

行政指導の法的根拠（一）

松 戸 浩

- 一 はじめに
- 二 我国学税判例上の展開（以上、本号）
- 三 ドイツ学税判例上の展開
- 四 理論的検討
- 五 おわりに

一 はじめに

行政指導と呼ばれる行政の活動類型は、現代社会に於ける行政活動の多様化の中で量的に増大すると共に質的な重要性を高めたものとされている。これに伴い既に行政指導は現代行政法学の主要な検討対象の一とされているのであるが、伝統的行政法理論が必ずしも十分な関心を寄せていなかった活動類型である為、そこでの検討では、同理論の中心にある法律による行政の原理の適用可能性如何も問題とされてきた。これは特に法律の留保原則と行政指導との関係という点で学説上数多くの議論がなされてきたところである。この議論の概要に就いては後に述べるが、そこでは基本的には、従来伝統的行政法理論にあつては行政指導は法的拘束力を持たず私人の法的利益に直接の影響を与えないものとされていた為法律の授權を必要としないものと考えられてきたところ、前述のような近時の量的増大・質

的重要性の向上に鑑み何らかの法的根拠を認めるべきか否か、という観点から議論がなされていた、といつてよい。¹⁾

この行政指導と法律の留保との関係を巡る議論は、行政指導の持つ私人に対する事実上の影響力の大きさの認知を受けて、これに対し法的にどのように対処するべきかという実践的な性格を持つものであった。しかしこうした実践的な関心とは別に、抑々行政機関が行政指導を行なうということは如何なる法的構成によるものなのか、という観点から問題を別に立てることは、なお理論的にはありうるものであるし、またこの点に就いてはこれ迄必ずしも十分に明確であつた訳ではない。本稿はこの点に就いての考察を行なおうとするものである。²⁾

(1) なお現代行政の変遷に伴い行政指導に対する学説の評価も変化していったことについて、中川丈久「行政手続と行政指導」二〇八頁。

(2) 行政指導の概念定義には論者の着眼の相違から様々なものがあるが(千葉勇夫「行政指導の研究」三頁以下参照)、本稿の考察との関係で問題になるメルクマールは、行政主体が私人に対し行なう(法律で定められないという意味で)法定外の活動、という要素である。この点につき参照、中川丈久・前掲二〇四頁註五。

尤も、如何なる行政活動に対して法律の根拠を必要とするかという法律の留保の関心事からすれば、理論的には行政活動の内容が法律の根拠の有無の判断に先行するものであつて、法律に定められないから行政指導となる、というものではない。従つて法律の留保論の見地からは、私人に対し法的拘束力を持たないものの事実上の影響力を持つ、という要素も行政指導のメルクマールとされるものであり、多くの論者がこの要素を行政指導のメルクマールとしていたのも、本文でみたような関心の反映であつたといえる。本稿で検討対象とする学説判例の殆どは寧ろ、この要素を第一に念頭に置いた立論となつてゐる。

二 我国学説判例上の展開

一 学説の状況 (1) 周知の通り伝統的行政法理論によれば、私人の権利自由を侵害する行政活動は法律の根拠に

基づかなければならないものとされる一方で、私人の権利自由を侵害するのでない行政活動は行政の自由な活動の範囲に属し法律の根拠を要しないとされてきた。^① かかる理解を前提として行政指導には個別の法律の授權を要しないと明言する見解も存在する。^② 他方で今日見られる見解の多くは一定の範囲の行政指導につき法律の根拠を要求しているのであるが、その論拠の分布は一般の法律の留保の範囲に関する見解とパラレルになっている。^③ 第一の見解は侵害留保説の延長にあると考えられるもので、伝統的理論の本来的理解に立てば行政指導は右のように法律の留保の対象にならないところ、行政指導の内容に着目し、これが侵害的行政の意味合いを持つ規制の内容を持つ場合には、その行使につき法律の根拠を要求するものである。^④ 第二の見解は全部留保説の延長にあると考えられるもので、行政指導一般に法律の根拠を要求するものである。^⑤

そして第三の見解は、本質性理論の延長にあると考えられるものである。中川丈久教授は行政指導を「法定外の政策内容」の追求を目的とする行政指導と「法定された政策内容」の追求を目的とする行政指導とに大別された上で、前者の内「民衆紛争の仲介」乃至「法定外の具体的政策基準への協力依頼」としての行政指導に就いては、「当該指導が達成しようとする目的のないし政策的価値：について議会（国会・地方議会）がある程度の方向づけをし、それを法律なり条例において実体的判断基準として示しておく必要がある」という問題意識の下に、「これらの二類型（…）において問題にすべき法律の根拠論とは、どのような政策内容の選択については法律・条例上表明されていないか、議会がまったく基本決定をしていないのに行政機関だけで政策目標を形成し追求してよいのかという意味のものである」と述べられると共に、「法定された政策内容」の追求を目的とする行政指導に就いては、既に「裁量権限や法定の行為形式・手続という制定法上のとっかかりがあり」「ここにおいて、いわゆる法律の留保論（法律の根拠の要否論）を論じる意味はない」と述べられている。^⑥ 而して中川教授にあつては前者の類型の行政指導であつ

でもそこで問題となるのは「行為そのものの授權規定ではなく、むしろ、行政指導が追求する政策内容（「行政機関がかくありたいと望む一定の秩序の形成」や「一定の公けの行政目的」。つまり社会的な利益調整の大枠）の手がかりとなる規定」⁷⁾であるとされる。法律の留保に関するドイツの本質性理論は、例えば重要な生活領域の秩序といった本質的な事項は民主主義的正統性を有する議会自らが決定しなければならず行政に委ねてはならないという内容を有するものであるが、対象範囲に就いては観点の置き方からくる相違があるものの、基本的事項が予め議会によって明定されていなければならないことを要求しているという構造に於ては、この本質性理論と行政指導の立法統制に関する中川教授の所説と共通性を有しているように思われる。

