

## 実質的法治主義行政法との対話

### (1) 行政法の枠組みと基本原則

——阿部泰隆著『行政法解釈学Ⅰ・Ⅱ』

(有斐閣、2008年、2009年)を読む——

比 山 節 男

#### はじめに

筆者（以下、評者ともいう）の恩師である阿部泰隆教授（神戸大学名誉教授、中央大学教授、弁護士。以下、著者という）が『行政法解釈学Ⅰ・Ⅱ』（有斐閣、2008年、2009年。以下、本書といい、該当頁を示すときは、Ⅰ〇〇頁またはⅡ△△頁で示す）を公表された。著者には『行政の法システム（上）（下）』（有斐閣、1997年。初版1992年）を初めとしてすでに約30冊の単独の著書があり、本書の後も「行政法の進路」というタイトルでの新刊本を出されている。創作意欲が尽きることを知らない著者であるから、今後も成果を発表されていくであろうが、とりわけ本書に対しては、著者自身、長く研究者として、最近は弁護士として生きてきた人生の道程における思索と実践を一般向けに集大成したとの意気込みが込められているようである。弟子としては、また行政法の研究と教育に関わる者として、本書をいかに正しく受け止め、継承発展させていくかを考えなければならぬ。そこで、本稿では、協働主義行政法の立場と自称する評者<sup>(1)</sup>の立場から、また、ロー・スクールにおいて本書を教科書として使用する立場から、本書における重要なテーマや論点を取り上げ、著者の解釈や提案を紹介するとともに、私の率直な評論を述べることにしたい。

本書の概要を紹介する前に、初めに、本書の大きな特徴のあらましを述べる。評者が思うに、本書が公刊されて存在する意義は、著者自身にとっ

ての感懐以上に、行政法に関係する学界と実務の両方の世界にとって、一つのエポック・メイキング的な意義をもっていることにある。なにを根拠にそう言うのか。本書において著者は、「賽は投げられた」と叫ぶかのよう<sup>(2)</sup>にして実質的法治主義の立場を強く宣言している。そして初めにそれを宣言した後、著者は再びルビコン河を戻ろうとするようなことは決してせず、また、ぶれたり使い分けすることなく、行政法の基礎理論、重要な争点そして200件以上の重要な判例事案等について、終始、徹底的にその実質的法治主義の立場を突き詰め、制定法準拠主義や行政行為論を骨格とするパンデクテン的な概念法学など、わが国の行政法解釈において今日も強固に立ちはだかっている慣習の壁を突き破り、見事、渴望してきたローマ市内に実質的法治主義の国家を確立したかのよう<sup>(3)</sup>にさえ思われるのである。

（実質的）法治主義や法律による行政の原理が行政法における大原則であるということは、行政法の論文や教科書の初めで、これまでもほとんどすべての者が口にしてしていることである。しかし、そこに到達するために渡りきらなければならないわが国行政法におけるルビコン河は、言うほどに易しく渡りきれぬ川ではなかった。そのため、途中で溺れたり流されたりする者がほとんどで、辛うじて渡りきった者は数えるばかりであり、それとて対岸のローマ市内にたどり着いたときには疲れ果てていて、ポンペイウス一派ならぬ上記伝統と慣習の網に絡め捕えられ、結局は命を落としたり、生きのびるために転向して（≡訴訟要件を充たしていないとか裁量の範囲内であるなどと容認して）余生を過ごすというのが、多くの偉大な諸先達の実像であったのではないと思われる。そのことからすると、本書における著者の到達点をエポック・メイキング的な意義を有するものと評することは、<sup>(4)</sup>けっして誇張ではない。

そして、個別事案の検討に際しては、理念レベルの視点から導かれる一般論だけではなく、事案ごとに異なる利益状況を偏りなく観察し、分かっているように見落としがちな要因や具体的事実、あるいは分かっていた筈なのだがきちんと取り上げて議論してこなかった要素や法的利益を見事に

フォーカスして描き出し、適切な利益考量や優先順位付けをして結論を導いている（極めて健全な市民感覚の発露もこれに含まれている）。あるいは、ある争点について説明し見解を述べるに際しては、従来提示されてきた判例や通説などの結論をただやみくもにそのまま持ち込むのではなく、そうした議論はどのような歴史的背景や意義・目的をもって展開されてきたのか、それゆえ、状況の異なる今日における妥当性はどの程度のものであるのかなどを、猛勉強に支えられた著者の該博な知識を動員し、それを難解な概念や言い回しを使って煙に巻くように説くのではなく高校国語教科書レベルで、初学者にも分かりやすい表現で説明してくれているのである。

わが国では、なんの検証作業もしないまま既存の理論を受け入れ、なんの根拠や理由も示さないまま、それを暗誦するかのようにして具体的事案に適用する傾向が伝統的に強かった（その意味では、きわめて教条主義的であり、解釈論以前のものがあった）と評者は認識しているが、著者は、それを上記のような真の解釈論を実践することにより明快に克服しているのである。たとえば、無効確認訴訟における「無効」の意義の捉え方に関する著者の見解の提示は、故遠藤博也説の示唆を受けたものというのがその代表例である。

要するに、行政法の存在理由、実質的法治主義、そして歴史的背景を含む事案ごとの利益状況の適確な把握という3つの視点から成る<sup>(5)</sup>解釈論を、たった一人の人間が、無数の行政法規と行政法判例百選Ⅰ、Ⅱの200以上を含む、判例になっていない事案を凝視し、これまでの行政法理論と闘争しつつ、少しのプレを生じさせることもなく一貫した態度で適用して見せたというところに本書の大きな特徴があるというのが評者の見方である。さらに、理念の高い次元から足元の世事に亘るまで、素材を切り分け、皿に盛ってみせるとき、著者ならではの、評者の眼からすると、これはもう超人であり天才的とでも評するしかない飾り付けが多々施されている。そうした具体例も引用して紹介してみたいと考える。

ところで、評者がロー・スクールにおいて担当する講義の受講生のほと

んどは行政法の初学者である。にもかかわらず4ないし5単位という限られた講義時間で、最高裁判決を中心にわが国の地方自治法の一部を含む行政法に関する法制度の経緯、到達点、正しい解釈のあり方、そして課題を論じる本書のすべてを解説するというのは基本的に不可能である。そのため、評者は、レジュメや講義において、精読して読むべき箇所を頻繁に限定している。しかし、その限定や選択の指示が不明確なこともあったので、本書を講義用教科書として使用した者の職責として、受講してくれた<sup>(6)</sup>学生に対し、講義において力点を置いて解説しようとしたテーマや争点、あるいは時間不足でほとんど言及できていない内容を文章にして提示しておきたい。また、とりまとめ作業の終了が近い法科大学院共通の到達目標第二次案・行政法（2010年3月29日掲載発表、以下、「コア・カリ」という。）や、すでに6回実施されている新司法試験の問題などとの関係にも言及して、本書がロー・スクールにおける教科書として特に優れている面、役立っている面、逆に、改訂に際して改善してほしいと思う点などを指摘したい。こうすることにより、本書をより深く理解するための消化剂的なものとして本稿を参照してもらい、膨大で内容も濃い本書を教科書として愛用し利用しつくしてほしいという思いである。

結果として、本稿は、ある種、書評の一端に位置づけされる内容になるかもしれない。しかし遺憾ながら、評者はまったくの凡人である。これに対し、著者はそれぞれに独創性のある30冊近い著書を有する天才的超人であり、著者と同じ視野、視界と博識を共有して論評するなど絶対的に不可能である。また、そこまでいかににしても、行政法学の今日的到達水準と成果に適切に目配りしながら書評することも、いささかの努力は試みるが無理である。そこで、新司法試験向き行政法教科書と一般に言われている以下の三者の計8冊（以下、「代表的教科書」という。）との差異を参照し、翻って本書における著者の主張の意義について考察することで満足せざるをえない。

[本稿で引用する概説教科書の略称方法例]

塩野宏『行政法Ⅰ [第5版]』(有斐閣、2009年)、同『行政法Ⅱ [第5版]』(有斐閣、2010年)、同『行政法Ⅲ [第3版]』(有斐閣、2008年)→塩野Ⅰ…(頁)。

櫻井敬子＝橋本博之『行政法(第2版)』(弘文堂、2007年)→櫻井・橋本…(頁)

宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第2版)』(有斐閣、2006年)、同『行政法概説Ⅱ』(有斐閣、2006年)、同『行政法概説Ⅲ(第2版)』(有斐閣、2011年)、同『地方自治法概説第2版』(有斐閣、2007年)→宇賀Ⅰ…(頁)

以下は、まれに言及する可能性があるもの。

高田敏編・新版行政法(有斐閣、2009年)→高田編…(頁)。

藤田宙靖『第4版行政法Ⅰ(総論)(改訂版)』(青林書院、2005年)→藤田…(頁)

稲葉馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子『行政法』(有斐閣、2007年)→村上他…頁。

原田尚彦『行政法要論(全訂第6版)』(学陽書房、2005年)

芝池義一『行政法総論講義第4版補訂版』(有斐閣、2006年)、同『行政救済法講義第3版』(有斐閣、2006年)

田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』(弘文堂、1976年)、同『行政法中巻(全訂第二版)』(弘文堂、1976年)、同『行政法下巻(全訂第二版)』(弘文堂、1983年)

## 註

- (1) 評者の協働主義行政法については、拙稿・わが国における協働主義行政法の成立可能性と射程(「法解釈学と政策法学」所収、勁草書房2005年3月)および同・共生社会における協働主義の法と行政法、帝塚山法学16号(2008年6月)1-43頁参照。
- (2) 実質的法治主義について、著者は次のように定義する。「実質的法治主義とは、国会が国民の意向を見ながら、憲法を踏まえて、法の整合性を考慮しつつ、一般的なルールを事前に作り、それを裁判所が憲法の観点から担保す

るシステムである」。そして、この定義が意味する趣旨につき以下のように説いている。「国会立法は、民主国家の見地から正当化されるし、事前にルールがあるので、予測可能性が高いので好ましい。」…「もちろん、法令は、しばしばずさんであり、行政に大幅に委任しているが、裁判所は、違憲立法審査権を有し、国会制定法、行政立法、行政行為などを、憲法に照らして判断すべきなので、国会と裁判所がともに意欲的に行動すれば、内容的にも憲法の趣旨に添った法治主義が実現するはずである。」…「ただ、日本の現実では、立法も不備であるのに、裁判所の法創造的活動はきわめて不十分であるが、それは実質的法治主義自体の罪ではなく、昭和40年代後半以降裁判所が消極的になっただけである。そこで、本書は、裁判所の積極的な法解釈を期待して、実質的法治主義の観点からの解釈法学に重点をおく」（I 112頁）と。本書における解釈学の一貫したテーマであり、読者は常にこれに留意していただきたい。

- (3) 本書のタイトルを「(創生) 行政法」としたかったと著者ははしがきで述べているが、「創生」の由縁はこのようなところにあると理解できる。
- (4) 本書について、その概要、特徴、構成、内容、および意義と評価などを論評する一般的な書評は、同門の田中謙がすでに発表している。同・阿部泰隆著「行政法解釈学 I・II」関西大学法学論集60巻5号177頁。田中謙の影響を受けないで本稿を執筆しようとしているので、評者はまだ眼を通していないが、目次を見る限りは、随分と知的関心を刺激される内容構成である。また、常岡孝好のかなり詳細な書評もある。同・変革の時代における行政法学のあり方—阿部泰隆「行政法解釈学 I・II」を契機として、自治研究86巻7号28頁、9号46頁、11号26頁。著者自身による本書の内容と構成に関する概括的説明は、I 40～44頁「IV 本書で示す行政法学の内容」および書斎の窓2009年5月号16-21頁参照。
- (5) ここでいう3つの視点は本書で論じられている順序にしたがって挙げている。しかし、後に言及される200以上の個別事案における検討では、初めの二つは言葉としてはほとんど顔を出さず、むしろ事案ごとに異なる事実と利益状況を冷静かつ適確に把握して議論を進めているとの印象が強い。つまり、行政法の存在理由と実質的法治主義の貫徹という意識が、個別事案における事実と利益状況という動体に対する視力をぐんと高めているように思われ、この点にこそ、本書の最大の特徴があると考えられるのである。そうしてみると、本書の「行政法解釈学」なる正題と「実質的法治国家を創造する変革の法理論」という副題は、本書の内容を正比例的に正しく表したものと評すことができよう。
- (6) ある公的な場での発言であるが、著者の見解はきわめて独創的なものであり、ロー・スクールで著者の執筆した教科書を用いて講義しても、学生がそ

れを理解し、阿部説に依拠して論文を作成することは難しいのではないかと述べた憲法学者がいた。なるほど、著者の見解は、ある意味独創的なときもあるが、それはなにも著者だけが保有する芸術的な感性から産まれたというわけではなく、むしろ、個別事案の実態を偏見や先入観を入れずに丹念に観察したうえで、行政法の必要性和有用性に照らして得られた見解であることの方がはるかに多い。公共性に関する理念的思惟を基礎としながらも、事案の事実を直視することがより重要視されているのであり、わが国の社会と行政法を実質的法治主義のレベルに格上げするために必要な考察態度と考える。したがって、「考える法曹」の養成を旨とするロー・スクールの教育理念により適合しているし、著者の見解を学生が理解し、それに依拠して論文を作成することは難しいことではない。著者は常々、行政法上の多くの問題は著者が唱える実質的法治主義の視点から解決できるものであり、その意味では行政法は簡単だと述べているが評者も同感である。

さて、新司法試験との関係では、本書は代表的教科書を含む他の行政法概説書にはない特徴を有している。それは、たとえば、2010年（平成22）に地方議会の権利放棄が出題されたが、行政法概説書のなかではおそらく本書（第4章第6節。421～422頁）だけがこの問題を論じていて話題になった。また、2006年（H18）に2項道路の一括指定に関する問題が出題され、その処分性をどう捉えるかが大きな論点であったが、学生諸君は、処分性の有無を検討する以前に、道路法における一括指定の制度的仕組みを理解するのに随分と苦労したようである。しかし、本書（第4章第1節。236～250頁）では、行政法規の代表例として、道路法と生活保護法の構成と仕組みを説明しているといったことである。それでも、評者は現在のところ、新司法試験行政法に対処するためにこの1冊の教科書で足りると言えるような概説書は、ないのではとも考えている。評者が合格者報告会で直接耳にしたのだが、ある最終合格者はその席上、「塩野先生の本を含む新司法試験向き行政法教科書と一般に言われている本を何冊か読み、分かったような気持ちになったが、ではそれで論述問題の答えが書けるかというと、ほとんどなにも書けなくて困った」旨話していた（その人は、本書のことは知らなかったようである。）。この最終合格者の発言は間違っていない。そんななか評者が著者の2冊を教科書として指定しているのは、なにも評者が著者の弟子であり使用せざるを得ないなどという事情によるものではなく、最高裁判決や調査官解説が言っていることの意味や問題点を一番分かりやすく解説してくれている、あるいは個別事案における具体的事実に対する法のあてはめという点において、著者の本書2冊の右に出る概説書はないと確信しているからである。短所は、著者の主観的情緒の思いや関連事項への言及がつい長くなっている箇所が時折あって、基本概念や体系がまだ身に付いていない行政法の初心者にとって

