

政策法務ニュースレター

現場の課題を解決するルールを創造するために

2018. 10. 12 VOL. 15-2

本号の内容

★ 鈴木庸夫先生による講義「行政指導の意義と機能」

- 1 はじめに
- 2 行政指導の分類
- 3 行政指導の手続ルール
- 4 行政指導の実体法的ルール
- 5 機能的考察



千葉県 総務部 政策法務課

政策法務班 中庁舎7F

電話 043-223-2166

FAX 043-201-2612

Eメール houmu35@mz.pref.chiba.lg.jp



行政指導の意義と機能

◆◇◆鈴木庸夫先生（千葉大学名誉教授・弁護士）による講義の概要◆◇◆

平成30年8月22日に開催された政策法務委員会において、鈴木庸夫先生（千葉大学名誉教授・弁護士）をお招きして、『行政指導の意義と機能』と題して、講義を行っていただきました。今回は、本講義の概要（千葉県総務部政策法務課において、適宜、要約したもの）についてご紹介します。

1 はじめに



行政指導という言葉について、行政手続法の制定前は、学説上様々な定義がされていた。行政手続法の制定後は、同法の定義が一般的なものになっている。千葉県行政手続条例2条6号では、同法に準じて、「県の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。」と定義されている。

まず、定義の意味を確認しておこう。

県の機関：通常は、知事ではなく、補助機関（一般職員等）のことを指す。

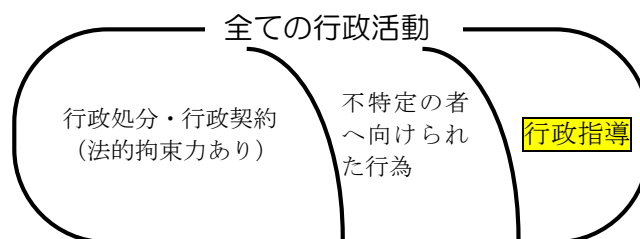
所掌事務の範囲内：各課等の事務分掌の範囲内でしか行うことができない。

行政目的：各課等が遂行する事務の目的のことである。

特定の者：県民一般へのお知らせなど、不特定の者に対する行為は含まれない。

指導、勧告、助言その他の行為：「指導」は口頭指導が多いが、「勧告」は書面で行われることがあり、行政処分はかなり近くなってくる。

以上をまとめると、行政指導とは、全ての行政活動から、法的拘束力のある行政処分・行政契約と不特定の者へ向けられた行為を除いたものと位置付けることができる。



2 行政指導の分類



行政指導は、伝統的に以下の3つに分類されていた。

規制行政指導：相手方の活動を規制する目的で作為・不作為を求めるもの

助成行政指導：相手方の活動を助成する目的で金銭や情報を提供するもの

調整的行政指導：利害が対立している相手方に対して、利害調整を目的とするもの



しかし現在は、法的な観点から以下の2つの分類がされるようになっている。

法定行政指導（法令に根拠規定あり）

例として、介護保険法103条1項では「勧告」が規定されており、これに従わなかった場合には、その旨が「公表」されたり、「業務停止」処分がなされたりすることが法定されている。行政指導によって、法的義務は発生しないが、このように、それに従わない場合は法律に基づいて処分が行われることがある。

非法定行政指導（法令に根拠規定なし）

法令上の処分権限がある場合とない場合に分類できる。

前者は、許認可処分の申請段階で行われることが多い。さらに、「**応答留保型**」（行政指導に従ってもらうため、一定期間申請に対する応答を留保するもの）と「**不利益処分代替型**」（法令に処分の根拠規定が設けられているが、処分に代わって行われるもの）に分けられる。

一方、後者は、暫定的な対応が必要な場合などに活用されており、法令に代わって行われるものとして、「**法令代替型**」と呼ぶことができる。県においては、要綱で行われていることが多いのではないかと。

このような行政指導としては、特定の業界への行政指導があり、例えば**石油ヤミカルテル事件**で問題となった行政指導が挙げられる（➡ **最判昭和59年2月24日**）。

