

1 [平成30年]

2

3 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
4 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
5 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
6 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
7 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
8 明した。

9 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
10 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
11 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、
12 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
13 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。

14 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
15 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
16 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
17 正な取引行為をしないこと」であった。

18 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
19 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
20 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
21 を通告した。

22 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
23 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」
24 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。

25 以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

26 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。

27

28 [設問1]

29 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
30 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
31 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。

32

33 [設問2]

34 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
35 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
36 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)。

37 【資料】

38

39 ○ Y県消費生活条例

40

41 (不適正な取引行為の禁止)

42 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
43 する不適正な取引行為をしてはならない。

44 一～三 (略)

45 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
46 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
47 を勧誘し、又は契約を締結させること。

48 五～九 (略)

49 (指導及び勧告)

50 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
51 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
52 告することができる。

53 (意見陳述の機会の付与)

54 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、
55 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。

56 (公表)

57 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
58 のとする。

59

60 (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
61 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
62 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。

[解説]

設問 1

設問 1 は、Y 県消費生活条例（以下「条例」という）に基づく勧告と公表のそれぞれについて、その処分性（行政事件訴訟法第 3 条第 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」への該当性）の有無の検討を求めるものである。（出題の趣旨）

1. 設問を読んで「何が」「どう」問われているのかを確認する

設問 1 は、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。」という大きな問いと、②「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。」という小さな問いに分類される。

設問 1 で究極的に問われていることは、①本件勧告及び本件公表が処分に当たるとする X の主張を組み立てることである。そして、①の問いに対する答え方について、②により、「想定される Y 県の反論を踏まえて」という指示がされている。

総まくり 110 頁以下、論証集 39 頁

以下、最判 S39.10.29・百 II 148

2. 処分性の一般論

まず、最高裁判所昭和 39 年 10 月 29 日判決（民集 18 卷 8 号 1809 頁。大田区ゴミ焼却場事件）などで示された処分性の一般論を正しく説明し、処分性の有無を判定する際の考慮要素を挙げることが求められる。また、最高裁判所平成 20 年 9 月 10 日判決（民集 62 卷 8 号 2029 頁。土地区画整理事業計画事件）などの近時の判例では、実効的な権利救済を図るという観点を考慮する場合もあるが、このような実効的な権利救済について指摘することは加点事由となる。（出題の趣旨）

判例において、「行政庁の処分」（行訴法 3 条 2 項）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」を意味するとされている。

昭和 39 年判例の定式の具体的内容の整理については、著者によって若干の違いがあるところ、試験対策上、①公権力性、②国民に対する直接・具体的な法的効果（国民の権利義務に対する直接・具体的な法的規律）と整理すると、答案が書きやすいと思われる。

処分性の有無は、基本的には①及び②により判断されるが、③抗告訴訟による権利救済の必要性が考慮されることもある。

3. 勧告の処分性

その上で、勧告の処分性については、「公表を受け得る地位に立たされる」という法効果が認められるか否か、条例第 49 条に基づく手続保障の存在が処分性を基礎付けるか否か、勧告段階での実効的な救済の必要性が認められる

か否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。(出題の趣旨)

(1) 「公表を受け得る地位に立たされる」という法効果が認められるか否か

勧告は本来的には行政指導であるから、原則として法効果性が認められない。このような勧告の本来的な性質に着目した Y 県の反論を踏まえつつ、X が公表により金融機関からの信用を喪失して融資を停止されることで深刻な影響が及ぶおそれを懸念して公表を阻止しようとしているという問題文のヒントに着目し、勧告に続く公表により信用喪失による融資の停止という深刻な不利益をうけるおそれがあることを根拠として勧告の直接具体的な法的効果を認めることの可否が問題となる。

先行行為に続く後行行為による不利益を受けるおそれを根拠として先行行為の直接・具体的な法的効果を肯定した最高裁判例の代表的なものとしては、土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した最高裁平成 20 年大法廷判決がある。

