

論文式試験問題集
〔行政法 I 〕

〔行政法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

Aは、パチンコ等の店舗を設置・運営する株式会社であり、B県C市内において、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。）2条1項4号の「風俗営業」に該当するパチンコ屋（以下「本件パチンコ屋」という。）を営むため、Y（B県公安委員会）から、法3条の営業許可（以下「本件許可」という。）を受けて営業を開始した。

本件パチンコ屋の敷地のうち、パチンコが行われる店舗建物は、都市計画法上の商業地域内にあるが、敷地内の駐車場（以下「本件駐車場」という。）は、当該商業地域に隣接する都市計画法上の第1種低層住居専用地域（低層住宅に係る良好な住居の環境を保護するため定める地域）にはみ出ている。本件駐車場は、本件パチンコ屋とは県道を隔てて設置されている。当該県道は片側一方通行の1車線の道路（幅員4メートル）であり、車道と歩道を区別するための縁石は設けられておらず、信号は設置されていない。また、本件駐車場は、本件パチンコ屋の名称が記載された看板が掲げられ、本件パチンコ屋の専用駐車場である。さらに、本件駐車場は、本件パチンコ屋の警備員によって警備もされている。

Xは、上記の第1種低層住居専用地域内において、本件駐車場から約40メートルの場所に居住する住民である。また、Xには、D（学校教育法第1条に規定されている小学校であり、本件パチンコ屋の店舗建物から40メートル離れた場所に位置している。）に通う子Eがいる。Xは、本件パチンコ屋の営業により、本件駐車場からの騒音・振動が大きい等、住環境が悪化する、Dの教育環境も悪化するなどと主張して、本件許可の取消訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条2項を提起した。

〔設問1〕

本件許可の取消訴訟において、Xに原告適格（行訴法9条）は認められるか、簡潔に論じなさい。

〔設問2〕

Xは、本件許可の取消訴訟において、本件許可が違法であることにつきどのような主張をすべきか。想定されるYの反論を踏まえて検討しなさい（解答に際し、Xの原告適格が認められること、委任命令・委任条例は合憲かつ適法であることを前提とすること。）。

【資料】(以下、すべて抜粋)

○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)

(目的)

第1条 この法律は、善良の風俗と清浄な風俗環境を保持し、及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため、風俗営業……等について、営業時間、営業区域等を制限し、及び年少者をこれらの営業所に立ち入らせること等を規制するとともに、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずることを目的とする。

(営業の許可)

第3条 風俗営業を営もうとする者は、……営業所ごとに、当該営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会(以下「公安委員会」という。)の許可を受けなければならない。

(許可の基準)

第4条 (略)

2 公安委員会は、前条第1項の許可の申請に係る営業所につき次の各号のいずれかに該当する事由があるときは、許可をしてはならない。

- 一 営業所の構造又は設備……が風俗営業の種別に応じて国家公安委員会規則で定める技術上の基準に適合しないとき。
- 二 営業所が、良好な風俗環境を保全するため特にその設置を制限する必要があるものとして政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める地域内にあるとき。

三 (略)

3～4 (略)

(騒音及び振動の規制)

第15条 風俗営業者は、営業所周辺において、……都道府県の条例で定める数値以上の騒音又は振動……が生じないように、その営業を営まなければならない。

(営業所の管理者)

第24条 風俗営業者は、営業所ごとに、……第3項に規定する業務を行う者として、管理者一人を選任しなければならない。ただし、……。

2 (略)

3 管理者は、当該営業所における業務の実施に関し、風俗営業者……等……に対し、これらの者が法令の規定を遵守してその業務を実施するため必要な助言又は指導を行い、その他当該営業所における業務の適正な実施を確保するため必要な業務……を行う……。

(営業の停止等)

第26条 公安委員会は、風俗営業者……等が当該営業に関し法令若しくは……条例の規定に違反した場合において著しく善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害し若しくは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、又は風俗営業者がこの法律に基づく処分……に違反したときは、当該風俗営業者に対し、当該風俗営業の許可を取り消し、又は……当該風俗営業の全部若しく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施行令(昭和59年政令第319号)

(解答に際し「令」と略してよい。)

第6条 法第4条第2項第2号の政令で定める基準は、次のとおりとする。

- 一 風俗営業の営業所の設置を制限する地域(以下この条において「制限地域」という。)の指定は、次に掲げる地域内の地域について行うこと。

イ (略)

ロ ……学校、病院その他の施設でその利用者の構成その他のその特性に鑑み特にその周辺におけ

る良好な風俗環境を保全する必要がある施設として都道府県の条例で定めるもの（以下「保全対象施設」という。）の周辺の地域

二～三 （略）

○風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行規則（昭和60年国家公安委員会規則第1号）

（解答に際し「規則」と略してよい。）

第7条 法第4条第2項第1号の国家公安委員会規則で定める技術上の基準は、次の表の上欄に掲げる風俗営業の種別の区分に応じ、それぞれ同表の下欄に定めるとおりとする。

法第2条第1項第4号に掲げる営業	一～四 （略） 五 ……騒音又は振動の数値が法第15条の規定に基づく条例で定める数値に満たないように維持されるため必要な構造又は設備を有すること。 六～七 （略）
------------------	---

