

行政指導の訴訟による統制

岩 橋 浩 文

要 旨

本研究は、行政指導が今後、どのような場合に、訴訟によっていかに統制される可能性があるのかを明らかにした。

具体的には、行政手続法の施行以後に、国や自治体がした行政指導に関する行政訴訟と国家賠償訴訟の裁判例を、行政指導のタイプごとに分けて考察した。

研究の結果、(1) 法定行政指導では、行政指導の処分性が認められる余地が生じている場合に、取消訴訟による取消判決がその歯止めとなり得た。(2) 非法定行政指導では、不服従の意思を客観的に表明して相当期間が経過している場合に、義務付け訴訟による義務付け判決がその歯止めとなり得た。また、指導要綱に基づく協力金の支払いが事実上の強制となり任意性が失われている場合に、公法上の当事者訴訟による支払義務不存在確認判決がその歯止めとなり得た。そして、それぞれ損害発生の場合には、国家賠償訴訟によって行政指導の違法性が肯定されることにより、類似の行政指導が繰返されることの事実上の歯止めとなり得た。

こうして本研究では、今後、上記の場合に、各種の行政訴訟における認容判決および国家賠償訴訟における違法性の肯定が行政指導に対する歯止めとなって、行政指導が統制される可能性があることを明らかにした。

1. はじめに

1.1 行政指導の法的統制

行政指導は、営業自粛の要請や災害時の避難勧告のように、指導、勧告、助言あるいは要請等の名称で多く用いられている。その法的性質は、伝統的に私人の権利利益を「侵害」するものではなく、法的には「無」でしかないと解されてきた¹⁾。

しかし、最近、行政指導については、①大規模な災害が頻発するなかで、災害対策基本法（昭和36年法律第223号）に基づく市町村長の避難勧告・避難指示（60条1項）や、②新型コロナウイルス感染症対策として、新型インフルエンザ等対策特別措置法（平成24年法律第31号）に基づく不要不急の外出自粛、各種施設等の使用制限の要請・指示、公表（45条）などが、様々な場面で問題とされている。このように、私人が本来「任意」であるはずの行政指導に従わざるを得ない状況が作り出されている場合がある。

こうした事例に関して判例・学説の大勢は、かねてより、行政指導には直接の法的拘束力が無いという伝統的な思考の枠を守りつつ、何らかの形で法的意味を行政法的に「認知」する試みを展開してきたものと考えられる²⁾。

そして判例・学説の蓄積を踏まえて、1994年に行政手続法（平成5年法律第88号）が施行され、行政指導について法律上はじめて一般的な定めがおかれた³⁾。同法は、まず、行政指導の定義を「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。」（2条6号）と規定した。そして、行政指導は「相手方の任意の協力によってのみ実現されるもの」（32条1項）であり、「その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」（同条2項）ことなどが定められたのである。

1.2 問題設定

行政指導について、大方の文献では、要綱行政の訴訟による統制や学説の蓄積を踏まえて行政手続法が施行され、さらに2014年に「行政指導の中止等の求め」（36条の2）や「処分等

本稿の執筆にあたり、匿名査読者の方々より多くの貴重な助言を頂いた。ここに感謝の意を表したい。

1) 参照、藤田宙靖『新版 行政法総論 上』（青林書院・2020年）368頁。

2) 参照、藤田・前掲注1）368頁以下。

3) 同法は、国の行政機関が行う行政指導に適用されている（2条5・6号）。また、自治体の機関がする行政指導については、行政手続条例による（同法3条3項、46条）。もっとも、同法と同条例は多くの点で同じ内容である（参照、大橋洋一『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・2019年）273頁）。

（行政指導を含む）の求め」（36条の3）の規定が同法に新設されたことなどにより、法的統制が拡充されてきたことが述べられている。そうすると、法的統制が拡充されたにもかかわらず、行政指導の相手方は、なぜ訴訟を提起してまで争うことになるのだろうか。

それは、「江戸の敵を長崎で討つ」のたとえのごとく、行政庁が政策や施策の確実な実現を求めるあまり、行政指導の範囲をこえ、事実上強制したり、あるいは補助金を出したりして、権限の濫用に至ることがあるからである。また、その法的統制・整備は比較的新しく、しかも、「行政指導の中止等の求め」は法定行政指導に限られていることも一因であろう。

そこで本稿では、行政指導が今後、どのような場合に、行政訴訟や国家賠償訴訟によっていかに統制される可能性があるのかを、行政指導に関する裁判例を取上げて明らかにする。

分析の対象は、行政手続法の施行以後に、国や自治体の機関がした行政指導に関する裁判例（下級審を含む）とする。その理由は、行政手続法の施行により行政指導に関する法的統制が通則的にはじめられ、その後、同法の拡充に伴う判断を下級審の裁判例がしている可能性があると考えられるからである。

1.3 先行研究と本研究の意義

本稿のテーマに関しては、①行政指導をめぐる裁判例では、実体法上の権利の有無よりも、紛争の回避へ向けた当事者の努力が主たる問題点とされているとする見解⁴⁾をはじめ、②行政指導の紛争類型とその訴訟方法等を考察したもの⁵⁾や、③行政指導の法的統制の手法を包括的に検討したもの⁶⁾、などがある。

これらの先行研究では、要綱行政の訴訟による統制の事例などを踏まえた上で、訴訟における適法性審査の特色や、紛争と訴訟の類型的考察、および行政手続法との関係を中心に考察していることから、行政手続法の施行以後に、行政指導が訴訟によっていかに統制される可能性があるのかが示されていない。

本研究の意義は、行政指導について訴訟の結果、救済されたか否かを問わず、その理由から行政指導のルールを導き出し、または行政手続法の解釈を通じて、「今後の行政指導に対する歯止めをかける」という役割を、行政指導の「訴訟による統制」の内容として見出すことである。

4) 参照、藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」同『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣・2005年）192-198頁（初出1991年）。

5) 参照、中川丈久「行政指導の概念と法的統制」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・2014年）46-47頁。

6) 参照、太田匡彦「行政指導」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣・2008年）161頁以下。

1.4 分析枠組

本研究では、行政機関の行為が行政指導と処分のどちらに当たるのか、判別し難いケースもあることから、「行政指導」とは、行政機関がその任務また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または不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であると定義し、処分性（行政事件訴訟法3条2項）の有無を問わないこととする。

行政指導は、その法的統制を考える上で、まず、法律や条例に根拠を持つ法定行政指導（2.1）と、根拠のない非法定行政指導（2.2）に区分する。さらに、非法定行政指導は、それが使われる場面に注目して、応答留保型、不利益処分代替型、および法令代替型、に区分する⁷⁾。

また、本研究では、行政事件訴訟法が定めている抗告訴訟（3条）、当事者訴訟（4条）、地方自治法が定めている住民訴訟（242条の2）および国家賠償法が定めている「公権力の行使」に基づく損害賠償請求訴訟（1条1項）における行政指導に関する裁判例を取上げて把握し（2.）、考察・検討する（3.）。

2. 裁判例における行政指導の判断・認定

本章では、行政指導に関する裁判例（下級審を含む）を取上げ、網羅的ではないものの、1.4で述べた行政指導のタイプごとに分けて、事案の概要、争点、法令や条例との関係および判断・認定結果について把握する。

