

論文式試験問題集
[行政法]

〔行政法〕

Xは日本語学校の経営等を業とする特例有限会社であり、外国人に対して日本語を教えるA学院（以下「本件学院」という。）を経営している。本件学院は、出入国管理及び難民認定法（以下「法」という。）の別表第一の四の「設備及び編制に関して」「各種学校」「に準ずる」「教育」「機関」として、平成25年に平成〇年法務省告示第××号（以下「本件告示」という。）により、日本語教育機関として告示され、留学生の受け入れを開始した。

外国人が本件学院に入学して教育を受ける場合、「留学」の在留資格を取得して我が国で滞在・活動することができる。本件学院は外国人から人気が高く、平成25年、平成26年いずれも定員の上限まで留学生を受け入れた。

ところが、平成27年9月25日に、Xを退職した本件学院の元講師の告発により、本件学院の約15%、累計300人の在学生在が行方不明となっており、本件学院が所在を把握していないこと、かかる実態に合わせるため一部の講師が学籍簿や出席簿を改ざんし、通学する生徒の数を水増ししていたこと、行方不明者の実態把握が困難であることが判明した。

そこで、法務大臣から委任を受けたY県入管入国審査官は、同月29日に本件の実態調査を行い、その際、Xの代表者Bから、Y県入国管理局に報告していなかった長期欠席者が存在しており、告発された事実関係に概ね誤りがなかったことなどを聴取した。また、Bは、本件学院の在学生の管理状況等に関する問題点について、B自身が理解している事情を述べ、その後更なる疑問点について、問答の形式で個別に詳細な回答をした。これらBの回答内容は、誤りがない旨のBの署名捺印がなされた聴取書に正確に記載された。

上記調査の結果等を踏まえ、法務大臣は、平成27年4月16日付けで、各地方入国管理局長宛通達（入国・在留審査要領、以下「本件通達」という。）に基づいて、本件告示の別表第一から本件学院の項を削除した（以下「本件削除」という。）。

Xは、①日本語学校として本件学院の経営はできるものの、本件削除により、外国人が本件学院に入学しても「留学」の上陸のための条件を満たすことにはならず、「留学」の在留資格を取得しようとする外国人を受け入れられなくなること、②学籍簿や出席簿の改ざんについては、Bは把握しておらず、一部の講師が行ったもので、当該講師には再発防止の指導を徹底したこと、③本件削除に際して、行政手続法（以下「行手法」という。）の聴聞又は弁明の機会を付与しなければいけないのに、これら機会が与えられなかったことを理由に、本件削除の取消訴訟（行政事件訴訟法第3条2項、以下「行訴法」という。）を提起した。

〔設問1〕

本件削除が行訴法3条2項の「行政庁の処分」に当たることについて、Xはどのような主張をすべきか。想定される被告国の反論を踏まえて丁寧に検討しなさい。

〔設問2〕

本件削除が「行政庁の処分」に当たることを前提に、取消訴訟において取消事由があるか、実体上の違法と手続上の違法（行手法違反）に分けて、Xの主張②、③に限って検討しなさい。

【資料】

○出入国管理及び難民認定法 昭和26年政令第319号（抜粋）

（目的）

第1条 ……法は、本邦に入国し、又は本邦から出国する全ての人の出入国及び本邦に在留する全ての外国人の在留の公正な管理を図る……ことを目的とする。

（上陸の申請）

第6条 本邦に上陸しようとする外国人……は、有効な旅券……を所持しなければならない。（略）。

2 前項本文の外国人は、……入国審査官に対し上陸の申請をして、上陸のための審査を受けなければならない。

第7条 入国審査官は、前条第2項の申請があつたときは、当該外国人が次の各号……に掲げる上陸のための条件に適合しているかどうかを審査しなければならない。

一 （略）

二 ……別表第一の下欄に掲げる活動……を行おうとする者については我が国の産業及び国民生活に与える影響……を勘案して法務省令で定める基準に適合すること

三・四 （略）

2～4 （略）

別表第一

四

在留資格	本邦において行うことができる活動
留学	……各種学校又は設備及び編制に関してこれらに準ずる機関において教育を受ける活動

○出入国管理及び難民認定法第7条第1項第二号の基準を定める省令（平成2年法務省令第16号）

……法第7条の規定に基づき、……法第7条第1項第二号の基準を定める省令を次のように定める。

……第7条第1項第二号の基準は、第2項の申請を行った者（以下「申請人」という。）が本邦において行おうとする次の表の上欄に掲げる活動に応じ、それぞれ同表の下欄に掲げるとおりとする。

活動	基準
法別表第一の四の表の留学の項の下欄に掲げる活動	一～五 （略） 六 申請人が……設備及び編制に関して各種学校に準ずる教育機関において専ら日本語の教育を受けようとする場合は、当該教育機関が法務大臣が……告示をもって定める日本語教育機関であること。

○出入国管理及び難民認定法第7条第1項第二号の基準を定める省令の留学の在留資格に係る基準の規定に基づき日本語教育機関等を定める件（平成○年法務省告示第××号）

……法第7条第1項第二号の基準を定める省令……の表の法別表第一の四の表の留学の項の下欄に掲げる活動の項（以下「留学の項」という。）の下欄の規定による日本語教育機関……は、次の各号に定めるものとする。

一 （略）

二 留学の項の下欄第六号の規定による日本語教育機関は、別表第一のとおりとする。

三・四 （略）

別表第一 ※本件削除前のもの

名称	所在地
A学院	Y県

○各地方入国管理局長宛通達（入国・在留審査要領） 第3分冊

第12編 在留資格

第21節 留学

第7 在籍管理状況等の把握

1 留学生の実態把握

(1) (略)

(2) ……設備及び編成に関して各種学校に準ずる教育機関

年2回、……留学生名簿により報告を求め、また月1回、不入学、退学者、除籍者及び所在不明者について退学者等名簿……により報告を求める。(略)

3 (略)

4 指導等

特定の教育機関において、不法残留者が多数発生している、……その他在籍管理が不適切であると認められる場合は、当該教育機関の留学生担当者から学生の選抜・選考、在籍管理方法等について事情を聴取する等して、改善を指導する。(略)

5 告示削除の上申

告示をもって定められた教育機関について、次のいずれかに該当する場合は、実態調査及び設置代表者等から事情聴取を行った上、告示削除……を行う。

(1)～(4) (略)

(5) その他適正な出入国管理の観点から、外国人の受入教育機関として不適格であると認められる事実が判明したとき。

2021年2月14日

担当：弁護士 山下 大輔

参考答案
[行政法]

第1 設問1

1 行訴法3条2項の「処分」とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが③法律上認められているものをいう。

2 (1)①について

国としては、本件削除は教育機関から事情聴取を行う上でなされるなど(本件通達第7の5)、当該教育機関の意思を反映するものであるから、①は認められないと反論することが考えられる。

しかし、「指導」(同4)「報告を求める」(同1)、などといった文言自体権力的な意思のあらわれであるし、処分を前提とする具体的規律といえる。また、本件削除は、これら手続に続き、教育機関の代表者等の判断を介在させることなく法務大臣の判断として一方的に行われる。これらのことから、本件削除は、法務大臣が法の執行として一方的に行う権力的な意思活動といえるから、①は認められる。

