

行政指導と「相当の期間」

岩 本 浩 史

はじめに

1. 「相当の期間」
2. 行政指導期間の取扱い
3. 申請書の受領拒否・返戻
4. 申請書の不交付

はじめに

許認可等の行政処分の申請（予定）者に対しては、当該申請前あるいは申請後に、一定の行政目的の達成のために行政指導が行われることが少なくない。そして、そのような行政指導が原因で、申請に対する処分の時期が左右されることがある。

申請者が申請に対する処分の不作為の違法性を争おうとするとき、訴訟形態としては不作為違法確認訴訟、義務付け訴訟、国家賠償訴訟の3つがある。そして、不作為違法確認訴訟及び義務付け訴訟においては、不作為の違法判断基準として、法律上「相当の期間」という概念が用いられている（行政事件訴訟法3条5項、37条の3第1項1号）。一方、国家賠償法においてはこのような表現は存在しない。しかし、「相当の期間」とは、その期間内に申請に対して処分がなされなければ違法となるような期間を意味するのであり、この意味での「相当の期間」概念を国家賠償訴訟において用いることは可能であろう。

それでは、申請後、行政機関が処分を留保しつつ行政指導を行うとき、この行政指導の期間は「相当の期間」とどのような関係に立つのだろうか。また、行政指導に関連して行政機関が申請書の受領を拒絶したり、一旦受け取った申請書を申請者に返戻したり、さらには申請書の交付を拒否する実務が存在するが、それは法的にどのように評価されるべきであろうか。本稿は以上の問題を検討するものである¹⁾。

1. 「相当の期間」

(1)不作為期間の算定

申請に対する処分の不作為の違法性審査とは、単純化すれば、①当該申請に対する行政庁の不作為の期間を算定し、②当該処分について「相当の期間」を確定し、③その上で両者を比較するという作業である。不作為期間が「相当の期間」内であれば不作為は適法であり、「相当の期間」を超過していれば不作為は違法である。

不作為期間算定の起算時は、申請が行政庁の許に到達した時点である。行政庁が申請を受理した時点ではない。このことは、申請が行政庁の事務所に到達したことによって申請の審査義務が発生することを定めた行政手続法7条から明らかである（申請到達主義）。

なお、法令上、行政庁と独立した機関が経由機関として定められている場合（たとえば、都道府県知事が行政庁である処分につき、市町村長に申請を提出することとされている場合）は、起算時は、行政庁の事務所到達時か、それとも経由機関の事務所到達時かが議論になり得る。これについては、経由機関到達時を指すと解することに異論はないと思われる²⁾。

不作為期間の終期は、申請に対する処分がなされた時点であるが、訴訟の口頭弁論終結時までには処分がなされない場合は、同時点までの期間が審査対象となる。

(2)「相当の期間」の確定

行政事件訴訟法においては「相当の期間」は定義されていない。したがって、その内容確定は、判例学説に委ねられている。

「相当の期間」の具体的な確定の方法としては、まず第1に、法令により処分をなすべき期間が定められている場合は、それが訓示規定でない限り、当該法定期間を「相当の期間」と解してよい。このような法定期間の例としては、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下、情報公開法という）10条1項（「開示請求があった日から30日以内」）や建築基準法6条4項（「受理した日から35日（または7日）以内」）などがある³⁾。

法定期間が存在しない場合はどう考えればよいか。判例では、東京地判昭和39年11月4日行集15巻11号2168頁が「相当の期間経過の有無は、その処分をなすに通常必要とする期間を基準として判断し、通常の所要期間を経過した場合には原則として被告の不作為は違法となり、ただ右期間を経過したことを正当とするような特段の事情がある場合には違法たることを免れるものと解するのが相当である」と判示しており、それ以降の裁判例の多くが踏襲している⁴⁾。したがって、「相当の期間」とは「行政庁が当該行政処分を行うのに通常必要とする期間（通常の所要期間）」であるといえる⁵⁾。

ところで、法定期間と「通常の所要期間」との関係については、両者は必ずしも一致するものではないと見ることもできる。しかし、実際には、「通常の所要期間」を予測した上で法定期間が定められるであろうし、法定期間が定められた場合には、行政庁がその期間内に処分を行うことが義務付けられるのであるから、その期間は自ずと「通常の所要期間」となると思われる。したがって、法定期間とは、法定された「通常の所要期間」であるといえるのではないか。

「通常の所要期間」を算定するに当たっては、行政手続法6条に基づく標準処理期間が有力な判断材料になる⁶⁾。また、行政手続法9条1項に基づき行政庁が「処分の時期の見通し」について申請者に情報提供をした場合、それも重要な手掛かりになると思われる。

法定期間も存在せず、標準処理期間も設定されていない場合、裁判所は、申請処理の実態等を考慮した上で自ら「通常の所要期間」を割り出さなければならない。

ここで確認されなければならないのは、たとえ申請処理の多くのケースで補正指導や内容変更指導等の行政指導が行われ、その結果、申請の到達から処分までの期間が左右されているという実態があったとしても、そのような行政指導に要する期間を「通常の所要期間」、すなわち「相当の期間」に組み入れるべきではない、ということである。このことは、すでに標準処理期間の設定に関して指摘されていることである⁷⁾。行政指導が行われるかどうか、行政指導がどれ程の期間行われるかは、個別の申請ごとに異なるのであるから、行政指導期間は本来イレギュラーな期間であり、「通常の所要期間」には算入し得ない。

