

法務特別セミナー

行政手法と法制執務のポイント(10:00~12:00)

争訟法務のポイント(13:00~14:45)

立法法務のポイント(15:00~16:30)

質疑応答(16:30~16:45)

I 行政手法と法制執務のポイント

(1) 行政手続

- 行政の透明性と国民の予測可能性の確保が目的。
- 重大な手続違反は違法になる。
- 理由の提示は甘く見ないように!
- 立法法務においても、不利益処分において告知と聴聞の保障は必須。

行政庁が処分の際にふむべき手続をふんでいない場合、その処分には手続的瑕疵があるとして、違法事由となる場合がある。これまで判例は、結果に影響を及ぼす可能性がある場合に処分の取消しの原因となるとしてきたが、理由の提示の不備については、一貫して、処分の取消しの原因となるとしている。

処分を行う際にふむべき手続については、平成5年に**行政手続法(行手法)**が制定され、各地方公共団体の**行政手続条例**がこれに続いた。「正しい手続からこそ、正しい処分が生まれる」という適正手続の考えの高まりにあわせて、行政通則法としての行手法が制定されたというわけである。

なお、行手法はあくまで一般法なので、たとえば、生活保護法62条3項に基づく保護廃止決定に際しては、聴聞ではなく弁明の機会の付与で済まされるなど(同条4項、5項参照)、各個別法に独自の規律が置かれている場合には、行手法の適用は除外される。また、屋外広告物の撤去命令など、法律ではなく条例に処分の根拠が置かれている場合には、ふむべき手続も、行手法ではなく行政手続条例に従うことになる。

§ 生活保護法(昭和25年法律第144号)

(指示等に従う義務)

第62条 被保護者は、保護の実施機関が、……第27条の規定により、被保護者に対し、必要な指導又は指示をしたときは、これに従わなければならない。

2 略

3 保護の実施機関は、被保護者が前2項の規定による義務に違反したときは、保護の変更、停止又は廃止をすることができる。

4 保護の実施機関は、前項の規定により保護の変更、停止又は廃止の処分をする場合に

は、当該被保護者に対して弁明の機会を与えなければならない。この場合においては、あらかじめ、当該処分をしようとする理由、弁明をすべき日時及び場所を通知しなければならない。

5 第3項の規定による処分については、行政手続法第3章(第12条及び第14条を除く)の規定は、適用しない。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(不利益処分をしようとする場合の手続)

第13条 行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない。

一 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。

ロ～ニ 略

二 前号イからニまでのいずれにも該当しないとき 弁明の機会の付与

2 略

(2) 申請に対する処分

(あ) 申請とは

申請とは、国民が行政庁に対して許可、認可、免許その他の自己に対して何らかの利益を付与する処分(許認可処分等)を求める行為のことをいう(行手法2条3号)。営業許可の申請が典型的である。行政庁には、申請に対して応答する義務があり、許可処分もしくは不許可処分(拒否処分)が行われる。

申請者にとっては、許可が得られれば、行政に対して不満は生じない。ところが、許可が得られず、不許可処分が下されたならば、そのことに対して不満をもち、審査請求や取消訴訟(さらには許可処分の義務付け訴訟)を行うことになる。

申請者以外の第三者にとっても、その自宅近くに産業廃棄物処理場の建設が予定されて、設置許可処分が廃棄物処理業者に対して出されたようなときは、設置許可処分について利害関係をもち、不満をもつことがあり得る。

* 届出

申請とは異なり、法律上の効果を発生させるために行政庁の諾否の応答を必要としないものを届出とよぶ(行手法2条7号)。形式上の要件を備えた届出書の提出さえ済ませれば、届出者は、自己の期待する一定の法律上の効果を得ることができる。

(い) 審査基準

一体、自分は申請のときまでに何をどこまで準備すれば許認可が得られるのか、申請者が事前にその基準を知ることができれば、これ以上望ましいことはない。資格試験を受けると

きに、あらかじめ試験の出題範囲や採点基準が公表されていれば、試験当日までに、出題範囲の傾向や採点基準に合わせた準備をしていくことができる(予測可能性の保障)。それに、あらかじめ内部の基準が設定されていれば、行政庁の恣意的な判断を防ぐことも可能となる(行政の透明性の確保)。このような趣旨で、行政庁は、許認可等をするかどうかを判断する基準(審査基準)をあらかじめ設定しておかなければならず(同法2条8号ロ、5条1項)、行政上特別の支障があるときを除いて、この審査基準を公表しておかなければならないとされている(同法5条3項)。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(審査基準)

第5条 行政庁は、審査基準を定めるものとする。

2 行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

3 行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない。

* 個人タクシー事件

審査基準の設定に大きな影響を与えたのが、個人タクシー事件(最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁)である。新規の個人タクシー営業免許の申請を却下された原告からの取消請求について、最高裁は、当時の道路運送法6条は抽象的な免許基準を定めているにすぎないのであるから、内部的にせよ、さらに、その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ具体的に適用しなければならないこと、特に基準の内容が微妙、高度の認定を要するようなものである等の場合には、右基準を適用する上で必要とされる事項について、申請人に対し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならないことを述べた上で、「免許の申請人はこのような公正な手続によって免許の許否につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によって免許の申請の却下処分がされたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となる」として、申請却下処分を取り消した。

(う) 理由の提示

申請者が拒否処分の違法性を主張するときに、一体自分はいかなる理由によって拒否処分がなされたのか、その理由を知ることができれば、処分の違法性を主張する手がかりとなる。そこで行手法8条1項は、行政庁が拒否処分をする場合には、同時に当該処分の理由を示すことを義務付けている。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(理由の提示)

第8条 行政庁は、申請により求められた許認可を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない。……

2 前項本文に規定する処分を書面でするときは、同項の理由は、書面により示さなければならない。

理由の提示の趣旨は、こうした①申請者にとっての不服申立ての便宜のほかに、②行政庁の判断の慎重と公正妥当を担保してその恣意を抑制することにある。行手法が制定される前の事案であるが、最判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁は、旅券法14条が一般旅券発給拒否通知書に拒否の理由を付記すべきものとした趣旨を①②に求めた上で、「いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して一般旅券の発給が拒否されたかを、申請者においてその記載自体から了知しうるものでなければならず、単に発給拒否の根拠規定を示すだけでは、それによって当該規定の適用の基礎となった事実関係をも当然知りうるような場合を別として、旅券法の要求する理由付記として十分でないといわなければならない」として、根拠規定のみを示してなされた発給拒否処分を取り消した。単に根拠規定を示すだけでは、理由付記としては不十分なのである。全般的に、判例は、理由の付記の不備は処分の取消事由になるとしている。

(え) 標準処理期間

行政庁は、申請者が今後の見通しをつけられるように、申請を審査して許可・不許可の応答をするまでに通常要すべき標準的な期間(標準処理期間)を設定するよう努めるとともに、設定したときは公表しなければならない(同法6条)。その遅れは、国家賠償請求の根拠となり得る。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(標準処理期間)

第6条 行政庁は、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分をするまでに通常要すべき標準的な期間……を定めるよう努めるとともに、これを定めたときは、これらの当該申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により公にしておかななければならない。

(お) 公聴会の開催

申請者以外の者から意見を聴く機会を設けることであり、住民参加と関連付けられる側面が強い。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(公聴会の開催等)

第10条 行政庁は、申請に対する処分であって、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよ

う努めなければならない。

§ 土地収用法(昭和26年法律第219号)

(公聴会)

第23条 国土交通大臣又は都道府県知事は、事業の認定に関する処分を行おうとする場合において、当該事業の認定について利害関係を有する者から次条第2項の縦覧期間内に国土交通省令で定めるところにより公聴会を開催すべき旨の請求があつたときその他必要があると認めるときは、公聴会を開いて一般の意見を求めなければならない。

2 前項の規定による公聴会を開こうとするときは、起業者の名称、事業の種類及び起業地並びに公聴会の期日及び場所を一般に公告しなければならない。

3 公聴会の手続に関して必要な事項は、国土交通省令で定める。

(3) 不利益処分

(あ) 概要

行政庁が直接に国民の権利を制限し、または義務を課す処分のことを、不利益処分とよぶ(行手法2条4号)。業務改善命令、営業停止処分、営業許可の取消処分、違法建築物の除却命令などが典型的である。

(い) 処分基準

行政庁が不利益処分を下す場合、そもそも処分をするかどうか、どのような内容の処分をするかについてあらかじめ内部の基準が設けられていれば、行政庁の恣意的な判断を防ぐことが可能となる。そこで、行手法は、行政庁に対して、不利益処分をするかどうか、またいかなる不利益処分をするかについて判断するための基準をあらかじめ設定し公表するように努めることとした。これが処分基準である(同法2条8号ハ、12条1項)。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(処分の基準)

第12条 行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない。

2 行政庁は、処分基準を定めるに当たっては、不利益処分の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

行政庁の従うべき基準という意味で、審査基準と処分基準は非常に似ている。ただし、処分基準の設定・公表は、審査基準の場合とは異なり、努力義務にとどめられている。ただし、道路交通法103条、同法施行令38条5項および別表第3が採用する自動車運転免許の停止・取消処分の点数制のように、処分基準が極めて明確に公表されている場合もある。これは、処分の相手方が大量に発生し、かつ違反の態様が定型であるため、行政として公平・公正に対処する必要があるからである。

§ 道路交通法(昭和35年法律第105号)

(免許の取消し、停止等)

第103条 免許……を受けた者が次の各号のいずれかに該当することとなったときは、その者が当該各号のいずれかに該当することとなっ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6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。……

一～四 略

五 自動車等の運転に関しこの法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこの法律の規定に基づく処分に違反したとき……

六～八 略

2～10 略

§ 道路交通法施行令(昭和35年政令第270号)

第38条5項 免許を受けた者が法第103条第1項第5号から第8号までのいずれかに該当することとなった場合についての同項の政令で定める基準は、次に掲げるとおりとする。

一 次のいずれかに該当するときは、免許を取り消すものとする。

イ 一般違反行為をした場合において、当該一般違反行為に係る累積点数が、別表第三の一の表の第一欄に掲げる区分に応じそれぞれ同表の第二欄、第三欄、第四欄、第五欄又は第六欄に掲げる点数に該当したとき。

ロ 別表第四第1号から第3号までに掲げる行為をしたとき。

二 次のいずれかに該当するときは、免許の効力を停止するものとする。

イ 一般違反行為をした場合において、当該一般違反行為に係る累積点数が、別表第三の一の表の第一欄に掲げる区分に応じそれぞれ同表の第七欄に掲げる点数に該当したとき。

ロ 別表第四第4号に掲げる行為をしたとき。

ハ 法第103条第1項第8号に該当することとなったとき。

別表第三(第33条の2、第37条の8、第38条、第40条関係)

