

Ⅲ. 行政法の基本原理と一般原則 二. 法治主義 (続き)

2. 適法行政の原理と行政活動に適用される法の一般法原則

(1) はじめに

法治主義原理の重要な構成要素として、適法行政の原理が挙げられる (レジュメ p. 28 参照)。それにはさらに二つの重要部分がある。

① 行政活動は法律に適合するものでなければならない。

法律とは国会制定法のことであるが、自治体においては条例への適合性も求められる。

これは権力行政だけでなく、非権力行政にも妥当する。

すなわち非権力行政であっても、法律・条例が活動の要件・手続・その他の制約を課している場合は、それに適合しなければならない。

例えば、

国や自治体が契約を結ぶときに、政令が認める場合以外は一般競争入札をしなければならないとか (地方自治法 § 234②)、自治体が一定額以上の契約をする場合には議会の議決が必要である (同法 § 96①五号) と定めているときは、それを遵守しなければならない。

国土利用の全国計画 (これ自体は市民の財産権を制約するものではない) を策定する際には、国土審議会と都道府県知事の意見を聞かなければならないとの法律規定 (国土利用計画法 § 5③) がある場合は、それを遵守しなければならない。

※ 「法律適合性原理」と「法律の留保」はやや意味が異なるので注意すること。

② 行政活動を制約する不文の一般法原則が存在する。

行政法関係には次のような一般法理が妥当すると考えられる。

(1) 信頼保護の原則 (信義則)

(2) 権限濫用禁止原則

(3) 平等原則

(4) 比例原則

(5) 配慮義務について (国民の権利や地位を不当に害することのないように配慮する義務)

これらは、特に「裁量権統制の法理」 (行政の裁量権の行使を統制する法理) としても重要な機能を有している。

③ 行政上の紛争が民法その他の私法を適用して解決される場合と、民法等の適用が排除される場合がある。

(2) 信頼保護の原則 (信義則)

民法 § 1②が規定する信義則は行政法関係においても妥当する重要な原則である。

特に行政法関係では、行政活動に対する国民の信頼保護の原則として論じられる

ことが多い。

他方、信頼を保護しようとする「法律による行政」と両立しないことがある（例えば、課税庁の指導の下に納税していたのに、それが違法であることが判明したとして、過去に遡って課税させられるか。信頼を保護しようすれば、違法な納税を認めることになる。）

①行政の措置が信義則・信頼保護原則に違反するとした事例

【最高裁判例】

最高裁昭和56.1.27判決（民集35-1-35、判時994-26、ケースブックp.217、LEX/DB 2700015

3) 宜野座村工場誘致事件

村長改選により工場建設が不可能になった事件で、従前の同村の企業誘致に応じて進出準備をしていた企業が損害賠償責任を認めた事例。

地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則であり、また、地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたって継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴って変更されることがあることはもとより当然であつて、地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。しかし、右決定が、単に一定内容の継続的な施策を定めるにとどまらず、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をするを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものであり、かつ、その活動が相当長期にわたる当該施策の継続を前提としてはじめてこれに投入する資金又は労力に相応する効果を生じうる性質のものである場合には、右特定の者は、右施策が右活動の基盤として維持されるものと信頼し、これを前提として右の活動ないしその準備活動に入るのが通常である。このような状況のもとでは、たとえ右勧告ないし勧誘に基づいてその者と当該地方公共団体との間に右施策の維持を内容とする契約が締結されたものとは認められない場合であつても、右のように密接な交渉を持つに至った当事者間の関係を規律すべき信義衡平の原則に照らし、その施策の変更にあたつてはかかる信頼に対して法的保護が与えられなければならないものというべきである。すなわち、右施策が変更されることにより、前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入った者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において右損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむをえない客観的事情によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。

最高裁平成6.2.8判決（民集48-2-123、判時1507-118、LEX/DB 27821071）国民金融公庫払渡金返還請求事件

恩給受給者Aが恩給を担保に国民金融公庫から借入をし、国が公庫にその借入分を払渡した後にAに対する恩給裁定が取り消されたため、「Aが本件裁定取消しによって恩給受給権を遡って喪失したため、公庫もAが担保に供した恩給の給与金に対する受領権限を遡って喪失した」という理由で、国が公庫に対する払渡金の返還請求をした事例。最高裁は国の返還請求権を否定した。

上告人（国民金融公庫）は、右にみたように恩給受給者に対しては恩給を担保に貸付けをすることが法によって義務付けられているものであるところ、恩給裁定

の有効性については上告人自らは審査することができず、これを有効なものと信託して扱わざるを得ないものであるから、（中略）上告人においては、もはや弁済の効果が覆されることはないと考えても無理からぬ期間が経過した後であるといわなければならない（中略）。したがって、このような事情の下において、被上告人（国）が上告人に対して、本件裁定取消しの効果を主張し、本件払渡しに係る金員の返還を求めることは、許されないものと解するのが相当である。

