

行政法第一部

法学部第五学期専門科目

講義ノート

※注意

- ①急いで作ったので挿絵がありません。本当に申し訳ない気持ちでいっぱいです。
- ②趣味で作っただけなので内容の保証は致しかねます。当然法学部 SHIKETAI とかいうのとは関係ないです。
- ③教官は交告尚史（こうけつひさし）さんになります。
- ④一応ですが、これは 2013 年度夏学期の「行政法第一部」の講義ノートです。

目次

04 1 0 0 イントロダクション 行政法学の出発点

04 1 1 0 授業の前に

04 1 2 0 はじめに

05 2 0 0 行政法の基本

05 2 1 0 行政

06 2 2 0 法治主義

08 2 3 0 ルールのいろいろ

10 2 4 0 行政の内部規範

11 3 0 0 行政の組織

11 3 1 0 組織法の体系

12 3 2 0 国家行政組織法の基本原理

12 3 3 0 地方行政

13 4 0 0 行政処分① 基礎編

13 4 1 0 ここからの概観

14 4 2 0 行政処分序説

15 4 3 0 行政処分の法的基礎

16 4 4 0 行政庁とは：2つの機関概念

18 4 5 0 伝統的な行政処分の分類

19 4 6 0 今村成和『行政法入門』の分類

20 5 0 0 行政処分② 効力

20 5 1 0 四つの力と「規律力」

21 5 2 0 公定力

22 5 3 0 その他

23 5 4 0 瑕疵

24 5 5 0 公定力の限界：行政処分の無効

25 6 0 0 行政処分③ 取消しと撤回

25 6 1 0 取消しと撤回の区別

26 6 2 0 取消し・撤回の原因

27 6 3 0 権限を有する者

27 6 4 0 取消し・撤回の制限

28 7 0 0 行政処分④ 附款

28 7 1 0 利益性に拠る行政処分の分類

28 7 2 0 個別事情への対応

29 7 3 0 附款

30 8 0 0 行政裁量① 行政裁量の基礎

30 8 1 0 行政裁量とは

31 8 2 0 法解釈と要件裁量

33 8 3 0 違法とされる場合の類型化

36 8 4 0 目的拘束の法理

37 8 5 0 法律の目的と考慮可能事項論

38	9 0 0	行政契約
38	9 1 0	公法と私法の区別
38	9 2 0	準備行政・給付行政・規制行政における契約
40	9 3 0	契約で民間へ
40	1 0 0 0	行政指導
40	1 0 1 0	行政指導に関する一般論
42	1 0 2 0	行政指導と行政手続法
43	1 1 0 0	行政計画
43	1 1 1 0	行政計画
45	1 2 0 0	行政上の義務履行確保
45	1 2 1 0	行政上の強制執行
47	1 2 2 0	そのほか
48	1 2 3 0	即時執行概観
49	1 2 4 0	即時執行の問題点
50	1 3 0 0	行政調査
50	1 3 1 0	即時強制との関係
50	1 3 2 0	行政調査と行政処分
51	1 3 3 0	行政調査の強制性
52	1 3 4 0	行政調査の要件・手続
53	1 4 0 0	行政手続き
53	1 4 1 0	導入
55	1 4 2 0	行政手続法の内容
57	1 4 3 0	基準の設定・公開
59	1 4 4 0	理由の提示
61	1 4 5 0	行政立法の手続き
61	1 5 0 0	情報を巡る法制度
61	1 5 1 0	情報公開
62	1 5 2 0	情報公開法：総論
64	1 5 3 0	開示
66	1 5 4 0	個人情報保護
67	1 5 5 0	行政機関個人情報保護法
69	1 6 0 0	終わりに
69	1 6 1 0	行政過程における私人

※目次にはテスト情報がありませんが、実際特に何も言ってなかったなのでほんとに情報がないです。うわごとのように「行政法第二部のメインテーマなんだけど…」といいながら授業をしていたことを踏まえると、直接はさすがにないにせよ、第二部に多少は関連する問題が出るかもしれません。まあなんにせよ頑張ればいいと思います。

ただ、一応傾向として交告さんのテストを見てみると、まさかの「会話文」形式だったり、新聞記事から考えてみたりなど、かなりクールな問題を毎回作ってくださるようなので気を付けましょう。

100 イン트로ダクション 行政法学の出発点

ようやくはじまった第五学期。最初の授業に意気揚々と臨んだ法学徒は、さっそく「教授の遅刻」という洗礼を受けたのだった…！！理由はまさかの教科書忘れ、これが法学部だ！！

110 授業の前に

111 教科書・予習

この授業では教科書として塩野先生の『行政法Ⅰ』（有斐閣）を使います。あと行政法判例100選も必須だから持ってきてね。まあこれだけあるとオッケーと言うことでもなくて、ちゃんと理解したいなら『行政法Ⅱ』とかも見たいほうが多分わかりやすいよ。だって行政法の諸分野はかなり相互に関連してるからね。全体のつながりが見えないとやってられないよって感じなんです。

100選の予習のときは、事実と判旨に着目しよう。他も全部理解しようとしても多分無理だし。とにかくどういう事実と判旨なのか、それだけは確認して、あとは講義とかで補充していくのがいいと思うよ。当然ですが、講義のなかでは100選に載っているのとは別の判例にも言及するよ！

そんな感じで様相を大まかにつかみつつ授業を聞いてくれれば、教科書とかは最初から全部理解するのはやっぱり無理だしその辺はオッケーです。

あと六法はもちろん授業に必須だよ。ただ、試験の時に書き込みしてあるとダメだからそれだけ注意。まあ二つ買えばいい話だけどな！あ、ラインマーカーで線を引くくらいはいいけど。

※行政法の予習のときに注意するならば、たくさん法典を参照しないといけないこと。なんといっても「行政法」という法典があるわけではなく、様々な行政関連の法律の集積としての学問がこの「行政法」であるので、もしかすると参照したい条文がそもそも持っているポケット六法になかったりなんてこともある。だけど図書室のなかで六法をみたり、法務省の「法令データ提供システム」なんてのを利用すればまったく条文が参照できないなんてことはないはず。だからめげずに頑張ろう！ちなみに行政法では、根拠となる法令と、執行の根拠となる法令が別だったりして、「施行規則」だとか付随する関連法令の数も非常に多い。ここも予習の際に気配りが必要になる。

※判例だけど、最高裁判所のホームページにも直近の重要な判決は載っているので参照するといいよ！例えば医薬品のネット販売についての規制については、自由化 VS 規制の激論が繰り広げられていたのだけど、これについて最高裁が出した判決が載っている。さらに直近のものでなくても、重要なものは検索できるようになっている。教科書には本当に一部分しか引用されていなかったりするけど、こっちには全部書いてある。

112 授業の進め方

行政法の総論として、「法治主義」（ルールにのっとった決定を強いる。ルールと言っても、「適切」なルールなのは当然）とかの基本原則も説明するのだけれど、すごく丁寧にやるとそれだけで講義が終わってしまうので、簡単に説明して、順々に技術的なことを説明するなかで、もう一度見直す形にする。よって、今回の行政法第一部については、（第一部）導入→法源→法治主義→（第二部）行政立法…とさらさら全体をなぞっていくという感じになるはずですよ。

120 はじめに

121 「規律」としての行政法

行政法第一部の講義では、基本的な行政法の総論を学ぶことになる。このうえでは、行政法の「**規律**」という側面を重視したいと思っている。ここで全部は説明できないのだけれど、ようするに「個人」がこの世界で社会的に活動する限りは、「個人」の行動が全体と調和しない（つまり、他人に迷惑をかける）可能性がある。

だからどこかで制限をかける必要があるわけで、そこに行政の意義が見いだせるわけだけれど、そのためには「自由のあったところを制限」することに事実上なるわけだよ。こういうお店を出店するな！と言う命令はその時点で「出店する自由」を奪っていることになるのだし。

だからそれを押し切って規制をするためにここでは、「**制限する**」根拠と、その制限に今回の事例が「**適用**」可能かという根拠、**少なくとも二つの次元の根拠が必要**なんだよね。そうした、根拠からの規律、そういう意味での行政法の制限的側面をしっかり理解して、勉強を進めていきたいところ。

他にも例をだせば「免許をとれないと運転できない」なんていうのは、あからさまに一つの「制限」なわけじゃん。免許取らなきゃ運転できないどころか、免許は一方向的に公安委員会に「没収」されてしまう可能性もあるでしょう。

ここでは好き勝手に車を乗り回す自由が制限されている。そんな道路交通法に「根拠」が必要なのは分かるはず。ではその根拠がオッケーとなる理由は？逆に、根拠として認められないとしたらどんなとき？そうした規律としての観点に注目していく必要があるよね。

1 2 2 愚痴

結構この点が今までの行政法の学問では軽視されつつあったりして、交告さん的にはしょんぼりらしい。なんというか、実は塩見先生以降の行政法学の学問化のなかで、「**行政過程論**」というものが現れてきて、行政法のこうした特色だけに着目するのではない、もっと全体的な視点が求められるようになったんだよね。だからそういう観点からはこの特色としての「**規律**」の特色にはあまりとらわれるなとよく言われていて、それが通説化しているのだけれど、それでもとても大事。マジ大事。この教官曰くね。

※ここまでで充分にお察し可能だが、ちょくちょく出てくる「塩野さん」は、この授業においては唯一神である。神がどのように考えあそばされているのか、それはこの授業の原点であり、そして全てである。学説には行政法第一部から改名して塩野さん第一部にすべきとの指摘もあり、支持を集めている。

1 2 3 行政行為

そういうわけで注目すべき点は伝えたが、ここから処分だとかいろんな行政の行為を説明するなかで一つ言葉を説明しておく、行政法学のなかでは、様々な行政の規制等の行為をまとめて**行政行為**という。

ただし、これは講学上の言葉であり、法律では「処分」と言ったりするしこの講義でも**行政処分**と言う言葉が使われている。実はこの行政処分と行政行為は微妙に違う言葉なんだけど、今はまだ気にしないでいいや。

この言葉を使いながらまとめれば、とにかく**国家サイドの行政行為という概念で行われていることを見ながら、国民の権利と自由を守りながらも「規律」するためにどうすればいいのかを考える**、これが今回考えていくことになる。

そしてもちろん自由を守る、権利を守るためには「規律」だけでは足りない部分も出てくる。再分配とか、いわゆる「給付」としての行政の側面があるけど、これもたとえば「給付を打ち切る」というのは一種の規律、制限だから、この点と切り離して考えることはなかなかできないのである。

1 2 4 相談感覚

そんな感じで規律の側面を見ながら勉強していくわけだが、最終的に身に付けてほしいのは「**相談感覚**」である。どう自由を守るのか、それを考える中で、〇〇については省庁で決めて良くな？それとも内閣がしっかり出張ってほしいかな？「**誰が」「どこまで」決めるべきか、そしてその基準を考えられるようになる**といいとのこと。

そしてそういう作業のなかで、「こういう案件が出てきたらこうしよう」という「内規」が出てきて、それが外界に出れば「規則」となる。

事実として、必要があるからルールができる。それがあっても個別的な決定がうまくいくとは限らないから内規ができる。そうしてまたルールができる…この繰り返しなんだよね。そしてその「事実」の世界に足を踏み入れ入れるためには、あるルールの国民・世の中への影響を十分に考えつくさないとイケない。

その「ルール」の話はこれから十分にするのでこのくらいにしておくけど、とにかく行政法は政府の実務のための法。事実根拠に根差した必要性からきていることにも注意しておこう。では早速、行政法をはじめよう！

2 0 0 行政法の基本

2 1 0 行政

2 1 1 行政の主体とは

これから行政を考えていくわけだけど、まず、その「主体」について少し考えてみてほしい。それだけで、行政と言うものの持つ曖昧さと言うか、フワッフワとした感じが分かるからである。

たとえば行政法のお勉強をするときには六法を開いて、**国家行政組織法**の、1条・3条・8条を見ておこうと言われる。確かに、国家行政組織法から見た「行政」という観念は、行政「組織」としての側面をとらえたうえでは超重要だし、これも立派な「行政」概念であるのは疑いようがない。

しかし、国家行政組織法から捉えた行政とは違う概念として、「行政行為を行う主体」としての「行政」に着目した、「**行政庁**」という行政のとらえ方が出てくることがある。両者の違いなんてまだほとんどわからないだろうしそれでいいけど、そもそもここで行政組織とされているもののベースの見方と、行政行為ベースの見方が存在しうことはなんとなく理解できたろうか。

※ちなみに後者から捉えると行政法は「行政官庁理論」として再構成される。実際には今の二者は一面からで割り切れるものでもないけど、この違いを早めに認識できるようになろう。

2 1 2 行政とは

このような議論から、「**行政**」の**主体自体が、「行政」をどうとらえるかによって変わってくる**ものであり、その逆も言えるということが分かる。「内閣から行政へ委任が～」みたいな形式的な行政論をしてもいいけど、実際には行政の行為は広く組織的に行われ、その中で多様な主体(民間すら含むはず)を含むはず。例えばそのなかに

は、裁判で「判決」を出すことも含まれるのでは？執行許可の判決文は、行政に関わっていないなんてことはないでしょう。ここまで行政って言えれば、三権分立を前提とするとまず行政と区別された司法すら、行政ワールドに案内されていることになる。

というわけで、行政を実質的に考えようとするとは非常に難しいところなのである。他にも「公益のための行為」といって、愛知県がトヨタを優遇したらそれって会社の利益のためじゃねーの？って言われるじゃん。でもトヨタがつぶれたら困るのも確かで、実質的に考えようすると、結局割り切れない。

塩見先生は積極的な定義はできないんですよってしました。

実際その通りで、現代の非常に複雑かつ多様化する行政活動のなかで、一つの定義を行うことは難しいのが現状である。「控除説(国家の活動から司法と立法を除いたもの)」なんて消極的な考え方が出てきたのもこの文脈からの事である。

たがまあ分野ごとに、国民の自由をどう制限するか、そこにどんな特徴があるか、そういったさっき述べた事項を確認していく作業自体に意味はあるはずで、そういう観点からは「消極的にしか定義できない行政の研究には意味がない」とするのはあまりにも極端すぎる。

そして、近年は、「自由を規制」するだけが行政ではないというのもさっきいった通り。現在の行政過程が複雑だと言うのは、いっぽうに**規制行政**、他方に**給付行政**、様々な行政観念が混在しているからでもある。混在といったのは、この給付と規制の間の境界線が必ずしも明確ではないから。

里親制度とか、政府が与える給付でありながら、里親になった人が虐待野郎だったら監視のうえ「返せよ」と言いにくいといけないうえ、規制でもあるよね。

220 法治主義

221 総説

そんな行政は、基本的に「**法治主義**」のもとに服すとされる。

実は日本の行政の特徴として、**大陸法**と**英米法**のキメラ状態という点が挙げられるんだけど、日本の法治主義には行政の活動を法で縛るという意味のなかに、「**法の支配** rule of law」という意味の英米的観念、すなわち「行政も法も一つのレベルで法に服す(しばしば「一つの法、一つの裁判所」といわれる)」というものと、大陸法的な意味としてのちの「**法治主義** rule by law」につながる「行政の行為は法による授權を必要とする」という意味とが混在する。

※ようするにこれは日本が明治期からもってきている法典の輸入元がばらばらだからなんだよね。明治には大陸からもってきて、第二次大戦後には英米からシステムを持ってきてるわけで。

※とは言っても、ドイツ法のほうが論理的に日本が受け入れまくった概念なので、大陸型優位…。というかドイツ、フランス法のあとに英米法を参照する感じになる。

この四か国の比較研究のなかで、現在の日本の行政関係の法律は作られているとのこと。ある法律を作る時にその当該事情で先進的な国を優先順位のさらに前に持ってくることはあるけれど、それ以外は基本的にこうなる。

前者の例で言えば、屋外に違法の設置されたものを撤去できる法律があるから行政が「勝手に撤去できる」とする前に、まず裁判所の判断を仰ぐことになる。考え方としては、現実になり立つかは別として、統一の判断所として**裁判所を経るべきとされるので少なくとも国民の保護に資すること**になる。ここでは統一基準が望まれるから、民事・刑事以外に「行政裁判所」なんてものを観念することはできなくなるよね。ちなみに「統一」基準が望まれるのは、判例重視のなかでの「**コモン・ロー**」すなわち「一般」の法こそが大事という歴史的前提があったからだぜ！

対して後者では、行政を一般と区別して、その権力活動を特別に制限するため「授權」を観念していくので、特別に行政を規律する**行政裁判所**の存在が求められることになる。こっちでは私人の次元と行政の次元、二つの次元が存在すると考えられているわけだ。

大陸型と言った瞬間に、基本的には**ドイツ**のことが想定されることになる。基本的にここでは行政と市民との間の**垂直的関係**が考えられているようで、この垂直のイメージが、特別ルールが存在、普通の民法でない論理を許していくということになるみたい。

まあ実際には制度設計の実情として、二つの裁判所に近いものが英米でも大陸でも存在することになるけどね。

※日本は両者をハイブリッドして、さらに独自に発展させていることに注意しよう。

例えば ADR の制度なんかは、法治主義からも英米的法の支配からも導けない「自治」に近い理論的背景を持つが、ここは日本独自の法意識(法社会学で言われたように、それが制度からくるものかなどは緒論あるが)が日本のシステムをさらに変化させていると見るべきである。

2 2 2 法治主義

日本の法治主義の発現として有名なのは**三権分立**であろう。司法・行政・立法権の分散によって、国民の自由を擁護し、制度的に法の支配を守ろうとしていることになる。

※必ずしも法治主義ならば三権分立しているというわけではないので注意。国会と執行権にしかわかれていない国とかもある。教官がかつて行っていたスウェーデンとかは裁判権と執行権が同一の所に帰していた。やっぱりその国の歴史ってものがあるからね。

概観した通り結局これは**自由主義**に根差しているわけだが、ここからは**民主主義**的な要請も現れる。国王にさるぐつわを噛ませるシステムと言っても、誰がどのようにさるぐつわを噛ませるかという問題があるはずだし、そこには国民代表、自己抑制のコントロールシステムを作らないといけないわけ。武士だって武家諸法度作ったじゃん。

現代の日本では、国会が作った「法律」でそのさるぐつわを噛ませることになる。ここから「法律」は国会が定めたルールとして、この授業では「法」と区別していくのでよろしく！まあとにかく、「皆が決めた法律」が世を縛るという時点で、それは民主主義の要請にこたえるものとして法治主義の制度的保障になっているのである。

※いや…法律って…**公法と私法の区別はしないで論じていいのか？**と思うかもしれないがここでは詳しく触れない。時間が足りないから。ただ公法と私法を完全に分断する公法・私法二元論の時代がかつては主流だったが、実際のところ「じゃあ行政の行為に信義則使えないの？」とか要請が出てくるなかで重なり合いが出てきたのが沿革。

このくらいならいいんだけど、そもそもの私法と公法とは何か？というカテゴリー論になるとわけわかめになる。難しいんだけど塩野さんはこのカテゴリー分けが何か意味を生むとは考えていないみたいだね。そもそも**行政をその「過程」に着目して考える塩野さんにとって、その過程を処理する法律は決して公法だけではない**はず。局所的に考えることをしないので、ある関係を公法、私法とカテゴライズすることに積極的な意味を考えない。結構日比野さんの公法・私法観にも近いところがあるんじゃないかと思うけどね。

2 2 3 法治主義の三要素

法治主義からは、以下の三つの要素が出てくるとされている。**オッター・マイヤー**さんが唱えたらしいぜ。ちなみに塩野さんはオッター・マイヤー行政法に関しての研究でデビューしたらしい。

◎法律の**法規創造力**

法規と言うのは人民の権利義務に関しての定めのこと。ここでは**行政と人との関係**で権利義務に関わる定め：法規が作られるとき、そういうことを可能とする力を法規創造力という。まあ行政と「人」と言うときの「人」が果たして特定の個人である必要があるのかは結構めんどくさい問題だが、今はスルーでオッケー。

※このとき、たとえば行政内部での約束事など行政と人の関係とは別次元のものは法規には入らない。

◎法律の**優位**

行政も私法における裁判官よろしく法に従えというだけ。まあ問題もあったりするのだけれど今はいいや。

◎法律の**留保**

法律に適合した行政の原理ともいう。すなわち、法律に従った形で行政が行われていなくてはならない。権力分立がそうであるように、法治主義には自由主義的な「王様はルールで縛っとけ」という側面だけでなく、民主主義的なルールにも従うという意味もあったとはさっき言ったのだが、これはどちらかということと自由主義的な方面に重心がおかれた概念。

自由と財産に対しての行政の侵害を防ぐ目的で定立された考え方で(貴族の皆さんのおかげです)、**法律に書いてもないのに権利侵害してくんなバーカ！**という意味。

自由と財産に対して制限をかけるような行政には、法律が必要だということだね。

2 2 4 法律の留保

行政機関の活動を法律でしばることにしようとしたのがこの留保なのだが、ここで「**法律がなければ何もできないんですか？**」という問題が出てくる。

この点、「どこまで行政はできるのか」が非常に日本では議論されていたのだった。留保とは、ここでは「法律に任せることにするよ」というわけだが、それがどこまでなんだよという話。

説①**侵害留保説**

さきの沿革からして、市民の財産自由を奪う、すなわち**義務を課し侵害を行う際には法律の授權が必要だよ**という考え方である。伝統的な考え方として今も根強い。

例えば地方自治法の第14条は、「義務を課し、権利を制限するには」条例に由る必要があると言うが、これなんか完全に侵害留保説を具体化したものであろう。

説②全部留保説

ただし、立憲君主制はもう終わったわけじゃん。かわりに国民主権の時代になったのだし、こんどは行政の活動はおよそすべて法律にふくすべきだとする人たちが出てきた。これが全部留保説である。

でもこれは現実的ではないよね。無理ですそんなことは。まあ言わんとすることは分からなくもないのだけれど。

説③社会留保説

行政観はさらに変遷して、経済成長と共に様々な環境問題等のなか「福祉国家」観が誕生する。

自由主義、民主主義が並ぶ日本憲法の要請からは、行政は単に秩序維持を行い、危険を取り除き安全を担保する（つまり、警察機能）だけでなく、様々な手法で社会に介入していかななくてはならない時代になったのである。すなわち、**形成的な行政**が必要になってくる。ここでこうした「形成」に留保が必要だとする考え方を、**社会留保説**という。

※**給付行政**…金銭やサービスを「提供」する行政。今までの全部留保説、侵害留保説などの**規制行政**と対照的な再分配的な行政である。生活保護などが例になる。

※ただし、社会留保説といっても、どこまで「形成」を「留保」すべきかは一致をみない。留保といっても内部規律でいいのだろうか？ダメなら議会？（たとえばスズメバチの巣の除去とかに条例は必要なのだろうか？）といった「レベル」の問題もあるし、社会留保理論は曖昧なところが多い。まあ前提として侵害よりも給付のほうがレベルが様々なので、こういうことになる。

説④権力留保説

ルールを作って権限、もしくは義務を与えるなら、条例などの根拠が必要だよという考え方。時代背景としては1970年代の東京への人口流入に際して、東京の行政活動は「指導」という形でマンション建設などの施策を行わざるをえなかったということが挙げられる。

これは指導だから、「合意」の世界。だから法律の根拠なくていいよね！と言いたい東京都。でもさ、これって事実上の規制じゃん。でもそれが出来ないと秩序あるまちづくりはできない…。ここでなんとか行政に街づくりを行わせたい！というところから、指導の正当化のためにこういう理論づけがなされたわけ。

つまり、**法的に義務がないのならば(事実上命令していても)留保しなくていいよ！**というわけだ。汚く言えば。

説⑤重要事項留保説(本質性理論)

国民を侵害していなくても、みんなで決めたルールに服すべき行政というモノはある。たとえば国土計画とか、国民の将来にとって重要じゃあないか！というわけである。我が国の民主的要請から重要とかも言えるよね。

こうした「重要」事項は侵害とは別に留保すべきとして、ここに重要事項留保説というものが生れた。

まあこれも曖昧なのだが、とにかくできるだけ現代の社会のなかで、射程を広めようとしているのだなーということとはよくわかる。

230 ルールのいろいろ

231 国のルール

当然のようにルールをごっちゃにして語っていたので、この辺りで解説を入れておくことにする。まずは国が関係するルールからいきましょう。

①**憲法**…国のルールとして日本国憲法があるのは当然である。

②**法律**…国会がつくるルール。国民の意思が間接的ながら反映されている。

※法律と行政立法

憲法41条を見ると、行政立法は認められないかのように見える。が、実際には違うよね。それはなにゆえ？
じつは

A **委任命令**…立法者(国会)の委任がある場合に、行政が命令を出せる

B **執行命令**…法律を執行するために必要な手続に関する定めについて命令を出せる

という二つの命令による措置だったりする。これは憲法でもやったと思うよ！今の憲法のもとでは独立命令(議会から離れた命令。かつては天皇が議会ジャンプして命令を出すことが出来たのだった)は認められないので、この議会からの命を受けた範囲で立法が可能である。

もちろん委任命令には、委任の内容を逸脱していないかという問題が付きまとう。たとえば人事院の公務員の活動制限が裁判になったのもこの文脈でのことである。人事院は勝手にルールを決めていて違法じゃねーかよというわけで、合法とはされたがかなりアヤシイ。重要な例としては以下。

農地法施行令事件(昭和46年：最高裁)

農地法は、戦後に国が買い上げた土地について、公共の用に供しないようなものは旧所有者に売り払う規定をかつては80条においていた。ところが農地法の施行規則は、この旧所有者への売り払いが認められるかどうか

か判定される範疇を限定していた。判決は、この施行規則につき、農地法からの委任の範疇を超え、旧地主の権利を不当に侵害しているとして無効を言い渡した。

旧監獄法施行規則事件（平成 3 年：最高裁）

旧監獄法は、その 45 条 1 項で在監者に面会者が現れたら、まあ許すんだぞと基本的には許可する姿勢を示しており、それが許可されない場合については 50 条で「命令」に委任していた。すると、施行規則は「14 歳以下のやつは精神衛生的に悪影響あるから面会禁止するわ」という定めを置いたのだった。

判決は個の施行規則について、「いやさあ…面会を許可しないイイ！！！！というのはあくまで逃亡とか証拠隠滅があるとやだからであって、命令に委任していると言ってもそれは回数とか場所とか「態様」の部分なんすけど」と、基準そのものを設定し直したこの施行規則を無効としたのだった。

医薬品ネット販売規制事件（平成 25 年：最高裁）

医薬品ネット販売の規制に関しての事案。ある種の薬はインターネットで買えた時代があったのだが、禁止され対面販売することにされた。ここで新薬事法自体にはそのような義務付けが可能な条文はないが、行政のほうで施行規則を利用し、行政立法により一律に対面販売を義務づけたのだった。

これが委任の内容を逸脱しているものだとして裁判がなされ、最高裁はこの行政立法を新薬事法の委任の範囲を逸脱したもの、すなわち違法と判断したのである。

訴えとしては、**行政事件訴訟法** 4 条の確認訴訟を利用した形で、この形での訴訟形態としてもリーディングケースになる。

※命令という言葉づかい…日常生活の命令は「義務を課す」かのような意味合いだが、ここでは「法律」は国会が作るものという意味合いがあるために、行政の作る法を「命令」として区別せざるを得なかったのである。

2 3 2 行政立法の種類

以上より、行政が立法することはありうると言うのは理解してもらえたはず。まあ行政法なので、行政の作るルールについてはちゃんと確認しておこう。

①政令（主体：内閣/根拠：憲法第 73 条 6 号）

内閣の基本権限として、政令を定めることができる。ただ、内閣法第 11 条により法律の委任がない限りはこれによって刑罰を定めることはできないと規定される。法律の委任がないと国民の自由の侵害はできないという**法律の留保**の現れである。これを**政令の限界**とか言ってみたりする。

②省令（主体：各省大臣 /根拠：国組法 12 条 1 項）

各省は法律や政令を施行するために省令を定めることができる。ここにはさっき確認した執行命令と委任命令とを含む。省令を定めるのは形式的には「**大臣**」となるけど、実際のところはまあ省庁で決めている。

※**分担管理原則**…形式的には各大臣は主任の大臣（各省のトップ）として、行政事務を分担する権限を持つ。これがいわゆる縦割り行政の一部分となっているのは確か。

③内閣府令（主体：内閣総理大臣/根拠：内閣府設置法 7 条 3 項）

総理大臣は、**内閣府**に関わる主任の行政事務について法令を施行するため内閣府令を発することができる

ちなみに内閣府は結構最近にできた組織。省庁横断的な事務を扱うので特別に「内閣府設置法」で規定される。

やはり**政令・省令はルールの「核」を規定する**。

たとえば食品衛生法を見るにしても食品衛生法単独では行政は動こうにも難しく、それを補完するルールが必要だと言うことが分かる。食品衛生法 53 条では、飲食店の営業を一般的には禁止し都道府県知事の許可を必要とさせる。

しかし、これだけだとどのような基準を満たせば許可をもらえるのかわからない。そこで政令として**食品衛生法施行令**というものでその基準やらなんやらを定めている。また、許可をもらいにいこうとしたときどんな書類を持っていけばいいかもまだわからない。そこで書類の形式なんかは**食品衛生法施行規則**が定めている。これは省令。「規則」って名前だからわかりにくいけど「省令」。

このように飲食店営業をしようとするだけで法律・政令・省令の 3 つのレベルで法令を把握しなきゃいけないわけだけど、政令や省令はそのなかでルールの（実際上の）核となるような、具体的な肉づけをする。

④委員会規則等（主体：委員会・庁の長官/根拠：国組法 13 条 1 項）

各委員会や、各庁長官は**命令**を発することができる。委員会は合議体なので組織として命令を発する。庁は長官をトップとするので長官が単独で命令を発する。

⑤告示の一部（主体：大臣、委員会・庁の長官/根拠：国組法 14 条 1 項）

各省大臣、各委員会、各庁長官はその期間の所掌事務について公示を必要とするときには**告示**をすることができる。基本的には告示は**事実**を示すだけだから命令にはならない。しかし、法律補完機能を果たす告示が一部

存在する。例えば食品添加物の成分規格を示す厚労省告示（食品衛生法 11 条を補完）。これはどのような物質が食品添加物に該当するか、その食品添加物がどのようなものかを示すものであって法律補完機能を持つ。このような告示は行政立法に該当する。

2 3 2 地方公共団体のルール

① 条例（憲法 94 条 → 地方自治法 14 条）

憲法では地方自治に関して 92 条から 95 条の規定をおいている。とくに憲法 94 条は「地方公共団体は…法律の範囲内で条例を制定することができる」としているが、これを受けて地方自治法 14 条 2 項では「義務を課し、権利を制限するには…条例によらなければならない」としている。

条例においては罰則を規定することもできる。地方自治法については法科大学院で詳しくやります。

② 長の規則（地方自治法 15 条）

長は法令に違反しない限りにおいて規則を制定することができるということが定められるが、自治体の執行機関たる長にも規則制定権があるのである。

※ちなみに自治体の執行機関には長のほかに委員会が存在する。

省庁の大臣とは異なり、**地方自治体の長は選挙によって選ばれており民主主義的正統性を持つ**。そのため、政令や省令が委任の存在しない独立命令を出すことができないのに対し、長は独立命令としての規則を出しうる。ただし、規則と条例の分担はあまり厳密にはなされておらず、議論の余地はなおある。

また、議会が作った条例を執行するための規則というものもある。

2 4 0 行政の内部規範

2 4 1 行政の内部規範

今までは国が関連するルールについて述べていた。ここからは、それぞれの行政内部で作られるルールにも目を向けよう。

さて、今までのルールは当然に外部の人間に効果を及ぼす目的のものであった。ここで内部規範をルールの項から外したのは、内部規範には**外部効果**があるとは限らないからである。

外部効果というのが当然に認められないのは、自分の学校の校則を勝手に他校に適用できないことを考えれば分かるだろう。もちろん行政が主体なので、認められうる可能性もあるわけだが、その線引きが問題ということである。

ちなみに言葉の問題としては、あるルールが「法規」かどうかというのは外部効果を持つものかどうか、で区別される。つまり言い換えれば、紛争が起きたときに適用できるのかどうかということである。これを言葉を変えて**法源性**がある、といったりする。

※法源を講義内で定義しておくならば、**裁判官が判決理由において援用できるルール**ということになる。裁判官はそのルールの存在と内容を受入れなければならない。ただし、規定内容が不明確であれば解釈が必要になる。

ここには不文法源も認められる。国民と行政との関係を**自由主義**からの要請で規制している現在の行政法では、成文法源による予測可能性が求められるというのも確かなのだが（実際に不文法源は少ない）、慣習法を否定することはないよ、ということである。例えば官報での告知のなかには慣習法化しただけで法的義務でないものもあるが、それを否定する必要はない。さらには判例を重視することは予測可能性の担保にもつながるし許されるだろう。こっちは不文法源でも予測可能性に資する例である。

不文法源の例

◎ **平等原則**…国民を同じ要件を満たすならば同じように取り扱うという原則。法典によっては書いてある場合もあるが、書かれていなくても当然のことと理解されている。もちろん合理的な理由に際して、必要最小限の差異をつけるというのは認められる。

◎ **比例原則**…規制目的に照らして行政の用いる規制手段が均衡のとれたものでなくてはならないという原則。裁量（事実関係の複雑さなどは法典では対応しきれないので、行政が抽象的な法規を適用する際に主体的に判断形成すること）の範囲を超え、権利濫用すると行政の行為は違法となるわけだが、その「裁量超えた」の判断の際の基準となるものの一つ。

基本的には、こういう原則自体が、自由主義、ひいてはそこから派生する民主主義からの要請に裏打ちされていることが多い。自由主義からくるものなら自由主義からの不文法源への消極性にも対抗できるよね。

上記の二つの原則は、国民の権利を過度に制限せず、さらに予測可能性も担保する自由主義的国家観から導くことができるように思える。

法規ならば、ある対応する事実が存在する時に適用を否定することは不可能になる。

2 4 2 行政機関が定めるルールと法源性

そして、行政機関が作るルールの中で、法源性のあるルールのことを先に説明した「行政立法」といい、これは国民を法的に拘束する。つまり、**法規命令** Rechtsverordnung である。施行規則とかそういうのだね。

※行政立法を下の行政規則まで含めて言う論者もいる。しかしこの講義では区別して使うことにする。

対して法源性のないルールは行政の内部規範として、行政の組織の在り方や事務処理手続に関する行政内部の取り決めに定める「**行政規則**」Vernaltungsvorschrift という。あくまで内部の組織運営とかをばっちりやっていくための規範であるのだし、外部の国民に対して法的拘束力を生じない。

と一応は説明される。まあそうでない場合もあるんだけどね。

もちろんこの言葉は後ろにドイツ法学からの輸入があるのだけれど、まあテストとかにはでないだろうしいいや。

2 4 3 内部規範と権限行使の基準 (p.100 以下)

国民への権限行使の基準は、上の議論であれば外部効力のある法律および行政立法の基準によることになるが、**その主体が行政内部で意思決定をする以上、内部規範による基準を通過することになる。**

だから、行政内部の取り決めではあっても、間接的には権限行使の相手方たる国民の権利義務に影響することになるのは注意しておかなくてはならない。

◎内部規範の外部化現象

飲食店の営業許可は、比較的客観的な要素で決まるので、あんまり内部の定めはいらない。施設基準という、衛生的な設備の存否で決まるからね。その設備の基準は条例で決まっているんだけど、条例は法源性があるから適用せざるをえない。

が、そのなかに「手洗いは適切な高さで」とか書いてあると、適切ってなんだよ！って話になるわけ。毎年運用が変わっていたら運用にならないので、適切な高さに対しての取り決めが必要になってくるはず。