➡ **概要** 

昭和40年代のオイルショックの頃、通産省から石油元売事業者に対し、価格に関して、法令上根拠のない行政指導が行われた。この行政指導について、社会通念上相当と認められる方法により行われ、法律の究極の目的に実質的に抵触しない限り、違法とすべき理由はないと判示された。

この論理は、行政指導も行政活動である以上は、

法令に拘束され、違反してはならないという「法律の優位の原則」といわれている。法令に直接の根拠がないとしても、関連する法令の目的に抵触しない限りにおいては行政指導ができるということが示されている。

ただし、相手方の任意性に委ねられることには留意しなければならない。

3 行政指導の手続ルール



千葉県行政手続条例では、行政指導の方式についても規定している。

33条では「行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない。」と規定している。さらに、口頭で行政指導が行われた場合には、相手方に書面の要求を認めている。現実的に考えると、この書面交付請求権は行政にとって厳しいものになるだろう。ただし、ゴミの撤去などその場で完了する行為を求める場合には、適用除外として、書面の交付は不要になる。

34条では、例えば指名業者に行政指導をする場合など、複数の者へ行政指導を行う場合に、行政指導指針を定めるように規定されている。なお、行政指導指針の策定に当たっては、38条により、いわゆるパブリックコメント手続を実施することとされている。

4 行政指導の実体法的ルール



（1）行政指導に法律の根拠は必要か

行政指導に法律の根拠が必要かという議論は、かなり前からされてきたが、一般的には行政指導に法的根拠は不要とされている。

もともと行政活動の「法律の留保の原則」には様々な学説があるが、侵害留保説（国民の権

利を制限したり、義務を課したりする場合には法律の根拠が必要)が通説である。

しかし、最近では本質性理論(重要な事項については法律の根拠が必要)が有力とされている。この理論によると行政指導をどこまで法律に盛り込むかは、立法者の裁量に委ねられる。例えば、氏名公表などの行政活動についても、時代背景の変化に伴い、その規制的機能に着目して侵害留保の考え方を拡張しようとする議論もある。

(2) 任意性について



行政指導の一般原則として、千葉県行政手続条例30条で「相手方の任意の協力によるのみ実現されるもの」と規定されている。先ほど触れた石油ヤミカルテル事件判決では、相手方が行政指導に任意に従うのであれば、法律の根拠は要らないとしている。ただ、その反対解釈として、例えば、勧告書面で行政指導に従わないと許可を取り消すなど、相手方を脅かすような記載をすることは、相手方に選択の余地がなく、任意性が認められないとして違法になることがある。

任意性の判断基準は場面ごとで異なるが、学説では主観説と客観説がある。

主観説…相手方が「イヤだ」と言えば、それ以上行政指導をやってはいけない。

客観説…公益上の必要性が相手方の受ける不利益を上回るのであれば、行政指導を行うことが可能。

なお、任意性の判断基準として「**真摯**かつ明確な不服従の意思表示」という基準を示した著名なものとして、**品川マンション事件判決**がある(▶ **最判昭和60年7月16日**)。

▶ 概要

建築主がマンションの建築確認申請をしたところ、付近住民の反対を理由に東京都の担当職員から住民と話し合いをするよう行政指導を受け、真面目に話し合いを続けたが、解決に至らなかったため、これ以上は行政指導に従えないと

し、申請に対する不作為を争う審査請求を行った。最終的には建築確認処分がされたが、それまでに違法な遅延があったとし、国家賠償請求が認められた。

ここでいう「**真摯**」とは行政指導に従い、真面目に話し合いに応じてきたことであり、「明確な意思表示」とは行政指導に従わないこととして行った審査請求である。

また、任意性の判断基準については、裁判所が事案に応じて客観的にその任意性を緩めながら判断しているのが実態である。

(3) 組織規範と根拠規範について

組織規範とは職員の行為の公的な帰属の範囲を決めるものであり、行政指導が各省設置法や事務分掌規程などの組織規範の範囲を超える場合は、権限のない違法なものとなる(国の場合で例を挙げると、農林水産大臣がすべき減反指導を国土交通大臣が行うなど)。

根拠規範とは一定の行政活動をするための根拠となる規定のことをいう。

通説では、行政指導に組織規範は必要だが、根拠規範は不要としている。しかし、組織規範と根拠規範の区別は明確ではない。これについては、**飲酒運転一斉検問事件**が有名である(▶ **最決昭和55年9月22日**)。

