

# 第1章 行政指導をめぐる先行研究の検討

## 1 行政指導の概念

行政指導に関する研究は、従来、行政法学者によるものが多かった。まず、彼らの行政指導概念を検討し、行政指導がどのように捉えられてきたかを明らかにする。

代表的な行政指導の研究者である林修三（元内閣法制局長官）は、行政指導は「一般に行政機関が、ある行政分野に属することがらについて、法令の執行・適用として、特定の個人・法人・団体等に強権的に命令・強制したり、または任意ではあるが、法令の根拠に基づいて、そういう者に対し、指導、勧告、助言などをするのではなく、法令の根拠に基づかないで、行政機関として、こうしたい、ありたいと希望し願望するところを、相手方が実行するように働きかけること」と述べている<sup>(1)</sup>。

林の行政指導の概念は、行政機関が主体となって相手と協議や取引をしたり、あるいは説得するといった行政現象を指している。林の概念は行政指導の外見的特徴を強調した定義を提示しているが、後述のように、相手方が特定化されることで起こり得る行政指導の強制性については言及していない。

一方、山内一夫は、行政指導とは「一定の行政上の目的を実現するために、行政機関が国民に対して行う指導であって事実上の強制を伴うもの」と言う<sup>(2)</sup>。即ち、一定の行政目的を達成するために、行政機関が国民に対して一定の行為をするように、又はしないように強制的に指導することをいう。しかし、彼の説明によると、行政の助言的指導、行政上の要望、事実行為としての確認行為、行政機関に対する勧告は行政指導の概念から除外されているので、その範囲はかなり狭いものとなる<sup>(3)</sup>。最近、世界で初めて行政指導を法的に明確化した日本の行政手続法2条6項で行政指導は「行政機関がその任務または所管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」と規定されている。

処分は同法2条2項で「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」とされている。このような行政指導には通達、要領、勸奨、勸告、要請、助言、指導、注意、斡旋などが含まれている<sup>(4)</sup>。この行政手続法における行政指導の概念は、①目的実現のための手段、②法的強制力がない事実行為、③相手方の自発的協力による目的実現、の通常言われる行政指導の3要件を満たしている<sup>(5)</sup>。

行政指導は法的根拠があるものと根拠がないものとに分けられる<sup>(6)</sup>。法的根拠のある行政指導は一般に勸告、指示<sup>(7)</sup>の文言が使われており、正式な行政指導とされているものである。これに対し、事実上の指導は法的根拠を要しないもので正式なものではない。勿論、このような行政指導は事実行為として、法的拘束力がある行政行為<sup>(8)</sup>と区別される。

問題は、このような事実行為がなぜ行政行為と同じ機能を發揮しているのか、である。これは行政指導が特定の相手に対する特定の行為についての希望、願望であることと関係がある。行政指導の概念については過程論的視点を説明した後で再び言及することとし、とくに、行政指導が法律上根拠もなく行政行為と同じ機能を果たしていることとの関連、また機能の変容を中心に行政指導の性質を検討することにする。

## 2 行政指導の性質と種類

行政指導の概念に基づいてその性質をみると、まず、大きな特徴として行政指導の裁量性を挙げることができる<sup>(9)</sup>。公式的・法的根拠がないにもかかわらず、行政側は自分の意思によって任意に裁量を行使することができるのである。しかし、行政指導は行政行為が抗告訴訟の対象になっていることとくらべ、行政訴訟の対象になってはいない<sup>(10)</sup>。

そして、対象集団の範囲をみると対象集団が特定されている。交通安全キャンペーン、環境保存キャンペーンのように相手を特定せずに、一方的に意思を伝達することも行政の行為として頻繁にみることができるが、行政指導を分析するとき、最大の論点は、特定された相手に対する行為であることである<sup>(11)</sup>。

それは法規が一般の人を対象としているのとは対照的である。行政指導の効力

もしくは機能は対象とする特定集団への影響力と関係がある。行政指導はその裁量性と対象の限定性が組み合わされることで、相手に対し一種の権利や利権の剥奪といった懸念を抱かせることになる。逆に相手が指導を要請する場合もある。例えば、ある業界が、同業者仲間との過当競争による共倒れを防ぎ、むしろ、共同利益を実現するために、生産や販売面で同一歩調をとるよう業界の行動ルールを定め、同業者に周知し遵守させようとする場合である。しかし、このような行政指導は競争を制限するため、経済活動の基本的ルールである競争メカニズムの重大な例外となり、このような行為は「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」との関係が問題になる<sup>(12)</sup>。

一方、許認可は対象集団が限定的であるという点では行政指導と同じである。許認可と行政指導は互いに影響力を及ぼす関係に位置付けられているときに問題が生じる。行政指導が許認可権を背景としているとき、もし対象集団が官庁側の行政指導を拒否すれば、その行為は許認可の拒否に繋がる可能性が高いからである。そのとき行政指導は強制力をもつ権力行為に変わる。したがって、行政指導と許認可との関係を究明することによって、行政指導の機能と政策実施手段としての役割が理解できるのである。もちろん、明確な正当性をもつ行政指導の場合は問題がないが（例えば、自動車の排気ガス規制）、ただ、行政指導が慣行化された場合には裁量権が濫用される可能性が大きくなる。

