

行政指導の再検証

Review of Administrative Guidance

山本 敬生

YAMAMOTO Takao

キーワード：行政指導，助成的行政指導，調整的行政指導，規制的行政指導，行政手続法 33 条，処分性

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。元来、行政指導は官庁用語あるいは新聞、雑誌、テレビなどで使用されるマスコミ用語であり、法律用語ではなかった。しかし、1993 年に行政手続法が制定されたことに伴い、正式な法律用語へととなった。

従来、行政指導は主に行政学、政治学において研究されていた。その理由として、当時、行政法学は法というフィルターを通じて行政事象を分析する学問であり、行政指導のような法的効果がないインフォーマルな行為は行政学が論じるべきもので、行政法学が扱うものではないと考えられていたからであると推測できる。しかし、行政指導の重要性が認識されるにつれて行政法学でも研究対象となり、有益な研究が積み重なることで理論的に確立されるに至った。本稿においては、行政指導の争点の中で筆者が関心を持つ行政指導の分類、行政手続法 33 条の法意、行政指導の処分性の関係に関して考察することを試みたい。

II. 行政指導の種類の再検討

1. 伝統的 분류の問題点

日本行政法学における行政指導の代表的分類方法として、規制的行政指導、助成的行政指導、調整的行政指導に分ける手法があげられる²。塩野宏の定義に従えば、規制的行政指導とは、行政の相手方たる私企業等の活動を規制する目的で行う行政指導、助成的行政指導とは、私人に対して情報を提供し、もって私人の活動を助成しようとする行政指導、調整的行政指導とは、私人間の紛争の解決のための手法として用いられる行政指導のことである³。しかし、このような分類方法には問題点もある。第一に塩野も指摘するように、この三分類は相互排他的ではないた

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 頁等参照。

2 田中二郎「行政指導と法の支配」同『司法権の限界』[1976] 265-266 頁。

3 塩野宏『行政法 I 行政法総論 (第 6 版)』[2015] 222 頁。

め⁴、分類として不完全な側面が存する点である。第二に行政指導がいかなる影響を有するかという視点により分類をしており、これは行政法的観点というよりも、行政学的観点による分類である点である。第三に規制の行政指導は別として、助成的行政指導、規制の行政指導という概念が果たして成立するのかが疑問が残る点である。例えば、宇賀克也はその基本書において、この伝統的分類を採用していない⁵。そこで、以下においては、この第三の問題点に関して検討することにした。

2. 助成的行政指導の再検討

助成的行政指導の特徴は、市民に情報提供その他サービスを与えることにある。助成的行政指導の例として、通例、情報提供、申請書作成の援助があげられる。しかし、単なる情報提供だけでは行政手続法が定める「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」に該当するとはいえず、行政指導には該当しないことになる。申請書作成の援助にしても、適正な申請書を提出させることを目的にしており、助成的な面があるとはいえ、基本的には規制の行政指導に該当すると解せよう。これ以外に行政庁が租税特別措置法の軽減措置を情報提供して、土地売却をするよう行政指導する場合はどうだろうか。一見助成的行政指導のようにも思われるが、むしろ私人にいわば判断材料として、行政指導に従うことで生じるメリットを示した上で規制的に指導をしているので、これも規制の行政指導に該当すると理解すべきであろう。この点、高橋滋は、助成的行政指導は行政手続法における行政指導の定義から除外されるとし⁶、原田尚彦も情報提供等助成的指導や一般的な指導は行政手続法上の行政指導から除外され、特定の者に特定の作為・不作為を要求する個別的指導に限定されていると主張する⁷。両者とも妥当であろう⁸。このように行政手続法の行政指導に該当する助成的行政指導は存在しないと結論付けられよう。

3. 調整的行政指導の再検討

調整的行政指導において問題となるのは、規制の行政指導との関係である。この点、高木光は行政指導を助成的行政指導と規制の行政指導に大別し、規制の行政指導の中に調整的行政指導は含まれると主張する⁹。原田尚彦も行政指導を助成的指導と規制の指導に大別し、規制の指導を法定の指導と法定外の指導に分類し、さらに法定の指導を独自の根拠に基づく指導、行政行為の事前代替的指導、法定外の指導を紛争の調整的指導と積極的能動的指導に分けている¹⁰。こ

