



法学部 3S 行政法第一部 (斎藤教授) シケプリ

！ 注意 ！

これは、3Sに開講される行政法第一部(斎藤教授)のシケプリです。授業内容の中で個人的に大事そうなところをまとめました。要点をまとめたつもりでしたが84pになってしまったこと、行間が広く文末表現がめちゃくちゃで読みづらいことをまずお詫びします。ごめんなさい。また法曹志望ではないので、きっと間違いだらけだと思います(以前作成したシケプリでは結構あった)。そんな時は温かい目で見逃し、教科書やノートを確認して欲しいです。間違いの箇所がテストに出て単位が来なくても知りません。頑張らしましょう～

目次

目次	1
第1講 行政と法の関係—具体例に即して（その1）	2
I 行政活動の特質	2
II 法律のあり方との関係で行政法分野の特徴を考える	3
III 行政法の歴史	3
第2講 行政と法の関係—具体例に即して（その2）	5
I 具体例	5
II 行政の定義・分類	6
第3講 行政法の基本原理（1）法律による行政の原理	8
第4講 行政法の基本原理（2）憲法・民法原理との関係	12
I 憲法上の原理と行政法	12
II 信義則—民事法に由来する法原則	18
第5講 公法・私法二元論の克服と民事法の適用・不適用、及び実定行政法の解釈について	22
I かつての基本的発想	22
II 公法・私法二元論は必要・有用か？—実体法の問題として	23
III 改正行訴法4条は、公法私法二元論の根拠になるのか	28
IV 公法私法論に関するまとめ	28
V 実定行政法の解釈方法	28
第6講 行政過程論総説・行政立法	30
I 行政過程論総説	30
II 行政立法—第一類型「委任立法」	33
III 行政立法—第二類型「行政規則」	36
第7講 行政行為（その1）—総説	38
I 行政行為の定義と意義	38
II 行政行為における法の拘束と要考慮事項—具体例で考える	39
III 行政行為の判定指標	40
IV 行政行為の種類—何に注目し、何を意図した分類なのか	44
第8講 行政行為（その2）—行政裁量	45
I 裁量の一般論	45
II 行政行為における裁量の一般論	47
第9講 行政行為（その3）—行政行為の効力	50
I 規律力	50
II 公定力とその限界	51
III 不可争力、執行力	56
IV 不可変更力と実質的確定力	56
第10講 行政行為（その4）・行政契約	57
行政行為	57
行政契約	62
第11講 行政指導・行政計画	68

I 行政指導	68
II 行政計画	74
第12講 行政の実効性確保・行政調査	76
I 行政の実効性確保（手法）	76
II 行政調査	80
第13講 行政手続	81
I 行政手続法	81
試験について	83

第1講 行政と法の関係—具体例に即して（その1）

I 行政活動の特質

まず、【判例14】を見ていく。公園を拡張する際に土地を収用する必要があるのだけど、公有地が近くにある中で、わざわざ民有地を収用できるかが争われた。

(1) 必要な土地の取得について

「公用負担」とは建築の法的制限と土地収用を意味し、それは憲法にも根拠があるためにできなくはない。公共の利益となる事業において、正当な補償さえすれば収用できるとしている。しかし、お金を出すからといってじゃあ無理矢理にやってもいいのかということそうでもない。収用には「権力的手段」が使われており、「一般私人のなし得ると同様の手段」「私法上の行為」とはやっぱり違うものである。

どう違うのかというと、「権力的手段」を使う際には法律の根拠が必要とする、れっきとした行政行為であるという点が1つ。また、私人間は契約によってのみ収用ができる一方で、公私の場合は「権力的手段」を使って、特別な行政行為としても収用ができてしまう点である。

(2) 行政計画における法の拘束と裁量

普通に考えて、「公有地が近くにあるんだからわざわざ民有地じゃなくてもよくない？」と思うかもしれない。【判例14】の1審は現にそういつている。公有財産の使用優先が基本理念であると。

しかし、最高裁はそうは考えていない。公有地の存在は考慮要素でしかなく、それだけで決まりはしないということ。もしどうしても民有地が欲しいのであれば、権力的手段を使わずに、長期交渉で任意買収で買い取りなさい。でも、それができなくても、公有地は森林があ

るので公園化するとなると伐採の手間がかかるからこちらはこちらで難しいということで、もう一回ちゃんと調べてこいということで差し戻した。

つまり、行政が計画を立てる際には長期的な視点でいろいろなことを考える必要があるということ。これが計画裁量（後述）である。

Ⅱ 法律のあり方との関係で行政法分野の特徴を考える

① 大法典が存在しない

民法などのように大法典は存在せず、法令については2100、政令については2800にもわたる。しかし、それらが全部バラバラかというところでもなく、行政手続法や行政事件訴訟法など共通して適用されるものもある。

② 個別行政作用法

数自体は2100ほど。それらを『行政法各論』として分野別に束ねていた（行政負担法）。しかし、次第にまとめ方を固定化して議論するのは如何なものか、ということで個別に議論するものが増えていった。租税法などのようにもともと束ねられていたものの、独立した1つの法律として論じられるようになったものもある。

③ 法原理・原理、判例・学説の重要性

大法典がないとなると、大事になってくるのは判例であったり学説であったりするのによくわかるかと思う。個別の作用法ばかりに目を向けるのではなく、行政法自体の原理・原則であったり民法上の原理・原則を参考にしたり憲法も、、、とたくさんの分野にまたがって考える必要があるのが行政法ってこと。

④ 独自のコントロール

行政法の大きな目的として行政を法的にコントロールするということが挙げられます。そのコントロールを考えると、まず事前にコントロールするのが行政手続法。もっとも現在では事前規制も充実してきており、パブリックコメント手続き（事前に国民の意見を広く聞く）などもあります。事後のコントロールとしては、行政事件訴訟法（行政を訴える時に使う法律）、行政不服審査法（おかしい行政活動が行われた際にその是正を求めるための法律）、国家賠償法（国家に対する金銭的コントロールの法律、民法の不法行為の特別法）などがありますが、いずれも第2部での話なので省略。

また行政は様々な情報を管理し利用します。それに漏れや違法な目的がないかをチェックする情報のコントロールとして、行政情報公開法（行政に対する情報公開請求権を広く認める法律）、行政個人情報保護法（行政の個人情報に関する取り扱いについての法律）、公文書管理法（その名の通り）、番号法（マイナンバーの厳重管理について定めた法律）などがあります。

Ⅲ 行政法の歴史

(1) フランス・ドイツ

前近代の絶対主義が盛んだった時代のお話。この時代の君主は、絶対的な権力を持っていたが、しかしそんな君主も法律には逆らえなかった。「古き良き法」と言われていた、慣習法や議会の定める法律、普通裁判所の判例などに、君主も縛られていたらしい。

その例として、ドイツ（当時ではプロイセン）で起きた「水車屋アルノルト事件」というのが有名。これは水車屋さんを営んでいたアルノルトさんが、あるとき魚の養殖を始めた人によって水がそっちに取られて、水がほぼ来なくなった。結果賃料が払えなくなって、領主から「金を払わないなら出て行ってもらおうか」と言われてしまった。「こんなの理不尽すぎる！」ということで、アルノルトさんはフリードリヒ大王に直接陳情に行った。すると大王は「それをなんとかしよう」と同情し、領主の土地の差し押さえを認めた裁判との争いを始めた。しかし、裁判所は「王様でも法律には服してもらいまっせ」ということで、その請求は認められなかったという事件。つまり、水車屋アルノルト事件はたとえ権力を持った君主でも法律の前にはどうにもできなかったということで、君主も法律には逆らえないのだという例で有名な話となった。

これがきっかけでというわけではないが、ちよくちよく普通裁判所と行政権が争う場面が増え、結果として行政事件専門の行政裁判所というものができに至った。これはフランスもドイツも同じ。フランスでは、コンセイユ・デタという行政裁判所ができる。このコンセイユ・デタは単に裁判だけを行うのではなく、行政活動にあたっての諮問機関という役割も果たした（日本における今の内閣法制局の元）。フランスではコンセイユ・デタが判例を作り、それを元にして行政法というものが体系化して行った。一方ドイツは300もの領邦それぞれに行政裁判所ができ、ドイツが統一された後も行政裁判所は生き残り続けた。ドイツは比較的学説が引っ張る形をとった。フランス・ドイツは現在でも行政裁判所を維持している。では日本はどうか？

(2) 日本

日本はとにかく近代化するために、西洋の制度をパクリまくった。西洋法や行政の制度もなんでも導入した。その中でももちろん行政裁判所も制度として輸入した。なぜ司法裁判所で一元的に扱わなかったのかということについては、明治憲法の注釈書、『憲法義解』にあり、一つ目は行政権の独立、二つ目が行政責任の担保、三つ目が専門性の確保ということだった。

しかし、日本ではうまくいかなかった。隙間ができてしまった。一つには列記主義。行政裁判所でどういう事件を扱えるかということ、非常に狭い範囲での列記されたことしか受け付けませんでした。問題は行政裁判の方で扱わない、列記されていないものについて、民事裁判所の方にいけるのかというのがある。これが行きにくかった。つまり、司法裁判所と行政裁判所のどちらにも裁判してくれない事案が生まれてしまうということ。これについてはフランスなどは権限裁判所をおいて調整しているが、日本にはそんな調整する機関が置かれなか

った。ということで、戦後は憲法にも一元的な司法制度の採用が規定され、行政裁判所は廃止された。しかし、行政法の独自性は維持されている。これのヒントが公法私法論らしい。

最後に、日本の行政学は大陸モデルだったので、英米モデルとは違った。しかし、最近ではアメリカのパブリックコメント制度などが輸入されているので、英米モデルも一定の影響はあるとのこと。

第2講 行政と法の関係—具体例に即して（その2）

I 具体例

【判例56】について考えていく。第3セクター市組織への職員派遣事件。これはまず、住民訴訟であることをおさえる。住民訴訟は憲法でやったと思うので、説明は省きます。この住民訴訟は行政法の学習で結構出てきます。忘れた場合は復習を。

1 職員派遣の適法・違法

まず派遣はできるのかということだが、法律、自治体の場合には条例、規則が行政法の法源のように登場するというルールを確認することが大事。今回はまず地方公務員法というものが出てくる。地方公務員法24条、30条、35条。これとの関係で職員の派遣ができるのかどうかを考えなければいけない。これにはもちろん解釈をしないといけないが、先行判例の【判例55】が参考になる。【判例55】で確立した判例のようなルールのことを準則という。

【判例55】の事案は、茅ヶ崎市の商工会議所についての事案で、これも市の職員の身分を有したまま商工会議所に出向させた、ということで住民訴訟として出訴した事案である。地方公務員法24条、30条、35条を解釈して出てきた準則は、派遣の動機に関してどういう目的で派遣をしたのか、派遣先の事業内容は適切か、それから職務内容、派遣の規模、そういうものを考えて、適法かどうかを考えようというものだった。

それを【判例56】で考えてみると、判例集の①～④までの事実を前提にし、Y1は業務全般を行い、非常に大規模に派遣していた、そうすると職務と責任に応じて、もちろんその前提として自治体における職務と責任に応じて給料を払いなさいという24条2項の趣旨に反することになります。これはその違法だということでした。なお参考までに、【判例54】に関しては派遣について特別に何か条例や規則で新たな特例を作るなどの対応をしていなかったため、そこだけを捉えて違法だということになってしまいます。

2 行政法（規）違反と契約無効

【判例56】については、最終的に違法にはなったものの、派遣のために作った条例は違法とはされなかった。A県とY1の間協定は無効にはならなかったのはどうしてなのか？これは1つには、地方公務員法24条、30条、35条が強行規定ではないということが挙げられる。だから独自にルールを作ったからと行って、悪いことはないということ。また、地方公務員法24条、30条、35条に違反することが公序良俗違反ではなかったと判示されていることも原因の1つ。行政と契約して法規違反だからといって、直ちに公序良俗違反で無効とはならないというめんどくさい仕様になっている。

この民法90・91条について扱っているのが【判例51】。食品衛生法に違反する契約についてです。この事件で裁判所は食品衛生法は丸ごと取締法規だから効力は維持されますよという、非常に単純明快な判断している。しかし、この事件は公序良俗違反で無効とされた事件。この事件の時代は古く、【判例56】の時にはどの条文が強行法規なのかはなかなかわからないことが多かったらしい。そして強行法規でなければ、契約が全部有効かという、もう一つが公序良俗についての審査をしなければならない。つまり、まずは法律や条例などに違反しているかを見ようと。その法律が強行規定だったらそれと外れたことを規定すれば速攻で無効となるし、もし任意規定であっても直ちに契約が有効かというそうではなく、公序良俗に反しないかどうかという別のチェックも必要だよということですね。

なぜかレジュメにはないけれども【判例52】について扱ったみたいなので超簡単にいうと、こちらも公序良俗違反とされた事件です。確認したい人はどうぞ。

3 地方公共団体とその他の団体の関係の規律

行政組織と私組織の関係をどう捉えるかについて、公益・公共性という観点から説明ができる。例えば【判例55】の最初の事実で商工会議所の公共性が高いとしたように、現在では行政だけでなくいろんな団体や自治体が公共性を担っている。このような公共性のある団体は行政組織あるいは行政主体とされ、その場合は特別なルールのもとに置かれることとなる。

そのルールとは、法治主義と民主主義。いくら公益性が高い、あるいは派遣することで地域が活性化するというに公共性を抱くとしても法律のもとでやるべきだし、行政主体というのは民主主義的なコントロールのもとに置かれなければならない。他にも公務の中立性なども挙げられる。ここからしても、さっきの判例たちは行政職員が行政から給与をもらってまで「私」企業の任務に当たるのはさすがにダメでしょ、ということになる（派遣自体はいいにしても）。参照条文の補足については省略します。

II 行政の定義・分類

① 立法・行政・司法の機関と作用

行政の定義に入る前に、立法・行政・司法の機関と作用について考える必要がある。

まず、立法機関・行政機関・司法機関、立法作用・行政作用・司法作用という対応関係を考えてみる。例えば、立法機関がやっていることは何も立法だけではないよね。実質的意味の立法ここが一番だけど、立法機関としての国会がそれしかやっていないのかというと、実際は行政活動もやっているし、国会の弾劾裁判という司法を行うこともある。また、裁判所はもちろん司法をするし、裁判所規則という形で立法作用もある。

② なぜ学説は行政の定義にこだわるのか

しかし、行政...となるとどうだろうか？行政機関は何をしているのだろうと考えた際に、積極的に行政を定義していかないと...！と思ってもなかなか難しいということになるだろう。法典もないから研究対象は不明確だし、それによって解釈論の特徴、解釈方法論についての議論が一定の蓄積がない。解釈だけしていればいい他の法律に比べて、行政法の方法論というのは何をグループとするか、どこまでを範囲とするかという体系論、対象・範囲論みたいなものからスタートしなければならなくなってくる。そしてその時点から議論が分かれて論争になるというわけ。めんどくさすぎるよ、行政法、、、。

なんとかして行政を定義して範囲を確定させたいというのが学者の想いなわけですね。でも、教科書などを見てもらえばわかるように積極説はどれも網羅できていない。憲法でもやったような「国家作用から立法と司法を引いたもの」という控除説がやっぱりしっくりくる。もちろん控除説にも憲法学者からの批判があります。代表的なものは控除説は立憲主義のもとでの定義でしょうと。国民主権の議会民主主義のもとでは、「法の執行」という定義がふさわしいと。まあこれにも批判があり絶対的な話ではないのでこのくらいに。控除説が結局安定ということですよ。

(2) 行政活動の分類論

行政とはなんぞやという空中戦あるいは抽象論から離れるとしても、それをいくつかの段階に分類することは有益かつ必要な面があるらしい。一番基本的な分類が規制行政と給付行政というもの。規制行政は私人の権利・自由を制限することを通じてその目的を達成する。給付行政は道路、公園の設置管理、それから社会福祉施設や生活保護、生活福祉など、個人や公衆に便益を給付することでその目的を達成する。

「夜警国家から福祉国家へ」という有名な言葉がありますが、これは歴史的な背景があって昔は行政にはリソースが少なく国民から「雑魚なら雑魚なりに最低限治安の維持くらいしておいてや」という要求があり、犯罪の予防くらいしかしていなかったため「夜警国家」と揶揄されたわけです。しかし、最近では行政が積極的にサービスを提供し始めた。この状況を「福祉国家」というわけですね。

昔の警察は今みたいなおまわりさんのような感じではなく、今の厚労省がやっているような食品衛生管理についても規制を担当していた。それは警察行政法という法律があって、比例

原則なんかの法原理も使いながら警察が命令や禁止、許可を出していたからなんですな。そんな行政強制は、今ではそこまで激しくはなくなっただけらしい。

第4回分は作成者の都合で飛ばします。ごめんなさい。

第3講 行政法の基本原理（1）法律による行政の原理

（1）憲法上の根拠は何か？

（2）内容

（3）法律の留保

①前提

法律の留保を理解する為には実定行政法の種類を理解しておかなければならない。種類には組織規範、根拠規範、規制規範がある。

A組織規範

警察法みたいなものが該当。「〇〇に〇〇を置く」とか「〇〇は〇〇を任務とする」というような条文。公務員の活動には例外なく存在。

B根拠規範

警職法のような「警察官は私人に対して〇〇をすることが出来る」「〇〇をしなければならない」というように私人を対象とした具体的な規定。組織規範と別に、特定の行政活動に対して、その根拠として必要。

C規制規範

行政手続法にある、「行政庁は不利益処分をする為には〇〇をしなければならない」という内容が一例。AやA+Bの存在を前提に、行政が行い得る活動の手続きなどを規律。C単体で規制をかけることができず、厳重な縛りを行政に対して掛けたいものはA+B+C揃って初めて規制ができる（なお、Aだけでできるものもある）。

また、1つ1つの法律はABCのどれかに分類されるわけではなく、ABC全てが含まれる法律だってある。それが独占禁止法・海上保安庁法で、これはアメリカから直輸入されたから区別ができなくなっているとのこと。もう1つの補足は、AやCはBの代わりにはならないのが原則。つまり、私人に対して何か不利益処分をする場合には、正面からBが必要なのが原則。しかし警察活動については、Bの警職法がぴったり当てはまらない場合についても、Aの警察法の条文を根拠に一定のアクションが出来るという見解を警察実務は持っている。とにかく組織規範と根拠規範を区別するのが日本法の原則。

②Bが必要な行政活動はどのような類型のものか？

学説の中には「ありとあらゆる行政活動にBが必要だ」と言うものもあり、これを全部留保説という。要は行政行為には全て法律の留保が必要という説。ただ判例や立法実務が立っているのは全部留保ではなく侵害留保。「国民に対して義務を課し、又は権利を制限する時には法律の留保を要する」という法原則。

じゃあ判例・立法実務は、それ以外フリーハンドと考えているのか？ここで出てきたのが、重要事項留保説。権利制限だけではなく重要事項、つまり給付等についても法律の留保の対象にしていこうというもの。本質性留保とも言われる。これまでは給付について訴訟を起こす人はいないとの考えから侵害留保という考え方であった。しかし、本質的な決定はやはり法律を待って行わなければならないという考え方が展開して、日本の学説がそれを参考に組み立てているのが本質性留保。

③ 租税法律主義との関係 【1】 【2】

租税法律主義と法律の留保の関係について。【判例1】は、基本判例となっている。つまり、税というのは「国家が課税権に基づき、特別の給付に対する反対給付としてではなく」ということを言っている。租税とはそういう反対給付ではなく、国が経費に充てる為に調達する資金であり、要件に該当する全ての物に課する金銭の給付だということを述べている。だから、必要経費の控除が給与所得者に非常に不利な当時の立法も、憲法84条や14条の平等原則との関係で違憲ではないと言った。

一方の【判例2】では、保険料も租税だから法律主義に則って条例が不明確なのは違法であるとして訴えたが、裁判所は保険料は反対給付を予定しているから、給付が市民や国民に対する保険事案が生じたときの保険金の給付であり、それに充てる費用として取っているから、【判例1】の租税の定義そのものには該当しないのだと判示した。保険料について法律の明確性はある程度犠牲にする、明確性の要求が薄めてもいいのだということで、違法ではないとした。

※それ以外にも保険料の賦課徴収の決定には、予算決算の審議という議会のチェックがあるので、ここでは法律の留保以外の民主的統制、議会による管理というのがあることを理由に適法性を基礎付けていることにも注意。

④侵害作用には必ず法律ないし条例の根拠が必要か

侵害留保という以上は、侵害には必ず法律の根拠が無ければいけないのかという問題があって、それについて論じたのが【判例3】（浦安ヨット事件）の最高裁の判決。これは違法なヨットクラブの係留施設を、県が無断で撤去してそれに支出したお金が余計な支出であることでの住民訴訟です。判示を見ると「不都合や損失を考慮すれば、寧ろY（町長）の本件手続きの撤去は止むを得ない適切な措置であったと評価すべきだ」とあり、ここだけ見ると法律の根拠が無くてもしっかり良いように思えるかも。しかし、やはり法律の規定が必要で、本件で言うと漁港管理規定が無いのに、漁港の危険を除去する為に物を動かしてしまったのは行政代執行法違反で間違いないと言っている。

でも、「浦安町としては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認容すべき」とあって、民法720条は正当防衛、緊急避難の損害賠償免除の規定により、住民と町の関係でのお金の支出については違法性が無いということで、請求を退けたということ。ヨットクラブのAさんに対しては、法律上の根拠なしに撤去したことについて違法性を認めているが、住民に対しては違法性がないということ。では、Aが町を相手に出訴していたらどうなるのだろうと思うかもしれないけど、そもそもAの違法な行為が本件撤去の原因だから過失相殺の対象になって、結局請求は認められなかったのではないかとのこと。

また【判例208R2】（刑法でも出てきた）では、同じように行政代執行法上違法な行為であるものの、撤去が止むを得ない事情に基づくものだったから刑法上の保護の対象として認めようと言っている。

ここでは例外的な判例を2つ採り上げたが、やはり原則的には、権利制限や義務付加（侵害行為）であれば法律に基づいてそれに則った手続きを採らなければならないとされている。

④ 現代型の行為活動にどのように「法律の留保」を要求するか

色んな行政活動の中で現在大きな役割を果たしている「計画」について。計画は行政限りで作って良いのかというと、実務上法律に基づかない計画はあるが多くは法律に根拠を持って作られている。例えばごみ処理。自治体が行っているごみ処理は当然計画を立ててやっており、それについては廃棄物処理法という法律を根拠規定として置いて作られている。

教科書も重要事項留保説を採るとは言っていないものの、計画については民主主義の観点から法律の留保を要求しています。つまり、ある計画については法律や条例の根拠は要求しないが、具体的に行政が計画を作ってきた段階で議会がそれを議決という形でチェックする。議決では結論だけになってしまうので場合によっては審議をしてその計画に修正を加える。このような方法でも民主主義的な観点でのコントロールは果たされるのではないか。こういう修正意見が成立している。

・「公表」について

0-157の原因が貝割れ大根と発表したことで売上が下がったとして、その報道が違法だということで損害賠償請求をした【判例4】。R1もそうだが、何れの事件についても行政側が負けている。つまり公表の在り方として問題があり国家賠償法上違法だとして国賠請求を認めている。しかし、カワイレ業者を貶める制裁(サンクション)としての公表ではなく、それを狙ってこの公表をした訳ではないから、原告側の法律の根拠が無いから違法だという部分については請求が退けられた。

では、情報提供としての公表（サンクションとしてではなく）であれば行政は法律の根拠なしに何でもして良いかというと、目的、方法、生じた結果の諸点からは認めるものである

ことが必要。つまり目的や方法や結果が相当でないといけない。これはこの後の行政原理で出てくる比例原則の話。

(4) 法律による行政の原理の課題

行政は法律だけ作ればいいのかというと、やはり法律の内容が問題であろう。法律を作るという行政の形式的なチェックコントロールではなく、法律の内容がしっかりしたものか、つまり、より上位の規範である憲法に適合したものかをみていかなければならない。行政法においても憲法規範というのを常に意識しながら法律の留保論を考えて行く、または法律を適用する。そういう「実質的法治主義」という考え方にだんだん変化してきている。

(5) 行政法の法源

① 憲法

憲法には行政組織・活動に直接的な規律効果をもつ規定もある。例えば、憲法76②では行政裁判所は設置できず、行政機関は終審で裁判できないという規定があるよね。

次のルール例として、31条の適正手続規定。【判例5】は一定の行政活動、刑事司法活動ではない行政活動に、憲法31条の適正手続の保障が及ぶのか、という問題を正面からあつかった大法廷判決。これにより、行政手続にも一定の適用があることが明らかとなった。また、直接の裁判規範となるのが29条3で、29条3項を根拠に国民の側に直接の請求権があるということを、最高裁判所が認めています。【Ⅱ 180 百選252】