2.1 法定行政指導

（1）生活保護法に基づく指示と保護廃止に対する国家賠償請求事件（最判平成26年10月23日）

本件は、生活保護法に基づく保護の廃止決定（62条3項）に先立つ「指示」（27条1項）が同法施行規則19条により書面で行われたものの、指示の内容が客観的に実現不可能なものであり、その理由欄に記載されていた口頭による指導事項（業務等に使用する自動車の処分）は、指示の内容には含まれないものであるから違法であるなどとして、国家賠償法1条1項に

7) 参照、原田大樹『例解 行政法』（東京大学出版会・2013年）72頁によると、法定行政指導の典型パターンは、勧告→公表（→命令→罰則）である。非法定行政指導のうち、応答留保型では、申請処理手続の際に事前指導・返戻・不受理・応答留保が見られ、不利益処分代替型では、法定の不利益処分の権限を行使する前に行政指導によって対応する。また、法令代替型の典型は、要綱行政である。加えて、同『グラフィック行政法入門』（新世社・2017年）240-241頁は、応答留保型と不利益処分代替型は、本来であれば申請に対する処分や不利益処分が用いられるはずの場面でそれが用いられずに行政指導が使われるもの。法令代替型は、そもそも行政行為の権限が法律や条例で与えられていない場合に用いられる行政指導とする。

基づき損害賠償を求めた事案において、請求が認容された事例である。

最判平成 26 年 10 月 23 日⁸⁾は、生活保護法に基づく指示と保護廃止の規定の関係について、「生活保護法 62 条 1 項は、保護の実施機関が同法 27 条の規定により被保護者に対し必要な指導又は指示をしたときは、被保護者はこれに従わなければならない旨を定め、同法 62 条 3 項は、被保護者がこの義務に違反したときは、保護の実施機関において保護の廃止等を行うことができる旨を定めている。そして、生活保護法施行規則 19 条は、同法 62 条 3 項に規定する保護の実施機関の権限につき、同法 27 条 1 項の規定により保護の実施機関が書面によって行った指導又は指示に被保護者が従わなかった場合でなければ行使してはならない旨を定めている」ところ、その趣旨は、保護の実施機関の慎重な判断や恣意を抑制するとともに、被保護者の権利保護を図りつつ、指導または指示の実行性確保にあると解している。このような同法施行規則 19 条の趣旨から、「上記書面による指導又は指示の内容は、当該書面自体において指導又は指示の内容として記載されていなければならず」、指示に至る経緯や指示の理由等を指示の内容に含むと解することはできない、との基準を示した。

その上で、「本件指示書には、指示の内容として、本件請負業務による収入を月額 11 万円まで増収すべき旨が記載されているのみであり、本件自動車を処分すべきことも指示の内容に含まれているものと解すべき記載は見当たらない（傍点筆者）」。「本件指示書にも指示の理由として従前の指導の経過が記載されていたとしても、本件自動車の処分が本件指示の内容に含まれると解することはできない」と判示した。

さらに、「本件指示に従わなかったことを理由にされた本件廃止決定が違法となるか否か、また、仮に本件廃止決定が違法となる場合に、これが国家賠償法上も違法と評価されるか否か等について審理を尽くす必要がある。」として原審に差戻した。

差戻後控訴審である大阪高判平成 27 年 7 月 17 日⁹⁾は、本件指示は被控訴人に対し、本件請負業務による収入を月額 11 万円まで増収すべきことを指示するものであるところ、それは「客観的に実現不可能又は著しく実現困難であるから、違法、無効な指示であるといわなければならない。したがって、本件指示に従わなかったことを理由にされた本件廃止決定も違法である。」とした。また、国家賠償法上の違法性について、処分行政庁は、被控訴人が違法、無効な本件指示に従わなかったことを理由に、本件廃止決定をしたものであるから、職務上の義務にも違反したものとして、国家賠償法上も違法であるとした。

よって本判決では、客観的に実現不可能または著しく実現困難な指示は違法、無効であり、

8) 判例時報 2245 号 10 頁。

9) LEX/DB インターネット文獻番号 25541645。

さらに国家賠償法上も違法とした。

(2) 医療法に基づく病院開設中止勧告の取消請求事件（最判平成 17 年 7 月 15 日）

本件は、上告人が病院の開設を計画し、被上告人に対し、平成 9 年 3 月に許可申請をしたところ、旧医療法 30 条の 7 に基づき開設を中止するよう「勧告」がなされた。上告人はこれを拒否する旨の文書を提出し、それに対し被上告人が本件申請を許可する処分とともに、中止勧告に従わずに病院を開設した場合には、厚生省通知において、保険医療機関指定の拒否をすることとされている旨の通告を行った。これに対し、上告人が本件勧告等の取消しを求めた事案において、本件勧告の処分性が肯定された事例である。

本件の関係規定をみると、まず、医療法は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならない旨を定めているところ（7 条 1 項）、都道府県知事は、一定の要件に適合する限り、病院開設の許可を与えなければならないが（同条 3 項）、特に必要がある場合には、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院開設申請者等に対して中止勧告をすることができる（平成 9 年法律 125 号改正前 30 条の 7）。次に、健康保険法（平成 10 年法律第 109 号による改正前のもの）43 条の 3 第 2 項は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときは、その指定を拒むことができる旨規定しているが、この拒否事由の定めの中には、厚生省保険局長通知（通達）において、上記勧告を行ったにもかかわらず、病院が開設された場合とされていた。

最判平成 17 年 7 月 15 日¹⁰⁾は、医療法および健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らして、「医療法 30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものである」とし、日本の医療体制の下では保険医療機関の指定を受けなければ病院の開設自体を断念せざるを得ないことになるので、かかる中止勧告が保険医療機関指定に及ぼす効果と保険医療機関指定の意義からして、「この勧告は、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」と判示した。

そして、原判決中勧告の取消請求を却下した部分を破棄し、第 1 審裁判所に差戻した。

差戻後控訴審である名古屋高判平成 20 年 7 月 23 日¹¹⁾は、病院開設中止勧告処分は、申請

10) 民集 59 卷 6 号 1661 頁。

11) 判例地方自治 309 号 14 頁。

者から提出された病院開設申請書の返戻行為を6回にわたり繰返してその実質的な審査を拒否し（行政手続法7条違反）、また、他の病院開設等予定者と比較して不公平・不公正に取扱った上でされたという手続的瑕疵を有するとして、勧告の取消請求を認容した。

よって本判決では、先行処分の前に行われた中止勧告が行政指導であることを明言した上で、中止勧告への不服従が、「相当程度の確実さ」で後続の指定拒否処分の要件となり、事実上の不利益が私人に及ぶことから「中止勧告」の段階で処分性（行政事件訴訟法3条2項）を認め、取消請求を認容している。

（3）介護保険法に基づく是正勧告への不服従事実の公表・命令差止請求事件

（東京高決平成19年11月13日）

本件は、県知事から介護保険法103条1項に基づく「勧告」を受けた抗告人（介護老人保健施設を開設している医療法人社団）が、上記勧告の取消し、同条2項に基づく公表（本件公表）および同条3項に基づく措置命令・業務停止命令（本件命令）の差止めを求める本案訴訟を提起し、本件公表および本件命令の仮の差止めを申立てた事案において、いずれも棄却された事例である。