4 塩野・前掲 (3) 222 頁。

5 宇賀克也『行政法 I 行政法総論 (第7版)』[2020] 424 頁以下参照。

6 高橋滋『行政法 (第2版)』[2018] 110 頁。

7 原田尚彦『行政法要論 (全訂第7版補訂2版)』[2013] 199 頁。

8 もっとも、原田・前掲 (7) 199 頁は行政指導を「行政庁が行政目的を達成するために、助言・指導といった非権力的な手段で国民に働きかけてその協力を求め、国民を誘導して、行政庁の欲する行為をなさせようとする作用」と独自の定義をした上で、助成的行政指導の存在を容認している。

9 高木光『行政法 (第1版)』[2015] 148 頁。

10 原田・前掲 (7) 200 頁。

行政指導の再検証

のように調整的行政指導は規制行政指導の一種であることは間違いない。また、調整的行政指導の例として、一般的に建築の行政指導があげられる。この点、塩野宏は建築の行政指導に関して、建築主からは規制行政指導であり、関係者全体からは調整的行政指導と分析している¹¹。この塩野の分析は概ね適切であろう。建築の行政指導は行政指導の相手方からは規制行政指導そのものであり、視点を変えて関係者全体から見れば調整的性格があるに過ぎない。規制行政指導、助成的行政指導ともに相手方の視点からの機能による分類であるのに対して、調整的行政指導のみ関係者全体の視点からの機能による分類というのはやはり違和感がある。この観点から、調整的行政指導を独立した類型として定立する意義はないと考える¹²。

4. 小括

以上から、助成的行政指導は成立せず、調整的行政指導は独立した種類として認める意義が乏しいことから、規制行政指導、助成的行政指導、調整的行政指導という我が国の行政指導の伝統的分類は不適切であると結論付けられる。

行政指導は、行政指導指針と並んで法の空白を埋める役割を果たしており、その機能は本質的には法的不備補完機能である。すなわち、法的不備補完的行政の行為形式の下に行政指導、行政指導指針があり、行政指導指針は法令・条例代替機能、行政指導は侵害的行政行為代替機能を果たしていると分析できよう。

ところで、法的視点からの行政指導の分類はどうあるべきだろうか。これは原田尚彦が提案するように¹³、法定行政指導と法定外行政指導に分類することが妥当であろう。法定行政指導とは、制定法が指導をする上での実体的要件、手続的要件を規定している行政指導であり、法定外行政指導とは、制定法が指導をする上での実体的要件、手続的要件を規定していない行政指導である。

Ⅲ. 行政手続法 33 条の再検討

1. 行政手続法 33 条の法意

行政手続法 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あつては、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。この行政手続法 33 条は行政指導の一般原則を規定する同法 32 条の特則であり、いわゆる品川マンション事件最高裁判決¹⁴（最判昭 60・7・16 民集 39 卷 5 号 989 頁、判時 1168

11 塩野・前掲 (3) 222 頁。

12 藤田宙靖『行政法総論 (第 1 版)』[2013] 340 頁は、行政指導の内容に関して、助成的指導と規制行政指導等様々なものがあるとし、敢えて調整的行政指導を提示していないことは注目に値する。

13 原田・前掲 (7) 200 頁。

14 評釈として、林修三・時の法令 1258 号 54 頁、田中館照橘・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 卷 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 卷 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 卷 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

号45頁,判タ568号42頁)を基礎にするものとされている¹⁵。行政手続法33条は地方公共団体が制定する行政手続条例にも大きな影響を及ぼしており,例えば,鹿児島県行政手続条例31条1項,鹿児島市行政手続条例31条1項はこの行政手続法33条を参考にしていることが伺える。そこで,以下では,行政手続法33条と申請に関連する行政指導に関するリーディングケースである前掲最判昭60・7・16との関係を再検証することで,市民の申請権を保護する上で中心的役割を果たしている行政手続法33条の法意を明らかにすることを試みたい。

2. 品川マンション事件判決の検証

品川マンション事件の事案は以下の通りである。Xがマンションを建設するため,東京都の建築主事に建築確認の申請をした。これに対して,付近住民が東京都に対し,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ので,東京都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。東京都は当該行政指導を理由に建築確認を留保していた。Xは東京都に対して,当該建築確認の違法を理由に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³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も附帯上告をした。

最高裁は「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。」としながらも,「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。」と判示していた。

このように品川マンション事件最高裁判決は建築確認の留保が違法となる基準,同時に紛争解決型行政指導の限界の判断基準を提示したという意義のある判決であった。では,同判決は

