

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"> ・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。） ・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 	免職
	<ul style="list-style-type: none"> ・手段を問わず、わいせつな内容を送信等した場合 ・手段を問わず、わいせつな行為の誘導・誘惑を行った場合 ・性的羞恥心を害するような言動を繰り返し行った場合 	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
設問 1 小問(1)（重大損害要件）	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	
設問 1 小問(2)（実質的当事者訴訟における確認の利益）	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	
設問 2（実体違法）	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	
裁量点	10		
合計	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¹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²、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。

¹ 本問作成時は判決未確定。

² 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³

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⁴。

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。

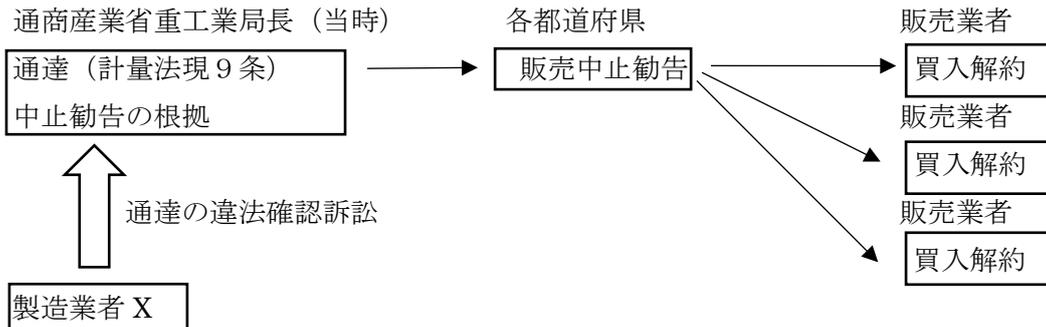
³ 「民事訴訟における確認の利益を基本としつつ、行政訴訟としての特性にも配慮して判断されるべき…。」 宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法 [第7版]』2021/3/30 有斐閣 394頁

⁴ 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⁵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⁶



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。⁷

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…。

⁵ 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。

⁶ 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。

⁷ 「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。

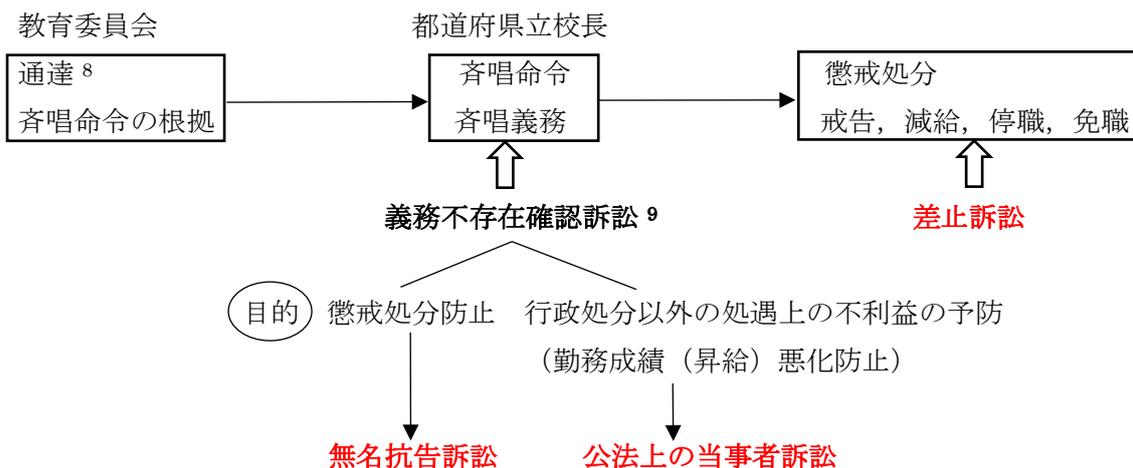
重要判例最大判平成17年9月14日(行政判例百選Ⅱ[第8版]202事件)－原則(肯定例)

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¹⁰。

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¹¹。

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

¹⁰ 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。

¹¹ 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)¹²

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

¹² 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¹³

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

¹³ 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ことができる…。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)

