

- a) A市長は、万一、同市内で公害病患者が死亡した場合には、見舞金50万円を支払うことにしたいと考えている。このためには条例を制定しておかなければならないか。法律の留保に関する議論を踏まえて、簡潔に述べなさい。

公害病と認定された人に対して見舞金を払うには法律による裏付けが必要かどうか、であるので法律の留保の議論である。それについては、法律の留保の伝統的通説は侵害留保説であるから、侵害留保という観点からすると、「見舞金を支払う」という行為は国民に義務を課したり権利を制限する、つまり侵害するものではない。給付活動であるので、法律の根拠はいらない。つまり条例がなくともやってよい。侵害留保説からするとこれで言いように思われる。

しかし、侵害と行政は分けれるようで分けられないものである。例えば、警察が取締活動をやると言うことは侵害活動だと思われる。泥棒にとっては自由を奪われることになるためである。しかし、その警察活動によって住民が安心して暮らせると言うことを考えると、住民サービスの一環と考えることもできる。つまり善良な市民にとってはありがたいサービスだと考えれば、両方考えられるのである。逆に給付行政では、Aさんに対しての給付行政は、Bさんにとってはすごいダメージを与える活動かもしれない。このように両面性があることに注意しなければならない。公害病だと認定された患者に対しては見舞金を支払うというのは非常に大事な給付福祉活動なのだが、裏を返せば、その条例の仕組みに基づいて公害病だと認定されなかった人に対してはお金を払わないという意志でもある。だとすると、このお金は少額であるが、公害病のような健康に関わる決定に関しては行政が勝手に基準を作って機械的にやってはいけないと思われる。重要な公益に関わる大事な切り分けをする制度であるから、人権を保障する上で非常に重要な問題が考えられるのであれば、それはやはり法律による根拠の裏付けが必要であると考えべきだろう。

税金に関して、窓口の人が間違って課税になるはずのものを非課税に**してしまっていて年月がたったのだが、それを間違い**だ**として昔の分も課税する**という処分をしたが、それ**に対して被害者は反論する構えである**。このような場合、この人はどのような訴訟を提起し、どのような主張をして救済を求めれば**いいだろうか**。

訴訟に関しては、これは具体的な処分であるので、課税処分を取りあげて取消訴訟で争うべきだと思われる。不服申立前置の制度であるので、税務署長に対して不服申立をなしてから、取消訴訟を提起してゆくべきだろう。

次にどのような主張をするべきかについてだが、通常は法律による行政の観点からすれば、徴税法に従ってきちんとされるべきあり、もしこれが課税扱いすべきものであったのならちゃんと課税しないと非平等が生じる。従ってしっかり税金を取るというのが本来あるべき姿であるといえる。しかし、それでは被害者があまりに気の毒であるので、信義則が適用されるかが問題になる。公的見解は非課税ということで示されていて、その表示を信頼して行動し、それが後から覆されたということで経済的不利益を受けることになったということに加え、被害者には過失がないといえるので、この場合、最高裁62年の租税関係と信義則の判決の趣旨からして、当然このような措置は違法であると考え**るべきである**。従ってそのような課税行為は法の一般原則である信義則に反しているという主張を行うべきであると思われる。また、一度非課税にしたらもう二度とお金を取れないのか**という**と、たまたま窓口の人が間違っ**た**ということである**学校はこの先税金払わないで生きてゆける**ということになるのはあまりにも不平等であるので、将来に渡っては課税した方が**良いのではないか**ということが考えられる。

