

論文式問題集
[行政法]

[行政法]

Aは、B県において、特別養護老人ホーム及び老人デイサービスセンター等の複数の社会福祉事業を経営し、B県における社会福祉事業の中核を担ってきた社会福祉法人であり、Cがその理事長を務めている。Aの所轄庁であるB県知事は、社会福祉法（以下「法」という。）第56条第1項及びB県社会福祉法人指導監査実施要綱（以下「本件要綱」という。）に基づき、Aに対し、定期的を実施している一般監査を実施したところ、Aから、Aの業務執行理事（法第45条の16第2項第2号）であるDに対し、無利子・無担保でAの総流動資産の2分の1に当たる1億円もの金員（以下「本件貸付金」という。）が貸し付けられ、Aが法第27条（特別の利益供与の禁止）に違反している状況にあることが判明した。そこで、B県知事は、Aに対し、本件要綱第7条第1項及び第2項に基づき、期限を定めて、上記貸付けに至った経緯及び責任の所在について調査（以下「本件調査」という。）をした上、その結果を踏まえた改善状況報告書を提出するよう指示した。

Cは、理事会において、本件調査に協力するよう各理事に働きかけたが、Cと対立するDの非協力的な態度により本件調査が滞ったため、Aは、やむを得ず、B県知事に対し、本件調査が終わればその結果を報告する旨を記載した改善状況報告書を提出した。しかし、B県知事は、社会福祉法人として高い公益性の確保が求められるAの運営を適正化する必要があると判断し、法第56条第4項に基づき、Aに対し、期限を定めて、本件調査を速やかに終えた上で、早急に本件貸付金の回収と理事会の機能強化を図る旨の改善措置を採るよう勧告した（以下「本件改善勧告」という。）。

これに対し、Aが上記期限内に本件調査を終えることができなかったため、B県知事は、同条第5項に基づき、本件改善勧告に関するAの不遵守を公表したが、Aがこの公表後にも具体的な改善措置を講じなかったことから、同条第6項に基づき、Aに対し、令和4年9月1日、期限を定めて、本件改善勧告と同じ内容の改善措置を採ることを命じた（以下「本件改善命令」という。）。

本件改善命令後、Cは、ようやく事実経緯の一部をDから聴取することができたが、なおその詳細は不明であり、また、Dから本件貸付金の返済は直ちには困難であるとの説明を受けた。

そこで、Aは、B県知事に対し、本件改善命令を上記期限内に履行することは困難であると申し出たところ、B県知事は、CをAの役員（「役員」とは、法所定の理事及び監事をいう。以下同じ。）から退任させるため、法第56条第7項に基づき、Aに対し、Cの役員解職勧告を行うことにした。

Aの代表者として同条第9項に基づく弁明手続に赴いたCは、同手続において、本件調査は徐々に進んでいることや、本件貸付金を回収した上で理事会の機能強化を図る意欲を有しているため、CをAの役員から解職する理由はないことを弁明したが、B県知事は、令和5年3月1日、Aに対し、本件改善命令により課された義務の不履行を理由として、Cをその対象とする役員解職勧告を行った（以下「本件解職勧告」という。）。

これに対し、Aは、当該勧告に従うつもりがない旨をB県知事に表明したところ、B県知事は、本件貸付金の貸し付けを行った者がDであることを認識していたものの、本件解職勧告の拒否を重視し、Aに対し、行政手続法に基づく聴聞手続を履践した上で、同年4月20日、Aが法第27条及び本件改善命令に違反し、他の方法により監督の目的を達することができない旨を理由として、法第56条第8項に基づき、解散を命じた（以下「本件解散命令」という。）。

また、B県では、法56条の監督措置に関して処分基準はない。もっとも、B県が公表している実績資料を基に本件に類似すると考えられる事案を確認してみると、Aと同等の資産規模の法人が理事に対して無利子・無担保で1億5000万円を貸し付けたことを理由として改善命令が出されたが、当該貸付金が回収されるなど、改善措置が採られた事案では、解散までは命じられていない。他方で、Aよりもはるかに資産規模の小さい法人において、1億円が用途不明金として理事長個人に流出した結果、破産の危機にまで陥り、改善命令が出された後も、理事長自身が事案の解明にも全く協力せず、当該用途不明金の回収の見込みも立たずに、当該改善命令に係る措置が採られなかった事案では、解散が命じられている。これに対して、Aは今回の貸付けにより、そこまで経営が破綻している状況にあるわけではない。

なお、法の抜粋を【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】に、本件要綱の抜粋を【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件において、AはY県を被告として本件解職勧告の取消しを求めて、本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起することができるか。解答に当たっては、本件解職勧告が行政事件訴訟法3条2項の「処分」に該当するか否かについて、想定される反対の見解の論拠を踏まえて、検討すること。

〔設問2〕

Aが適法に本件解散命令の取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）を提起したとする。本件取消訴訟において、Aはどのような違法事由を主張すべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。解答に当たっては、本件改善勧告及び本件改善命令が適法であること、並びに本件解散命令に手続的違法はないことを前提にしなさい。

【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】

（目的）

第1条 この法律は、社会福祉を目的とする事業の全分野における共通的基本事項を定め、社会福祉を目的とする他の法律と相まって、福祉サービスの利用者の利益の保護及び地域における社会福祉（中略）の推進を図るとともに、社会福祉事業の公明かつ適正な実施の確保及び社会福祉を目的とする事業の健全な発達を図り、もって社会福祉の増進に資することを目的とする。

