

[講義2 (行政訴訟)]

## 特定商取引法の法執行に関する実務上の諸問題

弁護士 大島 義 則

### 【事例】

A県所在のX社は、A県〇町にて宝石店を営んでおり、指輪、ネックレス等のアクセサリ販売や金地金等を店頭で販売していた。また、X社は、店頭販売のほか、電話勧誘によりアクセサリや金地金を販売する電話勧誘販売事業も行っていた。

令和2年2月3日、A県は、消費者B(85歳)から、X社が特定商取引に関する法律(以下「特商法」又は「法」という。)に違反しているとの情報提供を受けた。Bからのヒアリングによれば、①X社代表取締役Yは、電話でX社の名称を告げずに担当者「Z」の氏名を名乗った上で、「以前、A県〇町の店舗に来ていただき、ありがとうございました」などと述べて数分間の雑談をした後にネックレスを購入しないかと勧誘を行い、②同じ電話で「Z」は「来年のオリンピックまでに金は2倍程度まで相場が上がる。1~2年持っていて、その後で売れば、誰でも儲かります」と告げて勧誘を行った。BはA県〇町の店舗に行ったことがあるか記憶は定かではなかったものの、金50万円のダイヤモンドネックレスと金50万円分の金塊を購入した。

Bからの情報提供を受けて、同年3月2日、A県は、法66条1項に基づきX社のA県〇町の店舗に対して立入検査を実施し、帳簿、書類その他の物件を検査し、X社の従業員に対して質問することにした。同日、

X社のA県〇町の店舗においてA県職員が立入検査を実施した際、Yは事務室にある自身のデスクの前で立入検査に対して抗議したため、A県職員は調査に抵抗すれば罰則の対象になることを繰り返し警告したが、Yはデスクの前から動くことはなかった。そこで、A県職員はYの身体を手で押しつけた上で、鍵のかかっていたデスクの引出しを工具で破壊し、デスクの中にある顧客名簿、職員名簿、売上伝票、契約書の控え等を押収して持ち帰った。

同年3月25日、A県知事は、これ以上の消費者被害拡大を早急に防止するため、X社に対して、弁明書の提出期限を同年3月27日と指定した弁明通知書を郵送で発出した。また、A県知事は弁明書提出期限である2日後までにX社代表取締役Yの下に弁明通知書が届かないことを懸念し、押収していたYの名刺記載のメールアドレス宛てに弁明通知書の写しを添付したメールを送付した。Yは地方出張中であったため、同年3月25日にメールにより弁明通知書を出張先でスマートフォンにて確認することはできたものの、郵送による弁明通知書については当日受領できず、後日、不在票を用いて再配達を依頼して同年4月1日に受領することができた。同年3月25日にメールで弁明通知書の内容を知ったYは、知り合いの弁護士Cに対してメールにより弁明通知書の写しを送付し、弁明書作成を依頼した。弁護士CはA県に対して2週間程度、弁明書の提出期限を延期するように上申したが、提出期限の延長はなされなかった。さらに、弁護士Cは、弁明通知書に被害者とされる者の氏名や電話勧誘したとされる架電先の記載がなく、Yにとって弁明対象行為の特定ができなため、被害者名や対象行為を特定するように上申したが、当該上申に対する回答はなされなかった。そのため弁護士CとYは、徹夜で弁明書を準備して同年3月27日に弁明書を提出した。

同年4月2日、A県知事は、X社に対して、①違反行為の発生原因について調査分析の上、その検証結果について業務停止命令の日から1か

月以内にA県知事宛て文書にて報告することを内容とする指示(法22条1項), ②電話勧誘販売業務につき2年間の業務停止命令(法23条1項), ③代表取締役Yに対する当該停止を命じた範囲の業務を新たに開始すること(当該業務を営む法人の当該業務を担当する役員となることを含む。)の禁止命令(法23条の2第1項)を発出した。同日, A県知事は, A県ウェブサイト上に, ①~③の事実を公表した(法22条2項, 法23条2項, 法23条の2第2項)。

同年5月1日, X社は, ①の指示, ②の業務停止命令, ③の業務開始に係る禁止命令について処分取消訴訟を提起した。

〔設問1〕

A県知事は, X社について, どのような特商法違反を認定したと考えられるか。なお, 〔設問1〕では, X社の特商法違反行為について論じれば足り, 法22条1項, 法23条1項及び法23条の2第1項の処分要件充足性について論じる必要はない。

〔設問2〕

X社は, 法23条1項に基づく業務停止命令の取消訴訟において, 令和2年3月2日に実施した法66条1項に基づく立入検査に関し, どのような本案上の主張をすべきか。

