

# 行政指導と私人の権利救済\*

秋 山 義 昭

## 目 次

- 序 行政指導の歴史的意義と今日的課題
- 第1節 行政指導と信頼利益の保護
- 第2節 行政指導と行政争訟
- 第3節 行政指導と国家補償

## 序 行政指導の歴史的意義と今日的課題

特殊近代的な市民社会を基盤に確立した近代市民法は、資本主義が原始蓄積の段階から、産業資本主義の段階の本格的かつ全面的に展開するのに応じ、産業資本主義的市民社会の秩序を原理的に維持することを目的として登場した。この産業資本主義的市民社会の秩序とは、根本的に、各市民が私的利益を目的とし、それを追求する自由と、自由な市場での自由競走という手段によってその私的利益を実現する自由とを前提とする。したがって、その原理を維持するための近代市民法は、商品所有者相互の自由な商品交換の法則、すなわち、等価交換の法則を反映し、かつ、これを保障するためのものであった。ここでは、市民個人の自由意思が法関係の中心にすえられ、いわゆる私的自治の原則が貫かれることになり、そのことは一面、政治社会としての国家が、個人の自由意思にもとづいてつくられる経済的市民社会の秩序に原則として介入しないという建前がとられていた<sup>(1)</sup>のである。原則として介入しないということは、国家の介入を例外的にのみ認めるということを当然の前提とする。しかしそれととも、国家は、市民相互間の私的自治を保障するために、紛争の事後処理機関として司法的に介入するのみであり、その場合でも市民の側からの訴の提起を待って、はじめて介入し得るという消極的なものでしかなかった。国家権力による行政的介入（それは法的規制に他ならない）も、価値法則の貫徹によって自然につくられる経済的市民社会の自律的秩序の内容に立ち入るこ

\* 原稿受領 1969年9月30日

(1) 渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」(現代法「現代法の展開」70頁以下)。

となく、いわば、かかる経済法則が成り立つような場そのものを保障することに限定されていた。具体的には、国家の任務は、せいぜい、社会の秩序がより以上悪くならないようにするため、秩序を乱したり社会的害悪を流したりする行為を取締る秩序維持の作用、国家財政の需要を充たすための租税徴収の作用、国防・外交の作用、必要最少限の公共施設を設置管理する作用などに限られていた<sup>(2)</sup>のである。このように、近代市民法原理の貫徹は、社会経済過程を法的視野から除外し、市民法的権利関係は、社会経済過程から切断されたところのみ可能であるのであって、国家権力の価値判断による経済社会の規制という意味における国家権力の介入は、私的自治と自由を基礎とする近代市民法自体の抽象的な性格の形において拒否され、また、そのこと自体が資本主義経済の要求そのものであったのである。

しかるに、近代市民法を支えていた産業資本主義社会は、その後の資本主義経済の発展により、独占資本主義社会へと変質した。その過程はまた、単に自由市場から独占市場への転化の過程であるばかりでなく、同時に、国家の経済社会への介入が、しだいに積極的・全面的に展開する過程でもあった。現代の国家独占資本主義の段階では、独占資本が国家権力と密着し、国家機構を動員する形で経済の運営がはかられていかざるを得ない。独占段階の初期における経済恐慌のくり返しが、経済社会に対する国家的介入の必要性を増大させた。この資本主義の高度化に伴う社会の自律性の崩壊過程の中で、国家活動、とりわけ行政活動は、飛躍的に拡大・強化され、行政機能自体の著しい変化——その積極化・拡大化と複雑化・多様化——をとげてきたのはごくしも当然のことであった。それは第一に、租税、財政投融资、金融政策などを通じて、経済的市民社会の市場に金の面から介入してゆくことにおいて、第二に、国家・地方公共団体は、自ら事業主体となり、郵便、電信、交通、水道など生活手段を供給し、住宅、病院、学校などを経営し、土地開発、道路、港湾の整備などの事業を行なう点において、第三に、国家は、社会保険の給付、生活保護の給付、各種厚生福祉施設への収容など、いわゆる社会福祉関係の仕事を行なう点において、第四に、国家は、経済的市民社会内部の対立する諸私的利益を調整するために、さまざまな形で積極的にこれに介入し、一方では私的利益を保護し、他方ではこれを規制するという点において、特に顕著に現われてきている。その現象を、法的側面で把えるならば、私的自治の原則の上に立つ市民法は大きく

(2) このような国家権力の消極的任務ないし極小化をいいあらわすものとして「夜警国家」(Nachtwächterstaat)という言葉がある。

変質し、国家の行政権を規律するための行政法の展開、諸階層・諸階級ごとの保護と規制を主軸とする様々の特別法の擡頭ということになるであろう。

この点を、わが国における事情に即してみるならば、かような経済過程と国家機能の役割は、必ずしも前述のようなプロセスをたどったわけではない。わが国では、明治以来、国家機能を消極的秩序維持作用に限定した時期を全く経過したことがないという意味において、きわめて独自な特徴を持つものである。特に、「上から」の経済基盤創設に依拠して、前近代的な資本が産業資本へと生成転化することが可能になったわが国の産業資本確立期において、明治政府は、鉄道・海運など運輸部門への絶えざる保護助成を行ない、製鉄業等も国家自らが経営する等に加えて、警察権力の著しい強化をはかった。敗戦による絶対主義天皇制の解体によって再出発したわが国は、国民主権制による政治構造の変革と高度資本主義の成長の過程の中で、経済計画、産業計画、社会計画、国土開発計画等の計画行政を急速に増大し、国民の福祉を増進するための社会保険、公的扶助、資金助成といったような給付行政の展開を全面的に押し進めるに至った。その点で見れば、資本主義確立期における国家機能の消極的側面を欠くとはいえず、社会国家・福祉国家へという国家理念に伴なう国家機能の質・量両面の多彩かつ多量な画期的発展現象は例外ではないといえることができる。

しかし、本稿は、この行政機能の変化それ自体に目を向けるものではない。むしろ、行政機能の質的变化に対応して、国家の責務の具体的実現を担う行政活動の内容が、複雑かつ多様化してきたことに注目するものである。すなわち、現代における公行政機能の質量両面にわたる拡大は、行政主体がその任務を果すために用いる手段のいちじるしい多様化をもたらしたが、その手段には、これまでの行政法の教科書に掲げられている行政行為、行政立法、行政強制、公法上の契約のような行為類型では抱えきれない多彩なものが数多く採用されるに至った。国家理念の決定的転換のもとでは、行政活動は、もはや、公権力を発動して国民に命令・強制する方法のみを通じては行ない得ない。それとともに、国民の福祉を積極的に増進するために、管理、保護、援護、誘導、助成、奨励、指導といったような非権力的な行政作用が、新時代のニューフェイスとして登場してくるようになる。それに伴って、当然にまた行政法理論の中にも、従来にみられぬ複雑化・多様化の現象をもたらさずにはおかないのであって、従来の伝統的行政法においてその中核的・主役的位置を占めてきた公権力中心の行政法体系に対して、いまや

種々の疑問・批判が提出され、新しい方法的立場が主張されつつあるのである。<sup>(3)</sup>

行政指導も、ある意味では、このような国家機能の変遷の所産であるということができる。以下、この行政指導にのみ焦点を合わせ、主として法的側面から、今日において如何なる意義を有するのかを若干考察してゆきたい。