一 一般違反行為をしたことを理由として処分を行おうとする場合における当該一般違反行為に係る累積点数の区分

第一欄	第二欄	第三欄	第四欄	第五欄	第六欄	第七欄
前歴がない者*	45点以上	40点から44点まで	35点から39点まで	25点から34点まで	15点から24点まで	6点から14点まで
前歴が1回である者	40点以上	35点から39点まで	30点から34点まで	20点から29点まで	10点から19点まで	4点から9点まで
前歴が2回である者	35点以上	30点から34点まで	25点から29点まで	15点から19点まで	5点から9点まで	2点から6点まで

る者	上	34 点まで	29 点まで	24 点まで	14 点まで	4 点まで
前歴が 3 回以上 である者	30 点以 上	25 点から 29 点まで	20 点から 24 点まで	10 点から 19 点まで	4 点から 9 点まで	2 点又は 3 点

(う) 聴聞と弁明の機会の付与

行政庁が不利益処分をしようとする場合、処分の程度が重いときは処分の相手方の聴聞を行わなければならない、処分の程度が軽いときは処分の相手方に弁明の機会を付与しなければならない(行手法 13 条 1 項)。処分の相手方に対して、いかなる処分が下されようとしているのかについて告知し、十分に事情を聴取することなしに、不利益処分を下すことは許されないのである(告知と聴聞の保障)。

営業停止処分は弁明の機会の付与で足りるのに対して、営業許可の取消しには聴聞を経ることが要求される(先述)。

最大の違いは、弁明の機会が書面審理であるのに対して(同法 29 条 1 項参照)、聴聞では口頭審理が実施される点である。また、聴聞では、当事者や利害関係人に対して、行政庁が行った事案についての調査結果の調書等の資料について閲覧が認められている。処分の程度が軽い場合は簡略な手続で足りるが、処分の程度が重い場合は慎重な手続が要請されるという趣旨である。

(え) 理由の提示

行政庁が不利益処分をする場合には、同時に当該処分の理由を示さなければならない(行手法 14 条 1 項)。処分を書面でするときには、理由を書面で示す必要がある(同条 3 項)。

§ 行政手続法(平成 5 年法律第 88 号)

(不利益処分の理由の提示)

第 14 条 行政庁は、不利益処分をする場合は、その名あて人に対し、同時に、当該不利益処分の理由を示さなければならない。……

2 略

3 不利益処分を書面でするときは、前 2 項の理由は、書面により示さなければならない。

その趣旨は、申請に対する拒否処分の場合と同様で、こうした①処分の相手方にとっての不服申立ての便宜のほか、②行政庁の恣意的な判断の抑制にある。一級建築士免許取消し処分に係る最判平成 23 年 6 月 7 日民集 65 卷 4 号 2081 頁は、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否および内容ならびに公表の有無、当該処分の性質および内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきであり、処分基準が設定・公表されている場合には、処分の原因事実及び根拠法条に加えて、処分基準の適用関係まで示されなければ、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって

当該処分が選択されたのかについて処分の相手方は知り得ないので、理由提示の要件を欠いた違法な処分となると判示した。

(2) パブリック・コメント

- ・ 行手法のパブリック・コメントは、命令等(政省令、審査基準、処分基準、行政指導指針)の策定に際して広く国民の意見を聴く制度。
- ・ 自治体条例では計画や条例についてもパブリック・コメントを導入するところがあり、立法法務において1つの過程として組み込まれている。
- ・ 提出意見に拘束される必要はないが、無視してはいけない。

行政手続法は、それまで講学上の概念であった行政立法を、「命令等」として実定法化した(法2条8号)。具体的には、(イ)法律に基づく命令・規則、(ロ)審査基準、(ハ)処分基準、(ニ)行政指導指針(要綱)を指す。

命令等制定機関は、命令等を定めるに当たり、当該命令等がこれを定める根拠となる法令の趣旨に適合するものとなるようにしなければならず(法38条1項)、さらに、当該命令等の案及び関連資料をあらかじめ公示し、広く一般の意見を求めなければならない(法39条1項)。これを意見公募手続(パブリック・コメント)とよぶ。

意見公募手続において提出された意見は、命令等を定める場合に十分に考慮されなければならない(法42条)、提出意見とそれを考慮した結果や理由を公示しなければならない(法43条)。ここで、命令に対する賛否の多寡自体は考慮しなくてもよい。たとえ1人の意見であっても、命令制定機関がそれを考慮して当初の案が変更されることもありうるし、多くの反対意見が寄せられたところで、命令等制定機関が当初の案を通して構わない(命令等制定機関には考慮義務が課せられるのみで、それ以上は拘束されない)。

§ 行政手続法(平成5年法律第88号)

(命令等を定める場合の一般原則)

第38条 命令等を定める機関(……以下「命令等制定機関」という。)は、命令等を定めるに当たっては、当該命令等がこれを定める根拠となる法令の趣旨に適合するものとなるようにしなければならない。

2 命令等制定機関は、命令等を定めた後においても、当該命令等の規定の実施状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、必要に応じ、当該命令等の内容について検討を加え、その適正を確保するよう努めなければならない。

(意見公募手続)

第39条 命令等制定機関は、命令等を定めようとする場合には、当該命令等の案(命令等で定めようとする内容を示すものをいう。以下同じ。)及びこれに関連する資料をあらかじめ公示し、意見(情報を含む。以下同じ。)の提出先及び意見の提出のための期間(以下「意見提出期間」という。)を定めて広く一般の意見を求めなければならない。

2 前項の規定により公示する命令等の案は、具体的かつ明確な内容のものであって、か

つ、当該命令等の題名及び当該命令等を定める根拠となる法令の条項が明示されたものでなければならない。

3 第一項の規定により定める意見提出期間は、同項の公示の日から起算して三十日以上でなければならない。

4 略

(意見公募手続の周知等)

第41条 命令等制定機関は、意見公募手続を実施して命令等を定めるに当たっては、必要に応じ、当該意見公募手続の実施について周知するよう努めるとともに、当該意見公募手続の実施に関連する情報の提供に努めるものとする。

(提出意見の考慮)

第42条 命令等制定機関は、意見公募手続を実施して命令等を定める場合には、意見提出期間内に当該命令等制定機関に対し提出された当該命令等の案についての意見(以下「提出意見」という。)を十分に考慮しなければならない。

(結果の公示等)

第43条 命令等制定機関は、意見公募手続を実施して命令等を定めた場合には、当該命令等の公布(公布をしないものにあつては、公にする行為。第五項において同じ。)と同時期に、次に掲げる事項を公示しなければならない。

一 命令等の題名

二 命令等の案の公示の日

三 提出意見(提出意見がなかった場合にあつては、その旨)

四 提出意見を考慮した結果(意見公募手続を実施した命令等の案と定めた命令等との差異を含む。)及びその理由

2～5 略

Q. 命令等制定機関が考慮義務を果たしたことは、どうやって確かめるのだろうか?

(3) 情報公開・個人情報保護

・ 情報公開——行政の透明性を高め、襟を正すためのしくみ。

・ 個人情報保護——自己情報コントロールのためのしくみ。

(住民基本台帳ネットワーク、番号法の制定)

・ 情報セキュリティは全体としては過去より高まっていると思われるが、市民の意識がそれ以上に敏感になっていることに注意。大量流出の危険性。

(あ) 行政と情報

現代の行政活動を、情報を抜きに語ることはできない。行政が政策について決定するときも、情報が大きな役割を果たしている。情報の適切な収集・管理・運用は、現代の行政活動の鍵である。

——情報公開の要請

行政機関が保有する情報の公開を通じて、意思決定のプロセスが間接的に明らかになる。**行政機関の保有する情報の公開に関する法律(行政機関情報公開法)**の目的は、行政が意思決定に至るまでのプロセスを明らかにすることで、恣意的な意思決定が行われるのを間接的に防ぐことにある。

Q. お巡りさんがパトロールをする目的は？

——個人情報保護の要請

高度情報化社会の到来とともに、情報の価値はいよいよ増している。だがその一方で、行政が漫然と目的もなく個人のプライバシーに関する情報を収集・分析すれば、その個人のプライバシーが行政によって完全に把握されてしまう。また、正当な目的のために収集した個人情報であっても、その内容が誤っていれば、当該個人に不都合をもたらすことが起こりうる。こうした弊害を防ぐために制定されたのが、**行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律(行政機関個人情報保護法)**である。

(い) 行政機関情報公開法

① 目的

行政機関情報公開法は、憲法 21 条の表現の自由から派生する「知る権利」を実現するために制定された(ただし、「知る権利」という文言は用いられていない)。政府は国民に対して説明責任(アカウントビリティ)を負い、国民は行政機関が有する情報を知る権利があるという考え方である。政府が説明責任を全うすることで、「国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資すること」が、この法律の終局目的である。

② 開示請求権

何人も、行政機関情報公開法の定めるところにより、行政機関の長に対し、その保有する行政文書の開示を請求することができる(法 3 条)。開示請求書には、請求者の氏名・住所と、行政文書の名称その他行政文書を「特定するに足りる事項」を記載する(法 4 条)。

- ・ 情報の開示請求は、申請として扱われる。したがって、不開示決定は申請に対する拒否処分となり、取消訴訟・(申請型)義務付け訴訟の対象となる。
- ・ 何人も、情報の開示請求権を有する。子どもや外国人であってもよい。
- ・ 開示請求は、いかなる理由に基づくものであってもよい(そもそも申請書に理由を記載する欄がない)。

③ 開示の対象——行政文書

行政機関が保有していれば、開示の対象となる。その行政機関が作成したものであることは要しない。行政文書は、一定の形になっている必要がある(法 2 条 2 項参照)。したがって、個人的な文書や検討段階のメモなどは開示されない。ただし、「決裁」や「供覧」といった正式な手続を経て作成された文書でなくても、役所内で組織的に使用・保管する文書

(組織供用文書)であれば、開示対象となる。

Q. どうして、決裁や供覧を経た文書でなくとも開示対象とされるのか？

④ 不開示(非開示)情報

行政機関の長は、開示請求があった場合には、求められた文書を開示する義務を負う。しかし、不開示情報が含まれているときは、この限りではない(法5条)。

- ・ 個人情報(1号):特定の個人を識別できる情報。
 - * 個人識別型とプライバシー保護型
- ・ 法人等情報(2号):法人の権利や競争上の利益を害するおそれがある情報。営業のノウハウなど。
- ・ 国家秘密(3号):国防上・外交上の国家機密。
- ・ 公共安全情報(4号):犯罪捜査や公共の秩序維持に関する情報。
- ・ 審議検討情報(5号):政府の審議・検討・協議に関する情報のうち、公開すると有意義な意見交換や自由な意思決定が不可能になったり、社会を混乱させたりして、「意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じる」情報(鴨川ダムサイト訴訟:最判平成6年3月25日判時1512号22頁)。
- ・ 事務事業情報(6号):公開すると事務事業の適正な執行に支障をきたす情報。

