

論文式試験問題集
[行政法]

[行政法]

XはY県において浄水器の販売業を営む株式会社であるところ、Y県に対して「Xが消費者に対して浄水器の購入の勧誘を執拗に繰り返している。」との苦情が多数寄せられた。Y県による実態調査の結果、Xの従業員の一部が、購入を断っている消費者に対して、(ア)「水道水に含まれる化学物質は健康に有害ですよ。」、(イ)「今月のノルマが達成できないと会社を首になるんです。人助けだと思って買ってください。」と繰り返し述べて浄水器の購入を勧誘していたことが判明した。

そこでY県の知事（以下「知事」という。）は、Xに対してY県消費生活条例（以下「条例」という。）第48条に基づき勧告を行うこととし、条例第49条に基づきXに意見陳述の機会を与えた。Xは、この意見陳述において、①Xの従業員がした勧誘は不適正なものではなかったこと、②仮にそれが不適正なものに当たるとしても、そのような勧誘をしたのは従業員の一部にすぎないこと、③今後は適正な勧誘をするよう従業員に対する指導教育をしたことの3点を主張した。

しかし知事は、Xのこれらの主張を受け入れず、Xに対し、条例第25条第4号に違反して不適正な取引行為を行ったことを理由として、条例第48条に基づく勧告（以下「本件勧告」という。）をした。本件勧告の内容は、「Xは浄水器の販売に際し、条例第25条第4号の定める不適正な取引行為をしないこと」であった。

本件勧告は対外的に周知されることはなかったものの、Xに対して多額の融資をしていた金融機関Aは、Xの勧誘についてY県に多数の苦情が寄せられていることを知り、Xに対し、Xが法令違反を理由に何らかの行政上の措置を受けて信用を失墜すれば、融資を停止せざるを得ない旨を通告した。

Xは、融資が停止されると経営に深刻な影響が及ぶことになるため、Y県に対し、本件勧告の取消しを求めて取消訴訟を提起したが、さらに、条例第50条に基づく公表（以下「本件公表」という。）がされることも予想されたことから、本件公表の差止めを求めて差止訴訟を提起した。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

Xは、本件勧告及び本件公表が抗告訴訟の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たることについて、どのような主張をすべきか。本件勧告及び本件公表のそれぞれについて、想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい。

[設問2]

Xは、本件勧告の取消訴訟において、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。想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい（本件勧告の取消訴訟が適法に係属していること、また、条例が適法なものであることを前提とすること）。

【資料】

○ Y県消費生活条例

(不適正な取引行為の禁止)

第25条 事業者は、事業者が消費者との間で行う取引（中略）に関して、次のいずれかに該当する不適正な取引行為をしてはならない。

一～三 (略)

四 消費者を威迫して困惑させる方法で、消費者に迷惑を覚えさせるような方法で、又は消費者を心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態に陥らせる方法で、契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること。

五～九 (略)

(指導及び勧告)

第48条 知事は、事業者が第25条の規定に違反した場合において、消費者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、当該事業者に対し、当該違反の是正をするよう指導し、又は勧告することができる。

(意見陳述の機会の付与)

第49条 知事は、前条の規定による勧告をしようとするときは、当該勧告に係る事業者に対し、当該事案について意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない。

(公表)

第50条 知事は、事業者が第48条の規定による勧告に従わないときは、その旨を公表するものとする。

(注) Y県消費生活条例においては、資料として掲げた条文のほかに、事業者が第48条の規定による勧告に従わなかった場合や第50条の規定による公表がされた後も不適正な取引行為を継続した場合に、当該事業者に罰則等の制裁を科する規定は存在しない。

【平成30年度予備試験行政法出題趣旨】

設問1は、Y県消費生活条例（以下「条例」という）に基づく勧告と公表のそれぞれについて、その処分性（行政事件訴訟法第3条第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」への該当性）の有無の検討を求めるものである。

まず、最高裁判所昭和39年10月29日判決（民集18巻8号1809頁。大田区ゴミ焼却場事件）などで示された処分性の一般論を正しく説明し、処分性の有無を判定する際の考慮要素を挙げることが求められる。また、最高裁判所平成20年9月10日判決（民集62巻8号2029頁。土地区画整理事業計画事件）などの近時の判例では、実効的な権利救済を図るという観点を考慮する場合もあるが、このような実効的な権利救済について指摘することは加点事由となる。

