

令和5年

1 [公法系科目]

2

3 [第2問] (配点：100 [[設問1] (1)、[設問1] (2)、[設問2] (1)、[設問2] (2)の配点割合
4 は、35：25：20：20])

5 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
6 事業を営み、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
7 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
8 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、
9 定期的に行っ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1
10 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
11 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
12 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
13 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
14 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
15 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掛けたが、Cと対立す
16 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
17 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
18 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
19 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
20 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
21 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、
22 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
23 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
24 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
25 改善命令」という。）。

26 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、なおもそ
27 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。
28 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
29 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。）
30 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
31 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
32 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
33 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、
34 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
35 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
36 ない旨をB県知事に表明したところ、B県知事は、Aに対し、行政手続法に基づく聴聞手続を履
37 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
38 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
39 下「本件解散命令」という。）。

40 Cは、本件解職勧告及び本件解散命令の取消訴訟を提起できないかを弁護士Eに相談したとこ
41 ろ、Eからは、Aによる本件解散命令の取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）の提起と執行
42 停止の申立て（以下「本件申立て」という。）が提案される一方、Aが本件解職勧告の取消訴訟を
43 適法に提起できるかどうかについては、引き続き、Eにおいて検討するとの回答を得た。そこで、
44 Cは、理事会において、Eからの上記提案について説明したところ、Dは、自らも原告となり、
45 本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言した。

46 以下に示された【法律事務所の会議録】を踏まえて、弁護士Eの指示に応じる弁護士Fの立場
47 に立って、設問に答えなさい。

48 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
49 粋を【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】に、それぞれ掲げているので、適宜
50 参照しなさい。

51

52 【設問1】

53 (1) 本件解職勧告が取消訴訟の対象となる処分に該当するか否かについて、想定される反対の見
54 解の論拠を踏まえて、検討しなさい。

55 (2) Dが本件解散命令の取消訴訟を提起した場合を想定し、Dに当該取消訴訟の原告適格が認め
56 られるか、法の規定を踏まえて検討しなさい。ただし、行政事件訴訟法（以下「行訴法」とい
57 う。）第9条第2項による検討を行う必要はない。

58

59 【設問2】

60 Aが適法に本件取消訴訟を提起したことを前提に、以下の点を検討しなさい。

61 (1) 本件申立てにおいて、Aは、行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような
62 主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい。

63 (2) 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
64 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
65 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。

66 【法律事務所の会議録】

67 弁護士E：本日は、Aの案件について検討します。Aに対しては、本件取消訴訟の提起と本件申立
68 てを提案したところですが、本件解職勧告についても取消訴訟を適法に提起できるかにつ
69 いては我々の宿題事項となりました。Fさんには、医療法上の病院開設中止の勧告につ
70 いて処分性を認めた最高裁判決（最高裁判所平成17年7月15日第二小法廷判決・民集5
71 9巻6号1661頁）も参考にしながら、本件解職勧告が処分に当たるかどうかの検討を
72 お願いしていましたが、この点はいかがですか。

73 弁護士F：はい。本件では、処分性を肯定できる根拠もあるかもしれませんが、当該最高裁判決の
74 事案との違いや勧告の不遵守に対する罰則規定がないことなどもあり、悩ましいところ
75 です。

76 弁護士E：そうですか。ただ、本件解職勧告に関しては、法第56条第9項により、「弁明の機会」
77 が設けられています。弁明手続は、処分に関して設けられることが多いようにも思うので
78 すが。

79 弁護士F：しかし、行政手続法第13条第1項第1号の聴聞手続の対象を見ると、本件解職勧告が
80 処分として法定されているとは一概には言えないかもしれません。

81 弁護士E：確かにそうですね。それでは、本件解職勧告の処分性の有無については、否定・肯定い
82 ずれの見解もあり得るかもしれませんので、当該最高裁判決を参考にしつつ、想定される
83 反対の見解の論拠も踏まえて、引き続き検討をお願いします。

84 弁護士F：承知しました。

85 弁護士E：では、次に本件解散命令の取消訴訟について検討しましょう。Cによれば、Dは自らも
86 原告となって本件解散命令の取消訴訟を提起することを検討したいと発言していたよう
87 です。Dも本件解散命令の取消訴訟を提起するのであれば、私たちの訴訟戦略に影響がある
88 かもしれませんから、念のため、まずはDの原告適格についても検討しておきましょう。
89 本件解散命令はAを相手方とする処分ですから、Dは処分の相手方以外の第三者に当たり
90 ます。Dの原告適格については、行訴法第9条第2項によって検討することになりそうで
91 すね。

92 弁護士F：しかし、行訴法第9条第2項による検討を経ることなく、Dの原告適格を認める余地が
93 ないのかが気になります。事案を異にすることはと思いますが、例えば、形式的には処分の相
94 相手方以外の第三者に当たるけれども、処分の相手方に準ずる者として不服申立適格又は原
95 告適格を認めた複数の最高裁判決（第二次納税義務者に不服申立適格を認めた最高裁判所
96 平成18年1月19日第一小法廷判決・民集60巻1号65頁、滞納者の財産が差し押さ
97 えられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた最高裁判所平成25年7月12日第
98 二小法廷判決・裁判集民事244号43頁）もあるところですから、本件でも、Dを本件
99 解散命令の相手方に準ずる者として捉えられるかどうかを検討しておく必要があるように
100 思います。

101 弁護士E：そうですね。では、行訴法第9条第2項による検討を行うことなく、法の規定を踏まえ
102 て、Dに本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められることになるのか、検討してくだ
103 さい。

104 弁護士F：承知しました。

105 弁護士E：次に、Aによる本件申立てについて、今日は、行訴法第25条第2項の「重大な損害」
106 の要件を満たすかどうか絞って検討しましょう。「重大な損害」の有無を判断する上での
107 必要な情報は収集しましたか。

108 弁護士F：はい。本件解散命令によりAは経営している社会福祉事業を継続することができなくな
109 るという不利益を被ることになります。特に、Aは複数の社会福祉事業を経営している法
110 人ですから、それらの事業を継続できなくなると、Aだけではなく、多数のAの福祉サー

111 ビス利用者やAの従業員にも不利益が生ずることになります。もっとも、B県としては、
112 本件改善勧告、本件改善命令を経ても、Aから依然として具体的な改善策が示されていない
113 現状では、Aの経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放置すれば、Aの福
114 祉サービス利用者の待遇が悪化し、B県におけるAの多数の利用者にも福祉サービス利用
115 上の被害が及ぶことを問題視しているようなのです。

116 弁護士E：分かりました。そういえば、「重大な損害」については、弁護士に対する業務停止3か月の
117 懲戒処分について執行停止を認めた最高裁決定（最高裁判所平成19年12月18日第
118 三小法廷決定・裁判集民事226号603頁）がありましたね。この決定と今回のAの案
119 件とでは、損害の回復の困難の程度、損害の性質や程度等は異なるかもしれませんが、こ
120 の決定も参考にしながら、「重大な損害」の有無について検討してください。

121 弁護士F：承知しました。

122 弁護士E：次に、本件取消訴訟の本案部分を検討しましょう。B県は、本件解散命令に関して法第
123 56条第8項が定める解散命令の要件を満たす旨の理由を提示しています。Aは、AのD
124 への貸付けが法第27条で禁止されている行為に該当することを認めており、また、本件
125 改善勧告及び本件改善命令の適法性を争うつもりもありません。以上を踏まえて、Aとし
126 ては、本件解散命令の違法事由として何を主張することになりますか。

127 弁護士F：はい。本件解散命令は、法第27条違反及び本件改善命令違反を理由とするものですが、
128 Cが退任しないならばAには適正な法人運営が期待できず、「他の方法により監督の目的
129 を達することができない」として、直ちに本件解散命令を選択したB県知事の判断には問
130 題があると主張することができると考えます。C自身はAの運営改善に向けて努力はして
131 おり、今回の貸付けの事実経緯も一部判明してきたようです。また、B県知事は、今回の
132 不正がDに起因することを認識しているにもかかわらず、本件解職勧告の拒否を本件解散
133 命令において重視しているようなので、Cがこれに反発するのは無理もありません。

134 弁護士E：御指摘の点は、本件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかどうかに影響
135 しそうですね。ところで、法第56条の監督措置に関して処分基準はあるのでしょうか。

136 弁護士F：処分基準に当たるものはありません。B県では、法第56条に基づく監督措置に関し、
137 個別事案ごとに判断しているようです。ただ、B県が公表している実績資料を基に本件に
138 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
139 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、
140 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ま
141 ませんでした。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
142 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、
143 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、
144 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ました。これに
145 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もあり
146 ません。

147 弁護士E：分かりました。では、これらの実績資料で挙げられている事例をも参考にしながら、本
148 件解散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかについて検討してください。

149 弁護士F：承知しました。

150 【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】

151 （目的）

152 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
153 祉を目的とする他の法律と相まつて、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
154 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
155 目的とする事業の健全な発達を図り、もつて社会福祉の増進に資することを目的とする。

156 （定義）

157 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
158 法律の定めるところにより設立された法人をいう。

159 （経営の原則等）

160 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
161 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
162 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。

163 2 （略）

164 （要件）

165 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。

166 （特別の利益供与の禁止）

167 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
168 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。