(2) この他に法律の留保論とは別に行政指導を類型化した上で個々に法律の根拠の要否を検討する所説はあるものの、⁸⁾多くの見解は右にみたように一般の法律の留保の範囲に関する見解とパラレルなものとなっている。即ち第一の見解は本来私人に対する法的な権利自由の侵害のみを対象とする筈の伝統的侵害留保説の修正により、第二の見解では私人に対する行政の働きかけを法的なもの事実上のものとを区別せず留保の対象とすることにより、第三の見解では私人に対しては事実行為たる行政指導によってのみ闡明されるような政策内容も法定されるべきとすることにより、夫々一部乃至全ての行政指導に法律の根拠を求めているのであるが、これらのどの見解にあってもその前提では、事実上の関係を考慮に入れた上で私人に対しては法的拘束力のない行政指導に対する法律の根拠の要否の判断がなされているという点で共通している。

(3) (a) ところで、行政指導に対し法律の根拠を要求する見解の中には、そこで要求される根拠の規律密度につき柔軟に理解しようとするものが少なからずみられる。例えば田中博士は法律の根拠が要求される規制的・調整的行政指導に就いて、行政機能の停廃をきたさない為には一般的な根拠法でも足りる場合があると述べられ、⁹⁾高田教授

も同様の見地から、「行政機関に対して行政指導を授権する作用法が行為の内容・手続等について羈束することが要請され」るが、「行政指導の羈束においては、行政行為その他の行為におけると異なり、その性質上、指導・助言・勧告その他の内容を具体的に羈束することが困難であろう。行政指導については、それを手続面で羈束することが重要であろう。そしてその場合、羈束法は、当該行政指導の授権法そのものがあること（…）を要するわけではなく、独立の行政指導手続法が設けられてよいわけである。」と述べられている。¹¹⁾ また塩野教授は「権力的行為形式に関して法律の根拠が存在する場合には、それと内容を同じくする行政指導の根拠規範も内包されているとみてよいだろう」と述べられ、¹²⁾ 根拠の転用を容認されている。更に中川教授にあつては前にみたように、個々の行政指導に対して個別のな根拠が要求されているのではなく、その手掛かりとしての政策内容に就いての方向づけを議会がなすべきことが求められているのである。ここで特に高田教授が行政指導の「性質上」その内容の具体的な羈束が困難であると述べられているように、（第一、第二の見解に於ける）授権要件の緩和は、新たな行政需要への機敏な対応の為に事前の定式化が困難であるという行政指導の特質にも由来している。¹³⁾

しかし、法律の留保原則により行政活動に対し法律の根拠が要求される場合、それは私人に対し行政活動に対する予見可能性を確保するという意味をも持つものであった。ここで予見可能性の確保が求められる理由は、私人に対し如何なる要件・効果の下で行政活動が行なわれるかを予め示すことにより自己の行動準則が明らかになることと共に、実効的な裁判上の保護を確保することにある。¹⁴⁾ かかる予見可能性の要請は、藤田博士の指摘されるように、法律の留保原則の持つ機能の内法治主義的保護機能に属するものであるが、¹⁵⁾ 行政指導の場合にこのような概括的授権を認めることは、そこでの授権には予見可能性の確保が期待されておらずまた法治主義的保護機能が放棄されているということを意味する。

(b) 従って授権要件の緩和を伴う右の第一、第二の見解に於ける法律の根拠には、法律の留保のもう一つの機能即ち民主的正当化機能が残ることになる。⁽¹⁷⁾ この場合法律の授権では、議会が要件の精粗に拘らず、当該行政指導の行使につき同意を与えたこと自体が問題となるのであって、結局その意義は—授権を要する行政指導の範囲には相違があるが—中川教授のそれ—ここでは抑々本質性理論と同様に民主的正当化の契機が問題となっている—と同じものとなっているのではないか、と思われる。

このように行政指導に対する法律の授権にあつては民主的正当化の機能が問題となっているということは、そこで授権の要否の判断に幾つかの影響を及ぼす。第一に、ここでは如何なる事項を法律の形式で規律するかを議会が民主的正当化の観点から決定することになるが、この観点から決定すべきことが劃定される範囲は精々中川教授の説かれるような、行政指導の追求する政策内容といったマクロの次元に留まり、具体的な個々の行政活動に就いてその法律による根拠の要否を決する⁽¹⁸⁾ ということは極めて困難になる、ということである。これは既に本質性理論との関係で説かれてきたことと同様の問題であるが、特に行政指導の場合には、行政指導の問題となつている事実関係をどう評価するかという価値判断に帰着することとなる為、結局論者の視角によつて、民主的統制を必要とするところの法律の授権を要求すべき行政指導の範囲は様々となりうるし、また同一の行政指導でも論者による評価が異なることとなる。⁽¹⁹⁾ 従つて、行政指導に法律の授権を必要とするか否か、という問いに様々な回答が存在しているのは、そこでの法律の根拠が行政指導の性質故に民主的統制の性格を強く有していることにその理由の一があるものといふことができる。⁽²⁰⁾

行政指導に対する法律の授権に於て民主的正当化の側面が問題となつていることの第二の帰結は、授権の態様が多様となりうることである。このことも既に本質性理論について指摘されてきたところであるが、⁽²¹⁾ 法律の留保一般に就

いても、ここでは国民の代表が同意することが問題なので、民主的正当化の方法としては様々な規律密度による授権が容認され、場合によっては単なる議会の議決でも十分ということになることは、既に指摘されている。⁽²³⁾後にみるように、行政指導に対する法律の根拠として組織法を挙げる見解も存在するが、これも、民主的正当化の観点から説明されるものである。⁽²⁴⁾

二 判例の状況 以上のように、学説にあつては行政指導に法律の根拠を要求する考えは行政指導の民主的正当化に根差すものということが出来るが、行政指導を巡る判例でこの問題はどのように扱われているか、を次に検討していくこととする。⁽²⁴⁾

(1) (a) 最高裁は昭和六〇年に、行政指導の担保として建築確認の留保を行なうことが許されるか否かという問題に関する判断を行なっている。⁽²⁵⁾この判決は、右の問題に就いて、建築確認の留保に対する建築主の同意の有無や留保の社会通念上の合理性の有無を検討した上で判断を行なっているのであるが、本稿との関係で問題となるのは、その中の次のようなくだりである。

《普通地方公共団体は、地方公共の秩序を維持し、住民の安全、健康及び福祉を保持すること並びに公害の防止その他の環境の整備保全に関する事項を処理することをその責務のひとつとして行なうのであり（地方自治法二条三項一号、七号〔平成一年法八七号による改正前のも〕以下「旧地方自治法」と記載）、また「建築基準」法は、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的として、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定める（二条）、として行なうところであるから、これらの規定の趣旨目的に照らせば、関係地方公共団体において、当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照障害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて、当該地域の生活環境の維持、向上を図るために、建築

