

2007年11月1日
12:51

今日は取消し撤回の話をする。

道路交通法を見る。最近改正された。今までの制度だと、大型と小型があって、普通免許取得者は8トンまでの車を運転できたのだが、6月以降から小型・中型・大型という3分類になり、6月以降に普通免許を取得した人は本当に普通自動車しか運転できないということになった。6月以前に運転免許を取っていた人は、既得権益の保護という観点から、中型自動車も引き続き運転してよいということになった。これは当然のことだね。だって、8トンのトラックを運転して生計を立てている人だっているだろう。そういう人が、ある日突然、「中型免許という制度ができたから、その免許を新たに取りなきゃトラック運転しちゃダメだよ」って言われたら大変困ってしまう。法律はそのような事態が起こらないように、既得権益の保護を行っている。なので、以前から普通免許を取得していた人は、従来通りトラックを運転して良いし、免許更新すると中型免許も記載される。

他に何が変わったか。一つは飲酒運転が厳罰化された。道路交通法65条に

(酒気帯び運転等の禁止)

第六十五条 何人も、酒気を帯びて車両等を運転してはならない。

2 何人も、前項の規定に違反して車両等を運転することとなるおそれがある者に対し、酒類を提供し、又は飲酒をすすめてはならない。

とある。2項の意味は、居酒屋の人が車両で来店している人にお酒を勧めると教唆になって罰則がかかるという意味である。

このように65条は二つあったのだが、今は、4つに増えて、

種類を提供してはならない。飲酒を勧めてはならない。車両を提供してはならない。運転を命令してはならない。というように増えた。それでそれぞれの罰則も増えた。

第一百七条の二 次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

と規定されている。これが改正され、五年以下の懲役になった。これくらいで普通飲酒をやめるのか？と思うだろうが、刑法を見るといくつかポイントがある。刑法の25条、執行猶予の規定を見る。

(執行猶予)

第25条次に掲げる者が3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金の言渡しを受けたときは、情状により、裁判が確定した日から1年以上5年以下の期間、その執行を猶予することができる。

つまり、執行猶予をつけられるのは懲役3年以下の時だけなのだ。つまり、飲酒運転で5年以上という風に厳罰化がされたということは、場合によっってはいきなり実刑判決になるということも考えられるのである。それが一つのポイントである。

また、第二の点は、車両を提供した人についても罰則が強化されたということである。第三は、道路交通法の67条の第2項を見るが、「**車両等に乗車し、又は乗車しようとしている者が第六十五条第一項の規定に違反して車両等を運転するおそれがあると認められるときは、警察官は、次項の規定による措置に関し、その者が身体に保有しているアルコールの程度について調査するため、政令で定める**

ところにより、その者の呼気の検査をすることができる。」としている。その検査をするときに、断ってはいけないという規定がある。断ると直ちに罰則と言うことになっていた。つまり、飲酒検知拒否をすると罰則と言うことであった。しかし、これが空振り規定なのである。つまり飲酒運転したということについては厳罰化するということになったが、飲酒運転を厳罰化すればするほど、ひき逃げをしてしまった人は厳罰になるのを恐れ、出頭せず8時間くらい逃げてアルコールを抜いて出頭しようとするのだ。そのときにいくら血液検査をしてもアルコールは検出されないのである。そして、逃げている最中に飲酒検知を受ける場面になったら、その人はどうするだろうかという話である。飲酒検知拒否をした人は、従前は5万円以下の罰金であった。しかし、5万で済むなら5万円を払ってでも証拠をつかませないということになってしまふのである。それで、この飲酒検知拒否の罪を30万円以下の罰金に強化したが、全く効果はなかった。それで今回の改正で1年以下の懲役または50万円以下の罰金にした。そうすることで逃げるのを許さないということにした。

こちら辺で話を授業に戻すが、なぜ道路交通法について話したのかというと、行政行為の取消し・撤回の話をして今日にするのだが、その例として道路交通法84条・103条を見る。

第八十四条 自動車及び原動機付自転車（以下「自動車等」という。）を運転しようとする者は、公安委員会の運転免許（以下「免許」という。）を受けなければならない。

これがまず根拠規範である。公安委員会が免許を付与するという権限を持っている根拠はここにある。

次に見る103条は、点数が引かれて免許になったり免許取消になったりする時の根拠規範である。

第一百三条 免許（仮免許を除く。以下第六十六条までにおいて同じ。）を受けた者が次の各号のいずれかに該当することとなつたときは、その者が当該各号のいずれかに該当することとなつた時におけるその者の住所地を管轄する公安委員会は、政令で定める基準に従い、その者の免許を取り消し、又は六月を超えない範囲内で期間を定めて免許の効力を停止することができる。ただし、第五号に該当する者が前条の規定の適用を受ける者であるときは、当該処分は、その者が同条に規定する講習を受けないで同条の期間を経過した後でなければ、することができない。

この103条が、教科書97ページの取消し・撤回の話に関わってくる。この「免許の取消」とはどのような行為かということが問題になるのである。

一度免許を付与したが、事情が変わった。例えば目が見えなくなったとか、アヘン中毒者であることが判明したとかした場合、もはやその人に免許を付与しておくということは、道路交通の観点から非常によくないことである。とすると、そういう人から免許を奪って運転できなくするということが道路交通の安全のためには必要であるということになる。つまり、一度やった行政行為によって発生した相手方の「運転できる」という地位を場合によってはなくすという必要があるのである。その「なくす」ということを取消しと撤回という風に言われているのである。

実は取消と撤回は違う意味で使っている。一度付与した決定をなくするという意味では二つは同じなのだが、その「なくす」ということにも大きく分けて二つある。

その一つが取消しである。まず、職権取消しというのがある。これは上級行政庁（監督庁）や処分庁など行政機関が職権で行政行為を取り消すことをいうが、瑕疵ある行政行為について、行政庁が、その効力を遡及的に失わせて、正しい法律関係を回復させることを意味する。例えば、ある人は運転免許をもらっていたが、その人は13歳だった。だとすると、元々その人は運転免許の交付を受ける地位

