離規制は未だ行われていない……から、仮に本ガイドラインを斟酌したとしても、本件掘削が法4条1項に該当すると認めることはできず、控訴人及び訴訟参加人の上記主張には理由がない。

以上によれば、本件申請を不許可とした本件処分は、処分行政庁の裁量権の範囲を超えるものであって違法である。」

七 「本件の全証拠に照らしても、本件掘削が、法4条1項2号が定める『公益を害するおそれがあると認めるとき』、すなわち、本件〔1〕ないし〔4〕の場合等に該当するとか、同項1号が定める『温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき』に該当すると認めることは合理的な根拠を欠くものというべきである。……仮に本ガイドラインを斟酌したとしても、本件申請に法4条1項所定の不許可事由が存在すると認めることはできず、訴訟参加人の上記主張には理由がない。……本件申請について、法4条1項3号ないし5号の事由の存在を認めることができる証拠は存在しない。

よって、本件申請については、合理性のある裁量判断として法4条1項所

定の不許可事由が存在すると認めることができる場合ではないのであるから、処分行政庁は同条1項柱書に従いこれを許可しなければならないのであって、処分行政庁がこれを許可しないことはその裁量権の範囲を超えているものと認められる。」

〈検討〉

まず、判決は、温泉掘削許可制度の趣旨を温泉法の規定から明らかにする。そして、「温泉を保護しその利用の適正を図り、公共の福祉の増進に寄与することをもつて目的とする。」(1条)、「温泉をゆう出させる目的で土地を掘削しようとする者は、環境省令で定めるところにより、都道府県知事に申請してその許可を受けなければならない。」(3条1項)、都道府県知事は、「当該申請が次の各号のいずれかに該当する場合を除き、前条第1項の許可をしなければならない。」(4条1項柱書)、「当該申請に係る掘削が温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき。」(同項1号)(以下、1号要件という)、「前号に掲げるもののほか、当該申請に係る掘削が公益を害するおそれがあると認めるとき。」(同項2号)(以下、2号要件という)から、温泉源を保護とその利用の適正化を図るという公益保護であって、既存の温泉井所有者の既得の利益を直接保護するものではないとした(判旨一)。そして、1号要件は2号要件の例示として位置付け、2号要件は許可制度の保護目的から「特に必要があると認められる場合」をさしているので、4条を少しでも物理的影響がある限り、許可してはならないと解すべきではないとした<sup>9)</sup>。これを前提にして、判決は、2号要件を具体化する規範aを提示した。このaは、具体化要件(判決がいう〔1〕ないし〔4〕の場合)とこの要件を満たす場合でなければ不許可は許されない、すなわちこの要件に当たらなければ許可すべきであることを示した。

次に、掘削許可処分は裁量処分であり、伊方原発最判(最判平成4年10月29

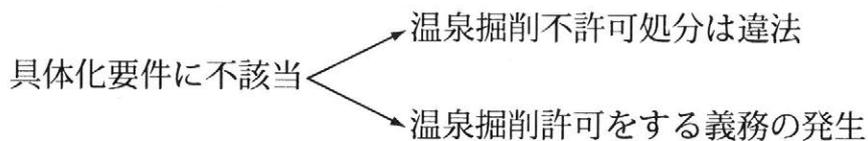
9) 三浦大介「本判決評釈」自治研究87巻11号151頁では、温泉源を保護し持続的利用の確保を温泉法の趣旨とすれば、2号要件ではより広く掘削による間接的な影響も考慮され得ることを述べる。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
日民集46巻7号1174頁) にしたがって裁量処分の違法についての主張立証責任に  
関し、県側が温泉部会の調査審議・判断過程、処分庁の判断に不合理な点がない  
ことを主張立証する必要があるとして(判旨二)、県側の主張に不合理な点  
があるか否かを審査した(判旨三)。

そして、ア温泉部会の答申とそれに基く処分理由のいずれも具体化要件に適  
合しない、イ温泉部会の審議・判断の資料・根拠も同様に具体化要件に適  
合しない(ア、イともに判旨四) ことを理由に2号要件を根拠とする不許可処分は  
合理的な根拠を欠くとした(判旨五)。また、県側の他の主張も理由がないと  
した(判旨六)。

したがって、判決は、取消訴訟において具体化要件への不適合を理由に処分  
の合理性を否定しているが、ここでは判決がその要件を充足するか否かについ  
て実体的判断をしていることを指摘することができる。なお、原審は掘削許可  
処分を裁量処分とはせずに、自ら許可処分をすべきであると判断し、不許可処  
分を取り消す実体的判断代置を行った。

申請満足型義務付け訴訟においては、取消訴訟における処分違法理由と同様  
の理由に基づいて、不許可事由に該当しなければ法4条1項柱書により許可し  
なければならないことから、不許可処分を裁量権の範囲を超えるとした。