は道を迷いやすい状況に陥るおそれがあることである。結局、本書は、百選の事案等に関する、いわば演習本のようにして使うことがベストと考えているが、他方、行政法の初心者に対しては、さしあたり教科書的に読み通さなくていい箇所を指し示してあげなければならないと思っている。

ついでに、本稿で言及する代表的教科書について言うと、塩野は、確かにたくさんの高度なことが書いてあるが、評者からすると、阿部的な行政法の必要性や実質的法治主義からするもう一段の詰めがなされずに終わっている印象がある。頂点に立つ大家であり、霞ヶ関の実務と密接な関係を有しておられるからやむをえないのであろうが、行政法Ⅰの第二編行政過程論、とくにその第2部「行政上の一般的制度」という括り方・呼称など、評者にはその問題意識が理解できないし、この塩野先生的な言葉使いと文章の流れは、到底、一般の人は模倣できないのではと思われる。桜井・橋本は、分かりやすいのは確かであるが、短答試験に必要な判例などの情報が少ないという欠点があるし、本書における行政法の必要性や実質的法治主義解釈論に相当する言及がほとんどないこと、行政行為論や公定力の位置づけ、あるいは行政調査論など、塩野説などの旧弊を引きずったままである。そこで宇賀であるが、塩野や本書に匹敵する膨大な情報が整然と整理されていて短答用にも使える最大公約数的選択かもしれない。強いて言えば、本書では著者の視点からの理由がほとんどの判例や論点について述べられているので、一度読んで理解したのちは記憶に残りやすいのに対し、宇賀では視点や理由が述べられていないものも多く、結局、淡白すぎて印象と記憶に残らないおそれがある。したがって、読者の好みにもよるが、本書と併用すれば、相補ってちょうどいいかもしれない。

## 1 行政法の解釈論を学ぶときに行政法の存在理由は必要か

本書序章のタイトルは「行政法の存在理由と変革期にある行政の法システム」である。行政法の目的、役割や使命について議論されることは少なくないが、概説書の冒頭から行政法の存在理由というテーマをかざして検討している概説書はほかに知らないし（最初は、阿部・行政の法システム序章で行っている）、きわめて論争提起的な試みといえよう。その試みとして、著者は初めに、夜警国家以来の行政法の歴史を簡潔に回顧して「行政法の必要性、存在理由は、歴史的に明白で」と確認した後、「これまでの行政法学においては、行政法が存在することを当然の前提としているので、行政法は本当になぜ必要なのかと聞かれると、まともに返事はで



きず」「行政法と行政法学のあるべき姿をデッサンする能力を欠いていた」と総括して、行政法の存在理由を明らかにしている」（I 4頁）。

行政法の存在理由についての著者の結論は、民事法や刑事法では「社会を適切に管理できない（公共性を確保できない）とみられるときに、行政機関が公共性を実現しようとして登場する。そのための法的な手法が行政法である」というものである。「私的利益」は依然として民刑事法の守備範囲である。そのうえで、「行政が対象とする人間の行動原理」「社会の経済法則」「民刑事法の機能の限界」を念頭において、行政法の存在理由を以下の5つに分類している。すなわち、①紛争・被害の予防・簡易な解決作用、②社会の無秩序な発展の制御・よりよい社会への誘導、③生活必需サービス等の直接供給と供給確保、④資源の再配分・弱者の保護、⑤その他の管理業務である（I 3頁～23頁）。これを見ると、著者においては、夜警国家、福祉国家における行政法像にとどまらず、現代国家の政府がより積極的に公共の福祉を実現していかなければならないとの世界観を有していると推察される。

上記存在理由のうち、評者の眼には、日本のまちは乱雑であり、自然海浜や里山的景観が多く無造作に消滅させられてきたとの強い思いがあり、環境法を含む良質の行政法が求められていると考えているので②に強く賛同する。また、①の具体的な内容としてさらに細分して示されている4つのうちの2つ、つまり、「行政法の先手必勝的性格（明確な基準による予防行政）」と「軽微・累積的被害の行政による除去・防止」は、気軽に認識するだけで終わってはならない指摘である。前者は、「事前に、危険・被害発生の可能性が抽象的な段階で介入して、被害や紛争を未然に防止する<sup>(7)</sup>」（6頁）というものであり、後者は、「それぞれの行為がもたらす被害は明確ではなく、その被害に対する寄与度が小さいものは従来放任されてきた」が、「社会生活が稠密になったために、その行為がもたらす累積的な影響を無視するわけにはいかないものが増えて」きたため、「社会の多様な利益を保護する行政法的手法による介入が必要になってきた」と認識されているもので、自転車の放置規制などがその例である。最近でこそ私

たちは、「民事法規で守れない利益を事前規制の方法により保護できるところに行政法規の大きな特徴があり、その特質を活かさなければならぬ」などと当たり前のように口に出しているが、おそらく最初に指摘した著者は、それまでの行政法が果たしてきた実際の機能の不満足な実態と負の蓄積を丹念に観察したうえで、この指摘に到達したのではないかと感慨深く推察される。

ところで、著者自身も宣言するように、本書の最大の特徴は、実質的法治主義と法律による行政の原理を憲法理念のレベルから実定法の解釈論レベルにまで、それも「序章行政法の存在理由」から終章である「11章 国家補償法」にまで貫徹させていることである（以下、「実質的法治主義の貫徹」という。）。そして、評者の結論を先に言うと、行政法の存在理由を踏まえた解釈論の実践こそが、実質的法治主義の貫徹を可能にしている最大の仕組みである。すなわち、実質的法治主義を大上段に掲げ、それを真っ直ぐに振り下ろして議論を展開しているだけではないのである（ここまでなら、以前からの概説教科書でも同じである）。実質的法治主義という立場からだけでは二つかそれ以上の選択肢があるように見えるときに、もう一つ、行政法の存在理由という視点からの照射を明示的あるいは黙示的に加えて、正しい解釈の進行方向を選択しているように思われる。この作業は、すでにある実定法の法文を、その存在理由と立法趣旨を踏まえて解釈するというのが一般的な場面であろうが、立法という新たな制度設計においては、法文案の形式と内容が行政法の存在理由を踏まえたものになっているかといった検討を加えることもあろう。いずれにしても、行政法の存在理由を踏まえた検討が、実質的法治主義の貫徹を実践段階で強力に推進し、サポートしているように思われる。例えて言うなら、実質的法治主義は本来、立法や法解釈の世界において法王位継承権を有しているはずである。それがなにかの手違いで、判例を含む法律実務の世界で陽の当たらない抑圧された生活を過ごしていたとき、阿部泰隆という偉才がそれを行政法の存在理由という神輿<sup>みこし</sup>にかついで、見事に法の世界の玉座に定着させたような印象を評者は本書の全体から受けるのである。

行政法の存在理由について、塩野ほか、どの概説書でも独立した項目を立てて論じてはいない。ただ、櫻井・橋本は、学問としての行政法は、1900本にも及ぶといわれる行政関係の諸法律に「共通する原理原則を探索し、行政と国民の関係を整理・分析し、行政権力の活動ルールを研究・発見・開発することに関心を置いている。その意味で、行政法は一つの理論体系として、法律がない場合には立法の指導原理となり、既存の法律がある場合には解釈指針となる。」と述べている（2頁）。著者が行政法の定義を示した後、行政法は「きわめて多様であるが、分析するとある程度共通なものが見い出される（略）。行政実体法の共通原理の解明が、解釈に当たっても立法に当たっても重要である。」（I 41頁）と述べるのとはほとんど同じ見解である。著者のかねてからの主張に櫻井・橋本が共鳴し、よりテーゼ的に表現したものが上記かもしれないが、いずれにせよ両者が力点を置いて指摘していることに注目したい。

コア・カリはその第1次案を含め言及していない。

## 註

- (7) 続けて著者は説いている。「そのためには、将来を見据えて、広く多様な利害を調整する必要があるから、個々人の間の争いについて、法廷に出された証拠に基づいて裁判官が受動的に解決するという手法ではなく、国民・住民の代表である議会が多数の合意として制定する法律、条例によって行うことになる（法治国家）。その執行は行政が行うことになる。個別の法律で行政に権限を与える以上、民事法よりも基準を明確に定めることができる。それは、「予防行政」により、いわば「先手必勝」を目指すものである。」と。さらに、小泉改革の頃に特に声を大にして叫ばれた「事前規制から事後規制へ」の動きと関連して、それは、「行政官による規制から、裁判官による規制」に向けた動きであると捉えたうえで、次のように述べている。「行政が恣意的に事前に規制することはなくすべきだが、事後規制は裁判官の恣意的判断による予測外の負担を当事者に負わせるので、できるだけ事前に合理的なルールを作り、それが不合理であればできるだけ早期にそれを是正させるべき」（I 113頁）。わが国における戦後司法判断の実際と行政法の存在理由、したがって果たすべき役割を踏まえた見事な喝破であり、行政法に関係する者は深く銘記すべきと考える。

## 2 行政の概念と行政法の定義

概説書の一般的スタイルと異なり、行政法の存在理由というテーマないし視点から始まる本書であるが、その反面ということになるのであろうか、最初にそれなりの比重を割いて論じられることが一般的である「行政」の概念や行政法の定義についての説明は、かなり日陰的な扱いである。つまり、序章の最後に、ポイントを落として補足的に説明されているにとどまる<sup>(8)</sup>。それでも、一応は、形式的意義から捉えた行政を基本とし、自治体の条例までを行政法に包含する立場が説明されている。すなわち、「本書では、行政を、司法権、立法権に対立する行政権（国の行政権のほか、地方公共団体の行政部門）の活動の意味で形式的に捉える。つまり、行政権が立法活動（行政立法）をする場合も、準司法作用（公正取引委員会等の独立行政委員会の行政審判や行政不服審査等）を担う場合も、行政活動に含める。地方公共団体の条例は立法作用であるが、政省令の下位にあることでもあり、伝統に従って行政法学で扱う。行政が私法的活動をする場合も、民法だけではなく、会計法、地方自治法等、行政活動の公益性や民主的統制の必要の観点から種々特別の扱いをするので、行政法の守備範囲に入れる。」というものである。行政の概念を定立するについては、著者が指摘する「行政活動の公益性や民主的統制の必要の観点」が本質的に肝要と評者も考えるので、形式的意義から行政を捉えることは正しい選択判断である<sup>(9)</sup>。

興味深いのは、日本語でいう「行政」に相当すると考えられている英語、フランス語、ドイツ語はそれぞれ「administration, l'administration, Verwaltung」であるが、これらは「それ自体では、抽象的に「管理」を意味し、かならずしも「行政」を意味するとはかぎらない」こと、「特に「行政」を意味するときは、それぞれ「public administration, l'administration publique, öffentliche Verwaltung」と称する」「行政法というときは、単に administrative law, droit administratif, Verwaltungsrecht と称し、「公」を意味する形容詞はつけない。」と几帳面に指摘していることである。行政上の法律関係の特徴として、国民に対する優越的な地位に基づき行政が一方

的に公権力を行使することというのが伝統的なプロシャ流行政法観である。しかし、上記指摘からは、欧米では、行政とは公共性と公益性あることがらの管理を元々意味していたのかもしれないと、その点では経営の管理と相通じるものがあつたのかもしれないとの連想を抱かせる。もしもそうであるならば、経営管理でもっとも重要なことは優れた経営判断とマネジメントであり、言い換えると、合理的意思決定ということになろう。要するに、優越的な地位に基づく公権力の行使を基点にするのではなく、合理的意思決定を行うべき組織として行政を捉えることに帰結する可能性があるということである。<sup>(10)</sup>

そして、行政法の定義に関する著者の定義は、「行政法とは、国家・公共団体が憲法的価値の枠内で、一定の政策目的（公共性）を、行政活動を通じて実現するために行政機関に授権し（根拠規範）、また、権限に枠をはめる（規制規範）一群の法及び、それに付随して、行政活動を統制し、国民等の救済を図る法及びこれに関連する法をいう」（I 40～41頁）というものである。憲法的価値の枠内であること、政策目的（公共性）を実現しようとするものであること、および授権と規制を中心に行行政活動の統制と救済に関する法であることが重要な要素になっている。

私見では、わが国行政法学におけるこれまでの過誤を意識するとき、行政法の定義は、既存する法解釈の指針から立法の指導原理に至るまで、行政法研究の対象となる外延をどこに引き、その範囲内で行政法研究を進める視点を明確に示唆できるような定義づけこそが重要である。そこで評者はかつて、行政法とは「法治主義にもとづく社会における公共性の管理に関する法」と定義した。<sup>(11)</sup> 評者の定義では、法治主義にもとづくものであること、および「公共性の管理に関する法である」との要素が重要である。言うまでもなく、ここでいう「公共性」とは、行政を社会管理機能一般と定義する遠藤博也説、さらにより具体的にいうなら、著者における行政法の存在理由を構成する諸要素とほとんど重なっている。そして、「管理」という用語には、「行政」と「管理」に関して上記した欧米における淵源を意識して、優越的な地位に基づく公権力の行使を機軸にするのではなく、

合理的意思決定を行うべき組織として行政を捉えていることを反映させたつもりでいる。結局、「公共性の管理」とは、行政法の存在理由を踏まえた行政に関する法の立法や解釈と大きく重なってくると思われる。

関連して、著者はその定義を示すに際して、「今日のわが国の社会と法構造に適合すべき行政法<sup>(13)</sup>総論のシステムを解明しなければならない」との問題意識を示している。また、その定義を示した後、行政法は「きわめて多様であるが、分析するとある程度共通なものが見い出される（略）。行政実体法の共通原理の解明が、解釈に当たっても立法に当たっても重要である。」（I 41頁）とも述べている。著者の場合、行政法の存在理由で多くを語っているためであろうか、定義づけすることの意義については上記程度の言及しかなされていない。こうしたことから窺うことができるのは、行政法を受け身で客観的に認識するだけでなく、研究者として現実の社会が行政法に求めるニーズに対して、解釈論と立法論の両方で、法的正義感をもって積極的主体的に関わっていくという決意表明である。

