

論文式試験問題集  
[行政法]

## 【行政法】

Aは、令和3年4月にB県立C高校（以下「C」という。）の教員に任命され授業を担当した教職員であり、地方公務員法（以下「法」という。）上の公務員である。Aは、日常の勤務態度に問題はなく、懲戒処分歴等もない上、C高校内で風紀を取り締まるべき立場や管理職でもない。

Aは、同年10月頃から同高校に通学する生徒Dと私的にメールのやり取りをするようになり、令和4年4月には第2学年のDの担任となった。同年11月14日までにAからDに対し送られたメールは総計845通に上る。うち820通は同年10月20日から同年11月14日までの間に集中しているが、DからAに対しても相当数のメールが返信されており、1回の一連のやりとりに数十通のメールを費やしているなどで送信数が積み重なっていた。AがDに送ったメールには、「付き合ってほしい」、「結婚してほしい」、「卒業したら一緒になろう」など恋愛感情に基づく認められるもの、「抱く」・「愛撫」の意味、キスの種類等性行為の方法を教示しているものが含まれている。メール送信はAの勤務時間中にも行われた（以下各送信行為を総称して「本件行為①」という。）。他にも、AはDと買い物に行き、Dに対し、ネックレスや化粧品等を買って与え、現金1万円を与えたりするなどした（以下総称して「本件行為②」という。）。Aは令和5年4月から第3学年となったDの担任を続けていたが、同年5月頃、「学生生活に関するアンケート」の「セクハラ行為について」の回答欄で、他の生徒から、AとDが交際しているのではないかと、との意見が多数寄せられた。このアンケート結果は、他の生徒の保護者から週刊誌に提供された。週刊誌はCに質問書を送付したが、Cは、週刊誌が指定する期限までに同質問に回答しなかった。そこで週刊誌は、さらに取材を進め、アンケート結果に関する記事を掲載し、Dの両親がDの携帯電話を確認し、本件行為①・同②が発覚した。

週刊誌の質問書が送付されてから、C内では調査委員会が発足し、Cの校長は、同年7月15日、Aに対し、秋学期から当面の間、Aは学年担任を外れること、B県教育委員会（以下「教育委員会」という。）が設置する学校経営支援センターにおいてセクハラに関する研修会に月に1回参加することなどの業務命令（以下総称して「本件命令」という。）を発した。Aは、Dに対して真剣な交際願望があり、セクハラ行為等ではないことなどを理由に、本件命令に納得がいかなかったが、本件命令違反を理由とする懲戒処分がなされることを恐れ、また反省の態度を示すべく、本件命令に従い、第3学年の担任を外れ、直接生徒らと接触しない業務に従事した。令和6年3月にはDは卒業したが、Aは懲戒処分等を受けないまま同年4月からも本件命令に従いつつ、教育委員会から本件についての事情聴取を受けた。同委員会は、同年7月8日、本件は極めて悪質な事案であり教職員としての適性を欠き、法29条1項の各号を満たすとして、同委員会の内部基準で公表されている「教職員の主な非行に対する標準的な処分量定」（以下「本件量定」という。）に則り、Aを免職とする処分（以下「本件処分」という。）が相当との見通しを示した。B県では、実際に懲戒処分がなされた場合、その旨を同委員会のウェブサイトで公表する運用となっており、本件においても同処分を公表する見通しとなっている。もっとも、上記の見通しが示された直後には、週刊誌が事件の概要や懲戒処分を出す見込みであることを報道して

おり、また SNS などでも A の実名や経歴等がその時点で既に特定されていた。

なお、C 内の調査委員会及び教育委員会は、D は本件行為①・同②いずれも、各行為当時、同意しており、成人した D 及びその両親が現在も A の免職を望んでいないこと、A と D の関係はある程度他の生徒にも知られており、不快感を持つ生徒などは当然いたものの、その程度・範囲は限定的であったことなどを認定している。他方で、本件行為①は C 高校の校長の承認をいずれも得ていないこと、上記メール、金品の授与のほか、D との交際の噂が広がり保護者に不信感を与えたことも認定している。D とキスその他の性的な関係を持ったことや交際関係にあったことは認定しておらず、処分理由ともなっていない。

A は法律事務所を訪れ、弁護士 E に本件処分の差止訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条7項）の提起を依頼するとともに、本件命令に関し、何か訴訟を提起できないか相談した。

以上の経緯を踏まえて、教育公務員特例法や行政手続法（行政手続条例を含む。）上の問題は無いことを前提とし、弁護士 E の立場に立って、設問に答えなさい。

なお、関係法令等の抜粋を【資料】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

### 〔設問1〕

- (1) 本件処分の差止訴訟における「重大な損害を生ずるおそれ」（行訴法37条の4第1項本文）は認められるか。簡潔に検討しなさい。
- (2) 本件命令に関する訴訟として、A はどのような訴訟を提起することができるか。最も適法とされる見込みが高い訴訟を一つ検討しなさい。検討に際しては、国家賠償請求訴訟は検討対象から外すこと、本件処分の差止訴訟は適法に提起できること、本件命令は抗告訴訟の対象となる「処分」（行訴法3条2項）に当たらないことを前提としなさい。

### 〔設問2〕

本件処分の違法事由は認められるか。想定される B 県の反論を踏まえて検討しなさい。検討に際しては、本件処分の差止訴訟が適法に提起できること、本件処分が法29条1項各号の要件に該当すること、本件量定の内容は合理的なものであることを前提としなさい。

**【資料 1 地方公務員法（昭和 25 年法律第 261 号）（抜粋）】**

（任命権者）

第 6 条 （略）教育委員会（略）は、（略）この法律並びにこれに基づく条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、それぞれ職員の（略）免職及び懲戒等を行う権限を有するものとする。

2 略

（懲戒）

第 29 条 職員が次の各号のいずれかに該当する場合には、当該職員に対し、懲戒処分として戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。

- 一 この法律（略）又はこれらに基づく条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程に違反した場合
- 二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合
- 三 全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

2～4 略

（法令等及び上司の職務上の命令に従う義務）

第 32 条 職員は、その職務を遂行するに当つて、法令、条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。

（信用失墜行為の禁止）

第 33 条 職員は、その職の信用を傷つけ、又は職員の職全体の不名誉となるような行為をしてはならない。

（職務に専念する義務）

第 35 条 職員は、（略）その勤務時間及び職務上の注意力のすべてをその職責遂行のために用い、当該地方公共団体がなすべき責を有する職務にのみ従事しなければならない。

**【資料2 教職員の主な非行に対する標準的な処分量定（抜粋）】**

1 処分量定の決定

(1) 一般的な非違行為に係る処分量定について

- ア 非違行為の態様、被害の大きさ及び司法の動向など社会的重大性の程度
- イ 非違行為を行った職員の職責、過失の大きさ及び職務への影響など信用失墜の度合い
- ウ 日常の勤務態度及び常習性など非違行為を行った職員固有の事情

・以上のほか、適宜、非違行為後の対応や社会一般から見た処分量定の妥当性等も含め、総合的に考慮のうえ判断する。下記表の処分量定は、あくまでも標準であり、個別の事案の内容や処分量定の加重によっては、表に掲げる処分量定以外とすることもあり得る。