#### ⑤大阪地判平成21年9月25日判時2071号20頁(以下、⑤判決という)

原告は、個人タクシー運賃の値下げを内容とする運賃変更認可申請をしたが、  
「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」(平成12  
年改正後の道路運送法9条の3第2項3号以下、3号要件という)に適合し  
ないことを理由に却下処分を受け、その取消しと認可処分の義務付けを求めた  
ところ、取消訴訟が認容された。しかし、近畿運輸局長が再び却下処分を行っ  
たため、その再却下処分取消訴訟などを前記義務付け訴訟に併合提起した。

〈判旨〉

- 一 (3号要件について)「他の一般旅客自動車運送事業者との間において過労運転の常態化等により輸送の安全の確保を損なうことになるような旅客の運賃及び料金の不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれをいうものと解するのが相当であり、そのようなおそれのある運賃等に該当するか否かについては、当該運賃等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という観点のほか、当該事業者の市場の中での位置付け、当該運賃等を設定した意図等を総合的に勘案して判断すべきであり、「このような判断は、専門的、技術的な知識経験及び公益上の判断を必要とするものであるから、同号の基準に適合するか否かの判断については、国土交通大臣及びその権限の委任を受けた地方運輸局長にある程度の裁量権が認められる」。
- 二 「本件申請に係る運賃が能率的な経営の下における適正な原価を償わないものであると即断することはできない上 (A)、原告は1人1車制の個人タクシー事業者であって市場支配力はほぼゼロであり、現存する最低額運賃から初乗運賃をわずかに20円値下げする本件申請が認可されたとしても、過労運転の常態化等による輸送の安全の確保を損なうことになるような不当な値下げ競争を引き起こす具体的おそれを裏付けるに足りるような事情は見当たらず (B)、さらに、原告が当該運賃等を設定した意図は、運賃値下げ競争に批判的なものではあるが、原価や利潤を度外視した運賃設定を行って、他の事業者の事業活動を阻害しようというような意図によるものではなく、かえって、近畿運輸局長において、本件申請に係る運賃が、法人タクシー事業者において認可されていない運賃であることや、初乗運賃500円という従前の最低額ラインを割り込む運賃であることといった重視すべきでない事情をことさら重視しているとみられること (C) も考え併せれば、近畿運輸局長の本件再却下処分は、道路運送法9条の3第2項3号の基準適合性に係る判断の専門性、技術性及び公益性にかんがみてもなお、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといわざるを得ないのであって、その裁量権の範囲を

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
超え又はその濫用があったというべきである。」

三 「本件再却下処分において、道路運送法9条の3第2項3号の要件に適合しないとした近畿運輸局長の判断には裁量権の逸脱又は濫用があったというべきところ、本件再却下処分後の事情に関しては原被告ともに特段の主張立証はなく、現時点において、同法9条の3第2項3号の要件に適合しないとして本件申請を認可しないことは、その裁量権の逸脱又は濫用になると認められる。」ただし、「本件申請の認可に付すべき条件の有無及び内容については、なお近畿運輸局長の裁量判断にゆだねられる」べきである。

#### 〈検討〉

判決は、3号要件の不当競争を「引き起こすこととなるおそれ」を「具体的なおそれ」とする具体化要件を示し、さらに申請された運賃がそれに該当するか否かについての考慮事項を示した（判旨一）。それが（A）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という観点のほか、（B）当該事業者の市場の中での位置付け、（C）当該運賃等を設定した意図等である。そして、これらの考慮要素を総合的に勘案して処分庁が行なう判断には、「ある程度」の専門的・技術的な裁量が認められるとした。続いて、判決は上記（A）、（B）、（C）の考慮事項ごとに検討した。

（A）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については、処分庁が収支率82.37%と査定したが、その数値は査定基準を法人タクシー事業者から抽出された原価計算対象事業者の標準人件費の9割としたため、それは事業者の競争を促進し利用者の利便の確保、向上を図るという平成12年改正法の趣旨からも不合理である。そして、極端に低額な運賃か否かは各種事情を考慮して総合的に判断すべきであり、この人件費の査定基準は、個人タクシー事業者が法人タクシー事業者とは競争力に大きな差があるので、実質的な公平という観点からも重大な疑問があること、燃料費の算定基礎である単位当たりの価格は、本件では最近の市場実勢価格とするが審査基準は「最近の平均購入価格」としていること、処分庁が主張する他のタクシー事業者が一般的に使用する自動車用LPガス価格の高騰は、本件には無関係であること、

処分庁は申請した運賃等に値下げした場合、値下げ前の収入を維持するには走行距離及び労働時間を増やす必要が生じ、これを安定的に継続するには相当な無理が強いられることとなり、実際上かなり困難であると主張するが、法人タクシー事業者を原価計算対象事業者として、その走行距離等の数値を用いており値下げによる実車率の向上を加味していないので、算出結果の信ぴょう性に疑問があること、処分庁は実車走行キロの査定で申請数値を用いているが、実績伸び率数値を用いていればほぼ収支が償っていたことを理由に、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償わないものであると即断することはできない」とした。