になかったのだが、間違っ て運転免許を付与してしまっ た。この免許付与は、最初から瑕疵ある行政行為なのである。その他生活保護でも何でもあり得る話である。こ ういう場合は「原始的瑕疵」があるという。最初からミスがあっ たということね。すると、こ のような行政行為によっ て、明らかに最初から法律による行政の原理に反した状態が始まっ ているということになる。それは法治主義の観点からあっ てはならないことなので、もし事後的にそのことに気づいたときには、遡っ てその決定をなかつ たことにするのである。それで遡っ て取り消す。

こ のように、法律による行政の原理に違反した状態があるときに、その適法状態を回復するというのが法治国家の要請するところであるので、当然できることであると考えられる。これを「取消し」という。

そして、「撤回」というのは何かというと、これは運転免許のパターンだと思っ ていい。違反を繰り返して点数が溜まっ て免許停止だという時を考える。これは最初からその免許付与が間違っ ていたわけではない。当初は正しい行政決定がなされたのに、その後の事情の変化によっ て、もはやその免許の効力を維持することが妥当ではないと思われるので、将来にわたっ て運転できなくするというのが「撤回」というものである。理論的にはこの二つに分けてい る。

しかし、法律上は「取消し」と表記されるのが一般的である。法律上「撤回」という言葉は出でこない。なので運転免許「取消し」というのも、理論的には「撤回」のことなのである。しかし、条文上は言葉を「取消し」と使うのが一般的である。

そこで、いくつか論点がある。

一つは法律の根拠があるかないかということ。これは法律の根拠はなくてもよいと考えられている。つまり、道路交通法103条は行政行為を撤回する際の根拠規定であるが、こ のような規定がない法律というのはまだあるのである。しかし元々、法律による行政の原理によっ て当然の要請であると考えられてい て、明文規定は必要ないということである。むしろ、根拠はともかく、どの程度取消しができるのか、限界があるのかということを考えることで国民の安定性を考えようという流れの方が強い。これはあとで言う。

撤回について法的な根拠が必要かどうかというのは、非常に問題である。この点については、菊田医師事件というのがある。菊田さんは産婦人科である。中絶については、各都道府県の医師会に母体保護法指定医という資格を与えられる人は中絶手術をやっていいという仕組みになっ ている。

ここでちょっと話がそれる。こ のような事例がある。6歳児が腹痛・関節痛を訴え病院に行くと、凝固異常（かさぶたを作る機能に異常があり、内出血をしまっ と血がずっと出まっ とするという症状）で血輸病A

と診断された。実は、お母さんのお兄ちゃんも小さいときに死んでいっ たのだが、それが血輸病で事故で脳内出血が起こり失血死しまっ ていたらしい。それで、お母さんも自分が血輸病らしいということと、遺伝するらしいと言うことは知っ ていたのだが、詳しいことはあまり知らなかつ た。ところが6歳の長男が病氣らしいということが判明した。そのお母さんは今妊娠してい て二人目の子供がいる。血輸病の患者は通院だけで4～500万円かかる。なので、お母さんは、自分のおなかの中にいる子供が同じ病氣を持っ ているか診断してほしい、それで同じ病氣を持っ ていれば、とて も二人を抱える気力はないので中絶したいと言っ てきた。また、男の子しか発症しない病氣なので、男の子だっ た場合も中絶したいと言っ てきた。遺伝子診断してくれと言われてお医者さんは渋っ た。するとお母さんは、じゃあ男の子か女の子かを調べてくれと いっ た。さっき言っ たとおり、男の子なら発症するか

もしれないから、男の子なら中絶するというのである。しかし、お医者さんは困るわけである。だって、仮に男の子だとしても、発症する確立は二分の一なのだ。つまり、正常な健康体の子供を中絶することにもなりかねないのである。それで、そんな病気で中絶はできるのだろうかということである。

本来、人口中絶は刑法で禁止されていて、墮胎罪とされている。母体保護法16条で医師会の任意団体は人工中絶を行い医師を指定することができるかと規定している。本来禁止されている行為の一部を適法にするためにこういう法律がある。母体保護法の指定医という特別な中絶をできる資格というのは、この16条しかないのである。つまり、医師会は特別にこの時にだけ行政庁になって、中絶行為をやっていいよという決定をするのである。ところが、非常に悪い医者がいた場合に、その指定を解除するという規定は母体保護法にはどこにもない。

菊田医師事件に戻ると、これはどういう事件かという、産婦人科は中絶などをやる反面、不妊に悩むカップルの不妊相談・治療をやるのである。不妊に悩むカップルの相談を受けてから、中絶したいと言ってきた人に生むように説得し、もし生んだらその赤ちゃんをほしがっているカップルがいるので、そのカップルの子供というように先生が出生届を偽装すると説明した。それで、実際に子供を産んでもらい、カップルの実施というように嘘の出生証明書を書いていた。これが菊田医師事件、実子斡旋事件といって社会的に大きな反響を呼んだ。そういう事件である。

そこで、宮城県の医師会は菊田医師から母体保護法指定医の資格を取り消そうとした。しかし、母体保護法には取り消すという規定がないのでできるのかということが問題になった。それで最高裁が判断を示した。公益性が高いときには撤回については特別明文の規定がなくてもやって良いのだという風に判断した。なので、特別法律の根拠がなくても取消し・撤回は法律の根拠がなくてもやって良いと解されているということ覚えてほしい。なぜなら、法治主義を回復するためである。

今話したのはそれほど大事ではない。どういうときに取消し・撤回ができて、どこまでできるのかということが問題であるのだ。瑕疵ある行政行為を是正することは、本来あるべき法的状態の回復として、形式論理としてはなんら問題がないように見える。しかし、一度行われた行政行為が事後的に取消し・撤回されると、これを有効と信じた者の信頼や法的安定性を害し、権利利益を侵害するおそれがある。取消し・撤回を認めるかどうかは、基本的に、取消し・撤回をすることにより守ろうとする利益と、これによって影響を受ける相手方等の不利益とを、比較考量することにより決定されるべき問題であるのだ。つまり、法治国家の適法性の回復と信頼の保護という二つのバランスを考えるべきだと考えられている。

