

### 平成 28 年度予備試験論文式試験問題 [行政法]

株式会社 X（代表取締役は A）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。【資料 1】参照。）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。

- ① 未成年者の飲酒に起因する事故等が社会的な問題となり、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。

聴聞手続に出頭した 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。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。

その際、本件処分に係る処分決定通知書には、「根拠法令等」として「法第 32 条第 3 項、第 22 条第 6 号違反により、法第 34 条第 2 項を適用」、「処分の内容」として「平成 28 年 5 月 1 日から同年 7 月 31 日までの間（3 か月間）、B 店に係る飲食店営業の全部の停止を命ずる。」、「処分の理由」として、「X は、平成 28 年 3 月 1 日、B 店において、同店従業員 C をして、D らに対し、同人らが未成年者であることを知りながら、酒類であるビール及びワイン等を提供したものである。」と記されてあった。

Y 県公安委員会は、「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」（以下「本件基準」という。【資料 2】参照）を定めて公表しているところ、本件基準によれば、未成年者に対する酒類提供禁止違反（法第 32 条第 3 項、第 22 条第 6 号）の量定は「B ランク」であり、「40 日以上 6 月以下の営業停止命令。基準期間

は、3月。」と定められていた（本件基準1，別表〔飲食店営業〕〈法（中略）の規定に違反する行為〉（10））。

Aは、処分決定通知書を本件基準と照らし合わせてみても、どうしてもこのように重い処分になるのか分からないとして、本件処分に強い不満を覚えるとともに、仮に、B店で再び未成年者に酒類が提供されて再度の営業停止処分を受ける事態になった場合には、本件基準2の定める加重規定である「最近3年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、（中略）当該営業停止命令の処分事由について1に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近3年間に営業停止命令を受けた回数の2倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。」が適用され、Xの経営に深刻な影響が及ぶおそれがあるかもしれないことを危惧した。

そこで、Xは、直ちに、Y県を被告として本件処分の取消訴訟を提起するとともに、執行停止の申立てをしたが、裁判所は「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」とは認められないとして、この申立てを却下した。

Xの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1】、本件基準の抜粋を【資料2】として掲げるので、適宜参照しなさい。

#### 〔設問1〕

本件処分の取消訴訟の係属中に営業停止期間が満了した後は、いかなる訴訟要件が問題となり得るか。また、当該訴訟要件が満たされるためにXはどのような主張をすべきか、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。

#### 〔設問2〕

本件処分の取消訴訟につき、本案の違法事由としてXはどのような主張をすべきか、手続上の違法性と実体上の違法性に分けて、想定されるY県の反論を踏まえつつ検討しなさい。なお、本件処分について行政手続法が適用されること、問題文中の①から④までの各事実については当事者間に争いがないことをそれぞれ前提にすること。

【資料 1】

○ 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。

（聴聞の特例）

第 41 条 公安委員会は、（中略）第 34 条第 2 項、（中略）の規定により営業の停止を（中略）命じようとするときは、行政手続法（平成 5 年法律第 88 号）第 13 条第 1 項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。

2～4（略）

【資料 2】○ 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 6 月の営業停止命令。

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。

C ランク～H 3 ランク（略）

（常習違反加重）

- 2 最近3年間に営業停止命令を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定は、その処分事由に係る量定がAランクに相当するときを除き、当該営業停止命令の処分事由について1に定める量定の長期及び短期にそれぞれ最近3年間に営業停止命令を受けた回数<sup>2</sup>の2倍の数を乗じた期間を長期及び短期とする。ただし、その長期は、法定の期間を超えることができない。(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(2に規定する場合は当該処分事由について定められた基準期間の2倍の期間を基準期間とする。)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) 最近3年間に同一の処分事由により行政処分に処せられたこと。
- (イ) 指示処分の期間中にその処分事由に係る法令違反行為と同種の法令違反行為を行ったこと。
- (ロ) 処分事由に係る行為の態様が著しく悪質であること。
- (ハ) 従業者の大多数が法令違反行為に加担していること。
- (ニ) 悔悛の情が見られないこと。
- (ホ) 付近の住民からの苦情が多数あること。
- (ヘ) 結果が重大であり、社会的反響が著しく大きいこと。
- (コ) 16歳未満の者の福祉を害する法令違反行為であること。
- 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) 他人に強いられて法令違反行為を行ったこと。
- (イ) 営業者(法人にあつては役員)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。
- (ロ) 最近3年間に処分事由に係る法令違反行為を行ったことがなく、悔悛の情が著しいこと。
- (ハ) 具体的な営業の改善措置を自主的に行っていること。
- (3) 量定がAランクに相当するもの以外のものについて、処分を軽減すべき事由が複数あり、営業停止処分を行うことが著しく不合理であると認められるときは、(1)(2)にかかわらず、営業停止処分を行わないこととする。

