

予備試験

---

平成28年予備試験論文問題解析講座

憲法・行政法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 167268

LU16726



<b>憲 法</b>	<p>次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。</p> <p>A市は、10年前に、少子化による人口減少に歯止めをかけるためA市少子化対策条例（以下「本件条例」という。）を制定し、それ以降、様々な施策を講じてきた。その一つに、結婚を希望する独身男女に出会いの場を提供したり、結婚相談に応じたりする事業（以下これらを「結婚支援事業」という。）を行うNPO法人等に対する助成があった。しかし、A市では、近年、他市町村に比べ少子化が急速に進行したため、本件条例の在り方が見直されることになった。その結果、本件条例は、未婚化・晩婚化の克服と、安心して家庭や子どもを持つことができる社会の実現を目指す内容に改正され、結婚支援事業を行うNPO法人等に対する助成についても、これまで十分な効果を上げてこなかったことを踏まえ、成婚数を上げることを重視する方向で改められた。これに伴い、助成の実施について定めるA市結婚支援事業推進補助金交付要綱も改正され、助成に際し、「申請者は、法律婚が、経済的安定をもたらし、子どもを生みやすく、育てやすい環境の形成に資することに鑑み、自らの活動を通じ、法律婚を積極的に推進し、成婚数を上げるよう力を尽くします。」という書面（以下「本件誓約書」という。）を提出することが新たに義務付けられた。</p> <p>結婚支援事業を行っているNPO法人Xは、本件条例の制定当初から助成を受けており、助成は活動資金の大部分を占めていた。しかし、Xは、結婚に関する価値観は個人の自由な選択に委ねるべきであるから、結婚の形にはこだわらない活動方針を採用しており、法律婚だけでなく、事実婚を望む者に対しても、広く男女の出会いの場を提供し、相談に応じる事業を行っていた。このため、Xは、改正後の本件条例に基づく助成の申請に際し、本件誓約書を提出できず、申請を断念したので、A市からの助成は受けられなくなった。</p> <p>そこで、Xは、A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、自らの方針に沿わない見解を表明させるものであり、また、助成が受けられなくなる結果を招き、Xの活動を著しく困難にさせるため、いずれも憲法上問題があるとして、訴訟を提起しようとしている。</p> <p>【設問】</p> <p>Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。なお、条例と要綱の関係及び訴訟形態の問題については論じなくてよい。</p>
------------	---

### 解答のポイント

- 1 出題形式は、「Xの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい」となっており、設問が2つに分かれていた従来の形式から若干の変化があった。もっとも、内容については原告の主張と被告の反論を踏まえつつ「あなた自身の見解」を述べるというものであり、実質的には変更はないといってよいだろう。
- 2 問題文中に①「A市が助成の要件として本件誓約書を提出させることは、自らの方針に沿わない見解を表明させる」、②「助成が受けられなくなるという結果を招き、Xの活動を著しく困難にする」というXの主張が明示されているため、これに沿った答案構成が求められていると考えるのが無難であろう。

①については、日野市「君が代」ピアノ伴奏事件（最判平19.2.27）、「起立斉唱」命令事件（最判平23.5.30／百選I〔第6版〕〔40〕）を参考にしつつ、本件誓約書を提出させることが、Xにとってど

のような意味を有するのかを、本件誓約書の性質を踏まえつつ、論じる必要がある。

②については、Xの活動が制約されるという主張から、Xの結社の自由（憲法21条1項）が制約されることを、結社の自由に団体の行動の自由が含まれることを前提にしつつ論じることとなる。その際には、結社の自由が重要な価値を有する一方で、助成金の交付については立法府に広範な裁量が認められることを踏まえ、適切な審査基準を定立することが求められる。また、本件の要綱の合理性については、法律婚を推奨することないし本件誓約書を助成金申請の要件とすることの可否を、事実を摘示しつつ論じることがポイントである。