一般論として、侵害的処分¹の取消し・撤回（お前の自由を制限する、義務を課すという処分）は、処分の名あて人にとっては有利に働くので、比較的自由に認めて差支えないといえる。しかし、授益的処分²の取消し・撤回（免許とか生活保護とかの取消し）は、相手方の信頼を害し、事実上不利益を及ぼすことになるので、その許否については慎重に判断すべきである。

例えば、本来資格がない人に生活保護を出してしまったというときも、二つある。一つは隠し財産の時。嘘をついて保護をもらったときは、「**申請者の責めに帰する事由があるとき**」と考えられる。この場合は当然取り消すべきなので信頼保護の必要はないと考えられる。しかし、「**申請者の責めに帰する事由がないとき**」もある。例えば窓口の人がうっかり勘違いして、資格があると間違った場合がある。遺族年金がもらえなくなったら、仕事を辞めるとかして、人生設計がかなり変わることも考えられる。それを後から、「違法な給付だったのだからなかったことにしてください」というのはちょっと

だめだろう。この場合は信頼保護を優先して良いだろうと考えられる。少なくとも遑って執行（遑及的執行）は認めるべきではないと考えられている。しかし、役所は間違ってしまったので、死ぬまでその人に年金を給付し続けなければならないのかという問題がある。これもちょっと行き過ぎだろう。やはり将来的には執行して良いのではないかと、将来的はなかったことにしていいのではないかと考えられている。

あと、撤回について少し話す。撤回というのはさっき言ったとおり、最初は適法だったのだが事情が変わったので取り消すという場合である。これには色々な場合が考えられる。例えば目が見えなくなったという風に、①**後から要件を満たしている状況が消滅してしまった場合**。あるいは②**義務違反した場合**。また、③**公益上の必要がある場合**。この三つのパターンがあると考えられる。③の場合はどんな例かという、厚生省の建物の地下一階にコンビニが入っているが、これは本来国の財産であるビルの一部についてコンビニに使用許可を与えているのである。しかし、役所の建物は行政活動そのもののために使うというのが本来の目的なので、コンビニに使わせるというのはちょっと筋が違う。これは目的外使用という。しかし、もしかしたら厚生省が忙しくなり、地下一階にも働くスペースがほしいとなり、「5年の約束でコンビニに使用許可を与えていて、まだ1年しか経っていないけど、出て行ってくれ。行政活動に使いたいから。」という場合があるだろう。こういうのは公益上の必要から一度やった5年間の使用許可を途中で取り消す、撤回するということである。こういうことはまあ必要なんだから基本的にやって良いと考えられるのだが、ここでも法的訂正や既得権保護の問題は発生する。ここでも遺族年金の場合と同じような問題が生じるのである。やはり追い出して良いということになるだろう。追い出して良いのだが、そのときにお金を出さなければいけないかという問題があるのである。

コンビニとしては、お金をかけて改装したので、5年間営業してその売りあげで投資した資本を回収しようとするだろう。確かに厚生省の必要性のために出て行くというのはわかるが、コンビニの方も営業の計画がダメになってしまった。このような場合に果たして、裸で追い出して良いのか、やはり少しお金を出した方が良いのかという問題がある。これについては行政法救済法の損失補償というところで別にまとめて話するところである。しかしちょこっと話す。答えは、場合によっては補償すべきだということである。

その理屈は以下の例で示す。

築地の中央卸売市場がある人に1000坪くらいの土地を貸した。その人は、100坪のしか使わず、レストラン経営をしていた。ところが、中央卸売市場がすこし手狭になったので、貸していた土地の残り（使っていない部分）をなかったことにしてくれとあって、残り分960坪の使用許可を取り消した。これは厚生省のコンビニの例と同じく、公益上の必要（本来の目的で使いたい）から移ってほしいと言うことである。しかし、この人だってレストランやりながら、一生懸命利益を上げながら借金を返そうとしているので、急に出て行けと言われても困るので少し保証金を出してくれということを主張した。色々な補償がある。移転工事する3ヶ月の間の得られたであろう営業上の利益とか移転費用だとか色々ある。この人は、元々1000坪使っていたのに、900坪を持って行かれる、つまり900坪分の借地権を持って行かれるのだから、その権利そのものについての補償を払えという主張をした。これを権利対価補償という。しかし、よく考えるとここは築地。銀座から歩いて20分くらい。一等地なのだ。そんなところで900坪の所有権の何割という計算（民法ではそのように計算するように定められている）をすると、何十億という額になってしまう。ところが東京高裁は「そうだそうだ」といって何十億を払えと東京都に命令したのである。そういう事件。それでおかしいじゃないかということが

学説で非常に言われた。つまり公共の場所を使わせてもらっているという権利なので、民事の要件とは全然違うのだ。公共の必要があればいつでも出て行かなければならないというリスクが元々内在している使用権なのであるから、そのリスクに対しては補償は必要はないという人もいた。事実、最高裁もそういった。特別な事情があれば権利そのものが消滅するということを受忍する地位にあるのだから、補償まで入らないと言った。しかし、一部、工事費とか特別必要になった分についてはお金を払いなさいといった。

取消し・撤回については、それぞれは何か、どういうときにに制限されるのか、取消し・撤回した場合に補償は必要なのか、以上の3つが大きな論点である。

附款について話す。

附款とは何か。教科書には「**附款とは、行政行為の効果を制限するため、行政庁の意思表示の主たる内容に付加された従たる意思表示である**」と書いてある。例を見ればわかりやすい。たとえば、自動車の運転免許は、公安委員会が名あて人に運転を許可する行政行為であるが、眼鏡使用等の「条件」が付されて

