

論文式試験問題集
[行政法]

[行政法]

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

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

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

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

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

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

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

[設問2]

Xは、本件勧告の取消訴訟において、本件勧告が違法であることについてどのような主張をすべきか。想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい（本件勧告の取消訴訟が適法に係属していること、また、条例が適法なものであることを前提とすること）。

【資料】

○ Y県消費生活条例

(不適正な取引行為の禁止)

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

一～三 （略）

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

五～九 （略）

(指導及び勧告)

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

(意見陳述の機会の付与)

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

(公表)

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

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

参考答案

第 1 設問 1 について

1 X は、以下のとおり、本件勧告および本件公表に処分性（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3 条 2 項）が認められる旨主張すべきである。

5 そもそも、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を画定することが法律上認められるものをいう。そこで、「処分」性は、①公権力性および②法効果性がある場合に認められ、これらについては権利救済の実効性の見地から判断すべきと解する。

2 ①について

10 本件勧告および本件公表は、公権力の主体たる Y 県知事はその地位に基づいて一方的に行うものであるから、公権力性が認められる（①充足）。

3 ②について

(1) 本件勧告について

15 本件勧告に従わなかった場合、本件公表がされ得るところ、本件公表がされると、事業者と取引関係にある者がそれを知ることになり、事業者の信用が失墜する結果、事業継続が困難になり得るという不利益が生じる。

20 これに対し、本件勧告は条例 25 条違反の是正を求めるものであり、「指導」（条例 48 条）と並んで「行政指導」（行政手続法（以下「行手法」という。）2 条 6 号）に当たるものであるため、これによる法的拘束力がないこと、本件公表を待ってから争えば足りることから、本件勧告自体に法効果性はない旨の Y 県側の反論が考えられる。

25 しかし、本件勧告はそれに先立って意見陳述の機会を設ける必要がある（条例 49 条）ところ、不利益の程度が大きい不利益処分の際に聴聞手続を執る必要があること（行手法 13 条 1 項 1 号）と類似し、条例は本件勧告が聴聞手続を要する不利益処分と同等のものとして想定しているといえる。また、一度公表がされた場合、事業者が事後的に信用を回復することも困難である。そのため、勧告の時点で争わせるほうが、当事者の権利救済の実効性に資する。

30 したがって、本件勧告に法効果性が認められる（②充足）。

(2) 本件公表について

35 本件公表によって、事業者の信用が失墜するという不利益が生じる。これに対し、本件公表は事実上の情報提供にすぎない旨の Y 県側の反論が考えられる。

40 しかし、条例上、本件公表に後続する罰則等の制裁を科する規定は存在せず、本件公表が事業者に重大な不利益を課す制裁として機能する。また、前述のとおり、一度本件公表がされると事業者が信用を回復することは困難である。

したがって、本件公表に法効果性が認められる（②充足）。

2 参考答案

第2 設問2について

1 まず、Xによる(ア)および(イ)の発言は条例25条4号に
45 該当するものに当たらないという主張が考えられる。

これに対し、(ア)は消費者の不安を仰ぐものであり、(イ)は消費者に困惑させたり迷惑を覚えさせたりするものであるとして、同号の不適正な取引行為に当たる旨のY県側の反論が考えられる。

しかし、(ア)は浄水器を使う方が飲用に適した水が飲めることを
50 表現したにすぎず、また、(イ)は情に訴えかける態様のセールストークにすぎず、いずれも同号に該当する不適切な取引行為には当たらない。したがって、Xは上記のとおり主張すべきである。

2 次に、本件勧告には要件裁量の逸脱濫用があり、違法であるという主張が考えられる。

55 (1) 条例48条は「消費者の利益が害されるおそれ」という抽象的な文言で規定し、その判断は消費者保護に関する専門性を要するから、Y県知事の裁量権が認められる。もっとも、重要な事実の基礎を欠くか、社会観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(行訴法30条)となると解する。

60 (2) 本件で、Y県は実態調査を行った結果、Xの従業員が(ア)及び(イ)のように述べて勧誘していることが判明したことから、「消費者の……るおそれ」があると合理的に評価し得るというY県側の反論が考えられる。しかし、当該実態調査でも判明したとおり不適正な勧誘をしていたのはXの従業員の一部にすぎず、かかる事
65 情に加えて、Xは意見陳述の際に従業員に対する指導教育をしたことも主張している。これらの事情を踏まえると、将来的に浄水器の執拗な勧誘行為がXの従業員によって行われることは考え難いにもかかわらず、「消費者の……るおそれ」があるというY県知事の判断には、考慮すべき事情を考慮していないといえ、裁量権の逸脱
70 濫用が認められるとして違法である。

よって、Xは上記の点について主張すべきである。

3 さらに、本件勧告は効果裁量の逸脱濫用があり、違法であるという主張が考えられる。

75 (1) 条例48条は「できる」という文言を用いていること、指導・勧告は専門的判断を要するものであることから、Y県知事に効果裁量を認めている。

(2) 本件勧告はその裁量の範囲内であるという反論が考えられるが、仮に要件に該当するとしても、Xは意見陳述の際に従業員に対して指導教育をする等の措置を講じるなど、苦情の原因となる行為が繰
80 り返されるおそれは小さい。それにもかかわらず、指導(条例48条)ではなく、不利益の大きい本件勧告を選択することは、比例原則に反し、社会観念上著しく妥当性を欠くといえ、裁量権の逸脱濫用として違法である。

