

第1 設問1について

1 (1)について

- (1) 「処分」とは、①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②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③法律上認められているものをいう。
- (2) 本件解職勧告は、法56条7項に基づいて(③充足)、公権力の主体たるB県知事が優越的地位に基づき一方的に行ったものである(①充足)。
- (3) 本件解職勧告は、事実行為であり、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ものにあたらず、②要件を充足しないのではないか。

ア 医療法の病院開設中止勧告事件の最高裁判決は、先行行為がなされれば、相当程度の確実さをもって、後行処分が行われて病院の開設を中止せざるを得ないような重大な結果がもたらされることから、例外的に処分性が認められたものである。

イ 本件解職勧告は②要件を充足するとの主張に対し、本件解職勧告が行われたとしても、相当程度の確実さを持って、Cが解職されるとはいえない。また、Cが役員から解職されるのみであり、Aの経営が困難になるような重大な結果がもたらされるわけでもないため、処分性は認められないとの反論が考えられる。

もともと、CがCをAの役員から解職する理由がないことを弁明したにも関わらず、B県知事が本件解職勧告を行なっていることからすると、Cが本件解職勧告に従うつもりが無い以上、Cは相当程度の確実さを持って解職されるといえる。また、Cが役員から解職された場合、役員としての地位を失うのみならず、Aは理事長を失うこととなり、その経営の継続が困難になるような重大な結果がもたらされるといえる。

したがって、例外的に処分性が認められ得る。

ウ 本件解職勧告は②要件を充足するとの主張に対し、本件解職勧告は「名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分」(行政手続法(以下、「行手」という。)13条1項1号ハ)にあたり、行手法上は弁明の機会の付与(同条2項)の対象とならないことから、処分にあたらないと反論することが考えられる。

もともと、法56条9項は、社会福祉の場面において、特に処分と同様に弁明の機会が必要であることから設けられたものと考えることができ、また、行手法13条1項2号は、13条1項1号ハに該当するような場合に処分と同視し得るとして、弁明の機会を付与することを排除する趣旨ではないと考えられる。そのため、本件解職処分は処分と同視しうるものとして弁明の機会が付与されたと考えられる。

エ よって、本件解職勧告は、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ものとして、②要件を充足する。

- (1) よって、本件解職勧告は、処分に該当する。

2 (2)について

- (1) 取消訴訟の原告適格を有するのは、「法律上の利益を有する者」(9条1項)であるとこ

ろ、「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いう。そして、形式的には処分の相手方以外の第三者に当たる場合であっても、処分の相手方に準ずるものに当たる場合には、「法律上の利益を有する者」にあたるとして、原告適格が認められる。

- (2) CはAの理事長であり、DはAの業務執行理事（法45条の16第2項2号）である。理事は、社会福祉法人に必ず設置しなければならない（法36条1項）ものであり、忠実に職務を行う（法45条の16）ものとして理事会（法45条の13第1項）を構成している。また、理事会は、「理事の職務の執行の監督」（法45条の2第2項2号）を職務とするところ、本件解散命令は、法27条及び本件改善会命令に違反したことを理由として行われており、これは理事の職務の執行の監督という理事会の職務を全うできていなかったことに起因すると考えられる。そして、Dが非協力的な態度により本件調査を怠ったためにAが法27条及び本件改善命令に違反するに至っているから、Dは実質的にはAと同視でき、処分の相手方に準ずるものに当たると考えられる。

- (3) よって、Dに原告適格が認められる。

第2 設問2について

1 (1)について

- (1) 「損害」には、処分との間で相当因果関係のある損害を含み、他方で、取消判決によって当然に救済を受けることのできる損害を含まないと解する。そして、「重大な損害」に当たるか否かは、25条3項の判断要素を勘案して判断する。
- (2) Aは、本件解散命令によりAが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、多数のAの福祉サービス利用者に、福祉サービスを利用できなくなることにより日々の生活やそれによる健康が害されるという程度の大きな損害が生じ、このような日々の生活や健康等の損害は、損害の回復が困難であると主張する。また、利用者を得るにあたり信頼が重要な要素となる社会福祉業において、一旦本件解散命令が出されてしまうと、取消訴訟により本件解散命令が取り消されたとしても失われた信頼を回復することは難しく、利用者を獲得することが困難となることが予想される。そうすると、Aの従業員は、長期にわたり安定した収入や職を得ることができなくなり得、日々の生活を維持することができなくなるといふ損害が生じ、この損害は回復困難であると主張する。これに対し、B県は、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解決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いわざるを得ず、Aの福祉サービス利用者の待遇が悪化し、かえって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になり得ると反論することが考えられる。もっとも、本件解散命令は、B県が想定しているような福祉サービス利用上の被害が生じる危険性が高まった場合に直ちに行うことができる性質のものであり、Aが本件解散命令を受けた場合に高い確率で発生しうるAの主張する損害をまずは防止すべきであり、本件解散命令による「重大な損害」は認められると主張すべきである。