いることがある。これが附款である。このように、主たる資格については100%許すのだけれど、一部条件がついているのが附款である。色々あって、附款の種類としては、①条件、②期限、③負担、④撤回権の留保の4つが区別されるのが通常である。各事項についての説明は教科書を載せる。

(1) 条 件

条件とは、行政行為の効力の発生・消滅を発生不確実な事実にかからしめる附款をいう。条件成就により効果が発生する停止条件、効果が消滅する解除条件に区別することができる。会社成立を条件とするバス事業の免許は、停止条件が付された例である。

(2) 期 限

期限とは、行政行為の効力の発生・消滅を発生確実な事実にかからしめる附款をいう。自動車運転免許の「〇年〇月〇日まで有効」等の記述がその例である。公務員の期限付任用が許されるかという問題について、最高裁は、地方公務員法上、職員の任用は無期限とするのが法の建前であるが、それは職員をして安ん

じて職務に専念させる趣旨にでたものであるから、職員の期限付任用を必要とする特段の事由が存在し、かつ、この趣旨に反しない場合には、法の明文がなくても許されるという判断を示している（最判昭和38・4・2民集17巻3号435頁）。

(3) 負 担

負担とは、相手方に特定の義務を命ずる附款である。法令に規定されている義務以外の義務を課すことになるが、負担に違反しても行政行為の効力には影響がなく、せいぜい行政行為の撤回がなされるにとどまるような場合をいう。運転免許に付された眼鏡使用等の限定や、道路占用許可に付された占用料の納付等がこれにあたる。

条件と負担の区別は、実際には困難であることが少なくない。条件とみると、条件が満たされない場合には、本体たる行政行為の効力に影響が及ぶが、負担とみると、行政行為の効力は完全に発生しており、その効力に影響が及ばない点に相違があるため、この区分は解釈論として重要な意味をもつ。この点に関連して、集団示威行進の許可に際して付される附款について議論がある。行進の仕方について、走らない、あるいは蛇行しながら行進しないなどの「条件」がつけられた場合、それらは不作

為義務を課す負担と解されている。しかし、政治的な意味あいから特定の日に特定のルートを行進する旨の申請に対し、日時・ルートを変更したうえで許可がなされた場合には、当該集団示威行進を行う本質的部分が変更されているとみられることから、もはや附款としての負担と解することは適当ではなく、実質的な不許可処分とみるか、あるいは内容を変更した処分とみるのが妥当である。

(4) 撤回権の留保

撤回権の留保とは、行政行為について、撤回権（行政行為を消滅させる権利）を明文で留保する附款をいう。ただ、必ずしも明文の根拠がなくても、一定の利益考量のもとで行政行為の撤回は可能であるから、抽象的に撤回できる旨の条項を設けても確認的な意味合いをもつにとどまる。

*行政行為の附款の種類

条件	行政行為の効力に影響する発生不確実な事実
期限	行政行為の効力に影響する発生確実な事実
負担	行政行為の効力に影響しない義務
撤回権の留保	確認的な意味合いをもつにとどまる

それで問題は、この附款に文句がある場合はどうすればいいかである。

例えば、徳島市公安条例判決というのが以前あっただろう。徳島県でデモをやるので、道路を使うので道路交通法に基づいて警察署長の許可をもらった。そのときに、蛇行したりしないで、一車線で行くようにという条件がついていたが許可が出た。しかし、それに違反して大騒ぎしたので、道路交通法違反だと言うことになった事件である。

ここで「列になって歩け」という条件についてだが、道路を使用していいという許可をもらったのは異論のないことである。ただし、条件として「一列になれ」といわれた。普通、文句がある場合に行政法では取消訴訟を提起するのであるが、文句があるのは今回は本体ではないのだ。デモは許可してくれているのだからそれを取り消しては意味がない。附款のところだけを取り消してほしい。そういう争い方ができるのかどうか問題である。

今の例の場合なら、行政処分の一部取消訴訟を提起するということになるだろう。もしくは、附款なしの無条件の行政許可をなすべきことを求める義務づけ訴訟も考えられる。しかし、例えばテロ特措法でデモをしたいので、国会議事堂の前でデモをさせてほしいという風に道路使用許可を求めた場合、「道路使用許可を許すが、どこの道路を使うかは我々が指定する」というように区域設定を勝手にされてしまったら全く意味がない。つまり、条件といいながらそれはほとんど本来ほしい許可を事実上否定しているような条件があり得るのである。到底付随的とはいえない条件。この場合には、許可のないようそのものに不満があるということで争った方が良いのではないかという議論がある。

附款についてはそれぐらいである。今のデモの例は極端だが、よく自治体で問題になるのは、廃棄物業者とか区域設定される例がある。どこまでが付随的か、どこからが許可の内容そのものなのかの見極めが大事だろう。

次は第八章、行政裁量についてやる。

裁量という言葉は日常で使うだろうか。日常だと、飲み会をやるとしてどこで飲むかは、感じの裁量

で決めるという場合があるかな。行政裁量というのは、その裁量の行政バージョンである。

行政裁量に関する問題は、法律がその執行過程において行政機関による判断の余地を認めた場合に現れるという意味で、立法権と行政権の相互関係にかかわる問題である。これが一つである。行政裁量というのは大きく分けて二つあるのである。一つがこれで、法律が行政に一定の判断の余地を許すという場合である。それで、どこまで行政に判断の自由を与えるのかの見極めは一つ目の問題になる。二つ目は、行政裁量は、行政活動の適法性に関する司法判断の範囲を画するという意味で、行政権と司法権の相互関係の問題でもある。行政事件訴訟法30条に「**行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。**」としている。さっきの飲み会の例で言えば、飲み会が安い居酒屋に連れて行かれたとしてもそれは裁量の範囲だが、ミスドに連れて行かれたら、それは幹事に委ねた趣旨から外れている。それを裁量の逸脱という。また、濫用というと、きちんとした居酒屋に連れて行ってくれたが、その人は別に飲み会を楽しくやろうというわけではなく、その店のウェイトレスが好きなだけだったとすると、それは幹事の個人的な都合だろということで、それを裁量権の濫用という。そういう風に、本来の趣旨と違う使い方をしてしまう、それを逸脱・濫用という。