○B県風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例

（解答に際し「条例」と略してよい。）

（風俗営業の許可に係る制限地域）

第2条 法第4条第2項第2号の条例で定める地域は、次に掲げる地域とする。

- 一 都市計画法……第8条第1項第1号に規定する第1種低層住居専用地域、……。
- 二 学校教育法……第1条に規定する学校若しくは同法第134条第1項に規定する各種学校のうち主として外国人の幼児、児童、生徒等に対して教育を行うもの、……幼保連携型認定こども園、……保育所又は医療法……病院若しくは……診療所（患者を入院させるための施設を有するものに限る。以下同じ。）の敷地……の周囲おおむね100メートル（当該施設の敷地が都市計画法第8条第1項第1号に規定する商業地域にある場合にあつては、当該施設の敷地の周囲おおむね50メートル）の区域。ただし、……。

○学校教育法第134条第1項の「各種学校」について

各種学校とは、学校教育に類する教育を行うもののうち、当該教育を行うにつき他の法律に特別な規定のあるもの及び学校教育法第124条に規定する専修学校の教育を行うものを除く学校をいう。具体例としては、予備校や日本語学校、外国人学校が挙げられる。

○風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について（平14.1.22警察庁生活安全局通達）（解答に際し「基準」と略してよい。）

「駐車場、庭等であっても、社会通念上当該建物と一体とみられ、専ら当該営業の用に供される施設であれば、『営業所』に含まれる」

参考答案
〔行政法 I〕

<p>第1 設問1</p> <p>1 「法律上の利益を有する者」とは、基準の明確性の観点から、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害される者をいう。そして、原告の主張する利益が、行訴法9条2項の要素を考慮した上で、処分の根拠法規によって一般的公益に吸収解消されるにとどまらず、個々人の個別的利益としても保護されている場合には、当該利益は法律上保護された利益に当たると解する。</p> <p>2 (1) Xは、①静穏な生活環境を享受する利益、②Dに通う子Eに静穏で良好な学習環境を享受させる利益が害されていると主張する。</p> <p>(2) ①について</p> <p>ア まず、法15条、法4条2項1号・規則7条は、騒音・振動規制をし、さらに条例で具体的数値を定めるよう規定している。また、これら規制の実効性を担保するため、同法は管理者の選任等を義務付け(法24条)、許可取消しや営業停止命令を定めている(法26条)。</p> <p>これらの具体的な規制は、法の趣旨目的(1条)に鑑み、風俗営業に伴う騒音・振動により営業所周辺に居住する住民の健康・生活環境に係る被害の発生を防止することを趣旨としておりと解される。</p> <p>イ また、パチンコ屋は、営業時間内に、常時、相当程度の騒音</p>	<p>を不可避免的に生じさせるものであり、付近住民は、連日、相当の時間に渡り継続的に騒音の被害にさらされる虞があり、騒音等に関する各規定に適合しないまま営業許可がされれば、付近住民に対し健康・生活環境に係る著しい被害をもたらすことになりかねない。</p> <p>ウ 上記法等の趣旨目的、被害の内容、性質、程度に鑑み、風営法は、パチンコ営業所から発せられる騒音・振動によって被害を受ける近隣住民の静穏な生活環境を享受する利益を、一般的公益に吸収解消させるにとどまらず、個別的利益として保護していると解される。</p> <p>そして、令6条1号ロ・条例2条2号が医療施設等の距離制限対象施設と風俗営業施設との間に設けることを要する距離につき、商業地域において概ね50メートルとしていることから、風俗営業施設から50メートル内に居住する者は騒音・振動による被害が想定されており、①の利益が侵害されるおそれを有しているとして解される。</p> <p>エ Xは、以下のとおり、「営業所」たる本件駐車場から40メートルの位置に居住する住民であるから、法律上保護された①の利益を侵害される者に当たり、「法律上の利益を有する者」に当たると解される。</p> <p>(3) ②について</p> <p>他方、法4条2項2号・条例2条2号は、距離制限の対象と</p>
---	--

なる施設から入院施設を有しない医療施設、幼児等を対象としてない各種学校施設等を除外している。医療施設の利用者としては通院患者、教育施設の利用者としては大学生や社会人等も考えられるが、これら不特定多数者の利益は、法の保護の対象とされていない。これは、法が、施設の内部において特に静穏さを必要とする特定の施設等を保護の対象とし、当該施設内の善良で静穏な環境を保持し、良好な環境下で円滑に業務が運営されるようにすることを目的としているにすぎないものといえる。そのため、距離制限対象施設の利用者の利用上の環境利益は、一般的公益に属する利益にすぎない。

よって、②の利益は法律上保護された利益に当たらず、②の利益を有するだけでは、Xは「法律上の利益を有する者」に当たらない。

第2 設問2

1 ①の利益に関する違法について

(1) Xは、距離制限地域にはみ出ている本件駐車場が「営業所」に該当するため、法4条2項2号(・条例2条1号)に反すると主張する。

(2) この点、法の趣旨目的は、善良の風俗と清浄な風俗環境の保持・少年の健全育成にあるから、「営業所」とは、騒音・振動規制をし、周辺環境等を保持する必要があると認められる程度に、風俗営業施設との一体性を有する施設をいう。具体的には、