よって、Xは上記の点について主張すべきである。

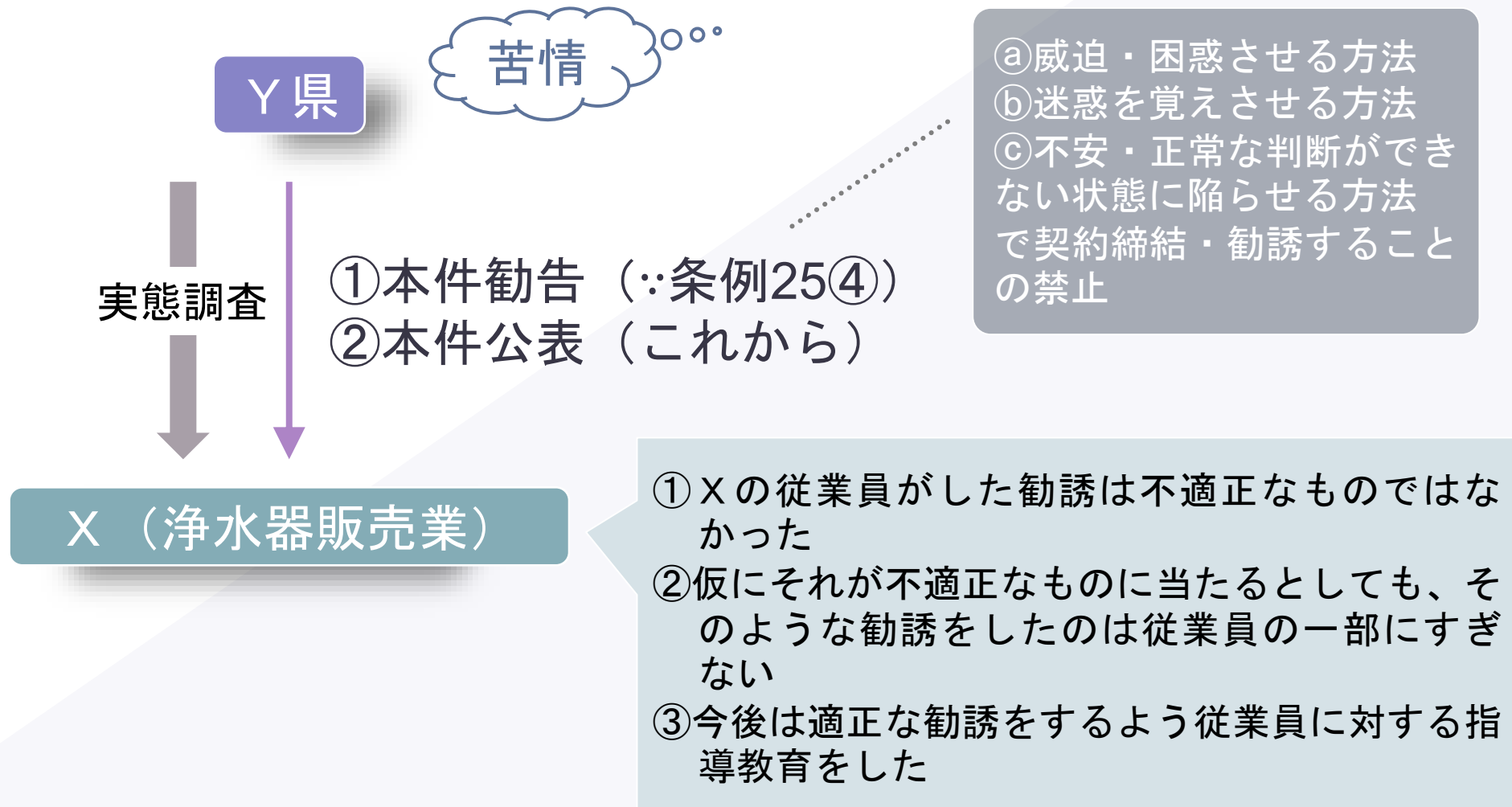
以上

過去問ゼミ 行政法

担当講師：高橋遼太郎



事案の整理



問題文を読むときのポイント

- 行政法の場合

＝行政庁（公権力側）が私人に対して処分等の行政行為をし、それによって不利益を被る私人（被処分者の場合もあるし、第三者の場合もある）が抗告訴訟や国賠訴訟を提起する



- 行政側はどのような事情に着目して処分等をしたのか？
- 私人はどのような不利益を被るのか？
- 私人が行政側に着目してもらいたい事情は何か？

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。

設問 1

【問題】

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。

➡ Xの立場から、本件勧告と本件公表がそれぞれ「処分」（行訴法3Ⅱ、Ⅶ）にあたることを、Y県の反論を踏まえて、主張する

「処分」とは？

【最判昭和39・10・29（百選Ⅱ143）】

「行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、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た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ものである」