最高裁平成8.7.2判決（判時1578-51、ケースブックp.225、LEX/DB 28010857）外国人在留更新不許可事件

信義則上「短期滞在」の更新を許可すべきであったにもかかわらず、更新を不許可とした処分が裁量権の濫用になるとした事例。

本件処分時においては、被上告人と淑子との婚姻関係が有効であることが判決によって確定していた上、被上告人は、その後に淑子から提起された離婚請求訴訟についても応訴するなどしていたことからもうかがわれるように、被上告人の活動は、日本人の配偶者の身分を有するものとしての活動に該当するとみることができないものではない。そうであれば、右在留資格変更許可処分の効力いかなはさておくとしても、少なくとも、被上告人の在留資格が「短期滞在」に変更されるに至った右経緯にかんがみれば、上告人は、信義則上、「短期滞在」の在留資格による被上告人の在留期間の更新を許可した上で、被上告人に対し、「日本人の配偶者等」への在留資格の変更申請をして被上告人が「日本人の配偶者等」の在留資格に属する活動を引き続き行うのを適当と認めるに足りる相当の理由があるかどうかにつき公権的判断を受ける機会を与えることを要したものである。

最高裁平成19.2.6判決（民集61-1-122、判時1964-30、LEX/DB 28130401）在ブラジル被爆者健康管理手当事件

国の違法な通達によって権利行使を妨げていた場合、行政が消滅時効を主張することが信義則に反するとされた事例

以上のような事情の下においては、上告人（広島県）が消滅時効を主張して未支給の本件健康管理手当の支給義務を免れようとするのは、違法な通達を定めて受給権者の権利行使を困難にしていた国から事務の委任を受け、又は事務を受託し、自らも上記通達に従い違法な事務処理をしていた普通地方公共団体ないしその機関自身が、受給権者によるその権利の不行使を理由として支払義務を免れようとするに等しいものといわざるを得ない。そうすると、上告人の消滅時効の主張は、402号通達が発出されているにもかかわらず、当該被爆者については同通達に基づく失権の取扱いに対し訴訟を提起するなどして自己の権利を行使することが合理的に期待できる事情があったなどの特段の事情のない限り、信義則に反し許されないものと解するのが相当である。本件において上記特段の事情を認めことはできないから、上告人は、消滅時効を主張して未支給の本件健康管理手当の支給義務を免れることはできないものと解される。

【主な下級審事例】

東京地裁昭和40.5.26判決（行集16-6-1033、判時411-29、ケースブックp.212、LEX/DB 21021341）文化学院非課税通知事件

区税務事務所長名義による固定資産税非課税通知が発されていたが、それが誤りで

あるとして過去5年に遡り固定資産税を賦課したことにつき、禁反言の法理に反するとされた事例。

熊本地裁玉名支部昭和44.4.30判決（判時574-60、LEX/DB 27421940）荒尾市公営住宅建設計画中止事件

市の住宅団地建設計画の廃止が、市の要望によつて団地用公衆浴場を建築した者に対する背信的所為と認められる場合、市首長による右廃止措置は本条に該当する不法行為であるとされた事例。（TKC要旨引用）

東京高裁昭和58.10.20判決（行集34-10-1777、判時1092-31）

在日韓国人の国民年金に関する区の国民年金勧誘員から指導を受け、国民年金保険料を納入していたにもかかわらず、当時の国籍条項を理由に国民年金支給裁定が拒否された事件で、信頼保護の要請を根拠に拒否処分を取消した。

福島地裁郡山支部平成1.6.15判決（判時1521-59、LEX/DB 27805343）郡山市市街地再開発事業事件

市街地再開発事業計画の見直し、右施策に動機づけられて活動に入った者の信頼に反し、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被るときは、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものというべきであるとした事例。

但し、控訴審（仙台高裁平成6.10.17判決＝判時1521-53）及び上告審（最高裁平成10.10.8判決）は、違法性を否定。

京都地裁平成12.2.24判決（判時1717-112、LEX/DB 28052007）

風俗営業の許可を得てマージャン店の開設を予定していた者が、警察官から許可が可能であるとの誤った指導を受け建築工事に着手したが、許可がなされなかったため損害を被ったとして求めた損害賠償請求が認容された事例。

②行政の措置が信頼保護原則に違反するものではないとした事例

最高裁昭和62.10.30判決（判時1262-91、ケースブックp.219）青色申告事件

租税関係における信義則の適用については慎重でなければならず、納税者間の平等・公平の要請を犠牲にしてもなお、納税者の信頼を保護しなければ正義に反するというような特別の事情が存する場合に初めて上記法理は適用されるとした事例（→判旨は③に記載）。

最高裁平成19.12.13判決（判時1995-157、LEX/DB 28140153）

本件は、有罪判決を受けてから約27年にわたり国家公務員として郵便局に勤務していた者（上告人）が、国家公務員の欠格事由（国家公務員法 § 76、 § 38）に該当するとして、同有罪判決の確定した翌日（1973年12月22日）に失職した旨の人事異動通知書の交付を2000年11月13日に受けたため、雇用契約上の地位の確認及び給与の支払いを請求した事例である（当初被告は国であったが、郵政事業の民営化にあたり、被告は郵政事業株式会社となっている）。

