行政法　第三回 １０・１１

Copyright : Takumin

2007年10月11日
1:44

はじめも録音していたのだが、急にWindowsのアップデートが強制的に再起動を始めちゃって、それまでの15分間くらい音声がないです。。。悪しからず。。。。

確か今日のテーマは、地方行政についてで、今は前回の続き、法の一般原則の中の「権利濫用の禁止の原則」の話で、情報公開についてのはなしであると思われる。権利濫用的な大量の開示請求は大変だということで拒否できると考えられるという答申を横須賀が出した。つまり、役人の理屈は、「説明責任というのは、やはり主権者である国民・県民が主権者として大事なことを判断する、民主的に参加するために必要な情報を出す、というのが本来の制度趣旨ではないか。たまたま一儲けしようというときに行政の持っている情報を使わせてもらおうという虫の良いやつに利するための制度ではない。制度の狙いが違うのだから、そんなことやらなくていいんだ」ということをいうのだが、果たしてそれで良いのだろうか。実は千葉県などの条例では、権利の濫用的申請はダメと定めているところはいくつかあるのだが、商業利用だからダメかということについては非常に慎重な検討が必要である。つまり、監視請求権の仕組みなのだが、情報公開の仕組みは情報公開法第3条に書いてあるとおり、
「何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長に対し、当該行政機関の保有する行政文書の開示を請求することができる。」
つまり、情報公開の仕組みは理由を問わないということである。主権者として必要合理的な理由があるときはというような縛りが一切ない。どういう目的で開示請求しているかということを一切問わないというのが情報公開の仕組みなのである。なので、急に商業利用だからダメだというような話を持ち出すというのは、そもそも情報公開の仕組みの原則から外れるということになる。なので、ただ単純に大量請求だから、商業利用だから拒否して良いというのは結構難しいのである。もしするのであれば、大きく法律・条例の仕組みを変えるしかないだろう。大量の時には2年待たせても良いとか、大量の時にはコピー料金を上げるとか、アメリカでは商業利用は特別料金体系ができている。完全に制度として最初から作るならいいが、日本はまだしていないので拒否するという方向になってきているが、そう簡単には拒否して良いとはいえない。なので、単純に大量請求だからといって拒否できるというのは語句例外的な場合である。ただ行政の運営を阻害する目的としか思えないような請求であれば、そのときには断っても良いという感じでやっている。
ということで情報公開などで、私人が行政に対して持っている権利なんだけど、形式的には正しいのだが場合によっては権利濫用的な行使であれば違法だという風に考える余地がある。

権利の濫用のもう一点が、行政が私人に対して権利を濫用する場合である。これは判例の「行政権の濫用」を見てほしい。

行政権の...

これは、通称トルコ風呂事件といわれていて、まだ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。ある山形県余目町という非常に静かな街に業者がトルコ風呂の店をを作ろうとした。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と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。そこで、不利益を被ったので行政訴訟で争った。しかし、途中で営業停止期間が過ぎてしまったので、その期間分の損害賠償請求（国家賠償請求）に訴訟を変更した。
余目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がここでの問題になる。ところが、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とかすべて正しい。しかし、明らかに一業者の営業妨害するという目的でやっていることもまた疑いがない。そこで最高裁が何といったかというと、諸々の行為は行政権の著しい濫用であるといった。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場合、これを権利の濫用というわけである。行政権も権利の濫用と言われることがあるということ。行政関係にも権利濫用禁止の原則が妥当するのだと言うことを覚えていてほしい。これらが権利濫用の話。

もう少し細かい話を5分でします。ちょっと戻るが、行政法と民事法の関係というところで話した判例があって、教科書で言うと29ページ。今まで話してきたことは、行政がどのような法に従うかという話であって、それは児童福祉法だとか所得税法とかそういう行政法規ももちろんなのだが、それだけではなく権利濫用の禁止などの一般原則などにも従うという話だった。その上で、行政法と民法とが両方被さってくる事件がいくつかある。そこには、一般私人についての関係を規律する民法が行政法関係に適用されるのだろうかという問題がある。つまり、民法が適用されるのかと言うこと。結論を言うと、場合によるということである。教科書風に言うと、30ページ4行目に「行政法規の趣旨やその法律の定める仕組みに則した解釈を個別にする」とあり、結論的にはそうである。大昔には、民法と公法の世界は全く別の世界なのだという議論があって、民法の適用はないというのが主流であった。この例で問題になるのが、民法177条である。

農地買収...