介護保険法では、知事は、介護老人保健施設が従業者の人員の基準を満たしていない場合や、施設の設備および運営に関する基準に適合していない場合には、基準を満たす措置をとることを「勧告」することができる（103条1項）。次に、知事は、前項の勧告を受けた介護老人保健施設の開設者がこれに従わなかった場合には、その旨を「公表」することができる（同条2項）。さらに知事は、介護老人保健施設の開設者が正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかった場合には、当該介護老人保健施設の開設者に対し、その勧告に係る措置をとるべきことを命じることができる（同条3項）。

上記の勧告・公表は、法令違反に対する正式な不利益処分（本件命令）を発動する前に行われるものであり、法令違反の是正を促す行政指導を法定化したものと考えられる¹²⁾。

このうち本件公表について、抗告人は、権力的事実行為に当たるとして処分性の肯定を主張したが、原審はこれを退ける決定をした。

控訴審である東京高決平成19年11月13日¹³⁾は、「本件公表は、国民に対する情報の提供であって、これにより国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているとはいえないから、行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為（行政事件訴訟

12) 参照、青木淳一「行政指導と、その手続的・裁判的統制」法学教室457号（2018年）32-33頁。

13) 裁判所ウェブサイト。

法3条2項)には当たらない(傍点筆者)」と判断した。

よって本決定では、本件公表は、国民に対する情報提供に当たるとして、その処分性を否定している。

(4) 都市計画法に基づく勧告義務確認請求控訴事件(東京高判平成29年12月7日)

本件は、市が定めた地区計画(地区整備計画を含む)の区域内に立地する企業が、本来なら建築が禁止されている工場(給食センター)を市の方針により同企業の隣接地に建築しようとする訴外業者がした届出(都市計画法58条の2第1項)につき、市に対し、主位的に同条3項に基づき同センターを建築しないよう「勧告」する義務があることの確認を求めるものであったが、建築が完成したことから、控訴審では、除却するよう勧告する義務があることの確認に変更され、さらに追加的予備的請求として、環境悪化の恐れが生じた場合に操業一時停止の勧告をする義務があることの確認を求めた事案において、確認の利益がないとされた事例である。

本件の本質は、地区整備計画(条例未制定)によって、マイクロコンピューター関連等の極めて限定した工場以外の工場の建築を禁止し、快適な環境を維持保全することを地区計画の目標として企業を誘致してきた市(被控訴人)が、学校給食の実施のために、地区整備計画に適合しない給食センターを「公益上必要な建築物等の特例」を適用して建築することを決定し、さらに上記の勧告を行わない方針を決定した点にある。

東京高判平成29年12月7日¹⁴⁾は、確認の利益につき、原審の判断を引用して、「確認の訴えの利益は、原告の権利または法律的地位に対して現に危険又は不安が存在し、かつ、その危険又は不安を除去する方法として確認対象とされている権利又は法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に認められるものである。」との基準を示した。

その上で、上記の勧告につき、控訴人は、都市計画法に根拠を有し、事実上の強い拘束力を有する行政指導であり、2014年に行政手続法に新設された「行政指導の中止等の求め」(36条の2)や「処分等(行政指導を含む)の求め」(36条の3)の規定も当該拘束力を法的に裏付けるものである旨を主張する。しかしながら、「これらの主張は、上記勧告につき罰則や行政上の制裁措置が設けられておらず、勧告に係る指導内容の実現が相手方の任意の協力に委ねられる点を左右するものとはいえず、採用できない。」と判断した。

また、争訟手段について、「本件訴訟と、訴外会社又は被控訴人に対する民事訴訟は、紛争解決に係る目的を共通にするものと認められる。一方で、……勧告は、本来的に相手方(訴外

14) 判例時報2379号3頁。

会社)の任意の協力を要するものであり、……本件において当該協力が期待できないことに照らせば、本件訴訟において勧告義務の確認を求めることが、紛争の解決に有効適切であるとはいえない。」。他方で控訴人には、「当該被害又はその発生のおそれの存在につき主張立証した上で、不法行為等に基づき、訴外会社に対し本件給食センターの操業の差止めを、又は、被控訴人に対し、本件給食センターへの委託に係る給食事業の差止めを求める民事訴訟を提起する手段が存在し、これに勝訴すれば、本件給食センターの操業自体を差し止めることによって、直接的に原告の目的を達成することができる。」と指摘した。

以上から、本判決では確認訴訟の前提となる確認の利益を欠き不適法であるから、控訴人が主張した勧告義務の存否については判断を要しないとして、本件控訴を棄却し、追加的予備的請求を却下した。

2.2 非法定行政指導

2.2.1 応答留保型

(5) 公園内行為不許可処分取消等請求控訴事件(大阪高判平成25年12月12日)

本件は、控訴人(市)が管理する第2公園において集会を行うために本件許可申請をしたところ、控訴人から本件許可をすることはできないため、第1公園で集会を行うよう勧められ、その許可申請を行い、他方、本件許可申請書は、市職員から被控訴人に返戻され、被控訴人はこれを持ち帰った。そして数日後、本件許可をすることができない旨の本件回答(課長名義の書面)を受け取った。そこで被控訴人が、(1)本件回答は本件許可申請に対する公園内行為不許可処分に当たるとして、その取消しを求めるとともに、(2)当該許可申請を取下げ、第2公園で集会を開催できなかったことによって集会の自由を侵害されたとして、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料10万円の支払いを求めた事案において、請求(1)が却下され、請求(2)が棄却された事例である。

なお、被控訴人は、本件回答に先立ち、控訴人の管理する第1公園での集会の許可申請をし、同許可を得て第1公園で、本件許可申請に係る集会と同日時に同規模の集会を実施した。

市都市公園条例4条1項は、控訴人の管理する公園において、公園の全部または一部を独占して利用すること(4号)をしようとする者は、市長の許可を受けなければならない旨規定する。また、同条4項において、市長は、同条1項各号に掲げる行為が公衆の公園の利用に支障を及ぼさないと認められる場合に限り、同項の許可を与えることができる旨規定する。

上記の規定から、本件回答には、「公衆の公園の利用に支障を及ぼすおそれがあると考えられるため、本件条例4条4項に基づき、許可をすることができない旨回答するものです」等と

記載されていた。

大阪高判平成 25 年 12 月 12 日¹⁵⁾ は、被控訴人は「第 1 公園であれば速やかに許可が得られること、集会を事前に周知するためなどの準備期間の必要性等自らの利害得失の判断から、第 1 公園使用許可申請をした上で本件許可申請を取り下げ、本件指導の違法は別途争うことを選択したものと認められ、被控訴人のこのような判断が、控訴人からの強制によるものとまではいえない。」「本件では、本件許可申請が許可されないと言われたこと自体については別途争うことを選択し、その準備として書面の交付（本件回答）の確約まで得ていることに照らしても、本件許可申請の取下げ等について被控訴人の任意性を否定することはできない。」と判断した。

その上で、被控訴人の集会の自由が本件指導によって実質的に侵害されたとまではいえず、「本件指導には、国家賠償法上の賠償責任を発生させるまでの違法性は認められない」として、国家賠償請求を棄却した。

