

2022

〔問2〕

（ア）職権取消しとは、成立時から瑕疵がある行政行為について、行政庁が自らの判断で取り消すものである。一方、撤回とは、行政行為が成立した後の事情の変化により、その効力を維持させることが妥当ではないと考えられる場合に、行政庁が当該行政行為の効力を失わせる行為である。

本問において、本件ばちんこ屋の専用駐車場と D 病院の敷地との間の距離が約 97m しかなく、A 県条例が定める距離に満たなかったことは、本件申請時から存在する瑕疵である。したがって、本件取消処分は職権取消しである。

（イ）本件許可は授益的行政行為であるから、本件取消処分を行うか否かは、①違法性の性質、程度、②取消しを必要とする公益と、取り消した場合の公益上の支障、③取り消すことによる相手方の不利益の性質、程度を総合考慮して行うべきである。

本問についてみると、X は本件申請において虚偽の届け出をして許可を受ける等の意図はなく悪質性や帰責性は低い。本件許可の距離制限違反も、100 メートル必要なところ 97 メートルであって 3 メートル長さをみたなかったという軽微なものであるうえ、距離制限違反とされたのは、営業所そのものではなくその一部である専用駐車場と D 病院の敷地との間の距離であるから、専用駐車場を廃止する等の手段で対応できる違法であるといえる。また、上記のような軽微な違法であるから、本件許可を取り消さない場合に良好な風俗環境が維持できない、病院の公衆衛生、周辺環境等に影響がでるおそれがあるなど、取消しを必要とする公益が大きいとは必ずしもいえず、また、公益上の支障も軽微である。本件取消処分を検討している段階で、本件許可から 1 年 2 か月が経過しており、X は適法な本件許可を得たとの信頼の下で営業を継続していると考えられるから、これを取り消すことによる X への不利益の程度は大きいものといえる。

以上を踏まえると、取消の根拠も軽微な違法であって取消を必要とする公益も小さい本件許可を、X に重大な不利益を課すことで取り消すことは違法であると評価できる。よって、本件取消処分が行われた場合、その処分は違法であると考えられる。

2018

〔問3〕

- 1 本件許可の無効確認訴訟（以下、「本件訴訟」という。）において、X は、近畿財務局長が 2018 年 6 月 1 日に与えた F への本件許可が無効であると主張するべきである。
- 2 本件許可は法 22 条に従ってなされたものであり、当該許可がなければ製造たばこの小売販売を行うことが出来ないものであるから、行政行為に該当する。行政行為が無効になるのは、処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合である。
- 3 本件についてみると、告示にいう「市街地」で製造たばこの小売販売業を営む場合、予定営業所と最寄りの営業所は 100m 離れている必要がある（法 23 条 3 号、同法施行令 20

コメントの追加 [A1]: よく書けています。以下のコメントで参考になるものがあれば取り入れてみてください。

コメントの追加 [A2]: 行政事件訴訟法 36 条

コメントの追加 [A3]: 問題文で定義されているので、単に「本件許可」と書けば特定されます。「近畿」～「F への」の部分は省略していいです。

『以下、「本件●●」という。』と定義したら、「本件●●」というだけで、その部分をまるっと全て摘示したことになります。時短のため、覚えておいてください。

コメントの追加 [A4]: 行政行為（「処分」（行訴法 3 条 2 項））

コメントの追加 [A5]: 「指定都市」についての言及もする

条2号、告示第74号1）。しかし、営業所は最寄りの営業所であるXの営業所と80mしか離れておらず、本件許可は法等で定められた距離制限に違反してなされている。また、Fの営業開始後、Xの売上高は前年比70%まで落ち込んでいることも踏まえると、本件許可には重大な瑕疵があるというべきである。

- 4 無効確認訴訟において、行政処分を信頼した第三者が存在する場合には、明白性要件の充足が必要である。本問では本件許可を信頼したFが存在するから、明白性要件をみたす必要がある。瑕疵が明白であるといえるのは、処分成立の当初から、処分に瑕疵があることが外見上、客観的に明白である場合であると解する。本件についてみると、上記の距離制限違反は外見上、客観的に明白であるといえるから、本件許可には明白な瑕疵があるというべきである。

- 5 以上より、Xは本件許可には重大かつ明白な瑕疵があり、無効になると主張すべきである。

以上

コメントの追加 [A6]: 別表一

コメントの追加 [A7]: 基幹的（基本的）規定に違反しているという評価を加えたほうがよいと思われます。単なる条文違反が「重大」な違法とまでいえるかという問題だからです。

別の書き方の一例：

法令上の要求からの逸脱は20メートルと数字として小さいように見えるが、距離制限は法規範性を有し基幹的な要件である。しかも、Xの売り上げが例年比30%も落ちていることに鑑みると既存の営業所への影響は大きい。よって重大な法令違反がある。

コメントの追加 [A8]: 事実評価も、ひとこといったほうがよろしいかと思います。既存の営業所への影響が大きい等。

コメントの追加 [A9R8]: 事実は短く引用し、その後に必ず評価を書くように意識する。
事実からすぐにあてはめに行かない。

コメントの追加 [A10]: なお書きで触れるくらいでよい。

コメントの追加 [A11]: 一言理由があったほうがよいと思われます。「数字上の距離制限は解釈を要せず一見して数量的にその違反が明白にわかるため」等。