



行政指導：行政手続法第4章の見直しについて

中川，丈久

(Citation)

行政法研究, 51:43-65

(Issue Date)

2023-08

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

発行元の許可を得て登録しています。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100496114>



〈特集〉行政手続法制定 30 周年（Ⅱ）

9 行政指導 ——行政手続法第 4 章の見直しについて

中川 丈久

- I はじめに
- II 手続の二義——「手順」と「制御」の区別
- III 指導の二義——「法定政策」と「法定外政策」の区別
- IV 行政手続法第 4 章の解体
- V おわりに

I はじめに

行政手続法（1993年制定。以下「行手法」と略する）が行政指導を取りあげたことは、非常に画期的であった。指導という、きわめて非定型の行為を、法令としてはじめて定義し（2条6号）、指導担当職員の留意事項や、指導の明確化及び書面化の義務、指導指針の定立義務などから成る「第4章 行政指導」を設けたのである（32条から36条）。その後、行政不服審査法改正に関連した行手法の一部改正（2014年）により、35条に現在の2項が加わり、また36条の2（行政指導の中止の求め）が加わった。

行手法第4章は、行政指導を抑制するわけでも奨励するわけでもないから⁽¹⁾、指導は現在も変わらず行われている。では、第4章の諸規定（とりわけ原始行手法からある32条から36条）は、国や地方自治体における行政指導実務に影響を与えたのであろうか。第4章が掲げた種々の留意事項や明確化は実践されているのだろうか。

行政指導については実態調査も見あたらず（それはかなり困難であろう）、全体

(1) 仲正『行政手続法のすべて』（良書普及会、1995年）は、行手法の立案過程のかなり早い時点で（第2次研究会）、「行政指導については、『適正化の対象』としての行政指導という観点を見直し、行政指導の内容の善悪を問わず、国民に対して何らかの作為又は不作為を求めるものについて、これに一定のルールを確立するという観点を明確にした」とする。塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）333頁は、行政「手続法は行政指導の存在そのものについては中立である」とする。

像は不明であるが、私が個人的に見聞きする範囲では、指導を受ける側も指導をする側も、行手法第4章をまったく気にしていない（むしろ第4章を知らない）という印象を受ける。行手法第4章については、判例学説が無気味なほど沈黙しているのも、そうした指導の実情の反映であるのかもしれない。

では、行政指導がなんらの法的問題も起こしていないのかといえば、決してそうではない。（本稿では詳細を差し控えるが）行政指導の趣旨が明確にされていなかったことが、企業間紛争にまで発展する事態は、実際に見られるところである。行手法第4章が存在意義を発揮していないことは、実は広範に様々なトラブルを引き起こしているかもしれないのである。

こうした懸念をもちつつ、第4章の条文を見直すと、ふたつの弱点があるように思われる。ひとつは、かねてより指摘されてきたとおり⁽²⁾、行政指導をその適切な在り方にとどめおくための「制御」の仕組みがかなり弱々しいことである（Ⅱ手続の二義——「手順」と「制御」の区別）。

もうひとつは、「制御」のターゲットとなるべき問題ある行政指導とはどのようなものかが、第4章において明示されていないことである（だからこそ「制御」が甘いともいえる）。第4章の規定振りから感じられる立法者の問題意識は、許認可等に関連して行われる指導に問題が多いというニュアンス程度であるが（行手法33条が申請場面を取りあげ、同法34条と35条2項が「許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限」を取りあげていること）、それでは問題の本質を捕まえていないと思われる（Ⅲ指導の二義——「法定政策」と「法定外政策」の区別）。

この二点をふまえて、第4章をどのように見直すべきかの提案を行う（Ⅳ行政手続法第4章の解体）。

Ⅱ 手続の二義——「手順」と「制御」の区別

（1）民刑事手続における手続の二義

法の世界では一般に、実体法と手続法を区別する。その際、手続法という手続の語は、次の二義に分かれるはずである。ひとつは、「実体法を実現するための手続」という意味であり（判決・執行手続、捜査・公判手続など）、もうひとつは、「実体法が適切に——正しく、迅速に——実現されるよう確保するための手続」

（2）たとえば、室井力他『行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、1997年）232-233頁（紙野健二執筆）は、「行政指導の本格的な手続的規律は、なお今後の課題として残されている」と指摘する。

という意味である（適正手続保障や、計画的審理手続など）。私は、前者を「手順」（いわばフローとしての手続）、後者を「制御」（いわばコントロールとしての手続）と呼びわけることにしている。

たとえば、民事手続法のひとつである民事訴訟法は、原告による提訴に始まり、裁判所からの訴状送付、裁判所による審理期日の指定、当事者間の期日や期日外における様々なやりとりを経て、裁判所による判決言渡しに至るという各種の手順から成る判決手続を詳細に定める。その一方で、判決が実体法的に正しい内容となるように、裁判官の中立（忌避回避等の制度）、両当事者の平等取扱い（資料共有等）、公開審理、判決理由を付すこと等、制御のための種々の仕組みを定めている。これは一般に、適正手続の保障、または単に手続保障と呼ばれる法制度である。刑事訴訟法も、捜査公判の手順を定める部分と、令状主義や公開審理等の制御を定める部分に分かれる。

上記の例からわかるように、手順と制御は次元の異なる概念であり、区別が必要である。手順なくして実体法は実現できないが、制御はなくても、手順さえあれば実体法は実現される。また、制御が必要なのは、統治機構が行う手順だけであり（判決や捜査等）、私人が進める手順（提訴、申立て等）に制御の必要はない。

（２）行政処分手続における手続の二義

手順と制御の区別は、行政処分の手続にもあてはまる。

行政処分をする手順として最低限必要な事柄は、誰が（処分庁）、誰に対して（名あて人）、どのような決定（営業許可、措置命令、更正処分等）をする権限を有するか、申請や申立てを必要とするかなどであり、これらは個別法が規定するところである（個別法でないのは行政代執行法くらいである）。このほかの手順として、個別法によっては、処分庁以外の行政機関も処分に関わることがあったり（消防長同意など）、勧告が処分に先行しなくてはならないこととされたり、相手方への処分の到達方法がとくに定められたり（処分の書面化、特殊な通知方式など）する。こうした手順を経て、相手方に処分を到達させる手順に至ってはじめて、行政処分は成立する。そのどれかが欠けると、行政処分は成立しておらず、不存在である（または、違法な形で存在する）。

他方、行政処分が正しく、そして迅速になされるよう制御する仕組みは、1993年以前は個別法に規定されていたが、同年以降は行手法が通則法として共通部分を定める（審査基準、弁明機会や聴聞、理由提示、標準処理期間など）。個別法には、行手法の特別規定（諮問手続、準司法的手続など）が置かれるだけである。