よって本判決では、被控訴人が第 1 公園の使用許可を自らの判断で受けたことと、本件許可申請の取下げ等に至った行政指導の任意性を認めている。

(6) 産廃許可申請の留保に対する国家賠償請求控訴事件（大阪高判平成 16 年 5 月 28 日）

本件は、平成 8 年 11 月に、産業廃棄物処分業の許可申請をした業者（控訴人）が、県の行政指導に応じて法的には不要な地元自治会の同意を得るよう努力したが、同意を得られないことが明らかになり、今後は行政指導に協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明した後になっても県が行政指導を継続し、許可申請の審査をしなかったことは違法であるとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた事案において、請求が認容された事例である。

本件では、平成 9 年 9 月に県職員が控訴人に対し、本件許可申請には別の自治会の住民同意が必要であることを告げた。当時、住民同意は、産業廃棄物の処理及び清掃に関する法律上の要件ではなく、同県の同法施行事務取扱要領において、「予定地先の地元住民の同意あるいは公害防止協定締結を必要とする」と定められていた。

控訴人は、平成 9 年 11 月に、滋賀県行政手続条例 34 条による苦情申出書を知事に提出し、行政指導を辞めて速やかに許可するように申出た。その理由として、近隣の同意は法的には不要であること、行政指導に従うことが事実上不可能な段階において行政指導を継続し、それに従えないことを理由に不許可等の不利益扱いをすることはできないことを挙げている。

しかし、被控訴人は、平成 10 年 6 月に同法の改正法が施行され、生活環境影響調査などが

15) 判例地方自治 407 号 11 頁。

必要になり、これ以上事務処理を進めることができないとして、事前審査願（地元同意書の添付が必要で許可申請に対する実質的審査を担っている）および本件許可申請書を控訴人に返却した。

大阪高判平成 16 年 5 月 28 日¹⁶⁾は、行政指導および許可申請の審査拒否の違法性について、控訴人は、行政指導に応じて自治会の同意を得るように努力したが、効果がなく、本件苦情申出をしたものであり、その趣旨は、「今後は行政指導に協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明して、許可申請に直ちに応答すべきことを求めたといえる。」と認めた。

そうすると、本件苦情申出後は、「知事において、本件許可申請に対し、法に定める要件を満たしているかどうかを審査した上、許可するかどうかを判断する義務があったというべきである（行政手続法第 4 章の各規定参照）。しかるに、被控訴人が控訴人に対して同意書等の徴求を求め続け、これの提出がないとして、事前審査を終了させず、本件許可申請に対する判断を留保したことは、控訴人に対し、同意書等の提出を事実上強制しようとしたものといえることができ、違法な措置であったといわざるをえない。」と判断した。また、「被控訴人は、本件許可申請書を受理していないとして、これに対する判断をすべき義務がなかったかのように主張する。しかし、本件許可申請書は本件事前審査願とともに被控訴人に提出され、本件許可申請に対する実質的な審査である事前審査が行われたのである（行政手続法 7 条参照）。」と指摘した。

その上で、「行政指導及びその後の審査を拒否した行為はいずれも違法である」と判示した。

よって本判決では、行政手続法第 4 章の規定を挙げて、県の要領に基づき同意書等の提出を事実上強制した行政指導と、その不協力表明後も審査を拒否した行為が、違法な公権力の行使に当たるとしている。

(7) 産廃許可申請に対する不作為の違法確認請求事件（さいたま地判平成 21 年 10 月 14 日）

本件は、産業廃棄物処理施設設置許可申請および産業廃棄物処理業の事業範囲変更許可申請（本件各申請）に対する県知事の不作為が違法とされた事例である。

本件では、平成 20 年 4 月に、原告から被告（埼玉県知事）に対し、本件各申請をしたところ、原告が A 町産業廃棄物処理施設の設置等に係る周辺環境の保全に関する条例（A 町環境保全条例）で定める手続等の履行を怠っていることから、県知事は、その手続等を履行するよう原告に対して指導（本件行政指導）を継続し、本件各申請に対する許可・不許可の処分を行わず（本件不作為）、平成 20 年 9 月に申請書を返戻した。

16) 判例時報 1901 号 28 頁。

さいたま地判平成 21 年 10 月 14 日¹⁷⁾は、本件不作為の違法性について、行政手続法 6 条および 7 条が、「標準処理期間、申請に対する審査応答義務を定めて、申請に対する事務処理の迅速化、透明化を図っていることからすると、原則として、法令に基づく申請から、当該処分を行うのに通常要する期間が経過しているにもかかわらず、許可・不許可の処分が行われていない場合」、特段の事情がなければその不作為は違法となる、との基準を示した。

この点について、原告の申請から口頭弁論終結時までに約 1 年 1 か月が経過し、本件各申請の標準処理期間は 65 日なので、本件各申請についてはこの標準処理期間が経過してからさらに約 11 か月が経過しているところ、特段の事情も認められないので、処分を行うのに通常必要とする期間は既に経過している。

これに対し、被告は、埼玉県行政手続条例において「申請をした者が行政指導に従わないことにより、災害防止、環境保全その他の公益の確保に著しい障害が生ずるおそれがある場合に、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（傍点筆者）。」（32 条 2 項）と規定していることから、この規定に基づいて、行政指導の継続を理由に処分を留保することも許されると主張した。

しかしながら、本判決は、それは「行政指導を行う際の基準を規定したに過ぎず、本件のような申請に対する不作為の違法性が問題となっている事案において直ちに適用されるものではない。」と判断した。

併せて「廃掃法は、産業廃棄物処理施設の設置、産業廃棄物の収集運搬及び処分の事業範囲の変更について、環境への負荷、生活環境に及ぼす影響を考慮して許可要件を定めている」ことや、「生活環境の保全の見地から必要な条件を許可処分に付すことができるとも規定しており、これらの規定による対処も考えられる」と指摘した。

その上で、「本件では原告が不作為の違法を主張して訴えを提起した以上、行政指導に任意に従えない意思を表明したことは明らかであるから、このような場合には行政指導に従わない事業者であることを前提に許可又は不許可の判断をし、許可をする場合には生活環境の保全の見地から必要な条件を付することで対処すべきであり、行政指導の継続を理由に許可の判断を留保することは許されない」と判示して、本件不作為を違法とした。

よって本判決では、県行政手続条例に定められている公益上の必要性による許可申請の留保は、本件のような申請に対する不作為には直ちに適用されるものではなく、さらに、原告が不作為の違法を主張して訴えを提起した以上、行政指導に任意に従えない意思を表明したことは明らかであるとして、違法と判断している。

17) 裁判所ウェブサイト。

2.2.2 不利益処分代替型

(8) 所得税更正処分取消等請求控訴事件（名古屋高裁金沢支判平成 20 年 3 月 26 日）

本件は、ロシア人船員等に対する中古車販売業を営む控訴人が、これまでは是認されていたロシア人に対する車両販売の消費税の輸出免税につき修正申告するよう行政指導（修正申告の勧奨）をされたにもかかわらず、これに応じなかったため、所得税および消費税の更正ならびに無申告加算税および過少申告加算税の賦課決定が報復的に行われたものであるとして、行政手続法 32 条 2 項違反などを理由として処分の取消しを、また、上記各処分に係る調査手続に違法があったとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた事案において、請求がいずれも棄却された事例である。

