

行政不服審査制度検討会（第7回）議事録

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 議事録

【小早川座長】

それでは、これより行政不服審査制度検討会第7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事務局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『「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」、資料2として前回御用意させていただいたものと同じ内容の「主な論点に関する検討資料（第7回検討会用）」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御用意しております。以上でございます。

【小早川座長】

はい。では、前回は「処分以外のものに対する不服申立て」につきまして、主としては行政指導を中心に、検討を要する論点、論点の検討に当たって事前に整理すべき事項などにつきまして御議論をいただきました。

議論の中で、さまざまな観点からの御発言があり、いろいろな方向性が示されましたけ

れども、時間的な関係もありまして、十分に議論を尽くすことができませんで、具体的な意見の一致までには至っておりませんと思います。そこで、本日は前回の議論を踏まえて、さらに議論を深めたいと存じます。

事務局では、前回の議論の結果を整理した資料を作成していただいておりますので、資料1だと思いますが、その内容について御説明をお願いします。

【水野室長】

はい。資料1について御説明申し上げます。本資料では、前回の検討会でいただいた御意見について、(1)として、行政指導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、(2)として、行政手続法により対応する考え方、(3)として、一般的な苦情処理により対応する考え方、また、その他新たな指摘事項に分類いたしまして整理しております。

以下、1ページから御説明申し上げます。まず、行政指導に対する不服申立てを行政不服審査法により認めるべきとする考え方では、以下のような御意見をいただいております。

1番目の丸ですが、「争訟として成立することを前提として検討するという考えもあるが、他方、これから外れるものはすべて行政手続法で対応することで十分かという考えもあるのではないか」。

2番目の丸ですが、「行政指導は相手方の任意により実現されるものだが、そこに至る事実認定や法令解釈に不服があるときには何らかの救済は必要となるのではないか」。また、「行審研報告書にあるような「国民の権利利益に触れるような場合」とは、立法事実の問題であり、その先は立法政策の問題として、これに限定されるというものではないのではないか。根拠が法定されているものや書面交付されたものについては、重要性の認識に基づいているからこそ行われるものであり、定型的な明確性もあり、これについて救済の道を設けてもよいのではないか」。

3つ目の丸ですが、「法律に根拠のある行政指導は大きな意味を持っているのではないか。行政手続法では行政指導に従わなかったことを理由とする不利益取扱いが禁止されているものの、現実には公表など何らかの不利益行為が後に控えていることがある。この場合に行政手続法の実効性をどのように担保していくかという点で、不服申立てを認める必要性はあるのではないか」とし、以下の判例などを挙げての御意見でございました。

2ページ目でございます。行政手続法により対応する考え方としまして、1番目の丸ですが、「不利益処分がリンクされているような行政指導については、行政手続法の不利益処分の問題として、こうしたリンクがないものについては行政手続法の行政指導の問題として扱うこととし、行政不服審査法に特別の仕組みを設ける必要性はないのではないか」という御意見でございます。

2番目の丸ですが、「この検討会は事後救済の分野における見直しを検討するという仕切りで行われているものであり、救済という点から行政指導等にまで申立対象を拡大することは、行政運用をリアルタイムで問題にすることになってしまい、事後救済の分野から外れた議論になるのではないか。現行法が処分を対象としているのは、事後に問題が

発生するという事後性から必然的に導かれていることであり、紛争・争訟の問題のとらえ方とは、まさに具体的な事実関係の中で権利利益が実体として出てくるかの問題である。この点から見ると、行政指導処分ではないことから、その行為そのものを対象とするのではなく、事後的に権利侵害が発生した時に、権利救済を図るという仕組みを検討すべきではないか」という御意見でございます。

3番目の丸ですが、「行政指導等についてまで申立てを拡大することとすると、行政手続法との役割分担の関係で、行政不服審査法が事前手続に入り込み過ぎることになり、両法の間を整理できなくなるのではないかと。争訟手続としての行政不服審査法に規定するか否かについては、できるだけ絞って考えるべきではないか」という御意見でございました。

3ページ一番上の丸ですが、「処分と共通するルールはどの程度あるのか。共通性がなければ同一法内で規定することは適当ではないのではないかと。仮に、処分と同じルールとすることとした場合、実務上対応できるかは疑問である。また申立対象、応答の仕方についてもかなり細かく規定しないと、現場では判断に迷い、まともな対応をすることができなくなるのではないかと」という御意見でございました。

(3)としまして、一般的な苦情処理により対応する考え方としまして、「行政指導等のすべてについて調査、回答義務を課することとすると、申立ての資格要件を確定する必要があるなど負担が大きいことから、これを柔軟に対応するための苦情処理に近いものとせざるを得ないのではないかと」という御意見でございました。

その次に、大きな2番としまして、新たな指摘事項として整理したものが幾つかございます。(1)ですが、「立法事実を根拠づける具体的なデータの確認が必要でないか」という御意見がございましたので、前回の検討会での際に言及があった判例でございますとか、また、事務局のほうで座長とご相談いたしまして参考となる判例を、お手元に別途お配りしておりますので、御覧いただければと考えております。

また、(2)ですが、「処分以外の行為にはついてはいろいろなものがまざっているので、分けて考えるべきではないかと。すなわち、行政指導については、苦情処理的なもの、抗告争訟的なものがあるが、当事者争訟的な構成にもものも考えられる。そこで、権力的事実行為については、差止めについては抗告争訟の対象とする方向にあると思うが、それ以外の既遂のものについては申立ての利益の問題もあり、客観的争訟として構成されるのではないかと。ただ、契約行為については、当事者争訟的、確認争訟的に構成することが構成することがわかりやすいのではないかと」という御意見でございました。

