

プレ講義解説（行政法）  
令和3年度司法試験合格者(令和2年度予備試験合格) 藤瀬淳

1 法律答案の書き方・作法

- ・文字は読みやすく、略字は用いない
- ・設問変わる場合でも、頁を変えたり、行を空けたり絶対にしない  
1行目から最後の行の「以上」まで行を空けることはない
- ・ナンバリングした場合には、ナンバリングに合わせて字を下げ、左端に空白のスペース（インデント）をとる

具体例

1 本件勧告について

- (1) Xは、本件勧告に処分性が認められることについて、どのような主張をすべきか。
- (2) 「処分」(行政事件訴訟法(以下、行訴法)3条2項)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、それ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が法律上認められているものをいう。

2 行政法について

(1) なぜ今回行政法を出題したか

- ・受験生が後回しにしがち  
→そのためか、受験生全体のレベルが低い(おそらく主要7科目で一番低い)
- ・しかし、覚えることはそこまで多くない(おそらく憲法に次いで少ない)
- ・出題パターンがだいたい決まっている  
→早いうちから取り組んでもものにしておけば、安定して高得点狙える

(2) 行政法の出題パターン

- ・設問は2つ  
片方で訴訟要件該当性を、もう一方で本案で主張する違法性について問うパターンが多い  
…最近はこのパターンとは異なるマニアックな論点も混ぜてくる傾向
- ・訴訟要件該当性として問われるのは、処分性か原告適格の可能性が高い(数年前までは交互に出題)
- ・違法性の主張については、裁量の逸脱濫用の可能性がかなり高い  
手続上の違法もそれなりの頻度で出題される  
→めちやくちや複雑な法律論を考えさせられることはあまりないので、行政法全般の基本的な理解ができているか、初めて見る法令の仕組み解釈ができるか、判例をきちんと理解しているか、こういった事項が問われる

### 3 本問(平成 30 年予備試験)の解説

#### (1) 設問 1

##### ア 総論

- ・問われているのは、本件勧告及び本件公表が「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」にあたるか、すなわち本件勧告と本件公表それぞれの処分性について X の主張を、想定される Y 県の反論を踏まえて検討する必要あり

##### ・処分性の検討手順

「処分」についての昭和 39 年判例の解釈を示す

「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、それ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が法律上認められているものをいう

↓

考慮要素を示す

①公権力性 ②直接具体的法効果性 ③実効的権利救済の観点 (諸説あり)

↓

①公権力性のあてはめ

公権力性：優越的地位に基づく一方的な行為であれば認められる

↓

②直接具体的法効果性のあてはめ(考え方次第で複数に分かれる可能性あり)

直接具体的法効果性：法・条例の仕組みや効果、問題文中の具体的事情に着目し、判例を参考にあてはめ

↓

③実効的権利救済の観点からの検討(必要不可欠ではないが加点事由)

