

司法試験 & 予備試験・100問演習講義

論文ステップアップ松永塾

【行政法 1】 Vol. 1

第1問・第2問（争点整理型思考演習）

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

一 目 次 一

- ◆ 行政法 1 第 1 問 (争点整理型思考演習) P. 1
- ◆ 行政法 1 第 2 問 (争点整理型思考演習) P. 33

行政法1 第1問（争点整理型思考演習）

2017.07.09 LIVE 実施

2018 予備スタンダード論文答練【夏期】

第3回（行政法2）第2問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

【問題】

平成12年、A県a湾付近にα会社が工場を設立し、それ以降、a湾にメチル水銀を含む排水が放出された。X1は、a湾付近に居住しており、近くの鮮魚店からa湾産の魚介類を購入し、それを摂取したりしていた。

平成25年頃、a湾付近に居住する住民の中で、a市奇病（以下「a病」という。）を発症する者が増えた。そして、平成26年7月22日、A大学医学部に設置された研究班が、a病は、a湾付近の魚介類を摂取することによって起こる神経系統疾患であり、この魚介類を汚染している毒物としては水銀が注目されるとの研究結果を発表した。同月24日、B新聞社は、α会社の工場から排出された水銀が原因であると報道した。同年11月12日、薬事・食品衛生審議会は、厚生労働大臣に対して、a病は、a湾及びその周辺にせい息する魚介類を多量に摂取することによって起こる中毒性疾患であり、その主因となるものは有毒物質のメチル水銀であると特定されたと答申した。この答申により、a病の原因物質がメチル水銀であることが特定され、a湾内の魚介類については、その全てが工場排水により汚染されて有毒有害化していると社会一般に認識されるようになった。そして、同年12月5日までに、a病患者は、a湾付近の住民の62世帯、78名に上り、そのうちの31名が死亡した。その後の調査により、この患者達の中には、漁業関係者の他、鮮魚店等から魚介類を購入していた者もいたこと、同年11月15日頃までに魚介類の摂取をやめていれば、a病の発症を防げたか、あるいは軽度の症状で済んだことも分かった。そして、同年12月頃、X1も、a病に罹患し、手足の震えや聴覚障害などを発症した。しかし、その時点で厚生労働大臣は、a病の発生の拡大を防止する権限を行使していなかった。そこで、X1は、国に対して損害賠償請求をすることを考えている。

ところで、X1が従業員として働いているX2社は、a湾付近にある化工でん粉の製造販売及び冷凍スモークマグロの販売を目的とする株式会社である。平成27年5月14日、X2社は、冷凍スモークマグロ（以下「本件食品」という。）を輸入するために、食品衛生法（以下「法」という。）第27条及び食品衛生法施行規則（以下「規則」という。）第32条に基づき、検疫所長に対して、届出をした。検疫所長Yは、同年8月24日、本件食品に有毒物質である水銀が含まれていたことから、X2社に対し、法第6条に違反する旨の食品衛生法違反通知（以下「本件通知」という。）をした。

なお、食品の輸入に関しては、輸入者は、まず、検疫所長に輸入の届出をする必要がある（法第27条、規則第32条）。そして、輸入食品等監視指導業務基準（以下「本件基準」という。）によれば、食品等の輸入の届出に際し、検疫所長は、食品等を輸入しようとする者に対し、これが法の規定に違反しないと判断した場合には、食品等輸入届出済証を交付するが、これに違反すると判断した場合には、食品衛生法違反通知書を交付することになっている。また、輸入者は、税関長に輸入申告をする必要がある（関税法第67条）。そして、関税法基本通達には、食品等輸入届出済証の添付がない輸入申告書は受理しない旨が定められている。

X2社は、本件通知により輸入許可が得られないことを危惧し弁護士Lに相談した。弁護士Lは、同僚の弁護士と検討した結果、「処分性を肯定する立場からの検討に際しては、法の目的や法が厚生労働大臣に与えた権限を踏まえ、法第27条が厚生労働大臣のどのような権限を定めているのかを検討し、その権限からすると、本件基準における食品等輸入届出済証及び食品衛生違反通知書は、厚生労働大臣によるどのような応答であるかを検討すべきである。しかし、本件通知の取消訴訟を

