

行政不服審査制度検討会（第6回）議事録

1 日時 平成19年2月13日（火）10時～11時50分

2 場所 ルポール麴町（3階アメジスト）

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）前回（第5回）の議論における指摘事項について

（3）主な論点に関する検討資料（第6回検討会用）について

（4）フリートーキング

（5）閉会

5 議事録

【小早川座長】

それでは時間ですので、これから行政不服審査制度検討会第6回会合を開催いたします。議論に入ります前に、お手元の資料について水野室長から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6回検討会用）」、資料2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5回検討会終了時点）」、資料3として「前回（第5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】

前回は、不作為に対する不服申立てと処分に対する新たな救済態様について御議論いただきました。現行法と違う話もありまして、この議論の中で、行政手続法との役割分担や改正行政事件訴訟法との比較といった観点も含めて、それぞれの論点について幾つかの方向性が示されたと思います。

そこで本日はまず初めに私の方から、前回の議論の結果を簡単に、ポイントをくくり出

して整理してみたいと思います。配付されておりますただいまの資料3を御覧いただきますと、これが前回の議論における指摘事項ということになっております。これを見ながら整理をさせていただきたいと思います。

まず前回は、不作為に対する不服申立てにつきまして、争訟手続と位置づけて、行政不服審査法においてその手続を定めるということを前提として、さてそれでは裁決の内容としてどこまで認めるべきかという、その点が議論になったところであります。資料3の1ページにありますように、その場合に、請求に理由があればということですが、申請どおりの処分の義務づけまで認めるべきではないか。それから、現行法ですと、不作為については何かをせよということではありますが、何らかの行為を命じるという選択も認めた方がよいのではないか。そして不作為の違法確認も可能としてはどうかという、そういったことが意見として示され、できるだけ柔軟な仕組みとすべきであるという点で議論の方向性の一致が見られたのではないかと考えております。

次に、処分に関する新たな救済態様についても御議論をいただきました。今の点と重なり合うわけですが、一応資料3の2ページ以下にありますように、行政事件訴訟法の改正を踏まえて、行政不服審査法についても同じレベルまで整備する必要があるのではないか、そして上級庁ではない第三者機関にも、言わば仮に命令裁決としておきますが、命令裁決を認めるべきではないかといった御意見。それから、これについてはしかし、訴訟と不服審査は全く異なる性質の制度であって、同じ仕組みとしなければならないということではないのではないか、裁判所と第三者機関を同視して、第三者機関に義務づけ裁決まで認めることは、実務上問題があるのではないかといった御意見。役割分担の問題として、事前手続は行政手続法で整備することにし、行政事件訴訟法との比較で行政不服審査法におくられる部分がある場合には、行政手続法の活用ないし強化で対応すべきところがあるのではないかという御意見。作用法上の申請権のない第三者が義務づけを求めるためには、この場合は差し当たり上級機関ですが、上級機関による監督権行使の職権発動を促すための実体法の手当てが別途必要になるのではないかといった御意見。何でも不服申立てできるとすると実務上大変なことになるので、留意が必要ではないかといった御意見が示されたと思います。

以上が前回の主な議論の結果として整理できるところではないかと思いますが、これらの論点につきましては、他の論点と同じようにワーキンググループの取りまとめをいただき、その結果を踏まえて、後日、再度全体を通して体系的に議論していただきたいと考えております。ただ、何かこれに加えてさらにこの際御意見等がありましたら、御発言をお願いしたいと存じます。

藤村先生、どうぞ。

【藤村先生】

第三者による義務づけ、あるいは差止めの点につきまして、労災保険とか社会保険のような金銭的な給付が主体のものについて、こういうのが必要なかどうかというのが、そもそも疑問に感じております。

それからもう一つは、例えば社会保険の場合でも、遺族の間の遺族給付、典型的にはいわゆる重婚の内縁関係といった問題で遺族間に争いがあるというケース。それぞれ順位の問題はありますけれども申請権を持っているわけですが、他人の申請権を差止めるとか、あるいは義務づけのケースは余り考えられないですけど、差止めの方が多いかと思います。そういったケース。それから労災保険の場合には同じように、もうちょっと広い意味で、つまり遺族年金以外に遺族一時金というのもございまして、もっとある意味で争い得る遺族の範囲が広いんですが、そういった後順位の人たちが差止めをする。

それから事業主と労働者の関係で、事業主の方が労働者の業務上による給付を差止めるというような問題、それから、不正受給があるから不利益処分をしようというような問題がございまして、そういった遺族間、あるいは労使間の問題を、こういう制度を一般的に広げると、非常に違った次元の問題が入ってくる。

つまり、遺族間の憎悪みたいな問題で紛争がこじれるという要素を増す。特に一応遺族についてはそれぞれ申請権があるわけですけど、自らの申請権を行使すれば足りるんじゃないだろうか。それから事業主についても、自分の保険料が増えるという点で問題があるわけで、その申請権を行使すれば足りるんじゃないか。つまり裁判所、行訴にあるような補充性のようなものも十分に頭に置いておく必要があるんじゃないかということの後で考えましたので、補充させていただきます。

【小早川座長】

ありがとうございました。

では中川先生、どうぞ。

【中川先生】

第三者が別の者に対する不利益、あるいは利益処分を求めるケースであります。こういった不服申立てを認める場合には、訴訟で原告適格が判断されるように、不服申立てにおいても、申立適格を十分に判定しないとイケないということになると思います。その場合に相当な調査事務量といいますか、行政に多大な負担がかかってくるということが考えられます。

また今具体例を挙げられましたけれども、同様に税の場合を考えましても、遺族間で相続の争いがあったときに、相続税の部分について関係者が、共同相続人にはありますけれども、片方の共同相続人に増額の更正をしるとか、あるいは減額の更正をせよというような申立て、あるいは従業員が給与の支払いをめぐって、この法人には所得が多額にあるはずだ、したがって、分配されるように全体の所得をもう一度洗い直せというような権利の発動が想定されます。こういったものは現在は、行政権の発動を促す意見なり陳情なり投書なり、あるいは情報提供という形で受け取っているわけですけども、これを不服申立てという類型の中へ取り込んでいくということになると、相当の行政上の負担を発生させることになるとおられますので、こういう形態のものを認めるという場合には、それぞれの実体法において、どこまでをどう相当な利害関係のあるものとするべきなのかを、それぞれの根拠法で決めていくべきで、行政不服審査法の中で漠然とした要件を決めても、機

能しないのではないかと思います。

前回の意見にもありましたが、裁判所は各省庁の所管法令にかかわらず、幅広く判定することができますが、各行政庁はその根拠法、実体法に縛られて行政を行っておりますから、幅広い利害関係を判定せよというのは非常に困難ではないかと考えるものです。

【小早川座長】

ありがとうございました。

それではどうぞ。

【和久井先生】

不服申立ての方法ですけれども、例えば第三者からの義務づけの申立てとか、それから利益処分差止めとかいったのを、一般法である行政不服審査法で広く認めてしまった場合に、個別のケースではいろいろ混乱が生ずるものがないのかどうか。というのは、裁判と違いまして不服申立ては簡単にできるので、相当留意しなければならないと、最後の御意見がありましたことをちょっと具体的に考えてみたんですけど、例えば学校の担任の先生が指導がおかしいということで、保護者が懲戒処分をしてくれとか、担任を外してくれとか、そういうことを不服申立てでしてきた場合、懲戒処分ですと公立学校だと都道府県の教育委員会ですし、それから担任ですと校長先生が言うことを聞かないから市町村の教育委員会に不服申立てをすると。