ところで、「相当の期間」は本来「〇〇日」といった具体的な日数で示されるべきものである。そうでなければ、客観的な違法判断基準とはいえない。裁判例の中には、「相当の期間」を具体的に示さずに、実際の不作為期間がそれを経過しているとして不作為の違法を認定するものがあるが、そのような判断方法は適切なものとは思われない⁸⁾。「相当の期間」と「不作為期間」をそれぞれ日数で表し、比較するという方法がとられるべきである。

2. 行政指導期間の取扱い

(1) 「昭和60年最判定式」

まず、申請後の行政指導が可能であることは、争いが無い。行政手続法上明示的に認められている行政指導は、補正指導（7条）、取下げ指導及び内容変更指導（33条）であるが、そのほかに、同意取得指導や協議指導も許容されていると解される。

前記の通り、申請到達時からの不作為期間が「相当の期間」を超えていれば、原則として当該不作為は違法と認定されるはずである。したがって、理論上は、申請後、何らかの行政指導が行われると否とに関わらず、処分は「相当の期間」内に行われなければならないという考え方も成り立つ。すなわち、行政指導を理由とした「相当の期間」を超える処分の留保は許されないという考え方もあり得る。

しかし、不作為期間の中に行政指導の期間が含まれている場合は、特別の考慮を行うべきことが、判例上確立されている。

この問題に関するリーディング・ケースは、最判昭和60年7月16日判例時報1168号45頁（品川建築確認留保事件）である。本件は、建築主がマンションの建設を計画し、建築確認処分を申請したところ、周辺住民の反対があり、紛争解決のために行政指導が行われ、その間処分が留保されたことにより財産的損害を被ったとして、当該建築主が国家賠償請求をした事案である。最高裁は、大要次のように判示した。

（建築主（＝申請者）が当該行政指導に任意に協力している間は、社会通念上合理的と認められる期間であれば、「相当の期間」を超えて）処分を留保することは許容されるが、行政指導に協力しないという真摯かつ明確な意思表示が行われた場合は、当該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ない限り、それ以降の処分の留保は違法となる（以下、この定式を「昭和60年最判定式」という）。

行政手続法33条は、行政指導に対する不協力意思表示にもかかわらず「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」と規定するが、これは「昭和60年最判定式」とほぼ同趣旨のものであると理解できる。

さて、「昭和60年最判定式」は、行政指導に申請者が協力している限り、処分の留保が「相当の期間」を経過しても許容されるが、申請者が不協力意思を表明すれば、それ以降の処分の留保は違法になるとした⁹⁾。ここで、本稿の関心から注目されるのは、不協力意思表示後、（特段の事情が存在しない限り）それ以降の不作為が「直ちに」違法になるとされた点である¹⁰⁾。

これは、不協力意思表示後、「直ちに」行政庁は処分を行うべきであることを意味する。すなわち、それまでに行政庁は申請に対して審査を済ませ、いつでも処分を下し得る態勢を整えていなければならない。ところが、申請者が不協力意思表示をいつ行うかは分から

ない。場合によっては、申請から「相当の期間」が経過した直後に行われるかもしれない。したがって、行政庁としては、「相当の期間」内に審査を終えていなければならないことになる。

たとえば、「相当の期間」が30日の処分があるとする。当該処分を求める申請の到達から10日経過した時点で、行政庁が行政指導を開始し、申請者は、当初は行政指導に任意に協力していたが、申請から31日目に不協力意思表明を行ったとする。「昭和60年最判定式」によれば、この時点で行政庁は処分を行わなければならない。

しかし、このような考え方には疑問がある。前記の通り、本来「相当の期間」とは、行政指導期間のような例外的な期間を考慮に入れることなく算定されるべきものである。そして、行政指導を行うには相当な時間と労力を要する場合があろう。それにもかかわらず、「相当の期間」内において、一方で行政指導を行うことを許容しつつ、他方で申請の審査をも義務付けるのは果たして適切であろうか。また、例えば申請の取下げ指導を行っている場合、申請が取り下げられる可能性があるのに（内容変更指導の場合は申請内容が変更される可能性があるのに）、申請の審査も並行して行うことを行政庁に要求するのは、現実的とはいえないのではないか。

(2)「停止・再開構成」

そこで、申請後の行政指導期間については、次のような取扱いが適切であると考えられる。

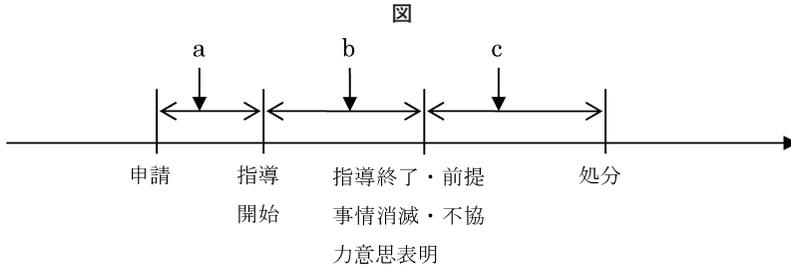
まず、申請の到達によって、不作為期間の算定が開始される。次に、行政指導の開始によって、不作為期間の算定が停止し、行政指導の終了によって算定が再開される。すなわち、行政指導期間は不作為期間の算定対象外（控除期間）となる。「行政指導の終了」は、行政がその旨を申請者に明示するなど、客観的に確認できることが必要である。