⑤ 公益上の理由による裁量的開示

不開示情報が含まれる行政文書であっても、行政機関の長は、「公益上特に必要があると認めるとき」には、その文書を公開することができる。(法7条)

⑥ 行政文書の存否に関する情報

その文書の存否が明らかになるだけで支障が生じるもの(通院記録・逮捕歴)については、その存否を明らかにせずに開示請求を拒否することができる(法8条)。

⑦ 第三者の手續保障

行政文書の中に第三者(国・自治体、開示請求者以外)の情報が含まれているのに、行政機関が開示しようとする場合には、第三者に意見書提出の機会が与えられる(法13条)。基本的には任意の手續だが、公益上の理由で開示する場合にはこの手續が義務づけられる。

(う) 不開示事由ごとの検討

① 1号事由(個人識別情報)

- ・ 個人識別情報と採用試験の受験番号
- * 自治体によっては、採用試験の各段階でホームページなどで合格者の受験番号を公開しているが、横須賀市はそのような運用を行っておらず、募集要項に明示するなど受験者から事前の了承も得ていなかった。

○ 横須賀市情報公開審査会平成28年3月18日答申

「異議申立人は、条例第7条第1号〔注、個人識別情報についての規定〕該当性について

て、受験番号が公開されたとしても、個人の特定につながるとは考えられないとし、本件採用試験では、本件処分〔注、非開示処分のこと〕後に人事異動内示書が発表されており、公務員の採用試験であるので、いずれ採用者が誰であるかはわかってしまうと主張する。」

「一方、実施機関は、本件対象文書における非公開部分のうち、受験番号は特定の個人が識別され得る情報であるとした上で、本件採用試験の第1次試験会場における受験番号の席次表示や受験票の机上提示により、受験者であれば他の受験者の受験番号を知り得てしまう状況があり、第2次試験控室では受験者が他の受験者の顔、氏名及び受験番号を同時に組み合わせて認識し得る状況にあったと説明する。また、本件採用試験については、第1次試験の受験者が12名と極めて少人数で実施したため、受験番号を公開することにより特定の個人が識別されるおそれが極めて高いとも説明する。」

「……受験番号の条例第7条第1号該当性について検討すると、一般的に想定し得るところの識別可能性でいうと、特定の個人が識別される可能性は低いことから、受験番号の条例第7条第1号該当性を認めることはできない。しかしながら、少なくとも、他の受験者など一定の範囲の者にとっては、受験番号の情報だけであっても、特定の受験者の合否を知り得る点については、考慮すべき事項である。」

② 2号事由(法人等情報)

単に当該情報が「通常他人に知られたくない」というだけでは足りず、当該情報が公開されることによって当該法人等又は当該個人の競争上の地位その他正当な利益が害されることを要すると解すべきであり、また、そのことが客観的に明らかでなければならない(最判平成13年11月27日集民203号783頁)。

・ 技術的なノウハウを記載した文書(名古屋地判平成22年8月23日、名古屋高判平成23年7月8日〔季報情報公開・個人情報保護46号〕)

総合評価方式の入札に際して提出した廃棄物処理施設のプラントメーカーのノウハウについて、法人等情報に該当することを理由に非開示とした処分の取消訴訟

「情報公開制度の趣旨(民主社会の説明責任)からは不要な、個人ののぞき見趣味に貢献する(悪用される可能性もある)だけ」の情報(阿部泰隆)

・ 施設の設置予定地を記載した文書(福岡地判平成26年3月18日)

○ 福岡地判平成26年3月18日〔季報情報公開・個人情報保護54号〕

〔事案〕事業者が町長宛てに出した特別養護老人ホームの設置予定地の情報公開が請求された(この事業計画は県知事により不採択となっている)。実施機関としては、①不採択という事実による信用・社会的評価の侵害、②競争上の地位の侵害のおそれなどを理由に非公開とした。開示請求者が非公開処分の取消しを求めて出訴。

〔判旨〕請求認容

「協議を申請する当該事業者の名称や、施設整備事業計画の設置予定地については、少なくとも設置予定地に隣接する地権者等や、関係区域の住民にとって知られることが当

然に予定されており、その性質上、いずれその内容が不特定又は多数の者の知り得る状態に至ることが予定されている情報である……。」

①について、「協議を申し出る事業者としては、後にこれらの情報が公開され得ることを前提として市町村長に対して協議を申し出ていると当然に解するほかなく、結果、協議を申し出た事業計画が不採択になった場合、そのことによって仮に自己の信用又は社会的評価の低下を来したとしても、それは当該事業者において甘受すべきである。」

②について、「本件条例に基づいて情報の公開を受けた者が当該情報を濫用して第三者の権利を侵害することは禁じられている。……本件設置予定地部分の情報の公開を受けた原告又は競業者等が、本件設置予定地の所有者又は隣接地権者に対して直接的又は間接的に同意をしないよう働き掛けるなどの妨害行為をすることはいえず、他にかかる妨害行為をする蓋然性は証拠上認めるに足りない。」

③ 3号事由(国の安全等に関する情報)

④ 4号事由(公共安全情報)

- ・ 特定秘密の保護に関する法律(平成25法108号)

防衛、外交、特定有害活動の防止、テロリズム防止に関する情報を特定秘密として指定(同法3条)。

指定の適正を図るため、①閣議決定により内閣に内閣保全監視委員会、②内閣府訓令により内閣府に独立公文書管理監、情報保全観察室を設置する。

法律の目的は十分に首肯できるが「秘密」を増やしすぎることによるインフレの懸念。

- * 独立公文書管理監から防衛省に対して初の是正要求(平成28年8月)。

⑤ 5号事由(審議検討情報)

- ・ 総合評価方式の入札で委員が付けた個別の得点の開示
- ・ 技術検討委員会の審議における各委員の発言(大阪地判平成26年3月27日)

Q. 公務員なのだから発言は開示すべき?

○ 大阪地判平成26年3月27日〔季報情報公開・個人情報保護55号〕

〔事案〕大阪市において、自動車専用道路の建設事業の施工方法、堤防耐震性能照査及びモニタリング手法等について技術的な検討を加えるため、技術検討委員会が設置された。委員会は原則として非公開で開催するが、会議における議事要旨は、会議後速やかに作成し、あらかじめ委員長の確認を受けた上で、議事骨子、委員からの主な意見、今後の委員会スケジュール、委員会に提出された資料とともに、市のホームページで公開されている。原告は、委員会の議事内容の全文とその議事録(打合せメモを含む)、付属する資料・図面の一切について公開を請求したところ、「委員の意見等に関する部分」について審議情報該当性を理由に非公開とされた。開示請求者が非公開処分を求めた出訴。

〔判旨〕請求棄却

「審議、検討又は協議に関する情報の公開に際しては、……政府の諸活動を国民に説明する責務の観点からこれを開示することによる利益と、最終的な意思決定前の情報を開

示ることにより生じる支障等を比較衡量する必要があるところであって、同法〔情報公開法〕5条5号が掲げる不開示情報について「不当に」という文言が付加されているのも、上記のような比較衡量を念頭において、開示することによる利益を斟酌しても、開示することにより生じる支障等が重大であり、不開示とすることに合理性が認められる場合に不開示とすることができるとの趣旨によるものと解される。」「同号にいう「不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ」とは、未成熟な情報や事実関係の確認が不十分な情報などを公にすることにより、国民の誤解や憶測を招き、不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれがある場合をいい、……抽象的な危険性・可能性では足りず、客観的かつ具体的な危険性・可能性があることを要する……。」「委員は、委員会での議論は公開しないことを前提に、……既に確立されている専門的知見の開示にとどまらない、より発展的な内容について、他の委員等から異なる意見が出されたり、あるいはこれら異なる意見を踏まえて自らの見解の修正をしたりしながら、忌憚のない発言をしているものと推測される。そうすると、このような検討途中段階の意見が各委員の意見として逐語的に記載された本件議事録が公開されることは、委員が委員会において上記のように自由で率直な意見交換を行うことの大きな妨げになるものというべきである。」

・ 公共工事の予定地

未成熟・不確定な情報であるから公開しても混乱は生じない（東京地判平成23年8月2日、京都地判平成3年3月27日判タ775号85頁）。

⇒ 未成熟・不確定であるから公開は避けるべきという、真逆の考え方もあり得る（高松高判平成6年5月31日判タ854号105頁）。

○ 東京地判平成23年8月2日判時2149号61頁〔季報情報公開・個人情報保護44号〕
（八ツ場ダム情報公開訴訟）

【事案】 関東地方整備局長は、「利根川上流域の流出計算モデルについて」と題する行政文書の開示請求に対して、「流域分割図」「流出モデル図」といった構想段階の洪水調節施設に係る情報が含まれており、「国民の誤解や憶測を招き、国民の間に混乱を生じさせるおそれがある」として部分的に不開示としたため、取消訴訟が提起された。

【判旨】 請求認容

「しかしながら、仮に本件流域分割図における小流域の下流端の中に、上記①ないし③が客観的に存在していないことが判明し、上記④を示すものが明らかになったとしても、……その位置を現地において特定するに足る基点や、基点からの方位・角度・距離等が明確ではないから、一般に入手可能な地形図等と照合したとしても、当該施設の位置を下流端とする小流域等と地形図等との関係から、例えばある支川の中流あたりに構想段階の洪水調節施設の建設予定地があるという程度のことは判明し得るにせよ、被告が懸念するような土地の先行買収騒ぎが生じるほどの確度をもって、洪水調節施設の建設予定地が特定できるとは到底考えられない。また、そもそも流域分割図は、前記の作成過程からも明らかなおおりに、構想段階の洪水調節施設の建設予定地を仮に定め、その地点を小流

域の下流端とし、地形等を考慮して小流域界を加線して作成するものであるから、同地点が地形等から論理的に導かれるものではないことはもとより、加線された小流域界から一義的に同地点が判明するとも解し難いのであって、治水計画について一定の知識を有するからといって、その地点を上記のような確度をもって特定できるとは考え難い。すなわち、本件流域分割図は、構想段階の洪水調整施設周辺の土地を、それを購入することができるくらいの正確性をもって特定できるだけの現地復元性がある図面であるとは到底認め難いといわざるを得ない。」

⑥ 6号事由(事務事業情報)