(B) 当該事業者の市場の中での位置付け（申請認可による市場への影響）については、判決は原告のタクシー事業に関する事情（事業内容、使用車両、営業形態、損益状況、営業努力等）、申請運賃適用地域（以下、当地域という）の市場特性等、当地域の賃金水準等、当地域の需給事情等、低額運賃の認可を受けた事業者の営業実績の推移等、当地域の事故件数等を検討し、処分庁の主張を審査する。処分庁は、低額運賃への他のタクシー事業者の追随傾向が生じること、低額運賃により過労運転の常態化や交通事故の多発を招くこと（事業者の中には安全確保を懈怠する者もいること、車両数の増加とともに事業者間の競争の激化、交通事故件数の全国平均を超える増加等、タクシー運転者の長時間労働や労働環境の悪化により利用者の輸送の安全が脅かされるおそれがあるので近畿行政評価局による調査の実施など）を主張した。

そして、運賃値下げ競争の激化と交通事故件数増加との関連性は希薄であり、本件申請を認容しても輸送の安全確保を損なうような不当な値下げ競争を引き起こすほどに多くの事業者が追随するとも考えにくく、原告の営業形態や営業実態等からしても、当地域の市場全体に大きな影響を及ぼし、輸送の安全確保を損なうような不当な値下げ競争を引き起こす具体的なおそれがあるとは到底いえないとした。

(C) 当該運賃等を設定した意図等については、判決は認定事実に基づき、原告は不当な競争を引き起こす意図はない、再却下処分における処分庁の意図

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査については法人タクシー事業者の運賃で500円を下回るものはないという重視すべきではない事情が重視されている，500円を最低額ラインとして処分庁が設定することは重視すべきではない事情をことさら重視しているとした。

最後に，判決は上記の各要素の検討結果を考慮すると，3号要件に適合しないとしてなされた再却下処分は「社会通念に照らし著しく妥当性」を欠くとして違法とした（判旨二）。そして，申請満足型義務付け訴訟についても処分後の事情について口頭弁論終結時までに特段の主張がないので，認可処分をしないことは裁量権の逸脱，濫用になるとした。これは，値下げ認可の根拠条文（道路運送9条の3第2項）では，国土交通大臣が認可をしようとするときは，1号から4号までの基準によらなければならない旨定めるので，営業の自由を考慮すると3号要件等に適合するならば認可しなければならないと解することを前提としているものと解される。なお，付款については義務付けから除外している<sup>10)</sup>。

取消訴訟における審査の特色は，考慮事項を提示したこと，そのうち（A）では査定に用いた数値が不合理であるので，適正な原価を下回るという結果にいたるとは「即断できない」として，あくまでもその結果が不合理であるとしたこと，（B）については申請認可による市場への影響はないと断じたこと，（C）については原告の意図は裁判所自ら判断し，処分庁の意図については重視すべきでない事情を重視するという不適正な重みづけがあったと認定したことがあげられる。なお，処分庁の意図については，（A）の検討において指摘できる事項であろう。本件取消訴訟での審査方式は，実体的判断代置ではないとする指摘がある<sup>11)</sup>。これは，考慮事項（A）について，伊方原発最判と同様に査定基準（審査基準）が不合理であるか否かを審査していること，原告の申請原価の具体的内容を処分庁に代わり算出していないこと，極端に低額な運賃

---

10) 横田明美「本判決評釈」自治研究87巻6号106頁以下は，付款が「一定の」処分内におさまるもので，義務付け訴訟制度の柔軟な活用に資すると評価する。また，③判決が処分内容について処分庁に判断を委ねることにも肯定的に触れる。

11) 友岡史仁・速報判例解説7号51頁（平成22年）。

か否かは各種事情を考慮して総合的に判断すべきであるとしていることを理由とする。たしかに、(A)において審査基準の合理性を審査しているが、(A)では他に値下げによる実車率の向上を加味していないので、算出結果の信ぴょう性に疑問があることを述べ、処分庁が実車走行キロの査定で申請数値ではなく実績伸び率数値を用いていればほぼ収支が償っていたと述べていること、そして(B)と(C)の審査、義務付け判決は取消判決をそのまま用いていることもあわせて考慮すると実質的には実体的判断代置方式を採っていると評することができると思われる。



⑥那覇地判平成23年8月17日 LEX/DB25472508 (以下、⑥判決という)

原告は、以前は那覇市から生活保護を受給していたが、廃止決定を受けた。その後、同市福祉事務所長に対して生活保護の開始を申請したが、原告が年金を担保に借入れを行い、年金から返済していたことを理由に、却下決定がなされた。そこで、原告は生活保護法4条1項(「保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる。」)の受給要件を満たしており、しかも同法4条3項(「急迫した事由がある場合に、必要な保護を行うことを妨げるものではない」)の「急迫した事由」にあたるので却下決定は違法で、開始決定しないことは裁量権の逸脱・濫用であるとして、却下決定の取消訴訟と開始決定の義務付け訴訟を提起した。