法・条例の仕組みや効果、具体的事情に着目し、現段階で争うことができるようにしなければ原告に不利益で酷とならないか、検討

→結論

##### ・主張反論の書き方について

あくまでも求められているのは原告(X)側の主張

→ベースはX側に立った検討

→反論は争点を明確化するために核心的な部分について端的に書けば十分、具体的にY県の主張を書く必要はなし

#### イ 本件勧告について

- ・想定される反論

条例 48 条の文言から本件勧告は行政指導であり、事実行為にすぎない

→主に法効果性が争点となる

- ・Xの主張内容

条例 49 条が意見陳述の機会を保障しているという構造

→あえて行政手続法(以下、行手法)13 条柱書と同じ手続きを備えており、勧告

を不利益処分と捉えている という評価ができる

条例 50 条の文言「勧告に従わないときは、その旨を公表するものとする」

→勧告に従った行動をとらなければ、相当程度の確実性をもって、後述の通りの

制裁的公表を受ける という評価ができる

#### ウ 本件公表について

- ・想定される反論

本件公表は事実を周知する事実行為にすぎない

→法効果性が争点となる

- ・Xの主張

勧告に従わない場合に本件公表がなされるという条例の仕組み

→条例 50 条の目的は、本件勧告に従わない場合に制裁を与えることにあるので、

本件公表は制裁的機能を有する と評価できる

本件公表がなされると、Xの信用が失墜し、金融機関Aからの融資が停止される

→実際に制裁的な効果が実現される、差止め訴訟提起できないと権利救済は図

れない と評価できる

## (2) 設問2

### ア 総論

- ・問われているのは、Xが本件勧告の取消訴訟において主張すべき違法の内容

設問1同様に、反論は争点について端的に書けばよい

- ・では違法事由として何を主張すべきか  
判断の際に着目するポイント
  - ・設問での指定・明示
  - ・問題文中で当事者が不満を持っている部分
  - ・問題文で文章量が多く割かれている事実

そのうえで、行政法で求められる違法の内容としては、6・7割が裁量の逸脱濫用  
→まずは裁量の逸脱濫用を疑って構わない

⇒本問では条例の文言該当性に関する事実・文章の量が多く、勧告を選択した判断にXは不満を持ってそうなので、裁量の逸脱濫用は問題になりそう

具体的には条例25条4号の要件該当性、48条の「消費者の利益が害されるおそれ」の該当性、Yが「指導」ではなく「勧告」を選択した点について、裁量の逸脱濫用を検討することになる

→その後他の違法事由(手続上の違法等)がないか考える

⇒本問では勧告の内容や理由提示が抽象的なので、手続上の違法が問題になりそう

…ただ、Y県で行政手続法と同内容の条例が定められている旨の記載はない

⇒行手法3条3項かっこ書により行手法は適用除外となるので、本問では検討の対象とならない

- ・裁量の逸脱濫用の検討手順

裁量の有無・広狭の検討

…法令の文言や処分の性質、処分により生じる不利益の程度等に着目して判断

↓

規範定立

…昭和53年判例や平成18年判例が参考になる

「〇〇(考慮不尽や事実誤認、目的違反など裁量の逸脱濫用にあたる事由)があり、」  
「その結果」

「重要な事実の基礎を書く場合」or「社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合」  
or「合理性を欠く場合」

※裁量の広さに応じて規範を使い分ける

→「裁量の逸脱濫用が認められる」

↓

あてはめ

イ 要件裁量について

・ 想定される反論

25 条 4 号該当性の判断及び 48 条の「消費者の利益が害されるおそれ」の判断には Y 県に裁量が認められ、その範囲内で行使されている

・ X の主張

本問における X の従業員の行為は 25 条 4 号には該当しない

「消費者の利益が害されるおそれ」も認められない

→ Y は要件裁量を逸脱濫用している

ウ 効果裁量について

・ 想定される反論

勧告を選択したことは裁量の範囲内である

・ X の主張

条例違反があるとしても、従業員の一部による違反である、また従業員の指導教育はすでに行われている

処分による X の不利益は大きい

→ Y は効果裁量を逸脱濫用している

## 第1 設問1

### 1 本件勧告について

- (1) Xは、本件勧告に処分性が認められることについて、どのような主張をすべきか。
- (2) 「処分」(行政事件訴訟法(以下、行訴法)3条2項)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、それ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が法律上認められているものをいう。

具体的には、①公権力性②直接具体的法効果を基準とし、③実効的権利救済の観点も加味して判断する。

- (3)ア 本件勧告は、条例(以下、法令名省略)48条に基づきY県がXに対して行った、優越的地位からの一方的な行為といえるので、公権力性が認められる(①)。

イ ここで、本件勧告は行政指導であり、事実行為にすぎない旨のY県からの反論が想定される。

しかし、49条は意見陳述の機会を保障している。これは、あえて行政手続法(以下、行手法)13条柱書と同じ手続きを置いたもので、勧告を不利益処分と捉えていることを意味する。また、50条は「勧告に従わないときは、その旨を公表するものとする」と規定しているため、勧告に従わなければ、Xは相当程度の確実性をもって、後述の通りの制裁的公表を受ける立場に立たされるといえる。

