

# 『いわゆる「要綱」の法的性質をめぐる 小論——要綱は法令に含まれるか——』

東 條 武 治

## 序

### 一 「法令」の一般的意義

### 二 地方自治法上の「法令」の意義

### 三 行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」の意義

### 四 「要綱」の法的性質をめぐる諸見解

### 五 小結語

## 序

現在の地方自治行政においては、周知のように、種々の「……要綱」が設けられており、たとえば内容的にみて  
△① 規制的な内容をもつ要綱、② 給付的な内容をもつ要綱、③ その他①と②の内容を同時にもつような要綱、  
④ 以上のいずれにも類別しがたいような内容をもつ要綱<sup>(1)</sup>などが考えられ、いまや「要綱」は行政指導の有力な手段となっているといつてよい。一般に、「要綱行政」といわれているものがこれである。そして、「要綱」については、

そもそも、公正・適正な行政活動を確保するための行政庁の内部的な行政指導を行なうさいの準則ないし裁量基準的なもので、法的性質の有しないものと理解されてきたように思われる。ところが、一方で社会経済の急激な変化にもなつて住民の生活環境が破壊され劣悪化して行く状況のなかで、また他方で福祉行政の積極的な展開が叫ばれる状況のなかで、特に住民の生活環境の保全や住民の福祉を重視する地方自治体がこれらに対応するために、さしあたり「要綱」に多様な機能を求める状況となつてきているように思われるとともに、もはや「要綱」は現在の地方自治行政において不可欠のものとなつてきているように思われるのである。

さらに、その延長線上において考えられるところとして、「要綱」に、行政庁の内部的な行政指導を行なうさいの準則ないし裁量基準的なものとしての機能を付与するというか、実質的に法的拘束力と同様な拘束力を期待されるようになってくると、しかもかかる内容をもつと思われるような「要綱」に起因してトラブルが発生し具体的な事件が裁判所に提起されるという事態になつてくると、好むと好まざるにかかわらず、「要綱」の法的性質をめぐる問題を、行政法・行政法学を専攻する者としてはこれを避けてとおることはできないように思われるのである。この小論は、あくまでも筆者の思いつき程度のものであつて、必ずしも常識的な域を出るものではないのであつて、もとより本格的な研究とはいえない。それはともかくも、本稿の命題は、いづれにしても真正面から検討され解決されなければならない課題であると考えてよいであらう。筆者は、地方自治行政のより健全な発展を願つて、あえて命題に関する意見を開陳し、若干の問題提起を試みてみたいと思う。

(1) 地方自治体の要綱についてはすでに周知のところといつてよいが、参考までに、規制的な内容をもつ要綱(事例Ⅰ)と給付的な内容をもつ要綱(事例Ⅱ)とをそれぞれひとつづつを紹介しておこう。なお、宅地開発指導要綱に関しては、特に真

砂泰輔「地方公共団体における行政指導―宅地開発指導要綱を中心として―」足立忠夫ほか編・現代政治と地方自治三三五頁以下に詳しく、文献も網羅的に引用されている（参照）。

（事例―）

京都市における商業施設の設置に関する指導要綱

（目的）

第一条 この要綱は、商業施設における小売業の事業活動を調整することにより、その周辺の中小小売商の事業活動の機会を適正に確保し、もって小売業の健全な発展と消費利益の保護に寄与することを目的とする。

（定義）

第二条 この要綱において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

(1) 商業施設

一の建物であつて、その全部又は一部が小売業（飲食店業を除くものとし、物品加工修理業を含む。以下同じ。）の店舗の用に供されるものをいう。

(2) 店舗面積

大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律第二条第一項に規定する店舗面積をいう。

(3) 中小小売商

小売商業調整特別措置法（以下「商調法」という。）第一条の二第二項に規定する中小小売商をいう。

(4) 中小小売商団体

商調法第四条の二第二項に規定する中小小売商団体、同法第三条第一項に規定する小売市場又はこれに準ずる施設において小売業を営む者の団体であつて当該施設内の小売商のおおむね三分の二以上の者が加入している団体、一団の地域商店街において小売業を営む者の団体であつて当該地域の小売商のおおむね三分の二以上の者が加入している団体及びこれらの団体が加入している連合団体をいう。

(5) 大企業者

商調法第一条の二第三項に規定する大企業者をいう。

（商業施設の設置者等の責務）

第三条 商業施設の設置者及び商業施設において小売業を営む者は、周辺中小小売商との共存共栄、消費者利便の増進及び地域社会環境の保全を図り、もって地域社会の発展に寄与する責務を有する。

(中小小売商の責務)

第四条 中小小売商は、常に消費者の意向及び商業環境の変化に対応し、経営の近代化、合理化及び組織化を図り、もって小売業の健全な発展を期する責務を有する。

(届出)

第五条 商業施設を新設(商業施設の店舗面積を増加する場合及び既存の建物の全部又は一部の用途を変更することにより商業施設となる場合を含む。以下同じ。)しようとする者(以下「設置者」という)は、商業施設設置届出書(第一号様式)により、市長に届け出るものとする。ただし、当該設置者が大企業者以外の者であって、新設後の商業施設の店舗面積の合計が五〇〇平方メートル未満であるときは、この限りでない。

2 商業施設において小売業を営もうとする者(以下「出店者」という)は、店舗出店計画届出書(第二号様式)により、市長に届け出るものとする。ただし、出店者が大企業者以外の者であって、その出店しようとする店舗面積の合計が五〇〇平方メートル未満であるときは、この限りでない。

3 次の各号に掲げる届出者には、それぞれ当該各号に掲げる図書を添付するものとする。

(1) 商業施設設置届出書

ア 付近の状況図(縮尺二五〇〇分の一以上)

イ 店舗配置計画平面図(縮尺二〇〇分の一以上)

ウ 各階平面図(縮尺二〇〇分の一以上)

エ 用途別面積表

オ 周辺環境保全計画書

カ その他市長が必要と認める図書

(2) 店舗出店計画届出書

ア 企業の概要書

イ 商業設定図及び説明書

ウ 営業計画書

エ その他市長が必要と認める図書

(届出の時期)

第六条 前記第一項又は第二項の届出は、次の各号に掲げる日の六月前までに行うものとする。

- (1) 都市計画法第二十九条に規定する開発行為の許可を受けなければならない場合  
当該許可申請予定日

- (2) 建築基準法第六条第一項に規定する確認申請又は同法第一八条第二項に規定する計画の通知をしなければならない場合  
合

当該申請等予定日

- (3) 商調法第三条第一項に規定する小売市場の許可を受けなければならない場合  
当該許可申請予定日

- (4) 前各号に該当しない場合 商業施設の開店予定日

2 前項第一号から第三号までの二以上に該当する場合は、当該各号に掲げる日のうち最も早く到来する日の六月前とする。  
(変更の届出)

第七条 第五条第一項又は同条第二項の規定により届出を行った者は、次に掲げる変更を行おうときは、変更を行おうとする日の三月前までに、計画変更届出書(第三号様式)により、市長に届出るものとする。

