

多種多様な行政活動について、国民と国との関係を分析するのが行政法理論である。行政法を勉強する際に重要な視点として行政活動があるということを話した。

行政活動の変遷とか前回は話した。

あと二面関係から三面関係を考えるのが大事だということを話した。規制する側される側だけではなく、規制によって守られる第三者についても考えるという視点が大事である。それは前回の講義を参照してね。

そして行政の定義も話した。それは控除説だからね～。

現代行政にはどのような特徴があるのかというところで終わってしまったから、今日はそこから話すよ。

現代行政の特徴

1. 行政スタイルの国際標準化という視点

- これは行政手続法の話をするときに出てくるのだが、日本の行政スタイルは通産省が指導すればそれに従うというような護送船団方式であった。行政が引っ張っていった時代があった。しかし、もはやグローバル化が広がりつつあるし、外資系企業も日本の市場に参入するようになる時代になった。そのような状況で、未だに行政が保護しているような状態ではダメである。そこで1980年代の外圧とかもあって（プラザ合意）、不透明な規制を何とかしようということになった。そして平成5年に行政手続法が制定された。日本の独自性も大事だが、グローバル化に伴った世界標準にある程度合わせなければならないということ。そういう視点が大事。
- 日本もドイツ法の影響を受けているのだが、ドイツでは裁判所で最終的に救済が得られればそれでいいという考えが根本にはあるのだけれど、そのドイツでさえ日本よりも早く行政手続法を作っていた。日本はこの点では遅れていた。

2. 「PFI」というのが教科書10ページにある。

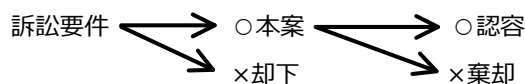
- 行政が何かをするときにすべて行政が一人で公共のお金を使ってやるという時代ではない。郵便も民営化したけど、従来行政がやっていたことが民間にゆだねられるということがある。例えば地方に行けばローカル線は第三セクターとか作って経営しているよね。公的資本と民間資本が混ざっている。第三セクターだって税金使っている。税金使っているのに、典型的な行政ではないから、会社なんだから情報公開もしなくていいのかというと、それはおかしい。公共の利益を実現しようとするために、行政だけでやることもあれば、民間資本を導入してやることも色々ある。多様な行政管理職がある。そのそれぞれについて責任の所在をはっきりするとかが疎かになってはならないわけである。
- この点の例だと、大阪の第三セクターが経営している水族館の事例だが、第三セクターというのは地方自治法に基づいて、税金出資比率が資本金の4分の1以上になると決算を議会に報告するということになっている。2分の1になると監査が入る。なので第三セクターといえども税金を使っている以上、民主統制、もしくは財務監査だとかを用意していて、一応法的責任を明確にしようという仕組みは作っている。それなのに、水族館の人は「いやあ、4分の1だと色々めんどくさいから、うちは24.9%なんですよ～」っていうわけさ。笑 びっくりだね。確かに24.9%は適法なんだけ

ど、でもそれでいいのか？という運用の問題があるよね。なんかもう少し理論的にそういうことは許されないというような方法を考えるべきではないのかと思う。

つまり、多様な行政介入手法が登場してきている。それぞれに応じた法的責任を明確にするということが大事であるということ。

3. 権利保護システムをいかに強化するかというものがある。

- この点については、三年前に行政事件訴訟法が改正された。色々変わるんだけど、何とんでも、行政訴訟は年間2,3000件ある中で、裁判所が中身を審査してくれるのはわずかである。というのは、まず訴訟をやるときには訴訟要件をクリアしなければならないのである。
- 例えば、先生の給料を慶應の塾長が払ってくれない。すると賃金を支払えという請求をする。すると慶應は本部が三田にあるけれども、先生も東京都民なので東京地裁に「賃金支払い請求訴訟」を民事訴訟として提起すればいい。しかし、それを間違えて、大阪地裁に出訴したらどうなるのか、というと門前払いになってしまう。というように、先生の請求の中身がいくら正しくても、争いのルールを踏まえておかなければいけない。それを訴訟要件という。これをクリアできれば、「本案」といって請求の中身を審議する。要件をクリアできないと「却下」判決が出る。これは請求が門前払いになるという意味。本案において勝つと、勝訴だが、これは法律用語だと「認容判決」という。負けた場合は法律用語で「棄却」という。どんな裁判もだいたいこういう風にいうので覚えておいてね。



んで、行政訴訟は年間2,3000件あるんだけど、却下判決（門前払い）で負けてしまうケースが2割ぐらいあるのである。かなりの確率で却下されるということになる。それは非常に争いにくい仕組みであったということだけれども、三年前の法律改正において新たに争い始めているので事情は変わりつつあるのだろうが、でも従来は却下されるものは非常に多かったのは確か。では本案審議に入って勝ったのはどれくらいあるかというと、あいまいだが10%~20%というところである。だいたい70%は負けるような気がする。ということで、それは行政が適法な活動をしているのだということだったらいいのだが、本当にそうなのかは疑わしい。しかし、年間100万件ある民事訴訟と比べたら年間数千件しかない行政事件訴訟はとても少ない。それでしかも2割は却下、本案に入っても半分も勝てない。このようにみると行政救済が不活発であるということは間違いない。なので、不服があればきちっと争えるという仕組みをきちんと整備する必要がある。それはロースクールで必修になって、行政法に詳しい弁護士が増えることも権利救済システム強化の一つの方策だろうと思う。

- ちなみに行政不服審査だと、救済率がもっと低くなる。数%だ！自動車税払えという処分がきて、文句があるので県知事に行政不服審査請求をだすとだいたい負ける。裁判所でさえ大したことない。行政本人に文句言っても、行政不服審査は一層権利救済に不活発であるので、そこらへんは整備の必要がある。
- ただ税金だけは別格で、異議申し立てをして請求が認容される確率は5割6割と言われていて高い。それは争っている間に納得して取り下げるとかもあるので一概には言えないが、確かに救済申し立てがそんなに認容されちゃうと、「行政は何やってるんだ」ということになるので、勝訴率が高ければいいというものではないのだが、やはり不活発は良くないだろうと言うこと。