また、その次に(3)でございますが、第三者機関の場合について、「申立期間や申立適格の要件を満たさない場合であっても、一般的な救済に役立つものであれば、申立本人の救済にならなくても、将来のために新しい基準を運用上導けるような第三者機関が必要ではないか」という御意見をいただきました。

(4)ですが、「従来の争訟概念を変えることをどのように整理するのか」といった御意見もいただいております。

事務局からは以上でございます。

【小早川座長】

はい、ありがとうございました。では、今の資料に整理されておりますとおり、「処分以外のものに対する不服申立て」につきまして、幾つか示されている考え方や新たな指摘事項などについて自由に御議論いただきたいと思えます。

前はそういうわけで、行政指導を中心に議論がされましたけれども、本日は、それと並んで、その他の事実行為、これはどうイメージするかですが、内容からすると、例えばいわゆる行政調査のようなものもかなりの部分を占めるかと思えますが、そういった行政調査等の事実行為、それから、もう一つが契約というわけでした、この3つのものが従来から研究会報告書以来取り上げられているわけです。したがって、前回あまり突っ込まれなかった後二者につきましても、本日は御意見いただきたいと思えますが、どうしましょうか。順序としては、前回に引き続きまして、最初は主として行政指導につきまして、さらに御意見があれば、お伺いしたいと思えますけれども、全体を通して結構でございます。いかがでしょうか。いろいろお手が挙がっていますが、それではこちらから、前田先生から。

【前田先生】

前回の議論の続きと申しますか、前回、既存の苦情処理制度の手続や運用実態を示す資料をいただきたいとお願いして、お送りいただいたものを見たところ、そこでの処理プロセスや手続が必ずしも明らかではなく、救済手続としては十分には整備されていないのではないかと見受けられました。そうしますと、やはり救済の見地から、従来の一般的な不服申立て制度の対象となるのがふさわしいようなもの、今これから議論になる行政指導なり、それ以外の行為について、特に行政指導と行政調査、行政契約がそうだと思いますが、それらについては、行政不服審査法に、一般的な不服申立て制度を設けることが望ましいのではないかと考えております。

【小早川座長】

はい、ありがとうございます。

では、藤村先生、どうぞ。

【藤村先生】

検討の資料を改めて拝見しまして、それから、事務局からの報告を今日いただきましたけれども、1つは行政指導を含めて、特に行政手続法を制定以後、行政指導というのが、うまくいってないのではないかというような事実というのがあるのかどうかです。かつては、いろいろ判例にもなるような問題があったと思うんですが、行政手続法施行によって、この期待がうまく働いているのかどうか。実効性があるのかないのかという、その検証がやはり足りないのではないかという気がひとついたしております。

2つ目ですけれども、全体的に3つの行政指導、事実行為、契約の不服を審査法に載けようという、そのスタンスがどうも明確でないという気がいたしております。1つの切り口は国民の権利利益の侵害だと、それに絡んでいくものだと、こう言っているわけなんです、そこで言う国民の権利利益とは一体どういうものかというのが、はっきりしない。

大半は、私は、国民の持っている私法上と申しますか、民事上の権利義務が侵害されるおそれがあると、こういう話なんじゃないだろうか。行政不服審査法は元来、行政作用法上の権利義務の問題を扱っているんです。そういう民事的なものまで取り込んでくるというのはいかがなものか。

もう一つの切り口は、この3つの分野について、行政作用法上の法違反があるので、これを是正しようと、こういうことがあるわけですが、行政不服審査法の主たる目的というのは、そういう自己反省機能というのは副次的なものであって、やはり国民の権利侵害を本来正すというのが主目的なわけですから、そういう手続を正そうというものを取り上げるというのは、行政不服審査法の目的範疇からかなり逸脱していくのではないだろうか。

特に客観訴訟とか、あるいは争訟とか、そういうものの類型を認めていくという御議論があったわけですが、それはそういう目的からしていかがなものか。そのことが、端的に抗告争訟のほうでは、一元化しようということで、異議申立てというのは特殊の分野に限定していくとしていたわけですが、この分野では異議申立ての新たな形態を持ち込もうとしているんじゃないだろうか。ですから、今まで抗告争訟のほうで検討していた改革の方向とまた違ったものを持ち込もうとしているので、非常にわかりづらい改革になるんじゃないだろうかといった問題があるのではないのでしょうか。

総じて、さっき申し上げましたように、国民の権利利益と言っているような問題は、私法上の問題だとすれば、これは当事者争訟として構成すればいいんじゃないかと、こういう御議論なんですが、もうほとんどは民事的に解決すればいい問題を取り込もうとしていることを、まさにあらわしているんじゃないだろうか。そういう全般的な印象がございます。

いずれにしても、それぞれが対象とします権利利益の侵害といったものの中身、契約のほうでいきますと、法令で一体どのような規律があって、国民の権利義務にかかわるものというのが非常にあいまいで、一体何を対象としようとしているのか。個々の分野に分けてみると、非常にわかりづらいので、これを一般的な制度として、法定化すること自体がかなり難しいんじゃないかと思いますが、そういうあいまいな格好で制度がつくられますと、運用するほうの行政のほうは非常に混乱するんじゃないだろうかということをお慮いたします。