名古屋高裁金沢支判平成 20 年 3 月 26 日¹⁸⁾は、行政手続法 32 条 2 項違反について原判決を引用し、「行政手続法 32 条 2 項は、相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならないことを規定しているところ、相手方に行政処分を行いうる法律上の要件が既に生じている場合に、直ちに行政処分を行うのではなく、事前に自主的な改善を促すために行政指導を行い、相手方が自主的に改善する意思がないときに、当該法律に基づいて相手方に不利益となる行政処分を行うことは、当該法律上正当に認められた権限の行使であって、同項の適用はないと解すべきである。」との基準を示した。

その上で、これを本件についてみると、「原告が消費税法が規定する輸出の解釈を誤っていたことから、消費税の課税標準額及びこれと密接な関連がある所得税の所得金額が正しく申告されているかどうかを確認する目的で、本件調査を行い、その結果、本件各処分を行ったものであることが認められ、そうすると、本件各処分は、国税通則法 24 条、32 条 1 項 3 号、65 条及び 66 条に基づいて行われたものであり、行政指導に従わなかったことを理由として行われたものではないから、行政手続法 32 条 2 項には抵触しない」として、行政手続法 32 条 2 項には違反しないと判断した。

よって本判決では、法定の不利益処分は、法律上の要件に基づいて行われたものであり、行政指導に従わなかったことが理由ではないので、行政手続法 32 条 2 項に定められている「不利益な取扱い」には当たらないとした。

18) D1-Law.com 判例体系・判例 ID28173517。なお、最高裁は、棄却、不受理とした（最決平成 20 年 10 月 10 日 D1-Law.com 判例体系・判例 ID28173614）。

2.2.3 法令代替型

(9) 所得税の控除に係る市職員の指導に対する国家賠償請求事件（最判平成 22 年 4 月 20 日）

本件は、都市計画施設である公園または緑地の区域内の土地について、土地の所有者が市への土地の売却に係る長期譲渡所得につき租税特別措置法 33 条の 4 第 1 項 1 号所定の特別控除額の特例（平成 13 年法律第 7 号による改正前のもの）の適用がある旨の市職員の誤った教示および指導に従い所得税の申告をし、過少申告加算税の賦課決定等を受けたとして、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた事案において、当該所有者に損害の発生がないとした原審の判断に違法があるとされた事例である。

本件では、市職員は当該土地所有者に対して上記教示をただけでなく、上記特例の適用を受けられるようにするために形式的に建築許可の申請をさせ、その不許可の決定後に当該土地につき都市計画法 56 条 1 項の規定による買取りの申出をさせて上記申告をするように指導した。

最判平成 22 年 4 月 20 日¹⁹⁾は、上記買取りの申出をするには、当該土地所有者に具体的に建築物を建築する意思があったことを要するので、その意思がない場合に、たとえ「外形的には都計法 56 条 1 項の規定による土地の買取りの形式が採られていたとしても、当該土地の売却に係る長期譲渡所得につき本件特例の適用はないものと解される」とした先例を基準として示した。

その上で、上記の指導は長年にわたり組織的かつ主導的に行われており、「本件共有者の一人に建築図面の交付までして外形的に都計法 56 条 1 項の規定による土地の買取りであるかのような形式を整えさせ、本件申告をするように指導した」と認定した。

そして「被被告人の担当職員の上記の教示や指導がなければ、上告人が本件特例の適用があることを前提として本件申告をすることはなかったというべきであるから、上告人にも安易に上記の教示や指導に従った点で過失があることは否めないとしても、違法な公権力の行使に当たる本件行為により、上告人に過少申告加算税相当額の損害が発生したことは明らかである。」と判示した。そして原判決を破棄し、本件行為によって上告人に生じた損害の有無および額ならびに過失相殺の可否について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差戻した。

よって本判決では、行政指導に従うか否かについて、相手方にも選択の余地があったことが考慮されているものの、最終的には、行政指導により外形的に法定の形式を整えさせたものであり、違法な公権力の行使に当たると判断している。

19) 裁判所ウェブサイト。

(10) 地縁団体の役員交代を求めた指導に対する国家賠償請求控訴事件

(広島高裁岡山支判平成 29 年 2 月 2 日)

本件は、控訴人（Y 市）のした本件通知が、同市 X 地域の地縁による団体である被控訴人（区長）に役員交代等を求める行政指導であり、従わなければ被控訴人に対する投資的事業の休止という不利益な取扱いをするものであると主張して、被控訴人が、控訴人に対し、国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を求めた事案において、請求を一部認容した原判決の市敗訴部分が取消され、被控訴人の請求がすべて棄却された事例である。

被控訴人（区長）は、昭和 40 年代頃から概ね同区長の職にある者であるが、かねてより、控訴人や控訴人と合併する前の旧 E 町が行う公共工事等について、控訴人の職員に対し、恫喝したり、執拗な電話をしたり、X 公会堂に執拗に呼びつけたりしており、そこで問題とされた事柄について、旧 E 町の町長等の名による念書や詫言状と題する書面を作成させるなどしていた。そして、平成 22 年 11 月には電話で、合併後の Y 市職員に対して大声で怒鳴り、同人の身体に対し害を加える旨を告知して脅迫し、罰金 10 万円に処する旨の略式命令を受けていた。

こうした背景のもとで控訴人は、平成 23 年 1 月に本件通知をした後、X 地域における投資的事業の一部を休止した。

広島高裁岡山支判平成 29 年 2 月 2 日²⁰⁾は、本件通知の違法性について、本件通知は「控訴人の職員が被控訴人の役員により高圧的な態度や恫喝を受けていた等の事実を理由として、被控訴人の役員が交代し、旧役員の影響が及ばなくなるまで、X 地域における投資的事業を休止する」というものであるから、これを全体として読めば、被控訴人を X 地域の住民との窓口としている控訴人が、X 地域における控訴人の投資的事業を円滑に実施する目的を実現するため、被控訴人に対し、役員交代等を求めた行為であると認められる。」。したがって、「本件通知は、上記行政手続条例に規定する行政指導である」と認定した。

また、本件通知に国家賠償法上の違法性があるか否かについて、「X 地域とその周辺では、被控訴人の役員の行為により、行政施策の円滑な実施が不当に妨げられる状況があったと認められるから、控訴人において、その事情を考慮し、当該阻害要因が解消するまでの期間を目安として、当該地域における一部の投資的事業を一時的に休止することは、控訴人の投資的事業の実施に係る裁量権の範囲内にあるものであって、そこに裁量権の逸脱又は濫用を見出すことはできない。」と判断した。

そして、「このように投資的事業を休止するとの判断につき、控訴人に裁量権の逸脱又は濫

20) 判例時報 2336 号 69 頁。なお、最高裁は、棄却、不受理とした（最決平成 29 年 6 月 20 日 D1-Law.com 判例体系・判例 ID28254170）。

用が認められない場合には、その判断が被控訴人が行政指導に従わないことを契機としてされたものであり、それによって被控訴人に不利益が生じたとしても、その不利益は、備前市行政手続条例 30 条 2 項の禁止する不利益な取扱いには当たらない」として国家賠償法上の違法性を否定した。

よって本判決では、役員交代等を求めた行政指導に裁量権の逸脱・濫用はなく、また、行政手続条例が禁止する「不利益な取扱い」には当たらないとして、違法性を否定し、国家賠償請求を棄却している。

