

1 [公法系科目] 平成20年

2

3 [第2問] (配点: 100)

4 医療法人社団であるAは、平成13年1月24日、B県の知事から、介護保険法（以下「法」とい
5 う。）第94条第1項に基づく開設許可を得て、介護老人保健施設（以下「本件施設」という。）を
6 運営してきた。本件施設は、要介護者を対象に、施設サービス計画に基づき、看護、医学的管理の下
7 における介護及び機能訓練、その他必要な医療や日常生活上の世話をを行うことを目的としている。現
8 在、本件施設には60名が入所して利用しており、大半が70歳を超えた高齢者で、長期間の入所者
9 である。

10 平成19年10月1日、本件施設を退職して間もない元職員から、B県高齢福祉課に対し、本件施
11 設では法令上必要とされている医師が存在せず、看護師、介護職員の人数が足りていない、との通報
12 が入った。本件施設は、法第97条第2項、第3項により、厚生労働省令（介護老人保健施設の人員、
13 施設及び設備並びに運営に関する基準。以下「省令」という。）の定める基準を満たさなければなら
14 ないとされている。上記通報を契機に、同月15日、B県高齢福祉課職員（以下「B県職員」という。）
15 が、法第100条に基づき本件施設に立ち入り、質問、報告の聴取等の調査を実施した。Aの理事長
16 は、「ほかの施設では行政指導として実地指導が行われているにもかかわらず、いきなり法律に基づ
17 く調査を実施するのは穏当ではない。」と抗議をしたが、B県職員は、これを聞き入れることなく、
18 調査に着手した。B県職員は、本件施設の職員から、身分や調査の趣旨を説明するよう要請されたに
19 もかかわらず、身分証の提示を拒否し、公的な調査であり抵抗すれば罰則の対象になることを繰り返
20 し述べた上、事務机の上にあった帳簿等書類を段ボール箱に詰めて持ち帰った。B県高齢福祉課とし
21 ては、医師が存在しないという事実は確認できなかったものの、当日の調査に基づき、本件施設では、
22 看護師数、介護職員数が不足しており、さらには、一部入所者に対する身体的拘束が常時行われてい
23 るなど、法第97条第2項、第3項、省令第2条第1項、第13条第4項違反の状況が継続している
24 と判断するに至った。

25 そこで、B県知事は、Aに対し、平成20年1月15日、勧告書を交付し、法第103条第1項に
26 基づく勧告を行った。同勧告書には、同年3月24日を期限として、①省令の定める基準を遵守でき
27 るよう常勤の看護師、介護職員の人員を確保すること、②入所者に対する常時の身体的拘束をやめ、
28 定期的に研修等を行い、身体的拘束の廃止に関する普及啓発を図ること、③上記①及び②に関する改
29 善状況を文書で報告することの3点が記載されていた。さらに、勧告に従わない場合には、B県知事
30 が、Aの勧告不服従を公表することがあること、措置命令や業務停止命令を発することがあることも
31 明記されていたが（法第103条第2項、第3項）、勧告の基礎となる事実は示されていなかった。

32 Aの理事長は、前記調査以来、B県からは、何の連絡もなく、問い合わせに一切応じてこなかった
33 状況の中で、いきなり勧告書が交付された上、内容的にも誤っているとして、激怒した。そこで、A
34 は、同年3月14日、勧告が違法であると考え、勧告に応ずる意思が無い旨を回答した。

35 しかし、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
36 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
37 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
38 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
39 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。そ
40 こで、Aは、弁護士Cに訴訟提起を依頼することとした。

41 【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Dの立場に立って、Cの指示に応じ、設問
42 に答えなさい。

43 なお、介護保険法、介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準、B県行政手
44 続条例の抜粋は、【資料2 介護保険法等】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

45 【設問】

- 46 1. 勧告に従わなかった旨の公表がされることを阻止するために考えられる法的手段（訴訟とそれ
47 に伴う仮の救済措置）を検討し、それをを用いる場合の行政事件訴訟法上の問題点を中心に論じな
48 さい。解答に当たっては、複数の法的手段を比較検討した上で、最も適切と考える法的手段につ
49 いて自己の見解を明らかにすること。
- 50 2. 前記1の最も適切と考える法的手段において勧告や調査の適法性を争おうとする場合に、Aは
51 いかなる主張をすべきかについて、考えられる実体上及び手続上の違法事由を挙げて詳細に論じ
52 なさい。

53

54 【資料1 法律事務所の会議録】

55 弁護士C：本日は、Aの案件の基本処理方針を議論したいと思います。本件では調査のやり方が目
56 を引きますね。

57 弁護士D：B県の説明では、通報の内容が重大なものであり、証拠隠滅も懸念された結果だという
58 ことです。

59 弁護士C：納得できる理屈ではありませんね。Aはいきなり調査が行われたと主張していますが、
60 これはどういった趣旨なのですか。

61 弁護士D：B県の作成した調査の実施要綱によりますと、実務上は2種類の調査形態が存在するよ
62 うです。一つは実地指導と呼ばれるもので、行政指導として行われる調査です。もう一つ
63 が本件で問題となっている、法律に基づく調査でして、調査に基づき勧告がされると、公
64 表、措置命令、業務停止命令、開設許可取消しがされる可能性があります。

65 弁護士C：Aは調査について何を主張しているのですか。

66 弁護士D：調査の手順がひどい上、その中身も誤りだというのはです。具体的には、①調査が、一部
67 の出勤簿を対象としていない上、実施された特定曜日以外に週5日働いている看護師2名、
68 介護職員5名を計算に含めていないなど、人員の把握を誤ったものであり、本件施設は看
69 護師数及び介護職員数についての省令の基準を満たしていたこと、②ベッドからの転倒防
70 止を第一に考え、5時間に限って、入所者家族の同意の下に1名のベッドに柵を設置した
71 だけであり、常時の身体的拘束には該当しないことが主張されています。

72 弁護士C：調査が違法に行われたとして、そのことは勧告にどういった影響を及ぼすのか、両者の
73 関係を整理してください。

74 弁護士D：分かりました。

75 弁護士C：それと、勧告についてですが、Aは唐突に出された点が不満のようです。

76 弁護士D：そうです。これに対し、B県の側は、手順は行政の自由であるという理解のようです。

77 弁護士C：それは、勧告をソフトなものにとらえているからでしょうか。本件の法的仕組みの中で
78 勧告が占める位置や、その性格からさかのぼって、どのような手続が要求されるのか、も
79 う一度検討してください。Aの言い分からしますと、最も恐れているのは、勧告に続く公
80 表のようです。

81 弁護士D：勧告不服従事業者として市民に公表されるのだけは避けたいようです。

82 弁護士C：D君には、勧告と公表の法的性格を分析した上で、採るべき法的手段について、公表を
83 阻止する観点から検討をお願いします。

84 【資料2 介護保険法等】

85

86 ○ 介護保険法（平成9年12月17日法律第123号）（抜粋）

87

88 （帳簿書類の提示等）

89 第24条 1, 2 （略）

90 3 前2項の規定による質問を行う場合においては、当該職員は、その身分を示す証明書を携帯し、
91 かつ、関係人の請求があるときは、これを提示しなければならない。92 4 第1項及び第2項の規定による権限は、犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならな
93 い。

94 （開設許可）

95 第94条 介護老人保健施設を開設しようとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道
96 府県知事の許可を受けなければならない。