以上でございます。

【小早川座長】

はい、ありがとうございます。

では、高橋先生、どうぞ。

【高橋先生】

まず、大きな考え方として、要するに行服で対応しなければいけないのか、行政手続法で対応して、それで十分かと、こういう議論があったと思います。私の見るところでは、行政手続法の行政指導に焦点を絞らせていただきますが、これは行政手続法をつくるときにしっかりした考え方があったわけです。要するに、任意性のところをしっかりチェックしようというところで、第4章というのはでき上がっているわけです。

ですから、行政手続法の行政指導規定というのは、例えば事実の前提、認定が間違っていたとか、一般法原理に反していたとか、そういうところを中心に見るようなシステムになってないわけです。

さらに言うと、行政指導の特殊性上、組織をつかまえないで、すべて携わる者の職務義務という点に着目して、第4章というのはできているところがあります。

したがって、行政手続法のこの第4章の基本的な枠組みを変えることは非常に難しいわけで、そうすると、先ほど申しましたように、事実の認定が間違っていたとか、一般法原理に反していたとか、さらに言うと、携わる者と組織との関係について、組織の意思はどのようなかというところをチェックするという機能は、実は現在の行政手続法には期待できないし、なおかつこれを直そうという、これは行政指導の第4章の規定がかなり大きく変容せざるを得ないということになるわけです。そうすると、ここの点はやはり穴になっているということになり、これは何らかの対応がやっぱり必要だと思われま

す。そのときに、争訟ではない、と、こういう話になると思いますが、確かに行政指導のうちで、行政指導がされただけでは、ある種の紛争が生じているということにはならないのかもしれませんが、具体的に言いますと、公表が控えていると、もしくは行政指導したこと自体が間違った事実に基づいて行政指導したんだけど、それが公表されるとか、こういうのは、やはりその段階で、ある種の行為がされようとしている、そういうことについての権利救済というのは、必要なんじゃないかということになると思います。

さらに言うと、書面交付というのは、これは行政処分の方であれば、申請権を与えているわけですから、書面交付の拒否はされていれば、これは立派な争訟ということになるわけです。

その辺についてきちんとした救済のルールを設けるといふことであれば、これは先ほど申しましたように、行政手続の規定の枠組みではなくて新たな救済の手続、行政指導がされた後の救済の手続で設ける必要があるんじゃないかと、こういうふうに思うわけで、ここのところはやはり外せない部分かなと思います。

あとは法定の行政指導について、行政手続法違反についてどうするかという問題がありますが、これはある種の異議申立てといえますか、簡便な異議申立てでもいいですし、場合によっては、苦情処理ということもあるかもしれませんが、少なくとも今申し上げた2つの点については、新しい行政不服審査において、今までの行政不服審査のイメージでとらえるとまずいと思いますが、ある種の救済のルートというのはつくるべきじゃないかというのが、行政指導に関する私の意見でございます。

以上です。

【小早川座長】

水野先生。それから、和久井先生。

【水野先生】

先ほど前田先生がおっしゃった御意見に私は賛成です。高橋先生がおっしゃった意見にも基本的には賛成。藤村先生がいろいろおっしゃられたので、それについて私の意見を申

上げたいと思います。

まず一つは、行審に載せるスタンスが不明確であるということをおっしゃいました。これは要するに国民の権利利益の侵害の救済ということで対象にするということだったんですけれども、それは私法上の、あるいは民事上の権利義務の侵害ではないのかという御指摘があって、そういうものを行政不服審査法で救済するというのはいかがなものかという御意見だったようにお聞きしました。

これはちょっと私には理解ができない。行政不服審査法は、国民の権利利益の侵害あるいは救済というのが一つの大きな目的ですから、それが私法上の権利か公法上の権利かというのは、あまり意味がないわけでありまして、私法上の権利であっても、違法な行政によって侵害されてはならない、これは当然のことなので、その救済の手続というのは、行政不服審査法の対象だろう。

2つ目は、作用法上の違反ということが、もたになっていると。そして、行政の自己反省機能は副次的なもので、権利義務の救済が本来だとおっしゃったわけでありまして、現行の行政不服審査法もご案内のように、行政の適正な運用を確保するということが、2つ目の目的になっておるわけでありまして、そういう違法な手続、不当な行政を正そうというのは、これは本来、行政不服審査法の目的としてとらえるべきです。

客観訴訟的なものになるのはいかがなものかとおっしゃったわけですが、訴訟の場合ですと、そういう客観訴訟的なものはどうなのかという議論があり得るだろうと思いますけれども、これはまさに行政内部の救済の問題であり、あるいは、違法・不当な行政を正していこうという手続が本来の不服申立ての手続でありますから、これはそれでいいんじゃないかと思います。

同じような話だと思いますが、国民の権利の救済というのは、要するに民事上の権利の救済なので、これは民事的に解決すればよい問題を行政不服審査法に取り込むのではないかという御意見がありましたけれども、これも当たっていないわけでありまして、まさにそういう私法上の権利利益を含めて、国民の権利利益が侵害されるということによる救済の手続としてとらえているわけでありまして、これも当たらないだろうと思います。

対象があいまいであるという点、これは確かにおっしゃる部分がないわけじゃないと思います。今、高橋先生が、例えば書面交付があった場合、これは対象にしているが、そこまで至っていない場合はどうするのかということで、その点は御意見を保留されました。確かに対象をどうするかということ、これは議論の対象になると思いますが、そういうものを一切だめだという藤村先生の御意見に、私としては賛成しかねるということだけ申し上げたい。