構造的・機能的一体性、管理上の同一性を考慮し、基準と同様、社会通念上当該建物と一体とみられ、専ら当該営業の用に供される施設をいう。

(3) Yは、本件駐車場は本件道路により本件店舗と隔てられた場所にあり、本件店舗と構造上一体であるとは認められないと反論する。

しかし、本件道路は、幅員4メートルと比較的狭い片側一方通行の1車線の道路にすぎず、車道と歩道を区別するための縁石は設けられおらず、信号は設置されていないため、本件パチンコ屋の利用者は、本件道路を通過して本件パチンコ屋と本件駐車場とを自由に往来できるのであるから、構造上の一体性が認められる。また、本件駐車場は、本件パチンコ屋の名称が記載された看板が掲げられた本件パチンコ屋の専用駐車場であり、専ら本件パチンコ屋の利用者が使用しているといえ、機能的一体性も認められる。さらに、本件駐車場は本件パチンコ屋の警備員によって警備もされており、管理上も本件パチンコ屋と同一であるといえる。

これらのことから、本件駐車場は本件パチンコ屋と社会通念上一体とみられ、専ら本件パチンコ屋の営業の用に供される施設たる「営業所」に該当する。そして、本件駐車場は第1種低層住居専用地域にはみ出ているため、本件許可は法4条2項2号に反し違法である。

2 ②の利益に関する違法について

(1) Xは、店舗建物がDから40メートルしか離れていないため、法4条2項2号(・条例2条2号)違反を主張する。他方、Yは、

②の利益保護規定たる同条はXの原告適格を基礎づけず、行訴法10条1項の「自己の法律上の利益に関する違法」であると反論する。

(2) 行訴法10条1項の趣旨は、取消訴訟が違法な公権力の行使による侵害から原告の権利利益を救済するための主観訴訟であることに鑑み、取消訴訟における違法事由の主張を、原告の個人的利益に関連する事項に限って認めることにある。したがって、同項にいう「自己の法律上の利益に関する違法」とは、原告の権利利益を保護する趣旨で設けられたものではない法規に違背した違法をいう。

(3) 本件について、上記のとおり法4条2項2号・条例2条2号はXの権利利益を保護する目的で設けられた規定ではないから、その違背の主張は、「自己の法律上の利益に関する違法」の主張に当たり、行訴法10条1項により制限される。

以上

予備試験答案練習会(行政法 I)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問1	(22)		0
小田急判決を意識した原告適格の規範が定立できている。		3	
Xがいかなる利益を主張しているか、具体的に示せている。		2	
近隣住民としての利益につき、風営法の騒音・振動規制の条文を挙げ、その趣旨を論じることができている。		5	
近隣住民としての利益につき、違法な処分がなされた場合に生じる被害について、具体的に論じることができている。		3	
騒音・振動規制と距離制限規定の関係を論じることができている。		3	
Xの主張する利益が法律上保護された利益か当てはめられている。		1	
保護者としての利益につき、条例を踏まえた風営法の趣旨を論じることができている。		5	
設問2	(18)		0
「営業所」の定義が問題となることを示せている。		1	
風営法の趣旨目的から、具体的な定義と考慮要素を示せている。		4	
解釈基準と法令の関係について言及できている。		1	
自身が挙げた定義や考慮要素に基づき、当てはめができている。		5	
近隣住民としての利益又は保護者としての利益のいずれかが法律上保護された利益に当たらないと結論付けた場合、主張制限が問題となることを示せている。		2	
主張制限の規範を、行訴法10条1項の趣旨から論じることができている。		4	
当てはめ・結論を端的に示せている。		1	
裁量点	(10)	10	0
(近隣住民としての利益も保護者としての利益も法律上保護された利益に当たると結論付けた場合、その説得力に応じて主張制限の論点分7点を上限に加算する。)			
合計	(50)	50	0

行政法 I 解説レジュメ

1. 出題趣旨

行政法は、例年、受験生になじみのない法令をもとに、訴訟選択、訴訟要件、実体違法、手続違法等を幅広く問う傾向にある。特に、平成26年以降は、設問1で訴訟要件が問われ、設問2で処分の違法性が問われており、一定程度確立した傾向とみることができる（なお、平成29年は逆の順序で違法性と訴訟要件が問われている）。

問題文については、会議録等もなく、個別法の条文の掲載も多くなく、本試験に比べて全体的に分量は少ない。ただし、会議録等の誘導がないということは、自身で法律構成や論点を考える必要があり、その点での難しさがあるといえる。設問の形式は、近年は、「処分性の有無に絞り」（平成27年設問1）、「手続上の違法性と実体上の違法性に分けて」（平成28年設問2）、「本件申請に対する許可の留保の違法性に関し」（平成29年設問1）などのように、検討対象が明らかになっているため、そもそも何を検討すればよいのかなどと、悩まなくてよい形式となっている。ただし、主張反論形式が続いており、本試験同様、高い答案構成能力が試されている。また、素材としては、直近の重要判例、特に、重判や最新百選判例から出題される傾向にある。