97 2～6 （略）

98 （介護老人保健施設の基準）

99 第97条 介護老人保健施設は、厚生労働省令で定めるところにより、療養室、診察室、機能訓練
100 室、談話室その他厚生労働省令で定める施設を有しなければならない。101 2 介護老人保健施設は、厚生労働省令で定める員数の医師、看護師、介護支援専門員及び介護そ
102 の他の業務に従事する従業者を有しなければならない。103 3 前2項に規定するもののほか、介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準は、厚生労働大
104 臣が定める。105 4 厚生労働大臣は、前項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準（介護保健施
106 設サービスの取扱いに関する部分に限る。）を定めようとするときは、あらかじめ社会保障審議
107 会の意見を聴かななければならない。108 5 介護老人保健施設の開設者は、要介護者の人格を尊重するとともに、この法律又はこの法律に
109 基づく命令を遵守し、要介護者のため忠実にその職務を遂行しなければならない。

110 （報告等）

111 第100条 都道府県知事又は市町村長は、必要があると認めるときは、介護老人保健施設の開設
112 者、介護老人保健施設の管理者若しくは医師その他の従業者（以下「介護老人保健施設の開設者
113 等」という。）に対し報告若しくは診療録その他の帳簿書類の提出若しくは提示を命じ、介護老
114 人保健施設の開設者等に対し出頭を求め、又は当該職員に、介護老人保健施設の開設者等に対し
115 て質問させ、若しくは介護老人保健施設に立ち入り、その設備若しくは診療録、帳簿書類その他
116 の物件を検査させることができる。117 2 第24条第3項の規定は、前項の規定による質問又は立入検査について、同条第4項の規定は、
118 前項の規定による権限について準用する。

119 3 （略）

120 （設備の使用制限等）

121 第101条 都道府県知事は、介護老人保健施設が、第97条第1項に規定する施設を有しなくな
122 ったとき、又は同条第3項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準（設備に関
123 する部分に限る。）に適合しなくなったときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期間を
124 定めて、その全部若しくは一部の使用を制限し、若しくは禁止し、又は期限を定めて、修繕若し
125 くは改築を命ずることができる。

126 （業務運営の勧告、命令等）

127 第103条 都道府県知事は、介護老人保健施設が、その業務に従事する従業者の人員について第
128 97条第2項の厚生労働省令で定める員数を満たしておらず、又は同条第3項に規定する介護老

- 129 人保健施設の設備及び運営に関する基準（運営に関する部分に限る。以下この条において同じ。）
 130 に適合していないと認めるときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期限を定めて、第9
 131 7条第2項の厚生労働省令で定める員数の従業者を有し、又は同条第3項に規定する介護老人保
 132 健施設の設備及び運営に関する基準を遵守すべきことを勧告することができる。
- 133 2 都道府県知事は、前項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた介護老人保健
 134 施設の開設者が、同項の期限内にこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる。
- 135 3 都道府県知事は、第1項の規定による勧告を受けた介護老人保健施設の開設者が、正当な理由
 136 がなくてその勧告に係る措置をとらなかったときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期
 137 限を定めて、その勧告に係る措置をとるべきことを命じ、又は期間を定めて、その業務の停止を
 138 命ずることができる。
- 139 4 都道府県知事は、前項の規定による命令をした場合においては、その旨を公示しなければなら
 140 ない。
- 141 5 （略）
 142 （許可の取消し等）
- 143 第104条 都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当する場合においては、当該介護老人保健
 144 施設に係る第94条第1項の許可を取り消し、又は期間を定めてその許可の全部若しくは一部の
 145 効力を停止することができる。
- 146 一～八 （略）
- 147 九 前各号に掲げる場合のほか、介護老人保健施設の開設者が、この法律その他国民の保健医療
 148 若しくは福祉に関する法律で政令で定めるもの又はこれらの法律に基づく命令若しくは処分
 149 に違反したとき。
- 150 十～十二 （略）
- 151 2, 3 （略）
- 152 第14章 罰則
- 153 第209条 次の各号のいずれかに該当する場合には、その違反行為をした者は、30万円以下の
 154 罰金に処する。
- 155 一 （略）
- 156 二 第42条第3項、第42条の3第3項、第45条第8項、第47条第3項、第49条第3項、
 157 第54条第3項、第54条の3第3項、第57条第8項、第59条第3項、第76条第1項、
 158 第78条の6第1項、第83条第1項、第90条第1項、第100条第1項、第112条第1
 159 項、第115条の6第1項、第115条の15第1項又は第115条の24第1項の規定によ
 160 る報告若しくは帳簿書類の提出若しくは提示をせず、若しくは虚偽の報告若しくは虚偽の帳簿
 161 書類の提出若しくは提示をし、又はこれらの規定による質問に対して答弁をせず、若しくは虚
 162 偽の答弁をし、若しくはこれらの規定による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避したとき。
- 163 三 （略）
- 164
- 165 ○ 介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準（平成11年3月31日厚生
 166 省令第40号）（抜粋）
- 167
- 168 第2章 人員に関する基準
 169 （従業者の員数）
- 170 第2条 介護保険法（略）第97条第2項の規定による介護老人保健施設に置くべき医師、看護師、
 171 介護支援専門員及び介護その他の業務に従事する従業者の員数は、次のとおりとする。
- 172 一 医師常勤換算方法で、入所者の数を100で除して得た数以上
 173 二 薬剤師介護老人保健施設の実情に応じた適当数

- 174 三 看護師若しくは准看護師（以下「看護職員」という。）又は介護職員（以下「看護・介護職
175 員」という。）常勤換算方法で、入所者の数が3又はその端数を増すごとに1以上（看護職員
176 の員数は看護・介護職員の総数の7分の2程度を、介護職員の員数は看護・介護職員の総数の
177 7分の5程度をそれぞれ標準とする。）
178 四 支援相談員入所者の数が100又はその端数を増すごとに1以上
179 五 理学療法士又は作業療法士常勤換算方法で、入所者の数を100で除して得た数以上
180 六 栄養士入所定員100以上の介護老人保健施設にあっては、1以上
181 七 介護支援専門員 1以上（入所者の数が100又はその端数を増すごとに1を標準とする。）
182 八 調理員、事務員その他の従業者介護老人保健施設の実情に応じた適當数
183 2 前項の入所者の数は、前年度の平均値とする。ただし、新規に許可を受ける場合は、推定数に
184 よる。
185 3 第1項の常勤換算方法は、当該従業者のそれぞれの勤務延時間数の総数を当該介護老人保健施
186 設において常勤の従業者が勤務すべき時間数で除することにより常勤の従業者の員数に換算する
187 方法をいう。
188 4 介護老人保健施設の従業者は、専ら当該介護老人保健施設の職務に従事する者でなければなら
189 ない。ただし、入所者の処遇に支障がない場合には、この限りでない。

190 5～7 (略)

191 第4章 運営に関する基準

192 (介護保健施設サービスの取扱方針)

193 第13条1～3 (略)

194 4 介護老人保健施設は、介護保健施設サービスの提供に当たっては、当該入所者又は他の入所者
195 等の生命又は身体を保護するため緊急やむを得ない場合を除き、身体的拘束その他入所者の行動
196 を制限する行為（以下「身体的拘束等」という。）を行ってはならない。

197 5, 6 (略)

198

199 ○ B県行政手続条例（抜粋）

200

201 (定義)

202 第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

203 一～六 (略)

204 七 行政指導県の機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため
205 特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当
206 しないものをいう。

207 八 (略)

208 第4章 行政指導

209 (行政指導の一般原則)

210 第30条 行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、当該県の機関の任務又は所掌事務の範囲
211 を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容が相手方の任意の協力によって実現されるもの
212 であることに留意しなければならない。

213 2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取
214 扱いをしてはならない。

215 3 前項の規定は、公益の確保その他正当な理由がある場合において、県の機関が行政指導の事実
216 その他必要な事項を公表することを妨げない。

217 (申請に関連する行政指導)

