

「行政指導の法的諸問題」

金子昇平

一 行政指導の意義

行政指導は、現代行政の複雑化、多様化の傾向とともに、公行政の具体的活動形式として、あらゆる行政分野において重要な地位を占めているといえる。

ところで行政指導は、元来、法令用語というわけではなく、また講学上の用語でもないために、その概念について行政法学上、必ずしも明確であるとはいえない。それは現在、包摂された行政指導概念のもとに、実定法上一般に使用されている用語を代置して、行政指導と表現しているからである。そこで、この包括概念を具体的に分解し例示すると、次のようなものを挙げることができる。例えば、指導、指示、勧告、警告、助言、要望、注意、協力要請、勧奨、斡旋、援助等であり、これらを総称して行政指導という言葉でのべられてきている。

「行政指導の法的諸問題」(金子)

このように行政指導という用語自体は、実定法上のものではないので、個別的諸用語の概念を統一したものとして把握し、定義することは、きわめて困難なことであり、さらに同一の観念で雑多な作用を定義するということが自体、概念の曖昧さを否定するということができないといえよう。したがって行政指導という一つの便宜的概念を使用する場合には、それぞれの行政指導において、その目的概念および現実的機能をどのように判断するかということによって、学説は区別、異なった理由を展開することが可能となる。このようなことを前提に、行政指導をめぐる諸問題に立入るまえに、行政指導の意義を明確にしていくうえで、その成立上の必要要件をいくつかの学説を紹介しながら検討してみる。

(一)説 行政指導とは「行政庁またはその職員が、法令に基づいて、あるいは法令に基づかないで、その行政庁の任務ないし所掌事務とされていることに関し、当該行政庁、あるいはその職員として、公的立場において、こうありたい、こうしてもらいたいなどと希求し、願望するところを、特定の相手方(単数または複数の自然人、法人、団体など)に対し、その相手方が自発的な同意、協力の下に実行するように働きかけること⁽¹⁾」という。

(二)説 「行政指導とは、行政客体が一定の公けの行政目的を達成するため、行政客体の一定の行為(作為・不作為)を期待して、それ自体法的拘束力なく行政客体に直接働きかける行政の行為形式⁽²⁾」である。

(三)説 「行政指導とは、行政機関が、その所掌事務に属することからについて、特定の個人、公私の法人、団体等に非権力的、任意的手段をもって働きかけ、相手方の同意または協力の下に、行政機関がかくありたいと望む一定の秩序の形成をめざして、これらの者を誘導する一連の作用をさすものとすべきである⁽³⁾」。

行政指導の定義に関して、右諸学説から觀念そのものを比較し、分析するといくつかの問題点を抽出することができる。すなわち(一)説と(二)説とを比較すると、微妙なニュアンスの違いが存在する。その第一の違いは、(二)説が行政指導の対象を「公行政」に限定して理解される点である。この点について(一)説は、「行政機関の所掌事務」に属することがらをすべて含めて解している。第二の違いは、(二)説においては、相手方たる行所客体の同意ないし協力ということを行政指導の要件から除外している点である。⁽⁴⁾

しかして、第一の相違点については、(三)説が行政指導の目的および対象を「一定の行政秩序の形成をめざす」ものであると判断し、(二)説の「一定の公けの行政目的を達成する」という考え方とそれ程大きな相違はないように思われる。また、第二の相違点も、行政指導という一つの包摂された概念で表わされる通知行為、表示行為等は、必ずしも相手方の同意ないし協力の必要性の有無が明確でない場合も存在するのであって、このような事柄をも想定してのとであると考えられるのである。したがって、(二)説が「行政客体の一定の行為(作為・不作為)を期待」しているとする点は、その行為の働きかけの媒介としての機能ということを指しているであろうと思われる。そして、逆に行政指導の内容を実施させるということは、結果において相手方の同意ないし協力の要件が存在であれば成り立ち得なくなり、(三)説および(一)説が相手方の同意または協力を行政指導の要件としていることと変わりがなく、本来的な違いはないといつてよいであろう。

このように右の諸学説を比較してみると、行政指導の定義のとらえかたに若干の表現上の相違点は認められるものの、これらの学説には、いずれも行政指導を法的効果のともなわない単なる事実上の行為であつて、相手方の同意ま

たは協力による一定の作為または不作為を期待ないし願望するといふにすぎない非権力的な行為形式であるといふ共通の要素が認められるのである。⁽⁵⁾

なお、諸外国においては、右のような意味における行政指導に相当する包括的用語はないようであるが、わが国に限らず一般に行なわれている。⁽⁶⁾

(1) 林修三「行政指導の意義と役割と問題点」都市問題六五巻七号四頁。なお、かつて同教授の学説は、その特色として「法令の根拠にもとづかないで行なわれること」(同「いわゆる行政指導について」行政と経営八号一七頁)を行政指導の一件であると論じていたが、その後には、行政指導を法の根拠の有無を問わず、実態的な作用の点に着目して論理を展開している。

