

V. 行政基準 (行政立法・行政規則)

2013.5.15 石崎

○. 用語の整理

(1) 法規とは→国民の権利義務等を形成する成文法規範であって、国民や国家機関（行政機関や裁判所など）を拘束する。

- ・議会の制定する法規（議会立法）：法律、条例
- ・行政機関の制定する法規（行政立法）：政令、府省令、規則など。
- ・その他、最高裁判所規則などもある。

※このうち行政組織や行政活動に関する法規を「行政法規」という。

(2) 法規命令と行政規則

①行政機関の制定する法規を**法規命令**という。これは国民や裁判所も拘束する。

②**行政規則**は行政機関の制定する一般的規範で、法規としての効力を有しないものという。つまり、裁判所や国民を拘束するものではない。行政内部で拘束力を持つことは当然である。行政規則はさらに二つのグループに分けることができよう。

a. 行政内規

行政規則の多くは、行政機関の内部規範であって、訓令・通達・規程などの形式で告示されたり通知されたりする。これは、行政の内部組織を定めたり、公務員の職務遂行上の基準を示すものである。その意味では行政内規という方が分かり易い。

b. 指導要綱

行政規則には、いわゆる指導要綱と言われるものもある。指導要綱（例：宅地開発指導要綱）は、多数人（事業者）に対して行う共通の行政指導内容を成文化したもので、元来は法規としての効力を持つものではない。しかし、告示として公表され、市民や事業者がそれを遵守することが期待されているので、行政内規というのも躊躇する。そこで、私は指導要綱を行政内規とは別のジャンルに整理したい。

※法令の名称から、それが法規命令か行政規則かを直ちに判断できるわけではない。

例えば「……規程」という名称を持つものの多くは「行政規則（行政内規）」であるが、「規程」という名称の政令（ex.「国家公務員倫理規程」）、省令（ex.「教員資格認定試験規程」）、条例（ex.「〇〇市漁港管理規程」）もある。但し、平成〇〇年政令〇〇号などの法令番号が附してあるので、それで判断できる。

(3) 行政立法：行政機関の制定する法規（行政立法の意義につき櫻井・橋本p.61）

①広義では、行政規則を含む。つまり法規命令と行政規則。

②狭義では、法規命令（行政機関の制定する法規）をいう。

※伝統的には①の広義で用いられてきたが、最近は②の狭義で用いるべきであるという見解も出されている。「立法」という用語には「法規」の制定という意味があるから、②の指摘は重要である。従って、このレジュメでは②の意味で用いるが、この問題にはあまり立ち入らない。なお、塩野 I は①の意味で考察するとしている（p.92）。

(4) 「行政基準」あるいは「行政準則」という用法について

最近では、「行政基準」あるいは「行政準則」として、行政立法・行政規則を総合的に考察するものが多い。

宇賀 I p. 265以下は、法規命令と行政規則を併せて「行政基準」と総称している（行政基準の概念については宇賀 I p. 266）。

※本レジュメでは、1. 法規命令、2. 行政規則（特に行政内規）、3. 指導要綱に分けて説明し、その後に、4. 行政手続法の命令等意見公募手続を紹介する。

一 法規命令（行政立法）

1、種類：制定権者

①政令：内閣（憲法 § 73六号、内閣法 § 11）

政令は「〇〇法施行令」という名称であることが多いが、稀に「〇〇に関する政令」とか「〇〇令」（ex. 毒物及び劇薬指定令）という名称もある。また「〇〇規程」（ex. 国家公務員倫理規程）という名称の政令もある。

②内閣府令：内閣総理大臣（内閣府設置法 § 7③）

省令：各省大臣（国家行政組織法 § 12①）

省令は、「〇〇法施行規則」という名称であることが多いが、「〇〇に関する省令」と表記されることも少なくない。但し、「〇〇基準」（ex. 大学設置基準）や「〇〇規程」（ex. 教員資格認定試験規程）という名称の省令もある。そのため、法令の名称だけでなく公布の形式を見ることが重要である。