169 （機関の設置）

170 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ければならない。

171 2 （略）

172 （評議員の資格等）

173 第40条 次に掲げる者は、評議員となることができない。

174 一～四 （略）

175 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
176 当時の役員

177 六 （略）

178 2～5 （略）

179 （役員等の選任）

180 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。

181 2、3 （略）

182 （役員等の資格等）

183 第44条 第40条第1項の規定は、役員について準用する。

184 2～7 （略）

185 （理事会の権限等）

186 第45条の13 理事会は、全ての理事で組織する。

187 2 理事会は、次に掲げる職務を行う。

188 一 社会福祉法人の業務執行の決定

189 二 理事の職務の執行の監督

190 三 理事長の選定及び解職

191 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。

192 4、5 （略）

193 （理事の職務及び権限等）

194 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

- 195 ればならない。
- 196 2 次に掲げる理事は、社会福祉法人の業務を執行する。
- 197 一 理事長
- 198 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
- 199 て選定されたもの
- 200 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
- 201 ばならない。(以下略)
- 202 4 (略)
- 203 (解散事由)
- 204 第46条 社会福祉法人は、次の事由によつて解散する。
- 205 一～五 (略)
- 206 六 所轄庁の解散命令
- 207 2、3 (略)
- 208 (監督)
- 209 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
- 210 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
- 211 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。
- 212 2、3 (略)
- 213 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、
- 214 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
- 215 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。
- 216 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
- 217 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。
- 218 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
- 219 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
- 220 置をとるべき旨を命ずることができる。
- 221 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
- 222 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。
- 223 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
- 224 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
- 225 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。
- 226 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、
- 227 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
- 228 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
- 229 なすべき理由を通知しなければならない。
- 230 10、11 (略)
- 231 (事業経営の準則)
- 232 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經營する者は、次に掲げるとこ
- 233 ろに従い、それぞれの責任を明確にしなければならない。
- 234 一 (略)
- 235 二 国及び地方公共団体は、他の社会福祉事業を經營する者に対し、その自主性を重んじ、不当
- 236 な関与を行わないこと。
- 237 三 (略)
- 238 2 (略)

239 【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】

240 (趣旨)

241 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
242 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
243 う。）に関し、基本事項を定めるものとする。

244 (類型)

245 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)

246 (実施後の措置)

247 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
248 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
249 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
250 する。

251 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
252 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)

[構成]

[設問・問題文・会議録を読み終わった段階]

<p>設問 1 (1)</p> <p>本件解消勧告の処分性 (反論を踏まえた自説)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ H17 年判決を参考にする (会 69~72) →事案の違い →勧告不遵守に対する罰則規定なし (会 73~75) ・ 弁明手続の法定 (会 76~78) →弁明手続の法定をもって処分としての法定だと断言はできない (会 79~80) 	<p>設問 2 (1)</p> <p>本件解散命令の執行停止における「重大な損害」(主張→反論→再反論)</p> <p>(損害)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ A の事業継続不能 (会 108~109) ・ A の利用者や従業員の不利益 (会 110~111) <p>(処分の必要性)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ B 県における A の多数の利用者にも福祉サービス利用上の被害が及ぶおそれ (会 111~115) <p>(参考判例)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 平成 19 年決定も参考にする
<p>設問 1 (2)</p> <p>本件解散命令の取消訴訟における D の準名宛人としての原告適格 (自説だけ)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 法の規定を踏まえながら / 9 条 2 項は不要 ・ H18 年判決や H25 年判決あり 	<p>設問 2 (2)</p> <p>本件解散命令の取消訴訟において A が主張すべき違法事由 (主張→反論→再反論)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 「他の方法により監督の目的を達することができない」という二段階目の処分要件への該当性 <p>(着眼点 1)</p> <ul style="list-style-type: none"> ① C 自身の改善努力、事実経緯の一部判明 (会 130~131) →考慮不尽 ② 本件解職勧告の拒否を重視 (会 131~133) →事実評価の明白な合理性欠如 <p>(着眼点 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> ③ 処分基準なし (会 136) ④ 過去の監督実績との比較 (会 137~145) → A は貸付けにより経営破綻している状況にあるわけではない (会 145~146)

[解説]

出題の概要

社会福祉法人が法令違反等の不適正な運営を行った場合、都道府県知事等の所轄庁は、当該不適正な運営を是正するために社会福祉法（以下「法」という。）第56条に基づく各種の監督措置を執ることになる。本問は、所轄庁であるB県知事が社会福祉法人A（以下「A」という。）に対して行った監査でAの理事Dに対する法第27条に違反する貸付け（以下「本件貸付け」という。）が発覚したことを受けて、B県知事が、法第56条に基づき、Aに対して行った改善勧告から解散命令に至るまでの一連の監督措置の中で、B県とA等との間で生じる法的問題について問うものである。

本問では、Aの理事長であるCが一連の監督措置を争うために相談した弁護士Eと弁護士Fによる【法律事務所の会議録】及び【資料1 社会福祉法（昭和26年法律第45号）（抜粋）】と【資料2 B県社会福祉法人指導監査実施要綱（抜粋）】を読んで、法の規定する要件や効果とその運用を踏まえて、Aに対する理事長Cの役員解職勧告（以下「本件解職勧告」という。）の取消訴訟、A及びDが原告となって提起することが想定されるAに対する解散命令（以下「本件解散命令」という。）の取消訴訟並びにAによる本件解散命令の執行停止の申立てに関する各法的問題について、弁護士Fの立場からの検討過程を論理的に示すことが求められる。（出題の趣旨）

採点方針

採点に当たり重視している点は、例年と同じく、①分析力（問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか）、②基本的な理解及び応用力（基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応に言及することができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか）である。知識量には重点を置いていない。（採点実感）

採点実感

（問いに対する的確な対応）

- ・ 問題文に示されている設定や素材を十分に拾うことができおらず、問題文をよく読んでいないのではないかと思われる答案が散見された。例えば、社会福祉法（抜粋）で示されている重要な条文に全く触れていないもの、会議録に登場する最高裁判例に言及しない、又は極めて浅い記述しかせず、論述にいかし切れていないもの、想定される反対の見解やB県の反論が記載されていないもの、設問1(2)で行訴法第9条第2項による検討を詳細に行っているものなどが挙げられる。
- ・ 問題文はヒントの宝庫でもあるのでしっかり読むべきであるといった、受

験対策的な事柄にとどまらず、相手の話をよく聴くことが仕事の出発点である法律実務家の基本的素養にも関わる問題であるように思う。

- ・問題文の問い方に注意すべきである。「……であるか否か……検討しなさい」という問い方と、「Aは……どのような主張をすべきか、……検討しなさい」という問い方で、求められる答え方が変わることは理解できるはずである。例えば、設問2(1)において、「重大な損害は認められない」と答えるものは、大いに問題であろう。

(判例の論述)

- ・参照してほしいと思われる判例が設問において摘示されているにもかかわらず、それらを用いずに規範定立を試みる答案、(時にその射程を意識して)判例との関連性を説得的に記述することが求められるはずであるにもかかわらず、これらの作業を全く行わずに(又は、関連する判例の理解に全く言及せずに)解答を導こうとする答案が目立った。
- ・設問1(1)、(2)、設問2(1)においては、それぞれ参考とすべき最高裁判決等が摘示されていたところ、その理解が曖昧で、当該判決等の言及に当たっても、不正確・曖昧な理解を示し、また、事案の検討と有機的に結び付けられていない答案が多かった。
- ・最高裁判決については、判示の対象となった法的仕組み、事実関係などを正確に把握しておくべきであり、大雑把ないし不十分な理解のまま一般論と結び付けて理解しておくべきではない。飽くまでも、個別の仕組みに則した判断を示しているものだからである。また、典型事例であるならば、どの点が典型であることを示しているのか、例外的事例であるならば、どの点にどのような例外的処理をなぜ施したのかなども、併せて理解しておくべきである。これによって与えられた事案を分析する際に、参考にすべき判例との異同を特定し、論じるべき点を適切に把握することが容易になるろう。

今後の法科大学院教育に求めるもの

これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みと重要な最高裁判例の内容・射程を確実に理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められる。これを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や規範を具体的な事例の中で使いこなせるようにすることが肝要である。一見遠回りのようでも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別の根拠法令に当たって、その仕組みや法解釈を学び、演習を通じて、その理解を答案に表現することができるようになることが重要であると思われる。(採点実感)

設問 1 (1)

〔設問 1〕(1)では、法第 56 条第 7 項に基づき行われた本件解職勧告が行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第 3 条第 2 項の取消訴訟の対象となる処分に該当するか否かを、想定される反対の見解の論拠も踏まえて検討することが求められる。その際には、医療法上の勧告について処分性を認めた最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁（以下「平成 17 年判決」という。）が、通常は行政指導として位置付けられる「勧告」について処分性を肯定するに至った論拠等を押さえながら、本件解職勧告と当該勧告の拒否に際して執られる措置との連動関係及び当該措置が相手方に及ぼす影響等の観点から、本件と平成 17 年判決とを比較検討することが求められる。また、法が本件解職勧告について予定している弁明手続と、行政手続法上の意見聴取に関する手続の相違等にも着目し、本件解職勧告が処分に当たるかどうかを検討することが求められる。（出題の趣旨）

1. 処分性の判断基準

- ・行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第 3 条第 2 項に規定する「処分」の該当性について、判例の一般的な判断基準あるいは権力性等の各要素を指摘した上で、…（採点実感）
- ・多くの答案は、条文を引用（行訴法第 3 条第 2 項）の上、処分性について、最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁（以下「昭和 39 年判決」という。）の示した基準を挙げるができていたが、正確性を欠く記述も見られた。（採点実感）

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」を意味すると解されている。

判例の処分性の定式は、講学上、①公権力性と②直接具体的な法的効果に整理されている。

2. 公権力性

十分な論証がないまま、「勧告は一方的になされるので、権力性を満たす」とのみ記載して権力性があると言い切る答案が目立った。（採点実感）

公権力性は、国又は公共団体が法令を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使をいう。

公権力性は、形式的要素である㉞行為の主体が国又は公共団体（厳密には、都道府県知事、市区町村長なども含まれる）であること、㉟法令上の根拠規定（自主条例を含む）と、実質的要素である㊱法令を根拠とする優越的地位の発動の 3 つからなる。

解職勧告は、所轄庁である都道府県知事などが法 56 条 7 項を根拠とする監督措置として優越的地位に基づいて一方的に行うものであるから、㉞ないし㊱を満たし、公権力性が認められる。

処分性の判断枠組み（基礎応用 119

頁以下、論証集 38 頁以下）

最判 S39.10.29・百 II 143

3. 後続行為との連動性に着目した処分性の検討

(1) 問題の所在

処分性の概念については、処分性に係る要素を一つ一つ検討する形で論述する答案も多かったところ、勧告が行政指導（行手法第2条第6号）に当たることを指摘し、法効果が認められるか否かが問題の所在であることを的確に記載している答案は、理解の深さが感じられた。（採点実感）

(2) 2つの理論構成

ア. 平成20年判決と平成17年判決

平成17年判決は、病院開設中止勧告について、「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」と述べており、それが行政指導（行手法2条6号）に当たるとした上で、それ自体としては法効果がないことを前提として、権利救済の実効性に関する言及に進んでいる。

