

## Ⅱ．行政の様々な行為形式

### 1、権力的行政作用

#### (1) 権力的行政作用の概念

- ①行政作用には、権力的性質を有するものが少なくない（公権力の行使）。ここで権力的作用とは、国民に対して、一方的に権利義務関係を形成（設定・変更・廃止）する行為や、相手方の同意なしに国民の身体や財産に対して強制力を行使する行為をいうものとする。
- ②行政作用の権力性は、一般に民事法関係には見られないものであり、行政法に特徴的なものである。従って、伝統的に、この権力的行政作用が行政法の主要な考察対象となっていた（裏返しに言えば、伝統的行政法学における非権力的行政作用の軽視）。

#### (2) 権力的な行政作用の種類

##### ①立法的行為（行政立法）

政令、省令、規則等の制定が主なものである。詳しくは第6回講義（行政立法）で説明する。

生活保護基準（それ自体は厚生労働大臣告示である）のように法的効果を有する基準の策定もここに入れておく。但し、基準の法的性格については検討すべき問題もあり、一律にその法的性格の有無を判断できるものではない（生活保護基準は市民の権利を形成するのではなく、公務員の活動基準となる行政内部的規範と理解すべきだという見解もあるし、環境大臣告示としてだされる環境基準については、判例はその法的拘束力を否定している）。

##### ②行政計画（行政計画のうち、都市計画決定のように土地所有権を制限するなどの法的効果を有するものに限る）

都市計画決定が決定され公示されると、当該土地の開発行為や建築行為が制限される（都市計画法 § 29、§ 53、建築基準法 § 43等を参照すること）。

※行政計画の多くは行政の達成目標とプロセスを示したもので（例えば整備新幹線計画や介護保険事業計画・高齢者保健福祉計画など）、計画自体が国民に対し拘束力を有するものではない。これらが行政施策の決定・予算の作成・公務員の活動・企業や市民の行為に対して強い影響力を有することは否定できないが、国民との関係で権力的行政作用とは言えない。

##### ③行政処分（行政行為）

営業許可、運転免許、違法建築物の除去命令、免許取消、裁決など、行政庁が法律に基づき国民の権利義務を個別具体的に形成し又は確認する行為の総称（「行政行為」と称することが多い）。行政処分については第7回講義から詳しく扱う。

#### ④権力的事実行為

行政権の行使としての強制措置であり、滞納処分として行われる財産の差押え、行政代執行（違法建築物の除去を義務者に代わって行政機関が行うことなど）、即時強制（破壊消防や感染症予防法による強制入院など）、強制的行政調査（税務調査など）がある。

### （3）権力的行政作用と法律・条例の根拠

①権力的行政作用は、それぞれ法律又は条例の根拠がなければならない（これを「法律の留保」という）。

②権力的行政作用は、権限ある機関、権力行使の要件、手続が法律・条例によって明確に規定されなければならない。

※これらについては第3回講義（法治主義）で扱う。

## 2、非権力的行政作用

### （1）行政活動と非権力的行政作用

行政活動の全てが権力的性質を有するものではない。行政活動に必要な資源は契約によって調達されているし、教育行政や福祉行政は非権力的なサービスの提供という方法でなされることが多い。さらに、国民の活動を規制すべき分野でも、権力的手法をとるより、協定・行政指導・アドバイスなどの非権力手法で、国民の同意や支持をえながら行政活動を行う方が行政活動を円滑に進めていく上で有効である。そのため、実際には非権力的な行政活動が多用されている。

### （2）非権力的行政作用の主な例

①契約等の法律行為（これは非権力的作用である）

通常の国民が行うのと同じ私法上の契約が多いが、行政に特有の契約も少なくない。例えば、消防長と水利権者が締結する水利使用協定（消防法 § 30 ②）。近年は環境保全協定のように規制行政の分野で協定という手法をとることも少なくない。