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。
15 宇賀克也『行政手続三法の解説(第2次改訂版)』[2016]163頁。

行政指導の再検証

行政手続法 33 条にいかなる影響を及ぼしたのであろうか。この問題を検証してみたい。

行政手続法 33 条と品川マンション事件最高裁判決の関係に関して、宇賀克也は、33 条は品川マンション事件最高裁判決を変更する趣旨ではないとし、行政手続法 33 条所定の「当該行政指導に従う意思がない旨」の表明に関しては、真摯かつ明確なものであることが必要と解釈すべきとし、明示していないが、相手方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する場合の例外を否定する趣旨ではないと分析している¹⁶。

これに対して、芝池義一は、行政手続法 33 条の内容は品川マンション事件最高裁判決を做ってはいるが、忠実には継受していないと主張する。その理由として、最判昭 60・7・16 を行政指導の違法の要件を定式化したものとの理解した上で、その論理に従えば、行政指導に対する不服従の意思表示が真摯かつ明確なものであり、相手方の不服従が社会通念上正義の観念に反するとはいえないことという 2 つの要件が充足されて、行政指導は違法となるのに対し、行政手続法 33 条は後者の要件に触れていないこと、最判昭 60・7・16 は厳密には行政指導の中で法定期限のある建築確認の留保の限界に関するもので、これを直ちに行政指導一般の限界として定めることは無理があることをあげている¹⁷。

宇賀克也は、立法者は最高裁判例を十分考慮して、法律を構築するはずであると立法者にある意味で信を置いている。また、品川マンション事件最高裁判決の趣旨に適合するよう行政手続法 33 条を解釈することも十分可能であると考えているようである。これに対して、芝池義一は行政手続法 33 条の文言を重視し、品川マンション事件最高裁判決を完全には継承していないとし、処理期間制限のある建築確認の留保の問題である以上¹⁸、品川マンション事件最高裁判決は先例として限定的な価値しか有しておらず、射程範囲も狭いと分析している¹⁹。

現代社会は急速かつ複雑に発展しており、法律が必ずしも現実に十分対応しているとは限らず、法律と現実の間にはギャップが生じている場合、行政庁は傍観しているわけにはいかず、行政指導で臨機応変に弾力的に対応することで、特に環境行政においては法の不備を補ってきたことも否定できない。行政手続法 33 条は社会通念上正義の観念に反する特段の事情の存在という例外を一切認めていないと解釈することは少なくとも理想的な解釈ではなく、妥当ではないとの批判は説得力がある。この点、高橋滋も最高裁判例は立法による変更を受けておらず、これと抵触する行政解釈にはその限りにおいて賛同できないと主張している²⁰。

16 宇賀・前掲 (15) 166-167 頁。

17 芝池義一『行政手続法』の検討」公法研究 56 号 170 頁。

18 当時の建築基準法 6 条 3 項は、建築主事は建築確認申請書を受理した日から 21 日以内に申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し、審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは、当該申請者に確認済証を交付しなければならないと規定していた。現行の建築基準法 6 条 4 項は 35 日以内と定めている。

19 交告尚史「行政指導の継続と建築確認の留保」論ジュリ 3 号 83 頁も本判決の射程が狭いことから、行政手続法 33 条を本判決の説示に即して解釈することは困難であると解する。なお、交告は相手方が行政指導に従うことを拒否することが権利の濫用に該当するような場合、その者が許認可等の申請をしても、それは同法 33 条の「権利の行使」には該当しないと主張している。

20 高橋滋『行政手続法』[1996] 375 頁。

しかしながら、文言をみる限り、やはり芝池に分があるように思われる²¹。実際、行政手続法制定を担当した当時の総務庁は品川マンション事件最高裁判決以上に行政指導を抑制する意図を有していたようである²²。確かに行政指導は基本的にはインフォーマルな行為であるので、許認可の留保と行政指導の継続は可能な限り制限すべきであるとの見解は一理あるし、行政庁が法の根拠に基づかない行政指導を多用したことは、法律による行政の原理、行政の民事不介入の原則を空洞化させ、権限なき行政を加速し、行政庁による法的責任逃れの側面があったとの批判も的を得ている。すなわち、立法者は表面的には品川マンション事件最高裁判決を継受しているように見せて、実質的には同判決以上に行政指導を封じ、それどころか同判決を形骸化させていたのである。実際、品川マンション事件最高裁判決が「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」と判示しているのに対し、行政手続法33条が「行政指導に従う意思がない旨」の表明とだけ規定しており、これは相手方が真摯かつ明確とはいえない、例えば感情的な表明、交渉上の駆け引きとしての表明であっても、実質的に行政指導を中止させることが可能となる規定になっている。また、社会通念上正義の観念に反する特段の事情の存在という例外が規定されていないことは、行政指導の限界に関して品川マンション事件最高裁判決が採用したとされる折衷説ではなく、主観説を採用したと言えよう²³²⁴。これは、紛争解決のために行政指導というインフォーマルな手法はできる限り使用するべきではなく、争訟により解決をすべきとする立法者の意思の表れといえよう。

