

行政不服審査制度検討会（第5回）議事録

1 日時 平成19年1月30日（火）10時～12時

2 場所 総務省第4特別会議室

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）主な論点に関する検討資料（第5回検討会用）について

（3）フリートーキング

（4）閉会

5 議事録

【小早川座長】

それでは、まだ9時59分だと思いますけれども、皆様おそろいですので。それでは、行政不服審査制度検討会第5回会合を開催いたします。今回は主として処分に関する新たな救済態様について検討していただきたいと思いますが、お手元の資料について水野室長からまずは御説明をお願いします。

【水野室長】

今回の資料ですが、議事次第のほか、資料1として「主な論点に関する検討資料（第5回検討会用）」、資料2として「今後検討を要する主な論点について」、資料3として座長と御相談の上で前回の議論を踏まえて修正した「主な論点に関する検討の方向性（第4回検討会終了時点）」、資料4として「前回（第4回）の議論における指摘事項」をお手元にお配りしておりますので御確認ください。また、前回までにお配りした資料などは卓上に用意しております。以上でございます。

【小早川座長】

以上につきまして何かございますか。よろしいでしょうか。はい。

それでは、本日の議題に入ります。今日は今の資料1に基づきまして、項目5の「処分

に関する新たな救済態様」、それと、2の中の、不作為に対する不服申立ての取扱い、これもそうですね。それにつきまして、御議論をいただきたいと思います。前回は申ししておりますが、資料につきましては、今後御議論を踏まえて追加・修正するとともに、他の論点についての資料も追加していく予定であります。

では、資料1の内容につきまして、事務局から説明をお願いします。

【水野室長】

資料1について御説明申し上げます。まず表紙から御覧ください。今回は、5の「処分に関する新たな救済態様」について御議論いただければと考えております。資料の内容については、時間の都合もあり、かいつまんでの簡単な説明で失礼させていただきますが、1ページから御覧ください。この2の「申立ての種類及び審理の基本構造」の「(5) 不作為に対する不服申立ての取扱い」につきましては、第2回検討会の際に5の「処分に関する新たな救済態様」を検討する際にあわせて検討することとされたものであることから、今回改めて検討の対象としております。

1ページでございます。今後検討を要する論点としまして、「不作為に対する不服申立制度をどのように位置付け、どのように規定するのか」という論点につきまして、検討の方向性として、案1、案2を用意しております。案1は、「不作為は、申請から相当期間の経過により何もしないという状態を作り出していることから、期間を経過した不作為に対する不服申立てについては争訟手続と位置付け、その審理手続については行政不服審査法において定める。この場合、処分庁に上級行政庁があるときは、上級行政庁が処分庁に対して一定の処分をすべき旨を命ずる形式の裁決を認めてはどうか」としております。また、「処分庁に上級行政庁がないときは、現行の異議申立制度のような特殊類型として不作為庁が審理を行い、申請に対するなんらかの行為をするか、又は書面で不作為の理由を示さなければならないとしてどうか」としております。

2ページでございます。案2でございますが、「不作為に対する不服申立てについては事前手続と位置付け、現行行審法の不作為に関する規定を削除し、行政手続法の以下の規定を活用する」としてございまして、例えば、行政手続法第6条の「標準処理期間設定の努力義務」、第7条の「申請に対して遅滞なく審査を開始する義務」、「形式要件を満たさない申請に対して速やかに補正又は処分の拒否をする応答義務」、第9条第1項の「申請者の求めに応じ、審査の進行状況及び処分の時期の見通しを示すよう努める義務」などの規定を挙げているところでございます。

3ページに入ります。「処分に対する新たな救済態様」でございますが、まず(1)として、処分の名あて人本人による申立て」について検討しております。また、7ページ以降で(2)として「第三者からの申立て」についても検討しております。

まず現行制度の御紹介でございます。現行制度は、処分についての審査請求が理由があるときは、裁決で、当該処分の全部又は一部を取り消し、事実行為については当該事実行為の全部又は一部を撤廃することを命じ、裁決でその旨を宣言するとされております。こ

の場合、処分庁の上級行政庁の審査庁は、当該処分を変更し、又は事実行為を変更すべきことを命じるとともに、裁決でその旨を宣言することもできるとされております。また、処分についての異議申立ての場合でございますが、異議申立てが理由があるときは、処分庁は、決定で、当該処分の全部若しくは一部を取り消し、又はこれを変更するとされております。事実行為につきましては処分庁は、当該事実行為の全部若しくは一部を撤廃し、又はこれを変更するとされております。審査請求、異議申立て、両方とも不利益に変更することはできないということとなっております。

これに対しての問題の所在でございます。旧行審研の報告書でも指摘されておりますが、「申請拒否処分等の場合、処分権限を有する行政機関に、何らかの行為を行うことを義務付ける形式の裁決を明文化することで対応するべきではないか」でありますとか、「不利益処分の差止めについては、行政手続法が規定する不利益処分に対する事前手続の適用を考慮すべきである」といった指摘がなされているところでございます。

今後検討を要する論点としまして、論点5-1-①でございますが、「何らかの処分をすべき旨を命ずることを求める不服申立てを規定するか。規定するとした場合、その対象をどうするか」という論点につきまして、検討の方向性といたしまして、(ア)でございますが、「申請拒否処分の不服申立てについて、一定の処分をすべき旨を命ずることを求める不服申立てを認めてはどうか」としております。また、(イ)で、「申請に対する不作為に対する申立てについては以下のいずれかにしてはどうか」としまして、案1、案2を用意してございます。案1は、「申請に対して一定の処分又は事実行為をすべき旨を命ずることを求める不服申立てを認める」とするもの、案2は、「事前手続と位置付け、現行行審法の不作為に関する規定を削除し、行政手続法の規定を活用する」というものでございます。

その次の論点でございますが、「一定の処分をすべき旨を命ずることができる裁決権者には限定があるか」という論点につきましては、「処分庁の一般監督権を有する上級行政庁である場合に限り、できることとしてはどうか」としております。

その次の論点5-1-③でございますが、「裁決権者が処分庁に新たな処分をすべき旨を命ずるのみならず、裁決権者自らが新たな処分をすることを認めるか否か」という論点でございます。これにつきまして、現行法の第40条第5項に上級行政庁の審査庁は裁決で当該処分を変更できるという規定がございまして、その変更できるとの解釈につきましては、行政実務上明確になっていないというのが実状でございます。なお、主要な学説としましては、「上級行政庁が処分の変更を命じ得ることを前提としつつ行審法上は救済の確保の観点からこれを一步進め、審査庁の裁決自体で処分を変更することとしている」とするものや、「行審法の定めを代執行権の付与とまで読むことは一般的には困難」とする説などがあると承知しております。この論点についての、検討の方向性でございますが、「上級行政庁である裁決権者自らが、原処分の取消し及び新たな処分をすることも認め、行審法の規定でそれを明確にしてはどうか」としているところでございます。

その次の論点でございますが、「一定の処分をすべき旨を命ずることを求める不服申立て

について規定する場合、その認容要件をどう考えるか」というものでございます。検討の方向性として、「申請拒否処分の不服申立てについては、当該申請拒否処分が違法又は不当であり、当該申請に係る処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から認められるとき」としております。また、5ページでございますが、(イ)として、「申請に対する何らかの処分をすべきであるにかかわらずこれがされないときの不作為に対する申立てについては、当該法令に基づく申請に対し相当の期間内に何らかの処分がされず、当該申請に係る処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から認められるときを要件としてはどうか」としているところでございます。

6ページでございます。論点5-1-⑤でございます。「審理手続については、取消裁決と同一とするか、それともまた別の手続として規定するか」という論点につきましては、「取消裁決と同一の審理手続を採ることとしてはどうか」としております。

その次の「不服申立適格は申請者限定でよいか」という論点につきましては、「申請拒否処分の場合に認めるとすれば、取消し等の裁決と同様、申請者限定としてよいのではないか」としております。

その次の「不利益処分をしてはならない旨を命ずることを求める不服申立てに関する規定を設けるか」という論点につきましては、「不利益処分がされる前段階で問題となるものでありますから、事前手続と位置付け、行政手続法の規定の活用を考慮すべきとし、このような不服申立てを規定しないこととしたらどうか」としているところでございます。

7ページでございます。(2)として、「第三者による申立て」について検討しております。現行制度では特段の規定はございません。問題の所在として、行審研の報告書などで指摘されていることでございますが、「第三者が別の者に対する不利益処分の義務付けを申し立てた場合、原権限庁が不利益処分手続に入るかどうかを判断し、不利益処分手続に入る場合、行政手続法所定の弁明・聴聞手続を行手法の参加人の規定により強化することにより対応してはどうか」と指摘されております。また、「利益処分の差止めの申立てについては、当該処分が行われる過程での第三者の参加について、行手法所定の公聴会の開催等に関する参加手続をより強化する形で位置付けることにより対応してはどうか」といった指摘がなされているところでございます。

その次の今後検討を要する論点のところでございますが、「第三者が別の者に対する不利益処分をすべき旨を命ずることを求める場合など、一定の処分を求めるについて申請権が認められていない場合における不服申立てに関する規定を設けるか」という論点につきましては、検討の方向性として、「作用法上申請権が認められていない第三者が、別の者に対する不利益処分をすべき旨を命ずることを求めることは、処分がされる前段階において、処分庁の職権発動を促すものであると考え、行審法ではこの類型の不服申立てについて規定しないこととし、聴聞に関する手続への参加に関する行政手続法の規定を活用することとしてはどうか」としております。