今まででしたら嘆願書とかいったもので、申請権がないので応答を必ずしもする必要がなかったようなケースでも、不服申立書と書いてあれば、応答して理由をつけて返答しなければいけない。複数の保護者が例えば口頭で意見陳述したいと言ったら、そういった手続を設けなければならない。悪い方に想像するとそういうことも生じるんじゃないかなと。

それから懲戒処分ですと、任命権者にするのか、それとも地方公務員ですと人事委員会、そちらが対応するのか、そういったことも地方公務員法で考えなきゃいけないかと思えますけれども、手当てもいろいろ考えないといけないということになると思いますので、やっぱり個別のケースでそういったことが出てこないかどうかというのは、一般法で一遍決めてしまいますと、その後の処理が心配だな、大丈夫なのかなという気がします。

それから差し止めですと、例えば児童虐待の場合、保護者から児童相談所の一時保護処分とかいったものについて、差し止めの審査請求とかが出てきた場合に、児童の保護の措置が控え目になってしまうのではないのか、そういう弊害も起きないかなという心配も、実務に携わっているとそういうことを感じます。ですから、一般法で決めてしまうというのはちょっと慎重を要するんじゃないかなというのが私の意見です。

【小早川座長】

ありがとうございました。

小幡先生。

【小幡先生】

前回のことについて今ずっと議論されていて、ただいま実務に携わっていらっしゃる方々から、申請権を有していない場合に、別の者に対して不利益処分をするよう求めるこ

とについての危惧というのが寄せられたように思います。特に金銭給付などはそういう問題があるかと思いますが、私は金銭給付については、これは認めなくてよいのではないかとも思いますが、そうなってくるとどのように適用除外を置くかとか、確かにそういう問題はあろうかと思えます。

ただ、要するに不服審査は訴訟ではないから簡単にできるということが先ほどから言われていますが、行訴法がもうあのようになってしまうので、行訴も本人訴訟で、できますので、そういう訴訟が起きてくるということは、もう行訴法改正のときに想定されているということは明らかです。今危惧されているようなものも、もちろん原告適格がないということで、最終的にはできないかもしれませんが、そういう訴訟が起きてくる可能性があるということは厳然とした事実としてあるのです。したがって、これから非常にたくさんの義務付け訴訟が起きてくる可能性もあるわけですし、今行訴法が変わったばかりですが、すでに結構いろいろ出てきているようですので、一応そのような状況を念頭に置いた上で、行政不服審査法はどうかということを考える必要があるのではないかと考えております。

そこで、私もいろいろ難しい問題があるということはよくわかりますが、この資料2のところでも赤が入ってございまして、6ページのところで、今後検討を要する論点ということで、(ア)と(イ)というふうな、いろいろなところで両論、意見があるものについては2つ書かれてございまして、そのうちのどちらで行くのかという方向性が示されているのですが、6ページの今申し上げた点、議論になっているところは、これは1つだけにまとめられております。最終的にはもちろん、いろいろな問題があるということは私も承知しておりますが、前回の議論ではどのようにするか、例えば行政不服審査法で明確な形にしなくても、何か別の手立てもあるかもしれないという議論もあったように思いますし、何かここだけ1つというのが、違和感があって私は読んだのです。この検討の方向性のところで、例えば不利益処分で聴聞に関する手続の参加ということで、聴聞はやれるようにいわれていますが、不利益処分においても聴聞でない場合もたくさんあるわけございまして、行手法でどのぐらい見るつもりなのかというのがこのあたりで分からないということもありますので、前回の議論では一応もう一つの可能性も残っていたと思うので、最終的にどうなるかというのはもちろん今後のことですが、いま1つだけに絞ることは、多少違和感を持って読みましたが、いかがでしょうか。

【小早川座長】

この6ページのところの問題というのはありますが、御発言はほかにありますでしょうか。

和久井先生、どうぞ。

【和久井先生】

今小幡先生から、行訴法でそういう争訟の方法は認められているというお話がありましたけれども、行訴法を見ますと、例えば37条の2とかは、「損害を避けるために他に適当な方法がない限り、提起することができる」というような規定があって、行訴法で同じよ

うなのを認めますと、ここの行訴法の規定の要件を満たすためのハードルが一つできてしまうのではないかなということも考えられるのではないのでしょうか。

ですから行訴法は、不服審査の方ではそういう手段がないということを前提につくってあると思いますが、そうすると、一般的にそういった行服法の手段を前置してから訴訟ということにすべきかどうかという議論も、もし同時に法律ができるのであれば、しなければならなかったということになるのではないかなという気がします。

それから先ほど申し上げたのは、例えば懲戒処分とか担任外しとかというのは、普通は申請は認められていないはずなんですけれども、行服法の規定でできるということになると、結局教育委員会等でちゃんと理由をつけて応答する。却下するにしても、重大な損害があなたにはありませんよということになるとは思いますけど、保護者の方からなどであれば、そこを審査するにもかなり実質的な審査が必要になるのではないかなということで、もともと申請が認められていないということとは矛盾しているような感じが否めないというところでは。

【小早川座長】

山本先生、どうぞ。

【山本先生】

1つは、先ほどから、だれが申立権を持つかという点を慎重に画する必要があるという御意見がありまして、それは確かに行訴法においても、法律上の利益を有する者という限定があるわけで、この限定は行政不服審査の場合にも、行政手続法に入れるか、あるいは行政不服審査法の対象にするかという問題がありますが、いずれにしても、法律上の利益という縛りはやはりかけることになるだろうと思います。その判定が実際上難しいということではありますが、それは学説が頑張っ、もう少し基準を明確化するということではないかと思ひます。

それから、仮に制度化をする場合にどこまでのことを認めるかという話ですけれども、必ず行政機関の側が調査をして、最終的に処分をしないと違法なのかどうかということすべてについて判断することになりますと、結構大変だろうと思ひますので、申立人が十分な証拠等を持っていない、それで申立てをしてきた場合には、十分な職権発動の端緒にならないので、とりあえずは何も措置をとらないといった形の応答も認めるべきではないかと思ひます。

ですから、完全な申請権と同じだけのものを認めるところまで行くと、かなり大変かなとは思ひますが、もう少し手前の、前回たしか小早川先生が、独占禁止法の45条の規定が参考になるんじゃないかと言われましたけれども、申請権には至らない申立権ぐらいのところは認めることが考えられるのではないかと思ひます。

【小早川座長】

水野先生、どうぞ。

【水野先生】

冒頭に藤村先生、中川先生、和久井先生がおっしゃった点なんですけれども、今、山本

先生がおっしゃったように、基本的には申立人適格の問題が大半じゃないのか。つまり、こういうひどい例まで調査して応答せないかんというのが行政としては大変負担が多くなるという趣旨だと思うんですね。今、山本先生がおっしゃったように、申立人適格については、行政不服審査法では「不服がある者」という規定ぶりなんですけれども、行政事件訴訟法と同じように、法律上の利益を有する者と解釈されている。ですから今の解釈のもとでは、先ほどおっしゃったような心配は当たらないと思います。

ただ、この現行法の4条の「不服がある者」という規定を、判例のように非常に厳しく解釈するというのは反対ですので、そういう意味からすると、4条の「不服がある者」というのはかなり広く解釈されるという余地を残しておいて、そして第三者による差止め等の場合には新たな条文を設けて、申請適格の規定を設けるというのも一つの解決策ではないかと思います。

それから、こんな例もある、あんな例もある、こういういろんな例が出てきて困るとおっしゃるんだけど、それは乱訴といいますか、乱申立てを心配しておられるのだらうと思います。それはある程度あり得るだらうとは思いますが。しかしだからといって、権利利益が侵害されるということで本当に困って申立てをしているときに、その申立てを認めなくていいのかというと、やはり救済手段としておくべきです。