「行政指導」という言葉は、従来、官庁やマスコミで慣用的に使われてきた用語であって、法律学、特に行政法学の分野で、学問の対象として意識的に扱われ出したのはごく最近のことである。<sup>(4)</sup>したがって、行政指導が何を意味するかは、必ずしも明確ではないが、一般的にいえば、「行政機関が、相手方の同調を求めて働きかけ、それによって、行政機関の意図するところを実現しようとする作用である」<sup>(5)</sup>ということができよう。具体的には、指示、要望、警告、勧告、勧奨、助言、教示等の方法で行なわれるものであるが、必ずしもはっきりした法的根拠に基づいて行なわれることを必要とせず、<sup>(6)</sup>また法的な強制力を伴わず、何らの法的効果を伴わない事実的行為であるところに特色がある。そして、かかる任意的手段としての行政指導は、行政機能の拡大とこれに対応する行政府の責任の増大の傾向に照応して、法律による行政の原理と、ときには法律をこえても国民の要望にこたえて積極的に秩序を形成しなければならない公行政の責務との間のギャップを埋める手段として登場した。また、公行政の側からみて、強制措置によるよりも、相手方の協力を得て任意的な措置をとる方が、摩擦や抵抗が少ない点でより目的を達成しやすく、相手方である人民の側でも強制措置によって臨まれるよりも、いろいろな点で有利である点にも、行政指導の存在理由がある。<sup>(7)</sup>ともあれ、行政指導は、この意味で、「法律による行政」の原理との限界の問題をはらみつつも、その任意的手段による便宜性とも相まって、あらゆる方面に数多く採用せられ、今日では、その存在と機能をまったく無視することができないほどまでに一般化しているといつてよい。

その点で、行政指導はまた、行政が、現実国民と接触する場においてこそ行なわれるのが常である。ところが、行政指導は、必ずしも法律の根拠を有するものではな

(3) 和田英夫「行政法」12頁以下。

(4) 行政指導を意識的に行政法の中にとりこみ、あるいは個別的に、考察対象にしているものとして、今村成和「行政法入門」152頁以下、成田頼明「行政指導」(現代法4「現代の行政」131頁以下)、塩野宏「行政指導」(行政法講座 第6巻 13頁以下)、林修三「いわゆる行政指導等について」(行政と経営 8号 17頁)、ジュリスト342号「特集・行政指導」、和田英夫「行政法」200頁以下、成田頼明・他「現代行政法」228頁以下、等をあげることができる。

(5) 今村・前掲書 152頁。

(6) 行政指導と法律の根拠の要否については、成田・前掲書 146頁以下、塩野・前掲書 21頁以下参照。

(7) 成田・前掲書 134頁以下参照。

く、法的な強制力も、また何らの法的効果も伴わないものであるがゆえに、相手方である国民との関係においては、次のような問題点が常に包蔵されていることに注意しなければならない。

第1に、行政機関またはその職員が誤った行政指導をした場合に、それを善意に信頼して行為した相手方はどのように保護されるだろうかという問題である。行政指導は、法の意図する目的を実現しようとするものでこそあれ、一々具体的に明示の法律の根拠にしたがって行なわれるものでないがために、指導にしたがって行動することが適法であるとの保障はどこにもない。また国民の側からすれば、今日のように、行政の内容が複雑多岐にわたり、しかも、科学技術が著しく進展し、社会経済の実体がめまぐるしく推移変遷している事情の下では、行政の細部についてまで詳細な知識と理解をもつことは容易なことではないから、行政に精通する職員の指導・助言を一応信頼して行動することも、あながち無理からぬことだといえる。そして、誤った行政指導を信頼して、人民が一定の行為をし、またはしなかった場合に、特にそれが違法行為として行政罰が科せられたり、その他の不利益処分が課せられたりすることもないではない。これは結局、法の建前の貫徹と、行政指導を信頼した者の信頼保護をどのように評価するかという問題に帰着するわけであるが、少なくとも、この場合に、人民の信頼利益をまったく無視し去ってよいというはずはない。しからば、どういう場合に、どのような内容の保護を、どの程度、人民に与えるべきであろうか。今日のように、行政が国民生活の場に緊密に接触する度合が高ければ高いほど、増々不可避免的に生じてくる問題であろうと思われる。

第2に、行政指導によって自己の権利・利益を侵害されたとするものが、当該行政指導そのものを何らかの争訟手段で争うことができるかどうかという、すぐれて訴訟技術的な問題がある。現実には行政指導の多くは、はっきりと法に根拠をもつことなく、それでいて実質的には個人の権利・自由を左右する目的ないし効果をもって行なわれているから、それによって権利・自由を侵害された私人から、何らかの手段に訴えて、それを争い得る道が開かれていることが望ましいことはいまでもない。現在、行政管理庁による行政苦情あっせん（行政管理庁設置法2条13号）のような行政苦情処理制度が設けられていて、それによってもある程度の効果は期待し得るとしても、最終的には、苦情あっせん庁には、一定の手続を経た上で法的な判断を下すことが義務づけられていない点で、独立の争訟制度としての性格はもっていない。現行制度上残された道は、不服

申立か訴訟の提起しかないわけであるが、実定法は、不服申立、行政訴訟の対象を、原則として、「行政庁の違法な処分」に限っている。従来解釈によれば、この「処分」には、行政指導のように何らの法的効果を生じないものは含まれないとするのが通例であったわけであるが、昨今のように、行政指導の比重が質的・量的に増大してきたという現象を念頭に置きつつ、そして、行政訴訟の本質をどう理解するかという基本問題に立ちかえるなら、この「処分」の意味を、われわれはあらためて分析し、考えなおしてみる必要に迫られるのではないかと思う。

最後に、行政機関の違法または不当な行政指導によって、相手方が何らかの損害を蒙ったとする場合、被害者は、国または公共団体を相手に損害賠償を求めることが可能であろうか、あるいはまた、一応は適法な行政指導にしたがったために、財産上の不利益を蒙ったとするものが、補償を請求することができるであろうか、という問題が残されている。今日、国家補償の範囲は、次第に広げられつつあるといわれているが、現行制度の中で、行政指導によって惹起された損害・損失は、どの程度償われるものであろうか。

行政指導をめぐる法的な問題点は、何も以上の3点に限られるわけではない。行政指導の意味、内容、必要性、方法、法律の根拠の要否等々についても、それぞれ十分な検討と分析が必要であるように思われる。しかし、ここでは、それらについての一応の理解を持ったとの前提において、主として、行政指導が実際に行なわれる場の中で、相手方国民に与える影響、なかんずく、相手方の権利救済との関係に主眼を置いた。本稿は問題点を上述の3点にしぼり、順次検討を加えようとするものであるが、何分にも、この問題が、法律の分野で学問的にとりあげられるようになったのはごく最近のことであり、また、筆者自身、前もって行政指導の実体を十分に調査・分析しているわけではないので、以下の論点が、現状の救済手段としては、いささか当を得たものではないかも知れない。その点の不備は次の機会に補うことにして、私なりの問題把握とそれについての一応の解答を展開してみたつもりである。