本判決は、土地区画整理事業計画決定がなされると「特段の事情のない限り…換地処分が当然に行われる」という仕組みに着目して、後続行政過程において発生する事態が先行行政作用の法的効果として前倒し的に読み込まれることにより、同決定の効果として「換地処分を受けるべき地位に立たされる」という直接・具体的な法的効果が認められている。

本問では、本判決を踏まえて、勧告と公表との間に「特段の事情のない限り公表が行われる」という強い連動を認めることにより、後続行政過程において発生する事態を先行行政作用の法的効果として前倒し的に読み込むことで勧告の直接具体的な法的効果を肯定できるかを検討することになる。

(2) 条例第 49 条に基づく手続保障の存在が処分性を基礎付けるか否か

条例 49 条は、勧告に関する手続として、「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。」と規定している。

こうした手続保障に関する規定が係争行為が「処分」に当たることを前提にしたものであると解釈する余地もある。

(3) 勧告段階での実効的な救済の必要が認められるか否か

勧告の直接具体的な法的効果を認めることができない場合には、実効的な権利救済の観点から例外的に処分性を肯定することの可否についても検討することになる。

最高裁平成 17 年判決は、勧告不服従の場合には「相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保健医療機関の指定を受けることができなくな」り、「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」と述べ、相当程度の確実さをもって深刻な不利益が発生することに着目して、勧告の法的効果について明言することなく、実効的な権利救済の観点から処分性を肯定している。

本判決の事案では、勧告不服従の場合に保険医療機関の指定を拒否するべ

総まくり 142 頁 [判例 27]、論証集
53 頁 [例 12]、最大判 H20.9.10・
百 II 152

総まくり 130 頁 [判例 16]、論証集
49 頁 [例 8]、最判 H17.7.15・百 II
160

きという拘束があるとまでは認められず、最高裁平成 20 年大法廷判決の事案に比べて先行行為と後行行為との連動性が弱かったことから、前者のような前倒し的な法的効果の読み込みは行われなかったと評価されている。

本問では、最高裁平成 17 年判決を踏まえて、「勧告がなされると、相当程度の確実さをもって公表が行われることにより、信用喪失により金融機関から融資を停止されることで深刻な不利益が発生する」といえるか否かについて検討することになる。

4. 公表の処分性

同様に、公表の処分性についても、公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否か、公表に制裁的機能が認められるか否か、公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否か、の 3 点について当事者の主張を展開することが求められる。(出題の趣旨)

(1) 公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否か

公表には、㉞国民への情報提供としての公表と、㉟制裁としての公表がある。

㉟の公表は、勧告不服従や命令違反を広く社会に知らしめることを背景として、名誉や信用を重んじる事業者が勧告や命令に従うことを担保しようとすることを趣旨・目的としている。

本件条例には、勧告不服従を理由とする罰則及び公表後に不適正な取引行為を継続したことを理由とする罰則等の制裁に関する規定が設けられておらず、この条例の仕組みについて、公表が制裁ではなく情報提供のためのもの(㉞)であるとの見方も可能である。

仮に本件公表が㉞に属する場合、これによる信用毀損等は本件公表の根拠規定が公表の効果として予定している法的効果には当たらず、事実上の効果にすぎないということになる。

(2) 公表に制裁的機能が認められるか否か

本件条例には、勧告不服従を理由とする罰則及び公表後に不適正な取引行為を継続したことを理由とする罰則等の制裁に関する規定が設けられておらず、この条例の仕組みについては、制裁規定が設けられていないのは公表を勧告不服従に対する制裁と考えているからであるとして公表が制裁のためのもの(㉟)であるとする見方も可能である(もつとも、公表後に不適正な取引行為を継続したことを理由とする制裁規定すら存在しないことからすると、㉞とする見方が自然である)。