〔設問3〕

X社は, 法23条1項に基づく業務停止命令の取消訴訟において, 令和2年3月25日に発出した弁明通知書に関し, どのような本案上の主張をすべきか。

〔設問4〕

X社は独自の調査を実施したところ、消費者Bの氏名、住所及び電話番号を特定することができ、BはA県〇町の店舗に何度も訪れたことのあるYと旧知の顧客であることが判明した。この独自調査を元にしてYの記憶を整理したところ、(a)担当者名として「Z」を名乗ったのは、旧知のBとの関係では結婚前の旧姓を名乗っていたに過ぎずBはYの戸籍上の氏名もX社の名称も当然知っていたこと、(b)Bとは旧知の件であったために電話勧誘前に少し雑談したに過ぎないこと、(c)金相場についてはBから今後の相場動向を尋ねられたために「来年オリンピックもあるので上がっていくと思う」という感想を述べただけで自分から相場動向について言及したことはなく、2倍という具体的な数字を出したことはないこと、等の事実が明らかになった。当該X社の独自調査の結果を踏まえて、X社は令和2年4月1日に追加の弁明書を提出した。X社は、法23条1項に基づく業務停止命令の取消訴訟において、〔設問2〕及び〔設問3〕で検討した事項以外に、どのような本案上の主張をすべきか。

**【資料 関係法令】**

(本稿では文字数の関係から省略)

## I 問題の所在

近年では給付行政等の国家の役割拡大により「行政」、「規制の名宛人」に加えて「規制の受益者」を含めた三面関係を射程に置いて行政法理論を再構築する必要性が認識されてきたが、基本的に近代行政法は行政規制に対抗する防御権の体系であり、「行政」と「規制の名宛人」との関係規律する二面関係が大きな主題であることには変わりがない<sup>(1)</sup>。本問は、A県とX社の二者間における古典的な二面関係が問題となる行政法

---

(1) 宇賀克也『行政法概説 I [第7版]』(有斐閣, 2020年) 3頁。

紛争事例であり、X社がA県の行政規制に対してどのように防御権を發動していくべきかを考えさせるものである。

問題の素材となる個別行政法としては、特定商取引に関する法律（以下「特商法」又は「法」という。）を選択した。特商法は事業者が消費者取引を行うに当たって常に留意しなければならない規制法である。本問は架空の設例ではあるものの、特商法に基づく法執行に対する実務的対応に関する一定の示唆があるものとする。

〔設問1〕は、A県知事の立場からX社の特商法違反行為をどのように認定したのかを問う問題である。本問で、A県知事はX社に対して指示（法22条1項）、業務停止命令（法23条1項）、業務開始に係る禁止命令（法23条の2第1項）の3つの行政処分を行っており、これらの行政処分の処分根拠法規はいずれも法16条から法21条までの違反行為を処分要件として定めている。〔設問1〕では、A県知事が各処分要件に対して各事実をどのように包摂させたかを、法的三段論法に基づき論じる必要がある。

〔設問2〕は、法66条1項に基づく立入検査の違法性を検討させる問題である。立入検査は講学上の行政調査に該当するため、取消訴訟の本案上の主張として行政調査の瑕疵を指摘していく必要がある。

〔設問3〕は、行政手続法に基づく弁明の機会の付与に関する手続的瑕疵を、本案上の主張としてどのように主張すべきかを問うものである。

〔設問4〕は、業務停止命令（法23条1項）の取消訴訟を提起したX社の立場に立って、主として処分根拠法規に定められている処分要件の不充足性の主張方法を考えさせる問題である。

行政事件訴訟法の分野では、処分性、原告適格などの訴訟要件論（本案前の主張）に研究・学修の比重が置かれてきたが、平成16年の行政事件訴訟法改正以降、行政訴訟は「本案の時代」に突入していくことが期待されている。もっとも、行政訴訟実務でも大学の教室でもまだまだ本

案論の扱いは小さいように思われる<sup>(2)</sup>。そのため、本問ではあえて訴訟要件は一切問わず、本案論のみを問う出題にした。

本稿は、広島大学法科大学院において令和元年8月4日に実施した「公法実務基礎」の講義内容を元に執筆したものである。「公法実務基礎」は、講師の実務経験を踏まえながら公法実務を教える科目である。筆者は、平成24年2月～26年1月の2年間、任期付き公務員として消費者庁総務課課長補佐(情報公開・個人情報保護・公益通報担当)の職務に就いており、特商法の法執行業務は筆者の直接的な所掌業務ではなかったものの、消費者庁の各課からの法律相談の際に接する機会が多かった。また、現在では弁護士として行政事件に携わる機会もあり、弁護士の立場から本案上の主張を考えることも多い。本問は、(過去のいかなる事案とも無関係のものであるが)こうした過去の実務経験を踏まえながら創作した事例問題である。

