

論文式試験問題集
〔行政法〕

〔行政法〕

XはA県内で飲食店を経営する者であるが、令和5年12月頃、Xの経営するレストランYにおいて食事をした客数名が嘔吐や腹痛等の食中毒症状を訴えた（本件食中毒）。

A県内の保健所の調査に基づき、これらの客の症状の原因はY店で提供された料理の材料の一部が痛んでいたことにあることが確認された。

そこで、翌年1月頃にA県知事が食品衛生法60条1項に基づき、Xに対しY店の営業を10日間停止することを決定した（本件営業停止処分）。

A県はこの決定をするにあたり、県内で本件食中毒の発生したのと同じ時期に全く別の複数の店舗でも類似した症状を訴える者が多数おり、複数の食中毒の発生が伺われたこと、時期的に食中毒が発生しやすい環境となっていることから県内の飲食事業者の気を引き締めるべきことなどが考慮された。

また、Y店においては以前から近隣住民より店内に猫が出入りしているといった通報が寄せられており、調査は行われていなかったが店内の衛生環境に問題があるとみられたことも考慮された。

なお、本件食中毒以前のA県の処分歴によれば本件に類似する事案に対する県の処分は『業務停止3日』とするものがほとんどで、10日間の業務停止の処分がされたことは無かった。

A県においては『県民の安心安全な食生活』を目指して、A県食品衛生ガイドラインを作成し、県民に公開しているが、ガイドラインによれば食中毒事故で『業務停止10日以上』の処分を受けた業者が再度食中毒事故を起こした場合には業務停止期間を通常の2倍とする旨等を定めている。

XはA県による本件営業停止処分の内容に不満があり、同処分の取消しを求めたいと考えている。なお、出訴期間についての問題はない。

〔設問1〕

A県知事による本件営業停止処分は取消訴訟の対象となる「処分」に当たるか。

〔設問2〕

本件営業停止処分が「処分」に当たるとした場合、Xにおいて取消訴訟を提起する訴えの利益が認められるか。

なお、Xが訴えを提起した時点でY店の営業停止期間は明けているものとする。

〔設問3〕

本件営業停止処分についてXはいかなる違法の主張を行うと考えられるか。

また、Xの主張は認められるか。

〈参考法令等〉

○食品衛生法

第一条 この法律は、食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もつて国民の健康の保護を図ることを目的とする。

第五条 販売（不特定又は多数の者に対する販売以外の授与を含む。以下同じ。）の用に供する食品又は添加物の採取、製造、加工、使用、調理、貯蔵、運搬、陳列及び授受は、清潔で衛生的に行われなければならない。

第六条 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し（不特定又は多数の者に授与する販売以外の場合を含む。以下同じ。）、又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

- 一 腐敗し、若しくは変敗したもの又は未熟であるもの。ただし、一般に人の健康を損なうおそれがなく飲食に適すると認められているものは、この限りでない。
- 二 有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは付着し、又はこれらの疑いがあるもの。ただし、人の健康を損なうおそれがない場合として厚生労働大臣が定める場合においては、この限りでない。
- 三 病原微生物により汚染され、又はその疑いがあり、人の健康を損なうおそれがあるもの。
- 四 不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるもの

第五十四条 都道府県は、公衆衛生に与える影響が著しい営業（食鳥処理の事業を除く。）であつて、政令で定めるものの施設につき、厚生労働省令で定める基準を参酌して、条例で、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。

第五十五条 前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

② 前項の場合において、都道府県知事は、その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるときは、許可をしなければならない。ただし、（以下省略）

第六十条 都道府県知事は、営業者が第六条、第八条第一項、第十条から第十二条まで、第十三条第二項若しくは第三項、第十六条、第十八条第二項若しくは第三項、第十九条第二項、第二十条、第二十五条第一項、第二十六条第四項、第四十八条第一項、第五十条第二項、第五十一条第二項、第五十二条第二項若しくは第五十三条第一項の規定に違反した場合、第七条第一項から第三項まで、第九条第一項若しくは第十七条第一項の規定による禁止に違反した場合、第五十五条第二項第一号若しくは第三号に該当するに至つた場合又は同条第三項の規定による条件に違反した場合においては、同条第一項の許可を取り消し、又は営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