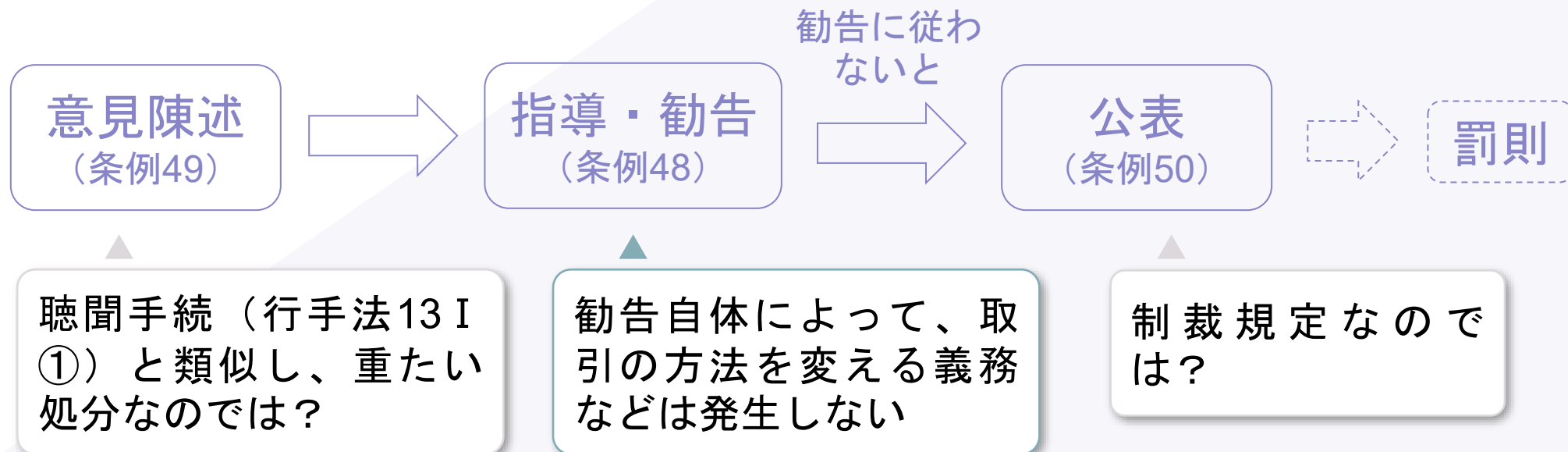
処分性は、①公権力性および②法効果性がある場合に認められ、これらは権利救済の実効性の見地から判断すべきと解する。

公権力性

本件勧告・本件公表いずれも、Y県知事がその地位に基づいて一方的に行うもの ➡ 公権力性が認められる

法効索性

本件勧告や本件公表を受けた場合に、Xの権利や義務に影響が生ずるか？ Xの立場に変化が起こるか？ ⇨ 個別法の条文を見る！



最判平成17・7・15（病院開設中止勧告事件）

XはY県知事に対して医療法7条1項の病院開設の許可を申請したところ、Y県知事はXに対し、医療法（平成9年法律第125号による改正前のもの）30条の7の規定に基づき病院の開設を中止するように勧告。XはY県知事に対して勧告を拒否するとともに速やかに許可するよう求める文書を送付。Y県知事はXに対し、許可する旨の処分をするとともに、中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合に厚生省通知により保険医療機関の指定を拒否することとされている旨の通告をした。

医療法第30条の7

都道府県知事は、医療計画の達成の推進のため特に必要がある場合には、病院を開設しようとする者又は病院の開設者若しくは管理者に対し、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院の開設又は病院の病床数の増加若しくは病床の種別の変更に関して勧告することができる。

最判平成17・7・15（病院開設中止勧告事件）

「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……。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。」

最判平成17・7・15（病院開設中止勧告事件）

①中止勧告自体は、それを無視した場合に何らかの効果（病院開設の不許可など）が生ずるわけではない

→行政指導

→国民の権利義務を形成するものではない（当然に処分性ありとはいえない）

しかし、病院を開設した者が次に行うことが想定される保険医療機関の指定の申請の際に、相当程度の確実さをもって②拒否処分がされる。通常は保険適用の医療を全額負担で受ける患者はいないため、結局のところ病院開設自体を断念せざるを得なくなる。

→実効的な権利救済の見地から、①の処分性肯定

設問 2

◎ Y 県消費生活条例

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。

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。

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。

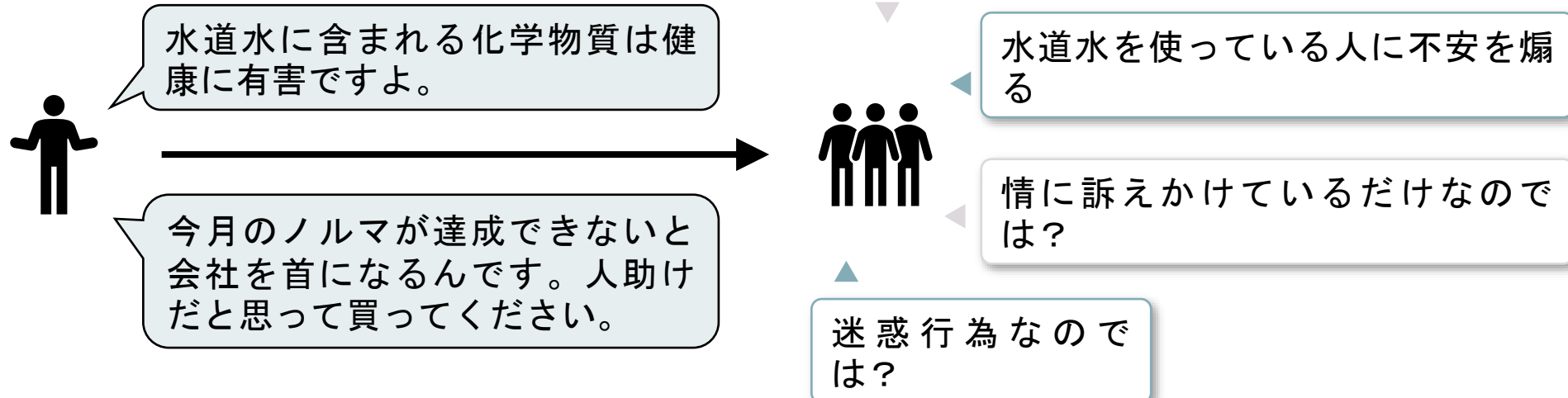
①25条 4 号に規定する方法に当たらない、②「消費者の利益が害されるおそれ」はない、③勧告ではなく指導でもよかったといえるなら違法

