神戸学院法学第37巻第3･4号（2008年3月）

行政指導の処分性に関する一考察

乙　部　哲　郎

1　は　じ　め　に
2　店舗面積の変更等の勧告
3　病院開設等の中止の勧告
4　補　　　論
5　お　わ　り　に

1　は　じ　め　に

1　勧告・助言など行政指導は法的効果がなく，国家賠償法1条1項にいう「公権力の行使」に相当しても，抗告訴訟の対象である処分にはあたらないとされてきた(1)。行政指導に従わないことが行政処分等の発動の要件となるものもあるが，このような行政指導についても処分性を否定すべきかが問題となることがある。下級審判例の判断は分かれる。最近，最高裁は初めて，医療法30条の7に基づき都道府県知事が行う病院開設等の中止の勧告の処分性を認めるにいたった(2)。

2　これらの指導・勧告等の処分性を認める判例・学説の理論構成はさまざまである。病院開設等の中止の勧告事案を例にとると，本件勧告の法的効果は将来，保険医療機関指定の拒否を行うものとみて，いわば後者の規律の約束を勧告の法的効果と捉えてその処分性を認める学説もある。筆者もこの考え方が適切であるように思う。なお，本件勧告はいわゆる行政上の確約（以下「確約」という）に相当するのではないかと考えられる。本稿は，このような視点から，これらの指導・勧告等の処

分性等について一考を試みようと意図するものである。(3)

（1） たとえば，健康保険法に基づく医師に対する戒告について，最判昭和38・6・4民集17巻5号670頁。なお，東京地判昭和46・11・8行集22巻11＝12号1785頁は，通産省重工業局長が発したある種の函数尺は計量法10条違反とする通達の処分性を認めたが，計量検定所長がこの通達の趣旨に基づき行った函数尺の製造中止の勧告の処分性は否認し，山内一夫・ジュリ昭和47年度重判解（昭和48・1973）26頁もこの勧告の処分性を否認する。
（2） 最判平成17・7・15民集59巻6号1661頁。
（3） 行政指導について定める法令の規定は非常に多く，「勧告」だけでも多数ある。相手方が勧告に従わないときは，処分等をすることができる旨を定める法令の規定もある。ここでは，後者それも裁判例で目につくものに限定して検討を試みることにする。

2　店舗面積の変更等の勧告

1　店舗面積等の変更勧告

1　旧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（以下「大店法」という。平成10年制定の「大規模小売店舗立地法」により廃止）によれば，第1種大店舗（1つの建物内の店舗面積の合計が1500平方メートル以上。都の特別区・政令指定都市の区域内では3000平方メートル以上）で小売業を営もうとする者は，その営業の開始日の5か月前までに，住所氏名・店舗所在地・開店日・店舗面積を通産大臣に届け出なければならない（5条1項)。通産大臣は，届出に係る事業活動が周辺の中小小売業の事業活動に相当程度の影響を及ぼすおそれがあると認めるときは，大規模小売店舗審議会（大店審）の意見を聴いて，届出受理の日から4か月以内に開店日の繰下げまたは店舗面積の削減を勧告することができ（7条1項)，勧告を受けた者がこれに従わない場合において，7条1項に規定する事態が生じ，かつ，中小小売業の利益が著しく害されるおそれがあると認めるときは，大店審の意見を聴いて，届出受理の日から5か月以内に開店日の繰下げまたは店舗面積の削減を命ずることができ（8条1項・3項)，変更命令等に違反したときは，

その小売業者に対し１年の範囲内で営業の全部または一部の停止を命ずることができる（14条１項）。変更命令や営業停止命令に違反した者は，罰金刑に処せられる（18条）。

この変更勧告の処分性を否認した下級審判例がある。事案は，昭和55年１月，通産大臣が大店審東北第１地方部会の答申に基づき，第１種大店舗に対して，届出に係る店舗面積を7500から6390平方メートル以下に削減すること，届出に係る閉店時刻（午後６時30分。ただし，年間120日を限度として午後７時）を年間60日以内に限り午後７時以前とすることは差し支えない旨の変更勧告を行い，周辺の中小小売業者らが店舗面積の削減勧告の部分はなお自己の権利または法的地位を侵害する違法な行政処分であるとしてその取消訴訟を提起したものである。第１審は，大店法は大店舗における小売業の届出制を定めるとしたうえで，変更勧告や変更命令は「許可という側面において周辺中小小売業者の権利ないし利益を侵害する」ものでもないとして，訴えを却下した。[4]

第２審は，変更勧告は「勧告の相手方に勧告に従うべき法律上の義務を生じさせるものではないから，勧告を受けた相手方は，変更勧告自体によって，法律上の不利益を受けるものではない」，変更命令は不利益処分であることが明らかであるが「変更勧告に従わなかった相手方に対して必ず変更命令が発せられるという建前にはなっておらず，変更命令を発するか否かは，通商産業大臣が，変更勧告を発する場合の要件よりもより厳しい要件（同法第７条第１項の事態の発生のほか，周辺の中小小売業の利益が著しく害されるおそれの発生）の有無を，大規模小売店舗審議会等の意見を聴いて判断した上，これを決するものとされているのである。そうだとすると，変更勧告を受けたことによって，相手方の地位に生ずる変化は，これを受ける以前に比し変更命令を受ける蓋然性がより大きくなったというにとどまるものであって，このような地位の変化をもって，法律上の地位に変動が生じたということはできず，右の変化は，未だ事実上の影響にとどまるものというべきである」といい，

本件勧告の処分性を否認し控訴を棄却した。(5)