行政指導の種類はその機能によって次のように分類されている。たとえば、山内一夫は行政指導をその機能によって「規制的行政指導」と「調整的行政指導」（対立する当事者の利害を調整することを目的とする行政指導をいう）に大きく区分している<sup>(13)</sup>。規制的行政指導は公益の維持と増進を図るために、公益に反する行為を規制することを目的としている行政指導をいう<sup>(14)</sup>。規制的行政指導は既存の権力制度との関係の有無によって「独立的行政指導」と「付随的行政指導」に分かれる。独立的行政指導とは権力制度とは関係なく独立に行われる行政指導をいう。独立的行政指導は「応急的行政指導」と「代替的行政指導」に分けられる。応急的行政指導は権力行為を必要とする行政需要があるにもかかわらず、法律的根拠がないとき、応急的にその行政需要に対応するために行政機関が行う行政指導をいう。一方、代替的行政指導とは法律とか条例とかを制定して、法律的根拠を設け、下命などの権力行為をするよりも、行政指導で行政需要をまかなう

のが賢明であるとする政策的判断に基づいて行われる行政指導をいう。付随的行政指導には事前勧告、是正勧告、申請者に対する勧告がある。だが、このような分類は、ただ単に権力制度との関係と、制裁の内容（抑制的措置：44）を重視した分類であるため、行政指導の動態的側面を把握することはできない。

### 3 行政法的研究の意義と限界

ここで行政指導の役割もふまえて、行政法学的研究の意義と内容を説明した上、限界を考察し、政策過程論的研究の必要性を述べてみる。

行政指導に対する従来の研究は一般的に行政法学が中心になっていた。行政法学的研究はその目標が行政法の救済の法理の構築にあり、社会における紛争解決のために、訴訟や裁判所の役割拡大によって行政指導を統制しようという規範的な関心が基本にある。

行政指導に対する行政法学的研究の意義は、森田の説明を例にとると、複雑な社会関係において、一定の法的意味のある要素を識別して抽出し、その要素を一定の基準に従って評価するところにある。つまり権利を認めたり、義務を課す、というものである。そして、もし、そのような法的効果の付与について、当事者間に疑義がある場合には裁判所の判断によって、権利の救済が図られ、義務の履行が確保されることになる。従って、行政法学的研究とは、法的に意味のある要素を識別、評価・判断するための基準を作成し、一定の法的効果が発生するまでのプロセスを形成することをその目的としており、最終的には裁判所における評価、判断に資する知識を提供することをめざしていると要約できる<sup>(15)</sup>。その思考方法の特徴は、基本的には、一定の基準を満たしているか否かという二分法的な判断を中心として、二値的判断の連鎖から結論を導き出す論理であり、それは原則として二者間の対決構造になる。法学理論自体の評価は、それゆえ、法的に意味のある社会現象をいかに明確な基準で識別し、いかにシンプルな判断の連鎖によって、いかに普遍的で妥当な結論を導き出すことができるかということにかかっている。

行政法学の場合、行政と私人（民間）の法的関係に焦点を当て、行政権力によ

る侵害から、私人の権利を擁護することを最も重要視しなければならない。行政法では国民が自分たちの権利を守るために、国民の代表からなる議会が制定する法律によって、行政機関の行動を統制する「法律による行政の原理」が存在している。

その意味で行政指導に対して、行政法学の主要な概念や理論は、国民の権利侵害を招きかねない行政機関の活動を統制し、国家権力による侵害から国民の権利を守るための手段として解釈され用いられている。

また行政法学は最終的に公共性ないし公共の利益という目的を達成させるために、一定の状況において、どのような方法の組合せを用いた行政活動が最も効果的かという規範的な評価の基準を、公共性という概念の中から法的ルールの形で規定している。

ところで、行政活動の中では、特に行政指導が多く使用される。行政機関は指導行為を行う時、内部的に一定の基準に基づき、その背景には多様な動機が存在している。行政指導は行政機能の拡大によって、インフォーマルで自発的な同意が期待され、法律よりも実際的な役割をする。つまり、行政指導は相手の協力を得て、任意的措置として迅速に行政目的を達成することができるからである<sup>(16)</sup>。行政指導は一般に法律上の根拠なしに行われる。法律上の根拠があるときは、事前に勧告などを通して行政指導を行う。その時まず行政指導の範囲をどう決めるべきかが問題になる。行政法学における行政指導の概念については、①法的拘束力がないこと、②相手の任意性を前提とすること、③行政目的を実現するために行われること、などが最大公約数として取り上げられている。

行政法学においても行政と社会とのインターフェイスの諸相、諸過程に関して行政の事前手続に関心が持たれるようになってきてはいるが、その中心は事後の救済や賠償手続にある。

以下、手続の制度化である行政手続法制定以前の行政指導に対する裁判所の判例を中心に触れてみる。

事実行為である行政指導に関する法律上の根拠については、原則的には学説の多数が不要説をとっている<sup>(17)</sup>。また裁判所も「行政指導は社会通念上相当な方法と様態により行われ、かつ、これにより達成しようとする行政目的が、社会秩序に明らかに適法かつ相当なものと認められる限りにおいては、必ずしも明文の根

抛規定が存しない場合であつても、これを行うことは許される」<sup>(118)</sup>と判決している。従つて行政指導の違法性は不法行為の側面としか問題となりにくい。また行政指導は対象に対して法令を適用する行政処分ではないので、行政機関と対象との間には命令、服従の関係は生じないとされている<sup>(119)</sup>。即ち、行政機関は指導対象に一定の方向を示し、その任意的かつ自発的な応諾と行動を待つにすぎないからである。そのため、行政指導は、不服申立、抗告訴訟の対象とならない<sup>(120)</sup>。