①25条4号に規定する方法に当たらないといえるか？



個別法の文言の判断基準はあらかじめ準備することができない。

➡自分で判断基準を考える or 判断基準は省略し、あてはめだけする（他に論ずるべきことが多い場合）



②「消費者の利益が害されるおそれ」はないといえるか？

①文言が抽象的であり、専門的技術的判断が必要 → 行政庁の裁量

②裁量があるとしても、裁量権を逸脱濫用しているのであれば違法



抽象的な文言で規定し、その判断は消費者保護に関する専門性を要する

⇒ Y 県知事の裁量に委ねられている

- 重要な事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当性を欠く場合に、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法となると解する。
- 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性を欠く場合に、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法となると解する。



不適切な勧誘をしたのがXの従業員の一部にすぎない

Xは指導教育を徹底するなどの対応措置を講じている

意見陳述の手続で明らかになっている

考えるべきことを考えていない
評価がおかしい

③勧告ではなく指導でもよかったのではないかな？

①「できる」という文言（指導・勧告・なしを選べる） → 行政庁の裁量

②裁量があるとしても、裁量権を逸脱濫用しているのであれば違法



「できる」という文言で規定しているうえ、判断は将来予測等の専門性を要する

⇒ Y県知事の裁量に委ねられている

- 重要な事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当性を欠く場合に、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法となると解する。
- 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性を欠く場合に、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法となると解する。



不適切な勧誘をしたのがXの従業員の一部にすぎない

Xは指導教育を徹底するなどの対応措置を講じている

意見陳述の手続で明らかにになっている



今後不適切な勧誘がされる可能性がどれだけあるのか？

答案の講評

- 公権力性のあてはめが無い答案
→ Y 県知事はその立場に基づいてした行為であることを示す
- 病院開設中止勧告事件について誤解を疑わせる答案
→ ①行政計画については最大判平成20・9・10（百選Ⅱ147）、②規範定立行為については最判平成21・11・26（百選Ⅱ197）、③観念の通知については最大判昭和59・12・12（百選Ⅱ153）、④行政指導については最判平成17・7・15（百選Ⅱ154）を、原則と照らし合わせて理解する

- 裁量権の逸脱濫用について、行政庁の行為のうちどの部分に裁量権が認められているのか不明確な答案
→ 条文からきちんと摘示する
- 効果裁量を論じていない答案
- 理由の提示の瑕疵を論じた答案
- 字数オーバーの答案
→ 予備試験では、30字×23行×4頁。全部で2760字ですが、改行すると空白部分も字数に数えられるので、実際に書ける字数はより少ないです。

過去問ゼミ番外編 ～行政裁量～

1. 裁量行為が認められるか？

都道府県知事は、安全な狩猟の実施の確保、鳥獣の保護又は管理その他公益上の必要があると認めるときは、猟区の認可を取り消すことができる（狩猟72 I）

▶ **要件につき不確定概念 ＝要件裁量**

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（本問）

▶ **効果の発生・種類を判断 ＝効果裁量**



行政庁の裁量（要件について判断の余地を認めたり、効果について有無・内容を決定することを認めている）を法律が予定している以上、行政庁の判断は尊重されるべきであり、その適否を裁判所は審査できないのではないか？

今日の議論として...

第30条 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。

▶ 裁量権の逸脱・濫用があつた場合は
取消事由となる（司法審査の対象）

行政庁による恣意的な判断
平等原則などに反する判断
は認められないというべき

裁量が認められるか？ どの程度認められるか？

- 法律の文言
- 私人の権利への影響
- 裁判所と行政庁のどちらが適切な判断ができるか

“行政裁量”があると認定された事例①

——家永教科書事件（最判平成5・3・16ほか）

「申請図書について、内容が学問的に正確であるか、中立・公正であるか、教科の目標等を達成する上で適切であるか、児童、生徒の心身の発達段階に適應しているか、などの様々な観点から多角的に行われるもので、学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量に委ねられるものというべきである。」

“行政裁量”があると認定された事例②

——マククリーン事件（最大判昭和53・10・4）

「申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣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」

