

[論 文]

行政指導の違法性に関する一考察

山 本 敬 生

- I. 問題の所在
- II. 品川マンション事件最高裁判決の再検討
 - 1. 事案
 - 2. 判旨
 - 3. 評釈
 - 4. 品川マンション事件最高裁判決の法理
- III. 武蔵野マンション事件最高裁判決の再検討
 - 1. 事案
 - 2. 判旨
 - 3. 評釈
 - 4. 武蔵野マンション事件最高裁判決の法理
- IV. 総括

I. 問題の提起

行政指導¹とは、行政手続法2条6号の定義によれば「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つて処分に該当しないもの」のことである。行政指導は非権力作用であり、それに従うか否かは私人に委ねられている。しかし、国民が内心不服であっても行政指導に服従することを拒否することは実質的には困難であり、指導に従つたため損害を受けることは十分ありうる。他方、国家賠償法1条1項は「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定し、「公権力の行使」による損害が生じた場合、国または公共団体に損害賠償責任が発生することを認めている。そこで、行政指導が国家賠償法1条1項の「公権力の行使」に該当するか否かが問題となる。判例・通説は行政指導も「公権力の行使」に含まれるということで固まっている。しかし、この判例・通説には問題点もある。そこで、本稿では所謂品川マンション事件最高裁判決²（最判昭60・7・16民集39巻5号989頁，判時1168号45頁，判タ568号42頁），武蔵野マンション事件最高裁判決³（最判平5・2・18民集47巻2号574頁，判時1506号106頁，判タ861号183頁）を素材として、この命題を再検証することを試みたい。

1 行政指導一般に関しては、山内一夫『行政指導』[1977]、千葉勇夫『行政指導の研究』[1987]参照。外国における行政指導に関しては、大橋洋一「行政指導の比較研究」同『現代行政の行為形式論』[1993]103頁，中川丈久『行政手続と行政指導』[2000]295頁，太田匡彦「行政指導」磯部力ほか編『行政法の新構想II』[2008]161頁参照。

2 評釈として、林修三・時の法令1258号54頁，田中館照橋・法令解説資料総覧47号216頁，阿部泰隆・ジュリ845号84頁，前田順司・ひろば38巻11号72頁，鈴木庸夫・法教62号100頁，山内一夫・判評327号（判時1183号）25頁，南川諦弘・民商94巻3号389頁，原野翹・昭和60年度重判解43頁，山村恒年・判自21号86頁，石川善則・曹時41巻6号122頁，保木本一郎・街づくり・国づくり判例百選42頁，荒秀・行政判例百選I（第3版）206頁，三辺夏雄・行政判例百選I（第5版）260頁，中原茂樹・環境法判例百選（第2版）166頁，山下竜一・地方自治判例百選（第4版）72頁，西津政信・行政判例百選I（第7版）250頁等がある。

3 評釈として、田中館照橋・法令解説資料総覧135号72頁，亙理格・ジュリ1025号38頁，木ノ下一郎・ひろば46巻8号55頁，千葉勇夫・民商109巻4＝5号835頁，大橋洋一・平成5年度重判解（ジュリ1046号）45頁，水上敏・曹時48巻2号471頁，碓井光明・地方自治判例百選（第2版）12頁，角松生史・論ジュリ3号36頁，山田洋・地方自治判例百選（第4版）70頁，櫻井敬子・行政判例百選I（第7版）198頁等がある。

II. 品川マンション事件最高裁判決の再検討

1. 事実の概要

X (原告・控訴人・被上告人＝附带上告人) は、マンションを建設するため、昭和 47 年 10 月 28 日、Y (東京都一被告・被控訴人・上告人＝附帯被上告人) の建築主事に本件建築物 (地下 1 階・地上 9 階建てのマンション) に係る建築確認の申請をした。同年 12 月、付近住民は、Y に対し、本件建築物によって日照障害、風害等の被害を受けることから建築確認に絶対反対する旨の陳情を行った。Y の紛争調整担当職員は X に対し、付近住民との話し合いにより円満に紛争を解決するようにとの行政指導を行った。このため、X は付近住民と十数回にわたり話し合いを行い、上記行政指導にも積極的かつ協力的に対応するとともに、Y の適切な仲介等を期待していた。一方、Y の建築主事は、同年 12 月 26 日には本件申請が関係諸法令に適合しているとの審査を終了したが、上記行政指導を理由に建築確認を留保した。昭和 48 年 2 月 15 日、Y は同年 4 月 19 日施行予定の新高度地区案を発表し、既に確認申請をしている建築主に対しても新高度地区案に沿うべく設計変更を求めるとともに、建築主と付近住民との紛争が解決しなければ確認処分を行わないことにした。そして、Y の担当職員は、X に対しても設計変更等による協力を依頼するとともに、付近住民との話し合いを更に進めることを勧告した。X はそれまで Y の行政指導に応じて付近住民との話し合いに努めてきたが、実質的な進歩をみるに至らなかった上、新高度地区案が発表され、これを契機として上記行政指導がなされたため、このまま住民との話し合いを進めても新高度地区の施行までに円満解決に至ることは期し難く、その解決がなければ確認処分を得られないとすれば、確認申請に係る本件建築物について新高度地区の規制に適合するような設計変更を余儀なくされ、多大な損害を被るおそれがあるとの判断し、もはや確認処分の留保を背景として付近住民との話し合いを勧める Y の行政指導に服さないこととし、同年 3 月 1 日、東京都建築審査会に「本件確認申請に対してすみやかに何らかの作為をせよ」との趣旨の審査請求を申し立てた。その後も X と付近住民との話し