本件の失職の通知は、法律規定により既に失職していることを通知するものであって、この通知で公務員免職という効果を生じさせるものではないので、行政処分ではない。そのため取消訴訟ではなく地位確認訴訟（公法上の当事者訴訟）となる。

前記事実関係等によれば、上告人が失職事由の発生後も長年にわたりA郵便局において郵便集配業務に従事してきたのは、上告人が禁錮以上の刑に処せられたという失職事由の発生を明らかにせず、そのためA郵便局長においてその事

実を知ることがなかったからである。上告人は、失職事由発生の実を隠し通して事実上勤務を継続し、給与の支給を受け続けていたものにすぎず、仮に、上告人において定年まで勤務することができるとの期待を抱いたとしても、そのような期待が法的保護に値するものとはいえない。このことに加え、上告人が該当した国家公務員法38条2号の欠格事由を定める規定が、この事由を看過してされた任用を法律上当然に無効とするような公益的な要請に基づく強行規定であることなどにかんがみると、被上告人郵便事業株式会社において上告人の失職を主張することが信義則に反し権利の濫用に当たるものということではできない。

この法廷意見に対し泉裁判官が反対意見を述べている。泉裁判官は、次のように一般論を述べた上で、本件につき、失職扱いとすることは、信義則・権利濫用禁止の法理に照らし許されないとしている。

上告人のような現業の郵政事務官の勤務関係は、基本的には、公法的規律に服する公法上の関係であるが（最高裁昭和46年（行ツ）第14号同49年7月19日第二小法廷判決・民集28巻5号897頁参照）、公法上の関係においても、法の一般原理である信義則、権利濫用禁止の法理が適用されることはいうまでもない。そして、無効の要件を具備した瑕疵ある行政行為であっても、長年にわたり維持・継続されることによって、それを無効とすることが相手方の信頼を裏切り、法律生活の安定を害するとか、社会公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある場合があるところ、それを無効とすることの公益上の必要性が低下し、一方で、相手方の信頼を保護し、法律生活の安定を図る必要性が著しく増大している場合にあっては、信義則、権利濫用禁止の法理に照らし、行政庁において当該行政行為の無効を主張することが許されないと解する余地がある（田中二郎「行政法総論」342頁参照）。

行政の措置が信義則に違反する違法なものであるとの主張を排斥した最高裁判例は少なくない。例えば、郡山市市街地再開発事業事件の**最高裁平成10.10.8判決**（判例自治203-79）や税務職員の説明に反して更正処分がなされた事例で信義則違反の主張を採用しなかった**最高裁平成5.7.15判決**（税務訴訟資料198-172、LEX/DB 22007932）など。

下級審の事例として

東京高裁昭和41.6.6判決（行集17-6-607） 文化学院事件控訴審
東京地裁昭和63.2.25判決（判時1269-71、LEX/DB 27801580） 日本国籍のない者の国民年金受給権
仙台高裁平成6.10.17判決（判時1521-53） 郡山市市街地再開発事業事件控訴審
和歌山地裁平成14.12.17判決（LEX/DB 28080664） 障害基礎年金の遡及的取消

③信頼保護法理と法治主義（適法行政の要請）との関係

a) ①の事例では、信頼保護法理を適用して行政の措置を違法とすることと、適法行政の要請は矛盾するものではない。企業誘致に関する事例は、政策の変更が違法なのではなく、損害を補償する等の代替措置を講ずることなく政策を変更して、事業者の不測の損失を与えたことが違法とされたのである。

b) 他方、租税（青色申告）に関する事例は、相手方の信頼を保護し、青色申告納

税を肯定すると、租税法規に違反する事態が生じる。ここでは、信頼保護か法律による行政かが正面から衝突している。かかる場合、最高裁判決は、信頼保護法理の適用に慎重である。

上記の青色申告事件最高裁昭和62.10.30判決（判時1262-91、ケースブックp.219、LEX/DB 22002024）は、

租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考えるべきものである。そして、右特別の事情が存するかどうかの判断に当たっては、少なくとも、①税務官庁が納税者に対し信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、②納税者がその表示を信頼しその信頼に基づいて行動したところ、③のちに右表示に反する課税処分が行われ、④そのために納税者が経済的不利益を受けることになったものであるかどうか、また、⑤納税者が税務官庁の右表示を信頼しその信頼に基づいて行動したことについて納税者の責めに帰すべき事由がないかどうかという点の考慮は不可欠のものであるといわなければならない。

としている（○番号は石崎）。そして、この事件については①を否定して、本件処分を取り消した原判決を破棄している。最高裁の判旨は、①から⑤までが、信頼保護の利益が租税法律主義の要請を上回るための必要最小限の要件であるとしている（これについては、宇賀 I p.43以下に詳しい）。