2　第2審判決は，変更勧告により「変更命令を受ける蓋然性がより大きくなった」ことは法律上の効果ではなく事実上の効果にすぎないことを主な理由として，その処分性を否認するように解される。阿部教授は，周辺の中小小売業者との関係では変更勧告の処分性を認めるものの，勧告の相手方である大規模小売店との関係ではその処分性を否定するという相対的行政処分論を提唱する。(6) 宍戸判事は，行政代執行法にいう戒告の処分性が認められる理由として，「戒告の段階ですでに行政庁の意思というのが確定的に現れている」，「戒告があって，それに従わなければ特段の行政庁の判断が介在しないで行政代執行が行われる」のに対して，大店法に基づく変更勧告はそうではないとしてその処分性を否定するのは上記の第2審判決と理由は同旨であり，塩野教授も同判事と同様の見解をとるものと解される。(7)

2　生活維持等の指導・指示

1　生活保護法によれば，保護の実施機関（都道府県知事・市町村長。19条参照）は，被保護者に対して生活の維持・向上その他保護の目的達成に必要な指導または指示をすることができ（27条），被保護者はこの指導または指示に従わなければならず（62条1項）この義務に違反したときは，保護の実施機関は保護の変更・停止または廃止をすることができる（62条3項）。

この指導・指示の処分性を認めた下級審判例がある。事案は，生活保護を受けている原告の世帯が，収入認定された障害年金と生活保護費から蓄えた約81万2753円の預貯金を保有していることに対し，被告・福祉事務所長が，このうち27万3407円を収入認定して保護費を減額する保護変更処分（生活保護法25条）をし，また，45万7000円についてはその使途を弔慰の用途に限定する指導指示（同27条）をしたことから，原告が指導指示の無効確認等を求めたものである。秋田地裁は，本件指導指示の遵守義務違反の場合に保護の実施機関が保護の変更等の処分をするか

どうかはその裁量に委ねられるから，指導指示の強制的実現手段としては間接的であるとする被告の主張は認めながらも，「右不利益処分が右遵守義務違反を要件として課せられるものである以上，指導指示の遵守義務が不利益処分により強制される法的義務」であり，「これを単なる一般的努力義務と解することはできない」として，本件指導指示の処分性を認めた[8]。

2　本件事案も，大店法７条１項に基づく店舗面積等の変更勧告の事案と同質の事案であるが，指導指示への遵守義務を法定すること，指導指示への遵守義務違反がまさに保護の変更・停止または廃止という裁量処分の要件となっていることなどの点では差異がある。学説はこの指導指示の法的性質についての見方が分かれる。①典型的な行政指導とは異なるが，あくまで行政指導の枠内にあるとみるもの[9]，②生活保護法62条１項がこの指導指示の遵守義務を課す段階で，すでに行政処分にあたるとみるもの[10]，③同法62条３項により指導指示の遵守義務違反の場合には不利益処分が課されうることから，指導指示は行政処分にあたるとみるもの[11]など。本判決は③の立場に近いであろう。

3　船舶移動の指導・勧告

1　横浜市船舶放置防止条例によれば，公共水面における船舶の放置防止により生活環境の保持や快適な都市環境の形成をはかるという目的から（１条），何人も故なく船舶を放置してはならず（８条），市長は，船舶を放置しまたは放置しようとする所有者等に対し，当該船舶を係留施設に移動するよう指導・勧告し，または命ずることができ（９条１項），所有者等がこれに従わない場合は，条例目的の達成に必要な限度において，職員に当該船舶をあらかじめ市長が定めた場所に移動させることができる（10条）。

船舶所有者らが市長を被告として本件指導・勧告を内容とする通知の無効確認等を請求した事案において，横浜地裁は，ごみ焼却場設置事案の最高裁判決[12]を援用したのち，つぎのように判示して本件指導・勧告の

処分性を肯定した。本件「指導及び勧告は，それ自体としては船舶の所有者等に船舶の移動を促す事実上の効力を有するにとどまる」が，「指導又は勧告（命令も同様）は，移動措置の要件となっている。したがって，この移動措置が被告の裁量に委ねられているとはいえ，指導又は勧告がされると，切迫した将来，市民に対し船舶の移動という法的地位の変動を及ぼす措置が実施される蓋然性は否定できない」，「しかも，性質上，船舶の移動は，直ちに執行が完了してしまう」から，船舶の移動後に「移動行為自体について抗告訴訟を提起することは不可能又は困難であるというべきである(13)」。

2　判旨が本件指導・勧告の処分性を肯定する理由は，①指導・勧告が行われると船舶の移動という法的地位の変動措置が実施される蓋然性があること，②船舶の移動措置自体について抗告訴訟を提起するのは困難であることにある。義務履行の確保ではないこと，行政上の強制執行の創設は法律によってのみ可能であること（行政代執行法１条）などから，本件移動は即時強制とみるのが適切であろう(14)。前掲の大店法７条１項に基づく変更勧告事案の判旨と比較すると，法文の文理のみにとらわれず実態を重視して，しかも行政処分概念についてごみ焼却場設置事案の最高裁判決を援用することからみて，後行行為である公権力の行使の蓋然性が高いことを本件指導・勧告の法的効果とみて，その処分性を肯定するように解しうる点で決定的な差異がある。生活保護法27条に基づく指導・指示事案の判旨と比較すると，処分性を肯定する理由として争いの成熟の視点（②）が加わったことに差異があろう（横浜地裁の判旨は，医療法30条の７に基づく病院開設等の中止の勧告の処分性を認める後掲の福岡高裁判決とその理由はほぼ共通するように解される）。

4　まとめ

1　処分性拡大の動きは，かつても少数の下級審判例や学説においてみられた。①医療費値上げの告示の処分性を認めた事案では，判旨は，伝統的な処分概念を踏襲したうえで，この告示が健康保険組合の権利を