(2) 略

処分量定表（抜粋）

児童・生徒に対する性的行為、セクシュアル・ハラスメント行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>・同意の有無を問わず、性交又は性交類似行為を行った場合（未遂を含む。）</li> <li>・同意の有無を問わず、直接若しくは着衣の上から性的な部位（性器等若しくはその周辺部、でん部又は胸部）に触れる、又はキスをした場合</li> </ul>	免職
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・手段を問わず、わいせつな内容を送信等した場合</li> <li>・手段を問わず、わいせつな行為の誘導・誘惑を行った場合</li> <li>・性的羞恥心を害するような言動を繰り返し行った場合</li> </ul>	停職
	性的な冗談・からかい、食事・デートへの執のような誘い、性的羞恥心を害するような言動等を行った場合（交際を求める等を含む。）	停職 減給 戒告
SNS等を利用した私的なやり取り等	所属長の承認を受けることなく、児童・生徒に対して、電子メール…等を利用して、私的なやり取りを行った場合	停職 減給 戒告

2 略

**【資料3 学校に勤務する教職員の懲戒処分等の公表等について（抜粋）】**

1 公表の対象とする処分等

公表の対象とする処分等は地方公務員法に基づく懲戒処分（免職、停職、減給又は戒告）とする。

2 公表する内容

公表する内容は、原則として次の表のとおりとする。

懲戒免職の場合	その他の場合（停職・減給・戒告）
①氏名、②学校名、③職名、④年齢、 ⑤性別、⑥処分程度、⑦処分理由	①校種、②職名、③年齢、④性別、⑤処分程 度、⑥処分理由

3 公表の時期及び方法

- (1) 懲戒処分等の発令後、速やかに公表する。
- (2) 公表は 本教育委員会のウェブサイトに掲載する他、資料提供により行う。

参考答案  
[行政法]

### 第1 設問1(1)

1 「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法37条の4第1項)とは、司法と行政の均衡及び権利利益の実効的救済の観点から、同2項の要素を考慮した上、取消訴訟及び執行停止の方法では容易に救済できず、差止訴訟によるのでなくては救済が困難な損害をいう。

2 本件処分(法29条1項)がなされた場合、直ちに教育委員会のウェブサイトで氏名や懲戒の理由等が公表される運用となっている(処分の内容)。ウェブサイトでの公表は瞬時に不特定多数の者に広まるという性質を有し(処分の性質)、ウェブサイト上で公表されると、社会的評価の低下や信用失墜が生じる(損害の性質)。

そして一度失った社会的評価や信用を回復することは困難である(損害の程度)。既に週刊誌報道で懲戒処分がなされる見通しであることが報じられ、SNSでAの実名等が特定されている状況においても、週刊誌報道やSNSの情報は、必ずしも終局的かつ正確な情報とは限らず、他方懲戒処分の公表は、少なくとも行政庁の判断として終局的かつ正確な情報が示されることから、懲戒処分の公表は、情報の受け手において処分理由につき真実相当、処分内容につき必要かつ相当などと判断されやすく、それ故の社会的名誉や信用失墜もあり得る。そのため、損害の程度はやはり大きい。

3 これらのことから、それがなされると直ちに公表される本件処分の後に取消訴訟の提起及び執行停止の申立てをするのでは、損害回復は困難であり、「重大な損害を生ずるおそれ」に当たる。

### 第2 設問1(2)

1 Aは、本件命令により下記不利益の除去のため、本件命令に従う義務の不存在確認訴訟(実質的当事者訴訟、行訴法4条後段)を提起する。同訴訟が認められるためには、確認の利益が必要となる。

2 本件命令に従う義務(法32条)の不存在は、Aの現在の義務の存否であり、対象選択の適切性を満たす。

また、方法選択の適切性につき、抗告訴訟が提起できない場合のみならず、当該確認訴訟が行政処分以外の処遇上の不利益の予防目的に即した有効適切な争訟方法である場合にも方法選択の適切性を満たす。本件では、Aは、本件命令により毎月セクハラに関する研修を余儀なくされ、未だ学年担任等の業務に従事できないといった処遇上の不利益を排除したいと考えており、かつ、そのためには上記確認訴訟が有効適切といえるから、方法選択の適切性を満たす。

さらに、本件命令は期間の定めなく発せられたまま解除されておらず、未だAは本件命令に係る義務を負っているため、即時確定の現実的利益も満たす。

3 以上より確認の利益があり、上記訴訟を適法に提起できる。

### 第3 設問2

1 法29条1項は、懲戒処分を行うかどうか、いかなる場合にいかなる処分を行うかにつき、具体的基準を定めていない。これは、懲戒対象行為の内容や態様、結果等の実情を個別具体的に把握する懲戒権者に、効果裁量を認める趣旨と解さざるを得ない。もっとも、



懲戒権者が選択した懲戒処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合、裁量の逸脱濫用として違法となる（行訴法37条の4第5項）。そして、免職処分は懲戒処分の中で最も重く、処分それ自体により教職員の身分をはく奪するなど重大な不利益が及び得ることから、免職処分が許されるのは、①非違行為の態様、被害の大きさなど社会的重大性の程度、②非違行為を行った職員の職責及び職務への影響等信用失墜の度合い(法33条・35条)等も考慮し、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡という法の趣旨から当該処分を選択することの相当性が認められることを要する。

2 さらに、本件量定は、懲戒処分の裁量判断に係るB県の内部基準であるから、裁量基準に当たる。裁量基準が設定公表されている場合、同基準の内容・適用が法の趣旨に反し合理性を欠く場合を除き、裁量基準に則って行われなければ上記相当性を欠くこととなる。

3 本件に同量定を適用すると、本件行為①は、「停職」を量定とする「わいせつな内容を送信等した場合」に、「停職」を上限の量定とする「児童・生徒に対して、電子メール…等を利用して、私的なやり取りを行った場合」に該当する。また、本件行為②は、「停職」を上限の量定とする「食事・デートへの執拗な誘い」、「交際を求める」「言動」に類する行為に過ぎない。これらのことから、本件各行為は、重くとも停職処分の対象となるに過ぎず、上記相当性を欠く。

4 B県は、本件量定があくまで標準的な量定を定めるもので、処分の加重の余地を残しているところ、本件事案の悪質性は高く、同

量定を機械的に適用せず、処分は加重されると反論し得る。

そこで、上記考慮事項を個別に考慮すると、①につき、本件行為①のDへのメール送信数は、数自体は常軌を逸しているとしても、1回の一連のやりとりに数十通のメールを費やしたために多くなったという事情もあり、メール内容も「わいせつな内容のメール」として本件量定が想定している以上のものではない。また、成人したD及びその両親もAが免職になることを望んでいないこと、他の生徒、その保護者、教育現場への信頼への影響があるとはいえ限定的なものにとどまることから、特に処分を加重すべき事情はない。

②につき、Aは特に風紀を取り締まるべき立場や管理職ではなく、特に重い処分をすべき事情はない。職務への影響についても、上記のとおり、その程度及び範囲は限定的なものともみべきであるから、特に処分を加重すべき事情はない。

他にAの日常の勤務態度につき本件各行為以外は問題がなかったことや、本件各行為発覚後、Aが本件命令に従い研修を受け、反省の態度を示していることを考慮しても、本件行為につき、本件量定よりも加重すべき事情はないから、本件量定を機械的に適用しても法の趣旨に反さず、むしろ同趣旨から機械的に適用すべきであった。

5 以上より、本件量定を機械的に適用していない本件処分は、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による公務員の不利益の内容との権衡といった法の趣旨を害し、相当性を欠くため社会観念上著しく妥当を欠き、効果裁量の逸脱濫用として違法である。以上

