

[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。

【解答例】

第1 設問1 本件勧告について

1. 「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（以下「処分」という）とは、国または公共団体が行う行為（公権力性）のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成しまた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（直接具体的法効果性）をいう。

以下、本件について検討する。

2. 本件勧告はY県知事が行ったものであり①を満たす。もっとも、Y県からの反論としては、勧告は行政指導であり、対外的に周知されることもないから、勧告によってXは何らの不利益を受けることはないとして、②を満たさないとの反論が考えられる。

3. たしかに勧告は行政指導の一種として法的効果を持たないため処分性が否定されるのが原則である。しかし、勧告であったとしても、後の処分が行われることが相当程度に確実であり、後の処分を争うことによって権利救済が十分に図れないといえる場合には、例外的に法効果性を認め、処分性を肯定すべきであると考ええる。

4. 本件では、本件勧告に従わない場合には公表が予定されており（Y県生活条例（以下「条例」という）50条）、勧告の後に公表がされることが相当程度に確実であるといえる。また、条例49条では勧告を行う前に意見を述べる機会を保障していることから、条例は勧告を一種の不利益を与える法効果性を有するものと条例が認める趣旨であると考えられる。さらに、本件勧告の後に公表がなされた場合、販売業を営んでいるXとしては消費者からの信用が失墜し、経営上大きな影響を受けることが考えられる上、Xは信用を失墜すれば金融機関Aから融資を停止すると通告されており、Xの経営が立ち行かなくなる可能性が高い。そのため、公表がなされる前の勧告段階で争う必要性が高い事案というべきである。

したがって、本件勧告は法効果性を有するものであり、②を満たす。

以上から本件勧告には処分性が認められるとXは主張すべきである。

第2 設問1 本件公表について

1. 本件公表に「処分」性が認められるか、上記第1の1の規範に基づきXの主張を検討する。

まず、公表もY県知事によってなされているから①を満たす。もっとも、Y県側からは本件公表は情報提供のためになされている事実行為であり、懲罰的にされたものではないから②を満たさないとの反論が考えられる。

2. 本件では、一見、本件公表は消費者に対して違反した事業者を公表することで、消費者に対する情報提供を行うものであり、懲罰的目的は認められないようにも思える。しかし、消費者への情報提供の反面、公表された事業者は信用低下などの不利益を被るほか、条例上も勧告に従わない者へ公表を行うこととしており、公表以外の罰則・制裁規定が置かれていないことからしても、条例違反に対しては公表を罰則規定としている趣旨と考えられる。そのため、本件公表に懲罰的目的がないとはいえない。

また、ほかに罰則や制裁規定が置かれていない以上、公表の時点で争うことを認めなければ権利救済の手段がない。

したがって本件公表は懲罰的にされたものと評価できるため、②を満たす。

以上から、本件公表には処分性が認められるとXは主張すべきである。

第3 設問2

1. Xは、知事が「事業者が第25条の規定に違反した場合」に「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」（条例48条）と判断し、本件勧告を行ったことは裁量権の逸脱乱用に当たり、違法である（行訴法30条）と主張する。

まず、上記主張に関し、知事に裁量が与えられているかを法律の文言と処分の性質の両面から検討する。

2. 条例48条の前提となる条例25条は、「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」と規定し、条例48条は「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」とどちらも抽象的に規定している。そして、本件勧告は不適正な取引行為を禁止し、消費者の保護を目的としてなされるものであるから、一種の警察的規制として、その判断に当たっては県知事の専門的・技術的判断が要求される。

したがって、このような法律の文言及び処分の性質からすれば、「事業者が第25条の規定に違反した場合」及び「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」との判断にはY県知事に要件裁量が認められるというべきである。

このような裁量にかんがみ、25条4号のあたるとの判断が重要な事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかな場合に、裁量権の逸脱、濫用として違法になると考える。

4. 本件においては、XはXの従業員がした勧誘は「事業者が第25条の規定に違反した場合」（条例48条）に当たらないため、本件勧告は裁量逸脱濫用の違法があると主張する。

Y県側としては、Y県による実態調査により、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たことが判明していたため、Xの行為は条例25条4号の「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」に該当する行為であり、不適正な取引行為を行っており、事実誤認の違法はないとの反論が考えられる。

もっとも、Xの従業員は、「水道水に含まれる化学物質は健康に有害」「今月のノルマが達成できないと会社を首になる」「人助けと思って買ってください」と述べているだけであり、それらは単なる営業活動の一環に過ぎないのであるから、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「消費者を心理的に不安な状態・・・陥らせる方法」とまではいえない。また、Xの従業員は威迫はしていないから、「消費者を威迫して困惑させる方法」も行っていない。

以上から、条例第25条に違反していないにも関わらず行われた本件勧告は裁量逸脱濫用の違法があるとXは主張すべきである。

5. 次に、Xとしては、Xの従業員がした勧誘は、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」（条例48条）にあたらないため、本件勧告は裁量逸脱濫用の違法があると主張する。

この点、Y県側としては実態調査の結果、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たことが判明したため、このような勧誘行為は「消費者の利益が・・・認めるとき」にあたり、知事は手続上も条例49条の意見陳述の機会も付与していて、かかる判断は裁量の範囲内であるとの反論が考えられる。

もっとも、条例49条が意見陳述の機会を設け、意見及び証拠提出の機会を保障している趣旨は、知事が具体的な事実関係を把握したうえで、適正な処分を行うことにある。そして、Xは仮にXの従業員が行った行為が不適切なものに当たるとしても、それは従業員の一部に過ぎないと主張している。このような事実は意見陳述の場で初めて明らかになった事実であり、「消費者の利益が・・・認めるとき」の判断において重要な考慮要素であるといえる。

しかし、知事はXの意見陳述上の主張を受け入れず、本件勧告を行ったことは、考慮すべき要素を適切に考慮しなかったものとして考慮不尽に当たり、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは社会通念上著しく妥当性を欠き違法である。