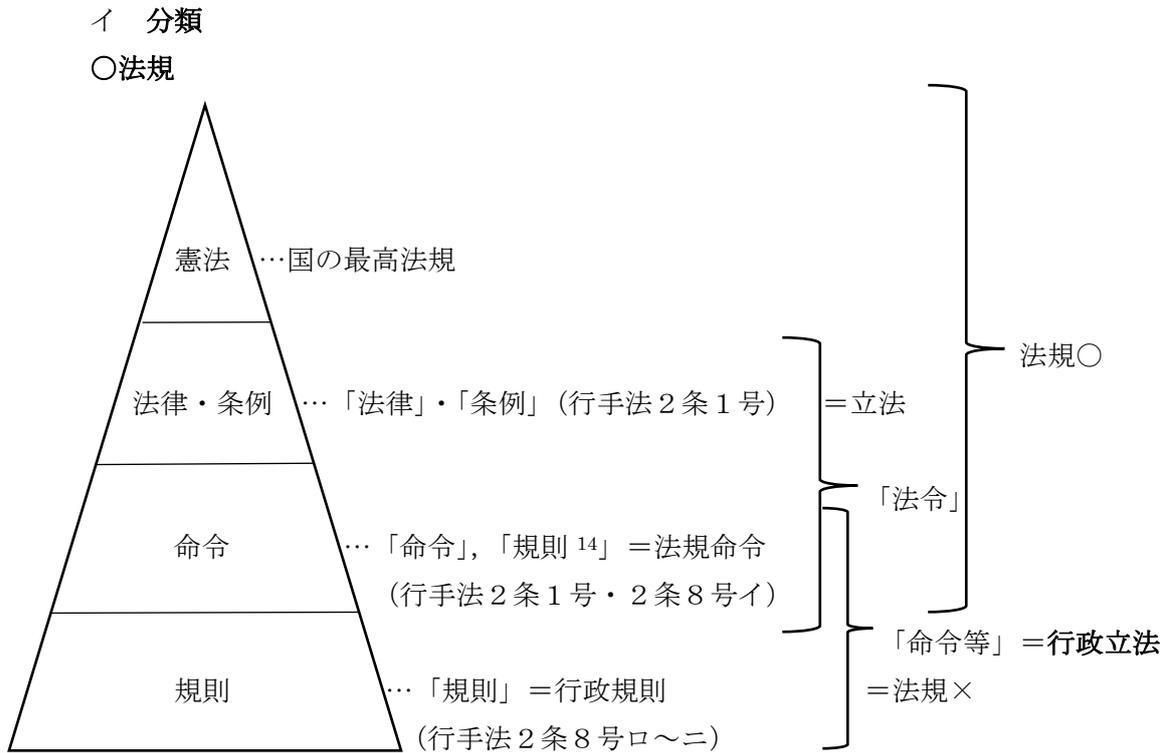
…不起立行為に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。そして、停職処分は、処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における職務の停止及び給与の全額の不支給という直接の職務上及び給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ上、本件各通達を踏まえて毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積して加重されると短期間で反復継続的に不利益が拡大していくこと等を勘案すると、上記のような考慮の下で不起立行為に対する懲戒において戒告、減給を超えて停職の処分を選択することが許容されるのは、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)。

¹⁴ 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¹⁵

- 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見えるものか。
- 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。

¹⁵ 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¹⁶

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¹⁷、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…。

¹⁶ 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。

¹⁷ 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)¹⁸

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)

¹⁸ 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、その成果が上が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⑩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



最優秀答案

表

試験科目	試験地
行政法	明治大学

回答者：M.F. 28点

行政法
1
頁

第1. 設問1

(1. 11月9日)

(1) 「重大な損害を生ずるおそれ」(行政法37条の4第1項本文) ^(について)

をともなう差止め訴訟(37条)とは、裁判所が行政行為の効力に先立ち適法性を判断するものであり、国民の権利利益の救済的救済即ち司法と行政の適切な均衡を図る必要がある。

よって「重大な損害とは、処分がな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とは比較し容易に手続を遂げることができず(行政)、処分がなされる前に差止めを求めなければ救済困難な損害」と解釈する。よってこれは37条の4第2項の要件により判断する。

(2) 公的機関が行政行為の場合、その旨をウェブサイト等に公表し運用(「処分の採否後、速やかに公表」資料3の3(1))に依り、権利侵害を公表し公表し見直しを促す。懲戒免職の場合、(たゞ、学友会等(2)条)個人が特定し得る行政行為の具体的な内容が漏れれば、対象者のプライバシーや社会的信用が害されることになり一度害を受けた後は事後的に金銭賠償不可能な性質のものである。損害の程度について、確かに、既に週刊誌が事件の根拠等を報道し、SNS上でAの匿名等(2)条)にて特定し得る行政行為の公表が行われると、公表によって権利侵害の程度は低いと思える。公表は学友会等という公的機関がウェブサイトに掲載する他、情報提供(2)条)行(3)条)、高い信頼性を持つ行政行為Aへの制裁としての意味合いも有るものであり、Aの社会的信用が害される程度は著しく、差止めを求めなければ救済困難な損害をいふ。



(3) 又、²³「重下は損害を主張するに依り」が認めらる。

²⁴ 2. 小問(2)

²⁵ (1) Aは、本件命令に基き法的義務の不存在の確信を求め、²⁶ 実質的
当量利益(行政法9年後援)を提起するに依りて。

²⁷ 了。かかる場合に適法と認めらるるに依り、²⁸ 確信の利益が認めらるるに
依り、²⁹ (7年) 其の有無は ①即時確定の利益、② 対象選択の
適否、③ 方法選択の適否に依り判断す。

³⁰ 但しAはDに対し真摯な交渉原望があり、セクハラ行為等として認めらるる
に依りては、Cの救済に依りセクハラ行為があったとして本件命令を認む。

³¹ 両者の衝突が不生じ、Aの地位に危険が生じざるに依りて、³² 紛争の成熟し得
ない。即時確定の利益がある(①)。+ 実際には処遇上の不利益が生じている。

³⁴ (1) 本件命令に基き法的義務の不存在の確信の請求は、「³⁵ 民法上の法律
関係に關する確信の請求(9年後援)」といふ、対象選択の適切(②)。

³⁶ (2) 本件命令は「処分(3年2条)に當らざることから本件命令の差止
³⁷ 請求も提起するに依りては、³⁸ 本件処分の差止請求は適法に
提起してはならない。かかる場合に方法選択が適切といふは、³⁹ (1)の
請求を提起するに依りては、⁴⁰ 問題とす。