- (1) 設置者の変更

- (2) 出店者の変更

- (3) 営業時間の延長

- (4) 休業日数の減少

- (5) 開店予定日を早める変更

- (6) 商業施設の名称の変更

2 前項の届出書には、市長が必要と認める図書を添付するものとする。  
(指導及び要請)

第八条 市長は、第五条第一項若しくは第二項又は前条第一項に規定する届出書を受理したときは、届出者と必要な協議を行うものとする。

2 市長は、届出者に対し、次条各号に掲げる団体に届出内容に関する計画の説明と十分な協議を行うよう要請するものとする。

3 市長は、届出者に対し、前項の協議が整うまでは、第六条第一項第一号から第三号までに掲げる申請等を行わないよう要請するものとする。

（情報の提供）

第九条 市長は、第五条第一項若しくは第二項又は第七条第一項に規定する届出書を受理した場合において、必要と認めるときは、速やかに届出事項の概要を次の各号に掲げる団体に通知するとともに届出者からの協議の申出に応ずるよう要請するものとする。

(1) 京都商工会議所

(2) 周辺中小売商団体

(3) その他市長が必要と認める団体

（協議の報告）

第一〇条 市長は、必要と認めるときは、届出者及び前条の規定により通知した団体に対し、第八条第二項に規定する協議について、報告を求めるものとする。

（調整）

第一条 届出者と周辺中小売商団体（以下「当事者」という。）との間に紛争が生じた場合は、当事者の双方又は一方は、市長に紛争の調整を行うよう申出ることができる。

2 市長は、前項の申出があった場合において、必要と認めるときは、当事者に対し指導を行ない、紛争の調整に努めるものとする。

3 当事者は、前項の調整に対し誠意をもって応ずるものとする。

4 市長は、紛争の調整を行うときは、学識経験者等のうちからあらかじめ委嘱した、小売問題専門委員（以下「専門委員」という。）の意見をきくものとする。

5 専門委員は、前項の規定により意見を求められた場合において、必要と認めるときは、当事者及びその他の者の意見をきくことができるものとする。

(勧告及び公表)

第二二条 市長は、前条第一項の申出があつた場合において、必要と認めるときは、調整案を作成し、これを当事者に示して受諾を勧告するものとする。

2 市長は、前項の勧告を受けた当事者の双方又は一方が調整案を受諾しないため、調整ができないと認めるときは、調整の経過、調整案の内容、調整不調の理由等を公表できるものとする。

(その他)

第二三条 市長は、この要綱に違反した者に対しては、文書で違反事由を示して勧告するとともに、なお遵守されない場合は、その旨を公表できるものとする。

2 この要綱の実施について必要な事項は、経済局長が定める。

附則

(施行期日)

一 この要綱は、昭和五二年一月一日から施行する。

(経過措置)

二 この要綱の施行の際、現に商業施設を設置している者及び当該商業施設において小売業を営んでいる者並びに既に商業施設に係る第六条第一項第一号、第二号又は第三号に掲げる許可申請等を行っている者は、第五条及び第六条の規定による届出を行ったものとみなす。

三 出店者が、この要綱の施行の日（以下「施行日」という。）以後六月以内に開店しようとする場合で、出店しようとする商業施設について第六条第一項第二号に掲げる建築確認申請等を必要としないときは、同項第四号の規定にかかわらず、施行日以後速やかに届出るものとする。

(第一号様式・第二号様式・第三号様式は本稿では省略)

なお、右指導要綱の施行にさいし昭和五二年一月一七日の朝日新聞（朝刊）（京都版）は、つぎのように報じた。「（スーパー規制へ指導要綱—小型店も対象に）京都市は、進出をめぐり、各地で地元の小売店とトラブルを起こしているスーパ―

を規制する指導要綱をまとめ、来月一日から施行する。

京都市の場合、店舗面積が三千平方メートルを超える小売店については、大規模小売店舗法に基づいて設ける商業活動調整協議会で、事前に地元と調整することになっている。しかし、調整の時期が開店直前になるなど十分なものとはいえず、また三千平方メートル未満の店舗については何らの規制もないため、今回の指導要綱による規制に踏み切った。

この要綱で店舗面積が五百平方メートル以上の小型スーパーも規制の対象にし、出店に際しては六カ月前までに市長への届け出、地元との話し合いを義務付け、話し合いがつかずまで建築確認申請などを出さぬよう指導する、としている。また、トラブルを解決するため、学識経験者ら第三者による専門委員を設けて意見を聞き、調整案を作って勧告する。

なお、生協については、同要綱を適用せず、別個に覚書などで指導する。」

#### （事例Ⅱ）

大阪市小売商業共同施設設置補助金交付要綱

#### （目的）

第一条 大阪市小売商業共同施設設置補助金（以下補助金という）は、中小小売商業の近代化ならびに組織強化をはかるため、共同施設の設置を奨励することを目的とする。

#### （定義）

第二条 この要綱において共同施設とは、街路灯、アーチ、日覆およびアーケード、研修教養施設、倉庫、カラー舗装ならびにこれらに附帯する施設をいう。

#### （補助金交付の対象）

第三条 補助金は、中小小売商業者で組織する商店街振興組合、事業協同組合、商工組合、協業組合、および商店会等が設置する共同施設に対し、市長が適当と認めたものについて予算の範囲内において交付する。

但し、大阪市中小売商業近代化融資要綱に基づき、融資を受けたものは除く。

#### （補助金交付の申請）

第四条 補助金の交付を受けようとするものは、様式第一による共同施設設置補助金交付申請書に所定の書類を添え、原則として設置工事完成後六カ月以内に、市長に提出しなければならない。

#### （検収）



第五条 市長は、前条の規定による申請書の提出があつたときは、職員をして検収させることができる。

（補助金交付の指令）

第六条 市長は、前条の規定による検収を行い、適当と認めるものについて別に定める基準による補助金交付の指令をするものとする。

（補助金の交付請求）

第七条 補助金の交付を受けようとするものは、前条の規定による補助金交付の指令があつたとき、様式第二により補助金の交付について市長に請求するものとする。

（補助金の返還）

第八条 補助金交付後といえども、申請書に不实の記載があつた場合、その他補助金の交付を不適当と認める事実を発見したときは、交付の指令を取消し、交付した補助金の全部もしくは一部を返還させることがある。

（その他）

第九条 この要綱を施行するに当り、特別の理由があり止むを得ないと認められるときは、本要綱の規定にかかわらず市長の承認を得て別に処理できるものとする。

（付則）

この要綱は、昭和五〇年四月一日以降に完成したものについて適用する。

（様式第一、様式第二等は本稿では省略する）

なお、右要綱は、付則による施行期日の以前に制定され以前から施行せられてきたようであり、それが昭和五〇年四月一日から改正・施行せられたものであるようである。

（2） なお、すでに真正面から取り扱ったものとして、特に、原田尚彦「要綱行政の法的性格と問題点」ジュリスト特集・日照権一四二頁（同論文は、同・環境権と裁判二二三頁以下に収録されている）をあげることができる（参照）。また、佐藤竺「条例の制定過程」公法研究三五号一八二頁（二〇一頁～二〇二頁）は、地方自治体の要綱形式利用の問題点として、「第一に、要綱形式の利用の動機の一つは、議会にはかると対立がひどくなつて、継続審議に持ちこまれてたちおくれるといった懸念がある場合の便法だということにある。その点では、むしろ問題にすべきところを回避してしまう恐れがあり、必ずしも好ましい手法とはいえず、本来はやはり議会の審議をまつべきもののように思われる。第二に、要綱の制定は、首長の執行権

