

自治体職員のための政策法務入門

～公共政策立案に必要な法的知識の修得を目指して～

行政手法の実効性
確保①鹿児島大学教授
宇那木正寛

今回のポイント

これまで解説してきた行政手法について、その実効性を確保するための制度（刑罰は除く）について解説します。

① 実効性確保制度の意義

規制的手段を採用した場合、義務者がその内容を遵守しなければ、当該行政手法は画餅に帰すことになってしまいます。そのため、規制的手段の実効性確保の観点から許可の取消しを行う、あるいは、監督処分を行うといったシステムを法政策に盛り込むことが必要となります。以下、具体的に見ていきましょう。

② 取消制度

例えば、適法に許可を行った場合であっても、その後、許可要件に反する状況が生じるに至った場合などには法治主義の観点から違

法状態を解消する必要があります。このために用いられるのが取消制度です。取消制度には、講学上、その成立当初から瑕疵のある行政行為について、当該行政行為の時点に遡ってその効力を失わせる「取消し」と、行政行為は当初、有効に成立したが、その後の事情によりその効力を存続させることが妥当ではなくなった場合に将来に向かって当該行政行為の効力を失わしめる「撤回」があります。法文上、「取り消すことができる」と規定されていても講学上の「撤回」の趣旨である場合が少なくありません。

このうち、「取消し」については、違法な状態を解消するものであることから、法治主義の観点からして「取消し」のための法的根拠は不要であると考えられています^①。ただし、受益的行政行為についての「取消し」の場合には、法治主義よりも相手方の信頼を保護する観点から取消権の行使が制限される場合も例外的にあると考えられています^②。

また、「撤回」についても法律上の根拠は必要ないとされています^③が、受益的行政行為の「撤回」については、相手方の利益の保護、

信賴の保護の要請が「取消し」以上に強く働くと考えられています⁽¹⁾。

注意してほしいのですが、右の議論は「取消し」又は「撤回」についての根拠規定がない場合についてです。したがって「取消し」あるいは「撤回」ができる旨（根拠）並びに「取消し」事由及び「撤回」事由を明確に条例で定めることによって、先のような解釈上の議論をする必要はなくなります。ただし、比例原則、平等原則、信賴保護の原則といった法の一般原則や憲法に反するような「取消し」事由や「撤回」事由を定めることはできません。

【許可等の取消制度の例】

○風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律

（許可の取消し）

第8条 公安委員会は、第3条第1項の許可を受けた者（第7条第1項、第7条の2第1項又は前条第1項の承認を受けた者を含む。第11条において同じ。）について、次の各号に掲げるいずれかの事実が判明したときは、その許可を取り消すことができる。

一 偽りその他不正の手段により当該許可又は承認を受けたこと。

二 第4条第1項各号に掲げる者のい

れかに該当していること。

三 正当な事由がないのに、当該許可を受けてから6月以内に営業を開始せず、又は引き続き6月以上営業を休止し、現に営業を営んでいないこと。

四 3月以上所在不明であること。

右のうち、第8条第1号は、「取消し」事由、第3号及び第4号は「撤回」事由です。この例にみられるように、現実の条文を作成する場合には、取消制度を定める条文中に「取消し」事由及び「撤回」事由の双方が定められることが一般的です。なお、第8条第2号は、取消事由として、「第4条第1項各号のいずれかに該当する者」（刑事犯）であることが判明した場合を挙げていますが、許可申請当初から同号に該当しているにもかかわらず許可をしているのであれば、「取消し」事由であり、許可申請後に、同号に該当するに至った場合には、「撤回」事由となります。

次に、取消権行使における行政庁の裁量についてです。一般的に行政行為を取り消すか否かについては、行政庁に効果裁量を認める規定が多いのですが、効果裁量を認めない立法例もあります。

【義務的取消制度の例】

○廃棄物の処理及び清掃に関する法律

（許可の取消し）

第15条の3⁽³⁾ 都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当するときは、当該産業廃棄物処理施設に係る第15条第1項の許可を取り消さなければならない⁽⁶⁾。

一 産業廃棄物処理施設の設置者が第14条第5項第2号イからへまでのいずれかに該当するに至つたとき。

二 前条第3号に該当し情状が特に重いつき、又は同条の規定による処分と違反したとき。

三 不正の手段により第15条第1項の許可又は第15条の2の6第1項の変更の許可を受けたとき。

2 都道府県知事は、前条第1号、第2号若しくは第4号のいずれかに該当するとき、又は特定産業廃棄物最終処分場の設置者が第15条の2の4において読み替えて準用する第8条の5第1項の規定による維持管理積立金の積立てをしていないときは、当該産業廃棄物処理施設に係る第15条第1項の許可を取り消すことができる。

