

予備試験

平成30年 予備試験論文分析会

憲法・行政法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0⁰001221 186030⁰

LU18603

次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。

A市教育委員会（以下「市教委」という。）は、同市立中学校で使用する社会科教科書の採択について、B社が発行する教科書を採択することを決定した。A市議会議員のXは、A市議会の文教委員会の委員を務めていたところ、市教委がB社の教科書を採択する過程で、ある市議会議員が関与していた疑いがあるとの情報を、旧知の新聞記者Cから入手した。そこで、Xは、市教委に対して資料の提出や説明を求め、関係者と面談するなどして、独自の調査を行った。

Xの調査とCの取材活動により、教科書採択の過程で、A市議会議員のDが、B社の発行する教科書が採択されるよう、市教委の委員に対して強く圧力を掛けていた疑いが強まった。Cの所属する新聞社は、このDに関する疑いを報道し、他方で、Xは、A市議会で本格的にこの疑いを追及すべきであると考え、A市議会の文教委員会において、「Dは、市教委の教科書採択に関し、特定の教科書を採択させるため、市教委の委員に不当に圧力をかけた。」との発言（以下「本件発言」という。）をした。

これに対し、Dは、自身が教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけた事実はなく、Xの本件発言は、Dを侮辱するものであるとして、A市議会に対し、Xの処分を求めた（地方自治法第133条参照）。

その後、Dが教科書採択の過程で市教委の委員に圧力をかけたという疑いが誤りであったことが判明し、Cの所属する新聞社は訂正報道を行った。A市議会においても、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、「私は、Dについて、事実に反する発言を行い、もってDを侮辱しました。ここに深く陳謝いたします。」との内容の陳謝文を公開の議場において朗読させる陳謝の懲罰（地方自治法第135条第1項第2号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この陳謝の懲罰を以下「処分1」という。）。

しかし、Xが陳謝文の朗読を拒否したため、D及びDが所属する会派のA市議会議員らは、Xが処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であるとの理由で、A市議会に対し、懲罰の動議を提出した。A市議会は、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、除名の懲罰（地方自治法第135条第1項第4号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この除名の懲罰を以下「処分2」という。）。

Xは、Dに関する疑いは誤りであったものの、本件発言は、文教委員会の委員の活動として、当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであるから、①自己の意に反して陳謝文を公開の議場で朗読させる処分1は、憲法第19条で保障されるべき思想・良心の自由を侵害するものであること、②議会における本件発言を理由に処分1を科し、それに従わないことを理由に処分2の懲罰を科すことは、憲法第21条で保障されるべき議員としての活動の自由を侵害するものであることを理由として、処分2の取消しを求める訴えを提起しようとしている。

【設問】

Xの提起しようとしている訴えの法律上の争訟性について言及した上で、Xの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

憲 法

憲 法	<p>【資料】地方自治法（昭和22年法律第67号）（抄録）</p> <p>第133条 普通地方公共団体の議会の会議又は委員会において、侮辱を受けた議員は、これを議会に訴えて処分を求めることができる。</p> <p>第134条 普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる。</p> <p>② （略）</p> <p>第135条 懲罰は、左の通りとする。</p> <ul style="list-style-type: none">一 公開の議場における戒告二 公開の議場における陳謝三 一定期間の出席停止四 除名 <p>②・③（略）</p>
------------	--

憲法 解答のポイント

本問においては、(1)法律上の争訟性(裁判所法3条1項)、(2)処分1の憲法19条違反、(3)処分2の憲法21条1項違反が問題となると考えられる。なお、形式の変更はなかったため、Xの主張、A市の反論、私見をそれぞれ適切な分量で書くことが求められていると考えられる。

(1)については、処分1、処分2それぞれが司法審査の対象となる「法律上の争訟」に当たるかが問題となる。「法律上の争訟」については、技術士試験事件判決(最判昭41.2.8)がその対象を「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により最終的に解決することができるもの」としている。そして、最判昭35.10.19/百選Ⅱ[第6版][187]は出席停止処分を法律上の争訟には当たらず、除名処分を法律上の争訟としている。これらの判例を意識しつつ処分1、処分2の「法律上の争訟」性を論じる必要があるだろう。

