

実質的法治主義行政法との対話 (4)

16 行政指導—なにを論じるか、どこで論じるか—

17 行政調査の分類論と要件の解釈

比 山 節 男

行政指導については、たしかに行政法概説書で説明しておかなければならない重要事項や論点はあるが、これまで取り上げてきた行政の行為形式論や行政裁量といったテーマとは異なり、ある論点について激しく対立する見解があるというわけではないことが大きな特徴であるように思われる。そのためであろう、概説書で取り上げて説明する内容に大きな差異はほとんどないようである。説明する内容に大きな違いがないからであろうか、評者がいつも最初に考えることは、行政指導についてなにを論じるかという内容選択に関する問題およびどこで論じるかという行政指導の体系上の位置づけの問題である。そして、この二つの問題を考えるときの視点と関心は行政法学をより一層、実質的法治主義行政法の名に値するものにするにはどこをどう改めていけばよいか、特にこれから行政法を学び実践しようとする人たちと、本稿の主題どおりに実質的法治主義行政法との対話を共有してもらうために、概説書の構成と内容をどう改めたらいいかということである。以下では、そうした視点と関心から、大きくは阿部泰隆著・行政法解釈学ⅠⅡ（有斐閣）の見解に依拠し引用しながら、内容選択と体系上の位置づけに関する上記二つの問題を考える。⁽¹⁾

註

(1) 本稿で引用する主な概説教科書の略称方法は以前どおりであるが、改訂等により引用対象の版が以下のように変わっている。

塩野Ⅰ（頁）、塩野Ⅱ（頁）←塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2009年）、同『行政法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2010年）からの引用である。

櫻井・橋本（頁）←櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第3版）』（弘文堂、2011年）からの引用である。

宇賀Ⅰ（頁）、宇賀Ⅱ（頁）←宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2011年）、同『行政法概説Ⅱ（第3版）』（有斐閣、2011年）からの引用である。

1 行政指導についてなにを論じるか

行政指導について概説書で取り上げる内容は、行政法学をより一層、実質的法治主義行政法の名に値するものにしたいという視点と関心からは、実定法である行政法の解釈学を作業の対象にしていることを踏まえると、評者の私見では、今日以下の二つに分けて説明することが上策である。一つは行政手続法に実定法化されている諸規定の含意についてであり、もう一つは、現在ある行政手続法が規律対象としていることが必ずしも明確ではないが、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るという行政手続法の直接目的に照らし、行政手続法等による法規制の網を投げかける必要性があると考えられる争点についてである。⁽²⁾

（1）行政手続法に実定法化された行政指導に関する諸規定の含意

ここで最初に行う作業は、行政手続法（以下、法ともいう）における行政指導の定義（2条6号）と第4章行政指導（32条から36条）に実定法化された諸規定について、行政手続法の成立に先行して存在した基本的な議論や最高裁判決を紹介するなどして、行政手続法の諸規定がそれら先行論議や最高裁判例を母胎とする、きわめて実践度の高いものであることについての理解を深めることである。すなわち、行政指導には相手方の任意の協力を得ることにより円滑な行政運営が可能になるという長所が認められる一方、密室性と不透明さからもたらされる不公正さが最大の弊害であり、これに法規制の網をかけて行政の基本スタイルを公正で透明なものとしなければならないことが痛感されていたという背景事情とそれを巡る議

論の描写である。行政指導が有するこの長所と短所をどうバランスをとって調整するか、そのことが問題意識としてあって大いに議論され、最高裁判例のケースがこれに具体的な裁断を下し、そこで示された考え方が行政手続法の諸規定に結実したという経緯と関係性を十分に描写する説明がなされなければならない。

そうすると、任意性こそが行政指導の最大の特徴であることを示した有名な2つの最高裁判決⁽³⁾を紹介し、それらが「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実現され」なければならない、「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」という行政指導の一般原則を定める32条の基礎にあることをはっきりと認識できる説明が求められることになる。また、申請に対する応答の留保が問題になった品川マンション事件最高裁判決が、33条にいう「行政指導に従う意思がない旨を表明した」という、任意性の有無を見定める限界を明らかにしたことも学ばねばならない⁽⁵⁾。

こうした説明が十分になされることにより、手続的規制として「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」「書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない」とする35条が定められた背景についても深く理解できることになろう。そして、こうした理解があつてこそ、今後の新しい事案に対して行政指導に関する行政手続法の立法趣旨を踏まえた的確な解釈と適用が可能になると確信する。

思い返すと、行政手続法が成立する頃までは、経済が一流国になった日本社会であることを承認しつつ、行政スタイルの面では不透明・不公正であることを揶揄するかのように、“ギョーセイシドー”なる言い回しが世界的に通用していたと記憶する。あの頃は、行政指導を行うのに法律の根拠は必要であるかや（どの程度の具体的根拠が必要を含む）、違法な行政指導の取消しなどを求めて争うことの可否であるとか、違法な行政指導による損害の救済方法など、今にして思うと、行政指導が事実行為・非権力的行為であることから直線的に想定される論点が盛んに議論された⁽⁶⁾。そ

して、これら直線的に想定される論点は行政指導を行為形式論の見地から把握する議論であった。他方、行政指導に関連して提起された訴訟において実際に争われたのは、そうした直線的に想定される論点とは違って、許認可等の権限行使に関連して行政指導が任意性原則に反して違法性を帯びるに至った具体的状況である。そしてそれら判例が行政手続法の条文へと結晶したのである。この到達点に至った経緯は正確に記録され、今後も変わらず正しく理解され続けなければならない。

(2) 現行行政手続法が規律対象としていることが必ずしも明確ではない 問題

専門概説書で取り上げて論じなければならないもう一つの問題は、現行の行政手続法が規律対象としていることが必ずしも明確ではないが、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るという行政手続法の直接目的に照らし、行政手続法等による法規制の網を投げかける必要があると考えられる争点に関するものである。問題の出方としては、その場合の行政指導が他の手法とどのような関係で用いられているか、および行政指導が用いられる関係システムについて個別法がなんらかの規制を設けているかどうかの組み合わせにより、大きく以下のイとロの場合に分かれると思われる。

イ 初めに、行政指導の後に命令等の強制権限の行使や不利益な取扱いが予定されておらず行政指導だけが単独で用いられる場合である。この場合の行政指導は、行政指導の本来の定義どおり相手方の自由意思を侵さないで行われるものである限り、違法性を帯びることはない。

ただし、退職勧奨が被勧奨者の任意の意思形成を妨げ、あるいは名誉感情を害するとき言動でなされたときは、そのような勧奨行為は違法な権利侵害として不法行為を構成する場合があるとした原判決を支持する最高裁判決（最一判昭和55年7月10日〔下関商高事件〕）がある。相手方の自由意思に働きかけているはずの行政指導が実際には任意の意思形成を妨げていると評価される場合があるということであるが、それは事実をどう

評価するかという問題であり、法の適用としては、行政指導の定義（法2条六号）と一般原則（法32条）を確認することで対応せざるをえない。⁽⁷⁾

ロ 次に、行政指導に従わないときに命令等の強制権限の行使や不利益な取扱いが予定されている場合における行政指導の規制のあり方という問題がある。行政指導に関して実質的法治主義の深化を考えると、今後もっとも重要な問題であろう。この問題について検討すべき課題は、i. こうした行政指導に法律の根拠を要するか、ii. この行政指導の適法性に関する法的評価の問題、iii. 不利益処分などに先立ち行政指導をする義務があるか、およびiv. 行政指導自体をどのような方法で争うことができる⁽⁸⁾かである（不利益な取扱いとして公表が予定されている場合については、後にまとめて検討する）。

i. 行政指導に従わない場合に命令等の強制権限の行使や不利益な取扱いが予定されているとき、行政指導に法律の根拠を要するか

著者は、一般論として次のように述べる（I 104頁。下線は評者）。

行政指導は強制手段ではないので、法律の根拠は不要である（……）。実際上は、法律に根拠規定があっても、抽象的な要件の下で指導・勧告することができる程度のものが普通であるが、それ自体はやむをえない。しかし、指導に続いて処分や公表が行われる可能性があるときは、それ自体重大な処分や強制力ある事実行為（公表）の前提となるのであるから、それなりに具体的な基準を定めた根拠規定をおくべきである（医療法30条の11による減床勧告が保険医療機関の指定拒否につながるのに雑すぎる点は後述する）。これは侵害留保説でも説明できよう。行政手続法の行政指導に関する規定は、後述のように、行政指導に外枠をはめるもので、ここでいう法律の根拠ではなく、規制規範となる。

行政指導に法律の根拠を要するかの議論は行政指導に関する議論が始

まった頃は最大の論点であったが、この点は著者が言うように、「実際上は、法律に根拠規定があっても、抽象的な要件」であることが多く、あまり実益のない議論であったように思われる。しかし、指導に続いて処分や公表が行われる可能性があるときは、相手方国民の権利利益を侵害したり大きな影響を及ぼす事態が予定されているのであるから、実質的法治主義行政法の立場からは、法律の根拠の要否を論じる必要性和実益が大きい。この点、著者は「それなりに具体的な基準を定めた根拠規定をおくべき」と述べているが、評者もこの見解に従いたい。加えて、著者が言う、それなりの具体的な基準の内容として、その行政指導が命令等の強制権限行使や不利益取扱いに先行するものであることの明示が含まれると解すべきである（行政指導の手続的要件を定める法 35 条 1 項の「行政指導の趣旨及び内容」に含まれると解することになる）。

ii. 行政指導の適法性に関する法的評価の問題

著者は次のように説明する（I 144 頁。第 2 章第 1 節法治主義。下線は評者）。

行政指導は定義上も任意手段であるから、あるいは強制するためには侵害留保原則によりその旨の法律の根拠を要するから、強制すれば違法となる。このことは憲法原理であるから、行政手続法が施行される前から妥当していたが、行政手続法はこの趣旨を明示している。これが同法 32 条 1 項の定める行政指導強制禁止の原則である。

これに続いて、同法 32 条 2 項は、「行政指導に携わる者は、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。」としている。もともと、行政指導に従わない者に対して別個の手段を使って給水を拒否するのは違法である（最決平元・11・8〈武蔵野市マンション事件百選 192 頁〉）とされたが、今なら同法 32 条 2 項違反である。勧告に続いて違反事実または不服従の事実を公表することとしている扱いも少なくないが、それが法律に定

められているならともかく（その場合には、行手法と同格の法律の定めとなる）、行政内部の指導要綱等の定めであれば、勧告に従わない故の不利益取扱いであるから、同法 32 条 2 項に違反する。

要するに、行政指導に従わない場合に命令等の強制権限を行使したり公表等の不利益な取扱いを予定する行政指導は、その規制システムについて個別法に根拠があれば適法と評価される可能性があるが、個別法に根拠がなければ行政手続法がある現在では同法 32 条 2 項違反になるということである。そして、このことは同法 32 条 2 項の解釈から導かれることではあるが（その意味では、行政手続法に定めがある場合である）、概説書ではこのことを明確に指摘しておくことが必要である。

iii. 不利益処分などに先立ち行政指導をする義務があるか

不利益処分については、すでに行政手続法第 3 章が事前手続を定めているが、ここで検討しようとしているのは、不利益処分の被処分者に法律上の義務の履行と遵守を促す行政指導をする義務があるかという問題である。⁽⁹⁾ きわめて卑近な例をあげると、一方通行や進入禁止などの通行規制がある道路において、その規制が見落とされやすいことを十分に承知しているにもかかわらず、その見落とされやすい状況を改善しないで、規制違反がなされることを予測しているのにこれを検挙し不利益処分を科すことだけを繰り返すような類の法の執行状況が継続している場合である。法の執行システムとして、ワンクッション・システム（命令前置）と直罰制があるが、⁽¹⁰⁾ ワンクッション・システムの場合は、行政指導以上に行政の意思表示される行政命令を介在させるので上記は問題にならない。直罰制のときは、違反行為があると、それは直ちに処罰対象となるので、その必罰の状況を回避・予防するために行政指導をなすべき義務が認められる場合があるかという問題である。