## 第1節 行政指導と信頼利益の保護

1. 行政指導も、結局は、人間の判断作用の結果であるからには、常に正しく行なわれるものとは限らない。およそ行政指導を行なう権限を有しない行政機関がそれを行なったり、所轄権限外のことを助言・指導する場合が考えられ、あるいはまた、所轄事

項について権限を有する行政機関あるいはその職員が、法律の解釈を誤って私人に指導する場合もあり得る。相手方の信頼利益の保護の関係で主として問題になるのは後者の場合が多いであろう。このように、行政機関またはその職員が誤った行政指導をし、それを信頼して行動したり、あるいはしなかった人民には、どのような保護が、どのように与えられるべきであろうか。少なくとも、善意の信頼者がまったく救済されなくてもよいというのでは、国民の社会的・経済的・法的生活が著しく不安定なものになってしまうように思われる。今日のように、法令や行政の実体が、高度に専門化・技術化して難解なものになってきているという事情を考えると、行政機関の助言・指導を一応は信頼せざるを得ない状態にあるということができようし、反面、それだけ増々、善意の信頼者が手厚く保護されなければならない必要性が高まってきたともいい得よう。しかし、他方で、常にこのような信頼保護を認めたのでは、法の予定する一定の行政目的が容易に達せられないということにもなりかねない。したがって、この問題は、行きつくところ、法の建前の貫徹、すなわち行政目的の遂行と、私人の信頼利益をも保護しなければならないという相反する要請をいかに調和せしめるのが妥当かという根本問題に触れることでもある。わが国では、この問題を意識的にとりあげた文献・判例は少ないが、諸外国では、判例上、立法上、きめわけて興味ある措置を講じている。以下、ドイツ、アメリカにこの問題の解決の糸口を見出し、その後わが国の現状に目を転じてみたい。

2. 行政機関あるいはその職員の誤った指導・助言を善意で信頼した者の救済のために、一定の場合に、将来の行政庁の行為を、その指導・助言に拘束させようという考えを、特に判例の上で詳細に展開しているのは西ドイツである。<sup>(8)</sup>西ドイツの判例史上問題にされたのは、主として、税務行政において行政機関が私人に対して与えた「教示」(Auskunft)ないし「約束」(Zusage, Versprechen)<sup>(9)</sup>に関してであった。そして行政行為の前段階としてのこの教示・約束が、後に誤りであることが判明した場合、

(8) 参考にした主なる文献は以下のものである。Monreal; *Auskünfte und Zusagen von Finanzbehörden*. Mainka; *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Neumann; *Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht* (NJW 1962 s. 1085). Rohwer-Kuhlmann; *Behördliche Zusagen und Vertrauensschutz* (DVBl 1962 s. 622). Hauelsen; *Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht* (NJW 1961 s. 1901). Forsthoff; *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9 Aufl. s. 161.

(9) 「教示」「約束」を与えることがどれだけ可能か、その意義、種類、法的性質等についても、本来十分な検討を加える必要があるが、ここではそれを省略し、一応、教示とは、行政機関およびその職員が、誰かに、何かあることに関する意見 (Meinung) や知識 (Wissen) を伝え、説明することであり、「約束」は、それに、ある程度の確約的性質 (Versprechenscharakter) が付与されたものと理解しておきたい。しかし、實際上、教示と約束を厳密に区別することの困難性と無意味性のゆえに、両者を同一概念として扱っても不都合はないし、裁判所も両者を必ずしも明確に使わけていない (Monreal, a. a. O. s. 522)。

その誤っている教示・約束に対する行政行為の拘束性という形で問題が提起されたのである。しかし、この点に関する裁判所の立場は、時代的、内容的に必ずしも一様ではない。

戦前のライヒ財政裁判所は、教示に対する拘束性については全く否定的であったとすることができる。すなわち、教示に全く相反するような租税賦課処分を行なうことは、教示を善意に信頼した私人の利益を侵害し、信義誠実 (Treu und Glauben) の原則に反するのではないかという主張に対し、旧ドイツ租税通則法 (AO) 81 条 (現在のドイツ租税調整法 3 条 1 項に該当) の「租税債務は、法律が租税をそれに結びつけている要件が実現されると同時に成立する」という規定を根拠に、あるいは、当時の租税法規は、租税請求権の最終的決定を、査定 (Veranlagung) の時期に留保しているから、納税者は、税務署が後の査定において、教示通りに決定するだろうことを信頼し得ないことを根拠に、それを拒否したのであった。<sup>(10)</sup> 一般的な法思想の表現としての信義誠実の原則が、あらゆる法分野に、それゆえに公法の領域にも適用があるということは、当時とても、ライヒ裁判所 (RGH) も不断の判例の中で承認してきたことであつたが、<sup>(11)</sup> 租税行政の特殊性のゆえに、その適用が制限・排除されたのである。<sup>(12)</sup>

戦後、連邦財政裁判所 (BFH) は、1957 年 3 月 6 日の判決で、従来のライヒ財政裁判所の見解をくつがえした。<sup>(13)</sup> この判決は、一担税務署が誤った教示をしておきながら、後にその誤りに気づき、税の差額分を追加請求したという事案に対し、信義則の適用を認め差額追加請求分を無効と判示したものである。<sup>(14)</sup> 同年 8 月 22 日の判決は、<sup>(15)</sup> 上述の判決を前提として次のように判示し、誤った教示に対する行政行為の拘束性を確立するに至った。

——税務署員の口頭による教示は、税務署にとっては何ら拘束力がないとするライヒ

(10) RFH Urt. vom 19. 1. 1921 RFH Slg. 4 s. 262; vom 28. 6. 1922 Slg. 10 s. 15; vom 16. 9. 1936 RStBI 1937 s. 262.; vom 10. 11. 1962 RStBI 1943 s. 77.

(11) RFH Urt. vom 13. 1. 1937 Slg. 40 s. 325.

(12) Soergel; Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1 8 Aufl. s. 581.

(13) BStBI 1957 III s. 173.

(14) 事実関係が興味深いので引用しておく。原告 (納税者) が、権限ある税務署に、電話で、自動車税を 5 月 7 日に支払っても、税率の高くなる新交通財政法の適用はないかどうかを問い合わせたところ、税務署は、5 月 7 日でも従来通り低い税率を規定する旧法が適用される旨解答した。しかし、この法解釈に基づく教示は誤りであり、実際には、5 月 7 日に新法は効力を生じていたのである。税務署は、一担税額を教示通りの額に確定しておきながら、後にその誤りであることに気づき、あらたに高額な税を確定し、その差額分を追加請求したものであった。原告はこれに対して、「税務署が正しい教示をしてさえれば、まだ低い税率の適用されていた 5 月 6 日に税を支払っていた」と主張した。

(15) NJW 1957 s. 1855. この判決の立場は、1958 年 10 月 23 日の判決 (BStBI 1959 III s. 85) をはじめ、その後の同種事実の判決に採用されている。

財政裁判所の解釈は、もはや是認することはできない。信義誠実の原則は、一方で、保護に価する納税者の利益と、他方で、財政行政にとっての利益の衡量を要求する。納税者は、権限ある公務員によって、事実関係の詳細な審査の後与えられた教示は、彼がそれに基づいて一定の措置を執った場合には、税務署によって重大な理由もなしに無視されることはないということを信頼することができなければならない。税務署は、教示の前に納税者によって知らされなかった新しい事実が別の判断を是認しない以上、その署員の言葉を守らなければならない。納税者が、教示の誤りを容易に知り得たものであるとか、また教示を守らなくても、納税者に何らの不利益な影響を及ぼさない場合は別として、権限ある公務員が、無条件に与えた教示は、後にこの誤りが明らかになったとしても、それに拘束される——