ソープランドという名前に移行する前の、トルコ風呂という名前が一般的であった時代の個室付浴場の事件である。非常に静かな街に業者がトルコ風呂の店を作ろうとした。周辺住民が反対運動を起こしたので、町が山形県とこっそり相談した。風俗営業は、学校や病院、公園の近くには建てていけないという距離制限が設けられている。そこで考えた。トルコ風呂というのはお風呂を使うので風俗営業の許可も必要なのだが、公共浴場法の許可も必要なのである。そして建物を建てる時には建築確認審査をしなければならない。というように一つのお店でいくつも行政法規上必要な許可がある。そこで、公衆浴場法の許可の申請が来たのだが、「風俗営業を始める前に、急いで予定地の近くに公園を作ろう」という話になって、通常なら1ヶ月かもう少しかかる児童遊園をトルコ風呂より先に作れということになって、一週間で作った。その後、風俗営業の許可申請してきた。すると、距離制限に引っかかるので営業を不許可にした、という事件である。しかし、勝手に営業を始めたので。無許可営業ということで営業停止処分をした。これに対して業者はどのようにして救済を得たらよいか。

ここで問題になるのは町が児童遊園を設置したという行政の権限行使がトルコ業者に対して違法な損害を与えたかどうかということである。一応形式的に町がやったことを見ると、100%適法である。児童福祉法に基づいた許可申請など手続的にはすべて正しい。しかし、明らかに一業者の営業妨害をするという目的でやっていることもまた疑いがない。従って諸々の行為は行政権の著しい濫用であるといえる。つまり、形式的に法律に則っているとしても明らかに違法な目的でその権限を行使したということなので、権利の濫用であるといえることができるのである。

従って、業者は営業停止処分を取り上げて取消訴訟を提起して、権利濫用の禁止原則違反を主張するべきである。しかし、営業停止処分は訴訟期間中に停止期間が終了してしまう可能性があるので、期間が過ぎてしまった場合はその期間分の損害賠償請求を国家賠償訴訟で行うべきである。

墓地・埋葬ってどこの役所が所管しているかというと、厚生省である。どこでも捨てられては衛生上も困るので、「墓地〔等〕の管理者は、埋葬〔等〕の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない」と定め、21条はこれに違反した者について罰則を定めている。以前は厚生省の課長さんが、「異教徒、宗教が違うというのも正当な理由として考えて良い」という通達を出していた。ところが真言宗のお寺は創価学会を拒むという事例が急に増えたので、それを受けて、「違う宗教というだけで拒んではいけない」という風に新たに通達を出した。それで困ったのが真言宗のお寺である。通達が変わったので、今度創価学会に求められて拒んでしまったら、刑事告発されて罰金刑になってしまう。この通達に不服のある寺院はどんな訴訟を提起して救済を求めればいいのか。

元々具体的な権利義務に関する争訟であり、法律が終局的に解決することのできるものでないと訴訟することができないという風に定義が決まっていて、そのような処分については取り上げて訴訟できる。しかし、今回の場合は通達である。通達に対して取消訴訟が提起できるか、処分じゃないから無理ではないかが問題になる。

本来通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく行政組織内部における命令にすぎないので、国民の権利義務に重大な関わり持たない。従って取消訴訟の提起は認められず、寺院は不服があるなら拒否をして刑事裁判が始まったときに信仰の自由を害するというように無罪を主張すればいい。最高裁昭和43年12月24日の判決ではこのように判示していた。

しかし、結局刑事被告人になったときに争えればいいというのは、つまり寺を刑務所の中と外の境目に立たせて争わせるということである。私人にこんなぎりぎりの状況まで追い込んで、そのような状況にならないと争わせないというのは、法治国家として妥当ではない。もう少し柔軟に提起を認めるべきである。もちろんこれが内部問題であるということはわかるのだが、特にこのような事案においては、この寺院の権利義務に相当直接に関わっているのだから、処分に見立てて訴えの提起を認めるべきである。

また、現在は平成16年の行政事件訴訟法改正によって、取消訴訟では扱えないような、つまり処分とはいえないが訴訟を受け付けるべきものについては当事者訴訟という者が用意されることになった。つまり、行政訴訟に関しては必ず取消訴訟か当事者訴訟どちらかが受け皿となり、決して取りこぼしがないようにするという趣旨である。従って、寺院は通達を処分に見立てた取消訴訟と当事者訴訟で当該通達の無効確認訴訟の両方を提起し、本案審議に入った方で、通達の不当性を主張してゆくべきであると思われる。