手順か制御かの見分けが問題となる例として、都道府県教育委員会がいわゆる

県費負担教職員の懲戒処分をするにあたり、市町村教委からの「内申」を必要とする制度を挙げておく（地方教育行政組織法38条）。この内申が、都道府県教委による懲戒処分に市町村教委も一定程度関わるという意味で、懲戒処分の手順であるのか、それとも、都道府県教委の判断を正しいものとするための制御の仕組みなのかが問題となる⁽³⁾。

（３）行政手続法における手続の二義（第４章以外）

以上の整理をふまえると、行手法１条が「処分，行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し，共通する事項を定める」とするのは，次の二義をもつ。すなわち，処分，指導，届出，命令等について，（１）個別法が定める処分，命令等の手順のうちとくに重要なものについて，いわゆる解釈規定⁽⁴⁾をおく（以下，「手順の解釈規定」と呼ぶ）とともに，（２）行政が実体法的に正しい判断をし，迅速に判断をするための制御の仕組みを設けることである（以下，「制御の創設規定」と呼ぶ）。この観点から，行手法第２章以下（第４章を除く）を整理すると，次のとおりである。

（３）内申が行政処分をするための手順であるならば，市町村教委の内申無き都道府県教委の懲戒処分は不存在となり，内申が適正手続規定（制御）であるならば，懲戒処分は存在するが違法（手続的違法事由による）という違いが出てくると思われる。最判昭和61年３月13日民集40巻２号258頁（県費負担教職員懲戒処分事件）は，地行法38条１項が市町村教委の内申を求めていることを「手続的要件」と表現したうえで，その趣旨が都道府県教委と市町村教委の「両者の協働関係により県費負担教職員に関する人事の適正，円滑を期する趣旨に出たものである」とした。そして市町村教委がなすべき内申をしないときには，それなしで都道府県教委が懲戒処分をすることができるとした。

県費負担教職員という特殊な存在ゆえに，その懲戒処分の判断には市町村教委も関わる手順として「内申」という制度を作ったものであり，それが最高裁判決では「協働関係」と表現されているように思われる。

（４）解釈規定として著名なものは，行政事件訴訟法９条２項のほか，個別法が行政調査権限を定めるときに，その「権限は，犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない。」とする規定である。後者は，最大判昭和47年11月22日刑集26巻９号554頁（川崎民商税務検査事件）をみる限り，行政調査権限を法令でとくに制約したものというよりは，当然に導かれる解釈を確認した規定であると考えられる。

	手順の解釈規定	制御の創設規定
第2章 申請に基づく 処分	7条（申請に対する審査、 応答）	◆正しい判断を確保する規定 5条（審査基準） 8条（理由提示） 10条（公聴会）
		◆迅速な判断を確保する規定 6条（標準処理期間） 9条（情報の提供） 11条（複数の行政庁が関与する処分）
第3章 不利益処分	（なし）	12条（処分基準） 13条+15条～31条（意見陳述・文書閲覧） 14条（理由提示）
第5章 届出	37条（届出）	
第6章 命令等	38条（一般原則）	39条～45条（意見公募）

行手法第2章、第3章、第5章、第6章を通じて、処分、命令等の手順の解釈規定は、次の3ヶ条だけである。

行手法7条前段（「かつ」の前）は、申請の処理という手順、すなわち申請権の解釈規定である。申請に対して適時に何等かの応答をするという義務だけでなく、申請到達後に直ちに審査開始する義務も含むことを明示している。同条後段（「かつ」の後）は、申請書類が整わない場合は、（そのために処分要件充足性を判定できない限りにおいて⁽⁵⁾）申請を拒否しなくてはならないという解釈を確認する規定である。同法37条は個別法が定める届出規定の解釈規定であり、私人が届出という手順をすれば、それを法律要件として、一定の法律効果が自動発生する旨を確認する。同法38条は、「命令等」についてごく当然のこと——むしろわざわざ定める意義がどこにあるのか疑われるほど——を確認したものである。

(5) このカッコ書きの部分は行手法7条の明文にはないが、そのように解することが合理的であると思われる。仲・前掲注(1)『行政手続法のすべて』41頁は、行手法7条の拒否処分を、「申請の形式上の要件が充足されていないため『その内容について判断できない』ことを理由とする拒否処分」と説明する。中川丈久・興津征雄「令和4年司法試験（行政法）の出題に関する疑義」法学セミナー68巻3号（2013年）44頁、50頁脚注7も参照。この問題については、後掲注(18)およびそれに該当する本文でも扱う。

残りの条文がすべて、制御を創設する規定である。

まずは行政処分が、実体法的に正しく行われることを確保するために（同法1条の「公正の確保」）、第2章（申請型処分）、第3章（職権型処分のうち不利益処分）では、4種類の制御装置を設けている。法令の運用指針を開示すること（審査基準や処分基準の設定・開示）、処分原案に対する反論機会を設けること（公聴会、弁明機会付与、聴聞）、証拠を開示すること（文書閲覧権）、処分時に理由を開示すること（理由提示）である。次に、行政処分の迅速性を確保する観点から、申請型処分について、相当期間内の応答義務（申請権）を守らせようと、標準処理期間の設定を義務付けている。職権型処分（不利益処分）には、迅速性の要請はないから、迅速性確保のための制御規定はない。

届出について制御規定はない。届出はすべて私人の行為であるから、制御規定をおく必要がない。

命令等については、これを正しく行うよう確保するため、第6章が命令等の原案に対する反論機会として、意見公募の機会を定めている。

（4）行政手続法における手続の二義（第4章）

① 手順の解釈規定

同じ整理は、行手法第4章にもあてはまる。かねてより同章については、32条～34条と、35条～36条の2のふたつのパートに分けて論じられてきた⁽⁶⁾。本稿の言葉を使えば、前者が、行政指導の手順の解釈規定であり、後者が、行政指導の制御の創設規定である。

（6）塩野・前掲注（1）『行政法Ⅰ』334頁は、行手法32条から34条を「行政指導の実体的限界を定めたもので、その限りでは実体法に属する」とし、同法35条以下と別の性質をもつとする。仲・前掲注（1）『行政手続法のすべて』は、「行政指導に携わる者の遵守事項（32条～34条）」（69頁）と、「行政指導に関する手続上の規制」（66頁）たる35条と36条という対比をする（当時は、36条の2がなかった）。高木他『条解行政手続法〔第2版〕』（弘文堂、2017年）370頁（高木光執筆）は、「32条から34条が『実体法的』な規定であり、行政指導の性質上、当然の事理を確信的に定めたものであるのに対し、本条〔35条〕は、手続法的な意味を持つものとして、本法の目的である『行政運営における公正の確保と透明性の向上』を図るための手段」であり、「本条〔35条〕と並んで、36条の『行政指導指針』の公表の規定が手続法的な意味を持つ」と述べる。