本来私はおでん屋さんに行きたかったのに、焼鳥屋に連れて行かれた。この場合は、どっちが妥当か、不当かという当不当の問題はあるにしても、裁量の範囲内なので適法なのである。裁量の範囲内であれば問題は当不当の問題でしかない。裁量の範囲を超えて初めて違法という問題になる。とすると裁量があるということになると裁判所は、違法性の審査しかできないので当不当の問題には口を出せないことになる。行政庁の判断のある部分は尊重しなければならない、ある部分は前提とした上で、逸脱だけを見るというのが裁判所の審査の限界である。これが裁量の問題である。

どういうときにどの程度の裁量があるのか、裁判所はそれをどのように審査するのかという話をする。

さっきも言ったが行政裁量には二つの側面がある。一つは、法律が行政に判断の自由を許すという場合である。典型的な例では、警察官職務執行法というのがある。これの第7条をみる。これは警察官がいざとなったときに銃を使っていいという根拠規定である。

(武器の使用)

第7条警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法（明治40年法律第45号）[第36条](#)（正当防衛）若しくは同法[第37条](#)（緊急避難）に該当する場合又は左の各号の一に該当する場合を除いては、人に危害を与えてはならない。

しかし、例えば武器を使用するというのは、いくら犯人の疑いがあるものに対する使用であっても、やはり不利益なことをするのだから、法律による行政の原理を厳密に考えたらすべて法律に書くべきなのである。窃盗犯その他に対して、50メートル以上離れたらまず威嚇射撃で足を狙うとか、厳密に書くべきなのであるが、そんなことかけないのである。すべてのあらゆる事例を想定して法律ですべて規定するなんて言うと、警職法だけで大変だし、警察官もそんなこと覚えられないはずもないので、そのときその場の総合判断に委ねるしかないのである。そのように、法律ですべてを規定し尽くすことなく、例えば「相当な理由のある場合」というように漠然とした表現を使って、問題がある場合は

後から裁判所が相当な理由が本当にあったかを審査すればいいじゃないかという考え方である。「合理的に必要と判断される限度において、」というも漠然としている。むやみに使うなど言うことを言っているのだが、**必要と判断される限度**とはなにかということは、結局そのときの警察官の個別の判断と言うことになる。このように法律が行政に裁量を委ねているという話である。そして実際に裁判所が後から判断をするのである。

例えば、ある容疑者に警察官が銃を使った結果心臓に当たり死亡してしまった場合、遺族が「威嚇射撃で足を狙っていたらあの方は死ななかった。いきなり心臓を狙った。これは7条違反の武器の使用で違法であるので、賠償金を支払え」と訴える。すると裁判所は、その権力の行使が違法であったかをその法律の趣旨を解釈しながら判断するのである。そのときの緊急度とか色々行政庁は主張をする。それなりに理由があった場合、これは裁量の範囲内であった。なのでもはや裁判所は違法とまではいえないという結論を出す。

そのように、行政裁量は、立法府と行政府、そして行政府と司法府のそれぞれの権力分立の相関関係の問題であるのだと言うことになる。

いくつかポイントを言う。

従前は、裁量はその範囲内であれば違法じゃないんだから自由なんだというような説明がなされていた。しかし、今では誤解してはならないのは、行政裁量とは、行政庁にフリーハンドの「自由」を認めるものではないということである。ある行政行為について、その根拠法令において一定の行政裁量が認められるとしても、法の一般原理である比例原則や平等原則、信義則等によるしぼりは及ぶし、憲法により保障された基本的人権を侵害するようなことは原則として許容されないものであり、そのような観点から司法審査が及ぶと考えられる。また、行政庁は、法律との関係では、ある事案の処理に際して最も適切な選択肢をとることが合日適性（公益目的適合性）の見地から求められるのであり、最善の対応をとる責務を負っている。したがって、行政庁に裁量があるといっても、ある行政活動が裁量権の行使として「不当」と評価されることはあり得るのであって、ただ、裁判所としては、裁量事項とされた領域での当・不当の判断に踏み込むことができないということとどまる。行政裁量の不当性については、行政庁による職権取消しや、行政不服申立てにおいて是正されることが制度上予定されている。

次に行政裁量の構造と言うことについてだが、行政庁がある処分をするというときに、どういう判断プロセスを辿っているのかということである。今日では、行政庁の判断過程（根拠法令の適用の段階）の全体を視野に入れて、①事実認定、②法律要件の解釈・認定事実のあてはめ、③手続の選択、④行為の選択、⑤時の選択、という5段階に区分した上で、各段階ごとに裁量の有無を検討するという手法がしばしば用いられる。

それを図にしたのが以下である。

*裁量が問題となるステージ

- ①事実認定
- ②法律要件の解釈と認定事実のあてはめ（要件裁量）
- ③手続の選択
- ④行為の選択（効果裁量）
 - ・どの処分をするかの決定（処分内容の選択）
 - ・その処分をするかしないかの決定（する・しないの選択）
- ⑤処分をする時の選択

***裁量が問題となるステージ**

- ①事実認定
- ②法律要件の解釈と認定事実のあてはめ（要件裁量）
- ③手続の選択
- ④行為の選択（効果裁量）
 - ・ どの処分をするかの決定（処分内容の選択）
 - ・ その処分をするかしないかの決定（する・しないの選択）
- ⑤処分をする時の選択

これは非常に大事なので頭に入れてほしい。

国家公務員Aが万引きをしたとして、懲戒処分をするケースを考えてみよう。国家公務員法82条1項3号は、職員が「非行」に該当する行為をした場合、懲戒処分として、免職、停職、減給または戒告の処分をするこ