まとめると、人権条項17条、29条、なおかつ31条のような、刑事手続を念頭に置いたような規定によっても行政裁量、行政が活動する際に動くことのできる範囲が制約されるということになります。

② 条約

「グローバル化と行政法」の項で解説するので略。

④ 法律

行政法の法源として一番重要なのは法律で、個別の行政活動で重要なのは個別の行政作用（ex. 食品衛生法、建築事業法）。そして個別の作用法がいっぱい、何千とあって、それを束ねるものとしての通則法もある（この話は一番はじめにしました）。ただ、これらと違ったタイプの法律として基本法というのがある。基本法の意義と法的効力についての最近の具体例を見てみると、組織規定（〇〇本部）、計画規定など乱立している状況（努力義務にとどまるものや行政規定に責務を書くのはおかしいなどの問題あり）。また、省庁横断系のものが多い。

基本法には法律で必ず定めなければならないものを内容として持っているわけではないというのが教科書の説明でされ、法律専管事項は基本法に書かないということが言われている

す。教科書の記述は法規を国民の権利義務との関係で捉えると、組織規定や計画規定などといった法律専管事項以外の内容を基本法は持っていて、むしろそっちが中心。

④命令

命令とは「行政立法」中の政令・府令・省令・（委員会・庁・人事院の）規則を指す。行政行為（処分）の種類としての命令（的行為）とは異なることに注意。

⑤条例と（長の）規則

規則という言葉には、自治体の長が作る規則なのか公正取引委員会や人事院が作る規則なのか、あるいは最高裁判所が作る規則なのか、これも同じ規則という言葉を使いつつ色んな場面で違う意味が登場するということがあるので注意！

よく争いになるのが、憲法94条「法律の範囲内」を逸脱しているのではないかということ、自治法14、15条の「法令に違反しない」に違反しているのではないかということ。これについて【判例19～21】を参照。

⑥不文法源としての慣習法・判例

行政法の領域においても慣習法の成立の余地はある、しかし、法律による行政の原理との関係で、慣習法の余地は範囲は大きくない。判例に登場する行政慣習法と認めたものはそれほど多くない。法源として大事なのは慣習法ではなく、間違いなく判例。

(6) 法律の効力

①時間的効力のうち遡及効

【判例6】は税法上の優遇措置の廃止を遡及させていいかが争われた。しかしその他の事件の行政法の分野ではそんなに判例で争われたものはないし、行政法の争点では時間的効力という項目自体なくなってしまうとのこと。

②地域的効力

第4講 行政法の基本原理（2）憲法・民法原理との関係

I 憲法上の原理と行政法

①[法律による行政の原理]

これは既出

②民主政(制)原理

民主主義が日本国憲法の基本原理だってことは誰も争わない。そこから行政法に何が出てくるか、行政組織に民主制原理から何を要求されるのかという話。ただ、その話に進むためには行政組織についての用語や概念を説明するよ。

1) 行政主体

古い本だと行政が主体とはどういうことだという批判もあったみたい。しかし、この言葉を使うことに慣れているのでこれでいくらしい。行政主体というのは権利義務の主体としての地方公共団体とか。東京大学もある意味行政主体ではあるらしい。

行政主体は訴えられる対象になるので、国家賠償事件では被告人は行政機関（ex. 環境省、県知事）ではなく、国あるいは地方公共団体がストレートに被告になる。厚生省が不適切な公表を行なったとすると、その責任を負うのは行政主体としての国。

しかし、具体的に誰が行政主体で色々活動してんのかっていうと、行政主体がそのまま活動できるわけではない。したがって行政主体には機関があって、実際に活動するのは機関だ。その行政機関には、二つの異なった意味の機関という用語概念を使っている。

2) A. 国家行政組織法(及び内閣府設置法)の機関概念

国家行政組織法はいわば国の行政組織についての通則法で、基本的な枠組みを定めている。たとえばいうと、そうめんを束ねているものが国家行政組織法、そうめんに当たるものが各省設置法とか独占禁止法とか。なお、国家行政組織法3条2項にいうところの機関は、組織体として省なり庁なりを指している。これはアメリカの行政組織法を起源としている。こちらはふーん程度でOK。

3) B. 行政作用法上の機関概念

こっちが大事。行政法1部で行政機関という場合に何を指しているかということ、行政作用法上の機関概念を使っている。国民との関係（対外部関係）に焦点を当てるやり方で、ドイツ流の理論的な概念。

① 行政庁（行政官庁—国の場合）

行政庁とは、「国家意思を決定し外部に表示する機関」「行政主体のために、自らの名において、意思決定を行い表示する権限を与えられている機関」と定義されている。例としては、税務署長、厚生大臣、名古屋市長などのどこかの行政機関の一番偉い人を指す。ここでの行政庁とはスポーツ庁や文化庁といった機関を指すわけではないことに注意！04年改正までは、被告を行政庁とすることができた。しかし、結局その人自身を訴えても責任の所在が見えないということで、改正により現在は行政主体（国、地方公共団体）が被告になっています。

② 補助機関

行政庁は大体独任制が取られている。しかし、意思決定をするトップだけでは行政組織は動かないから、ピラミッドなり系統樹みたいな組織にして色々な補助機関を作っている。たとえば、事務次官、〇〇課長、副知事などがこれにあたる。では、この人たちが行政庁に変わって何かを代表するということはあるのかという話がある。制度としては代理を使って、代理権を行政庁から授与されれば、意思決定をすることができる。それから、行政法に特有な制度としては代理だけではなくて専決という制度がある。そういう専決をした際にも責任は元々の行政庁に行く。

③ 諮問機関

重要事項に関する調査審議などを行い、行政庁の判断形成に向けて、専門的見地から提言/勧告をする。国家行政組織法の3条は、ある行政処分をする場合に、行政庁が単独でやる（単独で審議して決定する）のではなくて、その前に諮問しなさい、そして単に諮問をするだけではなくて、その審議の結果を尊重しなさいという法律の規定になっている。裁判所は、諮問機関における調査や審議での基準が不合理であったかどうか、それから諮問機関における調査審議判断に、看過しがたい欠落があったかどうかというところだけ判断し、諮問機関の判断を全面的には審査しない。つまり、判断過程に看過し難い過誤があるかどうかだけを見ているとされている。

④ 執行機関

行政庁のした意思表示を実際に執行する機関のこと。具体例としては、警察官や滞納処分を執行する職員など。警察官の執行力とは「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」とであるとされる。つまり、任意の相手方、つまり国民なり、住民の任意の協力を求めて、「ちょっと止まってください」というくらいでは権力行使ではないということ。

※地方自治法7章にある「執行機関」という言葉を今まで説明した執行機関という言葉とは別の意味で使ってしまったことに注意。地方自治法での執行機関は、専門的に上から降りてくる決定を執行する機関のことで、executiveの意味。

A) 民主政原理の行政組織への要求

行政は、国民意思が政策決定に結実していくプロセスあるいはそのメカニズムであるから、議院内閣制の場合は正当性が国会に求められる。そして民主的なコントロール、プロセスというのは行政活動・組織の末端にまで及んでいなければならない、国民→国会→内閣→各大臣→...と続いていく（日本政治でやるやつ）。これを民主的な正当性の連鎖という。これを民主政原理が要求しているのだとされている。

では、内閣による指揮・監督が行政組織全てに及ぶことが必須なのかということになるのだが、でもやっぱり会計監査や人事というのはやはりある程度独立していた方がいいだろうということで、内閣とは別の独立した機関として会計監査員や人事院などが作られている。それは国家公務員法にも明らかで、人事院について見てみると「内閣の所轄の下に人事院を置く。」としており、より緩やかなコントロールとなっている。この「所轄」という言葉がキーワードで、普通の省庁については「管轄」とか「統括」とかになっている。また、人事院のトップには手厚い身分保障が与えられ、予算についての強い発言権などもあります。

その他、例えば日本銀行について。日本銀行が行政機関なのかどうか、行政組織のカテゴリーで論じられるのだろうか、ということについても議論があります。

B) 法律の留保についての民主主義的観点からの要求

自由主義的な観点からいうと法律の留保は要求されないけれども、民主的な観点からすると要求しようということになっている。たとえば度々出てきている重要な行政計画などの

場面では、なんで法律の留保が要求されているのかというと民主主義が要求しているからということになる。

C) 情報公開

なぜ情報公開制度を運用しているのかというと、民主主義からの要請だから。自由主義的な観点や侵害留保的な観点からだと説明がつかない（自由主義だったら情報公開なんてするはずありませんよね）。

D) 国民の行政過程への参加

民主主義から出てくるものとしては、国民あるいは住民が行政に参加する、いわゆる住民参加が民主政原理から出てくる。例えば、パブリックコメント手続は国民の意見を広く聞くことだけど、これは民主的な観点というものが根拠に挙げられることになる。

E) 財政法による規律、特に予算/決算審議によるコントロール

民主政原理が行政法に働くこととしては、財政。そこでは、国会による予算決算審議というもので、行政の財政をコントロールするというのを民主政原理だという説明がなされる。

③他の憲法上の原理—その行政法への反映

1) 平等原則

A) 要綱を根拠として良いか/立法目的と合理的根拠/ 営業上の利益を侵害したかどうか

平等原則が行政とどう関係があるのか。これについて【判例9】がある。町田市は、獣医師会に加入している医師の元での手術についてだけ、飼い主に補助金を出すとの要綱を定めて、それに基づいて運用をしていた。それは法律による行政の原理の関係で良いのだろうか、平等違反ではなかろうかということである。

これは、権利自由の制限ではなくて、給付をするサービスをするということであるから、侵害留保の考え方からすると、これは別に問題にはならないということになる。獣医師会を優遇する、獣医師会に利益を与えるという立法目的ではないし、「立法」目的自体の合理性はあり、また営業上の不利益というのが、直接的なものではない間接的なものと言って、違法ではないという結論になっている。つまり、+アルファの給付（つまり獣医師会に入っていない場合は追加金とかではない）であり、不利益って直接被っているわけではなく相対的なものでしかないから別に問題ないということで違法ではないということになった。

B) 最判平29. 3. 21[重判平29憲法4]年金受給資格の男女差

憲法と法律の関係が問題となった最近の重要判例。

事件の概要は、地方公務員の遺族補償年金が問題で、地方公務員であったのは妻。地方公務員のAさんが妻で、夫が原告X。A、すなわち妻の方が死亡して、Xが公務員が死亡した場合にはその配偶者、つまりAの収入によって生計を維持していた者には、遺族補償年金が発生する。ところが、そこに性別による区別が存在し、地方公務員が夫だった場合には、妻は年齢

にかかわらず遺族年金が支給されるが、地方公務員が、具体的にはAさんが女性で夫がそのAさんによって主として生計を維持していた場合には、法律上の要件で夫については60歳以上となっていた。本件だと、XさんはこのAさんの死亡当日に51歳だった。そうすると、この遺族年金は支給されない。そこでXは不支給決定に対して行政訴訟を提起して、平等原則違反を主張した。

一審では認められたものの、最高裁ではこれは憲法14条1項違反ではないとした。その理由付は、男女間における労働力人口の割合の違いや賃金の格差等から窺える妻の置かれている社会的状況、つまりどちらか男女の間で働いている人の人口にはなお顕著な差がある、地域にも差がある、雇用形態の中にも差があることから、妻が置かれている社会的要因を鑑み、妻において年齢を受給の時の条件にしないことは、合理的な理由を欠くものと言うことはできないとのことだった。

ここでも、妻に対してはいつでの受給できますよという風にプラスで優遇しているだけであって、別に男女差別をしようとしているわけではないということで違法性を認めなかった。

C) 「不法に平等なし」

やや難しい言い方をすれば、原則として「違法な行為をベースラインとして平等は考えない」と、一般的な説明として教科書は言っているらしい。もっとわかりやすくいうと、たとえばスピード違反で捕まって「なんで自分だけ取り締まられるんだ。前の車の方が早かった」という主張が通らないということ。こういう違法状態を平等判断する基準にすることはできないという考え方が普通です。

簡単にいうと、違法な行為をベースにして平等を考えると、捕まった際に平等を主張されては言い返せなくなるので、そのようには考えないってことですね。

2) 比例原則(←警察比例), その内容 (広義/狭義)

A) 憲法学における同原則との異同

比例原則はいろんな行政分野で扱われるけど、そこで妥当する内容としては広義の比例原則と狭義の比例原則というのが言われています。まず、当たり前だけでも規制をする必要性がなきゃいけない。これが広義の比例性で警察法の比例の原則から出発している。次は狭義の比例性で、目的と手段が比例していなければならない。この2つが比例原則です。

簡単な例で言えば、免許取り消し処分がなされたとして、そもそもその必要性があったのかというのが広義の比例性です。それをまずチェックしましょうと。免許取り消しまで必要か、免許取り消しは相当か、免許停止でいいんじゃないかと。

では、憲法における比例原則と行政法におけるそれとの違いは何か?ということになります。憲法の方はある立法法律が比例原則違反かどうかというのを問題にする。条文レベル

で比例具合をチェックしましょうというわけです。ただし内容に関してそれほど違いはなく、広義の比例性、必要な規制、立法か処分か、その目的と具体的にされた処分の内容手段が釣り合ったものかということが審査される。

警察比例の原則というのは、警察違反の状態を排除するためのもの。かつて警察法が行政法で議論されていた時には警察4原則というのがあったみたい。警察公共の原則・警察消極の原則・警察責任の原則・民事不介入の原則。もっとも民事不介入の原則は変容してきていて、最近ではDVなんかの危険なドメスティック行為にも警察の介入が認められているとされています。

B) その根拠は

比例原則の法的な根拠がどこにあるのかという問題。さっきの平等原則は14条であった。じゃあ比例原則はというと、その法の一般原則、不文の原則だということで通用する場合もあります。また実定法の根拠としては憲法13条が挙げられることがある。または、法の一般原則と考えることもできるらしい。

C) 具体適用

まずは【判例13】。生活保護の話で給付行政の比例原則が問題になっている。この判例は生活保護で車を買ったとして生活保護の廃止処分が問題になりました。こういう受給者にとっての不利益処分には比例原則を使うのが良いだろうとされたわけです。その上で、廃止処分は厳しすぎるということで違法の判断を一審でやったものの、最高裁は比例原則では行きませんということで違法ではないとされた。

【判例12】では都立の学校の式典でなぜ国歌を歌う必要があるのかということで起立しなかった結果、停職処分とされたことを違法だとした事件。しかし、別に東京都の規制は合憲であるということで処理。ただこれにはかなり問題があるとされている（国歌・国旗に対して国民の取るべき行動が空白の状態での規制のため）。処分も停職だしかなり重い。停職処分を適法に選ぶことができるのは相当の必要性、違法事由があった場合に限るとするのが相当でしょうね。普通に数回立たなかっただけで、いきなり停職処分は比例原則で考えれば当然に行き過ぎですから。憲法の授業でも出てきたピアノ演奏事件もこういう争いありましたよね。下級審だと、割と比例原則から処分は違法だと判断する判例を結構出してるみたいですけど。

3) 説明責任原理

これがクローズアップされたのは情報公開法について。情報公開法が何を根拠として制定されるべきか、何とリンクした形で情報公開法をみるかということで一定の議論がありまして、憲法学を中心にそれは知る権利が根拠になっているという主張があります。しかし、知る権利は使われなくて、説明責任原則というものが使われる。

4) 透明性原則 行政手続の諸ルール根拠・目的として登場

こちらも情報公開法の時に出てきた話。

5) (効率性【18】(自治214に言及)【93】、調査、配慮 ETC.)

あとでたっぷり出てくるけど、行政処分には行政裁量というものがあって、それをどう裁判所がどう統制するかを決める必要がある。その基準の1つとして効率性がある。【判例18】において、行政が高すぎる土地を購入してしまったことについて責任を問われた問題で、裁判所は高すぎたんだけれどもやはり行政の立場からして、時間を考えると必要性が高かったんだということで、町長には責任をかぶせるということはしなかった例もある。

④行政法制度の根拠として個別憲法条項を挙げることに議論のあるもの

1) 行政手続と憲法

憲法とどうしてもリンクしないといけない問題の1つが、この行政手続と憲法の関係。昔は行政手続にも憲法31条が適用されていましたが、行政手続法が制定されて以来、あまり憲法を適用する必要がなくなっています。今は特に憲法を無理に出すことはせず、条例の方の条文を手掛かりに配慮義務を導き出す手法を最高裁は取っています。

2) 情報公開制度と憲法

さっきもありましたけど、情報公開法については憲法の知る権利ではなく、説明責任原則を根拠としています。憲法学者サイドとしてはそれでは悔しいので、憲法21条の解釈から特別な意味を情報公開法に付与できるかということについて考えたいわけですが、裁判所はそれも考えてないみたいです。いくつかのその地裁判例の中には知る権利との関係で一定の解釈を導き出したところも無くはないけど、基本は無視されているし、やっぱりそもそも意味があまりないらしい。

～まとめ～

行政法の事案や判例を考える場合、どの原則についても常に憲法上の根拠を求めなければならないわけではない。法律を違憲にするためには憲法上の根拠がなければいけないが、行政法の場合は、例えばある具体的な行為あるいはある行政処分が比例原則違反だとしたとき、その時に逐一これは憲法13条を根拠にした比例原則だからああだこうだ考える必要はない。例えば比例原則を表現した実定法上の規定があれば、その規定に即して比例原則を考える。あるいはその法律の背後にある原則をしてこれを考えたらこういう事案においてはこうというように考えるもので、とにかく憲法まで必ずさかのぼればいいわけではないということを書いてまとめにしたいと思います。

II 信義則—民事法に由来する法原則

① 民法における内容

信義則というのはもちろん民法から来ている。では行政法に信義則をどう適用するのか？その適用について見ておこう。

②行政法における適用

1) 法律による行政の原理との抵触・調整【26】

この【判例26】は超有名な事件らしく、青色申告事件、青色申告信義則事件と呼ばれているらしい。

I) <事実>の理解のために

そもそも青色申告とは、申告納税（自分にこういう所得があると申告して納税すること。c.f. 賦課納税）である。納税というのは帳簿の整備保存などで適切に納税額を計上している必要があり、納税署としても自分で申告してくれるのは非常にありがたい。ということで、青色申告してくれた人には所得・税額計算上の特典などちょっとしたインセンティブがある。この確定申告に特別に青色の紙が使われているので青色申告という。

事件としては、ある商店を営んでいるAはずっと青色申告をしていたのだが、それを受け継いだ親族であるXは青色申告承認手続きを経ずに、青色申告の青色の用紙で納税し続けた。それに対して課税庁のYが、申告承認という手続きがなかったにもかかわらず、ずっと青色申告承認をして、税額などを受け入れていた。ところがある段階になって、青色申告承認がないではないかというのが分かり、「更正処分」つまり白色申告に戻すと税額が高くなるので、高くなった分を払えという更正処分が出された。そこで Xがそれはおかしいということで訴えたという事件。要は、ずっと承認してくれているものと信じていたのに、いきなり処分されるなんて信義則に反していると主張したわけである。一審二審は確かに更正処分をするなど、高い税金をいまさらになって課すのは信義則に反するというで、行政の判断を違法とした。

II) 租税法律主義との関係

ところが、最高裁は一審二審の考え方はそのままでは通用しないと言って、差し戻した。こういう問題に対してどのように信義則を適用するかということで、信義則の適用についてかなり限定的な説示をしている。最初のところは租税法律関係で信義則の適用はありうべしとしているが、そこから先を限定している。

つまり、租税法律主義というのは法律が規定していること通りにやりなさいということの要請が強く働く。具体化すると、納税者間の平等公平という要請ということで、それを犠牲にしてでも、Xを保護しないとイケない特別の事情があって初めて信義則が適用されるという限定をした。

III) 具体的には

特別な事情と書いてなかなか認めないと突き放すだけではなく、信義則が認められるためには、公的見解の表示とそれを信頼して行動したこと、納税者の側に帰責事由がないこと、という要件を示している。納税者間の平等公平、租税法律主義というのは具体的なある納税者一人を念頭に置いているのではなく、納税者一般に対する公平という原則から成り立っているわけであるから、そうすると二者間で信頼関係が醸成されたからといって、直ちに法律違反であると強くは言えない。みんな納税は平等なので、二者の間で信義則に反するからといって全体との関係で言えば違法無効とはできないということ。

また、注意したいのは青色申告というのは優遇処置であって、不利益処分ではない。つまり、別にXに対し白色で出してくださいとなったところでみんなと同じラインに立っただけで、今まで得していただけという話でもある。まあ、更正処分だけでも違法としても良かったのではという論点はありえる。

では、信義則違反となる状況とは一体どんな時なのか。要件を充足する公的見解表示とは何かが問題となるけれども、これは一番認められやすいのが通達。しかし、全体としてほとんど認められていないのが現実。

Ⅳ) 両原理の「調整」といっても個々具体に見る必要

法律がある一定の取り扱い、あるいは一定の処分を要求しているけれども、それをそのまま適用していると、信義則上は問題があるという類型で税関係以外のものが【判例27】。

この事件は、これは国民年金の受給資格があるかどうかというのが争いになったのであるが、Xは加入はしていたのだけれども、法律の規定からすると加入資格がなかった。当時は在日韓国人には国民年金に加入する資格がなかったのであるが、国民年金の勧奨員というのがいて、非常に熱心に加入を勧めており、しかも仕組みを間違えて、日本国籍がなくとも国民年金に加入できると説明していた。勧奨があったということの一つに加えておくと、国民年金に加入したということで11年間保険金を払ってきたのである。それにもかかわらず国民年金を受給できる年齢になった段階で、やっぱりあなたは元々加入資格がなかったのだから年金は給付しませんと、そういう限定を行政がしたという事例。当然のことであるがXは不服として訴訟を起こした。そして、Xの側を勝訴としたのが高裁の判例である。

これはもちろん法律によれば受給権がないのは当たり前。判決も「実定法の規定の定めるところによってこれを判断すべきものであることはいうまでもない」とはいつている。しかし特別な事情があれば別であり、信義則も適用できるとも述べている。このように具体的事例を見ていけば、法律だけ見ては救済ができない事件でも、信義則で広く保護を図っていると言えるのかもしれない。

2) 個別行政法の規律がない場合

1) に対比して、個別の行政法規の規定あるいは規律が希薄であるという場合には、信義則の適用がより幅広く認められるだろう。これに関して【判例28】を見ていく。

【判例28】は工場誘致事件と言われている。企業誘致、あるいは企業を興すなどの企業支援を市町村がやっていて、それ自体は別に違法であるとか政策的におかしいとかということではない。ここで問題になったのは、Xの操業で利益が出ることであれば村として色々協力をしましょうということでやっていたのだが、その後Y村で村長選挙が行われて、工場推進派のAに代わって、反対派のBが村長になってしまった。Xとしては結果的にY村への工場進出を断念した。そこでXの側ではこれまですでに進出の準備をして、投資をしている。そこれについての損害賠償を村に対して求めたのがこの事案である。

しかし、選挙において住民意思あるいは住民自治の結果としてそのような政策変更を出したのだから、Xとしてはそれは受忍すべきだというような趣旨でXの損害賠償請求は認めなかった一審二審に対し、最高裁はその考え方をひっくり返した。ポイントの一つ目は、こういう場合、工場主Xが、Y村に進出するということについて契約が成立していれば、契約上の債務不履行ということでXはYに対して、債権債務法に基づいて損害賠償請求ができるという点。それからもう一つの着眼点は、Xが進出することに対してY、具体的にはA村長とかのY村の行政組織、それだけではなく議会も議決をしているわけで、いったんそういう風に村の行政、村の立法府としての議会が協力すると言ったらそれは覆せないのだろうかという点。

つまり、「変更、中止は計画の生理現象であるということができる」と言って何でもかんでも変更してよいわけではなく、変更するにあたってなんらの金銭的な保障をしなくていいのかということがあって、保障はしなければならない。特に一定の信頼関係に入ったものに対しては保障しなくてはならないということを提示した。色々代替案を提案するなどの対処の仕方があるとは思うけど、何もしないのは違法だよということ。