その次の「第三者が、別の者に対する利益処分をしてはならない旨を命ずることを求め

る不服申立てに関する規定を設けるか」という論点についての検討の方向性でございますが、このようなことは「作用法上認められておらず、利益処分がされる前段階で問題となるものであるから、事前手続と位置付け、申請に対する処分であって、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならないとの、行政手続法の規定を活用することを考慮すべきとし、利益処分をしてはならない旨を命ずる不服申立てを規定しないこととしてはどうか」としております。なお、この8ページの上から6行目のところでございますが、「不利益処分をしてはならない」とありますが、これは、「利益処分をしてはならない」の誤植でございます。申し訳ございません。

その次の(イ)のところでございますが、「ある利益処分の申請に対し拒否処分がされ、申請者から同処分に対する不服申立てがあった場合、当該処分がされないことを求める利害関係人の第三者は、その不服申立手続において参加人として参加することにより、その権利保護を図ってはどうか」としております。

この資料についての説明は以上でございますが、本資料での検討の方向性はたたき台でありますので、これについて様々な御意見を頂戴できればと考えております。事務局からは以上でございます。

【小早川座長】

はい、どうもありがとうございました。それでは、今回も大きく論点ごとに分けて御意見をいただきたいと思っております。必要に応じて論点をまたいだ御発言ももちろん結構でございます。

それでは、まず順番で「2 申立ての種類及び審理の基本構造」の「(5) 不作為に対する不服申立ての取扱い」、これについていかがでしょうか。次の部分と連続するところがありますけれども、一応この部分についてはいかがでしょうか。はい、高橋先生。

【高橋先生】

まず、質問です。後からも同様の表現が出てくるんですが、行政手続法の規定を活用ないし強化するというふうに書いてあります。基本的に括弧の中に強化というのが入っているんですが、これは要するに基本スタンスとしては行手法の規定はいじらないで運用を強化するみたいなことで対応するというニュアンスなんでしょうか。その辺ちょっと教えていただければありがたいのですが。

【水野室長】

現行法の規定を用いることを活用と考えておりまして、現行法の規定では足りない場合があるのではないかとということについては、この検討会で御議論いただければと考えております。

【小早川座長】

そこはまあ、だから微妙なところですね。行政手続法の改正問題にまで正面から立ち入ることは多分しないということでしょうが、ただ、ここでの行審法問題の審議の中でどう

しても行手法の方はこれじゃまずいねという話がもし出てきたときにはどうなるのかっていうのは、ちょっとそこは分からないですね。どういう形でそれを処理することになるのかというのはね。そうでなければ、一応こういう抽象的な言い方で問題を外に投げ出しておこうということ、というのはちょっと言い方が悪いかもしれませんが。はい、どうぞ。

【稲葉先生】

今の点ですけれども、そこは、こちらの改正法に入れないということであれば、ある程度は議論して、場合によっては、最終的な報告といたしますか、要綱案みたいなものには当然入らないわけですが、中間報告なり何なりそういう形でとどめておくといえますか、そういう必要があるのではないかと私自身は思いますけれども。

【水野先生】

ちょっとよく分からないのですが、例えば、今の議論で行手法の改正が必要であるというふうに我々が結論付けた場合には、行手法の改正は可能なんですね。

【水野室長】

内閣法制局と協議する必要があると思いますが、行政不服審査制度の改正に伴う必然的な改正であれば整備法で改正することは可能かと思われれます。

【小早川座長】

今、室長が言われたのは多分、問題の本体はこっちにあって、その関連で若干の手直しが向こうにも必要になるぐらいの、そういうものであれば、整備法でほかにも手をつけるという、その範疇の話なんでしょうけれどね。向こうを大幅に模様がえしてもらわないとこっちの新築の家もうまく建たないよというような話っていうのは、ちょっと微妙かなと思うんですけどもね。行政手続法との関係というのはこの辺でも出てきますが、処分以外のものについての取扱い、行政指導なんかの問題というようなところでは、また別の意味でやっぱり両方の関係が問題になってくるでしょうね。それも予想される場所ですが。

【水野先生】

そうであれば余計にということなんですが、この1ページの論点について、案1と2とがありますね。私は案1で行くべきではないかと思えます。つまり、期間を経過した不作為に対する申立てについては、争訟手続と位置付けるべきではないかと思えます。少なくとも一定の期間、例えば標準処理期間を過ぎているということになれば、これはもう紛争の領域に入っている。だから、不作為の違法確認訴訟だって可能なわけですから、そういうときには、もうこれは事前手続というよりも、争訟手続と位置付けて行審法の対象だと考えるべきではないかと思えますので、案1でいくべきではないか。

案2の、行手法のこういう規定を活用すべきだという i、ii、iii、iv と4つあります。このうちの3つはどういうことはない話だと思います。実際に遅れるのは、i、ii、iiiの本体の審理が進まないというのが一番問題なわけですね。ivに進行状況などを示す義務がありますが、しかし、それを示してもらったところで多少の促進になるかも分からないけれども、それは決定的なものではない。要は審理の遅滞が問題になるだろうと思えます

ので、やはりこれは行審法の対象だということであるべきではないだろうか。もしこの不作為を、不服審査、行審法の対象から外すということになりますと、後で議論する、義務付けも差止めも行審法の対象から外れるということに必然的にならざるを得ないと思いますので、案1でいくべきではないかと思っています。

【中川先生】

同様の意見でございますけれども、私も案の1と2であれば、1の案でいくべきではないかと思えます。今、水野先生が御指摘になったように案の2のi、ii、iiiというのは簡単にできることでもあり、義務規定ではありますけれども、強制力はそれほどない、訓示的な義務が書かれていると思われまして、4番目の見通しを示す云々というのも現行法の理由を示せというような規定とさして変わらないと思われまして、つまり先ほど強化ということが問題になっておりましたけれども、強化しないと余り効力を発揮するものではないのではないかと思われまして、案の1の方で、争訟のものはや局面に入っているのではないかと思われるのは同感でありまして、この際、相当の期間という期間を何に求めるかというのは個別法の世界に行くのかもしれませんが、それを経過した場合には申請を棄却あるいは拒否、そういった処分があったものとみなして審査請求の申請の中に取り込んで実体判断をしてもよろしいのではないかと思われまして、原処分庁が争訟手続と並行して原処分を行うことも妨げないというふうにしておけば、この案の1の考え方でよろしいのではないかというふうに考えます。

【小早川座長】

ちょっと今の最後に言われた、拒否処分とみなすという方式は、確かに制度設計としてはあり得るんですが、後で出てくる義務付け的な、これこれの処分をせよという申立てを認めるかどうかということと、どうですかね、これは二者択一の関係になるのかなと思うんですが、その辺は。

【中川先生】

義務付けをせよという訴えといいますか、申請であればそれも実体判断をこの手続に入ってしまったら、義務付けを求めるのであればその義務付けをすべし、あるいは拒否をするといういずれかの実体的な判断をすることで審理を進めてもいいのではないかと。

【小早川座長】

そうすると、争訟のあり方としてはまず応答がないことについての争いと、それから、拒否処分があった場合には拒否処分の適否についての争いですが、そうではなくて、みなし拒否、拒否処分があったとみなして、拒否するのはおかしいよという、そういうレベルの争訟と、それからもう一つ、これこれの処分をしてくれという義務付け的な争訟と、三段階を制度に組み込むというそういうお考えですか。

【中川先生】

場合によっては三段階になることもあり得ると思えます。それが結局拒否処分、一段階目の、応答するかしないかの判断をし、さらに原処分があって、さらにその異議申立てと

というような、繰り返し何度も同じ案件について審理あるいは手続が進められるというのは、非常に迅速性という今回のねらいから考えても重複手続を繰り返すことになるのではないかと思いますので、最も効率的な実体審理を速く進めるという観点からそういう考え方を取り込んででもよろしいのではないかと考えているところです。

【小幡先生】

私も、案の1でよいと思いますが、まず確認したいのは、この不作為というのは申請に対するもので、申請権がある場合に答えがないという不作為に限定したカテゴリーをつかって、維持するという前提ですね。そうすると、訴訟の方と同じように考えれば、申請拒否処分についての義務付けと不作為の違法の場合も同じようにある程度考えられると思うのですが、私は案の1でももちろんいくべきだと思いますが、訴訟の方では併合提起せよとかいろいろしておりますよね。申請について返答がないということの不服を申し立てるといったときに、返事がないことが違法かどうかのみを判断するというような、余り面倒なことを言わず、要するに返答がないのが不服なのですけれども、自分は申請しているわけですから、例えば許可をしてほしいとか、あるいは給付してもらいたいと考えるのは当然のことなので、そこは両方含んでみてしまうというやり方の方が効率的ではないかと思えます。ただ場合によっては上級行政庁が判断する場合には、これは裁判所と同じで、不作為の違法だけにとどめておいた方がよいという場合もあるかもしれません。ただ、そもそも行政庁なので、裁判所に比べればいきなり自分で決めてしまってよいとは思いますが、やはりそうでないこともあるかもしれませんので、その場合はとりあえずは不作為の違法のみにとどめるという可能性もあるかということだと思います。条文の書き方の詰めになると思うのですが、いずれにしても裁判、訴訟におけるような併合提起しなければならないという話ではなくて、およそ不服の趣旨というのはそれに尽きているわけですから、そこら辺はもう少しやわらかく柔軟に見られないかという感じがしています。

