

第 1 問

(事案)

A 県に存する B 川の河川管理者である A 県知事は、1983 年、B 川につき、河川法第 6 条第 1 項第 3 号に基づく河川区域の指定（以下「本件指定」という。）を行い、公示した。本件指定は、縮尺 2500 分の 1 の地図に河川区域の境界を表示した図面（以下「本件図面」という。）によって行われた。

C は、2000 年、B 川流水域の渓谷にキャンプ場（以下「本件キャンプ場」という。）を設置し、本件キャンプ場内にコテージ 1 棟（以下「本件コテージ」という。）を建築した。その際、C は、本件コテージの位置につき、本件図面が作成された 1983 年当時と土地の形状が変化しているため不明確ではあるものの、本件図面に表示された河川区域の境界から数メートル離れており、河川区域外にあると判断し、本件コテージの建築につき河川法に基づく許可を受けなかった。そして、河川法上の問題について、2014 年 7 月に至るまで、A 県知事から指摘を受けることはなかった。

2013 年 6 月、A 県知事は、C に対し、本件コテージにつき建築基準法違反があるとして是正の指導（以下「本件指導」という。）をした。C は、本件指導に従うには本件コテージの大規模な改築が必要となり多額の費用を要するため、ちゅうちょしたが、本件指導に従わなければ建築基準法に基づく是正命令を発すると迫られ、やむなく本件指導に従って本件コテージを改築した。C は、本件コテージの改築を決断する際、本件指導に携わる A 県の建築指導課の職員 D に対し、「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いないか。」と尋ねた。D は、A 県の河川課の担当職員 E に照会したところ、E から「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受けたので、その旨を C に伝えた。

2014 年 7 月、A 県外にある他のキャンプ場で河川の急激な増水による事故が発生したことを契機として、A 県知事は本件コテージの設置場所について調査した。そして、本件コテージは、本件指定による河川区域内にあると判断するに至った。そこで、A 県知事は、C に対し、行政手続法上の手続を執った上で、本件コテージの除却命令（以下「本件命令」という。）を発した。

C は、本件命令の取消しを求める訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）を提起した。C から相談を受け弁護士 F の立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、本件指定が「処分」に当たることを前提にすること。

(設問)

本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕

疵はないと仮定した場合、Cは、本件取消訴訟において、本件命令のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

【資料】河川法（昭和39年7月10日法律第167号）（抜粋）

（河川区域）

第6条 この法律において「河川区域」とは、次の各号に掲げる区域をいう。

一 河川の流水が継続して存する土地及び地形、草木の生茂の状況その他その状況が河川の流水が継続して存する土地に類する状況を呈している土地（中略）の区域

二 （略）

三 堤外の土地（中略）の区域のうち、第1号に掲げる区域と一体として管理を行う必要があるものとして河川管理者が指定した区域〔注：「堤外の土地」とは、堤防から見て流水の存する側の土地をいう。〕

2～6 （略）

（工作物の新築等の許可）

第26条 河川区域内の土地において工作物を新築し、改築し、又は除却しようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2～5 （略）

（河川管理者の監督処分）

第75条 河川管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、（中略）工事その他の行為の中止、工作物の改築若しくは除却（中略）を命ずることができる。

一 この法律（中略）の規定（中略）に違反した者（以下略）

二、三 （略）

2～10 （略）

第102条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

一、三 （略）

二 第26条第1項の規定に違反して、工作物の新築、改築又は除却をした者

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、行政法上の法律関係における信義則について、課税処分の信義則違反に関する判断を示した昭和62年判決を参考にしながら論じさせる問題である。

平成27年予備試験設問2参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

「本件コテージが本件指定による河川区域内にあり、本件指定に瑕疵はないと仮定した場合」(設問)、CがA県知事の許可を得ないで本件コテージを建築したことは、「河川区域内の土地において工作物を新築し…ようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、河川管理者の許可を受けなければならない。」と定める河川法26条1項に違反するから、同法75条1項に基づく本件命令は、「この法律(中略)の規定(中略)に違反した者(以下略)」(同法26条1項1号)という処分要件を満たす。したがって、Cは、本件命令が処分要件を満たさないから違法である旨の主張をするべきではない。

他方で、Cは、A県の河川課の担当職員Eから、A県の建築指導課の職員Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受け、同回答を信頼していたため、同回答と矛盾する本件命令は同回答に対する信頼を侵害するものであり信義則違反として違法であると主張することが考えられる。