それから【判例29】。これは自衛官が事故で死んでしまった。遺族の方は公務員災害補償法という特別法に基づく補償金は国から出たため、最初はこれで損害の填補としては終わりののだと考えた。ただこれは人身事故による損害全てを賄えるような額では到底ない。あとになって、公務員災害補償とは別に不法行為における損害賠償請求が国に対してできるのだと気が付いたのだが、その時には当時の不法行為法の請求権の時効は過ぎていた。そこで債務不履行に罪の構成を変えてしまって、時効を10年にしてしまおうと企んで訴えた事件。結論としては最高裁は、契約の本体の義務ではない付随義務として信義則上安全配慮義務というものがあるということを、初めて認めて債務不履行があったことを認めた。

あとは【判例44】。会計法において債務不履行は5年で原告に不利だった。そこで国家賠償法などもそうだけど、わざわざ民法の債務不履行（安全配慮義務）で構成するということがよく行われていたらしい。もっとも、現在は、民法改正によって、全ての時効が5年で揃えられた。また、安全配慮義務を主張するのには、過失の立証責任が原告側ではなく債務者にあるということで楽だということもあって、過失立証で原告に有利であったと言われている。

3) 近時の判例から

まずは【判例30】から見ていく。これは給付行政、金銭の給付が問題になった点で【判例27】と対比できる。【27】との違いの一つは、いったん具体的な権利が生じていたという点。被爆者に対する給付である。ところがそれに対して国の行政の側が誤った通達を出した。実際その間違った通達を出したこと自体が国家賠償法の対象になっている事件。通達によって得られなかったお金を賠償しろと言ったわけだけど、これに対して行政府側は、いやその部分は時効になっている、と主張した。しかし、自分の方で違法な通達を出していったん主張を封じてあるいはすでに発生していたはずの権利を侵害しておきながら、それによ

って生じた空疎について時効になっているということを奇貨として、時効を主張して損害賠償を免れるということはできないと判示した。

それから【判例31】。ストックオプションによる利益を、どういう所得として課税するかということについて、一定の時期まではこれは一時所得だと課税庁側で扱っていた。それが後ほど給与所得という扱いになった。一時所得の方が安いので納税者にとっては有利なのであるが、給与所得にするという風に扱いが変わった。でも一時所得として申告したXはのちに増額更正処分、つまり本来の給与所得の中からその分上乗せして払うよう言われ、それだけではなく、過少申告の扱いでペナルティとして加算税がかかった。それで訴えた事件。しかし、これは前にも出てきたように納税に関しては「一時期までずっと一時所得として扱っていたのだから、俺の申告について一時所得として課税しろ」と言っても、他の人との関係上ダメということになってしまうよねという話。

最後に【判例32】。これは有罪になったにも関わらず職場に報告をしなかったので、働き続けた公務員がすごく後（30年）になってあいつは有罪犯だったという趣旨の電話があつて、それで失職になり退職金が全くもらえなかったということで、信義則違反だと訴えた事件。しかし判決としては、たまたまそんな長期にわたって発覚しなかったからといっても、そのようなXの期待が法的保護に値するものとは言えないということになるし、当該規定についても公益的な要請に基づく強行規定であるから解雇は適法だという判断をしている。これには反対意見もついている。

この事件に関連して、公務員ではなく民間だったらどうか？という問題について考えてみる。民間だと【判例32】の下における解雇は雇用者側の職権の乱用という扱いになっている。ここが公務員と民間との大きな違いと言えるのかもしれないとのこと。また、民間の労働関係の場合に有罪判決が出たら当然失職という規定を就業規則に置いたら、それ自体が敗訴事由になるらしい。

第5講 公法・私法二元論の克服と民事法の適用・不適用、及び実定行政法の解釈について

I かつての基本的発想

教科書で冒頭からいきなり80ページほどページを割いて議論されていた問題によりやく到達。授業ではこの問題を抽象的に考えるのではなくて、行政法における事案、法律関係に民事法がどのように適用されるのかしないのかで具体的に考えていくよ。

これまで確認してきたように、信義則などの民法的な原則が行政法にも取り入れられていることには現在争いがない。穂積八束は「公法、民法入るべからず」という立て看板を立てたといってたこともあるらしいが、この原則は現在では言われない。ここからはそういう穂

積的な考え方がどういう風に克服されどういう風に現在考えられているかという歴史の変遷の話。

まずは行政法の判例形成者と言われている田中さんの田中説が出てきた。これによると行政法というのは国内公法で、行政と私人の関係を私法関係公法関係に二分して、公法関係だけを行政法は扱うという考え方を説いた。

では、どういうものを公法関係というのか？まず、1つには権力関係は公法関係であるという考え方がある。権力関係に民法は一切関係ないということ。また、権力関係には私取引関係あるいは私経済関係、管理関係というものがあって、そこでは民法が適用される場面もあるという考え方もある。結論としては、私法関係は、民事法(学)に委ね、行政法のほうでは、権力関係と一部管理関係を扱うことにするというので、私法関係と公法関係は排他・独立的な関係が模索された。

こういう議論がなぜ大事なのかということについてだが、行政の違法な活動に対して損害賠償を請求できるのかという問題があったからと言われている。というのも、まず権力関係には民事法は適用にならない。そうすると課税処分であるとか警察権限で違法なことがあったとかとしても、行政裁判所は扱わないし公法関係ではないということになるので、救済がないということになっていた。

この状況を受けて、田中説は公管理関係・管理関係について一部には民法の適用を認めようということになっていた。そうして現に損害賠償などが認められる判例が出てきた。という感じで、この公法・私法二元論というのは学説だけではなく判例と共同で展開してきたと言える。そして国賠法も制定され正面から行政の賠償を認めるようになっていった。

Ⅱ 公法・私法二元論は必要・有用か？—実体法の問題として

しかし、最近ではそういう考え方はそもそも成り立たないんだということで学説批判が出てきている。それを踏まえ、公法・私法二元論は生きているのか？それに代わってどうやって民事法の適用を認めていくのか？について考えていこう。

(1) 時効の問題から

・消滅時効について (?)

【判例44と29】について。会計法が適用されるのは公法関係である。しかし、債権によっては会計法が適用されるかどうかが変わってくるので、公法関係か否かで一刀両断にするなよという判例だったのだと思う。

しかし【判例44R】が問題となる形で登場した。これは病院の診察代を払わなかったとして、自治体側が出訴したもので、債権者は行政ということになる。この判旨の後半部分に病院の診療における法律関係は「本質上私法関係」とされた。しかし斎藤さんは、民法上の債権と同じような債権かどうか分析的に判断して、何か行政法上特別扱いをしなければいけないものがあつたかどうかを見るべきだったと思うとコメント。病院の診療願望は私関係と演繹的に考えるのは問題があるということらしい。

・取得時効について

行政財産を私人の側が時効取得を主張することができるのかという問題。公法私法二元論的な発想からすると、行政財産には公法が適用されるから民事法の取得時効の規定は排除される。それぞれの公法関係の特質からして、私人の側が取得時効を主張することはあり得ない。こういう体系的・演繹的な考え方になる。しかし、公共の目的がなく、行政が持つ財産（普通財産）を私人が取得時効することはできるということになっている。普通財産には民事法の適用が可能だからだ。

しかし、行政財産についても取得時効できるのではないと言われるようになった。それが、【判例45】。この判決では「行政財産についても特に行政財産だからという配慮をせずに民法の時効取得の要件をみたせば取得時効を認めよう」という考えが学説から出てきていたのだが、その考え方はとらなかった。取得時効が可能なのは「黙示的に公用が廃止されたもの」とした。いわば「黙示的公用廃止」というものを擬制で認めた訳であるが、学説からは「それって必要？」という批判がされるようになった。しかし【判例45R】でも、【判例44】と同じように黙示的公用廃止がなされているかということで、実際の機能や形態に着目して時効の成立を認めている。

現に使用されている場合はどうかということで【判85頁はみ出し自販機事件最判】があるがこれはカット。取得時効の成立を認めていない。

(2) 特別法・規定の有無と解釈

特別法あるいは特別規定があるとして、それと民法との関係はどのようになるのか。特別な行政法がある場合に、ではその行政法が直ちに優先されて、民法上の規定あるいは民法原理が排除されるのか、それともある程度民法も適用されるのか。これについても、伝統的な公法私法二元論の考え方を現在判例・学説はとっていない（つまり適用あり）。

まずは【判例24】。公営住宅では法律のレベルで承認なしの増築を禁止している。法律では、承認なしの増築を禁止していて、それに違反していたら明け渡し事由になるよと書いてある。しかし、そういう公営住宅法の規定があっても、最高裁はそこまでの規定ではないという考え方を取っている。信頼関係破壊の法理（民法でやりましたね）に従い、信頼関係を破壊する自由がなければ明け渡しは認められないとすべきと判示している。公営住宅であっても一定の民法の信頼関係破壊の法理は適用されるとは言ったわけである。

次の【判例25】は、民法が適用されるからといってどれくらいの程度適用されるのかが問題となった。民法では建物を50センチ離して建てろという規定があるが、建基法65条には

「... 隣地境界線に接して設けることができる」と規定があって、どっちをどれくらい取るかで問題になった。一審・二審は「民法の相隣関係というものがベースにあるから、それを修正するにしてもベースになる民法の考え方からすると、さらに一定の要件があって初めてぴったり建築ができるだろう」としたが、最高裁は建築基準法を民法の特別法と考えて初めて意味があるので、民法は行政との関係でも適用できるが、特別法の建築基準法はどう適用すればいいかをもう一回考え直してこいということで差し戻した。

・二重譲渡と民法177条の適用/不適用

民法177条では登記で二重譲渡問題を解決することになっている。それが一方当事者が行政の場合に民法177条で決めるのかどうかという問題。

まず【判例47】は古い判例で、公法・私法二元論に基づいて、177条の適用はないとされた。しかし、次の【判例46】はまず177条の適用を認めた。それを前提に、背信的悪意者の法理を適用して、滞納処分は違法だということになった。まず、民法の177条の適用を認め、さらに民法の背信的悪意者の法理の適用をも認めた。

・双方代理

ここは深入りしないということだったので、省略。

・住所

住所についても民法の規定を利用するのかという問題があった。

【判例43R2】は、公職選挙法上の住所をどこにするかという問題。当時の大学生は住民票を写していても地元選挙権があるとされた。これはおかしいとして出訴。最高裁の考え方は、生活の本拠は民法と同じく考えることにした。生活に関連深い中心が本当の住所である、民法22条が証明している生活の本拠であるということで決定するという事。

次は【判例43R3】。国民健康保険に誰が入れるかの要件として、「住所を有するもの」となっている。この事件では不法残留の外国人が当該要件に入れるのかが問題となった。最高裁は、不法残留外国人だから直ちにダメとは言わなかったが、「居住関係は不安定なものとなりやすい」として住所を有するものとは認めないとした。「安定した生活を継続的に営み、

将来にわたってこれを維持し続ける蓋然性が高い」ということがあって初めて住所になるということで、公選法には出てこなかった要件を課した。

そして【判例43】はホームレスの人が公園で寝起きをしている時、公園を住基法上の住所として扱うのかということである。一審は原理・原則に戻ってそこに住んでいればスタンダードに住民として受け入れる義務があるという判断をしています。ここでも民法の生活の本拠という考え方をストレートに適用している。しかし、二審は生活の本拠としては実体を認定するには一定の場所での日常生活だけではダメだといった。公園はその人の所有地ではないでしょ、そしたらそこで過ごしていてもダメに決まっているでしょ、ということで一般要件のレベルで民法上の生活の本拠に独自のものを付け加えた。そして最高裁は、独自のものを付け加えることはせずに、「社会通念上、客観的に生活の本拠としての実態を具備しているものとみることはできない」ということで、住んでるだけではダメということいった。

一審・二審・最高裁のどの考えとも間違っていないので、どれが座りがいいかという問題になる。共通しているのは民法上の住所というのが基礎にあって、そのうえで個別法の趣旨を踏まえているということ。

(3) 「公権」の特質/属性論

私人の側が行政に対していろんな権利を持つことがある。よく問題になるのは具体的にはその権利が相続の対象になるのか、譲渡できるのかということ。現在では判例も学説も相続なんて考えられないという公法私法二元論を採用していない。

【判例42】は憲法でも出てきた朝日訴訟。朝日さんが生活の最低水準の扶助しかされていないということで争った事件で、朝日さんは裁判中に亡くなってしまった。そこで、遺族たちがこの裁判を継続することができるのか、そして朝日さんが勝っていればもらえた額をもらえるのかということが問題になった。しかし、それは認められなかった。公権だからということだけではなくて、より具体的に受給権の内容なり性質というものを見た上で、相続性なしと判断をしている。これに対して田中反対意見は、不当利得請求権、つまり行政は支給をしないことでその分不当に儲けたのだから、それを返還する権利くらいは相続できるとした。しかし、基本的には一身専属的なものだということで判断している。

(4) 特別権力関係論

現在では、特別権力関係という包括的な判断はしていなくて、例えば拘留関係などがどういう性質の法律関係であるのか、信義則、安全配慮義務が適用されるものとどう違うのかということをもとに具体的に判断しているから、あまり包括的な特別権力関係ということで、一つの結論、一定方向の結論を出すのはあまりよろしくないということに今の学説・判例はなっている。

包括的な特別権力関係以外で、例えば司法審査、裁判所の審査が制限されたりする場合はあるんじゃないか、いわゆる自律的部分社会論（その人たちの間の問題ならその人たちに解決させればいい）というものが、憲法論、行政法論で展開しています。例えば【判例35】の富山大学の単位認定事件。この時代は国立大学は法人ではなく国に属していたので、大学側から学生に対して課される義務などは、権力的な要素を持っているとそういう説明がしやすかった。ここでは、一つの単位の認定・不認定というようなことは司法審査の対象ではないし、それは国立私立を問わずそうだとした。しかし、卒業に関わる、卒業の要件を為すような単位認定については、それは一般市民法秩序と関わりが出てくるということで、そっちは司法審査の対象としようとしている。

【判例36】は、国立大学が法人化した後の話で、医学部への入学が許可されなかったのが年齢のせいだとして、入学を許可せよという行政訴訟を起こした事件。そこでは在学関係は契約関係だとはしたものの、そこにおいて、従来の【判例35】などが前提にしていた司法審査の限定は、在学関係のことでは行わないのかということとそんなことはないとした。一定程度審査はしますが、行政裁量を広く認めますよということ。

(5) 「公法」法規違反の契約の効力

【判例56】のチボリ公園事件で既述ですが、ある法律違反の行為があった時に契約の効力を否定するかどうかということで、それが強行規定なのかそれとも取締規定（任意規定）なのかと二分する考え方というのが、昔は取られていた。

しかし現在は、なぜそれが強行規定なのかとより具体的に見るようになっている。つまり、ある法律違反があったときにそれに違反する契約を無効にしないと、その規制、より元の法律の規制が貫徹できないというものについては、それは強行法規として考える。それからその法律の規定だけではわからないというのであれば、その規定プラスアルファで、その事案における当事者の行為等々を考えた上で無効かどうか考える。

もちろん明文の規定があればそれによる。例えば、農地法3条7項は、「許可を受けないでした行為は、その効力を生じない」と書いてくれているから、これに従うまで。

(6) 「公法上の」事務管理

空き家対策などで、近時注目されている。空き家にも非常に危ないものがある。直ちに対策しないと危害が及ぶとなった時に、行政は何ができるのか？

判例を使って考えられる1つ目は、浦安ヨット事件で使ったやり方。処分自体は行政手続法に違反していた。ただ違反している以上、正面から緊急措置だと認めることは難しい。そうすると緊急避難とか正当防衛とかは使えないからボツ。

もう1つが事務管理という考え方。民法第二部に出た人ならわかると思うけど、先に自分の名前で支払ったのちに、本人に償還請求ができるのでした。ここでもそれを使って、今にも崩れそうなので、そうならないように支える。そこに支出した費用は、償還請求ができるという考え方が出てきた。

ここまで議論してきてあれだけど、空き家問題については空き家対策法ができてしまって問題自体はクリアされている。結局どうなったかという、この法律では簡易代執行というのが特別規定として入っている。つまり行政代執行は手続きが面倒で喫緊の問題に対応できないから、代執行について要件を緩めようと。そうやって対応しているらしい。

Ⅲ 改正行訴法4条は、公法私法二元論の根拠になるのか

改正行訴法4条が出てきたことによって、公法私法論を主張する人が「ほらやっぱ公法私法論は有意義なんだ！」と言い始めたらしい。斎藤さんはそういう議論に意味はあまりないといっているが一応触れるとのこと。

改正4条は確認訴の訴えができるということの例示規定が入った。これにどういう意味があるのかというと、行政訴訟が国民の救済、違法な行政活動に晒された国民の救済という観点で現れた時に、行訴法が使い物にならないということがやっと認識されて、抗告訴訟に乗らない訴訟形態もしっかり受け止めて国民の行政に対する不服の訴訟を受け止める受け皿を充実させるという意味で確認訴訟ができる規定が入った。

だから、行政訴訟の充実という観点ではこの条文は現在非常に重要である。ただ、だからと言ってここに公法という言葉が使われているから、そこから公法の独立性を主張するというのはあまり望ましくない、本末転倒とのこと。

とにかくもう二元的・排他的な公法私法論はやめにしようと斎藤さんは言う。そうではなくて、行政過程論、つまり行政過程にみられる法現象を全体的に動態的に考察しようという流れに教科書も講義も乗っているらしい。

Ⅳ 公法私法論に関するまとめ

もうまとめた感じあるので、上を参照してください。

Ⅴ 実定行政法の解釈方法

ここでは行政法を行政過程論的に考えていく。

まずは何かと大事な仕組み解釈。この言葉は判決文にも出てくるが、一体仕組み解釈とはなんなのか。これはある法律があったとして、ある条文（例えば建築基準法の建築確認についての条文）があったとして、その条文なりその条文の中の何項に何が書いてあるのかというのばかりを見るのではなくて、その法律全体がどういう建てつけになっているのかということころをちゃんと見ましようというのが出発点。

それだけだと抽象的なので、具体的に見ていこう。参考になるのが【判例125R4】でストロングライフ事件。

このいかにも強そうな名前の事件だが、この事件はある人が護身用のスプレーをストロングライフという名前で国内で販売しようとしたが、成分に劇薬が入っており法律によって厳重注意の対象になるものであった。それを輸入しようすると、この取締法上の登録というのを受けなければならない。ところが行政の側は、護身用のスプレー自体が、もしそれを誤用、誤って使われたりすると危ないということで、輸入の登録を拒否する拒否処分がなされた。具体的にはブロムアセトンという劇薬を輸入してストロングライフに使ってはいけないと。それはおかしいということで、訴えたものが最判まで争われて、結局は登録拒否処分は違法だということになった。

なんでそうなったのかというと、「営業に対する規制は、専ら設備の面から登録を制限する」と。だから、ある劇物についてどう規制をかけるか、チェックするかというと、保存したり運んだりする設備がで判断するということ。だから設備の面が不十分である、あるいは設備が元々になっていないというのであれば登録を拒否できるのだけれども、そこが適法であれば登録を拒否できない。つまり毒物劇物の危険性、使用の態様によっては危険だ、だからダメというのではなくて、設備面だけを規制している法律であると。そうすると本件における拒否処分は違法だということになるとした。

この事件では行政が色々と法律を類推適用して、拒否できると主張したがそれはできないということになった。法律にある規定の趣旨・目的・仕組みというときに、抽象的に仕組み仕組みというだけではなくて具体的にはどういう仕組みになっているのか、どこから、場合によっては根拠法だけではなくて、他の法律との関係も、見なければならないという仕組み解釈を使った例。とにかく拡張して毒物はなんでも禁圧・規制しとけばなんとかなるということではなくて、個別の法律の趣旨に基づいて規制を正しくやりましようということ。。

～まとめ～

刑法の場合には、罪刑法定主義というルールが非常に明確なので、類推解釈についても、類推解釈禁止という、非常に一義的で明快なルールがあり、切れ味が鋭いというか、他の要素を付け加えなくてそれだけで結論の出る事件も一定程度ある。しかし行政法の場合には、行政法＝類推解釈、類推適用の禁止という命題は出てこない。判断要素・考え方を持って個別の行政法を見ていくということになる。今後のいろいろな行為形式、行政法意についての判

例を扱うとき、試験問題を解くときにも行政法の解釈について少し頭の片隅に置いておくとうまいと思う。

第6講 行政過程論総説・行政立法

I 行政過程論総説

行政過程論というのは、いろいろ行政の衡量、行政の活動をコントロールするにはどう考えていくのかということについての現在通説的な考え方。

(1) 行政活動の典型・中核としての「三段階構造モデル」

古典的な公法・私法論と現在の行政過程論の間にあるのが三段階構造モデル。これは公法・私法論の修正版というか発展版であって、そこではどういう考え方をするかというと、例えば建築基準法であれば、まず建築基準法という一般抽象的な権利義務を定める法律があって、その次にこの法律に基づいて例えば除却命令のような行政行為ができ、それに従わない場合は行政行為に基づいて行政強制ができる。このような段階を踏んでやっていくのを三段階構造モデルという。

(2) 実際の行政過程（【201】の図参照）の把握と統制を指向

ただ塩野テキストの立場は、こういう三段階構造モデルでは捉え切れない行政活動ってというのがどんどん登場しているというもの。その部分をうまく捉えてきちんとコントロールしていくには、もっと現実の行政過程って言うのを取り込める形の体系なり方法論が必要だと。それが行政過程論だという説明になっている。

A) 建築規制行政における給水拒否

1970年代、80年代には行政の側が手法として給水拒否ということを行っていた。給水拒否がどういう場面で出されたかと言うと、建築規制などがある。建築基準法を含む建築規制の分野で、ざっくり言えば行政が建築規制をしたい事業者、建物を建てようとしているディベロッパーとか、あるいは発注主の方でなかなか建築規制に従わない。そういう時に行政の側で、そういう建築規制に従わない建物を建てたらあなたの建てる建物には水道供給しませんよと給付を拒否する、これが給水拒否。

そこで見ていくのが【判例202】。武蔵野市は環境保全に力を入れた結果、独自の要綱を作って従わせた（ex. 建物建てるのに住民の許可を取ってこい）。その結果、それを守らないAに対し給水拒否を行なってAが訴えた事件。この刑事事件の最高裁判決が【判例202】。なんで建築基準法を使わないのかというと、それ以上に強い規制がしたかったからで、じゃあなぜ条例にしなかったのかというと、条例はあくまで法律に基づく必要があって、建物建てるのに住民の許可を取ってこいなんてことは法律には書いてないので、条例ではできない。ということで、要綱というか非公式なルールを使ってやっていただけである。そうすると、ある建物を建てる、ディベロッパーの側が建物を建てていると言う時に、その建物が建築基準法違反の建物なのか、それとも単に自治体が独自に定めた要綱に違反しているだけなのかと

いうと、これは建物自体の違法性の評価も変わってくる。だから建築主に対する行政の対応の評価も変わってくるということになります。

1) 15条「正当な理由」の解釈

水道法15条には、「契約の申し込みがあれば正当な事由がない限りは拒めない」と規定されています。基本的に水道・ガス・電気は私企業ではなく公企業がやっており、市場の参入がある程度規制されている。それに原則として申し込みを拒めない。こういう水道契約というのは行政契約である（後述）。水道契約以外に、行政契約の締結が強制される例は、公益事業としての電気とかガスについてもそういう規定がある。

この点に関して、NHKの受信料についての判決も関連して考えることができる。憲法の議論だけではなく、NHKを公企業として、行政契約の締結強制という観点からどうなのか、そこから消費者法という観点から見たらどうなのかという観点でも考えられるよねということらしい。

話を戻して、正当な事由ってなに？ということについて。これについての解釈は、【判例196】が参考になる。この事件は福岡県志免町には、町長が定めた正式の規則給水の条件として、20戸以上のものに対しては給水しないというルールを定めていた。大規模開発については給水をしないと正面から定めていたんですね。この規則をもとに大規模マンションを建てたXの申し込みを拒否したものですから、Xが申し込みの承諾をせよとの訴訟を提起したという事件。

一審は請求を認めたものの、二審・最高裁は認めなかった。給水義務というのは絶対的なものということとはできない。適正かつ合理的な供給計画によって対応することができない場合は正当な理由があるとした。つまり人口の増減や水道の需要供給というのはある程度予測したいわけで、そんな一気に増えても困る。だから、あらかじめ拒否できるルールが作れるということ。ということで、拒否は適法だという判断になった。

