

行政手続法と地方自治行政

山代義雄

目次

- 一 行政手続法制定の意義
- 二 地方公共団体への影響
- 三 地方公共団体の法三十八条措置
- 四 要綱行政との関係、及び要綱行政の将来方向

一 行政手続法制定の意義

行政手続法（以下、しばしば、「法」又は「本法」と略称する。）が平成五年十一月二日、法律八八号として公布され、翌平成六年一〇月一日より、施行されている。その後、特段のトラブルが生じたという話はあまり聞いていない。新聞で報じられたものとしては、日経新聞十一月二八日の社説で取り上げた九州通産局の不手際ぐらいであろうか。この事件は、法七条では「申請が到達したときは、遅滞なく……審査を開始しなければならない」こととなったのに、同局では、従前どおり、審査を留保し、他業者の同意をとりつけるよう法定外の指導を行い、かつその報告書の提出を求め続けていたというものである。

他にも同様のケースはあるのだろうか、依然、国民は官とのトラブルを避けてか、表に出ない事件が多いのではないか。

地方自治体の行政については、行政手続法が直接適用される部分は、法律に根拠のある処分および届出に関するものに限定されており、行政指導や自主立法である条例・規則に根拠のある処分等は適用除外になっているので（三条二項）、地方公共団体に関してこのような事件が生ずるのは、それぞれの団体が法三八条により求められている行政手続条例などを施行した後の問題となる。実は、このこと自体が、本題の主要な論点に関わってくるので、後節で詳述することにして、先を急ぐこととする。

行政手続法で、まず関心を惹くのが、透明性なる用語である。一条は「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を目的とする。透明性の用語は、我が国の法令では、最初の用法であり、それが用いられた経緯、意義について

は、既に立法関係者による解説がなされている。^②ごく要約すれば、一九八八年の第二行革審の「公的規制緩和等に関する答申」において、はじめて「透明性」なる用語が用いられ、さらに、日米構造問題協議に際してアメリカ側が、日本の行政手法の不透明さを批判する中で定着し、第三行革審（一九九一年）では「公正・透明な行政手続法制の整備に関する答申」としてタイトルに登場している。

日本の行政手続は、確かに、申請してもその後、どこで、どのような理由で、止まっているのか、いつ結論が出るのか、分からない場合が多かった。そこで、行政手続法は、行政の意思決定につき、その内容および過程を、国民に明らかにする（法一条かつ書き）という意味で、公正さとともに透明性の概念を導入したものである。それはそれとして意義の深いものであるが、行政手続を考える場合には、（目新しい文言だけでなく）そこに含まれている社会・政治的事情、学説的要請など、より深い多様な意味の存在を認識して、その解釈・運用に活用し、また、地方公共団体においては前記行政手続条例などを立案する際の立法の背景・趣旨として生かしていきたいものである。

ではどのような学説的背景があるのか、論点をごく簡単に触れておくと、行政手続法制が、法治主義の形骸化に対する防御策として期待されてきた点である。法治主義は、君主の専制を制御するという段階から民主主義国家の国民主権の保障へと意味付けが変わったものの、「国民に権利を付与し義務を課す場合は議会制定法による」という大原則であることには何ら変りはない。しかし、近時の行政の多様化・高度化（福祉国家観に基づく給付行政の登場など）は国民の権利義務に関すること（侵害留保説）ですら、法律で網羅することを不可能としている。たとえば、雨のように法律を制定しても、その具体化をテクノクラートによる広汎な行政立法（政省令・通達・訓令など）に委ね、法律の適用には行政庁の裁量を認め、さらに行政計画についても、国民生活に多大な影響をもつにも係わらず、法律には

説

計画の根拠・目的・骨組みを置く程度であり、「法律による行政から計画による行政^③」と識者に評された状況を生んできた。「行政国家化の危殆^④」という批判的表現にもうなづけそうである。

とはいえ、法治行政は、近代憲法の基本原理である権力分立・議会民主制を維持するため絶対に欠かせないものであり、形骸化に対しては、しかるべき手当てを施して行かねばならない。

そこで識者により論じられてきたのが、英米法理念（デュー・プロセス・オブ・ロー）の導入であり、また、学説上の行政過程論の提唱といえる。

英米法の法の支配は、個人の自由・財産を司法的保障のもとにおく原則であり、ダイシーが「イギリスには行政法がない^⑤」と語ったように行政に特有の法はなく、行政とて権限行使に先立ち司法的判断を得る必要があったというものであり、このような沿革が、現行英米法の事前手続重視につながっている。事前手続により違法な行政権力の制御が可能となり、法律の形式的な執行でなく、実質的法治主義を実現できることとなる。従前の我が国の行政法規は事前手続を欠くのが一般的であり、行政に違法があれば事後救済で対処しようという思想であったが、本法による事前告知、弁明、聴聞などにより、紛争の事前予防が可能となり、権利擁護に厚くなることになる。

既に、裁判例には、いわゆる白石判決^⑥以降公正な手続きを行政行為の成立要件とする進んだものが見られ、また、成田新法最高裁判決^⑦は、憲法三一条の解釈につき、その法定手続の中に行政手続を含める可能性を認めるにいたっており、手続法重視の素地が固まりつつあった。

次に、行政過程論は、政策決定過程の重視と、行政への住民参加の必要性を説く学説といえる。伝統的行政法の構造は法律、行政行為、強制行為の三段階モデルといわれこれら三つの段階の法理を探ることが行政法の課題であった

