

不動産調査月報

現代行政をめぐる最近の動き
—土地行政を念頭に—

学習院大学教授

櫻井 敬子 (さくらい けいこ)



当研究所は「不動産に関する理論的および実証的研究の進歩発展を促進し、その普及実践化と実務の改善合理化を図ること」を目的として、昭和34年に、各般の専門家を集めて設立された財団法人です。

【不動産に関する理論的・実証的研究】【不動産の鑑定評価】及び【不動産に関するコンサルティング】の3部門の調和のとれた有機体たることを目指し、本所のほか全国52支所が一体となって活動しております。

編集発行人／調査企画部長 北川 雅章／財団法人 日本不動産研究所 調査企画部 ©2007

〒105-8485 東京都港区虎ノ門1-3-2 勤銀不二屋ビル TEL03-3503-5330 FAX03-3592-6393 2007年(平成19年)10月10日発行

JREI Japan Real Estate Institute

不動産調査月報 No354/355 ISSN 1344-8765

JREI 財団法人 日本不動産研究所

CONTENTS

現代行政をめぐる最近の動き ―土地行政を念頭に―

学習院大学教授 櫻井 敬子

1.戦後レジーム	2
(1) 海	2
(2) 法執行	3
(3) 行政訴訟	4
2.裁判所における法律論の新旧対立	5
(1) 東京地裁の新感覚の法律論	5
◆小田急高架訴訟	5
◆圏央道訴訟	5
◆目黒公園訴訟判決	6
(2) 判断過程審査	6
(3) 無名抗告訴訟を許容	7
(4) その他の裁判所の動き	8
3.改正行政事件訴訟法のポイント	8
(1) 抗告訴訟のメニューの増加	9
(2) 公法上の当事者訴訟を活性化するメッセージ	10
(3) 公法概念	11
(4) 行政の私法化	12
4.最高裁の変容ぶり	12
(1) 小田急高架訴訟判決	12
(2) 裁量審査	13
(3) 処分性を大胆に認める判決	14
(4) 行政の不作為	15
(5) 指定確認検査機関の建築確認	16
5.法律を作る霞ヶ関ルールの変化	18
6.都市計画領域における動き	19

現代行政をめぐる最近の動き ―土地行政を念頭に―

学習院大学教授
櫻井 敬子（さくらい けいこ）



略 歴

- 1989年 東京大学法学部卒業
- 1995年 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程修了（法学博士）
- 1995年 筑波大学社会科学系専任講師
- 1997年 同助教授
- 2003年 学習院大学教授
- 1998年～99年 ハイデルベルク大学客員研究員
- 司法試験合格（1989年）

現代行政をめぐる最近の動き－土地行政を念頭に－

学習院大学教授 櫻井 敬子

はじめに

私は、物事を専門的な観点できちんと、根本から考えてどうかというようなことで見ていかないとけないだろうと思っております。

我が国の現体制は司法権と行政権が分かれています。行政は行政でやっているのですが、ついこの間まで行政訴訟に関して司法はまったく機能していなかった。つまり、行政が何か間違ったことをしたときに、裁判所がそれを違法ですよと宣言して、あるいは取消すとかというようなことをずっとやってこなくて、行政訴訟の機能不全と言っておりますが、そういうことがあったために行政は行政として自己完結的に勝手な法律論をやっていたという状況が、戦後の日本のついこの間までの状況でした。

しかし、それ以外の法律論をやるという人たちも日本の社会の中におりまして、それが最近変わってきた裁判所の裁判官と、法律学者です。これは私の問題意識でもあります。「現代行政をめぐる最近の動き」と題しまして、概ね土地行政を念頭に少しお話をさせていただきますと思っています。

1.戦後レジーム

安倍総理大臣が、「戦後レジームからの脱却」というようなことをおっしゃって、戦後レジームの転換をしなければいけないというのは、これは正しい内容を含んでいると思います。とりわけ、法制度の観点からは、問題が本当に山積しているというところから申し上げたいと思います。

安倍総理大臣が念頭に置いているのは、どうも憲法というのが基本的にあるようですが、その憲法の下にある、実際には実務的に重要なのは法律ということになります。今、行政関係の法律で生きている法律はだいたい1900本ぐらいあると言われております。行政法の守備範囲は、その1900本の法律が全部含まれるということでもあります。憲法が変わりましたときに法律もずいぶん変わりましたが、実は継承しているものもたくさんあるのです。そういう法律を全部俯瞰して、妥当している基本原理のようなものを探求するのが行政法の研究者がやっていることということになります。

昔の行政法と今の行政法はすごく違っております。とりわけ平成16年に行政事件訴訟法が改正されて、これを私は「革命」と言っています。私なりに見た新しい行政法の議論はどういうふうに立てていったらいいのかということが目下の関心事ということになります。特に、法律の勉強をしていて最近非常に強く感じるのは、我が国は本当に敗戦国なのだなということです。日本にある1900本の法律というのはやはり戦争に負けていることによってずいぶん歪められているところがたくさんあるということに、気がつくようになったということがあります。

(1) 海

そのうちの 하나가、海という概念が我が国の法制度にはないのです。日本の場合は四方環海ですから、海に関する法制度は一番進んでいてもおかしくないはずなのに、ずっとなかった。もちろん、海岸法などという法律もありますし、港湾法という法律もあります。海岸法は、海岸といっても海際の陸地の話が基本で、しかも行政の内容というのはそこに堤防を造ってコンクリートを打って防波堤を造りましょうというような話なのです。海にちょっとかすっているかもしれませんが、海にはまったく入っていない。一般海域に出ていくなんていうことはまったく念頭に置かれていない、土地に関する法律の一つというふうに言ってよろしいと思います。

それから港湾法は、港湾に関する昭和26年にできた法律です。港湾法という法律を見ますとたくさん条文があるのですが、ほとんど使われていない条文ばかりです。たとえば、法律上は港務局が港湾管理者になるということが、最初のほうに相当の部分割かれて書かれていますが、日本ではほとんどすべての港湾管理者は単独の地方公共団体となっており、英米法の仕組みである港務局、すなわちポートオーソリティは1つしかないのです。港湾は121ぐらいあるのですが、GHQの方針で、軍港というようなものがありましたので、港について国が関与することは絶対に排除しなければいけない、それを廃止しなければいけないというわけです。占領下における民主化と分権化ということ徹底するという明確な占領方針のもとに作られたのが港湾法です。

そうすると、港湾の管理というのは港務局が、ポートオーソリティがやるというふうになっている。日本の場合は、現憲法前は良くも悪くも国の関与が強い、しかも公益的な観点で港湾管理というのはされていたヨーロッパ型の港湾管理をしていましたので、憲法が変わりそこにまったく知らない英米法のポートオーソリティの仕組みというのが導入されました。

その結果として、港湾法というのはほとんど実質的には空文化しているといえますか、使えている条文はほとんどありませんで、現実には動いているのは補助金で、それを出すためだけにある法律です。直轄工事というのは国としてはあるのですが、できた港湾は自治体に管理を委託するということになっており、ぜんぜん根付いていない法律の代表的なものの一つです。

最近、アジアゲートウェイの議論などもあって、国際物流が重要で、東南アジアの中で拠点的な港湾をつくらなければいけないなんていう話があるのですが、そういう話をやろうとして国がちょっと出ていって大規模な港湾を重点的に造りましょうなんていうことになると、港湾法が立ちはだかっているものですから非常に小規模な港湾しかつけない。国交省のほうもスーパー中枢港湾なんていうのも言っていますが、あれはスーパーではないのです。港湾法の枠をちょっとでもはみ出すことのないように、ほんの少しだけ予算を多く出して、本当に小手先だけちょっと変えたものがスーパー中枢港湾です。日本の今までの歴史から言えばスーパーかもしれないのですが、港湾などは本当に、戦後レジームそのものという感じだろうと思います。

今、国の法律というのが誠に情けないことながら、新しい領域とか新しいコンセプトを出せない状況があると思います。実際に海に関しては、今年の4月海洋基本法という法律が、ここでは「海洋」という言葉を使っていますが、議員立法でできました。

ご存じのように中国との関係とか韓国との関係がありますので、それでややナショナリズム的な発想で、海洋についても法律がないのはおかしい、だから作るべきだということでできたのが海洋基本法という理念法になります。ただ、海の話はとても重要なので、私はこういうものが閣法で作れないというのは本当に情けないことだなというように思っていますが、しかし議員さんのほうがそういうところは感受性があるということなのかなと思います。

(2) 法執行

我が国の法制度の中で完全に欠落しているのは「法執行」という局面で、これは都市計画法とか建築基準法でもときどき問題になります。日本の行政の特徴は、何か義務付けたりする法律を作る。それを守らなかったらどうするかというと、罰則を置くだけなのです。罰則を置くだけですから、作ったらそれで終わりです。罰則を発動するのは警察の仕事ということになりますから、変な話、国交省は関与しない。そうすると、これはほぼ「法律の生み捨て」のような状況になっていまして、法律を作りましたよ、規制を設けましたよ、だけど、あとそれがちゃんと執行されるかどうかについては、立法者そのものがあまり関心を持たないという仕組みになっています。

最近でも、何か問題が出たときに法律を改正しなければいけない、すぐ罰則を設けるとか罰則を強化しろというようになってしまっていますが、これも占領政策そのものだったのです。日本では明治時代に行政執行法という法律がありました。戦後、憲法が改正されるときに廃止されています。行政執行法というのは、行政自身が何か違法なことがあった場合に、たとえば違法建築物であれば代執行を個別的にやりますが、普遍的にいろいろな行政のセクションができる実力行使、執行罰、直接強制とかがあるのです。行政が直接法務執行をやってよろしいということについて、授權する法律が行政執行法という法律でした。大変有効な法律ではあったのですが、戦前は警察も使いましたし、治安維持法とセットなものですから、そうすると行政にそういう実力を持たせるとろくなことがないということになって、こんなものがあるから人権が保障されないというので、憲法改正と同時に行政執行法は廃止されました。それで日本の法制度に関しましては、違法な状態をどういうように適法に戻させるかという法執行の場面の話は、すべて罰則だけでやるというのが明確なGHQの方針として戦後出されたわけです。

今でも、日本の法制度は罰則だけやたらあるのです。ところが、実際には罰則というのは機能しないのです。罰金とはいえども刑事罰ですので、刑事訴訟法の手続きに則ってやっていくということになりますし、凶悪犯人がいっぱいいるので警察は忙しいですから、罰金などいちいち徴収なんかしてられないわけです。これは都市計画法違反などでも皆同じ仕組みになっています。建築基準法などでも、ときどき違法建築物につ