3. 小括

以上から、品川マンション事件最高裁判決とは異なり、行政手続法33条は社会通念上正義の観念に反する特段の事情の存在があつたとしても、行政指導の継続を許容していないと考える。しかし、開発規制行政等においては法の不備を補完するために、行政指導が重要な役割を果たしてきたことは厳然たる事実である。行政は法の整備を待つ余裕はないとの指摘も納得できる。

21 一般財団法人行政管理研究センター編『逐条解説行政手続法』[2016] 244-246頁は、品川マンション事件最高裁判決が判示する「社会通念上正義の観念に反する特段の事情」の存在に関する例外については特に言及していない。

22 高橋・前掲(20) 375頁。

23 一般的に行政指導を理由とした確認処分の留保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、客観的状況を重視する客観説、その中間として折衷説が存在する。品川マンション事件最高裁判決に関しては、阿部・前掲(14) 86-87頁は主観説をとっているが、客観説にも多少の配慮をみせしていると主張している。また、久保茂樹「建築確認と開発指導要綱」行政法の争点(新板)(ジュリ増刊・1990) 290-291頁は「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つた」と述べている。南川・前掲(14) 401-402頁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論じている。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と分析しているようである。

これに対して、三辺・前掲(14) 261頁は主観的意思と客観的状況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主観的意思にも配慮を示したものであり、その意思についても社会的に許容され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し、客観説であると結論付ける。私見によれば、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、三辺夏雄に近い見解であるが、相手方の主観的意思を一要素とし、その他の客観的状況とあわせて総合的に判断するという折衷説、換言すれば、主観説と客観説を融合させた折衷説を採用していると考える。

24 仲正『行政手続法のすべて』[1995] 120-122頁も、行政手続法33条は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を明確に禁止していると分析する。

行政指導の再検証

この観点からは、やはり行政手続法 33 条は不適切な規定といえよう。この点、例えば鹿児島県行政手続条例 31 条 1 項は「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、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」とし、さらに同条 2 項は「前項の規定は、申請者が行政指導に従わないことにより公の利益に著しい障害を生ずるおそれがある場合は、当該行政指導に携わる者が当該行政指導を継続することを妨げない」と規定している。また、鹿児島市行政手続条例 31 条 1 項、2 項も同様の規定を設けており、さらに同条例 35 条は「この章の規定は、市の機関が公の利益のために必要な行政指導を行うことを妨げるものと解釈してはならない」と定めている。

鹿児島県行政手続条例 31 条 2 項及び鹿児島市行政手続条例 31 条 2 項は品川マンション事件最高裁判決の趣旨に適合しており、高く評価できよう。これに倣い、行政手続法も将来的に改正し、「前項の規定は、申請者が行政指導に従わないことにより公の利益に著しい障害を生ずるおそれがある場合は、当該行政指導に携わる者が当該行政指導を継続することを妨げない」とする 33 条 2 項を新たに創設することが求められよう。

IV. 行政指導の処分性の再検討

1. 行政指導と取消訴訟

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、行政指導に従わざるを得ないことは十分想定できる。行政事件訴訟法 3 条 2 項は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」のみ取消訴訟の対象となると規定している。そこで、行政指導が取消訴訟の対象になるか否かの問題は、行政指導が「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」に該当するか否かにより決定されることになる。ここでは、いわゆる病院開設中止勧告事件最高裁判決²⁵（最判平 17・7・15 民集 59 卷 6 号 1661 頁、判時 1905 号 49 頁、判タ 1188 号 132 頁）を素材として、この問題を再検証することを試みたい。

