

第1回 オリエンテーション、行政法の基礎

教科書：板垣勝彦『公務員をめざす人に贈る行政法教科書』法律文化社（2018）

- * 必ず事前に予習箇所を指定するので、わからなくてよいかから一読してくること。
- * 配布したレジュメに基づき授業を行うが、ノートやメモを忘れないように！
- * 授業では、教科書、判例百選、六法（小型のもので良い）を毎回持参すること。

判例百選：宇賀克也・交告尚史・山本隆司（編）『行政判例百選 I・II [第7版]』有斐閣（2017）

参考書：板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』第一法規（2019）

講師の連絡先：itagaki-katsuhiko-dg@ynu.ac.jp

1. 行政法の基礎——行政法を学ぶ意味

(1) 行政法——行政活動を法的にコントロールするための法領域

- ① 行政はなんのためにあるのか？
- ② なぜ、行政を法的にコントロールする必要があるのか？

(2) 行政はなんのためにあるのか？

まず、①から考えてみよう。設例は、民法のみが存在する世界であると仮定せよ。

設例 料理が得意な P さんは、自宅を食堂に改裝した。P さんの料理の評判は広まり、近所のみならず、遠くからもお客様がやってくるようになった。ところが（料理が得意であるにもかかわらず）P さんには食品衛生に関する知識がまったくなく、夏の暑い盛りに何日間も放置した生魚や生肉を料理してお客様に提供したのである。案の定、お客様はバタバタと酔れていった…

Q1. P さんとお客様との間に形成される法律関係について検討しなさい。

Q2. お客様は一切の救済を受けられないのだろうか。

Q3. 経済学者 E 教授によれば、「衛生管理が不十分な食堂は、その悪評が広まるうちにお客さんが来なくなってしまう経営に支障をきたすから、合理的な経営者ならば、やがて商売のためにも衛生管理をしっかり果たすようになるだろう。したがって、行政が衛生管理について規制する必要は全くない」とのことである。E 教授に対する反論を考えなさい。

§ 食品衛生法（昭和22年法律第233号）

第5条 販売（不特定又は多数の者に対する販売以外の授与を含む。以下同じ。）の用に供する食品又は添加物の採取、製造、加工、使用、調理、貯蔵、運搬、陳列及び授受は、清潔で衛生的に行われなければならない。

第6条 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し（不特定又は多数の者に授与する販売以外の場合を含む。以下同じ。）、又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

一 腐敗し、若しくは変敗したもの又は未熟であるもの。ただし、一般に人の健康を損なうおそれがなく飲食に適すると認められているものは、この限りでない。

二 有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは付着し、又はこれらの疑いがあるもの。ただし、人の健康を損なうおそれがない場合として厚生労働大臣が定める場合においては、この限りでない。

三 病原微生物により汚染され、又はその疑いがあり、人の健康を損なうおそれがあるもの。

四 不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるもの。

第51条 都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業…であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。

第52条 前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の場合において、都道府県知事は、その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるときは、許可をしなければならない。ただし、同条に規定する営業を営もうとする者が次の各号のいずれかに該当するときは、同項の許可を与えないことができる。

一 この法律又はこの法律に基づく処分に違反して刑に処せられ、その執行を終わり、又は執行を受けることがなくなった日から起算して2年を経過しない者

二 第54条から第56条までの規定により許可を取り消され、その取消しの日から起算して2年を経過しない者

三 法人であつて、その業務を行う役員のうちに前2号のいずれかに該当する者があるもの

3 都道府県知事は、第1項の許可に5年を下らない有効期間その他の必要な条件を付けることができる。

第54条 厚生労働大臣又は都道府県知事は、営業者が第6条……の規定に違反した場合……においては、営業者若しくは当該職員にその食品、添加物、器具若しくは容器包装を廃棄させ、又はその他営業者に対し食品衛生上の危害を除去するために必要な処置をとることを命ずることができる。

2 略

第55条 都道府県知事は、営業者が第6条……の規定に違反した……場合……、第52条第2項第1号若しくは第3号に該当するに至った場合又は同条第3項の規定による条件に違反した場合においては、同条第1項の許可を取り消し、又は営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

2 略

第56条 都道府県知事は、営業者がその営業の施設につき第51条の規定による基準に違反した場合においては、その施設の整備改善を命じ、又は第52条第1項の許可を取り消し、若しくはその営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

(3) なぜ、行政を法的にコントロールする必要があるのか？

このように、行政が活動することの意義は、公共の利益（公共の福祉——生命、身体、財産）の保護にある！

とはいっても、どうやって規制の実効性を確保するのか？——公権力の行使が必要。

しかし、権力には、常に濫用の危険がつきまとう。そこで…②が要請されるのである。

2. 憲法と行政法

そんなわけで、行政法が機能していれば、国家活動は国民（私人、市民）の権利を保障しながら、公共の利益を守るために活動してくれるはずである。しかし……もし法律そのものが間違っていたら？

* 抽象的違憲審査制が認められていない日本国憲法の下では、憲法訴訟は通常の民事・刑事・行政訴訟に付随して提起されなければならない（付隨的違憲審査制）。そして、合憲性判断が必要になる大半の事件は、“行政法関係の”訴訟である。

* 行政活動の憲法適合性——長沼ナイキ訴訟（最判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁・百選Ⅱ182）

【事案】北海道夕張郡長沼町にミサイル基地を建設するために、農林大臣Yが森林法27条1項に基づき保安林指定解除処分をしたところ、保安林周辺の住民Xらが、上記処分は憲法9条と森林法26条2項に違反するとして、処分の取消しを請求した。

§ 森林法26条2項（当時） 農林大臣は、民有林である保安林について、公益上の理由により必要が生じたときは、その部分につき保安林の指定を解除することができる。

§ 森林法27条1項（当時） 保安林の指定若しくは解除に利害関係を有する地方公共団体の長又はその指定若しくは解除に直接の利害関係を有する者は、省令で定める手続に従い、森林を保安林として指定すべき旨又は保安林の指定を解除すべき旨を書面により農林大臣に申請することができる。

* 法律の憲法適合性——薬局距離制限違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）

【事案】スーパーマーケットを経営するXが、その店舗内での医薬品の一般販売業の許可を申請したが、県知事Yは、薬事法6条2項・4項の距離制限規定を考慮して不許可処分を下した。そこでXが処分の取消しを求めた。

【判旨】薬局等の設置場所の地域的制限の必要性・合理性を裏付ける理由としてYが指摘する「薬局等の偏在→競争激化→一部薬局等の経営の不安定→不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害」という事由は、いずれもいまだそれによって必要性・合理性を肯定するには足りないものであり、薬局開設許可基準の1つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項は憲法22条1項に違反して無効である。

§ 薬事法

第6条（当時の条文）

2 前項各号に規定する場合のほか、その薬局の設置の場所が配置の適正を欠くと認められる場合には、前条第1項の許可〔医薬品の一般販売業の許可〕を与えないことができる。ただし、当該許可を与えない場合には、理由を附した書面でその旨を通知しなければならない。

3 略

4 第2項の配置の基準は、住民に対し適正な調剤の確保と医薬品の適正な供給を図ることができるよう、都道府県が条例で定めるものとし、その制定に当たっては、人口、交通事情その他調剤及び医薬品の需給に影響を与える各般の事情を考慮するものとする。

3. 行政過程の全体構造（行政作用法、行政救済法、行政組織法の関係）

第2回 法律による行政の原理、行政組織法

1. 行政法理論の成立史

(1) 市民革命と権力分立

西欧では、市民革命の後、国王権力を制限するための原理として立憲主義が発達してきた。具体的には、国王の権力から①立法権（議会）と②司法権（裁判所）を奪い、これらを独立させることで、権力同士の抑制と均衡を図ったのである。

このとき、国王の手元に残ったのが、行政権なのだと考えればよい。つまり、国家権力から①立法権と②司法権を除いた残りが、③行政権である〔これを控除説という〕。具体的には、徴税権、警察権、軍事・外交権などを指す（ここで警察とは、警察官の行う治安維持にかぎらず、食品の衛生や建築の安全を確保する活動を幅広く含む概念である）。

社会契約説がいうように、国家の存在意義は、国民を「万人の万人に対する闘争」（ホッブズ）から保護することにある。行政には、国民から集めた税金により運用される統治機構を通じて国民の生命・身体を守ることが、最低限、要請されるのである。

(2) 夜警国家観と規制行政

しかし、立憲主義の要請からは、再び国王権力が肥大化することは忌み嫌われる。かくして、19世紀まで主流であった考え方は、国王に残った行政権は、治安維持など必要最小限に要請される活動だけをしていればよいというものであった。これを夜警国家観という。夜警国家観の下では、公共の利益のために市民の自由を制限する規制行政（侵害行政とも）こそが行政活動の中心とされ、市民の福利を増進する活動などは、考慮の外に置かれた。具体的には、規制行政の活動は公共の利益のために必要ではあるものの、再び国王行政が肥大化しないように、それを必要最小限度に抑えることが求められた。国家権力が私的自治に介入することなど、以ての外であった。このように、夜警国家観の下では、規制行政が行政活動の中心とされた（憲法では自由権的基本権に対応している）。

(3) 社会国家政策と給付行政

ところが、20世紀に入り、私的自治・契約自由（国家の市場経済への自由放任）を絶対視することが、社会の中での「格差」の拡大を助長しているのではないかとの懸念が示されるようになった。そこで採用された1つの解決策は、私人間の格差を是正する目的で、私的自治・契約自由の原則に制限を加える労働法、経済法（独占禁止法）、消費者法などの法規制を施すことであった。もう1つの解決策は、社会保険、社会福祉、公的扶助といった給付行政の拡大による社会国家政策の採用である。このように、社会国家政策の下で、給付行政が注目されるようになった（憲法では社会権的基本権に対応する）。

2. 公法と私法（公法・私法二元論とその克服）

(1) 公法・私法二元論

憲法や行政法など、国家と私人との間に成立する法関係を規律する領域を「公法」という。これに対して、民法や商法など、私人間の法関係を規律するのが「私法」である。歴史的には、国家と市民との間には、対等な市民同士に成立する「私法関係」とは異なる「公法関係」があるのでないかと考えられてきた。これを**公法・私法二元論**という。行政裁判所で積み重ねられた判例から、ドイツのオットー・マイヤーなどは、「公法関係」独自に通用する法理が存在するとして、民事法から独立した新しい学問としての公法学（行政法学）の体系をつくりあげた。

(2) 公法・私法二元論の背景

公法・私法二元論が採られた背景には、私法関係で起きた事件の解決は司法裁判所の手に委ねるが、公法関係の事件（行政事件）は行政権の下にある行政裁判所が担当するという裁判所の管轄の問題があった。このような行政裁判所の制度はドイツやフランスなど大陸法諸国で採用され、わが国でも、明治憲法下では、東京に置かれた第1審にして終審の行政裁判所が、あらゆる行政事件を管轄していた。司法裁判所と行政裁判所とで事件の管轄が異なれば、判断のための論理も異なってくることがあり得るため、この時代は公法・私法二元論を採る実益が存在した。

(3) 公法・私法二元論の克服

ところが、アメリカやイギリスなどの国々では、以前から行政事件もすべて司法裁判所の下に一元的に裁かれるしくみが採用されており、日本国憲法76条も、司法裁判所である最高裁判所が——行政事件も含めた——すべての事件を裁くことを宣言したのである。こうして、戦後の日本で公法私法二元論を採用する実益は失われ、むしろ公法関係において私法関係とは異なる特別の法理を妥当させることは、市民の実効的な救済を妨げる便法とされかねず、弊害が大きいとまで考えられるようになった。

とはいっても、戦後間もなくの農地買収処分事件（最高判昭和28年2月18日民集7巻2号157頁）において、最高裁は、自作農創設特別措置法の買収処分の相手方を登記簿上の所有者ではなく実際の所有者であると判断しており、公法関係には民法177条の適用が否定された先例として理解された時代があった。

しかし、上記判例についても、現在の学説は、公法・私法二元論から結論を導いたのではなく、法律の趣旨を解釈した結果ではないかと考えている。たとえば、租税滞納処分により國が土地を差し押された事案についての最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁は、民法177条の適用を認めて、執行債務者が登記簿上の所有者とされている土地に対する滞納処分を認めている。また、國の安全配慮義務違反を理由とする損害賠償債権の消滅時効について、最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁は、会計法30条の適用を認めず、民法167条1項により10年であると解した。こうして、現在の学界では、公法・

私法二元論はすでに克服されたと考えられている。

§ 会計法

第30条 金銭の給付を目的とする国の権利で、時効に関し他の法律に規定がないものは、5年間これを行わないときは、時効に因り消滅する。国に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。

(4) 公法・私法二元論の残滓？

しかし、判例には時たま、裁判所が公法・私法二元論の残滓に囚われているのではないかと思わせるものが現れる。

* 大阪空港判決（最大判昭和56年12月12月16日民集35巻10号1369頁）

航空機の離発着に伴う騒音被害に悩まされた周辺住民が民事差止めを請求した事案について、最高裁は、この問題は空港管理権（私法）と航空行政権（公法）が不可分一体に結びついているから、民事事件では解決できないとして、訴えを却下した。

* 宝塚パチンコ条例判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）

市が条例に違反する建築物の撤去を行うように裁判所へ民事執行を申し立てたところ、最高裁は、裁判所が行う「法律上の争訟」とは、もっぱら財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合に限られるのであり、もっぱら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求め訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものとはいえないから、「法律上の争訟」とはいえず、法律に特別の規定がない限り提起できないとして、訴えを却下した。

また、平成16年の行政事件訴訟法改正で、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」（公法上の〔実質的〕当事者訴訟、同法4条）の規定が拡充され、公法・私法二元論が復活しているのではないかと窺わせるふしもある。

3. 行政組織法

(1) “器官”と“人”

行政法の授業では、しばしば「行政庁」という概念を耳にする。具体的には、「経済産業大臣」とか「神奈川県土地収用委員会」、「さいたま市長」といったものが、「行政庁」である。「行政庁」に対して、「行政主体」という概念がある。これは、「国」、「神奈川県」、「さいたま市」などを指す。

「行政庁」と「行政主体」の違いは、人体における“器官”と“人”に例えるとわかりやすい。つまり、人体は様々な器官（Organ）の集合体である。そして、器官それ自体は人格を持たない。あくまでも、集合体としての人の身体全体が、意思を持つ人格として認め

られるのである。ドイツのイエリネックは、これを法人とその機関の関係にあてはめた。法人の内部には手足や内臓など様々な機関（器官）が置かれ、1つの人格のために意思決定を行い、活動している。その中でも意思決定を行い、それを外部に表示する器官——身体でいえば、頭に該当する器官——が最も重要である。これを**行政庁**という。行政庁は、国ならば内閣総理大臣をはじめとする各省大臣、地方公共団体ならば都道府県知事、市町村長、特別区の区長などのトップが務める（時たま、教育委員会、人事委員会、収用委員会などの合議制機関が行政庁となることもある）。会社でいえば、代表取締役がこれにあたる。行政庁は、最も重要な法人の機関（器官）であるが、それ自体は法人格を持たない（誤解してはいけないが、行政庁に就任する自然人はもちろん法人格を持っている）。

これに関連して、行政主体の内部での関係（上級官庁と下級官庁との間の関係）を、行政の内部関係という。人体に例えると、身体の内部の“器官”同士の関係である。これに対して、行政主体と他の法主体との関係を、行政の外部関係という。主に念頭に置かれるのは、ある行政主体と私人（私企業も含む）との関係である。訴訟の場に現れるのは、基本的に行行政の外部関係に限られる。行政の内部関係については、**機関訴訟**という特別の訴訟類型が規律することになるが、機関訴訟は法律に特別の定めがある場合しか提起することができない（行政事件訴訟法42条）。

Q. 国に対する地方公共団体、独立行政法人、国立大学法人などは、行政の内部関係か、それとも行政の外部関係か？

* 成田新幹線訴訟において最判昭和53年12月8日民集32巻9号1617頁

特殊法人である日本鉄道建設公団（現在は独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構）を国の運輸大臣の下級機関と位置付けて、内部関係の争いであるので抗告訴訟の対象にはならないとした。

(2) 作用法的機関概念（行政官庁法理）と事務配分的機関概念

(あ) 作用法的機関概念

行政主体と外部の私人との法関係（行政作用法）を念頭に組み立てられる機関の概念を、作用法的機関概念といいます。この考え方では、先述した“頭”としての機関である行政庁が中心に置かれ、それ以外の機関は行政庁の指示に従う“手足”であったり（執行機関）、頭に栄養を送る“内臓”であったり（補助機関）、頭脳からの諮問に応じたり（諮問機関）など、行政庁の従たる機関として位置付けられる。行政庁が中心なので、**行政官庁法理**と呼ばれることがある。今後、行政法学の学習で重要なのは、この作用法的機関概念である。

(い) 事務配分的機関概念

行政事務の配分に着目した機関の概念を、事務配分的機関概念といいます。外交を担当する外務省、財務を担当する財務省、防衛を担当する防衛省といったように、日常でわれわれがイメージする機関の概念は、こちらに近いと思われる。