【設問1小問(2)の加点事由】

1 Aは、本件命令違反を理由とする懲戒処分を恐れているため、懲戒処分の予防を目的として本件命令に従う義務の不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）を提起する。

形式的には実質的当事者訴訟の提起であっても、将来の不利益処分の予防を目的として提起する場合は、実質的には当該不利益処分の差止訴訟としての性質・機能を有し、差止訴訟が提起できる以上、実質的当事者訴訟における方法選択の適切性を満たさない。そのため、無名抗告訴訟として提起することになるが、この場合、差止訴訟に準じて同訴訟の訴訟要件を満たす必要がある。

本件命令違反を理由とする懲戒処分については、発せられるかは定かではなく、「なされようとしているとき」(行訴法3条7項参照)に当たらない。仮にこれに当たるとしても、本件命令違反を理由とする懲戒処分についても本件処分と同様に「一定の処分」(同項)、「重大な損害」(同法37条の4第1項)等の訴訟要件を満たし、差止訴訟を提起できることからすると、「他に適当な方法がないとき」(同1項但書参照)に当たらない。

以上より、無名抗告訴訟としての上記確認訴訟は提起できない。

## 予備試験答案練習会（第2回行政法）採点基準表

	小計	配点	得点
<b>設問 1 小問(1)（重大損害要件）</b>	9		
重大損害要件の定義・判断枠組みを挙げることができる。		2	
行訴法37条の4第2項の要素を考慮・勘案できている。		3	
損害の程度等につき、週刊誌報道やSNSによる特定を踏まえて判断している。		3	
当てはめ・結論を端的に論じることができる。		1	
<b>設問 1 小問(2)（実質的当事者訴訟における確認の利益）</b>	9		
実質的当事者訴訟としての確認訴訟を提起することとその理由を示している。		3	
対象選択の適切性について具体的に検討できている。		1	
最高裁判例を踏まえて、訴訟の目的から方法選択の適切性を検討できている。		3	
即時確定の現実的利益について具体的に検討できている。		2	
<b>設問 2（実体違法）</b>	22		
法29条1項の規定や効果裁量を認める実質的理由を指摘し、最高裁判例を踏まえて懲戒処分 of 裁量審査を論じている。		5	
法の趣旨や考慮事項を規範として挙げている。		2	
本件量定が裁量基準に当たることを認定できている。		1	
懲戒処分 of 裁量審査と裁量基準の自己拘束力の関係を論じている。		3	
本件各行為に本件量定を個別具体的に当てはめている。		4	
本問の個別事情を踏まえ、本件量定の機械的適用の可否を検討している。		6	
当てはめ・結論を端的に論じることができる。		1	
<b>裁量点</b>	10		
<b>合計</b>	50		

## 行政法 解説レジュメ

### 第1 出題趣旨

行政法の一般的な出題傾向については、本答練第1回行政法の『行政法解説レジュメ』参照。同第1回行政法と同じく、近年の裁判例を素材に、設問1で訴訟要件の問題を2問、設問2で処分の実体違法を問う問題を出題し、設問2で主張反論形式とした。また検討対象は極力明確になるようにした。

全体的なテーマは、公務員に対する職務命令・懲戒処分、性加害・セクハラを巡る週刊誌報道・SNSによる特定・拡散である。公務員に対する分限処分や懲戒処分については、近年の重要判例解説でも、最判令和4年6月14日（令和4年度重要判例解説行政法4事件）、最判令和4年9月13日（同5事件）、最判令和2年7月6日（令和2年度重要判例解説行政法1事件）、最判平成30年11月6日（令和元年度重要判例解説行政法2事件）等、掲載数が多いテーマである。また、令和6年度司法試験・予備試験審査委員の下井康史先生は公務員に対する職務命令の服従義務や処分性、抗告訴訟と当事者訴訟の関係等も研究され、湊二郎先生は最判平成24年2月9日（行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件）の百選解説を担当されている。さらに、草津町長を被害者とする虚偽告訴被告事件<sup>1</sup>と報道を巡る問題、年末年始にかけての芸能人やスポーツ選手の性加害疑惑報道を巡る問題等、行政法に限らず憲法や刑事法上重要な問題が現出している。これらのテーマは本試験予備試験では未だ出題されていないため<sup>2</sup>、今後の出題可能性が高いと考えられる。

設問1小問(1)では、差止訴訟における重大損害要件を出題した。予備試験ではそもそも差止訴訟は出題されていない訴訟類型であり、当然のことながら上記訴訟要件は未だ問われていない論点であるから、今後の出題可能性は高いと考えられる。

設問1小問(2)では、実質的当事者訴訟における確認の利益を出題した。同利益については、最判平成24年2月9日（行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件）があるが、関連して無名抗告訴訟に関する最判令和元年7月22日（行政判例百選Ⅱ[第8版]201事件）等の重要な判例も、この機会にぜひ習得して頂きたい。

設問2では実体違法の問題のうち、公務員に対する懲戒処分の裁量審査、裁量基準の機械的適用の可否（個別事情考慮義務の存否）を出題した。基準に即して当てはめをすることを要求する問題は、予備試験では平成28年度に出題されており、本試験でも頻出であることから、予備試験においても今後の出題可能性は高い。

---

<sup>1</sup> 本問作成時は判決未確定。

<sup>2</sup> 但し、SNSによるフェイクニュース規制と表現の自由については、令和元年度本試験憲法を参照。

## 第2 設問1小問(1)

### 1 「重大な損害を生ずるおそれ」(同法37条の4第1項・同2項)

処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることによりなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する。

∴権利利益の実効的救済(事前差止めの必要性)、司法と行政の権能の適切な均衡。

#### **重要判例**最判平成24年2月9日(行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件)

行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要するものと解される。したがって、差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する…。

…本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で(他の懲戒処分歴があれば3回以内に)停職処分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」がある…。

## 2 本間について

本間では上記最判平成24年の規範を端的に設定すればよい。当てはめにおいては、行訴法37条の4第2項の要素を考慮勘案することになるが、その際、本間では反復継続累積加重事案ではないのでそのような評価をする必要はない。また、本間の特殊事情である本件処分がなされる見通しである旨の週刊誌報道や、SNSによるAの実名や経歴等の特定が、損害の程度等にどのような影響があるかを自分なりに考えることが求められるが、弁護士Eの立場を踏まえると、損害の程度はなお大きいと評価することが望ましい。

## 第3 設問1小問(2)

### 1 本件命令に従う義務の不存在確認訴訟（実質的当事者訴訟，行訴法4条後段）

ポイントは、民事訴訟法の確認の利益との異同<sup>3</sup>

#### ①確認対象選択の適切性

民事訴訟法—原則

→原告の現在の権利義務や法的地位に引き直した請求であること<sup>4</sup>。

重要判例 最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]202事件)—原則(肯定例)

選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、…確認の利益を肯定することができる…。

重要判例 最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]208事件)—原則(否定例)

本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正前の公職選挙法が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。