解職勧告も行政指導として定められているため、それ自体としては法効果を欠く。

このように係争行為自体の効果としては法効果が認められない場合であっても、後続行為との連動性を根拠として処分性が認められることがあり、そのための理論構成には2つある。

1つ目は、法的効果の前倒し的な読み込みにより法効果性（さらには、その直接性・具体性）を認める構成である。土地区画整理事業計画決定の処分性を認めた平成20年判決がこれに当たる。

2つ目は、法効果が認められなくても、例外的に、権利救済の実効性を根拠として処分性を認める構成である。病院開設中止勧告の処分性を認めた平成17年判決がこれに当たる。

本来であれば、『法的効果の前倒し的な読み込み』→『権利救済の実効性』という流れで検討することとなるが、会議録では後者に属する平成17年判決だけが挙げられているから、少なくともメインの理論構成は『権利救済の実効性』である。『法的効果の前倒し的な読み込み』については、仮に言及するとしても、『権利救済の実効性』について言及する前提として簡潔に言及するにとどめるべきである（なお且つ、法効果を否定するべきである。）。

イ. 平成20年判決（法効果性の検討）

平成20年判決は、土地区画整理事業計画決定（土地区画整理法52条）について、計画決定それ自体の効果である施行地区内の建築制限（同法76条）は一般的・抽象的な法的効果にすぎないという理解に立つ一方で、「いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところから従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。…そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、…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

基礎応用 140頁 [判例16]、論証集
52頁 [例8]、最判 H17.7.15・百II
154

基礎応用 122頁(1)ア、論証集 40頁
(1)ア

基礎応用 151頁 [判例27]、論証集
56頁 [例12]、最判 H20.9.10・百II
147

位に立たされるものということができ、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。」として、法的効果の直接具体性を認めている。ここでは、先行行為がなされた場合には特段の事情のない限り直接・具体的な権利侵害を伴う後続行為に至るといふ強い連動性を根拠として、前倒し的な法効果の読み込みにより、後続行為を受けるべき地位に立たされるという意味で法的地位に対する直接・具体的な影響が生じるとして、法的効果の直接・具体性が認められているのである。

ウ. 平成 17 年判決（権利救済の実効性）

医療法上の勧告について処分性を認めた最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁（以下「平成 17 年判決」という。）が、通常は行政指導として位置付けられる「勧告」について処分性を肯定するに至った論拠等を押さえながら、本件解職勧告と当該勧告の拒否に際して執られる措置との連動関係及び当該措置が相手方に及ぼす影響等の観点から、本件と平成 17 年判決とを比較検討することが求められる。（出題の趣旨）

（ア）平成 17 年判決

先行行為の後に直接・具体的な権利侵害を伴うような後続行為が予定されている場合であっても、両者間に「特段の事情のない限り」といふ強い連動性がないのであれば、法的効果の前倒し的な読み込みにより、後続行為を受けるべき地位に立たされるという意味での直接・具体的な法的効果を認めることができない。そうすると、法効果性やその直接・具体性という処分性の本来的要件を満たさないこととなる。

この場合に援用されるのが『権利救済の実効性』である。ここでは、『権利救済の実効性』は、係争行為たる先行行為が処分性の本来的要件を満たさないにもかかわらず例外的に処分性を認めるための根拠として援用されているのである。

平成 17 年判決は、医療法 30 条の 7 に基づく病院開設中止勧告について、通達が同勧告への不服従を改正前健康保険法 43 条の 3 第 2 項に基づく保健医療機関等の指定における拒否事由として定めていた事案において、「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」として法的効果を否定する一方で、「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、…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

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、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。」として、実効的な権利救済を図る観点から処分性を認めている。ここでは、先行行為には法効果性がないにもかかわらず、係争行為である先行行為がなされた場合には相当程度の確実さをもって深刻な不利益を伴う後続行為に至ることを根拠として、実効的な権利救済を図る観点から例外的に処分性が認められているのである。

本問でも、解職勧告の法効果性を否定した上で、権利救済の実効性を根拠として例外的に処分性を認めることの可否を論じることとなる。

なお、平成17年判決は、病院開設中止勧告について、法的効果が認められないにもかかわらず、権利救済の実効性を根拠として例外的に処分性を認めた判例であると理解されている。採点実感でも、「平成17年判決の意義を正確に論述することができていた答案」の例として「同判決が勧告の「法的効果」を認めたものと誤解する答案（昭和39年判決等の一般的な基準と平成17年判決の関係を整理していないことに基づくものと思われる。）」が挙げられている。

基本行政法 289～290 頁、百II154

解説 [角松生史]

(イ) 平成17年判決を踏まえた本件の考察

・平成17年判決を踏まえた本件の考察においては、想定される反対の見解の論拠も踏まえ、法第56条の構造を踏まえた論述が求められたが、これを正確かつ丁寧に分析することができている答案（役員の解職勧告（同条第7項）に従わなかった場合に、後続の行為として問題になり得るもの（同条第8項）を、同条の構造に則して丁寧に検討するものなど）は多くなかった。また、役員の解職勧告と社会福祉法人に対する解散命令の連動を想起させる運用の有無について言及する答案は、ほとんど見られなかった。さらに、平成17年判決を踏まえると、後続処分である解散命令の不利益性の深刻度を論ずる必要があるのに、Aにとって解散命令がされることによる不利益が重大であることについて指摘する答案は少なかった。

なお、この点に関し、少数ではあるが、法第56条第7項の解職勧告と同条第4項の改善勧告を混同している答案や、本件解職勧告はAを名宛人とするものであるため、Aにとっての処分といえるかどうかを検討する必要があるにもかかわらず、解職対象者のCにとって不利益であることを論ずる答案があった。（採点実感）

・平成17年判決は、病院開設中止勧告というかなり特殊な事例について判断したものであって、その射程は限定的と考えられる余地があるにもかかわらず、本件解散命令について、権利救済の実効性などを根拠に、安易に処分性を認める答案が散見された。（採点実感）

4. 弁明の機会の付与

- ・法が本件解職勧告について予定している弁明手続と、行政手続法上の意見聴取に関する手続の相違等にも着目し、本件解職勧告が処分に当たるかどうかを検討することが求められる。(出題の趣旨)
- ・「弁明の機会」が付与されていることが処分性を肯定する理由になるとする答案は多かったが、弁明の機会が付与されていることがなぜ処分性を肯定する理由となるのかについて、丁寧に説明している答案は多くはなかった。(採点実感)
- ・次のような誤解を示す答案が少なくなかった。(採点実感)
 - ✓ 行手法第13条第1項第1号ニを根拠に、同法の聴聞の対象は処分に限られないとする答案
 - ✓ 同条第1項第1号ニ及び第2号の文言から「弁明の機会の付与は処分を対象とするものではない(行政処分以外の行政活動に付与される)」とする答案
 - ✓ 法第56条第9項の弁明の機会を与えられるのは「所轄庁の指定した職員」であるとする答案

処分性の検討においては、『行政手続に関する定め』も考慮されることがある。会議録では、「本件解職勧告に関しては、法第56条第9項により、「弁明の機会」が設けられています。弁明手続は、処分に関して設けられることが多いようにも思うのですが。」(会議録76~78)とあるため、本件解職勧告について弁明手続が法定されていることを根拠として処分性を認めることの可否にも言及する必要がある。その際、「行政手続法第13条第1項第1号の聴聞手続の対象を見ると、本件解職勧告が処分として法定されているとは一概には言えないかもしれませんが。」(会議録79~80)との誘導も踏まえて、「法が本件解職勧告について予定している弁明手続と、行政手続法上の意見聴取に関する手続の相違等にも着目し」(出題の趣旨)ながら論じることとなる。

なお、『権利救済の実効性』の観点からは処分性が認められるとはいえないが、『行政手続に関する定め』を根拠として処分性を認めることができると論じることが、避けるべきである。処分性の有無は、係争行為に関する実体法上の規定の解釈を中心として判断されるものであり、手続面に関する規定は、実体法上の規定の解釈により導かれる結論を反映したものにすぎないと理解するべきだからである。¹⁾

5. 答案に求められる水準

- ・行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)第3条第2項に規定する「処分」の該当性について、判例の一般的な判断基準あるいは権力性等の各要素を指摘した上で、勧告の法的性質(行政手続法(以下「行手法」という。)第2条第6号)及び病院開設中止の勧告に関する最判平成17年7月15日

¹⁾ 例えば、保育実施解除の処分性が問題となった司法試験プレテストに関する Apr.No307「法学教室」18頁(担当:石川敏行教授)の解説では、保育実施解除に関する行政手続法の適用除外規定について、「これ…をメインに、いきなり「処分性」に直結させるというのでは、それだけでは弱いですね。まず実体法上に根拠があり、それが手続法に反映しているはずですからね。」とある。

民集59巻6号1661頁（以下「平成17年判決」という。）に触れながら、不利益な後続処分（本件解散命令）との相当程度確実な連動、後続処分の不利益性の深刻度を踏まえて考察し、本件解職勧告に処分性が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。（採点実感）

- これに加えて、役員解職勧告について弁明の機会を付与しなければならないとされていること（社会福祉法（以下、単に「法」ということがある。）第56条第9項）、実効性を確保するための罰則が定められていないことに触れながら、論理的に本件解職勧告の処分性を検討しているものは、良好な答案と判断した。（採点実感）
- 以上に加えて、平成17年判決の内容を正確に指摘し、同判決の特徴として、勧告段階で処分性を肯定することによる救済の実効性、救済のタイミング等の視点を指摘するものや、処分性を否定する立場から、その論拠として、社会福祉法第24条第1項、第61条第1項第2号により社会福祉法人の運営・事業の経営に関しては自主性が尊重されるべき旨を挙げるものなどは、優秀な答案と判断した。（採点実感）

設問 1 (2)

〔設問 1〕(2)は、Aの理事Dが本件解散命令の取消訴訟を提起することを想定し、Dの原告適格の有無を問うものである。本問では、本件解散命令の相手方以外の第三者であるDの原告適格の有無を、形式的には処分の相手方以外の第三者を処分の相手方に準ずる者として不服申立適格又は原告適格を認めた最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁や最判平成25年7月12日集民244号43頁を手掛かりにして、…行訴法第9条第2項による検討を経ることなく、本件解散命令の法効果からDについて当該処分の取消しにより回復すべき「法律上の利益」（行訴法第9条第1項）が肯定されるか否かを検討することが求められる。（出題の趣旨）