いてもっと効果的な義務履行確保の仕組み、違法状態を適法に戻すような仕組みを作りたいという話になります。

課徴金というのは行政制裁金という言葉を使ったりしていますが、行政上違法行為をしているものに対して、その違法行為をやらせないために行政が自らの裁量でこれこれのお金を払いなさいということを命ずることができるものです。同じようにお金を払うことなのですが、片方は刑罰だから罪刑法定主義にかかりますが、行政制裁金はあくまでも行政上の措置ですので、その人の、たとえば資力に応じて額を変えることができます。つまり、相手が違法行為をしたくないという動機づけを与えるような金額にしないと意味がないわけです。そういうものを設けたいと思うと、いやいやこれは罰則以外の義務履行確保の話ということになるので、そうすると戦後間もなく作られた方針というのが今でも内閣法制局に残っていますので、そういうものは作れませんということになって、事実上そういう法律改正がずっとできないでいるというのが現状です。

(3) 行政訴訟

また、「公益とは何か」という概念そのものが議論されていないことです。空間の話などはまさに公益の話ということになるのですが、ごく最近になりまして危機管理の話がやっと出てきました。国家とか危機管理とか公益とか、それから行政警察と司法警察の話とか、「機能不全の行政訴訟」もその並びの一つとすることができそうです。

行政訴訟というのも、戦前は、行政裁判所という特別の裁判所がありました。これは行政事件について専門的に扱う裁判所で、裁判官は行政官の方が行います。これは、当時のドイツとフランスの仕組みを継受したもので、決して遅れたものではなかったのです。日本には紀尾井町に一審にして終審の行政裁判所がありました。それが特別な裁判所であるということで、憲法が改正されたときに、アメリカはそういう特別裁判所という概念を持っていなくて、知らなかった。アメリカは、裁判所といえば民事事件、行政事件、刑事事件を全部一緒にして扱うのが裁判所だという観念しかない。行政事件だけを特別に扱う裁判所などはあり得ないというのがアメリカの考え方です。そんな行政事件だけを扱うような特別裁判所があるから日本は軍事大国になるのだということになって、そのような非民主

的な裁判所は即刻廃止すべきであるということで廃止されたという経緯があります。

実は軍事法廷というものがありますが、軍事法廷というのは行政裁判所の中の特殊なものです。つまり、軍人の違法行為があった場合には軍事法廷で、しかも軍隊の話ですから、軍人のことは軍人でないとなかなかわからない。軍人がまさにそういう状況の中で判定するのがよろしいということで、軍事法廷というのできています。広い意味で言うと日本には行政裁判所と軍事法廷というのが特別の裁判所としてあったのです。行政裁判所は、軍事法廷と一緒にすることで一緒になって廃止されてしまったという経緯です。

ところが、アメリカを見てもと軍事法廷はあるのです。だから本当はヨーロッパのほうから見れば、アメリカはちゃんと特別裁判所を持っているのです。実質的に見ると持っているにもかかわらず持っていないというふうに言い張るものですから、あれは軍事法廷である、決して裁判所ではないという言い方になるのだと思います。そうすると、文化の違いということがあって、結局10日間ぐらいで非常に緊迫した中で憲法を作ったりしましたので、行政裁判所というのは全部廃止されて、ごていねいなことに憲法76条の2項という条文があるのですが、「特別裁判所は終審として裁判することはできない。」ということで、今日本では、憲法上は行政裁判所的なものを作るということとはできない。

ただ、事案から言いますと民事の話と行政事件とは違うわけです。民事というのは、Aさんがお金を貸したから返してくれとか、そんな話です。結婚したけど嫌だから別れたいからどうにかしてくれとかそんな話なわけで、AさんとBさんの紛争を裁判官が判断するのですが、行政訴訟というのは必ず片方に公益が出てくるわけです。私人対公益の場合もありますし、公益対公益が対立するということもあります。空港をつくるときに土地収用できるかどうかとか、そんなことも含めてまったく違う判断ができるはずであるのに、そういうものの違いというものを無視するかたちで、アメリカ的な仕組みを中途半端に入れている。恐らく、行政訴訟がまったく機能しなかったのは、現実にあつてない仕組みが理念先行で作られているということと無関係ではないだろうと思います。

法律の世界は大きな欠落というのがずいぶんあって、安倍政権がそういう点に目を付けられたことは、

時代の流れかもしれません。裁判所については関心がなかったと思いますが、海とか国域とか危機管理とかいうようなところについて少し着目されたところは確かにあったし、コンセプトしては新しかったということかと思います。

2.裁判所における法律論の新旧対立

(1) 東京地裁の新感覚の法律論

裁判所の法律論というのは、行政法学者がやっている法律論とほぼ同じようなものと考えていただいてよろしいと思います。そこは大きく行政と対立して、違うものをやっているということで理解していただきたいわけです。どうも学者と実務とを比べると、普通は学者のほうが夢物語のようなことを言って、あるいは進歩的なことを言って、そんなのは実務ではとてもできませんよというふうになるのが普通なのかなと思っていましたが、学者のほうがずっと頭が固くて古くて、最初に法律論を変えてきたのはどうも裁判所だったということが、今回の行訴法改正にもつながっていくという流れになります。

現在、法律論はまさしく過渡期にありまして、新感覚の法律論というものが出てきていることは、ここ数年の顕著な傾向ということになります。これらはすべて裁判所が主導するかたちで、しかも東京地裁が主導するかたちで出てきています。

◆小田急高架訴訟

藤山雅行さんという有名な東京地裁の名物裁判官がおられまして、そこでは小田急高架訴訟とか圏央道訴訟、目黒公園訴訟等というように、次々と行政を敗訴させるという判決が輩出されることになります。

小田急高架訴訟については、最初、東京地裁で平成13年10月3日に都市計画決定が違法と判断されました。鉄道の連続立体交差化についての都市計画事業認可に対する取消訴訟というものを、鉄道沿線の住民の方が取消訴訟を提起されまして、これが最初と言いますか、それを思い切りよく認めたということです。行政としては行政訴訟といえば百戦百勝だったわけで、立論が下手でも大丈夫でした。いろいろ問題があっても、何かわからないけれども勝ってしまう。絶対に負けないということでしたが、突然負けたので大変衝撃が大きかったということになります。小田急線が高架

になると騒音がうるさくなるので事業認可を取消してほしいというのが動機だったのですが、一種の環境訴訟ではあるのです。ただ、従前の環境訴訟と決定的に違っておりますのは、従来の環境訴訟というのは運動論としてやっておられる方々が原告となって、一種の裁判闘争としてやる。パフォーマンス的に、勝てないだろうけれどもやるというものが比較的多かったし、思想的にも一定の傾向があったということが言えるかと思います。しかし、この小田急高架訴訟では教養もある方が多くて、そういう財産と知識、教養のある人たちが、普通の生活を求めて訴訟を提起した。しかも、法律論としましても運動論としてではなくて、もう少し精緻な、行政にも通用するような形での議論を立てられました。

藤山裁判長のもとで村田さんという、あとで行訴法の改正の立案をされる裁判官がいるのですが、判決を実際に書いたのはその村田さんという方なのですが、そういう判決が出て行政は大変びっくりしたということがあります。そのあと、東京高裁へいくのです。平成15年12月18日に東京高裁判決が出ているのですが、地裁と高裁で対立しておりまして、地裁の判決は絶対にひっくり返すというルールがどうも裁判所の中にあるのだと思いますが、東京高裁にいくと全否定ということになります。この東京高裁では、これは原告適格をそもそも認めないということで門前払いです。完全に全部否定するということでありまして、その帰趨がどうなるのかということで、本案がその後最高裁にいきます。最高裁の判決が出るまでに、行訴法が改正されるという経緯になっております。最高裁についてはまた後で触れたいと思います。まずは、そういうかたちで東京地裁と東京高裁で大きく結論が違うということが事案としてございます。

◆圏央道訴訟

圏央道訴訟というのも大変象徴的で私も関心を持っておりました。圏央道につきましても、これも藤山さんのところなのです。これは東京地裁の平成15年10月3日、執行停止請求が先に出ましたので執行停止決定というものを出示します。

これも土地収用についての事業認定の取消訴訟が提起されて、これもちゃんと環境に配慮していないじゃないかということが違法だということで訴訟が提起されましたが、工事がどんどん進んでしまいきますので、そ

れで執行停止をかけたわけです。そうすると、執行停止について判断するのは東京地裁ということになります、これも藤山さんのところの、今度はとても若い女性の裁判官が担当されました。

この圏央道に関しては私自身もヘリコプターで何回か見に行ったことがあります、関東平野をまたぐ圏央道という図式があって、巨大プロジェクトそのもので公益中の公益です。これはもう国益と言ってもいいような。ところが、それがあるところにいくと突然ぶち切れているわけで、よく見るとそこに家が三つか四つある。この家に住んでいる人たちが執行停止を申し立てているわけです。

裁判官はそれを見て、いうなれば公益と私益を比較考量するわけです。比較考量して公益を止めたのです。「ちゃんとやりなさい。手続きをちゃんとやっていないじゃないか。」というのが理由だったのですが、そういうことで執行停止を出せるということ自体に、私も本能的にちょっとびっくりするところがあるので。しかし、そこが新規の法律論のたぐん、エッセンスのようなところで、筋論重視なのです。

要するに立論はどういうことかという、ちゃんと環境配慮をして、それから環境についてきちんと行政が調べたかどうか。それから手続きを踏んだかどうか。いろいろな利益を考慮したかどうか。それからいろいろな費用便益の計算などもどうもいい加減なところがあるのではないかということの子細に認定して、その上でどうもずさんにやっていますねと。

法治国家ですから、法律が要求した手続きは履行しなければいけない。それを履行していないのだから止めるのは当たり前じゃないか。簡単に言うと筋論重視ということです。「それで何が悪いの。それが法治国家というものよ。」という声が聞こえてきそうなのですが執行停止し、「やり直しなさいよ。」という話なのです。そういう決定がどんどん東京地裁では続くということになります。その後、圏央道執行停止訴訟は、東京高裁へもちろんいきました。東京高裁は地裁決定を否定し、最高裁で16年に執行停止については取消すということになったので、工事はそのまま進捗することになりました、ついこの間つながったわけです。地裁に象徴される法律論と高裁に象徴される法律論の大きなコントラストというのが、非常に目に付くのがここ数年の出来事であったということになります。

◆目黒公園訴訟判決

目黒公園訴訟は林試の森事件と言われていますが、国家公務員宿舎の国有地ではなくて、それと隣接する民有地のほうを都市計画公園に指定したことが、都市計画決定の「裁量の逸脱濫用に当たる」と東京地裁で判断された判決です。「国有地があるんだったら国有地のほうを先に指定しなさいよ。」ということを使った判決というふうに理解されています。高裁にいくと、それがひっくり返ります。

最高裁は、目黒公園に関しましては、高裁判決を取消して地裁判決を維持するというかたちで判断しています。

最高裁は政治任用の要素もありますので、純粋なキャリア裁判官がいるわけではないので、そういう意味では地裁と高裁が対立する中で、ちょっと違うところに最高裁がいるという感じで、最高裁は地裁のような法律論に乗っかったり乗らなかったりという対応をしているという構図が、全体としてはあります。