論

とされるが、行政過程論の代表的見解によれば、「行政活動は単なる個々の法の執行ではなく議会、行政、住民を統合した総合的な政策決定過程（藤田宙靖^⑩）」とされる。すると、行政過程の中には、立法、行政行為、行政強制のほか、行政立法、行政計画、行政指導、行政契約、さらに協定、審議会、種々の住民参加システムなども含まれた、議会、住民、行政のいずれもが相互に関与し合った社会的統合過程と観念されるので、そこに、形骸化した法治行政を支える行政活動の正当性を見出すことができる^⑪。行政過程論も法治行政の形式性を越えて、実質的法治主義を目指す方向であり、前記「法の支配」原則の導入と同様な方向に帰着するであろう。

以上、るる述べた意図は、地方公共団体が行政手続条例などを制定する場合には、本制度の背景を理解して、本法を真似ただけの条例でなく、住民自治をモットーとする行政としてふさわしい手続条例を制定してほしいと考えるからである。

本法立法段階で積みこされた行政立法、行政計画についての住民参加サイドからの手続的保障を、早い機会に実現したいという念願をもっている。

二 地方公共団体への影響

行政手続法は、当然のことであるが、地方公共団体に法律の遵守義務を課すものである。しかし同法には、三つのタイプの適用除外がある。一は法三条に基づく「適用除外」事項、二は法四条に基づく「国の機関等に対する処分等の適用除外」であり、三は行政手続法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律（平成五年法律八九号）に基づくものである（例えば、同法一〇三条に基づく生活保護法二九条の二の改正規定により、「保護」については本法の適用

説がない)。

論

これらの定めのうち、とりわけ法三条二項においては、地方公共団体の機関がする処分又は行政指導、並びに地方公共団体の機関に対する届出についての適用除外の定めがあり、地方公共団体における行政の本法上の守備範囲を画するものとして重要である。そして、同条同項によると、まず(行政指導の方は後に述べる)地方公共団体の機関がする「処分」、機関に対する「届出」は、法律に根拠のあるものは本法の適用とし、条例・規則に根拠のあるものは本法の非適用とした。すなわち、根拠法規による区分であり、根拠法規区分説といわれる。

この区分方法を採用するについては立法過程において種々議論があり、他に主体区分説(国か地方公共団体か)、事務区分説(国の事務か地方公共団体の事務か)もあったが、いずれもすっきりせず、根拠法規区分説の採用となったという。

いずれの説も機関委任事務の取扱が隘路となるのだが、立法者は適用法規区分説なら軽傷で擦り抜けると考えたようである。すなわち、地方公共団体の機関がする(に対する)処分・届出は、法律に根拠があれば、当該法律によって付与された事務が機関委任事務であろうと自治事務であろうと(例えば、都市公園法や墓地埋葬法に基づく事務は団体委任事務、自治事務である)本法の適用になる。この点で法の適用の有無につき事務の性格を論じる不便は解消される。

これに対し、条例または規則に根拠のあるものは、本法の適用はない(後述の法三八条措置によるわけである)が、注意を要するケースも考えられる。すなわち、委任条例または法施行条例¹²⁾の規定に基づく処分の場合であっても、母法の委任規定が当該条例制定の動機を与えただけのものとか、実質的内容は条例に委ねている場合は、当該処分は、

条例に根拠があるものとして本法の適用がない（条例根拠型）が、もし、当該条例の定めが、法律の定めた内容を補足する程度にすぎないものであれば、法律根拠型として本法の適用があるというのである。例えば、屋外広告物法施行条例、公衆浴場法施行条例、旅館業法施行条例、あるいは大気汚染防止法二九条の横出し規制条例、水質汚濁防止法二九条の横出し規制条例などは条例根拠型であるが、同じ公害立法でも、大気汚染防止法四条一項、水質汚濁防止法三条三項などの上乗せ規制条例は、法律の定めた規制基準に対する若干の継ぎ足しに過ぎないという観点（「代えて適用すべき排出基準」から法律根拠のものと扱われる）。

以上は、根拠法規区分説の、条例における適用を説明したが、問題があるのは規則についての適用についてである。というのは、地方公共団体の規則は、長などの執行機関が定立するものであるが、自治事務に関するものと機関委任事務に関するものがあり、自治事務に関するものは問題なく法の適用外である。

しかし、機関委任事務にかかるものにあつては、機関委任根拠法（母法）の定め方如何に関わらず、国の機関による委任命令と同一に扱われるべきとして、国の事務である以上本法を適用するとする見解が強い。総務庁を含め国の監督庁としての見解である。^⑬例えば、漁業調整規則（漁業法六五条一項の委任）、河川管理規則（河川法二八条の委任）、砂防指定地管理規則（砂防法四条）など実質的内容を規則で定めている場合でもそうである。ここに葬り去った筈の主体区分説や事務区分説が、解釈適用上、再び台頭してきたように思われ、論理が一貫しない。

そもそも法三条二項は「地方公共団体の機関がする（に對する）処分（届出）」と規定しており、国の機関委任事務は国の機関がする処分と考えれば、法三条二項の対象外となり、当然、法適用となってくる。しかし、そのように考えると事務区分説を廃し、根拠法規区分説をとり、法施行条例までも、内容に応じて法非適用とした意味がなくなっ

てくるので、機関委任事務は、やはり法三条二項の地方公共団体の機関がする処分等と読み込み、かつ、規則が実質的内容を定めている場合は、法非適用といわざるをえない。前記の総務庁などの解釈は、法律が常に実質的内容を定めているはずだと強弁して、法適用としているにほかならない。