(3) 代理、委任、専決（代決）

(あ) 代理

代理には、授権代理と法定代理がある。授権代理の場合、法律の根拠は不要である。法律で代理の定めが置かれている場合、法定代理という（地方自治法152条など）。いずれも、代理権を付与された補助機関が本来の権限を有する機関のためにすることを示して行為し（顕名）、その効果は本来の権限を有する機関に帰属するという点で、民法の代理と同じである。

(い) 委任

委任は、民法644条以下の委任契約とは全く異なるので、注意する必要がある。本来の機関に付与された権限を補助機関へと変更することを委任という。法律でなされた権限分配を変更するしくみなので、法律の根拠がなければすることができない。委任された補助機関は、自身の名義で権限を行使する。そこに本来の機関のことは一切現れない。

§ 出入国管理及び難民認定法（昭和26年政令第319号）

第69条の2 出入国管理及び難民認定法に規定する法務大臣の権限は、法務省令で定めるところにより、地方入国管理局長に委任することができる。（以下略）

(う) 専決

専決は、実務上の運用であって、法律に定めはない。強いていえば、代理の一種である。補助機関が本来の機関として振る舞うのが専決である（もちろん、本来の機関の了承は得ていることが前提である）。専決の中でも、本来の機関が病気などの理由で欠けているときに行われるものを、代決という。

※ 地方自治法179条の「専決処分」とは全く意味が異なるので注意すること。

- * 今回の復習として、教科書〔第1講〕を家で読んでおくこと。
- * 次回の予習として、事前に教科書〔第2講〕に目を通しておくこと。

第3・4回 行政処分の「違法」(実体的違法)

1. 「法律による行政の原理」

あらゆる行政活動は法律に従って行わなければならず、法律に違反してはならない。これを法律による行政の原理（法治国原理）という。国王に残った行政権の専横を国民代表である議会の制定した法律によってコントロールしよう（そして行政権がきちんと法律を順守しているかは裁判所に判断させよう）という発想から生まれた考え方である。「法律による行政の原理」は、(1) 法律の法規創造力、(2) 法律の優位、(3) 法律の留保に分かれる。

(1) 法律の法規創造力

国民の権利を制限したり、国民に対して義務を課すことは、「法律」という名の規範を用いなければならない。これを法律の法規創造力という。『法規 (Rechtssatz)』とは、『法命題』とも訳され、「国民の権利を制限したり国民に義務を課すことのできる規範」のことを目指す。つまり、『法規』をつくることができる「法律」という法形式によってのみであることを示している。

憲法41条によれば、この「法律」という法形式を制定できるのは国会だけである。つまり、国民の代表である国会が——国民自身の自由を縛るものとして——制定したからこそ、「法律」は、国民の権利を制限し、国民に義務を課すことが許されるのである。そこには、人の自由を拘束することができるのは、その人の自由意思による同意のみであるという自由主義の理念が現れている。

法律の法規創造力が意味するところは、とてもわかりやすい。しかし、実際には、法律では一般的・抽象的な規律しか行われておらず、具体的な規律を行政の定立する政令・省令（行政立法）に任せている局面が多い。これを委任命令という。程度問題ではあるが、あまりに法律が具体的な規律を政令・省令に丸投げすること（白紙委任）は許されない。

(2) 法律の優位

法律の優位とは、あらゆる行政活動（行政行為、行政指導、行政契約、行政計画）および行政の定立する法規範（政令、省令、通達、告示といった行政立法）よりも、国会の制定する法律が優位するという考え方である。法律に違反する行政活動は、効力を有しない。

※ 法律よりもさらに優先するのが憲法である。したがって、優先順位としては、憲法>法律>行政活動の順番になる。いうまでもなく、行政活動は憲法に違反してもいけない。

(3) 法律の留保

行政がある活動を行おうとするときに、法律の根拠が必要であるという場合、「その活動の正当化根拠は“法律に留保されている”」と表現する。補助金を給付する活動には法律の根拠が必要だというなら、補助金給付の正当化根拠は“法律に留保されている”ことにな

る。このように、ある活動の正当化根拠として法律が必要となる場合（これを裏返せば、法律の根拠がなければその活動を行うことができない場合）を表現するのが「法律の留保」の原理である。

（あ）侵害留保説

判例・行政実務を支配しているのは、侵害留保と呼ばれる考え方である。これは、「国民の権利を制限し、国民に義務を課す場合には、法律の根拠が必要であり、その場合にのみ法律の根拠を必要とする」というものである。租税法律主義（憲法30条、84条）や罪刑法定主義（憲法31条）と発想を同じくする。侵害留保は、法律の法規創造力と表裏の考え方である。最もシンプルな考え方で、かつ法律で制定すべき事項を最小限に抑えていることなどから、現在でも支持を集めている。

（い）社会留保説

行政活動が警察規制のみを担当している夜警国家の時代ならばともかく、社会福祉や社会保険など、国民の権利・義務に必ずしも関係しない活動の比重が大きくなった現在では、侵害留保説では「行政活動の法的コントロール」という行政法の要請を完全に満たすことはできないとも思われる。そこで、法律の留保の範囲を社会国家活動まで広げようという社会留保説が提唱された。この考え方では、生活保護受給決定、補助金交付決定に限らず、給付行政のサービス提供の側面にまで、法律の留保が拡大される。社会留保説は、狙いとするところは鋭いのだが、社会国家活動にも様々なものがあり、それらすべてに法律の根拠を必要としていたのでは、行政の機動性を害するのではないかとの懸念がある。

（う）権力留保説

社会留保説が提唱されたのと同じ時期に、生活保護の受給決定など、行政の権力的な判断を伴う活動にも法律の根拠が必要であるとする権力留保説が唱えられるようになった。しかし、どの範囲を「権力的な活動」と位置付けるのかについては見解の相違がみられ、あまり支持は得られていない。そもそも、権力を創出することができる法律だけであるので、権力留保説は同語反復にすぎないのではないかとの鋭い批判がある。

（え）全部留保説

社会留保説をさらに推し進めたのが、全部留保説である。現代の行政活動の多様性を把握するのに侵害留保説では不十分であり、およそ行政活動はすべて法律の根拠が必要だというのである。理想的にみえるが、実務で採用するのは相当に困難である。

（お）重要事項留保説（本質性理論）

ドイツの有力説である本質性理論を参照したのが、重要事項留保説である。重要事項留保説は、行政活動として重要なものには法律の根拠が必要であると考える。ただ、なにをもって重要か否かを判断するかについては、見解の相違がみられる。

行政の行為形式論

行政は、その目的を達成するために、様々な行為形式（活動形態）を用いて活動を行う。

事実上の効果を有するにすぎないもの、法的効果を伴うもの、特定人のみを対象とするもの、不特定多数の一般人を対象とするものなど、実に多様である。今回からは、数回かけて、この行政の行為形式について学ぶ。最終的に理解する必要がある行為形式は、行政立法、行政行為（処分、行政処分とも）、行政指導、行政契約、行政計画である。行為形式とは若干異なるが、行政罰（行政刑罰／行政上の秩序罰）、行政調査、行政上の義務履行確保（行政強制）についても、残りの授業で扱う。

2. 行政処分の実体的違法

（1）法律の条文の構造——要件と効果

行政法の鍵となる概念が、「違法」である。処分を受けた私人は、審査請求（行政不服審査法2条）や取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）では、処分が違法であることを主張して、その取消しを求める事になるし、国家賠償請求（国家賠償法1条1項）では、処分が違法であり、公務員に故意・過失があることを主張して、損害賠償を請求する。

さて、「違法」というのは、法律に違反することである。一般に、処分の根拠法規は、

「行政庁は、**A**のときは、**B**をしなければならない。」

という規定になっている。このときの**A**を要件規定、**B**を効果規定とよぶ。行政庁は、法律によって、**A**という条件が満たされたときにのみ、**B**を行うことが許される（場合によっては、**B**をすることが義務付けられる）という意味である。

どうしてかというと、**B**は、たとえば営業禁止処分のように、一定期間の営業を禁止するといった性質をもつため、もし行政庁が自由気ままに行使することを許せば、国民の権利が著しく侵害されかねないからである。

- 命令 国民に対して一定の行為をするように義務付ける。是正命令、除却命令など。
- 禁止 国民の権利を制限する。営業禁止処分など。
- 許可 一般的に禁止されている行為を一定の条件の下で解除する。運転免許など。

他方で、食中毒事件を頻繁に起こす飲食店の営業を野放しにするわけにもいかないだろう。そこで、行政庁の権限行使を制約しつつ、適切に権限行使して、多くの国民の健康という公益を確保する——個人の営業の自由と公益を調整する——必要が生まれる。

その鍵となるのが、法律なのである。法律は、国民の代表である国会が制定するものであるから、法律の中で、「**A**の場合には、公益上の必要から、国民の権利を制約し、義務を課す内容の**B**という行為をしても構わないよ」という授権がなされている場合ならば、国民が公益上の必要から自らの権利を制約し、自らに義務を課すことに同意しているといえる。行政庁が国民の権利を制限し、義務を課すことにつかわる行為をすることができるのは、法律に記載された一定の条件を満たす場合に限られるのである。こうした行

政府による処分権限を行使するための根拠となる法律を、実体法とよぶ。

Q. 食品衛生法 52条2項と 55条1項の「要件」と「効果」を抜き出してみよう。

§ 食品衛生法（昭和22年法律第233号）

第5条 販売（不特定又は多数の者に対する販売以外の授与を含む。以下同じ。）の用に供する食品又は添加物の採取、製造、加工、使用、調理、貯蔵、運搬、陳列及び授受は、清潔で衛生的に行われなければならない。

第6条 次に掲げる食品又は添加物は、これを販売し（不特定又は多数の者に授与する販売以外の場合を含む。以下同じ。）、又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない。

- 一 腐敗し、若しくは変敗したもの又は未熟であるもの。ただし、一般に人の健康を損なうおそれがなく飲食に適すると認められているものは、この限りでない。
- 二 有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは付着し、又はこれらの疑いがあるもの。ただし、人の健康を損なうおそれがない場合として厚生労働大臣が定める場合においては、この限りでない。
- 三 病原微生物により汚染され、又はその疑いがあり、人の健康を損なうおそれがあるもの。
- 四 不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるもの。

第51条 都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業…であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。

第52条 前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 前項の場合において、都道府県知事は、その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるときは、許可をしなければならない。ただし、同条に規定する営業を営もうとする者が次の各号のいずれかに該当するときは、同項の許可を与えないことができる。

- 一 この法律又はこの法律に基づく処分に違反して刑に処せられ、その執行を終わり、又は執行を受けることがなくなった日から起算して2年を経過しない者
 - 二 第54条から第56条までの規定により許可を取り消され、その取消しの日から起算して2年を経過しない者
 - 三 法人であつて、その業務を行う役員のうちに前2号のいずれかに該当する者があるもの
- 3 都道府県知事は、第1項の許可に5年を下らない有効期間その他の必要な条件を付けることができる。

第54条 厚生労働大臣又は都道府県知事は、営業者が第6条……の規定に違反した場合……においては、営業者若しくは当該職員にその食品、添加物、器具若しくは容器包装を廃棄させ、又はその他営業者に対し食品衛生上の危害を除去するために必要な処置をとることを命ずることができる。

2 略

第55条 都道府県知事は、営業者が第6条……の規定に違反した……場合……、第52条第2項第1号若しくは第3号に該当するに至った場合又は同条第3項の規定による条件に違反した場合においては、同条第1項の許可を取り消し、又は営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

2 略

第56条 都道府県知事は、営業者がその営業の施設につき第51条の規定による基準に違反した場合においては、その施設の整備改善を命じ、又は第52条第1項の許可を取り消し、若しくはその営業の全部若しくは一部を禁止し、若しくは期間を定めて停止することができる。

(2) 効果裁量

(あ) 裁量と羈束

まず、効果規定から説明する。Aを満たしているにもかかわらず、行政庁がBの許可を行わずに不許可処分を下した場合、その不許可処分は、審査請求や取消訴訟の結果、法律に違反するものとして取り消される。審査請求人や原告からは、「この不許可処分は食品衛生法52条2項に定める営業許可の要件を満たしているにもかかわらず、許可がなされずに下されたものであり、違法であるから取り消してほしい」という主張がなされる。

ここで、Bについて、「しなければならない」ではなく、「することができる」という規定になっている場合がある（食品衛生法52条2項ただし書など）。この場合、「許可を与えないこと=不許可処分をすること」がBということになり、「行政庁には、Bをするか否かについて裁量が与えられている」と表現される。効果について裁量が付与されているので、これを効果裁量とよぶ。

これに対して、「しなければならない（するものとする）」という規定ぶりのときは、行政庁にはBをするか否かについて裁量ではなく、要件が備わっている限り、必ずBをすることが義務付けられる。このようなとき、「行政庁はBをするように羈束されている」と表現することがある。食品衛生法52条などがその例だが、実は少し厄介である。

(い) 裁量の逸脱・濫用

行政庁に（効果）裁量が与えられている場合、原則として、その処分をしてもしなくても当・不当の問題を生ぜしめるにとどまり、違法となることはない。ただし、行政庁が与えられた裁量の範囲を逸脱していたり、不正な動機に基づき裁量権を濫用的に行使したよ

うな場合には、下した処分が違法と判断されて、取り消されることが起こり得る（参照、行訴法30条）。

§ 行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）

第30条 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。

多くの法律は、行政庁に効果裁量を与えていた。そのため、審査請求人や原告としては、「たしかに、この法律は行政庁に効果裁量を与えていた。しかし、それにしても問題となっている処分は、裁量権を逸脱・濫用しているから、処分は違法だ」と主張することになる。行政庁としては、その逆で、「問題となっている処分は裁量権の範囲内だ」と主張することになる。

それでは、効果裁量の逸脱・濫用は、いかなる視点で判断されるのだろうか。ここで重要なのが、比例原則、平等原則といった法的一般原則の視点である。

（う）比例原則

比例原則というのは、行政による権限の行使は、行政目的を達成するために必要な範囲でのみ許されるという原則である。たとえば、軽微な食中毒事件を発生させた飲食店に対して営業停止処分を下す目的は、原因の究明と再発防止のためであり、大抵は、数日間で済まされる。それでもかかわらず、目的と比較して不相応なほど長期間の、たとえば1か月の営業停止処分を下すことは、目的と手段の均衡を欠くものであり、比例原則違反として違法になる。重い違反には重い処分、軽い違反には軽い処分が求められるというわけである。

Q. 教育熱心で生徒や保護者からの信頼も厚くまじめで知られる県立高校のI教諭は、忘年会の翌朝、酒気帯びで逮捕されたために地方公務員法29条1項3号に基づき懲戒免職処分になった。しかし、I教諭は、しっかり8時間睡眠をとっていたにもかかわらず、前夜の深酒によりアルコールが検知されてしまったのだった。この懲戒免職処分は適法か？

（え）平等原則

平等原則というのは、行政が、合理的な理由なくして国民を差別的に取り扱うことは許されないという原則である。たとえば、市立公民館の一室を会議で使いたいから使用許可を申請してきたAとBに対して、Aには許可を下したのに、Bは不許可とするようなことは、合理的な理由がなければ許されない（地方自治法244条3項）。

Q. 会議室は1つしかないのに、AとBが同じ時間帯を希望してきたようなときは、どうするのがよいだろうか？

（お）不正な動機

形式的に処分要件を満たしていたとしても、不正な動機に基づいて下された処分は、違

法と判断されることがある。事例としては、余目町個室付き浴場事件が有名である（ただし、国家賠償の事案）。

* 余目町個室付き浴場事件

Xが山形県余目町に個室付き浴場を開業しようとしたところ、周辺住民による反対運動が起きたため、山形県と余目町は、個室付き浴場の予定地から 134m 離れた場所にある廃校跡地を児童福祉法上の児童福祉施設として認可することにした。当時の風俗営業取締法4条の4は、児童福祉施設の周囲 200m 以内で個室付き浴場を営業することを禁止していたためである。県知事による児童福祉施設の認可は、それ自体としては児童福祉法の要件を満たしていたが、最判昭和 53 年 5 月 26 日民集 32 卷 3 号 689 頁は、この認可はXによる個室付き浴場の営業を阻止することを主たる動機としてなされたものであり、行政権の著しい濫用によるものとして違法であるとした。

(3) 要件裁量

A の要件の認定についても、裁量は觀念される。要件に該当するか否かの認定について裁量が付与されていることを、要件裁量とよぶ。食品衛生法 52 条2項では、「その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるとき」という要件が定められている。これは、前条（同法 51 条）で、「条例で、業種別に、公衆衛生の見地から……定めなければならない」とされている「基準」に「合うと認める」か否かについては、都道府県知事（都道府県の職員）の裁量に任されているということである。

しかし、現場の職員にとっては、《業種別に、公衆衛生の見地から支障がない》ことを判断せよ、などといわれても厄介である。そこで、「基準」が詳細に定められている。このように、裁量行使する上で手引きとなるような基準のことを、裁量基準という（申請に対する許可・不許可を判断する場合の基準は審査基準、不利益処分を出すか否かを判断する場合の基準は処分基準とよばれる）。

和歌山県食品衛生法施行条例 4 条と別表第 2 には、食品衛生法 51 条について定めた「基準」が示されている。通常の店舗で飲食店を営業する場合ならば、次の基準に合うと認められなければ、許可は与えられない。