藤山さんのところは別に行政を負かせるばかりではありませんで、結構行政側を勝たせたりしているのです。情報公開などですと、公正取引委員会の情報公開訴訟なんていうのは、むしろ行政側を勝たせているのですが、だけど高裁にいくとそれがひっくり返る。高裁にいったら行政側は負けまして、最高裁は今度地裁に乗っかりましたので、したがってそれについては最終的に行政側が勝つ、公正取引委員会のほうが勝つなんていうのもあって、結構バリエーションがあるところですよ。

(2) 判断過程審査

藤山判決の非常に大きな特徴というのは、日光太郎杉判決を彷彿とさせる踏み込んだ「判断過程審査」にあります。

行政裁量をどのように判断するのかというのが裁判所、特に行政事件の裁判所の一番重要なところですが、裁量統制の方法は3種類あります。もともとあった裁量審査の基準は、これは古典的裁量審査、だからろくにあまり機能していなかった審査基準というふうに言っていると思いますが、事実誤認、目的違反・動機違反、平等原則違反、信義則違反、比例原則違反のようなものがあつたのです。

こういう基準のもとではほとんど踏み込んだ審査は

裁量判断にはしなかったのですが、ここ最近になりました、にわかには有効なものとして出てきたのが「判断過程審査」というものがあります。これは今までもちろほらないわけではなかったのですが、非常に有効に使ったのが藤山さんのところの判断ということです。どうもその仕組みは、昭和48年の東京高裁の大変有名な歴史に残る名判決と言われていた日光太郎杉事件というのがあります。東京オリンピックのために道路を拡幅する。いろいろなところで道路をつくったわけですが、それで、有名な東照宮のところにある杉、日光太郎杉を切って道路を拡幅するという事案だったのです。そのために土地収用をかけるということだったのです。当然、当時は経済一辺倒で道路を拡幅するのは当たり前じゃないかということで行政側はいけいけどんどんだったわけです。

けれども、土地収用法の20条3号の要件判断について、「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、また本来考慮に入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として、違法になる。」というふうに言っています。日光太郎杉の文化的な価値をちゃんと考えていないではないか。道路をつくって経済効果があるということばかり、そのことを過重に評価しすぎているのではないかということを言っています。これは、行政が収用をかけるときに、どのように、何を考えて判断すべきかについて、非常に踏み込んだ形で裁判所が判断したということです。その後、ぱったりこういう判決は出なかったのですが、小田急高架にしても圏央道にしても目黒公園にしても、この日光太郎杉判決をほぼ彷彿とさせるような判断過程審査です。行政がちゃんと判断しているかどうかを、その頭の中を開けてみて、ちゃんとやったかどうかというのをあとから検証してみるということです。

ちゃんと検証すると、行政は人間のやることですし、また価値判断も変わりますから、そうすると結構いいかげんにやっているところもあったのです。つぶさ見て、事実認定という形でやっていくと、何月何日に電話があつたとか、住民からクレームがありましたとか、それに対してどうしたかとか、いろいろ申請があつたとか、どのくらいの調査をした、どのくらいの期間を

かけて、費用をかけて、何を考えてやったかどうか、それでどうして収用にいったのかということまで全部追っかけていきますと、いろいろいい加減にやっていることが数多く出てくるわけです。放ったらかしてありましたとか、適当にしましたとか、上司に報告していませんでしたとか、聞いたけど聞いていなかったとかいろいろあるわけです。認定していくと全部瑕疵ばかりなのです。今までの裁判所はむしろそれをわかっていたわけです。事実認定をやっているわけだから、いろいろ問題があつたけれど、でもやはり道路をつくったほうがいいのではないかというのが、これまでの行政訴訟でした。

ところがここまでにわかになんて変わってきているのは、やっぱり筋道がおかしいのではないかということになると、「もう1回やり直しなさいよ、だって法律にこういように書いてあるのだから。」というように変わったのです。裁判官も少し行政のことがわかってきますと、ずいぶんずさんなことをやっているという実態もだいたいわかってきて、筋論重視でおかしいものはおかしいと言わないといけないのではないかと変わったのではないかと推測します。現象としてはそういうはっきりとした違いがすでに出ているということになります。

(3) 無名抗告訴訟を許容

もう一人東京地裁の名物裁判長である市村陽典さんですが、市村さんは行訴法改正の立役者の一人で、実際に行政訴訟検討会の委員にもなっておられた方です。国立マンションで有名なのは、「違法建築部分について切り取れ。」と言った民事の裁判長ですが、市村さんは国立マンション訴訟で行政訴訟を担当しました。

住民の方が違法部分については「違法建築物なのだから除却命令を事務所長が発するべきである。権限を行使すべきなのに、行使しないのはけしからん。」ということで起した裁判です。当時行訴法がまだ改正される前だったので無名抗告訴訟だったのですが、これは権限を発動すべきだということを求めている訴訟だったので、除却をすべきだという訴訟ですから「義務付け訴訟」なのです。行政に対して義務付けを求める訴訟、これを認めさせたかったわけです。市村さんはこれを「無名抗告訴訟」、法律の名前が付いていないという意味で無名という言葉を使っていますが、これ

を無名抗告訴訟として認める、訴訟としては認めるということで、これは結構激しい判決を出します。

けれども、藤山さんがあまりにも激しかったので何となく地味な感じがして、無名抗告訴訟というものは認めまして、ただ結論は義務付けまでは認めなかった。入り口は許容なのです。そういう訴訟類型を作るべきですね。ということになって、だけど本案については「そこまでの強い違法性はないのではないか。」ということで判決をお書きになっている。今回の行訴法改正ではこれがベースになりまして、義務付け訴訟というのが新しく類型に加わったということになります。

(4) その他の裁判所の動き

だいたい似たような傾向が全国の裁判所の判決を見ると出ております。その例をちょっとだけ挙げると、最高裁の情報公開訴訟、外務省の機密費情報公開訴訟などがあります。

情報公開は行政機関情報公開法がありますので、行政機関については今法律に基づいてやっています。ところが、対象が行政機関だけなので、国会と裁判所は実は情報公開がすごく遅れています。裁判所のほうは法律も何もありませんので、要綱で情報公開ができる仕組みというのを内部的に作って運用しています。裁判所の情報公開制度は、裁判所が全面公開を行政機関に請求している割にはちゃんとやっていないという感じなのです。最高裁でロッキード事件の取扱いについて議論した、最高裁の裁判官が集まった裁判官会議の議事録を公開してほしいということを、あるジャーナリストの方が内部要綱に基づいて情報公開請求をしました。そうしたら最高裁は、「いやいや司法権の独立があるから全面非開示です。」という返事をしたわけです。

そこで、ジャーナリストの方はそれを東京なので東京地裁に国家賠償請求にして起した。東京地裁に対して、しょうがないから国家賠償請求訴訟を起したら、これは河村さんという裁判長なのですがどう言ったかということ、「全面非開示ということはないだろう。裁判官会議の議事録といえども、非開示にしなければならないところもあるけれども開示できる部分もあるはずである。」ということで認容する。これは地裁の裁判官が最高裁を負かせたという構図になるわけです。

高裁の判決も変わってきたという事例がすでに出ております。伊東大仁線訴訟と言われる平成17年10月

20日の東京高裁の判決があります。静岡県伊東市の大仁線という都市計画道路がありますが、その都市計画決定が違法かどうかということが問題になりました、これは裁量審査、基礎調査をちゃんと行政がやったかどうかということが主たる論点になったのです。東京高裁レベルで大変踏み込んだ裁量審査をしまして、結果として裁量権が逸脱濫用で違法であるという判決を出したのです。これは、行政裁量について東京高裁が、踏み込んだ審査をした上で違法だというふうに言ったのはこのケースが始めてでして、これは大変衝撃が大きかったです。このとき、都市計画法の改正を3年前から準備して国交省が考えていました。コンパクトシティの18年の都市計画法改正がありましたが、それとセットで、都市計画についても訴訟をやらせにくくしようとするような法律を考えていたのです。事前手続きを充実するということがあったのですが、この二つのテーマで都市計画法を大きく改正したいというのが当初の予定でした。さあ出そうと思ったらこの大仁線訴訟が10月20日に出ました。9月にはまとめる予定だったのですが、負けそうだったので見ていたら違法であると判決が出たので、これはもうこんな法改正はできないということで断念しまして、行訴法改正と絡んでいる話ですが、法律を1個つぶした判決ということになります。国交省はすいぶん裁判の動きがすごく変わってきたということを、むしろ肌で感じになったのではないかと思います。

3.改正行政事件訴訟法のポイント

司法制度改革で行政事件もやらないといけないよねということで、今回、42年ぶりの行政事件訴訟法という法律が改正されました。

なぜ、いままで東京地裁の話をしたかということ、この行訴法改正はもちろん学者、労働組合、企業の方、先ほどの市村さん、検事に向向した裁判官も入っていましたが、実質的に言うとこれは裁判実務が主導して行った法律改正だったのです。しかも、裁判所の中も一枚岩ではありませんので、東京地裁の元気な判決を書く人たちが中心だったのです。

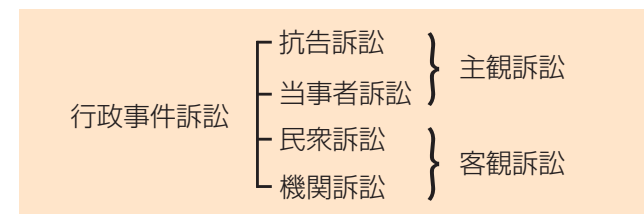
変な話、自分たちがやっているような、判決が出しやすいような法改正をやったというのが今回の改正の実質ということになります。現に企画官になって立案されたのは村田さんという方ですが、その村田さんと

いうのは藤山さんのもとで小田急判決を書いた方で裁判官が実際に立案されたという法律だったわけです。

(1) 抗告訴訟のメニューの増加

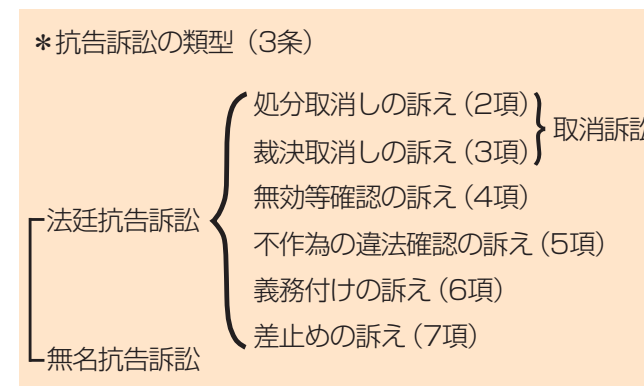
行政訴訟というのは民事訴訟と違っておりまして、行政事件訴訟は現在ある4つの訴訟類型が抗告訴訟、当事者訴訟、民主訴訟、機関訴訟ということで、このうち重要なのが抗告訴訟と当事者訴訟です。

