

1 はじめに

それまでに出会っていたのかもしれないが、私が行政法の講学上の用語行政立法を意識したのは数ヵ月前であった。えっ？立法（国会）・行政（内閣）・司法（裁判所）がそれぞれ独立し相互に牽制しあって権力の集中を防いでいるのが、三権分立という国権の基本のはず。なのに、行政と立法が合体するというのは何だろう。

私は電波行政部門に職を得て、定年退職するまで40年間にわたって、総務大臣又は総合通信局長の権限である無線局の許認可の行政実務に当たってきた。この間私は、規則を国会で成立した法律の一部かのように捉えて、国民に対処してきた。私の個性が、電波利用者である国民に対して行政影響を与えてきたことは事実である。他の下級公務員諸氏もほぼ同様と思う。今にして思うのは、三権分立の基本と行政府の本質を究明することなく自分の国家公務員歴を終えたことに反省と自己批判の念がある。

そこで、行政立法に関する疑問について、国権の原則と行政課題の現実¹に照らしつつ、未熟ながら検討を試みたい。

(注) 以下、対象が明確な場合は法令の略称を使う。枝番号付きの条項が「88条の2」である場合には「88の2条」というように、簡略化して書く。

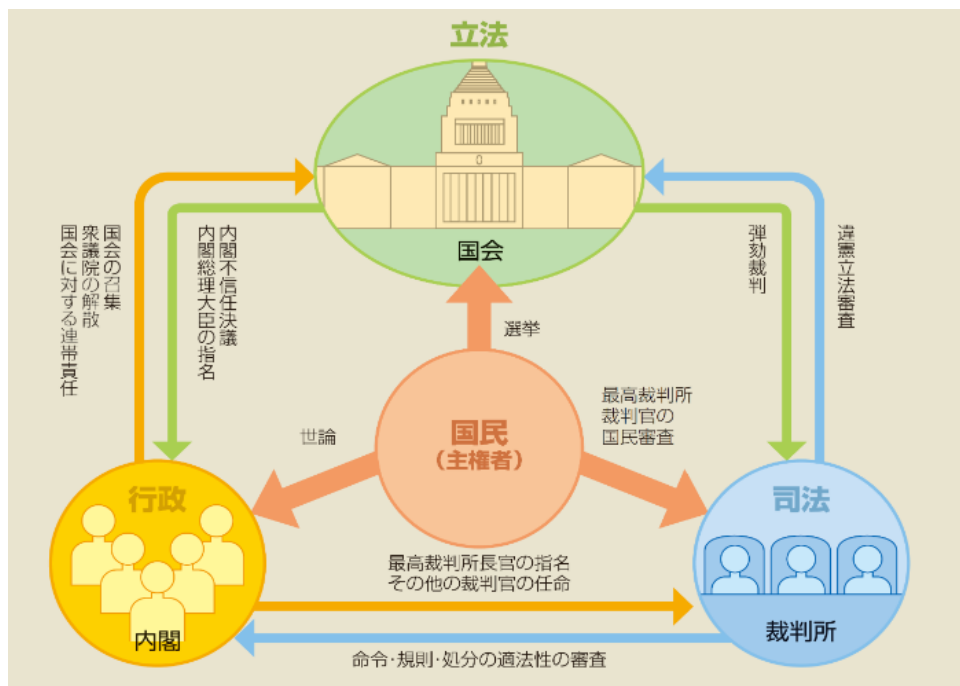
2 三権分立の理想

立法・行政・司法の三権分立の言葉は小学6年で誰もが教わり、さらに中学社会科の公民でその詳細を学ぶことになっている。今一度その内容を知っておこう。

各機関がそれぞれ三権分立について図を用いて分かりやすく説明しているが、代表して衆議院のそれを次ページに紹介する。

この説明によると、三機関は対等であり相互の抑制機能により、国民は特定の権力の暴走から守られているので、自らが主権者としての安心感を持つことができる印象がある。三権が正三角形の頂点に位置し、堅固なトラス構造の中で、国民は大事に保護されているように描かれている。

仮に、一辺が崩れて三角形が扁平になったならば、二権の板挟みになる国民の身はどうなるであろうか。三権分立の理想が実態を伴っているか否かについて、次項以下の検証を試みよう。