⁴¹ 二の如く、原告の権利救済の観点から、方法選択の適否について厳格に
⁴² 判断可能な限りは、⁴³ 有効適切に争うといふ限り両者は並存し、
原告の選択に依りては⁴⁴ 請求を提起してはならないと解す。
よって、上記請求は方法選択も適切といふ(③)。

(2) 又、Aは上記請求を提起してはならない。

行政法 2 頁

△ 原告の現在の権利義務に引直してください。

× 処遇上の不利益の予防



裏

1 試験時間：1時間30分
2 試験科目：行政法の各科目です。
3 試験時間：1時間30分です。試験時間中に申告があった場合は、重畳となるので、注意してください。
4 試験時間中に試験開始の取違えも、受付も、試験監督員の指示に従ってください。試験時間終了後の各科目の取違えも、受付も一切ありません。
5 試験開始の取違え、試験監督員の指示も、追加記号はしませんので、おしり掛けたりしないでください。

3 答案作成上の注意
1 答案は横書きとし、解答欄の枠内に直線し、びくびく
2 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆で記入し、な
3 答案を訂正するときは、訂正部分が判別可能な程度
4 答案用紙の裏面を裏書きして答案を作成した場合は、
5 答案用紙の1枚の裏は、何れも記載しない。訂正は、
6 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であるとの印

行政法 3 頁

第2. 設問2

(30分参照)

1 本件処分は、教育委員会が裁量の逸脱・濫用により、違法事由が認められる。

(1) 裁量の有無について、根拠法令の文言及び処分の性質により判断する。本件処分は地方公務員法6条1項、29条1項に基づき、「この法律の文言、懲戒処分として職務の執行が「選択可能」である点、懲戒処分の判断には、社会的重大性の程度が職務への影響等の諸要素の事情の有無を争う点、懲戒処分について委員の処遇に精通した教育委員会で行うことが適切であると認められる点、教育委員会に効果裁量がある点」が認められる。

(2) 本件処分は、AとDが性的な関係を持つことにより規定された行為、資料2の(1)処分量建前の免職事由が存在せず、本件処分は違法であると主張する。これに対しB県は、教育委員会の効果裁量により、本件処分は資料2の(1)以外と異なり、争うべき反論がない(資料2の(1))。このようにもAは、本件処分は免職が違法であることにより、教育委員会の裁量の逸脱・濫用であり違法であると主張する。

了 行政庁の判断の結果及び過程について、重要な事実の基礎が欠け、又は社会通念上著しい不当性を欠く場合、裁量権の逸脱・濫用として違法であると解する。

1) 本件行為①及び②について、B県は、本件は極めて免職の事由がありAは免職委員としての適格を失ったと判断した理由として以下の3点を主張するとして決定した。



最優秀答案

回答者 M.F. 28点

第1. 設問1

1. 小問(1)

(1) 「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法37条の4第1項本文)について、そもそも差止訴訟(3条7項)とは、裁判所が行政庁の処分に先立ち適法性を判断するものであり、国民の権利利益の実効的救済及び司法と行政の適切な均衡を図る必要がある。

そこで「重大な損害」とは、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はなく、処分がされる前に差止めをするのでなければ救済困難な損害をいうと解する。そしてこれは37条の4第2項の要素により判断する。

(2) B県では地方公務員法に基づく懲戒処分がなされた場合、その旨をウェブサイトで公表する運用(「処分等の発令後、速やかに公表」、資料3の3(1))になっており、本件処分も公表される見通しとなっている。懲戒免職の場合、氏名・学校名等(2の表)、個人が特定できる形で処分の具体的内容が公になり、対象者のプライバシーや社会的信用が害されるどころ、これは一度害されてしまえば事後的に金銭賠償不可能な性質のものである。損害の程度について、確かに、既に週刊誌が事件の概要等を報道し、SNSでもAの実名等について特定されているため、この状況で公表を行なっても、公表によってAの社会的信用等が新たに害される程度は低いとも思える。しかし、公表は教育委員会という公的機関が、ウェブサイトに掲載する他、情報提供により行う(3(2))、高い信ぴょう性を持ち、Aへの制裁としての意味合いも有するものであり、Aの社会的信用が害される程度は著しく大きく、差止めでなければ救済困難な損害といえる。

(3) よって、「重大な損害を生ずるおそれ」が認められる。

2. 小問(2)

(1) Aは、本件命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める、実質的当事者訴訟(行訴法4条後段)を提起することができる。

ア かかる訴えが適法となるためには確認の利益が認められることを要し（7条）、その有無は①即時確定の利益、②対象選択の適否、③方法選択の適否により判断する。

イ（ア）AはDに対し真剣な交際願望があり、セクハラ行為等ではないと考えているのに対し、Cの校長はセクハラ行為があったとして本件命令を発している。両者の意見が対立し、Aの地位に危険が生じているため紛争の成熟性が認められ、即時確定の利益がある（①）。

（イ）本件命令に基づく公的義務の不存在の確認の訴えは、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（4条後段）といえ、対象選択は適切である（②）。

（ウ）本件命令は「処分」（3条2項）に当たらないため本件命令の差止訴訟を提起することはできないが、本件処分の差止訴訟は適法に提起できる。そこで、かかる場合に方法選択が適切といえるか（いずれの訴訟を提起すべきか）が問題となる。

この点、原告の権利救済の観点から、方法選択の適否について厳格に判断すべきではなく、有効適切な手段といえる限り両者は並存し、原告の選択に従い訴訟提起できると解する。