② （省略）

○食品衛生法施行令

第三十五条 法第五十四条の規定により都道府県が施設についての基準を定めるべき営業は、次のとおりとする。

- 一 飲食店営業
- 二から三二まで省略

2023 年 1 月 15 日

担当：弁護士 瀬川将平

参考答案
[行政法]

第 1 設問 1 1 A 県知事によるレストラン Y に対する本件営業停止処分は行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）3 条 2 項の定める「処分」に当たるか。 2 「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうと解する。 （1）この点、公権力の行使とは優越的地位の一方的な行使をいうと解されるところ、本件営業停止処分は A 県がレストラン Y に対して一方的に行うものであって優越的地位の一方的行使に当たる。 （2）また、本件営業停止処分によってレストラン Y の営業は 10 日間停止することを余儀なくされているが、同処分は食品衛生法 6 0 条 1 項に基づく処分である。 したがって、A 県によるかかる処分は食品衛生法 6 0 条 1 項に基づき、レストラン Y に営業停止 10 日間の義務を課すものといえ、その行為によって義務を形成するものといえる。 3 よって、本件営業停止処分は行訴法 3 条 2 項の「処分」に当たる。 第 2 設問 2 1 X において本件営業停止処分の取消訴訟を提起する訴えの利益が認められるか。既に営業停止期間が取るようしているため問題となる。 2 訴えの利益は処分の取消によって回復すべき法律上の利益がある場合には認められる（行訴法 9 条 1 項かつこ書）。	3 この点、本件営業停止処分の内容は営業停止 10 日間であるところ、A 県が作成した A 県食品衛生ガイドラインによれば、一度業務停止 10 日以上処分を受けた業者が再度食中毒事故を起こした場合には業務停止期間を通常の 2 倍とする旨が定められており、本件営業停止処分が残ったままになると、2 度目の処分の際に不利益取扱いを受けることになる。 もっとも、後述のとおり A 県食品衛生ガイドラインの上記定めは食品衛生法 6 0 条 1 項に基づく処分をする際の裁量基準を定めたものと考えられ、法律上不利益処分が予定されているわけではないから、回復すべき法律上の利益がないとも考えられる。 しかし、上記のとおり A 県食品衛生ガイドラインの上記定めは裁量基準に当たると考えられるのだから、処分に当たっては判断過程の公正さと透明さ確保の見地から合理的な理由がない限り、裁量基準に従わなければならないと考えられる。 そのため、本件営業停止処分が取り消されない限り、Y レストランとしては 2 回目の食中毒が起きた際に不利益取扱いを行われることがほぼき束されると言える。 したがって、X には本件営業停止処分を取り消す法律上の利益があるといえることができる。 4 よって、訴えの利益は認められる。 第 3 設問 3 1 X の主張
--	--

Xは本件営業停止処分について、他の食中毒事案を踏まえた引き締めや猫の出入りについては本件食中毒に無関係であるし、営業停止10日という処分も重すぎることを理由として、本件営業停止処分には裁量の逸脱濫用があり違法（行訴法30条）であると主張すると考えられる。 2 Xの主張の当否 (1) Xの主張は認められるか。 (2) 裁量の有無 ア 本件営業停止処分は食品衛生法60条1項に基づき行われているところ、同条に基づきどのような処分を行うかについてA県に裁量が認められるか。 イ 裁量の有無は法令の文言及び処分の性質から判断する。 本件ではレストランYで発生した食中毒を原因として本件営業停止処分が為されているところ、これは同法6条1号違反を理由とするものであると考えられる。 この場合、食品衛生法60条1項の適用においては「都道府県知事は営業者が第6条に違反した場合、・・・営業の全部もしくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる」と定めているにすぎない。また、処分に際しては食中毒等の多様な事案において適切に問題を把握し処分を決定しなければならないから専門技術的判断が必要といえる。 ウ したがって、食品衛生法60条1項に基づく処分に際し、処分の	選択及び量定についてはA県知事に裁量があると考えられる。 (3) 裁量の逸脱・濫用の有無 ア では、本件においてA県知事の処分に裁量の逸脱濫用が認められ違法となるか。 イ 裁量の逸脱濫用は当該処分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認められると解する。また、判断過程が合理性を欠く場合にも処分は社会観念上著しく妥当を欠く場合がありうる。 ウ 本件においてA県が本件食中毒が発生したのと同じ時期に全く別の複数の店舗でも類似した症状を訴える者が多数おり、複数の食中毒事案の発生が考えられたことからYレストランに対して見せしめ的な考慮を行ったことについては本件食中毒そのものとは無関係の考慮であり、考慮すべきでない事項を考慮していると言える（他時考慮）。 また、猫の出入りについても詳細な調査も行わないままにYレストランの衛生環境に問題があるとして処分にあたって考慮した点についても、猫の出入りは本件食中毒そのものとは無関係であることからして他時考慮に当たるし、調査不十分な点も踏まえると考慮不尽もある。 さらに、本件食中毒と類似する事案において今までには業務停止3日とするものがほとんどであったにもかかわらず業務停止10日という処分を下した点については、比例原則違反が認められる。
---	--