民法177条は、登記がないと土地の所有権を主張できないという規定である。Xさんが土地をAさんから買い受けた。お金はもう払って、実質Xさんのものなんだけど、土地の登記はまだA名義であった。なので書類上はAのものなのだが、実際はXのものである。
戦後はGHQがやった農地改革は、日本の民主化には必要だったのでやったことなのだが、二束三文で地主から買い取ってみんなに配るというものだったので、戦後は訴訟がたくさん出た。明らかに憲法に財産権の保障が書いてあるのに、なんで大地主は保障されないのかという感じである。まぁ戦後直後の改革時期なんだから諦めろという判決がたくさんある。この話は、改革最中の話なのだが、あのあの土地は不在地主の土地だから強制買収の処分しようということになった。ところが本当の不在地主だったらいいのだが、Xさんは実際に自分の土地にしているのだが、登記上はAだったために、農地委員会は土地の所有者をAと勝手に認定して、買収地処分をした。そうすると、せっかくXさんの土地だったのが、いつのまにか行政が取得したことになっちゃって、その後誰かに売られてしまうことになるかもしれない

ということになる。そこで焦るXさん、確かに民法177条から言ったらXさんは行政に対して自分の土地だという主張をできる地位ではないんだけど、行政法関係では177条を適用するなと主張した。判例は、177条の適用はないといった。大昔の人は、特別な権力行政の時に民法の適用はないと昔から言っていたじゃないかと言うことで、判例もそういってくれたと喜んでいた。
しかし、この改革は、戦後改革で小作人をいじめている不在地主から土地を取れと言うのが法の趣旨であった。なのでこの土地に関しては、ちゃんとXさんが名実ともに地主で、Aさんはもはや不在地主という立場ではないのではないか。Aさんはお金ももらって売り払っているので。法の趣旨からして、たまたま登記があるからといってその人から買収するのはおかしいといって、民法を盾にAさんを地主に見立てた行政処分は違法だと主張した。つまり、法の趣旨からすればAさんが地主の訳がない。Aさんにある登記を信用していいわけがないだろう、実態を見ろ、と裁判所は言った。なので、177条の適用がなかったのは、あくまで法律の趣旨・解釈から導かれたということである。もう一つの事件を見よう。

租税滞納...

今度は税金関係の話。
設定は同じような感じ。Xさんが土地をAさんから買い受けた。代金は支払ったけど、登記はまだである。複雑になるが、Aさんは何か債務があったのか課税処分がなされ、それでも払わないので滞納処分（財産を差し押さえて、競売にかけて、そのお金で充当する）がなされた。今度は税務署が相手。A三所有の工場を差し押さえたのだが、全然足りない。そこで、もう少し調査すると登記があることがわかり、その土地も差し押さえになった。ところが、実際はXさんが所有者なのに、勝手に差し押さえられた。「確かに登記はAにあるかもしれないが、実質俺のものなんだ。ただ漫然と登記があるからといってAの財産に見立てて滞納処分差し押さえなんてされてしまったら俺の土地がなくなってしまう」ということで当該処分の無効を主張した。
判例は、この場合は登記を信じても良いんだということで177条の適用自体を否定しなかった。その理由は、税務署長というのはあくまでAさんの財産を確定して、それを差し押さえる権限がある。Aさんの責任財産を確定するときに、登記を信用しないわけに行かないということで、Aの登記を信用してやった処分は正しいという判決であった。
ということはXは負けちゃうのかという話になる。Xさんはお金払って所有しているときから、不動産の譲渡を受けたと言うことで財産税の申告をして、今まで税金を納めていた。所有者が払う税金を払っていた、という事情があったのである。すると、税務署長はその土地がXさんのものだとわかっていたからXさんから財産税をもらっていたということになる。なのでXさんを所有者だとある意味で見問えているということになる。それを、Aさんに登記があるからといって二枚舌を使うというのはずるい。これを民法では背信的悪意者というのだが、信義則に反するやり方である。なので、民法は適用になり、登記を信用したのは良いんだが、全体を見ると明らかにやったことは汚いと言うことで、Xさんは救われたという事件である。
まとめると、権力関係だから民法の適用はないという昔の理論は通じない。結局個別具体の法律の趣旨・目的で法律関係に民法の適用があるかないかを見極めるしかないということである。

この判決では、責任財産を確定するという目的のためには登記を信用していい、民法を適用して良いんだといったが、先生はこれには批判的である。税務署長は、特別に普通の一般人にはない税務調査権限を持っている。この場合、税金の特殊な範型からして民法を漫然と適用してはいけないという結論もあ

