

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。

- ② a) 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くないが、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)等は否定。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。

X V . 非権力的行政 2 (行政指導)

2013. 7. 17 石崎

1、行政指導の概念

(1) 行政手続法の規定 (§ 2 六号)

①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つて処分に該当しないものをいう。

②概念要素は次の通りである

- a)行政機関の行為であること (行政手続法における「行政機関」の意義については、次の(2)を参照。)
- b)行政機関の任務又は所掌事務の範囲で行われるものであること (少なくとも組織法上の根拠は必要)
- c)一定の行政目的の実現をめざすものであること (たとえば開発行為一般について、多数人に向けられた指導ではなく、特定開発行為に関する指導であること)
- d)特定人に向けられたものであること (上の例でいえば、開発業者一般に対する指導ではなく、特定開発事業の事業者に対する指導)
- e)一定の作為又は不作為を求める行為であること
- f)指導・勧告・助言その他の行為であること (日本語からして、法的拘束力を有しないもの)
- g)処分に該当しないもの

※定義規定だからa)~g)までをすべて満たすことが「行政指導」該当性の必要十分条件であろう。a)~f)までを満たしても、それが処分性を有するならば、それは行政指導に該当しないこととなる。最高裁平成17年7月15日判決で処分性が認められた病院中止勧告はそのようなものであろう。とはいえ、法的拘束力を有しないものの処分性が肯定されるのは極めて例外的であるので、a)~f)までが満たされれば、それは通常は行政指導に該当する。そのため、行政手続法がg)の要素を規定していることを留保しつつ、このレジュメではa)~f)を満たすものを「行政指導」ということにする。

③行政指導は厳密には非権力的事実行為である (行政機関のアドバイス)。しかし、行政指導は特定の行政目的実現の手段として実施され、実際には行政の優位性のもとに強い影響力 (事実上の拘束力) を有しており、また違反事実の公表など事実上の制裁措置と結びつくことが多い。この点で、P R (広報) 活動などの単なる情報提供と異なっている。

(2) 行政機関

行政手続法 § 2 五号の「行政機関」概念は、制定時においては、行政指導の実施主体として規定されたものである。しかし、その後の法改正によって、命令等の制定主体の意味でも用いている。いずれにせよ、行政手続法に固有の意味で用いられているので、注意することと。そもそも、イは事務配分型行政機関概念による行政機

関であり、ロは作用法型行政機関概念による行政機関である。

イ 法律の規定に基づき内閣に置かれる機関若しくは内閣の所轄の下に置かれる機関、宮内庁、内閣府設置法 第49条第1項若しくは第2項 に規定する機関、国家行政組織法第3条第2項 に規定する機関、会計検査院若しくはこれらに置かれる機関又はこれらの機関の職員であって法律上独立に権限を行使することを認められた職員

ロ 地方公共団体の機関（議会を除く。）

※それに対し、処分及び届出については「行政庁」という概念を用いている。

(3) 行政指導の分類

①機能的分類：行政指導をその機能から分類するときは、次の三つに分けることが多い（櫻井・橋本p.142、塩野 I p.201）

- a) 規制的行政指導
- b) 助成的行政指導
- c) 調整的行政指導

②根拠規定による区分

- a) 法律・条例に根拠のあるもの
- b) 要綱により定められているもの
- c) 特に指導の根拠規定のないもの

③形式による分類

- a) 書面による行政指導
書面による行政指導に関する行政手続法の規定
書面による行政指導の求め
- b) 口頭による行政指導

(4) 法令上の処分権（許認可権・下命処分権）との関係

(ア) 処分権を背景に行われる行政指導

①法令上の指導に従わないことが処分権発動の根拠となるものがある。

生活保護法 § 27と § 62③

②勸告不服従の場合に、公表や処分を行うとする規定例は少なくない。

公表と処分を定めるものとして、障害者自立支援法 § 49、児童福祉法 § 24の16など。

公表だけを定めるものとして、鉄道事業法 § 22の3、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律 § 49の2 特殊な規定として、医療法 § 30の11と健康保険法 § 65④二号