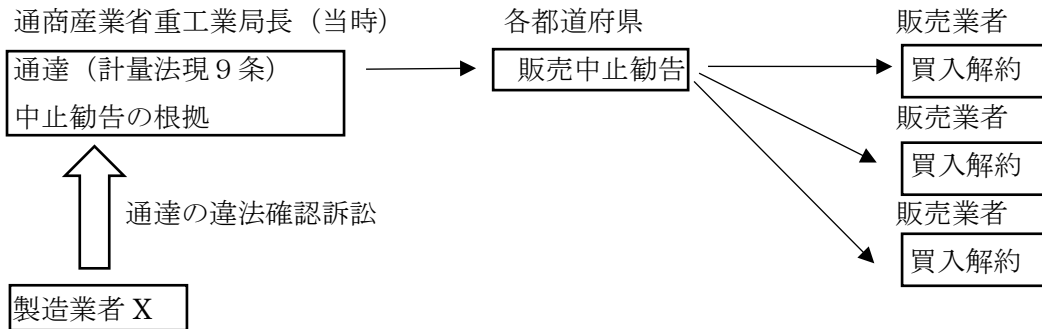
<sup>3</sup> 「民事訴訟における確認の利益を基本としつつ、行政訴訟としての特性にも配慮して判断されるべき…」宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法[第7版]』2021/3/30 有斐閣 394頁

<sup>4</sup> 民事訴訟法では、「自己の現在の権利・法律関係についての積極的な確認請求であること」などと説明される。

**行政法**—例外

→原告の現在の権利義務や法的地位に引き直すことによって紛争を適切に解決できない場合は、いわゆるダイレクト・アタック<sup>5</sup>としての、行政の特定の行為に関する違法性。

○函数尺通達事件<sup>6</sup>



②確認訴訟という方法選択の適切性（訴訟類型選択の補充性）

**民事訴訟法**—原則

→抗告訴訟をはじめとする他の訴訟による救済ができないこと。<sup>7</sup>

**重要判例**最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]202事件)—原則(否定例)

…本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正後の公職選挙法が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えについては、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、後記…のとおり、予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えである…から、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法である…。

<sup>5</sup> 本間でいうところのダイレクトアタックは、例えば本件命令の違法確認、本件処分1の違法確認等である。

<sup>6</sup> 通達の処分性を例外的に認めた判例であるが、本来通達の処分性は否定されるのが原則であり、仮に処分性が否定される場合は、いわゆるダイレクトアタックとしての通達の違法確認訴訟が認められるべき事案である。

<sup>7</sup> 「現在の法律関係に関する訴え」について、当事者訴訟の一種としての確認訴訟を挙げる答えは多く見られた。…確認の対象が、例えば、明渡裁決を受けない地位の確認訴訟のように、抗告訴訟との関係の整理がされていない訴訟を挙げる答えが見られた」（令和元年本試験採点実感）とあり、とくに差止訴訟との関係は意識すべきである。

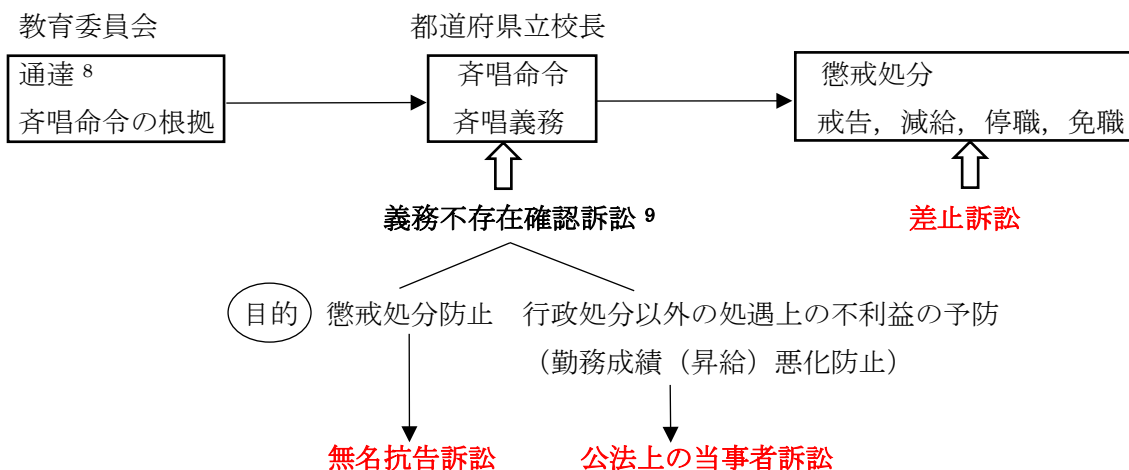
**重要判例**最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]202事件)－原則(肯定例)

選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、…確認の利益を肯定…できる…。

**行政法**－例外

→行政処分以外の処遇上の不利益の予防の目的がある場合は、その目的に即した有効適切な争訟方法。

○国歌斉唱命令事件



**重要判例**最判平成24年2月9日(行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件)－例外(肯定例)

…本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義

8 通達を「処分」(行訴法3条2項)として、通達の取消訴訟を提起することも考えられる。しかし、平成24年判決は、「上級行政機関である東京都教育委員会が関係下級行政機関である都立学校の各校長を名宛人としてその職務権限の行使を指揮するために発出したものであって、個々の教職員を名宛人とするものではなく、本件職務命令の発出を待たずに当該通達自体によって個々の教職員に具体的な義務を課すものではない。」として、処分性を否定している(最判昭和43年12月24日(行政判例百選Ⅰ[第8版]52事件)も参照。)

9 斉唱命令を「処分」として、斉唱命令の取消訴訟を提起することも考えられる。しかし、平成24年判決は、「教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではない。」として、処分性を否定している。



務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができる…。

### ③即時確定の現実的必要性（紛争の成熟性）

従来の行政法

→事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情<sup>10</sup>。

民事訴訟法・現在の行政法

→権利利益の重要性・性質、後の時点では実効的な司法救済が得られないかを考慮<sup>11</sup>。

## 2 本件職務命令に従う義務の不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）

他の抗告訴訟の目的・機能を有する無名抗告訴訟の訴訟要件は、当該他の抗告訴訟に準じて、当該他の抗告訴訟の訴訟要件を満たす必要がある。

→将来の不利益処分の予防を目的とする場合は、当該不利益処分の差止訴訟の訴訟要件を満たす必要がある。

### 重要判例 最判平成24年2月9日(行政判例百選Ⅱ[第8版]200事件)

無名抗告訴訟は行政処分に関する不服を内容とする訴訟であって、前記…のとおり本件通達及び本件職務命令のいずれも抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない以上、無名抗告訴訟としての被上告人らに対する本件確認の訴えは、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置付けられるべき…であり、実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直し

<sup>10</sup> 最判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁。あまりにも認められる範囲が狭く、当事者訴訟活用論を背景としたH16改正行訴法の下では妥当しない。

<sup>11</sup> 民事訴訟法では、「原告の権利ないし法律関係につき危険ないし不安が現存しており、その除去のため確認判決を得ることが必要かつ適切な場合」などと説明される。

たものということができる。抗告訴訟については、行訴法において、法定抗告訴訟の諸類型が定められ、改正法により、従来は個別の訴訟類型として法定されていなかった義務付けの訴えと差止めの訴えが法定抗告訴訟の新たな類型として創設され、将来の不利益処分を目的とする事前救済の争訟方法として法定された差止めの訴えについて「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件が訴訟要件として定められていること（37条の4第1項ただし書）等に鑑みると、職務命令の違反を理由とする不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての当該職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める訴えについても、上記と同様に補充性の要件を満たすことが必要となり、特に法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を満たすか否かが問題となるものと解する…。

本件においては、前記2のとおり、法定抗告訴訟として本件職務命令の違反を理由としてされる蓋然性のある懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起することができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、上記懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法というべきである。