とができると規定している。そこで、任命権者は、まず、万引きの有無の事実を確認する（①事実認定の段階）。証拠・証人・調査をしてそのような事実があったのかを確かめる。その上でその行為が、公務員の懲戒事由に当たるかという判断をする（②法律要件の解釈・あてはめの段階）。国家公務員法の中には公務員の法令遵守義務を定めている。なので刑法に違反して窃盗した場合には、刑法違反でもあるし刑法を守るべき義務に違反したということで国家公務員法違反にもなる。そこで当たると考えられた場合、同法89条1項は、国家公務員に対して不利益処分をする場合に処分事由説明書を交付すべきことを定めているが、処分を決定するにあたりどの程度Aの反論をきくかなど、手続の選択につき一定の裁量が認められる（③手続の選択の段階）。そしてその上で、懲戒処分を行うにしても免職処分とするか、停職処分にとどめるべきかといった、当該行為に対する制裁として適切と思われる処分を選択して確定する（④行為の選択の第一段階）。最後に、停職処分が相当との判断をした場合には、さらに実際に当該処分をするかどうかを、Aの従前の勤務態度・反省の程度・改善可能性等の人物評価・社会的影響等も含めて総合的に判断して決定する（④行為選択の第二段階）。これらに加え、いつ処分をするかという⑤の時の裁量を観念すべきかどうか、という問題がある。

行政がある処分をする際にはこのようなプロセスを踏んでいく。そのそれぞれに行政の判断の余地があるということはもはや認めざるを得ないだろうと思われている。2～5については裁量があることについては問題ないのだが、1についてはちょっと問題があるのである。

要件裁量について考える。

要件裁量とは、ある法律上の処分をする際に、その処分の条件を満たしているかどうかの判断の余地が行政庁にあるということである。つまり、例えば、こういときは懲戒していいよ、こういときには外国人の入国拒否していいよとかである。それに基づいてやったことについては裁判所もあまり厳密にチェックしないというものである。そういうものが実際に認められている。

このような裁量が認められている根拠は、二つある。一つは政治的裁量である。これは、外国人をどういときに日本に入れるか入れないかというあたりの判断は、裁判所が決めるよりは法務大臣が決めた方が合理的である場合があるということである。もう一つは専門技術的裁量である。有名なのは伊方原発訴訟である。例えば原子炉については災害の防止上支障がないか、技術的に問題がないかどうかというのをチェックして、問題がないなら許可が出る。このようなチェックは耐震構造とかをチェックしたり原子炉内部について審査するので、建築や原子力のプロが審査しなくてはならない。

そうするとこれは専門組織がやって、あとから裁判所が一からチェックするというのは合理的ではない。その点では行政に一定の判断の余地が認められると考えられている。

裁量については大きく分けて四つくらいの話でまとめようと思っている。

ポイントの一つは裁量とは何かということである。これはすでに話した。法律と行政、行政と司法の権力分立のバランスの問題である。今話したのは行政裁量の構造・プロセスである。そして次に話すのが、そのプロセスにおける判断それぞれをどのようにチェックしてゆくのかということである。裁量統制の方法である。

ちなみに、まだ話していないのが、なぜ行政裁量が認められるのかであるが、それについては専門的判断の尊重、性質的判断の尊重、迅速・臨機応変な対応が必要な場合、地域の特性・地域住民の意見を斟酌して決定すべき事柄である場合、専門的判断のために特別な組織がもう得られた場合の組織の尊重するため、という五つが裁量の認められる根拠である。

では、裁量統制がどのようになされるのかを話す。

行政庁はさまざまな段階でその裁量権を行使することが認められるが、これらはすべて法律のもとで、その枠内において許容されるのであり、裁判所は、法律（あるいは法的規律）に照らし、実際に行われた裁量権行使について司法審査をする役割を与えられている。行政事件訴訟法30条「**行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。**」にもあるとおりである。裁量統制としては教科書では三つ説明がなされている。それを順にみてゆく。

行政庁の裁量処分は裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、違法として裁判所がチェックをするということになる。つまりこれは実態、結果を見ているということである。目的違反の場合には裁量規範を濫用しているので、それは結果として違法だということである。そのように、実態・結果に着目して、ある裁量が違法だったかを見るというのが古典的発想であった。

その例外化の例、公務員の懲戒である。



78 公務...

これは労組系の幹部が懲戒処分に対して抗議運動をやった。非常に混乱をもたらしたということで懲戒免職になったのだが、その処分に対して取消しを求めたという事件である。最高裁は、「**公務員に対する懲戒処分は…懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである。**」といている。これは非常に伝統的な発想である。裁量というのを、原則自由なものだ、法治主義の例外だという風に考えている典型的な判決なのである。つまり裁量問題なんだといってしまえば、もう行政のその処分は原則として違法にならないということがこの判旨から読み取れる。

「**社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合**」のみ違法になると書いてあるが、これは条文をそのまま写しているだけで、実際どういう場合にどういう理由があれば違法になるかをほとんど示していないのである。なのでこれは裁量統制をほとんど放棄していることになる。

あと「マクリーン判決」というのもこれに近いところがある。



73 在留...



73 在留...

外国人が在留期間の更新を申請したが、政治運動をしていた経歴があったので更新が認められなかったという事件。判旨では、「**裁量処分が違法となるしは、それが法の認める裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限られる**」とあるが、これは条文の書き写しである。また、「**在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるかどうかの判断の場合についてみれば、右判断に関する前述の法務大臣の裁量の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである。**」

というように、全く事実の基礎を欠く時というように、特殊例外的なときであれば裁量権の範囲を超えるが、それ以外では全部自由だよ、といているようなものである。なので、非常に古典的な発想というのは、裁量だというともうほぼ全部自由で、どういうときに違法になるのかの理由もごく例外的なものしか書いておらず、裁量審査が非常に甘かったといえる。

これでは不十分だ、もっとどう判断プロセスを経て、そのような結論に至ったのかという判断過程を審査した方が良いのではないかと言うことが学説でも言われはじめ、それが最高裁でも取り入れられるようになったのである。判断プロセスを審査するというのが最近の裁判所の審査のトレンドであり学説もそうである。その例として日光太郎杉事件東京高裁判決というのがある。