③規則：外局（庁の長官、委員会）、独立機関（人事院、会計検査院など）

公正取引委員会規則：公正取引委員会（内閣府設置法 § 58④）

中央労働委員会規則：中央労働委員会（国家行政組織法 § 13①）

人事院規則：人事院（国家公務員法 § 16①）

④自治体の執行機関の制定する規則（地方自治法 § 15①）：長、委員会

知事規則、市長規則、教育委員会規則、公安委員会規則など

地方自治法は、長及び委員会（公安委員会や教育委員会など）を「執行機関」と称しているが、レジュメ p. 14の行政機関概念で説明した執行機関（警察官や消防職員など）とは異なる意味である。地方自治法は議決機関としての議会と区別する意味で「執行機関」の概念を用いた。長及び委員会は、レジュメの行政機関の種別では「行政庁」に該当する。

※このうち、国の行政機関が制定する法規命令（①②③）を一般に「命令」と呼んでいる。行政手続法の用語法もこれと一致しているが、詳しくは後述。

※告示について

- ・告示は公示の形式であって、それが直ちに法的拘束力の有無に関わるものではない。しかし、告示のなかには法規性を有するものがある。塩野 I p. 100は、「実質的に法

規命令の補充たる性格を持つ場合」があるとしている。例えば、生活保護基準は生活保護法 § 8①に基づき厚生労働大臣が厚生労働省告示として公示しているが、その法規性は否定できない。

- ・学習指導要領の法規性については争いのあるところであるが、国はその法規性を主張しているし、最高裁平成2.1.18判決（判時1337-3、ケースブックp.15、伝習館高校事件）も法規性を認めている。他方、環境大臣告示として出される環境基準について、国はその法規性を否定したことがある（東京高裁昭和62.12.24判決＝行集38-12-1807、判タ668-140参照）。
- ・また、後に述べる行政規則（行政内規）として性質を持つものも多い。上記塩野 I p.100は、続けて「行政規則としての性格を持つこともある」としている。行政規則の一つである訓令は「告示」として公示されることが多い。
- ・なお、自治体の制定する指導要綱も「告示」として公示されるが、後に述べるように指導要綱は法規ではない。
- ・告示の行政処分性を認めたものに最高裁平成14.1.17判決（民集56-1-1、判時1777-40、ケースブックp.283、二項道路指定告示）がある。これは行政処分とは何かに関する重要な判例である。

2、行政立法の存在理由

- ①専門的・技術的判断を要するもの
- ②迅速な対応の必要なもの
- ③地域の特殊性に則した定めを要するもの

※行政国家現象としての行政立法の増大という側面もある。

3、行政立法権の根拠

（1）委任命令と執行命令

通説は、法規命令を委任命令と執行命令に分ける（国家行政組織法 § 12①・同③参照）。

委任命令は、法律の委任に基づき、国民の権利義務の内容を定めるものをいう。

執行命令は、権利義務の内容を実現するための手続に関するものをいう。

憲法 § 41も委任立法を禁止する趣旨ではない（憲法 § 73六号）

（2）独立命令の禁止

国民の権利義務を形成する法規は、個別に法律の委任がなければ制定できない。独立命令（法律に根拠を持たない法規命令）は執行命令を除き禁止される。

但し、執行命令と法規命令との区別は必ずしも明確ではないし、執行命令には法律の委任を要しないという見解に対する批判もある。

なお、地方自治体の長の規則制定権は地方自治法 § 15によって認められ、個別の法律または条例による委任を必要としないと解されている。但し、義務を課し、権利を制限するには、法令に特別の定めがない限り、条例によらなければならない（地方自治法 § 14②）。

（3）法律上の委任に関する最高裁判例

①委任の有無が問われた事例

法律上の委任の有無が問われたものとして教科書検定があるが、最高裁平成5.3.16判決

(民集47-5-3483、判時1456-62)は、検定当時の教科用図書検定規則(昭和23年文部省令第4号)や教科用図書検定基準(昭和33年文部省告示第86号)が法律の委任を欠くとまではいえないとしている。これについては学校教育法§62・§34の規定を見て問題の所在を理解すること。なお、塩野 I p.98注(2)はこれに疑問を呈している。

下級審判決であるが、法規命令を委任する法律(許可認可等臨時措置法)の廃止によって法規命令(許可認可等臨時措置令)が失効するとした事例に、大阪地裁昭和57.2.19判決(行集33-1・2-118、判時1035-29、近鉄特急料金値上認可事件)がある(宇賀 I p.275参照)。

②委任の限界(白紙委任の禁止) (櫻井・橋本p.66、宇賀 I p.268以下に詳しい)