**重要判例**最判令和元年7月22日(行政判例百選Ⅱ[第8版]201事件)<sup>12</sup>

本件訴えは、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の予防を目的として、本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟であると解される所、このような将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであり、請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるという点でも、差止めの訴えと異なる。また、差止めの訴えについては、行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること等が本案要件…とされており（行政事件訴訟法37条の4第5項）、差止めの訴えに係る請求においては、当該処分の前提として公的義務の存否が問題となる場合には、その点も審理の対象となることからすれば、上記無名抗告訴訟は、確認の訴えの形式で、差止めの訴えに係る本案要件の該

<sup>12</sup> 差止訴訟として機能する無名抗告訴訟が、差止訴訟に準じて差止訴訟の訴訟要件を厳密に満たさなければならないのであれば、無名抗告訴訟をあえて選択する意味はあるのかが問題になる。明確な実益は、裁判所と訴訟当事者の理解の違いや過誤等により、差止訴訟を提起せず、確認訴訟のみを提起した場合に、訴えを却下し、改めて差止訴訟を提起しなければならないという不都合を避けることではないか（私見）。

当性を審理の対象とするものということができる。そうすると、同法の下において、上記無名抗告訴訟につき、差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されない。そして、差止めの訴えの訴訟要件については、救済の必要性を基礎付ける前提として、一定の処分がされようとしていること（同法3条7項）、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることとの要件…を満たすことが必要とされている。

したがって、将来の不利益処分の予防を目的として当該処分的前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、蓋然性の要件を満たさない場合には不適法というべきである。

### 3 本間について

本間では、本件命令が抗告訴訟の対象となる処分ではなく、抗告訴訟を提起できないことから、本件命令に従う義務の不存在確認訴訟を提起することになる。同訴訟については、目的により行訴法4条後段の実質的当事者訴訟として、または無名抗告訴訟として提起することになり得る。後者については、処分の蓋然性等の訴訟要件を満たさず、不適法とされる可能性が高いため、加点事由にとどめ、基本的には前者を中心に論じることを求める（答案記載の加点事由部分も参照。）。

## 第4 設問2

### 1 公務員懲戒処分の裁量審査<sup>13</sup>

#### **重要判例**最判昭和52年12月20日(行政判例百選I[第8版]77事件)

公務員に対する懲戒処分は、当該公務員に職務上の義務違反、その他、単なる労使関係の見地においてではなく、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務することをその本質的な内容とする勤務関係の見地において、公務員としてふさわしくない非行がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するため、科される制裁である。ところで、国公法は、同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をするときにいかなる処分を選択すべきかを決するについては、公正であるべきこと（74条1項）を定め、平等取扱いの原則（27条）及び不利益取扱いの禁止（98条3項）に違反してはならないことを定めている以外に、具体的な基準を設けていない。したがって、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処

<sup>13</sup> 公務員懲戒処分の裁量審査については、3つの判例により確立したとされる。

分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない。それ故、公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されている…。もとより、右の裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使として懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならない…。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあつては、懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用し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。

**重要判例**最判平成24年1月16日(平成24年度重要判例解説憲法7①事件)

本件職務命令は、前記…のとおり憲法19条に違反するものではなく、学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに式典の円滑な進行を図るものであって（…最高裁平成23年6月6日…判決等参照）、このような観点から、その遵守を確保する必要性がある…。このことに加え、前記…事情によれば、本件職務命令の違反に対し、教職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分である戒告処分をすることは、学校の規律や秩序の保持等の見地からその相当性が基礎付けられるものであって、法律上、処分それ自体によって教職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものではないことも併せ考慮すると、将来の昇給等への影響や…本件における条例及び規則による勤勉手当への影響を勘案しても、過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄といえる…。前記…においてみた事情に関しては、不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについて、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要とする事情であるとはいえるものの、このことを勘案しても、本件職務命令の違反に対し懲戒処分の中で最も軽い戒告処分をすることが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難い。また、本件職務命令の違反に対し1

回目の違反であることに鑑みて訓告や指導等にとどめることなく戒告処分をすることに関しては、これを裁量権の範囲内における当不当の問題として論ずる余地はあり得るとしても、その一事をもって直ちに裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法の問題を生ずるとまではいい難い。

**重要判例**最判平成24年1月16日(平成24年度重要判例解説憲法7②事件)

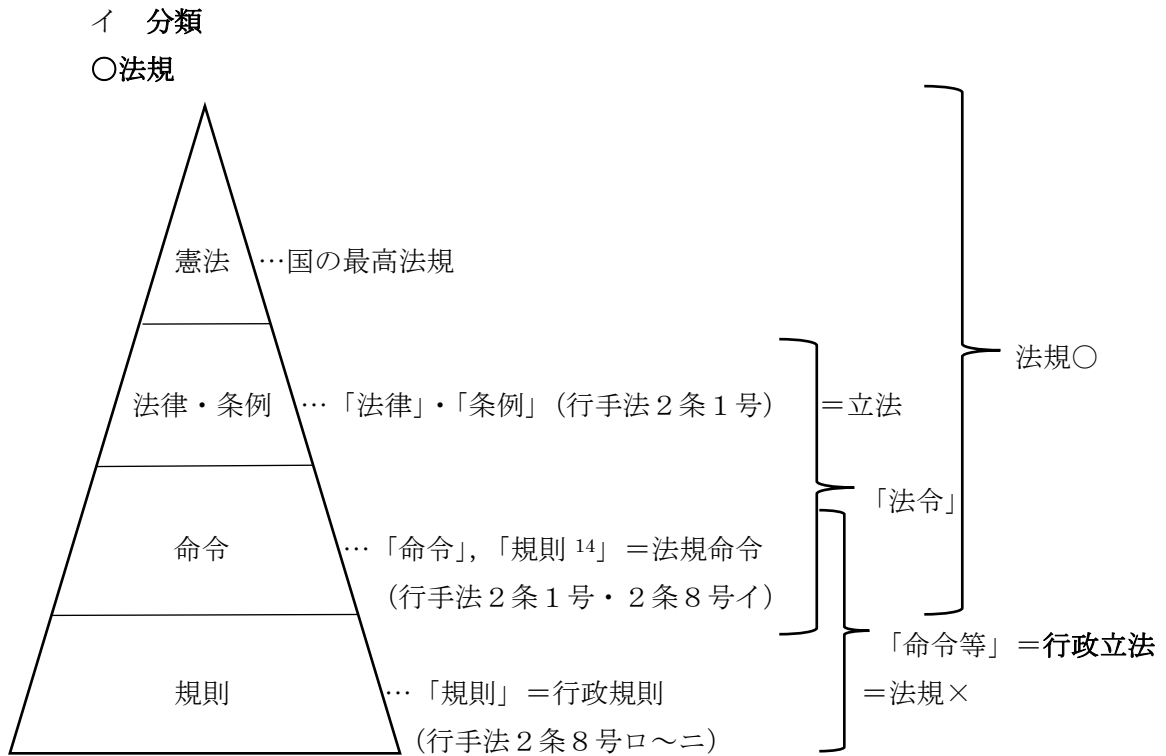
…不起立行為に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。そして、停職処分は、処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における職務の停止及び給与の全額の不支給という直接の職務上及び給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ上、本件各通達を踏まえて毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積して加重されると短期間で反復継続的に不利益が拡大していくこと等を勘案すると、上記のような考慮の下で不起立行為に対する懲戒において戒告、減給を超えて停職の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為の前後における態度等（以下、併せて「過去の処分歴等」という。）に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである。したがって、不起立行為に対する懲戒において停職処分を選択することについて、上記の相当性を基礎付ける具体的な事情が認められるためには、例えば過去の1、2年度に数回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が停職処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである。