いは継続され、同年3月30日、金銭補償をなすことで紛争解決の合意が成立したことから、同年4月2日、YはXの申請どおり確認処分を行い、Xは審査請求を取り下げた。その後、Xは、Yに対し、確認処分留保期間中の請負代金増加額および金利相当額の国家賠償請求訴訟を提起した。

第1審（東京地判昭53・7・31判時928号79頁）は、Xの請求を棄却した。第2審（東京高判昭54・12・24判時955号73頁）は、審査請求により行政指導に従わないというXの意思が明示された以上、それ以降の確認処分の留保は違法であるとして、Xの請求を一部認容した。これに対して、Yが上告し、Xも附带上告をした。

2. 判旨

上告棄却（附带上告棄却）

「ところで、建築確認申請に係る建築物の建築計画をめぐる建築主と付近住民との間に紛争が生じ、関係地方公共団体により建築主に対し、付近住民と話し合いを行って円満に紛争を解決するようにとの内容の行政指導が行われ、建築主において任意に右行政指導に応じて付近住民と協議をしている場合においても、そのことから常に当然に建築主が建築主事に対し確認処分を留保することについてまで任意に同意をしているものとみるのは相当でない。しかしながら、普通地方公共団体は、地方公共の秩序を維持し、住民の安全、健康及び福祉を保持すること並びに公害の防止その他の環境の整備保全に関する事項を処理することをその責務のひとつとしているのであり（〔旧〕地方自治法2条3項1号、7号）、……〔この規定と建築基準法の目的規定（1条）〕の趣旨目的に照らせば、関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照障害、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、当該建築物の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まではいえないというべきである。

もつとも、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は応じられないとの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況により、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直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、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。」

「右審査請求の申立がXの一時の感情に出たものとか住民との交渉上の駆引きとしたとかいうようなものではなく、真摯に確認申請に対する応答を求めていることを知ったか、又は容易にこれを知ることができたものというべきで

ある。したがって、右審査請求が提起された昭和48年3月1日以降の行政指導を理由とする確認処分の留保は違法というべきであり、これについては建築主事にも少なくとも過失の責があることを免れないものといわなければならない。」

3. 評釈

本件では、行政指導の実効性確保の手段としての建築確認処分の留保の違法性が争点となっている。本判決はいかなる場合に行政指導を理由とする建築確認の留保が違法となるのか、その一般的なガイドラインを最高裁として初めて提示したものである⁴。同時に本判決は行政指導の限界も示しており、行政実務に対しても大きな影響を及ぼした重要な判決でもある。以下、検討を加えることにしたい。

本判決は行政指導のみを理由とする建築確認の留保が違法となる2つの条件を提示している。これらの条件は本件のような所謂紛争解決型行政指導の許容性の判断基準にもなりうるものである。まず本判決は、第一の条件として確認処分の留保は建築主の任意の協力・服従により行政指導が実施されていることを根拠とする事実上の措置に過ぎないことから、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は行政指導には応じられないとの意思を真摯かつ明確に表明していることをあげている。「真摯かつ明確」であることが必要な理由として、元来、行政指導は相手方の反発を宥め、説得することに存在価値があることから、必ずしも真摯とは思えない表明、あるいは気まぐれで曖昧な表明であっても行政指導を中止しなければならないとすると、行政指導が機能不全に陥る恐れがあるからであろう。また、いかなる場合が明確な表明となるかが問題となるが、これは行政指導に対する不服従の意思を書面により提示すること等が想定できる。不作為に関する行政不服申立て、義務付け訴訟及び不

⁴ もっとも、建築確認の指定確認検査機関制度が導入されたことにより、行政指導を理由とする建築確認の留保という行政手法は、今後は減少するに違いないだろう。

作為の違法確認訴訟を提起することも明確な表明が存在したと判断する上で有利な根拠となるが、相手方が駆け引きの一環としてする場合もあり得ることから決定的な根拠とはなりえないと思われる。

行政指導は行政行為とは異なり、国民の権利義務に対し具体的な法的効果を与えず、法的に強制しない事実行為である。したがって、行政指導に従うか否かは国民の自由であり、従わないことも当然許容されることから、確かに建築主の明示の意思に反して行政指導を継続することは不適切である。しかし、不服従の意思表示後における行政指導の継続問題と建築確認処分⁵の留保の違法性の問題は建築基準法の趣旨から明らかに別次元の問題である。行政指導が続いたことを理由に確認処分の留保を違法と判断することは無理があるだろう。そもそも建築確認は、法の趣旨からして、本判決も認めるように「基本的に裁量の余地のな」い羈束行為である。建築確認申請が法定要件を充足している場合、建築主事には建築確認処分を下す法的義務が当然生じ、それを留保すること自体が違法である。この点、本判決の論理は疑問を持たざるを得ない。