【小早川座長】

はい、どうも。じゃあ、和久井先生、続けてお願いします。

【和久井先生】

私は前回、私の所属している東京都の部署では、処分に対する不服申立て、ごく一般的なものを、それをやっているところなんです、そこで仮に行政指導についての不服申立て

を処理するという場合、実務上、対応できるかどうかについて、なかなか難しい面があるんじゃないかということをおし上げました。

そのことについてもう一回考えてみたところ、やはり難しいのは何かというと、やはり判断の対象です。違法性・不当性についてどういう基準で判断するかというのが、非常に難しいのではないかなということをお考えます。

まず、行政指導のやり方がおかしいと、要するに任意性という範疇からはみ出しているというような場合、それで事実上の不利益を受けているかどうかを待たずに、そういうおかしいことが行われているという場合には、むしろ行政手続法とか行政手続条例、そういったものを遵守してほしいと、そういう苦情処理なり不服申立てを、こちらの行手の手続の中で設ければよろしいのではないかなということをお考えます。

そのほかの点で、違法・不当があれば、これを排除するということになるとは思いますが、どうしても、どういう判断をするかということですが、どういう場合に行政指導が発動できるかということをお法律で規定しているという例は、それはその場合はよろしいんですけども、そういうものは少なく、そういうものがなくてもできるというところに行政指導の意味があるんだと思いますけれども、その場合に、これに対する不服というのはどういうことかということ、おそらく要するに行政指導を発動するだけの要件があるのか、ないか。あっても、それに照らして、実際に行った手段が均衡を失っているのではないかと。そのために、法律効果はないにしても、少なくとも法によって保護された利益の侵害まではいなくても、事実上の利益の侵害があるという場合に、この審査を行えるのではないかなと思います。

そうすると、こういった審査というのは、損害論はさておきまして、実質的には国賠の違法審査に準じるような形になるのではないかなというような気がするんです。いわゆる通常の法の執行を誤ったという場合の審査とは違うように思います。そうすると、国賠のほうは、訴訟ですと、通常の民事訴訟ですから、これに準じた争訟というと、ほとんど民事の争訟に近いんじゃないか。

とすると、今までの行服法、処分に対して、処分庁や利用行政庁に不服申立てをすると、そういうやり方になぞらえて、行政指導に対する不服申立て制度を設けても、あまりうまくい解決というのはもたせないんじゃないかと、むしろ第三者的な機関、場合によって、民事で調停といった形も含めた形の民事争訟が処理できるような機関で、争訟の解決、また事実上の不利益の解消の手段を提示するとかということが出来る、そういった能力があるところでやらないと、実質的な争訟の解決にはならないと思いますので、そういたしますと、救済の必要があるといっても、今までの行政不服審査法の枠組みとは大分違うものをお考えなければいけないのではないかなと、そのように思います。

【小早川座長】

はい、ありがとうございました。

それでは、こちらから中川先生。

【中川先生】

行政指導についての問題は、結局、立法事実、どういう具体的な事象を念頭に置いて、検討をするのかというところが重要かと思います。今、幾つか出た中では、ここにごみの収集云々という話と、指導に従わないと事実が公表されるというような形態のものが指摘をされておりますけれども、建築の話とごみを収集しないという不利益というのは、果たして法律的に因果関係のあるような不利益なのかどうか。

事実が公表されるという場合にも、法律に書かれているケースもありましょうが、それも含めて、事実を公表するということが自体に対する対抗手段というのは、公表された者がそれに対抗して、自分の立場なり、行政指導の違法性のようなものを説明・公表するしか、救済する道はないのではないかと思います。

つまり、ごみの収集をされないということはもう既に起こってしまっている状況にありますから、この不利益状況を救済をするというのが、まず重要なことであって、指導に従わないことによって、それに続いてくる不利益な行政処分というものがあるのであれば、その処分を争うべきではないか。それ以外に何を想定して、違法性を確認しておかないといけないのか、法律的因果関係があるのかどうかというような問題について、必ずしも明確でないので、抽象的な漠然とした議論になっていないのかなという気がしておるところです。

【小早川座長】

はい、ありがとうございます。

次、小幡先生。それから、後、今川先生。

【小幡先生】

いろいろ申し上げたいことがあるのですが、とりあえず今の御質問については、いわば因果関係といいますか、確実なリンクがなされています。これは現に東京地裁の判決がございしますが、前回申し上げたようにごみの収集計画の中に、指導要綱に従っている場合にはということが書き込まれているわけです。行政指導に従えば、それにリンクした形で、ごみ収集箱を置いてもらえるので、直接的な関係があります。それから、公表についても、しばしば条例等で行政指導に従わない場合にはその旨を公表すると定められていますので、そういう意味での因果関係はあります。

ですから、ごみの収集箱を置いてもらえないという事態になるまで待てといわれても困るので、要項に従わないとどうなるかという結果がみえている以上、早く争いたいと考えるのも当然ですし、これはマンションの購入者、あるいは購入されるかどうかという辺りにもかなり強くかかわってくる重大な問題です。おそらく、似たような事例はかなりあるのではないかと思います。

私は、前田先生のおっしゃった御意見に賛成です。行審研・特定事項調査研報告書の指摘事項というのはかなりよくできておりますので、これにのっとった形で、行政不服審査法のほうで改正して対処すべきであると思います。

藤村先生、和久井先生などから、不服申立てを現に行っている部局を経験なさっている

立場からいろいろ反対論が出されておりました、重要な御指摘かと思いますが、ただ、今回の改正のスタンスをどのようにとらえるかという観点から申し上げますと、恐縮ですが、改めて私、第1回目の配付資料を見て、今回この検討会が何のためにあるのかと、もう一度大臣のお話を見たのですが、要するに昭和37年に行政不服審査法ができて、行政をめぐる周辺環境の大きな変化を踏まえて、行政不服審査制度を一層充実・強化し、国民の信頼を確保すると言われていたわけでございます。