以上から、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは違法であるとXは主張すべきである。

6. さらに、Xとしては、本件勧告は知事に与えられた効果裁量の逸脱濫用があるとして、違法である（行訴法30条）との主張を行うことが考えられる。

条例48条は「勧告することができる。」と定めており、本件勧告を行うかどうかはY県知事の専門的・技術的判断に委ねられる性質のものである。そのため、本件勧告をするか否かについては知事の効果裁量が認められる。そこで、このような裁量に鑑み、重要な事実の基礎を欠き、または社会通念上著しく妥当性を欠く場合には裁量権の逸脱濫用として違法となる。

Y県側としては、Xの従業員による勧誘行為は不適切な態様であり、指導ではなく、勧告を選択したことは適法であるとの反論が考えられる。

もっとも、条例48条は知事の行為として「指導」または「勧告」することが定められており、「勧告」は条例50条が「事業者が第48条の規定に勧告に従わないとき」としていることから公表がその適法性の担保として定められており、「指導」よりも重大な処分であるといえる。そのため、比例原則の観点から、勧告を行うために、このような重大な処分に見合うだけの法規違反の程度がなければ、裁量権の逸脱濫用として違法となる。

本件では、Xは意見陳述の機会において、本件勧誘をしたのは従業員の一部に過ぎない上、Xは、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を主張している。そのため、このような自主的な指導や改善を行っているXに対しては、「指導」ととどめるべきであったといえ、事後的には公表が予定されている重大な処分である勧告を行

明治大学法曹会 司法試験予備試験 答案練習会

講師：弁護士 新明清久 2025.12.7 実施 過去問プレゼミ 行政法 / 参考答案

うことは不相当に過大な処分であり、社会通念上著しく妥当性を欠くものである。

よって、Y 県知事による本件勧告は裁量権の逸脱濫用として違法であると X は主張すべきである。

以上

●行政法過去問解説

【設問 1】

今回の行政法過去問は、設問 1 で勧告及び公表の処分性の有無、設問 2 で裁量権の逸脱濫用の主張を問う問題であった。

設問 1 では、Y 県の反論を踏まえて、X の立場から本件勧告及び本件公表に処分性が認められることを主張することが求められている。Y 県側としてはそれぞれの処分性を否定する根拠として、本件勧告及び本件公表が事実行為であるということについて、その行為の性質を具体的に判断して主張することが考えられる。そして、通説的に考えると、この主張が妥当しやすいと考えられるため、X 側の主張を構成することは難しいと考えられる。そこで、X 側としては、本件勧告については最判平成 17. 7. 15（いわゆる病院中止勧告事件）を参考にして、本件勧告にも処分性を有すると主張し、本件公表についてはその性質から制裁的公表であると認定して、制裁的公表は処分性を有すると主張することが考えられる。これらが処分性を有するとする定説はないので、判例の考えや学説の考えを自分なりに本件で用いて、X 側の主張として一定の説得力があればよいと考えられる。勧告と公表の処分性については平成 20 年新司法試験にも同様の問題が出題されており、定期的に出題される可能性のある分野である。

以下細かく見ていこう。

●処分性

問題文中の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行訴法 3 条 2 項）とはいわゆる処分性のことを指すと言われている（中原茂樹「基本行政法」258 頁）。

そして、処分性とは判例の定義によれば「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまた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」と解されている（文言の法律には条例を含む。最判昭和 39 年 10 月 29 日判決）。

上記定義の特徴としては①公権力性（国または地方公共団体が行う行為）②法効果性（その行為によって直接国民の権利義務を形成しまた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）と言われている。

● 本件勧告の性質

本件勧告は Y 県消費生活条例 48 条を根拠とするものである。

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。

「勧告」という文言は、通常その行為によって直接国民に対する権利義務を形成するも

のではないこと及び行手法2条6項の文言等から行政指導（行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であつて処分に該当しないもの（行手法2条6号））の一種と解される。そのため、本問においても、処分性を認めない立場であるY県の反論としては、「勧告は行政指導であり、対外的に周知されることもないから、勧告によってXは何らの不利益を受けることはないため、②を満たさない」という内容の反論が考えられよう。そこで、通常は行政指導の一種であり処分性を満たさないと考えられる本件勧告について、処分性を満たすような主張が求められる。

●設問1の本件勧告の処分性に関し、Xの主張の参考となる判例

ここで、参考にすべきなのが勧告の処分性を肯定したいいわゆる病院開設中止勧告事件判決（最判平成17年7月15日判決）である。本判決は、「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、【要旨】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。」と述べ、本件勧告が医療法上は行政指導の性質を有すると明言した上で、勧告不服従は「相当程度の確実さをもって」指定拒否という「結果をもたらす」と指摘し、本件勧告の処分性を認めた。その廃位系には、多額の投資をして病因の解説をした後に保険医療機関指定拒否処分を争うのは實際上困難であり、**実効的な権利救済**のためには本件勧告を争わせる必要があるとの考慮があったものと思われる（中原行政法289頁）。

また、出題の趣旨で触れられている平成20年9月10日判決（土地区画整理事業の事業計画の決定に関する処分性の判決）では、施行地区内の土地所有者等は、事業計画の決定によって、各種の規制の伴う「土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができる、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。」とした上で、換地処分等の取消訴訟は、事情判決（行政事

件訴訟法 31 条 1 項) がされる可能性があり、権利救済として不十分であるから、「事業計画の適否が争われる場合、**実効的な権利救済**を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるというべきである。」として、処分性を肯定した。このように、近年の判例では、「実効的な権利救済」という観点から、本来処分性を有しないことが原則の行政指導や行政計画に対しても処分性を認めたものが出てきており、X の主張としても、「後の処分が行われることが相当程度に確実であり、後の処分を争うことによって権利救済が十分に図れないといえる場合には、例外的に法効果性を認め、処分性を肯定すべき」という上記判例の趣旨を踏まえた主張を展開することが考えられる。