したがって、上記訴訟は方法選択も適切といえる（③）。

（2）よって、Aは上記訴えを提起できる。

第2．設問2

1．本件処分は、教育委員会の裁量の逸脱・濫用（30条参照）に当たり、違法事由が認められる。

（1）まず、裁量の有無について、根拠法令の文言及び処分の性質により判断する。本件処分は地方公務員法6条1項、29条1項に基づくところ、「できる」との文言、懲戒処分として複数の手段が選択可能である点、懲戒処分の判断には、社会的重大性の程度や職務への影響等の諸般の事情の考慮を要する点、懲戒処分について教員の処遇に精通した教育委員会でなければ適切な処分をすることが難しい点などから、教育委員会に効果裁量が認められる。

（2）まずAとしては、AとDが性的な関係を持ったことは認定されていないため、資料2の1（2）処分量定表の免職事由が存在せず本件処分は違法であると主張する。これに対しB県は、教育委員会の効果裁量により、表に掲げる処分量定以外とすることができると反論する（資料2の1（1）後段）。

そうだとした場合でもAは、本件処分に免職が選択されたことは、教育委員会の裁

量の逸脱・濫用であり違法であると主張する。

ア 行政庁の判断の結果及び過程について、重要な事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠く場合、裁量権の逸脱・濫用として違法であると解する。

イ (ア) 本件行為①及び②について、B県は、本件は極めて悪質な事実でありAは教職員としての適性を欠くと判断した理由として以下のように主張すると想定される。

(i) 社会的重大性の程度について、Aは、所属長の確認を受けることなく、Dに対し総計845通にも上る大量のメールを送信しており、その内容も、交際を求めたり、わいせつな内容が含まれていたりするなど、一般的にセクハラ行為に該当するもので、また、Aの勤務時間中にも行われるなど、その態様は悪質で、Dの被害は大きい。

(ii) 信用失墜の度合いについて、Aは教員かつDの担任であって、Dに模範を示すべき立場にあるにもかかわらず本件行為を行ない、教員は信用失墜行為をしてはならず（地方公務員法33条）、職務に専念する義務（35条）があるにもかかわらずこれに違反したAの過失の度合は大きく、行為①及び②や、Dとの交際の噂に保護者は不信感を抱き、生徒も不快感を持つなど、授業の開講や進行に大きな影響を与えかねない。

(iii) Aは令和3年10月頃から令和4年11月14日までメールを1年もの間送信し、常習性が認められる。

(イ) しかし、B県の主張は以下の通り評価の明白な合理性の欠如があり著しく妥当性を欠く。

(i) AとDのメールは令和4年10月20日から同年11月14日までの間に820通が集中しており、DからAに対しても相当数のメールが返信されている。また、AとDは買い物に行き金品を与えるなど交際ないしそれに準じた関係にあり、行為①②にDの同意があった以上、セクハラ行為があったとはいえない。また、D及びその両親もAの免職を望んでおらず、Aの行為は悪質とはいえずDの被害は必ずしも大きくないため社会的重大性はさほど大きくない。

(ii) Aは一職員にすぎず風紀を取り締まるべき立場や管理職でなく、また、Dの同意があったことから過失の程度は小さく、不快感を持つ生徒の範囲や程度も限定的だったことから職務への影響もさほど大きくなく、信用失墜の度合いはさほど高くない。

(iii) Aの日常の勤務態度に問題はなく、処分歴等もなく、メールのやり取りは令和4年11月14日を最後に終わっていることから常習性もなく、また、Aは本件命令に従い直接生徒らと接触しない業務に従事しており反省の態度を示している。

したがって上記諸般の事情を考慮すると、本件行為①、②は極めて悪質な事実とはいえ、Aは教職員としての適性を欠くとまではいえないため、B県の判断には明白な合理性の欠如があり、著しく妥当性を欠くため、本件処分は裁量の逸脱・濫用で違法である。

2. よって、本件処分には違法事由がある。

以 上

最優秀答案

回答者：S.K. 28点



28

△ 選択の理由

第1 設問 1 (1)

同2項の要素を考慮した上

1. 「重大な損害を生ずおそれ」(行政事件訴訟法(以下、注名省略)39条の4第1項本条)とは、処分がなされた後に取消訴訟(39条)や執行停止を請求(25条)することによらずに回復が困難な損害を被るおそれがあることという。を提起・申立て

2. 本件処分がなされたときAの氏名や学校名、年齢、処分理由等が教育委員会のウェブサイトに公表され運用となっており、一度インターネット上で公開された情報は半永久的にインターネット上に残り、仮に本件処分が取消されたとしても上記情報の公開による害はAの名誉や信用は回復することには困難がある。また、単発的な金銭賠償による回復できる性質の損害ではないため、本件処分がなされる前に差止めなければ回復が困難な損害を被るおそれがあるといえる。名誉や信用は

3. そもそも、本件処分1の見直しが行われた直後に週刊誌が事件の概要を報道したり、SNSでAの実名等が既に特定されているため、差止めを請求する実益がないとも思える。

しかし、教育委員会という公的機関が公開する情報は、週刊誌やSNSの情報よりも一般的に信用性が高い。そのため、後者よりも前者が公表する情報の方がよりAの名誉への侵害の程度が大きい。したがって、いまだ回復が困難な損害を被るおそれがあるといえる。

4. よって「重大な損害を生ずおそれ」は認められる。

第2 設問 1 (2)