【藤村先生】

この案の1なんですけれども、上級行政庁がある場合は、この上級行政庁が一定の処分をすべきを命ずる形式となっていますが、これだと先ほど義務付けの方と渾然一体としてやるということであればこれはまたそれはそれでいいんですけれども、一応類型が義務付けと違うというのであればですね、ここの一定の処分をすべきというのはまさに義務付けであって、やっぱり現行法上ありますように「なんらかの行為をすべき」というふうにしなくてちょっと類型が乱れているんじゃないかというふうに思います。

それから、これを独立に認める場合の手続の問題を、後のことともあるいは関連するかもしれませんが、一般の審査請求に対する審理というのはかなり重い手続を考えていますが、それと同じ手続をここで踏ませる必要がないように思うので、何か特別の手続を定めなければいけないんじゃないかというふうに思います。それから何らかの行為をすべきということであれば、どなたかの御指摘にございましたけれども、余り案の2で言っています行手法の方と違わなくなるし、遅滞している場合に何か何らかの行為をやれと言

ってみても結局行手法で言っているようなことを言うしかないので、結局のところ案の1と案の2とそんなに実体的には違わないんじゃないかという気はいたしておりますが、いずれにしてもちょっと義務付けの方と関連をよく整理して、訴訟のように併合ということがあってもいいような気はするんですけども、必ずみなすっていうのもどうかと、ケースによっていろいろなので、一応分けておいてそのリンクというのを何か考えた方がよろしいんじゃないかというような感じがいたします。

【小早川座長】

では、和久井先生、それから前田先生。

【和久井先生】

案の1の方ですが、今のお話にもありましたように、上級行政庁が一定の処分が何かというものを、結論を出すのに場合によっては時間がかかる場合もあるのではないかと、それに長期間を要しては不服申立ての制度の趣旨に反することになりますので、というのは処分庁よりも上級行政庁の方が実体審理の能力が高いとは必ずしも言えない場合もあると思います。簡単に結論が出るものであれば一定の処分ということでもよろしいでしょうが、そうでない場合には現行法のように何らかの行為という範囲で裁決を出すという選択を認めることの方がこの不服審査の方の審理の促進になるんじゃないかと思っておりますので、余り堅い制度にしてしまわない方がいいかなと思います。

それから、実際にこの制度の実効性という、不作為の不服申立てですけど、私が今実務でやっている範囲ではこの一、二年、不作為に対する適法な不服申立てというのはほとんどないという状況です。実際に私のやっている範囲ではほとんど使われていない。この制度ができたときには行手法がもちろんなかったわけですけども、ですから行手法の整備、これによってかなり申請を放置するという事態は実際少なくなっているのではないかなと。実際に時間がかかっているのは申請に対する審理の部分ではないかなと。それは十分やっているのではないかなと。ただ時間がかかると。そういう場合に、これについて、上級行政庁が代わりにその審理をしてすぐ結論が出るかということ、それはケース・バイ・ケースで、最初の話に戻りますけれども、というような気がいたします。

【前田先生】

私も案1に賛成です。違う例を挙げますと、ここでは申請権を前提にしてその処理が遅延しているという状況が念頭に置かれているわけですけども、そもそも申請権の有無をめぐって解釈上対立がある場合も予想され、そういう場合に不作為庁の解釈が申請権がないというものであれば、申請に応答するという審査体制ができていないことも考えられます。そういった場合も含めて、救済ルートを多様化するという観点からすると、不作為に対する不服申立ても残しておくべきだろうと思います。

それから、行手法の運用上の活用で済むようなものであれば問題ないわけですが、やはり審査請求の趣旨として義務付けまで求めている場合もあり得るので、そういう場合に、手続の一体化といいますか、連動性といいますか、そのような手続を整備する必要がある

だろうと思われます。そうすると審査請求の審理自体が遅延するのではないかという問題については、審理の成熟性に応じて裁決の内容に幅を持たせるような制度設計があり得ます。ただ、あまり、その類型は厳格化しない方がいいと思っております。

【山本先生】

二点ですけれども、案の1か案の2かという点については、やはり案の2をとる場合は慎重に検討する必要があるのかなと思いました。これは教科書的な事例ですけれども、不作為の違法確認は結構行政指導をやっているために申請に対する応答が遅延するといったケースで出てくるんですね。あくまで教科書的な事例ですから、これが実際上どれだけ意味を持つのか、あるいは今、和久井先生が言われましたけれども、行政手続法が制定された後においてどれほどの意味があるかは検討しなければいけないと思うのですけれども、やはり今まで不作為の違法確認は一応の意味はあったと思いますので、これを一切やめる場合は慎重に検討する必要があるのかなと思いました。

それから、案の1の方で処分庁の上級行政庁がある場合とない場合とで区別をしていて、上級行政庁がある場合には一定の処分をすべき旨の要するに義務付けの裁決をします。で、そうでない場合には何らかの行為をするという現行の不作為に対する不服申立てと同じような案になっていて、これは推測するに論点の2-4-②が引用されていて、ここで異議申立制度に関しては簡便な手続を一応残す案になっているので、異議申立ての場合はどうか、上級行政庁がない場合にはこれが使えらるだろうと。で、上級行政庁がある場合はこういった手続を特に用意してないので、一定の処分をすべき旨の裁決をするという案なのかなとも思ったんですが、ただ直観的に言うと、上級行政庁が審査をするときの方が、本案について判断するには、今、和久井先生が言われましたように時間がかかりますし、特に本案の論点の一部についてしか処分庁が判断していないような場合ですと、なかなか時間がかかるだろうと。むしろ、上級行政庁がない場合の方が自分で本案の判断をすればいい話ですので、結論はむしろ早く出るだろうと思っておりますので、何かむしろ案の1とは逆、あえて言えば逆になると思いますし、私は、結局は余り区別をする必要はなくて、結局は上級行政庁の有無にかかわらず何らかの処分をするという裁決決定をすればいいと思いましたが。

【小早川座長】

はい、ありがとうございました。まだおありかと思っておりますけれども、時間の関係もございいますので、そろそろ縮めたいのですが、おおむね、何とはなしに方向性は一致している部分が多いのではないかという感じもいたします。案の2で不作為の不服申立てを行審法から削除するという点については、大体全員反対ということですよ。ということは、争訟がもう成立しているということで、その形で進めていくルートと、それから、いやそうじゃなくてまだ行手法の世界でしっかり行政庁にお願いしますねという世界とは、両立はし得るわけで、どちらの方で行くかっていうのは、申立人の腰の決め方で、道は両方あってもいい。多分そういうことではないかと思っております。私も、従来実績がほとんどないん

じゃないかということは、そう思いますが、ただ、例の有名な品川マンション事件では、あれはたしか建築審査会への不作為の不服申立てがされてそれが裁判所でも非常に重視されているという、たまたまそういう特異なケースはあったかと思いますが。制度として、ルートとして、これを残しておくということはいいのではないか。

大方の御意見は、ケースによって、どういうんですかね、訴訟のように訴訟物を細かく分断してそれぞれ別の手続にし、場合によってはそれを併合する、というようなイメージではなくて、大きくりに一本の制度で不服申立てをする、その中で、申立人の側も一体どこまでをそこで求めるのか、単に応答不作為の違法を主張するだけか、さらに最終的に一定の処分を求めるというところまで頑張るのか、そこは申立人の側の気構えもあるだろうし、ケースによって行政側の判断で、上級庁が、中に入って審理するよりはまずは処分権限庁に早く答えを出せということもあるし、場合によってはそうじゃなくて、上級庁で実体判断までやって、自判までしてしまう、こうなると後の方の義務付け的な方になりますけれども、柔軟にいろいろ選択できるような仕組みというのを、皆さん何となく、何となくと言ったら失礼ですけども、お考えのようで、ただ、そこが制度設計としてきちんとできるか、柔軟な制度を明確に規定するというのはなかなか難しいところがあるかなと思うんですけども、そこはちょっとやってみて具体的な案を踏まえてまた議論をする方が生産的かと思います。できればそういう方向を考えるということではいかがでしょうか。

あと、藤村先生が御指摘の点は、論点5-1-①～⑥というのは、要するに後の方と連動するということですよ。そこは類型としては分けるけれども制度としてはつなげると、多分そういう御趣旨だろうと思います。

それから、山本先生も言われたんですが、確かに、上級行政庁があるときでも、これ、さっきの話とかぶりますけれども、上級行政庁が入らないで不作為庁自身がさっさと対応するということはあるわけなので、ここの書き方はちょっとそこは不十分かもしれませぬ。先ほどのようにいろんなケースに応じた対応が柔軟にできるようなそういう制度、ということであろうと思われませぬ。