では、答案ではどう書くの？

（行政行為の根拠規定を摘示して）〇〇条は、要件が抽象的であり、その判断を行政庁が行う／効果につきその有無や内容を行政庁が判断する

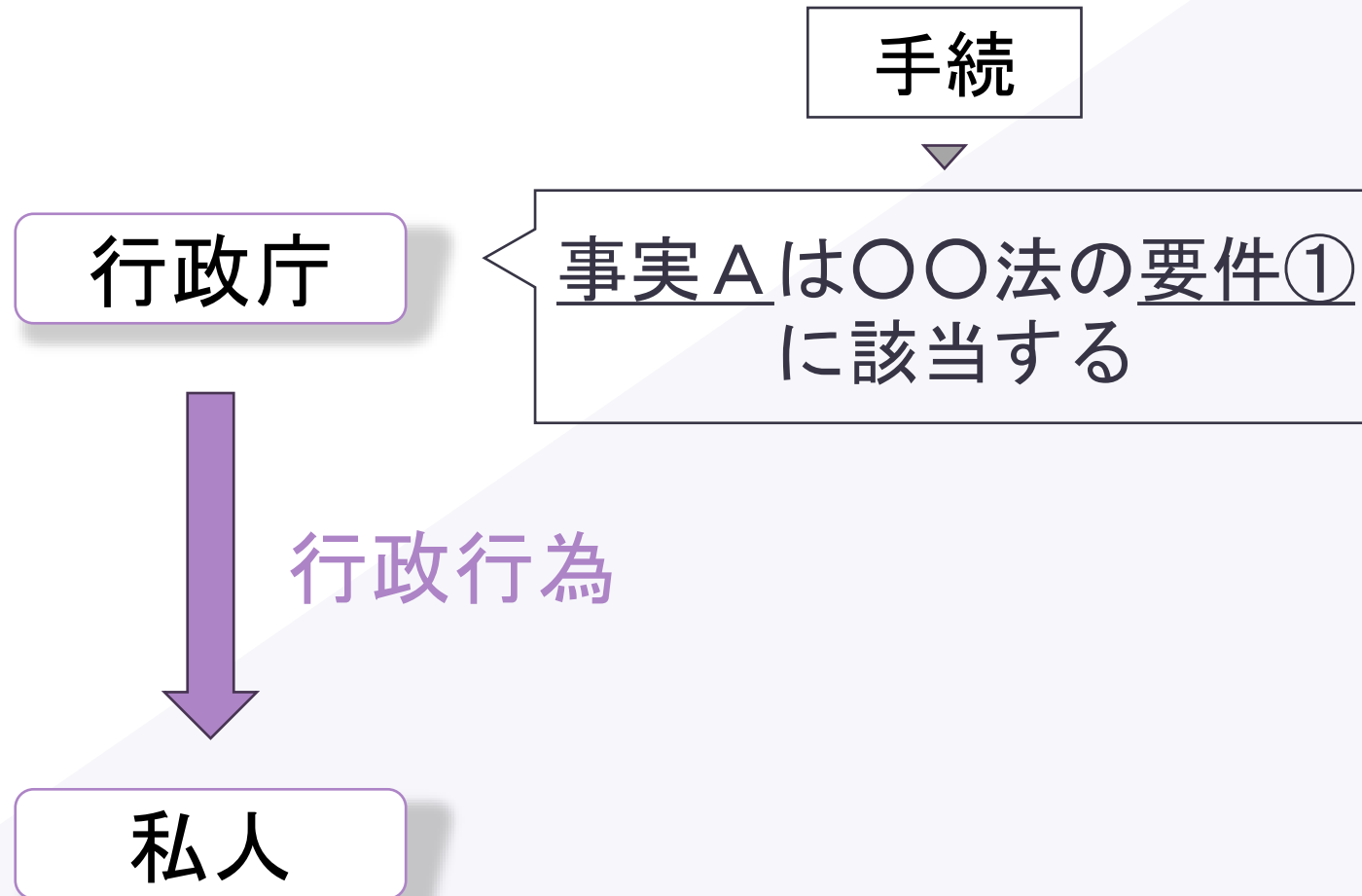


～という点で行政庁の専門技術的判断
普段から～という職務に就いている者でなければ適切な判断ができない



そのため、行政庁の裁量に委ねられている

2. 裁量行為の司法審査



▷ 事実 A が要件①に該当することから行政処分の要件を満たし、行政処分を行った（結果、私人に不利益）

→ 事実 A と被処分者が被る不利益のバランスを欠くものではないか？（比例原則違反）

差別的に扱うものではないか？（平等原則違反）

事実 A というものは存在しないのではないか？
（事実誤認）

⇒ 実体的審査

▷ 行政行為を行うまでの手続に違法性がないか？

⇒ 手続的審査

要件①への該当性を判断する
に当たり、事実Aを重視した

手続

行政庁

事実Aは〇〇法の要件①
に該当する

行政行為

私人

事実Aに該当し、要件を満たすため、行政行為をした

▷ 処分の内容・判断それ自体を審査するのではなく、行政庁が要件・効果に該当すると判断したその過程を審査

⇒ 判断過程審査

行政庁の裁量権に基づく行政行為の適法性を司法で審査するにしても、様々な判断の仕方がある
＋裁判例も様々

最大判昭和53・10・4（マクリーン事件、百選I73）

X（外国人）の当局への無届転職および本邦における政治活動



「在留期間の更新を適当と認めるに足る相当の理由」（出入国管理令（当時のもの）21Ⅲ）

その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである

最判平成24・1・16

公立学校の式典において、国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱すること又は国歌のピアノ伴奏を行うことを命じた校長の職務命令に従わなかった（１度戒告を受けた者もいた）



減給処分または戒告処分

- ・「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と認められる場合に、違法」
- ・式典の秩序等を一定程度損ない得る一方で教職員個人の歴史観・世界観、式典進行を実質的には妨げないことを指摘したうえで、「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」

最判昭和53・6・16 ※刑事

Xは山形県余目町で個室付浴場の営業をするため土地を購入し、建築確認を得て建設に着手→周辺住民の反対運動、町や県も開業阻止の方針→開業予定地から134.5mの距離にある町有地を児童遊園施設として認可



営業停止処分（∵児童福祉施設の周辺200mの範囲内で営業）

「本来、児童遊園は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（児童福祉法40条参照）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿ってなされるべきものであって、」Xの営業の規制を主たる動機、目的とする余目町の児童遊園設置の認可申請を容れた本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性がある。

東京高判昭和48・7・13（日光太郎杉事件）

建設大臣（現国交大臣）が、土地収用法20③に基づいて国立公園日光山内特別保護地区の一部に属する土地について事業認定を行った。

【土地収用法】

第20条 国土交通大臣又は都道府県知事は、申請に係る事業が左の各号のすべてに該当するときは、事業の認定をすることができる。

三 事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること。



本件の事業認可が要件裁量の範囲内か？

判断過程審査

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）場合に違法となる

【日光太郎杉事件の規範】

土地が事業の用に供されることによって得られる利益と失われる利益とを比較衡量した結果、前者が後者に優越すると認められる場合のみ要件を満たす。

➡ これらを判断するに当たり、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことによって判断が左右されたものと認められる場合は、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして違法となる。