しかるに、この基本的立場は、60年代に入ってから、若干の動揺を示した。すなわち、1961年5月26日の判決は、<sup>(16)</sup>「税務署は、立法者が自由な活動の余地を認めている事柄に関しては、教示や約束をして、それに拘束力を認めることはできるが、立法者が、明白に法律に規定した事柄に関しては、それができない」と判示して、自由裁量事項以外について信義則を適用することについての制限を表明した。これは結局、課税の法律適合性の原則と平等性の原則の制約を厳しく解して、明白な法律上の規定に反する教示・約束には拘束されることはないという見解を打ち出したものであるが、その後の連邦財政裁判所の立場も、この考え方に規制され、現在の主流の見解となっている。<sup>(17)</sup>

これに対し、戦後の行政裁判所の判決は、比較的ゆるやかに、教示の拘束性を承認しているといえる。1954年12月7日の連邦行政裁判所(BVerwG)の判決は、<sup>(18)</sup>一定の建築法上の認可が与えられるであろうという所轄行政機関の職員の言明について、それを後にひるがえすことは信義誠実の原則に反するし、言明を履行すること自体法律上の禁止に違反していないという理由で拘束性を認めた。この判決が先例となり、後の行政裁判所は、一致して、教示・約束の拘束力を認めている。例えば、1956

(16) NJW 1962 s. 511.

(17) 例えば BFH Urt. vom 4. 8. 1961 (BStBI 1961 III s. 562).

(18) DVBI 1955 s. 297.

年1月31日の判決<sup>(19)</sup>は、「信義誠実の原則は、被告が原告に対してなした、住居を必ず入手するという移住決定の際の言明を、その通りに履行することを命ずる。けだしこの約束は、書面で、行政庁の権限の範囲内で与えられたものだからである」と述べて原告を救済したが、それは、書面による約束 (Schriftliche Zusage) という制約を置いていた。1956年3月8日の判決<sup>(20)</sup>は、この留保をも取り去り、輸入商人に与えられた外国為替取引の認可の約束が、どの程度行政庁を拘束するかの問題について、「公務員の口頭による約束であっても、これが信義誠実の原則からでてくる信頼保護 (Vertrauensschutz)<sup>(21)</sup>の原則に一致しており、約束が法律上の禁止に違反しておらず、かつ公務員がその権限を有する地位にある時は、言明通りの行政行為を行なうことが義務づけられる」と判示して、行政裁判所の基本的立場はここに確立した。

連邦社会裁判所 (BSG) は、前述の連邦財政裁判所の傾向とほとんど異なるところは<sup>(22)</sup>はない。

判例の動きは大体以上の通りである。この判例の傾向に対して、学説は大要判例を支持するものが圧倒しているといつてよい。否定論者の筆頭であるティプケ (Tipke) は、「財政行政が厳格に法律にしたがって行為し、法律によって明白に拘束されるところでは、法律にしたがって行為すべき要求と、信義誠実にしたがって処理すべき要求の間に矛盾を生ずることがあるが、両者を同時に満たすことはできない。この場合には、行政の法律適合性の原則<sup>(23)</sup>が、優先的役割を果たすのは当然であり、信義誠実にしたがって処理すべき根拠は公法のどこにもみられない。ドイツ民法 242 条が類推適用されるとか、信義則がすべての法領域で考慮されるべき一般的法原則であるとかに関しては疑問がある。また違法な教示・約束に対する拘束は、課税の公平性の原則にも<sup>(24)</sup>反する」と述べ、現在の連邦財政裁判所の見解にも少なからず影響を与えている。

(19) DÖV 1956 s. 314.

(20) DVBI 1957 s. 174.

(21) 一定の場合、公法関係においても私人の信頼を保護すべしとする信頼保護の原則を最も詳細に検討・分析しているのはマインカ (Mainka) である。彼によれば 信頼保護の原則を、従来、信義則によって、法的安定性の原理によって、基本法1条の人間の尊厳によって、根拠づけようとするが、そのいずれもが正しくないことを指摘する。彼自身は、社会的法治国家における国家と市民の間に存する特殊な関係から理論づけ、信頼利益保護の思想は、国家に対して社会的に弱い立場にある市民を専ら保護するものとして機能すると説く。そして信頼保護の一般的要件として 1. 行政庁の行動によって根拠づけられた信頼状態が存在すること、2. 行政庁の行為が有効であるということについての信頼があること、3. 信頼を保護することが、その後の当事者についての保護に結びつくこと、の3点を挙げている (Mainka; a.a.O.)。

(22) 例えば連邦社会裁判所 1961年3月21日の判決 (NJW 1961 s. 1646) は、「行政がその将来の行為、あるいは不行為に関して与えた約束は、この行為が法律上の命令あるいは禁止に反している時には拘束力はないが、裁量領域にある事項に関しては、その裁量の踰越・濫用がない限り自己を拘束する」と述べる。

(23) 基本法 20 条 3 項、ドイツ租税通則法 1 条 1 項、ドイツ租税調整法 3 条 1 項参照。

(24) Stw 1958 s. 741.

これに対して肯定説の根拠は必ずしも一様ではないが、行政の法律適合性の原則と信義誠実の原則は、共に現在の法秩序に存在する法原則であって、一定の場合には、法律に反する教示・約束に対する拘束性は、それが単に法律適合性の原則に反することの指摘のみをもって否定されることはないとする点ではほぼ一致している。<sup>(25)</sup> なかでも、ヘスデルファー（Heßdörfer）は、教示が拘束力を有するための一般的な要件として、

- a. 教示を得ようとする者が、教示にとって必要な事項をあますところなく説明したこと、
- b. 教示が権限ある公務員によって与えられたものであること、
- c. 教示の誤りであることが、相手方にとって知り得ないものであったこと、
- d. 相手方が、教示に基づいて、重大な、取引上、経済上、財政上の措置をとってしまっていること、
- e. 教示の正確な内容が証明され得ること、

<sup>(26)</sup>を挙げているのは、行政指導と私人の信頼保護の問題を考えるにあたって、参考にするべき点があるように思われる。

3. アメリカにおいても、行政指導が行政の実際において数多くみられることは例外ではなく、規制行政の伝統的道具（許可・命令等）の外に、経済活動のコントロールの手段として、自発的協力の要請、仲裁および事実審理、勧告ないし相談、私人の活動に対する助言（主として制定法の解釈に関する）は、多くの行政機関が日常的に行なっているといわれる。<sup>(27)</sup>そして、このような、制定法にはっきりとした根拠を持たない行為には、原則として法的拘束力が与えられないという伝統的見解があるから、やはり、それらの行政指導を信頼した者をいかに保護するかという問題が生じることにも変わりがない。

アメリカでは、この問題は、政府に対する禁反言（estoppel）の法理の適用の有無という形でとりあげられている。<sup>(28)</sup>この禁反言の法理は、法の世界におけるフェア・プレイの精神の現われであるが、なかでも、行政指導との関係で問題になるのは、表示による（by representation）禁反言であろう。英米法の伝統的な考え方によれば、

(25) Hartz, B 1961 s. 281; Bachmayer, B 1961 s. 1332; Kruse, Stw 1958 s. 719; Heßdörfer, Bay VBI 1961. s. 167.

