

## Ⅲ. 行政法の基本原理と一般原則

### 一、現代行政法の基本原理

#### 1、現代行政の特徴

##### (1) 伝統的な行政観の変容

19世紀的な自由主義的国家観に立てば、行政はできるだけその権限行使を控え、外交・国防という対外的な行政は別にして、国内的には法秩序に違反する行為を取り締まることを主眼とすべきものと考えられていた。

※歴史事実として、このような純粹の消極国家が存在したかどうかは別問題。ヨーロッパの資本主義は近代市民国家の積極的な権力的関与と庇護によって確立・成長してきたという見解もある。

##### (2) 積極国家・福祉国家

①しかし、資本主義の発達と大企業（独占資本）の登場により、国家は積極的に経済活動に介入し、それを適切に規制したり援助したりしなければ、一国の経済を維持できない状態が生まれた（19世紀終盤頃から）。規制緩和が叫ばれているとはいえ、現代社会では、エネルギー・金融・運輸などの基盤産業に対する国家の積極的な規制・介入は不可欠であるし、同時に産業を保護・育成する様々な施策が必要である（積極的国家観）。

②また、国民の多数がサラリーマン（賃金労働者）とその家族という社会状況が生まれると、国家は国民の健康で文化的な生活を保障するため、様々な社会福祉措置を採らなければならない社会となった。第二次世界大戦終了後は、多くの資本主義国が福祉施策の拡充をすすめ、それは人権として認識されていった（我が国の生存権規定・国際人権規約A規約）。生存権とは、国や自治体の積極的施策によって、すべての国民に健康で文化的な生活を保障しようとするものである（福祉国家）。

③現代行政にあっては、伝統的な警察行政（規制行政）に加えて、国民や住民の生活基礎条件整備というサービス行政（給付行政）が増大している。また、社会的・経済的弱者保護のために企業などに対する規制権限を積極的に行使することの必要なケースも増えている。高度の科学技術を駆使した大量生産によって経済活動が行われている現代社会では、国民がこれらの成果を享受するためにも（医療など）、同時にこれらの経済活動による現在及び将来の危険を避けるためにも（公害など）、国家の積極的な福祉施策や経済活動規制は必要である。

##### (3) 法治主義の危機

①積極行政の必要性は、行政活動を質量ともに増大させ、行政法にも新しい問題を投げかけている。例えば、膨大でしかも専門的な行政活動は、行政立法を増大させ、行政裁量の余地を拡大し、法治主義を空洞化させる可能性を持っている。

- ②行政活動を国会の法律によって統制することが困難となる。高度の科学的技術的専門性を必要とする安全基準などは、国会で審議して決定することが困難となる。→行政立法（政省令・規則・基準など）に委ねることになる（委任立法の増大）

#### **(4)参加と公開**

このような行政活動領域の拡大に対して、第二次世界大戦後、行政活動に対する司法審査が各国で強化されたが、さらに、今日では行政の決定過程や執行過程への市民参加と行政情報の公開が重要視されている。最近の行政手続法や情報公開法の議論では、「行政の公正・透明」がキーワードとなっている。

#### **(5)二重効果的行政の増大**

- ①上記のように生存権を保障しようとする福祉国家（積極国家）の行政では、行政権限が経済的・社会的弱者を保護する観点から行使されるものが少なくない。このような状況を背景に、行政活動の二重効果が注目されてきた。二重効果とは、ある者にとっては利益的效果を持つが、同時に他者に対して不利益的效果を持つような行政活動である。例えば、消費者や付近住民の安全を目的として企業活動を規制する行政の場合、規制権限の行使は企業にとっては不利益であるが、消費者等にとっては利益である。逆に、開発許可などは企業にとっては利益であるが、公害や災害を心配する付近住民には不利益である。
- ②この二重効果的行政の問題は、開発行為や原発設置など災害の危険性を有する行為の許可に対する周辺住民らの取消訴訟などでよく問題となる（出訴資格を持つことや、いかなる場合に勝訴できるかなど）。その他、行政が有効な公害防止措置をとらなかった場合、行政が被害者に対して損害賠償責任を負うかということでも問題となった（薬品公害裁判や水俣病裁判など）。勿論、すべての行政活動が二重効果性を持つものではないが、二重効果性を持つ行政活動が増大していることも現代行政の特徴である。