結局、評者の言わんとするのは、著者の定義と評者の定義とは、表現に若干の違いはあるものの、機能性を重視している点および研究者としての人生を傾注するにふさわしい、それゆえ法曹人たらんとする人が学ぶに値する内容を盛り込んだ行政法研究をしたいと願う志の点で共通するものである。正しい解釈の進行方向を示唆するという点で、行政法の定義に関する議論は、行政法の存在理由という視点からの照射ほどは具体的でない。しかし、これからの行政の目標と役割を正しく設定し、その役割を遂行する際にふさわしい行政法の定義を考えることができたと信じる次第である。

さて、行政の概念と行政法の定義についてかなり熱く論じてきたが、概説書における取扱いはどうであろうか次のように論じる。

宇賀Iは「行政法とは立法・行政・司法の三権のうち、行政（形式的意義における行政）に関する法を総称するもの」と述べ、それは3類型に大別できるとして、行政作用法、行政組織法、行政救済法を指摘するのみである。

櫻井・橋本は、行政法を「行政の組織及び作用並びにその統制に関す

る国内公法」と定義した伝統的な田中二郎説のうち、「行政」とは何か、「公法」という表現を使うことが適切かについてかねてより議論されているとして、この二つの鍵概念について歴史的変遷を踏まえて整理している（1～9頁）。これにより「行政法の理論状況や行政法が現在どのような問題に直面しているのか」理解できようというものであるが、結局のところ、客観的な認識にとどまるものである。そして、おそらく櫻井・橋本の母体になっている塩野は、行政の定義については、国家作用にいろいろの態様があるとして、さしあたりその中のある大まかなものをグルーピングして検討の場とし、そこにどのような特色があるかを分析するということで、十分学問たりうる」との立場から、控除説に立っている（I 4～6頁）。そして、行政法の定義については、諸外国における行政法の成立の歴史や櫻井・橋本と同様、公法・私法二元論とその有用性を検討して考察を進めているが、「甚だ統一性を欠く状態にある」として明言していない。ただ、行政法研究の対象と視覚は、「行政過程にみられる法現象を全体的に動態的に考察し、そこにおける問題点を指摘し、解決の方法を探ることにあるのでなければならない。」と述べており、行政法を定義づけした後は何が大事な点かという点では、評者らと同じ見解であることが興味深い。

行政法の存在理由のみならず、行政の概念と行政法の定義について、コア・カリ案における言及はない。

#### 註

- (8) その理由は、著者が考えているところによると、「行政の定義の問題は目下のところ意味のある議論にはならない」からのようである。
- (9) 評者は以前、行政の定義に関する消極説に満足できず、行政とは社会状況を直視し、その抱える課題に取り組み、解決策を示していく職責を担うもの、といった機能的かつ規範的な定義づけに惹かれ、行政とは社会管理機能一般であるとの遠藤説にシンパシーを抱いたことがある。著者の定義であれば、ある程度の規範性もあって消極説の無味乾燥さはなく、また、社会管理機能一般と併せ並べて理解できるように思われる。
- (10) 行政と経営を結びつける評者のこうした受け止め方に対して、著者は「頑

張って、そうした行政法を創ってください」と言われる。

- (11) ちなみに著者は、「公共性をカバーする行政法のシステムー権利防御型モデルから複効的行政活動の3面的利害調整型モデルへ」のテーマで、2面関係、3面関係および行政処分の分類と救済手段の関連を説明している（I 32～37頁）。
- (12) 拙稿「共生社会における協働主義の法と行政法」帝塚山法学16号（2008年6月）、38頁。この定義づけをするとき、評者は、行政と行政法の役割の歴史の変遷を回顧して、「現代社会状況における変化を踏まえ、その変化により適合した新しい行政の法システムを21世紀の近未来社会に向け構築していくことが求められていることを確認した」。そして、この確認を踏まえ、これからの行政法のあるべき姿を構想しようとした。すなわち、「まずは現代社会の実像について正しい認識を持ち、現代社会にどのような特徴があり、取り組まなくてはならない課題として何があるか、正しい認識を持たなければならない。そのうえで、これからの行政の目標と役割を正しく設定するとともに、その役割を遂行するにふさわしい行政法の定義を考える」べきとの思いであり、その帰結が上記定義づけである。
- (13) これは、一般に行政法各論ともよばれる土地法であるとか社会保障法であるとか警察法・防衛法など個別実定行政法領域を除くという意味での行政法総論を意味しているようである。すなわち、行政法各論に対して行政救済法を含む行政法総論との意味である。

### 3 実質的法治主義を貫徹する解釈学の視点と仕組み解釈

実質的法治主義の貫徹が本書最大の目標であり特徴であるが、それを可能にする手立てを予め明らかにしておく必要があるとの思惑からであろうか、本書では、第2章で法治主義（法律による行政の原理）を説明する前に、序章において、実質的法治主義を貫徹するための法解釈のあり方・指針として、行政法学の体系に意を用いた解釈を心がけなければならないとの「解釈学の視点」を示している（I 45頁以下）。

著者によると、法の解釈とは「法の不明確性（空白、不整合）を補い、是正し、明確かつ合理的に修正する実践的な作業である。……それは、しばしば、個別具体の条文の意味を探る狭い作業として行われているが、本来は、憲法も含め、法の体系全体を把握して、それに争われている問題を位置づけていくことが不可欠である」。そして、行政法規の解釈において



は、「憲法を背景に（特に基本的人権の保障。行政訴訟では特に憲法32条の裁判を受ける権利を実効的に・包括的に保障する観点から）、法の体系的合理的な理解に適合するようにするべきであるし、制度の趣旨・目的に沿って、できるだけ合理的なシステムを作ろうとするものでなければなら<sup>(14)</sup>ない」。特に、「行政法の制度は、これまでの古い克服されるべき理論に基づいて作られているものが少なくないので、それを条文通り解釈するのではなく、理論を作り直し、法制度を組み替えることも、ある程度まで必要になる。行政行為の効力論、処分性論、訴訟類型論等といわれるものは（略）その典型例」である。結局、本書の解釈論は「古い条文を、あるべき理論に合わせて解釈し直す創造的な作業」であることが多く、それは「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」<sup>(15)</sup>でもある。

かくして、上記した著者における解釈学の視点からは、法文の文言ないし文章を重視する文理解釈に終始することは戒められ、「法の体系的な解釈、憲法の価値観を優先して、不合理な文理を修正する解釈が求められ」（I 47頁）る。また、従来から判例が依拠してきたと言われる「個別の条文の文言を重視する制定法準拠主義なる解釈方法」についても、「その根拠として、法治主義が挙げられるようであるが、それは法治主義の中でも、まっとうな法治主義ではなく、立法者の完全性という、およそありえないことを前提とし、憲法や法体系全体を見ないで、些末な個別の条文の文言に拘る、非常に極端に偏ったものとして、基本的に誤りである」（I 47頁）<sup>(16)</sup>との見解が示されている。

ところで、「解釈学の視点」については、塩野 I も「行政法の解釈」という項目を立て、そこで「条文の解釈に当たっては、単にその条文の字句に沿った解釈を心掛けるだけでは不十分で、その法律全体の仕組みを十分理解し、その仕組みの一部として当該条文を解釈していくことが必要である」とし、これを「仕組み解釈」と呼ぶことができるとしている。また、「個別行政法律の仕組みは、……当該法律が奉仕する目的ないし価値との

関連にも注意しなければならない。その際には、もちろん、憲法的価値も考慮に入れなければならない」としている（58頁）。仕組み解釈が求められる前提に関する認識として「条文の字句自体が不適切であることもあるから」といった分析が明示的になされていないためアピール力は若干弱く感じられるが、解釈学の視点に関する著者の主張とかなり類似するところもあるように思われる。<sup>(17)</sup>

櫻井・橋本は、橋本博之自身、「行政判例と仕組み解釈」（弘文堂、2007年）の単著を持っているほどであるが、行政上の法律関係における民法177条の適用を否定した最高裁判決（最大判昭和28・2・18民集7巻2号157頁、百選18頁）について、個別法の仕組み解釈の観点から理解すべきと述べるのみである（29頁）。

著者自身は、この仕組み解釈について、「正確には分からないが私見と一脈相通ずるところがある」（I 46頁）と述べるにとどめているが、行政の目的と行政手法との関連を説明する箇所で、「制度の必要性、目的、手法が関連している様子」を詳しく図示するとともに、「現実の行政手法の段階性」を指摘している（I 29～32頁）。そこでは、新銀行法に基づき金融庁が銀行に対して行う監督行政を例に、非権力的な行政指導に始まって、報告調査・立入検査と続き、行政処分に至るプロセスを取り上げて説明している。現実の行政活動における違法性等を判断する際には、行為形式を1個1個独立して観察する以上に、上記したような全体プロセスを見る視点こそが、実際に過不足なく視野に入れるものとして求められると考えるが、この視点こそが仕組み解釈における中核的なものと考えられる。

さて、解釈学の視点や仕組み解釈について、コア・カリにおけるもっとも接近したものとしては、法令解釈の方法として、「行政処分の要件及び内容に関する規定、定義規定、目的規定等の意味をどう解釈するべきかを、具体的事案に即し適切な法令解釈方法（文理解釈、趣旨・目的解釈、合憲限定解釈等）を用いて考察することができる。」（第2章第1節2-1-1 行政処分の違法事由としての法令違反）という記述がある程度である。そこで適切な法令解釈方法として示されている文理解釈は、そのすぐ後ろに趣

旨・目的解釈が挙げられていることからすると、まずは実定法における個別規定の文理に即してということの意味しているのであろう。至極、当然のことであるが、それが視野の狭い制定法準拠主義に陥り、憲法体系との整合性のみならず、当該法律の趣旨・目的からも乖離した解釈が繰り返されてきたわが国の経験に照らすと、その問題意識にしろ、著者のいう解釈学の視点や仕組み解釈が求められる経緯がまったく反映されておらず、空白を通り越して有害性すら感じるほどである。

#### 註

- (14) したがって、続きを紹介すると、「抗告訴訟の対象となる行政処分」の概念も、原告の裁判を受ける権利を阻害することのないように解釈すべきである（略）。抽象的な規定も、制度のシステムを踏まえて合理的に限定しなければならない」と述べられている。
- (15) 著者は、法解釈のあり方・指針として、法の体系的合理的な理解であるとか、行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて法制度の整合性を維持することを重視しているが、ここでいう行政法の体系は一般にいわれている行政作用法、行政組織法、行政救済法に分かれる体系とはいささか異なるようである（I 28～29頁。ただし著者自身、3分野へと分かれる一般的な体系を指して行政法の体系というときもある。I 41～42頁）。すなわち、法の体系として、「憲法のもとで、民事法と刑事法、行政法が基本法」である。行政法には、「行政手続法、行政不服審査法、情報公開法、行政事件訴訟法等の一般法のほか、都市計画法、地方自治法、廃棄物処理法、学校教育法、生活保護法、会計法等の個別法が無数にある。」。「領域別にいえば、警察・防衛法、土地法、環境法、開発法、資源エネルギー法、労働監督・雇用保障法、社会保障法、経済法、教育・文化法、財政法、公企業法、租税法、消費者法、情報法、医事法、衛生法、災害法、国家行政組織法、地方自治法等多数ある」が、「これらはそれぞれその領域の特殊性を反映して特有の原理とシステム、手法を有する」。これら領域別の応用法は、「現代日本における行政活動として、法律による行政の原理を初めとして、ある程度まで共通の法原理や手法を有する」から、形式的に「行政法」という名の法典はないが、個別法制度の理解を容易にするためにも、「行政の法のシステム全体に共通する原理と問題点を明らかにして、解釈論、立法論に資することが行政法総論の課題」<sup>(12)</sup>（I 28～29頁）といった理解が示されている。ところで、新司法試験では、上記の個別法や領域別応用法が適用される事案がケースとして多く出題され、行政法の一般法だけでなく個別法制度の理解もある程度は必要になっている。その背

景事情としてあるのは、「考える法曹」を育成する最初の関門として、出題者側も、著者の指摘する「行政の法のシステム全体に共通する原理と問題点」を解釈論と立法論から検討することが求められているとの認識に立っているからというのは期待しすぎであろうか。

- (16) ただし、著者も「判例でも条文の不合理さを乗り越える解釈は少なくないから、制定法準拠主義が判例の立場だというのは、たまたま原告適格で言われたことであって、判例の一般的な立場ではない。およそ条文を無視した解釈として、無効確認訴訟はもともとは明文の規定によらずに判例で創造されたものである」(I 47～48頁)と指摘している。ほかにも著者は、情報公開法制が定める部分開示規定について、暗黒と評しても誇張ではない解釈と適用を行ってきたそれまでの最高裁判決を、法制度全体の合理的な解釈の見地によるべきであり、単なる文言に左右されるなとした最判平成19年4月17日(民集224号97頁)の法廷意見を補足した裁判官藤田宙靖の意見と併せて紹介している(同判決は、公文書公開条例所定の非公開情報に当たらない公務員の懇談会出席に関する情報とこれに当たる公務員以外の者の懇談会出席に関する情報とが記録され両情報に共通する記載部分がある場合において、原審が独立一体的な情報を細分化して、その一部の公開を求めることはできないとしたのに対して、非公開情報に係る部分が、それ以外の部分と容易に、かつ、公開を受けようとする趣旨を損なわない程度に分離することができるときには、非公開情報に係る部分を除いて公開すべきだとした)。同裁判官は、原審やそれが引用する最高裁判平成14年2月28日判決(民集56巻2号467頁)が採用する解釈は「条文の文理解釈を行うことによるもの」と批判して次のように述べている。著者のいう法の体系的合理的理解に適合する法解釈の具体例として、法解釈に関わるすべての者が強く銘記すべきである。「我が国情報公開法制の基本的な趣旨・構造に思いを致さず、単に…という文言を用いているという事実から、専ら形式的な文言解釈により、これと異なる考え方を導き出す原審のような解釈方法は、事の本末を見誤ったものと言わざるを得ず、到底採用することはできない」と。なお、原告適格についても、新潟空港訴訟最高裁判決(最判平成元.2.17判時1306.5)が個別条文の文言に拘らない解釈を示して改正行訴法9条2項の原型を示したことは有名である。ただし、同判決における法体系とは、航空法と目的を共通する関連法規の関連規定によって形成される法体系であり、憲法まで遡っての体系的整合的解釈を試みるものではなかった。
- (17) そうであれば、あとは個別事案における争点であるとか論点の分析において、この仕組み解釈の視点がどう具体的に展開され反映しているか、両者の分析における異同の有無とその理由について注意深く検討しなければならない。本稿の今後の課題である。