行政指導は事実行為である表示行為なので、法学的判断は行政行為が存在していないこと、つまり単に法的拘束力を有しない行為とみなす消極的立場をとつたため、法律学においては行政指導の多様にして動態的な側面について十分に論じてこなかった。その結果、行政指導の不作为を含む事実行為に対する法的判断は留保され、行政指導に関する法的責任は追及されていない<sup>(121)</sup>。

しかし、行政指導はいずれも一つの行為形式として、他の行為形式となんらかの関係をもって用いられ、その限りで行政過程の重要な構成部分となることもある。

例えば、侵害的行政行為をする前に、行政指導により予め警告をし、それにも相手方が応じない場合、はじめて法律上の侵害的行政行為が行われることがある。行政指導がこのように行政過程あるいは法的仕組みの一部を構成していると、行政指導それ自体は法的効果をもたないけれども、その存在が法的行為形式としての行政行為の評価に影響を及ぼすことがある。その一例が建築基準法の建築確認の留保である。即ち、建築主と付近住民の間に紛争が生じ、行政機関が規制調整的に指導を行い、その間建築確認を留保した事件について、最高裁判所は建築主が指導に応じないという明確な意思を表明するまでは、確認を留保することは違法ではないと判断している。つまり、ここでは行政指導の存在が確認留保という本来は違法となるべき行為を適法なものとしているのである。その意味においても、行政指導は事実行為であるからといって、行政過程論の視野の外におくことはできないことに注意しなければならない。

さらに、行政指導は損害賠償事件においても、請求権成立の要件とされることがある。即ち、行政指導に関連する紛争解決の通常ありかたは、行政指導そのものを否定するのではなく、行政指導という行為形式が用いられている行政過程

における私人の損害の補填を求めるなり、不利益なりを排除するという方法をとる<sup>(22)</sup>。例えば、行政指導に従って、物品の販売を停止したが、それが誤った法解釈に基づいていた場合とか、指導要綱に基づく行政指導により、開発協力金や教育施設分担金の納入をしたが、それが寄附を強要する違法なものであった場合が<sup>(23)</sup>、行政指導そのものを原因とする不法行為事件（国家賠償）の例である。行政指導が国家賠償法（一条）の公権力の行使にあたることについては、ほぼ判例上かたまった<sup>(24)</sup>。また、行政指導継続中の建築確認処分の留保にかかわる紛争事例は、行政指導が契機とはなっているが、直接には、処分を留保していることの違法が問題となっているのであって、紛争解決の方法も、確認留保の違法を事由とする損害賠償請求訴訟、不作為の違法確認訴訟となる<sup>(25)</sup>。行政指導が非権力的手段であるということで、相手方の任意性を脅迫するものであってはならない。また行政指導は相手方の任意の協力を通じて実行されるべきものであるから、この任意性が損なわれた場合、すなわち指導行為が脅迫にあたる場合には、その履行行為は違法なものとして取り消される。

このような法的判断に伴って、ようやく行政指導にブレーキをかける判例が出た。品川区建築確認留保事件の判例がそれである。事案は次のとおりである。X（原告）は、1972年10月28日、マンションを建築するために東京都（Y；被告）の建築主事（A）に建築確認申請を行った。Aは73年1月5日の時点でXの建築計画の審査を終えて確認通知をすることが可能であったにもかかわらず、同年4月2日まで確認通知を行わなかった。それは、72年12月、このマンション付近の住民が日照阻害、風害等を理由に建築確認処分に反対の陳情を行い、YがXに対して付近住民との話し合いによる円満な解決を指導していたためであった。Xは、これに応じて住民と話し合いを行って、73年3月1日には東京都建築審査会に対して、確認申請に対する何らかの作為を求める審査請求の申立を行った。その後も話し合いは継続され、同月30日には紛争解決の合意が成立したが、Xは、Aが違法にも建築確認を遅滞させたことにより建設工事請負代金の増額等の損害を被ったとして、Yに対して損害賠償請求訴訟を提起した。第1審は、請求を棄却したが、第2審は、Xが審査請求を行った時点以降には、行政指導に服さないというXの意思が明らかにされたと認められるので、建築確認の留保は違法であるとして第1審判決を変更した。そこでYが上告した。その結果は上告棄却であった<sup>(26)</sup>。この判決

は建築確認の申請をした建築主が、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応じられないとの意思を真摯かつ明確に表明している場合、建築主が受ける不利益と行政指導に対する不協力が、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、行政指導がおこな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ことを判示した。続いて、行政指導の限界を示した判例が出た。すなわちマンション建築に際してなされた教育施設費の分担金納入に関する行政指導につき、最高裁判所は当該行為が「行政指導の限度を越えるものであり、違法な公権力の行使である」と判決したのである<sup>(27)</sup>。

このような判例にも影響されて<sup>(28)</sup>、行政過程の透明化を要求する社会の雰囲気が高まった。行政手続法制定を可能にした社会的背景のひとつとしては、国際化の進展や公的規制緩和への要請の高まりをあげることができる。前者については、1990年6月28日の日米構造協議最終報告において、行政指導はできるだけ書面で行うこと、特段の事情のないかぎり、行政指導を公表することを日本政府はアメリカ政府に約束していたし、後者については、1989年1月2日の第2次行革審公的規制の在り方に関する小委員会報告において、公的規制の緩和などを進めるに当たり、運用面の改善が重要であり、その鍵のひとつは、行政手続制度の整備にあるという認識が示され、手続法制の統一的な整備に向けた検討作業を早期に本格化させることを促した。続いて、第3次行革審では1991年1月公正・透明な行政手続部会を設け、行政手続法要綱案を公表して、行政手続法案を準備した。このような背景で行政指導を制度的に統制する行政手続法ができたのである<sup>(29)</sup>。