(2)②について

国としては、本件削除がなされてもXは日本語学校として本件学院を運営できるため、Xに対する個別具体的な法効果はないと反論することが考えられる。

しかし、本件削除がなされると、外国人が本件学院に入学しても「留学」の活動に係る上陸許可基準を満たすことにはならないため、そのような在留資格を得て日本において活動しようとする外国人は本件学院への入学を希望しなくなる。そのため、Xは、本件削除に

より、相当程度の確実さをもって實際上日本語教育機関としての経営自体も断念せざるを得ないことになる。このことから、本件削除は、Xの営業権等に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、②は認められる。

(3)③について

国としては、本件削除は本件通達を直接の根拠としており、③が否定されると反論することが考えられる。

しかし、法は、上陸許可基準及び在留資格として「留学」の項を設け、「留学」の要件を満たす入通学先教育機関を法務省令と本件通達で定めている。このことから、本件通達に基づく本件削除は、出入国及び在留の公正を図る(法1条)ために上陸許可及び在留資格に係る処分等といった法内容を補充するものといえる。かかる法の仕組みから、本件削除は実質的に法に基づいて行われるものといえる。

3 以上より、本件削除は「処分」に当たる。

第2 設問2

1 実体違法について

(1)本件削除は本件通達に基づいて行われており、特段の基準や要件は法定されていない。また、法務大臣は出入国管理行政全般について権限を有し、国内及び国外の情勢に関する知見及び判断資料を有している。これらのことから、告示削除の判断については法務大臣に広汎な裁量が認められる。もっとも、外国人の受入機関としての不適格性(本件通達第7の5の(5))を判断するに当たり、考慮すべ

き要素・事項を正しく考慮せず、社会通念上妥当性を欠いた場合は、本件削除は裁量の逸脱・濫用に当たり違法となる(行訴法30条)。 (2) Xは、学籍簿や出席簿の改ざんは一部の講師が行ったものに過ぎず、当該講師に再発防止の指導を徹底したことを取消事由として主張している。かかる主張は、外国人受入機関としての適格性の判断に際し、再発のおそれ、すなわち不法残留の組織的背景・温床の有無を考慮すべきであり、本件学院にはそのような背景等はないため不正を行った講師に再発防止の指導を徹底することにより外国人受入機関としての適格性を欠くものではないといった主張といえる。 (3) 法を補充する本件通達は、指導や報告、調査、告示削除等の具体的規律により留学生の在籍管理状況の把握を徹底している。これは、ひとたび「留学」の資格を得て日本に滞在を始めた外国人の不法残留を防ぎ、適正な在留更新等、在留の公正(法1条)を図ることを趣旨としている。かかる趣旨からすると、外国人受入機関としての適格性を判断するに際しては、純然たる外国人の在籍管理能力自体が重要であるから、既に所在不明者が多発した場合はそれら所在不明者の追跡・把握の能力、将来の在籍管理の具体的改善策の有無等が考慮事項であり、組織的背景・温床の有無は考慮事項とはならない。 (4) そのため、Xの主張どおり本件学院に不法残留の組織的背景・温床がなくとも、それらを考慮しないことが裁量の逸脱濫用とはならない(なお、本件学院は在学生のうち既に大量の所在不明者を出しており、これらの者の所在把握も困難を要していること、在籍管理の	具体的改善策も見当たらないことを考慮すると、本件学院が適格性を欠くとの判断は社会通念上妥当性を欠くとはいえない。)。よって、本件削除は裁量の逸脱濫用とはならず、実体法上取消事由はない。 2 手続違法について (1) 本件削除は「名宛人の……地位をはく奪する不利益処分」(行手法13条1項1号ロ、同2条4号)に当たり、行手法15条以下の「聴聞」手続の履践が必要である。ところが、行手法15条以下の聴聞手続は履践されていない。かかる手続違反が取消事由になるか。 (2) 聴聞手続の趣旨は、行政の判断が独断に陥ることを防ぎ、相手方が自己の防御権を行使できるようにすることにある。そして、これら趣旨を全うするため、行手法は明確な行政の作為義務として聴聞手続を規定している。したがって、これら趣旨を没却しない特段の事情がある場合を除いて、聴聞手続の違反は取消事由となる。 (3) 本件では、Y県入管入国審査官の実態調査において、Bは事実関係の聴取を受け、また問答形式で個別に詳細な回答をするなど、自身の意見や主張する根拠等について、回答ないし弁明する機会は十分に与えられていたといえる。そのため、行手法上の形式的な手続の履践はなかったものの、これら調査の結果を踏まえた法務大臣の判断が独断に陥ったとはいえないし、Xが自己の防御権を行使できなかったとも言えない。 よって、聴聞手続の趣旨を没却しない特段の事情があるため、行手法13条1項違反は本件削除の取消事由とならない。 以 上
--	--

2021 年 2 月 14 日

担当：弁護士 山下 大輔

予備試験答案練習会(行政法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問1(原告適格)	(16)		
処分性の規範を, 判例を踏まえて定立できている。		1	
公権力性要件が問題となることを反論で示している。		2	
公権力性の定義・判断要素を踏まえて検討している。		3	
権利義務形成要件が問題となることを反論で示している。		2	
病院開設中止勧告事件を意識して権利義務形成要件を検討できている。		5	
法律の根拠要件が問題となることを反論で示している。		1	
通達や法令の関係性を踏まえて法律根拠要件を検討できている。		2	
設問2(実体違法)	(15)		
法務大臣に本件削除の裁量があることを認定できている。		3	
具体的な審査基準とともに裁量逸脱濫用の規範を定立できている。		3	
Xの主張を摘示・評価している。		4	
評価結果を自身が挙げた審査基準に当てはめている。		5	
設問2(手続違法)	(9)		
行手法が適用されること, 聴聞手続が要求されることを端的に示している。		2	
聴聞手続の趣旨を示して規範を定立できている。		3	
本件で行われた手続を踏まえて取消事由に当たるか検討できている。		4	
裁量点	(10)		
合 計	(50)		

行政法 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

過去の問題及び出題傾向等については、第1回行政法解説レジュメを参照。

設問1では、処分性に関する問題を出題した。処分性に関する問題は、直近では原告適格と交互に出題されており、原告適格と並ぶ超重要論点であるため、今後も出題可能性が高いと考え出題した。また、平成28年から連続して全部または一部の設問において主張反論形式の出題が続いているため、設問1でも主張反論形式の出題とした。

設問2では、実体違法と手続違法の問題を出題した。実体違法については、平成30年予備試験行政法と類似の主張から構成を組み立てさせる問題として、過去問研究の進捗を確認することをねらいとしている。また、手続違法については、平成24年、平成26年、平成28年にそれぞれ出題されているが、直近では出題されておらず、今後出題可能性が高いと考えられるため、今回出題した。