ところで、不作為期間の算定再開要件は、「行政指導の終了」だけではない。「行政指導の前提となる事情が消滅した場合」も、算定が再開されると思われる。たとえば、形式的要件を欠く（と行政側が判断した）申請について補正指導が行われ、申請者がそれに従い補正を完了したにもかかわらず、補正指導の終了が明示されないとき、補正の完了した申請が行政庁の許に到達した時点で不作為期間の算定が再開するという扱いが考えられる。住民の同意の取得を指導した場合、同意の取得によって算定が再開されるであろう。もっとも、「行政指導の前提となる事情が消滅した場合」には、通常は、実際にも行政指導自体も終了するであろう。さらにそれをもって法的に「行政指導の終了」とみなす、という理論的処理も考えられる。

行政指導が終了していなくても、行政指導に対して申請者が「不協力意思表明」を行った場合には、不作為期間の算定が再開される。ただし、「行政指導へ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」がある場合には、当該事情が存続する限り、不作為期間の算定は停止されたままである。行政手続法33条は、この意味に理解されるべきである。

整理すると、まず行政指導の開始は不作為期間の算定停止事由となる。次に不作為期間の算定再開要件としては、少なくとも、①行政指導の終了、②行政指導の前提となる事情の消滅、③不協力意思の表明の3つが存在すると思われる。行政指導の開始からそのような算定開始事由の発生までの期間は不作為期間の対象外となる。

以上のことを、図で表示してみる。不作為期間と認定されるのは「a + c」の期間（算定対象たる不作為期間）であり、それが「相当の期間」と比較されることになる。



このような審査方法（仮に「停止・再開構成」と呼ぶ）を採用することにより、「不作為期間」と「相当の期間」をそれぞれ具体的な日数で表示し、両者を比較するという明快で分かりやすい判示が可能になる。

ここで、「停止・再開構成」につき若干の補足を行いたい。

第1に、行政指導の開始から算定再開事由の発生時までの期間（b）においては、行政庁は申請の審査を停止することを許される。もちろん、この期間において行政指導と並行しながら審査を継続することは妨げられない。しかし、その結果審査が終了し、処分を行うことが可能になったとしても、算定再開事由の発生によって「直ちに」処分を行うことが義務付けられるわけではない。「相当の期間」は行政庁の「持ち時間」であり、その期間内であれば、処分をいつ行うかは行政庁の裁量に委ねられている¹¹⁾。

第2に、申請から「相当の期間」が経過した場合は、それ以後に行政指導が開始され、それに申請者が協力したとしても、処分の不作為は違法である。申請到達時から行政指導開始時までの期間（a）が「相当の期間」内に収まっている場合にのみ、行政指導を理由とする処分の留保が許容される¹²⁾。

第3に、不協力意思表示によって「直ちに」処分の留保が違法になるケースは、殆どあり得ないと思われる。

ところで、「停止・再開構成」と同様の発想に立つ規定が、すでに法令上存在する。すなわち、情報公開法10条1項は、補正指導期間につき、次のように定めている¹³⁾。

「前条各項の決定（……）は、開示請求があった日から30日以内にななければならない。ただし、第4条第2項の規定により補正を求めた場合にあっては、当該補正に要した日数は、当該期間に算入しない」。

この規定における「補正に要した日数」とは、基本的には、補正指導を開始してから申請者（開示請求者）が補正を終えるまでの日数であるといえる¹⁴⁾。そして、不作為期間の算定に当たっては、この日数は算入されず、当該日数を控除した期間が30日（「相当の期間」）以内であればよいことになる。

この規定の考え方は、補正指導全般、さらには行政指導全般に妥当と思われる。

(3)申請前の行政指導との関係

これまでの検討は、申請後の行政指導に関するものである。これに対して、申請前の行政指導期間は、「相当の期間」との関係では原則として特段の意味を持たないと解される。なぜなら、行政手続法7条によれば、行政指導にかかわらずそれを無視して申請をしてし

まえば、申請の到達により、不作為期間の算定が開始されるからである。地方自治体の要綱等で「事前指導に従わない限り、申請できない」といった取扱いが定められている場合であっても、それには一切法的拘束力はなく、申請を法的に妨げる力を持たない。

もっとも、申請前の事前指導が、例外的に不作為期間の算定に影響を及ぼす場合が考えられる。それは、申請行為がそれ自体が事前指導への不協力意思の表明を意味する場合である¹⁵⁾。この場合、申請後、当該事前指導と同趣旨の行政指導が行われたとしても、申請行為により、そのような申請後の行政指導に協力しない旨の意思表示が予めなされていると解されるから、不作為期間の算定は停止されない。申請者は、改めて不協力意思表明を行う必要はない。行政庁は、不作為期間の算定を停止させるためには、行政指導に協力する旨の明示的な意思表示を申請者から引き出す必要がある。

