

XIV. 非権力的行政1 (行政契約)

2013. 7. 10 石崎

一. 非権力的行政活動

1、概念

- ①契約のように相手方と対等の立場で法律関係を形成し、通常の民事訴訟で紛争が解決されるもの（公定力を有しないもの）や事実行為であって相手方に受忍を強いる法的効果を有しない行為を非権力的行政活動ということにする。
- ②これまでの講義は、権力的な行政活動（国民の権利義務関係を一方的に形成する行為、あるいは相手側国民の同意を得ずに強制力を行使する行為）に関する法の仕組みを説明してきたが、日常の行政活動の多くは非権力的なものである。

2、種類

行政活動が多様であるので、非権力的行政活動も多種・多様であろうが、国民・市民に対する非権力的行政活動には次のようなものがある。

- ①契約・協定・合同行為
- ②行政指導

※行政指導は、厳密には非権力的事実行為であるが、行政活動で多用され、また実際に相当の強制力を発揮しており、その統制法理を詳しく検討することが求められている（行政手続法参照）。そのため、行政指導を独立した行為形式として扱うことが一般的である。

- ③非権力的事実行為（サービスの提供・情報の提供、公共施設の物理的管理、相手方の同意を得た調査・情報収集など。公務員が市民と接する活動の中では、最も頻繁なものかもしれない。）

3、法的特徴について

- ①非権力的行政活動は必ずしも法律の根拠を必要とするものではない。
※但し、重要事項留保説は非権力的行政活動であっても、法律の根拠規定が必要な場合のあることを認める。
- ②a)非権力的行政活動に対しては、通常の民法をはじめとする民事法の規定が適用される。
b)しかし、非権力的行政活動も、福祉行政や教育行政のように行政目的を達成するために公的資源を行使してなされるものであるため、当該行政分野の法的規律に服し（それは健康で文化的な生活を保障する憲法25条1項や教育を受ける権利を保障する憲法26条から導かれる規範的要請に違反してはならない）、また財政法・公共施設法上の制約を受ける。
c)また「非権力的」といってもそれが行政活動として行われる場合は、事実上の強制力を有することが多いので、国民の権利を保護するための明文・不文の法的規律に服す。例えば行政指導に関する行政手続法の規定や、信頼保護の法理、平等原則の法理の適用など。
- ③非権力的行政活動をめぐる紛争は、民事訴訟または公法上の当事者訴訟で解決される。
・損害賠償の場合は国家賠償法が適用されるケースが少ないが、これは民事訴

訟である。

- ・公法上の契約が争われる場合、それを公法上の当事者訴訟ということもできようが、実際には通常の民事訴訟と同じ手続で審理される。
- ・行政事件訴訟法が改正されたので行政指導の違法確認など「公法上の確認訴訟」が使われることがあろう。（行政処分ではないので取消訴訟では争えない。但し、救済の見地から非権力的行政活動を形式的に行政処分と見なし、取消訴訟でも争える場合があるとする学説も少なくない。）

二、行政上の契約・協定

櫻井・橋本p. 1以下、宇賀p. 191以下、

1、行政契約の概念

(1) 公法契約と行政契約

- ①行政活動において締結される契約には、物品の購入契約や請負契約のように民間の場合と同様の契約（私法契約）も存在するが、他方で、公行政に特有の契約もある。このような契約を伝統的に「公法契約」と称してきた。そして、公法契約は私法契約とはその性質が異なるものとして、公法契約の法理（法的根拠・法的限界等）を考察することに行政法上の関心があった。しかし、両者を区別することが困難なこと、公法と私法との峻別論に疑問が出されてきたこと、また紛争は民事訴訟で処理されることなどから、今日では「公法契約」と「私法契約」をことさらに区別する見解は少なくなっている。

cf. 田中二郎『新版 行政法 上巻（全訂第2版）』（1974年）

「公法上の契約は、法律上明示された場合に限りて成立しうるものとするのが従来の通説である。…しかし、公法上の契約は、行政行為とはその範疇を異にし、むしろ、対等の当事者間の意思の合致によって成立するもので、私法上の契約と同様、いちいち明示の法律的根拠を必要としないと解すべきであろう。ただ、私法上の法律関係については、私的自治の原則が認められ、契約自由の原則が支配するのに反して、公法上の法律関係は、その公共的性格の故に、法律による規制を受けることが多く、契約によって定められる範囲が限られていることは、否定できない。」(121-2頁)