第2. 設問1（処分性）について

（1）問題の所在

本件削除は、①教育機関から事情聴取を行う上でなされるなど（本件通達第7の5）、当該教育機関の意思を反映するものであるから、公権力性が否定されないか。②本件削除がなされても、Xは日本語学校として本件学院を運営できるため、Xに対する個別的具体的な法効果がないのではないか。③本件削除は、本件通達を直接の根拠としており、法律の根拠がないのではないか。

（2）処分とは

ア 定義

①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが③法律上認められているものをいう。

イ ①公権力性要件

Point 議論の実益は、私法関係との峻別。

法が認めた優越的地位に基づいて、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動。

→④法律関係を一方的に変動させる効果。

⑤仮に違法なものであっても、権限のある行政庁又は裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する効果（公定力）。

→⑥その行為により法律関係を一方的に変動させる法的仕組みとなっているか。

⑦根拠法令上その行為につき不服申立て等の行政争訟が認められているか、手続や法の文言が行政処分として扱っているか。

重要判例 最判昭和 39 年 10 月 29 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]148 事件)

……本件ごみ焼却場は、被上告人都がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立つて締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人都において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人都自身の内部的手続行為に止まると解するのが相当である……。

それ故、仮りに右設置行為によつて上告人らが所論のごとき不利益を被ることがあるとしても、右設置行為は、被上告人都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものということを得ず、……。

重要判例 最判平成 15 年 9 月 4 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]157 事件)

……被災労働者が本件通達及び本件要綱に定める支給要件を具備するとして援護費の支給を申請した場合、労働基準監督署長はこれが所定の支給要件を具備しているか否かの確認をしなければならず、ここにおいて支給要件を具備するものと確認されることによつて、被災労働者に具体的な援護費支給請求権が発生し、逆にこれを具備しないものとされることにより、右請求権が否定されることになるものであつて、これはまさに労働基準監督署長がその与えられた優越的地位に基づいて一方的に行う公権的判断であり、……。

素材判例 大阪高判平成 20 年 3 月 13 日

……法務大臣から委任を受けている入局管理局長は、各地方入国管理局長宛通達(入国・在留審査要領)により、日本語教育機関が適切に学生の在籍管理を行っているか否かの実態の把握に務め、その指導等を行うとともに、日本語教育機関告示を削除、追加等をするための要件を定め、各地方入局管理局長は、その要件の充足の有無を判断すべく、実態調査をした上で、同告示削除等のりん請を行い、法務大臣の決裁を経、告示がなされているのである。……これらによれば、……告示は、国民の権利、義務に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、行訴法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たる……。

ウ ②権利義務形成要件

Point 複数の行政行為……①連動性(直接性)

②不利益の重大性(紛争の成熟性)¹

法的 事業計画決定 → 換地処分
① 「当然に」換地処分を受けるべき地位 ②事情判決

事実上 病院開設中止勧告 → 保険医療機関指定拒否
① 運用実態「相当程度の確実さ」 ②實際上病院開設断念

重要判例 最判平成 17 年 7 月 15 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]160 事件)

医療法は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならない旨を定めているところ(7 条 1 項)、……医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、……病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増加等に関し勧告することができる(30 条の 7)。そして、医療法上は、上記の勧告に従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。

¹ 平成 23 年度・同 30 年度予備試験、平成 20 年度・同 24 年度本試験参照。

他方、健康保険法……43条の3第2項は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときは、その指定を拒むことができると規定しているが、この拒否事由の定めの中には、「保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」との定めがあり、昭和62年保険局長通知において、「医療法第三十条の七の規定に基づき、都道府県知事が医療計画達成の推進のため特に必要があるものとして勧告を行ったにもかかわらず、病院開設が行われ、当該病院から保険医療機関の指定申請があった場合にあっては、健康保険法四十三条ノ三第二項に規定する『著シク不適当ト認ムルモノナルトキ』に該当するものとして、地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと」とされていた……。

上記の医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない。

素材判例 大阪地判平成19年4月19日(上記素材判例の原審)

……日本語教育機関の選定要件や選定手続は法律で定められておらず、個々の教育機関には、直接の申請権が認められていない上に、上記選定や告示を争う不服申立手続の定めもなく、……法務大臣において行うこととされていること……に照らせば、日本語教育機関告示は、法務大臣が、入管法、入管法施行規則、及び基準省令の規定を受けて、上陸許可基準を満たす日本語教育機関を一般的に明らかにしたものであり、個々の教育機関に対して告示に掲げられた教育機関として経営をなし得る法律上の地位を付与するような性質のものではなく、むしろ、一般的な規範の定立という性質を有するものと解される。

……原告は、本件告示がされると、本件学院で教育を希望する外国人は、在留資格を取得することができなくなり、本件学院の経営が不可能になると主張する。

確かに、日本語教育機関の別表第2から削除された教育機関においては、「就学」の上陸許可基準に適合しないことになるから、「就学」の在留資格を取得して、本邦に上陸しようとする外国人が、日本語教育機関別表第2から削除された教育機関を選択する余地はないと考えられ、本件学院が本件告示により経営上の不利益を被ることは否定できない。

しかし、前記のとおり、本件告示は、上陸許可基準の適合性の判断基準を一般的に明示したものであるにすぎないから、その結果、本件学院が経営上の不利益を被ることになったとしても、それは、外国人の選択の結果に基づく事実上の影響というべきであり、直ちに処分性を認める理由にはならない。

これに対し、原告は、最高裁平成17年判決は、医療法30条の7に基づく勧告の結果、保険医療機関の指定が受けられず、病院の開設自体を断念せざるを得なくなるという事実上

の効果を問題とするものであるから、本件告示がされた結果、原告に通学し又は通学しようとする学生が留学、就学の在留資格が受けられなくなり、本件学院の経営が著しく困難になるという事実上の影響が認められる以上、本件告示についても、処分性は認められると主張する。

そこで、検討するに、最高裁平成17年判決は、医療法と健康保険法によって構築された病院開設に向けた複数の行為による仕組み全体を視野に置いて検討した上で、医療法30条の7に基づく勧告に従わなかった場合には、相当程度の確実さをもって、保険医療機関としての指定拒否処分を受けることになるという、上記勧告の指定拒否処分に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の意義を考慮して、上記勧告を取消訴訟の対象としないことは不当であるとして、同勧告に処分性を認めたものである。これに対し、本件告示と本件学院に通学し又は通学しようとする学生に対する上陸不許可処分や在留期間更新不許可処分とは、別個の事由を契機としてされるものであり、一定の目的に向けられた複数の行為による仕組みを構成する関係にない。すなわち、前者は、本件学院の日本語教育機関としての適格性の有無、程度という観点から、一般的な規範の定立という形で随時され得るものであるのに対し、後者は、個々の外国人から、上陸申請や在留期間更新申請がある場合、その申請に対する処分としてされるものである。したがって、本件は、最高裁平成17年判決の事案のように、一定の目的に向けられた個々の行為について、その一つ一つを見たのでは把握し得ない新たな意味と機能があり、当該行為の処分性を、全体の仕組みの中でとらえないと不当な結果をもたらすような場面であるとはいえない。