1. 準名宛人

(1) 「法律上の利益を有する者」の意義から論じる

本問では、行訴法第9条第1項の枠組みでの検討が求められているため、まずは同項にいう「法律上の利益を有する者」の意義を正確に論じてほしいと考えていたが、「準名宛人」であることの意義を直接論じようとする答案が少なくなかった。（採点実感）

行訴法9条1項にいう「法律上の利益を有する者」とは、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」を意味し、これは、①「当該処分により自己の権利…を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」と②「当該処分により自己の…法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」に分類される。法律上保護された利益説は②に属するものである一方で、準名宛人は①に属するものである。

①と②はいずれも「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」という定義を前提とするものだから、①②を論じる前提として上記定義を示す必要がある。

(2) 準名宛人としての原告適格が認められるための判断枠組み

平成18年判決や平成25年判決の要点を適切に挙げられている答案は多くなく、これらの判例の意義の正確な理解については不足していると思われた。処分の名宛人以外の者であっても、当該処分の法的効果により権利を制限される場合には、名宛人に準じて原告適格が認められるという判断枠組みは知っておいてほしかった。また、この判断枠組みを知らなかったためか、業務執行理事であるDを社会福祉法人Aと同一視できるかという観点や、DはAと同様の利益を有するかという観点から検討する答案が少なくなかった。（採点実感）

本問では、会議録の誘導（会議録92～100）にもある通り、Aの業務執行理事であるDについて、『準名宛人』としてAを名宛人とする本件解散命令の取消訴訟の原告適格を認めることの可否を論じることとなる。

平成25年判決は、「行政事件訴訟法9条…1項にいう当該処分の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利

小田急訴訟・最大判 H17.12.7・百

II 159

基礎応用 203頁・14、論証集 70頁・

6、最判 H25.7.12・H25 重判 3

若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうと解すべきである…。そして、処分の名宛人以外の者が処分の法的効果による権利の制限を受ける場合には、その者は、処分の名宛人として権利の制限を受ける者と同様に、当該処分により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、当該処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に当たり、その取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。」として、処分の名宛人以外の者について、法律上保護された利益説によることなく原告適格が肯定される場合があることを認めている。このように、処分の名宛人ではないが、処分の法的効果が直接及んでいるために 9 条 2 項に依拠することなく原告適格が認められる者を『準名宛人』という。

その上で、平成 25 年判決は、「国税徴収法 47 条 1 項に基づく差押処分は、滞納者の所有する特定の財産につき、その名宛人である滞納者に対しその譲渡や用益権設定等の処分を禁止する効力を有するものであるから、滞納者と他の者との共有に係る不動産につき滞納者の持分が同項に基づいて差し押さえられた場合には、滞納者において、当該持分の譲渡や当該不動産に係る用益権設定等の処分が禁止されるため、滞納処分による差押登記後に当該不動産につき賃貸や地上権設定等をしてこれを公売処分による当該持分の買受人に対抗することができず、その結果、滞納者の持分と使用収益上の不可分一体をなす持分を有する他の共有者についても当該不動産に係る用益権設定等の処分が制約を受け、その処分の権利が制限されることとなる。加えて、不動産につき同項に基づく差押処分がされた場合の使用又は収益については、当該不動産の価値を著しく減耗させる行為がされると認められるときに、税務署長は滞納者及び当該不動産につき使用又は収益をする権利を有する第三者に対しその使用又は収益を制限することができるものとされており（同法 69 条 1 項ただし書、同条 2 項）、滞納者と他の者との共有に係る不動産における滞納者以外の共有者は上記の第三者に当たるものと解されるので、滞納者の持分が差し押さえられた土地に建物等新築するなど、当該不動産の価値を著しく減耗させる使用又は収益に関しては、滞納者のみならず、他の共有者についても同法 69 条所定の上記制限が及ぶこととなる。」との理由から、国税徴収法 47 条 1 項に基づく共有不動産の滞納者の持分に対する差押処分の取消訴訟における他の共有者の原告適格を認めている。

また、平成 18 年判決は、「国税徴収法 39 条は、滞納者である本来の納税義務者が、その国税の法定納期限の 1 年前の日以後にその財産について無償又は著しく低い額の対価による譲渡、債務の免除その他第三者に利益を与える処分を行ったために、本来の納税義務者に対して滞納処分を執行してもなお徴収すべき額に不足すると認められるときは、これらの処分により権利を取得し、又は義務を免れた第三者に対し、これらの処分により受けた利益が現に存する限度において、本来の納税義務者の滞納に係る国税の第二次納税義務を課している。同条に定める第二次納税義務は、本来の納税義務者に

基礎応用 204 頁 [判例 2]、最判

H18.1.19

対する主たる課税処分等によって確定した主たる納税義務の税額につき本来の納税義務者に対して滞納処分を執行してもなお徴収すべき額に不足すると認められる場合に、前記のような関係にある第三者に対して補充的に課される義務であって、主たる納税義務が主たる課税処分によって確定されるときには、第二次納税義務の基本的内容は主たる課税処分において定められるのであり、違法な主たる課税処分によって主たる納税義務の税額が過大に確定されれば、本来の納税義務者からの徴収不足額は当然に大きくなり、第二次納税義務の範囲も過大となって、第二次納税義務者は直接具体的な不利益を被るおそれがある。他方、主たる課税処分の全部又は一部がその違法を理由に取り消されれば、本来の納税義務者からの徴収不足額が消滅し又は減少することになり、第二次納税義務は消滅するか又はその額が減少し得る関係にあるのであるから、第二次納税義務者は、主たる課税処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがあり、その取消しによってこれを回復すべき法律上の利益を有するというべきである。」との理由から、国税徴収法 39 条に基づく主たる課税処分についての第二次納税義務者の不服申立適格を認めている。

2. 侵害されるDの権利等

本問では、本件解散命令の相手方以外の第三者であるDの原告適格の有無を、形式的には処分の相手方以外の第三者を処分の相手方に準ずる者として不服申立適格又は原告適格を認めた最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁や最判平成25年7月12日集民244号43頁を手掛かりにして、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は、以後、社会福祉法人の評議員及び役員に就任することができない旨を定める法第40条第1項第5号及び法第44条第1項の規定を摘示するなどして、行訴法第9条第2項による検討を経ることなく、本件解散命令の法効果からDについて当該処分の取消しにより回復すべき「法律上の利益」（行訴法第9条第1項）が肯定されるか否かを検討することが求められる。（出題の趣旨）

- (1) 本件解散命令が条文上、処分の相手方にどのような法的効果を及ぼすかといった客観的議論を展開すべきである

本件解散命令が条文上、処分の相手方にどのような法的効果を及ぼすかといった客観的議論を展開すべきであるにもかかわらず、Dが、Aから、無利子・無担保で本件貸付金の貸付けを受けているといった事案の個別的事情から原告適格の有無を論じる答案が散見された。（採点実感）

- (2) 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が、以後、社会福祉法人の評議員及び役員に就任することができないこと

Dの権利を侵害する個別法の法規範となる法第44条第1項で準用される法第40条第1項第5号により、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が、以後、社会福祉法人の評議員及び役員に就任することができないことは、【資料1 社会福祉法（昭和26

年法律第45号(抜粋)を丁寧に読むことで、気付くことができたと思われるが、これを指摘することができていない答案や、法の規定を挙げながらも、本件解散命令によって、Dが、社会福祉法人一般の評議員や役員でなく、(本件解散命令により法人格が消滅することとなる)Aの評議員や役員になることができなくなると述べるにとどまる答案が散見された。

また、これに気が付いた答案であっても、侵害されるDの権利又は法律上保護された利益の具体的な内容(職業選択の自由等)に言及し、それゆえにDが「自己の権利を侵害される者」に当たること、すなわち、行訴法第9条第1項の「法律上の利益を有する者」に当たるところを論理的に指摘できている答案は極めて少数であった。答案における記述として、上記の「法律上の利益を有する者」の意義を記載することができていても、論証において、これを定立した規範として活用し(当てはめて)、原告適格の有無についての結論を出すのでなければ、法律上の利益を有する者の意義を論じる意味は、大きく損なわれてしまう。(採点実感)

(3) 理事としての業務執行権限を失うとする答案

本件解散命令によりDが理事としての業務執行権限を失うとする答案は相当数存在した。しかし、単にDに業務執行権限があることのみを理由に原告適格を与えるべきである旨論ずるものについては、解散命令によりDの権利又は法律上保護された利益の侵害の有無を十分に検討したとはいえない。(採点実感)

3. 答案に求められる水準

- ・行訴法第9条第1項を踏まえ、取消訴訟の原告適格に係る判例の一般的な判断基準を示し、第二次納税義務者に不服申立適格を認めた最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁(以下「平成18年判決」という。)や、滞納者の財産が差し押さえられた場合の当該財産の共有者に原告適格を認めた最判平成25年7月12日集民244号43頁(以下「平成25年判決」という。)に言及した上で、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討し、本件解散命令がDの権利等に与える法効果を検討して、Dに原告適格が認められるかについて一定の結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。(採点実感)
- ・これに加えて、社会福祉法人に対する解散命令の法効果を検討するに当たり、根拠となる条文を正確に指摘して、解散当時の役員に与える法効果について具体的に言及し、また、本件解散命令により侵害されるDの権利等の具体的内容・性質について言及して、Dに原告適格が認められることを論じているものは、良好な答案と判断した。(採点実感)
- ・以上に加えて、平成18年判決又は平成25年判決のいずれかについて、その事案、判断等の内容を適切に記述するもののほか、反対説の内容やこれを採用することができない論拠を適切に論じているものは、優秀な答案と判断した。(採点実感)

設問 2 (1)

〔設問 2〕(1)では、Aが本件解散命令の取消訴訟を適法に提起したことを前提に、Aが行った執行停止の申立てに関する要件のうち、行訴法第 25 条第 2 項の「重大な損害」について、Aはどのような主張を行うべきかを、想定される B 県の反論も踏まえて、検討することが求められる。(出題の趣旨)

