



消費者行政法の課題 一行政法理論への10の挑戦一

中川, 丈久

(Citation)

行政法研究, 20:217-244

(Issue Date)

2017-10-31

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

当該論文は、信山社出版株式会社の許諾を得て公開しております。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100485265>



16 消費者行政法の課題

— 行政法理論への10の挑戦 —

中川 丈久

I はじめに

凡そすべての法律は、「法の三原色」—— 民事法（私法）の手法／刑事法の手法／行政法（憲法を除く公法）の手法 —— のいずれかひとつ、またはこれらの組合せによって形成されている。政策志向の強い法領域 —— 政策目的の違いによって、租税法、環境法、都市法・土地法、競争法、消費者法、金融法、労働法、社会保障法、そして各種業法などとグルーピングされる —— であれば、民事手法・刑事手法・行政手法を複層的に組み合わせることによって、政策目的の実現手段とすることが、むしろ通例である⁽¹⁾。

法律の多くは、確立した民事手法・刑事手法・行政手法を利用するにとどまるが（いわゆる横並び立法）、ときに新たな工夫を凝らした立法が現れる（「政治からの指示」のほか、国際的な取り決めが契機となることもある）。そうすると、その新たな手法を既存の民事法、刑事法、行政法の理論にどう位置づけるかの議論が学説において沸き起こる。これが、法理論のリノベーション（議論枠組みの深化）やイノベーション（議論枠組みの変容）が起きる契機となるのである⁽²⁾。

法理論のリノベーションやイノベーションが生じた例として、民事法理論においては、消費者契約法等の経験が契約法理の変容をもたらし、ひいてはそれが平

(1) 「法の三原色」については、中川丈久「消費者——消費者法は行政法理論の参照領域たりうるか——」公法研究75号（2013年）188頁、189頁、中川丈久「行政法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座・現代法の動態2 法の実現手法』（岩波書店、2014年）111頁、111～118頁、中川丈久「広告規制と行政法の役割」消費者法9号（2017年）25頁、25～26頁で述べたところを参照されたい。また、このような認識は、国際私法においても重要である。早川吉尚「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報5号（2003年）206頁を参照。

法の全体像をこのように捉える見方は、阿部泰隆『行政法システム（上）〔初版〕』（有斐閣、1992年）21頁における「基本法」（民商法・行政法・刑事法）と「応用法」（経済法、租税法等）という整理に始まるものと思われる。

なお、憲法は、民事手法、刑事手法、行政手法のすべてを上位から規律する関係にある。

(2) 中川・前掲注(1)「消費者」189～190頁。

成29年の民法改正（債権法改正）の過程に影響を与えたことを挙げることができる⁽³⁾。また、もしも懲罰的損害賠償やディスゴージメントの立法がなされるならば、それが特定の分野における限定的導入であっても、不法行為や不当利得の法理そのものの変容も意味するはずである⁽⁴⁾。

刑事法理論においては、道路交通法等において濫設のおそれが指摘されている行政刑罰と、性格の曖昧さが指摘される過料（秩序罰）について、これらをどう体系的に整理するかを刑法総論の課題としてとりあげることがあってよい⁽⁵⁾。組織犯罪処罰法における没収規定の工夫もまた、刑法総論に影響してよいはずである⁽⁶⁾。

こうした影響関係は、行政法理論においてとりわけ顕著に見いだされる。

戦後20年ほどの間の行政法理論は、周知のとおり、租税法、そして農地改革のための自作農特別措置法を主たる素材として形成されたところである。続く20年間、すなわち1965年頃から1980年代にかけては、行政指導論や行政計画論が発展し、ひいては「行政過程論」が生まれた時期であった⁽⁷⁾。その刺激剤となったのが、都市部への人口集中に対処するべく存在感を増した都市法・土地法領域（国土利用計画法、都市計画法、建築基準法、土地地区画整理法、土地収用法など、および関連する自主条例）であり、公害を克服しようとした環境法領域（水質汚濁防止法、大気汚染防止法など、および関連する自主条例）であった⁽⁸⁾。こうした法制のもと、公共事業等によって、環境破壊や騒音、生活安全などが脅かされていると主張する一般住民にも行政訴訟の原告適格を認めるべきではないかという学説が現れ始

(3) 一例として、「〈特集〉民法改正と消費者法」現代消費者法4号（2009年）、大村敦志「民法改正の『契約・契約法』観」民商法雑誌153巻（2017年）1号などを参照。

(4) 窪田充見「不法行為法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座現代法の動態2法の実現手法』（岩波書店、2014年）77頁、88～92頁などを参照。

(5) 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）188～190頁、194～197頁。

(6) 中川・前掲注(1)「行政法における法の実現」115頁（政策目的をもつ刑事罰規定）。

(7) 中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分位置付け」『阿部泰隆先生古稀記念・行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）59頁、61～63頁。

(8) いわゆる街づくりのために地方公共団体がする行政指導の考察を通して、1965年頃から行政指導論は、それ以前の消極的評価から積極的評価へと移行した。中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）208頁を参照。

1970年頃から行政法学において行政計画への注視が始まったのも、広義の都市計画法制が主たる素材であった。三上崇洋『行政計画の法的統制』（信山社、1996年）3～4頁、11～14頁。

そして、「行政の現実では、……裁量基準・行政指導・行政計画などさまざまな行為形式が用いられている」ことに注目する「行政過程論」が生まれたのである。塩野宏『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）5頁を参照。

めたのも、この頃であった⁽⁹⁾。

このように、行政法総論が行政法各論を“支配”する関係にあるのではなく、行政法総論が行政法各論から“刺激”され、リノベーションやイノベーションが起きる関係にあるのである。

本稿は、このような関係を、とくに消費者法領域（景品表示法や特定商取引法、消費者安全法など、および関連する自主条例）⁽¹⁰⁾において探るものである。

率直な印象として、ここ10年ほどの消費者法領域は、法理論の壮大な実験場の様相を呈している。2009年（平成21年）に消費者庁および消費者委員会が設置されて以来、「政治からの指示」（法律の制定や改正にあたって衆参議院が行う付帯決議が典型である）を受けた消費者庁は、消費者委員会のエンドースメントも受けつつ、消費者の利益擁護のため工夫を凝らした立法に成功してきた。そうした立法が、民事法理論や行政法理論に様々な挑戦をもたらしてきたのである。

そのうち、行政法理論一般にリノベーションやイノベーションをもたらすような課題について、わたし自身はすでに2012年（平成24年）の日本公法学会報告で取り上げた⁽¹¹⁾。そこで本稿は、その後の5年間に生じた消費者法の展開も加えて、わたしが課題と考えるところを、改めて10項目にまとめて説明する（Ⅱ）。そのうえで、これまで自分の見解を出すことがなかった勧告と公表の規律の仕方について、とくにとりあげることにしたい（Ⅲ、Ⅳ）。

Ⅱ 消費者法がもたらす10の課題

1 消費者法領域において注目すべき立法や行政実務

過去10年ほどの消費者法領域の立法や、行政実務（practices）のなかから、行政法理論を刺激する可能性を感じる素材を列举すると、次のとおりである。

- (1)消費者庁の設置（消費者庁及び消費者委員会設置法の2009年〔平成21年〕立法）、
- (2)極めて包括的な消費者法の制定（消費者安全法の2009年〔平成21年〕立法）、
- (3)消費者安全調査委員会（いわゆる消費者事故調）の設置（消費者安全法の2012年〔平成24年〕改正）、
- (4)適格消費者団体による民事差止請求制度の導入（消費者契約法の

(9) たとえば原田尚彦「訴えの利益」『訴えの利益』（弘文堂、1973年）16～17頁の初出は1965年であり、遠藤博也「取消訴訟の原告適格」『行政救済法』（信山社、2011年）103～126頁の初出は1970年である。

(10) 消費者法の範囲については、中川・前掲注(1)「消費者」190～191頁を参照。

(11) 中川・前掲注(1)「消費者」194～200頁（消費者法がもたらす「行政法理論へのインパクト」）。

2006年〔平成18年〕改正、景品表示法および特定商取引法の2009年〔平成21年〕改正、食品表示法の2015年〔平成27年〕改正)、(5)特定適格消費者団体による消費者財産被害回復裁判制度の導入(消費者被害回復民事裁判法の2013年〔平成25年〕立法)、(6)課徴金制度の導入(景品表示法の2014年〔平成26年〕改正)、(7)消費者被害回復に消費者庁が役割を有する制度の導入(景品表示法の2014年〔平成26年〕改正、特定商取引法の2016年〔平成28年〕改正)、(8)消費者行政における公表の多用、などである。

2 行政法理論のリノベーションとイノベーション——10の課題

ここから浮かびあがる行政法理論上の課題を、行政作用法、行政救済法、行政組織法、その他の順に掲げると次のとおりである。あえて区別するならば、⑤～⑨がリノベーション(議論枠組みの深化)をもたらす可能性を、それ以外がイノベーション(議論枠組みの変容)をもたらす可能性をもつ課題である。