なお、これらや本稿とは異なった観点から、第4章の規定を整理する例として、太田匡彦「行政指導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）161頁、180～186頁がある。

	手順の解釈規定	制御の創設規定
第4章 行政指導	32条（一般原則） 33条（申請関連の指導） 34条（許認可権限関連の指導）	35条（指導の方式） 36条（指導指針） 36条の2（指導の中止等の求め）

第4章では、手順の解釈規定（行手法32条～34条）の占める割合が、制御の創設規定（行手法35条～36条の2）に匹敵するほど高い。第2章、第3章、第6章と比べ、解釈規定の割合がかなり高いのである。その理由として、第1に、個別法が行政指導の手順を定めることは原則としてない（例外的に、勧告の規定が置かれる程度）ことから、行手法で詳細に示す必要があるということが挙げられよう。第2に、1993年当時、行政指導とはどのような手順で進むべきものを法律が宣言すること自体に、行政カルチャーの変革（行政のする指導に私人は従うべきだというカルチャーから、任意の協力要請であるというカルチャーへの変革）を促す力が期待されたためであろう。いずれにしても、第4章は、行政実務において実践されていた行政指導の在り方を確認する規定などでは決してなく、あるべき指導の姿を示すという積極的な意図をもって設けられた条文である⁽⁷⁾。

指導手順の解釈規定は、行手法2条6号の指導の定義（「処分に該当しないもの」）から論理的に導かれる事柄、すなわち“あたかも処分であるかのように指導を行ってはならない”ということを、繰り返し宣言している。

まず、行手法2条6号における「処分に該当しないもの」を、同法32条1項は「あくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであること」と言い換え、さらに同条2項は「行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」と言い換える。そしてこれを、申請型処分の場面で展開したのが、同法33条と34条である。同法33条は、「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。」と定め、同法34条も、許認可等の権限行使ができないまたはその意思がないときは、「行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示

(7) たとえば、仲・前掲注(1)『行政手続法のすべて』65頁に、「行政手続法では、行政指導が我が国の行政の中で大きな比重を占めていることにかんがみ、このような行政指導に対する内外からの批判に応えるため、行政機関が行政指導をする場合に遵守すべき一定のルールを確立することとした。」という記載がある。また、行政管理研究センター『逐条解説行政手続法（改正行審法対応版）』（ぎょうせい、2016年）240頁は、「本法において行政指導を規定することは……、行政指導を行う場合の適正なルールを定めて、行政指導に一定の枠をはめることが望ましいとの考え方に基づき」なされたものとする。

すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。」と定める。

② 制御の創設規定

行手法第4章は、行政機関が行政指導をその限界を超えておこなわないよう——行政処分であるかのように指導しないよう——に制御するべく、3つの制御規定を置いている。

まず、行手法35条がある。「行政指導の方式」という条文見出しのもとで、同条第1項が「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。」と定める。これは、行政処分であれば理由提示規定に相当する（はずの）条文である。同条2項は、2014年に加わった条文であり、「行政指導をする際に、行政機関が許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すとき」について、法令上の根拠条文、そこで規定された要件、当該権限の行使がその要件に適合する理由の3点を示せという規定である。第1項が、何を明確にするのかが不明確な条文であるのに対し、第2項はこの点が非常に明確な条文である。

次に、行手法36条が「行政指導指針を定め、かつ、……これを公表しなければならない。」と定める。行政処分における審査基準や処分基準の設定開示に対応する制御装置である。行政指導指針の定義は、「これらの行政指導に共通してその内容となるべき事項」（同法2条8号二）というものである。そしてこれを定めるにあたっては、行手法39条の意見公募手続が必要となる。同条1項によれば、「当該命令等の案（命令等で定めようとする内容を示すものをいう。……）及びこれに関連する資料をあらかじめ公示し」て意見を募集する。

同法36条の2も、2014年に加わった条文であり、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」、すなわち是正を求める法令上の勧告等をするときに、その相手方が、「その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる。」と定める。行政処分の行政不服審査（異議申立）に相当する、事後的な制御装置である。

以上の制御の仕組みを行政処分のそれと比較すると、次のとおりである。

適正手続の類型	行政処分	行政指導
基準開示	5条 審査基準 12条 処分基準	36条 行政指導指針

反論機会（事前）	10条 公聴会 13条 +15条以下 弁明機会付与・聴聞	（なし）
証拠開示	18条 文書閲覧権	（なし）
理由開示	8条・14条 理由提示	35条趣旨等の明確化
反論機会（事後）	（行政不服審査法）	36条の2 中止申出

このように整理すると、果たして同法35条1項と36条は、制御の役割をまともに発揮しうる規定なのかという疑問が生じる。解釈規定では、指導をあたかも処分のように行っってはならないことを何度も繰り返し宣言していたのに（同法32条～34条）、制御になると途端に規律が抽象的になっている。指導の「趣旨及び内容」を明確にせよ（同法35条1項）、「行政指導に共通してその内容となるべき事項」（同法2条8号二）を指導指針として公表せよ（同法36条）という規律しか設けていないのである。とくに、同法35条1項は、どのような指導をするのかだけ相手方に伝えればよいかのように響く条文である。その程度のことで一体どのような制御効果を期待できるのか疑問である。

この点を考えるために、次に、そもそもどのような行政指導が問題視されるべきかの検討に移る。指導は、単に任意の協力を要請する行為ではなく、「一定の行政目的を実現するため」（同法2条6号）の行為である。その「行政目的」に着目することなくして、行政指導の制御など覚束ないというのが、本稿の問題意識である⁽⁸⁾。

Ⅲ 指導の二義—「法定政策」と「法定外政策」の区別

（1）「行政目的」への注目

行政指導のキモは、法律関係（法的義務）を用いずに政策目的を実現することにある。行手法2条6項の定義によれば、行政指導とは行政機関が、（1）なんらかの政策目的を実現するにあたり（「一定の行政目的を実現するため」）、（2）法

（8）中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）199頁では、行政指導に関して行政法学説が任意の協力要請という側面にしか着目しないことを指摘し、「行政指導の目的こそ、しっかりと視野に収めるべき要素ではなかろうか」として提唱したアプローチである。そこで述べたように（また本文で後述するように）最高裁判例は、指導の目的にこそ着目しているのである。このアプローチの仕方は、中川丈久「行政指導の概念とその法的統制」『行政法の争点』ジュリスト増刊（2004年）38頁でも述べた。

的義務や法律上の地位といった法律関係を発生させることなく、相手方に作為または不作為を要請する行為（「処分に該当しないもの」）である。

政策内容たる公法上の法律関係は、法令から自動的に、または、法令に基づく行政処分の法効果として生じる⁽⁹⁾（契約はさしあたり除外して考える）ということに着目すると、法律関係（公法関係）を使わないで政策目的を実現しようとする行為は、次のふたつのタイプに分かれるはずである。