※租税事件に関して禁反言の適用を認めて課税処分を違法とした事例として、上記文化学院非課税通知事件東京地裁昭和40.5.26判決（行集16-6-1033、判時411-29、ケースブックp.212）があるが、東京高裁昭和41.6.6判決（行集17-6-607）は課税処分を適法とした。

c) 適法行政の原理と信頼保護の要請が衝突する場合として、社会保障に関する事例もある。

東京高裁昭和58.10.20判決（行集34-10-1777、判時1092-31、LEX/DB 27662708）

控訴人が国民年金被保険者としての手続をしたのは荒川区の国民年金勸奨員の勧誘によるものであつて、控訴人側では右勸奨員に控訴人が韓国籍であることを告げており、右手続をしたことについて控訴人側に責めるべき事情がないこと、控訴人は国民年金被保険者の義務たる保険料の支払をすべて終了していること、行政当局は昭和36年から昭和51年まで15年余にわたつて控訴人を国民年金被保険者ないし60歳に達したことにより右資格を喪失した者として取扱つたことが認められる。右のような経過に弁論の全趣旨をも合わせると、控訴人は、自己に国民年金被保険者の資格があると信じ、将来被控訴人が老齢年金等の給付をするものと期待し信頼して、右期待・信頼を前提に保険料の支払を続けたことが明らかであり、また、右経過からみて控訴人がそのように信じたことをあながち軽率であつたということとはできない。右のような信頼関係が生じた当事者間において、その信頼関係を覆すことが許されるかどうかは、事柄の公益的性格に考慮をも含めた信義衡平の原則によつて規律されるべきものであり、特に、拠出制の国民年金制度においては、被保険者の保険料負担と老齢年金等の給付はある程度対価的關係にあるから、この点からも、控訴人の右信頼は法的保護を要請され

るものである。

※しかし東京地裁昭和63.2.25判決（判時1269-71、LEX/DB 27801580）は、日本国籍のない者が長期間国民年金保険料を納付してきたが、あと8ヶ月保険料を納付すれば受給権を取得できる時期に、東京都福祉局国民年金部長が受給資格がないことを確認して過誤納額還付通知を行った事件であるが、未だ受給権が発生していないことを理由に、「法律の明文規定の適用を排除してでも原告を保護すべき特段の事情ありと解するには不十分と考える」としている。

東京地裁平成9.2.27判決（判時1607-30、LEX/DB 28021540）障害基礎年金支給停止事件

「併給調整されるべき二つの年金が約4年間にわたって併給調整の存在につき善意の原告に支払われ、受給者にその誤信につき過失がなく、生活保護を受給しない限り既払分の年金を返還することができないなどの事情の下では、社会保険庁長官がこの返還を求めることは許されないが、支給停止処分自体は適法であるとされた事例。」（TKC LEX/DBの要旨を引用）

障害年金裁定取消事件

昭和52年に受けた厚生年金保険法に基づく障害年金の支給裁定を、平成13年に社会保険庁長官が取り消して年金額を昭和55年に遡って減額する裁定処分の取消及び不当利得返還を請求した事件。

第一審東京地裁平成16.4.13判決（訟月51-9-2304）は、信義則違反があるとして、裁定処分を取り消した。

控訴審東京高裁平成16.9.7判決（判時1905-68）は、信義則違反の違法はないとした。

（3）権利（権限）の濫用禁止の原則

①行政権限の濫用禁止原則

行政は法の目的と関係ない目的のためにその権限を行使してはならない。

最高裁昭和53.5.26判決（民集32-3-689、判時889-9）

風俗営業の進出を阻止するために児童公園を急拠認可した措置が裁量権の濫用であるとされた事例。

※これらは、主に行政裁量を統制する法理（不正な動機あるいは他事考慮による権限行使の禁止）として議論されており、上記事例と併せて、後の行政裁量論のところで扱う。

※過剰な権限行使も権限の濫用であろうが、それは（5）の比例原則として議論されている。

②権利濫用禁止原則が、国民の申請権の濫用を制約する法理として議論されることもある（櫻井・橋本p.26の他、宇賀I p.52に詳しい）。

（4）平等原則

①これは憲法原理であるが（憲法§14）、さらに租税関係や公共施設利用関係など多くの個別法律でも実定化されている。

最高裁平成8. 3. 15判決（民集50-3-549、判時1563-102、LEX/DB 28010411）上尾福祉会館事件

公共施設（福祉会館）の利用拒否が違法とされた事例。

本件会館は、地方自治法244条にいう公の施設に当たるから、被上告人は、正当な理由がない限り、これを利用することを拒んではならず（同条2項）、また、その利用について不当な差別的取扱いをしてはならない（同条3項）。

②ここでも、平等原則と租税法律主義とが衝突することがある。

大阪高裁昭和44. 9. 30判決（判時606-19、LEX/DB 21031461）スコッチライト事件

ある物品につき20%の税率を課していた税関が多数である場合、唯一30%の税率を課していた税関の解釈が正しいものであったとしても、法律の規定に違反して多数の税務官庁が採用した軽減税率が正当なものとして、法定の税率に従った課税処分が違法であるとされた事例（但し、処分が無効とまではいえないとして、国に対する不当利得返還請求は棄却した）。

※違法な行政処分は、行政処分を取消する場合と、行政処分が無効となる場合に分かれる。取消と無効はどう違うのか、いかなる場合に無効となるのかは、後の行政処分の瑕疵のところでも扱う。