その上で、勧告の処分性については、「公表を受け得る地位に立たされる」という法効果が認められるか否か、条例第49条（※当初掲載した出題の趣旨では条例第48条と記載していましたが、条例第49条の誤りでしたので訂正しました。）に基づく手続保障の存在が処分性を基礎付けるか否か、勧告段階での実効的な救済の必要が認められるか否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。

同様に、公表の処分性についても、公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否か、公表に制裁的機能が認められるか否か、公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。

設問2は、勧告に処分性が認められることを前提にした上で、勧告の違法性について検討を求めるものである。

まず、条例の文言の抽象性、侵害される権利利益の性質・重大性、専門的判断の必要性の3つを踏まえて、行政庁の裁量権が認められるか否かについて、当事者の主張を展開することが求められる。

次に、Xがした勧誘行為が条例第25条に掲げる「不適正な取引行為」の類型に当てはまるか否かの検討が必要となる。具体的には、同条第4号にいう「威迫して困惑させること」、「迷惑を覚えさせること」、「心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態にすること」の3つの要件の該当性を検討することが求められる。

また条例第48条にいう「消費者の利益が害されるおそれ」の要件については、将来において違反行為が繰り返される可能性を踏まえて、その有無を検討することが求められる。3つ目として、仮に要件該当性が認められるとしても、その効果として、勧告を行うことが比例原則に反するか否か、あるいは裁量権の逸脱・濫用に当たるか否かの検討が求められる。具体的には、前者については、比例原則に関する一般論を展開した上で、Xの違反行為の態様やその後の対応、Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。また、後者については、裁量権の逸脱・濫用に関する一般論を展開した上で、

Xの違反行為の態様やその後の対応，Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。

以 上

参考答案

[行政法]

参考答案

第1 設問1

1 Xは、以下の理由から、本件勧告及び本件公表が、権利利益の実効的救済の観点から、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画することが法律上認められている「処分」(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)3条2項)に当たると主張すべきである。

2 本件勧告について

(1) 本件勧告は、Xの意見(条例49条)を踏まえつつも、私人関係と異なり、同48条により認められる監督権限に基づき、知事がXに対し一方的に行うものであるから、①は認められる。

(2) ②につき、Y県からは、⑦勧告違反については条例50条のほか制裁規定が置かれておらず、勧告自体に何ら法的効果がないこと、④本件勧告の根拠たる条例48条は、「指導」と「勧告」を同列に規定しており、本件勧告は事実的な効果しか有しない行政指導(行政手続法(以下「行手法」という。)2条6号)であること、⑧勧告に処分性を認めなくても本件公表段階で勧告の違法性を争えば足りるため、②は認められないと反論し得る。

しかし、⑦条例50条は「公表するものとする」と規定しており、勧告違反により直ちに公表されることになる。そして、公表は下記のとおり「処分」に当たるところ、公表がなされると、消費者やXと取引関係にある企業からの信用は失墜し、ひとたび信用を失うと回復することが容易ではない。このような不利益の重大性に鑑みれば、

本件勧告は、Xの名誉等を侵害する公表を受ける地位に立たせる直接的具体的法効果を有する。④重大な不利益を伴う勧告の場合は、指導と異なり、行手法上の不利益処分の場合に相当する意見陳述の機会(行手法13条)を付与している(条例49条)ことも、勧告自体に具体的な法的効果を認めていることの証左である。また、⑦Xの権利利益の救済の観点から、信用が一度失墜する公表後ではなく、勧告時点で勧告の適法性を争う実益がある。

以上のことから、②も認められ、本件勧告は処分に当たる。

3 本件公表について

本件公表は、条例50条の監督権限に基づき、知事がXに対し私人関係とは異なり一方的に行うものであり、①は認められる。

②につき、Y県から、条例には公表後もなお不適正取引を行った場合の制裁規定がないため、事実上の情報提供の効果しか有さず、②は認められないと反論し得る。しかし、上記のとおり、後続する罰則規定がない故に、本件公表はそれ自体勧告違反の法的制裁として、Xのような事業者に重大な不利益を課すものであり、事実上の効果ではなく法的効果を有する。また、上記のとおり勧告の処分性を認めた場合、公表を受ける地位にないことの確認訴訟は方法選択の適切性を欠き、確認の利益を欠くから、Xの権利利益の救済の観点から、公表を処分として差止めを求める実益がある。