今日の内容（教科書でいうと二章）－法治行政－「法律による行政の原理」

- これは行政法においてもっとも重要な、基本的な原理。行政活動は法律に基づいて、法律に従って行われなければならないという原則。つまり二つの意味があるということね。一つが「法律に基づいて」、もう一つが「法律に従って」というもの。
- 「法治主義」には二つの局面・問題がある。立法・行政・司法という三権の関係ね。
 1. 一つは立法権と行政権の問題である。行政活動うちの大事な部分は必ず法律に基づいている、法律に根拠がある。つまり、国会（立法権）が制定した法に基づいて行政が行われるべきだというもの。
 2. もう一つの局面は裁判所との関係である。もし行政が法律に違反していた場合、事後的に独立した裁判所によって審査されるということ。行政の行為の適法性を審査する。つまり司法統制が存在ということ。
- 法治主義はなぜ必要か
 1. 国民の権利の保護のため。これが第一にある。
 2. 国民にとって、予測可能性を広げるということ。行政がどんな時にどのような行動に出るのかという予測可能性を担保するという意味もあるだろう。
 3. 最近ドイツでは、行政と国民に適切な距離を保障するというのがある。多様な利害関係者の誰にも偏らない、癒着しない、中立性・公正さを確保するということ。そのためには、ある程度利害関係のある人たちとの距離が保たれていることが必要である。

例えば、賄賂もらっちゃいけないという法律を作るとか、そうすることで行政と利害関係がある人たちとの癒着を防止する。

第一にはやはり国民の権利保護というのがある。優れて自由主義的な発想であり、ドイツで生まれ日本でも基本原理としている。
- 教科書の13ページに出ているが、「ドイツの行政法学の父」と呼ばれているオットー・マイヤー
 - 日本法はドイツ法理論を元にしてしているが、彼はフランスの行政法を元にしてドイツ行政法を作っている。なのでフランス法こそが行政法の母国だとよく言われる。例えばフランス近代法というのは、王様の権力を縛るために権力を保持する行政について、権力の根拠は唯一法律なのだというような非常にシンプルな理屈を作った。
- 配った資料の103番を見る



ヨット係...

ヨット係留施設の撤去という事件で、浦安のヨットハーバー事件とよく言って、ヨットなどを係留しておくところ。レールが引いてあったりするんだけど、河川の水面を使うので許可が必要なのだが、業者が勝手にやっていた。のような不法にやっていたものを管理していた町が撤去すべきということになりそうなのだが、たまたま当時の公安全管理規定に町にそのような権限を与えるような規定がなかった。つまり、人が作ったものを強制的に撤去するには根拠が必要なのだが、それが無い。今から作っても時間がかかる。その間に事故があったら大変...ということで勝手に撤去しちゃった☆このような措置が緊急的避難的措置として適法なのか違法なのかということが問題となった。本件はたまたま住民訴訟（地方自治法上ある仕組み）であって、権限がないのに強制的に撤去して、それに税金使ったというのは違法な公金の支出なのではないかとい

うことが主張された。つまり靖国神社に玉串料を上げるのと同じってこと。んで、これは最高裁まで行って、最高裁は違法じゃないと言った。実は撤去することは違法なのだが、止むに止まらない事情によってやったことなので、そのためにお金を出してしまったことは違法ではないというわかりにくい理屈を使った。

判旨を見てみよう。

「航行船舶の安全及び住民の急迫の危難の防止のため本件鉄杭撤去がやむを得なかったものであることの認定を妨げるものとはいえない。そうすると、YがU町の町長として本件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のできないものであるが、右の緊急の事態に対処するためにとられたやむを得ない措置であり、民法720条の法意に照らしても、U町としては、Yが右撤去に直接要した費用を同町の経費として支出したことを容認すべきものであって、本件請負契約に基づく公金支出については、その違法性を肯認することはできず、YがU市に対し損害賠償責任を負うものとするとはできないといわなければならない。」というわけである。

- この事件に関しては様々な見解がある。原田尚彦という人は伝統的な法治主義を重視する人なのだが、「行政が権限がないのに市民の財産に手を出して、それを緊急措置だからまあいいんだなんて簡単なことを言うてはいけない」といっている。しかし、それに対して「確かに条文の根拠がなくて違法であるが、やはり川をどう管理するかは、例えば河川法とか公安法とかそういうのになって初めて管理できるという考え方自体が、机上の空論とまでは言わないが地方自治においては妥当しないのではないか。川というのは法治主義とかの思想が生まれるずっと前から存在していて、それは誰かが管理していた。川というのは色んな人の生活で利用されていて、公共性が高く、昔から管理主体として誰かが管理していたはずである。つまり管理する権限が自然法的にあるのではないか。実際にもそのような権力はこのほかにもたくさん存在していて、あとはそれをどのように法的にコントロールするのかということである。」という意見もある。後者の意見の法が先生にとっては興味深いらしい。

今言いたかったのは、事実としての権力の多元性ということである。

さて話を元に戻して、「法律による行政の原理」の中身を話す。

- 本論だが、「法律による行政の原理」を考える際に、そもそも「法律」とは何か？ということになる。国会の定めている法律というのは当たり前のことだけれども、国会というのは色んな法律を定めている。それを分析する。
- 「法律による行政の原理」というのは具体的にどういうことなのか。つまり「法律に基づき、法律に従う」といったが、この「基づく」とはどういうことなのか。これによってどのような結論が導かれるのかということを考える。

これらを順番に話す。

法律とは何か…

- まず憲法の規定に立ち戻って考えてみよう。憲法の41条を見てほしい。先週も話したかもしれないが、日本の憲法は天皇、戦争の放棄、国民の権利義務、人権保障の話が書いてあり、そのあと統治機構の話になるのだが、一番最初に出てくるのが国会である。つまり、三権分立の中でも国会が一番であるということ。それを明記したのが41条の条文である。

第41条 「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」

国権、国の権利の最高機関。つまり司法や行政よりも上ということである。そして「唯一の立法機関」。これが法とは何かを考える上で大事である。つまり、「立法とは何か」という41条の解釈論である。「法の定立」ということになるだろう。ではそこでいう「法」とは何か。国会もいろいろな意志決定をしている。クールビスにしようとかいう意志決定は法律ではない。また、拉致の非難決議をしても、それは法律ではない。では、国会が定めたものすべてが法律ではないとしたら、法律とは何かを考えなければならなくなる。

○ 通説としては、「法の定立」の法には2つの意味がある。

1. 形式的意味の法律…単純に、法律という「資格」が与えられたもの。「これを法律として定める」というときに使われる「法律」である。
2. 実質的意味の法律…これにも二つの意味がある。

A) 国民の権利義務に関わる定め

B) 一般的抽象的定め

誰かの権利義務に関わる話だと、課税処分するというのは具体的な権利義務に関わる話であるが、違う。これは行政処分。そうではなくて、所得がいくらの人はそのうちの10%を税金として払うとかいうような本格的なルールを定める、というのが法律である。