#### **(6)行政権に関する日本国憲法の重要な規定**

日本国憲法はヨーロッパで発生した近代立憲主義（国民主権と人権保障を基本原理として国家権力を統制しようとする考え方）に立脚し、さらに自由権と生存権からなる基本的人権の体系や違憲法令審査制の導入など、現代資本主義憲法としての特質を有している。憲法は、行政権に関しては次のような基本的原理を採用している。

- ①基本原理としての国民主権・人権保障（自由権と社会権（生存権））・平和主義
- ②議院内閣制型の権力分立（行政権の内閣への帰属。内閣の存立は国会の信任を基礎とする。）
- ③行政権に対する裁判所の司法審査権
- ④地方自治の保障（地方自治では長の直接公選制）

#### **(7)行政サービスの民営化、行政権限の民間委託をどう考えるか。**

1990年代以降（いわゆる冷戦終結後）、アメリカの新自由主義理論の圧倒的な影響（圧力）下で、規制緩和と並び行政活動の外部化（アウトソーシング）、民間化（プライベート化）がなされてきた。またPFI（Private Finance Initiative）やPPP（Public Private Partnership）という新たな行政活動スタイルも登場している。これ

らが行政法理論に新たな課題を提起することは疑いないが、この動向に関する私の評価はまだできていない。

## 2、日本国憲法下における行政法の基本原理

現代行政法の基本原理は憲法や法律が直接規定している訳ではないので、論者によって色々な捉え方が可能であるが、これまで述べたことを踏まえると、私は現代行政法にとって次の点が重要な原理となると思う。

### (1) 法治主義原理(法律による行政の原理)

私は我が国の行政法原理として法治主義原理は次の3つからなると考えている。

①行政は適法に行われなければならない(適法行政の原則)。

ここでいう法には信頼保護原則や平等原則等の法の一般原則も含まれる。

②権力的行政作用は、その作用の根拠が法律や条例に規定されていなければならない(法律の留保の原則)。

③行政活動に対する司法審査が保障されなければならない(司法国家の原則)。

### (2) 公正・透明な行政(市民に開かれた行政)

①公正・透明な行政手続(行政決定過程への利害関係者及び市民の参加)

②情報公開(市民に開かれた行政)

### (3) 地方自治を基礎とする行政(国と地方の役割分担と地方自治の尊重)

### (4) 基本的人権を保障する行政、特に生存権を保障するために積極行政の重要性

### (5) 平和主義を踏まえた行政

※最近では行政法の基本原則として「補完性の原則」をあげる論者が少なくない。櫻井・橋本p.29や次頁の大橋。しかし、私には「補完性の原則」を現代行政法の基本原則としてあげるまでの確信が持てない。

### (補足) 行政法の基本原理について

行政法の基本原理が憲法や法律で定められているわけではないので、これをどのように捉えるかは論者の学問的見解によることになる。とはいえ、ある程度の共通性も見られる。その基礎にはヨーロッパで発達した近代立憲主義に基づく行政観があるし、現代資本主義の状況を踏まえた行政観が反映するので共通性が見られるのはむしろ当然であろう。我が国の代表的な行政法学者の見解をあげると、

田中二郎『行政法上巻』弘文堂

①地方分権の原理

②民主主義の原理

③法治国家・福祉国家の原理

④司法国家の原理

兼子仁『行政法学』岩波書店（1997年）

- ① 国民主権と人権に基づく責任行政
- ② 国民の生存権を保障する積極行政
- ③ 法治主義と法律・条例に基づく行政
- ④ 行政を第三者的裁判に服させる司法国家
- ⑤ 透明・公正手続による行政

塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）補訂版』有斐閣（2013年）

- ① 法律による行政の原理
- ② 行政のコントロールシステムの充実  
裁判上の救済と公正な行政手続
- ③ 法の一般原則  
信義誠実の原則、比例原則、平等原則、公正・透明原則、説明責任原則