218 第31条 申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、申

- 219 請者が当該行政指導に従う意思がない旨を明確に表明したにもかかわらず当該行政指導を継続す
220 ること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。
- 221 2 前項の規定は、申請者が行政指導に従わないことにより公益が著しく害されるおそれがある場
222 合に、当該行政指導を継続することを妨げない。
- 223 (許認可等の権限に関連する行政指導)
- 224 第32条 許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する県の機関が、当該権
225 限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあつては、
226 行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導
227 に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。
- 228 (行政指導の方式)
- 229 第33条 行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任
230 者を明確に示さなければならない。
- 231 2 行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前項に規定する事項を記載した書面の
232 交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交
233 付しなければならない。
- 234 3 (略)
- 235 (複数の者を対象とする行政指導)
- 236 第34条 同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしよう
237 とするときは、県の機関は、あらかじめ、事案に応じ、これらの行政指導に共通してその内容と
238 なるべき事項を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。
- 239 (この章の解釈)
- 240 第35条 この章の規定は、県の機関が公益上必要な行政指導を行うことを妨げるものと解釈して
241 はならない。

[設問を読んだ段階]

<p>設問1 勧告不服従を理由とする「公表」を阻止するための法的手段（訴訟+仮の救済）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 勧告の取消訴訟+執行停止 2. 勧告服従義務不存在確認訴訟+民事仮処分 3. 公表の差止訴訟+仮の差止 4. 公表の民事差止訴訟+民事仮処分 5. 比較検討によりベストな手段を示す 	<p>設問2</p> <p>設問1で選択した訴訟における、違法事由の主張（原告ベース）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 調査の違法事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 実体上 (2) 手続上 2. 勧告の違法事由 <ol style="list-style-type: none"> (1) 実体上 (2) 手続上
---	--

[問題文まで読み終わった段階]

<p>設問1 勧告不服従を理由とする「公表」を阻止するための法的手段（訴訟+仮の救済）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 勧告の取消訴訟+執行停止 2. 勧告服従義務不存在確認訴訟+民事仮処分 3. 公表の差止訴訟+仮の差止 4. 公表の民事差止訴訟+民事仮処分 5. 比較検討によりベストな手段を示す <p>（公表による損害）（問 35~40）</p> <p>市民からの信頼喪失→①A の経営難→②高齢利用者の大きな健康リスク+入所者家族の大きな負担</p>	<p>設問2</p> <p>設問1で選択した訴訟における、違法事由の主張（原告ベース）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 調査 100 条 <ol style="list-style-type: none"> (1) 実体上 <ol style="list-style-type: none"> ①持ち帰った（問 20） (2) 手続上 <ol style="list-style-type: none"> ②いきなり法律に基づく調査を実施するのは穏当ではない（問 16~17） ③身分証の提示拒否（問 19） 2. 勧告 103 条 1 項 <ol style="list-style-type: none"> (1) 実体上 <ol style="list-style-type: none"> ①内容的にも誤っている（問 33） →調査による判断（問 20~24） <ul style="list-style-type: none"> ・看護師数・介護職員数不足（97②・政令 2①） ・身体的拘束（97③・政令 13④） (2) 手続上 <ol style="list-style-type: none"> ②勧告の基礎となる事実は示されていない（問 31） ③いきなり勧告書が交付された（問 33）
--	---

[会議録まで読み終わった段階]

<p>設問1 勧告不服従を理由とする「公表」を阻止するための法的手段（訴訟+仮の救済）</p> <p>1. 勧告の取消訴訟+執行停止</p> <ul style="list-style-type: none"> ・<u>勧告の法的性格</u>（会 82） <p>2. 勧告服従義務不存在確認訴訟+民事仮処分</p> <p>3. 公表の差止訴訟+仮の差止</p> <ul style="list-style-type: none"> ・<u>公表の法的性格</u>（会 82） <p>4. 公表の民事差止訴訟+民事仮処分</p> <p>5. 比較検討によりベストな手段を示す</p> <p>（公表による損害）（問 35~40）</p> <p>市民からの信頼喪失→①A の経営難→②高齢利用者の大きな健康リスク+入所者家族の大きな負担</p>	<p>設問2</p> <p>設問1で選択した訴訟における、違法事由の主張（原告ベース）</p> <p>1. 調査 100条</p> <ul style="list-style-type: none"> ・<u>手順・中身がおかしい</u>（会 66） <p>（1）実体上</p> <ul style="list-style-type: none"> ①持ち帰った（問 20） <p>（2）手続上</p> <ul style="list-style-type: none"> ②いきなり法律に基づく調査を実施するのは穏当ではない（問 16~17） ③身分証の提示拒否（問 19） <p>2. 勧告 103条1項</p> <p>（1）実体上</p> <ul style="list-style-type: none"> ①内容的にも誤っている（問題 33） →調査による判断（問 20~24） ・<u>看護師数・介護職員数不足</u>（97②・政令 2①） →<u>人員把握の誤り</u>（会 66~68） ・<u>常時の身体的拘束</u>（97③・政令 13④） →<u>転落防止の必要性+5 時間限定・家族同意+柵設置</u>（会 69~71） <p>（2）手続上</p> <ul style="list-style-type: none"> ②勧告の基礎となる事実は示されていない（問 31） ③いきなり勧告書が交付された（問 33） B 県：<u>手順は行政の自由→勧告をソフトなものと捉えているから</u>（会 76） →<u>勧告の位置・性格から必要とされる手続を検討する</u>（会 77~79） ④<u>調査の違法が勧告にどういった影響を及ぼすか</u>（会 72~73）
---	---

第1. 設問1

設問1は、勧告不服従の公表を阻止するための法的手段（訴訟とそれに伴う仮の救済措置）に関して、基本的理解を問う問題である。勧告や公表が処分に当たるのかといった検討を、介護保険法に即して行うことが前提となる（出題の趣旨）。

救済手段の選択については、評論家風な解答ではなく、「自己の見解」が示されているか否かを採点に当たって重視することとした（採点実感）。

平成19年司法試験ヒアリングでは、「普通、行政訴訟であれば、行政処分をつかまえて取消訴訟を起し執行停止を求めるとというのが、実務家的、実務的には当たり前のお話である。…行政訴訟の体系では取消訴訟というのがスタンダードなものだといういわば原則があるわけで、それと違うことをあえて言うのであれば、かなりシビアな議論を経る必要があるということが分かっている。」とされている。

そのため、本問のように、先行行為（勧告）の段階で、その名宛人が、先行行為を理由とする後行行為（勧告不服従を理由とする公表）を阻止するための法的手段を用いようとしている場面では、設問や会議録で特段の指示がない限り、いきなり後行行為（公表）を対象とする差止訴訟（行訴法3条7項）を選択・検討するのではなく、まず初めに先行行為（勧告）を対象とする取消訴訟を選択・検討するのが通常である。

1. 勧告

(1) 処分性

勧告に従わない場合には、公表や措置命令、業務停止命令、開設許可取消などがなされ得る法的仕組みを正確に把握した上で、勧告や公表の法的性格を分析することが求められている（出題の趣旨）。

ア. 勧告の法的性格

法103条1項の勧告は、医療法30条の7に基づく病院中止勧告と同様、「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」にすぎないから、それ自体としての法的性格は法効果性を有しない事実行為である。したがって、勧告自体の効果に着目して法効果を認めることはできない。

イ. 勧告に後続する公表・措置命令・業務停止命令等がなされるおそれ

勧告には、その不服従を理由とする公表・措置命令・業務停止命令・開設許可取消という後行行為が予定されている（介護保険法103条2項・3項）から、これらの後行行為により不利益を受けるおそれがあることを根拠として勧告について処分性を認めることができるかを検討することになる。