1. 「重大な損害」の意義

- ・執行停止に関して、行政事件訴訟法の要件を解釈した上で、本件を適切に当てはめて利益衡量を行った答えは、極めて少数であった。(平成 21 年司法試験・採点実感)。
- ・行訴法第 25 条第 2 項にいう「重大な損害」とは、事後的な金銭賠償では回復が困難な損害を指すなどとする答案が多かった。そのような答案は、平成 16 年の行訴法改正により、それまでの「回復の困難な損害」という文言が「重大な損害」へと改められた趣旨を十分に理解していないと思われる。(令和 5 年司法試験・採点実感)

執行停止における「重大な損害」は、仮の救済の必要性を基礎づける要件であり、処分の維持を一時断念してでも救済すべき損害を意味し、その判断は 25 条 3 項に従い行う。

このように、「重大な損害」は、申立人の損害と処分の必要性とを比較衡量して判断される要件なのである。^{2) 3)}

そして、平成 16 年改正により損害要件が「回復の困難な損害」から「重大な損害」へと改められたため、申立人の損害としては、「損害の回復の困難の程度」だけでなく、「損害の性質及び程度」として損害の量ないし程度も考慮することとなる。

処分の必要性では、「処分の内容及び性質」として、執行停止が行われることによる公益への悪影響(例えば、係争処分の根拠規定の目的が損なわれるなど)や、申立人以外の多数の者の権利利益への影響が考慮される。⁴⁾

基礎応用 243 頁・4(3)、論証集 89

頁・2(3)

百 II 192 解説・2

2. 当てはめ

「重大な損害」の有無の判断に関しては、行訴法第 25 条第 3 項で考慮事項が定められているところ、同項の考慮事項を踏まえて執行停止を認容した

2) “…現在の『重大な損害』(行訴 25 条 2 項)には、行訴法 25 条 3 項の基準により、『処分の内容及び性質』も考慮されることがされている。これによって、例えば当該処分が申立人にとどまらず、多数の人に広範な影響を与える内容や性質をもつことを考慮することができるとされる…。『重大な損害』を生じるかどうかは、結局、当該処分を維持することを一時断念しても、なお、救済すべき利益が申立人にあるかどうかを判断するための基準である。”(事例研究 308～309 頁)。

3) “「損害の回復の困難の程度」・「損害の性質及び程度」は、申立人の損害それ自体の評価にかかるとあり、「処分の内容及び性質」は執行停止の公共の福祉への影響を考慮に入れようとするものである。つまり、「重大な損害」の有無は、損害それ自体を評価するだけでなく、申立人の損害と、執行停止をした場合の公共の福祉への影響との比較衡量によって決されることになる。”(07/09 受験新報 27 頁 [野呂充])

4) 百 II 192・解説 2 では、弁護士懲戒処分の執行停止の事案に関するものとして、「処分の内容及び性質」という考慮事項は、執行停止が行われることにより、公益ないし申立人以外の多数の者の権利利益に生ずる影響を考慮することを指示するものと解されている。…本件懲戒処分の効力停止が行われた場合、公益などへの影響としては、弁護士に制裁を加えるという懲戒処分の目的が損なわれるおそれがあること、および、業務を再開した X が不適切な業務を行い、依頼者等が不利益を被る可能性があることが考えられる。」とある。

最決平成19年12月18日集民226号603頁（以下「平成19年決定」という。）を参考にして、その「重大な損害」の有無を、本件と平成19年決定との違いを意識しながら、本件解散命令によりAが被る損害や、Aが提供する福祉サービスの利用者等に不利益が生じるという本件解散命令の性質、あるいは本件解散命令により保護される利益等を同項の定める考慮要素に当てはめて、本件における事実関係に即して検討することが求められる。（出題の趣旨）

（1）損害の内容

Aは、本件解散命令によって生じる損害として、①「本件解散命令によりAは経営している社会福祉事業を継続することができなくなるという不利益を被ることになります。」（会議録108～109）というA自身の経営不能と、②「特に、Aは複数の社会福祉事業を経営している法人ですから、それらの事業を継続できなくなると、Aだけではなく、多数のAの福祉サービス利用者やAの従業員にも不利益が生ずることになります。」（会議録109～111）というAの経営不能に伴うAの利用者や従業員の不利益を主張することが考えられる。

②の損害のうち利用者の損害については、介護老人保健施設を運営している医療法人社団Aに対する改善勧告がなされた平成20年司法試験におけるA側の言い分（「Aの理事長は、このままでは、勧告書に書かれていたように公表がされ、市民からの信頼が失われること、Aとしては多くの利用者が本件施設を離れてしまい、経営難に陥ること、仮に施設経営が立ち行かなくなれば、施設変更に伴う環境の変化や別の施設への移動により、高齢の利用者に身体面でも、精神面でも、大きな健康リスクが及ぶこと、入所者の移ることのできる施設が近隣には無いため、自宅待機となれば、入所者家族が大きな負担を負わざるを得ないことなどを懸念した。」）が参考になる。

ア. 執行停止の申立人自身の損害

解散命令は、法人格を消滅させて、その経営を不可能とするものであり、利用者や従業員などの点を指摘する前に、まずは解散すること自体が重大な損害をもたらす得ることを明確に指摘せず、Aが失う可能性のある社会的信用や、A以外の法益主体（Aの福祉サービス利用者やAの従業員）の不利益について重点的に言及する答案が多かった。言い換えると、利用者や従業員等の不利益について、それがAにとって重大な損害に当たるものであると論ずることができている答案は少なかった。（採点実感）

イ. 第三者の損害

本案となる取消訴訟が主観訴訟である以上、「重大な損害」を基礎付けるものは、専ら執行停止の申立人自身の損害である。本件申立てをするのはAであり、Aの利用者や従業員は第三者に当たるから、単に多数の者に損害が発生することを言うだけでは不十分であり、例えば、「処分内容及び性質」として、法の目的に照らすと、処分は本来社会福祉の増進を目的とすべきものであるにもかかわらず、本件解散命令によっ

てかえってその逆の事象が生じかねないことを指摘するなど、何らかの言及が必要であろう。…略…

また、平成19年決定は、当該弁護士の依頼者に生ずる損害の大きさを考慮したものではなく、その損害を当該弁護士の損害に引き直して考慮したものと評価するのが相当であるところ、これとパラレルに考えれば、本件においても、利用者や従業員の損害の重大性を論ずるのではなく、その損害をAの損害に引き直して論ずることが求められることに気付いてほしかった。(採点実感)

②の損害は、それ自体としては第三者の損害であるところ、本案となる取消訴訟が原告の個人的な権利利益の保護を目的とした主観訴訟である以上、その付随手続である執行停止における「重大な損害」を基礎付けるものは専ら申立人自身の損害に限られる。

このことを前提として、申立人以外の第三者の損害の考慮の仕方には2つある。

1つ目は、第三者に損害が生じるおそれを処分の必要性を低下させる事情として考慮する構成である。⁵⁾

2つ目は、申立人と第三者との関係(又は申立人の損害と第三者の損害との関係)などに着目して、第三者の損害を申立人の損害に引き直すという構成である。

採点実感では、Aの利用者に損害が生じるおそれについては、1つ目の構成と2つ目の構成で論じ、Aの従業員に損害が生じるおそれについては、2つ目の構成で論じることが想定されていると考えられる。

平成19年決定は、弁護士に対する業務停止3か月の懲戒処分について、「相手方は、その所属する弁護士会から業務停止3月の懲戒処分を受けたが、当該業務停止期間中に期日が指定されているものだけで31件の訴訟案件を受任していたなど本件事実関係の下においては、行政事件訴訟法25条3項所定の事由を考慮し勘案して、上記懲戒処分によって相手方に生ずる社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等の損害が同条2項に規定する「重大な損害」に当たるものと認めた原審の判断は、正当として是認することができる。」として、「重大な損害」を認めており、裁判官田原睦夫の補足意見は、「弁護士業務は、その性質上、高い信用の保持と業務の継続性が求められるところ、多数の訴訟案件、交渉案件を受任している弁護士が数か月間にわたる業務停止処分を受けた場合、その間、法廷活動、交渉活動、弁護活動はもちろんのこと、顧問先に係る業務を始めとして一切の法律相談活動はできず、業務停止処分に

基礎応用 244 頁 [判例 3]、最決
H19.12.18・百II 192

⁵⁾ 事例研究 309~310 頁では、海上運送法による許可を受けてフェリー事業を営んでいる事業者(A社)に対する事業停止処分について、「A社が被る損害は、主として経済的なものではあるが、ゴールデンウィークという売上げの多い時期に発生する多額の損害であり(「損害の性質及び程度」)、また、…A社の社会的信用も毀損されかねない。会社の社会的信用は一度失われるとそう簡単に回復することはできないと考えてよいであろう(「回復の困難な程度」)。また、本件処分は利用者に多大な不便を強いる性格のものであり、…利用者の保護という法の目的にも反するものである。…不可逆的な損害を生じさせない単なる経済的不利益であれば、本件処分を維持する必要性に対抗できないが…、法目的に反する利用者等への不利益の発生という一種の「援軍」を併せて考慮することで、本件処分を維持する必要性に対抗しうる「重大な損害」と言うことができる…」とされている。

より、従前の依頼者は他の弁護士に法律業務を依頼せざるを得なくなるが、進行中の事件の引継ぎは容易ではない。また、懲戒を受けた弁護士の信用は大きく失墜する。そして、業務停止期間が終了しても、いったん他の弁護士に依頼した元の依頼者が再度依頼するとは限らず、また、失墜した信用の回復は容易ではない。業務停止処分を受けた弁護士が受ける上記の状況によって生ずる有形無形の損害は、後にその処分が取り消された場合に、金銭賠償によっては容易に回復し得ないものである。」と述べている。

ウ. 条文の文言に即した論述

- ・どの条文のどの文言の解釈ないし議論をしているのか（例えば、当該事情が行訴法第25条第3項のどの要素に当たり得るのか）を示すことができている答えは、少なかった。（採点実感）
- ・例えば、利用者、従業員等の不利益・損害や、B県主張の解散命令により保護される利益について、行訴法第25条第3項にいう「処分内容及び性質」で考慮することを明示する答案など、それらの事実が、答案における規範としての行訴法第25条第3項の「損害の回復の困難の程度」に該当するのか、それとも「損害の性質及び程度」又は「処分内容及び性質」のいずれの要件に当たるのかを、それぞれの事実について当てはめた上で結論を出している答案は、多くなかった。（採点実感）