なお、本問はA県知事の特商法に基づく法執行にあえて違法事由をちりばめた創作問題であり、実際の特商法に基づく法執行については本問ほど杜撰なものはないと思われるので、この点をご留意願いたい。

## II 特商法違反に関する設問：設問1

〔設問1〕では、X社の特商法違反行為について論じる必要がある。

第一に、法16条(氏名等明示義務)違反の有無が問題になる。法16条は、対象者が「販売業者又は役務提供事業者」<sup>(3)</sup>であることを処分要件として定めている。X社が電話勧誘販売事業を営んでいることは問題文から明らかであるから、当該処分要件は問題なく充足する。次に、法

---

(2) 本案審理研究の必要性から抗告訴訟の本案における攻撃防御方法を中心に検討したものと、行政事件訴訟の攻撃防御方法研究会「抗告訴訟の本案における攻撃防御方法の実務的研究」日弁連法務研究財団編『法と実務 vol.15』(商事法務, 2019年)3頁。

16条の氏名等明示義務は、「電話勧誘販売をしようとするときは」、「その勧誘に先立って」果たす必要がある。すなわち、少なくとも「顧客の契約締結の意思の形成に影響を与える行為」の開始前に所定の事項について告げなければならず、「通常は相手方がその電話に出たら開口一番で告げなければなら」ず、「知人を装って世間話をしたりアンケートと称して会話に引き込んだ後に売買契約等の勧誘を行うことは、本条の違反」と解されている<sup>(4)</sup>。本問で、X社代表取締役Yは、「以前、A県〇町の店舗に来ていただき、ありがとうございます」などと述べて数分間の雑談をした後に勧誘を行っていることから、勧誘行為に先立った告知行為がなく、法16条違反がある<sup>(5)</sup>。また、X社代表取締役Yは、電話でX社の名称を告げずに担当者「Z」の氏名を名乗っており、「販売業者……の名称」及び「勧誘を行う者の氏名」を告知しておらず、この点でも法16条違反がある。

第二に、法21条1項柱書・同項7号違反の有無が問題となる。法21条1項柱書・同項7号は「当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて、電話勧誘顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者

---

(3) 「販売業者」又は「役務提供事業者」とは、「販売又は役務の提供を業として営む者」をいい、「業として営む」とは「営利の意思をもって、反復継続して取引を行うこと」をいう。消費者庁取引対策課・経済産業省商務・サービスグループ消費経済企画室編『平成28年版 特定商取引に関する法律の解説』（商事法務、2018年。以下「特商法解説」という。）47頁。「特定商取引に関する法律等の施行について」（令和2年3月31日付け。以下「通達」という。）6頁も同旨。

(4) 特商法解説162-163頁。通達39頁も参照。

(5) 訪問販売の事例であるが、「以前親身になって相談に乗ってもらった。仕事の都合で香港に行くことになったので、その前にご挨拶に伺った。」などと告げ、勧誘に先立って、契約の締結について勧誘をする目的である旨を明らかにしていなかった行為について、勧誘目的不明示（法3条）とされた事例として、平成27年10月22日付け東京都の業務停止命令。東京都「東京くらしWEB」、<https://www.shouhiseikatu.metro.tokyo.jp/torihiki/shobun/shobun151022.html>（2021.1.9最終閲覧）。

の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」に関して「不実のことを告げる行為」(不実告知)を禁止している。「不実のことを告げる行為」とは、「虚偽の説明を行うこと、すなわち事実と異なることを告げる行為」と解されている<sup>(6)</sup>。ここで「不実のこと」とは告知の時点で存在する客観的な事実と齟齬することであり、告知の時点で将来どのようになるか不確実な事項を告げる断定的判断の提供は形式的には不実告知ではないとも言えるが、実質的には法21条1項7号に関する不実告知と捉えられることがある<sup>(7)</sup>。本問でZは「来年のオリンピックまでに金は2倍程度まで相場が上がる。1～2年持っていて、その後で売れば、誰でも儲かります」と告げて勧誘を行っており、このような断定的判断の提供は法21条1項柱書・同項7号の不実告知に該当する。