その二つ、「国民の自由や権利義務に制限を課したりする内容を一般的に定めたもの」が法律であるということをも41条との関係で覚えてください。

その上で、法律は理論的に三つの意味があるということをお話しします。ある法律が行政に対してどんな関わり方をするかというときに

1. 組織規範…内閣法とか内閣府設置法みたいな、どのような行政機関を設けてそれぞれの行政機関にいくつかなる行政人員を配置するか。つまり、それぞれの行政機関の組織をいかに定めるかということである。防衛庁を防衛省にしたり、郵政省が郵政事業の庁になったりとかのように、組織要項を定めそれぞれの諸省事務をどうするかを定める法である。なので組織規範はあくまで「役所が何をできるのか」ということなので、実際の行政活動を直接規律するような話ではない。
 - 例えば感染症対策・公衆衛生関係の話だと厚生労働省の役目であり、厚生労働省設置法の中に感染症の予防とか書いてある。では、その厚生労働省設置法を根拠にして、厚生省の役人はアフリカから帰ってきた人をいきなり検疫できるのかというとそれはできない。厚生労働省設置法を根拠にしていきなり何でもできるわけではない。これは注意してもらいたい。実際に感染症患者と疑われる人には健康診断を受けるように勧告するとか、勧告に従わない場合に強制的に健康診断を受けさせるというような具体的な行政活動の根拠を与えているのは感染症予防法という法律。こういうのを根拠規範という。それは二番ね。
2. 根拠規範…もともと大枠は組織規範なのだが、それに従った具体的な行政活動を行う根拠を具体的に授權しているのは根拠規範なのである。実際、どういうときにどういうことができるのか、そしてそれはどういう効果を持つのか、どういう手続なのかを定めている。「感染症と疑われるもの」は疑われるに相当な理由がある場合、とか、具体的な要件を満たしている場合に何をするのかということが定めてあるのが根拠規範である。

3. 規制規範…行政の権限行使の仕方・あり方を規制するのが規制規範。それには二つの要素があって、一つが目的。ある権限、根拠規範の存在があるが、その行使をどういう目的の時に限定するかというのを定めたものを目的規範という。また、具体的な行政活動を行う際に、どういう手順を踏むべきか、権限行使する際の手続を定めているのを手続規範という。これらが要素になっている。

- 例えば殺人をしてしまった医者に対して、懲役が確定したので免許を取り消すという行為を財務大臣ができるかということ、当然できない。それは医師法の要件満たしているじゃないかといっても、当然財務大臣はできないでしょう。組織規範で大きな役割を分けておいてそれに反するものは当然違法ということになっている。その範囲内において、具体的な行政活動の根拠を与えるのが根拠規範である。その上で、では三つ目。確かに厚労省が感染症の疑いのある者に入院させた方がいいのではないかと思っても、その目的が「あいつには麻雀で負けたからあいつを入院させてやろう」ということは当然できない。いくら疑わしい人でも、間違った目的でやることは許されない。あるいは自発的に入院しませんかという勧告をしなければならないが、その勧告を抜かして、「どうせいいじゃん、感染してるんだろから」ということでやっていいのかということだめだよ。手続をきちんとしなければいけない。ここでいうのが規制規範である。
- ◆ 実は法律の中には規制規範しかないものがある。例えば、補助金適正化法というのは、まずいろいろな補助金を出す根拠規範（児童福祉法とか）はあるのだが、根拠があるのかないのかにかかわらず、おおよそ補助金を出す場合には交付決定をしてその後不正な使用が発覚したら報告を求めよとかが定めている。つまり、権限の行使の仕方しか定めていない。こういうのが規制規範である。

という三つの分類の仕方がある。

これらを踏まえた上で、「法律による行政」の内容を考える。

実は「法律による行政の原理」とは、「法律に従う」という立法権の関係とか、悪いことをしたら裁判所がチェックするという司法権との関係とか、両面性のある話をしたが、学説上では「法律による行政」の内容とは三つあるとされている。その内容について話していく。

オットーマイヤー先生以来、ずっとこの三つが挙げられている。

法律による行政の内容

1. 法律の法規創造力…これは、憲法41条の話とかぶるが、「法規」とは「国民の権利義務に関する一般的な定め」ということ。そういう定めをおくことができるのは法律だけだよということ。明治憲法時代は、天皇が軍人に対する命令とかも勅令で定めることができた。そういうのはなしで、すべて誰かの権利義務に関する一般的な定めはすべて法律として国会が定める。独占するという考え方。これは日本国憲法の立場である。
2. 法律の優位…これは当たり前のことである。法律の存在する場合には行政はそれに違反してはいけないということ。法律に違反することを違法というが、それはつまりいけないことである。法律違反は無効だしね。これはほとんど当たり前である。
- ③ 3. 法律の留保…これが一番大事。何の議論かということ、一言で言うと、ある行政が行政活動を行う際に、どのような行政活動については事前に法律でその根拠が規定されていなければならないか、ということ。ある行政活動については必ず法律に基づいていないとやってはいけない、という活動があるはずである。税金を上げるとか、税務調査をするとか。そのような行政活動については必ず法律による根拠がないとやってはいけない。法律の根拠が必要とされるべき行政活動は何かということを議論するのが法律の留保の議論である。



。 3の「法律の留保」について、先週のレジュメを参考にする。

- 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。

A市長は公害病が発生した際に見舞金を支払いたいのだが、それについては自治体で定められた法規（条例）が必要なのだろうかということ。これはまさに法律の留保の問題である。法律には条令も含むからね。見舞金支給をやるためには市長が敢行すればどんどんやっていいのか、それとも条例で議会で話し合い、民主的な正統性のある規範になって初めてやれるのかを考えようという問題である。

- 伝統的な通説は「侵害留保説」である。これは、侵害的な活動については別の法律に根拠がなければいけないというものである。この「侵害」という言葉は、「個人の権利を制約して義務を課す」という意味で、そのような行政活動を「侵害行政」と呼んでいる。これは課税処分を考えるとわかりやすい。税金をもっと払えという処分は、私人の財産を制約するので侵害的な行政作用だということができる。つまり、この説だとかいう行政活動をする際には必ず法規による裏付けが必要だという論である。

- 実は我々の運転免許の規制とかも全部侵害行政である。道路交通法の規制は、基本的には勝手に運転するなという規制である。こういうときには運転免許を付与するというような行政活動については、裏を返すとそういう要件を満たさない人は一切運転するなという規制を作るという意味なので、この行政は侵害行政ということになる。このように非常に広い意味で侵害という言葉を使う。

このような侵害的な活動についてはいつも法律の根拠が必要だ、そうでなければ国民の自由が守れない、という考え方は誰も異論を挟まない。しかし、「侵害留保説」というのは特殊な意味があって、侵害的な活動についてはいつも法律の根拠を必要としているが、裏を返すとそれ以外は自由にしていよいよ～ということになるのである。従って、侵害しない場合には一切機能しないという概念がある。