(2)については、Xが思想・良心の自由が侵害されていることを主張しているから、まず、いかなる思想・良心の自由の制約があるか具体的に論じるとよいであろう。可能であれば謝罪広告事件(最判昭31.7.4/百選Ⅰ[第6版][36]が「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明する…強制執行も代替作為として民訴733条[現民執171条]の手續によることを得る」としていることも踏まえて制約の有無を検討するとよい。認定する制約の強度に応じ、適切な審査基準を定立した上でその合憲性を検討することが求められる。

(3)については、Xが21条1項で保障される政治活動の自由を侵害されていることを主張しているから、まず、いかなる政治活動の自由が制約されているかを具体的に論じる必要がある。そして、制約があるとした場合は政治活動の自由の重要性や、除名処分という制約の重さを踏まえて適切な審査基準を定立する必要がある。そして、定立した審査基準の下での具体的な検討においては、Xの本件発言は名誉毀損罪(刑法230条1項)の構成要件に形式的には該当するものの、「相応の根拠に基づいて行った正当なもの」であるから犯罪の故意がない(最判昭44.6.25/百選Ⅱ[第7版][21])とされることも踏まえて、地方自治法135条各号の懲罰の中で最も重い除名処分をするのは重過ぎるのではないか等を説得的に論じることが必要である。

憲法 解答例

第1 Xの憲法上の主張

1 19条違反について

- (1)ア 自己の意に反して陳謝文を公開の議場で朗読させられない自由を侵害するとして、処分1につき19条違反の主張をする。
 イ 19条は、人の内心における物の見方とそれに基づく行動を強制されない自由を広く保障しており、意に反して陳謝文を朗読させられない自由は、かかる自由の範囲内で保障されるからである。
- (2)ア そして、処分1は、相応の調査を行った上での発言につき自らが謝罪する必要はないとの考え方に反した謝罪行為を強制する、強度の制約である。
 イかかる強度の制約が許されるかについて、19条で保障される思想・良心の自由は、精神的自由権の中核をなし、これが損なわれると民主政での回復が困難であり、また、司法判断が容易であることから、厳格な基準によるべきである。
 ウ そこで、目的が重要で、手段が必要最小限度のものではない限り、違憲となると解する。
- (3)ア 本件について検討するに、処分1の目的は、議会における一定の非違行為を正す、品位保持・規律維持を目的とする重要なものである。
 イ 他方、非違行為を正すには、一定の陳謝文の朗読を強制せずとも、行為者本人の言葉で弁解を含めた見解や反

省を述べるよう促すこともでき、必要最小限の手段とはいえない。

ウ 以上より、処分1は違憲である。

2 21条違反について

- (1) 議会における追及をするという議員としての行為を契機として除名という不利益を受けており、政治活動の自由(21条1項)を侵害するとの主張をする。21条1項は政治家としての言論行為をして不利益を受けない自由も保障するからである。
- (2)ア 次に、処分2はXの議員としての地位を失わせ、議会での活動をできなくする点で強力な制約である。
 イ 違憲審査基準については、思想・良心の自由同様、精神的自由権であることに鑑み、目的が重要で、手段が必要最小限度となる厳格な基準を用いるべきである。
- (3)ア 本件で処分2の目的は、議会における懲罰の実効性を確保する重要なものである。他方、確かにXの行為は名誉毀損罪(刑法230条1項)の構成要件に該当しているものの、相応の調査をしているためXの発言は故意を欠き、悪質ではない。そのようなXの行為に対して、より軽度の出席停止もあり得るため(地方自治法135条1項3号)、処分2は必要最小限度の手段ではない。
 イ したがって、処分2は違憲である。

第2 想定される反論

- 1 法律上の争訟(裁判所法3条1項)ではないこと
処分1も処分2も地方議会における内部行為であり、法律上の争訟性がなく、司法審査が及ばないと反論する。
- 2 法律上の争訟であっても処分が合憲であること
 - (1) 法律上の争訟であっても、処分1は法135条に定められた、陳謝の手段として相当なものであり、合憲である。
 - (2) 次に、処分2は、言論の自由を制約するものであるが、合憲である処分1に基づき、また議会の自律性が強く認められ、手段として広範な裁量が認められる。