行政行為の公定力とは何か。「取消訴訟の排他的管轄」という語句を用いて説明せよ。

民事的な観点で見た場合、AさんとBさんが土地の売買契約をしたが、それが詐欺脅迫であり、契約は無効なので土地を返還してほしいというときには、契約は無効だということで所有権を根拠に土地返還請求訴訟で争う。しかし、買収処分という行政行為を介している場合には、民事の契約であった場合のようなやり方では土地の返還を請求することはできない。行政行為は取消訴訟などによって争うという制度設計になっていて、その手続によって取り消されていない限り、民事の訴訟などで争うことができないという仕組みになっているのである。これを取消訴訟の排他的管轄という。つまり、わざわざ取消訴訟という制度が法律上で用意されているという意味は、やはり訴訟の段階で処分を争えるのはこの方法だけだという趣旨が自然であるだろうということである。

従って行政行為は特別なルートによって、取り消す権限のある機関によって違法取消とされない限りは、他の裁判所は例え違法だと見なせるものだとしてもこの処分を有効なものとして見なさなければならないという特別な力があるということになる。行政行為の公定力という。

NはD市立中学校前に喫茶店を開設したいと思い、食品衛生法五二条（六六条）の許可を求めたところ、D市の保健所はNの施設が衛生上良好であるので許可をあたえた。ところがD市立中学校PTAから、学校の近くに児童のたまり場となるような施設を作るのは教育上好ましくないとの反対が出されている。この場合、D市では許可を取り消すべきか。

この場合は許可を取り消すべきではないと思われる。このD市が行う許可というものは、相手方の自由を一度禁止して衛生上の要項をクリアした一部の人に許可を与えるというものである。これは私人の自由を制約するものであるから、やはり自由主義の観点からは制約の要件などはきちんと法律根拠があるものでなければならない。つまり法律による行政の原理である。根拠法規の趣旨目的に従って、根拠法規に書いてある要件効果の範囲で判断するしかない。食品衛生法はどのような趣旨目的でこのように規制をかけて、要件を満たした一部の人に許可を与えるという仕組みにしているのかということ、それは公衆衛生上の観点である。つまり保健所は公衆衛生上の観点からのみで、営業の自由に対する規制ができるのである。教育上の考慮という目的で営業規制はできないのである。法の目的からして、考慮してはいけないことを考慮した権限行使は、法律による行政の原理の趣旨に反するというところで、このような許可の取消はできないはずであるということである。

ある自治体では、税金滞納者に対しては水道の給付を拒否すると言うことが条例で定められていて、運用されていた。その被害者 A さんはこれに対してどのような訴訟を提起して救済を得ることができるだろうか。

水道の給付拒否という処分を取り上げて取消訴訟をするべきである。

その上で問題となるのは、税金の滞納を理由として水道を止めると言うことは許されるのかと言うことである。給水停止できるときと言うのは、基本的に正当な理由がないときには拒んではいけないという義務がある。給水停止できるときと言うのは水道料金を払わないときなど、特別なときだけなので、税金を払わないというのが正当な理由に当たるのだろうかという解釈問題になると思われる。それを確認するために水道法を見てみると、水道法は税金の支払いを担保すると言うことは目的としていないので、このような者はやはり認めるべきではない。水道法の趣旨からすると許されることではないので、できないと思われる。このような主張を展開することが有用であると考えられる。

G 県 M 町は、風光明媚、水のおいしい町として知られ、観光業が町の財政を支えていた。このたび県外業者 T が、水源となっている同町はずれの山中に、産業廃棄物最終処分場（埋立地）の設置を計画していることが明らかになり、水源汚染をおそれた町民からは、設置反対の声が強まっていた。

そこで G 県は、県独自に作成していた「G 県廃棄物処理場の設置に関する指導要綱」を根拠に、T に対し、①住民と話し合いの機会を設け、かつ予定地の半径 1km 内に居住する住民3分の2以上の同意書を知事宛に提出することを要請し、②これを守らない場合には、かかる要綱違反の事実を県の広報に掲載（公表）する旨を通知した。