〈判旨〉

一 「(生活保護)法4条3項は、法4条1項の要件を満たさない場合であっても、『急迫した事由がある場合に、必要な保護を行うことを妨げるものではない』と定めており、法25条1項の規定に照らせば、ここにいう『急迫した事由』がある場合には、法4条1項の要件を満たさない場合であっても、保

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
護の実施機関は必要な生活保護を開始する義務がある場合があるというべき  
である。」

二 「法4条3項は、同条1項や2項の要件を満たさず、本来であれば生活保護を受けられない者に対して、特別に保護を行う場合を定める例外規定であることに鑑みると、その該当性は厳格に判断すべきであり、『急迫した事由』とは、単に生活に困窮しているだけでなく、生存が危うくされるとか、その他社会通念上放置し難いと認められる程度に状況が切迫している場合をいうものと解すべきである。」

三 「以上のような事情を考慮すれば、本件申請当時、原告は、生活保護を受給することができなければ、その生存が危うくされ、社会通念上放置し難いと認められる程度に切迫した状況にあったというべきであり、法4条3項にいう『急迫した事由』があったと認められる。」

四 「……原告が年金担保貸付を受けた時点において、本件廃止決定から3か月余りが経過しており、この間給付を得られなかった保護費と借入金額がおおむね一致していること、……原告には当時、他に生活費のあてがなかったことからすれば、借り入れた金銭はすべて本件廃止決定後に生活費のために借入れた金銭の返済に充てられ、あるいは生活費として費消されたと推認できる。

そうすると、原告が上記年金担保貸付を受けたことは、社会通念上真にやむを得なかったというべきであり、これをもって年金収入の活用を恣意的に忌避しているということもできないから、原告が法4条1項の要件を欠くということもできない。」

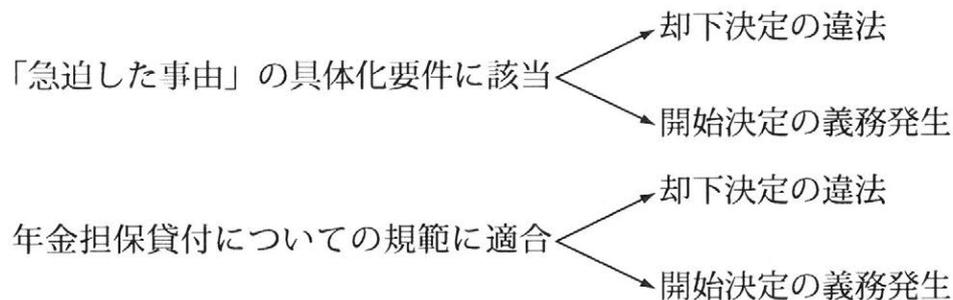
五 「被告は、原告が法4条1項、3項の要件を満たさないこと以外に本件却下決定の適法性を基礎付ける事由を主張しないから、その余の点を検討するまでもなく、本件却下決定は違法というべきであり、また、福祉事務所長が、現時点において、原告に対して、平成21年6月1日を保護開始日とする生活保護開始決定をしないことは、法4条1項の規定に明らかに反し、そうでないとしても裁量権の逸脱、濫用があるというべきである。

そして、原告に対する保護の種類は、生活扶助、住宅扶助及び医療扶助とし、程度及び方法については、法8条1項に基づき厚生労働大臣の定める基準に従うのが相当である。」

〈検討〉

まず、判決は「急迫した事由」（法4条3項）がある場合には、生活受給要件を満たさない場合でも、実施機関に「必要な生活保護義務を開始する義務がある場合がある」とした（判旨一）。したがって、「義務がある場合」は、「急迫した事由」の急迫の程度によることになるとの趣旨であろう。ただ、「急迫した事由」があれば、義務がない場合を想定することはできないであろう。そして、「急迫した事由」について、それを具体化する要件を提示する（判旨二）。

次に、認定事実に具体化要件をあてはめ、「急迫した事由」が存するとした（判旨三）。さらに、生活保護受給要件（法4条1項）も満たすと判断したが、ここでも「年金担保貸付を受けたことは、社会通念上真にやむを得なかったというべきであり、これをもって年金収入の活用を恣意的に忌避しているということもできない」として年金担保貸付を受けた場合でも、受給要件を満たす場合の規範を示し、それに基づき実体的判断をしているということが出来る（判旨四）。1項の受給要件を満たしていれば、実施機関には生活保護義務が生じることが前提となっている。最後に、却下決定を違法とし、保護内容については実施機関の判断に留保し、生活保護開始決定をしないことが濫用にあたるとして義務付け訴訟を認容した（判旨五）。