- (18) 評者の推測であるが、仕組み解釈といわれるものが、前に引用した著者の「法の体系的な解釈、憲法の価値観を優先して、不合理な文理を修正する解釈」(I 47頁)を実現するものであるかどうか、暫し見守ってから賛否を明らかにしたいということのように思われる。

#### 4 「行政法は実質的法治主義で貫徹」とはどういうことか

本書第2章は「行政法の基本的法原則とこれからの方向付け」というタイトルである。そして第1節は「法治主義(法律による行政の原理)」であり、その初めに小題「行政法は実質的法治主義で貫徹」が謳われ、「行政法の最も重要な原則は実質的法治主義(法律による行政の原理)である。法律は、憲法に適合するように作られ、解釈されなければならない。そして、行政機関は、立法機関が作った法律を適切に執行し、司法はその逸脱を監視すべきである。これを実質的法治主義という。」(I 92～93頁)と説明している。

著者によると、実質的法治主義は「形式的に法律の規定さえあれば、いくらかでも人権を制限できるとした明治憲法の形式的法治主義＝憲法学上の法律の留保に対する観念」と位置づけられているが、その内容はいっそう具体的で動態的である。すなわち、それは「国会が国民の意向を見ながら、憲法を踏まえて、法の整合性を考慮しつつ一般的なルールを事前に作り、それを裁判所が憲法の観点から担保するシステム」(I 112頁)であり、違憲立法審査権を有する裁判所が「国会制定法、行政立法、行政行為などを、憲法に照らして判断する」ことにより、「憲法の趣旨に沿った法治主義が実現する」(同)と考えられている。かくして、「本書は、裁判所の積極的な法解釈を期待して、実質的法治主義の観点からの解釈法学に重点をおく」(同)ものとなっている。

実質的法治主義で一貫していることが特徴であるなどと言うと、どうしてそれが特徴になるのか、田中二郎が本格的な体系概説書を出版して以来、行政法の教科書は例外なく、行政法の基本原則として法律による行政を論じているのであるから、実質的法治主義の概念自体にはなんら目新しいところはないとの反論も予想される。<sup>(19)</sup>

確かに、従来からの教科書も、初めに行政法の基本原則としての法律による行政を論じているというのはそのとおりである。しかし、著者が有する上記のような問題意識を欠いているためか、行政立法や行政裁量が普遍化し、あるいは法律の不備や欠如が多発する状況を前にしても、法律による行政の原理を構成している法律の法規創造力や法律の留保などを基点にして効果的な歯止めをかけることができず、結局のところ、形式的法治主義<sup>(20)</sup>の大枠を取り払えないまま今日に至っているというのが大方の印象ではないだろうか。極論すると、法治主義と法律による行政の原理の提唱は、従来からある概説書の入り口辺りのみでの空念仏に終わっていた節がある<sup>(21)</sup>ということである。

なお、法治主義と法の支配は、ほぼ同じことを意味しているというのが一般的理解であるが、用語としていずれを選択するかについて、著者は、英米流の法の支配は判例法が基準となる裁判官の支配に重点があるところ、わが国の実情に照らすと、「立法と判例の適切な役割分担が問われている」ことや、「ドイツ流の発想のほうが理論的に整理しやすい」などの理由から、法の支配でなく実質的法治主義の用語を選択しているようである<sup>(22)</sup>（Ⅰ111～115頁）。

さて、塩野Ⅰは、法律による行政の原理を語った後、その担保手段の整備が「法治国における行政法の基本原理の一つと考えられる」として、「裁判上の救済が確保されなければならないのは、日本国憲法の要請するところである」（81頁）と述べる。そして、「ドイツ及び日本の古典的法治国の理解の下では、行政のコントロールは実体的な法律による行政の原理と事後的救済のシステムで足りるとされていた」が、「事後的救済は決して完全な救済ではない」ため、「事前の行政手続の整備が重要であることが認識されるようになった」などと展開している。行政法全体の立法的整備の方向性については、まったく塩野の説くとおりと考えるが、最高裁判例などで具体的に問題となった事案を中心に解釈法学のあり方を論じようとしているときであることを踏まえると、いささか解釈法学に対する期待をかわしているような気がしないではない。

コア・カリにおける関連するものは、「法治主義・法の支配・法治国原理・法治国家などと呼ばれる概念の意義について、法律、裁判、民主主義、基本的人権、適正手続保障、信義則などとの関連を含め、理解している。」(第1章 行政過程の全体像、第1節 基本的概念)である。著者が実質的法治主義を定義して言う、「国会が国民の意向を見ながら、憲法を踏まえて、法の整合性を考慮しつつ一般的なルールを事前に作り、それを裁判所が憲法の観点から担保するシステム」と近似しているようにも思われる一方、本書が「裁判所の積極的な法解釈を期待して、実質的法治主義の観点からの解釈法学に重点をおく」というほどの明確な姿勢を読み取るのは困難なように思われる。

## 註

(19) 法治主義といえば高田敏の業績に触れないわけにはいかない。高田編では、実質的法治主義について次のように説明する。「第二次大戦後、戦前の法治国家が『法律による』という手段の自己目的に陥った経験を踏まえて、法治国家ないしその原理を表示する法治主義は、日本国憲法に即して人権保障を目的とし、そのための手段を体系的に提示するものと再構成されることとなった。そこでは、法律による行政も、人権保障のための法治主義の重要な手段の一つと解されることとなる。このような法治国家は、実質的法治国と称され、その原理は『実質的法治主義』と称される。」(20～21頁)。また、「法治主義は、行政の場において、行政組織、行政作用を授權・羈束し、行政救済を法的に整備することによって、自己実現していく」(61頁)。なお、「行政法は、法治主義にもとづいて、行政に授權し、行政を羈束する法」(54頁)である。これら見解の普遍性は銘記しておかなければならないが、後に本稿で取り上げている鉄杭撤去事件、租税関係と信義則で取り上げている青色申告事件などについては、判旨を紹介して若干の解説が付されているだけであり(それぞれ、38～39頁および44頁)、ストロングライフ事件などは取り上げられていない。結局、個別事案に実質的法治主義の立場を適用したときの論理展開を具体的に示していただきたく思われる。

(20) 形式的法治主義とは、行政は法律に従わなければならないが、法律の根拠さえあれば、国家は人民の基本的人権を侵害できるとする考え方である。大日本帝国憲法における「第二章 臣民権利義務」は形式的法治主義の考え方に立ち、たとえば「日本臣民ハ法律の範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」(29条)と定めていた。

- (21) 行政作用法、行政組織法、行政救済法という構成は同じであるが、法律による行政の原則が入り口辺りの空念仏に終わっている原因について、評者は次のような連想を抱いている。それは、たとえば一戸建て建物の外観や間取りは同じであるにもかかわらず、地盤が盛土であったり埋立地であるものは土壌が軟弱で建物が傾斜する原因になったり液状化を招くなど災害における耐久性が弱いのに似ているという印象である。今回の大震災では海辺近くの危険性を思い知らされたが、同じ外観や間取りの話ならぬ行政法に関する同じ構成内容であっても、行政法の存在理由や実質的法治主義の貫徹などの立地条件にも十分な配慮をしないと、その存在目的である「法の支配」を貫徹できなくなるおそれがあるということである。
- (22) 今日では法律による行政の原理は実質的法治主義を前提にすると解するのが一般であるが、法治主義と法律による行政の原理は、その出自が19世紀ドイツ生まれのプロシャ行政法における形式的法治主義であったことに起因してか、英米法における法の支配の理念が包括的にカバーしてきた範囲や度合いと比較すると、とくに、行政手続の適正さや行政救済法領域における訴訟要件論や立証責任の分担論などについて、裁判を受ける権利を実効的に保障する規律統制力が弱いとのイメージが一般にあるように思われる。その点では、評者は法の支配の理念に好意的なのであるが、行政法においては憲法におけるほどには浸透していないのも事実である。とくに、行政作用法の領域を考察するとき、立法の不備ないし合理的な法制度との乖離も自覚して次善の解釈論を提示することが現場実務においても重要になってきているように思われる。かかる認識からすると、裁判だけでなく立法のあり方も意識させる法治主義と法律による行政の原理の概念の方が適切な選択であると考えられる。

## 5 行政法を実質的法治主義で貫徹するための方策

### ——その屋台骨的枠組み

実質的法治主義で一貫させるという、その高い理念次元からの覚悟だけで直ちに個別事案における解釈論が展開されているわけではない。すでに紹介したように、本書は、行政法の存在理由および法の体系的合理的な解釈について、序章で論じている。行政法の存在理由などに関する議論は行政法解釈における基本理念のようなものであるが、それに続けて、実質的法治主義という天守を行政法レベルで貫徹し具体化していくために、実質的法治主義を支える骨格というか屋台骨のような枠組みが工夫されている。



伝統的な行政法学の場合であれば、初めに法治主義と法律による行政の原理を説明した後、行政主体と私人との対立（含む、行政の内部関係と外部関係との厳格な区分）、および行政活動の基本骨格として、法律→行政行為→強制行為という三段階構造を行政行為概念を中心に説明し、最後に行政裁判所ではない司法権に属する普通裁判所が担当する司法審査制度を論じてきたところである。<sup>(23)</sup> 著者の表現を借りて伝統的行政法学の特徴をいうならば、「行政と国民の関係は、しばしば国民を臣民とか人民と称したことからわかるように、初めから不対等であって、基本は、行政の命令・強制に対して、国民が服従しなければならない権力関係（支配関係）であった。公権力が行政法の中核概念であった」（I 67頁）のである。

行政主体と私人との対立や三段階構造の権力関係（支配関係）における公権力概念を中核とする伝統的行政法学との対比でいうと、著者の立場の特徴は、イ. 司法国家制度を採る憲法のもとで妥当する行政訴訟制度の理念とシステムの確立、ロ. 公法私法二元論の排斥、<sup>(24)</sup> ハ. 公権力概念、第一次的判断権、公定力の廃止、ニ. 行政行為の効力論と行為形式論の捉え直し、およびホ. 違法は正訴訟の提唱と訴訟形式選択の弾力的運用を屋台骨としている。ここではイとロについて検討し、ハ、ニ、ホは後にそれぞれ別の箇所でも検討する。

このうち、イ. 司法国家制度のもとで妥当する行政訴訟制度の理念とシステムの確立という著者の結論は、ごく当たり前のように見える。しかし、ここで著者が主張する内容は、これまでに指摘されたものとはいささか異なっている。つまり、これまでも、「わが国が戦前は大陸流の行政裁判所を置いていた（旧憲法61条）」こと、および「戦後は、英米流の司法国家に範をと」り、すべて司法権は、最高裁判所などの普通裁判所に属し、「行政機関は終審として裁判を行うことができない」（憲法76条2項）といったようなことは、どの教科書にも書かれていることである。

しかし、それから先はどう展開されていたかという点、それ以上はなんとも言わないか、あるいは対立的な2つの立場に分かれていたように思われる。すなわち、「これまでの行政訴訟は官憲的だから、不適切だというだ

けで、民事訴訟に一本化せよ」とする主張が一つの立場である。もう一つの立場は逆に、行政実体法レベルでの公定力理論など従来からの行政優位の制度や考え方を訴訟法レベルでも存続させる、戦前の行政裁判法時代の思考を延命させるような立場である。

著者がいうように、「司法国家でありながら、大陸流の行政訴訟手続を有するという、ヌエ的な（あるいは、木に竹を接いだような）制度」（I 68頁）になっていることは、執行不停止や仮処分の禁止などを見ても確かであったから、それを反映し、司法国家流または大陸流の行政訴訟手続のいずれかに極端な軸足を置いた解釈論なり立法論を提示するというのは、現実問題としてはありえた選択であろう。しかし、ヌエ的かもしれないが、そうした制度が帯びる限界を乗り越えて行政救済を求める社会からの実需の声に耳を傾けようと努力しなかった結果こそが、国民からほとんど見放されそうになっていた、あの2000年頃に叫ばれた司法制度改革を余儀なくした背景事情であったのである。

この点、著者の主張は、上記2つの立場のいずれでもない、「司法国家制度のもとで妥当する行政訴訟制度の理念とシステムを明らかにしなければならない」（I 68頁）というものである。この見解は、行政訴訟制度のあり方につき、大陸流の行政裁判所と英米流の司法裁判所の違いを説明するのみであったり、せいぜい、わが国において伊藤博文がプロシヤ行政法を導入して以来、第2次大戦後の米国の影響といった歴史的な事情を描写するところで終わっている従来からの概説書とは、日本社会において行政法が果たすべき役割に対する熱い思いという点でははっきりと違っていることに気づくのである。

『法治主義と法の支配の関係、立法と裁判』（I 112頁）を論じる箇所では著者は次のように述べている。上記の文脈において理解できよう。

「実質的法治主義は、国会が国民の意向を見ながら、憲法を踏まえて、法の整合性を考慮しつつ、一般的なルールを事前に作り、それを裁判所が憲法や法の整合性の観点から担保するシステムである」、「法令は、しばしばずさんであり、行政に大幅に委任しているが、裁判所は、違憲立法審査

権を有し、国会制定法、行政立法、行政行為などを、憲法に照らして判断すべきなので、国会と裁判所がともに意欲的に行動すれば、内容的にも憲法の趣旨に添った法治主義が実現するはずである」、「日本の現実では、立法も不備であるのに、裁判所の法創造的活動はきわめて不十分であるが、それは実質的法治主義自体の罪ではなく、昭和40年代後半以降裁判所が消極的になっただけである。そこで、本書は、裁判所の積極的な法解釈を期待して、実質的法治主義の観点からの解釈法学に重点をおく」。

コア・カリのなかから関連する記述をしいてあげるとすると、「行政事件訴訟法における行政事件訴訟の意義を理解している。」（第1章 行政過程の全体像 第6節 行政過程と裁判過程）である。しかし、これを問われたときの従来からの一般的解答は、たとえば取消訴訟の排他的管轄であるとか執行不停止や仮処分の禁止などであつたろうから、法治主義と法の支配の確立による実質的法治主義の貫徹に思いを致すことははなはだ困難であるから、説明不足というしかない。

2番目の屋台骨のような枠組みは、ロ、公法私法二元論の排斥である。ここで著者は初めに、戦後のわが国は、司法裁判所一元制度をとって行政裁判所を廃止したのであり、もはや公法と私法の区別をする根拠もなければ必要もない議論であることを明確に指摘する（I 69頁<sup>(25)</sup>）。このことは塩野宏ほかも認める今日ではほとんど全員一致の見解であり、議論の主戦場ではない。