法律だけが法規を創造できるという原則を失わせるような白紙委任は許されない。国家公務員法§102の合憲性が問題となるが、判例はそれに基づく人事院規則を適法なものとしている。(国家公務員法§102①と地方公務員法§36の規定の仕方を比較すると問題の所在が分かる。)

最高裁昭和33.5.1判決(刑集12-7-1272、LEX/DB 27660569) 人事院規則

人事院規則は、右国家公務員法102条1項に基き、一般職に属する国家公務員の職責に照らして必要と認められる政治的行為の制限を規定したものであるから、前記大法廷判決の趣旨に照らし、実質的に何ら違法、違憲の点は認められないばかりでなく、右人事院規則には国家公務員法の規定によつて委任された範囲を逸脱した点も何ら認められず、形式的にも違法ではないから、憲法31条違反の主張はその前提を欠くものというべきである。

最高裁昭和49.11.6判決(刑集28-9-393、判時757-33、LEX/DB 27670762、猿仏事件) 人事院規則

政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法102条1項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうるところである。

国家公務員の政治活動にかかる最近の**最高裁平成24.12.7判決**(LEX/DB 25445107)も白紙委任に関しては、これらの判決を引用し、国家公務員102条1項が人事院規則に委任していることが「憲法上禁止される白紙委任に当たらないことは明らかである」としている。

4、行政立法権の限界

(1) 委任の範囲内であること

最高裁は立法裁量を認めた上で、それを逸脱する行政立法を委任の範囲を超えた違法なものとしている。

委任の範囲を超えたかどうかについては、委任の趣旨・目的を勘案して判断することとなるが、平等原則や比例原則等の行政法関係に適用される一般的法原則や憲法上の要請(上記平等原則や比例原則は憲法§14や§13に基づくが、その他例えば表現の自由を規制する場合の厳格な審査基準等)も勘案すべきであるとする。塩野 I p.97は、規律の対象となる私人の権利利益も考慮されるべきであるとしている。

(2) 法律に違反しないこと

下記の4.の判決について、最高裁は「委任の範囲を超えたもの」としているが、塩野 I p. 98は法の意思に反したものと評価している。一方、2.について最高裁は「法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべき」と述べているが、法の趣旨に反するものとも理解できるように思える。もっとも、(1)と(2)を殊更に分ける必要はなかろう。

なお、人事院規則の政治活動の制限規定をめぐっては、上記の問題点(白紙委任の合憲性：これは法律の適否に関する問題)とともに人事院規則の規定内容も憲法に違反するのではないかという問題が問われている(これは規則の適否に関する問題)。

(3) 最高裁で法規命令の適法性が争われた主な事例

①違法とした事例(新しい順)

1. 最高裁平成25年1月11日判決(LEX/DB 25445208) 医薬品ネット販売禁止事件

平成18年薬事法改正にかかる同法施行規則(平成21年改正)のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について

[1] 当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない(159条の14第1項, 2項本文)ものとし, [2] 当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない(159条の15第1項1号, 159条の17第1号, 2号)ものとし, [3] 郵便等販売をしてはならない(142条, 15条の4第1項1号)ものとした各規定

判旨

新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。

したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、[1] 当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない(159条の14第1項, 2項本文)ものとし, [2] 当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない(159条の15第1項1号, 159条の17第1号, 2号)ものとし, [3] 郵便等販売をしてはならない(142条, 15条の4第1項1号)ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。

2. 最高裁平成21.11.18判決(民集63-9-2033、判時2065-12、ケースブックp. 36、LEX/DB 25441451) 高知県東洋町議員解職請求事件

地方自治法施行令(公務員が解職請求署名の代表者になることを禁じた規定)

本件各規定は、地自法(地方自治法)85条1項に基づき公選法89条1項本文を議員の解職請求代表者の資格について準用し、公務員について解職請求代表者となることを禁止している。これは、既に説示したとおり、地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって、その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効と解するのが相当である。(略)

最高裁昭和29年5月28日第二小法廷判決・民集8巻5号1014頁は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである。

※本判決に基づき平成23年4月に地方自治法が改正された（5月2日公布）。

①直接請求代表者の資格制限を明記（地方自治法 § 74⑤の次に次の一項を追加）
選挙権を有する者のうち次に掲げるものは、第1項の代表者（以下この項において「代表者」という。）となり、又は代表者であることができない。