1994年10月施行された行政手続法は、行政の透明性、明確性と行政上の意思決定について、その内容及び過程を国民に明らかにするものであり、そのために審査基準の公開、標準処理期間など一般的規定を定めた上で、法的な位置付けがなかった行政指導に対して、不利益な扱いの禁止、申請者の権利保護、指導内容と責任者などを規定した。行政手続法は行政の裁量幅を狭める性格をもっているし、個別活動の透明性向上の効果は日本の行政を内側から変革させる機能をもつ<sup>(30)</sup>。

ところで、行政手続は、広い意味で、政策の一構成要素となる。そして政策の種類ごとに一定の手続が要求され、新しい政策の実現のためには、しばしば従来の手続体系を一新する必要がある。手続という言葉の保守的・静態的な響きと裏



腹に、それは変革志向の要素も含んでいる。現代行政が社会と組織の変化に直面させられていることからいえば、手続の研究は重要な位置を占めることになるろう<sup>(31)</sup>。

しかし、行政手続を定めた行政手続法の解釈に関心のある行政法的アプローチは次のような限界がある。まず行政指導に対する客観的・実証的研究では、過程分析が中心になる必要がある。真に応答的 (accountable) な行政を実現するためには手続を越えて、過程論的研究が不可欠である。それは行政過程への市民や職員の参加、また能率基準や指標設定段階での多元的集団の参加が必要であるからである。また行政行動はそれだけ社会から切り離された存在ではなく、社会的により広い、時間的にもより長期の脈絡の中で他のさまざまな行為や他の要素と関連しつつ存在しているのである。そして、行政指導を含む行政活動は政策課題の発生と解決の時点が特定し難く、長期間にわたる政策過程の価値を考慮せざるをえない<sup>(32)</sup>。また複雑な行政活動の中で、法律の規定している以外の行政指導に関わる要素の判断に対して、関連する他の行政分野の動向を考慮しつつ、かつ該当活動の波及効果を視野に入れるためには、法的二値的基準の適用の組合せだけでは充分ではない。

同時に行政指導に対する法的接近は、次のような場合に説明方法として限界がある。

第一は、行政法学的研究は司法による事後救済の法理を追求することに中心があり、事前救済または予防次元の制度や仕組みとしての説明が十分にできない。また基準設定、行政計画、行政指導などの多様化した行政活動への対応が難しい。

第二は、行政指導に従わないことを理由として他の処分 (認可の取消、申請の却下、補助金の不交付決定) を行うことがあるということである。政治的に問題になってくるのは、規制に関わる行政指導において、一般的な組織法上の権限以外の法的根拠なしに行われる狭義の行政指導 (監督型行政指導、制裁担保型行政指導) である。このような場合、任意の協力が確保されるのは、当該指導作用と直接関係はないにしても、行政機関が相手方に対して許・認可、補助金の割り当てなど影響力を行使する何らかの手段を有しており、相手方としては影響力の行使を恐れて、指導に服するということもあるということである。最も重要なのは協力と引き換えに、何らかの便宜供与が見込まれるという政治的交換のメカニズ

ムである。いわゆる業界団体の中にはこのメカニズムを利用して利益を図ろうとするものが多い。そして、特殊利益を重視して公益を損うという危険性をはらんでいる。

第三は、行政指導の中身がみえにくいということである。行政指導の伝達手段は文書以外に口頭による場合も多いので、行政指導の表面上の行為によっては、強制力の存在を判断することも難しい。また、相手に対する意思伝達手段や方法の形態を考慮しなければならないし、強制力を発揮する条件は何であるのかについても究明すべきである。政策過程の中で政府はどのような政策手段を組み合わせ、市場を指導してゆくのか、公私関係の情報交換の中から、政策目的はどのように形成され、合意形成されるのかを検討することが必要である。

勿論、完璧で理想的な行政指導の方法を論理化するのは難しいことであるが、上記のように行政法学的研究にも限界があるが故に、結局、両当事者間の調整をはかり、紛争の解決を可能にさせる行政指導の役割や機能を実証的に捉える政策過程的研究が必要である。

行政指導を政策過程の中での政策実施手段として理解すれば、そのダイナミックな側面を捉えることができ、政策過程において、行政指導をめぐるアクター間のイニシアチブ関係、行政指導の位置付け、行政指導の利用手段などを具体的に分析することを通じて、行政指導の実態がより鮮明に解明されると思われる。

日本のように、訴訟や裁判所といった司法による紛争解決よりも、政治家や政党など立法や中央省庁を中心とする行政によって、紛争が解決される傾向が強いと考えられる民主主義において、行政指導が利害調整や紛争解決に果たしている役割や機能を、実証的に捉えようとする政治学的研究、行政学的研究が必要である<sup>(33)</sup>。

政治学では組織間の交渉、非公式的根回しなどに関心があつて、行政指導の実態を分析するとき、「民主主義」という視点で分析している。また政治システムのほうは行政主導の立法を制約するような仕組みを作ったり、民主的な統制のための様々な工夫がなされている。行政学の視点では行政指導に対して「能率」と「責任」の確保が重要である。「機械的能率」を越えた「社会的能率」では、市民や職員の満足度も視野に入れて、行政過程への市民や職員の参加が重要であり、責任とは行政が市民の要求により政策的応答性（accountability）を確保するこ