主に對し、当該建築物の建築計画につき一定の讓歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに應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はいえないといふべきである。》

このように同判決は、行政指導の実効性確保の為に建築確認の留保がなされることを、建築確認処分の根拠法たる建築基準法の他に、地方公共団体の責務を列挙する旧地方自治法二条三項をも援用することにより、直ちに違法となる訳ではないとしている。ここでは直接には建築確認の留保の適法性に就いて述べているものであり、行政指導の法的根拠に就いて明言している訳ではないが、旧地方自治法二条三項の趣旨目的に照らして、行政指導が同項に規定された内容を実現する為になされたことに積極的な評価を与えているものであり、少なくとも、地方公共団体が同項に規定されているような責務⁽²⁷⁾を遂行する為の手段として行政指導を用いるといふことは肯定されている。

(b) 他方で同判決は、行政指導に根拠規範を不要とする判例の一に挙げられている。⁽²⁸⁾ 同判決にあつては、行政指導が正当化される為には行政指導に対する建築主の意志表明やそれに至る迄の態度如何、当該建築主が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性との比較衡量等様々な要素が考慮の対象とされているのであつて、旧地方自治法二条三項の存在はその一に過ぎない。従つて行政指導の場合には行政行為の場合と異なり根拠規範による正当化のファクターの比重が大きくなり、このことは、行政指導に対する法的根拠の問題に就いて行政指導の私人に對して持つ事実上の影響が認識されるようになってもおも十分⁽²⁹⁾に検討がなされないことに途を開きうるものであると思われ。

従つて問題となるのは、このように様々な考慮要素のある中で最高裁が特に旧地方自治法二条三項を援用したこと

の意味である。⁽³⁰⁾これに就いて中川丈久教授は、同項の援用は行政指導が地方公共団体の追求しうる政策目的にかかわるものであることを黙示的にはあるが示唆するものであるとし、行政指導の目的の正当性を評価する為の指標であったと評価されている。⁽³¹⁾ここでは同項は、(建築確認の留保との関係で)行政指導を評価する為のファクターのみにすぎないものとされている。

(c) 他方で同判決後に現われた下級審判決の中には、旧地方自治法二条三項を行政指導の根拠規定と解しているとみられるものもある。

《普通地方公共団体は、地方公共の秩序を維持し、住民の安全、健康及び福祉を保持すること並びに公害の防止その他の環境の整備保全に関する事項を処理することをその責務の一つとしており(旧)地方自治法二条三項一号、七号)、また、廃棄物処理法一条は、「生活環境の保全」及び「公衆衛生の向上」を図ることをその目的として掲げているのであるから、これらの規定の趣旨目的に照らせば、関係地方公共団体において、当該産業廃棄物処理施設許可申請が許可されて、申請どおりに設置されると、付近住民に対して、少なからず生活環境上又は公衆衛生上の被害を及ぼすことが予想される場合には、当該地域の生活環境、公衆衛生の維持・向上を図るため、申請者に対して、当該設置計画につき、一定の譲歩・協力を求める行政指導を行なうことも許されるものというべきである》⁽³²⁾

本判決は右に引用した判示部分に続き、前記最判を引用すると共に相手方の任意の協力や当該申請者が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性との比較衡量等前記最判で行政指導の認められる為の考慮要素とされたものを挙げて検討しており、行政指導の判断枠組としては前記最判と変わりはない。しかし本判決では、旧地方自治法二条三項と行政指導との関係が、前者が後者の前提となっているという形で、より明瞭に述べられている。

また行政指導に就いてではないが、ヨット係留杭の強制撤去に関する有名な最高裁判決は、次のように述べてい

る。

《浦安町は、浦安漁港の区域内の水域における障害を除去してその利用を確保し、さらに地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全を保持する（旧）地方自治法二条三項一号参照》という任務を負っているところ、同町の町長として右事務を処理すべき責任を有する上告人は、右のような状況下において、船舶航行の安全を図り、住民の危難を防止するため、その存置の許されないことが明白であつて、撤去の強行によつてもその財産的価値がほとんど損なわれないものと解される本件鉄杭をその責任において強行的に撤去したものであり、本件鉄杭撤去が強行されなかつたとすれば、千葉県知事による除却が同月九日以降になされたとしても、それまでの間に本件鉄杭による航行船舶の事故及びそれによる住民の危難が生じないとは必ずしも保障し難い状況にあつたこと、その事故及び危難が生じた場合の不都合、損失を考慮すれば、むしろ上告人の本件鉄杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であつたと評価すべきである》

ここで旧地方自治法二条三項が鉄杭撤去の法的根拠として挙げられていることに就いては法治主義の観点からの批判があるものの、⁽³⁰⁾最高裁にあつては同項は行政活動の法的根拠として捉えられうるものであることを右判示は示している。これと同様の理解は、近年の下級審判決にもみられる。⁽³¹⁾

(2) また、最判昭和五九年二月二四日刑集三八卷四号一二八七頁は石油価格に関する通商産業省の行政指導に就いて、次のように述べていた。

《通産省設置法三条二号は、鉱産物及び工業品の生産、流通及び消費の増進、改善及び調整等に関する国の行政事務を一体的に遂行することを通産省の任務としており、これを受けて石油業法は、石油製品の第一次エネルギーとしての重要性等にかんがみ、「石油の安定的且つ低廉な供給を図り、もつて国民経済の発展と国民生活の向上に資する」という目的（同法一条）のもとに、標準価格制度（同法一五条）という直接的な方法のほか、石油精製業及び設備の新設等に関する許可制（同法四

条、七条)さらには通産大臣をして石油供給計画を定めさせること(同法三条)などの間接的な方法によつて、行政が石油製品価格の形成に介入することを認めている。そして、流動する事態に対する円滑・柔軟な行政の対応の必要性にかんがみると、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、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独禁法の究極の目的に實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。