公法と私法の区別に関して、著者が力を入れて言いたいことは、2005年施行された行訴法改正に関してである。すなわち、「公法上の当事者訴訟の活用を図るというシグナルを送った」とされる同改正は、「公法と私法の区別、処分と非処分の区別という、解決不可能な基準を復活させる難点」があるが、「このような改革が行われた以上は、それが立法的には妥当でないにしても、実務的にはそれを活用する工夫をする必要がある。つまりは、実体公法の復権を工夫する必要がある<sup>(26)</sup>」という主張である（I 71頁）。次善の方策として公法上の当事者訴訟の活用を図ることが、なにゆえ実体公法の復権を工夫することになるのか、少々、分かりにくい。ま<sup>(27)</sup>

た、実体「公法」の復権という、公法と私法の二元論を前提にするかのようであり、いささかショッキングな印象もあるがそうではない。実体公法復権の工夫と方向性を示すものとして、著者は具体的に次のように述べている。

契約方式を用いる場合でも、行政が公的資金を投入する等して、民事上の取引では成り立たない法律関係は公法として扱うべきである。たとえば、公立保育所、公営住宅の関係がその例である。また、市場原理に基づくものでも、行政に特有のシステムをおくものは公法関係というべきである。公共サービス改革法、建設業法に基づく公共事業の契約やPFI法（民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律）に基づく契約も同様である。これについては、契約の自由に逃避することなく、公法的な規制を及ぼしていくべきである。

この引用箇所は、民営化や民間委託が進行する今日にあって公法的規制を及ぼす必要性が特に認められる領域に関する言及である。著者の立場からは行政法の存在理由の視点（③、④）から導かれるし、評者の立場からも公共性の管理に関する法としての行政法の定義の視点から行政法の出番が求められるところである。すなわち、ここでいう実体公法の復権とは、著者が定義づけする、憲法的価値の枠内で政策目的（公共性）を実現しようとする、行政活動の統制と救済に関する法である行政法の定義に当てはまるような行政法であり、行政法の存在理由を充足できるような行政法を指していると理解できる。したがって、これまでのところ、わが国ではそうした行政法は存在しておらず、より正確には、実体公法の正しい創造とでもいうべきであろう。この理解において公法私法二元論を排斥した後に、現代の行政法学が検討の力点を置くべき領域と方向性を示すものとして著者の判断を支持できよう。

不思議なことであるが、コア・カリのなかには、公法私法二元論に関連する記述は見受けられない。そういえば、たしか短答式の過去問にも、一

問の問題のうちの肢の1つか、せいぜい2つで行政法規違反の私法行為の効力を問うものはあったような気がするが、一問の問題全体が公法と私法の区分や二元論に関連するものほとんどなかったと記憶する。法律による行政の原理の次には公法と私法の区分や二元論が論じられてきたものだが、いいことか悪いことか不思議である。

#### 註

- (23) たとえば、藤田宙靖・行政法Ⅰ（総論）4版改訂版20頁および353頁以下参照。
- (24) ただし、公的資金が投入されていたり行政に特有のシステムをおくものについては契約の自由に逃避することなく、公法的な規制を及ぼしていくべきであるという意味で、実体公法の復権を工夫すべしとしている。実体公法の復権という、公法と私法の区別を前提にする立場であるかのような響きもあって、びっくりする向きもあるかと思う。しかし、著者はこの区別自体明確に否定しているし（Ⅰ69頁）、公法上の当事者訴訟は公法関係と私法関係の区別が存在することを前提として作られているので廃止すべきであったとの立場に立ったうえで、当事者訴訟活用の提案をしている。つまり、契約の自由に逃避して公法的規制を免れようとすることに対し、法治行政の見地から有効な統制のための手立てを提示できる行政法でなければならないとの趣旨である。
- (25) 著者によれば、現憲法下でも公法と私法の区別があるとの立場は、公法と私法の区別が行政裁判制度のあることの反映であることを忘れ、世の中には公法関係があると思込んでいるだけのものである。すなわち、公法と私法の区別は、行政裁判制度をおく大陸流（明治憲法下の日本もこれを導入。旧憲法61条）の制度のもとで、実体法と裁判制度を対応させるために必要だったが、戦後のわが国は行政裁判所を廃止したので、対等な法律関係において実体法上公法と私法を区別する必要はなくなっている。
- (26) つまり、名前だけでなく実体的にも当事者訴訟との位置づけを試みることであろう。この点、「抗告訴訟」を「公権力の行使に関する不服の訴訟」（3条）と定義していることからすると、公権力の行使を直接争うわけではない公法上の法律関係に関する訴訟を意味すると解する」（村上他240頁）などが一般的理解であろう。
- (27) 著者の真意は次のようなことであろう。すなわち、公法上の当事者訴訟で争えるとされる事案は、本来は民事訴訟で争えるはずで、当事者訴訟がなければ争えないというものではない。当事者訴訟の活用論はスタートにおける認識が間違っている。しかし、現実当事者訴訟を活用しようという改正が

なされてしまったので、それに乗る公法という領域を作らなければならなかった。やむをえずではあるが工夫してみようというものである。なんだか、封建時代にあった、どうしても好きでないタイプではあるが、親が勝手に結婚相手を決めて押し付けてきたので、昔の理想のタイプのことは忘れ、なんとかして目の前にいる相手と仲良くしようともがいているようなイメージではある。

## 6 法律の留保論諸説の実効性——実質的法治主義との関係

(1) 法律による行政の原理を構成する原則として法律の留保が説かれているが、この法律の留保論については、侵害留保説を初めとして、主なものだけでも5つの見解があることは周知のとおりである。行政法理論として、どの立場が最も優れているか。<sup>(28)</sup> 結局のところ、それは現実の社会で生起する多様な行政事象を、法の支配（＝実質的法治主義）の理念に照らして、もっとも適切に規律できる考え方を選択することになるだろう。そこで、法律の留保に関係する過去の著名な3つの事案に対する最高裁判決と公表を検討し、法律の留保論が具体的にどのように機能しているかを考察することにより、法律の留保に関する諸立場の優劣を考えてみることにする。

1つは、ストロングライフ事件<sup>(29)</sup>である。最高裁（最判昭和56・2・26民集35巻1号117頁）は、毒物及び劇物取締法それ自体は、毒物及び劇物の輸入業等の営業に対する規制は専ら設備の面から登録を制限することをもって足りるものとしている。したがって、輸入業の登録申請に対し同法5条及び同法施行規則4条の4所定の登録拒否事由に該当する事実がないにもかかわらず、これらの規定を類推適用して登録を拒否することは同法の趣旨に反し許されないとの判断を示している。つまり、登録拒否について法律に明文の根拠規定がない以上、類推適用をして登録拒否することは違法との判断であり、侵害留保説を直接的に適用したかのような結論である。

これに対し、クロロキン副作用事件<sup>(30)</sup>は、薬事法に撤回に関する明文の規定がなかったケースであるから、侵害留保説を直接的に適用すれば、取消権限を定めた法律の根拠がないのに事後的に取消（撤回）したことは法律

の留保に反して違法との判断が示されるはずであった。しかし、最高裁（最判平成7・6・23民集49巻6号1600頁）は、結論として、製造承認を取り消さなかった厚生大臣の権限不行使が著しく合理性を欠くとまではいえないとして国家賠償請求は認めなかったが、この論理の前提として、上記の不作为が違法と評価される場合があること、つまり、法律に明文の根拠規定がなくても行政庁は撤回権限を行使することができるとの判断を示している<sup>(31)</sup>。

3つめは、無許可鉄杭撤去事件である。最高裁（最高裁判平成3・3・8民集45巻3号164頁）は、町長が鉄杭撤去を強行したことは漁港法及び行政代執行法上適法と認めることはできないが、本件の事実関係の下においては右撤去費用の支出は、民法720条の法意に照らしても緊急の事態に対処するためのやむを得ない措置に係る支出であり、違法とはいえないとの判断を示している。

（2）この三つの事案について著者はどのような見方をしているか。ストロングライフ事件について、著者は最高裁判決とほぼ同じ見解である。すなわち、次のように述べる。「犯罪に用いられる危険があるものでも、毒さえ、販売は禁止されていない。また、輸入業登録の制度は、輸入業者の行為をすべて規制するものではなく、設備に着目して行われるので（毒劇法5条、同法施行規則4条の4）ストロングライフは設備ではないので禁止できない。禁止するためには、その用途に着目して特定の商品の販売・使用を禁止する法制度を導入する必要がある」<sup>(33)</sup>（I 125～126頁）。

そして、クロロキン副作用事件については、「効能を上回る有害な副作用があることが判明した医薬品の製造承認の取消権限については、…それがなかった当時においても製造承認権限の裏側として、あるいはもともとの処分の要件の基本的なものが事後消滅したものとして、認められるべきである」<sup>(34)</sup>（I 106頁）との見解を示している。

さらに、鉄杭撤去事件については、著者が採る重要事項留保説の立場から、「この程度では法律の根拠が必要な重要事項に当たらないといえる。この観点から言えば、本件は行政代執行法による必要もないのであって、

その権限行使は違法ではない」(Ⅰ126～128頁。なお、Ⅰ107頁も<sup>(35)</sup>参照)との見解を示している。

(3) 以上、3つのケースについての最高裁判決と著者の見解を通観したとき、法律の留保論は具体的にどのように機能していると言えるか。それゆえ行政法の役割に照らすとき、法律の留保論に関する諸説のうち、どの考え方がもっとも優れているということになるであろうか。

そうすると、ストロングライフ事件のように、侵害留保説を直接的に適用することにより適切な結論を導き出すことができる場合もあるが、クロロキン副作用事件のように、法律の留保についてもっとも緩やかな立場である侵害留保説に立ったときですら、これを直接的に適用して「法律に明文の根拠規定がないから撤回は違法である」との結論を出すことは、保健衛生の向上を図ろうとする薬事法の目的を大きく損なうことになり適切でない場合があるということである。このとき、法律の留保よりも優先する価値と基準は、最高裁判決が理由として挙げているところの薬事法の目的<sup>(36)</sup>であり、著者のいう「当該法律のシステム」である。

そして鉄杭撤去事件である。最高裁判決が、違法性相対説の立場からであろうか、漁港法及び行政代執行法上は違法としているのは、侵害留保説を直接的に適用しての判断のようにも思われる。しかし、同事件の本丸は住民訴訟であるが、そこでは公金支出の違法性を肯認することはできないとしているのである。しかも、民法720条の法意に照らしてという、形式的には違法であるが緊急避難として違法性を阻却するという印象があるが、最高裁判決は「やむを得ない適切な措置であった」(傍点、評者)との評価も示している。この限りでは、侵害留保説が重視する価値よりも「事故及び危難が生じた場合の不都合、損失」を優先させているのであり、法律に明文の根拠規定がないときに行政庁の撤回権限を認めたクロロキン判決にかなり接近していることになる。ただ、鉄杭撤去事件では、クロロキン副作用事件のように、薬事法の目的や安全性に関する厚生大臣の審査権限を持ち出して撤回権限を肯定することはできなかったため、とりあえず漁港法及び行政代執行法上は違法としたのではないか。そのうえ



で、訴訟の本丸である住民訴訟上の違法性判断については、違法性相対説の立場から、違法ではないと反対の結論を出したように見受けられる。要するに、侵害留保説の立場に立って、積極的に違法性に関する判断を展開しようとしたのではないということである。そして、それはそれで個別事案に対する解答としては、適切で妥当な結論を導き出していると評価できる。

しかし、さらに翻って考えるなら、漁港法及び行政代執行法上も違法ではないと言うほうが、真相から眼を逸らさない解釈といえないだろうか。すなわち、著者が言うように、「行政が私人の領域に対して直接に実力を行使する場合とは異なり、町長が管理する漁港内の妨害物を撤去する、つまりは、単に物を物理的に移動させるだけであるから、損害を与えるものではなく、法律の根拠が厳格に要求される不利益処分なり権利の制限に当たらない」(I 127頁)<sup>(37)</sup>と見るのである。このほうが、より真相を反映した解釈であるし、当事者以外の一般市民の法的正義と良識にも合致すると思われるのである。そして、この法的正義と良識に適う法律の留保論が重要事項留保説というのであれば、これを支持すべきということになろう。

最後に、公表について検討する。<sup>(38)</sup>権力的な(=国民の同意の有無にかかわらず行政庁が一方的に相手方国民の権利義務を変動させる)行政活動には法律の根拠を要するとの権力留保説に立てば、「公表は非権力的事実行為」であるとの理由で、侵害留保に立てば、「権利自由を法的に制約しない」から法律・条例の根拠は不要ということになろう。重要事項留保説に立つ著者は、「法律の根拠論は、法律行為か事実行為かを問わないから、制約の重大性に着目すべきである。そして、被公表者の氏名を表示した、不利益を及ぼす公表は、行政処分・権力行為と同じように重大な制約を課す」から、「制裁的公表には法律・条例の根拠が必要」とする(I 109頁)。そして、「勧告=公表というシステムにおいては、ともに法律の根拠を要する」とする。これは、個別の行為ごとに法律の根拠の要否を考えるのではなく、勧告=公表というシステムを捉えて判断すべきとするものであるが、実際の行政活動は、一連のシステム・仕組みを前提に展開されて

いることが多い實際を踏まえた見解である。しかも、そのうえで「その場合単に勧告し公表することができるというだけでは、要件が不明確すぎる。その要件をそれなりに具体化し、また公表についてはどのように<sup>(39)</sup>なれば公表を取りやめるかについても明示すべきである」とまで述べている。なお、O157事件を念頭に置き、「緊急の公表」について、第三者への不利益処分の不作為（I 37～38頁）に続けて言及している。

（４）では、これら３つの著名な最高裁判決事案と公表について、代表的教科書はそれぞれ法律の留保の視点からどのような考察を行っているだろうか。ストロングライフ事件、クロロキン副作用事件、鉄杭撤去事件および公表の順で検討する。

#### 〔ストロングライフ事件〕

宇賀Ⅰはストロングライフ事件に言及していない。

櫻井・橋本は、法律の留保ではなく、行政行為の意義・種類のうち「法令用語と分類論関係」として取り上げている。そして、最高裁判決を、「裁量判断の余地を認めなかった」として紹介した後、それとは反対に、裁量判断の余地を認めた車両制限令上の道路管理者による「認定」に関する最高裁判決を参考にして、「同様の思考によって、用途によっては危険を伴う物品の輸入について一定の制限措置をとるべきだ」という価値判断の上に、毒物劇物輸入業の登録制度を理解し」…「許可制と考えるなら、『登録』について裁量を認める可能性がでてくる。」（84頁）とする。「同様の思考」を試みて裁量判断の余地があると指摘することに、解釈論上、どのような意義があるというのだろうか。そんな知的パズル的な推論をするのではなく、侵害留保説がかろうじてその存在意義を示すことができる代表的なケースであること、したがって、侵害留保説を支持するというのであれば、具体的ケースにおける侵害留保説の正しい適用の仕方はかくあるべきと例示的に説くほうがはるかに重要と思われる。