役所はこの点で、組織の中でルールを決めるが、これは行政組織の「中」での取り決めにも見える。実際、内規で決まっているこの基準は、形式的には法源性に乏しいことになる。

だが、これは認可の是非に関わる、すなわち法的地位に影響を及ぼしうる。ここで国民の権利義務に関わっていないとすることはできないだろう。このように、**内部規範が外部の人間の権利義務に関わるようになっていく現象を「外部化現象」という。**

市民からしたら内部規則でもこういうのは公開しろよ！となるよね。この辺りは行政手続法でやるのでまた。

2 4 4 権限行使の基準と行政手続法

行政手続法は、行政庁が「審査基準」(5 条)、「処分基準」(12 条)を定めよと言うだけではなく、それを出来る限り具体的にしないとイケないよとしている。

基準の設定、公表の意義については今述べた通りで、やっぱりこうした基準が実質的に外部の人間の権利義務に関わっていると言うのは重要なことなのである。行政手続法では公正性の確保、透明性の向上などが 1 条で挙げられているのだが、これも今の議論を意識して出来る限り「予測可能性」を担保していこうと言う意識が反映されている規定であろう。

3 0 0 行政の組織

3 1 0 組織法の体系

3 1 1 大前提

国家行政組織法上は、事務の配分に従って省、委員会、庁を行政機関と定める(3 条)など、事務配分として「機関」概念が定められている。ここからはこの意味での「機関」を見ていくことにしたい。行政組織のあり方は、将来の行政の活動にも影響してくると言う点でも非常に重要である。

※ここでは「**事務配分**」に注目することになるが、他方で組織を「**権限発動の権限者**」と見ることもある。要するに図式が単純化しやすかったから事務配分に注目したのであって、別の見方も存在する。「権限者」のほうの見方は**行政作用的行政機関概念**としてまとめられるが、区別が必要である。

違いは例えば「行政指導」などを考えると良い。当該行政庁は国家行政組織法上は「機関」であるが、権限者のいない行政指導については、行政作用的な意味での「機関」は見いだせない。

3 1 2 組織法体系

憲法 65 条 — 内閣法、内閣府設置法、国家行政組織法 — ○○省設置法

このような体系だった形で国の組織は作られている。ここではある組織がどういう形で、どういうシステムで設置されているのか、という「**設置法**」が重要になってくる。

※でもなぜか大六法にもちゃんと設置法はのってないんだよね。官庁ホームページで調べてみよう！

3 2 0 国家行政組織法の基本原理

3 2 1 条文を見てみよう

ちなみにある法律の目的は1条に書いてあり、2条に定義…と言う並びのことが多い。ここでは国家行政組織法についても同様に確認していこう。

ここでは、「**行政事務の能率的遂行**」のための「**事務配分の体系**」を合理的にするという視点から法律が作られていることが分かる。

2条も内閣府の組織と共に、「明確な範囲の所掌事務」として、事務配分の単位として機関=省、庁、委員会が想定されることを示唆する。これは3条で上の機関は「法律の定めるところにより」設置・廃止するということに具体化されている。

2条2項では与えられたゾーンで、政策について「自ら評価し、規格及び立案を行い」と**自律性**が重視される一方で「相互の連絡を図り、すべて、一体として」と、**協調**の側面も取り上げる。大臣の省令制定権(12条)、委員会・庁の長官の規則制定権(13条)、告示、通達(14条)も同様に自立性、掌握性を確認できる条文だと思う。ただ14条の通達は、階層を連想させる言葉である。組織的な統一性の要請から、下の組織に「こう言う感じでよろしく～」と指示するための内部規範。ちなみに同条内の訓令とはあまり区別しなくていい。

※外局

3条3項には、「委員会及び庁は、省に、その外局として置かれる」と規定されている。外局というのは、大臣の管理に服するが、委員会と、庁の長官にそれぞれ規則制定権がある(13条)行政立法が可能な組織である。

※審議会

国家行政組織法3条にも書いてあるし「行政機関」が省、庁、委員会だとわかる。5条(行政機関の長)には「各省の長は、それぞれ各省大臣とし、内閣法にいう主任の大臣として、それぞれ行政事務を分担管理する」とある。6条では委員会の長は委員長、庁の長は、長官とするとある。

そして、8条には、「国の行政機関には、法律の定める所掌事務の範囲内で、法律または政令の定めるところにより、重要事項に関する調査審議、不服審査その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務をつかさどらせるための合議制の機関を」置くことが出来るとして、**審議会**の設置を広く認めている。現代の行政には非常に多様な利害の調整、細かい知識が必要で、さらには広く国民の意見を問う観点からも審議会という専門家集団もしくは当事者、あるいはまったくの第三者が必要とされるからである。

8条には施設機関、特別の機関という項があるが、ここまで含めて「**8条機関**」として、3条で指摘される「3条機関」と区別されることがある。任務は、諮問を受けて審議し答申を出すことになる。

「法律又は政令の定めるところにより」という支配関係が8条機関にはあり、この点独立性が求められる場合は、3条機関すなわち委員会などに格上げすることになる。

審議会について具体例を挙げるなら、例えば中央環境審議会、社会資本整備審議会とか。

※ちなみに16条17条などには、行政庁の偉いやつの職務などが載っている。参照しておいて、とのこと。

3 2 2 国家行政の地方での運営 —地方支分部局—

国の行政機関は、法律の定めるところにより、地方支分部局が置ける。地方で分担して支える機関だから**地方支分部局**。3条機関の地方出先なので、「法律の定めるところにより…」(国組9条)として強い統制に服することになる。これをばんばん設置すると地方自治の保護と反することになりかねないので、「国会の承認を経なければ」と地方自治法第156条4項が規制を設けている。

具体例としては法務局(法務省)、経済産業局(経済産業省)、財務局(財務省)、国税局(国税庁)、農政局(農水省)、運輸局・地方整備局(国土交通省)などがあげられる。

3 3 0 地方行政

3 3 1 地方公共団体の行政組織 地方議会と執行機関

ここでは国家行政組織法よりも**地方自治法**を参照しよう。この法律には、議会、執行機関(普通地方公共団体の長、委員会及び委員など)といった、地方行政の根幹になる部分がついているからである。

さて、では地方公共団体のやることをみていこう。

◎事務の分類

【旧制度】 ① **自治事務** ② **機関委任事務**

機関委任事務とは、**国の事務が、(都道府県や市町村という「団体」にではなく)都道府県知事や市町村長という「機関」に委任されたもの**。知事や市町村長は自治体の首長でありながら、機関委任事務の執行に関しては国の機関として行動することになる。自治事務はその他。機関委任事務と比べて自由度が高い。というか機関委任事務は国の事務を代わりにやっているようなもの。

たとえば、旧食品衛生法では、「知事」が個人に営業許可を与えていたのだが、ここでは都ではなく都知事という個人に委任が行われている。こうすると、地方自治のボスのはずの長が、事務の遂行において厚生大臣の下級機関になってしまう。このために地方公共団体の創意工夫を反映させることができないだろう、と非常に反発が強かった。

よって、地方分権改革がすすむなか**新地方自治法**が公布された。（平成 11 法 87）もちろんここで機関委任事務が解体されても、技術的助言だとか国の関与は残る。どうしても創意工夫とかできないところもあるし。

例：自然公園の近くで地熱発電の熱を取り出したいが、温泉法に基づいて掘削許可をもらわないといけないとき。

昔は機関委任事務だったけど、今は自治事務にされた。だから都道府県が頑張っているいろいろな考えないといけないんだけど、要件等の設定、判断について自分たちでこなす法的資源があるのだろうか。

ようするに、地方から創意工夫を奪う、という言い分は、全く逆の意味では専門的知識を伝えるパイプにもなっているのである。神奈川県の小田原なんかでは勝手に温泉研究したりしているんだけどね。

ただまあ、このように技術的助言は必要だとは思うとのこと。

【新制度】**機関委任事務廃止**→ 自治事務（6 割弱）or 法定受託事務（地方自治法 2 条 9 項 1 号、2 号）
or 国の直接執行事務 or 事務の廃止にバラされる。

ということで、地方のやることとして新たに二種類の事務が定められ、それぞれにつきどのくらい行政が介入できるのかが決められたのであった。

自治体に対する国の関与については、おもに地方自治法 245 条、245 条の 3 の組み合わせで決められている。雑に言えば前者に関与するやり方が羅列され、後者が各事務への適用範囲を画するようなイメージ。

自治事務…助言・勧告、資料の提出要求や是正の要求（245 条 1 号）、そして協議（245 条 2 号）ができる。。

法定受託事務…上のやつ+同意、許可・認可・承認、指示、代執行（245 条 1 号）+個別的関与（245 条 3 号）+処理基準の設定（245 条の 9）ができる。

※法定受託事務については、都道府県と国との間の垂直関係を水平なものに是正するために制度化された。国民の事を考えると地方にやってもらいたい…でも、統一的に全国でやる必要もあるじゃん。だから、国と地方とがそこで垂直な関係にならないように気を付けながら、是正要求や協議の仕組み、助言勧告や資料の提出要求のほかに、**同意や許可**などのシステム、**代執行**のシステムといった国の意思をいざとなったら貫徹できるシステムを作った。加えて処理基準も大臣が示せる。かつての通達だったもの。

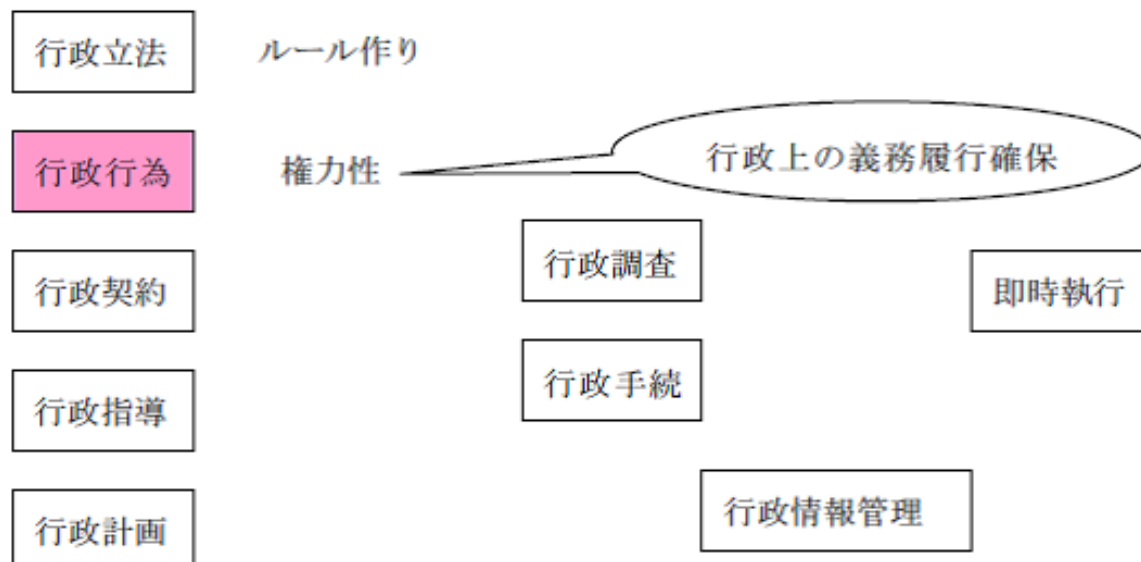
学界ではこの基準も「ある程度の指針的な性格じゃないの」という見方をされることが多い。実務では非常に助かっているようですけども。なんというか、数値的基準と言うより解釈の際の法律的目的みたいなことが書いてあるみたい。

4 0 0 行政処分④ 基礎編

4 1 0 ここからの概観

4 1 1 第二編第一部と第二部の全体像

ここからは、具体的に行政が何をやれるのか、何をしていいのかを個別に見ていこうと思う。せっかくなので全体像を先に提示しておくことにする。国民の側に向けて行政が行うことを類型化すると、以下ようになる。



①行為形式

●**行政立法**…ルール作りのこと。

※**権力性**…法的地位を変えることが可能だと言うこと。飲食店の営業許可は、許可を与えた人間の法的地位、権限に直結することになる。その人間の法的地位の変動に対し、根拠はあるのだろうか？ということのを常に考えなくてはならない。例えば水質汚濁防止法を使って排出を禁止するならば、それにたりうるだけの事実的な根拠、法的な根拠を明らかにすべきである。

●**行政契約**…行政が市民と「合意」することは、相手がたの自由を制限することについては確かにあまり適さないように見える。しかし、一定の税金を配分するとか、工場を作る企業に補助金を出す、とか、公金を配分するときには、契約の形式も一定の有用性を持つ。

●**行政指導**…行政行為は個人の地位に大きく影響を与えるので、むやみやたらに濫用できるものではない。実際のところも。たとえば先の水質汚濁の防止の例なら、明日！すぐに！排出なんとかしろ！というのも現実厳しいだろう。排出口を近代化するのにも結構なお金がかかるわけだし。

だからそこで、まず「設備改善命令」を出す。法的義務が生じないが「いずれ生じるぞ」というメッセージを込めて行政指導を行うのである。

●**行政計画**…行政活動の特徴は、刑法などの過去を顧みる側面の強い法律に比べ、ひたすらに未来志向ということ。将来の行政のありかた、街づくり、人々の姿について、計画を立て誓約(制約?)を立てることがある。

②**一般的制度**…形式に関わらず横断的なものについて

●**行政調査**…行政行為というのは相手方に一方的に法的地位の変動を与えかねないものである。(ここでは法的な意味だけでなく、たとえば行政指導についても「え…なんかしたかな」と思わせるには十分であるし、計画にも準備が必要だろう)。命令、計画、なんであろうが公的な何かを出す前には事実を根拠として把握しなくてはならない。その観点から行政調査には大きな関心を持つべき。

●**行政手続き**…行政行為と手続きとは大きく結びついている。たとえばある義務付けをするのなら、そのまゝに相手の言い分を聞いてやるべきであろう。(たとえば問題視していた有害物質は、話を聞いてみるとライバル会社の嫌がらせだったということもあるかもしれないだろう)

このような正しい処理に際しての制度的な手続き保障は、行政行為に大きく関わることになる。

●**即時執行**…これは後で。

●**義務履行確保**…出した義務を「知らんがな」といつてくる人に対してどのように履行を確保するかの問題もあるよね。これが義務履行の確保。ここには、行政法規によるものというだけでなく、他の義務の履行も含むとのこと。まあ一般的には行政行為関連だけだ。

4 2 0 行政処分序説

4 2 1 行政行為と行政処分

似た言葉に「**行政行為**」と「**行政処分**」があるのだが、行政行為(Verwaltungsakt)は学問上の用語で、法令に使用例はない。ちなみに Verwaltung で「管理する」「執行する」の意味になるみたい。その名詞形だとのこと。

※ぼんやり聞いていると日常用語に聞こえるから注意しようね！と言われたが、どうすれば日常用語になるのだろうか。ねえねえ奥さん！昨日の行政行為がね～！と言う会話が交告さんの脳内ではスタンダードなのだろうかとか心配したが、彼の場合本当にそう思ってそうなところを否定できないのが怖い。

他方、行政手続法、行政不服審査法および行政事件訴訟法は「処分」という概念を中心にして構成されており、「行政処分」という用語はこれに引き付けたもの。この講義では、「行政処分」という語を用いることが多い。あともうちょっと言えば、アメリカとか英米法体系には行政行為というドイツ語にあたる骨格があるかとうと、ないです。だってコモンローの国だから上からの「管理」的概念ないし。こういう意味でも局所的、学問的な言葉として「行政行為」は理解しておいたほうがよさげ。

日本においては、**行政手続法**、**行政事件訴訟法**、**行政不服審査法**が行政処分に対しての救済三法とされる。これらにおいては「行政処分」という言葉づかいがなされている。この意味で日本では、「処分」と言う言葉が**訴訟法上**の概念として再構成されているので、あくまで**実体法的**な意味にとどまる「行為」との間にはそこでも若干ぶれがでてくる。

4 2 2 判例を読むときに

裁判では行政行為について議論されることも当然あるというが、ここからは結構判例が出てくる。対応するところとしては百選の 56 事件くらいからが行政行為についてだが、結局ここでは、大体につき行政事件訴訟法 3 項である処分に対して抗告する、なかでも「取り消し」を求めて訴えを起こすことになる。他の 3 条の訴訟についてはまあ勝手に見といてください。今はまだ全面切って取り扱う時期ではないです。

しかしながら判例を読むときにこの「取り消し訴訟」などの枠組みを知っていないと厳しいところも正直な話あるので、行政法3条所定の訴訟枠組みについては少し確認しておくベター。

※先日、超重要判例として、水俣病の判定に際して「裁判所の審査の在り方として行政の認定の仕方の合理性を審査していいのか、それとも裁判の場で科学的に一から主体的に審査をしていいのか」、という問題に切り込んだ判断がなされた。そして後者の立場を明確にした！とのこと。名前としては水俣病認定申請棄却処分取消等請求事件とかそんな感じ。

4 2 3 行政処分の定義

行政処分とは、行政機関(行政庁)が、**法律または条例**の規定に従い、**公権力の行使として、国民ないし住民の権利義務その他の法的地位を具体的に定める行為**であるとされる。これを暗記するのは大変なので、特色として「**公権力性**」(優越性、一方性)と「**法効果性**」を覚えておこう。

「公権力性」というのは一般ピーポーの言うことなんか聞かないということではなくって、行政が最終責任をもって事実を認定し、それを法律の内容にあてはめて相手方に通知するということである。

「法効果性」とは、その通知により相手方の法的地位に変動が起きると言う意味である。

訴訟の時は、この定義にあわないようなものに対し「ここがおかしいんですけど、なんとかありませんか」と言ってくる人々を救済できるかどうか、というのが重要な論点となる。

4 2 4 行政処分の効力—秩序の維持と行政効率

行政処分はある種一方通行で効果を発揮するのだが、そこから効力上の特徴が生じる。

沿革を思い返せば、コモンローの国では行政も同じように市民法に服すが、大陸法では行政は特殊な裁判法、裁判所に服するとは前に言ったこと。日本は英米法体系も行政にとりこんでいて形式的には行政裁判所もないから、前者のコモンローを究極に実現したかったら私人に執行力を認めるべきだが、そんなことをしていたら大変すぎる。なので、とりあえず行政にその執行を任せており、**行政訴訟**の手続きで救済する立場を取っているのである。

これは、**不服を持つ人は当然不満が言えて、釈明する場の存在があるような手続きの整備という現代的課題としても立ち現われるが**、逆にそれが満たされる限りで行政の任務：「秩序の維持」のために以下が認められている。

①行政処分の**公定力**：後で裁判官によって違法と判断されるかもしれないが、権限ある機関によって取り消されるまでは有効なものとして尊重される。

②行政処分の**不可争力**：取消訴訟は**出訴期間**の徒過により出訴不可能になる。結局法律関係の早期安定の必要性からの(秩序維持からの)行政処分の要請が生じているのである。

ここから、訴え提起の執行不停止原則(行訴§25。取り消しの訴えの提起自体は、執行手続きを妨げない)も導けると思う。

4 3 0 行政処分の法的基礎

4 3 1 行政処分の創出

行政処分は原則として**法律**または**条例**によって設けられる。

どちらも**民主主義的な基盤があることが処分の正統性(建前として)を担保している**のである。たとえば「規制」を作るとして、そういう処分は基本的には「国民に今まであった自由を奪う」ことになる。自動車でも免許制が出来る前は、免許がない人も好き勝手やれたわけでしょ？

だから、我々の法的地位の根幹を動かしかねない行政処分には民主主義的正当性が求められているのである。

もちろん、処分とは「規制」だけではない。自由を制限する行政活動に対してならば今の議論は文句ないと思うが、国民に「給付」する場合にもこれは妥当するのかなんというの考えるべきである。

事実、「**給付**」について裁量性が認められれば、**それだけで柔軟な対応、政策実施が出来る**。逆に言えば不透明になるということだが、しかし行政規則だけで取り決められないだろうか？ということにもなるだろう。

4 3 2 行政処分の要件 ⇨ 第2回レジュメの一部を再論

行政処分の要件(どのような場合にその行政処分を行うべきかについての定め)は、法律自体、あるいはそれを受けた**法源性**のあるルールで決められている。しかし、行政の内部規範で決められる部分もある。

行政処分自体は法律が作るのだが、その要件等に際しては行政の委任立法でなされるのが普通。しかし、法律の定めに従って事実を当てはめる際の基準として(そのままでは雑すぎる)内部規範を介在する可能性がある。

(a)法源とは

裁判官が**判決理由**において直接援用することができるルール。裁判官はそのルールの存在と内容が無条件で受け入れなければならない。ただし、規定内容が不明確であれば解釈が必要になる。

(b)行政機関が定めるルールと法源性

法源性のあるルール → **行政立法**。国民を法的に拘束する。

法源性のないルール → 行政の**内部規範**。行政の組織の在り方や事務処理手続に関する行政内部の取り決め。外部の国民に対して法的拘束力を生じない。だけど、内部の取り決めと言っても、「服装はこうしてね」みたいなガチで国民関係ない取り決めと、「解釈基準」として、法律へ事実を一貫してあてはめる際の参考資料になる内部規範とがある。後者は法源性のないルールといいながらも、実際のところ行政の手段(国民への処分のために)に資していることになる。(外部化現象と言ったはず)

(c)内部規範と権限行使の基準

(b)で述べた内容から、結局、権限行使の基準は、①法律および行政立法の基準と②内部規範による基準の二段階を経ていて、行政内部の取り決めではあるが、権限行使の相手方たる国民の権利義務に影響するのである。たとえば食品衛生法の作ったルールの実行のためにまず条例で細かいルール基準が作られ、さらに「手洗いは適切な高さ」などの曖昧性を排除すべく「規則」が制定されることになる。

※もちろん、内部規範だから公開しない！という理論がそもそもおかしい。国民の権利確定に影響するのであれば、内部規範だろうが公開すべきだし、具体化明確化していくべきである。事実東京都の飲食店の基準「適切な高さ」というものの規則は一般の人も確認できるようになっている。その方針を進めるべく、行政手続法の5条は審査基準、12条は処分基準をそれぞれ公にしておくべき旨を規定している。

4 3 3 裁量か、解釈か

裁量というのは、違法な措置を取っている人に対して「適切な」措置を取れる、なんていうときに出てくる。適切な措置として考えられる手段は(例えば建築基準法上なら、周りに安全な建物が建つようにする方法)結構あるわけ。だから一義的に決まらないのだけれど、そのときには**どれでも選択可能という領域があり、それが裁量**。

※曖昧なものを具体化する、と言うのとはまた別。

たとえば、大学に入って相当の期間学習したものは兵役を短縮する！と言われると「相当」ってどれくらいだよとなる。でも「わからなくても」この場合は、皆同じように処理されるべきだよ。ここにあるのは複数の選択肢が乱立する状況ではなくて、ヒカルの碁で言えば神の一手が見えていない状況。

これはドイツの話だけど、このときは当時のドイツの責任者が通達を出して「相当の期間」を決め、それに訴えが提起されるなかで裁判所は「6ヵ月で」と法解釈をした。要するに法解釈であるならば決定権は司法の場にあるということでもあるが、ここでは**曖昧なものを具体化しているのであって、そこに裁量があるとしてもそれは「どれを選択するか」という自由空間の選定の裁量とは別**なのである。

4 4 0 行政庁とは：2つの機関概念 『行政法Ⅲ【第4版】』p.19以下

4 4 1 行政組織法と行政作用法

何回か言ったけど、行政機関概念には、二通りのアプローチがある。行政主体をどう定義していくかの問題は処分の主体の問題につながる以上、ここでちゃんと触れていくことにしよう。二つのアプローチとは、確認しておくが「組織法的に捉えるのか」それとも「作用法的にとらえるのか」、であった。

行政組織法…行政の組織や一般的な**権限**の割り振りに関する定めである。事務の配分をどういう機関で担うのかという確定作業。国家行政組織法だとか内閣法、内閣設置法とかが大事だよ。

行政作用法…国民(住民)に対する行政権限の「**行使**」に関する定めである。事務の配分と、行使の様態は別だよ。権限で言えば飲食店とかの管轄組織法的には厚生労働省設置法とかが根幹だろうけど、飲食店の営業許可との関係で事実作用を規定するのは、食品衛生法になる。

※作用法と呼んでいるだけで、そういう実体法があるわけではない。

300段で組織法的に見てみることはしたんで、今回は作用法上から見てみよう！

4 4 2 行政庁の定義

組織法からは、行政庁とは、行政主体の意思を決定し、それを外部に表示する**機関**と定義される。

いっぽう、似た言葉だが行政主体は行政権の帰属する法人であり、権利義務の担い手になる。

たとえば飲食店の営業許可を与える行政主体は東京都だが、それを表示する機関は知事(食品衛生法上)だから、行政庁は知事になる。このように行政庁は個人の可能性もありうるので、建物とかを想像しないように。

対して作用法からは行政庁とは、**行政処分**(市民の法的地位を一方的に確定する作業)によって、行政客体との間に行政法上の法律関係を作り出す権限を行使する機関であるとされる。

※取消訴訟…かつては、たとえば取り消し訴訟の被告は**処分庁**(たとえば、東京都知事。行政処分をした行政庁)であったが、新行訴法では**行政主体**(たとえば、東京都)に改められた。ただし、処分庁も訴状に記載される。都道府県知事に対して授權が行われている際に、事実上〇〇保健所長が判断をしている…なんてときに使われる言い回しみたい。一見すると違和感があるよね。なんというか、法人を相手取らず会社の取締役相手に訴訟しているようなイメージ。

4 4 3 行政庁を中心とした行政機関の分類

行政庁 + 補助機関 + 諮問(参与)機関 + 執行機関 + 監査機関

作用法上は、行政法上の関係性を作り出すところが行政庁になるのだから、行政機関も、関係性を作り出す行政庁と、行政庁と人々との関係性を生み出すのを助ける(事実を調べたり)補助機関、外部からの専門的知識を取り入れる諮問機関(行政組織法上の審議会と同義である)、参与機関、執行機関…と役割に従って区分できる。

諮問機関はあくまで助言するだけ。審議会とかは、行政処分の場合がこの件についてはどうだこうだと諮る(許可相当！とか結論を出して答申を返す)存在でしかないことになる。

とはいっても、専門的に知識を取り込む意義、様々な社会階層の意見を反映する意義は非常に大きいので、利用価値はある。諮問機関のなかにはまれに法的な「申立」による建議の権利を持った発言をできるものがあったりするし、参与機関であれば、諮問機関の「助言」に留まらない「拘束力」を持つことがある。行政庁の意思決定に「参与」しているという意味である以上、この制度設計のもとでは、参与決定を無視して「へえそうなんだ！勝手にそう思ってるボケが！」ということとはできない。

つまるところは事実上、諮問機関の決定だって実際のところはほとんど拘束されているようなもので、やすやすとひっくりかえせるようなものではない。無理矢理やるにしても、それこそ政治的には非常に重い説明責任を伴うことになる。

執行というのは、例えば屋外の広告が法律違反で撤去しないといけないとき、「どける」作業のこと。このような「執行」は決定とは別次元のことであり、それゆえ別に機関が置かれている。

4 4 4 権限行使の原則と例外

原則としては、行政庁が自ら権限を行使することになる。だが、実際にはそこにズレが出てくることがある。

行政法学上は、一体どんな機関が行政庁かを非常に重視するので、基本的にはこの原則が貫かれるべきであるが、いくつも例外が存在しているのが実情である。

●例外

①権限の代理 法定代理と授權代理

代理の場合は、右知事代理、見たいな感じで代わりに副知事とかがハンコを押すことになる。代理である以上は顕名といった、基本的に代理の際に必要な要件を満たす必要がある。

法定代理…地方自治法では「知事が決定できないとき副知事がかわれ」みたいなことが書いてあるけど、そういう法的な規定があるとき。

授權代理…委任契約的な個別の約束で。

②権限の委任

権限の委任は、改正行政訴訟法が発行されるまでは非常に面倒だった。

例 A 飲食店

飲食店の設置には、厚生労働省令で、都道府県知事の許可が必要だとされていた。とはいっても、いちいち都道府県知事がなんか頑張っているのではなく保健所長が頑張っている。

ここでは権限が保健所長に委任されているのだ。委任によって、権限自体が移動することになる。そうすると、食品衛生法の立法者が予定していた結果と違うではないか、法律による行政の原理に反するではないかと言う批判があるかもしれない。しかし法律に根拠があれば権限の委任が設定できるとしてあるので、地域保健法(旧保健所法)のなかの規定を準用してここでは委任が行われる。

保健所は、**実質的なチェック能力**を有しているのであって、ここに権限を委任してよりプロによった検査が行われることが期待されているのだ。政令市や中核市とかでも似た権限の委任が行われている。

例 B 地方自治法 153 条

普通地方公共団体の長は、その権限に属する事務の一部をその補助機関である職員に委任し、又はこれに臨時に代理させることができる。

※問題点としては、経産大臣が委任した事態を「やべえこれ」と思って個別的に委任解除するなんていう「戻り」が意識されていないというのが怖い。怖いので最初から「特別な場合は戻せる」制度設計をしている場合もある。

③専決・代決

行政組織内での事務処理の工夫。補助機関が決裁するが行政庁の名で表示。法律の根拠は不要で、事実上非常に多く行われている。

似たようなことが会社でも行われているはず。社長に権限があっても部長とかより上に回って行かないことはあるよね。専決規程を作り、それに従うことが多い。

ここでは実際に決裁するやつの名前が表示されないことになる。

4 5 0 伝統的な行政処分の分類

4 5 1 なんかも表があった

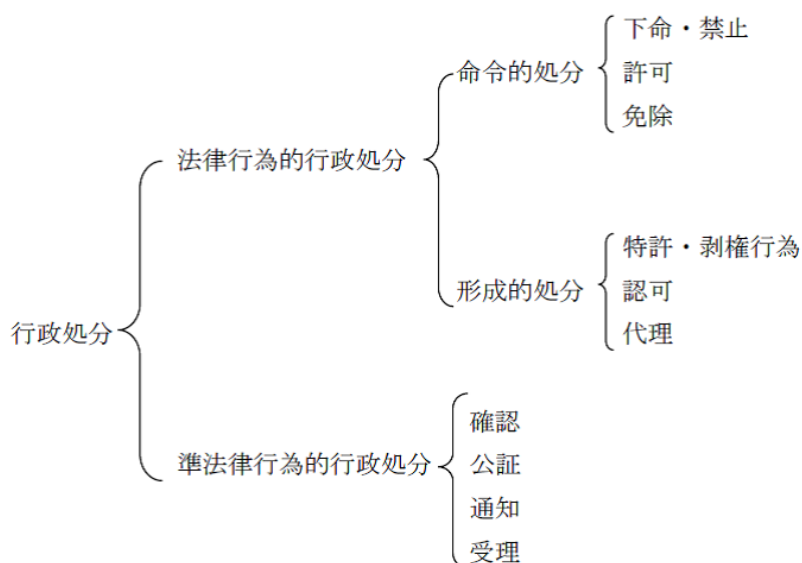
これが表だ！！

一応、参照するならば田中二郎さんの『行政法上巻』昭和 29 年初版 121 頁

もしくは、原田尚彦さんの『行政法要論全訂第 7 版 [補訂 2 版]』168 頁らしい。そこにこの図があるのかな？言い方から察するに。

まあ今でも通じるのかは別の問題として、これが今でも議論のたたき台になっているのは確かである。塩見さんはこの図を「分類の観点の違う論点をゴッたにしている」という批判的意識から、あえていくつかに分けて説明している。

※ちなみに公法と私法という役割分担も、塩見先生はあまり好まない。実定法がどのような定めをおいているのか、についてを一番気にする学者だった。



4 5 2 ドイツ普通法学の意思理論

法律行為によって生じる法律効果は、それを組成する**意思表示**において当事者が欲した法律効果にほかならない。ドイツの民法、ドイツの行政法学、日本の民法、日本の行政法の体系は、こうした意思理論からやってくるものとして共通しており、日本の行政法の理解に際してはこいつらの理解が複雑に絡み合っていることに気を付けようぜ！こんなことが試験に出る気はしないけど。

4 5 3 法律行為的行政処分と準法律行為的行政処分

上の表では、まずは「法律行為的」な行政処分か、それに「準」ずるものかという区分をしているので、それについて見ていくことにしよう。

①法律行為的行政処分

これは、行政庁の「意思表示」によって成立する行政処分だと解される。

意思表示 = 効果意思（法律効果の発生を欲する意思）+ 表示行為（外部への表示）というドイツ法学的理解からの定式化であるため、今の日本の民法的な理解公式が転用されているのは明らかである。

②準法律行為的行政処分

意思表示**以外**の判断なり認識の表示に対して、法律により一定の法的効果が与えられたもの。こっちは効果意思がなく、ただの**確認的な効果の付着を意図した行為**である。

たとえば、選挙人名簿への登録というのは別に「こいつに選挙権を与えてやりたいんですが構いませんねッ！」とかいう意思があるわけではなく、単に法定の期間の居住という事実に対して選挙権を与えるというだけである。

③区別の実益

準法律行為的行政処分の場合は、**行政庁の意思によって法律効果が発生するわけではないので、裁量権を認める余地がない**。付款を付して効果を制限することもできない。

だが、まあなんというか、行政庁が意思によってやろうが受動的にやろうが、**一方的な権利確定**という側面が変わるわけではないので、作用法としてのそこまでの違いはないように思える。

4 5 4 命令的処分と形成的処分

表中でのもう一つの分かれ目が、「**命令的処分**」かそれとも「**形成的処分**」かであった。

命令的処分とは、秩序維持のための伝統的な行動形態、警察行政における処分である。国が存在する以上は生じてくる危険を取り除く作用が必要になってくるわけだが、その作用をここでは(おまわりさんとかよりももっと広く)「警察」としていることになる。食品衛生だって、こういう意味では国民の危険を守るための警察行政の一部になる。**秩序維持のために、国民の活動を規制する**ようなとき、これは命令的処分である。たとえば店舗開設の「不許可」とかもそうである。

対して形成的処分は**社会介入的**な行動形態。法的な行為能力を創り出したり奪ったりする。上のはどちらかというと「申請」を断るみたいな処分の話だったが、こっちはどちらかと言うと「与える」感じのイメージ。

命令的・・・国民の自由を制限するので**羈束的**(文字に注意。「きそくてき」)

形成的・・・国民に法的地位を付与するので裁量的

まあカテゴリー化すればこんなものだけれど、この区別はあくまで傾向を捉えたものでしかなく、実際には法律の規定を見て判断する。カテゴリーから攻めていくやり方は現在、特に塩野先生などから嫌われつつあるとはさっきから言っている通りである。

まあうだうだ言っても良くわからない気がするから、各種の営業許可を例にとって形成的、命令的と言うものの違いを少し見ていくことにしよう。見ればわかるけどこの区分は結構相対的である。

●伝統的な特許と許可の区別

特許・・・公企業の特許(電気、ガス)

この特許は特許法の特許ではなく、**特別に許す**という**形成的処分**のことである。例えば電力事業、ガス事業はかつては「もともと営業の自由もない国家の独占事業」だったが電力会社に「特別に」営業させるような形をとっていたのだった。ただ、国家独占の概念が、建前でしかないとして理解され始めたので、時代の産物と化している感もいめない。要するに行政設計上の遺産である。

許可・・・飲食店の営業許可

こっちは**もともとある権利**を制限していたことについて、制限をやめてあげる、ということである。もともとあった権利の解放。こっちが「警察許可」と言われるような、自由の制限とその解除、つまりは命令的処分の範疇になるわけである。