【判例202】のほうに戻ると、これはそうした水道の需要供給という目的とは関係ない目的だということが明らかだろう。なおかつ法律違反、事業者、行政、県が法律違反をしているわけではない。そういう場合に給水拒否できるのかと言うと、それはもうできませんというのが基本的な判断。だから同じ給水拒否といっても、何を目的にした給水拒否なのか、それから目的が同じ建築規制であっても、その建築規制の根拠が要綱なのか法律なのかによって適法違法の判断は変わってくると。これが行政過程論的な考え方。

2) 行政指導等を理由にした暫定的留保は適法か

そもそも行政指導とは何かというと、「特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勸

告であって処分に該当しないもの」。処分についての定義の方は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」。だから、行政指導とは行政行為とは違って、このようにしてくださいねと勧告・助言をするだけ。

【判例11】はこの意味で【判例202】と対比できる判例。建築主Xが、住宅の増築を行ったが、建築基準法違反の建物であった。増築部分に対して新しく水道が必要だったと言うので、Xの方では水道の供給の申し込みを市のほうにしたのだが、それでXの増築した部分は違法だから違法に増築した部分を何とかしてくださいということで、暫定的に給水を拒否して、ちゃんと建築基準法違反でない増築に変えてきちんと建築確認を受けてくださいというような対応をした。これは今言ったところの行政指導にあたると考える。建築確認を受けて申し込みをするよう勧告をしたと。しかしXはそれに従わずに私設、プライベートな水道を引き込んで対応して、建物を賃貸に出した。その上で、水道が使えない間損失を被ったということで、国賠をした。

これについてはプライベートな水道を作って対応したものだから、市に対して一応の勧告に対して、「私Xの側ではそれに従いません、だから早く水道を供給してください」という市に対する、行政に対する働きかけというのがなかった。かなり長期間にわたって、1年半位なかった。そこで最高裁の判断としては、給水契約を最終的に拒絶したんじゃないくて、自発的な行為を求める、あえて言えば行政指導をしていたにとどまるのだから、行政の対応と言うのは国賠法上違法ではないと。こういう判断になる。

【判例202】は、任意の協力を前提とする行政指導の限界を超えていると評価して違法と判断したという点で対比が可能。

B) 風営法と児童福祉法の権限の連結

行政過程論的に物事を見るとどうなるのかということのいい例として、【判例10】は非常に有名な判例。

Xが個室付き浴場（要はいかがわしいお店）の営業をしようとした。ここはかなり農村地帯でおよそそういう風な営業が予定されているような地域ではなかった。それで町や県の方では好ましくないと言うことで、もちろん反対運動もあったために、なんとかこれを抑止できないかといろいろな手を考えた。その中の1つが、既に存在していた児童遊園を正式な児童福祉法上の児童福祉施設にすること。そうすると、そういった学校とか児童福祉施設としての公園があるとそこから一定の距離制限が個室付き浴場にはかかりますから、普通の銭湯とかお風呂屋さんであればその距離制限は緩やかだろうが、風俗営業的なものについては当然子供が遊んだりあるいは子供を教育するようなところからは離しなさいと言うことになっている。そこでそういう児童遊園の認可というのをいわば後追的に、泥縄的に考えて認可申請をして認可をした。Xに対しては、通常の公衆浴場の営業許可はそれから後で。正式な児童遊園ができたにも関わらず、風俗営業的な公衆浴場としての営業をXがやっちゃったもんだから、営業停止命令が出た。それで、Xが国家賠償請求をした事件。

行政の行なった児童遊園の児童福祉施設にするという行為自体は適法で問題ないので、これだけ見ると、Xが営業停止命令を受けても致し方ないのかなという感じがしなくもない。しかし、これは何の目的でやったのかというと、これは明らかにXの営業を阻止するためにやったため、そうした直接の動機、主目的との関係では違法かつ無効であるということになると裁判所は言っている。だから、ある認可処分のある時点における要件を満たしているからと言って、その行政過程全体が適法だということにはならない。行政過程全体を見なければならぬといういい例。最高裁も、行政権の濫用でありXに対する関係で国家賠償法上の「違法」「相当因果関係」を認めた。

また、町は許可申請は自主的なものであって、Xの件とは無関係に許可を出したのではないかという考え方もできる。一審は自主的と認定したが、二審はそうではないだろうとした。児童福祉施設への格上げを、このタイミングでする必要性があったのかというと、全くそれはなかったのだとした。そうするとやっぱり阻止目的だったとしか言えないよねってこと。

また、それではそういう浴場の建設を正面から阻止するような法律や条例はなかったのか、つまり風営法に基づく条例を作っておけばよかったのではということだが、これも条例を制定するには時間が足りなかったみたい。

Ⅱ 行政立法—第一類型「委任立法」

(1) 行政立法—実定法上の位置づけと概念・用語の整理

行政立法と言う行為形式は、行政過程、さっき見た3段階モデルで言うと法律があって行政行為があって行政強制があるのだが、そこをもう少し分けて考えていくと、法律を補うために行政が補充的に立法する、これが行政立法である。

1) 実定法上の種類・類型

行政立法の中で1番主要なもの、つまり行政立法の中でも上流、上のほうにあるのが政令で、これは内閣がつくる、これは憲法の中にも規定がある。これは別に内閣で原案を作ってとやるのではなく、各省大臣が原案を作って閣議に持って行って最終的に内閣の名前で出されるだけのもの。政令には「〇〇法施行令」という名称が多い。基本的に閣議では内容を審査はしないので、内閣法制局によるチェックがかかる。

2番目のカテゴリーは内閣府令。内閣府の所管する法律について、それを補うものとして出す政令があるが、それだけでは決め切れないと言う時は、内閣府令というものを出す。これは誰の名前で出すか、誰が権限を持っているかということ、内閣合議体としての内閣の主宰者としての内閣総理大臣じゃなくて、内閣府という行政組織の長としての内閣総理大臣で出す。これは数としては少なめ。

その他、各省庁が大臣の名で出す省令や委員会を出す委員会規則、文化庁などの庁が出す訓令などがある。

具体例を見ると【判例176】。銃刀法事件で、省令が法律の側の趣旨に沿った、法律側の趣旨に基づいたものになっているのが争点になった。裁判所は、省令が適法であり無効ではないとしたため、省令が外部効果を持って国民を拘束する効果を持つという結論を出したということにもなる。

それに対して【判例99】は、行政規則。酒税法の話。酒類については特別の規制をとっているから食品の規制の中で例外的に現在でも財務省の系列の組織が規制し、その根拠規範が酒税法。酒類の販売には酒税法上の免許が必要で、その要件の1つが問題となった。酒税法の規定は抽象的で、それを補うために運用基準として行政基準を定める。しかし裁判所は、これは行政内部での決まりなだけであって、国民はこれに拘束されない、行政内部以外に外部効果はないとした。

2) 概念・用語の整理

行政立法には、これを言い換えて行政基準という言い方をすることがある。これは行政立法というのが公法私法二元論の中で考えられた古臭いものなので、現代的な行政過程論的に言い換えたものであるという説明がされる。

行政基準には委任立法と行政規則があり、委任立法には委任命令と執行命令がある。委任命令の方は法律の実態的な内容を主に補充する。それに対して執行命令はより細かな執行手続きについて補充する。委任命令については個別具体的な委任が必要で、執行命令は具体・個別的な法律の根拠は必要ない。いわゆる包括的な委任で足り、それを定めたのが国家行政組織法の12条1項だということらしい。しかし、最近では執行命令であっても法律の根拠が必要なのではないかと言われるようになり、その例として情報公開法16条が挙げられている。また、26条には「この法律の実施のために必要な事項は政令で定める」と執行命令について根拠規定を置いた。

※ただしということで、現在の学説/実務において条例は行政立法として扱われていない。というのは、条例というのは地方レベルで見れば、国でいうところの法律と同じレベルのものだから。

(2) 委任立法の違法性（その1） 委任する側の問題

この章では2つに論点を分ける。つまり、1つ目に委任立法が違法となる場面で、委任する側・法律の側が間違えたパターン。この場合、包括的な委任/白紙委任をしてしまうと違法or違憲になる。法律の法規創造力の原則に違反するし、立法権を行使せずに行政権に委ね過ぎているということで憲法41条違反となることもある。2つ目は法律はしっかりと規定していたけど、行政機関側で間違えてしまった。つまり、政令や省令が根拠法の趣旨とは違ったというパターン。

【判例175】は、公務員が政治的なビラを配ったということで国家公務員法違反で処罰となった際に、この規定は白紙委任であってそもそも憲法違反、さらに政治活動を著しく制限しているから21条違反だし、適正手続違反で31条違反だとも言った判例。結論的にはこれは白紙委任ではないとした。理由は、国家公務員法102条を合憲限定解釈をして、ここで定めるところの政治的行為には、非常に単純な政治的行為で職務遂行の中立性を損なわないような形式的なものは入らないとした。法律及び人事院規則を限定解釈することで、包括委任ではないとしたのがこの判決。

また、最判平27. 12. 24では公務員退職一時金返還請求が問題になった。退職一時金として14万円余りをもらい、約30年後に老齢年金等を受給開始したわけだけど、これは二重取りになってしまうから重複する部分については返還を求める仕組みになっている。しかし、これについては利子をつけて返す必要があつてそれは政令委任で決められていた。それがなんと66万円になっており、これはおかしいではないかということで、この利率を定めた政令を包括委任として訴えた。これについては、法律による指示はなくて政令に委ねきっているという状況があった。

二審ではこれを包括委任だと認めた。言い分としては、民法は利率についても法律で直接定めているのであるから、これを変更するには特別法が必要だけど、それもない。そしたら今回の状況は政令が法律を上回っているということになって、大原則に反して国会の法律制定権を侵害しているからだということ。

しかし、最判はもっぱら包括的委任かどうかを根拠法の趣旨解釈から考え、これを包括委任ではないとしてひっくり返した。二審のように法律の留保から考えるのではなく、一括返還を求めるようにしたこと合理性等々からその仕組み、条文を解釈すると、一時金をもらったXさんが、それを運用してどういう利益を得られたかということと利率を対比して、利率を定めることを指示して委任しているから包括的ではないとしたわけです。

(3) 委任立法の違法性（その2）

委任立法の限界には2つの場合があるとされています。

1つは委任された側が委任の範囲（趣旨）を逸脱したということが挙げられます。この場合にはまず、法律と政省令それぞれの内容を正確に把握する必要があります。

例えば【判例176】は、サーベルを法律の下で登録して持ちたいと考えた原告に対して、登録の対象になるのは日本刀だけということで登録拒否されたということで争った事案です。大きな問題は根拠条文との関係で、登録の方法、より細かな話で細目は省令で定めるという委任の仕方。そもそもどういう刀剣類を登録の対象にするかという書き方の委任になっていない。こういう委任の下で省令でもってそもそも日本刀以外は登録できませんということ

定めてよいのかということが問題になった。多数意見は、一体どういう刀剣類について登録を必要とするかについては専門技術的判断が必要なんだ。それを決めるのは、国会レベルでは決めなくて行政レベルに委ねることができるということ。ですから、事柄の性質がどういう刀剣を持つかということが国民の権利に一面ではかかわるが、他面それを判断するには専門技術的判断に委ねられるのでそういった専門技術的事項について省令に委ねるということは合理性があるとしてこの省令を違法とはしなかった。しかし反対意見もあって、法律で規定すべきことを規則で規定しているのではないかと考え、そうするとこの場合は委任の範囲を逸脱しているという意見もあります。

一方の【判例179】は、在監中の接見の自由ということで、行政立法で制限しすぎなのではないかということ、特に14歳未満についての例外を除く接見の禁止というのはどうなのかということで争い、最高裁は接見の自由に関連する憲法50条に反しているとした。

法律根拠法と行政立法の解釈の適合性の判断においては、そこは緩やかにしましょうというのが【判例179】だし【判例176】の反対意見だったし、教科書の判断。それでもなお【判例176】の判断は違法であるということになっているみたい。

2つ目の場合は、行政手続法38条「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」に明文化されています。パブリックコメントのやつです。

これについて【判例180】。直接民主主義の発動としての直接請求である、地方自治体のリコール請求について。解職の投票をする。この事件で問題になったのは、非常勤の公務員Xがこのリコール制度に関わろうとした。Aに対して解職請求81条1項を使ってやろうとした。委任を受けた政令では公選法を準用して、AについてXを請求代表者から排除した。最高裁の多数意見はそれは間違い、つまり政令の方で排除することは根拠法との関係でできません（勝手に読み替えた結果、趣旨に適合していないからダメ）というのが多数意見。これについては反対意見もあって、権利の性質/投票の公正/政治的中立性から公務員が関わることをできないために、濫用ではないという意見もあり。

第14回は作成者の都合で飛ばします。ごめんなさい。

Ⅲ 行政立法—第二類型「行政規則」

(1) 行政規則・概観

(2) 審査基準(+処分基準)(行手2条8号ロ、ハ、5条, 12条)

(3) 解釈基準

(4) 告示について

告示というのは一応の分類として行政規則に入れているけど、色々な性質がある。出発点として、国行組法14条1項に告示という形式についての規定があります。しかし具体的な規定ではないのでよくわからない。なので、個別根拠法を見ようということになる。

① 委任命令

第一類型は、委任命令。委任立法の系列につながるものとして告示がある。【判例173】の学習指導要領や、【181】の生活保護基準。これについては告知だけでは具体的な権利義務は変更がないので、変更決定の部分を捉えて訴訟を起こすということになります。委任立法の系列の告示として事例でよく出るのは他に、固定資産評価基準というのがあります。

まとめると、政省令と同じタイプのような委任立法として告示が使われている。どうして政省令を使わないのかというと、政令は閣議決定が必要で内閣法制局の審査を通さなきゃいけないので重い。そうすると、より細目的な技術的なことと言えば省令に落とす。省令もそれなりの手続きが必要なので、迅速な対応が必要になるときは、省令ではなく告示を選ぶと。誰が選んだかということ建前では国会。国家行政組織法14-1とは別にそれぞれの法律で、これは告示でと書いてある。つまり、より下位のレベルの委任立法ということになります。また、下位のレベルであるとは言いつつも委任立法であることには変わらないので、既出の委任立法に関するルール、例えば包括的委任はダメですよとか、委任の趣旨に違えてはだめだとか、そういうのは妥当するということになります。

② 行政処分

告示の第二類型として行政処分がある。具体例は【判例174】。建築基準法が定める道路指定について。道路交通法ではなく建築基準法がなぜ道路について指定するのか疑問かもしれません。確かにそれはそれで、道路の上での安全性に関わる規律は警察所管の道路交通法で、道路そのものの安全性は道路法で規律をされる原則はある。ところが、建物を建てる関係で道路に一定の規制をしなければならない場合がある。たとえば建物を建てる時の接道義務とか。ってことで、建築基準法も関わってくる。

この事案では個別ではなくて一括指定としてこの地域のこういうところは道路だと指定をするために告示を使った。Xは自分の所有地がこの告示の道路指定の中に含まれることを知って、道路として指定されるのはおかしいということで出訴したというのがこの事件です。大事なポイントは最高裁がこの告示は個人の権利義務の直接の影響を与える行政処分だと認めたところ。細かい部分は略するけど、行政処分ということになれば、抗告訴訟ができるという意味で重要。他にも事業認定告示・医療費の告示についても行政処分だとする判決が出ています。

③ 行政規則

第3の類型は行政規則で、代表例が環境基準の告示です。法律の根拠はあるけれども、対行政の関係でも具体的拘束力ないと。つまり法律に紐付けされた告示であっても内容から見て対外的な拘束力ないとされています。この意味で「政策上の達成目標ないし指針」と位置づけている。

④事実の表示

最後に、第4の類型として拘束力とか指針などを含んでいない、単純に事実を公示したいときの告示があります。

第7講 行政行為（その1）—総説

I 行政行為の定義と意義

行政行為というのは行政法の中で中心的なもの。行政行為とは、法令に基づいてなされ、直接具体的な法効果を有する行政の権力的行為のこと。教科書では事実行為と対比して精神行為と言っていますね。

・他の行為との弁別

まず、法律に基づいていることが大事です。行政行為には法律の根拠があります。この点で行政指導なんかとは違う。さらにこれにプラスして直接具体的な法効果が必要になります。この意味で委任立法とは違う。さらにさらに、法効果があつてかつ権力的であるということが必要です。この意味で、私人間でも結べるような契約とは違うものです。あと大事なことは、法令によりすでに請求権が生じているために、行政行為の介在なく直接法効果が発生することもあるということです。

・法効果とは

じゃあ、法効果とはなんでしょうか？1つ目は権利変動というもの挙げられます。例えば、建物除却命令などです。行政がこの命令をだすと行政行為によって具体的な建物を対象に除却義務が生じているということになる。そこで権利義務が動いていると考える。もし、従わなかった時にどうなるかというフェーズとは切り離して考える。命令によって権利義務が生じていて、なにがしか変動が起きているということになります。行政処分の判例の定義にいう「権利義務を形成し、範囲確定」の部分。

2つ目は、権利変動は生じないけど行為の内容が私人を拘束するという場合です。例えば、給付拒否処分。社会保障などの分野で行政の具体的な行為を介在させた上で、あなたにはこういうサービスをしますと。でもあなたには資格要件がないのでしめませんと。後者は給付拒否処分です。それを考えると私人に変動は生じてないと。変動は新たに生じていないという考えがあります。

また、実務的に大事なのが事実の確定と確認です。事実を確認するだけなので、私人を直ちに拘束はしないのですが、これもれっきとした行政行為です。

・権力的とは（ここめっちゃ大事）

今度は権力的とは何か、ということです。さっきの法効果については①一方性・②取消手続（争訟/訴訟）の排他性ということが挙げられ、②があれば法効果とされます。しかし、権力性には一体的にこれらが含まれるということになります。一方では、合意によらず法効果が生ずる「規律力」があるし、他方で私人の側で行為の効力を否定するには、特別なルートを利用することが、原則として強制される「公定力」があります。「公定力」というのは適法に取り消されない限り完全にその効力を有することを言います。

・行政行為の意義

意義のひとつには、行政行為によって規定される規律の内容や法関係が明確化すること。規律の内容と国民との間の法関係が明確化してしかも出訴期間が法定されているので早期に安定する。もう一つのポイントとしては、行政目的の早期実現。

Ⅱ 行政行為における法の拘束と要考慮事項—具体例で考える

まず【判例125】。Xは産廃業者。産廃設置の許可申請をしたが、行政は色々問題あると考えて不許可処分。この処分が適法かという、Xは根拠法としての当時の廃掃法の許可要件は満たしていた。しかし行政の判断で、法定要件だけだと行政の考える妥当性がないとして不許可。しかし高裁は、法定要件を満たしているなら許可しないとダメと言ったわけです。憲法29条は財産権は法律でしか制限できないとしています。根拠法は財産権を制限するのだから、許可不許可については行政を厳格に拘束しているはず、裁量権ないはずとしている。許可要件満たしているのに行政ではねのける裁量権はないと。要件を満たしていれば許可をする以外はないのだと。じゃあ行政は他に何ができるだろうか？

1つは、周辺住民の人格権を制限する場合には、操業差止め請求を住民が請求することが可能だとしています（民法第二部でもやりましたよね）。また、自治体も危険だからといって差止め請求をすることができるのではないかとしています。もう1つは、緊急避難の法理を使うこと。許可したら大変なことになるので、緊急避難の法理を使って不許可にすると。しかしこれは厳しいとのこと。あとは、行政指導不服従を理由とする不許可にすること。しかし、これも現在の判例・学説からは認めがたい。全体的に厳しいということですね。しかし、今だと不当放棄の問題もあるので、一定程度の不許可はできるとのこと。

それから【判例126】。こちらは一般廃棄物が問題になった。産業廃棄物の処理とはまた違うために問題となりました。この事案においてはY、つまり市の側ですでに一つの業者に許可していた。委託ではなく許可。一般廃棄物の一般的な処理を行っていた。それに対して、

事実のところにあるように新しい事業者Xがこちらにも参入させろ、と許可を申請した。これを市が拒否したがこの拒否処分が適法かどうか。

判旨の最初の方を見ると、一般廃棄物についてはそもそも市町村が処理すべきだと書いてあって、そのもとで計画を立てて処理していく。ただ、例外として市自身が他の市に委託するとか許可を出していいという場合を法律が規定している。Aが収集を適切にしているという場合でも、市自らがやるのが困難だというときは他の事業者の参入の許可を求めることはできる。もしこれが【判例125】の要件のように、許可の申請が出た時には法定要件について判断して、満たしているのなら許可を出せというタイプ（さっき【判例126】みたいな）であれば、市は自分で行っているわけでもないし、自分が委託してるわけでもないのだから、新しく許可すべきっていうことになるかと思います。しかし、一般廃棄物について、市が委託しているわけではないけど、すでに許可している業者を組み込んで一般収集が回っているんだということになると、新しい事業者について、いやもう既存の計画でも十分である、ということ合理的だと考えれば、「新しい業者に許可することはむしろ計画に適合しないという判断を行政がすることができる」とされている。

結局何が言いたいのかというと、【判例126】の場合は行政を介在させずに勝手に処理させると、社会にとってマイナスが生じるのでまずは禁止する。その上で、法定要件があれば害は生じないのだから産廃の運搬収集をやっていいよと許可をする。産廃についての営業あるいは営業上の自由というのを回復させるのが許可。それに対して、一般的廃棄物の処理っていうのは誰にでも事業や営業としてできるものじゃなくて市町村が原則として行う。それに加えて事業者を補完的にいれるのか。そういうことについての行政の判断、裁量を認めているということが【判例125】の考え方。

これについては命令的行為と形成的行為という二分論を展開して説明する伝統的な学説もある。命令的行為は許可を出して自由な営業の回復をすることを対象とする行為。これが【判例126】。一方で、形成的行為とは人の自然の自由とか営業の自由に関わるものではないもの（公企業の特許など）を対象とする行為で、これが【判例125】で使われたという二分論を展開するという学説もあるが、これについては批判もある。

・参入制限の根拠

【判例125】は参入制限をやっていることになって事実上既存業者が保護されるが、もちろんそれが目的ではない。それが憲法でもおなじみの公衆浴場法事件や小売市場事件などでなされる議論。公衆浴場にせよ小売市場にせよ既存業者保護というのがあり、一般廃棄物処理についても市町村の責務があつて市町村が処理するという大原則との関係で、やはり許可についての法の拘束が緩やかだと解しています。

Ⅲ 行政行為の判定指標

判定指標とは、どういう要素があれば行政行為だと認められるかということ。

A) 法律の根拠

まず問題になるのは法律の根拠。行政行為に何らかの法律の手掛かりなり根拠があるはずだと。

①給付行政分野における行政行為の介在

規制行政には必ず法律の根拠があるけれども、給付行政とか準備行政は必ずしもそうではない。給付やサービスの提供という部分については根拠規範がなくともできるというのが伝統的な実務、学説の立場なので、給付ができるという前提に立ったうえでその手続きとか決定のあり方などを規律するために作られている。

【判例128】は国の地方への補助金交付について。摂津市が保育所設置に際して、国に補助金を申請した。しかし、厚生省が所管している補助金は一部しか認められなかった。そこで、摂津市は不服で争った事件。もともと補助金適正化法の申請をしなくても法律上請求権のある、金銭があるはずだと言って直接交付を求めるという訴訟を起こした。要は、申請しなくても金くれよということ。この件について、手続きを定めているのが補助金適正化法である。そしてこの補助金適正化法の趣旨とかを解釈すると、交付申請がなされて交付決定がなされて初めて具体的請求権が出るんだという制度だという解釈（だから、摂津市の請求は認められなかった）。

【判例129】は、年金受給の問題。X1は年金を受給する権利を持っていたのだが、具体的な給付は停止された。これはおかしいということで訴えた。しかし、訴訟中にX1がなくなってしまったので、X2が訴訟を承継したとして訴訟の継続を求めた。しかし、裁判所は1審、2審はX1は死んだのだから訴訟は終了と判断し最高裁に上がったもの。ここで、考えないとならないのは、X1の持っていた権利をX2が継承するには新たに行政行為を求めなければならないのか、それとも行政行為の介在なしにX2はそれを求めることができるのかということ。

X1は受給権者だったが一時停止されていただけですから、支給しなかった分がある。行政の方では受給規定によって支払うべきものはないと考えるが、X1が争っていたわけですから、X1, X2 の立場からするとまだ支給すべき年金給付（支分権）があるという主張です。自己の名前で支給を請求することができるとすると、19条1項の規定に基づいて訴訟を承継して裁判で実現できるはずだった。原告側はそう考えた。ところが、最高裁は認めなかった。画一公平な処理、給付の法的画一性ということで基本権の方が裁定にかからしめれるのだから、支分権についてもそうだという解釈。抽象的な請求権の根拠条文そのものではないものを手掛かりに行政行為が必要だったとした。

