

目次

行政法の一般原則

- 第1問 信義誠実の原則（平成27年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 1

行政行為

- 第2問 職権撤回（平成26年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 9

行政裁量

- 第3問 要件裁量と効果裁量の双方が問題となる場合（平成30年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 17
第4問 処分の理由ごとに判断過程審査をする場合（平成30年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 27
第5問 裁量基準に従った裁量処分（平成26年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 33
第6問 裁量基準から逸脱した裁量処分（平成28年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 43

行政契約

- 第7問 公害防止協定の拘束力（令和2年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 51

行政指導

- 第8問 行政指導を理由とする許認可の留保（平成29年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 59

行政調査

- 第9問 行政調査（平成20年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 67

行政手続法

- 第10問 不利益処分についての聴聞手続（平成24年予備試験参考）・・・・・・・・・・ 75
不利益処分の理由の提示（同上）
行政手続の瑕疵と処分の取消事由（同上）
第11問 不利益処分の理由の提示（処分基準の適用関係の提示の要否）・・・・・・・・・・ 83
第12問 諮問手続（平成23年予備試験参考、令和3年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・ 93

処分性

- 第13問 労災就学援護費不支給決定（通達を参考にした根拠法令の解釈）・・・・・・・・・・ 99
第14問 市立保育所における保育実施の解除（司法試験プレテスト参考）・・・・・・・・・・ 107
第15問 公共施設管理者の不同意・・・・・・・・・・ 117
第16問 勧告と公表（平成20年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 129
第17問 社会福祉法上の役員解職勧告（令和5年司法試験設問1（1）参考）・・・・・・・・・・ 137
第18問 内部行為論（平成25年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 145
第19問 申請権アプローチ（令和2年司法試験設問1（1）参考）・・・・・・・・・・ 153
第20問 土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した判例理論（平成24年司法試験設問1参考）・・ 163
第21問 用途地域指定の処分性を否定した判例理論（令和27年予備試験設問1）・・・・・・・・・・ 173
第22問 市立保育所の廃止を内容とする条例制定行為（司法試験プレテスト参考）・・・・・・・・・・ 179

原告適格

第23問	原告適格の基本事例（平成21年司法試験設問1参考）	189
第24問	景観利益（平成25年予備試験設問2参考）	199
第25問	森林法上の開発許可と周辺住民（令和4年司法試験設問1参考）	205
第26問	通達を参考にして根拠法令を解釈する応用事例（平成23年司法試験設問1参考）	213
第27問	自主条例を参考にして根拠規定を解釈する応用事例（平成30年司法試験設問1参考）	223
第28問	準名宛人（令和5年司法試験設問1（2）参考）	231

訴えの利益

第29問	建築確認に係る建築工事の完了後における建築確認の取消訴訟の提起	241
第30問	開発許可の取消訴訟の係属中における工事完了（令和4年司法試験設問1（2）参考）	247
第31問	附款付きの許認可処分がなされた場合における取消訴訟（令和3年予備試験設問1参考）	253
第32問	営業停止処分の期間満了後における取消訴訟の提起（平成28年予備試験設問1参考）	259
第33問	競願関係における拒否処分の取消訴訟の提起	267

取消訴訟の審理

第34問	法令を解釈して違法事由を論じる事例（平成20年司法試験設問2参考）	275
第35問	違法性の承継（令和1年司法試験設問1参考）	281
第36問	行政事件訴訟法10条1項に基づく主張制限（平成30年司法試験設問1（2）参考）	293

執行停止

第37問	入管法上の退去強制令書に基づく収容の継続及び送還を阻止するための執行停止の申立て （平成19年司法試験設問1（1）参考）	299
第38問	社会福祉法人解散命令についての執行停止の申立て（令和5年司法試験設問2（1）参考）	313

無効確認訴訟

第39問	無効確認訴訟における補充性（令和1年司法試験設問2（1）参考）	321
------	---------------------------------	-----

不作為の違法確認訴訟

第40問	不作為の違法確認訴訟（平成26年司法試験、令和2年司法試験設問1（2）参考）	329
------	----------------------------------------	-----

義務付け訴訟

第41問	申請型義務付け訴訟（平成26年司法試験、平成23年予備試験設問2参考）	337
第42問	非申請型義務付け訴訟（平成25年予備試験参考）	345

差止訴訟

第43問	差止訴訟（平成27年司法試験設問1参考）	355
------	----------------------	-----

公法上の確認訴訟

第44問	公法上の確認訴訟（平成20年司法試験設問1参考）	363
------	--------------------------	-----

住民訴訟

- 第45問 住民訴訟の種類と訴訟要件（平成22年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・ 371

国家賠償

- 第46問 国家賠償法1条1項（児童養護施設における傷害事件）・・・・・・・・・・ 377
第47問 国家賠償法1条1項（規制権限の不行使）・・・・・・・・・・ 387
第48問 国家賠償法2条（テニスコート審判台転倒事件参考）・・・・・・・・・・ 397

損失補償

- 第49問 積極目的に基づく都市計画決定に伴う建築制限（平成24年司法試験設問3参考）・・・・・・・・ 405
第50問 消極目的に基づく危険物取扱所の移転命令（平成27年司法試験設問3参考）・・・・・・・・ 413

第 1 問

(事案)

A 県に存する B 川の河川管理者である A 県知事は、1983 年、B 川につき、河川法第 6 条第 1 項第 3 号に基づく河川区域の指定(以下「本件指定」という。)を行い、公示した。本件指定は、縮尺 2500 分の 1 の地図に河川区域の境界を表示した図面(以下「本件図面」という。)によって行われた。

C は、2000 年、B 川流水域の渓谷にキャンプ場(以下「本件キャンプ場」という。)を設置し、本件キャンプ場内にコテージ 1 棟(以下「本件コテージ」という。)を建築した。その際、C は、本件コテージの位置につき、本件図面が作成された 1983 年当時と土地の形状が変化しているため不明確ではあるものの、本件図面に表示された河川区域の境界から数メートル離れており、河川区域外にあると判断し、本件コテージの建築につき河川法に基づく許可を受けなかった。そして、河川法上の問題について、2014 年 7 月に至るまで、A 県知事から指摘を受けることはなかった。

2013 年 6 月、A 県知事は、C に対し、本件コテージにつき建築基準法違反があるとして是正の指導(以下「本件指導」という。)をした。C は、本件指導に従うには本件コテージの大規模な改築が必要となり多額の費用を要するため、ちゅうちょしたが、本件指導に従わなければ建築基準法に基づく是正命令を発すると迫られ、やむなく本件指導に従って本件コテージを改築した。C は、本件コテージの改築を決断する際、本件指導に携わる A 県の建築指導課の職員 D に対し、「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いないか。」と尋ねた。D は、A 県の河川課の担当職員 E に照会したところ、E から「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受けたので、その旨を C に伝えた。

2014 年 7 月、A 県外にある他のキャンプ場で河川の急激な増水による事故が発生したことを契機として、A 県知事は本件コテージの設置場所について調査した。そして、本件コテージは、本件指定による河川区域内にあると判断するに至った。そこで、A 県知事は、C に対し、行政手続法上の手続を執った上で、本件コテージの除却命令(以下「本件命令」という。)を発した。

C は、本件命令の取消しを求める訴訟(以下「本件取消訴訟」という。)を提起した。C から相談を受け弁護士 F の立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、本件指定が「処分」に当たることを前提にすること。

(設問)

本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕

疵はないと仮定した場合、Cは、本件取消訴訟において、本件命令のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

【資料】河川法（昭和39年7月10日法律第167号）（抜粋）
（河川区域）

第6条 この法律において「河川区域」とは、次の各号に掲げる区域をいう。

一 河川の流水が継続して存する土地及び地形、草木の生茂の状況その他その状況が河川の流水が継続して存する土地に類する状況を呈している土地（中略）の区域

二 （略）

三 堤外の土地（中略）の区域のうち、第1号に掲げる区域と一体として管理を行う必要があるものとして河川管理者が指定した区域〔注：「堤外の土地」とは、堤防から見て流水の存する側の土地をいう。〕

2～6 （略）

（工作物の新築等の許可）

第26条 河川区域内の土地において工作物を新築し、改築し、又は除却しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2～5 （略）

（河川管理者の監督処分）

第75条 河川管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、（中略）工事その他の行為の中止、工作物の改築若しくは除却（中略）を命ずることができる。

一 この法律（中略）の規定（中略）に違反した者（以下略）

二、三 （略）

2～10 （略）

第102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50万円以下の罰金に処する。

一、三 （略）

二 第26条第1項の規定に違反して、工作物の新築、改築又は除却をした者

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、行政法上の法律関係における信義則について、課税処分の信義則違反に関する判断を示した昭和62年判決を参考にしながら論じさせる問題である。

平成27年予備試験設問2参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

「本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕疵はないと仮定した場合」(設問)、CがA県知事の許可を得ないで本件コテージを建築したことは、「河川区域内の土地において工作物を新築し…ようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。」と定める河川法26条1項に違反するから、同法75条1項に基づく本件命令は、「この法律(中略)の規定(中略)に違反した者(以下略)」(同法26条1項1号)という処分要件を満たす。したがって、Cは、本件命令が処分要件を満たさないから違法である旨の主張をするべきではない。

他方で、Cは、A県の河川課の担当職員Eから、A県の建築指導課の職員Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受け、同回答を信頼していたため、同回答と矛盾する本件命令は同回答に対する信頼を侵害するものであり信義則違反として違法であると主張することが考えられる。

(2) 信義則違反

ア. 行政上の法律関係における信義則

信義誠実の原則は、民法1条2項に明文規定があり、信義則ともいう。これは、民法上の原則であるが、法律関係全般に妥当性をもつ一般原則として、行政上の法律関係にもその通用性が承認されている。

信義誠実の原則は、行政が矛盾行為をした場合に、私人の行政に対する信頼保護の観点から、行政活動が違法性を帯びることがあるといった形で、行政上の法律関係に適用される。

イ. 参考判例

Cが主張する信義則違反を検討する際には、更正処分に関する信義則違反について判断した昭和62年判決が参考になる。

事案：Xは、事業所得について、昭和46年分につき、青色申告の承認を受けることなく青色申告書による確定申告をしたところ、所轄の税務署長Yは、承認の有無の確認を怠り同申告書を受領し、さらに昭和47年ないし50年分については、Xに青色申告用紙を送付し、Xの青色申告書による確定申告を受領するとともに、その申告に係る税額を収納し

基礎応用5頁[判例1]、論証集2頁[論点1]、最判S62.10.30・百120

てきた。ところが、税務署長 Y は、昭和 48 年及び 49 年分の所得税について白色申告とみなして更正処分を行った。

そこで、X は、更正処分の取消訴訟を提起した。

判旨：「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。そして、右特別の事情が存するかどうかの判断に当たっては、少なくとも、税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、のちに右表示に反する課税処分が行われ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうかという点の考慮は不可欠のものであるといわなければならない。」

解説：判決の考慮要素を一般化すると、①行政庁による公的見解の表示の有無、②相手方が当該表示を信頼したこと、③①に反する行政行為、④相手方の不利益性及び⑤信頼したことについての相手方の帰責事由の有無・程度の 5 つに整理することができる。これは課税処分以外の事案でも用いることができる。

なお、昭和 62 年判決は、「法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。」として、課税処分の信義則違反を厳格に判断すべきと解しているところ、河川管理の指定については、課税処分のように法律による行政の原理が厳格に適用されるわけではないから、信義則違反の要件として「特別の事情」までは要求されないと解すべきである。

(参考答案)

1. Cは、A県の河川課の担当職員Eから、A県の建築指導課の職員Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受け、同回答を信頼していたため、同回答と矛盾する本件命令は同回答に対する信頼を侵害するものであり信義則違反として違法であると主張することが考えられる。
2. 元々は民法上の一般原則である信義則（民法1条2項参照）も、行政法上の法律関係に適用されるから、行政が矛盾行為をした場合には、私人の行政に対する信頼保護の観点から、行政活動が違法になることがある。そこで、①行政庁による公的見解の表示の有無、②相手方が当該表示を信頼したこと、③①に反する行政行為、④信頼したことについての相手方の帰責事由の有無・程度、⑤相手方の不利益性を総合考慮して、信義則違反により行政活動が違法であると判断されることがあると解する。

なお、課税処分に関する信義則違反について判断した最高裁昭和62年判決は、租税法律関係については、憲法84条が租税法律主義を定めることにより法律による行政の原理が厳格化されているとの理由から、信義則の適用には慎重さが求められると判示しているが、河川管理の指定については、課税処分のように法律による行政の原理が厳格に適用されるわけではないから、信義則違反の要件として特別の事情までは要求されないと解すべきである。

3. Cは、EからDを介して「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の公的見解の表示を受け（①）、それを信頼していたにもかかわらず（②）、①と矛盾する本件命令を受けている（③）。本件命令により、多額の費用を投入して改築した本件コテージを除去することになるから、Cには多額の経済的不利益が発生する（⑤）。