2 (2)について

- (1) 本件取消訴訟の取消しの対象である本件解散命令につき、法 56 条 8 項は、「解散を命ずることができる」と定めている。また、「他の方法により監督の目的を達することができない」か否かは、所轄庁の専門技術的な判断に委ねられている。そのため、B 県知事には、本件解散命令を行うにつき、裁量が認められているといえる。
- (2) 本件解散命令に裁量の逸脱濫用があるとして、違法となるか。
- ア 行政庁の判断が、重要な事実の基礎を欠くか、判断過程に誤りがある等の結果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は、その裁量権の逸脱濫用があったものとして違法となる。
- イ B 県知事は、C 自身は A の運営改善に向けて努力していることを考慮せず、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ないとして、「他の方法により監督の目的を達することができない」として、直ちに本件解散命令を選択したことに考慮不尽があるといえる。
- ウ 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、そのことを考慮しておらず、考慮不尽及び事実の重みづけに誤りがあるといえる。
- エ 本件解職勧告の拒否を本件解散命令において重視しており、他事考慮及び事実の重みづけに誤りがあるといえる。
- オ 類似すると考えられる事案では、解散までは命じられておらず、一方で、A よりもはるかに資金規模の小さい法人において、1 億円が使途不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、理事長自身が事案の解明にも全く協力せず、破産の危機にまで陥ったというより悪質性の高い事案において、はじめて解散が命じられていることからすると、本件解散命令は不当に重い処分であり、比例原則違反があるといえる。
- カ よって、A は、本件解散命令は以上の通り、裁量権の逸脱濫用が認められるとの違法事由を主張すべきである。

以上

2023 司法試験 行政法 再現答案

設問 1

第 1 (1) について

1、本件解職勧告が処分に該当するか。

(1) 処分(行政事件訴訟法(以下略)3条2項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、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るものをいう。

(2) ア、 本件解職勧告は、法56条7項に基づきなされているものである。この勧告は、相手方の任意の協力のもとにおいてなされる行政指導である(行政手続法32条1項)。行政指導は、上記の性質から、権利義務の変動がなく、法的効果をともなわないので、原則として処分性は認められない。

イ、 これに関する判例として、病院開設中止の勧告についての判例がある。同判例の内容は次の通りである。すなわち、病院開設中止の勧告は行政指導であるが、これに従わない場合は、後に予定されている医療保険指定手続きにおいて、指定を拒絶する処分がなされる運用がなされていた。病院にとって、医療保険が使えないと病院を運営することは事実上ほぼ不可能であり、病院としては、上記の勧告に従わざるを得ない。当該勧告のもつ、このような実質的な権利義務、法的地位の変動の側面をふまえ、処分性が認められると裁判所は判断した。

ウ、 他方で、本件解職勧告の場合、当該勧告に従わなかったことを理由としてなされ、かつ勧告に従わざるを得ないような効果をともなう後続処分は予定されておらず、上記判例とは事案がことなるため、判例の射程が及ばない。

(3) また、勧告に対して、罰則が設けられている場合には、実質的にみてそれに従う義務を課されたのと同視できうため、処分性が肯定される要素なりうるところ、本件では、罰則は設けられていない。

(4) ア、 これに対して、勧告に対して、弁明の機会の付与がなされている場合には、処分性を肯定する要素になりうるところ、法56条9項は、本件勧告をする際には「弁明する機会」の付与を必要としているから処分性が認められるとの反論が想定される。

イ、 これについて、行政手続法13条1号ハは、不利益処分をしようとするときに、聴聞を必要とする場合として、役員の解任を「命ずる」不利益処分をあげている。

しかし、本件は、勧告であり、同号にあたらない。このような行政手続法の規定を考慮すると、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。

2、 以上より、本件勧告は、行政指導であり、相手方の同意を得ることなく一方的になされることから、公権力性はあるが、法的効果が認められないため、処分性は認められない。

第 2 (2)

1、 Dに本件解散命令の取消訴訟の原告適格が認められるか。

(1) 原告適格は、「法律上の利益を有する者」に付与される(9条1項)。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るおそれがあり、又は必然的に侵害される者をいう。

また、原告適格は、特定の訴訟物について誰が訴訟追行し、本案判決の名宛て人となるのが有効適切かという観点から決せられる。

(2) Dは、Aの業務執行理事(法45条の16第2項2号)であり、当該社会福祉法人の業務を執行する者である。そして当該「業務」には、Aを名宛て人とする裁判の訴訟追行等も含まれると解する。

2、以上より、Dは、本件解散命令の取消訴訟について、訴訟追行し、本案判決の名宛て人となるのに有効適切な者であり、本件解散命令の相手方に準ずる者として原告適格が認められる。

設問2

第1 (1)

1、弁護士に対する業務停止3カ月の懲戒処分についての執行停止を認めた判例について、弁護士業にとっては、信用は特に重要な要素であるところ、上記の処分を受けると、その弁護士事務所の信用は失墜し、既存の顧問先を失い、例えば3カ月の期限付きの業務停止であっても、その後に従前と同様の弁護士業務を行うことは著しく困難となる。このような損害の性質・程度等に鑑み、裁判所は、「重大な損害」を認定し、執行停止を認めた。