3. 申請書の受領拒否・返戻

(1)受領拒否の違法性

申請書の受領拒否・返戻行為があった場合に、直ちにそれらの行為が違法とされるべきか、それとも専ら処分の不作為の問題として捉えられるべきであろうか。これが本章の検討課題である。

なお、受領拒否行為は狭義では申請書を受け取らずに申請者につき返す行為、返戻行為は一旦受け取った申請書を申請者に返却する行為を指すが、後者も広義においては受領を拒否するものといえるので、以下では、両者を併せて受領拒否行為と呼ぶ。

受領拒否行為がなされるのは、「申請の到達後」である。行政手続法7条は、申請の到達によって直ちに審査義務が生じると規定し、これによって「不受理」行為（受理拒否行為）を法的に無意味なものとした¹⁶⁾。したがって、申請書の受領拒否は、今日では、明らかに申請拒否処分の体裁を整えているものを除いては、申請取下げ指導や内容変更指導といった行政指導の一環として行われる事実上の行為にすぎないと理解すべきであろう¹⁷⁾。それ故、これを行政処分とみて抗告訴訟により攻撃するという方法をとることはできない。そこで、受領拒否行為の違法性が訴訟で争われるのは、もっぱら国家賠償訴訟においてである¹⁸⁾。

受領拒否行為の違法性については、理論上、次のような立場があり得る。

第1に、当該行為を例外なく違法とする立場である（絶対的禁止説）。たとえ「相当の期間」内に処分がなされたとしても、その前に1度でも受領拒否行為があれば、当該受領拒否行為は違法となる。なお、受領拒否行為の違法性と処分の違法性は区別される。すなわち、前者が肯定されるからといって、直ちにそれが処分の取消事由となることが、この立場により認められるわけではない。

第2に、上記の立場の対極に位置するものとして、申請に対する処分が「相当の期間」内に行われるならば、受領拒否行為が何度なされようとも、それは違法ではないとする立場がある（全面的許容説）。申請者が当該行為に対して不協力意思表明を行った場合も、違法ではない。

第3に、両者の中間に位置づけられるものとして、一定の条件の下で、受領拒否行為を許容しようとする立場があり得る（条件付許容説）。そのような立場として、申請者の明示の承諾・同意がない限り当該行為は違法であるとする立場や、申請者が不協力意思を表

明すれば当該行為は違法になるとする立場が考えられる。前者は、申請者の明示的承諾があれば受領拒否を許容するものであり、後者は、不協力意思表示がない限り（黙示の承諾があるとみなして）それを許容するものである。なお、この立場も、絶対的禁止説と同様に、処分が「相当の期間」内になされるか否かにかかわらず、受領拒否行為自体を違法と捉える。

学説上は、受領拒否行為の違法性を認めるものが通説であると思われるが、それが絶対的禁止説を意味するものであるかは、必ずしも明らかではない¹⁹⁾。

近時の判例の中には、条件付許容説の立場に立つものが見られる。

たとえば、富山地判平成19年8月29日判例タイムズ1279号146頁は、病院開設許可申請書の返戻行為について、次のように判示する。

「行政庁は、申請書が行政庁の事務所に到達したときには、そのときから当該申請書による申請について審査し、応答する義務を負うのであって、申請者の同意がないにもかかわらず、これを申請として取り扱わず、当該申請書を返戻することは同条〔行政手続法7条〕に違反し許されない²⁰⁾。

ここでは、申請者の明示的同意があれば、返戻行為は行政手続法7条に違反しないと把握されているのである²¹⁾。

また、大阪地判平成15年5月8日判例タイムズ1143号270頁（余裕教室事件）は、行政財産の目的外使用許可申請書の返戻行為について、次のように判示する。

「許可権者が他の行政目的を達成するために不受理ないし返戻することも、その目的及び目的により得られる利益とこれにより申請者が受ける不利益とを比較考量して、その方法、程度が社会通念上相当であり、かつ、申請者が任意に不受理ないし返戻に同意している場合には、一概に国家賠償法上の違法であるとはいえない」が、「行政財産の目的外使用許可の申請についての不受理ないし返戻は、申請者が、不受理ないし返戻に応じることができないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、不受理ないし返戻に応じないこと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、国家賠償法上、違法である」。

判決文からは必ずしも明らかではないが、申請者が何らの意思表示もしない場合は、黙示的に返戻に同意するものとみなされられると思われる。したがって、不協力意思表示をしない限り、返戻行為は違法ではない、という立場を採用するものと位置づけうる²²⁾。