とで、行政指導の方向性を提示することである<sup>(34)</sup>。

従って、今後の行政指導の研究では、諸行為の連鎖からなる法的仕組み、制度などを、行政学、政治学的視点から考察する研究が必要である。

#### 4 行政指導に関する機能論的研究

前節で述べたように行政指導に対する行政法的研究にも限界があり、行政指導の実態の全貌を明らかにすることが難しいので、その問題を解決するために機能論的研究が行われている。このような研究は行政指導の存在理由や長・短所を探る上できわめて重要である。

1981年9月から行政指導研究会<sup>(35)</sup>が行政指導の実態について、関係官庁の関係者、行政指導を受ける関係者、学識経験者を集めてまとめた実態報告書が『行政指導に関する調査研究書』である。この報告書では行政指導が果たしている役割を次のように分けて述べている<sup>(36)</sup>。

まず行政指導のメリットとしては法令の補完的機能<sup>(37)</sup>、権力性の緩和と行政手続的機能<sup>(38)</sup>、新規施策の実験的機能<sup>(39)</sup>、法的規制になじみにくい事項、および臨時応急的対策を必要とする事項への対処の可能性<sup>(40)</sup>が挙げられている。行政指導のデメリットは法治主義の崩壊<sup>(41)</sup>、法令適用に関するデメリット<sup>(42)</sup>、強制力を伴わないこと<sup>(43)</sup>、基準の不明確、行政責任の不明確性、国際的通用力の欠如<sup>(44)</sup>、インフォーマルな行政手段であることに伴うデメリットなどが指摘された。この研究では各研究分野の行政指導の事例を取り上げて説明している。しかし、行政指導の関係、すなわち行政側と市場の関係を含め、行政指導の多様な諸問題を論じようとしている論者相互間の対話や討論には不十分な内容である<sup>(45)</sup>。

一方、行政指導の機能論的研究の一つとして、行政指導の性質に着目した『日本の行政裁量』<sup>(46)</sup>という研究では、官僚制と裁量、実行活動における決定分析の試みなどが述べられている。大森彌は論文「日本官僚制と裁量事象」で、「行政裁量の一般的制約条件」<sup>(47)</sup>において階層的組織<sup>(48)</sup>、省庁間の折衝の必要<sup>(49)</sup>、非市場性と「一視同仁」<sup>(50)</sup>、「能力の実証」による選出と政策過程への関与をあげているが、この論文は行政裁量における分析にマクロ的アプローチをとって

おり、特定の裁量行為をめぐる経緯と手順などの事例はないので、行政指導の中心が見えないという欠点を持っている。

森田朗は「裁量」概念を一つの手がかりとしてミクロ的アプローチによって行政官の決定における考慮事項を論じている<sup>(51)</sup>。森田は「プログラム」の概念で裁量を説明している。個人の思考過程に存在するプログラムを「内面的プログラム」、客観化されたそれを「客観的プログラム」と呼んでいる<sup>(52)</sup>。行政官は「客観的プログラム」に従って政策目的を達成していくが、実際には「客観的プログラム」や生活資源に関する条件が十分に満たされていることはほとんどなく、行政官が様々な困難な問題に遭遇せずに円滑に職務を遂行しうることもほとんどない。従って、このような制約された状況において行動することを要求されている行政官は、当然のことながら、さまざまな事項を慎重に考慮しつつ、決定を行わざるをえない。従って、行政官の思考過程にある考慮事項を次のように論じている。考慮事項は政策目的の達成、法手続の尊重、資金の効率的な使用、顧客の協力の確保、波及効果、個人的利益<sup>(53)</sup>、組織的利益<sup>(54)</sup>、政治的利益<sup>(55)</sup>などである。この類型化は事例の説明に際して有効な手段となりうるが、具体的には裁量をめぐる諸関係者の行政指導と裁量との関係が明確でない<sup>(56)</sup>。新藤宗幸は、行政指導は、多数の「目的」と「手段」に関連する個別的官僚制の行動ではなく、それ自体一つの行政制度であると説明している<sup>(57)</sup>。行政指導に関連する現状は個々の説明が困難で、一つの概念で表すことができない。新藤の研究は、政策過程の中の行政指導に関する研究を行うための基礎になったと言えよう。

---

注

(1) 新藤宗幸『行政指導』（岩波新書、1992）23頁に林氏（元内閣法制局長官）の行政指導の「論」的形成の貢献に触れつつ彼の概念が紹介されている。

(2) 山内一夫『行政指導の理論と実際』（ぎょうせい、1984）4頁。

(3) 同上10頁。

(4) 通達は上級行政機関から下級行政機関に出されるものであるが、日本では行政の内部を越えて、外部たる私人や私企業、業界団体に対して出されることがある。

(5) 大山耕輔『行政指導の政治経済学』（有斐閣、1996）259頁。

(6) 林修三は行政指導の根拠に対して法律的根拠があつてなされるものと、そうではなく法律的根拠なしになされるものがあると述べている。山内、前掲注。

(2) 11頁、参照。

(7) 国土利用計画法24条1項では「都道府県知事は、前条第一項の規定による届出がある場合において、その届出に係わる事項が次の各号の一に当該土地を含む周辺の地域の適正かつ合理的な土地利用を図るために著しい支障があると認めるときは、土地利用審査会の意見を聴いて、その届出をした者に対し、その届出に係る土地の利用目的について必要な変更をすべきことを勧告することができる」と規定している。国民生活安定緊急措置法14条は「物価が高騰し又は高騰するおそれがある場合において、生活関連物資等の供給が不足することにより国民生活の安定又は国民経済の円滑な運営が著しく阻害され又は阻害されるおそれがあるときは、別に法律の定めがある場合を除き、政令で、当該生活関連物資等を生産を促進すべき物資として指定することができる」と規定している。