(2) 信義則違反

ア. 行政上の法律関係における信義則

信義誠実の原則は、民法1条2項に明文規定があり、信義則ともいう。これは、民法上の原則であるが、法律関係全般に妥当性をもつ一般原則として、行政上の法律関係にもその通用性が承認されている。

信義誠実の原則は、行政が矛盾行為をした場合に、私人の行政に対する信頼保護の観点から、行政活動が違法性を帯びることがあるといった形で、行政上の法律関係に適用される。

イ. 参考判例

Cが主張する信義則違反を検討する際には、更正処分に関する信義則違反について判断した昭和62年判決が参考になる。

事案：Xは、事業所得について、昭和46年分につき、青色申告の承認を受けることなく青色申告書による確定申告をしたところ、所轄の税務署長Yは、承認の有無の確認を怠り同申告書を受理し、さらに昭和47年ないし50年分については、Xに青色申告用紙を送付し、Xの青色申告書による確定申告を受理するとともに、その申告に係る税額を収納し

基礎応用5頁[判例1]、論証集2頁[論点1]、最判S62.10.30・百120

てきた。ところが、税務署長 Y は、昭和 48 年及び 49 年分の所得税について白色申告とみなして更正処分を行った。

そこで、X は、更正処分の取消訴訟を提起した。

判旨：「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。そして、右特別の事情が存するかどうかの判断に当たっては、少なくとも、税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、のちに右表示に反する課税処分が行われ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうかという点の考慮は不可欠のものであるといわなければならない。」

解説：判決の考慮要素を一般化すると、①行政庁による公的見解の表示の有無、②相手方が当該表示を信頼したこと、③①に反する行政行為、④相手方の不利益性及び⑤信頼したことについての相手方の帰責事由の有無・程度の 5 つに整理することができる。これは課税処分以外の事案でも用いることができる。

なお、昭和 62 年判決は、「法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。」として、課税処分の信義則違反を厳格に判断すべきと解しているところ、河川管理については、課税処分のように法律による行政の原理が厳格に適用されるわけではないから、信義則違反の要件として「特別の事情」までは要求されないと解すべきである。

(参考答案)

1. Cは、A県の河川課の担当職員Eから、A県の建築指導課の職員Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答を受け、同回答を信頼していたため、同回答と矛盾する本件命令は同回答に対する信頼を侵害するものであり信義則違反として違法であると主張することが考えられる。
2. 元々は民法上の一般原則である信義則（民法1条2項参照）も、行政法上の法律関係に適用されるから、行政が矛盾行為をした場合には、私人の行政に対する信頼保護の観点から、行政活動が違法になることがある。そこで、①行政庁による公的見解の表示の有無、②相手方が当該表示を信頼したこと、③①に反する行政行為、④信頼したことについての相手方の帰責事由の有無・程度、⑤相手方の不利益性を総合考慮して、信義則違反により行政活動が違法であると判断されることがあると解する。

なお、課税処分に関する信義則違反について判断した最高裁昭和62年判決は、租税法律関係については、憲法84条が租税法律主義を定めることにより法律による行政の原理が厳格化されているとの理由から、信義則の適用には慎重さが求められると判示しているが、河川管理については、課税処分のように法律による行政の原理が厳格に適用されるわけではないから、信義則違反の要件として特別の事情までは要求されないと解すべきである。

3. Cは、EからDを介して「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の公的見解の表示を受け（①）、それを信頼していたにもかかわらず（②）、①と矛盾する本件命令を受けている（③）。本件命令により、多額の費用を投入して改築した本件コテージを除去することになるから、Cには多額の経済的不利益が発生する（⑤）。

また、Cは、本件コテージの改築を決断する際に、本件指導に携わるA県の建築指導課の職員Dに対し「本件コテージは河川区域外にあると理解しているが間違いはないか。」と尋ね、Dを介して、「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ、本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨のA県の河川課の担当職員Eの回答を受けている。そうすると、Cは、「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨のEの回答を信頼して、本件コテージは河川区域外にあることを前提として本件指導に従い本件コテージの大規模な改築を行ったといえる。したがって、Eの回答と上記の経済的不利益との間には因果関係がある（⑤）。