— M E M O —

## 解答例

## 第1 自らの方針に沿わない意見表明について

- 1 Xは、助成に際し本件誓約書を提出することを求めるA市結婚支援事業推進補助金交付要綱は、Xの思想良心の自由（憲法19条）を侵害する違憲なものであるから、無効である、と主張する。
- 2 これに対し、Aは、本件誓約書を提出しても、特定の歴史観ないし世界観と不可分に結びつくものではない、と反論する。
- 3 確かに、Xは結婚の形は法律婚に限られないとして、事実婚を望む者に対しても広く出会いの場を提供し、相談に応じるという方針を採っている。そのため、本件誓約書を提出させられることで多少その方針に反する行為を強えられることは否定できない。しかし、本件誓約書はA市の方針に従うことを表面的に担保させるにとどまり、それを超えてXの活動方針に介入するものではない。したがって、本件誓約書の提出は、Xの思想良心の自由を制約するものではなく、違憲ではない。

## 第2 助成が受けられなくなることについて

- 1 次に、Xは、A市結婚支援事業推進補助金交付要綱は、本件誓約書を提出しなければ結婚支援事業に対する助成を受けられなくなり、活動が著しく困難になることから、Xの結社の自由（憲法21条1項）を侵害するものであり、違憲無効であると主張する。
- 2(1) 結社の自由には、団体を結成することのみならず、その団体が団体として活動する自由も当然に含まれる。

(2) それでは、本件要綱は結社の自由を侵害するものか。ここで、Aは、そもそも本件の助成の申請をするか否かは団体の自由であり、援助がなくとも活動すること自体は可能であるのだから、結社の自由の侵害にはあたらない、と反論することが考えられる。

(3) この点、A市は10年前から、少子化対策として結婚支援事業を行うNPO法人等に対して助成を行っており、Xも制定当初から助成を受けつづけていた。また、Xにとっては助成は活動資金の大部分を占めていたというのであるから、Xについては助成を受け続けられる法的地位に対する正当な期待を有していたといえる。よって、助成を打ち切るとは、Xのこうした期待を裏切るものであり、結社の自由の制約であるといえる。したがって、助成をしないことについては合理的な理由が必要である。

- 3(1) それでは、要綱の合憲性についてどのように判断すべきか。Xとしては、Xの活動は少子化の解決という社会問題に対処するための極めて公益的な活動であること、およびその活動方針はXの構成員の信条に関わるものであるから、その合憲性は厳格に判断すべきであると主張する。また、Xは助成に対して高度の期待を有していることから、現在の給付制度よりも後退させることは原則として禁止であると主張する。
- (2) これに対し、Aとしては、助成をしないことの目的は少子化

対策であって、Xの活動の規制そのものではないことから、制約は間接的・付随的であること、また、助成金の給付の可否についてはA市に広範な裁量が認められることから、緩やかに判断すべきであると反論する。

- (3) 確かに、Xの活動の自由については、社会的・個人的に重要な価値を有するといえる。しかし、その制約の態様は、助成の不給付にとどまり、活動そのものを規制するものではないこと、及び社会的給付の当否については裁判所の審査能力が乏しいことからすれば、その合理性に強く踏み込むべきではない。また、Xの主張する既得の地位については、裁量判断にあたっての考慮要素にとどまる。したがって、目的が正当で、手段が合理的関連性を有しているのであれば、合憲であるというべきである。

- 4(1) これを前提に、本件要綱の合憲性について検討する。本件要綱の目的は少子化対策にあり、これ自体は人口維持の観点から正当であることは、Xは争わないと考えられる。

もっとも、事実婚であっても子供を生み育てることは可能であり、事実婚を含め結婚支援をすることが少子化対策になることは明らかであり、法律婚のみを奨励することは、少子化対策という目的を達するために不相当であり、合理的関連性にかけてと主張することが考えられる。

- (2) これに対し、A市は、法律婚は経済的安定をもたらす、子ど

もを生みやすく、育てやすい環境の形成に資することから、法律婚を推奨すれば結婚後に子どもを生みやすくなり、子どもを生む夫婦が増えることから少子化対策になり、合理的関連性があると反論する。