2. 病院開設中止勧告事件判決の検証

病院開設中止勧告事件の事案は以下の通りである。X（原告・控訴人・上诉人）は、富山県高岡市内において病院の開設を計画し、Y（富山県知事一被告・被控訴人・被上诉人）に対し、平成 9 年 3 月 6 日付けで、病床数を 400 床とする病院開設に係る医療法（平成 9 年法律第 125

25 評釈として、牛嶋仁・法令解説資料総覧 289 号 73 頁、杉原則彦・曹時 58 卷 3 号 302 頁、楠井嘉行＝大西欣範・判自 273 号 4 頁、寺洋平・616 号 118 頁、大久保規子・ジュリ 1310 号 18 頁、玉川淳・賃金と社会保障 1425 号 62 頁、尾澤恵・季刊社会保障研究 42 卷 2 号 185 頁、仲野武志・自治研究 82 卷 12 号 139 頁、下井康史・平成 17 年度重判解（ジュリ 1313 号）47 頁、山本隆司・法教 333 号 41 頁、太田幸夫・平成 17 年度主要民事判例解説（判タ 1215 号）280 頁、栗田真記子・平成 17 年行政関係判例解説 22 頁、太田匡彦・社会保障判例百選（第 4 版）48 頁、乙部哲郎・神戸学院法学 37 卷 3 = 4 号 393 頁、稲森公嘉・社会保障判例百選（第 5 版）44 頁、角松生史・行政判例百選Ⅱ（第 7 版）332 頁等がある。

号による改正前のもの)7条1項の許可の申請(以下「本件申請」という)をした。これに対して、Yは、Xに対し、同年10月1日付けで、医療法30条の7の規定に基づき、「高岡医療圏における病院の病床数が、富山県地域医療計画に定める当該医療圏の必要病床数に達しているため」という理由で、本件申請に係る病院の開設を中止するよう勧告した(以下、この勧告を「本件勧告」という)。

Xは、Yに対し、同月3日付けで、本件勧告を拒否するとともに、速やかに本件申請に対する許可をするよう求める文書を送付した。Yは、Xに対し、同年12月16日付けで、本件申請について許可する旨の処分(以下「本件許可処分」という)をした。また、同日付けで、富山県厚生部長名で、Xに対し、「医療法を遵守し、富山県地域医療計画の達成の推進に協力すること」等の遵守事項の記載に加えて「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には、厚生省通知(昭和62年9月21日付け保発第69号厚生省保険局長通知)において、保険医療機関の指定の拒否をすることとされているので、念のため申し添える。」との記載(以下「本件通告部分」という)がされた文書を送付された(以下、同保険局長通知を「昭和62年保険局長通知」という)。

Xは、本件勧告は医療法30条の7に反するもので違法であり、また、本件通告部分のある文書と共にされた本件許可処分は本件勧告に従わない場合には保険医療機関の指定申請を拒否することを予告するいわば負担付きの許可であると主張して、Yに対し、本件勧告の取消し又は「本件許可処分中の中止勧告部分」とXが主張する本件通告部分の取消しを請求した。第1審判決(富山地判平成13・10・31民集59巻6号1715頁)は本件勧告の処分性を認めず、訴えを却下した。第2審判決(名古屋高裁金沢支判平成14・5・20民集59巻6号1731頁)も同様の理由により訴えを却下した。これに対して、Xは上告した。

最高裁は「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものといえることができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない。」と判示した。

本件では、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告が行政事件訴訟法3条2項の「行

行政指導の再検証

政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するか否か、すなわち処分性があるか否かが争点となっている。この処分性に関して、行政事件訴訟特例法の下での判決はあるが、いわゆる東京都ごみ焼却場事件最高裁判決²⁶（最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁）は「行政庁の処分とは、……公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」と判示していた。この最高裁の従来公式によれば、当然行政指導には処分性は存在しないことになる。これに対して、本判決は、最高裁として行政指導の処分性を初めて認めた²⁷。行政指導に対する救済手段として、取消訴訟を認めたという点で行政実務においてのみならず、行政法理論においても意義のある判決であった。以下、検討を加えたい。

医療法7条1項は、病院を開設しようとするときは開設地の都道府県知事の許可を受けなければならない旨を定め、7条3項（現行法4項）は、都道府県知事は一定の要件に適合する限り、病院開設の許可を与えなければならないと規定している。また、医療法30条の7（現行法30条の11）は医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増加等に関し勧告することができると定めていた。