(2) 塩野宏「行政指導」行政法講座六巻一八頁。

(3) 成田頼明「行政指導」現代法(4)、現代の行政所収一三二頁

(4) 塩野前掲論文一八、九頁での注(1)を参照。なお、このような定義をめぐる問題については、教授自ら指摘しておられるところである。

(5) 行政指導の定義に関しては、ここで紹介した以外の学説においても共通の要件で論じられている。

例えば、田中二郎「行政指導と法の支配」現代商法学の課題(下)所収一四三二、三頁は、行政指導は、第一に行政機関が一定の行政目的を達成するため公の団体又は私人に対してとる一種の裁量的行政措置である。第二に、それ自体としては、法的拘束力ないし法的強制力を有するものではない。第三に、相手方の任意の同意又は協力による一定の作為又は不作為を期待して相手方に働きかける、それ自体としては非権力的な措置であるとする。行政解釈では、昭和四八年三月二六日参議院商工委員会議事録による角田内閣法制局第一部長の答弁によると「行政指導とは、国民の権利を制限したり、国民に對し義務を課したりするような法律上の強制力を有するものではなく、行政機関が、それぞれの設置の根拠である法律によ

り与えられた任務または所掌事務の範囲内において、行政の相手方の協力を得て一定の行政目的を實現させるように、一定の作為または不作為を求めて懲慥し誘導することをいう。なお、右見解と若干異ったものとして、高田敏「行政指導と法律による行政の原理」法学教室二期(5)八五頁は「不服従に対して制裁が定められている場合には、服従に任意性があると解し難い。したがって、このような場合には行政指導に包括しないのが妥当であろう」と解している。

(6) わが国で一般に表わされている行政指導に関して、諸外国との対比での研究は、未だきわめて少数であるといえる。成田頼明ほか「現代行政法」二二九頁は「アメリカでは、自発的協力の要請 (appeal for voluntary cooperation) 仲裁 (mediation) 相談 (government counsel) 等が正規の許可や命令のほかに経済規制の手段として用いられているし、西ドイツでも、教示 (Auskunft)・通知 (Mittellung)・勸奨 (Empfehlung)・勸告 (Beratung) 等の手段が用いられている」を挙げている。塩野前掲論文一五、六頁参照、成田前掲論文一三二頁参照。

二 行政指導の分類

行政指導は、その保有する機能との関連において、従来、(1)規制的行政指導(監督的行政指導・抑制的行政指導)、(2)促進的・助成的行政指導(助言的行政指導)、(3)調整的行政指導の三つのタイプに分類されており、最近ではこれをさらに次のように、緻密的に整理されている。⁽²⁾

1 法律の根拠の有無による分類

(一) 法律の根拠に基づいてなされる行政指導

(二) 法律の根拠に基づかないでなされる行政指導

(a) 行政機関の権限を背景にしてなされる行政指導

「行政指導の法的諸問題」(金子)

(b)行政組織法により与えられている一般的権限のみに基づいて行なわれる行政指導

2 相手方の公私による分類

(一)相手方が私人(個人、法人、その他の団体)である行政指導

(二)相手方が公法人である行政指導

(a)相手方が地方公共団体である行政指導

(b)相手方が地方公共団体以外の他の公共団体である行政指導

3 内容の差異による分類

内容に従って、例えば、助言、要望、勸奨、指導、注意、勸告、警告、指示等による分類

4 相手方の求めの有無による分類

(一)職権をもって行なわれる行政指導

(二)相手方の求め(要望、要請、照会、願、申請等)に応じて行なわれる行政指導

5 方式の相違による分類

(a)精神的作用によって行なわれる行政指導 (i)書面によって行なわれる行政指導、(ii)口頭によって行なわれる行政指導

導

(b)肉体的作用によって行なわれる行政指導(例えば、実地指導等)

6 機能の相違による分類

これは、従来の行政指導の一般的な分類であり、前にのべたようなものである。

以上のように行政指導に関する具体的分類基準は、その法的諸問題を考察していくうえで、一つの重要なポイントを示すものといえる。

- (1) なお、この点に関しては、二つの類型とするものとして④(一)規制の行政指導、(二)授益的行政指導(今村成和「行政法入門」一五二〜四頁)、⑤(一)監督的行政指導、(二)助言的行政指導(山内一夫「座談会、行政指導の基本問題」ジュリスト三四二頁二四頁での発言)⑥(一)助成、助言的指導、(二)規制、監督的指導(荒秀「行政指導と行政上の計画」精解行政法(上)三七五頁)と、三つのものとする田中前掲書一四三三、四頁、成田前掲論文一四五頁とがある。
- (2) これらの分類は新井隆一「行政指導」成田、南、園部編行政法講座(下)三〇六頁以下にくわしく説明されている。