したがって、本件告示がある場合、本件学院に通学し又は通学しようとする学生に対し、上陸不許可処分や在留期間更新不許可処分がされる蓋然性が高いとしても、そのような事実上の影響を及ぼし得ることを理由に、本件告示の処分性を認めることはできないというべきである。

素材判例 大阪高判平成20年3月13日

……日本語教育機関告示の別表第2から当該教育機関が削除された場合、外国人が同機関において教育を受ける活動をするを前提に「就学」の在留資格の認定申請、上陸許可申請を行っても、「就学」の活動に係る上陸許可基準を満たすことにならないため、そのような在留資格を得て本邦において活動しようとする外国人が当該教育機関の入学を希望しなくなり、また、同機関において既に「就学」在留資格で在籍している外国人は、上記削除により直ちに在留資格を失うことになるわけではないものの、そのまま当該機関に在籍していたのでは就学の活動に係る上陸許可基準を満たさなくなり、その後の在留期間更新許可を受けられなくなるおそれが出てくるもので、そうすると、上記削除を受けた機関は、相当程度の確実さをもって、上記のような外国人を受け入れ、教育し続けることが困難となり、實際上、Cから、Cが法務大臣に提出して定めた審査基準を満たした結果外国人に対する日本語教育を行う設備及び編成についての認定を受けた、日本語教育機関としての経営自体を断念せざるを得ないことになる。

……これらによれば、日本語教育機関告示の別表第2から当該教育機関を削除し、別表第5にこれを加える告示は、国民の権利、義務に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、行訴法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。

エ ③法律根拠要件

Point 形式的な法の根拠の有無ではなく、法の仕組みを具体的に解釈して法に基づいているといえるか。

重要判例 最判平成 15 年 9 月 4 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]157 事件)

……「労災就学援護費の支給について」と題する労働省労働基準局長通達……は、労災就学援護費は法 23 条の労働福祉事業として設けられたものであることを明らかにした上、その別添「労災就学等援護費支給要綱」において、労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を業務災害に係る事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長に提出しなければならない、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている。

このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第三章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているものと解するのが相当である。

素材判例 大阪高判平成 20 年 3 月 13 日

……本件告示のように、別表第 2 から当該教育機関を削除し、別表第 5 にこれを加える告示は、……法令の内容を補充するものといえるものである。

……これらによれば、日本語教育機関告示の別表第 2 から当該教育機関を削除し、別表第 5 にこれを加える告示は、国民の権利、義務に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、行訴法 3 条 2 項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。

(3) 本問について

本問では、①については大きく問題とならないため、主張反論形式ではなく、端的に論じる構成は考えられる(その場合は、②・③の論述内容によって点数を調整する。)。ただし、①も処分性の要素である以上、最低でも一言は触れる必要はある。

②については、病院開設中止勧告事件判例を参考に論じることが求められる。当該判例と本件事件の問題状況は類似するため、端的に当該判例に沿って論じれば十分であるが、当該判例の射程を対立軸に設定して考察することも考えられる。ただし、「Xはどのような主張をすべきか」、との設問の指示から、必ず肯定する結論をとる必要がある。

③については難問であり、労災就学援護費決定事件判決の言い回しや判断手法を抑えているかが勝負の分かれ目となる。少なくとも、「法律に基づいている」といえるか否かの問題意識は示す必要がある。なお、③の問題を①公権力性要件の問題、②権利義務形成要件の問題として捉えても、誤りではないので採点上差異を設けない。

第3. 設問2 (実体違法)について

(1) 問題の所在

Xは、「学籍簿や出席簿の改ざんは一部の講師が行ったものに過ぎず，再発防止の指導を徹底した」旨主張している。かかる事情は本件削除の取消事由となるか。

(2) 裁量統制について

ア 裁量の有無・広狭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 判断過程統制審査	事実誤認等 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) 判断過程統制審査	重大な事実誤認等 考慮遺脱・他事考慮

イ 審査手法について

(ア) 社会観念審査について

行政庁の判断が(全く)事実の基礎を欠き，又は社会観念上(著しく)妥当(性)を欠く場合に限って処分を違法とする審査手法。

事実誤認，目的違反・動機違反，信義則違反，平等原則違反，比例原則違反が審査基準となる。

重要判例 最大判昭和 53 年 10 月 4 日(行政判例百選 I [第 7 版]76 事件)

……判断の基礎とされた重要な事実¹に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか，又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうか……。

(イ) 判断過程統制審査について

行政庁が考慮すべき事項を考慮せず，考慮すべきでない要素を考慮したか(考慮遺脱・他事考慮)，重視すべき要素を重視せず，重視すべきでない要素を重視したか否か(考慮不尽)，といったように，行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査する手法。

重要判例 東京高判昭和 48 年 7 月 13 日(判タ 297 号 124 頁)一日光太郎杉事件

……本来最も重視すべき諸要素，諸価値を不当，安易に軽視し，その結果当然尽すべき考慮を尽さず，または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し，これらのことにより同控訴人のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には，同控訴人の右判断は，とりもなおさず裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして，違法となる……。

(ウ) 社会観念審査と判断過程統制審査の結合等について

重要判例 最判平成8年3月8日(行政判例百選Ⅰ[第7版]81事件)

……高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである……。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則13条3項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである……。また、原級留置処分も、学生にその意に反して1年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が2回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求される……。

……退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

重要判例 最判平成18年2月7日(行政判例百選Ⅰ[第7版]73事件)

……学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている(学校施設令1条、3条)ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられている……。

……その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる……。

(3) 本問について

本問では、①裁量の逸脱・濫用論のうち、⑦法の趣旨目的から考慮事項を設定して考慮遺脱・他事考慮を論じる(判断過程統制審査)、④比例原則違反等の審査基準を用いて論じる(社会観念審査)、②法の一般原則として比例原則違反を論じることなどが考えられる。

第4. 設問2(手続違法)について

(1) 問題の所在

Xは本件削除にあたっては、行手法の聴聞又は弁明の機会を付与しなければいけないのに、これらの機会が与えられなかったと主張している。そこで、そもそも本件削除に行手法は適用されるか。行手法が適用され、かつ行手法の聴聞手続違反があるとして、かかる違反が取消事由となるか。

(2) 手続違法の論じ方

- ①要求される手続の認定
- ②手続違反の有無・程度の認定
- ③取消事由との関係

原則 取消事由となる。

∵⑦行手法施行後は行政庁の作為義務として明確に法定されている。

①国民には正しい手続が履践されることにつき手続的権利が保障されている。

⑦要求される手続の趣旨目的の重要性。

例外 要求される手続の趣旨目的を没却しないなどの特段の事情がある場合は取消事由とならない。

(3) 本問について

- ①要求される手続の認定

本件削除は「名宛人の……地位をはく奪する不利益処分」(行手法13条1項1号ロ、同2条4号)に当たり、かつ、適用除外規定である行手法3条1項10号の「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」に当たらない。