図表1 行政事件訴訟の4類型



まず、抗告訴訟というのはどういう訴訟かといいますが、処分の取消しの訴え、裁決の取消しの訴えと、これが取消訴訟です。

図表2 抗告訴訟の類型



はっきり言ってこれしかないというのが現状だったわけです。もちろん無効等確認の訴えというのもありますし、不作為の違法確認の訴えというのも一応あったのですが、取消訴訟中心主義がとられておりましたので、取消しの訴えというのをどうするかということが大きな関心事だったというふうに言ってよろしいと思います。学会的には、取消訴訟の使い勝手を良くしたらいいのではないかとということだけが関心としてありました。

図表2の下にある6項の義務付けの訴え、これが義務付け訴訟です。先ほど市村判決を申し上げましたが、

除却命令を発動しろとかそういうことを主張できるものです。7項の差し止めの訴えは、行政処分がされそうときにちょっと待ったと止める訴訟ということですよ。義務付けと差し止めはすごく要件が厳しいのです。だいたい似たような要件になっていますが、まず絶対にこんな要件を満たすことはないだろうと思うような要件設定になっています。義務付けというのは、裁判所が行政庁にあれやれこれやれという話で、何月何日に命令を出しなさい、何月何日何時に建築確認を出しなさい、そういう判決内容ということになります。あまり踏み込みすぎると三権分立に抵触しますので、そこで要件をすごく厳しくして、本当によっぽどいときにだけ使ったらいいのではないかとということです。法制局も通さなければならなかったということもありまして、そういう非常に厳しい要件設定になっています。ですから、私はこの点についてはこんな使われもしない法律を作って、まったく無駄だと言って批判していたのですが、最近実務というか、行政というか現実のほうが進んでいるのかもしれない。

これは法律を作ったとたんに二つとも使われました。一つは、マスコミでも出ましたが、障害を持った女の子が、保育園に入園を拒否されたということで、入園させろという義務付けの判決が地裁ですぐ出たところです。

差し止めにつきましては、平成18年の4月だったのですが、東京都の日の丸、君が代の事件がありました。絶対に君が代を歌わないという方がいらっしゃるの、あらかじめ都の教育委員会が都知事の指示のもとに、「ちゃんと起立して歌を歌わなかったら懲戒だからな。」という通達を出していました。そうすると、初めから起立しないと決めている方は、卒業式がくると自動的に懲戒になりますので、そこであらかじめ懲戒処分差し止めを起したわけです。東京地裁なのですが、懲戒の差し止めが認められまして、そういう通達は違憲だという判決でした。6項、7項についてはちょっと想定外だったのですがすぐ使われました。こういうダイレクトな訴訟というのは使いやすいみたいで、何か不作為の違法確認というよりも義務付けで、これをやってほしいとかやめてくれとかそういう話というのが、むしろ弁護士さんの的には使いやすいし、意外と裁判官がのっているというところがやや意外な感じのするところです。

(2) 公法上の当事者訴訟を活性化するメッセージ

最初に、学会的にいうと革命だったのですよということを申し上げたのはこの話です。これは、始まったときに思ったことと、最後に総括してこんなことになるとはというように、あまりにも違っていたので我ながら大変おもしろかった内容です。

行政事件訴訟というのは、図表1をもう一度見ていただきますと、先ほど申し上げましたように大事なものは抗告訴訟なのです。特に主観訴訟のほうで議論しますと、実は法律には抗告訴訟、これの中心は取消訴訟だということは申し上げましたが、法律ベースでは抗告訴訟と当事者訴訟と二本立てになっています。ところが学会では、通説は当事者訴訟というのはないに等しいものであると、戦後ずっと言ってきました。抗告訴訟だけしかないというのは学会では定説でしたし、私自身もまさに、そういうことをずっと教わって今日に至っていたということがあります。だから、抗告訴訟といえば取消訴訟で、行政訴訟で当事者訴訟なんてとても使えない。使えないし、使われないはずだという大前提できていたわけです。なぜ、そこまで当事者訴訟を憎んだかということですが、これはその定義に問題があるのです。

図表3 当事者訴訟の形式

当事者訴訟

- 形式的当事者訴訟
- 実質的当事者訴訟

どこの定義に問題があるかという、当事者訴訟は図表3のように、2種類ありまして形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟というものがあります。このうちの問題なのは、実質的当事者訴訟のほうが重要なのです。実質的当事者訴訟の定義は、改正後の条文で「公法上の法律関係に関する確認の訴え、その他の公法上の法律関係に関する訴訟」となっています。改正前はまだもっとシンプルで、後半部分だけの「公法上の法律関係に関する訴訟」が書いてあった。公法上の法律関係に関する訴訟と定義していて、これは何がいけなかったかといいますと、「公法」という言葉がよくなかった。

戦後レジームのところでも申し上げましたが、戦後の行政法は「公」ということをずっと否定してきたわけ

です。公益論というのもやってはいけなし、それが全部公法の話なのです。公法という公益的な話が出てくる、国家権力の話が出てくるということで、そういうものをやってはいけなしのにもかかわらず、この定義にはこの公法上の法律関係ということですから、これは公法というものがあるというふうに戦前主張されていた人がいましたので、そこで戦後はそういうものは絶対に使ってはいかんということで全否定してきた条文ということになります。

ただ、公法上の法律関係に関する訴訟というのはどうなのかが典型例かといいますと、日本国籍を有していると主張している人が、日本国に対して、自分の国籍の確認を求める訴訟があげられます。

これはことさら当事者訴訟と言っていますが、民事訴訟と同じなのです。AさんがBさんに金返せという訴訟が民事訴訟です。私が債権者であることの確認を求めると同じことです。そうすると、私が日本国に対して国籍の確認、国籍を有していることの確認を求める訴訟というのは国と国民の関係ですから、私法ではないのです。

もう一つは、例えば国家公務員が免職されたとします。免職されて、私は悪いことはやっていないということになると、国家公務員たる地位を国に対して確認してもらおうという訴訟を起すのですが、これも国家公務員たる地位に関する訴訟ですから、公法上の法律関係の訴訟なわけです。たとえば会社の社員が解雇された場合には、社員が企業に対して社員たる地位の確認を求めるという訴訟をしますが、これは会社と社員の関係ですから、私法上の関係です。ということになると、私法上の法律関係と公法上の法律関係というのがパラレルに存在することになります。そうすると、これは私法と違う公法の世界があるということ、ある意味前提にしないと成り立たない訴訟類型だということになるので、そうすると公法の世界ということが出てくる。

戦後レジームで最初出てきたような話、全部否定したような話が全部復活するようなことになるのではないかと思いますので、学説的にはずっと否定してきた。何があったのかよくわかりませんが、裁判所的には公法上の当事者訴訟をもっと使いたいというのがもともとあった。裁判官からしてみますと、行政訴訟というのはもともと数も少なかったですし、抗告訴訟で普通の民訴と違いますのでやりにくいわけです。しかも、事

件の量ということからいうと、民事事件のほうが圧倒的に多いわけですから、そうすると普通の民事事件のやり方の方がずっと慣れている。そうすると、公法上の当事者というものは、公法という言葉だけ変えればいいだけで、やり方が民訴と基本的に同じなのです。訴訟構造がまったく同じで、AさんとBさんの対立、それが国と国民とか、地方公共団体と住民とかになるだけのことで、そうだとすると実務的にはずっと使い勝手がよかったということがあり、裁判実務主導で法律改正をしたということになります。

実は重要なことは、この当事者訴訟というのは非常に使い勝手のいい訴訟類型なのです。立法者意図としては行政計画、行政立法、これは通達とか命令、法規命令などですが行政指導、こういうものを全部受け入れたらいいのではないかとということで考案しているのです。つまり、建築確認のような行政処分、都市計画事業認可という処分であれば抗告訴訟、取消訴訟でいけばいいのですが、そうではないちょっとグレーゾーンのものがたくさんあります。訳がわからない行政指導とか通知があったりとかします。そういう周辺領域で実際には行政がたくさん活動していますので、そういうものが嫌なときは、何か従いたくないとか、適法性に疑問があるとかという場合には当事者訴訟を使うということで法改正をしたわけです。

それは、例えば何月何日にどこそこでどこかの課長からこういうふうに言われたということがあった場合には、行政手続法という法律があります。行政指導は本当は密室でサゼスチョンするだけというのが古典的な形態なのですが、たとえば外国企業が相手だったりすると、あうんの呼吸なんかできるわけがないので、今言ったことを全部書面にしてくださいということになります。日付を書いて、だれが言ったかという責任者の名前も書いてくださいということと言いますと、出さないといけません。それも相対でやると証拠が残らないですから、行政手続法に基づいて何月何日の行政指導について書面化を要求しますということ、配達証明付郵便で出しますと、相手はちゃんと出さないといけないというような仕組みにすでになっている。そういう前提で使うと、何月何日の何々という趣旨の行政指導については、これに我が社は従う義務がないということ、確認を求める訴訟を提起することができる。これが当事者訴訟ということになります。最終的な法文は同じ条文の中に公法という言葉が2

回出てきます。ここは読み解かないとなかなかわからないところなのですが、とても大きな意味がありました。実際には当事者訴訟は使われていないとずっと言われていたのですが、非常に重要な最高裁判決で当事者訴訟のものもあるのです。

公職選挙法違憲判決で、これは在外邦人の投票を公職選挙法が全部否定していて、途中で法改正があって、比例区だけは外国にいる日本人にも選挙を認める、在外投票を認めるというように変わったのです。選挙区選挙ができないという状況になっていたものですから、選挙権を侵害するということで、10年ぐらい前から訴訟が起きていたのです。

改正行訴法が17年4月施行された半年後、平成17年9月14日の最高裁の大法廷判決の公職選挙法違憲判決があります。この訴訟では最高裁がそういう法律は憲法違反であるということで、この訴訟類型は実は、公法上の当事者訴訟だったのです。選挙権を持っているのは国民ですから、私が次の選挙で選挙できる地位にあることの確認を求める訴訟というように構成しますと、しかも選挙権を行使するということの確認ですから、選挙権は公権といって公の権利の典型的なもの、代表的なものということになるので、これは絶対に民事ではできないのです。それについて確認を求めることについて訴訟として許容されるというように最高裁は言いまして、それを制限している公職選挙法は憲法違反であるということを言ったという判決です。この判決があって、行訴法というのは決定的に改正法の方角性というのが出てきた。だから裁判所はこれからもっと動くということになります。また、改正法の原動力になった新しい感覚の法律論というものは方向性としては根付いたというように現時点では言えるのではないかと考えているところです。

(3) 公法概念

公法という概念は、例えば公益という概念は皆さんはどういうふうに受け止められるかわかりませんが、法律学の世界では、特に憲法という枠の中では、公益という概念の場合、だいたい公共の福祉とイコールだというイメージがあって、公共の福祉というと人権制約も根拠なのです。人権というのは、公共の福祉の観点から制約されるというふうに憲法学者の頭は固まっているものですから、そうすると公共の福祉とはどういうものか、公益とは何かということと言っていると、それ