塩野Ⅰも、法律の留保ではなく、教科書の冒頭、行政の概念を論じるなかで、行政の裁量性に関連して、行政に裁量が認められないことも多いと

指摘する文脈のなかで、ストロングライフ事件という固有名詞は示さずに同事件最高裁判決の年月日等を指摘して終わっている。<sup>(40)</sup> 上記した櫻井・橋本に対する批判が妥当と思われる。

#### 〔クロロキン副作用事件〕

宇賀 I は、法律の留保では取り上げていない。また、授益的行為の撤回の可否を論じるさいには、主に菊田医師最高裁判決（百選 I 91 事件）を取り上げており、本事件は取り上げていない。そして、撤回の可否についての判断基準をまとめ<sup>(41)</sup>的に示している。この判断基準は最高裁が各所でしばしば用いるようになった総合考慮説とも呼ぶことのできる洗練された一般論であるが、法律の留保を論じることとの関係では、まずは、侵害留保説を維持すると適切な結論を導き出せない事例であることを確認し、そのうえで最高裁判決や阿部説のような個別事案に対する解釈を示して欲しいと思われる。

櫻井・橋本も、行政行為の意義・種類を重視していることの余波であろう、同最高裁判決を紹介しているのは、法律の留保ではなく、行政行為 - 取消しと撤回のうち「法律の根拠の要否」を論じる箇所である。また、最高裁判決の結論を紹介するのみであり（99 頁）、宇賀 I に対する批判が妥当する。

塩野 I も本事件については直接言及していないが、「撤回の法的根拠」を論じる箇所で、宇賀 I に対する評者の上記批判を深めた考察を展開している。すなわち、授益的行政行為の撤回は侵害行為であり、撤回には法律の根拠が必要であるとする説を紹介した後、侵害留保の原則により、そう解することができそうであることをまずは指摘している。そのうえで、「撤回は授益的行政行為がその構成要素の一つとなっている免許制、許可制等の法的仕組みの構成要素の一つである」との見方を示し、法治国原理に基づく法的安定性、既得権の保護を撤回権の制限として考慮すべきではあるが、結論として、「具体の撤回について個別の法律の根拠は必要ではなく、免許、許可等の授權法律で足りるのではないか」（I 173～174 頁）

としている。この考察自体は十分に傾聴すべきであるが、法治国原理に基づく法的安定性、既得権の保護を考慮して撤回にさいしての法律の根拠の要否に結論を出すというのであれば、行政法を学ぶ初めに、法律の留保の箇所でも論じてほしいと考える。

#### 〔鉄杭撤去事件〕

宇賀 I は、緊急措置を論じるさいに最高裁判決を紹介したうえで、「緊急事態において条理上規制権限が発生することを認めたものとまではいえないように思われる。」とする（37～38頁）。理由は述べられていない。

櫻井・橋本は、「漁港法・行政代執行法違反が直ちに損害賠償責任を認めるにあたって必要とされる違法を導出するものではないという事理を示した判決と理解される」（19頁）とするのみである。

塩野 I も最高裁を紹介したうえで、「この判決の趣旨が、正面から、法律の根拠なく鉄杭を撤去したという町長の行為が適法であるとしたものとする、これは、侵害留保原則の例外を認めた極めて注目すべき判決であることになる」が、そうみるべきではないとする。教科書として適切な指摘である。そのうえで、「むしろ、この判決は、町長の町に対する損害賠償責任要件としての違法の問題を民法的論理の下で判断したとみるのが適切」（77～78頁）だとする。最高裁判決の立場を肯定的に理解するにとどめるものであり無難ではあろうが、緊急性に加えて公物管理の側面を有する事案であるから、一般人の法的正義観にも合致すると思われる阿部説的理解をどう受け止めるか、一言あっていいように思われる。

#### 〔公表〕

宇賀 I は、公表を各所で詳細に取り上げている。法律の留保との関連では、情報提供を主たる目的として行われる公表であって、制裁ないし強制手段としての性格を有しない場合には法律の留保が及ばないが、「情報提供を主たる目的とする公表であっても、特定の者に不利益を与えることが予想される場合、事前の意見聴取を行うべき」とする地裁判決を紹介する

とともに（126頁）、違反行為に対する制裁として公表を行うことによって、間接的に違反行為を抑止しようとする場合の公表には法律や条例の留保が及ぶと解すべきとする（231頁）。なお、公表による制裁は法的効果<sup>(42)</sup>を伴うものに限定すべきではないとしている（211頁）。

櫻井・橋本は、「法律の留保が問題となる場面」で「③情報提供」と題し、「最近では、情報化社会の進展により、行政の情報提供のあり方に関連して、法律の根拠が必要な場合があるのではないかという問題が新たに登場している。食中毒の原因と目される食材に関する情報提供を行うにあたり、法律の根拠が必要かどうかが問題となった事案において、調査結果の公表について法律の根拠は不要とする裁判例がある」（20頁）としてカイワレ大根事件東京高裁判決平成15.5.21を指摘する。さらに、義務履行確保に関連してであるが、「義務履行確保のための公表制度を設けるには法律の根拠が必要であり、公表に先立って直接の利害関係者に意見書提出を認める等の事前手続を整備すべき」こと、「公表により自己の権利利益が侵害されると考える者には、公表の前提となる義務賦課行為を取消訴訟（さらには執行停止申立て）で争うこと、人格権を根拠に公表の差止請求をすることなどの対抗手段がありうる」（183頁）とする。

公表に先立つ直接の利害関係者からの意見書提出手続の整備は合理的であるが、公表の前提として義務賦課行為がある場合は多くないであろうから、義務賦課行為の取消訴訟（さらには執行停止申立て）で争うというのは、認められる場合はほとんどないのではあるまいか。やはり、阿部説のように、勧告＝公表というシステムにおいては、ともに法律の根拠を要すると解したり、公表についてどのようになれば公表を取りやめるかを明示するといった方向を模索すべきであろう。

塩野Ⅰは、法律の留保との関連では正面から公表を扱っていないようである。そして、行政上の義務履行確保において公表を取り上げ、違反行為の是正勧告等と結合して行われる公表は実効性確保の機能を営むが、「その意味で、厳密な意味での侵害留保原則が妥当するものではないが、制度化にあたっては、法令の根拠を置くのが法治主義に適合的である（とりわ

け、制裁的意味での公表を制度化する場合)」(241～242頁)とする。教科書としては、法治主義に適合的である理由を含め、教科書の初めに法律の留保に関連して論じて欲しい。

(5) ところで、法律の留保に関するコア・カリは以下の通りである。

「いわゆる法律による行政の原理にいう法律の留保の意義について、具体例を挙げて説明することができる。」(第1章 行政過程の全体像 第1節 基本的概念)。ここで、「意義について、具体例を挙げて説明する」というのは、どのような作業を求めているのであろうか。法律の留保に関する諸説の定義的な内容を概念的に説明できれば足りるというものではないことは間違いないが、あまりにも一般的にすぎる表現である。これでは、法律の留保論の実効性というか、実務的にもっとも重要と考えられる個別事案における法律留保論の徹底具合を、本稿で検討したような実質的法治主義との関係で考察することは期待できないのではないだろうか。

## 註

(28) 実務は侵害留保説(侵害行政についてのみ法律の根拠を要し、それ以外の行政活動は法律の根拠を要しないとする)だと言われている。しかし、その定義からすると、国政上の重要事項であっても、侵害行政でなければ法律の根拠を要することなく、その行政活動をなしうることになる。現代は、自由権保護を国家の役割とした夜警国家時代ではないのであるから、侵害留保説の定義がもたらす結果は、国会が「国の唯一の立法機関」だとする憲法41条に明らかに反し、国会の立法権限を侵食すると明言すべきである。ちなみに、2008年に当時の麻生内閣が追加の経済対策の柱として総額2兆円規模の定額給付金を世帯ごとに支給する構想を打ち出したとき、それが全世帯に給付金を支給するものであり侵害的要素はまったくなかったにもかかわらず、そうした大規模な予算の使用は国会の法律に基づいて実施されるべきとの声が一般的になり、実際、そのための特別法が制定された。この経緯は、法律の留保論としては、侵害留保説でなく重要事項留保説が国民の法的感覚としてもごく自然に受け入れられていることを示唆しているといえよう。

(29) 毒物劇物取締法上の劇物とされている催涙剤プロムアセトン(成分とする護身用具(商品名: ストロングライフ)を輸入しようとした業者に対して、右護身用具は専ら劇物の有する催涙作用が人体に開眼不能等の機能障害を生じさせることをその用途とするものであり、むしろ犯罪に用いられるという

理由で輸入業の登録を拒否したことが争われた事案である。同法が「登録拒否事由に該当しない場合には、拒否してはならない」と定めているとき、登録拒否事由に該当しないにもかかわらず、国民の保健衛生の保持という法の趣旨・目的等に基づき登録を拒否できるか争われた。

- (30) クロロキン製剤を服用し、副作用であるクロロキン網膜症に罹患した原告が、厚生大臣が製薬会社に対して、規制権限を行使して医薬品製造承認を取り消さなかったことを理由として、国家賠償法1条に基づく損害賠償請求を行った事案である。
- (31) 最高裁判決を正確に引用するならば次のとおりである。「日本薬局方に記載され、または製造の承認がされた医薬品が、その効能、効果を著しく上回る有害な副作用が後に判明し、医薬品としての有用性がないと認められるに至った場合には、厚生大臣は、当該医薬品を日本薬局方から削除し、又はその製造の承認を取り消すことができると解するのが相当である」。薬事法は、「改正後の薬事法74条の2のような製造の承認の取消しに関する明文の規定を欠くが、前記の薬事法の目的並びに医薬品の日本薬局方への記載および製造の承認に当たっての厚生大臣の安全性に関する審査権限に照らすと、厚生大臣は、薬事法上右のような権限を有するものと解される」（太字は評者）。
- (32) ヨットクラブが多数のヨットを係留する目的で漁港に無許可で多数の杭を打ちこみ、船舶の航行安全のためにこれら多数の杭を除去する必要があったところ、漁港管理者である町は漁港管理規程を制定していなかったが町長が町費を支出して杭を強制撤去したことに対し、同町住民がかかる公金支出は違法として町に代位して町長に損害賠償を請求した住民訴訟事案である。
- (33) 続けて、「法律がないからといって、危険なものを規制しないのは放任行政ではないかとの批判があるかもしれないが、法律に規定がないのに規制するのは専制国家になる。問題があると気が付いたら早速法律を作れば、見逃すのは一回だけですむ」と述べている。まったくその通りだと思うし、学生のレポートにもこの部分を引用するものが多いが、この類の表現は新司法試験の論述としては不向きなように思う。
- (34) この本文で引用する前には、著者は以下のように述べている。「原始的には瑕疵はなかったが、事後的に処分を維持することを適当としない事情が発生した場合、それを取り消すには、元の処分とは別であるから、原則として、法律の根拠は必要と解されるし、現に法律の根拠が置かれていることが多いが、法律上明確な規定がなくても、違反なり有害な活動がある場合はもちろん、当該法律のシステム上公益上の必要性が高い場合には、撤回が許されるとすべきである」。ここでいう「当該法律のシステム」というのは、「製造承認権限の裏側」が意味するところとかなりの程度重なっていると思われる。その限りでは「製造の承認に当たっての厚生大臣の安全性に関する審査権限

に照ら」して検討している最高裁判決の立場とさほどの違いはないように思われる。若干異なるのは、より解釈論的な理由付けを行い、「もともとの処分の要件の基本的なものが事後消滅した」としている点である。

- (35) 詳しい理由は以下である。「行政が私人の領域に対して直接に実力行使する場合（建物の除却命令のようなもの）とは違って、町長が管理する漁港内の妨害物を撤去する、つまりは、単に物を物理的に移動させるだけであるから、損害を与えるものではなく、法律の根拠が厳格に要求される不利益処分なり権利の制限に当たらないと言うべきである。町長に権限がないのも、実体法的に権限がないというのではなく、単に漁港管理規程を欠いたためというだけの事案である。公物の管理にも原則として法律の根拠が必要だが、憲法で保障された権利・自由を制限するものとは異なるから」というものである、

- (36) 〈3〉で紹介した、実質的法治主義を貫徹する法解釈である「行政法の体系と憲法上の価値を踏まえて、法制度の整合性を維持しつつ、法のシステムの中から事案の解決としてもっともふさわしいものを探求する作業」の具体例といえよう。補足するが、評者は、製造承認の取消権限について薬事法が明文の定めを置いていない趣旨を重視すべきと考える。つまり、製造承認を受けた医薬品が、その後、効能を上回る有害な副作用があることを薬事法が想定しているにも関わらず、あえてその撤回に関する規定を置いていないのか、それとも、製造承認審査が完璧であることを前提として、有害な副作用が生じるような事態をまったく想定していなかったかである。前者であれば、明文の根拠規定のない撤回は原則として違法と評価されることになるが、後者であれば、明文の根拠規定がないから撤回できないと放置すれば、医薬品の品質や安全性確保のために必要な規制を行うことにより保健衛生の向上を図ろうとする薬事法の目的に大きく反することになる。そうであれば、行政庁としては、保健衛生の向上を図るために薬事法を制定した立法者の意図を汲み、暫定的にせよなんらかの防止措置をとったうえで立法者の対応を待つべきであろう。立法者からの明確な指示が出るまで何もしないというのは、立法目的として明示されている立法者の本来の意図に反し違法と評価されるべきである。

- (37) ただし、そこで著者は、「公物の管理にも原則として法律の根拠が必要だが、憲法で保障された権利・自由を制限するものとは異なる」と述べている。憲法で保障された権利・自由を制限するものとは異なるというのはそのとおりであろう。しかし、前半の「公物の管理にも原則として法律の根拠が必要」との点については、評者は、行政組織内部における公物管理か、それとも外部に対する関係での公物管理かを区分して観念できるのではないかと考えているので留保しておく。