ここで、機関委任事務について、私見を述べておきたい。機関委任事務については、かなりの文献により法的性格が論じられてきたが、私見では中心的な論点と思われる事項、すなわち、機関委任事務（以下、典型例である国からの機関委任事務について考える）を執行しているのは、国の機関なのか地方公共団体の機関なのか、という点が未だ分明でないように思われる。換言すれば、機関委任事務を執行しているのは、国の機関として国の義務を執行しているのか「第一説」、または、地方公共団体の機関のままで国の事務を執行しているのか「第二説」が明確でない。この点に触れた学説（多くはこの論点をパスしているものが多い）では第一説が多いようであり、または両説の中間形態のものも見受けられるが、必ずしもこの論点に焦点を当てた記述ではない。秋田教授は「国等の機関としての地位に立つ（機関の性格においての二重性）¹⁴」とされ、芝池教授は「国の機関として、主務大臣の指揮監督のもとで」「機関委任事務はその建前においては、国の機関が国の事務を管理執行するもの¹⁵」と説かれる。実務的にも、「国の機関として」という語られ方が常識的に定着していた。これは、機関委任事務が、沿革的に、知事を地方長官とした旧地方官制に由来するからであろう。しかし、主務大臣の指揮監督を受けること（望ましくないが、これが必要という理由で機関委任事務が存在する）は、何も長が国の機関にならなくても委任の効果として生じるのではないか。地方自治が保障されている現憲法のもとで、その趣旨に反し、国の機関として地方公共団体の財源をドンブリ勘定で費消し、職員を共有することは理屈に合わない。実務で「国の機関として」というのは、現在ではひゆく表現にすぎないと考

えるのがよいだろう。地方公共団体の機関として国の事務を執行すると考えるのが正しい。今後、機関委任事務の性格付けを変えて、一定の監督権を留保した団体委任事務に移行させようという改革のあるべき方向から見ても、第二説に左袒したい。行政手続法三条二項が、機関委任事務を、「地方公共団体の機関がする処分」等と定めたことは、正鵠を射ていたことになる。

「処分」および「届出」については以上のとおりであるが、次に「行政指導」の守備範囲について述べなければならない。

地方公共団体の機関がする「行政指導」については、法三条二項の定めにより、法非適用となっている。かくて、すべての行政指導につき、地方公共団体は、法三八条により、必要な措置を講じる努力義務を負うことになる。本法第四章は、従前の行政指導が、法令に根拠がないのに拘らず事実上の強制力を有し、意に反した結果を導いてきた実態を改める立場から、遵守すべき原則を定めたものであるが、なぜ地方公共団体に係る行政指導が、法適用除外になっているのかについては、立法過程で種々議論があったものの、その取扱を地方自治の尊重という観点から、各地方公共団体の施策（法三八条）に委ねたものと説明されている。もっとも法律に根拠のある行政指導については法適用ありとの異説があるというが、法三条二項の文言によれば、すべての行政指導が法非適用となるはずであり、地方自治尊重の観点から、文言に制約を加える必要はあるまい。

ところで、行政指導は、その多くが法律・条例に根拠のない事実上の行政作用であり、その点で不公正、不透明が問題となるのであるが、地方公共団体においては、条例制定権が法律との関係で大きく制約されているという事情から、行政指導が不可欠の行政手法と考えられる事情があり、国の場合以上に問題のウェイトが高い。後節において詳

説述する。

三 地方公共団体の法三八条措置

前記のように、法三八条は、法三条二項により地方公共団体に対し適用除外になった処分および届出についてのか
なりの部分、ならびに行政指導のすべての手続につき、本法の趣旨にのっとり、必要な措置を講ずる努力義務を課し
ている。そこで、この義務を果たすため、種々の問題が検討されなければならないが、これらのうち中心的課題は、
おそらく行政指導のあり方、とりわけ要綱行政に係る問題であろう。先ず一般の問題から、逐次論説していくことに
する。

(一) まず、法三八条措置を講ずるための法形式であるが、本法は何も注文をつけていないので、条例、規則、要
綱などいずれでもよいこととなるが、住民に手続的権利を付与することが行政の公正確保、透明性向上に欠かせない
と考えられるので、条例形式をとるべきである。

(二) この場合、行政手続条例が行政手続法の規制内容を越えることができるか、逆に緩めることができるか、に
ついては、本法をナショナルミニマムと考えるかスタンダードと考えるかにより見解が分かれるが、立法作業に参画
された塩野宏教授の「地方に任せておいてミニマムとは、論理の矛盾である」という見解に賛成したい。⁽¹⁸⁾つまり、政
策的合理性があれば、本法をスタンダードと考え、より緩い基準でも採用しうることになる。また塩野教授は、本
法は「公正と能率のバランスを考慮して立法した」⁽¹⁹⁾ことを強調されるが、確かに、行政能率を軽んじて、規制の厳し
さばかり求めるのも正しい姿勢ではないわけである。とはいえ、本法の趣旨・目的にそぐわない対応は、批判の対象

になることは当然である。

(三) 施行期日は、可及的速やかにするのが望ましいが、行政指導のあり方などについての論点が煮詰らないまま見切り発車することはない。昨年十二月、全国の先陣を目指した和歌山市条例が、議会で継続審査となったことは正しい選択と考えられる。また、部分的な施行もありえよう。

(四) 条例による規制内容について、いわゆる上乗せ、横出しなどが法的に可能かという論点である。規制内容の上乗せは、法三条二項により法律と条例の各適用区分を定めたので、上乗せは生じない筈である。もっとも、行政手続条例と行政手続法の規制内容のバランス論は生じるのであり、この場合私見では、地方に任せた以上、本法の立法趣旨に著しく反しない限り、規制の強化・緩和は可能である。