まとめると、給付やサービスの提供という部分については根拠規範がなくともできるというのが伝統的な実務、学説の立場。これを前提に色々判例を見てみてください。

②調達/準備/私経済行政

調達/準備/私経済行政などいろいろ呼び方はある。そこに分類されるような行政活動で行政法規を使っているのかいないのか。

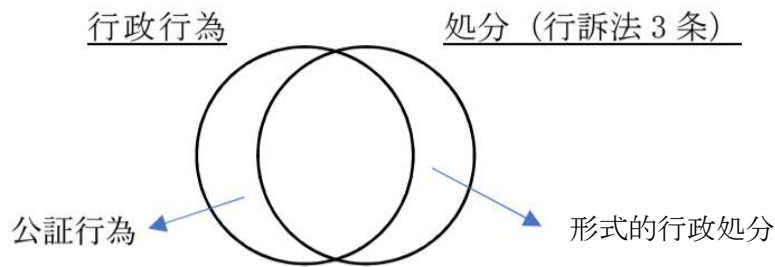
【判例133】は、普通財産の売却。例えば、物納された財産で、それがどうも公共目的では使われていない。そうすると、それを持ってもあまり意味がないので売ってくれという人が出てきたら売ってお金を得る。これをある者に売ったのだが、ある第三者には不服でその売り払いを行政行為だとして出訴した事件。しかし、その昭和 35 年の判決では行政処分ではないとした。準備行政で私人と同じような行為を行うと法令が制定している場合で、多少の行政行為らしい文言が使われていてもそれは行政行為とは解釈しないと判例は考える。

【判例134】は、紋別市が老人施設を市営で運営していた。だが、色々な事情があつて市直営より民間に委ねた方がよいとなった。民間に移管をする。施設自体を譲渡するという方式にして、譲渡の相手方について公募した。しかし、法人Bしか応募しなかった。しかも、市の側はBが適任ではないと考え、譲受人をBにしなかった。そうすると、Bはせっかく手を挙げたのにふざけるな、ということで争ったというもの。結論としては、どういう契約を自治体が結ぶことができるかについて、自治法は規定しているが、その先の公募についてどうしろということに規定がなく、なおかつ指定管理者の条文の適用がない。そうすると、それはそもそも法令に基づくものではない。行政行為の定義でいうとその部分で行政行為の介入を否定した。この事件については、行政処分について争うのではなく、民法での契約の締結を求める訴訟を起こすのもありだったのではないかとされている。

B) 行政行為と、行訴法3条の「行政庁の処分」のズレ

行政行為かどうかを判断することをやっていきます。なぜこれが必要かというと、行政行為だということになれば特別な訴訟形式で事件を争えるからです。また、訴訟に行く前に行政行為だということになると、行政手続法の処分に関する手続が（ほぼ）適用になるために、行政はちゃんと手続きを踏まないといけなくなる。ある行為が契約ではない、あるいは行政立法ではないということになると処分にに関する手続きを行政法で踏まなければならないのですね。申請に対する処分拒否処分をするのであれば、理由付けをしなければならないのに、行政機関が間違つて「これは行政行為じゃない」と考えて手続きを踏まなければ場合、違法になります。

そして前者、特別な訴訟の対象となるというのは行訴法3条の行政庁の処分ということで。ところが行政行為=行訴法3条であればよいのですが、両者に微妙なズレがあります（下の図参照）。単純な比喻でいえば、皆既日食になる前の太陽と月みたいにほぼ重なっている。重なっている部分の行政行為であれば行訴法3条の処分ということになるけれども、皆既日食のようにみ出した部分があるということです。



まず、行政行為なのだが行政処分と重なっていない、つまり行訴法3条の処分の取消訴訟の対象にならないものが公証行為です。ある事柄を、事実や法律関係を公に証明する行為のことです。この公証行為というのは判例によると、公証行為の効果である公の証拠力は行訴法の処分性を基礎づけないということになっています。

昭和36年、海難審判の判例については、海難事故が起こった時に2漕の船がぶつかったときにどちらに過失・違法行為があるのかについて、いきなり裁判に行く前に行政が海難審判の形でかかわるのですが、それは現在も維持されています。海難審判は行訴法3条の処分なのか、海難審判に何か不服があったら取消訴訟という形で争えるのかということですがこの昭和36年の最判では、それは争えませんという判断をしています。つまり、私人の権利義務に直接関係しない裁決だから処分性否定したということになります。

今度は反対側、つまり行訴法3条の処分の取消訴訟の対象になるけど、行政行為ではないものについて。形式的行政処分論というもので承認されたもので、行政行為の中身、実質がないのに救済の観点から処分性を認めます、というもの。昭和40、50年代に、実質的行政処分と形式的行政処分に分けることが行われましたが、判例はそれを取り入れてきませんでした。しかし、それを取り入れた判決が平成17年に出了ました。それが【判例127R3】事件。

Xは病院を多数営業する医療法人で、今回の事件だと鹿児島県で病院開設の許可を申請しました。病院開設の許可は古典的分類でいうところの一般的禁止の解除、自然的自由の回復なのかというとそうではなく、病院は特別な資格、特別な財力があって初めて許可が与えられるものとされています。ただ医療法の許可だけで社会的一般的な病院の経営が成り立つかというと、日本の場合ほぼ保険診療になっているので保険医療機関の指定を別途受けないと病院としては運営していけないということになっています。

また、医療法の許可というのは自然的自由の回復ではないので、参入制限が課されている、つまり需給矯正規定があります。医療法を見ますと各都道府県区域を分けて、各区域ごとにこのくらいの量、例えばある一定の病床数が必要であると定められています。もちろん病床数がオーバーしていても許可は出せますし、ただちに不許可処分にするのではなく勧告（これは行政指導）にとどまることとされています。そこでこの事件は、この勧告に従わなかったからといって、保険医療機関としての指定を拒否する事由になるのかどうか争われたのが【判例127】。

【判例127R3】では、そうではなくて、指定拒否処分の取消訴訟で争うとなると経済的な病院経営の視点から遅いということで、医療法上の勧告が出た段階でその勧告の取消を求める訴訟です。「あなたのところは病床数がオーバーするのでやめてください」という勧告が不服で、それを争うということです。ところが従来の下級審の判決は、勧告というのは行政指導であり、用語としての勧告であり、勧告に従わなかったとしても許可が出ないわけではないから行政行為にはならないので処分性は認められないという判断をしてきました。しかし、最高裁は勧告に処分性を認めました。理由としては、この勧告というのが出された段階で、ほぼ保険医療機関としての指定を受けられなくなることを意味するので、實際上病院開設を断念せざるを得なくなるという点で、行訴法3条の処分だとしています。

行訴法改正の後には取消訴訟以外の訴訟形式、特に行政行為を対象としたのではない種々の訴訟をむしろ充実させましょうという方向になっていますが、逆に、この判決のように行政行為でないものに3条のルートに乗せるとむしろ多くの悪影響、ハレーションも出てくるのでここまで無理に広げる必要はないのではない、処分性を広げるべきでないという考えが現在一般的とのこと。しかし、ハレーションはやむなしという藤田補足意見もあるし、ハレーションについてある程度考えて行く必要が今後ありそうです。

IV 行政行為の種類—何に着目し、何を意図した分類なのか

行政行為の種類において考えないといけないのは、学説であれ判例であれ何のために分類をしているかということ。つまり、何に着目しその分類をすることによってどういう違いが生じるのか。行政行為の効果あるいは訴訟形態を考えなければならない。

まずは、対人処分と対物処分というのがある。対人処分として【判例42】の朝日訴訟。生活保護の変更の決定というのは対人処分である。つまり特定の人が名宛人であるものを対人処分という。また、【判例136】の公衆浴場法の許可の事件。この事件では、物的要素そのものを規制の対象とするよりも、むしろ営業行為に着目した人的規制だと、対人処分だと見ている。そうすると、質屋業や旅館業の許可についても、対人処分だから相続や訴訟の承継は人が変わったら難しいということになる。

対物処分は、【判例174】の二項道路事件。対物処分は少し一般化して言うと、名宛人がない。ここの幅何メートル以下の道路は建築基準法のもとで指定するという行政行為に直接の名宛人はいない。名宛人がないか、名宛人があっても不特定多数という場合が対物処分。ドイツでは対物処分を「一般処分」とも言い、日本もそれを真似ている。

第二の分類は、授益処分か侵害処分かということ。プラスを提供する、さっき言った補助金を交付するとかというものが授益処分で、不許可処分や許可の撤回が不利益処分だ。ここで何が違ってくかということ、事前の手続きが違う。つまり、マイナスの方向の影響を及ぼすなら丁寧な手続きが必要だということで、不利益処分については一定の重たい聴聞をやらな

ければならないし、理由の提示も必要。一方で、受益処分の場合には申請通りの満額回答が来たら、その処分の名宛人には不満はないので、丁寧な手続きは必要ない。したがって、申請を認諾するという処分に理由は必要ない。

また、二重効果的行政行為といって、名宛人には受益処分なのに、第三者にとっては侵害処分だというものもある。例を一つ挙げると、【判例139】。原発訴訟で、原発の設置許可処分は名宛人である電力会社にとっては受益処分だが、危険な原発に許可が出ると、周辺住民にとっては侵害処分・不利益処分になる。特に反対利害関係でなくても関係利害関係をもったものが介在する行政訴訟については、手続法の方でも聴聞会をできるだけ開きなさいという規定がある。それから、このタイプの行政行為について問題になるのは、名宛人以外の第三者が出訴できるか、できるとしてどの範囲までか。これは原発の設置許可処分が出れば、電力会社は争わないが原発設置不許可処分がでれば不利益処分だから電力会社は争う。許可処分に対して現在の判例は、周辺住民の健康・身体に着目して、一定の範囲で訴訟に寛容的である。

伝統的学説による分類は、民法の法律行為・準法律行為を真似て、法律的行政行為と準法律的行政行為とに分けて考えてきた。行政行為についても許可とか特許のような法律行為的行政行為は行政の意思表示と効果が一致しているが、確認や受理についてはそうではなく、準法律行為に近い形のものだとした。ところが、ここには段々批判（別に民法と同じにする必要なくね？ってこと）が強くなり、現在では命令行為、形成行為、確定行為の3つに分類しています。

ただし、法益だけに着目して分類しても不十分、つまり「この行為は公企業の特許だからこうだ」といった数学のような帰結が導かれるわけではないことに注意が必要です。同じ許可という言葉で命令行為に分類されることでも、それがその許可の根拠法でどのような位置づけになっているかで行為の裁量の大小に違いが出てくるので、「法的仕組み」を見なければならぬということになります。こういう「法的仕組み」に重点を置く人もいるとのこと。

第8講 行政行為（その2）—行政裁量

I 裁量の一般論

裁量については非常に判例・学説ともに厚みのある議論がある。ここでの裁量とは、上位のルールのもとで（枠内で）、自由に活動できる範囲・余地と定義されています。もちろんここでは行政裁量について見ていきますが、より俯瞰的に見れば立法裁量（上位ルールは憲法）や司法裁量（上位ルールは憲法？）についても扱う必要があるかもしれないとのこと。

行政裁量というと、もちろん行政行為の中の委任立法における裁量も考えられますね。これは既出ですが、上位ルールは法律で、法律のルールの中で行われれば裁量があるということになります。

また、行政契約や行政計画においてもやはり裁量は問題になります。行政計画であれ行政契約であれ、現代においては法律・条例に基づいてなされるもので、その根拠法・条例が計画や契約にどういう自由にできる枠を与えているのかということが問題となります。しかし、これからお話ししますが、法律の縛りというのはそこまで厳しくはない。つまり、法律の規律密度が一般的には低いので、比較的自由度は高いということが言えます。

・行政行為(処分)における裁量を権力分立との関係でとらえると

さらに、行政行為（処分）における裁量を、権力分立との関係でとらえるとどのように位置付けできるのかという問題があります。

① 立法と行政の権限配分

国会は国権の最高機関であり、法律による行政の原理が働くのだから行政はできるだけ縛るべきではないかという考え方があります。しかし、行政は行政で固有の存在理由があるので、立法の側で行政にある程度自由な活動の余地を与えるということもあります。立法と行政の関係でとらえると法律がどのような裁量を行政に与えているのか、立法判断・立法政策というものが行政行為における裁量と関わってくるということですね。

例えば、情報公開法については、条文の書き方、行政機関にどの程度裁量を認めるのか、認めないのか、立法と行政の権限配分に行政裁量がかかわっているということになり、立法府の方がそれを判断するということになります。ところが、実定行政法の中にはそこまではっきりしておらず、裁量をどの程度認めているのかよくわからない条文もありますから、裁判所なり学説の側でそれを解釈して裁量のあるなし、広狭を考えるということになります。

② 行政と司法の権限配分

次に、行政と司法の権限配分ではどのように出てくるかということですが、裁量がない場合裁判所の審査の密度が高い。ある法律に違反したかどうかは、その法律に即して判断して行政の方はそれに違反したかということで厳密に拘束をされます。ところが裁量があるということになると、裁判所はそれをある程度尊重して、裁量の範囲内であればある行政行為は適法であるということになります。これは憲法の授業でもおなじみのやつですね。

ここまでは裁量権を積極的に行使した場面（直接打撃型）を考えてきましたが、裁量権を行使しなかった、または行使が不十分であった時の裁判所の審査が同じなのかどうかという論点がでてきます。

裁量権の不十分な行使について具体例として薬害エイズ事件があります。薬事法でいう不良医薬品の許可を行政が出しました。薬事法上の承認です。しかし、エイズウイルスに汚染されている血液製剤だと分かった時点で承認を取り消さなければなりません。承認の取消しについて、当時の薬事法が裁量を認めていたとすると、その裁量権の不行使がどのような段階で問題になるのか、国家賠償法では大きな問題になります。

Ⅱ 行政行為における裁量の一般論

① 裁量の類型

裁量の類型、これも行政行為の二分論と同じで、ある程度伝統的な学説や古い判例が定立した類型が現在でも維持されています。それは、要件裁量と効果裁量という区別で、戦前の美濃部説などの優秀な学説が今も参考されている。これは教科書を読めとのことでしたが、テキストの特徴、判例の展開の特徴について二つ指摘をしておくということです。

①要件裁量が判例において承認されるようになったこと

要件裁量は効果裁量と対比して考えられます。効果裁量はある行政行為を行政がするかどうかについての裁量ということになります。例えば許可をするかということについて、許可するしないについての行政行為の法律効果についての行政の判断様式、オプションということになります。

一方で、要件裁量は法定要件を充足しているかどうかという要件のあてはめに関する裁量です。古典的な学説は要件裁量を認めない（特に美濃部説）ということだったのですが、判例はそうではない方向に進んできました。その例が【判例138】です。

この事件は、すでにX1・X2という事業者がある地域で温泉を営んでいました。既存の許可業者ということになります。ところが、Aが新規参入しようとして新たに許可を申請した。それに対して、X1・X2が新しく温泉掘っちゃうと自分たちの温泉に悪影響を及ぼす、あるいは社会実質的にいえば経営の悪化を懸念して、Aに対して出された許可の取り消しを求めて裁判を起こしたという事件です。

結論から言うと、許可に関しては行政の裁量があるので、公益を害するとか色々あってもこれが必ずしも許可を出さなくてもいい理由にもならないし、逆に害が何もないからといって必ず許可を出すこともないのだと判示しました。つまり、要件のあてはめについての判断は「専門技術的な判断を基礎とする・・・裁量」があるという判断をしています。本件に当てはめると、Y行政がAに新規の許可を与えたという判断は裁量権の範囲内にあると要件裁量を認めたということですね。

次に【判例7】のマクリーン事件。マクリーンという人が日本に滞在中に政治活動及び無届転職を行ったということで、在留許可の更新が拒否されたことが適法か、合憲か、という事件です。在留期間を限定して良いのか、入国の自由を認めないということが憲法上良いのか問題になった著名事件です。

これについても、「法務大臣が『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときにかぎり』これを許可する」としており、行政の判断余地があるのだとしました。「在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは」、更新事由の判断を法務大臣に任せて広範にしているからだということになります。ここでは政策的・政治的な裁量があるとして、法務大臣の裁量が広い、つまり要件裁量を認めたということですね。

② 時の裁量について

要件裁量・効果裁量とは別の裁量類型として、時の裁量というものがあるとされています（教科書がそうしています）。導入のきっかけは【判例137】です。

建築を巡る周辺住民との紛争がある中で、工事に必要な資材を搬入するためには道路法の下位規定である車両制限令に定める制限を超える幅の車両を通す必要があった。そこで、特殊車両通行認定をその車両が受ける必要があったのだけど、行政はもしこの段階で認定をしてしまうと、ますます近隣住民と建築主の紛争が激化するというので、一定期間、認定という行政行為を留保した。原告は、認定を留保したのが違法で国賠求めたという事件。

一審は行政の緊急避難的な保護、活動ということで違法性阻却したのに対して、最判は緊急避難とは別の理屈づけで認定留保を適法であるとししました。車両制限令の基本的な規定を見ると認定は「許可とは法的性格を異にし、基本的には裁量の余地のない確認的行為」と言っています。しかし、より具体的認定の位置づけをみますと、「合理的な行政裁量行使することが全く許容されないものと解するのは相当ではない。」ということで、ある程度裁量を働かせてよいといっています。この裁量について、要件でも効果でもないということで、分類上「時の裁量」となっています。

③ 一般論に関する若干の留意点

ある行為が自由裁量行為か否かといった、一刀両断的な判断を現在の判例・学説はしていません。許可なら許可、認定なら認定のどの部分という風に、ある行為のどの部分にどのような裁量が認められるかを、より分析的に考えることが必要となっています。

裁量のある場合の審査基準については、行訴法30条にあります。これは裁量処分というタイトルで、行政庁の裁量処分は逸脱濫用の場合に取り消すということです。

第18回は作成者の都合でカットします。

③行政裁量の司法審査

- ・基本判例【138～141】 【143】とその読解方法

[基本課題] A) どのような行為の B) どの部分にどのような裁量を（事実認定・要件への当てはめ・効果、etc） C) どのような理由で認め、D) 当該裁量権の行使が違法になるのはどのような要件を満たした場合かを整理する。

まず行政行為において裁量を認めているのか、どういう種類の裁量を認めているのか。法律が認めている場合もあるが、それだけではわからないという場合があれば、関連条文や判例を見ながら考える。その上で、裁量が認められる実質的な根拠は何なのか。科学技術的な判断なのか、政策的な判断なのか（後者の方が裁量が認められやすい）。

基本的人権を考慮した裁量統制として知られるのは 【判例141】のエホバの証人事件。これは憲法でも出てきたけど、裁量統制の根拠として基本的人権を大きいものとして判断した。

- ・裁量違法の類型とその進（深）化については、教科書p147～

- ・最近の判例動向

最近の判例は、判断要素の重み付けが間違っているような場合を裁量権違法だとしているみたい。

判断過程・要考慮事項の考慮のあり方を統制

行政側の判断要素の選択や判断過程が合理的かどうか審査＋行政の個別事案における配慮義務を重視する傾向もある。

【144】 公立学校目的外使用不許可

【132】 公共海岸の占用不許可

【14】 林試の森事件(第1講参照)

【185】 小田急高架化訴訟

小田急高架化訴訟については、裁量の行使があるということは認めた上で、その判断過程に関する審査もすると述べているが、最終的には社会通念に照らして著しく妥当性を欠くかというように社会通念審査に落とし込んでいる。この社会観念審査は裁判所が独自の基準を立てている。つまり、行政が根拠にした、あるいは依拠した根拠法や根拠条文に定められている言葉、そこから抽出されてくる行為規範といった基準とは別に、裁判所が独自に審査基準を付け加えているという傾向があったと言える。

もう一つの特色は、判例において審査密度がそこまで高くはない。事実誤認であれば、重大な事実誤認でないと認めない。比例原則違反についても、少しでも比例性から外れたからといって比例原則違反とはしない。従来型の社会観念審査との対比で捉えるとすると、何か根拠法や根拠条文以外の基準を外から持ってくるのではなく、行為規範についての判断が適法かを見ている。結果的に審査密度が上昇していることは間違いない。従来型の社会観念審査では中程度の審査だった。それに比べると判断過程審査はすごく密に見ている。

ただ、法定事項や法定要件、そこでの判断要素について、行政のしたことが間違っている、判断要素の意味づけが間違っているということを審査していくと、そもそも裁判所の裁量統制ではしないとしていた判断代置にだんだん接近してくるのではないかという問題が出てくる。判断代置までしてしまうと、裁量権の全否定になると言えます。

イメージでいうと、料理のレシピがあり、そこには「砂糖適量を入れてください」と書いてあるとする。行政が砂糖を5g入れたとして、裁判所がもしこのレシピを見て自分が料理するのであれば10g入れるとする。判断代置というのは、裁判所が行政が5gしか入れていないのはけしからんと違法にしようというもの。だが、それは行わない。一方、判断過程審査は、行政が5g入れたことについて、レシピの「砂糖適量を入れなさい」という記述や具材との組み合わせなどを考えて、砂糖が多すぎるか少なすぎるかということを見ている。行政が5gではなく2gしか入れなかった、あるいは全然入れなかったとなると、これは判断過程審査においても咎められる。砂糖を入れるところを間違えて塩を入れてしまったということになると、判断過程審査で違法になるとともに、社会観念審査でも明らかに違っているとされる。

第9講 行政行為（その3）—行政行為の効力

教科書などに出てくる〇〇力という言葉は、行政行為自体ではなく、それ自体に付属する制度（行政強制・行政訴訟制度等）との結合によって認められる特殊な効果が備わるといったようなことだと考えておこう。公定力はその代表例。

I 規律力

特殊な効果その1として規律力がある。規律力とは、行政行為の定義のところで出てきた行政行為の権力性というもの。行政行為の権力性は、内容的には2つに分けられるという話が

あったと思う。1つに一方性で、合意によらず法効果が生じる。もう1つは取消手続きの排他性、取消訴訟の排他的管轄。前者の一方性というのが規律力にあたる。合意によらずに権利義務を発生させる、あるいは権利義務の前提となる事実なら、法律関係なり事実関係が確定される。これが規律力。

ただ、この規律力というのは公定力ほど根拠がはっきりしない。合意なしで権利義務が変動するのに法律条文上の根拠というのがないということです。だから、罰則規定がなくても規律力があり、権利義務がその時点で発生したり動いたりしているのだという考え方を取ります。

また行政行為の拘束力について。古いタイプの教科書では大々的に扱っており、現在の教科書でも拘束力に関する説明は残っている。だが、これはあまり実践的な意味はないとのこと。現在の判例を読み解く上で、行政行為の拘束力から考えると、これはおかしいからあまり使えないということです。

Ⅱ 公定力とその限界

公定力とは、さっきの行政行為の権力性のところで挙げた2つの内容の后者にあたる、つまり、行政行為の効果を否定する取消手続きの排他性が公定力です。例えば、営業認可や都市計画事業認可が出た場合、否定するには取消手続きという特別なものを使わなければならない。特に取消手続きで中心になるのは取消訴訟。これは既出。

ここでは、公定力の限界、つまりいかなる場合・紛争にも排他性は及ぶのかということについて考えていく。

(1) 無効な行政行為に及ばない

まず、無効な行政行為には排他性は及ばないとされている。ただ基本として、行政行為が違法だというときに、無効な瑕疵と取消可能な瑕疵には違いがあるということは押さえるべき。判例・学説も違法の程度によってこれらを区別してきた。民法にも無効・取り消しという話は出てくるけど、行政法における無効・取り消しというのはそれとは全く別の固有の考え方で成り立っていることに注意。

行政法ではどう区別しているかというと、単に違法があるのではなくもっと重大な重い傷があるというのが無効。そうではなく、単純違法があるに留まるというのが取り消しうる瑕疵。伝統的な判例学説は、無効であるという時には瑕疵の重大性はもちろんのこと、瑕疵の明白性も要求しています。

公定力の限界の話に戻ると、無効な瑕疵がある行政行為については、取消訴訟を利用しなくてもその効果を否定できる。さらに6ヶ月以内に出訴しなくても良い。

(2) 行政行為（自体）の法効果との関係

行政行為（自体）の法効果というのは、例えば営業認可によって、都市計画事業が進むという効果そのものを否定するのであれば取消訴訟を使わなければならないが、許可の法効果と必ずしも関係がない違法性や要点であれば、取消訴訟にする必要がないのではないかという話です。このようなそれぞれの行政行為の内容との関係で、取消訴訟を使わなければならないのかどうかという問題について考えていきます。