提起した場合、国側からは、本件通知の法的根拠及び法的効果の観点から処分性を否定する反論が考えられる。特に、法的効果については、国は、輸入者がする届出及び本件通知の法的性質に関する反論、すなわち、関税法第70条第1項及び第2項の規定に着目し、同条第2項は税関長の権限を規定したものであるから、本件通知は、税関長を法的に拘束するものではないという反論が考えられる。そこで、関税法第70条第2項の税関長の権限は何か、その権限によれば『当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備』とはいかなる意味を有するののかについては、処分性を否定する立場と肯定する立場の双方からの丁寧な検討が必要となるだろう。」との考えに至った。

X1及びX2社それぞれの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法、規則及び関税法の抜粋を【資料 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

【設問1】

X1は、a病に罹患したことによる損害について、国に対して賠償を求めるためには、誰のどのような行為に着目して、どのような主張をすべきか、違法性に限って検討しなさい。なお、故意・過失と違法性の関係は、職務行為基準説を前提とし、両者を分けずに違法性のみ検討すれば足りる。

【設問2】

X2社は、本件通知の取消訴訟を適法に提起することができるか、弁護士Lの検討結果を踏まえて、本件通知の処分性に限って検討しなさい。

【資料 関係法令】

○ 食品衛生法（昭和22年12月24日法律第233号）（抜粋）

第1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6条 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し（中略）、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 （略）

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。（以下、略）

三、四 （略）

第7条 厚生労働大臣は、一般に飲食に供されることがなかつた物であつて人の健康を損なうおそれがない旨の確証がないもの又はこれを含む物が新たに食品として販売され、又は販売されることとなつた場合において、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて、それらの物を食品として販売することを禁止することができる。

2～5 （略）

第10条 人の健康を損なうおそれのない場合として厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて定める場合を除いては、添加物（中略）並びにこれを含む製剤及び食品は、これを販売

し、又は販売の用に供するために、製造し、輸入し、加工し、使用し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

第26条

1 (略)

2 厚生労働大臣は、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、(中略) 第10条に規定する食品を製造し、又は加工した者が製造し、又は加工した同種の食品、添加物、器具又は容器包装を輸入する者に対し、当該食品、添加物、器具又は容器包装について、厚生労働大臣又は登録検査機関の行う検査を受けるべきことを命ずることができる。

3 厚生労働大臣は、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、(中略) 第10条に規定する食品に該当するおそれがあると認められる食品、添加物、器具又は容器包装を輸入する者に対し、当該食品、添加物、器具又は容器包装について、厚生労働大臣又は登録検査機関の行う検査を受けるべきことを命ずることができる。

4～7 (略)

第27条 販売の用に供し、又は営業上使用する食品、添加物、器具又は容器包装を輸入しようとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、その都度厚生労働大臣に届け出なければならない。

第28条 厚生労働大臣、内閣総理大臣又は都道府県知事等は、必要があると認めるときは、営業者その他の関係者から必要な報告を求め、当該職員に営業の場所、事務所、倉庫その他の場所に臨検し、販売の用に供し、若しくは営業上使用する食品、添加物、器具若しくは容器包装、営業の施設、帳簿書類その他の物件を検査させ、又は試験の用に供するのに必要な限度において、販売の用に供し、若しくは営業上使用する食品、添加物、器具若しくは容器包装を無償で収去させることができる。

2～4 (略)

第54条 厚生労働大臣又は都道府県知事は、営業者が第6条、(中略)、第10条、第11条第2項(中略)の規定に違反した場合又は第8条第1項(中略)の規定による禁止に違反した場合においては、営業者若しくは当該職員にその食品、添加物、器具若しくは容器包装を廃棄させ、又はその他営業者に対し食品衛生上の危害を除去するために必要な処置をとることを命ずることができる。

2 (略)

○ 食品衛生法施行規則(昭和23年7月13日厚生省令第23号)(抜粋)

第32条 法第27条(中略)に規定する者(中略)は、(中略)輸入届出書に次に掲げる事項(中略)を記載して、貨物の到着予定日の7日前の日以降(中略)検疫所の長に提出しなければならない。(以下、略)

○ 関税法(昭和29年4月2日法律第61号)(抜粋)