→行手法15条以下の「聴聞」手続の履践が必要。

- ②手続違反の有無・程度の認定

行手法15条以下の手続は履践していないが、Bから詳細に事情聴取等をしている。

- ③取消事由との関係

聴聞手続の趣旨は、行政の判断が独断に陥ることを防ぎ、相手方が自己の防御権を行使できるようにすることにある。本問ではこれら趣旨を没却しているかを検討する。

素材判例 大阪高判平成20年3月13日

……行政手続法3条1項10号……にいう「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」とは、日本国籍を有しない者が日本に入国し、滞在し、又は日本から出国することに関して行われる処分及び行政指導をいい、日本の法人である控訴人が本件告示の適法性を争う本件のような場合には適用されない……。

……大阪入管入国審査官は、平成16年9月29日、本件実態調査を行い、その際、控訴人代表者であるBから、……当局に報告してなかった長期欠席者が存在していることなどの供述を得るとともに、学生のアルバイト斡旋状況、補習授業状況等についても確認をしたこと、大阪入管入国審査官は、同年10月22日、任意の出頭要請に応じたBに対し、大阪入管において、事情聴取を行い、その際、Bは、現A学院の経営の経緯、職員、学期等の一般的事項に加え、補習授業、出席簿の記載といった問題点を含む事項等について、B自身が理解する事情を述べ、その後更なる疑問点について、問答の形式で、個別に詳細な回答をし、これらの供述内容は、B自身が誤りがない旨確認した上で自ら署名捺印した、大阪入管入国審査

官作成の同日付け「聴取書」(乙7)に記載されていること、……によれば、本件においては、本件告示に先だって、現A学院に赴いての現地調査や控訴人代表者であるB本人に対する2回にわたる事情聴取において、控訴人の意見やその主張する根拠等について、回答ないし弁明する機会が十分与えられたということができ(Bに対する上記2回にわたる事情聴取の内容については、B自身が誤りがない旨確認した上で末尾に自ら署名捺印した聴取書2通が作成されている。)、このように、本件においては、控訴人にとって有利な情報が提供され、あるいは控訴人に不利益な情報を弾劾する機会を付与する事情聴取が3度も行われており、仮にあらためて控訴人に対する行政手続上の聴聞ないし弁明の機会がされたとしても、控訴人が日本語教育機関としてふさわしくないとしてされた本件告示の結果に影響を及ぼさないことは明らかである。

したがって、行政手続法13条1項違反を理由に本件告示を取り消すことはできないといふべきである。

以 上

【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
- ・ 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

2021年2月14日

担当：弁護士 山下 大輔

表

試験科目 試験地
行政法 明治大学

最優秀答案

行政
法
1
頁

第1.設問1.

1. 「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公営団体の行う行為のうち、その行為により、直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することと法律上認められているものという。

2. 本件削除は「処分」にあるからして、国からは、本件削除は本件通達に基づくものであり、通達は行政機関内部の規律に過ぎないことから本件削除は行政機関内部での効果を有する、と反論される。

3. 以上の反論を踏まえ、処分であると主張する。

(1) まず、本件通達は平成27年4月16日付で法務大臣から各地方入国管理局長に送られているところ、これは、国家行政組織法14条2項に基づくものであるから、本件削除は本件通達の内容としてなされている。そのため、本件削除は法律上認められた優越的地位に基づいて一方的に行われたものといえ、公権力性を有する。 + Xの意見存在なし

(2) 本件削除については、もとより法の中に規定があることは、本件通達(ニ)の(2)に明確に規定されていることである。このため、本件通達の内容(ニ)に於いて、告示削除の基準要件、や削除以外の方法を定められている。そのため、本件通達で本件削除について具体的な仕組みを決定しているものというべきである。本件通達(ニ)で本件削除は単なる内部的な定めであるといえ、外部的な影響も有している。

よって、本件削除は、本件学院は「日本語教育機関」であるから、外国人が本件学院に入学する「留学」の申請の段階での条件を満たさなければならない(法第1条第4項)ため、本件学院



※

(上記枠内に、受験番号シールを貼り付けること。)

は「留学」の在留資格を取得しようとする外国人を受入れること^{第30条第1項}
 本件学院の営業の自由^(憲法22条1項)が実質的に害されることになり
 (つまり、直接な効果は乏しいが) 日本法教育機関としての地位を奪われる

4. 以上より、本件削除は「違憲」にある。

第2. 設問2.

1. 実体上の違法.

本件削除は裁量の逸脱・濫用にあるとして違法か(行政法30条1)。

(1) 本件削除について要件裁量か認められるか。

ア. 裁量の有無は、法令の文言と処分性質等から行う。

イ. 本件通達第7の5(5)は、「適正な出入国管理の観点から外国人の受入
 教育機関として不適格」という文言になっている。何故「適正」を「不適格」とは
 状況により左右されるものであり、不確定概念といえる。また、判断にあたっては、

出入国管理に^{第1条第1項}詳細な情報を有する各地方入国管
 理局長の、専門的・技術的・政策的判断が要求されているといえる。

ウ. 以上より、本件削除について、要件裁量か認められる。

(2) 次に審査基準の問題である。この点、外国人の出入国管理は日本の治
 安維持の観点から外国人の入国の自由を憲法上保障されている。この
 入国管理局長に高度な専門的・技術的・政策的判断が要求される。本
 件削除は被侵害法益は、営業の自由という経済的自由である。

そのため、本入国管理局長の裁量に下されている。判断過程に合理性と
 結果、処分が社会通念上合理的と認められる。裁量の逸脱・濫用と判断される。

具体的な審査基準を。



注意
※さとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外（着色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部
※ません。
※インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した
※械で正確に読み取れないおそれがあり、零点となる場合があります。
※するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
※表裏を書き違えて答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に
※さい（試験時間終了後に記載することは認めません。）。
※※印の欄には何も記載しないでください。

※験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

の手続が必要となる。(か、行政手続法の定める「聴聞」の方式に従って、
「聴聞」がなされておらず、~~イ県~~~~国~~入居入国審査官の関与取り調査が
行われたことである。そのため、行政手続法13条1項13口の違反である。

(3)では、この違反は、取消事由となる。

この点、「聴聞」の手続は、行政処分がなされる前に各個人に処分内容の
を通知し、意見を述べさせること、適正な処分を行わせる^{い、やむに}~~目的を達成する~~
外、行政運営の公正の確保と透明性を図ることを目的としている。(行政手
続法1条)。そのため、「聴聞」は国民にとって重要な手続上の権利であり、
その侵害は取消事由となると解する。

△聴聞手続自体の趣旨を挙げ

(4)より、行政手続法13条1項13口の違反は取消事由である。^{ましよう。}

「常に」

以上

最優秀答案

回答者 RK 32 点

第 1 設問 1

1. 「処分」(行訴法 3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国又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又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。
2. 本件削除が「処分」にあたるかにつき、国からは、本件削除は本件通達に基づくものであり、通達は行政機関内部の規律にすぎないことから本件削除も行政機関内部でしか効果を有しないと反論される。
3. 以上の反論を踏まえて、「処分」であると主張する。
 - (1) まず、本件通達は平成 27 年 4 月 16 日付けで法務大臣から各地方入国管理局長になされているところ、これは、国家行政組織法 14 条 2 項に基づくものである。そして、本件削除は本件通達の内容としてなされている。そのため、本件削除は法が認めた優越的地位に基づいて一方的に行われたものといえ、公権力性を有する。
 - (2) 本件削除については、もともと法の中に規定があるものではなく、本件通達によりはじめて明確に規定されたものといえることができる。そして、本件通達の内容により、告示削除の基準要件や削除以外の方法を定めている。そのため、本件通達の本件削除について具体的な仕組みを決定していたものといえることができ、本件通達および本件削除は単なる内部的な定めであるといえず、外部的な影響も有していた。