この問題について著者は、『解釈による指導前置主義』として次のように論じる（I 143～148 頁）。

通常の制度では、いちいち事前に指導を受けることがなくても、初回でも、違反は違反だと処分され、処罰される。違反かどうかはわかっているのが普通だからである。しかし、健康保険請求実務は、複雑で間違いを犯しやすいものであるから、丁寧な指導が必要である。……健康保険請求で、違反した場合に予定されている処分は、保険医療機関の指定取消（保険医の登録取消、健保80条・81条）という、極刑である。勧告とか戒告という軽い処分は法律上予定されていない。そして、現実にも、指導もしないで、突然処分をすることは、健康保険の領域では、聞いたことがない。

確かに、条文上、指導しなければならないとは書いていないわけではあるが、このような保険請求と処分の特殊性を踏まえて考察すれば、処分をする前に、不意打ちにならないように事前指導をしなければならないという指導前置主義が採られていると解すべきであり、指導なき突然の処分はそれ自体違法というべきである。

行政指導の作為義務（≡行政の不作为責任）だけに着目すると、最高裁判例のように裁量権消極的濫用論の立場で処理する⁽¹¹⁾か、学説のように裁量権収縮論⁽¹²⁾の立場で処理することになろうが、今ここで検討している行政指導をなすべき相手方は、自らが法令違反行為をしたことにより重大な処分を受けるおそれがある者であり、これまでの判例で議論されている規制により利益を受ける対第3者との関係における作為義務という場面ではない。著者の立場は、「複雑で間違いを犯しやすいものであるから、丁寧な指導が必要」であるという対象の特殊性と「違反した場合に予定されている処分が」重大であるという処分の特殊性が、行政指導の不作为を違法とする方向に働くベクトルと捉え、解釈により事前指導をしなければならないという指導前置主義を読み取るものである。

ところで、行政手続法34条（許認可等の権限に関連する行政指導）は、行政指導が相手方の「任意性を否定して協力を強いることを禁止」⁽¹³⁾する趣旨で、許認可等の権限を行使する行政機関はその「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」(下線は評者)と定めて行政指導の行使態様を規制しているが、行政指導をする義務があるかというのは問題の出方がその反対のような場合である⁽¹⁴⁾。つまり、違反行為に対して必然的に行政罰等の制裁を科すことが予測される場合、当該行政罰の賦課権限が行使されることを殊更に示さないことにより相手方が違反行為をすることを見過ごし、その後、当該行政罰を賦課するようなことをしてはならない、という構造である。結局、行政指導に関して公正さが求められるのは、行政指導を行うときだけでなく、行政指導を行わないときにも当てはまるということであり、行政指導を行わないことが著しく公正さを欠いて恣意的とみられるときは、その不作為は違法と評価されるとのテーゼを立てることができよう。

iv. 行政指導の後に命令等の強制権限行使や不利益な取扱いが予定されているときの行政指導はどのような方法で争えるか

命令等の強制権限行使の場合は、不利益処分として聴聞または弁明の機会が付与されるが(法13条)、行政指導の後に命令等の強制権限行使や不利益な取扱いが予定されている行政指導の要件として、行政指導が命令等の強制権限行使や不利益取扱いに先行するものであることを明示しなければならないと解すべきこと(法35条1項の「行政指導の趣旨及び内容」に含まれると解することになる)については上記した((2)ロ i)。また、改正法案は、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導について、国民の側から行政機関に対し中止等を求める権限を付与するもの」をとりあげていた⁽¹⁵⁾。

ここで検討しようとするのは、「後に命令等の強制権限行使や不利益な取扱いが予定されている」行政指導は、それ自体を取消訴訟の対象である処分として争うことができるかという問題である。この点、近時、最高裁は病院開設中止勧告取消訴訟で処分性を肯定する判断を下している(最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁・百選Ⅱ167事件)⁽¹⁶⁾。行政指導の

行為形式論からすると、行政指導は事実行為であり、なんの法的効果も有しないから処分性は認められないとして軽く一蹴されて門前払いされる筈であるが、それでは紛争の存在を無視する結果になってしまうし実効的救済を拒むことになるなどとして、学説が従来から厳しく批判してきたところである。最高裁は、行為形式論からではなく行政指導を構成要素とする法システム全体を関係する法規にまで広げて観察して行政指導の処分性を肯定する判断を下したのである。

もちろん、処分性に関する判断は行政事件訴訟法の解釈問題であるから、行政手続法が処分性について規定することはない。それでも、行政手続法等による法規制の網を投げかける必要があるものについて、これを検討したいという本稿の問題意識に即して表現するなら、最高裁判決は、行政手続法第4章行政指導（32条から36条）で示されている判断枠組みも参考にして処分性を肯定する結論になったと考えられるのである。すなわち、申請や許認可等の権限行使の仕組みないし法システムとの関係で、問題になっている行政指導の实际的機能を直視して処分性を判断するという視点である。

ハ 行政指導に続く不利益な取扱いとして公表が予定されている場合
不利益取扱いとしての公表については、公表に先行して行政指導がなされるかどうかとは無関係に、公表のもつ社会的影響力の大きさに鑑み、公表自体の法的統制の必要とそのあり方が以前から議論されている。つまり、不利益処分であれば、行政手続法が定める事前手続として聴聞あるいは弁明の機会の付与がなされるが、公表は事実行為であって処分ではないとの理由で事前手続は保障されない。それゆえ、公表に先立ち、今のままの状態が改善されずに続くならば公表されることになる旨、事前の告知と弁解を聞く機会を設けるなど公表に法的統制の網をかける必要は大きい⁽¹⁷⁾が、この点に関する最高裁判例がないこともあって公表の法的統制に関する最終的な着地点が定まったとはいえない状況である。

そこで、上記ロで検討した、行政指導に従わないときに不利益な取扱い

が予定されている場合の具体例として公表が予定されている場合における行政指導の規制のあり方について、格別追記すべきことはないか、上記ロにおける検討と同様、 i. 公表に先立つ勧告等行政指導に関する法律の根拠の要否、 ii. 公表に先立つ勧告等行政指導の適法性に関する法的評価の問題、 iii. 公表をなす前に勧告等をする義務があるか、および iv. 勧告等行政指導自体を争う方法について検討する。

i. 公表に先立つ勧告等行政指導に関する法律の根拠の要否

著者は「勧告＝公表というシステムにおいては、ともに法律の根拠を要する」(I 109 頁)との立場である。⁽¹⁸⁾ 続けて著者は、「単に勧告し公表することができるというだけでは、要件が不明確すぎる。その要件をそれなりに具体化し、また公表についてはどのようになれば公表を取りやめるかについても明示すべきである」とする。これまでなされてこなかった指摘であり、利益状況に及ぼす影響に鑑み、法治主義の道理に適っていると考ええる。

なお、「公表についてはどのようになれば公表を取りやめるか」に包含されているようにも思われるが、公表に先立つ勧告についても改正法案⁽¹⁹⁾ 36条の2を参考にして、どのようになれば勧告を取りやめ、かつ公表に移行しないかについて、さらに要件を明確にしてもいいように思われる(公表に移行しない条件について次のiiiも参照)。すなわち、同条にいう「行政指導(……)の相手方は、……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。」「当該行政機関は、この申し出があったときは……当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。」旨の定めを、勧告の中止と公表に移行しない条件の明確化にも応用するということである。

ii. 行政指導の適法性に関する法的評価

簡潔ではあるが、著者は次のように正鵠を射て述べている。⁽²⁰⁾

行政指導に従わなければ公表するとの制度は、行政指導に従わなかったために不利益な取扱いをすることであるから、法律に規定がない場合には、明らかに違法である（行手 32 条 2 項）。なお、法律自体に、勧告、公表の制度をおいている場合（国土利用計画法 26 条等）は、行政手続法の例外を法律で定めているのであるから、違法にはならない。

すなわち、勧告（≒行政指導）に続いて公表が予定されているシステムにおいて、勧告が適法と評価されるかどうかは、法律が勧告と公表のシステムを定めているかどうか次第ということである。法律に根拠規定があることの意味を再確認させるとともに、それが行政手続法 32 条 2 項の意味するところであると簡明に説明している。

iii. 公表する前に勧告等をする義務があるか

著者は、公表前に事前手続として「それなりに弁明する機会を与えれば妥当」（I 601 頁）と考えており、別に勧告等の行政指導をする義務があると考えているかどうかには言及していないようである。したがって、I の iii で論じたと同様、「殊更に」という裁量論の問題になると考えられる。

さらに、著者の問題意識としては、公表する前に勧告等をする義務があるかの問題よりも、公表がなされるか否かに強い関心があり、そのため、勧告等の行政指導を行った後、勧告に従うか従わないかを確認すべきか（前者）、また、勧告に従って改善された場合に公表を取りやめるべきか（後者）の問題を考察している。

そして、前者について、少なくとも「勧告に従わないとき」を要件として公表を予定している東京都消費生活条例の場合には、「勧告後、勧告に従わないことを確認せずにただちに公表する」ことは、公表により業者が被る不利益との調整上、予定されていないと解しているようである。

また、後者について、「改善された事実がある場合には、被害拡大防止のためという情報提供の根拠を失い、それにもかかわらず継続されている

公表は違法であると考えられる」「制裁であれば、業者が違反がないように改善しても、なお HP に載せたままにすることはできようが、過大な制裁とならないように、それなりの期間内には廃止すべきである（刑でさえ消滅する）。制裁でなく、消費者への情報提供としての公表であれば、違反を改善すれば、必要なくして、不利益を及ぼすものであるから、公表を廃止しなければならない」（以上、I 601～602 頁）とする。

思うに、法が直罰システムを採用しないで、命令等の強制権限行使や公表などの不利益な取扱いをする前に、勧告を先行させている趣旨は、相手方国民の理解や協力を得て、可能な限り自主的に履行や法の遵守を実現することが望ましいという考えの表れと思われる。したがって、勧告に従っているか・勧告に従って改善されているかを誠実に確認し、自主的な履行や法の遵守が実現されることを優先させて判断すべきと考える。

iv. 勧告等行政指導自体を争う方法

上記のとおり、著者は、勧告＝公表というシステムにおいて、ともに法律の根拠を要するとし、公表前に事前手続として「それなりに弁明する機会を与え」ることが適切でそれで足りると考えているようであり、勧告自体を争う方法があることまでは主張していない。最高裁も、病院開設中止勧告の場合は注 16 で紹介したように判示して勧告の処分性を肯定したが、勧告に従わないときに予定されている不利益な取扱いとしての公表がこれと同様に評価されて処分性を認められるかは別論であろう。なぜなら、同じ行政指導であっても、病院開設という本来的に自由であり、適法な行為に対してなされている場合と、法令に違反する行為等の是正を求めるためになされている場合とでは、その行政指導の適法性を争う機会の保障につながる処分性に関する判断が変わってくる可能性があるように思われるからである。

(3) 太田匡彦「行政指導」論文⁽²¹⁾

ところで、「行政法の新構想」では太田匡彦が行政指導を担当し、「法学

として、行政指導を行政指導と認識し評価する思考枠組みはどのようなものか」を検討している。その問題意識は、行政指導が好まれなくなったとしても、行政指導の提示する法的問題は存続し続けるので、それが行政法一般理論に立った考察を必要とすること、その作業により他の事実行為研究のための視点を得られるであろうこと、さらに行政指導の実際について分析し行政指導が好まれる原因等も明らかにしたいなどの意図から、そのためにはまず行政指導の法的分析を済ませておく必要があるとの関心のようである（同書 201 頁）。

この論文は、行政指導の認識枠組みに関する考察を基礎に、行政指導の構造を分析し、次いで行政指導に対する法的統制手法を整理検討する。行政指導の認識枠組みとは、平たく言うと、行政指導と他の行為との区別である。その作業は、具体的には、「ある行為が行政指導か行政行為か、行政指導かそれ以外の精神的事実行為か」といった行政指導をそれと認識できる思考枠組み、および「なぜ・何を目的に我々は行政指導とそうでない行為を区別するのか」という区別の目的を考察することのようである。また、行政指導の構造については、過程の観点から見て、行政指導が行われる以前・実施・終結という段階ごとの諸相や行政指導を取り巻く利益配置からみた構造の諸相を検討するというものであり、絶対的な行政指導の構造ではなく相対化して捉えるというものである。そして、行政指導の法的統制手法としては、実際になされる行政指導が定義通りのものであることを確保するための手法と、その上で行政指導を合理的なものとするための手法とに分けて考察する。