確かに、Eによる回答は「測量をしないと正確なことは言えないが、今のところ…」という留保のある曖昧なものであるため、「本件コテージは河川区域外にあると判断している。」旨の回答の信憑性はさほど高くない。したがって、CがEの回答を信用したことには帰

責性が認められる(④)。しかし、2000年から2014年までの14年もの間、本件コテージの建築についてA県知事から河川法上の問題を指摘されることがなかったのだから、CがEの回答を信頼したことに関する帰責性は大きくない(④)。

したがって、本件命令は信義則に違反するというべきである。

よって、Cの違法事由の主張は認められる。 以上

第 2 問

(事案)

株式会社 A は、B 県知事により採石法所定の登録を受けている採石業者である。A は、B 県の区域にある岩石採取場（以下「本件採取場」という。）で岩石を採取する計画を定め、採石法に基づき、B 県知事に対し、採取計画の認可の申請（以下「本件申請」という。）をした。A の採取計画には、跡地防災措置（岩石採取の跡地で岩石採取に起因する災害が発生することを防止するために必要な措置をいう。以下同じ。）として、掘削面の緑化等の措置を行うことが定められていた。

B 県知事は、B 県採石法事務取扱要綱（以下「本件要綱」という。）において、跡地防災措置が確実に行われるように、跡地防災措置に係る保証（以下「跡地防災保証」という。）について定めている。本件要綱によれば、採石法による採取計画の認可（以下「採石認可」という。）を申請する者は、跡地防災措置を、申請者自身が行わない場合に、C 組合が行う旨の保証書を、認可申請書に添付しなければならないものとされる。C 組合は、B 県で営業している大部分の採石業者を組合員とする、法人格を有する事業協同組合であり、A も C 組合の組合員である。

A は、本件要綱に従って、C 組合との間で保証契約（以下「本件保証契約」という。）を締結し、その旨を記載した保証書を添付して、本件申請をしていた。B 県知事は、本件申請に対し、岩石採取の期間を 5 年として採石認可（以下「本件認可」という。）をした。A は、本件認可を受け、直ちに本件採取場での岩石採取を開始した。

しかし、A は、小規模な事業者の多い B 県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保しているので、保証を受ける必要はないと考え、本件認可を受けた 1 か月後には、本件保証契約を解除した。

(設問)

B 県知事は、A が本件保証契約を解除したことを理由として、本件認可を取り消すことができるか。

なお、解答に当たっては、本件要綱により C 組合による保証を受けることを採石認可処分の要件とすることが適法であることを前提にすること。

【資料】採石法（昭和25年12月20日法律第291号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、採石権の制度を創設し、岩石の採取の事業についてその事業を行なう者の登録、岩石の採取計画の認可その他の規制等を行ない、岩石の採取に伴う災害を防止し、岩石の採取の事業の健全な発達を図ることによつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（採取計画の認可）

第33条 採石業者は、岩石の採取を行なおうとするときは、当該岩石の採取を行なう場所（以下「岩石採取場」という。）ごとに採取計画を定め、当該岩石採取場の所在地を管轄する都道府県知事の認可を受けなければならない。

（認可の申請）

第33条の3 第33条の認可を受けようとする採石業者は、次に掲げる事項を記載した申請書を都道府県知事に提出しなければならない。

一～三 （略）

2 前項の申請書には、岩石採取場及びその周辺の状況を示す図面その他の経済産業省令で定める書類を添附しなければならない。

（認可の基準）

第33条の4 都道府県知事は、第33条の認可の申請があつた場合において、当該申請に係る採取計画に基づいて行なう岩石の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業、林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反すると認めるときは、同条の認可をしてはならない。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、職権撤回に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

「本件要綱により C 組合による保証を受けることを採石認可処分の要件とすることが適法であることを前提にする」(設問)ならば、C 組合による保証が認可要件となるため、C 組合との保証契約の解除により認可後に認可要件を満たさなくなる。そうすると、B 県知事が A が本件保証契約を解除したことを理由として本件認可を取り消すことは、本件認可の適法な成立後にその処分要件が事後消滅したことを理由にこれを将来的に無効とするものとして、行政行為の職権撤回に当たる。