(8) 民法上の法律行為（意思表示）は相手方を一方的に拘束する効果を生じない。行政機関の行為にも民事上の法律行為に当たるものが少なくない。行政行為はこれと異なり、行政機関の一方的行為としておこなわれるもので、これによって相手方の権利、義務その他の法的な地位に変動が生じる。義務を課する行政行為の場合、相手方がこれを無視すれば刑罰、強制執行その他の制裁を受けることになる。権利を設定する行政行為の場合、相手方はこれによって新たな権利を取得する。行政行為は行政機関の公権力の行使としておこなわれる行為であるといわれ

るが、すべての法律の個別の授権に基づくことを要する。各法律は許可、許可の取り消し、営業停止命令など行政行為に当たる行為について個別的にその権限の授権、権限行使の要件・手続きなどを定めている。

(9) 大森彌「日本官僚制と裁量事象」日本行政学会編『年報行政研究18日本の行政裁量』（ぎょうせい、1984）21～22頁。

(10) 行政指導が違法又は不当なものであっても、それは原則として、行政不服審査法及び行政事件訴訟法において訴訟の対象とされている「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとは解釈されないから、不服申立てや抗告訴訟によって争うことはできない。東京地判昭和40年5月26日行政事件裁判例集16巻5号1033頁(1965)。

(11) 新藤、注(1) 23頁。

(12) 昭和48年8月末から49年初めにかけておこった「石油生産調整事件」は48年秋の石油ショックによって物価が急騰した狂乱物価の時期に生じた。また、物価が高騰した背後に多数の独占禁止法違反のヤミカルテルが存在したということが、公正取引委員会の活動によって明らかにされた。これに対して東京高等裁判所は「石油製品の値上げにつき、通産省担当官のガイドライン方式による指導が慣行として定着していたとはいえず、元売業者が共同して製品の値上げをする合意をしたことは行政指導に影響されたとしても、独禁法89条1項1号に規定する不当な取引制限に当たる」という判断を下した。東高特3判昭和55年9月26日高等裁判所刑事判例集3巻5号511頁(1980)。また東高特3判昭和55年9月26日高等裁判所刑事判例集33巻5号359頁(1980)は、「石油業法の運用として、通産省が個々の事業者に対し個別に行う行政指導は、共同行為等独禁法の禁止規定に形式的に違反する行為ではありえないが、通産省が多数の精製業者に対し、一律に原油処理量を制限する基準を定め、または個々の業者の原油処理量を指示した割当表を示して、これに従うよう指導する方法は業者間の共同不法行為を招く危険があり、石油業法の運用を超えた許されない行政指導である」と判断し、行政指導が一般的な通産省の政策手段（慣行）であり、通産省の担当官の行政指導が一部行政協力的なものが認定されたにも関わらず、業界側の行為は独禁法の競争行為に違反すると判示した。政府も「価格カルテルと行政指導に関する政府統一見解」（昭和49年3月12日、第72回国会衆議院予算委員会）で価格カルテルは「不当な取引制限」に

該当すると発表した。

(13) 行政指導を「規制的行政指導」、「調整的行政指導」、「助言的行政指導」に分類することもある。助言的行政指導とは、相手方たる国民に助言を与えることを目的とする行政指導である。公共職業訓練施設が労働者の職業に必要な能力を開発し、向上させるために行う職業訓練等がその例である。行政管理庁『行政指導に関する調査研究報告書』（行政管理研究センター、1981）98頁。

(14) 山内、前掲注（2）14～24頁。

(15) 森田朗「行政学的思考と行政法学的思考」日本行政学会編『年報行政研究29行政学と行政法学の対話』（ぎょうせい、1994）92～95頁。

(16) 鈴木庸夫「行政指導をめぐる判例の動向」『ジュリスト』741号（1981）43頁。

(17) 同上。

(18) 東京地判昭和52年9月21日行政事件裁判例集28巻9号973頁（1977）。

(19) 新藤、前掲注（1）22頁。

(20) 仙台地判昭和52年5月16日訟務月報23巻6号73頁（1977）。

(21) 「行政指導は行政機関がその目的を達成するため、行政客体の一定の作為、不作為を期待し、その自発的な協力、同意のもとに実行するように働きかける事実行為を指し、行政指導の客体ではない第三者は当該行政指導も不作為の行為については違法を主張することができない」浦和地判昭和56年4月22日訟務月報27巻10号1799頁（1981）。

(22) 西尾隆「行政手続」森田朗編『行政学の基礎』（岩波書店、1998）183頁。

(23) 開発協力金につき、大阪地裁判昭和62年2月25日判例時報1240巻 92頁（1987）参照。

(24) 形式上では行政指導という方式がとられていても、事実上は権力的背景をもって行われているような場合、国家賠償法1条の適用が認められる。特に、国家賠償法1条の公権力を広義説に立って解した場合、行政指導は私経済的作用に該当しないので、国家賠償法1条の公権力の行使に該当することになる。その事例をいくつか挙げる。1) 銃刀法の権限行使を背景としてモデルガンの製造販売の中止の行政指導をしたことは、公権力の行使にあたるもの（コンドルデリンジャー事件、東京地判昭和51年8月23日判例時報826号20頁（1976））。2) 風致地区の