したがって、本件勧告にはXに対する一定の法効果が認められ(②)、後述の通り、本件公表がなされるとXの経営に深刻な影響が及ぶので、勧告の段階で処分性を認めることが実効的権利救済に資するといえる(③)

- (4) よって、本件勧告には処分性が認められる。

### 2 本件公表について

- (1) Xは、本件公表に処分性が認められることについて、どのような主張をすべきか。
- (2) 勧告と同様の基準で処分性を判断する。
- (3)ア 本件公表は、50条に基づきY県がXの勧告不服従を周知するもので、優越的地位に基づく一方的な行為といえるので、公権力性が認められる(①)。

イ ここで、本件公表は事実を周知するもので、事実行為にすぎない旨のY県からの反論が想定される。

もっとも、勧告に従わない場合に本件公表がなされるという条例(50条)の仕組みからすると、本件公表は本件勧告に従わない場合になされる制裁的公表といえる。また、本件公表がなされることで、Xの信用は失墜し、金融機関Aからの融資が停止され、Xの経営に深刻な影響が及ぶため、Xに重大な不利益となる効果の発生が認められる。

したがって、実際に制裁的な効果が実現されるので直接具体的法効果が認められ(②)、公表前に差止め訴訟を提起できないと権利救済は図れない(③)。

- (4) よって、本件公表には処分性が認められる。

## 第2 設問2

1 Xは、本件勧告が違法であることについてどのような主張をすべきか。

本件勧告の根拠となる48条の適用において裁量の逸脱濫用(行訴法30条)が認められることを主張することが考えられる。

2 要件裁量の逸脱濫用

(1) 48条の定める要件は25条の違反及び「消費者の利益が害されるおそれ」があることである。問題となる25条4号の「困惑」や「迷惑」という文言や「消費者の利益が害されるおそれ」は抽象的である。そして、適正な取引行為に関する判断は専門性が要求される。一方で、上述の通り、本件勧告によるXの不利益は重大である。そのため、要件該当性については、Y県知事に一定程度の広さの裁量が認められる。

そこで、判断過程に事実誤認や考慮不尽等があり、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を書く場合には、裁量の逸脱濫用が認められるとすべきである。

(2) ここで、Xの従業員による(ア)(イ)の発言は25条4号に該当し、Xが勧告に従わない以上、再発のおそれがあるので、「消費者の利益が害されるおそれ」も認められる旨のY県からの反論が想定される。

もっとも、(ア)の発言は事実を述べているだけであり、(イ)の発言も一般的なセールストークの範囲内のものであるので、「威迫」「困惑」「迷惑」等にはあたらない。また、Xは従業員に対する指導教育をすでに行っているため、再発のおそれは低いといえ、「消費者の利益が害されるおそれ」も認められない。

したがって、Y県知事の認定は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くといえ、要件裁量の逸脱濫用が認められる。

3 効果裁量の逸脱濫用

(1) 条例48条は「指導」「又は勧告」「できる」と選択の余地を残しており、上述の通りその判断には専門性が必要となる。もっとも、上述の通り、勧告を受ける不利益は重大なので、この選択についても、Y県知事には一定程度の裁量が認められる。

そこで、判断過程に事実誤認や考慮不尽等があり、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を書く場合には、裁量の逸脱濫用が認められるとすべきである。

(2) ここで、勧告を選んだことは裁量の範囲内である旨のY県からの反論が想定される。

もっとも、仮に25条4号の要件該当性が認められるとしても、違反したのはXの従業員の一部であるので会社としての悪質性は低く、従業員の指導教育はすでに行われているので、再発のおそれも低い。このような事情を一切考慮せず、Xに重大な不利益をもたらす勧告という処分を行うことは、考慮不尽及び比例原則違反といえ、社会通念に照らし著しく妥当性を欠く。

したがって、効果裁量の逸脱濫用が認められる。

4 以上から、裁量の逸脱濫用が認められ、本件勧告は違法である。

以上