り得たというのが先生の考え。
以上が民法の適用があるかないかという話だった。

もう一つ民法との関係であるのが、33～4ページにかけて行政法規違反の法律行為の効力という有名な議論がある。法律行為というのは、民法関係において法的効果を持つ行為のことである。契約を結ぶとか、そういうもの。有名なのは、ブラックジャックとかでよく出てくるが、お金持ちが怪我して困っていて、お金いくらでも払うからブラックジャックさん助けてくれということで助けてあげると、「いや、お前は無免許で有名なやつだ。お前は医師法違反の医者じゃないか。そんな法律違反の奴の行為に対してお金を払わなければいけないのか。俺は払う義務はない。」なんて居直るなんてシーンがよくあるよね。あの主張は正しいのだろうか。これは、話を変えれば、お肉屋さんに言って焼売を買った。でも実はそのお肉屋さんは実は食品販売業の許可を得てなかった。なので「焼売買ったけど、免許ないんだってね。あのときの300円返せよ。」といえるかと言うことである。
そこで大昔の人は、教科書33ページにあるように、行政法規とは大きく分けて二つあるという風に議論して、取り締まり法規と強行法規があると言った。強行法規というのは、AさんBさんが何か達成しようとしている司法上の効力そのものを問題とする法律のこと。教科書で出てくるのは鰯である。戦争直後にダシを取ったりするのに非常に大事な物資は自由に流通できなくて統制物資といわれていて、価格を決めて一定のルートで、国が決めたやり方でなければ取引できないようにした。あんまり鰯業者が暴利をむさぼってしまっては処理が困るので、鰯1キロ500円とかに決める。5000円で売っていた業者がいたときに4500円分は無効だ、500円でなければダメだというように、値段の決定という契約の内容自体の一部を法律がそもそも禁止するということを定めていた。このような場合は、法律違反の部分は無効だという風に考えているということである。つまり、強行法規違反4500円分は無効であるということ。あのとき5000円で鰯を買ってしまったけど、そのうち4500円返せと言えば返してもらえる。それはなぜなら法律がそもそもその4500円を無効にするということを定めているからである。そういうものを強行法規という。もう一つの取り締まり法規というのは、ただ一定の事実行為を禁止するという類のものである。なので、この取り締まり法規違反というのは無許可で手術しないでね、無許可なのに肉を売ったりしないでねということを規制しているので、やっちゃったとなればその分お仕置きがくるということだけである。それに伴って契約がどうなるとかいう法律上の問題は置いておいて、その事実だけを規制するだけなので、ブラックジャックに直してもらっても、別の話なのでお金を払うということになる。
分けて議論していたが、末広厳太郎が分けて議論しようと言っていた。今では、何が取り締まり法規かというのはとくわからないので、末広説は一つの参考にはなるが結局は個々の法律の趣旨・目的で考えようということしかいえないと考えられている。法律違反の行為だから民法上無効になるかといったら一概には何ともいえない、個々の法律の趣旨・目的によって変わってくると言うこと。
知っておいてほしいのは、行政法規の中には私法上の契約の中身（契約内容）自体に法律が直接規制を加えたという事例があるということである。有名なのは、労働基準法の13条では「この法律に定める基準に達しない労働条件を定める労働契約はその部分については無効とする」と書いている。「その場合はこの法律の定める基準による。」つまり、無効になった部分は、そのまま法律の基準をそのまま適用する、契約を直接規律する効果（直律）があると言うことを定めているものもある。他には、利息制限法がある。消費者契約法といって、8条に消費者保護のために、次に掲げる消費者契約の条項は無効とするという風に書いてある。例えば、「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償す

る責任の全部を免除する条項」つまり、契約をあらかじめするときに、もし会社側がむさぼって何を買っても我々は一切責任を負わないというように一方的に都合の良い条文を作ったら、それは最初からそもそも効果を持たないよと言うことを法律で決めているというものである。つまり、金利何%までにするというのは、つまりそれ以上は無効にするということだし、現在は割と法律の中で具体的にここまでは契約を無効にするというじょうぶんはいくつかある。それは参考までに。

次は行政組織の話に移りたい。教科書37ページ。
行政組織をどう扱うかは大変難しい問題ななのだが、基本的な用語だけを覚えてほしい。例えば、組織法って何の話かというと、民法でよくある話なのだが、さっきの山形県で公園作った例だと、被告は誰なのか。処分をしたのは山形県知事という名前である。では被告は山形県なのか、山形県知事なのか。そういうことを一応知っておく必要があるだろう。そこでまず出てくる言葉が、行政主体といって、行政上の権利・義務を保有し自己の責任能力で行政活動を行う団体である。法人である。国とか県とか市である。つまり、法律関係というのは権利義務を持っている人との間の関係であるということである。その他に、色んな法人とかがあるが色んな行政作用を行う。例えば、駐車違反の取り締まりが民間委託になったが、公安委員会が特別に指定を受けて、行政事務を肩代わりしている。行政主体はたくさんあるということを覚えてね。
二つくらい行政主体について言うと、３８、９ページにたくさん書いてあるが、もし行政関係の仕事に就くなら、行為概念をきちんと理解できていない人は信用できないよね。もう一つは情報公開関係の話だが、およそ行政主体は行政事務を担っている。公的に大事な仕事をしている主体が多いので、やはりそれらについてきちんとした統制が及ぶ、適正さが担保されるということはとても大事である。その一つには情報をきちんと公開すると言うことが必要ではないかと言うことである。しかし、民法上の法人は、条例とかで情報公開の対象に入れることは絶対にできないので、法律上でやるのは難しいので、できるだけ任意自発的な情報提供などが充実されるべきだと考えている。
つまり、適切なコントロール手段はそれぞれに考えられるべきだと言うことである。