（定義）

第22条 この法律において「社会福祉法人」とは、社会福祉事業を行うことを目的として、この法律の定めるところにより設立された法人をいう。

（経営の原則等）

第24条 社会福祉法人は、社会福祉事業の主たる担い手としてふさわしい事業を確実、効果的かつ適正に行うため、自主的にその経営基盤の強化を図るとともに、その提供する福祉サービスの質の向上及び事業経営の透明性の確保を図らなければならない。

2 （略）

（要件）

第25条 社会福祉法人は、社会福祉事業を行うに必要な資産を備えなければならない。

（特別の利益供与の禁止）

第27条 社会福祉法人は、その事業を行うに当たり、その評議員、理事、監事、職員その他の政令で定める社会福祉法人の関係者に対し特別の利益を与えてはならない。

（機関の設置）

第36条 社会福祉法人は、評議員、評議員会、理事、理事会及び監事を置かななければならない。

2 （略）

（評議員の資格等）

第40条 次に掲げる者は、評議員となることができない。

一～四 （略）

五 第56条第8項の規定による所轄庁の解散命令により解散を命ぜられた社会福祉法人の解散当時の役員

六 （略）

2～5 （略）

（役員等の選任）

第43条 役員及び会計監査人は、評議員会の決議によつて選任する。

2、3 （略）

（役員等の資格等）

第44条 第40条第1項の規定は、役員について準用する。

2～7 （略）

（理事会の権限等）

第45条の13 理事会は、全ての理事で組織する。

2 理事会は、次に掲げる職務を行う。

一 社会福祉法人の業務執行の決定

二 理事の職務の執行の監督

三 理事長の選定及び解職

3 理事会は、理事の中から理事長一人を選定しなければならない。

4、5 （略）

（理事の職務及び権限等）

第45条の16 理事は、法令及び定款を遵守し、社会福祉法人のため忠実にその職務を行わなければならない。

2 次に掲げる理事は、社会福祉法人の業務を執行する。

一 理事長

二 理事長以外の理事であつて、理事会の決議によつて社会福祉法人の業務を執行する理事として選定されたもの

3 前項各号に掲げる理事は、3月に1回以上、自己の職務の執行の状況を理事会に報告しなければならない。
(以下略)

4 (略)

(解散事由)

第46条 社会福祉法人は、次の事由によつて解散する。

一～五 (略)

六 所轄庁の解散命令

2、3 (略)

(監督)

第56条 所轄庁は、この法律の施行に必要な限度において、社会福祉法人に対し、その業務若しくは財産の状況に関し報告をさせ、又は当該職員に、社会福祉法人の事務所その他の施設に立ち入り、その業務若しくは財産の状況若しくは帳簿、書類その他の物件を検査させることができる。

2、3 (略)

4 所轄庁は、社会福祉法人が、法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款に違反し、又はその運営が著しく適正を欠くと認めるときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、その改善のために必要な措置(役員の解職を除く。)をとるべき旨を勧告することができる。

5 所轄庁は、前項の規定による勧告をした場合において、当該勧告を受けた社会福祉法人が同項の期限内にこれに従わなかつたときは、その旨を公表することができる。

6 所轄庁は、第4項の規定による勧告を受けた社会福祉法人が、正当な理由がないのに当該勧告に係る措置をとらなかつたときは、当該社会福祉法人に対し、期限を定めて、当該勧告に係る措置をとるべき旨を命ずることができる。

7 社会福祉法人が前項の命令に従わないときは、所轄庁は、当該社会福祉法人に対し、期間を定めて業務の全部若しくは一部の停止を命じ、又は役員の解職を勧告することができる。

8 所轄庁は、社会福祉法人が、法令、法令に基づいてする行政庁の処分若しくは定款に違反した場合であつて他の方法により監督の目的を達することができないとき、又は正当の事由がないのに1年以上にわたつてその目的とする事業を行わないときは、解散を命ずることができる。

9 所轄庁は、第7項の規定により役員の解職を勧告しようとする場合には、当該社会福祉法人に、所轄庁の指定した職員に対して弁明する機会を与えなければならない。この場合においては、当該社会福祉法人に対し、あらかじめ、書面をもつて、弁明をなすべき日時、場所及びその勧告をなすべき理由を通知しなければならない。

10、11 (略)

(事業経営の準則)

第61条 国、地方公共団体、社会福祉法人その他社会福祉事業を経営する者は、次に掲げるところに従い、それぞれの責任を明確にしなければならない。

一 (略)

二 国及び地方公共団体は、他の社会福祉事業を経営する者に対し、その自主性を重んじ、不当な関与を行わないこと。

三 (略)

2 (略)

【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】

（趣旨）

第1条 この要綱は、B県知事が社会福祉法第56条第1項の規定に基づき同法第22条に規定する社会福祉法人（以下「法人」という。）に対して実施する法人指導監査（以下「指導監査」という。）に関し、基本事項を定めるものとする。

（類型）

第3条 指導監査は、一般監査及び特別監査とし、いずれも実地において行う。（以下略）

（実施後の措置）

第7条 県は、指導監査を実施後、法令又は通知等の違反が認められる事項を文書指摘事項に、違反の程度が軽微又は改善が見込まれる事項を口頭指摘事項に、また、違反が認められない場合で法人運営に資するものと考えられる事項を助言事項として整理し、文書により通知を行うものとする。

2 前項の規定による文書により通知した事項のうち、文書指摘事項については、期限を付して改善状況報告書の提出を求め、必要に応じて、確認のための再調査を行うものとする。（以下略）