なお、受益的行政行為を撤回した場合、当該撤回に伴い国民側に損失が生じる場合であっても、損失補償が必要となる場合があります⁽⁷⁾。

3 監督処分制度

監督処分制度とは、違法状態を解消する等のために、行政庁が特定の行為を命じ、適法状態を回復するための制度です。その内容によつて、事業停止命令、原状回復命令、改善命令、措置命令（以下「措置命令等」という。）と一応の区分があります。

【監督処分制度の例―事業停止命令】

○廃棄物の処理及び清掃に関する法律（事業の停止）

第7条の3 市町村長は、一般廃棄物収集運搬業者又は一般廃棄物処分業者が次の各号のいずれかに該当するときは、期間を定めてその事業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

- 一 この法律若しくはこの法律に基づく処分に違反する行為（以下「違反行為」という。）をしたとき、又は他人に対して違反行為をすることを要求し、依頼し、若しくは唆し、若しくは他人が違反行為をすることを助けたとき。
- 二 その者の事業の用に供する施設又はその者の能力が第7条第5項第3号又は第10項第3号に規定する基準に適合しなくなつたとき。

三 第7条第11項の規定により当該許可に付した条件に違反したとき。

【監督処分制度の例―原状回復命令】

○岡山県快適な環境の確保に関する条例

（落書きの禁止）

第7条 何人も、落書きを行つてはならない。

（中略）

（消去命令）

第9条 知事は、県が管理する施設に落書きが行われた場合であつて当該落書きの原因者が判明したときは、当該原因者に対して当該落書きの消去を命ずることができる。

【監督処分制度の例―改善命令】

○労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律（改善命令等）

第49条 厚生労働大臣は、派遣元事業主が当該労働者派遣事業に関しこの法律（第23条第3項、第23条の2及び第30条第2項の規定により読み替えて適用する同条第1項の規定を除く。）その他労働に関する法律の規定（これらの規定に基づく命令の規定を含む。）に違反した場合において、適正な派遣就業を確保するため必要があると認めるときは、当該派遣元

事業主に對し、派遣労働者に係る雇用管理の方法の改善その他当該労働者派遣事業の運営を改善するために必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。

【監督処分制度の例―措置命令】

○不当景品類及び不当表示防止法

第2節 措置命令

（措置命令）

第7条 内閣総理大臣は、第3条第4条の規定による制限若しくは禁止又は第5条の規定に違反する行為があるときは、当該事業者に対し、その行為の差止め若しくはその行為が再び行われることを防止するために必要な事項又はこれらの実施に関連する公示その他必要な事項を命ずることができる。その命令は、当該違反行為が既になくなつている場合においても、次に掲げる者に対し、することができる。

- 一 当該違反行為をした事業者
- 二 当該違反行為をした事業者が法人である場合において、当該法人が合併により消滅したときにおける合併後存続し、又は合併により設立された法人
- 三 当該違反行為をした事業者が法人である場合において、当該法人から分割により当該違反行為に係る事業の全部

又は一部を承継した法人

四 当該違反行為をした事業者から当該違反行為に係る事業の全部又は一部を譲り受けた事業者

2 内閣総理大臣は、前項の規定による命令に関し、事業者がした表示が第5条第1号に該当するか否かを判断するため必要があると認めるときは、当該表示をした事業者に対し、期間を定めて、当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めることができる。この場合において、当該事業者が当該資料を提出しないときは、同項の規定の適用については、当該表示は同号に該当する表示とみなす。

措置命令等における実害要件

(1) 実害要件の意義

措置命令等の規定は、発動要件の部分と権限行使の部分に分かれます。このうち、発動要件については、大きく分けて、①実体的違反要件、②手続的違反要件、③実害要件に分れます。①実体的違反要件とは、技術的基準に違反しているなど法令の実体的な義務内容に違反していることを要件とするもので

す。次に、②手続的違反要件とは無許可で事業を行っているなど法令で定める手続を経ていないことを要件とするものです。また、③実害要件とは、人の生命、健康、財産が現に被害を被っているということ、あるいは、その具体的危険があることを要件とするものです。

措置命令等には、景観法第23条第1項、建築基準法第9条第1項、都市計画法第81条第1項、廃棄物処理法第19条の3などのように実体的違反要件や手続的違反要件のいずれかが充足されれば権限を行使できるとするものが一般的です。

【実害要件を定めていない例①】

○景観法

(原状回復命令等)

第23条 景観行政団体の長は、前条第1項の規定に違反した者又は同条第3項の規定により許可に付された条件に違反した者がある場合においては、これらの者又はこれらの者から当該景観重要建造物についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、当該景観重要建造物の良好な景観を保全するため必要な限度において、その原状回復を命じ、又は原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき必要な措置をとるべき旨を