§ 和歌山県食品衛生法施行条例（平成 12 年条例第 54 号）

別表第 2

- (ア) 洗浄設備は、食品及び器具それぞれ専用のものであること。ただし、衛生上支障がないと認められるときは、この限りでない。
- (イ) 食品の洗浄設備は、調理のそれぞれの段階に応じた専用のものであること。ただし、衛生上支障がないと認められるときは、この限りでない。
- (ウ) 食品の取扱量に応じた十分な大きさを有し、かつ、10 度以下の温度に保つことができる冷蔵設備が設けられていること。
- (エ) 冷凍食品を保存する場合にあっては、冷凍食品の取扱量に応じた十分な大きさを有

- し、かつ、零下15度以下の温度に保つことができる冷凍設備が設けられていること。
- (オ) 調理場の食品及び飲食器の保管設備(冷蔵設備及び冷凍設備を除く。)は、床面から0.5メートル以上の高さに設けられていること。
- (カ) 放冷の必要がある食品を取り扱う場合にあっては、これを衛生的に放冷するための設備が設けられていること。
- (キ) 客に飲食させる食品の施設以外の場所への運搬用の器具は、蓋付きのもので、かつ、洗浄が容易なものであること。
- (ク) まな板及び包丁は、調理の方法及び食品の種類により必要に応じてそれぞれ専用のものであること。
- (ケ) 生食用の食品を扱うまな板は、合成ゴム製又は合成樹脂製のものであること。
- (コ) 自家製ソーセージを調理する場合にあっては、次に定めるところによること。
- a 調理場は、次に掲げる構造設備を有すること。
- (a) 肉ひき機、充填機、くん煙機、湯煮槽、冷却槽その他必要な器具が備えられていること。
- (b) 納湯設備を有する器具の洗浄設備が設けられていること。
- (c) 流水式手洗設備及び手指の消毒設備が設けられていること。
- (d) 製品の中心部を測定できる温度計が備えられていること。
- (e) 肉の水素イオン濃度を測定するための装置が備えられていること。
- (f) 細菌検査装置が備えられていること。
- b 原料肉用及び製品用に区分された冷蔵設備が設けられていること。
- c 添加物、調味料等の専用の保管設備及び添加物、調味料等の計量のための計器が備えられた計量室が設けられていること。
- (サ) 生食用食肉(牛の食肉(内臓を除く。)であって、生食用として販売するものに限る。(シ)において同じ。)を加工する場合にあっては、次に定めるところによること。
- a 設備は、専用とし、他の設備と明確に区分されていること。
- b 器具及び手指の洗浄及び消毒のための設備が設けられていること。
- c 温度計を備えた加熱殺菌設備が設けられていること。
- d 冷却設備が設けられていること。
- (シ) (サ)a及びbの規定は、生食用食肉を調理する場合について準用する。

このような基準が定められている場合、行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用があるか否かは、

- ① 基準そのものの合理性
② その基準に対する具体的な事実のあてはめの合理性

という2段構えで判断される(最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁)。

①については、上に掲げた「基準」を一読する限り、洗浄設備、冷凍設備、生食用の食

品加工について必要な設備が備わっているかというような、施設の衛生面に配慮した規定が置かれており、適切であろう。

Q. たとえば、「基準」の中に、「調理場が500平方メートルの広さを備えていること」という規定があり、あなたの飲食店の調理場はとてもそんな広さを備えていなかったために営業申請に不許可処分が下された場合は、基準として合理的といえるだろうか？

これに対して、②の、基準の内容は合理的だけれども、具体的な事実のあてはめが合理的でない場合というのは、個別事情考慮義務と関わってきて、少し難しい。

Q. (ケ) 「生食用の食品を扱うまな板は、合成ゴム製又は合成樹脂製のものであること。」とあるが、たとえば料理のたびに木製のまな板を取り替えている場合はどうか。

個別事情考慮義務

事案ごとに尽くすべき個別事情を考慮する義務（個別事情考慮義務）が尽くされていない場合にも、裁量権の逸脱・濫用は認定され得る。たとえば、法律の条文を形式的に適用したのでは極めて不合理な結論となる場合などである。食品衛生法55条1項でいえば、生食用の食品を扱うまな板に木製のものを使用したけれども、十分すぎるほどに消毒処理を施している事業者に対して都道府県知事が営業停止処分を下せば、効果裁量の逸脱・濫用が認められる可能性がある。

(4) 事実認定

(あ) 事実認定とは

* 法律解釈の問題ではないことに注意。

Q. あなたが営んでいる鮮魚店に保健所の調査が入り、「腐った魚を販売したため」という理由で、県知事から食品衛生法55条1項に基づき1週間の営業停止命令が出された。しかし、本当は腐った魚など販売していなかったというとき、営業停止命令の取消しを求めるることは可能か？

(い) 事実認定と法律の解釈

事実認定と法律の解釈は、明確に区別できないときがある。

(う) 行政争訟と事実認定

民事訴訟や刑事訴訟では、事実認定は法律解釈と並んで裁判所の専権である。いかなる事実認定がなされるかによって、法律論に入る前に、訴訟の実質的な決着がついてしまうことも少なくない。ところが、行政争訟では、事実認定が要件裁量と分かちがたく結びついている場合があり、事実認定にも裁量を認めているのではないかと考えられることがある。

る（出入国管理及び難民認定法21条3項にいう、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」について、最高判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）。

（え）行政職員にとっての事実認定

行政活動を行う判断の基礎となる事実（情報）を、適切かつ念入りに収集・管理することが求められる。誤った事実に基づき不利益処分など課してしまった日には、目も当てられない。

情報の収集いろいろ

- ・ 申請・届出によるもの
- ・ 報告・聴取の成果
- ・ 行政調査（罰則による威嚇を背景とした調査）
- ・ 強制力ある調査

（5）信義誠実の原則（信義則）への違反

行政手がある処分を下すことが、信義誠実の原則（信義則、民法1条2項）に違反するものとして違法とされる場合がある。しかし、行政法関係においては、法律による行政の原理に基づき、同じ立場にある者は法律に基づいて公平に扱われなければならない。信頼を保護するというのは、たまたま行政の担当者がミスしたために、その相手方に本当ならば法律上は得られない地位を得ることを認めることなのである。このことを考慮すると、青色申告事件（最判昭和62年10月30日判時1262号91頁）が示唆するように、行政法関係において信義則を適用するためには、よほどの事情が介在することが求められよう。

第5・6回 行政処分の「違法」(手続的違法)

1. 行政手続法のあらまし

(1) 行政手続法の制定

行政の活動を規律する法規には、実体法規と手続法規の2種類がある。実体法規は、食品衛生法や建築基準法などの個別法に規定されている。手続法規も、従来はこうした個別法ごとに規定されていたのだが、手続重視の考え方方が広まるにつれて、行政が従うべき手続的規律を通則法として制定すべきであるとの要請が強くなった。この要請を受けて平成5年に制定されたのが、**行政手続法**であり、数ある通則法の中でも、特に新しい法律である。その後、意見公募手続等の追加（平成17年）など、重要な改正を経ている。

(2) 事前手続と事後手続

かつて、違法な行政活動に起因する損害は、事後手続（行政争訟・国家補償）において救済を得ればそれで十分であると考えられていた。しかし、事後的に損害を埋め合わせるよりも、あらかじめ違法な行政活動が起きないように事前手続を整備する方が望ましいと考えられるようになった。

また、従前は結論さえ正しければよいとされ、それに至るプロセスにはあまり関心が払われてこなかったが、やがて「正しい手続からこそ正しい結論が生まれる」という手続的正義の要請が高まってきた。

この点、刑事手続では、憲法31条が明文で適正手続を保障している。この法理は、刑事手続に限らず、行政手続にも及ぶとされている（成田新法事件：最大判平成4年7月1日民集46巻5号471頁）。

手続重視の高まりをうけて平成5年に行行政手続法が制定され、裁量基準の策定、告知と聴聞、理由の付記といった原則に基づいて、様々な手続的要請が規定されている。

(3) 行為形式との関係

- ① 行政行為……「处分」と定義され、申請に対する処分と不利益処分という2類型に分けて規定された。
- ② 行政指導
- ③ 届出
- ④ 行政立法……行政手続法では、「命令等」として定義され、その制定手続が「意見公募手続等」として規定された。

(4) 手続違反と処分の瑕疵

手続法規に違反してなされた処分が違法であることは確かだが、直ちに取り消すべきであるかについては、争いがある。処分が手続法規を無視して発せられたとしても、実体的

に正しいことは十分にあり得るからである。この問題を提起したのが以下の判例であり、行政手続法の制定に大きな影響を及ぼした。

* 個人タクシー事件（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）

* 群馬中央バス事件（最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁）

2. 申請に対する処分

(1) 申請とは

私が行政庁に対して許可、認可、免許その他の自己に対して何らかの利益を付与する処分（許認可処分等）を求める行為を申請という（行政手続法2条2号）。営業許可の申請が典型的である。行政庁には申請に対する応答義務があり（同号）、申請が事務所に到達したときは遅滞なく審査を開始しなければならない（同法7条）。そして、申請者が今後の見通しをつけられるように、行政庁は申請の審査に通常要すべき標準的な期間（標準処理期間）を公表しておかなければならぬ（同法6条）。

(2) 審査基準

申請者に今後の見通しをつけてもらう（予測可能性を保障する）という意味では、一体、自分は何をどこまで準備すれば許認可が得られるのか、事前にその基準を知ることができれば、これ以上望ましいことはない。内部の基準が設定されていれば、行政庁の恣意的な判断を防ぐこともできるようになる（行政の透明性の確保）。それに、行政庁の担当者としても、先例との平仄や公平性・公正性の観点から安心して判断を下すことができる。

そこで行政庁は、許認可等をするかどうかを判断する基準（審査基準）をあらかじめ設定しておかなければならぬ（同法2条8号ロ、5条1項）、行政上特別の支障があるときを除き、この審査基準を公表しておかなければならぬ（同条3項）。審査基準の設定に大きな影響を与えたのが、個人タクシー事件（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）である。

ちなみに、審査基準はあくまで行政内部でのみ通用する規範であるので、通達などと同様、行政規則に分類される（行政庁が裁量権の行使に際して拠るべき基準であるので、裁量基準と呼ぶことがある）。

なお、裁判所が行政裁量の違法性を審査する際には、行政庁が裁量権の行使に際して依拠した審査基準それ自体の合理性（および、審査基準へのあてはめの合理性）について審査するものとされる（伊方原発訴訟：最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）。

(3) 行政不服審査法・行政事件訴訟法（とりわけ抗告訴訟）との関係

行政庁の応答には、①許可、認可、免許を付与する処分（許認可処分等）と、②これらの付与を拒否する処分（申請拒否処分、不許可処分等）がある。申請者にとっては、①がなされた場合には当然不満はないが（申請者以外の人にとって不満が生じる場合がある

——行政法IIで後述)、②がなされた場合には、不満が生じる。

そこで、②の処分をうけた申請者は、これに対して不満を表明することになる。行政に対して不満を述べるのが行政不服審査法のしきみであり、裁判所に不満を訴えるのが、行政事件訴訟法のしきみである。特に、処分に対する不満に対しては、抗告訴訟が用意されている(行政事件訴訟法3条1項)。不許可処分の取消しを求めるというかたちで、不満を表明するのであるが(取消訴訟、同条2項)、その他にも、申請に対していつまでも行政庁が応答しないことに不満を表明する不作為の違法確認訴訟(同条5項)であるとか、平成16年の行訴法改正により、もっと進んで、許認可処分等の義務付けを求める類型についても、法律上認められるようになった([申請型]義務付け訴訟、同条6項2号)。

(4) 理由の提示

申請者が不満を表明する(処分の違法性を主張する)ときに、一体自分はいかなる理由によって拒否処分がなされたのか、その理由を知ることができれば、違法性を主張する手がかりとなり、非常に便利である。そこで、行政庁が拒否処分をする場合には、同時に当該処分の理由を示さなければならないとされる(行政手続法8条1項。拒否処分を書面でするときには、理由を書面で示さなければならない、同条2項)。

理由の附記が要求される趣旨は、このような①不服申立ての便宜のほかに、②行政手続法制定前の事案であるが、旅券発給拒否処分における理由の提示の趣旨を示したものとして、最判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁)。

届出

申請とは異なり、法律上の効果の発生に行政手続法の諾否の応答を必要としないものを届出といふ(行政手続法2条7号)。そうである以上、私人は届出さえすれば自己の期待する一定の法律上の効果得ることができそうだが、かつて実務上は、届出がなされても「不受理」とする取り扱いがなされることがあった。受理されていないので、法律上の効果は発生しないといふのである。しかし、行政手続法は「受理(不受理)」なる概念を否定したので、最早こうした事態は起こり得ない。私人の届出義務は、しかるべき機関の事務所に到達した時点での、当然に充足される(同法37条)。

3. 不利益処分

(1) 概要

行政手続法が直接に私人の権利を制限し、または義務を課す処分を不利益処分といふ(行政手続法2条4号)。当たり前だが、不利益処分を課す場合には法律の根拠が必要である(同号)。業務改善命令、営業停止処分、営業許可の取消し処分、違法建築物の除却命令などが典型的である。

(2) 処分基準

不利益処分を下す場合に、不利益処分をするかどうか、またはどのような不利益処分をするかについて内部の基準が設けられていれば、行政庁の恣意的な判断を防ぐことができる。そこで行政庁は、不利益処分をするかどうか、またいかなる不利益処分をするかについて判断する基準（処分基準）をあらかじめ設定し公表するように努めなければならない（同法2条8号ハ、12条1項）。

この点、被処分者に対する予測可能性の保障という観点からは、（刑事法における罪刑法定主義のように）処分基準にも審査基準のような設定・公表義務を課すべきとも思われるのに、処分基準に関しては努力義務にとどめられている。このことは一見すると不合理にみえるが、①不利益処分の実例が少なく、基準を設定するほどの蓄積がないこと、②あらかじめ行政の手の内を知らせてしまうと、巧みに処分基準をすり抜ける者が現れかねないことがその趣旨とされている）。

ただし、道路交通法における自動車運転免許の停止・取消し処分の点数制のように、処分基準が明確にされている場合もある。これは被処分者があまりに定型的かつ大量に発生することに行政として公平・公正に対処するためである。

(3) 行政不服審査法・行政事件訴訟法（とりわけ抗告訴訟）との関係

行政庁から不利益処分がなされた場合、当然のことながら、被処分者には不満が生じる。ここでも、行政に対して処分の取消しを求める行政不服審査法と、裁判所に訴える行政事件訴訟法のしくみ（抗告訴訟——特に取消訴訟）が用意されている。平成16年の行訴法改正により、あらかじめ不利益処分がなされることを差し止める訴訟類型も、法律上認められた（差止め訴訟、行訴法3項7項）。

(4) 聴聞と弁明の機会の付与

行政庁が不利益処分をしようとする場合、処分が重いときは被処分者の聴聞を行わなければならず、軽いときは被処分者に弁明の機会を付与しなければならない（行政手続法13条1項）。典型的には、営業停止処分は弁明の機会の付与で足りるが、営業許可の取消しには聴聞を経ることが必要とされる。弁明の機会が原則として書面審理であるのに対して（同法29条1項参照）、聴聞では口頭審理が実施される。

(5) 理由の提示

被処分者が処分の違法性を主張するときに、一体自分はいかなる理由によって不利益処分がなされたのか、その理由を知ることができれば、裁判における違法性主張の手がかりとなり、非常に便利である。そこで、行政庁が不利益処分をする場合には、同時に当該処分の理由を示さなければならないとされる（行政手続法14条1項）。拒否処分を書面でするべきには、理由を書面で示さなければならない（同条3項）。

理由の附記が要求される趣旨は、申請に対する拒否処分の場合と同様、こうした①不服申立ての便宜のほかに、②行政庁の恣意的な判断の抑制にある。どの程度の理由の提示が求められるのかについて、一級建築士免許取消し処分に係る最判平成23年6月7日民集65巻4号2081頁は、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきであり、処分基準が設定・公表されている場合には、処分の原因事実及び根拠法条に加えて、処分基準の適用関係まで示されなければ、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかについて被処分者は知り得ないので、法14条1項の定める理由提示の要件を欠いた違法な処分であるとして、当該処分を取り消している。

(補論) 行政法の法源

1. 成文法源と不文法源

「行政法」という法律は存在しない。あるのは、学説や判例の蓄積により形成されてきた行政法総論の法理である。その意味で、行政法総論の根幹を成しているのは不文法源であるともいえよう。しかし、通則法として、行政手続法、行政事件訴訟法、国家賠償法のような成文法源が数多く制定されている。そして、行政法各論の領域においては（近年、これを参照領域ということがある）、実に多くの行政関係法令が制定されている。

2. 憲法、条約、法律、命令

(1) 憲法

いうまでもなく、国の最高法規である日本国憲法は、行政法の最も重要な法源である。直接に関係しそうなのは、憲法第5章「内閣」の65条～75条であるが、この中では65条と73条関係くらいしか重要ではない。むしろ、憲法第3章の人権条項（17条の国家賠償、29条3項の損失補償、31条以下の法定手続保障の規定）、第6章の司法権（76条1項・2項）、第7章の財政（84条の租税法律主義、89条の公の財産の支出・利用制限）、そして第8章の地方自治など、行政法との関係で重要な規定は、憲法の至るところに置かれている。