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

**（出題の趣旨）**

本問は，公安委員会が，未成年者に酒類を提供した飲食店に対して行った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「風営法」という。）に基づく営業停止処分に関する法的争点について検討させるものである。

設問1は，営業停止期間の経過により狭義の訴えの利益（行政事件訴訟法第9条第1項括弧書き）が消滅するか否かを問うものである。狭義の訴えの利益に関する一般論を展開した上で，過去の一定期間内に処分を受けたことを理由として処分を加重する旨の加重規定が法令ではなく，処分基準に定められている場合において，処分の直接的効果が営業停止期間の経過によりなくなった後においても，なお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものといえるかを検討することが求められている。

この論点に関する近時の重要判例として最高裁判所平成27年3月3日第三小法廷判決・民集69巻2号143頁がある。同判決は，本問と同様に，処分の加重規定が処分基準に定められている事案であり，行政手続法第12条第1項により定められ公にされている処分基準に一種の拘束力を認めて，処分の直接的効果が期間の経過によりなくなった後においても，なお一定の期間，狭義の訴えの利益が存続することを明らかにしたものである。同判決の正しい理解を前提として，処分基準の内容及び性質を踏まえた検討を加えていることは加点事由となる。

設問2は，営業停止処分の適法性について問うものであるが，手続的瑕疵と実体的瑕疵の二つに分けて検討することが求められている。

手続的瑕疵については，不利益処分の理由提示に関する重要判例である最高裁判所平成23年6月7日第三小法廷判決・民集65巻4号2081頁を踏まえて，行政手続法第14条第1項本文に基づき要求される理由提示の程度に関する一般論を展開した上で，営業停止処分につき処分基準の適用関係が示されていない本件の事情の下，理由提示の瑕疵が認められるか否かや，理由提示の瑕疵を肯定する場合にはこれが処分の取消事由となるかを検討することが求められている。上記平成23年判決の事例との相違について検討を加えていることは加点事由となる。

また，実体的瑕疵については，公安委員会がした営業停止処分が処分基準に即しているか否かを検討した上で，処分基準からの逸脱が裁量の逸脱・濫用を導くか否かについて検討することが求められている。

処分基準は行政規則にすぎないとはいえ，合理的な理由なく処分基準から逸脱することは，信義則や平等原則の観点から処分の違法をもたらすとも考えられる。このような観点から，Xに有利となる事情とXに不利となる事情をそれぞれ踏まえた上で，処分基準に即して裁量権の逸脱・濫用の有無を検討することが求められている。

平成 28 年度予備試験短答式試験問題 [行政法]

〔第 13 問〕 (配点 : 3)

最高裁判所平成 25 年 1 月 11 日第二小法廷判決 (民集 67 卷 1 号 1 頁。以下「本判決」という。) は、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、インターネット販売を含む郵便等販売を規制する薬事法施行規則 (平成 26 年厚生労働省令第 8 号による改正前のもの。以下「本件施行規則」という。) の薬事法 (平成 25 年法律第 103 号による改正前のもの。以下同じ。) への適合性について判断した判決である。問題となった本件施行規則は、第一類医薬品及び第二類医薬品につき、店舗販売業者による店舗以外の場所にいる者に対する郵便等販売を一律に禁止するものであった。本判決に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に [No.25] から [No.28])

ア. 本判決は、当事者訴訟 (行政事件訴訟法第 4 条後段) として、原告が第一類医薬品及び第二類医薬品につき郵便等販売をすることができる権利 (地位) を有することの確認を求める訴えを適法に提起することができることを前提としたものである。[No.25]

イ. 本判決は、一般用医薬品の郵便等販売の規制を本件施行規則に委任することについて、授権する薬事法の規定がある程度不明確であったとしても、行政庁には専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められているから、一般用医薬品の郵便等販売を規制する本件施行規則を制定することが許されるとしたものである。[No.26]

ウ. 本判決は、薬事法の規定の趣旨を考慮する際には、薬事法の立法過程で一般用医薬品を店舗において対面で販売する必要性が強調されていたなどの立法過程における議論を考慮してはならないとしたものである。[No.27]