以上のことから、〔設問1〕では法16条違反及び法21条1項柱書・同項7号違反を論じることになる。

### Ⅲ 行政調査の瑕疵に関する設問：設問2

#### 1 行政調査の本案上の主張方法

(6) 特商法解説177頁。通達41頁・11頁も参照。

(7) 齋藤雅弘＝池本誠司＝石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック〔第6版〕』(日本評論社、2019年)244頁。通達41頁・11頁は「契約締結段階で告げている内容が実現するか否かを見とおすことが不可能な場合であっても、告げている内容が客観的に事実と異なっていると評価できる限り不実の告知に該当する」とし、その例として「例えば、絵画のアポイントメントセールスにおいて、『近いうちにこの絵は必ず高騰して儲かります。』などと告げる場合」を挙げる。金地金等の訪問販売について「金の投資をしたら必ず儲かります。」「絶対、損はさせません。」「中国が景気がいいから、金はこれから絶対に上がる。」などと、あたかも利益を得ることが確実であるかのように、消費者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものについて不実を告げていたことが、法6条1項7号の不実告知と判断された事例として、令和元年7月4日付け東京都の業務停止命令。東京都ウェブサイト、[https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2019/07/04/11\\_01.html](https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2019/07/04/11_01.html) (2021.1.9最終閲覧)。

〔設問2〕では、業務停止命令（法23条1項）の取消訴訟において、法66条1項に基づく立入検査の違法性を検討する必要がある。行政調査の瑕疵に関して本案上の主張をするためには、行政調査の瑕疵の存在を指摘した上で、行政調査の瑕疵の取消事由該当性を主張する必要がある<sup>(8)</sup>。

## 2 行政調査の瑕疵

本問で、A県職員はYの身体を手で押しのけた上で、鍵のかかっていたデスクの引出しを工具で破壊し、デスクの中にある顧客名簿、職員名簿、売上伝票、契約書の控え等を押収して持ち帰る、という実力行使を行っている（以下「本件実力行使」という。）。

一口に行政調査と言っても様々な類型がある。実力行使の認められている直接強制調査であれば、実力行使は法律が予定しているところであり、法律の留保原則違反にはならない。例えば、児童虐待の防止等に関する法律9条の3は一定の要件を充足した場合において解錠を含む強制的手段を許容しており、その代わり住居の不可侵を定めた憲法35条との関係で裁判所の許可状が必要とされている<sup>(9)</sup>。

これに対して、調査拒否に対する罰則付きの間接強制調査（例えば国税通則法74条の2第1項・同法128条2号）の場合、実力行使自体に関する明文の規定がないため、実力行使をすれば法律の留保原則違反になるのではないか、という疑問が生じる。

本問における法66条1項に基づく立入検査について検討すると、法77条4号に調査拒否に対する罰則が付されていることから、当該立入検

---

(8) 行政調査の瑕疵に関する本案上の主張方法につき、大島義則編著『実務解説 行政訴訟』（勁草書房、2020年）99頁〔大島義則〕。

(9) 磯谷文明ほか編集代表『実務コンメンタール 児童福祉法・児童虐待防止法』（有斐閣、2020年）673頁。

査は調査拒否に対する罰則付きの間接強制調査に該当する。そこで、間接強制調査における明文なき実力行使の可否が問題となる。罰則付きの間接強制調査については調査の実効性担保は罰則によることが想定されており、実力行使は認めていないと解する見解が強い<sup>(10)</sup>。そのため、X社は、本件実力行使は法66条1項の予定していないものであり、法律の留保原則に違反し、違法と主張することができる。

### 3 行政調査の瑕疵の取消事由該当性

仮に行政調査の瑕疵があったとしても、行政処分の効力へ直ちに影響するわけではない。行政調査の瑕疵と行政処分の効力との関係に関しては、①客観的な処分根拠法規の要件充足・不充足により処分の適法性は定まり、行政調査の瑕疵は独立の取消事由にはならないと解する見解<sup>(11)</sup>、②公序良俗に違反するなど行政調査の違法性が重大である場合に行政処分の根拠資料として用いることを許さない結果として処分を違法とする見解(東京地判昭和61年3月31日判時1190号15頁等)、③全くの調査を欠き又は公序良俗に反する方法で行政調査を行うなど重大な違法がある場合、当該調査に基づく処分の取消事由になるとする見解(大阪地判平成2年4月11日判夕730号90頁等)に分類できる<sup>(12)</sup>。原則として行