職権撤回については、①職権撤回の法的根拠及び②職権撤回の限界が論点となる。

(2) ①職権撤回の法的根拠

受益的行政処分の撤回は実質的には侵害行政であるから、侵害行政法定原則の下で、撤回を授権する特別の法律規定が必要となるのではないかという問題がある。

これについては、職権撤回の理由を㉞要件の事後消滅と㉟その他の新たな事情(義務違反に対する制裁あるいは外在的優越的公益を理由とする撤回のように、行政行為の要件の事後消滅以外の新たな理由に基づいて撤回がされる場合)とに区別した上で、㉞の場合は特別の法律規定が不要であるのに対し、㉟の場合は新たな法律規定が必要であると解されている。

㉞の場合については、事後的に要件を欠くに至った場合に処分庁が責任をもち当該行政行為を撤回するという権限まで付与されているという趣旨を、当該行政行為を行う権限の根拠規定の中に読み込むのである。

判例も、医師会による指定医師の指定の撤回が問題となった事案において、比較衡量の判断を経た上で、「法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限において X に対する右指定を撤回することができるというべきである。」と述べ、㉞の場合について特別の法律規定を不要としている。

前記(1)の通り、本件認可の撤回は、処分要件の事後消滅を理由とするものであるから㉞に当たる。そうすると、岩石採取認可の根拠規定である採石法 33 条によって、認可要件の事後消滅の場合における撤回権限が根拠づけられているといえる。したがって、本件認可の撤回について、撤回を授権する特別の法律規定は不要である。

平成 26 年司法試験設問 2 参考

基礎応用 36 頁 [論点 1]、論証集 9 頁 [論点 1]

最判 S63.6.17・百 I 86

(3) ②職権撤回の限界

授益的行政処分の職権撤回については、行政法関係の安定性保持及び処分の相手方の権利利益・信頼保護の要請にも配慮する必要があるから、その限界が問題となる。

授益的内容を持つ行政処分の職権撤回においては、法律による行政の原理の要請（後発的瑕疵ある行政処分は撤回されなければならないとする法治主義の要請）と私人の信頼保護・法的安定の維持の要請という2つの利益が衝突する。

そこで、授益的内容を持つ行政処分の職権撤回においては、撤回による相手方の不利益を考慮してもなおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合に限って撤回が認められると解する。

判例も、医師会による指定医師の指定の撤回が問題となった事案において、「医師会が…指定医師の指定をしたのちに、Xが法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、Xに対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によってXの被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限においてXに対する右指定を撤回することができるというべきである。」と述べ、比較衡量の判断枠組みにより撤回の限界について判断している。

基礎応用 36 頁 [論点 2]、論
証集 9 頁 [論点 1]

最判 S63.6.17・百 I 86

(4) 参考判例

事案：宮崎県医師会は、旧優生保護法 14 条 1 項に基づき人工妊娠中絶等を行う優生保護医の指定を受けていた産婦人科医 X について、指定後に、人工妊娠中絶の時機を失った女性に出産を勧め、新生児を第三者の実子としてあっせんするという違法行為を繰り返したことを理由として、優生保護医の指定を職権により撤回した。

判旨：「実子あっせん行為は、医師の作成する出生証明書の信用を損ない、戸籍制度の秩序を乱し、実子の親子関係の形成により、子の法的地位を不安定にし、未成年の子を養子とするには家庭裁判所の許可を得なければならない旨定めた民法 798 条の規定の趣旨を潜脱するばかりでなく、近親婚のおそれ等の弊害をもたらすものであり、また、将来子にとって親子関係の真否が問題となる場合についての考慮がされておらず、子の福祉に対する配慮を欠くものといわなければならない。したがって、実子あっせん行為を行うことは、中絶施術を求める女性にそれを断念させる目的でなされるものであって

基礎応用 40 頁 [判例 1]、最
判 S63.6.17・百 I 86

も、法律上許されないのみならず、医師の職業倫理にも反するものというべきであり、本件取消処分の直接の理由となった当該実子あっせん行為についても、それが緊急避難ないしこれに準ずる行為に当たるとするべき事情は窺うことはできない。しかも、Xは、右のような実子あっせん行為に伴う犯罪性、それによる弊害、その社会的影響を不当に軽視し、これを反復継続したものであって、その動機、目的が嬰兒等の生命を守ろうとするにあったこと等を考慮しても、Xの行った実子あっせん行為に対する少なからぬ非難は免れないものといわなければならない。そうすると、…医師会が…指定医師の指定をしたのちに、Xが法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、Xに対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によってXの被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている…医師会は、その権限においてXに対する右指定を撤回することができるというべきである。」