### 三 全体的な検討

①から⑥判決を通して、指摘することができる事項は、次のとおりである。なお、繰り返しになるが、指摘事項ごとに各判決の要点を整理しておくこととする。

- (1) ①から⑥判決は、取消訴訟と申請満足型義務付け訴訟の違法判断基準時を別としつつ、取消訴訟における申請拒否処分の違法判断を、そのまま用いて申請満足型義務付け訴訟の申請不認容要件に該当するという判断を行っていることを指摘することができる。これは、「一 はじめに」で述べた同一説に立っているということができる。
- (2) いずれの取消訴訟でも要件裁量が認められる場合で、各判決は法定の要件を具体化する要件（具体化要件）（①・②・④・⑥各判決）、あるいは法定要件に該当するか否かを判断するための考慮事項を提示し（⑤判決）、また具体化要件とともに効果裁量を否定する規範（③判決）、あるいは特定の場合（年金担保貸付）についての規範（⑥判決）を提示する。

#### ①判決

市町村は児童が保育に欠ける場合に、保護者からの申込みがあれば「保育所において保育しなければならない」（児童福祉24条第1項）が、児童に障害がある場合には、「その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合」には、保育所での保育を実施しなければならない。したがって、「やむを得ない事由」（児童福祉24条第1項但書）には「その障害のある児童であっても、その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合」は含まれない。

#### ②判決

判決は、「開示することにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがある

ると実施機関が認めることにつき相当の理由がある情報」(愛知県個人情報保護条例17条第6号)について、「支障」は具体的な支障とした。

③判決

判決は、「本邦への在留を希望する外国人が、日本人との間に法律上又は事実上の婚姻関係がある旨を主張し、当該日本人も当該外国人の本邦への在留を希望する場合において、両者の関係が、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質に適合する実質を備えていると認められる場合には、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与すべきである」とする趣旨の規範を提示した。これは、具体化要件と、それを満たす場合には在留特別許可をすべきであることを示している。具体化要件として特に挙げるべきは、実質的な婚姻関係の存在と在留特別許可を不相当とする特段の事情の不存在である。

④判決

判決は、「公益を害するおそれがあると認めるとき」とする2号要件は、〔1〕既存の温泉井の温度が新規掘削により温泉の利用・経営に支障が生じる程度に低下する場合、〔2〕既存の温泉井の利用施設の規模・利用状況に照らし、従前、需要量を凌駕するゆう出量をみていたものが、新規掘削により、当該需要量を満たさない程度に減少する場合、〔3〕新規の掘削が既存の温泉井のゆう出量に影響を及ぼす上、新規掘削による一般の便益が大きくなり、全体として、同一源泉から流出する温泉の利用価値に影響を及ぼす場合、〔4〕新規の掘削が既存の温泉井に相当の影響を及ぼし、既存の温泉井が現在利用されており、かつ、将来その利用の廃止が予定されていない場合、その他〔1〕ないし〔4〕と同等の事態を招来する場合をいうとして、具体化要件を示した。

⑤判決

「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」(3号要件)にいう「おそれ」は、「具体的なおそれ」をいい、その要件に該

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査

当するか否かの考慮事項として（A）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，（B）当該事業者の市場の中での位置付け，（C）当該運賃等を設定した意図等をあげた。さらに具体的な考慮事項として当該申請にかかる運賃等の額の運賃査定額からのかい離の程度，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，下回るものであるとすればその程度，当該申請にかかる当該申請者の運転者一人当たり平均給与月額と標準人件費とのかい離の程度，当該運賃適用地域の立地条件，規模，当該運賃適用地域における市場の構造，特性等，当該申請者の種別，企業規模，営業形態，運転者の賃金構造等，当該運賃適用地域における需給事情，運転者の賃金水準，一般的な経済情勢等をあげた。

#### ⑥判決

生活保護法4条3項の「急迫した事由」があれば必要な生活保護義務が発生する場合があることを前提に、「急迫した事由」について、「単に生活に困窮しているだけでなく、生存が危うくされるとか、その他社会通念上放置し難いと認められる程度に状況が切迫している場合」とした。（認定事実にあてはめ、この要件を満たしていると判断した。そして、同時に、（1項の受給要件を満たしていれば、実施機関には生活保護義務が生じることをふまえて、）年金担保貸付を受けても「社会通念上真にやむを得なかったというべき」であり、「これをもって年金収入の活用を恣意的に忌避しているということもできない」として、年金担保貸付ある場合の例外を認める規範を提示した。

(3) 取消訴訟において、いずれの判決も申請に対する処分をしないという効果裁量がないとした。

③判決を他判決と比較すると、効果裁量が認められる在留特別許可について憲法を根拠に具体化要件、および効果裁量を否定する、すなわち申請認容処分をする義務を導いている点が異なる。

#### ①判決

処分の根拠法令である児童福祉法1条（児童福祉の理念）および2条

(児童育成の責任)の規定を根拠に「やむを得ない事由」に該当しなければ保育所における保育を実施しなければならないとして効果裁量を否定している。

②判決

愛知県個人情報保護条例1条(目的),および実施機関の保有する自己を本人とする個人情報について不開示情報を除いて原則的開示を義務付ける17条柱書を根拠として,不開示情報に該当しなければ開示すべきであるとして効果裁量を否定する。