---

(10) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕行政法総論』(有斐閣, 2020年)285頁参照。法66条に基づく立入検査等に関しては罰金を甘受することを前提に立入検査等が拒否されることもあり得るという問題点が指摘されており、立入検査の拒否に対して事業者名を公表するなどの方策強化が提唱されている(大島義則ほか編著『消費者行政法』(勁草書房, 2016年)162-163頁〔杉田育子〕)。

(11) 野下智之「取消訴訟における違法性の内容」藤山雅行=村田斉志編著『新・裁判実務体系25 行政争訟〔改訂版〕』(青林書院, 2012年)359-360頁, 大阪地判昭和59年11月30日判夕564号227頁。

(12) 大島・前掲注8)103頁〔大島義則〕, 定塚誠編著『行政関係訴訟の実務』(商事法務, 2015年)541~542頁〔馬場俊宏〕参照。

政処分<sup>13</sup>の適法性は処分根拠法規の充足性により判定されるという限度で①説にも理由はあるが、憲法31条の適正手続の趣旨に照らせば行政調査の瑕疵が一切行政処分とは無関係であるとする①の説は妥当性を欠き、②又は③の見解が支持されるべきであろう。

そこで、例えば、③の見解に立つて、本件実力行使はYの身体接触や鍵の破壊など身体の自由や財産権に対する侵害性が強く、また企業の機密情報ともいえる顧客名簿等を押収している点において、公序良俗に反する方法による行政調査であり、違法である、とX社は主張することが考えられる。なお、②の見解に立った場合、違法収集証拠排除法則的な思考方法により瑕疵ある行政調査により取得した証拠資料の利用が許されないが、その他の適法に収集した証拠に基づき行政処分の有効性がなお肯定される可能性がある。もっとも、本問には細かい事情は記載されていないことから、X社としては瑕疵ある行政調査により取得された顧客名簿、職員名簿、売上伝票、契約書の控え等の証拠利用は許されず、その結果、架電先や売買に関する情報が立証できなくなったとして、法23条1項に基づく業務停止命令につき違法と主張することになる。

#### IV 行政手続の瑕疵に関する設問：設問3

##### 1 手続的瑕疵に関する本案上の主張方法

手続的瑕疵に関する本案上の主張を行う場合、原告は、手続的瑕疵の存在を主張した上で、手続的瑕疵の取消事由該当性を主張することになる<sup>(13)</sup>。

##### 2 手続的瑕疵の存在

###### (1) 行政手続法30条違反

---

(13) 手続的瑕疵に関する本案上の主張方法について、大島・前掲注8)104頁〔大島義則〕。

令和2年3月25日に弁明通知書が発出され、同日にYはスマートフォンで弁明通知書の内容を確認できているものの、弁明書の提出期限は同月27日までと指定されており、事実上の弁明通知書の受領から弁明書提出までの間に二日間の期間しかない<sup>(14)</sup>。そのため、X社は、弁明通知書から弁明書の提出期限まで「相当な期間」が置かれておらず、行政手続法30条違反である、と主張することができる。

ここで行政手続法30条の「相当な期間」の意義及び判断基準が問題となる。この点に関して必ずしも学説・実務でも十分な議論はされていないが、「相当な期間」につき「不利益処分の内容や性質に照らして、その名宛人となるべき者が防御の準備をするのに必要な期間」と解するもの(熊本地判令和1年8月7日TKC文献番号25563906、控訴審の福岡高判令和2年3月27日TKC文献番号25565430も同旨)、「弁明書の提出期限は、予定されている処分の性質・内容、原因行為の態様等に照らし、処分行政庁が合理的な裁量判断によって決すべき」と解するもの(名古屋地決平成18年9月25日裁判所ウェブサイト)、(弁明通知ではなく聴聞通知に関する行政手続法15条に関する裁判例ではあるが)「不利益処分の内容や性質、名宛人に関する事情等に照らして名宛人の防御の準備に必要な期間をいうものと解されるが、具体的な期間の設定については、基本的には具体的事情に応じた行政庁の合理的な裁量に任されているもの」と解するもの(東京高判平成29年1月26日訟月63巻8号1945頁)などがある。各裁判例の表現にばらつきがあるが、行政手続法30条の「相当な期間」の意義としては「不利益処分の内容や性質に照らして、その名宛人となるべき者が防御の準備をするのに必要な期間」と解しつつも、

---

(14) なお、本問では、郵送による弁明通知書については令和2年年4月1日に受領しており、そもそも弁明書の提出期限である同年3月27日より後に正式な弁明通知書を受領していることから、弁明通知書から弁明書の提出期限まで「相当な期間」が置かれておらず、行政手続法30条違反である、と主張することも考えられる。