②行政指導・アドバイス・情報提供（非権力的事実行為）

行政指導は現実には相当の「強制力」を有しているが、その法的性質はあくまでも相手方の任意の協力によって実現するものである（行政手続法 § 32①）。

③金銭やサービスの提供（非権力的事実行為）

公立学校で教師が授業を行い、公立病院で医師が医療行為を行い、公立の福祉施設で看護養育等の行為を行うのも、それ自体は非権力的な事実行為である。

④施設等を物理的に建設したり管理したりする行為（非権力的事実行為）

※なお、国民に利用権を付与したり、それを廃止したり行為は、契約のような法律行為であったり、使用許可のような行政処分であったりする。それは法的行為であって事実行為ではない。また、行政処分の場合は権力的行為である。

### (3) 非権力的行政作用の法的根拠の要否

- ①非権力的行政作用は、個別に法律・条例の根拠が必要とされるわけではない。しかし、当該行政作用について法律・条例上に特別の定めがある場合に、当該規律に服することはいうまでもない。代表的なものとして、自治体の契約に関する地方自治法等の規定や行政指導に関する行政手続法の規定がある。
- ②また、非権力的行政作用であっても、行政法に特有の法理が適用され、民事法規の適用が制約される場合があるほか、平等原則・権限濫用禁止原則などの法理が適用されることがある。

## 3、行政内部的行為

行政内部的行為は、行政団体の組織内部に関する行為であって、直接国民の権利義務関係を形成し、あるいは国民の権利義務関係に作用するものではない行為をいう。

行政団体内部の組織編成・人事配置

下級機関に対する指揮・監督権の行使（通達などによる指揮監督権の行使など）

行政団体の財産管理・文書等の管理

※行政組織内部の権限行使は、上級機関（上司）と下級機関（部下）との権利義務関係に関係するだけでなく、国民の権利にも関係する。部下は上司の指揮監督に従って職務を遂行するからである。国税庁が所得税解釈基準を示したら、税務署長や税務署職員は、その基準に従って課税を行うであろう。

そこで、行政組織内部の権限行使については、行政団体対公務員（あるいは上司対部下）という紛争形態の他に、行政団体対国民という紛争形態も生じる。その他に、国対自治体あるいは自治体（都道府県）対自治体（市町村）という行政団体相互の紛争もある。

これらの紛争と訴訟類型は複雑な問題を含むので、別の機会に説明する。

## 4、違法な行政活動に対する救済手段

違法な行政活動に対する権利救済の制度としては、①行政機関による救済（苦情処理や行政不服審査など）と、②裁判所による救済があるが、ここでは裁判所による救済制度の概要を紹介する。行政訴訟制度の詳細は司法審査論で扱うので、ここで全てを理解する必要はない。

重要なことは、公権力作用の効力を否定したり、それを差止めたり、それを行わせる（義務付ける）ためには、抗告訴訟（行政事件訴訟の一類型）という特殊な訴訟手続を採用しなければならない、公権力作用以外については、通常の民事訴訟と同じ訴訟手続（公法上の当事者訴訟ということもある）で争えるということである。また、損害賠償については国家賠償法が適用されるが、これは民法不法行為法の特別法であり、民事訴訟として扱われる。

なお、①の苦情処理や行政不服審査制度については別に説明する予定である。

### (1) 行政事件訴訟制度

行政事件訴訟法が定める訴訟には、①から④までの4種類がある。

#### ①抗告訴訟

公権力の行使（行政処分）に対する特別の訴訟制度として、抗告訴訟制度がある。抗告訴訟制度には次のようなものがある（詳細は司法審査論で説明する）。

- a) 取消訴訟（違法な行政処分や裁決の取消を求める訴訟） 行政事件訴訟法 § 3②・同③  
※行訴法は処分取消訴訟と裁決取消訴訟を区別して規定するが、それは立法技術上のものであり、その基本的性質は同じである。
- b) 無効等確認訴訟（行政処分が不存在または無効であることの確認を求める訴訟） 同法 § 3④
- c) 不作為等違法確認訴訟（申請に対して行政庁が何らの応答もしないときに、不応答が違法であることの確認を求める訴訟） 同法 § 3⑤
- d) 義務付け訴訟（行政庁に一定の処分を命じることを求める訴訟） 同法 § 3⑥
- e) 差止め訴訟（行政庁が処分をしようとしているときに、その差止めを求める訴訟） 同法 § 3⑦