侵害すること，立法行為であっても当事者に現実に損害を与えることが確定しているときは個々の具体的な行政処分と変わりがないことを理由にしている[15]。②これに対して，いわゆる国立歩道橋事案では，判旨は，横断歩道橋の設置がもともと事実行為であって法的効果をもたず伝統的な処分概念には該当しないことを認めつつ，国民の権利救済を重視して「起工決定と私法行為との複合した一体的行為」と把握してその処分性を認めた[16]。兼子仁・原田尚彦氏らの処分性拡大論も，同様の視点にたっていたように思われる[17]。③ある種の函数尺の製造販売は計量法10条違反とする通達の処分性を認めた事案では，判旨は，通達が果たす実際上の役割・機能を考慮すれば，通達が「国民の具体的な権利，義務ないしは法律上の利益に重大なかかわりをもち」，「変動をきたし」といい，①または②のいずれに属するかは必ずしも明らかではない。なお，判旨は，原告が通達違反の場合に許可の取消や事業停止等の具体的な行政処分を受けることがないからこれを争うこともできず，「通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができない」といい，処分性の該当判断において争いの成熟性の視点を考慮している[18]。

最近の最高裁判例の中にも，労災就学援助費不支給措置[19]，検疫所長による食品衛生法違反の通知[20]などの処分性を認めたものがあるが，最高裁は，当該行為の根拠法令や関連法令の仕組みを含めて解釈論的操作により，当該行為が国民の法的地位に一定の法的効果を及ぼすとすることにより処分性を認めており[21]，後者の判決では争いの成熟性の視点も考慮している。そうすると，当該行為があくまで法的効果をもつことを処分性を認める大きな理由としており，このかぎりでは先の下級審判例中②とは違いがあろう。

2　前掲の大店法７条１項に基づく店舗面積等の変更勧告の処分性を否定する第２審判決は，行政処分概念については明示しないが伝統的なそれを前提におくものと解される。生活保護法27条に基づく生活維持等の指導・指示や船舶放置防止条例に基づき市長が行う船舶移動の指導・

勧告の処分性を肯定する判例は，指導・勧告等の法的効果を承認する点では処分性を拡大する先の下級審判例の中では①に近く，なお，船舶移動の指導・勧告事案では争いの成熟性の視点も加わっていることから，先の検疫所長による食品衛生法違反の通知の処分性を認めた最高裁判例ともほぼ共通するように思われる。

大店法上，変更命令の要件は変更勧告の要件よりも厳しくそれだけ前者の発動要件は充足しがたいが，事案によっては変更勧告の要件を充足しつつ変更命令の要件も充足するということもありうる。この場合において，通産大臣の裁量判断に基づき変更勧告をしたときは，先行の行政実務では変更命令も行われてきたというのであれば，平等原則を介して当該事案でも変更命令をすべきこととなろう[(22)]。通産大臣はこのような行政実務のあることを意識しつつ変更勧告をしたと解しうる余地もある。生活保護法27条に基づく指導指示や船舶放置防止条例に基づく指導・勧告の事案においても，同様の指摘が可能である。そうすると，これらの指導・勧告等により，将来，行政処分等を行うことを相手方に約束した（行政の一方的自己義務づけ＝確約）とみる余地があり，これらの指導・勧告等は広い意味では法的効果をもち処分要件を充足するのではないかと考えられる[(23)]。

（4）　東京地判昭和57・3・16行集33巻3号441頁。
（5）　東京高判昭和60・6・24行集36巻6号816頁。第2審においては，控訴人（原告）は新たに相対的行政処分論を展開したが，第2審判決はこれを受け入れなかった。本判決の解説として，田中館照橘・法資48号（昭和60・1985）11頁以下。
（6）　阿部泰隆『行政訴訟改革論』（有斐閣，平成5・1993）137頁以下。
（7）　研究会・現代型行政訴訟の検討課題Ⅳ「行政指導関係事件をめぐる問題点」ジュリ925号（昭和64・1989）64，65頁。行政代執行法にいう戒告の処分性を認める判例としては，東京地判昭和41・10・5行集17巻10号1155頁などがあり，学説も一般にその処分性を認める。なお，国税通則法37条1項の督促は国税徴収法により滞納処分発動の要件となっているが（同47条），最判平成5・10・8判タ863号133頁はその処分性を認める。
（8）　秋田地判平成5・4・23行集44巻4＝5号325頁。

（9） 芝池義一『行政法総論講義（第2版）』（有斐閣，平成6・1994）247，255頁。

（10） 太田匡彦「判批」自研71巻7号（平成7・1995）166頁。高橋滋「判批」判評423号（平成6・1994）151頁もこの立場に近いであろうか。

（11） 塩野宏『行政法Ⅰ（第2版）』（有斐閣，平成6・1994）166頁。

（12） 最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁。本判決の解説等としては，北原仁・ジュリ行政判例百選Ⅰ（第5版）（平成18・2006）322頁および同所に掲記の文献などがある。

（13） 横浜地判平成12・9・27判自217号69頁。本判決の解説として，柘植一郎＝新井幹久・判自225号（平成14・2002）11頁以下。

（14） 本判決はいわば即時強制手続の中に指導・勧告が組み込まれていると理解しており，このような理解を前提とすれば，前記の行政代執行法に基づく戒告に関する宍戸説・塩野説によっても，本件指導・勧告の処分性は認められるであろう。

（15） 東京地決昭和40・4・22行集16巻4号708頁。

（16） 東京地決昭和45・10・14行集21巻10号1187頁。

（17） 越山安久「抗告訴訟の対象」新実務民事訴訟講座9（昭和58・1983）27頁以下，阿部・注(6)47頁以下，室井敬司「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」ジュリ行政法の争点〔第3版〕（平成16・2004）108頁以下およびこれらに掲記の文献を参照。

（18） 前掲注(1)の東京地裁判決参照。

（19） 最判平成15・9・4判時1841号89頁。

（20） 最判平成16・4・26民集58巻4号989頁。同判決の先駆をなすものとして最判昭和54・12・25民集33巻7号753頁は，関税定率法21条3項に基づく税関長による輸入禁制品該当の通知の処分性を認めた。前者の事案では，通知の主体が輸入許可権者である税関長ではなく，厚生労働大臣の委任を受けた検疫所長であるなどの点で後者の事案と差異があるが，最高裁は，異なる行政庁間の行為を総合的に考慮して検疫所長による通知の法的効果を導きその処分性を認めた。両判決の差異については，川内劦・ジュリ行政判例百選Ⅱ〔第5版〕（平成18・2006）341頁。