エ. 本判決は、従前違法とされていなかった第一類医薬品及び第二類医薬品の郵便等販売を一律に禁止する本件施行規則は、職業活動の自由を相当程度制約するものであるから、憲法第 22 条第 1 項に違反すると判示したものである。[No.28]

(参照条文) 薬事法 (平成 25 年法律第 103 号による改正前のもの)

(一般用医薬品の区分)

第 36 条の 3 一般用医薬品 (専ら動物のために使用されることが目的とされているものを除く。) は、次のように区分する。

一 第一類医薬品その副作用等により日常生活に支障を来す程度の健康被害が生ずるおそれがある医薬品のうちその使用に関し特に注意が必要なものとして厚生労働大臣が指定するもの及びその製造販売の承認の申請に際して第 14 条第 8 項第 1 号に該当するとされた医薬品 (注 : 既に製造販売の承認を与えられている医薬品と、有効成分、分量、用法、用量、効能、効果等が明らかに異なるとされた医薬品) であつて当該申請に係る承認を受けてから厚生労働省令で定める期

間を経過しないもの

- 二 第二類医薬品その副作用等により日常生活に支障を来す程度の健康被害が生ずるおそれがある医薬品（第一類医薬品を除く。）であつて厚生労働大臣が指定するもの三第三類医薬品第一類医薬品及び第二類医薬品以外の一般用医薬品  
2, 3 （略）

〔第14問〕（配点：2）

A県知事は、介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者Bについて、介護報酬の不正請求が行われているとの内部通報を受けたため、調査の上、不利益処分をすることにした。次のアからウまでの各記述について、行政手続法に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.29]）

- ア. A県知事がBに対し、指定の効力の一部停止処分をしようとする場合には、原則として聴聞手続を執らなければならない。  
イ. Bに対する不利益処分の発動に強い関心を持っているライバル事業者Cは、聴聞手続において、A県知事に対し、当該処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる。  
ウ. Bからサービスを受けている高齢者Dは、サービスを受けられなくなると日常生活に困難を来すことから、Bに対する不利益処分の発動に反対するため、主宰者の許可を得て聴聞手続に参加し、口頭で意見を述べることができる。

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第15問〕（配点：3）

行政裁量に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.30] から [No.33]）

- ア. 不利益処分を行う行政庁に裁量権が認められる場合でも、処分の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められることを要するとされることがある。[No.30]  
イ. 処分を行う行政庁に裁量権が認められる場合でも、処分の理由の提示に不備があったときは、当該処分の取消事由となることがある。[No.31]  
ウ. 申請に対する裁量処分を行うかどうかを判断するための審査基準となる通達があるときは、行政庁は、当該通達に拘束されるから、事案の性質に応じて当該通達の定めと異なる内容の処分をすることは許されない。[No.32]  
エ. 生活扶助の老齢加算の廃止を内容とする生活保護法による保護の基準の改定につ

いては、厚生労働大臣の専門技術的かつ政策的な裁量に委ねられている。したがって、裁判所は、厚生労働大臣による最低限度の生活の具体化に係る判断の過程及び手続における過誤、欠落の有無等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められることを理由に、当該保護の基準の改定を違法とすることはできない。【No.33】

〔第16問〕（配点：3）

行政指導に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に【No.34】から【No.37】）

- ア. 法令に違反する行為の是正を求める行政指導を受けた者は、原則として、当該行政指導をした行政機関に対して、当該行政指導の中止等の措置を求めることができる。【No.34】
- イ. 同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関はその基準として行政指導指針を定めるよう努めなければならない。【No.35】
- ウ. 行政指導は法的拘束力を有しない事実行為に過ぎないことから、国家賠償法第1条第1項にいう公権力の行使には当たらず、違法な行政指導によって損害を受けた者は同法に基づき損害賠償請求をすることはできない。【No.36】
- エ. 行政指導はあくまで相手方私人に対して任意の協力を求めるものであることから、行政指導である勧告に従わなかった者に対して、勧告に従わなかったことを理由にして不利益処分を行うことは、法律の明文の根拠があっても許されない。【No.37】

〔第17問〕（配点：2）

次のアからエまでの各記述は、行政上の義務の実効性を確保するための条文の規定を示したものである。それぞれの【】内の行為のうち、その性質がいわゆる執行罰に当たるものを一つ、後記1から4までの中から選びなさい。（解答欄は、【No.38】）