参考答案（予備試験対応版）
[行政法]

第1 〔設問1〕について

1 Aは、Y県知事に対して、本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起することができるか。

(1) 本件解職勧告は「処分」（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）3条2項）に当たるか。

ア 「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によって、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。そして、勧告は一般的に行政庁による見解の表明にすぎないが、④相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされ、⑤その不利益性が深刻である場合には、「処分」で当たると解する（医療法勧告事件）。

イ ④について

まず、解職勧告（社会福祉法（以下「法」という）56条7項）に対する不服従という事情が解散命令（同8項）の要件裁量の考慮要素の一つとして考慮されること（反論①）、弁明の機会は行政事件手続法（以下「行手法」という）上「不利益処分」について行われ、解職勧告に当たって弁明の機会を付与していること（同9項）から立法者は解職勧告に処分性を認める趣旨であること（反論②）から、解職勧告により解散命令を受ける法的地位に立たされ、相当程度の確実さで解散命令がされるとの反論が考えられる。

しかし、反論①について、勧告不服従は同条8項の要件裁量の考慮要素の一つに過ぎず、後述のように同項の解散命令には効果裁量も認められる。さらに、B県では解職勧告に不服従の場合に解散命令が出されるといった運用もない。

また、反論②についても、立法者にかかる意思があるとするれば、「役員解任を命ずる不利益処分」（行手法13条1項1号ハ）として手続保障の厚い聴聞手続を定めるはずである。そうすると、立法者の意思は、むしろ解職勧告を「不利益処分」に含めない趣旨であると考えられる。

したがって、解職勧告によって相当程度の確実さで解散命令がされるとはいえない（④不充足）。

ウ ⑤について

また、解散命令によって社会福祉事業の継続が不可能となるという結果は重大であり、不利益性は深刻であるとの反論が考えられる。しかし、解散命令の差止訴訟（行訴法3条7項）や取消訴訟（同3条2項）を提起するのに巨額投資を必要とするような事情はなく、結果は重大ではない。

したがって、不利益性が深刻であるとは認められない（⑤）。

エ よって、本件解職勧告は「処分」に当たらない。

2 以上より、Aは、上記取消訴訟を適法に提起することができない。

第2 「設問2」について

1 Aは、本件取消訴訟でいかなる違法事由を主張すべきか。

(1) 「他の方法により監督の目的を達することができないとき」(法56条8項)という抽象的な文言で処分要件を規定しているのは、福祉という行政上の専門技術的な判断を要する等の処分の性質等から、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると解され、行政庁の要件裁量が認められる。また、「できる」との文言及びかかる処分の性質等から、行政庁には効果裁量も認められる。

(2) もっとも、行政庁の判断が著しく合理性を欠くような場合や比例原則に反する場合には、処分が社会観念上著しく妥当性を欠くといえ、裁量権の逸脱・濫用が当たり違法となると解する(行訴法30条)。

ア これに対して、B県は、本件改善勧告、本件改善命令及び本件解職勧告を通しても奏功しなかったことから、「他の方法により監督の目的を達することができないとき」に当たり、また、処分の選択についても適切であることから、裁量権の逸脱・濫用には認められないとの反論が考えられる。

イ これに対して、Aは、以下のように主張する。

まず、CがAの運営改善に向けて努力し事態に進展が見られるという事実経過からすれば、改善指導等の継続に

より監督目的が達成できたといえ、当然考慮すべき事項を十分に考慮していない。他方で、本件不正はDの行為に起因しているにもかかわらず本件解職勧告をAが拒否した事実を重視することは重視すべきでない考慮要素を重視しているといえる。したがって、行政庁の判断が著しく合理性を欠くといえ、処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、要件の認定に関する裁量権の逸脱・濫用が認められる。

ウ また、Aは、過去の実績資料に比して、Aは資産規模が大きく、本件貸付金は無利子・無担保であるがAの総流動資産の2分の1相当の1億円に過ぎず、経営破綻している状況にないことから、本件解散命令は比例原則等に反することを主張する。

加えて、法24条、61条1項2号のような規定から、法人格を剥奪する解散命令の効果の重大性に照らせば慎重な配慮の下での判断が必要である。そして、本件では業務停止命令等のより緩やかな代替手段を実施しながら資金回収可能性を追求できる手段によるべきであり、より重い解散命令を選択したことは、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

2 以上より、Aは、本件取消訴訟において、上記のような違法事由を主張すべきである。 以上

完全答案
[行政法]

第1 「設問1」について

1 Aは、Y県知事に対して、本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起することができるか。

(1) まず、本件解職勧告は「処分」（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）3条2項）に当たるか。

ア この点について、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によって、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。

そして、勧告は一般的に行政庁による見解の表明にすぎず、直接国民の権利義務を形成していないことから、原則として処分性が否定される。もっとも、勧告であっても、④相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされ、⑤その不利益性が深刻である場合には、直接国民の権利義務を形成するものといえ、「処分」で当たると解する（医療法勧告事件）。

イ ④について

まず、解職勧告の不服従は要件裁量の考慮要素の一つとして考慮されること（反論①）、解職勧告に当たって弁明の機会を付与していること（社会福祉法（以下「法」という）56条9項）から立法者は解職勧告に処分性を認める趣旨であること（反論②）から、当該解職勧告により解散命令を

受ける法的地位に立たされ、相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされるとの反論が考えられる。