上記の出題傾向及び本試験の出題傾向に鑑み、近年の重要判例を素材に、設問1で訴訟要件、設問2で処分の実体違法を問う問題とし、検討対象は極力明確になるようにした。また、設問2で主張・反論形式の出題とした。

設問1では、原告適格について検討する問題とした。予備試験では平成29年に出题されているものの、平成30年度は処分性の問題が出题されており、平成31年度は原告適格の出题可能性が高いこと、本試験では近年、原告適格のほうが処分性よりも出题頻度が高いにもかかわらず、未だ多くの受験生が苦手としていること、予備試験では重要判例である大阪サテライト判決に関連する出題が未だなく、今後出題されることが予想されるためである。

設問2では、解釈違反の問題と主張制限の問題を出题した。行政法の実体違法については、裁量の逸脱・濫用論が重要ではあるが、法解釈の姿勢を問われることもあるため、解釈基準と絡めてこの機会に整理して頂きたいと出题した。また、本試験では原告適格が問われる場合、主張制限も出題される傾向にあるが、予備試験では未だ出題がないことから、今後出題可能性が高いと予想されるため出題した。

2. 設問1（原告適格）について

1 問題の所在

本件許可の名宛人でないXに、原告適格（行訴法9条）が認められるか。

2 原告適格とは

(1) 意義

「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」（行訴法9条1項）

…処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者（法律上保護された利益説）

(2) 類型

→①権利を侵害される者

・ 処分の名宛人

・処分の第三者であっても、処分の法的効果によって直接権利を侵害される者
最判平成25年7月12日（平成25年度重要判例解説行政法3事件）
→行訴法9条2項を適用するまでもなく原告適格が認められる。

②法律上保護された利益を侵害される者
→行訴法9条2項を適用し、判断。

(3) 処理手順

①主張利益の特定

まず原告の主張する利益を特定しなければ、それが保護範囲に含まれるかの議論も出てこない。答案で論じる際に、独立の要件として挙げなくとも、当該利益を示すことは必要不可欠である。

②保護範囲要件の検討

処分の根拠法規が原告の主張する具体的利益を法的に保護しているか否か。

③個別保護要件の検討

一般的公益に吸収解消されない個別に保護された利益とされているか否か。

→原告が主張する利益が個別的に保護されていないとすると、それは反射的利益にすぎない。

④当てはめ

原告が主張する利益を現実には有しているか否か。

重要判例 最大判平成17年12月7日（行政判例百選Ⅱ〔第7版〕165事件）
—小田急事件

参考判例

・最判平成10年12月17日（行政判例百選Ⅱ〔第7版〕166事件）
・最判平成21年10月15日（行政判例百選Ⅱ〔第7版〕167事件）
—大阪サテライト事件

……一般的に、場外施設が設置、運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は、交通、風紀、教育など広い意味での生活環境の悪化であって、その設置、運営により、直ちに周辺住民等の生命、身体の安全や健康が脅かされたり、その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難い……。そして、このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難といわざるを得ない。

……位置基準は、場外施設が医療施設等から相当の距離を有し、当該場外施設において車券の発売等の営業が行われた場合に文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないことを、その設置許可要件の一つとして定めるものである。場外施設が設置、運営されることに伴う上記の支障は、基本的には、その周辺に所在する医療施設等を利用する児童、生徒、患者等の不特定多数者に生じ得るものであって、かつ、それらの支障を除去することは、心身共に健康な青少年の育成や公衆衛生の向上及び増進といった公益的な理念ないし要請と強くかかわるものである。

……法及び規則が位置基準によって保護しようとしているのは、第一次的には、上記のような不特定多数者の利益であるところ、それは、性質上、一般的公益に属する利益であって、原告適格を基礎付けるには足りないものであるといわざるを得ない。したがって、場

外施設の周辺において居住し又は事業（医療施設等に係る事業を除く。）を営むにすぎない者や、医療施設等の利用者は、位置基準を根拠として場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有しない……。

……もつとも、場外施設は、多数の来場者が参集することによってその周辺に享樂的な雰囲気や喧噪といった環境をもたらすものであるから、位置基準は、そのような環境の変化によって周辺の医療施設等の開設者が被る文教又は保健衛生にかかわる業務上の支障について、特に国民の生活に及ぼす影響が大きいものとして、その支障が著しいものである場合に当該場外施設の設置を禁止し当該医療施設等の開設者の行う業務を保護する趣旨をも含む規定であると解することができる。したがって、仮に当該場外施設が設置、運営されることに伴い、その周辺に所在する特定の医療施設等に上記のような著しい支障が生ずるおそれが具体的に認められる場合には、当該場外施設の設置許可が違法とされることもあることとなる。

このように、位置基準は、一般的公益を保護する趣旨に加えて、上記のような業務上の支障が具体的に生ずるおそれのある医療施設等の開設者において、健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益を、個々の開設者の個別的利益として保護する趣旨をも含む規定であるというべきであるから、当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者は、位置基準を根拠として当該場外施設の設置許可の取消しを求める原告適格を有する……。