③判決

在留希望の外国人が日本人との婚姻関係を主張し,日本人もその在留を希望する場合には,日本人との実質的な婚姻関係がある場合で,他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない場合には,処分庁は在留特別許可を付与しなければならないという具体化要件を含む規範を,当該日本人にとっての婚姻・家族に関する憲法上の保護利益(憲法24条)を根拠に導き出した。その規範により,具体化要件を満たせば在留特別許可を付与する義務を処分庁に課した。

④判決

判決は,「公益を害するおそれがあると認めるとき」(2号要件)は,「温泉のゆう出量,温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき」(1号要件)の例示で,温泉源を保護し,その利用の適正化を図る見地から特に必要があると認められる場合を指し,温泉法4条は,この見地から特に必要と認められる場合以外は掘削の許可を拒み得ないとの趣旨を定めたものと解すべきであるとして,知事は掘削許可申請が2号要件に該当しなければ,許可しなければならないとする。温泉掘削許可の根拠条文(温泉3・4条),法目的(同1条)を根拠として法定要件,具体化要件に該当しなければ,処分庁は許可しなければならないとした。

⑤判決

特に運賃変更認可基準に適合すれば認可の義務が発生するとは明示しな

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査

いが、その根拠条文（道路運送9条の3第2項）および事業者の営業の自由を考慮すると3号要件等に適合するならば認可しなければならないことを前提としているものと解される。

#### ⑥判決

判決は生活保護法4条3項については、1項の受給要件を満たさない場合でも、「急迫な事由」があれば、生活保護開始義務が実施機関に発生する可能性があるという表現をしているが、実際には、そのような場合には義務が発生するのであろう。1項の受給要件を満たしている場合も同様に、憲法25条、生活保護受給権の性質、生活保護法の趣旨から効果裁量がないとの立場であらう。

- (4) 判決は、提示した具体化要件を満たすか否か、考慮事項、規範を認定事実にあてはめ、具体化要件を満たす（①・③・⑥各判決）、あるいは満たさない（②・④各判決）、考慮事項の検討結果に基づき法定の要件を満たす（①判決）、あるいは満たさない（⑤判決）、規範に適合する（⑥判決）として実体的な判断を行うが、申請に対する拒否処分を裁量権の逸脱、濫用があったとした。
- (5) (1)から申請満足型義務付け訴訟の申請不認容要件を満たすとする判断は、取消訴訟の違法判断とそれにいたるまでの司法判断過程にしたがって導かれるということができる。そこで、申請満足型義務付け訴訟の司法判断過程について述べてみる。

行政・被規制者・国民という三面関係における規制権限不行使を理由とする国賠訴訟では、権限行使に裁量が認められる場合に、裁量権収縮論<sup>12)</sup>、裁量権消極的濫用論が見られる。いずれも効果裁量が存在する場合に、前者は、生命・健康等に対する切迫した危険の存在など一定要件のもとに裁量権が収

---

12) 裁量権収縮論を含めて、詳しい学説、判例の状況については、西楚章『国家賠償法コンメンタール』（勁草書房、平成24年）226頁以下。なお、ドイツの義務付け訴訟における裁量審査については、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために」民商法雑誌81巻4号70頁以下（平成17年）。

縮し、権限の行使が義務付けられるとする見解であり、後者は一定の要件を示すことなく、規制権限の根拠となる法令の趣旨・目的、権限の性質等を考慮して、具体的事情の下で権限不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く場合には、違法となるとする見解である。

これらを申請満足型義務付け訴訟に用いることはできるであろうが、①・②・④・⑤判決は法定要件に適合する（消極要件であれば適合しない）のであればもともと一定の処分をする義務が生じる、すなわちしないという効果裁量がない場合であるので（ただ、⑥判決は微妙な表現をするが、前述（3）のように同様に考えてもよいであろう）、同列には論じられないが、裁判所自体が合理的な実体的判断をするための具体化要件・考慮事項・規範を提示したという点では、要件裁量収縮のための一方法を示したともいえるであろう。③事件の控訴審判決（東京高裁平成21年3月5日LEX/DB25441765）では在留特別許可義務付け訴訟は直接型義務付け訴訟にあたるとして、広範な裁量が認められる在留特別許可処分の申請権は法律で定められていないとした<sup>13)</sup>。そうすると、③判決は、効果裁量がある場合の、しかも要件裁量が広い場合の双方の裁量収縮のための一つの方法（規範と具体化要件の提示）を示しているといえる。

宇賀克也は、効果裁量の存在を前提とする裁量収縮論等に対する指摘、例えば裁量と作為義務を対立概念とする塩野宏の指摘や行政庁の作為を義務付けるには法律自体が定める要件を必要とするという藤田宙靖の指摘に対して、「効果裁量に依拠せずに作為義務を導く考え方」として、「Aの場合、Bをすることができる」と規定されていても、「特定の状況においては、そもそも効果裁量を付与せず、規制権限の行使を義務付けているとみるべき」であるとして、「Aの場合、Bをすることができる。ただし、Cの場合は、Bをしなければならない」と読むべきであり、この考え方は「裁量権収縮論が効