反論①について、同条8項に基づく解散命令は、「他の方法により監督の目的を達することができないとき」という処分要件の一つとして定めている。そして、法がかかる抽象的な文言で処分要件を規定しているのは、福祉という行政上の専門技術的な判断を要する等の処分の性質等に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると解され、行政庁の要件裁量が認められる。そのため、確かに、解散命令と同条7項に基づく解職勧告は、同勧告に対する不服従という事情が上記要件の考慮要素の一つとして考慮されるという関係にあるから、後続処分の発動に影響する可能性は高いとも思える。

しかし、上記のとおり勧告不服従は要件裁量の考慮要素の一つに過ぎない。また、法56条8項は「できる」と規定していることや上記のような解散命令の処分の性質に鑑みれば、行政庁に解散命令をするかどうかという点につき効果裁量が認められる。さらに、B県では解職勧告に不服従の場合に解散命令が出されるといった運用もなされていない。以上のことを鑑みれば、解職勧告によって、相当程度の確実さで不利益な後続処分たる解散命令がなされるとまではいえない。

また、反論②については、確かに、弁明の機会は行政事件手続法（以下「行手法」という）上「不利益処分」について行われることからすれば、立法者は解職勧告に処分性を認める意思で解職勧告に弁明の機会が付与したとも思える。

しかし、仮に立法者の意思が解職勧告を処分とする趣旨であるとするれば、弁明手続ではなく、「役員の解任を命ずる不利益処分」（行手法 13 条 1 項 1 号ハ）に該当するとしてより手続保障の厚い聴聞手続を法定するはずである。それにもかかわらず、法は解職勧告に弁明の機会しか付与していない。そうすると、立法者の意思としては、むしろ解職勧告は「不利益処分」に含めないことを明らかにしているといえる。

したがって、やはり解職勧告によって、相当程度の確実さで不利益な後続処分たる解散命令がなされるとはいえない（@不充足）。

ウ ⑥について

また、解散命令によって社会福祉事業の継続が不可能となるという結果は重大であり、不利益性は深刻であるとの反論が考えられる。

しかし、解散命令の差止訴訟（行訴法 3 条 7 項）や取消訴訟（同 3 条 2 項）を提起するのに巨額投資を必要とする

ような事情はなく、不利益は深刻ではない。

したがって、実行的な権利救済の観点からも、不利益性が深刻であるとは認められない（⑥）。

エ よって、本件解職勧告は「処分」に当たらない。

2 以上より、Aは、上記取消訴訟を適法に提起することができない。

第2 「設問2」について

1 Aは、本件取消訴訟において、どのような違法事由を主張すべきか。

(1) そもそも、「設問1」で述べたとおり、法 56 条 8 項に基づく解散命令には、「他の方法により監督の目的を達することができないとき」という要件の認定につき行政庁に要件裁量が認められ、処分の選択につき効果裁量が認められる。

(2) もっとも、行政庁の判断が著しく合理性を欠くような場合や比例原則に反する場合には、処分が社会観念上著しく妥当性を欠くといえ、裁量権の逸脱・濫用が当たり違法となると解する（行訴法 30 条）。

ア これに対して、B 県は、本件解散命令の前にも本件改善勧告、本件改善命令及び本件解職勧告を通しても功を奏しなかったことから、「他の方法により監督の目的を達することができないとき」に当たり、また、処分の選択

についても適切であることから、裁量権の逸脱・濫用には認められないとの反論が考えられる。

イ これに対して、Aは、以下のように主張する。

まず、CがAの運営改善に向けて努力し事態に進展が見られるという事実経過からすれば、改善指導等の継続により監督目的が達成できたといえ、当然考慮すべき事項を十分に考慮していない。他方で、本件不正はDの行為に起因しているにもかかわらず本件解職勧告をAが拒否した事実を重視することは重視すべきでない考慮要素を重視しているといえる。

したがって、行政庁の判断が著しく合理性を欠くといえ、処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、要件の認定に関する裁量権の逸脱・濫用が認められる。

ウ また、Aは、過去の実績資料に比して、Aは社会福祉事業の中核を担ってきた社会福祉法人であって資産規模は大きく、本件貸付金は、無利子・無担保であるがAの総流動資産の2分の1相当の1億円に過ぎず、経営破綻している状況にないことから、本件解散命令は比例原則等に反することを主張する。

加えて、どのような監督措置を講じるかを判断するに当たっては対象となる社会福祉法人の自主性・自立性を尊重する必要があることも指摘することができる（法24

条、61条1項2号)。このような法規定からすれば、法人格を剥奪する解散命令の効果の重大性に照らせば慎重な配慮の下での判断が必要である。そして、本件では業務停止命令等のより緩やかな代替手段を実施しながら資金回収可能性を追求できる手段によるべきであり、それよりも重い処分である解散命令を選択したことは、やはり裁量（効果裁量）の逸脱・濫用がある

