

行政不服審査制度検討会（第7回）議事要旨

- 1 日時 平成19年2月27日（火）10時～12時
- 2 場所 総務省1002会議室
- 3 出席者
（参集者）小早川光郎座長、稲葉馨座長代理、今川晃先生、小幡純子先生、高橋滋先生、中川正晴先生、雛形要松先生、藤村誠先生、前田雅子先生、水野武夫先生、山本隆司先生、和久井孝太郎先生
（座長、座長代理以外は五十音順）
（総務省）石田行政管理局長、宮島官房審議官、上村行政情報システム企画課長、水野行政手続・制度調査室長、佐竹行政手続・制度調査室課長補佐、平野行政手続・制度調査室課長補佐
- 4 議題
 - （1）開会
 - （2）「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について
 - （3）フリートーキング
 - （4）閉会
- 5 会議概要
 - （1）事務局から、資料1に基づき、論点項目6「処分以外のものに対する不服申立て」に関する前回議論の結果の整理について説明が行われた後、次のような議論が行われた。
 - 現行の行政相談制度の運用状況をみると、苦情処理のプロセスが明らかではなく、救済手続として十分に整理されていないと思われることから、公表等不利益取扱いにつながる行政指導等については、一般法である行政不服審査法に規定するべきではないか。
 - 行政手続法の施行後、行政指導そのものに問題があるというような事実が生じているかについて、十分な検証が行なわれていないのではないか。
 - これまでの議論は抽象的で漠然としている。立法事実が何かについて具体的な事例を念頭に置いて議論することが重要ではないか。
 - 例えば、生活保護法に基づく要保護者への指導や指示が文書により行

なわれる場合があるが、その段階で争えるようにすべきではないか。争訟性については柔軟に考えることとし、苦情処理のように、運用を通じて是正していくようにし、必ずしもカチッとした応答は不要としてもよいのではないか。

- 地方自治体では、他に争う手段がないことから、建築紛争などで自己情報の開示を求めるものが典型であるが、行政指導に関する情報公開請求がなされることが多い。このことは行政指導に関して私人が不利益を受け、紛争が実際に発生していることを意味するものであり、これを救済する手続を制度化する必要があるのではないか。
- 行政指導等を行政不服審査法の対象にするというスタンスが不明確である。

行政指導等の大半は、私法上・民事上の権利侵害のおそれの問題であること、作用法違反の是正という点から検討されているが、行政不服審査法の本来目的は権利侵害を正すことにあり、自己反省は副次的なものであること、行政指導等による権利侵害は当事者訴訟的・民事的に解決すべきものであること、行政指導等に関わる権利侵害の中身が曖昧で対象が分かりづらいことなどから、行政指導等を行政不服審査法の対象とすることには問題があるのではないか。
- 行政指導等を対象とすることについて、実務上の理由から反対する意見があるが、本検討会の趣旨は、行政不服審査法制定以降の変化を踏まえ制度の一層の充実強化を図ることにあるとすれば、必ずしも同法の現状を前提に議論する必要はないのではないか。
- 私法上の権利侵害であってもこれを不服申立ての対象として救済を図ることは、行政不服審査法の目的の一つに行政の適正な運営の確保があることから行政不服審査法の目的にかなうこと、民事的に解決すべきとされているものについて救済手続を整備することがまさに必要であることなどから、行政指導等も対象とすべき。ただし、対象範囲が曖昧という指摘はもっともであり、この点については議論が必要と考える。
- 当事者争訟は民事的なものではあるが、行政庁と私人間での公法上の法律関係の問題である。行訴法では当事者訴訟が活用されるべきといわれているが、行審法ではこれに対応する制度がない。そこで、処分以外のものについても、当事者訴訟に対応する行政による救済手段として、行審法において、私人間の裁判外紛争処理的なものではなく争訟手続を設けるとすれば整理できるのではないか。
- 行政指導等を対象とする場合、実務上、任意性をはみ出したやり方のおかしい行政指導に係る事実上の不利益について、行政指導の発動要件

が法定されていないければ、違法性・不当性の判断は困難であり、行政手続法の遵守に関する苦情処理として、行政手続法の手続の中で対応することとすればよい。また、事実上の不利益を問題とする行政指導については、国賠訴訟における違法性の判断に準じて、発動要件の有無、手段の均衡性、法律上の権利侵害性の有無などを判断することになるが、これはまさに民事訴訟と同じようなものになる。このような争訟を裁判所ではなく一方の当事者である行政庁が審理を行う行政不服審査制度で対応しようとしても上手く機能しないのではないか。むしろ、第三者的な機関で民事調停を含む民事争訟手続により処理するべきではないか。

- 何が違法性かということについては、特定事項調査研究報告書にあるように、行政手続法、行政指導の根拠法令や行政指導指針、平等原則等の一般原則等を基準とするべきではないか。
- 行政指導に対する不服については、国家賠償により解決すればよいという考えもあるが、行政指導の違法性を国家賠償請求前にはっきりさせることの方が行政庁としても効率的といえるのではないか。
- 国賠の紛争については、行政が自らの非を認めるのは難しい面があるから、国賠のための第三者機関が審査するのが望ましいのではないか。
- 第三者機関は、申立適格を有しないものや、やむを得ず申立期間を徒過したものについての審理も行い、将来の運用改善につなげることとすべきではないか。その方法として、第三者機関が意見表明をし、行政庁が検討するというみちが必要となるが、これは法改正せずに運用で対応することも可能と考えられる。意見表明は個別案件について行なうことを基本とするが、情報のストックにより将来的には一般的な意見表明までできれば理想ではないか。
- 違法な行政指導については、後に続く処分を争うべきではないか。
- 行政手続法は、行政指導の前提となる事実認定に誤りがないか、一般法原理に反しないかという行政指導の任意性をチェックする仕組みとなっておらず、また、義務の対象を行政指導に携わる者とし、組織自体の意思をチェックするような仕組みをとっていない。こうした法の基本的な枠組みを変えることは難しいことから、行政指導に関する問題については、行政不服審査法により対応する必要があるのではないか。
これを争訟性という観点からみると、行政指導の後に公表が控えている場合や行政指導が間違った事実に基づいて行なわれる場合や、行政指導の書面交付請求が拒否される場合には争訟性があり、事後的手段でこれを救済する必要があるものと考えられる。また、行政手続法違反については、現行の異議申立てのような簡便な手続で処理することとすればよいので