したがって、②も認められ、本件公表は処分に当たる。

第2 設問2

参考答案

Xは、以下の理由から本件勧告は違法であると主張すべきである。

1 25条の取引類型（処分要件）該当性

Y県としては、条例25条の取引類型の該当性につき、知事に広汎な裁量が認められると反論することが考えられる。しかし、同条は相当程度具体的に不適正取引を類型化しており、その内容も専門的知見が必要なものではないため、同取引の類型該当性につきY県知事に裁量はない。もっとも、(ア)の発言は、浄水器のメリットを訴えるための表現にすぎず、(イ)も、情に訴えるいわばセールストークにすぎず、各発言は欺罔や脅迫、不安感を煽るようなものではない。したがって、Xの勧誘は同条の各取引類型に該当しない。

2 「消費者の利益が害されるおそれ」(条例48条)該当性

同要件につき、文言の抽象性、上記の勧告による不利益の重大性から、消費者行政に精通した知事に裁量がある。しかし、事実に対する評価が明らかに合理性を欠く場合は裁量の逸脱・濫用として違法となる(行訴法30条)。そして、勧告の趣旨は、消費生活の安定と向上のため、不適正な取引行為の未然防止にあるから、将来において違反行為が繰り返される蓋然性の有無が評価要素となる。

本件では、執拗な勧誘はXの従業員の一部が行っていたにすぎず、組織的背景はない上、当該従業員に適正な勧誘をするよう指導教育しているため、今後の不適正取引の要因や温床はない。また、融資停止等のリスクを負ってなお不適正取引を強行することは考えられない。これらのことから、将来において違反行為が繰り返される蓋

然性はないため、消費者の利益が害されるおそれがあるとの評価は明白に合理性を欠き、本件勧告は裁量の逸脱濫用として違法となる。

3 比例原則違反

本件勧告が上記要件を満たす場合でも、目的達成のために必要かつ相当でなければ、法の一般原則たる比例原則に反し違法となる。

Y県としては、Xの執拗な勧誘につき多数の苦情が寄せられ、現に不適正取引を行っていた以上、勧告は必要かつ相当であると反論し得る。しかし、上記のとおり違反行為が繰り返される蓋然性はなく、消費生活の安定と向上を図るには指導でも十分に目的達成できる。また、上記のとおり勧告の不利益も大きい。これらのことから、本件勧告は必要性・相当性を欠き、比例原則に反し違法となる。

4 効果裁量

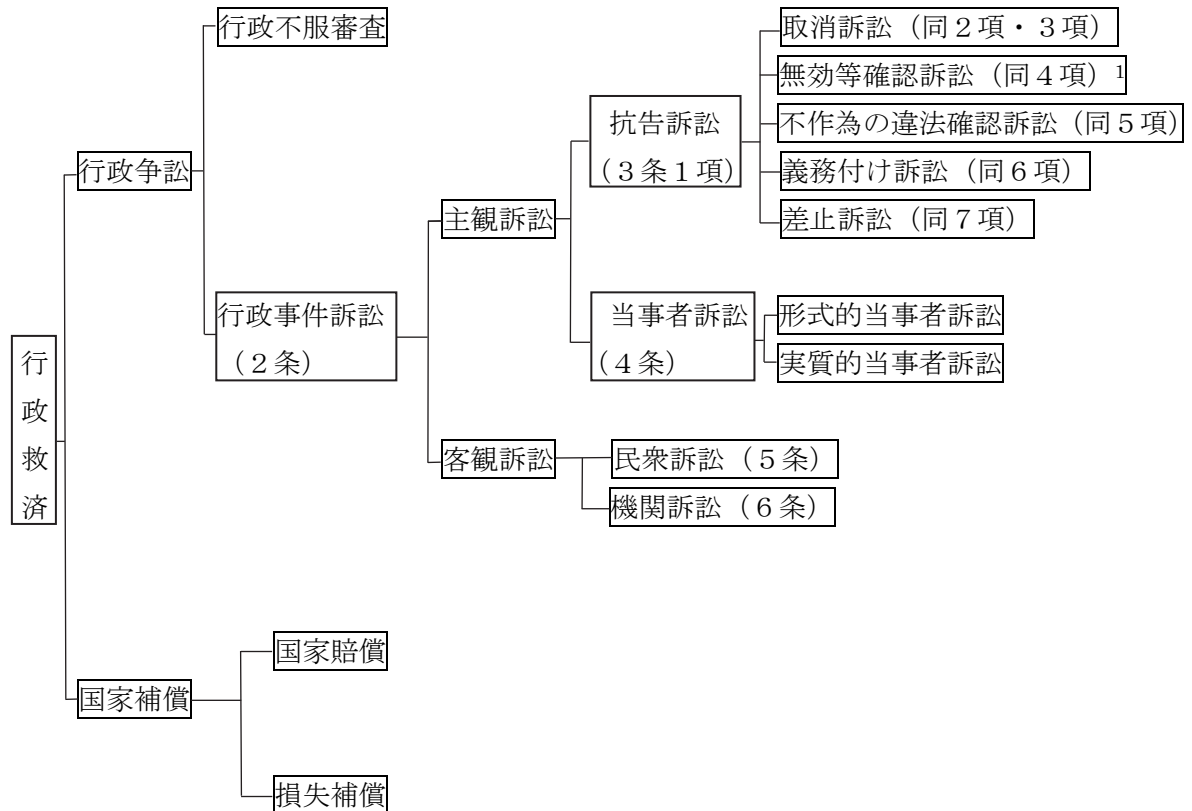
条例48条は「できる」規定を用い、勧告をするかしないかにつき消費者行政に精通した知事に裁量がある。しかし、考慮すべき事項を考慮せず、判断の過程に不合理な点がある場合、裁量の逸脱濫用として違法となる。そして、条例25条が将来の不適正取引を是正すべく取引態様を規制しているため、Xのその後の対応、Xの違反行為の態様は考慮事項となる。また、条例49条が勧告の不利益の重大性に配慮しているため、Xの不利益の重大性も考慮事項となる。