それから、中川先生がおっしゃられた中での、例のみなし拒否のケースというのは、確かに制度設計論としてあり得ると思いますけれども、多分これは個別法でそういうものを入れるかどうかということになるのではないかという気がします。そこも含めてさらに検討したいと思います。

そんなところで一応次に進みたいと思いますがよろしいでしょうか。

【水野先生】

一つだけ。今の不作為で義務付けの関係ですけども、行政事件訴訟法の規定では、義務付け訴訟をやるときには必ず不作為の違法性確認もあわせて出すという制度になっていますよね。他方で不作為の違法確認だけをやっても構わないわけでありまして、そして両方やった場合には先に不作為の違法確認だけの判決をしてもよろしいということになっているわけですから、行政事件訴訟法のこの規定に準じて整理すればいいんじゃないか。だ

から、不作為の違法確認だけができるということと、義務付けの申請があった場合には当然不作為の違法確認を含むと。だからまず上級行政庁が先に不作為の違法確認だけ出して、早くやれということを出して、その上で上級行政庁が自分の方でやるという場合にはそれもできるというふうな制度設計にすればいいんじゃないかなと思います。

【小早川座長】

行訴法のモデルがあるわけなのでどうするか、ただ行審法の方の商品イメージとしては、もっとユーザーに使いやすい、あんなに強面じゃない、というわけではありませんが、併合提起しろなんていわれますとそれだけでも商品イメージとしては何か使い勝手が悪いねみたいな感じがなくもないと思うので。

【水野先生】

さっき申し上げたように、併合的作用じゃなくて、義務付けの申立てがあったときには当然不作為の違法確認も含んでいるというふうに規定する。両方二つ出せというのではなくて、で、上級行政庁は不作為の違法確認だけを先に審議してよろしいという規定ぶりでもいいんじゃないか。一種、立法技術的な話ですけども。

【小早川座長】

はい、分かりました。それでは、次へ進みたいと思います。5（1）、処分に関する新たな救済態様の中の、処分の名あて人本人による申立てということです。ここは、行訴法で言えば義務付け訴訟と、それから最後に差止め訴訟に相当するものにもちょっと触れています。義務付けという言葉は使われていませんが、ここは、理論的には義務付け訴訟の訴訟としての性質論をめぐっているいろいろ議論がありまして、それとの関係で義務付けという言葉にどういう意味を持たせるかということもあり、しかしこの行政段階の不服申立てであればそういう訴訟性質論が持ち込まれてくるとかえって議論が混乱する、やっぱり基本的に何か違うというところもあろうかと思われて、義務付けという言葉は一応文言上は避ける、さしあたりは使わないということだと思いますが、もちろんそこはいろいろ御議論のあるところだと思います。ということでこの部分についてお願いします。

【小幡先生】

この部分というのは、6ページまでですか。

【小早川座長】

6ページまでです。

【小幡先生】

私は基本的に、行訴法の改正で、義務付け・差し止めの訴訟、それから不作為の違法確認のところもそうなのですが、ここのところが一番大きく変わった項目だと思うので、行政不服審査法も、行政庁内部の救済手続ですので、やはり少なくとも行訴法が改正されたレベルの程度のことは当然備えるべきではないかと思います。そうなりますと、ここで、実は次からも5ページ以下、7ページ以下のところですが、実は問題があると思うのです。この申請拒否処分。

【小早川座長】

そうですね、ここは、分けること自体いろいろ議論があるでしょう、当然かかわってくるので。

【小幡先生】

では、一緒に行ってしまいます。まず、申請拒否処分については、ここでも検討の方向性というところで一応、従来のようにただ取り消すのでは足りなくて、そもそも申請どおりのことを認容することまで含んでよいという、大体そういう方向性になっていると思うので、よろしいかと思うのですが、4ページのところの5-1-②ですね、裁決権者で上級行政庁である場合に限りということなんです。その下の5-①-③、自分ですするという話については、これはこれでよろしいと思うのですが、その上のところなんです。これも救済手続ですから、訴訟に行けば裁判所という第三者的な機関ですから当然できるということをお前提にして、訴訟の方は書かれているわけですね。そうすると、この裁決庁が、例えば、これはややイメージが分からないのですが、例えば専門家が入ってより充実したような第三者的な裁決機関があるといったしますと、そこではできないというのはややおかしいのではないかという感じがいたします。裁判所であればできるわけですから、より中立的な慎重な手続ということで第三者機関の裁決権者を仕組んだとすれば、そこでできないというのはやや問題があるのではないかという気がいたします。そこで、5-1-④のところの認容要件で、私は不当まで含めてよいと思いますが、つまり、行政分野に設けた救済機関であるからということで、不当までここは含んでよいと思うのですが、やはり、同様に5-1-②は問題があるように思います。

それから、6ページの5-1-⑦の不利益処分の差止めですが、これも検討の方向性のところで規定しないというように書かれておりますが、これは裁判所の方では新たにできることになった訴訟類型でして、もちろん訴訟要件が認められるかどうかというハードルはあるにしても、そういうカテゴリーが認められております。そうすると、ここでは、行手法の方の事前手続でという話になっていますが、行手法の手続は、そもそも不利益処分をやり出そうということになってから、ようやく事前手続として始まるわけですので、そこに至る前の段階で何かできないと、本当の救済にならないという場合も考えられるのです。行政不服審査法の方ではできないけれども、行訴法ではできるから裁判所の方へ行けばよいということで、本当によいのか？ということなんです。やはり行訴法と、行政不服審査法というのが2つあって、裁判所の方は救済を充実させるために改正したので行けるけれども、行政不服審査法はこの部分改正されずに、救済のあり方も、元のままでという制度の立て方というのは、私はいかがなものかと思っておりますので、ここは必ずしもこういうことにはならないのではないかという気がいたします。

同様に7ページのところの5-2-①のところですね、義務付けのところもこれも同じです。裁判所、行訴法の方で新しい訴訟類型のカテゴリーが設けられているのに、不服審査の方では、行手法の方で考えるべきだという話ですが、行手法の手続を活用といっても、

本当にそうになっていくかどうかは分からないわけですし、もしきちんと行手法の条文を整備し直すようなそちらの制度改正が進めば、行手法の事前手続に乗せればよいという話ですから、やはりこのままでは、不十分だと思います。訴訟と不服審査と並べたときに、片方だけ、行手法の世界にして、別途仕組むわけですね。その場合、行手法の中で、申請権のない人が行政庁に何らかの行為をするように求める手続や、その場合の不服のルートなどを明確に設定すればそれでもよろしいかと思えますけれども、その可能性がはっきりしないのであれば、今回、行訴法の改正に合わせる形で行政不服審査法も改正へというふうに言っているのに、だいぶ物足りなくなるという気がいたします。これはその次の5-2-②の差止めの方も同様でございます。

【藤村先生】

今の点なんですけれども、結局、行手法と、この行訴法の分担関係の問題だと思います。何もかにも一本の統一法にしてしまえばいいわけなんですけれども、一応別々だという立場に立って考えると、やっぱり事前手続は原則として行手法で規定するというのが分かりいいのであって、問題は行政訴訟法の方に遅れるんじゃないかという部分については、まさに行手法に規定するとすればそちらの方がいいと思えますけれども、そこをただ活用じゃなくてどういうふうに強化するのかということ議論すればよろしいんじゃないかというふうに思います。

【小早川座長】

いろいろ御意見おありかと思いますが。

【水野先生】

私は今、小幡先生が言われた意見に全面的に賛成なんですけれども、やはり行訴法でできることが行審法でできないというのはこれは本末転倒でありまして、行訴法でできることは、行政内部での手続ですから、当然行審法でもできるということにすべきだと思うんですね。

これ、3ページからは大体そういうところで進んでいるんですけれども、どういうわけか、義務付けの方は本人の義務付けは大体行訴法と同じように認めると、ところが、6ページが一番最後にいきまして、本人の差止めは駄目よということになっているんですね。それから、第三者によるものは義務付けも差止めも事前手続でやろうと、こういうことになっているんですけれども、なぜこういう案が出てくるのかっていうのは、ちょっと私には理解できないところです。

今回の行審法の改正について、改正の必要があるのかという議論があり得るわけなんですけれども、改正の必要はあるという説得材料というか、一番大きな理由の一つは行政事件訴訟法が変わったんだから、行審法もそれに合わせて行審法も合わせて改正すべきだというのが一番説得力のある理由付けだと思うんですね。そういう意味からも、行訴法でできることが行審法でできないというのがおかしいので、これは行訴法にあわせて、行審法も変えるんですということで、これは訴訟法に合わせるべきだと思います。司法権がもう既に

介入と言ったら語弊がありますけれども、乗り出してくることができるという状態になっておるにもかかわらず、上級行政庁はできないというのは、これはだから本末転倒でありまして、比喩的に言えば、息子に注意するのに隣のおやじは注意できるけれども、本当のおやじは注意できないみたいなね、そういうふうな制度というのはちょっと本末転倒じゃないかというふうに思います。

【小早川座長】

隣のおやじだからこそ言えるということもままある（笑）。

【稲葉先生】

私、いくつか気がついたところを申し上げさせていただきたいと思いますが、最初の5-1-②とか1-③あたり、上級行政庁が裁決権者という書き方になってはいますが、今回の研究報告以降、裁決庁は一般的には上級行政庁ということでこういうふうにかかれてはいるのかとは思いますが、当然処分庁が裁決庁になる場合もこのような議論はできると思いますので、それは前提になっているという理解でよろしいかということでもあります。