※義務付け訴訟と差止め訴訟は、2004年の行政事件訴訟法改正で明文化されたものである。また、行政事件訴訟法 § 3は制限列举ではないので、条文上はその他の抗告訴訟（法定外抗告訴訟とか無名抗告訴訟という）も排除されていない。しかし、上記2類型が法定化されたことによって、法定外抗告訴訟の余地は非常に狭くなった。  
※行政処分の効力を否定するには、原則としてこの抗告訴訟によらなければならない。逆に、行政処分以外の行為の効力を抗告訴訟で争うことはできないと解されている。（この問題は複雑な問題を含むので、後の行政処分の効力を扱うときに説明する。）

## ② 公法上の当事者訴訟（公法上の権利義務関係に関する訴訟）

抗告訴訟が行政処分の効力あるいは行政処分権限の有無を直接争う訴訟であるのに対し、当事者訴訟は通常の民事訴訟と同じように、一定の権利義務関係に基づき給付を求めたり、法律関係の確認を求める訴訟である。訴訟のイメージとしては民事訴訟とほぼ同じと考えてよい。ただ法律関係が私法関係ではなく公法関係であるという点が異なるというだけである。

- a) 公法上の法律関係が行政処分によって形成されるものでない場合、当該法律関係の存否に関わる訴訟は公法上の当事者訴訟である（つまり、処分の取消や義務付けを経ることなく、法律関係に関する訴訟ができる）。
  - ・ 国籍確認訴訟（例：国籍法の規定が違憲であったとした最高裁平成20.6.4判決（民集62-6-1367、判時2002-3、ケースブックp.298）は公法上の当事者訴訟である。なぜなら、国籍の取得は、法律上の要件に適合すれば出生により当然に取得し、行政庁の国籍付与行為（行政処分）を必要としないからである。請求の趣旨を知るためには第1審判決（東京地裁平成18.3.29判決＝判時1932-51）が分かりやすい。） それに対し、帰化による国籍の取得は、帰化の許可という行政処分によることになる。そのため、帰化処分の効力を争う場合は抗告訴訟となる。
  - ・ また、憲法訴訟としても著名な在外在住者選挙権確認訴訟（最高裁平成17.9.14判決＝民集59-7-2087、判時1908-36、ケースブックp.431）も公法上の当事者訴訟である。
  - ・ 行政処分によって発生した義務（債務）を行政機関が実施しないときに、その請求を求める訴訟も当事者訴訟である。なぜなら、行政処分の取消や義務付け

を求めるのではなく、行政処分の効力を前提にした訴訟だからである。例えば、被爆者援護法に基づく健康管理手当支給を行政庁が認定したにも拘わらず（この認定行為は行政処分である）、何らかの理由で行政庁が同手当を支払わなかったときには、相手方は公法上の当事者訴訟で管理手当の給付を請求することができる（最高裁平成19.2.6判決＝民集61-1-122、判時1964-30、在ブラジル被爆者健康管理手当等請求事件）。

- ・通達や職務命令によって公務員に課せられた義務が無効であると公務員が考える場合、公法上の当事者訴訟として義務不存在確認訴訟を提起できることがある。最高裁平成24.2.9判決（判タ1371-99、LEX/DB 25444215）では、その要旨につき「公立高等学校等の教職員が卒業式等の式典における国歌斉唱時の起立斉唱等に係る職務命令に基づく義務の不存在の確認を求める訴えについて公法上の法律関係に関する確認の訴えとして確認の利益があるとされた事例」としている。なお、通達や職務命令は、特殊な場合を除き、行政処分ではない。