（21） これらの判例はいずれも，行訴法9条2項に示されたと同様の判断手法をとっているという見方もできよう。亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリ1310号（平成19・2007）23頁，高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」法曹59巻8号（平成19・2007）13～14頁参照。

（22） 乙部哲郎『行政の自己拘束の法理――裁量と平等原則――』（信山社，平成13・2001）218頁以下および同所に掲記の文献など。

（23） なお，判例は，生活保護の廃止等の処分は生活維持等の指導・指示の

「遵守義務違反を要件として課せられる」こと，船舶移動の指導・勧告は「移動措置の要件となっている」ことを重視する。後行の不利益処分の要件の全部または一部を確定する行政措置はそれ自体（部分的）行政行為に相当すると解する余地もあるが，この点，前掲注(４)における原告の主張にも同旨のものがある。

3　病院開設等の中止の勧告

1　関係法令の仕組み

1　平成９年改正前の医療法によれば，都道府県知事は，病院開設等の申請者に対し，一定の要件に適合する限り病院開設等の許可を与えなければならないが（７条３項。現４項），医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には，都道府県医療審議会の意見を聴いて病院開設等の中止の勧告（以下「中止勧告」という）をすることができた（30条の７。現11)。最高裁によれば，中止勧告の趣旨は「申請に係る病院の病床数等を医療計画に適合する方向に誘導することにより，良質かつ適切な医療を効率的に提供する体制を確保するところにある[(24)]」。ただ，医療法上は，中止勧告に従わない場合にも，そのことを理由に病院開設等の不許可処分がされることはなく許可処分が発せられている。

2　他方，平成10年改正前の健康保険法43条ノ３第２項は，都道府県知事が保険医療機関等の指定を拒否することができる事由の１つとして，「保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」を定めていた。昭和62年厚生省保険局長通知によれば，都道府県知事は，中止勧告にもかかわらず病院開設等をした病院から保険医療機関指定の申請があった場合には，この拒否事由に該当するものとして地方社会保険医療協議会に指定拒否の諮問を行うこととされていた。先の最高裁も，「医療計画に照らし過剰な数となる病床を有する病院を保険医療機関に指定すると，不必要又は過剰な医療費が発生し，医療保険の運営の効率化を阻害する事態を生じさせるおそれがある」ため，中止勧告に従わずに開設された病院からの保険医療機関指定の申請は「著シク不適当ト認ム

モノナルトキ」に該当するとして，その拒否処分は健康保険法43条ノ3第2項違反ではないと判示する。そして，平成10年改正後の健康保険法43条の3第4項2号は，中止勧告にもかかわらず病院開設等をした病院から保険医療機関指定の申請があった場合には，指定を行わないことができる旨を法律中に定めることになった。翌年の機関委任事務の廃止に伴い，保険医療機関指定の権限は都道府県知事から厚生大臣（その後に厚生労働大臣）に移され，平成14年に改正され現行法でもある健康保険法65条4項2号も同様の定めを有する。[(25)]

2　下級審判例

1　中止勧告の処分性が争われた最初の事案において，富山地裁は，行政処分概念については，内容的にはごみ焼却場事案の最高裁判決（前掲注(12)参照）のそれと同様のことを前提においたうえで，この勧告の処分性を否認する。その理由は，①健康保険法によれば，中止勧告に従わなかった場合に「必ず」,「必然的に」保険医療機関の指定拒否をすべきことにはなっていないこと，②手続的にも，保険医療機関の指定拒否をする際には，独立の機関である地方保険医療協議会のその旨の答申を経ることとされていること，③中止勧告の処分性を認めなくても，保険医療機関の指定拒否を対象に抗告訴訟を提起することにより救済の余地はあることにある。[(26)]第2審も原判決を引用して同様の判示をする。[(27)]その後，熊本地裁は，行政処分概念についてはごみ焼却場事案の最高裁判決を明示的に援用して同様の立場をとることを表明したうえで，中止勧告は「医療計画の達成の推進のため，病院の開設等をある方向に誘導することを内容として，計画変更を勧める行政指導」であるが,「これに続く不利益処分と法的に直結しており，しかも後続処分を待って争ったのでは国民の権利利益の救済として十分でない場合には」，当該行政指導の処分性を認める余地があるとしながらも，右の富山地裁と同様の理由をあげて中止勧告の処分性を否認する。[(28)]以後，同様の下級審判例が続くことになる。[(29)]

これらの判決には，医療法と健康保険法の規定の仕組みをそれぞれ孤立的に捉える傾向がみられること，それぞれの法律の規定の解釈においても，条文の文理にとらわれて実態をあまり考慮せず，相手方の救済に欠ける結果となることという疑問があるように思われる。宮崎教授も，同様の視点に基づいて，法文上は保険医療機関指定を拒否するかどうかは指定機関の裁量に委ねられるとしても，実際には中止勧告と異なる判断をする自由は認められず，このことは中止勧告の権限と保険医療機関指定の権限を知事が併せもつ場合にも，保険医療機関指定の権限に限っては厚生（労働）大臣がもつ場合にも変わりはないとして，中止勧告の処分性を否定する下級審判例を批判する[(30)]。