はもう人権制約の議論でしかないのです。

憲法での公共の福祉の説明は、国家というものが、それを否定するのではない限りはある種の必要性和有用性がある、国家権力も必要で、公益的な議論も必要で、公共の福祉もやはりなくてはいけなくて、ただ乱用の可能性があるとして2段階で言わないといけなかったわけです。今後は、新たな視角にたつて公法概念を捉えなおし、これをどのように再構成するかということ。また、その内容は大きく分けて二つあり、

- ・ 憲法と行政法の関係
- ・ 民事法と行政法の関係

をどのように考えるかというのが特に重要なのです。

(4) 行政の私法化

最近起きている実定法上の現象を「行政の私法化」という言い方を私はしていますが、何か行政がちゃんと行政行為をしなくなっているのです。

民営化とか民間委託とか、規制緩和もそうなのですが、こういうのを私法っぽい手法でやるということなのです。道路公団を会社にする。まさに会社というのは商法の世界ですから、そうすると商法は民法の特別法ですから、私法中の私法ということになります。では、道路公団が会社になったらいきなり、会社だから道路料金を勝手に変えていいのかというとそんなことはないわけで、管理主体が会社になったからといって道路が公共物であるということは動かないわけですし、皆が使うということも前提ですから、そんな独占的な利益で道路料金を好きなように変えられますよということにはならない。民営化したとしても、そこには何らかの公法的な規律がある。道路の公的性質に応じた規律があるでしょう。それが公法で議論するべきものではないかというのが一つです。

公の事務である建築確認を民間の指定確認検査機関が行う民間開放などもそうなのです。民的な民法だけが適用されて、行政法的な公的な規律はいらないのかというと、そんなことはないわけで、その議論がちょうどすっぽり抜けてしまっていることの根本的な原因が、公法という概念をずっと使わなかったとか、さかのばれば憲法教育ということになるのかもしれない。だから、公法という概念を使って、素直にそういうことを議論する必要があるのではないか。私法化された行政活動を私法領域に追いやらないで、行政法的関心に基づいて公益性が担保されるような仕組みを考

案するというのが、今まさに求められているのではないかと思います。

また、保育園を民間委託にしたら、じゃあ子供を預けるときにまったく私的な私人間の契約でいいのかという問題もあります。保育園を公的な主体が管理運営しようと民間会社が管理運営しようと、大事な子供を預けるということは変わらないわけですから、そのところがちゃんと担保されなければいけなくて、そういうスキームがないままに放ったらかしになっている、あるいは不十分であるというのが現在の法律の制度設計の共通した問題点です。民間に委ねればだいたいうまくいくでしょうという、ある種の無責任なところもあるのかなというように思っていますし、そういうことについて何か歯止めをかけたいということで、公法という概念をもう少し使ったらいいのではないかとあります。

私法的な関係であっても、例えば国有財産とか国、公共団体が私人と同じようなかたちで財産管理をするものについては、それも公の財産なのだから、単なる単純な私法上の関係ではなくて、公的な規制が必要ですよということを言っているのが行政法の大家である田中二郎先生が唱えた「管理関係論」というものです。

このように、行政事件訴訟法は原告適格の実質的な拡大、また実務的に重要な改正もすいぶんあって、行政訴訟は結構使い勝手がよくなっているはずですので、これから行政訴訟は変わっていくと思います。

4.最高裁の変容ぶり

革命的な改正の経緯をさらに超えるような大胆さを持っているのが、最近の最高裁の判決です。まず、小田急高架訴訟です。これはそもそも東京地裁の藤山裁判から始まったということは最初にご紹介いたしました。原審である東京地裁では行政側が負けまして、東京高裁でそれがひっくり返りまして、最高裁にかかったあとに行訴法改正がされる。最高裁係属中に法律改正がされるという時系列になっているのです。

(1) 小田急高架訴訟判決

そこで、行訴法改正がなされて、最高裁が一番最初に判決を出すだろうと当初予定されていたのが、この小田急高架訴訟についての最高裁判決でした。東京高

裁では原告適格が否定された。そこで、今回行訴法の改正では原告適格を実質的に広げましょうという法改正をしましたので、この法改正の趣旨が原告適格のところで生かされるかどうかというのが最初の争点になりました。最初、平成17年12月7日は原告適格のところだけを切り出して、最高裁が判決を出します。結果としては都市計画の事業地の外にいる、必ずしも不動産の権利を持っているわけでもない環境利益や騒音被害があると言っているような人たちに原告適格があるかどうかということが争点になりました。結論としては、行訴法の9条2項が法改正で新しく付け加わったのですが、その趣旨を援用して、従来の判例を変更して原告適格を肯定した。これは一応順当な結論ではあったと思われます。

平成11年判決の環状6号線訴訟とほぼ同じ条文が問題になりましたが、基本的にこの間都市計画法は変わっていないのです。だから、原告適格を判断するというのは、本当は行訴法は関係ありませんから、都市計画法に基づいて都市計画法がそういう環境利益的なもので含んでいると見れるかどうかということで原告適格を認めるか否定するかということが分かれてくるということです。行訴法が改正されたけれども、別に都市計画法は何も改正されていないわけですから、法律解釈としても変わらないはずなのです。環状6号線の最高裁判決だと、木で鼻をくくるような判決でして、そのような利益は認められるはずもないということで、「都市計画法はそのような趣旨をまったく含んでおりません。残念でした。」という門前払いの冷たい判決でした。今度は一転しまして最高裁大法廷判決で、「環境的にとても重要で、騒音が大変だと生命、身体に影響があって深刻な被害を被ることが明らかであるから、したがって原告適格を認めるのは当然である。」と言うのです。いずれにしても、私は原告適格なんていうのは別にどっちだっていいような話で、政策的な話ですから、まじめな訴訟を提起しているのだったら認めればいいじゃないかというのが私の発想で、こんなのは理屈の問題ではないので、真摯な訴えとして提起していて、ちゃんとまじめに環境被害を主張しているのだったら、本案に入って、そういうものが本当に保護されているかどうかという判断をすればいいということなので、これは肯定して当然だろうと思います。

ただ、この17年の12月判決はマスコミでも珍しく

取り上げられて、これから行政訴訟が変わるなんて言われたのです。最後がどうなるかということが大事でして、この判決が出たときに多くの人は思ったと思いますが、そうはいつでもどうせ請求は棄却なのではないと思っていますから、だったら別に大盤振る舞いで原告適格ぐらい認めたらいいじゃないかということになります。私も大変冷たく見ておりまして、平成18年2月7日本案判決が出まして、これは結論としましては裁量審査について結局請求棄却をしましたので、「都市計画そのものについては違法とまでは言えない。」ということでした。

既定路線ではあるのだと思いますが、ただこの最高裁判決、18年判決というのは、判決内容を見ますと結構いい形で判例を変更しております。

(2) 裁量審査

裁量審査のやり方ですが、これがずいぶんニュアンスが変わってきているとあります。これはどういうことかということと二つあるのです。

一つは、今までは「まったく事実の基礎を欠くような場合にだけ違法になる」と言っていたのですが、「重要な事実の基礎を欠いていたら違法になる」と言ったわけです。これは大きな変更で、まったく事実の基礎を欠く場合にだけ違法になると言ってしまうと、これはマクリーン事件判決で出された判例の基準で、それ以後ずっとこの基準だったのですが、いくら日本の行政機関といっても、まったく事実の基礎を欠くようなことなんて、組織としてそんなことをやるなんていうことはちょっと考えられないので、普通の文明国家ではまったく事実の基礎を欠くような場合というのは事実上ゼロです。そうすると、こういう場合には違法になりますよというのは、事実上何の審査もしないというのとほぼ等しいわけです。これに対して、今度は、重要な事実の基礎を欠くということになりますから、重要な事実の基礎ということになると、これは結構あり得るわけです。そんなに多く取消されても困るのですが、ただ、重要な事実の基礎を欠くということになると、10件に1件とか20件に1件とか、それらについては違法であるというように言ってもらって、行政にやり直していただくというのは当然のことだし、これだと比較的ありそうです。まったくないというのと、そこそこありそうというのは、現実味はだいぶ違いますから、これはかなり、裁量審査の基準と

しては結構いい、現実的に使い勝手のいい基準になっているのではないかというのが、全体としての評価ということになります。

もう一つは、それなりに踏み込んだ判断過程審査をやっています。東京地裁の藤山判決のときには、非常に踏み込んだ判断過程審査をやりました。非常に細かく見て、間違いがあるともうだめだよということで、違法だから取消しということになっていたわけです。それを最高裁が全否定したということになって、それを受けての最高裁判決なのですが、ここではちょっとオブラートに包んでいますけれども、地裁ほどは細かいことは言っていない。しかし、ある程度踏み込んだかたちで判断過程審査をするということになっているので、少なくとも東京高裁には与しなかったということとははっきりしておりますし、東京地裁の示した基準をある程度現実的なところで受け止めて、反映させた判決です。それなりに穏当なところで裁量判断の基準を示したのではないかというのが、この小田急高架訴訟の法案判決についての全体評ということになります。

全体として見ると、このように裁量審査を今後やっていくということを最高裁が宣言したわけですので、原告適格などは私は本質的な問題ではないと思います。ここはかなり効いてくる話だというふうに思っております。そういう意味でも行政訴訟は変わってくると思います。

(3) 処分性を大胆に認める判決

ここまでは私もついていけるという話なのですが、最高裁の最近の判決は、実はあまりにも大胆ということがあって、ちょっとどうなっているのかというくらい大胆な判決を出しております。それを少しご紹介したいと思います。

行政にはいろいろな行為があります。名称はいろいろで、通知とか承認とか同意とか命令とか、命令だったら行政処分であることははっきりしていますが、それ以外のものについては、今までそれは何とか行政処分だと言える取消訴訟ができたのです。

それまでは、とにかく取消訴訟しかないということで、しかも最高裁は処分性というのはほとんど認めないと言いますか、グレーゾーンのものについてほとんど否定する。行政計画も処分性否定ですし、通達なんかを認めるわけがありませんし、行政指導などは事実

上の行為にすぎませんから、そんなものは行政処分であるわけがないということで、死骸類々の処分性を認めないという判例がたくさんあるのです。あまりにも判決が厳しいので、学説の努力というのは今まで、何とか行政計画に処分性を認めたいとか、へ理屈でもいから処分だって言わないと取消訴訟に乗っからないので、裁判的な救済がなくなってしまうわけです。そこで、やむを得ず一生懸命へ理屈を考え続けて言い続けた。言ったけれども、しょせん独自の見解であると言われて採用されないというのが戦後の歴史だった。そこで、いよいよ最高裁が動かないからということで、無理に処分だということはないので、処分がない、あるいは怪しいというものについては当事者訴訟を使えばいいじゃないかということで立法者は法改正をしたわけです。