三 行政指導と行政救済

(一) 行政指導と行政上の不服申立

当該行政指導が実定法規に基づき、かつその根拠法に行政上の不服申立てが規定されている場合は別であるが、従来の学説は、行政指導がたとえ法的限界をこえるものであっても、原則として行政不服審査法(以下「審査法」という)による争訟の対象とされている。「行政庁の違法または不当な処分その他公権力の行使に当たる行為」(同法一条二項)に該当するとは解されない⁽¹⁾ので、審査法による行政上の不服申立(異議申立て、審査請求または再審査請求、同法三条一項参照)による救済は受けられないとする。すなわち行政指導自体は、何ら法的拘束力を伴なわない単なる事実行為であるという理由からである。

「行政指導の法的諸問題」(金子)

ただ右の場合において、違法、不当に行なわれた指導、勧告等に従わないことを理由として行使された「行政処分その他公権力の行使に当る行為」をとらえて、行政指導そのものを争うことはできると解されるので、この場合の救済は可能となる。⁽²⁾

このように行政指導に対する行政上の不服申立ては、一般的には否定的に解されているといえよう。

しかして、審査法に基づく行政不服申立制度の意義は、「国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによって、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的」(同法一条一項)とするものである。したがって審査法は、当該個人の権利利益を保護することと、適正な行政を確保するという二つの目的から成り立っているといえる。

とくに、行政不服申立制度は、裁判所(司法権)による法律上の争いについて裁断する行政訴訟ではなく、争いの一方当事者である行政庁自らが、簡易迅速な略式の手続によって紛争を解決するものであって、行政訴訟制度の不備、不完全に対応するもので、行政上の事前予防的手続が整備されていない現在のわが国において、きわめて大きな存在意義をもつものといえる。⁽³⁾⁽⁴⁾

さらに行政上の不服申立ては、行政行為に関して、単に違法性の判断に限らず、行政庁の自由裁量事項(行政事件訴訟法三〇条参照)についても不当の判断がなし得る点で、行政機関による違法、不当な行政指導を審査法の対象から除外させることには、なお検討の必要があるのではないかと思われる。⁽⁵⁾

そこで審査法を右のような立法趣旨をふまえて解すると、法的拘束力のない事実行為である行政指導に対する行政

上の救済方法としては、現行争訟制度において行政上の不服申立てが最も効果的に運用されるべきものではないかと思われるのである。

(1) 成田前掲論文一六一頁。

もつとも、審査法一条二項にいう「処分その他公権力の行使に当たる行為」に関して、田中二郎「新版行政法」上巻全訂第二版二三四頁は、「これらの觀念の意義及び範圍は、学説、判例にまつほかない」と述べている。さらに、杉本良吉「行政事件訴訟の解説」(一)法曹時報一五卷三号三五頁は、この点、行政処分というのは、「行政法上の法律的行为あるいは準法律的行为たる性質をもついわゆる行政処分であるが、それにとどまらず、行政庁が一方的に行う事實行為的処分で相手方の権利自由の侵害の可能性をもつものを含む」としている。

(2) 成田前掲論文一六一頁。

(3) 旧訴訟法との対比において、このような立法趣旨について述べているものとして、杉村章三郎「行政不服申立の長所と短所」法律時報三三卷三号六九頁。田中真次・加藤泰守「行政不服審査法解説」補正版二六・七頁、南博方・小高剛「行政不服審査法」二〇頁以下参照。

(4) この点、綿貫芳源「行政不服審査(地方自治関係)」実務民事訴訟講座(9)七一頁は、「公権力を狭く解することなく、従来判例上処分性が否定された行政庁の行為を含めうるよりゆるやかな解釈も可能であろう」とする。

(5) 行政指導に関して、行政上の不服申立てを積極的に活用する余地を示唆するものとして、荒秀前掲書三八二頁がある。なお村井襲彦「公害行政における行政指導」愛媛法学四号七六頁は規制行政指導に対して行政上の不服申立てが可能と解する。

(二) 行政指導と抗告訴訟

行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)の定める抗告訴訟のうち、行所指導との関係で争われる場合としては、「処分の取消しの訴え」(取消訴訟、同法三条二項)ならびに「無効等確認の訴え」(無効等確認訴訟、同法四項)等が考え

「行政指導の法的諸問題」(金子)

られる。そしてこれらの訴訟においても、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(同法三条一項参照)を対象とするものであって、「公権力の行使に関する行為」には、事実行為も含まれるが、この場合の事実行為とは、公権力の行使に係る事実行為を意味し、行政庁の一方的意思に基づいて、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加え、行政上必要な状態を実現する権力的行為でなければならぬと解されるので、行政指導のような単なる事実行為は、抗告訴訟の対象となる事実行為には事の性質上親しまないということになる。⁽²⁾

右のように、一般論としては、行政指導が同じ事実行為であっても、そこに法的効果を伴もなわなないものであるということが思慮されているので、抗告訴訟の対象とはなりえないとされている。

しかし、ここで問題となり得るのは、当該行政指導をその機能的側面から検討した場合である。すなわち行政庁が、行政処分と同様に一方的に、公権力を背景として指導、勧告等を行使する場合の行政作用上の問題である。例えば、当該行政指導に従わないときには、社会的制裁措置、あるいは強制措置を実施したり、また、相手方にとって不利益な取扱いをする旨を示唆する場合であるとか、逆に、従ったときに税法上の減免措置をするとか、補助金、援成金の交付、資金の融通等の利益および便宜を提供する旨を示唆した場合には、相手方に対し相当程度の心理的強制を与えることとなり、その意思判断を拘束する結果、一方的な拘束と等しい強制力を持ち得ることになる。