2 以上より、Aは、本件取消訴訟において、上記のような違法事由を主張すべきである。

以 上

令和8年4月5日〔行政法〕採点基準

	小計	配点	得点
〔設問1〕			
	25		
①	本件解職勧告の処分性が問題となることを行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)の条文を摘示しながら正確に示すことができていること	2	
②	「処分」(行訴法3条2項)の意義について、判例(最判昭39.10.29)等を意識した規範を定立することができること	3	
③	判例(最判平17.7.15)について、前掲最判昭39.10.29の示した規範との関係を正確に把握した上で言及していること	3	
④	自身の示した「処分」の意義との関係で、本件解職勧告の根拠条文や社会福祉法(以下「法」という)の法構造等を意識しながら、いわゆる法効果性要件について検討していること	5	
⑤	解職勧告に際して弁明の機会が付与されていることが、法効果性要件との関係でいかなる影響を及ぼすかについて、行政事件手続法(以下「行手法」という)の規定も参照しつつ検討していること	5	
⑥	「処分」(行訴法3条2項)の意義で挙げた他の要件について言及していること	2	
裁量点		5	
〔設問2〕			
	25		
①	本件解散命令について行政庁に裁量が認められるかについて、法文言及び処分の性質に具体的に言及した上で裁量の有無に言及していること	3	
②	行訴法30条を摘示した上で、どのような場合に裁量権の逸脱・濫用が認められるかについて、近時の判例等を踏まえて規範を定立していること	3	
③	B県側から想定される反論に言及していること	2	
④	Aの主張として、CがAの運営改善に向けて努力するなどしており、改善が期待できないとするB県知事の判断が誤りであること、本件不正はDの行為に起因しているにもかかわらず、本件解職勧告をAが拒否した事実を重視するのは誤りであることなどを述べて相応の検討をし、さらに、過去の例に照らし、本件解散命令が比例原則等に反するかを検討していることを摘示できていること	6	
⑤	Aの主張を自身の示した規範やその考慮要素との関係で、適切に位置づけて論じることができること	3	
⑥	法第24条、第61条第1項第2号を摘示しつつ、どのような監督措置を講じるかを判断するに当たっては対象となる社会福祉法人の自主性・自立性を尊重する必要がある旨など、法の条文構造、趣旨、理念を踏まえて、Aの主張すべき違法事由を説得的に論じていること	3	
裁量点		5	
合計		50	50

2026年04月05日答案練習会

行政法

最優秀答案

回答者：M・Yさん

第1 設問1

1 本件解職勧告が「処分」(行政事件訴訟法(以下略)3条2項)に当たれば、その取消訴訟を適法に提起しうる。そのため本件解職勧告が「処分」に当たるか問題となる。

(1) 「処分」とは、公権力の主体たる国又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又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。その判断は、①公権力性、②法効果性、③権利救済の実効性の観点から行う。

(2)ア まず、本件解職勧告は法56条7項に基づく優越的地位から、B県知事により一方的になされている。そのため、①公権力性が認められる。

イ 次に、B県は、本件解職勧告は、解職を促す事実上の効果を有するにすぎず、それによってAの地位に直接に具体的影響を及ぼすものではないから、法効果性を有しないと反論することが想定される。確かに、勧告それ自体は一般的には行政庁による事実上の措置にすぎないから法効果性を有するとは言い難い。しかし、本件では、本件解職勧告がなされると、それに従わない場合には法56条8項

コメントの追加 [A1]: 条文摘示○

コメントの追加 [A2]: 訴訟選択○

コメントの追加 [A3]: しっかりと判例の規範(定義)を論じることができています。

コメントの追加 [A4]: ①公権力性について、よく論述できています。

コメントの追加 [A5]: しっかりと反論の理由を示すことができています

に基づく解散命令がなされることが相当程度の確実性をもって予期される。そして、解散命令が行われた場合、Aが社会福祉法人（法22条）として事業を遂行することができる地位が否定されることになる。そのため、Aを名宛人とする本件解職勧告により、Aが有する上記地位に直接に具体的な影響が及ぶといえる。その上、法56条9項は、解職勧告を行う場合には弁明の機会を付与すべきことを定めているから、本件解職勧告それ自体を不利益処分と捉えている趣旨が読み取れる（行政手続法13条1項2号参照）。したがって、本件解職勧告に②法効果が認められる。

ウ そうだとしても、Aの上記地位を否定するのは解散命令それ自体であるから、B県は、本件解散命令を取消しの対象とすれば足り、本件解職勧告を取り消しても③権利救済とはならない旨反論することが想定される。しかし、仮に本件解散命令を対象とした場合、それが取り消されたとしても拘束力（33条1項）が生じるのは主文及びそれを導く事実上・法律上の判断にすぎないから、反復禁止効の下でも別の理由に基づき再度解散命令を出すことは封じられない。そして、本件解散命令は本件解職勧告への不服従を前提に行われたものである。そうだとすれば、本件解職勧告を取り消すことができれば、これを前提とする解散命令を封じることができ、Aの上記地位の保全に資するといえる。そのため、③権利救済の実効性が認められる。

(3) 以上より、本件解職勧告は「処分」に当たる。

2 また、本件解職勧告はAを名宛人としているから、Aは「法律

コメントの追加 [A6]: 判例を意識して論述できている点は Good◎
もっとも、なぜ「相当程度の確実性」があるのか、その理由を具体的に記載しましょう

コメントの追加 [A7]: 「地位の否定」が重大な不利益であるとの評価は必ずするようにしましょう。

コメントの追加 [A8R7]: □ 追記
本答案は、判例の①②の要件を、処分性の法効果要件に位置づけ、それとは別に、実効的な権利救済の必要性を要件として立てていると思われます。
解説では、判例の①を法効果性の議論