それから、論点の5-①-④ですけれども、先ほど小幡先生がおっしゃいましたように、不当ということでも、義務付け的なことを認めていいんではないかと、私も理論的にはそういうことになるのではないかと考えておまして、ここの書きぶりですけれども、処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から認められるときというのはそういう趣旨を含むということでもよろしいかと、裁量の範囲内でやってもやらなくても違法にはならないんだけれども、不当ということで義務付けというのはあるのかというあたりなんですけれども、そこを教えていただきたいと思います。

それから、あと水野先生が今おっしゃったことですけれども、別途事前手続、手続法、基本的に行手法の系統の中で対応ができるのであれば、何もやらないということではありませんから、要は役割分担の問題かと思うんですね。そういう意味で必ず行審法の方に取り入れなければいけないというものでもないというふうに私自身は考えております。ですから、一番最初に申し上げましたように、仮に行審法に取り上げないのであればある程度ですね、現行の行政手続法の規定では不十分であると私は思いますので、一定の強化の方向を示す必要があるのではないかというふうに考えております。例えば論点の5-1-⑦のこれは本人の場合ですけれども、差止める形式の裁決を規定するかということについて、現行法上であると、聴聞であればまだしも弁明ということでもありますと、それで行審法が予定しているような手続的権利との関係で十分といえるのかというような問題はあかなというふうに思っております。

それから最後、第三者による申立てのところですが、最初の論点5-2-①の第三者が、別の者に対する不利益処分をすべき旨を命ずるこのときに行手の方でやればいいのかといったときに、それがそもそも動かないと何ともしようがないというわけですね。その手続自体が動き始めていないといけません。そもそも、ですから第三者に対して

不利益処分をする気がないと、だから全然動いていないというときにどうするかという、その問題がありまして、おそらく行審研報告書では少なくともここに書かれている範囲では不利益処分の義務付けを申し立てた場合にこういうふうに動き出して参加人の規定をより強化することにより対応してはどうかというようなことが書かれているのであろうと思いますので、そういう意味では一種の申立権的なものを認めるということになるのではないかと、その辺も少なくとも考慮しなければ行手の方でということにはなかなかならないんではないかというふうに思っております。以上でございます。

【高橋先生】

行訴法の関係で、行訴法で与えている救済は行審の方でも与える、というのは原則論だとは思いますが。ただ、行審というものの性格というのがあって、例えば違憲審査権というのは当然あるのかなのかと、こういう話ももともとあるわけで、制度内在的な限界はやっぱり認めざるを得ないんじゃないかと思えます。役所間の権限分配の関係などもありますので、例えば5-1-②について、第三者機関について処分庁のところに入り込めるようなものまでつくるのかというところは、権限分配の関係から考えてみる必要があるんじゃないかと思えます。

さらに、行政不服審査というのは一般的に事後救済ということですので、稲葉先生もおっしゃったように、行手との役割分担ということからどちらで仕組むのかなということがあると考えます。性格論からは、行手のところで強化する話が当然あるのかなということだと思います。そういう意味では5-1-④ですか、これが仮の救済の話とも関係しますが、弁明や不利益処分の事前手続の中で止められるようにするにはどうしたらいいのかというようなことは行手の仕組みの強化というところで考えるべきじゃないかと思えますし、さらには第三者についても手続の強化という話はあるのではないのでしょうか。

逆に言うと私は行手については、先ほどの質問と関連するんですが、具体的な方向性が出てくるのかなというふうに期待しておりましたので、行政手続法の中でここまでの手当てでは必要だというところをこの検討会で積極的に出していただいた方がいいのではないかとこのように思います。具体的には17条の話についても、活用だけではなくて、例えば閲覧請求権の付与の話とかもありますし、さらに言うと手続の開始請求権の話もあるわけで、この辺どこまでできるのかということ具体的にはこの場で議論した方がいいんじゃないかというふうに思います。以上です。

【水野先生】

行手法の充実拡充、これはそれで結構なんですけれども、手続がいくら充実されても、要は実体判断が困るという場面が多いわけですね。例えば、聴聞だとか弁明だとかいろいろ事前手続を全部きちっとやって十分言い分も聞いた、しかし、何らかの不利益処分をするというのが方向として見えているという場合、これは要するにその実体判断が違法だということで、例えば仮の差止め手続を裁判所に申立てるとというのが可能なんですよね。

そうすると、それと同じように、上級行政庁に対して、下級行政庁はこういう状況のも

とで、そういう不利益処分をすと言っているんだけど、それは違法じゃないかと言って、上級行政庁に訴えて、上級行政庁がそれによってそれはちょっと行き過ぎだとか、判断してもらうという制度、これはやはり行審法の救済手続としてあっていいんじゃないかということなんですね。だから行政手続法を幾ら充実してもやはり実体判断を伴っているのは、行審法の中で判断してもらわないとできないんじゃないかと思います。

【小幡先生】

私も今の水野先生の御意見に大体賛成なのですが、それから稲葉先生のおっしゃったことにかかわりますが、行手法の方を充実するといっても、第三者に対する義務付けとか、そういう話は、現に行政庁が不利益処分を発動しようと動き出さない限り、行手法の世界にならないですよ。ですから、新たに申立権などを行手法か不服審査法かどちらで認めるかは分かりませんが、もし、行手法の方で書き込んだら、その申立てに対して行政庁から何もしないという返答があれば、それに対して今度行政不服審査法の方で争うと、そういう仕組みをつくれればそれはそれでよいと思います。それをつくらないで行手法の事前手続に取り込むといっても、結局、発動を促せないのでは、実際には機能しないように思います。そうすると訴訟はできるので、不服審査はあきらめざるを得ず、訴訟の方だけ行くということになります。

それでよいといってしまうとそれまでなのですが、やはりいきなり急に裁判所の方に行くわけですから、行政運営を行う行政庁にとっても、そのようないき方というのは必ずしも良い策ではないのではないかという気がいたしまして、せっかく行政不服審査法があるのであれば、訴訟ではできるといふのをただ黙認しておくといふのはいかがかなと思います。行手法で本当に、今申し上げたような改正まですることになれば別ですが。それから、5-1-⑦のところ、自分への不利益処分の差止めですが、ここは私も、行手法の世界に入れてもよさそうだと思うのですが、ただこれも訴訟ではできるので、やはり物足りなさは残ります。

現に今、例えば保険医の指定の取消しが来そうだからと言って、裁判所に差止め訴訟を提起したものもありますが、これは、まだ行手法まで行っていない段階です。当然、訴訟要件としては、取り消されると、本当に信用上困るのかとかいろいろな事情を検討しますが、差止め訴訟の類型がある以上、いずれにせよ、結局訴訟には来ることになりますね。ところが、行政不服審査法ではできない。やはりそういう状況はいかがかと思うので、せっかく行政不服審査法を改正するのであれば、大体は訴訟に頼みましょうという世界にするべきではないので、行政分野でもある意味で自立的な救済制度をここでつくろうと言っているのに物足りない話になるのではないかという気がいたします。

【山本先生】

いくつか申し上げますが、一つはここでの今の議論とは余り関係がなくてむしろ前の方で議論されたこととかかわりますけれども、申立ての種類自体はわりと絞って、裁決の方のバリエーションを増やすというお話がありましたけれども、行訴法で申しますと37条

の3の6項で、要するにより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、不作為の違法確認とか、あるいは拒否処分取消訴訟についてのみ判決をすることができるとありますので、これを引用されていたかどうかわかりませんが、例えばこういうような条文を参考にして紛争の迅速な解決に資するときには、例えば拒否処分の取消の裁決であるとか、あるいは不作為の違法確認の裁決をするといったような制度の仕組み方が一つあるのかなと思いました。

それから、今ずっとお話のあった点なんですけど、論点の5-1-⑦のところでしょうか、不利益処分をしてはならない旨を命ずることを求める不服申立てに関する規定のところですけども、いくつかの紛争の類型があると思うんですね。大きく分けると、一つは今、小幡先生が言われた取消処分、例えば保険医の指定の取消などを、それから争ったのではダメージが大きいのであらかじめ差止める申立てをするとか、もっと極端に言えば、丸刈りのケースですね、丸刈りをされそうなのでそれをとめるとかですね、そういうケースが一つと、それからもう一つは前提の部分に争いがあるケースで、例えば、東京都の銀行税のケースとかですね、あるいは最高裁に上ったものと、自己の土地が河川区域でないことの確認を求める訴えとかですね、そういう争点が先決問題というか、前提のところにある類型があると思うんですね。それぞれ問題状況がやや違うのかなと思います。前の方のケースに関して言えば、差止めのものを認めるという選択肢と執行停止をもっとうまく使えるようにするという選択肢があり得て、執行停止がうまく機能すればそこでもって処分は抑えることができるので、差止めの不服申立ては認めなくてもいいのかもしれないと思います。

それから後の方の前提のところの問題があるケースについて言いますと、これは行政訴訟で言うと、確認訴訟等との境界線が非常にあいまいなゾーンでして、こここのところについて不服申立てを認めるということになると、実質的にはかなり不服申立ての対象を広げるようなイメージになると思うんですね。で、そこに踏み切るのかどうか一つポイントとしてあるのかなと思いました。