(2)検討

筆者は、行政手続法7条の解釈としても、全面的許容説が成立する余地があるのではないかと考える。その根拠は、以下の通りである。

第1に、行政手続法7条は、申請書の受領義務も返戻行為の禁止も明記していない。

第2に、確かに行政手続法7条は行政庁の審査義務を定めている。受領拒否行為は通常は審査懈怠を意味するから、一見、審査義務違反の行為であるように見える^{23,24)}。しかし、ここでの審査義務とは「申請の到達から処分まで間断なく審査し続ける義務」を指すのであろうか。そうではないと思われる。行政庁は、「相当の期間」内でメリハリをつけて審査を行えばよいのであり、その間に多少の審査の懈怠があったとしても、非難されるべきではないのではないかと。

第3に、第2の根拠と密接に関連するが、受領拒否行為がなされたとしても、その後行政庁が翻意して結局「相当の期間」内に処分が下されるという可能性は存在する。行政手続法7条は申請処理の迅速化を図る規定であるが、上記のような場合にまで審査懈怠を違法とするものであろうか。

第4に、行政庁が申請書を受け取ったまま放置しておき、一切審査しない場合、つまり「申請の店晒し」が存在する場合は、処分の不作為の違法を攻撃するしかない。これに対して、審査の懈怠という点では同様であるのに、受領拒否行為があれば、その違法を問えるとするのは疑問である。申請書を受領せずに（取下げ指導等の）行政指導を行い処分を留保する場合と、申請書を受領しつつ審査せずに行政指導を行い処分を留保する場合の間に、それほどの違いがあるのだろうか。

第5に、受領拒否行為を行政指導の一環としての事実行為と捉えた場合、申請者の任意の協力が必要であり、不協力意思表示があれば受領拒否行為は違法になるのではないかと、この批判があるかもしれない。しかし、これは行政手続法33条の解釈とも関わるが、行政指導に対する不協力意思表示によって、その後の行政指導が違法になる訳ではないと解される²⁵⁾。行政指導を継続することも許容されるのであって、ただその結果「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」にすぎない。具体的には、「相当の期間」を超えて）処分の留保を続けることが禁止されているのである。行政指導自体は申請者になんら不利益を及ぼすものではない。

したがって、行政手続法7条も33条も、受領拒否行為それ自体を違法とするものではないと解される。

結局、不作為期間が「相当の期間」を超えたか否かを検討すれば足りる。申請が到達すれば不作為期間の算定が開始され、受領拒否行為によっても原則として期間算定は停止しない以上、受領拒否行為は法的に「無力化・無意味化」されているのであり、それを超えて法的に「禁止」する必要はないのである。

なお、前述の通り、通常は受領拒否行為は何らかの行政指導の一環として行われていると思われるが、当該行政指導の開始が不作為期間の停止事由となる場合もある。前章の繰り返しとなるが、場合分けをして考える必要がある。

当該行政指導が申請前の事前指導と同趣旨のものであり、申請行為等によって既に予め不協力意思表示がなされている場合には、申請者の明示の承諾を得ない限り、不作為期間の算定は停止しない。

それ以外の場合には、申請者側が明確な不協力意思表示をしない限り、行政指導に対する黙示の協力があるとみなされる。この場合、申請者の明示の承諾がなくても、行政指導の開始によって不作為期間の算定は停止する。

4. 申請書の不交付

(1)申請書不交付行為の違法性

これまでの検討は、申請到達後の申請処理のあり方を対象とするものであった。そこでは、申請を希望する者は自由に申請を行えることが前提とされていた。前述の通り、たとえば、要綱等に基づき「事前指導に協力しない限り申請ができない」との運用がなされているとしても、それを無視して申請さえしてしまえば、不作為期間の算定が開始されるので

あり、申請者の権利保護に欠けるところはないはずである。

ところが、法令上書面による申請が義務付けられている処分について、申請希望者が申請書の交付を要求したにもかかわらず行政機関がそれを拒んだ場合、申請希望者は申請を行うことができないと解される可能性がある。このような行政実務がなされるのは、申請断念指導等の事前指導が行われている場合が大半であるといえよう。それでは、申請書の不交付は、法的にどのように評価されるべきであろうか。

判例では、書面申請主義を定める法令の規定を、口頭による申請も許容する趣旨であると解釈することによって、この問題を処理するものも存在する。たとえば、大阪高判平成13年10月19日賃金と社会保障1326号68頁（生野区福祉事務所事件）は、生活保護開始の申請については、一見すると省令（生活保護法施行規則2条1項）により書面での申請が義務付けられているように見えるものの、「生活保護法……は生活保護の開始申請を書面によって行わなければならないとするものではなく、同法の委任を受けた施行規則2条1項も、申請書面の提出を申請の要件としているものではないと解される」と述べ、口頭による申請も許されると判示した²⁶⁾。しかし、書面での申請を行うべきことを定めるすべての法令がこのように解釈できるとは限らない。たとえば、建築確認処分のように、法律レベルで書面申請によるべきことが規定されている場合（建築基準法6条1項）は、異なる解釈がなされる可能性がある。

法令上書面申請が義務付けられていると解される場合における申請書不交付行為の違法性については、理論上、3つの考え方がありえる。

第1に、申請書の不交付行為は、直ちに違法であるとする立場である（絶対的禁止説）。

第2に、一定の条件の下で申請書不交付行為を許容する立場がありうる（条件付許容説）。申請希望者の明示の承諾がある限りで許容する立場、申請希望者が不交付への不協力意思表示を行うまでは許容する立場などが考えられる。