- (38) 公表は、一般には行政上の義務違反等に対する制裁として論じられているが、ここでは、法律の留保との関係における公表を検討する。
- (39) なお、2009年度新司法試験では、介護福祉施設に対する立入り調査・勧告・公表のケースが出題されている。公表を止めることが現実問題として困難である実情を踏まえ、公表を取りやめるべき基準を明確にすべきとする著者の見解が妥当するケースであった。
- (40) 3頁。すなわち、「行政の中でも、法律の厳格な執行にとどまるものもある」から、「行政に裁量的な活動が多いということはいえるが、行政の本質は裁量にあるということとはできない」と述べる中で、税金の例を挙げるとともに、「税務行政以外でも、法律に定める要件が充足されていると、行政庁は、法律の定めるとおりに行動（たとえば、許可とか登録とか）をしなければならないことも多い」と説明している。
- (41) 次のような一般論である。「撤回の可否は、当該行政行為の性質、有効期間が付されているか、付されている場合当該期間の意味は何か、撤回によりもたらされる公益と撤回により相手方の受ける不利益、相手方に責めに帰すべき事由が存在するか、第三者の信頼保護の必要性等の諸般の事情を総合的に考慮して、当該場合に行政行為の根拠法律が撤回を許容しているかを解釈することになる。」(323頁)
- (42) ただし、初めの引用は「情報によるディスインセンティブ」をテーマとする箇所であり、あとの二つは、「行政上の義務違反に対する制裁」である。

## 7 行政処分等の違法事由としての信義則（信頼保護原則を含む） 違反

行政法の大原則は法律による行政の原理であるが、信義則（信頼保護原則を含む。以下、同じ。）も、法の一般原理として行政法関係にも適用されるとの理解は今日確立している。しかし、民法（1条2項）のように行政実定法に明記されているわけではないので、具体的場面への適用となると、分かっているようでなかなか難しいところがある。つまり、民法の信義則であれば、だれもが一応の理解をしていてその適用の有無などを的確に判断できるであろう。しかし、行政法の場合は明文の規定があるわけではなく、信義則や信頼保護原則の適用が問題になるかどうかの問題意識をもつことがそもそも難しいし、仮に適用されそうな場面だと考えたとしても、法律による行政の原理との兼ね合いで、両者の優先関係を判断するこ

とはなかなか容易ではない。つまり、解釈論としては、個別実定法規の要件や効果の充足の有無を判断する以前に、個別実定法規をストレートに適用して結論を出すことはできないと感知し、一步離れたところから事態を観察しなおして、その事態によりフィットする法的構成を提示するという困難な作業が求められることがあるのである。

かくして、実務家法曹を養成する法科大学院教育においては、具体的な適用可能性のある場面を過不足なく見分け、そこにおける信義則と法律による行政の原理との優先関係を考察することがきわめて重要である。ちなみに、コア・カリは、その体系の冒頭で「法の一般原理」を一つの章立てとし、そこで信義則を論じていない点に不満は残るが、「行政処分の実体的違法事由の検討能力」として次のような問題意識を示しており、内容としては適切と考えられる（第2章 行政処分の実体的違法事由の検討能力第5節 行政処分の違法事由としての信義則違反等<sup>(43)</sup>）。

- 信義則違反（信頼保護原則違反を含む）を理由として行政処分が違法とされる場面とはどのようなものかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
- 行政権の濫用（動機の不法）を理由として行政処分が違法とされる場面とはどのようなものかについて、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
- 信義則及び行政権の濫用を理由に行政処分を違法とすべきかどうかを、具体的事案に即して考察することができる。

そこで以下では、本書において、イ. 信義則（信頼保護原則および両者の修正バージョンを含む。以下同じ。）が適用されそうな具体的場面としてどのようなケースを取り上げているか、そしてその場合、ロ. 法律による行政の原理との優先関係を著者がどのように判断しているか、最高裁判決の事案等を中心に検討する。

①工場誘致政策と信頼の保護（最判昭和56.1.27判時994.26、百選Ⅰ27事件）

行政法で信義則を説明するときの定番とも言うべき事案であるが、本書では、ⅠではなくⅡの国家賠償法・違法行為で論じている（452～457頁<sup>(44)</sup>）。行政法の一般原則で取り上げるほうがいいか、それとも国家賠償法・違法行為で論じる方がベターか。短答式では、行政上の諸原則に関する問題として、経済性・効率性の原則、アカウンタビリティ（accountability）の原則、協議・配慮義務とともに、本判決が選択肢の一つとして出題されたことがある。<sup>(45)</sup>信義則を学ぶさいの代表事例として、しかも事案の内容が分かりやすいケースであるので、演習本としてならⅡの国家賠償法でもいいが、概説書・教科書としては、行政法の一般原則としてⅠで取り上げてほしいと思われる。

②租税関係と信義則（最判昭和62.10.30判時1262.91判百Ⅰ26事件）

信義則が法の一般原則として、権力関係の典型領域である租税法においても適用されること、そしてその際の一般的基準を判示したリーディング・ケースとして、以下の判旨、とくに太字にしている箇所はほとんど暗記されているほどに有名である。

租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用を考えるべきものである。

問題は、上記判旨が公式のように機能していて、租税関係と信義則に関する問題だと分かると、そこで法的思考が停止し、それ以上に事案ごとに

異なっているはずの個別事情を認識しようとはしない傾向が強いことである。これは信義則に関する教科書一般の内容が上記二つの判例を紹介するだけで終わっていることや新司法試験の問題が上記公式レベルの暗記で足りるような問題を出題しているからと思われ、<sup>(46)</sup>実務家法曹の養成という観点から危惧されるところである。

この点、著者は、「問題は、税務官庁の見解はどの程度公的に表示されたら信頼に値するかにある」としたうえで、「青色申告は、実体的な税額を決める制度ではなく、単に一定の帳簿を付ければ優遇されるというものであり、その承認は手続的なものであるから、青色申告の承認を得ずに青色申告書を提出していた上記のような場合、それに至る事情が十分やむを得ないと認められるのであれば、遡及して承認するという扱いも、納税者間の公平を害さないのではないか」（I 169頁）としている。理論というか決まりきった理屈を公式のように繰り返して済ませるのではなく、常に事案の個別事情から眼を逸らさずに思考を開始する著者ならではの指摘である。

③有罪判決から約27年経過した郵政事務官の失職扱いと信義則の適用可能性<sup>(47)</sup>（最判平成19年12月13日、判時1995号157頁）

多数意見は有罪判決の確定した翌日に失職したとし、約27年経過した今日、その旨処理することが信義則に反し権利の濫用に当たるものということとはできないとして上告を棄却している。<sup>(48)</sup>法解釈の技法としては、事実上勤務を続けているとき、早ければ3年（不法行為による損害賠償請求権の時効消滅）か5年（国の債権の会計法上の消滅時効）、普通には10年（一般債権の消滅時効）、どんなに遅くとも20年（不法行為による損害賠償請求権の除斥期間）を経過した時点で「新たな任用関係ないし雇用関係が形成された」とみるべきである。本件のような問題を「私人の違法行為の継続と信頼保護」と位置づける著者は、泉徳治判事の反対意見<sup>(49)</sup>を「新しい信頼保護理論として、高く評価」している。多数意見のような法的感覚の持ち主が判事として任官されてはならず、また国民審査制度により適時適切に罷免されなければならない。

#### ④『許認可前の指導と信義則』

この論点は、不許可処分がなされる前の指導では許可される見込みであつたが、突然不許可にされたため、不許可事由があつたというのであれば、それについてそれなりの説明なり申請の補正をする機会を与えるべきで、それをしないままの不許可処分は信頼原則に反する違法な処分になるか、というものである。最高裁判決のある事案からとつたものではないようであるが、世間一般ではきわめてありそうなケースである。そのためか、新司法試験プレテストの公法第2問でこの論点が出題されている。直接の問いは、「不許可処分の違法事由としてどのような主張をすることが適切であると考えられるかを検討しなさい。それぞれの主張について法律上どのような問題点があるかも述べなさい。」<sup>(50)</sup> というものであつた。

#### ⑤既存不適格等と経過措置・猶予期間

いわゆる国立マンション事件（東京高判平成16年10月27日判時1877号40頁）は、高さ規制のなかった地域に高層マンションの建設が計画されたため、国立市が急遽、高さ制限20メートルとする地区計画条例を制定・施行したところ、その施行直前にいわゆる根切り工事が開始されていた事案である。つまり、建物自体の建築はまだ行われていなかったが、第1次的には、根切り工事開始により、「現に…建築…工事中の建築物」に当たるかが争われた。実務的に、既存不適格を狙った駆け込み着手と制度変更に伴う経過措置の必要性として重要である。しかし、実務的な重要性にもかかわらず、従来の教科書ではこの論点を真正面から取り上げ、正しい位置づけと考察を加えていないように思われる。

そこで、行政法の論点としては、新たに制定・施行された規制法規を、その施行の時点ですでに前から存在している継続的な事実に対して適用できるかという問題として設定できよう。この論点について、著者は一般的に次のように説明している。すなわち、「法の予測可能性、不意打ち禁止は、法治主義（さらに、租税法律主義。憲法84条）の基本的な要素であるから、行政法でも、不利益処分等権利自由を制限する行為は刑事法と同じく、遡及することは認められない。一般的には、将来に向かつてのみ効

力を生ずる。』。そして、既にその営業を行っている者又はその営業開始の準備をしている者がいるときは、経過規定を設けるなどして、それらの事業者の営業を一定の条件下で容認する措置がとられるのが通例である。

ところで、本書で著者は、法治主義を論じる冒頭で、簡潔な設問を示し、上記の問題意識を読者に投げかけている。次の設問である。「⑩環境法が強化され、既に存在した工場に対して、これまで許されていた大気、水への排出を禁止することができるのだという。しかし、建基法が強化されても、既存の建物は適法だという。一体矛盾しないのか。」（I 92頁）

この解答は、次のようである。「既に存在する法律関係に新規の法制度が導入される場合には、法律関係を永久に変更できないとするならば、社会の変化に対応できないので、新しい法制度の必要性和これまでの法的地位の保障の調和を図る必要がある。」「例えば、建築基準法関係のルール（条例を含む）が改正されても、これまでの建物及び「現に…建築…工事中の建築物」は既存の法的地位を保護される。これを既存不適格という（建基法3条2項）。法改正と建築工事の着手の先手必勝システムである。」「他方、公害規制の強化は、一般にこれまでの工場に対しても及ぶ。重大な不利益ではないし、規制強化の必要性があるからである。」（I 174-175頁<sup>(51)</sup>）。

以上のとおり、既存不適格等と経過措置・猶予期間そして遡及適用を法治主義と信義則との関係で捉えているところに本書の特徴がある。

#### ⑥年金の減額・支給開始時期の引き延ばし

「年金制度の改正のために、当てにしていた年金が減額される場合」あるいは「支給年齢が先に延ばされる場合」が現実には発生しているし、今後もありそうである。著者は次のように説明する。「年金財政大赤字対策であり、世代間の公平を確保するためであり、年金受給世代が生活至難になるほどではないから、前記1978年の最大判を使えば、公共の福祉のために必要かつ合理的な措置としては是認されよう。」（180頁）。理論的にも実務的にも、きわめて興味深い課題であるが、さすがに時間的にパスせざるをえない。

⑦協議義務（最判平成16年12月24日、紀伊長島町水源保護条例による廃棄物処理施設規制対象事業場認定処分の取消請求事件）

本件は、廃掃法では許可された廃棄物中間処理施設について、三重県紀伊長島町が水源保全条例を制定し取水規制の観点から規制した（規制対象事業場としての認定）ところ、その取消訴訟で業者側が勝訴した事案である。本判決で注目すべきなのは、結論として、本件自主条例を違法又は無効とはしなかったこと、その一方で、これまでの法制度を信じた業者に対し従前は許容されていた営業を制限する条例を制定する場合には、憲法上保障された権利である営業の自由ないし職業選択の自由との関係で、そのような事業者の地位を不当に害さないように配慮する義務があるとしたことである。

著者は、業者の営業の自由と水源枯渇防止の要請を調和させるため取水量減量などの協議をしなければならず、本件で協議は条例を合憲とするための不可欠な手続とされたと理解している（I 181頁）。評者の私見では、営業の自由ないし職業選択の自由といった憲法上の権利との関係で、従来からの法制度に対する信頼が保護されなければならないとしたものであり、経過措置や猶予期間を設定する通例と一脈通じるところがある。<sup>(53)</sup>

そして、本書が素晴らしいのは、本判決のその後の影響や、争点を共通にしそうな類似例に本判決を当てはめた場合に関する言及がなされていることである（I 182～183頁）。これらは、評者などにとっては定期試験の素材になるし、考える法曹を選抜する新司法試験の論述問題でも大いに出題されそうである。それらを要約して示すと以下のとおりである。

イ. 本判決に従ったのが阿南市水源保全条例高裁判決（高松高判平成18・1・30判時1937号74頁）であり、最判平成20・2・1で維持されている。

ロ. 本判決に先行して、町のモーテル類似施設建築規制条例は風営法や旅館業法には違反しないとしつつ、業者が建築確認の申請をしたところ条例を施行して禁止した事例がある。盛岡地決平成9・1・24（判タ950号117頁）は、業者は条例の制定を予想せずに相当の資本を投

下しているので、この条例はこの業者に適用するかぎりでは憲法29条に違反するとした。

ハ、事業直前に条例で妨害—国立マンション事件における地区計画条例の場合、市町村が業者の根切り工事着手よりもほんの少しでも早く条例を施行していたとしたらどちらが勝つか。<sup>(55)</sup>

以下では、代表的教科書のそれぞれが、イ、信義則（信頼保護原則を含む）の適用が問題となる場面としてどのようなケースや判例を取り上げて検討しているか、そしてその場合、ロ、法律による行政の原理との優先関係をどのように判断しているかに的を絞って見てみよう。以下では、以上で検討した①から⑦を例①などとよんでいる。

塩野 I は初めに、信義誠実の原則や権利濫用の禁止だけでなく、禁反言の法理と法的安定性の要請も挙げ、法の一般原理を表現したものとして、これらの原理の行政関係への適用があるとしている。そして、「行政法の場面では、典型的には行政機関の言動を信頼して行動をした者の保護が問題とされるので、これを信頼保護原則として把握することもできる」とする一方、「法律による行政の原理との調整を必要とする」と大局を設定するとともに、この「調整は、個別具体の法律の仕組みや利益状況との関係に左右されるところがあるので、より具体化された場面での検討が必要である」（82～84頁）と述べている。これは、本稿で信義則を考察しようとするときの評者の問題意識とまったく同じである。つまり、一般論よりも具体的適用の可否を検討することによって初めて、行政法における一般法理としての信義則の射程を判別できるのである。

そこで、塩野 I の取り上げるケースが注目されるのであるが、例①について、「行政上の関係でも、法律による行政の原理との正面からの抵触が問題とならないところでは、私人の救済の途は開かれやすい」と説き、例②について、法律による行政の原理を重視する立場からの、評者がいう「暗記されている」判旨を紹介して終わっている。<sup>(56)</sup>