① 勧告や公表は適切に規律されているか

第1に、行政作用法面での課題として、いわゆる勧告および公表それぞれの規律の仕方について、従来の議論枠組みを大きく見直すべきではないかという問題提起をしたい。景品表示法28条に基づく勧告と公表を素材として考えると、この勧告は、行政指導であるといって済ませることのできない行為であり、もっと規律が必要ではないかと思われる。また、いわゆる制裁的公表に法律や条例の根拠を求めることが、規律の方向性として適切かという疑問も生じる。これらについては本稿後半で敷衍する(後出のⅢおよびⅣ)。

② 被害回復のための行政手法は設計可能か

行政作用法面での第2の課題として、被害回復は民事手法のみならず、行政手法でも設計可能かという問題がある。「事前予防システムが行政法、利害調整システムが民事法」という切り分けをすることが多い行政法理論にとって、これは挑戦的な質問である。

消費者法領域では、消費者被害が生じたとき、その拡大防止(現状の差止や違反抑止)と、すでに生じた被害の回復がともに重要である。

被害の防止のためには、措置命令や営業停止、営業許可取消しなどの行政手法がある。その一方で、適格消費者団体による差止請求権の行使という民事手法も立法されている。

では、消費者被害の回復はどうか。民事手法として、被害消費者は、加害事業者に損害賠償請求ないし不当利得返還請求をなしうる(民法709条・703条)。しかし自分が被害者であることになかなか気付かないという現実があり、たとえ気づ

いても、被害が高額でない限りわざわざ請求する行動に移る者も少ないのが現実である。それゆえ違法に得た利得が事業者にたまり、それが違反を繰り返す原因のひとつになると考えられる。

そこで、損害賠償について特定適格消費者団体による訴訟手続を規定するべく、2013年（平成25年）に消費者財産被害回復のための民事裁判手続の特例に関する法律が制定された。これは、すでに生じた被害の回復を直接の目的とする訴えであるが、それを通して、将来的な被害発生を防止する仕組みでもある。

では、事業者が違法な事業活動によって消費者から得た財産を、行政庁が、被害者に返還する（返金する）よう事業者に命じる権限を立法することはできるだろうか。原状回復命令やリコール命令、債務履行命令などの立法例をヒントにすると、潜在的な被害の拡大防止とすでに生じた被害の回復のための返金命令という制度設計は、十分に可能であるように思われる⁽¹²⁾。

この問題は、消費者庁において数年にわたり研究が続けられてきたが、いまなお明快な結論が得られていない⁽¹³⁾。現状では、消費者庁が被害回復に一定の役割を有する制度が導入されているにとどまる。ひとつは、景品表示法の2014年〔平成26年〕改正において課徴金制度が導入された際に、事業者が返金措置をとるのであれば、一定の条件の下に課徴金が減額されるという仕組みが導入されたことである。もうひとつは、特定商取引法の2016年〔平成28年〕改正で、債務履行を拒否したり不当に遅延させたりする事業者に対し、行政庁が債務の履行を命ずることができる旨を明確にするべく、同法7条が、「購入者又は役務の提供を受け

(12) この問題を取り上げた拙稿は次のとおりである。中川丈久「消費者行政」ジュリスト1414号（2011年）51頁、57～58頁、中川丈久「消費者被害の回復——行政法の役割」現代消費者法8号（2010年）34～42頁、中川丈久「集团的消費者被害救済制度と行政法」消費者法（日本消費者法学会）3号（2011年）24頁、中川丈久「消費者法と行政法」中田邦博・鹿野菜穂子編『基本講義消費者法〔初版〕』（日本評論社、2013年）35～40頁、中川丈久「消費者法と行政法」中田邦博・鹿野菜穂子編『基本講義消費者法〔第2版〕』（日本評論社、2016年）32頁、36～41頁、中川・前掲注(1)「行政法における法の実現」137～138頁、中川丈久「改正景品表示法における課徴金制度」現代消費者法32号（2016年）38頁、44～45頁。

行政法学の見地からはほかに、山本隆司「集团的消費者利益とその実現主体・実現手法—行政法学の観点から」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）230頁を参照。

刑事法学からこの問題を扱うものに、佐伯仁志「消費者法と刑法」中田邦博・鹿野菜穂子編『基本講義消費者法〔第2版〕』（日本評論社、2016年）43頁、50～51頁、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）203～228頁（犯罪被害回復）がある。

(13) 中川・前掲注(12)「消費者法と行政法」（『基本講義消費者法〔第2版〕』）36頁及び脚注3）を参照。

る者の利益の保護を図るための措置その他の必要な措置をとるべきことを指示することができる」と改正されたことである(同法14条, 22条, 38条, 46条, 56条, 58条の12も同旨の改正がなされた)。

③ 行政手法の体系理解は適切か

さて、①のように勧告・公表の見直しを行い、また、②のように被害の防止・回復という視点をもつと、より大きな問題が浮びあがる。行政手法全体の体系的な理解——いわゆる行政上の義務履行確保手段のほか、その義務を生じさせる手段も含む——をどう構成するかである。具体的には、強制執行や刑罰とは異なる新たなカテゴリーとして、「被害の防止・回復のための手段」を設けるべきではないかと思えてくるのである⁽¹⁴⁾。これを、行政作用法面での第3の課題として提示したい。

たとえば、課徴金や加算金の制度は、違反を抑止し被害を将来的に防止することを目的としている。過料(秩序罰)も、課徴金や加算金の軽微なバージョンとして、被害防止手段のひとつに位置づけ直す余地があるかもしれない(行政罰からの配置換え)。すでに生じた被害の回復の手段は、②でみたとおり、原状回復命令、リコール命令、債務履行命令等であるが、これらは間接的には、被害の将来の防止にもなる。さらに、①で取り上げた勧告や公表も、被害の防止・回復のための手段にほかならない。

なお、こうした諸手段(の多く)を「行政制裁」と総称して検討する立場もある⁽¹⁵⁾。しかし日本語の「制裁」はかなり多義的であり、penalty, sanction, punishmentなど色々な意味でありうる(sanctionであれば、国連による金融制裁のように、違反を抑止する手段という語感が強い)のに対し、punishmentは刑事罰のごとく懲罰のため

(14) 「被害の防止と回復のための手段」については、中川・前掲注(1)「消費者」193～194頁、中川・前掲注(1)「行政法における法の実現」134～139頁を参照。

(15) この立場は、「制裁」の語をsanctionの意味で使うようである。畠山武道「サンクションの現代的形態」『岩波基本法学8』(岩波書店, 1983年)1365頁、高木光『技術基準と行政手続』(弘文堂, 1995年)95～105頁(制裁ないしサンクション)、佐伯・前掲注(12)『制裁論』7～32頁(行政制裁体系)、佐藤英明『脱税と制裁』(弘文堂, 1992年)10～11頁(脱税を罰し、脱税の予防を図るための制度として重加算税および刑事処罰を「租税制裁法」と称する)、山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」『宮崎良夫先生古稀記念論文集・現代行政訴訟の到達点と展望』(日本評論社, 2014年)236頁などを参照。

行政法教科書で「制裁」をキー概念として使用する例として、今村成和『行政法入門』(有斐閣, 1966年)、原田尚彦『行政法要論〔全訂第5版〕』(学陽書房, 2004年)223頁言うか、小早川光郎『行政法上』(弘文堂, 1999年)244頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第4版)』(有斐閣, 2011年)235頁以下、高木光『行政法』181頁以下などがある。

の手段という語感が強い)。そのため「行政制裁」の語は避けたほうがよいと思われる⁽¹⁶⁾。

④ 行政手法と民事手法のダブル・エンフォースメントを意識しているか

さらに巨視的に、行政手法のみならず、民事手法、刑事手法にも視野を広げて、多元的な法執行体制を整備することの合理性を常に考えるという立法論上の視点をもつことが必要ではないか。これを行政作用法に関する第4の課題として提示したい。

民事手法も行政手法も、かなりの程度、同じ目的のための手段でありうる。同じ義務違反行為に対して、民事手法と行政手法のどちらを選択するかは、それぞれの手法に特有の機能や限界をふまえたうえでの立法政策上の判断に委ねられる⁽¹⁷⁾。場合によっては、民事手法と行政手法の両方を備えることがもっとも完全な法執行の体制と考えられることもあろう。ここに、「多元的な法執行」ないし「デュアル・エンフォースメント」という視点をもつことの重要性が看取される⁽¹⁸⁾。

実例として、独占禁止法8条の2や20条に基づく排除措置命令と、同法24条に基づく民事差止訴訟の規定がある。消費者法領域においても、消費者被害の防止と回復を民事手法と行政手法の双方から多面的に実現しようとするデュアル・エンフォースメントが現れつつある⁽¹⁹⁾。

⑤ 委任立法に関する新素材

行政作用法面での第5の課題として、委任立法に関する議論枠組みの深化を期

(16) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）248頁注(4)は、「『行政制裁』は、開発概念として必ずしも適切ではないと考える」とする。

(17) 山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66号（2007年）16頁、中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室370号（2011年）60頁、72頁（公法的規律と私法的規律は、ほとんどの場合、本質的な違いではなく、互換的であり、単に立法者がどちらを選択するかの問題である）。