例えば、担任を代えてくれというのが例として挙がりましたけれども、全く取るに足らないような理由で担任を代えてくれというのは、当然問題にならない。しかしケースによっては、本当に担任を代えないとその子供がだめになってしまうというケースだって、あり得るだらうと思うんですね。そういう場合には、やはり救済の手段を設けておくということが必要だらうと思います。

【小早川座長】

藤村先生、どうぞ。

【藤村先生】

今の水野先生のお話で一言だけお断りさせていただきたいのは、私が当初申し上げたケースは、行政実務上で法律上利害関係のある者ということで取り扱っているものの例でございますので、一応法律的な利益を有する間でそういった問題が生ずるということを指摘しておりますので、一言申し上げておきます。

【小早川座長】

いろいろ議論、御意見がおありなところなのですが、さてと、どうしましょうね。この問題は確かにいろいろ御指摘がありましたように、1つは一般法でやるのか個別の法でやるのか、あるいは争訟手続として取り扱うのか個別の行政作用実体法の仕組みとして考えるのかと、言わばそういうことですが、そういう角度の問題でもある。それから行訴法との対応関係ですね。これは確かに、あちらの方で、差止めもそうですが、義務づけも、補充性の要件というのがありますが、こちらで何かをした場合にこちらがどうなるのかというところは問題ですね。ただそこはまた逆に言えば、司法救済と行政救済の間でどうやってバランスをとって役割配分していくのかという、まさに全体の制度設計の問題を考える

べきだということでもあるのかもしれませんが。

いろいろ御意見があるので、どうでしょうか、両端の御意見から、やや中間的な第3の道的な御意見もあったかと思えますけど、この段階では一本化じゃなくて、少し幅を持たせてさらに議論をするということにしましょうかね。事務局もいいですか。

【水野室長】

はい、わかりました。

【小早川座長】

じゃ、この方向性のまとめ方については、またちょっと考えさせていただきます。では、そんなところでよろしゅうございましょうか。

では、今日はその次であります。今日の固有のテーマとしましては、資料1に基づきまして、項目6の「処分以外のものに対する不服申立て」について御意見をいただきたいと思えます。毎回申していますが、資料につきましては、御議論を踏まえて今後追加・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。

では事務局から、資料1の内容について御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。

なお今回の資料では、検討の方向性を記載しておりません。前回の検討会までで御議論いただいてきました、これ以外の論点につきましては、検討の方向性について御議論いただく前の第1回と第2回の検討会で、まず論点の整理をしていただきましたが、今回の「処分以外のものに対する不服申立て」については、まだ論点整理がなされておきませんので、今回はまず論点整理から御議論いただければ幸いです。

また、各論点別に事前に整理すべき事項というものを資料に記載しておりますが、これについてもどのように整理をするべきなのか、事務局では適切な回答を御用意できておりませんので、先生方の御指導を特にお願ひしたいと考えております。次回の検討会の資料は、本日の議論を踏まえまして、事務局で作成したいと考えております。

資料の1ページから御説明申し上げます。まず、基本的な考え方でございます。現行制度は処分以外の行政上の行為に関する規定は特にございませんが、処分には継続的性質を有する事実行為が含まれるものとするとしております。

また、その次の、行審研・特定事項調査研報告書での指摘事項でございますが、こちらでは理論的に可能な事項を指摘されておりますが、例えば(ア)では、「不服申立制度の外に置かれてきた各種行政上の行為についても、これらが国民の権利利益に触れるような場合には、不服を受けとめるための制度を設けておくことが望ましい」でありますとか、「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不服申立手続を設けることが適当ではないかと考えられるが、行政立法、行政計画をその対象とすることは適当でない」と考えられるとか、また(ウ)では、「処分の取り消しを基本とする処分に対する救済の内

容とは異ならざるを得ない」など、以下（エ）から（キ）までの御覧の事項が指摘されているところでございます。

2ページでございます。検討を要する論点として掲げてございますが、まず総論としまして、「処分以外の事実上の行為についてどう考えるか」、また、「処分以外の行政上の行為に対する不服申立制度を設ける場合の立法事実は何か」といった論点を掲げております。

次に、この論点の検討に当たり事前に整理すべき事項を掲げております。（ア）でございますが、「処分以外の行政上の行為に対する不服申立制度を創設する必要性を裏づける立法事実はどういった内容であるか」、また、「本来、国民の権利義務に変動を及ぼさない行為である行政指導等について、国民の権利義務に変動を及ぼす処分性と同等の不服申立制度を創設する必要性をどう説明するか」、また、「継続性を有しない一時的な事実行為は、不服申立てによって救済を受ける時間的余裕がなく終了してしまうことから、不服申立てを認める実益がないとされていることとの関係をどのように考えるか」を掲げております。

また（イ）ですが、「現行法と同一性のある制度となるか、あるいは行政手続法や個別の作用法での対処方法も検討する必要はないか」、（ウ）ですが、「処分以外の行政上の行為という概念は広汎に過ぎるが、その対象範囲の限界を画することができるか否かという立法技術的な問題の前提として、どのような観点で対象とする行為を絞り込めるか」、また、「行審研報告書で指摘されております「国民の権利利益に触れるような場合」とは、具体的にどのような場合を意味すると定義するか」などが、事項として挙げられるかと考えております。

その次の論点でございますが、「処分以外の行政上の行為に対する不服申立制度を設けるとした場合、その基本的性格をどう位置づけるのか。現行の不服申立制度に近いものか、もしくは行政上の苦情処理に近いものとして設計するか。また現行法の目的をどのように規定するか」ということを論点として掲げております。

事前に整理すべき事項としましては、（ア）でございますが、「不服申立てに対する応答には処分性が認められるのか。その内容について抗告訴訟を提起することはできるか。そもそも処分性のない行政指導等が抗告訴訟の対象となることについて、行訴法との整合性をどう考えるのか」、（イ）でございますが、「申立てに係る事案の調査及び回答するという程度の応答義務を行政機関に課すこととし、現行不服申立制度に近いものとして制度設計をすることは可能か」、（ウ）でございますが、「行政の説明責任を果たすという点を重視し、行政機関の長は申立ての趣旨及び理由等に応じ、必要な調査及び回答をするよう誠実な対応に努めるものとし、行政苦情処理に近いものとして制度設計することは可能か」、（エ）ですが、「行審法の目的規定をどのようにするか」などが、事項として挙げられるのではないかと考えております。

次の論点でございますが、「行政機関は現実的にこのような不服申立てを処理できるか」という論点でございますが、事前に整理すべき事項としましては、「行政運営上機動的に行う必要がある行政指導等について、応答義務のある不服申立制度が現実的に機能するか」でありますとか、最近では、賞味期限切れの食品を使用した企業に対する行政指導な

どといったものが報道されておりますが、このように「緊急性・公益性を有する行政指導を行う必要性と、不服申立ての審査等を、並行して円滑に進めることは可能か。また、不服申立てが多発することにより、本来の行政運営が停滞するおそれはないのか」といったことが、事項として挙げられると考えております。

その次の論点でございますが、「救済手段についてどう考えるのか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としましては、(ア)で、「各行為の違法性又は不当性の確認は、實際上どのような意義を持つか。また、その法的性格はどういうものか、国民の権利義務に影響を及ぼす「確認処分」のようなものであるのか、それとも行政機関による一種の宣言行為であるのか」、また、(イ)としまして、「確認以外の救済手段はどのような法的性格を有するものとするのか」などが挙げられると考えております。