本判決の原審判決(東京高判昭和五五年九月二六日判時九八三号二二頁)が直接に通産省設置法の任務規定から同省による行政指導の許容性を導き出していたのに対し、本判決ではかかる理由づけは避けられている。他方で本判決は行政指導をなしうる論拠として石油業法の規定や行政指導を必要とする事情を挙げる中で、通産省設置法の任務規定にも言及している。即ち右の判示に於て同規定は、石油業法に於いて示された行政の役割を遂行する主体としての通産産業省の位置づけを明らかにする趣旨で援用されているのであるが、これは、本件で問題となつたような行政指導を行いうるのは同省のみであることを示している。確かに本判決に於ては通産省設置法は原審判決と異なり明示的には行政指導の根拠とはされてはいないものの、本件で問題となつたような行政指導を通産省が行なつたということが、石油業法の援用だけでは足りず、通産省設置法の援用も加えて初めて正当化されているものといふことができ
る。

(3) (a) また、各省設置法と行政指導との関係を問題としたことで知られる最高裁判決として、ロッキード事件に係る最判平成七年二月二二日刑集四九卷二号一頁がある。同判決でのこの点に関する判示は、次のようなものであつた。

〈運輸大臣が民間航空会社に対し特定機種の選定購入を勧奨することができるとする明文の根拠規定は存在しない。しかし、一般に、行政機関は、その任務ないし所掌事務の範囲内において、一定の行政目的を実現するため、特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言等を行うことができ、このような行政指導は公務員の職務権限に基づく職務行為であるといふべきである。／そして、運輸大臣がその長である運輸省の任務ないし所掌事務についてみると、運輸省設置法（昭和四十七年法律第一〇五号による改正前のも）は、運輸省の任務の一つとして…を規定し（三二条一一号）、航空局の所掌事務として、…などを、運輸省の権限として、…などを定めている。〉また、航空法は運輸大臣に定期航空運送事業に対する免許権限や事業計画変更の認可権限を付与しているところ、航空会社が航空機を選定購入し就航させようとするときは運輸大臣の認可を受けなければならない。そして運輸大臣は航空法の定める認可基準に照らし就航の可否を決定するものとされている。〈このような運輸大臣の職務権限からすれば、航空会社が新機種の航空機を就航させようとする場合、運輸大臣に右認可権限を付与した航空法の趣旨にかんがみ、特定機種を就航させることが前記認可権限に照らし適当であると認められるなど、必要な行政目的があるときには、運輸大臣は、行政指導として、民間航空会社に対し特定機種の選定購入を勧奨することも許されるものと解される。したがって、特定機種種の選定購入の勧奨は、一般的には、運輸大臣の航空運輸行政に関する行政指導として、その職務権限に属するものといふべきである。〉

このように本判決では、運輸省設置法の任務規定・同省航空局の所掌事務規定や航空法上の運輸大臣の免許・認可権限規定に照らし、運輸大臣が行政指導をなしうることを認めている。本判決の調査官解説は行政指導と法律の根拠との関係に就いて、従来の判例が少なくとも作用法上の根拠を必要としてこなかったとの理解に立ち、それを示すものとして石油ヤミカルテル事件に係る前記昭和五九年最判と共に最判昭和三十一年七月一七日刑集一〇卷七号一〇七五頁を挙げている。³⁶⁾ 後者は通産政務次官の競輪場設置承認と収賄罪との関係が問題となった事案であるが、そこで最

高裁は通産省設置法の任務規定・同省通商機械局の所掌事務規定や前者に定められた同省の所掌事務を具体化するものとされた自転車競技法に照らし、都道府県、政令市よりの競輪場設置申請を承認しその旨を建設省に通知する行為を、直接これを定める明文の規定がないにも拘らず「通産省本来の権限」としたものであった。調査官はこれら二判決を挙げた上で行政指導の内規制的・調整的行政指導に就いては作用法上の根拠を要求する田中説は取らないと明言しつつも、行政指導を完全に法外のものとするのではなく、行政指導は「設置法の範囲内で行い得る」もの、としている。

調査官が本判決をその方向上にあるものとみていると思われる昭和三二年最判は右のように各省設置法の任務規定・所掌事務規定の検討から通産政務次官が明文の規定がない行政指導をなしようとしたものであるが、本判決もそれに倣った構造となっている。⁽³⁸⁾ 調査官解説によればこの検討は当該行政指導が「設置法の範囲内」にあるか否かの検討ということになろう。学説上も各省設置法等の組織法は行政指導の根拠ではなくその限界を画するものであるとする見解が多くみられ、⁽³⁹⁾ また政府も同様の見解を取っている。⁽⁴⁰⁾ 或る行政活動に対して組織規範がこのような「枠規定」であることの意味がどのようなものであるかに就いては後述するように更なる検討が必要であると思われるが、ここでは、行政機関が行政指導を行い得るか否かの判断にあたって特に各省設置法の諸規定が重要な意味を持たされている。

なお前記平成七年最判では内閣総理大臣の運輸大臣に対する働きかけも問題となっている。これは法的拘束力のあるものではなく行政機関相互間に於ける行政指導ともいえるものであるが、⁽⁴¹⁾ 固有の問題がある。⁽⁴²⁾

(b) その後も例えば最決平成一二年三月二二日刑集五四卷三号一一九頁は、北海道開発庁がその所掌事務の範囲内で行政目的を達成する為指導勧告助言等をなしようすることを認めつつ、同庁の事務を統括する同庁長官の職務権限を

肯定している。これらの判決等に共通するのは、刑法上の収賄罪に係るものであることである。この場合問題となっている行為が刑法一九七条の「職務」に当たるか否かの検討が不可欠となるので、特に当該行為に法令上の根拠がない場合には、各省設置法の任務・所掌事務規定が援用され、その解釈を通じて当該行為が行為主体のなしうる職務権限内にあるか否かが問われることになる。従って右に挙げた判決等に於ては、問題となっている行為が行政機関のなしうる行政指導に当たるか否かが問われているので、その法的根拠に就いての検討がなされることになる。ここで問われているのは収賄罪の成否の観点から問題となっている行為が「職務」に当たるか否かなので、ここでの法的根拠は行政法学での法律の留保原則が法治主義的乃至民主的統制の観点から求める法的根拠とは異なり、法律の留保原則が妥当するか否かに拘らず、行政機関が当該行為を行政指導としてなしうる為の法的根拠が検討の対象となる⁽⁴⁾。