(2) 条約

憲法と条約のいずれが優先するのかという問題がある。通説は、改正の困難さから憲法優位説を探る。条約の中には、自動執行条約（self-executing treaty）のように、直ちに国内法的効力を有するものがあり、行政法の法源となり得る。

(3) 法律

(あ) 「行政法」という法律はない！

法律は、国の唯一の立法機関である国会のみ、制定することができる。他の分野とは異なり、「行政法」という法律は存在しない。制定が試みられた例もないことはなく、オランダなどでは統一行政法典が制定されている。

(い) 通則法

しかし、通則法として、行政手続法、行政代執行法、行政不服審査法、行政事件訴訟法、国家賠償法、内閣法、国家行政組織法、地方自治法、国家公務員法、地方公務員法、財政法、行政機関情報公開法、行政機関個人情報保護法、公文書管理法といった法律が数多く制定されている。

(う) 個別法

そして、行政法各論の領域においては、個別法として、警察法、警察官職務執行法、建築基準法、都市計画法、道路交通法、食品衛生法、土地収用法のような古典的な警察関係

法（あるいは「まちづくり」の法）、生活保護法のような社会保障に関する法、所得税法のような租税関係の諸法、大気汚染防止法のような環境関係の諸法が豊富に制定されている。わが国の制定法の8～9割が、行政法の個別法の領域に属する法律なのである。

(4) 命令

命令とは、行政機関が定立する法規範のことであり、具体的には、政令（内閣が制定）、省令（各省大臣が制定）、内閣府令（内閣総理大臣が制定）、規則（委員会・外局の長、会計検査院、人事院が制定）を指す。

※ 「命令」というとき、違法建築物の除却命令や飲食店の営業停止命令のように、他者に対して具体的な作為・不作為を命じる個別の処分（行政行為）を意味することもあるが、ここでいう命令は、行政機関が定立する法規範（行政立法）のことである。

☞ 具体的には、行政立法の講にゆずる。

3. 地方公共団体における条例・規則

地方公共団体は、法律の範囲内で「条例」を制定することができる（憲法94条）。ここでの「条例」には、議会が中心となって制定する条例（地方自治法14条1項）と長が制定する規則（同法15条1項）がある。

この「法律の範囲内」かどうかを判断する基準について、**徳島市公安条例判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）**は、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによって決せられたとした。

4. 不文法源

(1) 慣習法

「法律による行政の原理」が妥当するとされる行政法の分野でも、慣習法が成立することはある。有名なのが、**政令201号事件（最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁）**である。

被告人らは昭和22年7月31日に争議行為を指令した者であるが、この事件では、当該行為が現業公務員の争議行為を禁ずる政令201号が公布される前であったか後であったかが問題となった。官報の発送が行われたのは8月2日なのだが、政令201号は、NHKラジオのニュースを通じて、7月31日の段階で国民の知り得べき状態にあったのである。

最高裁は、官報による法令の公布が不文律とまで達しているとは認められないものの、官報に代わる他の適当な方法がない以上、法令の公布は従来通り官報をもってせられるものと解するとした（結論としては、争議行為の指令がなされた7月31日時点では、官報がまだ印刷中であった以上、政令201号が国民に向けて公布されていたと認めることはできないとして、被告人は無罪となった）。

(2) 判例

わが国は、英米のような判例法國とは異なり、判例に法源としての効力は認められていない。しかし、最高裁判所の判例に事実上の通用力があるのは、他の分野と同じである。さらに、一般的な行政法典が存在しない現状では、通則的な法理の多くが判例により形成されてきたという事情があり、他の分野よりも判例の占める位置づけが大きい。平成5年に制定された行政手続法は、個人タクシー判決や品川マンション判決など、それまで積み重ねられた判例法理が成文化されたものといつても過言ではない。

(3) 法の一般原則

信義則、権利濫用の禁止といった法の一般原則が不文法源として用いられることがある。ただし、法律による行政の原理との関係で、民事法関係と比べると、その適用には慎重であるべきことがある。その他、比例原則や平等原則も、法の一般原則として援用される。

第7回 行政処分をめぐる諸問題

1. 行政行為の分類

(1) 総説

行政行為については、伝統的に多様な分類がなされてきたが、これらをすべて覚える必要はなく、一部のポイントを押さえておけば十分である。

行政行為		
法律行為的行政行為		準法律行為的行政行為
命令的行為	形成的行為	
① 下命 (せよ)	⑤ 特許	⑧確認
② 禁止 (するな)	⑥ 認可	⑨公証
③ 許可 (してよい)	⑦代理	⑩通知
④免除 (しなくてよい)		⑪受理
① 下命 : 国民に一定の作為義務を負わせる行為。例、課税処分、違法建築物の除却命令、業務改善命令。		
② 禁止 : 国民に一定の不作為義務を負わせる行為。例、営業停止処分。		
③ 許可 : 法令で一般的に禁止されている不作為義務を個別的に解除する行為。例、飲食店の営業許可、自動車の運転免許。		
④免除 : 法令で一般に課されている作為義務を解除する行為。例、予防接種の免除。		
⑤ 特許 : 国民が本来有していない法的地位を新たに付与する行為。例、道路・河川の占用許可、鉱業権の設定。*知的財産法でいう「特許権」は⑨公証なので注意！		
⑥ 認可 : 国民の法律行為を補充し、その法律上の効力を完成させる行為。例、農地転用の許可。*いわゆる公共料金の設定は、所轄官庁の認可に服する。		
⑦代理 : 第三者のなすべき行為を行政機関が代わって行い、第三者が行ったのと同一の効果を発生させる行為。例、日銀総裁の任命。		
⑧確認 : ある事実や法律関係について疑いや争いのある場合に、その存否・成否を確定ないし認定する行為。例、当選人の決定。		
⑨公証 : ある事実や法律関係について疑いも争いもない場合に、その存在を公に証明する行為。例、選挙人名簿への登録、不動産の移転登記。		
⑩通知 : 特定の事項を特定又は不特定多数の者に知らせる行為。例、行政代執行の戒告。		
⑪受理 : 他人の行為を有効な行為として受け付ける行為。例、不服申立ての受理(ただし、行政手続法の「届出」との関係で使い方には注意が必要である。)		

* 講学上の概念と実定法上の用語

講学上の概念と実定法上の用語は一致していないので、注意しよう（講学上の「特許」や「認可」であっても、実定法上は「許可」と表記されていることがほとんどである）。

* 法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為

行政庁の意思によって行政行為の効果が左右されるものを、法律行為的行政行為とよぶ。これに対して、法律がある事実行為に対して効果を与えていたにすぎず、行政庁の意思が行政行為の効果に影響を及ぼしているわけではないものを準法律行為的行政行為とよぶ。法律行為的行政行為だけ押さえておけば十分である。

* 命令的行為と形成的行為

私が有する自由を制約する行為を命令的行為とよび（下命・禁止など）、私が本来は有していない特別な権能を付与する行為を形成的行為とよぶ（特許など）。

(2) ③許可と⑥認可の区別

認可は、私人間で行われた法律行為の効力を補充して完成させる行為である。

無許可行為と無認可行為の私法上の効果のちがい

伝統的には、③無許可の法律行為は私法上有効であるが、⑥無認可の法律行為は無効であるなどと説明されてきた。たとえば、③食品衛生法上の許可を受けていない精肉店から肉を購入しても、売買契約自体は有効であるが（最判昭和35年3月18日民集14巻4号483頁）、⑥認可されていない電気料金の徴収は私法上も無効である、というように。ただし、実際には③と⑥が明確に区別できないことが多い。

知事等の農地転用許可（講学上の⑥認可）を受けずになされた農地の売買は、私法上も絶対無効である！

§ 農地法（昭和27年法律第229号）

第5条 農地を農地以外のものにするため……、これらの土地について第3条第1項本文に掲げる権利〔注、所有権を移転し、又は地上権、永小作権、質権、使用貸借による権利、賃借権若しくはその他の使用及び収益を目的とする権利〕を設定し、又は移転する場合には、政令で定めるところにより、当事者が都道府県知事の許可……を受けなければならぬ。

2 略

この問題に関連して、「取締法規か統制法規か」といった問題設定がなされることがある。食肉の事例は食品衛生法という取締法規違反に過ぎず、私法上の効力は否定されないので、臨時物資需給調整法のような統制法規違反ならば、民法91条が適用されて、私法上の効力が否定されるというのである。同法に基づく煮干いわしの売買契約の効力を否定したものとして、最判昭和30年9月30日民集9巻10号1498頁がある。

(3) ③許可と⑤特許の区別

本来私人に備わっている自由を取り戻すのが③許可で（一般禁止の特定解除）、私人に備わっていない権利を創設的に付与するのが⑤特許である。この違いは、③許可と⑤特許の

付与に関する行政裁量の広狭に影響するとされる。つまり、③許可は、【普段は「公共の福祉」によって制約されているが】本来ならば私人に憲法上保障されているはずの営業の自由（憲法22条1項）を回復させる行為であり、行政裁量は狭くなるのに対して、⑤特許に関しては、もともとそのような権利を私人が有しているわけではないから、行政の広範な裁量が認められる、というのである。ただし、現在でも伝統的な⑤特許の概念がそのままあてはまる例は多くない。

特許

「特許」の典型例は、道路・河川の占用許可、公有水面の埋立て免許、鉱業権の設定、電気・ガス・鉄道事業の許可である。例えば、公有水面の埋立てには知事の免許が必要であるが（公有水面埋立法2条1項）、免許の付与には広い裁量が認められる。河川は一般公衆の利用に供されるものであって、特定私人に独占的な使用を認めるべきではなく、例外的に特許を付与するならば、国民の本來的自由に関わる問題ではないから、どのような観点から誰に特許を与えるのか、行政庁は自由に判断してよいというのである。

エネルギー・交通事業の許可は、従来「公企業の特許」と呼ばれていた。これらの事業は、伝統的には国の任務と解されてきたからである（自然独占）。現在でも、特許を得た事業者は、特定の地域で独占的な営業をすることができる一方で、契約締結が強制されるなど、利用者に対するサービス供給が義務づけられており、料金も認可なく自由に決めてはいけない。

しかし、時代の変化により、これらの事業を本來的に国家のなすべき事業であると解する必要性は失われてきており、新規参入も比較的容易に認められるようになってきた。そのために、これらの事業許可に対して伝統的な「特許」の法理をそのまま適用することは妥当でないと批判が有力である。

2. 行政行為の効果

行政行為には、一般に以下のような効果があるとされる。ただし、すべて丸暗記するような事柄ではなく、その意味する内容を具体的に想起することこそが重要である。

（1）公定力（取消訴訟の排他的管轄）

一度なされた行政行為は、取り消されるまでは一応有効なものとして取り扱われる。取消しには、処分庁自身が職権で取り消す場合と（職権取消し）、行政不服申立てを通じて審査庁が、あるいは取消訴訟を通じて裁判所が取り消す場合（争訟取消し）がある。

行政行為が然るべき手続を経て取り消されていない場合には、裁判所はその行政行為の有効性を一応の前提として動かなければならない。これを指して「行政行為には公定力がある」と表現する。私人の側からのイニシアティヴという視点でみると、取消訴訟を経なければ行政行為を取り消すことはできないので、これを取消訴訟の排他的管轄ともいう（参照、最判昭和30年12月26日民集9巻14号2070頁）。

* なぜ取り消されるまでは、行政行為は有効なものとして扱われるのだろうか。おそらく

くは、法律関係の安定性のためである。なお、その理由を説明するために、「行政行為には規律力がある」といわれることがある。

* 行政行為に重大かつ明白な瑕疵がある場合にまで、行政行為を有効なものとして取り扱う必要はない。そのため、この場合には、取消訴訟を経なくとも、裁判所は当該行政行為を無効なものと取り扱うことができる。

注意①：刑事訴訟

Q. Xは、営業停止命令が下されたにもかかわらず、「自分には非がないから」とこれを無視して営業を続けたために、無許可営業罪で起訴された。Xは、刑事訴訟の中で、営業停止命令の違法について主張すること（違法の抗弁）ができるか？

A. 判例（最判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁）は、営業停止命令に違反した罪（無許可営業罪）の成立について審理する刑事訴訟の中で、その行政処分が違法であることを理由として無罪の主張をすることを認めている。

注意②：国家賠償訴訟

Q. 3日間の営業停止命令を下されたXは、おとなしく命令に従って営業を取りやめたが、1年過ぎて実はまったくの濡れ衣であったことに気付いた。出訴期間を過ぎているので、もはや営業停止命令の取消しを求めるることは不可能だが、3日間の営業停止によって失われた利益について、国家賠償請求を行うことはできないか？

A. 国家賠償を請求するに際して、行政行為が取り消されていることは前提ではない（最判昭和36年4月21日民集15巻4号850頁）。

(2) 執行力

民事の貸金債権について考えると、あなたがAに対して100万円の債権を有しており、その弁済期が到来しているのにAが100万円を支払わないとしても（さらに裁判を通じて債権の存在が確定されたとしても）、むりやりAから100万円相当の財産を奪い取ることはできない（もし奪い取ったら強盗罪で処罰される）。これは自力救済の禁止という近代法の大原則から導かれる帰結である。Aから強制的に100万円を徴収したければ、執行裁判所に掛け合う必要がある。

ところが、課税処分によって行政のAに対する100万円の租税債権が確定すると、行政はAから100万円をむりやり徴収することが可能になる（滞納処分）。これを「課税処分には執行力がある」と説明する。行政には自力救済（自力執行）が認められているのである。

(3) 不可争力

公定力（取消訴訟の排他的管轄）の裏返しとして、取消訴訟の出訴期間である6か月が経過してしまうと、もはや私人が争訟手続を通じて行政行為を取り消してもらう道は絶たれる（行訴法14条1項）。つまり、6か月を過ぎると行政行為の効力を争うことは不可能になるわけである。これを行行政行為の不可争力（形式的確定力とも）という。

* 行政行為に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、出訴期間の制限はかかるない。つまり、行政行為が無効であるときは、不可争力は生じない。

(4) 不可変更力

行政行為には、それ自体が争訟の裁断行為の性質を有するものがある（行政不服審査法上の審査請求に対する裁決）。争訟の裁断行為であるから、あとで思い直して判断を覆したりすると、一旦なされた判断を前提にして形成された法関係まで覆滅され、法的安定性を著しく害することになる。こうした副作用があるため、争訟の裁断行為のような性質を有する行政行為は、一度下したら簡単には変更してはならないとの要請が働く。これを「当該行政行為に**不可変更力**が備わっているから」と表現することがある（参照、最判昭和29年1月21日民集8巻1号102頁）。

3. 行政行為の瑕疵

(1) 行政行為の瑕疵（行政行為の無効と取消し）

(あ) 無効と取消しの区別

取りかかりとしては、民法でいう“無効の瑕疵”と“取り消しうる瑕疵”的区別を想起すればよい。ただし、取消訴訟の排他的管轄という原則があるので、行政法の場合、無効と取消しの区別は決定的な違いをもたらす。すなわち、職権あるいは争訟（取消訴訟という特別の訴訟類型）を通じて取り消されるまで、裁判所も一旦なされた行政行為を有効なものとして扱わなければならぬのである。

(い) 無効となる場合——重大明白説

しかし、瑕疵の内容が重大であって、一旦なされた行政行為を前提として形成された法関係に対する第三者の信頼を保護する必要がない局面では、そこまでして法的安定性を確保する必要はない。これが、行政行為が無効の瑕疵を帯びている局面であり、具体的には、行政行為に重大かつ明白な瑕疵があるときが想定される（重大だけでなく明白な瑕疵まで必要か、それとも重大な瑕疵だけで足りるかについては争いがある。いずれにせよ、明白性の要件は、当事者以外の第三者を保護するために求められる。参照、最判昭和34年9月22日民集13巻11号1426頁、最判昭和48年4月26日民集27巻3号629頁）。

(う) 手続的瑕疵の帰趨

瑕疵が重大（かつ明白）である場合には、当該行政行為は違法であり、その効力が——無効・取消しのいずれにせよ——失われるべきことに異論はない。しかし、軽微な（とりわけ手続的な）瑕疵である場合には、当該行政行為の違法性が処分の取消しまで導くものなのか、争いがある。手続的な瑕疵の場合、事後的に瑕疵が治癒されたとされる局面もある（最判昭和36年7月14日民集15巻7号1814頁、最判昭和47年12月5日民集26巻10号1795頁）。

(2) 行政行為の取消しと撤回

(あ) 取消し

行政行為に成立当初から瑕疵が付着していたため、遡って効力を失わせることを、行政行為の取消しという。許可要件を満たしておらず許可を付与してはいけない人に営業許可を与えてしまったようなとき、あとになってから職権で許可を取り消して、その効果を遡って失わせることがある。これが行政行為の取消しである。その性質上、取消しの効果は処分時に遡る。

行政行為の取消しには、処分庁自身がこれを行う職権取消しと、行政不服審査・行政訴訟の結果として取消しがなされる争訟取消しがある。

(い) 撤回

これに対して、行政行為の成立時には瑕疵が存在しなかったが、後発的に瑕疵が生じたため、その時点以降の効力を失わせることを、行政行為の撤回という。一旦付与した許可（運転免許など）をその後の違反事由の積み重ねにより取り消すことが、行政行為の撤回である（実定法上は「取消し」という言葉が用いられているが、講学上の概念としては「撤回」なので注意！）。その性質上、撤回の効果は遡及しない。