- ・ 採用試験の過程

○ (前掲)横須賀市情報公開審査会平成28年3月18日答申

「たとえ採用者の情報がいずれ公になることが予定されているとしても、極めて公平かつ平等な取扱いが要請される人事管理に係る事務にあっては、その情報が公にされる時期を待たず、特定の者に対してのみ公開されることになれば、本市の採用事務に対する信頼が失われることになり、今後の本市の人事管理に係る事務において、公正かつ円滑な人事の確保に支障を及ぼすおそれがあることを否定することはできない。」「また、本件においては、このことに加えて、本件採用試験に対する関心が極めて高いことが認められ、受験番号が何人に対しても公開されてしまうことにより、特定の受験者の合否が明らかとなれば、人事異動内示書の公表前において合格者に対する何らかの働きかけが行われることも否定できない。」「実施機関の人事管理に係る事務に関し支障を及ぼすおそれについては、法的保護に値する程度の高度な蓋然性が認められる。」

§ 横須賀市情報公開条例7条4号 本市の機関又は国等の機関が行う事務又は事業に関する情報であつて、公開することにより、次に掲げるおそれのあるもの

エ 人事管理に係る事務に関し、公正かつ円滑な人事の確保に支障を及ぼすおそれ

(え) 行政機関個人情報保護法

① 目的

行政機関個人情報保護法は、憲法13条に由来するプライバシー権(自己情報コントロール権)に基づく。プライバシー権はその内容が一義的に明確ではなく、法律で具体的に権利内容を規定したことの意義は大きい。

② 保護される対象——個人情報

行政機関が保有する(生存する)個人に関する情報で、氏名、生年月日、その他の記述等により個人を特定できるもの(法2条2項)。

* 川崎市個人情報保護条例は、死者の個人情報も保護の対象に含めている。

③ 開示請求権・訂正請求権・利用停止請求権

個人情報保護の基本は、自己に関する情報のコントロールにある。具体的には、自己情報の正確性の確保および自己情報が際限なく利用されることの阻止である。そこで行政機関

個人情報保護法は、何人も、行政機関の長に対して、自己を本人とする保有個人情報の開示(法 12 条)、訂正(法 27 条)、利用停止(法 36 条)について請求権を付与した。

④ 不開示情報

自己情報なので情報公開法とは性質が異なるが、重なり合う場合がある。たとえば、自分の情報であっても、開示請求者の健康・財産を害するおそれがある情報、請求者以外の個人情報、法人情報、審議検討情報、事務事業情報などは開示されない(法 14 条)。

* 例えば、公務員の勤務評定は、公正かつ円滑な人事の確保に支障を及ぼすおそれがあることから、事務事業情報として公開されない(法 14 条 7 号ニ)。学校の評定はどうか。

⑤ 第三者の手続保障

行政機関情報公開法と同様に、開示請求の対象に第三者に関する情報が含まれる場合には、当該第三者に対して、意見書提出の機会を与えることができる(法 23 条)。

(お) 情報公開・個人情報保護審査会

不開示処分につき不服申立てが行われた際に、審査庁からの諮問に応じて答申を下す機関が設置されている。これが情報公開・個人情報保護審査会である。各分野の専門家によって構成されており、**インカメラ審理**を実施することができる(情報公開・個人情報保護審査会設置法 9 条)。答申に法的拘束力はないが、事実上、大きな影響力を有している。

II 争訟法務のポイント

争訟法務の全体構造

- 1 行政不服申立て(行政不服審査法)
- 2 行政訴訟(行政事件訴訟法)
 - ① 抗告訴訟
 - 1) 取消訴訟
 - 2) 無効等確認訴訟
 - 3) 不作為の違法確認訴訟
 - 4) 義務付け訴訟
 - 5) 差止め訴訟
 - * 当事者訴訟
 - ② 民衆訴訟
 - 1) 住民訴訟
 - 2) 選挙訴訟
 - ③ 機関訴訟
- 3 民事訴訟(民事訴訟法)
 - ① 自治体が被告となるもの——国家賠償訴訟
民事差止め訴訟
etc.
 - ② 自治体が原告となるもの——公有地の妨害排除請求訴訟
公営住宅明渡訴訟
契約の履行を求める訴訟
etc.

1 行政不服申立て(行政不服審査法)

1. 行政不服審査法とは

- ・ 私人が、裁判所ではなく行政庁に対して、行政活動への不服を申し立てる制度(行政不服審査法〔行審法〕1条1項)。
- ・ 平成26年6月に改正法が成立した——しかし施行は平成28年4月から。
- ・ 不服申立期間が60日から3か月に伸びた(行審法18条1項)。
- ・ 審査請求への原則一元化。従来の異議申立てに相当するものは「再調査の請求」として例外的に存置されるにとどまる(行審法5条1項)。
- ・ 実質的な審理を行う「審理員」制度の創設(行審法9条1項)。
- ・ 標準審理期間の設定(行審法16条)。
- ・ 裁決に対する諮問機関として、総務省には「行政不服審査会」、地方公共団体には、条例で定める第三者機関を置く(行審法67条以下)。

2. 行政不服申立ての特徴

(1) 誰に対して不服を申し立てるのか

処分を行った行政自身に対して被処分者である私人から不服を申し立てるのが行政不服申立てであり、裁判所に対して訴えを提起するのが行政訴訟である。(①)
②)の観点からは行政不服申立てがすぐれているが、(③)
④)の観点からは行政訴訟がすぐれているとされる。

(2) 不服申立て前置

原則として、行政不服申立てと行政訴訟はどちらを先に行ってもよく、またどちらか片方のみを行うことも差支えないが、行政不服申立てを経た後でなければ行政訴訟を受け付けない場合がある(不服申立て前置)。ただし、平成26年の法改正により、建築確認に不服がある場合の建築審査会への審査請求(建築基準法旧96条)など、不服申立て前置の規定は大幅に削減・縮小された。

§ 建築基準法旧96条(改正により削除) 第94条第1項に規定する処分〔注——建築確認などのこと〕の取消しの訴えは、当該処分についての審査請求に対する建築審査会の裁決を経た後でなければ、提起することができない。

(3) 審査請求(行審法)と取消訴訟(行訴法)の類似点

いずれも、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」の取消しを求めるものであることから、審査請求(行審法)と取消訴訟(行訴法)の手続は非常に似通っている。たとえば、不服申立人適格と原告適格の範囲は一致する(主婦連ジュース訴訟・最判昭和53年3月14日民集32巻2号211頁)。

§ 行政事件訴訟法 3 条 2 項 この法律において、「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為……の取消しを求める訴訟をいう。

§ 行政事件訴訟法 9 条 1 項 処分の取消しの訴え……(以下「取消訴訟」という。)は、当該処分……の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者……に限り、提起することができる。

3. 審査請求の流れ

(1) 審査請求

行政不服審査法では、審査庁と呼ばれる行政機関が不服申立ての審理を行う(行審法 4 条、9 条 1 項)。このような不服申立ての手続を、**審査請求**という。審査庁は、処分庁の最上級行政庁が務めることが多いが、処分の種類によっては、審査請求を専門とする行政庁が務めることもある(建築審査会や国税不服審判所など)。審査請求の結果、下されるのが**裁決**であり、裁判における判決のようなものと考えればよい。

* 処分を行った当該行政庁(処分庁)が不服申立てについて審理する**再調査の請求**という手続もある(行審法 5 条、54 条。旧法下での「異議申立て」)。これは、個別法に再調査の請求をすることができる旨の規定が置かれているときに限って認められる例外的な手続である(国税通則法 75 条 1 項 1 号イなど)。

§ 国税通則法(昭和 37 年法律第 66 号)

(国税に関する処分についての不服申立て)

第 75 条 国税に関する法律に基づく処分であつて次の各号に掲げるものに不服がある者は、当該各号に定める不服申立てをすることができる。

第 1 号 税務署長、国税局長又は税関長がした処分(次項に規定する処分を除く。)
次に掲げる不服申立てのうちその処分に不服がある者の選択するいずれかの不服申立て

イ その処分をした税務署長、国税局長又は税関長に対する再調査の請求

ロ (略)

第 2 号 国税庁長官がした処分 国税庁長官に対する審査請求

3 第 1 項第 1 号イ……の規定による再調査の請求……についての決定があつた場合において、当該再調査の請求をした者が当該決定を経た後の処分になお不服があるときは、その者は、国税不服審判所長に対して審査請求をすることができる。

(不服申立ての前置等)

第 115 条 1 項 国税に関する法律に基づく処分……で不服申立てをすることができるものの取消しを求める訴えは、審査請求についての裁決を経た後でなければ、提起することができない。……

(2) 審理の手続

審査庁の職員から**審理員**が選任されて、具体的な審理を行う(行審法 9 条)。審査請求人

は、処分がなされてから3か月の審査請求期間内に(行審法18条1項)、審査請求書を提出して(行審法19条1項)、審査請求を行う必要がある。

審査請求人と処分庁等は、審理員に対して主張および証拠提出を行う。処分庁等からは弁明書(行審法29条)、審査請求人からは反論書(行審法30条)が提出される。審査請求人、処分庁、参加人など、全ての審理関係人を招集した上での口頭意見陳述が実施される(対審構造)。

職権証拠調べ(行審法33—36条)や職権探知など、職権主義が幅広く認められている点も、行審法の審理の特徴である。

標準審理期間(行審法16条)については、これまでの情報公開・個人情報保護審査会の実務などをふまえて1年程度に設定する自治体が多いようである。

- * 審理員は1名を想定している。
- * 審理員名簿(行審法17条)を作成したときは、備付けその他の適当な方法で公表しなければならない。
- * 審理員は行政職員から選任することとなっているので、国の場合はともかく、自治体で人材の確保・研修をどのように実施するかが課題となる。

(3) 裁決に至るまで

審理員は、審理手続を終結したときは、遅滞なく、審査庁がすべき裁決に関する意見書(審理員意見書)を作成しなければならない(行審法42条1項)、審理員意見書はすみやかに審査庁に提出しなければならない(同2項)。審理員意見書は、裁決の原案となる水準のものが求められる。

審理員意見書の提出を受けた審査庁は、**行政不服審査会などの第三者機関**に諮問しなければならない(行審法43条1項)。第三者機関の諮問手続は今般の法改正で新たに導入された手続であり、審査請求の公正性を高めることが目的である。行政不服審査会から諮問に対する答申を受けた上で、審査庁は、裁決を行うことになる(行審法44条)。

なお、難解な条文解釈だが、「審理員意見書の提出を受けたときは……諮問しなければならない」ということなので、審理員手続の適用を除外する場合は、そもそも審理員意見書が提出されない以上、第三者機関への諮問も必要ないということになる。

2 行政訴訟(行政事件訴訟法)

1. 抗告訴訟

行政庁の公権力の行使、すなわち「処分性」が備わっている行政活動に対する不服の訴訟(行訴法3条1項)。具体的には、営業不許可処分、営業停止命令、営業許可の取消し処分、建築確認処分、課税処分などを対象とする。