(26) Heßdörfer, a.a.O., s. 167.

(27) 塩野・前掲書 16頁。

(28) 成田・前掲書 155頁。

エストoppelは、クラウンや政府を拘束しないという法理があったのであるが、最近になって次第にこの原則が否定され、判例上も、行政機関の誤った指導、助言を善意で行動した人民を、禁反言の法理の適用によって救済しようとするものが現われはじめた。<sup>(29)</sup>そして、このような傾向は、一挙に立法による解決の必要性を高め、1950年頃、カリフォルニア大学教授、ニューマン (Frank C. Newmann) の手になる「善意信頼法」(Good Faith Reliance Act) という名の法案が連邦議会に提出された。<sup>(30)</sup>この法案は、1955年に、上院司法委員会で廃案となり、惜しくも成立するには至らなかったが、立法的解決を試みたという点ではきわめて注目し得る。成田教授は、この法案の骨子を次のように紹介しておられるので引用する。<sup>(31)</sup>

「何人も、その者の行動が、次に掲げる法律の執行にあたる責任ある行政機関の規則・命令・意見その他の文書による声明にしたがってなされ、かつ善意でこれを信頼した旨を立証した場合において、その声明等がその者またはその者の属する階層の人を指導するために発せられたものであるときは、合衆国政府に対し、当該法律に違反する行為を理由とする損害賠償責任または刑事責任を負わない……」。すなわち、この法案は、善意信頼者保護を、刑事責任、民事責任からの解放という形で具体化しているのである。

もっとも、この法案は、行政機関の助言が誤っていた場合に、行政機関にそれを訂正する権利を留保せしめ、免責性の範囲を、私人がその変更を知り、かつ、したがうべき時期以前の期間に限っている(法案1条後段)。したがって、私人が、公務員の助言を信頼して、一定の状態を変更してしまったような時には、そのための救済は受けられないことになる。<sup>(32)</sup>また、法案は、適用されるべき法律の種類を、第2条に列挙された特定のものに限っている点で注目される。ニューマン自身は、あらゆる法律の一般的適用主義には反対しているが、反トラスト法、税法等、一定の特殊性をもった法律以外は適用されるべきことを主張しているが、善意信頼保護を、限定的に列挙せられた法律にのみ限ることの合理性・妥当性と共に、いかなる法律を列挙すべきかという困難な問題が、その際に十分吟味・検討されなければならないであろう。<sup>(33)</sup>

(29) 成田・前掲書 155頁、ジュリスト 342号、36頁。

(30) Neumann, Should Official Advice Be Reliable? — Proposals as to Estoppel and Related Doctrines in Administrative Law. 53 Columbia Law Review, 1953 pp. 374-375.

(31) 成田・前掲書 156頁。

(32) 下山瑛二「英米行政法における Estoppel」(法学雑誌第4巻第3・4号 146頁以下)。

(33) 下山・前掲書 163頁。

この法案をもとに作成された、カリフォルニア州善意信頼法（California Good Faith Reliance Act）<sup>(34)</sup>は、このようなニューマン法案の持つ種々の問題点を解決し、しかもより詳細な規定と豊富な内容をもりこんでいる点で、一步進んだ立法的解決を試みたものといえよう。このカリフォルニア案は、政府機関、責任ある公務員、書面による声明についての、従来疑義を招いていた言葉の定義づけをし（2条）、公務員による指導が、書面による声明にしたがってなされ、それに何れも誠実に、かつ合理的な信頼を持っている限り、しかもそれが、彼または彼の属する階層の人々を指導するために為されたものである限り、何人も、政府に対して損害賠償、刑事罰の責任を負わないことを規定している（3条）。さらにまた、私人が、政府機関と契約関係に入った場合、その契約が契約権限または契約手段を禁じている法規に違反しているとしても、完全な強制力と効力を有する（4条）。これは、契約に基づいて、地位を変更してしまっている場合の救済措置として設けられたものである。特に適用されるべき法律の範囲を限定してはいないが、一般的に、エストッペルの抗弁は、公共政策の必要上、声明通りの措置がさけられない場合には否定されるという留保を規定している（8条b）。

4. 行政指導に対する信頼利益の保護に関して、比較的意識的にとりあげていると思われる西ドイツ・アメリカの実状を考察したので、ここでわが国での当該問題の展開に眼を転じてみたい。

この点に関するわが国の文献は、ほとんどないといってよい。<sup>(35)</sup>これは、前述のように、非法的手段としての行政指導が、法的側面からとらえられるようになったのが、きわめて最近のことであることに帰因している。したがって、この問題の分析は、むしろ将来の学説の発展に期待しなければならないわけだが、現実には、学問的対象として把握される以前からも、行政庁の指導・助言にしたがって行動したところ、突如として、制裁や強制執行等の不利益が課せられた事例は、過去にも少なくともはなかつた。<sup>(36)</sup>

(34) Comment, Estoppel against the Government in California, 44 California Law Review 1956 p. 340.

(35) 序・注(4)に提示した文献の中に散見されるのみである。

(36) 警察当局が取締をしない旨を事前に発表したので、この発表を信じて行為した場合（大審院昭和14年12月15日判決「判例評論」29巻刑法）、経済統制法令の疑義に関する照会に対し、商工省の発した公文回答を信じて行為した場合（大審院昭和14年3月29日判決「大審院刑事判例集」18巻158頁）について、いずれも犯罪の成立を認めているが、戦後の判決の中には、医療法8条所定の診療所の開設届出について保健所に監督権限があると信じて届出について指示を迎いだところ、保健所が誤った指示を与えたため、届出が遅れ、届出義務違反で起訴された事案について、違法の認識を欠き犯意を阻却する、としたものがある（広島高等裁判所岡山支部昭和32年8月20日判決「高等裁判所刑事判決特報」4巻18号456頁）。

最近の判決の中にも、この点に触れたと思われる例が若干ある。

税務事務所長が、地方税法の解釈を誤り、各種学校を経営する原告（被控訴人）所有の不動産について、固定資産税を非課税とする旨の通知をし、その後8年を経過して、過去5年に遡って改めて固定資産税を賦課したという事案について、東京地方裁判所は、

「……自己の過去の言動に反する主張をすることにより、その過去の言動を信頼した相手方の利益を害することの許されないことは、それを禁反言と呼ぶか信義・誠実の原則と呼ぶかはともかく、法の根底をなす正義の理念より生ずる法原則……であって、国家、公共団体もまた、基本的には、国民個人と同様に法の支配に服すべきものとする建前をとるわが憲法の下においては、いわゆる公法の分野においても、この原則の適用を否定すべき理由はないものといわねばならない。……そのみならず、国家、公共団体の行政は、いわゆる権力作用によってのみ行なわれるものではなく、實際上法の根拠を欠くとはいえ、法の禁止しているものとは認められない数多くの、事実上の作用によって行なわれるものであり、ことに、国民の社会生活が公法法規により規制される度合が増大し、しかも、この種の法規が、ますます専門技術化するに応じて、かような事実上の行政作用の果す役割はますます重要なものとなり、その反面、国民は、善良な市民として適法な社会生活を営むためには、かような事実上の行政作用に依存し、これを信頼して行動せざるを得ないことになる。……かような事態にかんがみれば、事実上の行政作用を信頼して行動したことにつき、なんら責められるべき点のない誠実、善良な市民が行政庁の信頼を裏切る行為によって、まったく犠牲に供されてもよいとする理由はない。」