上記のとおり将来において違反行為が繰り返される蓋然性はなく、勧告の不利益も大きいことを考慮すると、本件勧告に至る判断は不合理であり、裁量の逸脱濫用として違法となる。 以上

予備試験対策ゼミ解説レジュメ

平成30年度予備試験行政法

第1 訴訟選択・訴訟要件



1 令和4年度予備試験

1 考え得る訴訟・仮の救済²

- ①本件勧告の取消訴訟（行訴法 3 条 2 項）
+本件勧告の効力についての執行停止申立て（行訴法 2 5 条 2 項）
- ②本件勧告に従う義務の不存在確認訴訟（行訴法 4 条後段）
+仮処分（民事保全法 2 3 条 2 項）
- ③本件公表の差止訴訟（行訴法 3 条 7 項）
+仮の差止めの申立て（行訴法 3 7 条の 5）
- ④本件公表を受ける地位にないことの確認訴訟
+仮の地位を定める仮処分（民事保全法 2 3 条 2 項）
- ⑤本件公表の民事差止訴訟
+仮の地位を定める仮処分（民事保全法 2 3 条 2 項）

2 本件勧告の取消訴訟

(1) 処分性

「処分」（行訴法 3 条 2 項）

- …①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち（公権力性）
②直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を画定することが法律上認められているもの（直接的具体的法効果性）
←権利利益の実効的救済，紛争の成熟性を考慮

(2) ①公権力性

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。

(3) ②直接的具体的法効果性

ア 問題の所在

(ア) 行政指導としての性質

- ・「指導し，又は勧告」（条例 4 8 条）という文言。
- ・条例 5 0 条以外に勧告違反に対する制裁規定がないこと。

→事実上の効果しかない行政指導（行手法 2 条 6 号）にすぎないのではないか。

(イ) 後続する公表との関係

公表に処分性が認められれば，勧告の段階で取り消すべき必要性・実効性がないのではないか。

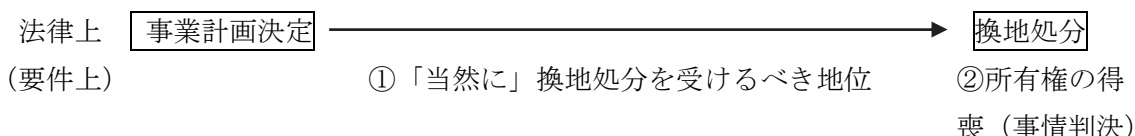
² 本問の事情をもとに，訴訟選択の問題が出題された場合を想定。なお，平成 2 0 年度本試験では，まさに①ないし⑤が問われた。