(輸出又は輸入の許可)

第67条 貨物を輸出し、又は輸入しようとする者は、政令で定めるところにより、当該貨物の品名並びに数量及び価格(中略)その他必要な事項を税関長に申告し、貨物につき必要な検査を経

て、その許可を受けなければならない。

(証明又は確認)

第70条 他の法令の規定により輸出又は輸入に関して許可、承認その他の行政機関の処分又はこれに準ずるもの（以下この項において「許可、承認等」という。）を必要とする貨物については、輸出申告又は輸入申告の際、当該許可、承認等を受けている旨を税関に証明しなければならない。

2 他の法令の規定により輸出又は輸入に関して検査又は条件の具備を必要とする貨物については、第67条（輸出又は輸入の許可）の検査その他輸出申告又は輸入申告に係る税関の審査の際、当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備を税関に証明し、その確認を受けなければならない。

3 第1項の証明がされず、又は前項の確認を受けられない貨物については、輸出又は輸入を許可しない。

【出題の狙い】

設問1は、国賠法1条1項についての問題である。同条項の損害賠償請求については、予備試験においては未だ出題されておらず、十分に準備ができていない方も多いと思われる。しかし、本試験においては、想定外の事態が起こることもあり、準備不足でも対応せねばならないこともあり得る。準備不足の方も問題文の誘導をヒントにして、何とか答案の形を示して頂きたい。

設問2は、処分性について問うている。処分性は、予備試験では、平成23年、27年、司法試験でも、平成19年、20年、24年及び25年、29年に出题されており、訴訟要件の中でも重要な位置を占めるものであるから、今後も出题される可能性が高いといえる。また、何度も出题されているため、処分性の基本的な考え方・論じ方は多くの受験生ができると考えられ、応用的な問題が出题される可能性が高い。後記平成16年判決は、重要な判例であるにもかかわらず、いまだ司法試験に出题されていない。また、同判決は、処分性を肯定したが、その第1審及び原審は処分性を否定しており、また、最高裁でも反対意見が付されており、難解な判例である。本問を通じて理解を深めて頂きたい。なお、本問では、反論の際に関税法70条1項及び2項の解釈を問うているが、これは最高裁の反対意見に依拠するものであり、現場で対応するのは困難と思われる。それゆえ、この点について出来なくともあまり気にする必要はないであろう。あくまで、現場思考の訓練の一つだと考えて頂きたい。

【MEMO】

【配点表】

		配点	
第1	設問1		
	1	規制権限の不行使の場面における国場違法1条1項上の違法性	
		(1) 規制権限の不行使が問題となることの指摘	1
		(2) 自説の理由	2
		(3) 規範定立	1
	2	具体的検討	
		(1) 法の趣旨・目的 ・法の目的, 厚生労働大臣の権限についての指摘及びその評価(食品衛生法(以下「法」という。)1条, 6条, 28条, 54条等の条文の指摘)	3
		(2) 被侵害法益の重大性 ・人の生命, 健康に対する安全が問題となっていることの指摘及び評価	1
		(3) 危険発生の予測可能性 ・a病患者は, a湾付近の住民の62世帯, 78名にも上り, そのうちの31名が死亡したことの指摘及び評価	2
		(4) 危険発生の回避可能性	
		ア 薬事・食品衛生審議会によるa病についての答申の指摘	1
		イ 平成26年11月12日までは, a湾内産の魚介類が有毒有害化していることが社会一般に認識され, 法6条2号の有毒有害食品に該当していたことの指摘	2
		ウ 平成26年11月15日ごろまでに, 厚生労働大臣が法28条1項及び54条1項に基づく規制権限が行使されていれば, X1がa病に罹患することを防ぐことができたことの指摘	3
		(5) 権限行使に対する国民の期待可能性 ・有毒有害化が社会一般的に認識できても, 店頭の魚介類がa湾産か否かを判別することは困難であるから, 厚生労働大臣による調査命令等なされることが期待されたことの指摘	2
	3 結論	1	
第2	設問2		
	1	問題提起	1
	2	規範定立	2
	3	処分性を肯定する立論	
		(1) 法の目的, 厚生労働大臣の権限の指摘(条文を挙げていること)	2
		(2) 法27条が厚生労働大臣に食品が法に違反するかどうかの認定判断をする権限を付与していること	1
		(3) 法27条は, 厚生労働大臣に応答義務を定めていること	1
		(4) 食品等輸入届出済証又は食品衛生法違反通知書の交付は, 厚生労働大臣による応答であり, 法27条が定める応答を具体化したものであることの指摘	1
		(5) 食品等輸入届出済証を受け, 輸入届出の手続を完了したことが「検査の完了又は条件の具備」(関税法70条2項)に当たることの指摘	2
		(6) 本件通知は, 法27条を根拠におくものであることの指摘	1
		(7) 本件通知は, 輸入許可を受けられなくなるという法的効果が生じるとの指摘	1
	4	国側の反論	
		(1) 本件通知は法律が予定したものではないことの指摘	1