本判決は、第二の条件として建築主が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性を比較衡量して、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ことをあげている。これは、原則としては建築主が行政指導に不服従の意思を表明している場合には建築確認の留保は違法であるが、特段の事情がある場合には確認処分の留保は適法となる余地があることを認めたものと分析できる。しかし、本判決の主張は問題がある。まず、特段の事情の存否の判断基準が漠然として不明確であることである⁵。また、本来的に建築確認申請が法定の基準を満たしている場合、建築主事は確認処分を発給しなければならず、それを留保すること自体を違法であり、行政指導に対する不協力が社会通念上正義の観念に反しているような特段の事情の存在と建築確認処分の留保の違法性の問題は別問題で

5 原野・前掲(2)45頁は、建築確認行政の有する住民の健康・住環境維持の重要性の検討、その建築主の財産権に対する優位性の強調が必要だったとし、建築主の受ける不利益と住環境や住民の健康問題とは単純に比較衡量では片付かないと批判する。

ある。特段の事情の存在を理由に建築確認の留保を適法と判断することは建築基準法の趣旨に反している疑いがあると言わざるを得ない。

そもそも本判決のごとく、行政指導の存在が建築確認の留保という本来的違法行為を適法行為に変容させられるとする論理自体、あまりにも飛躍がある。本判決は普通地方公共団体の責務を規定する当時の地方自治法2条3項1号、7号を引用し、確認処分留保の根拠とするが、この規定は地方公共団体の事務の例示にすぎず、その法的根拠にはなりえない⁶。また、地方自治法の規定が建築基準法の解釈に影響を与えることはありえず、当然、建築確認処分の留保を適法化させることはない。仮に建築確認の留保という手法が必要であるならば、東京都から国会に働きかけ、建築基準法を改正してもらい法的根拠を得た上で確認留保をすべきであった^{7 8}。以上から、本判決は誤謬であると考ええる。

4. 品川マンション事件最高裁判決の法理

このように、私見によれば、法的根拠のない建築確認処分の留保は違法である。しかし、多数の学説においては、私見とは異なり、本件のような行政指導を理由とした確認処分の留保も一定の場合は適法となると解されている。その適法性の判断基準として、行政指導に対する不服従という相手方の主観的意思を重視する主観説、客観的事情を重視する客観説、その中間として折衷説が存在しうる⁹。以下では、本判決が、建築確認の留保の適法性に関していかなる基準で判断しているかを考察することにしたい。

本判決は「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は応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる

6 中原・前掲(2)167頁。

7 第1審判決は、建築確認の留保の法的根拠を当時の建築基準法6条4項に求めている。しかし、建築紛争の回避のための協議を同法6条4項所定の中断事由に該当すると解釈することは困難だろう。

8 地方自治体が法的不備を補完するため、長年行政指導が行われてきたことから、行政指導は慣習法として認められるとの主張もありうる。しかし、行政法は法律による行政の原理を基本原理としている以上、容易に慣習法の成立を認めるべきではないだろう。

9 中川・前掲(1)236頁は、主観説、客観説、折衷説という問題の立て方に反対し、各説の考え方を複合的に組み合わせたものが昭和60年最判の構造であると主張する。

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」と判示しており、主観説を採用しているように思われる。しかし、一方で「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」であるとの条件も付しており、客観説的思考もしている。この点、阿部泰隆は、本判決は主観説をとっているが、客観説にも多少の配慮をみせていると分析している¹⁰。また、久保茂樹は「最高裁がとったのは、客観説の配慮を加味しつつも基本的には建築主の意思に重きを置く解決であったといえる¹¹」と主張している。南川諦弘も主観説を採用しているが、客観説の考え方も含まれており、中間説ないし総合説であると述べる¹²。すなわち、いずれも原則として主観説の立場に立つが、例外的に客観説にも配慮するという折衷説（主観説を重視した折衷説）を採用していると分析しているようである¹³。

ところが、本判決はこの判断基準を事実にあてはめるに際して、「XはそれまでYの紛争調整担当職員による行政指導に対し積極的かつ協力的に対応していたというのであって、この間に当該行政指導の目的とする付近住民との話し合いによる紛争の解決に至らなかったことをひとり被上告人の責に帰することはできないのみならず、同年2月下旬には本件建築確認の申請から3か月以上も後に発表された新高度地区案にそうよう設計変更による協力を求める行政指導をも受けるに至り、しかも右新高度地区の実施日が1か月余に迫っていたことからすれば、Xが右3月1日の時点で、右審査請求という手段により、もはやこれ以上確認処分を留保されたままでの行政指導には協力できないとの意思を表明したことについて不当とすべき点があるということはず、他にXの意

10 阿部・前掲 (2) 86-87 頁。

11 久保茂樹「建築確認と開発指導要綱」行政法の争点（新版）（ジュリ増刊・1990）290-291 頁。

12 南川・前掲 (2) 401-402 頁。

13 前田・前掲 (2) 78 頁も、本判決は原則として行政客体の意思を尊重しながらも、合理的理由の存する場合に例外を認める折衷説をとると評価する。同旨、西津・前掲 (2) 251 頁。