イ 処分性拡大論（段階的行為論）

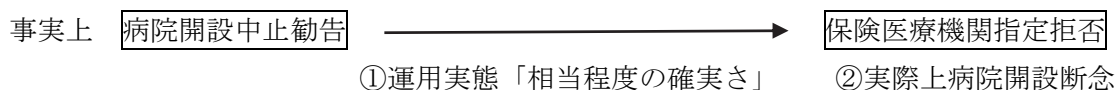
④先行行為と後続行為が一つの行政行為と評価できる連続性が認められ、⑤後続行為が重大な不利益を生じさせる行政処分である場合には、先行行為には直接具体的法効果が認められる。∴権利利益の実効的救済。

ポイントは①連動性（直接性）と②不利益の重大性（紛争の成熟性）

○伝統的処分概念³



○処分性拡大論⁴



重要判例最判平成 20 年 9 月 10 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]152 事件)

都市計画法（以下「法」という。）32条は、開発行為の許可（以下「開発許可」という）を申請しようとする者は、あらかじめ、開発行為に関係がある公共施設の管理者の同意を得なければならない旨を規定する。そして、法30条2項は、開発許可の申請書に、右の同意を得たことを証する書面を添付することを要することを、法33条1項は申請に係る開発行為が同項各号の定める基準に適合しており、かつ、その申請の手続が法又は法に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開発許可をしなければならないことを規定している。右のような定めは、…事前に開発行為による影響を受けるこれらの公共施設の管理者の同意を得ることを開発許可申請の要件とすることによって、開発行為の円滑な施行と公共施設の適正な管理の実現を図ったものと解される。そして国若しくは地方公共団体又はその機関（以下「行政機関等」という。）が公共施設の管理権限を有する場合には、行政機関等が法32条の同意を求める相手方となり、行政機関等が右の同意を拒否する行為は、公共施設の適正な管理上当該開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為ということが出来る。この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にほかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない。

³ 「行政指導であっても、行政指導に対する不服従が次の侵害的行政処分の要件として法律上組み込まれている場合には、一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてもよい。」（塩野）

⁴ 医療法上の勧告の場合には勧告への不服従が次の侵害的行政処分の要件として法律上組み込まれておらず、事実上の関係にあるにすぎないため、「処分性の定式から隔たるところが大きい」（塩野）、従来の公式から乖離する（藤田）と評されている。

したがって、開発行為を行おうとする者が、右の同意を得ることができず、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとはいえないから、右の同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない。もとより、このような公法上の判断について、立法政策上、一定の者に右判断を求める権利を付与し、これに係る行為を抗告訴訟の対象とすることも可能ではあるが、その場合には、それに相応する法令の定めが整備されるべきところ、法及びその関係法令には、法32条の同意に関し、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申立て及び争訟について規定する法50条、51条も、右の同意やこれを拒否する行為については何ら規定するところがないのである。そうしてみると、公共施設の管理者である行政機関等が法32条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない...

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。

3 本件公表の処分性

(1) 法的性質

①情報提供型公表…国民に対する情報提供を目的とする公表であって、制裁ないし強制手段としての性格を有しない公表。

⇒・法律の根拠は不要。

・意見聴取等の事前手続は不要（但し、特定の者に不利益が及ぶことが予想される場合は必要。）。

・処分性は否定されやすい。

②制裁型公表…行政処分に違反した事実や行政指導不服従の事実等、違反行為に対する制裁を目的とする公表であって、制裁ないし強制手段としての性格を有する公表。

⇒・法律の根拠が必要（法律の留保原則）。

・意見聴取等の事前手続が必要。

・処分性を肯定する余地がある。

(2) 制裁型公表の処分性

一般的・実務的には、制裁として機能する公表であっても、そのような公表は相手方の精神作用を促す、国民・住民に対し事実を知らせるにとどまるものであり、非権力的・事実的行為と考えられ、処分性は否定される。

素材判例最判平成 19 年 6 月 18 日

…行政機関による公表は、非権力的な事実行為であり、それ自体によって直接国民の権利義務に影響を及ぼすものとはいえず、「行政庁の処分その他の公権力の行使にあたる行為」にはあたらない。