第3に、申請希望者が申請意思を明確にした時点で、口頭による申請であっても申請の到達を認めるという立場がありえる（口頭申請許容説²⁷⁾）。多くの場合、そのような申請意思の表明は、事前指導に対する不協力意思表示を意味するであろう。あるいは逆に、不協力意思の表明がなされた場合、それは申請意思の表明を意味するであろう。この立場によれば、申請書の不交付によって申請希望者になんら不利益は生じないから、申請書不交付行為を違法とする必要はない²⁸⁾。

第1及び第2の立場は、あくまで書面による申請が必要であることを前提とするものである。したがって、申請書が行政庁の許に到達して初めて、不作為期間の算定が開始する。

ただし、この場合、申請希望者はいかなる法的手段によって申請書の交付を要求できるのかが問題となる。申請書の交付行為は行政処分とはいえないであろうから、抗告訴訟は利用できない。公法上の当事者訴訟を提起するか、あるいは国家賠償訴訟により間接的に申請書の交付を促す方法が考えられる。

さらに、申請書の不交付を違法とするとしても、その法的根拠は何かという問題がある。

判例では、遺族年金決定請求書用紙の交付を求めたのに約2ヵ月間その交付がなされなかったことに対する国家賠償訴訟につき、申請希望者の同意を欠く申請書の不交付は「行政手続法7条の趣旨に反する行為」と判示し、それによる精神的苦痛についての慰謝料請求を認容したものがある（東京高判平成19年5月31日判例時報1982号48頁）。判旨

は、申請書の提出によって初めて申請があったものと解している。また、申請希望者の同意があれば申請書の不交付も許容される余地を認めている。したがって、条件付許容説に立つものである。

(2)検討

第1に、申請希望者が申請書の不交付に協力している限り不交付は違法とは言い難いから、絶対的禁止説はとりえない。

第2に、事前指導に対して申請希望者が不協力意思表示を行ったとしても、その後の行政指導が違法になるわけではない。ただし、行政指導自体は実害をもたらさないのに対して、申請書の不交付は、「申請ができない」すなわち「不作為期間の算定を開始させられない」という現実の不利益を及ぼすと解される可能性があるため、両者を同列に論じることができない。この点で、受領拒否の場合とは異なるのである。したがって、あくまで書面申請が必要であることを前提とした上で、不協力意思表示があれば、申請書の不交付は違法であると解する余地もある（条件付許容説）。

第3に、しかしながら、条件付許容説は、申請希望者の権利救済の面で問題があると思われる。というのは、行政側があくまで申請書を交付しないという意志を貫いた場合、司法的救済が可能であるとしても、申請書が現実には交付されるまで長大な期間が経過してしまう可能性があるからである。

したがって、権利救済の面でより優れていると思われる口頭申請許容説が妥当であると考える²⁹⁾。

なお、口頭申請の後、行政側が申請書を交付し、申請書の提出を申請者に要求することは可能であるが、その場合、申請到達時点は申請書提出時ではなく、口頭申請時である。

注

- 1) 主として行政手続法施行後の申請関連行政指導ないし受領拒否・返戻に関する判例を概観するものとして、椎名慎太郎「申請・届出の受けと行政手続法の規律」山梨学院ロー・ジャーナル1号（2005年）7頁-39頁。
- 2) なお、行政手続法7条の定める行政庁の審査義務については、申請が経由機関から行政庁の許に進達された時点をもって発生するとする見解と、経由機関への到達によって直ちに発生するという見解が対立している。前者の見解として、塩野宏・高木光『条解行政手続法』（弘文堂、2000年）153頁、南博方・高橋滋『注釈行政手続法』（第一法規、2000年）154頁（山口浩司執筆）、行政管理研究センター（編）『逐条解説行政手続法（18年改訂版）』（ぎょうせい、2006年）149頁。後者の見解として、室井力・芝池義一・浜川清（編著）『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法（第2版）』（日本評論社、2008年）110頁（梶哲教執筆）。もっとも、前者の立場も、不作為の違法判断に関しては、経由機関到達時が起算時であることを認めている。参照、塩野宏・高木光『条解行政手続法』（弘文堂、2000年）153頁、南博方・高橋滋『注釈行政手続法』（第一法規、2000年）155頁（山口浩司執筆）。
- 3) 法令上申請の「受理」という語が用いられている場合は、行政手続法施行後は、「申請の到達」と読み替えるべきという見解として、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第3版）』（有斐閣、2009年）399頁。建築基準法6条4項の「受理」に関して同旨、石川敏行ほか『はじめての行政法』（有斐閣、2007年）93頁。また、行政手続法制定前にも建築基準法6条の「受理」を「申請の到達」と解するべきだと主張する見解があった。荒秀「建築確認論」『建築基準法論Ⅰ』（ぎょうせい、1976年）1頁-69頁[35頁-36頁]、関哲夫「確認申請の受付・受理・留保・返戻」『建築基準法の基本問題』（ぎょうせい）