A 国家賠償

わかりやすい例を。Aさんが公衆浴場の営業許可処分を申請した。ところが行政の側では、Aさんの申請に対し間違えて営業不許可処分を出した。公衆浴場の営業がしたい場合、不許可処分の効果を叩きに行かなければならないから、不許可処分の取消訴訟を起こすことになる。でも、無効の話のように、余程ひどい間違いをしたのであれば、取消訴訟でなくても争える。ではもし、公衆浴場を作ろうとして投資もしたし、違法に不許可になったために損害を被ったのだから、営業不許可処分を理由とする国家賠償請求を起こすとしたらどうなるか。これは取消訴訟を起こさなくてもできるのかという問題です。

行政行為の違法を理由とする国家賠償と取消訴訟の関係はどうかというと、原則的に国家賠償訴訟は独立に起こすことができると判例で確定しています。国家賠償請求を起こすにあたり、あらかじめ違法な行政行為の取消を取消訴訟で求める必要はなく、ダイレクトに国家賠償請求を起こせる。つまり国家賠償請求には公定力が及ばないということです。

ただし、取消訴訟と国家賠償の内容が実質的には同じになる場合、国家賠償は排除すべきではないかと学説は言っています。ただ、【判例238】では、国家賠償請求権の制限には、より明確な根拠が必要だとして国家賠償請求を認めた判例もあります。ここらへんの統合には学説も手こずっているみたいで、このくらいにしておきます。

B 法効果の対象と範囲による限定

国家賠償以外の行政行為との関係も、何でも取消訴訟で行かなければならないわけではない。しかし、行政行為そのものによってどのような効果が生じているのかによって、取消訴訟を使わなければならないのかどうか判断されている場合もある。ここからは、具体例で公定力の限定についてみていく。

まず【判例168】。これは古い地裁判決で、社会保障、特に公務員に対する恩給という古い社会保障について、この行政の判断の誤りに対しても取消訴訟で行かなければならないのかという事件。恩給という社会保障給付を受けるにはまず裁定を申請しなければならない。ここで問題になったのは、裁判所の事実認定によれば、恩給をもらえる人ではない人に恩給を出すという裁定が出たこと。そうすると、本来もらえたはずの人がその裁定を取消訴訟で叩

きに行かなければならないのかということ、この場合には裁定に公定力を認めることは不当であって、その必要はないと述べた判決。

次は【判例168R】の特許権についての判例。前提を確認しておく、特許というのはまず行政の特許査定があって、それでその人が発明したものなのか、それが本当に価値あるものなのかということを判定し特許権付与する。もしその法効果を否定したいという利害関係人が現れた場合には、原則は特許無効審判というものを提起し、もしそこで主張が認められなければ審決取消訴訟という特別な行政訴訟を利用する制度になっている。

特許査定や特許審判それぞれに公定力があるのだから、それを否定するためには特別な訴訟を使わなければならないとなる。ところが、この最判は冒認出願（自分が発明していないものを勝手に特許申請すること）につきそれを利用しなくてもよいと審決取消訴訟の排他性を一定限度否定することにした。

ただこの事例では、共同出願とより複雑になっている。そうすると、真の発明者はどうやってそれを攻撃して救済を求めるか。先ほど説明した公定力という言葉からすると、審決取消訴訟を起こさないといけなくなる。ところがこの最判は、それを使わなくてよいということ認めた。行政は介入はしているけれども、結局どちらに特許権があるのかという私人間の争いであって、別にわざわざ審決取消訴訟である必要はないのではということであるみたい。

これについては【判例135】も、専門技術的判断を巡る取消訴訟について行政訴訟でない形の訴訟を認めた。これをもって知的財産法の法改正も行われたみたいです。

最後は登録免許税の過誤納付について。税金を多く納め過ぎたので、税務署長に通知してもらおうとしたら、それはできないと言われた。つまり、通知拒絶をされた。そうすると、その通知拒絶について取消訴訟を起こす。もしも拒絶通知が行政処分であって、その内容が法効果を生む行政行為であるのなら、公定力の原則の考え方をすると、拒絶通知を叩きにいかなければならないはず。ところが、結論から言うと、拒否通知処分の公定力は還付請求権には及ばないので、行政処分だとして取消訴訟もできるし、処分性を認めないで直接還付請求訴訟のルートを取ることもできるということです。

(C 後発事情と原行政行為の効果)

応用的な問題ということで省略。

(3) 刑事訴訟における行政行為の取扱

被告人の側で、刑事訴訟によって自分が訴追されている前提になった行政行為が違法なんだから私は無罪ですと、こういう主張ができるかどうかという問題。ここも基本に立ち返り、

行政行為が無効の場合、行政行為に重大・明白な瑕疵がある場合、民事であれ刑事であれそれが違法だと主張できます。これが大前提。無効じゃない・取消瑕疵があるけども取り消されてはいない、そういう場合に刑事訴訟でどう扱うかという論点についての基本判例は【判例169R】。

前にも扱った特殊浴場事件ですが、国家賠償で争っていましたが、この事件は刑事訴訟にもなっています。公衆浴場を建築して営業したXは、営業停止処分に科されたにもかかわらず営業を強行し、そこで刑事訴追されました。ところが、あれはそもそもXの営業阻止するために児童遊園をいわば認定施設へでっち上げたほうが違法だと評価されました。刑事事件での評価も結局はそうになりました。最判は当該児童遊園の設置認可処分が無効とも、営業停止処分が無効とも明言していません。その上で、無罪にしているということになります。これが刑事訴訟における違法の抗弁を認めたものだという風に学説では捉えています。

【判例169】は逆に、違法の抗弁を認めなかった事件。被告人は交通事故で免停になり、そのあと別のスピード違反で捕まって公訴提起がされました。その公訴提起と先行行政処分の関係についての判例です。判例は公訴提起は適法だという判断をしています。それは最初の免停処分自体が無効ではないということもありますが、さらに公訴提起のときにはまだ免停処分は存在していたということです。そうすると公訴の提起は許される。それは裏返せばその免許停止処分が違法だとかを主張しても、それを公訴の刑事訴訟では反映できないということ。

判断要素をまとめると、構成要件（公訴提起要件）が、①行政行為が無効でないこと（取消すべき瑕疵があっても取り消されていないことも含む）、②客観的に適法、のどちらを前提にしているかを考える必要があるということです。

・行政行為の存続についての第三者/公益保護の要請の強弱

大量に或いは定型的になされる行政行為を前提にした刑事罰の場合には、個々のもとの先行する行政行為が取り消し原因を含んでいるかということを、刑事処罰の段階でチェックするというのはなかなか難しいし、妥当でない面もある。

そこではやっぱり、①じゃなくて②と考えるべきではないのか、つまりそもそも例えば違法な行政命令があったとして、それに基づいて刑事罰を科していいのかという問題があります。刑事法の方の罪刑法定主義からの制約考えると、①で捉えるのは問題があります。そうすると、①は第三者保護や大量性定型性ということで例外的に考えて、原則は違法の抗弁②の方をチェックしようとなります。

(4) 違法性の承継

A・Bという2つの行政行為が連続して行われるとします。関連した行政行為Bというのが続けて為される。そのときに違法性の承継するののかという問題があります。公定力論、取消訴訟の排他性からして、原則行政行為であればその違法性、取消原因があるAでおこなわれたのであればAの訴訟で争いなさい、Aが前提のBではもうAの違法性・単純違法は争えませんかというのが基本になるはずです。しかし一定の場合には、BにおいてAの単純違法を争える場合があるんだということを判例・学説が認めてきました。

[前提かつ要留意事項]

- ・Aが無効であれば、Bの取消訴訟においてAの無効について争える

これについては言及しました。

- ・Aが行政行為でなければ(ex. 処分性のない行政計画)、Aの違法についてもBで主張は可能

行政計画を含むような行政過程は多段階で、AのあとにBが為されるということがあり、いろんな行政計画において出てきます。しかし、その中にはAについて処分性を認めていないというタイプの行政計画もあります。【判例185】は小田急の話ですが、ここでの都市計画事業の認可は行政行為Bであり、建設大臣が決めていた都市計画についての決定が、処分性のない行政計画Aということになります。この場合、Aの違法はBで争えるということです。

ただし、ここで問題としたいのはAに処分性があつた場合に、Bの段階でAの違法を争えるかということです。これについての典型例は土地収用法の事業認定と収容裁決になります。土地収用という、最終的に土地であるとか建物を強制的に収容する(あるいは除却して公共事業実施しても良い)公共事業について、類型化して事業認定するという段階です。多くの場合は、収容の対象になった土地の所有者・地権者が、収容の段階の違法だけでなく事業認定の違法も争うというものです。ところが不思議なことに、下級審は結構あるが最高裁でこのAとBの間で違法性の承継が認められるかどうかについて、一般的かつ準則なる形で判断したものはありません。しかも、下級審で意見が分かれています。

まず、【判例165】。環境訴訟としても有名な事件(二風谷ダム事件)。収容の対象になった土地所有者が裁決の段階で事業認定の違法性を争い、札幌地判はその違法性の承継を認めました。根拠その1として、統一性を挙げています。両処分が相結合して効果完成させる行政行為、結合していて目的が同一だったと。根拠その2は、Aの段階では地権者に十分な手続きの保障がなく、収容者に対して事業認定の存在自体容易に明らかではないということで、実際にはBの段階でAの違法も主張させる必要があるとあります。

しかし、違法性の承継を認めなかった判決が、【判例165R1】です。こちらは簡単にいうと、それぞれは別々に適法性を争うことできる、つまりAの段階で取消訴訟を起こそうと思えば起こせるからAの違法性はAでやれよな、というのがここでの考え方です。

このように、判例に対立がありましたが、2001年に土地収用法改正されて、これによりやや【判例165R1】よりの、つまりAの段階で争えることとなり、違法性の承継についても原則認めないという風になったようです。

ここで新しい観点を入れてきたのが、【判例165R3】。ある大きな建物建てるときに、条例上の規定通りの安全認定してから建築確認がなされる。その段階で周辺住民が「東京都の法では接道義務緩和して安全だと認定したが安全ではない、あとは環境景観上この建物出来ると保全されていた緑がなくなってしまう、安全認定をするのは違法だ」と出訴して、建築確認の取消訴訟が起きました。安全認定は違法だと主張できるかということが最判まで争われました、

最高裁は、建築確認で初めて不利益が現実化する。つまり、義務緩和がなされたら多かれ少なかれ建築には結びつくだろうが、それでも確認という建築のための条件が適合しているかチェックする段階があり、そこまで待つ争うのも不合理ではない。だから先行する段階Aでの手続き保証に加えて、Bを選ぶことの訴訟選択の合理性も付け加えて違法性の承継を認めた、という新しい判例。

Ⅲ 不可争力、執行力

不可争力については出訴行政行為・処分について出訴期間現在では 6 か月に収めて原則として過ぎたら訴訟による取消はできないとしています。

執行力については、行政行為だから全部に執行力あるわけではなく、どういう場合に行政執行ができるか。これは行政強制というところで説明するので省略。

Ⅳ 不可変更力と実質的確定力

この2つの効力が認められうる行政行為の類型というのは限られています。両方どう違うかという、詳しくは教科書でという感じなのだけど、補足説明としては実質的確定力の方が強いということです。もっとも、現在これらの効力が問題になる判例について争点のあることはありません。問題として古いし、登場機会も少ないのでこれくらいで。

留意点は※のところ、不可変更力は特別な行政行為ということです。例えば、行政不服審査法というものがあります。ある行政行為に対して不服があるときに、ダイレクトに裁判所に行かず行政に見直してくれと言う審査を申し立てる。それが行政不服審査法です。それを受けてなされる裁決、それが不可変更力があるものの典型になります。行政不服審査違法における裁決を行政が出して、それを職権でさらに取り消したりなどはないと考えられて

います。ただ裁決であっても実質的確定力まではありません。なお、今後でてくるであろう職権取消の制限は不可変更力とは関係ありません。

第10講 行政行為（その4）・行政契約

行政行為

I 行政行為の瑕疵

(1) 無効と取消し得べき瑕疵の区別と基準

行政行為の瑕疵について。まず、行政行為の無効と取消については、公定力のところでも説明しました。次に何のために区別するのかというと、無効な瑕疵があるのであれば行政不服審査とか行政訴訟における取消訴訟が働かないからです。他の訴訟、他の民事訴訟の前提問題として無効だということもできるし、無効確認訴訟という特別なルートもあります。

その上で、無効の場合に取消訴訟でなくてもアタックできるとは具体的にはどのような瑕疵かということで、従来の学説・判例は重大明白説を取っているというのはなんども確認しました。【判例163】は重大明白説を取った判例です。ところが、この後の判例はどのような行政処分についても明白性を要求し続けているわけではなくて、それが【判例164】。

【判例164】は、Aという人がいて自分の所有ではない建物（X所有）が勝手に自分の名義でBに売却されており、課税処分となってしまった。その取消訴訟をしたかったものの、それが難しいと判断し無効確認の訴えを起しました。一審・二審は明白性がないとしました（確かにA所有の建物ではないのに課税したとすれば重大な過誤を持った課税処分だが、明白性がない）が、最高裁はこれを覆して、明白性ということを要求しませんでした。課税の根幹過誤論と言ったわけで、根幹的な過誤があって出訴機関・申立期間、課税納税者に受忍させるというようなことができない場合には無効になるという風に判示しました。このように明白性が必要か否かという区別というのは、第三者の存在があるかないかということです。今回はAと課税長との間の話であって、B（第三者）は全く関係がない。第三者の存在がないから明白性の要求度合いが低いということみたいです。

その他、明白性を要求しない判例として有名なのが、【名古屋高金沢支部平15/1/27】の原子炉設置許可処分に関する無効確認訴訟です。無効等確認訴訟なのだが、ここでは明白性ということを要求せずに、管理させてはいけないような例外的事情あるなら無効にしようということ言いました。

ただ、注意すべきは原発設置許可処分の場合は、第三者が登場する点です。原発設置許可処分の無効求めるとともに原発の許可がおかしいと出訴しているのは周辺住民ですが、許可処分の利益は、原発の設置者で電力会社という第三者登場するわけで、そこはさっきの課税処

分と構成が違ってくるはずですよ。もちろんここも意識していて、重大な過誤（原発に関する重大な過誤）とそれによる周辺住民の侵害利益というのがあったら、他方で電力会社の売り上げ両方を対比して、その上でやはり無効と認めるべきだとしたとして、やはり明白性要件を外した判決ということで話題になったみたいです。ただ最高裁はこれを無効ではないと言っているのです、裁判所でも判断がぶれている分野みたいです。

（2）取消原因にもならない瑕疵

もう1つ瑕疵の程度ということ言えば、ちょうど無効の瑕疵の反対側に、瑕疵があるけれどもそれはもう取消訴訟による取消あるいは不服審査による取消の対象にもならないくらいの軽微な瑕疵がある、ということを判例・学説は認めてきています。少しでも行政行為に法令違反があると全部訴訟で取り消されるのかというと、そうは扱ってきていないということです。手続き瑕疵の軽微なものに関しては取消原因にならないという判決の1つとして【判例116】があります。

（3）瑕疵の治癒、違法行為の転換

最近是比较的落ち着いているという瑕疵の治癒、違法行為の転換の問題。この両方に共通なのは、後発的瑕疵であるということです。

まず瑕疵の治癒について例を挙げると、営業停止処分について。あるレストランが食中毒を出したということで、営業停止処分をしたと。ところが、処分の要件が処分時には充足されていなかった。それが後になって処分時には要件がなかったけれど、後でそれが充足されたということで、それを行政側が主張根拠として瑕疵の地位、不法行為の転換があったのだと主張した。

この例で言えば、この営業不許可処分としたときに、不許可処分は行政手続法上の不利益処分ですから、処分ごとに理由の提示をしなければなりません。ところが、そこでその処分理由を提示しなかった、あるいは処分理由が非常に不十分だった、それが後になって、例えば営業停止処分の取消訴訟の段階になって、処分理由を追加（追完）する。それによって営業停止処分の適法性を行政の側が主張するんだけど、それを認めるかどうか。これが瑕疵の治癒という問題です。

瑕疵の治癒というのは、瑕疵があったとしてもそれをカバーするために事後的に追完したとして、それが認められるのかという問題です。

違法行為の転換の方は、例えば営業停止処分で、6月1日に食中毒出した。だから営業停止処分にするという現象があったのに対して、それとは別の処分だということを主張するということです。同じ営業停止ということは共通であっても、例えば食中毒は出してないんだけど、衛生管理責任者がいなかったと、衛生管理責任者が資格を持っていないと、そういう人が営業していた、だから営業停止処分はできるということになると。営業停止処分を別の

事由による営業停止処分に転換することを行政側で主張するのを認めるかどうかということで争われます。

違法行為の転換は、処分が間違っていたとして、別の違法行為もあったということで、そっ
ちで処分したことになっても、それが認められるのかどうかの問題ということです。

瑕疵の治癒・違法行為の転換の両方について、さっきの例では食中毒を出したということが
明らかなのであれば、そういう営業停止処分をする実体的な要件はあるわけです。すなわ
ち、手続きとしての理由をきちっと伝えなかったというだけです。そうすると、そこ
で、理由がなかった、理由の提示がなかったということで、ここで営業停止処分を取り消し
たら、また行政の側で理由を付して同じの営業停止処分をして、もしそこでまた不服があれば争うということになっていきます。これは訴訟上、かなり非効率だし不経済。だから、瑕
疵の治癒は紛争の一回的解決を考えるならある程度認めていいんじゃないかという考慮要素
になります。ただ、処分の時にちゃんと理由を示しなさいということが法律で書いてあるの
で、法律主義から考えると簡単には認められないのではということにもなります。

ただ、これを認めてしまうと、後出しじゃんけんで勝ちを認めるようなもので、色々制度的
にもどうなのかということは結構言われているところみたいです。

Ⅱ 行政行為の成立 / 発効 / 消滅

(1) 行政行為の成立と発効

まず成立の段階。外部表示によって成立しますが、行政行為が成立している段階から行政に
対しては拘束力が働いています。つまり発効は相手方に行使されるとか、少なくとも一般的
に到達したであろうということが必要だと考えられてますが、成立の段階では、行政内部で
拘束しているということです。そして、それを相手に告知・到達することで発効します。

【判例153】は、外見上許可処分（許可するという発話行為はあった）なのだけど、許可書
が交付されていなかった。これについて、やはり許可はあったのだとして争いましたが、最
高裁はそもそも成立すらしていないのだとした。

それを前提に、予備的請求として争ったのが【判例151】。しかし、紛争が長引いた結果、
法令が改正されたので、事後的法令改正との関係も含め、この【判例153】と【判例151】を
セットで見ておくといいということでした。

次の【判例154】は、発効について。相手方が了知する、あるいは、相手方に届かなかった
ら、絶対に発効しないのかという点で争われた。この事件について。医薬品に関する特許は
薬事法の承認がなければ技術実施できないので、そのできない期間の分だけ特許権の延長制

度がる。それが認められるには特許権設定登録から薬事法の承認の間に2年間の隙間があることが要件となっていました。今回のケースでは、登録から承認までは1年と364日だけど、承認書の受領の前日までだと2年と12日ということで、原告は後方で申請して2年を超えているとしたのだけど、特許庁は1年と364日を採用して延長できないとした。ということで、その要件充足に関する争いであって、最高裁は薬事法に告知の規定がなくとも、承認については申請者のもとへ到達する必要があるって、「現実これを了知し、または、了知しうべき状態に置かれ」ることが必要なものであって、単に承認するだけでは足りないということで、原告の請求を認めた判例になります。

(2) 消滅

ある法律関係が元の行政行為によって支えられているとして、いろいろな事由でその法律関係を存続させるべきではないという状況が登場します。この時にどういう手法が用いられるかについて見ていきます。

A 職権による取消

取消というのは、元々の行政行為をした時点で実は瑕疵があったんだということが後になってわかったとする。原初的瑕疵があって、それを行政側で取り消すのが職権による取消。

基本的には、法律に根拠がある場合が多いのだけど、この原始的瑕疵による取り消しについては、古いものについては根拠がないことがある。そういうものについて、根拠はないんだけど取り消すことができるのかについて、判例・学説共に違法なことがあるのであれば、それは職権であれ、訴訟であれ、むしろ取り消すべきでしょうということで、あまり争いはない。

他方で、その行政行為をもとにした信頼関係、あるいはそれに基づく私人の期待っていうのはある程度存続していますから、そうすると一定の割合、特に受益処分、元の処分がプラスの方向の処分、受益処分の場合には取り消しについて制限がかかるのではないかという事案が問題になります。それが、【判例68】と【判例159】。【判例68】では、特殊法人についても、一定程度私人と同じように、対行政、行政に対する信頼保護ということをするべきだと判示しています。その上で、行政や国は何ができるのかということについて【判例159】では、特殊法人に対して、取消権を行使することが一定程度制限されるということを認めています。

ここでのキーワードは、取り消し、原処分を取り消すことによって生ずる不利益をどう考えるかが1つ目。2つ目が、そこから相手方、私人の側で帰責性があるかどうかということ。最後の3つ目が、それらを信義則と合わせて考えること。

また、取り消しという結果は遡及するのか。行政行為についての遡及効ですね。原則的な考え方としては、もともと瑕疵があったんだから、それは違法な判断のある行政行為に基づいて給付を受けていたんだから、それは遡及すべきだということです。しかし、その間の信頼

保護等の考え方からすると、その部分は遡及しなくても良いのではないかとすることも考えられます。原則は遡及する。でも例外的に遡及しないという感じになっています。

この取り消しがどういう事件になるのかというと、取り消し処分が違法だって争うケースです。この職権による取り消しというのは行政処分ですので、この行政行為について取り消し訴訟というのが提起されます。そうすると裁判所がどこを審査するのかということです。もともとの行政行為Aが違法だったところなのか、それともその取り消しBが違法だったのか。

【最判平成28・12・20】は、職権取消という処分Bの取消訴訟においては、原処分Aが不当なものだったかということも審査する。そのAの時点での適法違法、当不当を見た上で、直接にBを見る。だから処分Bが、裁量権逸脱・濫用があったかそういう話ではなくて、まずは処分Aについてチェックをして、裁判所がそこで違法や当不当がないのなら、それにもかかわらず、取り消してしまったらBは違法という審議方式を採用しています。

B 職権による撤回

撤回というのは、原初的瑕疵はないけれども、後発的事由とその行政行為による地位をそのまま認めておくというのが適切でない、法律上適切でない、あるいは不当だという事由を後になって処理したというときに行います。

※なお、個別行政作用法は、撤回についても取消という用語を使うことに注意してください。

撤回の方の論点ですが、職権による取消とパラレルに考えていて、撤回についても法的根拠が必要かどうかもちろん、それを明文で書いてくれていると、悩みはない。最近の法律は書いてあるけど、ない条文もあるのでこれについてどう考えるかを見ていきます。

有力な学説は、原処分Aに瑕疵がなかったんだから、それを後発的な事由、特に何か処分の名宛人、受益処分の名宛人にとっては帰責性がない、他の外在的な公益事由で撤回するというのは、それがまさに名宛人にとっての侵害行為になるわけで、別途元の処分の根拠法、根拠条文とは別に、撤回の根拠条文が必要なんだということが言われています。しかし、教科書はこの立場に立っていません。というか判例も。【判例157】や【判例157R3】では、撤回の根拠条文がなくても撤回はできるとしています。

ではどんな時に撤回が制限されるのでしょうか。【判例157】は、そもそも名宛人の医師の側の違法行為によって、原処分を維持するよう要件が事後的に消滅したんだというわけですから、撤回権は制限されないということになる。ところが逆に、特に受益的行為における名宛人の方で、不法行為をしたわけではない、むしろ外在的な他の公益的な理由で撤回せざるを得ないと行政がそう考えた場合には、名宛人の地位との利益衡量において撤回が制限されるのではないかとしています。

次に、根拠規定がある際の撤回について。この場合は、根拠規定に即して考えていかないといけない。【判例161】は、行政が「裁量的撤回」を必要的撤回と誤解して適用したことについて、裁量があるので撤回は違法ではないとしましたが、基本的な解釈を間違っていた場面では、客観的には裁量権の範囲内であってもそれは原則的に違法なんで取り消すべきでないかと考え方もあります。