(18) 多元的法執行についての拙稿として、中川・前掲注(12)「消費者行政」54～55頁、中川・前掲注(1)「消費者」194～197頁（行政的手法と民事的手法の重複活用、デュアル・エンフォースメント）、中川・前掲注(1)「行政法における法の実現」142～144頁、中川丈久「問題提起——行政法と民事法に集团的利益・集合的利益はどのように存在するのか」民法雑誌148巻6号（2014年）492頁、493～494頁がある。

同様の視点を述べる例として、長尾治助『消費者保護法の理論』（信山社、1992年）5～6頁（「公法と私法の混合化」）、原田大樹「集团的消費者利益の実現と行政法の役割」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）52頁、66～740頁（「行政法と民事法の組合せに基づく複線的な法システム」）、長谷部由紀子「集团的消費者利益の実現における司法と行政」同書411頁、414～415頁（「エンフォースメントの複線化」）、宮澤俊昭「諸費者法と公私協働」同書470頁（「公私協働」）などがある。

(19) 中川・前掲注(1)「消費者」196頁の〔表2〕を参照。

待させる新素材がある。

ひとつは、委任立法の違法無効の判定方法に関する素材である。

商品先物取引法（同法は消費者庁所管ではなく、農水省と経産省の所管である）214条9号は、一定類型の商品取引契約について不招請勧誘を禁止したうえで、同号かつ書きで、「委託者等の保護に欠け、又は取引の公正を害するおそれのない行為として主務省令で定める行為」に例外扱いを認めている。この委任を受けて制定された商品先物取引法施行規則（平成17年2月22日農林水産省・経済産業省令第3号）102条の2が、2015年（平成27年）に改正されたところ、改正部分が、委任の趣旨を逸脱し違法無効なものではないかどうか、関係者の間で争われている⁽²⁰⁾。

もうひとつは、「基本方針」「指針」「基準」などを行政庁が定めて公表しなければならないというタイプの規定の趣旨をどう理解するかである。これは、近時の消費者法領域に限らず、以前から、かつ様々な法領域で見られる立法現象である。

こうした「基本方針」「指針」「基準」が、(1)法律の解釈基準ないし裁量基準という性質をもつものなのか、(2)法律上の義務ではないが、ある行動をするよう推奨する指導要綱の性質をもつものであるのか（環境基本法16条の環境基準のようなもの）、さらには、(3)法律が定めなかった細部を行政庁に定めさせる委任立法の性質をもつものであるのか、個別に判定する必要がある。

消費者法領域では、たとえば、消費者安全法6条1項に基づく「基本方針」、景品表示法26条2項に基づく「指針」、種苗法59条3項や61条1項に基づく「基準」の公表などは、法律が定める義務の詳細を行政庁に定めさせる委任立法の例であると解される。

逆に、たばこ事業法40条2項の広告「指針」は、同条1項が、事業者は「広告が過度にわたることがないように努めなければならない」と定めているから、努力義務の内容を指導要綱のごとく詳細に示すことで、推奨の実効性を高めようとするものと思われる。

消費者法領域の外では、たとえばエネルギーの使用の合理化等に関する法律（省エネルギー法）の制定時（1979年）の条文では、同法3条柱書が、事業者は「合理化に努めなければならない」と定めるところから、同法4条に基づいて通商産業大臣が策定し公表する「前条各号に掲げる事項に関し事業者の判断の基準とな

(20) この問題については、中川丈久「商品先物取引法における不招請勧誘禁止の例外について——行政法の見地から」現代消費者法26号（2015年）49頁を参照。ポイントは、「原則に対する例外」を定めるよう法から指示を受けたはずの省令が、「原則そのものを変更する」規定を置く誤りを犯しているとみるかどうかにある。

るべき事項」の性質は、「誘導指標として総合的な判断の有力な材料」に過ぎないとされていた⁽²¹⁾。その後、現行法の4条（努力義務）、5条（判断の基準となるべき事項の公表）、16条（指示・公表・命令）という枠組みのなかで、基準の性質が変わったのかという問題が生じる。

⑥ 不利益処分の要件の規定振りに関する新素材

行政作用法における第6の課題として、不利益処分の要件の規定振りの工夫を挙げておく。不利益処分をする要件として、いわゆる主観的要素を要求するべきかという問題⁽²²⁾、および、法令違反があったとみなす規定をどのような場合に立法して差し支えないかという問題を論じるのに好適な立法例が、消費者法領域に現れているからである。

前者については、景品表示法の課徴金納付命令における「相当の注意」要件が登場している⁽²³⁾。「相当の注意」要件の趣旨をどう捉えるか（わたしは課徴金制度における比例原則の明確化を意味するものと考えている）、独占禁止法や金融商品取引法の課徴金制度に同様の規定がないこととの整合性をどう説明するか、加算税や加算金の「正当な理由」規定との異同をどう理解するかなどが論点となる⁽²⁴⁾。

後者については、景品表示法におかれた不实証広告規制の規定がある。事業者が表示の根拠を示す資料が提出されなかったり、不十分であったりすると、当該表示が措置命令との関係では不当表示とみなされ（7条2項）、課徴金納付命令との関係では不当表示と推定される（8条3項）⁽²⁵⁾。

⑦ どのような消費者や事業者に原告適格が認められるべきか

ここからは行政救済法に目を移す。なにより重要な課題は、消費者に行政訴訟の原告適格ないし訴えの利益が認められるかである。しかしそれだけでなく、事業者が原告となる様々な行政訴訟のパタンにも視線を拡げるべきである。

たとえば、「消費者庁長官は、特定商取引法違反や景品表示法違反をした事業者に対して措置命令をせよ」という非申請型義務付け訴訟や、景品表示法の行政

(21) 資源エネルギー庁省エネルギー対策課編『省エネルギー法の逐条解説』（省エネルギーセンター、1980年）49～50頁。

(22) 阿部泰隆『行政法再入門（上）』（信山社、2015年）297頁（制裁的行政処分には被処分者の過失が必要）などを参照。

(23) 立案者の説明として、原山康彦ほか『詳説景品表示法の課徴金制度』（商事法務、2016年）57～59頁がある。

(24) 以上の諸論点については、中川・前掲注(12)「改正景品表示法における課徴金制度」41～43頁を参照。

(25) 立案者の説明として、萩原玲子・片岡大輔・松村紗也子「景品表示法への課徴金制度の導入」現代消費者法26号（2015年）61頁などがある。

解釈に反対して、同法を正しく解釈すると自分にあるはずの「地位を確認する」ことを求める当事者訴訟は、消費者と事業者のどちらからでも提起される可能性がある⁽²⁶⁾。そこで抗告訴訟であれば原告適格、当事者訴訟であれば確認の利益が、いかなる消費者や事業者にも認められるかが問題となる。これが第7の課題である。

消費者に原告適格を認めるには、最判57年9月9日民集36巻9号1679頁（長沼ナイキ事件）、最判平成元年2月17日民集43巻2号56頁（新潟空港事件）、そして最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁・1090頁（もんじゅ事件）を通じて形成された判定方法を用いる必要がある。これは、処分の根拠法規が保護しようとする一般的公益を享受する不特定多数者のうち、とくに確実にその利益を享受するとみられ、違法な処分（不作為を含む）によって顕著な被害を受けるであろう者を識別できそうか検討し、そのような者に限れば「個々人の個別的利益としても保護すべき」趣旨が認められるとしたうえで、そのような危険のある者に限り、原告適格を肯定するという判定方法である⁽²⁷⁾。平成16年の行政事件訴訟法（以下、「行訴法」）改正で新設された同法9条2項が活用するようメッセージを出しているのも、この判定方法である。

消費者法領域の行政訴訟の原告適格といえば、最判昭和53年3月14日民集32巻2号211頁（主婦連ジュース表示事件）が著名である。消費者個人や消費者団体の原告適格を全面的に否定する判示をしたものである。しかしこれは、上記の長沼ナイキ事件最判の数年前に出た判決であるから、改めて、上記の長沼ナイキ―新潟空港―もんじゅのラインの判定方法を用いるならばどうなるかを考え直すことが課題となる。

消費者法領域の各法律において、不特定多数者が享受すべき一般的公益として保護されている利益を（おおまかに3種に分かれる）⁽²⁸⁾、確実に享受するはずの具体的な消費者——言い換えれば、違法な行政処分（不作為を含む）によって自分が被害を受けるであろうことを自覚し、かつ客観的にそのおそれが認められる消

(26) 義務付け訴訟（抗告訴訟）を消費者が提起すれば、自分が顧客として被害を受けかねない表示や勧誘等をする事業者に対して措置命令するよう求める訴えとなる。事業者が提起すれば、同業他社による法令違反行為によって、自社の当該法令上の正当な地位や利益に危害が生じているとして、法令違反事業者への措置命令をするよう求める訴えとなるであろう。確認訴訟（当事者訴訟）は、景品表示法等の行政解釈が自らに不利であると考えた消費者側、事業者側いずれからでも提起することがありえよう。

いずれについても、訴訟要件の問題（難問）があることはいうまでもない。

(27) これは、中川丈久「続・取消訴訟の原告適格について」滝井繁男先生追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、2017年）277頁、298～307頁において、「公益享受型保護利益テスト」と呼んだ判定方法である。