※2004年行政事件訴訟法改正で「公法上の確認訴訟」が明記され、その活用が期待されている。立法段階では、行政立法・行政計画・通達など行政処分でない行為の無効や違法の確認訴訟の可能性が論じられた。

- b) 行政処分が無効の場合も公法上の当事者訴訟が可能である。例えば、課税処分が無効であることを理由にして、既に納付した税金の返還を求める訴訟（不当利得返還訴訟）など。

行政処分が取り消される場合と行政処分が無効である場合とは、どう違うのかという問題があるが、それは第11回講義（行政処分の瑕疵＝違法）のところで詳しく説明する。とりあえず、ここでは、行政処分が違法であってもその違法性が重大かつ明白とまではいえないときは取り消しうる瑕疵にとどまる（ので、行政処分の効力を否定するためには、抗告訴訟の一つである取消訴訟を提起しなければならない）が、行政処分の違法性が重大かつ明白な場合はその行政処分は無効である（ので、その取消を求める必要はなく、当事者訴訟で公法上の法律関係に関する訴訟ができる）、と考えられていることを知っておいてほしい。

- c) 行政処分の効力が争われているにも拘わらず、法律で当事者訴訟で争わなければならないと規定されている場合も、公法上の当事者訴訟が提起される。

例えば、収用委員会が行った土地収用の損失補償額に関する裁決に不服があるときは、当事者は裁決の取消を求めるのではなく、起業者（鉄道会社など）と被収用者（土地所有者）の間の損失補償額は両当事者間の訴訟で解決する。

### ③民衆訴訟

上記の抗告訴訟や公法上の当事者訴訟は原告の権利保護を主たる目的とするもので、訴訟を提起するには訴訟によって救済される原告の個人的利益が必要であるが、民衆訴訟は原告の固有の利益の有無に関係なく提起することができる訴訟である。民衆訴訟の目的は、行政活動の客観的な適法性の確保にある。民衆訴訟は、法律が特別に定めた場合にのみ提起することができる。

民衆訴訟の立法例としては、自治体の住民であるという資格だけで提起できる住民訴訟（地方自治法 § 242の2が定める訴訟で、自治体公務員の違法な公金支出を争う

訴訟) や、選挙人であるという資格だけで出訴できる選挙訴訟(公職選挙法が定める) などがある。

#### ④ 機関訴訟

行政機関相互間の権限の存否やその行使に関する訴訟で、法律で特別に定める場合にのみ認められる。

機関訴訟の立法例として自治体の議会と長との訴訟がある(地方自治法 § 176⑦)。また国または都道府県の関与に対する自治体の訴え(地方自治法 § 251の5以下)も機関訴訟であると理解されている。

### (2) 国家賠償訴訟

① 違法な行政活動により損害を受けた者の国または公共団体に対する損害賠償訴訟(1条責任)。但し、公務員の故意または過失が必要。

- ・ 条文上は「公権力の行使」と書いてあるが、行政事件訴訟法の「処分その他公権力の行使」の概念より広く、国や自治体その他公共団体の活動から純粋な私経済作用(民間人と同じ立場で行う契約など)を除いたものは国家賠償法 § 1の「公権力の行使」に該当する(広義説)。もっとも国家賠償法が適用されない場合は、民法の不法行為に関する規定が適用されるので、実質的な差は大きくない。
- ・ 国家賠償訴訟はその適用対象が広く、裁判所や国会の活動も含むし、行政の活動でも行政指導や事実行為を広く対象とするので、被害者救済の機能を果たしただけでなく、行政法における信頼保護法理をはじめとして行政法理論の発展に大きな寄与をしてきた。