コメントの追加 [A9]: 弁明の機会が付与されていることに着目できている、また、それがなぜ処分性を肯定する理

コメントの追加 [A10]: 実効的な権利救済の観点からの検討もできています。

コメントの追加 [A11]: この記載はミスリードになっています。行政庁は、①利益供与の禁止という法令違

上の利益を有する者」(9条1項)といえ、原告適格も認められる。

また、本件解職勧告を取り消すことで上記地位を回復できるから訴えの利益にも欠けない(同項括弧書)。

3 以上より、Aは本件解職勧告の取消訴訟を適法に提起できる。

第2 設問2

1 Aは、本件解散命令が裁量権の逸脱濫用(30条)に当たり違法である旨主張することが考えられる。そして、行政過程に慎重を期し、国民の権利救済に資する観点から(1条参照)、行政庁の判断の過程及び結果が重要な事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当性を欠く場合、裁量権の逸脱濫用が認められると解する。また、裁量権行使が法の一般原則に反する場合も裁量権の逸脱濫用が認められると解する。

2(1) まず、本件解散命令は法56条8項を根拠とするところ、同項は「解散を命ずることができる」と規定しているから、解散命令を発するか否かにつきB県知事に効果裁量が認められる。また、解散命令は、法令や処分、定款に違反したこと、「他の方法により監督の目的を達することができない」こと、という要件を満たしたときに発出可能であるところ(同項)、その要件該当性判断は社会福祉サービスの利用者保護・公明適正な実施・健全な発展等(法1条)の専門技術的な観点から行われる。そのため、B県知事に要件裁量が認められる。

(2) 以上を前提に、Aは①本件解散命令は重要な事実の基礎を欠くため、裁量権の逸脱濫用に当たり違法である、②本件解散命令は比

コメントの追加 [A12]: その他の要件にもしっかりと言及できており、Good◎

コメントの追加 [A13]: 論証、規範 Good◎

コメントの追加 [A14]: 効果裁量・要件裁量について、しっかりと論じていることができています。他方で、効果裁量の認定に当たっても、「処分の性質」に言及すべきことは繰り返し述べられているため、この点を漏らさないようにしましょう(専門技術的な……)という部分は効果裁量の認定においても使われています)。

例原則に反し裁量権の逸脱濫用として違法である旨主張すべきである。

コメントの追加 [A15]: 主張の骨子がしっかり記載できています Good◎

ア まず、①について、B 県は、本件解散命令に至るまで、本件改善勧告・本件改善命令・本件解職勧告という段階を経て、A に法 27 条違反の状態を是正する機会を何度も与えていたにもかかわらず、A が本件解職勧告を拒否した以上は、社会福祉法人にふさわしい事業を確実かつ効果的に行わせるために（法 24 条）解散命令を出すことも裁量権の範囲内である旨反論することが想定される。確かに、A につき本件貸付金の業務執行理事 D への無利子・無担保での貸付けという法 27 条違反の事実は認められる。しかし、本件調査は対立する D が非協力的だったことから調査が滞ったにすぎず、理事長 C は真摯に取り組んでいた。また、その後も真摯に改善勧告等に向き合い何とか D から事情聴取することに奏功し、事の実態を把握しつつある上、監督機能強化に意欲的である。そうであれば、A 全体としては福祉事業の適正性に問題はないといえる。それにもかかわらず、本件解職勧告の拒否という一事を重視し、前述の A の真摯な対応を考慮しなかったことは、重要な事実の基礎を欠いているといえる。そのため、裁量権の逸脱濫用が認められる。

コメントの追加 [A16]: B 県の反論を的確に示すことができています Good◎

イ 次に、②につき、改善命令に係る措置が採られなかった類似事例でも解散命令が出されているから比例原則に反しないとの反論が想定される。しかし、同事例では用途不明金の回収見込みがなく経営破綻に瀕していることが重視されていた。しかし、A は D からの迅速な返済は困難であるものの、経営破綻状況ではなく、「経営基盤」

コメントの追加 [A17]: しっかりと事実を抽出し、評価を加えることができおり、Good◎
さらに、法 24 条や法 61 条第 1 項 2 号等の他の規定まで言及できるとより良い答案になります。

コメントの追加 [A18]: 加えて、「本件貸付金の貸し付けを行った者が D であることを認識」していた事実にも着目できるとさらに良い答案になります。

(法 22 条) に揺らぎはなく、適正な事業の遂行が期待できる。 そのため、解散命令の必要性もないのにこれを発出することは不相当であり、比例原則に反し、裁量権の逸脱濫用が認められる。

3 以上より、A は如上のような主張をすべきである。 以上

コメントの追加 [A19]: しっかりと事実を評価できており、Good◎

コメントの追加 [A20]: 位置付け Good◎

【総評】

全体的に論点抽出、答案構成、論証についてはいずれも問題なく、高い基礎力が窺われる答案でした。また、事実の抽出、評価、条文の摘示といった点についても意識が行き届いており、この点も含めて好印象な答案でした。以下の点（特に設問1）について復習しておきましょう。

【設問1】

処分性の定式は、類型ごとに下位規範となる判例が決まっており、当該下位規範が実質上の要件となると考えてしまって差し支えありません。そのため、下位規範となる重要な判例の要件を抑えるとともに、その要件の事実認定の方向性をより緻密かつ具体的に抑えていきましょう。

特に、浜松市土地区画整理事業事件（最判平20.9.10）の規範（①先行行為によって後行行為による法的義務を負う地位に立たれる場合で、かつ②先行行為段階で処分性を認めることが実効的な権利救済の観点から合理的である場合）や、本問で下位規範として使う病院開設中止勧告事件（①相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされること、②不利益性が深刻であること）は頻出ですので、自身の論証として組み込み、判例の理解を前提とした事実認定ができるようにしっかりとストックしておけば、処分性の論点で書き負けることはなくなると思います。