また、Cは、本件コテージの改築を決断する際に、本件指導に携わるA県の建築指導課の職員Dに対し「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いないか。」と尋ね、Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨のA県の河川課の担当職員Eの回答を受けている。そうすると、Cは、「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨のEの回答を信頼して、本件コテージは河川区域外にあることを前提として本件指導に従い本件コテージの大規模な改築を行ったといえる。したがって、Eの回答と上記の経済的不利益との間には因果関係がある（⑤）。

確かに、Eによる回答は「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ…」という留保のある曖昧なものであるため、「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答の信憑性はさほど高くない。したがって、CがEの回答を信用したことには帰

責性が認められる(④)。しかし、2000年から2014年までの14年もの間、本件コテージの建築についてA県知事から河川法上の問題を指摘されることがなかったのだから、CがEの回答を信頼したことに関する帰責性は大きくない(④)。

したがって、本件命令は信義則に違反するというべきである。

よって、Cの違法事由の主張は認められる。 以上

第 2 問

(事案)

株式会社 A は、B 県知事により採石法所定の登録を受けている採石業者である。A は、B 県の区域にある岩石採取場（以下「本件採取場」という。）で岩石を採取する計画を定め、採石法に基づき、B 県知事に対し、採取計画の認可の申請（以下「本件申請」という。）をした。A の採取計画には、跡地防災措置（岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。以下同じ。）として、掘削面の緑化等の措置を行うことが定められていた。

B 県知事は、B 県採石法事務取扱要綱（以下「本件要綱」という。）において、跡地防災措置が確実に行われるように、跡地防災措置に係る保証（以下「跡地防災保証」という。）について定めている。本件要綱によれば、採石法による採取計画の認可（以下「採石認可」という。）を申請する者は、跡地防災措置を、申請者自身が行わない場合に、C 組合が行う旨の保証書を、認可申請書に添付しなければならないものとされる。C 組合は、B 県で営業している大部分の採石業者を組合員とする、法人格を有する事業協同組合であり、A も C 組合の組合員である。

A は、本件要綱に従って、C 組合との間で保証契約（以下「本件保証契約」という。）を締結し、その旨を記載した保証書を添付して、本件申請をしていた。B 県知事は、本件申請に対し、岩石採取の期間を 5 年として採石認可（以下「本件認可」という。）をした。A は、本件認可を受け、直ちに本件採取場での岩石採取を開始した。

しかし、A は、小規模な事業者の多い B 県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保しているので、保証を受ける必要はないと考え、本件認可を受けた 1 か月後には、本件保証契約を解除した。

(設問)

B 県知事は、A が本件保証契約を解除したことを理由として、本件認可を取り消すことができるか。

なお、解答に当たっては、本件要綱により C 組合による保証を受けることを採石認可処分の要件とすることが適法であることを前提にすること。

【資料】採石法（昭和25年12月20日法律第291号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、採石権の制度を創設し、岩石の採取の事業についてその事業を行なう者の登録、岩石の採取計画の認可その他の規制等を行ない、岩石の採取に伴う災害を防止し、岩石の採取の事業の健全な発達を図ることによつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（採取計画の認可）

第33条 採石業者は、岩石の採取を行なおうとするときは、当該岩石の採取を行なう場所（以下「岩石採取場」という。）ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない。

（認可の申請）

第33条の3 第33条の認可を受けようとする採石業者は、次に掲げる事項を記載した申請書を都道府県知事に提出しなければならない。

一～三 （略）

2 前項の申請書には、岩石採取場及びその周辺の状況を示す図面その他の経済産業省令で定める書類を添附しなければならない。

（認可の基準）

第33条の4 都道府県知事は、第33条の認可の申請があつた場合において、当該申請に係る採取計画に基づいて行なう岩石の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業、林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反すると認めるときは、同条の認可をしてはならない。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、職権撤回に関する基本的な理解を問う問題である。

平成26年司法試験設問2参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

「本件要綱により C 組合による保証を受けることを採石認可処分の要件とすることが適法であることを前提にする」(設問)ならば、C 組合による保証が認可要件となるため、C 組合との保証契約の解除により認可後に認可要件を満たさなくなる。そうすると、B 県知事が A が本件保証契約を解除したことを理由として本件認可を取り消すことは、本件認可の適法な成立後にその処分要件が事後消滅したことを理由にこれを将来的に無効とするものとして、行政行為の職権撤回に当たる。

職権撤回については、①職権撤回の法的根拠及び②職権撤回の限界が論点となる。

(2) ①職権撤回の法的根拠

受益的行政処分の撤回は実質的には侵害行政であるから、侵害行政法定原則の下で、撤回を授権する特別の法律規定が必要となるのではないかという問題がある。

基礎応用 36 頁 [論点 1]、論証集 9 頁 [論点 1]

これについては、職権撤回の理由を㉞要件の事後消滅と㉟その他の新たな事情(義務違反に対する制裁あるいは外在的優越的公益を理由とする撤回のように、行政行為の要件の事後消滅以外の新たな理由に基づいて撤回がされる場合)とに区別した上で、㉞の場合は特別の法律規定が不要であるのに対し、㉟の場合は新たな法律規定が必要であると解されている。

㉞の場合については、事後的に要件を欠くに至った場合に処分庁が責任をもち当該行政行為を撤回するという権限まで付与されているという趣旨を、当該行政行為を行う権限の根拠規定の中に読み込むのである。

判例も、医師会による指定医師の指定の撤回が問題となった事案において、比較衡量の判断を経た上で、「法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限において X に対する右指定を撤回することができるというべきである。」と述べ、㉞の場合について特別の法律規定を不要としている。

最判 S63.6.17・百 I 86

前記(1)の通り、本件認可の撤回は、処分要件の事後消滅を理由とするものであるから㉞に当たる。そうすると、岩石採取認可の根拠規定である採石法 33 条によって、認可要件の事後消滅の場合における撤回権限が根拠づけられているといえる。したがって、本件認可の撤回について、撤回を授権する特別の法律規定は不要である。

(3) ②職権撤回の限界

授益的行政処分職権撤回については、行政法関係の安定性保持及び処分の相手方の権利利益・信頼保護の要請にも配慮する必要があるから、その限界が問題となる。

授益的内容を持つ行政処分職権取消しにおいては、法律による行政の原理の要請（瑕疵ある行政処分は取り消されなければならないとする法治主義の要請）と私人の信頼保護・法的安定の維持の要請という2つの利益が衝突する。

そこで、取消しによる不利益と取り消さないことによる不利益とを比較較量し、当該処分を取り消さずに放置することが公共の福祉の要請に照らして著しく不当であると認められるときに限り、職権取消しが許容されると解する。

判例も、医師会による指定医師の指定の撤回が問題となった事案において、「医師会が…指定医師の指定をしたのちに、Xが法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、Xに対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によってXの被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限においてXに対する右指定を撤回することができるというべきである。」と述べ、比較衡量の判断枠組みにより撤回の限界について判断している。

基礎応用 36 頁 [論点 2]、論
証集 9 頁 [論点 1]

最判 S63.6.17・百 I 86

(4) 参考判例

事案：宮崎県医師会は、旧優生保護法 14 条 1 項に基づき人工妊娠中絶等を行う優生保護医の指定を受けていた産婦人科医 X について、指定後に、人工妊娠中絶の時機を失った女性に出産を勧め、新生児を第三者の実子としてあっせんするという違法行為を繰り返したことを理由として、優生保護医の指定を職権により撤回した。

判旨：「実子あっせん行為は、医師の作成する出生証明書の信用を損ない、戸籍制度の秩序を乱し、実子の親子関係の形成により、子の法的地位を不安定にし、未成年の子を養子とするには家庭裁判所の許可を得なければならない旨定めた民法 798 条の規定の趣旨を潜脱するばかりでなく、近親婚のおそれ等の弊害をもたらすものであり、また、将来子にとって親子関係の真否が問題となる場合についての考慮がされておらず、子の福祉に対する配慮を欠くものといわなければならない。したがって、実子あっせん行為を行うことは、中絶施術を求める女性にそれを断念させる目的でなされるものであって

基礎応用 40 頁 [判例 1]、最
判 S63.6.17・百 I 86

も、法律上許されないのみならず、医師の職業倫理にも反するものというべきであり、本件取消処分の直接の理由となった当該実子あっせん行為についても、それが緊急避難ないしこれに準ずる行為に当たるとするべき事情は窺うことはできない。しかも、Xは、右のような実子あっせん行為に伴う犯罪性、それによる弊害、その社会的影響を不当に軽視し、これを反復継続したものであって、その動機、目的が嬰兒等の生命を守ろうとするにあったこと等を考慮しても、Xの行った実子あっせん行為に対する少なからぬ非難は免れないものといわなければならない。そうすると、…医師会が…指定医師の指定をしたのちに、Xが法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、Xに対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によってXの被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限においてXに対する右指定を撤回することができるというべきである。」

(4) 事例を変えて

仮に、AがC組合との間で保証契約を締結することなく、自ら偽造した保証書を申請書に添付して本件申請を行い、B県知事が保証書の偽造に気が付かずに本件認可をしたところ、後になって保証書の偽造が判明したため職権により本件認可を取り消すことになったという事案では、本件認可にはその成立当初から処分要件を満たさないという原始的瑕疵があるため、本件認可の取消しは講学上の「職権取消し」に当たる。

職権取消しについても、職権撤回と同様、①職権取消しの法的根拠及び②職権取消しの限界という問題がある。

(参考答案)

1. C 組合による保証が認可要件となる場合、C 組合との保証契約の解除により認可後に認可要件を満たさなくなる。そうすると、B 県知事が A が本件保証契約を解除したことを理由として本件認可を取り消すことは、本件認可の適法な成立後に、その処分要件が事後消滅したことを理由にこれを将来的に無効とするものとして、行政行為の職権撤回に当たる。

2. まず、採石法上、本件認可の職権撤回に関する明文規定がないため、職権撤回についての特別の根拠規定の要否が問題となる。

(1) 処分要件が事後消滅した場合には処分庁が当該行政行為を撤回するという権限まで付与されているという趣旨を、当該行政行為の根拠規定の中に読み込むことができる。そこで、処分要件が事後消滅した場合には、当該行政行為の根拠規定が職権撤回の根拠規定となるから、職権撤回についての特別の根拠規定は不要であると解する。

(2) そうすると、岩石採取認可の根拠規定である採石法 33 条によって、認可要件の事後消滅の場合における撤回権限が根拠づけられているといえる。

3. 次に、岩石採取認可が授益的行政処分であることから、その職権撤回の限界が問題となる。

(1) 授益的行政処分の職権撤回には、行政法関係の安定性保持及び処分の相手方の権利利益・信頼保護の要請から制限があり、撤回による相手方の不利益を考慮してもなおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合に限り撤回が認められると解される。

(2) A は、本件認可後、直ちに本件採取場での岩石採取を開始している。A が採石業者の中では大規模な事業者の部類に属することからすれば、A が既に実施している採石採取は大規模なものであることが窺われ、それに伴い相当規模の設備投資をしているといえる。そうすると、A は、開始から約 1 カ月余りで本件認可を撤回されることにより、採取期間 5 年間分の利益をほとんど失うことに加え、相当規模の設備投資のほとんどが無駄になることで、多大な損失を被ることになる。

他方で、岩石採取には災害が発生する危険があり、跡地防災措置は岩石採取に伴う災害の発生を防止することで国民の生命、健康及び財産を保護することを目的とする(採石法 1 条参照)。そうすると、跡地防災措置の確実な履行を確保することを目的とした C 組合による保証が事後的に解除されたにもかかわらず、本件認可に従って A が岩石採取を継続する場合、跡地防災措置が履行されないまま岩石採取が行われ、災害が発生して国民の生命、健康及び財産が害される恐れがある。特に、災害によって生じ得る国

民の生命・健康に対する被害は甚大であるといえる。

もともと、Aは、小規模な事業者の多いB県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保している。そうすると、Aは、自ら十分な跡地防災措置を実現していると考えられるから、C組合による保証がなくても、跡地防災措置の不履行により岩石採取に伴う災害が生じて国民の生命、健康又は財産が害される事態に至ることは考え難い。このように、本件認可に従ってAが岩石採取を継続することによる公益上の不利益は小さいといえる。

したがって、本件認可の撤回によるAの不利益を考慮してもなおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いは認められない。

よって、B県知事による職権撤回は認められない。 以上

第 3 問

(事案)

XはY県において浄水器の販売業を営む株式会社であるところ、Y県に対して「Xが消費者に対して浄水器の購入の勧誘を執拗に繰り返している。」との苦情が多数寄せられた。Y県による実態調査の結果、Xの従業員の一部が、購入を断っている消費者に対して、(ア)「水道水に含まれる化学物質は健康に有害ですよ。」、(イ)「今月のノルマが達成できないと会社を首になるんです。人助けだと思って買ってください。」と繰り返し述べて浄水器の購入を勧誘していたことが判明した。