③このような場合、指導や勸告でありながら、その処分性が認められることがある（この場合の勸告は実体的拘束力はないとしても行政指導ではないと考えられる）。

最高裁平成17. 7. 15判決（判時1905-49） 病院開設中止勸告

最高裁平成17. 10. 25判決（判時1920-32） 病床数削減勸告（藤田意見がある）

横浜地裁平成12年9月27日判決（LEX/DB 28062288）横浜市船舶放置防止条例

秋田地裁平成5年4月23日判決（LEX/DB 27815461）生活保護法の指導

④自治体の指導要綱の中には、法令上の許認可申請の事前手続として、事前協議を求

めるものが少なくない。この場合、事前協議の了承後に許認可申請を行うとする例が多い。また事前協議の了承を経ない許認可申請について、不受理や処分留保と問う問題が生じることがある。

(cf. 新潟県大規模開発指導要綱は申請と同時に協議申請を行い、協議申請了承と許認可を同時に行う仕組みであって、これは特殊な制度設計である。私は、この仕組みの方が行政手続法制度に合致しているように思う。)

(イ) 法令上の処分権限が存在しない場合に行われる行政指導

- ・地方自治体が昭和40年代以降制定してきた開発指導要綱の多くは、自治体に許認可権限がないが、自治体として乱開発を規制する必要から作られたものである。その最初は、1967（昭和42）年の川西市「住宅地造成事業に関する指導要綱」であるといわれるが、その後、大都市部を中心に数多くの自治体が策定した。
- ・現在でも、法令上の権限がない場合に、行政指導で市民や企業の活動を規制する例は少なくないであろう。

(5) 行政指導の機能をどう見るか

わが国における行政指導は多様な機能を有しているが、それが相手方の納得・承諾（渋々同意もある）を前提として行われるというものであるという性質から

①行政と国民の間の法的紛争回避（法律回避という側面と円滑実施という側面）

法律回避→法治主義の空洞化や行政指導過程の不透明性への批判
→行政手続法における「行政指導」規定の導入へ。

権限行使前の行政指導が、事前手続的機能を持つことも否定できない

②法律・条例の欠缺・不備の補完

自治体の指導要綱はその典型例。その他、法律規定がない場合の緊急措置

③先進的・実験的行政施策の実施

等の機能があると考ええる。これらの機能（特に②③）は、行政協定にも認められる。非権力行政のメリット。他方で、行政指導であることの限界性もある。

2、行政手続法による行政指導の統制（法 § 32から § 36まで）

※法律の行政指導の定義規定は地方自治体の機関が行う行政指導を含めている。しかし、自治体の行政機関が行う行政指導及び行政指導指針の意見公募に関しては、2章から6章までを適用しない（第7章は適用される）。

(1) 行政指導の一般原則（§ 32）

- ①行政機関の任務又は所掌事務の範囲内
- ②相手方の任意の協力→行政指導不服従を理由とする不利益取扱いの禁止

(2) 申請に関連する行政指導（§ 33）

申請者が行政指導不服従の意思を表明した場合の行政指導継続等による申請者の権利行使妨害の禁止→申請に対する手続の留保は許されない。

※指導継続自体は許される。

※申請者が行政指導に従う意思がないことを表明したときは、行政指導を継続し、許認可の手続を保留することはまったく許されないか→品川マンション建築確認留保事件最高裁昭和60.7.16判決（後掲）の検討が必要であり、本条も同判決を否定するものではない。すなわち「右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が存在」する場合の建築確認留保の可能性。

(3) 許認可等の権限に関連する行政指導 (§ 34)

許認可等に関する処分(許認可それ自体または許認可権限に基づく処分)をする予定がないのに、それをちらつかせて行政指導に従わせることは許されない。

(4) 行政指導の方式

- ①行政指導の趣旨・内容・責任者の明確化
- ②口頭による行政指導につき、書面交付の請求が可(行政上特別の支障がない限り、行政機関に書面交付義務)
- ③適用除外