【設問2】

論点の抽出、論証、事実の抽出、評価いずれも申し分なく論述が

できていました。「処分者が、何を認識し(あるいは、何を認識せず)、
何を重視し(あるいは、何を軽視し)たのか」を意識できると、よ
り良い答案になると思います。

明治大学法曹会第9回司法試験予備試験答案練習会
〔行政法（第2回）〕講評・解説レジュメ〔補足〕編

第1 講評総論

解説レジュメでも記載したとおり、本問はいずれも司法試験の問題を予備試験の形にアレンジしたものであり、各設問も処分性、裁量権の逸脱・濫用という最重要かつ頻出の論点を問うものであり、一定程度のレベルに達した答案が多数見受けられた。下記第2. 1に記載した②処理手順、③論証についてはいずれの答案も大枠において外しているものはなかった。

もっとも、やはり④当てはめ部分においては、個性のある評価がなされている点で一定の評価を受ける答案、射程が問題となっている判例に気づきキーフレーズはわかっているものの具体的な評価・内容に踏み込めていない答案が大半であり、「絶対に書けなければならない事項」が書けている答案はほとんどなかった。各受験生が当てはめで論述している事項の大半は、「絶対に書かななければならない事項」を書いた上で加点要素として記載すべき事項であり、これだけで合格点に到達することは難しい。

本レジュメは、前記提出の答案を添削した上で、各受験生が学習において戸惑うことが想定される事項等について軽く触れる趣旨として補足の解説レジュメを作成した。

第2 合格までのイメージ

1 総論

□ イメージとしては、①論点の抽出・②処理手順・③論証・④当てはめ（考慮要素／事実認定の方向性）を再現性のある形で抑えることによって、試験本番において合格答案を書くことができる。

2 ①論点の抽出

本問のように設問において厚く記載すべき論点が明示的になっている場合は、当該論点の抽出という作業は不要である。〔設問1〕については処分性について論じることが明示的に示されているし、〔設問2〕についても「本件改善勧告及び本件改善命令が適法であること、並びに本件解散命令に手続的違法はないことを前提」とすることと指定されており、遠回しに先行行為の違法（違法性の承継）や手続的違法（手続の瑕疵が取消事由となるか）については検討が除外されていることから、本件解散命令自体の違法性を争うべきであることが窺われる。

もっとも、本問から離れて過去の予備試験の問題を見るに、このような論点の指定がない場合も往々にあり、このような場合には自身で問題文を読み込み、本件で何が一番問題となり得るのかを考える必要がある。

3 ②処理手順（☞ 三段論法が崩れがちな受験生、まだ答案の型が定まっていない受験生向け）

□ 一般的に司法試験や予備試験の答案は法的三段論法で論述すべきであり、また、答案上書くべきことが決まっている部分も大きい（論証というツールが存在する理由でもある）、「この論点に対してはこう返す（答案を書く）」というデフォルトの答案の型を論点ごと、テーマごとに作成しておくことが望ましい。

☞ このようにしておくことで、答案構成の時間を減らし、試験現場で考えるべき点について多くの時間を割くことができる。

☞ テーマで出題されるような問題の場合、論点ごとに先後関係が多く、論点の配置まで抑えておくべきである。

4 ③論証

論証は、予備校や学説により様々な論証が作成されているが、当該論点につき判例があるものについては判例に準拠した論証、判例がないものについては多数派が用いている論証を使えば足りる。

5 ④当てはめ（考慮要素／事実認定の方向性）

この点が、受験生が一番苦勞する部分であると思われる。基本的には予備校や参考書の答案を参考にしつつ、どうすれば試験本番でそのような答案を書くことができるのかを考えながら論点ごとに書き方を抑えていく方法が考えられる（解説1頁以下の〔補論1〕参考）。

以上のような議論をもとに、以下では処分性に関する議論について整理していく。

第3 処分性の議論についての整理 (③の議論)

1 [簡易まとめ] 処分性全般 (最低限の知識)¹

<p>■ 通常 (原則パターン) の場合</p> <p>◎ 規範：公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。①公権力性、②法効果性の観点から行う。</p> <p>○ 下位：㉔先行行為によって後行行為による法的義務を負う地位に立たされる場合で、㉕実効的な権利救済の必要性が認められる場合は法効果が認められる (①+㉔+㉕=「処分」)</p> <p>* 注：「下位」=下位規範 (以下同じ)</p> <p>☑ 最判平成20年判例の定式は抽象論として幅広く使える</p> <p>☑ その他の判例の使い方については、下記2参照</p>
<p>■ 本問のような勧告が問題となっている場合</p> <p>◎ 規範：公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。①公権力性、②法効果性の観点から行う。</p> <p>○ 下位：(①公権力性に加えて、) ㉔相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされ、㉕その不利益性が深刻である場合は、「処分」に当たる。</p> <p>* 注：㉔+㉕=「法効果」○という関係ではない (原則パターンとの違い)</p> <p>☑ 下位規範は必ずしも論述する必要はない (当てはめ段階で㉔、㉕を明示できればいい) が、明示しておくことで書き洩らしを防ぐことができるし、理解を答案に表現することができる。</p> <p>⇔ デメリット：(答案の) 法律論の紙幅が広がる</p>
<p>■ 【発展㉔】㉔の要件について</p> <p>・ 上記注や解説・10頁に記載したとおり、同判例は勧告の法的効果を認めたものではない。すなわち、本問は、その問題の所在自体は、「法効果が認められるか否か」であるにもかかわらず (解説7頁掲載の採点実感参照)、同判例を用いても勧告の法的効果を認めることまではできず、両者の整合性をどのように解すべきか、答案上どのように表現すべきかが悩ましい。</p> <p>・ 判例は、「規定の内容やその運用の実情に照らすと、……開設中止の勧告は、……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」が生じ、国民皆保険制度のもとでは、「實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない」と</p>