(4) 事例を変えて

仮に、AがC組合との間で保証契約を締結することなく、自ら偽造した保証書を申請書に添付して本件申請を行い、B県知事が保証書の偽造に気が付かずに本件認可をしたところ、後になって保証書の偽造が判明したため職権により本件認可を取り消すことになったという事案では、本件認可にはその成立当初から処分要件を満たさないという原始的瑕疵があるため、本件認可の取消しは講学上の「職権取消し」に当たる。

職権取消しについても、職権撤回と同様、①職権取消しの法的根拠及び②職権取消しの限界という問題がある。

(参考答案)

1. C 組合による保証が認可要件となる場合、C 組合との保証契約の解除により認可後に認可要件を満たさなくなる。そうすると、B 県知事が A が本件保証契約を解除したことを理由として本件認可を取り消すことは、本件認可の適法な成立後に、その処分要件が事後消滅したことを理由にこれを将来的に無効とするものとして、行政行為の職権撤回に当たる。

2. まず、採石法上、本件認可の職権撤回に関する明文規定がないため、職権撤回についての特別の根拠規定の要否が問題となる。

(1) 処分要件が事後消滅した場合には処分庁が当該行政行為を撤回するという権限まで付与されているという趣旨を、当該行政行為の根拠規定の中に読み込むことができる。そこで、処分要件が事後消滅した場合には、当該行政行為の根拠規定が職権撤回の根拠規定となるから、職権撤回についての特別の根拠規定は不要であると解する。

(2) そうすると、岩石採取認可の根拠規定である採石法 33 条によって、認可要件の事後消滅の場合における撤回権限が根拠づけられているといえる。

3. 次に、岩石採取認可が授益的行政処分であることから、その職権撤回の限界が問題となる。

(1) 授益的行政処分の職権撤回には、行政法関係の安定性保持及び処分の相手方の権利利益・信頼保護の要請から制限があり、撤回による相手方の不利益を考慮してもなおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合に限り撤回が認められると解される。

(2) A は、本件認可後、直ちに本件採取場での岩石採取を開始している。A が採石業者の中では大規模な事業者の部類に属することからすれば、A が既に実施している採石採取は大規模なものであることが窺われ、それに伴い相当規模の設備投資をしているといえる。そうすると、A は、開始から約 1 カ月余りで本件認可を撤回されることにより、採取期間 5 年間分の利益をほとんど失うことに加え、相当規模の設備投資のほとんどが無駄になることで、多大な損失を被ることになる。

他方で、岩石採取には災害が発生する危険があり、跡地防災措置は岩石採取に伴う災害の発生を防止することで国民の生命、健康及び財産を保護することを目的とする(採石法 1 条参照)。そうすると、跡地防災措置の確実な履行を確保することを目的とした C 組合による保証が事後的に解除されたにもかかわらず、本件認可に従って A が岩石採取を継続する場合、跡地防災措置が履行されないまま岩石採取が行われ、災害が発生して国民の生命、健康及び財産が害される恐れがある。特に、災害によって生じ得る国

民の生命・健康に対する被害は甚大であるといえる。

もともと、Aは、小規模な事業者の多いB県下の採石業者の中では突出して資本金の額や事業規模が大きく、経営状況の良好な会社であり、採取計画に定められた跡地防災措置を実現できるように資金を確保している。そうすると、Aは、自ら十分な跡地防災措置を実現していると考えられるから、C組合による保証がなくても、跡地防災措置の不履行により岩石採取に伴う災害が生じて国民の生命、健康又は財産が害される事態に至ることは考え難い。このように、本件認可に従ってAが岩石採取を継続することによる公益上の不利益は小さいといえる。

したがって、本件認可の撤回によるAの不利益を考慮してもなおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いは認められない。

よって、B県知事による職権撤回は認められない。 以上

第 3 問

(事案)

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県知事は、Xに対してY県消費生活条例(「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Y県の知事(以下「知事」という。)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と、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。

(設問)

Xは、本件勧告の取消訴訟において、本件勧告のどのような違法事由を主張することが考えられるか。また、当該違法事由は認められるか。

解答に当たっては、本件勧告が「処分」に当たることと、条例が適法なものであることを前提とすること。また、手続上の瑕疵について論じる必要はない。

【資料】 Y 県消費生活条例（抜粋）

（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。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、行政裁量に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 違法事由の主張の構成