相続人の間で課税に不平等が生じたとしても、課税処分が違法・無効となることはないとした事例として**最高裁平成10. 4. 10判決**（税務訴訟資料231-508、LEX/DB 28051149）があるが、判決文は極めて短いので、平等原則違反の有無については、東京地裁昭和61. 1. 28判決（LEX/DB 28040436）を読むと良い。

（5）比例原則

比例原則とは、規制対象の社会的害悪と規制措置には均衡が保たれていなければならない、過剰な規制措置は許されないという考え。警察官職務執行法 § 1に規定があるが、比例原則は規制行政一般に妥当する法理であると考えられている。

最近の憲法学・行政法学では比例原則の重要性に注目が集まっている。

最高裁平成24. 1. 16判決（判時2147-139、LEX/DB 25444113）君が代斉唱日の丸起立義務違反懲戒処分事件

過去2年度の3回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分を受けていることのみを理由に同上告人に対する懲戒処分として停職処分を選択した都教委の判断は、停職期間の長短にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記停職処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である。

最高裁昭和59. 12. 18判決（判例自治11-45、労働判例443-23、LEX/DB 27803668）山口学力テスト事件

原審の認定に係る処分事由を前提とする限り、これに対し懲戒免職処分をもって臨んだことは過酷に失し、社会通念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えたものとした原審の判断は、これを是認することができるとした事例。

岡山地裁平成6. 4. 20判決（判例自治136-84）

30日間の営業停止処分が重すぎるとして、7日間を超える部分を取り消した事例

福岡地裁平成10. 5. 26判決（判時1678-72）生活保護廃止事件

生活保護を受けていた者が自動車を使用したことを理由として保護の廃止処分をしたことが相当性を欠くとした事例

東京地裁平成15.9.19判決（判時1836-46）

不法滞在者に対する退去強制処分が比例原則に反するとした事例。

但し、控訴審（東京高裁平成16.3.30判決＝訟月51-2-511）は処分の違法性を否定
福岡高裁平成18.11.9判決（判タ1251-192、LEX/DB 28130057）

中学校教員の懲戒免職処分が重すぎるとして、それを取消した事例。

（6）配慮義務について（国民の権利や地位を不当に害することのないように配慮する義務）

- ①近年の最高裁判決で、行政は、国民の権利や地位を不当に害することのないように配慮する義務を負うとしているものがある。但し、次の最高裁判決は個別事案に即して論じており、一般法原則と言いつるかどうかはまだ不明である（私は一般法原則たり得ると考えたい）。

最高裁平成16.12.24判決（民集58-9-2536、判時1882-3、ケースブックp.227、LEX/DB 281001

45）紀伊長島町水道水源保護条例事件

本件条例は、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしているところ、規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものであることを考慮すると、上記協議は、本件条例の中で重要な地位を占める手続であるといえることができる。そして、前記事実関係等によれば、本件条例は、上告人が三重県知事に対してした産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る事前協議に被上告人が関係機関として関わったことを契機として、上告人が町の区域内に本件施設を設置しようとしていることを知った町が制定したものであり、被上告人は、上告人が本件条例制定の前に既に産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る手続を進めていたことを了知しており、また、同手続を通じて本件施設の設置の必要性と水源の保護の必要性とを調和させるために町としてどのような措置を執るべきかを検討する機会を与えられていたといえることができる。そうすると、被上告人としては、上告人に対して本件処分をするに当たっては、本件条例の定める上記手続において、上記のような上告人の立場を踏まえて、上告人と十分な協議を尽くし、上告人に対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったものといふべきであって、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となるといわざるを得ない。

- ②不利益の変更をする場合に激変緩和措置が求められ、それを欠く不利益変更措置が違法（裁量濫用）とされることがある。

生活保護の老齢加算廃止を争った福岡高裁平成22.6.14判決（判時2085-43、LEX/DB 25463926）は、次のように述べて、今般の生活保護老齢加算廃止を違法とした。

老齢加算の廃止は既に老齢加算を前提とする保護を受けている被保護者にとっては支給額の相当程度の減額を意味するところ、本件記述のうち老齢加算の廃止という方向性と並んで重要な事項である本件ただし書の内容について何ら検討せず、同じく重要な事項である激変緩和措置について十分検討することなく、中間取りまとめが老齢加算を廃止の方向で見直すべきであるとしたことなどの理由で行われた本件保護基準の改定は、考慮すべき事項を十分考慮しておらず、又は考慮し

た事項に対する評価が明らかに合理性を欠き、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえる。したがって、本件保護基準の改定は、裁量権の逸脱又は濫用として「正当な理由」のない保護基準の不利益変更にあたるというべきである。

※本判決は、激変緩和措置を一般法原則として認めたものではなく、老齢加算廃止に当たって、厚生労働省の専門委員会の中間取りまとめが「激変緩和措置をとるべきだ」との意見を述べていたにも拘わらず、その措置を取らなかったことを問題視しているものであることは注意しておくべき。

※本件の上告審である最高裁平成24.4.2判決（判タ1371-89、LEX/DB 25444442）は、今回の老齢加算廃止が中間取りまとめの意見を踏まえた検討を経ていないものといえることはできず、全体としてその意見の趣旨と一致しないものであったとも解し難いとし、さらに審理が必要であるとして、福岡高裁に差し戻した。