次は行政機関という言葉である。これにも大きく分けて二つある。40ページ以降。行政主体とつい捏合われる言葉という関係で、行政庁という言葉を覚える。その上で、補助機関とか諮問機関とかを覚える。国でも、株式会社三菱商事自体が一応建物を所有するという権利を保有している。その権利義務の帰属主体である国や企業それ自体は意志は持っていない。なので、国とかを代表して、その法人のために決定をするという機関が必要になる。それが行政庁である。例えば目黒税務署長は国のために決定して先生に課税処分するわけである。そのように、行政主体の対概念では行政庁を覚えてほしい。行政主体のために決定する、権限を行使する機関、これを行政庁という。各庁大臣とか都道府県知事、自動車税事務所長とかになる。
例えば神奈川県が知事の多選禁止条例を作ろうと進言して作れそうだが、果たして知事が条例の一条一条を書いたのかというと、そんなわけない。何千人の職員たちが知事のお手伝いをしているのであって、それを補助機関という。一般の公務員は行政機関に入っても補助機関という位置づけになる。さらに、諮問機関とか参与機関とかその他色々あるが、専門的なことについて専門家にお伺いを立てるという専門の審議会などを諮問機関という。諮問機関はそれに対して諮問する能力を答申という。その答申

には法的拘束能力はない。あくまで行政庁である知事は最終的にはその意見に拘束されなくてもよい。一方、知事の決定を拘束する議決を行う、決定を行う機関を参与機関という。後は監査機関とかあるが、そんな感じである。
特徴は、行政庁については独任制が普通。公正取引員会というような合議制の委員会は例外。さらには大臣の下の上級機関から下級機関に対する指揮監督権などがきちんとある階層性というのも特徴である。権限の所在に着目した概念であった。

もう一つは、教科書では人の集合体といっているといっているが、もう一つ言っているのが事務のくくりといっている。何に着目して行政機関を考えるかで、大きく分けて二つある。まずは行政主体との関係で権限はどういうものかという権限の所在に着目するのが今のような話である。もう一つは、領域のくくりというが事務が実際どこに割り振られているかというものである。
例えば国家行政組織法というのは、三条二項に「行政組織のため置かれる国の行政機関は、省、委員会及び庁とし、その設置及び廃止は、別に法律の定めるところによる。」とある。そのように事務として、例えば金融関係なら金融庁、厚生労働関係では厚生労働省という風に領域ごとに省などを置くという考え方があって、これがアメリカ式の考え方である。みんながイメージする行政機関はこっちの法が近いのではないかと思う。事務配分の単位としての組織体である行政機関という概念である。
これはあくまでそういう概念が二つあるということなのでそれだけ頭に入れてね。

行政組織のあたりは暗記物が多いので、第5章は読んでおいてほしい。そういう概念があるんだということを押さえてくれればいい。今までは組織の話、組織内部・組織同士がどうあるべきかというのは直接には国民とは関係のない、行政内部の問題である。
行政法学というのは行政がどのように国民に働きかけてくるのかということを研究するので内部問題については別物と考えていた。これらについては大きく分けて四つの結論を導いていた。一つは、こうした内部関係の理屈というのはあくまで行政の自主的な判断にゆだねられるのだという風に考えられていた。大枠は法律で定めるのだが、細かい部分は法律の規律の対象外であるということね。
二つ目には、内部関係の法律問題は国民と行政の間の法律問題には影響しないと考えてきた。
三つ目には、内部関係の法律問題は、裁判所の審議の対象とはならないと考えてきた。
四つ目は、他大臣間の関係は法的な関係からは除外される。
この四つが、行政組織の伝統的な理論であった。
今ではそうとは限らないという話ね。
その理屈は大きく二つある。一つは、いくら内部の話でも税金を使って行政が最終的に国民に影響を及ぼすためにやっている活動ではないかということである。つまり国民主権は民主的コントロールが必要という観点からは、法律の議決が緩くて良いとは当然にはならないという考え方である。国民主権を民主的コントロールを重視する考え方からすれば、行政組織内部の話であろうとも必要な規律は及ぼすべきだという考え方が強くなる。
今の話は民主主義的な観点だったが、自由主義的な観点からもいえる。やはり内部問題を行政の中で決めてしまうとその影響は大きい。つまり、国民の権利保護の観点からすれば、行政の内部問題の話（意志決定過程とか）が公正適正であることが必要であると考えられるようになってくる。

従って伝統的議論は修正を迫られている。その例を二つ話す。
役所間の連絡調整過程は内部問題と考えられていて、昔は法的に考えられることではなかったのだが、連絡調整過程がまずくて何かの権限行使をミスしたということであれば、それは国民に対して賠償金を払うという法的効果を持つこともあるのだということが考えられてきていると言うことを話す。

