

「論点 6 処分以外のものに対する不服申立て」に関する議論の整理  
(「行政指導」・「行政指導以外の事実行為」・「行政上の契約」について)

1 検討の方向性に関する議論について

【議論の一致をみた点】

- 行政指導には様々な類型があり、その類型ごとに分けて検討する必要がある。

【議論の一致をみていない点】

- 行政指導に対する不服申立てを制度化するか否か。これを制度化する立法事実は何か。
- 行政指導のうち、どの類型を不服審査制度の対象とするか。どの類型について不服審査制度が求められているか。技術的にもどのように対象の限定を画するか。
- 行政指導についてはどのような審理手続・処理態様を設けるのか。
- 権利義務に変動を及ぼさない行政指導を対象とする場合、争訟性をどのようにとらえ、構成するか。
- 行政指導以外の事実行為及び行政上の契約について、これを制度化するか否か。これを制度化する立法事実は何か。

## 2 行政指導に対する不服申立制度を設けるとした場合について、具体的に挙げられた考え方

### 【制度設計の在り方】

- 「処分に準じる行政指導」（処分のグレーゾーンにある行政指導）又は「行政庁が何らかの法令解釈又は適用について最終的な見解を示したがこれに従わず不利益を受ける場合」については、処分に対する不服審査制度とは異なるが、きちんとした審理手続を設け、行政指導に適した処理態様を制度化する。
- 上記以外のもの（処分に準じる行政指導以外のもの）については、苦情処理的な簡易な制度を設ける。

### 【処分に準じる行政指導として具体的に想定されるもの】

- 処分できるのに延々と継続する行政指導
- 法定された勧告で是正を求めるようなもの
- 勧告の後に公表が控えている（勧告して公表する）もの
- 行政指導が間違っただけに基づいて行われる場合
- 行政指導の書面交付請求が拒否される場合

### 【処分に準じる行政指導以外のものの対象として想定されるもの】

- 任意性を損なう行政指導のような行政手続法違反の場合

### 3 「行政指導以外の事実行為」、「行政上の契約」について

#### 【「行政指導以外の事実行為」及び「行政上の契約」に対する不服申立てを行政不服審査法により認める考え方】

##### (1) 「行政指導以外の事実行為」の関係

- 行政指導以外の事実行為のうち、即時執行と公表については対象とすることとし、強制執行、行政調査については手続の問題として、必要な個別に対応することとするべきものではないか。
- 施設の収容等繰り返し反復されるものや公表行為は確認争訟の対象となると考えられることから、対象とするべきではないか。

##### (2) 「行政上の契約」の関係

- 契約のうち、入札の関係については、本来、入札手続と併せて特別な救済手続を個別に整備することが必要となるべきものであり、これを行政不服審査法に取り込むこととする結論を導くことはなかなか難しいのではないか。それ以外の契約については対象とすることが妥当ではないのか。
- 入札資格の停止や補助金交付などについては確認訴訟の対象となると考えられることから、不服申立ての救済ルートに乗せるべきではないか。

#### 【「行政指導以外の事実行為」、「行政上の契約」に対する不服申立てを行政不服審査法では認めない考え方】

- 一般に行政庁は公表に対して消極的で、慎重すぎてかえって必要な公表が遅れるぐらいの実態にあるはずであり、本当に公表により問題が生じているのか疑問である。
- 客観争訟的な仕組みを制度化したとしても、本当に国民が必要としているのか疑問があり、国民に利用されるようにはならないのではないか。

- 処分以外のものは当事者争訟的な性格が強く、例えば補助金交付の要綱違反の場合は、贈与契約の解除という民事的な争訟であるが、契約の一方当事者である行政庁にその契約の適否の判断を求めても国民が納得するのか、制度としての座りが悪いのではないか。第三者機関が審査すべき問題ではないか。また、行政庁の応答も簡易にしないと実務上機能しないのではないか。
- 契約の無効確認の訴えは、実体法上の所有権や代金支払債務といった法律関係の原因事実となる事実関係の有無の問題であり、法律判断を伴う確認の利益が常にあるわけではない。民事訴訟では法律に定めがある場合に行えるものとされており、ここで行政処分以外のものも不服申立ての対象とし、違法確認等の手続を設けることとするか否かは、立法政策の問題となるものであるが、どうすれば一般に理解されるかの論拠が必要となるのではないか。
- 作用法上、統一的規範がないことから、処分以外のものの違法性や不当性を判断しにくく、結局は個々の制度の中での判断にならざるを得ないのではないか。それであれば、まずは作用法上の規範を確立することが必要となるのではないか。