2、これを踏まえて、Aは、本件申立てにおいて、「重大な損害」(25条2項)について、次のような主張をすると考えられる。

(1) 損害の性質及び程度(同条3項)

ア、本件解散命令がなされると、Aは、現に経営している社会福祉事業を継続出来なくなる。そればかりでなく、同命令により、Aは、社会的信用を失い、別法人として同様の事業を行うことも著しく困難となるという不利益を被る。

イ、また、Aは、複数の社会福祉事業を経営している法人であるから、Aが事業を継続出来なくなると、多数の利用者や従業員にも不利益が及ぶ。

(2) 処分内容及び性質(同条項)

ア、これに対して、B県は、つぎのように反論する。すなわち、Aは、本件改善勧告・命令を経ても、依然として具体的な改善策が示されないことからすれば、Aの経営基盤は不安定といえる。これを放置すれば、Aの利用者の待遇が悪化、福祉サービス利用上の被害が及ぶから、本件解散命令の執行停止をすることは許されないとB県は反論する。

イ、これに対して、A県は次のように反論する。すなわち、Aは、本件改善命令等に対して、理事長のCが、各理事に本件調査に協力するよう働きかけるなど真摯な対応をしていたが、Dが非協力的であったために、本件調査がうまくすすまず、具体的な改善策をしめすことができなかったのである。

このような事情がふまえると、本件改善命令等を経ても、A が迅速に具体的な改善策が示されなかったことのみをもって、A の経営基盤は不安定などと結論づけることはできず、A の経営基盤が不安定であるということを前提とする B 県の反論は妥当とは言えない。

(3) 以上より、上述の損害の性質・程度に鑑みると、本件解散命令による損害の回復は著しく困難なものであり、B 県の反論も妥当ではないことから、「重大な損害」は認められると A は主張すべきである。

第2 (2)

1 (1) 本件解散命令は、法56条8項に基づきなされている。同命令の要件として、「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」「正当の事由」が定められており、これらは文言上抽象的で、政策的な判断を要することから B 県知事には本件解散命令についての裁量が認められる。

(2) そのため、当該処分について、重要な事実の基礎を欠くか、又は考慮すべき事項が考慮されていない等、その判断過程が合理性を欠き、裁量権の逸脱・濫用が認められる場合には、違法となる(30条)。

2 (1) 本件で、上述のように、C 自身は、本件調査に協力するよう各理事に働きかけるなど、運営改善に向けて努力しているが、この事情は本件解散命令において十分に考慮されておらず、考慮不尽がある。

他方で、今回の不正は D の個人的な不正が原因であり、それを B 県知事は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おり、重視すべきでない事情を重視しているという点で判断過程に瑕疵がある。

(2) ア、さらに、A と同等の新社規模の法人が理事に対して1億5000万円貸し付けた類似事案では、解散命令をだしていないのに、A に対しては、本件解散命令を出していることから比例原則に反する。

イ、これに対して、B 県は、他の類似事案では、解散命令を出しているから比例原則に反しないと反論する。しかし、その事案は、当該貸し付けにより、破産の危機に陥った事案であり、A の場合は、破産の危機に陥ったわけではなく、事案が異なるため、この反論は失当である。

3、以上より、考慮不尽、比例原則違反などがあり、裁量権の逸脱・濫用が認められ、本件解散命令は違法である。

以上

コメントの追加 [Y.K1]: コメント

時間がなく、全体的に雑な論述になってしまった。

設問 1

(1)

・相当程度の確実さをもって解散がなされるし、解散したら事業を事実上継続できなくなるから、不利益は重大である。

・一度解散してから争えというのは酷であるため、この時点で争う紛争の成熟性がある。そのため、処分性ある。

(2)

解散によって D は A の役員であるという地位を直接剥奪されることになる。

そのため、自己の権利が害されるものとして、原告適格が認められる。

設問 2

(1)

・営業ができなくなると、倒産し、信用が傷つくが、信用は回復困難であるという損害の性質や回復困難の程度。

・利用者や従業員に不利益が及ぶという処分の性質。

これらからすると、重大な損害が認められる。

(2)

・改善するための努力を考慮していないため、考慮すべきことを考慮していない。

・本件解職韓国の許否を本件解散命令において重視するのは評価の明白な合理性の欠如。

・他の事案と比較すると、解散命令まで出すのはやり過ぎだから、比例原則違反。

行政法

第1 設問1(1)

1 本件解職勧告は「処分」(行政事件訴訟法(以下略)3条2項)にあたるか。

(1)「処分」とは、公権力の行使又は公共団体の行為のうち、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をいう。

具体的には、公権力性、法効果性を考慮し、実効的権利救済の見地を加味して判断すると解する。

(2)本問では、同勧告はB県知事が、その優越的な地位に基づいて、一方的に行うものであるから、公権力性が認められる。

次に、同勧告は医療法判例の事案と同様に、行政指導(行政手続法2条6号)に過ぎず、同勧告の不遵守に対する罰則規定もないことから、国民に対する拘束力を持たないと思える。