ひとつは、法令が定めた政策を、自動発生や行政処分ではない方法で実現するために行われる指導である。これを以下では、「法定政策」型の指導と呼ぶことにする。もうひとつは、そもそも法令に定めのない政策、すなわち行政限りで作りだした政策を実現するために、当該政策への協力を要請する指導である。これを「法定外政策」型の指導と呼ぶことにする。法令の遵守要請たる指導（法定政策型指導）と、法令に根拠のない政策実現への協力要請たる指導（法定外政策型指導）に二分するわけで、これは行政指導が実現しようとする「行政目的」が法令上どう位置付けられているのかに鑑みた分類である。

この分類は、行手法制定の5年後に、私が行政指導に関する最高裁判決を分析した折に考案したものである⁽¹⁰⁾（したがって、行手法の制定時には存在しなかった考え方である）。後で具体的に述べるように、どちらの類型に属するかにより、指導の適否の評価方法がまったく異なってくる。

行政法学説では一般に、行政指導の目的（行手法2条6項の「一定の行政上の目的」）を助成的か、規制的吗、調整的かという観点から分類するが、それが何を目的とする分類であるのか、なぜその線引きをするのかがはっきりとしない⁽¹¹⁾。本稿では、行手法において制御をしっかりと効かせるターゲットとすべき行政指導はどれかを明確にするために、指導の法的評価方法がまったく異なってくる法定外政策型指導と法定政策型指導という区分を用いることとする。

(9) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室370号60頁（2011年）。

(10) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』211-220頁（初出は1998年）において、「法定外の政策内容」を実現するための指導と、「法定された政策内容」を実現するための指導という二分類を行った。

(11) たとえば、塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』221-222頁は、およそあらゆる行政指導を俯瞰的に把握するための分類に過ぎない、と捉えているようである。

（２）法定政策型の指導の具体例とその評価方法

① 具 体 例

法定政策型指導（法令の遵守要請）の具体例は、以下のとおりである。

第1に、もっとも単純な例として、法令が、法令違反者に対する処分権限を定めていないため（勧告権限までしか定めていないことを含む）、法令違反を是正させるために指導（勧告）をするという場面がある。

第2に、法令に行政処分権限の規定はあるが、これを国外に所在する者に対して行使することは許されない（禁止された域外適用にあたるから、域外者に対する処分権限は存在しない）という解釈に基づき、法令違反をした外国企業に対しては行政指導に止めるという場面がある⁽¹²⁾。

第3に、法令に基づく申請を予定する者に対し、行政庁が行うべき裁量判断の一部を私人間において行うよう求める指導がある。競願制における申請の一本化を要請する指導である。申請型処分の処分要件該当性（どの申請者がもっとも適切かの判断）に関する裁量判断を、行政庁自らは行わず、申請者間の調整に委ねるのである⁽¹³⁾。

第4に、法令が職権型処分を定めるとき、当該処分をするかどうかという処分選択における裁量判断をした結果、指導に止めるという場面がある⁽¹⁴⁾。法令違反（処分事由）はあったが、行政処分をするほどの悪質性がない等の理由で、今後の改善方等を指導するに止めるという、よく見られる処理である。

第5に、法令が処分権限を定めているものの、その代替的機能をもつ指導をすることにより、行政と私人のコストを減らしつつあたかも処分をしたのと同じ状況を実現することがある⁽¹⁵⁾。

たとえば、法令違反をした者に対し、措置命令、業務停止や許可取消等をする

(12) 個人情報保護法は、一時、そのような明文規定をおいていた。なお現在では、行政処分を域外に対して行うことがカテゴリーカルに否定されることはない。

(13) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』275-280頁において、「裁量権の協働的行使への協力要請としての行政指導」と呼んだものである。なお、同書277頁でも述べたように、これが当該処分の「根拠法上許されるか否かの解釈問題」があり、許されないのであれば当該処分は違法となる（裁量の不行使、すなわち裁量判断の欠落）。

(14) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』280-285頁において、「裁量判断の表現方法としての行政指導」と呼んだものである。同書283頁でも述べたように、これが処分選択の裁量として合理性がないとされれば、権限（処分権限）の違法な不行使となる。

(15) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』286-293頁において、「法定の行為形式・手続のバイパスとしての行政指導」と呼んだものである。なお、この事前説得や事前相談の指導において、法定外政策型の指導という夾雑物がしばしば紛れ込む問題については、本文のⅢ（３）法定外政策型の指導の具体例とその評価方法の①具体例の記述を参照。

前に、自ら改善したり、営業を自粛ないし廃業したりするよう説得する場を設け、相手方がこの指導に納得すれば、措置命令等をしなくてもそれと同じ状況が得られる。行政側は命令をするための弁明機会付与等の事前手続や命令書の発出などのコストを省くことができる（職権型処分を代替する行政指導）。法令が、法令違反者に対してまずは勧告をし、続いて同じ内容の命令処分をするという二段階を定めるときの勧告は、このタイプの指導である。

また、申請予定者との間に事前相談の場を設け、そこで得た情報をもとに行政側がこのままでは申請不認容の見通しである旨を説明し（指導）、相手方がそれに納得して申請を取りやめるならば、申請拒否処分をせずにそれと同じ状況が得られる。申請予定者は正式申請のコストを、行政側は申請拒否処分のコストをそれぞれ省くことができる（申請型処分を代替する行政指導）。

② 指導の法的評価方法——法令の解釈適用と裁量判断

法定政策型の指導は、行政庁による法令の解釈適用（その一部が裁量権に委ねられるときは裁量権行使）の結果であるから、指導の実体的な適法・違法を容易に観念することができる⁽¹⁶⁾。行政処分の実体的な適法・違法と同様に、当該指導をするにあたり、行政庁の法令の解釈適用に誤りがあったか、裁量権があるときにはその裁量判断が合理的であったかという観点から判定されることとなる。

たとえば、法令違反は本当にあったのか、域外の人に行政処分はできないという法令解釈は正しいのか、競願制における申請一本化要請は法令上許容されるか、処分権限を行使せずに指導に止めることが法令の解釈適用ないし裁量判断として妥当か、法令違反者に対する事前説得の指導が前提とする法令違反という判断に、法令の解釈適用や裁量行使の点で問題はなかったか、申請の事前相談における指導が、許可要件等に関する正しい解釈適用や適切な裁量判断に基づいてなされたかというようにである。これらの法的主張を、処分の取消訴訟、処分の義務づけ訴訟のほか、国家賠償請求訴訟などにおいて展開することとなる。