(2) B県の反論等

- ・本件解散命令が効力停止された場合に生ずる不利益として、B県が主張するであろうことは、かなりの答案が指摘できていた。しかし、そうしたB県の主張がどのように評価されるのかという点まで述べていた答案は少なかった。また、B県の主張が、行訴法第25条第3項が挙げる考慮要素のいずれに位置付けられるのかという点にも言及してほしかったところである。（採点実感）
- ・問題文において、「行訴法第25条第2項の「重大な損害」について、どのような主張をすべきか、想定されるB県の反論を踏まえて、検討しなさい」とあるのに対して「B県は重大な損害に当たらないと主張する。」といった記載のみをする答案が散見された。これは単にAの主張を否認しているだけであって、反論にはなっていないといわざるを得ない。ここで出題者が求めているのは、なぜ重大な損害に当たらないか、その理由である。（採点実感）

前記1の通り、執行停止における「重大な損害」は、申立人の損害と処分の必要性とを比較衡量して判断される要件である。

B県は、処分の必要性を基礎付けるために、「処分内容及び性質」として、「B県としては、本件改善勧告、本件改善命令を経ても、Aから依然として具体的な改善策が示されていない現状では、Aの経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放置すれば、Aの福祉サービス利用者の待遇が悪化し、B県におけるAの多数の利用者にも福祉サービス利用上の被害が

及ぶことを問題視しているようなのです。」(会議録 111～115) という会議録の誘導を踏まえた主張(反論)をすることが考えられる。

3. 答案に求められる水準

- 弁護士に対する業務停止3か月の懲戒処分により生じる損害について、行訴法第25条第2項所定の「重大な損害」に当たることを認めた最決平成19年12月18日集民226号603頁(以下「平成19年決定」という。)に触れた上で、同条第3項を踏まえて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることについて、B県の反論を排斥しながら相応の検討をしているものは、一応の水準に達しているものと判断した。(採点実感)
- これに加えて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、Aの法人格が消滅するため事業継続が困難となることのほか、福祉サービスの利用者、従業員等が不利益を被ることでAに重大な損害が生じることを明確に指摘するものなどは、良好な答案と判断した。(採点実感)
- 以上に加えて、本件解散命令によりAが被る損害が「重大な損害」に当たることの検討において、各事情が行訴法第25条第3項に規定されている事項のうち、いずれの事項の問題であるか等につき、条文の文言を具体的に摘示して的確な検討をしているものなどは、優秀な答案と判断した。(採点実感)

設問 2 (2)

〔設問 2〕(2)は、同じく A が本件解散命令の取消訴訟を適法に提起したことを前提に、A が提起した本件解散命令の取消訴訟において、A はどのような本案に関する主張をすべきか、想定される B 県の反論を踏まえた検討を求めるものである。本問は、B 県知事が本件解散命令を監督措置として選択したことに関する違法性の有無を問うものであり、特に、法第 56 条第 8 項の規定を踏まえて B 県知事に裁量が認められるかどうかや、B 県知事に裁量が認められる場合にはその裁量権の範囲を逸脱し又は裁量権を濫用したものとならないかの検討を求めるものである。(出題の趣旨)

1. 行政裁量

(1) 裁量構成で論じる

処分取消事由に関する着眼点は、①処分の実体的要件、②処分の手続的要件、③効果に関する判断(効果裁量、信義則等の一般原則)に分類できる。

設問では「解答に当たっては、…本件解散命令に手続的違法はないことを前提に下さい。」とあるため、②は検討対象外である。

本件解散命令の処分要件(法 56 条 8 項)は、⑦「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」、⑧「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」という二段階の構造になっている。会議録では、「A は、A の D への貸付けが法第 27 条で禁止されている行為に該当することを認めており、また、本件改善勧告及び本件改善命令の適法性を争うつもりもありません。」(会議録 123～125)とあるから、A としては⑦該当性を争うつもりがない。他方で、「以上を踏まえて、A としては、本件解散命令の違法事由として何を主張することになりますか。…はい。本件解散命令は、法第 27 条違反及び本件改善命令違反を理由とするものですが、C が退任しないならば A には適正な法人運営が期待できず、「他の方法により監督の目的を達することができない」として、直ちに本件解散命令を選択した B 県知事の判断には問題があると主張することができると考えます。」(会議録 125～130)との誘導から、⑧該当性を問題とすべきことが分かる。

処分要件該当性の論じ方には、大別して、裁量構成(要件裁量の存在→裁量権の逸脱・濫用)と条文解釈構成(条文解釈による規範定立→当てはめ)とがある。会議録には、「C 自身は A の運営改善に向けて努力はしており、今回の貸付けの事実経緯も一部判明してきたようです。また、B 県知事は、今回の不正が D に起因することを認識しているにもかかわらず、本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視しているようなので、C がこれに反発するのは無理もありません。」(会議録 131～133)として、考慮不尽と事実評価の明白な合理性欠如という判断過程の不合理性をうかがわせるヒントがあるから、要件裁量を認めた上で判断過程審査をすることが求められていると判断することができる。裁量構成で論じるべきことは、「御指摘の点は、本件解

散命令を選択したB県知事の判断が正しかったのかどうかに影響しそうですね。」(会議録 134～135) というヒントからもうかがえる。

係争行為に要件裁量と効果裁量とが認められ、要件裁量(要件裁量の存在→裁量権の逸脱・濫用)→効果裁量(効果裁量の存在→裁量権の逸脱・濫用)という流れで論じるべき場合もある(例えば、平成 29 年司法試験設問 1 (2) などが、会議録では効果レベルの問題点に関する言及がないから、③効果レベルの問題点は問われていないといえる。

以上より、本問では、「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」という二段目の要件への該当性について、要件裁量の存在→裁量権の逸脱・濫用という構成で論じることとなる。

(2) 要件裁量の存否を明らかにする

- ・少数ではあるものの、法第 56 条第 8 項が「……解散を命ずることができる。」と規定していることを根拠に、解散命令については要件裁量が認められると述べる答案があった。要件裁量と効果裁量を正しく理解し、答案においては両者を区分して指摘することが望まれる。
- ・効果裁量が認められると述べる答案の中に、その根拠として、「……解散を命ずることができる。」と定められていることを挙げるにすぎないものが少なくなかった。行政処分について裁量が認められるという場合、法令の規定の仕方は確かに一つの根拠になるが、それだけでは十分でなく、当該行政処分の性質についても検討することが必要である。

行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質の両面を考慮して判断する。

当てはめでは、法 56 条 8 項は解散命令の処分要件の二段目について「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」という不確定概念(又は抽象的な文言)を用いて定めている趣旨を解散命令の性質から導き、要件裁量の存在を認めることとなる。

2. 裁量権の逸脱・濫用の判断

(1) 2つの着眼点

- ・会議録の中で、弁護士Fは、C自身がAの運営改善に向けて努力していることやB県知事が本件解職勧告の拒否を重視していることなどを指摘しているが、それらの事実を区別することなくまとめて書いた上で、一定の法的評価を行っている答案が見られた。そのような書き方では、事実関係のどの点に着目し、その点を法的にどのように評価しているのかが明らかにならない。(採点実感)
- ・本件不正が業務執行理事Dの行為に基因しているにもかかわらず、本件解職勧告をAが拒否した事実を本件解散命令の判断に際して重視したことが「他事考慮」に該当すると評価する答案が散見された。本件解散命令を発するに当たって、解職勧告の拒否を考慮できることに問題がないことは明らかであり、そうであれば、上記の拒否の事実を「他事考慮」と評価することに違和感を覚えてもらいたい。(採点実感)

会議録(131～133)のヒントのうち、㉞「C自身はAの運営改善に向け

て努力はしており、今回の貸付けの事実経緯も一部判明してきたようです。」という点については考慮不尽として、㊦「B 県知事は、今回の不正が D に起因することを認識しているにもかかわらず、本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視しているようなので、C がこれに反発するのは無理ありません。」という点については事実に対する評価の明白な合理性欠如として論じることとなる。

(2) 法の趣旨を踏まえつつ、監督措置の実績等に照らした検討をする

法第24条、第61条第1項第2号等が社会福祉法人の自主性・自律性の尊重を定めていることや、法が監督措置のうち最も過酷な措置である解散命令については、「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」と比例原則の要請をあえて明文化した要件を定めていることなど、法の趣旨を踏まえつつ、本問における事実関係や【法律事務所の会議録】で示された監督措置の実績等に照らした検討が求められる。(採点実感)

3. 答案に求められる水準

- 社会福祉法人に対する解散命令について、根拠となる条文の文言、専門性等を挙げて所轄庁の行政裁量の存否を検討し、これが違法となる場合の判断枠組みを示した上で、想定されるB県の反論を念頭に、㊦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ものなどは、一応の水準に達しているものと判断した。(採点実感)
- これに加えて、上記㊦及び㊦の検討において、前提として示した判断枠組みに具体的に当てはめ、いかなる点で裁量権の逸脱・濫用となるのかを明確に論じるものなどは、良好な答案と判断した。(採点実感)
- 以上に加えて、上記㊦及び㊦のほかに、例えば、法第24条、第61条第1項第2号によると、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ものなどは、優秀な答案と判断した。(採点実感)

[模範答案]

1 設問 1 (1)

- 2 1. 「処分」(行訴法 3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のう
3 ち、これ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
4 律上認められているものをいう。これは、基本的には公権力性と直接・具体的な
5 法的効果の有無により判断されるが、権利救済の実効性が考慮されることもある。
6 2. 解職勧告は、所轄庁である都道府県知事などが法 56 条 7 項を根拠とする監督
7 措置として優越的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
8 られる。
- 9 3. 解職勧告は、それ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
10 指導」(行手法 2 条 6 号)として定められているから、それ自体としては法効果
11 性を有しない。そのことは、行手法 2 条 6 号が「行政指導」について「…処分に
12 該当しないものをいう」と定めていることも窺える。
- 13 4. もっとも、権利救済の実効性を根拠として例外的に処分性を認めることができ
14 ないか。