ところが、この法改正の前後から最高裁が処分性を大胆に認めるようになったということで、これは実は法律が改正される前からちらほらそういう兆しはあったのですが、行訴法が改正された後の判決を二つ挙げておきます。最高裁は平成17年4月14日登録免許税の通知について処分性を認めるという判決を出しました。すぐそのあとまた、平成17年7月15日の判決というのが出ました。医療法では病院の開設についてベッド数等を制限しているものですから、ちょっと供給が過剰になると、病院の開設を中止しなさいという勧告を知事が出せるという規定がございます。これは勧告ですから行政指導で、事実行為です。勧告は従う義務はありません。これは勧告ですから、行政処分だなんていうことは絶対にあり得ないものなのです。ところが最高裁は驚いたことに、開設中止の勧告は行政指導であるけれども処分性があると考えるのが妥当であると言ったわけです。行政処分ではないというならわかりませんが、行政指導だということを明示的に言って、事実上の行為にすぎないと言った上で、それはつまり行政処分ではないと言っているのと同じことなのです。だけれども行政処分だと言ったのです。だから、まったく矛盾した、日本語として成り立っていない言い回しということになります。中止勧告を受けた病院のほうで、嫌だから、そんなのは従いたくないから勧告の取消訴訟を提起した。これはもちろん行訴法改正前に訴訟を提起していますから、当事者訴訟は使えるわけではないという前提です。勧告に対して取消訴訟を提起している。そうすると最高裁としては、これは処

分性がないといって門前払いすることはもちろん考えられる、あり得た選択肢なのですが、ただ、今回の行訴法の改正の眼目というのは、入り口で蹴飛ばさないようにするというのが共通の議論なのです。とりあえず受け入れて判断してあげましょうというのが趣旨なので、結論は悪くはないのです。しかし理論的に成り立たないということで、これはちょっと言い訳のきかない判決です。最高裁はどこまで考えてこれを言っているのかよくわからない。こういう判決を出してくれるのだったら、当事者訴訟を活性化する必要はなかったのです。

実は今度の行訴法改正では、行政処分をするときは、行政庁はこういうふうに争うことができますという教示をしないといけな。それは行政処分が対象です。ということは、開設中止の勧告というのは行政指導のつもりで作っていますから、教示の規定は当然ないわけです。そうすると、最高裁で処分だと言われた瞬間に、教示義務はこれからどうするのかということが問題になります。どうするのですかねと最高裁に聞いたわけですが、皆困っている。行政も困っている。だけど、法律は行政指導で作っていますし、最高裁も行政指導だと言っていますから、どうしたものかということになります。

国民の側からしますと、今後こういう判決が出たとすると、同じ中止勧告を受けたという人は訴訟は何でいけばいいのですか。最高裁があるのだからもう1回取消訴訟でいきますかねということにもなるし、いやいや、でも行政指導だから当事者訴訟でいきましょうか。たぶん、今まで行政訴訟で起きてきたことは、こういう場合に処分だという前提で取消訴訟をやると、これは行政指導だから処分性はありませんといって蹴飛ばされて、いやいやこれは行政指導ですからということで当事者訴訟でいくと、これは行政処分だから取消訴訟できてねというふうに言われるという、たらい回しが普通だったのです。そうすると、下手をすると、新しいたらい回しになってしまうのではないかという懸念もある。もし弁護士さんの的に考えるとすると、こうなったらもう両方ですね、二つ訴訟を提起します。取消訴訟と当事者訴訟の両方をやっておけば心配ない。いずれにしても入り口に入っただいて、当該勧告が違法かどうかということを審査してもらうということでやっていただくことになります。

ちょっと大胆すぎる判決で、これは少なくとも改正

行訴法が想定していなかった事態ということになります。裁判所のほうは、特に最高裁は極めて大胆に動いているということがあります。でも、いいほうに混沌としているのかもしれませんが。

(4) 行政的不作為

現代行政の大きな問題は行政の不作為をどうするかということに、今は移ってきています。

- ・ 行政が何もやらない。あるいは、
- ・ さっさと権限を発動してくれないと困る。

ということが大変多いわけで、そういうときに不作為を争う方法が足りないということです。従来、義務付け訴訟ができる前はなかなか認められなかったもので、それで平成16年4月、10月の判決とも国家賠償で損害賠償請求というかたちで提起したものだったのです。従来最高裁が使っていた形式というのは、これも裁量が大きな壁になっていまして、消極的濫用論という基準を使っていました。つまり、裁量がその権限を発動するか発動しないかについては、これは行政庁に裁量がありますので、「その裁量権を行使しないことが明らかに違法であるというような場合を除いて違法とはならない。」という、そういう定式を使っていました。

これが今度、普通の行政訴訟にも影響してくるということになると思いますが、権限を発動するか発動しないかは大きな裁量があるという考え方を、行政便宜主義というふうに言いますが、これをどう克服するかということが不作為の問題の大きなテーマです。悪質な宅建業者がいて、その人の免許を何で取消さなかったのかという訴訟と、クロロキン製剤のクロロキン訴訟の事案です。医薬品についての副作用があるということがわかっているときに、製造承認をなぜ取消さないのかということが患者の側からは主張される。これは全部権限の不作為ということになります。

こういうものについて、「行政による規制権限の行使は、法令の趣旨・目的、その権限の性質に対して著しく合理性を欠く場合に限って違法になる。」と、これが消極的濫用論と命名されている最高裁の基準だったのです。

学説では、現実これで救済された例はなかったのです。こんな不作為の基準では、患者とか一般消費者が勝てる場合はないから、もっときつい基準を作らなければいけないのではないかという形で議論がなされ

ておりましたら、判決が突然変わりました。

筑豊じん肺訴訟判決というものがあって、これは鉱山保安法という法律がありますが、これは省令改正権限なのです。通産省ですが、ちゃんとした省令を作らなかったということが違法だということで国賠を認めた。

それからもう一つ同じ16年判決で水俣病訴訟ですが、水質二法に基づく規制権を行使しなかったことが違法だといって、消極的濫用論の基準で不作為を認めたということで、16年になって突然定式の使い方が変わったということです。このへんも、最高裁の中がずいぶん変わってきているということの一つの表れだということになります。学説のほうはちょっと、はしごが外されたような感じがあります。全体として、東京地裁などとはまた違いますが、最高裁は結構独自の動きをするようになってきているということが、全体として言えると思います。

(5) 指定確認検査機関の建築確認

法律実務というか行政実務にも本当は学ぶべきところがたくさんある指定確認検査機関の判決があります。耐震偽装事件は、ご承知のように建築基準法の建築確認をめぐる事件でしたが、建築基準法は最初の話と関わるのですが、昭和25年の法律で占領立法です。しかも、建築確認、それからちょっと考えるとわかるのですが、建築主事や特定行政庁など法律の中でちょっと変な言語を使用していて特異です。そうかと思うと第三者機関が置かれたりして、これはGHQの方針でというか、木造住宅ばかりの戦後の焼け野原になった現状を見て、さっさと建築確認を出して建築できるようにして復興しなければいかんということで、重い建築許可なんかにすると時間がかかってしまうから建築確認にして、建築主事を置いてどんどん出せるようにする。それで建築基準法でもついこの間まで14日以内という、そんな数字も入っていました。非常にアメリカっぽい法律です。実際には、建築主事の制度はニューヨーク州の一条例で作った仕組みをそのままもってきたというだけで、今となってはどこの何の条例だったか原典もよくわからないというのが建設省のお答えでした。そんなような、どさくさの中でできたのが建築確認という仕組みでした。ですからこれは、一戸建ての木造住宅を前提にしている、昭和25年当時はまだコンクリートの建物は少ない時代の話ですか

ら、そのようなときに作られた仕組みです。その後、今のような時代になっても、なお建築確認という仕組みが残っているということ自体がむしろおかしいわけで、戦後レジームそのままきいているということです。そのために建築確認でなかなか、本当に技術的なことを審査できる人がどうもいなくなっているということが建築偽装の背景にはあったわけです。

指定確認検査機関の件ということで申し上げますと、平成10年にいわゆる民間開放ということが行われて、民間会社の指定確認検査機関が建築確認をやるという仕組みを作ったわけです。とりわけ、株式会社についても民間開放するというのは初めてのことで、いわゆる公益法人などに開くということはあったのですが、そうではなくて、本当に株式会社にやっていたくということで、実質的な意味での民間開放という例としては初めてだったわけです。

これについて規定していたのが、建築基準法の6条の2という条文でした。これの顛末はすでにご案内かと思いますが、民間開放したわけですので、実際に民間開放された民間側の建築確認に違法があって損害賠償が提起された場合、いったい被告になるのはだれかということがまず問題になりました。当然これは民間開放したわけですから、立法者としては、国交省もそうでしたし自治体もそうですが、民間開放したのだから、それはやった会社本人が損害賠償の責任を負うのでしょうというふうに思っていたし、当の民間会社のほうも、自分が当然損害賠償の責任を負うのだというつもりでした。

ところが最高裁は平成17年6月24日に、これは決定なのですが、地方公共団体が責任を負いますよと言ったので、民間会社もびっくりしたし、地方公共団体がびっくりしたのは当然ですが、皆びっくりしたということはいったいどうなっているのかと、実務は大きな衝撃を受けたことになります。また法律改正しようということで、平成18年の法律改正につながっていくわけですが、この事件というのは今まで申し上げた裁判所の動きということとの関連で申し上げますと、最高裁の決定は法律の文言を見る限り極めて穏当なものです。6条の2という条文は、確かに民間開放という言い方はしていますが、法律を見ると実は民間開放していないのです。建築基準法の法文を素直に見る限り、特定行政庁には指定確認検査機関の行った確認を失効させることのできる権限がある。これが6条

の2の第4項ということになります。みなし規定があって、それで特定行政庁にもう1回見る機会が与えられているわけですが、そこでもし違法だということになると、失効権というものが特定行政庁、自治体の場合にはあるわけです。

そうすると、これは通常の監督権の範囲を超える一種の並行権限といっていますが、失効させることができるということは、生殺与奪の権限を持っているのと同じことになりますから、自ら建築確認をやるのとはほぼ同じことができるというわけです。最初に窓口になるわけではないというだけのことになります。つまり立法者の主観的思惑とは異なり、客観的に理解される現行の仕組みは、厳密に言えば建築確認の民間開放とはなっていないということで、このことが最高裁決定において確認される。つまり、最高裁は指定確認検査機関の建築確認は自治事務として、国家賠償請求訴訟における被告適格を地方公共団体に認めた。建築確認は、民間開放した以上は地方公共団体が国家賠償責任を追求されることはないという甘い期待は、あっさりと裏切られたということです。

要するに何でもこういうことが起きたかという、裁判所は考えてみると法の支配ですので、裁判所の見解と行政の見解が対立したときには、裁判所の見解が優先するわけです。それは憲法に書いてあるからしょうがない。そうすると行政のほう、ひょっとしたら裁判所は違う解釈をするかもしれないということを含んだ上で法律改正とか法律を作るということは本来しないといけないわけです。

6条の2という条文を見ますと、ここが一番決定的だと思いますが、単純にみなす規定だけだとわかりませんが、失効権があるとか、踏み込んだ監督権も書いてありまして、5項になりますが、その他の措置を命ずることはできますよというようなことがいろいろ書いてあるということになると、いやいや省令では特定行政庁に詳細な省令があがってこないことになっているとか、言ってもだめなのです。法律が大事ですから、法律による行政の原理だからそんな省令等は関係ないわけで、そうすると法律を作るレベルのところ、厳密に作っておかないと、そういう解釈、可能性を封ずるかたちの制度設計をしないと、こういうことになるのは当たり前のことです。