## 2 裁量基準の自己拘束力

### (1) 行政立法

#### ア 定義

行政機関による規範定立行為。



○行政立法

- ・法規命令
  - 委任命令
  - 執行命令
- …国民の権利義務  
に関わる規範  
(行政手続法2条8号イ)。
- ・行政規則
  - 解釈基準
  - 裁量基準
- …国民の権利義務に  
関わらない行政の  
内部規範 (行政手続法2条8号ロ～ニ)。

<sup>14</sup> 地方公共団体の執行機関（地方公共団体の長）の規則を指す（行手法2条1号・2条8号イ）。

ウ 法規命令と行政規則の区別<sup>15</sup>

- ①法律に「〇〇施行規則で定める」といった授権規定があるか。
- ②行政立法の契機が、法律を具体的に実施することにあるか、それとも司法事実に着目したものか。  
ex. 「〇〇法施行するための基準を定める」など、法律を具体的に実施することが規定されている場合、法規命令の可能性が高い。「付近住民の反対運動を考慮し、策定した」など、司法事実に着目して策定されている場合、行政規則の可能性が高い。
- ③名称が「〇〇法施行規則」、「〇〇法施行令」などのように、法律の実施を前提とするものか、それとも「〇〇基準」、「〇〇要綱」などのように法律の実施を前提としていないようにみえるものか。
- ④「行政内部の基準として」、「〇〇町独自の基準として」、「法令ではないことを前提としてください」、「裁量権行使の基準として」などのように、問題文の誘導があるか。

**重要判例**最判平成2年1月18日(行政判例百選 I [第8版]49事件)

…懲戒事由に該当する被上告人らの前記各行為は、高等学校における教育活動の中で枢要な部分を占める日常の教科の授業、考査ないし生徒の成績評価に関して行われたものであるところ、教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量を前提としてもなお、明らかにその範囲を逸脱して、日常の教育のあり方を律する学校教育法の規定や学習指導要領の定め等に明白に違反するものである。しかも、被上告人らの右各行為のうち、各教科書使用義務違反の点は、いずれも年間を通じて継続的に行われたものであつて、特に被上告人山口の教科書不使用は、所定の教科書は内容が自分の考えと違うとの立場から使用しなかつたものであること、被上告人半田の日本史の考査の出題及び授業、地理Bの考査の出題の点は、その内容自体からみて、当該各科目の目標及び内容からの逸脱が著しいとみられるものであること等をも考慮するときは、被上告人らの右各行為の法規違反の程度は決して軽いものではないというべきである。

<sup>15</sup> 理論上は、国民の権利義務に関わるか否かで区別できる。しかし、実務上、国民の権利義務に関わるゆえ法規命令として定めるべき事項を行政規則において定めたり、逆に、国民の権利義務に関わらない事項をわざわざ法規命令で定めたりすることがある。さらに、条例（法令）中に行政規則が混在する例もある（令和3年度本試験参照。）。これらのように、実定法で定めている事項は、理論上あり得ない、あるいは説明できない場合があるため、①～④の区別基準に従って個別具体的に判断するほかない。

(2) 行政規則の統制<sup>16</sup>

ア 行政規則の種類

(ア) 講学上の分類

行政規則に係る行政活動に、裁量が認められるかどうか。

- ・裁量がない場合…解釈基準（法律の解釈を示す基準）
- ・裁量がある場合…裁量基準（行政裁量の行使の基準）

(イ) 実定法上の分類

- ・審査基準（行政手続法2条8号ロ）
- ・処分基準（行政手続法2条8号ハ）
- ・行政指導指針（行政手続法2条8号ニ）等

イ 行政規則の処理手順

①当該処分に関し、細目的基準が定められている場合、法規命令か、行政規則か性質決定をする。

∵法規命令である場合、委任の範囲等の別の問題となるので<sup>17</sup>、細目的基準の法的性質決定が必要。

②行政規則である場合、当該基準は解釈基準か、裁量基準か（当該処分につき、行政庁に裁量が認められているか）性質決定をする。

∵解釈基準である場合、解釈違反が問題となり、裁量基準である場合、裁量の逸脱濫用が問題となるため、裁量の有無の認定が必要。

③裁量基準である場合、裁量基準に従ってなされた処分が裁量の逸脱濫用として違法となるか検討する。→裁量基準の拘束力（裁量の逸脱濫用）。

ウ 裁量基準の（自己）拘束力

①前提…裁量基準は、行政規則としての内部基準であり、法源性を有しない。

**重要判例**最大判昭和53年10月4日(行政判例百選I[第8版]73事件)

①行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当・不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない…。

<sup>16</sup> 行政規則の統制につき、平成23年度・平成24年度・平成26年度・平成27年度・平成28年度・平成29年度・令和4年度本試験、平成28年度予備試験参照。

<sup>17</sup> 平成18年度・平成27年度・令和2年度本試験、令和元年度予備試験参照。



また、裁量基準は、日常的な行政運営を能率的に行うために抽象的な法の規定を具体化した基準である。裁量基準が定められている場合には裁量基準に従って行政行為がなされることが平等であり、通常のあるべき行政の姿ということになる。そのため、裁量基準が定められている場合には、原則として、裁量基準に従って行われた処分は適法である（むしろ、裁量基準と異なる取り扱いをすることは、平等原則違反、不当な動機・目的、比例原則違反等と評価されることがある。）。

**重要判例**最判平成27年3月3日(行政判例百選Ⅱ[第8版]167事件)<sup>18</sup>

①当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なった取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取り扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、…当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており…。

②裁量基準自体の合理性

もともと、裁量基準は、法律が行政庁に与えた裁量の範囲内で定められた合理的なものであることが前提である。裁量基準が法律の趣旨目的を逸脱した不合理なものであれば、裁量基準に従ってなされた行政処分も違法となる。←立法事実

③個別的審査義務

裁量基準自体が一般的に妥当な場合であっても、当該裁量基準をある特定のケースに機械的に適用するだけでは、かえって法律の趣旨目的を損なうような場合には、個別的な特殊性に鑑みてむしろ裁量基準に従わないことが求められる。この場合に、行政庁が個別的事情に鑑みることなく裁量基準を機械的に適用し、法律の趣旨目的を没却した場合には、裁量の逸脱・濫用として違法となる。←司法事実

**重要判例**最判平成4年10月29日(行政判例百選Ⅰ[第8版]74事件)

②調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、③あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法…。

**重要判例**最判平成11年7月19日(行政判例百選Ⅰ[第8版]71事件)

<sup>18</sup> 百選解説のとおり、処分基準が公にされることにより、不利益処分に係る公正や予測可能性の確保に資するべき要請が一層強まるが、裁量基準の一般的性質からも拘束力等が導かれるため、拘束力の根拠として行政規則が公表されていることは必ずしも要しない。

②本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は、法9条2項1号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有するといえる。

③もっとも、タクシー事業者が平均原価方式により算定された額と異なる運賃額を内容とする運賃の設定又は変更の認可申請をし、…所定の原価計算書その他運賃の額の算出の基礎を記載した書類を提出した場合には、地方運輸局長は、当該申請について法9条2項1号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきである。