しかし T は、かかる要請には応じない旨を県の担当者に回答したうえで、法に基づく設置許可を申請した。すると後日、県から、「貴社が、指導要綱に定める手続きを経ずに行った本申請は、公益を著しく害するおそれがあり、受理できません」という趣旨の文書付きで、申請書がまるごと返却されてきた。（なお、T の施設は、法律上の技術的基準は満たしているものとする。）

以下の設問に答えよ。

- 1：住民の同意を求める指導はそもそも違法ではないのだろうか。
- 2：一度申請した申請書を返却するなんて法律的に許されるのか。
- 3：公表などされたら、信頼を第一とする T としては困る。この措置も違法ではないのか。

この「指導」は行政指導である。行政指導とはあくまで非権力的な協力の要請、お願いにとどまるので、相手方を拘束する力はない。そもそも諸省事務の範囲内であったり、指導の内容が公序良俗に反する者でなければ、行政指導すること自体は適法である。ただし、行政指導に従わないから許可しないということや、水道をつなぐのを拒否するということなど、相手方の権利を侵害し行政指導を強制するようなやり方であれば違法であると評価できる。

また、ここでの返却は不受理ということであり、このような慣行は行政手続法では許されないことであり、違法であると考えられる。申請が到達した以上、正式に許認可を拒否するか、補正を命じるかのどちらかしか行政はできないはずである。

次に公表についてだが、公表措置のタイプによって分類する必要がある。

例えば、O-157 の原因はカイワレダイコンであるという公表の場合は、食の安全のために取り急いで原因と思われた食材を公表したと考えられるので、違法性はないと考えられるし、単なる行政指導不服従の事実に対する制裁を趣旨とする公表である場合は、帆率の根拠無くしてそうすることは相手に対する違法な侵害と評価でき、違法だと考えられる。今回のケースの場合、この町は水のおいしい街として有名で、それによって観光業も栄えていた。つまり、この町にとっておいしい水というのは生活基盤となっていたと考えられる。その水源を汚染してしまうおそれがあるということは、周辺住民の経済に大きな影響を及ぼすことになり、生活基盤を破壊することになりかねない。そのような意味での公表であると解釈するならば違法性はないと考えられるし、また、水源の汚染によって周辺住民の健康に大きな影響があると考えられることからしてもこの公表は違法性はないと考えられる。しかし、単なる見せしめ的な要素もあり、裁判で勝ったとしても、その事実を知らない人はたくさんいるので、名誉回復が困難になってしまうことから、適切な制裁手段とは言い難く、慎重さが必要だと考えられる。

医療法人 T は、医療法7条の規定に基づき病院の開設許可を申請した。県知事 S は、県地域医療計画に定める当該地域の必要病床数はすでに満たされているとして、開設中止の勧告を行ったが、T はこれに従わなかった。同法によれば、勧告不服従により開設不許可等の不利益な処分がされることはないものの（申請は許可される）、実はその場合、健康保険法に基づく保険医療機関の指定を受けることができなくなるという運用となっていた。事実上、病院開設を断念せざるを得ない T は、どのような訴訟を提起して救済を求めることができるか。

保健医療機関の指定の拒否処分を受けた時点で取消訴訟をしても、法律の中にそのように要件があって、要件に従って行われた処分に対しては適法としか判断できない。従って、開設中止の勧告を争うしかないということになる。現実問題でも、争っている間に何十億円かけた病院が完成してしまい、行政訴訟で最高裁まで 10 年もかけていては建物が古くなってしまふ。できるならできるだけ早く争って、確実に将来指定されるという地位を確保しておいて、それから工事を始めた方がよい。従って、勧告を処分に見立てて取消訴訟とするべきだと考えられる。