23 1. Aは実質的当業者訴訟公(4条2項)を提起することができる。本件命令に従う義務がこれの確認を要することができず。

24 2. まず、Aは公務員であり、法32条に基づき本件処分がなされた後にも従っている。そのため本件命令は「公法上の法律関係に関する」事項である。加えて、本件命令は処分がなされたため取消訴訟等を提起できない。そのため、実質的当業者訴訟を認めず実益を返す。X 確認の利益を検討してくだい。

25 3. よってAは同訴訟を提起できる。

第3 設問 2

31 1. 本件処分の内容が見職であることは処分に関与する教育委員会の裁量権の逸脱、濫用といえ違法ではないが。X これは要件です。

32 2. 教育委員会には、職員に対しいかなる懲戒処分を課するか決定する裁量権があり(法29条1項2号)、「全体の責任者たるにふさわしくない非行」(同項3号)との抽象的な文言から、その裁量は広範であると考えられる。また、本件量定の内容は合理的であると認められ、本件量定に従ってなされた処分は原則として裁量の範囲内であると認められる。本件量定のもと、裁量基準が定められているにもかかわらず、かたき基準通りでない処分がなされた場合には、異なる処分となつた合理的な理由がない限り裁量権の逸脱、濫用となると解する。

33 3. 本件行為1は処分量定表によれば戒告から停職と規定されている。これにもかかわらず本件処分は見職を内容としているため、本件量定通りの処分はなされていない。教育委員会、AやDとせずその他の

定の法的性質を明らかにしてくだい。

△ 具体的に示してくだい。

【注意事項】

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、行政法の答案用紙です。
筆法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、得点となるので、注意してください。
なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切ありません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取扱い。追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に真直に記述してください。
(2) 答案は、黒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り)で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として得点となりません。
(3) 答案を訂正するときは、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。
(4) 答案用紙の裏面を書き込んで答案を作成した場合には、裏が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に裏の解答欄に記載してください(試験時間終了後に記載することは認めません。)

4 その他

解答欄に受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得点となりません。

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る。そうであれば、本件量定の免職事由が下い
にもかかわらず基準と異なる処分が下り、かつ、異なる処分が下りたこと
に合理的な理由もないと、違法事由が認められると思える。
4. もともとB県は、本件量定は前者事情を総合的に考慮して判断され
ること、及び、処分量定はあくまで標準であり、個別事情により、
処分量定表以外の処分もあり得る旨が明示されている。
そして、本件行為1及び2は担任と生徒という関係の元で行われて
いたこと、限定的であれど他の生徒に不快感を与えたこと、校
長の許可を得ずに行われたこと、保護者に不信感を与えたことを考慮
すれば、免職とすべきことも妥当といえる社会的に重大な非違行為と
いえる。したがって本件処分は違法でありと反論すると想定される。
5. 確かに上記事情を考慮すれば、Aの行為は法33条、35条にも反する
非難に値するものである。Aは懲戒処分歴はなく、C高校内
で国紀を取り締まる立場にありかつ管理職でもある。そして
Dは既に卒業し成人しており、D及びその両親はAの免職を望んで
いない。そうであれば、免職に相当する性的行為を行った場合
と本件行為1及び2が同じ処分とならば合理的理由がない
といえ、本件処分は量裁権の逸脱、濫用といえる。
6. 下り本件処分は違法事由がある。
△これらの事情に当てはまる考慮要素を規範
として設定してください。

67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88

最優秀答案

回答者 S.K. 28点

第1 設問1 (1)

1. 「重大な損害を生ずるおそれ」(行政事件訴訟法(以下、法名省略)37条の4第1項本文)とは、処分がなされた後に取消訴訟(3条2項)や執行停止を請求(25条)することによるのでは回復が困難な損害を被るおそれがあることをいう。
2. 本件処分がなされるとAの氏名や学校名、年齢、処分理由等が教育委員会のウェブサイト公表される運用となっている。一度インターネット上で公開された情報は半永久的にインターネット上に残るため、仮に本件処分が取消されても上記情報の公開によって害されたAの名誉や信用は回復することは困難である。また、事後的な金銭賠償によって回復できる性質の損害ではないため、本件処分がなされる前に差止めなければ回復が困難な損害を被るおそれがあるといえる。
3. もっとも、本件処分1の見通しが示された直後に週刊誌が事件の概要を報道したり、SNSでAの実名等が既に特定されているため、差止めを請求する実益がないとも思える。
しかし、教育委員会という公的機関が公開する情報は、週刊誌やSNSの情報よりも一般的に信用性が高い。そのため、後者より前者が公表する情報の方がよりAの名誉への侵害の程度が大きい。したがって、いまだ回復が困難な侵害を被るおそれはあるといえる。
4. よって「重大な損害を生ずるおそれ」は認められる。

第2 設問1 (2)

1. Aは実質的当事者訴訟(4条後段)を提起し、本件命令に従う義務がないことの確認を求めることができる。
2. まず、Aは公務員であり、法32条に基づき本件命令に従っている。そのため本件命令は「公法上の法律関係に関する」事項である。加えて、本件命令は