なお、行政庁が撤回を行うについて、撤回によって当事者が被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められる場合には、撤回権を付与する法律の明文の規定がなくとも、行政庁は行政行為を撤回することができる（菊田医師事件：最判昭和63年6月17日判時1289号39頁）。

行政財産の目的外使用許可の撤回などで、損失補償が必要となる局面もある（中央卸売市場事件：最判昭和49年2月5日民集28巻1号1頁。ただし、当該事案の具体的な解決としては、損失補償の必要性を否定している）。

(3) 行政行為の附款

附款には、条件、期限、負担、撤回権の留保がある。

講学上の「行政行為」と実定法上の「(行政) 処分」

「行政行為」が講学上の概念であるのに対し、「処分」は実定法上の用語である。「処分」が用いられている代表的な例が、行政手続法2条2号、行政不服審査法2条1項、行政事件訴訟法3条2項である。行政作用法の観点からは、行政行為=処分と理解して差し支えない。

行政救済法（行政法II）では、「処分」という用語が、抗告訴訟の対象となり得るという意味の「処分性」と関連付けて用いられる。「処分性」を有する行為形式のほとんどは行政行為なのだが、判例は行政立法、行政計画、行政指導にもごく例外的に“処分”性を認めているので、注意しなければならない。

第8回 行政立法

1. 行政立法とは

(1) 総説

行政立法とは、国会が制定した法律の趣旨をその運用において具体化するために、執行機関である行政庁が規範を定めることをいう。規範には行政外部にまで効力を有するものと、行政内部でのみ効力を有するにすぎないものがある。

(2) 法規命令

行政内部だけではなく、行政外部にも効力を有する規範を、**法規命令**という。具体的には、政令、省令、規則を指す。地方公共団体の制定する条例も、こちらに含めてよい。

(3) 行政規則

行政内部でのみ効力を有する規範を、**行政規則**という。具体的には、訓令、通達、裁量基準（審査基準・処分基準）を指す。

行政規則と外部効果

行政規則は所詮行政内部のマニュアルにすぎず、原則として、私人に対する外部効果はない。裁判所も、行政規則には拘束されることなく、自由に法律を解釈することができる（ \Leftrightarrow 法規命令には拘束される）。したがって理論上は、裁判で「この処分は通達に反している」と主張しても、それだけで処分が違法になることはない。あくまでも処分が裁判所の行った法解釈や法の一般原則（平等原則・比例原則）に適合するか否かが問題となる（ただし実際には、裁判所が行政規則の内容を精査した上で、それを裁判所自身の見解として解釈に採用することが多い）。審査基準や処分基準もこれと同様であり、裁判所がその内容の合理性を確認した上で、その適用過程の合理性について審査することになる（伊方原発訴訟：最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）。

2. 行政立法の法律適合性

法律がより上位の規範である憲法に適合するか否かの問題があるのと同様に、行政立法がより上位の規範である法律に適合するか否かも、重要な問題である。これは、法律の優位の原則から基礎付けられる。

- 買収農地の売払い相手を制限した農地法施行令旧16条は、農地法80条の委任の範囲を越えて無効であると判断された（最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁）。
- 銃刀法は刀剣類の所持を一般的に禁止しているが、「美術品として価値のある刀剣類」（旧法14条1項）については、登録を受けければ例外的に所持することを認めていた。ところが銃砲刀剣類登録規則4条2項は、登録を受けられる「美術品として価値のある刀剣類」を日本刀に限っていたため、サーベルを持したいと考えた原告は、同規則は法

律の委任を超えており無効であると争った。最判平成2年2月1日民集44巻2号39頁は、日本刀以外の所持を一切禁ずる規則の規定は法律の委任の範囲内にあり、無効とはいえないと判示した。

- ・ 幼年者と被勾留者との接見を一律に禁止した旧監獄法施行規則120条は、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであり、旧監獄法45条1項・50条の委任の範囲を超えて無効であると判断された（最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁）。
- ・ 婚姻外で懐胎した児童には児童扶養手当が支給されるところ、児童扶養手当法施行令1条の2第3号かつこ書は、父から認知された児童をその支給の対象外とする旨を定めていた。しかし、最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁は、父から認知されたからといって父が現実に扶養してくれるとは限らないので、このような除外規定を設けることは法律の委任の趣旨に反して違法・無効であるとされた。
- ・ 地方議会の議員の解職請求代表者となることを封じていた地方自治法施行令115条、113条、108条2項、109条の規定は、地方自治法85条1項の委任の範囲を超えた無効得なものと判断された（東洋町解職請求署名簿無効決定訴訟、最大判平成21年11月18日民集63巻9号2033頁）。
- ・ 医薬品ネット販売訴訟（最判平成25年1月11日判時2177号35頁）は、第1類・第2類医薬品の郵便等販売を禁ずる薬事法施行規則は、薬事法の委任の範囲を逸脱しており、違法・無効であると判示した。

* 行政立法の憲法適合性

もちろん、行政立法は（法律より上位の規範である）憲法にも適合している必要がある。猿払事件に関する最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁などが典型的である。これは行政法ではなく、憲法の授業で学んでほしい。

3. 意見公募手続

(1) 命令等

行政手続法は、これまで講学上の概念であった行政立法を、「命令等」として実定法化した（法2条8号）。具体的には、①法律に基づく命令（告示を含む。）・規則、②審査基準、③処分基準、④行政指導指針（俗にいう「要綱」。）を指す。

(2) 命令等制定の一般原則

命令等制定機関は、命令等を定めるに当たり、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（法38条1項）。

(3) 意見公募の手順

さらに、命令等を定めようとする場合には、当該命令等の案及び関連資料をあらかじめ

公示し、広く一般の意見を求めなければならない（法39条1項）。これを**意見公募手続（パブリック・コメント）**と呼ぶ。

（4）考慮義務と理由の提示

意見公募手続において提出された意見は、命令等を定める場合に十分に考慮されなければならず（法42条）、提出意見とそれを考慮した結果や理由を公示しなければならない（43条）。ここで命令に対する賛否の多寡自体は考慮しなくてもよい。たとえ1人の意見であっても、命令制定機関がそれを考慮して当初の案が変更されることもありうるし、多くの反対意見が寄せられたところで、命令等制定機関が当初の案を通して構わない（命令等制定機関には考慮義務が課せられるのみで、それ以上は拘束されない）。

Q. それでは、命令等制定機関が考慮義務を果たしたことは、どうやって確かめるのだろうか？

第9回 行政指導・行政契約

1. はじめに

行政法ばかり勉強していると勘違いしやすいが、すべての行政活動が行政行為のように行政の優越的地位から行われるわけではない。むしろ現実には、行政が法的拘束力の及ばない「お願い」をする局面の方が圧倒的に多く（行政指導）、また行政が私人と対等の立場で契約を締結することも少なくない（行政契約）。業務改善命令などの行政行為が實際になされると、それだけでニュースになるほどである。

2. 行政指導

(1) 定義

行政指導とは、行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう（行政手続法2条6号）。

(2) 要綱行政の背景

- 開発事業者（デベロッパー）がマンションを建築するには、都道府県知事から開発許可を受ける必要がある（都市計画法29条）。開発許可の基準には、用途制限に適合していること（同法33条1項1号）や地すべりなど土砂災害の防止上支障がないこと（同項8号）などが定められている。その上で、建築確認を受けて、建物自体が耐震構造を備えていることなどを確認してもらう必要がある（建築基準法6条1項）。これらの規定に違反して無許可でマンションを建築すれば、開発事業者は処罰される。
- その背景には、昭和40年代から、高度経済成長に伴う人口増加のために、大都市の郊外はベッドタウン化して、都市開発をめぐる様々な問題が生じていたことがある。郊外の市町村は、人口や税収が増えるのはよいけれども、あまりに急な人口増加に上下水道や道路などのインフラストラクチャー整備が追いつかないと、地域の住環境が悪化するというジレンマを抱えていた。乱開発への対応が市町村の急務となつたのであり、そのために用いられたのが、相手の意思に反しても行政目的を実現するために用いられる、許可や命令といった権力的な手法であった。
- しかし、法律先占論が支配した昭和40年代、まちづくりのための法律が存在しないという状況の下で、急増する人口や乱開発に対応するために、都市郊外の自治体は、要綱に基づき事業者への行政指導を行うという手法に頼らざるを得なかつた。開発許可制が設けられた昭和43年都市計画法の下でも、地域の実情に柔軟に対応するためには、行政指導を活用する必要があつたのである。
- 要綱とは、自治体で内部的に定められた規範のことである。要綱には、①周辺住民から開発計画に対する同意を得ることを求める（同意条項）、②立地市町村と協議すること

を求める（協議条項）、③法定外の規制に従うことを求める（規制条項）、④公共用地の提供や開発負担金の支払いなど、様々な負担に応じることを求める（負担条項）などが置かれていた。要綱に基づく行政活動のことを、要綱行政とよぶ。

§ 大月市開発行為指導要綱（昭和49年7月23日決裁）

（目的）

第1 この要綱は、無秩序な開発を防止し、良好な都市実現のため、開発行為を行なう者（…「事業主」…）に対する行為の基準を定めるとともに、公共公益施設の整備促進をはかることを目的とする。

（適用範囲）

第2 この要綱は、0.1ヘクタール以上の工場、住宅、レクリエーション…等の用に供する目的で行なう開発行為に適用…する。

（事前協議）

第3 事業主は、事業計画をあらかじめ市長に協議し、同意を得なければならない。

（利害関係者との調整）

第4 1 事業主は、開発行為の施行前に計画全体について利害関係者と協議調整を、はからなければならない。…略…

（公園）

第13 事業主は、開発区域内に開発区域面積の3%以上の面積を有する公園を配置するとともに、周囲には防護柵を、園内には遊戯施設等を設けなければならない。…略…

（公共施設の帰属）

第18 1 事業主は、開発に伴って築造された道路（幅員4メートル以上）、道路の付帯施設、公園、水源、水道施設等工作物及び公共空地…で特に市長が指定したものは、無償で市に提供しなければならない。…略…

（指導に従わない者に対する措置）

第24 この要綱による指導に従わない事業主に対しては別に定める行政便益を行なわないほか必要な行政措置を講ずるものとする。

（3）要綱行政（行政指導）の限界

① 問題点

しかし、要綱行政には、法治主義の観点から大きな問題があった。「行政指導に従う法的義務はないのだから、問題ない」というのは建前にすぎず、実際には、行政庁が許認可権限などをちらつかせて、開発事業者に対して義務のない行政指導に従うように強要することが少なくなかったのである。

② 建築確認の留保——品川マンション事件

昭和47年10月、東京都品川区で、開発事業者Aがマンションを建設するために建築確認の申請を行った。しかし付近住民がマンション建設に反対していたため、東京都の紛争

調整担当課職員は、事業者に対して、付近住民と話し合って紛争を円満に解決するように行政指導を行った。その間、建築確認の審査をしていた東京都建築主事は、12月末には申請自体に問題はないとの判断したものの、紛争解決まで建築確認を留保することにした。

ところが、昭和48年2月になり、東京都は新高度地区案を発表し、すでに確認申請をしている建築主に対しても設計変更を求めるに至った。Aは、このまま行政指導に従い続けていたら設計変更により多大な損害を被るおそれがあると考えて、3月1日、東京都建築審査会に対し、自身の申請を速やかに処理するよう審査請求を申し立てた。4月2日に、ようやくAは建築確認を受けることができたのだが、違法な建築確認の遅延によって損害を受けたとして、東京都に対し、昭和48年1月5日から約3か月分の損害賠償を請求した。

最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁は、建築主が任意に行政指導に応じている間は建築確認を留保しても違法ではないけれども、建築主が行政指導には応じられないとの意思を真摯かつ明確に表明し、建築確認申請に直ちに応答すべきことを求めている場合には、行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の觀念に反するものといえるような特段の事情がない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは違法であるとした。具体的には、3月1日以降の確認処分の遅延が違法とされて、損害賠償が認められた。

③ 給水契約の拒否——武蔵野マンション事件

東京都武蔵野市では、昭和46年に「宅地開発等に関する指導要綱」を制定し、10m以上の高層建築物を建てる場合には日照に影響を受ける関係住民の同意を得ること、建設計画が15戸以上の場合は小中学校の用地取得費・施設建設費を「教育施設負担金」として市に寄付することなどを開発事業者に求めてきた。

事業者Bは、関係住民の過半数の同意は得たものの、関係住民すべての同意を得るように求める市長と紛争になった。Bは市長に給水契約を申し込んだものの、申込書の受領を拒絶された。そこで市長は、「正当の理由」なしに給水契約の締結を拒否することを禁じる水道法15条1項に違反したとして起訴されたのである。最決平成元年11月8日判時1328号16頁は、行政指導に従わせるために給水契約の締結を留保することは許されないと、「正当の理由」を認めず、市長を有罪とした。

市に1500万円余りの教育施設負担金を納付した事業者Cは、負担金の要求は違法な「公権力の行使」であるとして、納付額分の損害賠償を市に請求した。最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁は、給水契約の締結拒否等の制裁措置を背景として、マンションを建築しようとする者に教育施設負担金の納付を事実上強制したものであり、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限界を超えた違法な「公権力の行使」であるとした。

* 志免町マンション訴訟

他方で、福岡県志免町が420戸分の給水契約申込みを拒否した事案では、最判平成11年1月21日民集53巻1号13頁が、このままで深刻な水不足が避けられないといった事情

があるときは、水道水の需要の著しい増加を抑制するために給水契約の締結を拒否することにも「正当の理由」があるとしている。

(4) 行政手続法・行政手続条例と要綱の条例化

判例の展開を受けて、平成5年の行政手続法を皮切りに、各自治体で行政手続条例が制定された。行政手続法第4章では行政指導に関する規定が設けられ、同法33条は、「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない」と定めて、品川マンション判決を確認している。

ただし、行政手続法33条では、行政指導への拒絶の意思表明は「真摯かつ明確に」なされなくともよく、品川マンション判決にあった「行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情」という言い回しは削られている。これらはいずれも行政指導を正当化する事由であることから、行政手続法では、行政庁に対して厳しい態度が示されたことになる。

行政手続法では、それ以外にも要綱は「行政指導指針」と定義され（同法2条8号ニ）、行政指導指針を定める際にはパブリック・コメントに付すことが義務付けられるなど（同法38条以下）、手続的規律が強化された。平成26年の改正で、私人の側から行政指導の中止を求めることが可能になった（法36条の2）。

なお、自治体が行う行政指導には行政手続法の適用はなく（同法3条3項）、行政手続条例が適用される。そうであるならば、自治体ごとに地域の実情に合わせた条例を制定すればよいともいえる。山梨県大月市の行政手続条例31条1項は、行政手続法33条と一言一句同じであるが、条例には2項が設けられており、「前項の規定は、申請者が行政指導に従わないことにより公共の利益に著しい支障を生ずる恐れがある場合に、当該行政指導に携わる者が当該行政指導を継続することを妨げない」とされている。品川マンション判決における「特段の事情」がある場合の例外を定めたわけである。具体的には、開発事業者と付近住民との間に実力衝突が起きる危険が存在する場合などが想定されよう（参照、最判昭和57年4月23日民集36巻4号727頁）。

(5) まちづくり条例の展開

その一方で、要綱で規律していた内容を「まちづくり条例」として条例化しようという動きも広まっている。これは、①法律先占論が過去のものとなり、条例制定の自由度が判例上承認されたことと、②都市計画に関する事務が分権改革によりかつての機関委任事務から自治事務へと変更され、条例制定が法制上も可能となったことによる。

ただし、（あ）同意条項：許可に際して事業者に対し周辺住民との同意を求める条項は法治主義の観点から問題が多く、条例化することは難しい。また、（い）負担条項：事業者に

対し開発負担金のような負担を求める条項も、いかなる観点で正当化するのか、一筋縄ではいかないところがある（法定外目的税、負担金、etc）。（う）規制条項においても、許可要件として法令の趣旨・目的と相反するような事項を加重すれば（協議条項においても、実質的な要件加重となるような規定を行えば）、法令違反となる。

3. 行政契約

(1) 行政契約とは

行政契約とは、少なくとも一方当事者が行政主体である契約のことを指す。行政行為が行政庁の一方的な意思表示で行われるのに対し、行政契約は契約である以上、双方の意思の合致が基礎となる。これが、行政契約が非権力的な行為形式であるといわれる理由である。ただし、行政契約の中には、個別法や条理（平等原則・比例原則など）によって、私人間の契約とは異なる（手続的な）配慮が要求される場合があり、その限りで、純粋な私的自治が修正されている。

(2) 官公庁による物品の調達契約・公共事業

行政資源の調達は、民法上の契約によって行われる。事務用品の売買契約、庁舎や市民病院の建設の請負契約などである。ただし、無制約に契約自由の原則が妥当するわけではなく、その適正化を図るために、各種の民法特別法（会計法、国有財産法、物品管理法、地方自治法）が制定されている。

