

# 行政不服審査制度の特定事項に関する調査研究報告書

平成18年8月

(財) 行政管理研究センター

## は し が き

(財) 行政管理研究センターにおいては、総務省からの委託を受けて行政不服審査制度に関する調査研究を実施し、平成 18 年 3 月に「行政不服審査制度研究報告書」として取りまとめ、行政不服審査法について改正の必要性、改正の方向性を示したところである。

この調査研究では、行政指導、行政指導以外の事実行為及び行政上の契約を新たに不服申立ての対象とすべき旨を提言したものの、これ以外にも行政不服審査制度全般にわたり重大かつ抜本的な提言を行ったこともあり、①その範囲、②違法性・不当性の判断基準、③その救済方法については、時間の都合で詳細な検討・整理を行うことができなかった。また、これらの点については、従来行政不服審査制度の対象とされていなかったものを対象とするものであるために、既存の学説においても明らかにされているとは言えない状況にある。

本調査研究報告書は、総務省より、行政不服審査制度研究報告書「IV 処分以外のものに対する不服申立て」において新たに不服申立ての対象とすべきと提言されている、行政指導、行政指導以外の事実行為及び行政上の契約に関して、①申立ての対象とすべき行政上の行為の範囲、②申立ての対象とすべき行政上の行為に関する違法性、不当性の判断基準、③以上を踏まえた申立てに対する救済方法についての検討を行い、報告書としてとりまとめる旨の委託を受け、(財) 行政管理研究センターにおいて、学識経験者の参加を得て検討を行い、とりまとめたものである。

本調査研究の研究体制は、以下の通りである。

山本 隆司 (東京大学大学院法学政治学研究科教授)

大江 裕幸 (事務局・(財) 行政管理研究センター研究員)

平成 18 年 8 月

(財) 行政管理研究センター

理 事 長 陶 山 皓

# 目 次

<u>I 行政指導</u>	1
1 申立ての対象とすべき範囲	1
2 違法性・不当性の判断基準	2
3 申立てに対する救済方法	3
<u>II 行政指導以外の事実行為</u>	5
1 申立ての対象とすべき範囲	5
2 違法性・不当性の判断基準	7
3 申立てに対する救済方法	7
<u>III 行政上の契約</u>	8
1 申立ての対象とすべき範囲	8
2 違法性・不当性の判断基準	9
3 申立てに対する救済方法	10

# I 行政指導

## 1 申立ての対象とすべき範囲

行政手続法（以下、「行手法」とする。）2条6項における行政指導の定義（「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。」）に該当するもののうち、書面によりなされたもの（行手法35条2項に基づき書面交付がなされた場合を含む）、及び行政機関が行手法35条2項に基づく書面交付請求に応じない場合を対象としてはどうか。

行政指導を不服申立ての対象とする場合、行政機関の特定の行為が行政指導に該当すること、及びその旨を行政機関及び名宛人たる私人が認識していることが必要である。さらに、申立ての対象を特定するという観点から、当該行政指導の内容が明確であることが不可欠であると考えられる。

行政指導が書面によりなされた場合、それが行政指導に該当すること及びその内容は明確である。

行政指導が口頭でなされた場合には、当該行為が行政指導に該当することを行政機関又は名宛人が認識していない可能性がある上、その内容は必ずしも明確ではない。この場合に、名宛人の側が行手法35条2項に基づいて書面交付請求を行うことで、当該行為を行った行政機関は、当該行為が行政指導に該当すれば原則として行政指導の趣旨及び内容等を記載した書面を交付する義務を負うことになる。このことによって、行政機関の特定の行為が行政指導に該当するか否か、及びその内容が明確にされる。

書面交付請求がなされた場合に、行政機関の側が当該特定の行為は行政指導に該当しないとして書面交付を行わない、あるいは行政指導に該当するとしつつ書面交付を行わないということも考えられる。こうした場合に、書面交付がなされていない以上あくまで不服申立ての対象としないとするのは不合理である。したがって、行政機関が書面交付を行

わない場合にも不服申立てを認める必要がある。不服申立ての結果、当該特定の行為が行政指導に該当しない旨回答されることもあろうが、当該特定の行為が行政指導ではない旨が確定されることによって、行政機関と私人の間に存する行政指導をめぐる紛争は一応の解決を見るものと考えられる。

なお、以上の検討結果は国の場合を念頭に置いたものである。地方公共団体の場合には、行政手続条例が未制定であったり、行政手続条例中に書面交付請求権が規定されていないといった事態も考えられるところであり、以上の検討結果をそのまま適用することができない可能性があるため、別途検討が必要である。