2　先の熊本地裁判決の控訴審（福岡高裁）判決は，一連の下級審判例の中で唯一，中止勧告の処分性を認めた判例として注目される。福岡高裁は，まず，行政処分概念についてはごみ焼却場事案の最高裁判決を明示的に援用して同様の立場をとることを表明しており，このかぎりでは原判決と同じである。ついで,「条文の体裁にかかわらず，実態」を直視すべきことをいい，この点で原判決等とは異なる。実態をみると，①中止勧告に従わない場合には,「保険医療機関の指定申請の拒否処分を受ける現実的かつ具体的な危険がある」,「殆ど必然的な指定拒否処分を受け」ること，②「中止勧告等がなされた場合は保険医療機関の指定を拒むものとして，地方保険医療協議会にもその旨の強い働きかけをすることとし」，同協議会が都道府県知事からの「諮問と異なる議決をなした事例が過去にあったことは全く窺えないこと」，③保険医療機関の指定申請をするためには予め多額の費用を投下して必要な人員・施設を確保して，病院の使用許可（医療法27条）を得ておく必要があるが，ほとんど必然的に保険医療機関の指定拒否がされるというリスクを覚悟のうえで指定申請をするというのは非現実的であり，病院開設をやめざるをえない結果となることを判示する[(31)]。富山地裁判決等が指摘する３点のいずれについても，同判決等とは評価を異にする（中止勧告の処分性を

否定する下級審判例の中には，③の点は認めつつもこれは法的なものではなく事実上のものにすぎないとみるものもある)。福岡高裁は，結論的に「保険医療機関の指定申請の拒否処分を受ける現実的かつ具体的な危険がある」から，保険医療機関の指定を受けるという法的利益が侵害されること，中止勧告の段階で争いの成熟性を認めるべきことを理由に，中止勧告の処分性を認めるのである。

実態をみれば，とりわけ福岡高裁が指摘する③は適切であろう。宮崎教授も同判決を高く評価する[(32)]。ただ，①の点については，中止勧告に従わない場合には保険医療機関指定の拒否処分を受けることを事実上の問題として捉えつつ，他方で行政処分概念についてごみ焼却場事案の最高裁判決を援用することからみて，保険医療機関指定の拒否処分の蓋然性が高いことを中止勧告の事実上の効果ではなく法的効果とみるように解するのは整合性を欠くところがあるのではなかろうか。中止勧告に従わない場合には保険医療機関指定の拒否処分を受けるのは法的にそうなるのであり，このため中止勧告もある種の法的効果をもつこととなるかぎりで，同判決にも疑問の余地があるように思われる。

3　最高裁判決とその論評

1　最高裁は，中止勧告は「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」としながらも，「当該勧告を受けた者に対し，これに従わない場合には，相当程度の確実さをもって，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ものということができる。そして，いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては，健康保険，国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく，保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから，保険医療機関の指定を受けることができない場合には，実際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」といい，中止勧告の「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」と判示する[(33)]。

最高裁は，その後も本件と同様の事案で同旨の判示を繰り返すが[(34)]，後者の判決では，藤田宙靖裁判官の補足意見が付いている。藤田補足意見は，ごみ焼却場事案の最高裁判決がいう行政処分概念を「従来の公式」といい，「従来の公式」は比較的単純な行政活動のモデルを想定するものであるが，本件のように「行政行為としての性質を持たない数多くの行為が，普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に，重要であるのは，これらの行為が相互に組み合わせられることによって，一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ，このメカニズムの中において，各行為が，その一つ一つを見たのでは把握し切れない，新たな意味と機能を持つようになっている」ところでは適合しないと指摘する。この指摘は，前掲の国立歩道橋事案の東京地裁決定がとる「一体的構成」方法よりも[(35)]，より突っ込んだ見方をするものでもあろう。藤田補足意見は，さらに，本件勧告に従わなくても「名宛人の保険医療機関指定申請が当然に拒否されるという法律上の構造とはなっておらず，中止勧告が発せられれば，指定申請が拒否される可能性が高いとしても，それは事実上の問題に過ぎないのであって，勧告が直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定するものとは言えない」から，「従来の公式」によれば本件勧告は行政処分にはあたらないとする。この指摘は，中止勧告に従わない場合には保険医療機関指定の拒否処分を受けることを事実上の問題として捉えつつ，保険医療機関指定の拒否処分の蓋然性が高いことを中止勧告の事実上の効果ではなく法的効果とみること（例，先の福岡高裁）の誤りを示唆するものとも解しうる。

本件最高裁判決は，前述の処分性拡大化を示す最近の最高裁判例の1つとみられているが，保険医療機関指定の拒否という点では中止勧告は事実上の効果を有するにすぎないにもかかわらず，複合的な段階的行政

手続の中で果たすその役割に着目して処分性を肯定する点に特色があるものと解される[(36)]。前掲の福岡高裁判決が処分性を肯定する理由としてあげる①については異なるが，②・③については明示しないものの同様の考え方をとるもののように思われる。

2　最高裁判決を論評するものは同判決の結論に賛成するものが多いが，その理論構成はさまざまである。阿部教授は，以前に「勧告は後の指定拒否の前提になっていると解すれば，保険医療機関の指定請求権をこの段階ですでに剥奪することを予告している」といい[(37)]，角松教授は，「後続行政過程において発生する事態が，係争行政作用の法的効果として『前倒し』的に読み込まれている」という[(38)]。後者では，中止勧告の内容・効果のなかにすでに後行の保険医療機関指定の拒否のそれを読み込むこと，いわば指定拒否のもつ規律を勧告の規律自体として捉えることを意味しうるようにも解される。しかし，中止勧告は，保険医療機関指定の拒否そのものよりは弱く，将来にこの拒否を行うという約束いわば指定拒否がもつ規律の約束であり，そこに中止勧告の法的効果も示されている。仲野教授は，本件最高裁判決の特徴は「行政指導の要素たる意思のうちに不利益取扱いを予告する意思」を読み取った点にあること，「勧告はあくまでも，将来通用力のある決定を行うという決定にすぎない」が，「将来決定を行うという決定自体にも通用力が認められる」ことを指摘して[(39)]，阿部説をより明確な形で表現する。この見解は，中止勧告を後の保険医療機関指定の拒否処分の発付を約束するところの確約を意味すると捉えるようにも思われる。ただ，３名の教授とも本件勧告の法的効果からその処分性を導く点では，最高裁判決とは異なる[(40)]。