たとえば会計法 29 条の 3 は、国が売買契約や請負契約を結ぶ場合には、原則として一般競争入札によることを求めており、指名競争入札や随意契約は、例外的にのみ認められている。地方公共団体については、地方自治法 234 条が同様の規律を及ぼしている。

これらの規定は、国が取引相手を恣意的に選ぶのではなく公正に価格という指標で選定することを要求しており、行政契約について契約自由の原則を修正したものである。

【判例】過疎の山村で実施される公共事業において、村外業者を指名競争入札から排除することは適法か？（最判平成 18 年 10 月 26 日判時 1953 号 122 頁）

Q. 近年、ごみ焼却炉の建設などにおいては、総合評価方式やプロポーザル方式という新たな方式が採用されている。なぜ、そのような新たな方式が採用されるようになったのか？そこに法的問題はないか？

§ 地方自治法施行令（昭和二十二年政令第十六号）

（指名競争入札）

第百六十七条 地方自治法第二百三十四条第二項の規定により指名競争入札によることができる場合は、次の各号に掲げる場合とする。

一 工事又は製造の請負、物件の売買その他の契約でその性質又は目的が一般競争入

札に適しないものをするとき。

二 その性質又は目的により競争に加わるべき者の数が一般競争入札に付する必要がないと認められる程度に少數である契約をするとき。

三 一般競争入札に付することが不利と認められるとき。

(随意契約)

第百六十七条の二 地方自治法第二百三十四条第二項の規定により随意契約によることができる場合は、次に掲げる場合とする。

一 売買、貸借、請負その他の契約でその予定価格（貸借の契約にあつては、予定貸借料の年額又は総額）が別表第五上欄に掲げる契約の種類に応じ同表下欄に定める額の範囲内において普通地方公共団体の規則で定める額を超えないものをするとき。

二 不動産の買入れ又は借り入れ、普通地方公共団体が必要とする物品の製造、修理、加工又は納入に使用させるため必要な物品の売払いその他の契約でその性質又は目的が競争入札に適しないものをするとき。

三 略

四 新商品の生産により新たな事業分野の開拓を図る者として総務省令で定めるところにより普通地方公共団体の長の認定を受けた者が新商品として生産する物品を当該認定を受けた者から普通地方公共団体の規則で定める手続により買い入れ若しくは借り入れる契約又は新役務の提供により新たな事業分野の開拓を図る者として総務省令で定めるところにより普通地方公共団体の長の認定を受けた者から普通地方公共団体の規則で定める手続により新役務の提供を受ける契約をするとき。

五 緊急の必要により競争入札に付することができないとき。

六 競争入札に付することが不利と認められるとき。

七 時価に比して著しく有利な価格で契約を締結することができる見込みのあるとき。

八 競争入札に付し入札者がないとき、又は再度の入札に付し落札者がないとき。

九 落札者が契約を締結しないとき。

2～4 略

(3) 納付行政と契約

国民に財・サービスを提供する給付行政の分野では、契約手法が積極的に活用されている。水道法6条2項は、原則として、市町村が水道事業の事業主体になるべきことを定めている。そのため、住民が新たにマンションに入居して水道を使う場合には、市町村との間で給水契約を結ぶ必要がある。この給水契約に関して、水道事業者である市町村は、「正当な理由」がない限り、給水契約の締結を拒否してはならない（水道法15条1項——契約締結強制義務）。正当な理由のない給水停止（15条3項）や差別的料金の設定（14条2項

4号)も禁じられる。これらの規定があるのは、①水道供給が生活必需的なサービスである上に、②事業者がサービス提供を地域独占しているからである。

【判例】開発事業者が行政指導を拒んだことの報復として、市長が新築マンションへの給水契約の締結を拒んだことについて、最決平成元年11月8日判時1328号16頁は、水道法15条1項に違反するとして、市長を有罪とした。

Q.それでは、いかなる場合なら「正当な理由」が認められるのか?

§ 水道法(昭和三十二年法律第百七十七号)

(給水義務)

第十五条 水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申込みを受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。

2 水道事業者は、当該水道により給水を受ける者に対し、常時水を供給しなければならない。ただし、第四十条第一項の規定による水の供給命令を受けた場合又は災害その他正当な理由があつてやむを得ない場合には、給水区域の全部又は一部につきその間給水を停止することができる。この場合には、やむを得ない事情がある場合を除き、給水を停止しようとする区域及び期間をあらかじめ関係者に周知させる措置をとらなければならない。

3 水道事業者は、当該水道により給水を受ける者が料金を支払わないとき、正当な理由なしに給水装置の検査を拒んだとき、その他正当な理由があるときは、前項本文の規定にかかわらず、その理由が継続する間、供給規程の定めるところにより、その者に対する給水を停止することができる。

(4) 規制行政と契約——公害防止協定

給付行政だけではなく、規制行政の分野でも、行政契約が用いられることがある。その代表例が、自治体と個々の事業者が結ぶ公害防止協定である。

公害防止協定も、やはり高度経済成長期から広まった手法である。すなわち、当時の国の環境規制の内容は地域の実情に合わず不十分であり、さらに条例制定権の限界(法律先占論)から、自治体ごとに独自の条例を制定することも難しいと考えられていた。この難局を乗り切るために、要綱行政とともに編み出されたのが、公害防止協定なのである。こうして、自治体は事業者との間で公害防止協定を締結し、法律に定められていない規制や法律より厳しい規制を行うことを目指した。

しかし、公害防止協定の効力は、法律による行政の原理から問題となりうる。この点、かつて(a)紳士協定説(法的効力否定説、企業の営業活動を規制するのならば法律の根拠が必要と考える)と(b)法的効力肯定説とが対立していたが、現在の判例は(b)を採用しているといわれる(参照、最判平成21年7月10日判時2058号53頁)。

ただし、通説は、(b)法的効力は認めるとしても、その効果として①強制的な立入検査権や②違反への刑罰を定めることまではできないと解している。公権力を創出するのは、法律や条例でなければならないからである。

補助金の交付

補助金の交付を権力的な行政とみるか非権力的な行政にすぎないとみるかは、それ自体が「法律の留保」の視点とも関係して、見解が分かれている。権力的な行政とみれば、補助金の交付は「申請に対する処分」となり、行政手続法・条例とともに、行政不服審査法・行政事件訴訟法の規律が及ぶことになる。つまり、補助金交付決定には処分性が認められ、その拒否処分は行政訴訟で取り消しを求めることが可能になる。

これに対して、非権力的な行政とみれば、民法上の【負担付き】贈与契約として取り扱われる。

補助金の交付のシステムを【申請一処分】としてみるか、【申込み一承諾】としてみるか、実務上は、法律や条例の根拠があるか、要綱に基づいて行われるかで区別されている。

国の支給する補助金については、**補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（昭和30年法律第179号）**が制定されており、同法24条の2は、行政手続法の適用を排除するなど、これが行政手続法で規律されるべき事柄であることを法律自体が認めている。

第10回 行政計画

1. 行政計画とは

行政の策定する計画を、行政計画という。行政の行為形式の中でも、行政計画の位置づけは難しい。行政計画は、その性質上、多くの利害関係者を巻き込むことが多く、事前・事後の法的コントロールを及ぼす際には、この点に十分に留意しなければならない。

また、その性質上、行政計画には広汎な裁量が認められる傾向がある（計画裁量）。しかし、林試の森判決（最判平成18年9月4日判時1948号26頁）は、都市施設の区域は、当該都市施設が適切な規模で必要な位置に配置されたものとなるような合理性をもって定められるべきものであり、民有地に代えて公有地を利用することが可能であるといった事情は、この合理性を判断する1つの考慮要素となりうるとして、都市計画決定について裁量の逸脱・濫用がないかについて判断させるために事件を控訴審に差し戻した。

2. 事前のコントロール——計画策定手続

わが国の行政手続法には行政計画に関する規律は置かれていらないが、これは計画策定に際して手続的規律が不要であるとの趣旨ではない。計画策定に関する規律は、国土利用計画法や都市計画法などの個別法に委ねられている。

特に注目されるのが、計画案に対して公衆の意見を募集するパブリック・コメントや、場合によっては公衆の意思を計画決定に反映させていくパブリック・インボルブメントである（国の行政手続法では、行政立法にしかパブリック・コメントが導入されていないが、横須賀市などの自治体では、条例により、計画決定にもパブリック・コメントを導入している）。

これに関連して、一定の公共事業等の実施計画段階で住民が参加して環境面の評価を行う環境影響評価法（環境アセスメント法）のしくみも注目される。

3. 事後のコントロール——行政計画の处分性、計画担保責任

(1) 行政計画の处分性

抗告訴訟を通じて行政計画の違法性を争うことができるのかについては、学説・判例上、争いがある（处分性の問題）。まず、国民に対する権利制限の性質を有しない非拘束的計画（新産業都市建設基本計画、環境基準を緩和する旨の告示など）の处分性は否定される。

これに対して、国民の権利を制限する拘束的計画の处分性は、類型ごとに整理しなければならない。例として、用途地域の指定（否定、最判昭和57年4月22日民集36巻4号705頁）、道路に関する都市計画決定（否定、最判昭和62年9月22日判時1285号25頁）、第二種市街地再開発事業計画決定（肯定、最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁）、土地区画整理事業計画決定（かつて青写真判決：最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁が否定したが、最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁で肯定に転じる）

が挙げられる。

処分性が否定される場合、計画に不満をもつ者は、後続する建築確認の拒否や換地処分などをとらえて、その取消訴訟を提起して争う中で、基になった計画の違法性を主張することになる。詳しくは、行政法Ⅱで学習する。

(2) 計画担保責任

一旦策定した計画はいかなる障害を乗り越えてでも実現しなければならないというのではなく、社会情勢の変化に応じて柔軟に見直すことは許容される。しかし、事情によっては、従前の計画を信頼して取引関係に入った者の救済を図らなければならない場合がある。これを計画担保責任という。最判昭和56年1月27日民集35巻1号35頁は、治体が推進してきた工場誘致施策が首長の交代のために撤回され、事業者のそれまでの投資が無駄になった場合において、自治体は不法行為に基づく損害賠償責任を負うとした。

*宜野座村事件：最判昭和56年1月27日民集35巻1号35頁

【判旨】「地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたって継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴って変更されることはあることはもとより当然であって、地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。しかし、右決定が、単に一定内容の継続的な施策を定めるにとどまらず、特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をすることを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘を伴うものであり、かつ、その活動が相当長期にわたる当該施策の継続を前提としてはじめてこれに投入する資金又は労力に相応する効果を生じうる性質のものである場合には、右特定の者は、右施策が右活動の基盤として維持されるものと信頼し、これを前提として右の活動ないしその準備活動に入るのが通常である。」「右施策が変更されることにより、前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入った者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において右損害を補償するなどの代償的措置を講ずることなく施策を変更することは、それがやむをえない客觀的事情によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。」

第11回・第12回 行政の実効性確保

1. 行政上の義務履行確保

(1) 総説

わたしたちは日常生活を送る上で、実に多くの法的義務を負っている。法学部の授業では民事上の義務（ほとんどは契約責任）と刑事上の義務（犯罪を犯さない義務）ばかり教えられるが、その大半は行政上の義務である。

行政上の義務いろいろ

- ・ 保健所の許可を得ずに勝手に食堂を開店して営業すると、処罰される。
- ・ 建築規制に違反した建物を建てると、除却命令を課せられる。これに従わなければ処罰される。
- ・ 公園にテントを張って生活していると、立退き命令を課せられる。従わなければ処罰される。
- ・ 交通違反をすると、反則金を課せられ、納付しなければ刑事手続に移行する。
- ・ 脱税をすると、犯則手続に処せられ、従わなければ刑事手続に移行する。

※ 行政上の義務は、法律により直接に課せられている場合（違法駐車をしない義務など）もあれば、行政処分により課せられる場合（除却命令により建物を取り壊す義務が生じる、営業停止命令により営業をしてはならない義務が生じるなど）もある。

これら行政上の義務について、行政の側から私人にいかに履行させるか考えるのが、行政の実効性確保の問題である。むろん、私人に有形・無形の圧力をかけて履行してもらえばよいのだが、最終手段として、行政がみずから執行する局面もある。その区別のためには有益なのが、作為義務（代替的／非代替的）と不作為義務の区別である。

Q. 代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務にはどんなものがあるのか、実例を考えてみよう。

- ① 代替的作為義務
- ② 非代替的作為義務
- ③ 不作為義務

(2) 行政上の強制執行（代執行・直接強制・行政上の強制徴収・執行罰）

戦前は通則法としての行政執行法が存在したが、国家権力が濫用されたことの反省から、戦後は行政代執行について定める行政代執行法のみが通則法として制定され、他の手続は個別法で規定されることになった（なお、行政代執行法1条参照）。ただし、行政上の強制

徴収は、国税徴収法が事実上の通則法として機能している。

* 「法律の留保（侵害留保）」原理から、私人に義務を課すためには法律の根拠が必要とされているが、義務の履行を強制的に図るために、さらにそれ自体として法律の根拠が必要とするのが戦後の一般的な考え方である（義務の賦課と強制履行のそれぞれに対して、法律の根拠を求める）。

（あ）代執行

① 義務履行確保の事実上の通則法

代替的作為義務について、行政が義務を課せられた私人の代わりにその義務を履行して、あとから費用を私人に対して徴収する手続を、代執行という。民事執行法 171 条の代替執行に相当する。通則法として行政代執行法が制定されている。

まず、同法 1 条の規定から、行政上の義務の履行確保は法律で定められなければならず、条例によって新たな義務の履行確保手段を創設することは認められないと解するのが伝統的な通説である。ただし、有力説は、行政代執行法が制定された昭和 23 年当時に想定されていなかった新たな手段（公表など）については、条例でも創設することができると解しており、実務もこれに従って動いている。

次に、(a)条例によって直接に命ぜられた義務の履行、(b)条例に基づき行政庁により命ぜられた行為の履行の確保について行政代執行を用いることは、同法 2 条の規定により明らかである。

② 代執行の手続

代執行は強制的な手段であって権利侵害の危険が高いことから、文書での戒告（同法 3 条 1 項）、通知（同条 2 項）を経る必要がある。

執行責任者は、その旨を示す証票を携帯しなければならない（同法 4 条）。

③ 費用の徴収

費用の徴収手続は、後述する行政上の強制徴収手続（国税滞納処分）の例により行われる（同法 6 条 1 項）。しかし、実際には費用が十分に回収できないことが多い。

代執行と処分性

代執行自体は事実行為なので、代執行について審査請求や取消訴訟を提起することは可能であるが、事柄の性質上、代執行は直ちに終了してしまうことが多く、終了してしまうと訴えの利益が消滅してしまう。そこで、代執行の事前手続である戒告や通知をとらえて抗告訴訟を提起することが認められている。

（い）直接強制

私人に対し直接に実力を加えて義務の実現を図る手続が、直接強制である。人権侵害の危険が高いため、厳重な手続の下に実施される。戦後、直接強制が規定された法律はごくわずかであり、工作物使用禁止命令に従わない場合に建物を実力で封鎖すると定める成田

新法3条6項がみられる程度である¹。直接強制は、あらかじめ私人に義務が課せられる点で、後述する即時強制と区別される。ただし、条例で直接強制の手法を採用することはできないと解されている。

§ 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和53年法律第42号）

（工作物の使用の禁止等）

第3条 国土交通大臣は、規制区域内に所在する建築物その他の工作物について、その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供されるおそれがあると認めるときは、当該工作物の所有者、管理者又は占有者に対して、期限を付して、当該工作物をその用に供することを禁止することを命ずることができる。

- 一 多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用
- 二 暴力主義的破壊活動等に使用され、又は使用されるおそれがあると認められる爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用
- 三 成田国際空港又はその周辺における航空機の航行に対する暴力主義的破壊活動者による妨害の用

2～5 略

6 国土交通大臣は、第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されていると認めるときは、当該工作物について封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講ずることができる。

7 略

8 国土交通大臣は、第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されている場合においては、当該工作物の現在又は既往の使用状況、周辺の状況その他諸般の状況から判断して、暴力主義的破壊活動等にかかるおそれが著しいと認められ、かつ、他の手段によっては同項の禁止命令の履行を確保することができないと認められるときであって、第1条の目的を達成するため特に必要があると認められるときに限り、当該工作物を除去することができる。

（う）行政上の強制徴収

行政上の強制徴収は、典型的には租税の滞納処分で用いられる。国税通則法40条に基づき制定された国税徴収法が、行政上の強制徴収の通則法として機能している。地方税の徴収についても、滞納処分が用いられる（地方税法38条など）。

租税債権の場合、行政行為に備わる執行力により、民事手続における金銭債務の執行のように、

- ① 債権の確定（民事裁判手続——「判決」という債務名義〔民事執行法22条1号〕を得

¹ 民事執行法には、行政法学上の「直接強制」に相当する執行手段はない。民事執行法にも、「直接強制」とよばれる手段は法定されているが、これは債権の執行や物の執行を一般的に指す概念である。

る手続)