そこでY県知事は、Xに対してY県消費生活条例(「条例」という。)第48条に基づき勧告を行うこととし、条例第49条に基づきXに意見陳述の機会を与えた。Xは、この意見陳述において、①Xの従業員がした勧誘は不適正なものではなかったこと、②仮にそれが不適正なものに当たるとしても、そのような勧誘をしたのは従業員の一部にすぎないこと、③今後は適正な勧誘をするよう従業員に対する指導教育をしたことの3点を主張した。

しかしY県の知事(以下「知事」という。)は、Xのこれらの主張を受け入れず、Xに対し、条例第25条第4号に違反して不適正な取引行為を行ったことを理由として、条例第48条に基づく勧告(以下「本件勧告」という。)をした。本件勧告の内容は、「Xは浄水器の販売に際し、条例第25条第4号の定める不適正な取引行為をしないこと」であった。

本件勧告は対外的に周知されることはなかったものの、Xに対して多額の融資をしていた金融機関Aは、Xの勧誘についてY県に多数の苦情が寄せられていることを知り、Xに対し、Xが法令違反を理由に何らかの行政上の措置を受けて信用を失墜すれば、融資を停止せざるを得ない旨を通告した。

Xは、融資が停止されると経営に深刻な影響が及ぶことになるため、Y県に対し、本件勧告の取消しを求めて取消訴訟を提起した。

(設問)

Xは、本件勧告の取消訴訟において、本件勧告のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

解答に当たっては、本件勧告が「処分」に当たることと、条例が適法なものであることを前提とすること。また、手続上の瑕疵について論じる必要はない。

【資料】 Y 県消費生活条例（抜粋）

（不適正な取引行為の禁止）

第 25 条 事業者は、事業者が消費者との間で行う取引（中略）に関して、次のいずれかに該当する不適正な取引行為をしてはならない。

一～三 （略）

四 消費者を威迫して困惑させる方法で、消費者に迷惑を覚えさせるような方法で、又は消費者を心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態に陥らせる方法で、契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること。

五～九 （略）

（指導及び勧告）

第 48 条 知事は、事業者が第 25 条の規定に違反した場合において、消費者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、当該事業者に対し、当該違反の是正をするよう指導し、又は勧告することができる。

（意見陳述の機会の付与）

第 49 条 知事は、前条の規定による勧告をしようとするときは、当該勧告に係る事業者に対し、当該事案について意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、行政裁量に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 違法事由の主張の構成

ア. 着眼点

論文試験では、取消事由(「違法事由」と呼ぶこともある。)の検討は頻出であり、原告の主張だけが問われる場合、原告の主張と被告の反論が問われる場合、原告の主張とその当否が問われる場合、原告の主張と被告の反論を踏まえた自説が問われる場合、自説だけが問われる場合など、出題形式は様々である。

取消事由の論述は、①処分の実体的要件又は効果に関する裁量権の逸脱・濫用を問題とする場合、②行政裁量がないことを前提として(又は行政裁量を否定した上で)処分要件に関する文言の解釈をしたり、信義則等の一般原則により処分の効果を制限することの可否を論じる場合、③違法性承継、瑕疵の治癒、違法行為の転換、理由の追完・差替えといった論点メインで論じる場合、④処分の手続的要件を論じる場合(行手法所定の理由の提示、聴聞・弁明のほか、個別法や自主条例所定の手続が問題となることもある)などに分類することができる。

なお、取消事由の主張・立証責任は原告側にある。

イ. 本問における違法事由の主張の構成

処分の取消事由を考える際には、㉞処分の実体的要件、㉟処分の手続的要件、㊱効果に関する判断(効果裁量、信義則等の一般原則)に分類して考えると分かりやすい。

(ア) ㉞処分の実体的要件

㉞については、要件裁量の存否から考えることになる。本件勧告の根拠規定である本件条例48条の文言を見て、処分要件の構造を把握してみると、本件勧告の処分要件は、(ア)「事業者が第25条の規定に違反した場合」+(イ)「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」の2つから構成されている。本件条例25条の具体的な規定ぶりからして、(ア)に関する要件裁量を認めることはできないが、(イ)については要件裁量を認める余地がある。

(イ) ㉟処分の手続的要件

本件勧告は、「地方公共団体の機関がする処分」のうち「その根拠となる規定が」自主「条例…に置かれているもの」であるから、行政手続法3条3項により、行政手続法第3章の不利益処分の手続に関する規定の適用が排除される。そして、本件処分に適用される本件条例49条所定の意見陳述手続が実施されている。

平成30年予備試験設問2参考

基礎応用224頁、論証集79頁

問題文 3 段落目における「しかし知事は、X のこれらの主張を受け入れず」という記述は、意見陳述手続の瑕疵ではなく、要件又は効果に関する裁量判断の過程における考慮不平等を基礎づける趣旨であると考えられるから、意見陳述手続の瑕疵はないということになる。理由の提示に関する行政手続の履践の有無は定かでないが、本件条例では本件勧告に関する行政手続として理由の提示を定めていないから、仮に理由の提示がなかったとしても、本件条例上の行政手続違反は認められない。

もちろん、本件勧告が公表という名宛人事業者に対して信用喪失による経営に深刻な影響を与えるおそれのある後続行為の前提要件となるものであるということに鑑み、信義則を根拠として理由の提示を要求するという構成もあり得ないわけではない。

(ウ) ㊦処分の効果に関する判断

㊦については、係争行為である勧告が名宛人側の不利益を伴うものであることと、本件条例 48 条の「指導し、又は勧告することができる」という規定ぶりからしても、本件勧告には行為の選択も含めた効果裁量を認めることができると考えられる。

(エ) まとめ

以上より、本件勧告については、要件裁量と効果裁量の双方が認められる余地があるから、両者を区別しながら要件→効果という流れで「行政裁量の存否」と「裁量権の逸脱・濫用」を論じることとなる。

(2) 行政裁量

ア. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

(ア) 内部基準の存否

適法・違法が問題になっている行政処分に関する内部基準（通達、要綱など）がある場合には、行政裁量という法律構成（裁量基準に従った裁量処分又は裁量基準から逸脱した裁量処分）で書くことが求められている可能性が極めて高い。

もっとも、水俣病認定のように、「認定自体は、…確定した客観的事実を確認する行為」であるとして、要件裁量が否定されることもある（この場合、認定に関する内部基準は解釈基準に位置づけられる。）。¹⁾

基礎応用 45 頁・3、論証集 12

頁・1

¹⁾ 最高裁判例には、内部基準がある行政行為について行政裁量を否定したのものもある。最判 H25.4.16 (百 I 75) は、公害健康被害補償法に基づく水俣病認定申請に対する棄却処分の適法・違法が問題となっており、水俣病認定に関する内部基準として昭和 52 年判断条件（一定の症状の組み合わせが認められる場合には水俣病であると認定することが定められている）があったという事案において、「認定自体は、客観的事象としての水俣病のり患の有無という現在又は過去の確定した客観的事実を確認する行為であって、この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではないというべきで

(イ) 問題文等に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合
問題文や会議録に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合（＝行政庁が考慮した事情・考慮しなかった事情が複数記載されている場合）にも、行政裁量で書くことが求められている可能性が高い。

行政裁量を認めた上で、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を踏まえて、各々の事情について、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ（重視すべき事情か／重視すべきでない事情か）について検討することが求められている可能性が高いのである。

イ. 行政裁量の存否の判断基準

行政裁量の存否は、法律の文言と判断の性質の両面を考慮して判断する。

当てはめでは、処分の根拠規定で要件や効果についてそのような文言（不確定概念や「できる」）が用いられている趣旨を、処分の性質から導き、行政裁量の存在を肯定する。^{2) 3)}

ウ. 裁量処分の（司法）違法審査の手法

(ア) 裁量処分の取消事由

裁量処分は、裁量権の逸脱又は濫用がある場合に限り、取消事由が認められる（行訴法 30 条）。

もっとも、これは、行政裁量が認められる部分に限ったことである。例えば、ある行政処分について効果裁量のみが認められている場合において、処分要件を満たさないにもかかわらず当該行政処分がなされたというときには、効果に関する裁量権の逸脱又は濫用を問題とするまでもなく、処分要件を欠くという理由により取消事由が認められる。

また、ある不利益処分（行手法 2 条 4 号柱書本文）について要件裁量と効果裁量の双方が認められている場合において、行手法上必要とされる理由の提示（同法 14 条 1 項）の不備が窺われるときにも、裁量権の逸脱又は濫用ではなく、理由の提示に瑕疵があるか、仮に瑕疵があるとしてそのことは不利益処分の取消事由となるのかという形で、当該不利益処分の取消事由の有無を検討することになる。

ある。」として、水俣病認定に関する要件裁量を否定している。

²⁾ 単に「法律が抽象的な要件しか定めていないから要件裁量が認められる」とするのではなく、「法律が抽象的な要件しか定めていないのは、（政治的・専門技術的判断を要する等の）処分の性質に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると解される」というように論じるべきであろう（事例研究 101 頁）。

³⁾ 不確定概念は、行政庁に独自の判断の余地（行政裁量）を認めるのではなく、裁判所が自ら法律を解釈してその意味を一義的に確定すべきとする趣旨である場合もある。また、「できる」規定は、行政裁量を認める趣旨ではなく、行政庁に当該処分を行う権限を付与する趣旨にすぎない場合もある。

基礎応用 45 頁・4、論証集 12

頁・2

基礎応用 46 頁・1、論証集 12

頁・3

(イ) 実体上の司法審査

a. 社会観念（通念）審査

行政庁の判断が全くの事実（又は重要な事実）の基礎を欠き、又は社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って裁量処分を違法とする審査方法であり、事実誤認・目的動機違反・信義則違反・平等原則違反・比例原則違反という裁量判断の結果に着目した審査方法である。^{4) 5)}

b. 判断過程審査

他事考慮・考慮不尽・考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如といった裁量処分に至る判断過程の合理性に着目した審査方法である。

他事考慮：考慮すべきでない事項を考慮した

考慮不尽：考慮すべき事項を考慮しなかった・十分考慮すべき事項を十分考慮しなかった

評価の明白な合理性欠如：重視すべきでない事項を重視した（考慮事項の過大評価）

c. 社会観念審査と判断過程審査を結合させた審査方法

近時の判例は、「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を欠く」という形で、社会観念審査と判断過程審査を結合させることにより、ある程度踏み込んだ審査をする傾向にある。⁶⁾

（論述例）裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる（行訴法 30 条）。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

(ウ) 手続上の司法審査

内部的な審査基準を設定し、場合によっては同基準を適用するうえで必要な事項について申請人の主張と証拠提出の機

⁴⁾ これら 5 つに加え、6 つ目として基本的人権の尊重も挙げる説明もある（櫻井・橋本 115 頁）。

⁵⁾ 重要な事実とは、事実認定の一部に過誤欠落があった場合に判断の結論を左右する可能性のある事実を意味する（探究 234 頁）。

⁶⁾ 近時の最高裁は、「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を欠く」という形で、社会観念審査の枠組みの中に判断過程審査を位置づけることにより、ある程度踏み込んだ審査していると理解されている（基本行政法 141 頁、事例研究 159 頁）。令和 1 年司法試験・採点実感でも、「裁量権の逸脱濫用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例での当てはめにおいて、調査における考慮不尽イコール裁量権の逸脱濫用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものかという点の検討がされているのかどうか、答案上、明らかでないものがある。」と言及されているので、司法試験委員会も「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を欠く場合には、裁量権の逸脱・濫用に当たる」という規範を前提にしているといえる。

会を与える義務があり、この義務違反がなければ異なる判断に到達する可能性があったときには、手続面からみた裁量権の逸脱又は濫用が認められる。

エ. 事案類型ごとの処理手順

行政裁量に関する出題は、主として、①裁量基準に従った裁量処分、②裁量基準から逸脱した裁量処分、③裁量基準とは無関係に判断過程審査をする場合の3つに分類される。

他にも、社会観念（通念）審査をする場合・手続上の司法審査をする場合も想定されるが、少なくとも、これまでの司法試験では出題されていない。

第3問は、裁量基準が存在しないため、③に当たる。

当てはめでは、行政庁が判断過程で考慮した事情・考慮しなかった事情ごとに、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的に照らし、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ（重視すべき事情か、重視すべきでない事情か）について検討する。

他事考慮、考慮不尽、考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如があったからといって、当然に裁量権の逸脱・濫用に当たるわけではない。これらにより判断過程の合理性を欠く結果として「処分が社会観念上著しく妥当を欠く」と評価される場合に初めて、裁量権の逸脱・濫用に当たる。

基礎応用 47 頁・2、論証集 12
頁・4

基礎応用 52 頁(4)、論証集 18
頁(4)

(参考答案)

1. 処分要件の不充足

(1) 条例 48 条に基づく勧告の処分要件は、「事業者が第 25 条の規定に違反した場合において」、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」という 2 段階の構造になっている。

(2) X は、X の従業員がした勧誘は不適正なものではなかった (①) から、「事業者」X「が第 25 条の規定に違反した場合」(条例 48 条) という 1 段目の処分要件に当たらないと主張する。