このような行政指導は、行政庁の下命、禁止、許可、免除などの命令的行為(行政行為)が、相手方の意思の有無にかかわりなく、一方的に法的拘束力を持ち得ることと、同様な機能を有しているものといえる。

行政指導は元来、相手方に一定の作為、不作為を要請し、期待するもので相手方の任意の協力ないし同意なくして

は、その行政目的を達成すること出来ないものであると解されてきた。しかしながら、右のような行政指導の機能的問題をとらえて考察すると、相手方の任意性の判断にあたり、現実には相当の強制力を持ち得る要素のあることも評価しなくてはならないであろう。

さらに、規制的、抑制的行政指導は、本来、法律の根拠に基づいてのみ行なわれるべき行為形式であると解される。ところで、なんら法律上の根拠に基づくことなく、積極的に秩序形成の実現を行政目的とする特色を考慮すれば、消極的な秩序維持を目的とする助成的、給付的行政指導とを別異に論ずる必要があるといえる。

ところで一連の行政過程において、その区々の行政指導は、行政庁の処分その他公権力の行使に該当する行為と同様の機能を担保させることが可能であり、また行政処分的前提要件となって行使される場合も数多く見い出されることである。そこで右に述べたような点を留意して考えると、あらゆる行政指導を法的拘束力のない単なる事実行為であると断定するには、なお疑問の余地があるといえる。

最高裁判所は、かつて、社会保険医療担当監査要綱に基づき都道府県知事が保険医に対してなした戒告の措置が、行政事件訴訟特例法第一条にいう行政庁の処分にあたるか否かにつき、次のように判断した。

「指定取消は『故意に不正または不当な診療、報酬請求を行ったもの』のほか、戒告の事由たる『重大なる過失により不正または不当な診療、報酬請求』を『しばしば行ったもの』に対して行われることとなっているので、戒告理由がたび重なることよって一層不利益な指定取消を受ける虞れのあることは首肯し得るとしても、戒告を受けたこと自体が指定取消の事由とはなっていない。いいかえれば、戒告を受けた者は将来指定を取り消される虞れはあると

して、それは、戒告の事由がたび重なることによるものであって、戒告という行政上の措置を受けたこととは直接の関係はない。従って、本件戒告は、所詮、被上告人に対し何等かの義務を課すとか権利行使を妨げる等法的効果を生ずるものでないといわなければならない。もっとも、本件戒告は、……行政上の指導監督措置であって、制裁を目的とするものでないといえ、それによって被上告人の名誉、信用等を害することは、否定し得ないところである。しかし、行政事件訴訟特例法上の行政処分とい得るためには、当該処分がそれ自体において直接の法的効果を生ずるものでなければならないことは、当裁判所の判例とするところである。それ故、本件戒告は、仮りに違法でありこれに対する損害賠償の請求が可能であるとしても、行政事件訴訟特例法によってその取消を求めるとは許されないもの、といわなければならない。⁽³⁾

右判決は、戒告(行政指導)を受けたこと自体が、直接の法的効果を生ぜしめない行政上の指揮監督措置であるので、その取消を求めることは許されないと判断している。すなわち、戒告を理由に取消訴訟の対象を否定しているのではなく、行政処分に直接関係するもの、あるいは行政処分と一体をなすものとは考えられない点をとらえて、戒告による損害は別個の請求としては可能であるが、取消請求はなしえないものであると判断した。

したがって、要綱に基づく戒告が違法であると判断しても、行政処分とは異なるもので、相手方は戒告によって、法的に拘束されていないということであって、これを抗告訴訟によって取消させる必要は論理上導き出せないということであろう。

このように取消訴訟の訴えの利益および、行政処分の処分性を厳格に解釈されれば、右のような結論は当然であろう。

しかして、取消訴訟をこのように限定して解すべきかどうかは、問題のあるところであるといえよう。

最近の学説、判例が表わしているところによれば、抗告訴訟の訴えの利益⁽⁴⁾および行政処分⁽⁵⁾の処分性⁽⁵⁾については、従来の学説、判例の立場を、より広く緩和させた要件で論じられる傾向が指摘できるところである⁽⁶⁾。

つぎに、行政庁の行政指導による相手方の不利益に対する行政救済上の困難さは、行政訴訟、抗告訴訟として説かれていた内容が、事後的救済方式であるということも、その大きな理由であろう。すなわち、行政庁による権利利益の侵害に対して、その侵害を未然に防止する争訟手段・予防的救済手段が争訟制度的に確立されていないこともその一つの理由であろう。