素材判例

- ・控訴審：大阪高判平成25年8月30日（判例地方自治379号79頁）
 - ・原審：大阪地判平成24年11月27日（判例地方自治379号68頁）
- （以下は、大阪サテライト事件判決の射程が及ばない旨の判断）

……風営法4条2項2号やこれに基づく風営法施行令6条1号ロ、2号、大阪府風営法施行条例2条1項2号の各規定によれば、教育施設等に係る位置基準は、教育施設等の敷地の周囲おおむね100メートルと、営業を禁止する範囲について、具体的な数値をもって規定し、かつ、比較的狭い範囲に限定しており（この点で、サテライト最判の事案においては、自転車競技法の規定を受けた自転車競技法施行規則においても、学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設（これらをあわせて、以下「医療施設等」という。）から相当の距離を有し、文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないことという抽象的な規定にとどまっており、具体的な距離の明示もなく、ただ、同規則において、場外施設の設置許可申請書に、敷地の周辺から1000メートル以内の地域にある医療施設等の位置及び名称を記載した場外施設付近の見取図、場外施設を中心とする交通の状況図並びに場外施設の配置図を添付すべきものとしているにとどまっているのは、その規定ぶりが相当異なるものといえる。）、このような教育施設等の周辺100メートルという具体的に限定された範囲内の良好な風俗環境を特に保全することによって、当該教育施設等を利用する児童や生徒等の健全な育成を特に保護する趣旨に出たものであって、これを上記のような一般公益の観点からのみならず、当該教育施設等を利用する児童や生徒等の個別具体的利益としても保護する趣旨を含むものと解することも十分考えられるところである。このような解釈は、風営法が、風俗営業等について、営業時間、営業区域等を制限し、年少者をこれらの営業所に立ち入らせること等を規制するとともに、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずることを目的としていること（同法1条）からも裏付けられるものといえる。とりわけ、本件で問題と

なる教育施設等は、公立小学校であるc小学校であるところ、学校施設の利用年数は通常6年間と相当程度の長さの期間に及び、その就学年齢に照らしても心身の健全な発達に極めて重要な時期といえることに加え、本件のような公立小学校の場合、個々の就学予定者が就学すべき学校は、市町村の教育委員会によって指定され(学校教育法施行令5条1項、2項)、児童ないしその保護者が自由に選択できるものではなく、転居ないし私立小学校等への転校等をしない限り、上記のような位置基準に反して風俗営業が許可された場合、当該児童は、上記のようにその心身の健全な発達に極めて重要な6年間を、同発達に支障が生じ得るものといえる風俗営業に係る営業所に近接する公立小学校に通うほかないものというべきことにかんがみれば、上記風営法及び関係法令に係る位置基準の規定は、少なくとも公立小学校に通う児童に対しては、健全な風俗環境を享受し、そのような環境の中で学習する利益を個別具体的に保障しているものと解するのが相当である。

3 本問について

Xは問題文中において2つの利益を主張しているのであるから、この2つの利益に着目して検討することが求められる。まず、①近隣住民としての静穏な生活環境を享受する利益を保護する手掛かりとなる規定を風営法等から挙げ、個別的利益として保護する趣旨が読み解けるか検討する必要がある。この点については、素材判例の控訴審・原審ともに、①の利益が法律上保護された利益であることを認めており(ただし、参考判例の平成10年最高裁判例は原告適格を否定している)、本問でも認めることが可能であろう。他方、②Eの保護者として、Dに通う子Eに静穏で良好な学習環境を享受させる利益を、Xの法律上保護された利益と認定することも可能である(実際に、素材判例の原審は認めている)。この場合は、参考判例の大阪サテライト事件判決の射程が及ばない理由を意識する必要がある。いずれの結論をとるにせよ、具体的に法令の規定を挙げ、利益の特殊性も踏まえて検討することが肝要である。

3. 設問2(実体違法一般)について

1 問題の所在

問題文中から、違法事由としてまず考えられるのは、本件駐車場が都市計画法上の第1種制限地域からはみ出していることである。本件駐車場が「営業所」に当たるならば、風営法4条2項2号・条例2条1号に違反していることとなる。そこで、本件駐車場が「営業所」に当たるかが問題となる。

2 実体違法について

(1) 裁量の有無に応じた違法性判断

行政行為	裁量	審査方式	審査密度	審査手法	審査基準
羈束行為	無	解釈違反	高	判断代置審査	法の趣旨目的 信義則・信頼保護原則
裁量行為	狭 (羈束裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法30条)	中	社会観念審査	事実誤認等
				判断過程統制審査	考慮遺脱・他事考慮 考慮不尽
裁量行為	広 (自由裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法30条)	低	社会観念審査 (最小限審査)	重大な事実誤認等
				判断過程統制審査	考慮遺脱・他事考慮

(2) 裁量の有無について

①法の文言

多義的概念等を用いて、行政機関に判断の余地を認めている文言かどうか。

②法の仕組み

・原則例外関係があるかどうか。

→許可等することが原則となっている場合、例外的に不許可等とするか否かについての裁量は否定されやすい。

・刑罰の対象となっているかどうか。

→対象となっている場合には、罪刑法定主義の観点から裁量は否定されやすい。逆に、本来的には刑罰法規が適用される行為の違法性を阻却する効果を持つ行政処分には、裁量が認められやすい。