そして、本件削除により本件学院は「日本語教育機関」ではなくなり、外国人が本件学院に入学しても「留学」の上陸のための条件を満たすことにはならず(法別表第一の四)、本件学院は「留学」の在留資格を取得しようとする外国人を受け入れられなくなる。そのため本件学院の営業の自由(憲法 22 条 1 項)が実質的に害される(日本語教育機関としての地位を奪われる)ことになる。

したがって、直接法効果性も有する。
4. 以上より、本件削除は「処分」にあたる。

第2 設問2

1. 実体上の違法

本件削除は裁量の逸脱・濫用があるとして違法か（行訴法 30 条）。

（1）まず、本件削除について要件裁量が認められるか。

ア．裁量の有無は、法令の文言と処分の性質等から行う。

イ．まず本件通達の第 7 の 5(5)は、「適正な出入国管理の観点から外国人の受入教育機関として不適格」という文言になっている。何が「適正」、「不適格」かは状況により左右されるものであり、不確定概念といえる。また、判断にあたっては、出入国管理について詳細な情報を有する各地方入国管理局長の専門的・技術的・政策的判断が要求されているといえる。

ウ．したがって、本件削除について、要件裁量が認められる。

（2）次に審査基準が問題となる。この点、外国人の出入国管理は、日本の治安維持の観点および外国人に入国の自由が憲法上保障されていないことから、入国管理局長に高度な専門的・技術的・政策的判断が要求される。一方で削除による被侵害法益は、営業の自由という経済的自由である。

そのため、入国管理局長の裁量が大きいものといえ、判断過程が著しく合理性を欠く結果、処分が社会通念上著しく妥当性を欠くか否かで裁量の逸脱・濫用と判断する。

（3）本件で、確かに、学籍簿や出席簿の改ざんについて一部の講師が行い、当該講師には再発防止の指導を徹底していること、代表 B は Y 県入国管理局の調査に素直に応じていることから、今後同様の事態が起こる可能性は低く、「指導等」（本件通達第 7 の 4）で足りると思える。そのため、手段が過大で比例原則に反すると思える。しかし、本件では、本件学院の約 15%、累計 300 人もの在外生が行方不明となっており、あまりにも数が多い。そのうえ、本件学院は所在を把握しておらず、行方不明者の実態把握が困難というずさんな管理状態であった。また、実態に合わせるため、学籍簿や出席簿の改ざん、通学する生徒の水増しなど、意図的かつ悪質な隠ぺい行為も行われていた。これら改ざん行為を代表が把握していないほど管理・監督体制もずさんだった。

これらの状況を踏まえると考慮不尽や他事考慮もなく、比例原則にも反しないものといえ、判断過程の合理性を著しく欠くとまではいえず、裁量の逸脱・濫用はない。よって、取消事由はない。

2. 手続上の違法

- (1) まず、本件削除の性質が問題となる。この点、本件削除は、「行政方」である地方出入国管理局長が、法に基づき、本件学院を「名あて人」として「日本語教育機関」としての地位を奪うものであるから、「不利益処分」(行手法 2 条 4 号柱書き)にあたる。また、イからニの事情もない。
- (2) そして、本件削除が「不利益処分」にあたる以上、「聴聞」(行手法 13 条 1 項 1 号)ないし「弁明の機会の付与」(行手法 13 条 1 項 2 号)が必要となる。本件削除は本件学院の「日本語教育機関」としての「地位」を「直接にはく奪する不利益処分」(行手法 13 条 1 項 1 号ロ)である。そのため「聴聞」の手続が必要となる。しかし、行手法 15 条の定める「聴聞」の方式に従って、「聴聞」がなされておらず、Y 県入管入国審査官の聞き取り調査が行われただけである。そのため、行手法 13 条 1 項 1 号ロの違反がある。
- (3) では、この違反は、取消事由となるか。
- この点、「聴聞」の手続は、行政処分がなされる前に名あて人に処分内容などを通知し、意見を述べさせることで、適正な処分を行い、それにより、行政運営の公正の確保と透明性を図ることを目的としている。(行手法 1 条)。そのため、「聴聞」は国民にとって重要な手続上の権利であり、その侵害は取消事由となると解する。
- (4) よって、行手法 13 条 1 項 1 号ロの違反が取消事由となる。

以 上

最優秀答案

答案練習会 第15回 行政法

A 32

設問1 (以下、条文数のみは行政事件訴訟法)

1 取消訴訟は行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟類型であることから、

「行政庁の処分」(3条2項)とは公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち(①公権力性)、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又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(②直接・具体的法効果性)をい
うのが原則である。しかし、今日行政主体と国民との関係は複雑化しており紛
争の成熟性、国民の実効的権利救済の観点も加味して判断すべきである。

2 まず、本件削除は本件通達に基づき優越的地位に基づいて一方的に行う実
質的な公権力の行使であり、①公権力性は認められるとXは主張する。
Xの意思の介在なく

3 次に、被告は本件通達は行政機関の内部間における行政規則であるから(内
部行為)、外部的法効果性すなわち直接・具体的法効果性はないこと及び紛争の
成熟性はないと反論する。

他方、Xは以下の反論をする。本件告示の別表第一から本件学院の項を削除され
ると本件学院の経営はできるものの外国人が本件学院に入学しても「留学」(在
留資格)の「上陸のための条件」(法7条)をみたさない。そうすると、「留学」
という在留資格を得て日本で滞在・活動することを希望する外国人が本学院の
入学を希望しなくなる。そうすると本件削除がなされることによって本学院は

相当程度の確実さをもって外国人を受け入れ教育することが困難になり、ひいては日本語学校の経営自体を断念せざるを得なくなる。そうであるならば本件削除は国民の権利・義務に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、直接・具体的法効果が認められる。加えて、本件削除によって学院の経営自体が困難になるから原告の法的地位に現実的不安が生じており紛争の成熟性も認められる。また、本件削除によって経営困難に陥る X の実効的権利救済の観点からも「処分」性を認めるべきである。

4 よって、本件削除は「行政庁の処分」にあたる。X は上記の主張をすべきである。

設問 2

第 1 実体法上の違法 (②)

1 X は②を主張し、本件削除は被告の裁量権の逸脱・濫用にあたり違法 (30 条) であると主張する。

2 法 7 条 1 項 2 号の基準を定める省令 (以下、省令という。) 基準において、「法務大臣が…告示をもって定める日本語教育機関」と定めている趣旨は、告示をもって定める教育機関の判断は、高度の専門的・技術的判断を要することから、その判断を入国管理行政全般について通曉している法務大臣の広範な裁量に委ねる点にある。そのため、裁量判断の過程で多事考慮、考慮不尽又は事実の評価の明白な合理性欠如がある場合、裁量権の逸脱・濫用として違法となる (30 条)。