大橋洋一『行政法Ⅰ』有斐閣（2009年）

行政法の一般原則及び現代型一般原則を次のように整理し、行政の補完性や効率性を基本原則に入れている。

- ① 法律による行政
- ② 法律の留保（重要事項留保説をとる）
- ③ 行政に関する法の一般原則  
→ 審議誠実原則・権限濫用禁止原則・比例原則・平等原則
- ④ 現代型一般原則
  1. 市民参加原則
  2. 説明責任原則
  3. 透明性原則
  4. 補完性原則（行政は民間ができない分野の補完）
  5. 効率性原則

- ・教科書（櫻井・橋本、宇賀Ⅰ）は、塩野・大橋と似ている。
- ・芝池総論は、「Ⅱ 行政活動の一般的規制原理」で、「法治主義」・「信頼保護」・「行政裁量」（その統制法理）を論じている。
- ・リーガルクエストは、行政法の基本原理として、①法律による行政の原理、②適性手続の原理、③信義則・信頼保護の原理、④その他の一般法原則（権限濫用禁止、比例原則、平等原則、公正・透明・説明責任原則）をあげている。
- ・藤田宙靖『第4版 行政法Ⅰ（総論）改訂版』青林書院（2005年）は、「行政法の一般原理」という章立てはないが、「法律による行政の原理」について非常に詳細な検討をしている。

## 二 法治主義

### 1、行政法の基本原理としての法治主義

#### (1) 法治主義とは

- ① 法治主義の原理は今日の行政法の基本原理である。すなわち、「行政権の行使は、法律によって根拠づけられ、法に適合したものでなければならない」という原理である。

法治主義の意義は次の二点にあらう。

- a) 第一は人権保障原理にかかわるものであって、行政権の行使を法律によって統制することによって、行政権の濫用を防止し、国民の権利を保障するということ。  
b) 第二は国民主権原理に由来するものであって、行政権力の行使は国民の総意に正当な根拠を持つということである。国民の総意は法律（自治体では条例）に具体化され、かかる法律の根拠なしに政府は勝手に行政権を行使しえないということ。  
※もともと、法治主義は、歴史的には主にa)の意味で議論されてきた（櫻井・橋本p. 13～14）。なお、法治主義にさらに法的安定性の要請に応えるものという意味を付加する見解もある（リーガルクエストp. 23）

#### (2) 我が国行政法における法治主義の規範的意義

上述したところであるが、今日の我が国行政法における法治主義原理は次の点にあると考える。

- ① 適法行政の原則：行政は適法に行われなければならない。  
ここでいう法には信頼保護原則や平等原則等の法の一般原則も含まれる。  
これは権力行政にも非権力行政にも妥当する。
- ② 法律の留保：特に権力的行為（国民の自由や財産を規制する行為や行政処分という形式で行われる行為）は、それぞれ法律又は条例に根拠規定がなければならぬ。これを「法律の留保」という。但し、法律の留保が妥当する範囲については論争がある（後掲）。
- ③ 司法国家原理：戦後の重要な改革として、国や自治体の違法な活動によって被害を受けた国民は損害賠償を請求できるようになったことと（憲法17条）、すべての行政活動に対する裁判所の裁判権が認められたこと（同76条）が挙げられる。これによって、行政の適法性が確保される。

法治主義という考え方は、もともとはドイツ公法学の生み出したものであり、①法律の法規創造力（法律のみが国民の権利義務を形成する法規を形成する）、②法律の優位（行政命令に対し法律が優位する）、③法律の留保（自由と財産を制限する行政権限を根拠づけるは法律＝国会制定法に留保される）の三原則から構成されるとされていた（塩野 I p. 68）。これは、行政（当時は国王）の行政立法権を容認しつつも、行政権の行使は、法律＝国会制定法に適合しなければならないというもので、その意味では行政の統制原理であった。しかし、法律の内容自体に対する統制原理ではなかった（形式的法治主義）。そのため、ドイツでは、第二次世界大戦後、「形式的法治主義」の批判の上に、法治主義を「人権保障を目的とし、そのための手段を体系的