- ア. 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号）  
第97条 排除措置命令（注：私的独占など私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の規定に違反する行為を行った事業者に対して公正取引委員会が当該違反行為を排除するために必要な措置を命じることを指す。）に違反したものは、50万円以下の【過料に処する】。ただし、その行為につき刑を科するべきときは、この限りでない。
- イ. 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和53年法律第42号）  
第3条 国土交通大臣は、規制区域内に所在する建築物その他の工作物について、その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供されるおそれがあると認める

ときは、当該工作物の所有者、管理者又は占有者に対して、期限を付して、当該工作物をその用に供することを禁止することを命ずることができる。

- 一 多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用
- 二 暴力主義的破壊活動等に使用され、又は使用されるおそれがあると認められる爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用
- 三 成田国際空港又はその周辺における航空機の航行に対する暴力主義的破壊活動者による妨害の用

2～5 (略)

6 国土交通大臣は、第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されていると認めるときは、当該工作物について【封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講ずること】ができる。

ウ. 砂防法（明治30年法律第29号）

第36条 私人ニ於テ此ノ法律若ハ此ノ法律ニ基キテ発スル命令ニ依ル義務ヲ怠ルトキハ国土交通大臣若ハ都道府県知事ハ一定ノ期限ヲ示シ若シ期限内ニ履行セサルトキ若ハ之ヲ履行スルモ不充分ナルトキハ500円以内ニ於テ指定シタル【過料ニ処スルコト】ヲ予告シテ其ノ履行ヲ命スルコトヲ得

エ. 行政代執行法（昭和23年法律第43号）

第2条 法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為（他人が代つてなすことのできる行為に限る。）について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、【自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収すること】ができる。

1. ア    2. イ    3. ウ    4. エ

〔第18問〕（配点：2）

行政機関の保有する情報の公開に関する法律及びその適用に関する次のアからウまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.39]）

- ア. 開示請求の対象とされた行政文書を行政機関が保有していないことを理由とする不開示決定の取消訴訟においては、その取消しを求める者が、当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことについて主張立証責任を負う。
- イ. 行政機関の長が、開示請求があった日から30日以内に開示請求に係る行政文書の全部若しくは一部を開示する旨の決定又は開示をしない旨の決定をしないとき

は、開示をしない旨の決定があったものとみなされる。

ウ．行政文書を開示しない旨の決定について行政不服審査法に基づく審査請求があったときは、当該審査請求に対する裁決をすべき行政機関の長は、必ず情報公開・個人情報保護審査会に諮問しなければならない。

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第19問〕（配点：2）

訴えの利益に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.40]）

ア．道路交通法に基づき、自動車運転免許の効力停止処分を受けた者は、無違反、無処分で法定の期間を経過し、以後、前歴のない者として取り扱われるに至ったとしても、当該処分の記載のある免許証を所持することにより、名誉、信用等を損なう可能性が継続して存在し、その程度は重大なものであって、それを排除することは法の保護に値する利益であるといえるから、当該処分の取消しにつき、訴えの利益を有する。

イ．道路交通法は、優良運転者の実績を賞揚し、優良な運転をするように自動車運転免許証の保有者を誘導して交通事故の防止を図る目的で、優良運転者であることを免許証に記載して公に明らかにするとともに、優良運転者に対し更新手続上の優遇措置を講じていることなどに照らせば、免許証の有効期間の更新に当たり、一般運転者として扱われ、優良運転者である旨の記載のない免許証を交付されて更新処分を受けた者は、上記記載のある免許証を交付して行う更新処分を受ける法律上の地位を否定されたことを理由として、これを回復するため、当該更新処分の取消しを求める訴えの利益を有する。

ウ．建築基準法に基づく建築確認は、それを受けなければ工事をすることができないという法的効果が付与されているものにすぎないが、建築確認が違法であるとして判決で取り消されれば、相当程度の確実さをもって、工事完了後、建築主事等において検査済証の交付を拒否することになるか、又は特定行政庁において違反是正命令を発すべきことになるのであるから、当該工事が完了した場合においても、その取消しを求める訴えの利益は失われない。

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第20問〕（配点：2）

行政処分取消訴訟における主張の可否に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、〔No.41〕）

ア．青色申告による法人税の申告に対し、不動産の取得価額が申告額より低額であることを更正の理由として更正処分がされた場合に、その取消訴訟において、被告が、仮に当該不動産の取得価額が上記のとおりでないとしてもその販売価額が申告額より多額であると主張して争うことは許されない。