もともと、判明している (ア) (イ) の事実からすると、裁判所において、X の従業員による勧誘は条例「第 25 条の規定に違反」とすると判断される可能性が高い。

(3) そこで次に、X は、仮に上記勧誘が不適正なものであり 1 段目の処分要件に当たるとしても、そのような勧誘を行ったのは従業員の一部にすぎない (②) から、「消費者の利益が害されるおそれがあると認められるとき」(条例 48 条) という 2 段目の処分要件に当たらないと主張する。

ア. 行政裁量の存否は、法令の文言と処分の性質から判断する。

条例 48 条は、2 段目の処分要件について、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」という不確定概念を用いて定めている。それは、条例 48 条に基づく勧告については、消費者問題に関する様々な事情を考慮する必要があることから、消費者問題に関する事情を把握している知事の判断に委ねる必要があるという趣旨によるものである。そこで、2 段目の処分要件には行政裁量が認められると解する。

イ. 裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる (行政事件訴訟法 30 条)。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

前記②の事情は、X による条例 25 条 4 号違反の態様が軽いことを示すものであり、2 段目の処分要件の判断において考慮すべき事情である。にもかかわらず、知事は、意見陳述の機会における X による②の主張を受け入れなかったのだから、考慮すべき②の事情を考慮しなかったという意味で、考慮不尽が認められる。そして、知事は、その結果として本件勧告を行ったのだから、考慮不尽により判断過程の合理性を欠く結果、本件勧告が社会観念上著しく妥当を欠くといえる。したがって、処分要件に関する裁量権の逸脱・濫用が認められ、本件勧告は違法である。

2. 効果裁量の逸脱・濫用

(1) X は、仮に処分要件に該当するとしても、②の事情及び従業員

に対する指導教育をしたこと(③)からすれば、本件勧告をすることは効果裁量の逸脱・濫用により違法であると主張する。

- (2) 条例48条が「指導し、又は勧告することができる」として、措置の内容も含めて知事の選択余地が残るような規定をしている。その趣旨は、条例48条に基づく措置が不利益処分であるために、違反事由の態様や被処分者側の不利益などを考慮して措置の内容と必要性について知事の判断に委ねることにある。そこで、措置の要否・内容に関する効果裁量が認められると解する。

問題となっている勧誘を行ったのはXの従業員の一部にすぎないから(②)ため、違反事由の態様は軽微であるともいえる。また、Xが今後は適正な勧誘をするように従業員に対する指導教育をしているため(③)、Xの従業員が不適正な勧誘を継続する危険が相当程度解消されている。にもかかわらず、知事は、②及び③に関するXの主張を聞き入れなかったのだから、考慮すべき②及び③を考慮しなかったという意味で考慮不尽が認められる。

本件勧告がなされた場合、金融機関がそのことを認識して、法令違反を理由として行政上の措置を受けたXは信用できないとして、Xに対する融資を停止する可能性がある。Aは、金融機関Aから多額の融資を受けていたため、仮に金融機関Aから融資を停止されると、経営に深刻な影響が及ぶことになる。そうすると、本件勧告にはこうした重大な不利益が伴う。にもかかわらず、知事は、この点も考慮していないのだから、考慮不尽が認められる。

そして、知事は、その結果として本件勧告を行ったのだから、考慮不尽により判断過程の合理性を欠く結果、本件勧告が社会観念上著しく妥当を欠くといえる。

したがって、効果裁量の逸脱・濫用が認められ、この意味でも本件勧告は違法である。 以上

第 4 問

(事案)

宗教法人 A は、B 市内に適当な広さの土地（以下「本件土地」という。）を所有しており、そこで大規模な墓地（以下「本件墓地」という。）の経営をするために、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下「法」という。）第 10 条第 1 項に基づき、本件墓地の経営許可を得るため、B 市長に対して本件墓地の経営許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

本件申請に先立ち開催された説明会において、本件土地の周辺住民は、本件土地周辺の道路の幅員はそれほど広いものではないため、墓参に来た者の自動車によって渋滞が引き起こされること、供物等の放置による悪臭の発生並びにカラス、ネズミ及び蚊の発生又は増加のおそれがあることなど、生活環境及び衛生環境の悪化への懸念を示した。A は、こうした意見を踏まえて、本件墓地の設置に当たり、植栽を行うなど、周辺的生活環境と調和するように十分配慮した上で、本件申請を行っていた。

また、宗教法人 C は、本件土地から約 100 メートル離れた位置にある土地で約 10 年前から小規模な墓地を経営しており、本件土地において大規模な墓地の経営が始まることを知り、自己が経営する墓地の経営悪化や廃業のおそれがあることを懸念していた。

B 県知事は、(ア) 本件墓地周辺の生活環境及び衛生環境が悪化する懸念から、周辺住民の反対運動が激しくなったこと、(イ) C の墓地を含む B 市内の墓地の供給が過剰となり、それらの経営に悪影響が及ぶことの 2 点を理由として、本件申請に対して不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）を行った。

(設問)

A が本件不許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合、A は、本件不許可処分が違法であるとして、どのような主張を行うと考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

なお、手続上の瑕疵について論じる必要はない。

【資料】墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年法律第48号）（抜粋）

第1条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。

第2条 この法律で「埋葬」とは、死体（中略）を土中に葬ることをいう。

2、3 （略）

4 この法律で「墳墓」とは、死体を埋葬し、又は焼骨を埋蔵する施設をいう。

5 この法律で「墓地」とは、墳墓を設けるために、墓地として都道府県知事（市又は特別区にあつては、市長又は区長。以下同じ。）の許可を受けた区域をいう。

6、7 （略）

第10条 墓地、納骨堂又は火葬場を営もうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 （略）

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、行政裁量に関する事案のうち、処分の理由ごとに判断過程審査を行う問題である。

平成30年司法試験設問2参考

2. 解答のポイント

(1) 墓地経営の許可についての要件裁量

大阪墓地経営許可事件判決は、「法10条1項は、…墓地等…を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない旨規定するのみで、右許可の要件について特に規定していない。それは、墓地等の経営が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗慣習、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一般的な規律による規制になじみ難いことにかんがみ、墓地等の経営に関する許否の判断を都道府県知事の広範な裁量に委ねる趣旨に出たものであ…る。」と述べ、墓地経営の許可について都道府県知事の要件裁量（しかも広範な裁量）を認めている。

基礎応用 185頁 [判例9]、
最判 H12.3.17

そこで、Aとしては、墓地経営の許可について要件裁量が認められることを指摘した上で、問題文中の(ア)(イ)の事情に着目して裁量権の逸脱・濫用があると主張するべきである。

(2) 判断過程審査

行政裁量に関する出題は、主として、①裁量基準に従った裁量処分、②裁量基準から逸脱した裁量処分、③裁量基準とは無関係に判断過程審査をする場合の3つに分類される。

基礎応用 45頁・4、論証集 12
頁・2

第4問は、裁量基準が存在しないため、③に当たる。

当てはめでは、処分の根拠規定である法10条1項の趣旨も踏まえながら、(ア)と(イ)の事情ごとにこれらが他事考慮に当たるとを丁寧に論じることとなる。

基礎応用 46頁・1、論証集 12
頁・3

(参考答案)

1. X は、本件不許可処分は、周辺住民の反対運動を鎮静化することを理由とした点と、C の墓地経営の安定を直接的な理由としている点において他事考慮があり、裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法 30 条参照）により違法であると主張する。

2. 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質から判断する。

法 10 条 1 項は墓地経営の許可基準について具体的に定めていない。その趣旨は、墓地経営の高度の公益性に鑑み、許否の判断を知事等（法 2 条 5 項）の公益的見地に基づく判断に委ねることにある。そこで、墓地経営の許可について知事等の要件裁量が認められると解する。

3. では、裁量権の逸脱・濫用は認められるか。

(1) 裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められると解する（行政事件訴訟法 30 条）。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

(2) 以下では処分理由ごとに検討する。

ア. 処分理由（ア）

法の趣旨は、「墓地…等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われること」にある。墓地周辺の生活環境・衛生環境は、墓地等の「公衆衛生」に直接関わるものとして、直接に考慮されるべき事情である。

周辺住民の反対運動が激しくなったことは、墓地周辺の生活環境・衛生環境と直接の関係がないから、これを直接考慮することはできない。

確かに、本件墓地周辺の生活環境等が悪化する程度及び危険性を示す事情の一つとして、周辺住民の反対運動が激しくなったという事実を考慮しているにとどまるのであれば、あくまでも墓地周辺の生活環境等を直接の理由として考慮していることになるから、他事考慮には当たらない。

しかし、A は、本件墓地の設置に当たって、植栽を行うなど、周辺の生活環境と調和するよう十分配慮していた。にもかかわらず、B 市長が不許可の判断をしたのは、激化しつつある反対運動を鎮静化するためであると考えられる。そうすると、B 県知事は、反対運動の鎮静化を直接の理由として考慮したとして、他事考慮が認められる。

イ. 処分理由（イ）

既存墓地の経営の安定は、上記の法の趣旨に直接関わるものではない。そうすると、既存墓地の経営の安定は、既存墓地が

その経営の悪化により十分な管理をすることができなくなり荒廃するなどの事態を避けるために、墓地が「国民の宗教的感情」と「公衆衛生」に適合する状態を維持する手段として考慮できるにとどまるから、これを直接に考慮することはできない。

確かに、B 県知事が既存墓地の経営の安定を直接の理由として本件不許可処分をしたのであれば、他事考慮に当たる。

しかし、B 県知事が特定の墓地の経営の安定ではなく、C の墓地を含む B 市内の墓地の経営に悪影響が及ぶことを理由としていることから、墓地が「国民の宗教的感情」と「公衆衛生」に適合する状態を維持する手段として、C の墓地を含む B 市内の墓地の経営に悪影響が及ぶことを考慮しているにとどまる。

したがって、(イ) の点は他事考慮に当たらない。

ウ. 結論

B 県知事が (ア) の理由だけでも本件不許可処分をしていたのであれば、本件不許可処分は他事考慮により判断過程の合理性を欠く結果として社会観念上著しく妥当を欠くものであるといえるから、裁量権の逸脱・濫用により違法である。 以上

第 5 問

(事案)

採石法上、①採石業者が岩石の採取を行うためには、岩石採取場ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない(同法第33条)、②採取計画には、跡地防災措置(岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。)に関する事項も定める必要がある(同法第33条の2第4号)、③採石業者は、前記①の認可の申請をする際には、同法第33条の3第1号及び第2号所定の事項のほかに前記②の採取計画を記載した申請書を都道府県知事に提出する必要がある(同法第33条の3第1項第3号)とされている。

採石業は、骨材、建築・装飾用材料、工業用原料等として用いられる岩石を採取する事業であるが、岩石資源は単価が安く、また、輸送面での制約があるため、地場産業として全国各地に点在しており、小規模事業者の比率が高い点に特徴がある。ところが、跡地防災措置は多額の費用を必要とし、確実に行われぬおそれがある。そのような背景から、B県知事は、B県採石法事務取扱要綱(以下「本件要綱」という。)において、跡地防災措置が確実に行われるように、跡地防災措置に係る保証(以下「跡地防災保証」という。)について定めている。本件要綱によれば、採石法による採取計画の認可(以下「採石認可」という。)を申請する者は、跡地防災措置を、申請者自身が行わない場合に、C組合が行う旨の保証書を、認可申請書に添付しなければならないものとされる。C組合は、B県で営業している大部分の採石業者を組合員とする、法人格を有する事業協同組合である。

株式会社Aは、B県知事により採石法所定の登録を受けている採石業者であり、C組合の組合員でもある。

Aは、B県の区域にある岩石採取場(以下「本件採取場」という。)で岩石を採取する計画を定め、採石法に基づき、B県知事に対し、採取計画の認可の申請(以下「本件申請」という。)をした。Aの採取計画には、跡地防災措置(岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。以下同じ。)として、掘削面の緑化等の措置を行うことが定められていた。

もともと、Aは、小規模な事業者の多いB県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保しているので、保証を受ける必要はないのではないか、また、保証を受けるとしても、他の採石業者から保証を受ければ十分であり、保証料が割高なC組合に保証料を支払い続ける必要はないのではないか、との疑問をもっていた。こうしたことから、Aは、C

組合による保証を受けることなく、本件申請をした。

(設問)

B県知事が、AがC組合による保証を受けていないことを理由としてAに対して採石認可拒否処分をすることは適法か。採石法及び採石法施行規則の関係する規定の趣旨及び内容を検討し、本件要綱の関係する規定が法的にどのような性質及び効果をもつかを明らかにしながら答えなさい。

なお、手続上の瑕疵について論じる必要はない。

【資料】

○ 採石法（昭和25年12月20日法律第291号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、（中略）岩石の採取に伴う災害を防止し、岩石の採取の事業の健全な発達を図ることによつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（採取計画の認可）

第33条 採石業者は、岩石の採取を行なおうとするときは、当該岩石の採取を行なう場所（以下「岩石採取場」という。）ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない。