③ 制御の必要性

法定政策型の指導については、それが指導であって処分ではないことさえ明らかにされていれば、それ以外に制御すべきことはないと考えられる。以下、具体例を挙げて説明する。

第1に、法令において、法令違反者に対する処分権限の定めがなく、勧告しか

(16) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』214頁（「これらの行政指導の『適法』『違法』は、それぞれの根拠法に照らして判断されることになる。根拠法に違反した行政機関の活動であるかどうか争点になるという意味で、これはごくふつうの法律問題である」）。

権限がない（または勧告規定もない）場合を考えると、法令違反が現にある以上、粘り強く指導を続けることこそ望ましいことである。任意の協力がなければ指導を止めるべき、とはならないはずである。

第2に、法令に処分権限の規定がある場合を考えると、申請の事前相談や、法令違反に関する事前説得の場で行政側の言い分に納得しない者は、それが指導だとわかっている限りは、指導に従わないので、行政機関がいつまでも指導を続けても問題はないはずである。というのも、事前相談における行政側説明に納得しない者は、申請に踏み切るであろうし、申請されれば、行政庁としては標準処理期間を目処として応答処分をせざるを得ない。また、事前説得の場で行政側説明に納得しない者は、指導に不服従を続けるであろうし、行政側も、法令違反等がある以上、相手方が任意に協力しないという理由で是正の指導を止めるべきではない。根気強く指導を続けるべきである。このような場面で、法令違反者に対する是正等の指導をいつまでも続けるべきではないという指摘がなされるのは、行政指導として行き過ぎだという理由からではなく、すぐに正式の処分に移行すべきであるという「執行欠缺」（消極的な法執行が公益に反する）が理由である⁽¹⁷⁾。

このように、法定政策型指導で唯一注意が必要なのは、行政指導の相手方に、処分を受けた（つまり義務が発生した）と勘違いさせないことである。そうすると実は、法定政策型の指導にとって、行手法第4章の解釈規定のほぼすべてが不要であることがわかる（Ⅳで述べる）。

（3）法定外政策型の指導の具体例とその評価方法

① 具 体 例

法定外政策の具体例は、まずは、地方公共団体が要綱行政として追求する政策である。また、国の省庁が、法令によらず打ち出す政策（業界自主規制の要請など）、国際約束として実施する必要があると考えている政策（条約のほか、FATF、かつてのココムなどのうち、国内法化されていない部分）などである。

法令を制定せずとも関係者が指導に従ってくれるならば（個々の私人が従ったり、業界団体が自主規制をすることに納得したりするならば）、ただちに政策が実現される。たとえば製品やサービスにかかる事故が頻発したときに、当該製品やサービスの事業者団体が形成され、自主規制をすることが業界利益に合致すると

(17) 北村喜宣『行政執行過程と自治体』（日本評論社、1997年）190－218頁をはじめ、多くの指摘がなされている。拙稿としては、中川丈久「消防法の将来像について（立法上の課題）」近代消防2004年6月号（2004年）58頁がある。

考える事業者が一定割合以上いるならば、法令を新規立法するよりも迅速で効果的な安全性確保が期待できる。これが法定外政策型の指導が盛んに使われる理由である。

法定外政策と法定政策の区別は、法解釈問題であるため、その見極めは慎重な判断を要する。たとえば、ある許可処分 of 処分要件についての審査基準や処分基準において、ひいては委任立法において、法令が求めていると解される事柄が書き込まれた場合、その事柄を理由に処分をすると他事考慮として違法な処分となる。他方で、(処分要件の一部という誤った書き方がされていることを前提としたうえで) その事柄はあくまでも、法定外政策として行政庁が任意の協力を要請する指導事項に過ぎないと善解する余地はある。

このことを具体的に、最判平成3年7月9日民集45巻6号1049号(監獄法一般接見不許可事件)を素材にして説明してみよう。本件当時、旧監獄法に基づく接見許可の要件を定めた同法施行規則において、接見を求める者が14歳未満でないことを要求する規定があった。これについて最判は、「幼年者の心情の保護〔の観点から〕……,〔旧監獄〕法が一律に幼年者と被勾留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難である」と述べ、当該年齢要件は旧監獄法が施行規則に委任した範囲を超えており、違法無効であるとした。この無効解釈を前提としたうえで、それでもなお、接見を求める者の年齢に応じた心理的影響も考慮することが望ましいという政策(旧監獄法に根拠のない法定外政策)を行政庁が維持したいと考えるのであれば、この年齢要件部分を(許可要件としては無効であるが)指導として任意協力を求める事項として運用することは可能である。同じような年齢制限が、委任立法ではなく、審査基準として書き込まれていた場合も同じである。

このほか、法令が求める許可要件の水準(建物の耐震性基準等)を上回る水準の遵守を、法定外政策型指導として要請することもありえる。

さらに別の例として、許可申請書の添付書類を定める委任立法において、法令が定める許可要件と関わりがないと解される類いの書類が定められる場面を挙げておこう。たとえば、法律上の許可要件としては、許可に基づいてする工事による事故処理の対策が採られていることまでは求められていないと解されるにもかかわらず、申請の添付書類を定める施行規則では、工事中の賠償責任保険の加入書類またはその額に相当する預金額の証明等を求める規定が置かれることがある。この場合、その添付書類がないことを理由に行手法7条に基づく申請拒否処分をすると、当該処分は違法になると解される⁽¹⁸⁾。他方で、そのような書類の添付を、法定外政策型の行政指導として求めることは許されるであろう。これ

は、工事中の事故の後始末が適切になされるよう事前に確保する手段をとるべきであるという法定外政策が、法令（添付書類規則）のなかにもぐり込んでいる例である。

② 指導の法的評価——「行政目的」と「任意」性

法定外政策型の指導に関する最高裁判決は、その「行政目的」（法定外政策の内容）が何であるかによって、求められる「任意」性の水準を異ならせているというのが、私の分析である⁽¹⁹⁾。文字どおりの完全な任意性から、かなり強力な説得をすることまで許容するような弱い任意性までの偏差が認められ、それは指導の目的次第である。

分析対象としたのは、最判昭和57年4月23日民集36巻4号727頁（中野区車両認定留保事件）、最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁（石油カルテル事件）、最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁（品川マンション建築確認留保事件）、最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁（武蔵野市負担金事件）の4件である。このうち最判平成5年は、行手法の制定過程では参照されえなかったものである。

いずれも、法定外政策型の指導の事案である。それぞれ、石油価格カルテルを設定すべしとする政策（独占禁止法違反のおそれのある行為を推奨する政策）、マンション紛争が生じたときには事業者は付近住民の納得を得るべきであるとする政策（建築基準法など既存の法制にはない政策）、大規模集合住宅の新築等に伴う自治体財政負担は建築主（ひいては当該住宅への入居者）が負担するべきであるという政策（同）である。