- 地方自治法の14条の2項 地方公共団体の条例を定めることについての規定

「地方公共団体は義務を課し、また権利を制限するには、条例によらなければならない」

この14条2項は侵害留保説を明言したものだという風に役所はよく解説書に書く。つまり侵害的な活動をするなら条例によれ、と書いてある。これを侵害留保説だというと、ちょっと甘い。さっきもいったように、侵害留保説は侵害活動以外は自由にできるんだということなので、果たしてそうやってしまっているものなのかは結構大きな問題である。もう少し条例・法律で侵害的ではない一定の行政活動を定めなければならない場合があるのではないか。法律の留保という領域をもっと拡大すべきなのではないかという議論が長らくなされた。それには色んな説がある。民主主義の理念に照らす必要があるのではないかという問題提起があったり、今は福祉行政なので福祉行政については法律の留保が必要なのではないかとかがあった。

- 現在の通説というのは、「重要事項留保説」である。大事なところは法律の留保ね、という感じである。これは、法律的な決定はやはり議会が自らすべきで、安易に行政にゆだねてはならないという発想から出たものである。「本質的なことは留保」ということで「本質留保説」という言い方もする。この方が権利を制限したり義務を課すようなことだけではなくて、大事なことを+aとして含めることができるとして誰も文句は言わない。しかし、「何が大事なことなのか」

は人による。自民党にとっての「大事なこと」と社民党の「大事なこと」は全然違うわけだし。なので、侵害留保説ほどの明確性はない学説であることは確かである。侵害留保説は明らかに「誰かの権利を制限し義務を課しているもの」というように、誰が見てもわかる、わかりやすい考え方である。一方、重要事項留保説はそういうわかりやすさというのはない。何が重要事項なのかという範囲については明確性を欠いている。一応大きな流れとしてはこのように考えられている。

■ この「重要事項留保説」について、先生としては、大事なことを二つ言っておきたい。

- 1) 重要事項、大事なことだけ官僚が決めるのではなくて、選挙で選ばれた人たちが決めるべきであるので、民主主義的な要素をそれなりに重視している考え方である。しかし、元々この議論は優れて自由主義的な発想ということなので、国民の自由や権利を守るための議論なのであることを忘れてはいけない。なので、その性質が薄められてはいけない。侵害的な活動はおよそすべて重要事項だという中核は動かさないでほしい。
- 2) 重要事項留保説の何が重要か。大きく言うと二つの視点があるということ。
 - a) 人権保障の観点。
 - b) 国政上の意義…例では北海道の苫小牧東工業団地の話。昔、高度経済成長の時に北海道の方に巨大な工業団地を造って、大きな工場を造って1500人の工場作業員とその家族を基に一大都市を作って北海道を開拓していこうという風にやっていたのだが、拓銀とかつぶれて色々あって大失敗した。その投資額は何十兆円もしていたかな。そのような日本の開発の決定はただの官僚の決定だった。そういうことでいいのだろうかということである。やはり法律に基づいてやるべきではないのだろうか。官僚だけではなくて、議会が定めるべきではないだろうかということである。

さて、問題についての考察に戻る。

- 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、な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。給付活動だから。なので法律の根拠はいらない。つまり条例がなくてもやってよい。というのが最小限の答えになりそうである。

しかし、簡単にそれで終わっていいのだろうか。教科書で言うと5～6ページにかけて書いてある。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いうことは侵害活動だと思われる。泥棒にしてみれば自由を奪われるのだから。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いうことを考えると、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、両面あるだろうと考えられるのである。逆に給付行政では、最近日産だけがうまくいってないから、トヨタは放っておいて日産だけ50兆円補助金あげましょうということになると、これは給付行政であるがいいのかというと、いいわけがない。つまり、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ということだ。このように両面性があることに注意する必要がある。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、このお金はまあ微々たるものだが、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いいとは先生は思えない。すると、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るべきだろう、というような議論を展開できれば面白かったかなと思う。

- 架空の事例だが、数年前にアスベストの問題があった。断熱材とか。化学繊維が肺に残って肺ガンになるというものだったが、多くの自治体でアスベスト患者に対する給付金支給条例を作っているところがあった。実はあれはほとんど救済にならない条例なのである。なぜかというと、その患者と認定されればお金を払うというものだが、問題はどのようにして認定するかである。ただでさえ呼吸機能が弱っていて、日常生活が大変な人を、肺に穴開けて検査して認定されればお金を払うというものであった。それはものすごい負担である。麻酔して肺に穴開けて組織を一部取るなんて。そんなことをやるくらいなら今まで通りでいいやということで多くの患者さんが申請を諦める、というのが実態となっている。なのでこれは条例を使った仕組みだったが、なぜそんな厳密な方法をとるしかないのかはちょっといかなものかと思う。そのくらいの決定しかできない議会はチェック機能が非常にお粗末だと思う。そんなやり方をして実質的な救済にならない仕組みだったらいけない、ちょっとやり安い仕組みを作るべきだという風な感じに議会がチェックしてくれるべきじゃないのかなあと思う。給付の話でも場合によってはきちんと民主的にチェックする、そしてこれを条例に基づく活動にするべきだ。

二限目

一限目でやった「法律の留保の関係で思いつき雑談しようと思います。笑 先生の興味のある医療・生命倫理の話をしながら、法律の留保の話につなげようと思います。

医療というのは非常に進歩して、今までお目にかかれなかったような新しい問題がよく出る。そのときに法的にはどのように対応ができるのかと言うことである。

導入

よく医療の世界では、昔から何よりも命が大事だと言われる。なので医療者には別な地位が与えられ、その人は一生懸命命を長らえるということが最大の義務になる。しかし、やがて命さえ長らえればいいと言うことは問い直されることになる。むしろ、どういう死の迎え方をするか、自らの死に方について自分の意志で決定したいという自己決定が尊重されるべきではないか。そこで、ただの動物として生命が大事というよりは、人格を持った人間なんだというような「人格性」が大事なのだ。自己決定権の主体であるということとを位置づける人格を重視するという考え方が出てくるわけである。これによって、例えば安楽死とか、お年寄りの尊厳死、治療方法の選択（インフォームド・コンセント）といった考え方が出てくる。それが970年代から。

しかし、自己決定、人格が大事だという考え方には自ずと制約があるはずである。子供は自己決定できないとか、「私はあの人の心臓をもらって生き長らえたい」と自己決定をしたってそれは無理である。他者被害を与えてはいけないのである。やはり自己決定にも制限はある。

それは当然のことなのだが、自分に不利益になる決定ができるのだろうかということが問題になる。例えば、売春・自殺・覚醒剤など、これは自己決定といってもそれは尊重されるべき決定なのだろうか。やはりいけないこともあるのではないだろうかということで、人格の尊重の行き過ぎをいかに規範的に制限をかけるか、そこでよく人間の尊厳ということが議論されるわけである。人間の尊厳というのは法律の世界では比