以上のように行政指導が書面によってなされたか否かで対象範囲を区切るという案以外に、行政指導が法令等に根拠を有するか否か、行政指導指針（行手法 36 条）が策定・公表されているか否かといった観点により対象範囲を区切るという案も検討した。しかし、法令等に根拠を有さず、行政指導指針も定められていない場合にこそ、恣意的な行政指導がなされる危険性が高いとも言える。また、書面によりなされたものであることを要求することで、行政指導の存否及びその内容が明確にされており、対象範囲の限定としては十分ではないかと考えられる。こうした理由から、法令等の根拠や行政指導指針の存否を手がかりに対象範囲を限定するという案を採用する必要はないという結論に達したところである。

## 2 違法性・不当性の判断基準

行政指導の違法性・不当性の判断基準としては、第一に、国の行政機関が行った行政指導にあつては行政手続法における行政指導に関する諸規定、地方公共団体が行った行政指導にあつては当該地方公共団体における行政手続条例の諸規定を、それぞれ挙げることができる。なお、行政手続条例が制定されていない地方公共団体においては、行政手続条例自体を違法性・不当性の判断基準とすることはできないという問題がある。

第二に、法令等に根拠を有する行政指導にあつては、当該法令等が違法性・不当性の判

断基準になると考えられる。また、行政指導指針が策定されている場合には、当該指針は少なくとも不当性の判断基準となると考えられる。

第三に、平等原則等の行政上の一般法原則も、違法性・不当性の判断基準となると考えられる。また、行政指導に係る判例法理も行政上の一般法原則に含まれると考えることができれば、当該判例法理が違法性・不当性の判断基準となり、行政手続条例が制定されているか否かで大きな差異が生じることはないと言いうことができよう。

### 3 申立てに対する救済方法

#### ①調査・回答義務

対象範囲に含まれる行政指導等について不服申立てがなされた場合、申立てを受けた行政機関には調査・回答義務が生じる。

#### ②違法（不当）確認等

調査の結果、当該行政指導等が違法又は不当であった場合、申立てを受けた行政機関は、申立人に対して当該行政指導が違法（不当）であったことを確認する旨の回答を行う。書面交付の拒否に対する不服申立てについては、書面交付の拒否が違法であればその点を確認する旨の回答を、行政上の特別の支障があるために書面交付の拒否が違法ではない場合にはその旨の回答を行う。また、行政機関側が当該特定の行為が行政指導に該当しないと認める場合には、当該特定の行為が行政指導ではない旨を確認する旨の回答を行う。

#### ③是正措置

行政指導が違法又は不当であると確認した場合、当該指導を行った行政機関は、当該指導の性質及び違法（不当）とされた理由に応じて必要な是正措置を講ずる。以下に具体例を挙げる。

##### ・行政指導の取消し

行政指導への不服従の際にその事実を公表することが予定されている場合には、行政指導を撤回することが意味を持つことになる。

- ・行政指導を繰り返さない旨の確認
- ・行政指導への不服従を理由とした不利益取扱いを行わない旨の確認
- ・行政指導指針等の改定

行政指導指針等自体に問題があることが判明した場合。

- ・書面の交付

書面交付の拒否が違法とされた場合。

※なお、検討の過程で、行政庁が何らかの規制権限を有しているにもかかわらず、当該権限を行使せずに行政指導によって当該権限付与の目的を達成しようとしている場合（例えば、除却命令を発することなく、建築基準法違反を理由に建築物の一部を除却すべき旨指導を繰り返す場合）に、いかなる救済がなされうるかという点が問題となったが、この場合には、第三者からの義務付けの申立てにより対応することや、行政指導が法令の趣旨内容に適合することを違法性・不当性の判断基準とすることで対応が可能ではないかと考えられる。また、このように違法性・不当性の判断基準を拡張することで、許認可を受けるよう求める行政指導が繰り返されるような場合についても対応が可能となると考えられる。

※※また、法令等に根拠を有し不服従に対し公表等の措置が定められているような行政指導については、判例において従来行政指導と考えられていた行政上の行為に処分性が認められるようになってきているという傾向に鑑みれば、処分に関する不服審査と同様の手続をとることも考えられるところである。

## Ⅱ 行政指導以外の事実行為

### 1 申立ての対象とすべき範囲

行政指導以外の非継続的事実行為という概念の外延及び内包を確定することは困難であるが、以下では、物理作用たる事実行為と精神作用たる事実行為とに分けた上で、前者に含まれる類型として公共工事、行政上の強制執行（行政代執行、直接強制等）、行政調査、即時執行を、後者に含まれる類型として情報による行政作用（情報提供、公表等）を観念し、それぞれについて検討を加えることとする。

公共工事については、広域に関わる多種の利害を調整する必要があるため、「処分以外のものに対する不服申立て」として想定されている処理手続で捉えきことは困難であり、事前手続の整備等も含め、別途検討されるべき問題であると考えられる。したがって、公共工事を申立ての対象に含めることは適当ではないとの結論に達した。

行政上の強制執行については、事実行為がなされるに先立って処分が行われることが通例であり、処分に対する不服申立てにより事実行為による権利利益の侵害を防ぐことができるため、事実行為のみをあえて切り出して別途不服申立ての対象とする必要性に乏しいとも考えられるところである。しかし、過剰執行の場合など、強制執行の手続や方法が違法又は不当に行われることも考えられるところであり、また、強制執行は法律に基づいて行われるものであるため、対象が過度に拡散してしまう恐れも小さい。そこで、行政上の強制執行についても、その方法又は手続については、不服申立ての対象とすることが妥当であるとの結論に達した。

行政調査については、当該調査に基づいて処分が行われる場合には、行政調査の瑕疵は当該処分の違法性・不当性を判断する際に考慮されるため、申立ての対象とする必要性に乏しいとも考えられる。しかし、行政調査が行われた場合に必ず処分がなされるわけではないという点、私人の権利利益の救済という観点からすると処分がなされるに先立って行政調査の違法性・不当性を確定しておくことには意味があると考えられるという点から、行政調査については不服申立ての対象とすることが妥当であるとの結論に達した。ただし、



行政調査のうち、強制調査については、法律上の根拠によりその範囲を確定することが容易であるのに対して、任意調査については、必ずしも法律等に根拠を有するものではなく、対象を限定することが困難である。そのため、強制調査については不服申立ての対象にすることに問題はないと言えるが、任意調査については、対象が過度に拡散してしまう危険性を考慮すると、対象とすることに問題がないとは言えない。したがって、任意調査を不服申立ての対象とすべきかという点については、引き続き検討を行う必要がある。なお、任意調査を一律に不服申立ての対象から除いてしまった場合、任意調査を謳いながら実際上は強制調査にわたっているような事例が不服申立ての対象外になってしまいかねないという問題がある旨付言しておく。

即時執行については、その性質上法律上の根拠を有しており、対象を特定することは容易である。また、即時執行については国家賠償請求以外に適切な救済手段が見出せないため、不服申立ての対象として違法性・不当性の確認という形で私人の権利利益の救済を行い、行政の適正な運営を確保する必要性が大きいとすることができる。したがって、即時執行については不服申立ての対象とすることが適当であるとの結論に達した。

情報による行政作用については、その範囲を確定することが困難である。しかし、少なくとも法令上根拠を有し、あるいは要綱等により制度化されているものについては、対象とすることが可能であると考えられる。なお、法令上根拠を有せず、要綱等による制度化もなされていない場合であっても、例えば O-157 集団食中毒調査結果の発表の際に問題となったように、私人の権利利益の救済の観点からすると不服申立ての対象とすることが要請される事例が見られるところである。また、法人の事業情報については、個人の場合とは異なり、行政機関の保有する個人情報保護に関する法律による訂正請求及び利用停止請求の対象外となっており、誤った事業情報を公表された場合に不服申立てを認める実益は大きいと言える。このように、対象範囲を確定するという観点からは、法令上根拠を有し、あるいは要綱等により制度化されているもののみを対象とすることが適当であるとも考えられるが、それ以外のものについても不服申立てを認める必要性ないし実益が大きいと考えられるため、ここでは結論を留保し、引き続き検討を行うことが適当である。

## 2 違法性・不当性の判断基準

法令等に根拠を有する事実行為にあつては、当該法令等が違法性・不当性の判断基準となるものと考えられる。

また、平等原則や比例原則等、行政上の一般法原則も違法性・不当性の判断基準となるものと考えられる。

## 3 申立てに対する救済方法

### ①調査・回答義務

対象範囲に含まれる事実行為について不服申立てがなされた場合、申立てを受けた行政機関には調査・回答義務が生じる。

### ②違法（不当）確認

調査の結果、当該事実行為が違法又は不当であった場合、申立てを受けた行政機関は、申立人に対して当該事実行為が違法（不当）であったことを確認する旨の回答を行う。

### ③是正措置

非継続的事実行為が違法又は不当であると確認した場合、当該行為を行った行政機関は、当該行為の性質及び違法とされた理由に応じて必要な是正措置を講ずる。以下に具体例を挙げる。

- ・訂正等

  - 事実誤認等に基づく誤った情報提供がなされた場合

- ・内部基準等の改定

### Ⅲ 行政上の契約

#### 1 申立ての対象とすべき範囲

行政上の契約を申立ての対象とする場合、行政上の契約を類型化する観点が必要でも確立していないという問題がある。例えば、準備行政における契約、給付行政における契約、規制行政における契約などという分類がなされることがあるが、それぞれの種類の契約に民事法規範も含めて多様な法規範が適用される可能性があるため、この分類を申立ての対象範囲を確定するための直接の基準とすることは困難である。

