

2022年度同志社大学大学院司法研究科

後期日程入学試験問題解説

行政法

【出題意図】

本問は、行政指導を理由として申請に対する許可を留保することの違法性を問う問題である。行政指導に関する行政法総論の最重要判例において示された判断枠組みを理解した上で、事案にそくした具体的検討ができるかを問うた。

【採点のポイント】

〔1〕行政指導を理由として申請に対する許可を留保することの違法性は、行政指導に関する論点ではあるが、基本的には「許可の留保（＝許可をしない不作為）」の違法性の問題である。したがって、まずは申請に対する許可をしないことが、申請に対して遅滞なく申請の審査を開始すべき義務につき定める行政手続法7条に違反しないかが問われる。

本問においては、申請に対する許可が遅延したことが行政手続法7条に照らして問題となりうることを確認した上で、本問の事案において、通常であれば申請から3か月ほどで出される許可が大幅に遅延したことを指摘する必要がある。

〔2〕その上で、行政指導が行われていることを理由に許可を留保することが許される場合に関する最判昭和60年7月16日（品川マンション事件）の判断枠組みを踏まえて、本問の事案において許可の留保が許される限度を超えて違法であるとの主張を導くことが求められる。

具体的には、（1）一般論として私人は行政指導には従う義務がないことを確認した上で、上記昭和60年最判において、行政指導に対する不協力・不服従の意思が①「真摯かつ明確に」表明されたときは、②「不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り」、留保は違法と評価されるとの判断枠組みが示されていることを指摘することになる。

そして、（2）本問においては、申請書に事前協議書を添付することが法定の許可要件ではなく、行政指導として任意の協力を求めるに過ぎないことを確認した上で、①申請書を提出した2020年7月3日の時点では「真摯かつ明確に」不協力・不服従の意思が表明されたとはいえないこと、2021年5月10日に内容証明郵便が送付された時点で「真摯かつ明確に」不協力・不服従の意思が表明されたといえること、②説明会を一回開催しただけで申請したことに地域住民が強く反発したために以後の説明会が十分な形で実施できなくなり協議を打ち切ったことは「特段の事情」とはいえないことを具体的に説明することが求められる。

〔3〕以上を踏まえて、2021年5月10日の時点で、申請から3か月を大幅に超えており、行政指導を理由に許可を留保することはもはや許されず違法となるとの結論を導くこ

となる。

【講評】

本問は、行政法総論の基本論点に関する出題であり、昭和60年最判は最重要判例の一つであるので、よく勉強している者にとってはさほど難しい問題ではなかったと思う。本問の事案も、建築確認の留保に係る昭和60年最判の事案とは許可の根拠規範が異なるものの、紛争の構図は基本的にそれほど変わらないので、事例問題を解く練習を積んでいなくてもそれなりに解答することができるはずの問題であった。

しかしながら、よく書けている答案の一方で、行政指導には従う義務がないとの一般論のみに基づいて本問の事案について検討し結論を導く答案も少なくなかった。また、昭和60年最判の判断枠組みに基づいて検討している場合も、①「真摯かつ明確に」という同最判の文言を引用できていない答案が散見されたほか、②「不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り」との判断枠組みに基づいて判断している答案は極めて少なかった。この点については、行政が行政指導を継続する「特段の事情」と誤解した答案もあった。

確かに、昭和60年最判の判断枠組みについては、学説においても多様な評価がなされており、昭和60年最判の判断枠組みと異なる判断をすることが行政法の理解として間違っているとまではいえない。しかし、判例と異なる独自の判断を展開する場合には、なぜ判例と異なる判断をするのか具体的に説明すべきであろう。まずは判例を正確に理解することが出発点であることを十分肝に銘じて欲しいと思う。