思に反してもなお確認処分の留保を受忍させることを相当とする特段の事情があるものとも認められないというべきである。そして、Yの紛争調整担当職員及び建築主事においては、それまでの行政指導の経過、右審査請求の内容及び被上告人がかかる方途に出た時期等を冷静に検討、判断するならば、右審査請求の申立が被上告人の一時の感情に出たものとか住民との交渉上の駆引きとしたとかいうようなものではなく、真摯に確認申請に対する応答を求めていることを知ったか、又は容易にこれを知ることができたものというべきである。したがって、右審査請求が提起された昭和48年3月1日以降の行政指導を理由とする確認処分の留保は違法というべきである」と判示しているのである。この点、三辺夏雄は「判旨は、Xの主観的意思と客観的の事情とを二元的に考察した上で前者を重視したわけではなく、むしろXのおかれた本件行政指導の経過、審査請求の内容及び時期等の具体的諸事情との関連でXの意思にも配慮を示したのであって、さらにXの意思についても社会的に許容されうる客観的条件を必要とするという留保をつけたもの……と解するのが妥当である¹⁴」と主張している。この三辺の分析は基本的に妥当であり、相手方の主観的意思とその他の客観的の事情は排他的な関係にあるわけではなく、本判決も二段階的審査をしてはいないと判断できよう。三辺は客観説を採用していると結論付けるが¹⁵、むしろ客観説に近い折衷説をとっていると思われる。すなわち、原則的に主観説であるが、例外的に客観説をとるという折衷説ではなく、相手方の主観的意思を一要素とし、その他の客観的の事情とあわせて総合的に判断するという折衷説である。換言すれば、主観説と客観説を融合させた折衷説と判断できよう¹⁶。

14 三辺・前掲(2)261頁。

15 三辺・前掲(2)261頁。この点、荒・前掲(2)207頁も客観説にウエイトを置いていると分析している。同様に鈴木・前掲(2)101頁、保木本・前掲(2)43頁も緩和された客観説と評している。

16 大橋洋一『行政法I現代行政過程論(第4版)』[2019]275頁は、行政指導の適法性判断は主観的要素と客観的要素との総合判断によると主張する。

Ⅲ. 武蔵野マンション事件最高裁判決の再検討

1. 事案

Y (武蔵野市一被告・被控訴人・被上告人) においては、昭和 44 年ころからマンションの建築が相次ぎ、そのため日照障害、テレビ電波障害、工事中の騒音等による問題が生じ、また、学校、保育園、交通安全施設等が不足し、Y の行財政を強く圧迫していた。そこで、Y は、市民の生活環境が宅地開発やマンション建設によって破壊されて行くのを防止することを目的として、武蔵野市内で一定規模以上の宅地開発又は中高層建築物建設事業を行おうとする者 (以下「事業主」という。) 等を行政指導するため、Y の議会の全員協議会に諮った上、昭和 46 年 10 月 1 日、武蔵野市宅地開発等に関する指導要綱 (以下「指導要綱」という。) を制定した。

指導要綱は、1000 平方メートル以上の宅地開発事業又は高さ 10 メートル以上の中高層建築物の建設事業に適用され、①事業内容の公開、公共施設の設置、提供及びその費用負担、日照障害等について市長と事前協議をし、その審査を受けなければならない、②事業により施行区域周辺に影響を及ぼすおそれのあるものについては、事前に関係者の同意を受け、また、事業によって生じた損害については、補償の責を負わなければならない、③事業区域内に所定の幅員、路面排水、側溝等を備えた道路を整備し、市に無償で提供するものとする、④開発面積が 3000 平方メートル以上の場合、一定の割合による公園、緑地を設けなければならない、⑤上下水道施設については、事業主の費用負担において市が施工し、又は市の指示に従って事業主が施工し、その施設を市に無償で提供するものとする、⑥建設計画が一五戸以上の場合、市が定める基準により学校用地を市に無償で提供し、又は用地取得費を負担するとともに、これらの施設の建設に要する費用を負担するものとする (この負担すべき金員を「教育施設負担金」といい、その金額は、建設計画が 15 戸ないし 113 戸の場合には、1 戸につき 54 万 4000 円とされていた。)、⑦市の指示により、消防施設、ごみの集積処理施設、街路灯等の安全施設を設置、整備し、駐車場用地を確保

するものとする、⑧指導要綱に従わない事業主に対して、市は上下水道等必要な施設その他の協力を行わないことがある等とする内容のものであった。

Yは、指導要綱の運営に当たり、宅地開発等審査会を設置し、次のような方法で事業主に指導要綱を履践させていた。事業主は、Yの担当課と事前に協議した上、教育施設負担金寄付願等を添付して事業計画承認願をYの市長に提出し、右審査会は、指導要綱所定の要件が整っていればこれを承認し、要件が整っていなければ担当課において更に行政指導を行い、承認された事業主に対しては、市長が事業計画承認書を交付する。事業主は、右承認後20日以内にYに右寄付願に記載した教育施設負担金等を納付する。Yは、東京都の各関係機関に対し、建築確認の申請等があった場合申請書受理以前に指導要綱につきYと協議するよう行政指導されたい旨を依頼し、東京都の各関係機関はこれを承諾してそのような行政指導を行い、市長から前記承認書の交付を受けた事業主は、建築確認申請書と共に右承認書を提出して建築確認を受け、その後工事に着手することとなっていた。