また、現在の発想であれば、当事者訴訟で争っても良いと思われる。当事者訴訟は、あくまで処分を構成しにくい行政活動に対して争えるということを趣旨とした訴訟形態であるので、自分が勧告に従う義務のないことの確認訴訟というように提起することも可能であると考えられる。

このように二つの方法が考えられるのは、あくまでこのようにグレーゾーンのぎいおうせいかつどうは色々あるが、門前払いにならないようにするために作った当事者訴訟の制度であるので、原告の訴えの公正の仕方によってどちらでもあり得ると考えられるからである。

B 市長は、X 学院からその学校用地・建物が固定資産税の非課税扱いになるかどうかの問い合わせを受けたので、調査の上「非課税扱いにする旨決定した」と文書で回答し、以後、非課税扱いとしてきた。ところがその後、5 年を経て、B 市長は、右解答は地方税法の規定の解釈を誤ったものであったことが判明したので、過去5年間の固定資産税を遡って賦課し、その徴収のため X 学院所有の土地の一部を差し押さえた。B 市長のこの措置は適法か。また、B 市長は、X 学院に対し将来課税をすることはできないか。信義則と租税法律主義との関係に照らして検討せよ。

青色申告の判例の趣旨から考えると、租税法律主義が貫かれるべき租税関係に関しては信義則の適用には慎重でなければならず、納税者の平等・公平を犠牲にしても納税者の保護をしなければ正義に反するといえるような特別な事情がある場合に適用できるとしている。そしてその特別な事情とは、税務官庁が納税者に信頼の対象となる公的見解を表示したことによって納税者がその表示を信頼して行動したところ、それが後になって課税処分となり経済的不利益を受けたか、そしてその信頼に基づいて行動したことについて納税者に過失がないかどうかを考えるとのことである。

この事例を考えるに、「非課税扱いにする旨」を文書で回答しており、これは十分信頼に値すると思われる。そして X 学院はそれを信頼していたが、5 年後になって覆され、過去5年分の課税処分が下され、経済的不利益を受けている。また、X 学院がこの文書を信頼したことについては何ら過失は見あたらない。従って、B 市長のこの措置は信義則に反していて違法であるといえる。

しかし、一度非課税にしてしまったら二度と課税にすることはできないのかというと、X 学院がこの先この税金を払わないでゆけるとすると租税法律主義の観点から納税者の間であまりに不平等であると思われるので、B 市長は X 学院に対して将来的には課税をすることはできると考えられる。その場合は、信義則にも反せず、適法に行うことができるであろう。

T県では暴激音防止条例を制定して、「路上で一定基準以上の激音を発し、道路交通その他公衆に迷惑を及ぼしている者がある場合には、警察官は激音発生装置を没収し、四八時間領置する」と定めた。このような規定をおくことは憲法に違反しないか、仮に違反しないとして、条例でこのような定めをすることができるかについて、論じなさい。

憲法に違反しないかは回答しないが、仮に違反しないとして条例でこのような定めをすることはできるかについて論じる。

これは、うるさくするなという不作為義務か、もしくは本人しかすることのできない「静かにする」という非代替的作為義務である。それについて警官が激音発生装置を没収して直接実現するということは、直接強制と言うことになりかねない。

行政代執行法の1条には単に「法律」とあり、2条には「法律（…条例を含む）」とあることから、2条以下については「法律＝条例を含む」と考えて良いが、1条の「法律」には条例は含まないと考えられる。そう考えると、義務履行確保については、法会率で別に定めることはできるが、それ以外では行政代執行法の定めるところによるということで、条例では新たに義務履行確保の仕組みを作ることができないと解釈することができる。従って、条例で何か義務を課して、執行罰や直接強制を行うことは条例ではできないと考えられる。以上から、当該規定を条例で定めることはできないと考えられる。

とはいうものの、義務を課さずにいきなり取り上げて良いという風に解釈すれば、それは即時強制であると言えるので、条例で制定しても良いと解釈することができてしまうということもある。これはあまりに均衡性がないので根本的な検討と再整理が必要であろう。