命ずることができる。

【実害要件を定めていない例②】

○建築基準法

(違反建築物に対する措置)

第9条 特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人(請負工事の下請人を含む。)若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。

【実害要件を定めていない例③】

○都市計画法

(監督処分等)

第81条 国土交通大臣、都道府県知事又は市長は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、都市計画上必要な限度において、この法律の規定によつてした許可、認可若しくは承認を取り消し、変更し、

その効力を停止し、その条件を変更し、若しくは新たに条件を付し、又は工事その他の行為の停止を命じ、若しくは相当の期限を定めて、建築物その他の工作物若しくは物件（以下この条において「工作物等」という。）の改築、移転若しくは除却その他違反を是正するため必要な措置をとることを命ずることができる。

他方、旧大気汚染防止法第14条第1項、廃棄物処理法第19条の第4の規定のように実害要件が規定されていた、又はされている例もあります。しかし、どのような場合に実害要件を盛り込むのかについては、明確な立案上のルールがあるわけではありません。

【実害要件を定めている例】

○廃棄物の処理及び清掃に関する法律

（措置命令）

第19条の4 一般廃棄物処理基準（特別管理一般廃棄物にあつては、特別管理一般廃棄物処理基準）に適合しない一般廃棄物の収集、運搬又は処分が行われた場合において、生活環境の保全上支障が生じ、又は生ずるおそれがあると認められるときは、市町村長（前条第3号に掲げる場合にあつては、環境大臣。第19条の7において同じ。）は、必要な限度において、当該収集、運搬又は処分を行った者（中

略）：に対し、期限を定めて、その支障の除去又は発生の防止のために必要な措置（以下「支障の除去等の措置」という。）を講ずべきことを命ずることができる。

【実害要件を定めていた例】

○旧大気汚染防止法

（改善命令等）

第14条 都道府県知事は、ばい煙排出者が、そのばい煙量又はばい煙濃度が排出口において排出基準に適合しないばい煙を継続して排出するおそれがある場合において、その継続的な排出により人の健康又は生活環境に係る被害を生ずると認めるときは、その者に対し、期限を定めて当該ばい煙発生施設の構造若しくは使用の方法若しくは当該ばい煙発生施設に係るばい煙の処理の方法の改善を命じ、又は当該ばい煙発生施設の使用の一時停止を命ずることができる。

（2）実害要件を定めるに当たつての課題

平成17年に制定された岡山市埋立行為等の規制に関する条例（以下「岡山市条例」という。）は、「土砂による埋立て及び土砂の採取について必要な規制を行うことにより、災害の防止及び生活環境の保全を図ること」を目的とし（第1条）、一定規模以上の土砂による

土地の埋立て、盛土その他の土地への堆積を行う際には一定の技術的基準等の要件を満たした場合のみ、市長の許可によって適法にこれらの行為を行うことができます（第7条、第9条）。また、許可手法的実効性を確保するため、措置命令を発することができ（第23条）、措置命令に違反した者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられます（第27条）。なお、措置命令について定めた岡山市条例第23条の構造は次のようになっています。

発動要件	実体的違反要件 ・手続的違反要件	この条例若しくはこの条例に基づく規則の規定又はこれらの規定に基づく処分に反する埋立行為等（以下「不適法埋立行為等」という。）が行われ、又は行われた場合において、
	実害要件	災害又は生活環境の保全上の支障が現に生じ、又は生ずるおそれがあると認めるときは、
権限行使	市長は、必要な限度において、次に掲げる者に対し、当該不適法埋立行為等を停止し、又は期限を定めて、災害を防止し、若しくは生活環境の保全上の支障を除去するため必要な措置を講ずべきことができる。	

このように岡山市条例では、措置命令の発動要件として実体的違反要件・手続的違反要件だけではなく、実害要件が定められています。これは、比例原則に配慮したものといえるでしょう。

ところで、岡山市長は、許可を得ないで自己所有の土地へ大量の残土を搬入し、技術基準をはるかに超えた盛土を行うなどの悪質な違法行為を行っている者に対して、岡山市条例第23条に基づき残土の撤去を求めるなどの措置命令を発しました。ところが、当該違反者は措置命令に従わなかったため、岡山県警などの関係機関と協議し、岡山市長は条例違反を理由に、刑事告発を行いました。

これに対し、当初は起訴に積極的であった岡山地方検察庁は、刑事罰を課す前提となる措置命令の実害要件充足性について強い問題意識を持つようになりました。つまり、違法に積み上げられた残土の山が崩壊しても、住民の居住する集落までは数キロの距離があり、果たして、「災害又は生活環境の保全上の支障が現に生じ、又は生ずるおそれがある」と認める「状況にあることを容易に立証できないのではないか」という意識です。このため、岡山市は、実害要件の充足性を明らかにするため、土木工学研究者の意見書を岡山地方検察庁に追加的に提出しました。しかし、岡山