処分ではないため取消訴訟等を提起できない。そのため、実質的当事者訴訟を認める実益もある。

3. よってAは同訴訟を提起できる。

第3 設問2

1. 本件処分の内容が免職であることは処分に関する教育委員会の裁量権の逸脱・濫用といえ違法でないか。
2. 教育委員会には、職員に対しいかなる懲戒処分を課すか決定する裁量があり（法29条1項柱書）、「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行」（同項3号）との抽象的な文言から、その裁量は広範であると考えられる。そして本件量定の内容は合理的であることから、本件量定に従ってなされた処分は原則として裁量の範囲内であるといえる。

もっとも、裁量基準が定められているにもかかわらず、かかる基準通りでない処分がなされた場合には、異なる処分となった合理的な理由がない限り裁量権の逸脱・濫用となると解する。

3. 本件行為1及び2は処分量定表によれば戒告から停職と規定されている。それにもかかわらず本件処分は免職を内容としているため、本件量定通りの処分はなされていない。教育委員会は、Aが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。そうであれば、本件量定の免職事由がないにもかかわらず基準と異なる処分がされ、かつ、異なる処分がなされることに合理的な理由もないといえ違法事由が認められると思える。
4. もっともB県は、本件量定は諸事情を総合的に考慮して判断されること、及び、処分量定はあくまで標準であり、個別事情によっては処分量定表以外の処分もあり得る旨が明示されている。そして、本件行為1及び2は担任と生徒という関係の元でなされていたことや、限定的であれど他の生徒に不快感を与えたこと、校長の許可を得ずなされたこと、保護者に不信感を与えたことを考慮すれば、免職とすることも妥当といえる社会的に重大な非違行為といえる。したがって本件処分は違法でないと反論すると想定される。
5. 確かに上記事情を考慮すれば、Aの行為は法33条、35条にも反する批難に値するものである。しかし、Aは懲戒処分歴はなく、C高校内で風紀を取り締るべき立場にあるわけでも管理職でもない。そしてDは既に卒業し成人しており、D及びその両親はAの免職を望んでいない。そうであれば、免職に該

当する性的行為を行った場合と本件行為 1 及び 2 が同じ処分となるべき合理的理由がないといえ、本件処分は裁量権の逸脱・濫用といえる。

6. よって本件処分は違法事由がある。

以上

最優秀答案

回答者 Y.Y. 28点

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項本文)とは、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。

その判断にあたっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案するものとする(行訴法37条の4第2項)。

2. (1) 本件において、Aが本件処分により被る損害は失職することと公表による名誉が害されることである。

ア. 失職することで失った教員たる地位は一度失うと、再度得るためには改めての手續を要し、回復は困難といえる。これは代替的に入手したり賠償したりすることが困難な性質を有し、免職は懲戒処分の中で最も重い内容、性質及び程度を有している。

イ. 懲戒免職の場合の公表は、その他の場合と異なり、氏名と学校名が公表される。これらは個人の特徴を容易にするような個人情報である。これらは一度公表されると、情報が流通し、原状回復することは不可能となる。以上のような損害は、高い程度のものでいえる。

しかし、本件では既に週刊誌報道やSNS上の情報で公表と同程度の内容が流通しており、Aの損害は公表によっては生じないとも考えられる。けれども、公的機関が公表する内容とSNS上の情報では信用性等に差があり、改めて公表されることによる損害を懸念し得ると考える。

本件処分での公表は氏名と学校名を公表する内容であるから、その性質は情報の私的性の強さから著しいといえる。

(2) 以上より、本件処分によって生じるおそれのある損害は事後的に救済することが困難であるといえる。よって、本件では「重大な損害を生ずるおそれ」は認められる。

第2. 設問1 (2)

1. 本件命令に関してAが提起することができる訴訟は実質的当事者訴訟（行訴法4条後段）としての本件命令の違法確認の訴えであると考えられる。

2. 「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（同条）の提起が適法となるための訴訟要件は確認の利益である。

確認の利益は、①方法選択の適切性、②対象選択の適切性、③即時確定の利益が認められることを要する。

(1) ①について、本件命令は抗告訴訟の対象たる「処分」（行訴法3条2項）に当たらない。そのため、取消訴訟等を提起することはできない。したがって、本件命令に関する訴訟は補充性を有し、①を充足する。

(2) Aは、本件命令に関して訴訟を提起することを望んでいる。また、Aは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て本件命令に従っていた。本件では上記理由によって処分はされていないが、今後はされるおそれがあり、Aが本件命令の違法を確認する利益があると考えられる。よって、②を充足する。

(3) Aは本件命令を受けてから約1年間経過しており、その間直接生徒と接触しない業務に従事させられていた。Aとすれば、本件命令によって本来の職務を行うことができずにいるのであるから、紛争が成熟したといえる。さらに、本件命令が違法にされれば、Aの目的は達せられるから、提起する訴訟は有効適切な手段といえる。

3. 以上より、確認の利益を満たし、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」である本件命令の違法確認の訴えは適法に提起することができる。

第3. 設問2

1. 本件処分の違法事由として裁量の逸脱・濫用が考えられる。

2. (1) 本件処分は、法29条1項の各号を満たし、本件量定に則ってAを免職とした。本件処分の根拠規定は法29条1項である。

(2) 法29条1項に該当する者に対して、いかなる内容及び程度の懲戒処分をするかを決するには、教育者の観点から専門的に決せられる。また、各事案

ごとに事情が異なり、画一的な決定は難しく、現場性が要求される。加えて、同項は、「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。」との文言であり、要件に該当した者に対する処分は処分権者に選択権があることを示している。