九州にある会社があったのだが、ライスオイルを作っている。その課程の中で、熱を安定させるために、触媒というのを使う。PCDというやつが触媒としては最高の物質だったのだが、健康被害をもたらす化学物質であった。それが何かの課程で漏れてしまい、ライスオイルが汚染されて、それを食べた人が健康被害になった。これはどのようにして発見されたかというと、作っている課程でゴミが出る（カスみたいな）。そのカスを産業廃棄異物にして捨てるのではなく、食肉用の鳥のえさにしていた。鳥は体が小さいので、少し食べただけで死んでしまう。どこかの養鶏業者で鳥がたくさん死ぬという事件がたくさんあって、伝染病かということで農水省の検査官が立ち入り調査をした。そのときにPCDが漏れてしまったことがわかった。この場合、農水省大臣には連絡調整責任があるだろう。ライスオイルが汚染されている可能性があるので、食品として使用を中止するとか注意を喚起するとかやるように伝えればいいのに何も農水大臣は言わなかった。なので対応が遅れて健康被害が発生してしまった。そういう事件。あのときに、農水省がきちんと厚生省に伝えていてくれれば、私はこんな被害に遭わなかったかもしれないと被害者は思うわけで、厚生省農水省も一緒に国が賠償責任を被害者に負うべきだと被害者は主張した。「君たちには過失がある。なぜなら農水省は厚生省ときちんと連絡調整をして食品公害を未然に防ぐべき権限もあったし、それくらいのことは予見できたのにそれをしなかった。なので過失がある」と主張した。これは福岡高裁判決のレベルなのだが、80年代の判決である。国の賠償責任を認めたという判決である。そこで国も白旗を揚げたので最高裁には行かなかったので、判例としては有名にはならない。判例として有名になるのは最高裁が初めて示した一般的な解釈なので余り注目されていないが、最高裁が破棄した高裁判決というわけではないので先例としての意義は十分あると思われる。行政の内部でミスしたということが最終的に賠償金を払うという法的な関係に影響を及ぼしているということになる。健康被害というような非常に甚大な損害が発生したそのときに限る話なのかは分析の余地があるが、連絡調整義務を怠ったというのが国民との法律関係にも影響があるのだといった点では非常に重要だろうということである。

二つ目の例は通達の話。通達とは

通　達

通達とは、国家行政組織法に基づき、各大臣、各委員会及び各庁の長官がその所掌事務に関して所管の諸機関や職員に命令又は示達する形式の一種。法令の解釈、運用や行政執行の方針に関するものが多いです。
ということね。

パチンコ...

教科書は66ページ。昔、物品税という仕組みがあって、遊戯具に税金をかけるという仕組みだった。パチンコ台には税金をかけない運用が続いていたのだが、ある時に一点、東京国税局長から「パチンコ球遊器は今後遊戯具にあたるという解釈に変える」という通達が出た。その後は、下級機関は上級機関の指示に従わなければならないのでそのように取りはからった。業者は渋々納税したが、やはり納得いかない。租税法律主義なのに、ある時急に通達で明日から通達で税金払えなんて、結局それは法律による

課税ではなくて通達による課税だというように争った。昭和43年の判決である。これは昔の理屈で、内部関係論に立ってあっさりとパチンコ屋を負かしたという話である。判旨を見ると、パチンコ台が遊戯具だというのはおかしくないといった上で、通達による課税は租税法律主義を定めた憲法違反であるといっているが、本件の課税がたまたま通達を起源として行われたものであっても、通達内容が法の正しい解釈に合致するものである以上、適法な処分だと解することができるといった。これが伝統的な考え方。
裁判所が判断するに当たっては通達は用いない。それくらい、内部関係論だから脇に置いているということ。

ではこれで良いのか。もっとわかりやすく通達自体争えないよとやってしまって問題になったのが次の例である。

墓地・埋...

これは何かというと、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。
ではここにいう「正当な理由」とは何か。従前、この点は機関委任事務だったのもあるのだが、霞ヶ関が自治体に通達を出すということができた。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。そこで、通達に対して直接訴訟を提起した。
この訴訟形式が許されるのかということは非常に難しい話で、いつか話す。基本的に取消訴訟という風に争えるというのは通達や採決だけである。もともと個人の権利義務を具体的に範囲確定したりする行為という風に定義が決まっていて、そういう処分については取り上げて訴訟できるというのは問題ない。しかし、今回は通達である。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。
判決では、「「元来，通達は，原則として，法規の性質をもつものではなく」（つまり内部問題），上級行政機関が関係下級行政機関・職員に対してその職務権限の行使を指揮する等のために発するものであり，下級機関・職員に対する「行政組織内部における命令にすぎない」から，これらを拘束することはあっても，「一般の国民は直接これに拘束されるものではなく（つまり無関係），このことは，通達の内容が，法令の解釈や取扱いに関するもので，国民の権利義務に重大なかかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない」」
これが裁判所の考え方である。つまり、取消訴訟できるのは処分だけであり、通達はだめという、非常に冷たい考えである。これに対しては、たくさん批判がある。解説を読んでほしい。じゃあどうしろっていうんだ！ということね。最高裁の考え方は、「もともと内部問題の通達について、無理矢理法律問題に見立てて取消訴訟の提起を許すなんて、そんなことは認めない。別に寺は拒否すればいい。すると罰金刑になって刑事裁判が始まって、そのときにあれは信仰の自由を害する違法な扱いだ、といって、無罪を主張すればいい。そこで寺は裁判を受ける権利が保障されてできるのだから、わざわざこんな訴えを認める必要はない」ということである。

批判としては、「結局刑事被告人になって、そのとき争えればいいじゃないというのは、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こでしか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だ。」つまり、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、この人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だ、というのがある。こういうのを処遇性拡大論といわれる。取消訴訟で争えるということを処遇性という。これを典型的な社会処分だけではなくて、切羽詰まったときの通達とかその周辺にある奴にも拡大して考えて、争わせてあげようという議論が昔あった。