と判示して、固定資産税賦課処分を、無効とした。<sup>(37)</sup>

しかるに、控訴審・東京高等裁判所は、原審の判決をくつがえし、次のように述べて控訴人の主張を認容した。

「被控訴人主張の禁反言の法理とは、いわゆる表示による禁反言をいうものと解されるが、その趣旨は、自己の言動（表示）により、他人をしてある事実を誤信せしめた者は、その誤信に基づき、その事実を前提として行動（地位・利害関係を変動）した他人に対し、それと矛盾した事実を主張することを禁ぜられるとするにあるものと考えられる。そして一般には、禁反言の適用される表示とは、事実の表示であることを要し、単なる意見もしくは意向の表示では足りず、また禁反言の法理を認めると違法な結果を生ずる場合には、その適用を阻却されると解されている。……本件の場合、……この通知が免税その他なんらの法的効果を生ずるものでないことは前記認定の通りであって、……それは、単に、……所長の見解、ないし……部内の方針を、便宜、文書で被控訴人に知らせた事実上の措置にすぎない。また被控訴人としても、右通知があったのでそれではじめて……本件土地建物が非課税であると……誤信するに至ったとか……いうのでない。……かような誤解に基づく違法な取扱いは少しでも早く是正されるべきであって、千代田所長が昭和36年になってこれに気づき、法の命ずるところに従い、法の許容する範囲内で昭和32年迄遡って本件課税処分をした、これを禁反言の法理に反するものとして無効ということはできないものといわねばならない。」<sup>(38)</sup>

この東京高裁判決も、公法上の分野における表示による禁反言の法理の適用を一般

(37) 東京地方裁判所昭和40年5月26日判決（判例時報411号29頁）。

(38) 東京高等裁判所昭和41年6月6日判決（判例時報461号31頁）。

的に否定するものではないが、その適用により、違法な結果を生ずる場合には排除されるべきものとするところに重点が置かれ、かつ、被控訴人の信頼利益の認定、評価につき原判決との間に差異があるようである。しかし、場合によっては、結果的に法に違反したとしても私人の信頼利益の方をより厚く保護しなければならないこともあり得よう<sup>(39)</sup>。そして、それは、その限りで、「法律による行政の原則」をある程度破るものであるから、その限界を画するにあたっては、慎重の上にも慎重を重ねなければならない。一般的な要件を引き出すことは困難な問題であろうが、原審の判決中に述べられているように、少なくとも、(イ)、行政庁が誤った言動をするに至ったことにつき、相手方国民の側に責められるべき事情があったかどうか。(ロ)、行政庁のその行動が、いかなる手続・方式で相手方に表明されたか（一般的なものか、特定の個人に対する具体的なものか、その行動を決定するに至った手続等）。(ハ)、相手方がそれを信頼することが、無理ではないと認められるような事情にあったかどうか。(ニ)、その信頼を裏切られることによって、相手方の被る不利益の程度、といったような諸点が、具体的事情に即して、慎重かつ厳密に考慮されなければなるまい。

## 第2節 行政指導と行政争訟

1. 行政権の行使に対し不服を有する者が、その取消・変更などを求める申立に基づき、行政庁が審理・裁断する手続と、独立の裁判所に行政権行使の違法を争って出訴する手続とを総称してここで行政争訟と呼ぶならば、行政指導によって権利利益を侵害されたとする者は、その違法性を行政争訟手続で争うことができるであろうか。現在、その手続を定めた一般法たる「行政不服審査法」も「行政事件訴訟法」も、その対象を、「行政庁の違法または不当な処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政不服審査法1条）、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法3条2項）に限っており、両者共に原則として「行政処分」を争うものでなければならない。そして、この行政処分とは、伝統的に、「法令に基づき、優越的立場において、国民に対し権利を設定し、義務を課し、その他具体的に法律上の効果を生じさせる行為<sup>(40)</sup>」と解されてきたから、行政指導のように、行政がかくありたいと希望する一

(39) 西ドイツにおいてもハウアイゼンは「行政庁による教示・約束が、たとえ法規に反する時であっても、そのような法規違反は、教示・約束の拘束性につき妨げとなるものではない」と述べている（Haueisen; Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht. NJW 1961 s.1904）。

(40) 田中二郎「新版 行政法 上」91頁218頁。

定の秩序の形成をめざして国民を誘導する作用は、ほとんどの場合、相手方その他関係者の法律上の地位に法律的变化をもたらさず、それは訴訟によって違法性を排除し、確定する意味がないから、抗告訴訟の対象にはならないとされている。<sup>(41)</sup>

この処分性と法律効果に関する判例の立場を明確に打ち出したのは、自作農創設特別措置法によって売渡しを受けた農地の境界の争いに対して、地区農業委員会が紛争解決の斡旋としてした境界に関する通知について最高裁判所が示した次のような見解であった。

「行政事件訴訟特例法が、行政処分<sup>(42)</sup>の取消・変更を求める訴を規定しているのは、公権力の主体たる国または公共団体が、その行為によって国民の権利義務を形成し、あるいは、その範囲を確定することが法律上認められている場合に、具体的行為によって権利を侵された者のために、その違法性を主張せしめ、その効力を失わしめるためである。したがって特例法にいう行政処分は、このような効力を持つ行政庁の行為でなければならない。しかるに本件における市町村農業委員会は、いかなる法律によっても、個人の農地所有権の範囲を確定する権限が与えられているものではなく、本件通知は、法律上なんらの効力を生ずるものではない。それゆえ、本件通知をもって特例法にいう行政処分と解することはできない。」<sup>(43)</sup>

結局、この最高裁判決がリーディング・ケースとなって後の判決を規定したのであるが、この判決文は、具体的な行為権限に関する規定の有無と、法律効果の発生が何らかの関連を持っているもののように読みとることができる。しかし、他の判決は、必ずしも具体的行為権限の規定の有無と法律効果を結びつけてはおらず、別箇に取扱っている場合が多い。<sup>(44)</sup>

ところで、判決でいう法的効果ないし法律上の効果とは一体何であるかについては、かなりあいまいである。例えば、高等海難審判庁の海難審判法4条に基づく原因説明判決について、一方で、「このような不利益は、ただ単に事実上の不利益なりと断定するには余りにも重大なもので、これを法律上の不利益であると認めるのが相当である」とし、<sup>(45)</sup>他方、「事実上の不利益は、それがいかに大であっても、他に特段の事由がない限り、それが大であるということから直ちに法律上の不利益に転化するものではない」あるいは「原因説明判決は、関係人の法律上の責任を宣言するためのもの