初めの問題意識自体、教養第一主義的であり、行政法学の使命に照らして、いま一つ筆者には頷けない。そしてこの認識枠組みに関する考察は、論者自身は「行為形式論の意義自体を検討する余裕はない」（同 167 頁）と述べているが、評者にはほとんど行為形式論を重視する立場からの思考と大差ないように思われる。さらに、そうした思考は、行政指導の構造やその法的統制手法で示されている視点など、なるほどと思われる有用な分析を描き出しているようにも思われるが、それでもなお結局のところ、紛

争局面における行政指導の違法性を判断する段階には至っておらず、依然として行政指導の「系統的・網羅的な整理」に過度に拘る結果で終わっているようである。

しかし、論者も自覚して指摘するように、行政指導に対する法的評価は、行政指導を巡る紛争が生じたときに最も明確な形で下されるのである。そうであるなら、「行政指導のための明確な法的仕組みがある場合、その仕組みに照らして法的評価」を加えることに取り組めばいいのではないか。具体的には、行政手続法がすでに行政指導の定義（法2条六号）および32条から36条の規定を置いているのである。したがって、この定義と32条から36条のいずれかに該当する場合はそれほど多くないかもしれないが、少なくともこれら条項への当てはめ作業をまず行い、その解釈論だけでは「行政運営における公正の確保と透明性の向上を図る（法1条）ことができないときは、再度、本稿でも検討してきたように、「行政指導を巡る法的紛争を類型化し、法的評価を行う際の枠組み・視点について検討」（同200頁）することになるのではあるまいか。

要するに、そこに行政指導があるかどうかの認識作業に極めて厳格かつ精緻に取り組むより、行政指導を一つの契機・要素として法的仕組みによって作り出される利益侵害の状況にいち早く気づき、これにどう対応するかを考えるほうが、行政活動の法的統制を任務とする行政法の使命にとってはおそらく重要ということである。論者自身、そうした作業が「思考の意味を探り、より洗練していくためにも必要」と認めてはいるものの、その作業については他日を期すとしている。本稿は、そうした類の作業を実践したつもりであり、日本社会の実際から検討を求められている行政指導を巡る法的紛争ないし局面を取り上げ、これを実質的法治主義を深める見地から検討したつもりである。

註

- (2) 2008年通常国会に提出された行政手続法改正法案（以下、改正法案という）がとりあげていた二つの場合（「法令に違反する行為の是正を求める行政指導について、国民の側から行政機関に対し中止等を求める権限を付与する

もの」および「行政機関に対し法令に違反する事実の是正のためにされるべき処分又は行政指導を求める権限を国民の側に付与するもの」)については、改正法案準備作業や「行政指導の作為義務」の論点として、すでに十分な議論がなされているので本稿では検討しない。

- (3) 給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長するような事情もないのに、市の宅地開発要綱を順守させるための圧力手段として、マンション建設業者らとの給水契約の締結を拒んだ場合は、水道法15条1項の「正当の理由」は認められないとした武蔵野マンション事件最高裁判決（最決平元・11・8判タ710号274頁百選I95事件）、上下水道の利用拒否等の制裁措置を背景に、指導要綱に基づき教育施設負担金の納付を求める行為は、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として違法であるとした最高裁判決（最判平5・2・18民集47巻2号574頁、百選I100事件）である。
- (4) 建築確認を留保して行政指導を継続し、工事遅延等の損害について国家賠償訴訟が争われたケースについて、「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」とした（最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁、百選I129事件）。
- (5) 建築確認に際して行われる行政指導について、「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。……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阻害、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つたとしても、これをもつ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。……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」とした。

なお、同法34条「許認可等の権限に関連する行政指導」に直接的に結実した最高裁判例は見当たらないようであるが、著者は、「申請に対し拒否処分をなしえない場合に、住民の同意を取ってこなければ不許可にすると行って、取り下げを求める」場合がこれに当たるとする。さらに、「敷地の二重使用のため建築確認が留保された事件」について、二重使用は違法ではなく、確認の遅延について損害賠償が成り立つ可能性があるとして、最高裁判例（最判平成5・4・23判時1464号57頁）を示して34条の適用可能性を示唆している（I145頁）。

- (6) 行政手続法が成立した平成5年から2年後の平成7年に出版されている田中館照橋・行政手続法——解説と運用——（公人の友社）が典型例であり、その第4章行政指導で取り上げて検討している項目は、行政指導と法律による行政の原理、違法な行政指導と行政上の争訟、違法な行政指導と損害賠償などである。
- (7) なお、2008（平成20）年の改正法案36条の2が違法な行政指導の中止等を求める制度を導入していたことは前注2で紹介したとおりであるが（衆議院解散に伴い廃案）、次のような定めであった。立法論としてはもちろん望ましい改善に向けた提案である。「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。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと認料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、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。」「当該行政機関は、この申し出があったときは、必要な調査を行い、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと認めるときは、当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない。」である。
- (8) 反対に、利益付与行為や行政契約に先立ち、適切な行政指導をする義務があるかという問題がありうるが、信義則違反が認められるなど特段の事情がない限り、違法性の問題にはならないと考えられ、本稿では取り上げない。なお、行政指導ではなく命令等の強制権限行使や不利益な取扱いに着目すると、それらをなす前に求められる事前手続保障が問題になる。
- (9) 被侵害法益が重大であるとき、国賠訴訟で行政指導の作為義務が論じられてきたが、それは不法行為をなす者に対する関係での行政指導の作為義務であり、ここでの不利益処分などに先立ち本人に対して行政指導をする義務が論じられる場合とは場面が異なっている。
- (10) ワンクッション・システムは、法規違反に対する行政の改善命令違反に対してはじめて制裁を課すというもので、違反の有無について命令を介在させ

るところに特徴がある。しかし、罰すべきことを法律で抽象的に定め、行政機関がその具体的適用を裁量的に判断して命令するというのは、立法権と行政権の区別や適正手続法理の見地から問題とする見解がある（個人情報保護法制化専門委員会における高橋和之委員の発言（平成12年9月29日第27回個人情報保護法制化専門委員会議事録）。<http://www.kantei.go.jp/jp/it/privacy/houseika/dai27/27gijiroku.html>）。また、ワンクッション・システムは行政の命令があるまでは違反しても許されるという不合理なメッセージを送ることにもなるので、直罰システムが採用されなければならないとの批判もなされており、結局、「不意打ちを防止するが、1度は見逃す不合理がある」（阿部泰隆・行政の法システム（上）新版120頁）ことをどう考えるかという問題である。今日、大気汚染、水質汚濁関係は基準が明確であって（＝排出基準のppm主義）直罰システムであるが、騒音、悪臭、振動規制はワンクッション・システムである。

- (11) 宅建業者に対する監督責任懈怠による国賠訴訟判決（最2判平成元年11月24日民集43巻10号1169頁）以降、最近の関西水俣病訴訟判決（平成16年10月15日民集58巻7号1802頁）に至るまで、最高裁は、国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法1条1項の適用上違法となるものと解するのが相当である、と判示している。
- (12) 重大な法益侵害の危険の存在、予見可能性、結果回避可能性、期待可能性といった要素により判断するのが一般的である。
- (13) 行政手続法・行政不服審査法（第2版）252頁（紙野健二執筆）。
- (14) 無論、法34条が想定する行政指導の相手方は「申請をする意思のある者、申請の準備をしている者、申請を行った者、申請が認められた者および付与された許認可の下で事業を行っている者」であって、「許認可等を受けないで違法に行為を行っている者は含まない」（前注、紙野）。したがって、許認可等の権限に関連してもいないのに、行政指導をする義務があるかという場面を法34条の規制から連想することには何の論理性もないとの批判がありうる。しかし、法34条にいう「権限を行使することができない場合」とは、処分基準に達しなくて改善命令等の処分をすることができない場合などを意味するが、そこには「そもそも許認可等に基づく監督関係にない」場合も含めて理解されているようである（総務省行政管理局編・逐条解説行政手続法、増補新訂版216頁）。また評者は、行政指導に関して公正さが求められるという点では、殊更に行政指導を行うときと殊更に行政指導を行わないときとで差異はないと考えて本文の検討を行っている。

- (15) 前注2参照。
- (16) 最高裁は次のように述べて行政指導の処分性を認めた。「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、相当程度の确实さをもって、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……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」。
- (17) 病原性大腸菌O157による集団食中毒に関し、当時の厚生省から原因食材の可能性を指摘されたかいわれ大根生産農家等が、根拠のない公表により売上げが激減したなどとして、国に賠償を求めた訴訟について、これを認めた東京高裁平成15年5月21日と大阪高裁平成16年2月19日の二つの高裁判決およびそれぞれの原審地裁判決がある程度である（二つの高裁判決に対して国は最高裁に上告受理の申立を行ったが、いずれも不受理が決定されている。）。
- (18) 著者がより詳しくは次のように述べていることは前に紹介した。「行政指導は強制手段ではないので、法律の根拠は不要である（……）。しかし、指導に続いて処分や公表が行われる可能性があるときは、それ自体重大な処分や強制力ある事実行為（公表）の前提となるのであるから、それなりに具体的な基準を定めた根拠規定をおくべきである（……）。これは侵害留保説でも説明でき」よう（I104頁）。
- (19) 前注7参照。
- (20) I601頁。第7章第7節 制裁的公表を論じる個所である。
- (21) 行政法の新構想Ⅱ（有斐閣、2008年12月）、161～201頁。

2 行政指導についてどこで論じるか（行政指導の体系上の位置づけ）

（1）法治主義の問題として取り上げるか、それとも作用法上の問題として検討するか

評者の立場は、行政指導の定義（2条6号）を踏まえ、行政手続法の第4章行政指導（32条から36条）を作用法に関する規範として検討するというものである。つまり、行政手続法第4章は「行政指導のなかで、とくに相手方に与えるプレッシャーが大きく、法治主義の観点から規律を施す必要性が高いもの」（櫻井・橋本142頁）について規律を置いているが、評者は、行政指導が行われる動機や態様および仕組みに着目し、法治主義の見地から問題となる局面を切り出し、それを規律しているところに特色があると理解する。

より詳しくいうと、行政手続法第4章は行政指導に関する定義（2条6号）から視野を広げた規律をしている。すなわち、「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に留意しなければならない」（32条1項）という定めは、行政指導の定義から当然に導かれることであるが、「行政指導に携わる者は、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」（32条2項）というのは、定義の範囲を越え行政指導に関連して経験的に存在した問題状況を念頭に置いて規律している。同様に、申請に関連する行政指導について定める33条や許認可等の権限に関連する行政指導について定める34条についても、相当程度、行政指導の定義自体が含意する範囲を越えていることを指摘できよう。結局これら規定は行為形式としての行政指導を近視眼的に規律しているのではなく、申請や許認可等の仕組みないしシステムとの関係で行政指導が果たしている機能に着目し、許認可申請の段階でその受付を拒むであるとか許認可等を留保したり（32条、33条）、すでに許認可等を受けている者や将来受けようとする者に対する格別の行政指導（34条）を規律していると理解するのである。

そうすると、行政手続法を適用するときの議論の重点は、行為形式としての行政指導を論じることではなく、問題になっている行政指導の適法性や許容限度を判断するさいに着目すべき要素と判断枠組みが法第4章で規律されていると理解し、個別実定法が予定する行政の許認可等の権限行使の仕組みにおける当該行政指導の適法性を検討する作業になる筈である⁽²²⁾。

しかし、本書は行政指導について、章を独立させて論じることとはしていない。ではどこで行政指導を論じているかというと、法律の根拠の要否については、重要事項留保説の妥当性において（I 104-105 頁。第2章行政法の基本的法原則とこれからの方向付け 第1節法治主義 II 法律と行政の関係、特に法律の根拠（法律の留保）の5）、また、行政指導強制禁止の原則（内容としては、行政手続法施行前の、現行行政手続法でいうと32条から35条の適用が問題となる最高裁判例を取り上げている）、行政指導に対する救済、違法な行政指導例（内容としては、「住金事件——江戸の仇を長崎で討つ」で32条2項を、「同意の要求」では33条、34条の適用を、「任意協力と強制の間」では33条の適用が問題になる3つの最高裁判決を取り上げている）などについては、行政指導の濫用で（142-153 頁。同章同節IV法治主義の徹底と「放置」行政の防止こそ必要の2）、そして、行政指導の定義づけと関連する行政指導が行政行為と区別される事実行為であることについては、事実行為＝行政指導、権力的事実行為との区別（312 頁。第4章行政法規の構造とその実現過程 第4節行政行為 II 行政行為と他の行為形式との区別の3）で取り上げている。さらに、行政指導への逃避にも言及している。