強化の反映でもあり、それは同時に議会の形式化の表われでもあるが、そこに問題がある。要綱による最近の規制措置の例は、利害対立をともしやうものがほとんどであり、その点でも、議会の審議を通じての調整がより望ましいはずである。……もちろん、条例であれ、要綱であれ、その内容の実質が不変である場合も少なくないだろうが、しかしその形式の相違について注意する必要がある。要綱の場合、独善におちいらないための歯止めは、首長の選挙において確保されるといえないことはないが、はたして選挙においてそのような保証が可能であるかとなるとにわかに断言できない。したがって、やはり要綱は、暫定的なものとして、できれば条例化への努力を払うべきであろう。第三に、要綱についてのいま一つの問題は、最終的に必要な国の法令の充実を望むべきだという点である。その意味では、要綱は、条例とともに、一種の問題提起でもある。これを国がどう受けとめるかは重要である。……」と述べている。(なおそのほか、時間的な制約もあつて参照すべき文献を見落していることもあると思われる)。

## 一 「法令」の一般的意義

法令は、一般に、どのような意味で理解されているのであろうか。法令の意味・内容について、憲法なり法律なりで明文で規定されているところがない。ところが、日本国憲法八一条をみると、「六法」では「法令審査権」とか「違憲立法審査権」の見出しがつけられており、裁判所の当該審査権の範囲を論ずるにあたつては当然に法令の意味・内容にかかわらざるを得ないのである。そこで、参考までに、法学辞典を開いてみると、まず末川博編のものによれば、法令とは、『一般にその名称・成立手続のいかんをとわず、国法に属するべき法の法をいう。日本国憲法八一条は最高裁判所の違憲審査の対象として「一切の法律、命令、規則」をあげているが、このなかには憲法は含まれず、法律・政令その他行政官庁の制定する命令、および国会両議院の規則、最高裁判所の規則ならびに地方公共団体の条例・規則を含む。……』と解説されており、そして、その指示にしたがつて法令審査権のところをみると、法令審査権

とは、「法令が有効な法令として拘束力を有するか否かを審査する権限。……」と解説されている。<sup>(2)</sup>法令に関しては、一般的には、ほぼこのように理解されていると思料され、いわば法律学を専攻するものの常識として認識されていると考えられ、必ずしもそれをこえる問題意識はもたれていないといつてよいように考えられる。

ところで、右の解説ないし法律学を専攻する者の一般的常識からうかがわれるところとして、第一に、法令には地方公共団体の条例・規則が含まれるということ、第二に、有効な法令は拘束力を有するということ、の二点が少なくとも確認され得るであろう。そして、この確認の下では、いわゆる要綱が地方公共団体の条例・規則の中に含まれるか否か、含まれるとすれば要綱は有効なものである限り法令としての拘束力を有することになると考えられる。反対に含まれないとすれば、要綱は、単なる行政庁の内部的なものにとどまり、法令のような拘束力は有しないことになる<sup>(3)</sup>と考えられる。筆者は、前述の末川博編・法学辞典の解説から理解され得るところとして、右の場合、さしあたり「解説者の考えが必ずしも明らかではないけれども」答としては後者の考え方になるのではないかと、また後者の考え方が正当である<sup>(4)</sup>と考える。

しかしながら、他方、藤木英雄ほか編・法律学小辞典によれば、法令の解説について（執筆者は明らかでないが）、法令とは、「法律（国会が制定する法規範）と命令（国の行政機関が制定する法規範）をあわせて呼ぶときに用いられる。しかし、もろもろの法規の上では、これらのほか、(イ)条例、規則などの地方公共団体の制定する法規を含む場合（刑訴三三五①）、(ロ)裁判所の規則……を含むものとされる場合（三九②）、(ハ)行政庁の訓令をも含むと解される場合（刑七①）などもあるように、法令という用語の用い方は、かなりまちまちである。結局、個々の用例に即して、その範囲を決めるほかはない」と解説されている。この解説を読んで、筆者は、刑事法分野における法令の解説とい

う印象をうけ、法学生や受験生をも対象とした一般的なハンディーな法学辞典の解説としては少なからず適切でないように思えてならないのである。もっとも、筆者の専攻が行政法・行政法学のせいであるのであろう、が、それにしても、法令に「行政庁の訓令をも含むと解される場合(刑七①)などもある」という解説はわれわれにとってはおだやかではない。若干付言しておく必要があるように思われる。つまり、右の解説のルーツをさぐれば、恐らくそれは、刑法七条一項にいう「法令ニ依り公務ニ従事スル……職員」の解釈をめぐる裁判例やこれに依拠した学説にしたがっていて、これを逆手にとって、行政庁の訓令も法令に含まれる場合があると解説されているものと推考される。もしもそうだとすれば、一般的な解説としては、それによって誤解を招く恐れもあるであらうから改めていただく必要があるものと考え(なお、註(4)の寸評を参照されたい)。

もっとも、筆者の批判的な右に紹介した考え方に対しては、すでに、著名な刑法学者による批判があるように思われる。たとえば、団藤重光裁判官は、『しかし、任用・職務等についての法令の根拠が明文によるものにかぎらないと解し、法令に窮極の根拠があればよいと考えれば、訓令・内規の類をもしいて「法令」と考える必要はないであろう』と述べており、また大塚仁教授も、「しかし、法令とは、本来、法律および命令の意味であり、その命令は、一般国民に対して適用しうべきものを指すのであって、一般国民を対象とせず、単に行政庁内部において効力をもつにすぎない訓令、内規の類を含めて理解することは適當でない。法令は、法律、命令、条例などに限るべきである。ただ、訓令や内規に規定されている事項が、間接的にでもこれらの法令に根拠を有するかぎり、それは、法令にもとづくものといえるであらう」と述べている<sup>(7)</sup>。