ア. 着眼点

論文試験では、取消事由(「違法事由」と呼ぶこともある。)の検討は頻出であり、原告の主張だけが問われる場合、原告の主張と被告の反論が問われる場合、原告の主張とその当否が問われる場合、原告の主張と被告の反論を踏まえた自説が問われる場合、自説だけが問われる場合など、出題形式は様々である。

取消事由の論述は、①処分の実体的要件又は効果に関する裁量権の逸脱・濫用を問題とする場合、②行政裁量がないことを前提として(又は行政裁量を否定した上で)処分要件に関する文言の解釈をしたり、信義則等の一般原則により処分の効果を制限することの可否を論じる場合、③違法性承継、瑕疵の治癒、違法行為の転換、理由の追完・差替えといった論点メインで論じる場合、④処分の手続的要件を論じる場合(行手法所定の理由の提示、聴聞・弁明のほか、個別法や自主条例所定の手続が問題となることもある)などに分類することができる。

なお、取消事由の主張・立証責任は原告側にある。

イ. 本問における違法事由の主張の構成

処分の取消事由を考える際には、㉞処分の実体的要件、㉟処分の手続的要件、㊱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。

(ア) ㉞処分の実体的要件

㉞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。

(イ) ㉟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。

平成30年予備試験設問2参考

基礎応用 224頁、論証集 79頁

問題文 3 段落目における「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平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。

(ウ) ㊦処分の効果に関する判断

㊦については、係争行為である勧告が名宛人側の不利益を伴うものであることと、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、本件勧告には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。

(エ) まとめ

以上より、本件勧告については、要件裁量と効果裁量の双方が認められる余地があるから、両者を区別しながら要件→効果という流れで「行政裁量の存否」と「裁量権の逸脱・濫用」を論じることとなる。

(2) 行政裁量

ア. 条文解釈で書く場合と行政裁量で書く場合の区別

(ア) 内部基準の存否

適法・違法が問題になっている行政処分に関する内部基準（通達、要綱など）がある場合には、行政裁量という法律構成（裁量基準に従った裁量処分又は裁量基準から逸脱した裁量処分）で書くことが求められている可能性が極めて高い。

もっとも、水俣病認定のように、「認定自体は、…確定した客観的事実を確認する行為」であるとして、要件裁量が否定されることもある（この場合、認定に関する内部基準は解釈基準に位置付けられる。）。¹⁾

基礎応用 45 頁・3、論証集 12

頁・1

¹⁾ 最高裁判例には、内部基準がある行政行為について行政裁量を否定したのものもある。最判 H25.4.16 (百 I 75) は、公害健康被害補償法に基づく水俣病認定申請に対する棄却処分の適法・違法が問題となっており、水俣病認定に関する内部基準として昭和 52 年判断条件（一定の症状の組み合わせが認められる場合には水俣病であると認定することが定められている）があったという事案において、「認定自体は、客観的事象としての水俣病のり患の有無という現在又は過去の確定した客観的事実を確認する行為であって、この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではないというべきで

(イ) 問題文等に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合
問題文や会議録に行政庁の判断過程に関する記述が複数ある場合（＝行政庁が考慮した事情・考慮しなかった事情が複数記載されている場合）にも、行政裁量で書くことが求められている可能性が高い。

行政裁量を認めた上で、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的を踏まえて、各々の事情について、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ（重視すべき事情か／重視すべきでない事情か）について検討することが求められている可能性が高いのである。

イ. 行政裁量の存否の判断基準

行政裁量の存否は、法律の文言と判断の性質の両面を考慮して判断する。

当てはめでは、処分の根拠規定で要件や効果についてそのような文言（不確定概念や「できる」）が用いられている趣旨を、処分の性質から導き、行政裁量の存在を肯定する。^{2) 3)}

ウ. 裁量処分の（司法）違法審査の手法

(ア) 裁量処分の取消事由

裁量処分は、裁量権の逸脱又は濫用がある場合に限り、取消事由が認められる（行訴法 30 条）。

もっとも、これは、行政裁量が認められる部分に限ったことである。例えば、ある行政処分について効果裁量のみが認められている場合において、処分要件を満たさないにもかかわらず当該行政処分がなされたというときには、効果に関する裁量権の逸脱又は濫用を問題とするまでもなく、処分要件を欠くという理由により取消事由が認められる。