私見では，仲野教授の考え方が適切であるように思われる。角松説のごとく勧告の内容・効果のなかにすでに後行の行政作用のそれを前倒し的に読み込むと捉えた場合，本件のように後行の行政作用が保険医療機関指定の拒否という行政処分であれば，先行の勧告も行政処分と解することができ，勧告を対象に抗告訴訟の提起も可能となるから問題はない。

しかし，たとえば，国土利用計画法によれば，都道府県知事は土地の利用目的についての変更の勧告をすることができ（24条），相手方が勧告に従わない場合はこの旨や勧告の内容を公表することができる（26条）。同様の定めは，大規模小売店舗立地法9条でもみられる。公表自体の処分性は一般に否定されるから[41]，勧告の内容・効果のなかに後行の公表のそれを前倒し的に読み込んでも，勧告の処分性をいうことはできないであろう。先行の勧告を確約と捉えた場合は，確約は行政による一方的自己義務づけであるから，そこに公権性も法的効果も示されており，確約の処分性は認めうる。確約の対象が行政契約や事実行為であることは確約の処分性を認める妨げにはならないから，国土利用計画法24条に基づく土地の利用目的の変更の勧告の処分性を認めうることにもなる。もっとも，確約の対象について行訴法3条に所定の義務づけ訴訟や差止め訴訟を提起するには，確約の対象が行政処分である場合に限られることになる。

4　まとめ

1　中止勧告はもともと行政指導としての性格をもつ。この点は，前掲の熊本地裁や最高裁も判示するところである。問題は，中止勧告に従わないで病院開設等をした者が保険医療機関指定の申請をした場合にその拒否の蓋然性があるときでも，中止勧告はなお行政指導にとどまるかどうかである。焦点は，中止勧告が保険医療機関指定の拒否との関係でどのような法的効果をもつかにある。下級審判例の多くはこの法的効果を否定して処分性を否認したにもかかわらず，福岡高裁はこの法的効果を承認して処分性を認める。最高裁は「運用の実態に依拠」して「事実としての指定拒否」ということから[42]，中止勧告の処分性を肯定する。

もし，中止勧告により「名宛人の保険医療機関指定申請が当然に拒否されるという法律上の構造」（藤田補足意見）になっている場合には，中止勧告は保険医療機関の指定との関係で法的効果をもち，伝統的な処分概念を基礎とするときでも処分性を有することになろう。保険医療機

関指定を拒否するかどうかは知事の裁量に委ねられるとしても，裁量行使の実務において，中止勧告に従わない場合には拒否するという方針がとられ実施されている場合には，平等原則により同様の取扱いになるはずである。過去に中止勧告を受けた病院で保険医療機関の指定を受けたものが存在しないということからも[(43)]，本件でも平等原則により同様の措置をとらざるをえないことになろう。中止勧告により保険医療機関指定が拒否されるという「法的構造」になっているともいえよう。そうすると，中止勧告により，将来，保険医療機関指定を拒否することを相手方に約束した（行政の一方的自己義務づけ＝確約）とみる余地があり，中止勧告は広い意味では法的効果をもち処分要件を充足するのではないかと考えられる。

2　中止勧告の処分性を否認する下級審判例があげる第二の理由は，紛争の成熟性の問題である。指定拒否処分について抗告訴訟を提起することは法的には可能であるけれども，指定拒否の蓋然性というリスクを冒しつつ病院開設のための人的・物的施設を整備して使用許可を得ておくという準備をしなければならず，指定拒否をまってそれについて抗告訴訟を提起することは事実上は困難である[(44)]。そうすると，前掲の福岡高裁判決も明示し最高裁も示唆するように，紛争の成熟性という側面からも中止勧告の処分性を認めることに障害はないように思われる。

(24)　最判平成17・9・8判タ1200号132頁。
(25)　健康保険法の制定や改正の推移については，たとえば鹿児島地判平成11・6・14判時1717号78頁。
(26)　富山地判平成13・10・31訟月50巻7号2028頁。
(27)　名古屋高金沢支判平成14・5・20訟月50巻7号2014頁。
(28)　熊本地判平成14・11・21（平成12年〔行ウ〕3号）。
(29)　なお，高松地裁・同高裁の判旨には中止勧告の処分性を否定する理由がさらに加わっているようである。宮崎良夫「行政指導と取消訴訟の対象適格性」原田尚彦古稀記念『法治国家と行政訴訟』（有斐閣，平成16・2004）268頁以下。同論文は，中止勧告事案における一連の下級審判例の分析・検討をしている。

(30)　宮崎・注(29)265，267頁。
(31)　福岡高判平成15・7・17判タ1144号173頁。本判決の解説として，日景聡・判タ1184号（平成17・2005）270頁以下。
(32)　宮崎・注(29)263頁。
(33)　最判平成17・7・15民集59巻6号1661頁。前掲注(27)の高裁判決の上告審判決である。最高裁判決の解説等として（いずれも翌年に刊行），太田幸夫・判タ1215号280頁，下井康史・ジュリ平成17年度重判解47頁，杉原則彦・法曹58巻3号1098頁，角松生史・ジュリ行政判例百選Ⅱ（第5版）344頁，寺洋平・法セ616号118頁，仲野武志・自研82巻12号139頁，人見剛・法教309号136頁。
(34)　最判平成17・10・25判時1920号32頁。
(35)「分解的構成」･「一体的構成」の用語法については，橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂，平成18・2006）27頁。
(36)　同旨，角松・注(33)345頁，大久保則子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリ1310号（平成19・2007）23頁。
(37)　阿部泰隆「医療機関の新規参入規制の違憲・違法性と救済方法（下)」自研76巻3号（平成12・2000）19頁。
(38)　角松・注(33)345頁。前掲注(20)の2つの判例も同様の考え方をする。
(39)　仲野・注(33)146，148頁。
(40)　このほか，中止勧告の手続的効果の視点からその処分性を導くものとして，橋本博之「処分性論のゆくえ」立教70号（平成18・2006）318頁。
(41)　東京高判平成15・5・21判時1835号77頁。
(42)　角松・注(33)345頁，仲野・注(33)146頁。
(43)　宮崎・注(29)263頁。
(44)　杉原・注(33)1104頁。