主要なのは、**取消訴訟**である。その他にも、様々な抗告訴訟がある(無効等確認の訴え、不作為の違法確認の訴え、義務付けの訴え、差止めの訴え)。

重要なのは、それらが用いられる具体的な局面を想定することである。大きく分けると、基本的な①申請に対する許可処分タイプ、②不利益処分タイプを理解した上で、応用的な③申請に対する許可処分＝第三者不満タイプと③'行政介入請求タイプを理解すると良い。

① 申請に対する不許可処分タイプ

行政庁がXからの営業許可申請に対して不許可処分をした。不満に思ったXは、不許可処分の取消しと、許可処分の(申請型)義務付けを求めて出訴した。

- * 不許可処分の取消訴訟の出訴期間(6か月)を過ぎると、処分の重大かつ明白な違法を主張して、無効等確認訴訟を提起するほかなくなる。
- * 申請をしたまま行政庁から何らの応答もないときは、とりあえず返事をするようにと、不作為の違法確認訴訟を提起する必要がある。とはいえ、平成16年の行訴法改正により(申請型)義務付け訴訟が法定された現在では、不作為の違法確認訴訟の実益は小さい。

② 不利益処分タイプ

行政庁がXに営業停止処分をした。不満に思ったXは、営業停止処分の取消しを求めて出訴した。

- * 営業停止処分がなされる前ならば、Xは差止め訴訟を提起して、自身にふりかかる火の粉を払うことができる。
- * 営業停止処分の期間が過ぎてしまうと、訴えの利益がなくなる。そのような場合は、国家賠償請求をすることになる。

③ 申請に対する許可処分＝第三者不満タイプ

行政庁がAに開発許可処分をした。不満に思った付近住民Xは、開発許可処分の取消しを求めて出訴した

- * このタイプの場合、Xは取消訴訟の原告適格を備える必要がある。
- * まだ開発許可処分がなされる前ならば、開発許可処分の差止め訴訟を提起することになる。

③' 行政介入請求タイプ

Aが震度5の地震で崩れそうなマンションを建築した。付近住民Xは、行政庁に違法建築物の除却命令を義務付けるべく出訴した。

- * このタイプについても、Xには原告適格が必要である。
- * 処分等の求め(行政手続法36条の3)を検討することも考えて良い。

2. 住民訴訟

(1) 住民監査請求

地方公共団体の執行機関(長、行政委員会)や職員が、違法又は不当な財務会計上の行為(公金の支出、契約の締結、財産の管理を怠るなど)により地方公共団体に()を及ぼしていると認められる場合に、住民は、当該行為をやめさせ、あるいはそれによって地方公共団体に生じた()を回復させるために監査委員に対し、監査を求めることができる。これを住民監査請求という(地方自治法242条1項)。

住民監査請求は、財務会計に係る違法・不当な行為ないし怠る事実を具体的に摘示して、行為があった日又は終わった日から原則として()年以内に行わなければならない(同条2項)。住民監査請求は、住民1人でもすることが可能であり、当該地方公共団体の住民であれば、未成年者や外国籍の者でも行うことができる。

この請求があったときは、監査委員は、60日以内に監査を行い、請求に理由がないときは、書面でその旨を請求人に通知し、公表する。請求に理由があるときは、議会、長その他の執行機関又は職員に対し必要な措置をとるべき旨を勧告し、その内容を請求人に通知し、公表する(同条3～5項)。

(2) 住民訴訟

住民監査請求を行っても、これに対してなされた監査委員の監査結果又は勧告ないし監査委員の勧告に対してした執行機関や職員の措置に不服があるときには、監査請求をした者は、監査結果又は勧告内容の通知があった日から30日以内に違法な行為又は違法な怠る事実(不当にすぎないものは対象にできない。)について、住民訴訟を提起することができる(法242条の2第1～3項。住民監査請求をしていない住民は、訴訟を提起することができない)。

この訴訟で請求できる裁判には、次の4種がある(法242条の2第1項)。なお住民訴訟の対象は、住民監査請求と同様に、「財務会計上の行為」である。

- | |
|--|
| 1号 財務会計上の行為の差止め請求 |
| 2号 行政処分の取消し又は無効確認請求 |
| 3号 「怠る事実」の違法確認請求 |
| 4号 損害賠償請求・不当利得返還請求をすることを求める請求(<u>地方公共団体の長を被告として、「違法な行為によって損害賠償責任や不当利得返還責任を負う者(長、職員、行為の相手方)に対し、賠償金等を地方公共団体へ支払うよう請求すること」を求め</u> る。) |

4号訴訟で住民勝訴の判決が確定した場合は、敗訴した地方公共団体の()は、60日以内に請求にかかわる損害賠償又は不当利得の支払いを個人的責任のある職員その他の債務者に請求しなければならない(法242条の3第1項)。請求にもかかわらず、支払いがなされない場合には、改めて当該職員ないし相手方に対し損害賠償又は不当利得の返還を求める訴訟を提起しなければならない(同条第2項)。このように、4号訴訟は2段階の手続を踏む。

住民訴訟は、財務会計行為の違法をとらえて提起される。とはいえ、ほとんどの政策実施には財政支出が伴うために、住民訴訟は、地方公共団体の政策全般に関して訴訟で争う手段を提供している。

3 民事訴訟(国家賠償法)

1. 国家賠償法 1 条

自治体で最も多いのは、学校事故(体育や部活動中の怪我、いじめ自殺)である。具体例を通じて学習する。

§ 国家賠償法 1 条 1 項 ① 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その② 職務を行うについて、③ 故意又は過失によって④ 違法に⑤ 他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。

① 「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員」

典型的なのは、都道府県知事が違法建築物の除却命令を出したり、飲食店の営業停止命令を出す場合である。これらの場合、①要件が満たされることに争いはない。判断が難しいのは、(α)民間委託が進んで、活動に従事するのが株式会社の従業員であるなど、身分上の「公務員」とはいえない場合と、(β)かならずしも「公権力の行使」とはいえないような場合である。(β)について、判例は広義説をとる。市立中学校の部活動中に、教員の不注意で生徒が怪我をしたような場合、広義説によれば、この事案でも、国賠法 1 条 1 項に基づき、市に国家賠償を請求することができる。

* 「公権力の行使」に関する学説 *

- (a) 狭義説: 「公権力の行使」を、命令や強制などの権力的行政活動に限定する。
- (b) 広義説(通説・判例): 権力的行政活動に加え、行政指導や学校事故も含める(ただし病院の治療行為は含まない)。私人と同じ経済活動には、民法を適用する。
- (c) 最広義説: 私経済活動(市営バスや都営地下鉄の運行、県のアンテナショップ)を含めたあらゆる行政活動が、国家賠償法の対象となる。

② 「職務を行うについて」

判例は、**外形主義**をとる。非番の警察官が制服を着用し、職務行為を装って強盗殺人をした事件で、**最判昭和 31 年 11 月 30 日民集 10 卷 11 号 1502 頁**は、その外形から判断して、「職務を行うについて」の要件に該当すると判断し、国家賠償請求を認めた。

③ 「故意又は過失によって」: 故意・過失要件

公務員が「違法な行為」をしたならば、いかなる場合でも常に国家賠償責任が生じるというわけではなく、民法の過失責任主義の原則から、「故意・過失」が認定できなければ、国家賠償は認められない。つまり、担当の公務員にとって仕方のない職務上のミスについては、責任は問われない。

* 最判平成 16 年 1 月 15 日民集 58 卷 1 号 226 頁

【事案】国民健康保険法5条は、被保険者の要件として、「市町村……の区域内に住所を有する者」と定めていた。ところが、厚生省の所管部局から、被保険者の資格を得るためには、さらに、1年以上の在留期間を認められた者でなければならないとする通知が発せられていた。Xは在留資格を有しなかったため、担当行政庁は被保険者資格を否認し、被保険者証の交付申請を拒否した。Xから国家賠償請求がなされた。

【判旨】請求棄却

「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれています。そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするのは相当ではない。」「本件処分は、本件各通知に従って行われたものであるところ、……本件各通知には相当の根拠が認められるというべきである。そして、……在留資格を有しない外国人が国民健康保険の適用対象となるかどうかについては、定説がなく、下級審裁判例の判断も分かれています上……法5条の解釈につき本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかったというのであるから、本件処分をした……担当者に過失があったということはできない。」

- * 担当公務員個人が被害者との関係で損害賠償責任を負うことはない。
- * さすがに、担当の公務員に故意・重過失が認められるような場合には、国又は公共団体から担当の公務員に対して求償を行うことができる(国賠法1条2項)。しかし、その場合でも、被害者が担当の公務員に直接、損害賠償を請求することはできない。

④ 「違法に」：違法性要件

原告の側で、行政活動が違法に行われたことを立証する必要がある。処分の根拠法令への違反、比例原則・平等原則・信義則といった法の一般原則への違反など、様々な理由づけがありうる。通常、裁判で争点になるのは、この違法性要件である。

⑤ 「他人に損害を加えた」：損害発生要件

原告の側で損害の発生を立証する必要がある。財産的損害・精神的損害(慰謝料)を問わない。実際の訴訟では、具体的な損害額がいくらかという点が、主要な争点となる。

- 違法な営業停止命令により、一定期間、飲食店の営業をおこなうことができなければ、相応の損害が生ずる。
- 違法な建築確認拒否処分(不許可処分)により、予定された年月日にマンションの分譲を開始することができなくなれば、遅れた日数分の損害が生ずる。
- 違法な医薬品販売の許可により、広範な薬害事件が発生した場合、薬害の被害を受けた患者は、治療費や慰謝料を損害として請求することができる。

2. 国家賠償法2条

公園の遊具の設置不備が原因で子供がけがをしたような場合が想定される。自治体実務では非常に重要なので、具体例を通じて学習する。

§ 国家賠償法 2 条 1 項 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。

(1) 公の営造物の設置管理の瑕疵——3 原則

* 高知落石事件(最判昭和 45 年 8 月 20 日民集 24 卷 9 号 1268 頁)

【事案】降り続いた雨や長年の風化が原因で、国道 56 号線で落石事故が発生し、死者が出た。道路の管理に瑕疵があったことを追及された国・県は、道路における崩土・落石の危険性に対して、防護柵・防護覆を設置したり金網を張るといった対策を取ることは、予算の制約もあり無理だったと主張した。

【判旨】請求認容

「国家賠償法 2 条 1 項の①営造物の設置または管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいい、②これに基づく国および公共団体の賠償責任については、その過失の存在を必要としない……」、「③本件道路における防護柵を設置とした場合、その費用の額が相当の多額にのぼり、県としてその予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに道路の管理の瑕疵によって生じた損害に対する賠償責任を免れうるものと考えすることはできないのであり、その他、本件事故が不可抗力ないし回避可能性のない場合であることを認めることができない旨の原審の判断は、いずれも正当として是認することができる」