指導要綱は、Yのみならず市民もその実施に強い熱意をもっていたこと、前記市との事前協議、審査会の承認、建築確認手続についての東京都の協力とあいまって広範囲に適用されたこと、事業主の側も指導要綱に従わないと開発等が事実上難しくなるなどの見通しを持つに至ったこと等もあって、年を追うごとに定着して行った。そのため、指導要綱に基づく行政指導に従うことができない事業主は、事実上開発等を断念せざるを得なくなり、後述のA建設株式会社（以下「A建設」という。）の例を除いては、指導要綱はほぼ完全に遵守される結果となった。なかでも、教育施設負担金については、減免、延納又は分納の例もなく、A建設も、後述のとおり、裁判上の和解において、寄付金であることを明示して教育施設負担金相当額を支払う旨を約束せざるを得なかった。

武蔵野市内に本店を置くA建設は、昭和49年6月ころ、武蔵野市内にマンションを建築することを計画し、同年12月7日、指導要綱に基づくYの事業計画承認を得ないまま建築確認を得て、昭和50年5月ころ、その建築に着手

したところ、Yは、工事用の水道メーターの取り付けを拒否した。そこで、A建設は、東京地方裁判所八王子支部に水道の給水等を求める仮処分を申請し、同支部は、同年12月8日、Yに対し水道の給水を命ずる仮処分命令を発した。同月20日、右仮処分異議訴訟において、YはA建設に水道を供給し、下水道の使用を認め、A建設は、右マンションの付近住民に対し解決金として350万円を、Yに対し寄付金として指導要綱に基づく教育施設負担金相当額をそれぞれ支払う旨の訴訟上の和解が成立した。

A建設は、昭和52年2月、武蔵野市内において指導要綱に定める諸手続を履践しないままマンションの建築に着工したところ、Yは、再びA建設に対し水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶した。なお、右マンション完成後入居者からの給水申込みも拒否したため、Yの市長は、昭和53年12月5日、水道法15条1項違反の罪名で起訴され、有罪判決を受けた。A建設に関する右の一連の紛争は新聞等で報道された。

X(原告・控訴人・上告人)は、昭和52年5月ころ、武蔵野市内の本件土地に3階建の賃貸マンションの建築を計画し、指導要綱に関連するYとの折衝等を建築設計事務所の代表者Bに委託した。Xは、Bから、指導要綱に従って教育施設負担金1523万2000円を寄付しなければならない旨を告げられたが、指導要綱に基づきYに対し公園用地を無償貸与し、道路用地を贈与し、公園の遊具施設を寄付し、防火水槽の設置費を負担することとなっていたし、これまでも多額の税金を納付していたので、その上更に高額な教育施設負担金を寄付しなければならないことに強い不満を持ち、Yとの事前協議の際に、建築設計事務所の従業員を通じ、担当者に教育施設負担金の減免、延納等を懇請したが、右担当者は、前例がないとしてこれを拒絶した。

その後、Xは、指導要綱の手続、教育施設負担金条項及びその運用の実情等を承知していたBから、指導要綱に従って教育施設負担金の寄付を申し入れて事業計画承認を得ないとYから上下水道の利用を拒否され、マンションが建てられなくなるとの説明を受けたので、やむなく、昭和52年8月5日、指導要

綱に従って1522万2000円（ただし、指導要綱にしたがって計算すると1523万2000円となる。）を寄付する旨の寄付願を添付して事業計画承認願をY宛に提出し、同月25日右承認願は前記宅地開発等審査会において承認され、同年10月25日建築確認がされた。

Xは、なおも高額な教育施設負担金の寄付が納得できなかったため、自らYの担当者に教育施設負担金の減免、分納、延納を懇請したが、再び前例がないとして断われ、同年11月2日、1523万2000円をYに納付した。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。

第1審判決（東京地八王子支部判昭和58・2・9判時1078号95頁）は、寄付は強迫によるものとは認められないとして請求を棄却した。Xは本件教育施設負担金の納付を求める行政指導が違法な公権力の行使に該当す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。第2審判決（東京高判昭和63・3・29判時1268号39頁）も、Xは一応納得して本件教育施設負担金を納付したとし、Y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を棄却した。

2. 判旨

国家賠償請求を棄却した部分のみ破棄差戻しとした。なお、本件は差戻審において、Yが本件教育施設負担金相当額を支払うことで和解が成立している。

「指導要綱制定に至る背景、制定の手續、Yが当面していた問題等を考慮すると、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うことがない限り、違法ということはできない。」

「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拒否等の制裁

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る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したものといえることができる。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。」

3. 評釈

昭和 40 年代以降、都市部、都市近郊の多数の自治体は、宅地の大規模開発に伴う学校、公園、道路、上下水道その他公共施設を整備の財源を整備するため、いわゆる開発指導要綱が制定している¹⁷。その開発指導要綱にはいわゆる開発負担金等の名目で金銭納付が規定されていた。この開発負担金に関しては、割当的寄附金等の禁止を規定する地方財政法 4 条の 5、市町村が住民にその負担を転嫁してはならない経費を定める同法 27 条の 4、宅地開発税を規定する地方税法 703 条の 3 に違反するとの疑いもあるとされたが、これらの規定は任意の寄付を禁止する趣旨とまでは解釈できないものであった¹⁸。