(5) 行政指導指針に関する特例

同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするとき→

- ①行政指導指針を定めなければならない
 - ②行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない(公表であって「公にする」ではないことに注意)。
- ※これは指導要綱を念頭においた規定

(6) 行政指導指針の制定における意見公募手続 (§ 2第八号二、 § 39)

意見公募手続については、レジュメ p. 89

4、自治体の行政手続条例

- ①自治体の行政機関が行う行政指導及び行政指導指針については、行政手続法の第4章(行政指導)・第6章(意見公募手続)等は適用されず、各自治体の行政手続条例等が適用される。
- ②自治体の行政手続条例では、法 § 33について、正当な理由がある場合の行政指導継続を定める例が少なくない。

例：上越市行政手続条例

第30条 申請(法律及び法律に基づく命令(告示を含む。)に基づくものを含む。以下この条において同じ。)の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請をした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をした者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。ただし、当該申請をした者の権利の行使が公益を著しく害すると認められるときは、当該行政指導を継続するとともに、必要に応じ、当該行政指導の事実その他必要な事項を公表することができる。

- ③意見公募手続については、行政手続条例に定める例、意見公募に関する別の条例を制定する例(新潟市)もあるが、新潟県のように要綱で実施している自治体も少なくないようである。

総務省調査による「地方公共団体における意見公募手続制度の制定状況」(平成 22 年 10 月 1 日現在)を次の URL で閲覧できる。

4、指導要綱の法規範的性質について

本レジュメ p.81以下を参照されたい・

5、行政指導と救済

(1) 国家賠償

行政指導は国賠法 § 1①の「公権力の行使」に該当する。

武蔵野市教育負担金要綱事件に関する最高裁平成5年2月18日判決（LEX/DB 278 14474）は行政指導が公権力の行使であるとしている（なお、本件で原告は主位的には寄附意思表示の取消による寄附金返還請求を行い、予備的に損害賠償を求めた。最高裁はこの予備的請求について論じている）。

その他、行政指導が公権力の行使に当たるとした事例は少なくない（例えば、名古屋地裁平成14年3月20日判決、LEX/DB 28070946）

(2) 抗告訴訟

①行政指導は通常は行政処分ではない。

②しかし、指導ないし勧告の不服従がその後の権力的措置の要件となっている場合や、当該勧告等にかかる「法的しくみ」から事実上の拘束性を持つ場合に、例外的に処分性が認められることがある。→レジュメ p. 218

(3) 義務不存在確認訴訟

行政指導による義務不存在の確認訴訟も考えられる（即時確定の利益の問題がある）

6、行政指導に関する判例

(1) 重要な最高裁判例

①最高裁昭和55.7.10判決（労働判例345-20）公務員退職勧奨事件

程度を超えた過度の指導・勧奨は違法となりうる。

②最高裁昭和56.1.27判決（民集35-1-35、ケースブックp.217）工場誘致施策変更事件

行政指導における信頼保護の法理

③最高裁昭和57.4.23判決（判時1054-75、ケースブックp.131）特殊車両認定留保事件

建築紛争が生じている状態で、5ヶ月間の認定留保が適法とされた。適法な行政指導中の認定留保の可能性という問題。

④最高裁昭和59.2.24判決（刑集38-4-1287）石油カルテル事件

流動する事態に対する円滑・柔軟な行政の対応の必要性にかんがみると、石油業法に直接の根拠を持たない価格に関する行政指導であつても、これを必要とする事情がある場合に、これに対処するため社会通念上相当と認められる方法によつて行われ、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独禁法の究極の目的に実質的に抵触しないものである限り、これを違法とすべき理由はない。そして、価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するように見える場合であつても、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その違法性が阻却されると解するのが相当である。