第3 自己の見解

- 1 法律上の争訟について
 - (1) まず、法律上の争訟とは、①当事者間の具体的法律関係の存否の紛争に、②法律を適用することで終局的解決を図る場合に認められると解する。
 - (2)ア これを各処分について検討するに、まず、処分1は、議会における発言が侮辱に当たるとして陳謝文の朗読をさせるものであり、侮辱行為の当否について法律を適用して終局的解決を図ることができるものではない。このため、②を欠き、法律上の争訟に当たらない。
 - イ 他方、処分2は、A市議会議員としての地位を失わせるものであり、地位の有無について法律を適用して終局

的解決を図り得る。よって、法律上の争訟にあたる。

- 2 処分2の合憲性について
 - (1) 地方議会における議員の発言は、適法乃至相当なものである限り、強い保障がされるべきである。他方、地方議会は、選挙された議員により構成されるため自律性が高い。このため、議会での非違行為への制裁には手段の幅広い裁量が認められる。よって、審査基準は厳格であるべきではなく、目的が重要で、手段に実質的関連性がない場合に合憲と解する。
 - (2) 本件で、処分2の目的は、議会の品位保持と考えられ、民主政における議論の場として議会があることから、目的は重要である。他方、手段についてはどうか。Xが相応の独自調査をしたとはいえ、調査の根拠となったCの所属する新聞社が訂正報道を行う等、Dへの疑惑は事実無根である以上、Xのした追及も根拠がない。そして、根拠のない追及が侮辱に当たる以上、Xが陳謝文朗読の処分を受けるのは当然であり、これに従わない者は、議会の品位保持を損なう。このため、かかる議会の品位を傷つける議員への除名という厳格な処分は、議会の品位保持を確保することに特に資するものであるから、目的との実質的関連性がある。
よって、処分2は合憲である。 以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

【憲法】		論述した	ある程度 論述した	全く触れ なかった
法律上の争訟	裁判所法3条1項（法律上の争訟）の指摘	78.9%	10.5%	10.5%
法律上の争訟	技術士試験事件ないし板まんだら事件などを踏まえて処分1、処分2の法律上の争訟性を論じている。	15.8%	39.5%	44.7%
法律上の争訟	地方議会議員出席停止事件判決などを踏まえて処分1、処分2の法律上の争訟性を論じている。	36.8%	34.2%	28.9%
処分1	具体的にどのような自由が憲法19条で保障されているか。	50.0%	44.7%	5.3%
処分1	処分1が思想・良心の自由を侵害しているかについて謝罪広告事件を意識して論じている。	55.3%	39.5%	5.3%
処分2	具体的にどのような自由が憲法21条1項で保障されているか。	57.9%	34.2%	7.9%
処分2	除名処分が政治活動の自由を制約していること	47.4%	39.5%	13.2%
処分2	政治活動の自由の重要性や、制約の強度等を踏まえて違憲審査基準を設定している。	47.4%	31.6%	21.1%
処分2	除名処分の目的について触れている。	31.6%	28.9%	39.5%
処分2	違憲審査基準にしたがったあてはめの中でXの行為が名誉毀損の故意がないことに触れている。	15.8%	21.1%	60.5%
処分2	違憲審査基準にしたがったあてはめの中で除名処分の重さについて触れている。	39.5%	28.9%	31.6%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

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)。

行政法	<p>【資料】</p> <p>○ Y県消費生活条例</p> <p>(不適正な取引行為の禁止)</p> <p>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。</p> <p>一～三 (略)</p> <p>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。</p> <p>五～九 (略)</p> <p>(指導及び勧告)</p> <p>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。</p> <p>(意見陳述の機会の付与)</p> <p>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。</p> <p>(公表)</p> <p>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。</p> <p>(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。</p>
------------	---

行政法 解答のポイント

本問は、設問1において(1)勧告の処分性、(2)公表の処分性、設問2において(3)勧告に関する裁量の逸脱濫用が問題となると考えられる。

(1)については、まず①勧告が原則として行政指導(行政手続法2条6号)としてなされる事実行為である点、②条例48条が指導と勧告を並列的に規定している点の指摘を、Y県側の反論として述べる必要がある。