これに対し行政法上の争点の問題となっている事案では、判例によれば行政指導に作用法上の根拠は不要とされず、また各省設置法の定める所掌事務が「森羅万象所管主義」⁽⁴⁾と称される程広範であることから通例は行政指導が所掌事務の枠を越えて行われることは考えにくい。同様に判例・裁判例で援用されるものとして先に挙げた地方自治法二条二項・三項で地方公共団体がなすものとされている事務の範囲も極めて広範なものであった。その為このような事案では、往々にしてこの点に就いての検討は省略され行政機関が当該行政指導をなしうることを前提として事案の処理がなされているとみることができよう。

(4) 最高裁が行政指導の法的根拠に就いて常に具体的に言及している訳ではないことを示すものとして、次の諸判例が挙げられる。負担金の納付を求める行政指導が問題となった最判平成五年二月一八日(民集四七巻二号五七四頁)では、行政指導の根拠となった指導要綱が法令の根拠に基づくものではないことを認めつつも、行政指導の法的根拠に就いてそれ以上の言及はせず、特に行政指導の任意性に着目してその適否の判断をしている。本件は(1)

で挙げたケースと同様に旧地方自治法二条二項乃至三項への言及が可能であるにも拘らず、それはされていない。行政指導が基本的には相手方の任意の協力のもとでのみなしうるものであるにも拘らずその前提を欠く本件の事情の下では同項への言及は不要であったともいえるが、本判決では《指導要綱制定に至る背景、制定の手続、被上告人が当面していた問題等を考慮すると、行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損うことがない限り、違法ということとはできない》と述べられ、地方公共団体が行政指導を行うことが法的根拠の言及なしに当然のこととされている。また行政指導の法的根拠への言及がある場合でも、そのあり方は一様ではない。例えば教科書検定に係る最判平成九年八月二十九日民集五一巻七号二九二一頁は、教科書検定に於ける改善意見が《検定の可否に直接の影響を及ぼすものではなく、文部大臣の助言、指導の性質を有するものと考えられる》と述べて行政指導の一種であることを認めつつも、その根拠に就いては《教科用図書検定審査内規（昭和五三年六月一日教科用図書検定調査審議会決定）》を挙げるに留まっている。改善意見はこの内規以外の法令上の根拠を持たないものであるが、(2)(3)で挙げたケースと同様に文部省設置法の任務・所掌事務規定への言及が可能であったにも拘らず、それはされていない。またクロロキン薬害に係る最判平成七年六月二三日民集四九巻六号一六〇〇頁では、厚生大臣が《薬事法上の諸権限を前提とし若しくは薬務行政に関する一般的責務に基づいて、医薬品製造業者等に対して指導勧告等の行政指導を行うことができる》と述べられるに留まっている⁽⁴⁵⁾。

三 以上のように、判例に於ける行政指導の法的根拠の扱いは様々な形態を取っており一定の定式を読み取ることは出来ない。或るケースでは行政指導を正当化する為に援用されていた規定が、他のケースでは同様に援用出来るにも拘らず援用されていない、という場合もあった。行政指導に就いては他の行政の活動形式との結合関係が強調される

が、本稿で取り上げた判例の多くにみられるように他の行政活動との相互連関の中で評価がなされ、また行政指導に⁽⁴⁶⁾ 処分性を認めた最判平成一七年七月一五日判時一九〇五号四九頁や同平成一七年一〇月二五日裁判所時報一三九八号四頁が行政指導を単独で取り上げずこれに関係する病院開設認可に係る諸規定を考慮して判断を行なったように、行政指導は広範な考慮要素を勘案した上でその評価がなされ、その中でも許容性判断の際には任意性の要素が基本的には大きな比重を占めている。こうした判断枠組の下では、根拠法律との関係でその法的評価がなされる行政行為と異なり、行政指導の法的根拠は検討要素の一に過ぎないか場合によっては検討されずに済まされることになる。⁽⁴⁷⁾

他方で前述のように刑法上の収賄罪が問題となるケースでは、各省設置法の任務規定乃至所掌事務規定が積極的に援用されていた。ここでは、これらの規定が行政指導の正当化の為の他の諸要素と並ぶ一に過ぎないというのではなく、行政機関と行政指導とを結びつける上での何らかの要素として機能している。前述のように従来、これらの規定は学説上行政指導の根拠としてではなく枠としての性格を持つと説明されてきた。しかし、少なからぬ判例に於ては、任務規定・所掌事務規定或いは旧地方自治法の任務規定による行政指導の正当化が行なわれてきたところである。ここでの援用は、単なる枠としての性格には留まらないものであった。ところで、こうした任務規定による行政指導の正当化は、我国に於ける行政指導とほぼ同様の機能を果たすものとされるドイツのインフォーマルな行政活動に関する学説判例にもみられる。そこで次款ではこのドイツでの状況を参照しつつ、任務規定・所掌事務規定と行政指導との関係に就いて検討することとする。

(一) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1., 3. Aufl., 1924, S. 69ff, 97ff; 田中二郎「法律による行政の原理」三二六頁以下。

なお同「行政法総論」二九頁以下では、「人民の権利義務に関係のある場合」か否かで法律の根拠の必要性の有無を判断されているが、人民の権利義務に何ら関係しない行政活動が行政の自由な活動の範囲に属するという点では変わりはない。なお註四参照。また美濃部博士が侵害留保説に立たれているかに就いては検討の余地があるものの（この点に就いては参照、松戸浩「法律の法規創造

力の概念に就いて・統」(藤田退職「行政法の思考形式」所収予定)二款註三〇)、いずれにせよ「直接に人民の権利義務を拘束するのではない作用」に就いては「原則としては行政の自由なる活動の範囲に屬」すると述べられている(美濃部達吉「日本行政法上巻」二四頁)。

(2) 柳瀬良幹「行政指導小言」自治研究五四卷七號八頁、小早川光郎「行政法上」三二二頁以下及び塩野宏「行政指導」(行政課程とその統制)所収)一九二頁註二三に挙げられた諸論稿。

なお原田尚彦博士も行政指導には法律の根拠を要しないとされているが、侵害留保説からこの結論を導いている訳ではない(行政法要論(全訂第五版)一九三頁、「行政指導」ジュリスト増刊二九号五二頁参照)。

