

## §1 行政指導

### 今週の一言

「先生、お久しぶりです。春学期の行政法総論Ⅰの成績、Bでした。過去問調べていたら、論述で法治主義がよくでていたので、今回も絶対だと思って、模範答案をつくっていたのに、どうして出されなかったのですか。」

「授業の時にカンニングされるような問題は出さないと言っていたでしょう。忤度しなきゃ？」

「ここで、忤度ですか。佐伯先生がそんなに複雑な人とは思わなかったのです。前に先生に報告したように、交際を申し込んでいる彼女からは、行政法がAじゃないので、付き合うことできないと言われましたが、もう一度だけチャンスをくれることになって、行政法総論ⅡでAをとったら付き合ってくれることになりました。だから今度は、過去問も徹底的に調べて勉強します。」

「ごめんなさい。実は行政法総論Ⅱは昨年初めて担当したので、過去問は去年のものしかありません。昨年、がんばったつもりなのですが、教師も経験が重要なので、あまりうまく授業ができなかった気がしています。」

「えっ、それで今年は大丈夫なんですか。シラバスをみると、そこに先生の研究テーマの情報公開と個人情報保護がありましたので、ひょっとして、ここだけで講義の半分使って、あとはお茶をにごす授業しようと思っているのではないですよ。」

「私の考えていること、ばれてしまいましたね。確かに自分の研究テーマなら、予習をしなくてもいくらでも話せるというのが研究者です。でもばれてしまいましたから、この手は使えませんね。仕方がないから、情報公開と個人情報保護は最後にまわします。夏休み、がんばって予習しようと思っていたのですが、酷暑の日々が続いてやる気がおこらず、全く予習ができませんでした。」

「私の先輩に佐伯ゼミの4回生で、今年、公務員試験に合格した人がいます。その先輩から聞いた話では、予備校には3年の4月から通い始めたのですが、夏休み、サークルの合宿やプライベート旅行とかで、遊んでしまって、公務員試験の勉強が全くできず、もうあきらめようと思って、佐伯先生に相談したら、『何言っているの？まだ時間十分あるよね。3年生の夏休みが終わってから公務員試験の勉強を始めて合格した人いっぱいいるよ。まだまだ大丈夫』と励ましてくれたので、その言葉を信じてがんばったら合格できたと聞きました。だから、先生も今からがんばったら手拔きの授業ではなく、しっかりした授業できますよ。先生、がんばって。」

「ありがとうございます。自転車操業の日々となりますが、がんばります。君には、彼女との恋がかかっているんで、今度は必ずAをとってくださいね。それでは、みなさん、秋学期も Let's enjoy 行政法！」

## 一 行政指導とは

行政指導→「行政機関がその任務又はその所轄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、その他の行為であつて処分に該当しないものをいう」（行政手続法 2 条 6 号）

例：『佐伯は、A 市内に在住しているが、佐伯の所有・居住する建物が建築基準法に違反するものであり、周辺に危険を生じさせている』 違法建築物→除却命令→代執行（法的拘束力をもった権力的行為）

ソフトに改善を呼びかける→市民の自発的な協力を求めて行う非権力的な事実行為（法律の根拠は不要）

## 二 行政指導の種類

① 規制行政指導 →相手方の市民の権利自由を規制する目的で行われるもの。 例：住環境の維持を目的としてなされる指導、料金の値上げに対する指導

② 助成行政指導 →市民の活動を助成する目的で行われるもの。 例：農家に対して行う技術的・経営的助言、保健所が妊産婦の福祉・保健に関して行う指導

③調整行政指導 →私人間の紛争の解決のために行われるもの。 例：マンションの建築主と周辺住民の紛争解決のために行う指導、大規模小売店舗の新設により中小小売商店との間で紛争が発生するのを未然に防止するために行う行政指導

## 三 行政指導の法的問題

伝統的行政法学では、行政指導は法律の根拠も必要ない、「無」の存在、法的には何の意味もない。しかし、現実には非常に大きな影響力を有し、行政目的を達成するために重大な役割を果たしてきた。