したがって、いかなる内容及び程度の懲戒処分をするかについては、教育委員会に効果裁量が認められる。

(3) そして、懲戒処分の選択には効果裁量が認められること、及び法29条1項から内部基準が必ずしも論理的には導けるものではない。そのため、内部基準たる本件量定は法律の委任なく内部的に定められた行政規則であり、裁量基準にあたる。

(4) ア. 裁量基準がある場合の違法性は、①基準自体の合理性欠如、②当てはめの違法、③本件に当てはめるべきでない特別事情があるにもかかわらず当てはめたという個別審査義務違反の3つによって判断される。

イ. 本件量定自体は合理的であるとされており、①はない。また、本件に特別事情は見当たらず、③もない。

ウ. 本件行為①は、本件量定中の処分量定表（以下「表」とする）の「SNS等を利用した私的なやり取り等」に該当する。加えて、その内容が「わいせつな内容」に当たり、「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」の上から2つ目の区分に該当する。

本件行為②は「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」の上から3つ目の区分に該当する。

以上のことから表から懲戒処分を選択すると、本件行為①・②が該当する場合への処分は全て停職以下とされている。さらに、AとDがキスその他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されていない。そのため、表に基づけば免職対象にはならない。

一方で、本件量定1(1)は、「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」とする。

しかし、Dは本件行為①・②に同意し、Dと両親がAの免職を望まないことから、行為態様、被害の大きさは小さい。AはC内で風紀に関係したり、管理職であったりすることもなく、保護者からの不信感があったものの不快感を持つ生徒の程度・範囲が限定的であったから、信用失墜の度合いは小さい。Aは日常の勤務態度に問題はなく、懲戒処分歴もないため、A固有の事情として厳罰の必要性は低い。Aは本件命令に従うなど反省の態度を示して

いた。

したがって、表の処分量定よりも厳しく処分すべきと考える事情はない。

にもかかわらず、表の量定よりも重くした本件処分はあてはめの違法がある。

(5) B県からの反論として、本件量定と異なる決定をしたからといって、裁量に違法があるとはいえないとの主張が考えられる。それに対し、本件量定は公表されているため、公の信頼や予見可能性を維持するためには、公表された裁量基準に反した処分は原則違法となると考える。

(6) よって、本件には、裁量基準に対するあてはめの違法があり、本件処分の違法事由が認められる。

以 上

最優秀答案

回答者:T.M. 28点

A 28

問1 (1)

2項の要素を考慮した上で、

「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法37条の4第1項本文)とは、処分により生じるおそれのある損害が、処分後に取消訴訟を提起して執行停止決定を受けることによって容易に救済され得るものでなく、処分前に差止めを命ずるのでなければ救済が困難なものであることを要すると解される。

懲戒処分により氏名等が公表されるB県での運用によると、本件処分により生じるおそれのある損害の内容は、甲の名誉権及び処分歴を理由に再就職が困難になることである。このような損害は、甲の日常生活の平穩の維持や生活再建を図る上で大きな支障となり得るものであり、重大である。さらに、懲戒処分の公表の時期は、「発令後、速やかに」行われることから、懲戒処分後に取消訴訟を提起して執行停止決定を受ける前になされるおそれがあり、これらによって容易に救済され得るものには当たらない。なお、週刊誌報道やSNSなどでもAの実名や経歴等が特定されていたことは事実上のものであり、これをもって処分により生じる損害がないとはいえないことから、要件該当性の判断を左右しないと考える。

+ ウェブサイトの特性

△ 公表も法的なものではなく事実上のもの。事実上のもの

情報の質にも着目してみよう。

以上より、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」は認められる。

問1 (2)

Aが提起することができるのは、当事者訴訟のうち「公法上の法律関係に関する確認の訴え」(行訴法4条後段)として、本件命

令に基づく公的義務の不存在確認訴訟である。

本件命令は、A に対し、秋学期から当面の間、A が学年担任を外れること、B 県教育委員会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 回参加することを内容とする。このような処遇上の不利益を解消するための手段として、本件命令の取消しを求めることが考えられるものの、これは、本件命令が「処分」に当たらないことから不可能である。他方、本件命令に基づく公的義務がないことの確認を求める当事者訴訟を提起し勝訴することで、上記処遇上の不利益を排除することが可能になる。→ 方法選択適切

以上より、A としては、本件命令に基づく公的義務の不存在確認訴訟を選択することになる。
X その他の確認の利益

問 2

1 違法事由に関する当事者の主張

A は、教職員の主な非行に対する標準的な処分量定（以下「処分量定」という）中の処分量定表上、行為①は停職相当であり、行為②は規制対象外であるから、免職を選択するのは不相当であり違法であると主張する。これに対し、C は、処分量定の「表に掲げる処分量定以外とすることもあり得る」との規定に基づき、免職を選択したことに違法はないと反論することが想定される。

2 検討

本件免職処分は、甲の行為①及び行為②が「次の各号のいずれかに該当する場合」に当たることに基づいている（地方公務員法（以

下「法」という) 29条1項本文)。同条は、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」と規定している。

△裁量と認めらるる実質的理由

これは、各号に該当する場合であっても、処分の発令及び選択につき、任命権者である教育委員会に効果裁量を認める趣旨であるといえる。本件処分が法29条1項各号の要件に該当すること、本件量定の内容が合理的なものであることを前提とすれば、本件では、Cの効果裁量権の行使に逸脱又は濫用が認められる場合に違法事由が認められることになる(行訴法30条)。