また、ある不利益処分（行手法 2 条 4 号柱書本文）について要件裁量と効果裁量の双方が認められている場合において、行手法上必要とされる理由の提示（同法 14 条 1 項）の不備が窺われるときにも、裁量権の逸脱又は濫用ではなく、理由の提示に瑕疵があるか、仮に瑕疵があるとしてそのことは不利益処分の取消事由となるのかという形で、当該不利益処分の取消事由の有無を検討することになる。

ある。」として、水俣病認定に関する要件裁量を否定している。

²⁾ 単に「法律が抽象的な要件しか定めていないから要件裁量が認められる」とするのではなく、「法律が抽象的な要件しか定めていないのは、（政治的・専門技術的判断を要する等の）処分の性質に鑑みて、要件の認定につき行政庁の裁量を認める趣旨であると解される」というように論じるべきであろう（事例研究 101 頁）。

³⁾ 不確定概念は、行政庁に独自の判断の余地（行政裁量）を認めるのではなく、裁判所が自ら法律を解釈してその意味を一義的に確定すべきとする趣旨である場合もある。また、「できる」規定は、行政裁量を認める趣旨ではなく、行政庁に当該処分を行う権限を付与する趣旨にすぎない場合もある。

基礎応用 45 頁・4、論証集 12

頁・2

基礎応用 46 頁・1、論証集 12

頁・3

(イ) 実体上の司法審査

a. 社会観念（通念）審査

行政庁の判断が全くの事実（又は重要な事実）の基礎を欠き、又は社会観念上著しく妥当を欠く場合に限って裁量処分を違法とする審査方法であり、事実誤認・目的動機違反・信義則違反・平等原則違反・比例原則違反という裁量判断の結果に着目した審査方法である。^{4) 5)}

b. 判断過程審査

他事考慮・考慮不尽・考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如といった裁量処分に至る判断過程の合理性に着目した審査方法である。

他事考慮：考慮すべきでない事項を考慮した

考慮不尽：考慮すべき事項を考慮しなかった・十分考慮すべき事項を十分考慮しなかった

評価の明白な合理性欠如：重視すべきでない事項を重視した（考慮事項の過大評価）

c. 社会観念審査と判断過程審査を結合させた審査方法

近時の判例は、「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く」という形で、社会観念審査と判断過程審査を結合させることにより、ある程度踏み込んだ審査をする傾向にある。⁶⁾

（論述例）裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる（行訴法 30 条）。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

(ウ) 手続上の司法審査

内部的な審査基準を設定し、場合によっては同基準を適用するうえで必要な事項について申請人の主張と証拠提出の機

⁴⁾ これら 5 つに加え、6 つ目として基本的人権の尊重も挙げる説明もある（櫻井・橋本 115 頁）。

⁵⁾ 重要な事実とは、事実認定の一部に過誤欠落があった場合に判断の結論を左右する可能性のある事実を意味する（探究 234 頁）。

⁶⁾ 近時の最高裁は、「判断過程が合理性を欠く結果、処分が社会観念上著しく妥当を欠く」という形で、社会観念審査の枠組みの中に判断過程審査を位置付けることにより、ある程度踏み込んだ審査をしていると理解されている（基本行政法 141 頁、事例研究 159 頁）。令和 1 年司法試験・採点実感でも、「裁量権の逸脱濫用という一般的な論述はされているものの、その後の本件の事例での当てはめにおいて、調査における考慮不尽イコール裁量権の逸脱濫用とするのみで、その判断過程において社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいえるようなものかという点の検討がされているのかどうか、答案上、明らかでないものがある。」と言及されているので、司法試験委員会も「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場合には、裁量権の逸脱・濫用に当たる」という規範を前提にしているといえる。

会を与える義務があり、この義務違反がなければ異なる判断に到達する可能性があったときには、手続面からみた裁量権の逸脱又は濫用が認められる。

エ. 事案類型ごとの処理手順

行政裁量に関する出題は、主として、①裁量基準に従った裁量処分、②裁量基準から逸脱した裁量処分、③裁量基準とは無関係に判断過程審査をする場合の3つに分類される。

他にも、社会観念（通念）審査をする場合・手続上の司法審査をする場合も想定されるが、少なくとも、これまでの司法試験では出題されていない。

第3問は、裁量基準が存在しないため、③に当たる。

当てはめでは、行政庁が判断過程で考慮した事情・考慮しなかった事情ごとに、裁量処分の根拠規定の趣旨・目的に照らし、考慮すべき事情か、考慮できる事情か、重みづけ（重視すべき事情か、重視すべきでない事情か）について検討する。