本件では、教育施設負担金の納付を求める行政指導が違法な公権力の行使に

17 兵庫県川西市が 1967 年に全国で初めて開発指導要綱を制定した。千葉・前掲 (3) 頁は、多くの自治体の長により策定されて、議会の全員協議会の了承を得ていることから、開発指導要綱は実質的には条例に等しいと主張する。

18 現在であれば、開発負担金は地方税法 731 条 2 項により法定外目的税として新設することで条例化することが可能である。

該当するか否かが争点となっている¹⁹。本判決は開発指導要綱による教育施設負担金を要求した行政指導の適法性に関して、最高裁により初めて下された判決である。寄付金の納付を求める行政指導の限界を示しており、行政実務に対してしても一定の影響をもたらした判決であった。

まず本判決は、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行政指導に関して、強制その他事業主の任意性を損うことがない限り、違法ではないと判示している。この本判決に従えば、強制その他任意性を損う場合は、当該行政指導は違法になるという結論に達する。しかし、この本判決の論理には賛同し難い。なぜならば、行政指導は行政行為と異なり、本来的に相手方である国民の権利義務に何ら法的効果をもたらしておらず、そもそも行政指導は違法とか適法とかを論じる行為形式ではないからである。また、行政指導に従うか否かはあくまで任意であり、実質的には強制と判断できる場合もありうるかもしれないが、法的に強制されたり、任意性が損なわれることはありえないからである。本判決は指導要綱制定に至る背景、制定の手続、Yが当面していた問題等を基準にして、当該行政指導の違法性を判断しているが、違法性の判断基準になりうるのは本来的に憲法、法律、政省令、条約、条例、慣習法、法の一般原則等のみである。以上から、本判決の論理は誤りであると判断せざるを得ない。

次に本判決は、指導要綱の文言・運用実態に着目し、当該行政指導の相手方の任意性を検討している。指導要綱の文言に関して、①本件指導要綱は法令の根拠がなく、行政指導を行うための内部基準であるにもかかわらず、水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、一定の義務を課するようなものとなっており、これを遵守させるため、一定の手続が設けられている、②本

19 Xの寄付の意思表示が強迫によるものであるか否かの争点に関して、本判決は原審の認定判断を正当として是認し、強迫を否定している。なお、第1審判決は「本件において教育施設負担金を負担することは建設工事の前提であり、負担を拒否すれば工事を断念する以外にないというのが種々交渉の末Xの到達した認識であり、そこに畏怖の入り込む余地はなく、市において、Xが本件指導要綱に基づく給水等制限措置に畏怖しているのに乗じて本件教育施設負担金の寄付を強制したという認識をもってはと到底うかがえない。」と判示している。

件教育施設負担金の金額は選択の余地のないほど具体的に定められており、義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となっており、任意の寄付金の趣旨で規定されていると認めるのは困難である、③給水契約の締結の拒否という制裁措置は、水道法上許されないことを理由に任意性を否定している。

しかし、この本判決の主張は問題点がある。①に関しては、本件指導要綱は法令の根拠がなく、単なる内部基準である以上、私人に義務を課する性質はない。また、たとえ水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置が存在としても、事業主は行政指導を拒否できる以上、義務を課するようなものとまでは解し難い。②に関しては、確かに本件教育施設負担金が具体的に規定されているが、大橋洋一が「一般的制度の創設を意図した指導要綱の場合には、市民の平等取扱いを担保する見地から金額を定型化しておくことが合理的でもあり、こうした定型化は寄付の任意性を必ずしも損なうものではない……。換言すれば、任意性は寄付をするかいないかという選択の点になお認められるのである²⁰。」と指摘するように、事業主が寄付金の納付を拒否できる以上、やはり寄付金の任意性は否定できないと考える²¹。また、本判決は事業主の義務として寄付金を割り当て、納付を命ずるような文言とするが疑問である。この点、大橋は必ずしも命令的な外観を持たないと指摘している²²。③に関しても、本判決は、いわゆる武蔵野市長給水拒否事件決定（最決平成1年11月7日裁判集刑事253号399頁）を引用して、マンションの住居として使用が事実上不可能となると判断するが、これも給水契約の締結の拒否が違法である以上、司法的救済の活用により最終的にはマンションの住居としての使用は可能となることから疑問である²³。

20 大橋・前掲(3)47頁。

21 木ノ下・前掲注(3)60頁は本判決の結論に賛成しつつも、指導要綱という指針に沿って行政指導をする以上、画一的になるのはやむを得ないとし、むしろ担当者のさじ加減で或る者には緩く、或る者には厳しく運用されることは、かえって行政に対する信頼を損うと主張する。

22 大橋・前掲(3)47頁。

23 現在であれば、明確な行政手続法32条2項違反である。

次に本判決は指導要綱の運用実態に関して、④当時、本件指導要綱に基づく行政指導に従うことができない事業主は事実上開発等を断念せざるを得なくなっている、⑤本件指導要綱に従わずに開発等を行った事業主が建築したマンションに関しては、現に水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒否している、⑥本件教育施設負担金の減免等を懇請した際には、担当者は前例がないとして拒絶していることを理由にやはり任意性を否認している。