② 債権の執行（民事執行手続）

の各段階で逐一、事前の裁判所の判断を仰ぐ必要はない。したがって、税務署はいきなり納税者である私人の財産にかかっていくことができる。

②の手続は、《財産の差押え → 公売等による換価 → 換価代金の配当》という過程を経る。

* 課税処分と滞納処分の間では、違法性の承継は認められないというのが下級審の確定した取り扱いである。

* ちなみに、租税債権は、他のあらゆる債権に優先する（国税徴収法8条以下）。

行政上の強制徴収が認められるのは、国税債権のほか、地方税、分担金、加入金、過料または法律で定める使用料である（地方自治法231条の3第3項）。これに該当しないものについては、通常の民事債権と同様に判決（債務名義）を得てから民事執行手続をとる必要がある。

（え）執行罰

砂防法36条にのみ規定されているのが、執行罰である。義務の履行が図られるまで累積して過料を科すことで、相手の心理に圧力をかけて、その履行を促すことから、間接強制ともよばれる（実際、執行罰は民事執行法172条に規定された間接強制に酷似している）。かつては「条文の消し忘れ」と説明されたが、制度上の使い勝手の良さから、近年になり再び脚光を浴びている。しかし、条例で執行罰を定めることはできないというのが通説である。

§ 砂防法（明治30年法律第29号）

第36条 私人ニ於テ此ノ法律若ハ此ノ法律ニ基キテ発スル命令ニ依ル義務ヲ怠ルトキハ国土交通大臣若ハ都道府県知事ハ一定ノ期限ヲ示シ若シ期限内ニ履行セサルトキ若ハ之ヲ履行スルモ不充分ナルトキハ 500 円以内ニ於テ指定シタル過料ニ処スルコトヲ予告シテ其ノ履行ヲ命スルコトヲ得

【参考】民事執行法（昭和54年法律第4号）

（間接強制）

第172条 作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないものについての強制執行は、執行裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる方法により行う。

（3）行政罰（行政刑罰・行政上の秩序罰）

行政罰とは、私人に対して行政上の義務に従わなければ処罰すると威嚇することで、義務の履行を促す手段である。相手の心理に圧力をかけてその履行を促す手続であり、広い

意味では間接強制に分類される。行政罰は、処罰の内容に応じて、行政刑罰と行政上の秩序罰に分かれる。

(あ) 行政刑罰

刑法に規定のある刑罰（懲役、禁錮、罰金、勾留、科料）を、刑事訴訟手続を経て科す類型を、行政刑罰という。刑罰であるから、刑法総則の適用を受け、刑事訴訟法の手続が及ぶ。具体的には、窃盗犯や放火犯などと同様に、警察による強制捜査が行われ（被疑者の逮捕・勾留といった身柄拘束がなされることもある）、検察官による公訴の提起、公判手続を経て、裁判所の判決を通じて、刑罰が科されるということである。

刑罰が科されることに不服のある者は、被告人となり、刑事訴訟の中で防御を尽くさなければならない。しかし、規制を行う行政の側からみると、事前に裁判を経てからでないと処罰がなされないので、使い勝手が悪い。また、風俗関係の罰則など一部の例外を除いて、警察も立件した実績に乏しく、まともに動いてくれないという悩みがある。

条例では、2年以下の懲役もしくは禁錮、100万円以下の罰金、拘留、科料もしくは没収の刑を定めることが認められている。しかし、条例では犯罪の構成要件の定め方が曖昧不明確であることがしばしば指摘される。福岡県青少年保護育成条例事件（最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁）では、処罰の対象とされた「淫行」が明確さを欠き、処罰範囲が広がりすぎるのでないかという点も指摘された。最高裁は、通常の判断能力を有する一般人ならば、「淫行」とは「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乘じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為」などと理解できるから心配は不要であるとしたが、無理があると思う。こうしたことが起きるのは、普通地方公共団体が罰則を設けることに慣れていないためであり、地方検察庁との検察協議を活用して、精緻化に努めるべきである。

直罰とワンクッション方式

公益上望ましくない行為を禁止する手法として、直罰とワンクッション方式がある。直罰とは、法律違反を行った者を直ちに処罰する方式であり、殺人罪や強盗罪など、刑法犯罪に多い。ワンクッション方式とは、法律違反行為に対して一旦行政庁の業務停止命令などを介在させ、それに従わなかった者を処罰する方式であり、行政法関係の刑罰に多い。

§ 横浜市屋外広告物条例（平成23年条例第13号）

（禁止物件）

第7条 次に掲げる物件には、広告物等を表示し、又は設置してはならない。

- (1) 橋りょう、トンネル、高架構造物及び道路の分離帶
- (2) 街路樹、路傍樹及び道路の植樹帶
- (3) 銅像、神仏像、記念碑その他これらに類するもの
- (4) 景観法(平成16年法律第110号)第19条第1項の規定により指定された景観重要建造物及び同法第28条第1項の規定により指定された景観重要樹木

(5) 信号機、道路上の柵さく、駒こま止、街灯、道路標識、道路元標、里程標、道路情報管理施設その他これらに類するもの

(6) 消火栓、火災報知機、指定消防水利標識及び防火水槽標識

(7) 郵便差出箱、信書便差出箱、公衆電話ボックス、公衆便所、道路上に設置する変圧器及び配電器その他これらに類するもの

(8) 送電塔、テレビ塔、照明塔その他これらに類するもの

(9) 煙突、ガスタンク、給水タンク、貯水タンクその他これらに類するもの

(10) 石垣、擁壁その他これらに類するもの

(11) 地下道その他これに類するものの出入口の上屋で道路上に設置されるもの

2 次に掲げる物件には、はり紙、はり札等、広告旗又は立看板等を表示し、又は設置してはならない。

(1) 電柱、街灯柱その他の支柱

(2) 消火栓標識

(3) バス停留所の標識及び上屋

(4) アーチ

3 道路の路面には、広告物を表示してはならない。

(許可の取消し、除却その他の措置)

第23条 この条例の規定による許可を受けた広告物等が、良好な景観若しくは風致を著しく害し、若しくは公衆に対して危害を及ぼすおそれがあると認められるに至ったとき、当該許可の申請書に虚偽の事項があったとき、又は第17条第1項の規定により付した条件に違反したときは、市長は、当該許可を取り消し、又は当該広告物等を表示し、若しくは設置する者若しくはこれを管理する者に対して、相当の期限を定め、当該広告物等の改修、移転、除却その他必要な措置を命ずることができる。

2 前項に定めるもののほか、この条例又はこの条例に基づく規則等に違反した広告物等があるときは、市長は、当該広告物等を表示し、若しくは設置する者又はこれを管理する者に対して、当該広告物等の表示若しくは設置の停止を命じ、又は相当の期限を定め、当該広告物等の改修、移転、除却その他必要な措置を命ずることができる。

3 (以下略)

(罰則)

第55条 次のいずれかに該当する者は、500,000円以下の罰金に処する。

(1) 第6条又は第7条の規定に違反して広告物等を表示し、又は設置した者

(2) 第9条第1項の規定に違反して許可を受けないで広告物等を表示し、又は設置した者

(3) 第18条第1項の規定に違反して広告物の表示の内容に変更を加え、又は広告物等を改造し、若しくは移転した者

(4) 第21条の規定に違反して第17条第1項の許可の期間の満了後も広告物等を除去し

なかった者

(5) 第23条第1項又は第2項の規定による命令に違反した者

ダイバージョン／ディスクリミナリゼーション（非犯罪化）

交通違反のように、軽微な義務違反で刑事罰を科していたのでは、国民総犯罪人の状態になってしまふ。これを防ぐために創設されたのが、租税犯則通告処分制度（国税犯則取締法14条以下）や交通反則金制度（道路交通法125条以下）である。交通反則金についていえば、おとなしく違反事実を認めて反則金を納付すれば、公訴が提起されず、刑事訴訟手続の重い負担を課せられずに済むというわけである。

ちなみに、交通反則金の納付通告に不満のある者は、正式な手続が別途用意されているのだから、行政訴訟ではなく、刑事訴訟手続の中で争うようにせよというのが判例の態度である（最判昭和57年7月15日民集36巻6号1169頁）。

（い）行政上の秩序罰

①地方裁判所が過料の裁判により（非訟事件手続法161条以下）、②地方公共団体の長が行政処分により（地方自治法14条3項・15条2項）、過料を科す手続のことを、行政上の秩序罰という。秩序違反に対して課せられるものであり、刑罰とは異なる。法律に根拠を持つものが①であり、条例に根拠を持つものが②である。自治体職員にとって関心があるのは②ということになる。刑罰とは異なるので、過料と罰金（行政刑罰）を併科しても、二重处罚の禁止（憲法39条）には抵触しない。

- * 独占禁止法で定められている課徴金は、基本的に過料と同様の性質を持つ。
- * 所定の期日内に転入届を提出しなかった者は、地方裁判所により5万円以下の過料が科される（住民基本台帳法22条・53条2項）。これは①のタイプに属する。
- * 東京都千代田区の「生活環境条例」では、路上禁煙地区として指定された地区内で禁煙し、又は吸殻を捨てた者には（区長の行政処分により）2万円以下の過料が科される。これは②のタイプである。ただし、過料を科する手続については若干の懸念がある。

§ 安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例（平成14年条例第53号）

（路上禁煙地区）

第21条 区長は、特に必要があると認める地区を、路上禁煙地区として指定することができる。

- 2 前項の指定は、終日又は時間帯を限って行うことができる。
- 3 路上禁煙地区においては、道路上で喫煙する行為及び道路上（沿道植栽を含む。）に吸い殻を捨てる行為を禁止する。
- 4 区長は、路上禁煙地区を指定し、変更し、又は解除しようとするときは、当該地区的区民等の意見を聴くとともに、所轄警察署と協議するものとする。
- 5 区長は、路上禁煙地区を指定し、変更し、又は解除するときは、規則で定める事項を

告示するとともに、その地区であることを示す標識を設置する等周知に努めるものとする。

(過料)

第24条 次の各号のいずれかに該当する者は、2万円以下の過料に処する。

第2号 第21条第3項の規定に違反して路上禁煙地区内で喫煙し、又は吸い殻を捨てた者

2 以下略

(4) 地方公共団体による民事執行手続の利用

(あ) 地方公共団体が民事執行手続を利用できる場合

—財産権の主体として権利実現を求める場合

地方公共団体も法人であるので、権利・義務の帰属主体となる。具体的には、財産権の主体となりうるということである。貸金返還請求権などの通常の民事債権については、地方公共団体は、民事裁判などを経て債務名義（確定判決や和解調書など、債権の存在を公に証する書面のこと）を取得した上で、裁判所の行う民事執行手続を利用して、債権の回収を行う（⇨租税債権などの公租公課の場合に自力執行が認められていることとの違い）。

道路の占有権のような物権についても、妨害排除請求権を行使して、民事執行手続を利用することができる（最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁）。

このように、地方公共団体が財産権の主体として権利の実現を図る場合、裁判所の行う民事執行手続を利用することができることに争いはない。これらの局面は、私人が他人に貸したお金を返してもらったり、自己の所有地を不法占拠している者に立退きを求める局面と違いがないからである。

(い) 地方公共団体が民事執行手続を利用できないとされる場合

—もっぱら行政権の主体として権利実現を求める場合

問題は、違法建築物の建築中止命令のような行政上の義務の履行を求めるために、裁判所の行う民事執行手続を利用できるか否かである。最高裁は、宝塚市パチンコ条例判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）において、財産権の主体としてではなくもっぱら行政権の主体として権利実現を求める場合は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合にかぎり、提起することが許される」として、行政上の義務履行確保手段として裁判所の行う民事執行手続を用いることはできないとした。

しかし、裁判所に求めている内容は民事差止請求としての工事中止の場合と何も変わらないのに、行政権の主体として権利実現を図る場合にはなぜ民事執行手続の利用が認めら

れないので、理由は全く示されておらず、違法建築物の放置を裁判所が助長するに等しい結論であるとして、学説・行政実務から強い批判を浴びている。

宝塚パチンコ条例判決を前提とすると、条例に違反する建築物の建築差し止めのような代替的作為義務以外の義務については、どのようにして履行を確保すべきことになるか。民事執行の手段が使えない以上、条例の中で行政罰（行政刑罰や秩序罰）を規定するしかないであろう。将来的には、法律で、直接強制や執行罰を含めた総合的な行政執行法制が整備されなければならない。

（う） 地方公共団体が公害防止協定の履行を求める場合

他方で、最高裁は、地方公共団体が工場事業者などと個別に締結する公害防止協定の遵守を求める場合には、民事執行手続を利用することを認めていた。最判平成21年7月10日判時2058号53頁は、公害防止協定で約束した期間を過ぎても、工場が操業を停止しなかった場合に、民事執行手続で操業差止めを強制できるとした。しかし、この場合の地方公共団体は、財産権の主体として公害防止協定の履行を求めていたのではなく、それこそ行政権の主体として、公益実現のために公害防止協定の履行を求めていたのであり、宝塚市パチンコ条例判決と矛盾する。いずれにせよ、行政実務に携わる立場からは、協定を通じて課した義務を履行させるためならば、民事執行手続が利用できることを頭に入れておくとよい。

公害防止協定の法的性格

公害防止協定の法的性格には争いがあり、①単なる紳士協定にすぎず相手方に約束を履行するように強制することはできないとする紳士協定説と、②行政契約の一種であり、約束の履行を強制することも可能であるとする契約説が対立していた。最高裁は②説を採用したが、公害防止協定で約束した内容の実現を確実に図るために、妥当な判断である。協定が強い法的拘束力をもつのは、地方公共団体と事業者の双方が自由意思でその内容に合意したからであり、協定の締結に公正・透明さが求められることはいうまでもない。

2. 即時強制（即時執行）

即時強制とは、公益に違反する事態が切迫しており、私人に対して義務を課している暇がないようなときに（あるいは、泥酔者に対するときなど、相手に義務を課しても無駄なときに）、やむなく義務の存在を前提とせず、公益上望ましい状態を強制的に実現する手段をいう。直接強制と似ているように思えるが、義務の存在を前提としていない点で区別される。そのために、「行政上の義務履行確保」には含まれないが、やっていることの実態はほとんど変わらない。

即時強制は、相手の権利を著しく制約するおそれがあるが、「条例の留保」の原則から、条例に根拠を置かなければ、即時強制の手法を採用することは許されない。その一方、即時強制は行政上の義務履行確保手段ではないので、条例を根拠として定めることが可能であ

る点には留意されたい。ビラ・張り紙や放置自転車の撤去など、条例において即時強制は大いに活用されている。

事柄の性質上、即時強制においては事前手続が不十分である場合が少なくない。横浜市船舶の放置防止に関する条例9条は、船舶の移動措置を行う前段階として、放置船舶を移動すべき旨の指導・勧告を発する仕組みを採用している。感染症予防法16条の3第5項は、都道府県知事が相手方に対して検体の採取を受忍すべく勧告を行う場合、その理由を提示することを義務付けている。

§ 精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和25年法律第123号）

（申請等に基づき行われる指定医の診察等）

第27条 都道府県知事は、第二十二条から前条までの規定による申請、通報又は届出のあつた者について調査の上必要があると認めるときは、その指定する指定医をして診察をさせなければならない。

2 都道府県知事は、入院させなければ精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあることが明らかである者については、第22条から前条までの規定による申請、通報又は届出がない場合においても、その指定する指定医をして診察をさせることができる。

3 以下略

（判定の基準）

第28条の2 第27条第1項又は第2項の規定により診察をした指定医は、厚生労働大臣の定める基準に従い、当該診察をした者が精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあるかどうかの判定を行わなければならない。

（都道府県知事による入院措置）

第29条 都道府県知事は、第27条の規定による診察の結果、その診察を受けた者が精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあると認めたときは、その者を国等の設置した精神科病院又は指定病院に入院させることができる。

2 前項の場合において都道府県知事がその者を入院させるには、その指定する二人以上の指定医の診察を経て、その者が精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあると認めることについて、各指定医の診察の結果が一致した場合でなければならない。

§ 横浜市船舶の放置防止に関する条例（平成7年条例第26号）

（放置の禁止）

第8条 何人も、故なく船舶を放置し、若しくは放置させ、又はこれを放置し、若しくは放置させようとする者に協力してはならない。

（指導、勧告、命令等）

第9条 市長は、船舶を放置し、又は放置しようとする所有者等に対し、当該船舶を係留施設等に移動するよう指導し、若しくは勧告し、又は命ずることができる。

2 市長は、前項の規定による指導若しくは勧告又は命令を行うため必要がある場合は、当該職員に放置されている船舶に立ち入り、所有者等を確認するため必要な調査をさせることができる。

3 前項の規定による立入調査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない。

(船舶の移動)

第10条 市長は、所有者等が前条第1項の規定による指導若しくは勧告若しくは命令に従わない場合又は同条第2項の規定による調査によっても当該船舶の所有者等を確認することができない場合は、第1条の目的を達成するため必要な限度において、当該職員に、当該船舶をあらかじめ市長が定めた場所に移動させることができる。

3. インフォーマルな制裁

(1) 総説

地方公共団体は、行政上の義務履行を促すために、必ずしも相手方の権利を制限し、義務を課すとはいえないようなインフォーマルな制裁手段を用いることがある。これには、違反事実の公表、行政サービスの拒否・停止、相手が従うまで続けられる行政指導など、様々なものがある。むろん、執拗な行政指導は許されない。