現状変更許可につき、事前相談の形式で行政指導をしたことが公権力の行使に当たるとしたもの（京都地判昭和47年7月14日判例時報691号57頁（1972））。3）ゴルフ場の造成計画の翻意を促す行政指導につき、地方自治法2条3項に規定する環境の整備保全という地方公共団体の職務としてなされたものであるとされたもの（静岡地判昭和58年2月4日判例時報1079号80頁（1983））。4）市の生活情報センターが信用調査会社の支払通知に問題がある旨の公表行為をなしたことにつき、センター長個人及び監督する立場にある市民生活部長個人に対して損害賠償を求められた事件で、公表行為は公権力の行使に当たる公務員の行為であり、また民法715条1項の「事業の執行」に国または公共団体の公権力の行使は含まれないとして、個人責任を否定したもの（東京高判昭和54年2月22日判例時報925号68頁（1979））。5）インフルエンザの勧奨接種につき、当時の社会一般の実状からして、国民は勧奨接種と強制接種の違いを意識しておらず、また厚生省がこうした実状を知悉していたことが認められる場合には、国の行なった勧奨接種の指導も公権力の行使に当たるとしたもの（東京地判昭和59年5月18日判例タイムズ527号165頁（1984））。鈴木庸夫「行政指導と国家賠償」『ジュリスト』993号（1992）119頁参照。

もっとも、最近、給水拒否という制裁措置を背景として行われた指導要綱に基づく開発負担金の要求が、相手方の任意を前提としてなされるべき行政指導の限界を越えるものとして、違法な公権力の行使にあたるという最高裁判決がなされた。（最判平成5年2月18日最高裁判所民事判例集47巻2号574頁（1993））。

（25）塩野宏『行政法 I 第二版』（有斐閣、1994）172～173頁。

（26）判旨の詳細は以下の通りである。「関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係わる建築物が建築計画通り建築されると、付近住民に対し少なからぬ日照阻害、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ったとしても、これをもって直ちに違法な措置であるとはいえないのである。もっとも、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、応じられないと意思を明確に表明している場合には、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、いっ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况により、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て直ちに応答すべきことを求めているものと認められたときには、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」。最判昭和60年7月16日最高裁判所民事判例集39巻5号989頁(1985)。

(27) 最判平成5年2月18日最高裁判所民事判例集47巻2号574頁(1993)。

(28) 注(26)の最高裁判所の判例は、「行政手続法」の一般原則である同法33条の規定に影響を及ぼした。それは行政指導に応じられないとの意思を明確に表明している場合、行政指導に対する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、行政指導がおこな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する判決である。同法33条は「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導においては、行政指導に携わる者は、申請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者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない」と規定している。

(29) ここで韓国の行政法学と行政手続法の状況について触れておく。韓国の行

政法は、ドイツ型行政法を受け継いだ日本の影響を受けて体系化され、発展するようになった。その結果、日本の行政法の基本原理であった中央集権主義・官僚行政主義・行政国家主義および警察国家主義などを基本原理として採択せざるを得なかった。しかし、韓国の憲法は現代立憲国家の特徴的な要素を採択すると共に、法治主義の効果を高めるために英米的な司法国家体制を大幅に受け入れた。韓国の憲法が持っているこのような要素は、行政法体系の基本的な方向を示すもので、行政法の基本原理と言える。行政法の基本原理は法の支配の原則、民主行政主義、地方分権主義、福祉行政主義などである。

日本は戦前にドイツ法の影響を受け、第二次大戦後に英米法系の影響を受けるという状況にある。第二次大戦後行政法の基本原理は法律による行政の原理、民主行政主義等である。

韓国における行政法の特徴は、まず、日本帝国主義の影響下に、日本を經由した大陸法を受継ぎ、第二次世界大戦後はアメリカ等からの英米法を受継ぎながらも、以前の儒教的色彩も色濃く残していることである。第二は、韓国の法体系は経済的发展と平和的政権交替をなした民主化を背景として、日本の法制度との間に、それまでの表面的類以性から実質的類以性へと、一面ではその類以性を深めつつも、それと同時に、他面においては各分野で多くの新しい立法作業を行っており、とくに行政審判法は独自性を強めつつあることである。第三は、行政法が日本とドイツに関する比較公法的接近のみに過度に関心を示した結果、一方ではドイツ行政法の無批判的な受容、他方ではそれに対する偏狭的な国粹主義的反発、さらには日本行政法学の翻訳に近い学説であるとの指摘もある。

韓国における行政指導の概念は、非権力的な事実行為であって法的根拠は不要であるため、直接の取消訴訟や損害賠償の対象になっていない。また行政指導は、一定の基準がなく、行政庁の必要性和官僚の恣意によって行われ、国民からは信頼を得ていなかった。それで韓国も、1994年の日本の行政手続法の成立に影響され、1998年1月1日行政手続法を施行することになった。

しかし、まだその効果は見られていない。

(30) 西尾、前掲注(22)194頁には、「行政手続法はそれだけで行政の裁量幅を狭める性格のものではない」と書かれているが、行政手続法で審査基準が公にされることによって行政裁量幅は狭まることになる。