イ．労災保険給付の申請に対し、申請に係る疾病が労働者災害補償保険法の適用対象である疾病に当たらないとの理由で不支給決定がされた場合に、その取消訴訟において、被告が、同疾病が仮に同法の適用対象であるとしても当該疾病に業務起因性がないと主張して争うことは許されない。

ウ．情報公開条例に基づく公開請求に対し、同請求に係る情報が特定の非公開事由に該当することを理由に非公開決定がされた場合に、その取消訴訟において、被告が、仮に同情報が上記事由に該当しないとしても別の非公開事由にも該当すると主張して争うことは許されない。

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第21問〕（配点：3）

判決の効力に関する次のアからエまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に〔No.42〕から〔No.45〕）

ア．水俣病患者認定申請に対する応答処分をしない行政庁の不作為の違法確認を求め訴訟における違法と、当該認定申請に対する行政庁の応答処分の遅延による精神的損害につき賠償を求める国家賠償請求訴訟における違法は同じであるから、前者の訴訟に係る認容判決の既判力は、後者の訴訟の当事者及び裁判所に及ぶとされている。〔No.42〕

イ．AとBが同一周波の無線局の開設に係る免許をめぐって競願関係にある場合は、免許付与と免許申請拒否処分は表裏の関係にあるので、Bに与えられた免許が、Aの提起した免許取消訴訟に係る判決で取り消されると、免許申請拒否処分を受けたAには、取消判決の拘束力による再審査の結果、免許を与えられる可能性がある。〔No.43〕

ウ．都市計画法では、客観的にみて許可基準の要件に適合しない開発行為に関する工事がされたときは、都道府県知事は、当該工事を行った者に対して、違反是正命令

- を発することができるから、開発許可が判決で取り消されたときは、当該取消判決に違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずることになる。[No.44]
- エ. 最高裁判所は、市の設置する特定の保育所を廃止する条例の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると判断した根拠の一つとして、取消判決には第三者効が認められていることを挙げている。[No.45]

〔第22問〕（配点：2）

行政事件訴訟法第3条第6項、第7項に定める「義務付けの訴え」及び「差止めの訴え」に関する次のアからウまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.46]）

- ア. 行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずる判決は、常に第三者に対しても効力を有するから、行政庁が判決に従って当該処分をした場合、当該処分の名宛人は当該処分の効力を争うことはできない。
- イ. 「差止めの訴え」の訴訟要件については、一定の処分がされようとしていること、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることが、救済の必要性を基礎付ける前提として必要となる。
- ウ. 裁判所が、「差止めの訴え」に係る処分につき、行政庁がその処分をしてはならない旨を命ずる判決をすることができるのは、その処分につき行政庁に裁量が認められていない場合に限られる。

1. ア○ イ○ ウ○      2. ア○ イ○ ウ×      3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×      5. ア× イ○ ウ○      6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○      8. ア× イ× ウ×

〔第23問〕（配点：3）

行政処分の執行停止申立手続に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.47] から [No.50]）

- ア. 自己が受けた行政処分に不服がある者は、当該処分の執行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、当該処分の取消訴訟を提起することなく、裁判所に対し、当該処分の執行停止決定をするよう申し立てることができる。  
[No.47]
- イ. 執行停止決定がされるための要件の一つとして、当該処分、処分の執行又は手続の続行により重大な損害を生ずるおそれがあることが必要であるが、その有無を判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに当該処分の内容及び性質をも勘案するものとされている。[No.48]

ウ．執行停止決定は、原則として口頭弁論を経てする必要があり、緊急の必要がある場合に限り、口頭弁論を経ないですることができる。[No.49]

エ．執行停止決定が確定した後に、事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、当該決定を取り消すことができる。[No.50]

〔第24問〕（配点：3）

内閣の組織、権限等に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.51] から [No.54]）

ア．内閣総理大臣は、主任の大臣として行政事務を分担管理する国务大臣を任命することとされており、行政事務を分担管理しない大臣を置くことはできない。[No.51]

イ．最高裁判所の判例によれば、内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合においても、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有すると解されている。[No.52]

ウ．内閣を補助する組織として内閣に置かれる内閣補助部局は、内閣官房及び内閣府に限られている。[No.53]

エ．内閣総理大臣は、自ら各省大臣の職に就くこともできる。[No.54]

平成 29 年度予備試験短答式試験問題 [行政法]

〔第 13 問〕(配点：2)

以下のAからCは、法律と法規命令との関係が問題とされた最高裁判所の判決に関する文章である。次のアからウまでの【】内の各記述について、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.26])