これに対してX側の主張として、①条例は明確に指導と勧告を区別している点、②勧告しようとするときは意見陳述の機会を与えなければならない点、③勧告による法効果性、紛争の成熟性を述べるべきであると考えられる。①については、条例49条が勧告についてのみ意見陳述を規定している点や、条例50条が公表の要件として勧告に従わない場合のみを規定していることから、条例が指導と勧告を明確に区別している点を指摘することが求められる。②については、意見陳述の機会の付与が、不利益処分について求められる行政手続法13条1項1号の聴聞と類似しており、条例が勧告を不利益処分として想定している点の指摘が求められる。③については、公表による不利益の程度が極めて大きいこと、勧告に従わなかった場合には相当程度の確実性をもって公表がされると考えられること、それによりXが公表を避けるために事実上勧告に従わざるを得なくなり、勧告に従うべき義務が観念できること、後述のように公表によって生じる不利益は公表がなされた後に訴えて提起しても防げない性質のものであることなどを指摘することが求められる。また、公表に後続する制裁がないことから、この事実を持って権利救済の実効性、紛争の実効性を論述することも考えられる。

(2)では、Y県側の反論として、公表は一般消費者に対する情報提供に過ぎず、法的効果のない単なる事実行為である旨の指摘をする必要がある。

これに対してX側の主張として、①公表に法的効果を認める、②公表を継続的権力的事実行為と捉えるという主張が考えられる。①については、公表が法令違反の事実を対外的に周知するものであり、それによって生じる信用低下等の不利益は原状回復が困難な性質のものであること、現にXは金融業者Aから「信用を失墜すれば、融資を停止せざるを得ない」旨の通告を受けていることなどから、公表によって生じる不利益が、もはや事実上の効果であるといえず法的効果と評価すべきことを、説得的に論述する必要がある。②については、初めに継続的権力的事実行為にも処分性が認められることを述べた上で、氏名等の公表が継続的になされるか、公表による周知が継続的なものになることを指摘することが必要になる。

(3)では勧告をなしたことに関する裁量権の逸脱濫用が問題となる。意見陳述におけるXによる①の主張は、Xの従業員による勧誘が条例25条4号に該当しないと主張であると考えられるが、Xの従業員による勧誘が条例25条4号に該当することは明らかであると考えられる。Yの反論としてはこの点を述べればよいものと考えられる。

条例48条の要件裁量違反について、Yとしては事実調査の結果(ア)(イ)からすれば、「消費者の利益が害されるおそれがある」ことは明らかである旨の反論が考えられる。これについてXとしては、意見陳述における②、③の主張をなすべきであると考えられる。すなわち、不適切な勧誘をしたのが従業員の一部であり、それらの従業員に対しても適切な勧誘するように指導教育したことからすれば、もはやXの従業員によって「消費者の利益が害されるおそれがある」ということはできないとの主張を説得的になす必要がある。Y県が事実調査の結果のみを不当に重視しており、Xの意見陳述を何ら考慮していない点を指摘する必要がある。

また効果裁量違反についても、同様の主張反論により、48条が他に規定する指導ではなく勧告をなす必要性があったかどうかを論述することとなる。

行政法 解答例

第1 設問1

1 XIは、本件勧告及び本件公表につき、以下のように、行政事件補償法(以下「補償法」とする。)3条2項(いう、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(以下「処分」とする。))に当たると主張すべきである。

2 「処分」とは「公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」であり、①公権力性 ②直接・具体的法効果性、が必要とされる。また、抗告訴訟が行政庁の処分に対する不服(つまり、救済のための手段であることから)、③実効的権利救済の観点から抗告訴訟を認める合理性があるか否かという視点も考慮に入れる。

3(1)本件勧告について

ア 本件勧告は、条例48条に基づき、Y県知事から、XIに対して、一方的になされるものであるから、①公権力性は当然認められる。

イ ②について、Y県から、本件勧告は、事実的行為であって法的効果を有しない、との反論が想定される。条例48条が、「指導」と「勧告」を並列例示して、同様の法的性質を有するものとする建付けとしており、条例50条の規定のほか、勧告に従わなかった場合の制裁を科する規定が存在しないことが根拠として挙げられる。