実はそのような考え方を認めた事件があって、107ページの真ん中の「これに対して…」ということろね。国民の権利義務に重大な関連があって、それしか権利救済手段がないというときに、通達の処遇性を更正したという事件がある。つまり、それなりに柔軟に考えるべきじゃないかという事件。
この事件は非常に面白い事件で、日本では昔尺が単位だったが、一尺がどれくらいの長さかというのは業界ごとに違っていて、これでは海外貿易の時に商品の信用がなくなってしまうので、メートル法の導入が決まった。そこで、業界で使われていた物差しは今後は販売してはいけないという通達が出た。すると問屋さんで流通できなくなる。困ったのはメーカーで、今まで尺定規を作っていたのに、売れないということになってしまい、文句が言いたいわけである。メートルに統一するという風に通達で勝手に決まってしまったし。だけど、争いたくてもどうしようもないのである。別に作りたければ作っても良いのである、ただ誰も買ってくれないだけなのである。なので、メーカーとしては争うためにはその通達を取り消せというように争うしか方法がなかった。そういうことなので東京地裁は、このような切羽詰まった本当に他に手段がないという場合には通達を争ってもよいよといった。なのでそのように柔軟に考えて処遇性を認めてはどうだろうということである。
単純に、通達、行政内部の指示とかだから国民の生活にも関係ないし裁判の信義の対象にはならないという伝統的な形式的な割り切りというのは通用しない。通達によって非常に重大なことが決まっているときには、できるだけ柔軟に裁判で争わせるべきだと考えられている、ということを知っていてほしい。
昔は典型的な処分じゃないものも取消訴訟で争わせるというのが従来の争い方だった。しかし、平成16年に行政事件訴訟法が改正されて、処分については取り消し訴訟、それ以外は4条の当事者訴訟で行くというのが現在の考え方である。例えば、異教徒埋葬受忍義務不存在確認訴訟とかいうような争い方がなされればいいのではないかという議論がされた。例えば会社から解雇されて不当だから争うというときに、争い方はいくつかある。解雇処分の無効を前提に、給与支払い請求訴訟とか地位確認訴訟とかあるのだが、とにかく法律関係確認させるという争い方があって、その民事訴訟と同じようなことを行政法でもやろうという話がある。通達を取消すかはともかく、俺は創価学会を引き受ける義務はないということを確認してくれと端的に救済を求めればいいじゃないかということになった。
もう少しわかりやすいのは、日の丸君が代訴訟。通達に日の丸君が代に関する卒業式での振る舞いについて事細かに書いてある。中には、それはかつての戦争を思い出させるので、押しつけを排除して自由な教育をする権限があるんだという人もいる。なので、本番に座っている先生がいると校長先生の指導力が問われるということで、東京都教育委員会は校長先生という下級機関に対して通達を出して、校長先生は職員会議で職務命令を出す。拒否した先生は職務命令違反なので、懲戒処分が待っている。一回目は戒告ぐらいだが、二回目になると懲戒処分を受ける。また非行防止のために研修を受けるということもある。

さて、俺たちが反対派だった場合、どうやって自分の自由を守るかということが問題になる。職務命令とは比較的内部の問題であって、国民の一般生活上の権利義務に関わる典型的なものは実は懲戒処分である。なので、昔は懲戒処分されてから、その取り消し訴訟で争うというのが基本ルートであった。しかし、それは白い目で見られながら卒業式を過ごすという苦行を強いられる。どうせ通達がでたんだったら、懲戒処分を受けることは目に見えているので、待たずとも先んじて争わせて良いのではないかということが問題になる。例えば、通達の取消訴訟はあれだったので、それ以外で考えると、色々議論はあるが、通達自体が違法だということを確認させるとか、あるいは通達に基づく法的義務はないという確認訴訟ができるんじゃないかということが議論されている。これは実際にもできる。請求が認容されるかは別だが、訴訟ルートとしては3年前の改正でできたので大丈夫。つまり、通達が出された時点で争っても、通達に従いたくないという俺の地位を守ってくれということで争ってもよいのである。つまり、行政内部関係論で内部問題は国民の権利義務とは無関係で裁判所の審議の対象とならないと考えられていた通達が今やダイレクトに訴訟にあげることができるようになったということで、相当昔から変化があった。昨年の9月21日に東京地裁が訴えを全面的に認めた。「東京都教育委員会は通達に基づく職務命令に従わなかったことを理由にピアノの先生に懲戒処分をなしてはならない」と認めた上で「従って先生にはピアノを弾く義務はない」という判決を出した。これは行政訴訟の最先端の話である。
内容が濃いが、要は行政の内部問題となっていたところが、だいぶ修正されて正面から裁判で争えるようになってきているということである。

ということで、行政組織の話と絡めて通達についての元々の法的性質と、それについての新生方という話をした。

第六章からはは行政の行う活動をいくつかパターンごとに分けて、それと国民との関係を分析する。第六章は行政立法と行政準則ということである。行政立法とは行政が国民の権利義務に関する一般的抽象的定めを置くこと。それにも大きく分けて二つある。
行政規則というのは通達の話である。行政規則についてはさっき話したように、法的性質をきちんと考えることである。伝統的に内部問題としか考えていない。だけどそれでは不十分で柔軟に訴訟を争えるようにするべきだ。今は何とか訴訟できる。ということを押さえておけばいい。
もう一つは法規命令なのだが後回しにして、教科書でいうと47ページを見てほしい。せっかく組織についてやったので地方自治の話を少ししたい。