費者——が識別可能といえるならば、個々の消費者に原告適格を認める途が開かれるであろう⁽²⁹⁾。

もっとも、自分が被害にあっていることになかなか気づかないのが、消費者被害の特徴である。そのため、被害の有無を知ることのできる超人的な消費者(“スーパー消費者”)⁽³⁰⁾をもって、被害に気づかぬ消費者の代わりに提訴させることを認める必要がある。景品表示法や特定商取引法などにおいて、民事差止請求権が適格消費者団体に付与されている所以である⁽³¹⁾。そしてこのロジックはそのまま、行政訴訟の原告適格を適格消費者団体に認める理由に流用できないだろうか(新たに立法が必要か、解釈論だけでそこまでいえるかという問題はあ)。さらにその延長線上に、適格認定を得ていない消費者団体であっても、どのような活動をし、どのようなガバナンスをもつ組織であれば、行政訴訟の原告適格が認められるのかを論じる途が開けるかもしれない。

以上は消費者が訴えを提起する場面であるが、これとは別に、事業者が同業他社への不利益処分の不作為を争う行政訴訟を提起したり、事業者団体が行政解釈を争って国を訴えたりする場面についても、原告適格や訴えの利益が認められるのか検討しておくことが、新たな課題となるのではないと思われる。

⑧ 違法性の承継に関する新素材

第8の課題として、行政救済法において近時議論されることの多い違法性の承継につき⁽³²⁾、消費者法領域でも検討の素材が現れていることを挙げておく。

景品表示法は、2014年(平成26年)11月改正で課徴金納付命令の制度を導入す

(28) 消費者法はいかなる利益を消費者一般に対して保護するか、それは次の3つである。

①商品や役務が消費者の人身に対して有すべき「安全」(消費者安全)を享受する利益、②商品や役務に消費者向けの適正な「表示」(消費者表示)がなされることにより、必要な情報を得て選択するという利益、③商品や役務を消費者として事業者から購入し、または事業者の求めに応じて売却するという「取引」(消費者取引)にあたり、勧誘方法、契約条件(価格を含む)、履行状況すべてにおいて公正な取扱いを受けるという利益である。中川・前掲注(1)「消費者」192頁を参照。

(29) 中川・前掲注(1)「消費者」199頁(表示不足で商品選択ができない者など)。逆に、一般論としてこのような消費者を実際に判別するのは困難ではないかの指摘もある。山本・前掲注(12)「集团的消費者利益とその実現主体・実現手法——行政法学の観点から」216頁、219～220頁などを参照。

(30) 中川・前掲注(1)「消費者」199～200頁(“スーパー消費者”としての適格消費者団体)。そこで述べたように、“スーパー消費者”には、不当な提訴をしないよう抑制が効いている者という含意もある。

(31) 丸山絵美子「契約の内容規制の局面における私法規範の保護目的と消費者利益の実現手段」千葉恵美子ほか編『集团的消費者利益の実現と法の役割』(商事法務、2014年)76頁、87～88頁、鈴木将文「表示規制における保護法益と民事救済措置」同書148頁、161～162頁など参照。

るにあたり、事業者が返金措置をとって消費者被害の回復をしたときは、その分を課徴金の額から減ずることとした。すなわち、課徴金納付命令処分をするための弁明機会を通知された事業者が、返金措置計画を申請し、消費者庁長官がこれを認定する処分をしたならば(10条6項)、長官はその時点では課徴金納付命令をしないこととした。当該計画に沿った返金措置の完了後、返金額を差し引いた額をもって、課徴金納付を命じるのである(11条2項)。

では、事業者から申請された返金措置計画が不認定とされ、それゆえ弁明機会付与のあと直ちに課徴金納付命令が出された事業者は、どのように裁判で争ったらよいだろうか。

消費者庁の立案関係者は、不認定処分の取消訴訟には取消しの訴えの利益がなく、訴えは却下されるであろうという認識を前提に、「不認定処分とともに課徴金納付命令を受けた者は、訴訟上主張する理由が認定要件であっても、課徴金納付命令について取消訴訟を提起すべき」であり、その際、不認定処分と課徴金納付命令処分の間に違法性の承継が認められると述べている⁽³²⁾。両処分間に違法性の承継を認めるべきか(または、不認定処分に取消訴訟の排他性を否定すべきか)、新たな論争のテーマとなろう⁽³⁴⁾。

⑨ 分担管理原則に関する新素材

第9の課題として、行政組織法におけるいわゆる分担管理原則と、消費者庁設置の間の緊張関係をどう処理するかががある。これはさしあたり解決済みといつてよいであろう⁽³⁵⁾。

(32) 最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁(いわゆるタスキの森事件)が、最高裁としてはじめて正面から違法性の承継を取り上げたため、学説での関心が高まっている。海道俊明「違法性承継論の再考(1)～(4・完)」自治研究90巻3号～6号(2014年)、野呂充「行政処分の違法性の承継に関する一考察」行政法研究19号(2017年)31頁、興津征雄「違法性の承継に関する一事例分析」滝井繁男追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』(日本評論社、2017年)152頁がある。わたしの考えは、中川丈久「行政訴訟の基本構造(2完)」民商法雑誌150巻2号(2015年)171頁、188頁で述べた。

(33) 黒田岳士ほか『逐条解説景品表示法』(商事法務、2015年)66～68頁のほか、「ディスカッション」消費者法9号(2017年)58～61頁(管久修一発言)を参照。

(34) この問題についてのわたしの考えは、中川・前掲注(12)「改正景品表示法における課徴金制度」45～46頁、中川・前掲注(1)「広告規制と行政法の役割」29～30頁、前掲注(33)「ディスカッション」69～70頁(中川丈久発言)を参照。ポイントは、不認定処分の取消しの訴えの利益が否定されるという認識の是非である。

(35) 宇賀克也「諸費者庁関連3法の行政法上の意義と課題」ジュリスト1382号(2009年)19頁、33頁、山本隆司「消費者庁・消費者委員会」ジュリスト1399号(2010年)21頁、仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻6号(2011年)2067頁、2077頁、中川・前掲注(12)「消費者行政」55～256頁、中川・前掲注(1)「消費者」197頁など参照。

⑩ 法的責任と事故調査は両立するか

最後に第10の課題として、人の生命身体を害する事故が起きても、故意である場合を除き、あえて法的責任を問わないこととするべきかという、究極の問題がある。

事故が起きると、刑事や民事、行政上の法的責任を問うための調査（とりわけ刑事責任を問うための警察の捜査）が先行し、消費者安全委員会（いわゆる消費者事故調）が、事故の再発を防ぐための対策を考えるための調査に支障が生じるおそれがある（証拠物件を直接分析することができない、関係者が発言しづらくなるなど）。消費者安全委員会は警察との協定を締結しており、ケースバイケースで処理しているが、課題としては残されたままである⁽³⁶⁾。

Ⅲ 勧告は適切に規律されているか

1 問題提起——義務履行督促型の勧告

さて、以下の本稿では、第1の課題として述べた勧告と公表の規律方法を取りあげる。まず、勧告（法令に規定されたもの）の規律の仕方を見直すべきではないかという問題提起をする。

「勧告することができる」旨の規定のうち、かなり多くのものは、特定の私人にすでに具体的に生じている義務（法令によって直接生じた義務ということもあれば、行政処分によって生じた義務ということもある）⁽³⁷⁾を履行しない者に、その旨を通知し、当該義務を履行するよう促す行為である。要するに、債務不履行者に対して督促する行為である。

一例として、景品表示法28条1項の勧告をみてみよう。

景品表示法は、ホテルのレストラン等における食材表示問題に端を発した2014年（平成26年）6月改正により、「事業者は……、表示により不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害することのないよう、……商品又は役務の品質、規格その他の内容に係る表示に関する事項を適正に管理するために必要な体制の整備その他の必要な措置を講じなければならない」（26条1項）

(36) この問題については、中川・前掲注(12)「消費者行政」58頁、中川丈久「消費者事故原因の究明と課題」ジュリスト1461号（2013年）34頁、36～37頁、折橋洋介「消費者事故調査」高木光・宇賀克也編『行政法の総点』（2014年）286頁などを参照。類似する問題として、医療事故調査と刑事処罰の関係について、佐伯・前掲注(12)『制裁論』291～324頁を参照。

(37) 法令上ただちに生じる権利義務と、行政処分によって新たに生じる権利義務の違いについて、中川・前掲注(17)「行政実体法のしくみと訴訟方法」61～69頁を参照。

と定めるに至った。これは不当表示を予防するための社内コンプライアンス体制の構築を全事業者に義務付ける条文である。具体的にどのような措置を講じなければならないかを示すため、同法26条2項に基づく「指針」が公表されている（この「指針」の性質については、Ⅱ2⑤で取り上げた）。

それゆえ、同法28条1項に基づく勧告は、同法26条1項によって直接かつ具体的に課されている義務が、その名宛人においては不履行である旨を通知し、かつその義務を履行するよう促す行為であると解される。

以下こうした勧告を、「義務履行督促型の勧告」と呼ぶことにする。そしてこれはまさに、行政手続法36条の2（行政指導の中止等の求め）第1項にいう「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」にほかならない。