（7）その他

不利益法規の不遡及原則に関する最近の事例として、福岡地裁平成20.1.29判決（判時2002-43）がある。本判決は、住宅を譲渡したことにより長期譲渡所得の計算上損失につき、税務署長が、法律の改正により損益通算できなくなったことを理由に行った更正（課税額の変更）をしない旨の通知（処分）に対する取消訴訟。

本件改正は、上記特例措置の適用もなく、損益通算の適用を受けられなくなった原告に適用される限りにおいて、租税法規不遡及の原則（憲法84条）に違反し、違憲無効というべきである。

3、行政活動と民事法

（1）行政活動における民事法の適用

- ①既に述べたように、今日の行政活動は非権力的な手法でなされることが多く、その場合、法律上特別の規定のない限り民法等が適用される。
- ②行政に特有の作用であっても、民法等の適用が当然に排除されるわけではない。

（2）民法法理の適用を肯定した主要な最高裁判例

①民法§177条の適用について

最高裁昭和31.4.24判決（民集10-4-417、判時73-3、LEX/DB 21007341）

滞納処分による差押の関係につき、民法§177（登記の対抗力）が適用されたとした事例。

国税滞納処分においては、国は、その有する租税債権につき、自ら執行機関として、強制執行の方法により、その満足を得ようとするものであつて、滞納者の財産を差し押えた国の地位は、あたかも、民事訴訟法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、この関係において、国が一般私法上の債権者より不利益の取扱を受ける理由となるものではない。それ故、滞納処分による差押の関係においても、民法177条の適用があるものと解するのが相当である。

最高裁昭和44.12.4判決（民集23-12-2407、判時582-61、LEX/DB 27000757）

供用開始処分のあった道路敷地につき民法§177（登記の対抗力）が適用されたとした事例。

当初適法に供用開始行為がなされ、道路として使用が開始された以上、当該道路敷地については公物たる道路の構成部分として道路法所定（道路法4条、旧道路法6条）の制限が加えられることとなる。そして、その制限は、当該道路敷地が公の用に供せられた結果発生するものであつて、道路敷地使用の権原に基づくものではないから、その後に至つて、道路管理者が対抗要件を欠くため右道路敷地の使用権原をもつて後に右敷地の所有権を取得した第三者に対抗しえないこととなつても、当該道路の廃止がなされないかぎり、敷地所有権に加えられた右制限は消滅するものではない。したがつて、その後当該敷地の所有権を取得した右の第三者は、上記の制限の加わつた状態における土地所有権を取得するにすぎないものと解すべきであり、道路管理者に対し、当該道路敷地たる土地についてその使用収益権の行使が妨げられていることを理由として、損害賠償を求めることはできないものといわなければならない。

②民法の時効規定の適用について

- ・そもそも公共用財産に取得時効が適用されるかという問題があつたが、公用が廃止されたときは、取得時効が成立するとした。

最高裁昭和51.12.24判決（民集30-11-1104、判時40-55、LEX/DB 27000298）

公共用財産としての形態・機能を全く喪失した公共用財産について、黙示的に公用が廃止されたものとして、これに対する取得時効を認めた事例。

公共用財産が、長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され、公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、その物のうえに他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく、もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなつた場合には、右公共用財産については、黙示的に公用が廃止されたものとして、これについて取得時効の成立を妨げないものと解するのが相当である。

※当該財産が公用財産（公共用財産を含む）として供用されている限りは、取得時効は成立しない。これが基本である。上記判例はその裏命題で、公用廃止があれば取得時効が成立するというもの。

※従前の判例では、公共用財産の用途廃止には、明示の公用廃止処分がなければならぬとしていたので、黙示の公用廃止を認めたこともこの判決の新判断である。なお、公用目的に供されている限り、時効取得は生じない。

※実務では、このような事件とは逆に、私人の所有する土地が道路など公用に供されていて、行政団体側が取得時効を援用して所有権確認を求める事例が少なくない。

この判例を引用し、公有水面埋立後竣工認可を受けていない土地が、もはや公有水面に復元されることなく私法上の土地所有権の対象となる土地として確定し、かつ公有水面としての公用が黙示に廃止されたものとして時効取得を認めた最近の事例に**最高裁平成17.12.16判決**（民集59-10-2931、判時1921-53）がある。また道路に関して黙示の公用廃止を認めたものに大阪高裁平成15.6.24（判時1843-77）。

- ・国及び自治体に対する金銭債権・金銭債務に関しては、会計法§30及び地方自治法§236が民法とは異なる規定をしている。会計法§30は、国の金銭債権及び国に対する金銭債権の消滅時効を5年とし、時効の援用を要しないとしている。しかし、行政団体との法律関係であっても、民法の一般規定が適用されることもある。

