

2019 年度行政法基礎期末試験

設問 1

職権取消しとは、行政行為の効力を、処分時から存在する瑕疵を理由にして失わせる行為である。これに対して撤回とは、処分時の瑕疵ではなく、後発の事情を理由により、処分の効力を存続させることが適切でなくなった場合に、処分の効力を失わせる行為である。

本件取消処分は撤回に該当する。理由としては、処分に当たる本件許可がなされた際に貸が存在しなかったが、X が許可に基づき営業を始めた後、食中毒が発生したにもかかわらず、X が指導に従わずイノシシやシカの肉を生で提供し続けたという事情を受けて、本件許可に対する取消処分がなされたからである。

設問 2

(1) 違法事由になり得ない。

本件取消処分は、許可のはく奪を内容とするもので、「不利益処分」(行手法 2 条 2 号 4 号)に該当する。

確かに処分を行うのは地方公共団体の機関であるが、条例等ではなく国の法律に基づく処分であるため、行手法 3 条 3 項に定める「地方公共団体の機関がする処分」に該当せず、行手法の適用を受ける。

そして行手法 12 条 1 項についてみると、不利益処分の基準を設定ことと、これを設定した場合に公開することは努力義務にとどまるから、処分基準を公開しないことが条例に反するわけではない。

(2) 違法事由になり得ない。

(a) まず、A 県が異なる相手方に対してそれぞれ別の処分を行う、という裁量が認められる。裁量の有無については、①法律の文言と②処分の性質を踏まえ、根拠法令の法的仕組みの個別具体的な解釈により明らかにすべきである。

食品衛生法 55 条の文言についてみると、営業者が 6 条に違反する場合、都道府県知事は許可取消、営業の全部または一部の禁止、営業停止のいずれかを行うことができる、と定めている。したがって知事は、処分をするかしないか、また、処分をする場合にどの程度処分をするかを選択できる。

(b) 次に、知事が、過去の処分事例に比べてより重い処分をしていることが、平等原則に反しているかが問題となる。

この場合においても、原則的に行政庁の判断を尊重する。例外的に、行政庁の判断が全く事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠く場合に限り処分を違法とする。

本件において A 県知事は、X が 2 度食中毒を引き起こした後に本件レストランの営業許可

コメントの追加 [ゲコ1]: 設問 4 は？

コメントの追加 [ゲコ2]: 解説指摘のとおりで、当初の処分に瑕疵がないかは特定されていない。

コメントの追加 [ゲコ3]: 撤回は「後発の事情を理由により」と定義しているのであれば、事実を指摘してあてはめるときには、「この事実は「後発の事情」であると評価してください。

極めて基本的な点であり、この点ができない限り高い評価は望めません。

また、事実の指摘もやや外れています。再度食中毒を出したことが理由なのであって、行政指導を無視したことが本質的な理由ではないとも考えられます。

コメントの追加 [ゲコ4]: 判断過程の審査の仕方

コメントの追加 [ゲコ5R4]: 判断過程審査が問題となる問題ではありません。

行政は平等に扱わないという判断をする裁量がないので、裁量を前提とした検討している時点で、私なら全く理解できていないと判断します。

を取り消した。ただし、Xが生肉の危険性を知らされ、その提供をしないよう指導を受けていたにも関わらずあえて提供し続け、結果として食中毒を再度起こしたことの悪質性を鑑みると、もし許可取り消しの代わりに営業停止を命ずると、営業停止期間が経過した後Xが再び生肉の提供をする可能性が極めて高いと思える。したがって、Xが2度の食中毒を起こしたというだけの理由ではなく、上記のことを理由に取消処分が行われたと評価でき、この点について以前食中毒の発生を原因に営業停止処分を受けたレストランとは異なる。

よって、違法事由となり得ない。

(3) 違法事由になり得る。

本件行政指導は、A 県という地方公共団体が行うものであるから、行政手続法の適用を受けない(3条3項)。そこで、行手法を同じ内容を定めているA県行政手続条例32条2項ついてみると、行政指導に従わなかったことを理由とする不利益な取り扱いが禁止されている。

一方、本件許可取り消し処分が行われた理由が行政指導に従わなかったことにあつたれば、条例32条2項に反することになる。

コメントの追加 [ゲユ6]: これを検討する問題です。加
点地涌だったようですが、このような無責任な評価は
私なら評価しません。

設問3

(1) 食品衛生法52条1項によれば、飲食店を営業するにあたって、事前に都道府県知事の許可を受ける必要がある。反対に、許可を有しなければ営業することが許されない。故に、同項に定める義務は**不作為義務**に該当する。

Xが、本件取消処分によって営業許可をなく奪されたにもかかわらず、その後無許可営業を続けたことは、食品衛生法52条1項に定める不作為義務に違反している。

コメントの追加 [ゲユ7]: 不作為義務というのなら、何
をしてはいけない義務なのかを明記してください。

(2) 行政代執行法2条によると、①法律によって直接命じられ、または法律に基づき行政庁により命ぜられ、②他人が代わりになすことができ、③他の手段によってその履行を確保することが困難であり、④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に、行政庁は義務者の代わりに当該行為をなすことができる。

前述のとおり、食品衛生法52条1項に定める義務は、許可なしで営業してはいけないという不作為義務であり、代替的作為義務ではないため、代執行をすることができない。

(3) A県がXを被告として訴え(以下「本件訴え」とする)を提起できるには、「法律上の争訟」に該当する場合か、「その他法律において特に定める」(裁判所法3条1項)場合である。

「法律上の争訟」とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいう。

まず、国や地方公共団体が財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合は別として、国や地方公共団体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、法規の適用の適正ないし一般交易の保護を目的とするものであって、自己の主観的な権利利益の保護救済を求める場合は「法律上の争訟」に当たるが、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場合は、「法律上の争訟」に当たらないと解すべきである。

A 県の X に対する営業禁止を求める訴えは、専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務を求める訴訟にあたり、法律上の訴訟には該当せず、また、法律の特別の規定もない。

よって、A 県は X に対して営業停止の訴えを提起することができない。