●本件公表について

公表とは、①情報提供による国民の保護を主目的とするものと②行政上の義務違反に対する制裁を主目的とするものとに区別される（中原行政法 46 頁）。いわゆる侵害留保説の考え方からは、①情報提供目的の公表には法律の根拠は不要であるが、②制裁目的の公表には法律（条例を含む）の根拠が必要と考えられる。（もっとも、本問では公表について条例 50 条で定められている為、法律の留保の問題は生じない）

本問においては、Y 県側としては、条例 50 条の公表は本件公表は情報提供のためになされている事実行為であり、懲罰的にされたものではないとして、①を主目的とするものであるから処分性を有しないという主張をすることが考えられる。また、X 側としては、②条例 50 条の公表は勧告に従わなかったものに対する制裁的公表であるとして、処分性を有するものであるとの主張をすることが考えられる。

本問においては、

- ・公表された事業者は信用低下などの不利益を被る
- ・条例上も公表以外の罰則・制裁規定が置かれていないことから公表を罰則規定としている趣旨であると考えられる
- ・公表の時点で争えないとすると、権利救済の方法がない

上記の点から、本件公表については処分性を認めるべきとの主張が考えられる。

【設問 2】

設問 2 では、条例 48 条に基づく本件勧告が裁量権の逸脱濫用として違法に当たるかを主張することが求められている。条例 48 条の規定から要件裁量と効果裁量のそれぞれを分析的に検討し、認定することが求められている。裁量権の逸脱濫用の判断に当たっては、X が意見陳述の機会に主張している①②③の事実についてそれぞれ検討していくことが考えられる。具体的には、① X の従業員がした勧誘は不適正なものではなかったとする主張については知事の事実誤認、②勧誘をしたのは従業員の一部に過ぎなかったとする主張については知事の考慮不尽、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

ことという主張については比例原則違反等を検討する際に用いることが考えられる。Y 県の反論を踏まえつつ、本件勧告が違法であることを説得的に論じていくことが求められる。要件裁量、効果裁量をそれぞれ認定し、論じていくという点ではあ、平成 29 年司法試験問題にも類似している。

なお、本件勧告は条例に基づき行われている処分であるため、行政手続法 3 条 3 項により、行政手続法上の問題は除外されており、手続上の違法は検討する必要はないと考えられる。

以下、細かく見ていこう。

●本件勧告の取消訴訟の主張について

本件条例 48 条の内容は下記の通りである。

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。

また、本件条例 25 条の内容は下記の通りである。

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。

条文の文言と処分の性質の両面からすると、条例 48 条の「消費者の利益が害されるおそれ」というのは何がそれに該当するのかが一義的に明らかではない不確定概念と考えられる。また、条例 48 条の前提となる 25 条も、「消費者を威迫して困惑させる方法」「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」というのは抽象的に規定されている不確定概念である。また、本件条例による勧告の目的は「不適正な取引行為を禁止し、消費者の保護を目的」とするものと考えられる。

このように、条例が抽象的な要件しか定めていないのは、政治的または専門技術的な判断を要する等の処分の性質に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると考えられることから、本件条例 48 条及び 25 条の要件の認定については、行政による裁量（要件裁量）が認められる事案であると考えられるのが自然である。

●要件裁量の審査方法

裁量審査の方法としては、従来の社会観念審査（行政庁の判断が全く事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って処分を違法とする方法（最大判昭和 53 年 10 月 4 日（マククリーン事件）等）から、判断過程審査へ発展してきているといわれる（中原行政法 140 頁）。近年の審査方法としては、行政庁が考慮すべき事項を考慮せず（考慮不尽）、または考慮すべきでない事項を考慮した（他事考慮）、考慮した事項の重みの付け方が不適當（考慮不均衡）などのように、行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査する方法（判断過程審査）が主流である。現在では、最高裁は「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかという、社会観念審査と判断過程審査を結合させた方法で審査することが多い（最判平成 18 年 2 月 7 日判決（呉市公立学校施設使用不許可事件等））。

●本件条例の 25 条の該当性について

本件においては、X は X の従業員がした勧誘（「水道水に含まれる化学物質は健康に有害」「今月のノルマが達成できないと会社を首になる」「人助けと思って買ってください」等）は「事業者が第 25 条の規定に違反した場合」（条例 48 条）に当たらないため、本件勧告は事実誤認の違法があると主張することが考えられる。条文の文言上は、威迫していたという事情は見受けられないようなので、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」の点の論述が求められるものと思われる。

一方で、Y 県側の反論としては、Y 県による実態調査により、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たことが判明していたことを理由として、X の行為は条例 25 条 4 号の「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」に該当する行為であり、X は不適正な取引行為を行っていたものであるから、事実誤認の違法はないとの反論が考えられる。

更なる反論については、合理的な内容であればいいと思われるが、一例として、X の従業員は、「水道水に含まれる化学物質は健康に有害」「今月のノルマが達成できないと会社を首になる」「人助けと思って買ってください」と述べているだけであり、それらは単なる営業活動の一環に過ぎない（セールストークの域を出ない）のであるから、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「消費者を心理的に不安な状態・・・陥らせる方法」とまではいえない、そのため本件勧告は事実誤認であるといった主張が考えられよう。

●本件条例の「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」の該当性

X としては、X の従業員がした勧誘は、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」（条例 48 条）にあたらないため、本件勧告は考慮不尽の違法があると主張することが考えられる。

一方で、Y 県側としては実態調査の結果、X が消費者に対して浄水器の購入の勧誘を執

拗に繰り返していたことが判明したため、このような勧誘行為は「消費者の利益が・・・認めるとき」にあたり、知事は手続上も条例 49 条の意見陳述の機会も付与していて、かかる判断は裁量の範囲内であるとの反論が考えられる。