(1) 末川博編・新訂法学辞典(一九五六年)九六九頁。

- (2) 末川博編・前掲書九六九頁以下。
- (3) 編集代表藤木英雄Ⅱ金子宏Ⅱ新堂幸司・法律学小辞典（一九七五年）八六〇頁。
- (4) たとえば、△財務局長の通牒によって権限を授与された税務署長の任命権に基づいて任用され、徴税に関する事務を担当する税務署長は刑法七条一項にいう公務員にあたるか▽につき争われた収賄をめぐる刑事事件で、最高裁第二小法廷昭和二五年三月二四日判決（刑集四卷三三〇四一頁）は△同税務署長は公務員である▽との判断を示している。そのほか、裁判例については、たとえば、団藤重光編・注釈刑法(1)（大塚仁執筆）四五頁に詳しいが、裁判例そのものは比較的古い年代のものが多くように思われる。筆者には右の最高裁判決を批評する能力をもちあわせていないけれども、要するに、右最高裁判決は収賄の対象とされる公務員の範囲につき比較的これを広く解する判断を示したものであって、この判決から「財務局長通牒」が「法令」にあたるとの判断を示しているとの結論を導き出すことには―特に一般論として引用する場合―無理があるように思われる。
- (5) たとえば、小野清一郎ほか・新版刑法（ボケット）三二頁は、『したがって、各省訓令・達（大判昭一一・一一・一六集一五・一四六七等）・県告示（大判昭一一・二・七集一五・三三三）・県知事訓令（大判大四・五・一四録二一・六二五等）のみならず通牒もまたここにいう「法令」と解されている（最判昭二五・三・二四集四・三・四一一等）』と述べている。もっとも、同書は、右紹介に対してこれを批判するところがないので、右紹介における考え方は同書のとる考え方でもあると理解できよう。
- (6) 団藤重光・刑法各論（有斐閣）一七頁。
- (7) 団藤重光編・前掲書（大塚仁執筆）四五頁。

## 二 地方自治法上の「法令」の意義

日本国憲法は、地方公共団体の組織・運営に関する事項は地方自治の本旨に基づいて法律でこれを定めると規定し（九二条）、そして、地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理しおよび行政を執行する権能を有し、法律の範

圏内で条例を制定することができる（九四条）。これを受けて、地方自治法は、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる」（一四条一項）、「普通地方公共団体は、行政事務の処理に関しては、法令に特別の定めがあるものを除く外、条例でこれを定めなければならない」（一四条二項）、「都道府県は、市町村の行政事務に関し、法令に特別の定めがあるものを除く外、条例で必要な規定を設けることができる」（一四条三項）と規定しているほか、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」（一五条一項）、「普通地方公共団体の委員会、法律の定めるところにより、法令又は普通地方公共団体の条例若しくは規則に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則その他の規程を定めることができる」（一三八条の四第二項）などと規定し、そして、これらに関して、「普通地方公共団体の長は、……条例の送付を受けた場合において、再議その他の措置を講ずる必要がないと認めるときは、その日から二十日以内にこれを公布しなければならない」（一六条二項）、「条例は、条例に特別の定めがあるものを除く外、公布の日から起算して十日を経過した日から、これを施行する」（一六条三項）、「当該普通地方公共団体の長の署名、施行期日の特例その他条例の公布に関し必要な事項は、条例でこれを定めなければならない」（一六条四項）、「前二項の規定は、普通地方公共団体の規則並びにその機関の定める規則及びその他の規程で公表を要するものにこれを準用する。但し、法令又は条例に特別の定めがあるときは、この限りでない」（一六条五項）と規定している。

右の法条から、おおむね、つぎの二点が確認され得るであろう。すなわち、まず第一に、憲法九四条の「法律の範囲内」の「法律」の趣旨については、純粹な意味での法律（憲法四一条・五九条一項参照）に限定されないという

憲法解釈を前提にして、これを受けて地方自治法では「法令に違反しない限りにおいて」と規定していると理解得るとすれば、憲法九四条にいう「法律」の趣旨はこの場合「法令」の趣旨に解すべきであるとのいわば立法解釈が推考され得るように思われる。(もつとも、右のように解釈しても、これを根拠に条例に対する政令・府令・省令など命令の優越性を認めることができないと解されるほか、条例制定権の範囲と限界をめぐる最近の問題点については本稿では別論とする)。そうであるならば、市町村の場合でいうと、市町村の条例の制定は、憲法に違反し得ないことはもちろん、さしあたり法律をはじめ政令・府令・省令などの命令のほか、都道府県の条例などに違反しない限りにおいて可能ということになるであろう。この場合、仮に都道府県が地方自治法一四三条三項に基づく条例の代わり*に*い*わ*ゆる「要綱」を設けたとしても、そして、市町村がこれに違反していると考えられる条例を設けたとしても、市町村の当該条例は地方自治法一四四条四項により無効となると断ずることはできないと解されるべきものと考えられる。

第二に、憲法九四条の「条例を制定することができる」の「条例」の趣旨については、これをいわば広義の条例と理解することができ、これに包含されるものとして、地方自治法一四条にいういわゆる狭義の「条例」のほか、普通地方公共団体の長が制定する規則、普通地方公共団体の機関の定める規則およびその他の規程が含まれると解し得るということである。<sup>(1)</sup> そうすると、すでに「一」のところ述べたように、憲法九四条にいう「条例」が一般的に「法令」に含まれるという理解ないし解釈が確立していると考えることができ、ことおよび地方自治法の明文の規定からして、この条例に包含されるところの、地方議会の制定する条例、長の制定する規則、地方自治体の機関の定める規則ならびにその他の規程が法令に当たるといふことに疑いをいれることができないものと考えられる。そこで、これに「要綱」を加えることができるか否かについてであるが、この点については、法律に明文の根拠が存しないし、

実質的法治国家を採用したといわれる日本国憲法を頂点とする現代の法治行政の下では認められ得る余地は現在のところ存しない、といわざるを得ないものと考えられる。<sup>(2)</sup>

(1) なお、たとえば、佐藤功・憲法（ポケット）五五八頁参照。

(2) もっとも、要綱につき、仮にその制定にあたって議会なりそのうちの委員会なりに説明をしたとか、住民に広報紙などによって公表したものであるとかの場合であったとしても、それによって要綱に法的性質が付与されることにはならないものと解されるべきであることはいうまでもないところであるといえよう。

### 三 行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」の意義

「三」の課題の設定と考察は、さしあたりつぎのような状況の理解を前提としている。すなわち、行政事件訴訟法三条二項は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」を単に行政処分という旨を規定し、「公権力の行使」という表現を用いている。他方、国家賠償法一条一項も、「国又は公共団体の公権力の行使に当る……」と規定し、同じく「公権力の行使」という表現を用いている。これらの「公権力の行使」の意味については、周知のように、前者とは異なり、後者の方が広く非権力的な作用をも含めて理解するという考え方が一般化している。こうした一般的状況に照らして、「法令」の意味も、「一」・「二」で検討したところの所産と、行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」の意味との間に、若干なりとも相違があるのか否かにつき、つまり、要綱―特に給付的な内容をもつ要綱―が行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」に含まれ得る可能性をもつかにつき若干ふれておこう。しかし、この作業は、現在の状況の下では容易なことではないように思われる。



というのは、これまでの裁判例なり学説なりをみて、特に、行政事件訴訟法三条五項の「法令に基づく申請」をめぐる判断につき、いわば「申請」権の解釈の方に重点がおかれており、したがってかかる事例が中心であって、「法令」の解釈の方にいささかの視点もおかれてきていないと思われるからである。つまり、裁判所における判断はもとより、行政事件訴訟法の解説類をみても、「法令」そのものをとりあげてその内容に言及しているものは皆無に等しい状況にあるように思われるのである。