A：被勾留者の接見について、原則として幼年者との接見を許さないとした上で例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていた旧監獄法施行規則の規定と、旧監獄法との関係が問題とされた最高裁判所平成3年7月9日第三小法廷判決(民集45巻6号1049頁)は、(ア)【憲法及び旧監獄法による委任の趣旨を踏まえて限定的に解釈すれば、上記施行規則の規定は旧監獄法による委任の範囲を超えていないとしたものである。】

B：父から認知された婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外した児童扶養手当法施行令の規定の一部と、児童扶養手当法との関係が問題とされた最高裁判所平成14年1月31日第一小法廷判決(民集56巻1号246頁)は、(イ)【児童扶養手当法による委任の範囲を逸脱したものとして、上記施行令の規定の一部を違法無効と判断したものである。】

C：国家公務員に禁止される「政治的行為」の具体的内容を定めた人事院規則の規定と、国家公務員法との関係が問題とされた最高裁判所平成24年12月7日第二小法廷判決(刑集66巻12号1722頁)は、(ウ)【憲法の規定及び国家公務員法の委任の趣旨を踏まえて、上記規則の規定を限定的に解釈したものである。】

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |

〔第 14 問〕(配点：2)

行政上の法律関係に対する民事法の適用に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.27])

ア. 普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約の締結行為であっても、私人間における双方代理と同様の利害状況となることがあり得るから、双方代理を禁じた民法第108条の規定が類推適用されるが、その代表権は執行機関に専属する権限であるから、双方代理行為がされた後に議会の追認の議決があっても、民法第116条の規定を類推適用して本人による追認の効果が生ずるものではない。

イ. 建物を築造する場合に境界線から50センチメートル以上の距離を保つべきこと

を定める民法第234条第1項の規定は、建築基準法第65条の定める防火地域又は準防火地域内にある耐火構造の外壁を有する建築物についても、直ちに適用が排除されるものではなく、民法の規定により保護される隣地の採光・通風、相隣者間の生活利益を犠牲にしてもなお制限を超える建築を許すだけの合理的な理由がある場合に限って、建築基準法の規定が優先適用される。(参照条文) 建築基準法(隣地境界線に接する外壁)第65条防火地域又は準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる。

ウ. 生活保護法に基づき被保護者が受ける保護受給権は、当該個人に与えられた一身専属の権利であって、原則として相続の対象となるものではないが、被保護者の生存中の金銭給付を内容とする扶助で既に遅滞にあるものについては、相続の対象となる。

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第15問〕(配点：3)

行政手続法上の処分基準及び審査基準に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に【No.28】から【No.31】)

ア. 行政手続法の規定により処分基準が定められ公にされている場合において、同法に基づく不利益処分の理由の提示は、処分基準の内容にかかわらず、処分の原因となる事実と処分の根拠法条が示されるのみでは足りず、処分基準の適用関係が示されていない限り、同法の要求する理由の提示として十分ではなく、当該不利益処分は違法となる。【No.28】

イ. 行政庁が裁量処分である職権による授益的処分における考慮要素の例示を公表している場合、これは、行政手続法の規定による処分基準に該当するものではない。【No.29】

ウ. 行政手続法の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合であっても、処分基準は行政機関の内部的な指針を定めた内規の性質を有することとどまるものであるから、当該行政庁が処分基準に定めのない事項に係る事情を考慮して後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは、当該処分基準の定めにと拘束されるべき特段の事情のない限り、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法となるものではない。【No.30】

エ. 建築物の建築に係る許認可処分の審査基準において、一定の距離の範囲内に居住

する近隣住民の健康や生活環境上の利益の保護を目的とする内容の定めがあるときは、当該処分取消訴訟における近隣住民の原告適格の判断において、当該審査基準は、それ自体が、原告適格の判断における考慮事項を定める行政事件訴訟法第9条第2項の「関係法令」として考慮の対象となる。[No.31]

〔第16問〕(配点：2)

行政裁量に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.32])

ア. 公立高等専門学校の校長が学生に対し退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量に委ねられるべきものであるが、退学処分は、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って選択されるべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮が要請される。

イ. 原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであるから、その合理性の有無は当該設置許可処分時の科学技術水準に照らして審理、判断されるべきである。

ウ. 公立学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量に委ねられているものと解されるが、学校施設の設置目的に照らせば、学校教育上支障がない場合には原則として許可すべきものであり、学校教育上の支障がないにもかかわらず不許可とすることは管理者の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となる。