そういう意味でこの文言から見ますと、私に言わせれば、こんな条文を作っておいて何で責任を免れると

思うのかむしろ不思議といいますが、あまりにも認識が甘いのではないかなと思うわけですが、そういうことで今回は地方公共団体のほうに責任があるというふうに言われたので、実務の方はずいぶん怒っていましたが、最高裁は変なことを言っているとか言ってみたところで、それはやはりしょうがない、こんな法律を作るほうが悪い。本当に民間開放したいのであれば、みなす規定まではいいと思いますが、失効権の規定を削除すればよかったのです。私が立法担当官だったら、そういう価値判断に立つとすると、失効権と監督権限のところももうちょっと緩いかたちにして、責任主体は指定確認検査機関だというふうに作れば、そういう解釈のほうかむしろ穏当だということになると思います。

しかし、今回の18年の建築基準法改正はそういう方向とは逆にいきましたので、民間機関に対して行政の権限を強化するというふうにいきましたから、ますます民間開放したけれども中に行政を取り込んだという仕組みになりました。突き放さないと市場原理が働かないので、なかなか民間開放は難しいのだなと思います。そして、こういう判決を普通に出してくるというのも、今までは行政の言うことを最高裁はだいたい丸のみしてきましたので、やはりそこらへんはずいぶん違っているということはあるのではないかと思います。

あと個人的には、行政の訴訟のレベルが低いという、訟務検事さんが展開される法律論というのは古いままなのです。聞きましたら、前例主義が強く国としての主張だから、前に言ったことと違ったことは言うてはいけないというのがとてもきつくあるのだそうです。そういうものをそのまま使っているということになると、法理論そのものも変わっているわけですから、あまりに古色蒼然とした法律論が展開されています。勝てないのはいろいろな理由がありますが、一つの理由がそこらあたりにあるということです。結構深刻かもしれません。

以上が裁判所ベース、それから法律学者も含めてですが、法律論というのが非常に大きく変わってきて、それは多かれ少なかれ行政にも影響を与えなければいけませんし、こういうものを含んで行政実務が変わらないといけないのではないかな。立案の過程でずいぶん目配りをしないとといけない事柄があるのではないかと考えております。

5. 法律を作る霞ヶ関ルールの変化

以上のような法律論の大きな変化とある種連動するのかもしれませんが、最近の動きということで申し上げるならば、立法の局面においても、これは主として行政とか国会の関係ですが、それなりに変わっていることを指摘したいと思います。

一つは法律を作っている霞ヶ関ルールというものが大きく変わってきたということで、政治主導の法律が増えてきたということです。つまり、閣法という法律があるわけですが、各省が持っている所管の法律について内部でよく検討して、その中でだんだん上にあげていって、内閣法制局審査を通して、最後閣議決定してもらって国会に出す。国会は別に審査しませんから、そのままだいたい通るというのが既定路線としてありました。

しかし、ここで顕著なのは、中央省庁改革を13年にやりまして、内閣機能の強化の機能は結構効いておりまして、特に小泉内閣と時期が重なったということもあると思いますが、法律の作り方がトップダウンになった。官邸のほうから指示があって、各省は自分たちがやりたくない法律を作らされるという図式が結構多くて、そういうかたちで政治主導立法が増えてきた。

これは、内部の法律案の議論というのをむしろ相体的に低下させることで、世論重視のと言いますか、そういう法律が作られるようになった。司法制度改革も、法務省が本当は所管なのですが、法務省に司法制度改革をやらせると全部骨抜きになるので、そこでやったのは内閣なのです。ただ法案提出権はどうしても法務省にあるから、内容は全部決めたあとで法務省はそれを形式的に出すだけです。政治主導立法はだいたいそういうかたちでやっているわけです。

そういう中で顕著な傾向としては、内閣法制局批判というのが戦後初めてあからさまに言われるようになってきたというのは最近のことです。これも、内閣法制局は奥の院ですから、そもそもなかなか表に出てくるような役所ではないのですが、しかし霞ヶ関を支配しているのは財務省ではなくてそれは内閣法制局であるという言い方をする人がいるように、実際には内閣法制局を通らないと法律が通らないので、そこでいろいろな法律論を戦わせるということになります。

ただ、古い法律論というのを、裁判所は変わりました

たが行政はずっと引きずっていますので、そうすると内閣法制局の法律はものすごく古く、かつ変な法律論が結構あって、理屈にならないような法律論というのが霞ヶ関の中でだけ通用しているというのがたくさんあります。そのうちの一つが顕在化して、あまりにも内閣法制局がそういう時代不適合的な法律論で何か法律改正したいというときにブロックしますと、それは当然法制局批判という形になってきます。いよいよ言うことを聞かないということになりますと、内閣法制局を無視して議員立法を出してしまうということが、最近の現象としてあります。

その典型例は、平成17年の証券取引法の改正が一番象徴的でした。今は金融商品取引法というふうに変わりましたが、課徴金というものがあって、今日のお話の最初に行政制裁金のお話をしましたが、これはインサイダー取引などを効果的に規制するにはどうしたらいいかということ、従来は罰則しかなかったのです。やってはいけないという禁止規定と、あと罰則です。罰則は懲役と罰金があるわけですが、経済犯罪ですから普通は懲役はなかなか出ませんので、そうするとせいぜい罰金ということになるのです。ところが罰金50万とかやっても、しかも経済主体ですから100万、200万はどうっていいことではない。しかも警察が所管だということになりますと、まったく動かない。そうすると、インサイダー取引なんかを規制するには、そんな罰金などではだめだ。といっても懲役はちょっと重いかもしれないということになりますと多額の課徴金、もしくは行政制裁金ということになる。これはヨーロッパのほうではむしろスタンダードですので、そういうものを作ったらどうかということで金融庁などは、最初は閣法で作りたいと思っていたので証券取引法の中にそういう課徴金を入れて、閣法の原案を出そうとした。

しかし、内閣法制局は課徴金というのは罰金であるというふうに言って、そうするとすでに罰金があるわけだから、罰金があるのにまた罰金をやるということは二重処罰に抵触する。二重処罰は禁止されているので、したがって課徴金は憲法違反だから許されないとやったわけです。だけど前提は、罰金は刑事罰、課徴金は行政上の制裁措置としてやっているだけだから、両者は違うものです。刑事法と行政法は違うのですから、だれが考えても法制局の理屈がおかしいのですが、二重処罰に抵触するから課徴金は許されませんと言

まして、結局法案に入れさせなかったのです。

そこで金融庁は、しょうがないからその部分を抜いて改正案を出したのですが、与党と野党が連携して、「そんなもの二重処罰の禁止などまったく当たらないので、入れればいいじゃない。」ということで、議員修正で課徴金を入れて通してしまったということです。だから、閣法を議員立法がひっくり返したような感じになってしまっているということです。

会社法もこれは基本法ですので、商法という法律にこの間まで入っていたわけです。会社法の改正では、経済界は本当にもっといい会社法を作りたいということです。だから、働きかけてきたわけです。所管である法務省がなかなかできないということでやっていたら、これは経産省が仕掛けて会社法を改正しますというと法務省と全面戦争になるので、実験ですからということで、特別措置法でやらせてもらう、それから特区でやらせてもらう。1回だけということでやってうまくいくと、ほらうまくいったではないか、何の問題もないではないかということで圧力をかけるわけです。そうすると、法務省もだんだん外堀が埋まってきまして、内堀も埋まりつつあったので、1992年頃から動きがあるのですが、法務省は声明を出すのです。それは、会社法の法律関係でも、この改正事項について法務省がやると自分で宣言するわけです。それ以外のことについては関知しないというすみわけ宣言を法務省自身がやりまして、最後会社法の制定をついにやらざるを得なくなって、今回の商法から飛んで会社法という形で新しい法律ができたということです。このあたりも、いかに古い法律論が追い詰められていくかということの現象として大変おもしろいところです。

6. 都市計画領域における動き

都市計画関係もほぼ似たような関係がございます。都市計画というのは公の性質がもともとちょっと強いところで、都市計画法は昭和42年制定されましたので、あの頃の仕組みだと非常に固い。固かったところにだんだん、会社法と同じで民間的な要素がどんどん入ってくる。国交省本体に仕掛けると結構抵抗もあったりして、そうすると特別措置法というかたちになる。あとは、うまく与党から働きかけると、いろいろな都市再生関係の規制緩和の動きである都市再生特別措置法、これも特別措置法ですが、そういうかたちで実質

的には都市計画法本体を変容させるという形で、法律改正がなされているところで、経済原理を非常に重視するということになります。

デベロッパーさんはとても強いですから、しかも中央省庁改革で内閣が強くなっていますから、こういうかたちで規制緩和をやりたいということになると官邸主導でそういう法律がどんどんできてくる。そうすると民間に有利な使い勝手のいい都市計画制度、簡単にいうともうかる仕組みで規制がなくなることになります。それはつまりところ官の領域が縮小していくということでもありますし、そういう現象としてとらえることができるわけです。

民の論理が導入されたりとか、あるいは民の参入ということという、発案については民間に開放したり、あるいはPFIも混ぜてしまうという話だけれど、今まで民が入っていなかったところに混ぜていいということになりますから、民間がそれだけ進出しているということにはほかならないわけです。そういう民間のダイナミズムがないと法律もなかなか動かなくて古いままなのですが、ただ一方で、混ぜるということは責任の所在が明らかでなくなるということでもあって、そのへんの手当てが制度としては本当に大丈夫なのか、楽観的に考えていいのかというのはもちろん課題としては当然残っているということになるかと思います。

平成18年の都市計画法と建築基準法の改正についてご紹介だけしたいと思います。商店街対大規模施設の対立というのは、これも調べてみますと戦前からの対立構造があるようで、戦後ですと百貨店法という法律が戦後間もなくできております。これは地元商店街を守るために昔は百貨店を規制するとストレートに書いてある法律なのです。けれどもだんだん、外圧もあったりしてなかなか商店街を守りますということは建前として言えなくなりましたが、商工族は政治的にはとても強いので、商店街を守るための法律というのはずっと作ってきているわけです。

今回もそういうことで都市計画法の改正をする。市街地を活性化する法律を作るという形でできたわけです。そのときに大変興味深かったのは、「古い民と新しい民の間で呻吟する行政」と表現できますが、行政が真ん中にいて、片や商店街の保護をしてくれという大合唱が与党のほうからあり、一方で官邸のほうからは経済界の要望として規制緩和せよということで両方とも強いわけです。どっちにもあらがえない、どっちと