全く角度の違う話として、撤回は制裁であるのかという問題があります。行政罰とか、行政刑罰と並んで、撤回もその制裁という概念で括られるのではないかな。確かに、社会的な機能に着目すれば制裁的な機能があるんですが、行政法の法的な行政制裁に含めていいかという点と異論があり、これも議論があるところです。

なぜこのように考える必要があるのかというと、制裁であるとする罪刑の均衡に類似した考慮が必要になってくる。罰則や撤回というのはトータルに捉えて、それが違法行為と見合ってますかということを考えなければならなくなるからです。撤回とは制裁ではありませんということになると、刑罰込みで罪刑法定主義とかは、あまり考えなくても良いということと違いが出てくるということになります。

Ⅲ 行政行為の附款

行政行為の附款（＝意思表示）について、法律行為に附款というのがあるから、行政行為にも附款というのがあるはずだとされてきました（実際あるということです）。ただ、準法律行為というのは民法が言わなくなったので、附款の一般論はあんまり民法の教科書には出てこないようなより具体的な附款に則して若干議論があるとのこと。

行政契約

行政契約についてまず、行政法がどういう風にそれを扱っているのかということについて。しかし、行政契約を規律する一般的な行政通則法はない。つまり、行政行為についてはその多くの行政行為について行政手続法が規制規範となっていますが、行政手続法は行政契約については覆いきれない。そうすると、何ををもって行政契約に根拠を立てていくのか、という問題が生じます。

I 調達(準備)行政

・民事法・特別法の規律

調達行政で行政契約が用いられるとき、それを規律する行政通則法はない。したがって、民法等の民事法、個別行政作用法。特別にある準備行政についてコントロールしている特別法を見ていかなければならないということになります。この点は名古屋デザイン博事件【判例48】。市の外郭団体に高額で依頼した事件について、民法の双方代理の規定が適用になるとしたうえで本人供与となとしたのが【判例48】事件。

それから地方自治法。物品を買うとか売るといふようなときに、特別法としてどういうのがあるかという、例えば地方自治法であれば、そこで特別法の対処を通じてチェックをかけている。そして、自治体の場合であれば住民訴訟がありますから、住民訴訟で一定のコントロールがあるのですが、そういった自治法の規定に基づいてかけられる。

・ 契約における裁量とその限界

契約においては、そういう通則法の効かないこともあって、民事法などがそこまでその行政を縛っておらず、行政契約に対しては法律の規律密度が低いということになります。そうするとそれは言い換えれば、契約っていうのは行政の裁量。契約を結ぶ結ばない、それからどういう契約を結ぶのか、どういう内容で結ぶのかということについて、一般的に言えば、裁量の幅が広いということになります。しかしここにはやはり限界がある。それが【判例192】。

【判例192】は、自治体が結ぶ調達契約では安ければ安いほうがいいので、通常であれば一般競争入札なのだが、指名競争入札というのも可能だった。しかし、Xはずっと指名がなされなかった。その理由として、実質的には村長の選挙について、あまり協力的ではなかったことが挙げられた。地方ではよくあることだけど、Xとしてはさすがにおかしいということで、指名がなされなかったことについての国家賠償請求をした事件。行政側の主張としていくつか、今まで工事でトラブルを起こしたことや、Xが村内の事業者ではないことを主張したというわけです。その自治体内にある事業者だけを指名するということを、自治法は許容しているのかということが争点になった。

最高裁の判断は、確かに自治体内の事業者だけに限定できるけど、それは実益がある場合に限られるわけで、理由もなくやると機会均等、公正性、透明性、経済性という観点から制約を受けるということになる。だから、常に村内事業者だけを指名するというのはできないとしました。そして、この事案については、Xを指名から外したということがその観点から見て適法だったかどうかということを、もう一度審査しなさいということで差し戻しをしたのがこの事件ということになります（結果的にはXの請求は棄却）。

つまり、適法であればどんな行為であっても常に裁量権の範囲内とはいえず、考慮事項・要素の観点からの裁量審査をしっかりしなさいということが言われたことになります。

・ 効率性原則と行政裁量

効率性原則が効率性原則との関係で、行政契約の適法性が問題になった事件が【判例18】と【判例193】です。

【判例193】は、自治会あるいは町内会に類似した組織にある土地を譲渡して、譲渡するだけじゃなくて、それを再度自治体のほうが借りて毎年1千万ずつ払うという契約を結んだ。これについて一審二審はこういう契約は違法だとしたが、最判はそうはしなかった。そういう形態の契約について、一定の裁量があるんだということを認めたうえで、違法性はないとしました。しかし、これについては批判がありいくら行政契約とはいえ政策的に実質的な裁量の問題もあるんじゃないか、もう少し効率性原則のほうに重きを置くべきではないかという批判があります。

次に、先行契約と後行契約との関係が問題になった事件として、【判例194】があります。つまり、先行行為の違法性が後行行為にどう影響するのかということです。この事件は、市のほうが土地開発公社から土地の譲渡を受けた。もともと公社のほうは3000万円あまりで買ったものを、借金利息等加えて市のほうは4200万円と高く買った。ところが、この間に土地は値下がりして、なおかつリゾート公園計画自体上手くない。しかも最初から土地は必要ではなかったんじゃないかという問題もあって、住民訴訟が起こったという事件。

一審二審の考え方は、先行契約、つまり「この土地を取得してくれ」という段階で、契約が結ばれているから、その契約に基づいて、市としては買い取らなきゃならない。だから、後行契約にも違法性はないという、先行契約の効力を重んじた極めておおざっぱな判示をしました。

ところが最高裁はそうは見なかった。後行契約が違法になる場面を2つ設定しています。もともとの先行契約Aが無効で、もともとの契約が司法上無効だったっていうときには、Bは、結んではいけない。それにも拘わらずBを締結してしまう、公社と自治体で契約締結したらそれは違法であるということでもあります。もう1つが、Aは無効じゃないけどそれでもBが違法になる場合があるというもの。

この事件に当てはめると、Aが無効じゃないけれども、違法足りうる場合に当たるのかについては、差し戻し後の裁判がまた結論が分かれています。差し戻し控訴審は、Bは違法であるということで、自治体の責任を認めた。住民訴訟の勝利ですね。ところが、それが再度差し戻し上告審で最高裁に戻ってきて、最高裁自身が当てはめると、これは違法じゃないということになりました。Aという行為の解釈について、差し戻しの控訴審と最判で結論が分かれたということになります。

とりあえずまとめると、【判例194】ではAが無効でない場合も、一定程度、後行契約が違法になるという一般論を提示したということで、大変意味のある判決とされています。これ関連でレジュメの【最判平25/3/21】も見ておくといいと思います。

Ⅱ 給付行政

給付行政は、行政が私人に対してダイレクトに補助金を出したりサービスをする。こういう場面でも、契約はよく用いられる。

- ・立法者の行為形式選択の一定の裁量が前提

まず、この分野においては、国（立法者）であれ自治体の議会であれ、いったいどういう行為を使って給付するのかについて一定の裁量がある。行政行為を介在させることもできるし、行政契約を介在させることもできる。だから出来上がった制度について、一体どっちなんだという判断をしないといけない。例としては【判例129R2】や【判例134】。

- ・その上で、契約についても供給義務【判例196】や平等取扱の規律

立法者としても契約を選んだ、あるいは立法者としてどちらを選んだのか明文からは良くわからないけれども判例、あるいは学説の考え方としてこれは契約だということになると、行政契約についての一定の規律（民法のルール、特別法のルール）が及んでくる。それはやはり契約の種類あるいは具体的な契約の内容によってどういうルールが課せられるかは特別法も見なくてはならない。例えば【判例196】では水道法を見なくてはいけない。大規模なマンションの建設に対して水道の供給が拒否できるかということについて、実際に給水量が切迫しているというのであれば、水道法の一般的な供給義務規定を前提にしても、正当な事由にあたるのだと判断した事件でした。

それから【判例197】については、Y1町の別荘の水道料金が高すぎるという事件です。水道料金の値上げについて住民よりも著しく別荘地に、特にY1町に住民票を置いていない住民の水道料金だけやたら高く設定された、そこでこれについての違法が問題となった。

ここでは憲法14条の平等原則もあるし、それから水道事業は公の施設に相当するから、そうすると、憲法14条を持ち出すまでもなく、自治法244条の3項で公の施設に対する平等的取り扱いを規定しているので、不合理な差別はできないと。確かに別荘住民は一時期だけしか使わないから、水道網を整備したり維持管理するための相応の負担はしてくださいと。だから時期に対応した水道料を払ってくださいという考え方もある。しかし、本件の場合は非常に差が大きすぎたということで、それを正当化する合理性はないということで自治会の料金設定が違法なものであるとしました。

ここでは、契約の内容とか約款にかかわりなく、法律や憲法レベルでの課される制約が出てくるということになります。

- ・契約内容の解釈

ここが一番問題になる部分。契約自由の原則がありつつも、契約の内容によっては行政契約でも問題になることがある。ということで、【判例188】。

これは、現在の介護保険が導入される前の世田谷区が独自にやっていた、介護に関するサービス、社会保障に関するサービスが問題になった。世田谷区(Y区)が、受給者であるXに対して介護券というのを給付していた。給付した介護券をもとに、家政婦さんが民間からやってくるという仕組みだった。しかし、このXさんのもとに来た家政婦が、X宅の預貯金を着服してしまった。この訴訟では、そういう家政婦を派遣するに至った原因を作ったのは世田谷区ではないのかということで、世田谷区の契約上の責任をXが追及した事件です。

東京地裁の判決はその請求を認めず、そこはそういう契約になっていない。こういう家政婦派遣サービスを利用することができる介護券の交付というのがXとY（世田谷区）の契約であって、派遣されてから後のXとの関係についてはYは遮断されている、責任を負わないんだとしました。高裁はもっと割り切って、そもそも契約関係が区とXの間にはないという判断をしています。

Ⅲ 規制行政

相手方の合意なくして権利を制限したり義務を賦課する、合意無き権利制限・義務賦課は、行政行為じゃないとできないので契約は入ってこないのが原則。しかし、規制の対象者、相手方の合意があれば一定程度、規制行政の分野でも、契約を使うことができるとされています。

・法律による規制との抵触

そこでまず問題になるのは、法律に基づく規制、あるいは法律があって行政行為が予定している規制との関係が問題になってきます。法律による規制と抵触してしまうというのがまず【判例190】。

【判例190】は、京都市・京都府、京都における広域自治体が、観光客が増えて道路整備しなくてはならない、あるいはバス路線整備しなくてはならないという行政ニーズが生じるということで、お寺さんや神社に新しいタイプの課税ができないかということで、京都の自治体はチャレンジをした。神社仏閣のほうでも一定程度それを受け入れて、本件の場合には、その事実の最初にあるように、「文化観光施設税」を一定の時限を決めて制定をしました。その際には、もうこれ以上このような税はやりませんという覚書が取り交わされた。しかし、その後また新しい税をやるということになって、「言ってたことと違うではないか」ということで、覚書を盾にとって、次の新税について訴訟で主張した事件です。

この下級審の判決はそういう課税権を制約するような覚書、仮にその覚書が契約だったとしても、それは課税行政の基本的な原則との関係で意味を持たないということ、無効であると

いうことを言った。課税行政というのはやはり規制行政なので、侵害留保などが最も強く妥当する分野です。そういう私人間、私人と行政の契約、覚書によって課税というのを制限するというようなことはできないということになります。

それに対して、結論的には法律との間で抵触がないと判断されたのが【判例189】です。公害防止協定の話で、Yが産廃事業者、行政側の主体が2つで県と町。規制行政であると、法律に基づく行政行為によって規制をかける、そして産廃の処理場設置に規制をかけるという手法がまずベースにあります。それを行うのが本件の場合だと県です。廃掃法上の許可を出す権限は広域自治体、福岡県にありました。ところが、より住民に身近な基礎自治体としてある町は県による許可が出たとしても、Yの処分場の周辺住民からの不安・要望もあるので、許可とは別に、Yとの間で公害防止協定を結んだ。しかし、Yがこの協定による使用期限後もなお処理場への投棄を続けたため、町、住民は非常にYに対して、それでは困るということで、町が訴訟を起こした事件です。

(2) 前提争点 市による民事差止め請求は適法か

(授業の進行の都合で、1と2の順番を入れ替えます。)

【判例189】は、条例に基づいて行政契約を結び、その契約の履行を求めて差し止め訴訟を起こしたものです。これは言い方を変えれば司法的執行という風になる。ところが、こういうタイプの訴訟が現在の日本において認められるのかというと、判例上はやや疑問があります。というのも、【判例207】では国または自治体が専ら行政権の主体として、行政上の義務の履行を求める訴訟は、法律上の争訟ではない、つまり法律の特別法の規定がない限りはそういう訴訟はできないとのことだったからです。

この準則に当てはめると、やはり民事差止め請求は出来ないのではないかという考えが出てきます。しかし、最高裁はさりとて本案に入って自治体の請求を認めてしまった。これについてどう考えるのかというと、二審はこれは民事上の契約とほとんど似ているんだと。まさに紙一重で公害防止協定っていうのは、Yとの間で町も結ぶことができるけれども、町じゃなくてダイレクトにYの周辺住民も結ぶことができる。だから、周辺住民とYが結んだのであればこれは民事契約であって、プラスそれに基づく、契約に基づく履行、契約に基づく差し止めができるのは問題ないし、これを自治体が結ぶのもほぼ同じではないかという論理構成をとったわけです。

しかし、二審の理論構成というのはやや無理がある。だって、自治体は別に民法的な意味で周辺住民を代理して訴訟を起こしているわけではないし、町自体の財産権の保全のために契約を結んでいるわけでもないから。やはりこうなると【判例207】の一般論に問題があるということかもしれません。

(1) 廃棄物処理法の規律に抵触するか

廃掃法による許可期限より短い期限を定めて、Yを差し止めすることができるかという問題については、二審と最判で判断が分かれている。二審はこの協定の法的拘束力を否定した。しかし、最判はどう考えたかという、廃掃法の許可、および期限については、その期限内Yは操業し続けなければならないのかという、そういう趣旨は含んでいない。廃掃法の許可は操業の義務付けは含んでいない。そうすると、公害防止協定という別の契約によって、廃掃法の期間内ではあるけれどもより短い期間でやめてくださいという、やめるということを取り決めることはできる。つまり違反はないということを言っている。Y自身同意をして合意をしているわけだし。そうすると、廃掃法との関係ではこの契約は有効だということを判断しています。

ただそれで、裁判が決着になったかというところとそうじゃなくて、廃掃法と関係では有効けれども、その他の協定の問題点、一般的な協定の契約の内容が適法かあるいは違法かということでも登場する、公序良俗に反するかどうかという内容にチェックが必要。二審はその論点に入るまでもなく無効だとしたけど、この議論が必要として差し戻しをしたということで決着がついた。

IV 最近の制度設計の動向

行政契約が最近どういう場面で用いられるかという、より複雑に行政行為と契約を組み合わせる。つまりどちらかが単独で行われるというのではなく、両方を組み合わせる形で、一定の行政目的を達成しようとするものがどんどん登場してきています。

第11講 行政指導・行政計画

I 行政指導

(1) 定義

行政指導という行為形式は国、自治体問わず行政の現場では多用されてきた。これについては色々と議論がされてきたが、1993年に行政手続法ができることによって、行政指導に一定の規制規範が作られ、それを前提として、行政指導の定義規定も行政手続法に作られた。なので、行政指導とは何かということについては、行政手続法の2条に書いてあるということになります。

また、行政指導は国が行うものであれ自治体が行うものであれ、手続法のルールが適用になるのかという、手続法3条には適用除外規定が色々載っています。そういった除外の手続きは国の行政手続法はあずかり知らない世界ということになります。その行政指導が問題になるのであれば、その自治体の行政手続条例を見なきゃいけないということになる。

また手続法2条により、行政指導というのは手続上は処分ではないので、行政指導をしたからといって従う必要は必ずしもないということです。ところが、医療法の監督については最

高裁が非常に特異な考え方をもって、医療法上の監督は、医療法上は行政指導だけれども、処分性は認めましょう、というややこしい判断をしてしまった。最判によると医療法の勧告と並んで、相手方に従う義務があるんじゃないかというのが生活保護法の指導指示といわれるもの。

生活保護の仕組み、自力でなかなか生計を立てられないという人に対して、最後のセーフティネットとして、生活保護を支給する。これが生活保護法の基本的な仕組みです。そういう給付をしている関係で、いろいろ行政法では生活保護の受給者に対して、指導指示をしている。基本的に指導指示に従わなかったからと言って、その指示内容を強制的に実現することはできないのですが、生活保護の受給者は、指導指示に従わなければならないということで、指導指示がいわば無限的だということになっている。

ここで、一般的な行政指導との差がすでに出ているし、また指導指示にしたがわない、あるいは指導指示の義務違反に従わなかったらどうなるかということ、保護の変更、停止、または廃止、つまり生活保護の廃止処分ができると。これは行政処分であることはまぎれもない。だから、指導に従わないことによって不利益処分がかかわってくるわけです。そうすると、指導指示というものの法的性格は一体なんなのだということが問題になります。

例えばもう指導指示というのは行政処分、行政行為なんだと。だから指導指示の取り消し訴訟も可能だと考えるべきなんだという学説もあります。しかし、最高裁はこの点について最終的な、明確な判断は現在に至るまでしていません。ただ、指導指示の法的性格や適法性にかかわる比較的最近の重要な判決は出ています。それが【最判平26/10/23】です。

【最判平26/10/23】は、ある人が生活保護を受けていたがその人は仕事は一応持っていて（仕事＝友禅）。そして行政は生活保護を受けつつも、この仕事をして一定の収入を得てくださいと指導をしていた。この段階では収入を11万にしてくださいという指示が出た。というのも、仕事をするっていうのを前提に自動車の保有を認めていた。しかし、それに従わなかったので最終的に保護廃止処分をした。それに対して受給者だったXが不服で国家賠償請求をした。この廃止処分が、適法かが争われた事件になります。

書面の指示の内容のとこだけだと、Xが具体的に何をすればいいのかがなかなか読み取り難い。月収を11万にしてくださいとはわかるとして、具体的にどのようにすればいいのかは、その指示の内容だけ見ても出てこない。行政側の含意としては、その仕事をするために自動車の保有を認めたんだから、思ったような収入が得られていないなら自動車は持たないでくださいということを考えている。でも、書面の内容は限定的なことしか書いていない。それについての最高裁の判断は、口頭で示したものを含むと解してはならず、行政の指示の内容欄に書いてなきゃ駄目で、そうすると今回の行政の対応からすると生活保護法62条3項の廃棄処分をすることは違法だということになった。

このケースは不利益処分なので、一定程度手続上のルールに従うべきだ、ということが前提にわけです。あと、不利益処分がなされるのであれば、同時に理由を提示する必要があります。なぜかという、一つには処分時に理由をはっきり書くことによって、行政の方できちんと考えさせる、つまり恣意的な処分を防ぐという意味。それから、不利益処分に対して訴訟を起こすのに便宜をはかる、つまり名宛人Xの方が争いやすくするためという意味です。もちろん、どういうことをやれば不利益処分がこないのかを、Xの方で判断する材料としても、明確に理由を提示する必要がありますよね。

そこで指導指示は行政処分なのかという問題に戻しましょう。一般の行政指導とは異なっていて、それに従う義務が法律上規定されているし、なおかつそれに従わない時に不利益処分を発動することができる。そうするとこの指導指示自体を処分だと捉え、取消訴訟の対象にするという考え方も考えられます。これについては、2つの考え方があって単に処分性を包括的に認めていく考えと、指導指示の内容が明確であって具体的な義務を課しているものを分けて、前者について処分性を認めるような二分説もあります。これについてはどちらが正しいということはないみたいです。

ただ、二分説をとった場合にはどんな時に処分性があるのかを判断しないといけなくなるし、その基準がよくわからないことだってある。だから、もういっそのこと処分性は認めないことにして、でも不利益処分的前提条件となっているような特別な拘束が、私人に課せられている場合には、他の行政訴訟でもって救済を図るのがいいのではないかととも言われています（ex. 4条確認訴訟）。処分性について具体性があるかで考えるよりかは、こっちの方が確かに紛らわしくなくて良さそう。

(2) 種類

ここでは行政指導の類型化を行い、具体的な判例とともに見ていきます。

1つ目が規制的な行政指導。これは建築規制や給水拒否ですね。【判例11】 【判例202】 【判例203】 でみました。

2つ目は、助成。「これに従えばこんないいことがありますよ」といったプラスの行政指導。いわば私人を誘導するために行政指導を行う。こんなプラスの行政指導で争いなんて起こるのかと思われるかもですが、よくあるのが間違った指導ですね。それが【最判平22/4/20 II 138R1】です。

この事件では、都市計画に関わる指導がなされました。林試の森事件でもありましたが、都市計画って早期の段階から建築規制がかかる。その制限は、計画が進むに従って厳しくなっていく。そうすると例えばお店を営んでいる人で、「お店を営んでいるボロくなったから当然建て直して色々したい、まだ公園ができるの先でしょ？じゃあやってもいいじゃない

の！」と強気な人も出てくるわけで、計画を立てている行政にとっては非常に困るという状況が生まれるということです。そういう場合にも、法律では仕組み作っていて、不許可処分を出すんだけど、行政に対してその時点で買い取ってくれという請求権が所有者には生じます（商法の株式買取請求権みたいな）。だから、公園を作る間に建築不許可処分を受けた場合には、買取請求を所有者側はできて、行政側は買い取らなきゃいけないということになっているのです。また、こういうタイミングで土地を買い取ってもらった場合、特別な控除があります。これも誘導行政のオプションの1つで、法律上の規定、都市計画法＋建築基準法＋租税特別法のがセットになっています。これ自体は問題がない。

さてさて、この事件では計画予定地の近くに土地を持っている人がいて、もちろん控除の対象になるはずだったのだけど、土地だけを持って建物建てる気がなかった。その人が行政指導に乗かって土地を売る取引をどんどん進めてしまった。ところがある時点で、この人への控除は法律上の制度では予定していないということで、名古屋市の行政指導に乗かって土地を売った人に対して、より高い税額がかかってしまった。つまり控除受けられない上に、ペナルティーとしての加算税までかかってしまったということで争いになった。

この事件での指導は、類型としては助成という行政指導にあたりますが、これは違法だという風に最高裁で指摘をされて、それは国賠法上も違法になるという事例です。このように、助成的な行政指導でも違法だと判断される事例があるということで押さえておきましょう。

(3) 他の表示/表現行為

行政行為ではないんだけど、それに近いものとして表示行為と表現行為というものがあります。この法的性質をどう考えるかについて見ていきましょう。

基本的に行政指導に近いものとして表示行為は観念され、行政庁の精神的な考えの部分を表示する行為とされています。しかし、行政行為そのものではない。

その中でも大事なものとして1つ目に公表があります。一般個人に対する情報提供としての性格を持っており、これについては【判例4】の0-157事件でも見ました。確認しましょう。

そして次に確約。行政が私人に対してできることを約束することを言います。これがもし民法上の契約ということになると、行政契約と同じになるので区別の必要がないわけですが、そこまでの法的拘束力を持たないものとして、確約というものを考えます。そのような確約に違反したらどんな責任を追求できるのでしょうか？これについても、【判例27】や【判例28】で、契約でないものについては信義則による一定の保護があるということを確認してください。

3つ目に、判例としては登場してないのだけど、大事な制度としてノーアクションレターがあります。これは法律に基づく制度ではありません。例を挙げると、金融における新商品やFinTechなどを用いた金融の新しい新商品を新しく開発したとします。それを販売するあるいはそれに基づいてビジネスをしたい。その時にあらかじめ行政に問い合わせ、この新商品を販売すると金融商品取引法その他色んな法令に違反しませんかということを問い合わせる。この問い合わせがあった時の回答の方法が、これまでは非常に不透明ということで批判があったため、外国の制度を参考に導入した回答の制度、これがノーアクションレターです。

では、このノーアクションレターが間違っていた場合、この新商品は金融法上違法じゃなかったのに違法だと回答して販売を抑制してしまったと。そういう間違いにどう対応していくのかということが問題になります。

1つの考え方として、不利な回答は規制的行政指導に類似するのではないかという考えです。もちろん行政指導ではないので、手続法上の色んな行政指導に求められるルールはそのままではかかってこない。それでも間違いは起こるわけで、そうなった際に訴訟できるのかということを考えないといけません。これについては処分差止・確認訴訟が検討されているとのことです。

(4) 法の根拠

行政指導の法の根拠について、【判例62】のロッキード事件を見ていきます。田中角栄総理大臣が全日空に対して運輸大臣をつうじてロッキードの飛行機を購入するよう働きかけた、それに対して賄賂を受け取ったということがあったので、収賄罪に問われたという刑事事件。