つまり BREACH で言えば特許は双極の使用承諾、許可は限定解除みたいなものである。

それはすなわち**一定の敷設条件を満たしたら誰でも使用できるかどうか、もっと言えば資源の限定性に直結することになる**。電波などは、使用者に限りがあるし特許向きだよね。

でもこういう風に建前を取っ払うと、これは「警察許可」から「特許」までの一直線上に並んだ諸権利をどうまとめてどう配分するのか、という時代時代によって変わる相対的なものになってしまう。

その中間形態(調整許可、計画許可)の存在もあったし(例えばかつての米の販売は、非常に強い、特許に近い規制をうけていた厳しい許可制だったが、届け出制に変わった)、時代によってその性質が変わりうるのである。

というわけで**特許と許可の区別は、行政政策上の暫定的な立ち位置だし、許可制度すらその性質に合わせて変動するもの**として理解しておこう。たとえばタクシーの免許もいまやだいぶ自由な競争にさらされるようになったのだが、かつてはもっと厳しい許可にさらされていた。

そしてそこから同じように、命令的とか形成的と言うのも、二者択一的なそれというより連続する線上にあるものとして見えてくるはずである。

4 6 0 今村成和『行政法入門』の分類

4 6 1 分類の観点

他の分類方法も当然あるから、ここでは今村さんの分け方を見てみることにしよう。ここでは**行政行為の効果が個人の権利利益にどのような影響を及ぼす内容のものであるか**に着目して、従来準法律行為的行政行為とされていたものも、効果の内容に着目して括り直すことになる。

●分類表

命令的行為…下命・禁止、許可・免除

形成的行為…設権、確認、介入→具体的には認可、奪権などなど

手続的行為…公証、通知

※この伝統的分類は、あくまで「性質」に際してのものである。すなわち法律上は許可となっていて事実上は形成的行為であることもありうるし、その逆も然りである。

分類いろいろみたけれど、まずは古典的学説を説明できるようになろう！ただそれではたぶん試験には役立たないから、性質に着目した議論が肝心になる。**とって試験に出してきた。絶対に許さない(2013年9月追記)**

※実際には事例問題としてテストでは出てくる。たとえば温泉の保護を温泉法は目的としている。しかしどこでも温泉が掘れるようになると、村に業者が温泉を作る→皆来たい→となるときに、自然環境破壊はどこまで許されるのか、みたいな問題が出る。温泉法の条文が出てくるので、それを参考に要件を考え、都道府県理事の許可の性質を国民との地位との関わりから考えないといけなくなる。

4 6 2 伝統的分類との対応関係

伝統的分類における「特許」はこっちの分類だと「設権」に含まれる。伝統的な分類の「認可」は「介入」に吸収される。とはいっても、結局お店が営業できるようになる、と言う本質自体は変わらないわけで、塩野さんとかはこういうのを区分するのにも否定的なところがある。

憲法では営業の自由が保障されるが、ここでは保障される営業と、保障されない営業があるのだろうか？現実的に今の世の中ではほとんどそういったことはなくなっている。病因だって個数制限も（一応）ないし。まあ**行政指導**される（いうことを聞いてくれることを期待して義務付けない形で意向を伝える）ことはあるけどね。しかし、立法者の選択次第では特権的に権利を付与できる形にできるのだろうか？と言われるとたぶん NO だろう。そうではなく、**あくまで保障された権利があるにはあるが、立法者によって限定が（場合によっては非常に厳しい形で）なされているのではないだろうか。**

だから特許と許可といって、こっちは形式的、こっちは命令的、とただ「基本的には営業できないかどうか」で分けてしまうこと自体が問題なのではないか、というわけである。塩野さんは機能的思考を取っていると言えるかもしれない。

※農地の賃貸借には知事の許可が必要だが、それは古典的学説では認可として説明される。行政の許可で、私人と私人の合意を基盤とする契約を実現させることになる。

5 0 0 行政処分② 効力

5 1 0 四つの力と「規律力」

5 1 1 外観

公定力

不可争力

不可変更力

執行力

この四つが行政の行為には伴うというのが、かつての一般的な理解のされ方であった。こいつらの内容はそれぞれ見ていくことにするが、塩野先生はその前に「**規律力**」という力を見る。行政行為に当然備わるものというわけではないが、まあそれを見てみよう。

5 1 2 規律力

ごみ焼却炉設置事件（昭和 39 年：最高裁）

焼却炉の建設に反対する住民らが処分の取消訴訟を提起した事案である。当時はまだ差し止め訴訟というものも周知されていなかったので、取消訴訟である。行政は法規をいくつか作って業者と契約して焼却炉を作ったわけだが、ここでは行政の行為と国民の権利義務変動との関係について、興味深い定義が示された。

裁判所は「行政庁の法令に基づく行為全てでなく、**行為によって直接国民の権利義務を画定する**」ものが「**処分**」である、としたのだった。

※これは処分性の話（行政法第二部でやる）に関わる。今はこの「処分」はもっと拡大して解釈されるようになったのだが、これはその大元となる公式である。これは行政訴訟の話だが、訴訟についての議論が実体法としての行政行為の定義にも反映されていることになる。

ここから、塩野さんが規律力を定義した理由、行政の行為の性質がでてくる。以上から、行政行為の権力性からは、次の二つの性質が出てくると言えよう。

①**一方的法効果**をもたらす。

②行政行為は、たとえ違法であっても、取消権者によって取り消されるまでは、何人もその**効果を否定**することはできない。

前者の「法効果」の側面を今までの学説はあまり顧みなかった。この点を浮き出す意味で、塩見さんはこのなかの「法効果」という前者を**規律力**と定義し、後者、従来の**公定力**（後述）と切り離したのである。

※規律力を行政法の属性としてとらえる見方は皆に共有されているわけではなく、例えば小早川先生は①を権力性から外す。（『行政法 上』266 頁）。なぜなら同様の現象は民法の世界にもあるからである。**契約解除**などは一方的行為として法効果をもたらす。これは行政行為の中に権力性をできるだけ持ち込まないようにしよう、という配慮からの議論である。ここでは②の公定力のみが担保されるとする。

ただ塩野先生はさらに反論している。なぜなら民法の世界では、一方的であることは法律行為の**一般的属性**ではない（ふつうは「合意」しているべき）が、行政行為では一方的であることが一般的属性になるからである。そこに行政行為の権力性を認めることができ、そうすることで、取消訴訟の対象と権力的行為の循環を論理的に断ち切ることができる。

というか小早川さんの理屈だと訴訟に全てを任せ過ぎている感じがする。

※規律力ってのは塩野先生以外はあまり主張しないが、本学の山本先生が書いた本の中で、要項による行政行為に処分性が認められるか、と言う判例で規律力概念が議論される。

5 1 3 規律力 その他

●規律力の制度的根拠

そのような効果、規律力というものをもつものとして制度設計されているのは規定から分かるのだが、実際根拠は何かと言われると結構うーんと言う感じであったりする。

●規律力の目的

申請に基づく行政処分などは契約的に構成することも可能ではある。しかし、行政に対する法的コントロールを厳格にする趣旨から、具体的な法関係の最終判断を行政庁の責任ある判断に留保させるという点でも規律力を認めることに意義がある。**一方的であると言うことは、逆に言えば責任の所在も明確と言うことである。**

●規律力の限界

後述する公定力の限界と同じ。

5 2 0 公定力

5 2 1 公定力の意義

公定力が認められると言うことはすなわち、正規の権限を持つ機関による取り消し（裁判、不服申し立て、職権）が無い限りは、「明らかに裁判したら勝つ」という状態だとしても**とりあえずは処分が有効なものであるとされる**。まあそういう設計になってないと秩序維持もできないからねーと言う感じ。

判例 100 選かなんかで勉強していると、「適法性の推定」とか言う説明がなされることがあるはず。ようするに**行政行為は権限のもとで取り消されるまでは適法推定され、効果を有効に持ちうるのだ**と言うわけである。

※「適法性」と言う言い方は言い過ぎな気もする。「適法」な法治主義からは行政の行為も違法であってはならないが、間違えることもあるから「違法」なこともある。そういう前提のもと、ただ判断は一般人にはできないから適切な権限も持つ人の判断にゆだね、それまでは「有効」と解すのである。とすると、まあ「有効性」くらいがいいのでは？という感触らしい。

5 2 2 公定力の制度的根拠

これについては、取消訴訟の**排他的管轄**がかなり有力な根拠となっている。行政訴訟では、前提として権威と事実調査を背景にしたある処分がなされているわけだが、ここでは普通の民事訴訟が裁判に使われる前に、取消訴訟が行われるよう法設計が行われている。すなわち、**取消訴訟は排他的な管轄を有している**。しかしながら、ここで「文句あったら取消訴訟で争え」と言うのは、「あなたの文句が認められるまではこちらの言うとおりにしてね」ってことにもなるだろう。まあ不服審査とか他の道もあるわけだけど、ようするに「取消への道」を特別な形でしっかりルールに敷いているのだから、ルールの外にあるうちは公定力があると言えるって理屈。

この意味では「力」とかわざわざ言わなくても管轄の**反射的效果**と説明するだけでいい気もするらしい。宇賀先生とかはそんな思想で書かれている。塩野先生は通説にしたがって考えているみたいですね。この「力」とわざわざ言い直す実体法的効力を見る視点は、行政事件訴訟のルールを決めた法律よりも実体法規のほうに公定力の源泉を見ているとも考えられる。

5 2 3 公定力の目的

①紛争の合理化・単純化機能

決まっているんで、というだけで非常に各種手続きは楽になる。これにより、行政の処分を法律に定められた形で反対することになり、紛争は類型化されるはずである。少なくとも裁判官に逐一聞いてくる必要はなくなる。

②紛争解決結果の合理性担保機能

行政処分→そして取消訴訟という流れを作ることによって、具体的事実認定に立ち入った、適法性まで射程に含んだ合理的解決が可能になるはず。

③他の制度的効果との結合機能

仮に裁判をやらなきゃいけないとすると、原告適格とかの訴訟要件はあるのか？しかも勝てるの？証明責任はどっちが負担するの？と言う問題が別にある。こういうのを踏まえると勝つまでは大変だということになってしまう。そういう意味で経済的・時間的負担は大きいわけだが、法治主義の観点からはそれはあまり良くない。

公定力を認めることは、ここで行政処分を行う前の手続き（聴聞だとか）をしっかりとやることを前提とする。取消訴訟に乗る前にしっかりしたルートにのせる、ということで**手続き的正当性を求めることは、裁判と言うめんどくさいことになる前にまともな処理が行われる体制に貢献することになる。**

5 2 4 公定力の限界

①国家賠償請求訴訟と公定力

公定力がある以上、取消訴訟を提起して違法を言うまでは、たとえば国家賠償請求訴訟を提起できないのではないかという考えを持つかもしれない。しかし判例はそうではなく、**賠償請求については取消訴訟前置ではなく直**

ちにしているものとする。ここでは損害賠償の前提としての「違法」があったかどうかと、ある処分を「無効」にして効力が発生しなかったことにすることは別、と言う超理論が展開され、公定力があろうがお金は持っている可能性が生れている。詳しくは行政法第二部でやるのであまり気にしないでよいらしい。

ちなみに、金銭給付・徴収型処分の場合は別であり、交告さん曰く「問題のあるところである」とのこと。

②違法性の承継

公定力があると、理論的には出訴期間が過ぎればもう「合法」で第三部完ッ！なわけだが、ここで例えば**行政処分が連続して行われる場合に、あとの行政処分について争うなかで、先に行われた行政処分の違法性を争うことはできないか**と言う問題がある。例を出せば、課税処分がかかってきたとして放っておいたら出訴期間を過ぎたような場合、違法性につき課税処分自体を取消訴訟で争うことは、少なくとも国民の側からは出来なくなってしまう。ここで、その後に滞納処分がなされた場合にそれに対して取消訴訟を起こすなかで、「滞納処分の前提の(もう争えないはずの)課税処分は違法か」が言えるか？ということ。これが**違法性の承継**の問題である。

確かに「重大かつ明白な瑕疵」があれば取消とは別ルートで無効主張が出来るとはいえ、それが認められるのは例外的である。ということで、この問題は結構人々の利益に関わる。

結論からすれば、**基本的には「違法性は承継されない」が、違法性が承継することは「ある」**。判例には、公共事業に供する土地の収用に伴う事業認定と収用裁決について、事実上違法性の承継を認めたものがある。

例えば空港建設の際に強制収容として土地を取りあげることが考えられる。ここでは事業の公共性が宣言されたあと、収用裁決がなされる。多くの場合、「収用裁決」の時点において、事業認定の時点で公共性を宣言していることを違法だと主張することが許されるし、それが認められる場合も割に多い。判決は「あいまって一つの処分になっているし」と説明する。

こんななか、**新宿ためきの森事件**を参照してほしいが、新しい視点が出つつある。

新宿ためきの森事件（平成 21 年：最高裁）

東京都の安全条例では、建物を建てる時には安全認定が行われる。

安全認定がなされると、公道から何メートル離れているか…などの、その後の一般的な建築確認に際しての要件が緩和されるのだが、この判断は行政が行うことになっていた。

その後の建築確認は書面を見てチェック…という、事実確認であり裁量は少ないとされているため、指定確認検査機関として民間を取り込むのが一般的なのだが、ここで「要件を緩和する」というのはそうではない特別なものなので、安全認定は知事が行うものとされている。

つまりここでは、「民間がやってる建築確認」から一部だけ引き戻して知事が「安全認定」を行っているスタンスであり、はっきり言って主体が異なっていた。なのに、この判決では**安全認定の取り消し訴訟を起こさずとも、のちの建築確認の取り消し訴訟の中で安全認定の違法を主張してよいものだ**とされたのである。

従来なら相並んで同一目的に並んでいる、とか、ある程度の一体性が認められる事案でないとこの承継を認めていなかったわけだが、裁判所は「いや、安全確認ってさあ住民からすれば手続き的に取り消すのが難し過ぎね？」と言って、新しい理論：**「手続き保障」**を持ち出したのだった！

③行政行為が無効である場合

行政庁が無茶苦茶な手続きで課税してきたような場合でも、公定力は働くのだろうか。例えば行政が課税処分の相手方を間違えたような場合、それもそんなに難しい事例でなく、普通に調べれば分かったのに…と言う場合に出訴機関が過ぎたらもうダメなのだろうか。これは公定力から生じる問題である。

が、さっき少し述べたが行政行為には公定力すら存在させない**「無効」**概念が存在する。これは明白で重大な**瑕疵**がある場合に認められるらしいが、なんかこう、概念としてはよくわからないところがある。ただ良くわからないこそ柔軟に運用できる感じもする。無効確認訴訟という訴訟があって、それで公定力もひっくりかえせる。

④執行不停止原則、法定外抗告訴訟排除の原則

実は公定力から例えば営業停止命令が出てそれを争ったとしても、執行自体が停止しない。停止させなければ執行停止を求めないといけない。

5 3 0 その他

5 3 1 不可争力

処分を知った日から**6ヵ月**の出訴期間内に(行訴法改正前は3ヵ月)提起しないと、特別法でもない限りはもう訴えを起こすことができない。

不可争力も、出訴期間の反射として説明できるとする学者もいる。何と言うか手続き的な帰結でしょ？というだけだということ。出訴期間はもともと法的地位を安定させる制度と言うことができるが、ここで行政訴訟も同じく法的地位の変更について争う訴訟であるから、法関係の変動の安定の見地からここにも出訴期間が適用される。

ということで安定の目的から出てきている規定で、不可争力に行政法独自の源泉があるというわけではなさそう。
※出訴期間を渡過しても、**行政**の側からの**職権取消**は許される。あくまで「争われない」特権である。

5 3 2 執行力

相手が協力しない場合、勝手になんとかできる力、つまりは行政行為の内容を実現する力の事を**執行力**という。例えば違法看板の撤去命令が出たとしても、相手方が従わないなんて時には、自分たちで実行できなくてはおかしい。逆に言えば執行を**観念せざるを得ない行政の活動に限り、この力は発生することになる**。基本的には行政は「〇〇はやめることとする」とか執行とは別次元での決定もしているのだけど、なかにはこの世のなかで実際の行為を必要とする処分がある。そういうとき用。

※執行力があるといっても、実際に行政がどのような手段をとれるのかを考えることが必要。たとえば看板を撤去するにしても、撤去命令から直接に執行力が発生するか、はそれだけでは分からない。この例では行政代執行法により、第三者としての執行〈**代替的作為義務**の履行〉が認められているが、個別に手続き的根拠が求められることになる。

行政代執行とかは今後またやるから今はざっと理解することを心がけよう！

5 3 3 不可変更力、実質的確定力

塩見さんはこれを二つにわけているが、「4つ」の効力、公定力、不可争力、不可変更力、執行力の区分においては不可変更力とまとめられることも多い。

不可変更力…処分庁自らも処分を変更できない。不可争力より強く、これはあらゆる行政行為に認められる力ではない。ここでは職権取消すらできないのだから、特別ルールである。これが認められるには特別で丁寧な手続きを経る必要があり、言い換えれば手続きへの信頼から出てくる力である。

実質的確定力…処分庁のみならず**上級行政庁**も裁判所も変更・取消しができない。

※上級行政庁、**処分庁**と言う言い方はおかしいのではないか、というかもしれない。処分するのが行政庁なんだからということで。でも行政は階層機関だから、言葉の関係で厳密ではないけども処分をやった機関だけを分かりやすく取り上げたいときに、こういう言い方をする。

5 4 0 瑕疵

5 4 1 分類

公定力との関係で、**瑕疵**と言う言葉は頭に入れておこう。最初の方は公定力の限界とあまり関係なかったりするかもしれないけど許してね☆とのことでした。まあさっき、「明白で重大な瑕疵」とか出てきたけど、そもそも瑕疵ってなんだよということだし。

雑に言えば瑕疵と言うのは民法でも出てくるように、キズがあること、つまりなんかミスがあることではあるが、もっとまじめに見ていくことにしよう。

まず、瑕疵にもランクがあるということを説明したい。具体的には三段階である。裁判所、あるいは行政に見直しを求められる度合いがいくつかあるために、このような段階ごとの瑕疵が発生する。

①**不当原因たる瑕疵**→不当の瑕疵ともいう。裁判所に行く前に、**不服申立て**（行政の中で一回処分を見直してもらう）が行政不服審査法で定められているのだが、行政の組織が「ここからは」とりあえず見直すべきラインとして不当の瑕疵が観念される。つまり、裁判にはまだ足りないが、主体だった行政が「アレ？」と考えてみるくらいのラインが、不当。

②**違法原因たる瑕疵**→違法の瑕疵。こっちは①を超えて**取消訴訟**が可能なラインになる。不服申立てもできるけどね。というか不服申し立てを前置するものもある。

③**無効原因たる瑕疵**→処分の無効を前提とする現在の法律関係の訴え、**無効確認訴訟**（行訴法 36 条）が可能なライン。取消訴訟も可能。取り消しレベルの瑕疵でなく、無効と言えるまでの瑕疵であれば、出訴期間を過ぎても争いが認められることもある。つまり、②は「人間は間違ふかもしれないからね」という意味での瑕疵。

③の瑕疵は「いやまておまえおかしいよ絶対おかしいよ」という意味での瑕疵。

例：農地買収…戦後の自作農創設の理念から不在地主の土地を強制的に取り上げて、小作人に安く売りわたした。もともと買収アンド処分をするつもりだったわけだが、ここで無効が言われたりすると小作人は本来的に使えなかったことになる。

5 4 2 瑕疵の出現形態

①**主体**に関する瑕疵…無権限(無効)でもしくは、意思のない状況でなされた行政処分(無効)など。あとは合議制の機関に本来入るべきでない人が入っていたなんてとき。

②**手続**に関する瑕疵…当事者の防御権を完全に無視（たとえば理由提示義務違反）すれば無効。聴聞を省いたりするとアウト。まあ行政手続法がこのあたりの防御権を守っているんで、その時にまたやります。

- ③**形式**に関する瑕疵…書面交付義務の不履行、など。わりと②との区別は相対的で、理由提示義務違反もかつては③として理解されていたが行訴法のテーマとして説明責任が浮上する中で②になっていっている。
- ④**内容**に関する瑕疵…根拠法令が違憲だったり、法解釈や基礎事実の認定の誤り、基礎事実の評価および法への当てはめにおける誤りなどを指す。

550 公定力の限界：行政処分の無効

551 行政処分と取消訴訟

行政処分に不服のある者は取消訴訟(行政事件訴訟法 3 条)で争うことになる。3 条に使われるのは「処分その他公権力の行使」だが、ここまでまとめて「処分」と言われることが多い。

するとこの意味での「処分」とは何かが問題になってくる。このときの処分とは、行政処分そのままということではないのは判例も示しているところであるが、問題はここでまとめる際に足された +a が何であるかであろう。ここには、**処分性**と言う概念が重要になってくると思われる。

行政事件訴訟法第 3 条は公権力の行使への不服の訴訟について定めるのだが、結局のところある問題につき、処分性があるかという考慮は、それを助ける必要があるのか？という判断に帰する。つまり、**取り消し訴訟が可能かどうかは、最終的には「こいつを裁判で救出すべきかどうか」というまあ曖昧な問いを含む**ことになる。

552 取消しの瑕疵と無効の瑕疵

無効の瑕疵は効力を生ぜしめないなので、理論的には無視できるはずである。とまあ理想を言えば無効になるようなもんはスルーしていれば勝手に消滅するはずなのだが、実際には無視できない。闇夜に浮かぶ赤い風船が本当に赤いかは、誰かが確かめないとわからない以上無効だって確かめる必要性はあるはず。

とくに行政は間違っているも「自信持って」その作業を行っているんだから、それに対して「無効だから放置」していても行政側は粛々と作業を進めるだけだろう。ここでほっておくわけにはいかない。まあこんなもんで無効かどうかを確かめる必要があるのは理解してもらえただろうか。

不可争力がある以上はここでは直ちに取消訴訟を起こすべきである。ここで出訴期間を徒過した場合は、無効確認訴訟を起こすことが考えられるが、無効確認はかなり狭き門なので、やはり取消訴訟しろに一票。

※無効の確認は現実としてできるのかはなお問題だが、今言った通り「認識」の問題からは確認は必要である以上無理矢理にでも観念せざるをえない。

553 無効の判定基準

今見たように無効の力は強いので、ここでは①**重大**②**明白**な瑕疵が必要だとされている。(重大明白説)

重大かどうかは、制度の根幹に係わる瑕疵かどうかによる。**法律の要求していることに対する違反、乖離が大きい**ことなどが重大性に関わるファクターである。

明白性の要件については、外見上一見明白説と調査義務違反説とがあるが、実際には農地買収で売渡しを受けた人がいる場合のように、**第三者保護**の必要があるときに明白性が要求される。

※ここでは無効と取り消しの差を明確に意識して厳しい基準が作られたが、これで割り切れるのか？マジで…と言う意味での不安が塩野さん的にはあるらしい。現実には裁判になれば、確かにここの「重大性」というのは判断し切れるのか危ういところである。しかしながら、こうしたアプローチ自体は間違っていないだろう。

明白性については、「瑕疵だと」気付くかという意味での明白性と言う観点と、瑕疵が「あるのか」どうかの明白性という観点が存在することに注意しよう。

外見上一見明白説は外から客観的に(何人が)見ても明らか、と言う基準である。**調査義務違反説**は、何人から見ても、ではなく「この分野の行政についてはこれくらいは、当然調査している必要がある」という基準を下回っているような場合に明白性を認めるやりかたである。これはシロート目線の「当然」ではない。

●明白性補充要件説

剣道で竹刀を持っている状況を考えよう。竹刀を持つと、基本的には左手でしっかり握ることになる。

その点右手は力を調整する時には大事だが、左手程じゃあない。明白性はこの「右手」みたいな節が強くて、実際にはこうした調整原理として使われているみたい、という見方が明白性補充要件説である。こういう全体的調整が出てくる背景には、裁判における判断手法として日比野さんもよく指摘する総合的な事情勘案(第三者について、など)が主流になりはじめたことがあげられる。第三者がいれば無効とはいいいにくいし、逆に当事者間だけなら無効にしてもいいかなーとなるわけで、この点の事情を判決にどうあらわそうかというところで明白性の原理と言う調整原理が活躍しているのである。判決ではっきりとは言われないにしても、裁判実務では明らかにそういう運用がなされているように思える。

※「基本的に」左手と言ったのは、剣道の場合二刀流で戦う流派もあるからである。二刀流は防御特化になりやすく、試合進行の上でめんどくさいので大学生までの剣道の大会では禁止されているらしい。

554 瑕疵の治癒

法的安定性から、また無駄を防ぐためには瑕疵を全部だめにするっていうよりは同一の処分を修正したという見方にするほうが良い。ここで**理由となった部分が追完されることによる瑕疵の「治癒」を観念することで不経済を避けている**のだ。

まあ瑕疵がたいしたものではなくて、しかも取り消さない方が皆得をするというのなら、治癒を認めることにも一定の合理性があるとは言えよう。ただ、じゃあ後から文句言われたら直せばいいじゃんという態度は決していいものでもないので、塩野先生含め理由の追完による瑕疵の治癒には厳しい態度の考えを持つ人が多い。

555 違法行為の転換

また、**根拠条文を変え、別の行政行為として維持を図る**こともある。理由の差替えとは異なる。このためには根拠条文が複数ある必要がある。例えば「治水」目的の撤去命令を、「環境保全」目的の撤去命令に変えてしまうとかそんな感じ。

※理由の差し替え

これについては、第二部で頑張ります。でもまあ瑕疵の治癒の話、後日やる行政手続きの理由の提示の話とも適合するので頭の片隅に言葉だけはおいておけとのこと。非常にざっくり言えば、理由の差し替えだけでは別の処分にはならない。違法行為の転換では治水処分が環境保全処分になるだとか、結果が同じでも処分自体が変わるのに対し、こっちは同じ処分のカテゴリー内での変更にとどまるとのこと。まあどっちにせよやっちゃった処分を保つための議論であることには変わりない。

※行政不服審査法 40 条 6 条、事情採決、事情判決

これも第二部でやるけど、ある行政行為にすぎ一金がかかる場合がある。例えばダムができたあとに取り消し判決が出たりしても、その後始末どうするの？という問題が出てくるし、社会に投下されたエネルギーが無駄になってしまう。そこで認められるのが、「違法」とはしながらもそこで請求自体は棄却する事情判決である。主文のなかで違法の宣言はするが、取り消しと言う効果に結びつかない。

600 行政処分③ 取消しと撤回

610 取消しと撤回の区別

611 行政効力の効果の発生

ここからは行政行為の取り消しと撤回について見ていくことにするが、そもそも行政処分というモノは一体いつ成立するかという問題が存在する。日本の通説では行政処分とは、行政庁の**意思表示**であるから、意思表示が相手方に到達して、相手がそれを**了知**したときに処分が成立し、かつ効果が発生するものとされる。

ここでは成立と効力発生の上にタイムラグがないと理解されていることになる。もちろん了知というのは、相手方の支配権下におくという概念的な了知で、現実には了知されたかが問題にはされていない。

審決取消請求事件（平成 11 年：最高裁）

交告さんのエクストリーム解説が載っている 100 選 I の 61 事件のこと。**到達主義**を明示した。

ただ、今の説明では「了知」で効果発生だとしたが、ここでは行政行為の要件が充足され、行政庁が意思表示した時点を「成立」におけば（もちろん行政行為を国民の地位を変化せしめると捉える限りはそれは難しい理解ではあるのだが）、「効力発生」との間に時差を観念し、これを区別することが可能になるんじゃないか？という提案がなされている。具体的には、成立した後はもうそれを変えることが難しくなるなど、**内部での意思決定から実際の郵送などの間に拘束力を認めることが可能**になる。

例：会議で決定とかもしてサインしたあとに、「ちょッやっぱこの通知の郵送やめろ…おいまて！！お前！止まれ！おらあああ」が認められるのが通説。100 選の解説でも提案されているが、今の考え方を採用すると、これはすでに意思表示が完成し拘束力が発生したのちには認められないことになる。

他国と比較するとたとえばフランスなどでは書面にサインしたときに「成立」する（とくに給付に際して）ものと理解されている。

612 取り消しと撤回

こうして発生した効力を消滅させるのが、**取り消し**もしくは**撤回**ということになる。

学問上は、「取消し」は「**もともと無効であったから効力が発生しなかったことにする**」ことであって、処分時に遡って効力が消滅することになる。なんで無効なことしたんだよ！とか言われても、人間は完璧ではないので仕方がない。対して撤回とは、もともとは違法なく成立した行政処分を、あとから変わった事情を勘案して維持しておくに足りなくなった際に、「**これから**はもういいや」と効力を打ち消すものであり、撤回時から効力が消滅することになる。

※学問用語と法律用語の違いに注意

交通違反による運転免許の「取消し」は撤回である。「もとかからお前に免許やるのは違法だった…」なんてことではないよねこれは。お前がこんな運転するなら、適法にあげた免許もこれ以降ひったくことにするわ〜というのがこの運転免許の取り消しである。

※「撤回」と言う言葉が、行政法によく出てくるような法律において使われることは（たぶん）ない。これはあくまで講学上の概念である。ここで「撤回」が使われない分法律上の「取り消し」がたくさん使われるので、いろいろめんどくさいことになるわけである。

6 2 0 取消し・撤回の原因

6 2 1 原因

※ここで言っているのは職権で取り消す時っす

さて、どういう場合にどういう理由で取り消しや撤回は可能なのだろうか？

取消しの原因

原始的な瑕疵が認められるなら、もとより違法ゆえ取り消せるだろう。ここでは**違法の瑕疵**（処分が違法）がある場合か、**不当の瑕疵**（処分が違法ではないが、不当）が認められる場合ということになる。ただ後者の場合、行政が違法でなくても不当だなやめようと言うのは理論上はありうるが、実際はあんまりないだろう。

撤回の原因

こちらは**後発的事情**が必要になる。だってもともとは適法だったんだし。そんな事情は大きくとらえれば、一つに相手方の義務違反（運転免許につきスピード違反など）、もう一つあげるなら**公益上の支障**などが必要だろう。ここで前者には「制裁」的な意味があるように見えるが、塩野先生の立場はこれを制裁とは捉えず、（もちろんここで罰金とかをくらえばそれは制裁だが）処分をした時にそもそも認められた要件（たとえば「運転技術」や「アル中じゃない」とか）につき存在する「要件を充足する人でなくてはならない」義務を外れたために、文字通り「要件を外れた」だけでしょとして、もっと言えば**法治主義**の観点からの処遇とみるようである。

撤回は例えば行政財産の目的外使用の許可に際してよく問題になる。

国の財産は**国有財産法**、地方公共団体は**地方自治法**が規定するが、行政目的に供している財産につき、それを行政目的を「阻害」しない限り利用させてよい、というのが目的外使用の許可である。ここで目的「阻害」が生じてしまったときに、撤回が必要になる。

※行政財産の目的外使用の許可の問題：補足

行政財産は基本的に行政目的に供しているから、国の持っている財産は行政財産と、それ以外に使う普通財産とに分けられることになる。行政財産についてはもちろん使用が制限されることになる。

制限条項については、地方自治法なら 238 条 4 項。

6 2 2 職権による取り消しの法的根拠

概念上行政行為に瑕疵があることを前提とするのが取り消しである。

実質的根拠は、ここでは**適法性、合目的性**の回復である。これゆえ、**取り消しを規定する明文条文がないとしても、この根拠から職権取消が認められる**のである。他にも、下に書いたコインの裏表に関しての理論と同じで、処分していいことが反射的に処分を取り消していい根拠になるんだと言う論者もいる。

ただ塩野さんの本には自由主義学問である行政法学を担保する「**法治主義**」を前面に押し出した思想があるように見えるし、その観点からは法治主義内在的な「適法」「合目的」といった最初の解釈にたどり着く。ただ、法治主義を強く見過ぎると、単純に条文から「反射的に」適法性・合目的性についての制約も生れかねないから、後者の反射的効力とする見方と実質差異を生じなくなるとも言える。

※もちろん明文上規定を置く条文は多い。例えば食品衛生法とか。

6 2 3 撤回の根拠

撤回は設定された地位を消滅させるものであるが、これは現在ある法律関係をはく奪するものであるから、すなわち**法律の留保**が必要だとも言えそうである。これは杉村先生らの議論であり、ここからは法律の根拠なく一般的に撤回を認めることはできなさそうである。だが、塩野さんはそうは見ない。古典的な基本権への国家からの「暴力」を防ぐために侵害留保の原則がたてられるわけだが、受益的行政行為がその構成要素の一つとなっている例えば医師免許だとかのはく奪に際してまで侵害留保原則が成り立ち法律の根拠を必要とするまではいかない、と見ているようだ。そもそもここで、受益的行政行為は「**撤回可能性**」まで含んだ**制度設計、概念と見ているか否か**が前者と後者を分けているように見える。例えば医師免許を「その人間に医師として一生を歩ませる」概念と見れば杉村先生らの議論に近くなるし、「まともにやっている限り医者」でいられる制度と見るならば塩野さんらの議論につながることになる。

630 権限を有する者

631 同上

取消権者は**処分庁**もしくはその**監督庁**である。

※行政庁と言う概念自体が処分するところだから重箱みたいな表現だが…というのは前言ったよね。でもここでは監督庁が出てきているし、対比の意味でもこの言葉を使いたくなってしまうから許してね。

監督庁の取り消し権限については、**指揮監督権の行使として取消しもできる**というのが通説。ただ処分をまかされたのに、その処分の処遇は上任せなの？という点から異説もあるみたい。例えるなら「コインを裏返す権限を与えたお前（監督庁）に、コインをひっくり返す権限があるのかよ」という感じ。

撤回権者については**処分庁**に限られる。だから監督庁が撤回したかったら呼びつけて撤回しろと圧力かけるしかなくなる。

撤回の場合は、もともと違法じゃなかったのが後発的事情の「評価」が必要になる。その**評価における処分庁の裁量の余地を重視して、ここでは監督庁の権限が否定される**のが通説であり異論もほぼない。

640 取消し・撤回の制限

641 違法な利益処分の取消し

制限の問題が出るのは基本的に「**侵害**」**留保**との兼ね合いで、受益的な行政行為を撤回する時である。およそさきの622の議論のどちらに立っても、「**受益**」を撤回している側面を考慮しないわけにはいかず、**比重は差があれば侵害留保概念を考慮し、ひいては、違法な利益処分の取り消しだとしても一定の場合には「制限」する必要がある**だろう。基本的には、ここで利益処分を取り消すためには、取り消すだけの**公益性**が必要であるとされている。ここにはさらに相手方の信頼保護、法的安定性の確保という目的もある。刑訴の一事不審理とかもこれに近いのだろうか。結局ここでは様々な要素の**比較衡量**が必要になる。なかでも、**違法性の程度**は大きいのか、そして行政処分をしてからの**時の経過**などは、公益性認定にはかならず考慮されなくてはならないとされている。たとえば薬品の許可取り消しとかだと、その薬品の使用状況やその取り消しが生む一般国民への効果とったものも考慮されることになる。

ちなみに**金銭給付決定の取消し**の場合、将来に向かって(ex nunc：ラテン語で from now の意味らしい)効力を生じさせることがある。

※最近のおもしろい事件の話

去年の事件なのだけど、保険医療機関の指定を取り消された診療所があった。この処分に際して、「取り消し日に配慮する」として、撤回の前に患者さんのことを考えて、患者さんの移動の期間を考慮した。まあこの処分は職権取消というより学問的には撤回なのだけど、第三者に対しての実質考慮が行われているのである。