(ア) 2つの判例理論

先行行為に続く後行行為により不利益を受けるおそれを根拠として先行行為の処分性を肯定した最高裁判例の代表的なものとしては、土地区

法的手段の選択（総論38頁以下）

処分性の判断枠組み（総論10頁以下）

最判H17.7.15・百II160

最判H20.9.10・百II152

画整理事業計画決定の処分性を肯定した平成 20 年最高裁大法廷判決と医療法 30 条の 7 に基づく病院中止勧告の処分性を肯定した平成 17 年最高裁判決とがある。

最判 H17.7.15・百 II 160

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

百 II 160 解説 (角松生史)

後者では、前者のような前倒し的な法的効果の読み込みは行われておらず、勧告不服従の場合には「相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保健医療機関の指定を受けることができなくな」り、「保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」と述べ、相当程度の確実さをもって深刻な不利益が発生することに着目して、勧告の法的効果について明言することなく、実効的な権利救済の観点から処分性が肯定されている。¹⁾

百 II 160 解説

後者の事案では、勧告不服従の場合に保険医療機関の指定を拒否すべきという拘束があるとまでは認められず、前者の事案に比べて先行行為と後行行為との連動性が弱かったことから、前者のような前倒し的な法的効果の読み込みは行われなかった評価されている。

百 II 160 解説

(イ) 本問における論じ方²⁾

まずは、前者の判例法理を使って、公表を始めとする不利益性のある措置（法 103 条 2 項・3 項）を受ける地位に立たされるという（直接・具体的な）法効果が認められるか否かという点から、処分性を検討する。

次に、前者の判例理論を使って処分性を認めることができない場合には、後者の判例法理を使って、実効的な権利救済の観点（勧告段階での実効的な救済の必要が認められるか否かという観点）から、処分性を検討する。

¹⁾ 本判決の事案では、実効的な権利救済の観点から行政過程のどの段階で裁判的救済を認めるのが適切であるかというタイミング論が問題になっており、「…一般化すれば、不利益的な後続行政処分との相当程度確実な連動…と、後続処分の不利益性の深刻度…に着目していることになる」（百 II 160 解説）。

もっとも、本判決の後に出了された前掲平成 20 年最高裁大法廷判決では、実効的な権利救済の観点を考慮しつつも、直接・具体的な法的効果について詳細に論じて土地区画整理事業計画決定の処分性が肯定されていることから、直接・具体的な法的効果を処分性の要件とする最高裁の考え方は基本的に維持されているといえ、本判決を一般化して実効的な権利救済のために必要であれば法的効果がなくても処分性を認める方向に最高裁が舵を切ったと捉えることには慎重さを要し、本判決は事案の特殊性に応じた例外的な判断であると考えるべきであるという見方もある（基本行政法 297 頁）。

²⁾ 平成 30 年予備試験設問 1 では、是正勧告（Y 県消費生活条例 48 条）と同勧告不服従を理由とする公表（同条例 50 条）の双方の処分性が認められるとする名宛人 X の主張（被告 Y 県の反論を踏まえたもの）が問われている。是正勧告の処分性に関する出題の趣旨は、以下の通りである。

“まず、最高裁判所昭和 39 年 10 月 29 日判決（民集 18 卷 8 号 1809 頁。大田区ゴミ焼却場事件）などで示された処分性の一般論を正しく説明し、処分性の有無を判定する際の考慮要素を挙げるのが求められる。また、最高裁判所平成 20 年 9 月 10 日判決（民集 62 卷 8 号 2029 頁。土地区画整理事業計画事件）などの近時の判例では、実効的な権利救済を図るとする観点も考慮する場合もあるが、このような実効的な権利救済について指摘することは加算事由となる。その上で、勧告の処分性については、「公表を受け得る地位に立たされる」という法効果が認められるか否か、条例第 49 条に基づく手続保障の存在が処分性を基礎付けるか否か、勧告段階での実効的な救済の必要が認められるか否か、の 3 点について当事者の主張を展開することが求められる。”

(2) 訴訟形式

例えば、処分性の定義を前提として、勧告が処分に当たることを具体的に説明した上で、その執行停止を解答する場合には、勧告の取消訴訟を論じることに加えて、行政事件訴訟法第25条所定の要件について検討する必要がある。勧告の処分性を否定する場合には、勧告に対して公法上の当事者訴訟を提起するとともに、仮の権利救済手段として仮処分を検討することが考えられる。確認訴訟を利用する場合には、確認の利益を中心に詳細な検討が期待される（出題の趣旨）。

勧告不服従が公表の前提要件とされていることから、勧告の処分性を否定した場合、公表を阻止するための法的手段としては、勧告服従義務の不存在の確認を求める公法上の確認訴訟（4条後段）の提起及び仮の地位を定める仮処分（民事保全法23条2項）の申立てという法的手段が考えられる。

なお、公的義務不存在確認訴訟は、①義務違反を理由とする不利益処分の予防を目的としている場合には、行政処分に関する不服を内容とする訴訟として無名抗告訴訟として扱われる上、②その実質は義務違反を理由とする不利益処分の差止訴訟を公的義務不存在確認訴訟の形式に引き直したものであることから、差止訴訟と同様に補充性が要求される（特に法定抗告訴訟である差止訴訟との関係で事前救済の争訟方法としての補充性をみたらどうか否かが問題となる）ことになる。

したがって、勧告服従義務の不存在確認訴訟は、公表の処分性を肯定した場合には無名抗告訴訟となり、公表の処分性を否定した場合には公法上の当事者訴訟となる。

そして、平成24年最高裁判決は、抗告訴訟としての懲戒処分の差止訴訟の適法な提起を認めた上で、起立斉唱義務の不存在確認訴訟について、無名抗告訴訟と捉えるとともに、懲戒処分の差止訴訟との関係で事前救済の争訟方法としての補充性を要求し、「本件においては、①法定抗告訴訟として本件職務命令の違反を理由としてされる蓋然性のある懲戒処分の差止訴訟を適法に提起することができ、②その本案においてXらの不服の本質である本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、法定抗告訴訟である差止訴訟との関係で事前救済の争訟方法としての補充性を欠く。」と述べている。

(3) 処分性以外の訴訟要件も検討する

取消訴訟の訴訟要件について、処分性の問題のみにしか触れていないものが少なくなかった（採点実感）。

2. 公表

(1) 処分性

また、公表の処分性を肯定した上で、その差止め訴訟、仮の差止めを提案する解答もあり得る（出題の趣旨）。

教職員国旗国歌訴訟・最判

H24.2.9・百II207

ア. 公表の分類

公表には、①国民への情報提供としての公表と、②制裁としての公表がある。

②の公表は、勧告不服従や命令違反を広く社会に知らしめることを背景として、名誉や信用を重んじる事業者が勧告や命令に従うことを担保しようとする趣旨・目的としている。

②の公表については、法律上の根拠が必要であるとともに、行政手続法32条2項所定の「不利益な取扱い」に該当すると解されている。³⁾

もっとも、②の公表が当然に「行政庁の処分」に該当するわけではなく、制裁的公表について処分性を肯定するという理解は一般的ではないと説明されている。

イ. 公表の処分性

まず、公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否かという観点から、処分性を検討する。

次に、前掲平成17年最高裁判決の理論を使い、実効的な権利救済の観点（公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否かという観点）から、処分性を検討する。⁴⁾