¹ 「最低限」であることに注意 (各類型の重要判例等を知らなくてもよい、という趣旨ではない)

	<p>する。また、同判例は、「保険医療機関指定申請が拒否される可能性高いとしても、それは事実上の問題」ではあるとしつつも、しかし、「實際上病院の経営が成り立たない」としている。さらに、同判例の調査官解説（445 頁以下）においては、病院使用許可には施設を整え医師を雇う必要があり、勧告の時点で争えないと「指定拒否がされる蓋然性が高い中で……巨額の投資」をしなければならないとしている。</p> <p>☞ 以上のことからすれば、そもそもこのような結果は、「事実上」の「結果」としかいえず、法律上の効果（法効果性）ではない？</p> <p>☞ 不利益が深刻であることを強調すれば、法律上保護に値する？²</p>
	<p>【発展Ⅲ】 規範と下位規範の対応</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 上記のように、処分性の要件を①②の 2 要件で考えた場合 <ul style="list-style-type: none"> ☞ ②要件のなかに、㉔・㉕要件を位置づける ・ 処分性の要件を①②に加えて、③実効的権利救済の観点の 3 要件で考えた場合 <ul style="list-style-type: none"> ☞ ②要件のなかに、㉔・㉕要件を位置づけ、さらに、③実効的権利救済の観点から合理性を検討する構成 ☞ ②要件のなかに㉔要件を位置づけ、③要件のなかに㉕要件を位置付け <ul style="list-style-type: none"> * 明確に対応関係を示す文献はないため、自身の立てた規範と対応していれば良いと思われる。

以上のような整理を前提に、当てはめについて考えていく（通常は司法試験の採点実感、予備試験の出題の趣旨（近年、科目によっては役に立つ場合がある）、本問では参考答案をもとに、再現性のある形で整理していく。

* 再現性とは……

同件事例の問題が出たら何度でも同じことが書けること（加えて、司法試験や予備試験で求められているのは、100 回同じ論点が出てきたら 100 回同じ要素・評価を書くことができること）

2 [補論 2] 最判平成 20 年判例の定式

解説 15 頁に記載のとおり、本問とは直接関係しないものの、上記のように処分性の議論では重要な判例である最判平成 20. 9. 10 について、補論という形で以下軽く述べる。

(1) 判例の定式

1 に記載したとおり。

² 解釈・264 頁～265 頁

(2) 各類型へのアプローチ

<p>■ 内部行為の処分性（簡易記載例）</p> <p>確かに、（内部行為／本件〇〇）は国民の権利義務に対する直接的な法効果を発生させない行為であり、法効果が認められないとの反論が考えられる。</p> <p>しかし、……であるから、<u>本件〇〇はその相手方を●●の法的地位に立たせる</u>から国民の権利義務に対する直接的な法効果が認められる。</p>
<p>■ 段階的行為の処分性（省略）</p>
<p>■ 一般的行為の処分性（簡易記載例）</p> <p>確かに、（一般的行為／本件〇〇）は一般的抽象的に権利義務を定めるものであり、直接個人の具体的な権利義務に影響を及ぼすものではないから、法効果が認められないとの反論が考えられる。</p> <p>しかし、……であるから、<u>本件〇〇はその相手方を●●の法的地位に立たせる</u>から法効果が認められる。</p>

(3) その他の重要な判例の使い方

- ・ 基本的には、当てはめの段階で判例を意識した（又は判例を明示して）主張反論のなかで出していく。
 - … 例1：条例制定行為の場合の拘束力の当てはめ（予備答練〔行政法（第1回）〕参照）
 - … 例2：「あたかも制限を課す新たな法令が制定されたのと同視でき」、不特定多数車に対して一般的抽象的な制限を付するにすぎない（最判昭和57.4.22（用途地域の指定））。

第4 事実認定のアプローチ（解説11頁以下参照）

では、本問を題材にして処分性の当てはめ部分について考えていく。

前述のとおり、本問は勧告の処分性が問題となっており、上述の「(①公権力性に加えて、) ③相当程度の確実さで不利益な後続処分がなされ、④その不利益性が深刻である場合は、「処分」に当たる」という規範を用いていくことになる。

まず、③について検討していく際のポイントは以下ようになる。

【表1】 処分性のポイント1

<p>① 処分性が問題となっている根拠法規、処分要件の確認</p> <p>☞ 処分要件で他の規定が引用されている場合は、<u>他の要件まで遡って確認</u>する。</p>
<p>② 後行処分の根拠法規、処分要件の確認</p> <p>☞ 先行する行政行為と後行処分との間に<u>要件上の連動性</u>がないかを確認する。</p>

例：「前項の勧告に従わない場合……命ずることができる」との規定

例：先行する行政行為がなされると後行処分が必ずなされるという運用の実態

……本問ではどうか？

- * 参考答案では要件裁量の一事情として考慮されるという考え方を採用しているが、ほかにも要件上の連動性を肯定できる考え方はあるか？

次に、㉔についてはどうか？（解説 12 頁以下参照）

- * 補足：実効的な権利救済に関する論述について

以 上