(11) 指導要綱に基づく協力金未払いの違法確認請求控訴事件（住民訴訟）

（東京高判平成 19 年 8 月 29 日）

本件は、平成 15 年 4 月に、マンション建設事業者 A が、被控訴人（東京都江東区）との間で本件指導要綱²¹⁾に基づいて「本件覚書」を取交わしたことにより、同区に対し、本件指導要綱 34 条 1 項所定の算式に従って算出される額の協力金の支払いを約束したにもかかわらず、その一部を支払ったのみで、残金を支払わないことから、江東区の住民である控訴人らが、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 3 号に基づき、被控訴人が A に対して上記残金約 3 億円の支払いを請求しないことが違法であることの確認を求めた事案において、請求が棄却された事例である。

本件指導要綱では、第 10 条（覚書等の締結）において、「この要綱に基づいて、区と事業者との間で協議した事項については、覚書等を締結するものとする。」と規定されている。また、第 34 条 1 項（公共施設整備協力金の要請）において、「区は、マンション建設事業者に対して、マンション建設により必要となる公共施設への受入等の対策を講じるため、次に定める基準により公共施設整備協力金を求めるものとする。」と規定され、同条 2 項はその減額措置について定めている。

本件の主な争点は、被控訴人が A に対して本件協力金の一部を納付させるにとどまり、残金の請求をしないことが、住民訴訟における、違法に地方公共団体の有する財産の管理を「怠る事実」（地方自治法 242 条 1 項）に当たるか、である。

東京高判平成 19 年 8 月 29 日²²⁾は、本件指導要綱 34 条 1 項は「行政指導の公正の確保と透明性の向上を図ることを目的とする内部基準にとどまる以上、……事業者が同条 1 項所定の算式によって算定される額の公共施設整備協力金の支払を義務付けられると解する余地はない」と判断した。また、「本件覚書には、公共施設整備協力金については具体的に言及した条項は

21) 江東区マンション等建設指導要綱（平成 14 年 4 月 15 日、14 江都住第 64 号、区長決定）。

22) 裁判所ウェブサイト。

ないこと、他方、本件指導要綱 34 条 1 項は、江東区の方針を定めたものであり、事業者が遵守すべき行為基準を定めたものではないことからすれば、本件指導要綱 34 条 1 項所定の算式によって算定される額が一義的に明らかであるからといって、江東区と A との間で本件覚書を取り交わされたことによって、上記算式によって算定される額の公共施設整備協力金の支払が合意されたと認めることはできない。」と判断した。

そして、江東区が A に対して交付した「公共施設整備協力金相殺額の決定について」と題する書面においては、本件指導要綱 34 条 2 項に基づき減額する額を「相殺額」と表記しているにとどまり、上記書面の文言上も、同区が、A に対して協力金支払債権を有していることを前提とするものと解することはできないとして、本件控訴を棄却した。

よって本判決では、協力金の支払いは、義務や合意に基づくものではなく、同区が行政指導により A に対して求めたものであることを認めている。

(12)指導要綱に基づく通知不交付の違法確認請求控訴事件(名古屋高判平成 17 年 5 月 19 日)

本件は、平成 15 年 3 月に、岐阜県廃棄物の適正処理等に関する条例 21 条 1 項に基づく届出をしたのに対し、県知事が同県産業廃棄物の適正処理に関する指導要綱 13 条 2 項の「適合通知書」を交付しない不作為が違法であることの確認を求める訴えにつき、本件届出およびこれに対する適合通知書の交付は、行政事件訴訟法 3 条 5 項にいう「法令に基づく申請」およびこれに対する「処分」に該当しないとして、訴えが不適法とされた事例である。

すなわち、行政事件訴訟法 3 条 5 項は、不作為の違法確認の訴えとは、「行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう。」と規定している。また、同法 37 条は、「不作為の違法確認の訴えは、処分又は裁決についての申請をした者に限り、提起することができる。」と規定している。

名古屋高判平成 17 年 5 月 19 日²³⁾は、本件届出が行政事件訴訟法 3 条 5 項にいう「法令に基づく申請」に該当するか否かについて、岐阜県行政手続条例によることとなるところ、同条例は、「申請とは、条例等に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう。」(2 条 4 号)と規定し、「処分とは、条例等に基づく行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。」(2 条 3 号)と規定している。また、本件指導要綱は、本件届出に対して、知事が要件を審査の上、適合通知書を交付することを定め(13 条 2

23) 裁判所ウェブサイト。

項)、同通知書の交付を受けた後に工事に着手するものと規定する(12条1項)ものの、これらは行政指導に該当し、法的拘束力ないし法的強制力をもって禁止するものではないから、これを許可と同視することはできないとした。

したがって、本件届出およびこれに対する適合通知書の交付は、行政事件訴訟法3条5項にいう「法令に基づく申請」およびこれに対する「処分」には該当しないため、本件訴えを不適法とした。

よって本判決では、本件届出は申請には当たらず、本件指導要綱の内容は行政指導に当たるとして、本件訴えを不適法とした。

3. 考察

本章では、これまで把握した裁判例において、救済されたか否かを問わず、その理由から行政指導のルールを導き出し、または行政手続法の解釈を通じて、「今後の行政指導に対する歯止めをかける」という役割について裁判例ごとに考察し(3.1)、その上で、行政指導のタイプごとに得られる示唆について考察する(3.2)。

なお、考察の便宜上、行政手続条例が適用されている場合でも、行政手続法の規定によることがある。

3.1 裁判例ごとの考察

裁判例(1)では、生活保護の廃止決定に先立つ指示が、同法施行規則19条により書面で行われていたものの、指示の内容が客観的に実現不可能または著しく実現困難なものであるから、違法、無効であり、また、国家賠償法上も違法と判断されていた。生活保護法では、書面による指示違反の場合には、不利益処分(保護の廃止決定)の発動要件となるため、指示の内容を事実上強制され、相手方の任意性がない。よって、同法に基づく指示は、行政庁の「処分」に該当する可能性があり²⁴⁾、処分の取消訴訟も提起し得ると考えられる。

裁判例(2)では、先行処分の前に行われた中止勧告が行政指導として定められているにもかかわらず、それに不服従の場合には、「相当程度の確実さ」で後続の指定拒否処分の要件と

24) 参照、太田匡彦「生活保護法27条に関する一考察」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』(有斐閣・2001年)595頁以下。また、室井力ほか編著『行政手続法・行政不服審査法〔第3版〕』(日本評論社・2018年)38頁は、一般に、指示違反に対して「罰則が設けられているものは処分に当たる」と整理する。他方、山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣・2012年)352頁注6は、「指導・指示の処分性は、指導・指示がそれ自体として行政行為と解釈できるか否かによって判断される。」とする。

なり、事実上の不利益が私人に及ぶことから、中止勧告の処分性が認められ、取消訴訟のみちが開かれていた。本件では、通達によって中止勧告の任意性が失われ、申請者に無理強いするものとなり、その結果としての指定拒否は、行政手続法 32 条 1 項の「不利益な取扱い」に該当すると考えられる。よって、「相当程度の確実さ」で事実上の不利益が私人に及ぶ場合には、「不利益な取扱い」に当たると解される。さらに、差戻後控訴審において、中止勧告処分は、病院開設申請書の返戻行為を繰返し（行政手続法 7 条違反）、他の申請者と比べて手続的瑕疵があるとして、取消されていた。よって、行政手続法違反や手続的瑕疵が著しい場合には、今後の行政指導に対する歯止めとなり得ると考えられる。