ウ. 公表の処分性を肯定する場合

仮に公表の処分性を肯定する場合には、継続的性質を有する公権力的事実行為（行政不服審査法2条1項）という位置付けになる。

なお、取消訴訟と異なり、差止訴訟の場合には、将来の処分の阻止を求めるとい性格上、継続性のない公権力的事実行為も「処分」に含まれる。

(2) 訴訟形式

また、公表の処分性を肯定した上で、その差止め訴訟、仮の差止めを提案する解答もあり得る。この場合には、差止め訴訟の要件（行政事件訴訟法第37条の4）や仮の差止めの要件（特に、同法第37条の5第2項、第3項）について、法文の解釈や当てはめが的確になされていることが必要となる。さらに、公表の処分性を否定し、公表に対する民事の差止め訴訟ないし公法上の当事者訴訟を提案し、仮処分の可能性を検討することも考えられる。民事の差止め訴訟を選択する場合には、差止めを根拠付ける権利について詳細な言及が望まれよう。このように、様々な法的手段が考えられる中で、複数の法的手段を提案し、それらの比較を通じて最も適

事例から考える 145 頁、事例研究 220 頁

事例から考える 145~146 頁

事例研究 221 頁

平成 30 年予備試験の出題趣旨が挙げている「公表に制裁的機能が認められるか否か」という点が、前者と後者のいずれの構成に属するものであるのか、不明である。

08/08 受験新報 47 頁

³⁾ ①・②の分類をする際に、公表の趣旨・目的のみならず、公表が実際にどれほどの制裁的效果を有するかにも着目して、制裁目的に基づかない公表であっても、公表の効果が行政罰と同一視し得るほどの制裁的效果をもつ場合には行手法32条2項所定の「不利益な取扱い」に該当すると解する見解もある（事例研究146頁）。なお、本件公表は、仮に②に属する場合には、勧告という「行政指導に従わなかったことを理由」とする「不利益な取扱い」として禁止されることになる（行手法32条2項）。もっとも、勧告の処分性を認める場合には、勧告が行手法32条2項の「行政指導」に当たらないため、勧告不服従を理由とする公表について行手法32条2項違反は問題にならない（基本行政法164頁）。

⁴⁾ 平成30年予備試験設問1の公表の処分性に関する出題の趣旨は、以下の通りである。
“同様に、公表の処分性についても、公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否か、公表に制裁的機能が認められるか否か、公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。”

切と考える法的手段を提示しなければならない（出題の趣旨）。

（3）差止訴訟の補充性

差止め訴訟について、取消訴訟が可能であれば駄目とするなど、補充性の理解が不正確であった。（採点実感）。

民事訴訟や公法上の当事者訴訟は「適当な方法」に当たらない。ここでいう「適当な方法」とは、法律が特別な差止方法を定めているような場合を指す。

すなわち、差止対象とされている後行処分的前提となる先行処分の取消訴訟を提起すれば当然に後行処分をすることができないことが法令上定められている場合に、「他に適当な方法がある」とされる。

大橋Ⅱ 256 頁

基本行政法 398 頁

（4）当事者訴訟における仮の救済

当事者訴訟に仮の救済なしとするもの、または、行政事件訴訟法第 4 4 条によって仮処分が排除されているとするものが少なからず見られた（採点実感）。

仮の救済がないということ自体は、おかしいと考えてほしい。それを、当然のように当事者訴訟だから仮の救済はないから機能しないという書き方をされるのはどうかと感じている。行政事件訴訟法第 4 4 条の仮処分の排除についても、確かにそこまで十分に教えられていないという実情ではあるが、法文を見れば該当条文が存在しており、4 4 条を読めば、公権力の行使と書いてある。処分性を否定した上で当事者訴訟を選んでいながらもかわらず、なぜまた公権力の行使でひっかかるのか、やはり我々考査委員としてはショックであった（ヒアリング）。

行訴法 44 条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、処分性が認められる行為を意味する。

したがって、公表の処分性を否定した場合、公表を受けない地位の確認を求める公法上の確認訴訟には、行訴法 44 条は適用されず、民事仮処分の利用が可能となる。

3. 訴訟形式の選択における比較の視点

総論 38 頁

単に「考えられる法的手段」を解答させるにとどめず、「複数の法的手段を比較検討した上で、最も適切と考える法的手段について自己の見解を明らかにする」ことを求めることにより、解答者の訴訟制度（仮の救済手段を含む。）に関する理解力と応用力を、一歩踏み込んで探ろうとした（採点実感）。

訴訟形式の選択について、比較の視点が希薄であり、実質的な検討が適切になされている答案は多くなかった（採点実感）。

採点をしていて一番残念だと思ったのは、既に御指摘があったことであるが、訴訟形式の選択についての比較の視点がほとんど出ていないということであった。今回の行政法の問題の特徴というのは、複数の法的手段をまず考えた上で、それらを比較して、その中で最も適切な法的手段を選び出す、というところにあった。これは、通常の実務で行われる思考の方法、つまり、

法的に幾つか考えられる手段について、それぞれのメリットやデメリットを
考えて、適切な手段を選び出すというもので、まさに実務家の基本的な能力
を試す、良い問題ではないかと思って見ていた。しかし、実際の答案は、そ
のような視点がでてくるものは、ごく少数であり、多くの答案では、攻撃対
象となる2つの公表と勧告というものがあるが、勧告には処分性がある、公
表には処分性がない、だから勧告の取消訴訟だという、その程度のことしか
書いていなかった。出題のねらいとしていた、理論的に考えられるものを選
び出して、その中からメリット・デメリットを考えると、適切なものを選択し
ていくという思想とは全く異なる答案がかなりの部分を占めており、その点
が一番残念だった。やはり、まだ、個別事案を素材にして、そこに含まれる
問題点を検討していくという実務的なあるいは実践的な教育というもの
が必ずしも十分にされていないということではないか、との感想を持った（ヒ
アリング）。

4. 勧告の処分性を肯定した場合

仮に模範答案・中位答案と異なり勧告の処分性を肯定した場合には、勧告の
取消訴訟の付随手続として、勧告「処分の…手続の続行の停止」の申立て（25
条2項本文）についても検討することになる。⁵⁾

（答案）

1. 勧告の名宛人であるAは、「法律上の利益を有する者」（行政事件訴訟法9
条1項）として、B県を被告（11条1項1号）とし、勧告書の交付によりA
が勧告「があったことを知った」平成20年1月15日から6カ月以内（14条
1項本文）に、B県の地方裁判所に（12条1項、裁判所法24条1号・33条
1項1号）勧告の取消訴訟（3条2項）を提起した上で、勧告の「手続の続行
の停止」（25条2項本文）を申し立てることが考えられる。

…略…

したがって、取消訴訟を適法に提起することができる。

2. 執行不停止の原則（25条1項）のもと、勧告に続く公表を阻止するため
には、取消訴訟の係属中に、勧告「処分の…手続の続行の停止」の申立てをす
る必要がある（25条2項本文）。

（1）「重大な損害」（行訴法25条2項）は、仮の救済の必要性を基礎づける要

⁵⁾ 08/08 受験新報 47頁・2008 法セミ 36頁では、公表が勧告「処分の…手続の続行」に位置づけられてい
る。

判例（最判 H15.3.11）は、弁護士が自己に対する戒告処分の執行停止を求めた事案について、「弁護士に
対する戒告処分は、それが当該弁護士に告知された時にその効力が生じ告知によって完結する。その後会
則 97 条の 3 第 1 項に基づいて行われる公告は、処分があった事実を一般に周知させるための手続であ
って、処分の効力として行われるものでも、処分の続行手続として行われるものでもないというべきである。
そうすると、…本件処分の効力又はその手続の続行を停止することによって本件公告が行われることを法
的に阻止することはできないし、本件処分が本件公告を介して第三者の知るところとなり、相手方の弁護
士としての社会的信用等が低下するなどの事態を生ずるとしても、それは本件処分によるものではないか
ら、これをもって本件処分により生ずる回復困難な損害に当たるものということとはできない。」と述べ、①
戒告処分の執行停止によって公告を阻止することはできない、②公告による社会的信用等の低下と戒告処
分の間に因果関係は認められないとしている。本判決に対しては、「戒告処分の効力が停止されれば処分内
容の公告もされないという関係があり、他方で、処分内容が公告されてしまうと原告が大きな不利益を受
けることから、原告の救済の必要性という意味で、最高裁の判断には疑問がある」との批判がある（櫻井・
橋本 316 頁）。