(2)	本件通知が行政指導に当たることの指摘	1
(3)	法27条に基づく届出は、行政手続法上の「届出」(同法2条7号)にあたることの指摘	1
(4)	関税法70条1項・2項の指摘及びその評価	1
(5)	法6条各号に掲げる食品に当たらないことが「検査の完了又は条件の具備」(関税法70条2項)に当たることの指摘	1
(6)	本件通知は、税関長を法的に拘束するものではなく、また、法的効果を有するわけではないことの指摘	1
5	国の反論を採用した場合の不都合性等を指摘しつつ、処分性が認められるという結論を説明していること	3

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

【論 点】

- 1 国家賠償法1条1項の「違法」～規制権限の不行使
- 2 処分性

【参考文献】

- ・櫻井敬子＝橋本博之『行政法』（弘文堂，第5版，2016）P.267～280，376～8
- ・中原茂樹『基本行政法』（日本評論社，第2版，2015）P.297～319，404～9
- ・塩野 宏『行政法Ⅱ』（有斐閣，第5版補訂版，2013）P.100～123，308～310
- ・宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法』（有斐閣，第5版，2015）P.158～189，440～445
- ・熊本地判平5. 3. 25（判タ817-79）
- ・最判平16. 4. 26（民集58-4-989，平16重判行政4事件）
- ・倉田卓次＝後藤勇編『判例タイムズ臨時増刊1184号』（判例タイムズ社，2005）P.268～9（西口元）
- ・山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣，2012）P.327～345
- ・『趣旨・規範ハンドブック1 公法系』（辰巳法律研究所，第5版，2015）P.141～150，220
- ・『条文判例スタンダード2 公法系行政法』（辰巳法律研究所，2016）P.277～303，453～5

<令和元年6月追記>

- ・中原茂樹『基本行政法』（日本評論社，第3版，2018）P.300～319，425～431
- ・行政判例百選Ⅱ（第7版）148，222，223件
- ・『平成30年度版〔2019対策〕趣旨・規範ハンドブック1 公法系』（辰巳法律研究所，2019）P.151～161，214

● 答案の全体の流れ ●

1 設問1

規制権限の不行使について国賠法1条1項の違法性が認められるかを検討してもらいたい。食品衛生法の趣旨・目的を踏まえた上で厚生労働大臣にどのような作為義務が課されていたのかを丁寧に検討することが必要である。

2 設問2

取消訴訟の訴訟要件である処分性について、平成16年判決は、食品衛生法違反通知の処分性を肯定したが、第1審（千葉地判平14・8・9）及び原審（東京高判平15・4・23）は、その処分性を否定しており、また、最高裁でも反対意見が付されている。このように結論が分かれたのは、法16条〔注：現27条〕の理解の仕方による。第1審及び原審は、当該通知が法令に直接の根拠を有するものではなく、最終的な判断権限を有している税関長の判断を法的に拘束する関係にないとしてその処分性を否定している。また、本判決の反対意見は、法16条が厚生労働大臣に応答義務を課したわけでないことを前提にして、その法的効果を否定している。しかし、前記平成16年判決は、法16条が厚生労働大臣の応答義務を規定し、それを具体化したものが当該通知であるとした上で、当該通知がされることにより輸入許可を受けることができなくなるとしてその法的効果を認め、その結果、その処分性を認めた。

本問は、難解な部分もあるが、何とか誘導に従う姿勢を見せつつ、論じていくことが要求されよう。