あと、小幡先生が言われた論点の5-1-②のところでも一般監督権を有する上級行政庁である場合に限ってという限定はする必要がないんじゃないかと言われました。その点は私もそうではないかと思いました。

【雛形先生】

行訴法のことを言うんでしょうか、裁判所でできることは不服審査の申立て、不服審査においてもできないことというのは整合性に欠けるというようなお話がありまして、私はちょっとプリミティブなところでよく分からない点があるのですが、問題点、疑問をできるだけ分かりやすく申し上げるとすれば、義務付け訴訟であれ、差止め訴訟の場合もそういうところがあるのかもしれませんが、その訴えの場合に請求の趣旨としてどう書くかということがもちろん訴訟の場合には非常に問題になるわけですが、不服、義務付けの不服申立てを認めるかどうかとそういう議論のときに、不服審査の申立ての趣旨ではど

ういうふうを書くんでしょうか。

つまり、行政事件訴訟法の場合の義務付けの場合はやはり行政庁にそういう一定の処分をすべき旨を命ずると、行政庁、被告行政庁はこれこれの一定の処分をしなければならないと、こういう申立てになるんだろうと思うんですね。不服審査の場合にはこれはどう書くんですか。つまり、義務付け処分の対象となる処分をすべき主体はどう書くんでしょうか。というのが、よく分からないのであります。つまり、行政事件訴訟の場合の勝訴判決の拘束力というようなものがあって、被告行政庁の方は当然その判決に示された判断に沿った行政処分をしなければならないという、行政権運用上の責務を負うわけですが、この不服審査の場合に裁決庁、審査庁であれ裁決庁であれ、義務付けの何か申し立てて、それを理由ありとして認めるときには自らが行政処分を結局するわけですね。で、この不服審査の審査手続でそういう処分を実際にやっちゃうということを議論されているんじゃないかなと思うんですね。これは両者の間には何か理論的な問題ですが、かなり違いがあるんじゃないかという感じがいたしまして、そこのところが先ほど来、裁判所でできることは不服審査でできないというのは何かおかしいという話について、ああそうなのかなと行ってついていけないところでちょっと疑問を一つ申し上げました。

それからもう一つは、今、山本先生が最後に言われた話にちょっと関係するんですが、監督権がある上級庁が審査庁であるとかという場合の議論がありました。不服申立人であれ、処分の名あて人であれ、第三者であれ、この不服審査の申立てをしてくる国民とです。行政組織法上の上級監督庁といわゆるその監督を受ける原処分庁との関係の、監督権行使の問題に関しては、これは所詮は一種の行政運用に関する職権発動、行政監督権の発動を促す、いわば一種の希望、要望みたいなものがあるはずなんですね。そういう一般上級監督庁としての監督権行使というものを不服審査の手続の中で申立人に対する不服申立ての趣旨に対する答えとして、監督権行使を表現していくというのはこれは何かそのために必要な手続とか、何か実体法上の権限とか、何かそういう手当てがないと何かそこはちょっと事後救済制度としての不服審査制度というものの中では整理し切れない問題を無理無理持ち込んでくることになるんじゃないかなという感じがちょっといたしました。ちょっとその点教えていただければと思って発言をいたしました。

【今川先生】

ちょっと論点が違いますけれども、論点5-1-⑥なんですが、これはもう不服申立適格は申請者限定でよいかということで、申請者限定としてよいのではないかということなんですけれども、ただ訴訟に至るような重大な事件については、適格要件というのは非常に重要なはずなんですが、ただ今、より柔軟におそらくより迅速な対応をしようということがこの検討会の大きな趣旨であるとする、さらにこれまた今回の議論ではないんですが、第三者機関を設けて、それが諮問的なものであるとするならば、ひょっとしてこの申請者限定というのをもう少し議論した方がいいのではないのかと。

要するに場合によってはもう少し枠を広げていく必要があるのではないかというのは、

もうさまざまな領域で表現は悪いんですが、いわゆる弱者的な立場の方たちに対してとかです、これをどういうふうにか考えるかというのは別の問題として、それをカバーする手当てはおそらく私、法律を知らないんですが代理人とかさまざまなカバーの手続があるのかもしれませんが、こうしたときにこの場合の不服申立適格の申請者と考えた場合に何かそういったものをカバーする手続とか手立てとかどういうふうになっているか、ちょっとそのあたりをお聞かせ願えればと思うんですが。それがあっておそらく私が考える第三者機関の諮問型、とりわけ諮問型のような議論をしたときに必要になってくるのではないのかと。同じ法制度の中で適格要件をむしろ厳格に定めることで逆にもし第三者機関をもし設けるとするならば、意味のないものになってしまうのではないかという気がします。

【小早川座長】

はい、ありがとうございます。今の点はですね、なお議論したいと思いますけれども、確かにこの6ページで、不服申立適格は申請者限定というのは、ややここはトートロジカルなところがあって、もともとこれは申請権に基づく不服申立てを問題にしている部分で、だからそれをさらに申請者に限定するというのは、申請権あるけれども申請していない人はどうするのかという、そういうちょっとトリビアな話しかここは残らないわけです。今、今川先生が言われたことはむしろその次ですね。申請権が作用法上は正面から認められてない者、ここでは第三者などということになっていますが、そっちの方に何らかのイニシアチブを認めていくか、既にその関連の御発言もありましたけれども、そういう問題で、そこでじっくり議論すべき話ではないかという気がします。

さて、いろいろ全般的に全体にわたって御発言いただきましたのですが、まだちょっと時間がありますので、一応残りの時間で、この全体、3ページ以下ですね、特に検討を要する論点、点線で囲まれたあたりを一つ一つ、まとまる場所はまとまる、まとまらないところは論点をはっきりさせる、ということでちょっと整理をしてみたいと思います。3ページの5-1-①、これにつきましては雛形先生が御指摘のことともかかわると思うんですが、ここで考えているのは、命ずることを求める不服申立てということでありまして、じゃあ誰が誰に何を命ずるのか。ここで想定されるのは、処分権限庁自身が自分に命ずるということはおかしな話であって、それは自分でやればいいわけです。そこは、処分権限庁自身の問題として言えば、申請が自分のところに来ているわけなので、その申請を粛々と関係者の手続保障の精神をきちんと踏んで処理すればいい話であって、だからそこは、義務付けの異議申立てということ自体がやや概念矛盾といたしますか、イメージしにくい性質のものではないかという感じはするんですね。ですから、それ以外の行政庁に対するといたしますか、処分についての不服申立ての議論のところでの審理手続の大まかなイメージですが、要するに裁決権は別のところにある、そこが最終的に裁決をする、そこへ向けて全部手続を仕組むという、その枠に収めれば、ここでもやっぱり基本的には上級庁に対する申立て、処分権限庁に対してこれこれを命じてくださいというそういう申立てとして、大枠は組むことになるのではないかと。多分原案も。

【雛形先生】

不服申立て、不作為の場合の申立てのところでございますか。

【小早川座長】

そうです。拒否処分の場合も、そうですね。

【雛形先生】

ああ、そうですね。

【小早川座長】

そこでもやはり、拒否をした人に対して、認容するように自分に命じてくださいというのはやっぱりおかしいわけなので、基本的には共通の話ではないかというふうな感じはします。そんな整理でいかがかなというふうに思います。ただ、その中で、案件が当然上級庁に全部上がってしまうのではなくて、処分権限庁に考え直させる、その段階で実質的には判断を進めていくという仕組みはあり得るし、それは望ましいことであろうと思うんですが。

それから、次の4ページ、命令をする裁決権者は上級行政庁に限るかというところは、先ほど御指摘があったように、第三者機関である裁決庁でもないのではないかという御意見は当然あると思いますが、その辺は諮問的審査会方式の場合と違って、裁決権自体を第三者機関に与えている場合に果たしてどうなのかというのは、現行法でいうと藤村先生などが御経験のお詳しいところで、どういうふうにお考えになるかということだと思います。

それから5-1-③、ここは特に御意見ありませんでしたけれども、現行法も解釈によっては実は大したことができるようになっていっているのかもしれない。ただ、そこは解釈が分かれるところであるので、この際、とにかく進める方向ではっきりさせようということで、特にご異論はないのかと思われまます。義務付け、命令裁決にとどめるか、それとも上級庁が自判してしまうかというのは、両方の道を一応置いておいて、そこはケース・バイ・ケースでということかなと思います。少し条文に書いてみてどういうことになるのかということではないか。

それから、次の5-1-④ですが、ここは主として不当ということの取扱いが議論になりました。どういう書き方になるか、このままの書き方になるのかどうかわかりませんが、当然、拒否処分の不当性は基本的には審理できるのであろうし、その上で、すべきであるということが言えるのであれば——すべきであるという概念と、違法、不当という概念が、どこがどう対応するのかというのが、よく考えると分からない、でも、實際上そんなに問題はないんじゃないかという気もしますけれどもね——すべきであると上級庁が判断すればそれは命令ということではないかと思いますが、ちょっと理論的な整理は要るのかもしれない。