ここで、同判例と同様に、先行処分が行政指導であっても法効果が認められるとの反論が想定される。もっとも、同判例が処分性を認めたのは、病院開設中止の勧告がなされれば、相当程度の確実性をもって保険医療機関の指定を受けられなくなるという運用がなされていたためである。本問では、本件解職勧告がなされれば、相当程度の確実性をもって本件解散命令がなされるという運用がなされているという事実はなく、法の仕組み上もそのような規定はない。

そうだとすれば、同勧告がなされても同命令が相当程度の確実性をもってなされるとは限らず、直接国民の権利義務を形成するとはいえない。

また、行政手続法13条1項1号が聴聞手続の対象として、処分と認められるようなものを列挙しており、これは「処分」にあたるものに対しては、その不利益性から聴聞を要求した趣旨と思われる。一方、法56条9項では、「弁明の機会」が付与されており、これは解職勧告が聴聞を要するほどの不利益処分ではないということを想定したものである。

したがって、同勧告に法効果性は認められない。

2 よって、同勧告は「処分」に当たらない。

第2 設問1(2)

1 Dに本件解散命令の取消訴訟の原告適格は認められるか。同命令の名宛人はAであり、Dは直接の名宛人ではないため問題となる。

(1)原則、原告適格は処分の名宛人に認められる(9条1項)。

もっとも、その趣旨は訴訟の濫発による訴訟不経済、名宛人の訴訟追行の阻害といった弊害を防止する点にある。そこで、名宛人以外の者でも名宛人に準じる立場にあり、上記のような弊害が生じない場合には、原告適格を認めても問題ない。

そこで、①当該処分について法律上の利害関係を有する者は、②名宛人と同程度に当該処分について知識を有しているといえれば、原告適格が認められると解する。

- (2) 本問では、DはAの業務執行理事であり、Aの業務執行に携わっている。また、Dは本件貸付金を受け取った張本人である。そうだとすれば、当該処分の経緯等についても知識を有している者といえる(②)。

また、確かに、同命令がなされると、DはA内で責任を問われ、処遇上の不利益を被るおそれがある。しかし、それらの不利益は事実上のものにすぎず、法の仕組み上、Dに法律上の不利益が及ぶとする規定はない(①)。

- 2 したがって、Dに原告適格は認められない。

第3 設問2(1)

- 1 Aは、「重大な損害」(25条2項)が認められると主張する。

- (1) 「重大な損害」とは、行政目的の達成を一時犠牲にしても救済すべき損害をいうと解する。

- (2) 本問では、同命令によりAは経営している社会福祉事業を継続できなくなるという不利益を被る。これによって、Aの福祉サービスの利用者やAの従業員にも不利益が及ぶ。

ここで、B県から、それらの損害は、他の施設の使用料や賃金等の金銭的な不利益に過ぎず、事後的に金銭賠償による救済が可能であるから、行政目的の達成を一時犠牲にしても救済すべき損害には当たらないとの反論が想定される。

確かに、上記の損害は金銭賠償による救済が可能かもしれない。しかし、Aが被る損害はそれだけにすぎず、同命令を受けたことにより名声や評判が害されるという不利益も考えられる。この損害は金銭賠償による回復が困難と思える。

ここで、B県から、平成19年判例は、弁護士の業務がその性質上高度の信用性に基づくものであることを理由としており、本問とは事案を異にするため、回復困難な損害とはいえないとの反論が想定される。

もっとも、社会福祉事業も人の生命・身体を預かる業務であり、高度の信用性の下で成り立っているものといえる。そうだとすれば、Aの評判が害されれば、その事業の継続が困難となるおそれがあり、これによる損害は金銭賠償による救済が困難なものであるから、行政目的の達成を一時犠牲にしても救済すべき損害といえる。

- 2 したがって、「重大な損害」が認められると主張する。

第4 設問2(2)

- 1 Aは、B県知事が発した同命令には、裁量権の逸脱・濫用(30条)の違法があると主張する。

- (1) まず、法56条8項は、解散命令の要件として「他の方法により解散の目的を達することができない」と抽象的な文言による要件を規定している。また、同項は「できる」との文言を用いている。

さらに、社会福祉法人に対する解散命令の発出に当たっては、社会福祉事業に関する専門技術的判断を要する。

そこで、B県知事に要件裁量と効果裁量が認められる。

(2) では、当該裁量権の逸脱・濫用が認められるか。

ア 行政の判断の結果又は過程が重要な事実の基礎を欠くか若しくは社会観念上著しく妥当を欠くといえる場合には、裁量権の逸脱・濫用が認められると解する。

イ 本問では、まず、C自身はAの運営改善に努力していたのであるにもかかわらず、この事実を考慮していない。

これに対して、B県から、たとえ運営改善に努力していても、本件改善命令の不履行という事情がある以上、運営改善について考慮しないことも問題はないとの反論が想定される。もっとも、本件改善命令の不履行にも様々な事情があるのであり、その後の運営改善の可能性が適正な法人運営を左右するのだから、上記事情を考慮すべきである。したがって、考慮不尽がある。