そうすると、今現在の部局でやっていることを前提にして、これをこのように変えると果たして実務が動くかということ、それほどぎりぎり議論する必要はないように思うのです。何のために改正するかというと、不服審査法が、はるか昔のもので、もう環境が大きく変わっていると。そこで、一層充実・強化しようと言っているのですから、今回改正すると、今のやり方では、対応が難しいとか、そういう問題があったとしても、それを理由に改正できないというのは、今回の改正の趣旨には合わないのではないかと考えています。

そういった観点から、行政指導について考えますと、私は、自治体の情報公開審査会を幾つかやっておりますが、たとえば、行政指導についての文書のやりとりというのが、公開請求で来る場合もかなりあります。それは、要するに、紛争状態になっているということです。なぜ情報公開で来ているかということ、争い方としてほかのもっと良い手段があれば、ほかの争いをするでしょうけれども、なかなかないものですから、とりあえず情報公開に来ているというのが現状です。

要するに行政指導に伴って、自分にとって不利益があつて、紛争状態になっているということがあるわけございまして、そういう場合に、まさに行政不服審査法で、不服を言う道を与えるということは、国民の権利利益の保護という観点、あるいは行政に対する信頼の確保という観点から、大変重要ではないかと思えます。

最終的に国賠でよいではないかということもありませんが、今までは、行政指導というのは、確かに国賠でしか救済できなかったということはございます。ただ、これも、考えてみると、行政にとっても、後で国賠でお金を払わされるよりは、もっと前の段階で、行政指導の違法、あるいは、もう続けてはいけないということをはっきりさせてもらったほうが、後でのお金の支出を、事前に回避できることになりますから、むしろ行政にとっても、効率的ではないかと思えます。

そのような観点からは、行政指導というのは、行政からすでにアクションがなされているわけですから、それに対しての不服ということで構成すればよいと思えます。何を違法・不当事由とするかということについては、資料2の5ページのところの行審研の報告書のところの(エ)というところに、例えば載っていますが、こういうもので考えるということによろしいのではないかと思えます。

行訴法のほうの処分、公権力の行使との関係というのがございまして、行政事件訴訟法のほうでは、今回の改正で4条の当事者訴訟の確認訴訟のところ、これを活用すればよいというメッセージが与えられているのに対して、それに対応するものは、実は行政不服

審査法のほうでは、今の段階では改正はない予定でございます。行訴法のほうでは、処分とは別の方向ですが、当事者訴訟というの、私人間の問題ではなくて、国と私人との当事者訴訟なんですから、そこで紛争状態が生じているのは事実で、それを取り上げているのです。行政不服審査法でも、そういうものも含められるという意味で、この処分以外のものに対する不服申立てというのは、今回の改正で書く意味は大きいと思っております。

【小早川座長】

じゃあ、今川先生、どうぞ。

【今川先生】

処分以外のものに対する行政不服審査のルートを開くことは、私も歓迎いたしますが、ただ、いずれの制度設計をしたとしても、処分に当たるか、当たらないかと、やっぱりグレーゾーンが出てくると思うんです。そのグレーゾーンをどこで救済するかということも、一方では必要なのではないかとということで、いわゆる第三者機関の設置の話になっていくんです。

話は変わりますが、例えば苦情処理の世界でも、行政相談員の方が、年金の受給を断られたということで、さまざまな手だてを使って救済するような事例もありますけれども、ただ、その限りにおいて熱意の領域であって、何らかの判断をされる機関に対して申請しているわけじゃないという問題もありますから、一度行政相談員のフィルターのかかったものであれば、そのグレーゾーンの領域についても何か、どこかで審議・審査してもらえらる機関が必要なのではないかと考えております。

他方、ちょっと話が飛びますが、それと関連して、いわゆる申立期間や申立適格の要件につきましても、期間が過ぎたといっても、社会通念上やむを得ない理由が考えられる場合もありますし、あるいは申立適格の問題もそれが含まれるかと思いますが、そうした問題を絶えずどこかで課題を審議・審査するような機関、あるいはそういう情報をストックしながら、将来の運用改善、あるいは場合によっては法制度改善の提言もするような機関があつていいと思うんですが、いわゆるこれはオンブズマン的な機能になりますけれども、だから、世界各国オンブズマンの方々の多くは法曹界の方がなられておりますから、そういう点でも、判断としては法律との整合性を考えながら判断していけるのではないかと考えております。

したがって、行政不服審査法の中においても、グレーゾーンを拾い上げるような何らかの機関が必要なのではないかと考えておりますけれども、そういうところが例えば意見表明したとしても、それは行政組織内で検討される事柄であり、あるいはこういう検討会でも大方検討される事柄であるとは思いますが、ただ、そういう検討する道を開くということも、これからは必要なのではないかと。いわゆる将来、同じような国民の権利義務に関する救済、侵害を防ぐためにも、そういう道が何らかの形で必要なのではないかと。

最低限、運用上で、そういう意見表明によって運用が変わっていけば、別に法制度改正まで向かわなくても、かなり部分の権利救済できるのではないかと考えているところです。

以上です。

【小早川座長】

今の今川先生の御意見に一つ質問ですけど、考えておられるのは、一般的な制度運用についての一般的な意見を言う機関なのか、それとも、個別のケースについて、現場ではちよっと処理し切れないので、ということでいくのか、その辺の感じは？ 感覚は？