具体的な期間設定に関して行政庁の合理的手続裁量を認める裁判例も存在する状況といえよう。

それでは、どの程度の期間が具体的に「相当な期間」といえるであろうか。実務上は少なくとも1～2週間程度の「相当な期間」を確保することが多いと思われるが、前掲熊本地判令和1年8月7日は形式的には弁明書の提出期限を約2週間後と定められていたものの、弁明通知書の表題が「弁明通知書(案)」となっていたことから原告において本件弁明通知書が正式文書であると明確に認識できた時点から数えると二日後に処分通知書が送付された事案において、「相当な期間」をおいたとはいえないとして弁明の機会付与義務違反を認めた。これに対して、この裁判の控訴審である前掲福岡高判令和2年3月27日は、①弁明通知書交付時に内容説明を受けていること、②事後の電話の際に本件弁明通知書の有効性に何ら言及していないこと、③弁護士を選任した上で弁明書を提出していること、④弁明期間に不満を述べたり、同期間の延長や資料の追加提出等の機会を付与するよう申出をした形跡は見られないことを踏まえて弁明の機会付与義務違反を否定した。

上記の各裁判例の理由付けを踏まえてX社の主張を組み立てると、①法23条1項に基づく業務停止命令は職業の自由(憲法22条1項)を制約する性質を有し、命令の内容及び性質に照らして、防御に必要な準備期間たる「相当な期間」として少なくとも1～2週間必要であるが、実質的に二日間の期間しか防御の準備期間がなかったこと、②職業の自由(憲法22条1項)の制約性からすれば、「相当な期間」の具体的な期間設定に関する行政庁の手続裁量は否定されるべきであること、③弁明書の提出期限を延長する上申書を提出しており弁明期間に不満を述べていることから十分な防御のための準備期間がなかったといえること等を理由として、弁明の機会の付与義務違反の主張をしていくことになる。

なお、〔設問3〕ではA県側の反論まで論じさせる趣旨の設問ではない

が、念のためA県側の反論についても検討しておく、A県は、①「相当な期間」の具体的期間設定に関する行政庁の合理的手続裁量が存在すること、②仮に実質的に二日間の期間しか防御の準備期間がなかったとしても十分な準備期間であり、実際、徹夜をしたにしても、弁護士CとYは弁明書を準備して同年3月27日に弁明書を提出しており、防御の準備に必要な期間が確保されており、手続裁量の逸脱・濫用がないこと等を理由として、弁明の機会の付与義務違反がないと反論することが考えられよう(行政手続法15条1項の聴聞通知に関する「相当な期間」に関して、聴聞通知が聴聞期日の約2日前に到達するようにされたことについて合理的な理由があったとして手続的瑕疵を認めなかった前掲東京高判平成29年1月26日<sup>(15)</sup>参照)。そのほかのA県側の反論として、③消費者被害拡大の早急な防止の必要性から「公益上、緊急に不利益処分をする必要」があり、弁明の機会の付与を省略すらできるケースであるから(行政手続法13条2項1号)、行政手続法13条2項1号の趣旨を勘案すれば防御準備期間を二日間とすることも行政庁の合理的裁量の範囲内である、というものも考えられる<sup>(16)</sup>。

## (2) 弁明対象行為の特定

---

(15) 前掲東京高判平成29年1月26日に関して筆者は代理人弁護士を務めたが、手続的瑕疵が認められるには至らなかった。約二日程度を「相当な期間」ということは到底できないものとする。前述のとおり前掲熊本地判令和1年8月7日は、弁明通知書が正式文書であると明確に認識できた時点から二日後に処分通知書が送付された事案で弁明の機会付与義務違反を認めている(控訴審の前掲福岡高判令和2年3月27日はこの判断を覆しているものの、前提となる準備期間の事実認定が異なる)。前掲東京高判平成29年1月26日の原審である東京地判平成28年8月30日判時2337号12頁に関する判例評釈である小舟賢「判批」甲南法務研究14巻108頁(2018年)も、結論として「本件聴聞手続に瑕疵があったといわざるを得ない」と厳しく批判している。行政法分野における適正手続を確保するための判例政策の確立が急務である。