櫻井・橋本も、例①、例②を説明した後、<sup>(57)</sup>「信義則・信頼保護原則は、個別具体の法律関係において、法律による行政の原理を修正する道具とな



ることがある。民事法的な利益考量の結果、個別具体的な事例に即した法的解決をするという要請が信義則・信頼保護原則というかたちをとりつつ、法律による行政の原理の形式的な適用を修正しているという見方もできる」(33頁)としている。そして、そのような方向性を示す裁判例であるとして、法律上、国民年金加入資格を有しなかった在日韓国人が、担当職員の誤った勧誘により加入手続を行い、約15年間保険料を納入して納付期間を満了して老齢年金の受給を期待したケース<sup>(58)</sup>について、信義衡平の原則と信頼関係の保護の観点から受給資格を認めた判例(東京高判昭和58・10・20行集34巻10号1777頁)を紹介している。

また、原爆被爆者援護法による健康管理手当の受給権を取得した者が出国したところ、外国からは申請できないとの違法な通達があったため、支給を打ち切られ申請もできないままに時効期間が経過し、その後、支払義務者である県が消滅時効を主張したケースも取り上げている。そして、その最高裁判決<sup>(59)</sup>について、訴訟を提起するなどして自己の権利を行使することが合理的に期待できたなどの特段の事情のない限り、「信義則を用いて明文規定(地方自治法236条2項は、普通地方公共団体による消滅時効の援用は不要であり、その利益を放棄できないことを定める)の適用を排除したもの」(33頁)と解説している。

字賀Ⅰは、例の①と②を取り上げている<sup>(61)</sup>。そして、この例の①と②を信義則の適用例として検討するとき、例②を法律による行政の原理との抵触が生ずる場合として、例①を法律による行政の原理との抵触が生じない場合として、大きく区分して論じていることが、評者も支持する大きな特徴である。また、例②について、租税法律主義の下における信義則適用の要件を、信頼の対象となる公的見解の表示を中心に他の事例も含んで考察しており、大いに参考になる(40～46頁)。その他、櫻井・橋本が紹介している老齢年金受給資格肯定判例(東京高判昭和58・10・20)について、法律による行政の原理との抵触が生ずる場合のうち、「租税法律主義以外の例」として説明している(43～44頁)。また、事例①に関連して、計画変更と補償を検討項目にあげ、市街地再開発計画が新市長の下で変更され

た最高裁判決例を検討している。さらに、先行行為後の後行行為における裁量権行使に信義則上、制約がかかることを認めた最高裁判決例<sup>(62)</sup>も紹介している。

## 註

(43) なお、「法治主義・法の支配・法治国原理・法治国家などと呼ばれる概念の意義について、法律、裁判、民主主義、基本的人権、適正手続保障、信義則などとの関連を含め、理解している」(第1章 行政過程の全体像 第1節 基本的概念)との問題意識を示されている。

(44) 著者は、争点を、村には工場誘致政策を変更する自由があるが、誘致政策に応じたX製紙工場の方も、村の施策に対する信頼を保護してもらいたいが、この調和をどうとるかであったとしたうえで、「密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を律すべき信義衡平の原則に照らし、その施策の変更に当たってはかかる信頼に対して法的保護が与えられなければならない」とした最高裁判決を紹介し、同判決は、政策変更の必要性和それに寄せた信頼の保護との調和点として、一般には支持されているとする。

(45) 「ウ. 地方公共団体の企業誘致施策が変更されたことによる損害の賠償を誘致の相手方の企業が請求した事件について、最高裁判所は、特定の者に対する行政の具体的勧誘を伴った場合であって、求められた活動が長期にわたる施策の継続を前提として初めてこれに投入する資金・労力に相応する効果を生じ得るものであるときには、代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむを得ない客観的事情によるのでない限り、信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯びる、と判断した。」である〔H19—24問〕。

(46) たとえば、以下のような選択肢の正誤を、「最高裁判所の判例に照らして」答えよといった設問の仕方である。基礎的知識修得の確認ということであればやむを得ないのであろうが、信義則の適用可能性を事案の個別事情に応じて検討する方向へ思考が向かうことをストップする作用があることは間違いない。

イ. 信義誠実の原則及び信頼保護の原則は行政上の法律関係にも適用される場合があるが、課税関係においては、租税法律主義の厳格な適用による納税者間の平等を犠牲にしてもなお納税者の信頼を保護しなければならない特別な事情がない場合には信頼保護の要請は劣後する。〔H18—第25問〕

イ. 最高裁判所の判例によれば、民事上の法律関係を規律する原理として生まれた信義誠実の原則は、租税法律主義が妥当する租税法律関係につ

いては適用されないと解されている。〔H20—第23問〕

- (47) 禁固以上の刑を受けた者は、執行猶予付でも公務員に採用されることはできず、既に公務員となっていた者は失職する（国公法76条、38条2号、地公法28条4項、16条2号）との規定があるが、郵政民営化前、現業の郵便集配業務に携わっていた者が、公務員任用前の公務執行妨害罪により禁固以上の有罪判決が確定したため失職するはずのところ、任命権者に知られなかったため、そのまま勤務を継続して、25年経ってから事実が露見して失職扱いとされたケースである。
- (48) 有罪判決を受けた事案がどのようなものだったかという点、郵政事務官として採用される半年ほど前の昭和47年9月に公務執行妨害罪で現行犯逮捕され、懲役4月、執行猶予2年間の有罪判決を受けたというものである。当時の社会状況を想起して考えよとは言わないが、本判決は、勤務状態が約27年間平穏に継続しているという法的安定性の意味をまったく無視しており、評者が最高裁ワースト10判決の、さらに上位を占めると考える劣悪判決である。当時はたぶん1万を超えるごく普通の良心的な大学生が同じような状況にあったと思うが、彼らのほとんどは、その後ごく普通の社会人としての人生を送っている。それを許すところに日本社会の良き同化的寛容さがあるものであり、そうでなければ、日本社会全体が長く分裂と憎悪の渦巻く暗い社会になっていたであろうと推測されるのである。
- (49) 泉徳治判事は要旨、以下のような反対意見を述べている。もともと、この制度は公務に対する信頼を確保する制度である。一方、この者は、本件有罪判決の言渡しの失効後も四半世紀にわたり郵政事務官として無事勤務を続けたことにより、60歳の定年まで勤務することができるものと期待したとしても、無理からぬものがある。一般に転職の困難な50歳に達した段階で、退職手当の支給もなく、郵政事務官の身分を奪うことは、上記期待を裏切り、職業の保持、生計の維持、法律生活の安定の面で過大な不利益を課するものである。これらを考慮すると、信義則、権利濫用禁止の法理に照らし、任用を継続した行為が無効であって、郵政事務官の地位を失っているものと取り扱うことは、もはや許されない。
- (50) 公表されている出題趣旨は次の通りである。「本問は、やや複雑な事実関係の下で、産業廃棄物処理施設設置許可に関する行政庁の判断の法的性質の理解を前提に、その不許可処分の違法事由を、審査基準の設定公表義務、法定の基準についての解釈・運用の変更（平等原則、他事考慮等）、行政指導の過程で形成された信頼の保護の要否（ないし信義則上の諸問題）などの観点からどのように考えるか、また、訴訟段階での処分理由の追加が認められるかを問うものである。仮に違法な処分として取り消されたら、再度のやり直し処分では当然に許可されることになるか。」（波線、評者）。著者はこの論点

を取り上げているが、違法として取り消されて「やり直したら当然に許可されるものではなく、行訴法33条によりやり直しだけである」(I 173頁)と指摘している。

- (51) 続けて、既存不適格に対して猶予期間を設定した後、遡及適用を認める次の例を紹介している。「消防法は、建基法と同じく一般的には既存不適格を適法としているが、百貨店、旅館、病院、地下街等多数の者が出入りする建物については、昭和49年の改正(第64号附則第4項)により、昭和52年4月1日以降は、既存の建物も一定の猶予期間内にこれに適合させなければならないシステムを取っている」。
- (52) 小作人等に売り渡されなかった買収農地を、旧地主に旧買収価格ではなく、法改正をして時価の10分の7で売り払うとしたことが争われた事案についての最大判昭和53・7・12民集32巻5号946頁を指している。著者は、論点を「既得の権利の内容を権利者の不利益に変更する結果を生ぜしめているが、これは憲法29条に違反するか。」(I 176頁)と設定した上で、同判決の概要を紹介し、これを支持している。紹介されている同判決の概要は次のとおりである。「いったん一定の内容の権利として定められたものといえども、その後においてそれが公共の福祉に適合しなくなったときは、それを公共の福祉に適合させるために制約を受けることを免れない。こうした制約は、それが公共の利益のために必要かつ合理的と認められるかぎりには、権利の内在的制約の範囲内であり、正当な補償を要する特別の犠牲には当たらない。また、遡及法は遡及法であるというだけで、違憲無効になるものではなく、問題は既存の権利の内容に権利者に不利な変動をもたらすことを憲法上正当化するかどうか、換言すれば、それが公共の福祉のために必要かつ合理的な措置として是認されるかどうかにある。この理由の存否については、当該立法がどのような目的で、どのような権利変動をもたらすかを究明したうえ、その措置によって達成しようとする公益の性質、内容、必要性の程度と、他方、これによって権利者などが被る不利益の性質、内容および程度を比較衡量し、右のような変動を生ぜしめることが全体として、公共の福祉のために私権に対し制約を加える必要かつ合理的な措置として是認できるものかどうかを判断すべきである」。
- (53) 著者も調査官解説を参照して同じような理解を示している。I 181頁。
- (54) たまたまであるが、今年(2011年)の公法系第2問場外車券売り場開設に関する問題は、評者が2009年2月に学内で出題した問題と事例がきわめて似ている(もちろん、素材として使用した判決事案がある。場外車券発売施設設置許可処分取消訴訟における周辺住民・医療機関の原告適格に関する最一判平成21.10.15である。)。また、同じく評者が学内で出題した2008年の定期試験問題も翌年の本番問題と事案と論点がかなり類似している。評者の場合、

論述問題を作成する一般的な方法は、行政法という学問の体系、存在理由そして法の支配の貫徹といった問題意識を基点とし、そこから日本社会で発生しているさまざまな社会的事実や判例事案を眺めるのである。そうすると、行政法上の概念や定義そして争点に関するさまざまな問題が浮かび上がり、考える法曹たらしとする人に論述して欲しいと思われる問題が見えてくるので、そこら辺りから期末テスト等の問題を作っている。言うまでもなく、上記評者の視点や方法論であるとか考察対象の事案や判例は、本書などにおける著者のそれから学んだものである（上記最高裁判決に関する著者の論稿（判例評論（第621号）判時2087号〔2010.11.1〕164～170頁なども含む）。したがって、新司法試験の出題が今後も考える法曹を選抜するにふさわしい出題傾向を続ける限り、評者の本番出題予想は今後も的中する可能性が高いと考えられる。それ以上に、たとえ事案や論点自体はその年、的中しなくても、新司法試験の問題と問題意識や思考過程が共通するところが多いので、評者の問題意識や思考過程を理解していれば、本番で知らない問題に出くわしたときも、論点を見つけ出し、答案構成をして論理展開することが、随分容易になると思われる。なお、新司法試験の短答式では、かなり長文の問題（たとえば、行政立法に関する H22-21）が出題されることがあるが、これなども評者の期末問題と共通する問題がしばしば出題されている。

- (55) 著者は、本判決の理論は地区計画条例の策定作業にも妥当するとして、本判決を応用したときの考え方を次のように示している。すなわち、「この地区計画条例も、これまでの用途地域を信頼して、事業を開始しようとする事業者に対して、予想外の負担を負わせようとするものであれば、『準備中の者に対する憲法上保障された権利である営業の自由ないし職業選択の自由との関係で、そのような事業者の地位を不当に害する』おそれがあるという点に変わりはない」「地区計画策定の段階で、事業者の地位を不当に害しないように、事業者と誠実に協議を行うことが不可欠である。」
- (56) ただし、別に、第三章行政法の法源 第三節行政法の効力 一 時間的限界（I 63～64頁）において、「法的安定性、信頼保護の原則から、不利益効果をもつ法律の遡及適用は許されないものと考えるべき」として、税の遡及適用の可否と既存不適格の問題を説明している。
- (57) 例⑦で検討した最高裁判決について、櫻井・橋本は、法律と条例の関係に関する主要判例を5個、簡潔に紹介するなかで取り上げ、「新たに制定された条例により、すでに許可申請手続を進めていた事業者の権利に重大な制限を課すような場合、条例の定める手続において、その事業者の地位を不当に害することのないよう配慮する義務がある。」（58頁）と説明している。
- (58) 阿部Iでは、170～171頁（IX 法治行政と信頼保護の原則）で取り上げている。

- (59) 阿部Ⅰでは、209～210頁（第3章 行政法と民事法の関係・異同 3 時効の援用と利益の放棄【時効の主張が権利濫用になる場合】）で取り上げ、さらに通達の違法を理由とする国家賠償請求の可能性とそれを認めた最高裁判決（最判平成19・11・1判例集61巻8号2733頁。国の担当者が、原爆医療法及び原爆特別措置法の解釈を誤り、被爆者が国外に居住地を移した場合に健康管理手当等の受給権は失権の取扱いとなる旨定めた通達を作成、発出し、これに従った取扱いを継続したことが、国家賠償法1条1項の適用上違法であり、当該担当者に過失があるとされた事例）についても言及している。
- (60) 在ブラジル被爆者健康管理手当等請求事件（最判平成19・2・6民集61巻1号122頁）。
- (61) ただし、事例⑤の論点である既存不適格、経過措置や猶予期間については、「第2章 行政法の効力 1 時間的限界（2）遡及立法」（I14～18頁）で解説している。
- (62) 日本人女性の配偶者としての資格で上陸を許可され在留期間を更新されてきた者が妻と別居し婚姻無効確認訴訟、離婚請求訴訟を提起されるに至ったところから、法務大臣が、その者には日本人配偶者の身分を有するものとしての資格で在留期間の更新を受ける地位にないと判断し、その者の意思に反して、その者から短期滞在への変更申請ありとして扱い、在留資格を出国準備のための3ヶ月間にわたる短期滞在へ変更する旨の在留資格変更許可を行い、さらに短期滞在資格による在留期間の更新を行うべき理由がなくなったとした更新不許可処分が争われたケースである。最高裁（平成8・7・2判時1578号51頁）は、在留資格を短期滞在へ変更する旨の許可処分は、この者の意思に反し変更許可申請ありとして取り扱われたという経緯を重視して、少なくとも信義則上、短期滞在資格による在留期間の更新をいったん許可した上で、改めて日本人の配偶者等という在留資格での滞在を継続すべき相当の理由が存在するか否かにつき、公権的判断を受ける機会を与えるべきであるとした。阿部Ⅰでは、第4章第5節行政裁量とその統制で「信義則を基準とした裁量濫用の例」として紹介している。