本書の説明により、読者は行政手続法第4章行政指導（32条から36条）の定めが最高裁判決や実務における実際の問題傾向を踏まえてのものであることを具体的に理解することができる。それはこれから出くわすであろう新しい個別事案に行政指導の法規範を活性的に適用するために、きわめて有益であろう。

他方、本書は行政指導に関する論点について、上記のとおり、法律の根拠の要否、行政指導強制禁止の原則、行政指導に対する救済、違法な行政

指導例、および行政指導が行政行為と区別される事実行為であることなどを取り上げて説明している。しかし、これら多様な論点を横つなぎしたうえで行政指導の概念を整理し、それを体系的演繹的に説明するという方法は取っていない。そのため、行政法学の体系の一箇所に行政指導を位置づけ整理し説明している一般的な方法と比べて、初学者が行政指導に関する全体像を一箇所でまとめて把握するという点では、きわめて分かりづらいところがあるというのは否定しがたいように思われる。逆に、論点優先で論じているため、基本的学習を終えた人がより実践的応用的に行政指導に関する問題を検討するのには向いている。

いずれにせよ、評者は行政指導を行政作用法の段階で取り上げる方がベターと考えるが、著者は法治行政の章で扱っており、珍しく著者と評者の見解は異なる。この点著者は次のように述べている（I 143頁）。

行政指導は、しばしば事実上不当な圧力をかけるので、それを適切に統制することは必要である。この行政指導は、一般には行政行為などと並ぶ行政の行為形式とされるが、それには大きな意味はなく、肝心なのは法律による行政の原理に違反するかどうかにあるので、本書では、行政の行為形式として扱うのではなく、法治行政の章で扱うこととした。

行政指導は、行政指導単独で用いられて機能するということは少なく、むしろ、一連のシステムの中で機能することが多い。したがって、行政指導について、行政行為などと共に行政の行為形式に着目して論じることには大きな意味はなく、行政指導が法律による行政の原理に違反するかどうかこそが重要であるとの立場から行政指導を論じているその内容自体には全く異議はない。

そうではあるが、行政手続法の第4章行政指導（32条から36条）は、行政指導がしばしば不当な圧力を事実上かけることが多いとの経験知を基礎に、行政指導が行われる動機と態様あるいは法的仕組みに着目して規律

しているところに特色があると考えられるのであり、行政法総論の体系上、行政指導については行政作用法の問題として取り上げる方がいいというのが評者の結論である。

(2) 行政指導を行政作用法で取り上げる理由や利点——行政指導が行われる動機や態様あるいは法的仕組みに着目することの意味——

以下では、行政作用法で取り上げる方がいいと考える二つの理由や利点について今少し考えてみる。

一つは、言うまでもないが、行政指導は行政が行う活動スタイルの一つであるから、行政作用法の問題として取り上げる方が素直ではないかという直感である。行政手続法第4章の特色は、行政指導が用いられる動機や態様あるいは法的仕組みに着目し、法治主義の見地から問題となる局面を切り出して規律しているところにあると評者が考えていることは上記したとおりである。言い換えると、これは行政手続法第4章が法治主義の理念を行政指導に関して具体化したものということである。そうであるから、抽象的には法治主義原理の問題として論じることができるが、行政作用法の段階で行政手続法の問題として取り上げる方が問題の実相により近づいた考察を可能にすると考えられるのである。

二つは、法解釈をするときの基本姿勢としての視野の持ち方に関することである。すなわち、評者が行政作用法の問題として取り上げるとしたのは、行政手続法第4章行政指導（32条から36条）が、行政指導の行為形式論から視野を広げ、行政指導が行われる動機と態様あるいは法的仕組みに着目して規律しているところに特色があると考えたからであった。このことが法解釈を実践するうえで何を意味するかというと、32条から36条の適用を考えると、行為形式論を超えて行政指導が行われる動機と態様あるいは法的仕組みに着目して行政指導の適法性を考えることができるだけにとどまらない。本稿で詳細に検討した行政指導が関係する様々な類型、代表的には、行政指導に従わないときに命令等の強制権限行使や不利益な取扱いが予定されている場合における行政指導の法的統制を考えると

きにも、行為形式論を超え、当該場合における行政指導の適法性と許容される限界を考えることを可能にすると考えられるのである。

たとえば、行政指導が関係した病院開設中止勧告取消訴訟で最高裁は処分性を認める正しい解釈を行ったが、この中止勧告に処分性が認められるかの争点について正しい解釈を施すには、検討する対象と思考の範囲を行政指導に関する定義（2条6号）に限定せず、行政手続法第4章が規律しているように、申請や許認可等において発生する可能性のある行政指導が関係する問題状況を視野を広くして設定する態度が必要である。つまり、行政指導は事実行為であるから法的な効果は一切存在せず、法的効果等の存在を前提とする議論が成立する余地はないとして等閑視する態度をとらずに、問題になっている事件全体の流れにおいて、その場合の行政指導がどのような位置を占めているかを見極めることである。

もちろん、行政指導を含む行政作用の全体を正確に理解することも必要である。具体的には、病院開設中止勧告最高裁判決の場合、医療法上の勧告の処分性を判断するとき、勧告に従わないことが健康保険法等に基づく保険医療機関指定に対して及ぼす影響まで考慮している。保険医療機関指定に及ぼす影響は、医療法が採用している法的仕組みそのものではないが、考察の対象と視野を、行為形式論としての行政指導の枠は言うに及ばず、全く別個の法律が規律する対象にまで広げていることは大いに注目されてよい視野の広さである。いずれにせよ、行政指導は任意の協力を求めているだけであるから強制の要素は無く、強制があること・あったことを前提とする主張が成り立つ余地はないといった類の、概念に束縛された形式的な結論に固執しないで、その場合の問題状況を念頭に置いて法解釈を行うことが重要だということを具体例で示している。

結局、行政指導について、法治主義の問題としてとりあげることが間違っていると言うのではないが、行政の活動スタイルの一つとして、法的な仕組みやシステムの中の一要素として用いられているのであるから、行政作用法の問題として取り上げるほうが、より問題の実相に近づいた考察ができると考えられるということである。

付言しておく、処分性の判断においては上述の視点から考察すべきであるが、病床数減床の勧告という行政指導について行政手続法の適用はどうなるかの問題がある。処分性の問題だけに気を取られ見落としてしまいそうであるが、この点、著者は、『勧告を処分としたら、行政手続法の適用はどうなる?』として、以下のように明快に説明する(Ⅱ115頁)。病床数減床勧告事件に関連してこの論点を指摘する概説書は他にはないようであるが、見落としてはならない指摘である。

一つの考えでは、行政訴訟で処分とする以上は、同じ概念は同じく解すべきであるから、行政手続でも行政不服審査でも処分と解すべきであるというものである。他方、ここで処分としたのは、行政訴訟による救済のためであるから、その実体法上の性質が、依然行政指導であることには変わりはない。そうすると、行政手続法上は、弁明手続の適用はないが、代わりに、従わなければ不利益な取扱をすることを禁止する行手法32条2項の適用があり、勧告に従わないことを理由に、法律の根拠なく、公表することは違法となる。

註

- (22) 評者が特に強く主張したい点である。拙稿・行政作用法編製の視点と構成——規制システムの手続法的構成の見地から——、阿部泰隆先生古稀記念(有斐閣、2012年)参照。なお、行政指導の種類について、行政指導が果たす事実上の機能に着目して、規制行政指導、助成行政指導、調整行政指導に分類し、この機能別の分類は相互排他的なものではないというのが一般になされる説明である。塩野 I 201-202 頁、櫻井・橋本 142-144 頁参照。それほどばかりか、私人に対して行政指導が行われるときの作用の仕方に応じた法的規制を考える必要性という点からみても、この3つの分類は必ずしも異なる類型ではない。現に、行政手続法が規定する「申請に関連する行政指導」「許認可等の権限に関連する行政指導」は、規制行政指導・助成行政指導・調整行政指導の分類とは直接の関係はないし、しいて言うならば、3つのタイプのいずれにおいてもありうる事態を規定したものである。結局、規制行政指導・助成行政指導・調整行政指導というのは、いずれも行為形式として存在する行政指導ではなく、法の仕組みないしシステム(の一部)として機能している行政指導を指

して表現したものと理解すべきであり、「申請に関連する行政指導」「許認可等の権限に関連する行政指導」は、規制的・助成的・調整的な行政指導に共通して見られる一場面である。ちなみに、定義規定である2条6号は、行政指導を「一定の行政目的を実現するため」に行われるものとするのみであり、上記3つの分類の公約数的な定め方をしている。

ついでに言うと、行政手続法の制定時、行政指導に関する実体法的規定を盛り込むのは適切でないとの意見があったが、手続法的規定のみにとどめるか実体法的規定を盛り込むことも差し支えないかの選択が重要なのではなく、行為形式に着目するか、それとも行政指導が行われる動機や態様および仕組みとシステムに着目した規定を設けるかの判断こそが重要である。

3 主要概説書やコア・カリにおける論述

(1) 主な概説書における論述

最高裁判例や学説による行政指導に関する法理論の発展と、それが現行行政手続法の規定に結びついていることについては、どの概説書も十分な説明をしているようであり、問題は、行政手続法（以下、「法」ともいう。）などに実定法化されていない比較的新しい争点の取扱いである。

塩野 I は行政の行為形式論の一つとして、行政立法、行政行為、行政上の契約に次いで行政指導をあげている（第二編第一部以下）。そこで論じている内容は、行政指導の意義（概念、種類、行政過程と行政指導）、行政指導と法の拘束、行政指導と救済制度（行政争訟、損害賠償）であり、評者のいう行政指導が事実行為・非権力的行為であることから直線的に想定される論点を中心にした構成と内容である。ただし、一点、「行政過程と行政指導」と題して次のように述べていることが注目される。

すなわち、行政指導の定義（2条6号）を紹介したのち、「具体的場合に、当該行政の活動が、この意味での行政指導に当たるかどうかについては、個別的判断が必要であって、法律上に規定がある場合にもその仕組みに即して理解しなければならない」「行政指導は、……他の行為形式となんらかの関係をもって用いられ、その限りで行政過程の重要な構成部分

となることもある」(I 200～201 頁、205 頁) というものである。具体的場合の行政の活動が、法 2 条 6 号で定義づけされた行政指導に当たるかどうかは、その活動が(たとえば指導、勧告、助言といった言葉で呼ばれているかどうかではなく)、その活動を規定する法律の仕組みに即して、他の行為形式との関係を勘案して判断しなければならないとの見解のようであり、そうであれば評者が 2 (2) で述べた見解に近い。

しかし、塩野 I の上記指摘に同調する評者は、医療法に基づく病院の病床数減床を勧告する行政指導について、健康保険法の指定に及ぼす影響までも考慮するなどして中止勧告自体の処分性を認めた最高裁判決を連想するが、塩野 I の結論はそうではない。つまり、塩野は続けて、「行政指導がこうに行政過程あるいは法的仕組みの一部を構成していると、行政指導それ自体は法的効果をもたないけれども、その存在が法的行為形式としての行政行為の評価に影響を及ぼすことがある。その一例が建築確認の留保である。……行政指導の存在が確認留保という本来は違法となるべき行為を適法なものとしている」(I 205～206 頁) として、他の行為形式である確認留保の適法性評価に影響を及ぼす方向で思考しているのである。

そして、塩野はⅡで次のように論じる(Ⅱ113 から 114 頁。処分性—事実行為(精神的表示行為)の箇所である)。すなわち、塩野は行政指導に対する不服従を、それが次の侵害的処分の要件として法律上組み込まれている場合(前者)と、法律上に処分要件として組み込まれていない場合(後者)とに二分して説明する。そして前者については、「一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてもよい」とする一方、後者については、注 16 で引用する病院開設中止勧告判旨に特に注意しながら「処分性の定式から隔たるところが大きい点に注意する必要がある」と、中立的ないし、やや疑問視する趣の説明をしている。