この本判決の分析も疑問である。④⑤⑥に関しては、たとえ行政指導に従えない事業主は事実上開発等を断念していても、Yが現に水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒否しても²⁴、Yの担当者が減免等の要請を拒絶しても²⁵、Xが教育施設負担金の納付を拒否できることは厳然たる事実であり、Yが本件教育施設負担金の納付を事業主の任意の寄付と認識していないとみなすことは明らかに論理の飛躍があるからである。

このように本判決は、Xの任意性の判断に関して、Xの主観的要素は検討せず、指導要綱の文言、運用実態という客観的要素を重視し、YはXに教育施設負担金の納付を事実上強制しているとし、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、当該行政指導は違法な公権力の行使であると結論付けている。前半の教育施設負担金の納付を事実上強制と判断したことは納得できるが、後半の主張は疑問である。第1に本来的に違法とは、憲法、法令、法の一般原則等に違反する状態をいうのであり、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という行政指導の目的の正当性、行政指導に対する市民の支持は行政指導の適法性を判断する上での基準にはなり得ない。第2に当該行政指導を事実上強制しているとしても、何ら法的規範に違反していない当該行政指導を違法な公権力の行使と判断することは

24 大橋・前掲(3)47頁は、本件のごとく違法な制裁措置を発動した前例がある自治体による指導要綱に基づく行政指導のみが違法の評価を受けるのか否かの問題に関して、「指導要綱という形で1つの行政システムを形成している以上、原則として、それにしがった行政運営がなされるものと推定されよう」と論じている。

25 大橋・前掲(3)47頁は「行政担当者の態様は、それ自体孤立して判断されるべきではなく、違法な制裁措置を定めた本件要綱制度の枠組の中で捉えられるべきものである。」と主張する。

できないからである。

では、Xはどのような対応をすべきであっただろうか。本件では強迫による意思表示の取消を規定する民法 96 条を理由とする不当利得返還請求が裁判上一貫して認められていない。仮に錯誤による意思表示の取消を規定する民法 95 条あるいは公序良俗に反する契約の無効を規定する民法 90 条を理由として不当利得返還請求を提起しても勝訴は困難であると思われる。やはり X は寄付を断固として拒否すべきであった。それにより Y が建築確認を留保したり、建築確認を拒否した場合は、建築確認の留保に対しては不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟、建築確認の拒否処分に対しては取消訴訟、義務付け訴訟で争うことが適切であったといえよう。

4. 武蔵野マンション事件最高裁判決の法理

このように、私見によれば、本件行政指導は違法な公権力の行使には該当しない。しかし、私見とは異なり、本判決は当該行政指導が相手方の任意性を損う場合は違法となると判示している。通例、任意性の判断基準として、当該行政指導に対する不服従という相手方の主観的意思を重視する主観説、客観的事情を重視する客観説、その中間として折衷説が考えられる。そこで、以下では、本判決が任意性の判断基準に関していかなる立場をとっているかを考察することにしたい。

前掲品川マンション事件最高裁判決は、建築確認留保の適法性に関して、建築主が行政指導に対する不協力の意思を真摯かつ明確に表明すれば原則として違法となると判断している。この品川マンション事件最高裁判決は直接的には建築確認留保の適法性を判断したものであるが、同判決が提示した行政指導にはもはや協力できない旨の真摯かつ明確な意思の表明という判断基準は、行政指導の相手方の任意性の判断基準にも使用できると一応理解できよう。第 2 審判決は、① X が記録にとどめるような異議を出していない、② Y の担当者から丁重に断られ、特にその場で押し問答等がかわされることもなく、話し合いは

ごく短い時間で終了した、③Xが教育施設負担金について直接その問題点を指摘し、その納付を拒むとか、長時間にわたり意見を述べ、その額が高額に過ぎるとして、その減免を強く要求するということもなかったことを挙げ、結論的にはXの納付時の心境として進んで納めたとまではいえないとしても、その時点では一応納得して教育施設負担金を納付したのではないかと窺えるし、少なくとも市の限度を超えた行政指導があったからこれを納めたものとは認められないとし、相手方の主観的意思を重視し、その任意性を否定している。原判決は、行政指導にはもはや協力できない旨の真摯かつ明確な意思の表明という叙述は使用していないものの、品川マンション事件最高裁判決の法理を利用して結論を導き出したと判断してよからう。

これに対して、本判決は相手方の主観的態度を考慮せず、指導要綱の文言、運用実態といった客観的事情を重視し、任意性を否定している。木ノ下一郎は「本判決が主として行政側の手段や対応に着目して、これらから任意性の有無を判断したことは、これまでの判例の傾向とは一味違った、より進んだ判断だと考える。このような判断は、要綱行政がともすれば安易に実施されることに對する司法からの警鐘である」と評価している。本判決は、客観説を採用しているように表面上は思える。これは品川マンション事件最高裁判決が提示した判断基準と整合性がとれていないようにも思えるが、どのように考えるべきであろうか。