942 撤回の諸状況

撤回については、主に

①利益処分の**根幹的処分要件が消滅**した場合には、撤回義務がある。

要するに、以下の〇〇を満たす奴は…として定められた条件のなかで、これだけは外せないというモノを認めることができなくなった場合には、義務として撤回をしなくてはならない。

例えば免許資格の喪失（電波§75：無線局の免許の「取消」）や受給資格の喪失（生活保護§26：保護の停止または廃止）などがあげられる。このような時、諸般の事情の考慮をしても意味がない。

②**安全性を認定**して行う利益（二重効果）処分の場合、安全性に関する認識の変化があったなら撤回義務がある。

二重効果処分はちょっとしたやりませう。製薬会社と厚生労働会社との間だけでなく、第三者として国民等を考えないといけないうとき、配慮は少なくとも制約会社と国民との二方向に行くわけだが、そのような処分を**二重効果処分**と言ったりする。こういう処分に関しては、「安全性」だとかの認識が、「変化」しうるし、そこから撤回の必要性が出てくることになる。

※国家賠償訴訟なんかで良く出てくる。ようするに「こんなクソ薬の規制さえしていれば、〇〇は助かったのに…！」という感じで。薬品のように安全が絡むと、「安全だ」という認識が許可の成否にとうぜん関わってくる。そこでその認識が変わったのなら、承認についても職権取消/撤回をしないといけないう。

ただ、撤回なのか職権取消なのかは謎なところである。**事実自体は変わっていないので、神さまの目からみたら職権取消だし、当事者たちからしてみれば当時は合法に許可をだしたのだから撤回である。**

薬とかの安全性は広汎に関わるので、薬事法第74条の2では「取り消さなければならない」というような強い規定が現在置かれている。

③適法な利益処分・二重効果処分は行政上の理由によって撤回されることがある

イ.義務違反に対する制裁…このときは相手方の事情を考慮に入れて比較衡量が行われる。

ロ.公益上の理由の発生…ここでは補償を要する場合がある。例えば行政財産の（目的外の）使用許可を行ってある人が活動をしているときに、急に取消すると相手方の利益を考慮してなお公益上の支障があるとき、相手方の信頼保護の観点から補償で解決するときがある。

※期間の定め（法律、付款）がある場合は、期間内の撤回には法律の根拠が必要。

700 行政処分④ 附款

710 利益性に拠る行政処分の分類

711 同上

相手方の**利益・不利益**の観点から、行政処分は**利益処分**、**不利益処分**、**二重効果処分**にわけることができる。行政手続き法の分類にも同じ「不利益処分」という語があるけれど、これは少し違うので、また手続法をやるときにでもお話しすることにしよう。

二重効果処分は行政の目が二方向を向いているという意味だったのはさっき説明した通りである。

※本来の**二重効果処分**(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)

この概念誕生の背景は、戦後の住宅難のなかで、住宅の強制割当てが行われたところに遡る。

行政の意思には2側面あって、浮浪者には住むところの割り当て、建物の持ち主にとっては甘受せよという二側面があるわけだ。これでなんか論文書いた人がいて、概念化されたいよ。

日本でも農地改革とかはそれに近かったよね。しかし、日本の二重効果処分はそういう意味で二方向に向いているかという、そうでもない。

例えば製薬会社への許可だって、本来的には会社に向いているもので、付随的に別の方向へ目配りが向かっているというのみ。ということでオリジナルとはちょこっと違う。

原子炉設置許可などについては、利益の有無が第三者の**原告適格**の有無の問題に関わってくるがこれも第二部任せ。利益というモノに敏感になると、利益状況とも相手方との関係だけではとらえきれない問題意識が出てくる。個別状況に対応するための前提意識が生れるわけである。

720 個別事情への対応

721 総説

行政処分を行う上では、法律等に定められた要件に該当する事実があれば、それに該当する一定の行政処分を行うことが予定されているし、相手方となる国民を平等に扱わなければならないという要請もかかってくる。契約であれば、当事者間の合意で法律関係の内容を定めることができるが、行政処分は、それと比べると法規範で定まった部分が多く「固い」法形式である。しかしながら、個別事情への対応が考慮されていないわけではない。一番は与えられた裁量権（法自体が規定で広げている自由空間）の行使である。

722 処分の選択

制裁的な処分などの場合は、様々な処分のうちからどれかを選ぶことになる。

たとえば、法令違反行為をした運送事業者について、営業停止命令に止めるか、営業許可を取り消すかは選ぶことができる。昨今中国で事故を起こし新聞をにぎわせた旅行業者がいたが、ここでは選択がそもそも法規範によって認められているのである。

723 申請に対する処分の場合

制裁処分に対してはそれを「申請」するのはよほどドMでもない限りありえないが、申請を要求する処分につきどう対応するのかが問題になってくる。

(a)**混合処分**による柔軟対応

空間的可分性を利用して対応…例としては、一般廃棄物処理業の**区割**（廃棄物処理法7条11項）など。

※これは清掃局が自分でやるのが基本だが、一般廃棄物の処理計画を立てる中で、処理が無理！ということになれば民間を取り込むことになる。民間を取り込むには、委託もあるが、もう一つの手段として一般廃棄物の処理業の許可が出てくるのである。これを認めればかなり独立性の強い自律した経営が可能になる。古典的な分類では許可はある要件をみたせばだれでもオクケーみたいな感じだったけど、ここでは一般的な廃棄物処理の計画に照らして行われる数を制限した認定が行われる。

ここで「区割り」として、基本的には事業者がわり充てられる範囲（〇〇区など）を決めるなかで一定の柔軟対応が可能である。

数量的可分性を利用…フロン等の製造数量規制（オゾン層保護法4条）などが例。数量制限が行われると、その制限された全体量の中で、製造元に「あなたはどれくらい作っていいよ」という割り振りが行われることになるが、ここでは多少柔軟な対応ができるだろう。

(b)行政処分の**付款**を利用して柔軟対応

付款の定義は、「**行政行為の効果を制限する従たる意思表示**」である。

分類していくと、付款の種類としては、**条件**、**期限**、**負担**、(**撤回権の留保**)がある。

条件は下にいうように停止条件、解除条件のことで、期限は始期を定める若しくは終期を定めること。条文如何ではそもそも期限を付することが適さない法律もあるが、まあ合理性の観点から許されることも多い。負担は、ただし〇〇すること、のように一定の義務をひっかけること。

撤回権の留保は、期間のなかでも「いつでも撤回できます」と言っておくものだが、これ言っちゃうともはや他の条件とかすべて無意味なので、非常に限定的に解されている。

※運転免許の期限はここでの期限ではないらしい。

※食品衛生法上の期限も、都道府県の条例が政策的観点から優遇措置などを組みこんだりしている。

※法律用語と学問用語のすれ違いとして、法律用語では「条件」が一般的に用いられるところで、学問の上ではそれが「負担」であることが少なくない。学問上は「条件」は「〇〇ができたなら」みたいな停止条件・解除条件としての意味だが、法律上の「条件」は必ずしもそうではない。

730 附款

731 付款を付けられる場合

①明文の規定がある場合

②明文の規定がなくても、**裁量処分**（後述。行政に自由空間が認められるならいけるよねってやつ）であれば、裁量の範囲内で付けられる。が、学問上の通説は以上でも、実務としてはやはり明文の規定がないと厳しい。負担をつける以上は、違反した人にある手当をするわけだが、その根拠を法律の中に認めないとやりきれないものがあるからである。

※例えば、温泉法では温泉水を土地所有権の範囲内に含めて捉え制限をかける。厳密には土地から離れていく可能性があるけれど、その観念は同法の中では捨象されている。だが、このような制限も実務としては根拠の明文化を待っていた歴史があり、ラムサール条約で保護される湿地に温泉の掘削許可を与える際に条件をつけたかったというときにも結局は踏み込むことができなかった。最終的には、平成19年の法改正で明文化されるのを待っていた。

732 付款の限界

①**法律の目的**による拘束

もともと附款の問題だけでなく、**行政処分の権限は条文が定める目的にのっとっていなくてはならない**ことが一般的にいえるのだが、これは附款を付ける際にも同じである。

しかしながら、附款は白黒つけないでちょろっと柔軟な解決をしたい、ということで作るものである。法律と関係がある範囲で「公益」だとか、わりと曖昧な概念を取り込んでいる。だが、どこまで取り込むのかは微妙な問題である。

※風営法の規制にまつわる公安の許可

1条の目的には「正常な風俗環境を保持し…」と書いてあるのだが、店のネオンの色がこの法律で規制できるか問題になったことがあった。そこでは「営業認めるよ。でもネオンの色だけ（そのあたりが文化的に景観があれなので）地味なのでよろしく」として附款を付けたのだが、風営法は都市景観を守ることを目的にしている。これを理由に、ここでは風営法で規制するのはおかしいだろうということになったのだった。まあ別の法体系でやれよ、ということだよ。今なら景観法があるからそれがカバーしているはずだけど、条例とかでなんとかしたら？ということ。

このような問題は、けっこう深く考えないといけない。何故なら、このような拘束は、良く考えると法律の条文すら超越した次元での根源的な拘束になりかねないからである。

たとえば温泉法については「天然ガスによる災害等を防止し…」とかの最近の改正による目的もたされているが、主な目的はあったかい湯船に将来にわたりつかれること、そして利用が適正化されることにつけるものである。平成13年に改正されるまでは許可基準が4条1項に書いてあり、湧出量、温度、影響、**その他公益**と言った観点から問題を生じるおそれがないければ掘削を許可することになっていた。

※天然ガスの目的は渋谷での爆発事故以降入った新しいものである。

温泉掘削は、温泉水の所有権が土地所有者にあることを前提にするとか以前にいったはずだが、ここでは所有権に対しての制限だから、それは最低限でなくてはならず、基本的に要件を満たすかぎり許可が出る。

しかし**温泉法の条文には確認した通り「その他公益」があり、ここに先の「景観」みたいなものを取り込む余地もあるのではないか？**と思える。

洞戸村事件（平成 13 年：最高裁）

しかし平成 14 年に洞戸村事件で出た判決は（といっても平成 13 年改正前の事件である）、たとえ「**その他公益**」とあっても、**ここで目的外の理由による不許可は許されない**としたのである。

※業者が山奥の村に温泉を作ろうとした。それに対し若者などがやってきて環境が悪化するのを恐れ、行政が自然環境などを理由に不許可にしたのを取消訴訟した事案。

多分まけた岐阜県庁も、「所有権」とみる規制に対し、このような開発が止まらなくなるよ、と示すために半分負けるとわかって訴訟した可能性もある。

さっきいったラムサール条約で保護される湿地に温泉作れるのか？という問題についても、このような背景から勝手に附款を付けられず（訴えられたら同様に負ける可能性が高い）、法改正を待った。

つまりここでは「条文」はもはやあまり意味を持たず、**目的**という、より根源的な次元で問題が生じているのである。ここには注意しておこう。

ただ、確かに許可をあげるかあげないか、というのには確かに法目的に従う必要があるとはいえ、付随する条件をつけるときに、周辺にあるものを考慮することは許されないのか？という意味で、新たな理論づけが求められているところではある。交告さんの「温泉法は 1 条の目的条項の射程が狭すぎる」とのこと。

② 比例原則

これについては、「…のために必要な限りにおいて」という形で明文化されることもある。

良く出てくるのは、廃棄物処理法 7 条の後半の「生活環境の保全上必要な」ことができるという部分。ここに比例の考え方が表れている。

※明治期に困ったのは、外国から入ってくる病原菌（コレラとか）をなんとか検疫すること。そんななかで不平等条約をなんとかした結果検疫法ができ、さらには明治 36 年には汚物掃除法ができた。人間が多いところを指定区域にして汚物を排除する法律である。

その後 1970 年ごろ、汚物清掃だけでなく、包み紙のように爆発的に増えたゴミも含めて処理したいという、衛生の観念とともに「生活環境の保全」の目的を達成するために、汚物清掃法は清掃法に生まれ変わった。この「生活環境の保全」というのが実はこの廃棄物処理法についても沿革となる部分である。

7 3 3 リスクマネジメント

● 一時転用許可の例

農林水産省は、太陽光発電パネルが設置されることで農地が営業に使われなくなるのではないかと懸念した。そういうわけで、太陽光パネルを設置する一時転用許可を与える際、農地法 5 条などの条文にある要件を考慮するときに「この場合許可なしで」という基準として、「単位ごとの収穫」などと比較しておおむね 2 割以上収穫が低下する場合や品質が著しく低下する場合、農作物用の機械を農地に入れられない場合などを「許可しないイイ！！」というパターンとして排除した。そして許可の際にも、附款として適切な農業活動が行われるよう、太陽光パネルを設置する際のなんか棒みたいなものがあるんだがそれを他の用途に供さないことや、毎年の収穫量の報告が必要だとする旨くつつけるように通達したのだった。そして通達の中で注意事項として、違反があったら**取消**することや、**条件の変更**などもありうるよと言っとけ！としたのだった。

ここから分かるのは、そもそも**今の世の中は行政含めて、リスクがある、不確実性のある世界を想定しつつある**ということでもある。不確実性のなかでリスクを管理する際に、こうして附款の使い道が出てくるのだが、そのとき後から条件を変更する、増やすとかいうのが出来るのと出来ないのとでは雲泥の差である。

ただ、他の法律の運用では現在、「変更」と書いているならばそれを利用し後から条件を増やすとかも自在と言う感じだが、行政としては明文として書いてほしいところである。許可の一つ二つで数千万円のお金が飛ぶんだから、行政指導部にはいくら不確実とはいえ予測可能性はもっと担保してほしいところであろう。ということで、行政の指導部と実務とが乖離しているところでもある。

8 0 0 行政裁量① 行政裁量の基礎

8 1 0 行政裁量とは

8 1 1 3 つの処分

行政裁量とは、結局はどこで論ずるかが先生によって変わる分野だったりして、先生によって教科書によってとりあげられるところが変わったりもする。法治主義のタイミングでその例外として語ることもあるし、行政行為論のなかで論じることもありうる。前者は行政行為のみならず行政契約など幅広く表れる裁量性をすくいあげようとしたもので、塩野さんの特色である「過程」に着目するやりかたからすればこのような見方になりやすいだろう。後者は通説として伝統的なもの。

まあなんにせよ、行政処分をここからするが、以下の三分類が一般的なので、少しみていこう。

① **羈束処分**（きそくしょぶん）

行政に自由空間が「ない」ような処分のことである。法規範が行政と人々との関わり方を決めている。裁量ゼロ。ただ理論的にはそんなものもあるかもしれないけれど、実際にあるのかと言われると難しい。だって、法律や条例で定められた一般的規定を具体的事案に当てはめる時に「解釈する」作業はほぼすべての場合にあるから。近いのは**課税処分**とかかな。一定の額の税金を一定の客観的（年齢・就業など）要件を満たすものに課すし。

② **法規裁量**（羈束裁量）処分

いざとなったら裁判所の判断が優越するような処分。

羈束裁量というのは矛盾した表現に見えるが、行政庁が国民相手に処分を行う空間と、裁判を行い裁判所がどれだけ行政処分を見直すのかと言う空間は別次元である。一義的に結論が決まらない概念については行政庁は自由空間を持つが、それに対して人の命などの法益が関わっている場合には、裁判所によってはじめて「相当の期間」などの曖昧な判断に法的解釈を示すことになり、二重の判断空間が存在する。このとき、裁量処分自体は行われている。行政にしてみれば、判断はすれども結果の上は羈束ということ。

※裁判所はかなり審査をしてくるので、それに対して行政庁の処分過程の裁量性もあるんだよ！と出てきた概念。

③ **便宜裁量**（目的裁量）処分

これは、**行政の判断を尊重するパターン**。国会が行政に判断をゆだねたと思われるような場合（人材・知識などを活かしてほしい…ということ）には、裁判所は行政の判断を尊重し、これをまったく受け入れられないような踰越（裁量権の範囲をこえること）・濫用の場合のみ、取消しが認められる（行訴法 30 条）。自由裁量と言う表現を使うこともある。まるごと任せた！とは言いがたい部分があるが、それでも大体は任されている状態。

この発想は行政処分を裁量性のあるなしで区分するわけだが、現在では行政処分はこのようにカテゴライズされるとは限らず、より過程に着目するようになっている。

8 1 2 分析的思考

塩野さんは裁量処分という行政処分のカテゴリーを設けるのではなく、**どんな行政処分にも、それに至る過程のどこかに裁量権が観念できる**と考える。

行政活動は法律に適合する形で行われるが、これは単に行政が自動販売機のようにオートで結果をはじき出すという意味ではない。そういうふう縛ることで国民の自由を守ろうとするのは、理念ではあるが無理だし、意図的に判断を任せることによって、あえて自己決定による最適な判断をさせることが狙われることもある。

ということで、むしろ変に分類するのに執着すると言うより、このようななかにある裁量を、裁判所がどれだけ行政庁の判断として重視しなくてはならないかちゃんと考えようぜというのが塩野さん style である。

たとえば裁量が実務上問題になるのは、**踰越濫用**（30 条）を裁判所が判断する時の基準になるわけだが、行政の処分自体には以下のような段階がある。

A 事実を認定する

B 事実認定の構成要件へのあてはめ（要件認定）

C 手続きの選択…公聴会を開くかどうかなど。行政手続法が最近の規定をするが、多少は裁量の余地がある。

D 行為の選択…その他適切な措置と書いてあるとき、その適切な措置を選択することを認めていることになる。

公務員を免職にするか停職にするかなどである。処分をするかしないかまで問題になってくることもある。

E 時の選択…行政裁量論では「時の裁量」と言われたりする。ある権限を発動する時期は、とくに薬品規制などでは重要な観点である。

このなかのどこに裁量があるかな～としっかり見ていくのが、大事ということになるろう。

8 2 0 法解釈と要件裁量

8 2 1 古典的な議論

まず古典的な話からここではしていくことにしよう。ようするに自由裁量の本質はいったいどこにあるのか、という本質論である。

さて、古典的議論は佐々木惣一先生と美濃部達吉先生の対立が原因だったりする。

ようするに自由裁量とは何なのかという議論が起こり、一方で佐々木先生は「**要件裁量**」だとし、一方美濃部先生は「**効果裁量**」だといったのである。

要件裁量とは、要件につき認められる裁量であり、不確定法概念、つまり法律上の不確定な概念に対して、現実の事実をどう認めていくかの話である。さきの B の議論。

効果裁量は、効果(行か行かないか、どのような内容の処分をするか)に認められる裁量である。処分内容の確定において形成裁量が認められるし、処分をするかしないかにおいて決定裁量が認められる。さきの D の議論。

※彼らの時代は、戦前。戦前の議論は、**行政裁判所**という今の日本と違うシステムのもとになされていたことに注意しよう。結局は行政裁判所のもとでの議論では、裁量が認められるとすると、行政に対して普通の裁判所が介入できないということであった。裁量権の踰越濫用があったかなどは現在では裁判所が確認することができるので決してシャットアウトの論理じゃないが、昔は違ったので議論せざるを得なかったのである。

佐々木説においては、行政の終局目的しかないとか、**要件が法律上何も規定していないとき（白地要件）に出てくる要件裁量**こそ裁量の本質と主張された。しかしながら、これは明らかに現代の要件裁量説とは違う。佐々木説はもう要件が完全に白紙とかでないとかと裁量を認めないが、現在ではある「善良な風俗」の要件を決める裁量があるとかしている時点で、先の厳しい基準とは違う。ようするに今の要件裁量説は曖昧で不明確な要件とかに対しても裁量があるとする点で甘いのである。

対して美濃部さんが強調する効果裁量とは、行政裁量をするかしないか、するとしたら何をするかという裁量である。

美濃部さんは以下の3つの原則をうちたて、それに従い効果裁量を強調するのである。

- ①人民の権利を侵しまたは負担を課し自由を制限する処分は、いかなる場合でも自由裁量ではありえない
- ②人民のために新たな権利を設定し、その他人民に利益を供与する行為は、法律が特に人民のその利益を要求する権利を与えていない限り、自由裁量
- ③直接に人民の権利義務を左右しないような行為は、自由裁量

①の考え方は侵害留保原則にも通じるものがある。侵害処分では要件について多義的な概念を用いても、**裁判所**が自らそれを判断しないとイケないため、要件裁量の余地はない。②は請求権として構成されているものは裁判所の審査に服すが、そうでないものは行政に最終的な認定権があるというもの。③は国民にあまり関係のないものは自由裁量。要するにこれは自由主義的な思想に裏打ちされている。

この原則では要件云々には着目しておらず、ここでいう「裁量」は行為をするかしないか、何をするのか、ようにするに効果についての次元で認められる裁量についてである。

塩野さんの教科書は ABCD とかの現代的理解にあてはめつつ、決定裁量とか効果裁量とかの用語も絡めている。だがあくまで彼らの用語の使い方は本質論を語っていたことには注意しよう。**行政が最終決定するか、裁判所が見直すかを定めなくてはならないという要請からの明確な理屈付けとして、この議論は行われている。**

8 2 2 ドイツ的思考

ドイツでは、**要件のところの不確定法概念があっても、正しい解釈はひとつである**とされている（たとえばかならず一つの「善良の風俗」概念があることになる）。純粹法学からくる考え方だねこれ。とすると法解釈は裁判官の仕事であるから、答えを見つけるのは全て裁判官になる以上、行政庁の裁量を認めることはできない。

※ドイツ的信念の例

相当の期間勉学したものは、兵役を軽減するという規定に対し、大臣が「一日でもいいよ」として通達を出した。そこで一日大学に入った人が「よし」と思っていたら、軽減されず、訴えたところ裁判所に「いや、正しい答えは●●の期間だ」として学生の主張を認めなかった事案もあった。

ただし、正しい解釈がひとつであることに拘りつつ、行政庁の見解を尊重することがある。たとえば、「青少年を道徳的に害する虞」（有害図書の認定）についての判断は行政の物が尊重されるということ。このときけっして、要件裁量が認められたとはいわない。行政の判断を認めるみたいな方をするらしいが、ドイツ語でみないとよくわかんねーなこれ。たぶん行政が頑張ってドイツ法学で言う「唯一の答え」にたどり着いたので認めてやるぜ的な理屈だと思う。まあ裁量があるときは、一定の**範囲**に収まる選択は「みな」適法ということになる。しかしドイツでは**この時点において、この事件における答えは「一つ」と決まっているおり、それを見つけ出そうとしている限りでこれを裁量とは言わない！**という理論が展開されているみたいだね。

例…裁量「適切なのは 8~10 の間の数値だわ」

…ドイツ法学「適切なのは、8.5」つまり裁量（範囲）はない。

8 2 3 日本の裁判例

日本の場合は、政治性（マクリーン事件とか）、専門性（温泉掘削など）が強い領域で**要件裁量**を認める傾向にある。大臣はこれこれの場合、の「これこれ」は本来的には、立法者が丁寧に定めているべきだが、ここに行政の裁量を認めているのである。

旅券発給拒否処分取消等請求事件（昭和 60 年：最高裁）

この事件では、「著しくかつ直接に日本国の利益または公安を害する行為を行う虞がある」という旅券法の規定に要件裁量が認められ、その点が加味されて理由提示がこの条文だけでは不十分じゃね？という判示が下されたのであった。

他にも、温泉掘削の不許可の際には「その他公益を害するおそれ」という文言が、原子炉の安全性については「災害の防止上支障のないこと」という文言が要件裁量を認めるものと思われる。

伊方訴訟最高裁判決（平成 4 年：最高裁）

判決は「内閣総理大臣の合理的判断」という表現をした。民訴の先生も議論していて、いわゆる「事案解決義務」の有無とか問題になるのだが、ここで行政法からは原子炉等規制法の話が問題になる。

※ちなみに原子炉等規制法は平成 24 年に改正されているから注意しよう。改正前の話。

（旧）災害の防止上支障がない事→（新）支障がないと判断して省令によって定められた基準に従うこと

これは地味にでかいものではある。ひっそりと判断要件を基準に適合しているかどうかに変えたのだし。

内閣総理大臣は原子炉設置の許可をする際には（このころはまだ総理に権限があった）、技術的能力にかかる部分や、災害の防止上支障がないことといった専門的な部分につき専門委員会の意見を聞き尊重しないといけない。だが判断について、結局はこれが専門的知見らを総合した内閣総理大臣の合理的判断にゆだねられている趣旨なのだとしたのである。

気になるのは、内閣総理大臣の合理的な「判断」と言って、**裁量と言う言葉を使っていない**ということである。

伊方原発に関しては、なぜ裁量と言う言葉を使わないのだろうか？

大方の先生はそれを裁量と同視するのだけれど、ここでは科学的な認識な問題について、**最高裁が「正しい答えは一つ」と言うドイツ理論を使っているのではないか**？判断する人材はいないから、その真実発見を任せるけど、それは「裁量じゃない」という理論があるのではないかと交告さんは思うらしい。

最高裁は難しい事実的審査を鑑定などで行っているから、この延長上にあるのかもしれない。原発においては巨大な安全システムのつながりを司法判断できないが、これを「裁量で」というのには抵抗がある、ということで、「判断」。ここにあるのは日本司法のささやかな誇りでもある。

8 3 0 違法とされる場合の類型化

8 3 1 踰越と濫用 行政事件訴訟法第 30 条

まあこっからは、そんな裁量がどうするとアウトなラインを超えるのかを考えていこうと思う。

一応よく言われる言葉に**踰越**と**濫用**と言うものがあるから説明するが、両者の区別は微妙であり、裁判例は必ずしも両者を区別しているわけではない。

とはいえ、行政事件訴訟法第 30 条の規定から、一応は以下のように区分することができる。

踰越：法律が裁量権に嵌めた枠を踰越すること。

濫用：法律が定めている目的以外の目的で権限を行使すること。

まあそんなことよりも、裁量権行使に合理性があるかどうかのほうが目される点のようである。というわけで、合理性がないぜという時をいくつか見ていこうと思う。

8 3 2 基礎事実の評価の不合理性

評価を交えないものだから基礎事実というわけで、それを評価するというのがそもそも矛盾的な表現かもしれないのだが、まあ事実とはそれ自体司法判断においては取り出す作業をふくみ、そもそもの事実関係の存否などで間違っているとここでは基礎事実を不合理に評価したとされる。

だがこの基礎事実とはどのように判断すべきか。

たとえば「日本赤軍の暗号解読表にあなたの名前があった」→「日本赤軍と密接な連関がある」→「日本の交易に反する」の三段階につき、名前があったことは基礎事実だろうが、密接な関係があるかどうかは基礎事実かと言われると、確かに事実問題にも思えるがかなり微妙になってくる。

マククリーン事件（昭和 46 年：最高裁）

外国人に対する出入国に関しては、政治的な裁量を認めている。「的確な判断」として、その分野の行政裁量にある特殊事情を考慮する。判決には「事柄の性質」という言葉が出ており、これは良く出てくるフレーズなのだが、ようするに法務大臣の裁量に任せるのでなければ、的確な判断が下せないだろうとして、正当化している。

だが、ここでは「**全く事実の基礎を欠き**」という表現に、違法事実として、不合理性オブ基礎事実が考えられている。原審の判決を見ると分かるのだが、マククリーンさんのデモなどはしっかり認定した上での当てはめの問題。ということで、基礎事実の不合理性を判断した例である。

8 3 3 目的違反・不正な動機（濫用）

踰越濫用のどちらかといえば、濫用にあたるのが**目的違反**と**不正な動機**がある場合である。

フランスの権限濫用(détournement de pouvoir)との親近性があるけど覚えなくてもいいよ。

ねじまげる パワー

革命勢力が活動しようとする、政治・司法層の保守的な人たちはそのようなことを秩序侵害としてストップさせようとする。為政者にとっては文句たらたらだから、パルルマンの苦い思い出といたりするが、行政の行為にコントロールをかけないのもだめだという思いから、外見だけの統制から内面的統制を行政内部にかけるようになってきた。そのような背景の中で生み出された概念。

確かに「行政を裁判すること、それもまた行政である」という格言がある。だが、やはり統制は必要であるという精神はあり、1872年に法律ができて、権限とともにその濫用が監視されるようになったのだ。

それまでは形式的な行政行為の瑕疵（紙でといわれてるのに口頭とか）だけをコントロールしていたのだが、権限濫用の統制がなされるようになった。

初期の事例をいくつか。一応だが日本の事件ではない。

・**モグラ事件**(1903年)：市長が**私怨を晴らすために正当な職務行為をした**警察官を停職処分にした。権限の外形にのみ目がむかっていたら、ここでは停職処分にはならなかったであろう。だが、まあ市長が送った書面がばれちゃったから事件になったというのもある。

つまりは自ら事案を踏み込んでみているわけではなかったが、目に入ったものは見るようになった。これがだんだん進化して、自ら越権なのかを判断していくようになるのだった。

・**マッチ工場事件**：市の町工場があるときに、民間事業者が参入しようとしてきた。市長が市の財政を考慮して、条件を満たせば本来は誰でもオッケイなはずの警察許可を拒否した。

不当な動機を充足させるために、もしくは公益ではあっても法律の目的ではないときに、その行政行為を権限濫用とした。とくに後者は現在でも重要であろう。

※日本の取り消し訴訟はフランスでは越権訴訟と言ったりする。

まあそんな感じで出てきた権限にも限界があるよねという考え方は、日本の判例にも表れる。

赤間小学校事件（昭和46年：札幌地裁）

ある教員が政治活動をやっているということで、校長が追い出そうとした。というか配転した。これは内部のローテに過ぎないから処分なのか？も問題になったのだが、処分だと認められた。だがこのやり方が「10年したら配転」という一応の外見的合理性のある手段を用いたという、濫用と言うには曖昧なモノ。しかし、思想調査書があったのがばれたので、権限濫用とされた。

山形トルコ風呂事件(昭和53年：最高裁)

これは、許可を出せない状況を意図的に作り出した特異な事例。

公衆浴場法、風営法、建築基準法などの諸般の規制に関して、とくにゾーニングがかかっているかどうかの問題だった。最初は何の店かもわかってなかったのだが、段々実態が見えてきてやべーぞと思った行政側は、近くにあった広場を児童公園に指定してしまおうと画策した。

じつは児童公園に指定されたものがあれば、その周囲にゾーニングがかかり、出店規制がかけられる。しかし、その間にも建築確認やらはとっていたので、建物を建ててしまった。その後、行政は「そういう店は無理だから」と言うことに。

営業停止命令が出たので取消訴訟を提起したが、期間を経過しちゃったので国家賠償請求訴訟に変えた。結果、「行政権の著しい濫用」といわれた。**法の世界で許しているものを許さない、ということを違法と評価したこと**になる。

これらの事件の特徴は、**その時点その時点ではある処分自体は要件をすっかり皆満たしている**点である。しかし、事件全体を見ると、不正の色で染まっていることになる。本来の法律が許していた世界の実現を、許さない状況を作り出すことによって阻止しようとしたことに、不正の意思を認めた事例である。小早川先生の本なんかでは「**しくみの濫用**」という言葉を使っている。

834 平等原則違反 ← 憲法14条

憲法で話すのはあくまで法律を「作る」うえでの話が主であった。しかし行政法からは、むしろ執行時点の話を考えることが多い。結局は、**同じ状況におかれた者は同じように扱え**という原則と考えてほしい。ただし、同じ状況といえることは稀。

こういうのが問題になるのは、限りある資源・財を分配するとき。なんであいつなんだよ…俺はどこが違うってんだ！みたいなことを言われるわけだ。結構シビアな問題。

一応だが、憲法14条により平等が保障されているところからこの原則が導かれるとは言っておく。

835 比例原則違反

公務員の懲戒処分などでよく問題になる。ようするに**非行と不利益処分との間で重さとの均衡がとれているかの問題**。形成作用（どの処分を選ぶか）の問題として、この**比例原則違反**の問題は現れることになる。

比例はいろんな角度から現れるから、他にもタイプはあるんだけど、この場合が一番シンプルで分かりやすい。今、社会的問題になっているのは、公務員の飲酒運転などの問題である。このとき、一律に懲戒免職にするなんてルールを作ってもダメなことが多い。これは非違行為（どんな違法な行為をしたのか、どんな様態だったのか）がどんなものかを判断しないことへの配慮であって、つまりは入り口が広いぶん出口も広くするということ。ここから逆に、広いとはいえ入ってきた入り口とバランスのとれたゴール地点を設定しないといけない要請が出てくることになる。

※比例原則は**憲法 13 条**から導くとするものもある。しかしこれは微妙なところである。

13 条の説明が妥当でない、というわけではないのだが、塩野さんは別の説明をしている。

塩野さんも、信義誠実の原則などの私人間の原則に対し、それを行政法理にも適用してよいとはする。

しかし、比例原則はもともと対行政の法理の中で、警察権の限界の一つとして妥当してきたものである。すなわち公共の秩序を維持するために私人の財産等を制限する活動をさすが、これが市民の自由を脅かす可能性がある。そこから「必要性の原則」（本当に目的達成のために必要なのか）「比例原則」（目的と手段が比例していないといけない）が導かれるのである。これはすなわち、明治憲法頃から、**法治主義の当然の結果としてとらえられていた**ものである。すなわち、（ドイツの警察比例の概念を取り込んだ時の）不文のルールである！と捉えるのである。ただこれは巷の試験では適当でないと言われる「学問スタイル」なので、少し注意しよう。まあ実践的にはどちらだろうが自由主義的精神の現れだと言っておけばいいし、意味はあまりないんだけど。

※余談だが、実は今年の 4 月 16 日の日経新聞に、経済学の一橋大の斎藤誠教授が日経新聞の経済教室に、日銀の異次元緩和について「すずめを打つのに大砲を用いてはならない」…と、まさかの形で比例原則が取り上げられた。訳として Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen? とか黒板に書いていたけど知るかマジでと言う感じなので間違っているかもしれません。日銀の過剰規制緩和を批判していたらしい。実はこの言葉は古い言葉でも、この比例原則の比較法研究が非常に熱心に行われている。だって、これをがちり認めることになると、そもそも裁量と言う概念を空にしかねない。各地で差異があって（フランスなんかは結構比例原則に遅れて入ってきたところなんだけど）、それを EU という概念の中で統一してヨーロッパ法に仕立て上げないといけないなかで、こういう研究が盛んになってきたということでもある。

まあ裁量の考え方からして、裁判所があまりに厳格に見ることになると「当不当」の話になってくるし。

8 3 6 要考慮事項の考慮不尽

最近をよくこれが使われるので重要。

日光太郎杉事件判決（昭和 48 年：東京高裁）

事業認定の違法が取り消し訴訟で争われた。ここで、要件であった土地の利用の「合理性」について、裁判所が露骨に自分の手で弄り回すと言うのは無理だが、裁量強いね〜で許したくはないので、ここで判決には「**要考慮事項論**」が持ち出された。裁量行使を考慮事項ごとに、具体的には①考慮してもいい事情、②考慮してはいけない事情、③考慮すべきである事情とを区別して、②を考慮したりしていないか、③を考慮していないことはないかなどを考えようという理論である。

こうして出される判決には、「考慮事項」に対して以上の分類に応じた対応がなされているのかが常に気にされることになる。ここまできると**裁量を前提としながら実体的な判断に立ち入っている**ともいえるかも。

二風谷ダム事件判決（平成 9 年：札幌地裁）

ダム建設をめぐる土地収用裁決の取消訴訟。ダムをつくるとアイヌ民族の民族的、文化的、歴史的、宗教的諸価値を後世に残しておくことが困難になるが、それら失われるものに対する必要な調査、研究などの手続を怠り、判断ができない状態であったにもかかわらず、**事業認定**した。裁量権を逸脱した違法ありとされたのだった。