この点についても、問題文中の事情を適切に評価して合理的な主張が出来ていればそれでよいものと思われるが、一例として、

- ・ 条例 49 条が意見陳述の機会を設け、意見及び証拠提出の機会を保障している趣旨は、知事が具体的な事実関係を把握したうえで、適正な処分を行うことにある

- ・ X は仮に X の従業員が行った行為が不適切なものに当たるとしても、それは従業員の一部に過ぎないと弁明しており、さらに従業員についても適切に指導済みと弁明している。

- ・ 上記事実は意見陳述の場で初めて明らかになった事実であり、上記事実を踏まえれば、将来において X の違反行為（不適切な勧誘）が繰り返されるおそれは大きく低下したといえるものであるから、「消費者の利益が・・・認めるとき」の判断において重要な考慮要素であったといえる。

- ・ 知事は X の意見陳述上の主張を受け入れず、本件勧告を行ったことは、考慮すべき要素を適切に考慮しなかったものとして考慮不尽に当たり、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは社会通念上著しく妥当性を欠き違法であり、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは違法である、といった主張が考えられよう。

●効果裁量について

本問において、条例 48 条は「勧告することができる。」と定めている。これは、要件を満たしていたとしても、処分をするかしないかについては、行政に裁量を認めたもの（効果裁量）と考えられる。

そのため、X としては、本件勧告は知事に与えられた効果裁量の逸脱濫用があるとして、違法である（行訴法 30 条）との主張を行うことが考えられる。

一方で、本件勧告を行うかどうかは Y 県知事の専門的・技術的判断に委ねられる性質のものである。そのため、本件勧告をするか否かについては知事の強い裁量が認められるため、本件勧告は違法ではないという Y 県側の主張が考えられる。

そこで、審査方法としては、知事の裁量に鑑み、要件裁量と同様、重要な事実の基礎を欠き、または社会通念上著しく妥当性を欠く場合には裁量権の逸脱濫用として違法となるといった基準が考えられる。

評価における Y 県側の想定される反論としては、X の従業員による勧誘行為は不適切な態様であり、勧告は重大な不利益処分でもないことから、指導ではなく、勧告を選択したことは適法であるとの反論が考えられる。

ここで X 側の主張の一例としては下記が考えられる。

- ・ 条例 48 条は知事の行為として「指導」または「勧告」することが定められており、「勧告」は条例 50 条が「事業者が第 48 条の規定に勧告に従わないとき」としていることから

公表がその適法性の担保として定められており、「指導」よりも重大な処分である

- ・そのため、比例原則の観点から、勧告を行うために、このような重大な処分に見合うだけの法規違反の程度がなければ、裁量権の逸脱濫用として違法となる。

- ・本件では、Xは意見陳述の機会において、本件勧誘をしたのは従業員の一部に過ぎない上、Xは、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を主張している。

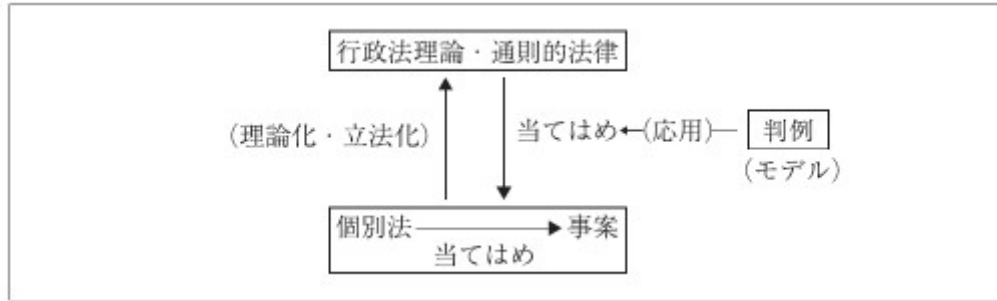
- ・上記のような自主的な指導を行っているXに対しては、「指導」にとどめるべきであったといえ、事後的には公表が予定されている重大な処分である勧告を行うことは不相当に過大な処分であり、社会通念上著しく妥当性を欠くものである。

- ・よって、Y県知事による本件勧告は裁量権の逸脱濫用として違法である。

過去問プレゼミ（行政法）解説

弁護士（71期）新明清久

- ▶ 学習のポイント
- ▶ ★**検討の順序**を意識して勉強を進める（今勉強していることは行政法の体系のどこに位置づけられるか（行政法総論の話なのか、行政救済法の話なのかetc・・・）を常に意識する。個別法を勉強している際には行政法のどの分野、どの法のどの条文に関する勉強をしているのかを常に意識する。）



- ▶ (中原茂樹「基本行政法」5頁)
- ▶ →論文式試験では**六法は見る**ことができる→条文の文言からいろいろと**規範**や**考慮要素**などを**結び付けて**思い出せるようにしておければ忘れにくい。
- ▶ ★検討の順序（具体的な事案に対して問題提起（※行政法の場合問題文で既にしてくれている場合が多い）→どの条文の話をするのかを指摘→条文の要素の解釈・規範定立→事実の適示→評価→結論）を意識する
- ▶ ★論述においては事実と評価はしっかりと分ける。事実の適示→評価の順で書く。
- ▶ ★論理を飛ばさない
- ▶ ★論述においては条文（〇〇法●●条●項）がある場合、指摘を忘れない。
- ▶ ★いろんな説がある分野においてはまずは**判例**（最高裁判例）の考え方を押さえること！（EX：司法試験は実務家登用試験）

▶ [行政法]

▶ [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）。

▶ ※論文式問題は**設問から読む**！

- ▶ 理由：設問を読むのは30秒で済むが、設問を読むことで、何を題材にしているのかがわかる。本問でいえば設問1は「処分性」が問題になりそうだ、勧告と公表に関する事案だということが分かり、設問2は勧告の具体的な主張（ありがちな行政裁量の逸脱濫用の話か？ということのあたりが付けられる。また、「Y県の想定される反論もかけ」と記載されているので、問題文から肯定、否定の主張を考える必要がありそうだ、ということが分かる。これらの予想をした上で問題文を読むのと、何もわからないまっさらな状態で問題文を読み始めるのは入ってくる情報量として天と地の差がある。