法定外政策型の指導は、民主的な調整（法律であれば国会の承認、自主条例であれば議会と長の承認、委任立法であれば法律や自主条例からの授權）を経ずに策定された政策を実現しようとするところに最大の特徴がある⁽²⁰⁾。最高裁判決は、既存の法令（法定政策）の“足らずを埋める”ために必要な法定外政策であると評価したときには、法令と法定外政策の調整を図るべく、必要な再解釈を法令に施している。すなわち、石油カルテル事件の最判は、独占禁止法上の違法性阻却という解釈を打ち出し⁽²¹⁾、中野区車両認定留保事件の最判は、申請認容処分をいつするかの裁量権なるものがあるとの道路法解釈を打ち出し⁽²²⁾、品川マンショ

(18) 前掲注(5)を参照。

(19) 中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』225-274頁。

(20) ではこのような指導が、民主制に反するかというと、執政権による承認という形で限定的ながら正当化する余地はあると考えられる。中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』356-359頁（「なぜ一行政機関が卒然と『法定外の政策内容』を追求することを、日本の裁判所そして学説は許容しているのか」）、太田・前掲注(6)「行政指導」195-196頁を参照。

ン建築確認留保事件の最判は、建築基準法上の申請応答期限規定の例外を認める解釈を打ち出した⁽²³⁾。いずれも、合理的理由のある指導であるから、相手方に協力するよう多少強く求めることまで許容している。

他方、指導が実現しようとする法定外政策が、既存の法令（法定政策）とは無関係で、“独立独歩”の政策として位置付けられた場合は、指導相手における完全な任意性を求めている。武蔵野市負担金事件の最判がそうである⁽²⁴⁾。

以上をまとめると、最高裁判例において、法定外政策型の指導に対する法的評価は二つの要件に分かれる。それが実現しようとする「行政目的」が既存法令（法定政策）との関係でどのように正当化することが可能なのが、一点目である。そして、その「行政目的」に応じた適切な「任意」性が指導相手において確保されているのが二点目である。

③ 制御の必要性

日本行政法学がこれまで行政指導論の中心においてきたのは、法定外政策型の

(21) 最判は、「石油業法に直接の根拠を持たない価格に関する行政指導であつても、これを必要とする事情がある場合に、これに対処するため社会通念上相当と認められる方法によつて行われ、……独禁法の究極の目的に実質的に抵触しないものである限り、これを違法とすべき理由はない。そして、価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するように見える場合であつても、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その〔独占禁止法上の〕違法性が阻却されると解するのが相当である。」と判示した（下線および〔 〕は筆者）。

(22) 最判は、認定処分が「基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものである……〔が、〕右認定に当たつて、具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量を行使することが全く許容されないものと解するのは相当でない。」という新たな解釈を述べたうえで、本件にこれをあてはめ、「中野区長が本件認定申請に対して約五か月間認定を留保した理由は、……実力による衝突が起こる危険を招来するとの判断のもとにこの危険を回避するため」であったことに鑑みると、「中野区長の本件認定留保は、その理由及び留保期間から見て前記行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまる」とした。

(23) 最判は、建築確認申請の「審査の結果、適合又は不適合の確認が得られ、法93条所定の消防長等の同意も得られるなど処分要件を具備するに至った場合には、建築主事としては速やかに確認処分を行う義務がある」と認めつつ、「しかしながら、建築主事の右義務は、いかなる場合にも例外を許さない絶対的な義務であるとまでは解することができない」という新たな解釈を述べる。すなわち、「建築主が確認処分の留保につき任意に同意をしているものと認められる場合のほか、必ずしも右の同意のあることが明確であるとはいえない場合であつても、諸般の事情から直ちに確認処分をしないで応答を留保することが法の趣旨目的に照らし社会通念上合理的と認められるときは、その間確認申請に対する応答を留保することをもつて、確認処分を違法に遅滞するものということとはできないというべきである。」とした。

(24) 最判は本件の負担金の求め方の事実関係からして、「右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、米久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。」と結論づけた。

指導であって⁽²⁵⁾、法定政策型の指導ではない。行手法第4章は、あらゆる指導に広く薄く制御をかける体裁をとっているが、むしろ法定外政策型の指導にとりわけしっかりと働く制御を設ける必要があったのではないか。

法定外政策型の指導が正しく行われているとは、適切な「行政目的」のために、それに応じた適切な「任意」性の維持されている状態である。それを確保するためには、なによりも指導をする行政職員自身が、自分のしている指導が目指す「行政目的」が既存法令とどのような関係にあるのかを、正確に理解する仕掛けを設ける必要がある。自分がいかなる指導をしているのかを行政自身が正しく理解することによって、恣意的な指導の抑制に役立てるのである。これはまさに、最高裁判決が行政処分についての理由提示義務の趣旨として述べていることにほかならない⁽²⁶⁾。このような規定をおいてはじめて、行手法第4章が行政指導実務への影響を持ちうることとなるであろう。この観点から第4章をどう変えていくべきかを、次に述べる。

IV 行政手続法第4章の解体

(1) 各条文が対象とする指導の類型

① 手順の解釈規定(32条～34条)の対象

行手法32条から34条はすべて、法定外政策型の指導のみを対象とする条文であると解される。

まず、行手法32条1項は「当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと」と定めるが、指導が実現しようとする政策を定める法令が存在するならば、これは解決済の問題である。また、「行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであること」も、処分ではなく指導をしているということさえ私人に明示していれば、前述したように(Ⅲ

(25) 行政法学説での行政指導の評価は1970年頃を境に変化し、指導は法治主義違反であるとする全否定から、創造的な手法として注目すべき場面もあるとする論調へと変わったのであるが、いずれの論者も法定外政策型の指導を念頭に置いていた。中川・前掲注(8)『行政手続と行政指導』208頁を参照。

(26) 最判昭和49年4月25日民集28巻3号405頁(青色申告承認取消処分理由付記事件)は「右附記を命じた規定の趣旨が、処分の相手方の不服申立てに便宜を与えることだけでなく、処分自体の慎重と公正妥当を担保することにもあることからすれば、取消しの基因たる事実は通知書の記載自体において明らかにされていることを要し、相手方の知、不知にはかわりがない」と述べ、処分庁自身が、理由が適切であるかを検討する機会を設けるために、理由を附記させることを述べる。

(2)), 問題となることはない。したがって、法定政策型の指導に限っていえば、この項は不要な条文である。

同条2項は、「その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」と定めるが、法定政策型指導を念頭におくと、これはまったく意味が通らない条文である。この点については立案担当者も認識しており、法令が定める勧告に不服従の場合に法令が定める命令処分を受けることは「不利益な取扱い」にあたらないと説明する。しかし正直なところ、これは文理解釈としてはかなり難しいといわざるを得ない⁽²⁷⁾(初学者の多くが間違える点である)。端的に、行手法32条2項は法定政策型の指導を念頭におかない条文だからと説明するべきであるように思われる。