＜ もう一歩、具体的な規範を (考慮事項の先出し等) 。

3 本件では、本学院の約 15 %、累計 300 人もの多数の在学生在行方不明となっており、本学院が所在を把握していないこと、かかる実体に合わせるため一部の講師が学籍簿・出席簿を改ざんし通学生徒数を水増ししていたこと、行方不明者の実態把握が困難であることが判明している。このような学院における出席状況・学生の所在等は在留管理を行う上で重要な判断資料となること、入国管理局に虚偽報告もしくは報告の不作为がなされた場合、外国人の適正な入国管理を行うことが困難になることに鑑み、X 代表者 B が学籍簿・出席簿改ざんを把握していなかったこと自体重大な過失があるといわざるを得ない。加えて、このような改ざんは悪質かつ重大な不正行為であり、代表者の指示なし

に一部の雇われ講師が自己の判断で行ったという主張は不自然であり合理性は

認められない。△ Bの重過失はともかく、本問の事情だけで故意まで認定できるかは一考の余地がありますし、問題文の事情は前提としてよいです。

4 よって、法務大臣の上記判断に事実の評価の明白な合理性欠如等はみられ

ず裁量権の逸脱・濫用は認められない。

第2 手続法上の違法 (3)

1 本件削除は「不利益処分」(行手法2条4号)にあたるため、「聴聞」(同法

13条1項1号柱書・イ)又は「弁明の機会の付与」(同2号)が必要であると

ころこれらの機会が付与されず手続き上の違法があるとXは主張する。

2 他方、被告は「外国人の出入国」「に関する」「処分」(同法3条1項10号)

は行手法の適用除外であるから、本件削除の際聴聞又は弁明の機会付与がない

ことは違法事由を構成しないと反論する。②

3 Xは、これに対して同条項の「外国人の出入国…に関する処分」とは日本国

籍のない者が日本に出入国する際行われる処分であって、日本法人が本件削除

を争う場合に適用されないと再反論するところ、この主張に合理的理由は認め

られる。② 細かい部分までよく気付けています。数量点が入ります。

4 本件削除がされるまでの間聴聞又は弁明の機会付与の機会が実質的に付与

されていたといえる場合、手続き的保障はあったといえるから行手法上の違法

事由を構成しないと考える。△ 聴聞の趣旨から規範を立てましょう。

本件では、Xを退職した元講師の告発によって入国審査官が本件の実態調査を

行い、その際X代表者Bから入国管理局に報告していなかった長期欠席者が存

在しており告発された事実関係に誤りがなかったことなどを聴取している。また、Bは本学院の在学生管理状況等に関する問題点についてBが理解している事情を述べさらなる疑問点につき問答形式で詳細な回答をし、内容に誤りが無い旨のBの署名押印がされた聴取書に正確に記載されている。上記事実を鑑みBは被告に不利益な事実を弾劾し弁明をする機会を付与されたといえ弁明又は聴聞の機会も実質的に付与されたと同視する。加えて、上記聴取によって被告の主張する本件における問題点等も理解する機会を付与されていたといえる。よって、実質的に行手法上の聴聞又は弁明の機会付与の手続き保障はあったといえる。

5 よって、手続上の違法はない。

第3 以上より、Xの主張②③について、取消事由はない。

以上

最優秀答案

回答者 MY 32 点

設問 1 (以下、条文数のみは行政事件訴訟法)

1. 取消訴訟は行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟類型であることから、「行政庁の処分」(3条2項)とは公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち(①公権力性)、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又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(②直接・具体的法効果性)をいうのが原則である。しかし、今日行政主体と国民との関係は複雑化しており紛争の成熟性、国民の実効的権利救済の観点も加味して判断すべきである。
2. まず、本件削除は本件通達に基づき優越的地位に基づいて一方的に行う実質的な公権力の行使であり、①公権力性は認められるとXは主張する。
3. 次に、被告は本件通達は行政機関の内部間における行政規則であるから(内部行為)、外部的法効果性すなわち直接・具体的法効果性はないこと及び紛争の成熟性はないと反論する。

他方、Xは以下の反論をする。本件告示の別表第一から本件学院の項を削除されると本件学院の経営はできるものの外国人が本件学院に入学しても「留学」(在留資格)の「上陸のための条件」(法7条)をみたさない。そうすると、「留学」という在留資格を得て日本で滞在・活動することを希望する外国人が本学院の入学を希望しなくなる。そうすると本件削除がなされることによって本学院は相当程度の確実さをもって外国人を受け入れ教育することが困難になり、ひいては日本語学校の経営自体を断念せざるを得なくなる。そうであるならば本件削除は国民の権利・義務に具体的な変動・影響を及ぼすものであり、直接・具体的法効果性が認められる。加えて、本件削除によって学院の経営自体が困難になるから原告の法的地位に現実的不安が生じており紛争の成熟性も認められる。また、本件削除によって経営困難に陥るXの実効的権利救済の観点からも「処分」性を認めるべきである。

4. よって、本件削除は「行政庁の処分」にあたる。Xは上記の主張をすべきである。

設問 2

第 1 実体法上の違法 (②)

1. X は②を主張し、本件削除は被告の裁量権の逸脱・濫用にあたり違法 (30 条) であると主張する。
2. 法 7 条 1 項 2 号の基準を定める省令 (以下、省令という。) 基準において、「法務大臣が…告示をもって定める日本語教育機関」と定めている趣旨は、告示をもって定める教育機関の判断は、高度の専門的・技術的判断を要することから、その判断を入国管理行政全般について通曉している法務大臣の広範な裁量に委ねる点にある。そのため、裁量判断の過程で多事考慮、考慮不尽又は事実の評価の明白な合理性欠如がある場合、裁量権の逸脱・濫用として違法となる (30 条)。
3. 本件では、本学院の約 15%、累計 300 人もの多数の在学生在が行方不明となっており、本学院が所在を把握していないこと、かかる実体に合わせるため一部の講師が学籍簿・出席簿を改ざんし通学生徒数を水増ししていたこと、行方不明者の実態把握が困難であることが判明している。このような学院における出席状況・学生の所在等は在留管理を行う上で重要な判断資料となること、入国管理局に虚偽報告もしくは報告の不作为がなされた場合、外国人の適正な入国管理を行うことが困難になることに鑑み、X 代表者 B が学籍簿・出席簿改ざんを把握していなかったこと自体重大な過失があるといわざるを得ない。加えて、このような改ざんは悪質かつ重大な不正行為であり、代表者の指示なしに一部の雇われ講師が自己の判断で行ったという主張は不自然であり合理性は認められない。
4. よって、法務大臣の上記判断に事実の評価の明白な合理性欠如等はみられず裁量権の逸脱・濫用は認められない。

第 2 手続法上の違法 (③)