そのことはともかくも、ここでの判断の素材を提供するという意味で、参考までに若干の学説と裁判例などを紹介しておこう。

(1) 「法令に基づく申請」について、杉本良吉裁判官は、「法令によって特定の者に申請権が認められ、申請があったことを要する」が、「当該法令の解釈上、特定の者に申請権が認められる以上、必ずしも申請をすることができる旨の明文の規定を必要としないと解すべきであろう」と解説されており、この点につき異論は存しないように思われる。<sup>(1)</sup>

裁判例もまた、右のような解釈と同様である。比較的最近のものとしては、たとえば、つぎの如くである。

(2) 金沢地裁昭和四十六年三月一〇日判決は、『法令に基づく申請』とは、必ずしも当該法令それ自体が明文をもって特定の者に申請権を認めている場合のみならず、その法令の解釈上申請権を特定の者に認めているものと解される場合をも含むものというべき』であると判示している。<sup>(2)</sup>

(3) また、京都地裁昭和五〇年三月一四日判決も、『法令に基づく申請』とは、申請することができる旨の明文の規定がある場合はもとより、そのような規定がなくても当該法令によって認められた制度を利用した申請であれば足り

説

ると解すべきである」と判示している。<sup>(3)</sup>

論

したがって、問題は、法令の解釈上どのような場合に申請権が認められるか、ということであるとされているのである。<sup>(4)</sup>つまり、申請権につき法令上これを認める旨の明文の規定がない場合における、当該法令と申請権の関係をめぐって、申請権の有無の問題として、少なくともこれまでは取り扱われてきていると思われる。たとえば、道路運送法八条二項と旅客運賃変更認可申請権の事例<sup>(5)</sup>、農地法八〇条と買収農地の旧所有者の農林大臣に対する売払申請権の事例<sup>(6)</sup>、学校教育法六三条一項・金沢大学通則五条・医学部規程七条・科目試験に関する内規等と国立大学学生の履修科目受験申請権の事例<sup>(7)</sup>、地方税法三四一条以下・民事訴訟法六四三条二項・最高裁事務総局民事局長昭和三十一年二月一二日付民事甲第四一二号通知・自治庁税務局長昭和三十三年九月一〇日付自丙市発第六七号通達等と評価証明書交付申請権の事例<sup>(8)</sup>、などのようなケースばかりである。これとは異なる、たとえば、法律・条例・要綱と申請権、法律・要綱と申請権、条例・要綱と申請権などというケースはこれまでに私の知る限りではないようである、が、要綱と申請権の事例は現在大阪地裁に係属中のものがあるようである。<sup>(9)</sup>

要するに、地方自治体の要綱が行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」に当たるか否かについての検討の足がかりをつかもうと試みた次第であるが、以上のような状況であって、この「三」での考察の前提としたことに対する検討の足がかりすらつかむことができなかったのである。いづれにせよ、筆者は、現在のところ、地方自治体の要綱が行政事件訴訟法三条五項にいう「法令」に当たるかという命題に対しては否定的に解さざるを得ないものと考え、右の大阪地裁の（近いうちに示されるであろう）判断に注目したい。

(1) 杉本良吉・行政事件訴訟法の解説一八頁。なお、同旨のものとして、たとえば、田中二郎・新版行政法（上巻全訂第二版）

三五七頁、兼子仁・行政争訟法三四七頁、南博方編・注釈行政事件訴訟法五三頁などがある。

(2) 行裁例集二二卷三号二〇四頁(二一九頁)二二〇頁。なお、同旨のものに、東京地判昭和四四年一二月二四日行裁例集二〇卷一二号一七四三頁、ほかがある。

(3) 判例時報七八五号五五頁(五九頁)。

(4) 京都地判昭和五〇年三月一四日判例時報七八五号五五頁のコメント参照。

(5) 東京地判昭和三九年一月四日行裁例集一五卷一一号二一六八頁。

(6) 最(大)判昭和四六年一月二〇日民集二五卷一号一頁。

(7) 金沢地判昭和四六年三月一〇日行裁例集二二卷三号二〇四頁。

(8) 京都地判昭和五〇年三月一四日判例時報七八五号五五頁。

(9) 大阪地方裁判所第二民事部に係属している事件で、原告準備書面によると、不作為違法確認請求事件—いわゆる浪速「窓ロ一本化」違法確認事件—とせられているが、要するに、Y市の給付的な内容をもつA要綱・B要項に基づく申請が「法令に基づく申請」にあたるかという論点をもつ事案のようである。筆者は、現在のところ消極的な見解をとっているのが、大阪地裁はどのような判断を示すであろうか。

#### 四 「要綱」の法的性質をめぐる諸見解

一 まず、地方自治体における要綱の制定者ないし担当者が、要綱の法的性質なり性格なりにつきどのように考えているかについて、この点に限定して公表されているところを極めて簡単に概観することとする。なお、要綱の意義・役割等については本稿の命題からして言及しないこととする。

(1) 東京都武蔵野市の後藤喜八郎市長は、指導要綱の実施について、「法的規制がまず第一であるが、それが実現するまで要綱で行なうと実効がでるという結論に達しました」(傍点筆者)と述べ、そして、指導要綱の実施に対応し

て市民グループの結集たる「建築公害対策武蔵野市民連合」が結成され、そこで「① 基本的な人権を守る、② 市の指導要綱の遵守を要求する、③ 国・都に対し、武蔵野市の姿勢を尊重し、関係住民の同意を得ることを義務づけるよう法制化すること、……という申合わせをしました」(傍点筆者)と紹介している。このことは、制定者もこれを支持する市民連合も、要綱による規制は法的な規制ではないということを前提としていると理解することができ<sup>(1)</sup>る。

(2) 横浜市建築局の伊藤雅章副主幹(当時)は、日照等の指導要綱に関連して、『現在、日照行政は自治体にまかされている形となっているが、その実体は「権限なき行政」であり、日照紛争の予防、解決、あるいは被害住民救済のいずれからみても、まだ弱体である。これを強化し、日照紛争を根絶するためには、やはり建築基準法の改正や、日照に関する法律の制定等の立法措置をまづ<sup>(2)</sup>はか<sup>(2)</sup>はない』(傍点筆者)と述べている。このことも、要綱による規制は法的な規制ではないとして、将来の法的規制措置に期待するところがあるものとうかがわれる。なお、同氏はジュリスト特集「日照権」所収の論稿においてもまた、「もともと日照等指導要綱は、法律でも条例でもない。その意味では法的強制力<sup>(3)</sup>は<sup>(3)</sup>もちろんないし、存在形式としてはきわめて弱体である」(傍点筆者)と述べている。

(3) 大阪府法制調査課の山代義雄課長は、判例解説の中で、「いづれにせよ、指導要綱行政は見直しの時期にきている。自治体の自衛策としての成果は十分評価されるが、法規に基づかない事実上の合意強制という形から、現行法大系の中で法的に認知された存在とする作業を急ぐべきであろう。……要綱の内容を再点検したうえ、行政事務条例(地方自治法一四条)にとり込む方向を提案したい<sup>(4)</sup>」と述べている。山代氏もまた、要綱に法的性質を付与する方向をめざしてはおらず、条例化の可能性を説きその方向をめざしているとうかがわれる。