(2) 「通常有すべき安全性」

「通常有すべき安全性」が欠けているとされる典型例は、営造物に本来の用法を妨げるような致命的欠陥が含まれている場合である。道路に穴が空いており、自動車の通行に支障をきたす場合(最判昭和 40 年 4 月 16 日判時 405 号 9 頁)などを思い浮かべればよい。

Q. Y市の設置した道路の防護柵に後ろ向きで腰かけて遊んでいた子どもXが、転落してけがをした。これは本来の用法に属しない異常な行動で生じた事故である。この場合、防護柵は「通常有すべき安全性」を欠いていたといえるか?

* 道路柵後ろ向き腰かけ転落事件(最判昭和 53 年 7 月 4 日民集 32 卷 5 号 809 頁)

「国家賠償法 2 条 1 項にいう営造物の設置又は管理に瑕疵があったとみられるかどうかは、当該営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合考慮して具体的個別的に判断すべきものであるところ、前記事実関係に照らすと、本件防護柵は、本件道路を通行する人や車が誤って転落するのを防止するためにYによって設置されたものであり、その材質、高さその他その構造に徴し、通行時における転落防止の目的からみればその安全性に欠けるところがないものというべく、Xの転落事故は、同人が当時危険性の判断能力に乏しい6歳の幼児であったとしても、本件道路及び防護柵の

設置管理者である Y において通常予測することのできない行動に起因するものであったとすることができる。したがって、右営造物につき本来それが具有すべき安全性に欠けるところがあったとはいえず、X のしたような通常の用法に即しない行動の結果生じた事故につき、Y はその設置管理者としての責任を負うべき理由はない

* テニスコート審判台落下事件(最判平成5年3月30日民集47巻4号3226頁)

【事案】5歳の幼児 A が保護者 X らと共に Y 町立中学校の校庭で遊んでいた。保護者がテニスをしている最中、A はテニスの審判台に昇り、その座席部分の背当てを構成する左右の鉄パイプを両手で握って、その後部から降りようとしたために、審判台が倒れてしまい、A はその下敷きとなって死亡した。X から Y に対して国賠請求がなされた。

【判旨】請求棄却

「審判台は、審判者がコート面より高い位置から競技を見守るための設備であり、…通常有すべき安全性の有無は、この本来の用法に従った使用を前提とした上で、何らかの危険発生の可能性があるか否かによって決せられる。」「本来の用法に従ってこれを使用する限り転倒の危険を有するものでなかったことは、原審の適法に確定するところであり、中学校の校庭において生徒らがこれを使用し、20年余の間全く事故がなかった」「幼児がいかなる行動に出ても不測の結果が生じないようにせよというのは、設置管理者に不能を強いるものといわなければならない…通常予測し得ない異常な方法で使用しないという注意義務は、利用者である一般市民の側が負うのが当然であり、幼児について…第一次的にその保護者にある」「本件事故時の A の行動は…極めて異常なもので、本件審判台の本来の用法と異なることはもちろん、設置管理者の通常予測し得ないものであった」

最新の安全設備はいつまでに導入すべきか？

* 点字ブロック未設置転落事件(最判昭和61年3月25日民集40巻2号472頁)

【事案】視力障害者 X が、昭和48年8月、国鉄大阪環状線福島駅のホームから転落し、電車に轢かれて重傷を負った。X は、公の営造物である本件ホームに点字ブロックが設置されていないことは「通常有すべき安全性」を欠いていると主張し、国鉄に対して国賠法2条に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】請求棄却

「点字ブロック等のように、新たに開発された視力障害者用の安全設備を駅のホームに設置しなかったことをもって当該駅のホームが通常有すべき安全性を欠くか否かを判断するに当たっては、その安全設備が、視力障害者等の事故防止に有効なものとして、その素材、形状及び敷設方法等において相当標準化されて全国的ないし当該地域における道路及び駅のホーム等に普及しているかどうか、当該駅のホームにおける構造又は視力障害者の利用度との関係から予測される視力障害者の事故の発生の

危険性の程度、右事故を未然に防止するため右安全設備を設置する必要性の程度及び右安全設備の設置の困難性の有無等の諸般の事情を総合考慮することを要するものと解するのが相当である。」

Q. これは40年前の事件なので点字ブロックが話題となったが、現在でいえば、どのような設備が考えられるだろう？

(3) 無過失責任？

国賠法1条が明文で故意・過失の存在を要件としているのに対して、国賠法2条ではそれらが要件とされていないことから、「国賠法2条の責任は無過失責任を認めた趣旨である」といわれることがある。しかし、いかなる場合でも常に、国が損害賠償責任を負うというわけではない。

高知落石事件でも、事故が不可抗力に基づく場合や回避可能性のない場合には、免責の余地が認められていたことには注意したい。国賠法2条に関して、実質的に「過失責任」と類似した判断がされた事案がある。最高裁は、直前の走行車が道路工事の標識板、バリケード、赤色灯標柱を倒したことにより、後続車が死亡事故を起こした事案では、「道路の安全性に欠如があったといわざるをえないが、時間的に被上告人(県)において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能で……道路管理に瑕疵がなかった」と述べて、道路管理者が対応する時間的余裕がなかったことを理由に瑕疵を否定し、損害賠償を認めなかった(最判昭和50年6月26日民集29巻6号851頁)。

他方で、87時間にわたり故障車を道路上に放置していたことで追突事故が起きた事案では、原則通り、瑕疵を肯定している(最判昭和50年7月25日民集29巻6号1136頁)。

(4) 予算抗弁の問題

高知落石事件において、最高裁は、道路に関しては予算抗弁が認められないとした。しかし、河川管理の瑕疵が問題となった水害訴訟では、これとは異なる判断が出されている(大東水害判決・最判昭和59年1月26日民集38巻2号53頁)。というのも、道路は、国・公共団体が造り出した人工公物であるから、危険を生み出した国等の責任を認める論理が立てやすい。これに対して、国家の設立以前から自然のうちに存在する河川(自然公物)は、本来的に危険を伴うものであり、国が財政的・技術的・社会的制約を踏まえつつ、事後的に危険に対処してゆくべきと考えられているからである。そのために、河川管理に関しては、改修の各段階に応じた責任が求められる。

(5) 供用関連瑕疵

施設の利用者にとって瑕疵がなくとも、周辺の第三者に対して瑕疵が及ぶ場合がある。これを供用関連瑕疵(機能的瑕疵)という。

* 国道43号線訴訟(最判平成7年7月7日民集49巻7号1870・2599頁)

【事案】大阪と神戸を結ぶ国道43号線は、交通量の増大・大型車の乗り入れがひどく、騒音・振動による睡眠障害や排気ガスによる疾病を沿道住民に引き起こした。そこで周辺住民が、道路の管理者である国と阪神高速道路公団に対して、損害賠償を請求した。

【判旨】請求認容

「国家賠償法2条1項にいう営造物の設置又は管理の瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠いている状態、すなわち他人に危害を及ぼす危険性のある状態をいうのであるが、これには営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連においてその利用者以外の第三者に対して危害を生ぜしめる危険性がある場合をも含むものであり、営造物の設置・管理者において、このような危険性のある営造物を利用に供し、その結果周辺住民に社会生活上受忍すべき限度を超える被害が生じた場合には、原則として同項の規定に基づく責任を免れることができないものと解すべきである……。」

* 受忍限度論 *

騒音、振動、悪臭といった生活環境上の侵害に関して損害賠償の請求が認められるためには、被害者において我慢の限界(受忍限度)を超えた被害が認められることを要するという考え方。われわれは自然界で生活する中で、常に一定程度の騒音や振動、においに取り囲まれている。そのために、(神経過敏な人には気の毒だが)通常一般人の感覚においてやむをえない程度までは、騒音、振動、悪臭も我慢しなければならない。しかし、侵害が我慢の限界(受忍限度)を超えてしまった場合には(この境界の値を閾値^{いきち}という)、損害賠償の請求が認められるのである。

III 立法法務のポイント

- ・ 立法事実を常に意識する。
- ・ 技巧的な法制執務知識は本に書いてあるので(テキスト 85 頁以下)、立法の理念をつかむことが重要。理念がしっかりしていれば、どうにか実現する。
- ・ 法律との抵触がないように注意する。
- ・ 分権時代なので、国に遠慮しすぎず、大胆かつ繊細な規律を行ってよい。

(1) 立法事実

法律を制定する際の基礎を形成し、それを支えている背景となる社会的・経済的事実(芦部信喜)。平たくいえば、なぜそのような条例が必要なのか、説明できるような根拠づけのこと。

「現在、わが市は△△という問題に直面しており、この問題を解決するために、●●という手段を採用することになりました。これは条例の根拠がなければできないので、条例を制定するに至ったものです。」

- ① △△：工場の放つ悪臭、●●：規制条例を制定して、排出物の基準値を定める
- ② △△：マンションの乱開発、●●：開発許可制の厳格な運用
- ③ △△：市街地の放置自転車、●●：登録自転車以外の市街地乗り入れ制限、駐輪禁止

立法事実とは、条例の必要性・相当性を基礎付ける重要な要素である。これが欠けていると、そもそも住民の理解を得られないし、議会も通らない。

住民の権利を制限し、義務を課すには、条例を制定する必要がある(地方自治法 14 条 2 項)。

§ 日本国憲法

第 94 条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

§ 地方自治法(昭和 22 年法律第 67 号)

第 14 条 普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第 2 条第 2 項の事務に関し、条例を制定することができる。

2 普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。

3 普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、2 年以下の懲役若しくは禁錮、100 万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は 5 万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。

(2) 法令との関係——徳島市公安条例判決

憲法 94 条は、「法律の範囲内で」地方公共団体が条例を制定することを認めている。これをうけたのが地方自治法 14 条 2 項である。「第 2 条第 2 項の事務」とは？

§ 地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）

第 2 条 地方公共団体は、法人とする。

2 普通地方公共団体は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する。

3～17 略

* ほかに、百条調査会の調査権限、監査の及ぶ範囲などが、機関委任事務の廃止によって拡大された。

法律先占論

かつては、法令が規制を定める場合には、それが当該領域における必要かつ十分な規制とみるべきであるから、法令が規制を置いた領域について条例でこれと同一目的の規制を加えることは違法であるとされていた。これを、法律先占論とよぶ（法令が後から制定されても優先するので、法律専占論であるともいわれる）。

法律先占論を否定し、法律と条例の矛盾・抵触について判示したのが、**徳島市公安条例判決（最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁）**である。

【事案】昭和 43 年 12 月に徳島市内で約 300 人の集団示威行進を行った被告人 X は、道路交通法と徳島市公安条例への違反で起訴された。X は、徳島市公安条例は道路交通法に違反しており無効だから無罪であると主張した。

道路交通法 77 条 1 項 4 号は、一般交通に著しい影響を及ぼすような行為で、都道府県の公安委員会が道路における危険防止その他交通の安全と円滑を図るために必要と認めるものについて、警察署長の事前許可に服させている。許可には条件を付することができ、条件に違反した者は罰せられる。これに対して、徳島市公安条例は、道路その他公共の場所における集団行進を行う際の県公安委員会への届出義務（同条例 1 条、2 条）、および集団行動をする際の遵守事項を定め（同条例 3 条）、これに違反した集団行動の主催者、指導者、煽動者について処罰規定を置いていた（同条例 5 条）。

「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない。」

例えば、❶「ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することになりうる」し、

逆に、特定事項について規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、

❷「後者（条例）が前者（法令）とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、そ

の適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないとき」や、
③「両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、条例が国の法令に違反する問題は生じえない。」

最高裁は、【事案】に対して、次のようにあてはめを行った。まず、道交法の目的は道路交通秩序の維持にあるのに対して、徳島市公安条例の目的は地方公共の安寧と秩序の維持にあり、両者の目的は全く同じではないものの、一部、重なり合っている。となると、③の基準から、道交法が「その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨である」か否かが決め手となる。道交法 77 条 1 項 4 号は、許可が必要となる行為について、各都道府県の公安委員会の設定するところに委ねている。ということは、法律自身が、地方の実情に沿った取扱いを積極的に認めているともいえる。よって、徳島市公安条例は道交法に違反しないと判断された。

* ②と③の基準について、整理してみよう。

(3) 局面ごとの検討

① 「未規制領域だから、自由に条例を制定しても構わない？」

→ 注意!!!