1. 本件削除は「不利益処分」(行手法 2 条 4 号) にあたるため、「聴聞」(同法 13 条 1 項 1 号柱書・イ) 又は「弁明の機会の付与」(同 2 号) が必要であるところこれらの機会が付与されず手続き上の違法があると X は主張する。
2. 他方、被告は「外国人の出入国」「に関する」「処分」(同法 3 条 1 項 10 号) は行手法の適用除外であるから、本件削除の際聴聞又は弁明の機会付与がないことは違法事由を構成しないと反論する。
3. X は、これに対して同条項の「外国人の出入国…に関する処分」とは日本国

籍のない者が日本に出入国する際行われる処分であって、日本法人が本件削除を争う場合に適用されないと再反論するところ、この主張に合理的理由は認められる。では、違法はあるか。

4. 本件削除がされるまでの間聴聞又は弁明の機会付与の機会が実質的に付与されていたといえる場合、手続き的保障はあったといえるから行手法上の違法事由を構成しないと考える。

本件では、X を退職した元講師の告発によって入国審査官が本件の実態調査を行い、その際 X 代表者 B から入国管理局に報告していなかった長期欠席者が存在しており告発された事実関係に誤りがなかったことなどを聴取している。また、B は本学院の在学生管理状況等に関する問題点について B が理解している事情を述べさらなる疑問点につき問答形式で詳細な回答をし、内容に誤りがない旨の B の署名押印がされた聴取書に正確に記載されている。上記事実に鑑み B は被告に不利益な事実を弾劾し弁明をする機会を付与されたといえ弁明又は聴聞の機会も実質的に付与されたと同視しうる。加えて、上記聴取によって被告の主張する本件における問題点等も理解する機会を付与されていたといえる。よって、実質的に行手法上の聴聞又は弁明の機会付与の手続き保障はあったといえる。

5. よって、手続上の違法はない。

第3 以上より、X の主張②③について、取消事由はない。

以 上

採点講評

(2021 年 2 月 14 日 行政法)

第 1 全体について

全体の答案の出来は第 1 回(2020 年 11 月 15 日)に比べて相当良くなりました。

第 1 回の形式面の注意として挙げた、①主張反論形式ではあくまで論点摘示，問題提起のために反論を持ち出す程度で十分であること，②タイトルで「あてはめ」，「保護範囲要件」など，講学上のみ使用されている用語を使用しないこと，などの部分は改善されていました。また，昨年及び第 1 回で，処分性や原告適格の規範ぐらいは挙げられるように，と口酸っぱく指摘したことが功を奏したのか，処分性の定義を挙げられない答案は 1 通しかありませんでした。さらに，受験生の苦手な実体違法の問題についても，何とか規範を挙げて論じる姿勢が見られました。これはとくに大きな進歩です。

毎度の割合ですが，現時点で司法試験本試験行政法を受けても中上位で合格答案となる答案（30 点前後）が 3 通ほどありました。それとあわせて予備試験合格答案レベルの答案（25 点以上）は全体の約 3 割であり，1 回目よりも微増となりました。

第 2 個別の注意点について

1. 設問 1 について

公権力性について，そもそも言及していない答案が多数ありました。参考答案のように主張反論を組み立てて詳細に論じることまではしなくてもよいですが，処分性の要素である以上必ず一言でも触れるようにはしてください。

また，法的効果性について，通達自体の処分性を検討している答案が少数ありました。本問では本件告示という通達が問題となっており，通達自体の処分性という論点に飛びつきたくなる気持ちはわかります。しかし，よく考えて頂きたいですが，通達の処分性を認め取り消すべき瑕疵があるとした場合，取消判決の効果として通達自体が取り消され無効になり，第三者効により A 学院を含めた別表記載のすべての学校が「留学」資格を得て我が国で活動しようとする外国人を受け入れる根拠がなくなってしまうことになります。ですので，本問は通達の内容として，A 学院を削除したという具体的行為を捉えて処分性等を検討すべきです。

2. 設問 2（実体違法）について

毎度の指摘になりますが，実体違法の問題になると，やはり法の趣旨目的を認定することなく，問題文の事情を書き連ねて，裁量の逸脱はない，と結論付ける答案が散見されました。そのような答案は誰もが考えなしに書ける答案に過ぎず，法律

論文として点数は入りません。必ず具体的な審査基準や考慮要素を設定し当てはめるようにしてください。例えば、比例原則違反については、削除により学校の経営に重大な影響→指導等が併記されている趣旨は、このような重大な影響を与えることに鑑み、軽微な違反等についてはできる限り指導を前置させる趣旨→指導等では補正できない重大な公益侵害がある場合を除き、指導等を前置せずに直ちに削除することは、目的と手段が相応しておらず比例原則違反となる、などと具体的な基準を挙げ当てはめて論じるほうが法律論文として適切です。

また、意外にも、解釈違反と裁量の逸脱濫用を混同して論じている答案が少数ありました。要件については裁量を認めず解釈違反、効果については裁量を認め裁量の逸脱濫用を論じる、あるいは複数の要件のうち、裁量を認めない要件と裁量を認める要件を分けて論じる、などは有り得ますが、一つの要件について解釈違反と裁量の逸脱濫用を論じるのは、裁量を認めず、かつ、裁量を認めるという二律背反ですので明確な誤りです。

さらに、Bの不正に関与していない旨の供述は信用できない、告発内容は真偽が不明である、などと、問題文の事情（所与の事実）をそもそも疑い出す答案も複数ありました。基本的なことですが、実務基礎科目（民事・刑事）等の事実認定問題や設問で信用性を検討させる特段の具体的指示がない限り、問題文の事情は真実であることを前提に論じるようにしてください。そうでないと、極端な話ですが、Xの商業登記が資料として添付されていない以上、Xという法人が本当に実在しているかそもそも不明である、などと、問題文の一行目からすべて疑うことになりかねません。

Bの主張についても、一部の講師が行ったものに過ぎずBは把握していなかったと漫然と記述するだけではなく、裏を返せば、Bが把握できなかったという管理能力の問題、ひいては留学生を受け入れる教育機関としての適性を欠くのではないかなどの思慮深い考察ができるとよかったです。そのような論述をしている素晴らしい答案は、2通ありました。

3. 設問2（手続違法）について

単に行手法の聴聞手続が履践されていないことをもって、問題文の事情や聴聞手続の趣旨に言及せず直ちに違法とする答案が多数ありました。

行手法制定の趣旨、聴聞手続の趣旨を重視して行手法上の手続違反は常に違法となるとする見解は決して誤りではありません。しかし、そのような見解をとるのであれば、例えば冒頭で問題文の事情を挙げ、このような手続が履践されていることで実質的に聴聞に代替しており、取消事由を構成しないのではないかなどと問題提起し、聴聞手続の趣旨を具体的に挙げ、このような重要な手続である聴聞を経ない以上は、常に（あるいは本問の手続だけでは）違法となる、と論じたほうが説得的です。そのように論じた素晴らしい答案は1通だけありました。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2021年2月14日分 得点分布表

行政法

出席者 26名 平均点 18.5点

分布	人数
0	0
1～5	2
6～10	4
11～15	2
16～20	6
21～25	7
26～30	2
31～35	3
36～40	0
41～45	0
46～50	0

(人数)