地方検察庁は実害要件を充足せよになされた命令の可能性がないとはいえないとして、最終的に不起訴としました。

右不起訴決定後、倉敷市埋立行為等の規制に関する条例の制定に関して倉敷市と岡山地方検察庁との間で、協議が行われました。その際、岡山地方検察庁側は、岡山市の前記事の教訓から、措置命令の発動要件のうち、実害要件を外して立案してはどうかとの助言をしたようです。結果的に倉敷市は、実害要件を定めない内容の条例を制定しました。

(3) まとめ

措置命令等の発動要件として、実害要件を定めることは、比例原則の観点から否定されるものではありません。¹⁰⁾しかし、発動要件が厳格であればあるほど、権限発動の積極性・柔軟性が低下することになります。よって、実害要件を条例に定めれば、権限行使を躊躇したり、権限行使のタイミングが遅れたりするリスクが増すのも確かです。こういったリスクが現実となり、条例の目的に反する違法状態が放置され、現実の被害が生じるなど条例に対する住民の信頼を失わせるようなことがあってはなりません。

実害要件が明定されていない法律や条例の場合であっても、現実に措置命令等を発する

場合には、人の生命、身体及び財産に対する侵害の可能性などの実害要件に当たる要素や違反者の主観的事情なども考慮してなされるのが通常です。このため、実害要件が法文上規定されていなくとも、現実の権限発動は慎重になされています。このことを考えれば、実害要件を条例で明確に定める必要性は乏しいように思われます。なお、実害要件を条例中に定めなかった場合には、行政手続条例に基づいて定める処分基準において実害要件に相当する処分基準部分を定めるとい選択肢もあります。

注

(1) 塩野宏「行政法Ⅰ〔第6版〕」(有斐閣、2015)189頁

(2) 塩野・前掲注(1)190頁は、「利益保護の対象は、財産的価値(金銭又は物の給付)に関係するもので、(逆にいえば、資格等の地位付与に関する場合は公益上必要な要件が欠けている以上、取消権の制限は及ばない)、取消権の行使の結果蒙る相手方の不利益の具体的状況、当初の行政行為の瑕疵をもたらした原因(相手方の責めに帰すものかどうか)等の利益の比較を当該受益的処分にかかる法律の仕組みに即して判断することになろう」とする。

(3) 最判昭和63・6・17判時1289号39頁。

塩野・前掲注(1) 190頁。

(4) 芝池義一「行政法総論講義(第4版補訂版)」

(有斐閣、2006) 176頁。

(5) 第1号及び第2号は「撤回」事由、第3号は「取消し」事由である。

(6) 北村喜宣「環境法(第三版)」(有斐閣、2015) 483―484頁は、同規定について、効果裁量であれば、本来処分をすべき処分であるにもかかわらず、政治的介入や行政対象暴力が介在することにより、結果として法律の執行がゆがめられてしまう。権限を行使する自治体に対するこうした不信感が取消義務化につながった(平成15年法改正)とし、その上で、義務的取消しであるがゆえに硬直的にならざるを得ず、不合理な結果が招来される可能性があるとする。

(7) 東京都から中央卸売市場内における使用許可を受けていた業者が、市場業務拡大に伴い使用許可の一部が取り消されたため土地の使用権が失われたとして、東京都に対し当該使用権の喪失に対する取用損失補償を求めた事件において、最判昭49・2・5民集28巻1号1頁は、地方自治法の規定に行政財産の使用の取消しに伴う損失補償の規定がなくとも、行政財産の使用許可の取消しにおける損失補償を定めた国有財産法の規定(同法第19条によ

る第24条の準用)を類推適用することによる損失補償の可能性を認めた。しかし、同判決は、特別の事情が無い限り、行政財産の使用権という権利自体の内在的制約から撤回については、損失補償は必要ないとした。

(8) 命令の発動要件について論じるものとして、北村喜宣「一番我慢強いのは?―環境法の監督処分要件比較」同「自治力の発想」(信山社、2001) 43頁以下、北村喜宣「緩和か強化か?―改善命令発動要件の違い―」同「自治力の達人」(慈学社、2008) 112頁以下がある。

(9) 「その継続的な排出により人の健康又は生活環境に係る被害を生ずると認めるときは」と定める実害要件の部分が平成22年法律第31号により削除されている。なお、削除に係る部分の改正規定は平成23年4月1日に施行されている。

(10) 議会や住民からの権限発動を求める要求を回避しようとして実害要件を含めるなどして権限発動の要件を厳格にするといった立案の態度は慎しむべきであろう。