被害者名や対象行為を特定するように上申したが、当該上申に対する回答はなされなかった点に関しても、手続的瑕疵の有無を検討する必要がある。

前掲名古屋地決平成18年9月25日は、「行政手続法13条1項2号に基づく弁明の機会の付与は、処分理由の概要を事前に告知し、これに対する弁明の有無を確認することによって、行政処分の発令手続の明確性を確保し、併せて名宛人となるべき者の防御権を実現させることを目的とするものであって、弁明手続において告知すべき原因事実も、当該処分の性質、原因事実の内容等を総合考慮し、当該処分の対象となるべき者がその原因事実の存否、内容を確認し、これに対して必要な反論をすることが可能である程度に具体的であることを要し、またこれをもって足るものというべきである」という判断基準を示した上で、「被害者とされる者の氏名がAないしFと仮名表記され、当該事実の行われた日が明示されず、申立人の従業員の氏名も明確にされていないが、本件通知の記載によっても、各事実の年月は特定して記載されているから、当該事実が行われた時期はほぼ確定でき」、「申立人従業員とAないしFとの会話の内容が詳細に記載してあるので……申立人において本件通知に記載された各事実関係を担当した従業員を特定し、相手方顧客の氏名や電話

- 
- (16) 前掲東京地判平成28年8月30日は「行政手続法13条2項1号が、公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、意見陳述のための手続を執ることができないときは聴聞を要しないと定めていることに照らすと、聴聞の期日をいつの時点に指定するかを判断するに当たっても、当該事案において速やかに不利益処分をすべき公益上の必要性の有無やその程度等を考慮し得る」と判断している。これに対して、小舟・前掲注15) 108頁は「名宛て人となるべき者が防御の準備をするのに必要な期間であるかどうかという観点から判断されるべきであ」と批判している。「相当な期間」の解釈に行政庁の合理的手続裁量を認めるべきか、合理的手続裁量論を採用するとして行政手続法13条2項各号に相当する事情を合理的手続裁量の中の考慮事項としうかの論点については、今後の裁判例・学説の動向を注視する必要がある。

勧誘の際のやり取り等の事実関係の有無及び内容を確認した上、必要な認否、反論をすることができると解され」として、被害者の仮名表記、弁明対象となる事実の不明示及び処分対象事業者の従業員氏名の不明示について適法と判断した。

X社としては、弁明の機会の付与の趣旨として、行政処分発令手続の明確性確保及び名宛人の防御権確保の点があることから、弁明対象行為が防御権行使に必要な限度で具体的に特定されていなければ弁明の機会の付与義務違反となると主張することになる。X社の立場からは、前掲名古屋地決平成18年9月25日は弁明の機会付与の趣旨に照らして不当な裁判例であると整理するか又はあくまで名宛人にとって事実関係の確認や認否・反論が可能な事例であったと整理することになる。

### (3) 手続的瑕疵と処分の効力

行政手続法分野では、①告知・聴聞、②文書閲覧、③理由附記、④処分基準の設定・公表といういわゆる適正手続4原則が存在し<sup>(17)</sup>、学説では適正手続4原則を背景に行政手続法が制定されたことから、私人には行政庁が同法に従って行動する手続的権利が付与されたのであり、適正手続4原則違反があれば直ちに処分の違法事由になるとする見解が有力である(適正手続4原則違反説)<sup>(18)</sup>。X社は、この適正手続4原則違反説に依拠して、本間における弁明の機会の付与義務違反につき①告知・聴聞の瑕疵に該当するとして処分が取り消されるべきである、と主張することができる。

もっとも、裁判実務では、適正手続4原則違反があれば直ちに処分の違法事由になるとは考えられておらず、個別の手続ごとにより具体的に

---

(17) 塩野・前掲注10) 295頁。

(18) 塩野・前掲注10) 348頁。なお、4原則以外の手続違反に関して、この見解は、当該手続の趣旨目的に照らして取消事由該当性を検討する見解を採用する(同頁)。

考えていく傾向にある。告知・聴聞手続の瑕疵に関して、裁判例では、聴聞等の不実施等の場合には手続違反が手続の公正を害する程度に至っているとして違法となりやすいが<sup>19)</sup>、聴聞等の手続の方式（行政手続法15条～31条）の瑕疵に過ぎない場合、名宛人による防御権行使が実質的に妨げられたといえるほどの瑕疵がある場合に限り手続の公正を害する程度に至っているとして違法と解する見解がある<sup>(19)</sup>。そのため、X社としては、「相当な期間」が置かれていなかったこと及び弁明対象行為が不特定であったことから、名宛人による防御権行使が実質的に妨げられ、手続の公正を害する程度の瑕疵に至っている、と主張することが考えられる。

## V 処分要件に関する設問：設問4

### 1 X社の主張方針

〔設問4〕は、行政調査の瑕疵（設問2）及び行政手続の瑕疵（設問3）以外の行政処分の瑕疵、特に処分要件不充足の主張に関して問うものである。X社の独自調査の結果に基づいて、本案上の主張を組み立てる必要がある。