広島教研集会事件判決（平成 18 年：最高裁）

こっちは考慮してはいけない事項を考慮したんじゃないかと言う事案。集会の自由との抵触も問題ではあるが。こういう「考慮事項論」は、最高裁が比較衡量をはじめつつあるなかで、それに対応してより具体的事案に取り組みやすいスタイルがとられるようになり出てきたものとも言えるかも。

獅子島海岸法事件判決（平成 19 年：最高裁）

海岸法では、海岸のゾーニングがかかっているところを独占的に使いたかったら許可をとれ！と言う感じで割とテキトーな白地規定が置かれている。要件が特に何も書かれていないので、結構な裁量があり、皆が遊んでいた海岸を「俺のもんだ！」とか言える可能性が出てくる。ここにも最高裁は考慮事由論による規制をかけるのだった。事業者さん（採石するとか）の営業事由に対して、裁量があるからって何の判断もせず「ダメ」「OK」というのは思考放棄。そこで裁判所の考慮事項論がそれを制限していくのである。

840 目的拘束の法理

841 目的にこだわる

フランスでの権限濫用の二形態を再掲しておく。フランス語で書けなくてもいいけど、見たらわかるようにしておこうとのことであった。フランス語で書いてほしいんだけどまあ許してやるか的な言い方だった。

①行政庁が、公益目的ではなく、私益を目的として権限を行使した場合

②行政庁が、公益目的ではあるが、法律の目的ではない目的で権限を行使した場合

前回の町工場の事件などはこの②だったよね、**法律の目的**に拘束される範囲でのみ、行政裁量は認められるのである。

なぜ法律の目的なんてものにこだわるのか？それはやはり「**法治主義**」と言う所に行きつくだろう。法治主義とは、公権力の行使（行政機関が法律に基づいて国民の法的地位を一方的に確定すること）を法によって縛ること。そうすることによって、権力の濫用から国民の自由を護ろうという発想。そこで言う法とは、日本国憲法の下では、国会が制定する法律である。

法律によって縛ると言った時に、それは単に規定に従えと言うことでなく（それは当然の前提である）、立法の趣旨に沿った運用まで期待されているのである。とくに1条には目標が書かれていることが多いから、確認しておこう。そこまで踏まえて、目的拘束の法理という言葉が生れることになる。

ということで、「目的」にこだわって少し例を見ていくことにする。

842 例：自然環境の保全という目的 公益目的としての自然環境保全

環境基本法、自然環境保全法、生物多様性基本法とか、こういうのは「**理念**」法とか言ったりする。今とっても大事だけど、この環境保全はどうしても実行がしにくい。その原因が実は法律の作りにある、というのも**自然のうちどこまでを保護すればいいのかが、必ずしも明確ではない**からである。

これはあなたの権利ですよ！と言えるようなものだと言いたいのだが、自然についてはゴルフ場にしたい人も山籠もりしたい人も皆自然を欲するわけで、一概にいけないのである。

たぶんに理念的だからこそ、行動の指針を提供しない、ということでもある。完全に愚痴だがこれが大六法にも生物多様性基本法などが入っていない理由になる気がする、とのこと。

ここで、じゃあ環境保全をどう実現していくのかについて、法律の「その他公共」などの公益目的に読み込むことが考えられる。しかしそのような時、「目的」と言う拘束は、いいか悪いかは別として、かなり強く立ちはだかることになる。

843 個別法の目的の呪縛

岐阜県洞戸村事件（平成14年：岐阜地裁）

行政は温泉を作るのに反対していろいろ理屈付けをしてみたのだが、ここで裁判所は村長の反対、自然環境・住環境への悪影響、交通混雑対策の実施困難といった事情は、法4条の「その他公益を害する虞」として考慮することはできないとして、目的外の行為は理由として認めないとしたのだった。

ここでは「温泉ゆう出量、温度若しくは成分に影響を及ぼし」という文言は「その他公益」の内容を限定しており、第1条の「目的」が行政機関の権限行使を縛っているのである。

草垣群島事件（平成19年：公調委裁定）

これも**海岸法**の事件。

※法律上は30センチくらいまでは砂利だったりする。

海砂利などを採取してしまうと漁業被害が大きなものになる。ということで砂利採取を規制して、最近では瀬戸内海では砂利採取を禁止する砂利採取法を作るなどしていた。だが心配なのは、コンクリート事業はどうなるのかであった。新しい技術は出てきているとはいえ、このような規制は常に工業など相反する利益を生むことになる。ということで、海岸法関連はかなり重要な問題を生むようになっていた。

この草垣紛争も、このような自然保護の流れの中で採取者 VS 漁業者と言う感じで戦いになった。

問題になったのは、採石法33条の4「**都道府県知事**は、第33条の認可の申請があった場合において、当該申請に係る採取計画に基づいて行う岩石の採取が他人に危害を及ぼし、公共の用に供する施設を損傷し、又は農業、林業若しくはその他の産業の利益を損じ、公共の福祉に反すると認めるときは、同条の認可をしてはならない。」というもの。

要件としては、①「他人への危害」②「公共施設損傷」③「産業の利益を損じる」とあるわけだが、ここに④「公共の福祉」を認めれば、ここに「自然環境の保全」を読み込んで、強い規制ができる。だが判決は自然環境や景観が破壊されることを33条の4の独立の不認可事由と解することはできないとした。これはつまり、**広範に「公共の福祉」への読み込みをすることを認めない**ということである。

このように、「**目的**」を考えることで、曖昧な規定に潜む裁量は一定程度制限されることになる。先生は条件を付けるレベルではこのくらいいいんじゃないかと言うけれど、附款をつけるときは目的内でなくてはならないんですけどと言われると返答に詰まってしまう。

結局これは濫用を防ぐためであるのだが、このように目的拘束の法理は非常にデリケートな調整を必要とする。

8 4 4 非環境保護法による環境保全

では、砂利採取法とか海岸法とか採石法とかで、環境保全を図ることは可能ではないのだろうか。そのままではやはり「目的」のラインに引っかかる。しかし、2000年代に入るこの世紀転換期においては、河川法、海岸法、港湾法等の改正がなされ、**法1条の目的規定に環境保全を追加するようになった**。河川法平成9年、海岸法平成11年とか。これで環境保全事業の正統性を主張できる。

※港湾法は国交省の管轄だった。だから本来は法律の運用として自然保護と衝突するようなものだった面がある。

※河川法も治水目的の法律で、堤防作れ！みたいなもんだから、本来的には自然に手を加えようぜというもの。

だがその後、利水の目的も入った。たとえばダムを作るとしても河川法の流水占用の許可が必要になる。

だが、例えば遡ってくる鮭のために水の占用量を制限することができるだろうか、と言われると難しい。結局はもとあった目的>環境保護なので、どうしても機能するかは微妙なところとなってしまう。しかし、環境保護的な政策に予算をしっかりと主張できるわけだし、ここに意味がない、ということはない。

8 5 0 法律の目的と考慮可能事項論

8 5 1 行政決定の考慮事項：考慮すべき事項、考慮してもよい事項、考慮してはいけない事項

この「目的」による制限と、先の考慮可能時効論とのかかわりを考えるのだが、まず三原則を示す。

◎ある事項が「考慮すべき」ものかどうかは権限行使に係る**具体的な定め**に依って決まると考えられる。

◎「考慮してはいけない」かどうかは、**法律の目的**との関係で決まると考えられる。

◎「考慮してもよい」かどうかは、法律が積極的に目的としているわけではない事項について、**法律が排斥**しているかどうかの判断で決まると考えられる。

まあこんな感じである事項をどう取りあつかうのかを考えよう。交告さんはこのように考えているみたいだけれど、実はこの点はあまり議論がないところ。まあかつては行政の広い裁量としてごまかしていたところだし。

8 5 2 「権限を濫用した」あるいは「考慮禁止事項を考慮した」という非難を抑えるには？

法律の目的を拡大し、考慮すべき公益事項を目一杯列举するというのが立法論としては考えられる。

<デンマークの自然資源法の例>

第1条 この法律は、以下の事項の実現を図ることを目的とする。

- 1)陸及び海で産出した自然資源の産出物の利用が、総合的な利益衡量に従い、かつ第3条に掲げられた社会的考慮事項の総合的な評価に従って、持続可能な開発を旨として行われること
- 2)採取及び事後措置の計画が、事後措置の執られた区域が周辺と一体となって他の利用に供せられ得るように構想されていること
- 3)長期的な視点に立った自然資源の供給
- 4)自然資源がその品質に応じて利用されること
- 5)自然中に存する自然資源が、可能な限り広範囲に亘って、廃棄物によって代替されること

第2条 この法律は、石、砂利、砂、粘土、石灰、チョーク、泥炭、沃土およびこれに類する産出物を対象とする。この法律は、デンマークの地下の利用に関する法律の対象となっている自然資源には適用されない。

第3条 この法律の適用に際しては、一方において、**自然資源の堆積の規模及び品質並びに自然資源の利用の確保が重視され、産業に係る事項が考慮されなければならない**。他方において、**環境保護及び水供給の利益、考古学及び地理学上の利益の保護、景観の価値及び学術的利益を含む自然保護、適度な都市開発、社会資本整備、土地・森林利用上の利益、漂砂対策及び海岸保全、漁業の利益、船舶の通航及び航空機の飛行に対する支障、並びに潮流及び海底の状況の変化が重視されなければならない**。

デンマークの法律では、具体化の要請に逆ギレした怒りの立法によって細かい列举がなされている。

8 5 3 法律の目的と行政処分の附款

許認可の場合、「考慮してもよい事項」を決め手にして不許可にするのは難しいのではないかとは思うけど、しかし、許可を出したうえで条件を付けることは許されるのではないかと思う。理屈を考えないといけないうことで、単純には言えずけっこう難しいのだが。でも、許可を与える段階と、条件を付ける段階で、目的への縛られ方は多少なり異なるとするならば、ここで可能性はみえてくるだろう。ただもっともっと思索しないといけない状態かなー。現在は環境保護など、**様々な目的を追加的に考慮していかないといけない状況である**のだから、こういう議論が必要になってきている感じはする。

900 行政契約

910 公法と私法の区別 pp.25-46.

911 公法の世界と私法の世界

公法と私法の問題は、ほとんどつつこんで説明されなかった。それはやはり、具体的に裁量とか何なの？という議論を経た後のほうがまあ分かりやすいからだったらしい。

公法と私法の話は、まだこれを突っ込んでするには早いところでもあるのだけれど、この問題と行政契約、そして行政法2部でやる当事者訴訟とがとても密接に結びついているので話す。

※当事者訴訟には形式的当事者訴訟（当事者訴訟してねという規定がある）と、実質的当事者訴訟（行政との関わりによって当事者訴訟の実質を備えているときに出来る）がある。ここで「当事者」の構造は基本的には行政訴訟でも民事訴訟と同じ。これをベースにして行政事件訴訟特有の特色がくっついたものとして行政事件訴訟があるのである。

行政と国民の間の関係は、「支配関係」「管理関係」と言う**公法関係**と、**私法関係**とに分かれるという。支配関係とは、相手方の法的地位を一方的に確定するような関係。管理関係は一方的に確定するようなものではないが、一定の関係を基本的には意思の合致で作り出すにつき、そこにいろいろ行政に関わる公法的色彩の規定、つまりは行政目的からのある程度的方法的な要請がかかる場合である。

そして公法関係には受け皿が用意され、以上の二つは**公法上の当事者訴訟**で争う案件と言うことになる。とくに管理関係と言うものを用意することで、契約的だが純粋に私法関係でない世界につき、**民法上の規定を排除して、実質的な解決を与えようとする**ものと言える。

912 区別できるのか

ただ、塩野さんは**民法の規定でも、当事者の一方に公的なものがあつたりしたときの特質すら入れ込んで解決をもたらすことができるのではない**か、という立場なので、必ずしもこのような関係性を想定しない。

さっきの分け方は田中先生の考え方で、実体的公法を想定することになっていたのだが、現実としては公法上の当事者訴訟における特則はたいして機能していなくて、裁判官の感覚としてはほとんど民事訴訟に等しかった。だから普通に民事訴訟でよくね？として当事者訴訟は死亡しつつあるという議論も盛んに唱えられていたのだった。これは**当事者訴訟安楽死論**とかいって、ようするに「契約的だけど、公法的色彩」とか言うような領域をわざわざカテゴライズするまでもなく、民事訴訟か抗告訴訟で考えればいいというのが通説となりかけた。

しかし、ここで平成16年度の法改正では、行政事件訴訟法4条に公法上の法律関係の地位に関する「**確認の訴え**」と言う規定がわざわざおかれることになった。さっき実態的公法とか言ってた人たちの中には、これを実体公法の復権だ！実体的に民法とは違う公法の世界があるのだ！という明示なのだとするものもいたりする。

ただ、それでも塩野さんは、「確認の訴え」そのことは公法私法の実体的な区別の実益性に何等新しいものを与えるのではなく、確認訴訟の意義を再確認しただけだ、という。今までは行政過程をあまり分析することが無かったから、確認と言う「やろうと思えたがみんな知らなかった」やりくちを確認したのだ、というわけである。そうすると民事訴訟と当事者訴訟をどう区別するのかと言う問題になるが、まあ彼はあまり気にしないっぽい。当事者訴訟が特別法となるだけ。

まあこのようにめんどくさい問題だけど、第二部でもやるから流す程度で。これが実は契約とも関わってくるので、少し話しておいたのだった。ただ、どう関わるのかをもうちょっと説明してほしかった…。まあ、「行政」契約と言うからには普通の契約とは違う次元が想定されているわけだが、そのための前提となる区別は意外に曖昧なんだよと言いたかったのだろうか。

920 準備行政・給付行政・規制行政における契約

921 準備行政における契約

準備行政というのは、公の行政をするに当たって、その物的手段を整備する行政の事を指す。まあ具体的には、土地の確保だよね。これは基本的には私法上の契約で行われることになる。そこには、会計法の定めから**競争入札**が必要になると言うのはご存知の通りだろう。行政の場合は入札をすることで安い価格を提示したものを選ぶことになる。

公共用地調達契約においては、**土地収用法**にのっとって、契約にどうしても同意しないときに、それだけの公益性を認定したうえで、最終的に収容することができる。このときには**損失補償**という金銭のやりとりが行われる。

922 給付行政における契約

給付行政は近年、行政活動のなかでも比重を増しつつある。とはいっても結局は給付にも規制はともなうのだし、その区別を完全にすることは難しい。ただ、大きな区分けで言えば、**サービスや物を国民にあげるタイプの行政活動**である。

●契約方式の推定

ここでは福利を増進することを目的とするので、事実を規範に当てはめる、行政処分の方式ではなく、むしろ契約・合意によるやりかたがとられる（**契約方式の推定**）とされる。しかし、立法者が行政行為を選択する場合も多い。行政行為には**規律力**という一方的な力があるし、これは給付行政においても求められるのである。

具体例

行政財産の目的外使用の許可（国財 18Ⅲ、自治 238 の 4Ⅳ）

行政裁量などの論点でも出てきたよね。この項目はよく例に出てくる。これは現在は行政行為の扱い（形式的設権行為）をされるのだが、契約として構成された時代もあった。

結局は広島教研集会事件でも行政処分的に「許す」「許さない」と見る以外にも「部屋を使わせる」契約という構成もありうるということである。わりとこういうのは微妙な区別で、国立大学だって「入学許可」だった時代から授業を受ける「契約」に移りつつある。このように立法者の意思に左右されるファクターでもある。

●平等原則

公行政では行為形式の如何を問わず**平等原則**が適用される。

これは裁量権の不合理に結びつくと言ったが、この概念は行政の行為にもっと広くかかるもので、やはり同じような条件下にある人たちは同じように扱わないといけいない。

但馬牛事件（平成 13 年：最高裁）

兵庫県のブランドとして大事にされている但馬牛。その牛のブランドを変にひろげたくない、として他にそのブランドを提供することを「拒否」した。その法的な性質は契約か処分かはっきりさせないが、はっきりしないままで平等原則を認めたところに、つまるところ**平等原則がこのような区分以前に適用されるもの**だという考え方が見て取れると言う判例。

●供給義務

こういう問題については、とくに個別法の定めを見なくてはならない。

やっぱり**行政契約と言うカテゴリーだけでは結論はでなくて、個別的な法規定を参照しつつ判断すべき**、というのは塩野さんの基本的な思考である。

例①水道法による提供拒否

マンション建築を拒否する手段として、それが禁止されていない区域だとしても行政として街づくりの観点から認めたくないときに、行政指導によって思いとどまらせることができない切羽詰まった際「水道の供給を拒む」ことがある。これが許されるかは、行政契約だとかそういう以前に水道法を見て判断しないといけいない。

契約法の世界も変わりつつあるが、民事法の世界では基本的には誰と契約を結ぶかは自由だったよね。しかしこのような**行政が絡む行為だと、契約を拒否できないような場合がある**。水道法が本来「拒否できる」として掲げているのは伝染病とかの蔓延を防ぐことなのだから、その兼ね合いが問題になるだろう。

やはりここでも「契約」か「措置」とするかで大きく結論が動きかねないものとなる。

例②児童福祉法による保育所の入所

裁判所は自分の子が入園許可をされなかった両親の義務付け訴訟など、「**措置**」としての扱いを認める傾向にある。ところが厚労省は平成 9 年ごろからずっとこれは契約だと言い張っており、福祉の世界には「措置から契約へ」というスローガンがある。

たしかに行政には社会のニーズに対応して適切な措置を講じるという目的がある。ただ、困っている人が行政にもうしでて、それに行政が反応する、これはもはや措置といえるような仕組みではなく、現在の法律は大体にして契約的要素を取り込んできたというのである。

といっても、実際には書類をみて勤務時間などを判断、当不当の判断をしている。市長に対して申請しなくてはならない、とかいうときの言葉遣いの問題もあって、行政処分的な解釈ですつといくというのが確かだったりする。もちろん厚労省はこの「申請」と言う言葉を注意深く「申し込み」に変えているけれど。

このように、**行政処分**なのか**契約**なのかは解釈問題になる。そして福祉問題は、空間の提供やヘルパーの提供などを前提とするから、契約と見ることも不可能ではないのである。ただ行政処分構成もとても多いから、やはり契約構成を推定するところまではいかないのではないか、とは思う。

9 2 3 規制行政における契約

●契約方式の原則的排除

給付行政でなく規制行政に関しては、とりあえずは**自由を侵害していくので契約構成は排除してよい**という一応の意見の一致を見ている。相手と合意すればこれも契約では？と思うかもしれないが、やはりこの「処分」に関しては相手の合意を待つ形ではなく一方的にやる必要性が大きい。ただ契約法理を入れること自体は否定しない。

●公害防止協定

産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件（平成 21 年：最高裁）

産業廃棄物最終処分場の使用期限を定める条項に法的拘束力を認めた。これに関しては廃棄物処理法という法律がさだめる。産業廃棄物処分場の許可について、10 年と言う期間を設けていいのかが争われたが、結論からすれば認められた。そりゃあ産業廃棄物処理場に関しての一般論としては満杯になるまで使っていはずではあるのだが別にこれは使ってもいいよということではしかないのだから、それに附款をつけて自分で短くしてもいいだろうという話になったのだ。これは規制方式の分野で契約的構成を認めている例といえる。もちろん契約構成にすれば第三者のためにする契約の問題などめんどくさいことがまた出てくるのだが、ここではともかく制定法の定め以上の規制を企業に課す条項が拘束力を持つことになった。

規制はもちろん環境への影響の度合いに応じた対処を認めるべきではあるし、実際にそういう規定もある。たとえば排出基準にも公害の進み具合による特別規定がなされるところもある。

しかしながら法律自体がこのように規制をしても、どうしても地域空間には個性があって対応できないところが出てくる。そういう個別的な行政を公害防止協定で行うわけで、ここには契約的な部分が存在するのである。これは法律による行政という要件にかかるという批判もある。しかし、企業が自らの計算で**自己法益を放棄**していると解せば、まあそれも認められるだろう。ここには契約法理、合意の法理が存在するのは間違いない。

●地域整備における契約方式

例…建築協定、都市緑地法

コミュニティがあるとき、後から来た人に対しても同じ条件を認めさせるためには認可という手段をとったりする。地域整備に関しては「いったん」でないような権利関係を約束する必要があるわけだが、そのとき契約を締結したり、さらにそれを行政庁が認可することが行われている。

●交換契約

受益的行政行為に対して、私人が一定の債務を負うというもの。ガレージ建設義務の免除の代わりに、市が作る駐車場に一定金額を払うみたいな感じ。ドイツでは結構これにあてはまるやりかたが行われるらしい。

9 3 0 契約で民間へ

9 3 1 指定管理者制度と PFI

なんというか、めんどくさいのでやることを民間に投げることも行政にはある。そのときにも割に契約っぽいものが行われるので、いくつか例をみていこうと言う企画である。

●指定管理者

指定管理者は、地方公共団体の公の施設（〇〇センター）という、もともとは自分のところで管理すべきものを仕切れないときに、民間の人にも手つだってもらう人で、制度がこれまで結構転々としてきた。教科書 198 ページには事務委託なんていうのがあるが、現在は**指定管理者制度**が使われる。応募してきたらそのなかから選考を行い、頼むことになる。これは契約っぽいのだが、処分とされる。指定管理者の場合は、事故が起きた場合の責任問題が国家賠償などで絡んでくることになるが、これは第二部の話なので今はしない。

●PFI

PFI は国をベースにして発展してきたのだが、プライベート・ファイナンス・イニシアチブの略。こちらでは設計から監理まで一括して委託してしまうやりかた。契約関係を前提としているように解される。指定管理者の選任は行政処分だったが、こちらではさらに契約的要素が強くなる（自由度が高まるし）。

1 0 0 0 行政指導

1 0 1 0 行政指導に関する一般論

1 0 1 1 定義

行政機関が、一定の行政目的を達成するため、法律上の拘束力を有しない手段により、特定の者に一定の作為・不作為を求めることを行政計画と言う。(有斐閣、法律学小辞典)

すなわち相手方には法的な義務を発生させることのない、事実的な行為に留まることになる。例えば設備改善命令とかは強制的だが、これを中小の零細工場とかに出してもつづれる可能性が高くあまりいい手段ではない。そのようなときに「行政指導」は、命令していないという点でゆるい圧力をかけていくことができる。ソフト・パワーを行政が使用するということになる。分類としては、以下の三つに分けられるだろうと思われる。

規制的…権限はあるが、事業活動を制限掛け過ぎないように指導で済ます。

調整的…事業者や紛争を調整する時の指導。環境汚染問題などではよくある。

助成的…ヘルパー的な役割を果たす。

1012 規制行政指導が行われる局面

①法律や条例の根拠はないが、緊急な対応を要する場合

対応する制度がない！というような緊急の場合に、応急措置的に指導することが可能であるし、権限がないのだからそれくらいしかできない。行政としては、何もしないというわけにはいかないよね。

②法律や条例で与えられた権限に代えて行政指導で対応する場合

さっき述べた。

③行政指導によって法律や条例よりも厳しい要求をする場合

環境行政などでは常にこの要素がでてくる。やはり対応しきれない大つくりな面があるから、このような指導も必要になってくる。

1013 行政指導と法律上の根拠

流動的な行政需要に柔軟に対応する必要があるのだから、行政指導は緊急局面に対応するという性質が強いし、これは指導。法律の根拠がいらないと言う点で、「**法律の根拠のないところにこそ行政指導の妙味あり**」といえる。妙味って初めて聞いたな。

ただ、これとは別に行政原理の核として、法律がなければ行政活動はできないという理屈もある。これには侵害留保説や全部留保説、本質性（重要事項留保）説とかの諸理解があったわけだが、なんにせよ行政指導をするからには、この点で言い訳をする必要がある。留保の説明のときに**権力留保説**のことを言ったかは忘れたけど、この1970年代の説が行政指導に関わるものである。

東京が膨れ上がった時代に時は遡る。高層マンションが建ち始め、「やべえ規制ないけど困るぞこれ」という事態がたくさんできていた。景観などの危機に、国は**行政指導**を行うことで立ち向かったわけだが、これが法律の根拠なくできるのか、と言う話が当然問題になったのだった。

そのときに、これは「任意」の服従に効果を与えると言う代物だと言う点に着目して、「国民の権利を一方的に画するような権力的行為についてののみ、法律の留保がかかる」という**権力留保説**が出てきた。つまり、**行政指導は相手がその意思によって従うのであって、一方的には侵害を与えていない**。よって法律の根拠が必要ではない、という理屈である。ただ、事実上規制的に作用することが客観的に見てとれるような場合は、やっぱり法律の根拠が必要であるとするのがいいだろうとも思えるのは確か。とくに侵害留保の観点からすればそうだろう。

※自然人の行為が公共団体の行為となるには、ある人間が公共団体の地位におり、その人がその地位に基づいて**所掌事務**の範囲で行為している必要がある。ここで、**所掌事務を単なる枠組み規定と見ずに、これを行政指導の根拠とみる考え方もある**。ただ、塩野さんはそのような見方をとらず、行政事務は内閣に属するという**憲法**の定め根拠を求めるとしている。

1014 行政手続的な行政指導

申請前の指導、事前相談などについても、行政指導は行われる。ただ、**行政機関が申請断念を迫る機会となる**おそれがあるのは問題である。行政手続法7条をみてほしい。申請が事務所に来たら、遅滞なく審査しないといけないというルールがある。当たり前のように思えるけど、こんな規定がある理由がなんなのか、考えよう。相当面白い空間だったってことだよ。帰れとかダメだとか、そんな「指導」があったということである。

1015 法律で制度化された行政指導

実は法律の中で指導自体が制度化されていると言うこともある。多くの場合は「**勧告**」という言葉が使われ、これが行政指導だと理解されることが多い。すなわち、まずは勧告して、それに従わない、改善が無い場合に命令を行ったり、命令が作れないにしても（とくに市町村では難しい）勧告したあとにそれに従わないのならば、そのような事業者などを**公表**するというやり方が法定されていることがある。具体例では国土利用計画法24条など。他にも消費者行政にもよく「公表」は認められる。ただこれは根拠なくやれることなの？という問題はあ

る。※権利救済の問題…行政指導が法的な義務付けでないのならば、「行政処分」ではなく、取消訴訟はできないのだろうか。**権利救済が難しいという欠点がある**ということになる。

①取消訴訟 → 勧告の処分性が問題になる

だが、勧告でも法的な行政処分権限がくっついている場合には、事業者が身動きがとれなくなる可能性がある。そんなときに取消訴訟を認めるべきではないか、という（100選167事件では、保険診療機関の認定に結びついた行政指導につき、取り消し訴訟を認めた）議論がある。

②国家賠償訴訟 → 「公権力の行使」に関する広義説とかいろいろあるけど第二部で扱います。

さらには事実認定が大幅に間違っていて、大いなる過失による「行政指導」による損害が発生する可能性がある。「○○しろ！」「やりました！犠牲は大きかったけれど…僕はやりとげました！」「ごめんあれ嘘じゃった」「フッ!?」というとき。これは国家賠償法の話なので行政法第二部行き。

1020 行政指導と行政手続法

1021 地方公共団体の行政指導 行手法は適用除外 →行政手続条例

行政手続法は3条③項に規定しているように、「地方公共団体の機関がする処分及び行政指導、地方公共団体の機関に対する届出並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については」適用除外され、代わりに行政手続条例がカバーする範囲となる。

※ここでの処分は条例や規則による処分である。すなわち水質汚濁防止法ならば設備改善命令をだす、だとか言うことは国の法律に基づいた、都道府県知事に振ってある仕事なので行政手続法を適用していい。

ということで、この行政手続法の適用に際しては、**関連する法律が条令に基づいているのか国の法律に基づいているのかなどをしっかりと把握して臨むことが大切である。**

ここで常に行政手続法は適用されないことになる。

一体どんな法律に基づいて行政指導が行われているのかなんて言うのは周りから見ても分からない、振り分けのわけがわからないものなので、ここではそもそも行政手続法を使う可能性（国の法律に根拠がある）がないのである。

1022 行政指導の一般原則：任意性の強調（§32）

行政手続法 32 条は、「行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、いやくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなくてはならない」と定める。

こんな当たり前のことを書かなくてはならない時点で行政指導がどんな使われ方をしているのかが分かる。って似たようなことをさっきいったよね。

二項では「行政指導に携わる者は、その相手方は行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取り扱いをしてはならない」とする。

まあ江戸の仇を長崎で討つような真似は厳禁である。これも行政指導が任意であることを知っていれば当然。

1023 申請に関連する行政指導（§33）

☆参考 交告さんの「品川区マンション事件」論究ジュリ 03

※以下の事件の背景であるが、日本では、建築は基本自由にやってくれ～、という前提で建築確認制度が作られている。これは欧州などとは違ってとても自由度の高い規定で、結構この申請の処理の時間が短かった（つまり、裁量がほとんどない作業だったとのことである）。そのために都市開発をうまいことやりたい行政側が立法を待つ間の対抗策として、行政指導を続けることで認可を遅らせる手法がとられていた。

中谷本店事件（＝品川建築確認留保事件判決・昭和 60 年：最高裁）

判例 100 選 132 事件です。判例はここで、「建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が**社会通念上正義**の観念に反するものといえるような**特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで建築確認を留保することは違法である**と解するのが相当である。」といました。

これを受けての規定が、行政手続法 33 条である。申請の取り下げや内容を変更の求める行政指導については、申請者がその指導に従う**意思**のない旨表示したのにもかかわらず、行政指導を継続することで権利行使を妨げることは許されないと規定されている。判例では（ここでは省略されているが）意思の表示を「真摯」かつ「明白」に行うことを要求しているので、要件の違いにきちんと注意する必要がある。ちなみに判例中の事案では、従わないと言う意思はしっかり明示されていた。

※判例と違い、33 条では「真摯」とか「社会通念」とか言った曖昧な語が排除されシンプルになっているので、事業者サイドに立っているとも読めるが、どちらかというこの判決に書いてある語を法技術的に条文に入れ込めなかった、と言う感じなので、ある程度判例の立場を引き継いでいることは否めない。しかしながら、**建築確認のルールについてだった判決を、行政指導一般に当てはめられるようにした**と言う意味では、この一般化機能は大きいといえる。

1024 許認可等の権限に関連する行政指導（§34）

行政処分の権限があることをちらつかせた行政指導の濫用には、戒めの規定が置かれる。

行政手続法 34 条は、「許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする**権限を有する行政機関**が、当該権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、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**」

ように、目的規定が曖昧だからゆえに、これも「まあ無理だろうけどできる」として脅してみよう」と言った感じで、権限を盛ることが結構ある。そういうのを絶対許さないように、この 34 条が機能することになる。

石油カルテル事件（昭和 59 年：最高裁）

判例集 101 事件。逆に、**権限がないからといって指導しても違法となるとは限らない**とした判例。

石油カルテルの際に、実は値上げについて行政指導が行われていたのだが、これについてはあくまで社会通念からして相当と認められるやり方であればまあいいよという判決が出た。ただし、ここで違法性が阻却されたのはあくまで「値上げ指導」したことについてで、カルテルを結成したことについては違法性阻却しなかった。

1025 行政指導の方式(§35) 行政指導の趣旨・内容・責任者の明示

行政手続法の第 35 条では、指導の「**趣旨・内容・責任者**」を行政指導について明示しなくてはならないとする。誰が決めたのかわからないルールが世の中を縛って行くのも意味不明だから、ここではっきりさせるようにした。ただ、口頭での行政指導をする余地を二項で残しているの、少し抜け道が残っている感じもする。

1026 行政指導の基準(§36)

36 条は**行政指導指針**についての規定である。行政指導指針は行政手続法 2 条 8 号に定める命令等（行政立法の総称だよ）に含まれる、複数のものに対しての行政指導の際の共通の内容となるべき基準など指針をさすが、これだってしっかりパブリックコメントの対象に入れていこうぜ（義務ではない）ということが示される。

行政指導に関してはまだまだ大事なことはあるのだけれど、第二部の講義を聞かないと救済制度、損害賠償などなどの理解が出来ないと思われるので、この点はいつか。

取消訴訟との関係なども話したいけど無理かな～。まあずっと言っているけど、「指導」が強制じゃないから、取り消し訴訟に付せないの？ってやつだね。保険診療認めるための「勧告（行政指導）」に従わないと事実上莫大な不利益を受けるから、取り消し訴訟の対象にすることを認めた事件もあったし…。とかいうことを、出来たら話したいが、それは今ではないッ！

1100 行政計画

1110 行政計画

1111 行政計画とは

街づくりや環境保護など、将来志向というか、政策的方向づけの強い行政領域といえる。この**行政計画**は**行政権が一定の目標とそのための手段を提示する**ことをさすが、これは一般論としては法的行為形式とも事実行為とも言えないものである。他の行為形式のどれかの組み込める場合もあるが、行政計画をそれとして考察する場を設ける必要があると言える。行政計画も行政法第二部の大テーマにつながる分野である。

ただ、行政計画にもいろいろある。

①外部効果をもつもの

許可だろうが、それを得ないと開発ができない…みたいなとき、一定の法律効果が生れるのだから、そのような時は法律の根拠が必要になってくる。

②他の行政主体や行政機関を拘束するもの

教科書 p217 を参照。計画の内容次第ではこれまでと担当省庁が変わってくることもありうるし、そもそも横断的な省庁の調整が必要な場合もある。環境基本計画に基づく循環型社会形成推進基本法では、さらに同基本計画が立てられるが、このように複層的な規律にかかわるものもある。

③単なる行動指針の提示に止まるもの

ここまで行くと行政法の関心は薄れてくるが、単に「このように頑張れ」みたいなものもある。

1112 行政計画と法

●根拠規範と行政計画

これは前述したよね、**外部効果**を持てば法律の根拠を必要とするのだが、その線引きをどうしようかで重要事項留保説だとかいろいろな議論があったのだった。

ただまあ、ある計画が指針的な意味に留まるなら法律の根拠は不要であろう。

●行政計画と裁量

効果裁量のうちの**形成裁量**が認められる。が、これをどう制約するかは大きな課題である。

行政手続法はあくまで行政処分の手続きをメインに定める法で、それと行政指導の手続き、そして届出の順で三本柱とするような規定。これはまあサミット国の中で遅れていたから恥ずかしさもあって作ったものらしい。ということで外国からの要請（なんで日本の行政はおれらの市場活動に変なことってくんの）もあり、まず規定を定めやすい「行政手続き」と、幅をきかせる「行政指導」について定めただけ。

そこにはまだ、**行政立法の手続き、行政計画の手続き規定がなかったし、この穴はまだ埋まっていない**。この行政立法の課題については**パブリックコメント**（意見公募手続）の導入でなんとかしようとしているのだが、行政計画策定の手続き的規制はまだできていない状況である。

やはり行政計画は上に見たようにひたすら多様だから、一義的な規制の線引きができないのである。このせいで統一ルールが出来ないというのが現状である。

ただし**外部効果**を持つものなどは絶対これは規制が必要だから、外部効果を持ちやすい都市計画などに絞って規制を作ろう（国土交通省が主体）としている最中である。これは裁判との関係も考慮しなくてはならない問題なので、ここも困難なポイントと言えるだろう。

1 1 1 3 行政計画と一般人

また特定の個人ではなく、計画ではそのゾーニングを受けた範囲の**一般人が広汎に影響を受ける**のだから、ここではより住民の参加を認めたいところだが、訴訟との関係もあってその住民の範囲をどうするか、また調整が難航することになる。

※たとえば、判決の既決力をどこまでの住民に及ぼしてよいか、などが問題になる。

そして住民の参加にはそれ以上に、

①自己の権利・利益の侵害を受ける者（または受ける可能性のある者）の**事前救済**という法治国の観念からして必要とすべき効果がある。また、②**民主的参加**として、自由の侵害を受ける（権利義務に影響を受ける）可能性のある人たちも含めた民主的決定が街づくりには必要じゃないか？ともいえる。このような要素をどこまで勘案するか、そしてどこまで法的に保護することにするか、議論がまとまらないのである。