国道の交通量増加に対処するために自動車
道路の整備拡充の必要性

オリンピックの開催に伴う自動車交通量増
加の予想

暴風による倒木（これによる交
通障害）の可能性

かけがえのない高度の文化価値

←考慮すべきではない
こと

←過重な評価

←最も重視すべきこと

土地の適正かつ合理的
な利用に寄与

国道の交通量増加に対処するために自動車
道路の整備拡充の必要性

オリンピックの開催に伴う自動車交通量増
加の予想

←考慮すべきではない
こと

暴風による倒木（これによる交
通障害）の可能性

←過重な評価

かけがえのない高度の文化価値

←最も重視すべきこと

土地の適正かつ合理的
な利用に寄与

- ✓ 行政庁が認定した事
実が誤っているか
- ✓ 判断の結果、法の諸
原則に反していない
か

だけではなく、

- ✓ なぜその事実を考慮
要素にしたのか

という点についてまで
審査するのが判断過程
審査

「本件事業計画をもって、土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものと認められるべきであるとする建設大臣の判断は、この判断にあたって、本件土地付近のもつかけがえのない文化的諸価値ないしは環境の保全という本来最も重視すべきことがらを不当、安易に軽視し、その結果右保全の要請と自動車道路の整備拡充の必要性とをいかにして調和させるべきかの手段、方法の探究において、当然尽すべき考慮を尽さず……、また、この点の判断につき、オリンピックの開催に伴う自動車交通量増加の予想という、本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ……、かつ、暴風による倒木（これによる交通障害）の可能性および樹勢の衰えの可能性という、本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価した……点で、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があり、これらの過誤がなく、これらの諸点につき正しい判断がなされたとすれば、建設大臣の判断は異なった結論に到達する可能性があったものと認められる。」

最判平成 4 ・ 10 ・ 29 （伊方原発訴訟、百選 I 74）

原子力発電所の建設について、内閣総理大臣が四国電力に対して、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律23条に基づいてした原子炉設置許可処分に対して周辺住民が取消訴訟を提起



「原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学技術水準に照らし、右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、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、被告行政庁の右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法である。~~
第三者機関の判断過程に着目し、それが不合理であれば、それに依拠してされた行政庁の処分も違法

その他の判例

○最判平成 8 ・ 3 ・ 8 （剣道実技拒否事件）

公立学校の学生が宗教上の理由により、剣道実技の授業に参加できなかった結果、2度の原級処分の中の、退学処分を受けることになった事案。

→「本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであったといえることができるが、本件においてそれがされていたとは到底いえることができない。」

○最判平成18・2・7（呉市公立学校施設使用不許可事件）

広島県教職員組合が呉市立A中学校において教育研究集会を開催するため、使用許可申請をしたが、学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想されることを理由に、不許可処分がされた。

→行政庁は、過去にA中学校に右翼団体の街宣車が来て街宣活動を行ったことがあった点を重視したが、本件で混乱が生じる具体的なおそれはなかった点で、重視すべきでない事情を重視。他方、本件の集会は自主的研修という相当な側面があり、教育用具・備品が備わる学校施設を利用する必要性が高い点を十分考慮していない点で、考慮不尽あり。

答案ではどう書くの？

行政裁量が認められることを論じたうえで、

（社会観念審査）

行政庁の判断が重要な事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当性を欠く場合に限って違法となると解する。

（判断過程審査）

行政庁が、考慮すべき事項を考慮せず、または考慮すべきでない事項を考慮した場合に違法となると解する。

答案ではどう書くの？

行政庁の判断に委ねることにより最適な結果をもたらすという行政裁量の趣旨に照らせば、行政庁は判断にあたって最善をつくすことが要請される。そのため、判断の結果のみならず、判断過程の合理性についても審査の対象とするのが、適切かつ効果的であり、これらについて司法の審査が及ぶと解する。

そして、行政庁の判断の結果および過程について、重要な事実の基礎を欠くか、または社会観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、違法となると解する。

* 「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」
（中原茂樹『基本行政法』（日本評論社、第3版、2018）134頁）

参考文献

- 中原茂樹 『基本行政法』 （日本評論社、第3版、2018）
- 野呂充ほか 『行政法』 （有斐閣、第4版、2026）
- 橋本博之 『行政判例ノート』 （弘文堂、第5版、2023）
- 行政判例百選Ⅰ
- 行政判例百選Ⅱ

さいごに

- そろそろ短答の勉強をスタートさせる（特に初受験の人）
 - 行政法は判例の知識が重要。網羅的に学べる最適な教材。
- 過去問演習は、どうすれば本番で上手く書けるかを試行錯誤する場
 - 事情を上手く拾えなかった
 - 問題文の読み方の工夫
 - 規範を上手く書けなかった
 - 問題の所在、知識の確認
 - あてはめが上手く書けなかった
 - 問題の所在、判例のロジック・着眼点

【補足資料】 優秀答案（Bゼミ行政法）

1. 構成がわかりやすく、指摘すべき事情を端的に拾えている答案

第1 設問1

1 Xは、本件勧告及び本件公表が「処分」（行政事件訴訟法3条2項。以下、「行訴法」という）にあたると主張する。

- 5 （1）まず、「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公権力性および②直接具体的法効果性の点から判断する。

- 10 （2）本件勧告及び本件公表は、公権力の主体である知事が一方的
に行うものである。従って、①公権力性がある。

（3）ア 本件勧告について、Xとしては、条例50条の本件公表
を受けうる立場へとされるために、法的効果を有すると主張する。

- 15 イ これに対し、Y県としては、本件勧告は事実行為たる行政指導
にすぎず、法的効果を有しないと反論が想定される。

ウ この点、条例50条には、「勧告に従わないときは、その旨を
公表するものとする」とあり、相当程度の確実性をもって本件勧告
後に本件公表へと移行すると考えられる。