- |       |    |    |       |    |    |       |    |    |
|-------|----|----|-------|----|----|-------|----|----|
| 1. ア○ | イ○ | ウ○ | 2. ア○ | イ○ | ウ× | 3. ア○ | イ× | ウ○ |
| 4. ア○ | イ× | ウ× | 5. ア× | イ○ | ウ○ | 6. ア× | イ○ | ウ× |
| 7. ア× | イ× | ウ○ | 8. ア× | イ× | ウ× |       |    |    |

〔第17問〕(配点：3)

行政上の義務の履行確保と裁判手続に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に [No.33] から [No.36])

ア. 行政上の強制徴収が認められている金銭債権については、その履行を求める民事訴訟を提起することはできず、民事執行法による強制執行をすることも許されない。

[No.33]

イ. 国が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の

- 規定がある場合に限り、提起することが許される。[No.34]
- ウ。地方公共団体が、産業廃棄物処分業者に対して、当該地方公共団体と当該産業廃棄物処分業者との間で締結した公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴えは、法律上の争訟とはいえないから、不適法である。[No.35]
- エ。秩序罰としての過料は、法律に基づくものであっても、条例に基づくものであっても、裁判手続によらなければ科すことができない。[No.36]

〔第18問〕(配点：2)

行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律に関する次のアからウまでの各記述について、法令に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.37])

- ア。開示請求の対象となる個人情報は、生存する個人に関する情報に限られるが、死者に関する情報が死者の遺族の個人情報となる場合には、当該遺族が自己の個人情報として開示請求を行うことができる。
- イ。行政機関の長は、開示請求に係る保有個人情報に不開示情報が含まれている場合であっても、個人の権利利益を保護するため特に必要があると認めるときは、当該保有個人情報を開示することができる。
- ウ。開示決定に基づき保有個人情報の開示を受けた者は、当該保有個人情報の内容が事実でないと思料するときは、当該保有個人情報の訂正を請求することができる。
1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第19問〕(配点：3)

取消訴訟に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。(解答欄は、アからエの順に [No.38] から [No.41])

- ア。条例の制定は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属するが、条例の内容によっては、その制定行為が行政庁の処分と実質的に同視し得るものとして取消訴訟の対象となる。[No.38]
- イ。森林法に基づく保安林の指定など、人ではなく物を対象とする行政庁の決定は、特定の者を名宛人とするものではないから、取消訴訟の対象となる処分に当たることではない。[No.39]
- ウ。国有の普通財産の売払いは、取消訴訟の対象となる処分に当たる。[No.40]
- エ。国に対して過誤納金の還付に係る請求権の存在を主張して給付の訴えを提起することができる場合であっても、当該請求権に係る手続上の地位を否定する内容の行

政庁の拒否通知を対象とする取消訴訟を提起して、当該請求権の存否を争えることがある。[No.41]

〔第20問〕（配点：3）

処分の取消しの訴えに関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.42] から [No.45]）

ア. 処分の取消しの訴えは、当該処分につき法令の規定により審査請求をすることができる場合においても、直ちに提起することを妨げないが、当該処分につき審査請求がされているときは、その審査請求に対する裁決があるまで、提起することができない。[No.42]

イ. 処分についての審査請求に対する裁決を経た後でなければ処分の取消しの訴えを提起することができない旨の法律の定めがある場合において、不適法な審査請求がされたにもかかわらず、裁決庁が誤って審査請求を棄却する旨の裁決をしたときは、適法に処分の取消しの訴えを提起することができる。[No.43]

ウ. 処分があったことを知った日から6か月を経過したとき又は処分の日から1年を経過したときは、正当な理由がない限り、処分の取消しの訴えを提起して当該処分の効力を争うことができなくなるとともに、国家賠償請求訴訟を提起して当該処分の違法性を主張することもできなくなる。[No.44]

エ. 訴えの変更がされた場合における出訴期間の遵守の有無は、特別の規定のない限り、変更前後の請求の間に訴訟物の同一性が認められるとき、又は両者の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起の時に提起されたものと同視し、出訴期間の遵守において欠けるところがないと解すべき特段の事情があるときを除き、訴えの変更の時を基準として判断される。[No.45]

〔第21問〕（配点：3）

義務付けの訴え及び差止めの訴えに関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.46] から [No.49]）

ア. 法令に基づく許可の申請を却下した処分の取消しを求める訴えとその許可の義務付けを求める訴えが併合提起されている場合において、前者の処分の取消しの訴えにつき請求が棄却される場合には、後者の義務付けの訴えも請求が棄却される。[No.46]