1 1 1 4 行政計画と司法統制

行政法の第二部のテーマであるから、テストにはどでかくは出さないらしい。

①行政計画の処分性

行政計画は一定の方向付けをしよう、という行為形式だが、これが行政訴訟できるような「処分」にあたるのが問題になってくることになる（行政事件訴訟法3条の対象になるのか）。法的地位が一方的に変わるような行為は行政処分として取消の対象にされているのだが、行政事件訴訟法の「処分」というのは紛れもなく行政処分を含む以上に、「それ以上の範囲を持つ」とは議論されてきた。

ここで、その外延に、行政改革が一定の範囲で良いので入らないかなーということである。計画は方針設定だから、それだけでは国民の権利義務を確定する者ではなさそうに見える。一見すると。

だけれどさっきから言っているように行政計画には外部性を持つものもあるのであるから、そうすると権利義務に影響が出た人が訴訟に走ることは十分にありうることはある。

※「完結型」の計画と「非完結型」の計画の違いという問題

完結型計画と言うのは、計画を実行すれば役割を終えるもの。イメージとしてはたとえばゾーニングなら、ゾーニングをするというところで計画の役割は終わっており、そのあとで人々が許可制のもとに行動すればいい場合。こっちについては最高裁は抗告訴訟の対象性を認めていない。こういう場合は、その段階では人々に地位の変動が起きていないからである。学説には反対意見もあるけどね、

非完結型計画というのはまたまたゾーニングで言えば土地区画整理事業計画など。ゾーニングは第一段階であり、そこから事情を勘案して事業が展開されていくなかで、所有権関係を換地して整理したりするところまでが計画、というやつ。

こっちは土地を持ってかれたりするのだから、取消訴訟では当然そのときに可能だが、問題はここで、**遂行されている過程で計画に対して訴訟できるかどうか**だね。放置すればするほど事情判決に近づいていくことになるから、当事者からすれば当然早く争いたくなるよね。

青写真判決(昭和41年：最高裁)では成熟性の欠如、付随的效果論などを盾に土地区画整理事業計画の処分性を否定したが、**浜松市事件判決(平成20年：最高裁)**で判例変更が行われるなどすごいアツイ議論になっている。結局行政計画をこれからどう見ていくかはかなり大きな問題なのである。将来を見越して立てる計画はとても多様で、重要なものは法律で根拠を付けるべきではないか、といった問題が噴出しつつあるのである。計画策定手続をどのようにするのか、はとても重要！重要重要うるせえな！

1 1 1 5 行政計画に対する信頼保護：計画担保責任

工場誘致政策などにおいても政策変更の自由は認められる。しかし、**信頼の保護**として、計画の廃止に当たり相手方に対し代償措置を講ずる必要があると考えられるような場合がある。

これを損失（適法な行為から）と呼ぶか損害（不適法な行為から）と呼ぶかにも問題はあつたりするが、変更における**裁量権**に濫用などがあれば違法との評価を免れえないだろう。

ただ、計画の変更自体は、計画が広く一般に関わるものとしてみれば、ある個人との関わりを理由としただけでそれ自体違法とはいえないような気がする。

工場誘致撤回事件（昭和 56 年：最高裁）

100 選 29 事件。判例は一般的な原則を中心にして問題を解決しようとしているとわかる事案。まあ事実としては村長が変わって立法政策が変わった、と言う感じ。ここでは手続き的な瑕疵はないままに事業の変更を行おうとした。結局そのまま事業は変更され、工場を作ろうとしていた X さんは哀れその作戦を変更せざるを得なかった。これに対して判決は損害賠償請求を認容したのだった。まあ基本的には何と言おうが損失補償に関わる論点なので、とりあえず行政法第二部まちだな。

1 2 0 0 行政上の義務履行確保

ここでの問題は、義務が発生するかどうかではなく、義務の履行確保をどうするかである。

1 2 1 0 行政上の強制執行

1 2 1 1 滞納処分…公法上の金銭債権の場合 → 国税徴収法およびその準用

督促 → 財産の差押え → 換価手続としての公売 → 換価代金の配当

滞納処分とは、レジュメにもあるが、督促をして財産をさしおさえる公法上の債権行使である。財産は換価され、競売に欠けられることになるのが国税徴収法の規定である。個別の法律で滞納処分の例によるとの一文があるときに使うことができる。

例えば公営住宅の家賃滞納が滞納処分の対象になるかは、公営住宅法の規定によることになる。

※ちなみに、ならないです。今はね。

身体・財産は極めて重要なものであえるから、これに直接手を出すには相当の理由が必要になるということである。まあとにかく税金の世界でなければ、滞納処分と言うことをするには、なかなか規制がかかっているのだということ覚えておいてくれればよい。

1 2 1 2 行政代執行法の定め…金銭債務以外の公法上の義務の履行の確保

金銭債権は滞納処分が使えるかどうか問題になるが、それ以外の義務履行は、**行政代執行法**が定める。だが 6 条しかないこの条文には代執行の規定のみしかなく、直接強制、執行罰は個別法の規定による。

このように限定した義務履行確保措置しかないから、義務履行を確保するためには犯罪の構成要件として刑罰や罰則などで対応するしかない状況が続いている。ただしこれもおまわりさんがなにもかもやるわけではないからめんどくさいところだよ。

行政代執行法に戻ると、条例による直接強制や執行罰の規定は不可である。

しかし、2 条が大事。2 条によって、**法律により直接に命ぜられまたは、他人が代執行できる義務については、それが他に手段がなく、このままでは公益に著しく反する時に代執行が可能**とされている。

この他人が代わりに執行できるという性質を持った義務を**代替的作為義務**といたりするから覚えておこう。

つまりは、ある看板を撤去しろ！といってもそれを聞かないようなときに、行政またはノウハウを持った事業者撤去させて、その費用を請求することができたりするのである。

1 2 1 3 代執行

代執行について詳しくみていこう。法律（条例を含む）によって直接に命ぜられた行為、法律に基づき行政庁により命ぜられた行為であることの他に、

◎ **代替的作為義務**に限られる。

※この点を非常に交告教官は強調していた。とにかくとれる手続きがかなり制限的であることへの問題意識をテストにも書いてくれれば、きっと採点者はコッパです。（Cv：樋口教官）

職員組合立ち退き拒否事件（昭和 40 年：大阪高裁）

庁舎使用許可の撤回の事例。庁舎の明け渡し自体は代替的義務ではないとされた。詳しくはやらなかったが、まあ要するに「かわりにやっちゃって問題ない」もんしか代執行は出来ない。

さらには、

◎ **要件規定**による絞りがかかる。

① **他の手段による履行の確保が困難**

② **不履行の放置が著しく公益に反すると認められる**

という制限がかかる。結局代執行はこの要件を無視すると違法と評価される。手続きについては 3 条が規定しており、相当の履行期限を定めて「ここまでにやらんと代執行する」と**戒告**し、期限が来てもスルーされているのなら代執行令書を以て代執行を実施し、その後費用の徴収を行うものとされている。

この手続きが処分になるのかどうかは結構問題である。裁判例の中では、これは別に新しい法律関係を規定するわけではないから、処分でないとするもの、対して処分性を認め取消訴訟を認める者とが散見されている。なにせよ違法性を観念できるという理解は、この**行政代執行法が、行為規範としての作用も持つ以上は、それに対し違法を観念できる**という前提のもとに言われている。

違法性の承継についてだが、違法な看板だから撤去せよという「撤去命令」じたいについて取消訴訟が認められるかについては、これは認められないものだとなっている。

これについては撤去命令が来た時点で争うことが十分にできるはずだし、出訴期間をわざわざ特別に解釈してやる意味がないので妥当である。また、代執行が完了してしまうと**訴えの利益**がなくなることになる。

代執行令書の提示義務については議論があるが、少なくとも提示を求められたら提示する必要がある。

ただし代執行が必要なときのなかには、そもそも履行者が不明だとか言うパターンもある（道になんか邪魔なものが置いてある時に、誰がおいたかわからなければ撤去できないのはおかしい）。そこで、**簡易代執行**として、相手方が確知できないとき**公告**を戒告にかえて代執行を行うことが可能となっている場合がある。例えば河川法、海岸法、港湾法等は損な規定を置いている。

※代執行に力を割かれるとそもそも仕事としてめんどい。地方公共団体がどのようにして日常業務と両立しながら代執行を実現するのは今模索されていて、複数の地方公共団体で協力体制を敷こうと努力しているところもある。大きなところならまだ力があるが、かけられるコストが限られる中で、違反がたくさんあるなか代執行をひたすらやるわけにもいかないと言う実務的な問題もしっかり頭に入れておくことにしよう。

実務的な問題としては、この履行確保は、現在行われている政策がどれほど規制制であるのか、などと言った問題とも関連する。現在、規制緩和が提唱されているので、そことの関連も気になるところではある。

1 2 1 4 直接強制と執行罰

●執行罰…**過料**の予告に伴う心理的圧迫により義務の履行を促す。何月何日までにやれよ、やれなかったら金をいくらかもらえんというものだ。唯一の例は、砂防法 36 条である。マイナー化しているが、再活性化論もある。

相手方が義務を履行するまで何度でも課すことができるので刑罰と異なる。

非代替的作為義務、不作為義務にも適用できる。

●直接強制…義務を果たさないといけな相手方の身体または財産に直接手をかけて履行があった状態を実現するものである。とうぜんだが、非常に例外的なケースである。実際その通りでめったにこれがないことはない。昔も、行政執行法において、**代執行でも執行罰においても目的を達成できないときに使える最終手段**とされていた。**行政執行法**は、行政代執行法ではない。明治憲法においてでてくる古い法律である。

どこの国でも、人間が増えて処理する案件が増えれば、行政が執行してそれに対して裁判所が統制をかけていくやり方ができてくる。国法上の制度として、司法的執行と行政的執行の混交が見られるようになるのである。日本でも例外ではないが、明治憲法のもとでは行政的執行のシステムがほぼ完全な形で存在していたので、後者を優先するドイツの立場を引き継いでいる。行政執行法は、そのなかで行政的執行をつかさどっていたかなり強い法律であった。行政代執行法はそのなかの代執行の規定を引き継いだものである。

そして行政執行法の中には、**直接強制**が「いざとなれば」の手段として規定される。最終手段と言えど、ようするにいざとなれば広く一般的にできるのだから、恐ろしい規定である。

現在は一般的にこのようなものが認められるわけではなく（**直接強制が一般に認められるような法律規定はない**）、成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法において、暴力主義的破壊活動に供されていると認められる建物の使用禁止命令が出たときにつき建物封鎖等の実力行使ができるだとか、非常に例外的に出来るにとどまる。根拠がないとダメになったので、たとえば食品衛生法の基準に違反する店の扉を無理矢理閉鎖してしまうなんていうことはできない。現在は罰則に期待することになる。ただ、罰則を与えるためにはきちんと確認が必要になり、違法状態が野放しになる可能性もあるのは確かである。

※ここでは**条例**などをもって直接強制を実現することはできない。基本ルールとなる行政代執行法が第一条で「別に法律で定める」限りで直接強制の可能性を残すのみだからである。ここで、「法律」という文言につきこれを民主主義的基盤の要件だとして条例も含むとする理解もあるにはあるが、異端である。第二条には「条例」を法律に含むと書いてあるのは確かだが、ここでの条例とはあくまで義務の発生根拠でしかない。そのうえ二条がそのようにわざわざ規定するのも、一応は条例と法律が区別されるという前提があつてのことなのだから、一条でも基本的に区分されるとするのが丸いはずである。

1 2 1 5 直接強制と即時強制（＝即時執行）の流動性

※即時執行と言う言い方は塩野さんだけつかうやつ。まあここでは即時強制と言いましょ。

即時強制と直接強制は非常に良く似ているのだが、ここは即時執行の説明の時にまた話すことにする。

この二者は微妙に違って、健康診断（性病予防法第 11 条）に関する「都道府県知事は、正当な理由により売いん常習の疑いの著しい者に対して、性病にかかっているかどうかについて医師の健康診断を受くことを命じ、**又は当該吏員に健康診断をさせることができる**」と言う規定などに違いが現れる。

※または、は基本的には別問題だと言う証左なのだが、実務家がどう考えているのは謎である。

まあここでは、受診命令を出したうえで執行するようなパターンを直接強制、受診命令なしの強制検診のパターンを即時強制という。法的に勧告をしたにもかかわらずそれに従わないときに強制するなんていうときも、即時強制である。あくまでここでは**相手方に法的義務を課すプロセスの有無をもって判断する**ことになるのである。

※感染症予防法（平成 10 法 114）→ 性病予防法、伝染病予防法、エイズ予防法の廃止では、勧告をしたのち、従わないときは当該職員に健康診断をさせることができる（17 条）。

このような意味では勧告は、即時強制における**手続保障**の役割を果たしていると言える。

とにかくまあ一回やってしまうと非常に取り返しのつかないことになるので、余裕があるなら本人の思索の時間、行政の思索の時間が必要だと言う意味ではこの勧告の存在は妥当である。

そして逆に「即時」執行もこのような意味では「悪☆即☆斬」的な即時ではなく、このような区別の中ではわりに曖昧というか相対的な概念であることに気を付けよう。

1 2 2 0 そのほか

1 2 2 1 様々な制裁の手段

いくつかの制裁の手段をここに述べておく。

①許可や免許の取消し

取消しの言葉が使われるとはいえ、ほとんどの場合はかつてから適法でなかったわけではないので、相手方の義務違反に基づく行政処分の「**撤回**」であることが多い。その意味ではこれは「これをやったら免許取り消されるかな～」と言う意味での事実上のルール of the ロールの担保手段であるから、制裁に含めていいだろう。

②加算税

とくに制裁的性格の濃厚な重加算税がある。法律上の義務を果たさないとき、税務署長が申告納税につき加算してしまう。これは本来的には違反金的なものである。

※お金を取るという不利益をまとめて違反金と言う。

少し問題になるのは、加算税は**二重処罰**に入らないのかということである。他にサンクションがすでにあるのに、ここでお金まで取り上げられると言うのは、確かに少し酷な気がしなくもない。が、犯罪によるサンクションと行政の税金の実を確保する手段と言うのは別の次元のお話だからとかなんか良くわからない理論で合法とされているので大丈夫らしい。

③通告処分（国税犯則取締法）と反則金（道路交通法）

行政手続と刑事手続の接ぎ木、**刑事司法の負担の軽減**のために、反則金を払えばそれでおしまいだけれど、払わないならば刑事手続きに移行すると言うやり方もある。

④課徴金

※塩野先生は課徴金と加算税と合わせてとらえているが、ここでは分けて考える。

これは罰金や税金を含む広い概念で、**義務違反によって生じた利益の剥奪を指す**らしい。たとえば独占禁止法 7 条の 2 第 1 項など。不当なもうけを吸い上げる制度を用意することは、不当な販売などへの抑止力になる。

※平成 17 年改正で、独占禁止法の課徴金は引き上げられた。このせいで吸い上げの規模は上がり、抑止力は降りました。インサイダー取引などもこのような抑止で対応しようとしている。

⑤公表の制裁機能 …事前手続の重要性

ある事実を公表することはネットの普及したこの世界では非常に大きなことである。だが、それゆえ事前手続きを踏むことが絶対に必要であるとされる。ただしここで公表には一応の区別があり、**情報提供を目的とする公表に関しては法律の留保は及ばず、違反行為に対する制裁としての公表には法律または条例の根拠が必要だと解されている**。ようするに制裁するには条例か法律の根拠が必要だということである。

とはいえ、この二つはそんなに判然とするわけではない。義務の不履行もしくは行政指導への不服従があった場合、その事実（相手が義務を履行していない、指導に従わない）を公表することは、情報公開制度の一環としても理解できるが、同時に違反への制裁ともとれる。

このように非常に説明の仕方次第で変わるもので、制度化にあたっては法令の根拠を求めるのが適法であろう。

※公表すること自体は、事実を明らかにして皆に知らせると言うだけなのだが、それでも効力として果たす役割が大きいので、法律の根拠がある方が望ましい。とはいえ望ましいだけだし、実際は条例による根拠づけで代用するケースが多い。

1 2 2 2 行政罰：刑事犯と行政犯

執行罰に対して行政罰というものがある。大きく分けて、行政刑罰という刑法総則が適用されるものと、そうでない秩序罰がある。

①行政刑罰

刑法総則（8条）には「その法令に特別の規定…」という項目があるが、これが適用され、**法人処罰**（両罰規定）などが行われることになる。

悪気がなかったとしても基準を超えたという行為それ自体が犯罪になることを「直罰」といい、消費者法や環境法などによく規定が見られるのだが、それに対して行政が一回命令をかけそれに従わないことを要件とするワンクッション的な刑罰とがある。

刑事訴訟における違法の抗弁について、行政処分は**公定力**があるので、出訴期間内に争わないと自分が実際にはどうであろうが否定できなくなる。この問題についてはかつても触れたが、刑事訴訟において**山形トルコ風呂事件（昭和53年：最高裁）**で扱っている。ここでは違法抗弁説がとられ、違法が出訴期間を過ぎてもなお言える可能性が示された。

②秩序罰

刑法総則の適用がない。届出義務違反など**行政上の秩序違反に対する制裁**として過料を課す。

法律に基づく過料に関しては、非訟事件訴訟法に基づき**地方裁判所**が課す。条例・規則に基づく過料（自治法14条3項、15条2項；5万円以下）の場合は、**自治体の長**が行政処分によって納付を命ずる。まあ安ければ裁判でない世界でお金が取れるので、行政の実際上の利便には資することとなる。

ちなみに、不正行為による分担金等の徴収免れには5倍取りが可能とされる。（自治法228条3項）。

1 2 2 3 民事執行による強制

義務履行確保の手段を定めない条例について司法的執行は可能なのだろうか？

仮処分を認める下級審裁判例は確かに存在し、先に代執行のところで述べた**職員組合立ち退き拒否事件（昭和40年：大阪高裁）**では、代執行は不可だが、民事執行の手段はある旨が示されたのであった。だが！

宝塚市パチンコ店事件（最判平成14年：最高裁）

100選の115事件である。パチンコ屋が、風営法の許可は得たが、条例による上乗せルールに従わずに工事を始めた事案であった。ここで、市長は条例による中止命令を出したが従わず、さあどうしようと言う事件。罰金でもあればよかったのだが定めておらず、この場合は代執行もちょっと無理そうなので民事の仮処分を期待して訴えたのだが、なんと裁判所はそもそもの法律上の争訟性（裁判所法3条1項）の否定により、審判の対象外宣告をしたのであった。曰く、国とパチンコ屋の間にあるのは、自己の権利利益の保護救済を目的とする訴訟ではなく、一般公益の保護を目的とするもので、事故の権利救済としては当然に審理の対象にならないというのである。

この衝撃的な判例のため、もはや行政実務として仮処分はできるものではなく、混乱中である。

1 2 2 4 事実上の強制手段

●サービス提供の拒否、許認可の拒否

たとえば、違法建築物に対する水道供給の拒否の事例がかつてあったような気がする。だが水道敷設は「正当な理由」（水道法15条1項）がなければ拒めない。法律による行政の原理からすると、ここでの理由につき考慮されるような違法のなかには、病気を防ぐ目的と関係のない「都市環境を守る」とか「景観を保つ」だとかは入ってこない。これは法的地位を変えようとしているのではなく、事実上の行為をしようとしているわけだから権力的行使でないとも言えるが、事実上の効力から考えれば権力作用に他ならない。

ということでなんにせよ、こういうものをするとしたら政策的合理性の慎重な検討が必要となる。個人情報情報の保護や事前手続の必要性も当然要求される。

1 2 3 0 即時執行概観

1 2 3 1 用語法：即時強制と即時執行

ここからは、履行確保手段のなかでも「即時執行」といわれるものについてちょっと時間をとって見ていくことにしたいと思います。

塩野教科書では「即時執行」という語が用いられているのだが、一般には「即時強制」と言う言葉が使われる。ということでまず塩野さんの目的意識、用語の背景を捉えていきたい。

ここで、かつて即時強制としてとらえられていたものには実は強制隔離・交通遮断など緊急切迫したときの措置と、それに伴う**臨検検査**とが含まれていた。ようするに、二通りの概念が混在していたのである。

※臨検検査は例えば児童虐待防止法などに規定される切迫したもので、立ち入り検査とは違うものである。

しかし、臨検検査は行政調査の手段として**行政調査**としてのカテゴリーに編入されるのが一般的になったのに伴い、残余にも相応しい名称を与えようという趣旨から、即時執行と新たに命名したのである。

まあそんだけけど。

1 2 3 2 即時執行の即時性

即時執行は**行政処分による義務づけを行わないで、直接の強制によって行政目的を達成する**手段。この「行政処分による**義務付け**」の有無が、即時執行と強制執行との差である。たとえば火事で火が隣の家に燃え移りそうで、このままだと燃え広がると言うときに「壊せ」と命令することが許されている。このときには、家主に「いまから燃やします。ここにサインを」とか言う暇があるわけなので、即時執行を行ってしまう、みたいな感じ。ここでは相手の合意を待つ時間がないという切迫性がこの行動の根拠となっているよね。ただ**「即時」と言っても、緊急性の度合いは領域によって異なる**ので、相対的な概念であるのは言うまでもない。

ただ、概念的には明確に即時執行と強制執行を区別する要請があるわけではない。必ずしも現場の人は学問の概念で動いていないから、任意に強制できると言うときに、そもそも即時執行か強制執行なのかを判断していないことも多い。

1 2 3 3 即時執行の対象

身体に対する強制：避難等の措置(警察官職務執行法)、強制検診(性病予防法)など。

まあ土地にしがみついている人をブルドーザーで引くわけにはいかないから、当然このようなことも必要になる。

財産に対する強制：破壊消防(消防法)、不衛生食品の廃棄(食品衛生法)など。

財産上の強制と言っても破壊処分と廃棄ではだいぶ異なる。

1 2 4 0 即時執行の問題点

1 2 4 1 即時執行と直接強制 Cf. 法学教室 290 号

※受診命令を出したうえで執行＝直接強制、受診命令なしの強制検診＝即時執行というのは述べた。

感染症予防法(平成 10 法 114)とは、性病予防法、伝染病予防法、エイズ予防法の廃止と同時に包括的な法律として作られた法律である。あとはこれに加え政令で(期間を 1 年に定めた)指定感染症を作って、鳥インフルエンザなどを感染症予防法を準用して対応して様子見もしつつ、現在の保険行政は運用される。

感染症予防法では、17 条の規定により、都道府県知事が勧告をしたのち、従わないときに当該職員に健康診断をさせることができるとされている。ここで、勧告とは行政指導である。だからこれは、法的に受信を義務付けているわけではないことに気を付けなくてはならない。

だからここで、これは**強制執行**を定めるのかそれとも**即時執行**をしているのかが問題になるが、結局法的な義務はない以上、ここで行われているのは即時執行と言うことになってしまう。

さて、このようにあるルールが即時執行を定めるとしよう。このとき、即時執行になったらもう相手方は恐怖におびえ夜も眠れぬ日々を送るほかないのだろうかというのが、少し問題になってくる。

だけれど、「書面による通知」をさししまった状況以外は必要とすることに第 3 項は規定している。17 条の仕組みとしては即時執行であるが、**実際にはこのようにのんびりとした手続きを踏むことで、理由を通知して相手に猶予を与えている**のだ。やはり行政がなにゆえ力を使うのかは重要な問題であって、今日明日と言うことでもなければ、たとえ即時執行であっても手続き的な保障を行うのである。

1 2 4 2 即時執行と法律の根拠・拘束

教科書 p255 参照。侵害留保の原則からしても、即時執行するには**法律の根拠**が必要である。これは典型的な公権力の発動であるから、権利保護と緊急性のバランスがとられなくてはならない。すなわち、**比例原則**の適用がなされる。

ここで注意してほしいのは、行政上の義務の履行確保は行政代執行法により法律に任されているが、**即時執行は概念的には行政の「別の」活動形式であるから、その履行確保に際して特別に条例が定めをすることも認められている**ことである。これがめんどくさい問題を生むのだが、いまは省略。

1 2 4 3 即時執行手続

「即時」には幅があるのだよとはこれまでに何回か言っていることではある。

ここではそれにつき、感染症予防法に基づき一類感染症(エボラ出血熱、ペストなど)の蔓延を防ぐために都道府県知事が行う入院の勧告と措置を見てみよう。

感染症予防法第 19 条…入院について。感染症患者と見られる患者にはまずは勧告し、そのあとに勧告にしたがわないときに続いて措置をとる。入院期間は 72 時間に限定される。

感染症予防法第 20 条…19 条による入院者に対して **10 日以内の期間**を定めて勧告し、続いて措置。

※一応書面による通知がそれぞれ勧告、措置ともになされる。

別に**勧告**には義務の発生の効果はない。任意の**行政指導**なわけだし。よって即時執行の範疇。
ただ、当然権利保護と緊急性のバランスから、その「即時性」には幅が出ているのが分かる。比例原則を採用していることの裏返しと言えるかもしれないが、この点は注意しておこう。

1 2 4 4 即時執行と救済

行政法第二部を聞かないと分からない所だと思うが、まあ教科書 p256 をみて頑張ろう。

①事前の救済…**差止めの訴え**、**義務不存在確認の訴え**を提起することができる。

民事の差し止めを求める差し止め訴訟もちろん差し止めの一つで、行政判例でも行われるものなのだが、**ここで言っているのは行政事件訴訟法上の差し止めである**。ここでは行政処分または裁決がなされると重大な損害が発生すると言うときに行政処分を差し止めるための訴訟である。差し止め訴訟は、義務付け訴訟とともに平成 16 年の改正を以て抗告訴訟の一つとして認められたのだった。大切なのは、差し止めの訴えも、行政庁が一定の処分・裁決を行おうとしているときに行えるものであることには変わりないということである。

②事後の救済…**取消訴訟**※継続性のある事実行為

ちなみに、この処分は結局は相手方の権利義務の確定行為ということではいつもの行政行為の話に戻ってくる。そうすると、即時執行の取り消しはおかしいのではないかと疑問が出てくるかもしれない。とくに事実行為として即時強制が行われたあとは、それに対して「取り消し」なんてものが観念できるのか？ということが気になる。即時執行は法律上の根拠づけの前に行う半分事実みたいなものなので、これって現実問題無理じゃね？と思うかもしれないが、法律上の義務を課すとかではない**事実行為も続く限りは差し止め・取消の対象たりうる**とされる。処分の中には法律に基づいて地位を確定するという本来的な処分の他に、事実行為として継続的なものがありうるのだし、その点で事前（継続しているという意味で未来）救済を求められる余地は、なおあるのである。この意味での取消。差し止めは純粋な意味でのそれとは意味を異にするが、苦痛が連続すると言う現実を取り除くための手段としてはなお根本は同じものである。もちろん破壊処分のような一瞬の出来事に対してはこのようなことは出来ないので、事後的な救済（損失補償、損害賠償など）を求めることができるにとどまる。

岐阜県白川村破壊消防事件（昭和 47 年：最高裁）

この事後的救済が問題になった。即時執行の一類型たる破壊消防による問題が明らかにされるので、これは是非確認しておこう。

1 3 0 0 行政調査

1 3 1 0 即時強制との関係

1 3 1 1 同上

従来の議論では、調査についても即時強制のなかの一部として説明されていた。確かに、たとえば倉庫に勝手に立ち入るなんてときは実力行使なのであってそれっぽい感じはする。

しかし、水質汚濁防止法では立ち入り検査拒否に対し**罰金規定**があるので、制度設計としては立ち入り検査について法的な建前では即時強制ができない（罰金を課せばいいだろと言われてしまうことになる）。

この調査は即時強制とは違って、それ自体によって行政目的を達成するわけではない、目的達成のための手段であるから、そこで今日では、報告の要求、立入検査、質問等を**行政調査**という 1 つのカテゴリーに括って考察するようになった。これによって「いや強制じゃねーし」と即時強制から切り離すことで、より建前として調査がしやすいように工夫しているとみることもできる。

1 3 2 0 行政調査と行政処分

1 3 2 1 同上

行政処分の**事前手続**として行われる行政調査はもちろん重要である。**理由のない行政処分はない以上、調査の先行しない行政決定はない**（これは塩野先生の名言）。ゆえに、行政庁には調査義務があるはずである。

※とはいえ、行政調査は行政処分を前提としたものには限られない。たとえば行政の人数などの調査は選挙区改革などに利用される可能性はあるが、何か具体的な行政決定に必ずつながるというわけではない。だが、ここでは具体の処分の前提となる調査について限定して考えていくことにする。そうしても、そこには質問、立ち入り、報告要求などの様々な形態があるが。

このような調査は**事実行為**であるが、それについて単純な事実行為かどうかは必ずしも一定ではなく、実効性が刑罰によって担保されているもの、物理的実力行使が認められているもの（臨検）があるなど、その内実も多様である。多様なので、行政手続法で一貫した定めがあるわけではない。というかまだできないし、しばらくできそうにない。これとの関係で大事なのが、塩野さんの教科書だと p265 に書いてあることである。そこには国税

調査に関することが述べられているが、国税通則法が行政調査の章を設けたことは非常に大事であるらしい。これをそのまま一般化することは難しいが、**事前通知の必要の有無、理由提示に関してはかなり一般的なルールが定まっているので、これを一般化して行政手続法に取り込むことができるのなら、大きな前進になる**だろう。※行政手続法は国税に関する法令をその適用除外にしている。例外的に理由付記については適用除外にはされていないので、こっちについてはより希望が持てそう。

1 3 2 2 行政処分の瑕疵としての調査義務違反

調査は行政の処分の当然の前提として、義務となると考えることもできるのは確かである。しかし、ろくに調査が行われていなかったままに処分が行われたときに、調査義務違反ですねといわずとも、そもそも要件を満たしていないとして無効にすることもできそうであるし、実際に裁判をやるのならそうすればいいだけである。そこで調査義務が問題になるのは、そもそも憶測などによる処分が下されて全く調査が行われていないか、法定の調査のやりかたを無視しているような場合などに限られることになる。手続きの瑕疵と言うより、**判断過程の瑕疵**と言えるかもしれない。調査義務は職務誠実遂行義務の側面もあるし、個別の案件の中で義務を課す側面もある。調査義務論は証明責任を行政側に転換させる可能性を生むものなので、行政法第二部ではこれにつきもう一度触れられるだろう。

※ここでは判例の蓄積のある税法上の調査が念頭におかれている。一般的な話かと言われると微妙だったりする。

1 3 3 0 行政調査の強制性

1 3 3 1 実力行使が認められる行政調査

立入検査の規定が置かれていても、**立入検査拒否罪**の規定が置かれているときは、一般的に、相手方が立入りを拒否した場合には立入検査拒否罪で告発するのが筋だと理解されている。強行立入りができれば即時強制であるが、その例は少ない。ただし、立入検査拒否罪の規定による強制力が働いている以上は、完全に「任意の」調査とは言えないのも確かである。税務調査でいう「任意調査」の語に惑わされてはいけない。

小早川先生の用語では「間接強制を伴う任意調査」とか呼ばれたりする。

1 3 3 2 任意の協力を待って行われる行政調査：所持品検査と検問

侵害留保説でも権力留保説でも相手が**任意**に調査に応じたのであれば、法律の根拠は不要とされている。だが、100 選 112 事件と 113 事件の判例を読むと問題が出てくる。

つまり、**任意調査の建前を取りながら実力行使と連動する場合がある**のである。警察官の組織、職務は警察法、そして警察官職務執行法（警職法）によって規定されているのだが、この規定と違法収集証拠排除との問題が刑事訴訟法含め議論されたのだった。

警職法所持品調査事件（昭和 53 年：最高裁）

100 選の 112 事件。警職法 2 条 1 項には、警察官は異常な挙動、その他周囲事情から合理的に判断して何らかの犯罪を冒し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当の理由のある者または既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われることを知っていると認められるものを停止させて質問することができると規定される。これに付随して所持品検査と言うものを行うとき、これは基本的には任意のものである。しかし**全く相手が承諾しなければそれが出来ないというわけではなく、これはバランス問題として出来る場合もある**と解されている。これについてこの事件では、巡査が内ポケットの内部に異物があるのを外から確かめたところ、承諾がないままに上着の内ポケットの中に手をいれて取り出したと言うのは搜索類似の行為で相当な行為とは認められず、許容限度を逸脱していると判断されたのだった。

所持品検査は基本的に任意だが、できることもあるという一般論の理屈付けが行政法上は問題になるが、さらにこの判例については任意性・強制のメルクマールが一般的な認識とは異なるのではないかという疑問が生じることである。意思に反して鞆を開ける行為は依然適法とされており、これとの対比も気になるし。

まあおまわりさんの対応を考えればこのような対応になるのは実務的にはしょうがない部分もあるはずであって、そのような捜査の都合もわかるころではある。だが、質問に付随して何でもできると言うのも違うだろうから、バランスが非常に問題となるのである。

一方**自動車の検問**について、法律の規定はない。ないので、かなり認められる要件をきつめに設定している。助けになる規定があるものはそれを手掛かりにして正当化しているという状態。

※これまでの学説は、以下のような形で検問を正当化していたのであった。

①ハンサムなポルナレフは突如警職法 2 条 1 項を根拠にして正当化できるとひらめく

警職法 2 条一項を使うときは、何か罪を犯しているという疑いがなければならないので無理がある。

②警察法 2 条がきて助けてくれる

ただ、根拠となるのが組織法でいいのかよということになる。

この講義の二回目くらいで行政組織法と行政作用法とを区別したはずだが、国民の地位に何らかの働きかけ（作用）をするには、作用法上の根拠があるという話をしたと思う。**事務規定では法的地位を確定する根拠にはなりえない**。警察法2条は、これだけみれば完全に組織法の法律に分類されるのに、この条文が自動車検問の根拠規定となっているのである。近年では組織法に一定の効力を求めてもいい見方もあるが、そうだとすると具体的な判断が必要になる。これが自動車一斉検問という日常の繰り返されるやり方を規定しきれるかと言うと微妙なところで、それなら道交法にきちんと整備すべきである。

③違法。現実是非情である。

まじかよ、となる。そうだとされたらそれまでであるが。

④**内在義務**と構成する

そこで、協力義務が内在的にあるのだ、という理解が注目されることになる。自動車を運転する人は、合理的な範囲で交通取り締まりに協力する義務があり、それが任意で、自由を不当に制約したりすることがない限りは適当なものとして受け入れるべきだと言う見方。**自動車検問事件（昭和 55 年：最高裁）**で最高裁も採用。これが 100 選の 113 事件の方だね。

まあ①**合理性**②**任意性**③**比例原則**の三つから判断してオッケーかが決まることになるが、実務的な現状は必ずしも法治主義に合致するそれではないような少しグレーな部分があるのは、確かである。

1 3 4 0 行政調査の要件・手続

1 3 4 1 行政調査権と犯罪捜査

質問検査権について、「**犯罪捜査のために認められたものと解してはならない**」とする規定が多い。国税通則法 74 条の 8 を参照しよう。しかし判例によれば、国税犯則取締法に基づく犯罪調査によって得られた資料を課税処分用いる、という逆パターンについては許される。

1 3 4 2 行政調査と令状主義

刑事事件と連動するものについては、裁判官の**許可状**を要求する規定がある。

純粋な行政調査には一般に令状は要求されない。ただし、判例によれば憲法 35 条、38 条が行政手続を完全に対象外にしているわけではないとしている。趣旨としては、実力の行使を伴うときは令状が必要であるようによめ、その点については支持できるところである。