裁判例（3）では、介護保険法に基づく不利益処分（命令）を発動する前に行われる「公表」は、国民に対する情報提供に当たるとして処分性が否定されていた。しかし、専ら情報提供として行われた公表であっても、結果的に制裁として機能してしまう可能性がある。「公表」という行為が情報提供機能のみを担っている（制裁的機能は担っていない）と即断できるものではないことが指摘されており²⁵⁾、判例でいう「情報提供」としてのみ解してよいのだろうか。同法では、勧告不服従事実の公表後に不利益処分（命令）が予定されているので、その前提となる勧告・公表に処分性が認められる余地が存する場合もあるであろう²⁶⁾。なお、2014 年に行政手続法に新設された「行政指導の中止等の求め」（36 条の 2）が重要な法的手段となるであろう²⁷⁾。けだし、公表の場合、事後の損害賠償よりも事前の「中止」の求めの方がはるかに有効であるからである。

裁判例（4）では、地区計画の区域内における建築行為の届出に関し、隣接する第三者が、2014 年に行政手続法に新設された「処分等（行政指導を含む）の求め」（36 条の 3）の規定の下で、都市計画法に基づく「勧告」といった行政指導をする義務があることの確認を求めたところ、同法には勧告に従わない場合の罰則や行政上の制裁措置が設けられておらず、勧告に係る指導内容の実現が相手方の任意の協力に委ねられ、相手方が勧告に従う可能性が低いことなどから、確認の利益がないと判断されていた。しかし、相手方が従うか否かを考慮した場合、行政手続法の新設規定の意義が損なわれるのではないだろうか。

裁判例（5）では、第 1 公園の使用許可は、行政指導の相手方が自らの判断で受けたものと認められ、また、第 2 公園の許可申請の取下げ前に、許可できない旨の書面の交付の確約まで得ていることから、相手方の任意性が認められていた。なお、上記書面の交付は、従来証拠を

25) 参照、小早川光郎・青柳馨『論点体系 判例行政法 1』（第一法規・2017 年）308 頁。

26) 参照、天本哲史『行政による制裁的公表の法理論』（日本評論社・2019 年）139、219-220 頁。

27) 参照、天本・前掲注 26) 208-209 頁は、違法な行政指導の抗告訴訟による司法的救済の代替となる可能性を期待できるが、完全な代替手段となるわけではないとする。

残すことなく行われてきた行政指導を手続上規制するものであり、行政手続法 35 条 3 項と同じ趣旨によるものと考えられる。

裁判例（6）では、産業廃棄物処分業の許可申請の事前審査願に地元同意書の添付を事実上強制した行政指導と、県行政手続条例に基づく苦情申出書による不協力表明後も許可申請の審査を拒否した行為が、いずれも違法と判断されていた。各申請の留保は 1 年半に及んでおり、不協力表明後は、許可するかどうかを判断する義務があったというべきである（行政手続法第 4 章の各規定参照）とされていることから、許可申請書を控訴人に返却したことなどを子細に指摘するまでもなく、全般的に違法と判断したものと考えられる。よって、行政指導に対する不服従の意思を苦情申出等のしくみにより早い時期に客観的に表明しておくことが重要である。

裁判例（7）では、許可申請から約 5 か月後に申請書を返戻され、口頭弁論終結時には申請から約 1 年 1 か月が経過しているところ、県行政手続条例に定められている公益確保のための行政指導の継続規定は、行政指導を行う際の基準を規定したに過ぎず、本件のような申請に対する不作為が問題となっている事案には直ちに適用されるものではないと解されている。さらに、原告が不作為の違法を主張して訴えを提起した以上、行政指導に任意に従えない意思を表明したことは明らかであるとして、本件不作為が違法と判断されていた。よって、行政指導の継続規定がある場合でも、行政指導に対する不服従の意思を早い時期に客観的に表明しておくことが重要である。

裁判例（8）では、所得税更正処分等の不利益処分は、法律上の要件に基づいて行われたものであり、行政指導に従わなかったことを理由として行われたものではないので、行政指導への不服従を理由として行われる「不利益な取扱い」（行政手続法 32 条 2 項）には当たらないとされていた。つまり、個別法の処分要件が既に生じている場合には、あくまでもその要件に基づいて行われたものと解されている。

裁判例（9）では、市が土地買取り時に、外形的に法定の形式を整えさせて国税の申告をするように指導したもので、違法な公権力の行使に当たると判断されていた。このような指導は、長年にわたり市の組織的かつ主導的なものとして、国の事務に関連して行われているので、「当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならない」（行政手続法 32 条 1 項）とする規定への違反を問われる可能性がある。

裁判例（10）では、地縁団体への事業休止を示してその役員交代等を求めた行政指導に、裁量権の逸脱・濫用はなく、行政指導への不服従を理由として行われる「不利益な取扱い」には当たらないとして、国家賠償法上の違法性が否定されていた。行政手続法が禁止する「不利益な取扱い」には、法的なものと事実上のものがあり、本件のように事実上の不利益であっても

及ぼしてはならないのである²⁸⁾。

裁判例(11)では、指導要綱の算式によって算定される協力金の支払いは、義務や合意に基づくものではなく、行政指導により求めたものと認められていた。これは、本件行政指導が相手方に「任意の協力」を求めるものに留まっていたことを示している。なお、原判決によると、江東区では一般に、覚書の締結後、事業者から市に対して要綱の算定式に基づく金額の「寄付証書」が差入れられるが、本件の事業者Aはそれを拒否している。仮に、要綱の運用上、寄付証書の差入れが通例とされている場合には、それが事実上の強制となり、任意性が失われているか、別途検証が必要であろう。

裁判例(12)では、条例に基づく届出と関連付けて、指導要綱に基づく適合通知書の交付や工事着手の制限の仕組みが設けられていた。しかし、条例に基づく届出およびこれに対する適合通知書の交付は、「法令に基づく申請」およびこれに対する「処分」には該当しないため、原告が提起した不作為の違法確認訴訟(行政事件訴訟法3条5項)の対象にはならない。そこで、2004年に公法上の当事者訴訟(同法4条)の一種である確認訴訟が明示されているので、たとえば、指導要綱に基づく工事着手の制限に従う義務がないことの確認を求めることなどが考えられるであろう。

3.2 行政指導のタイプごとの考察

上記の考察を踏まえて、行政指導のタイプごとに得られる示唆について考察する。

2.1 法定行政指導のうち、裁判例(1)～(3)では、生活保護、病院開設、あるいは介護施設入居者の安全確保といった法律上の権利義務にかかわる行政指導への不服従が、後続処分の要件として法的に組み込まれていた。そのため、行政指導の処分性が肯定されやすいとの示唆を得た。

他方、非法定行政指導のうち、まず、2.2.1 応答留保型〔裁判例(5)～(7)〕では、許可申請の事前審査願に地元同意書の添付を事実上強制したり、行政手続条例に定められている公益上の必要性を理由として許可申請の留保が行われたりしていた。このタイプでは、本来であれば申請に対する処分が行われる場面でそれが行われず、行政指導が約5か月から1年半継続されて申請書が返戻されているので、行政指導に対する不服従の意思を苦情申出等のしくみにより、早い時期に客観的に表明しておくことが重要との示唆を得た。