(3) なお、行政指導と法律の根拠との関係に就いての所説(但し一九八七年以前のもの)の詳細に就いては、千葉・前掲三九頁以下で「原則として法律の根拠を要しないとす説」「規制的、調整的行政指導には根拠を要するとす説」「原則として法律の根拠を要するとす説」に分類された上で紹介されているので、同所で紹介されている所説に就いては簡単に言及するに留める。

(4) 田中「行政指導と法の支配」(「司法権の限界」所収)二八八頁、塩野「行政法上」(第四版)一九〇頁、芝池義一「行政法総論講義」(第四版)二五六頁以下。尤も、全ての規制的行政指導に法律の根拠を要求している訳ではない。また公表につき、阿部泰隆「行政の法システム下」(新版)四四三頁。

(5) 千葉・前掲四三頁以下に挙げられた室井力、村上義弘、山内一夫、高田敏の各博士の所説がそれである。尤も、この内山内博士は後に法律の根拠不要説に見解を変えられているようである(参照、「行政指導の理論と実際」七三頁以下)。また室井博士は別所で「行政指導にはすべて具体作用法的根拠を要することも：正当ではないと思われる。」とも述べられている(「公害行政における指導と助成」(「公法研究」三三三号所収)一一五頁)。更に高田教授は全部留保説の見地から「行政指導も、法律(作用法)の授權なしに行なわれえないのが原則である」と述べられつつも、行政指導を助成的指導と規制的指導とに区別しつつ後者に就いて基本的に法律の根拠を要求されているので、結論としては本文でみた第一の見解と同様のものとなっている(「行政指導と「法律による行政」の原理」法学教室(第二期)五号八八頁以下)。

(6) 中川丈久・前掲二二七頁以下。

(7) 中川丈久「行政指導の概念と法的統制」(芝池・小早川・宇賀克也編「行政法の争点」(第三版))三九頁。

(8) その詳細に就いては参照、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」(「現代行政の行為形式論」所収)九頁以下。

(9) 例えば千葉博士は、存在目的、機能等から行政指導を細分化した上でその夫々に就いて個々に法律の根拠の要否を判断されており、必ずしも法律の留保の延長で判断されている訳ではない。(前掲五〇頁以下)。また同様に行政指導の類型毎に法律の根拠の要否を検討するものとして、南川諦弘「行政指導と法治主義」判例タイムズ五八一号三七頁以下。尤も、本文で挙げてきた所説の中にも、一部の行政指導に就いては法律の留保での考え方から離れ、柔軟に法律の根拠の要否を判断しているものもある。

(10) 田中・前掲二八九頁。

(11) 高田・前掲八九頁。

(12) 塩野「行政指導」一九三頁。

(13) なお参照、雄川一郎外・座談会「行政指導の基本問題」ジュリスト三四二号三〇頁以下。また、法律の留保の対象に入る為の要件として行政の側での活動に対する予見可能性が求められることに、H. U. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 94ff.

(14) 前者につき、藤田宙靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」(『行政法の基礎理論上』所収)三二二頁、R. Philipp, Staatliche Verbraucherinformationen im Umkehr- und Gesundheitsrecht, 1989, S. 204 (後者に、D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S. 221, 223ff. 同所でイエムシユも援用しているように)、ドイツ連邦行政裁も授権の特定性の求められる根拠の一を基本法一九条四項(公権力による権利侵害に対する裁判救済の保障)に求めている(BVerfGE 2, 114)。

(15) 藤田・前掲。ドイツで同様の指摘をするものとして、J. Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Jus 1979, S. 712.; C. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, S. 982.; Derselbe, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 23. 5. 1989, JZ 1989, S. 1004.

(16) 法律の留保に法治主義的保護機能と民主的正当化機能の両側面があることは藤田博士が詳細に論じられているところであるが(藤田・前掲三八一頁以下)、『ドイツで同様の指摘をするものとして』F. Ossenhül, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz-Starck-Klein (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 19ff.; J. Pietzcker, a. a. O.; C. Gusy, a. a. O.; Derselbe, Verwaltung durch Information, NJW 2000, S. 982.; E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 383f.; M. Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetz im Wandel, JZ 1984, S. 693f. M. Ibler, Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane, in: Festschrift für H. Maurer, 2001, S. 155.

(17) なお、本文でみたように規制の行政指導に法律の根拠を要求される塩野教授も、「私人の自由な活動領域に対し、内容による説得

以上に私人の主体的意思決定の可能性を著しく削減せしめる方法により介入することは、現在の民主的統治構造の下においては、やはり具体的法律の根拠が必要ではないだろうか」と述べられている。塩野・前掲一九四頁。

(18) 例えば参照、藤田・前掲三八九頁、同「行政法Ⅰ」(第四版) 八七頁註三。

(19) 参照、柳瀬・前掲六頁以下、中川剛「法治主義の限界と行政指導」自治研究五三卷四號一〇頁。

(20) 大橋教授も、本質性理論に就いて、その基準としての不明確性を惹起しているのは民主主義的要素の部分であると指摘されている。

大橋「インフォーマルな法治国」公法研究五七号二〇三頁。

(21) 大橋「法律の留保学説の現代的課題」三三頁以下。

(22) 藤田「警察法二条の意義に関する若干の考察」三八二頁以下、同「行政法Ⅰ」(第四版) 八四頁。

(23) 参照、藤田「行政法Ⅰ」(第四版) 八六頁。

(24) 本稿では専ら本文に述べた見地から判例の分析を行なうものであり、行政指導に関する判例のトータルな分析をするものではない。また、下級審裁判例の中にも本稿のテーマとの関係で取り上げるべきものは数多く存在するものの、紙幅との関係で最小限に留めるものとする。

行政指導に関する判例並びに裁判例の網羅的な検討としては、山内一夫「行政指導」、同「行政指導の理論と実際」、千葉・前掲書、中川丈久「行政手続と行政指導」一九八頁以下を夫々参照。

(25) 最判昭和六〇年七月一六日民集三九卷五号九八九頁。

(26) その詳細に就いては、中川丈久・前掲三二五頁以下、藤田・前掲三二九頁以下、同「行政指導の法的位置づけに関する一試論」(「行政法の基礎理論上」所収) 一九三頁及び中川丈久・前掲二六三頁註一に挙げられた本判決の評釈を参照。