**利点** 臨機応変性と行政の円滑化機能 ≡法治行政の補完的機能

**問題点** 伝統的行政法学では、行政指導は法律の根拠も必要ない、「無」の存在、法的に

は何の意味もない。しかし、現実には非常に大きな影響力を有し、行政目的を達成するために重大な役割を果たしてきた。

- 1 事実上の強制力の問題
- 2 責任の不明確さ
- 3 法治行政の空洞化

▼要綱行政＝多くの自治体にて、宅地開発指導要綱などに基づいて行われてきた開発や建築の規制のための行政指導

宅地開発指導要綱 →同意条項 協議条項 規制条項 負担条項

京都市中高層建築物等の建築等に係る住環境の保全及び形成に関する条例

○要綱行政の変容

・「行政手続法・行政手続条例の整備や地方分権改革などの法状況の変化を受けて、地方公共団体による要綱行政をめぐる法状況も変化している。まず、要綱行政の行き過ぎが早くから問題視され、建築確認の留保や給水拒否などの不利益措置が行政手続法の基礎になった判例によって違法とされ、さらに、大規模な建築物の建築確認の多くが民間機関によって行われるようになったこともあって、…、こうした実務はほとんどなくなった。他方、駐車場整備等の独自の規制項目や事前協議の義務付け等の手続きの加重については、要綱を条例化することによって、法的拘束力を付与するとともに公正性・透明性を確保しようとする傾向が現れている。また、地方分権改革による地方公共団体(特に市町村)の権限の拡充、とりわけまちづくり分野における権限の移譲に伴い、条例の制定余地が広がっており、こうした権限を用いて無秩序な建築・開発を規制することが可能となっている。

はたして、要綱行政は、もはやその使命を終えるべきなのだろうか。要綱の存在意義の再検討にあたって、まずは、フォーマルな手段では実現しえないこと、逆に、インフォーマルな手段ならではのメリットを改めて突き詰めて考える必要がある。そして、人口減少と少子高齢化の中での都市の収縮という都市像の変化も考慮に入れなければならない。要綱行政は、人口が増加し都市が拡張する時代に、無秩序な開発・建築を抑制する役割を果たしてきた。これに対し、都市の縮小(コンパクトシティ)が政策目的となる時代においては、人口や公共施設を集約することや、限られた財源の適切な配分のため、複雑で繊細な利害調整が求められている。潤滑油としての要綱行政という手法は、従来とは異なる新たな活用の可能性を残しているのかもしれない。」(野呂充他著『行政法』110頁)

## 四 行政指導の法的統制

### 1 法律上の根拠

**判例 19** 品川区建築確認留保事件

建築確認の留保→不作為違法確認→損害賠償

◎「行政指導には応じられないとの…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」

○法定行政指導

例;騒音規制法 12 条

市町村長は、指定地域内に設置されている特定工場等において発生する騒音が規制基準に適合しないことによりその特定工場等の周辺的生活環境が損なわれると認めるときは、当該特定工場等を設置している者に対し、期限を定めて、その事態を除去するために必要な限度において、騒音の防止の方法を改善し、又は特定施設の使用の方法若しくは配置を変更すべきことを勧告することができる。

2 市町村長は、第九条の規定による勧告を受けた者がその勧告に従わないで特定施設を設置しているとき、又は前項の規定による勧告を受けた者がその勧告に従わないときは、期限を定めて、同条又は同項の事態を除去するために必要な限度において、騒音の防止の方法の改善又は特定施設の使用の方法若しくは配置の変更を命ずることができる。

### 2 行政手続法（行手法 32 条～36 条）

(1) 「一般原則」 (32 条)

- ①所掌事務の範囲内
- ②任意の協力を要請
- ③不服従を理由とする「不利益な扱い」を禁止する

(2) 「申請に関連する行政指導」 (33 条)

申請者が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行政指導を継続することにより、申請者の権利の行使を妨げることはできない

**判例 19** の法理の条文化

(3) 「許認可等の権限に関連する行政指導」 (34 条)