13) この点については、大橋真由美「③判決評釈」臨時増刊ジュリ1376号54頁参照（平成21年）。在留特別許可についての判例状況について、吉野内謙志「③判決評釈」別冊判タ25号280頁（平成21年）。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査  
果裁量の問題として論じてきた要素を要件裁量の問題として取り扱う」とす  
る<sup>14)</sup>。これは妥当な主張と考えるが、この主張に関連させると、①・②・  
④・⑤・⑥判決では、簡単にいうと「Cの場合でなければ（あるいはCの場  
合であれば）、Bをしなければならない」と処分の根拠法等から導くことが  
できるのではあるが、Cの場合について要件裁量の具体化が裁判所により行  
われている点、また、③判決は、裁量の広い処分について、義務付けを認容  
している点で、それらの司法判断過程は参考になるであろう。したがって、  
申請型義務付け訴訟においては、裁量収縮のための具体化要件・考慮事項・  
規範を提示することが一方法であるとはいえる。しかし、それだけでは申請  
認容処分をする義務があることにはならない。やはり、具体化要件・規範を  
満たすか否かの判断（考慮事項の場合にはそれらの総合的な検討）に基き法  
定要件を満たすか否かを裁判所自らが決定し、申請認容処分をしなければな  
らなると結論付けなければならない。すなわち、実体的判断代置が必要とな  
るであろう。このように考えると、申請満足型義務付け訴訟では申請不認容  
濫用要件を満たすとするには結果的に実体的判断代置方式を採ることになる  
ので、その方式に、併合提起された取消訴訟での裁量処分の審査が引き込ま  
れた形になっているのが、判例の状況であると指摘できるように思う。

他方、直接型義務付け訴訟の本案勝訴要件には、訴訟要件にある「重大な  
損害」が関わるとの指摘もあり<sup>15)</sup>、また、それを示す判例もあるように<sup>16)</sup>、

---

14) 宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部＝小早川＝芝池編『行政法の新  
構想Ⅲ』（有斐閣、平成20年）262頁。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、平成  
21年）508頁も、塩野説、裁量がゼロに収縮すると、授權規定の本来の趣旨である  
規制できないことになるという藤田説に反論し、裁量は「事案の状況にできるだけ  
適合するように行使せよという趣旨で授權されているのであって、もともと状況に  
よっては一定の行動が義務づけられることが予定されている」とする。

15) 芝池義一『行政救済法講義（第3版）』（有斐閣、平成18年）145頁。

16) 福岡高判平成23年2月7日判時2122号45頁は、産廃処分場の付近住民による産廃事  
業者に対する措置命令の義務付け請求について、鉛で汚染された地下水により周辺  
住民の生命・健康に損害を生ずるおそれがあることなどを考慮して措置命令をしな  
いことが裁量権の濫用にあたるとした。この判例評釈として、飯島淳子・臨時増刊  
ジュリ1440号48頁（平成24年）。

国賠法におけるこれまでの裁量権収縮論は直接型義務付け訴訟に、親和的であるということもできるであろう。しかし、申請満足型義務付け訴訟の申請不認容濫用要件該当性の判断については、損害の発生といった要素を加えることが理論上選択肢となり得るであろう。申請不認容濫用要件該当性の判断に関しては、前述のように実体的判断代置という方法が考えられる。しかし、取消訴訟における裁量処分に対する審査方式のあり方という観点からすると（後述(6)）、その審査方式は判断過程合理性審査とすべきであろうが、具体化要件、考慮事項、規範の提示で、申請不認容濫用の判断と重複する部分もあり得るので、申請不認容濫用の判断では実体的判断代置よりは、損害発生といった要素の付加がわかりやすさという点から実際的ではないかと思う。

(6) 併合提起された取消訴訟においては、要件について実体的判断をしているが、形式上は裁量処分に対する判断過程合理性審査方式を採っている。

①判決

処分は、事情を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかったので（要考慮事項の不考慮）、裁量濫用である。

②判決

処分の根拠、理由等を考慮して、処分に許容限度内の合理性がない。

③判決

処分は、重要な事実には誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかである。

④判決

温泉部会の専門技術的な審議及び判断過程等、そしてその答申を基にしてされた処分庁の判断が合理的な根拠を欠く。

⑤判決

考慮事項の検討結果も考慮すると、本件処分は、社会通念に照らし著しく妥当性を欠く。

## ⑥判決

却下決定は違法であるとするのみである。生活保護開始決定をしないことは、「法4条1項の規定に明らかに反し、そうでないとしても裁量権の逸脱、濫用がある」とするのみであり、逸脱・濫用の理由（例えば、社会通念に照らし著しく合理性を欠く）について述べていない。

以上のように、①から⑤までのいずれの判決も（おそらく、⑥判決も）、判断過程の合理性を審査する方式に含まれる社会通念に基づく限定的審査あるいは考慮事項に着目する審査の方式を採っているが、実質的には要件を満たすか否かを自らが判断し、その結論に基づき申請拒否処分を裁量権の濫用とする実体的判断代置方式を採る<sup>17)</sup>。