15 (1) 平成 17 年判決は、病院開設中止勧告について、法効果性がないことを前提と
16 しつつ、勧告不服従の場合に相当程度の確実さをもって保険医療機関の指定拒
17 否という後続処分が行われることと、国民皆保険制度のもとでは上記後続処分
18 により事実上病院の開設自体を断念せざるを得なくなり深刻な不利益が生じる
19 ことを理由に、権利救済の実効性を根拠として処分性を肯定している。

20 解職勧告は、「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
21 くは定款に違反し」たことなどを理由とする改善勧告(法 56 条 4 項)、勧告不
22 服従を理由とする改善命令(法 56 条 6 項)、改善命令違反という流れでは発せ
23 られるものであり、解職勧告に従わない場合には、法令違反等があつてなお且

1 つ「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」に当たるとして
2 解散命令（法 58 条 8 項）が発せされることが予定されている。

3 解散命令を受けた社会福祉法人は、強制的に解散することとなり（法 46 条 1
4 項 6 号）、その経営する社会福祉事業を継続することができなくなる。これは、
5 病院の開設自体の断念と同じがそれ以上の不利益である。

6 そうすると、解職勧告に従わない場合に相当程度の確実さをもって解散命令
7 という深刻な不利益を伴う後続処分が行われるとして、権利救済の実効性を根
8 拠として解職勧告の処分性が認められるとも思える。

9 (2) これに対し、法 56 条 8 項では処分要件として解職勧告の契機となっている
10 法令違反等に加えて「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」
11 という要件も必要とされているため、解職勧告に従わない場合であっても解散
12 命令が発せられるとは限らないから、解職勧告に従わない場合に相当程度の確
13 実さをもって解散命令が発せられるとはいえないとの反論が想定される。

14 そこで両者の連動性について検討するに、平成 17 年判決は、勧告不服従が
15 健康保険法上の保険医療機関の指定の拒否事由に該当する旨を定める通達の存
16 在を根拠として、勧告不服従の場合に相当程度の確実さをもって保険医療機関
17 の指定拒否という後続処分が行われるという連動性を認めている。

18 ところが、解職勧告と解散命令との関係については、そのような連動性を想
19 起させる通達等の内部基準や運用実態は存在しない。

20 そうである以上、解職勧告に従わない場合に相当程度の確実さをもって解散
21 命令が発せられるという連動性は認められないから、平成 17 年判決の射程は
22 及ばない。

23 したがって、権利救済の実効性を根拠として解職勧告に処分性を認めること

1 はできない。

2 5. では、手続規定を根拠として処分性を認めることができないか。

3 確かに、行政手続法においては、「不利益処分」（同法 2 条 4 号）について、原
4 則として聴聞又は弁明の機会という意見聴取手続が必要であるとされている（同
5 法 13 条、15 条ないし 31 条）。そうすると、解職勧告について「弁明の機会」が
6 設けられている（法 56 条 9 項）ことから、解職勧告は「不利益処分」として法定
7 されているとして、処分性を認めることができそうである。

8 しかし、行政手続法では、不利益処分の不利益性の軽重に応じて聴聞と弁明の
9 機会とが区別されており、不利益性の大きいものについては、弁明の機会よりも
10 厳格で丁寧な手続である聴聞の対象とされており（同法 13 条 1 項各号）、役員
11 地位を剥奪することとなる「法人…の役員解任を命ずる不利益処分」について
12 も、聴聞の対象とされている（同法 13 条 1 項 1 号ハ）。

13 そうすると、解職勧告については、聴聞ではなく「弁明の機会」の対象とされ
14 ているにとどまることから、「処分」として法定されたものではないと解される。

15 したがって、解職勧告は「処分」に当たらない。

16 以上より、本件解職勧告は、取消訴訟の対象となる処分に該当しない。

17 設問 1（2）

18 1. 「法律上の利益を有する者」（行訴法 9 条 1 項）とは、当該処分により自己の権
19 利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれの
20 ある者をいう。そして、処分の名宛人以外の者であっても、処分の法的効果によ
21 り自己の権利の制限を受ける場合には、処分の名宛人として権利の制限を受ける
22 者と同様に、準名宛人として当該処分により自己の権利を侵害され又は必然的に
23 侵害されるおそれがある者に当たり、原告適格が認められる。

1 2. Dは、「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じられた
2 社会福祉法人の解散当時の役員」であるから、本件解散命令の法的効果により、
3 社会福祉法人の評議員となることができなくなる（法40条1項5号）という意
4 味で、自己の権利の制限を受けることとなる。したがって、Dは、準名宛人とし
5 て本件解散命令により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれ
6 ある者に当たるから、本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められる。

7 設問2（1）

8 1. 執行停止における「重大な損害」（行訴法25条2項）は、仮の救済の必要性を
9 基礎づける要件であり、処分の維持を一時断念してでも救済すべき損害を意味し、
10 その判断は同条3項に従い行う。このように、「重大な損害」の判断は、申立人の
11 損害と処分の必要性とを比較衡量して行われる。

12 そして、平成16年改正により損害要件が「回復の困難な損害」から「重大な損
13 害」へと改められたため、申立人の損害としては、「損害の回復の困難の程度」だ
14 けでなく、「損害の性質及び程度」として損害の量ないし程度も考慮される。

15 2. Aは、本件解散命令により、経営している社会福祉事業を継続することができ
16 なくなる。経営が不可能になるという「損害の回復の困難の程度」は甚だしいも
17 のであり、損害の回復が不可能であるといえる。また、Aは複数の社会福祉事業
18 を経営しており、その福祉サービスの利用者は多数いるのだから、相当大きな規
19 模で営業利益の喪失による経済的損害が発生すると考えられる（「損害の性質及
20 び程度」）。

21 また、Aは複数の社会福祉事業を経営しているため、それらの事業を継続でき
22 なくなると、多数のAの福祉サービス利用者にも不利益が生ずることになる。具
23 体的には、Aの利用者は、Aの福祉サービスを利用できなくなり、他の特別養護

1 老人ホームや老人デイサービス等に切り替えることを余儀なくされること、老
2 人ホームやデイサービスの変更に伴う別の施設への移動や環境の変化により、高
3 齢の利用者に身体面でも、精神面でも、大きな健康リスクが生じることとなる。
4 しかも、別の老人ホームが近隣にない場合には、自宅待機を強いられることとな
5 り、必要な福祉サービスを受けることができないという意味で、身体面でも、精
6 神面でも、大きな健康リスクが生じるおそれがある。これらの損害は、利用者の
7 多さからして相当大きな規模で生じるものであるし（「損害の性質及び程度」、
8 健康リスクが顕在化した場合における「損害の回復の困難の程度」は甚だしいも
9 のであり、利用者の死亡など回復不能な損害が発生する危険すらある。

10 さらに、多くの A の従業員は、A の解散に伴い職場を失うことになり、人によ
11 っては再就職先が見つからず、数か月間にわたり、賃金を得ることができなくな
12 り、生活に困窮するおそれもある。また、職場の変更に伴う雇用条件や就労環境
13 の変化により、金銭面や精神面で不利益を被るおそれもある。こうした損害は、
14 利用者の健康リスクに比べれば回復可能性があるものの、相当程度大きな損害で
15 あるといえる。

16 そして、本案となる取消訴訟が原告の個人的な権利利益の保護を目的とした主
17 観訴訟である以上、その付随手続である執行停止における「重大な損害」を基礎
18 付けるものは専ら申立人自身の損害に限られるところ、A の利用者や従業員の損
19 害は A 自身の損害と評価することができる。すなわち、A は、「社会福祉事業の
20 主たる担い手」として「福祉サービスの利用者の利益の保護」を図るべき責務を
21 負っている（法 1 条、24 条）のだから、利用者に上記の損害が生じることは、A
22 が社会福祉法人としての責務を果たせなくなるという意味において、A 自身の損
23 害として評価することができる。また、A には、雇用主として A の従業員を雇用

1 して生活を保証する責務も負っているところ、A の従業員に上記の損害が生じる
2 ことは、A が雇用主としての責務を果たせなくなるという意味において、A 自身
3 の損害として評価することができる。

4 以上より、本件解散命令により、A には不可逆性の高い損害が相当な規模で発
5 生することとなる。

6 3. B 県は、処分の必要性を基礎付けるために、「処分の内容及び性質」として、本
7 件改善勧告及び本件改善命令を経ても A から依然として具体的な改善策が示さ
8 れていない現状では、A の経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放
9 置すれば、A の福祉サービス利用者の待遇が悪化し、B 県における A の多数の利
10 用者にも福祉サービス利用上の被害が及ぶことが懸念されると主張することが
11 考えられる。

12 しかし、法 56 条所定の各種の措置は、「福祉サービスの利用者の利益の保護及
13 び地域における社会福祉…の推進」（法 1 条）を目的として行われるべきもので
14 あるところ、本件解散命令により多数の利用者に上記の損害が生じるおそれがあ
15 ることは、かえって法の目的に反する事態となる。このような本件解散命令の「処
16 分の内容及び性質」からすると、本件解散命令の必要性は低いといえる。

17 以上より、本件解散命令により A には処分の維持を一時断念してでも救済すべ
18 き損害が生じるおそれがあるといえるから、「重大な損害」が認められる。

19 設問 2 (2)

20 1. 以下の理由から、本件解散命令には、「他の方法により監督の目的を達すること
21 ができないとき」（法 56 条 8 項）という 2 段目の要件への該当性判断について B
22 県知事の裁量権の逸脱・濫用（行訴法 30 条）があることを理由とする取消事由が
23 認められる。

1 2. 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質を考慮して判断する。

2 法 56 条 8 項は、解散命令の 2 段目の処分要件について、「他の方法により監督
3 の目的を達することができないとき」という不確定概念を用いて定めている。そ
4 の趣旨は、解散命令については、1 段目の処分要件に該当する違反行為による弊
5 害の内容・程度などを踏まえて解散命令よりも穏当な方法により監督の目的を達
6 することができるか否かを判断する必要があることから、専門技術的知見に基づ
7 く都道府県知事の裁量に委ねことにある。そこで、2 段目の処分要件について、
8 都道府県知事の要件裁量が認められると解する。