### 3 本問について

本問では、①公務員懲戒処分の裁量審査手法について、上記判例を踏まえて論じることとなるが、その際には、②裁量基準である本件量定との関係を明らかにする必要がある。

①と②を個別に分けて検討していたとしても、大幅な減点はしないが、①と②の関係の明示についての点数は与えないものとする。

本件量定については、内容としては合理的なものであることが前提となっているので、個別事情も踏まえた上で、本件量定を機械的に適用できるか否か、できるとして、量定に則って本件処分が行われたのかを個別具体的に検討する必要がある。

#### 素材判例東京地判平成27年10月26日

…懲戒処分を行うかどうか、いかなる処分を行うかは、懲戒権者の裁量に任されており、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の上記行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して決定することができ、懲戒権者が裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものと認められる場合に、違法となる…（最高裁昭和…52年12月20日…判決…）。

…そこで、本件免職処分における裁量違反の有無、考慮すべき事情について検討するに、原告が平成23年4月から同年11月14日までの間に生徒Aに対して総計845通のメールを送信した事実及びそのメールの内容は性的内容を含み、恋愛感情を繰り返し表現するものであって、教員が生徒に対して送信するメールの内容として極めて不適切であることは疑う余地のないものである。原告は、教員としての倫理観や規範意識、生徒を尊重し、保護・育成する意識が欠如しているとして、その教員としての資質及び適格性について疑義を抱くだけの理由があることは確かである。また、F校長による事情聴取や都教委による事情聴取において、原告は本件メール6通以外に性的な内容のメールはないなどと事実と反する弁明をするなど、本件非違行為を素直に認めなかったため、事実の解明を妨げてきたことも否定できない。…しかし、生徒Aに対する性的な内容を含む不適切なメールの送信が行われていた

のは、平成23年10月20日から同年11月14日までの約3週間という比較的短期間に限られており、同日以降、原告が生徒Aに対して不適切なメールを送信した事実を認めるに足りる証拠はなく、原告は、事実の発覚や第三者からの指摘を待つまでもなく、自主的に不適切な内容のメールの送信をやめたものと認められる。また、平成24年12月末に原告が生徒Aに本件メール6通を送信した事実が発覚した後、F校長は、一旦は原告が教壇に立つことがないように措置を講じたものの、平成25年4月には原告を教壇に戻したこと、その後同年12月頃までに本件メール6通以外にも性的な内容を含むメールが送信されていた事実が判明したため、原告から退職願の提出を受けたものの、その返還に応じ、平成26年1月からの3学期中は原告を授業の担当から外しつつ、同年4月からは通常の勤務をさせたこと、原告が退職願の撤回確認書を提出して自主退職しない意思を明確にした後も、都教委は原告に対し教員が生徒に対して性的な内容のメールを送信することが重大な非違行為であることを理解させるために同年5月26日付けで本件研修命令を発し、原告に本件研修を受けさせており、原告が研修の趣旨を理解せず、あるいは、その成果が上らなかったなどの事情も見当たらないこと、本件非違行為の他の生徒への影響についてみても、前記…のような事実が認められ、一定の混乱・波紋をもたらした事実是否定できないものの、その程度・範囲は限定的であるといえ、教育現場に大きな混乱がもたらされ、あるいは、信用失墜が生じたとまでみるのは相当でない。

…さらに、本件非違行為を本件処分量定に具体的に列挙されている非違行為の類型ごとの処分の量定に当てはめてみると、非違行為③から⑤まで、⑧及び⑩は、「児童・生徒に対する性的行為等」のうちの「停職」を処分量定とする「わいせつな内容のメール送信・電話等」に、非違行為⑨は、「勤務態度不良」のうちの「減給・戒告」を処分量定とする「職務専念義務違反を行った場合」に、それぞれ該当するにとどまる。その余の非違行為は、本件処分量定との対応関係が必ずしも明確ではないが、非違行為①、②、⑥、⑦及び⑪は、恋愛感情等に基づき女子生徒に金品を与え、校外で二人で会っていた行為等を問題にするものであるから、「児童・生徒に対する性的行為等」のうちの「減給・戒告」を処分量定とする「性的な冗談・からかい、食事・デートへの執拗な誘い等、性的不快感を与える言動」と類似性・関連性を有する行為といえる。そして、原告に対して行われていた注意・指導等の内容…を踏まえると、その余の非違行為を含めて、「勤務態度不良」のうちの、「減給・戒告」を処分量定とする「職務命令違反」や、「停職・減給・戒告」を処分量定とする「職場秩序をびん乱した場合」及び「事実をねつ造して虚偽報告を行った場合」に該当するかが問題になり得る…が、いずれに該当するとしても最も重い処分量定は「停職」にとどまる。本件処分量定が飽くまでも標準的な処分量定を定めるものであり諸般の事情を総合的に考慮して、処分の加重・軽減の余地を残していることは前記…のとおりであるが、一方、本件処分量定が非違行為の類型ごとに標準的な処分量定を示しているのは、懲

戒権者の判断が恣意に流れることのないように判断の基準を示しているものと解され、特に重い処分である免職が選択された場合、職員に与える不利益は著しいものがあるから、それが本件処分量定と異なる処分であるときは、あえて免職を選択した客観的・合理的な根拠の有無について慎重に吟味する必要があるというべきである。  
…そこで、処分量定を決定する際に考慮すべきものとして、本件処分量定が列举している事情…に即して具体的に検討を加える。

ア 非違行為の態様、被害の大きさ及び司法の動向など社会的重大性の程度

(ア) 本件非違行為の主たるものは、…845通以上の性的な内容を含む生徒Aへのメール送信であり、その内容も、プロポーズしたり、性行為の方法を教示したりするもののほか、生徒Aとの間でキスをしたり抱き合ったりしたことがあったかのようなものが含まれており、教員が生徒に送信するメールとして極めて不適切なものである。また、金品を与えたり修学旅行の感想文案を送ったりすることは、生徒Aに教員との関係を誤解させ、依存心を生じさせるなどの不当な影響を与えるとともに、他の生徒にも不公平感を与えるものであって、いずれも教員としての適格性に疑義を生じさせるものといえる。とはいえ、送信されたメールの数については、同年4月から同年10月20日までの間はさほど多くなく、同日から同年11月14日までの3週間ほどに大半が集中しており、数自体は常軌を逸したもののように見えるものの、1回の一連のやりとりに数十通のメールを費やしたために多くなっているという事情もあり、メールの内容も「わいせつな内容のメール」として本件処分量定が想定している以上のものがあるともいえない。これらからすれば、本件非違行為の態様に、特に重い処分をすべき事情があるとはいえない。

(イ) 被害の大きさについて、本件処分量定は、生徒への性的行為について、同意の有無を問わないとしており、生徒は十分な判断能力を持っていない可能性もあることからすると、生徒Aが同意していたり、原告の処分を求めていなかったりするからといって、直ちに処分を軽減すべきであるとはいえない。しかし、生徒Aの両親が原告を辞めさせたいというわけではないと述べたこと、生徒Aは成人した現在でも証人として出頭して原告が懲戒免職になることを望まないと言明していること（証人生徒A）からすると、特に重い処分をすべき事情は見当たらないというべきである。なお、本件非違行為については、生徒A及び生徒Aの両親だけではなく、他の生徒、その保護者、教育現場への信頼といったものへ被害も問題になり得るが、その影響が限定的なものにとどまるものとみるべきことは前記…のとおりであり、こうした観点からみても、特に重い処分をすべき事情は見当たらない。