また、条例49条には意見陳述の機会の付与が定められており、こ
れは不利益処分を行う際の聴聞手続きに類似したものである。

- 20 さらに、勧告後の公表がなされてしまった場合、事業者の信頼に回
復不能な影響を及ぼす可能性がある。よって、勧告の段階でこれを
取消す必要があることから、紛争の成熟性も認められる。

以上より、本件勧告は②直接具体的法効果性を有する。

エ よって、本件勧告には処分性が認められる。

- 25 （4）ア 本件公表について、Xとしては、公表による信用の失墜
により経営に深刻な影響が及ぶことから、法的効果を有すると主張
する。

イ これに対し、Y県としては、本件公表は情報の提供に過ぎず、
罰則等の制裁を課す規定も存在しないことから、法的効果を有する

30 とはいえないとの反論が想定される。

ウ この点、たとえ罰則などの制裁が存在しないとしても、事業者の受ける信用の失墜という不利益を考えると、公表自体が不利益処分といえる。

また、前述のように事業者の信用は、一度損なった場合回復困難な
35 面があるため、公表がなされる前に差止める必要がある。よって、紛争の成熟性も認められる。

エ よって、本件勧告にも処分性が認められる。

2 Xは、以上の観点から、本件勧告及び本件公表は「処分」にあたると主張すべきである。

40 第2 設問2

1 Xは本件勧告について、要件裁量の逸脱・濫用（行訴法30条）があることを理由に取消しを求めることが考えられる。

（1）まず、本件勧告について行政庁に裁量権が認められるか。

ア 条例48条は知事に、条例25条各号に該当する「不適正な取引行為」に対して勧告を行うことを認めている。そして、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」との抽象的な文言で
45 規定されている。これは、消費者保護のための措置を行うに際しては、専門的な判断が必要になることから、行政庁に要件裁量が認められているものである。

50 イ よって、行政庁には裁量権が認められる。

（2）次に、いかなる場合に裁量権の逸脱・濫用が認められるか。

この点、行政庁の判断の結果および過程について、重要な事実の基礎を欠くか、または社会観念上著しく妥当性を欠く場合には、裁量権の逸脱・濫用が認められると解する。

55 （3）ア Xとしては、Xの従業員の行った勧誘は条例25条4号に該当しないにも関わらず、本件勧告を行うことは、社会観念上著しく妥当性を欠くものであると主張する。

イ これに対しY県からは、以下の反論が想定される。まず、Xの従業員が、購入を断っている消費者に対して繰り返し勧誘したことは「消費者を威迫し困惑させ」た。また、会社のノルマを持ち出して、人助けと思って購入してくださいと呼びかけることは、「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」である。更に、水道水に含まれる化学物質が有害である旨伝えることは、「心理的に不安な状態若しくは正常な状態に陥らせる方法」である。よって、条例25条4
60 号に該当する。
65

ウ この点、営業活動については、購入を促す発言を行うことは当然である。また、水道水に含まれる化学物質について述べること

は、販売品である浄水器の利点をアピールするためのものであり、消費者に正常な判断を不可能とするような発言ではない。更に、会社を首になるとの発言についても、場を和ます趣旨のものであり、営業トークとしての範疇を超えたものではない。

エ よって、Xの従業員が行った勧誘は条例25条4号に該当しない。

(4) 以上より、本件勧告は社会観念上著しく妥当性を欠くものであり、裁量権の逸脱・濫用が認められる。

2 また、Xは本件勧告について、効果裁量の逸脱・濫用があることを理由に取消しを求めることが考えられる。

(1) 条例48条「勧告することができる」、また、上述の専門的判断の必要性から、勧告についての効果裁量も認められる。

(2) では、本件勧告に効果裁量の逸脱・濫用が認められるか。

ア Xとしては、そのような勧誘を行ったのは一部の従業員であり、当該従業員に対して指導教育を行っている。にも関わらず、指導ではなく勧告処分を行ったことは、不当に重い処分であり、比例原則に反すると主張する。

イ Y県の反論としては、Xに対する苦情が多数寄せられていることから、悪質性があり、本件勧告は妥当であるとの反論が想定される。

ウ この点、Xには過去に同様の是正指導を受けている等の事情はない。そして、従業員の一部が行った勧誘であるため、組織的に不適正な勧誘を行ったとする事情もない。また、従業員に対する指導教育にも取り組んでおり、改善に向けての意欲も感じられる。

92 にも関わらず、Xの主張を受け入れずに、相当程度の確実性をもって公表へと続く勧告処分を行うことは、不当に重い処分を下したといえ、比例原則に反する。

(3) よって、本件勧告には裁量権の逸脱・濫用が認められる。

3 Xは以上の通り本件勧告が違法であるとの主張をすべきである。

←「消費者の利益が害されるおそれ」
(条例48条)についても論じられるとよかったです。

以上

2. 処分性、本案どちらも丁寧に論じられている答案

第1 【設問1】

1 勧告の処分性

(1) 「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、(行
訴法3条2項)とは、公権力の行為のうち、その行為により、直
5 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
上認められるものをいう。

(2)本件勧告は、知事により一方的になされるものであり、公権力性
が認められる。

では、国民の権利義務を形成するものといえるか。

10 Yからは、本件勧告自体は行政指導にすぎないから、法効果性が認
められないという反論が考えられる。しかし、本件勧告に従わない
場合には、公表がされることになる(条例50条)。同条は、「公表
するものとする」としており、勧告に従わない場合に公表が行われ
ることは確実であり、勧告に従わない場合には、確実に公表をされ
15 る地位に立たされる。