日本国憲法は、国会、内閣、裁判所の三つの独立した機関が相互に抑制し合い、バランスを保つことにより、権力の濫用を防ぎ、国民の権利と自由を保障する「三権分立」の原則を定めています。

2.1 憲法における三権分立の規定

日本国憲法には三権分立の明文規定はないが、三権間の相互牽制は次の条文によってなされていると解される。

憲法の関係条文

41条(国会の地位) 51条(行政権の帰属) 53条(臨時会) 67条(内閣総理大臣の指名) 69条(不信任決議と解散又は総辞職) 73条(内閣の職務権限) 76条(司法権の機関と裁判官の職務上の独立) 78条(裁判官の身分の保障) 81条(最高裁判所の法令審査権)

主権者たる国民による国会に対する牽制は、憲法43条(両議院の組織)に基づく選挙で行われる。同じく、最高裁判所に対しては、憲法79条(最高裁判所の構成及び裁判官任命の国民審査)に基づき、裁判官の罷免が可能である。また、内閣に対しては世論が反映するとされている。

要するに、三権分立によって、国民の権利と自由が保障されており、安心して生活できる社会が保たれているとするのである。

ただし、この権力バランスは必ずしも完全に成立してはおらず行政権が立法権に優越していることは、憲法41条が「国会は、国の唯一の立法機関である。」としているにもかかわらず次の規定があることで明らかである。

憲法 73 条 (内閣の職務権限) 抜粋

内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務をおこなう。

六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。

これが、本稿冒頭で書いた行政立法を行い得る根拠条文である。憲法自体にはその制定手続きは規定されていないが、国家行政組織法などが具体化しており、その事情と内容は後述する。

3 立法の限界と行政立法の意義

国権の最高機関である国会による立法は、その議案提出・審議・公布の手続が明確であり、国民の信頼が高くかつ権威がある。しかし、だからといって立法内容が実社会で最高のものとは限らず、一定の制約を設けて、行政による立法すなわち行政立法は必要となる場合がある。その理由として、次の事情が挙げられる。複雑化した現代社会においては、行政立法の必要性は理解できる。

「行政立法手続に関する一考察」田中館照橘 明治大学法律研究所

国会は基本政策の審議には適切であるとしても、行政の専門技術的な細目の事項までも立法化する専門的知識を有せず、また、政治、経済、社会の情勢変化に対応して機敏に法律を制定することは手続上困難である。この国会の機能の限界を克服し、国家目的を実現しなければならないところに、現代社会において行政立法の認められる理由がある。

行政立法の個別の名称は制定機関により異なり、(1) 内閣が定める政令、(2) 内閣総理大臣または各省大臣が定める内閣府令・省令、(3) 外局またはその長が定める外局規則、(4) 独立機関（人事院、公正取引委員会、国家公安委員会など）が定める規則、(5) 地方公共団体の執行機関が定める規則である。ただし、地方公共団体が定める条例は、憲法 94 条の自主立法権に基づいており、立法行政と見るのは適切でない。

行政立法とは、行政機関が発する一般的・抽象的な定め（規範）をいう。最近では、行政基準と呼ぶことがある。

いずれにせよ、名称や制定機関は異なるけれど、成立法律の何倍もの数の政省令が存在する。

3.1 政省令の制定

さて、本題と深く関係するところの政省令の性質又は権限の範囲について、認識を深めよう。憲法 73 条を受けて国家行政組織法は、政省令の根拠と適用範囲は次のとおり規定している。

国家行政組織法 12 条 抜粋

各大臣は、主任の行政事務について、法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて、それぞれの機関の命令（総理府令又は省令）を発することができる。

4 第 1 項の命令には、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課し、若しくは国民の権利を制限する規定を設けることができない。

明らかなことは、政省令にはその機能が異なる二種類が存在することである。つまり、法律の委任による政省令は国民に義務を課したり権利の制限をすることができる法令と同等の権力が与えられる委任命令（又は強制命令）と、もう一つは法令を適用する行政事務の円滑な実施のための行政命令（又は執行命令）に区分される。この区分は、国民の権利との関係において重要であるので、特に意識しておきたい。