(41) 雄川一郎「行政争訟法」68頁、原田尚彦「訴の利益」(行政法講座3巻)264頁。

(42) 最高裁判所昭和30年2月24日判決(民集9巻2号217頁)。

(43) 労働基準監督署長または労働者災害補償審査会の行なう審査・仲裁の結果は、単に勧告的性質を有するにすぎず、これにより労働者側と使用者側の権利に格別影響を及ぼすものではない、とした仙台高等裁判所昭和27年11月21日の判決(労民集3巻6号584頁)がある。上告審最高裁判所昭和31年10月30日(民集10巻10号1324頁)もこの見解を支持。同旨・労働基準監督署長の解雇予告の場合における法所定の平均支払の指示に関し、熊本地裁昭和26年5月7日判決(労民集2巻3号399頁)、労基法20条1項但書、同条3項、19条2項に基づく労働基準監督署長のした解雇予告除外認定の場合において、東京地裁昭和30年12月22日判決(労民集6巻6号1083頁)。

(44) 東京高等裁判所昭和27年12月16日判決(高民集5巻13号671頁)。

(45) 東京高等裁判所昭和35年8月3日判決(行例集11巻8号2353頁)。

のでないことは明らかであり、したがってそれは訴訟の対象となる公法上の法律関係に関するものには該当せず……<sup>(46)</sup>」として、それぞれ法律上の効果の見方に差異がある。また、地方公務員法46条は、勤務条件に関し、人事委員会に対して、地方公共団体の当局により適当な措置がとられるべきことを要求することを認めているが、その人事委員会の為す判定と勧告について、一方で、判定自体には直接拘束力がないから、原告の権利を侵害する処分とはいえない<sup>(47)</sup>とし、他方、地公法46条は、職員の措置要求に対し、適法な手続で、かつ、内容的にも裁量権の範囲内における適法な判定を与うべきことを職員の権利ないし利益として保障する趣旨の規定と解すべきだから、違法な手続で為された決定は、職員の具体的権利に影響を及ぼすものとして、取消訴訟の対象となる行政処分と解すべきだとするものもある。<sup>(48)</sup>これは結局、行政処分の要件としての法的効果の発生、すなわち、「国民の具体的権利を形成し確定する効力を有すること」の理解の仕方の広狭によるものであろう。ともあれ、取消訴訟の対象となる行政庁の処分を、いわゆる「法律上の効果」を生ずるもののみ限定するという見解が完全に貫かれているとはいえない。取消訴訟は、行政庁の処分によって生じた法律上の効果によって法律上の不利益を受けている者に対し、処分の取消によってその法律上の効果を失なわせ、これにより権利救済をはかることを目的とするものであるから、その意味においてはその対象となる処分を法律上の効果を生ずるもののみに限ることが理論上は正しいと考えられるに拘らず、幾つかの裁判所が、行為の法律上の効果によってでなく、その事実上の効果によって法律上の不利益を課しているような場合にもなお取消訴訟による救済を認めようとする態度をとっているのは、かかる場合に、国家賠償法による損害賠償の請求のみによってはこれらの者の権利救済が十分ではなく、なお取消訴訟という形式の訴訟によって権利救済をはかる実益と必要性がある<sup>(49)</sup>と感じているがためであろうと思われる。

2. 行政指導一般が、直接的な法的効果を伴わないということは、反面、それは法的な強制力をもたないことを意味する。それはその通りであろうが、ただ行政指導は、その主体である行政庁が、一般に人民に対して優越的・支配的な地位にあり、しかも、

(46) 東京高等裁判所昭和35年8月3日判決（高民集13巻6号547頁）。

(47) 鳥取地方裁判所昭和30年7月20日判決（行例集6巻7号1358頁）。同旨・静岡地裁昭和32年12月9日判決（行例集9巻12号2867頁）。東京高裁昭和34年8月31日判決（行例集10巻8号1595頁）。

(48) 最高裁判所昭和36年3月28日判決（民集15巻3号595頁）。

(49) 最高裁判所事務総局編：行政事件訴訟十年史、95頁。

その背後に法令による各種の強制的権限を保有していることから考えて、ある程度の事実上の強制力を持っているということは否定できない。国民の側からすれば、不当な勧告や警告に屈服しなければならない理由は何もないが、一般人民は、法令の不知や有形・無形の行政の圧力を恐れたりして不本意ながら従うことも少なくない。このような形式的には命令とはいえないが実質的には命令に等しい機能を有する行政指導を救済手段から排除してしまうことが果たしてどこまで妥当であろうか。相手方の服従が事実上強制されるにしろ、他の面で不利益な取扱いをされるにしろ、受けるべき不利益が相当程度明確に予知される場合には、その限度で、行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為に準ずるものとして行政救済のルートにのせることも不可能ではないのではないだろうか。<sup>(50)</sup>

また別の面からの考察もあり得る。行政指導は、法律の明示の根拠を必ずしも要しないが、例えば、企業合理化促進法 11 条に定める原単位の改善に関する指導・勧奨、石炭鉱業合理化臨時措置法 60 条・61 条に定める石炭販売価格に関する勧告、石油業法 10 条 2 項に定める石油精製業者に対する石油製品生産計画の変更勧告、等、勧告・要望・助言等を行なうことができる旨の法律の根拠が存在する場合もある。それは多くの場合、行政指導を為し得る要件がかなり具体的に定められているのであって、その要件を逸脱すれば違法な行政作用であることは疑いない。また法の根拠あるなしに拘らず、行政指導は、非高権的活動としての性質を持つ任意的な事実行為ではあるが、広い意味での公行政の活動の一部を為すものである以上、比例原則・平等原則・信義則等の条理法の拘束をも受けるものと解すべきである。<sup>(51)</sup> しかもそれは法律の留保の原則の致らしむる帰結であって、法律または条理法に反する行政指導は、いずれにしても違法たることを免れ得ない。違法な行政指導は、それだけでも、関係者の法的地位に重要な変動をもたらす危険性を包蔵している。特に、それが、憲法に保障されている国民の基本権を不当に害したり、現に存する法律に真正面から抵触したりするようなことがあれば、それだけなおさら、行政の違法是正、国民の権利・利益の救済は考慮されてしかるべきである。

(50) 知事が、社会保険医療費担当者監査要綱（厚生省通達）に定めた戒告事由にあたるとして、保険医に対してした戒告の取消訴訟につき、宇都宮地方裁判所昭和 32 年 5 月 28 日判決（行例集 8 卷 5 号 901 頁）は、戒告が性質上指定取消と同じく保険医の名誉・信用に重大な影響をおよぼす虞があり、また戒告がたび重ねられることにより、指定取消事由にもなるのであるから、戒告が社会通念上適性を欠き、あるいは事実の基礎を欠く場合は、行政庁の処分に準じて抗告訴訟の対象となり得る旨を判示している。

(51) 成田・前掲書 154 頁。

取消訴訟の基本理念も、現に人民の権利享受を妨げている違法な行政処分の効力を排除して権利享受を回復させるという機能や、法律が人民のために保護している利益一般を、違法な処分に対して当事者が自ら防衛するための手段にとどめられるべきではない。特に最近のように、行政指導のような直接法的効力を有しない作用が広く行なわれるようになった事情の下では、取消訴訟は、処分の違法を争う者が、その効力を否認するにつき実質的な利益を持つ限りは、広く取消訴訟の提起を認め、より実質的に人民の蒙った損失を評価して司法的救済の道を可能にしようとする機能を有すべきである。行政事件訴訟法にいう行政処分<sup>(52)</sup>の概念も、この取消訴訟の基本理念の把握の仕方によって、必ずしも従来の行政処分概念にこだわる必要もないと考える。