しかし、行政機関の専門技術的、政策的な判断が多かれ少なかれ求められる場合には、裁量処分として、それに対する司法審査は実体的判断代置ではなく、判断過程の合理性を審査する方式を採るのが判例の一般的な傾向であり<sup>18)</sup>、学説も肯定的評価をしている<sup>19)</sup>。したがって、裁量が存在するとされる処分について実体的判断代置を裁判所が行うことについては、これまでの司法審査方式とは異なることになり、同一説からの説明が必要となるであろう<sup>20)</sup>。

17) 神崎一彦「①判決評釈」判時1984号173頁（平成20年）は、義務付け判決が行政庁の第一次的判断を先取りすることになるので、判断過程統制の審査は、「結局は実体的判断代置に近い内容になることは自然であろう」と指摘するが、「一定の処分」をすべきであることについては実体的判断代置が行われていると考える。

18) 例えば、②判決に関連して紹介したが、大阪地判平成19年1月30日LEX/DB28130441は、情報公開法における法人情報に関して利益侵害情報に該当するか否かについて裁量を問題としていないのに対して、その控訴審判決（大阪高判平成19年10月19日LEX/DB28140011）は、裁量を認めるような場合には、前者で実体的判断代置をとることは当然許されることとなる。

19) 判例を含めて、亘理格「行政裁量の法的統制」芝池＝小早川＝宇賀『行政法の争点[第3版]』116頁（平成16年）。判断過程の審査についての最近の論文として、例えば、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部＝小早川＝芝池編・注14, 124頁、正木宏長「判断過程の統制について」水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員会編『行政と国民の権利』（法律文化社、平成23年）179頁、常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法教383号14頁（平成24年）。

20) 阿部泰隆『行政法解釈学I』（有斐閣、平成20年）366頁は、かつて使われてい

## 四 おわりに

以上、対象とした申請満足型義務付け請求認容判例によると、一般的にいうと、要件裁量が狭い処分について認容されていることを指摘することができる。また、効果裁量については、処分の根拠法の規定から否定される場合がほとんどである。ただ、この二点について③判決の在留特別許可は、要件裁量が広く、また効果裁量もあるが、判決は解釈により効果裁量を否定したので、例外として位置付けられるであろう。

次に、六判決とも、同一説に立つ。したがって、申請満足型義務付け訴訟における申請不認容濫用要件に該当するという判断は、違法判断基準時を別にしても取消訴訟における申請拒否処分に対する違法判断とその司法判断過程を共有している。そうすると、義務付け訴訟において裁量が収縮して申請不認容が裁量権の濫用になるとする理由と取消訴訟における申請拒否処分の取消理由との違いが明らかではないという指摘が当然にでてくる<sup>21)</sup>。そして、その場合取消訴訟においては、形式的には裁量処分の審査方式を採るが、実際は実体的判断代置方式を採る点で、「最近の最高裁判決のほとんどは、判断過程に着目した審査をしながらも、最小限審査を標榜する」<sup>22)</sup> という裁量処分に対する審査方

---

↘た法規裁量（不確定概念を用いた法規を根拠とする処分が社会通念にしたがい経験則や条理により拘束されている場合の当該処分の裁量）については羈束行為と同様に裁判所の全面司法審査対象行為としている。これによると六判決のうちほとんどは、これに該当することになり、阿部説では実体的判断代置は当然許されることになる。しかし、現在では、法規裁量と自由裁量（行政庁の判断に委ねられた処分に存する裁量）が相対化して、いずれも裁量処分として、実体的判断代置ではない審査がなされている。阿部説は、広い裁量については判断過程の審査を行い、狭い裁量については実体的判断代置を行うべきであるとする趣旨である。この説によると、併合提起された取消訴訟において裁量が狭い処分について実体的判断代置を行うことは矛盾なく説明できる。

21) 阿部泰隆・注14, 295頁では、③判決について、在留特別許可について「裁量判断を誤認しても取消事由になるだけで」、「広い裁量がなぜゼロ収縮するのか、疑問である」とする。

22) 常岡孝好・注19, 21頁。ここで、最小限審査は「社会観念上、著しく合理性を欠く」か否かの審査（本稿では社会通念に基く限定的審査とした）をいう。

申請満足型義務付け訴訟および併合提起された取消訴訟における裁量処分の司法審査式とは相容れない。そこで、申請満足型義務付け訴訟を認容する場合に併合提起された取消訴訟であるので、一般的な取消訴訟における裁量処分に対する司法審査方式とは別な特殊な場合に当たると割り切るのも一つの方法であろうが、併合提起された取消訴訟で、実際には実体的判断代置方式を採ることがなぜ許されるのかについての検討が必要とされるであろう。あるいは、独立説により、取消訴訟では実質的にも判断過程の審査方式を用いて、申請型義務付け訴訟の申請不認容濫用については損害の発生といった要素を加えることも十分に考慮される価値はあると考える。