4 電波法関係の規則の性格

4.1 委任命令 (強制命令) と行政命令 (執行命令) の混在

前項で述べた委任命令としての規定の他は、電波法関係の各規則の規定は、国家行政組織法 12 条に基づく行政命令であり、法令の円滑な施行のための手順などを規定したものである。行政庁は自己の業務の範囲で独立してルールを決められるが、罰則・義務・国民の権利の制限は戒めなければならない。

電波法関係規則の全てがこの類型に該当し、適切な業務執行に寄与することとなる。

元もと電波三法は、米国式の三権分立の考え方を持つ GHQ の強い干渉の下に制定された。そのため、電波監理の細部は電波監理委員会規則が補充する形で始まった。委員の弱点である専門技術への対処力不足・合議制の迅速性の無さ・国際競争への対応が困難などの理由で一般行政方式に移行したが、現存する規則はそのまま維持されたので、各規則は曖昧な性格を維持している。つまり、規則の各条項は法律事項なのか行政事務処理事項なのかが明白に示されていない。

4.2 電波法が特別委任する規則 (強制命令)

では、実際の上位法と下位法の間を調べてみよう。以下の一覧に掲げるのは、電波法が規則に対して法令委任している例である。これらは国家行政組織法 12 条にいう特別委任に基づくもので、罰則・義務・国民の権利制限の規定を設けることが可能である。

上位法である電波法の条項 → 下位法である規則の条項

- 法4条(免許を要しない無線局)1、2、3号 → 施則6条1、3、4項、
法4の3条(呼出符号又は呼出名称の指定) → 施則6の2の2条2項
法7条(申請の審査)1項4号 → 無線局(放送局を除く。)の開設の根本的基準
法7条(申請の審査)2項6号ハ → 施則6の4の2条
法7条(申請の審査)2項7号 → 基幹放送局の開設の根本的基準
法8条(予備免許)1項3号 → 施則6の4条
法9条(許可を要しない工事設計変更)1項ただし書き → 施則10条1項
法9条(許可を要しない工事設計変更)5項 → 施則10条3項
法13条(無線局の免許の有効期間)1項 → 施則7、8、9条
法15条(簡易な免許手続) → 免則15条~20条
法16条(運用開始及び休止の届出)1項 → 施則10の2条
法17条(変更等の許可)2項 → 施則10条3項
法18条(変更検査)1項 → 施則10の4条
法24の2条(検査等事業者の登録)2、3、4項 → 登録検査等事業者等規則2条1~5項
法24の2条(検査等事業者の登録)4項 → 登録検査等事業者等規則2の2条
法24の13条(外国検査等事業者の登録等)3項 → 登録検査等事業者等規則9条
法25条(無線局に関する情報の公表等)1項 → 施則11の2、11条
法25条(無線局に関する情報の公表等)2項 → 施則11の2の2、11の2の3条
法27の2条(特定無線局) → 施則15の2、15の3条
法27の4条(申請の審査)3項 → 特定無線局の開設の根本的基準
法27の5条(包括免許の付与)3項 → 施則7の2条
法27の6条(特定無線局の運用の開始等)2項 → 施則10の3条
法27の6条(特定無線局の運用の開始等)3項 → 施則15の4条、免則24の2条1項
法28条(電波の質) → 設則5、6、7条
法29条(受信設備の条件) → 設則24条
法30条(安全施設) → 施則21の2~27条
法31条(周波数測定装置の備付け) → 施則11の3条
法32条(計器及び予備品の備付け) → 施則30、31条
法33条(義務船舶局の無線設備の機器) → 設則28条
法34条(義務船舶局等の無線設備の条件) → 設則28の2条1、2項、
法35条 → 設則28の4~29条
第36条(義務航空機局の条件) → 施則31の3条
法37条(無線設備の機器の検定) → 型検規則、施則11の5条、11の4条1、2項、
船舶安全法施行令1条、船舶設備規程146の12条
法38条(技術基準) → 設則
法38の6条(技術基準適合証明等)2項 → 証明規則6条4項
法39条(無線設備の操作)1、2、3、5、7項 → 施則32の10、33、33の2、34、34の2、34の3、
34の5、34の6、34の7条
法39の13条(アマチュア無線局の無線設備の操作)ただし書 → 施則34の8、34の9、34の10条