▶ [行政法]

▶ [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）。

▶ ※論文式問題は**設問から読む**！

- ▶ 理由：設問を読むのは30秒で済むが、設問を読むことで、何を題材にしているのかがわかる。本問でいえば設問1は「処分性」が問題になりそうだ、勧告と公表に関する事案だということが分かり、設問2は勧告の具体的な主張（ありがちな行政裁量の逸脱濫用の話か？ということのあたりが付けられる。また、「Y県の想定される反論もかけ」と記載されているので、問題文から肯定、否定の主張を考える必要がありそうだ、ということが分かる。これらの予想をした上で問題文を読むのと、何もわからないまっさらな状態で問題文を読み始めるのは入ってくる情報量として天と地の差がある。

- ▶ 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。

- ▶ 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。

▶ 【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。

▶ (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、当該事業者には罰則等の制裁を科する規定は存在しない

- ▶ 【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、当該事業者には罰則等の制裁を科する規定は存在しない

▶ 【設問Ⅰ】

- ▶ 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Ⅰでは、Y県の反論を踏まえて、Xの立場から**本件勧告及び本件公表に処分性が認められることを主張すること**が求められている。Y県側としてはそれぞれの処分性を否定する根拠として、**本件勧告及び本件公表が事実行為であるということについて、その行為の性質を具体的に判断して主張することが**考えられる。そして、通説的に考えると、Y県側の主張が妥当しやすいと考えられるため、X側の主張を構成することはなかなか難しいと考えられる。そこで、X側としては、本件勧告については最判平成17. 7. 15（いわゆる病院中止勧告事件）を参考にして、本件勧告にも処分性を有すると主張し、本件公表についてはその性質から制裁的公表であると主張して、制裁的公表は処分性を有すると主張することが考えられる。これらが処分性を有するとする定説はないので、判例の考えや学説の考えを自分なりに本件で用いて、X側の主張として一定の説得力があればよいと考えられる。勧告と公表の処分性については定期的に出題される可能性のある分野である。

▶ ●処分性

- ▶ 問題文中の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行訴法3条2項）とはいわゆる**処分性**のことを指すと言われている（中原茂樹「基本行政法」258頁）。
- ▶ そして、処分性とは判例の定義によれば「**公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまた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**」と解されている（文言の法律には**条例を含む**と解される。最判昭和39年10月29日判決）。
- ▶ 上記定義の特徴としては①**公権力性**（国または地方公共団体が行う行為）②**直接具体的法効果性**（その行為によって直接国民の権利義務を形成しまた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）と言われている。また、処分性の検討時には③**実効的権利救済の観点**についても考慮要素に入れて検討するのがベター。（③については上記の定義から直接は出てこない+述べていない基本書等もある）
- ▶ 本問については、①公権力性については、優越的地位に基づく一方的な行為（Y県知事による行為）であるため、認められるという結論で問題なし。
- ▶ 問題は②と③である。

▶ ●本件勧告の性質

▶ 本件勧告はY県消費生活条例48条を根拠とするものである。

▶ 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。

▶

▶ 「勧告」という文言は、通常その行為によって直接国民に対する権利義務を形成するものではないこと及び行手法2条6項の文言等から行政指導（行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないもの（行手法2条6号））の一種と解される。そのため、本問においても、処分性を認めない立場であるY県の反論としては、「勧告は行政指導であり、対外的に周知されることもないから、勧告によってXは何らの不利益を受けることはないため、②を満たさない」という内容の反論が考えられよう。そこで、通常は行政指導の一種であり処分性を満たさないと考えられる本件勧告について、処分性を満たすような主張が求められる。

▶ ●設問Iの本件勧告の処分性に関し、Xの主張の参考となる判例

▶ ここで、参考にすべきなのが勧告の処分性を肯定したいわゆる**病院開設中止勧告事件判決**（最判平成17年7月15日判決）である。本判決は、「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、【要旨】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。」と述べ、本件勧告が医療法上は行政指導の性質を有すると明言した上で、**勧告不服は「相当程度の確実さをもって」指定拒否という「結果をもたらす」と指摘し、本件勧告の処分性を認めた。**その背景には、多額の投資をして病院の開設をした後に保険医療機関指定拒否処分を争うのは實際上困難であり、**実効的な権利救済のためには本件勧告を争わせる必要があるとの考慮があったものと思われる**（中原行政法289頁）。

▶ また、予備試験の出題の趣旨で触れられている平成20年9月10日判決（土地区画整理事業の事業計画の決定に関する処分性の判決）では、施行地区内の土地所有者等は、事業計画の決定によって、各種の規制の伴う「土地区画整理事業の手續に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができる、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。」とした上で、換地処分等の取消訴訟は、事情判決（行政事件訴訟法31条1項）がされる可能性があり、権利救済として不十分であるから、**「事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある」というべきである。**」として、処分性を肯定した。このように、近年の判例では、「実効的な権利救済」という観点から、本来処分性を有しないことが原則の行政指導や行政計画に対しても処分性を認めたものが出てきており、Xの主張としても、**「後の処分が行われることが相当程度に確実であり、後の処分を争うことによって権利救済が十分に図れないといえる場合には、例外的に法効果性を認め、処分性を肯定すべき」という上記判例の趣旨を踏まえた主張を展開することが考えられる。**

- ・ 答案構成について

本問は「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。」と問われているので、あくまでもXの側に立った（Xの味方となる）主張を行う必要がある。反論（Y県側の主張）は、端的にXの主張に対して、処分性が認められないとする部分を書けばOK。