これは東京オリンピックのころ、栃木県知事が国道を拡幅するために、東照宮の神木である太郎杉を土地収用法により収用し、伐採する計画をたてたので、東照宮が原告となって裁判をおこした事件である。本当は、非常に歴史的に重要な価値のあるこの太郎杉を壊さずに道路を通すという方法もあり、その代替案を検討しないまま漫然と決定したと言うことが後からわかった。それで、審議が不十分ではないかと言うことを糾弾したのが東京高裁の判決である。判決は、「**本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、また本来考慮にいれるべきでない事項を考慮にいれもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより判断が左右されたものと認められる場合に、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる**」ことを判示した。

これで国は負けたと言うことである。言いたいことは、結果的にはその案を通して、別に都市計画のあり方としては必ずしも違法であるとはいえなさそうであるのだが、判断プロセスが非常に不十分であったというところを捉えて、結果はとにかくプロセスがおかしいなということで違法を導いたと言うことである。これはとても大事な考え方である。これは最高裁でも認められたであろうということが有名なエホバの証人事件である。



79 学生...

エホバは厳密な聖書を守る人たちなのだが、聖書の中で「剣を持って戦うな」と書いてあるので、信者の子は高校の県道の授業でも拒否をした。必修科目の体育の剣道はできないので、正座して見学し、授業を受けない代わりに、きちんとレポートを提出したりして、代わりに一生懸命やった。しかし、学校側は落第させ、二年連続で単位を取れなかったので退学処分にした。その退学処分を違法だと言って争った。これも形式的に考えれば、落第が二回続けば退学と言うことは書いてあり明白なわけで、体育が0点だった。その採点についてはまさに先生の裁量である。裁量の問題で退学もあるよねと言うことになりそうなのだが、基本的人権を尊重したと言うことなのだろう。最高裁は結果では

なく、判断プロセスを重視するという発想からこの事件を審査した。最高裁は、「**退学処分の要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものであり、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求される。高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものまではいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能である。**」といった。つまり、高校は何らかの代替措置をとることの検討とかできたのに、色んなことを言っておいて代替措置なんか何も考えていなかったと判断した。というのは、高校側は、「工ホバの人だけ剣道をしなくて良いと言ったら、一部の宗教について特に公立学校が優遇することになる。それは政教分離に反する。」と主張した。しかし、政教分離というのは本来、多数の意志決定が少数の宗教を押しつづすなということがポイントなのである。なので工ホバという少数宗教について特に配慮することについては別に本来の政教分離の趣旨から離れるわけではないのである。したがって最高裁も、代替措置をとることが政教分離に反するとは言っていない。なので、代替措置も何も考えないで、機械的にやったのは違法だねと言ったのである。先生も非常によくできた判決だと思う。このように最近、結果だけを見るのではなく、裁量判断に至るプロセスを重視する。考慮すべきことを考慮しているかをチェックする。または、他事考慮していないかをチェックする。本来考慮すべきでない他のことを考慮しているような違法はないかということである。そういうことを見るのが、今の判例のトレンドである。

このような判断形成過程の審査手法は、行政決定がなされる場合に行政側が必要な調査義務を尽くしたか、あるいは、行政決定のプロセスにおいて行政側が十分な説明責任を果たしたか、という観点からの司法的チェックへと発展する可能性を含んでいるようにも思われる。

また、このような審査方法を裁判所がなしうるのは、行政庁としては、いかなる情報に基づいていかなる見地に立って判断したかを説明する責任がある、という政府の説明責任の原則からの根拠づけも可能であると考えられる。これが最新の考え方である。つまり、裁量とは何かについて改めて考えると、立法者は将来のすべての場合について規律できないので、裁量は漠然とした表現になるのである。従って、原則自由という意味ではないのではないかと、むしろ具体的な事案においてもっとも適切な処置を執るようにと立法者は行政に命じているのだと見るべきであるのだ。これはさっき言った「全くフリーハンドではない」という言葉と同じ意味である。行政は立法者から委託されたことを誠実に処理する義務があるのである。

例えば、医療過誤の場合を例にとると、医者にはあるガン患者に、薬を使うか、放射線治療をするか、手術をするか、裁量がある。しかし、どれでも自由という話はあるわけがない。本来薬で済むのに、いらない切除手術をやったとすれば、損害賠償になる。それはなぜかというと、医者は患者に対して診療契約を結んでいて、契約上の義務として患者に対して最適な治療を選ぶという義務を負っている。裁量だから自由というわけではなくて、契約上最大の治療と最良の診断をすべきという義務を負っていてそれをきちんと果たしているかということがチェックされる。それと同じであろうという考え方である。だとすると裁判所の審査で問題になるのは、結局行政が立法者から自分に委ねられた義務をきちんとやったのか、どうやったのかちゃんと説明してみろ、ということなのではないか。それで、行政は自分のやったことについて裁判の場できちんと説明することが大事ではないかと考えられる。

これは訴訟戦略的にも意義のあることである。普通、行政がやったことを国民が争う場合、国民が原告になって行政訴訟で行政のあの行為が違法だと言うときに、その証明は国民が言わなければいけない。全然ノウハウもないし情報も限られているのに、立証のために国民は大量の情報と格闘するので

ある。しかし、それもおかしいだろう。国民がいちいち説明してみせる必要はないのだ。むしろまず行政の側から自分のやった行為について説明する必要あるのではないか、原告側はせいぜい疑問点を挙げればいいのではないか。そうして裁判所は論点を整理して、被告に説明を求めればいいのではないか。それで初めて国民にとっても救済になりやすい行政訴訟になるのではないか。そういう考え方がある。

裁量については以上である。

次は手続の話である。行政手続法の解説をしてゆくことになる。

行政手続とは何かについて、一言で言うと、行政が処分とかをする際に、その意志決定に至るまでの手続のことを言う。つまり国民に働きかける前に、何か必要なプロセスを経ると言うことなので、行政の中身の話なのである。なので、それは国民の権利義務には関係しないだろうという考え方が戦後は強くて、到底日本では法律にならなかった。