次に、B県知事は、本件貸付けが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同命令において重視している。

これに対して、B県から、同命令の発出においては、様々な事情を考慮すべきであるから、同勧告の拒否を重視することも問題ないとの反論が想定される。もっとも、同命令の発出に当たっては、適正な法人運営が期待できるかを重視すべきであり、Cに原因がない以上、同勧告の拒否は考慮すべきでない。したがって、考慮すべきでない事項を考慮しており、他事考慮である。

また、過去の例と比較して、本件で同命令がなされたことは比例原則に反すると思える。ここで、B県から、過去の例とは事案が異なるのであるから、異なる結果となっても仕方がないとの反論が想定される。

もっとも、過去の例をみると、貸付金の回収の見込みによって結論が異なっている。本問の事案では、Cは本件貸付金の回収を図る意欲を示しているのだから、直ちに同命令を発したことは比例原則に反する。

したがって、判断の結果及び過程が社会観念上著しく妥当を欠く。

2 よって、裁量権の逸脱・濫用が認められ、Aはこれを違法事由として主張すべきである。

以上

設問 1

第 1 (1)について

- 1 本件解職勧告は、取消訴訟（行政訴訟法（以下、行訴法とする）3 条 2 項）の対象となる「処分」といえるか。
- 2 処分とは、昭和 39 年最高裁判決より、公権力の行使の主体たる国又は公共団体の行為のうち、直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。そこで、①法律の根拠を有し、②国民の権利義務を形成、またはその範囲を確定する効果を有し、③その効果が直接的ないし具体的であり、④公権力の主体たる国又は公共団体の行為であるときに処分性が認められる。そして、行政と国民との関係が複雑多様化している現在においては、⑤国民の実効的権利救済の観点をも考慮して処分性の有無を検討すべきである。
- 3 本件解職勧告は、社会福祉法（以下、法とする）56 条 7 項に基づくものである（①充足）。もっとも、同項は、「解職を勧告することができる」と規定しているのみであり、それに従わなかった場合になんらの罰則規定もないことから、解職勧告を受けても、その名宛人は役員を解職する義務は負わず、②を満たさない。

ここで、本件解職勧告がされたのち、B 県知事は A に対し本件解散命令（法 56 条 8 項）をしているから、医療法上の病院開設中止の勧告に処分性を認めた判決を参考にし、本件解職勧告に従わないと、後続の本件解散命令という不利益処分がされるから、結局は勧告に従うことを余儀なくされるとして、⑤実効的権利救済の観点から本件解職勧告に処分性を認めるべきとの、処分性を認める見解からの主張が考えられる。もっとも、実効的権利救済の観点から、後続の不利益処分のおそれをもって先行行為の処分性を認めるには、後続処分がされる相当程度の蓋然性があることが必要である。そして、本件では、法 56 条 7 項の勧告は行政指導である以上、これに反しても、法 56 条 8 項の要件である「法令に基づいてする行政庁の処分～に違反した場合」にあたらないし、そもそも法 56 条 8 項の解散命令はその権限行使につき所轄庁の裁量があると認められるから、本件解職勧告に従わないと、本件解散命令がされる相当程度の蓋然性があるとは認められない。また、本件解職勧告がされた時点で A はすでに資本を投入して事業を営んでいるのであるから、勧告の時点で処分性を認めるのと本件解散命令の時点で処分性を認めて取消訴訟を提起させるのとで、A の経済面への不利益は大差なく、A に不都合はない。

したがって、実効的権利救済の観点からも、かかる論理で本件解職勧告に処分性は認められない。

- 4 では、本件解職勧告には、法 56 条 9 項より、弁明の機会が設けられていることをもって、行政処分と認められないか。行政手続法 13 条 1 項 2 号の弁明の機会付与は、処分に対して認められるものであるから、本件解職勧告は法の仕組み上処分性を認めるべきであるとの意見が考えられる。

もっとも、13条1項1号ニは、聴聞手続の対象について行政庁が相当と認めるときは処分性のない行為でも対象とするものである規定であること、および、聴聞手続は、弁解の機会付与よりも重い不利益を名宛人に課す場合に一般的に行われる手続であることにかんがみると、弁明の機会の付与は、処分性のないような行為にも自由に行政庁は行うことができるのであって、法律に弁明の機会の付与の保障があるからといってその行為に処分性があるとは認めることができないと解すべきである。

したがって、かかる理論によっても、処分性を認めることはできない。

5 よって、本件解職勧告は、「処分」にあたらない。

第2 (2)について

1 Dに取消訴訟の原告適格(9条1項)が認められるか。

2 原告適格は、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に認められる。Dは、本件解散命令の名宛人(A)ではないため、自己の権利を侵害される者ではない。もっとも、名宛人に準じる者として、原告適格が認められないか。