「具体的な契約が公法上の契約なのか司法上の契約なのかの明瞭でないことが少なくない。…そのなかに行政権の行使を基礎づけるような条項を定めているときは、単なる私法上の契約ではなく、公法上の契約の性質を有するものと解すべきであろう。」(114-5頁)

- ②それに代わって、行政手段として締結される契約を一括して「行政契約」と称する使用例が増えている（前掲の宇賀及び櫻井・橋本）。

(2) 行政契約の種類

- ①行政活動の性質から分類すると、給付行政における行政契約、規制行政における行政契約、準備行政（調達行政：行政活動の人的・物的手段の確保）における契約と分けることができる。
- ②契約当事者から分類すると、行政団体と私人との間で締結される契約と行政団体相互間の間で締結される契約がある。以下では主に前者を扱う。後者の例としては、自治体間の事務委託契約（自治法 § 252の14、学校教育法 § 31①）や道路や河川の費

用負担契約（道路法 § 54、河川法 § 65）がある。

その他に、私人相互間の契約であるが、行政目的実現のためのものもある（建築基準法第4章（§ 69以下）の建築協定など）。

- ③法律の根拠という視点からは、法律に根拠のある行政契約と法律上の根拠規定のない行政契約がある。

前者の例：消防庁と水利権者が締結する水利使用協定（消防法 § 30②）

道路管理者と建物所有者が締結する道路一体物に関する協定（道路法47条の6）

後者の例：環境保全協定、宅地開発協定など

2、行政契約の統制法理（宇賀p. 193以下）

（1）行政法の一般原則に由来する法理

- ①法律による行政の原理→法律に違反する契約はできない
- ②契約自由原則の修正
- ③平等原則
- ④効率性原則
- ⑤説明責任原則

（2）財政民主主義に由来する法理

- ①国会の予算議決権
- ②地方自治体における議会の予算議決権と契約締結承認権

（3）一般競争入札中心主義（会計法その他財務会計関係法上の規制）

- ①国が締結する契約に対する会計法の規制
- ②地方公共団体の締結する契約に対する地方自治法の規制
- ③その他の規制
- ④手続的統制

（4）行政契約と民法法理

- ①上記（1）～（2）の制約以外に民法法理に服す。
- ②自治体と外郭団体（第3セクターなど）が契約を締結する場合、いずれも自治体の長が代表者となっていることが多く、双方代理とならないかという問題が生じるが、この点について、最高裁の次の判決がある。

愛知県世界デザイン博住民訴訟 **最高裁平成16年7月13日判決**（民集58巻5号1368頁、LEX/DB 28091988）

普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約締結行為であっても、長が相手方を代表又は代理することにより、私人間における双方代理行為等による契約と同様に、当該普通地方公共団体の利益が害されるおそれがある場合がある。そうすると、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約の締結には、民法108条が類推適用されると解するのが相当である。そして、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表するとともに相手方を代理ないし代表して契約を締結した場合であっても同法116条が類推適用され、議会が長による上記双方代理行為を追認したときには、同条の類推適用により、議会の意思に沿って本人である普通地方公共団体に法律効

果が帰属するものと解するのが相当である。

3、各種の行政契約（櫻井・橋本p.131以下）

（1）給付行政と行政契約

①給付行政は本来的には権力的作用でないので、契約方式が多く採用される。例えば、水道使用、公営住宅利用などは契約による。独立行政法人日本学生支援機構（旧日本育英会）の奨学金も消費貸借契約である。