これに対して、Xとしては、条例50条が、「勧告に従わぬときは、その旨公表する」としていることから、本件勧告により、公表という制裁手段をもって、XIに勧告内容に従うべき義務が生じるため、本件勧告は事実的行為にとどまらず直接・具体的法効果性を有すると主張すべきである。また、条例49条は、勧告のみを取り上げ、事業者に対する意見陳述の機会を付与することと定めているため、勧告が指導と同様の性質を有するものとする建付けになっているとは必ずしも言えない。意見陳述の機会の付与は、不利益処分をする場合の

手続である(行手法13条1項参照)ことに鑑みると、条例の建付けは、むしろ勧告を指導とは別に、不利益処分であることを前提とするものであるということが出来る。

したがって、本件勧告は②直接・具体的法効果性を有する。

ウ ③について、条例50条は、「勧告に従わぬときは、その旨を公表する」ものとしている。事業者が行政の勧告に従わぬ旨が公表されると、当該事業者の社会的・経済的信用は著しく害される恐れがある。社会的・経済的信用は、一度失ってしまうと取り戻すことが容易でないため、Xの権利救済の実効性確保の観点から、公表後の取消訴訟ではなく、公にされる前段階の勧告の取消しを求めて公表を事前防止が必要がある。この点で、勧告の取消訴訟を提起する合理性がある。

エ 以上のことから、XIは本件勧告が処分に当たると主張すべきである。

(2)本件公表について

ア 本件公表は、条例50条に基づき、Y県知事が、一方的に行うものであるから、①公権力性は当然認められる。

イ ②直接・具体的法効果性について、Y県から、条例は公表後も不公正な取引行為を継続した場合の罰則等の制裁がないことを根拠に、本件公表は事実を公にするものであって、何らの法的地位の変動も生じさせない事実行為に過ぎないとの反論が想定される。

これに対して、Xとしては、上述の通り、公表により社会的・経済的信用が害される恐れがあるため、本件公表はXのこのような利益を侵害する法的効果を有すると主張すべきである。公表後の制裁規定がないことについては、公表が勧告に従わぬ場合の制裁として規定されている以上、更なる制裁が置かれていなくとも、それによって法効果が生じるものではないとはいえない。

したがって、本件公表は②直接・具体的法効果性を有する。

ウ ③について、条例上、公表のあとに後続する処分は予定されていないため、Xの実効的権利救済のため本件公表の取消訴訟を提起することには合理性がある。

エ 以上のことから、Xは本件公表が処分にあたると主張すべきである。

オ 仮に、本件公表が事実行為であり②直接具体的法効果性が認められないとした場合、本件公表は継続的権力的事実行為であるから処分にあたると主張すべきである。改正前行政不服審査法2条1項が、継続的権力的事実行為が処分に当たるとを明言しており、その解釈は改正後も変わらないと考えられている。本件公表は、Y県知事が一方的に本件勧告に従わない旨を継続的に公にする事実行為であるから、継続的権力的事実行為に当たるといえる。

カ 以上のことから、Xは本件公表が処分に当たると主張すべきである。

第2 設問2

1 Xは、以下のように、本件勧告は、行訴法30条に反し違法と主張すべきである。

2 要件裁量について

(1) 本件勧告を定める条例48条は、要件として「消費者の利益が害されるおそれがあると認めるとき」としている。害される「おそれ」という抽象的な文言を用いており、また消費者の利益というものは広汎なものが想定され、そのおそれがあるか否かは行政の政策的・専門的な判断が求められるものといえるため、その判断はY県知事の裁量に委ねられている。

行訴法30条は、裁量の逸脱・濫用のあるとき当該処分が違法となるとしている。裁量の逸脱・濫用は、例えば、処分行政官が考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮したり、考慮事項についての評価が妥当でない場合に認められる。

(2) この点、Y県からは、Y県に多数寄せられたXについての苦情を受け、調査した結果、Xの従業員の一部が条例第25条第4号に該当する不適正な取扱い行為を行っていることが半明し

ており、消費者はXとの契約において正常な判断を下すことが出来ない状況にあるため、消費者の利益が害されるおそれがあると判断することは合理的であるとの反論が想定される。