③処分の性質

国民の権利・自由を制限する処分については裁量が認められにくい。他方、国民に利益を与える処分については、裁量が認められやすい。

④裁量を認める実質的理由

行政庁の専門的・技術的知見・資料を要する等、行政判断を尊重する必要性や根拠があるかどうか。

(3) 解釈基準

ア 問題の所在

解釈基準とは、行政規則のうち、法律の解釈を示す基準である。

行政機関が法律を執行するに当たり、法律の文言の解釈が複数あり得るような場合、統一のとれた責任ある行政を展開するには、行政がよって立つべき解釈をあらかじめ定めておく必要がある。上級行政機関は、指揮監督の一環として、法律の解釈基準を定立することができ、下級行政機関及び職員はこれに拘束される。

イ 違法性判断

上記のように、解釈基準は統一的な行政を展開するための解釈指針であり、これがあらかじめ定められ、公表されている場合、国民は抽象的な法律の文言がいかにかに解釈されているのか予測可能性を与えられることになる。また、平等原則の観点から、解釈基準が定められている場合、解釈基準に従って行政が展開されることが通常のあるべき姿となる。

もっとも、①解釈基準はあくまで行政の内部的基準であり、解釈基準が法令の趣旨・目的を逸脱することは法律優位の原則に反し許されない。また、②従前の解釈・運用を大幅に変更するような解釈基準の定立・変更をするような場合は、信頼保護原則や平等原則、信義則により制限されうる。

重要判例 最判昭和33年3月28日（行政判例百選I〔第7版〕54事件）

……社会観念上普通に遊戯具とされているパチンコ球遊器が物品税法上の「遊戯具」のうちに含まれないと解すことは困難であり、原判決も、もとより、所論のように、単に立法論としてパチンコ球遊器を課税品目に加えることの妥当性を論じたものではなく、現行法の解釈として「遊戯具」中にパチンコ球遊器が含まれるとしたものであつて、右判断は、正当である。

なお、論旨は、通達課税による憲法違反を云為しているが、本件の課税がたまたま所論

通達を機縁として行われたものであつても、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものである以上、本件課税処分は法の根拠に基く処分と解するに妨げがなく、所論違憲の主張は、通達の内容が法の定め合致しないことを前提とするものであつて、採用し得ない。

3 本問について

本問では、「営業所」という文言、Yの専門的判断を要する要素がないことなどから、「営業所」該当性についてYに裁量は認められない。そのため、Xとしては解釈違反を主張することになる。その際には、解釈基準である風営法解釈運用基準を参考にしつつ、「営業所」の定義を示す必要がある。その上で、Yの反論のとおり、本件駐車場が県道を挟んで本件パチンコ屋と隔てられていることを重視し、本件駐車場が「営業所」に該当しないという結論もあり得る。ただし、問題文中に「営業所」該当性を認定し得る事情が多数記載されていることから、「営業所」に該当することを認定する方が無難であろう。

4. 設問2（主張制限）について

1 問題の所在

設問1の検討の際、①の利益又は②の利益のいずれかを「法律上保護された利益」に当たらないと解した場合、本件許可が当該利益を保護する規定に違背しているとしても、それを主張することは制限されるのではないかが問題となる。

2 主張制限とは

行訴法10条1項は、取消訴訟においては自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない旨定めている。

これは、取消訴訟が行政庁による違法な公権力の行使による侵害から原告の権利利益を救済することを目的とする主観訴訟であることから、取消訴訟における違法事由の主張を原告の個人的利益に関係のある事項に限って認めることとし、これと関係のない事項の主張は許さないとの趣旨による。これは、取消訴訟について、法律上保護された利益、すなわち法律により個別的に保護された利益が侵害されることを要件に原告適格を認めるとの行訴法9条の規定に対応するものである。

このような見地からすれば、同項にいう「自己の法律上の利益に関係のない違法」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に存する違法のうち、原告の権利利益を保護する趣旨で設けられたものではない法規に違背した違法をいうと解される。

重要判例 最判平成元年2月17日（行政判例百選Ⅱ〔第7版〕192事件）

3 本問について

設問1で①の利益又は②の利益のいずれか一方を法律上保護された利益とすると、他方の利益に関する風営法等の規定違背の違法は主張できないこととなる。他方、①の利益も②の利益Xの法律上保護された利益と解した場合、主張制限の論点は出てこなくなる。この場合は、設問1で②の利益が法律上保護された利益に当たることが丁寧認定できていれば、特段減点はしないものとする。

【参考文献】

- ・櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第5版]』 弘文堂 2016/2/17
- ・中原茂樹 『基本行政法 [第3版]』 日本評論社 2018/3/23
- ・宇賀克也 『行政法概説 行政救済法 [第5版]』 有斐閣 2015/4/10
- ・北村喜宣 『環境法 第4版』 弘文堂 2017/3/24
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第7版]』 有斐閣 2017/11/30
- ・宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第7版]』 有斐閣 2012/11/30
- ・曾和俊文・野呂充・北村和生 編著『事例研究行政法 [第3版]』 日本評論社 2016/11/20
- ・『判例タイムズNo. 1224』 判例タイムズ社 2007/1/15