行手法33条は「申請者」とあるから、申請後に関する条文である。そして、「申請の取下げ又は変更の内容を求める行政指導」が、当該申請が法令の定める許可等の要件を充足しないという理由でなされる限り（つまりこのままでは申請が、法令の規定に基づき拒否されるという見通しをもとになされる法定政策型の指導⁽²⁸⁾、問題がある指導とはいえないはずである。すでに申請がなされている以上、行政側は、本条がいう「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導」をするしないにかかわらず、相当期間内には必ず、申請を認めるか否かの応答の処分をしなければならない。その指導をいつまでも続けていると、行政庁が違法な不作為になるので、申請に対するなんらかの応答処分をしなければならない。申請者にとっては、正式に申請拒否処分されるか、指導に応じて取り下げるかを選ぶだけであり、それは自由に選べばよい。すでに行手法第2章がある以上、ここであえて「申請者の権利を妨げるようなことをしてはならない」と言わなくてはならないような事態は生じないのである⁽²⁹⁾。このように、法定政策型の指導を想定する限り、行手法33条も存在意義がないといわざるを得ない。

これに対し、取下げ等の指導の理由が、法令上は申請を認容せざるを得ない

(27) 立案担当者がいう結論を導こうとする解釈を工夫する例として、高木他・前掲注(6)『条解行政手続法』350頁(「ふたつの限定解釈」)(高木光執筆)がある。しかし、どう工夫してみても、文理からして素直な解釈とはいえないという難点は残る。

(28) 高木他・前掲注(6)『条解行政手続法』357頁(高木光執筆)が例示する申請取下げや申請内容の変更の理由は、法定政策型の指導のみを念頭においているようにみえる。

(29) 高木他・前掲注(6)『条解行政手続法』356頁(高木光執筆)は、「本条は、第2章の規定を補完するものである」と述べ、同358頁(同)は、「本条の類型においては、申請に対する処分についての第二章の規定の違反が実質的な問題であり、行政指導がなされ、継続されること自体はそれほど申請者の権利利益に影響を与えるものではない」と指摘する。同360頁(同)も参照。

が、法令とは別の理由で、申請の取り下げや申請内容の変更を求めたいということにあるのであれば、それは法定外政策型の指導である。ここでは、申請拒否の処分がされる余地がないのであるから、指導に応じるか否かは大きな問題である。行手法33条はこのような場面でこそ意味をもつ規定である。

行手法34条も、法定政策型の指導についての規定ではありえない。「許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導」なのであるから、法定外のことを要求する指導、すなわち法定外政策型の指導であると考えざるを得ない。

以上、行手法32条ないし34条はいずれも、法定外政策型の指導を念頭におくときにのみ存在意義が認められる条文である。

② 制御の創設規定（35条～36条の2）の対象

行手法第4章の最大の課題は、行手法35条1項がエッジの効いた制御をもたらしていないことである。この条文の対象は、法定政策型か法定外政策型かを問わず、全ての指導である。しかし同項は、「当該行政指導の趣旨及び内容……を明確に示さなければならない」という非常に漠然とした定めをおくだけである⁽³⁰⁾。現状では、何を「明確に示さなければならない」のか自体が明確にされていないという、大きな欠陥を抱えた条文である。

条文にいう「内容」は、どのような作為不作為を要請しているのかであるのに対し、「趣旨」は、指導の定義にいう「行政目的」であり、なぜその指導が必要なのかであるとされる⁽³¹⁾。しかし行政指導を制御する必要があると考え、そのためにこの条文を設ける以上は、「趣旨」を項目化して明確にする必要がある。指導をする以上、相手方に必ず明確にしなくてはならない事柄は、第1に、それが指導である旨（この要請は指導であって、処分ではないこと）、第2に、指導が実現しようとする行政目的（何を目指してこのような要請をしているのか）、第3に、その行政目的と法令の関係（法定政策型の指導か、法定外政策型の指導か）であ

(30) 行政処分でいうところの理由提示に対応するはずの規定であったが、最終的には、このように曖昧な条文となった経緯について、中川丈久「行政手続法の整備」行政法研究30号3頁、15頁に引用した諸文献を参照。

(31) 高木他・前掲注(6)『条解行政手続法』371頁（高木光執筆）は、「『行政指導の趣旨』とは、当該事案における具体的な『行政目的』及び、その目的と求められる作為又は不作為の関連性をいう。」と述べる。行政管理センター・前掲注(7)『逐条解説行政手続法』251頁は、「趣旨」という条文について、「当該行政指導の必要性等について理解を得るため、内容の明確性を図るために必要な範囲において、行政指導に携わる者の判断により事案に応じて適宜付け加えられるべきもの」とする。

る。これらすべてが当該指導の「趣旨」であり、より端的に言えば、指導の理由である。理由のない処分がないのと同様、理由のない指導もないのであるから⁽³²⁾、これら3点を常に示すべきである。とりわけ、第3点目（行政目的と法令との関係）は、指導をする行政機関自身においてもはっきり理解していないことが極めて多い（とりわけ地方公共団体の場合）。法定外政策の指導であることを指導機関が自己認識する機会を義務付け、かつ、そのことを相手方に示すことではじめて、指導の制御が可能になると考えられる。

行手法35条2項は、行政不服審査法改正に関連して新たに導入された条文である。この規定が意図するのは、「行政不服審査制度検討会・最終報告」（2007年）がいう「権限濫用型指導」⁽³³⁾を予防することである⁽³⁴⁾。要するに、同法34条が想定する法定外政策型指導が、相手の誤解によって任意性を伴わずに進められることを防止する規定である⁽³⁵⁾。同法34条との関連性に言及しない条文であるため、この趣旨が非常に読みとりにくいことは残念である。

この35条2項が、「一 当該権限を行使し得る根拠となる法令の条項」「二 前号の条項に規定する要件」「三 当該権限の行使が前号の要件に適合する理由」を示せというのは、当該指導に従わなかった場合に、処分権限が本当に行使されるのかを行政機関に示させようとするものである。これは同条1項の「趣旨」として、前述した第3点（行政目的と法令との関係）を説明させることに他ならず、制御として十分な規定になっていると評価できる。