### 第3節 行政指導と国家補償

1. 違法または不当な行政指導によって損害を蒙ったと主張する者が、国または公共団体に対して損害賠償を請求することができるであろうか。

現在、国または公共団体の不法行為責任について定める国家賠償法の解釈としては、法第1条でいう「公権力の行使」の意義について、国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用と解する説と、本来の意味での公権力の作用だけでなく私経済作用をも含むとする説とが対立している。そのうち、後者の説をとる限り、非権力的行政作用たる行政指導も当然国家賠償法第1条の対象となり得ると解するものがある。<sup>(53)</sup>

しかし、一般に不法行為における加害行為は、法律行為であると事实现行（物理的の違法性または権利の侵害・損害の発生——が充たされる限り、行政指導によって損害を蒙ったものは、結局、民法上の損害賠償請求ができるであろうから、国家賠償法の「公権力の行使」の意義をどう理解するかは、あまり意味のない議論だと思われる。ただ実際問題としては、行政指導それ自体の公行政としての性格ないしその行使される状況から、損害賠償請求が国家賠償法によることが多いといえるであろう。<sup>(54)</sup>

それよりはむしろ、行政指導が本来任意的手段であるがゆえに、相手方は当然には

(52) 原田尚彦「訴の利益」（行政法講座第3巻265頁）、原田氏はそこで「行政庁の行為が、たとえそれ自体は、直接法的効果に伴わぬものであっても、その威嚇的な効果などの事実上の影響により当事者または第三者に実質的な危害を及ぼす場合には、先験的に訴訟の対象性を否認すべきではない」と述べている。

(53) 成田・前掲書163頁。

(54) 塩野・前掲書27頁。

それに従う義務はないというところに問題があるように思う。すなわち、行政指導による損害の発生には、通常、行政指導に対する相手方私人の判断が介入していると考えられるのであって、行政指導と現実発生した損害との間の因果関係を論ずるにあたり、この私人の判断をどのように評価するのかという問題が生ずるのである。したがって、相手方が当該行政指導によって生ずるであろう損害を認識しながら、まったく自由な判断でこれに従ったような場合には、「同意は不法行為の成立を阻却する」の法理により、賠償請求は認められないという議論もでてくるわけである。<sup>(55)</sup>判例の中にも、税務署長が農業協同組合に対して組合員の所得税を一括してとりまとめて納付するように勧奨し、この勧奨に基づいて組合員の所得税をとりまとめた組合が、その金額を他に流用したために生じた損害について、勧奨に従うか否かについて納税者の判断の自由が存したことを、勧奨と損害の発生(56)の間に因果関係の存しない論拠のひとつにしたものがあった。

しかし、相手方の自由な判断が介在したとはいっても、それを文字通り自由な判断だと評価できないところに行政指導の持つ問題性は密んでいる。少なくとも客観的には自由な判断に委されているように見える場合であっても、主体が公行政の担い手であり、公権力を背後に控えた行政主体であれば、私人がまったく何の心理的圧迫を受けることもなしに指導・勧告に従うということは、まずあり得ないといつてよい。前述した如く、現在の通説・判例では、行政指導が通常の行政争訟手段にのらないということを合わせ考えてみる時、相手方が「自発的」に指導に従った以上、損害賠償は認められないというのでは、相手方の救済はきわめて狭いものとなるであろう。行政指導のように事実上の強制力を伴うような場合には、不法行為の成立を阻却する意味での同意があったとはみるべきではなく、広く損害賠償の途を認めることこそ、国民の生存性を保障し、個人の脆弱化した生活基盤を補い、国民生活の維持を図ることを国の責務としている現行憲法の建前にも合致するのではないだろうか。

2. 行政指導が一応適法に為されたとしても、それに従ったがために損失を蒙ったという場合も考えられる。例えば、行政庁がアンブル入りの風邪薬のような人体に有害な薬品の製造中止・販売中止・回収等を勧告したり、粗鉱の減産指示・石炭の勧告操短

(55) 成田・前掲書 164頁、ジュリスト 342号 40頁に、座談会席上での矢沢教授の「ただ明らかに勧告がおかしかった場合には、勧告ですら従わない方がいいのであって、むしろ従ったのは過失だということで、過失相殺か何か知りませんが、損害賠償請求ができないということは当然でくるかも知れませんね」という発言がある。

(56) 仙台高等裁判所昭和 31年 11月 22日判決(下級民集 7巻 11号 3337頁)。

を行なうことによって、相手方が得べかりし利益を失なったような場合がその典型例であろう。

本来、損失補償とは、一定の公益目的を実現するために、公権力により私有財産を侵害する必要がある場合、その結果生ずる財産上の特別の犠牲を、私有財産の保障と公的負担の平等の見地から、全体の負担に転嫁させるために為される出捐をいうのであるから、この問題も、この損失補償制度の本質と内容に即して考えなくてはならない。

まず、法治主義は、個人の自由・財産についての規制・侵害に際しては法律の根拠を要請する。ところが、行政指導の多くは、明文の法律の根拠を有しないのであって、補償さえすれば、行政指導による財産権の侵害もあり得るというのでは、逆に法に根拠のない収用を認めるのと同じ結果になってしまう。このことの一般化は、とりもなおさず、行政指導による法治主義の実質的な空洞化以外の何ものでもないであろう。

次に、仮りにもし上述のような行政指導による財産権の侵害が実際上あり得るとしても、その際生じた損失が「特別の犠牲」といい得るかどうかは疑問である。例えば、有害だと知らずに製造中止を勧告したアンプル入りの風邪薬が、実は無害だったというように、形式的には一応適法な行政指導にせよ、後にそのような行政指導をする必要がなかったことが判明したような場合、それに従った製造業者は、それなりの損害を受けることになるだろうが、それはすでに、論理的には損失補償よりも損害賠償の問題として片のつくことである。また実際に有害な薬品であった場合には、有害薬品である以上は、相手方には本来一種の受忍義務が課せられていると考えられる。これは建築基準法 10 条 1 項に基づく、著しく保安上危険であるか、著しく衛生上有害な建築物の所有者に対する当該建築物の除却・移転の命令や使用禁止によって生じる損失は、まさしく特別の損失には違いないが、建築物所有権にも一定の社会的制約が内在するものであって、上の命令によって所有者に生じる損失は、所有者の当然受忍すべき性質の損失であると同じ理である。<sup>(57)</sup>石油石炭の勧告操短のような場合はどうであろうか。生産制限によってある程度の損失が生ずるとしても、そのことを覚悟の上で、長期的な不況克服という業者自身の利益にもなることのためにこれに従ったとすれば、<sup>(58)</sup>本人の負担に帰する合理的な理由のない損失だということはできず、やはり

(57) 行政指導の手段によらず、業事法・食品衛生法等の法律によって行政処分をしたとしても、一種の受忍の範囲内ということで損失補償の問題にはならない。

(58) 成田・前掲書 164 頁。

「特別の犠牲」にはあたらないと解すべきである。

以上の考察によって明らかな通り、法律に根拠のない行政指導による損失の補填は、本来許さるべからざるものであり、そうでなくても、受けた損失は「特別の犠牲」にあたるものとは思われず、結局、損失補償の対象にはならないと解して妨げない。