以 上

(別紙)

【過去の問題】

年度	テーマ	論点	個別法, 素材判例等
平成 23 年	モーテル類似旅館規制条例	[設問 1] 処分性 [設問 2] 訴訟選択, 訴訟要件	乙町モーテル類似旅館規制条例
平成 24 年	排水設工事に係る指定工事	実体違法 (解釈違反, 比例原則違反), 手続違法 (理由付記, 告知・聴聞)	乙市下水道条例 乙市下水道排水設備指定工事店に関する規則
平成 25 年	マンション建設計画と景観計画の遵守	[設問 1] 訴訟選択 (非申請型義務付け), 仮の救済 [設問 2] 訴訟要件 (原告適格)	景観法 最判平成 18 年 3 月 30 日民集 60 卷 3 号 948 頁
平成 26 年	漁港における公共空地の占有許可をめぐる紛争	[設問 1] 申請拒否処分と不利益処分の取り扱い [設問 2] 実体違法 (行政裁量)	漁港漁場整備法 ※論評形式
平成 27 年	河川区域におけるコテージ除去命令をめぐる紛争	[設問 1] 処分性 (個別具体性) [設問 2] 実体違法 (法の一般原則)	河川法 河川法施行令
平成 28 年	未成年者に酒類を提供した飲食店に対する営業停止処分をめぐる紛争	[設問 1] 狭義の訴えの利益 [設問 2] 実体違法 (裁量逸脱濫用) 手続違法 (理由付記)	風営法 風営法に基づく営業停止命令等の基準 ※主張・反論形式
平成 29 年	産業廃棄物の処分場の設置をめぐる紛争	[設問 1] 国家賠償における違法性 (行政指導の限界) [設問 2] 原告適格	廃棄物処理法 廃棄物処理法施行規則 ※主張・反論形式
平成 30 年	浄水器の販売・営業に対する勧告・公表をめぐる紛争	[設問 1] 勧告及び公表の処分性 [設問 2] 裁量の逸脱・濫用	Y 県消費生活条例 ※主張・反論形式

最優秀答案

回答者 T M 32点

第1 設問1について

1 本件許可の取消訴訟において、以下のようにXに原告適格は認められる。

(1) 原告適格(行訴法9条)は処分取消しを求めにつき法律上の利益を有する者に認められる。本件でXは本件許可という処分の名宛人ではないから、同法9条1項・2項の両規定を踏まえ検討する。

(2) 本問でXは、本件駐車場からの騒音・振動により住環境が悪化する、Dの教育環境も悪化すると主張しているため、この住環境及びDの教育環境という利益が「法律上の利益」にあたるかが問題となるところ、これが認められるためには処分の根拠法令が当該利益を、一般的・抽象的な保護にとどまらず具体的・個別的な利益としてもこれを保護する趣旨を含んでいる必要がある。

これを法及び関連法令につきみるに、まず、法の目的として善良な風俗と清浄な風俗環境を保持することを共に少年の健全な育成が挙げられている(法1条)。また、騒音及び振動の規制が定められており(第15条)、これを実効化するための設備についても規制され(規則7条)、制限地域として第一種低層住居専用地域が挙げられている(条例2条1号)。とすれば、法はまず、しずかな住環境を利益として保護している。また、制限地域として学校の周辺も挙げられていることから(令6条口、条例2条2号)、子の教育環境も利益として保護されている。そして、風俗営業による上記2つの利益への悪影響は、地域の不特定多数者に対するものでなく、専ら施設の周辺住民に多大に及ぶものであり、法はこの周囲の住民の利益の保護を重視しているから、住環境及び教育環境を、法は個別的利益として保護していると言える。そして、Xの住居は駐車場から40m、Eの通うDも学校からわずか40mと、徒歩一分弱で歩いてしまう距離にあり、Xは法が個別的利益を有する者として保護している者に含まれる。

(3) したがって、Xの主張する利益について、法は個別的・具体的利益としてもこれを保護する趣旨を含むから、Xは法律上の利益を有する者にあたり、

原告適格が認められる。

第2 設問2について

1 Xは、本件許可について、①本件パチンコ店の営業所はその一部が第一種低層住居専用地域という制限地域（条例2条1号）にあるにも関わらず許可がされており、法4条2項2号に反し違法であると主張する。また、②営業所は騒音及び振動を防ぐ設備を整えていないのに許可がされており、法4条2項1号、規則7条に反し違法であると主張する。さらに、③本件営業所はDから40mの地点にあるにも関わらず許可がされているから、法4条2項2号、条例2条2号に反し違法であると主張する。

2 これに対してYは、①について、本件駐車場は営業所には含まれないから許可は違法でないと反論する。また、②について、駐車場は規則の定める技術上の基準を備えており、仮にこれを欠くとしてもその判断には裁量が認められると反論する。さらに③について、条例2条2号は「おおむね」と定めているから、規定を若干下回る数値であっても規定には反しないと反論する。