処分量定は、教育委員会の内部基準であり、裁量基準に当たる。裁量基準は、法規命令ではないものの、これに従わないことを相当と認めるべき特段の事情のない限り、これに従うことが行政庁に(義務付けられ、その違反は、裁量の逸脱又は濫用として違法事由となる

+比例原則の観点

Dは本件行為①・同②のいずれも、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の免職を望んでおらず、被害感情はないこと、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が認定されていることなどから、「社会的重大性の程度」はそれほど大きくないといえる。また、Dとキスその他の性的な関係を持ったことは認定されておらず、免職相当の「性交又は性交類似行為」又は「キスをした」場合に当たるとはいえない。日常の勤務態度に問題はなく、懲戒処分歴等もないうえ、C

①

高校内で風紀を取り締まるべき立場や管理職でもないという A の「日常の勤務態度」は良好である。A は、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するなど、本件命令に素直に従っていることが認められる。

要件該当性の検討は不要

他方、(本件行為①は「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」(法 29 条 1 項 3 号)、職務専念義務違反(法 35 条)及び信用失墜行為の禁止違反(法 32 条)に当たることから「この法律に違反した場合」に当たる(法 29 条 1 項 1 号)。)処分量定表上も、「わいせつな内容を送信等した場合」として停職相当であると同時に、「所属長の承認を受けることなく…私的なやり取りを行った場合」として、停職・戒告・減給相当である。

行為②のデートは、処分量定表の「デートへの執ような誘い」のもちろん解釈からこれに含まれ、停職・戒告・減給相当である。

以上より、免職に直接該当する行為は認められないものの、停職等に相当する行為が 3 つ認定されるという「処分量定の加重(処分量定 1 の(1))」を考慮すれば、免職が相当とした本件処分に効果裁量の逸脱又は濫用は認められない。なお、本件には、処分量定に従わないことを相当と認めるべき特段の事情はない。

← その際と上記①の検討の差は?

以上より、本件処分の違法事由は認められない。

以上

△ 単純に足し算をする理由

採点講評

(2024年4月7日実施 行政法)

担当講師：弁護士 山下大輔

第1 全体の出来・形式面について

全体の答案の出来は例年に比べると多少悪かったです。第1回の答練同様、法の趣旨や、そこから導かれる規範を具体的に挙げて三段論法を展開することなく、問題文の具体的な事実にばかり着目し、読書感想文のようにになっている答案が相当数ありました。行政法は個別法の規定を挙げ、仕組みを解釈し、具体的な規範を立てることが必要不可欠です。また、これも第1回答練と同様ですが、以下の「個別の注意点について」に指摘するように、極めて重要な判例の理解が乏しい答案が散見されました。百選掲載判例のなかでも、リーディングケースと言われるような重要判例はおさえておかなければいけません。

なお、現時点で司法試験本試験行政法を受けても上位答案となる答案（30点前後）は4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2割であり、およそ例年通りの比率となりました。

第2 個別の注意点について

1 設問1小問（1）について

多くの答案で重大損害要件の定義を挙げる事ができていました。しかし、週刊誌報道・SNSの特定がなされている事情を踏まえない答案が意外にも多かったです。それら事情を踏まえている答案でも、教育委員会による処分の公表と混同している答案も少数ながらありました。週刊誌報道・SNSの特定は、近年の社会的なテーマでもありますので、どのような意味合いをも持つのか、この機会に考えて頂きたいです。

2 設問1小問（2）について

最も出来が悪かったです。ほとんどの答案が最判平成24年2月9日を踏まえることなく、民事訴訟法の確認の利益一般論から簡単に確認の利益を肯定していました。確認の利益一般論についても、対象選択の適切性において、原告の現在の権利義務や法的地位に引き直すことなく、本件命令の違法といったダイレクトアタックを論じたり、対象が何なのか曖昧なままであったりと、不適切な論述が散見されました。最判平成24年2月9日は、差止訴訟の判例としても重要ですが、実質的当事者訴訟、無名抗告訴訟の判例としても重要ですので、もう一度同判例を見直してください。

3 設問2について

本問でもやはり公務員懲戒処分に関する最判昭和52年12月20日を踏まえない答案が散見されました。本問は、裁量論、逸脱濫用（比例原則）、裁量基準の適用（当てはめ）といった比較的易しい判断枠組み・規範を順序立てて論じることができれば一応の水準以上となります。具体的な論述の過不足があるのは仕方がないですが、上記の判断枠組み・規範をそもそも挙げられなかった受講生は要注意です。

裁量論については、相変わらず要件裁量か、効果裁量か、裁量が認められる実質的理由は何かを踏まえない答案がありましたが、そのような答案は第1回答練よりは格段に減りました。

本件量定の当てはめにおいては、停職事由が複数あるから免職もやむなしと単純に足し算的に適法性を肯定する答案、本件量定に挙げられている考慮要素をまったく踏まえず、問題文の事情が持つ意味を検討することなく、ただただ事情を羅列し最後にひとまとめに評価する答案が散見されました。第1回答練でも、今回の解説講義でも述べましたが、規範や考慮要素をしっかり論じた上で、問題文の事情が持つ意味を探り（本問だと、どの考慮要素該当事由なのかの検討）、評価、結論付ける必要があります。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2024年4月7日分 得点分布表

行政法

出席者 19名 平均点 19.1点

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