行政指導に際して当該指導に不服従であれば下されると言及された処分が適法に発動

することができない場合には、違法な処分を示唆してなされた行政指導は違法である。  
この点の審査を市民に容易にするために→許認可等に関する権限の根拠等の明示(35条の2)

(4) 「行政指導の方式」 (35条)

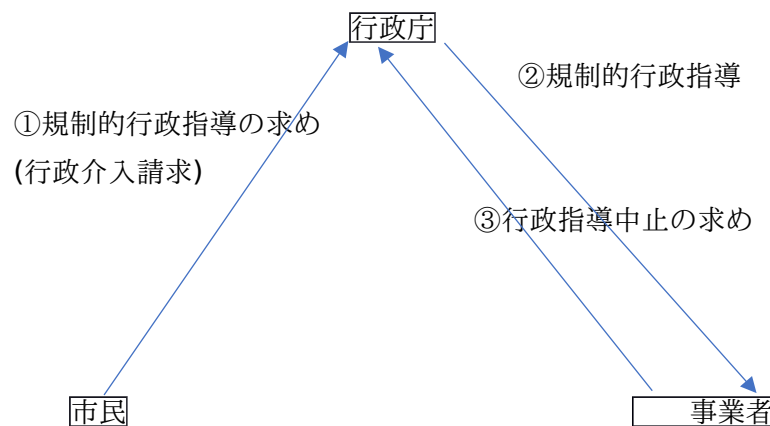
- ・ 行政指導の趣旨・内容・責任者を明確に示す(35条1項)
- ・ 行政指導は「口頭」でも可能。ただし、「書面の交付」を求められたら、「行政上特別の支障がない限り」交付しなければならない
- ・ 許認可等に関する権限の根拠等の明示(35条の2)

(5) 「複数の者を対象とする行政指導」(36条)

複数の者に対し同一の行政目的を実現するためになされる行政指導については、行政機関は予め行政指導指針を策定し、支障のない限り、これを公表しなければならない  
行政指導指針の策定には意見公募手続が適用される。

(6) 「行政指導の中止等の求め」(36条の2・3)