- (3) まず、本件条例および要綱は、未婚化・晩婚化の克服と、安心して家庭や子どもを持つことができる社会の実現を目指すことで、少子化による人口減少に歯止めをかける点に目的がある。これは法律婚を推奨するものであるが、法律婚により経済的安定が得られ、子どもを生みやすい環境が形成されることは否定できないことから、この目的自体は正当でないとはいえない。

また、本件誓約書を提出した申請者にのみ援助を与えることで、法律婚を積極的に推奨する団体に助成が与えられ、活動が容易になる結果、法律婚をする市民の数が増え、未婚化晩婚化が解消され、安心して子どもを生み育てられる社会になることから、目的との間に合理的関連性がある。

- (4) 以上より、合憲である。

以上

## 論点リサーチ 統計結果

【憲法】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
法人の人権享有主体性が認められることを論じている	42.1%	14.0%	43.0%
<b>誓約書の提出</b>			
憲法19条または消極的表現の自由として21条1項が問題となること	77.2%	13.2%	7.9%
Aの反論として、本件誓約書の提出が特定の歴史観ないし世界観と不可分に結び付かないことを挙げている	25.4%	26.3%	46.5%
「内心に反する行為の強制」という制約類型を認めるかどうかという点について	27.2%	28.9%	43.0%
19条が問題となる領域と21条が問題となる領域との区別	7.0%	7.9%	83.3%
「君が代」ピアノ伴奏事件、「起立斉唱」命令事件判決などを踏まえて論じている	16.7%	33.3%	49.1%
自分なりに違憲審査基準を定立している	65.8%	25.4%	7.0%
自分の定立した違憲審査基準にしたがってあてはめを行っている	63.2%	28.9%	5.3%
<b>助成の点</b>			
憲法21条1項の結社の自由の侵害とならないかが問題となることを示している	21.1%	7.9%	68.4%
憲法22条1項の経済活動の自由の侵害とならないかが問題となることを示している	25.4%	10.5%	62.3%
憲法14条の平等権侵害とならないか(平等原則違反とならないか)が問題となることを示している	7.0%	6.1%	85.1%
結社の自由(経済活動の自由)の内容・意義を論じている	18.4%	15.8%	62.3%
助成の申請をするか自体は団体の自由であること、援助がなくとも活動は可能であることを指摘している	28.9%	34.2%	35.1%
団体に積極的な不利益を及ぼしているわけではなく、恩恵を与えていないというにとどまることを指摘している	27.2%	34.2%	37.7%
助成を受け続けられることに対するXの期待・法的地位を論じている	19.3%	30.7%	48.2%
自分なりに違憲審査基準を定立している	47.4%	28.1%	22.8%
法律婚が経済的安定をもたらし、子供を生みやすく、育てやすい環境の形成に資するという立法事実の合理性の検討	36.8%	30.7%	30.7%
社会的給付に対する裁判所の審査能力を分析している	10.5%	21.1%	65.8%
誰に助成をするかについては行政庁に裁量が認められることを論じている	21.1%	21.9%	53.5%



立法目的の設定につき、最決平 19.2.17(ピアノ伴奏事件藤田反対意見)を踏まえて論じている	4.4%	13.2%	77.2%
立法目的を自分の定立した違憲審査基準にあてはめて論じている	42.1%	29.8%	24.6%
目的との関係で手段がどうかを自分の定立した意見審査基準にあてはめて論じている	42.1%	33.3%	21.9%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

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。

## 行政法

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無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

## 行政法

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～H3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。

(ニ) 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

行政法

## 行政法

著しいこと。

(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) 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

## 解答のポイント

設問1では訴訟要件が、設問2では本案の違法事由として手続上の違法性と実体法上の違法性が問われており、非常にバランスのよい出題がなされている。設問ごとの配点が明示されていないため、書くべき内容を確定させ、その内容に応じて答案の分量を決めるという方針をとればよいであろう。