本件では、解散命令が出されると、Dは、Aの解散(46条1項6号)により、Aの業務執行理事(45条の16第2項2号)の権利を失うこととなる。そして、Dは、今後、社会福祉法人の評議員になろうとしても、40条1項5号よりなることができないという不利益を被る。したがって、本件解散命令により、Aが解散することで、Dは上記不利益を被ることが予定されているから、名宛人に準じる者として、原告適格が認められるとも思える。

もっとも、第二次納税義務者に不服申立適格を認めた判例など、処分の相手方に準じる者として原告適格を認めた判例は、差押処分がされると、それにより直接第三者の権利が侵害される法的効果があるといった場合に、原告適格を認めている。かかる事情にかんがみると、処分により、直接第三者の権利が侵害されまたは侵害されるおそれがある法的効果が認められる場合に、名宛人に準じる者として原告適格が認められると解すべきである。本件では、解散命令により直接上記不利益がDに生じるわけではなく、解散命令がされ、それによりAが解散することで、上記不利益がされるのであるから、解散命令処分に直接Dの権利が侵害される法的効果があるとは認められない。

したがって、Dは、名宛人に準じる者とは認められない。

3 よって、Dは、9条2項によらず、本件開催命令の相手方に準じる者として、原告適格を認めることはできない。

設問2

第1 (1)について

1 重大な損害(25条2項)とは、25条3項より、損害の性質及び程度と、処分内容及び性質を比較考量し、損害の回復の困難の程度を考慮して、判断する。重大な損害は、後の金銭賠償が不可能な損害だけでなく、著しく困難な場合にも、認められる。

- 2 本件では、本件解散命令により、A が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が生じることとなる。また、A のサービス利用者はサービスを受けられなくなるといった不利益を受け、A の従業員は給料が得られないという不利益がある。

これに対し、B 県は、A に対する不利益は、社会福祉事業を継続できなかった分の金銭的利益を失うものであるから、のちに損害賠償をすることで回復可能であると反論すると考える。また、A のサービス利用者についても、A から新たなサービスを探す手間やほかのサービスを利用したことによる不利益は金銭賠償が可能であるし、従業員の給料についても同様であると反論すると考える。そして、本件改善命令は、A の経営基盤が不安定であるからこれを放置すれば 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被害が及ぶことを考慮してされるものである。そこで、本件改善命令が執行停止されると、A の利用者に対する被害が拡大し、公益上著しい不利益が生じる。以上のことを踏まえると、A の受ける損害の回復の困難の程度は、いまだ執行停止が認められるほど重大なものとはいえないと、B 県は反論すると考えられる。

もっとも、A に対する解散命令によって、A に対する社会的信用が低下するといった不利益はのちの金銭賠償では回復が著しく困難である。そして、従業員の給料は、払うべきときに支払われないと従業員の生活を脅かすことになるという点で、従業員の給料を支払うことができなくなるという不利益は、後の金銭賠償では回復することができない性質の損害に当たる。また、サービス利用者のサービスを受けることができないという不利益も、受けるべきときにサービスを受けられなければ、日々必要となる福祉サービスとして意味をなさないのであるから、金銭賠償では回復することができない。そして、A から具体的な改善策が提示できていないのは、問題の発端である D が A に非協力的であるからであって、A が行政に非協力的で不安定な経営をしているからというわけではないこと、および、A は改善に取り組む意欲を示していることを踏まえると、A の経営基盤は不安定ということとはできない。そうであるのに、本件解散命令の執行停止を認めないとすると、A の利用者は、サービスを利用することができなくなり、他のサービス提供者を探すことを余儀なくさせられるという点で、むしろ不利益が拡大することになる。

したがって、A に、回復困難な損害があり、執行停止が認められるべき重大な損害があると認められる。

第2 (2)について

- 1 本件解散命令がされる要件（56 条 8 項）には、「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」という抽象的なものが含まれているところ、社会福祉法人の監督をするにあたって何が適切な方法かは、日ごろから社会福祉法人の報告を受け検査を行っており、社会福祉法人の実情に精通している所轄庁の専門的判断にゆだねられるべきと解する。そこで、本件解散命令には要件裁量が認められる。

処分庁に裁量があるとしても、裁量の逸脱濫用があるときは、かかる処分は違法となる（行訴法 30 条）。そして、重要な事実の基礎を欠くか、又は、社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合にされた処分には、裁量権の逸脱・濫用が認められると解する。

本件では、C が退任しないと適正な法人運営が期待できないため、本件解散命令以外のほかの方法により監督の目的を達することができないため、裁量権の範囲内の処分であるとの B の主張が考えられる。もっとも、法 27 条及び本件改善命令は、社会福祉法人の経営状態を安定化させ、不適切な運営をすることにより、社会福祉サービスの利用者に被害が生じることを避けるためにされるものである。そして、C は、A の運営改善に向けて努力をしており、本件改善命令に従うことができなかったのも、C が B 県知事の命令を無視して A の経営状態を悪化させようとしたものではなく、D の不協力により仕方なく生じたものである。かかる事実を C は B 県知事に申し出ているところ、C による A の運営改善に対する態度を一切考慮することなく、他に方法がないと判断したことは、B 県知事に考慮不尽があると認められる。また、本件解散命令が下される原因は、D の不正であり、D の不正をただして A の運営を改善させることが法の目的にも合致するところ、B 県知事は、D の不正の有効な改善策をなんら考慮せず、C の退任勧告拒否を重視して本件処分をしているから、考慮不尽、他事考慮が認められる。以上の考慮不尽、他事考慮より、B 県知事の裁量権行使は社会通念上著しく妥当性を欠くと認められる。