▶ 概要

飲酒運転の自動車一斉検問の適法性が争われた事例。自動車一斉検問は、警察官職務執行法や他の法令に明確な根拠が存在しないが、任意の手段による限り、組織規範である警察法2条1項にある交通取締の責務が根拠規範でもあった。

裁判所は、自動車運転者は公道において自動車を利用できる特別の権利を与えられているため、それに応じた交通安全に協力する義務も負うものであるとし、その義務の上に任意性を判断すべきであるとしている。本件は、任意性を大幅に緩和している。

(4) 行政指導の裁量統制について

行政指導をするかしないか、どの程度するべ

きかについては裁量がある。裁量に基づく行政指導には、法の一般原則として以下の6つの基準があり、これらに反すると違法となる。

①事実誤認

事実に基づかない。相手方への認識に誤りがある。

②目的動機違反

相手方がいうことを聞かないから、その仕返しに行うなどである。

③信義則違反

行政に対して寄せられた相手方の信頼を裏切る。例えば、税務署に問い合わせた際は、非課税と回答されたものが、後になって実は間違いであるため課税される場合などである。

④平等原則違反

同様の事例において行政指導の内容がそれぞれ異なる。

⑤比例原則違反

目的と手段がアンバランスである。例えば、軽微な法令違反に対し、許可の取消し等の重すぎる不利益処分を行うなどである。

⑥判断過程審査

裁量判断の過程で本来、考慮されるべき事項が考慮されていないなどである。

5 機能的考察



例えば許認可等がなされた後に、監督官庁の指導・監督を受け続けるように、行政側と相手方が一回の関係で終わることなく、継続的な関係にある場合がある。両者が継続的な関係にあると、相互が最適と考える行動としては、一般に、行政側は強権的な執行をせず、相手方も行政指導に協力的となる。

これについては、コストの面から考えると分かりやすい。行政側が強権的な執行をする場合、それに伴う人員や予算が必要になる。一方、相手方も許認可等を取り消されると、会社を再建するのにコストがかかる。結果的に、そのようなコストを回避するために、両者ともに法執行・行動が協力的なものになり、言わば均衡状態となる。

このように利得を考慮する「ゲーム理論」※によると、行政側と相手方が継続的な関係にある行政指導は、とても有効な手立てであるといえる。もちろんこの場合であっても、仮に相手方が行政

指導に従わないなどの強硬手段（機会主義的行動）に出たならば、行政側も人員や予算を投入し、強権的な執行(抑止的法執行)に出ることになる。

※「ゲーム理論」による行政指導の分析(補足説明)

複数主体(プレーヤー)の行動が相互に影響を及ぼし合い、それぞれの行動がもう一方の行動に依存する状況に着目し、分析する「ゲーム理論」。

鈴木先生は、この理論を規制執行過程における行政と被規制者の行動分析に用いて考察している平田彩子『行政法の実施過程』(木鐸社、2009年)を紹介した。

次の表は、同著75頁の表を政策法務課にて加工したものである。

【行政と被規制者のスタイルをめぐるゲーム】

	行政	抑止的法執行	協力的法執行
被規制者			
機会主義的行動			
協力的遵守			

継続的な関係にある行政側と相手方との行政指導の一般的イメージ

政策法務委員会の委員からの質問があり、先生からコメントをいただきました。

Q. 公表規定がない場合の行政処分の公表の可否について、伺いたい。公表には、取引の安全性を確保するための情報提供機能がある一方、制裁的側面も否定できず、公表すべきかについての線引きが難しい。

A. 0-157 事件判決(東京高判平成15年5月21日)というのがあり、厚生労働省が誤ってカイワレ大根を食中毒の原因として記者会見にて公表してしまった。裁判所は、消費者保護・食中毒被害の拡大防止という目的を考慮して、業者からの請求が認められた損害額は、100万円の請求に対して10万円程度であったと記憶している。

公表について、線引きは難しいが、住民の生命や健康等に関わるものであれば、公表に踏み切るべきという考え方もあるのではないかと。