(ウ) 以上のとおり、本件処分量定が司法の動向という点を含めても、社会的重大性の観点からは、特に重い処分をすべき事情があるとはいえない。

イ 非違行為を行った職員の職責、過失の大きさ及び職務への影響など信用失墜の度合い

(ア) 原告の職責としては、生徒Aのクラス担任という立場であり、軽く見ることはできないが、原告は平成22年4月に採用され、本件非違行為が始まったのはそれから約1年後のことであり、特に風紀を取り締まるべき立場や管理職であったとは認められず、本件処分量定自体が教員に対する処分を想定して定められていることに照らせば、特に重い処分をすべき事情は認められない。

(イ) 過失の大きさについては、本件非違行為が故意に基づくものを含んでいることからすれば、ここでは非難すべき程度を問題とすべきところ、原告は生徒Aは両親から虐待されており、生徒Aを助けるために求めに応じたやむを得ないものであったかのように主張するが、仮に生徒Aに対し何らかの働きかけを要するとしても、組織的な対応をすべきことや、管理職の許可を得て行うべきことなどの指導があったというのであり…、原告の行動はこうした指導に反するばかりでなく、恋愛関係にあるかのようなメールや、性的な内容のメールの送信にはおよそ正当化できる理由は認められない…。もっとも、本件処分量定の想定する非違行為と比較して非難の程度が取り分け重くなるような事情であるとまではいえず、特に重い処分をすべき事情は認められない。

(ウ) 職務への影響については、上記…のとおり、その程度及び範囲は限定的なもののみ見るべきであるから、特に重い処分をすべき事情があるとは認められない。

(エ) 以上のとおり、信用失墜の度合いからは、特に重い処分をすべき事情があるとはいえない。

ウ 日常の勤務態度及び常習性など非違行為を行った職員固有の事情

(ア) 原告の日常の勤務態度については、本件非違行為以外に特段問題があったとは認められない。

(イ) 常習性との関連についてみると、生徒Aに送信されたメールは相当期間、多数に及ぶものではあるが、その大半は平成23年10月20日から同年11月14日までの3週間ほどに集中しており、生徒Aとの距離を置くよう周囲から注意されても、本件非違行為が続いていたという問題は指摘できるにせよ、同日以降わいせつなメールが送信されたと認めるに足りる証拠はなく、常習性を問題にすべきであるとまではいえない。

(ウ) 以上のとおり、原告固有の事情として、特に重い処分をすべき事情があるとはいえない。

エ 非違行為後の対応

(ア) 原告は、本件非違行為の一部が発覚後、本件経緯報告書を作成したり、事情聴取に協力したりするなど、一応の反省の態度を示しており、本件研修命令に従い本件研修を受けてもいる。

(イ) もっとも、原告は生徒Aへの送信メールの一部が発覚した後も、その全容や生徒Aとの関係について積極的に明らかにしたわけではなく、メール内容が明らか

になる都度その限度で事実を認めている状況であり、また、生徒Aの両親にも原因があるなどと責任転嫁をして原告の行為を正当化するような態度を示していることから、真摯な反省をしているかどうかには疑義が残るところである。しかし、発覚前に非違行為を自ら申し出たこと…や反省の態度を有利に考慮することはともかくとして、それをしなかったことを不利に扱うのは、非違行為をした者がそれらの行為をすることを当然に期待できるわけではないことから相当ではなく、本件非違行為後の対応に特に重い処分をすべき事情は認められないというべきである。

オ 原告については過去の非違行為は認められない。

カ 以上のとおり、本件非違行為につき、本件処分量定における標準的な処分量定よりも加重して原告を処分すべき事情があるとは認められない。

(6) よって、本件非違行為のうち、原告が生徒Aに送信したメールの内容は極めて不適切であり、原告の教員としての資質及び適格性について疑義を抱くだけの理由があったものではあるが、その結果や影響が必ずしも重大なものとはとはいえず、本件処分量定に照らしても、本件非違行為はいずれも「停職」とするのが相当な事案と考えられる一方、本件処分量定を離れて特に重い処分である「免職」をすべき事情も見当たらないことからすれば、本件免職処分は、社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したのものとして、違法であるというべきである。したがって、懲戒処分取消請求については…原告の請求は認められる。

## ※補論

### 本件命令の適法性

教職員等が生徒に対して性的行為やハラスメントを行った場合、業務命令として本問のように担任から外れる旨の命令や教室や研究室の使用を禁止する命令が出される場合がある。かかる業務命令については、命令発出当初は一定程度の必要性や相当性は認められる傾向にあるが、不当に長期にわたる場合や被害者との接触可能性がほぼ皆無となった場合には必要性・相当性を欠くと判断される傾向にある。

### 関連判例 鳥取地判平成 16 年 10 月 12 日

#### (3) 本件業務命令 1 の相当性

ア 学生に対する講義、研究指導等を免じた点について大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究し、知的、道徳的及び応用的能力を展開させることを目的とするものであり（学校教育法 52 条）、大学助教授たる原告にとって、学生に対する教育、指導は、研究活動と並んで職務の中核をなしているから、これを制限するためには、かかる制限を正当化し得るに足る相当性が必要である。しかし、他方、教育は、単に知識を授けるための作業ではなく、学生と教員との人格的つながりを通じて行われるものであるから、教員には高い倫理性、道徳

性が要求され、何よりも学生との間の強い信頼関係が不可欠である。本件において、原告は、前記1のとおり、本件セクハラ行為後、本件女子学生に対しG、Hらの卒業を妨害するような言動を行い、本件女子学生と交際するための障害と考えたGを数時間に渡って詰問するなどし、その結果、H、Iらは、原告を強く畏怖し、さらに、物質工学科所属の学生ら220名は、本件要望書を提出し、原告から教育を受けることに拒否的な態度を表明するに至った。加えて、原告は、本件懲戒処分により停職中にもかかわらず、本件要望書の首謀者と考えたH、Iらに謝罪を要求する手紙を送付している。かかる事実によれば、原告は、本件懲戒処分の期間が満了した平成12年11月13日の時点において、学生からの信頼を失っており、本件懲戒処分の期間満了後、直ちに学生に対する指導を行わせた場合、場合によっては学生による授業拒否等大きな混乱が発生した可能性も認められ、しかも、かかる事態は、上記にあげた一連の著しく相当性を欠く行為により、原告が自ら招いた結果といわざるを得ない。また、平成12年9月8日、原告自身も、直ちに従来通り学生に対する指導が行えないことに対し、やむを得ない旨の返答をしている。以上によれば、平成12年11月13日の時点において、学生に対する講義、研究指導等を免じたことには相当の合理性があったものというべきであり、本件業務命令1のうち、学生に対する講義、研究指導等を免ずる部分は職務命令として適法であったものと認められる。

しかし、本件業務命令1は、期限を定めることなく命じられ、結局は、本件懲戒処分による停職期間が満了した後、約1年10か月間継続されたのであるが、それだけの期間、本件業務命令1が必要であったかについては、別途考慮する必要があるところ、原告に対して恐怖心を抱いていたと認められるHらは、平成12年4月に大学院に進学し、平成14年3月には、修士課程を修了する予定であったことを考えると、遅くとも、平成14年4月以降も本件業務命令1を継続しなければならなかったと認めることは困難である。

そうすると、上記の措置は、平成12年11月13日の時点においては、適法であったと認められるものの、少なくとも、平成14年4月以降、同年9月18日まで継続したことは違法といわざるを得ない。

以上

【参考文献】

- ・ 斎藤誠・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30
- ・ 斎藤誠・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第8版]』 有斐閣 2022/11/30
- ・ 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法 [第7版]』 有斐閣 2021/3/30