【今川先生】

重大な問題については、私は個別の処理ができればいいと思いますし、当然その個別の処理の中で各種情報等をストックしながら、これは運用改善について、一般的な問題としても、意見表明できるような仕組みができればと思いますけれども、これはおそらく一般的には、各国で言われているオンブズマン制度に類似した機関設定になると思うのでございます。

【小早川座長】

はい、ありがとうございました。

じゃあ、山本先生、どうぞ。

【山本先生】

この特定事項調査研究報告書を取りまとめたものとして、どういうふうを考えているかを述べたいと思います。この報告書を取りまとめるときに、一番困ったのは、処分以外のものに対する不服申立ての手続をどういうものとして考えるかという点が、実ははっきりしていなかったわけで、対象をどうするかという点は、手続がどのような形態であるかによって変わってくるだろうということがございまして、まとめるのに苦労したということがございます。

ただ、行政指導に限って申しますと、2つのものをイメージしたんです。一つは、何らかの法令等の解釈・適用について、行政機関が考えを示して、それが行政機関としては、一応ファイナルなものであると。私人の側はそれに従わないと、不利益をこうむるおそれがある。典型的には、勧告、公表の仕組みがつけられているような場合だと思いますけれども、それ以外にもあるだろうと思います。本来ならば処分ができるんだけど、延々と行政指導を続けるケースも考えられるんじゃないか。それにより私人の側が非常に不安定な地位に置かれるという不利益はあるんじゃないかと思います。

こういったものについては、争訟性も十分にあり、処分に対する不服申立てとかなり似た仕組みをつくってよいのではないかと考えました。現に最高裁の処分性に関する判例等ということで今回挙げられていますけれども、例えば一番上の勧告です。あるいは、その下の食品衛生法違反通知ですけども、これは最高裁は結局処分と言ったのですけれども、しかし、2人の裁判官の反対意見もついているように、非常にあいまいなところで、私は、むしろこれは処分じゃないんじゃないかと思うんですが、それはともかくとして、最高裁もこの種の行政指導については、場合によっては処分性を認めると。しかし、現状では非常に境界があいまいです。

2つ目の類型は、単純に行政手続法違反という場合です。要するに、本来であれば従うのは任意であるのに、任意性を損なうような形で行政指導が行われているという場合で、

これはどちらかというところ、もう少し簡便な手続を用意する。むしろ行政不服審査法的な仕組みよりは、オンブズマンの仕組みに近いようなもののほうが、あるいは実効性があるのかと考えたわけです。

先ほどから議論を伺っていますと、立法事実という話もありましたけど、何を思い浮かべて手続を構想するかが、はっきりしていない感じもあるんですが、私が報告書をまとめたときは、大まかに言って、以上の2つのものを考えた。その2つで処理をするのに適した手続が変わってくるのかなという感じを持ったということです。

【小早川座長】

はい。じゃあ、こういう順番で。藤村先生、もう一度お願いします。

【藤村先生】

山本先生のお話はそれなりになるほどという感じもありましたが、ちょっとまた先ほどの意見を別に撤回するわけじゃないんですが、別の意見を追加したいと思うわけです。

一つは、これは小幡先生がさっき情報公開審議会に關与しておられ。

【小幡先生】

審査会です。

【藤村先生】

審査会に關与しておられて、事実上争訟状態のものがあるんじゃないかと、こういうお話でございましたが、もうちょっと詳しくどういった点を争っているのか。つまり、行政指導一般のやり方がおかしいと言っているのか、それとも自分の権利義務が侵害されたことが問題で、そこを知りたいと言っているのか、そのあたりをお教えいただければというのが一つです。

公表の關係は、私の行政経験では、行政機關というのは非常に公表を行うことについては消極的で、よほど悪質なものでない限り、やりたくないというのが実態だと考えております。

したがって、公表の問題で、あまりほんとうに問題は生ずるのだろうか、営業の信用に傷つくとか、そういったことは、行政のほうがむしろ慎重し過ぎるぐらいにやっていて、公表がむしろ遅れるというのが、実態なんじゃないだろうかという問題が一つあると思います。

ちょっとまた角度を変えまして、国民の立場で、この問題をどういうふうにとらえるのだろうか、客観争訟というものに対して、一体国民はどのぐらい反応してくれるだろうか。一部のもちろんマニア的な人は、これはかなり反応すると思いますけれども、それ以外の人たちが、この制度を利用するだろうかというところ、それはかなり否定的じゃないだろうか。ですから、利用してもらいたい人に利用されず、あまり利用するのが好ましくない人が利用するというようなことで、行政が振り回されるということになりはしないだろうかという危惧がございます。

国民の關心は、むしろ侵害された自分の権利利益の救済というところにあると思ひまして、これを検討案で示された行政指導、あるいは事実行為に關する救済内容というのは、

非常に隔靴搔痒という感を与えるので、こういう制度はあまり利用しないんじゃないだろうか。

契約については、確かに問題がありまして、この処分性と非常につながっている部分があると思います。ですから、処分のほうの紛争処理の仕方等、また違ったやり方を用意するというと、連続性の点でやや問題がないではないだろうか。

しかし、契約一般になりますと、行政機関と国民、私人との間の紛争とはいえ、紛争の一方当事者が、その問題について結論を出すという。国民は納得するだろうか。和久井先生の言われた観点とは、また違う意味で、やっぱり第三者機関のいろんなところが判断してくれるというのが、国民の望むことじゃないだろうか。したがって、行政不服審査法は非常に載っかかりにくいんじゃないだろうか。