横出しについては、法律で定めた規制内容と異なる内容を盛り込むことであり、行政手続について言えば、本法で見送られた行政立法、および行政計画についての手続を導入することなどである。

(五) 行政立法および行政計画の策定手続

私見では、これは大いに促進してほしいと思っている。本法では見送りになったが、国の行政に比し地方自治行政は住民に直結する行政として、行政への住民参加の要請が強いのである。²⁰⁾

行政立法としては、規則(長の規則・行政委員会の規則)が問題となる。規則は、行政庁内部の決裁手続で決定され、交付されるまで住民は知りえない。規則の制定は長等の権限であるが、内部的手続に先立って素案を公表し、行政を遅延させない程度の期間を限って住民の意見を聴する手続を置くべきである。長等の規則制定権限を何ら侵害するものではなく、容易に実現可能である。

行政計画手続については、現行法においても、都市計画法のように、公告・縦覧、意見書の提出、公聴会、審議会など民意反映システムを置いているものがある。これらを行政手続条例において一般化し、行政への住民参加を強化していくことが望まれる。

(六) 情報公開法制との関係はどうか。アメリカの情報公開制度(FOIA)は、行政手続法(APA)三条として生れたものであり、確かに、行政手続の透明性等を担保するためには、情報公開は不可欠である。

本法にも「公にする」(五Ⅲ、六、一二……秘密扱いにしない意味)とか「公表する」(三六)あるいは不利益処分の際の文書閲覧(一八)が定められている。

地方公共団体レベルでの積み上げ案としては、本法の定めのうち、努力義務に留まっているものを遵守義務に格上するとか、文書閲覧の扱いを(これ自体画期的な制度であるが、さらに拡張し)聴聞の際だけでなく弁明の機会の際にも適用するとか、同じく文書閲覧を拒む場合の正当理由を厳しく適用するとか(これは利害関係人による公開請求であるから、情報公開法制による一般住民に対する非公開理由より狭く限定すべきもの)、コピーを認めるとか(総務庁次官通達は原則OK、情報公開条例での最高裁判例は立法政策説²⁴⁾などが考えられる。

(七) 行政指導については、本法は若干の原則を確立し遵守義務を課している。行政指導を法定した立法例は前例がなく、その是非については法治行政などの観点から学会でも議論が多かった²⁵⁾。とはいえ、しばしば公正さと透明性を損なうとされた行政指導を行政手続法に取り込み是正をはかることは、時代的要請も考えあわせ、正しい選択であったであろう。法三二条から三六条までの遵守義務は、行政指導の実効性を減殺することはあろうが、勇み足を抑制することができる。

もっとも行政指導は、地方公共団体においては、要綱行政に見られるように、行政事務条例制定権の限界を避けるための苦肉の政策として登場した経緯がある。これは重要な論点である。さらに、法律上の限界のほかに、事実上の限界を主張する者もいて、例えば条例を制定する時間的いとまがないとか、議会などの正面きっての議論に耐えられないとかを理由にする場合もあるが、これは邪道である。問題は法治行政との関係で提起されているのである。

条例制定権の法律上の制限については、住民の権利義務にかかる事項を要綱で対応することは本来法治行政にそぐわないので、まずは要綱の見直し、および条例化の努力を推進すべきである。

要綱の条例化については、行政事務条例の制定権の範囲を解釈上拡張する必要があるが、新しい法解釈技術を案出し、かつ訴訟対策も検討しておくことが大事である。学説においても例えば、固有の自治事務説²⁶のような有益な学説もあり一層の磨きがかかることが望まれる。なお、具体的事案に関しての評論の中にも、例えば、宗像市環境保全条例に基づく焼却炉設置計画廃止勧告処分無効確認請求事件判決についての阿部教授の評論²⁷には、地方公共団体サイドで活用できる理論が大胆に展開されている。

このように立法化について議論の多かった行政指導であるが、本立法作業にも参画された塩野教授は「行政手続法は、行政指導に対してはニュートラルな立場をとっている」と述べ²⁸、本法第四章行政指導の各条は、現在の判例・通説の見解を確認することの意味をもつに過ぎず、これを奨励も抑制もしていないとされる²⁹。

地方公共団体における行政指導の論議の主要問題である要綱行政については、次節において、まとめて述べることにする。

四 要綱行政との関係、及び要綱行政の将来方向

(一) まず、本説の意義および論点について概説する。

地方公共団体における行政指導において社会の関心を引いているのが要綱行政、とりわけ開発指導要綱行政（ほぼ同義語的に用いられる）である。開発指導要綱行政についての詳細（沿革・内容等）は、ここで詳しく論じる余裕はないが、都市計画法三二条の協議（公共施設管理者との協議）として行なわれていたものが、開発についての指導方針として文章化され、開発指導要綱としてある種の規範性を持つようになったものであり、昭和四〇年八月の川崎市を先鞭とされるが、負担条項を定めて論議を生み出したのは昭和四二年五月の川西市（川西方式）とされ、その後各地で、同意条項、制裁条項などの問題の多い条項が導入されるにいたった。これら要綱は、出現当時には、乱開発を規制するにつき、条例制定権の限界をクリアーするため生み出された地方公共団体の知恵として、自衛策として評価されたが、行き過ぎをとがめられ、給水停止措置（水攻め）につき厚生・建築両省による指導もあり、学説の支持にも陰りが出るようになった。強引な手法を講じたケースでは、しばしば裁判で敗訴するはめとなった。⁽³¹⁾