に提示するもの」として再構成することとなった。この原理を実質的法治主義と称している。

他方、「法の支配」(the rule of law)ということもある。この概念はイギリス法の基本原理として形成されたものであり、もともとは「政府も通常の法に服す。法とは理性に基づく法、殊に基本的人権を保障する法であり、権力者が勝手に作るものではない。公務員も一般の国民と同じように通常裁判所の裁判権に服す。」という原理であった。

今日では「法治主義」も「法律の支配」も同じような意味で用いられている。これらは、国や自治体の活動は法に適合するものでなければならないという意味である。

### (3) 法律の留保をめぐる問題

①行政権限の行使は、その根拠が法律に具体的に定められていなければならないとする原理を法律の留保という。つまり、法律（国会制定法）だけが行政権限を根拠づける力を有しており（法律の留保）、法律以外は根拠法たりえないという考えである。

「留保」はドイツ語のVorbehalt（英語だとreservation）の訳語

※今日では、条例（自治体の議会立法）も法律と同様に根拠法となると考えられている。従って、法治主義に関する説明では、特に断らない限り「法律」には「条例」も含まれるものとする。

※ここで根拠規定とは、ある行為（許可とか、除去命令とか、強制調査など）の根拠となる条文のことである（例えば、警察官職務執行法 § 6①は、一定の要件のもとで警察官が他人の土地・建物・船車内へ立入ることを認めているし、道路交通法 § 77①は、所轄警察署長に道路使用許可権を認めているが、これが根拠規定の例である）。つまり作用法上の根拠規定でなければならない。

組織の任務や所掌事務を規定するだけの規定（例えば警察法 § 5①・同②、同法 § 36②）は組織規範であって、上記の意味での根拠規定（根拠規範）とはならない。

※組織規範、規制規範、根拠規範については塩野 I p. 72以下が参考になる。

#### 最高裁判平成18. 3. 1判決（民集60-2-587、判時1923-11、LEX/DB 28110487）旭川市国民健康保険条例事件

憲法84条は、課税要件及び租税の賦課徴収の手續が法律で明確に定められるべきことを規定するものであり、直接的には、租税について法律による規律の在り方を定めるものであるが、同条は、国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律の根拠を要するという法原則を租税について厳格化した形で明文化したものというべきである。したがって、国、地方公共団体等が賦課徴収する租税以外の公課であっても、その性質に応じて、法律又は法律の範囲内で制定された条例によって適正な規律がされるべきものと解すべきであり、憲法84条に規定する租税ではないという理由だけから、そのすべてが当然に同条に現れた上記のような法原則のらち外にあると判断することは相当ではない。

②もっとも、いかなる行政作用に「法律の留保」が妥当するかについては、見解が分かっている。主なものとして、次のような見解がある。

- a) 侵害留保説：国民の権利（特に自由と財産）を侵害または制限する権力作用及び義務を課す権力作用に法律の留保が妥当する。
- b) 社会留保説：生存権保障のための行政作用は、給付行政であっても法律の根拠を要する。
- c) 権力留保説：侵害的権力作用の他、利益的なものであっても公権力作用といえるもの（利益的行政処分）には法律の留保が妥当する。この説のポイントは行政処分は法律の根拠を必要とするというところにあると思う。行政立法行為や法的拘束力を持つ行政計画決定、権力的事実行為（行政代執行や即時執行、強制的行政調査）が法律の根拠を必要とすることはいうまでもない。
- d) 重要事項留保説：公権力作用だけでなく、国土総合開発計画のような行政上の重要な事項や国民の権利に重大な影響を及ぼす行為は、非権力的性格のものでも法律の留保が妥当する。
- e) 全部留保説：すべての行政作用に法律の留保が妥当する。

③ どの見解が通用しているのか。

ア) 行政実務は侵害留保説が妥当としている（塩野 I p.74）。上掲の最高裁平成18.3.1判決も明示的に述べるのはこの趣旨である。

イ) しかし、実際には、権力性を有する行政処分という行為形式をとる場合は、それが給付作用であっても原則として法律または条例の根拠が必要であるとしているので、実質的には権力留保説に近い運用がなされているように思う。私（石崎）は権力留保説が適切であると思っている。また、リーガルクエストp.23以下は、権力留保説を基軸に据えてその修正・拡張を考えている。

