

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付けられる。

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）に位置付けられ、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）に位置付けられる。

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」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付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