仮に制裁としての公表(㉟)であっても、当然に「行政庁の処分」に該当するわけではなく、制裁的公表について処分性を肯定するという理解は一般的ではないと説明されている。

(3) 公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否か

公表の法的効果を認めることができない場合には、公表に対する差止訴訟

事例から行政法を考える 145 頁、
事例研究行政法 220 頁

事例研究行政法第 221 頁

を認めることが実効的な権利救済の観点から必要であるとして、法的効果の有無にかかわらず勧告の処分性を認めることの可否について検討することになる。本問では、「勧告がなされると、相当程度の確実さをもって公表が行われることにより、信用喪失により金融機関から融資を停止されることで深刻な不利益が発生する」といえるか否かについて検討することになる。

設問 2

設問 2 は、勧告に処分性が認められることを前提にした上で、勧告の違法性について検討を求めるものである。(出題の趣旨)

1. 処分要件該当性

(1) 行政裁量の存否

まず、条例の文言の抽象性、侵害される権利利益の性質・重大性、専門的判断の必要性の 3 つを踏まえて、行政庁の裁量権が認められるか否かについて、当事者の主張を展開することが求められる。(出題の趣旨)

処分の取消事由を考える際には、(i) 処分の実体的要件、(ii) 処分の手続的要件、(iii) 効果に関する判断(効果裁量、信義則等の一般原則)に分類して考えると分かりやすい。

まず、(i) については、要件裁量の存否から考えることになる。本件勧告の根拠規定である本件条例 48 条の文言を見て、処分要件の構造を把握してみると、本件勧告の処分要件は、(ア)「事業者が第 25 条の規定に違反した場合」+ (イ)「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」の 2 つから構成されている。本件条例 25 条の具体的な規定ぶりからして、(ア)に関する要件裁量を認めることはできないが、(イ)については要件裁量を認める余地がある。

(2) 「不適正な取引行為」の類型に当てはまるか否か

次に、X がした勧誘行為が条例第 25 条に掲げる「不適正な取引行為」の類型に当てはまるか否かの検討が必要となる。具体的には、同条第 4 号にいう「威迫して困惑させること」、「迷惑を覚えさせること」、「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すること」の 3 つの要件の該当性を検討することが求められる。

(3) 「消費者の利益が害されるおそれ」の有無

また、条例第 48 条にいう「消費者の利益が害されるおそれ」の要件については、将来において違反行為が繰り返される可能性を踏まえて、その有無を検討することが求められる。(出題の趣旨)

2. 処分要件該当性が認められる効果として勧告を行うことの比例原則違反又は裁量権の逸脱濫用

仮に要件該当性が認められるとしても、その効果として、勧告を行うこと

が比例原則に反するか否か、あるいは裁量権の逸脱・濫用に当たるか否かの検討が求められる。

具体的には、前者については、比例原則に関する一般論を展開した上で、Xの違反行為の態様やその後の対応、Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。

また、後者については、裁量権の逸脱・濫用に関する一般論を展開した上で、Xの違反行為の態様やその後の対応、Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。(出題の趣旨)

本件条例 48 条の「指導し、又は勧告することができる」という規定ぶりからしても、行為の選択も含めた効果裁量を認めることができると考えられる。

そうすると、本件勧告には要件裁量と効果裁量の双方が認められることになる。

3. 処分の手続的要件

本件勧告は、「地方公共団体の機関がする処分」のうち「その根拠となる規定が」自主「条例…に置かれているもの」であるから、行政手続法 3 条 3 項により、行政手続法第 3 章の不利益処分の手続に関する規定の適用が排除される。そして、本件処分に適用される本件条例 49 条所定の意見陳述手続が実施されている。