・ 法律上の根拠のある行政指導のみの統制



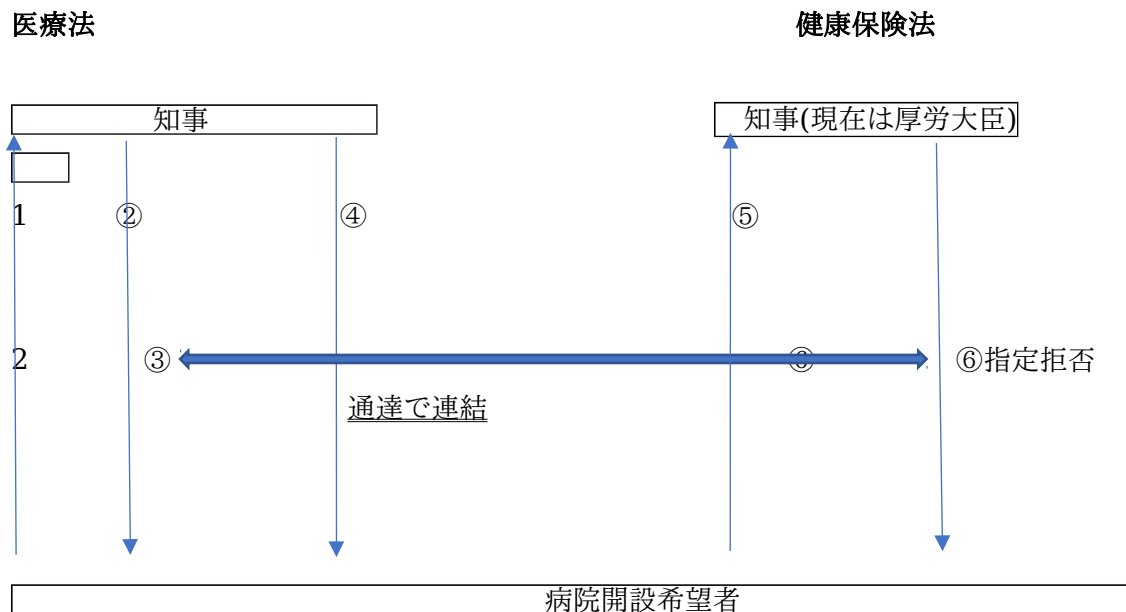
※当該行政機関に申立人に対する応答義務が課されているものではない

## 五 行政指導に対する救済

### (1) 行政訴訟

#### 判例 53 病院開設中止勧告事件

##### ○病院開設の行政課程



- 1 申請
- 2 中止勧告
- 3 勧告不服従
- 4 許可
- 5 申請
- 6 指定拒否

##### ○行政指導の処分性を肯定

・ 行政事件訴訟法 3 条 2 項 「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」

・ 医療法の勧告 (30 条の 7) → 医療法上の勧告に従わなくとも、病院開設の不許可等の不利益がされることはない。 → 開設はできる

BUT

・健康保険法 43 条の 3 第 2 項

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は、一定の事由があるときは、その指定を拒否することができる」と規定している。

この拒否事由のなかに

「保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」

・昭和 62 年保健局長通知→医療法の勧告が行われたにもかかわらず、病院開設が行われ、当該病院から保険医療機関の指定申請があった場合には、都道府県知事は、「保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に該当し、都道府県知事は地方保健医療協議会に対して 保険医療機関の指定拒否の諮問を行うこととされた

◎最高裁は勧告の処分性を肯定

◆当事者訴訟の活用

(2) 国家賠償訴訟

国家賠償法 1 条 1 項

①「公権力の行使」に該当するか否か→広義説

②「因果関係」

任意は因果関係を否定するか。

・最判 1993(平 5)・2・18 百選 1-103

<事実の概要>

Y(武蔵野市-被告・被控訴人・被上告人)では、昭和 44 年ごろからマンション建設が相次ぎ、日照障害、テレビ電波障害、工事騒音等の問題が生じ、また、学校、保育園、交通安全施設等が不足し、行財政を強く圧迫していた。そこで市長は市民の生活環境を守るため、一定規模以上の宅地開発または中高層建築物建設事業を行おうとする事業主等に対して行政指導をするため、議会の全員協議会に諮った上、昭和 46 年に「武蔵野市宅地開発等に関する指導要綱」を制定した。要綱では、事業主は市長と「事前協議」を行い、所定の行政指導を受けるとともに、「寄付願」を提出して教育施設負担金等を納付することとされていた。行政指導は市民の支持や東京都の協力もあって実をあげ、違反者に対しては制裁として実際に上下水道の利用を拒否し、その紛争が訴訟に発展するなど市は強い姿勢で臨

んでいた。

X(原告・控訴人・上告人)は昭和52年に3階建て賃貸マンションの建築を計画し、教育施設負担金として1523万2000円の寄付が要請されたことに強い不満を抱いていたが、事前協議において減免等を懇請したものの断られ、また制裁を恐れて、やむなく同額を納付した。後日、Xは、寄付が強迫によるものであるとして意思表示の取消しを主張し、支払った負担金相当額の返還を求めて出訴した。1審(東京地八王子支判昭和58・2・9民集47巻2号603頁参照)ではXが畏怖していたとはいえない等として請求棄却。Xは、行政指導が違法な公権力の行使であるとして国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求の主張を追加して控訴したが、2審(東京高判昭和63・3・29前掲民集610頁参照)でも、Xは一応納得して本件負担金を納付したと窺われ、市側に限度を超えた行政指導があったとは認められないとして請求棄却。

#### <判旨>

最高裁は、原審の強迫の主張を斥けた部分は支持したが、国家賠償請求を棄却した部分については破棄・差し戻した。

「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なうことがない限り、違法ということとはできない。」

「〔しかし、〕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、Y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許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。YがXに対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、Yの担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、Xに対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されと考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、Xに教育施設負担金の納付を事実上強制しようとするものということができる。指導要綱に基づく行政指導が、Y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Y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。」