(その他の具体名は省略するが、条文数で 50 を超える委任がある。)

4.3 委任を装った違法な規則の例

上位法である電波法が委任していないにもかかわらず、規則が委任されているかのように偽装している場合がある。まず、上位法を読んでみる。

電波法 8 条 (予備免許) 抜粋

総務大臣は、前条の規定により審査して結果、その申請が同条第 1 項各号又は第 2 項各号に適合していると認めるときは、申請者に対し、次に掲げる事項を指定して、無線局の予備免許を与える。

二 電波の型式及び周波数

三 呼出符号 (標識符号を含む。)、呼出名称その他の総務省令で定める識別信号 (以下「識別信号」という。)

ここで、3号については規則への委任がなされているが、電波法の同一条文内にある2号については委任がないことに注目しよう。すなわち、識別信号に関しては、国家行政組織法 12 条 1 項後段の要件を満たしており、委任命令たる規定であるが、電波の型式及び周波数に関しては、行政命令とするのが、電波法の意思である。ちなみに、3号の委任先は、施則 6 の 4 条である。

令和 5 年 3 月 22 日、総務省は誤った無線局免許手続規則の改正を行った。具体的には、次の規定である。

改正された無線局免許手続規則 10 の 2 条 4 項

4 法第 8 条第 1 項の規定により指定する電波の型式、周波数及び空中線電力であつてアマチュア局 (人工衛星等のアマチュア局を除く。以下この項において同じ。)に係るものは、アマチュア局について指定することが可能な電波の型式、周波数及び空中線電力を一括して表示する記号として総務大臣が別に告示するものにより表示するものとする。

免則 10 の 2 条 4 項の冒頭で、法 8 条 1 項を明示し、あたかも法が委任する意思があるような書きぶりである。

周波数等の一括表示を行うことは単なる行政事務簡素化ではなく、法 6 条 1 項 5 号及び法 19 条の電波の型式・周波数・空中線電力の申請権に係る内容を含むものである。仮に一括表示しか認められないとすると、実質的に国民の権利制限を伴うことになり、行政命令に過ぎない免則の本条項では委任命令として機能させることが許されない規定となる。

この規定は、委任命令に偽装した成りすまし行政命令である。必要があれば法律改正するか、規則を適用するならば総合通信局の柔軟な対応が求められる。

5 逸脱規則の是正手続

規則の実定条文には、それが委任命令であるか行政命令であることを明示していない。そのために、明確に区別できないし、規則の上位法が許容する範囲を逸脱しているかどうかの裁定基準も不明確である。わずかに、行政手続法に次の精神規定が存在するのみである。

国家行政手続法 38 条 1 項 (命令等を定める場合の一般原則) 抜粋

命令等を定める機関は、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。

委任命令が、罰則・国民の義務・権利の制限という重要な事項を規定できるのであるから、本来ならば立法機関の行政権に対する監督機能が備わっていなければならない。

逸脱規則が争われた案件は不明であり、判例もないとされる。残されるのは、行政不服審査又は行政訴訟となる。

6 包括委任の禁止

明文規定はないが、法律が包括的(いわゆる「丸投げ」)委任を行ってはならないと解される。それは憲法 41 条(国会の立法権限)が実質的に骨抜きになるからである。

ところが実際には、国家公務員法 102 条 1 項が包括的に委任した人事院規則 14-7 が合憲と判断された全通猿払事件の判例がある。

最近の実定法で、包括的委任がされるのが目立って多いことには、次の指摘がある。

第 196 国会での質問主意書(抜粋)と内閣総理大臣答弁書

「包括委任規定を設けようとする内閣提出法律案に関する質問主意書」吉川沙織 平成 30 年 7 月 17 日
1 内閣が国会に提出した法律案のうち、「この法律に定めるもののほか、この法律を実施するために必要な事項は、命令で定める」との規定を設けようとするものの件数を示されたい。