以上のことからすれば本件営業停止処分については判断過程において明らかに合理性に欠けると共に、処分の結果についても比例原則に違反している。

したがって、本件営業停止処分は社会観念上著しく妥当を欠くといふべきであって、裁量の逸脱濫用が認められる。

よって、Xの主張は認められる。

以 上

2023 年 1 月 15 日

担当：弁護士 瀬川将平

予備試験答案練習会(行政法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
	(45)		
1 問題提起		1	
2 処分性の定義		3	
3 公権力性についての論述		1	
4 直接性についての論述		1	
5 法効果性についての論述		3	
6 結論の明示		1	
7 設問2、問題提起		1	
8 訴えの利益の定義		2	
9 ガイドラインが予定している以後の不利益扱いの指摘		2	
10 ガイドラインの性質について食品衛生法の条文を踏まえた解釈論の展開		5	
11 訴えの利益があることの理由の説明／ないことの説明		3	
12 結論の明示		1	
13 Xの主張の明示		1	
14 設問3 問題提起		1	
15 裁量の有無について規範定立		2	
16 当てはめ(条文の引用等)		5	
17 裁量の逸脱濫用に関する規範定立		3	
18 比例原則違反の検討		2	
19 他事考慮の検討(目的動機違反の検討でも)		4	
20 各検討を踏まえた評価		2	
21 結論の明示		1	
裁量点	(5)	5	
合 計	(50)		

2023年1月15日

担当：弁護士 瀬川将平

行政法 解説レジュメ

<設問 1> ～処分性～

いわゆる処分性の要件というのは問題となっている行政機関の一連の行動のうち、どの部分を抗告訴訟（取消訴訟）の対象（ターゲット）として設定することのできるのかを考えるパートになります。

行政事件訴訟法 3 条 2 項に定められる「処分」とは？

→「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」とされています（最判昭和 39 年 10 月 29 日、百選Ⅱ148）。

☆公権力

「公権力」とは行政機関が優越的な地位の一方的な行使を行った場合に満たすと言われており、対等な関係で行う私法上の契約締結行為等は含まれません。

そのような意味で、この要件は抗告訴訟と民事訴訟（あるいは当事者訴訟）とを振り分ける分水嶺となります。

☆直接性・法効果性

「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」という要件については更に直接性と法効果性に分けて検討が行われます。

・直接性

「直接性」というのは「外部性」と「具体性」というキーワードが検討する際の指標となります。

「外部性」の検討においては当該行為が行政機関の内部に留まっているだけの行為なのか、一般市民のいる行政機関外にまで効果をもたらす行為なのかという視点で検討することになります。この点については最判昭和 34 年 1 月 29 日が参考になります。

「具体性」の検討においては、行政機関の行為が特定の個人ないし限られた範囲の者に対して法的な効果をもたらすものか、それとも条例制定行為のように広い範囲の人に一般的に影響をもたらすものなのかという視点での検討を行うことになります。

