

## 第1部 問題1

### ◇ウォーミングアップ◇

- A1 申請，審査，許認可又は拒否の順に手続が進む。行政庁には審査基準の設定公表（行手法5条）・理由の提示（8条）等が行為義務として定められている。
- A2 いいえ。手続上の違法の程度が低ければその手続の瑕疵は処分の違法を導かず，他方で手続上の違法の程度が高ければその手続の瑕疵が直ちに処分の違法を導き，中間的な事例ではその手続の瑕疵が結果に影響を及ぼす可能性がある場合に限ってその手続の瑕疵が違法を導く。
- A3 処分庁は，判決の趣旨に従って改めて申請に対する処分をしなければならない（行政事件訴訟法33条2項）。

## 第1部 問題1本問題について

### 第1 設問1について

#### 1 Aの主張

Aとしては申請の段階での考慮事由の不開示が処分の取消事由になるものとして以下の主張を行う。

- (1) 本件処分が申請に対する処分（行政手続法（以下「行手法」という。）第2章）であることについて

本件処分は申請に対する処分か。

たしかに，本件処分の根拠法令である，各種学校の設置の認可に関する学校教育法134条2項及び4条1項には申請についての言及がない。

しかし，学校教育法136条1項及び2項は各種学校の設置の認可を「申請」することについて言及している。

また，実質的にも各種学校経営を望まないまま教育を行っているものに対して一方的に職権処分として各種学校設置の認可をすることには到底考えられない。

よって，教育を行う一定のものには学校教育法136条1項及び4条1項により申請権が認められているものと解される。

よって，かかる申請権に基づくAの申請に対してなした本件処分は申請に対する処分である。

- (2) 審査基準設定公表義務違反について

行手法5条1項は申請に対する処分につき審査基準を定める義務を課している。そして，同条3項はこれを公にしておく義務も課している。そこでまず，本件において審査基準が公表されていたといえるかを検討する。

過当競争という申請拒否理由は学校教育法及び同法134条3項による委任を受けた各種学校規程には一切明示されていない基準である。しかるに，本件においてはAが審査基準を問い合わせたにもかかわらず過当競争が審査基準を構成していることをB県の担当部署はAに伝えていない。

そして，審査基準の問い合わせに対してある事情が審査基準を構成していることを伝えないということは，一般人は当該機関の回答を非常に信頼することからして，たとえ審査基準が当該機関の事務所には備え付けられていたとしてもこれを隠匿したに等しい行為である。

よって，過当競争を含む審査基準は公表されていなかったといえる。

では，「行政上特別の支障があるとき」（行手法5条3項）といえるか。

審査基準の設定公表義務の趣旨は具体的要件を事前に知る機会を申請権者に与えることで自己の申請が不公正に取り扱われることを防止することにある。

そして，特定の申請が不公正に取り扱われるということは平等原則という憲法14条1項に反するきわめて重大な事態であるのでこれを排除すべき必要性がきわめて高い。

よって、「行政上特別の支障があるとき」とはかかるきわめて重大な事態を甘受してもやむを得ないといえるようなきわめて重大な行政上の保護すべき利益があるときに限られる。

本件では、各種学校設置の認可処分について審査基準を公表することにより生じる行政上の不利益はせいぜい公表のための手続の煩瑣程度のものにすぎず、きわめて重大な行政上の保護すべき利益の侵害は全く生じない。

よって、本件は「行政上特別の支障があるとき」とはいえない。

よって、本件処分の手続に関しては行手法5条3項に反するという違法がある。

(3) 手続上の違法が処分の取消事由となるか。

もともと、上記違法は手続上のものにすぎない。そこで、手続上の違法が処分の違法を導き、取消事由となり得るかが問題となる。

たしかに、単なる手続上の違法を理由として取消訴訟の認容判決がなされたとしても、正しい手続によってもう一度同内容の処分がなされるだけの結果に終わることも十分に考えられ（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）33条1項、3項及び2項）、行政効率を害するだけの場合もある。

しかし手続規定は、単に形式的な手続を定めるにとどまらず、実体的にも正しい処分がなされることを担保するために設けられることが通常であり、手続規定の遵守を促すためには手続が違法であることを明確にするために手続上の違法を理由とした取消訴訟の認容判決をする必要もある。

そこで両者の調和を図るため、手続上の違法の程度が低ければその手続の瑕疵は処分の違法を導かず、他方で手続上の違法の程度が高ければその手続の瑕疵が直ちに処分の違法を導き、中間的な事例ではその手続の瑕疵が結果に影響を及ぼす可能性がある場合に限ってその手続の瑕疵が違法を導くと解するべきである。

本件では、審査基準が少なくともAとの関係では全く公表されておらず、特定の申請が不公正に取り扱われるという平等原則（憲法14条1項）に反する取扱いの温床となりかねない事態が生じていたのであるから、手続上の違法の程度はきわめて高かったといえる。

また、仮に手続上の違法の程度が高いとはいえないとしても、少なくともAとの関係では全く公表されておらず、しかも、憲法上の原則を害するという点では少なくともその手続の違法の程度が低いとはいえない。そして、Aとしてはもし審査基準を知っていればそれに応じた対策をして審査基準を充足させる意図を有していたのであるから、設置認可処分がなされた可能性がある。すなわち、手続の瑕疵が結果に影響を及ぼす可能性があるといえる。