一 公職選挙法第27条第1項の規定により選挙人名簿に同項の表示をされている者（都道府県に係る請求にあつては、当該市町村の区域内に住所を有しなくなつた旨の表示をされている者のうち当該市町村の区域内から引き続き同一都道府県の区域内の他の市町村の区域内に住所を移し、かつ、当該他の市町村の区域内に住所を有しているものを除く。）

二 前項の選挙人名簿の登録が行われた日以後に公職選挙法第28条の規定により選挙人名簿から抹消された者

三 第一項の請求に係る普通地方公共団体（当該普通地方公共団体が、都道府県である場合には当該都道府県の区域内の市町村及び第252条の19第1項に規定する指定都市（以下この号において「指定都市」という。）の区を含み、指定都市である場合には当該市の区を含む。）の選挙管理委員会の委員又は職員である者

②署名に関する罰則の追加

3. 最高裁平成14. 1. 31判決（民集56-1-246、判時1776-49、ケースブックp. 24、LEX/DB 28070264）児童扶養手当法施行令（父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象から除外する規定）

施行令1条の2第3号が父から認知された婚姻外懐胎児童を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。

※本判決に基づき、施行令が改正され、括弧書きは廃止された。

4. 最高裁平成3. 7. 9判決（民集45-6-1049、判時1399-27、ケースブックp. 20、LEX/DB 2780887

1）監獄法施行規則（被勾留者と幼年者との接見を許さないとする規定）

規則120条は、規則121条ないし128条の接見の態様に関する規定と異なり、「14歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定し、規則124条は「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前4条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」と規定している。右によれば、規則120条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則124条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法50条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。（中略）

そうだとすれば、規則120条（及び124条）は、結局、被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法50条の委任の範囲を超えた無効のものとして断ぜざるを得ない。

※平成3年の法務省令改正により、同規則 § 120は削除された。

※平成19年「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」施行により、この規則は廃止された。

4. 最高裁昭和46.1.20判決（民集25-1-1、判時617-21、LEX/DB 27000655）

農地法施行令（買収農地の売払い対象を制限する規定）

同項（農地法80条1項）は、その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されないところであるといわなければならない。……したがって、……（施行）令16条が、自創法3条による買収農地については令16条4号の場合にかぎることとし、それ以外の……場合につき法80条の認定をすることができないとしたことは、法の委任の範囲を越えた無効のものというのほかはない。

②適法とした事例

5. 最高裁平成2.2.1判決（民集44-2-369、判時1384-38、ケースブックp.16、LEX/DB 2780568）

1) 銃砲刀剣類登録規則

規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、……日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。

※本件ではサーベルの所持が認められなかったことが問題となった。

6. 最高裁昭和51.5.21判決（刑集30-5-615、判時814-33、LEX/DB 27661956）学習指導

要領（旭川学テ事件）

学習指導要領についていえば、……全体としてみた場合、教育政策上の可否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、上記目的のために必要かつ合理的な基準の設定としては是認することができるものと解するのが、相当である。

※なお、本判決は学習指導要領が明確に法規的であるとは言っていないが、高校の学習指導要領につき法規性を認めたものに前記最高裁平成2.1.18判決（伝習館高校事件）がある。

③行政立法の不作为が違法とされた事例

7. 最高裁平成16.4.27判決（民集58-4-1032、判時1860-34、LEX/DB 28091164）石炭鉱

山保安規則（筑豊じん肺訴訟）

通商産業大臣は、遅くとも、昭和35年3月31日のじん肺法成立の時までに、前記のじん肺に関する医学的知見及びこれに基づくじん肺法制定の趣旨に沿った石炭鉱山保安規則の内容の見直しをして、石炭鉱山においても、衝撃式さく岩機の湿式型化やせん孔前の散水の実施等の有効な粉じん発生防止策を一般的に義務付ける等の新たな保安規制措置を執った上で、鉱山保安法に基づく監督権限を適切に行使して、上記粉じん発生防止策の速やかな普及、実施を図るべき状況にあったというべきである。そして、上記の時点までに、上記の保安規制の権限（省令改正権限等）が適切に行使されていれば、それ以降の炭坑労働者のじん肺の被害拡大を相当程度防ぐことができたものといえる。