最高裁昭和50.2.25判決（民集29-2-143、判時767-11、LEX/DB 27000387）

自衛隊員の勤務中の事故につき、国の安全配慮義務違反による損害賠償責任を求め、

損害賠償請求権の消滅時効を民法 § 167①により10年とした事例。

※最高裁は、「会計法30条が金銭の給付を目的とする国の権利及び国に対する権利につき5年の消滅時効期間を定めたのは、国の権利義務を早期に決済する必要があるなど主として行政上の便宜を考慮したことに基づくものであるから、同条の5年の消滅時効期間の定めは、右のような行政上の便宜を考慮する必要がある金銭債権であつて他に時効期間につき特別の規定のないものについて適用されるものと解すべきである。」としている。

※本判決は、公法上の法律関係である公務員関係に労働法理である安全配慮義務を適用した点でも重要。

安全配慮義務に関する最近の事例として、神戸地裁平成19.9.26判決（自衛隊員歩行訓練＝判時1999-89）、旭川地裁平成19.12.26判決（町管理の流雪溝での除雪作業＝判時2003-98）。

公立病院の診療に関する債権の消滅時効につき、地方自治法 § 236①の5年ではなく、民法 § 170一号の3年を採用した最近の判例に**最高裁平成17.11.21判決**（民集59-9-2611、判時1922-78）がある。

③ 公営住宅と民法・借地法・借家法（借地借家法）の適用について

最高裁昭和59.12.13判決（民集38-12-1411、判時1141-58、LEX/DB 27000001）

公営住宅の使用関係に民法・借家法及び契約法上の信頼関係の法理の適用があったとした事例。

公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信頼関係の法理の適用があるものと解すべきである。ところで、右法及び条例の規定によれば、事業主体は、公営住宅の入居者を決定するについては入居者を選択する自由を有しないものと解されるが、事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、両者の間には信頼関係を基礎とする法律関係が存するものというべきであるから、公営住宅の使用者が法の定める公営住宅の明渡請求事由に該当する行為をした場合であつても、賃貸人である事業主体との間の信頼関係を破壊するとは認め難い特段の事情があるときには、事業主体の長は、当該使用者に対し、その住宅の使用関係を取り消し、その明渡を請求することはできないものと解するのが相当である。

最高裁平成2.6.22判決（判時1357-75、LEX/DB 27807114）

原審は、公営住宅法に基づく公営住宅の使用許可による賃貸借についても、借家法が一般法として適用され、同法1条ノ2に規定する正当の事由がある場合には、同条により解約の申入をすることができ、東京都営住宅条例20条1項6号は適用されないものとしたうえ、適法に確定した事実関係の下において、同号の使用許可の取消の意思表示をその主張事実から借家法1条ノ2による解約申入とし、その正当の事由を肯認し、権利の濫用に当たらないとして、被上告人の本件明渡請求についてこれを認容したものであつて、右判断は正当として是認することができる。

④ その他

最高裁平成13.7.10判決（民集55-5-955、判時1762-110、LEX/DB 28061404）

共同相続人間の相続分の譲渡に伴って生じる農地の権利移転について、農地法上の許可を要しないとされた事例。

農地法3条1項は、農地に係る権利の人為的な移転のうち農地の保全の観点から望ましくないと考えられるものを制限する趣旨の規定であるところ、相続によって生ずる権利移転も相続人が非営農者である場合には農地の保全上は望ましいとはいえないものの、相続がそもそも人為的な移転ではなく、相続による包括的な権利承継は私有財産制の下においては是認せざるを得ないものであることから、規制対象とはしていないものと解される。…

相続財産に農地が含まれているか否かを問わず、共同相続人間において個々の農地ではなく包括的な相続人たる地位を譲渡すること自体は、農地法3条1項が規制の対象とするものではない。そして、共同相続人間における相続分の譲渡に伴い前記のとおり個々の不動産についても持分の移転が生ずるのは、相続により包括的な権利移転に伴って個々の財産上の権利も移転するのと同様の関係にあり、相続人の1人である当該譲受人に農地についての権利が移転すること自体は同項の是認するところである。…

以上の点にかんがみれば、共同相続人間においてされた相続分の譲渡に伴って生ずる農地の権利移転については、農地法3条1項の許可を要しないと解するのが相当である。

(3) 民法等の適用が制約される場合

①当該行政作用の性質（権力性や公益性など）や行政活動の適正性・公平性確保の要請を理由とするもの

最高裁昭和28. 2. 18判決（民集7-2-157、判タ29-50、LEX/DB 27003340）

自作農創設特別措置法の農地買収処分に民法§177の適用を排除した事例。

自作農創設特別措置法（以下自作法と略称する）は、今次大戦の終結に伴い、我国農地制度の急速な民主化を図り、耕作者の地位の安定、農業生産力の発展を期して制定せられたものであつて、政府は、この目的達成のため、同法に基いて、公権力を以て同法所定の要件に従い、所謂不在地主や大地主等の所有農地を買収し、これを耕作者に売渡す権限を与えられているのである。即ち政府の同法に基づく農地買収処分は、国家が権力的手段を以て農地の強制買上を行うものであつて、対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは、その本質を異にするものである。従つて、かかる私経済上の取引の安全を保障するために設けられた民法177条の規定は、自作法による農地買収処分には、その適用を見ないものと解すべきである。