そうすると、塩野においては、行政指導が他の行為形式と併用して用いられて行政過程の重要な構成部分となることがあるという行政過程や法的仕組みを認識するが、ある活動が行政指導であるかどうかという行為形式に着目した判断はあくまでも残存させるようである。そして、行政過程や

法的仕組みを認識するが、その認識から行政指導の処分性を認めることが肯定されるのは一種の段階的行為として法律上組み込まれている場合が限度であり、法律上に処分要件として組み込まれていない場合については、処分性の定式から隔たるところが大きいという表現を用いており、否定する意図まではないかもしれないが追認するのが精一杯の気配である。

その他、本稿1(2)で「行政手続法が規律対象としていることが必ずしも明確ではない問題」として検討した課題については、ほとんど論じていないようである。

櫻井・橋本も塩野Ⅰと同様、行政立法、行政行為、行政契約に次いで、行為形式の一つとして行政指導をあげている(第10章)。そこで論じている構成と内容は、行政指導の意義(行政指導の定義・類型・功罪)、行政指導に関する法的規制(法律の根拠の要否・規制規範との関係、手続的規制)、行政指導の争い方(訴訟類型との関係、建築確認留保、給水拒否)および行政指導の今後であり、塩野Ⅰとほとんど同じである。

さて、櫻井・橋本は、行政指導の類型として、機能に着目した区分と行政手続法の定める類型を挙げ、前者を規制的・助成的・調整的な3つの行政指導に区分(以下、「機能3区分」ともいう。)し、後者として、「申請に関連する行政指導」「許認可等の権限に関連する行政指導」および「複数の者を対象とする行政指導」(以下、「手続法3類型」ともいう。)をあげている(142～144頁)。

機能3区分は、その名の通り機能に着目した区分であり、行為形式としての行政指導についての説明でないのは当然である。しかし、行政指導の定義(これは行為形式としての特徴に着目している)に続けて規制的・助成的・調整的な3つの行政指導の区分を説明しており、行政指導の定義と機能3区分との差異を指摘しない説明の流れは、読者をして行為形式としての行政指導に、あたかも3つの機能があるかのような誤解を生じさせやすいように思われる。

そして、行政指導に関する法的規制としての手続的規制において、「申請に関連する行政指導」「許認可等の権限に関連する行政指導」を「行政

指導に携わる者の行為準則を明記し」たものとして紹介するほか、行政指導の方式（35条）を明確性と透明性の観点から、「複数の者を対象とする行政指導」を制度化・外部化の観点から説明する（147～148頁）。なるほど、行為準則であれ、明確性と透明性の観点であれ、制度化・外部化の観点の指摘は端的であり、読者がそれら規定の特質を容易に理解する助けになると思われる。しかし、行政手続法の定める手続法3類型は、行為形式としての行政指導を規定しているものではなく、むしろ機能と仕組みに着目した規制を行っている旨の指摘はなされていない。

そうすると、行政指導に関する機能3区分を、上記のとおり行為形式論に近い意味合いでとりあげ、しかも行政指導に関する行政手続法の定め（32条から36条）から切り離して説明しているのは何故なのかという疑問が湧く。もしも機能3区分を現行の行政手続法における行政指導に関する法的規制から切り離して説明することに意味があるとすれば、それは機能3区分が行政指導の全部をカバーするものでもあるところ、現行の行政手続法は法的規律の対象として取り上げるべき行政指導の類型中、未だ規律対象としていない類型を抱える不十分なものであるので、その法的規律が今後の行政手続法の課題であると指摘できることだと考えられる。簡潔に言うと、現行の行政手続法は、すでに第四章で行政指導を規定しているのであるから、その説明に続けて、いまだ法規制されていない行政指導の類型を説明するという進め方が、行政手続法の立法趣旨を踏まえた全体像を確立するためにもベターではないかということである。

かくして、行政手続法が規律する行政指導の類型としての「申請に関連する行政指導」と「許認可等の権限に関連する行政指導」は、前述したように、規制的・助成的・調整的な行政指導の3区分とは直接の関係はないが、これら3区分のいずれにおいてもありうる行政事象のうち「とくに相手方に与えるプレッシャーが大きく、法治主義の観点から規律を施す必要性が高いもの」（櫻井・橋本142頁）について規定したものであるとの説明がいつそう躍動的な規範的意義を有することになると考える。つまり、「相手方に与えるプレッシャーが大きく、法治主義の観点から規律を施す

必要性が高い」ものであれば、現在ある手続法3類型に追加して法規制の網をかぶせることが要請されるということになるのである。

しかし、そうした言及はなく行政指導の今後として言及されているのは、行政指導の実効性確保と規制権限の条例化である。その他、本稿1(2)で「行政手続法が規律対象としていることが必ずしも明確ではない問題」として検討した課題については、ほとんど論じていないようである。

宇賀Iは、誘導行政における主要な法的仕組みの一つとして行政指導をあげ(第2部 行政活動における法的仕組み 第11章6)、行政指導が誘導の法的仕組みとして用いられることが少なくないこと、および法定行政指導の仕組みの中には、行政指導のみにとどめるもの、行政指導に従わない事実を公表することができるもの、行政指導に従わない場合命令等の強制権限を行使することができるものがある。さらに勧告に従う者に低利の融資を行うことにより勧告に従うインセンティブを付与するものもある、と述べている(I 138頁)。行政の過程において行政指導が他の行為形式とともに用いられ、その過程において重要な機能を果たすことがあるので、その機能を見極めて違法性をめぐる解釈論を行わなければならないという評者の立場からすると、法定行政指導の仕組みの内訳に関する上記説明は、行政指導の違法性をめぐる解釈論を正しい方向に着実に前に進めるために有用と考えられる。

そして、行政の行為形式として、行政基準、行政計画に次いで、行政行為、行政契約および行政指導をあげている(第21章)。しかし、行為形式としての行政指導という看板を出しているが、その内容構成は、1 行政指導の長所と短所、2 要綱行政、3 学説・裁判例による行政指導の法理論の発展、4 行政手続法における行政指導の規定、および行政手続条例の規定であり、法的仕組みの一部を構成して活用されてきた行政指導の実態に着目する内容であって、行為形式論からする行政指導の定義の域をはるかに超えている。

なお、行政指導に従わない事実の公表について、「誤った公表がなされたことに起因する不利益は、公表の取消しによっても十分に解消されな

いことが多い」(I 259 頁) という理由で公表前の事前手続の保障を提案している。ただし、この事前手続は公表に基準を置いた提案であり(第4部 行政上の義務の実効性確保 第16章 行政上の義務違反に対する制裁 5で取り上げている)、勧告等の行政指導自体を争うための方法については、行政指導に従わない事実の公表を論じる箇所では言及していない。

(2) コア・カリにおける論述

行政指導に関するコア・カリの論述は以下に囲み枠で示す通りである。おおむね妥当と評していいようにも思われるが、今一つ明確さを欠いているように思われる。たとえば、「上記1-3-1の行政過程において行政指導がどのように用いられているか、またなぜ用いられるのかを、説明することができる」は、状況を客観的に認識するだけでなく、「法治主義の視点から、どのような問題が生じているか」「解釈を含め、いかなる対応が求められているか」といったことを追加して本稿1(2)で検討したような課題を含ませるべきである。また、「個別法に行政指導が規定される具体例を、条文を参照して説明することができる」は、「条文を参照しながら個別法に行政指導が規定される具体例を説明することができる」の意味であろうが、個別法における行政指導の具体例を説明させたいうえで、何を考えさせようとしているのか、そして解釈論として何を達成させようとしているのか。コア・カリ全般に通じることであるが、問題意識と趣旨なり、課題や展望をもう少し明確にしたい気がする。

1-3-2 行政指導

○行政指導と行政処分それぞれの具体例を挙げて、両者の違いを説明することができる（法律の根拠の要否を含む）。

(25)
○上記 1-3-1 の行政過程において行政指導がどのように用いられているか、またなぜ用いられるのかを、説明することができる。

○個別法に行政指導が規定される具体例を、条文を参照して説明することができる。

○私人を行政指導に従わせることの限界について、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。

1-4-2 行政手続法

○行政手続法が適用される「行政指導」の具体例を説明することができる。

○「行政指導」に関する行政手続法の規定の趣旨を理解している。

註

(23) 勧告に従う者に低利融資する契約手法については、評者は融資契約締結にまつわる公正さをどうやって確保するかを行政契約の箇所を検討したい。

(24) 行政手続法 32 条から 34 条が行政指導の実体的限界を設けていること、および 35 条と 36 条で手続的规定を設けていることの意義を説明している。

(25) 第 1 章 行政過程の全体像 第 3 節 行政過程における制度・手法の「1-3-1 個別法が想定する行政過程 ○個別法が想定する行政過程を、規制や給付などの分野における具体例を挙げて説明することができる。」で。

4 むすび

本稿では、行政指導について専門概説書ではなにを論じるべきか、そしてどこで論じるかという二つの問題を検討した。その結果、次のような結論に達した。法治主義の実現を目指す行政法の概説書としては、これらの内容を論じるべきである。また、行政指導が法的仕組の一要素として用いられているのであるから行政作用法の問題として取りあげるべきである。

① 行政指導に関連して提起された訴訟においては、行政指導が任意性原則に反して違法性を帯びる状況が許認可等の権限行使に関連して最高裁判例などにより具体的に明らかにされ、さらにそれら判例が行政手続法の

条文へと結晶したが、この到達点に至った経緯が正確に記録され、それが今後の解釈と適用に活かされなければならない（1（1））。

② 指導に続いて処分や公表が行われる可能性があるときは、それ自体重大な処分や強制力ある事実行為（公表）の前提となるのであるから、それなりに具体的な基準を定めた根拠規定をおくべきである。それなりの具体的な基準の内容として、その行政指導が命令等の強制権限行使や不利益取扱いに先行するものであることの明示が含まれると解すべきである（1（2）ロ i）。

③ 行政指導に従わない場合に命令等の強制権限を行使したり公表等の不利益な取扱いを予定する行政指導は個別法にその根拠があるかどうかで行政指導の同法 32 条 2 項違反が左右されるが、概説書ではこのことを明確に指摘しておくことが必要である（1（2）ロ ii）。

④ 行政指導に関して公正さが求められるのは、行政指導を行うときだけでなく、行政指導を行わないときにも当てはまり、行政指導を行わないことが著しく公正さを欠いて恣意的とみられるときは、その不作為は違法と評価されるとのテーゼを立てることができる（1（2）ロ iii）。

⑤ 勧告（≒行政指導）に続いて公表が予定されているシステムにおいて、勧告が適法と評価されるかどうかは、法律が勧告と公表のシステムを定めているかどうかにより、それが行政手続法 32 条 2 項の意味するところである（1（2）ハ ii）。

⑥ 法が直罰システムを採用しないで、命令等の強制的権限行使や公表などの不利益な取扱いをする前に勧告を先行させている場合は、勧告に従っているか・勧告に従って改善されているかを誠実に確認し、自主的な履行や法の遵守が実現されることを第一に考えて強制的権限行使や公表を判断すべきである（1（2）ハ iii）。

⑦ 行政指導は行政の活動スタイルの一つとして、法的な仕組みやシステムの中の一要素として用いられているため、行政法総論の体系上の位置づけは、行政作用法の問題として取り上げるほうがより問題の実相に近づいた考察ができると考えられる（2（2））。以上

17 行政調査の分類論と要件の解釈

本稿の目的は、行政調査の課題について、実質的法治主義の行政法を実現する見地から、分類論と要件解釈について、より実践的な検討を尽くすことである。

行政調査とは、その名のとおりに行政機関が行政上の目的で行う情報や資料の収集活動である。法律上は、質問・検査、立入り、報告要求、収去などさまざまな態様のものが定められているが、実定法上も学問上も行政調査に関する明確で絶対的な定義はないようである。