問題文が「Xの立場に立って」と指示していることを見落とさないよう注意が必要である。

## 1 設問1について

- (1) 営業停止期間が満了したことにより処分の効果が消滅しているため、「処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む。」（行訴法9条1項かつこ書）に当たらず、訴えの利益が消滅したといえないかが問題となる。
- (2) Xとしては、最近3年間に営業停止を受けた者に対し営業停止命令を行う場合の量定を加重する本件基準2が適用されると、Xの経営に深刻な影響が及ぶため、3か月の営業停止期間が満了した後も3年間は経過するまでは「法律上の利益」が付随的に残っていると主張を行うことになる（免許停止処分者が処分後に1年間無違反・無事故である場合には、処分の前歴はないものとして取り扱うことから、処分後の1年間について免許停止処分の訴えの利益の存続を認めた最判昭55.11.25/百選Ⅱ[第6版][181]を参照）。
- (3) これに対し、Y県からは、「法令において過去に営業停止処分を受けたことを理由に処分の加重などの不利益な取扱いができることを定めた規定は存しないところ、本件基準は法令の性質を有するものではなく、将来の処分の際に過去に本件処分を受けたことが本件基準により裁量権の行使における考慮要素とされとしても、そのような取扱いは本件処分の法的効果によるものとはいえない。」から、Xは「法律上の利益を有する者」には当たらないとの反論が想定される。
- (4) Xの立場からは、行政手続法12条1項に基づき設定され、公にされた処分基準につき、特段の事情がない限りは基準に従って処分を行わなければならない旨、行政庁を拘束する法的効果を認めた最判平27.3.3/H27重判〔1〕を参考にして論じるべきである。

行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資するという行政手続法の目的を踏まえた上で、行手法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものであることを明らかにし、公にされた処分基準は、特段の事情がない限りは基準に従って処分を行わなければならない旨、行政庁を拘束する法的効果が認められることを述べられるとよいであろう。

この判例を知らなくとも、行政規則の法的性質を踏まえて論じることができれば十分である。

- (5) 結論として、Xに法律上の利益が認められることになる。

## 2 設問2について

### (1) 手続上の違法性について

大きく、①本件処分の「根拠法令等」に本件基準の規定が挙げられておらず、「処分の理由」も簡潔な記載となっているため、理由の提示（行手法14条1項本文）が十分とはいえないこと、②理由の提示が十分でない場合、そのことが本件処分の違法をもたらすのではないかということ論じればよいであろう。

Y県からは、根拠法令も示されており、処分の理由も明確で、理由提示の趣旨は十分に達成されているとの反論がなされることが考えられる。

この点については、1級建築士免許取消処分等取消請求事件上告審判決（最判平23.6.7/百選I[第6版][128]）が参考になると思われる。同判決は、1級建築士に対する免許取消処分につき、処分の重大性を強調しつつ、①処分要件が抽象的であること、②処分の軽重等は処分庁の裁量に委ねられていること、③処分基準も複雑であること等を指摘し、このようなケースにおいては、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例であり、この点に関する説明がされていない場合には、理由の提示として十分でないと判断した。

理由提示の趣旨である行政庁による恣意的決定の抑制機能と事後的争訟への便宜供与機能も踏まえたくて、規範定立・あてはめをしっかり行い、理由提示の違法が処分の取消原因となることを論じればよいだろう。

### (2) 実体法の違法事由について

Xとしては、①本件基準が裁量基準として不合理であること、②仮に裁量基準として合理的であるとしても、本件基準3(3)や3(2)が適用されるはずなのに、これらの基準が適用されずに処分がなされており、裁量権の逸脱・濫用が認められるため、本件処分が違法となることを論じればよいだろう（行訴法30条）。

Y県側からは、本件基準の適用に誤りはないこと、処分の重さも適正かつ妥当なものであるとの反論が想定される。

Y県の反論、Xの主張いずれにおいても、上記最判平27.3.3が参考になると思われる。

Xとしては、聴聞手続で判明した事実①及び②が本件基準3(2)イ(i)の無過失を基礎付ける事実であること、事実③が本件基準3(2)イ(i)の営業者の関与がほとんどないことを基礎付ける事実であること、事実④が本件基準3(2)イ(e)の具体的な営業の改善措置を自主的に行っていることから、本件基準3(3)が適用されるべきことを述べればよいだろう。