5ページのところも、これは不作為の場合ですが、基本的には同じことではないか。

6ページにまいります。5-1-⑤のところは、特に御意見なかったですが、これは、

先ほどのような上級庁と処分権限庁との役割をどうするかという問題はありますけれども、基本的には一般の取消しを求める不服申立ての場合と同一でいいという案ですね。

不服申立適格の申請者限定、これは先ほど今川先生の御発言に関して触れたところであります。

次の、不利益処分をしてはならない旨を命ずる、これも差止めなので、これまた処分権限庁が自らに命ずるということはあり得ない。そうすると、先ほどから御発言があるように、処分権限庁がなぜか無茶苦茶に思い込んでがむしゃらにやろうとしている、通常の手前手続でまともに止めようと思ってもなぜか止まらないということときに、上級庁に対して駆け込むというのはあり得るのかもしれないですね。ただ基本的にはどうなんでしょうかね。組織法上といいますか、作用法上、一定の権限が一定の行政庁に与えられて、それが処分権限庁で、その権限行使の手続も定められている、というのであれば、基本的には、その権限庁が所定の手続に従って判断をするということ、上級庁が「おい、待った、待った」というのが、常態としてあるというのはちょっと問題かなという感じはしますけれども、非常の場合にそういう水戸黄門みたいなのが出てきてどうこうというのがあるかということでしょうね。

それからもう一つは、行手法がそもそも適用されない処分の場合に、それに代えて、今のような何かやられてしまいそうだというときに行手法にかわる争訟的救済手段というのがあるべきかどうか、という問題はちょっとありそうですね。

さらにまいります、5-2-①のところ、典型的には第三者ですが、処分の相手方であっても申請権がない場合というのも含めて、個別作用法上の、申請権を認めないという立法的な判断にもかかわらず、行政処分への手続を開始させるイニシアチブを認める必要があるか、認めるべきかということですね。なかなか大変であろうと思いますけれども、そこをどう考えるか。そして、もう一つは、何度も御発言がありますように、それは争訟手続の問題なのかそれとも行政処分法制そのものの問題であるのか、争訟手続か事前手続か、そういう概念上の整理がどうしても必要だと思います。今日時間があれば是非いろいろ御意見いただきたいと思う点であります。

5-2-②の方は、差止めのものですね。こちらの方は、その前のに比べれば、事前手続法制の中で言えばいいんだよねと基本的にはいえると思うんですけども、それにしてもやはり、非常救済的なものとして、特に処分権限庁でなくて他の機関に駆け込むということには、それなりの意味はあるわけですけども、そこまで認めるかという問題だろうと思われまして。

ちょっと勝手に論点のおさらいをさせていただきましたけれども、その上でさらにまだ時間がございますので、どうぞ御発言をお願いします。

【水野先生】

技術的なことですけども、この今日の議論の点の整理の仕方ですけども、行訴法は義務付け訴訟は申請型と非申請型、それから差止めと、こういうふうに分けて整理してい

ます。ところがこのペーパーでは申請、名あて人本人による申立てと、第三者による申立てという形で整理されておりまして、訴訟法との関係で整合性がないためちょっと分かりにくいんですよ。だからやっぱり訴訟法の救済手段に合わせて、行審法はどうするかという形で問題を整理してもらった方が一般には分かりやすいと思います。

【小早川座長】

そこは事務局もよく考えてください。

【小幡先生】

行手法との関係では、行政自身の話なので、確かに行手法の方でなるべくやりたいという思いもあるかとは思いますが。ただ、今回の改正の大きな柱としては行訴法が変わったのだから裁判所ができることを行政不服審査法でもできるようにするという論点はあると思いますが、そうではなくて、なるべく行手法の方の手続でやろうというのは一つ方向としては考えられるのだと思います。私は余り賛成ではありませんが。

それで、その中で一番行きにくいのが7ページの5-2-①だと思うのです。先ほどから申立権とか申し上げているところです。それから、自分への不利益処分の差止め、これは行手法でもよいとは思いますが、それでも、私が気になっているのは、やはり訴訟にはいけないということです。行政不服審査法ではいけないけれど、訴訟にはいけないという状況をどう見るかという、その見方次第だと思います。ただ、本当に不利益処分が来るのであれば確かに行手法の手続は来るとしますので、そこにのせることは可能です。ただ、小早川先生がおっしゃいましたように、事実行為、継続的な事実行為とかですね、行手法の処分に入らないものは残るから、不服審査で拾ってもよいのではないかという、私はやはりどうしてもそういう気がいたしております。ただ、通常の不利益処分については、行手法の手続の中でも差し止められるというのは事実です。

一番行手法の手続にのせにくいのが、7ページの5-2-①です。これは行政庁が処分を行うつもりにならない以上は行手法の手続にならないのですが、他方で、義務付け訴訟には行き得るわけです。まさに、訴訟でだけできるということになります。裁判所に行けば何とかしてもらえる、が、行政の不服審査ではどうしようもない、救われないと、そういうのが常態化するというのは、先ほどから何度も申し上げていますが、いかがなものかだと思います。もし、どうしても行手法でやりたいのであれば、かなり本格的な手当てをする必要があると思うのですね。今、その行手法の改正をすることになるとかなり本格的になります。つまり、申請権がない者に対しての申立権のようなものを何か仕組みなければいけないと思うのですね。行訴法の方では、申請権がない者に対しても直接型義務付け訴訟を認めていて、その訴訟要件のところではそこは判断するという仕組みができていますね。今回、あえて行手法ところに申請権のない者にも申立権を認めるか認めないかを判断する仕組みなどというものを新たに入れ込んで立法するというのは、かえって大変かなという気がいたしまして、それであれば、行訴法と並びのような形で書く方がむしろやりやすいのではないかという感じがいたしております。

【小早川座長】

並びというのは、非申請型義務付け訴訟に対応する条文だけをばんと置いてしまうということですか。

【小幡先生】

いえいえ、ですから私は、全般的にそうではないんですが、一番ここが行手でできないことだと思いますので、そういう類型を認めると、いやほかもすべて行訴法に連動してやるべきだっていうのが私の意見です。

【和久井先生】

一定の処分を命ずるとか、差止めなどのですね、申立てに対する救済の機関ですが、事前手続として行手の方がいいかどうかという議論はさておきまして、仮に行服の規定に収めるにしてもですね、上級行政庁がこれに対応して救済するのに必ずしも裁決、決定等の形式に限るという必要はないのではないかと。要するに裁判所であれば判決決定の形式でなければ出せませんが、行政機関内部ですので、要するに監督権の行使ということで速やかな救済をするということもこの不服申立てを待たずにそういうこともあり得るわけですので、必ず応答が裁決決定ということに限るとなるとかえって審理にまた手間がかかるといようなことも考えられますので、そういう堅いつていうか、手続に限定しないで検討していただいた方がよろしいかなと思います。

【小早川座長】

ということは、申請権がなくても、現に職権発動を促す意見表明は現在でもできるし、それに対して行政庁側はそれぞれ判断して対応するということですよ。事実上はそれはあるわけで、そうすると、そういう基本的なありようを何か少し条文化するっていうことはあり得るんじゃないかな。

【和久井先生】

例えば申請に対して認容裁決じゃなくて何らかの応答をしたことを通知して手続を終わりにするというような形でも救済ができればそれでもよいのではないかなというように、ことですね。その方が簡易で処理がしやすいというふうに。

【小早川座長】

苦情申出的な感じでしょうか。

【和久井先生】

必ずしもそういう意味ではなくてですね、不服申立てという制度の中で応答が裁決という終局的な、終局裁判と同じような形の応答でなくともよろしいのじゃないかなというように、ちょっとやわらかい手続にするということも考えて検討した方がよろしいかということでもあります。ですから、余り行訴法とパラレルに何でも考える必要はないのではないかなということで、そういうことの一端で申し上げたことです。

【水野先生】

それは特別な規定がなくても、今でもできるじゃないですかね。

【小早川座長】

いや、だからそれを、不服申立ての処理の仕方としてそういうものもあっていいと、そういうこと……。

【水野先生】

もちろんそう。だから申し上げていたけれども、職権でね、やってしまうと、そうすると取り下げるといのはこれはもう別にいつでもできる話であって。ちょっと実際にあった例を言いますと、ある事件で税金の更正処分に対して異議の申立てでしたんです。そうしたら異議を認めてくれることになったんだけど、標準審理期間の3か月を過ぎちゃうんですね。それで、その担当者は起案して決裁を取るのに1月ぐらいかかると、3か月過ぎちゃうので、異議を取り下げてくださいという話になりました。それで、異議を取り下げた。取り下げるについてはものすごく心配したんだけど、そこまで言うんだから間違いないだろうと、異議を取り下げた、そしたら1か月ぐらい後に取消しがあったというわけですよ。だからそういういろんなのがありますね、今ちょっと話がずれたかもわかりませんが、だからそれは今でも一向にやれるんで。

【和久井先生】

取下げがないと却下を、裁決・決定を出さなきゃいけないと、こういうこと。

【水野先生】

異議に基づいて取消しをしたのではなくて、職権で取り消したという格好にしているのね。だから、申請人が行審法に基づく不服審査の申し出をしたら、何が何でも裁決までくれといっているというわけではないわけであって、実際に救済されればいいわけですから、救済されれば当然取り下げる。これはいつでもやれるわけで、わざわざ新たな規定は要らないんじゃないだろうかなと思った。