ところで、現在の争訟制度の枠内においても、行政指導に従ったことによつて不利益を受けた場合、行政上の救済にのつてこないときの救済方法として、被保全利益の問題が残るとして、民事訴訟の仮処分はできないか、という提案がある⁽⁷⁾。さらに、他に適切な救済方法がなく、処分等に発展し、またはしないことについての相当な確実性と急迫性が存在し、かつ取消の必要性が肯定されうる場合には、取消訴訟制度を積極的に利用し、違法、不当な行政指導に対して、その救済を図ることも考えられるのである⁽⁸⁾。そしてむしろ、右のような場合においては、無名抗告訴訟⁽⁹⁾の場合、考えられる訴訟型態として予防的宣言判決⁽⁹⁾を求める訴えが許されないであろうか。もっとも、予防的宣言判決の許容性に関しては、行訴法のなかでどの程度認められるのかということ自体議論の存するところであるが、この種、訴訟型態が行政指導に対して肯定的に解される余地があるのではないかと思われる。そこで右見解を前提に、訴え提起の基準は、訴えの利益の問題としてとらえ、権利利益の侵害が、裁判所の救済を求めるまでに成熟しているか

どうかという争いの成熟性で、判断すべきであろうと思われる。

- (1) 行政庁の事実行為に関して、杉本良吉前掲論文三七頁以下、南博方編前掲論文三二頁以下参照。
- (2) この点に関して、雄川一郎「行政争訟法」法律学全集六八頁は「斡旋、勧告、事実上の地位に法律的要動をもたらさない行為は、これを訴訟によって排除する意味がないから、抗告訴訟の対象とはならない」とする。このような観点から否定的見解をとる学説として、林修三「行政指導とその問題点について」駒沢大学政治学論集一号三八頁、成田前掲論文一六二頁、広岡隆「行政法総論」一四〇頁、中川剛「行政指導の法的限界」都市問題六七卷五号三七頁等がある。
- (3) 最判昭和三八年六月四日民集一七卷六七〇頁。なお本件の下級審は、いずれも「行政庁の処分に応じて抗告訴訟の対象になりうる」と判示している。東京高判昭和三六年三月一四日行裁例集一二卷三号五七五頁、その原審として宇都宮地判昭和三年五月二八日行裁例集八卷五号九〇一頁。
南博方「知事による保険医の戒告と行政訴訟」山内一夫・雄川一郎編、演習行政法一二八頁は、行政救済上の観点から、法的地位を侵害された場合は「国に対して、戒告の取消しの発給を求める給付訴訟(公法上の当事者訴訟)を提起することができる」との見解をとることはできないだろうかと提案している。
- (4) 訴えの利益に関する最近の議論は、法的権利および法的に保護された利益に加えて、事実上の利益を含めた法律上の保護に値する利益を含めるか否かにあるといえる。なお、この点、原田尚彦「訴えの利益」行政法講座二五六頁以下参照。
- (5) 従来の処分性の概念に関して、最判昭和三〇年二月二四日民集九卷二号二一七頁、最判昭和三九年一〇月二九日民集一八卷八号一八〇九頁等は、いずれも厳格に解釈している代表的な事例であるといえよう。
なお、東京地判昭和四六年一月八日行裁例集二二卷一一・一二号一七八五頁は、勧告そのものが取消訴訟の対象となりうることを示唆したものと見える。
- (6) 最近の学説において、このような点にふれているものとして兼子仁「行政争訟」(現代法学全集「行政手続・行政争訟」)二七三頁以下は、本来の行政処分ではない行為を、救済法の見地から「形式的行政処分」(公定力・不可争力なき行政処分)として構成している。なお、南博方「行政処分概念の動揺」都市問題研究二八卷四号八九頁以下参照。

(7) 成田頼明教授の発言、ジュリスト三四二号四三頁。

(8) 塩野宏「行政指導」(別冊法学セミナー『現代法事典』1)二七六頁は「行政指導が、次の行政処分要件となっている場合には、取消の利益が認められるであろう。……他に適切な手段がなく、また取消の必要性が認められる場合には、取消訴訟制度を利用することが許されることもあるように思われる」。

(9) 無名抗告訴訟による救済の余地を示唆する学説として、村上義弘「行政指導」(法学演習講座「行政法」)一九五頁。この点、原田尚彦「行政法要論」一四一頁は「指導自体の違法性を公式に宣言するための手段として、これに対する抗告訴訟を認める必要がある」とする。

(三) 行政指導と損害賠償

(1) 行政機関の違法、不当な行政指導によって相手方が損害あるいは損失を受けたという場合に、その被害者は、国または公共団体を相手として行政救済手段の一つである国家賠償を含む国家補償、すなわち違法な行政活動に基づく損害賠償、適法な行政活動に基づく損失補償を請求することが可能であろうか。

国家賠償制度は、行政行為そのものを争い、その公定力を失わしめることを目的とするものでないことは言うまでもない。行政訴訟・抗告訴訟は、違法または不当な行政行為について、その行政行為の取消・無効等確認を求めることを許す制度であるが、仮にその結果、行政行為の取消・無効等確認がなされたとしても、それはすでにその者の受けた損害に対して償われるという趣旨でないことは明らかである。したがって、このような場合には、行政上の損害賠償によって損失を填補することを目的とする救済を受けることより他に手段がないことになる。同様に、公益上の必要性により、適法な行政権の行使がやむをえず国民の権利利益を損失せしめた場合も考えられるのであって、右