（採取計画に定めるべき事項）

第33条の2 前条の採取計画には、次に掲げる事項を定めなければならない。

一～三、五 （略）

四 岩石の採取に伴う災害の防止のための方法及び施設に関する事項

（認可の申請）

第33条の3 第33条の認可を受けようとする採石業者は、次に掲げる事項を記載した申請書を都道府県知事に提出しなければならない。

一～二 （略）

三 採取計画

2 前項の申請書には、岩石採取場及びその周辺の状況を示す図面その他の経済産業省令で定める書類を添附しなければならない。

（認可の基準）

第33条の4 都道府県知事は、第33条の認可の申請があつた場合において、当該申請に係る採取計画に基づいて行なう岩石の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業、林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反すると認めるときは、同条の認可をしてはならない。

○ 採石法施行規則（昭和26年1月31日通商産業省令第6号）（抜粋）

第8条の15 （略）

2 法第33条の3第2項の経済産業省令で定める書類は、次に掲げるとおりとする。

一～九、十一 （略）

十 採取跡における災害の防止のために必要な資金計画を記載した書面

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、裁量基準に従った裁量処分に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

本問では、本件申請が行政規則である本件要綱で定められた要件を満たさないことを理由として採石認可を拒否することの適法性が問われており、こうした問題では、行政裁量の存在を認めて本件要綱を裁量基準に位置付けた上で、「裁量基準に従った裁量処分」としてその適法性を論じることになるのが通常である。

(2) 処理手順

以下は、「裁量基準に従った裁量処分」に関する処理手順である。

ア. 行政規則の法的性質

行政規則は、国民の権利義務にかかわらない行政の内部基準にとどまる規範であるから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。

要綱や通達は、法令の委任に基づかないから、行政規則である。

そうすると、要綱や通達は、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しないため、例えば要綱や通達によりある処分について何らかの要件を定めていても、それは法所定の処分要件そのものとはならない。

以上を本問に即していうと、本件要綱は、採石法及び同法施行規則の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しないこととなり、本件要綱で定めた内容は法33条の4の認可基準そのものとはならない。そうすると、本件要綱を理由として認可拒否処分をすることは、法令上の処分要件から逸脱するものとして、違法であるとも思える。

イ. 行政裁量の存否

処分につき行政裁量が認められるのであれば、要綱や通達で定めた内容を考慮して処分をすることが許容される余地がある。そこで、行政裁量の存否を判断することになる。

なお、問題となっている行政規則が処分要件に関するものであれば要件裁量の存否を、効果に関するものであれば効果裁量の存否を判断することになる。

本問では、法33条の4が認可基準について「公共の福祉に反すると認めるとき」という不確定概念を用いて定めていることと、採石認可の性質に着目して、採石認可に関する要件裁量を導くこととなる。

平成26年司法試験設問1参考

基礎応用47頁2(1)、論証集
13頁4(1)

ウ. 行政規則が裁量基準に当たること

当該処分について行政裁量が認められる場合、当該処分の要件又は効果について定めた要綱や通達は、当該処分の裁量権を行使する際の準則たる裁量基準に位置づけられる。

当該処分が申請に対する応答（行手法 2 条 3 号参照）であればこれに関する裁量基準は審査基準（行手法 5 条）に位置づけられ、当該処分が不利益処分（行手法 2 条 4 号柱書本文）であればこれに関する裁量基準は処分基準（行手法 12 条）に位置づけられる。

認可基準に関する本件要綱は、裁量基準に当たるとともに、行政手続法 5 条の審査基準に位置付けられる。

エ. 裁量基準の合理性

裁量基準は、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的に照らして合理的なものでなければ、これを考慮することができない。仮に合理性を欠く裁量基準に従い裁量処分をした場合には、他事考慮による裁量権の逸脱・濫用（行訴法 30 条参照）となる。

そこで、本件要綱について、裁量基準としての合理性を検討することになる。裁量基準の合理性は、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的と裁量基準の内容を比較して、後者が前者に適合するかどうかにより判断される。

具体的には、①採石認可の根拠規定の趣旨・目的 ⇒ ②本件要綱の内容 ⇒ ③両者の比較 ⇒ ④本件要綱が根拠規定の趣旨・目的に適合するものであれば裁量基準としての合理性あり、という検討過程を経る。

なお、個別事情考慮義務違反の成否に影響し得るものとして、裁量基準の合理性の高低にまで言及するのが望ましい。裁量基準の合理性が低ければ、その分だけ、個別に考慮すべき事情が増えたり、その重みが増すため、裁量基準を重視し難くなるからである。

オ. 個別事情考慮義務違反

行政裁量を認めることで個別事案に応じた柔軟（適切）な判断を可能にした法律の趣旨から、行政庁の個別事情考慮義務が導かれる。

したがって、裁量基準の合理性が認められる場合であっても、行政庁が個別に考慮すべき事情があるのにそれを適切に考慮することなく裁量基準を機械的に適用することで裁量処分をした場合には、考慮不盡（や評価の明白な合理性欠如）を理由として裁量権の逸脱・濫用となる。

個別事情考慮義務違反は、①裁量基準とは別に個別に考慮すべき事情があるか ⇒ ②あるとしてそれを適切に考慮しているか、という流れで検討する。

個別に考慮すべき事情としては、裁量基準が実現しようとしている裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を裁量基準に代わって実現し得る事情を問題にするのが通常である。

なお、裁量基準の合理性も個別事情考慮義務違反に影響し得る。裁量基準の合理性が低ければ、その分だけ、個別に考慮すべき事情が増えたり、その重みが増すため、裁量基準を重視し難くなるからである。

(参考答案)

1. 本件要綱は、採石法及び同法施行規則の委任に基づかない行政の内部基準たる行政規則だから、国民に対する直接の関係において法的拘束力を有しない。したがって、本件要綱で定めた内容は法 33 条の 4 の認可基準そのものとはならない。そうすると、本件要綱を理由として認可拒否処分をすることは、法令上の処分要件から逸脱するものとして、違法であるとも思える。

2. もっとも、採石認可拒否処分について要件裁量が認められるのであれば、法令で定めた認可基準以外の理由で認可を拒否する余地が認められる。

(1) 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質から判断する。

(2) 法 33 条の 4 は認可基準について「公共の福祉に反すると認めるとき」という不確定概念を用いて定めている。その趣旨は、採石業に関する実情は地域ごとに異なり得るため、跡地防災措置の要否・内容も含めて地域の実情を把握している都道府県知事の裁量判断に委ねることにある。そこで、上記要件に関する都道府県知事の要件裁量が認められると解する。

3. 要件裁量が認められることから、認可基準に関する本件要綱は裁量権行使の準則たる裁量基準（そのうち、行政手続法 5 条の審査基準）に位置付けられる。

(1) 裁量基準は、処分の根拠規定の趣旨・目的に照らして合理的なものでなければこれを考慮することができず、不合理な裁量基準に従って裁量処分は他事考慮を理由とする裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法 30 条）により違法となる。

(2) 法 33 条の 3 第 2 項・施行規則 8 条の 15 第 2 項 10 号は、「岩石の採取に伴う災害を防止」するという法の目的（1 条）に従い、跡地防災措置の確実な履行を確保する目的から、災害防止のために必要な資金計画を記載した書面を申請書に添付することを要求している。このように、岩石採取認可の根拠規定には、「岩石の採取に伴う災害を防止」するために跡地防災措置の確実な履行を確保するという目的も含まれている。

そして、採石業においては小規模事業者の比率が高い一方で、跡地防災措置が多額の費用を必要とすることから、それが確実に行われぬおそれがある。そうすると、跡地防災措置の確実な履行を確保するために C 組合の保証を要求する裁量基準にも合理性が認められる。

もっとも、いかに B 県の採石業者の大部分を組合員とする C 組合の保証力が高いとはいえ、これに準ずる保証力を有する第三者も存在し得るから、保証料が割高な C 組合による保証に限定する必要性は高くない。この意味で、本件要綱の裁量基準としての合理性はさほど高くない。

4. 本件要綱は裁量基準として合理的であるから、これを考慮することは他事考慮には当たらない。もっとも、個別事情考慮義務違反が認められないだろうか。

(1) 行政裁量を認めることで個別事案に応じた柔軟（適切）な判断を可能にした法律の趣旨から、行政庁の個別事情考慮義務が導かれる。同義務違反がある場合、考慮不尽又は事実評価の明白な合理性欠如による裁量権の逸脱・濫用となる。

(2) Aは、小規模な事業者の多いB県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保している。そのため、Aは、C組合の保証を受ける必要性が低いといえる。このことに、本件要綱の裁量基準としての合理性がさほど高くないことも考慮すれば、C組合の保証がないことだけを理由として認可を拒否することは、考慮不尽等による裁量権の逸脱・濫用に当たる。

したがって、Aに対する採石認可拒否処分は違法である。以上

第 6 問

(事案)

株式会社 X は、Y 県で飲食店 B を経営しているところ、平成 28 年 3 月 1 日、B 店において、X の従業員 C が未成年者（20 歳未満の者）である D ら 4 名（以下「D ら」という。）にビールやワイン等の酒類を提供するという事件が起きた。

Y 県公安委員会は、X に対し、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「法」という。）第 34 条第 2 項に基づく営業停止処分をするに当たり、法第 41 条及び行政手続法所定の聴聞手続を実施した。聴聞手続においては、以下のとおりの事実が明らかになった。聴聞手続に出頭した X の代表取締役である A も、これらの事実について、特に争うところはないと陳述した。

- ① 未成年者による飲酒が社会問題となり、飲食店業界においても、未成年者の飲酒防止のために積極的な取組が行われているところ、B 店では、未成年者に酒類を提供しないよう、客に自動車運転免許証等を提示させて厳格に年齢確認を実施していた。
- ② 事件当日には、未成年者である D らとその友人の成年者である E ら 4 名（以下「E ら」という。）が一緒に来店したために、C は、D らが未成年者であることを確認した上で、D らのグループと E らのグループを分けて、それぞれ別のテーブルに案内した。
- ③ C は、D らのテーブルには酒類を運ばないようにしたが、二つのテーブルが隣接していた上に、C の監視が行き届かなかったこともあって、D らは E らから酒類を回してもらい、飲酒に及んだ。
- ④ その後、B 店では、このような酒類の回し飲みを防ぐために、未成年者と成年者とでフロアを分けるといった対策を実施した。

その後、聴聞手続の結果を受けて、Y 県公安委員会は、法第 34 条第 2 項に基づき、X に対し、B 店に係る飲食店営業の全部を 3 か月間停止することを命じる行政処分（以下「本件処分」という。）をした。

(設問)

本件処分が適法であるかについて、【資料】の「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準」（なお、公表あり。）の内容や法的性質なども踏まえながら論じなさい。なお、手続上の瑕疵について論じる必要はない。

【資料】

- 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年法律第122号）（抜粋）

（禁止行為）

第22条 風俗営業を営む者は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 営業所で二十歳未満の者に酒類又はたばこを提供すること。

（深夜における飲食店営業の規制等）

第32条

1～2 （略）

3 第22条（第3号を除く。）の規定は、飲食店営業を営む者について準用する。（以下略）

（指示等）

第34条

1 （略）

2 公安委員会は、飲食店営業者〔（注）「飲食店営業者」とは、「飲食店営業を営む者」をいう。〕若しくはその代理人等が当該営業に関し法令（中略）の規定に違反した場合において、（中略）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（中略）は、当該飲食店営業者に対し、当該施設を用いて営む飲食店営業について、6月を超えない範囲内で期間を定めて営業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

- 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく営業停止命令等の基準（抜粋）

〔飲食店営業〕

（量定）

1 営業停止命令の量定の区分は、次のとおりとし、各処分事由に係る量定は、別表に定めるところによるものとする。

Aランク、Cランク （略）

Bランク 40日以上6月以下の営業停止命令。基準期間は3月。

（常習違反加重）

2 （略）

（営業停止命令に係る期間の決定）

3 営業停止命令により営業の停止を命ずる期間は、次のとおりとする。

（1）原則として、量定がAランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合は、1に定める基準期間（中略）によることとする。

（2）量定がAランクに相当するもの以外のものについて営業停止命令を行う場合において次に掲げるような処分を加重し、又は軽減

すべき事由があるときは、(1)にかかわらず、情状により、1に定める量定の範囲内において加重し、又は軽減するものとする。

ア 処分を加重すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

(ア)～(ク) (略)

イ 処分を軽減すべき事由とは、例えば、次のようなものである。

(ア)、(ウ) (略)

(イ) 営業者（法人にあっては役員）の関与がほとんどなく、かつ、処分事由に係る法令違反行為を防止できなかったことについて過失がないと認められること。

(エ) 具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること。

(3) 略

別表（抜粋）

[飲食店営業]

<法若しくは法に基づく命令又は法に基づく条例の規定に違反する行為>

(10) 未成年者に対する酒類・たばこ提供禁止違反（第32条第3項、第22条第6号）の量定 Bランク

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、裁量基準から逸脱した裁量処分に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