イ. 差止めの訴えにつき、行政事件訴訟法の定める訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けるこ

- となどにより救済を受けることが容易ではなく困難なものであるというだけでは足りず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが不可能なものである場合に限られる。[No.47]
- ウ．訴訟要件を充足して適法に提起された処分の義務付けの訴えに係る請求が認容されるためには、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められるか、又は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ことが明らかであると認められることを要する。[No.48]
- エ．差止めの訴えにつき、他のより適切な訴訟類型の訴えが適法に併合提起されている場合には、当該事案においては後者の訴えに係る請求を棄却すべき場合であっても、行政事件訴訟法が訴訟要件を欠く場合として定める「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」に当たるため、当該差止めの訴えは不適法な訴えとして却下される。[No.49]

〔第22問〕（配点：3）

国家賠償法に関する次のアからエまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。（解答欄は、アからエの順に [No.50] から [No.53]）

- ア．国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その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と認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法第1条第1項の適用上違法となる。[No.50]
- イ．国家賠償法第1条は、加害行為が公務員の故意又は重過失による場合には、被害者が当該公務員個人に対して賠償請求することを妨げない趣旨である。[No.51]
- ウ．道路の設置又は管理の瑕疵に基づく国又は公共団体の賠償責任については、過失の存在を必要としないから、道路の安全性が欠如していたために事故が発生した場合、道路管理者が道路を安全な状態に保つことが可能であったか否かにかかわらず、賠償責任を免れない。[No.52]
- エ．河川の管理についての瑕疵の有無は、河川管理における財政的、技術的及び社会的諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般的水準及び社会通念に照らして是認し得る安全性を備えていると認められるか否かを基準として判断される。[No.53]

〔第23問〕（配点：2）

国家賠償と損失補償に関する教員と学生の対話中の次のアからウまでの【】内の各記

述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.54])

教員：今日は損失補償と国家賠償の違いについて考えてみましょう。国家賠償と比べた損失補償の特徴は何でしょうか。

学生：一つ目の特徴としては、損失補償について定めた一般法は存在しないということです。(ア)【個別法に損失補償を認める規定が存在しない場合には、裁判を提起して損失補償を求めることはできないと解されています。】

教員：なるほど。では、その他の特徴は何でしょうか。

学生：損失補償は、適法な公権力の行使により特別の犠牲が生じた場合に、公平負担の見地から認められるものですので、公権力の行使が適法であることが前提とされています。

教員：そこでいう特別の犠牲とは、財産上の損害に限られるのでしょうか。

学生：難しい問題ですが、(イ)【予防接種による副作用被害が問題となった事案では、生命や身体に対する損害であっても損失補償の対象になり得ると主張されました。しかし、このような損失補償による救済を明示的に認めた最高裁判所の判例はありません。】

教員：それでは、最後の質問ですが、損失補償が認められる場合に、その補償はどの程度の額でなければならないのでしょうか。

学生：はい、損失補償に際しては「正当な補償」が必要であると解されています。ただ、(ウ)【第二次世界大戦後の農地改革をめぐる最高裁判所の判例では、この「正当な補償」の額は、その当時の経済状態において成立すると考えられる価格と完全に一致することを要しないとされました。】

1. ア○ イ○ ウ○    2. ア○ イ○ ウ×    3. ア○ イ× ウ○  
4. ア○ イ× ウ×    5. ア× イ○ ウ○    6. ア× イ○ ウ×  
7. ア× イ× ウ○    8. ア× イ× ウ×

〔第24問〕(配点：2)

行政庁の権限の委任及び専決に関する次のアからウまでの各記述について、法令又は最高裁判所の判例に照らし、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No.55])

ア. 行政庁が他の行政機関に法律に基づく処分の権限を委任することは、法律の根拠がなければ行うことができないが、行政庁がその権限に属する行為を他の行政機関に専決させることは、法律の根拠がなくても行うことができる。

イ. 行政庁Aの有する処分の権限が行政機関Bに委任された場合、当該処分はBの名で行われ、Bが当該処分をした行政庁となる。

ウ. 行政庁Aの権限とされている処分を行政機関Bが専決により行う場合、当該処分

はAの名で行われ、Aが当該処分をした行政庁となる。

1. ア○ イ○ ウ○
2. ア○ イ○ ウ×
3. ア○ イ× ウ○
4. ア○ イ× ウ×
5. ア× イ○ ウ○
6. ア× イ○ ウ×
7. ア× イ× ウ○
8. ア× イ× ウ×