他方、健康保険法（平成10年法律第109号による改正前のもの）43条ノ3第2項（現行法65条4項2号）は、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に一定の事由があるときはその指定を拒むことができるとし、この拒否事由の定めの中には、「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」との定めがあり、昭和62年保険局長通知は「医療法第三十条の七の規定に基づき、都道府県知事が医療計画達成の推進のため特に必要があるものとして勧告を行ったにもかかわらず、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あっては、健康保険法四十三条ノ三第二項に規定する『著シク不適当ト認ムルモノナルトキ』に該当するものとして、地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと」と規定していた。

このような医療法、健康保険法の文言やその運用実態から、本判決は医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は行政指導であることを認めつつも、①相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなること、②いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことを理由にして処分性を肯定していた。

26 評釈として、川上勝己・判評79号16頁、松島諄吉・民商52巻6号78頁、田中真次・神奈川法学1巻1号151頁、下山瑛二・土地収用判例百選200頁、綿貫芳源・行政判例百選Ⅱ（第1版）360頁、宮田三郎・街づくり・国づくり判例百選230頁、原田尚彦・行政判例百選Ⅱ（第3版）374頁、北原仁・行政判例百選Ⅱ（第6版）324頁、加藤幸嗣・行政判例百選Ⅱ（第7版）308頁等がある。

27 もっとも、牛嶋・前掲（25）76頁は、本判決は行政指導に処分性を認めたと理解するよりも医療法と健康保険法の仕組みという事案に即して判断されたものととらえるべきと主張している。

しかし、本判決の処分性を肯認する理由付けには問題点がある。まず理由①に関しては、医療法30条の7に基づく病院開設中止の勧告があれば、病院を開設しても保険医療機関の指定を拒否される蓋然性が高いと断定するが、都道府県知事、厚生労働大臣から一定の独立性を有する地方社会保険医療協議会はある程度信頼性が期待できる機関であることを考慮すると、本判決は地方社会保険医療協議会を余りに軽視し過ぎていると批判されてもやむを得まい。また、本判決も「相当程度の確実さ」と判示するように保険医療機関の指定を受ける可能性は依然としてあり、少なくとも絶対的に拒否されるわけではない以上、医療法30条の7の病院開設中止の勧告と健康保険法の保険医療機関指定拒否処分の間には法的関連性が存在するとはいえない。よって、理由①は適切ではない。

理由②に関しては、保険医療機関の指定を受けられないことが事実上病院の開設の断念に繋がるとすることは若干論理の飛躍があるように思われる。たとえ保険医療機関の指定を受けられなくても、一応病院の開設は可能であり、開設を禁止するわけではない以上、説得力に欠ける嫌いがある。さらに、このような実質的理由は処分性を認める根拠にすべきでないだろう。また、本判決は当該病院開設中止の勧告の法効果に関しては言及していないが、法効果を認めずして、当該病院開設中止の勧告が行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると判断することは無理がある。したがって、理由②も不相当である。このように本判決は十分な理由を提示できていなかった。

本判決が病院開設中止の勧告に処分性を認めたことは、東京都ごみ焼却場事件最高裁判決が提示した「行政庁の処分とは、……公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」という従来の公式とは明らかに整合性がとれないものであった²⁸。また、

28 この点、牛嶋・前掲(25)75頁は、東京都ごみ焼却場事件最高裁判決がいう「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められている」と評価するにふさわしい効果がある行政庁の表示は処分性があると理解すべきとし、東京都ごみ焼却場事件最高裁判決の判断枠組みの例外ではなく、その範囲内で処分性を認めたと分析する。これに対して、本判決に続き、病床数削減の勧告が抗告訴訟の対象となる行政処分に該当すると判示した最判平成17・10・25(判時1920号32頁)における藤田田靖裁判官の補足意見は、東京都ごみ焼却場事件最高裁判決の判断基準を「従来の公式」と称した上で、「医療法30条の7の規定による開設中止勧告は、病院の開設許可等や医療法に基づく手続の関係では、行政指導としての性質を有するに止まり、名宛人の法律上の地位ないし権利義務に具体的な影響を及ぼすものではないこと、また、中止勧告がなされたとしても、名宛人の保険医療機関指定申請が当然に拒否されるという法律上の構造とはなっておらず、中止勧告が発せられれば、指定申請が拒否される可能性が高いとしても、それは事実上の問題に過ぎないのであって、勧告が直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定するものとは言えないことは、原審判決の指摘するところである。従って、『従来の公式』を、機械的に当てはめるとすれば、本件勧告に『行政庁の処分』としての性質を認めることはできないという結論が導かれることになる」とし、『従来の公式』においては、行政事件訴訟法3条にいう『行政庁の処分』とは、実質的に講学上の『行政行為』の概念とほぼ等しいものとされているものであるところ、このような行為のみが取消訴訟の対象となるとされるのは、取消訴訟とはすなわち、行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟である、との考え方がなされているからに他ならない。そしてその前提としては、行政活動に際しての行政主体と国民との関わりは、基本的に、法律で一般的に定められたところを行政庁が行政行為によって具体化し、こうして定められた国民の具体的な権利義務の実現が強制執行その他の手段によって図られる、という形で進行すると、比較的単純な行政活動のモデルが想定されているものということができる。しかしいうまでもなく、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム(仕組み)が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている、ということである。