また、条例49条は、意見陳述の機会を付与しているおり、行手法
13条にも、不利益処分における意見陳述の手続が規定されてい
る。

このことは本件勧告が、制度上不利益処分に準じる法効果を有する
ことが前提となっているものと考えられる。以上より、法効果性
20 が認められる。

(3) Yからは、公表を争わせれば足りる以上、権利救済の実効性
の観点からも本件勧告に 処分性を認める必要はないという反論が
考えられる。しかし、ひとたび公表されるとXの経営に深刻な影響
を及ぼすという重大な不利益が生じると考えられる。

25 しかも、いったん公表されればその不利益が与える影響は取り返
しがつかない。

そこで、勧告という公表の前段階で、早期に違法性を争わせること
が、権利救済の実効性の観点から必要というべきである。

(4) したがって、本件勧告には処分性が認められると解する。

30 2 公表の処分性

(1)本件公表は、勧告同様、知事により一方的になされるものである
から、公権力の行為といえる。では、国民の権利義務を形成するも
のといえるか。

この点、Yからは公表は単なる情報の提供であり事実行為にすぎ
35 ず、法効果性がないという反論が考えられる。

しかし、公表が単なる情報提供を超え、制裁的性質を有する場合に

は、対象となるものにとって重大な不利益が生じる事を鑑みると、公表には法律の根拠が必要というべきである。

そうすると、このような制裁的性質を有する公表は、不利益処分
40 ような法効果性を有するものであると解する。

本件では、条例上、公表後に不適正な取引行為を継続した場合でも、罰則などの規定は存在しないことから、公表自体が違反に対する制裁という側面を有していると考えられる。

したがって、法効果性が認められる。

45 (3)本件においては、Xが何らかの行政上の措置を受けた場合、融資を停止され、経営に深刻な影響が及ぶ。そこで、公表の差止めを認めなければ、権利救済の実効性が確保できない。

かかる観点からも、公表の処分性を認めるべきと考える。

(4) 以上より、本件公表に処分性が認められる。

50 第2 【設問 2】

1 (1)Xは、従業員の勧誘は不適正なものではなく、条例25条に反しないと主張することが考えられる。これに対しYからは、「水道水に含まれる化学物質は、健康に有害である」という説明は、消費者の不安をあおり、「ノルマが達成できないと会社を首になる」「人
55 助けだと思って」という説明は、一般に消費者にとっては心理的に抑圧を与え、正常な判断をできなくさせるとの反論が考えられる。

(2)一般に水道水に微弱ではあれ含まれる化学物質は、健康に有害な側面があることは事実であり、それを除去するための浄水器を販売するにあたり説明することは不適正とまではいえない。

60 また、人助けだと思って買ってくださいという同情を買うような勧誘は、営業活動として世間一般では営業上の口上として広く行われているものであると考えられ、「正常な判断ができない状態」に陥らせるような方法とまではいえず、不適正とは評価できない。

(3) 以上より、条例25条に違反しておらず、それを前提とする4
65 8条に基づく勧告は違法である。

2 (1)次に、Xは、不適正であるとされた勧誘は従業員の一部の者が行ったにすぎず、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行っていることから、勧告時点では消費者の利益が害されるおそれがある(48条)とまではいえず、同条に反しないと主張す
70 ることが考えられる。

Yとしては、「おそれ」の有無の判断には裁量が認められ、消費者の利益が害されるおそれがあると認めたYの判断は裁量の範囲内であると反論する。

(2) 同条は「おそれ」という抽象的な文言を用いており、消費者の

75 利益が害されるか否かという判断は専門技術的であり、行政の裁量を尊重する必要もあることから「おそれ」の判断には裁量が認められる。

しかし、考慮すべき事実を考慮せずに要件該当性の判断を行えば、裁量権の逸脱・濫用として違法となる。

80 (3)本件では、問題となる勧誘をしていたのが従業員の一部にすぎないと主張している。

一部の者による勧誘で、消費者の利益が害されるおそれは、それほど大きなものではないと考えられるため、Yはかかる事情を考慮したうえで「おそれ」の有無を判断する必要がある。

85 また、Xは今後、適正な勧誘をするよう従業員に対する指導教育を行っていることから、勧告の時点では消費者の利益が害されるおそれは消滅していた可能性がある。

したがって、Yはかかる事情も考慮した上で、「おそれ」の有無を判断する必要がある。

90 しかし、Yはこれらの主張を受け入れておらず、考慮すべき事実を考慮していない。

92 (4) 以上より、Yに裁量の逸脱・濫用があり、本件勧告は違法である。

3(1)さらに、Xは、48条には「勧告」のほか、「指導」も規定されているのに、本件で勧告を行ったのは違法であると主張する。

Yとしては、指導と勧告の選択には裁量が認められ、本件勧告は裁量の範囲内であるとの反論が考えられる。

(2) 同条は「指導し、又は勧告することができる」と規定されているから、指導と勧告の選択には裁量が認められる。

もっとも、勧告に従わない場合、後続の公表を伴うため、勧告は指導より重いといえる。

そこで、このような重い措置を選択するには、違法が重大である必要があると解する。

(3) 本件では、勧誘は一部の従業員によりなされたにすぎず、元々Xの違法の程度はそれほど大きくないものと評価でき、今後は適正な勧誘をするよう従業員に教育指導している。

したがって、違法があるとしても、その程度は当初より小さくなっていると考えられる。

それにもかかわらず、Yはかかる事情を考慮せず指導より重い勧告を選択している。

これは考慮すべき事情を考慮していないといえる。

(4) 以上より、Yに裁量の逸脱・濫用があると考えられることか

ら、本件勧告は違法である。

以 上

以上