よって、以上の通り、本件解散命令は、要件裁量について、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法であると主張すべきである。

- 2 本件解散命令は、その要件を満たしていたとしても、「できる」という文言、及び、いかなる社会福祉法人を解散させるべきかは、その法人の内情に精通し専門的知識もあるうえ地域の実情に応じた対応が可能な所轄庁の判断にゆだねるべきであるという点から、効果裁量も認められる。

これについて、法 56 条の監督措置について処分基準はないものの、B 県の実績資料と照らし合わせると、本件解散命令は、平等原則（憲法 14 条）に反するものであり、裁量の逸脱濫用があると主張すべきである。これに対し、B 県は、実績資料は過去の事例にすぎず、これは処分基準ではない以上、異なる処分をしても裁量権の逸脱濫用には当たらないと反論すると解する。もっとも、B 県では、かかる実績資料を公表しているのであり、従前の事例に対する国民の信頼が生じていること考慮すると、実績資料に照らして不合理に差別をした処分を下すことは、平等原則違反となると解する。そして、B 県は、実績資料より、解散命令を出す際は、法人の資産規模、関係者に対する貸付額の多さを考慮するのではなく、改善命令に従う姿勢があるか、貸付の後当該金銭が回収できているか、経営が破綻に瀕しているか、を重視して判断を下している。そこで、本件でも同様に考え、A は、改善命令にすぐ応じてはいないものの、応じようという姿勢はあり、D の不協力という事情により命令をすぐ履行することができなかったに過ぎ

ないこと、回収はまだできていないが貸付の事実経緯も一部判明してきているのであるから回収が不可能といえる状態にはまだないこと、Aは今回の貸し付けによりそこまで経営が破綻している状況になく、運営改善に向けた努力もしていること、を考慮すると、過去の実績資料から、本件のAには解散命令を下すべき事情がないことがわかる。したがって、この場合にAに解散命令を下すことは平等原則に反するから、B県知事の裁量権行使は社会通念上著しく妥当性を欠くと認められる。

よって、以上の通り、本件解散命令は、効果裁量についても、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法であると主張すべきである。

以上

第一 設問1 小問(1)

1. 「処分」(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)3条2項)とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、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をいう。この判断は、①公権力性及び②直接具体的法効果性から行う。そして、国民の実効的権利救済の観点から、②については紛争の成熟性も考慮する。

(1) 本件解職勧告は、所轄庁たるB県知事が法56条7項を根拠として、その優越的地位に基づき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)。

(2) 本件解職勧告はあくまで勧告であって、それによって直接Aに義務が発生するものではない。そのため、直接具体的法効果性は認められないと考えられる。

これに対し、判例によれば㊦後続処分がされる相当程度の蓋然性があり、④それにより相手方が重大な不利益を受ける場合には直接具体的法効果性が認められるとの反論が想定される。

ア 確かに、Aが本件解職勧告に従わなかったことによって本件解散命令(法56条8項)がされており、後続処分の相当程度の蓋然性があるとも思える。しかし、同項は「できる」という文言を用いており、その趣旨はその地方についてよく知る所轄庁に社会福祉法人の行為の悪質性等を考慮させ地方の実情に応じた適切な判断を委ねる点にあると考えられる。このことから、所轄庁には解散命令についての効果裁量があり、本件解職勧告に従わないとしても必ずしも解散命令がされるという関係にない。そのため、後続処分がされる相当程度の蓋然性はない(㊦不充足)。

イ また、本件解散命令がされると、社会福祉法人であるA自体が解散することになり、これは重大な不利益とも思える。しかし、判例の事案においては病院開設中止勧告に従わない場合には保健医療指定がされず、病院の開設自体が無駄になるため、予め勧告の違法性を争う必要があった。これに対し、本件解散命令に対しては事後的に当該命令自体を争えば足り、本件解職勧告を争う必要性はない。そのため、判例の事案と比較し、Aが重大な不利益を受けるとはいえない(④不充足)。本件解職勧告に従わない場合についての罰則規定がないことから、予め勧告を争う必要はないといえる。

ウ したがって、直接具体的法効果性は認められない(②不充足)。

2. そうだとしても、本件解職勧告をするに際して弁明の機会の付与が定められている(法56条9項)ことから、処分性が認められないか。

(1) この点、本件解職勧告は行政手続法(以下「行手法」という。)13条1項1号に列举された不利益処分(行手法2条4号)と同様の不利益を与えるものではなく、やはり処分性が認められないとも思える。