「質問に対する答弁書」内閣総理大臣 安倍晋三 平成 30 年 7 月 27 日
お尋ねについては、調査に膨大な時間を要するため、お答えすることは困難である。

これから推察できるように、包括委任をする法律案は多くなっている傾向がある。しかし、その是正はされていないことが次に示されている。

「スタンダード行政法」村上裕章 有斐閣

これまでのところ、包括的委任の禁止に違反したことを理由として違憲無効とされた法律はない。

立法府がその本来の職務である国民の意思を表すことなく、行政府に丸投げする姿は、まさに三権分立の崩壊を示している。この背景には、専門的知識を有しない議員の能力の問題もあるが、一方では立法の実務に当たる官僚が、法律案作成の過程において内閣法制局・衆参院法制局の審査を避けたいという縦割り意識がある。このような官僚の都合で国民の権利が制限されてはならないことは当然である。

良識の府である参議院から、この現状を憂える内部の若手・中堅職員の次の発信があることには意味がある。(原文は <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column006.htm>)

「委任立法-国民の目に見える立法を-」参議院法制局有志 2020/4 (要旨)

現代国家において委任立法が不可欠である理由が、専門的・技術的な事項に関する能力や社会経済の変化に対する迅速な対応という面で議会に限界があることとされていることからすれば、これらの要素がどの程度強い事項であるかによって、委任のしかたにも違いがあってよいと言えそうです。

また、委任しようとする事項が給付や規制の対象者や内容など国民の権利義務に直接かかわる事項である場合には、委任の基準の明確性がより強く求められるといえるでしょう。これは、常に明文で基準を書かなければならないということではありません。委任規定の趣旨やその法律全体の趣旨・目的からおのずと委任の限界が明らかになるような場合もあるでしょう。

しかし、委任の基準を示してもなお、それを具体化する段階で行政裁量の余地は残ります。

政省令の立法過程の情報公開・国民の関与等も主張されていますが、他方で、専門的能力よりもむしろ政策判断を要求される事項に関しては、法律で書くということにもっとこだわる必要があるのかもしれない。

7 行政処分を規則で代行する問題

行政行為である許認可の可否は、法令及び行政立法という行政基準に照らして適正であるか否かを審査し、申請者に対して個別具体的に、諾否を決定・通知するものである。次はその定義である。

国家行政手続法第2条(定義) 抜粋

二 処分 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。

三 申請 法令に基づき、行政庁の許可、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(以下「許認可等」という。)を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう。

四 不利益処分 行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分をいう。

許認可申請がなされると、通常はこの原則に沿って、許認可権者から諾否の決定・通知が行われる。例えば、アマチュア局の免許権限は電波法第104条の3により、総合通信局長に専決委任されている。

ところが次の例のように、規則改正の形式でもって、実質的には行政処分又は不利益処分を行っている。具体的な例は、次の条文である。

免則 附則(令和五年三月二二日総務省令第一七号)による総通局長の権限侵害

2 この省令による改正前の無線局免許手続規則(以下「旧免許手続規則」という。)第十条の二第四項(旧免許手続規則第二十一条第五項において準用する場合を含む。)の規定に基づく電波の型式、周波数及び空中線電力の表示は、この省令の施行の日以降においては、この省令による改正後の無線局免許手続規則(以下「新免許手続規則」という。)の規定に従って相当の電波の型式、周波数及び空中線電力の表示をしているものとみなす。

一方の総合通信局長の処分である免許は、時系列では先行して、電波法第8条に掲げる「電波の型式及び空中線電力」という無線局の本質的内容を指定されたものである。さらに、その処分は申請者に対する個別・具体的である。他方で、この免則附則の規定は、後だしで、包括的・抽象的である。

問題は、(1)規則が免許権者が行った行政処分の内容を直接変更できるのか、(2)審査時点における行政

基準に基づいて行われた行政処分の内容を後日の規則改正で変更できるのか、ということに至る。相互の関係が説明されなければならない。(1)は総合通信局長の行政権限の否定であり、(2)は行政処分の内容の変更である。当事者である総合通信局長は、その意思を総務省に預けるのではなく、旗色鮮明にすべきである。行政処分は正当な権限を有する者が決裁することで発効するが、その行為は申請者への通知をもって完了する。だから、総合通信局長が免許内容について個別・具体的に認識することが欠かせない。