#### **【「行政指導以外の事実行為」、「行政上の契約」に対する不服申立てについての新たな指摘事項】**

- 処分に近いものをどう整理するか、契約をどう整理するか、契約自由の原則をどう考えるのかなどについて議論する必要があるのではないか。
- 契約については、主として会計法や地方自治法の規定が基本的に働く調達のための契約と、水道法、社会福祉関係など各種行政サービスの実施の段階で、行政サービスの法令の基準設定に照らして実際のサービスについて相手方といろいろ契約する給付行政とがある。この二つは、契約が違うのか、出てくる問題が違うのかの理論的な整理は分からないが、基本的には違うタイプなのではないか。これについて、どういう組織で苦情なり不

服なりに対して対応をするかという点も含めて違いが出るのではないか。

- 処分以外の行為は、作用法的なレベルでいえば、実体法的な行政事件訴訟法 4 条の公法上の法律関係を形成していく前の段階の問題である。この前提としての行政指導、それ以外の事実行為、契約に生じている法令違反とは、実体法ではなく手続法違反であり、事実的な救済をどう措置するか、誤った行政指導をどう回復するかの問題であろう。

これに対し、現行行審法は、事後救済手続として、あるいは紛争の成熟性の問題として、処分性のある行為について、裁決という法的手段により法律判断を示すことによる救済を念頭に置き、かつ、これが行訴法の取消訴訟とつながっている。

ここでは公法上の法律関係に関する確認訴訟についても議論されているが、その場合には、確認の利益について十分に詰める必要がある。すなわち、確認の利益があるというためには、確認対象事項と原告の法的地位や損害との論理的関連性、確認の判断と損害除去の論理的関連性の二つの関連性を前提として、現在の法律的な権利義務関係が存在することが必要である。単なる事実関係や、過去又は未来の関係しかないものについては確認の利益があるとはいえない。また、確認判決で法律的な判断を示すことにより当事者の紛争の解決を直接かつ合理的に行なうことができることが必要である。事実上・学問上・宗教上等の問題は確認の利益がない。この点からみて、手続上の法律関係は原則として確認の対象となる法律関係には当たらないものである。逆に言えば、手続法令上の事実関係に関する行政指導、それ以外の事実行為、契約を確認訴訟の対象とすることは、目的との関連で合理的かつ必然のものにとらえなければならない。

これを行審法で対応していくとするときには、何を法律判断の対象とするのか、その審理手続をどうするのが問題である。これについては何を立法事実ととらえるかの問題もあるが、事実上の救済であれば、法律審査としての裁決で対応するのは、過大な法的手段ではないか。

- 処分以外のものについて、行政指導は定義規定があるが、それ以外の事実行為や契約については法概念が確立されているのか、例えば契約といっ

でも様々でありどのような性質のものがあるかについて整理されているのか検討する必要があるのではないか。例えば、条例の地区計画で関係住民の間での契約もあり得るが、そういう概念区分ができるのか、立法事実の問題でもあるが議論が必要。

行政手続法は、そういう意味では、ダイナミックに発展している行政権運用の現実的レベルの現象を十分に規制対象として取り上げ切れていない。行政指導の場合も担当職員側のいわば作法レベルの議論しかないのに、行政指導としてそんなことまでできるのか、関係国民の権利侵害をどうすればよいか、行政指導自体の要件を議論し、それに違反した場合には行手法レベルでももちろん違法是正等を考えるのかということを書いてもいいのではないかとは思いますが、行審法レベルで対応すべきという議論の立場の方は、行政手続法の充実、改善の方面でやるべき話が行審法で対応すべきだということの法制的な妥当性の判断についてどのように考えているのか説明してほしい。