4　補　　論

1　確約の法律問題

1　これまで随所で触れたように，本稿で扱った指導・勧告等は，将来に行政処分の発付等を約束するところの確約に相当するのではないかと解される。ドイツでは，確約（Zusage; Zusicherung）については，古くより判例学説を中心に扱われてきたところであるが，1976年に制定の連邦行政手続法（VwVfG）38条は行政行為の発付または不発付を対象とする確約，同年の租税通則法（AO）204条以下は臨場検査に基づく確約

についてそれぞれ定めることとなり，1980年に制定の社会法典（SGB）第10編34条はVwVfG 38条とほとんど同様の定めをおくことになった。VwVfG 38条に所定の確約の法的性質については，瞥見するかぎりでは現在においても意見が分かれるようである。支配的見解は，確約は後に行政行為を発付または不発付とするかを法的拘束力をもって約束するものであるから規律（Regelung）を行うこと，確約は受益者の法的地位を改善するものであるから直接に外部法的効果を生じさせること，受益者は確約の対象である行政行為について義務づけ訴訟または差止め訴訟を提起できることを理由に，確約の法的性質は行政行為とみるようである。連邦行政裁判所の判例は統一的ではないが，行政行為とみるものもあるという(45)。他方，行政裁判所法（VwGO）42条は，取消訴訟・義務づけ訴訟の対象は行政行為であることを明規するが，行政行為の概念規定はしていない。支配的見解は，行政行為概念を実体法上も訴訟法上も統一的に理解することとして，この場合，VwVfG 35条の行政行為概念によるものとする(46)。

2　我が国においても，ドイツ法を参考に確約の概念規定などをするものがある。菊井博士は「行政庁が将来行うであろう公法的行為について，自己拘束する意図をもって相手方に対して行う意思表示」と定義づけ，その法的性質は行政行為であるといい，筆者は「行政が将来における自己の行為または不行為を一方的に約束する自己義務づけとしての言動」と定義づけ，その法的性質は独自の法的行為であるとしている。両者とも，確約はその発付の瞬間から，適法な確約はもとより，違法な確約であっても無効でないかぎり，行政の将来の行為・不行為を義務づける効力をもつこと，この効力を根拠づけるために信頼保護原則を援用する必要はなく，同原則は確約の取消・撤回の制限の根拠とみることなどの点ではほぼ共通する(47)。確約は一方的自己義務づけであり，相手方との関係で法的効果をもつことから事実行為とは異なる。行政側のみを義務づけ，かつ，行政側の一方的決定であることから，行政契約とも異なる。

行政行為と同じ公権性をもつが，法的効果の程度が通例の行政行為よりもやや弱いことから確約の法的性質を独自の法的行為と解する立場にあっても，抗告訴訟の対象となる処分（行訴３条）に含めることは可能であろう。

2　中止勧告等の確約性

1　先にも触れたように，大店法７条１項に基づく店舗面積等の変更勧告，生活保護法27条に基づく生活維持等の指導・指示，横浜市船舶放置防止条例に基づく船舶移動の指導・勧告（さらには国土利用計画法24条に基づく土地利用目的の変更勧告等）のいずれについても，確約性を認めうるように思われる。これらの勧告等は，病院の開設等の中止勧告の場合と比較して，先行行為である勧告等と後行行為である行政処分等とは同一の法律または条例中に定められていること，指導・勧告等の権限と後行の行政処分等の権限とは同一の行政庁に属することという違いはあるが，いずれも基本的には同質の事案である。

病院開設等の中止勧告についてその確約性を認めうるかは，以下の点も検討する必要があろう。第１に，医療法によれば病院開設等の中止勧告の権限は都道府県の代表としての知事にあり，平成10年改正前の健康保険法によれば保険医療機関指定の権限は機関委任事務を処理する国の機関としての知事にあり，前掲の事案もこの当時に起こったものであった。そうすると，確約の要素である一方的「自己」義務づけの要素を充たさないのではないかという疑問である。ただ，地方公共団体の長としてであれ国の行政機関としてであれ，いずれも知事の権限であることには変わりはないから，中止勧告により保険医療機関の指定拒否を義務づけることは適法であり，事務の帰属の違いはその妨げにはならないと思われる。これに対して，同年に改正後の健康保険法によれば，機関委任事務の廃止に伴い保険医療機関の指定権限は厚生（労働）大臣に移されたため，一方的「自己」義務づけの要素に欠けるのではないかという疑問がより強まるであろう。この点については，確約概念にいう「自己」

義務づけの意味を多少，広義に捉える必要があろう（前掲注(20)の最高裁平成16年判決が参考になろう）。

第２に，行政による一方的自己「義務づけ」の要素に欠けるのではないかという問題である。言い換えると，「中止勧告が発せられれば，指定申請が拒否される可能性が高いとしても，それは事実上の問題に過ぎない」（藤田補足意見）のではないかという疑問であるが，この点は前述のように回避できるであろう。厚生（労働）大臣等の裁量行使の実務において，中止勧告に従わない場合には保険医療機関指定を拒否するという方針が実施されている場合には，平等原則により中止勧告に従わない場合には保険医療機関の指定を拒否すべきことになるはずだからである。確約の概念要素として自己義務づけ（自己拘束）の意思を求める見解も有力であるが（例，菊井博士。なお，仲野教授），都道府県知事も右のような行政実務のあることを意識しつつ中止勧告を行ったと解しうる余地もある。健康保険法自体も，このような義務づけの可能性を否定してはいない[(48)]。病院開設等の中止勧告権限と保険医療機関の指定権限をもつ行政庁やその帰属が違うことは，法律および法解釈上，このような義務づけの妨げにはならないように思われる。