(27) 同項は、沿革上は旧地方自治法二条二項の抽象的に規定された事務を具体的に例示する為に昭和三年の第四次同法改正で挿入されたものであり(参照、第二回國會衆議院會議録第六七号、第二回國會參議院會議録第五四号)、その後も同項を前項の例示規定と解する理解が一般的であった(長野士郎「逐条地方自治法」(第二二次改訂新版) 四六頁、塩野「行政法Ⅲ」(第二版) 一一六頁、藤田「行政組織法」(初版) 一六一頁以下、一六八頁)。これは、二条三項は二条二項の内容を敷衍したものであるということであって、それ故二条三項が地方公共団体の行政活動一般の法的根拠たりうるかは二条二項とあわせて検討されるべきものであり、二条三項が事務の例示の形態を取っていることから直ちに同項は地方公共団体の行政活動一般の法的根拠たりえない、とはいえないと思われる。

換言すれば、二条三項の規定内容は二条二項のそれに完全に含まれるものなので、二条二項の範囲内の行政活動に就いて二条三項に規定があれば、具体的なそれを法的根拠とすればよいものであり、問題は地方公共団体の活動が二条二項の範囲内にあるか否か、ということに尽きる。ただ二条二項の対象とする行政活動は極めて広範であるので同項が法律の留保の根拠たりうるかという問題はあ
るが、それは二条二項の問題であって三項の問題ではない。

(28) 塩野「行政法Ⅰ」(第四版)一九〇頁、宇賀克也「行政法概説Ⅰ」三二五頁、同「ベシック行政法 第七章 行政指導」法学教室二九一―三二七頁。

(29) 夫々の持つ意味に就いては、註(26)に挙げた中川丈久教授、藤田博士の諸論稿を参照。

(30) なお本判决の原審判決(東京高判昭和四四年一月二四日判時九五五号七三頁)では、専ら建築基準法から行政指導をなすべき行政機関の「責務」が導き出されており、旧地方自治法は援用されていなかった。

(31) 中川丈久・前掲二二九頁以下。

(32) 札幌高判平成九年一〇月七日判時一六五九号四五頁。

(33) 最判平成三年三月八日民集四五卷三十一七二頁。

(34) 塩野「法治主義の諸相」二二五頁、櫻井敬子・法学協会雑誌一一〇巻一〇号一七四頁、藤原淳一郎・判例評論四〇〇号一九九頁。なお肯定的に解するものとして、磯部力・地方自治判例百選(第三版)八三頁。

(35) 例えば福岡地判平成二年三月二三日判時一三六二号四七頁は旧地方自治法二条二項三項を援用しつつ、普通地方公共団体が(他の地方公共団体の関係者等との間で社会通念上相当と認められる範囲での交流活動を行うことや普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して社交儀礼を行うことも右の普通地方公共団体の事務に当然含まれるものと考えられる)と判示している。また札幌高判平成九年一〇月七日行裁例集四八巻一〇号七五三頁は、旧地方自治法二条三項や「生活環境の保全」及び「公衆衛生の向上」を図ることをその目的とする廃棄物処理法一条の趣旨目的に照らすと、地方公共団体は産業廃棄物処理施設設置許可申請者に対して当該設置計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導をなしようと判示している。更に京都地判平成九年一〇月三十一日判時一六五一号一二二頁は旧地方自治法二条二項三項を根拠として、民有林林道に対する町の管理権を認めている。

(36) 龍岡資晃・小川正持・青柳勤・法曹時報五〇巻四号二六三頁。

(37) 本判决は、通産省の任務を定めた同省設置法三条が同省の所掌事務を定めたものとしている。

(38) なお、運輸大臣は本件で問題となったような航空機の選定購入を勧奨することは出来ないとする草葉・中島・三好・高橋意見も、一般に行政機関がその任務乃至所掌事務の範囲内に於て行政指導をなしうることを認めつつ、法廷意見と同様に運輸省設置法・航空法の検討をした上で当該勧奨をなしうる場合があること自体は肯定している。

(39) 塩野「行政法Ⅰ」(第四版)一八九頁以下、行政管理庁「行政指導に関する調査研究報告書」(昭和五六年版)二六頁以下(塩野執筆)、山内「行政指導の理論と実際」七六頁以下、千葉・前掲三七頁以下、大橋「行政法」三八二頁以下。また本判決につき同様の見解を述べるものとして、宇賀「行政法概説Ⅰ」三二五頁以下、同「ベータシク行政法」第七章「行政指導」法学教室一九一号三七頁。

(40) 第七二回国会参議院商工委員会会議録第八号(角田礼次郎政府委員発言)。

(41) 藤田「行政組織法」(有斐閣版)七四頁、一二七頁。

(42) 同判決法廷意見は内閣総理大臣の運輸大臣に対する働きかけに就いて、「内閣総理大臣が行政各部に対し指揮監督権を行使するためには、閣議にかけて決定した方針が存在することを要する」と述べる一方で、「閣議にかけて決定した方針が存在しない場合においても」内閣総理大臣が「行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有する」と判示している。法廷意見が右のように指揮監督権と指示権とを区別していることに就いては、これを行政処分と行政指導との区別に対応するものとみる見解がある(塩野「行政法Ⅲ」(第二版)五四頁、高橋明男「行政機関の職務権限」塩野・小早川・宇賀編「行政判例百選Ⅰ」(第四版)八三頁。また本判決尾崎補足意見は内閣総理大臣の指導等が「一般の行政実務」上の勧告指導といった行政指導と同様のものと明言している)。

作用法上行政処分と行政指導との間には根拠法律の要否という相違があるのに対し、指揮監督に就いては従来個別の法律の根拠は不要であると説明されてきたのであるから(渡邊宗太郎「全訂日本國行政法要論上巻」四〇頁、遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川・塩野・園部編「現代行政法大系七巻」一九一頁、藤田・前掲七四頁、芝池・前掲九八頁。また美濃部達吉「日本行政法上巻」三八九頁以下、佐藤「行政組織法」(新版増補)一三七頁以下、柳瀬良幹「行政法教科書(再訂版)」三二六頁以下)、これと指導助言等との間には根拠法律の要否に就いては相違なく、従って指揮監督と指導助言等の区別が行政処分と行政指導との区別に対応するということは、法的拘束力の有無の点でということになる。本判決の園部・大野・千種・河合補足意見は、内閣法六条には「組織法としての意義」と「作用法としての側面」とがあり、後者は「内閣総理大臣が行政各部を指揮監督する場合の要件」であつて、内閣総理大臣