行政指導である病院開設中止の勧告に公定力を認めるのか否か、取消訴訟以外の方法により病院開設中止の勧告の適法性を争うことはできるのか否か、取消訴訟の出訴期間の適用されるのか否かといった理論的問題も生じさせてしまった²⁹。

そもそも医療法 30 条の 7 に基づく病院開設中止の勧告に処分性を認める必要性はあったのであろうか。病院開設中止の勧告を拒否し、病院を開設後に仮に保険医療機関の指定を拒否されたとしても、保険医療機関指定申請拒否処分の取消訴訟を提起すれば良いからである。これに対して、医療法 30 条の 7 の規定に基づく勧告を受けた者は、その勧告を直ちに争うことができなければ、それを争うためには、保険医療機関の指定拒否がされる蓋然性が高い中で病院開設に必要な人員及び施設を確保するなど巨額の投資をしなければならなくなるとの主張もある³⁰。一定の理解はできるが、本判決は本来的に投資リスクに着目した論理を採用していないし³¹、実際問題として、病院経営にリスクはつきものであり、そのようなリスクの存在が病院開設中止の勧告の処分性を認める根拠にはなり得ないだろう。また、平成 16 年の行政事件訴訟法改正により、本件に関しては、公法上の当事者訴訟として、病院開設中止の勧告の違法確認訴訟を提起すればよいとの見解もあり³²、その観点から処分性を肯定する意義は乏しいことになる³³。以上から、病院開設中止の勧告の処分性を認めた本判決は誤謬であると考える³⁴。

本件における医療法 30 条の 7 の規定に基づく勧告についても、まさにそういったことが指摘され得るのであって、……ところが、先に見た当審判例における『従来の公式』は、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである。」と論じている。下井・前掲 (25) 49 頁も本判決は勧告に法的効果があるとはあるとしておらず、「従来の公式」を利用していないと分析する。一方、いかなる場合であれば「従来の公式」の「例外」が認められるか判決文からは読み取れないと指摘している。同旨、仲野・前掲 (25) 142 頁。

29 これらの争点について、藤田補足意見は「医療法 30 条の 7 による勧告を、行政事件訴訟法 3 条にいう『処分』であるとして性格付けたとき、それでは、この勧告は、いわゆる公定力を有することになり、取消訴訟以外の方法によって、その適法性を争うことはできないのか、また、取消訴訟の出訴期間の適用を受け、これを徒過した場合には、もはや出訴の道を塞がれることになるのか（例えば、本件において、勧告自体を直接に争うことなく、後に、保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟においては、もはや、勧告の違法性を主張することはできないのか）が問題となる。法廷意見も明示するとおり、この勧告それ自体の性質が行政指導であることは、否定するべくもないから、それは、相手方に対する法的拘束力を持たず、従って又、理論的に厳密な意味での（最も狭い意味での）公定力を有するものではない。しかし、行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、こうした取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は（これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく）否定できないものというべきである。」と分析している。補足意見ではあるが、参考となるだろう。これに対して、太田・前掲 (25) 49 頁は、勧告に処分性が認められた一事をもって取消訴訟の排他的管轄が認められるとすることは思考の省略化が強すぎると批判する。山本・前掲 (25) 52 頁は、先行行為の取消訴訟の出訴期間が終了してから後の行政行為までの期間においては、訴えの利益が当該事案に即して具体的に認められれば、先行行為の違法確認訴訟を提起できると解釈している。