※但し、給付行政であっても、行政処分の形式をとる場合が少なくない（例えば、生活保護決定、社会保険の給付に関する裁決、公共施設利用許可など）。

②これらの契約には、公共資源の利用であり、生存権保障の目的を持つものであるため、公共性の確保の観点からの法的制限がある。例えば、平等利用・機会均等の原則、契約締結強制（水道法など）やサービス提供義務などであり、契約内容（利用条件）も特定されている場合が少なくない。

※指導要綱に違反することを理由とする給水契約の拒否が水道法に違反するとして事例に、武蔵野市給水拒否事件最高裁平成1.11.8判決（判時1328-16、ケースブックp.138）

※町がマンション分譲業者からの420戸分の給水契約申込を拒否したことにつき、急激な水道水の需要の増加を抑制するためのやむを得ない措置であるとして、水道法15条1項にいう「正当な理由」があったものとした事例として、福岡県志免町給水拒否事件最高裁平成11.1.21判決（判時1682-40、ケースブックp.168）

※リゾート地で別荘所有者に対し高額の水道料金を課していた条例が違法とされた事例として、最高裁平成18.7.14判決（判時1947-45、ケースブックp.33）

（2）規制行政と行政契約

①規制行政の領域では、法律による行政の原理が強く要請され、行政立法・行政処分という形式が多く採用されるが、行政契約という方式も重要な役割を果たしている。特に法律規定が欠如あるいは不十分な場合や、法律規定を越える規制や先進的規制をする場合などに行政契約（行政協定）の方式が採用されることがある。このような行政契約の例として、公害防止協定・環境保全協定・原子力発電所等における電力会社と自治体との安全協定などがある。契約の当事者に自治体だけでなく、町内会が加わることもある。

②自治体の開発指導要綱等では、事業者が関係自治体や関係地域自治会などこのような協定を締結することを規定しており、これらの協定が締結されることを事前協議了承の条件としている例も少なくない。但し、これらは法律の根拠のない限り、行政指導としてのみ認められるだろう。

③最近では、このような行政協定もその法的効力が承認され、民事訴訟を通じて履行を強制することができることと解されている（櫻井・橋本p.135で書いているように、これらの協定を根拠に行政上の強制措置をとったり違反行為に対して刑罰を科したりすることができないのは言うまでもない）。

④行政契約（行政協定）によって法律の規定を妨げることはできない。この点につき、公害防止協定の操業期間に関する規定の有効性を肯定したものとして、次の最高裁判例がある。

旧福岡町産廃公害防止協定事件最高裁平成21年7月10日判決（判例時報2058号53頁、LEX/DB 25440920）

本判決は、原審（福岡高裁平成19年3月22日判決）が、「廃棄物処理法は、産業廃棄物の処分業等の許可並びに処理施設の設置及び変更の許可の権限や、処理施設に対する監視権限等を知事にゆだねている。（協定の）期限条項が法的拘束力を有するとすれば、本件処分場に係る福岡県知事の許可に期限を付するか、その取消しの時期を予定するに等しいこととなるが、そのような事柄は知事の専権というべきであり、旧期限条項は、同法の趣旨に沿わない。」と判断したことに対し、次のように判示した。

これらの規定（石崎注：廃棄物処理法の産廃施設設置許可に関する規定のこと）は、知事が、処分業者としての適格性や処理施設の要件適合性を判断し、産業廃棄物の処分事業が廃棄物処理法の目的に沿うものとなるように適切に規制できるようにするために設けられたものであり、上記の知事の許可が、処分業者に対し、許可が効力を有する限り事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものではないことは明らかである。そして、同法には、処分業者にそのような義務を課す条文は存せず、かえって、処分業者による事業の全部又は一部の廃止、処理施設の廃止については、知事に対する届出で足りる旨規定されているのであるから（14条の3において準用する7条の2第3項、15条の2第3項において準用する9条3項）、処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではない。したがって、旧期限条項が同法の趣旨に反するということはできないし、同法の上記のような趣旨、内容は、その後の改正によっても、変更されていないので、本件期限条項が本件協定が締結された当時の廃棄物処理法の趣旨に反するということもできない。