(a) 法令はその領域の規制に無関心であり、規制を条例に任せている場合

(b) 法令はその領域について実は関心を有しており、規制すべきでないと考えたからあえて規制を置かず放置している場合

について、的確に区別しないとイケない。

② 法令と条例の目的が異なるとき

法令と条例の目的が異なる場合には、法令の目的・効果を阻害しなければ、条例を制定することが許される。ジャマしなければ構わないよ、という鷹揚な基準と捉えて良い。

§ 狂犬病予防法（昭和 25 年法律第 247 号）

（公示及びけい留命令等）

第 10 条 都道府県知事は、狂犬病（狂犬病の疑似症を含む……）が発生したと認めるときは、直ちに、その旨を公示し、区域及び期間を定めて、その区域内のすべての犬に口輪をかけ、又はこれをけい留することを命じなければならない。

§ 静岡市飼い犬条例

第 2 条 犬の所有者、占有者及び管理者（以下「所有者等」という。）は、その所有し、占有し、又は管理する犬（以下「飼い犬」という。）を飼育管理している場所において、その飼い犬の性質、形態等に応じて、丈夫な鎖若しくは綱でつなぎ、又はおり若しくはさ

くの中に入れておく等、飼い犬が人畜その他に害を加えることのないよう必要な措置をしておかなければならない。

2 人畜その他に害を加えるおそれのある飼い犬は、これを制御することができる者でなければ、連れ出してはならない。

3 飼い犬を連れ出し、又は移動させるときは、人畜その他に害を加えないように丈夫な鎖又は綱を掛け、かむおそれのある場合は口輪を掛けて保持しなければならない。(以下略)

第4条 市長は、第2条の規定に違反していると認めるときは、その所有者等に対して、被害を防止するため必要な措置をとることを命ずることができる。

しかし、わざわざ新たに制定する条例の目的として、既存の法律と同じ目的を堂々と掲げる自治体がどれほどいるのか？(徳島県阿南市水道水源保護条例事件・徳島地判平成14年9月13日判例自治240号64頁、三重県紀伊長島町水道水源保護条例事件・最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁)。字句が異なっているにもかかわらず、実質からみて目的が重なっているときは、③の基準が適用される。

●水源保護条例 産業廃棄物処理施設に起因する水質の汚濁が人の生命・健康への被害を招くことを防止するために、処理施設の設置について市町村長の規制に服させる。

●廃棄物処理法 15条1項 生活環境の保全と公衆衛生の向上のため(同法1条)、処理施設の設置を都道府県知事の許可にかからしめている。

③ 法律と条例の目的が重なるとき

「両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、条例が国の法令に違反する問題は生じえない」(徳島市公安条例判決)

結局は、法律が別段の規制を容認していると解釈できるか否かによって決せられる。環境法令の中には、水質汚濁防止法3条のように、明文で上乘せ・横出し規制を認めるものが多い。

・ 上乘せ規制 法令がある事項につき一定程度の規制を定めている場合に、同一目的で、条例でより厳しい規制を定めること。たとえば、法令で工場設置の届出制を採っている場合に条例で許可制を採用することや、法令である汚染物質の排出量が3ppm以下とされている場合に、条例で2ppm以下まで規制を厳しくすることをいう。

・ 横出し規制 法令で規制されていない対象について条例で規制すること。たとえば、法律で二酸化窒素(NO₂)のみを規制している場合に、条例で二酸化硫黄(SO₂)をも規制対象に加えることなどである。

§ 水質汚濁防止法(昭和45年法律第138号)

(排水基準)

第3条 排水基準は、排出水の汚染状態(熱によるものを含む。以下同じ。)について、環境省令で定める。

2 前項の排水基準は、有害物質による汚染状態にあつては、排出水に含まれる有害物質の量について、有害物質の種類ごとに定める許容限度とし、その他の汚染状態にあつては、前条第2項第2号に規定する項目について、項目ごとに定める許容限度とする。

3 都道府県は、当該都道府県の区域に属する公共用水域のうちに、その自然的、社会的条件から判断して、第1項の排水基準によつては人の健康を保護し、又は生活環境を保全することが十分でない認められる区域があるときは、その区域に排出される排出水の汚染状態について、政令で定める基準に従い、条例で、同項の排水基準にかえて適用すべき同項の排水基準で定める許容限度よりきびしい許容限度を定める排水基準を定めることができる。

4 前項の条例においては、あわせて当該区域の範囲を明らかにしなければならない。

5 都道府県が第3項の規定により排水基準を定める場合には、当該都道府県知事は、あらかじめ、環境大臣及び関係都道府県知事に通知しなければならない。

§ みやぎ県民の住みよい環境の保全等に関する条例(平成17年条例第20号)

(上乘せ排水基準)

第47条 水質汚濁防止法(昭和45年法律第138号)第3条第3項の規定による同条第1項の排水基準にかえて適用する排水基準(以下「上乘せ排水基準」という。)は、別表第1のとおりとする。

別表第1(第47条関係)

1 五ヶ瀬川水域に係る上乘せ排水基準

区分	項目及び許容限度(単位1リットルにつきミリグラム)						
	化学的酸素要求量		生物化学的酸素要求量		浮遊物質量		銅含有量
	日間平均	最大	日間平均	最大	日間平均	最大	最大
火薬……、医薬品添加物及び食品添加物の製造業	40	60	40	60	50	70	
化学繊維(ナイロン66を除く。)及び医薬品の製造業	120	160	50	70	60	80	1.5
化学肥料、硝酸、か性ソーダ、塩素、塩酸及	25	35	20	25	40	50	

びサランの製造業							
化学繊維(ナイロン66に限る。)、火薬(雷管に限る。)&び合成樹脂(ポリアミド樹脂に限る。)の製造業	120	160	50	70	50	70	
その他の製造業	20	30	20	30	50	70	
備考							
1 上乗せ排水基準は、排水基準を定める省令(昭和46年総理府令第35号)第2条の規定に基づき環境大臣が定める方法により検定した場合における検出値によるものとする。							
2 「日間平均」による許容限度は、1日の排水(水質汚濁防止法第2条第5項に規定する排水をいう。以下この表…において同じ。)の平均的な汚染状態について定めたものである。							
3 この表に掲げる上乗せ排水基準は、1日当たりの平均的な排水の量が50立方メートル以上である工場又は事業場に係る排水について適用する。							

§ 和歌山市排水の色等規制条例(平成3年条例第44号)

(定義)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- (1) 排水 工場又は事業場(以下「工場等」という。)から公共水域に排出される水をいう。
- (2) 色等 排水の色、濁り、温度及び残留塩素をいう。
- (3) 特定施設 工場等に設置される施設のうち別表第1に掲げる施設をいう。
- (4) 公共水域 水質汚濁防止法(昭和45年法律第138号)第2条第1項に規定する公共水域をいう。

(4) 委任条例と自主条例

法律の委任に基づいて制定されるのが委任条例(法律規定条例とも)であり、それ以外が自主条例である。委任条例については、以前は法律の厳しい縛りが及ぶことも少なくなかった。しかし、とりわけ自治事務では、分権改革による「義務付け・枠付け」の見直しに伴い、条例で定め得る範囲が拡大している。

屋外広告物法3条1項は、良好な景観・風致を維持するため必要があるときは、都道府県条例によって広告物の表示などを禁止することができる」と定めているし、条例ではないが、景観法8条は景観計画の策定を景観行政団体に委ねている。これらについて条例の自由度が高いのは、景観規制は、まさに地域の実情によって決めるべき事項だからである。

§ 屋外広告物法(昭和24年法律第189号)

(広告物の表示等の禁止)

第3条 都道府県は、条例で定めるところにより、良好な景観又は風致を維持するために必要があると認めるときは、次に掲げる地域又は場所について、広告物の表示又は掲出物件の設置を禁止することができる。

- 一 都市計画法(昭和43年法律第100号)第2章の規定により定められた第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、景観地区、風致地区又は伝統的建造物群保存地区
- 二 文化財保護法(昭和25年法律第214号)第27条又は第78条第1項の規定により指定された建造物の周囲で、当該都道府県が定める範囲内にある地域……
- 三 森林法(昭和26年法律第249号)第25条第1項第11号に掲げる目的を達成するため保安林として指定された森林のある地域
- 四 道路、鉄道、軌道、索道又はこれらに接続する地域で、良好な景観又は風致を維持するために必要があるものとして当該都道府県が指定するもの
- 五 公園、緑地、古墳又は墓地
- 六 前各号に掲げるもののほか、当該都道府県が特に指定する地域又は場所

2 都道府県は、条例で定めるところにより、良好な景観又は風致を維持するために必要があると認めるときは、次に掲げる物件に広告物を表示し、又は掲出物件を設置することを禁止することができる。

- 一 橋りょう
- 二 街路樹及び路傍樹
- 三 銅像及び記念碑
- 四 景観法(平成16年法律第110号)第19条第1項の規定により指定された景観重要建造物及び同法第28条第1項の規定により指定された景観重要樹木
- 五 前各号に掲げるもののほか、当該都道府県が特に指定する物件

3 都道府県は、条例で定めるところにより、公衆に対する危害を防止するために必要があると認めるときは、広告物の表示又は掲出物件の設置を禁止することができる。

墓地埋葬法などは、昔から条例制定の自由度が極めて高い(参照、さいたま地判平成21年12月16日判例自治343号33頁)。風俗習慣、宗教、地理的条件が地域によって様々だからである。