仮に、営業停止処分を行うべきではないという主張が認められないとしても、少なくとも本件基準3(2)イ(e)の事由が認められるため本件基準3(2)柱書を適用すべきことや比例原則から、Y県公安委員会は、営業の全部の停止ではなく一部の停止にとどめたり、3か月よりも短い営業停止期間にすべきであったということはいえそうである。よって、Xはこの点も実体法上の違法事由として主張すべきであろう。

— M E M O —

## 解答例

## 第1 設問1

- 1 処分の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）においては、訴えの利益（同法9条1項かつこ書）が訴訟要件となる。訴えの利益とは、処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益をいう。本件処分は、3か月の営業停止命令であるから、期間満了後は、本件処分を取り消しても、制約された営業の自由を回復することはできない。もっとも、Xは、本件処分後3年間は、本件基準2に基づいて処分が加重され得るといふ不利益を受ける。そこで、これを根拠に訴えの利益が認められるかが問題となる。
- 2 Y県側は、本件基準は、法の委任に基づかないいわゆる行政規則であり、国民に対する法的効果を有しないから、上記の不利益は事実上の不利益にとどまる、と反論することが考えられる。
- 3 本件基準は、行政手続法（以下「行手法」という。）12条1項に基づき定められた「処分基準」であるところ、同項の趣旨は、行政庁の行政運営上の便宜にとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資する点にもあると解される。そうだとすれば、処分基準を定め公にしている場合には、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、処分基準に従わないことは、原則として、裁量権の逸脱・濫用にあたりと解される。この意味において、後行処分における裁量権は、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

うべきである。したがって、本件基準2による上記の不利益は、行手法12条1項を介することにより、「法律上の利益」といえるから、Xは、本件処分後3年間は、訴えの利益を有する。

## 第2 設問2

## 1 手続上の違法性

Xは、本件基準の適用関係が示されなかったことが行手法14条1項本文に違反すると主張することが考えられる。

- (1) Y県側は、「根拠法令等」及び「処分の理由」が明確に示されているから、本件基準の適用関係を示す必要はなく、上記違法は認められない、と反論することが想定される。
- (2) 行手法14条1項本文の趣旨は、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名あて人に知らせて不服の申立てに便宜を与える点にあるから、同規定に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきである。

本件処分は、法34条2項に基づくところ、同項は「6月を超えない範囲内」での「全部又は一部」の営業の停止と抽象的にのみ定めている。また、本件基準が定められ公にされているが、本件基準は加重又は軽減すべき事由などを詳細に定めている（同3）。そのうえ、本件処分は、3か月という長



期にわたり、Xの営業の全部の停止を命じるという重大な処分である。さらに、聴聞手続で事実関係が詳細に明らかになり、軽減すべき事由に該当するかが重要な争点となり得た。

これらに鑑みれば、本件においては、上記の趣旨を果たすために、本件基準の適用関係まで示す必要があったというべきである。しかるに、本件では、本件基準の適用関係は示されていないから、理由の提示として不十分であり、行手法14条1項本文に違反する。そして、上記の趣旨に鑑みれば、これは処分の取消事由を構成するというべきである。

## 2 実体上の違法性

Xは、本件基準に従わなかった本件処分は、裁量の逸脱・濫用があるから、実体上違法であると主張することが考えられる。

(1) 処分について行政庁の裁量が認められる場合には、裁量の逸脱・濫用があったときに限り、違法となる（行政事件訴訟法30条参照）。裁量基準が定められ、これが合理性を有する場合は、裁量基準に従わない処分は、著しく不合理であるから、裁量の逸脱・濫用があったものとして違法となる。

(2) Y県側は、EらからDらに酒類が回されないように監視を怠ったCには「過失」（本件基準3(2)イ(イ)）があり、また、本件基準は裁量基準にすぎず、義務的な規定ぶりでもないから、本件の事実関係の下では、本件処分は本件基準に従ってなされたものである、と反論することが想定される。