較的新しい概念である。

例えば代理母というのは、女性を子供を産む道具として考えることにはならないかという問題や、または中絶胎児はもう死んでいる胎児であるがこれを普通のゴミに捨てていいかという問題などがある。

クローン技術規制法の話

- クローンはみんな知っているね。受精卵から染色体を全部取ってしまうと、卵の器だけになってしまう。そこに、みんなの細胞に存在する染色体を入れてあげると、そこにはその人と全く同じDNAをもった受精卵ができるということになる。それを誰かの母胎に入れてあげれば、もうそれでクローンはできる。クローン技術規制法は、クローン卵を作った上で、それを人または動物の体内に移植するという行為をしたら、クローン人間を作ろうとした行為であるために懲役何年とか、非常に重たい刑罰で禁止した。しかし、よく考えてみてほしい。これはつまり、卵自体は作ってもいいということになるのである。それはなぜかというと、受精卵が細胞分裂しているときにある特殊な細胞（E S細胞）ができるのだが、それが非常に再生医療に役に立つのである。パーキンソン病とかが直るのである。
- また、臓器移植とかで一番問題になるのが、免疫反応である。AさんがBさんの心臓をもらったとすると、Aさんの体は異物が入ったと思って攻撃する。そうすると患者はすごいダメージを受けることになるので、移植するときには患者は薬で免疫を低下させるのである。なので、その人の病室で咳でもしたら、大変なことになる。そのようにして、滅菌した部屋で、免疫を低下させて移植して、異物だと認識しても何もできないという状態にしてだんだん定着させるのである。しかし、自分のDNAを元に作った心臓がもしできれば、移植したら免疫反応もなく定着して非常にいいのである。なので、このE S細胞をクローンから作るというのは臓器移植なんて必要なくなるくらい想定できる夢の治療なのである。従ってクローン卵までは作らせたいということになっている。そこで日本の法律ではクローン卵を作ること自体は禁止していない。ただ、クローン卵をどう使うかについては文部科学大臣が了承する必要がある。
- なぜクローン人間を作ってはいけないということを法律で禁止できるのだろうか。以前に羊でクローンができたのだが、理屈的にはもう人間もできるということである。するとよくないという機運が高まったのである。医者や科学者が自主的に規制しようとするだけでは不十分じゃないかということで、法律を作ることになったのだが、その発想自体は正しいと先生は考えている。こういう先端科学技術を我々社会はどのように受け取り、どういう風に利用しようとするのか、何がダメだと思うのか、ということは我々社会がきちんと決定すべき大事なことであり、と考えるのであれば、重要事項理論からすると一部の役所でガイドラインを定めるというのはおかしいだろう。生命倫理に関するような重要な事項については法律があっていいと思う。ということをお願いしたい。
- そういう観点からすると、体外受精についても話がある。ドナーの精子を使って子供を作るのはいいが、問題になるのは第三者の卵子を使うのはどうだろうか。奥さんが卵子を排卵することができない。なので、卵子だけ奥さんの妹からもらって、それと自分の精子を体外受精させて生む。これを、日本産婦人科学会では「卵子は人から借りてはダメ」というふうに定めている。しかし、これでは社会的に不平等だということで、卵子もやると宣言しているところもあり、全国から患者が集まってきている。例えばそのように、たまたま旦那が無精子症だったらそれでも何とか子供が持てるというのに対して、奥さんがダメな場合は子供が持ていないというのはおかしいのではないかと先生は思う。不妊治療という技術が発達して、その技術をどういう風に用いたらいいのか良くないかということ産婦人科学会が勝手に決めている。専門家が決めていつ良い事柄は有ると思うがやはり違和感は否めない。何で誰かが勝手に決めてやってはいけないことになってしまうのか、法律で決めた方が良くないところではないのかなという気はする。そのように、重要事項留保説

の観点から一つ、大事なことは法律で、という考え方がある。

- ちなみにクローンはなぜダメか。法学入門みたいになってしまうが倫理的に不当であるということだけを以ては、法に載っている行為を禁止した上で違反した人に処罰を加えるということとはできないといわれている。ある行為が人の法益を侵害するときに初めてできるというのが刑法の世界の基本的な考え方である。
- 実はクローンに反対という人にも色々な考え方がある。家族関係が混乱するとか、良質な子孫だけを残そうということに繋がりがかねない、母親の体を道具みたいに考えることにならないか、というように色々なことがいわれた。しかし、法律にする際には一つ一つじっくり考えなければならない。例えば、家族関係が混乱するということについては、もう混乱している。「50代女性、孫を出産」なんていう記事もあった。自分の娘が不妊に悩んでいて、お母さんが受精卵を代理母出産した。これだけでも大変な混乱である。といった具合に、家族関係が混乱するとかは他の技術も同じことでクローンだけが特別なわけではない。だとすると、いきなりそんな理由でクローンを禁止する理由はないと思われる。やはり、そこは色々理屈を考えるべきで、結論的には憲法にある「個人の尊重」を「独自の人格を持って生まれ、誰かがコピーを作ることとが無く生まれてくるということが憲法上保障されているのだ」と解釈すれば、別個のクローンを作る、自分を二人作ろうということは個人が尊重されないことではないかということで説明がなされている。
- 生命倫理の話为例に話をしたが、まだ誰かの法益が侵害されているかというとまだされていないのに、先んじて法律を作った。しかし、まだ生命倫理の領域の法律はクローン技術規制法だけである。果たしてそれで良いのかはよく考える必要がある。我々の社会が先端技術とどう向き合っていくのかという重要な決定であるのでこれは法律事項ではないかというような発想で考えることもできる。法律の留保論はこういうところでも話に上がるのであるということを話したかった。
- 最後に大事なことを一つ。法律の留保説というのは、どういう法律で留保されていなければならないかという、根拠規範がないといけない。法律の留保は、いかなる行政活動をするときに、根拠規範の性質を持つ法律が必要なのかという議論なのである。じゃないと、公害病に見舞金を払うというのは福祉行政だから地方公共団体が当然担うということがどこかに書いてあるが、それだけでやっていいのかというところではないだろう。根拠を受ける規範が必要なのはいうまでもない。

「法律の留保が問題になる色々な場面」

一斉検問の話をしてします。



自動車の...