のような場合には、その行政処分が適法である以上、行政訴訟の制度によって救済を受けることはできず、行政上の損失補償を受けるより他に手段がないのである。国家賠償法(以下「国賠法」という)の主旨はあくまで「公権力の行使の違法合法を決定することにあるのではなく、いかにして発生した損害を填補するの⁽¹⁾か、国はどこまで責任を負うのかということを決する点にある」といえる。

このように解すると、国賠法一条一項にいう「公権力の行使」は、抗告訴訟で請求棄却される場合であっても、損害賠償が肯定されうる余地が認められるのであって、行訴法三条一項にいう「公権力の行使」よりも広く解するのが合目的であるといえよう。

国家賠償は、不法行為の要件を充たしている限り、行政主体に対する損害賠償を請求することは可能なのであるが、行政指導の場合には、その性質自体に相手方の任意の同意や協力という要件が介在しているので、行政指導の行使と現実⁽²⁾に生じた損害との因果関係を立証するのに、故意、過失の認定など困難な問題が存在している。

(2)そこで、学説について検討してみる。

①否定説は、行政機関の違法、不当な行政指導が行なわれた場合であっても、行政指導はもともと「任意的性格のものであり、行政指導の相手方が行政指導によって求められたことをするのはその任意の意思に基づいている点……また、行政指導を行う公務員を、国家賠償法第一条のいう公権力の行使にあたる公務員といえるか⁽²⁾」との行政指導の性質論から「行政指導については、それが相手方に対する強制力ないし法的拘束力をもたないために、従来の伝統的な法律解釈に従う限り、これに対しては、……国家賠償を求めることもできないと解さざるを得ない⁽³⁾」とする。

②説は、「行政指導の公行政としての性格ないしその行使される状況から、多くの場合は、その損害賠償は国家賠償によって求められることが可能」であるとするが、「行政指導による損害の発生には通常行政指導に対する相手方私人の判断が介在」しているので、「行政指導と現実に発生した損害との間の因果関係を論ずるに当って、この私人の判断をどのように評価するかという問題が生ずるのである。抽象的には、原因たる行政指導と結果たる損害発生の相当因果関係の存在を、国家賠償制度の趣旨目的に照しつつ合目的に検討するということになるであろうが、実際問題として明確に判定することが困難な場合が多いであろう」⁽⁴⁾。

③説は、「違法な行政指導によって生じた損害については、国家賠償生によって国または公共団体が責任を負う可能性は十分に考えられるが、相手方が当該行政指導によって生ずるであろう損害を認識しながら全く自由な判断でこれに従ったような場合には、『同意は不法行為の成立を阻却する』の法理により、賠償請求は認められないであろう」とする。⁽⁵⁾

ところで、違法、不当に行なわれた行政指導が国賠法によって損害賠償の責任を問うことが可能かどうかという問題は、まず、当該行政指導が「公権力の行使」に該当しなければならぬ。国賠法にいう公権力の行使については、従来、学説の対立⁽⁶⁾があるが、非権力的行政作用をもこれに含めて解釈する広義説が有力であるように思われる。そしてこのような見解に従えば、違法、不当な行政指導によって生じた損害について、一般的には損害賠償請求が可能となる。

しかしして、「法的な拘束力をもたない行政指導が、同法にいう『公権力の行使』にあたるという解釈をするについ

ては、それ相当の説得力のある説明が必要である⁽⁷⁾といえよう。

そこで、違法・不当な行政指導に関して、当該行政指導の機能的問題をとらえて、(i)公権力を背景に行使する行政指導、(ii)行政指導が行政処分的前提要件となっているもの、(iii)自由な意思によることなく行使指導に従わざるをえない場合には、国賠法による損害賠償請求の成立要件になるのではないかと思われる。

もっとも肯定的学説⁽⁸⁾および判例⁽⁹⁾においても、あらゆる行政指導を無条件に、しかも直ちに国賠法一条に規定する「公権力の行使」の適用を承認するというわけではなく、また逆に、行政指導による損害の発生との間の因果関係をすべて否定するという学説もきわめて例外的なものとなっているのではないかと思われる。そして学説は、一般的に「違法な行政指導」の概念で、国家賠償責任の原理的可能性を肯定していると思われる。ただ、従来の学説が、「違法な行政指導」と「不当な行政指導」の解釈にあたって、それぞれ別異な取扱いがなされるのであろうか。それとも「違法な行政指導」のなかに「不当な行政指導」を包摂して「違法」としているのか、若干疑問のあるところである。