(3) 本件処分は法34条2項に基づくところ、同項は、前述のように抽象的な定めをするにとどまっている。その趣旨は、いかなる処分が適切であるかにつき政策的判断を要することから、行政庁に裁量を与える趣旨と解される。ゆえに、同項に基づく営業停止命令について行政庁に裁量が認められる。

本件では、裁量基準として、本件基準が定められている。これが仮に合理性を有するとしても、本件でXは、未成年者と成年者のフロアを分けるという「具体的な営業の改善措置を自主的に行っている」（本件基準3(2)イ(エ)）。

また、「営業者」であるA「の関与がほとんどない」（同(イ)）。法22条6号の趣旨は、営業活動に伴って未成年者への飲酒に加担することを防ぐ点にあると解されるが、成年者への酒類の提供は営業の自由により保障されるから、成年者の提供した酒類が未成年者に提供されないように監視する義務までは課されないというべきである。それゆえ、本件で、DらがEらから酒類を回してもらった点につき、Xには「過失がない」。ゆえに、「処分を軽減すべき事由が複数」あるものとして本件基準3(3)が適用されるか、少なくとも、同3(2)を適用して基準期間である3か月より軽減されるべきであった。

したがって、3か月の営業停止命令である本件処分は、裁量基準に従わない処分であるから、裁量の逸脱・濫用がある。

以上

論点リサーチ 統計結果

【行政法】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1	営業停止期間の満了により訴えの利益(行訴法9条1項かっこ書)が消滅したかどうかが問題となることを指摘している	82.5%	12.3%	2.6%
	本件基準2の適用により営業停止期間満了後3年間の経過するまでは法律上の利益が残るといえることを指摘している	59.6%	25.4%	11.4%
	Y県の反論として、本件基準は裁量基準にすぎないから、法律上の利益を認めることはできないことを指摘している	23.7%	21.9%	50.9%
	本件基準は行手法12条1項に基づき設定され公にされていることを指摘している	14.0%	23.7%	59.6%
	本件基準は行政庁を拘束する法的効果を有することを、行手法の趣旨に立ち返って論じている	16.7%	21.1%	59.6%
	裁量基準を考慮して法律上の利益を認めた判例(最判平27.3.3)を意識して論じている	15.8%	16.7%	61.4%
	理由提示の趣旨として、行政の恣意抑制機能と争訟便宜機能を挙げている	68.4%	13.2%	14.9%
設問2 (手続)	本件基準の適用関係を示しておらず、理由の提示(行手法14条1項)が不十分かどうかを問題となることを理解している	72.8%	16.7%	7.9%
	Y県側は、「根拠法令等」も「処分理由」も明確に示していると反論してくることを指摘している	47.4%	22.8%	27.2%
	本件基準の適用関係を示さないことが理由の提示として不十分かどうかの規範定立・あてはめを行っている	52.6%	30.7%	12.3%
	1級建築士免許取消処分等取消請求事件判決(最判平23.6.7)を意識して規範定立・あてはめを行っている	19.3%	38.6%	39.5%
設問2 (実体)	本件基準の内容が合理的かどうかの検討を行っている	14.9%	24.6%	56.1%
	本件基準の適用の誤りにより、裁量権の逸脱・濫用(行訴法30条)とならないかが問題となることについて	58.8%	21.9%	16.7%
	Y県側からは、本件基準の適用に誤りはなく、処分の重さも妥当であるとの反論がなされることを指摘している	28.1%	34.2%	33.3%
	本件基準3(2)イ(イ)及び(エ)に該当するため、本件基準3(3)が適用され、営業停止処分をすべきではないことを指摘している	44.7%	31.6%	21.1%
	聴聞手続で判明した事実①ないし④を本件基準にあてはめて評価している	42.1%	28.1%	25.4%
	営業停止処分自体は仕方ないとしても、本件基準3(2)柱書や比例原則により、処分を軽減すべきこと	37.7%	29.8%	28.9%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16726