中川丈久は「一方が民衆紛争の仲介としての指導、他方が財源不足のゆえに肩代わりの負担を私人に求める指導という、事案類型の違いに求めるのが順当であろう。つまり、最高裁は、負担金・協力金を求める行政指導については、民衆紛争の仲介としての行政指導に比べて、その実効性にそれほど配慮してやらなければならない性格のものではないと考えたのではないか²⁶」と分析する。亘理格は「両最判間の相違は、それぞれの事案で争われた行政指導の目的の正当性に関する評価の差異に起因しているように思われる。」とし、品川マ

26 中川・前掲 (1) 255頁。

ンション事件最高裁判決が一般的基準提起型の判決例だったのに対し、本判決は専ら個別事案の妥当な解決のみを志向した個別紛争解決型の判決例であると主張する²⁷。千葉勇夫も「事業者と付近住民との間の紛争を避けるために建設計画に住民の同意を得ることを要請する場合と、都市建設の整備を目的として高額な負担金の支出を事業者に求める場合とでは、後者の指導の正当性がより低く評価されて強制いかんの判断にも違いが生ずることも十分に考えられることである²⁸。」と指摘する。これらの見解は、品川マンション事件最高裁判決が原則として主観説の立場に立つが、例外的に客観説にも配慮するという折衷説（主観説を重視した折衷説）を採用したのに対し、本判決は事案の相違を理由として、客観説を採用したと解釈しているようである。傾聴に値する分析であるが、事案によって任意性の判断基準が異なることは許容し難い。

これに対して、櫻井敬子はXの「心理状態は客観的事情を踏まえて認定せざるを得ない以上、行政指導拒絶の意思表示が形としてなされたかどうかは、任意性判断にとって一つの重要な要素ではあっても、必ずしも本質的な問題ではない。したがって、相手方の主観的態度を基本とする昭和60年判決と本判決との間に理論上の不整合があるわけではない²⁹」と論じる。大橋洋一も総合的視点により本件指導は違法と評価されたとし、本件のような指導要綱で違法な制裁措置が制度化された枠組みの下では、行政指導の任意性判断基準として個人の意思表示のもつ重要性が二次的なものになりうることが示されたように解釈できると指摘する³⁰。筆者も両者に近い見解を有しており、品川マンション事件最高裁判決と本判決は矛盾していないと考える。品川マンション事件最高裁判決は建築確認留保の適法性の判断基準、本判決は行政指導の相手方の任意性の判断基準を提示しているが、どちらの判断基準も相手方の主観的意思を1要素とし、その他の客観的要素とあわせて総合的に判断するという主観説と

27 亘理・前掲 (3) 41頁。

28 千葉・前掲 (3) 845頁。

29 櫻井・前掲 (3) 199頁。

30 大橋・前掲 (3) 47頁。

客観説を融合させた折衷説を採用していると判断する。すなわち、本判決は任意性に関して行政指導の相手方の主観的要素を一切考慮せず、客観的要素のみで判断しているように見えるが、これは任意性を否定する上で有利な主観的要素に該当する事実関係が存在しなかったがゆえに言及しなかっただけであろう。第2審判決が認定した短時間での話し合いの終了、教育施設負担金の納付拒否及び減免の強い要求の不存在などは任意性を否定する上で不利な主観的要素に該当する事実である。それゆえ、本判決は敢えて主張しなかったと分析できよう。

しかしながら、本判決には問題点もある。第1に確かに控訴審判決が認めた主観的要素は任意性を否定する上で不利な考慮要素ではあるが、このような不利な要素も率直に取り上げた上で、任意性を認める上で有利な考慮要素である客観的要素と合わせて総合的考慮し、任意性を肯定するという判断手法をとるべきであった点である。第2に任意性という行政指導の相手方の自由意思は客観説、折衷説は性質上成立せず、相手方の主観的態度を要素とする主観説以外は採用できない。すなわち、相手方が行政指導の不服従の意思表示をすれば、行政指導は強制であり、違法と判断すべきである。なるほど主観説を採用すると、行政指導の違法性が簡単に認定され、行政指導は機能不全に陥る恐れはある。しかし、そもそも相手方の任意性を違法性の判断基準にすること自体に無理があろう。より本質的なことを言えば、最高裁が行政指導という行政庁のアドバイスに関して、その違法性を認めたこと自体に瑕疵がある。行政指導の違法性を認めることは法理論的に問題があったと考える。

IV. 総括

国家賠償法1条1項の「公権力の行使」の範囲に関しては、狭義説、広義説、最広義説の3つの学説がある。現在の判例・通説は広義説である。しかし、明治憲法時代における国家賠償の空白を埋めるために国家賠償法が制定されたという歴史的沿革、伝統的な公権力の概念の維持の観点からは、やはり狭義説

が妥当である。武蔵野マンション事件最高裁判決が非権力作用である行政指導を違法な「公権力の行使」に該当すると判示したことは、明確な行為規範が存在しない場合でも国家賠償法1条1項の違法を認めることになり、国家賠償法1条1項の違法を多元化させ、混乱させてしまったとの批判は回避できまい³¹。仮に狭義説の立場に立つとして、行政指導により私人が損害を受けたとしても、民法715条により損害賠償を請求すれば良いで被害者である国民の救済に何ら問題は生じない。結論的には、行政指導は国家賠償法1条1項の「公権力の行使」には該当せず、行政指導の違法性は法理論的に成立しないと考える。

31 宇賀克也『国家補償法』[1997] 28頁。