これは身に覚えがある人もいると思うが、自動車の一斉検問ってあるよね。脇道に逃げることはできないようなところでパトカーが待ちかまえているやつです。強制的に遺棄の検査して飲酒運転を捕まえるやつだよ。それで、飲酒運転で捕まったんだね。普通免許証まではとられないで罰金とかになるのだが、その人は無罪だと主張。人を有罪にするには、その根拠となる証拠はすべて適法に集められたものでなければならないという大事な原則があるが、一斉検問をやっていいという根拠規範なんてどこにもないじゃないか、そんなことを法の根拠なくやっているのは法律違反の活動ではないか、そのような違法な行政活動を根拠に自分が飲酒しているとされてもその証拠は無効で自分は無罪だ、ということが主張された。それについて最高裁が何と言ったかという、

「自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などをすることは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものと解すべき。」といった。

これはみんなの感覚からすると、「嘘だろ！」という気にならないだろうか。警察法は警察の職務を定めた組織規範なのであるが、その諸省事務に交通取締まりが書いてある。その上で、例えば職務質問をするというような活動を警察がするのだが、それは警察法という組織規範の下に、警察官職務執行法という根拠規範があって職務質問ができるのである。不審者に職務質問するのは話が違い、安全運転の人も一律に全部止めてしまうので、当然職務質問の範囲を超えてしまっている。なので、警職法を根拠にやっているというのは絶対嘘だろうということになる。なので結構有力な無罪主張であったが、最高裁は「確かに一斉検問は職務質問の域を超えているのだが、あくまで侵害的にはしていないでしょ？あくまで任意の協力を以てお願いしますということで確認を取ってやっているのであれば、それは行政指導みたいなものになるので、自由を制約しているわけではないのでやってもいい」ということであった。確かにもし、それが侵害活動でないならば、伝統的な考え方であれば根拠規範はいらない。一斉検問を裏付けるような法律がなくてもやっていい。しかし、この最高裁の理屈が本当に妥当なのかというと非常に苦しい気がする。

だって、どう考えたって言い逃れできないような状況で誘導してやっているわけだから、あれを強制じゃなくて何だ思う。どうもこの判例の理屈と実態はかけ離れているのではないかという批判はいくつか出ている。つまり、この判決は世間の交通取締まりという諸省事務の範囲内であるということをやったに過ぎないので、妥当とは言えないのではないかという気がする。

二つ目には緊急行為というのがある。これはヨットハーバーの事件と同じ。法律の根拠のあるべき行政撤去を、緊急措置としては場合としてはやって良いと判例は言ったのだろうか。判例はそこまではいっていない。やって良いとは言っていない。違法だとは一応っている。違法なんだけど、お金を出したのはしょうがないよねといっただけである。なので、およそ緊急事態であれば権限なくともやって良いと言ったわけではない。緊急事態で権限なくやったのは違法なんだけど、それについてお金を出したのはやむを得ないといっただけ。なのでちょっと関係ない。やはり基本的に自由を侵害する作用である以上、緊急だからといっても安易に強制撤去なんていけないというのが法治主義を重視する観点からは出てくる考えだろう。

「法源」

法治主義、法律による行政の原理について話してきた。行政は法に従うべきだということになるのだが、その法とはどのようなものか。今のところは国会が制定する法律・地方公共団体が定める条例が出てきた。全部議会が制定する法であるが、もう少し法にどんなものがあるかを見てゆく。教科書11ページに「法源」という言葉がある。これは「法の存在形式」という言い方をよくする。

- 法源…裁判官が判決を出すときに判決理由の中で理由として援用できるような法の形

例えば、分煙のルールを定めているが、これは慶應義塾が行っている質管理権の行使という程度だろう。しかし、誰かがそのルールに反してどこかで吸っていたからといって誰かの健康を冒したので損害賠償だ！と

いうときに慶應の定めに戻ると言うことがどれだけの意義を持つのかというのはそんなに大きくはないだろう。損害賠償責任を考えるとときには、生命・健康を保護している法律として健康増進法とかを見ながら裁判所はあれこれいうことはできるが、慶應のルールだけを持ち出しても当然のように責任が発生するわけではない。裁判官が判決理由で手がかりとできるものが法源である。

法源の種類

- 成文法源と不文法源
- 成文法源…「～法第何条」立法者が成文・取消・定立するもの。
 - ◆ 国法（国のレベルで定める法律）
 - 憲法…国法の頂点。憲法の理念を行政法などに具体化するという関係。
 - 条約…他国との定め。憲法優位説。一見極めて明白に反している場合以外は審査できない。
 - 法律…憲法の趣旨に反しない法律のこと。≠ナチス授権法
 - 命令…行政機関が定める法規たる定めのことの総称。政令・省令・府令・命令・規則
 - ◆ 自主法など
 - 条例…地方公共団体の議会定める法規たる定め
 - 規則…地方公共団体の長、都道府県知事及び市町村長が定める法規たる定め

それには大きく分けて2種類ある。成文法源と不文法源がある。ここは比較的大事な話になるだろう。成文法源というのは「～法第何条」という形を取っているものである。立法者が成文・取り消し・定立するもの。これにも大きく分けて二つあって、国法のレベルの話と地方公共団体が定める自主法の二つがある。

国法というのは国のレベルで定める法律で、言うまでもなくその頂点にあるのが憲法である。その人権保障などの理念を行政法などに具体化するという関係にある。次に国法について考えるのは条約である。これは他国との定めである。憲法と条約ではどちらが優位するかという議論があるが、通説は憲法優位説である。憲法に、一見極めて明白に反している場合でなければ条約を審査できない。行政法の中では条約はそれほど多くは出てこなさそうである。しかし、例えば遺伝子組み換え生物の規制の国内実施で法律を作るとか、個別的にはあるかもしれない。

憲法・条約ときて、次にくるのが法律である。これについては昔ナチスが色んなことをしたが、あれがすべて違法かというそうではない。授権法と言われている法律があって、政党ナチスに対して何でもどうぞというように議会が白紙委任するという法律を作ったのである。それを受けて色んなことをしたのね。つまり、ここで言う法律は、行政活動の根拠にもなりうるのだが、いかなる法律でもいいとは言えないのである。憲法の規定にかかわらず何でもやって良いという法律を作って行政活動を何でもやっていいかという、現代の日本国憲法の下ではそれは絶対許されない。つまり法源として意味を持つ・存在する法というのは、あくまで憲法に反しない法と言うことになる。日本の憲法には違憲立法審査権を定めている。裁判所が憲法違反の法律について憲法違反であるということが出来る。その仕組みの元での法律による行政の原理なのだから、ここで言っている法律はナチス時代の授権法を許すような趣旨ではなく、あくまで憲法の趣旨に反しない法律と言うことになる。