§ 墓地埋葬法(昭和23年法律第48号)

第10条 墓地、納骨堂又は火葬場を営もうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の規定により設けた墓地の区域又は納骨堂若しくは火葬場の施設を変更し、又は墓地、納骨堂若しくは火葬場を廃止しようとする者も、同様とする。

§ 宮崎県墓地、埋葬等に関する法律施行細則(平成12年規則第104号)

(墓地等の経営許可基準)

第4条 知事は、法第10条第1項の許可の申請が、次の各号のいずれかに該当すると認められるものでなければ、同項の許可をしないものとする。

- (1) 地方公共団体が墓地等を経営しようとするとき。
- (2) 次に掲げるものが墓地又は納骨堂を営もうとする場合であつて、地方公共団体の経営する墓地又は納骨堂では地域の需要を満たせない等相当の事由があり、かつ、経営の非営利性及び永続性があると知事が認めたとき。

ア 宗教法人が、宗教法人法第2条の目的を達成するため、信者の需要に応じた必要最小限の墓地又は納骨堂を同法第3条に定められた境内地に設けるとき。

イ 町又は字の区域その他市町村内の一定の区域に住所を有する者の地縁に基づいて形成された団体が、現に設置している墓地又は納骨堂を移転、統合又は拡張整備しようとするとき。

- (3) その他特別な事情があると知事が認めたとき。

(墓地の設置基準)

第5条 墓地は、次に掲げる基準を満たすものでなければならない。ただし、土地の状況その他の事由により公衆衛生及び公共の福祉の見地から支障がないと知事が認めたときは、この限りでない。

- (1) 墓地の区域と学校、病院、公園及び住宅等との間に100メートル以上の距離があること。
- (2) 墓地の区域が飲用水を汚染するおそれのない場所にあること。
- (3) 墓地の区域と隣接地との境界が明らかであること。

(納骨堂の設置基準等)

第6条 納骨堂の施設の設置場所は、寺院の境内又は墓地の区域内でなければならない。ただし、土地の状況その他の事由により公衆衛生及び公共の福祉の見地から支障がないと知事が認めたときは、この限りでない。

2 納骨堂の施設を他の建物の中に設置する場合にあつては、その区画を明らかにし、納骨堂であることを表示しなければならない。

(火葬場の設置基準)

第7条 火葬場は、次に掲げる基準を満たすものでなければならない。ただし、土地の状況その他の事由により公衆衛生及び公共の福祉の見地から支障がないと知事が認めたときは、この限りでない。

- (1) 火葬場の施設と学校、病院、公園及び住宅等との間に500メートル以上の距離があること。
- (2) 火葬炉に、防臭、防音及び防じん等について十分な能力を有する装置が設けられていること。
- (3) 火葬場の施設の周囲に塀又は樹木等による障壁が設けられていること。

(5) 個別事例① 廃棄物処理法と水道水源保護条例

産業廃棄物処理施設の設置は、都道府県知事の許可にかからしめられている(廃棄物処理法15条、15条の2)。この制度が十分に機能していれば、廃棄物処理施設が環境問題を生じさせるようなことはないはずである。しかし現実には、全国の市町村が、水道水源保護条例を制定して処理施設の設置を規制している。それは、廃棄物処理法の規制は十分に機能しておらず、現実には問題が起きてしまう(と市町村が感じている)からである。

* 阿南市水道水源保護条例事件(徳島地判平成14年9月13日判例自治240号63頁)

〔事案〕 阿南市は、水道水源保護条例を制定して、同市内の水源保護地域に指定された区域において、規制対象事業場と認定された産業廃棄物処理施設の設置を罰則付きで禁止するしくみを設けた。廃棄物処理業者であるXは、徳島県知事から、本件事業場(管理型最終処分場)について、「阿南市水道水源保護条例に定める規制対象事業場に認定されないこと」という条件付きで産業廃棄物処理施設としての設置許可を受けた。しかしその後、Y(阿南市長)が、本件事業場を規制対象事業場と認定する旨の処分をしたため、本件事業場を設置することができなくなった。そこでXは、阿南市長による認定処分は違法であるとして、取消訴訟を提起した。

〔判旨〕 請求認容

1 「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合において、当該条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかを検討する必要がある。具体的には、[1]当該条例が国の法令とは別の目的に基づく規律を意図するものであるときには、当該条例の適用によって国の法令の規定の意図する目的と効果を阻害することがないかどうか、[2]当該条例が国の法令と同一の目的に基づく規律を意図するものであるときには、国の法令が必ずしも全国一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるかどうかを判断する必要がある」(徳島市公安条例事件)。

2 「まず、廃棄物処理法及び本件条例の目的について検討する。……廃棄物処理法及びその委任を受けた政省令による産業廃棄物処理施設の設置に対する規制は、処理施設自体に起因する生活環境の悪化の防止という要請を考慮しつつ、適正な処理施設による産業廃棄物の処理を通じて、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ることを目的とし、そのための手段として、国が一定の技術上の安全基準を設け、その基準に適合するかどうかを都道府県知事が判断し、その結果、これに適合すると認められた処理施設の設置のみを許すという制度を設けたものといえる。……本件条例による管理型最終処分場の設置に対する規制は、適正な処理による産業廃棄物の処理を通じて、生活環境の保全

等を図るという目的こそないものの、処理施設に起因する人の生命又は健康への被害を伴うおそれのある水質の汚濁を防止するため、技術上の不備があると認められる施設の設置自体を禁止するという点においては、廃棄物処理法及びその委任を受けた政省令による規制と目的を同じくするものと解するのが相当である。」

3 「そこで、廃棄物処理法と本件条例が同一の目的で産業廃棄物処理施設(管理型最終処分場)の規制をしている部分に着目して、廃棄物処理法が本件条例による別段の規制を容認するものと解されるかどうかについて検討する。……技術基準省令は、管理型最終処分場が備えるべき技術上の要件として、擁壁等の構造上の安全性、遮水工の防水力等を要求しているが、申請に係る施設がこれらの要件に該当するかを審査する権限を有するのは、いうまでもなく廃棄物処理法によって当該施設の設置許可の権限を付与されている都道府県知事である……。他方、……本件条例も、ある特定の管理型最終処分場を規制対象事業場と認定するに際し、認定権限を有する管理者に当該処分場の擁壁等の構造上の安全性、遮水工の防水力等についての審査をさせようとしている。そうすると、本件条例は、上記の都道府県知事の審査権限と同じ権限を阿南市の機関である管理者(被告)に対しても付与することになる。このように、都道府県知事と市町村長が同一事項について二重に審査をする制度を設けることは、申請者に過度の負担をかける結果となり相当ではない上、廃棄物処理法が一般廃棄物処理業の許可については市町村長に委ねつつ、産業廃棄物処理業の許可並びに一般廃棄物処理施設及び産業廃棄物処理施設の設置等の許可については都道府県知事の権限として、市町村長と都道府県知事の役割分担を明確に規定していることにかんがみても、およそ同法が想定しているものとは考えがたい事態である……。……加えて、地域の必要に応じて規制する必要がある場合には、廃棄物処理法15条3項により、都道府県知事にその条件を付す権限が与えられていることをも考慮すると、本件条例は、少なくとも産業廃棄物の管理型最終処分場に適用される限りにおいて、同法の容認するところではなく、同法15条1項ないし3項に違反して無効である。」

(6) 個別事例② モーター関係の条例

* 飯盛町旅館建築規制条例事件(福岡高判昭和58年3月7日判時1083号58頁)

〔事案〕Xは、長崎県北高来郡飯盛町にモーター類似の旅館を建築することを計画し、町長Yに対し、飯盛町旅館建築の規制に関する条例(本件条例)2条に基づき建築の同意処分を求めた。Yは、住民感情から同意できないとして、本件条例3条により不同意処分をなした(「本件不同意処分」)。そこでXは、本件条例は法律に違反しており、不同意処分も違法であると主張した。

〔判旨〕請求認容

2 「旅館業法は、……善良の風俗の保持という……目的をもつて種々の規制を定めているが、まず旅館を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならないとし(同法3条1項)、都道府県知事は、許可の申請に係る施設の設置場所が、学校、

児童福祉施設、社会教育施設などの敷地の周囲おおむね 100m の区域内にある場合において、…… [一定の場合は] 許可を与えないことができるとしている(同条3項)。[その制度趣旨は] ……善良の風俗の保持という目的からモーテル類似の旅館業の規制を行うこと」にある。

3 「一方本件条例……は、住民の善良な風俗を保持し、健全なる環境の向上を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とし(条例1条)、旅館業を目的とする建築物を建築しようとする者は、……認可の申請を行う以前に町長の同意を得なければならないと定め(条例2条)、町長は、右建築物の位置が(1)住宅地、(2)官公署、病院及びこれに類する建物の附近、(3)教育、文化施設の附近、(4)児童福祉施設の附近、(5)公園、緑地の附近、(6)その他町長が不相当と認めた場所に該当する場合は、善良な風俗をそこなうことなく、かつ、生活環境保全上支障がないと認められる場合を除いて、同意しないと規定している(条例3条)。……本件条例は、住民の善良な風俗を保持するという目的から、モーテル類似の旅館業の規制を行うことにあつたことが認められ、本件条例が旅館業法の前記規定の目的と同一目的の下に、同法が定める規制の他に、旅館業を目的とする建築物を建築しようとする者は、あらかじめ町長の同意を得るように要求している点、町長が同意しない場所として、旅館業法が定めた以外の場所を規定している点、同法が定めている場所についてもおおむね 100m の区域内という基準を附近という言葉に置き替えている点において、旅館業法より高次の規制を行つているとすることができる。」

4 「旅館業法は……自ら規制場所につき定めを置いていること、しかも規制場所については、……周囲おおむね 100m の区域内と限定しており、これは無制限に規制場所を広げることは職業選択の自由を保障した憲法 22 条との関係で問題があることを考慮したものであると思われること、旅館業法が条例で定めることができるとしているのは、都道府県の条例をもつて学校ないし児童福祉施設に類する施設を規制場所に加えること…及び旅館業法を営む者の営業施設の構造設備につき基準を定めること……の2点であると限定していることにかんがみると、旅館業法は、同法と同一目的の下に、市町村が条例をもつて同法が定めているより高次の営業規制を行うことを許さない趣旨であると解される。」

(7) 個別事例③ 刑罰・過料

刑罰関係は、文言が過度に広汎で規制対象を萎縮させてしまわないかについて、注意を払う必要がある(→検察協議の活用)。

性風俗関係の規制——JKビジネスなど。

タバコのポイ捨て規制と過料の賦課(横浜地判平成 26 年 1 月 22 日判時 2223 号 20 頁、東京高判平成 26 年 6 月 26 日判時 2233 号 103 頁)。