非常にわかりにくくしているのは、事実行為あるいは契約の関係については、行政作用法上、あまり統一規範というものはないんじゃないだろうか。そうしますと、一体何を違法というのか、不当というのかということについては、非常にわかりづらくて、結局、個々の制度でばらばらと判断しなきゃいけないということなので、もしやるべきことがあるとすれば、そういった行政裁量法上の一般規範をもう少し確立していくというほうが先決なんじゃないだろうか、そんなことを申し上げておきたいと思います。

【小早川座長】

はい、どうもありがとうございました。

では、稲葉先生。

【稲葉先生】

幾つかコメントをさせていただきたいと思います。

行政指導につきましては、今回の事務局のまとめで、3つに分けられていますけれども、先ほど山本先生からも御発言がありましたけれども、私は、行政手続法レベルで、事後と言ってもいいんですが、救済的な制度を導入するとすれば、苦情处理的なものにむしろなるのではないかと考えておきまして、そういう意味で、3つの整理は別に矛盾しないというか、こういう整理だけが整理の仕方ではないので、一方では、ですから、広く苦情処理制度、既に自治体の行政手続条例には、その種のを盛り込んだものがあるように思っておりますけれども、そういうことは十分考えられるのではないかと。

ただ、それだけでは不服申立て制度とは違うわけですから、不十分でありまして、やはり不服申立て制度の問題として、別途考える必要がある。そのときには、公表等、不利益取扱いに結びつくようなものを、そういうものは争訟性があるといいますか、少なくともそう言えるのではないかと思いますので、十分不服申立て制度として仕組むということは考えてよろしいのではないかと考えております。

当事者争訟ということに関連して、結局、民事的な争訟なので、不服申立て制度に取り込むのは、なじまないのではないかとこの御趣旨の御発言があったかと思っておりますけれども、私はそういうふうには思っておりませんで、先ほど小幡先生もおっしゃいましたように、民間の争訟に裁判外紛争处理的に不服申立て制度を使うということではなくて、基本的

には国等の行政主体と私人の間で、しかもおそらく、このところは議論になるかとは思いますが、行訴法との対応でいえば、公法上の法律関係というような形で整理することになるのかなと思っておりまして、そういう意味での当事者争訟であるということが一つ。

そもそも司法と行政、行政的な紛争処理制度として見たときに、司法、裁判にはないメリットがあるというところから、行政不服審査制度そのものが存在意義を語られているわけですから、そういう意味でも民事訴訟の問題であるはずだという整理の仕方はどうかと思います。これは理論的な問題として若干気になったところでございます。

もう1点だけ、これはもう脱線に近くなってしまいかもしれませんが、それに関連して、和久井先生のほうから国賠のお話がありまして、国賠の第三者機関、私も常々国賠の研究をする中で、国や公共団体がなかなか違法だとか過失というのは認めるということが難しく、裁判が長引くとか控訴、上級審に行くとかいうようなことも少なからずあるのではないかと考えておりまして、第一次的には被害者から国、公共団体に対して、損害賠償してくれという請求があるのが通常だと思うんですけども、その機会にまさに不服申立て制度に取り入れるかどうかというのは、さらに考える必要がありますけれども、一種の行政救済のための行政活動というようなものをもっと前向きに位置づけて、法務部なり何なりでいいんですけども、少しでも第三者性のあるところで、そういう問題を扱えば、早期に和解なり何なり、裁判まで持ち込まなくても、解決できるものもあるのではないかと考えてまいりまして、これは余計なことではあったかと思いますが、そういう意味で、国賠だって、ある意味では行政的な紛争処理制度があってもいいと思うわけでありまして。

以上です。

【小早川座長】

じゃあ、雛形先生、どうぞ。

【小幡先生】

先ほどのお答えをしていなかったの。後で藤村先生に対する答えを。

【小早川座長】

はい。

【小幡先生】

情報公開と申しましたけれども、大体の自治体は、自己情報の個人情報保護審査会と一緒にやっておりますので、どちらかというと、自己情報の開示と見るべきか、情報公開と、どちらでいくかというのがかなりグレーゾーンの難しいところの開示請求です。やはり建築紛争の場合が多くみられます。自分の権利利益にかかわるものとしての行政指導にかかわる情報の開示請求ですから、情報公開といいますか、それはむしろ個人情報保護のほうで来たほうがよいのではないですかとか、議論になりますが、そのような話でございます。

それからもう1点だけ、先ほど作用法的な詰めが、つまり違法性についてというお話で、はっきりしないという議論がございましたが、この点は、およそ裁判所においても同じ話でありまして、これは課題ではあると思いますが、そこは個々の作用法に照らして論ずる

しかないのですが、それにプラスして、平等原則・比例原則とか一般原則をどのように使っていくかということだろうと思います。これは別に行政不服審査法だけが困るという話ではなくて、おおよそ一般的な話ではないかなと思います。

【小早川座長】

はい、どうも失礼しました。

じゃあ、雛形先生。

【雛形先生】

私のほうで、今いろいろ先生方がお話しになられたことも含めて考えておりますことを申し上げたいと思うのでありますが、今回、テーマになっております処分以外のものに対するというのか、ついてというのか、そこが問題ですが、その不服申立てのあり方を探ろうという、この問題自体には、その立て方からいっても、やっぱり2つのものがあるのかなというふうに思います。