最後にくるのが命令である。これは行政法の世界では二つのものを指す。一つが、違法建築などに対する撤去するよという除却命令を出す。そういう命令が一つ。しかし、これはちょっと違う。これは行政行為としての命令。法源としての命令は、行政機関が定める法規たる定めのことを総称して「命令」と呼んでいる。例えば内閣が命令を定めるときには政令という言葉になる。大気汚染防止法は、煤煙の排出基準について環境省令でこれを定める、と書いてある。そういう中央の役所の「～省」で定めるものを省令という。

内閣府が定める命令を府令という。あとは独立行政委員会の定める審査規則のような、規則という名の命令がある。というように機関によって色んな名前がある。それを総称して命令という。以上が国法レベルの話。

もう一つが自治体レベルの話。条例がある。憲法上は地方公共団体が条例を定めるということが書いてあるのだが、地方自治法の中では議会の議決事項の中に条例が出てくる。なので、地方公共団体の議会定める法規たる定めが条例である。

そしてもう一個が地方公共団体の長、都道府県知事及び市町村長が定める法規たる定めが規則である。これらが重要な法源ということである。

- 不文法源…成文の形を取らない法源

- ◆ 慣習法…慣習のうち、人々の法的確信を得たものを慣習法
- ◆ 判例法…最高裁が示した一般的な考え方。拘束性がないので、法源とはいえない。

しかし、行政法の世界では非常に重要な意味を持つことが多いので大事な資料であることは確か

- ◆ 法の一般原則
 - 平等原則
 - 権利濫用の禁止
 - 法の一般原則
 - 信義則

そして、成文法源以外のもう一つの法源の区分が、不文法源である。まず一つは、不文法源というのは「～法第何条」というような形を取らない、成文の形を取らない法源のことである。いくつもあるがまず最初に慣習法を説明する。これは慣習のうち、人々の法的確信を得たものを慣習法という。例えば、ある村で裏山の松茸の取り方には決まりがあったというのがあれば、一つのルールとして尊重されるべきなのはあり得るわけである。民法の世界などだと色々考えられるのだが、行政法の世界では滅多に慣習法はない。その点については、プリントの「政令の公布」というのを見る。



政令の公布

有名なネタであるがトリビアアチック。政令について、解説のところだけ見てほしい。法的な論点は「政令をどう公布するか」ということである。法律の公布形式を、かつては公式令という天応の勅令で定めていたのだが、日本国憲法が施行されて勅令が廃止されたので、政令を誰がいつどのように公布するのか、どうやってはじめて公布となるのかという明文な規定がなくなってしまった。判旨の左から右側にかけてを見てほしい。

「公式令の廃止後は、法令公布の方法については、一般的な法令の規定を欠くに至ったのであって、実際の取扱としては、公式令廃止後も、法令の公布を官報をもってする従前の方法が行われて来たことは顕著な事実ではあるが、これをもって直ちに、公式令廃止後も法令の公布は官報によるとの不文律が存在しているとまでは云いえないことは所論のとおりであり、今日においては法令の公布が、官報による以外の方法でなされることを絶対に認め得ないとまで云うことはできないであろう。しかしながら、公式令廃止後の実際の取扱としては、法令の公布は従前通り官報によってなされて来ていることは上述したとおりであり、特に国家がこれに代わる他の適当な方法をもって法令の公布を行うものであることが明らかな場合でない限りは、法令の公布は従前通り、官報をもってせられるものと解するのが相当であって、たとえ事実上法令の内容が

一般国民の知りうる状態に置かれえたとしても、いまだ法令の公布があったとすることはできない。」
これはあくまで参考までに。

もう一つの不文法源は判例法である。判例法については、法源とはいえないと考えてほしい。判例というのは、最高裁の一般的な考え方を示したものであるが、その判例でも拘束性はない。最高裁が昔からいつていたことに反するような内容の判決を下級裁判所、例えば地裁が出すことはできるので、裁判所は最高裁には拘束されない。ただ、最後には最高裁に行くので、負けることはあるけど、拘束力はないということね。また、最高裁まで行って、原審を破棄して差し戻しになったら、差し戻しを受けた高等裁判所などは最高裁のいったことに従わなければならない。その事件においての差し戻し審には拘束力があるのだが、同種同性質の事件では拘束力はなし。ただ、行政法の世界では判例は非常に重要な意味を持つことが多いので大事な資料であることは確かである。

もう一つが、法の一般原則である。これが長い。特別な意味がある。色々な内容がある。後話するのは平等原則とか、権利濫用の禁止とかそういうものなんだけど、平等原則については憲法にも載っているので憲法規範なのかということ確認的に憲法に書いてあるだけなので法の一般原則である。つまり、およそ役所というのは平等であるといういうまでもない大事なルールがあってそれがたまたま憲法にも書いてある。権利を行使するときには誠実に行う、濫用してはダメだよということは当然のことなんだけど、たまたま民法に書いてある。そのように考えていて、法の一般原則というのは重要な機能を果たすのである。

いくつかいうと、一般原則の一つは平等原則である。これは長々話すことではなくて、不平等な扱いをしてはならないという話である。次に、比例原則。超大事な話。バランスがとれているようにという原則。これは、ある行政目的を達成することにおいては、必要最小限度の手段を用いるということである。もっぱら権力行政を念頭に置いてほしい。国の事業で人権を制限し、義務を課するような方向で何か行政目的を達成しようとする場合、一般原則として比例原則が働く。達成しようとする行政目的と、バランスを取ってあげるということがるわけです。

警察権の例があるのだが、行政法の世界でいう警察というのは、公共の秩序を維持するために国民の自由を制限するような作用をいう。行政警察と司法警察。司法警察は犯罪の捜査とかをやる。こうして呼び分けている。例えば、例えば食中毒を出したかもしれないというお店に対して営業停止命令を出すというのも警察作用であると考え。そして、この時には必ず最小限の方法でやることが求められる。それが比例原則。

あるインサイダー取引やった人に対して、制裁金として課徴金を払わせる。と同時に刑事罰も受けることになる。刑事罰を受けていながらお金も払わせるということは二重処罰に当たらないか、当たるなら憲法に抵触することになる。憲法39条に「同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問われない」という二重刑課の禁止ということがいわれている。しかし、それは一つの犯罪について、罰金にして、さらにもう一度訴追して今度は懲役をやるということを禁止するルールであって、二回起訴してはいけないよという話なので、刑罰と制裁金としての課徴金を課すというのは目的が違うわけだからね。ポロ儲け分を吐き出させるのと、こらしめるというので、目的が違うので、やって良いというのが憲法の通説・判例である。しかし、憲法39条はあくまで訴訟手続的な問題なのである。結局、ある悪いことをしたことに對してどんな刑がなされるかということが表されていないといけないうねという、中身が問題であるとして、罪刑法定主義というのを刑法が言っている。これを行政法に応用して、インサイダー取引した人の課徴金はいくらくら…ってやるのはだめでしょう、刑法の世界だからね。行政法は比例原則といって、インサイダー取引に対して儲け分を吐き出させるのだが、その額はバランスのとれた制裁金の額でなければならない。そういう風に比例原則は色々なところで出てくる大事な原則である。これは絶対今日覚えてかえってほしい。