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。

勧告書には勧告不服従を公表することがある旨が記載されているため、A が勧告に従わない場合、その旨が公表されるおそれがある。これにより、A には、市民からの信頼が失われることで新規利用者が減少するとともに、現在の利用者の多くが本件施設を離れることで経営難に陥るといふ、大規模かつ不可逆的な性質の損害が生じるおそれがある。

しかも、仮に A の本件施設の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・精神面における大きな健康リスクが及ぶことになる。しかも、入所者の移ることのできる施設が近隣には無いことから、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。このように、戒告に伴う公表により、入所者及びその家族に対しても大きな健康リスク・自宅介護の負担が生じることになり、これは、要介護者等の保護という介護保険法の目的に反する事態である。このような事態をもたらす戒告の内容・性質からすれば、処分を維持すべき必要性が大きいとはいえない。⁶⁾

したがって、A には、勧告の維持を一時断念してでも救済すべき「重大な損害」が認められる。

(2) 現時点（平成 20 年 3 月 14 日）で、勧告書に記載された期限（平成 20 年 3 月 24 日）まであと 10 日しかないことからすれば、上記「損害を避けるために緊急の必要がある」といえる。

(3) 25 条 4 項の消極要件に該当する事情も見当たらないため、執行停止が認められる。

取消訴訟は主観訴訟であるから、その付随手続である執行停止の要件である「重大な損害」に関する比較衡量判断において、申立人以外の第三者の損害を、申立人側の損害の性質・程度として考慮することはできない。

以上

⁶⁾ 事例研究 253～254 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。

第2. 設問2

設問2は、調査、勧告の適法性を論ずる問題である（出題の趣旨）。

1. 調査

(1) 帳簿等書類を持ち帰った点

調査については、帳簿書類等を段ボール箱に詰めて持ち帰った行為が強制力の行使に当たるとすれば、介護保険法第100条の解釈として許容されるのかを検討する必要がある（出題の趣旨）。

調査における強制・押収の違法について指摘する答案が極めて少なかった（採点実感）。

行政調査には、①直接強制調査（相手方の抵抗を物理的に排除して行われるもの）、②間接強制調査（調査の受諾を罰則により間接的に強制するもの）、③任意調査、④その他（調査拒否に対して給付提供の拒否を予定して行われる調査）に分類される。

そして、本問における調査は、その拒否等について罰則が設けられている（法209条2号）ことから、②間接強制調査に位置付けられる。

強制調査（①・②）については、法律の根拠（作用法上の根拠）が必要とされ、調査権限は法律で定められた範囲に限定される。

(2) 身分証を提示しなかった点

また、調査に当たりB県職員が身分証を提示しなかった点について、同法第100条第2項、第24条第3項に違反するのかが論じられなければならない（出題の趣旨）。

(3) 行政指導としての調査を先行させなかった点

このほか、行政指導として行われる調査を同法第100条の調査に先行させる義務を知事は負っているのかという問題も、検討すべき対象である（出題の趣旨）。

2. 勧告

(1) 事実誤認

勧告の違法性に関しては、基準違反を内容とする県の指摘について、事実誤認を主張することが考えられる（出題の趣旨）。

(2) 勧告の手続法的違法

このほか、勧告に関しては、勧告の手続法的違法が問題となろう。その前提として、勧告にはどのような行政手続が要請されるのかが論じられなければならない。例えば、勧告を不利益処分ととらえる場合には、行政手続法の不利益処分手続が適用される。この場合には具体的にどのような手続規制が要求されるのかを明らかにした上で、本件事案でそうした手続が踏まれていたのかを検討することとなろう。これに対し、勧告を行政指導と解する場合には、知事の行う行政指導については、行政手続法は適用除外となり、B県行政手続条例の定める行政指導手続が要求される。

大橋II 370頁

この点を指摘した上で、本件で手続に関する違法が認められるのかを同条例に即して検討することが求められる（出題の趣旨）。

勧告に処分性を肯定する場合、「不利益処分」として、①理由の提示（行政手続法 14 条 1 項）及び②弁明手続（同法 29 条以下）が必要とされる。なお、処分性が肯定された勧告は「地方公共団体の機関がする処分」（行手法 3 条 3 項）に当たるものの、「（その根拠となる規定が条例又は規則に置かれているもの）」（同条項括弧書）ではないから、行政手続法の適用除外とはならない。

これに対し、勧告の処分性を否定する場合、勧告は「行政指導」に位置付けられるから、少なくとも、行政手続法上は、①理由の提示・②弁明手続は要求されない。そして、本件勧告は、都道府県知事という「地方公共団体の機関」により行われるものであるから、行政手続法第 2 章～第 6 章の規定の適用が除外され（同法 3 条 3 項）、B 県行政手続条例が適用されることになる。

（3）調査の違法が勧告に影響を及ぼすか

調査の違法が認められる場合に、それが勧告にどのような影響を及ぼすのかを検討することも、本問では要求されている（出題の趣旨）。

調査の違法が勧告に及ぼす影響について、専ら「違法性の承継」の問題として解答をしている答案が少なくなかった（採点実感）。

行政調査に瑕疵がある場合に、当該調査を準備作業として行われる行政決定も瑕疵を帯びるかという問題がある。

確かに、行政調査とそれに基づく行政行為等とは別個の行為であり、調査過程の瑕疵が行政決定の際に用いられた情報の内容に影響を及ぼすわけではないから、行政調査の瑕疵が常に行政決定の違法を根拠づけると解すべきではない。

しかし、適正手続の重要性に鑑みれば、行政決定の正しさは情報収集を含む手続過程全体の正しさも含めて観念すべきであるから、行政調査の過程における重大な違法は、それに基づいて行われた行政決定の違法を根拠づけると解すべきである。

櫻井・橋本 165 頁

[模範答案]

1 設問 1

2 第 1 . 勧告の取消訴訟及び執行停止

3 1 . 勧告の名宛人である A は、「法律上の利益を有する者」(行
4 政事件訴訟法 9 条 1 項)として、B 県を被告(11 条 1 項 1
5 号)とし、勧告書の交付により A が勧告「があったことを知
6 った」平成 20 年 1 月 15 日から 6 カ月以内(14 条 1 項本文)
7 に、B 県の地方裁判所に(12 条 1 項、裁判所法 24 条 1 号・
8 33 条 1 項 1 号)勧告の取消訴訟(3 条 2 項)を提起した上
9 で、勧告の「手続の続行の停止」(25 条 2 項本文)を申し立
10 てることが考えられる。

11 2 . では、勧告は「処分」に当たるか。

12 (1)「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為の
13 うち、これによって直接国民の権利義務を形成し又はその
14 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。

15 これは、基本的には公権力性及び直接・具体的な法的効
16 果という要素によって判断されるが、例外的に実効的権利
17 救済の観点が考慮されることもある。

18 (2)確かに、勧告は、知事が介護保険法 103 条 1 項を根拠と
19 する優越的地位に基づき一方的に行うものだから、公権力
20 性を有する。

21 しかし、勧告は、これを受けた者が任意にこれに従うこ
22 とを期待してされる行政指導にすぎないから、それ自体と
23 しては法効果性を有しない。また、勧告不服従を理由とす