4 ページの次の論点でございますが、「不服申立てに対する処理機関はどこが担当するのか」という論点を掲げておりますが、事前に整理すべき事項としましては、(ア)で、「当該事実行為を行った担当者が所属する行政機関において処理するとした場合、行政の自己反省機能が期待できるのか。また、処分を対象とする不服申立てでは原則として上級庁が審理を担当することとの対比をどのように考えるのか。また、審理に要するコスト・人員を確保できるのか」といったことが挙げられるかと考えております。

その次の論点でございますが、「不服申立手続をどのようにするか」という論点につきましては、事前に整理すべき事項としまして、「処分性のある行為と同一の手続、又は異なる手続とした場合、どのような手続をとるか」、また、(イ)で、「「調査する」手続とは具体的にどのように規定するのか。また不服申立人にはどのような手続的権利を付与するか。また、行政機関にはどのような義務を負わせるか。処理担当者はどのように決定するのか」といったことが挙げられるかと考えております。

また、その次の論点でございますが、「不服申立て期間をどうするか」という論点を掲げております。これにつきまして事前に整理すべき事項としては、「その起算時をいつとするか。また、継続的な行為についてはどう考えるのか。継続的な行為が終了した場合はどう考えるのか。継続的な行為と非継続的な行為とでは、起算点の考え方が異なるのか」といった事項を掲げております。

次に5 ページでございます。こちらから各論に入ってまいります。(2)の行政指導につきましては、現行制度は特段の規定はございません。一方、行政手続法では一定のルールが決められているところでございます。その次のイの行審研・特定事項調査研報告書につきましては、以下御覧のような事項が指摘されております。こちらについては省略させていただきます。

次の6 ページでございますが、検討を要する論点として、最初の論点ですが、「行政指導に対する不服申立てを認める立法事実は何か」という論点を掲げております。これについての事前に整理すべき事項といたしましては、「「国民の権利利益に触れるような場合」とは、具体的にどのような場合なのか。すべての行政指導が該当するのか、それともある特定の行政指導が該当すると考えられるのか」、(イ)ですが、「行政指導に従わないことを公

表されるといったことにより、営業上の信用に傷がつくなどの不利益をこうむる場合が理論的には考えられますが、現実には違法な行政指導がなされたためにこのような問題が生じた事例はどのようなものがあるのか。また、行政指導を行った事実自体が報道などにより公表されるのが実情と思われませんが、このような公表行為自体も問題としてとらえるか。また、行政指導に従わないことにより、後で不利益処分が発動されたりする場合が理論上は考えられますが、行政指導に従わない段階ではなく、不利益処分が発動される段階で名あて人の権利義務関係に影響が生じるのでありますから、当該不利益処分について争えば十分であるとは言えないか」、また、(ウ) ですが、「判例では行政指導の性質を有する行政行為についても、処分性が認められる場合があることを認めておりますが、「国民の権利利益に触れるような場合」については、処分性を柔軟に解釈することにより救済を図る方向で検討することも可能ではないか」という事項を掲げております。

次の論点でございますが、「行政指導について規定している行政手続法との関係をどのように考えるのか」という論点を掲げております。事前に整理すべき事項としましては、「行政手続法が規律しており、それで十分ではないか。又は行政手続法に違反する行政指導が問題になっているのかどうか。行政手続法の規定で不十分であれば、行政手続法の改正により対処すべき問題ではないか」といった事項を掲げております。

7 ページに入りまして、次の論点ですが、「対象とすべき範囲をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としましては、(ア) の、「根拠が法定されている行政指導を対象とすることは可能か」、また、(イ) で、「行政手続法の規定で、行政指導のうち書面交付がなされたものを対象とすることは可能か、また、書面交付請求さえすれば行政手続法上のすべての行政指導が対象となり得るのかどうか。そのような行政指導一般が、「国民の権利利益に触れるような場合」に該当するものであるのかどうか」、また、(ウ) で、「多種多様な行政指導の対象範囲の限界を法律で画することができるかどうか」といった事項を掲げてございます。

次の論点ですが、「違法性・不当性の判断基準をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としまして、「法定されている場合はその根拠法令を判断基準とするべきか」、また、(イ) で、「行政手続法を判断基準とするべきか。違法な行政指導を是正する必要があるとするのであれば、むしろ、行政手続法において行政指導の適正化を図ることを検討することも可能ではないか」などを掲げております。

その次の論点ですが、「救済方法をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としましては、「実効性のある救済手段としてはどのようなものがあるか。行政指導の違法性、又は不当性の確認は、實際上どのような意義を持つのか。それは「確認処分」のようなものであるのか、それとも宣言行為であるのか」ということを掲げています。

次の(ウ) でございますが、是正措置としまして、行政指導の取り消しや繰り返さない旨の確認、行政指導指針の改定、書面の交付などが掲げられておりますが、「これらの救済手段はどういう法的性格を有するのか」といった事項を掲げているところでございます。

9 ページに入りまして、行政指導以外の事実行為についてでございます。現行制度につ

いては特段の規定はございません。また、行審研と特定事項調査研究所の指摘事項については、以下の御覧のような事項が指摘されております。これについては説明を省略させていただきます。

次の10ページでございますが、検討を要する論点としまして、「行政指導以外の事実行為を不服申立ての対象とする立法事実は何か」という論点を掲げております。これについての事前に整理すべき事項としまして、(ア)で、「単発の事実行為で、不服申立ての道を設ける必要がある場合とは、具体的にどのような場合か。また、当該行為を受けた本人を救済する法的措置は国家賠償の分野とは考えられないか。客観争訟的な制度を設ける趣旨と考えるか」、(イ)としまして、「行政上の強制執行については、事実行為に先立って行われる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ないか。事実行為のみを切り出して別途不服申立ての対象とする必要性はどう考えるか。過剰執行の場合、事前の救済は考えがたく、国家賠償による救済が図られる分野とは考えられないか。また、行政上の強制執行の実施方法等は、過剰執行であることの判断は必ずしも明確・容易ではありませんので、行政救済として機能するのは困難が予想されないか」、(ウ)でございますが、「行政調査に基づいて処分が行われる場合には、当該処分に対する不服申立てにより救済が図れないか。行政調査を申立ての対象とする必要性はどう考えるか。緊急性・必要性が高い法定された行政調査行為などを拒否する権限を、不服申立制度によって付与することについてどう考えるか。行政調査の違法性・不当性を確定しておく必要がある場合とは、具体的にどのような事例か」といったことを掲げております。

次のページの(エ)でございますが、即時執行についても、例えばいろんなものを掲げておりますが、「収容に関する不服申立て手段で救済が図れないか。また、矯正における処遇のように、個別法で対処すべき問題ではないか。また、非継続的な単発の即時執行については、国家賠償請求以外に違法性・不当性の確認という形で私人の権利利益の救済を行う必要がある場合とは、どのような事例があるか」といった事項を掲げております。

その次の論点でございますが、「対象とすべき範囲をどうするか」という論点を掲げております。事前に整理すべき事項としましては、「これらを対象とする理由をどのように考えるのか」、(イ)で、「それらの対象範囲の外延を明確に画することは困難ではないか。定義規定を設けることは可能か。また、どのような定義内容になるのか。そもそも各行為の根拠法令を列挙するか。この場合、根拠法令の新設・改正・廃止などに応じて現実的に対応できるのかどうか」といった事項を掲げております。

その次の論点ですが、「違法性・不当性の判断基準をどうするか」といった論点につきまして、事前に整理すべき事項としましては、「事実行為が法定されている場合はその根拠法令を判断基準とするべきか。これ以外に判断基準として考えられるものは何か」といった事項を掲げております。