では、そうした行政調査について何を論じるべきか。法学上の概念であるから、通常はイ. 定義や概念（体系上の位置づけを含む）、ロ. 種類（分類）および、ハ. 法的統制の見地からみた問題点、すなわち行政調査の場合であれば、ハ-1. 行政調査の態様と手続、ハ-2. 行政の調査義務と行政調査の瑕疵を一通り検討し、最後に今後の課題を論じるのが一般的な方法であらう。⁽²⁶⁾ 専門概説書はおおむね万遍なくそうした作業を行っているが、それら作業は行政調査の法的統制という課題に応える検討を行うことができるだろうか。たとえば、行政調査に関わり法の適正手続の見地から実際にシビアに争われているのは、質問・報告徴収・立入検査等が私人の生活や経済活動の領域に立ち入って行われ、その拒否・妨害・忌避等に対して行政刑罰による制裁を及ぼしたり、内容を強制的に実現する場合など、実力行使や刑事罰と関わる時である。こうした行政調査に関わる現実の事態に、法治主義と適正手続、そして公正さや透明性を確保するという行政手続法の目的などに適合する解釈論を的確に提示できているか、上記イからハの論点に即して検討する。

1 行政調査の定義や概念

行政調査の定義や概念のありようがその後、行政調査の種類・分類と法的統制、すなわち行政調査の態様と手続、行政の調査義務と行政調査の瑕

疵といった論点に直接影響してくるようには思われない。そこで、さし当りは、行政手続法がその適用除外を定めている同法3条が、「報告又は物件の提出を命ずる処分その他その職務の遂行上必要な情報の収集を直接の目的としてされる処分及び行政指導」(14号)と規定しているところをイメージし、必要があれば考え直すということで次に進むこととする。

ところで行政調査を行政法の体系のどこに位置づけるか。この問題について、行政調査はかつて即時強制の一例として、教科書では行政強制制度の中で説明されてきたという経緯もあってか、その体系上の位置づけにかなりのウェイトを置いた議論がなされてきた⁽²⁷⁾。しかし、行政機関による情報収集は実際には強制とまではいえずに任意ないし相手方の承諾を得て行われているものの方がむしろ多い。そのため、即時強制という範疇ですくい上げることができる態様のものは実は行政による情報収集のうちの限られた一部であり、即時強制という範疇ではカバーされない態様の情報収集が取り残されてしまう。著者も「情報の収集は、これまで即時強制等と一緒に行政強制の章におかれていることが普通であったが、筆者は、『法システム』以来、これを情報の章に入れるほうが、行政法全体をよりの確に把握できる」(I 476頁)と述べている。こうしたことから、近時は行政による情報の取扱いの流れに沿って実定法上の仕組みを統一的に把握しようとする立場が一般的になりつつある⁽²⁸⁾。すなわち、行政法が取り扱う情報を、行政による情報の収集、作成、保管、利用、提供、廃棄といったライフサイクルの視点から捉えようとする立場である。

しかし、行政調査の体系上の位置づけについては上記を確認しておくことで足りるようであり、それ以上に体系論が行政調査に関する解釈を左右する要因になることはないように思われる⁽²⁹⁾。

註

(26) たとえば、行政法の争点(深澤龍一郎執筆)では、「行政調査の分類と手続」のタイトルで、Ⅰ 行政調査の概念と分類、Ⅱ 行政調査の手続、Ⅲ 調査義務を論じている。

(27) 評者らが1970年代から80年にかけて学んだ田中二郎著の行政法総論教科

書では、「行政上の強制」（行政強制）という章立ての下に行政上の即時強制が位置づけられていた。そして、戦前の租税犯則事件調査における臨検などのように、行政上の義務を賦課することがないまま徴税職員・税関職員が一定の場所に立ち入って実力行使による税務調査をすることが認められてきたことから、税務調査のための行政調査が即時強制の一例として行政強制制度の中で論じられてきた。しかし、刑罰によって間接的に実効性を担保された行政目的の立入検査は即時強制と区別すべきという租税法学からの指摘を受け、塩野宏は行政による調査活動を「即時強制」から切り離し、行政調査という概念の下、行政による情報の収集に関する問題を考察しようとした。参照、金子宏・判例評論172号（判時700号）（1973）14頁。塩野宏「行政調査」ジュリスト法学教室（第2期）3号132頁（1973）、同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989）所収、215頁以下。この経緯を指摘するものは多いが、さしあたり、須藤陽子・「行政調査」に関する一考察、——警察権の分散と規制の予防的行政活動の導入——立命館法学2008年4号（320号）がある。なお須藤は即時強制と行政調査の関係について、即時強制は戦前にドイツ法を母法として警察法に定着した概念であるところ、行政調査という概念は戦後の連合国軍占領統治によるアメリカ法の影響によって知られるところとなったものであると指摘している。

(28) 代表的な例として、字賀Ⅰは、第3部を「行政情報の収集・管理・利用」として大きく独立させ、これを第12章「行政情報の収集」13章「行政情報の管理と行政の利用」14章「行政情報の公開」というように、行政情報に関する問題が生じる順序に即して並べている。

(29) ちなみに、櫻井敬子「行政法のエッセンス」では、第11章行政の義務履行確保の「3 直接強制と即時強制」で行政調査を検討している。これは一方では、従来の議論が「即時強制と行政調査」として論じられてきたことを踏まえ、他方、最近の大きな論点として、名目上形式的には即時強制として行われているが実質的にみると直接強制として行うべきような内容を即時強制として行っていることをどう考えたらよいかという問題意識を現した表現である。すなわち、法の適正手続と実力行使・強制に関する問題として議論する中身である。

2 行政調査の種類と分類⁽³⁰⁾

評者の眼からみて行政調査の種類・分類として、もっとも簡明で理解しやすい分類は、先ず大きく、相手方の任意の協力を得て行われる任意調

査、実力を行使し相手方の抵抗を排除して行う直接的な実力強制調査に二分極し、この中間に、直接的な強制調査まではできないが行政上の制裁や刑事罰等により調査遂行の実効性が担保される間接強制調査を置いて三分し、それぞれについてさらに区分を設ける三分多段階法である⁽³¹⁾。もちろん、三分多段階法以外にも二分法やそれ以外の立場もありうる⁽³²⁾。この三分多段階法は、侵害の内容とその度合の見地からの分類であるが、侵害の内容と度合とは、具体的には行政上の義務が賦課されているか、義務が賦課されていなくても調査対象の自由や任意性を著しく制約していないかなどである。そうした関心からみて、評者が考える行政調査の分類は次のようなものである⁽³⁴⁾。そして、評者が理解する行政調査手法の全体としての概観イメージを、適正手続としての比例原則が要求される度合および任意と強制との相関関係として示すと図1のようになる。

I 任意調査

- ① 法的拘束力を欠き、調査に応ずるか否かを相手方が完全に自由に決定できるもの
- ② 調査権限があることは法定されているが、直接的にも間接的にもそれを強制する仕組みがないため、結局、任意調査に分類されるもの

II 間接強制調査

- ③ 情報の提供や届け出の義務づけ
- ④ 行政制裁により担保された行政調査 含む当事者の申出により行政機関が行う立入検査を相手方が正当な理由なく拒んだときは、当該事実関係に関する申立人の主張を真実と認めることができるもの。
- ⑤ 刑罰により間接的に担保された行政調査

III (直接) 強制調査

- ⑥ 実力を行使して相手方の抵抗を排し調査を行うことが認められている場合

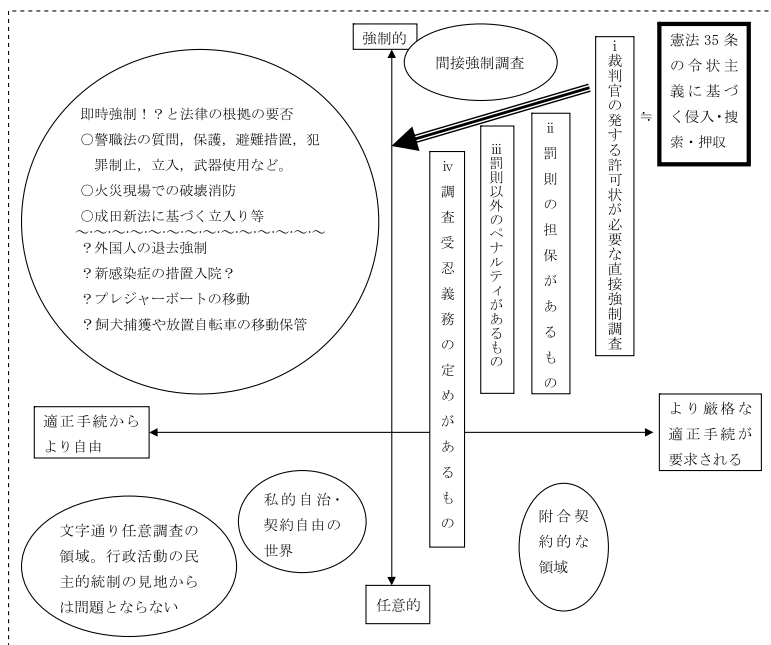


図1 行政調査手法の概観イメージ

ところでここで、任意調査、(直接)強制調査に二分極し、中間に(直接)強制調査まではできないが行政上の制裁や刑事罰等により調査遂行の実効性が担保される間接強制調査を置く三分法を概念する意義について、もう少し詳しく検討しておきたい。

前述したように、三分多段階法は侵害の内容とその度合の見地からの分類であるが、中間に間接強制調査を置く意味に関連して、著者は「同じく情報を収集するのに、即時強制、刑罰の裏付けのある間接強制、保護申請の拒否という別々の手法が用意されているのはなぜか」(I 485 頁)という質問を投げかけたうえで、次のように説明している(下線と太字は評者)。宇賀 I のいう、調査に応ずる義務の存否、強制力の有無、強制的態様という観点から分類される行政調査の法的統制について、これまで明確に指摘されることがほとんどなかった比例原則との関係を喝破したきわめ

て有意義な指摘と考える。

これは強力な権力であるので、憲法 35 条の令状主義、個人の最大限の尊重なり行政権力の抑制の法理を踏まえて、それぞれの必要性の程度に応じて、均衡の取れる範囲の手段となるように（比例原則）設計されているからである。

どうしても立入りが必要である場合には、憲法 35 条を踏まえて、裁判官の令状を取る。そのためには、立入事由が具体的でなければならない。脱税の嫌疑があるような場合である。これに対して、税務署や保健所、消防署の通常の調査では、嫌疑が具体的ではないので、裁判官の令状を取ることができないし、緊急でもないことから、即時強制はできず、立入拒否に対しては処罰をするだけにとどめるしかない。生活保護被保護者の調査拒否に対しては、いちいち処罰するとか令状をもって立ち入るのは過大な権力行使であり、申請を拒否すれば十分である。この観点からすれば、税務調査でも、拒否に対して処罰するのではなく、大まかな推計課税を許容すれば十分ではないかと思う。

かくして、三分多段階法の間間に間接強制調査を置く意味は、強制的度合いが（直接）強制調査に至らない行政調査について、比例原則や適正手続の観点から、より段階的にその法的統制を考えていこうとするさいに有益であること、それは行政法の解釈論においてだけでなく立法論（制度設計）をするさいにも、比例原則や適正手続に加えて有効性の観点をも加味しながら、行政調査を担保する方法の選択として、いかなる方法を選ぶことが適切かを検討することができるということである。

そして、（直接）強制調査である。任意調査と同様、（直接）強制調査も法令で明確に定義された概念ではないが、その具体的態様は注 34 で紹介する宇賀 I の分類⑥にいう「實力を行使して相手方の抵抗を排し調査を行うことが認められている場合」というように明らかに間接強制調査を超え

表1 櫻井・橋本

12章	行政調査
1節	行政調査の位置づけ
2節	任意調査
3節	強制調査
	※強制調査の態様
	実力行使が認められるもの
	罰則の担保があるもの
	罰則以外のペナルティがあるもの
	調査の受諾義務の定めがあるもの
4節	行政調査手続
1	行政調査手続一般
2	令状主義・供述拒否権の適用の可否
3	行政調査と犯罪捜査
	※行政調査・犯則調査・犯罪捜査の違い
4	事前通知、調査理由の告知など
5	調査過程の瑕疵と行政決定の関係

るものを想定しており、従来からの行政強制の概念でいえば直接強制である。⁽³⁵⁾ そうした直接強制については、(直接)強制調査を行うさいに求められる手続規制は、司法手続と行政手続という違いはあるが、憲法35条が定めている令状搜索等と類似するものでなければならない。