い、1979年）21頁－66頁 [61頁－62頁]。

確かに、同規定の「受理」が文字通り「受理」を意味するものとするれば、申請到達時から受理時までの期間について建築基準法上は規制がなされないこととなり、法定期間を定めた趣旨に反するであろう。

もっとも、名古屋地判平成8年1月31日行集47巻1・2号131頁は、建築確認申請に関する不作為違法確認訴訟であるが、〈申請到達から受理・不受理決定までは10日以上を要することはないと考えられ、受理から処分までは法定期間として21日以内と定められているから、「相当の期間」は申請到達時からほぼ1カ月である〉と認定している。したがって、本件判旨は、建築基準法6条の解釈として、申請の到達と受理は異なるものであると把握している。

- 4) この定式を採用する近時の裁判例として、岡山地判平成11年2月9日判例地方自治194号84頁及びその控訴審たる広島高岡山支判平成12年4月27日判例地方自治214号70頁。
- 5) 室井力・芝池義一・浜川清（編著）『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法（第2版）』（日本評論社、2006年）391頁（大田直史執筆）。
- 6) 標準処理期間は法的拘束力を持たないものの、「相当の期間」の確定に際しての参考資料になることは、多くの論者が認めている。参照、南・高橋（注2）152頁（山口浩司執筆）、宇賀克也『行政手続法の解説（第5次改訂版）』（学陽書房、2005年）93頁、室井・芝池・浜川（注5）54頁（岡村周一執筆）、392頁（大田直史執筆）など。
- 7) 宇賀克也『行政手続法の理論』（東京大学出版会、1995年）55頁。
- 8) そのような判例として、仙台地判平成10年1月27日判例時報1676号43頁（申請から2年以上の不作為）、岡山地判平成11年2月9日判例地方自治194号84頁（申請後、約1年8か月にわたる不作為）。
- 9) 最判定式によると、不協力意思表示がなされた場合のみならず、任意の協力が続いてもその行政指導期間が「社会通念上合理的と認められる期間」を超えれば、処分の留保は違法と評価される。ただ、いかなる期間が「社会通念上合理的と認められる」のかについては何も述べられていない。
- 10) 同様に、不協力意思表示後は「直ちに」処分の留保が違法になると判示するものとして、甲府地判平成4年2月24日判例時報1457号85頁（清里リゾートマンション事件）、千葉地判平成5年11月19日判例時報1513号145頁。これらはいずれも建築確認処分の申請に関する事例である。
- 11) 産業廃棄物処分業の許可申請に関する大阪高判平成16年5月28日判例時報1901号28頁は、行政指導への不協力意思表示の後には、行政庁は「本件許可申請に対して、法に定める要件を満たしているかどうかを審査した上、許可するかどうかを判断する義務があった」と判示する。これは、不協力意思表示時点までは、行政庁が申請の審査を停止できることを前提とするものと思われる。そして、遅くとも不協力意思表示時から約5カ月経過した日には許可すべきであったと判示している。不協力意思表示後「直ちに」処分をすべきとはされていないのである。もっとも、申請到達時から行政指導開始時までの期間がどのように位置づけられているのかが明確ではないため、本件判旨が「停止・再開構成」をとるものかは明らかではない。
- 12) 室井・芝池・浜川（注2）250頁（紙野健二執筆）は、「行政指導は、申請があってから合理的な期間内になされるべき」であると指摘する。
- 13) 同様の規定として、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律19条1項、31条1項、40条1項など。
- 14) 補正指導に協力できないとの意思を申請者が表明した場合は、その時点までの日数が「補正に要した日数」とであると解される。宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説（第4版）』（有斐閣、2008年）104頁は、「補正の行政指導に従わない旨の意思表示は、開示決定等の期間を進行させる法効果をもつ」と述べるが、同様の趣旨であろう。
- 15) 申請行為が「不協力意思表示」を意味すると認定された事例として、名古屋地判平成8年1月31日行集47巻1・2号131頁、岡山地判平成11年2月9日判例地方自治194号84頁、（その控訴審）広島