・法効果性

法効果性については多くの判例があるところですが、今回の講義時間では十分な説明をすることは困難ですので各自で基本書や判例を確認していただきたいと思います。

法効果性というのは、行政機関によってある行為が行われた結果生じた被処分者への誓約や影響が法律上の効果として発生したものであることを要件とするものです。

なお、実効的な権利救済の観点から当該行為そのものに法効果性が肯定し難い場合であ

っても処分性を肯定する判例・裁判例もありますので、どのような場合に処分性が肯定されているかについては確認が必須だと思われます。

☆本問の当てはめ

本問においては X が経営するレストラン Y に対して、A 県知事が食品衛生法 60 条 1 項に基づき、X に対して Y 店の営業を 10 日間停止するという決定（本件営業停止処分）をしています。

このような本問の場合、A 県という行政機関がレストラン Y という限られた範囲のものに対して行った本件営業停止処分によって、その効果として Y 店は 10 日間の営業を停止しなければならないことになっています。

これは食品衛生法 60 条 1 項が「…期間を定めて停止することができる。」と定めていることからすれば、食品衛生法 60 条 1 項の法的効果として Y 店に営業停止という制約が生じたということになるのです。

そのほかの「公権力」や直接性と言った要件についても特段難しい検討をすることなく、素直に処分性要件の充足を肯定することができるのではないのでしょうか。

今回の問題は処分性についてスタンダードな検討処理をやっていただくことを目的としており、難しい課題ではなかったかもしれません。本番ではこのような問題よりもさらに事実関係が難しい問題が出ますからしっかり復習を行い、事例演習を重ねるとよいと思います。

<設問 2> ～訴えの利益～

本問では X が取消の訴えを提起しようとした時点において、既に本件営業停止処分の営業停止期間は経過していたわけですから Y 店は既に営業を再開している状況だと考えられます。

では、このような場合に取消の訴えを提起する実益があるのでしょうか？つまり訴えの利益があるといえるかどうかが設問 2 で取り組むべき課題となります。

「訴えの利益」は処分の取消によって回復すべき法律上の利益がある者について認められます（9 条 1 項括弧書）。

X に回復すべき法律上の利益があるかを考えてみますと、A 県においてはガイドラインによれば一度でも業務停止 10 日以上という処分を受けた事業者は二度目に同様の食中毒事故を起こしたときに業務停止期間を 2 倍とする取扱いをすることとされています。

X は二度目が起きた時にこのような取り扱いをされることを避けたいはずですから、本問でも訴えの利益ありと即断したくなりますが、加重ルールは法律等で定まっているわけではなさそうですので、まずはガイドラインの性質から考えていく必要があります。

A 県食品衛生ガイドラインは食品衛生法の適用に際しての裁量基準を定めたものと解釈できます。この点、このような裁量基準ないし処分基準が公開される趣旨については行政運営上の判断過程の公正と透明性を確保し、被処分者の権利利益の保護に資するためであると考えられます。

このような観点から行政機関は合理的な理由のない限り、当該処分基準（裁量基準）に従って処分を行うべきとき束（拘束）されています。

そのため、特段の事情がない限り当該処分基準の定めによって処分の加重が行われることになります。本問では公開されているガイドラインによって後行処分が 2 倍の重さとなることが決められています。

したがって、訴えの利益があると考えてもよいのではないかと思います。

<設問 3> ～実体違法—裁量の逸脱濫用～

本件営業停止処分について X としては、①本件営業停止処分に関しては猫の出入りの有無は関係ない、②類似事案と比べて本件処分が重すぎる、③県内飲食事業者への見せしめを行うような理由で処分が行われているという点を不服に感じるのではないのでしょうか。

このような着眼点をどのような位置づけで主張しているものと捉え、検討するのが本問で取り組む課題になります。

☆裁量の有無

まずは本件営業停止処分の根拠条文である食品衛生法 60 条 1 項から検討を出発することになります。

第六十条 都道府県知事は、営業者が第六条、第八条第一項、第十条から第十二条まで、第十三条第二項若しくは第三項、第十六条、第十八条第二項若しくは第三項、第十九条第二項、第二十条、第二十五条第一項、第二十六条第四項、第四十八条第一項、第五十条第二項、第五十一条第二項、第五十二条第二項若しくは第五十三条第一項の規定に違反した場合、第七条第一項から第三項まで、第九条第一項若しくは第十七条第一項の規定による禁止に違反した場合、第五十五条第二項第一号若しくは第三号に該当するに至った場合又は同条第三項の規定による条件に違反した場合においては、同条第一項の許可を取り消し、又は営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