本件についてこれを見ると、原判決の認定したところによれば、本件における通産省の石油製品価格に関する行政指導は、昭和四五年秋に始まるオペック及びビアペック

等のあいだぐ大幅な原油値上げによる原油価格の異常な高騰という緊急事態に対処するため、価格の抑制と民生の安定を目的として行われたものであるところ、かかる状況下においては、標準価格制度等石油業法上正式に認知された行政指導によつては、同法の所期する行政目的を達成することが困難であつたというべきである。また、本件において通産省が行つた行政指導の方法は、前認定のとおり、昭和四六年の値上げの際に設定された油種別価格の上限を前提として、値上げを業界のみの判断に委ねることなく事前に相談に来させてその了承を得させたり、基本方針を示してこれを値上げ案に反映させたりすることにより価格の抑制と民生の安定を保とうとしたものであつて、それが決して弱いものであつたとはいえないにしても、基本的には、価格に関する積極的・直接的な介入をできる限り回避しようとする態度が窺われ、これが前記のような異常事態に対処するため社会通念上相当とされる限度を逸脱し独禁法の究極の目的に実質的に抵触するものであつたとは認められない。したがつて、本件当時における通産省の行政指導が違法なものであつたということとはできない。

しかしながら、すでに詳細に認定・説示したところから明らかなどおり、本件において、被告人らは、石油製品の油種別値上げ幅の上限に関する業界の希望案について合意するに止まらず、右希望案に対する通産省の了承の得られることを前提として、一定の期日から、右了承の限度一杯まで各社いつせいに価格を引き上げる旨の合意をしたものであつて、これが、行政指導に従いこれに協力して行われたものと評価することのできないことは明らかである。したがつて、本件における被告人らの行為は、行政指導の存在の故にその違法性を阻却されるものではないというべきであり、これと同旨に帰着する原判断は、正当である。

⑤ **最高裁昭和60.7.16判決**（判時1168-45、ケースブックp.134）品川マンション事件

建築確認申請に係る建築物の建築計画をめぐる建築主と付近住民との間に紛争が生じ、関係地方公共団体により建築主に対し、付近住民と話し合いを行つて円満に紛争を解決するようとの内容の行政指導が行われ、建築主において任意に右行政指導に応じて付近住民と協議をしている場合においても、そのことから常に当然に建築主が建築主事に対し確認処分を留保することについてまで任意に同意をしているものとみるのは相当でない。しかしながら、普通地方公共団体は、地方公共の秩序を維持し、住民の安全、健康及び福祉を保持すること並びに公害の防止その他の環境の整備保全に関する事項を処理することをその責務のひとつとしているのであり（地方自治法二条三項一号、七号）、また法は、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的として、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定める（一条）、としているところであるから、これらの規定の趣旨目的に照らせば、関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照障害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて、当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあつたとしても、これをもつて直ちに違法な措置であるとまではいえないというべきである。

もつとも、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確にしている場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を

強いることは許されない筋合のものであるといわなければならない、建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右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が存在しない限り、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、違法であると解するのが相当である。

したがって、いつたん行政指導に応じて建築主と付近住民との間に話し合いによる紛争解決をめざして協議が始められた場合でも、右協議の進行状況及び四囲の客観的状況により、建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分の留保の措置を受忍せしめることの許されないことは前述のとおりであるから、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となるものといわなければならない。

⑥最高裁平成1.11.8判決（判時1328-16、ケースブックp.138）武蔵野市給水拒否事件

指導要綱違反を理由とする水道給水契約の拒否が水道法に違反するとされた事例

⑦最高裁平成5.2.18判決（判時1506-106、ケースブックp.139）武蔵野市教育施設負担金事件

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

右のような指導要綱の文言及び運用の実態からすると、本件当時、被上告人は、事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建築の目的の達成が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、指導要綱を遵守させようとしていたというべきである。…指導要綱に基づく行政指導が、武蔵野市民の生活環境をいわゆる乱開発から守ることを目的とするものであり、多くの武蔵野市民の支持を受けていたことなどを考慮しても、右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限度を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない。