

<判例研究>

警告に応じない場合は
告発を検討するなどの
措置をとる旨が申し添えられた
警告の処分性が否定された事件

天 本 哲 史

キーワード：処分性，警告，貸金業法

平成28年8月8日東京高等裁判所判決

(平成28年(行コ)139号)

警告処分取消請求控訴事件

出典 D1-Law (28243084)

第一審 平成28年3月15日東京地方裁判所判決(平成27年(行ウ)第364号
警告処分取消請求事件)LEX/DB(文献番号25536134)

〔事実の概要〕

本件は、貸金業の登録をしていない控訴人(以下、「X」という。第一審の原告と同じ。)が、外国法人Aに対し、金銭を貸し付け、これによって得た収益を分配する事業を行っていたところ、被控訴人たる国に所属する関

東財務局長から同行為が貸金業に該当するため直ちに取りやめるよう警告されたこと（以下、「本件警告」という。）について、財務局が管轄貸金業者の監督行政を実施するための指針として「貸金業者向けの総合的な監督指針」（以下「本件監督指針」という。）に基づいた本件警告が、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条2項に定める「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（以下「行政庁の処分」という。）に当たるとして、その取消しを求める事案である。

Xは、海外における消費者金融ビジネスへの投資等を目的として平成23年1月4日に設立された合同会社である。Xは、平成23年11月16日に、第二種金融商品取引業の登録を受けた後、商法の定める匿名組合の営業者として、個人及び法人から出資を募り、Aに対し金銭を貸し付け、Aから支払われる利息を原資として、匿名組合員に収益を分配する事業を行っていた（以下、XのAに対する貸付けを「本件貸付け」という。）。関東財務局長は、平成26年6月11日付けで、Xに対し、Xが貸金業に該当する行為を行っているおそれがあるとの情報が寄せられたとして、Xの具体的な業務内容等を同月18日までに書面で回答するように求めた。Xは、平成26年6月13日付けで、関東財務局長に対し、本件貸付けが外国において外国会社に対して貸付けを行うものであることや業として行う貸付けに該当しないことから貸金業の登録は不要であると判断されるべきである旨の回答をした。関東財務局長は、平成26年11月19日付けで、Xに対し、本件貸付けの貸金業該当性について網羅的かつ体系的に整理し、今後の対応方針について同年12月3日までに書面で回答するように求めた。Xは、平成26年12月10日付けで、関東財務局長に対し、Xが貸金業法上の貸金業登録を取得する必要はないこと、したがって、今後の具体的な対応方針については回答を差し控える旨の回答をした。関東財務局長は、平成27年1月8日付けで、Xに対し、本件警告を行った。本件警告が記載された書面には、「貸金業の無登録営業に対する警告について」という標題の下に「貸金業を営もうとする者は、貸金業法に基づき、内閣総理大臣又は都道府県知事の登録を受けなければこれを営むことができないこととなっています。今般、当局

が把握・調査しましたところ、平成26年12月10日付の貴社からの回答（括弧内省略）によれば、貴社の行為は貸金業に該当していると認められますので、直ちに当該行為を取り止めるよう警告します。なお、当局の警告に応じない場合は、捜査当局への告発を検討するなど、しかるべき措置をとることとしますので、念のため申し添えます。」と記載されていた。

第一審判決は、「原告は、本件警告が行訴法3条2項に定める行政庁の処分該当するとして、その取消しを求めているが、ここにいう行政庁の処分とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいうと解される（最高裁昭和28年（オ）第1362号同30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217頁、最高裁昭和37年（オ）第296号同39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁参照）。（改行）そこで、本件警告がこのような意味での行政庁の処分に当たるかどうかを検討すると、本件警告については、その要件及び効果を定める規定が、貸金業法その他の実定法規に存在せず、財務局が管轄貸金業者の監督行政を実施するための指針である本件監督指針に基づいて行われているものである。そして、本件監督指針は、貸金業の無登録業者による違法な貸付け等を内容とする苦情等の申出を受けた場合に、文書照会等により具体的な業務内容等の把握を行い、調査対象業者が無登録で貸金業を営んでいる疑いがあると判断される場合に、文書等により警告を行うこととしている。この本件監督指針の意義・目的、それに定める警告に至る手続及び前記認定のとおり本件警告の記載内容等に照らしてみれば、本件警告は、関東財務局長が、本件貸付けが貸金業法2条1項に定める「貸金業」に該当するという法的見解を表明した上で、貸金業の登録をしていない原告に対し、直ちに本件貸付けを取り止めるよう求める行政指導であり、それ自体としては、直接に国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものではないというべきである。（改行）原告は、本件警告は、これに従わない場合は、関東財務局による告発及び公表が予定され、原告の営業の継続を現実的に不可能とするほどの著しい不利益が

生じることなどから行政庁の処分当たると主張する。しかし、本件警告の性質は上記のとおりであって、原告は、これによって何らかの法的義務を課されるものではなく、本件貸付けが貸金業に該当し、その結果、原告又はその従業者が、貸金業の無登録営業をした者として告発され、刑事処罰を受けるかといった点は、本件警告の有無とは関係なく、刑事手続等の別個の手続によって判断されるものである。そのため、仮に、原告が本件警告に従わないことによって原告が主張するような不利益が生ずるとしても、本件警告が行政庁の処分当たるとを根拠付けるものではない。」⁽¹⁾として、本件警告が行政庁の処分当たらないと判断し、Xの訴えを却下したところ、Xがこれを不服として本件控訴をした。

〔判旨〕 控訴棄却

原判決のとおりであるから、これを引用する。ただし、「関係なく、」の次に「客観的に貸金業法に違反しているか否かという観点から」を加える。

「控訴人は、……本件警告が行政庁の処分ということが出来る旨主張する。(改行)しかしながら、そもそも関東財務局長が控訴人に対して本件警告を行うことや控訴人がこれに従わなかったことが、関東財務局長が捜査当局に対して控訴人を告発すること、捜査当局が捜査を遂げて控訴人を起訴すること、及び関東財務局長が控訴人に本件警告をした事実等を公表することの前提として要求されるとする法的な根拠はないし、本件警告が実定法規に根拠を持つものではなく、その法令上の効果として上記の告発、起訴及び公表に結び付くものでもないのであるから、控訴人が指摘する告発、起訴及び公表に関する事情は、控訴人が本件警告を抗告訴訟という方法により争う機会を与える必要性を裏付けるものということとはできない」。

以上によれば、控訴人の本件訴えは不適法であり、これを却下した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これを棄却する。

〔検討〕

1. 本判決の意義等

本件は、貸金業の登録をしていない控訴人が、外国法人に対し、金銭を貸し付け、これによって得た収益を分配する事業を行っていたところ、関東財務局長から、当該行為が貸金業に該当するため直ちに取り止める旨を求める本件警告がなされ、これに応じない場合には「捜査当局への告発を検討するなど、しかるべき措置をとることとします」と申し添えられていたことに対し、控訴人は本件警告に従わない場合には告発及び警告事実の公表が予定され、控訴人の営業の継続を現実的に不可能とするほどの著しい不利益が生じることなどから、本件警告が行訴法3条2項に定める「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとして、その取消しを求めた事案である。

貸金業法2条1項は、金銭の貸付け又は貸借の媒介で業として行うものを「貸金業」と定義し、同法3条1項は、貸金業を営もうとする者は、二以上の都道府県の区域内に営業所又は事務所を設置してその事業を営もうとする場合にあっては内閣総理大臣の、一の都道府県の区域内にのみ営業所又は事務所を設置してその事業を営もうとする場合にあっては当該営業所又は事務所の所在地を管轄する都道府県知事の登録を受けなければならないとしている（内閣総理大臣の権限は、金融庁長官に委任するものとされ（同法45条1項）、金融庁長官は、貸金業法施行令6条に定めるところにより、上記権限の一部を財務局長又は財務支局長に委任することができる（同法45条2項））。貸金業法11条1項は、同法3条1項の登録を受けない者は、貸金業を営んではならないと定め、同法47条2号は、同法11条1項の規定に違反した者は、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると定め、同法51条は、法人の代表者又は使用人その他の従業者等が、その法人の業務に関して同法47条に規定する違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人に対して1億

円以下の罰金刑を科すと定めている。金融庁は、平成18年12月20日に貸金業等の規制に関する法律等の一部を改正する法律（平成18年法律第115号）が公布されたことを受け、本件監督指針を策定した。本件監督指針中、「〈3〉-1-1 一般的な監督事務 (2) 苦情対応等 [3] 無登録業者への対応」という項目において、貸金業の無登録業者による違法な貸付け等を内容とする苦情等の申出を受けた場合は、当該業者に対し、電話又は文書照会等により、具体的な業務内容等の実態把握に努め、調査の結果、当該業者が無登録で貸金業を営んでいる疑いがあると判断される場合には、電話又は文書等により警告を行うこととしている。そして、本件監督指針所定の警告書書式たる貸金業の無登録営業に対する警告について（別紙様式4）には、「なお、当局の警告に応じない場合は、捜査当局への告発を検討するなど、しかるべき措置をとることとしますので、念のため申し添えます。」と注記されている。

本判決は、上記のような貸金業法の実施にかかわる本件監督指針に基づき、行政機関による警告として事業者に対する告発の前に為された是正勧告たる行政指導⁽²⁾につき、当該行為の処分性の存否が争点となり、それが否定された事例である。行政法規違反につき、その違反是正のために行政指導を用いる例は多く存在しているが、後述するように、本判決以前より、行政指導の処分性の存否が争点となった裁判例は存在しており、本判決もそれらに連なるもの一つとして位置付けることができるが、さらに本判決の特徴としては、行政指導不服従の場合に「告発を検討するなど」と不利益な措置を予告した行政指導の処分性が争点となりそれが否定されたところにある。

後述するように、本件警告を含めた行政指導のように法的効果を有さない精神的作用に止まる行為には処分性が認められ難いが、いうまでもなく抗告訴訟において当該行為に処分性が認められることは、処分性の存在が訴訟要件となる本件のような取消訴訟や差止訴訟といった抗告訴訟以外にも本案の審理が適法に係属していることが要件となる執行停止や仮の差止めといった仮の救済措置が利用できるか否か、つまりこれらの訴えや申立

てが退けられるか否かの重要なメルクマールとなるものであり、抗告訴訟等を用いて行政機関による精神的作用に止まる行為からの権利利益の救済を希求する者にとっての関心事であるだけでなく、行政法学上の学理的にも重要な課題であることは言うまでもない。

是正勧告たる行政指導を発し、その際に相手方に手交される文書等によって行政指導不服従に対する告発などの不利益な措置を予告することは、行政実務上散見することができる⁽³⁾。このような告発などを予告することは通常考えて刑事被告人となること等の不利益を嫌うであろう相手方に対する行政指導へ服従させる大きな事実上の間接強制としての心理的圧迫効果が期待できることは容易に想像でき、また、行政指導の相手方がこのような行政指導を抗告訴訟等によって争うことができる機会があれば、その後の行政機関による告発などを止めることができると考えることも理解できる。したがって、行政指導不服従に対する不利益な措置を予告する行政指導の処分性が認められるか否かについて検討する価値があるように思われる。

そこで、行政指導不服従に対する不利益な措置を予告する行政指導の処分性の存否につき、行政による制裁的公表の処分性の存否については過去の拙稿にて既に検討している⁽⁴⁾ので、本稿においては、告発を予告された「警告」の処分性の有無についての検討を中心にしながら、本判決について考察することを目的とする。

2. 告発を予告された「警告」の処分性の有無

(1) 処分性判断の判例法理と行政指導の処分性判断

行政処分の取消訴訟は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（……裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟」（行訴法3条2項）であることから、このような取消訴訟の対象となる行為には「処分」としての性格、いわゆる「処分性」を有さなければならないことになる。そして、取消訴訟の対象となる行為の処分性の存否は、その他の抗告訴訟においても同様に重要な訴訟要件となっている（行訴法3条）。さらに、本案の審理が適法に係属していることが

要件となる執行停止や仮の差止めといった仮の救済措置を求める上でも処分性は重要な要件となることは同様である(行訴訟25条2項等)。かかる抗告訴訟における処分性判断のリーディング・ケースたる昭和39年の「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決は、処分性が認められる行政庁の処分とは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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ことが法律上認められているもの」と解し、抗告訴訟の対象を当該行為の公権力性と法的効果の直接具体性によって判断するという基準を提示したものであり、「従来の公式」と称されることがある。実務上はこれに従がって個々の行政庁の行為の処分性が判断されるとされる。かかる従来の公式によって示された行政庁の「処分」の定義は、伝統的・通説的な見解とされてきた行政行為の定義とは異なる表現ではあるが、その内容からして行政行為に該当する行為と同一のものを対象としていると思われる。このような「従来の公式」に依るならば、個々の行政庁の行為に処分性が認められるか否かは、公権力性と具体的法的効果の有無によって判断されることになる。私法上の行為、行政立法、行政計画、行政指導その他の行政行為としての性質を有しない行為につき、個々の行政庁の行為の作用に着目して処分性を否定する上では、明快な判断基準となり得るものである。そして、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決後の最高裁判決の傾向としては、行政庁の行為が一定の法的効果を発生させないような場合については、たとえ関係者に一定の事実上の不利益を及ぼすものであっても、一般に行政の行為に処分性が否定される傾向にある。例えば、海難審判庁による原因究明の裁決⁽⁹⁾、都道府県知事による保険医に対する戒告⁽¹⁰⁾、地代家賃統制令に基づく家賃台帳の作成・登記行為⁽¹¹⁾、公務員の採用内定通知の取消し⁽¹²⁾、交通反則金制度の通知⁽¹³⁾、都市計画法に基づく開発許可申請の過程における公共施設管理者の同意拒否⁽¹⁴⁾、市町村長が住民票に世帯主との続柄の記載行為などの行為については処分性を否定している。このような「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決や上記の最高裁判決の傾向に倣うならば、警告を含めた是正指導は行政指導として相手方に求めるに止まる非権力的

事実行為であり、当該行為により具体的な法的効果は認められないことから、これまでは処分性が認められなかった上記の戒告や通知等の行為と同様に非権力的事実行為として処分性が認められないと解されることになる。

一方で、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決で示された従来の公式による行政処分の定義が指向している行為は、いわゆる行政行為であると解されるが、非権力的事実行為に処分性が存するか否かを検討する立場からは、抗告訴訟の対象として行政行為に加えて「処分」の概念をどこまで広げられるかが課題となる。判例上は、行政活動の処分性の判断枠組みとしては、この従来の公式を踏襲する傾向にあるところであるが⁽¹⁶⁾、しかしながら、一方では近時に至るまでの最高裁判決や下級審判決の中には、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決で示された従来の公式の適用を柔軟に解し、これに当てはまらない行政庁の精神的作用に止まるような事実行為にも処分性を認めるものも幾つか散見することができる。それらの中で主要なものを幾つか挙げるならば、①関税定率法に基づき税関長の行う輸入禁制品に該当する旨の通知を「観念の通知」としてしつとも「貨物を適法に輸入できなくなるという法律上の効果を及ぼすもの」として、当該通知の処分性が肯定されている⁽¹⁷⁾。②税務署長の行う納税の告知を「更生また決定のごとき課税処分たる性質を有しない」としつとも「国税徴収手続の第一段階をなすものとして要求され、滞納処分の不可欠の前提となるものであり、また、その性質は、税額の確定した国税債権につき、納期限を指定して納税義務者等に履行を請求する行為、すなわち徴収処分である」として、当該告知の処分性が肯定されている⁽¹⁸⁾。③食品衛生法に基づき食品等の輸入の届出をした者に対して検疫所長が行う同法違反の旨の通知について、同法は「厚生労働大臣に対し輸入届出に係る食品等が法に違反するかどうかを認定判断する権限を付与している」ものと解しつとも、「厚生労働大臣が、輸入届出をした者に対し、その認定判断の結果を告知し、これに回答すべきことを定めている」とした上で、当該通知により「通関実務の上で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなる」ことから、当該通知の処分性が肯定されている⁽¹⁹⁾。④医療法に基づく病院開設中止

勧告についても「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けれども、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」とし、「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、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」ということを勘案し、当該勧告の処分性が肯定されている。これらの上記①ないし④の最高裁判決は、行政の行為を定める法令全体や関連法令を考慮に入れて全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかによって処分性を導く手法を採り、個々の行為の根拠規定を見たのみでは処分性を認められない行政庁による相手方への精神的作用に止まる事実行為であっても、それに処分性が認められる可能性を示すものである。⁽²⁰⁾そして、このように解する場合には、法文の文言上は個々の行為としては非権力的事実行為であるとしても、論理的な法解釈により非権力的事実行為に処分性が認められる場合もあることになると思われる。

このような上記①ないし④の最高裁判決の傾向は、行政法規の解釈に際し、当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体的な条文についてどのような解釈方法をとるのが適格的であるかを考慮しつつ、法的仕組みを明らかにするというものであり、これを「仕組み解釈」と称されることがある。⁽²²⁾このような仕組み解釈による処分性の判断基準の在り方の一つとしては、紛争の成熟性のアプローチがある。⁽²³⁾これは、法の仕組みの上でどの段階で違法を争うことが適切であるかが問われており、後の処分を争ったのでは十分な救済が得られないような場合であれば、処分性が認められる可能性を示すものである。⁽²⁴⁾このような行政の行為の処分性の判断につき、紛争の成熟性によって検討するアプローチは、精神的作

用を伴うに止まる事実行為といえども処分等と組み合わせられた時に実質的に国民に法的不利益を及ぼす場合においては、上記①ないし④の最高裁判決のように、それに対する適切な司法的救済が保障される場合もあることになるから、原告適格の拡大、訴訟類型の拡充や仮の救済制度の充実等を内容するに止まり処分をめぐる規定の見直しや創設はなされなかったものの国民の権利利益のより実効的救済の確保を図るという平成16年の行訴法改正の趣旨に適合的であると考えられることができるように思われる。⁽²⁵⁾

本判決で処分性の存否が争点となった本件監督指針に基づく本件警告を含めて、指示、指導、勧告その他の行政指導は、行政目的の実現のための手段であるが、講学上の行政行為と異なり法的効果を有さず、相手方に一方的に義務を課するものではなく、特定の行為について任意的な協力を求めるに止まる行為である。⁽²⁶⁾しかしながら、行政指導は、相手方の任意性を前提とした非権力的事実行為と一応位置付けられたとしても、公的規制権限を有する行政側とその客体である国民・住民とでは実質的に彼我对等でないことを考慮すれば、実際には相手方の任意性を実質的に失わせ、何らかの行為を強要する結果につながることもあるように思われる。⁽²⁷⁾公権力性と法的効果を問題とする「従来の公式」からした場合には、一般的には、行政指導は非権力的事実行為であるからして、当該行為には公権力性と法的効果を否定されることから、それが行政指導を受けた者の任意性を奪い特定の行為を強制するような違法な行為として評価されるべきものであったとしても抗告訴訟によって争うことは困難であると思われる。⁽²⁸⁾

その一方で、例外的に、行政指導に規制的ないし制裁的な法的効果がかかるような場合も考えられるが、その場合においては当該行政指導に処分性を認められる余地があるように思われる。⁽²⁹⁾最高裁判決の動向としては、上記④の医療法に基づく勧告の処分性の有無が争点となった事件の最高裁判決は、⁽³⁰⁾医療法に基づく勧告がなされると保険医療機関の指定拒否処分がされる取扱いがされていたこと等を理由として当該勧告に処分性を認めたものであり参考になるが、当該判決は「行政指導→行政処分」というような行政過程を採る場合には、全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を

如何に捉えるかの観点から処分性を検討することによって行政指導の処分性の存在を認めたものと位置付けられる⁽³¹⁾。そして、当該判決と同様に、行政処分に前置される行政指導に処分性の存在が認められた下級審判決が存在している⁽³²⁾。

(2) 告発を予告された「警告」の処分性の有無

法的仕組みの上で「行政指導→公表」というように行政処分の前提になっていない行政による制裁的公表に前置された行政指導に処分性が認められ難いことは、過去の拙稿において既に検討している⁽³³⁾ので、ここでは「行政指導→告発」というような告発を予告された行政指導たる「警告」の処分性の有無について検討する。

本件で問題となった貸金業法は、同11条1項において「登録を受けない者は、貸金業を営んではならない」とするところ、同47条2号はこのような無登録の業者に刑罰を定められ、そして、本件監督指針において当該業者に対して警告する旨が定められている。このように、貸金業法は行政規制の実効性確保手段としては、「違反→告発」という行政指導を介在させない直罰規定による行政刑罰を予定しており、貸金業法そのものに告発を予告する是正勧告としての行政指導たる警告が定められているわけではない（警告する旨の根拠規定が無いことから、この時点において本件警告の処分性が否定される可能性はある）。そこで、本件警告のように「行政指導→告発」というような行政過程が予告された場合には、上記の処分性が認められる可能性が存する「行政指導→処分」の場合と同様に、当該行政指導に処分性が認められるのか、が問題となる。

ところで、裁判所の通常の刑事訴訟手続による直罰を以て行政規制の実効性確保を為す理由としては、行政庁が命令の発出に慎重になるがゆえに被害の拡大が懸念される場合、命令の履行が容易であるがゆえに違反が再発してしまう場合、違反による実害リスクが高いと認識される場合が挙げられる⁽³⁴⁾が、加えて、行政処分の場合には行政機関が相手方を特定して課さなければならないが直罰による行政刑罰の場合には最初から被疑者不詳の

まま告発できて迅速化を図れる場合⁽³⁵⁾、また、いわゆる「業法」において無許可営業のような警察許可制度の根幹を犯すような行為であっても、我が国の行政法の一般的な法的仕組みの下では、行政庁には禁止命令を出すといった行政処分権限は与えられていない場合も挙げられる⁽³⁶⁾。

そして、法文上は直罰規定によって違法状態の是正を図ることを予定しているにもかかわらず、担当する行政機関が告発することなく、行政指導たる是正勧告によってそれを代替することが許容されるか否かについて検討するならば、刑事訴訟法（以下、「刑訴法」という。）239条2項の「官吏又は公吏は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない。」とする規定の解釈によるところとなる。学説等を概観するならば、同項を公務員に対する訓示規定とする説や裁判例がある一方で⁽³⁷⁾、公務員に対して法律上の告発義務を負わせた規定であって、これに反した場合には公務員法上の懲戒事由に当たると一般的に解されている⁽³⁸⁾。もっとも、このように解したとしても、公務員が告発するか否かについては当該公務員の裁量判断を全く否定するものではないと解され⁽³⁹⁾、また、公務員法上の「職務上知り得た秘密」であれば告発義務は無いとも解されている⁽⁴⁰⁾。さらに、直罰規定によって刑罰を科せられるべき場合であっても、公務員が指導監督によって是正を求めてもよいとも解されている⁽⁴¹⁾。これらのように、刑訴法239条2項は訓示規定ないし告発義務と解しても告発をするか否かは公務員の裁量判断に委ねられると解されるから、その裁量の範囲内であれば、直罰規定による刑罰の代替、あるいは刑罰の前段階として是正勧告を用いることをも許され、また、このような法令等の仕組みを構築することも許されることになる。また、刑訴法248条の「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」の規定による検察官のいわゆる起訴便宜主義との権衡からすれば、その他の行政機関にも告発をするか否かの裁量判断を認める余地はあるように思われる⁽⁴²⁾。

もっとも、そもそも公務員が違法状態を発見したとしても告発をせずに行政刑罰が機能不全となっていると指摘されることがあり⁽⁴³⁾、加えて、公務

員が告発したとしても刑訴法248条の起訴便宜主義により検察官の公訴が提起されるかは起訴裁量の結果として不確定であり、さらに、刑罰による法的効果が生じるのは裁判所による判決がなされた時であるから公務員の告発自体によって法的効果が生じるわけではない。したがって、公務員の告発によって法的効果が生じる法的仕組みがあるわけではない。

上記のように、公務員が違法状態を発見した場合には告発をする旨の刑訴法239条2項の告発義務を定められているが、しかし実際には、告発は公務員の裁量に委ねられてしまい公務員が告発をせず、また、告発がなされたとしても検察官より公訴が必ずしも提起されるわけではなく、さらに、公務員の告発によって法的効果が生じる法的仕組みがあるわけではない。これらは、もちろん、公務員による告発に関わるものであるが、行政庁等の行政機関の場合も同様に考えることができるだろう。そのため、行政指導において「行政指導→告発」が予告されたとしても、その不服従の際に告発されあるいは有罪となるというような法的仕組みが存するわけではないから、上記の「仕組み解釈」のように考えた場合には、行政機関による告発を予告する是正勧告に処分性は認められないと解するのが相当であろう。

3. 本判決の評価

本判決は、行政機関より事業者の行為が貸金業に該当するため直ちに取止める旨を求める本件警告がなされ、それに応じない場合には「捜査当局への告発を検討するなど、しかるべき措置をとることとします」と申し添えられていたことに対し、被控訴人が本件警告に従わない場合には告発などが予定され、被控訴人の営業の継続を現実的に不可能とするほどの著しい不利益が生じることなどとして、本件警告が行訴法3条2項に定める「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するか否かが争点となった事案である。

本判決は、①第一審判決を引用する形で「本件警告は、関東財務局長が、本件貸付けが貸金業法2条1項に定める『貸金業』に該当するという法的

見解を表明した上で、貸金業の登録をしていない原告に対し、直ちに本件貸付けを取り止めるよう求める行政指導であり、それ自体としては、直接に国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものではないというべきである」等として、本件警告自体の行政指導としての性質に着目し、いわゆる「従来の公式」による処分性判断基準から、本件警告の処分性を否定している。

次に、②「関東財務局長が控訴人に対して本件警告を行うことや控訴人がこれに従わなかったことが、関東財務局長が捜査当局に対して控訴人を告発すること、捜査当局が捜査を遂げて控訴人を起訴すること、及び関東財務局長が控訴人に本件警告をした事実等を公表することの前提として要求されるとする法的な根拠はないし、本件警告が実定法規に根拠を持つものではなく、その法令上の効果として……告発、起訴及び公表に結びつくものでもないのであるから、控訴人が指摘する告発、起訴及び公表に関する事情は、控訴人が本件警告を抗告訴訟という方法により争う機会を与える必要性を裏付けるものということとはできない」とし、本件警告をめぐる法の仕組みから告発などに結びつくものではないとして、「仕組み解釈」として法の仕組みの上でどの段階で違法を争うことが適切であるかという観点から救済の機会の必要性を否定し、本件警告の処分性を否定した。これらのように、本判決は、判例上の伝統的な「従来の公式」と併せて「仕組み解釈」の観点から、本件警告自体の法的効果と本件警告をめぐる法的仕組みの実質的な解釈によって処分性を検討したものであり、本判決は妥当なものであり賛成することができるように思われる。

是正勧告たる行政指導の処分性の存否が争点となった裁判例は過去にも存在するが、本判決のように行政指導不服従に対する不利益な措置を予告する行政指導の処分性の存否が争点となったものは管見の限り知らないこと、また、貸金業法以外においても直罰規定を設ける例は多くあるが、その直罰規定による実効性確保の代替として行政指導を定めるとともに、その行政指導不服従に対する不利益な措置を予告する場合があることから、これらを踏まえ本判決の評価としては、行政機関より行政指導不服従に対

する告発などの不利益な措置を予告する行政指導の処分性が否定された事例であることに、一定の先例的な価値があるように思われる。

注

- (1) 第一審・東京地判平成28年3月15日 LEX/DB (文献番号25536134)。
- (2) 山内一夫『行政指導の理論と実際』(ぎょうせい, 1984) 18頁は、「是正勧告とは、法律の定める基準—簡単に『法律』といってもいいが—に適合しない状態、すなわち違反状態が存在する場合に、それを是正するように勧告する行政指導」と定義する。
- (3) 是正勧告に従わない場合に不利益な措置を予告する例として、特別地方公共団体たる木曽広域連合の規則たる消防法等違反の処理に関する規程8条は「警告は、原則として命令又は告発の前提となるものであり、命令又は告発に先だってこれを行うものとする」とし、同12条柱書は「次の各号の一に該当する場合は、違反者を告発するものとする。」として、同条(1)は「第8条による警告に従わないとき。」を挙げ、そして、同規程所定の警告書たる様式第1号には「注 警告事項を履行しないときは、消防法に基づく命令又は告発をすることがあります」と記されている。
- (4) 拙稿「行政による制裁的公表の処分性に関わる法的問題に対する研究」桃山法学20・21合併号(2013) 287頁以下参照。
- (5) 最一判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁〔1810頁〕。
- (6) 本稿における「従来の公式」という表現は、最三判平成17年10月25日判時1920号32頁〔34頁〕の藤田宙靖裁判官の補足意見での「……これまで当審の先例が示して来た一般的な考え方、すなわち、「行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、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ことが法律上認められているもの」であって「正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるもの」でなければならず、「その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合」でなければならぬとする考え方(参照、最高裁昭和三七年(オ)第二九六号同三九年一〇月二九日第一小法廷判決・民集一八巻八号一八〇九頁他。以下この考え方を、「従来の公式」と称する。)とすることに倣ったものであ

る。

- (7) 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会，改訂版，2000）14頁参照。
- (8) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣，1957）262頁参照。
- (9) 最大判昭和36年3月15日民集15巻3号467頁参照。
- (10) 最三判昭和38年6月4日民集17巻5号670頁参照。
- (11) 最二判昭和39年1月24日民集18巻1号113頁参照。
- (12) 最一判昭和57年5月27日民集36巻5号777頁参照。
- (13) 最一判昭和57年7月15日民集36巻6号1169頁参照。
- (14) 最一判平成7年3月23日民集49巻3号1006頁参照。
- (15) 最一判平成11年1月21日判時1675号48頁参照。
- (16) 最高裁判決上で精神的作用を伴う事実行為の処分性を否定した例としては、前掲注(9)～(15)で挙げた最高裁判決のそれぞれを参照。
- (17) 最三判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁〔757頁〕。
- (18) 最一判昭和45年12月24日判時616号28頁〔30～31頁〕。
- (19) 最一判平成16年4月26日民集58巻4号989頁〔996～997頁〕。
- (20) 最二判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁〔1664～1665頁〕。また、最三判平成17年10月25日・前掲注(6)参照。
- (21) これらの最高裁判決については、大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店，2011）106～110頁，高橋滋「第3条 抗告訴訟—1項2項」南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂，第3版補正版，2009）48～65頁のそれぞれを参照。
- (22) このような「仕組み解釈」については、塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣，第6版，2015）58頁，橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂，2009）5頁のそれぞれを参照。
- (23) 橋本・前掲注(22)17・24～33・64頁参照。同書23頁は，処分性の判断基準として，紛争の成熟性のアプローチ以外に，行政活動につき，抗告訴訟による救済が意図されているかあるいは合目的であるかという訴訟類型配分のアプローチがあるとする。
- (24) なお，橋本・前掲注(22)32頁は，紛争の成熟性による処分性の判断について，法的仕組みの解釈から処分性を認めると，「立法者が予定していない場面で処分を認めるのですから，司法解釈による事後的な法的仕組みの訂正・作り直しという性格が強く出て」くるとする。
- (25) 橋本・前掲注(22)32～33頁参照。
- (26) 行政指導の定義として，行政手続法2条1項6号は「行政機関がその

任務又は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、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう。」とする。

- (27) 行政指導が実質的に国民の任意性を損ねる可能性を述べる見解として、田中二郎『司法権の限界』(弘文堂、1976) 289頁、山内・前掲注(2) 112~113頁のそれぞれを参照。
- (28) 行政指導に処分性を認めないとする見解として、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会、1963) 12頁は、行訴訟3条2項の「処分その他の公権力の行使に当たる行為」には「単なる事実上の通知、勧告等の行為または行政機関内部もしくは相互間の承認等の行為を含まないこと」とする。
- (29) 行政指導に処分性が認められる余地があるとの旨のものとして、大浜・前掲注(21) 103頁、佐藤英善『行政法総論』(日本評論社、1984) 283・288頁、芝池義一『行政法総論講義』(有斐閣、第4版補訂版、2006) 262頁、原田尚彦『行政法要論』(学陽書房、7版補訂2版、2012) 204~205頁のそれぞれを参照。逆に、山内・前掲注(2) 105頁は、「事前勧告及び申請者に対する勧告については、後続する下命又は申請に対する拒否処分が行われた段階において、これを取消訴訟の対象にすれば、相手方の救済は十分であるから、行政指導の段階で取消訴訟の対象にする必要はない」とする。
- (30) 最二判平成17年7月15日・前掲注(20)、最三判平成17年10月25日・前掲注(6)のそれぞれを参照。
- (31) 行政処分に前置される行政指導に処分性が認められる旨の見解としては、塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣、第5版補訂版、2013) 113頁は、「行政指導に対する不服従が次の侵害的処分の要件として法律上組み込まれている場合には、一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてもよいと思われる」とする。
- (32) 例えば、秋田地判平成5年4月23日訟月40巻2号332頁は、生活保護法27条1項に基づいてなされた預貯金の一部の用途を限定する指導指示は、行政処分に当たるとされた事例である。
- (33) 拙稿・前掲注(4) 287頁以下参照。
- (34) 北村喜宣「行政罰・強制金」磯部力他編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣、2008) 135頁以下参照。
- (35) 衆議院総務委員会「第162回国会総務委員会第16号議事録」〔有富寛一郎総務省総合通信基盤局長発言〕(2005年4月26日)は、特定電子メール

の送信の適正化等に関する法律の一部を改正する法律案（内閣提出第73号）の議論の中で、「今の制度ではなかなか相手を特定させるまでにいかない。これをどうして特定させるか、要するに送信者までたどり着けるかということの基本は、まず、広告宣伝メールを送信する際に送信者情報を偽った、こういった者に対して直接刑事罰を科すことにする、そのことによって例えば通信ログ等をたどっていくことができるというようなのが一つございます。」とする。

- (36) 宮崎良夫「行政法の実効性の確保」成田頼明他編『行政法の諸問題上』（有斐閣，1990）222頁参照。
- (37) 青柳文雄『刑事訴訟法通論(上)』（立花書房，5訂版，1976）339頁参照。また、名古屋高判昭和26年6月14日高刑集4巻7号705頁，東京高判昭和27年1月31日高刑集5巻2号160頁のそれぞれを参照。
- (38) 例えば、佐藤道夫「第二三九条〔告発〕」伊藤栄樹他代表『注釈刑事訴訟法』（立花書房，新版，2000）305頁参照。また、福岡高判昭和36年11月7日訟月7巻12号2371頁参照。
- (39) 例えば、今崎幸彦＝河村博「第239条〔告発〕」河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法』（青林書院，第2版，2012）770頁参照。
- (40) 例えば、佐藤・前掲注(38)306頁参照。また、衆議院予算委員会第一分科会「第43回国会予算委員会第一分科会第9号議事録」〔林修三内閣法制局長官発言〕（1963年2月26日）は、「やはり公務員のそれぞれの本来の職務があるわけでございまして、本来の職務、たとえば税務職員、あるいは専売関係の職員、あるいは統計の職員、それぞれ本来の職務を持っております。その職務それ自体は別に犯罪捜査ではないわけでございまして、そういう関係でございますから、本来の職務を行なうについてたまたまその職務に関連してそういうものがわかったというような場合において、直ちにそういうものについて他の当該官庁にあるいは検察庁等にそれを知らせる義務をかけるということは、やはりそれぞれの法律執行の上から弊害の面もあるわけでございまして、こういう点からはそういう義務はかけていないということでございます。これはあるいはあとから御質問があるかもわかりませんが、刑事訴訟法二百三十九条の二項、いわゆる公務員の告発義務の問題もございますが、こういうものについても、そこは、御承知のように、今言ったような、公務員が本来の職務を行なうことにより云々とございまして、職務に関連して知り得た秘密まであれば告発義務をかけているものではない、かように従来も解釈いたしております。別の例を申せば、これは多少、はたして適例かどうか

わかりませんが、たとえば郵便関係の職員がたまたま郵便物の秘密を知った、たとえばはがきを見て、これは犯罪行為があることを知った、そういうものに対して他に告発義務をかけるというようなことは、これはやはり通信の秘密というようなことからいっても非常に大きな問題でございまして、そういうことはやはりやるべきでない、かようにいろいろの立法体系上考えられているわけでございます。」とする。

- (41) 福岡地小倉支判昭和35年2月10日訟月6巻5号861頁参照。また、衆議院法務委員会「第58回国会法務委員会議事録第26号」〔川井英良法務省刑事局長発言〕(1968年4月26日)は、「まず行政取り締まりの監督官庁がございまして、その監督官庁におきまして第一次的な責任を持って行政指導によって誤りなきを期していくというふうな方法を前提としたしまして、それをもってなおまかなえない場合に初めて刑事罰が出ていくというふうなところが、基本的な方針としては妥当ではないか、私はこういうふうな考え方をしておるものでございます。」とする。
- (42) 裁量判断の基準としては、宮崎・前掲注(36)206頁は、「違法状態ないし脱法状態に対して規制権限を有する行政庁が何らかの対処策をとるかどうかが、もしとるとすればどのような対処策をとるか、それは、違法状態を生じさせることになった個人的な事由、違法の程度、是正措置の必要性の程度、利害対立状況など諸般の事情と規制権限の発動を根拠づける法律規定の要件の充足の有無を判断して決定すべき事柄」とする。
- (43) 例えば、北村喜宣『自治体環境行政法』(第一法規、第7版、2015)247頁、宮崎・前掲注(36)223～224頁のそれぞれを参照。
- (44) 第一審・東京地判平成28年3月15日・前掲注(1)。
- (45) 本判決・東京高判平成28年8月8日D1-Law(28243084)。
- (46) 熊本地判昭和26年5月7日LEX/DB(文献番号27660217)は、労働基準法20条に違反してなされた解雇につき、解雇予告手当を支払うように求めることは、「被告のなした右指示は、被告が原告等と右訴外会社間の労働関係についての紛争を解決する為になした勧告行為にすぎないとみるべきもので、このような行為は何等直接国民の権利義務に影響を及ぼすような具体的法律効果を発生せしめるものではなく、本来行政処分としての性質を有しないのであるから、本件については抗告訴訟の対象となるべき行政処分は存在しないといわなければならない。」として、「従来の公式」と同様な基準によって処分性を否定した事例である。
- (47) 行政指導を告発に前置させた例として、京都市屋外広告物等に対する行政処分及び措置に関する要綱12条は、「市長は、前条の勧告を受けた

警告に応じない場合は告発を検討するなどの措置をとる旨が…… 115

無登録業者が正当な理由なく勧告に応じないときは、当該無登録業者について刑事告発を行う。」とする。