事実①の存在により、風営法22条が準用する同法32条1項違反が認められ、同法34条2項の営業停止命令の処分要件を満たすことに争いはないと考えられる。

他方で、事実①ないし④の存在から、資料の基準(以下「本件基準」という。)に照らし、営業停止命令の期間を標準期間である3か月よりも短くするべきであったと考えられる。

そうすると、同法34条2項の処分に関する効果裁量が認められるならば、営業停止期間を3か月とする本件処分は、裁量基準である本件基準から逸脱した裁量処分として、裁量権の逸脱・濫用(行訴法30条)に当たり違法となるのではないか。

(2) 処理手順

裁量基準から逸脱した裁量処分の適法性は、①行政裁量の存否 → ②当該行政規則が裁量基準に当たること → ③裁量基準の拘束力(論証+当てはめ)という流れで論じる。問題は③である。

平成27年判決は、行政裁量が認められるためには内部基準が裁量権行使の準則たる裁量基準に当たる事案において、「行政庁…が…行政手続法…12条1項…の規定により定めて公にしている処分基準において、…当該行政庁が…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ものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて…い…る。」と述べている。

すなわち、合理的理由なく裁量基準を適用しないことは平等原則に反するとともに、公にされている裁量基準の内容には相手方の信頼保護の要請も生じるとの理由から、外部規範である平等原則や信頼保護原則(又は信義則)を媒介とすることにより、⑦裁量基準が公にされていることと、⑧裁量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ことを要件として、公にされている裁量基準について、「裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて…い…る」という法的拘束力を認めているのである。

平成28年予備試験設問2参考

基礎応用 50頁(3)、論証集
17頁(3)

最判 H27.3.3・百II 167

ここでいう「特段の事情」は、裁量基準の合理性及び個別事情考慮義務の内容により審理される。まず、裁量基準に合理性がないのであれば、それだけで「特段の事情」が認められる。また、裁量基準の合理性が認められる場合でも、裁量基準通りに処分をするべきではない個別事情があるのであれば、「特段の事情」が認められる。

(参考答案)

1. 事実①の存在により、風営法 22 条が準用する同法 32 条 1 項違反が認められ、同法 34 条 2 項の営業停止命令の処分要件を満たすことに争いはないと考えられる。

他方で、事実①ないし④の存在から、資料の基準（以下「本件基準」という。）に照らし、営業停止命令の期間を標準期間である 3 か月よりも短くするべきであったにもかかわらず、営業停止期間を 3 か月とする本件処分がなされたとして、裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法 30 条）により本件処分は違法となるのではないか。

2. まず、行政裁量の存否が問題となる。

(1) 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質から判断する。

(2) 風営法 34 条 2 項は、「6 ヶ月を超えない範囲内で期間を定めて」

「営業の全部又は一部の停止を」「命じることができる」として、営業停止処分をするかという点のみならず、営業の全部又は全部を停止するか、停止するとしていかなる期間にするかという量定についても、公安委員会の選択余地が残るような規定をしている。その趣旨は、営業停止処分の要否・量定については違反事由の軽重等を考慮する必要があることに鑑み、公安委員会の専門的判断に委ねることにある。そこで、営業停止処分については、量定を含めて、公安委員会の効果裁量が認められると解する。

3. そうすると、本件基準は、営業停止処分に関する公安委員会の裁量権行使の準則たる裁量基準に位置づけられることになり、その性質は処分基準である（行政手続法 12 条 1 項）。

未成年者に対する酒類提供禁止違反（以下「本件違反」という。）を理由とする業務停止命令の期間は、原則として、標準期間 3 ヶ月である（本件基準 1、3(1)、別表(10)）。

しかし、本件違反には「営業者（法人にあっては役員）の関与がほとんどない。また、B 店が厳格な年齢確認を実施していたこと(①)、事件当日には D らと E らをそれぞれ別のテーブルに案内したこと(②)、D らのテーブルには酒類を運ばないようにしていたこと(③)から、本件違反について「過失がないと認められる」といえる（本件基準 3 (2) イ (ウ)）。

さらに、事件後、酒類の回し飲みを防止対策を実施したこと(④)から、「具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること」も認められる（本件基準 3 (2) イ (エ)）。

このように、本件基準 3(2)に従って「処分を軽減すべき事由」が認められる。

にもかかわらず、本件処分では、営業停止期間を基準期間である 3 か月から「軽減」していないから、本件処分は本件基準に違反する。

4. では、裁量基準である本件基準に違反することを理由として裁量

権の逸脱・濫用を認めることができるか。

- (1) 裁量基準は外部効果を有しない内部基準であるものの、それが公表されている場合、裁量権の行使における公正・平等な取扱いや基準の内容に係る相手方の信頼の保護の要請がある。そこで、公表されている裁量基準は平等原則（憲法 14 条）や信義則を媒介として国民に対する関係でも行政庁を拘束することになり、裁量基準と異なる取扱いを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量基準を考慮しないことは裁量権の逸脱・濫用に当たると解する。
- (2) 本件基準は公表されている。また、本件基準は、業務停止命令の期間の標準期間を定めた上で加重事由と軽減事由を定めており、違反行為とそれに対する処分との均衡という観点からして合理的であるといえる。さらに、事実①ないし④からしても、X の量定の軽減を否定すべき個別事情もない。したがって、特段の事情はない。

よって、本件処分には、本件基準から逸脱したという点で裁量権の逸脱・濫用による違法が認められる。 以上

第 7 問

(事案)

Bは、A市において、平成15年から産業廃棄物処理施設（以下「第1処分場」という。）を営んでいる。平成25年になって、Bは、第1処分場の隣接地に新たな産業廃棄物処理施設（以下「第2処分場」という。）を設置することを計画し、A市長に対し、都市計画法第33条第1項に基づき、第2処分場の設置に係る開発許可の申請を行った。

A市長は、Bに対して開発許可を与えることにした。その一方で、A市は、第2処分場の設置に対しては、生活環境の悪化を危惧する周辺住民が強い反対運動を行っていたことから、Bとの間で開発協定を締結し、その協定においては、「Bが行う廃棄物処理事業に係る開発事業については、今回の開発区域内の土地及び規模に限るものとし、今後一切の例外は認めない。」という条項（以下「本件条項」という。）が定められた。Bは、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したが、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え、協定の締結に同意した。なお、この開発協定は、法や条例に根拠を有するものではなく、また、法第33条第1項及び条例の定める基準には、本件条項に関係するものは存在しない。

(設問)

本件条項に法的拘束力は認められるか。本件条項の性質を示した上で、法の定める開発許可制度との関係を踏まえて、検討しなさい。

【資料】都市計画法（昭和43年法律第100号）（抜粋）

（定義）

第4条 1～11（略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13～16（略）

（開発行為の許可）

第29条 都市計画区域又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、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。（以下略）

2・3（略）

（開発許可の基準）

第33条 都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（中略）に適合しており、かつ、その申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならない。（以下略）

2～8（略）

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、公害防止協定の法的拘束力に関する理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

本件条項は公害防止協定に当たるから、公害防止協定としての法的拘束力の有無を論じることとなる。

(1) 意義

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国又は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、事業者の事業活動の制限を内容とする取り決めをいい、法律規定の欠如などを補うために用いられる。

(2) 法的拘束力

公害防止協定については、その法的拘束力との関係で、2つの問題がある。

ア. 法律による行政の原理に直接抵触するか

公害防止協定の法的拘束力は、「公害防止協定の法的拘束力を認めることは、法律の根拠なく個人の自由を制限するものとして、法律による行政の原理に照らし、許されないのではないか」という問題意識から出発する。

確かに、法律による行政の原理の下、行政活動には法律の根拠を要する。そして、自由主義的な見地からは、個人の権利を制約し、義務を課すような侵害行政について法律の根拠が必要であると解される(侵害留保説)。

そうすると、公害防止協定は、法律の根拠なくして事業者側の権利を制約し、義務を課す行政活動として、法律による行政の原理に反するように思える。

しかし、公害防止協定は、事業者と国又は地方公共団体とが合意により締結するものであり、行政側が一方的に行うものではないから、法律による行政の原理に直接抵触するとはいえない。

イ. 法律による行政の原理を蔑ろにすることにならないか

次に、公害防止協定が実質上は権力的作用の代替物であることに着目すると、公害防止協定の法的拘束力を認めることは、規制行政の契約への逃避を一般化し拡大することにより、法律による行政の原理が蔑ろにされるおそれがあるのではないかと、という問題意識が生じる。

しかし、地域住民の生命・健康を公害から守るという重大な法益の保護を目的とする公害防止協定についてその法的拘束力を認める必要性がある。

また、企業側の自由が全面的に禁止されるわけではない。

令和2年予備試験設問1参考

基礎応用61頁[論点1]、論証集20頁[論点1]

さらに、国・公共団体といえども国民と対等な法主体として現れると解さざるを得ず両者間に事実上の支配・従属関係が現れることがあるというのは私人間での契約でも同様である。

そこで、一定の要件の下で公害防止協定の法的拘束力を認めるべきである。

具体的には、①行政機関の職務の範囲内で定められたものであること、②任意の合意に基づくこと、③当該義務に関する法令の趣旨や比例原則等の一般原則に反しないこと、及び④義務の内容が具体的に特定されていることが法的拘束力の発生自体に必要であると解する。

加えて、⑤職員の立入検査権などの強制的な行政調査について定めたり、代執行・直接強制などの義務履行確保手段を規定することと、⑥罰則を定めることは許されず、⑤・⑥に反する協定は部分的に法的拘束力が否定される。⑤は契約によって公権力を創出することとして法律による行政の原理（法律の法規創造力）に反し、⑥は罪刑法定主義（憲法 31 条）に反するのである。

（3）参考判例

最高裁判決にも、公害防止協定には一定の要件を満たせば法的拘束力が認められることを前提としたものがある。

基礎応用 62 頁 [判例 1]、
最判 H21.7.10・百 I 90

事案：廃棄物処理法は、産業廃棄物処理施設の設置について許可制を定めているところ、有限会社 X は、1991 年から、Y 県知事より同法に基づく産業廃棄物処理施設の設置許可を受けていた。1995 年に、Y 県 Z 村と X は、公害防止協定を締結し、協定の一内容として、産業廃棄物処理施設の使用期限（「本件期限条項」）を定めた。

その後、Y 県 Z 村は、本件期限条項の定める本件産業廃棄物処理施設の使用期限が経過したことから、本件協定に基づく義務の履行として、X に対して本件土地を本件産業廃棄物処理施設として使用することの差止めを求める訴えを提起した。

公害防止協定は行政作用の 1 つであるため、法律の優位原則が適用されるから、その条項は法律に違反することが許されない。本事件では、本件期限条項が廃棄物処理法の定める許可制の趣旨に反し違法・無効ではないかが問題となった。

判旨：「知事の許可が、処分業者に対し、許可が効力を有する限り事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものではないことは明らかである。そして、同法には、処分業者にそのような義務を課す条文は存せず、かえって、処分業者による事業の全部又は一部の廃止、処理施設の廃止については、知事に対する届出で足りる旨規定されているのであるから…、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い。したがって、旧期限条項が同法の趣旨に反するという事はできないし、同法の上記のような趣旨、内容は、その後の改正によっても、変更されていないので、本件期限条項が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事もできない。

そして、旧期限条項及び本件期限条項が知事の許可の本質的な部分にかかわるものではないことは、以上の説示により明らかであるから、旧期限条項及び本件期限条項は、本件条例 15 条が予定する協定の基本的な性格及び目的から逸脱するものでもない。」

(4) 問題文のヒントと設問の指示から、問題の所在を把握するとともに、要件を導く技術

公害防止協定については、多くの受験生がマイナー論点として認識しているため、当時（令和 2 年予備試験当時）、問題の所在や要件について正確に記憶していた受験者は少ないと思われる。

こうした問題でこそ、問題文のヒントと設問の指示から、問題の所在を把握するとともに、要件を導くという、受験技術が大事になってくる。

まず、「開発協定は、法や条例に根拠を有するものではない」との問題文と、「本件条項の性質を示した上で」との設問の記述から、法令の根拠に基づくことなく B に義務を課す本件条項は法律による行政の原理に抵触するのではないか、という問題意識が出てくる。このため、法律による行政の原理との関係で法的拘束力の有無を検討するという論証の核になっている部分には、気がつくことができる。

次に、公害防止協定の上記 6 要件のうち、本問で書くべき要件は①～④までである。①～④のうち、少なくとも、②と③は、問題文のヒントと設問の指示から導くことができる。

②は、「B は、本件条項を含む開発協定の締結には当初難色を示したが、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え、協定の締結に同意した」との問題文のヒントから、③は、「法第 33 条第 1 項及び条例の定める基準には、本件条項に関するものは存在しない」との問題文のヒント、「法の定める開発許可制度との関係を踏まえて」との設問の指示、及び「今後一切の例外を認めない」との問題文のヒントから導くことができる。