- Yの想定反論

- ・ 本件勧告は行政指導の一種であり、直接的法効果性なし。

- 本問のXの主張が出来そうな点

- ・ （病院勧告事件を参考に）勧告不服従には相当程度確実に制裁的公表を受けうる立場に立たされるため、勧告の段階で争う必要がある
- ・ 条例49条の意見陳述の機会は行手法と同じ手続きを備えていることから、（本件は条例であるから行手法の直接の適用はないとしても）勧告を不利益処分と想定して規定しているものと考えられる
- ・ 公表されてしまうと社会的に大きな打撃を受ける、本問では融資が止まる、等の影響もあり取り返しがつかない。そのため例外的に法効果性を認め、処分性を肯定すべき

▶ ●本件公表について

▶ 公表とは、①情報提供による国民の保護を主目的とするものと②行政上の義務違反に対する制裁を主目的とするものとに区別される（中原基本行政法46頁）。いわゆる侵害留保説の考え方からは、①情報提供目的の公表には法律の根拠は不要であるが、②制裁目的の公表には法律（条例を含む）の根拠が必要と考えられる。（もっとも、本問では公表について条例50条で定められている為、法律の留保の問題は生じない）

▶ 本問においては、Y県側としては、本件公表は情報提供のためになされている事実行為であり、懲罰的にされたものではないとして、①を主目的とするものであるから処分性を有しないという主張をすることが考えられる。また、X側としては、②条例50条の公表は勧告に従わなかったものに対する制裁的公表であるとして、処分性を有するものであるとの主張をすることが考えられる。

▶ 本問においては、

- ▶ ・公表された事業者は信用低下などの著しい不利益を被る
- ▶ ・条例上も公表以外の罰則・制裁規定が置かれていないことから公表を罰則規定としている趣旨であると考えられる→制裁的公表である
- ▶ ・公表の時点で争えないとすると、権利救済の方法がない
- ▶ 上記の点から、本件公表については処分性を認めるべきとの主張が考えられる。

- ・ 答案構成について

本問は「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。」と問われているので、あくまでもXの側に立った（Xの味方となる）主張を行う必要がある。反論（Y県側の主張）は、端的にXの主張に対して、処分性が認められないとする部分を書けばOK。

- Yの想定反論

- ・ 本件公表は情報提供のためになされている事実行為であり、懲罰的にされたものではないとして、①を主目的とするものであるから処分性を有しない。

- 本問のXの主張が出来そうな点

- ・ 本件公表は本件勧告に従わない者を公表するという内容であり、制裁的公表の目的を有する。
- ・ 公表されることにより、Xは信用棄損等の大きな打撃を受ける、本問では融資が止まるなど等の影響もあり取り返しがつかない。そのため法効果を認め、差止訴訟を提起できないと実効的な権利救済は図れない。よって処分性を肯定すべき。

▶ 【参考】

- ▶ ・ ・ ・ 行政による制裁的公表は、世論に訴えることによって国民・住民一般に対して、義務違反者や行政指導不服従者等の氏名等を含んだ一定事項を公表するに止まる行為であることから、その**法的性質は精神的作用を伴うに止まる非権力的事実行為**である。したがって、名誉感情を侵害し、社会的評価を客観的に低下させるようなことがあったとして、それを以てしても制裁的行為には法的効果を認められないと解されることから、**原則として当該行為に処分性は認められ難い**と思われる。更に、違法な制裁的公表からの実効的救済の確保の観点からは、民事訴訟や実質的当事者訴訟その他の方法によることが適切であり当該行為に処分性を認める実益は乏しいように思われることから、制裁的公表に処分性が認められる必要はないように思われる。
- ▶ 「行政による制裁的公表の法理論」 138頁 天本哲史著 2019年12月 日本評論社より抜粋
- ▶ →基本的に公表は制裁的公表の場合でも処分性は認められにくいというのが主流な考え方。

【設問2】

- ▶ 設問2では、条例48条に基づく本件勧告が裁量権の逸脱濫用として違法に当たるかを主張することが求められている。条例48条の規定から要件裁量と効果裁量のそれぞれを分析的に検討し、認定することが求められている。裁量権の逸脱濫用の判断に当たっては、Xが意見陳述の機会に主張している①②③の事実についてそれぞれ検討していくことが考えられる。一例として、①Xの従業員がした勧誘は不適正なものではなかったとする主張については知事の実事誤認、②勧誘をしたのは従業員の一部に過ぎなかったとする主張については知事の考慮不尽、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という主張については比例原則違反等を検討する際に用いることが考えられる。Y県の反論を踏まえつつ、本件勧告が違法であることを説得的に論じていくことが求められる。
- ▶ ※なお、本件勧告は**条例に基づき行われている処分**である（行手法と同内容の条例が定められている旨の記述もない）ため、**行政手続法3条3項により、行政手続法上の問題は除外されており、手続上の違法は検討する必要はない**と考えられる。条例が問題として出てきた際は常に上記の部分を意識する癖をつけるとよい。

- ▶ ●本件勧告の取消訴訟の主張について
- ▶ 本件条例48条の内容は下記の通りである。
- ▶ 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。

- ▶ また、本件条例25条の内容は下記の通りである。
- ▶ 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。

- ▶ 条文の文言と処分の性質の両面からすると、条例48条の「消費者の利益が害されるおそれ」というのは何がそれに該当するのかが一義的に明らかではない不確定概念と考えられる。また、条例48条の前提となる25条も、「消費者を威迫して困惑させる方法」「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」というのは抽象的に規定されている不確定概念である。また、本件条例による勧告の目的は「不適正な取引行為を禁止し、消費者の保護を目的」とするものと考えられる。
- ▶ このように、条例が抽象的な要件しか定めていないのは、政治的または専門技術的な判断を要する等の処分の性質に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると考えられることから、本件条例48条及び25条の要件の認定については、行政による裁量（要件裁量）が一定程度認められる事案であると考えるのが自然である。