２　もっとも，中止勧告に従わなくても病院開設等の許可を発せざるをえないのに，許可を得て開設した病院からの保険医療機関指定の申請を拒否できるとすることには，立法論としては疑問の余地もある。中止勧告に従わない者には病院開設等の許可申請を拒否できるというのが筋ではないのか。換言すれば，病院開設等を許可した以上，中止勧告に従わないことはいわば不問に付すということでなければならず，このことは中止勧告の行政指導性にも適合する。そして，保険診療ができない場合は病院経営が成り立たないことを考えれば，許可を受けて開設した病院からの保険医療機関指定の申請を拒否することは許されないのが筋ではなかろうか。

前掲の富山地裁の事案では，県知事は病院開設の許可処分をするとと

もに，県厚生部長名で「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には」，厚生省保険局長通知において「保険医療機関の指定の拒否をすることとされているので，念のため申し添える」という文書を送付しており，これは先のような誤解が生じるのを防止する意味をもつであろう。第2審判決は，県厚生部長通知は「単に処分庁の意思を事前に通知したもので，法令に基づくものとは認められないこと」，控訴人に「いかなる不利益も生ずるとは認められない」ことを理由にその処分性を否定するが，この理由づけには問題もある。この通知が確約に相当するとすれば，確約は行政行為などの発付・不発付の一方的自己義務づけであり，後行の行政行為の発付・不発付権限の枠内で行われうるとみることもでき，そうすると確約自体に明示の法律の根拠は必ずしも必要としない（前掲注(20)の最高裁平成16年判決が参考になろう)。ただ，行政処分の概念要素の一部として「行政庁」による発付を求めるのが一般的であることを考えると，委任または代理関係が成立しないかぎり県厚生部長通知を行政処分とみるのは難しいであろう。これに対して，熊本地裁の事案では，行政手続法9条2項に基づく情報提供として県知事名で同様の文書を交付していることから，「行政庁」性したがって処分性も認められる余地はあろう。ただ，ドイツ法でも確約と（法的）教示(Auskunft) とは区別して後者はそれ自体法的効果を有しないとみており，私見もこれらの通知自体は中止勧告の意味を明らかにするもので単なる事実行為であって，確約とか処分にはあたらないと考える。

(45)　Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 8. Aufl., 2004, S. 750f.

(46)　Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 14. Aufl., 2005, S. 406f.

(47)　菊井康郎『行政行為の存在法』(有斐閣，昭和52・1977）153頁，乙部哲郎『行政上の確約の法理』(日本評論社，昭和63・1988）277頁以下。なお，高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣，昭和63・1988）246，269頁は確約の法的性質を独自の法的行為とみるようである。

(48)　同旨，仲野・注(33)149頁。

5　お　わ　り　に

1　病院開設等の中止勧告事案を例にとれば，この勧告を受けた場合に，保険医療機関の指定を受ける権利があることの確認訴訟というのもやや迂遠であり，中止勧告の取消訴訟を認めるのが権利救済としては直截であろう[(49)]。このためには，この勧告自体の処分性を認める必要がある。処分性存否の判断にあたっては，この勧告の根拠規定や当該法律の趣旨目的を考慮するだけでなく，関連する法律の規定やその趣旨目的等を考慮することも許されるであろう。結論的にいえば，本稿で扱った指導・指示や勧告の処分性は認められる。

2　本稿では，右の指導・指示や勧告は確約に相当するのではないかという視点から記述した。この種の確約は相手方にとっては侵益的確約を意味する。他方，相手方にとって利益となる行政行為の発付を約束する確約を得た場合には，この授益的行政行為の発付を求める義務づけ訴訟の提起が可能となる。平成16年の行訴法の改正後は，とりわけ確約のもつ意味・機能は重要となった。実体法と手続法（争訟法）の統一的理解という前提のもとでも，確約概念の導入により抗告訴訟の対象となる処分性の実質的拡大に資するように思われる。実体的にも，確約は近時，増大しつつある複合的な段階的行政手続の中で重要な役割を果たすことにも着目する必要がある[(50)]。従来，判例において確約や約束等の存否に言及するものは意外に多いが，当該ケースでその存在を認めたものは少ない。最近，日韓高速船航行事業を経営する第３セクターへの市による補助金の支出に関する住民訴訟において，最高裁としてはほとんど初めて確約に法的意味を認めたようにみえる[(51)]。この判例を含めて確約をめぐる最近の動向については，将来の検討課題としたい。

(49)　仲野・注(33)146頁。この種の事案では，本来は確認訴訟を活用すべきではないかという批判もある（例，川内・注(20)341頁）。これに対して，人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法時79巻９号（平成19

・2007）10～11頁は，最高裁は病院開設等の中止勧告は行政指導にすぎないとしつつその処分性を認めたのであるから，中止勧告には行政行為の属性である公定力や不可争力を伴わないため確認訴訟も排除されないとして，最高裁による実質的な処分性拡大化を支持するが，このようないわゆる併用説に対しては，択一説（例，前掲の藤田補足意見）の立場からは批判もあろう。

(50)　乙部哲郎「行政行為の観念と種類」現代行政法大系２（昭和59・1984）112頁以下。確約や教示は，国民が将来にある行動をとった場合の行政側の対応措置等を知ることにより事後に生じうるリスクを事前に回避するという点にも資すことがある。この点，平成13年３月の閣議決定により，行政機関による法令適用事前確認（ノーアクションレター）制度が導入され，その後，適用対象が拡大されたが，この制度は確約ではなく（法的）教示の制度にとどまるようである。このほかの問題点も含めて，さしあたり宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第２版〕』（有斐閣，平成18・2006）92頁以下。

(51)　最判平成17・11・10判時1921号36頁。