(3) つぎに、国または公共団体の行政指導の行使の不作为に関して、国家賠償責任が肯定されるであうかという問題がある⁽¹⁰⁾。

行政機関が適切な行政指導を行使していれば、損害の発生が未然に防止しえた、ということを見ると、当該行政指導が法令上の根拠規定がある場合は、法律上の介入義務に違背したということにならないであろうか、また、行政指導を行使するについて、何ら根拠となるべき法令が不存在の場合に、行政機関は、行政指導をすべき作為義務が認

められるとしたら作為義務に違反したことになるのか、右のような問題についての国家賠償責任が肯定されうる余地が認められるか否かといったことが検討されなければならない。

そこで、①行政指導が法令の根拠に基づいて、すなわち行政指導の行使の規定が設けられているにもかかわらず行使しなかった場合は、行政指導が行政庁の裁量的判断に委ねられているので、この裁量権行使の判断が問題となる。⁽¹¹⁾

この点に関して、行政指導の行使は、行政庁の「合理的判断に基く自由裁量に委ねられているのである。したがって改善の勧告ないし命令権を発しうる法律上の要件が具備されたからといって、……改善勧告ないし命令権の不行使が常に違法となるものではなく、その自由裁量が著しく合理性を欠くと考えるとき、はじめて違法となるのである」⁽¹²⁾と解せられる。したがって一般に、裁量権が自由裁量である場合、行政指導の行使は行政庁の自由裁量事項であって、根拠法に基づく行政指導を行使しないとしても、それは作為義務違反にはならないといえよう。ただし、その自由裁量が著しく不合理な場合には、裁量権濫用の違法性が問題となる。ところで、その行政指導が明らかに羈束裁量であれば、行政指導を行使する義務が生じ、作為義務違反となりうる場合も起り得る。

②行政指導に法令の根拠が不存在で行使されない場合は、行政庁の全くの自由裁量であって、政治的責任ないし政策の当、不当の問題は生じえようが、違法性の問題は起りえないと思われる。

(4)行政機関による違法、不当の行政指導が行なわれた場合に、相手方がその行政指導に信頼を寄せ、その指導の内容どおりの行為を行った後に、その指導を行なった行政庁が、その指導内容と相反する行政処分を行うことがありうる。このような場合の法律上の解釈は、基本的には禁反言ないし信義誠実の法理の適用による救済がどのような場合

に可能かということが問題になる。⁽¹³⁾

従来、わが国で私法上の法理と解されてきた禁反言は、英米法上のエストッペル (estoppel) に由来するものであることは周知のとおりであり、右法理と信義誠実の原則(民法一条二項)が行政上の法律関係について適用があるかどうかに関して議論のあるところであるが、学説および判例は、これらの原則が適用されうることを一般的に承認している⁽¹⁴⁾と云ってよいであろう。そして公法関係における適用は、英米行政法の影響を受け、継授されてきたものである⁽¹⁵⁾。その代表的適用領域は、とくに租税法関係において適用が可能か否かということが、その議論の中心的課題となつて展回されてきているように思われる。

そこでこのような点に関して判例を検討すると、右適用の法理をめぐって、これを積極的に解するものと消極的に解するものがある。もっともかかる法理の適用の可否は、租税法主義の原則と抵触する結果となる場合においてである。

ところで、この法理の適用の先例となつた東京地判昭和四〇年五月二六日行裁例集一六卷六号一〇三三頁⁽¹⁶⁾は「自己の過去の言動に反する主張をすることにより、その過去の言動を信頼した相手方の利益を害することの許されないことは、それを禁反言の法理と呼ぶか信義誠実の原則と呼ぶかはともかく、法の根底をなす正義の理念より当然生ずる原則」であると判示し、右法理を肯定するとともに、課税庁の処分が違法であるとした。しかしながら右判決は、控訴審(東京高判昭和四一年六月六日行裁例集一七卷六号一頁)により取り消された。その理由とするところは、「一般に、禁反言の適用される表示とは、事実の表示であることを要し、単なる意見もしくは意向の表示では足りず、また、禁

反言の適用を認めると違法な結果を生ずる場合には、その適用を阻却されると解されている。……本件の場合……本件課税処分が禁反言の法理ないしはそれを含む信義誠実の原則に違背し、当然無効と解すべき由由をみいだすことができない」とするのである。

しかし控訴審の判決においても、禁反言の法理の適用が認められる余地を肯定しているものと解されるのである。そしてこの法理の適用にあたり、いかなる要件ないし基準が必要とされるかについては、さらに検討の必要がある。

このような判断基準に関しては、前掲東京地判「がとくに、行政庁の誤った言動をするに至ったことにつき相手方国民の側に責められるべき事情があったかどうか、行政庁のその行動がいかなる手続、方式で相手方に表明されたか（一般的なものか特定の個人に対する具体的なものか、口頭によるものか書面によるものか、その行動を決定するに至った手続等）相手方がそれを言頼することが無理でないと認められるような事情にあったかどうか、その信頼を裏切られることによって相手方の被る不利益の程度等の諸点が、右原則の適用の範囲の問題としては、とくに、相手方の信頼利益が将来に向っても保護さるべきかどうかの点が吟味されなければならない」という具体的認定基準を表示している点に留意しなければいけない。⁽¹⁷⁾