行政手続法は、これら判例の中でもっとも主導的なものとされる品川マンション最高裁判例を基に、同判旨から本法の条文を引き出したものとされる。すなわち、法二条六号の行政指導の定義は、同判決理由の中から抽出され、また、第四章の各条、とりわけ法三三条「行政指導に従う意思がないむね表明したにもかかわらず当該行政指導を継続する等により当該申請者の権利行使を妨げてはならない」旨は、同判旨の「行政指導に従わない意思を真摯かつ明確に表明した場合……」を引いたものである。しかし、同判決は、さらに、ただし書きを付して、「社会通念上正義の

観念に反するといえる特段の事情」があれば、行政指導の継続を認めている。事実、このような立場で被告行政庁を勝訴させた事例（中野区車両制限令事件、豊中市水道供給拒否事件など）³⁶もある。法三三条には判旨のようなただし書きがないので、解釈上または立法上これを補う必要がある。同条の「権利の行使」には権利の乱用を含まないという解釈³⁶、同条の「意思がない旨を表明」には不法行為は含まないという解釈も可能である。私見では、条文解釈だけでは強引な姿勢を崩さない相手方を説得できない恐れがある（法律の文言を盾に威嚇的に行動する者もある）ので、行政手続条例の中の法三八条相当規定にただし書きを付し（例えば「ただし、社会正義に反する場合はこのかぎりではない」）反社会的行為には明確に対処できるようにしておくことが望まれる。もっとも、ここで注意を喚起しておきたいのは、要綱行政の従前方式に連綿とすることなく、開発指導要綱（開発行為等に関連した行政指導方針）の条項内容の改定作業に取り組まなければならないことである。条項の中には、指導内容が、指導の許される範囲を超えて拡張され、事実上の強制とあいまって法律上の問題になる場合があるからである。事前に利害関係人の同意を取ってくるように求めるいわゆる「同意条項」については、利害関係人との関係を收拾するに際し不当な負担を要求される場合もあろうし、金銭的対処は環境を切り売りする結果になることもありうるし、行政が逃避せず積極的に利害関係人との調整を図ることが望まれる場合が多いであろう。「負担条項」については、デヴェロパーなどによる開発に伴う地元自治体の公共施設整備等の経費負担の軽減を図るものであるが、負担の合理性、および強制寄付とならないような保障が必要になるが、合意を基本とするにもかかわらず、力関係の強い行政側の意向に左右されるおそれがある。「制裁条項」については、行政指導に従わないものに對する制裁ということが定められていること自体がその要綱の違法性を証するようなものである。もっとも実際の制裁条項はその多くが、「上下水道等必要な施設その他必要

な協力を行なわないことがある」⁽³⁹⁾といったむしろ不作為、非協力条項であり、制裁という強さの表現ではないのであるが、要綱の運用段階でいくつもの訴訟問題が生じたことは周知のとおりである。⁽⁴⁰⁾

後述するところであるが、筆者としては、後述する理由も含めて、開発指導要綱の行政事務条例化を図ってほしいものと考えている。条例化すれば指導と異なり、公益上必要な措置を義務付けることも出来るのであり、そのため、条例制定を可能にするための法政策を探っていくというのが従前からの筆者の立場である。

(二) さて、要綱行政、つまり開発指導要綱にもとづく指導行政が、法的問題を抱えながらも地方行政における自衛策的に行なわれているのであるが(筆者のように条例化の推進を促す意見があることは、しばらく置き)、これらが本法の施行によりどのような影響を受けるのか検討しておかなければならない。本法は地方公共団体の行政指導には適用されないので、その部分については、法三八条を受けた、本法と類似の行政手続条例が制定された場合における同条例の適用関係となる。

第一の問題は、法三三条関連であり、「申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明」すれば、それ以上指導の継続は認められないという点である。従前からの粘り腰的な行政指導は不可能となり、開発指導行政の瓦解につながる本法による最大の関門として、地方公共団体関係者から懸念されていた。そのため、一案としては、行政手続条例に行政指導の関係規定を盛り込まない方がよいとの見解も生じているが、前記した、法三三条の解釈論、または解釈規定を但し書きとして付す方法などにより、社会的に悪性の申請者に対しては、なお行政指導の継続ができ、実効性の確保を期待することができるのではないか、と考えられる。

しかし、第二の難問が現われてきた。この点は余り気付かれなかったが、法七条に関するものである。

法七条は、「行政庁は申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始」しなければならないと定めているので、行政指導を行なういとまがなくなることになる。従前は、申請書の到達があっても正式の受理はせず、受理前に行政庁による指導が行なわれる場合が多かった。今後は受付と受理の分離は認められず、文書が到着すれば直ちに審査に入ることになる。行政指導を理由に、審査に入ることを遅らせることは出来なくなったのであり、行政指導を行なう立場からは大きな問題としてクロス・アップされてきた^①。行政の公正さ・透明性確保の観点からは大きな前進であるが、このため、社会正義に反するような申請についても、合理性、妥当性の観点からの事前指導を行なうことが不可能となる。せいぜい、受け付け後の、遅滞なき審査と並行的に行政指導を行なうという難しい対応になるものと思われる。法七条は、「申請に対する処分」に関するものであるから、法律に根拠のある処分については、地方公共団体においても適用される（法三条二項）。開発行政に関係のある都市計画法、建築基準法、農地法などに基づく申請については、既に法が施行されているから現実の問題になっっているわけである。

地方公共団体の行政指導、とりわけ要綱行政にとって重大な局面であり、これを、どうクリアーするかは焦眉の課題と言って良いだろう。

これに関して、地方行政に関心の深い研究者から二、三の提案が示されているので逐次これを見ていく。

まず、鈴木庸夫教授は、いくつかの案をオプションな検討材料として提供される^②。その一つは、行政事務条例において、「開発や建築については、申請や届出前に、相手方の同意を得つつ、事前協議を求めることができる」などの規定を置くことの提案である。この提案については、同意があれば紛争は生じないが、私見では、法七条の「到達後遅滞なく」をクリアーしたとは言えない。行政手続条例に事前協議条項を置いてみても、本法の定めた権利に基づ