それから、侵害行政ではなくとも法律の優位原則や比例原則等

の一般原則の適用を受けることになるという基本的な論文知識があれば、自然と、③の要件が導かれるとも思われる。

マイナー論点からの出題に備えるためにも、現場思考問題に対応する力を身につけるためにも、上記のように、問題文のヒントと設問の指示から問題の所在や規範を導く（規範については、ヒント・指示から想定される当てはめから逆算して導く）ための読解・思考のコツや、基本的な知識を土台として問題の所在を把握したり規範を導くという読解・思考のコツを身につけておくべきである。

(参考答案)

1. 法律による行政の原理の下、行政活動には法律の根拠を要する。そして、自由主義的な見地からは、個人の権利を制約し、義務を課すような侵害行政について法律の根拠が必要であると解される。

本件条項は、B に対して、今後一切、B は産廃物処理事業に係る開発事業をしてはならない旨の不作为義務を課すものである。にもかかわらず、本件条項は、法や条例の根拠を欠くのだから、法律の根拠なくして個人に義務を課す行政活動として、法律による行政の原理に反し違法・無効になるとも思われる。

2. もっとも、本件条項は、行政が一方的に設けたものではなく、B との合意により定められた公害防止協定であるから、法律の根拠がなくても法的拘束力が認められるのではないか。

(1) 確かに、公害防止協定の実質が権力的作用の代替物であることに着目すると、法律による行政の原理の潜脱防止のためにその法的拘束力を否定するべきとも思える。しかし、行政契約においては国・公共団体といえども国民と対等な法主体として現れると解さざるを得ず、両者間に事実上の支配・従属関係が現れることがあるのは私人間での契約でも同様である。そこで、公害防止協定は、①行政機関の職務の範囲内で定められたものであること、②任意の合意に基づくこと、③当該義務に関する法令の趣旨や比例原則等の一般原則に反しないこと及び④義務の内容が具体的に特定されていることを要件として、法的拘束力が認められると解する。

(2) 普通地方公共団体は、当該地域の生活環境の維持・向上を図ることもその責務の 1 つとしている。そのため、本件条項は、産業廃棄物処理施設から周辺地域の生活環境を守るという A 市の職務の範囲内で定められたものであるといえ、①を満たす。また、B は、当初難色を示していたものの、周辺住民との関係を改善することも必要であると考え協定の締結に同意したのだから、本件条項は任意の合意に基づくともいえ②も満たす。さらに、定められた義務の内容は、今後一切、B は産廃物処理事業に係る開発事業をしてはならないというように、具体的に特定されており、④も満たす。

確かに、法 33 条 1 項及び条例の定める基準には本件条項に係るものは存在しないものの、本件条項は良好な都市環境の保全・形成という条例の趣旨に合致するものだから、条例にも、これと共通する目的を有するであろう法の趣旨にも反しない。しかし、今後一切の例外を認めることなく B による産廃物処理事業に係る開発事業を認めないというのは、あまりにも行き過ぎた内容であり、比例原則に反する。したがって、③を欠く。

よって、本件条項には法的拘束力が認められない。 以上

第 8 問

(事案)

産業廃棄物の処分等を業とする株式会社 A は、甲県の山中に産業廃棄物の最終処分場（以下「本件処分場」という）を設置することを計画し、甲県知事 B に対し、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「法」という。）第 15 条第項に基づく産業廃棄物処理施設の設置許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

B は、本件申請が法第 15 条の 2 第 1 項所定の要件を全て満たしていると判断するに至った。

しかし、本件処分場の設置予定地（以下「本件予定地」という。）の周辺の住民の一部は、本件処分場が設置されると、地下水の汚染や有害物質の飛散により、住民の健康が脅かされるのではないかとの懸念を抱き、本件処分場の設置に反対する運動を行った。

そこで、B は、本件申請に対する許可を一旦留保した上で、A に対し、住民と十分に協議し、紛争を円満に解決するように求める行政指導を行った。これを受けて、A は、住民に対する説明会を開催し、本件処分場の安全性を説明するとともに、住民に対し、本件処分場の安全性を直接確認してもらうため、工事又は業務に支障のない限り、住民が工事現場及び完成後の本件処分場の施設を見学することを認める旨の提案（以下「本件提案」という。）をした。

しかし、反対派住民は本件処分場の設置に強く反発し、A が本件処分場の安全性に関する説明を尽くしても、円満な解決には至らなかった。他方で、建設資材の価格が上昇し A の経営状況を圧迫するおそれが生じていたことから、A は、本件提案を撤回し、説明会の継続を断念することとし、B に対し、前記の行政指導にはこれ以上応じられないので直ちに本件申請に対して許可をするように求める旨の内容証明郵便を送付した。

B は、上記の内容証明郵便の送付を受けてから 1 か月経過後、本件申請に対する許可（以下「本件許可」という。）をした。

A は、この間も建設資材の価格が上昇したため、本件許可の遅延により生じた損害の賠償を求めて、国家賠償法に基づき、甲県を被告とする国家賠償請求訴訟を提起した。

(設問)

本件申請に対する許可の留保の違法性について、上記の許可の留保がいつの時点から違法になるかも含めて論じなさい。

【資料】 廃棄物の処理及び清掃に関する法律（昭和45年法律第137号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、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を目的とする。

（産業廃棄物処理施設）

第15条 産業廃棄物処理施設（廃プラスチック類処理施設、産業廃棄物の最終処分場その他の産業廃棄物の処理施設で政令で定めるものをいう。以下同じ。）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。

2 前項の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、次に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。

一～九（略）

3～6（略）

（許可の基準等）

第15条の2 都道府県知事は、前条第1項の許可の申請が次の各号のいずれにも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 その産業廃棄物処理施設の設置に関する計画が環境省令で定める技術上の基準に適合していること。

二～四（略）

2～5（略）

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、行政指導を理由とする許認可の留保に関する判例理論の理解を問う問題である。

平成29年予備試験設問1参考

2. 解答のポイント

本問では、行政指導の継続を理由とする許可の留保の違法性が問われており、参考判例として品川マンション事件が挙げられる。

基礎応用 71 頁 [判例 2]、論証集 22 頁 [論点 1]、最判

(1) 行政手続法の適用の有無

違法主張を考える前提として、本件許可について行政手続法が適用されるのかについて確認する必要がある。

S60.7.16・百I121

行政手続法3条3項は、「地方公共団体の機関がする処分」についての同法の適用除外を定めている。

しかし、「地方公共団体の機関がする処分」のうち、行政手続法の適用が除外されるのは、「その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているもの」に限られる(同法3条3項括弧書)。

本件許可は、都道府県知事という「地方公共団体の機関がする処分」であるが、その根拠となる規定が廃棄物の処理及び清掃に関する法律(以下、「廃掃法」とする)に置かれているものだから、行政手続法の適用除外はない。

(2) 行政手続法7条違反の成否

申請そのものの受付拒否や返戻が違法であることを明確に示す趣旨から、行政手続法7条では、申請に対する審査開始義務・応答義務が定められている。

しかし、本問では、「Bは、…許可要件に関する審査を行い、本件申請が法第15条の2第1項所定の要件を全て満たしていると判断するに至った。」とされているため、審査開始義務違反はない。

また、同条が定める応答義務は、「法令も定められた申請の形式上の要件に適合しない申請」に関するものであるから、廃掃法所定の申請の形式上の要件に適合する申請に対する許可の留保が問題となっている本件では、応答義務違反もない。

したがって、行政手続法7条違反は成立しない。なお、これについては、答案で言及する必要はないと思われる。

(3) 効果裁量の存否

行政指導を理由とする許可の留保の違法性について、いきなり行政手続法33条を適用して判断するのではない。当該許可について効果裁量(そのうち、時の裁量)が認められるのであれば、行政指導を理由とする許可の留保が、効果裁量を理由として適法とされる余地があるからである。

行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質の両面から判断される。

廃掃法15条の2第1項は、「許可をすることができる」という

文言を用いていない。また、廃掃法は、廃棄物を一般廃棄物と産業廃棄物に区別した上で、一般廃棄物の収集・運搬・処分については、私人の自由な経済的活動として捉えていない（同法 6 条 1 項、6 条の 2 第 1 項、7 条 10 項）。そのため、一般廃棄物の収集・運搬・処分業の許可は、本来的には国民に認められていない特別の地位を与える「特許」としての性格を有することになり、裁量が認められやすい。

これに対し、産業廃棄物の処理については、一般廃棄物処理業のような規律は設けられておらず、原則として事業者が産業廃棄物を処理することとされ、地方公共団体は事業者による処理を補完するものとして規律されている（11 条）。しかも、許可基準（産業廃棄物処理業の許可：14 条 5 項・10 項、産業廃棄物処理施設の設置許可：15 条の 2）をみると、需給適合原則など、事業活動に対する積極的なコントロールをすることを意図したものも存在しない。そのため、廃掃法は、一般廃棄物処理業については、それが国民の経済活動の自由（憲法 22 条 1 項）に属するものであることを前提として、例外的に制限を設けているといえる。そうすると、産業廃棄物処理施設の設置許可は、本来的自由に対する一般的制約を個別の申請に基づき解除するという講学上の「許可」に位置付けられることになる。そして、許可は、その性質上、裁量の余地の狭いものである

以上の理由から、産業廃棄物処理施設の設置許可については、効果裁量は認められないと解することになる。

そうすると、効果裁量を理由として許可の留保が適法とされることはない。

（4）申請者による許可の留保についての任意の同意

品川マンション事件判決は、「建築主が確認処分の留保につき任意に同意しているものと認められる場合」は、建築確認処分を留保することは違法でないとしている。

しかし他方で、「…建築主において任意に…行政指導に応じて付近住民と協議をしている場合においても、そのことから常に当然に建築主が建築主事に対し確認処分を留保することについてまで任意に同意をしているものとみるのは相当でない。」としている。

したがって、A が甲県からの行政指導に従って説明会を開催したり本件提案を行っていることもって、当然に A が行政指導を理由とする許可の留保について任意に同意していたと評価することはできない。

（5）行政手続法 33 条

前記（4）において A の同意が認められない場合には、最後に、行政手続法 33 条違反を論じることとなる。

品川マンション事件判決は、建築確認について「確認処分自体

は基本的に裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものと解するのが相当であるから、審査の結果、…処分要件具備するに至った場合には、建築主事は速やかに確認処分を行う義務があるといわなければならない。」とする一方で、普通地方公共団体の責務（旧地方自治法 2 条 3 項 1 号、7 号）及び建築基準法の趣旨目的（同法 1 条）を理由として、「関係地方公共団体において、…当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあったとしても、これをもって直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。」としており、産業廃棄物処理施設の設置許可についても同様に考えることができる。

他方で、「右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものである」との理由から、①建築主が行政指導には協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明している場合には、②当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量し、右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ものといえるような特段の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確認処分を留保することは違法であるとしている。行政手続法 33 条は、本判決を基礎として制定されたものであるから、本判決の判旨に従って解釈することになる。

そして、本判決は、建築主が建築審査会に対して建築確認申請に対する不作為を理由とする審査請求の申立てを行った時点（昭和 48 年 3 月 1 日）で①を肯定している。本問では、A は、行政指導にはこれ以上応じられないので直ちに本件申請に対して許可をすように求める旨の内容証明郵便が B に送付された時点で①を認めることができる。

また、本判決は、②の特段の事情を否定する際に、行政指導の目的とする付近住民との話し合いによる紛争の解決に至らなかったことをひとり建築主の責に帰することができないことを理由の 1 つとして挙げている。本問では、A は、いったんは行政指導に従って住民に対する説明会を開催するとともに、住民に対して本件提案をすることにより、本件処分場の設置について住民の理解を得られるよう尽力しており、説明会の開催の不当性を窺わせるような事情も見当たらない。こうした事情からすれば、行政指導の目的とする付近住民との話し合いによる紛争の解決に至らなかったことをひとり建築主 A の責に帰することができない。このことに、

本件申請に対する許可が留保されている間、建築資材の価格が上昇し、Aの経営状況を圧迫するおそれが生じていたことも考慮すれば、②Aの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もない。

(6) 許可の留保はいつから違法になるか

設問では、「許可の留保がいつの時点から違法になるかも含めて論じ」ることが求められている。

許可の留保が違法になる時点まで論じる実益があるのは、本件申請から本件許可までの間、建築資材の価格が上昇し続けているため、許可の留保がいつの時点で違法になったのかによって。違法な不作為（許可の留保）と相当因果関係が認められる建築資材の価格上昇分の損害額が異なるからである。

(参考答案)

1. Bは、本件申請について、法15条の2第1項所定の許可基準を満たすと判断している。したがって、許可について効果裁量が認められなければ、申請者の任意の同意なくして許可の留保することは原則として違法となる。

(1) 行政裁量の存否は法律の文言と処分の性質から判断される。

(2) 法15条の2第1項は、「許可をすることができる」という文言を用いていない。また、許可は、本来的自由に対する一般的制約を個別の申請に基づき解除するという性質上、裁量の余地の狭いものである。そこで、効果裁量は認められないと解する。