地方自治法は重要な領域であるので話したいのね。知っているように、明示に市町村制が敷かれたりして、地方組織を整理した。例えばフランスには公共団体はいくつあるだろうか。ちなみに日本では市町村は大体１８００くらいある。昔は3300と説明してきたが今はそのくらいである。フランスは国の下に週があり、その下に県があり、その下に市町村、またその下に郡があり、その下に小郡がある。ではフランスの市町村は３６０００ある。人口は６０００万しかいない。土地が広いので、36000の内9割は1500人しかいない。さらにその6割は500人しかいない。なので自治体として何ができるのかというくらいほとんど体力がない。市長さんなんてサラリーマンのペーペーという位置づけなのがフランスの市

町村である。
しかし、フランスにはナポレオン法典以来の色んな仕組みがある。結婚するときはいきなり教会で式はしない。まず市役所に届け出て、何日間か結婚を公示する。そして市役所でなんかやったあと証明書を持って、教会で結婚式を挙げるという感じである。
地方の組織がどうあるか、それぞれどのような役割を与えるのかというのは国によって色々なのである。すべてに色んな歴史的な背景がある。それを考えながら日本も道州制とか考えるべきである。制度だけ作っても定着しない。
さて、日本は明治時代に地方制度を作ったわけだが、当時は地方制度といっても内務省の官僚がと都道府県知事をやる感じだった。つまり、知事は国の一機関であり、地方制度には地方自治がなかったということである。それがようやく日本国憲法ができて、第八章に地方自治があって、選挙で選ばれた知事がなり、国がいくらこうしたいといっても制度根本的なところでは国であろうが犯してはならない自治があるのだということが憲法的に認められるということになった。それはとてもとても大事なことである。
それで地方自治法が作られていき、制度が安定してゆくが、結局機関委任事務という仕組みを使って都道府県を中心にどんどん仕事を下請けに出していた。よく三割自治ということがいわれていた。地方分権改革の前までは都道府県のやっている仕事の7割は国の事務であるということである。ちょっとそれはやばいだろうということになり、９９年に分権改革が盛り込まれた法律が制定される。今はまだ制度定着時期である。日本国憲法には92～95条という条文があり、これは第八章の地方自治のところである。このうち95条はもう死んでいて、一部の地域だけに適用される法律を作る時には、その地域での住民投票をやりなさいということだが機能していない。なので大事なのは９２～９４である。そのうち93条は議員と長を住民が直接選挙でこれを選べという風に規定している。つまり自治は保障するが、ある程度の最低限の枠は守ってね、議員と長は直接公選制ねということ。94条は公共団体の県央の保障ということで、条例を作ったり、行政を執り行ったり、財務を取り仕切ったり、ということが書いてある。でも実はそれらは個別具体の規定で、一応総則的規定というのが92条である、これが一番大事。92条は、「**地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。**」と書いてある。地方自治の本旨に基づきながら、大枠は法律で決めろと書いてある。つまり、法律で定めていいよというように白紙委任はしていない。あくまで「地方自治の本旨に基づき」なのである。要するに、地方自治にとって一番大事な中核は侵してはいけないよ、それを尊重しながら法律で定めなさいということをいっている。国会を縛る原則が92条である。なので非常に大事な規定である。
じゃあ、「地方自治の本旨」とは何かということについては、教科書にも書いてあるが、大きくいって二つの要素を指すというのが通説で、住民自治と団体自治である。住民自治というのは、地域の住民が住民の責任と意志で実施されるということ。団体自治とはなにかというと、埼玉県とかの独立性が国から侵されないという関係があるということ。教科書に書いてある。
次に分権改革の話をする。革新自治体というのが活躍した時期があった。美濃部さんとか有名。例えば６９年には公害対策で、東京都公害防止条例を定めるとか歴史的な活躍をした。それは高度成長の優先主義であった自民党政府が工場の操業活動を規制しない。なので煙もくもく、水銀だらだらということで住民の安全が守れない。国が何もしないなら自治体がやるということで口火を切った人たちがいた。また、例えば老人医療費無料は一部の自治体が始めたものだった。やがて、そういった野党の革新系の政策というのが日本列島改造論というように自民党が取り込んでいった。するとどんどん公共事業をやるわけで福祉のバランスとかもあって、結局大変なことになった。ではそういう大きな政府ではもうやってゆけないということになった。理屈としてはいくつもある。財政上の負担が大変だから小さい政