問題文 3 段落 1 行目における「しかし知事は、X のこれらの主張を受け入れず」という記述は、意見陳述手続の瑕疵ではなく、要件又は効果に関する裁量判断の過程における考慮不盡等を基礎づける趣旨であると考えられるから、意見陳述手続の瑕疵はないということになる。理由の提示に関する行政手続の履践の有無は定かでないが、本件条例では本件勧告に関する行政手続として理由の提示を定めていないから、仮に理由の提示がなかったとしても、本件条例上の行政手続違反は認められない。

もちろん、本件勧告が公表という名宛人事業者に対して信用喪失による経営に深刻な影響を与えるおそれのある後続行為の前提要件となるものであるということに鑑み、信義則を根拠として理由の提示を要求するという構成もあり得ないわけではない。

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 勧告

3 (1)「行政庁の処分」(行訴法 3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国又
4 は公共団体の行為のうち、これによって直接国民の権利義務を形成
5 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。

6 これは、基本的には公権力性と直接・具体的な法的効果という要素
7 によって判断されるが、権利救済の必要性が考慮されることもある。

8 (2) X は、本件勧告は、知事が条例 48 条を根拠とする優越的地位に基
9 づいて一方的に行うものであるから、公権力性があると主張する。

10 (3) X は、本件勧告は行政指導にすぎないからそれ自体としては法効
11 果性がない旨の Y 県の反論を踏まえ、以下の通り主張する。

12 最高裁平成 20 年大法廷判決は、土地区画整理事業計画決定がな
13 されると特段の事情のない限り換地処分が当然に行われるという仕
14 組みに着目して、法的効果の前倒し的に読み込みにより、同決定に
15 ついて換地処分を受けるべき地位に立たされるという直接・具体的
16 な法的効果を認めている。

17 条例 49 条では勧告不服従の場合には「公表するものとする」と
18 定めていることから、公表に関する効果裁量が認められないため、
19 勧告不服従の場合には特段の事情のない限り公表が行われる。そし
20 て、公表により、事業者は信用を失墜し、例えば金融機関から融資
21 を停止されるなどして経営に深刻な不利益が生じる。そこで、勧告
22 には、事業者が公表を受ける地位に立たされるという意味で直接・

1 具体的な法的効果が認められるから、処分性が肯定されると解する。

2 2. 公表

3 (1) X は、本件公表は、知事が条例 50 条を根拠とする優越的地位に基
4 づいて一方的に行うものであるから、公権力性があると主張する

5 (2) X は、公表による信用失墜という不利益は事実上の効果にすぎな
6 いという Y 県の反論を踏まえ、以下の通り主張する。

7 条例上、勧告・公表後の違反継続に対する制裁規定が設けられて
8 いないのは、公表が違反継続に対する制裁としての役割を担ってい
9 るからである。そうすると、本件公表は情報提供ではなく制裁のた
10 めの制度であるといえる。そのため、本件公表による信用喪失を介
11 した経営に対する深刻な不利益は、本件公表の根拠規定が制裁的効
12 果として予定する法的効果であるといえ、しかもそれは直接・具体
13 性を有するものだから、本件公表の処分性が認められる。

14 (3) X は、仮に公表の法的効果が認められない場合に備えて、実効的
15 な権利救済の観点から処分性が認められるとも主張する。

16 最高裁平成 17 年判決は、病院開設中止勧告について、法効果性
17 を否定しつつも、勧告不服従の場合に相当程度の確実さをもって保
18 険医療機関指定拒否処分という深刻な不利益を伴う後続措置に至る
19 ことに着目して、勧告段階での抗告訴訟による救済の必要性を根拠
20 として処分性を肯定している。

21 前記 1 (3) で論じたことから、勧告不服従の場合に相当程度の
22 確実さをもって公表が行われることで事業者が信用喪失により深刻

1 な不利益を受けるといえるから、勧告段階での勧告を対象とする取
2 消訴訟及び執行停止申立てによる救済の必要性、あるいは勧告段階
3 での公表を対象とする差止訴訟による救済の必要性から、法的効果
4 の有無にかかわらず公表に処分性が認められると解すべきである。