② 公共施設(公の営造物)の設置管理に瑕疵(欠陥)があったために生じた損害についての損害賠償訴訟(2条責任)。これは無過失責任である。

### (3) 通常の民事訴訟(損害賠償訴訟を除く)

① 非権力的な行政活動に対しては、通常の民事訴訟が可能である。例えば、

- ・ 所有権確認訴訟(国有里道に対する時効取得が認められた事例がある。里道とは道路法上の道路に該当しないような山道などのことである。従前は、里道の多くは国所有であったが、現在はそれらは市町村に所有権が譲渡されている。)
- ・ 私法上の契約の履行を求める訴訟(国や自治体が当事者である私法上の契約については通常の民事訴訟で争うことになる)。
- ・ 民事訴訟としての差止訴訟(公共施設の建設や運用の差止めを求める訴訟)。代表的事例として、国道43号線訴訟最高裁平成7.7.7判決(民集49-7-2599、判時1544-39)。本判決は国道使用に関する差止め訴訟が可能なることを前提とした上で、差止め請求については理由がないとして請求を棄却した。

※但し、空港の飛行機離発着に関しては航空行政権の行使と一体であるため、民事差し止め訴訟はできないとする最高裁判決がある(大阪空港訴訟最高裁昭和56.12.16判決=民集35-10-1369、判時1025-39、ケースブックp.415)。

※行政処分の差止めを求める訴訟は、民事訴訟や公法上の当事者訴訟ではなく、抗告訴訟であるので注意すること(行政事件訴訟法 § 3⑦)。

※民事訴訟と公法上の当事者訴訟

- ・ 荒っぽくいえば、「国民と行政との間の法律関係には公法関係と私法関係があ

るが、公法関係にかかる通常の訴訟（抗告訴訟・民衆訴訟以外という意味）が公法上の当事者訴訟であり、それは私法関係にかかる民事訴訟とほぼ同じ訴訟である」ということになる。

- 例えば過誤納税分の返還を求める訴訟は公法上の当事者訴訟（公法上の不当利得返還訴訟）であるが、その訴訟手続は民事不当利得返還訴訟と同じである。行政が行う公共工事などによって自己の財産や生活利益が侵害されることを原因として差止め訴訟を提起すれば、それは民事訴訟としての差止め訴訟である。同様に、住基ネットへの本人確認情報の提供（これは自治体の事務）の差止めを求める訴訟は、個人の人格権（プライバシー権）に基づく民事差止め訴訟である（差止め請求を認容した金沢地裁平成17.5.30判決＝判時1934-3、LEX/DB 28101264の事件番号を参照せよ）。なお、住基ネットへの本人確認情報の提供は事実行為であって、行政処分ではないし、公権力の行使でもない。
- 公法上の当事者訴訟はいくつの特例（職権証拠調べなど）を有しているが、それらは殆ど活用されず、実務は通常の民事訴訟と同様に扱ってきたし、今後もそうなると思う。
- 訴訟を提起する場合でも、民事訴訟か公法上の当事者訴訟かを正確に区別しなければならないというものでもない（管轄裁判所の問題があるが、裁判所が職権で移送すればよい）。請求の趣旨が明確で、それが訴訟要件を満たしていればそれでよいはずである（塩野 I p.46注（2）の指摘は重要であると思う）。
- 「公法上の法律関係」とは何か（行政事件訴訟法 §4）という問題は、「公法とは何か」という近代公法学上の大問題に関連しており、簡単には答えられない。
- むしろ重要なのは、抗告訴訟を提起すべき場合と民事訴訟ないし公法上の当事者訴訟を提起すべき場合の区別である。基本的には、行政処分の効力を除去する（取消や無効確認を求めること）、行政処分を義務付ける、又はその差止めを求めるというように行政処分の存否・効力に関する訴訟は、抗告訴訟によることとなり、それ以外の場合は、行政団体（国・地方自治体など）に対する訴訟でも公法上の当事者訴訟か通常の民事訴訟となると考えればよい。