よって、本件における上記手続上の違法は、本件処分の違法を導き、取消事由となる。

2 B県知事が負う義務

本件処分の取消訴訟の認容判決がなされた場合、その判決には拘束力が生じる（行訴法33条1項）。

そして、拘束力は主文に含まれる判断を導くために不可欠な理由中の判断に及ぶ。

本件では、主文に含まれる判断を導くために不可欠な理由中の判断として、審査基準の公表が欠けたことが違法との判断が含まれる。

よって、まずB県知事は、取消判決の拘束力により審査基準を公表する措置をとる義務を負う。

さらに、取消判決の形成力によって申請到達後処分前の状態に復しているところ、申請到達後に審査基準が公表されたという場合には当然に、当該公表された審査基準に対応した申請の訂正追加等があり得るといえる。よって、B県知事は、取消判決の拘束力により審査基準の公表に応じたAの訂正、追加等も受け入れるという措置をとる義務を負う。

その上で、先述の通り取消判決の形成力によって申請到達後処分前の状態に復しているから、行手法7条により法令によって認められた申請権に基づく申請に対する応答として、設置認可処分又は設置認可拒否処分等の応答をするという措置をとる義務を負う。

第2 設問2について

1 Aの主張

Aとしては過当競争を考慮したことが本件処分の取消事由になるものとして以下の主張を行う。

(1) 本件処分についてのB県知事の裁量の有無

本件処分についてB県知事は裁量を有するか。

裁量は、立法者が裁判所の判断よりも行政庁の判断を原則として優先すべきとしている場合に認められる。

よって、裁量の有無は、処分の根拠法令の文言及び処分の性質から、かかる場合に当たるといえるか否かによって決すべきである。

本件では、本件処分の根拠法令たる学校教育法134条3項の委任を受けた各種学校規程5条1項は生徒数について、考慮事情を「その他の条件」としている上に基準を「適当な数」としており、この文言のみでは具体的基準を読み取ることはできない。

また、同規定9条1項も位置を「適切な環境」とするのみで、この文言のみでは具体的基準を読み取ることはできない。

さらに、各種学校の教育内容は様々であり、また、各種学校事業という人的性格の強い事業に関する処分については法令による一律の基準によるよりは、行政庁の専門技術的判断にゆだねた方が、各種学校本来の目的である教育の充実に資する。

よって、本件処分についてはY県知事に裁量が認められる。

(2) 裁量の逸脱濫用

裁量処分はそれが裁量の逸脱濫用であるときに限って取消判決がなされる(行訴法30条)。では、いかなる場合に裁量処分が裁量の逸脱濫用といえるのか。

行政庁の第一次的判断権の尊重という観点からは、法の目的違反、動機の不法、平等原則違反又は比例原則違反といった明確な瑕疵があるときに限って裁量の逸脱濫用があるとし、裁判所の審査密度を低下させるべきとも思える(最小限審査)。

しかし、行政の適法性確保の見地からは、かかる審査のみでは不十分である。

もっとも、裁判所が全面的に審査する(判断代置)のでは、素人である裁判所による行政庁の専門技術的判断のオーバーライドが横行してしまい、行政権の第一次的判断権の尊重という裁量制度を設けた立法者意思を没却する。

よって、中間的に、行政庁の判断過程の合理性を審査し、判断過程の誤りの結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って裁量の逸脱濫用とすべきである(判断過程審査)。

本件では、本件処分の根拠法令たる学校教育法134条3項の委任を受けた各種学校規程は生徒数(5条)、校長(7条)、教員(8条)、位置及び施設、設備(9条、10条及び11条)において、各種学校がその生徒に対してなす教育活動の質を確保することに資する要件を規定しているのみであり、同業他者や他の各種学校の生徒に及ぼす影響に係る要件は一切定められていない。

また、各種学校が学校教育法上、学校とは別に規定されていることからして、各種学校における教育は公的性格の薄いものと考えられる。そうすると、本来各種学校の経営は自由になし得る(憲法22条1項)性質のものであるといえる。とすれば学校教育法の規定によるかかる自由に対する制限は可能な限り制限的に解すべきであり、学校教育法が明示した要件又はこれに類する要件でない事情を不認可処分の考慮事情とすることは許されないと解すべきである。

よって、本件処分の根拠法令は、各種学校がその生徒に対してなす教育活動の質を確保することに資する事情は考慮事情としているものの、それ以外の、同業他者や他の各種学校の生徒に及ぼす影響に係る事情は考慮事情としていないものと解される。

しかるに、本件処分は同業他者や他の各種学校の生徒に及ぼす影響を考慮事情としてなされたものであり、他事考慮である。すなわち、本件処分の判断過程には誤りがある。

そして、そのような他事考慮事情のみを根拠とした設置認可拒否処分は、他の本来考慮すべき事情を全く考慮していないか考慮しても劣後させてしまっている点で社会観念上著しく妥当を欠く処分といえる。

よって、本件処分は裁量の逸脱濫用であり、取り消されるべきである。

2 B県知事が負う義務

まず、取消判決の形成力によって申請到達後処分前の状態に復しているから、Y県知事は行手法7条により法令によって認められた申請権に基づく申請に対する応答として、設置認可処分又は設置認可拒否処分等の応答をするという措置をとる義務を負う。

次に、本件処分の取消訴訟の認容判決がなされた場合、その判決には拘束力が生じる。

そして、拘束力は主文に含まれる判断を導くために不可欠な理由中の判断に及ぶ。

本件では、主文に含まれる判断を導くために不可欠な理由中の判断として、過当競争等を考慮したことが違法との判断が含まれる。

よって、まずY県知事は、上記応答をするにあたって過当競争等、判決で違法とされた考慮事情をのぞいた事情を考慮してするという措置をとる義務を負う。

以上