そして、旧期限条項及び本件期限条項が知事の許可の本質的な部分にかかわるものではないことは、以上の説示により明らかであるから、旧期限条項及び本件期限条項は、本件条例15条が予定する協定の基本的な性格及び目的から逸脱するものでもない。

（2）以上によれば、・・・原審の判示するような理由によって本件期限条項の法的拘束力を否定することはできないものというべきである。

※本件第1審（福岡地裁平成18年5月31日判決）は公害防止協定の有効性を認め、業者に対する自治体（合併後の福津市）の使用差止め請求を認容していた。

（3）準備行政と行政契約

①行政活動の物的手段を整備するいわゆる準備行政においては、主に契約による調達が行われている。（収用等の権力的手法が採用されるのは例外的である。）

②財政民主主義や公の財産の公正且つ効率的運用の見地から、行政に特有の統制法理がある。

- ・ 予算議決主義、地方自治法による契約締結に関する議会議決
- ・ 契約の方式の制限

一般競争入札

指名競争入札

随意契約

国・自治体が契約を締結する場合は、原則として一般競争入札でなければならない。指名競争入札・随意契約は政令の定める場合に該当する場合。（会計法 § 29 の 3、地方自治法 § 234、地方自治法施行令 § 167、 § 167 の 2）。

これらを踏まえて、公共契約法の基本原理として、経済性・競争性・公正性・透明性の原則をあげるものに、碓井光明『公共契約法精義』（2005年）がある。

③ 契約に関する判例

随意契約の可否について、**最高裁昭和62年3月20日判決**（民集41巻2号189頁、判例時報1228号72頁、LEX/DB 27100062）

地方自治法（以下「法」という。）234条1項は……一般競争入札の方法によるべきことを原則とし、それ以外の方法を例外的なものとして位置づけているものと解することができる。そして、……令167条の2第1項は前記法の趣旨を受けて同項に掲げる一定の場合に限定して随意契約の方法による契約の締結を許容することとしたものと解することができる。ところで、令167条の2同項1号に掲げる「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」とは、……当該契約の性質又は目的に照らして競争入札の方法による契約の締結が不可能又は著しく困難というべき場合がこれに該当することは疑いがなく、必ずしもこのような場合に限定されるものではなく、競争入札の方法によること自体が不可能又は著しく困難とはいえないが、不特定多数の者の参加を求め競争原理に基づいて契約の相手方を決定することが必ずしも適当ではなく、当該契約自体では多少とも価格の有利性を犠牲にする結果になるとしても、普通地方公共団体において当該契約の目的、内容に照らしそれに相応する資力、信用、技術、経験等を有する相手方を選定しその者との間で契約の締結をするという方法をとるのが当該契約の性質に照らし又はその目的を究極的に達成する上でより妥当であり、ひいては当該普通地方公共団体の利益の増進につながると合理的に判断される場合も同項一号に掲げる場合に該当するものと解すべきである。

随意契約制限に違反する違法な契約の効力について、**最高裁昭和62年5月19日判決**（民集41巻4号687頁、判例時報1240号62頁、LEX/DB 27800039）

（地方自治法）法234条2項は、普通地方公共団体が締結する契約の方法について「指名競争入札、随意契約又はせり売りは、政令で定める場合に該当するときに限り、これによることができる。」と規定し、これを受けて令167条の2第1項は、随意契約によることができる場合を列挙しているのであるから、右列挙された事由のいずれにも該当しないのに随意契約の方法により締結された契約は違法というべきことが明らかである。しかしながら、このように随意契約の制限に関する法令に違反して締結された契約の私法上の効力については別途考察する必要がある、かかる違法な契約であっても私法上当然に無効になるものではなく、随意契約によることができる場合として前記令の規定の掲げる事由のいずれにも当たらないことが何人の目にも明らかである場合や契約の相手方において随意契約の方法による当該契約の締結が許されないことを知り又は知り得べかりし場合のように当該契約の効力を無効としなければ随意契約の締結に制限を加える前記法及び令の規定の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められる場合に限り、私法上無効になるものと解するのが相当である。