このような考え方を具体化したものとして、**児童虐待防止法**と**出入国管理法**などがあげられる。前者には臨検の規定と立ち入り検査の規定が別個に規定されており、立ち入りで対処できないときに、令状をとって臨検が可能と言うことにされている。

1 3 4 3 行政調査の多様性

多様ゆえに調査については行政手続法に盛られず、具体的なあり方は行政庁の裁量による。まあ身分を示す証票の携帯は必要であるとはされているが（提示については 2 通りの立法例あり）。

※100 選で言うと 108 事件～113 事件までが行政調査の判例である。

※国税通則法の話はあまりできなかったし細かいのですするつもりもあまりないのだが、この法律は通則として、税法各則の一般ルールとして理由提示などを定めるものである。詳しく知りたかったら 100 選の 110 事件の解説にあるから見ておくといい。

行政調査権と住居の不可侵に関する判例（昭和 30 年：最高裁）

100 選の 108 事件。国税犯則捜査法によると、裁判官の許可を得たうえで令状を要することなく臨検をすることが可能だとされるが、これは憲法 35 条が令状による搜索押収を保障することに違反すると上告において主張した。33 条の現行犯逮捕の場合は別として、それ以外の場合は令状主義が徹底されるべきことは 35 条に規定されている。

判決は上告棄却。**33 条では現行犯の時に逮捕を令状なくできることになっているのであって、35 条の場合も同様に判断してよい**とのことであった。

他方でこの論理が成り立つということは、行政手続きにおいても憲法上の令状主義などのやりかたは無関係ではないということである。38 条の自白規定などもそうだが、正面から言及するわけではなくともここで、刑事訴訟上の問題だけではなく行政上の問題にもなりうることが黙示されていると見るべきである。これは行政上の操作が刑事手続きにつながることで、類似していることから正当化できるだろう。

川崎民商事件（昭和 47 年：最高裁）

100 選 109 事件。川崎民商の一員らが集団でデモを行ったのだが、これが職務を妨害したことがあった。この川崎民商の納税額が一般に比べてなんか低い感じだったので、デモの事もあって国税局は徹底的に調査しようとした。

これに対して、民商の人たちは「ダメだ！通知がない！」とか言ったり抵抗した。ここで法改正により、税の徴収に関して一定の場合に質問や検査が可能となり、これに従わない人に刑罰を課することが可能となった。ここでこの規定が憲法違反だということで上告が行われたのだが、最高裁は、手続きが**物理的な強制**と同視しうる調査とまでは言えないから、令状主義などの憲法規定には反しないとして合憲判断をしたのだった。判旨は必要性や合理性などもからめて判断した。

荒川民商事件（昭和 48 年：最高裁）

100 選 110 事件。工場内の検査を断ったので、立ち入り検査拒否罪で起訴された事案。

第一審は無罪判決にしたが、控訴審が逆転有罪。最高裁に持ち込まれたが上告棄却された。社会通念上合理的と言える範囲では、質問検査の内容は行政側の選択に委ねられているとした。

ただこれは現在では**国税通則法**があるので、それに照らして考えないといけない。国税通則法 74 条の 9 によって、実地の調査において同条 2～6 に基づく質問検査を、その旨（日時・場所・目的・税目・期間・物権など）を通知したうえで可能としている。この規定はそうとう一般化されていると理解されているみたいである。

p 275 などを見れば結構わかるが、行政調査に関するこの規定につき、実力行使に当たれば裁判所の許可が必要だろ！というスタンスなのが塩野さんなので、刑事手続きとの距離感などを意識する上のやり方はあまり彼のお好みではない点に注意しておこう。

1 4 0 0 行政手続

1 4 1 0 導入

1 4 1 1 行政手続とは 教科書 p 270 付近

① 行政立法、行政計画、行政処分等々それぞれの手続

それぞれの行政活動（立法・処分などなど）には、手続きが必要になる。例えば行政立法ならば、パブリックコメント制度が導入され、一般市民の意見を聞く形になる。それぞれの活動に手続きは観念できるが、まあまずマスターしてほしいものとして念頭においてあるのは**行政処分**の手続きである。日本の手続き法の特色は、**行政指導**を規律すること。これは日本においての行政指導の意味の大きさを証明しているといえるだろう。

② 行政手続法で規定された行政手続

個別の手続きの法律としてこの行政手続法があるにはなるが、これがないから論ずる意味がない、ということではない。例えば憲法 13 条によって、あるいは 31 条によって、**憲法レベルで要請されているものである**ことは指摘しておく。**行政手続法は憲法上の要請のひとつの具体化とみるべきであって、逆に言えば行政手続法を守りさえすれば何をやってもいいということではない**。手続きが要請されるのは、適正な手続きを経ないような行政の在り様は、個々人の基本的人格をも傷つけるものであり、それは憲法が保障する基本的人権にも関わるからともいえる。

この意味では憲法 13 条から説明されることとなるが、これなら**比例原則**をも導けるので、学説の多くは普通ここから説明する。ただし塩野さんは遍歴から考えれば、プロイセンから伝わった不文の法源理ですらあると理解するとのことである。（教科書 p 276 も参照）

※最高裁は、これにつき憲法 31 条の存在を想定していることを示唆はしているが、直接に理をそこから用いるのではなく、**制定法に絡める形で適正手続原理を使っている**点に注意しよう。

適正手続の充実はず立法者に託され、それだけで出来ないときに最高裁は解釈でそれを補強するというやり方をとる。制定法準拠主義である。もちろん塩野さんは、これにつき「31 条」という枠組みですらなく、おおもとの法源理なのだとしている以上、これにもろ手をふって与すわけではないが。

③ 行政処分の事前手続

裁判などを事後手続と言うのに対して、処分の前に行う行為を**事前手続き**と言う。たとえば行政調査においては決定の前に事実を調べるという事前手続きを必要とする。この調査については国税法など行手法の適用除外があったことは思い出しておこう。事前手続きの例としては、聴聞：相手方の言い分を聞くことや、理由の提示：行政処分の理由を示すことなどがあげられる。

前者は許可の撤回を行うようなときに特に問題になることが多い。後者は許可の撤回も含むが、そもそもの不許可処分などの際にも使われる。これらの手続きは結局裁判とくつつくのであって、ある程度の保護が必要になる。諸外国でも、たとえば「防衛の権利」と言う観念がフランス行政裁判所で判例法理のなかで形成されてきた。ここから、規定がなくとも聴聞を行うべき場合があることが引き出されていた。今はどうかかわからないけど。事前手続の意義は、およそあらゆる決定には事実に基礎の確定の必要性があり、そこでは公正さの確保が必要であると言う点に導くことができるだろう。

1 4 1 2 行政手続法の目的

【参照】行政手続法第一条

「①この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第四十六条において同じ。）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする」

「②処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関しこの法律に規定する事項について、他の法律に特別の定めがある場合は、その定めるところによる」

行政権がその立法的コントロールに反したときに救済を求める、というときに行政手続きと言う概念が非常に意味を持ってくることになる。しかし、このときに「実体法」だけしかないのでは、いまだその目的を達成するには不十分である。**訴えを起こせるというときに訴訟法がなければ困るように、手続き上も人々を保護しなくてはならない。**

また、行政訴訟で勝つには弁護士費用などもかかるし出訴期間の制限もある。さらに裁判には時間がかかるから（行政はかなりすぐ上訴するし）なかなか難しいところである。さらには行政活動には一定の効果があるのも確かであって、事情判決もあるから、はっきりいって行政処分の取り消しには限界があることを法令自体が認めているようなものである。そもそも裁判所は裁量の範囲には立ち入らず、違法の判断をするのみであるから、それ以前の段階、**不当の瑕疵**と言える部分には手が及ばない。

ここでは実体法上の判断だけでは、行政が立法的コントロールを失ったときに問題がまるで解決されないのである。だから、行政運営における公正の確保と透明性の向上により国民の権利利益の保護を実現するために、行政手続法という形で事前の状況にもその射程をのばすことができる手続法が制定されたことは、非常に有用なことであることは疑いが無い。

また、このような経緯を踏まえれば、行政手続法が**聴聞・理由提示**（学説では理由付記/附記）・**文書閲覧**などを規定することは何ら特殊なことではなく、むしろ当然の規定、確認の意味すらあることになる。

※四原則

- ①**告知・聴聞**…行政処分をする前に言い分を聞いて挙げられるようにしようね的な奴。
- ②**文書閲覧**…聴聞とかのときに、行政の文書を見られるようにしようねと言う奴。行政手続法の 18 条に規定。
- ③**理由付記・理由の提示**…わけもわからないのは困るので、示させることができるようにした。後述。
- ④**処分基準の設定と公表**…基準は設定し公開するべきである。

1 4 1 3 行政手続法の構成

総則（第 1 章）＋ 申請に対する処分（第 2 章）＋不利益処分（第 3 章）＋行政指導（第 4 章）＋届出（第 5 章）＋意見公募手続（第 6 章）＋補則（第 7 章）

第三章の不利益処分ということを頭に置くと、第二章の申請に対する処分は、「不利益な」申請への処分を含まないように思えるが、ここでは申請と言う「国民側の行為」をスタート地点にしていることを重視した区分なので、このために**不利益な判断も含め第二章の申請に対する処分扱われる**ことになる。

この第二章が一番恐れることは、不利益だろうが利益だろうがそもそも申請のテーブルにのっけてもらえないことであって、それを救済するためには**申請**と言う国民の行為を包括的に保護するほかないのである。

不利益処分は行政がスタート地点となっているという区分けがなされている。この場合を守るべきは、言い分を聞き、事実関係を確かめる機会の保障であり、端的には聴聞である。

第五章は 37 条のみの規定。許可の審査というやりかたがとられていたときは第二章と同じ扱いでよかったのだが、地方出先機関に届ければもういいというやりかたが出来ようになった。要するにこれは自由化の一貫であり、審査という構造を予定しない行政「処分」でないものである。よって独立に届出が規定されることとなったのである。ちなみに自由化は GATT～WTO の流れと密接に関連している。

※届け出の中には純粹の届け出ではないものも含まれている。たとえば「60 日以内にいちゃもんが行政からつかなければオッケー」みたいな届け出もある。事後変更命令付届出制というが、環境立法などで散見される。第六章はパブリックコメントの規定だが、これは自由主義とはかなり異なる規定である。

立案者がおいていった行政立法と行政計画という積み残しを、平成 17 年改正で前者については解消したのである。これは直に誰かさんの自由を侵害するとかそういうことではないが、民主主義的な基盤に依拠した定めである。

1 4 1 4 適用除外規定

この法令が適用されない分野が存在する。

①適用除外となる分野（§3Ⅰ）

第三条「①次に掲げる処分及び行政指導については、次章から第四章までの規定は、適用しない」

長すぎるので引用しないが、ここで重要なのは、「分野」として除外されていることである。たとえば議院が議決して行う処分などがあるが、これはカテゴリーである。

もちろん個別法のなかで行政法を外したり、むしろより強化しているようなこともある。

②地方公共団体（§3Ⅱ）

第三条「③第一項各号及び前項各号に掲げるもののほか、**地方公共団体**の機関がする処分（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に限る。）及び行政指導、地方公共団体の機関に対する届出（前条第七号の通知の根拠となる規定が条例又は規則に置かれているものに限る。）並びに地方公共団体の機関が命令等を定める行為については、**次章から第六章までの規定は、適用しない**」

ここでは、処分については条例または規則に基づくものは適用除外とされる。規則は地方公共団体がルールとして地方自治法 15 条にのっとって制定できるものである。どちらも法源性をもつものである。

たとえば、国が作ったルールに基づく水質汚濁防止法についての地方公共団体の処分は行政手続法が適用されるが、神奈川県的生活環境保全条例に基づいての知事の処分はこれにかからないことになる。

※だからといって、これをガン無視していいことにはならず、行政手続法 46 条により**努力義務**が課されることになるし、各地の行政手続条例などで規定される。例えば北海道石狩市の行政手続き条例などを参照。

【参照】行政手続法第 46 条

「地方公共団体は、第三条第三項において第二章から前章までの規定を適用しないこととされた処分、行政指導及び届出並びに命令等を定める行為に関する手続について、この**法律の規定の趣旨にのっとり**、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならない」

③国の機関（§4）

行政指導に関しては、そもそも法律の根拠が必要なわけではないので、法律で作られたものとは限らない。行政指導には緊急性が要求されることもあるし、そもそも完全に手続法の規定が適用されず、38 条によってカバーされることとなる。

1 4 2 0 行政手続法の内容

1 4 2 1 申請に対する処分

(a)標準処理期間（6 条）

行政手続法第六条「行政庁は、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分をするまでに通常要すべき**標準的な期間**（法令により当該行政庁と異なる機関が当該申請の提出先とされている場合は、併せて、当該申請が当該提出先とされている機関の事務所に到達してから当該行政庁の事務所に到達するまでに通常要すべき標準的な期間）を定めるよう努めるとともに、これを定めたときは、これらの当該申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により**公にしておかなければならない**」

基準となる期間を定めること自体は**努力義務**だが（とは言っても、標準が作れるのに作らなくて良いと言う趣旨ではない）、いったん定めた以上は公表する義務が設定される。

公表のしかたは地方公共団体によるが、なかにはインターネット上で公開しているところもある。設定された基準を一日でも超えたら不作為の義務付け訴訟で勝てる！なんていうものではない。説明責任が発生するといった程度の物であり、個々の事件の特殊性が勘案されて初めて義務付けに値する不作為と評価される。

このような規定はヨーロッパの諸法制にはあまりなく、わりと独自の物である。職員が好き勝手し放題だった日本おなじみの問題意識からの規定であるのは想像通りで、これによって予測可能性を担保することになる。

(b)審査開始義務、要件不適合申請への対応（7 条）

行政手続法第 7 条「行政庁は、申請がその事務所に**到達**したときは**遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない**、かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の**補正**を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない」

事務所への「到達」による審査開始を認めることによって、申請放棄への誘導を阻止する狙いがある。このままでは申請を受けざるをえないが、阻止したいようなときに、事実として申請を無視すると言うやり方はとられていたのであり、これは防止せざるをえなかった。これまでは、①届く→②物理的に受け取った「收受」のハンコを押す→③審査体制に入った「受理」のハンコを押すという流れがあり、役所はこの③の段階ではない！まだ受け取ってない！という言い方でごまかしていたのだが、「**事務所に到達**」という言葉でそれは明確に否定された。

※補正…この書類を出さなければ許可は絶対できない！というようなものが欠けていたら指摘し、それを提出しないのならばまあ認可を拒否するしかない。

(c)公聴会等の開催（10条）

地方公共団体における調整的行政指導との関係…行政処分の名宛人のみを考えると行政分野は少なく、行政処分は二重効果行政になりつつある。つまり、**名宛人以外も行政処分につき考慮しなくてはならないが、このような規定は日本では非常に稀有である**。その稀な法律のうちの 하나가、これです。

行政手続法第10条「行政庁は、申請に対する処分であって、**申請者以外の者の利害**を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、**公聴会**の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない」

関係第三者の意見を聴く手続ではあるのだが、対象局面の限定、努力義務と言う点からするとあまり効果がありまくるというわけではない。このような第三者のことを考えた手続き規定は、今後の行政がおよそ第三者を巻き込まない形でできないものになりつつあることを踏まえれば、今後さらに整備が求められるだろう。

1422 不利益処分

行政手続法第13条「行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない」

この規定により、大筋では意見陳述のための手続が必要と言うことになる。適用除外もあるにはあるが。

ただし、いくつかのパターン（聴聞・弁明の機会の付与）に分かれている。

（続き）

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ **許認可等を取り消す不利益処分**をしようとするとき。

ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。

ハ 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、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。

二 イからハまでに掲げる場合以外の場合であって行政庁が相当と認めるとき。

二 前号イから二までのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

(a)聴聞（§13 I ①）

とくに許認可の手続きを取り消すのは非常に重い処分なので、弁明の機会を付与するではなく、**聴聞**と言う重い手続き規定を課して保護しようとしている点に注目しよう。

行政手続法13条には個別事情に基づく聴聞が規定され、15条で記載すべき内容を書いている。ここではとくに15条の聴聞通知の記載内容として、**不利益処分の原因となる事実**というものが問題になる。

これについては、他の住所だとかとは違い、たとえば記載の程度だったりをどこまで書くかといった結構なめんどくささがある。ほかにも原因がAかBかの断定に時間がかかる場合の対応とかも問題だし。聴聞手続の場で新事実が明らかになった場合、通知のやり直しを要するかなども議論される。

ただ、聴聞終結後に「原因となる事実」につき行政庁の判断を左右する証拠書類が新たに発見された場合は、聴聞の再開を命じることができる（§25）。あとは聴聞終結後に「原因となる事実と異なる事実」およびそれに関する証拠書類が新たに発見され、行政庁がそれに基づいて不利益処分を行おうとする場合は、新たな聴聞手続が行われる。まあなんにせよこのようなことを踏まえると、**非常に重い手続きで、まあちょっとやってみるかというような簡単な作業ではない**ということになる。このとき、第18条で文書閲覧請求権も認められる。そもそも資料とか見れないと、その理由提起に納得することは難しいだろうし、妥当である。

聴聞主宰者については19条に規定がある。一応行政庁とは別個の職で、**除斥規定**もある。行政法学では行政庁は行政処分を行うところだから。それとは別に主催者をおいているということになる。彼らが最終的には聴聞の結果を文書化する。ここには、現場の事を良くわかっているべきだという要請と、紛争の全形態として行政手続きを見るとむしろ当事者から離れていたほうがよいという要請の二つの間でバランスがとられている。

審理の方式については、聴聞は一回の期日だったり複数だったりいろいろ。

この聴聞における行政庁の職員に対する質問権は、20条の2項に定められる。この手続きに際しては、聴聞調書と報告書が第24条で作成されることになっている。証書は何回か作られることもある。

(b)弁明（§13 I ②）

原則として書面の提出が義務付けられる。ようするに聴聞できないときにも弁明書くらいは出させるぜということである。

1 4 2 3 参考：行政手続法制定に至る道のり

- 1946 アメリカ APA 成立
- 1952 国家行政運営法案
- 1960 日本公法学会が行政手続法をテーマに取り上げる。
- 1961 第一次臨調が行政手続法の制定を検討課題とする。
- 1962 最判昭 37・12・26（青色申告承認取消処分 of 理由付記）
- 1963 最判昭 38・5・3（青色申告更正決定 of 理由付記）
※100 選 128 事件
東京地判昭 38・9・18（個人タクシー事件）
東京地判昭 38・12・25（群中バス事件）
- 1964 第一次臨調が報告書を提出（第一次臨調案）
- 1965 東京高判昭 40・9・16（個人タクシー事件控訴審）
- 1967 東京高判昭 42・7・25（群中バス事件控訴審）
- 1971 最判昭 46・10・28（個人タクシー事件上告審）
- 1973 杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』出版
- 1975 最判昭 50・5・29（群中タクシー事件上告審）
- 1976 （西）ドイツ連邦行政手続法成立
- 1979 フランスで理由付記法成立
「航空機疑惑問題等防止対策に関する協議会」が一般行政手続法の整備を提言。
- 1980 行政管理庁に行政手続法研究会設置（第一次研究会：雄川、橋本、成田、南、塩野ほか）。
- 1981 第二次臨調が「信頼性の確保」の視点を打ち出す（第一次答申）。
- 1982 同上（基本答申）。
- 1983 第二次臨調第三部会報告および最終答申が行政手続法を具体的課題として取り上げる。
臨時行政改革推進審議会が設置される（第一次行革審）。
第一次研究会が行政手続法要綱案を公表（第一次研究会案）。
フランスで「行政と利用者の関係改善に関するデクレ」が制定される。
※フランスは自分たちの国が行政法法理の花だと思っている節がある、
- 1984 日本公法学会が行政手続法をテーマに取り上げる。雄川教授総会報告。
- 1985 第二次臨調答申を受け、総務庁において行政手続法研究会を開催（第二次研究会：塩野、成田、園部ほか）。
最判昭 60・1・22（旅券発給拒否処分 of 理由付記）
※100 選 129 事件
最判昭 60・7・16（中谷本店事件）
- 1987 第二次行革審設置。
第二次行革審に「公的規制の在り方に関する小委員会」を設置。第二次行革審の公的規制の緩和等に関する答申。
- 1988 行政手続法研究会（第二次）中間報告。
日米構造協議の開始。
「公的規制の在り方に関する小委員会報告」で制度運営の「透明性」と「公正確保」の見地が強調される。
行革審「最終答申」で行政手続法の整備が早期実施課題とされる。第三次行革審設置。
- 1989 行革審に「公正・透明な行政手続部会」が設置される（角田部会長、塩野部会長代理）。
「行政手続法要綱案（第一次部会案）」を公表。行革審が「公正・透明な行政手続法の整備に関する答申」を提出。法律案の立案開始と早期提出を閣議決定。
- 1992 「対案研究会」（名古屋大学系）が対案を公表。
- 1993 行政手続法案と整備法案の国会提出を閣議決定。
- 2005 行政手続法改正。意見公募手続等の制度化。

1 4 3 0 基準の設定・公開

1 4 3 1 基準の恣意抑制機能

要件に裁量が認められるとすれば、それは専門性が高かったり高度に政治的だったりするからである。抽象的な要件を実際に行政が適用しなければならないとき、このような規定が実際に目の前に現れたら、前例やこれからの処理のしかた、自分の立場をいろいろ考えなくてはならない。

ここではやはり、理由もなく曖昧な規定があるより、具体的に適用できる次元で規定がなされているほうが望ましいし、国民を平等に扱うことが可能になる。

そういう意味で、公正さを疑われない手続の必要性からは基準と言うものが具体化されることが必要になる。これを行政の内部でやるのが「**処分基準**」である。この設定はこれが公開されれば、たとえば多数の者の中から少数の者を選ぶなんてときにも、**予測可能性を与えとともに、いらぬ恣意を防ぐ機能をもつ**。

※概念法学の国ではまさにこれを徹底して一つの「答え」が導けると言う方向にいきやすい。

基準の設定の要求はそれ自体では公表までは要求されないが、行政手続法における公表の要求は、これにおいて行政の内部規範を表に出させることで、意思決定の透明性を担保することにつながるのである。

※行政手続法 12 条①「行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない」

個人タクシー事件判決（最判昭和 46 年：最高裁）

判例集 125 事件。タクシー事業を縮小する時に、枠を設定してそこにタクシー屋さんをぶちこむわけだが、じゃあ誰ならいいんだよ、というところで基準が問題になった事案である。上に述べたようなことをいろいろ述べて、ここでは基準を公表しろとまでは言ってなかったが、少なくとも設定するよう要求した。

1 4 3 2 義務の内容

こうして基準につき義務が課せられることは周知となったが、実は手続きの種類によって少しその義務の射程は異なる。申請に対しての**審査基準**と、不利益処分に対する**処分基準**とでズレがある。

①申請に対する審査基準

この場合は**審査基準を設定し、公開するところまで義務とされている**。これは行政手続法第 5 条により具体化の要請がなされている。もちろん、最初からそれ以上具体化を要しないような法令の基準もあり得る。法令のレベルでもう決定ができるというのであれば（それだけで決めきれような場合）基準がなくても大丈夫だとはされている。とはいえこの感覚にはズレがあり、行政法学からは「やっぱり基準いるっしょ」と思うものでも、公共団体のほうからは「オッケー」だと思われるものがあったりして問題になる。それにここには、具体的に基準を出してしまうと、想定以上に申請などが来てしまった時に困る、という実務的な理由もあったりする。

②不利益処分に対する処分基準

処分基準については、設定、公開ともに努力義務である。ただし、具体化の要請はかかる。

ここには、不利益処分を定型化しにくいところがあったというのがある。また、違反行為がここでは想定されるが、このような場合基準を公にすると**脱法行為**を助長する可能性もある。（ゼミを 3 回サボったらダメという基準は裏返すと「2 回は休んでいい」という権利付与にとられかねない）ただ、懲戒処分とかとは異なって、比例原則がある以上は事例が蓄積していく中で先例拘束性かなりの部分に及ぶので、後者については説得力に欠く部分があるし、塩野さんもこの点を指摘する。とはいっても、前者に言う臨機応変性が高いところは確かにあって、公表すべきだとかしないべきだとか一概に断ずることはやはり難しい。

1 4 3 3 審査基準を定めていないと、裁判でどうなるか？

労働会館の目的外使用不許可処分事件（平成 12 年：奈良地裁）

審査基準の定立・公表義務違反を理由に本件不許可処分が違法になるということはないとされた事例。

ようするにここにあるのは、**処分としては（事後的には）正しいものだったが、途中で手続きの瑕疵があったときに、その処分をどう扱おうか**という問題である。行政訴訟との関係でも考えないといけないので、ここだけで完全に理解するのは難しいがまあ少しだけ話しておく。

この事件ではまあ処分の裁量は正しかったのでオッケーだぜ！というものになった。だがこれが一般化できるかといわれると微妙。そもそもこの時期には手続きに関する判例が蓄積されていない頃だったし。

ここでは相手方の保護される利益と、それを保護するために他のどのようなやりかたがあったのかあまり評価されないが、結局手続きに瑕疵を判断する時にはこれも気にしていなくてはならない。

ドイツなどではこのような発想が強いと言われ、手続きは実体のはしためであるという。手続きは付け加えのためのアイテムに過ぎず、それは同時に実態が正しく判断されていると言う事実をくみ取るものとされる。これをまとめて、**手続きを踏まなかったことが実体的な結果に影響を及ぼす可能性があるときに限り、手続きの瑕疵が違法につながる**という考え方が有力となり**群馬中央バス事件（昭和 50 年：最高裁）**などでも示され、実務はこう動いているようである。だが、まだまだ判例が蓄積した状態での判断が無く、以下のようなある意味で新しいざっくりした考え方も散見される。

医師国家試験受験資格認定拒否処分事件（平成 13 年：東京高裁）

医師の国家試験にも放送と同じような予備試験があるのだが、中国人医師がこの本試験を受けようとしたところ予備試験相当だと言われてしまった事案。

こっちは具体的な中身に立ち入らず審査基準の公表なしに行われたとして処分が取り消された事例。先のものとは考え方が真逆になるが、ここでは**職業選択の自由**という憲法上の権利が存在したことも影響しているのだろう。

まあこのような判決はそれはそれで手続重視の証明になるのだが、逆にいえばこれで**手続き瑕疵があるからといって何が要求されるかって、「基準を公にして、そのうえでもう一回同じ判断をする」ことで十分**なのである。訴訟上は手続きが違法な以上、先の事件なら審査基準を公表して「予備試験相当」といえばいいのであって、これでは時間のロスである。このような問題もふまえないといけないので、結構めんどくさい。

1434 基準の適用と案件の固有事情

起訴事実のミス、平等原則、比例原則、衡量事項論などが裁量権逸脱の理由となる。ただそのなかで最近、事案の個別化がしっかりできているのか、すなわち**個別事情審査義務**を果たしているのかが問題になることも多い。一見すると、これは単に審査基準を細かくすれば達成できそうな気もする。

例えば個人タクシー判決はどのような思想だったのか思い出すと、審査基準を要求することですなわち透明性を確保することが期待されていた。外から見て透明であると言うことは、外部からの**予測可能性**があるということである。行政手続法はここでさらに基準の具体化を要求していたし、このような議論の流れだと審査基準は細かい程いいことになりそうである。

だが話はそれほど簡単ではない。たとえばここで、優が10個以上の人に奨学金をあげるというときに、優が9個だが全部100優の人に奨学金が無く、優が10個だが全部80点の人が奨学金を得られるとしたらそれは微妙なところである。ここではむしろ、基準を変に細かくしたがゆえに問題が生じているともいえる。

つまり、**審査基準の機械的な適用が出来るがゆえに、逆に個別的な審査を見失うことがありうる**のである。裁量と言うのは、最善の決定を求めるためのシンキングタイムなのだという考え方からは、むしろこのような個別性を没却する基準設定は危険と言うことになる。「個別事情審査義務」を考える時には、このような観点と予測性、信頼性からくる秩序とのバランス取りが問題になるのである。

温泉掘削不許可事件（平成3年：福岡地裁）

「既存の温泉源から100m離れていること」という内規の基準（行政手続法が無い時代なので審査基準と言う言葉がない）に照らしてなされた不許可処分が適法とされた事例。

本来なら個別的に地盤の構造などから考えていかないとはいけないことである。だがそういうふうにすると地下にボーリング何回もしないといけないが、このような個別審査は大変である。そこで諮問機関に諮って、100メートルルールを導いてもらっていたのである。ここで、不許可になったほうは職業選択の自由など憲法の問題を持ち出した。

最高裁はここで、**距離制限規定の合理性は審査に要する労力・時間・費用などから判断される**と示した。こっちは割に「具体化」したことを大事にしている。

排水設備設置義務免除及び放流許可に係る不許可処分取消請求事件（平成13年：静岡地裁）

公共下水道に接続するための排水設備設置義務の免除が拒否された事件。「放流下水は、排水処理施設等を経由しない、未処理の状態であること」という審査基準に基づいてなされた不許可処分が違法であるとされた事例。堂々の授業で取り扱わない宣言に泣いた。

まあいろいろ見ると、結局は個別的に判断することができるのか、できないのか、そして抽象的にしてしまうことで何が起きるのか、その点をしっかり考量していく必要があることがわかる。判例の中には具体化を優先する者も、「最善の判断」のために多少は具体化された基準をねじまげようとするものもあり、まとまっていない。この点、最近の最高裁は、水俣病の認定の基準につき、「いくつかの症状のうち2つがあったら認める」というルールがあって問題になったところ、このルールは「1つしか症状がなかったら認めないと言う意味ではない」として、この場合にも個別に判断していく余地を残している旨示したのが注目される。

1440 理由の提示（申請に対する処分§8 / 不利益処分§14）

1441 「理由付記」に関する従来の議論

行政手続法第8条①「行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない」※但し書き省略

行政手続法第14条①「行政庁は、不利益処分をする場合は、その名あて人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならない」

●理由付記の恣意抑制機能、不服申立便宜機能

行政との契約で「てめーの顔がきたねーから契約しないわ」ということはさすがにできないことであり、しかるべき理由が必要になる（理由なくして…）。ここで理由付記が徹底されなければ、これが貫徹できるわけがない。

慎重さを確保し、恣意を抑制することが理由付記には期待できるわけで、これを恣意抑制機能と言う。後で理由を示さないといけないとあれば、ある程度理由が用意できるような決定をすることになるからである。また、行政処分に対して事後的な救済を求める（主として裁判が念頭におかれるが、他の手段もありうる）ときに、そもそも法的救済手続きを踏むだけの価値があるのか、つまり勝てるのかの判断に際してこの理由付記が存在していると便宜である。これを理由付記の不服申し立て便宜機能という。

後に見る 100 選 129 事件（旅券法事件）では、判決中に「恣意抑制」「不服申し立てに便宜」が明示されている。このような判決はこれが初めてではなくそれまでもたくさんあった。

※正しい理由書が間違った宛先に送られたせいで、処分通知が先に届いてしまったがために出訴期間を超えたと言う事案があった。裁判例はここで、出訴期間は正しい理由書が届いたときを基準に判断することを述べている。これもこの機能を強調している。

塩野さんは、このような機能に加えて相手方の説得機能や、決定過程の公開機能も理由付記の効果に含めている。結局これは、行政手続きがブラックボックスではいけないという彼の問題意識にもよる。

歴史的には瑕疵概念の巨匠である田中次郎先生の時代にはこの問題はあまり意識されていなかったが、次第に最高裁判例中にもこの重要性が示され始め、今では塩野先生がこう議論するように、非常に重要なものとなった。

※「明文なければ理由付記なし」の原則

外国でも一般的とまでは言えないが、不利益なことをするときに理由を説明するのは、基本的に法律で義務付けられているときに限ると判例では考えられている。今は行政手続法があるからまあほとんどひっかかるが、とはいえ適用除外が絡んでしまうときには義務がないことになる。これは負担との兼ね合い（とくに租税などではマジでだるい作業になる。件数も多いし）、あとは立法者の尊重でもある。ただし逆に、立法者が義務付けた場合、そうである以上はかなり厳しく理由付記が要求されるようにはなっているというのが日本の特徴である。ここから、憲法から直接導けるくらいにまでは具体化されていないということもできるが。

1 4 4 2 処分と理由の同時性

申請の拒否については理由の提示は、行政手続法の第 8 条にそれが「同時に」行われる旨義務付けられている。不利益処分に関しても第 14 条が同じように同時性を要求し、やはり同じタイミングでしっかり理由を示すことで上記の機能を果たさせようとしているのが伺われる。

不利益処分は緊急性が高いので、「差し迫った事情」がある場合に例外規定もあるのだが、結局は 14 条の②項で後からの補完がなされなくてはならないことになっており、可能な限り同時性が保たれる。同時性を要求するのは、処分のときまでに慎重さを確保してもらおうと同時に、言い訳シンキングタイムをなくすためである。

1 4 4 3 提示すべき理由の内容

示すべき理由の中身は、適用する法律の趣旨・目的、行政処分の特質によって異なるというのが一般論である。ただ、程度は別としてその趣旨目的などと照らすためには当然ながら法適用の前提となった事実関係の具体的記載が要求されることとなる。

旅券法判決（昭和 60 年：最高裁）

100 選 129 事件。ここではまさに事実関係の記載が問題になった事案である。根拠となる自由を示さないまま処分され、それを訴えても「日本赤軍と密接な関係があるため」みたいな感じで、答えはとてもテキトーである。第一審判決はここで、処分に相当の理由があるとは認めなかった。つまり、何故日本赤軍と密接な関係があるのか、というレベルでの事実がここでは要求されているのであり、それに該当する事実があるかどうかを、国側の指摘した事実がどれも理由とするに足りないとして各個撃破して却下したのである。

逆に第二審は、各個撃破のやりかたをとらず、全体として見て「まあ理由があるよね」と主張したのだった。ここまでにあるのはあくまで実体の評価の問題であって、手続きがなかなか議論されないという状況だった。最高裁はここで、破棄自判。

重要なのは、ここまでは実際どうだったのかしか話していなかったのに対して、あくまで「理由付記」について、発給拒否の根拠規定を示すだけでなく、当該適用の基礎となった事実関係を明らかにして起因となった事実を分かるようにしとけよとし、しっかり理由付記と言う手続までも重視したのである。事実審である二審が事実関係を追完して「これで旅券法に結びつけていい」としたが最高裁はこれでは足りないとし、具体的な事実関係が法適用の前提として納得できるレベルで示される必要があると示したのだった。

※ここでは実体的な結論とは別にして手続き的な問題が違法になるとした点でも衝撃的であった。どうもさっきから憲法に関わるものについては適用違憲としないため手続き的な重みが重視される傾向になるようである。ただ、じゃあどのくらいの事実を記載すればいいのかは明確に示されないのが問題が無くもないが、高裁の追完程度ではここで最高裁のおめがねにはかなわないということであった。

また、不利益処分の処分基準を公表した場合の理由の記載については、処分基準と理由の提示が必要である。

一級建築士免許取消処分事件判決（平成 23 年：最高裁）

100 選 128 事件。公にされている処分基準の適用関係を示さずにされた建築士法（平成 18 年法律第 92 号による改正前のもの）10 条 1 項 2 号及び 3 号に基づく一級建築士免許取消処分が、行政手続法 14 条 1 項本文の定める理由提示の要件を欠き、違法であるとされた事例である。判旨には、「そうすると、建築士に対する上記懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては、処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて、**本件処分基準の適用関係が示されなければ**、処分の名宛人において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例であると考えられる」と書いてある。