本問では Y 店で提供された料理の材料の一部が痛んでいたことを原因として食中毒が発生していますので、食品衛生法 6 条 1 号に該当する食品を、販売の用に供するために調理したといえます。

そのため、Y 店に対する本件営業停止処分は食品衛生法 6 条に違反したことを原因とし、同法 60 条 1 項に基づき発せられたものと言えます。

食品衛生法 60 条 1 項は上記のとおり、違反があった場合には、同法 55 条 1 項の営業許可の取消し、営業の全部もしくは一部の禁止、期間を定めた営業停止をすることが「できる」

と定めています。

このような条文の建付けを考えると、食品衛生法 60 条 1 項が適用される「要件」は同条が定める各条文に違反した場合とわかりますが、効果については色々なパターンがあり、処分をすることも「できる」し、しないことも「できる」と読むことができます。

そうすると、いわゆる効果裁量があるように思われますが特定の処分に関する行政庁の裁量の有無の検討に当たっては**法律の文言及び処分の性質**を考慮して判断すべきとされていますから、処分の性質について考えてみます。

食品衛生法は食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康の保護を図ることを目的としています（同法 1 条参照）。

そうすると、同法 55 条 1 項が飲食店営業に際して都道府県知事の許可を受けなければならないと定めている趣旨は公衆衛生の確保、ひいては国民の健康の保護にあると考えることができます。

また、同法 60 条 1 項の処分が国民の権利や自由を制限する規定であることにも照らせば、処分をするかしないかという点については都道府県に裁量はないと考えるのが妥当と思われます。

もっとも、どのような内容の処分をするかという点については様々な処分がありえ、専門技術的な考慮が必要になりますから都道府県に裁量を認めることができると思われます。

☆裁量の逸脱濫用の有無

行政事件訴訟法 30 条によれば、裁量の逸脱・濫用があれば処分は違法と判断されることになります。

行政庁の処分について「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」には裁量の逸脱濫用があり、処分は違法と判断できます。

本問においては、上記の①～③をどのように位置づけるかが重要になりますが、①については、猫の出入りについてはそれはそれとして処分を検討すべきであり、本件食中毒とは無関係と言えそうですから、判断過程審査のいわゆる他事考慮にあたると考えることができます。

②については他の類似事例に比べて本件処分が重すぎるというものであり、今まで同様の事例で「営業停止 10 日間」という処分が出たことがないのに、突然本件において Y 店にのみ停止 10 日以上という処分が下るのは、いわゆる比例原則違反としての違法を構成すると考えることもできます。

③については、他の県内事業者の気を引き締めるための見せしめ的な考慮が行われた事情を示していますから他事考慮に当たると考え違法を構成すると考えることも可能ですし、処分の目的動機違反を捉えて違法と構成することも可能なように考えられます。

これらの検討を踏まえれば、本件営業停止処分については処分の選択に関する A 県の裁

量には逸脱濫用があると考えられると思われます。

○出題に関して

今回の出題について簡単だと思う人もいれば難しいと思う人もいるかもしれません。

今回は学習進度が様々な学生がいることを考え、処分性、訴えの利益、裁量の逸脱濫用という重要な部分についてシンプルな事案を通じて、答案上の処理を学んでもらおうという趣旨で作問しました。

事実関係がシンプルゆえに当てはめが難しかったり、何を書けばいいのか分かりにくかったかもしれません。試験本番では本問よりも多くの事実が並んだ問題に取り組むことになりますが、基本的な処理から外れずに多くの事実を拾い、評価することで相対的に浮く答案を作ることができるようになると思います。

大変な試験ですが、皆さんが皆さんらしく試験を突破できることを心から祈っております。

以上

2023年1月15日

担当：弁護士 瀬川将平