最近、最高裁は行政処分（これは権力的性質を持つ）を広く捉えようとする傾向にあり、実質的には通達が根拠となっている行政措置も行政処分としているが（労災就学援助費支給決定最高裁平成15.9.4判決＝判時1841-89、ケースブックp.285・食品衛生法違反通知事件最高裁平成16.4.26判決＝民集58-4-989、判時1860-42、ケースブックp.287）、判決文を読む限り、法律規定に同措置の根拠を求めており、法律の根拠に基づかない行政処分の存在を認めているのではない。もっとも、この点は司法審査論で扱うことになるので、今の時点では理解できなくても構わない。

この見解では、非権力的作用は必ずしも根拠規定を必要としない。法律の根拠規定がなくても、非権力的な行政指導を行ったり、相手方と開発協定を締結することは可能である。但し、組織規範で割り当てられた任務の範囲を超える行為はできないし、非権力的な作用でもそれについて要件や手続などを定める規制規範があれば、それには従わなくてはならない。

ウ) それに対し、最近の学説では非権力的行為であっても法律の根拠が必要な場合があることを認める重要事項留保説が有力になっている。

しかし、非権力的行為について、それが法律の根拠を欠くことを理由に違法とされた事例は、最高裁ではまだ出されていない。

④ 条例も権力的作用の根拠法たりうることは一般に認められている。

※1999年（2000年施行）の地方自治法改正により、義務を課し権利を制限する場合は条例によらなければならないとされた（従前は、規則によるものがあつ

た)。自治体の条例は議会が制定し、規則は知事・市町村長・委員会が制定する。

#### ⑤ 憲法と法律の留保

憲法が「法律で定める」旨を規定しているのは、財産権（憲法 § 29）、刑罰（同 § 31）、租税（同 § 84）である。しかし、これらはいずれも狭義の法律（国会制定法）に限定されるのではなく、条例（自治体の議会制定法）も含むとするのが最高裁の判例であり、通説でもある。

### （４）法律の留保に関する最高裁判例

#### ① 法律の根拠を欠くために行政代執行が違法であるとした事例

**最高裁平成3.3.8判決**（民集45-3-164、判時1393-83、ケースブックp.222、LEX/DB 2780818）

#### 4) 浦安漁港係留杭撤去事件

漁港管理者は、漁港法26条の規定に基づき、漁港管理規程に従い、漁港の維持、保全及び運営その他漁港の維持管理をする責めに任ずるものであり、したがって、漁港の区域内の水域の利用を著しく阻害する行為を規制する権限を有するものと解される（同法34条1項、漁港法施行令20条3号参照）ところ、右事実によれば、本件鉄杭は、本件設置場所、その規模等に照らし、浦安漁港の区域内の境川水域の利用を著しく阻害するものと認められ、同法39条1項の規定による設置許可の到底あり得ない、したがってその存置の許されないことの明白なものであるから、同条6項の規定の適用をまつまでもなく、漁港管理者の右管理権限に基づき漁港管理規程によって撤去することができるものと解すべきである。しかし、当時、浦安町においては漁港管理規程が制定されていなかったのであるから、上告人が浦安漁港の管理者たる同町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法の規定に違反しており、これにつき行政代執行法に基づく代執行としての適法性を肯定する余地はない。

（補注：「漁港管理規程」は条例として制定される。）

※しかし最高裁は本件撤去は、「本件鉄杭撤去が強行されなかったとすれば、千葉県知事による除却が同月9日以降になされたとしても、それまでの間に本件鉄杭による航行船舶の事故及びそれによる住民の危難が生じないとは必ずしも保障し難い状況にあったこと、その事故及び危難が生じた場合の不都合、損失を考慮すれば、むしろ上告人の本件鉄杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であったと評価すべきである」として次のように町長の損害賠償責任を否定した。

そうすると、上告人が浦安町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法及び行政代執行法上適法と認めることのできないものであるが、右の緊急の事態に対処するためにとられたやむを得ない措置であり、民法720条の法意に照らしても、浦安町としては、上告人が右撤去に直接要した費用を同町の経費として支出したことを容認すべきものであって、本件請負契約に基づく公金支出については、その違法性を肯認することはできず、上告人が浦安市に対し損害賠償責任を負うものとするとはできないといわなければならない。