次に、2.2.2 不利益処分代替型〔裁判例(8)〕では、所得税更正処分等の不利益処分の前に行政指導が行われていたものの、行政指導に対する不服従と不利益処分に因果関係がないた

28) 参照、高木光・常岡孝好・須田守『条解 行政手続法〔第2版〕』(弘文堂・2017年)350-351頁。

め、行政指導に関する示唆は得られなかった。

さらに、2.2.3 法令代替型〔裁判例(9)～(12)〕では、市が国の事務に関連して外形的に法定の形式を整えさせて国税の申告をするよう指導したり、協力金の支払いに関して「寄付証書」の差入れが運用上の通例であれば任意性が問われたりしそうな事例が存在した。このタイプでは、そもそも行政行為の権限が法律や条例で与えられていない場面で、私人に対して経済的不利益を及ぼしている場合があるので、所掌事務の範囲内で相手方の任意性をより一層確保することが重要との示唆を得た。

4. むすび

本稿では、行政指導が今後、どのような場合に、行政訴訟や国家賠償訴訟によっていかに統制される可能性があるのかを、行政指導に関する裁判例を取上げて明らかにしてきた。

具体的には、行政手続法の施行以後に、国や自治体の機関がした行政指導に関する裁判例を、行政指導のタイプごとに分けて把握し(2.)、救済されたか否かを問わず、「今後の行政指導に対する歯止めをかける」という役割について裁判例ごとに考察し、その上で、行政指導のタイプごとに得られる示唆について考察した(3.)。

その結果、第1に、法定行政指導では、法律上の権利義務にかかわる行政指導への不服従が、後続処分の要件として法的に組み込まれて、行政指導の処分性が認められる余地が生じている場合に、取消訴訟によって行政指導の取消しを求め、処分性および取消しが認められることにより、行政指導に対する歯止めとなり得る。加えて、行政手続法違反や手続的瑕疵が著しい場合にも、行政指導に対する歯止めとなり得る。また、損害発生の場合には、国家賠償訴訟によって行政指導の違法性が肯定されることにより、類似の行政指導が繰返されることの実事上の歯止めとなり得るであろう。

第2に、非法定行政指導のうち応答留保型では、申請に対する処分が行われる場面でそれが行われず、行政指導継続後に申請書が返戻されているので、行政指導に対する不服従の意思を客観的に表明し、相当期間が経過している場合に、不作為の違法確認訴訟とともに義務付け訴訟によって申請を許可するよう義務付けることを求め、それが認容されることにより、行政指導に対する歯止めとなり得る。また、損害発生の場合には、国家賠償訴訟によって不作為の違法性が肯定されることにより、類似の不作為が繰返されることの実事上の歯止めとなり得るであろう。

第3に、非法定行政指導のうち不利益処分代替型では、個別法の処分要件が生じている場面

で、不利益処分の前に行政指導が行われているものの、行政指導に対する不服従と不利益処分に因果関係がないため、行政指導に対する歯止めをかける対象には当たらなかった。

第4に、非法定行政指導のうち法令代替型では、行政行為の権限が法律や条例で与えられていない場面で、所掌事務の範囲を超えた行政指導により損害が発生している場合に、国家賠償訴訟によってその違法性が肯定されることにより、類似の行政指導が繰返されることの事実上の歯止めとなり得るであろう。また、指導要綱に基づく協力金の支払いが、運用上の通例により事実上の強制となり、任意性が失われている場合に、公法上の当事者訴訟によって協力金の支払義務がないことの確認を求め、それが認容されることにより、行政指導に対する歯止めとなり得る。また、損害発生の場合には、国家賠償訴訟によって協力金の支払いを求める行政指導の違法性が肯定されることにより、類似の行政指導が繰返されることの事実上の歯止めとなり得るであろう。

以上から、今後、上記の第1、第2および第4の場合に、各種の行政訴訟における認容判決および国家賠償訴訟における違法性の肯定が行政指導に対する歯止めとなって、行政指導が統制される可能性があることを多少なりとも明らかにすることができたであろう。

上記の結論は、行政手続法の施行以後の裁判例を取上げて、その判決理由から行政指導のルールを導き出し、または行政手続法の解釈を通じて、「今後の行政指導に対する歯止めをかける」という役割を、行政指導の「訴訟による統制」の内容として見出したことにより得られたものである。

最後に、本稿で展開してきた議論の本質を突き詰めると、「法律による行政の原理」の限界領域における行政指導について、立法の整備により、これからの行政指導に対する「訴訟による統制」が開かれる可能性があることを多少なりとも論じたものと考えられる。

今後は、「法律による行政の原理」の限界領域における非法定行政指導に従わない場合に行われる「公表」が、今後、どのような場合に、行政訴訟等によっていかに統制される可能性があるのかを見出すことが理論的には展望され得るであろう。

参考文献

- 藤田宙靖『新版 行政法総論 上』(青林書院・2020年)。
- 塩野宏『行政法Ⅰ [第6版]』(有斐閣・2015年)。
- 大橋洋一『行政法Ⅰ [第4版]』(有斐閣・2019年)。
- 宇賀克也『行政法概説Ⅰ [第7版]』(有斐閣・2020年)。
- 山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣・2012年)。
- 手島孝・中川義朗監修、村上英明・小原清信編『新基本行政法学 [第2版]』(法律文化社・2016年)。
- 室井力ほか編著『行政手続法・行政不服審査法 [第3版]』(日本評論社・2018年)。
- 原田尚彦『行政法要論 [全訂第7版補訂2版]』(学陽書房・2012年)。
- 高木光・常岡孝好・須田守『条解 行政手続法 [第2版]』(弘文堂・2017年)。
- 特別区人事・厚生事務組合法務部編『自治体訴訟事件事例ハンドブック [改訂版]』(第一法規・2017年)。
- 小早川光郎・青柳馨『論点体系 判例行政法Ⅰ』(第一法規・2017年)。
- 天本哲史『行政による制裁的公表の法理論』(日本評論社・2019年)。

Summary

Control by Litigation of Administrative Guidance

Hirofumi IWAHASHI

This study clarified in what cases Administrative Guidance could be controlled by litigation in the future.

Specifically, in this study, court cases such as Administrative Litigation after the enforcement of the Administrative Procedure Act were considered separately for each type of Administrative Guidance.

As a result of the study, (1) in the statutory Administrative Guidance, the Revocation Judgment could be a stop to the Administrative Guidance when there was room for the Administrative Disposability. (2) In non-statutory Administrative Guidance, the mandatory judgment could be a stop to the Administrative Guidance when a considerable period of time had passed by objectively expressing the intention of not complying. In addition, if there is no voluntary payment of cooperation money, a decision confirming that there is no obligation to pay could be a stop to the Administrative Guidance. And in each case of damage, the State Redress Litigation affirmed the illegality of Administrative Guidance, which could be a stop to the similar Administrative Guidance.

In this study, Acceptance judgment in Administrative litigation and Affirmation of illegality in State Redress Litigation could be a stop to the Administrative Guidance in the above cases. This made it clear that Administrative Guidance could be controlled.