その次の論点としまして、「救済方法をどうするか」という論点につきましては、事前に整理すべき事項としまして、「緊急性・必要性が高い事実行為を拒否する権限を、不服申立制度によって付与することについてどう考えるのか」、また、(イ)で、「事実行為の違法性、

又は不当性の確認はどのような法的効力（性質）を持つのか。それは「確認処分」のようなものであるのか、それとも宣言行為という事実行為であるのか」、また、「誤った情報提供がされた場合の訂正でありますとか、内部基準等の改定といった是正措置が掲げられておりますが、これらの救済手段はどのような法的性格を有するのかといった事項が考えられるのではないか」としております。

次の13ページでございますが、行政上の契約についてでございます。現行制度は特段の制度はございません。行審研と特定事項調査研報告書の指摘事項については、以下の御覧のような事項が指摘されておりますが、説明は省略させていただきます。

次の検討を要する論点としまして、「行政上の契約に対する不服申立制度をつくる立法事実は何か」という論点を掲げております。これについての事前に整理すべき事項としまして、(ア)で、「行政上の契約のうち、不服を申立てる手続を設けることが適当な場合とは、具体的にどのような場合なのか。また、他の救済手段が存在する場合も不服申立手続を設ける必要があるか」、また、(イ)で、「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」とは、具体的にどのような契約を指すのか」といった事項を掲げてあります。

次の論点でございますが、「対象とすべき範囲をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としましては、「このような法令上の規定とは、法令の規定であることを要するのか、それとも要綱等の内部規定で足りるのか」、(イ)で、「行政上の契約の準備行為に対しても不服申立てを認めるか」、(ウ)で、「政府調達苦情処理体制など、行政内部の救済制度が既に整備されているものについては、当該制度との関係をどのように整理するか」、(エ)で、「民事的な解決方法もとり得ることとの関係をどのように整理するか」、(オ)ですが、「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ものの外延を法令上画することは困難ではないか。定義規定を設けることは可能か。どのような定義内容が考えられるのか。各行為の根拠法令を列挙するか。この場合、当該法令の新設・改正・廃止などに応じて現実的に対応できるか」といった事項を掲げております。

次の論点でございますが、「違法性・不当性の判断基準をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としまして、「当該契約を規律する法令を判断基準とするべきか、このような判断基準以外に判断基準として考えられるものは何か」といった事項を掲げてあります。

次の論点の、「申立てに対する救済方法をどうするか」という論点につきまして、事前に整理すべき事項としまして、(ア)では、「実効性のある救済手段とはどういうものか。契約の違法性、又は不当性の確認は、實際上どのような意義を持つか」、(イ)ですが、「契約の違法性、又は不当性の確認は、どのような法的効力（性質）を持つか。「確認処分」のようなものであるのか、契約の無効を宣言するのか、契約の取り消し、又は解除事由の存在を認める意味があるか」といった事項を掲げております。

15ページでございますが、是正措置といたしまして、入札の参加資格の確認でありま

すとか、補助金受給資格の確認、補助金の交付、給水契約の締結といった是正事項が、特定事項調査研報告書では掲げられておりますが、「これらの救済手段はどのような法的性質を有するのか。法的拘束力を認めるのかどうか」といった事項を掲げているところでございます。

この資料については説明は以上でございますが、これについてさまざまな御意見をちょうだい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】

最初に説明がありましたように、この論点につきましては、今回とそれから次回と、2回議論をしたい、今日の御意見を踏まえて検討の方向性のようなものを次回にはもう少し用意をしたいということでもあります。という前提で、今日の事務局からの説明は、今まで手のついていない領域で、それだけにいろいろ問題があるね、という印象の非常に強い説明ですが。

ただ、御承知のようにここで挙がっている、大きく分けて3つですが、行政指導、それからそれ以外の権力性のある事実行為で今は不服申立ての対象になっていないもの、それから契約、というのは、それぞれいわく因縁のある話であります。行政指導については、行手法制定のときには是正措置なり救済手段をどうするかというのは御承知のように議論があって、そこはやや積み残しになっているという問題でもあるわけですね。そのときも、オンブズマン的な仕組みがぜひ必要ではないかという意見などもありました。行政強制的な話というのは、これはまた戦後行政法制の大きな宿題になっているところでありまして、その一端がここでまた出てくる。契約については、これまた理論的にも実際的にも極めて大きな問題であることは周知のとおりだと思いますが、それだけにいろいろ論点は山積みであるといったところかと思えます。

そういうことで御意見をいただきたいと思いますが、順序として、最初に基本的な総論があり、各論がありますが、私の印象では、総論で抽象的な議論をしてもかなり混乱するおそれもあるので、どちらかといえば、最初は行政指導あたりからを念頭に置いた議論といった形で始めてはどうかとも思うのですが、そこは皆様の頭の動き方次第で、御発言を制約するつもりはございません。

ですから、最初は総論なり、あるいは各論の最初の行政指導の部分なり、その辺の関連で御発言があればということで始めたいと思いますが、いかがでしょうか。

どうぞ、前田先生。

【前田先生】

最初に、質問といいますか、情報提供のお願いということになるかもしれませんが、この資料で言いますと最初の部分、2ページ以降について、調査義務、回答義務をすべての申立てについて課すというような、不服申立て制度に近い制度設計をすることになりますと、ある程度、対象となる行為なり、申立ての資格なり、申立ての要件を設けて範囲を確定する必要性が出てくると思います。他方で、それが果たしていいのかという問題も別にあることを考慮して、その点を柔軟にするということになりますと、おそらく調査義務、回答

義務等について、3ページの上から2行目の(イ)、(ウ)で示されているように、申立ての要件を緩めるような形で、現行の苦情処理制度に近いような制度設計になっていかざるを得ない。

仮に、そういう現行の苦情処理制度に近いようなものを行政不服審査法に規定するということになった場合、現在の一般的な苦情処理制度、総務省も苦情処理について担当していますが、それとの仕分けなり役割分担が必要になってくるだろうと思われまゝ。そうしますと、やはり、現行の苦情処理制度がどのように運用されているのかということに関心が向きます。インターネット等でも運用状況の一端を知ることはできますが、極めて多数の案件があって、その中で相当スクリーニングされて、行政苦情救済推進会議に一部のものを付議するというような処理がされているわけですが、その運用の状況がもう少しよく分かる資料なり情報を提供していただければと思います。一般的な不服審査制度として、仮に苦情処理に近いようなものを設けた場合の課題ということになりますけれども、現行の苦情処理の状況から見た課題も知っておく必要があるのではないかとということで、関係する情報なり資料をお示しいただければと思います。

【小早川座長】

具体的にどういうふうに注文しますかね。確かに苦情処理の実態というのは重要だと思うんですが、何かデータはありますか。

【水野室長】

申しわけございません。苦情処理につきましては行政管理局の所管ではありませんので、何か適当な資料がないか、戻りましたら確認したいと考えます。

【石田行政管理局長】

1点だけ御説明できるのは、全体で年間18万件苦情処理をしておるんですが、そのうち12万件は相談員の方が個別に、今、全国に5,000人おられますけれども、それで処理していただいて、残りの6万件のうち半分、これはよく百貨店なんかには行政相談所が設けられている、そこで3万件処理しております、残りの3万件はそれぞれ行政評価事務所で受け付けています。全体で18万件ありますので、今先生の要望にあったように、果たしてどの程度分類されているかは、行政評価局でやっていますので、できるだけ努力して、どのようなものがあるかを分かるような形で努力はしたいと思いますが、ちょっと聞いてみないと分からないと思います。