はないか。

- 処分以外のものに関する手続をどうするかによって審理対象とするものも変わってくるものと思われる。これまでの議論は、確かに何を想定して手続を構築するのかがあいまいだったが、行政指導については二つの場合がイメージされる。
 - 一つ目は、行政庁が何らかの法令解釈又は適用について最終的な考えを示したが、これに従わず不利益を受ける場合、具体的には、勧告して公表する例や、処分をすることができるのに延々と行政指導を続ける例などの場合には、争訟性は十分あると考えられることから、処分と同様の仕組みとしてよいのではないか。
 - 二つ目は、任意性を損なう行政指導のように行政手続法違反の場合には、簡便な手続を用意すれば足りるものとする。場合によっては、オンブズマンに近い仕組みとする方が実効性があるかもしれない。
- 処分か否かのグレーゾーンにあるものについて救済する必要があるのではないか。この問題を審理する機関としていわゆる第三者機関を活用すべきではないか。
- 行政指導の中には争訟性を持つものがあるということについては、理解が得られるのではないか。そこで、どういうものを行審法の対象とするかが問題となるが、実質的なものを定型的に対象とする必要がある。例えば、書面によるものや公表が控えているものなどのように争訟性を有すると考えられるものを定型化し、これらについて国家賠償とは別に不服申立てによる救済のルートを設定することとするべきではないか。手続としては、現行の不服申立てとは異なり、調査・回答義務をかけるものとして整理すれば、対応することは可能ではないのか。
 - それ以外の行政指導については、苦情处理的なものも考えてはどうか。
- 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。
 - 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、必要なら個別に対応することとするべきものではないか。
- 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。
- 行政指導以外の事実行為や契約の関係では、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。施設の収容等繰り返し反復されるものや公表行為も同様に考えられるのではないか。
- 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でき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。
- 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、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。
- 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。
- 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。
- 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、それ以外の実行行為、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、例えば契約といって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。

(2) 座長により、本日の議論について以下のとおりまとめられ、そのまとめを踏まえた今後のスケジュールについて以下のように説明され、了承された。

行政指導の定義は行政手続法にあるが大変広いので、どういうタイプのものかに分けて議論する必要があるということについては共通の認識があったものと思われる。

どういう類型とするか自体が問題ではあるが、大雑把にいうと、処分に準じる行政指導が一つある。そういうものついての手續を考えると、処分の不服審査とは違ってくるというのはそのとおりである。行政処分は実体的法律関係を定める行為であり、それに対する不服申立てを認める裁決は取消裁決ということになる。これに対し、行政指導の場合は、いったんあったものをなくす、あるいはないものにするという意味での形成的なものではない。では、確認訴訟的なものをどうするか、制度として作るに値するか否かということが議論となっている。

ところで、海難審判に関する昭和36年の最高裁大法廷判決以降、処分概念を限定的に解する立場が確立したが、税関の通知に処分性を認める判決もあり、平成15年くらいからは、最高裁が処分性概念を広げる方向になってきていると思われる。そうした流れはあるとしても、36年大法廷判決が問題にしていたような、私人の行為について行政がここは問題だと判断し、表示するということが法律の仕組みで予定されているようなものは一つの典型としてあり、これをどう考えるということはある。法令に基づく是正勧告のようなタイプについて何か考えられるのか、それとも無理なのかという問題がある。

他方で、処分に準じたものでないタイプのものについて、苦情処理的なシステムを法制化するということはあるのかという話もある。

大きく分けると、この二方向があったかと思うが、いずれもこうしようというコンセンサスが得られているわけではない。

今後の進め方であるが、本検討会は7月までの予定となっており、それまでに中間とりまとめ案を作成し、パブリックコメントや各府省ヒアリングを実施する予定となっているので、遅くとも4月上旬頃には中間とりまとめ案を公表する必要がある。そこで、これまでの議論を踏まえ、次回と次々回の検討会において、現在ワーキンググループにおいて検討している中間取りまとめ案を基に議論をすることとしたい。中間取りまとめ案の中身については、これまでの議論の経緯をみると、自ずと問題ごとに議論の成熟度に多少の差が出てくるものと思わる。

今日の議論については、行政指導に関しては、行政指導の中で処分に近いものをどうするかという論点をはっきりしてきたと思われるので、そこを更に詰めた議論をするためのたたき台的なものが必要であろう。一方、それ以外についてはまだまだそこまで至っていないので、今日の続きの議論のための資料にならざるを得ないと思われる。いずれにしても、中間取りまとめに向けて、そのたたき台的なものをワーキンググループと事務局で準備していただくこととし、次回以降、検討会で議論することとしたい。

(3) 第8回検討会は3月13日(火)10時~12時に開催する予定。

以上

なお、以上の内容は、総務省行政管理局行政手続・制度調査室の責任において作成した速報版であり、事後修正の可能性はある。