ここでは、行政上の契約について不服申立ての対象範囲を確定するためには、行政上の契約を規律する法令等の規定に手がかりを求めざるを得ないという結論に達した。具体的には、行政上の契約を規律する法令等の規定が存在し、かつ、当該規定が申立人の権利利益に関連する場合に、当該行政上の契約についての不服申立てを認めてはどうか。行政上の契約を規律する法令等の規定が存在するのみならず、当該規定が申立人の権利利益に関連するという点を要求する趣旨は、行政上の契約を規律する何らかの法令等の規定が存在することのみをもって不服申立ての対象として認めることとした場合、対象が過度に広範になりすぎるために、不服申立てを認める第一次的な目的は申立人の権利利益の擁護であるという点に立ち返って、その観点から限定を加えるという点にある。また、以上のような限定を加えずに、財務会計上の違法性・不当性を全般的・一般的に申立ての対象とすることは、想定されている不服申立手続になじまないという観点からも、以上のような限定を加える必要があると言うことができよう。

その上で問題となるのが、法令等の規定という場合に、それが法令の規定であることを要求するのか、それとも法令に限らず要綱等の内部規定で足りるとするのかという点であるが、いずれにもメリット・デメリットがそれぞれ存在し、いずれか一方を採用することを妥当とする結論には至らなかった。そのため、ここではそれぞれの考え方のメリット・デメリットを指摘するにとどめる。

行政上の契約を規律する規範が法令において規定されていることを要求することは、不

服申立ての対象範囲を確定するという観点からすれば、基準として明確であると言える。しかし、特に給付行政の領域においては、要綱に基づいて給付契約を制度化している例（例えば、要綱に基づく補助金の交付）が数多く見られるところであり、これらが申立ての対象から抜け落ちてしまうという問題点がある。また、特に地方公共団体において、同様の内容の給付作用を、条例等で規定すれば不服申立ての対象になり、要綱等で規定すると対象にならないという不均衡が生じる点も指摘できよう。

行政上の契約を規律する規範が要綱等において規定されていれば足りるとした場合、上で指摘した問題点を回避することができる。しかし、国及び地方公共団体が締結する契約で、要綱等においてすら契約に際して遵守すべき規範を規定していないものは限られていると考えられ、事実上かなりの行政上の契約が不服申立ての対象範囲に含まれることになりかねないという問題点がある。

なお、指名競争入札から排除されたなど、行政上の契約それ自体ではなく、その準備行為に対して私人が不服を有する場合がある。このような場合、行政上の契約の準備行為を行政上の契約に関する不服申立ての対象外とすることは適当ではなく、行政上の契約の準備行為を規律する法令等の規定が存在し、かつ、当該規定が申立人の権利利益に関連する場合には、当該準備行為に関する不服を行政上の契約に関する不服申立てにおいて主張することを許容することとしてはどうか。

※なお、例えば調達契約に関しては、一定のものについて行政内部の救済制度が整備されているところである。このように、行政上の契約についてすでに救済制度が整備されている場合には、既存の救済制度との関係を整理する必要があると言えよう。

## 2 違法性・不当性の判断基準

行政上の契約については、申立人の権利利益に関連する行政上の契約を規律する法令等の規定が、違法性・不当性の判断基準となる。

なお、それ以外に平等原則等、行政上の一般法原則をも違法性・不当性判断基準に含めることも考えられるところである。しかし、この考え方に対しては、申立ての対象範囲を確定する際には法令等のみを手がかりとしておきながら、違法性・不当性の判断基準についてはそれ以外の行政上の一般法原則をも含めることは、一貫性を欠くとの批判が予想されるところである。

### 3 申立てに対する救済方法

#### ①調査・回答義務

対象範囲に含まれる行政上の契約について不服申立てがなされた場合、申立てを受けた行政機関には調査・回答義務が生じる。

#### ②違法（不当）確認

調査の結果、当該行政上の契約に関して行政機関の行った行為が違法又は不当であった場合、申立てを受けた行政機関は、申立人に対して当該行為が違法（不当）であったことを確認する旨の回答を行う。

#### ③是正措置

契約の性質上、一度締結された契約の効力を行政機関の一方的行為により否定ないし制限することは困難である。したがって、行政機関の一方的行為によってなしうる措置の中から、当該行政上の契約の性質、違法又は不当とされた理由に基づいて、行政機関が適切な措置を講ずることとしてはどうか。以下、考えられる是正措置をいくつか列挙する。

- ・ 入札参加資格の確認
- ・ 補助金受給資格の確認
- ・ 補助金の交付
- ・ 給水契約の締結