ここのポイントは、嫌に詳しく処分基準が公にされていることである。

本権では事実は明記自体はしているし、法令への当てはめもなされていた。しかし、免許取り消しと言う結論に至るまでには、他にも懲戒の在り様はあるなかでどこに何をあてはめて取り消しとなったのかが分からないという事態であった。ここに付き、基準が公開されているのだからそれうまく使えやボケという指摘がなされたのである！まあ結局、理由の明示にはいくつかの段階があるとみるべきであろう。そしてそのうちどこまで要求されるのかは、具体的な規制の内容や様態、そして競合する処分の有無などの諸事情を**ザッハローギッシュ**に考えていくほかないのかもしれない。便利だなこの言葉。

まとめるとこの事件では以下の状況が見られた。

- ①**行政庁の裁量が認められる**。…裁量の行使の合理性を説明しないといけない。
- ②**処分基準がパブコメ等の手続を経て定立された**。…処分基準は相当性を持つため、逸脱には説明責任が伴う。
- ③**処分基準は公にされている**。…相手方の信頼保護のため、結局事後拘束性はさらに高まる。
- ④**多様な事例に対応すべく、複雑な内容になっている**。

このとくに④を説明しきるためには、単に事実と適用条文を示すだけでは不十分である、ということである。

ちなみにこの判決には反対意見もある。とくに弁護士枠の裁判官からである。まあ理由の提示を詳細にやるのはいいことではあるのだが、現実的にこれは無理なんじゃないかということである。国民の権利保護を標榜する弁護士勢力が行政の負担を心配する構図と言うのがなかなか面白い事態ではある。

これらの判例が今後どのような展開していくのかはまだわからない。が、少なくとも処分基準との**関わり合い**まで説明しないといけない状況がありうるまで来ていることに注意しよう。

理由付記の問題は基礎知識として行政法第二部でとても重要になってくる。これは理由の差し替えと言う問題に関わってくるんだってさ。理由を追完したりするようなときの話で、第二部の重要なテーマ。これは 20 年前には講義で話もしなかった超マイナーな分野だったのだが、今や第一級のテーマになり、重要なものになっている。行政手続法が理由の付記を求めるようになったためである。

もう一つは情報公開法と言うのがあって、こっちでは本当によく理由の差し替えが起きる。行政は「●条によって拒否します」みたいな感じで拒否をするのだが、訴訟になるとそれ以外にありうる全部の条文を持ち出してくるので、これが許されるのかな…という問題。こういうのに取り組んでいくのに、必要になるのが理由付記の知識である。ということで、ちゃんと覚えておくように。

1 4 4 4 根本の問題

この根本にあるのは、相手方の法的地位を変動させるような重大な作用における「手続」の瑕疵の位置づけの問題である。結局処分自体は正しいのだったらそれでいいだろうと言う考え（**結果主義**）は絶対にあるし、対して国家権力がどう濫用されるのか分からないことを気にすれば、たぶん手続きをないがしろにはできない。一見すると前者はただめんどくさがっているだけのように思えるが、「**手続に瑕疵があるなら、手続きを修正してもう一度処分する**」ことも可能なわけで、この場合は救済の観点からすれば単に時間の無駄である。思ったより一長一短なシチュエーションがあるのであって、このバランスのとり方はとてもめんどくさい問題であるし、まだ解決していない。

1 4 5 0 行政立法の手続 行政手続法の一部を改正する法律（平 17 法律 73）

1 4 5 1 行政手続法の目的 「参加」の語は入らなかったが・・・

行政手続法の平成 17 年改正では 2 条で「命令」がその射程に入った。行政立法がついに射程に入ったわけであるが、ここにおいては国民の自由を守ると言う行政法規一般の発想は薄れ、**民主主義**的な基盤を高める色彩が増している点は指摘しておくことにしよう。

※行政立法の展開に話が進んで行くが、行政手続きで扱ったものは大体が処分を前提にしたものである。だが行政の活動、立法の中で、ルールを作る行政活動にも手続きは必要だろうし、行政計画の策定にも手続きがあっ

てしかるべきということになる。わが国行政手続法は、スタート時にはこれらに対しての手続きは宿題に終わった。今やっと宿題の一つが片付いて、行政立法における多少の改善がなされたのである。とはいえ、ここでは全体とのバランスからまだ「参加」とは書けなかった。平成 17 年にこの行政立法に関しての規定が足されたので、ここで確認しておくということである。

1 4 5 2 「命令等」の概念（2 条で定義）

命令等として、**審査基準**や**処分基準**、**行政指導指針**などが命令とひとくくりになされている。

まあなんで命令と言うのかとかはいつかやったよね。議会が作るのが法律である以上は、行政が作るものは別の名称で区別せざるを得なかったのである。よって命令はその言葉のイメージよりも義務付けの意味合いがないことに注意しよう。命令等というのはこの点で内部規範的な**行政規則**にも、国民の地位を変動させるような**法規命令**にもなりうることになる。

そういう意味では、法規命令と行政規則はある意味相対的な位置にあるように思える。

1 4 5 3 意見公募手続

命令等制定機関に対して、行政手続法 39 条以下で規定するようになった。

一般原則として、**関連資料の情報提供義務**があり、そのような形で意見公募手続を実施することが求められる。提出意見は絶対に反映させると言うことではないが、考慮しなくてはならないし、結果の公示も義務付けられている。

もちろんいうことを聞かないといけないというわけでもないの、効果が強いとは思えない。が、いろいろやってみようぜと言う話であるので、方向性としてはまあいいんじゃないイメージ。

1 4 5 4 適用除外

適用除外もあるのでさらに実効性は弱い。自治体が命令を定めるような行為については行政手続法 3 条 3 項によって適用除外が認められ、46 条で努力義務に緩められている。

※このような、残された「宿題」である**行政計画**や**行政立法**の特徴は、**個々人を名宛人にせず、むしろ不特定多数の人間に関わるものである**という法的性格である。これが端的に立ち現われるのは、取り消し訴訟が行政計画等に対して可能であるかの問題であり、判例 100 選Ⅱの 159 事件、160 事件（授業では内容には触れず）などを参照すると行政の計画が取り消し訴訟の対象になるのかどうか議論されている。計画はいろんなところでいろんな人を相手こうするよと言っているだけで、誰かの法的地位に直接に影響を与えていない（処分性がない）のは確かなのだが、計画が発動するとその内容次第では建築などを制限されることになるし、土地を明け渡す必要があることもざらである。この意味では相当の制約を受けるのであって、ここでは一種の行政処分とみうる。それを裁判で争おう…というような話である。これは行政法第二部でやる話なので詳しくは触れないが、このときややこしいのは人々の中には、計画に賛成の人も反対の人もたくさんいるということであり、また一度計画が立てられた後に取り消されるともうどうしようもない状況になるということである。ここに事前手続きの重要性がすさまじいものであることが分かるはずである。

1 5 0 0 情報を巡る法制度

情報を収集・管理し保管していく一連の流れを最近の教科書は取りあげる。そこにはたくさんの要素が詰め込まれているのだが、講義の中では優先度マックスの情報公開法、そして個人情報保護法、できれば公文書管理法などを見ていきたい。まあデータをもとにあらゆる活動は行われる（正確にはスタートするきっかけを得る）のだから、行政における情報の重要性は著しく、ましてやその公開も言わずもがなである。

1 5 1 0 情報公開

1 5 1 1 情報公開の理念と意義

情報にもたとえば

①**収集**…情報に着目すると、かつては調査義務とかもやったがこれも情報収集の一貫と捉えられる。意見公募手続も一種の情報獲得手段となる。

②**公開**…これは制裁にもつながるが、国民へ情報を伝えるという意味合いを持つ。

などなどいろいろな過程があるのだが、そもそも情報と言うモノは非常に多様な法律と関わっているのに注意しておこう。**刑法や憲法、民法とも関わる情報法と言う一体系をなすものであって、それをここでは行政法の視点から見ていく**のだということをまず前提にしておくとい。

情報公開の理念と意義には、私人の請求に基づく「**情報の開示**」と「**情報の提供**」というものが根本にある。個人が情報の開示を求め、それに行政がこたえるという発想である。まあ法によってそのスタンスは異なるが。

- ①**行政手続法**…ここでは公開の要素はあるが、見地としては**防御権**の思想がメインで、そこから進んで、さきに述べたように民主的参加の方向への展開もはかるべきではというものであった。
- ②**情報公開法**…こちらは**国民主権**の理念に基づく。この法では政府の説明責務という言い方がなされ、行政は国民の監視のもとにあるのだという民主主義的な理解がなされている。情報公開は何人でも請求でき、求の趣旨の特定は不要。国民主権が全面に出た結果、具体的情報について固有の主観的利益がなくても、当該情報の開示を求める権利が広く住民等に認められていることになる。

1 5 1 2 情報公開法制の展開

情報公開の法制は国よりも自治体が先行している。1982 年 山形県金山町、神奈川県で法制化されたとされていて、国レベルでは情報公開法が平成 11 (1999)年に、独立行政法人情報公開法が平成 13(2001)年に出来たのだった。だから自治体の方の仕組みもなかなか面白いものがあるので見れたら見たいところ。

1 5 2 0 情報公開法：総論

1 5 2 1 目的と基本構造

(a)目的

国民主権の理念にのっとり、開示請求権を承認することで政府の説明する責務を果たすということが、情報公開法の目的として情報公開法の第 1 条に定められている。

ここには**知る権利**という語は入っていないが、決して排斥されているわけではないという理解がなされる。事実、条例レベルでは「知る権利」という言葉が入っていることもある。確認だけれど条例も情報公開法の前に作られ始めていたのだったよね。

※情報公開に関わらず、法律の一条には大体目的が書かれている。目的に反した裁量権行使が濫用として違法となることは学んだが、一条の目的にここではあまりにも拘泥しすぎることはないというのが塩野さんのスタンスである。ここに知る権利と書くと、何か大きな変化があるということではなく、ここで重要なのはあくまでそれをどう制度化していくのかに他ならない。

そして知る権利はなくとも、「説明する責務」として**アカウンタビリティ**が明記されているのは重要である。国民による参加、監視機能を果たさせようとしているのが見て取れる。

(b)情報公開法の基本構造

情報公開法の第 5 条には、公開「しなくてもいいよ」というものが並べられている。つまりは**不開示情報に該当しない限り、原則として開示する**ことになっている。具体的には教科書 p 334 に対応する。

1 5 2 2 対象機関

以下にまとめてある。条文としては 2 条の 1 項に行政機関の定義があり、この行政機関が対象になる。

ちなみに、繰り返しになるがある開示してほしい文書に関して、個人が主観的に利害関係をもつ必要はない。あくまで公益立法を監視する目的が主題としてこの制度設計はなされている。現実とは別として。ただ、要求できる相手方のほうはどこでもいいということではなく、きちんと設定されているということである。不服申し立てがあると、審査庁は情報公開個人情報審査会とかいうのに諮問してもらう。

【対象機関】

A 内閣に置かれる機関

※内閣自体は文書管理をしないのでわざわざ書かれてはいない。

B 内閣の所轄の下に置かれる機関

C 内閣府設置法上の機関

D 国家行政組織法上の機関

E 会計検査院

まあこれだけ見てもあれなのでさらに注意すべきところを書いていく。

①**立法機関** (国会)、**裁判機関** (裁判所) は除かれる。ただし、文書自体が行政機関にある場合は開示の対象となる。まあ裁判所は情報公開をまったくしないとかいうことではない。さらに条例レベルでは、議会を開示対象にするところもある。

②独立性の高い**会計検査院**は対象機関ではあるが、憲法上の機関として独立性が非常に高いので、不服審査の機関は会計検査院内に置かれる (18 条)。

まだ不服申し立てをやっていないからあれなんだけどとりあえず。情報公開の仕組みも、開示請求に対して行政が応答するやりかたを執るので、**行政処分**である。拒否された場合は申請に対しての不利益処分として取消訴訟や、不服申し立てを行うことはできる。その不服申し立てについて、行政不服審査法では基本的には処分をした行政処分に上級機関 (県のことなら、知事とか) に判断してもらうのが普通である。会計検査院は独立性が高く、不服審査に関しては会計検査院の中で扱ってよいことになっているわけである。

③警察庁、検察庁（国組法 8 条の 3：特別の機関）などの特別扱い（2 条 1 項 5 号）

警察庁は国家行政組織法ではなんか扱われていなかったりする。別表にのってねーし。内閣府設置法の 49 条あたりに、内閣府におかれる外局として国家公安委員会というのが観念され、それと同レベルに消費者庁とか金融庁とかもある。が、警察庁が無い。ここでみるのは、警察法である。警察法 6 条には国家公安委員会のトップが大臣であるむね規定されるが、警察庁はトップも大臣でないのである（16 条）。このように非常に独立性が高く、そのために情報公開機関が警察長官になっている。

検察についても検察庁法では法務大臣の指揮監督権が、一般に渡っては渡るが個別の案件には及ばないと言う独立している機関なので、特別の機関になっている。

④独立行政法人は独立行政法人情報公開法

もう一個法律があるので、独立行政法人はそっち用の法律でなんとかしてくださいということになる。

1 5 2 3 対象文書

行政文書とは、行政機関の職員が職務上作成し、または取得した文書、図画、電磁的記録であって、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして当該行政機関が保有しているものである。

注意①これは実務上の決裁、供覧の観念とは離別されている。

注意②情報の前段階のものは行政文書に該当しない。たとえば個人的なメモである。これは個人的な使用の段階であり、組織的に用いられていない。しかしながら、メモでも組織的に用いられれば行政文書に当たる。

注意③販売目的で発行されるもの、歴史的・文化的資料や学術研究用資料として特別の管理がなされているものは対象文書から除かれる。

1 5 3 0 開示

1 5 3 1 開示請求者の権利・義務

(a)権利

①誰でも

何人も…と請求権が情報公開法第 3 条に規定されている。ここではそもそもの権利であるのと同時に、**外国人**も含むと解釈されていることに注意しよう。外国に居住している外国人でも大丈夫とされる。**国民主権からは限定すべきな気もしてくるのだが、立法政策な配慮がなされている**といえる。立法政策なので、条例レベルでは請求者の属性に一定の制限を加えているところもある、たとえば神奈川県条例は、神奈川県民以外に神奈川県内に在学、通勤する、事業所を持つその他行政文書の必要な理由を明示する者としている。理由を明示と言うのは運用上は転居予定だとか就職・進学を検討しているだとか研究調査だとかの説明が必要ということになっている。塩野さんとかはこのような限定に難を示す（とはいってもこの神奈川県位ならいいのかもしれない）が、現実的に可能かどうかを考えると、多少の制限は必要なのではないかとも思われる。

②開示請求権の設定 → 主観的権利

請求権としてはあくまで個人に帰属するものであるが、先の述べた通り情報と個人との直接的関連を要求しない。

(b)義務

権利濫用の法理が働く余地は、行政法と言う分野に関わらずありうる。ただそれ以外にも若干の個別規定がある。

①氏名・住所・文書を特定するに足る事項を記載した書面の提出が必要である（4 条）

②請求の目的、使用方法の記載は不要である

③手数料納付の必要がある（16 条）

この手数料は実は大きな問題である。たとえば実際に地図業者などがたくさん資料を請求してきたとき、地方公共団体とかは困ってしまう。

そこで、「開示」の手数料だけでなく「実費」の手数料をおさめるという形で条例を変えようとするのだが、そうすると情報公開オンブズマンとかにぼろくそにいわれることになるのである。このように、マネーの話になると理念と現実の相克に悩まされることになる。

1 5 3 2 行政機関の長の義務・権限

不開示情報に当たらなければ開示ということで、ここでは行政機関の長に不開示情報該当性の判断権がある。つまり、不開示情報に当たらない場合には**効果裁量**はないことになる。

(a)不開示情報（情報公開法第 5 条）

①個人情報（1 号）

個人情報には**個人識別型**と**プライバシー型**と言う考え方があり、個人情報とは前者：個人が特定できる情報か、後者：プライバシーまで推知できるものを指すかで争いがある。条文からしてこの法律では個人識別可能性で十分であり、プライバシー保護の必要性の判断は要らない。

ここには範囲が明確になるようにするとともに、より広い情報にセーフティネットをかけることで手厚い保護をしようとする崇高な目的と、単純に公開するのがめんどくさいというサボリ思考とが交錯している。

②**法人**に関する情報（2号）法人情報

任意提供情報で公にしないという条件が合理的なもの。人の生命等を保護するための例外条項あり。

③**国の安全等**に関する情報（3号）安全情報

「公にすることにより、国の安全が害される**おそれがあると行政機関の長が認める**ことにつき相当の理由がある」情報に限定されている。ここで大事なのは、おそれが実際にあるかどうかではなく、おそれがあると認めるかどうかが基準であることである。旅券法判決の規定とよく似ているが、おそれがあると行政側が言えればいいという少し甘めな規定である。

※安全情報と言うと、なんかあれだがこれは「国の」安全である。私たちの安全とはまた別。

④**公共の安全等**に関する情報（4号）公安情報

3号と同様。公安情報とか言う。

⑤**審議・検討情報**（5号）

ここでも公開すると混乱したり議論がうまくいかない「おそれ」で要求される。しかし、上の公安情報とかと違って、行政機関の長が認定、というような規定がない。ここに安全情報とかとの違いがある。ここで、「行政機関の長が認める」ときとの違いとしては、裁判での証明責任が異なる点があげられるだろう。国の安全や公安と言うのは、行政の方である程度資料を収集した結果、それを公開しないことに行政庁の長が決めました！ということに合理性が認められると解せば、原告の方で「認めるのがおかしいよね」と主張しないといけないのである。

逆に言えば、「**おそれ**」というのは抽象的で裁量に見えるが、説明責任の有無から判断するにここには裁量はないことになる。むしろ、行政庁には国家公安に関するものにつき裁量があるというほうが、この立証責任の差異をうまく説明できる。

⑥**事務・事業情報**（6号）

授業では略されました。

(b)開示請求に対する応答

応答は、原則として行政手続法の処分に関する規定に従うことになる。しかし、情報公開に特有の問題がある。まず開示請求者にとって、**文書の指定が容易ではない**ことがあげられる。そもそもあんまりわかんないから情報が欲しいのであって、行政側がちゃんと何が欲しいんでしかと付け足したりしてあげないといけないのである。また、情報開示はできるだけすべきであって、嫌な言い訳ができないように部分開示なども法定される。

①**補正手続**に際しての積極的情報提供（4条2項と行政手続法9条の比較）

補正を求める手続きは普通にあるが、そのときに行政から情報提供をしてやらないといけない。

②**部分開示**（6条1項）

不開示の部分が一部だけあるならそれをきりはなして開示しろ！というわけである。ちなみに文書の公開は、保有している文書の形からして開示しろと言うことであるので、わざわざ別にワードで文書を出すのではなく、戦後の教科書みたいな感じにすればよい。

③**個人識別情報を除く開示**（6条2項）

これも部分開示とかなり近いところがあるが、塩野さんは明確にこれを区別すべきであるとしているようである。個人識別の要素を除いて、これなら大丈夫っしょと言うことであれば（もちろん、その他の情報から特定できそうな場合を除く）公開することにされている。

④**公益上の理由による裁量的開示**（7条）

公益上必要な場合は、不開示条項にかかってもなんとかできる。つまりここには**効果裁量**があるということである。この場合、第三者のほうから裁判が起こる可能性があるので、そこで手続きの保障が必要になってくる。これについては後述するが、あくまで情報を白日の下にさらすと言うことの意味を常に考えるべきである。

⑤**存否応答拒否＝グローマー拒否**（8条）

開示情報が「ある」「ない」とかいうだけでもう一定の情報がばれてしまうことが考えられる。たとえば特定疾病病院にカルテを請求して「渡せません」と言われたにしても「あ、あの病気で入院しているんだ」と丸わかりである。運よく「存在しない」場合にそれを理由に「ないですよ～」と拒否することができたにしても、それだけで「あるかないか」は教えてくれることがわかるので、結局本当に入院している人物のカルテに請求がきた場合に困ってしまう。**だからそもそも「文書があるかないか」すら言わないままに請求を拒否できるシステムを整備する必要がある**。グローマーはアメリカの判決の名前らしい。

⑥第三者保護（13条）

第三者情報の記録された文書につき、第三者に意見書提出の機会を付与。人の生命、健康、財産を保護するために公にすることが必要と認められる情報については、意見書提出の機会を与えることを義務づけている。

(c)開示

開示決定は書面による様式行為である（9条）。口頭では予定されていない。

開示拒否処分については理由の提示が必要になる。（行政手続法 8 条）開示は閲覧又は写しの交付によっておこなわれる。今後は電子的記録についての適切な開示の仕方が望まれる。

閲覧すると文書が壊れるようなときには、写しの交付が可能である。理由の差替え

1 5 3 3 救済制度

(a)行政上の不服申立て制度

異議申し立ての基本としての**行政不服審査法**が存在する。これと情報公開法の 18 条によって、不服申し立てが行われると審査庁（処分庁）が情報公開・個人情報保護審査会に諮問することになっている。

不服審査は行政庁が受ける場合と、上級行政庁が受ける場合とがある。これは少しでも当事者から遠い客観的なところに判断をあおぐためであるが、これだけではなかなかうまく判断ができないところがある。やっぱり**現場が出したくないと言っている情報を無理に出される方向に、行政は向かわない**からである。そこで第三者の判断をもとめるのだが、第三者が最終的判断までするのは少しやりすぎなので、最終決定は行政の方に委ねられているシステムとして、「諮問」の仕組みができあがっている。

★審査会の更正と特色（地方公共団体はまた別の審査会があるよ）

①委員は 15 人（3 人ずつで 5 部会を構成）

②**インカメラ審理**ができる（情報公開・個人情報保護審査会設置法 9 条 1 項）。

これは刑事民事の手続法でやったよね。審査する人が極秘書類を見て判断できる仕組みのこと。**皆も行政法学者になって極秘情報をたしかめよう**！まあ裁判の場で「見せない」ままにそれを公開するか否かを確かめることが必要であるから、これはかなり重要。

③**ヴォーンインデックス**付きの答申をさせることができる（同 9 条 3 項）。

なんかカッコイイ名前だが、要するに目録化した資料を答申に付して出させることで、「累計 8000 ページから、君の欲しい情報を探そうぜ！」というような宝探しを防げる。

④不服申立人には意見陳述権（同 10 条）、意見書等提出権（同 11 条）がある。

⑤諮問庁の方の手続では、行服法上の意見書提出権や意見書等提出権が機能する。

⑥答申書の写しを不服申立人に交付する。公表。理由付記の必要。※このあたりは省略された。

(b)行政訴訟制度

まあ**抗告訴訟**ルートもありえるよね。

改正行訴法の下では、義務づけ訴訟と取消訴訟の併合提起が一般化するであろうと思われる。

法科大学院では義務付け訴訟をどう使っていくかが大きなウエートを占める。

ここではくわしくやりませんが、非申請型義務付け訴訟と申請型義務付け訴訟と言うのがあります。情報公開は基本は開示と言う建前だから効果裁量はないというのが建前である、とすると、開示処分を出すように行政に義務付けてくれと言ったほうが、よっぽど合理的である、であるから、処分の取り消し訴訟も同時に提起する形で、義務付け訴訟（申請型）を求めることになる。

請求対象である行政文書に第三者情報が含まれているときは、その第三者は、開示決定の取消訴訟、あるいは差止訴訟を提起することができるであろう。レジユメにはここに公文書管理法があったが、飛ばされた。

1 5 4 0 個人情報保護

1 5 4 1 行政機関個人情報保護の理念と意義

情報公開とは、国民主権の見方から、国に対して説明する責務の遂行を求めるというものであった。しかしながらここから扱う、情報公開に表裏をなす「**個人情報保護**」についての話は、単に国家機関を相手として想定するだけでは不十分で、民間もその視野にいれていく必要がある点には注意してほしい。

さて、では具体的な法律をみていこう。個人情報保護については、基本的には**個人情報保護法**を基本法としながら、**行政機関個人情報保護法**が行政機関におけるそれにつき規律しているという枠組みが取られる。まあ個人情報保護法と行政機関個人情報保護法が基本法と実施法との関係に立つといえいいだろう。

※基本法はルールとして特別の重みを持つ形式が与えられているわけではないが、その分野の理念と方針の大きなところを決めるものである。基本法は、様々な分野が関与してくるような諸法律を束ね、将来を見越した制度形成の方針を立てるために制定されるといえよう。

個人情報保護については先に述べたように行政だけではなく民間における規律も必要であり、行政・民間を横断する規定として基本法である個人情報保護法が制定されたのである。対してここにおいて「行政」についての個人情報保護を具体的に定めたものが、行政機関個人情報保護法ということになる。ということで、基本法と実施法の関係といえるわけです。

行政機関個人情報保護法においては、基本的には確かに目的とするのは個人の主観的利益、もっと具体的にはプライバシー権の保護ではある。だが、ここで言っているのは単に古典的な「一人で放っておいてもらう」という意味のプライバシー権ではなく、間違っている情報は直す、というところまで含むような「自己情報コントロール権」としてのプライバシー権であることは注意しておかななくてはならない。

1 5 4 2 行政機関個人情報保護法制の展開

情報公開法と議論は似通うが、やはりこのような法制度も自治体の条例によるものが先行していた。ただし、民間の主体については行政指導を中心としてこれまでは対応していたといえる。

そんななか、1988 年の行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報の保護に関する法律、民間部門については、貸金業の規制等に関する法律の 30 条 2 項などがきわめて限定的に個人情報を保護していたにとどまっていたのであった。

そして自治体の保護が行われる中で問題意識が上昇し、最終的には個人情報保護 3 法の成立が 2003 年 5 月になされたのである。

※A 個人情報の保護に関する法律、B 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律、C 独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律の三法である。

1 5 5 0 行政機関個人情報保護法

1 5 5 1 目的と性格と対象機関

(a)目的

個人の権利保護を目的とする。ここにあるのが「放っておいてよ！」的なそれにとどまらない自己決定的な意味でのプライバシーにかかわるものだというのは、さっき述べた通りである。ただし「行政の適正かつ円滑な運営を図りつつ」ということで、一定程度行政の運営にも配慮しているのは確かである。

(b)性格

個人情報保護法との関係では、基本法に対する個別法（実施法）にあたるぜというのは、これまたさっき尺を採って説明した通りである。

(c)対象機関

情報公開法と同じなので、華麗に省略する。

1 5 5 2 個人情報・保有個人情報・個人情報ファイル

三つくらいはこの法律を語る上で外せない概念があるので、説明しておくことにしよう。

●個人情報

行政機関個人情報保護法における「個人情報」は、その第 2 条 2 項によって「生存する個人に関する情報であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの」と定義されている。つまり、生存する個人という要件があるとはいえ、基本的には情報公開法と同じく個人の識別という観点から定義されている。

●保有個人情報

「保有個人情報」とは、第 2 条 3 項により「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した個人情報であって、当該行政機関の職員が組織的に利用するものとして、当該行政機関が保有しているもの」とされている。これもまた情報公開法の行政文書と似たような定義。だが、「ただし、行政文書に記録されているものに限る」として、文書化されているものという限定がかかる。文書と情報は同じなのかという問題もあるが、ここでは触れるだけ。

●個人情報ファイル

また、「個人情報ファイル」とは、検索のために特定の保有個人情報を体系的に構成したものである。定義は第 2 条 4 項にあります。

1 5 5 3 取扱基準

個人情報取扱基準の定めについては、行政機関個人情報保護法の第 2 章に定められる。

まあ以下に細かい取扱い基準を示すが、ざっくりとした原則としては、所掌事務遂行に必要な場合に限り個人情報を利用し、個人情報の取扱いには慎重にねと言う感じ。まあ当たり前だろと言う感じだが、これを規定しなければならぬと言う意味を考えてみよう。

行政機関個人情報保護法が具体的に定める取扱い基準は以下である。

保有制限・利用目的の特定（第3条1項）

利用目的の明示（第4条）

正確性の確保（第5条）

安全確保の措置（第6条）

利用及び提供の制限（第8条）※厳しそうだが、第2項に割と例外規定があるのでゆるふわ。

ポイント①OECD 8原則

実はこの個人情報取扱基準は日本独自のものではなく、OECD 8原則と対応したものと言える。

ポイント②**センシティブ情報**の取得制限に関する定めがない。

センシティブ情報というのは、思想・信条・病歴・犯罪歴など特に慎重な扱いを要するプライバシー固有情報であって、そこまではないプライバシー外延情報と自己情報コントロール権の見地か区別されることが多い。やはり内容の不確定性および相対性ゆえに一律規定が困難で、ここでは特別扱い的なものが出来ていない。

ポイント③利用目的以外の利用（8条2項）

相当な理由があるときは利用目的以外の個人情報の利用も許容されるゆるふわ規定なのだが、「相当の理由」については裁判所の審査が全面的に及ぶことになる。

1554 個人の権利

(a)**開示請求権**（行政機関個人情報保護法第12条）

何人でも自己の個人情報の開示を求めることができる。

①法定代理人による開示請求も認められる（12条2項）

法定代理人による開示請求も認められる。だが、14条1号にあるように本人の生命・健康・生活・財産に不利益が及ぶときには不開示とされる。

②部分開示（15条1項）

文書ではなく情報自体に着目すると、開示されない部分は「請求対象外」という表現が当てはまりそうな気がする。つまり、部分的に開示と言うよりは、**そもそも不適当な情報は開示請求の対象になっていない**ということもできなくもない。ただ条文を見るとそのような規定にはなっていないし、そもそも文書に載っているものを問題とするなら部分的に開示するという表現で構わない。

③他の個人の識別情報を除去した開示（15条2項）

他の個人についての識別情報は除かれることになるが、但し書きより開示してもまあ他人の権利利益に害がないような部分は開示しなければならない。

(b)**訂正請求権**（27条）

自己についての個人情報で、誤りがあるという部分については訂正を求めることができる。

①評価の訂正をどうするか。

訂正請求の対象になるのは27条の「事実でない」という表現からもあくまで「**事実**」であって評価ではない。つまり評価情報については、不満があっても訂正を請求することはできないことになりそうである。宇賀先生かなんかはそういつてしまっている。

ただ旅券法の理由付記判決についてならば「中近東で日本赤軍の幹部に会った」というのは事実で、「日本国外に出るのが危険」というのが評価だとか考えることはできるにはできるが、**両者の区別はそもそもしてなかなか難しい問題である**から、一概にそう言えるのかと言う気がする。

②行政処分の要件となる事実の訂正と処分の効力

訂正請求の時期については法律には規定がない。だが、誤った情報に基づいて処分がなされあとに、その後訂正請求がなされ基礎となる事実が変更されたらどうなるのだろうか。この場合、**当然に処分の効果に影響が及ぶことにはならず**あくまで**職権取り消し**の端緒となるにとどまる。ただ、処分があったとしても訂正請求権自体は消滅しない。個人情報保護の利益は処分の効力とは無関係に存続する。

(c)**利用停止請求権**（36条）

利用目的以外の保有・利用などの違法が行政の側に存在するときは個人情報の利用停止を求めることができる。

1555 救済制度

これについては情報公開法の場合と同様の定めがあります。42条を見といてねとのことである。

行政不服審査法に基づく不服申立てがあったときは、原則として行政機関の長は情報公開・個人情報保護審査会に諮問しなければならないとしているなど、そんな感じ。

とりあえず、学期のはじめにレジュメにあげた範囲は多少なり崇高な犠牲となったが全てこれにて終了しました。長かった…。

1600 終わりに

教科書 p 360 における「行政過程における私人」という項目、その「私人の地位の諸相」が講義のまとめに丁度良いと思われるので、最後にちょっと述べることにする。

1610 行政過程における私人

1611 自由を！

さて、公権力の一方的な発動が明確に現れるときにおいても、その対象になる私人は憲法で自由権財産権をもっているものであり、そのために公権力の発動には制限がかかる。そして請願なども行政がそれを裁可するという意味で私人が受け身にはなるが、基本的には、**ここでも憲法によれば私人は根本的には自由**なのである。あくまで公共目的から一定の制限をかけることが許されているということである。

つまり、念頭にあるのは**自由**であり、そこから規制をかけていく。そのために許可だとか申請だとかがあるわけである。このことをまず何より注目しておくべきである。給付的諸活動（補助金など）の基礎にもしっかりと社会権があり、ここでも人権の享有主体である私人を対象としているのである。

つまりまとめとしてここで見たいのは、**今まで見てきた「行政」の反対側、私人の側についての考察**である。

1712 私人の地位の諸相

① 防御的地位

一番基本的な視点である。行政が国民の地位を必要以上に侵害しないだろうかと心配する所に行政法学の基本的な視点はあるのであって、その限りからはまず考えるのは自由権財産権を「守る」ことである。基本的であって、そしてもっとも重要ともいえる。

具体的には例えば**侵害留保の原則**とかはこの考え方を前提にしたものである。金銭ならば損害賠償（民事の709条もしくは、第二部で扱う国家賠償）、損失補償と言う形で、他にも「取り消し」、「差し止め」と言う形で、迫りくる侵害行為を阻止したり補てんしたりしてもらうことになるのである。

また注意すべきは、**現代行政は二重効果的になってきている**ことである。ようするに第三者が行政の活動の影響を受ける例が近年は増えてきている。隣の土地の建築計画が違法なのに認められたり、急に原子炉が出来たりしたら怖いよね。明らかにここでは処分の名宛人以外にも効果が及ぶという事実がある。

第三者への利益は法の反射的な効果であるとかかつては主張された。周辺の安全な暮らしの利益は、名宛人への規制の反射的帰結であったという。ここにも財産活動の自由があり、ここに第三者は主張することを許されなかったのである。

しかし現在ではその第三者にも反射的でない利益があることは認められ、たとえば周辺住民が原発建設につき取消訴訟を行うようなことが一般的になってきている。**私人の地位、とくに防御的な地位は、この限りでかつてよりも拡大された外延を持っているのだ**と言えるだろう。

② 受益的地位

行政過程においては、積極的に国家や公共団体に**給付**を要求することも考えられる。日本国憲法の社会権からただちに請求権が発生するのかは憲法学上の争いがあるが、それはともかく個別の法律で私人が給付請求権をもつことが多い。給付の仕方はいろいろあって、水道の供給なら水道法で「契約」という形で行われるし、生活保護なら「給付決定」とかで行われることになるよね。

かつては陳情とかで頑張っていたのだが、いまでは申請満足型義務付け訴訟だとか直接型義務付け訴訟というものがあり、このような地位を体現するといえるかもしれない。直接というのは、現在は裁判所に「第三者への措置命令を行政は出せ」という請求を出せるようになったということである。もちろん原告適格はあるが、近くに住んでいる人間ならかなりの場合に適格がみとめられることが多い。

③ 公権力の発動を求める地位【積極的な法的地位】

上の受益的地位を含めて、ここでは単なる受益と言う意味以上のものが生れていることに気付くはずである。つここには**公権力を発動しろという、より積極的な意味での地位が存在**しており、義務付け訴訟というものの存在の背後には単なる受益的な地位だけでなく、こうした意味での地位が見え隠れする。

④ 行政決定への参加的地位

これは公聴会の開催の「努力義務」だとか、かなり関心が薄いところであったのだが、いろいろな決定の中にはやはりもっと一般的に意見を集めるシステムを作るべきではないかと考えられはじめ、方向としてはより参加的地位が強化されつつある。行政立法の手続きについてはパブリックコメントの制度ができて、参加的地位が観念されるようになってきた。国民が行政に対してどのような地位に立つのかこのように眺めてみると、今までの行政についての考察をアングルをかえて見直すことができるだろう。では、行政法第一部…完！！

講義は以上