(2) もっとも、処分性はあくまで法解釈の問題であって、上記のような性質を有していなくとも、法が「処分」として扱っているといえる場合には処分性が認められる(形式的

行政処分)。

本件解職勧告は、上記の通り勧告に過ぎない。もっとも、当該勧告は B 県知事が行うものであり、これにより社会福祉法人には役員を解任しなければならないという事実上の強制力が生じる。法 56 条 9 項も、このような事実上の強制力があることを踏まえて弁明の機会の付与を定めたと考えられることから、法は本件解職勧告を処分として扱っているものといえる。

したがって、本件解職勧告は「処分」にあたる。

第二 設問 1 小問(2)

1. 処分取消訴訟(行訴法 3 条 2 項)の原告適格は、「法律上の利益を有する者」(行訴法 9 条 1 項)、すなわち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に侵害されるおそれのある者に認められる。

そして、当該処分により自己の権利を侵害され又は必然に侵害されるおそれのある者は、名宛人に準ずる者として直ちに原告適格が認められる。

2. 本件解散命令の名宛人は A であって D ではない。もっとも、本件解散命令がされると、社会福祉法人 A は解散し(法 46 条 1 項 6 号)、以後 D は社会福祉法人の評議員や役員になることができない(法 40 条 1 項 5 号、法 44 条 1 項)。評議員や役員は社会福祉法人で重要な地位であることに鑑みると、実質的に D は社会福祉法人で働くことができないといえる。これは、職業選択の自由(憲法 22 条 1 項)を制約するものであり、D には本件解散命令により自己の権利を侵害され又は必然に侵害されるおそれがあるといえる。そのため、D は「法律上の利益を有する者」にあたる。

3. よって、D は本件解散命令の取消訴訟の原告適格を有する。

第三 設問 2 小問(1)

1. 本件申立ては、執行停止の申立て(行訴法 25 条 2 項)、特に処分の効力停止の申立てであると考えられる。その中で、A は「重大な損害」を主張するが、これは 25 条 3 項に従い判断すべきである。
2. 本件解散命令によって A は事業を継続できず、売上げを出すことができないが、これは金銭的な損害であって回復困難とはいえないとも思える。もっとも、A の解散によって生じるのは単なる金銭損害だけではない。A の利用者は単独では生活を送ることが困難な者であり、A を利用できなくなると、平穏な生活を送る利益が害される。また、A の従業員は自己の生計を維持するために就業しているのであって、A が解散すると、従業員の生活にも影響が生じる。これらの損害はそれぞれの生活にかかわるものであり、回復が困難なものである。

これに対し、B 県からは、A から依然として具体的な改善策が示されていないことから A の経営基盤は不安定であり、A が事業を継続すると A の利用者にも被害が生じるとの反論が想定される。もっとも、上記の通り A の事業に継続によってその利用者や従業員は平穏に生活することができているのであり、A の事業が停止するとこのような利益を

害される。そうすると、A が事業を継続することによる不利益よりも A が事業を継続しないことによる不利益の方が大きく、B 県の反論は失当である。

以上より、「重大な損害」は認められる。

3. A としては、以上のように主張をすべきである。

第四 設問 2 小問(2)

1. A としては、以下の通り本件解散命令には裁量の逸脱濫用（行訴法 30 条）があると主張すべきである。

2. 裁量の有無

前述（第一 1. (2)ア）の通り、本件解散命令をするか否かについては所轄庁たる B 県知事に効果裁量が認められる。もっとも、本件解散命令は社会福祉法人を解散させるものであって重大な影響を生じるため、その裁量は狭いものと考えるべきである。

3. 裁量の逸脱濫用の有無

(1)判断過程が合理性を欠く等の結果 B 県知事の判断自体が著しく妥当性を欠く場合には、裁量の逸脱濫用があるとして違法になる。

(2)以下、検討する。

ア 本件解散命令は、法 27 条違反及び本件改善命令違反を理由にされているところ、B 県知事は、本件解散命令をするにあたり、C が本件解職勧告を拒否したことを重視している。本件解散命令は、社会福祉法人の適正な運営を目的とする（法 1 条参照）のであって、社会福祉法人上記勧告を拒否したことも考慮してよい。もっとも、C は A の理事長として責任を負う立場にあるものの、直接的に法 27 条違反をしたのは D であって C ではない。また、本件改善命令違反も D の不協力によるものであって、C 自身は A の運営改善に向けて努力している。このような A の悪質性に関する事情を考慮せず、本件解職勧告に従わなかったことを重視してされた本件解散命令には、考慮すべき事項の考慮不尽及び重視すべきでない事項の重視がある。

イ また、B 県が公表している実績資料によると、法 27 条違反の額及び会社財産に対する割合だけでなく、それによる経営への影響も考慮されている。本件解散命令は、本件の貸付けによって A の経営が破綻している状況があるわけでもないにもかかわらずされており、経営への影響が考慮されていない。そのため、考慮不尽がある。

ウ したがって、裁量の逸脱濫用があり、違法である。

以 上