3（1）まず、①について、本件駐車場が営業所に含まれるかが問題となる。

基準は、駐車場も社会通念上一体と見られ、専ら当該施設の利用に供される場合は営業所にあたるとしている。

本件では駐車場と店は道路により分かれているものの、道路は片側一車線の細いものであり、幅は4メートルしかない。また、縁石及び信号はないから、社会通念上店と一体である。そして、駐車場には店の看板があり、店の専用であり、店により警備されているから、専ら店の利用に供されている。

したがって、駐車場も営業所に含まれるから、駐車場が第一種低層住居地域にはみ出している以上、本件許可は法4条2項2号に反する。

以上

採点講評

(2018年11月18日 行政法)

○全体について

本問は、2つの利益に関する原告適格、解釈違反、主張制限等、ボリュームのある問題となっています。

設問1で原告適格が出題された場合、多くの受験生が原告適格の検討・論述に時間を割きすぎて、設問2以降がほとんど検討できない、というミスに陥りがちです。今回の答案でも、やはり途中答案が散見されました。しかし、司法試験本試験では、設問2以降の違法性検討の配点割合が近年増加傾向にあり、予備試験でもそのような傾向にあると思われます。原告適格の問題が出題された場合、いかにコンパクトに、迅速に処理するかが勝負だと思ってください。

また、設問1で被侵害利益の内容を論じる際、あるいは、設問2で本件営業許可の違法性を論じる際、「パチンコ店やそこに入出入りする人間によって子どもが健全に育たない」、といった、パチンコ店やパチンコ営業自体の是非を問うような答案が一定数ありました。個人の価値観（当・不当の問題）や政策論に発展しかねない問題意識を設定すると、結局結論が出ない、主張と反論がかみ合わなくなる、などの事態に陥りがちです。少なくとも行政法においては、法律による行政の原理、誤解を恐れず言えば、法令の趣旨目的に反しないかが究極命題ですので、法令の趣旨目的から許容されるか否かといった観点から論じる姿勢を身につけましょう。

○個別の注意点について

・設問1について

約1割の答案で、Xが主張する2つの利益のうちいずれかを原告適格を基礎づける利益ではないと解していました。

他方で、約9割の答案で、Xが主張する2つの利益ともに原告適格を基礎づける利益と解していました。そのような結論自体は誤りではありませんが、両者の利益の特殊性、差異に着目せずまとめて論じる答案が約7割あり、そのような点に着目して検討できている答案は、約2割にとどまりました。

また、そもそも、小田急判決、大阪サテライト判決の規範・判断枠組みをおさえていない答案が約半数ほど散見されました。小田急判決、大阪サテライト判決は、規範のみならず、事案の概要、処理手順、射程も必ずおさえておく必要がある、行政法でも重要性の点で1、2を争う判例です。この機会に両判例はよく復習しておいてください。

さらに、枠組みは設定できているものの、法1条を挙げ、そこから直ちに法律上保護された利益に当たると結論付けている答案も約2割ありました。新司法試験受験生も陥りがちな誤りですが、法1条は抽象的な法の趣旨目的にすぎず、そこから原告が主張する具体的利益を保護する趣旨か否か直ちに読み取ることは困難です。必ず、具体的な規制規定や、制度趣旨、利益の特殊性に着目するようにしましょう。

・設問2について

多くの答案が設問1で2つの利益ともに原告適格を基礎づける利益と解していたなどの理由で、主張制限を論じる答案は1通もありませんでした。この点は、設問1の説得性に依じて、点数をつけています。

また、Xが、本件営業許可が生活環境に悪影響が生じると主張し、他方で、Yが、そもそも本件駐車場は営業所に当たらない、と別のテーマにつき反論をしたり、私見で、いや、教育環境が悪化するといった主張反論でテーマとなっていない事項を問題視したりするなど、対立軸が不鮮明で、主張・反論がかみ合っていない答案が約4割ありました。主張・反論形式の問題では、必ず1つのテーマにつき、主張と反論を戦わせ、別のテーマもあるならば、分けて論じる必要があります。さらに、本件では営業所が学校から概ね50メートル離れなければならないことは、法令から明らかであるにもかかわらず、100メートルか、50メートルか、といった対立軸を設定している答案も約1割ありました。およそ認められない主張・反論を戦わせても点数はつきにくいです。行政法は、憲法ほど、主張・反論・私見を丁寧に論じたり、多くの分量を割いたりする必要はありませんが、近年では行政法でも主張反論形式の出題が続いていますので、上記の点は注意してください。

判断枠組みについては、「営業所」の解釈違反の問題と気づけている答案はごく僅かであり、何らかの文言に着目して裁量を認める答案がほとんどでした。他方で、距離制限規定の「おおむね」という文言に着目して、裁量を認める答案も約3割ありました。そのような考え方や着目の仕方自体はあり得るので、説得性に依じて点数をつけています。

なお、上記の両方に着目して解釈違反と裁量の逸脱濫用を使い分けている優れた答案もあり、そのような答案には高い点数がつけました。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2018年11月18日分 得点分布表

行政法

出席者 20名 平均点 19.3点