説き、審理の促進を求める申請人に対しては、通用しない。

論

鈴木教授の次の提案は、行政手続条例に適用除外条項を設けて個別条例で対応するというものである。開発指導要綱を条例化して行政事務条例とは別の特別条例とするということである。同教授は、開発許可のような処分は、法律に根拠のあるものは法の適用となるが、その場合でも関連する行政指導手続は条例対象となるので、事前協議を義務付けることは可能とされるようである。しかし、処分自体が法定のものであれば法七条の適用はあるというべきだし、(行政指導は条例対象事項でも、処分についての法七条の適用を延期できるわけではない)仮に処分が法定のものでなくても、法七条相当規定を行政手続条例から排除することは困難のように思われる。

さらに同教授は、審査基準(法五条)に「事前協議制」を盛り込むことの可否を検討議題とされる。行政指導の關係項目を審査基準として具体化するのではなく、事前協議事項として定めよという趣旨のようであるが、私見では、公明さ、透明さ、確保の観点から問題があろう。

次に宇賀克也教授は、土地基本法三条一項の地域性重視の定めなどからの解釈として、土地利用行政においては地方公共団体による規制の上乗せ、横出しを認めうる場合が少なくないことを指摘し、このような分野は条例化したり、審査基準に組み込む範囲が拡大できるのでその方向で検討することを提案される。さらに宇賀教授の説は、現行法の中で、例えば国土利用計画法二四条一項二号・三号の法定行政指導など、要綱行政の代替措置を探しだし、その運用により要綱行政の転換・解消をはかるというアプローチであり、法定行政指導の「勧告」を活用する点で有益であるが、やや応用範囲に限界がある。

第三に、兼子教授は、本法の「行政指導」規定と地方公共団体の「要綱行政」との関係を懸念する声があることに

ついで、自治体の指導要綱には、国の法の不備を補う積極的な意味があることを認めたい。その利害調整的性格に着目し、要綱行政に対し、法三条一二号、すなわち「法令に基づく利害調整的行政指導」が本法を適用除外としていふことを類推適用していこうと提案されている。着眼点として正鵠を射ており、この指摘に本件解決の鍵が隠されていると考える。しかし、要綱行政は法三条一二号の「法令」（本法では、法二条一号の定義により、条例・規則を含む）で定められたのではないのに、なぜ一足飛びに法三条一二号を類推できるのか説明がされていない。教授の意図は、恐らく、要綱行政の利害調整的性格に解決のクルーを求めよということであろう。また鈴木教授の第二案もこのような補足を行えば同様の結論になると思われる。

その立場にたつて、指導要綱の条例化を行えば、正に法三条一二号に該当し、その結果、本法の適用除外を受け、つまり、懸案の法七条の適用を受けないことができる。私見では、要綱のままでは、やはり本法を潜脱することは無理であり、この辺で法治主義の原則に戻つて、指導要綱の行政事務条例化に真剣に取り組む時期であると考ええる。

要綱の見直し・条例化⁴⁶については、別途、実定の開発指導要綱を素材に具体的に論じる必要があるが、その際問題となる同意条項、制裁条項、負担条項について、本節（一）でも若干触れたが、条例化の方向について簡単にコメントをしておく。

「同意条項」は、廃して、これに代えて、条例により利害関係をもつ近隣住民の聴聞手続を用意し、意見を考慮して行政庁が調整する⁴⁷。

「制裁条項」は、条例化により罰則や公表（社会的制裁）が可能となる。しかし、水攻めや手続拒否は、条例化した場合でも、非協力的制裁が不作為の義務違反となるおそれが多いので排すべきであり、かつ、行政指導が条例化に

より実効性が確保されることとなるので、批判の多いコペルンク（融合）的制裁手段は不要である。

最後に、「負担条項」も廃止すべきであるが、必要な場合は、金銭的負担については、従前からの私見であるが、⁽⁴⁸⁾分担金として条例化（地方自治法二二四、二二八）するのがよいと考えている。施設（駐車場）面や、緑化の義務づけについては、利害調整的行政指導とともに、法令に対する上乗せ条項の設定を、新しい解釈技術も導入して確立していかなければならない。

これらは法治主義に基づく要請であるから、少なくとも侵害留保説の説く部分（行政事務）は条例化されなければならないが、本質的部分でないものを条例に委任規定を置いたうえ、要綱に委ねる方法は可能である。また、権力行政に関わりない分野において、要綱を活用することは、当然、政策上の判断による。

（三）最後に、要綱行政の実務の状況を概観し、これについて評釈することとしたい。

開発指導要綱は、宅地開発または中高層建築物に係るもので、建設省所管行政と関連してくる。そのため、建設省では、開発指導要綱行政に対する社会の批判が高まって以来、独自に、または地方公共団体に一般的管轄を有する自治省と共同して（昭和五七年以降）、数度に亘る通達を発し、指導を行なってきた。いずれも、「行き過ぎた内容のないよう、要綱の適切な見直しを行うこと」を求めるものであるが、指導要綱行政自体は、機関委任事務の執行そのものではなく、自治事務の執行（指導要綱行政の端緒となった都市計画法三二条協議は、公共施設管理者としての自治事務）に際しての事務処理の技法（「地方自治の知恵」と評されたもの）であるから、これらの通達は、強制力を持つ命令ではなく、国からの助言・勧告（自治法二四五）ということになる。それにしても、地方公共団体にとっては、建設省、自治省の影響力は大きく、これを受けとめ、かなりの見直し努力が行なわれてきた。⁽⁴⁹⁾