行政手続法に「中止等の求め」が導入されたのは、この種の勧告への規律の必要性が従来から認識されていたからである⁽³⁸⁾。しかし、本来、もっと多くの規律が必要ではないか、義務履行督促型の勧告は、それ自体は行政処分でないとしても、行政処分と同等の規律が必要ではないかというのが、以下説明する問題意識である。

2 勧告規定の現状

義務履行督促型の勧告を定める法令の多くは、勧告に従わない者に対して行政庁のとるべきさらなる対応を規定している。次のような類型を見いだすことができる。

① 勧告→公表タイプ

第1に、義務履行督促型の勧告をしたあとは、それに不服従である旨を公表することができるとのみ定めるものがある。

景品表示法28条1項の勧告がまさにそうである。総理大臣（消費者庁長官）は「事業者が正当な理由がなく第26条第1項の規定に基づき事業者が講ずべき措置を講じていないと認めるときは、当該事業者に対し、景品類の提供又は表示の管理上必要な措置を講ずべき旨の勧告をすることができる」（28条1項）ところ、「当該事業者がその勧告に従わないときは、その旨を公表することができる」（28条

(38) 折橋洋介「行政手続法の新制度」法学教室420号（2015年）31頁、行政管理センター編『逐条解説行政手続法改正行審法対応版』（ぎょうせい、2016年）263～268頁、高木光ほか『条解行政手続法（第2版）』（弘文堂、2017年）393頁（「行政指導のうち、是正命令等に類似する機能を有するものについて、特有の不服申出の仕組みを定めるもの」）など参照。

2項)と定めるのみである。同法には、同法26条違反の事業者に対する刑事処罰(直罰方式)や過料もなければ、勧告にかかる措置をとるよう命じる旨の規定(そしてそれに違反する者への刑事処罰や過料、さらには課徴金納付命令等)があるわけでもない。

景品表示法が、かくも微温的な義務履行確保手段を定めるに止めたのは、消費者庁のコストをどこに振り向けるかについての合理的な立法判断があったためとみられる⁽³⁹⁾。なお、義務履行確保の手段がいかにも微温的であったとしても、同法26条が法的義務を定めていることに変わりはない(努力義務などと解されるわけではない)。

条例では、たとえば東京都消費生活条例48条に基づく勧告が、義務履行督促型と思われる。同条例48条は、「知事は、第14第2項、第16条第4項、第17第2項、第18条第2項、第19条第3項又は第25条第2項の規定に違反をしている事業者があるときは、その者に対し、当該違反をしている事項を是正するよう指導し、及び勧告することができる」と定めている。そして同条例50条1項は、この勧告に不服従である旨を(義務的に)公表すると定める。

② 勧告→措置命令タイプ

第2の立法パターンとして、義務履行督促型の勧告に従わない者に、勧告にかかる措置をとるよう命じる(措置命令を発する)ものがある。

もとの義務と、措置命令によってすべきこととは、内容的には同じである。しかし措置命令に違反した場合には刑罰がかかるなどして、“ステージが上がる”のである。

種苗法59条4項(勧告)と60条2項(措置命令)個人情報保護法34条1項(勧告)と2項(措置命令)など、これも例は多い。なお、かつて独占禁止法にあった勧告(勧告審決の前提としてなされた勧告)と審判審決の関係はこれとは異なる⁽⁴⁰⁾。

③ 勧告→公表→措置命令／勧告→措置命令→公表

第3の立法パターンとして、上記第1と第2を組み合わせるものがある。計量法

(39) 中川丈久「平成26年改正景品表示法の評価と課題——行政法の見地から」公正取引770号(2014年)14頁、17～18頁を参照。微温の実効性確保措置を定めるとどまったのは、コンプライアンス体制構築を期待することができる通常の事業者には、勧告と公表だけで十分に効果があるのに対し、“悪質事業者”にコンプライアンス体制の導入などおよそ期待できないから、消費者庁のリソースをそこに注ぎ込む必要はないという割り切りをした結果ではないと思われる。“悪質事業者”に対して消費者庁がかかるべきコストは、現になされた不当表示に対して、措置命令(7条。命令違反は同法36条により刑事処罰の対象となる)や課徴金納付命令(8条。同法19条により民事執行の例により強制執行される)の権限を使って対決することにこそある。

52条2項(勧告), 3項(勧告不服従の公表), 4項(措置命令)などである。

消費者法の領域外では, 介護保険法76条の2第1項(勧告), 第2項(勧告不服従の公表), 3項(措置命令), 社会福祉法56条4項(勧告), 5項(勧告不服従の公表), 6項(措置命令), 食品循環資源再利用促進法10条1項(勧告), 2項(勧告不服従の公表), 3項(措置命令), 医療法27条の2第1項(勧告), 2項(措置命令), 3項(措置命令不服従の公表)などの立法例がある。

3 勧告の規律を考え直す

さて, 義務履行督促型の勧告——行政手続法36条の2の行政指導——は, その相手方に法的義務の不履行を通知し, 義務履行を督促する行為であるから, 行政処分(当該義務を履行するために必要な措置をとるよう命じる措置命令)と機能的類似性(ないし代替性)をもつ。また, 「勧告」の代わりに「指示」という文言を使う立法例も散見されるところである⁽⁴¹⁾(「指示」の性質ははっきりとしないが, 行政処分であるとの解釈も可能である⁽⁴²⁾)。

そうすると, 義務履行督促型の勧告については, 次のことが検討されるべきである。

① 訴訟の機会

第1に, 訴訟による規律が必要である。義務履行督促型勧告の名宛人が, 勧告に不服をもつのであれば, その時点で, 義務違反の有無という法令の解釈適用についての見解対立(紛争)が, 勧告をした行政庁との間に生じている。それゆえ, 勧告によって名宛人の法律上の地位が危険にさらされている限り, 訴えの利益が肯定されるべきである。

まず, 勧告不服従の旨が公表されうる場合は, 義務不存在等の確認の訴えの利益が認められるべきである⁽⁴³⁾。たとえば, 景品表示法28条1項の勧告を受けた

(40) 後掲注(49)でとりあげる様々な勧告のタイプを参照。旧独占禁止法における勧告と審判審決の関係については, 中川丈久「独占禁止法における審判制度廃止の謎」法律時報1107号(2017年)37頁, 41~42頁を参照。勧告審決の性質について, 最判昭和50年11月28日民集29巻10号1592(ノボインダストリー事件)がある。

(41) 国民生活安定緊急措置法6条1項(表示義務), 2項(指示), 3項(指示に不服従の旨を公表), 家庭用品品質表示法3条(品質表示に関する義務内容の告示), 4条1項(違反者に表示の指示), 2項(指示に不服従の旨を公表), 5条(適正表示命令), 省エネルギー法16条1~3項(指示), 4項(指示に不服従の公表), 5条(措置命令)など。

(42) 法令用語として, 「指示」は, 行政処分として規定されることがある。たとえば, 風俗営業適正化法25条の指示は明文上, 処分である。

(43) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号(2014年)963頁, 988~900頁。

事業者が、自社のコンプライアンス体制に問題はないと考え、「現在の体制を変更する義務の不存在を確認する」という判決を求める訴えの利益は肯定されるべきである⁽⁴⁴⁾。

また、勧告不服従者に対して措置命令が予定されている場合ならば、措置命令の差止訴訟も認められるであろう。上記のような体制変更義務不存在確認訴訟でもよいのではないと思われる。

なお、平成16年行訴法改正前において、当時の医療法（平成9年法律第125号による改正前のもの）30条の7に基づく勧告の処分性を肯定する最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁、および裁判平成17年10月25日判例時報1920号32項があった。当該勧告は、病院開設中止や病床数削減を求める趣旨のものであり、原告がこれに従うことを拒否したあと、知事は同法7条1項に基づく病院開設許可をする一方で、健康保険法上の保険医療機関の指定申請を拒否する予定である旨を通知していた。最高裁は、この勧告に服従しないと、健康保険法上の指定申請が拒否されること（および、勧告を受けた者が指定拒否処分の取消訴訟を提起することは実際には困難であること）から、勧告に処分性を認めることにしたと考えられる⁽⁴⁵⁾。

もしも、この勧告（病院開設中止）の性質を、健康保険法との関係で、医療法上の開設許可申請者が遵守しなければならない病院・病床数の法令上の上限を守らせる趣旨のものであると解してよいのであれば、これも義務履行督促型の勧告ということになる。

そして、平成16年行訴法改正後の現時点で考えると、わざわざ勧告の処分性を肯定する必要はなさそうである。まずは、病院開設中止義務の不存在確認の訴えを考えればよい。原告が保険医療をする予定であり、かつ健康保険法上の指定拒否処分がなされる予定であることから、確認の利益は認められると思われる。もうひとつは、指定拒否処分の差止めの訴えである。もっともこちらは、指定申請前であっても、指定拒否処分が「されようとしている場合」（行訴法3条7項）にあたるかという問いをクリアする必要がある。