そうすると、宇賀や評者の分類であれば、(直接)強制調査については憲法35条が定める令状搜索等と類似の手続きが求められるとしたのが、櫻井・橋本では強制調査の中に間接強制調査的な段階的区分を持ち込むことになるわけであり、(直接)強制調査に対する厳格な法的統制が軟弱化してしまうおそれがあると危惧される。

また、櫻井・橋本は4節行政調査手続の「2 令状主義・供述拒否権の適用の可否」では、罰則により担保されているものはすべて強制力を伴う行政調査であるとして前提を広くし、刑事手続と同様に令状主義を定める憲法35条や供述拒否権を保障する憲法38条が適用されるかという問題意識の検討を進めている。しかし、罰則の担保があるものは強制調査である

という前提自体に過剰さがあるため焦点を絞り切れず余分なものを含んだ考察になっているように思われる。

結局、「行政調査には一般法による手続的規律が存しないため、解釈論として憲法上の適正手続保障を及ぼす必要性が高いケースが少なくない……重要なことは、行政調査と犯罪捜査の関連性に目をくぼりながら、両者を通じた法執行作用における手続保障のあり方をトータルに考察すること」(174頁)ということは櫻井・橋本が言うとおりである。しかし、行政調査について間接強制調査を観念せずに任意調査と強制調査だけに二分する思考は、法執行作用における手続保障のあり方をトータルに考察するうえで、必ずしも有益な方法とはなりえないと考える。

註

(30) ここで種類というときは、存在する行政調査を客観的に認識したものであり、他方、分類とは客観的に存在する行政調査を行政法解釈の視点から有意的に区分したものである。

(31) 宇賀Ⅰによれば、行政調査は、調査に応ずる義務の存否、強制力の有無、強制の態様という観点から分類することができるとしている。評者がいう侵害の内容とその度合の見地からの分類をより具体的かつ的確に表現する分類の視点と考える。なお、最高裁判決にも川崎民商税務検査拒否事件上告審判決(最高裁昭和47年11月22日)のように三分的に捉えるものもある。同判決は一般論としては憲法35条1項の保障が行政手続にも及ぶ可能性を認めつつも、以下に紹介する理由などを総合判断して旧所得税法七〇条一〇号、六三条に規定する検査が、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといって、憲法35条の法意に反するとはできないとした。すなわち、旧所得税法70条10号の規定する検査拒否に対する「強制的態様は、収税官吏の検査を正当な理由がなく拒む者に対し、同法70条所定の刑罰を加えることによつて、間接的心理的に右検査の受忍を強制しようとするものであり、かつ、右の刑罰が行政上の義務違反に対する制裁として必ずしも軽微なものとはいえないにしても、その作用する強制的度合いは、それが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束して、実質上、直接的物理的な強制と同視すべき程度にまで達しているものとは、いまだ認めがたいところである」と判示している。

(32) 櫻井・橋本(169-171頁)は、評者が間接強制調査の内容として比例原則や適正手続の観点から、より段階的にその法的統制を考えていかなければな

らないと結論付けたものを含め、行政調査を任意調査と強制調査とに二分したうえで、それらをすべて強制調査の中の類型として考察している。すなわち、「3節 強制調査 ※強制調査の態様」として、「実力行使が認められるもの」以外に、「罰則の担保があるもの」「罰則以外のペナルティがあるもの」「調査の受諾義務の定めがあるもの」を挙げている（表 参照）。塩野Ⅰも「罰則による担保がある場合など調査が強制にわたるような場合には、比例原則が厳格に及ぶと解される」とする表現しており櫻井・橋本と同じ立場のようである（264頁）。

(33) 野村武司「行政による情報の収集、保管、利用等」行政法の新構想Ⅱ（328～335頁）。初めに、行政庁またはその職員による報告の徴収・物件の提出や質問の権限等を定め、「相手方の応答を伴うもの」と、書類閲覧、立入調査、検査など、行政の調査に対して「相手方の受忍を伴うもの」に大別し、さらにそれぞれについて5つ前後に場合分けしている。相手方の応答を伴うものと受忍を伴うものというのは、注34で紹介する阿部Ⅰの分類における5と1と同じかもしれないが、応答と受忍に大別することから始める分類の利点が評者には理解できない。

(34) この見解は、主に、著者である阿部Ⅰの分類（Ⅰ147～149頁）と宇賀Ⅰの分類（Ⅰ147～149頁）とをベースにしたものである。阿部Ⅰは以下の5つの分類を示している。

- 1 即時強制＝強制立入りによる調査、
- 2 刑罰により間接的に担保された行政調査、
- 3 行政制裁により担保された行政調査、
- 4 任意の立入り、
- 5 情報収集の義務づけ、さらに、第三者評価手法。

一方、宇賀Ⅰの分類は以下の6とおりである。

- ①法的拘束力を欠いており、相手方が調査に応ずるか否かを任意に決定できる、純粋な任意調査。
- ②相手方に調査に応ずる義務があることは法定されているが、直接的にも間接的にもそれを強制する仕組みがないため、任意調査に近い調査。
- ③調査を拒否すると給付が拒否される仕組みがとられている場合。
- ④当事者の申出により行政機関が行う立入検査を相手方が正当な理由なく拒んだときは、当該事実関係に関する申立人の主張を真実と認めることができるとするもの。
- ⑤調査拒否に対して罰則を設けて罰則の威嚇により間接的に調査受諾を強制するもの。準強制調査または間接強制調査と呼ばれることもある。
- ⑥実力を行使して相手方の抵抗を排し調査を行うことが認められている場合。

なお、宇賀Ⅰは任意調査から始めて徐々に強制度の強い調査に向かっているが、阿部Ⅰでは逆に強制度の強いものから始めている。任意調査から始め強制の度合を積み重ねる方が自然に発想できると考える。また、阿部Ⅰの1

即時強制＝強制立入りによる調査は、宇賀Ⅰの分類における⑥と同じ内容のようである。しかし、警職法6条1項による立入りは、憲法35条の例外として、令状なしでも立ち入ることが正当化され、それが即時強制というのは分るが、「国税犯則取締法（国犯法）2条、関税法121条、……出入国及び難民認定法31条の臨検・搜索・差押えは、裁判官の令状を要する代わりに、相手方の意に反しても立ち入ることができる、強制立入りによる調査である。即時強制とも呼ばれる。」は、裁判官の令状により立ち入ることができる場合（その結果、調査受忍義務があることになる）であるから、これを即時強制とも呼ぶというのは、行政調査一般を即時強制の一種として論じていた過去の経緯を知らない者には、即時強制とは緊急を要する場合など義務を命じる暇がないときに即時執行されること位の知識しかなく、理解し辛く混乱を来すように思われる。

また、児童虐待防止法の立入りは、これまでの刑罰を背景とした間接強制手法であった（同法9条、児童福祉法62条5号）のが、2007年の改正により、強制執行できない立入権から、裁判官の許可状を得ての強制立入権へと改められた。すなわち、保護者が調査を拒否した場合、児童相談所が裁判所の令状を取って強制的に立入調査できるようになり、錠をはずすなどの必要な処分もすることができるようになった（改正法8条の2、9条の2以下）。これにつき、「行政調査手法から即時強制手法への転換である」と説明しているが、これも『刑罰による間接的担保から強制立入への転換、児童虐待防止法』（480頁）とする方がスッキリして理解しやすいと思われる。

- (35) 次の3つの最高裁判決からも窺うことができるように（下線は評者）、直接強制的に行なわれる情報収集や調査は、その物理的直接性という点において、行政調査であっても令状主義の適用を受ける刑事責任追及のための搜索等と手続要件上ほとんど同じ扱いを受けるレベルのものであるとの認識があるように思われる。無論、この認識に対しては所持人の承諾がない検査は任意調査ではありえず即時強制であり明示の法律の根拠が必要であるとの批判、あるいは直接強制調査でも任意調査でもない中間形態の調査に相応しい手続要件を課すべきであるとの批判も成り立つ。なお、3つ目の成田新法判決は三分多段階法的であるが最初の2つの判決は、何らかの有形力が行使されていても直接強制調査に当たるとはいえないものは任意調査に区分される（したがって、格別の手続要件は求められない）と考えているように思われる。現に一定の有形力が行使されているにも関わらず、格別の手続要件が必要とされないというこの間隙は、治法主義の理念からは到底看過できないはずで

ある。たとえば、米子銀行強盗事件上告審判決（最判昭53・6・20）は、「所持品検査は、任意手段である警職法二条一項の職務質問の付随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度において行うのが原則であるが、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、承諾がなくても許容される場合がある」と述べている。そして、自動車一斉検問について、最決昭55・9・22は、「警察法二条一項が『交通の取締』を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでない」と述べている。さらに成田新法事件上告審で最高裁（最大判平4・7・1）は、新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法三条三項に基づく立入り等（3条3項は「国土交通大臣は、第一項の禁止命令をした場合において必要があると認めるときは、当該命令の履行を確保するため必要な限度において、その職員をして、当該工作物に立ち入らせ、又は関係者に質問させることができる。」と定める）について、「裁判官の発する令状を要しないが、同条一項に基づく使用禁止命令が既に発せられている工作物についてその命令の履行を確保するために必要な限度においてのみ認められるものであり、その立入りの必要性が高いこと、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものではないこと、強制の程度、態様が直接的物理的なものでないこと」などを総合判断すれば、裁判官の発する令状を要しないとしても憲法35条の法意に反するものではないとした。

3 行政調査の法的統制

最後に、行政調査の法的統制という問題を考える。その作業として本稿では、行政調査に関する要件解釈のあり方について、ロ.で提示した分類論を踏まえ、法治主義に適合する解釈論を簡潔に示して確認することとしたい。

一般的には、（直接）強制調査であれば、一方において直接的な強制力の行使が認められると同時に、他方において不当な人権侵害とならないよう慎重な手続規制が設けられなければならない。また、直接強制調査から任意調査にかけては、徐々に強制力の行使が低減していく関係にある＝実

力行使に代わり罰則や行政制裁が規定されるのであり、これは裏を返して言うと、そこに明記されている以上の強制力の行使は認められないことを明確に意識しておかなければならない。

I 任意調査

- ① 法的拘束力を欠き、調査に応ずるか否かを相手方が完全に自由に決定できるもの

行政調査の根拠規定はあるが調査受忍義務に関する規定はなく、かえって、立ち入るときは関係者の同意を要するなどと明文で定められている場合である。

水道法 17 条（給水装置の検査） 水道事業者は、日出後日没前に限り、その職員をして、当該水道によつて水の供給を受ける者の土地又は建物に立ち入り、給水装置を検査させることができる。ただし、人の看守し、若しくは人の住居に使用する建物又は閉鎖された門内に立ち入るときは、その看守者、居住者又はこれらに代るべき者の同意を得なければならない。

2 （略）

② 調査権限があることは法定されているが、直接的にも間接的にもそれを強制する仕組みがないため、結局、任意調査に分類されるもの
警察官職務執行法 6 条 2 項が定める旅館等への立入りの例である。著者は「1 項のような切迫した事態ではないので、強制立入りの根拠とはならず、正当な理由なき拒否を処罰する規定もないので、訓示規定と解するしかない。これは行政権力発動の必要性との関係での憲法解釈論である」と説明する。この②について、櫻井・橋本は 2 分法を採り任意調査以外は強制調査に区分しているためであるが、「この場合は、観念的には強制調査といえるが、実質は任意調査に近似する」と、やや不鮮明な説明を付記している。

警察官職務執行法6条（立入） 警察官は、前二条に規定する危険な事態が発生し、人の生命、身体又は財産に対し危害が切迫した場合において、その危害を予防し、損害の拡大を防ぎ、又は被害者を救助するため、已むを得ないと認めるときは、合理的に必要と判断される限度において他人の土地、建物又は船車の中に立ち入ることができる。

2 興行場、旅館、料理屋、駅その他多数の客の来集する場所の管理者又はこれに準ずる者は、その公開時間中において、警察官が犯罪の予防又は人の生命、身体若しくは財産に対する危害予防のため、その場所に立ち入ることを要求した場合においては、正当の理由なくして、これを拒むことができない。