【小早川座長】

いや、和久井先生がおっしゃったのは、私は、間口も広げるかという問題との関連があるんじゃないかと思ったんですが、そうではないですか。

【和久井先生】

広げるのであればということなんですね。取消し以外の解決、申立てを認めるのであれば、最終的な応答についてもいろいろな形を用意しておいても別にいいんじゃないかなと。

【雛形先生】

今御議論になっている点は余り問題のないところだと思うんですが、要するに取下げをして初めて不服申立て、不服審査申立事件というものの継続がおしまいになるということはもちろんそのとおりなんですけど、取下げを待たないでその不服審査の対象となっている審査物ですね、審査物自体が、今、和久井先生が言われたような形で行政側の答えが出た場合に失われることになるので、いわば広い意味での不服申立ての利益が失われたという形で一般論にゆだねるのではなくて、相当の行政側の職権発動が行われたことによって、当該不服審査申立て自体のその係属といいましょうか、それが終了するとそういう形にす

るといことが条文上の表現としてはあり得るのかなと、ちょっとそんなようなことで、いずれにしても、多分和久井先生も水野先生もおっしゃっておられることはそんな異論がないんじゃないかなという感じがします。それで、そういう意味では、私は和久井先生が言われているような意味の間口を広げるのならば、広げた分、職権発動的な、行政側の不服申立てを待たないで、行政権運営に積極的な体制をとるということを問題にしていくという意味で、広げることになるんですから、出口の方も行政側の相当な積極的な対応があった場合にそれによってもって不服申立ての手続が終了するという、何ていったらいいか、ソフトな対応というシステムがより合理的ではないかという意味で賛成を申し上げたいと思います。

【前田先生】

確かに、行訴法改正の救済水準まで引き上げるということは、行政不服審査制度研究会でも議論になったところで、そういう意味で、いままでの御意見を興味深く拝聴しておりました。ただ、行訴法37条の2と同じような文言をパラレルに行審法に置くというのはあまり適切でないように思いますし、しかも類型がかなり複雑になってしまうデメリットをどう考えるべきかという問題が一つあるかと思われます。行政不服審査制度研究会の報告書については、筋としては、事前手続で代替できるという点を重視して、行政手続の強化という、行手法の改正を含めた手続保障の拡充という趣旨にも理解できると思います。

第三者に対する不利益処分発動を求める非申請型の場合については、やはり不利益処分の手続の開始の申立権というようなものを認めて、その申立てに対する決定を争えるということまで念頭に置かないと、なかなか救済の水準を引き上げるところまではいかないのかなと考えております。あとは、弁明手続の強化ですとか、また、利益処分の差止めということであれば、公聴会の開催の請求権を認めるといったような参加手続の保障ですね、そういう形で制度設計をする方が、より妥当なのではないかとも思います。

【小早川座長】

ちょっと一言。行訴改革に迫いつけというのは、確かにそれはあるんですけども、何かイメージとして、富士山でいうと、不服審査というのは五合目ぐらいまでの話であって、広いけれども高さは足りない、その上にずっと伸びていくと、いろいろ制約はあるけれども高いところまでいける、これが行訴である、というイメージが若干あるのかなという気がするんですけども、私は、行訴と行審というのは山もちょっと違うのかなという感じもあるんですけども、きわめて原始的な。

【藤村先生】

いくつか申し上げますが、和久井先生がおっしゃられた点は私も同感なんです、その場合に和解で解決するというようなものも、条文的に、制度的に検討の余地はないだろうかというのが一つ、それから、先ほど来、行審か行手かという話なんです、やっぱり申立権みたいなものを認めなければ難しいわけで、そうするとそれを行審の方に書けるかという問題と行手で書くのが難しいということと、結局難しさは同じじゃないかというふうに

思います。それから、ちょっとお話が出たんですが、一定の義務付けたことを第三者機関がやってもいいじゃないかということで、いや、裁判所ができるんだから、第三者機関もできるんじゃないかと、理屈で言えばそうなんです、やっぱり裁判所っていうのは、プロの裁判官がやっているわけですから、第三者機関というのはなかなかそこまでの域に達していない、臨時の先生が主体な場合が多いわけで、なかなか処分庁あるいは上級行政機関の持っているあらゆる情報を審査手続で共有するというのは難しいわけで、ケースによってはできる場合もあるいはあるのかもしれませんが、かなり取消、これは違法だとか、あるいは不当だというレベルは出てきた審査資料で言い得るわけですが、義務、こういう行為をしなさいよという積極的なところまで認めるというのはなかなか難しいのではないかというのが率直な私の経験の感想でございます。以上です。

【小早川座長】

じゃ、時間もあれですので、最後に山本先生。

【山本先生】

私、今日のところでは今、先ほど座長が言われました7ページの第三者が行政庁に職権発動を求めるという部分がなかなか難しい論点かなと感じておまして、私は理論的にはそれはできると思っておりますが、ただ実際上のことを考えますと、確かに行政訴訟であればそれはできるようになったということがあるんですけども、訴訟を提起するのと不服申立てをするのではやはり労力等が全く異なるということがありますし、それから申請権がある場合であれば一応その申請をする人はそれなりに手間をかけて申請書類をつくって準備をしなきゃいけないということもあるんですが、第三者が申し立てる場合ですね、どこまでのことをその第三者はする必要があるのかといったようなことがあって、実際上第三者による職権発動の申立ては気をつけてつくりなさいと、本当に何でもできてしまうことになりかねないところがあるので、それで私は理論的には可能だとは思いますが、実際上どういうふうな制度を組むのかということになるとなかなか検討しなきゃいけない課題が多いと感じております。

【小早川座長】

ありがとうございました。第三者の申立ての仕組みは、確かに、もうちょっと実際問題として考えてみる必要があると思います。独禁法の45条でしたっけ、申告の手続がありますね。最高裁判決では申請権なしというのですが、その後改正がされていて、やや申出人に対する応対をきちんとするというようになっていて、その辺なんかも、どういうふうに見るのかっていうのも、一つ参考にはなるかと思えます。それは思い付きです。

さて、今まさにチャイムが鳴っていますが、予定の時間を過ぎておりますので、この辺で今日の議論を終了したいと存じます。事務局では本日の議論の結果を踏まえて次回までにこの検討資料を修正していただくということをお願いします。その関連で、各先生方におかれましては、さらに御意見がありましたら恐縮ですが2月6日火曜日までに事務局に御連絡いただければ幸いです。

それで、今日どこまで来たかということなのですが、当初の予定によりますと次回の検討会で本日の議論の続きをさらに行うことにしておりましたが、さて、いかがでしょうか。本日、相当突っ込んだ議論になったと思います。ただ、重たい問題がありますので議論を続けるとすればさらに議論はいくらでも続くと思うんですけども、私としましては、次の課題もこれまた大変難しい話がありますし、今日のテーマにつきましては一応今日の議論で第一段階は終えたということにさせていただいて、予定を前倒しして次回は次の項目に進みたいと思うのですが、よろしゅうございましょうか。特に御異論がなければそうさせていただきますと、次回は項目6の処分以外のものに対する不服申立てについて御議論をいただきたいと存じます。

それから、恐縮ですがあと若干申し上げさせていただきます。前回の検討会におきまして、中間取りまとめを効果的に行うために原案作成のためのワーキンググループを設けてはどうかということについてご提案申し上げたところであります。で、その後、地理的条件など諸般の事情を考慮いたしまして、お名前を申し上げさせていただきますが、小幡先生、高橋先生、山本先生の3名の方にワーキンググループのメンバーをお願いしたいと考えております。この3名の方々には、これまでの議論の結果を踏まえてできるだけ早い時期に中間取りまとめの原案を作成していただいて、皆さんお忙しいところ大変申しわけないんですがそうしていただいて、その原案につきまして本検討会で議論をするという運びにさせていただきたいと思う次第であります。ということで、各先生方におかれましては、どうぞよろしく願いいたします。

では最後に事務局から連絡事項がありましたら。はい、水野先生。

【水野先生】

座長のおっしゃったので賛成なんですけれども、次回の進め方ですが、今日はかなり事務局のおつくりになったペーパーと方向性も違うし、整理の仕方も違う部分が今までと違って結構あったのと、それから、整理の仕方も僕も一部、意見を申し上げたので、次回の冒頭にその点の意見の交換だけをさせてもらう機会は設けてもらいたいと思いますので、よろしく願いいたします。

【小早川座長】

今日のテーマでですね。はい。では、用意しておいてください。

【水野室長】

はい、分かりました。今後のスケジュールについて御説明いたします。次回の第6回会合につきましては、2月13日火曜日10時から12時まで、庁舎外でございますが、麹町にありますルポール麹町の3階のアメジストで開催する予定としております。また、第7回会合につきましては、2月27日火曜日10時から12時まで、この庁舎の10階にあります1002会議室で開催する予定としております。また、開催の御案内は改めてメールやファクスなどでもさせていただきますので、よろしく願いいたします。以上でございます。

【小早川座長】

それでは、時間をオーバーしましたがけれども、大変密な議論をいただきまして、ありがとうございました。では、これで第5回の検討会を終わります。どうもありがとうございました。

～了～