(44) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）123～124頁、143頁は、東京地判平成20年3月14日（判例集等未登載）が、東京都消費生活条例48条に基づく勧告に従う義務を負わないことの確認の訴えの利益がないとしたことを批判する。なお、同書は、勧告に処分性を認めることで訴えの利益を肯定するのに対し、本稿は処分性を認めないまま訴えの利益を肯定しようとする違いはあるが、結論は同じである。

(45) 中川丈久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務体系25行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）139-145頁、中川・前掲注(32)「行政訴訟の基本構造（2）」177～178頁を参照。

② 事前手続による規律

第2に、事前手続による規律も必要である。義務履行督促型の勧告は、義務違反である旨を公式に通知する行為なのであるから、慎重な判断を保障する必要性は行政処分と変わらない。それゆえ、行政手続法（以下、「行手法」）が不利益処分をする前に義務付ける手続（意見聴取や理由提示）と同様の手続規律があつてしかるべきと思われる。

③ 行政指導の定義の見直し

第3の検討事項は、義務履行督促型の勧告には、「行政指導の一般原則」を定めた行政手続法32条がまったく整合しないことから、そもそも同法2条6号の「行政指導」の概念が包括的に過ぎたのではないか、「行政指導」の定義は見直されるべきではないかという疑問を提起しておく。

行手法32条との不整合は次のとおりである。

まず、法的義務の履行を督促する勧告が、相手方の「任意の協力によってのみ実現されるものである」（同法32条1項）とは、いかにもミスリーディングである。勧告それ自体が新たな義務を生じさせる行為ではない点に着目すればそのとおりであるが、勧告内容である法的義務を履行することまで、「任意の協力によってのみ実現される」というように響き、誤解を生む。次に、義務履行督促型の勧告の相手は法令違反者なのであるから、その者に対して「不利益な取扱いをしてはならない」（同法32条2項）などという一般的ルールが妥当するはずはない。いかなる「不利益な取扱い」をすることが許されるかは、当該法的義務を定めた法令がどのような義務履行確保手段を用意しているか次第である。

いうまでもなく、こうした違和感は行手法の立法時から指摘されていた。それゆえ学説や行政実務では、本稿でいう義務履行督促型の勧告に行手法32条を適用しないよう、解釈上の工夫が施されてきた⁽⁴⁶⁾。

しかし、その工夫を法解釈方法としてみると、あまりに不自然であることも否むことができない⁽⁴⁷⁾。こうした無理な解釈論を続けるよりは、行手法における

(46) 総務省行政管理局編『逐条解説行政手続法〔増補新訂版〕』（ぎょうせい、2002年）210～212頁は限定解釈の例である。すなわち、行政手続法32条1項は、法令違反に対する勧告等の行政指導を制約する趣旨ではないし、同条2項は、勧告不服従の者に法令に基づき改善命令を行うことや、その旨を公表することを当然に禁ずる趣旨ではないと説明する。南博方・高橋滋『注釈行政手続法』（第一法規、2000年）316頁は一般法・特別法という説明をする。すなわち指導に従わないと不利益処分がされる場面や、指導に従わなかった事実を公表する条文がある場面は、行政手続法32条に対する特別法的な規律として優先するので、行政手続法に違反しないというのである。これらの見解を含め、高木ほか・前掲注(38)『条解行政手続法』349～351頁を参照。

行政指導の概念を見直す作業を検討するべきではないか。

たとえば「法定外の政策内容を実現する行政指導」と「法定の政策内容を実現する行政指導」とを区別したうえで、前者のみを行政手続法上の「行政指導」とする概念整理をし、後者については、義務履行督促型の勧告など、類型的特性が判明するたびに特別の手続規定をおくこと——まさに行手法36条の2のように——が考えられる⁽⁴⁸⁾。

法令上の勧告規定には、義務履行督促型以外にも多様なものがある⁽⁴⁹⁾。消費者法領域でも、消費者安全法40条1項に基づく勧告は、既存の法令による安全確保措置がとれない（したがって事業者の行為が義務違反の行為とはいえない）場合に緊急対応をするためになされるものであり、かつ、その勧告に従わない者には同条2項により勧告にかかる措置をとるよう命じることができるとする、かなり異例の規定である。こうした様々なもののうちから、必要に応じて類型化しつつ、行政手続法にとりあげていく努力が必要ではないかと思われるのである。

(47) 限定解釈をする見解は、ある種の行政指導には行手法32条を適用しないという結論を述べるだけである。一般法・特別法という理由付けをする見解については、個別法において行手法の一般ルールを修正する意図があるといえるのか、つまり両者を一般法・特別法の関係と捉えることが適切かという疑問がある。後者については北村喜宣『行政法の実効性確保』（有斐閣、2008年）79～80頁の指摘も参照。

(48) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』214～215頁において、法定外の政策内容を実現する行政指導をとりあげることこそが、「いわば真の行政指導論」であり、法定の政策内容を実現する行政指導は、「行政指導というレンズを通して問題発見をした後は、むしろ行政指導論から切り離して議論したほうが生産的である」と述べた。そして、同書216頁では、「法律・条例上に規定された行政指導」である勧告等については、「とくに行政指導論として議論すべき点はないように思われる」と述べた。

(49) 勧告の類型として、義務違反者に対し、義務の履行ではなく、新たな行為をするよう求めるタイプがある。社会福祉法56条7項は、同条6項に基づく命令に従わないという意味で義務違反をした社会福祉法人に対して、所轄庁が、業務停止命令と並んで、役員の解職勧告をすることもできると定めている。解職勧告への不服従に対抗する規定はない。なお同法56条は、解職勧告前に「弁明聴取」の機会を定めている。前掲注(40)も参照。もうひとつの類型として、法的義務違反があったわけではないが、私人にある行為をするよう要望するというタイプの勧告がある。石油業法において、石油精製業者は毎年度、石油製品生産計画を経済産業大臣に提出しており（同法10条1項）、これをみて、「経済産業大臣は、石油の需給事情その他の事情により、石油供給計画の実施に重大な支障が生じ、又は生ずるおそれがあると認めるときは、石油精製業者に対し、石油製品生産計画を変更すべきことを勧告することができる」（10条2項）としているのが、その一例である。

Ⅳ 公表に法令上の根拠が必要か

1 問題提起

行政法学説が「公表」として問題視しているのは、「義務の不履行あるいは行政指導に対する不服従があった場合に、その事実を一般に公表する」(塩野宏)⁽⁵⁰⁾という場面である。

行政法学説においては、こうした公表がもつ「情報提供」機能と「制裁」機能に説き及んだうえで、「制裁」機能に着目して、法律(条例)の根拠の必要性を説く見解が多くみられる。すなわち、「厳密な意味での侵害留保原則が妥当するものではないが、制度化に当たっては、法令の根拠を置くのが法治主義に適合的である(とりわけ、制裁の意味での公表を制度化する場合)」(塩野宏)⁽⁵¹⁾、「制裁を主目的とする違反事実の公表は、それを許容する立法の規定がなければ許されないとするのが、侵害留保原理の本来の意義に合致する」のであり、「違反者にとっては、右の規定に従って公表がされることにつき、それを受忍すべき義務が課せられる」(小早川光郎)⁽⁵²⁾、「情報提供を主たる目的」とするのではなく、「違反行為に対する制裁として公表を行うことによって、間接的に違反行為を抑止しようとする場合も存在する。かかる制裁としての公表については、法律または条例の留保が及ぶと解すべきである」(宇賀克也)⁽⁵³⁾と指摘するのである。

他方、これらとは重点を異にする見解もみられる。法律の根拠を不要とはしないものの、重点を、「ルールなき公表」は違法だという側面におく見解がある(阿部泰隆)⁽⁵⁴⁾。また、公表される情報内容に着目し、行政指導に不服従の旨を公表

(50) 塩野・前掲注(15)『行政法Ⅰ』266頁。ほかに、北村・前掲注(47)『行政法の実効性確保』74頁は、同論稿が扱う公表を、「何らかの法的義務あるいは行政指導が従われず、または、その状態が継続している場合において、その旨及び当該者の氏名などを社会的に明らかにするという間接的圧力を加えることによって、これを相手方に履行させることを目的とする手法」と定義している。その他の定義例として、同書74頁脚注1)を参照。

(51) 塩野・前掲注(15)『行政法Ⅰ』267頁。

(52) 小早川・前掲注(15)『行政法上』252～253頁。

(53) 宇賀・前掲注(15)『行政法概説Ⅰ』259頁。

(54) 阿部泰隆『行政法システム〔新版〕下』(有斐閣、1997年)442頁(「法律や条例にルールを決め、事前手続をふまえて慎重に行うほうが適切という意見にも理由がある」)、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、2008年)109頁、阿部・前掲注(22)『行政法再入門(上)』382～383頁、阿部泰隆『行政法再入門(下)』(信山社、2015年)92～93頁(法律の根拠があっても、いかなる場合にどのような公表をすることができるのか等の規定はなく、ルールなき公表となっていて違法である)。

する場面を、「具体的法的義務先行型」と「具体的法的義務不存在型」の2つに分けて、「具体的法的義務先行型」の公表であれば適法でありうるとする見解がある（北村喜宣）⁽⁵⁵⁾。