※本事件の背景（千葉県の対応やヨットクラブの動きを踏まえて、浦安町が鉄杭撤去を強行せざるを得なかった事情）が、西津政信「行政の緊急措置と比例的リスク管



理」(法社会学69号131頁以下)に詳しく書かれている。ナマの行政法現象を見ると  
いう点でも非常に有益なので一読することを勧める。

②行政指導であるべき措置が事実上の強制にわたるとして、違法とした事例

**最高裁判平成5.2.18判決**(民集47-2-574、判時1506-106、ケースブックp.139、LEX/DB 27814  
474) 武蔵野市教育施設負担金事件

前記1(一)の指導要綱制度に至る背景、制定の手續、被上告人が当面していた  
問題等を考慮すると、行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対  
して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損う  
ことがない限り、違法ということとはできない。

(中略)

右のような指導要綱の文言及び運用の実態からすると、本件当時、被上告人は、  
事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建  
築の目的の達成が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置  
を背景として、指導要綱を遵守させようとしていたというべきである。被上告人  
が米久に対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、被上告  
人の担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態  
度とあいまって、米久に対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、  
水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なもの  
であって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なく  
させるものであり、米久に教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたもの  
といえることができる。指導要綱に基づく行政指導が、武蔵野市民の生活環境をい  
わゆる乱開発から守ることを目的とするものであり、多くの武蔵野市民の支持を  
受けていたことなどを考慮しても、右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めら  
べき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざる  
を得ない。

※本判決は、強制力を有しない限り、指導要綱の制定やそれに基づく行政指  
導は、法律の根拠がなくてもなしうることも意味している。

③自動車検問が任意の協力を求めて行われるものである限り、警察法§2①の趣旨に基  
づき一般に許容されたとした事例

**最高裁判昭和55.9.22決定**(刑集34-5-272、判時977-40、ケースブックp.215、LEX/DB 276822  
95) 自動車検問事件

警察法2条1項が「交通の取締」を警察の責務として定めていることに照らすと、  
交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない  
任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、  
自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるから  
といって無制限に許されるべきものでないことも同条2項及び警察官職務執行法1  
条などの趣旨にかんがみ明らかである。しかしながら、自動車の運転者は、公道  
において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合  
理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現  
時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締  
の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、  
検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上  
の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要

な事項についての質問などをする事は、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものとして解すべきである。

※自動車検問には、①交通違反の予防・検挙を主たる目的とする交通検問、②不特定の一般犯罪の予防・検挙を主たる目的とする警戒検問、③特定の犯罪の捜査を目的とする緊急配備活動としての検問があるが、法的根拠が特に問題となるのは①と②だといえる（百選 I p. 222の曾和解説）。最高裁は、自動車検問が任意的であるとして、警察法 § 2①の責務規定に照らし、一般的に許容できるとしたものである。もし、強制的性質を有しているのであれば、その根拠法が必要であるが、警察法の一般的な責務規定は権力的措置の具体的な根拠規定とはならない。また、最高裁の判旨を前提とした場合、一斉検問は任意の手段の範囲内にとどまらなければならない、強制力を行使するような検問を行ったら、それは違法ということになる（②であげた最高裁平成5. 2. 18判決参照）。