※本判決と（2）①の最初にあげた最高裁昭和31. 4. 24判決で違いが生じた理由は何か。たしかに、本事件は占領軍命令による超憲法的措置という特質があるが、滞納処分の事例にはそのような特殊性はない。

最高裁平成2. 10. 18判決（民集44-7-1621、判時1398-64、LEX/DB 27807221）

公営住宅使用権の承継について「相続人が公営住宅を使用する権利を当然に承継すると解する余地はない」とした事例。

公営住宅法は、住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で住宅を賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものであつて（1条）、そのために、公営住宅の入居者を一定の条件を具備するもの

に限定し（17条）、政令の定める選考基準に従い、条例で定めるところにより、公正な方法で選考して、入居者を決定しなければならないものとした上（18条）、さらに入居者の収入が政令で定める基準を超えることになった場合には、その入居年数に応じて、入居者については、当該公営住宅を明け渡すように努めなければならない旨（21条の2第1項）、事業主体の長については、当該公営住宅の明渡しを請求することができる旨（21条の3第1項）を規定しているのである。

以上のような公営住宅法の規定の趣旨にかんがみれば、入居者が死亡した場合には、その相続人が公営住宅を使用する権利を当然に承継すると解する余地はないというべきである。

②行政法規が特別法として機能し、民法の適用が排除される場合

時効に関する会計法 § 30及び地方自治法 § 236のように、行政法規が特別法として優先的に適用され、その限りで民法の適用が排除されることは少なくない。

次の事例は、接境建設に関する民法 § 234①と建築基準法 § 65の関係が論じられた著名な事例である。

最高裁判平成1.9.19判決（民集43-8-955、判時1327-3、LEX/DB 27804830）

建築基準法65条は、防火地域又は準防火地域内にある外壁が耐火構造の建築物について、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨規定しているが、これは、同条所定の建築物に限り、その建築については民法234条1項の規定の適用が排除される旨を定めたものと解するのが相当である。

（4）行政法規違反の行為と民事上の効力

①行政法規違反の法律行為が当然に無効となるわけではない。伝統的には、取締法規（警察規制）違反の行為は刑罰の対象となるとしても民事上の効力は有効であるが、強行法規（経済統制）違反の行為は民事上も無効であるとされてきた。

前者：最高裁判昭和35.3.18判決（民集14-4-483、LEX/DB 27002483）食品衛生法上の無許可営業

本件売買契約が食品衛生法による取締の対象に含まれるかどうかはともかくとして同法は単なる取締法規にすぎないものと解するのが相当であるから、上告人が食肉販売業の許可を受けていないとしても、右法律により本件取引の効力が否定される理由はない。それ故右許可の有無は本件取引の私法上の効力に消長を及ぼすものではないとした原審の判断は結局正当であり、所論は採るを得ない。

後者：最高裁判昭和30.9.30判決（民集9-10-1498、判時64-16、LEX/DB 27002991）臨時物資需給調整法違反

煮乾いわし売買当時施行の臨時物資需給調整法はわが国における産業の回復振興に関する基本的政策及び計画の実施を確保するために制定されたものであり、同法に基く加工水産物配給規則（昭和24年9月農林省令100号による改正前の同規則）は昭和22年内閣訓令3号指定配給物資配給手続規程に従い右目的達成のため物資及びその需給調整方法等を特定し同規則2条によつて指定された煮乾いわし等の物資については法定の除外事由その他特段の事情の存しない限り同規則3条以下所定の集荷機関、荷受機関、登録小売店舗等の機構を通ずる取引のみの効力を認め右以外の無資格者による取引の効力を認めない趣意であつて、右法令は此の意味に於ける強行法規であると解されるから、此の点につき原判決に所論の如き違法ありと為し難く

…

※原審（福岡高裁昭和27.7.30判決、民集9-10-1510）

本件煮乾いわしの売買は前記経済統制法令に違反してなされたものであることが明らかであるから公序良俗に反し無効の契約であるといわなければならない。

②しかし、このように単純に割り切れるものではなく、強行法規違反でなくても、状況に照らして民法 § 90の公序良俗違反となることがある。

最高裁昭和39.1.23判決（民集18-1-37、判時362-52、LEX/DB 27001952）有害物質を含む食品の販売契約

有毒性物質である砒砂の混入したアラレを販売すれば、食品衛生法4条2号に抵触し、処罰を免れないことは多弁を要しないところであるが、その理由だけで、右アラレの販売は民法90条に反し無効のものとなるものではない。しかしながら、前示のように、アラレの製造販売を業とする者が砒砂の有毒性物質であり、これを混入したアラレを販売することが食品衛生法の禁止しているものであることを知りながら、敢えてこれを製造の上、同じ販売業者である者の要請に応じて売り渡し、その取引を継続したという場合には、一般大衆の購買のルートに乗せたものと認められ、その結果公衆衛生を害するに至るであろうことはみやすき道理であるから、そのような取引は民法90条に抵触し無効のものと解するを相当とする。

最近の見解は、違反法規が強行法規でない場合でも、同取引にかかわる要素を総合的に考慮して、契約の効力の有無を判断することを支持している（宇賀 I p.67）