(4) 神戸市企画局の高寄昇三主幹は、『要綱は条例ではない、したがって形式的には法規範でない」とみなされている。それでは条例化すれば形式的には間違いなく法規範といえる。現に、山口県下の小野田市をはじめ、全国で多くの市が「宅地造成に関する条例」などの名称で条例化している。近年、府県レベルでも条例化がみられる。たとえば兵庫県の開発地域の良好な環境の確保に関する条例（四十九年制定）などである』と述べ、そして、実質的にみた場合、条例であるか要綱であるかはほとんど差異がない、として要綱の法規範性を強調しているようにうかがわれるが、必ずしも説得力のある展開をしているとはいえないように思われる。<sup>(5)</sup>

(5) 久世公堯氏（当時・経済企画庁総合開発局調査官）は、「要綱についての諸問題を検討するに当たって、まず最初に明らかにしておかなければならないのは、要綱の法律的性格である。要綱……は、……多くのものは、告示であって公報に掲載される場合が多く、中には、事務取扱方針や要領といった内部訓令的なものも……存している。いずれの場合でも、それは法規的性格を有せず、その基本は行政指導または内部規定にすぎない」と述べている。<sup>(6)</sup>

二 つぎに、右のような要綱の制定者ないし担当者等の考えに対して、学説はこれをどのように評価し受けとめているのであろうか。主な学説を極めて簡単に概観することとする。

(1) 原田尚彦助教授は、「いづれにせよ、要綱は条例や規則のような正規の法規ではなく、……指導方針を明示したものにすぎない」と述べているほか、<sup>(7)</sup> 武蔵野市マンション建設指導要綱事件の評釈の中で、「要綱の法的性質は、所詮行政指導にすぎない。よって、その法的拘束力の有無を改まって真正面から問われるとすれば、法律論上は明らかに消極に解さざるを得ない」と述べている。<sup>(8)</sup>

(2) 山内一夫教授は、「要綱行政とは、最近時折耳にすることばである。これは、法令上のことばではなく、また、

学問上定着したことばともいえないが、……指導要綱の性質は、俗にいえば、行政内部の心得であり、法律的にいえば、実質的意義の訓令である。……したがって、指導要綱の法律上の拘束力は、行政機関に及ぶに過ぎず、直接住民にまで及ぶことはないのである」と述べている。<sup>(9)</sup>

(3) 塩野宏教授は、土地利用規制と行政指導と題して、「① 要綱は、法律又は条例の委任に基づくものでなく、また、その施行細則を定めたものでもないのが通例である。従って、それ自体としては行政主体が土地利用を強制的に規制するための根拠法たり得る性格をもつものということはできない。② ……要綱は、根拠法たる資格を持っていないので、業者等が、これに従うことを法的に義務づけられることには、当然にはならない。……③ 要綱の中には、指導又はそれに基づく協議等に応じない者、さらに、覚書違反者等に対する制裁的手段が何らかの形で定められている例が多い。ただ、要綱の法的性格からいって、刑罰や過料を科すことができないのはいうまでもなく、その例は見当らない。また、要綱違反工事による建造物等について、行政上の強制執行手段により、これらを実力で除却すること、法的には認められない。これに対し、要綱で定められている例の多いその他の手段である上下水道施設についての非協力、道路占用許可の非協力、ゴミ等の収集の拒否等については、若干問題がある。……④ ……法的にみれば、要綱行政の実効性のための担保手段には、行使し得ないものもある。……仮に、要綱行政の実際において、要綱の合理性を相手方に納得させることよりも、徒らに要綱に示されている諸種の制裁手段を強調することによって、行政指導に従わせ又は覚書の交換をなさしめるということであれば、それは、現在の法秩序の枠をはみでるものといわなければならないであろう。⑤ 以上は、法治主義の観点からみた、要綱行政の問題点である。先に指摘したように、要綱にも諸種の態様があり、かつ、現実の行政運営は、さらに千差万別であるので、一律な判断はできない。しかし、

要綱行政について、ごく概括的な評価をするならば、法治主義の面からみて消極的な判断を下さざるを得ない面が多分にある。……わが国の憲法体制の下では、実質的な正当性を有する公共団体の活動も、それが、法治主義の要請する形式を備えてはじめて、許されるのであって、目的が手段をも正当化することがあれば、それは、法治主義の破壊を導くものである。逆にいえば、要綱行政が、権力行政の代替物として通用していることは、わが国における法治主義の基盤の脆弱さを語るものであるといえよう。……」と述べている。<sup>(10)</sup> また、同教授は、「地方公共団体の土地対策にかかる条例・要綱をめぐる諸問題」と題した座談会の中でも、「土地対策のための要綱は、結局法律に見れば一つの行政指導という形でとらえることができるかもしれませんが。御承知のように行政指導というのはそれ自体としては強制的な権限はなく、もっぱら相手方……の任意性……を前提としているわけです」と述べている。<sup>(11)</sup>

(4) 筆者が明らかにできないけれども（ここで紹介する）、PQR「行政指導に従わないことと水道法上の給水拒否の正当な理由」は、「宅地開発指導要綱の実施は、それが指導要綱などというしかつめらしい形式の文書になっているため、法律の素人は若干とまどいさせられるところもあるが、まさに行政指導として行われているものとみるほかはないわけである」。「M市の市長などは、宅地開発指導要綱は住民の福祉の維持のためのものであって、その実施と相手方のこれに対する遵守はすでに慣行化しているから、ある程度の法的効力もありうるというようにあることをいっていたようであるが、事実上の措置であり、相手方の任意の協力を前提とする行政指導が、いかにその目的はよいのもであつても、また、いかに積み重ねられても、それが相手方の同意なしに、相手方に一定のことがらを法的に強制しうる法的措置に変化する道理はあり得ないというべきである。それは、憲法の定める法治主義ないし法による行政の原則に反するものであつて、この点は、M市長の思いちがいというほかはないであらう」と述べている。<sup>(12)</sup>

(5) 真砂泰輔教授は、宅地開発指導要綱に関連して、「法律的には、……指導要綱に基づいて事業者に働きかけるプロセスそのものは、行政指導ないし自発的協力の要請、または契約の申込みであるのに対して、その結果として交換される協定ないし覚書は、原則として、契約であるといえよう」と述べている。<sup>(13)</sup>

(6) 室井力教授は、「条例の本質とその展開」という最近の論文の中で、「……非権力的規制手段を定める条例と類似するものとして、このところ一般化している日照指導要綱、建築指導要綱などいわゆる要綱に基づく行政Ⅱ要綱行政がある。その中には、もともと法律に違反することが明らかな故にそれに代えて要綱を作成し、一定の行政目的を非権力的に達成せんとするものと、執行機関の議会との力関係または伝統的な法律解釈論にとらわれつつ、要綱行政によって目的を達成せんとするものがあるようである。いずれにしても、要綱に基づく行政は、住民に対して直接的に拘束的なものではない。それにもかかわらず、行政の公開と住民監視を招くことによって、それは、消極的にも積極的にも働く機能を有する点において、それと条例との相互補充関係が重視されてよいであろう」と述べている。<sup>(14)</sup>