したがって、介護保険法 103 条 2 項に基づく公表の差止めを求める訴えは不適法である。

第2 実体違法

1 違法性

- 実体違法…①内容の瑕疵—ア内容が不明確 ex.表示内容が不特定⁵
イ内容が誤り
…⑦法の一般原則違反
ex.平等原則, 比例原則, 信賴保護原則 etc…
⑧法律による行政の原理違反
…A 法律の法規創造力の原則
B 法律の留保原則
C 法律の優位原則…⑨解釈違反
⑩裁量の逸脱濫用
ex.行訴法30条
 - ②主体の瑕疵…当該行政行為の権限がない場合 etc…
 - ③判断の瑕疵…ex.行政庁が錯誤に陥ったり欺罔されて行政行為を行った場合 etc…
- 手続違法

⁵ 令和4年度予備試験

2 裁量の逸脱・濫用論

(1) 裁量の有無⁶・広狭に応じた違法性判断

行政行為	裁量	審査方式 ⁷	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 法の一般原則
裁量行為	狭 (羈束裁量)	裁量の逸脱濫用 (行訴法 30 条 等)	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・過大考慮
裁量行為	広 (自由裁量)	裁量の逸脱濫用 (行訴法 30 条 等)	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。

なお、「100メートル以内」など、数値を用いている場合や「事業所」、「〇〇施設」等の固有の名称が規定されその文言該当性が問題となっている場合等は、裁量が否定されやすい。

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。

⁶ 平成 29 年度本試験採点実感において、「裁量の有無を検討する答案でも、単に法律の文言のみに依拠して判断している答案が多く見られた。裁量が肯定される実質的理由についても併せて検討することが重要である。」と指摘され、さらに、翌年の平成 30 年度本試験採点実感においては、「行政裁量が認められる実質的根拠について、例えば、「専門性」とだけしか述べない答案が少なくない。教育や科学技術など一定の分野に関する専門家・専門組織の判断の尊重なのか、政治的判断・公益の見地からの判断の尊重なのか、全国一律で基準を定めるべきでなく地域の特性や地域住民の意見をしんしゃくすべきゆえに認められる裁量なのかなど、事案の特性を踏まえてもう少し適切な理由付けを考えて説明してほしい。」と指摘されているので、裁量を認める具体的な理由を示すべきである。

⁷ 「勧告の違法について、安易に行政裁量の問題として論じているものが目立った」(平成 19 年度本試験採点実感)、「法解釈における条文の文言解釈の重要性については十分に意識してもらいたい」(平成 28 年度本試験採点実感)、「法令上の要件該当性判断と行政の裁量の逸脱濫用の基本的区別ができていない答案が少なからず見受けられた」(平成 30 年度本試験採点実感)とあるので、解釈違反と裁量の逸脱濫用は、意識して区別するようにされたい。

- ・ 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。
- ・ 附款を法定しているか。
→附款が法定されている場合、処分の法効果を柔軟に認める趣旨であるので、裁量を認めやすい。

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) 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、評価の明白な合理性欠如、目的違反・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反等が審査基準となる。

関連判例 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⁸

行政庁が考慮すべき事項を考慮せず(考慮遺脱)、考慮すべきでない要素を考慮したか(他事考慮)、重視すべき要素を重視せず(考慮不尽)、重視すべきでない要素を重視したか否か(過大考慮)⁹、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¹⁰。

重要判例東京高判昭和 48 年 7 月 13 日(判タ 297 号 124 頁)―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 1 3 条 3 項も 4 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

⁸平成 30 年度予備試験，平成 18 年度・同 23 年度・同 24 年度・同 30 年度・令和元年度本試験参照。

⁹令和元年度本試験採点実感において，「他事考慮」とは……，「考慮不尽」は……であるが，考慮事項の審査を論じるに当たり，これらの言葉について，その意味を踏まえないで用いているものがあつた」，「これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとても目についた」と指摘されており，これら言葉の意味は使い分けるべきである。

¹⁰平成 30 年度本試験採点実感において，「法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず，直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた」，「他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し，関係法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく，自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。」とあるので，法令の趣旨目的・具体的仕組みなどから，法令が求める考慮すべき事項は何か，考慮すべきでない事項は何か，を規範化して論じるべきである。

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、神戸高专においては、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ものというべきである。

……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)

地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条の上記文言に加えて、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ものと解するのが相当である。

……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……。

以 上

【行政法関係図】