▶ ●要件裁量の審査方法

- ▶ 裁量審査の方法としては、従来の社会観念審査（行政庁の判断が全く事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って処分を違法とする方法（最大判昭和53年10月4日（マクリーン事件）等）から、判断過程審査へ発展してきているといわれる（中原行政法140頁）。近年の審査方法としては、行政庁が考慮すべき事項を考慮せず（考慮不尽）、または考慮すべきでない事項を考慮した（他事考慮）、考慮した事項の重みの付け方が不適當（考慮不均衡）などのように、行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査する方法（判断過程審査）が主流である。現在では、最高裁は「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかという、社会観念審査と判断過程審査を結合させた方法で審査することが多い（最判平成18年2月7日判決（呉市公立学校施設使用不許可事件等））。
- ▶ ※認められる裁量の広さによって審査基準は変わってくる。

▶ ●本件条例の25条の該当性について

▶ 本件においては、XはXの従業員がした勧誘（「水道水に含まれる化学物質は健康に有害」「今月のノルマが達成できないと会社を首になる」「人助けと思って買ってください」等）は「事業者が第25条の規定に違反した場合」（条例48条）に当たらないため、本件勧告は違法であると主張することが考えられる。条文の文言上は、威迫していたという事情は見受けられないようなので、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」の点のを特に論述していくことが求められるものと思われる。

▶ 一方で、Y県側の反論としては、Y県による実態調査により、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たことが判明していたことを理由として、Xの行為は条例25条4号の「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「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」に該当する行為であり、Xは不適正な取引行為を行っていたものであるから、違法はないとの反論が考えられる。

▶ 更なる反論については、合理的な内容であればいいと思われるが、一例として、Xの従業員は、「水道水に含まれる化学物質は健康に有害」「今月のノルマが達成できないと会社を首になる」「人助けと思って買ってください」と述べているだけであり、それらは単なる営業活動の一環に過ぎない（セールストークの域を出ない）のであるから、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」「消費者を心理的に不安な状態・・・陥らせる方法」とまではいえない、そのため本件勧告は裁量を逸脱濫用しており違法であるといった主張が考えられよう。

- ▶ ●本件条例48条の「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」の該当性
- ▶ Xとしては、Xの従業員がした勧誘は、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」（条例48条）にあたらないため、本件勧告は裁量の逸脱濫用であると主張することが考えられる。
- ▶ 一方で、Y県側としては実態調査の結果、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たことが判明したため、このような勧誘行為は「消費者の利益が・・・認めるとき」にあたり、知事は手続上も条例49条の意見陳述の機会も付与しており、かかる判断は裁量の範囲内であるとの反論が考えられる。
- ▶ この点についても、問題文中の事情を適切に評価して合理的な主張が出来ていればそれでよいものと思われるが、一例として、
- ▶ ・条例49条が意見陳述の機会を設け、意見及び証拠提出の機会を保障している趣旨は、知事が具体的な事実関係を把握したうえで、適正な処分を行うことにある
- ▶ ・Xは仮にXの従業員が行った行為が不適切なものに当たるとしても、それは従業員の一部に過ぎないと弁明しており、さらに従業員についても適切に指導済みと弁明している。
- ▶ ・上記事実は意見陳述の場で初めて明らかになった事実であり、上記事実を踏まえれば、将来においてXの違反行為（不適切な勧誘）が繰り返されるおそれは大きく低下したといえるものであるから、「消費者の利益が・・・認めるとき」の判断において重要な考慮要素であったといえる。
- ▶ ・知事はXの意見陳述上の主張を受け入れず、本件勧告を行ったことは、考慮すべき要素を適切に考慮しなかったものとして考慮不尽に当たり、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは社会通念上著しく妥当性を欠き違法であり、知事が「消費者の利益が・・・認めるとき」と判断したことは違法である、といった主張が考えられよう。

▶ ・要件裁量の答案構成について

▶ 本問は「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」と問われているので、あくまでもXの側に立った（Xの味方となる）主張を行う必要がある。反論（Y県側の主張）は、端的にXの主張に対して、裁量の逸脱濫用が認められないとする部分を書けばOK。

▶ ●Yの想定反論

▶ ・25条及び48条は不確定概念であり、Y県知事に裁量が認められ、その

▶ 範囲内の行使であるから、適法である。

▶ ●本問のXの主張として考えられる点

▶ ・本問のXの従業員の行為は25条4項に該当しない。

▶ ・48条の「消費者の利益が害されるおそれ」も認められない。

▶ →Y県知事は（要件）裁量を逸脱濫用している為違法

▶ ●効果裁量について

- ▶ 本問において、条例48条は「勧告することが**できる**。」と定めている。これは、要件を満たしていたとしても、処分をするかしないかについては、行政に裁量を認めたもの（効果裁量）と考えられる。
- ▶ そのため、Xとしては、本件勧告は知事に与えられた効果裁量の逸脱濫用があるとして、違法である（行訴法30条）との主張を行うことが考えられる。
- ▶ 一方で、本件勧告を行うかどうかはY県知事の専門的・技術的判断に委ねられる性質のものである。そのため、本件勧告をするか否かについては知事の強い裁量が認められるため、本件勧告は違法ではないというY県側の主張が考えられる。
- ▶ そこで、審査方法としては、知事の裁量に鑑み、要件裁量と同様、重要な事実の基礎を欠き、または社会通念上著しく妥当性を欠く場合には裁量権の逸脱濫用として違法となるといった基準が考えられる。
- ▶ 評価におけるY県側の想定される反論としては、Xの従業員による勧誘行為は不適切な態様であり、勧告は重大な不利益処分でもないことから、指導ではなく、勧告を選択したことは適法であるとの反論が考えられる。

▶ ・効果裁量の答案構成について

▶ 本問は「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」と問われているので、あくまでもXの側に立った（Xの味方となる）主張を行う必要がある。反論（Y県側の主張）は、端的にXの主張に対して、裁量の逸脱濫用が認められないとする部分を書けばOK。