行手法36条は、法定外政策型の指導だけを射程におく規定であると解され

(32) 中川・前掲注(30)「行政手続法の整備」15頁。

(33) 同報告書48頁は、そのいうところの「権限濫用型」の行政指導を次のように説明する。
「行政機関が有する許認可等に関する一定の権限を行使することができない場合において、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより、相手方に行政指導の内容を実行させ、又は有する権利を制限することは、本来任意である行政指導により、相手方に行政指導の内容を実行することを余儀なくさせ、又は有する権利を制限し、若しくはその権利の行使を妨げる結果を招来するおそれがあり、行政手続法第34条に違反する違法な行政指導である。」「例えば、当該行政指導に従わなくとも申請に係る許認可等が認められるのに、当該行政指導に従わなければその許認可等が認められないと相手方に示すことや、当該行政指導に従わなくとも既に有する許認可等が取り消されることはない（取消要件を充足しない）のに、当該行政指導に従わなければその許認可等を取り消すと相手方に示すことなどは、違法な行政指導に該当する。」

(34) 報告書の「権限濫用型」指導概念と、行手法35条2項の関係について、高木他・前掲注(6)『条解行政手続法』382頁（高木光執筆）を参照。

(35) 行政管理センター・前掲注(7)『逐条解説行政手続法』252頁は、行手法35条2項について、同法の「第34条に規定する不適切な行政指導を防止するとともに、相手方が、行政機関が当該権限を正当に行使し得る旨を認識して、行政指導に従うか否かの判断が適切に行えるようにするものである」と説明する。

る⁽³⁶⁾。なぜならば法定政策型の指導についてはそもそも「行政指導指針」として定める事柄がないからである（審査基準・処分基準に吸収される⁽³⁷⁾）。したがって、行政指導指針の事前手続である意見募集手続で原案を示すにあたり（同法39条以下）、当該指導指針が目指す「行政目的」と法令の関係を明示させ、意見（反論）を得る機会を設けておくことが必要である。

最後に行手法36条の2は、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」であるから、法定政策型の指導（そのうちの職権型処分の代替型の指導）のみを対象とする規定である。これについて、自分の行動は法令違反にあたらないから、指導をするなという申出をすることができるというのが、「中止等の求め」である。行政処分の行政不服審査制度と同じく、「行政指導の違法」（塩野宏）⁽³⁸⁾を理由に、異議の申出を認める条文である。

（2）改正の方向性

以上の検討を踏まえて、行手法第4章のあるべき姿を示すならば、次の通りである。

第1に、行手法第4章のうち、32条、33条、34条、そして36条については、それが法定外政策型の指導だけを視野におくことを明示するべきである。

同法32条1項及び2項それぞれの冒頭の「行政指導」については、たとえば「法令に規定のない行政目的を実現しようとする行政指導」というように、法定外政策型の指導にのみ適用があることを明示することが考えられる。同法33条については、「申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては」の箇所を、「申請の根拠となる法令（当該法令の関係法令と解される他法令を含む）とは別の行政目的のために、その申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては」とすることが、条文の射程を明示する点で望ましい。同法34条については、同条前半を、「当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合において、当該権限の根拠となる法令とは別の行政目的のためにする行

(36) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』336頁は、「行政指導は要綱行政としておこなわれることがある」として、行手法36条の存在意義を説明する。

(37) 処分基準において、いかなる場合が指導に止められるのを定めることができる。審査基準のなかに、競願申請の一本化を求めることがある旨の規定をおく可能性もある（そもそもそれが適法か違法かはともかくとして）。法令違反者に対する命令処分をする前に勧告（指導）をする必要がある場合は、勧告（指導）をする要件やその内容は、命令処分の処分基準に吸収されうる。

(38) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』337頁。

政指導にあっては」というように改め、同条後半を、「行政指導に携わる者は、当該指導が法令上の義務を示すものではないことにかんがみ、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。」というように改めることが条文の射程を示すうえで望ましいように思われる。

同法36条の行政指導指針も、法定外政策型の指導のみを対象にする規定と考えられるから、「同一の行政目的を実現するため」を、「法令に定めのない同一の行政目的を実現するため」などと改めて、規定の適用対象を明確にするべきである。他方、同法36条の2は、その対象が法定政策型の指導に限られていることを明示している。「法令に違反する行為の是正を求める行政指導」とするからである。

第2に、行政指導の公正さを確保するための制御をしっかりと機能させるため、行手法35条1項（指導の方式）と36条（行政指導指針の設定開示）を補強すべきである。

同法35条1項については「趣旨及び内容」のうちの「趣旨」を項目化するなどして、「明確にしなければならない」事柄自体を明確にする必要がある。同項の「趣旨」の具体的内容として、たとえば次のような項目を条文上に列挙することが考えられる。

（ア）処分ではなく、指導をしている旨

（イ）当該指導が実現しようとする行政目的

（ウ）上記目的を定める法令の有無、及びその目的を実現するために行使される法令上の権限の有無（例：申請認容処分の一定期間限りの留保、当該指導が法令上の権限の行使である場合はその旨）

同法36条にいう「行政指導指針」を定める際の意見公募手続は、行手法39条1項による「当該命令等の案（命令等で定めようとする内容を示すものをいう。……）及びこれに関連する資料をあらかじめ公示」することから始まる。この「関連する資料」として、当該指導が実現しようとする行政目的が既存法令とどのような関係にあるのかを必ず説明するよう、条文上明確に義務づける必要があると考えられる。

V おわりに

行手法第4章は、行政指導が任意の協力を得る行為であることにだけ、過剰に焦点をあてており、指導が目指す「行政目的」がなにか——それが法令とどのよ

うな関係にあるのか——への関心が見られない。立法当時は、指導を法定政策型と法定外政策型に分ける発想がなかったためである。

指導現場の現状は、行政職員自身が指導の目指す「行政目的」と法令の関係を把握しないまま、法令の遵守要請と、法定外政策への協力要請がないまぜになった指導をおこなっていることが多いであろうと推察される。しかしそこを区別しないことには、公正な行政指導を確保することなど、望むべくもない。相手方が法令上の義務だと勘違いする無知につけ込む指導を許すことになるからである。

本稿で述べたようにして、法定外政策型の指導を中心的なターゲットとする適正手続規定が整備されるならば、行政指導についても（ちょうど行政処分と同様に）、実体的違法事由と手続的違法事由の両方を認識することができると考えられる⁽³⁹⁾。法定外政策型指導は、その目的が適切ではない（たとえば既存の法令と抵触する）、またはその目的に照らして必要な水準の任意性が確保されていないということが実体的違法事由になる。法定政策型指導は、法令の解釈適用の誤り、裁量判断の合理性欠如が実体的違法事由となる。そしていずれの種類の指導においても、手続的違法事由として、行手法35条1項違反（指導であることの不明示、行政目的と法令の関係の説明不足等）、指導指針に関する意見公募手続違反（関連資料の提示不足）を指摘しうることとなる。ここまでいってはじめて、第4章の指導実務への影響を語るができるようになるであろう。

(39) 行政指導に関する実体的基準と手続基準を構想する例として、太田・前掲注(6)「行政指導」192-199頁がある。