前記通達類の中で、具体的な技術基準を示しているのが、昭和五八年八月二日付建設省事務次官通達⁵⁰であり、当通達別添の「宅地開発等開発指導要綱に関する措置方針」に示された技術的指導事項は、現在も、変わることなく、活用されている。

例えば、開発業者に対する負担として、区画道路については六mをこえる幅員を求めない（第一、I、II、（1））、公園等については開発区域面積の六%以上または開発区域六㎡以上の確保を求めない（第一、III、一、（2））など数十項目があり、業者の過重な負担の軽減に資している。また、開発業者に対する制裁措置については、上級庁への進達拒否、水道・電気・ガス等の供給についての協力拒否などには問題がある（第一、VI、三）とし、寄附金等の負担についての問題点も指摘している（第三）。

これら国からの通達について、若干の論点をあげて評し、本稿を置くこととする。

(1) 国から技術基準が示されて、地方公共団体が受け入れていることは、指導要綱行政につき、国と地方のコンセンサスが計られ、国が地方公共団体の施策を承認し、現場に定着させる方向を意味する。地方公共団体の施策が認知されたことは評価したいが、要綱は行政指導であり、法治主義との関係を曖昧にしたままではいけない。

(2) 国が通達で求めている「見直し」の意味は何か。業者の過重な負担を軽減し紛争の回避を計るのも目的だが、法治主義との関係を明確にする視点が重要である。特に、行政手続法との関連で、問題が顕在化してきた。

(3) 開発指導行政が行政指導を手法として行なわれていることは、行政事務条例の限界論がクリアーできなかったからである。例えば、公園等の開発面積に対する比率を考えると、法定比率は、都市計画法二三条に基づく開発許可基準（同法施行規則二一条）により、開発面積の三%とされている。すると、よりアメニティーを高めるため法

定以上の基準の上乗せを義務付けるのは、法律違反ではないのか、その危惧が行政事務条例の制定を躊躇させ、相手の同意を求めて実行する行政指導手法を採ってきた理由であったはずである。しかし、前記通達は、国として、六%までの上積み認めている。これは、開発関連の法定基準がナショナル・ミニマムであることを認め、地方公共団体による常識的な上乗せを認める趣旨であり、行政事務条例の制定を妨げていた限界論議が解消されたといっている。

(4) 制裁条項については、前記通達も問題性を指摘している。ではその条項を削除すればいいのか。それだけでは実効性を欠くことになり解決にならない。すると、行政事務条例化こそ残された方途である。制裁としての公表や非協力、行政指導として行なわれるときは行政手続法三二条二項の不利益取扱の禁止規定に違反するが、条例に基づく場合は法治原則に基づく措置であり違法とはならない。⁽⁵¹⁾

(5) 以上のように、開発指導要綱の条例化の必要性が理解できたが、これに加えて、前記(二)で説明したとおり、本法七条との抵触関係を避けて事前行政指導の機会を確保しようとすれば、法三条一項一二号の「法令」に基づく利害調整的指導と構成せねばならず、条例化の必要性は焦眉の急といつて良い。⁽⁵²⁾

(1) 日本経済新聞(大阪)一九九四年一月一二日朝刊「行政手続で官を正そう」。このほか、鎌倉市の宅地開発をめぐる紛争として朝日(大阪)同二月一日朝刊

(2) 兼子仁「行政手続法の意義」公法研究五六号一二九頁以下、芝池義一「行政手続法の検討」公法研究前掲一五六頁以下

(3) 手島孝「行政国家の憲法問題」公法研究三六号一〇頁においてプリンガーの言葉を引用して法治主義の形骸化を論じている。

(4) 手島教授の従前からの著書・論文に通じる主張である(『現代行政国家論』(勁草書房・一九六九)三六六頁など)。最近の著書では、行政国家への必然性とその実体に変化が生じたことも指摘されている(『ネオ行政国家論』(木鐸社、一九九一)。

- (5) 解説として、A・Vダイシー著、猪股弘貴訳『ダイシーと行政法』。訳者は、はしがきにおいて、本文記載のダイシーの言葉を引用し、フランス行政法との関連で彼の立場について寸評している。
- (6) 個人タクシー事件・東京地判昭和三八年九月一八日・行集一四卷九号一六六六頁、群馬中央バス事件・東京地判昭和三八年二月二五日・行集一四卷二二号二二五五頁
- (7) 最判昭和四六年一〇月二八日・民集二五卷七号一〇三七頁、東京高判昭和四八年七月一日・行集二四卷六・七号五三三頁など。
- (8) 最判平成四年七月一日・判時一四二五号四五頁
- (9) 藤田宙靖『行政法（総論）第三版』（青林書院・一九九三）一九頁以下
- (10) 藤田・前掲一三一頁
- (11) 藤田・前掲一三四頁
- (12) 委任条例と法施行条例は同義に用いられているようだが、筆者は、区別して、後者を機関委任母法による委任条例としている（「法施行条例の法的性質」大阪経済法科大学法学研究所紀要一六号八八頁）。
- (13) 総務庁行政管理局編『逐条解説行政手続法』（ぎょうせい・一九九四）七四頁
- (14) 秋田周「地方公共団体の事務・機関委任事務」『現代行政法大系8地方自治』所収（有斐閣・一九八四）一三〇頁
- (15) 芝池義一「機関委任事務」『地方自治大系2』所収（嵯峨野書院・一九九三）一六五頁
- (16) 鈴木庸夫「行政手続法と自治体の行政指導」佐藤英善編著『行政手続法』所収（三省堂・一九九四）二二〇頁
- (17) ナショナル・ミニマムの立場は、兼子仁・前掲論文一五〇頁、スタンダード説は、室井力・公法研究五六号二四三頁の討論・「行政手続法とその課題」ジュリスト一〇三九号三三頁
- (18) 「行政手続法の制定と今後の課題（座談会）」における塩野教授の発言・ジュリスト一〇三九号二八頁
- (19) 塩野宏・前注（18）二八頁
- (20) 住民参加的手続を期待する論調は多く、例えば朝日・一九九四年二月六日社説「手続条例で住民参加の糸口を」、同・一九九五・三・九社説「手続条例で自治の意気込みを」。総務庁の行政手続法研究会（第一次・昭和五八年）は、行政手続法法律案要綱に、「命令制定手続」「土地利用規則計画策定手続」などを条文化し提案している。