▶ ●Yの想定反論

▶ ・48条は勧告する、しないについて裁量が認められており、勧告を選択し

▶ たのは裁量の範囲内である。

▶ ●本問のXの主張として考えられる点

▶ ・仮に条例違反があったとしても、従業員の一部による違反であり、従業員

▶ の指導教育を行っていることから再発のおそれはない

▶ ・勧告をされると相当程度確実に公表がされる可能性が高く、Xの受ける不利益は極めて大きい

▶ →Y県知事は（効果）裁量を逸脱濫用している為違法

- ▶ ・最後に
- ▶ 司法試験、予備試験は一日してならず、長期間の勉強を強いられる＋受験時も多大なストレスとの闘いです。
- ▶ ●睡眠時間をしっかりとる
- ▶ ●ストレス解消法を作る
- ▶ 上記はしっかりと守るようにしましょう。

2025年12月7日プレゼミ

行政法

最優秀答案

回答者：M・Tさん

第1 設問1

1、Xは本件勧告および公表が、「処分」（行政訴訟法3条2項。以下「行訴法」という）にあたることを主張する。そこで、まず「処分」の意義が問題となる。

2、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまた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公権力性及び②直接具体的法効果性の点から判断する。

3、（1）Xはまず、本件勧告および公表は公権力の主体たるY県知事が一方的に行うものであり①公権力性が認められると主張する。

（2）また本件勧告については、Y県より、勧告は行政指導であり、事実行為にあたるので法的効果を有さないとの反論が想定される。

しかし、条例50条には勧告に従わない場合は「公表」されると規定されている。本件公表は後述のように法効果が認められる。

また、条例49条において意見陳述機会の手続保障が付与されており、不利益処分と同等の法的効果を想定されている。

また、後述の本件公表により生じる経営への影響は、本件勧告時点で争わねば事後の救済は困難である。よって、本件勧告時点で紛争の成熟性も認められる。

以上より、本件勧告は②直接具体的法効果が認められる。

（3）次に、本件公表についてもY県は、公表は事実行為にすぎず、公表後の罰則等制裁を課す規定も存在しないため、法的効果は有さないとの反論が想定される。

しかし、公表後の制裁が存在しないことは、むしろ公表自体に制裁としての機能が付与されているにすぎず、法的効果を否定する根拠になり得ない。

そして、本件勧告が対外的に周知され、Xは多額の融資を受けている金融機関Aからの融資が停止される可能性があり、経営に深刻な影響が及ぶことになる。よって、救済の困難性より、紛争の成熟性が認められる。

以上より、本件公表も、②直接具体的法効果が認められる。

4、よって、本件勧告および公表は、「処分」にあたる。

第2 設問2

1、Xは本件勧告が知事の裁量権の逸脱・濫用にあたる（行訴法30条）として、違法であると主張する。そこでまず、知事に裁量権が認められるかが問題となる。

2、（1）この点、行政庁の裁量権の有無は、法令の文言、行政機関が行う判断の性質を考慮して判断すべきであると解する。

（2）条例48条は、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」という抽象的な文言で記載されている。また、文言該当性の判断に当たっては、消費者保護を目的として専門的判断を要する。よって、行政庁に要件裁量が認められる。

（3）また48条には、当該事業者への違反是正を指導「又は」勧告をすることが「できる」と、

手段選択の余地を残した文言がある。この選択は前述のように、専門的判断を要するため、行政庁には効果裁量も認められる。

(4) よって、知事には要件裁量・効果裁量ともに認められる。

3、では、いかなる場合に行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用が認められるか。

そもそも、複雑な過程を経て形成された行政判断の適否の審査にあたっては、判断結果だけではなく、判断過程についても審査を加えるべきである。

そこで、行政庁の判断の結果および過程が、重要な事実の基礎を欠くかまたは社会通念上著しく妥当性を欠く場合に、裁量権の逸脱・濫用があるとして違法になると解する。

4、本件について、まずは要件裁量から検討する。

(1) Y 県としては、X の従業員の勧誘は (ア) が「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」ており (条例 25 条 4 号)、(イ) が「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」(同条同号) であるので、「不適正な取引行為」として 48 条の勧告を行うことは妥当な判断であるとの反論が想定される。

(2) しかし、(ア) は科学的知見に基づいた意見であり、虚偽の事実で消費者を心理的に不安な状態に追い込んでいるわけではない。また、(イ) は通常の営業活動で行われるセールストークの一部であり、明確な拒絶を退けて続けたものではない。

また、該当する勧誘を行った従業員は一部であることと、指導教育を実施した事実がある中で、条例 48 条「消費者の利益が害されるおそれがあると認め」ることはできない。

(3) 以上より、本件勧告は判断過程に重要な事実の基礎を欠き、違法である。

5、次に効果裁量について検討する。

(1) Y 県としては、X の勧誘は執拗に繰り返されていることから、指導ではなく本件勧告に至った判断は妥当であるとの反論が想定される。

(2) しかし、前述のように不適正とされた勧誘を行ったものは従業員の一部であり、X の社としての全体方針ではない。また、問題発覚後には適正な勧誘に向けた指導教育も実施しており、改善に向けた真摯な努力も行っている。それにも関わらず、その指導教育の結果や改善の余地を見届けることなく、指導ではなく本件勧告に至っており、その判断過程も不明瞭である。

(3) よって、判断過程に重要な事実の基礎を欠き、違法である。

6、X は、本件勧告の取消訴訟において、以上の主張をすべきである。

以上

・ 講評

全体的に書くべきことはきちんとかけていてバランスもよく、とてもいい答案だと思います。近年の司法試験では、判例の理解を聞く問題が増えてきているので、本問を契機に、h20.9.10 判決と

h17.7.15 判決を復習しておくといと思います。