この問題を考えるにあたって、まず運輸大臣が「総理に言われたから」ということで、航空機を買う行政指導ができるのかということを考えないといけないのですが、最高裁は色々な判例をあげて行政指導自体はできるのだとしました（もちろん賄賂を使つての行政指導はダメ）。理由としては、組織法上の根拠・組織法上の職権の範囲をクリアしていたからです。もっとも1992年にはこういった行政指導の温床（乱用）？が次々に明らかになり、それに対する社会的な批判が強まったため、このような権限規定は削除されています。

次に内閣総理大臣の指揮監督権について。内閣総理大臣の権限規定は、憲法や内閣法に列挙されています。そこには内閣総理大臣が単独でできることと合議体としての内閣が決定しなきゃならないことを規定をしている。そうすると、当然ながら全日空に対してロッキードの飛行機を買えという風に運輸大臣に指示するという風な閣議決定がなされたわけではないので、内閣総理大臣単独の権限内でやっているという考え方も出てきます。

しかし、最高裁はこの考えをとっておらず、行政内部で内閣総理大臣が他の大臣に対して働きかける行政指導という限りでは閣議にかかる必要はない、つまり任意の働きかけだから閣議いらんという事です。ただ、これには補足意見があって、一般の行政指導であれば、私人はそれに原則拘束されないが、行政組織内部の指揮監督権として緩やかなものだから閣議はいらんという意見があり、斎藤さんはこれの方がしっくりくるとのこと。

(5) 法の拘束（規制規範）

行政指導をどう拘束するのかということは、これまでもたくさん出てきました。

まず、【判例203】の給水拒否ですが、寄付金を払わなかったから給水拒否をするというのは、もちろん水道法の正当理由の解釈からもダメということになりますが、他方では手続法32条2項違反ということにもなる。ただし、法律（ないしその解釈）において、法定の行政指導と連結して設けられている措置（ex. 生活保護法の廃止処分）は、32条2項の不利益取扱いではないとされます。

次の【判例201】は手続法33条の話。一定の働き掛けが行政指導でできるけども相手側がいやだと言っているのに継続してはいけない。継続すると一方では国家賠償の対象になるし、33条違反32条2項違反にも繋がってくるというもの。【判例137】も合わせて確認！

行政指導に関する2014年行政手続法改正

行政指導の最後に取り上げるのは2014年の行政手続法の改正です。ここまでであげた規定は全て1993年の手続法にありましたが、行政指導についてそれだけじゃ足りないということになり、なおかつ違法な処分に対する救済を充実させるということで、2004年の行訴法改正に続いて2014年に行政不服審査法が改正されました。それと並行して行政手続法も若干の改正がなされています。

これはレジュメそのままを載っけておきます。

35条2項 権限濫用型の行政指導(34条参照)の抑止が目的 法定外指導も対象

36条の2 中止等の求め 法定指導のみが対象（狭すぎるのでは）通知規定の欠如-措置に対する出訴は想定されていない

36条の3 処分/行政指導の求め、非申請型義務付け訴訟(行訴37条の3)の採用が 契機, しかしこちらは[何人も]→措置や不対応につき, 出訴は想定されず

(6) 行政指導と訴訟 行政訴訟

行政指導は昔は、従う必要のないものということで、行政法の法的議論として取り上げる必要はないとされていました。しかし、現実には行政指導をめぐるいろんな問題が生じて訴訟になってますから、訴訟ごとに行政指導が場面ごとにどういう風に用いられたか見るのは

重要です。行政指導で損害が生じたというのが、さっきの都市計画法の事件です。次が【205】です。これは民法でも出てきたイレッサ事件です。

この事件は行政指導すべきだったのにしなかった事件で、一定程度副作用を伴った薬品で被害が出た。医薬品については、薬事法で事前規制がかかっていますから、そこで副作用について見逃したあるいは副作用があることは行政の側で認識していたけども、それに対する対応が不十分だったのじゃないかという訴訟です。

これについてはまず行政指導はすべきだったということが言われています。確かに薬を市場に出さないという処分は要件が重いからできないかも知れど、指導くらいならできたはずということ。一審判決では、こうして不作為について容易にできたということで違法性を認めています。でも、考えないといけないのは行政指導というのは従う義務はないということ。行政指導をしたからといって、被害が抑えられていたかというのは正直疑問が残る。だから、一方では行政指導はできたのではないかということでその違法を問うスタイルもあるし、他方では行政指導でどれだけの効果が上がるのかを考えて、不作為責任をそこまで問えないと考えるスタイルもあって、これは両方ちゃんと考える必要があります。

Ⅱ 行政計画

(1) 計画の多面性

・種々様々な計画の存在

行政計画について見ていきます。行政計画は色々な他の行政行為とは少し違った側面があります。その1つとして、拘束的な計画もあれば私人を拘束しない計画もあるということがあります。こういった計画の多様性について見ていきます。例としては【判例126】【判例14】があります。確認してください。

・他の行為形式との違い

行政計画は、同時に他の行為形式にも当てはまることもあるのが大きな違いです。例えば、ある行為が行政行為であるけども同時に行政契約でもあるということはありません。しかし、行政計画が政令として形成された場合、処分性を認めることもできるので、行政計画だけれども行政行為にあたるということもあります。

【判例184】【判例184R1～3】の国立マンション事件では、マンションを建てるという建築確認申請が出てきたあと、厳しい地区計画を地域に定めることにした。そこでこのマンションに、この土地計画を及ぼしていいのかが問題となりました。こういった場合、まず行政指導をします。マンションの高さを抑えてくれませんか。しかし、行政手続法を踏まえて大規模開発してるから行政指導に従う根拠ないでしょということで、指導をガン無視で建築を進めようとした。なので、地区計画を急いで作って間に合わせようとしたという背景があり

ます。しかし、裁判所の判断ではやはりこの土地計画を適用できないという判断になっています。

- ・ 建築の進行と地区計画の先後関係

【判例184】では、先行するマンション建築に後行の土地計画が被せられない結果となりました。そうすると計画行政による規制がない場合に、こういう大規模開発をどれだけ防げるかという、それはかなり限界があることになります。今までいくら自治体周辺住民が頑張っただけで一定の景観を保全してたととしても、それだけでは他の法律（ex. 都市計画法や建築基準法）に則って建てられる建物というのは差し止めはなかなかできない。

それを正面から扱ったのが【184R3】で、最高裁は景観利益の保全という利益あるけど、他方では土地建てるのは財産権があり、それは憲法上正当な権利なわけだから、計画区域に対するマンション建設が違法だというためには登記違反とかがないと不法行為上の保護利益として保護されませんという判断がくだされています。

(2) 計画裁量

計画裁量については【判例185】でも見ましたが、計画については政策的な観点、あるいは専門技術的な観点からの裁量というのを考えなければなりません。他方、いろいろな計画については法律の規定があるわけですから、法律の規定を睨みながら専門的な裁量あるいは専門技術的な裁量というのが、どれくらい認められるかというのを考えるということが大事です。

そこで【判例186】を見ます。これは道路に関する都市計画決定に関する事件です。元々の原計画では、この原告Xの持っている土地というのは関わりがないはずだったのに、原計画とは違ったところで道路工事を始めてしまった（ここにXの土地も含まれていた）。Xとしては色々申立はしたわけだけど、広島県のA市の対応はどうしたかというと、原計画に沿って工事をやり直すとか、工事を変更するじゃなくて、間違ってしまった工事の方に合わせる形でむしろ計画を変更したと。この事件では計画の変更が、適法かどうかで争われた。

1審は利害関係者の意見が、手続き変更計画を作る時の手続きに反映されてない、ということで違法性を認めた。しかし、控訴審は、これはその計画変更自体違法ではない、さっき言ったように計画変更における合理性の主張の方を認めました。しかし、合理性や説得力としては1審の方があってと斎藤さんは言っています。【判例17R2】と対比するのも勉強になるとのことでした。

(3) 計画の取消訴訟対象性（処分性）

次の問題として、計画に処分性はあるのか、あるとしたらどういう場合かという問題です。

・計画に法的拘束力がある場合、法律・委任立法による一般的拘束に類似する性質のものか、行政行為として具体権利変動等があるものか

行政計画にも色々あるので、法律あるいは政省令による一般的抽象的な決まりに似たものなのか、それとも計画自身によって何か権利変動を及んでいる、あるいは計画予定地の所有者に拘束が及んでいるものなのか、ということを計画の根拠法との関係で見ていくということになります。いろいろな手続き上の手がかりを元に段々に処分性を認めるという方向で、いろんな計画について判例が動いてきてはいたのですが、そのターニングポイントとなったのが、【最大判平20・9・10】。

この判例は、従来土地区画整理事業計画については処分性が否定されていたが、それを変更して争うことができることにした判例。そのどこに処分性を認めるのかということについて、補足意見がいろいろつけられたけれど、レジュメにもある「市町村が施行する土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足る法的効果を有し、実効的な権利救済を図る観点からも抗告訴訟の提起を認めるのが合理的」と計画の段階で権利義務が動いているだという考え方をとった。やはりこれまで通り処分がされた後に争うとなると、計画はかなり進んだ段階になるし、遑って取り消しということになると経済的な損害も大きいので、なるべく早期で争えるような体制にしたということですね。ただこの判例は、事業型の計画についてのみ処分性を認めたもので、完結型の計画（用途地域指定）には認められないという解釈になっています。

(4) 計画の変更と賠償・補償

計画を変更して、私人が損害を被ったという時にどうなるのか。【判例28】は、デパートを作る計画があって、テナントを募集していたが、デパートが出店できなくなって計画自体を撤回した事件。こういう場合にテナントに何らかの損害賠償責任が生じるのかということです。これについては、信義則から一定の損害賠償を認めています。ただ損害賠償というよりは損失補償といった方が正しいとも言われています。

第12講 行政の実効性確保・行政調査

行政の実効性確保・行政調査というのは、たとえば住居優先のところに工場が建ってしまったという場合に、行政によって建物除却命令を出してどうやってその工場をなくしていくのかというときに関わってきます。こういう場合は、建物の除却命令出して、いきなりその建物を壊すあるいは第三者に壊してもらうかということそうじゃなくて、それはやっぱり工場の所有者に対して通知をし、手続きを踏む。つまり、いくつかの行為が積み重なって初めて現実の除却ということになるのが普通です。

I 行政の実効性確保（手法）

行政の実効性確保は、行政処分なりで求められる行政目的をどうやって現実のものにするかということの問題にします。つまりは、義務履行確保の問題ですね。どうやって相手の義務履行を確実にやらせるかということ。

ただ、最近はこの実効性確保ということについて、義務履行確保だけではなく、即時執行や義務賦課を前提にしないその他の手法（例えば、行政指導不服従事実の公表）ということについても、広く実効性確保の問題として捉えているみたいです。

以下では、実効性確保における中心的な問題点について考察します。

(1) 行政上の義務についての司法的執行の可否

司法的執行というのは、例えば条例であれ法令であれ、適法に建物除却命令を出したとしましょう。すると、それによって具体的に除却する義務が私人側に生じています。その時に代執行という行政上の義務履行確保手段が使えればいいですが、そうじゃない場合に行政が裁判を通じてその義務を履行させることができるかという際に問題になります。これについては2つの類型に分けて考えるのが通常です。

① 行政執行（強制徴収）が可能な場合

このように行政執行ができるのであれば、わざわざ裁判所において業務を履行させる必要はありません。これが判例であり通説でもあります。【判例206】でも、このように行政強制ができるのであれば、そちらの方が行政目的の実現にとって便利な特別な手段なので、そちらを使ってくださいということを判示しています。

これは学説の方で「バイパス」理論と言われており、せっかく行政強制とか行政徴収っていうバイパスを作っているのだから、バイパスを通ってくださいという理論です。ただ、常識的にバイパスができたからといって普通道を通るなということにはならないので、ややどうなのかという言われています。

② 行政執行が利用できない場合

一方、こちらは【判例207】の宝塚パチンコ店事件で見たように、行政執行ができない場合でも、建築行政の分野で行政の側が裁判を使えないということでした。しかし、この判決は平成でもっとも批判された判決で、斎藤さんも批判しているみたいなので、今後裁判を使えるようになる可能性はあります。

(2) 義務履行確保と条例の根拠

もちろん建物除却命令というのは、建物をどかすという義務は私人の側に生ずるため、これは侵害行政ですよね。そうすると、建物除却命令をするには法律あるいは条例の根拠が必要になるということになります。もちろん建築基準法という根拠があるわけだけど、戦後の日本の行政法では現実の執行について別途根拠規範が必要だということが言われていました。

その上でもう一つの論点が、行政執行の根拠法、根拠規範として、条例で行政執行手段を創設することができるかという論点です。しかし、行政代執行法1条は「同法制定時に想定された義務履行確保の根拠は法律のみ」ということになっており、条例は含まれないということになる。しかし、そうなると行政指導の不服従による公告（公表）というの、義務履行確保手段ということになりますから、厳格に解釈すると1条違反になってしまうということになる。

しかし、これはやりすぎだろうということで、立法当時想定されていなかったもの、たとえば違反事実の公表とか、あるいは課徴金を付加する、金銭的なインセンティブとして課徴金を付加するといったようなものは、一条に含まれないようにしようという解釈で、条例による義務履行確保手法の創設も可能だという風に学説や条例実務も動いているとのこと。

また2条についても、厳格に解釈すると個別の「委任条例」、つまり条例は法律の特別な委任を受けて作られるものに限定されるはずなのですが、独自条例や自主条例による行政処分・代執行についても使えるようにしようということで、行政実務・学説の展開があります。

(3) 代執行

代執行の対象というのは代替的作為義務、つまり建物除却に際して他の業者をお願いして建物を壊すというようなことが挙げられます。もちろんそこに人が住んでいれば、人の立ち退き・明け渡しという話になるわけですが、代執行というのは基本的にできないということになっています。言葉を変えると、占有の解除が必要な義務は代執行の対象外ということで、【判例208】がその関連事件です。

この点で、代執行の要件はとても厳格で、実効性確保よりも相手方の権利保護に手厚いということになります。たとえば、誰も住んでいない空き家があっても、行政がすぐに取り壊しができるかという点で難しく、非常にボロい空き家で今にも壊れて通行人に被害が出そうくらいにならないと行政は動けないということになっています。

なぜここまで難しいのかというと、基本的に取り壊しにかかったお金というのは、債務者（ここでは建物の所有者）から徴収することになっているから。強制徴収という制度を認めてはいるものの、大規模な代執行費用については何千万とかの場合もあって、それを相手方から徴収できるかという点で、なかなかその見込みが立たない。かといって、それを限られた一般予算の中から出すというのもためらわれるということで難しいらしい。

(4) 直接強制と即時執行（強制）

A) 直接強制

直接強制というのは、行政が義務を課した相手方に直接実力を行使して、その義務を課した上での実現を図るということです。これはさっきの立ち退きだったり占有の解除だったりも含むので、代執行法の1条に引っかかってしまいます。ということで、特別法が必要ということになっており、現在この特別法というのは非常に少ない（ex. 学校施設の確保に関する政令）。

例：学校施設の確保に関する政令（「ポツダム命令」の一つ）

21条「この政令の規定により命ぜられ、又はこの政令の規定に基づいて管理者により命ぜられた行為を義務者が履行しない場合において、行政代執行法(昭和二十三年 法律第四十三号)による代執行によつては義務の履行を確保することができないときは、管理者は、直接にこれを強制することができる。」

B) 即時執行（強制）の多用

A) でみたように、義務を付加した上で行政が実力を行使するという直接強制は抑制しているという話でしたが、義務を付加すらしないでいきなり実力を行使する、これが即時執行です。教科書では即時強制という名前で出てきます。これは別に特別法がなくても条例でもできるみたいで、要件は厳しいけど直接強制よりはよく使われる。

学説上は、この即時執行の要件として緊急性（浦安ヨット事件みたいなケース）または下命（義務賦課）により目的達成できないときとしています（もちろん法律または条例の根拠は必要）。ただ2つ目の要件は「行政調査」の要件ではないかという批判があつて、現在では即時執行については原則緊急性のみを要求し、場合によって両方を要件とするとしています。

(5) 新たな手法

最近では、代執行法が古いことやいろんな義務履行確保手段とか実効性確保手段が不十分であるということから、行政執行、あるいは行政の実効性確保について、一般法を作ろうという考え方が一部で唱えられ、戦後すぐの代執行法があまり想定しなかったような手法が考えられています。

- ・ 給付拒否、公表（既述）
- ・ 課徴金

課徴金とは、租税とか負担金とは違う金銭的な賦課をして、行政目的を実現するというもので、これは特別法において次第に広まっています。【判例215】は、独禁法が比較的早くに課徴金を導入した事件です。

ただ問題としては、独禁法などに違反行為があると罰金というのがもともと科されています。なのに、それに加えて課徴金も科すとなると罪刑均衡という観点から二重処罰となってしまうのではないかとされています。

- ・追徴税と罰金の併科

その問題に先行する形で【判例114R】や【判例214】があります。【判例214】では重加算税との併科に関して、重加算税というのは制裁ではなく、行政上の措置なので二重処罰ではないということを最高裁が言った事件になります。

ただ金銭的な負担を一つの行為に対して求めるということで、やっぱり制裁ではなく行政上の措置という考え方はちょっと形式的にすぎるので、課徴金あるいは追徴税と罰金、それを包括的に見て違反行為との間が釣り合っているかという点について、罪刑均衡の考えを適用すべきではないかと刑法学者も考えているようです。

(6) 行政刑罰と行政上の秩序罰

行政刑罰と行政上の秩序罰というのは、違法な行為をすれば罰則がきますよということで実効性を確保しようというもので、その典型的なものは過料です。

- ・併科

【判例215R1】は司法上の秩序罰と刑罰との併科を認容した判決で、行政刑罰と行政上の秩序罰は併科として認められるのではないかとされています。

- ・過料賦課における過失の要否

【東高平 26/6/26】は、横浜市空き缶等散乱防止条例における路上喫煙禁止地区での喫煙行為につき、それを知らずに禁止地域でタバコを吸ってしまい過料を請求された事件で、過料というのは過失を要求しているのであって、条例の趣旨/目的からして同地区と認識しなかったことに過失がない場合には、過料の制裁を課することはできないということを言った。ただ、これどれくらい一般化できるかというのはまだ議論があるところで、行政上の秩序罰一般について過失が必要だとまでいうのは言い過ぎだとされています。

- ・過料賦課手続きにおける説明責任

ここは時間の都合で省略されました。

Ⅱ 行政調査

(1) 任意調査の限界

行政目的を実現するためには、それはどんな行政活動であれ行政調査が必要だけど、他方でその行政調査もその相手方のプライバシーやその他の権利その他の関係で限界があります。それに、行政調査に関しての一般法は日本にはまだありません。

任意調査の場合の調査拒否などに関して、罰則のある場合を間接強制調査と言いますが、基本的には意に反した立入は許されないとされています。また、罰則がない場合で意に反した調査がしたいのであれば、根拠規定の解釈が必要だろうとされています（ex. 警職⑥2～4）。

そこで、【判例120】と【判例121】ですが、特に【判例121】は一斉検問について、警職22条に「停止させて質問…」と書いてあるけど、どう停止させるかみたいなことについては書いてないし、海上保安庁法17条1項にも「海上保安官は、…船舶の進行を停止させ…」とあるけど、どのように停止させるかについては書いていない。ただ、どちらもある程度は強制的な措置はできるのではないかとということで、他の条文との関係から考えていく必要がある。

(2) 犯罪捜査との関係

行政調査を犯罪捜査として使っていいのかというのが問題になります。原則としては【判例124R1】。流用というのは犯罪捜査の面から見れば、罪刑法定主義とか犯罪捜査における手続き権の保護っていう要請がありますし、行政調査の面で見ればそれを多目的で利用するということは、やはり行政法が予定する法律上の要請、法律による行政の原理とか行政上の手続き保護の観点から見て問題があるから、原則は流用しちゃいけないとなっている。

では、結果として犯罪捜査に使われてしまったという場合はどうかということで、【判例124】がありますが、犯則調査の「手段」として行われた場合はやはり違法であるとされているようです。ただ、犯罪捜査→行政調査への流用は【判例124R2】で、一定程度認めるような感じになっています。ただ、そういうことを認めるのであれば、それぞれに対応した手続保障が必要ではないかと言われています。

第13講 行政手続

I 行政手続法

(0) 憲法との関係

基本的に93年の手続法が根拠についてはカバーをしてきたので、憲法が根拠になる問題というのはあまり発生しません。しかし、【最決平 26/8/19】ではそれが問題になりました。逃亡犯罪人引渡命令の合憲性が問題になった事件で、手続法の適用除外になっていたということで争いになりました。最高裁は合憲判決をし、確かに引き渡し命令自体について手続法の

いろんな手続きがないけれども、それまでに裁判所で手続きをしていたりと公正な手続きが踏まれているのでそれは合憲だとしました。

(1) 行政活動の（事前）手続によるコントロール

日本では従来、実体法＋事後（裁判）コントロール重視で、なかなか手続法の整備が進まなかった。だけど、先進各国共通して手続き四原則という「標準装備」があり、それを日本も搭載したほうがいいのではないかということが言われるようになった。田中説などを中心に、手続きの重要性を主張し、先駆的判例も出てきた（【判例97】 【判例106】）。その後行政不透明性へのアメリカからの批判もあって、1993年の立法に至ったという背景があります。

(2) 93年法の規定する手続のポイント

①処分手続（申請に対する処分/不利益処分の2類型）

申請に対する処分の中心的な条文は7条で、申請に対して遅滞なく審査応答をしろという規定があります。それから要件を満たしてなければ、却下するか補正を求めろということが規定されました。ここからの帰結として、申請を不受理にするとか申請がきたけど直ちに戻しちゃうとかは原則違法になるということになっており、【判例102+R2】 【判例103】 でこれを説示する判例が登場しています。

また、7条ができたことによって少なくとも申請に対する処分については受理・不受理っていうのは行政処分と考えなくていいので、受理・不受理っていう行為形式を捉えて紛争や訴訟はできにくくなったということになります。じゃあ、どのようにして申請がなかなか認められないことについて争うのかというと、ルート1つ目として、不作為の違法確認と義務付けというのがあります。それから2つ目に国家賠償というのがあります。ただ、不受理・返戻処分の取消訴訟というのは考える必要がありません。

また、申請前に申請を妨げる行為も、7条の趣旨に違反するとされています。【判例103】は、「事前審査方式」に固執した行政の対応が違法とされた事件。これは試験に出るいい問題だそうで確認しておくといいと思います。

それから5条で申請の後の手続きに関する審査基準の設定があります。処分基準、不利益処分については、その基準もある程度共通するルールである12条でかかってきて、定めた以上は理由提示に反映させろ、という判例が登場してきています。理由付記の程度については【判例110～112】が参考になるでしょう。

②届出手続

実質審査がない届出（ある例【判例108R4】）が対象で、届出に対する応答/不受理は処分ではないということになっています。

③ 行政指導手続

05年改正で、行政指導指針と命名され、意見公募（パブリックコメント）手続の対象になったことだけ注意です。

④ 意見公募手続

パブリックコメントについては、【判例114】で登場しています。ただ実際意見公募手続きどのくらい機能果たしているかっていうと、形骸化していたり意見公募の結果が提示されるのが遅かったりとか、色々問題の指摘がされているのが現状です。

(3) 手続瑕疵の効果

かなり前にやりましたが、非常に軽微な瑕疵であれば取消事由にならないとしています。そこで行政手続の履行についてもこの考えがあるので、従来の判例は二つに分かれていて、【判例109】は、理由付記について非常に厳格で、理由付記を欠いていたら即取り消し、追完は認めないとしています。一方で、【判例97】は聴聞とかその他の類型については、もしもちゃんとした手続きを履行したら違った判断になっていたかどうかという、中身を見た上で判断しますよとしています。

その他色々判例はありますが、とにかく手続き自体の重要性、それから当事者の手続き的権利がどこまで及んでいるのかということも考える必要があるということになります。

試験について

形式：大問2問（2問ともに解答のこと）

第1問は事例問題で、第2問は説明問題（小問4問程度を予定）

判例と解説のない六法のみ持ち込み可です。

範囲：講義とレジュメで扱った範囲 教科書で言えば1～350頁

・作成者コメ

2015年の問題を見る限り非常に難易度が高いです。事例問題の配点が非常に高いので、各自判例集を片手に勉強されるのが良いでしょう。Good Luck!