(7) 小高剛教授は、「各種の要綱の法的性質は、公益に障害を生ずるおそれのある行為を予防し、抑制するためになされる規制の行政指導であると考えられる。換言すれば、要綱は条例のような正規の法規ではなく、関係事業者に対して指導方針を明示した、事実上の効力を持つものにすぎない。……法的拘束力がない……。」と述べている。<sup>(15)</sup>

(8) 以上のほか、楠本安雄弁護士は、日照保護のための行政指導に関する指導要綱の問題点と題して、「……強力な指導要綱には、法的根拠は何もない。……もともと行政指導は強制的なものでなく任意的なものであり、法律上の根拠なしに行なわれることが多いのだから、根拠がないこと自体は問題とならない。しかし問題は、法律が全然予想しない付近住民の同意書を要求するような行政指導が、現行法に真正面から違反するのではないかという点である。実



實際上の効果からいっても、指導要綱のききめはつきめんで、住民の同意がとれないために申請を取り下げた例も少ないといわれる。指導要綱は、もはや任意的な行政指導のワクをこえているわけである。……率直にいつて、これほど強力な指導要綱の合法性を法律的に説明することは難しい<sup>(16)</sup>と述べている。

三 最後に、要綱の法的性質をめぐって判示するところがあると思われる裁判例を極めて簡単に概観することとする。

(1) 東京地裁八王寺支部昭和五〇年二月八日決定<sup>(17)</sup>—武蔵野市マンション建設指導要綱事件仮処分決定—によれば、「指導要綱は条例や規則のように正規の法規ではなく、また法律上の根拠に基づいて制定されたものでもないことから、関係業者等に対し指導方針を明示したものにすぎず、行政上の法律関係において直接的な強制力をもつものではないと解するのが相当である」と判示している。要綱の法的性質についての右のような判断に対しては、たとえば、原田尚彦助教教授は「要綱は正式な立法上の審議や手続を踏まずに、一行政機関が適宜策定したものにはすぎないから、その目的や内容の善悪にかかわらず、かくして策定された一片の要綱に法的強制力を認め、相手方の意思を一方的に抑圧する力を認めることは、穏当でない（この点、相手方の同意を前提として締結される協定とは、利益状態を異にすることに留意すべきである）。……本判決の結論は、当然すぎるほどの当然であつて、別段異とするに足りない」と評釈されており、<sup>(18)</sup>藤田宙靖教授も『指導要綱の法的性質に関する……判断自体は「法律による行政の原理」と「法規」概念を軸とする伝統的な法理論からは当然に導かれるところであ（る）」と解説されている。<sup>(19)</sup>

規制的な内容をもつ要綱にしろ、給付的な内容をもつ要綱にしろ、これらの内容を同時にともつ要綱にしろ、あるいはその他の内容をもつような要綱にしろ、その法的性質をめぐって判断を示している最近の裁判例としては、私の調べた限りでは、右にとりあげたもののほかはみあたらないようである。いずれにせよ、右に紹介した東京地裁八王子

支部の当該判断は正当というほかはなく広く支持さるべきものであると考えられる。

- (1) 後藤喜八郎「武蔵野市宅地開発指導要綱とその後の成果」ジュリスト五二九号七九頁参照。
- (2) 伊藤雅章『横浜市日照等指導要綱』制定の経緯と趣旨』ジュリスト五二九号八二頁（八五頁）。
- (3) 伊藤雅章「横浜市の日照行政―要綱実施以後」ジュリスト特集・日照権一五五頁（一五八頁）。
- (4) 山代義雄「開発指導要綱の法的性質―武蔵野市マンション建設禁止仮処分事件―」別冊判例タイムズ二二八九頁（二九二頁）。
- (5) 高寄昇三「宅地開発指導要綱の法制的考察」都市政策第六号一二〇頁（一二四頁）。なお、同氏は、本文の引用したところについて、「しかしながら、これらの条例の多くは、その条例本文において目的、協力義務など訓示規定を並べられているだけであり、技術基準、負担区分は全て指導要綱にもとづいているケースが多い。  
したがって条例であるか要綱であるかは、形式的にはともかく実質的に同じといえる。要綱の手続的側面は、……議会手続においては条例制定とほとんど差異がなく、また、市民・業者に対しては要綱の広報紙でのPR、また、要綱の無償配付などによって周知に欠けることはない。さらに、社会的にみても全国的に広がっており、宅地開発・マンション建設に際して、要綱の存在は十分に予知すべき規制となっている。このようにみると、指導要綱は手続面、そして、社会的周知の視点からみると条例と何ら異なるところがないといえるのではないか。……このように、自治立法の実態・役割を考えると、条例でない故をもって要綱を法的規範性がない、たとえば訓令のごとき行政内部の規則とみなすことは、要綱がもつ事実上の社会的確信を過小評価している。先の八王寺決定は、要綱が条例・規則でない故をもって拘束力のない行政指導方針にすぎないとのべているが、妥当性を欠くのではなからうか」と述べている（同書一二四頁～一二六頁）。同氏のいうように、要綱も条例も実質的に変りがないというのであれば、なぜ第一義的に積極的にに条例の制定を考えないのかという疑問が残る、少なくとも条例の制定を積極的に考えられるべきであって、これをしないであるいはこれを避けて要綱でもって行なおうとするところに、また行なうところに法律的な問題点があるのであって、こうした観点から考えれば、同氏の説く制定過程・手続的側面なり、行政先例法、地方慣習法、そして法律そのものを変更する力を秘めているといえるなどを理由に要綱に法的性質をもたせようとする考え方にはかなりの無理があるように思われる。
- (6) 久世公堯「土地対策にかかる条例・要綱等の実態と問題点」自治研究四九卷一三三五頁（六七頁）。