1 る公表・措置命令・業務停止命令（法 103 条 2 項・3 項）
2 には、一定の不利益性が伴うものの、「できる」という文言
3 からしてもて知事の効果裁量に委ねられている。しかも、
4 勧告書ではこれら「をすることがある」という記載がされ
5 ている。そうすると、勧告不服従の場合に特段の事情がな
6 い限りこれらの後続措置がなされるとまではいえない。し
7 たがって、勧告につき、これらの後続措置を受ける地位に
8 立たされるとして法的効果を認めることはできない。

9 さらに、勧告不服従の後続措置である公表（法 103 条 2
10 項）によって開設者は市民からの信頼を失いに経営難に陥
11 るといふという深刻な不利益を受けるおそれがあるもの
12 の、効果裁量の存在及び「することがある」という勧告書
13 の記載からして、相当程度の確実さをもって公表がされる
14 ともいえない。しかも、公表による信用喪失は、後記第 2
15 の勧告不服従義務不存在確認訴訟及び仮処分申立てによ
16 っても回避できる。そうすると、実効的な権利救済の観点
17 から例外的に勧告の「処分」性を認めることもできない。

18 よって、勧告は「処分」に当たらないから、第 1 の法的
19 手段をとることはできない。

20 第 2 . 公法上の当事者訴訟及び仮処分

21 1 . 勧告服従義務の不存在の確認を求める公法上の確認訴訟（4
22 条後段）の提起及び仮の地位を定める仮処分（民事保全法 23
23 条 2 項）の申立てという法的手段が考えられる。

1 2. 確認の利益は、①確認対象の適否、②即時確定の利益、③
2 方法選択の適否から成る。

3 勧告服従義務の不存在は、原告Aの現在の具体的な義務関
4 係であるから、確認対象として適切である(①)。

5 次に、勧告書に勧告不服従の場合には公表することがある
6 ことが明記されているため、勧告不服従を理由とする公表が
7 行われる蓋然性がある。それゆえ、公表によりAが市民から
8 の信頼を失い、経営難に陥るという現実的危険が認められ、
9 即時確定の利益もあるといえる(②)。

10 そして、勧告の取消訴訟の提起は認められない上、後述の
11 通り抗告訴訟としての公表の差止訴訟の提起も認められない
12 から、勧告服従義務不存在確認訴訟は方法選択として適切で
13 ある(③)。

14 よって、確認の利益が認められるから、上記確認訴訟の適
15 法な提起、さらには仮処分の申立ても認められる。

16 第3. 公表の差止訴訟及び仮の差止め

17 1. 勧告書に勧告不服従の場合には公表することがあることが
18 明記されており、公表「がされようとしている」(3条7項)
19 といえるから、公表の差止訴訟(3条7項)を提起した上で、
20 仮の差止め(37条の5)の申立てをすることが考えられる。

21 2. では、公表は「処分」に当たるか。

22 法は勧告違反自体を罰則の対象としていない(法209条2
23 項参照)から、勧告違反自体を制裁の対象としない趣旨であ

1 るといえる。そのため、公表は、制裁目的の制度ではなく、
2 情報提供目的の制度であるといえる。そうすると、公表によ
3 り信頼喪失による経営難という不利益が生じたとしても、そ
4 れは公表に伴う事実上の効果にすぎないから、公表には法的
5 効果が認められない。また、前記第2の法的手段により公表
6 による信用喪失を回避できるから、公表に対する差止訴訟を
7 認めることが実効的な権利救済の観点から必要であるともい
8 い難い。

9 よって、抗告訴訟としての公表の差止訴訟及び仮の差止め
10 は認められない。

11 第4．民事差止訴訟及び差止仮処分

12 Aの経営権を被侵害権利とする公表の民事差止訴訟の提起及
13 び差止仮処分（民事保全法23条2項）の申立てをすることが
14 できる。

15 第5．比較検討

16 第4の法的手段よりも、第2の法的手段のほうが、本案勝訴
17 要件及び保全の必要性が認められやすい。しかも、第2の訴訟
18 でも、勧告服従義務の不存在を確認する判決の拘束力（41条1
19 項・33条1項）により、勧告不服従を理由とする公表を阻止す
20 ることが出来るから、実効性もある。

21 よって、勧告服従義務の不存在の確認を求める公法上の確認
22 訴訟を提起した上で、仮の地位を定める仮処分を申立てるとい
23 う法的手段が最も適切である。

1 設問 2

2 第 1 . 調査

3 1 . 実体上の違法事由

4 B 県職員は、法 100 条 1 項に基づくものとして、帳簿等書
5 類を持ち帰っている。その際、B 県職員が抵抗すれば罰則（法
6 209 条 2 号）の対象になることを述べていることから、帳
7 簿等書類の持ち帰りは、罰則により受諾を間接的に強制する
8 強制調査として行われているといえる。

9 そして、法律の留保の原則により、強制調査は法律によっ
10 て与えられた権限の範囲内においてのみ許容される。

11 法 100 条 1 項は「検査」と定めるだけであり、対象物件を
12 持ち帰る権限までは与えていない。

13 したがって、帳簿等書類等を持ち帰った点は、法 100 条 1
14 項の権限の範囲を超えるものとして違法である

15 2 . 手続上の違法事由

16 (1) 身分証を提示しなかった点

17 これは、法 100 条 2 項が準用する法 24 条 3 項に違反し
18 違法である。

19 (2) 行政指導としての調査を先行させなかった点

20 行政調査についても比例原則が適用されるから、行政指
21 導を先行させることができない事情がないにもかかわらず、
22 いきなり強制調査を行うことは、比例原則に反すると
23 解する。

1 ほかの施設では行政指導として実施指導が行われていた
2 ところ、本件施設について、行政指導としての実地指導を
3 先行させていたのでは証拠隠滅が行われるなどの事情は
4 認められないのだから、行政指導を先行させることができ
5 ない事情があるとはいえない。

6 したがって、(2)の点は比例原則違反として違法である。

7 第2． 勧告

8 1． 実体上の違法事由

9 (1) 人員把握の誤り

10 B 県は A の看護師・介護職員の人員把握を誤っており、
11 A が法 97 条 2 項・省令第 40 号の 2 条の基準を満たしてい
12 るにもかかわらず勧告を行っている。したがって、勧告は、
13 その法律上の要件を満たさない違法なものである。

14 (2) 身体的拘束に当たるとの判断の誤り

15 省令第 40 号の 13 条 4 項の趣旨は、不当な身体的拘束か
16 ら入所者の人権を守ることにある。そこで、同条項が禁止
17 する「身体的拘束」とは、入所者の人権を不当に侵害する
18 ものに限定されるべきである。

19 A が入所者のベッドに柵を設置しているところ、これは
20 ベッドからの転落防止という入所者保護を主たる目的と
21 するものである。また、柵の設置時間は 5 時間に限定され
22 ている上、柵の設置に当たっては入所者家族の同意を得る
23 ことで、入所者の人権にできる限り配慮されている。

1 したがって、Aが入所者のベッドに柵を設置しているこ
2 とは、入所者の人権を不当に侵害する「身体的拘束」に当
3 たらぬ。よって、勧告は、その法律上の要件を満たさな
4 い違法なものである。

5 2. 手続上の違法事由

6 (1) 勧告書に勧告の基礎となる事実の記載がなかった点

7 勧告は、処分性が認められず行政指導にすぎないから、
8 行政手続法 14 条は適用されない。他方で、知事の行う行政
9 指導については、行政手続法は適用除外となり（同法 3 条
10 3 項）、B 県行政手続条例の定める行政指導手続が要求され
11 る。