(2) 違反事実の公表

条例あるいは条例に基づき発せられた行政処分で命じられた義務に違反したり、行政指導に従わない者に対して、違反者の氏名とともに違反事実を公表することが、しばしば行われている。このような違反事実の公表は、住民に対する単純な情報提供の趣旨である場合には条例の根拠を要しない。しかし、事柄の性質上、違反者に対する侵害との差は紙一重であり、念のために条例に根拠を置くことが望ましい。

(3) 行政サービスの拒否・停止

近年では、地方税や使用料等の滞納者に対しては許認可をしないとか、公営住宅の入居を拒否するといった事項が条例で定められる。こうした行政サービスの拒否・停止は、地方税や使用料等の滞納に悩む地方公共団体にとって苦肉の策であるが、滞納している使用料等と関連性を有するものに限られるべきであろう。たとえば、行政指導に従わないことのみを理由として水道供給契約の締結を拒否することはできない。また、水道料金の滞納者に水道供給を停止することは認められるが、税金滞納者の家だから火事になつても消火活動に出かけないことは許されないのである。

(4) インフォーマルな制裁の限界

インフォーマルな制裁は、条例の根拠が不要なので、多くの局面で用いられる。しかし、法律（条例）による行政の原理から問題が生じることがある。留意すべきは、住民に対して義務を課し、またその権利を制限するには、条例によらなければならないことである（地方自治法14条2項）。これを「法律の留保」に倣って「条例の留保」という。

インフォーマルな制裁の場合、その定義からも、住民に義務を課し、その権利を制限するわけではなく、条例の根拠は必要ない。しかし、これも程度問題であり、あまりに度がすぎると、住民への“侵害”であると評価されて、「条例の留保」に反する違法なものとされる可能性がある。念のために、条例に根拠規定を置くことが望ましい。

インフォーマルな制裁であっても、達成しようとする目的と比較して相手方に過大な負担を課したり（比例原則）、濫用的に用いてはならない。行政手続条例で、行政が濫用的に制裁手段を用いることを禁じておくべきであろう。

§ 小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例

（滞納者に対する措置）

第6条 第2条又は前3条の手続に着手しても、なお、市税が滞納となっている場合において、当該滞納となっている市税の徴収の促進に必要があると認めるときは、市長は、当該滞納者に対し、他の法令、条例又は規則の定めに基づき行うものを除くほか、市長が必要と認める行政サービスの停止、許認可の拒否等（以下「行政サービスの停止等」という。）の措置を執ることができる。

2 市長は、必要があると認めるときは、前項の行政サービスの停止等の措置と併せて滞納者の氏名、住所その他必要と認める事項（以下「氏名等」という。）を公表することができる。ただし、当該滞納者が、地方税法に規定する滞納処分に関する罪又は滞納処分に関する検査拒否等の罪に処せられたときは、この限りでない。

（小田原市市税滞納審査会への諮問）

第7条 市長は、前条の行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等の公表をしようとするときは、あらかじめ次に掲げる事項を記載した書面を小田原市市税滞納審査会（以下「審査会」という。）に提出し、その意見を聴かなければならない。

- (1) 滞納者の氏名及び住所（法人にあっては法人名及び所在地）
 - (2) 市税の滞納額
 - (3) 督促及び滞納処分の手続の経過
 - (4) 滞納処分のための質問、検査及び捜索の状況
 - (5) 行政サービスの停止等又は氏名等の公表を要すると認めるに至った事情を示す資料
 - (6) 行政サービスの停止等の内容又は氏名等の公表の予定
 - (7) 前各号に掲げるもののほか、必要と認める事項
- （滞納者からの事情聴取）

第8条 審査会は、必要があると認めるときは、審査会に滞納者の出席を求め、その滞納

に至った事情を聴くことができる。

(審査会の意見の尊重)

第9条 市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等の公表をするに当たっては、審査会の意見を尊重しなければならない。

(弁明の機会の付与)

第10条 市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等の公表が必要であると認めるときは、あらかじめその予定する措置の内容を滞納者に通知し、弁明の機会を付与しなければならない。

2 前項の規定による弁明の機会の付与の手続は、規則で定める。

(公表の方法)

第11条 滞納者の氏名等の公表は、広報紙への掲載、市掲示場への掲示その他市長が必要と認める方法により行うものとする。

(損害賠償等)

第12条 市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等を公表した場合において、事実の誤認があつたこと等により滞納者の権利を不当に侵害したときは、その損害の賠償及び名誉の回復について誠実に対処しなければならない。

第13回・14回 行政と情報

1. 行政と情報

現代の行政活動を、情報を抜きに語ることはできない。行政調査が典型であるが、行政は、様々な手段を用いて、行政目的の達成のために情報を収集している。たとえば、営業許可の申請や各種の届出には、当該私人に関する情報を行政が収集・把握するという目的も備わっている。

行政が政策決定するときも、情報が大きな役割を果たしている。そのため、行政機関が保有する情報の公開を通じて、意思決定のプロセスが間接的に明らかになるのである。行政機関情報公開法の目的は、行政が意思決定に至るまでのプロセスを明らかにすることで、恣意的な意思決定が行われるのを間接的に防ぐことにある。

高度情報化社会の到来とともに、情報の価値はいよいよ増している。だがその一方で、行政が漫然と目的もなく個人のプライバシーに関する情報を収集・分析すれば、その個人のプライバシーが行政によって完全に把握されてしまう。また、正当な目的のために収集した個人情報であっても、その内容が誤っていれば、当該個人に不都合をもたらすことが起りうる。こうした弊害を防ぐために、行政機関個人情報保護法が制定された。

2. 行政調査

(1) 行政調査

行政調査とは、行政活動を行う上で必要な情報を収集するために行われる一連の手段をいう。相手の同意を得て行う任意調査（税務調査など）と、罰則や実力行使によって相手の意思に反して行われる強制調査に分かれる。強制検査において最も重要なのは警察が行う犯罪検査であるが、これは刑事訴訟法の授業にゆずり、行政法の授業で触れるのはもっぱら国税検査（犯則調査）である。強制調査については、刑事訴訟法の授業にゆずる。

(2) 任意調査とその限界

典型例は、警察官のおこなう職務質問である（警察官職務執行法2条1項）。ただし、職務質問に付随して行われる所持品検査がいかなる程度まで容認されるのかについては、明文がなく争いがある（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁）。

§ 国税通則法

第74条の2 国税庁、国税局若しくは税務署（以下「国税庁等」という。）又は税關の当該職員……は、所得税、法人税又は消費税に関する調査について必要があるときは、次の各号に掲げる調査の区分に応じ、当該各号に定める者に質問し、その者の事業に関する帳簿書類その他の物件……を検査し、又は当該物件……の提示若しくは提出を求めることができる。

一 所得税に関する調査 次に掲げる者（以下略）

(あ) 身分証の携行・提示（旧所得税法236条）

§ 国税通則法

第74条の13 国税庁等又は税関の当該職員は、第74条の2から第74条の6まで〔当該職員の質問検査権〕の規定による質問、検査、提示若しくは提出の要求、閲覧の要求、採取、移動の禁止若しくは封かんの実施をする場合又は前条の職務を執行する場合には、その身分を示す証明書を携帯し、関係人の請求があつたときは、これを提示しなければならない。

(い) 事前通知

§ 銃砲刀剣類所持等取締法施行規則

第89条 法第10条の6第2項の規定による立入検査は、48時間以前にその旨を関係者に通告し、かつ、日出から日没までの時間内である場合に行うものとする。ただし、関係者の承諾を得た場合……は、この限りでない。

§ 国税通則法

第74条の9 税務署長等……は、国税庁等又は税関の当該職員…に納税義務者に対し実地の調査……において第74条の2から第74条の6まで〔当該職員の質問検査権〕の規定による質問、検査又は提示若しくは提出の要求（以下「質問検査等」という。）を行わせる場合には、あらかじめ、当該納税義務者…に対し、その旨及び次に掲げる事項を通知するものとする。

- 一 質問検査等を行う実地の調査……を開始する日時
- 二 調査を行う場所
- 三 調査の目的
- 四 調査の対象となる税目
- 五 調査の対象となる期間
- 六 調査の対象となる帳簿書類その他の物件
- 七 その他調査の適正かつ円滑な実施に必要なものとして政令で定める事項

(う) 令状主義

憲法35条に規定する令状主義は、行政調査にも適用されるのか。実定法上、収税官吏による質問検査には令状が要件とされていないが、最高裁は、川崎民商事件（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁）において、「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と判示し、一般論としては、憲法35条1項が行政手続にも及ぶ場合があることを明言した。

(え) 犯罪捜査目的での行政調査の禁止（旧所得税法234条2項など）

§ 国税通則法

第74条の8 第74条の2から前条まで〔当該職員の質問検査権等〕の規定による当該

職員の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。

犯罪捜査の場合は、強力な捜査権が認められるのと同時に、他方において人権侵害となるないように慎重な手続が設けられている。これに対して行政調査では、手続的コントロールが十分に及んでいない場合が少なくない。したがって、行政調査を用いて実質的な犯罪捜査を行うことは、刑事訴訟法の趣旨を潜脱するものであるとして、許されない（参照、最決平成16年1月20日刑集58巻1号26頁）。

（お）黙秘権の保障

前掲・川崎民商事件において、最高裁は、憲法38条1項による黙秘権の保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得及び収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶと判示した。

* 届出義務（報告義務）と黙秘権

交通事故の報告義務（道路交通法72条1項）については、最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁が、発生日時、場所、死傷者数、負傷の程度などの届出を義務づけるにとどまり、事故の原因等、刑事責任を問われるおそれのある事項についてまで報告義務が課されているわけではないこととして、黙秘権の保障には違反しないと述べている。

* 公務員の守秘義務と告発義務

公務員は、職務上知りえた秘密を漏らしてはならないという守秘義務（国家公務員法100条）を負う一方で、犯罪があると思料するときは告発しなければならないという告発義務も負っている（刑事訴訟法239条2項）。

（3）強制調査とそのしくみ

強制調査の典型例としては、国税査察官が行う犯則調査が挙げられる（国税通則法132条以下）。令状主義が法定されており、警察の犯罪捜査と同じような権限が付与されている。実質的には、租税犯罪の捜査としての刑事手続の機能を果たしている（参照、最判昭和59年3月27日刑集38巻5号2037頁）。詳しくは、刑事訴訟法の授業で学んでもらいたい。

§ 国税通則法

（臨検、搜索又は差押え等）

第132条 当該職員は、犯則事件を調査するため必要があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、臨検、犯則嫌疑者等の身体、物件若しくは住居その他の場所の搜索、証拠物若しくは没収すべき物件と思料するものの差押え又は記録命令付差押え……をすることができる。ただし、参考人の身体、物件又は住居その他の場所については、差し押さるべき物件の存在を認めると足りる状況のある場合に限り、搜索をすることができる。

3. 行政機関情報公開法

(1) 目的

行政機関情報公開法は、憲法21条の表現の自由から派生する「**知る権利**」を実現するために制定された（ただし、「知る権利」という文言は用いられていない）。政府は国民に対して**説明責任（アカウンタビリティ）**を負い、国民は行政機関が有する情報を知る権利があるという考え方である。政府が説明責任を全うすることで、「国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資すること」が、この法律の終局目的である。

(2) 開示請求権

何人も、行政機関情報公開法の定めるところにより、行政機関の長に対し、その保有する行政文書の開示を請求することができる（同法3条）。開示請求書には、請求者の氏名・住所と、行政文書の名称その他行政文書を「特定するに足りる事項」を記載する（同法4条）。

① 情報の開示請求は、申請として扱われる。したがって、不開示決定は申請に対する拒否処分となり、審査請求および取消訴訟・（申請型）義務付け訴訟の対象となる。

理由の提示

不開示決定は申請に対する拒否処分なので、理由の提示が求められる（行政手続法8条）。公文書の非開示決定に付記すべき理由としては、開示請求者において、非開示事由のどれに該当するのかをその根拠とともに了知し得るものでなければならず、単に非開示の根拠規定を示すだけでは不十分である（最判平成4年12月10日判時1453号116頁）。

一たび非公開決定の通知書に理由を付記した以上、法が理由の付記を求めた目的は実現されているので、実施機関がそこで示した理由以外の理由を非公開決定処分の取消訴訟において主張することが許されないわけではない（理由の差し替えは許される、逗子市情報公開訴訟：最判平成11年11月19日民集53巻8号1862頁）。

- ② 何人も、情報の開示請求権を有する。子どもや外国人であってもよい。
- ③ 開示請求は、いかなる理由に基づくものであってもよい（申請書に理由を記載する欄がないことも少なくない）。

(3) 開示の対象——行政文書

行政機関が保有していれば、開示の対象となる。その行政機関が作成したものであることは要しない。

行政文書は、一定の形になっている必要がある（法2条2項参照）。したがって、個人的な文書や検討段階のメモなどは開示されない。ただし、「決裁」や「供覧」といった正式な手続を経て作成された文書でなくとも、役所内で組織的に使用・保管する文書（組織供用文書）であれば、開示対象となる。

Q. どうして、決裁や供覧を経た文書でなくとも開示対象とされるのか？

(4) 不開示情報

行政機関の長は、開示請求があった場合には、求められた文書を開示する義務を負う。しかし、不開示情報が含まれているときは、この限りではない（法5条）。

* ちなみに、自治体の条例では「非開示情報」と呼びならわされる。

- ① 個人情報（1号）：特定の個人を識別できる情報。
- ② 法人等情報（2号）：法人の権利や競争上の利益を害するおそれがある情報。営業のノウハウなど。
- ③ 国家秘密（3号）：国防上・外交上の国家機密。
- ④ 公共安全情報（4号）：犯罪捜査や公共の秩序維持に関する情報。
- ⑤ 審議検討情報（5号）：政府の審議・検討・協議に関する情報のうち、公開すると有意義な意見交換や自由な意思決定が不可能になったり、社会を混乱させたりして、「意思形成を公正かつ適切に行うこと著しい支障が生じる」情報（鴨川ダムサイト訴訟：最判平成6年3月25日判時1512号22頁）。
- ⑥ 事務事業情報（6号）：公開すると事務事業の適正な執行に支障をきたす情報。

(5) 公益上の理由による裁量的開示

不開示情報が含まれる行政文書であっても、行政機関の長は、「公益上特に必要があると認めるとき」には、その文書を開示することができる。（法7条）

(6) 行政文書の存否に関する情報

その文書の存否が明らかになるだけで支障が生じるもの（通院記録・逮捕歴）について
は、その存否を明らかにせずに開示請求を拒否することができる（法8条）。

(7) 第三者の手続保障

行政文書の中に第三者（国・自治体、開示請求者以外）の情報が含まれているのに、行政機関が開示しようとする場合には、第三者に意見書提出の機会が与えられる（法13条）。基本的には任意の手続だが、公益上の理由で開示する場合にはこの手續が義務づけられる。

4. 行政機関個人情報保護法

(1) 目的

行政機関個人情報保護法は、憲法13条に由来するプライバシー権（ひとりで放っておいてもらう権利、自己情報コントロール権）に基づく。プライバシー権はその内容が一義的に明確ではなく、法律で具体的に権利内容を規定したことの意義は大きい。

(2) 保護される対象——個人情報

行政機関が保有する（生存する）個人に関する情報で、氏名、生年月日、その他の記述等により個人を特定できるもの（法2条2項）。

* 川崎市個人情報保護条例などは、死者の個人情報も保護の対象に含めている。

（3）開示請求権・訂正請求権・利用停止請求権

個人情報保護の基本は、自己に関する情報のコントロールにある。具体的には、自己情報の正確性の確保および自己情報が際限なく利用されることの阻止である。そこで法は、何人も、行政機関の長に対して、自己を本人とする保有個人情報の開示（法12条）、訂正（法27条）、利用停止（法36条）について請求権を付与した。

* 保険医療機関が診療報酬明細書（レセプト）の写しを保管しておく目的は、自身の行った療養給付の費用を保険者に請求し、その支払いを受けたことの証拠とすることにある。最判平成18年3月10日判時1932号71頁は、「そのような診療報酬の支払いがなされた」という事実を超えて、たとえば「そのような診療行為は實際には行われていない」ことを理由に訂正する義務はないとした。

（4）不開示情報

自己情報なので情報公開法とは性質が異なるが、重なり合う場合がある。たとえば、自分の情報であっても、開示請求者の健康・財産を害するおそれがある情報、請求者以外の個人情報、法人情報、審議検討情報、事務事業情報などは開示されない（法14条）。たとえば、公務員の勤務評定は、事務事業情報にあたり、公正かつ円滑な人事の確保に支障を及ぼすおそれがあることから、公開されない（法14条7号ニ）。学校の評定はどうか。

（5）第三者の手続保障

行政機関情報公開法と同様に、開示請求の対象に第三者に関する情報が含まれる場合には、当該第三者に対して、意見書提出の機会を与えることができる（法23条）。

5. 情報公開・個人情報保護審査会

不開示処分につき不服申立てが行われた際に、審査庁からの諮問に応じて答申を下す機関として、情報公開・個人情報保護審査会が設置されている。各分野の専門家によって構成されており、インカーメラ審理を実施することができるなど、特性を有している（情報公開・個人情報保護審査会設置法9条）。なお、裁判所が証拠調べとしてインカーメラ審理を行うことは認められていない（最決平成21年1月15日民集63巻1号46頁）。答申に法的拘束力はないが、事実上、大きな影響力を有している。