2. そうすると、Aの任意の同意がなければ、本件申請に対する許可を留保することは原則として違法である。

Aは、Bによる行政指導を受けて、住民に対する説明会を開催し、本件処分場の安全性を説明するとともに、住民に対し、本件処分場の安全性を直接確認してもらうため、工事又は業務に支障のない限り、住民が工事現場及び完成後の本件処分場の施設を見学することを認める旨の本件提案をした。これらの事実から、Aが許可の留保について任意の同意をしていたとも思える。

しかし、申請者は、許認可権限を有する行政側からの行政指導に対しては、事を荒立てることを避けるために不本意ながらもこれに応じるのが通常であるといえる。したがって、上記の事実をもってAの任意の同意があったとはいえない。よって、許可の留保についてのAの任意の同意は認められない。

3. もっとも、例外的に許可の留保が許容されないか。

(1) まず、知事Bによる行政指導については、「地方公共団体の機関がする…行政指導」(行政手続法3条3項)として行政手続法の適用が除外される。もっとも、甲県では行政手続法と同じ内容の甲県行政手続条例を定めていると考えられる(行政手続法46条参照)から、知事Bによる行政指導には行政手続法33条と同じ内容を定めている甲県行政手続条例33条が適用されると考えられる。

(2) 次に、普通地方公共団体は、地域の環境の整備保全を目的の1つとしている。また、法も、生活環境の保全を目的としている(法1条)。そのため、申請者が行政指導に応じている場合には、関係地方公共団体において、当該地域の生活環境の保全を図るために、行政指導の結果に期待して社会通念上合理的と認められる期間許可を留保することが許容され得ると解すべきである。ただし、許可の留保が申請者の任意の協力・服従を前提とした事実上の措置にとどまることに鑑み、行政手続条例33条がその限界を定めている。具体的には、①申請者が不協力の意思を真摯かつ明確に表明している場合には、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のない限り、許可の留保は同条例 33 条に反し違法となる。

A は、本件提案を撤回し、説明会の継続を断念することとし、B に対し、行政指導にはこれ以上応じられないので直ちに本件申請に対して許可をするように求める旨の内容証明郵便を送付した。この時点で、A が B に対して行政指導に協力しない意思を真摯かつ明確に表明したといえる (①)。また、A は、いったんは行政指導に従って住民に対する説明会を開催するとともに、住民に対して本件提案をすることにより、本件処分場の設置について住民の理解を得られるよう尽力しており、説明会の開催の不当性を窺わせるような事情も見当たらない。このことに、本件申請に対する許可が留保されている間、建築資材の価格が上昇し、A の経営状況を圧迫するおそれが生じていたことも考慮すれば、A の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もない (②)。

したがって、許可の留保は内容証明郵便送付時点から違法になる。

以上

第 9 問

(事案)

医療法人社団である A は、平成 13 年 1 月 24 日、B 県の知事から、介護保険法（以下「法」という。）第 94 条第 1 項に基づく開設許可を得て、介護老人保健施設（以下「本件施設」という。）を運営してきた。

平成 19 年 10 月 15 日、B 県高齢福祉課職員（以下「B 県職員」という。）が、法第 100 条に基づき本件施設に立ち入り、質問、報告の聴取等の調査を実施した。B 県職員は、本件施設の職員から、身分や調査の趣旨を説明するよう要請されたにもかかわらず、身分証の提示を拒否し、公的な調査であり抵抗すれば罰則の対象になることを繰り返し述べた上、事務机の上にあった帳簿等書類を段ボール箱に詰めて持ち帰った。

B 県高齢福祉課としては、当日の調査に基づき、本件施設では、看護師数、介護職員数が不足しており、厚生労働省令で定める看護師の員数に関する基準に違反する状況が継続していると判断するに至った。

そこで、B 県知事は、A に対し、平成 20 年 1 月 15 日、勧告書を交付し、法第 103 条第 1 項に基づく勧告（以下「本件勧告」という。）を行った。同勧告書には、同年 3 月 24 日を期限として、①省令の定める基準を遵守できるよう常勤の看護師、介護職員の人員を確保することと記載されていた。②上記①に関する改善状況を文書で報告することの 2 点が記載されていた。

(設問)

A は、本件勧告のどのような違法事由を主張することが考えられるか。

なお、勧告について事実誤認はなく、かつ、行政手続法又は行政手続条例上の問題には言及しなくてよいものとする。

【資料】介護保険法（平成9年12月17日法律第123号）（抜粋）

（帳簿書類の提示等）

第24条 1、2、4 （略）

3 前2項の規定による質問を行う場合においては、当該職員は、その身分を示す証明書を携帯し、かつ、関係人の請求があるときは、これを提示しなければならない。

（開設許可）

第94条 介護老人保健施設を開設しようとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2～6 （略）

（介護老人保健施設の基準）

第97条 1、3～5 （略）

2 介護老人保健施設は、厚生労働省令で定める員数の医師、看護師、介護支援専門員及び介護その他の業務に従事する従業者を有しなければならない。

（報告等）

第100条 都道府県知事又は市町村長は、必要があると認めるときは、介護老人保健施設の開設者、介護老人保健施設の管理者若しくは医師その他の従業者（以下「介護老人保健施設の開設者等」という。）に対し報告若しくは診療録その他の帳簿書類の提出若しくは提示を命じ、介護老人保健施設の開設者等に対し出頭を求め、又は当該職員に、介護老人保健施設の開設者等に対して質問させ、若しくは介護老人保健施設に立ち入り、その設備若しくは診療録、帳簿書類その他の物件を検査させることができる。

2 第24条第3項の規定は、前項の規定による質問又は立入検査について、同条第4項の規定は、前項の規定による権限について準用する。

3 （略）

（業務運営の勧告、命令等）

第103条 都道府県知事は、介護老人保健施設が、その業務に従事する従業者の人員について第97条第2項の厚生労働省令で定める員数を満たして（中略）いないと認めるときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期限を定めて、第97条第2項の厚生労働省令で定める員数の従業者を有（中略）すべきことを勧告することができる。

2～5 （略）

（罰則）

第209条 次の各号のいずれかに該当する場合には、その違反行為をした者は、30万円以下の罰金に処する。

一、三（略）

二 （中略）第100条第1項（中略）の規定による報告若しくは帳簿書類の提出若しくは提示をせず、若しくは虚偽の報告若しくは虚偽の帳簿書類の提出若しくは提示をし、又はこれらの規定による質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をし、若しくはこれらの規定による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避したとき。

(解説)

1. 出題の概要

第9問は、行政調査に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

「勧告について事実誤認はなく、かつ、行政手続法又は行政手続条例上の問題には言及しなくてよいものとする。」(設問)とあるため、勧告自体には瑕疵はないと考えられる。

他方で、B 県知事は、B 県高齢福祉課の行政調査によって得られた情報及び証拠を根拠として、本件施設では、看護師数、介護職員数が不足しており、厚生労働省令で定める看護師の員数に関する基準に違反する状況が継続している」と判断し、本件勧告を行っている。このように、本件勧告は、先行する行政調査に基づいて行われているため、行政調査に違法があることが本件勧告の違法を基礎付けると考える余地もある。この意味において、本件勧告の違法として、行政調査の違法を論じる実益がある。

(2) 行政調査

ア. 意義と分類

行政調査とは、行政機関が行政目的を達成するために必要な情報を収集する活動をいう。

行政調査は、①直接強制調査(相手方の抵抗を物理的に排除して行われるもの)、②間接強制調査(調査の受諾を罰則により間接的に強制するもの)、③任意調査、④その他(調査拒否に対して給付提供の拒否を予定して行われる調査)に分類される。

強制調査(①・②)については、法律の根拠(作用法上の根拠)が必要とされ、調査権限は法律で定められた範囲に限定される。

本問における行政調査は法100条1項に基づく強制調査であるところ、法100条1項は「検査」と定めるだけであり対象物件を持ち帰る権限までは与えていないから、B 県職員が帳簿等書類を持ち帰った点は法100条1項の権限の範囲を超えるものとして違法である。

イ. 行政手続

行政手続法は、「報告又は物件の提出を命ずる処分その他その職務の遂行上必要な情報の収集を直接の目的としてされる処分及び行政指導」を適用除外とすることで(3条1項14号)、行政調査を行政手続法の適用除外としている。これは、行政調査の性質上、行政手続法の一般的諸規定の適用に馴染まないという趣旨による。また、立入検査のような事実行為は、同法2条4号イにより、「不利益処分」に該当しない。

もっとも、法律を根拠として実施される行政調査について、

平成20年司法試験設問2参考

基礎応用 77 頁・1、論証集
26 頁・1

基礎応用 77 頁・2、論証集
26 頁・2

当該法律で手続（例えば、身分証の呈示など）が定められている場合には、それに従う必要がある。

本件調査には、法 100 条 2 項より、「前 2 項の規定による質問を行う場合においては、当該職員は、その身分を示す証明書を携帯し、かつ、関係人の請求があるときは、これを提示しなければならない。」と定める法 24 条 3 項が準用される。

B 県職員は、本件施設の職員から、身分を説明するように要請されることで身分証の提示について「関係人の請求」があったにもかかわらず、身分証の提示を拒否している。

したがって、本件調査は、法 100 条 2 項が準用する法 24 条 3 項に違反するものとして違法である。

ウ. 行政調査の違法は行政決定の違法を基礎づけるか

前記の通り、本問における行政調査には、法 100 条 1 項違反と法 24 条 3 項（法 100 条 2 項による準用）違反による違法がある。そこで、行政調査の違法が同調査に基づく本件勧告の違法を基礎付けるかが問題となる。

確かに、行政調査とそれに基づく行政行為等とは別個の行為であり、調査過程の瑕疵が行政決定の際に用いられた情報の内容に影響を及ぼすわけではないから、行政調査の瑕疵が常に行政決定の違法を根拠づけると解するべきではない。

しかし、適正手続の重要性に鑑みれば、行政決定の正しさは情報収集を含む手続過程全体の正しさも含めて観念すべきであるから、行政調査の過程における重大な違法は、それに基づいて行われた行政決定の違法を根拠づけると解すべきである。

基礎応用 79 頁 [論点 5]、論
証集 27 頁 [論点 5]

(参考答案)

1. A は、本件勧告は本件調査の結果に基づいて行われているため、本件調査の違法が本件勧告の違法を基礎づけるとして、以下の通り主張する。

2. 調査権限の逸脱

B 県職員は、法 100 条 1 項に基づくものとして、帳簿等書類を持ち帰っている。

法 100 条 1 項に基づく行政調査は、その拒否等が罰則の対象とされている（法 209 条 2 号）ことから、罰則により受諾を間接的に強制する強制調査である。

そして、法律の留保の原則により、強制調査は法律によって与えられた権限の範囲内においてのみ許容される。

法 100 条 1 項は「検査」と定めるだけであり、対象物件を持ち帰る権限までは与えていない。

したがって、本件調査は、B 県職員が帳簿等書類を持ち帰った点は、法 100 条 1 項の権限の範囲を超えるものとして違法である。

3. 身分証の不提示

本件調査には、法 100 条 2 項より法 24 条 3 項が準用される。

B 県職員は、本件施設の職員から、身分を説明するように要請されることで身分証の提示について「関係人の請求」があったにもかかわらず、身分証の提示を拒否している。したがって、本件調査は、法 100 条 2 項が準用する法 24 条 3 項に違反するものとして違法である。

4. 調査の違法が勧告に影響を及ぼすか

(1) 確かに、行政調査とそれに基づく行政処分等とは別個の行為であり、行政調査の瑕疵が常に行政決定の違法をもたらすわけではない。しかし、適正手続の重要性に照らし、行政調査の過程における重大な違法は、それに基づく行政決定の違法を根拠づけると解する。

(2) 帳簿等書類を持ち帰った違法は、本来なら得られなかったはずの証拠の取得をもたらしたのだから、本件調査に基づく行政決定に影響を及ぼし得るという点で重大な違法である。また、1 回の調査について 2 つも違法がある点は、全体として調査における遵法意識の欠如を示すものとして、本件調査の重大な違法を基礎づけるともいえる。

したがって、本件調査の違法により本件勧告も違法になる。

以上

参考文献

(行政法)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「基本行政法 判例演習」初版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「判例から探究する行政法」初版(著:山本隆司-有斐閣)
- ・「事例研究行政法」第4版(編著:曾和俊文・野呂充・北村和生-日本評論社)
- ・「事例から行政法を考える」初版(著:北村和生・深澤龍一郎ほか-有斐閣)
- ・「行政法 事案解析の作法」第2版(著:大貫裕之・土田伸也-日本評論社)
- ・「基礎演習行政法」第2版(著:土田伸也-日本評論社)
- ・「行政法の基本」第7版(著:北村和生・佐伯彰洋ほか-法律文化社)
- ・「行政法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「行政判例百選Ⅰ」第8版(有斐閣)
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年(有斐閣)
- ・「ケースブック行政法」第5版(編:稲葉馨・下井康史ほか-弘文堂)
- ・「行政判例ノート」第3版(著:橋本博之-弘文堂)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)

(憲法)

- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ 基本権」第2版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)