四つ目が信義則である。これも大事。信義誠実の原則とも言う。これは権利を行使する当事者はお互い誠実にやろうね、嘘ついたりだましたりしないようにしようねという当然のことである。それが現行法では民法の2条2項に書いてある。「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行われなければならない」

という風に、民法に顔を出しているのだが、民事法関係にしか適用されないということではなくて、およそ法の一般原則として行政法関係にも妥当する原則として考えられている。信義則には色々な現れ方がある。人の信頼を裏切ってはダメだよという信頼保護の原則というときもある。あるいは禁反言の原則というように一度言ったことに対する矛盾する行動したらダメだよとかがある。どのように信義則が適用になるのかということを考えるのに、プリントを見てほしい。「租税関係と信義則」



租税関係...

酒屋さんのお兄さんがいて、お兄さんが経営者だったけど、青色申告という承認を税務署長から受けていた。これは、自分で確定申告するというものだが、税務署長が個別に認定して、「帳簿をつけて、書類用意して伝票をつけて毎年必ずやってね。やってくれたら少し税金を優遇しますよ」という仕組みのやつだ。これがAさんにされていたのだが、Aさんはなくなり、その後、事業を弟が受け継ぐのだが、青色申告の承認はお兄さん名義でやっていたので、弟の名義でやる時には改めて税務署の調印を受けなければならない。しかし、弟はそれを知らず、毎年青い紙でくるので気にせずそれに書いて申告していた。そういう形で申告を長年していた。すると税務署が「君は今まで青色で申告してきたけど、承認もらっていない無資格者ではないか。なので白色申告でもっと払いなさい」ということで、今までの分を遡ってもっと払えという税額決定処分がなされたという事件。そこで弟は争った。「おかしいじゃないか。我々は税務署が青い紙を送ってきたから安心してそれでやってきたのに、後になっておまえは実は白色だったなんてことは税務署として信義則に劣るやり方ではないか！」もし法の一般原則である信義則に反した権限の行使であれば法の一般原則違反ということになりそうだがどうなったのだろうか。

判決は右側のところなんだけど、

「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の是非を考えるべきものである。」

まず、この判例で大事なところ、意義は信義則の適用があり得るということを認めたということ。実はこれはすごいことである。憲法に租税法律主義と書いてある。やはり大量処分なので、平等にやるためにも税金なんかはびた一文まで正しく計算されるようになっている。もし、弟さんが承認を受けなくて安い税金しか納めていなかったら、違法なのである。なので白色申告させるということは100%適法である行政活動である。もっというと資格がないなら取らなきゃいけないのである。しかし、そうはいつでも、租税法規に形式的には適合した処分も、場合によっては信義則違反で取り消されることがあり得るよということを裁判所はいったのである。

しかし、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限る、というように厳しく限定的に考えている。

ではその「特別の事情」とはどのようなものだろうか。

「少なくとも、税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、のちに右表示に反する課税処分が行われ、そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうかという点の考慮は不可

欠のものである。」とある。

このように判例にいわれたことをある程度モデル化して頭に入れておくということが法学の勉強では大事である。この最高裁昭和62年の判決は、法律による行政の原理が厳格に適用される租税関係においてもなお、信義則の適用可能性を認めた判例である。かなり慎重な適用である。

まあ青色申告書を郵送したというのはあくまでサービス行政の一環であるので、直ちに公的見解の表示とは認められないと判断された。本当にそれで良いのかというのは疑問が残るところではあるが、まあしょうがないだろうといわれている。

先生の自作事例なのだが、窓口の人が間違っただけで課税になるはずのものを非課税にしまって年月がたったのだが、それを間違いだったとして遡及的に課税するという処分をしたが、それに被害者は反論。どうなるか。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で、もしこれが課税扱いすべきものであったのならば、当然課税すべき、でなければ不平等になる。従って税金を取るというのが本来あるべき姿である。しかし、それでは被害者が気の毒であるので、信義則が適用されるかが問題になる。公的見解は示されていて、その表示を信頼し行動し、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、また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られるべきである。とするのが常識的な答え方である。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だけ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だという気がする。将来にわたっては課税した方が良いのではないかと考えられる。

さっき、行政法関係にも法の一般原則である信義則の適用があるということがわかった。しかし、それはかなり限定的である。それはなぜかというと、法律による行政の原理がかっちり当てはまる部分であったからである。ところが、およそすべての行政活動がいつでも法律の根拠があるかということそうではない。さっきの法律の留保のような品気行政などには法律の根拠があるが、ない場合もある。次の例はそれである。



工場誘致...

沖縄は経済収益性の低い自治体が多い。そこである村長が優良企業の工場を誘致しようという風に動いた。工場ができれば、法人税が入るかもしれないし、住民が増えれば住民税も入るかもしれないし、地方交付税交付金も増えるかもしれない。このように誘致することにはメリットがあるのである。ところが沖縄は綺麗なところなので、誘致したら反対派が出た。海が汚くなるとか言って反対した。そこで、そうこうしている間に、村長さんは社長さんを口説いたわけである。「来てくれたらうちの街の土地を優先的に貸したり、道路も整備するよ」と言って、しょうがないなあということで工場進出を決めて材料も買って、いざというところになって、選挙があってその村長は負けてしまって、環境重視する人が勝った。すると公約通り、あの話はなかったことということで、白紙に戻ってしまった。おかしいじゃないか、せっかく信用して調査したのに、それを選挙で村長が替わったからといって白紙なんてダメ！といって損害賠償請求した事件である。この時は法律による行政の原理とかの原理が当てはまる部分はない。なので信頼保護というのはもう少し広く認められる可能性があるところである。

最高裁は、ある程度損害が発生しているので賠償を払うべきだという決定をした。この判決がいったのは、後で判例を見てほしいんだけど、急に掌を返してはいけないよということをいったわけではない。ある程度信頼してすでに一定の投資活動をやっているんだから、全く損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することのはちょっと不当なことだねということで。もう少し損害のすべてでなくとも何か必要な手当をすればよかったということである。なので、信頼保護も妥当してそれなりに保護されるんだと

ということがいわれている。

今日は法源について話してきたが、行政法関係においても法の一般原則という不文法源が実はとっても重要な役割を果たしていて、その内の一つである信義則というのも行政法に関しては適用がある。でもそれは、法律による行政の原理が妥当する領域かそうでないかで区別がされるのだということ。以上。