府にしたいというのが一つ。もう一つが国際競争が成熟してきたから護送船団方式はやめようとか、政治腐敗があって政治改革の流れで話が出てくることもある。色んな理屈があるのだが、結局90年代に入って、自社政権ができるのだけどこのころから一気に動きが進み、分権改革になる。
今の国と自治体の基本的な関係を自治法の規定の仮名に書いてあるのでそれをよく知っておいてほしい。
分権改革で、**「第一条の二 地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担う」**ということが書いてある、つまり自治体こそが広く総合的に担っている。なんと地方自治法なのにも関わらず、地方自治法1条2の2項に**「国は、前項の規定の趣旨を達成するため、（限定列挙）国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない施策及び事業の実施その他の国 が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たつて、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない。」**ということを書いてある。これは実はすごく大事な話で、この地方自治法の1条の２の1項2項を合わせて「国と地方の役割分担原則」と呼んでいる。なので、国の事務、パスポートはどうするかとか戸籍をどう整備するかとかはどうせやるなら統一的にやらなければいけない。そうして全国的に国がやるしかないということだけに基本的には限ることとされている。
まず、この役割分担原則というのが現在あって、それが重視されていて、例えば地方自治法の2条１１項**「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない。」**とあるが、つまりこれから法律を作るときには、国の事務はこれで、自治体の事務はこれ、というような適切な役割分担を原則踏まえなさいということを将来の立法者に対する義務として、地方自治法の中に書かれているということである。しかも、「**地方自治の本旨（憲法上の原則）に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたもの**」つまり、憲法上の原則と肩を並べて役割分担を並べている、非常に重たい意義のある規定だと考えられている。あとは、法律を作るときが11項で、12項は法律があるとしてその解釈・運用の時にも同じように役割分担を踏まえなさいということを定めている。つまり、国が言ったら何でも勝ちということではなく、住民に身近な話であれば自治体の事務なんだから自治体の言うことを原則優先させるとか、そのように解釈するようにということがいえる。というように、色んな改革がなされたということを知っておいてほしい。
他には珍しめの規定として、こんな条文がある。2条の14項**「地方公共団体は、その事務を処理するに当つては、住民の福祉の増進に努めるとともに、最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければならない。」**というように色んなことが書かれている。
教科書をよく読むということも大事だが、分権改革については99年にやった分権活動によって地方自治法はがらっと変わった。そこで導入された大事な話というのは、大きく分けて三つある。是非しておいてほしい。まず一つは今の話だが、国と地方公共団体の適切な役割分担という考え方が導入され、これからの法律・今ある法律の解釈・運用いずれにおいても役割分担を踏まえたものでなければならないということが法律の中で要求されるということは相当に大事な意義を持つ。例えば国がすごく自治体のやることに介入しようとする。そのときには、国の方から、「これは例外として国が口を出すべき事務なんだ」ということを立証できなければならないという風に解釈でき、非常に大事である。
第二は事務の再編成という話である。機関委任事務が廃止される。昔は機関委任事務といって、国の下

級機関として請け負うやつがあった。それはその限りでは、選挙で選ばれた知事でも大臣の下級機関として見なされて、霞ヶ関の指揮官の下に行うというように、非常に自治を阻害することになる。そういうことで、これをやめようということになった。今はどうなっているのかというと、二つに別れている。自治事務というのは今も残っている。それは**「およそ地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のものをいう」**と定義されていて、自治体の事務は、自治事務と法定受託事務があるということになる。何が違うかというと、法定受託事務は、機関委任事務とにたところがあるのは否めないが根本的に違うところがある。機関委任事務の時にはあくまで霞ヶ関の事務であり、それを出先機関の知事にやらせるという発想だったが、それが法定受託事務に変わったことで、全部自治体の自前の処理ということになった。例えば感染症対策なんかも、法定受託事務であり、基本的に東国原知事がきちんとやれることはやるという感じになっている。つまり、どういう風に変わってくるかというと、議会の権限が大きくなる。前は国の事務だったので、議会の条例なんて制定できなかったが、今はできる。法定受託事務に関しては条例を制定できる。指揮監督権も変わる。下級機関だったので上級機関として色々口を出せたのだが、今はそんな関係ではないのでいうことはできない。

では、結局自治事務と法定受託事務って何が違うのか。さっき説明した法定受託事務の特徴は、自治事務とあんまり変わらないじゃないかと感じる。何が違うかということに関わるのが分権改革の大事な視点である。およそ事務が国の事務か自治体の事務かという話ではなく、法定受託事務はすべて自治体の事務である。すると自治事務と同じじゃないか？では何が違うかというと、関与が違う。関与は特別な意味である。「国の関与」という言葉は地方自治法上でたくさん出てくる。つまり、感染症対策など自治体のやっているものはすべて自治体のものである。しかし、感染症というのはいざという場合には国としては無関心ではいられない。国として本来果たすべき役割に密接に関わっている。だとすると、いざというときにはちょっと一言余計に口出しさせてねという仕組みを用意しておこうということになった。その「口出し」を「関与」と呼んでいて、法定受託事務についてはより一層強く関与ができるという風に制度設計をしたのである。ということで、これが第三である。

つまり、三つ目は、国が自治体に、何についてどのような口出しできるかということについて、法律で明記しているということである。国の関与の法定化・整備ということである。前だったら指揮監督権がある。不透明に行政指導だって何でもできただろう。だけど今はそうはいかない。およそ国が自治体にああしなさい、こうしなさいというときには、必ず明確に法律に基づいてやらなければいけないということになった。それを覚えてね。以上！！