【稲葉先生】

関連してですけど、その際に立法事実云々というお話が今日あったわけなんですけれども、それに即したデータというのがどの程度とれるのか分からないんですけれども、例えば行政指導絡みとか契約絡みとかいうような形で、ある程度実態がわかれば議論がしやすくなると思うんですけれども。

【小早川座長】

藤村先生。

【藤村先生】

関連なんですけど、今、局長の方からおっしゃられたのは、行政相談というのが総務省でやっておられる制度ですけれども、各省でも苦情の受け付けをやっているわけですから、その全体像をとらえるには、各省のものも把握しないと十分じゃないということになると思いますが、そういったデータもある程度とれるかどうか、あわせて御検討いただけたら。

【小早川座長】

今川先生、どうぞ。

【今川先生】

今までの御発言と関連してはいるんですが、多少別の次元の話をしたと思いますけれども、行政不服審査法等との関係で、仮に諮問型でかつ法的拘束力のない見解を述べる第三者機関を設けるとすると、むしろ手続的な補完とか、潤滑油的な役割を果たす第三者機関、要するに不服申立て期間を過ぎた場合であっても、何らかの理由があったときに、当該申立てによる救済にはならなくても、将来やっぱり一定の基準設定のときに重要な役割を果たすだろうとか、あるいは先ほどの教員、学校の先生の問題等がありましたが、不服申立ての適格性の問題にしる、当該申立てにとっては直接利益がないにしる、将来的には何らかのほかの方々、同種の課題が生じたときに新しい基準設定を運用上導けるような、そうした第三者機関が必要なのではないのか。1つは今オンブズマン制度というのがありますけれども。

ただその中で、今監察、評価を各省庁がやられておりますが、そのいわゆる第三者機関が意見表明なり勧告することによって、ほかの監察との連携がとれれば、将来的な制度改善へと導けるような、何かそういう複合した法の中において、潤滑油的かつ補完的な機能を設定するという制度設計ができるかどうかということだろうかと、私は思っております。それは地方自治体にとっても必要なのではないかなと感じているところです。

【小早川座長】

ちょうどお手が挙がりましたが、総務省、各省だけじゃなくて自治体はどうかというのは、これは大きな問題ですけど、東京都がどう問題把握をしておられるかも含めて伺おうかと思っていたところなんですけど、どうぞ、和久井先生、お願いします。

【和久井先生】

ちょっとそういうお話とは違うんですけども、処分以外の不服申立てについて規定する場合に、処分に対する不服申立てと共通したルールというのをどのぐらい設けられるかということが、行服法でその法律の中に規定する以上は共通性がなければ、必ずしも同じ法律の中に入れるのがふさわしいかどうかという問題にもなるかなと思います。

手前みそですけれども、東京都では知事部局の不服申立てというのは、処分をしたところじゃなくて、審査法務室というところがやっておりますので、この場合はある程度の客観性が確保されて、それから処理も能率的に迅速に行われていると思いますが、今まで処分ということで、法律、条例の適用、執行というのが実際に事実としてあるわけで、これに対してチェックを後からするという執行方法でやっておるんですけども、今回挙がっ

ているような処分以外のものについて、果たして今の私どものところで同じようにうまく処理がしていけるかなということを考えますと、場合によっては、これは処分を担当したところに対応した方がいいものもあるのではないかなという気がしますので、そこら辺が、統一的な処理ということを考えてどうなのかなという気がいたします。

とにかくその対象が何か、それから、どのような応答の仕方をすればいいのかということを決めておいていただかないと、応答する方が、これが対象なのかどうなのかといったところからかなり判断に迷う、まともな対応ができるかどうかということが心配な気がします。

【小早川座長】

どうもありがとうございました。

高橋先生、どうぞ。

【高橋先生】

立法事実の話は、ぜひいろいろと具体的な調査をしていただき、根拠づけられる事実を明らかにしていただきたいと思います。ただそれと並行して、この問題についてきっちり議論していかなければいけないことは事実だと思います。特に行政指導について例えば2ページに、「国民の権利利益に触れるような場合」はどういう場合を意味するかという話がありました。行政指導の場合でも、確かに任意の協力を前提として行われるものですが、行政機関がある種の事実認定とか法令解釈を前提にして、具体的な働きかけをしているわけですから、そういう意味で、その事実認定なり法令解釈について不服があるときに、何らかのある種の救済を与える必要性というものはあるのではないかと思います。

ただ「国民の権利利益に触れるような場合」というのは、かなりこの報告書というか、原案はこだわっていらっしゃるしまして、7ページのところでも、「国民の権利利益に触れるような場合」に該当するかどうかということの問題にされているのですが、立法事実としてはそういうことで必要があるということ踏まえて、では、どういう場合にこれを救うかというのは、ある意味では立法政策の問題だと思います。

したがって、ここで必ずしも「国民の権利利益に触れるような場合」という要件でなければ救えないとか、それ以外のものは救っちゃいけないとか、そういうところは別に考えた方がいいかなと思うわけです。ある程度関連性があるにしても、立法政策上どういう場合に仕切るのかというのは、別の問題として考えてもいいのではないかと思います。

したがって、そういった意味ではこの(イ)案に示されているように、法定されている行政指導、この場合には何らかの意味で法令立法者が、これはやっぱり法令に明確に要件を定めて行政指導できると考えているわけで、法令上の整備の必要性という立法趣旨が示されているわけですし、さらに書面交付請求権等の書面でされたということについてもある種、国民の側から見た重要性ということがあります。行政機関の方からも重要性ということ認識して、書面という話になっているわけですから、そういった意味での救済の必要性というものは、そういうところですくい上げることができるのではないかと思います。

したがって、結局言いたいことは、定型的な明確性ということを考えれば、ある種法令

とか、書面といったことが救える基準であって、それとすべてのそういう場合が「国民の権利利益に触れるような場合」かどうかということ、余り連動して考えなくてもいいのではないかと思ったということでございます。

【水野先生】

今御指摘があった7ページの、「根拠が法定されている行政指導」というのが一体どれくらいあるのかというのがわかれば、次回でも結構ですから教えていただきたいと思えます。

それからもう一つ、ついでに質問いいですか。今回のペーパーの中で、10ページの下から4行目ですけれども、「緊急性・必要性が高い法定された行政調査行為などを拒否する権限を不服申立制度によって付与することについてどう考えるか」というくだりがあります。同じような表現が11ページの下から2行目にもありますが、この意味がよく分からない。これはどういう意味なんでしょうか。分かれば教えていただきたい。

【小早川座長】

じゃ、お願いします。

【水野室長】

各種行政調査を行う場合には、例えば、最近問題となっておりますような国民の衛生や安全にかかわる問題など、早急に行政機関が対処しなければならないような場合も相当程度あると考えておまして、そのような場合に、行政調査に対する不服申立てがなされることによって、逆に、行政機関が緊急に対処しなければならない場合の妨げになってしまうおそれがないかということをお慮して、ここには書いているわけでございます。

【水野先生】

それは、不服申立てが出れば直ちに執行が止まるという前提の話ですか。

【水野室長】

どのような制度をつくるかは、またこれから御議論していただくことではございますけど、そういった懸念もあるのではないかと考えております。

【小早川座長】

じゃ、藤村先生。

【藤村先生】

前田先生からは、非常に幅広に御議論されたいという御意見が出たんですけども、間口を広げれば広げるほど苦情処理とか請願とか、そっちの方へどんどん広がって行って、不服審査法あるいは行政手続法のカバーする範囲をどんどん超えていってしまうんじゃないだろうかということをお慮しております。基本的にはやはりある程度絞ったところで考えていかないと、行政不服審査法に乗せられるかどうかということにはならないんじゃないだろうかと思えます。