30 杉原・前掲 (25) 308 頁。

31 太田・前掲 (25) 49 頁。もっとも、大久保規子・論ジュリ 3 号 99 頁は、処分性を肯定・補強する要素の 1 つとして考慮することは本判決の趣旨に反しないと主張する。

32 下井・前掲 (25) 49 頁。

33 太田・前掲 (25) 49 頁は、本判決が当事者訴訟でなく、取消訴訟を選択した論理は定かでないとして批判する。

34 この点、阿部泰隆「行政訴訟における訴訟要件に関する発想の転換」判時 2137 号 10-11 頁は、医療法の中止・減床勧告は保険医療機関の指定拒否とリンクすることにより、行政処分でも行政指導でもない新種の行為類型、拘束的予告としての処分ができたとして理解すべきとした上で、保険医療機関の指定拒否を受けてから争うのでは実効性がなく、行政処分には抗告訴訟があるが行政指導には救済方法はないことから、行政処分に近い性質があるこの例では行政処分として争うべきであると興味深い主張をしている。大久保・前掲 (31) 98 頁も阿部の見解を支持し、行政処分と行政指導の複合的行為としての性質を有するとし、法的効果としての側面も全くないわけではないとする。また、乙部・前掲 (25) 42 頁は、本件病院開設中止の勧告を確約と解釈し、処分性を認めるべきと論じている。

3. 小括

以上のように、本判決は最高裁として初めて行政指導の処分性を認めた画期的な判決である。しかし、同時に行政指導の処分性を認め、取消訴訟の対象とすることの問題点を図らずも浮き彫りにしてしまった判決でもあった。まず法的効果を有せず、人の収容、物の留置のごとく継続的な事実行為でもないにもかかわらず、行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると判断したことは処分性を無限定に拡大することにつながりかねないことである。これは取消訴訟の加重負担をもたらす恐れがあるのではないだろうか。次に東京都ごみ焼却場事件最高裁判決が処分性に関して定立した「行政庁の処分とは、……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」という公式と余りに乖離し過ぎた論理を採用することで、この判例法理を実質的に破壊してしまったことである。

また、より行政法理論に関わる本質的な難点も存する。第1に極めて限定的ではあるものの、行政指導の処分性を認めたことで、行政処分の存在意義を相対的に低下させたことである。行政手続法は行政処分に関する手続が大部分を占めており、行政処分の適正化を主たる目的とするが、結果として、行政手続法の価値を低めてしまったのではないか。第2に行政事件訴訟法14条は取消訴訟の出訴期間の制限を規定しているが、これは行政行為が公益性を有するが故に行政行為の効果の早期確定の確保、行政法関係の早期安定の確保、行政法秩序の維持、行政の円滑運営の実現、利害関係者の保護などを目的にして認められたものである。しかし、行政指導の処分性を認めたことにより、結果的に行政事件訴訟法14条の意義を形骸化させる恐れがある。第3に行政事件訴訟法46条は取消訴訟等の提起に関する事項の教示を規定しているが、この教示制度は私人が取消訴訟等により行政行為を争うことを容易にすることを目的にしたものである。しかし、これも行政指導の処分性を認めたことにより、結果的に行政事件訴訟法46条の存在価値を低下させる可能性がある。第4に行政実務において、行政庁は行政指導が取消訴訟の対象になりうることを恐れるあまり、行政資料を綿密に収集する等行政行為を行う場合と同様の事務作業と緊張感をもって行政指導を行わざるを得なくなり、そのコララーとして、行政庁は容易に行政指導を実施することが難しくなり、行政指導を封じることになりかねないことである。

このような問題が生じることは、より根源的に言えば行政指導という法的効力がない行政庁のアドバイスを取消訴訟で争うこと自体に理論的に無理があるからではないだろうか。塩野宏は「裁判所は当該勧告の法的性質について行政指導であると明言している。とすれば、従来の定式からは明確に外れるのであって、これをフリンジ部分として処理することは理屈の上で困難である。さらに、勧告の効果については『相当程度の確実さ』をもって後の行政過程で不利益(保険医療機関指定を受けられない)をこうむるとしており、土地区画整理事業計画事件と異なり、

行政指導の再検証

原告の法的地位, いかえれば勧告の法的効果には触れていない³⁵。」と本判決に疑問を呈している。この塩野の分析は妥当であろう。行政指導という法的効果がない行政庁の行為には違法性は存在しない以上, やはり取消訴訟の対象にすべきではなかったと考える。

35 塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕』[2019] 122-123頁。