12 条例 33 条 1 項の趣旨は行政指導の相手方に防御の機会
13 を与えることにあると考えられるから、明示が必要とされ
14 る行政指導の「内容」には、行政指導の基礎となる事実も
15 含まれると解すべきである。

16 したがって、(1) の点は条例 33 条 1 項違反として違法
17 である。

18 (2) 勧告が唐突に出された点

19 確かに、法 103 条 1 項の勧告は「不利益処分」に当たら
20 ないから、行政手続法上の弁明手続（同法 29 条以下）は要
21 求されない。しかし、法 103 条 1 項の勧告については、こ
22 れが公表・措置命令・業務停止命令といった不利益を伴う
23 後続行為の前提要件となるものであることに鑑み、信義則

1 上、事前の弁明の機会を与えるべきである。

2 したがって、事前の弁明の機会を与えることなく勧告を

3 行った点は、信義則違反により違法である。

4 3. 調査の違法が勧告に影響を及ぼすか

5 確かに、行政調査とそれに基づく行政行為等とは別個の行

6 為であり、調査過程の瑕疵が行政決定の際に用いられた情報

7 の内容に影響を及ぼすわけではないから、行政調査の瑕疵が

8 常に行政決定の違法を根拠づけると解するべきではない。

9 しかし、適正手続の重要性に鑑みれば、行政決定の正しさ

10 は情報収集を含む手続過程全体の正しさも含めて観念すべき

11 であるから、行政調査の過程における重大な違法は、それに

12 基づいて行われた行政決定の違法を根拠づけると解すべきで

13 ある。

14 帳簿等書類を持ち帰った違法は、本来であれば得られなか

15 ったはずの証拠の取得をもたらしたのだから、調査に基づく

16 行政決定に影響を及ぼし得るという点で重大な違法であると

17 いえる。

18 また、1回の調査について3つも違法がある（第1の1及

19 び2(1)(2)）という点は、全体として、調査における遵法意識

20 の欠如を示すものとして、調査の重大な違法を基礎づけると

21 いえる。

22 したがって、調査の違法により勧告も違法になる。

23 以上

[中位答案]

1 設問 1

2 第 1 . 勧告の取消訴訟及び執行停止

3 A は、勧告の取消訴訟（3 条 2 項）を提起した上で、勧告の
4 「手続の続行の停止」（25 条 2 項本文）を申し立てることが考
5 えられる。では、勧告は「処分」に当たるか。

6 「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、
7 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
8 することが法律上認められているものをいう。

9 確かに、勧告は、知事が介護保険法 103 条 1 項を根拠とする
10 優越的地位に基づき一方的に行うものである。

11 しかし、勧告は行政指導であり、それ自体としては法効果性
12 を有しない。また、法 103 条 2 項・3 項の「できる」という文
13 言及び勧告書の「することがある」という記載から、勧告不服
14 従の場合に後続措置である同条項所定の公表・措置命令・業務
15 停止命令が相当程度の確実さをもってなされるとはいえない。
16 そうすると、勧告は、直接国民の権利義務を形成するものとは
17 いえないから、「処分」に当たらない。

18 よって、第 1 の法的手段をとることはできない。

19 第 2 . 公法上の当事者訴訟及び仮処分

20 勧告服従義務の不存在の確認を求める公法上の確認訴訟（4
21 条後段）の提起及び仮の地位を定める仮処分（民事保全法 23 条
22 2 項）の申立てという法的手段が考えられる。

23 確認の利益は、①確認対象の適否、②即時確定の利益、③方

1 法選択の適否から成る。

2 勧告服従義務の不存在は、原告 A の現在の具体的な義務関係
3 であるから、確認対象として適切である (①)。

4 次に、勧告書に勧告不服従の場合には公表することがあるこ
5 とが明記されているため、勧告不服従を理由とする公表が行わ
6 れる蓋然性がある。それゆえ、公表により A が市民からの信頼
7 を失い、経営難に陥るという現実的危険が認められ、即時確定
8 の利益もあるといえる (②)。

9 そして、勧告の取消訴訟の提起は認められない上、後述の通
10 り抗告訴訟としての公表の差止訴訟の提起も認められないから、
11 勧告服従義務不存在確認訴訟は方法選択として適切である(③)。

12 よって、確認の利益が認められ、第 2 の手段が認められる。

13 第 3 . 公表の差止訴訟及び仮の差止め

14 勧告書に勧告不服従の場合には公表することがあることが明
15 記されており、公表「がされようとしている」(3 条 7 項)とい
16 えるから、公表の差止訴訟 (3 条 7 項) を提起した上で、仮の
17 差止め (37 条の 5) の申立てをすることが考えられる。

18 しかし、公表に伴う信頼喪失による経営難という制裁的効果
19 は事実上の効果にすぎないから、公表が直接国民の権利義務を
20 形成することが法律上認められているとはいえない。

21 よって、公表に「処分」性が認められないから、抗告訴訟と
22 しての公表の差止訴訟及び仮の差止めは認められない。

23 第 4 . 以上より、第 2 の法的手段が最も適切である。

1 設問 2

2 第 1 . 調査

3 1 . 身分証を提示しなかった点

4 これは、法 100 条 2 項が準用する法 24 条 3 項に違反し違
5 法である。

6 2 . 行政指導としての調査を先行させなかった点

7 行政調査についても比例原則が適用されるから、ほかの施
8 設では行政指導としての実地指導が行われているにもかかわらず、
9 らず、いきなり法 100 条に基づく強制調査を行った点は、比
10 例原則違反として違法である。

11 第 2 . 勧告

12 1 . 実体上の違法事由

13 (1) 人員把握の誤り

14 B 県は A の看護師・介護職員の人員把握を誤っており、
15 A が法 97 条 2 項・省令第 40 号の 2 条の基準を満たしてい
16 るにもかかわらず勧告を行っている。したがって、勧告は、
17 その法律上の要件を満たさない違法なものである。

18 (2) 身体的拘束に当たるとの判断の誤り

19 省令第 40 号の 13 条 4 項の趣旨は、不当な身体的拘束か
20 ら入所者の人権を守ることにある。そこで、同条項が禁止
21 する「身体的拘束」とは、入所者の人権を不当に侵害する
22 ものに限定されるべきである。

23 A が入所者のベッドに柵を設置している時間は 5 時間に

1 限定されている上、柵の設置に当たっては入所者家族の同
2 意を得ている。そのため、Aが入所者のベッドに柵を設置
3 していることは、入所者の人権を不当に侵害する「身体的
4 拘束」に当たらない。よって、勧告は、その法律上の要件
5 を満たさない違法なものである。

6 2. 手続上の違法事由

7 (1) 勧告書に勧告の基礎となる事実の記載がなかった点

8 勧告は、知事の行う行政指導として、行政手続法の適用
9 が除外され（同法3条3項）、B県行政手続条例の定める
10 行政指導手続が要求される。

11 そして、(1)の点は、条例33条1項に違反する。

12 (2) 勧告が唐突に出された点

13 確かに、法103条1項の勧告は「不利益処分」に当たら
14 ないから、行政手続法上の弁明手続（同法29条以下）は要
15 求されない。しかし、当該勧告については、公表等の不利
16 益を伴う後続行為をもたらす可能性があることから、信義
17 則上、事前の弁明の機会を与えるべきである。

18 したがって、事前の弁明の機会を与えることなく勧告を
19 行った点は、信義則違反により違法である。

20 3. 調査の違法が勧告に影響を及ぼすか

21 適正手続の観点から、調査の重大な瑕疵は勧告の違法を基
22 礎づけると解すべきところ、前記第1の1・2の複数の瑕疵
23 が調査の瑕疵の重大性を基礎づけるから、勧告も違法となる。