- (1) 下山英二「国家補償法」一九頁
- (2) 林前掲「行政指導とその問題点について」三五頁
- (3) 林修三「行政指導の盛行とその問題点」自治研究五〇巻二号一二頁
- (4) 塩野前掲論文二七頁以下参照
- (5) 成田前掲論文一六四頁以下参照

「行政指導の法的諸問題」(金子)

(6) 従来、国賠法一条にいう「公権力の行使」に関して、学説は①狭義説・国家統治権に基づく優越的意思の発動たる公権力作用に限るとする説(田中二郎「行政上の損害賠償及び損失補償」一六八頁以下参照)。②広義説・私経済作用以外の非権力的公行政作用をも含むとする説(田中二郎「新版・行政法」(上)全訂第二版二〇五頁、雄川一郎「日本の国家責任法」ジュリスト三〇四号一五頁、法学協会編「注釈日本国憲法」(上)三九一頁、注(18)を参照)、③最広義説・公権力作用・非権力的作用はもちろん私経済作用をも含むとする説(村上義弘「公権力の行使」現代損害賠償法講座六卷二五五頁以下、とくに二八二頁参照)の対立がある。

(7) P・Q・R「行政指導は国家賠償の対象になるか」時の法令八三一号二八頁。

(8) この点、今井文雄「行政関係における国家賠償に関する諸問題」法律のひろば一九卷一二号三一頁は、「当該勧告に止むなく従わざるを得なかったような事情があり、しかも受忍でき難い損害が生じた場合には、公平の理念に照し同法一条による救済を与えてよいと考えられる」としている。なお、四方和幸「行政指導と国家賠償」自治実務セミナー一四卷二号六一頁は、「行政指導と損害の間に因果関係を認定できる行政指導については、『公権力行使』に類似するものとして、国賠法一条を適用する場合が多い」とする。

(9) 行政指導が「公権力の行使」に当たるとされたものとして、盛岡地判昭和三〇年九月二三日下民集六卷九号一九九三頁、東京地判昭和四一年六月二七日下民集一七卷五・六号五〇五頁、また国賠法一条の適用を肯定しつつ、その違法性を否定したものとして京都地判昭和四七年七月一四日判例時報六九一号五七頁がある。

(10) 古崎慶長「行政指導と国家賠償責任」民商法雑誌七三卷六号七五九頁以下は、行政指導をしなかったことについての作為義務と国家賠償の関係を論じている。原田尚彦「行政の介入義務と行政訴訟」判例タイムズ三〇四号八百以下参照。

なお、この点については、行政法の一般理論として警察規制などの問題として従来から議論がかわされているところであり、わが国における薬害訴訟・公害訴訟(たとえば、森永ミルク事件、徳島地判昭和四八年一月二八日判例時報七二一七頁、カネミ油症事件等)との比較でも参考となるところである。

(11) 山田幸男「自由裁量」行政法講座二卷一二五頁以下参照。なお、最近自由裁量と覇束裁量の相対化の動向が問題となって

いるところでもある。

(12) 大防地判昭和四九年四月一九日判例時報七四〇号三頁、本件の評釈として、磯部力「行政の裁量的権限の不行使と国家賠償責任」判例時報七五九号一二七頁もこの点を指摘している。

(13) もっとも、千葉勇夫「行政指導の法的諸問題」(1)大阪経大論集九九号三二頁は、行政指導と国家賠償との関連について、基本的には禁反言の法理の適用の問題であると解している。

(14) この種議論は、戦前から有するところである。高橋貞三「行政法における信義誠実の問題」佐々木博七還暦記念『憲法及行政法の諸問題』所収三四五頁、原竜之助「行政法における信義誠実の原則序説」同上、諸問題論集所収三七五頁

なお、この点多くの学説は、原則的に承認しているものの、具体的適用については、留保しているといえる。田中二郎「行政法総論」一八三頁、三四三頁参照

(15) アメリカにおけるエストoppelについて、K. C. Davis, *Administrative Law* 541—563, 1973., L. Jaffe, *Administrative Law* 616—622. 1968.

もっとも、エストoppelには、その内容において種々のものがあるが、わが国の行政指導との関係で重要と思われるのは、「表示による禁反言」(estoppel by representation)であろう。

(16) 本件についての評釈として、藤田宙靖ジュリスト年鑑一九六七年版重要判例紹介二五五頁、同「租税法における信義誠実の原則」租税判例百選三四頁がある。

(17) 松沢智「禁反言の法理ないしはそれを含む信義誠実の原則」税務争訟の基礎知識七八頁、乙部哲郎「行政法における教示・確約と信頼保護の原則」神戸学院法学四卷一号五四頁、同「租税法における禁反言の法理」民商法雑誌七五卷二号二八〇頁、同「行政契約と信頼保護序説」神戸学院法学四卷二三号七七頁、真柄久雄「行政上の法律関係における信義誠実の原則」法学教室第二期別冊ジュリスト一五〇頁等参照。