それでかつ、こういうことで不服審査をすることができる人というのは、不服審査の請求権があるということかどうか、ちょっと分からないんですけども、そういう一種の権利性のある立場ということであればよいが、ただ、だれでも苦情を申立てるというだけではやはり不十分で、法律的な利益とまで言えるのかどうか、私もよくわかりませんが、

かなりそういう概念に近いものにしなきゃいけないんじゃないか。

ここの行政指導で考えますと、ちょっと高橋先生の御意見でわからなくなったんですけど、5ページのイの（ア）に書かれているわけですけども、行政指導に従わないことを公表される等で、信用に傷がつくという不利益が生ずるとか、行政指導に従わないことにより、後に不利益が発動されるということで、公表も私は不利益処分じゃないかというケースは思っておるんですが、要するに行政指導と不利益処分が制度上リンクされている場合については、その後の不利益処分について行政手続法でその発動が、前の行為が違法だということも含めて審理をすれば足りるんじゃないか。

それからもう一つは、行政手続法でそういう法律上のリンクがないものについて、にもかかわらず不利益処分があるかのごとき言辞をするというのは、手続法で禁じているわけですけども、先ほども小早川先生のお話にありましたように、そういう行政手続法違反のものをどう排除していくかというか、手続法の法規を担保していくかということを考えればいいんじゃないだろうかということ、いずれにしても行政手続法の問題というふうになっていくんじゃないだろうか。残った部分、不利益処分の事後の審査というのももちろんあるわけですけども。ということであるとすると、余り特別の手続を考えなくていいのではなからうかと、そんな印象が行政指導についてはございます。

【小早川座長】

ありがとうございました。

時間の関係もありますので、もう行政指導に限らず、ほかの各論分野も含めて御意見をいただきたいと思いますが。

では、稲葉先生、どうぞ。

【稲葉先生】

今の段階ではとりあえず非常に大きな話をさせていただきたいと思います。今日事務局の方から、処分以外のものに対する不服申立てにつきまして、いろいろと難点と言っていると思いますけれども、問題点、課題が指摘されたわけでありまして。その点についてはぜひ、行審研あるいは特定事項調査研に携わった方の方から、反論といいますか、あるいは御説明を——もう既に高橋先生の方からはあったと思いますけれども——していただければと思います。私自身は全体的な印象としましては、いろんなものがごちゃ混ぜになっているという印象でありまして、そういう意味では行政指導、それから権力的事行行為、行政契約と、むしろ分けて議論した方が、生産的な議論ができるかなという印象を持っております。

行政指導につきましては、報告の基本的なコンセプトを私なりに理解すると、抗告争訟的といいますか、準抗告争訟的なものとして考えられているのではないかと思うんですけども、その中で、もうちょっと区分して議論した方がいいかなと思うわけでありまして、先ほど来から出ております法的な不利益といいますか、その面から不服申立てにどこまで乗るかどうかということについて議論があるわけですけども、私の見るところでは、例えば行政指導につきましては、苦情处理的なものも含まれておりますし、それから処分

性があるというようなものもあるわけでありまして、それであれば抗告争訟的なものに乗ると。

そうでなくて別途当事者争訟的、これは今まで明確にそういう言い方で議論はされておられませんけれども、行訴法との関係、とりわけ2004年改正の議論を踏まえますと、私は全体として、処分以外のものについては当事者争訟的な構成というものができないかと思うわけでありまして、現在の不服申立制度を言わば抗告争訟的なものと言いますと、その意味での処分性というものが認められなくても、不利益的取扱いとの関係等々、一定の法律関係、あるいは義務の不存在確認とか、何かそういう法律関係を行政指導絡みで問題にする等というようなことはあり得るのではないかと、あるいはあってもいいのではないかと思うわけでありまして。

権力的事実行為につきましては、差し止めとの関係では、既に不服申立ての対象性が認められるということになるのではないかと思うんですね。ただそれ以外との関係で申しますと、もう既に既遂のものであって、言わば不服申立ての利益があるのかということが問われているわけでありまして、私の印象としては、かなり客観争訟的なものとして構想されているのではないかと。そういう意味で、行政指導の場合の苦情処理的なものに近いんですけども、そういう意味での異質なものが入っているのではないかと。

最後の行政契約につきまして、これはまさに当事者争訟的なものとして考えると分かりやすいものであって、こういう制度は十分考えられるのではないかと。具体的な是正方法、結局、例えば給水契約等の関係では、債務の履行請求と考えることができるわけでありまして、入札との関係では、参入資格があることの確認争訟であるとも考えることができるわけでありまして、そういう意味では、行政契約についてはむしろ当事者争訟的なものとして考えると、これは制度に乗りやすいのではないかとすら思うわけでありまして。

そういう理解がいいかどうかということも含めて、今まで議論されてきた方からのコメントをいただければと思いますが、結論的には、私自身は、処分以外のものについても不服申立ての制度の中に位置づけるということは可能であるし、また必要であると。1つは改正行訴法との対応関係というのがありますし、現に利益の救済という観点からも必要性があると言えるのではないかと考えております。

以上です。長くなりまして恐縮です。

【小早川座長】

ありがとうございました。質問ですが、抗告争訟的、当事者争訟的、客観争訟的と言われましたが、最後に不服申立ての枠内で行われたのは、当事者争訟的なものも。

【稲葉先生】

含めて。

【小早川座長】

入れて、今の不服申立てのコンセプトをちょっと変える、と。

【稲葉先生】

多分議論では、主観争訟的だというのは全体として皆さんの構想だと思うんですけど

も、中で当事者争訟的なものを正面から位置づけたらどうかというようなことです。

【小早川座長】

ありがとうございました。

じゃ、小幡先生。

【小幡先生】

初めに大卒のところから感想を申し上げれば、本日1つ目の議論は、今回の行政不服審査制度改正は、行訴法改正を見て、行政不服審査法の方もそれと同等以上ぐらいの改正はやはりしなければいけないのではないかという話で出てきた議論でして、つまり義務づけ、差止めもやれるようにしてもよろしいのではないかと私は考えてお話ししたのですが、今度の論点というのは、行訴法で処分というのは、国民の権利利益にかかわるところで法定されていて、その救済という形で制度がつくられているに対して、行政不服審査法というのは行政が自ら行う救済ですから、さらに、現実に国民が行政指導や、行政契約、行政調査など、いろいろな形で行政とかがかわって問題が起きている場面があるのであれば、何かしらここで拾うことができるのではないかという議論なのだと思います。

そういう意味では、今稲葉先生がおっしゃいましたように、主観訴訟、客観訴訟という観点がありますが、訴訟と並ぶという話が主観訴訟的だとすれば、行政不服審査ならではのところ少し取り込まれているような感じはしております。ですから立法事実との話が問題になるとして、ここでも掲げられているのかという感じがしているのですが、6ページのところで先に行政指導のことを申し上げたいのですが、法令に根拠がある行政指導というのは、やはり、かなり大きな意味を持っていると思います。

実はそのような大きな意味をどうして持っているかということが問題なのですが、行政手続法では不利益取扱いとしてはいけないと書いてあるのに、現実にはさまざまな国民にとっての不利益のようなものがありうるのです。例えば、あとで公表されるということ、本物の制裁的公表であれば、果たして許されるのかという問題はあるように思いますが、いずれにしても何かしらの不利益と感じられることが後に控えていて、あるいはほかの条例の仕組み、給水拒否もそうですけれども、そういうこととリンクさせる形で仕組まれているとすれば、この行政指導が果たしてどういうものであるかということをはっきりさせておかないと、国民としては現実に困るという状態があるように思います。