〔設問1〕では法16条違反及び法21条1項柱書・同項7号違反が問題となったが、X社の独自調査では法16条違反及び法21条1項柱書・同項7号違反を否定する事実関係が出てきている。そのため、X社としては①法16条の処分要件の不充足、②法21条1項柱書・同項7号の処分要件の不充足を主張していくことになる。また、③法23条1項に基づき2年間の業務停止命令がなされているが、効果裁量の逸脱・濫用を主張することも考えられよう。

---

(19) 定塚誠編著・前掲注12) 529～530頁〔馬場俊宏〕。手続的瑕疵と処分の効力に関しては、大島・前掲注8) 106頁以下〔大島義則〕も参照。

## 2 法16条の処分要件不充足

X社の独自調査により、(a)担当者名として「Z」を名乗ったのは、旧知のBとの関係では結婚前の旧姓を名乗っていたに過ぎずBはYの戸籍上の氏名もX社の名称も当然知っていたこと及び(b)Bは旧知の件であったために電話勧誘前に少し雑談したに過ぎないことが判明した。

(a)の独自調査の結果に基づき、X社は、実質的には「販売業者……の名称」(X社の名称)及び「勧誘を行う者の氏名」(戸籍上の氏名であるYの氏名)<sup>(20)</sup>を告知していると評価できるため、法16条の処分要件を充足していない、との主張をすることができる。

また、(b)の独自調査の結果に基づき、X社は、確かに通常は電話に出たら開口一番で氏名等明示義務を果たす必要があるが、Bが旧知の件であるという特殊事情があるので挨拶程度の多少の雑談は許容されること、雑談の時間も極めて短時間に限られており、実際の勧誘に入る前には氏名等明示義務を果たしており、「その勧誘に先立って」という法16条の処分要件を充足していない、との主張をすることができる。

## 3 法21条1項7号違反の処分要件不充足

X社の独自調査により、(c)金相場についてはBから今後の相場動向を尋ねられたために「来年オリンピックもあるので上がっていくと思う」という感想を述べただけで自分から相場動向について言及したことはなく、2倍という具体的な数字を出したことはないことが判明した。

この(c)の独自調査の結果に基づき、X社は、具体的な数字は出しておらず、問われたことに対する感想を述べただけであって断定的判断の提供をしておらず、法21条1項柱書・同項7号の処分要件を充足してい

---

(20) なお、「勧誘を行う者の氏名」を告げる際には「戸籍上の氏名」を告げる必要があることを指摘するものとして、斎藤ほか・前掲注7) 229頁。

ない、との主張をすることができる。

#### 4 法23条1項の効果裁量の逸脱・濫用

法23条1項は2年以内の期間で業務停止命令を「命ずることができる」と定めており、業務停止命令を発するか否か、発するとしてどの程度の期間の業務停止命令を発するかについて行政庁の裁量を認める文言となっている。裁量処分については裁量権逸脱・濫用の場合に取り消されることになる(行政事件訴訟法30条)。

裁量処分に関する司法審査の方法としては様々な方法があるが、小田急線連続立体交差事業認可事件(最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁)は「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である」として、判断過程の適切性を社会通念審査の中で考慮する判断過程統制審査の手法を用いている<sup>(21)</sup>。この判断過程統制審査では判断過程における要考慮事項の不考慮等が審査されることになる。特定商取引法に基づく業務停止命令について、「主として当然考慮すべき事項を十分考慮しなかったことが重視」されて裁量権逸脱・濫用が認められた裁判例としてさいたま地判平成23年2月2日判タ1357号87頁があり、同裁判例では弁明書の内容を考慮しなかったこと等を理由として業務停止命令が取り消されている<sup>(22)</sup>。

---

(21) 森英明「判解」最判解民事平成18年度(下)1160頁、大島・前掲注8)88頁〔大島義則〕。

(22) 判タ1357号88頁の匿名コメント。

〔設問4〕においてX社は令和2年4月1日に前記(a)～(c)の独自調査の結果に基づく追加の弁明書を提出したが、これが考慮されずに翌日の4月2日に業務停止命令が発出されてしまっている。そのため、弁明書を考慮せず行った本件の業務停止命令は裁量権逸脱・濫用として違法である、とX社は主張できる。また、追加の弁明書の実事関係を前提にしても法16条違反及び法21条1項柱書・同項7号違反と判断される場合であっても、2年間の業務停止期間は過剰であり、X社は比例原則違反を理由に裁量権逸脱・濫用による違法を主張しうる。

以上