- (7) 原田尚彦「要綱行政の法的性格と問題点」ジュリスト特集・日照権一四二頁（一四三頁）。
- (8) 原田尚彦・（判例評釈）判例タイムズ三三五号一〇七頁（一一〇頁）。
- (9) 山内一夫・行政指導七頁以下。
- (10) 塩野宏「国土開発」未来社会と法所収一一九頁（二〇六頁～二〇九頁）。なお、同教授は同書二一〇頁の註（3）で、「なお、別の角度からの問題として、要綱に示された基準（日照、騒音等）が民事裁判における受忍限度の判定基準となるかどうかという点がある。要綱には、基準たり得る法的資格が欠如しているし、さらに、要綱が緩やかな場合には、逆に環境悪化を正当化することになる、という点にも注意する必要がある。これらの点に鑑みれば、要綱の基準は、規制法のそれと比較して、民事裁判所が判断する際の際のより一層間接的な一資料にとどまるものと解される」と述べている。
- (11) 塩野宏教授の発言・自治研究四九卷一三三頁（三三〇頁）。
- (12) PQR・時の法令九一九号三三頁（三四頁～三五頁）。
- (13) 真砂泰輔「地方公共団体における行政指導——宅地開発指導要綱を中心として——」足立忠夫ほか編・現代政治と地方自治二三五頁（二三九頁）。なお、真砂教授は、「開発協定が契約と構成できるものであるならば、その前提とされている指導要綱は、これを標準契約条項（standard terms）と解することもでき、そうだとすれば、この指導要綱も、実質的には裁判所の審査対象となる立法的性格を有しているといえよう。また、指定都市が、この指導要綱に定める基準を、開発許可基準（都市計画法三三条）の上乗せ基準として運用する場合には、裁量基準として機能することとなり、これまた裁判所による審査対象になると思われる。尤も、現実の行政過程においては、……事前相談や事前協議の段階において合意が成立するので、当該合意内容に基づく許可申請に対しては、ほぼ問題なく許可が与えられているようである。したがって、これは、都市計画法三三条の上乗せ基準としてではなく、むしろ、同法三三条の同意・協議の際の内規として処理することを基本としつつ、学校用地の確保等、三三条の公共施設に該当しないものについては、私法契約についての内規として処理されているようである。いずれにしても、指導要綱は、契約または処分を媒介として、司法審査の対象となりうることを、ここでは確認しておけばよい」と述べている（同書二四一頁註八六）。
- (14) 室井力「条例の本質とその展開」法律時報昭和五三年一月号一五頁（二〇頁）。
- (15) 小高剛「条例の機能と限界」成田頼明編著・現代社会と自治制度の変革所収一一七頁（一二三頁～一二五頁）。
- (16) 楠本安雄・日照権——あすの都市と太陽一〇八頁～一〇九頁。

(17) 判例時報八〇三号一八頁、判例タイムズ三三三号一八五頁。

(18) 原田尚彦・(判例評釈) 前掲書二一〇頁、一一一頁。

(19) 藤田宙靖・(判例解説)・ジュリスト六四二号(昭和五一年度重要判例解説) 三一頁。

## 五 小 結 語

本稿の目的は、そもそも、地方自治体のいわゆる給付的な内容をもつ要綱とそれに基づく受給申請との関係で(つまり、要綱と申請権の関係で)、仮に当該地方自治体に不作為があるとした場合、受給申請者は裁判所へ行政事件訴訟法三条五項に基づく不作為の違法確認の訴えを提起することができるのかという問題意識から出発して、さしあたり、表記のサブタイトルのとおり、「要綱は法令に含まれるか」という課題を設定し、この課題に関する判断の素材を提供することにつとめようと試みたのであるが、ご覧のとおり、以上において必ずしもかかる判断の素材を十分に展開できたとはいえないように思われる。ただ、筆者としては、命題についての検討は、筆者にとって一見容易なようにみえたのであるけれども、さて手をつけてみると筆者の能力をもってしてはいわば未開拓の分野を取り扱ったという感じがしないでもないのである。

それはともかくも、本稿での、この小論における一応のまとめをしておかなければならないであろう。似上に展開した若干の検討からではあるが、すなわち「一」・「二」・「三」・「四」のそれぞれにおいて検討しその都度小結論を示したように、筆者は、小結語として「いわゆる要綱は法令に当たらない」という見解を表明せざるを得ないと考ええる。もちろん、以上に展開した素材そのものは、必ずしも命題に対する結論を得るのにびつたりとしたものとはいえない

と思われるけれども、それは、たとえば、「法律」なり「条例」なりに規制的な内容をもつもの・給付的な内容をもつもの・その他のものがあるのとはほぼ同様に、「要綱」にもその内容から大別して規制的な内容をもつもの・給付的な内容をもつもの・その他のものがあると考えられ、その場合、規制的な内容をもつものか給付的な内容をもつものかあるいはその他のものかなどによって、「法律」なり「条例」なりの法的性質に変化が生ずるわけではないのであるから、「要綱」の場合も規制的な内容をもつものか給付的な内容をもつものかあるいはその他のものかなどによってその性質に変化が生ずることがないと考えられるからである。そしてまた、要綱にも、その制定の仕方にある／＼あるように、たとえば、議会の全員協議会などに報告してその賛成ないし承認を得ているものもあるようであり、一見一概に論じることができないように思われるが、しかし、その制定の仕方いかんにかかわらず「要綱」は所詮「要綱」であって、その制定の仕方によって「要綱」の性質に差異が出るといような事柄の問題ではないと考えられるからである。

もっとも、本稿での展開は、要綱自体の存在を全面的に否定する趣旨の下に行なわれているわけではないのである。現実には、要綱は、現在の地方自治行政において不可欠のものとなっているようにも思われる。つまり、すでに指摘したように、要綱に多様な機能を求める状況となってきたように思われる。この善悪はともかくとして、これを機会に、法令（ここでは条例・規則・規程）と要綱との間の境界を明らかにし、個々の要綱自体の中味を吟味・整理せられんことを関係地方自治体に願ってやまない。いわゆる行政庁の内部的な行政指導を行なうさいの準則ないし裁量基準的なものとしての要綱は、公正・適正な行政活動の展開に不可欠のものであるように思われるが、その反面、仮に

① 当該裁量基準に平等原則・比例原則に違反した内容をもっていると考えられる要綱、② 裁量基準ないし法令の

補充的な機能をこえた内容をもっていると考えられる要綱、③ その他違憲ないし違法な内容をもっていると考えられる要綱などが全く存しないといえないとすれば、こうした要綱に対するコントロールの法理が説かれなければならないであろう。さらに、仮に要綱自体に一見そのような問題とされる内容をもつものでないとしても、その要綱に基づく現実の活動面において、たとえば、① 平等原則・比例原則に違反した活動が行なわれたとするならば、② 要綱自体が特定の者に裁量権を付与しているときの裁量権の行使に裁量権の範囲をこえまたは濫用があったとするならば、③ 要綱により権限を付与されている者が当該職務を行なわないとするならば（つまり、不作為があった場合）、このような場合におけるコントロールの法理もまた説かれなければならないであろう。ここでは、問題提起にとどめておきたい。

以上要するに、現行法制度の下では「要綱」は法令上のものではないから、もちろん右の意味におけるコントロールの法理の展開も重要な課題であると認められるけれども、さしあたりは地方自治体の内部的な問題として、特に当該地方自治体の議会を中心としてコントロールされるべき問題であろうと考えられる。この場合、地方自治体の議会の制定にかかる条例の場合にはこれが法令に含まれることにはもはや異論をはさむ余地は全くないのであるから、そしてまた、要綱の策定にあたって地方自治体自身が真に内部的な準則ないし裁量基準的なものとしての内容をもつものに限定して行ない公正・適正な行政活動を担保するなど、こうした点に留意すべきものと考えられる。

(1) たとえば、佐藤竺「条例の制定過程」公法研究三五号二〇一頁、原田尚彦「要綱行政の法的性格と問題点」ジュリスト特集・日照権一四三頁、など参照。なお、事柄によっては、どのような問題が出てくるかも知れないから、いきなり条例の制定を考えるよりも、とりあえず要綱でやって様子をみたいという考えの場合もあるものと考えられる。