は「右規定に基づき、内閣の首長として、行政各部の主任の大臣に対し指揮監督権限の行使をすることができ」と述べつつ「内閣総理大臣の指揮監督権限は、本来憲法七二条に基づく；右指揮監督権限の行使に強制的な法的効果を伴わせるためには、内閣法六条により、閣議にかけて決定した方針の存在を必要とするが、右方針決定を欠く場合であっても、それは、内閣法六条による指揮監督権限の行使ができないということとどまり、そのことによって内閣総理大臣の憲法上の指揮監督権限のすべてが失われるものではなく、多数意見のいわゆる「指示を与える権限」は、何らの影響を受けずに存続するものといえる」と述べている。これは、(行政指導は組織法の根拠で足りるが)行政処分はこれに加え作用法上の根拠を要するとする行政法学上の説明を類推しているようにもみえる。しかし前述のように、根拠法律の有無の点では指揮監督と指示との間には相違はないのであるから、かかる類推をなすことは適切ではない。

他方で、内閣総理大臣とその他の内閣構成員との関係に就いては様々な議論があるところであるが、これを上級機関と下級機関との関係として捉えるのでなければ、従来上下関係のない機関の一方に指揮監督権を与える為には法律の根拠が必要であるとされてきたことから(遠藤・前掲、藤田・前掲一〇〇頁)、従来内閣法六条を支えるものとされてきた所謂分担管理原則を憲法上の要請ではないとみるとしても(この点に就いては参照、藤田・前掲二二三頁以下、行政組織研究会「中央省庁等改革関連法律の理論的検討(一)」自治研究七六卷九號一一頁以下)、なお内閣法六条はこの法律の根拠に当たるとして必要とされることになる。

これに対し従来助言勸告に就いては前述のように法律の根拠は不要とされてきたが、これも行政機関に配分された所掌事務の範囲内でなされるべきものである(本件に就いてこのことを述べるものとして、塩野『行政法Ⅲ』(第二版)五四頁)。この点は対外的になされる行政指導と区別されない。行政機関がこれを包括する國等によって配分された事務によってその活動の範囲を劃されることには、外部法・内部法の区別はないからである(参照、森田寛二『行政機関と内閣府』一一三頁以下、特に一二三頁以下)。従って内閣総理大臣が本件のような指示を運輸大臣に対してなしうるかは、まず第一には当該指示が内閣総理大臣の所掌事務の範囲内であるか否かによって定まるものであり、これに加え上下関係のない機関の一方に与えられる為には法律の根拠も要求される法的拘束力のある指揮監督とは同一に論じることが出来ないものと考えられる(本判決の前には両者を区別せずに内閣法六条との関係で論ずる見解が少なからずみられた。例えば林修三「内閣総理大臣の職務権限について」成田頼明編『行政法の争点』(初版)一一九頁。なおこの点稲葉馨教授は「筆者の立場からは」指示権と憲法・内閣法上の指揮監督とを殊更に区別する必要はないと述べているが「内閣・国家行政組織制度」公法研究五九号一七二頁註三六)、教授の述べられるように内閣総理大臣の所管が国政全般に及ぶと解

しても〔同一六八頁以下〕、内閣総理大臣と國務大臣とが上下関係にあるものとみるのでなければ、右のような問題があるものと思われる。また教授は、内閣総理大臣の罷免権の存在により法的拘束力のある指揮監督とそれ以外の指示との区別に実益のないことも述べられているが、罷免権という例外的状況を解釈の前提とすることに對しては問題が指摘されている〔大石眞「内閣制度の展開」公法研究六二号五九頁、高橋・前掲〕。尤も本件で問題となつたような内閣総理大臣の働きかけは運輸省所管事務への「口出し」としての内容を持つものであるので、以上のような行政機関間の助言勧告一般の議論とは別に、所謂分担管理原則との関係も問題となりうる。従来この種の活動は同原則との関係から省庁設置法の当該規定或いは国家行政組織法一五条や内閣府設置法七条七項といった明文の規定で認められていた(参照、藤田・前掲一〇三頁以下)。これらの規定の存在は、かかる活動であっても活動主体の所掌事務と定められていれば所謂分担管理原則との関係では問題がないと理解されていたことを意味しよう(他方で内閣総理大臣が直接民間企業に勧奨行為を行なうことはこれとは区別され、同原則の見地からは許容されないことになる。参照、佐藤・前掲三〇七頁)。尤も本件の場合は右に挙げた例と異なり解釈によつて内閣総理大臣にかかる活動に對する所掌事務のあることを認めているのであるが、これは、所掌事務の定めを明文によつて定める必要があるかという問題と関わるものであらう(なお参照、国家行政組織法二条一項)。

(43) 参照、高橋・前掲。

(44) 大森彌「省庁の組織と定員」西尾勝・村松岐夫編「講座行政学四卷」一四頁。

(45) 尤もこのケースは、最高裁が薬事法上の権限とする厚生大臣による医薬品の日本薬局方からの削除乃至製造承認の取消や薬事法上明文で定められている諸権限を背景とした行政指導が問題になつているものと考えられ、行政指導が法定の行為形式の代替として行われる訳ではない本文で取り上げた他のケースとは異なり、法的根拠が当該諸権限の根拠規定に内包されているものとみる余地もある(参照、塩野「行政指導」一九三頁)。

(46) 塩野「行政法Ⅰ」(第四版)一八八頁、大橋・前掲三七五頁。

(47) 中川文久教授は、先に挙げた昭和六〇年最判と平成五年最判とに於ける「アプローチ」の相違を「事案類型の違い」に求められ、最高裁は後者での負担金・協力を求める行政指導を前者での民衆紛争の仲介としての行政指導に比べそれほど配慮すべき性格のものではないと考えたのではないかと指摘されているが(前掲二五五頁)、そうであるならば結論が先にあつてそれを正当化する理由が探されることになり、事案によつて持ち出される行政指導の判定材料は異なることになる。これは、本文で先にも見たような、

地方自治法二条二項三項の援用が事案によって異なることも符合する。