3、4 （略）

II 間接強制調査

③ 情報の提供や届け出の義務づけ

行政の監督に服する者に情報提供・情報収集義務を課す手法を行政調査の種類として、他から独立させて取り上げているのは著者だけのようである（I 482～484頁）。著者によると、医薬品による副作用や感染症を知った場合に厚生省に報告する義務が製薬会社、医師・薬剤師に課されている薬事法77条の4の2の場合、道路運送車両法による欠陥車両の届出（63条の3）、交通事故の当事者の報告義務（道交法72条1項）、さらには家畜伝染病予防法13条が定める家畜が鳥インフルエンザなどに罹患した場合の農場主等所有者の届け出義務がこの例である。強制的態様が報告等の義務という点で、他と異なるが、義務違反に対して刑罰が科されるという点で大きくは間接強制調査の1つの類型として位置づけることができよう。

家畜伝染病予防法 13 条（患畜等の届出義務） 家畜が患畜又は疑似患畜となつたことを発見したときは、当該家畜を診断し、又はその死体を検案した獣医師（獣医師による診断又は検案を受けていない家畜又はその死体についてはその所有者）は、農林水産省令で定める手続に従い、遅滞なく、当該家畜又はその死体の所在地を管轄する都道府県知事にその旨を届け出なければならない。ただし、鉄道、軌道、自動車、船舶又は航空機により運送業者が運送中の家畜については、当該家畜の所有者がなすべき届出は、その者が遅滞なくその届出をすることができる場合を除き、運送業者がしなければならない。

2、3、4 （略）

④ 行政制裁により担保された行政調査

この分類について宇賀 I は「調査を拒否すると給付が拒否される仕組みがとられている場合」、櫻井・橋本は「調査拒否に対して刑罰以外のペナルティが用意されている例」と表現している。いずれも生活保護法 28 条が定める場合を例にあげて説明しているが、ここで重要なことは、櫻井・橋本がいうように、ペナルティとして給付が拒否される場合も強制調査に当たることなどではなく、相手方のプライバシー保護や行政資源の有効利用⁽³⁶⁾などを総合考慮し、立法政策としても「行政制裁により担保された行政調査」を適切に活用できる余地はないか、熟慮すべきということである。著者が言うように「立入りが拒否されたら、給付要件の有無を判定できないこととなるが、それは被処分者の責めに帰すべき事由によるから、給付を拒否することができ、それで十分で、即時強制として立ち入るとか立入り拒否を処罰する必要がない」（I 481 頁）ということでもある。なお、宇賀 I は「当事者の申出により行政機関が行う立入検査を相手方が正当な理由なく拒んだときは、当該事実関係に関する申立人の主張を真実と認めることができるとするもの」を独立した類型として挙げているが、上記した理由により行政制裁により担保された行政調査の一類型としていいと考える。

生活保護法 28 条（調査及び検診） 保護の実施機関は、保護の決定又は実施のため必要があるときは、要保護者の資産状況、健康状態その他の事項を調査するために、要保護者について、当該職員に、その居住の場所に立ち入り、これらの事項を調査させ、又は当該要保護者に対して、保護の実施機関の指定する医師若しくは歯科医師の検診を受けるべき旨を命ずることができる。

2、3 （略）

4 保護の実施機関は、要保護者が第一項の規定による立入調査を拒み、妨げ、若しくは忌避し、又は医師若しくは歯科医師の検診を受けるべき旨の命令に従わないときは、保護の開始若しくは変更の申請を却下し、又は保護の変更、停止若しくは廃止をすることができる。

⑤ 刑罰により間接的に担保された行政調査

宇賀 I は「調査拒否に対して罰則を設けて罰則の威嚇により間接的に調査受諾を強制するもの」、櫻井・橋本は「行政調査にあたって実力の行使までは認められないが、調査拒否や虚偽報告について罰則が設けられている類型……刑罰の存在によって間接的に行政調査が強制される」と表現している。いずれも所得税法 234 条（当該職員の質問検査権）が定める場合等を例にあげて説明しているが、ここで重要なことは「最も多い強制調査のタイプ」（櫻井・橋本 170 頁）であるかどうかではない。

消防法4条 消防長又は消防署長は、火災予防のために必要があるときは、関係者に対して資料の提出を命じ、若しくは報告を求め、又は当該消防職員（……）にあらゆる仕事場、工場若しくは公衆の出入する場所その他の関係のある場所に立ち入つて、消防対象物の位置、構造、設備及び管理の状況を検査させ、若しくは関係のある者に質問させることができる。ただし、個人の住居は、関係者の承諾を得た場合又は火災発生のおそれが著しく大であるため、特に緊急の必要がある場合でなければ、立ち入らせてはならない。

所得税法234条（当該職員の質問検査権） 国税庁、国税局又は税務署の当該職員は、所得税に関する調査について必要があるときは、次に掲げる者に質問し、又はその者の事業に関する帳簿書類（……）その他の物件を検査することができる。

一、二、三 （略）

2 前項の規定による質問又は検査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。

242条 次の各号のいずれかに該当する者は、一年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。ただし、……。

九 234条第1項（当該職員の質問検査権）の規定による当該職員の質問に対して答弁せず若しくは偽りの答弁をし、又は同項の規定による検査を拒み、妨げ若しくは忌避した者

ここで重要なことは、著者が説明するように、「この立入りの制度は、実は、その語義に反し、相手方の意に反して（抵抗を排除するのはもちろん抵抗がない場合も含めて）まで立ち入ることは許されないと解される。相手がいなくても無断立入りは違法である……⁽³⁷⁾強引に立ち入るなら、鍵を壊すなどを許容する規定が必要であり、……その種の規定がない以上は、その意味でも強制立入りはできない」（I 479頁）ということである。この点字賀Iは「罰則が定められている場合には、その間接強制効果に期待して実力行使を認めていないという説と、罰則がある場合でも、緊急の場合には実力行使を許す趣旨であるとする説がある」（I 149頁）と解説する。確かに、立入り要件の範囲には、緊急度の高いものから低いものまで、立入りの必要性の高いものから低いものまで、さまざまであろうが、そこで言う緊急の場合を限定しないまま中立的な立場を示すことに

どれほどの意味があるのか、大いに疑問である。

その上で、著者は次のような提案をしている。すなわち、「立ち入ることができる」という条文はミスリーディングであり、立ち入ることの承諾を求めることができる。承諾しない者は、以下の刑に処するという文章に直すべきである」と。刑罰により間接的に担保された行政調査の本質について、これ以上の分かりやすい説明はないであろう。宇賀 I は「行政調査の拒否には罰則の適用があることを知らない国民も少なくないと思われるので、事前に調査拒否に対する罰則の規定を教示する運用をすべき」と提案する。こうした努力こそが法に対する国民の信頼を創り出すと信じる。

Ⅲ （直接）強制調査

⑥実力を行使し相手方の抵抗を排して強制立入りによる調査を行うことが認められている場合である。人権侵害の程度が大きいことと行政目的の必要性を調整するため、裁判官の許可状が必要とされている。

ここで重要なことは、⑤でも述べたように、単に罰則が定められているにとどまる場合は、その間接強制効果に期待するのが限度であり実力行使は認められないことである。実力行使が認められるためには、裁判官の許可状を得て行うことができる旨の明文の定めが必要である。これを示す例が、以前は刑罰を背景とした間接強制手法であった児童虐待防止法の立入り（同法 9 条、児童福祉法 62 条 5 号）が、2007 年法改正により、裁判官の許可状を得ての強制立入権へと改められたことである。この結果、保護者が調査を拒否した場合、児童相談所が裁判所の令状を取って強制的に立入調査できるようになり、錠をはずすなどの必要な処分もすることができるようになった（改正法 8 条の 2、9 条の 2 以下）。すなわち、『刑罰による間接強制から強制立入への転換』（阿部 I 480 頁。）である。

児童虐待の防止等に関する法律

第八条の二（出頭要求等） 都道府県知事は、児童虐待が行われているおそれがあると認めるときは、当該児童の保護者に対し、当該児童を同伴して出頭することを求め、児童委員又は児童の福祉に関する事務に従事する職員をして、必要な調査又は質問をさせることができる。……

2（略）

3 都道府県知事は、第一項の保護者が同項の規定による出頭の求めに応じない場合は、次条第一項の規定による児童委員又は児童の福祉に関する事務に従事する職員の立入り及び調査又は質問その他の必要な措置を講ずるものとする。

第九条（立入調査等） 都道府県知事は、児童虐待が行われているおそれがあると認めるときは、児童委員又は児童の福祉に関する事務に従事する職員をして、児童の住所又は居所に立ち入り、必要な調査又は質問をさせることができる。この場合においては、その身分を証明する証票を携帯させ、関係者の請求があったときは、これを提示させなければならない。

2（略）

第九条の二（再出頭要求等）（略）

第九条の三（臨検、搜索等） 都道府県知事は、第八条の二第一項の保護者又は第九条第一項の児童の保護者が前条第一項の規定による出頭の求めに応じない場合において、児童虐待が行われている疑いがあるときは、当該児童の安全の確認を行い又はその安全を確保するため、児童の福祉に関する事務に従事する職員をして、当該児童の住所又は居所の所在地を管轄する地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、当該児童の住所若しくは居所に臨検させ、又は当該児童を搜索させることができる。

2～6（略）

第九条の七（臨検又は搜索に際しての必要な処分） 児童の福祉に関する事務に従事する職員は、第九条の三第一項の規定による臨検又は搜索をするに当たって必要があるときは、錠をはずし、その他必要な処分をすることができる。

4 コアカリ

コアカリは以下の罫み枠で示す通りである。しかし、1-3-3 行政調査の種類（犯則調査を含む）について条文を参照して説明することができるというのは、行政調査の種類よりも何らかの問題意識をもってする分類こそが、行政調査の法的統制という問題を考えるうえできわめて重要であることをまったく理解していないように思われ遺憾である。このことはまた、1-4-3 行政調査の手続的規律における考察が、行政調査の分類との関連性をまったく視野に置いていないように見受けられる点についても当てはまる。なお、宇賀Ⅰと櫻井・橋本が説明していることについては、随時言及したが、塩野Ⅰにはほとんど言及していない。その理由は、行政調査の要件・手続についての言及は一定程度なされているが、宇賀Ⅰが示し本稿でも行ったような、調査に応ずる義務の存否、強制力の有無、強制の態様という観点から、行政調査を分類して論じる箇所がほとんど皆無なためである。

行政過程の全体像

第3節 行政過程における制度・手法

1-3-3 行政調査

- 行政調査の種類（犯則調査を含む）について、条文を参照して説明することができる（法律の根拠の要否を含む）。

第4節 行政過程の手続的規律

1-4-3 行政調査の手続的規律

- 行政調査（犯則調査を含む）をおこなうにあたってとるべき手続の具体例を、条文を参照して説明することができる。
- 犯則調査権限をもつ行政機関が、犯則調査ではない行政調査によって得られた資料を犯則調査に流用することの可否について、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。
- 犯則調査権限をもつ行政機関が、犯則調査によって得られた資料を用いて行政処分をすることの可否について、代表的な最高裁判決を挙げて説明することができる。

以上

註

- (36) 宇賀 I も「調査拒否に対して刑罰が定められている場合であっても、限られた刑事司法の資源の有効な配分という観点から、行政調査違反に対して迅速に公訴が提起されることを期待しがたい面もあり、第5類型（次の⑤のこと一評者注）に過度に依存するよりも、第3類型の応用（営業停止等）を検討するほうが実効性が高いと思われるケースも稀ではない」（148頁）としている。
- (37) 国税調査官が税務調査と質問検査権行使のため店舗に臨場し、納税者の在・不在の確認のため、店舗内の内扉の止め金を外して無断で店舗兼作業場に立ち入った行為を違法とし、国に対し慰謝料3万円の支払を命じた事例として、最判昭和63・12・20訟月35巻6号979頁、大阪高裁昭和59・11・29訟月31巻7号1559頁がある。

5 むすび

行政調査について、これを任意調査、間接強制調査、直接強制調査に三分し、それぞれについてさらに区分を設ける三分多段階法が、比例原則や適正手続および有効性の観点からみて優れた分類である。そして、行政調査に関する要件解釈にさいしては、この分類の趣旨を踏まえて強制力行使が許容される程度と限界などを検討することが法治主義に適合する解釈論につながることを明らかにした。