- 高岡山支判平成12年4月27日判例自治214号70頁、大阪地判平成15年5月8日判例タイムズ1143号270頁（余裕教室事件）など。
- 16) 神戸地判平成12年7月11日判例地方自治214号76頁は、行政手続法施行後は、受理・受理拒否という行為が介在する余地はなく、受理拒否処分という観念も成立しえないと判示する。
- 17) 室井・芝池・浜川（注2）111頁（梶哲教執筆）。返戻行為は事実上の措置にすぎないと判示した判例として、仙台地判平成10年1月27日判時1676号43頁、岡山地判平成11年2月9日判例地方自治194号84頁など。
- 18) もっとも、受領拒否行為の後に行政処分がなされた場合、当該処分の取消訴訟において、受領拒否が行政処分の取消事由として主張される可能性はある。参照、富山地判平成19年8月29日判例タイムズ1279号146頁（その控訴審として名古屋高金沢支判平成20年7月23日判例タイムズ1281号181頁）（病院開設中止勧告事件）。ただし、本件は、申請の対象である処分（病院開設許可処分）ではない処分（病院開設中止勧告処分）について受領拒否の手続的瑕疵が問われたという点で、例外的な事例である。
- 19) 受領拒否行為を違法とする見解として、兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）109頁（事前指導未了の申請書を行政庁が受け取り・受付を拒否したり、返戻（取受拒否）したりする実務は、行手法上違法と解される）、小早川光郎『行政法講義 下I』（弘文堂、2002年）45頁（「受領拒否」は審査応答をそもそも拒否する旨の対応であるから許されない）、芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣、2006年）143頁（行政手続法7条は、行政庁が実際上受理・不受理の措置を行うことを禁止している）など。なお、南・高橋（注2）322頁（高橋滋執筆）は、〈申請の受取を拒否して行政指導を行うことは行政手続法7条によって禁止されるが、申請を受け取った上で行政指導を行うことは7条違反ではない〉と述べる。直接的には行政指導の違法性が語られているが、受領拒否行為の違法性を肯定する趣旨であると思われる。
- 20) しかも、本件判旨は、病院開設許可申請書の返戻行為が、病院開設中止勧告処分の取消事由になると判示した。控訴審の名古屋高金沢支判平成20年7月23日判例タイムズ1281号181頁も参照。
- 21) 判旨は、返戻に協力できない意思を明確に表明した5回目及び6回目の申請のみならず、そのような意思表明のない1回目ないし4回目の申請についても、返戻行為を違法と判断している。したがって、返戻行為を許容するには黙示の同意では足りないのであって、明示の同意が必要であるという趣旨と解される。
- 22) この立場に立つ判例として、他に、大阪地判平成4年9月16日判例時報1467号86頁がある（市立音楽堂事件。本件は、行政手続法施行前の事件である）。
- 23) 受領拒否行為が常に審査懈怠を意味するとは限らない。たとえば、返戻行為については、一方で申請書のコピーをとり審査を行いつつ、他方で申請書を返戻するという実務もあり得ないわけではない。もっとも、この場合には申請書（のコピー）は行政庁の手許に存在しているので、いわゆる「返戻」には当たらないと言えるかもしれない。
- 24) なお、本稿の立場では、申請者が行政指導に任意に協力しているとみなされる期間は、行政庁の審査義務が停止すると解されるので、この場合の受領拒否行為は審査懈怠とはいえない。これに対して、不協力意思が表明されたにもかかわらず受領拒否行為が行われた場合は、審査懈怠に当たるとであろう。
- 25) 同旨、南・高橋（注2）324頁（高橋滋執筆）、室井・芝池・浜川（注2）249頁（紙野健二執筆）。最判昭和60年7月16日判例時報1168号45頁（品川建築確認留保事件）も、行政指導の継続ではなく処分の留保を違法とするものであった。反対説として、塩野・高木（注2）328頁-329頁、室井・芝池・浜川（注2）111頁（梶哲教執筆）。大阪高判平成16年5月28日判例時報1901号28頁も、不協力意思表明後の行政指導の継続を違法と判示する。
- 26) もっとも、本件では口頭による申請表示行為が明確にされたとはいえないとして、申請の到達が否定された。なお、1審の大阪地判平成13年3月29日賃金と社会保障1298号67頁は、口頭申請が許

されることの理由付けとして、以下のように判示している。「施行規則2条1項は、保護開始の申請の事実及び申請内容を書面により明らかにすることによって、保護の要否の審査及び保護の実務を円滑に進めることを目的とする規定であり、書面の提出を申請の要件とするものではないと解される」。

- 27) この立場は、結論としては前記の大阪高判平成13年10月19日賃金と社会保障1326号68頁と同様であるが、理由付けが異なる。この立場は、法令上書面申請が義務付けられていることを前提とした上で、「それにもかかわらず」申請書不交付の場合には口頭申請を許容するのである。
- 28) もっとも、前掲大阪高判平成13年10月19日賃金と社会保障1326号68頁は、申請希望者が「真摯かつ明確に申請の意思を表示していたものではない」ことを理由に、職員が「申請書用紙を交付しなかったことをもって国家賠償法上、違法であったとすることはできない」と判示する。したがって、申請希望者が真摯かつ明確に申請をしていれば、申請書不交付が違法になる可能性を認めている（条件付許容説）。口頭による申請を許容したこととの整合性につき疑問が残る。
- 29) 前記東京高判平成19年5月31日判例時報1982号48頁の評釈である木藤茂・自治研究85巻5号（2009年）123頁－135頁〔129頁－130頁〕は、申請書の提出によって初めて申請があったと解することは申請者の意思表示を明確かつ客観的に認定できるという合理性を有することを認めつつも、申請書の提出ではなく申請意思の到達によって行政手続法7条の審査応答義務が生じるという解釈を提示する。なお、室井・芝池・浜川（注5）391頁（大田直史執筆）は申請書用紙の交付を請求した行為を申請行為と解するが、申請書交付請求の後に行政指導が開始され申請希望者が一旦それに従うという場合においては、当初の申請書交付請求行為を申請行為と同一視できるかという問題がある。

キーワード：行政指導 相当の期間 申請 不作為 返戻 受領拒否
申請書の不交付

(IWAMOTO Hiroshi)