日本の行政法はドイツを参考にしている。ドイツは実体法重視で結果よければすべてよしという感じで、最終的に裁判で完全な救済が得られればすべてよしという考え方であった。なのである決定をしても、その決定が取消訴訟で争えればそれで十分じゃないか、決定に至るプロセスできちんと理由をつけるとか判断の基準を定めて公表しておくとかそんな作法的なことは法律事項ではないという考え方が有力であった。しかし、戦争で負けて、アメリカの影響を受けると、アメリカは行政とか何でも手続を重視するということで、国家行政文明法案という法律案ができる。これからは公正透明なプロセスでやるべきだという法律を作るべきだという話が上がったのだが、当時は理論的にはドイツの考え方が強くて、行政の内部事項だろうということで反対されて廃案になった。そんな中、時代を経て、やっと行政スタイルの国際化と規制緩和という要請があって行政手続法ができた。

なので、諸外国とはちょっと違うということが行政手続法を読むときにポイントになる。手続には二つの意義がある。一つは自由主義的な側面、つまり国民の自由や権利を守るために過剰な介入、不透明な介入を許さないという意味がある。つまり、権利保護というのが主たる狙いと言うことになる。普通の外国の法律はこれが中心である。しかし、日本の場合はこれだけではなくて、規制緩和という考え方が強い。

行政手続法7条をみる。

（申請に対する審査、応答）

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

これは当たり前だろうという条文であるが、日本には「受理」という概念がある。申請書類が窓口が届いていても、つまり物理的に申請書類は到達していても、なおそれを受理するという行政の行為があって初めて中を見るという運用をしているのである。この「受理」というのが曖昧なのである。どういうときに受理してもらえるのかわからないのだ。というように受理不受理という非常に不透明な慣行があってよくないということで、到達したら審査しなさい、もし不備があれば補正を求めるか形

式要件不十分で拒否するかをはっきりしなさいということをごここで定めている。これこそまさに規制緩和的な発想ではないかということである。不透明なことをしない、配慮するという趣旨である。

後一枚プリントを見る。鈴花ちゃんという女の子がいる。この子は傷害があって、のどに穴を開けている。呼吸はできるのだが、痰を自分で飲み込むことができないので、のどに穴を開けてそこから管を入れて、自分で端野吸引をしなければいけないという障害児であった。この痰の吸引というのはほとんど自分でできるのだが、一応医療行為なので、公立保育園でも看護師でないとやれない行為なのである。普通の先生じゃできないので、公立保育園に入れてくれという申請があったのだが、医療スタッフをきちんと用意できないので入園を拒否、申請を拒否する処分をした。このような申請拒否処分に関して、入園義務づけ訴訟を提起したのだが、判決は2年後ということにして、とりあえず仮の義務づけとして4月から入園させましようと言ったことになった。それで、実際に入園したのだが、誰よりも元気で、自分で痰も吸引できるし、ほぼ問題ない。これはもう入園拒否する理由はないねということで、1年で行政の敗訴が確定ということになった。これについて、ある子供を入れるか入れないか、教育的配慮から入れるか入れないかを定めることについては、まさに裁量（この場合は園長先生）なのである。しかし、裁判所はずいぶん踏み込んだ。裁判所は十分に検討した上で、かつ慎重に、柔軟に判断する必要があるといった。今回はきちんとした判断プロセスを経ていなく、許可しなかったのは違法と考えられるので、とりあえずまずは入れてしまえという決定を下した。これなどは非常に踏み込んだ判決の例である。裁量判断に踏み込んだ例として紹介している。さっき言ったように、裁量は原則自由ということではなくて、以下に立法者が委託した義務を行政が尽くしているかを説明できるか、そこが本質であると考えた立場からすると、裁判所は柔軟に考えろと言っているが、これらのことをむしろ行政の方が自ら存分に検討して説明するということが原則であるべきで、説明できなければ違法が推定されるとさえ考えて良いのではないかと思う。

以上が8章であった。

裁量についてもう少し話す。さっきの医者医療過誤についての続きだが、医者の裁量というのは医療過誤の世界ではものすごく問題なのである。医師の裁量というのは、患者にとっては一番難しいところである。医師の裁量がもっとも認められてきたのがこの二つ、ガンの告知と治療法の選択であった。告知するかしないかは、裁判所が数年後に裁判所が考えるよりは、その日その時その場所で患者さんの前で医者として言うか言わないかは医者が決めるしかない。そこで言わないことを決めたのなら、そのことについて後から損害賠償しろとは言わないと普通考えられている。

治療法の選択については最近、その判断過程を審査をするというのがトレンドになってきている。平成14年9月に出た最高裁の判決では、秋田県の事件なのだが、ガンの告知について「胃潰瘍ですねー」といって誤魔化して、家族が来たときに相談しようと思っていたら、胃潰瘍だ万歳☆ということで二度と病院に行かなかった人がいた。その人はガンが悪化して死んでしまった。遺族は「あのときわかっていたなら、何で言ってくれなかったの！！知っていたら余命をもっと豊かに過ごせたのに

…」といって、損害賠償を求めた。最高裁は何十万か損害賠償を認めた。なぜかという、患者に対してガンの告知をするかしないかは裁量であるので、しなかったのは違法であるとは最高裁は言っていない。最高裁が言ったのは、それで良いんだけど、もしその時に患者に告知しないと決めたのなら、まず信頼できる家族を捜していたらその人に告知すべきか検討しなさい、そういうプロセスをとるべきだったのにそれをしなかった。だから結果的にそれが違法だったかとはとにかく、説明義務を尽くすプロセスは違法であったといって損害賠償を認めている。このように今は、裁量というのは結果だけではなく、前後のプロセスこそが重視されているというのがトレンドである。これは覚えておいて損はないだろう。