- (31) 同上183頁。
- (32) 同上195頁。
- (33) 大山、前掲注(5)13頁。
- (34) 西尾、前掲注(22)186～187頁。
- (35) 行政管理庁の委託によって辻清明教授を座長とする行政指導研究会が発足し、1981年3月『行政指導に関する調査研究報告書』を提出した。
- (36) 同上68～76頁。
- (37) 法令による規律と、現実の行政ニーズとの間に乖離が生じる時、または法令による画一的な規制が行われる時に弾力的に対応する機能である。
- (38) 行政機関も法的措置をできるだけ回避しようとし、相手方も法的措置によって一方的に強制されるよりも、行政庁との話し合いによって解決することを欲する。また話し合い過程における合理的解決方法の発見、不当な権利利益の侵害の予防などの行政手続的機能を果たしている。
- (39) 状況の変化に対応して、新たな施策を展開する機能である。いずれは正規の立法措置による制度化が望まれるとしても、事情からみて立法化が時期尚早と考えられる場合、そのプレテストないし実験として行政指導を使用している。定年制延長の行政指導、環境アセスメントの行政指導がそれに該当する。
- (40) 科学・技術的にまだ未解明な分野が多いことによる。例えばコレラ菌に汚染されたバナナの廃棄の行政指導がそれに当たる。
- (41) 法令補完的機能は、裏を返せば行政指導の慣行化による法治主義の崩壊である。
- (42) 法令で定めた禁止、下命、処罰などの権力性を緩和し、抵抗のないスムーズな適用を可能ならしめ、行政手続的機能を果たすというメリットがあるが、反面、これによって法令の厳格な適用を回避し、中途半端な温情的、妥協的方策で事態をうやむやにしてしまう危険性をはらんでいる。
- (43) 相手方が政治的に強い力を持った団体であったり、不特性多数の一般大衆であるときには行政指導は効果を発揮しえないことが多い。
- (44) 広い国際社会では通用せず、法的にみて曖昧な行政指導は国際社会における日本の信用を失墜させることになりかねない。
- (45) 大山、前掲注(5)12頁参照。

(46) 日本行政学会編『年報行政研究18日本の行政裁量』（ぎょうせい、1984）。

(47) 大森、前掲注（9）2～9頁。

(48) 官僚制は制度化された手続きを通じて事を運ぶことをその主要な行動特性の一つとしている。制度化された手続きとは物事を決めたり、決めたことを実施する場合、関係者ないし、当事者の間で了解されている行為の手順のことである。こうした手続きは、行政担当者にとって自律性の基礎の一つであると同時にその行動を制約する条件の一つでもある。

(49) 社会経済情勢の変化によって省庁間にまたがり、しかも、既存省庁別の任務分担のシステムにはなじまない新たなイシューや政策主題の発生が特定省庁内での解決を難しくし、省庁間調整の必要性を高め、その結果、各省庁の裁量余地が相対的に狭められる場合である。

(50) 行政機関が実施する政策の内容自体は、しばしば、特定の国民に対してのみ直接の便益をもたらす、あるいは多数の国民の便益のために、少数の国民に損失をもたらすという意味では偏っており、したがって行政の産物成果が実際に国民の生活に与える影響ないし効果は平等ではない。しかし、行政の担当者には、自ら働きかけたり、応答したりする対象に対しては公平な措置をとることが強く要請されている。

(51) 森田朗「行政裁量に関する一考察」日本行政学会編『年報行政研究18日本の行政裁量』（ぎょうせい、1984）28～52頁。このような方法の有効性について西尾勝『行政学の基礎概念』（東京大学出版会、1990）336頁参照。

(52) 「客観的プログラム」が「内面的プログラム」に影響を及ぼしうるかぎり、「客観的プログラム」の内容を操作することによって「内面的プログラム」の統制が可能になること、つまり行政官が行政統制を行いうることを示している。森田、前掲注（51）31頁参照。

(53) 行政官は一般に公共の利益の実現に加えて、あるいはむしろそれ以上に、個人としての権力、名声、威信、安定等様々な個人的利益の維持・拡大を目的として行動していると考えられる。その時は政策目的と対立するものとしての個人的利益が考慮事項となる。これは一種の「目標の転位」が生じることになりやすいからである。Anthony Downs, Inside Bureaucracy (Boston: Little, Brown and Company, 1967), p. 2.

(54)行政官の場合は行政組織に属することによって、決定に際して組織全体の利益、組織の存続、発展の可能性や自らの行動がそれに及ぼす影響を考慮することが重要になってくるのである。また専門知識によって専門職業集団を形成している場合もそれに該当する。

(55)政治的人脈、政治的有力者の要求や意向に対する考慮などがこれに相当する。行政活動に強い政治的働きかけが行われた場合には、このような政治的要素が考慮される。群馬中央バス事件のバスの路線免許の決定において、運輸行政に大きな影響力をもつ有力政治家と大企業の深い関係はその例である。群馬バス事件第一審判決は東京地判昭和38年12月25日行政事件裁判例集14巻12号2255頁(1963)。

(56)西尾、前掲注(22)314頁。

(57)新藤、前掲注(1)42～44頁。また畠山武道も「行政指導は行政機関の有する許認可権限、資金配分権限、サンクシヨソ発動権限などと関連付けてのみ、実際の効果を発揮しうるものである。したがって行政指導は単なる意見表明としてではなく、これら周囲の行為を含んだひとまとまりの法的仕組みとしてとらえられるべきであろう。」と述べ、行政指導の制度的アプローチを示唆している。畠山武道「石油ヤミカルテル事件最高裁判決の検討—行政指導分析に関する従来の理論の再検討」経済法学会編『経済法学年報6号・石油カルテル最高裁刑事判決』(有斐閣、1985)63～80頁。