本判決の第一審宮崎地裁昭和53. 3. 17判決（刑集34-5-290、判時903-107）も問題の所在をよく捉えているので、参照するとよい。

なお、最高裁判決以前のものであるが、警察官職務執行法 § 2を根拠に一斉自動車検問を適法としたものに、大阪高裁昭和38. 9. 6判決（判時360-9）がある。

④やや古い事件であるが、根拠法の認める権力的措置の範囲内であったかどうか問われた事例。

**最高裁昭48. 4. 25判決**（刑集27-3-418、判時699-107、LEX/DB 27486303）久留米駅事件

（法廷意見）

鉄道営業法42条1項は、旅客、公衆が停車場その他鉄道地内にみだりに立ち入ったとき等同項各号に定める所為に及んだ場合、鉄道係員は、当該旅客、公衆を車外または鉄道地外に退去させよう旨を規定している。……そして、鉄道営業法42条1項の規定により、鉄道係員が当該旅客、公衆を車外または鉄道地外に退去させるにあたっては、まず退去を促して自発的に退去させるのが相当であり、また、この方法をもって足りるのが通常であるが、自発的な退去に応じない場合、または危険が切迫する等やむをえない事情がある場合には、警察官の出動を要請するまでもなく、鉄道係員において当該具体的事情に応じて必要最少限度の強制力を用いるものであり、また、このように解しても、前述のような鉄道事業の公共性に基づく合理的な規定として、憲法31条に違反するものではないと解すべきである。

（反対意見）

鉄道営業法42条1項の定める排除権限は、対象者の違反行為の態様、程度に照らして真にやむをえない場合における必要最少限度の有形力の行使を含むとしても、対象者の身体に対する直接の実力行使による強制は許されず、これを必要とする場合には、警察官の援助を求めるべきであり、その余裕がなく、しかも、人の生命、身体に対する緊急の危険や、鉄道輸送の安全および鉄道施設に対する重大かつ緊急の侵害ないしはその虞れがある場合には、正当防衛、緊急避難として法律上許容される限度での実力行使であつて、はじめて正当化されるものと解すべきである。

⑤法律規定が行政権限の根拠規定たりうるかという問題が問われた事例。

**最高裁平成5.3.16判決**（民集47-5-3483、判時1456-62、LEX/DB 27814781）

学校教育法51条によって高等学校に準用される同法21条1項は、文部大臣が検定権限を有すること、学校においては検定を経た教科書を使用する義務があることを定めたものであり、検定の主体、効果を規定したものとして、本件検定の根拠規定とみることができる。

※学校教育法 § 34①は「小学校においては、文部科学大臣の検定を経た教科用図書又は文部科学省が著作の名義を有する教科用図書を使用しなければならない。」と規定するが、これが検定権限の根拠規定たりうるかが問われた。

⑥まとめ

- ・最高裁は、権力的作用については法律・条例の根拠規定が必要であるとしている。
- ・他方、非権力的作用については必ずしも作用法上の個別根拠規定が必要であるとまでは言っていない。

しかし、実際に行われる非権力的作用が事実上強制的措置にわたるようだと、それは違法である。

また、非権力作用であっても、その手続や要件を定める規定がある場合に、それに違反したときは違法な措置となる。

（補）下級審で法律の根拠の要否が問われた最近の事例として次のようなものがある。  
関係者に不利益を与える公表措置に法律の根拠が必要か

0-157事件の原因がカイレにあると公表した事件で、東京地裁平成13.5.30判決（判時1762-6）・東京高裁平成15.5.21判決（判時1835-77、ケースブックp.175）は、いずれも法律の根拠は不要とした。また大阪地裁平成14.3.15判決（判時1783-97）、大阪高裁平成16.2.19判決も参照。なお、東京地裁判決を除き、公表に相当性を欠く部分があるとして、損害賠償請求は一部認容。東京訴訟・大阪訴訟ともに最高裁平成16.12.14決定で確定。

- ・これはつまり、公表措置は非権力的事実行為であって、権力作用ではないということである。そのため。公表措置を事前に阻止したり、一旦実施された公表措置を中止させるためには、民事上の差止め訴訟（妨害排除請求訴訟）を提起することになる（名誉権・営業権などが差止め請求の根拠となる）。
- ・もし公表措置が行政処分だと根拠規定が必要であるし、その差止めや中止は、抗告訴訟の差止め訴訟または取消訴訟となる（行政事件訴訟法 § 3参照）。
- ・違法な公表措置に対し、損害賠償を求めるのであれば、行政処分性の有無に拘わらず、国家賠償法 § 1による国家賠償請求が可能。

街頭防犯用カメラの設置（特定地域に居住あるいは参集する人が日常的に撮影される）に法律の根拠が必要か。

大阪地裁平成6.4.27判決（判時1515-116）は非権力的作用であるとして否定。