- (21) 芝池義一『行政法総論講義・第二版』（有斐閣・一九九四）三〇一頁
- (22) 芝池・前掲三一二頁、大阪府行政手続条例（平成五年大阪府条例二号）第二十九条は、弁明の機会の付与の際にも、文書閲覧を認める。
- (23) 総務事務次官通知・平成六年九月一三日総管二二一号「六 文書等の閲覧」の5
- (24) 最近の、大阪府政治資金報告書複写請求事件で、最高裁は、閲覧できる文書につき、コピーを禁じたのは違法でないとした（最判平成七年二月二四日・判例集未掲載）
- (25) 公法学会での藤田宙靖会員の発言など、公法研究五六号二四一・二四二頁
- (26) 原田尚彦「地方自治の現代的意義と条例の機能」ジュリスト一〇五五号一七頁以下
- (27) 阿部泰隆「市町村の産廃処理監督条例」ジュリスト一〇五五号一七頁以下。なお、同『行政の法システム（下）』（有斐閣・一九九二）第四章も。
- (28) 塩野宏・公法研究五六号二四二頁
- (29) 塩野宏『行政法Ⅰ・第二版』（有斐閣・一九九四）二五八頁
- (30) 文献は多いが、とりあえず最近のものとして、亀田健二（開発）指導要綱『地方自治大系2』所収・一一三頁以下、および引用文献
- (31) 拙稿「開発指導要綱の法的性質」別冊判例タイムス二号（一九七六）二九〇頁
- (32) 拙稿・前注二九一頁
- (33) 大阪地裁堺支部判昭和六二年二月二五日・判時一二三九号七七頁。なお後掲（38）の最高判は、寄附を求める行為が違法な公権力の行使に当たるとし、控訴審に差戻した。
- (34) 品川マンション事件につき、最判昭和六〇年七月一六日・民集三九卷五号九八九頁
- (35) 中野区車輛制限令事件につき、最判昭和五七年四月二三日・民集三六卷四号七二七頁。
- (36) 磯部力・小早川光郎編著『自治体行政手続法』行政手続法と自治体の課題―共同研究―での磯部発言（学陽書房・一九九三）二〇四頁

- (37) 塩野・前注(28)二四二頁
- (38) 都市計画法三二条協議の中で、やむなく受諾する場合が多く、要綱行政における中心の問題である。武蔵野市の教育負担金につき、最判平成五年二月一八日・判例自治一一二号五三頁は、強制を伴うと判示した。
- (39) よく引用される例として、武蔵野市宅地開発等に関する指導要綱5-2
- (40) 東京地裁八王子支部決昭和五〇年二月八日・判時八〇三号一八頁、東京地八王子支判昭和五九年二月二四日・判時一一四号一〇頁、東京高判昭和六〇年八月三〇日・判時一一六六号四一頁、最判平成元年一月七日・判時一三二八号一六頁。なお、後藤喜八郎編『都市づくり要綱裁判』(日本評論社・一九八五)は、武蔵野市側からの要綱の必要性と初期裁判を論じたもの。
- (41) 佐藤編・前注(16)二二六頁の鈴木教授の指摘など。
- (42) 前注(41)鈴木執筆の二二六頁から二二九頁
- (43) 宇賀克也「行政手続法と地方公共団体の対応」自治研究七〇巻一一号二七頁から二九頁
- (44) 兼子仁・公法研究五六巻一一一頁
- (45) 要綱に法源性を認める慣習法説には賛成できない。指導要綱が行政指導であることは当初から分かっていたはず。(諸説の解説は、三邊夏雄「地方公共団体における要綱行政―その法的位置づけをめぐる」『成田退官・国際化時代の行政と法』(良書普及会)一九九三)
- (46) 観点は異なるが、鈴木庸夫教授は、市町村マスター・プランと要綱を総合した、まちづくり条例の制定を提案される「要綱行政の新たな展開」年報自治体法学七号一一〇頁。
- (47) 阿部泰隆「住民同意の行政指導」判例自治七八号一〇三頁、宇賀・前注(43)三三頁
- (48) 拙稿・前注(31)二九一頁
- (49) 平成六年八月三〇日付建設省・自治省担当局長連名の通達「宅地開発等指導要綱の行き過ぎ是正の徹底について」の添付資料には、その成果が表示されている。
- (50) 解説書としては、建設省計画局民間宅地指導室・住宅局市街地建築課『宅地開発指導要綱に関する指導方針の解説』(ぎょうせい・一九八四)

(51) 拙稿「福祉のまちづくり条例をめぐる法政策」自治研究七一巻一号五六頁

(52) 前注(49)通達の添付資料によると、かなりの市町村が指導要綱の条例化を進めている。