さらには、端的に、「法律の根拠のない制裁的公表であるという一事により違法となると解するよりも、公表の目的・内容・必要性、侵害態様等に照らして個別に違法となるか否かを判断する方が妥当なように思われる」（川神裕）⁽⁵⁶⁾という見解もある。

こうした諸見解のうち、制裁的公表には法令の根拠が必要とする考え方について、以下いくつかの疑義を述べておきたい。これは、公表をどう規律するべきかの議論の仕方を見直す必要があるのではないかという問題提起である。

2 公表規定の現状

この問題提起をする前提として、公表に関する立法の現状を確認しておこう。

行政機関が情報を公表する場面には様々なものがある。政府としての説明責任を果たすための公表もあれば（退職した幹部公務員の就職先の集計結果を毎年公表するなど。行政機関情報公開法24条を参照）、政策目的を実現する手段として情報を公表する場面もある。本稿で扱うのは後者であり、その立法例を消費者法領域から探すと、さしあたり、次のような類型が見いだされる（なお、事業者などの私人に、一定の情報を表示ないし開示するよう義務付ける立法は含めていない）。

- (1)基本方針等の公表：「基本方針」「指針」「基準」の「公表」（前出の課題リストの⑤で言及したもの）。
- (2)告示による行政処分：消費者安全法41条1項および2項に基づく譲渡禁止命令は、同条4項により「官報に告示して行う」とされ、行政処分の効力発生要件としての告示であり、国籍法10条の帰化を認める処分の告示などと同様である。
- (3)不利益処分をした旨の公表・公告・公示：消費者安全法40条8項は、勧告にかかる措置をとるよう命じた旨を「公表しなければならない」と定め、特定商取引法8条2項、15条3項・4項、23条2項、39条5項・6項、47条2項、57条3項・4項は、停止命令をした旨を「公表しなければならない」と

(55) 北村・前掲注(47)『行政法の実効性確保』93頁。

(56) 川神裕「法律の留保」（藤山雅行『新・裁判実務大系25／行政争訟』（青林書院）15頁、19～20頁）。

定める⁽⁵⁷⁾。

- (4)行政処分や勧告に従わない旨の公表： 景品表示法28条1項に基づく勧告に従わないことについて同条2項は「公表することができる」と定める。
- (5)事故分析やトラブル事例の公表： 消費者安全法38条は、消費者庁が消費者事故等の発生に関する情報を得た場合に、消費者の注意を喚起するために必要があるときは、これを公表すると定める。

このうち、行政法学説が問題視する公表は、主として上記(4)(不利益処分や勧告に不服従の旨の公表)である。そしておそらくは、(3)(不利益処分の公表)も、視野に入っているものと思われる。

他方、(5)は、消費者行政において現実に多用される公表の類型である。

事故やトラブルについて、社会で——消費者と事業者と行政とで——情報を共有しつつ、事態を収束させていくための公表である。法令違反かどうかが不明であっても、ある商品で事故が頻発しているとか、ある事業者との間にトラブルが頻発しているときに、必要に応じて事業者名も特定しつつ、必要な情報を公表するという類型である⁽⁵⁸⁾。しばしば「情報提供」と呼ばれる(独立行政法人国民生活センター法3条など参照)。

消費者庁や独立行政法人国民生活センター、そして都道府県・市町村(消費者行政担当部局)は、法律や条例という法形式に根拠規定があるかどうかと関係なく、消費者被害の予防・回復のために必要と判断される限り、この(5)のタイプの公表を積極的に行っている。そして、消費者一人ひとりに情報を確実に届けるべく、多様な方法が工夫されている(プレスリリース、特定のウェブサイトに掲載、業界団体や消費者団体への周知、地方公共団体や各種団体、町内会などを通じてのリーフレット配布など)。

3 法令上の根拠必要説への疑問

さて、制裁的公表に法令上の根拠が必要であるとする見解については、次の疑

(57)「公表」ではなく「公告」や「公示」の語を用いる立法例もある。消費者法領域外であるが、介護保険法76条の2第3項は、措置命令をした旨を「公示」とする(他方、同条2項は、同条1項に基づく勧告に不服従の旨を、「公表することができる」と定める)。宅地建物取引業法70条1項は、「監督処分の公告」を行政庁に義務付けており、都市計画法81条1項や建築基準法9条1項などは、監督処分の命令をしたことを、標識を設置して公示しなければならないと定めている。

(58)たとえば、独立行政法人国民生活センター情報提供規程(平成15年10月1日規程第14号)3条、5条、6条、10条を参照。これは同センターの内規である。

問がある。

① 制裁的公表とは何か

第1に、そもそも「制裁を主目的とする公表」とはどのようなものなのか、はっきりしない。

まず、行政が事業者名を特定して法令違反事実を公表するのは、法令違反事業者がもたらす被害の防止および回復のための重要な「情報提供」という側面が常にあることに留意する必要がある（違法事業者に留意し、また自分が被害者であったことに気づかせる）。

また、推測するに、「制裁を主目的とする公表」に法令の根拠が必要だとする論者は、上記(3)(4)のタイプの公表を念頭においていると思われる（すでに述べたように、行政法学説が問題視するのはいずれにせよこの類型である）。他方、「情報提供を主目的とする公表」として念頭においているのは、上記(5)のタイプの公表であり、たとえそこで事業者名が特定されていても、法令の根拠を要求しないのであろうと推測される。

そして上記(3)(4)の内容の情報を公表することが、情報主体に対する懲罰（punishment）にみえたり、義務を遵守させる手段であるサンクション（sanction）にみえたりすることを、「制裁的」というのであろう。他方、(5)の場合は、事業者名が特定されることがあっても、トラブルを避けるため消費者に提供される情報の一環であるから、懲罰やサンクションという要素が少ないというのであろう。

しかし、上記(3)のように、法令違反が認定されたうえでその旨が公表されるのであれば、それが懲罰的であれサンクション的であれ、事業者としてはそれなりに納得のいくことが多いのではないと思われる。逆に、(5)のように、法令違反かどうか不明の時点で事業者名が特定されることは、事業活動の継続（ひいては拡大）にとって致命的であり、むしろこちらのほうが事業者にとっては納得がいかないのではないだろうか。

② 法令の根拠がなぜ必要か

第2に、なぜ、「制裁的」であることを理由に、法律や条例に根拠規定が必要となるのかの説明が、十分になされていないのではないか。

行政がある行動をするにあたって法令に根拠規定が必要とされる場面（法定主義）は、さしあたり、次の4つである。(a)と(b)は憲法上の要請であり、(c)と(d)は立法政策上の選択の結果である。

- (a) 法律（および自主条例）に固有の能力である法規創造力を利用する必要がある場面： 委任立法や行政処分は法律（条例）の根拠が必要とされるのはこのためである。根拠規定がなければ、委任立法も行政処分も存在しな

- い⁽⁵⁹⁾。物権法定主義や形成判決法定主義などもこのカテゴリーに属する。
- (b) 憲法が法律によるべきことを定めた場面： 憲法43条2項（議員定数）、66条1項（内閣の構成）、76条1項（下級裁判所の構成）、79条1項（最高裁判事の定数）、90条2項（会計検査院の構成）、92条・93条（地方公共団体の構成）など多数ある。
- (c) 法律が一律禁止する行為について、他の法律等で例外を定めうとする場面： 給与条例主義（地方自治法204の2）は、条例に定めるところによらなければ給与等を支給してはならないという全面禁止を定めているので、条例の根拠規定なく支払われた給与等は、地方自治法に違反し無効である。また、行政機関個人情報保護法8条1項は、行政機関の長が、法令に基づく場合を除き、保有個人情報の目的外利用や提供を禁止する。
- (d) 行政が自由になしうる行為であるが、なんらかの理由で国会や地方議会が自らの関与を求める場合： 国の審議会等や地方公共団体の附属機関の法定主義（国家行政組織法8条、8条の2、8条の3、地方自治法138の4第3項、202条の3第1項）などがある。

これを公表についてみると、まず、公表を行政処分と解することは困難であるから（公表が、誰を名宛人とし、その者の権利関係をどう変動するかが説明できない）⁽⁶⁰⁾、(a)は妥当しない。また、憲法に(b)に該当する条文はない。そして、国会や地方議会が公表についてとくに関与を望めば、その旨の一般規定をおくことができるというのが、上記(d)であるが、そのような立法はなされたことがない。

では、(c)であろうか。たとえば「制裁を主目的とする公表」は本来違法なので、これを合法化する目的で、法律（条例）の根拠が必要という趣旨なのであろうか。法令の根拠を要求する見解がそのような趣旨であるのかは、はっきりとしない。

(59) 中川丈久「議会と行政」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）115頁、126～130頁。なお、戦後における「法律の留保」と「法律の法規創造力」の概念的混淆については、同書139～147頁を参照。

(60) 処分性否定を明示する見解として、塩野・前掲注(15)『行政法Ⅰ』266頁、塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2009年）242頁（「公表には処分性が認められない」）、川神裕「法律の留保」（藤山雅行『新・裁判実務大系25／行政争訟』（青林書院）15頁がある。

なお、かつて行政法学説では、公表に処分性が認められるという見解が有力であった。たとえば塩野宏『行政法Ⅰ〔第2版〕』（有斐閣、1994年）200～201頁は、「公表は間接強制の一態様と位置づけることができ……、法律の根拠が必要である」とし、「公表の取消訴訟の提起が認められる」と述べていた。