※建設業者を入札参加者指名から排除したことが行政処分といえるかにつき、高松高裁平成12.9.28(判時1751-81)、名古屋地裁平成17年3月2日決定（LEX/DB 25410390）等是否定。次に引用するのは名古屋地裁決定。

そして、有資格業者のうちからある契約の入札参加者を指名することについては法令上は何の制約もない上、「豊田市工事等競争入札参加者の資格審査及び指名等に関する要綱」によっても、入札参加者を指名する場合の運用基準は別表第5のとおりとされている（10条）ところ、その内容は、指名を不相当とする事情や「勘案」ないし「考慮」されるべき事情を掲げているにすぎず、資格者名簿に登載されたからといって、「常に」あるいは「一定の割合」でもって指名を受けることを保障するものではなく、つまるところは、相手方が指名を相当と判断したときに指名を受け得るというものにすぎないことにかんがみると、そもそも申立人が豊田市と契約を締結する権利ないしその機会を与えられている権利を当然に有しているとみることはできず、仮に申立人が豊田市の発注する契約に関する指名競争入札のうちのいずれかの指定を受けることが通例であったとしても、それは単なる事実上の期待にすぎないというべきである。

また、指名競争入札は、私人と対等な関係で締結する契約の当事者の選定方法の一種であるから、いかなる有資格業者を指名するか、あるいは指名しないかということは、あくまでも契約の相手方選定に係る普通地方公共団体内部における準備的行為にすぎないというべきである。そして、指名停止は、その期間中当該業者を入札参加者として指名しないという包括的な措置という性質を有することからすると、これもまた契約の相手方選定に係る普通地方公共団体内部における契約の準備的行為の性質を有するというほかない。

最高裁平成18年10月26日判決（判例時報1953号122頁、LEX/DB 28112265）

本件は、徳島県に属する旧木屋平村（以下「木屋平村」という。）の発注する公共工事の指名競争入札に平成10年度まで継続的に参加していた上告人が、同11年度から同16年度までの間、村長から違法に指名を回避されたと主張して、国家賠償法1条1項に基づき、合併により木屋平村の地位を承継した被上告人に対し、逸失利益等の損害賠償を求めている事案で、最高裁は、原告の請求を棄却すべきものとした原審判決を取り消して、原審に差し戻した。ただし、反対意見がある。地方自治法等の定めは、普通地方公共団体の締結する契約については、その経費が住民の税金で賄われること等にかんがみ、機会均等の理念に最も適合して公正であり、かつ、価格の有利性を確保し得るという観点から、一般競争入札の方法によるべきことを原則とし、それ以外の方法を例外的なものとして位置付けているものと解することができる。また、公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律は、公共工事の入札等について、入札の過程の透明性が確保されること、入札に参加しようとする者の間の公正な競争が促進されること等によりその適正化が図られなければならないとし（3条）、前記のとおり、指名競争入札の参加者の資格についての公表や参加者を指名する場合の基準を定めたときの基準の公表を義務付けている。以上のとおり、地方自治法等の法令は、普通地方公共団体が締結する公共工事等の契約に関する入札につき、機会均等、公正性、透明性、経済性（価格の有利性）を確保することを図ろうとしているものということができる。