それは行政手続法違反になるというのはそうかもしれませんが、行政手続法違反をしないようにどのように担保していくか。行政指導に従っておいて、国賠で請求するという対処は今でも考えられますが、行手法で行政指導原則違反について何か書けばよいといっても、ここの検討会でどこまで詰められるのかというと、なかなか難しいと思います。そうすると、ここでその部分について何かアクションできるという仕組みをつくることは、私はやはり必要ではないかと思えます。6ページのウの(イ)のところ、例えば不利益処分について争えれば、何か本当に不利益処分がなされれば、そこで、これが行手法違反かどうかという話になると思います。

ただ先ほどの話で、例えば不利益処分についての差止めは、訴訟ではできても行政不服

審査法ではできないようにするという話になるとすれば、それは聴聞まで待たなければいけないことになります。あるいは聴聞が本当になされるかどうか、弁明の機会が足りるかもしれませんし、そういうところは、やはり、これも先ほどの議論と実はかかわると思うのですね。差止めはできないという立場を行政不服審査法でとるのであれば、行政指導に従わないでリスクを犯して不利益処分が出るまで待つて争えということになります。事前の差止めができないので、行政指導を争わせる必要性が高くなるように思います。

不利益処分にかかわらない不利益取扱いというのは、やはりよくあるわけでありまして、例えばかなり前の東京地裁の事件ですが、建築指導要綱に従わないとマンションのごみ置き場に市長がごみを収集する箱を置いてくれないというのを、ほかの廃棄物に関わる計画の中で書いている。ここでは処分はないのですね。言わば、マンション内にごみ収集箱を置いてくれるというのが上乘サービスだと見れば不利益取扱いとはいえないという見方も可能な事案なのですが、これは当事者訴訟的な解決があるいはできるのかもしれませんが。こういうような事案では、やはりその後控えている不利益のような扱いというのは厳然としてあるわけですから、そういう意味では、行政指導の段階ではっきりさせたいという必要性はかなり高い。ですから、法定されている行政指導については何かしらの不利益といえますか、あるいは上乘サービスが受けられない、そういうことも含めるといろいろあるのではないかと感じる感じがいたしまして、必要性はかなり大きいのではないかと考えております。

以上です。

【小早川座長】

ありがとうございました。

じゃ、雛形先生。

【雛形先生】

今、いろいろな処分以外の事実行為、あるいは契約なども含めた問題についての救済の問題が議論されているんですが、先ほどの第三者の申立てによる差しとめ、あるいは義務づけの場合にもある問題だと思っておる点が1つございます。

それは、ここでの検討会のテーマは、事後救済的な分野での議論という仕切りがあると思うのでありますが、その救済という点を広げていきますと、処分行為であれ事実行為であれ、現に進行中の行政権運用の作為不作為、それについてリアルタイムで問題にしたい、リアルタイムで行政権運用について不利益を感じるということが当然あるわけです。その不利益に対する救済という形での議論になっていく可能性があるんだろうと思うんですね。

しかし事後救済というのは、やはり事後という点が問題なのでありまして、このポイントは何か。処分についての不服申立ての議論をすれば、明らかに行政処分というものが、事後性を示す決定的なものであることは言うまでもないところではありますが、そういう意味での事後救済という議論をすれば、前回もちょっと申し上げましたけれども、やはり紛争といたらいいんでしょうか、稲葉先生が先ほども言われましたが、争訟的と

いう意味の問題のとらえ方で考える基準、私はライブニスのことを申しましたけれども、そういう問題をとらえる客観性といったらいいんでしょうか、和久井先生もさっき何かそういう議論をされていましたが、そういうのがやっぱり意識されなければならないと思うんです。

義務づけ訴訟、あるいは差し止め訴訟の場合にも、客観性の問題としては原告適格とか、あるいは重大な損害ないしは補充性とかということが言われるわけでありましてけれども、それらの議論は基本的には、いわゆる立法技術的には概括主義といったらいいんでしょうか、そこで掲げられている要件が抽象的な表現で議論されるんですよ。しかし実際にまさにライブニスとして争訟的案件、問題を含むかどうかというのは、まさに具体的な事実関係の中で救済を求めるものの権利とか法律上の利益とか、そういうものが実態として出てくるかどうかということになるんじゃないかと思うわけです。

それで先ほども高橋先生も言われたような、国民の権利利益に直結するかどうかというようところで仕切るのか、いや、もう少し立法政策的に、別の観点での仕切り方もあるんじゃないかという御発言があったと思うんですけれども、具体的に議論がありましたように、行政指導でも、それから権力的な調査というような事実行為にしる、あるいは行政上の契約についても、例えば行政指導でも、やっぱり処分性に近いものが認められる行政指導とそうでない行政指導があるのは、稲葉先生が御指摘のとおりであります。それから権力的調査といっても、やっぱり先ほどもちょっと御指摘があったのかなと思いますが、公取が一定の何人からの申立てに対してでも調査を行うことができるという、あの調査活動そのものについては、そのものについて直ちに不服を申立てるということは、おそらく公取の持っている独禁法で認められた権限に対する、何かとても立法者の意思に反するような事柄になるんじゃないか。やっぱりその権力的発動を受けて、そこで一定の不利益を受ける者が出たときに初めて、調査活動に対する一定の救済というものが問題になるんじゃないかならうか。

行政上の契約につきましても、契約が締結されたそのこと自体でその契約内容について文句を言うというのも、何か変な話なのであります。その契約が履行されない、不履行があったというときに、何らかの権利ないし法律上の利益を侵害されるというものにおいて、その行政上の契約についての是正なり何なりというものを述べるスタンスができてくるんじゃないか。

余りにも常識的なルールを申し上げましたが、要するにこの検討会で問題にするのは、事後救済というものについての制度の改正を含んだ検討をするのではないかというところを維持した作業、論点整理なりをしていく必要があるのではないかと思ったということでございます。

【小早川座長】

ありがとうございました。今の雛形先生の御発言は、確かにそういうことはあって、争訟が争訟として成立しているということを前提にしてやるか、それともその前の事前段階ということでやるかということで、行政不服審査法の立脚点というのは一つあるんじゃない

いかという一つの考えだと思います。ただ他面、そこから外れるものは全部行手法の方の問題として置いておきましょうねということで、それで百年河清をまっぴいのかということもあるかとは思いますが。

申しわけありませんが、たくさんお手が挙がったということもありまして、対応し切れないところもありますので、大変恐縮ですけれども、今日の議論はここで打ち切らせていただきます。いろいろ御意見がおありだと思いますので、それは次回の議論の前提として、できましたら事前に事務局にお伝えいただくということで御勘弁いただきたいのですが。よろしゅうございましょうか。申しわけありません。

事務局は今日の議論の結果を踏まえて、次回までに資料を作成してください。それとの関連で、今申しましたように、各先生方、御意見がございましたら、恐縮ですが2月20日火曜日までに事務局に御連絡いただければと思います。

では最後に、事務局から連絡事項がありましたらよろしく申し上げます。

【水野室長】

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、総務省の入っております第2号館の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、その次の第8回会合につきましては、3月13日火曜日10時から12時まで、同じく総務省が入っております第2号館の4階にあります401会議室で開催する予定としております。なお、開催の御連絡は改めてメールやファクスでもさせていただきますので、よろしく申し上げます。以上でございます。

【小早川座長】

それでは、これで第6回の検討会を終わります。本日はどうも皆様ありがとうございました。

～了～