5 設問 2

6 1. X は、X の従業員がした勧誘は不適正なものではなかった (①) か
7 ら、「事業者」X「が第 25 条の規定に違反した場合」(条例 48 条) と
8 いう 1 段目の処分要件に当たらないと主張する。

9 これに対しては、判明している (ア) (イ) の事実からすれば X の従
10 業員がした勧誘は条例「第 25 条の規定に違反」する旨の Y 県の反論
11 が認められる見込みが高い。

12 2. そこで次に、X は、仮に上記勧誘が不適正なものであっても、その
13 ような勧誘を行ったのは従業員の一部にすぎない (②) から、「消費者
14 の利益が害されるおそれがあると認められるとき」(条例 48 条) とい
15 う 2 段目の処分要件に当たらないと主張する。

16 これに対し、Y 県は、(i) 条例 48 条が 2 段目の処分要件を抽象的
17 な文言により定めているのは、「消費者の利益が害されるおそれ」につ
18 いては消費者問題に関する事情を把握している知事の判断に委ねる
19 必要があるという趣旨によるものだから、2 段目の処分要件に関する
20 行政裁量が認められる、(ii) 知事の判断は要件裁量の範囲内のもの
21 から適法である、と反論する。

22 これを踏まえ、X は次の通り主張する。裁量処分であっても、例え

1 ば、裁量判断の過程で他事考慮、考慮不尽又は事実評価の明白な合理
2 性欠如が認められる場合には、裁量権の逸脱・濫用として違法になる
3 (行訴法 30 条)。そして、前記②の事情は、X による条例 25 条 4 号
4 違反の態様が軽いことを示すものであり、2 段目の処分要件の判断に
5 おいて考慮すべき事情である。にもかかわらず、知事は②の主張を
6 聞き入れていないため、考慮不尽による裁量権の逸脱・濫用があり、
7 本件勧告は違法である。

8 3. X は、仮に処分要件に該当するとしても、②の事情及び従業員に対
9 する指導教育をしたこと(③)からすれば、本件勧告をすることは違
10 法であると主張する。そして、処分要件に該当する以上は本件勧告に
11 違法はないという Y 県の反論を踏まえて、以下の通り主張する。

12 条例 48 条が「指導し、又は勧告することができる」として、措置の
13 内容も含めて知事の選択余地が残るような規定をしている趣旨は、措
14 置の要否・内容について知事の判断に委ねることにあるから、措置の
15 要否・内容に関する効果裁量が認められる。そして、前記②・③によ
16 り不適正な勧誘が継続する危険が相当程度解消されているにもかか
17 わらず、知事がこれを考慮せずに公表を伴う勧告という重い措置を選
18 択した点に、裁量権の逸脱・濫用の違法がある。

19 4. 加えて、X は、本件勧告には行手法第 3 章が適用されないが(同法
20 3 条 3 項)、公表を伴う本件勧告の不利益の重大性からすれば、信義則
21 上処分理由の提示が要求されるべきであり、これをしていない点でも
22 違法であると主張する。 以上

(参考文献)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第6版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「判例から探究する行政法」初版(著:山本隆司-有斐閣)
- ・「事例研究行政法」第3版(編著:曾和俊文・野呂充・北村和生-日本評論社)
- ・「事例から行政法を考える」初版(著:北村和生・深澤龍一郎ほか-有斐閣)
- ・「行政法 事案解析の作法」初版(著:大貫裕之・土田伸也-日本評論社)
- ・「基礎演習行政法」第2版(著:土田伸也-日本評論社)
- ・「行政法の基本」第5版(著:北村和生・佐伯彰洋ほか-法律文化社)
- ・「行政法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「行政判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「行政判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「ケースブック行政法」第5版(編:稲葉馨・下井康史ほか-弘文堂)
- ・「行政判例ノート」第3版(著:橋本博之-弘文堂)