④公共用地の売買契約に関する特例→宇賀 I p. 374以下に詳しい

⑤ P F I と 契 約

民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律

(4) 指定管理者制度（平成15年地方自治法改正により導入）→詳しくは3年次の自治体法務で扱う。

- ① 普通地方公共団体は、条例の定めるところにより、指定管理者（法人その他の団体であつて当該普通地方公共団体が指定するもの）に、公の施設の管理を行わせることができる（自治法 § 244の2③）。
- ② 条例の規定事項は、指定の手續、指定管理者が行う管理の基準、業務の範囲、その他必要な事項（同条④）
- ③ 指定管理者の指定は期間を定めて行う（同条⑤）
- ④ 指定管理者を指定する場合は、当該普通地方公共団体の議会の議決が必要（同条⑥）
- ⑤ 普通地方公共団体は、公共施設の利用料金を当該指定管理者の収入として收受させることができる。この料金は、公益上必要があると認める場合の他、条例の定めるところにより、指定管理者が定める。この場合、予め、普通地方公共団体の承認が必要。（同条⑧⑨）
- ⑥ 指定管理者は、毎年度、事業報告書を普通地方公共団体に提出しなければならない（同条⑦）。普通地方公共団体の長または委員会は、指定管理者に報告を求め、実地について調査し、または必要な指示をすることができる（同条⑩）。普通地方公共団体は、指定を取消し、又は業務の全部又は一部を停止することができる（同条⑪）。

(5) 行政団体間の契約について

- ① 事務の委託契約（地方自治法252条の14、学校教育法31条）
- ② 法律上の権限主体を変更する契約（行政団体間の契約に見られる）には、法律上の根拠が必要である。

4、行政契約と義務履行確保

(1) 司法的救済の可能性

行政契約が有効である限り、司法的救済は可能である。

上掲の最高裁平成21年7月10日判決及びその第1審参照。これらは、事件場号から見る限り、通常の民事訴訟としている（公法上の当事者訴訟ではない）。

(2) 住民は自治体が締結した協定による義務の履行を求める訴訟を提起できるか

- ① 否定例として、札幌地裁S55.10.14判決（判時988-37）
- ② 肯定例として、奈良地裁五條支部H10.10.20判決（判時1701-128）

地域住民らと産業廃棄物処理業者との間で締結された公害防止協定に違反して産業廃棄物が投棄された場合において、右公害防止協定は契約としての性質を有するものであり、右住民らは、契約上の請求権である産業廃棄物撤去請求権を行使することができるとして、右産業廃棄物の撤去請求が認められた事例。

（TKCの要約：第一法規提供分）

- ③ 三多摩地域廃棄物広域処分組合事件について（宇賀 I p. 328）

東京地裁八王子支部平成8年2月21日判決（本訴）判タ908-149

公害防止協定当事者である原告日の出町や第3自治会だけでなく、日の出町に居住

する個々の住民に対しても、資料閲覧等請求権を保障することによって、本件処分場設置に関連する公害の防止を万全なものにしようとしたものと解するのが相当

東京高裁平成9年6月23日決定（仮処分認可決定に対する保全抗告事件）

本件三自治会協定が第三者のための契約を含むものとはいえないので、第三自治会の構成員でない相手方が、本件三自治会協定12条（4）の「周辺住民」として、本件資料の閲覧等の請求権を行使することはできないものと判断される。また、相手方は、第二二自治会の構成員であるので、本件二二自治会協定12条（4）所定の資料の閲覧等の請求権を有することは明かであるが、……12条中の一部の条項である（4）の資料には、本件資料は含まれないものと解するのが相当である。

④ウラン残土撤去請求事件

鳥取地裁平成14年6月25日判決（判時1798-128）

原告（地区自治会）と被告（核燃料サイクル機構）の前身である動力炉・核燃料開発事業団との間で締結された協定書（ウラン残土の撤去に関する協定書）に基づき、ウラン残土撤去請求を認容した事例。控訴審（広島高裁松江支部平16.2.27判決）も本判決を支持。

（3）強制措置・罰則について（宇賀Ⅰp.327）

行政契約で、強制執行や罰則（刑罰）を定めることはできない。