他事考慮、考慮不尽、考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如があったからといって、当然に裁量権の逸脱・濫用に当たるわけではない。これらにより判断過程の合理性を欠く結果として「処分が社会観念上著しく妥当を欠く」と評価される場合に初めて、裁量権の逸脱・濫用に当たる。

基礎応用 47 頁・2、論証集 12
頁・4

基礎応用 52 頁(4)、論証集 18
頁(4)

(参考答案)

1. 処分要件の不充足

(1) 条例 48 条に基づく勧告の処分要件は、「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」という 2 段階の構造になっている。

(2) 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) から、「事業者」X「が第 25 条の規定に違反した場合」(条例 48 条) という 1 段目の処分要件に当たらないと主張する。

もっとも、判明している (ア) (イ) の事実からすると、裁判所において、X の従業員による勧誘は条例「第 25 条の規定に違反」とすると判断される可能性が高い。

(3) そこで次に、X は、仮に上記勧誘が不適正なものであり 1 段目の処分要件に当たるとしても、その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) という 2 段目の処分要件に当たらないと主張する。

ア. 行政裁量の存否は、法令の文言と処分の性質から判断する。

条例 48 条は、2 段目の処分要件について、「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」という不確定概念を用いて定めている。それは、条例 48 条に基づく勧告については、消費者問題に関する様々な事情を考慮する必要があることから、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必要があるという趣旨によるものである。そこで、2 段目の処分要件には行政裁量が認められると解する。

イ. 裁量処分の判断過程が合理性を欠く結果、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、当該裁量処分には裁量権の逸脱・濫用があるとして取消事由が認められる (行政事件訴訟法 30 条)。判断過程の合理性は、他事考慮、考慮不尽及び考慮事項に対する評価の明白な合理性欠如の有無により判断される。

前記②の事情は、X による条例 25 条 4 号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おいて考慮すべき事情である。にもかかわらず、知事は、意見陳述の機会における X による②の主張を受け入れなかったのだから、考慮すべき②の事情を考慮しなかったという意味で、考慮不尽が認められる。そして、知事は、その結果として本件勧告を行ったのだから、考慮不尽により判断過程の合理性を欠く結果、本件勧告が社会観念上著しく妥当を欠くといえる。したがって、処分要件に関する裁量権の逸脱・濫用が認められ、本件勧告は違法である。

2. 効果裁量の逸脱・濫用

(1) 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効果裁量の逸脱・濫用により違法であると主張する。

- （２）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。その趣旨は、条例 48 条に基づく措置が不利益処分であるために、違反事由の態様や被処分者側の不利益などを考慮して措置の内容と必要性について知事の判断に委ねることにある。そこで、措置の要否・内容に関する効果裁量が認められると解する。

問題となっている勧誘を行ったのは X の従業員の一部にすぎないから（②）ため、違反事由の態様は軽微であるともいえる。また、X が今後は適正な勧誘をするように従業員に対する指導教育をしているため（③）、X の従業員が不適正な勧誘を継続する危険が相当程度解消されている。にもかかわらず、知事は、②及び③に関する X の主張を聞き入れなかったのだから、考慮すべき②及び③を考慮しなかったという意味で考慮不尽が認められる。

本件勧告がなされた場合、金融機関がそのことを認識して、法令違反を理由として行政上の措置を受けた X は信用できないとして、X に対する融資を停止する可能性がある。A は、金融機関 A から多額の融資を受けていたため、仮に金融機関 A から融資を停止されると、経営に深刻な影響が及ぶことになる。そうすると、本件勧告にはこうした重大な不利益が伴う。にもかかわらず、知事は、この点も考慮していないのだから、考慮不尽が認められる。

そして、知事は、その結果として本件勧告を行ったのだから、考慮不尽により判断過程の合理性を欠く結果、本件勧告が社会観念上著しく妥当を欠くといえる。

したがって、効果裁量の逸脱・濫用が認められ、この意味でも本件勧告は違法である。 以上