このような見解からすると、法令の根拠なき（制裁的）公表は、「法律の独占的法規創造力の潜脱現象」（中川・前掲注(60)「議会と行政」147～148頁）として論難されるべきこととなるのであろう。この点につき、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012年）203～204頁も参照。

4 公表の規律を考えなおす

① ふたつの規律

そもそも、公表がどのように規律されるべきかを、更地で考え直してみよう。

まず、公表の目的という不確かなもので区別するのではなく、上記(3)(4)(5)の3類型すべての公表類型について、公表される情報内容や対象選択に即して、公表が実体的に適法か違法かの判断基準は何かを考えることを出発点とするべきではないであろうか。

次に、公表がなんらかの不利益を私人に与えることから、実体的に適法な公表であることを確保するべく慎重に判断させるための手続的規律があることが望ましいのではないか。

以上のように、実体的規律、手続的規律に分けて問題を捉える必要がある。

② 実体的規律その1 ― 公表してよい情報内容か

公表が実体的に適法か違法かを考えるにあたっては、公表される情報内容を、たとえば、(i)「法的義務違反の事実」、(ii)「法的義務ではないが、行政が要望したことに従わなかったという事実」、(iii)「生命身体財産に関する重大な支障が生じるおそれに鑑みて、事業者の事業上の利益が後退するとみられる情報」などといった類型に分けて、それぞれがカテゴリー的に公表しうる情報にあたるかどうかを探ることが有用である。

このうち、(i)と(iii)については、それが事業者に関する情報である限り、公表することが違法になるとは考えにくい。事業者が法令違反をした事実を公表されないことにつき法的に正当な利益を有することは言いがたいからである。そのように考えるヒントとなるのが、行政機関情報公開法5条の不開示事由である。同事由に該当しないとして開示決定される情報は、社会を自由に流通してよい情報である⁽⁶¹⁾。そうすると、同法において開示される情報は、政策実現のために公表するという文脈においてもまた、社会に流通してよい情報であると考えられる。

(61) 情報公開法制における不開示情報に該当しない情報の性質について、中川・前掲注(27)「続・取消訴訟の原告適格について」291～293頁（とくに脚注(20)）で述べたところを参照されたい。

なお、阿部・前掲注(54)『行政の法システム（下）』443頁は、制裁的公表には法律の根拠があることが望ましいという立場からではあるが、「情報公開法が制定されれば……、その種の情報を行政の方から積極的に公開する法律の根拠も、それなりには創設されたに近い」と指摘し、情報公開法制との関連に注目する。また、前掲注(58)における独立行政法人国民生活センター情報提供規程3条は、行政機関情報公開法5条1号2号にそっくりである。

たとえば景品表示法28条1項の勧告に不服従の公表は、本来、社会に流通してよい情報を公表しているに過ぎないとみられる。行政機関情報公開法5条2号の適用例を参考にすると、事業者が法的義務違反をしたという情報は——不利益処分がされたという情報であれ、義務履行督促型の勧告がなされたという情報であれ、それらに従わなかったという情報であれ——本来、社会を流通してよい情報だからである（それが誤った内容であれば国家賠償責任を負うというリスクを行政が負うことは当然である）。

他方、個人生活にかかわる法令違反情報であると、原則として公表は禁止されるのではないかと思われる（プライバシー侵害）。

不法行為法理（国家賠償法1条1項）を参照しても、以上と同様の結論になるであろう⁽⁶²⁾。法令違反をしたことに伴う不利益が、公表されることによって増幅されるとしても（事業者としての信用がいつそう広く失墜するなど）、それも法令違反に通常伴うべき不利益の範囲であると考えたべきではないだろうか。

では、(ii)「法的義務ではないが、行政が要望したことに従わなかったという事実」を公表することが適法だろうか。

このような情報を公表することは原則として違法と思われる。最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁（武蔵野市負担金事件）の判示に鑑みると、指導不服従の事実を事業者名とともに公表すると、当該指導があたかも法的義務の履行を求めているかのように誤解させるので、公表することは指導の相手方の任意性を損なわせるとして、不法行為を構成するのではないか⁽⁶³⁾。

(62) 例えば、O157情報の公表に関し、被害を受けたとする事業者が提起した国家賠償訴訟判決が参考になる。東京地判平成13年5月30日判例時報1762号6頁、東京高判平成15年5月21日判例時報1835号77頁、大阪地判平成14年3月15日判例時報1783号97頁、大阪高判平成16年2月19日訟務月報53巻2号541頁。ここでは、①公表目的の正当性（公益目的）、②公表内容の真実性（事実誤認がない、調査義務を果たしているなど）、③公表方法の相当性（信用等の毀損情報が分離可能であれば分離するなど）、④公表の必要性（被害の大きさ、緊急性など）、⑤公表がもたらす不利益（被侵害利益の把握）などが考慮される。このほか、比較衡量の例として、阿部・前掲注(54)『行政の法システム（下）』444頁の記述を参照。

(63) この最高裁判決は、「指導要綱は、法令の根拠に基づくものではなく、被上告人において、事業主に対する行政指導を行うための内部的基準であるにもかかわらず、水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、事業主に一定の義務を課するようなものとなっており、また、これを遵守させるため、一定の手続が設けられている。そして、教育施設負担金についても、その金額は選択の余地のないほど具体的に定められており、事業主の義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となっているから、右負担金が事業主の任意の寄付金の趣旨で規定されていると認めるのは困難である」として、不法行為の成立を認めた。

もちろん、最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁（品川マンション事件）のように、任意性が後退することが認められる例もあり⁽⁶⁴⁾、このような場合は公表しても違法ではないという余地はある。また、たばこ事業法40条2項の「広告を行う際の指針」は、上述したとおり、努力義務についての行政庁の見解を示したものと思われるが、指針に従わない者に同条3項は従うよう勧告するとしうえ、同条4項は、勧告に不服従の旨を公表すると規定している。

このような例外的場面も含めて考える必要はあるが、原則的には、行政が法令外の要請をしたことに私人が不服従であったという事実を公表することは許されない、つまりそのような公表は違法とされる可能性は高いように思われる。

最後に、(iii)「生命身体財産に関する重大な支障が生じるおそれに鑑みて、事業者の事業上の利益が後退するとみられる情報」については、正確にそのような内容の情報である限りにおいて、公表しうる情報である。これは情報公開法制における公益的開示に近いであろうか。また、消費者安全法38条は、まさに消費者庁がそのような情報を公表する旨の規定であるが、このような条文があるから、事業者名を出してよいか悪いかが一律に決まるわけではない。消費者庁は、法律に公表しうる旨の規定があろうとなかろうと、被害の重篤性、事故の多発性、事故拡大の可能性、事故の新奇性、事故の回避可能性など、様々な要因を勘案して、公表に踏み切るのである。

③ 実体的規律その2 ― 公表対象の選択は適切か

カテゴリカルに公表しうる情報であっても、同種情報のうちからどの（誰の）情報を公表対象とするかが適切に判断されているのでなければ、公表は最終的には適法といえない。これが、公表が実体的に適法か違法かを判断するもうひとつの基準である。

合理的理由なく、ある者の情報だけを切り出して公表することは、行政権濫用（最判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁〔余目町事件〕）にあたり、それ自体が不法行為である。また、平等原則に則って、公表対象を選ぶことも必要である。

なお、公表対象の選択の恣意性という問題は、法令に公表の根拠規定があっても防ぐことができるわけではない。立法例を分類した上記(3)に多く見られる義務的公表規定であれば、恣意性の予防にはなる。しかし、「特に必要があると認めるときは、当該命令をした旨を公表することができる」というように、公表の対象選択についての判断余地を含意する規定振りの場合（特定商取引法29条の5第3項、33条の2第3項〔訪問販売協会に対する命令〕）、この条文だけでは恣意的選択

(64) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』255～256頁。

を防ぐことはできない。上記(4)においては、「公表することができる」という規定振りのほうが通例である。不服従の態様が多样であるため、適宜選択する必要から、義務的公表という規定振りが採用されなかったと推測されるが、ここでも、「公表することができる」という条文によって公表対象の恣意的選択を防ぐことができるわけではない。

④ 手続的規律

公表の実体的適法性について上記のような判断基準が存在するとして、次に問題とすべきは、その基準に沿った判断が確実になされるように手続的規律が必要ではないかということである。

具体的には、公表しうる情報内容であることを確認し、かつ同種情報のうちから誰の情報を公表対象に選ぶかについて、判断基準が整備されていたり、必要に応じて反論機会が整備されていたりすることが望ましい。

⑤ まとめ

以上を要するに、公表（「義務の不履行あるいは行政指導に対する不服従があった場合に、その事実を一般に公表する」）を適切に規律するべく、問題のありそうな公表については、これを制限する立法をすることが望ましいと思われる。これは、公表に法令上の根拠が必要であるという主張ではなく、問題ある公表を法律や条例で規制することが望ましいという主張である⁽⁶⁵⁾。

(65) 太田匡彦「行政指導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）161頁、183頁を参照。