9 3. 判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽、事実評価の明白な合理性欠如など
10 により判断される。

11 法 56 条 8 項が解散命令について違反行為のほかに「他の方法により監督の目
12 的を達することができないとき」という要件を追加している趣旨は、解散命令が
13 同条所定の監督措置のうち最も重い措置であることを踏まえ、比例原則の要請を
14 明文化したことにある。

15 そして、A の理事長を務めている C は、理事会において、本件調査に協力する
16 ように各理事に働き掛けたり、本件改善命令の後に事実経過の一部を D から聴取
17 することに成功したりするなど、A の運営改善に向けて努力をしており、その結
18 果、今回の貸付け（以下「本件貸付け」という。）の事実経緯も一部判明してきて
19 いる。このことに、法 24 条及び 61 条 1 項 2 号が社会福祉法人の自主性・自律性
20 の尊重を定めていることも踏まえると、A による自主的・自律的な運営改善に委
21 ねるべきであり、これにより監督の目的を達成できると考えられる。にもかかわ
22 らず、B 県知事が本件解散命令を発したのには、B 県知事が上記事情を適切に考慮
23 したかったからである。したがって、B 県知事の判断には考慮不尽がある。

[中上位答案]

1 設問 1 (1)

- 2 1. 「処分」(行訴法 3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のう
3 ち、これ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
4 律上認められているものをいう。これは、基本的には公権力性と直接・具体的な
5 法的効果の有無により判断されるが、権利救済の実効性が考慮されることもある。
6 2. 解職勧告は、所轄庁である都道府県知事などが法 56 条 7 項を根拠とする監督
7 措置として優越的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
8 られる。
9 3. 解職勧告は「行政指導」(行手法 2 条 6 号)として定められているから、それ自
10 体としては法効果性を有しない。もっとも、権利救済の実効性を根拠として例外
11 的に処分性を認めることができないか。

12 (1) 平成 17 年判決は、病院開設中止勧告について、法効果性がないことを前提と
13 しつつ、勧告不服従の場合に相当程度の確実さをもって保険医療機関の指定拒
14 否という後続処分が行われることと、国民皆保険制度のもとでは上記後続処分
15 により事実上病院の開設自体を断念せざるを得なくなり深刻な不利益が生じる
16 ことを理由に、権利救済の実効性を根拠として処分性を肯定している。

17 解職勧告は、法 56 条 4 項所定の違反行為を理由とする改善勧告(法 56 条 4
18 項)、勧告不服従を理由とする改善命令(法 56 条 6 項)、改善命令違反という
19 流れでは発せられるものであり、解職勧告に従わない場合には「他の方法によ
20 り監督の目的を達することができないとき」に当たるとして解散命令(法 58 条
21 8 項)が発せされることが予定されている。

22 解散命令を受けた社会福祉法人は、強制的に解散することとなり(法 46 条 1
23 項 6 号)、その経営する社会福祉事業を継続することができなくなる。これは、病院

1 の開設自体の断念と同じがそれ以上の不利益である。

2 そうすると、解職勧告に従わない場合に相当程度の確実さをもって解散命令

3 という深刻な不利益を伴う後続処分が行われるとして、権利救済の実効性を根

4 拠として解職勧告の処分性が認められるとも思える。

5 (2) これに対し、解職勧告に従わない場合に当然に解散命令が発せられるわけで

6 はないから、解職勧告に従わない場合に相当程度の確実さをもって解散命令が

7 発せられるという連動性は認められないとの反論が想定される。

8 解職勧告と解散命令との関係については、そのような連動性を想起させる通

9 達等の内部基準や運用実態は存在しないから、上記反論は正当である。

10 したがって、平成 17 年判決の射程は及ばないから、権利救済の実効性を根

11 拠として解職勧告に処分性を認めることはできない。

12 4. では、手続規定を根拠として処分性を認めることができないか。

13 確かに、行政手続法においては、「不利益処分」(同法 2 条 4 号)について、原

14 則として聴聞又は弁明の機会が必要であるとされている(同法 13 条、15 条ない

15 し 31 条)。そうすると、「弁明の機会」(法 56 条 9 項)が設けられている解職勧

16 告は「不利益処分」(行手法 2 条 4 号)として法定されているとも思える。

17 しかし、仮に解職勧告が「不利益処分」として法定されているなら、「法人…の

18 役員の解任を命ずる不利益処分」として、弁明の機会よりも厳格な意見聴取手続

19 である聴聞が設けられているはずである(同法 13 条 1 項 1 号ハ参照)。

20 したがって、解職勧告が「不利益処分」として法定されたものであると解する

21 ことはできない。

22 よって、解職勧告は「処分」に当たらない。

23 以上より、本件解職勧告は、取消訴訟の対象となる処分に該当しない。

1 設問 1 (2)

2 1. 「法律上の利益を有する者」(行訴法 9 条 1 項) とは、当該処分により自己の権
3 利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれの
4 ある者をいう。そして、処分の名宛人以外の者であっても、処分の法的効果によ
5 り自己の権利の制限を受ける場合には、準名宛人として当該処分により自己の権
6 利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者に当たり、原告適格が認め
7 られる。

8 2. D は、「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じられた
9 社会福祉法人の解散当時の役員」であるから、本件解散命令の法的効果により、
10 社会福祉法人の評議員となることができなくなる(法 40 条 1 項 5 号) という意
11 味で、自己の権利の制限を受けることとなる。したがって、D は、本件解散命令
12 により自己の権利を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者であると
13 いえるから、本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められる。

14 設問 2 (1)

15 1. 「重大な損害」(行訴法 25 条 2 項) の有無は、同条 3 項所定の要素を考慮しな
16 がら、申立人の損害と処分の必要性とを比較衡量して判断される。

17 2. A は、本件解散命令により、経営している社会福祉事業を継続することができ
18 なくなる。経営不能は回復不能な損害であるし、複数の社会福祉事業を経営して
19 いる A にとっては営業利益の喪失という大きな経済的損害も発生する。

20 また、A の経営不能により、多数の A の福祉サービス利用者にも、A の福祉サ
21 ービスを利用できなくなり、多くの利用者に健康面で不可逆的な損害が発生する
22 おそれがある。この意味において、本件解散命令は、「福祉サービスの利用者の利
23 益の保護」(法 1 条) という法 56 条の監督措置の目的に反する「内容及び性質」

1 のものであるから、その必要性が後退する。さらに、多くの A の従業員は、A の
2 解散に伴い職場を失うという不可逆的な損害が被ることとなる。この意味におい
3 ても、本件解散命令の必要性は後退する。

4 3. B 県は、処分の必要性を基礎付けるために、「処分の内容及び性質」として、本
5 件改善勧告及び本件改善命令を経ても A から依然として具体的な改善策が示さ
6 れていない現状では、A の経営基盤は不安定であると言わざるを得ず、これを放
7 置すれば、A の福祉サービス利用者の待遇が悪化し、B 県における A の多数の利
8 用者にも福祉サービス利用上の被害が及ぶことが懸念されると主張することが
9 考えられる。

10 しかし、前記 2 の通り、本件解散命令により、A には経営不能という不可逆的
11 な損害と大きな経済的損害が発生することと、監督措置の目的に反する事態とな
12 ることを踏まえると、本件解散命令の必要性が A の損害を上回るとはいえない。

13 したがって、「重大な損害」が認められる。

14 設問 2 (2)

15 1. 行政裁量の存否は、法律の文言と処分の性質を考慮して判断する。

16 法 56 条 8 項は、解散命令の 2 段目の処分要件について、「他の方法により監督
17 の目的を達することができないとき」という不確定概念を用いて定めている。そ
18 の趣旨は、解散命令については、違反行為による弊害の内容・程度などを踏まえ
19 て解散命令よりも穏当な方法により監督の目的を達することができるか否かを
20 判断する必要があることから、専門技術的知見に基づく都道府県知事の裁量に委
21 ねことにある。そこで、2 段目の処分要件について、都道府県知事の要件裁量が
22 認められると解する。

23 2. 判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽、事実評価の明白な合理性欠如など

1 により判断される。

2 Aの理事長であるCは、理事会において、本件調査に協力するように各理事に
3 働き掛けたり、本件改善命令の後に事実経過の一部をDから聴取することに成功
4 したりするなど、Aの運営改善に向けて努力をしており、その結果、今回の貸付
5 け（以下「本件貸付け」という。）の事実経緯も一部判明してきている。にもかか
6 わらず、B県知事が本件解散命令を発したのは、B県知事が上記事情を適切に考
7 慮しなかったからである。したがって、B県知事の判断には考慮不尽がある。

8 また、本件解散命令は、AのDに対する1億円の貸付けを契機として発せられ
9 たものであるところ、本件貸付けはDが独断で行ったものであると考えられるか
10 ら、Cを理事長から解職することはAの運営の改善にとって役に立たない。にも
11 かかわらず、B県知事は、今回の不正がDに起因することを認識していながらも、
12 本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視している。したがって、B県知
13 事の判断は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠いている。

14 他方で、本件貸付けは、無利子・無担保でAの総流動資産の2分の1に当たる
15 1億円もの金員をDに貸し付けるものであり、Dからの返済が行われていないこ
16 とから、Aの経営を改善することは困難であるといえ、B県知事の判断は不合理
17 ではないとの反論が想定される。しかし、Aは本件貸付けにより、そこまで経営
18 が破綻している状況にあるわけではない。また、解散が命じられた事案では、改
19 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しなかったという
20 事情があり、本件とは事情を異にする。このため、解散命令によらずともAの運
21 営改善を図ることが可能であるから、上記反論は妥当でない。

22 3. 以上より、B県知事の判断には裁量権の逸脱・濫用があるから、本件解散命令
23 には取消事由が認められる。 以上

(参考文献1)

- ・「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6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「基本行政法 判例演習」初版(著:中原茂樹-日本評論社)
→(判例演習○)と表記
- ・「行政法概説Ⅰ」第8版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7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4版(編著:曾和俊文・野呂充・北村和生-日本評論社)
→(事例研究○頁)と表記
- ・「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」第2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7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8版(有斐閣)
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4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)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)

(参考文献2)

- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅠ○頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ 基本権」第2版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
→(憲法Ⅰ○頁)と表記
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)