本件における以上の事情を総合すると、昭和35年4月以降、鉱山保安法に基づく上記の保安規制の権限を直ちに行使しなかったことは、その趣旨、目的に照ら

し、著しく合理性を欠くものであって、国家賠償法1条1項の適用上違法というべきである。

5、行政立法の手續（→宇賀 I p. 275以下に詳しい）

①行政手続法の「意見公募手続」（いわゆるパブリック・コメント）を除き、一般的な立法手続を定めた法律はない。

個別法で公聴会や審議会諮問等を義務付けたものがある→宇賀 I p. 276以下

②行政立法は、権限ある行政機関が制定し、官報または自治体の公報で公布する。宇賀 I p. 15によれば、1947年の次官会議了解で、附則に施行期日を定めることとされたとのことである。自治体の規則または規程は、特別の定めがある場合を除くほか、公布の日から起算して10日を経過した日から施行する（地方自治法 § 16⑤・同③）。

6、違法な行政立法に対する救済

①現在の裁判は、法律で特別の定めがない限り、具体的事件を前提とするので、抽象的に行政立法の違法無効の確認を求めることはできない。そのため、具体的事件において、行政活動の根拠となった行政立法の違法無効を主張し、それを前提として行政処分の取消等や国家賠償を求めることになる。4（3）であげた事例を参照。

行政立法の違法無効の主張は、当該行政立法が適用される事件では、常に主張が可能である。その結果、行政立法制定から数十年後に、当該立法は違法無効であると判断されることもある。但し、無効の判断は当該事件についてのみ適用し、違法無効と判断された規定が一般的に効力を失うのではない。

②行政立法の制定行為は、一般的・抽象的な法規制定行為であり、一般に行政処分には該当しない。つまり、法規命令制定行為に対する抗告訴訟（取消訴訟や差止め訴訟）は原則としてできない。

ただし、法規命令が個別具体的な法効果を直接的に発生させる場合は、例外的にその処分性が認められる可能性は否定できない。法規命令ではないが、条例についてそのような判決がある。特定の保育所廃止を定める条例につき、最高裁平成21.11.26判決（民集63-9-2124、判時2063-3、ケースブックp. 306）

③法規命令によって、市民の権利が直接的に制約される場合、公法上の当事者訴訟によって、法的地位の確認を求める訴訟が可能である場合がある。医薬品ネット販売禁止事件の第1審と控訴審は、施行規則の行政処分性は否定したが、次の理由により、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟は適法なものとした。判決文は東京地裁平成22年3月30日判決（請求の趣旨は、「原告が、医薬品の店舗販売業の許可を受けた者とみなされる既存一般販売業者として、平成21年厚生労働省令第10号による改正後の薬事法施行規則の規定にかかわらず、第一類医薬品及び第二類医薬品につき店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による販売をすることができる権利（地位）を有することを確認する。」というもの。

（1）本件地位確認の訴え（は、公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。原告らは、改正省令の施行前は、一般販売業の許可を受けた者として、郵便等販売の方法の一態様としてのインターネット販売により一般用医薬品の販売を行うことができ、現にこれを行っていたが、改正省令の施行後は、本件各規定の適用を受ける結

果として、第一類・第二類医薬品についてはこれを行うことができなくなったものであり、この規制は営業の自由に係る事業者の権利の制限であって、その権利の性質等にかんがみると、原告らが、本件各規定にかかわらず、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売の方法による販売をすることができる地位の確認を求める訴えについては、前記2のとおり本件改正規定の行政処分性が認められない以上、本件規制をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきであり、また、単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、省令の個別的な適用対象とされる原告らの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができるかと解するのが相当である（なお、本件改正規定の適法性・憲法適合性を争うためには、本件各規定に違反する態様での事業活動を行い、業務停止処分や許可取消処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ず、本件改正規定の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことができないとするのは相当ではないと解される。）。

(2) したがって、本件地位確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、確認の利益が肯定され、法律上の争訟性も肯定されるというべきであり、本件地位確認の訴えは適法な訴えであるといえることができる。

※2004年行政事件訴訟法改正により、公法上の当事者訴訟に「公法上の確認訴訟」が明示的に例示された。この公法上の確認訴訟の活用例として、立法審議段階では行政立法の違法確認訴訟が示された。このように、今後は公法上の確認訴訟によって行政立法の違法性を確認させる訴訟が考えられる。その他、行政立法の無効確認訴訟も可能であろう。しかし、確認の利益（紛争の具体性）や違法確認判決の効力など今後検討されるべき問題点も少なくない。