これに対して、Xとしては、意見陳述の機会において、不適正な取扱い行為を行ったのはあくまで従業員の一部であること、当該従業員に対して既に適正に勧誘するよう指導教育していることを主張したにもかかわらず、Y県知事はこれら一切受け入れていないとの再反論が考えられる。従業員の一部が行っているに過ぎない以上、消費者に対する影響も多大でないといえる。その影響も指導教育により改善されているため、今後消費者の利益を害する恐れはないといえる。したがって、これらの事情は本件勧告をする上で考慮すべき事情であったのに考慮を怠っており、Y県の調査の結果を不当に過大に考慮したものであるといえる。

(3) よって、本件勧告は要件裁量に裁量の逸脱・濫用があり、行訴法30条に反し違法である。

3 効果裁量について

(1) 本件勧告を定める条例第48条は、「指導し、又は勧告することができる」とし、知事に指導又は勧告をするか否か、するとして指導か勧告か、との判断を委ねているため、効果裁量が認められる。裁量の逸脱・濫用は、当該裁量判断が比例原則に反している場合にも認められる。

(2) Y県からは、Xが不適正な取扱い方法を行っていた以上、これを是正する必要がある、手段としても過大ではない、との反論が想定される。

これに対して、Xとしては、既に不適正な取扱い方法を行った従業員には指導教育を施しており、Xにさらに勧告を行うだけの必要性を欠くということが出来る。また、不適正な取扱い方法を行ったのは、従業員の一部に過ぎず、これを是正するための手段として、指導ではなく条例第50条の公表という制裁手段の前提となる勧告という手段を採ることは過大であり、相当性を欠くということが出来る。したがって、Y県知事の本件勧告をする行為は比例原則に反する。

(3) よって、本件勧告は裁量の逸脱・濫用があり、行訴法30条に反し違法である。以上

論点リサーチ 中間発表

※ リサーチ参加者がマークしていない場合、合算値が100%にならない場合があります。

	【行政法】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問 1	処分性（行政事件訴訟法3条2項）の定義を述べている。	92.1%	7.9%	0.0%
設問 1	勧告が基本的には行政指導（行政手続法2条6号）として行われるものであって、法的効果のない事実行為であることの指摘	50.0%	31.6%	18.4%
設問 1	勧告（条例48条）が指導と共に規定されており、法的性質の類似性が推認できる点を指摘していること	18.4%	23.7%	57.9%
設問 1	条例49条が勧告について、意見陳述の機会を付与している点において、不利益処分における手続と類似している点の指摘	31.6%	26.3%	39.5%
設問 1	条例49、50条が指導と勧告について明確に区別していることを指摘している。	15.8%	13.2%	71.1%
設問 1	公表による不利益が極めて大きく、Xが勧告に従わざるを得なくなる点を指摘していること	68.4%	23.7%	7.9%
設問 1	勧告に従わなかった場合には公表が相当程度の確実性をもってなされるといえることを指摘している。	52.6%	23.7%	23.7%
設問 1	公表は一般消費者に対する情報提供に過ぎず、法的効果のない単なる事実行為である旨を指摘している。	60.5%	31.6%	7.9%
設問 1	公表によって生じる信用低下等の不利益は原状回復が困難であり、もはや法的効果であると評価すべきであることの指摘	34.2%	44.7%	21.1%
設問 1	継続的権力的事実行為も処分性を有することを指摘している。	2.6%	5.3%	92.1%
設問 1	公表が継続的になされるか、公表による周知が継続的なものになることを指摘している。	2.6%	21.1%	76.3%
設問 2	条例48条に基づく勧告に、Y県の要件裁量、効果裁量が認められるか指摘している。	52.6%	28.9%	18.4%
設問 2	Y県の反論として、事実調査の結果（ア）（イ）からすれば、「消費者の利益が害される」ことは明らかである旨の指摘	28.9%	31.6%	39.5%
設問 2	意見陳述②、③の事実からすれば、もはやXの従業員によって「消費者の利益が害されるおそれ」はないとのXの主張	44.7%	26.3%	28.9%
設問 2	Y県が事実調査の結果のみを不当に重視しており、Xの意見陳述を何ら考慮していない点を指摘している。	42.1%	21.1%	36.8%
設問 2	効果裁量についても、要件裁量と同様の主張反論を展開している。	36.8%	23.7%	36.8%
設問 2	指導と勧告どちらが適切であるかを論述している。	21.1%	18.4%	57.9%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18603