も言えないということになって、板ばさみでどっちに
いっても批判される。

今回の18年改正で出てきた議論というのは、これ
がやや意外なことに公益論だった。考えてみれば行政
の本則が公益ですから、要するに何のために都市計
画法を改正するかというと、それは商店街を守るため
でもなく、郊外型の立地規制ということ自体が目的で
あるわけでもなくて、この人口減少時代における都市
機能の集中ということをしないと人間が住みやすい町
にならないではないか。これは必ずしも建前だけとい
うことではなくて、ある意味で本音と建前が一致して
いる立法だったというのが私の評価です。ですから、
苦し紛れにいい法律ができましたねというのが全体評
なのですが、そこのところを結構ぎりぎりやって、だ
から都市計画法を改正しますということで、やっと王
道に戻ってきたという感じです。

けれども、公益って何だっけということになると、
行政法でもやっていなかったし日本でだれもやってい
なかった。また、「強い民」と書きましたが、官と民
の関係が、特に都市再生などはそうですが、行政と強
い民間が戦いますと、行政が負けるのです。行政法の
古典的な考え方は、行政は国家権力を持っていて、片
方は丸腰の市民ということなので、だから行政を法律
で縛って市民の権利を侵害しないようにするというのが行政法の王道なのです。最近目の当たりにしている
状況はそうではなくて、民間にはどやしつけられて、
嫌でしょうがないけれどもこういう法律を作っていま
すという感じのほうが多くて、むしろ行政はまったく
強くないのだなということをよく感じます。とりわけ、
地方分権のスローガンがあるので市町村に権限が下り
ているために、市町村だと実態から言うとなかなか行
政能力で難しいものがある。それから大企業にとても
対抗できないということがあって、県でもなかなかき
ついし国でもどうかという感じですから、規制する側
が強くなかったら規制できないので、こういうものに
ついては単純な地方分権ということではなくて、それ
なりのオーガナイズされた仕組みを作らないとだめで
はないかと私は感じています。

法律論が結構変わっているということと、もちろん
行政実務とか立案のほうでも変わらなければいけませ
んし、たぶんその中核になるのは公益論のような話で、
それは行政法で言えば公法という概念の復活というこ
と、またその中身を充填していく作業が今後大事だと

いうことを申し上げまして、今日の私の話とさせてい
ただきたいと思います。

参考書籍：

弘文堂　櫻井敬子・橋本博之「行政法」2007

財団法人　日本不動産研究所事業所一覧

本所	〒105-8485　東京都港区虎ノ門1-3-2　勸銀不二屋ビル
総務部	TEL (03)3503-5331　FAX (03)3580-9946
研究部	TEL (03)3503-5335　FAX (03)3597-8063
業務部	TEL (03)3503-5336　FAX (03)5512-7320
鑑定審査部	TEL (03)3503-5337　FAX (03)5512-7321
システム評価部	TEL (03)3503-5341　FAX (03)3503-4550
コンサルタント部	TEL (03)3503-5343　FAX (03)3502-3009
調査企画部	TEL (03)3503-5330　FAX (03)3592-6393
証券化プロジェクト室	TEL (03)3503-5377　FAX (03)5157-5451
企業資産評価プロジェクト室	TEL (03)3503-5275　FAX (03)3503-5276
環境プロジェクト室	TEL (03)3503-5339　FAX (03)5512-7123
国際評価グループ	TEL (03)3503-5330　FAX (03)3592-6393

東東京支所	〒100-6125　千代田区永田町2-11-1　山王パークタワー25F TEL (03)3503-5338　FAX (03)5512-7697
西東京支所	〒100-6125　千代田区永田町2-11-1　山王パークタワー25F TEL (03)3539-2552　FAX (03)3539-2558
水戸支所	〒310-0021　水戸市南町3-4-14　明治安田生命水戸南町ビル5F TEL (029)225-5138　FAX (029)224-5784
宇都宮支所	〒320-0036　宇都宮市小幡1-1-27　KMGビルディング小幡5F TEL (028)621-3887　FAX (028)627-3289
前橋支所	〒371-0023　前橋市本町2-14-8　新生情報ビル5F TEL (027)221-5300　FAX (027)221-2985
さいたま支所	〒330-0063　さいたま市浦和区高砂2-6-5　浦和大栄ビル3F TEL (048)822-1211　FAX (048)822-3170
千葉支所	〒260-0013　千葉市中央区中央2-5-1 千葉中央ツインビル2号館10F TEL (043)222-6369　FAX (043)222-6349
横浜支所	〒220-8142　横浜市西区みなとみらい2-2-1 横浜ランドマークタワー42F TEL (045)651-7311　FAX (045)651-7301
新潟支所	〒951-8066　新潟市中央区東堀前通六番町1058-1 中央ビルディング4F TEL (025)228-3761　FAX (025)222-3861
甲府支所	〒400-0031　甲府市丸の内1-17-10　東武穴水ビル5F TEL (055)222-1391　FAX (055)222-1322
長野支所	〒380-0935　長野市中御所1-17-12長野第一ビル2F TEL (026)228-3444　FAX (026)228-3323
松本支所	〒390-0811　松本市中央2-1-27　松本本町第一生命ビルディング7F TEL (0263)32-8871　FAX (0263)32-8842
札幌支所	〒060-0005　札幌市中央区北5条西2-5 JRタワーオフィスプラザさっぽろ9F TEL (011)281-2378　FAX (011)222-4018
仙台支所	〒980-0811　仙台市青葉区一番町4-6-1 仙台第一生命タワービル2F TEL (022)262-6586　FAX (022)265-5384
青森支所	〒030-0862　青森市古川2-20-3　朝日生命青森ビル5F TEL (017)722-8657　FAX (017)722-1006
盛岡支所	〒020-0021　盛岡市中央通1-7-25　朝日生命盛岡中央通ビル3F TEL (019)652-1821　FAX (019)654-2845
秋田支所	〒010-0921　秋田市大町2-4-44　秋田第一ビル4F TEL (018)863-1018　FAX (018)823-5206
山形支所	〒990-0031　山形市十日町2-4-19　住友生命山形第2ビル6F TEL (023)631-0621　FAX (023)631-0647
福島支所	〒960-8103　福島市舟場町1-20　三井生命福島ビル7F TEL (024)522-4466　FAX (024)522-6415
名古屋支所	〒460-0003　名古屋市中区錦2-4-3　錦パークビル7F TEL (052)222-6100　FAX (052)222-6101
豊橋支所	〒440-0076　豊橋市大橋通1-68　静銀ニッセイ豊橋ビル6F TEL (0532)53-0017　FAX (0532)56-3471
静岡支所	〒420-0035　静岡市葵区七間町8-20　毎日江崎ビル6F TEL (054)255-7325　FAX (054)251-5719

浜松支所	〒430-0927　浜松市中区旭町9-1　浜松センタービル4F TEL (053)453-0386　FAX (053)452-9148
岐阜支所	〒500-8833　岐阜市神田町1-8-5　協和興業ビルディング5F TEL (058)263-0653　FAX (058)267-1532
津支所	〒514-0033　津市丸之内34-5　アクサ津ビル2F TEL (059)228-3442　FAX (059)225-5504
金沢支所	〒920-0981　金沢市片町1-1-34　香林坊第一ビル6F TEL (076)222-1305　FAX (076)222-1306
富山支所	〒930-0004　富山市桜橋通り2-25　富山第一生命ビルディング4F TEL (076)432-1585　FAX (076)442-8629
福井支所	〒910-0004　福井市宝永4-3-1　三井生命福井ビル6F TEL (0776)24-7411　FAX (0776)25-3630
大阪支所	〒541-0051　大阪市中央区備後町4-1-3　御堂筋三井ビル5F TEL (06)6203-7535　FAX (06)6203-7540
大津支所	〒520-0051　大津市梅林1-3-10　滋賀ビル7F TEL (077)523-3298　FAX (077)523-3731
京都支所	〒604-8186　京都市中京区車屋御池下ル梅屋町361-1 アーバネックス御池ビル東館8F TEL (075)241-3431　FAX (075)256-3217
神戸支所	〒650-0035　神戸市中央区浪花町59　神戸朝日ビルディング14F TEL (078)332-3224　FAX (078)332-3243
奈良支所	〒630-8227　奈良市林小路町8-1　ニッセイ奈良若草ビル4F TEL (0742)25-2201　FAX (0742)25-0701
和歌山支所	〒640-8154　和歌山市六番丁5　和歌山第一生命ビルディング5F TEL (073)423-0253　FAX (073)423-3193
広島支所	〒730-0021　広島市中区胡町4-21　朝日生命広島胡町ビル8F TEL (082)541-3211　FAX (082)541-3011
鳥取支所	〒680-0846　鳥取市扇町115-1　鳥取駅前第一生命ビル2F TEL (0857)23-0400　FAX (0857)23-0428
松江支所	〒690-0007　松江市御手船場町549-1　損保ジャパン松江ビル6F TEL (0852)22-2663　FAX (0852)22-2001
岡山支所	〒700-0903　岡山市幸町8-29　三井生命岡山ビル9F TEL (086)223-3842　FAX (086)231-3925
山口支所	〒753-0087　山口市米屋町1-15　みずほ銀行山口支店2F TEL (083)922-8110　FAX (083)922-8149
高松支所	〒760-0050　高松市亀井町2-1　朝日生命高松ビル7F TEL (087)863-6066　FAX (087)863-0086
徳島支所	〒770-0847　徳島市幸町1-44徳島フコク生命ビル7F TEL (088)625-7992　FAX (088)625-7579
松山支所	〒790-0011　松山市千舟町4-1-5　高岡ビル6F TEL (089)933-0072　FAX (089)933-0292
高知支所	〒780-0870　高知市本町2-2-29　畑山ビル7F TEL (088)824-7888　FAX (088)824-7945
福岡支所	〒810-0001　福岡市中央区天神1-12-7　福岡ダイヤモンドビル9F TEL (092)781-6073　FAX (092)713-6163
北九州支所	〒802-0006　北九州市小倉北区魚町1-4-21　魚町センタービル8F TEL (093)531-6788　FAX (093)551-8299
佐賀支所	〒840-0801　佐賀市駅前中央1-5-10　朝日生命佐賀駅前ビル3F TEL (0952)24-7034　FAX (0952)24-7043
長崎支所	〒850-0033　長崎市万才町3-13　第一森谷ビル4F TEL (095)821-7830　FAX (095)821-7835
熊本支所	〒860-0805　熊本市桜町1-20　西嶋三井ビル11F TEL (096)355-0477　FAX (096)326-4697
大分支所	〒870-0021　大分市府内町3-4-20　明治安田生命大分恒和ビル6F TEL (097)534-0545　FAX (097)534-0579
宮崎支所	〒880-0806　宮崎市広島1-18-7　大同生命宮崎ビル6F TEL (0985)20-9392　FAX (0985)20-7230
鹿児島支所	〒892-0844　鹿児島市山之口町1-10　鹿児島中央ビル8F TEL (099)222-7017　FAX (099)227-1698
那覇支所	〒900-0015　那覇市久茂地3-1-1　日本生命那覇ビル9F TEL (098)861-8171　FAX (098)861-8175

（本稿は、平成19年9月5日に開催された当研究所の所内研修での講義内容をもとにとりまとめたものです。）