既にもう先生方も御指摘になっておられるので、簡単に私なりの整理の仕方で申し上げますと、1つは、基本的には3つのものですね、行政指導にせよ、その他の事実行為にせよ、行政上の契約にせよ、この行政作用法的な意味のレベルでいえば、行政法律関係、先ほどから議論になっております行訴法4条の「公法上の法律関係」という、あれが中核になるものがおそらく作用法という意味の中の、さらに実体法的なものだろうと私は思うのでありますが、そういう観点からしますと、その行政法律関係を形成していく前の段階の話、すなわち行政法律関係が形成される前提となる行政行為としての行政指導。この中には、山本先生がさっき言われたような、最終判断を示すような、別の言い方とすれば、処分と同視できるような行政指導と、それから、単なる行政行為としてのルール、準則的なものについての過程で行われている行為という、事実行為というようなものもあるかもしれません。いずれにしましても、これにしても、それから行政調査というようなものにしましても、それから行政上の契約にしましても、最終的には行政実体法律関係を形成する前の段階のレベルにおける問題なのではなかろうかと、こういうふうに思います。

ここの問題において議論は、不服申立てというか救済という議論があるんですが、1つは、その問題についての法律的な判断というテーマになるようなことと、それからそこにおいて生じているある種の法令違反、私的に言えば、行政作用法的ではあるけれども、実体法的ではない、言わば行政手続法的な意味の違反によって生じている事実問題に対して、どういう救済のことを論ずるべきかと。つまり、別の言い方をすると、事実行為としての措置といいたいまいしょうか、つまり行政指導の逆の意味の、つまり間違った行政指導をやっているから、それを逆に回復するというような措置というように問題をすべきテーマがあるというように、2つのものが議論のテーマになっているのかなというように思うわけでありませう。

私も、前回も申し上げましたが、やはり行服法の世界は事後救済だというようなことで、紛争の成熟性というようなことをちょっと議論しましたのを、もう少し処分性のレベルでの行政指導、処分性のある行政指導についての対応策として議論したときのその

法律判断を示すことによる救済とか不服申し立てに対する対応とかと、そういうレベルのことが頭にあったからであります、今日整理されております、どのような、行服法対応でいくのか、行政手続法対応でいくのか、それとも苦情その他の一般的なもう少しソフトな形の対応でいくのかというあれにつきましては、今、稲葉先生も言われたように、私はいずれもどういう対応を頭に置いて議論するかによって、その3つがいずれも成り立つのかなというように思うのであります。

しかし、これまでの行服法の世界といたしましうか、これに関して言いますと、2つの意味で、やはり頭に置いておかなければいけないことがあるのではないかと。1つは、やっぱりこれまでの行服法の世界は、不服申し立てに対する解決としての法的手段としての採決というものであって、何が紛争の解決といたしましうか、何が対応しようとしているかという、やっぱりここは法律判断、法律審査というのが示されているのではなからうかと。そして、それが何よりも重要なのは、それに対して行政事件訴訟法の取消訴訟がつかなくなっていくという形でセットされているというふう思うのであります。

そういたしますと、今、行服法でいくのか、行政手続法でいくのか、苦情その他でいくのかという中のうちの、行服法でいくのかという議論をしたときに、これも山本先生がおっしゃられた、やはり手続としてどういうものを頭に置いていくのかということとの関係を抜きにしては議論ができないんだらうと、やっぱり思うんです。

それで、先ほど来、議論されている中に、公法上の法律関係に関する訴訟、確認訴訟、こういう1つの法的手段ですか、これが示唆されているということなのであります。そこで、私としましては、その訴訟という形のもを頭に置いた行服レベルの議論をしていくということになると、この採決という形で議論するときには、やはり訴訟における確認訴訟、民訴における確認訴訟というようなものの、言わば訴えの利益、確認の利益、こういうものをもう少し詰めて議論しなければいけないのかもしれないと。

これは、アメリカ法のライプネスの議論でも、ある種の共通性のあるポイント、それは2つの意味での論理的関連性ということが必要だというように指摘されているわけですが、それは、1つは確認の対象となる事項と、不服申立人といいたしましうか、原告といいたしましうか、原告的な立場の方ですね、の法律的地位、つまり別の言い方をしますと、アメリカ法では要求されています損害ということですね。この確認事項と損害との間の論理的な関連性、別の学者の先生方は因果関係という言い方もされておるかと思いたします。それと、もう1つの因果関係、あるいは論理的関連性として指摘されているのは、確認の判断、採決ですね、確認の判断と、原告の損害除去、救済との間の論理的関連性、あるいは別の言い方をしますと因果関係。私は、日本の伝統的な議論としていけば、法律的な因果関係、つまり相当の因果関係と理解されるようなものだらうと思うんですが、こういう2つのものの関連性が必要であると言われていたわけですね。これは、日本の民事訴訟の、主観主義訴訟であります、民事訴訟の確認訴訟の確認の利益、訴えの利益の中でも、少し、ちょっと別の言葉遣いでコメントされていることは、ご案内のとおりであります。

そこで、原則的な民事訴訟の確認訴訟の確認の利益というのを、釈迦に説法でありまし

て恐縮であります。わかりやすく議論を申し上げるためには、1点申し上げておかなければいけないわけであり。現在の私法上の法律関係、これは具体的な権利義務関係であります。これが確認訴訟の対象でなければならない。これは、2つの意味合いがあることは御案内のとおりであります。確認対象が事実であっては、原則としては確認の利益がない。それから、2つ目には、過去の事柄、あるいは将来の事柄であっても、原則的には確認の利益がないと、こういうことになっているわけであり。

ここで申し上げたいのは、民事訴訟の場合でも、非常に今回の行服法と行手法の間のような問題が実は起きているのであります。一般的な、例えば私法上の訴訟物というのは、例えば所有権であるとか、金銭支払い債権であるとかという形なのであります。ある種の非訟裁判手続の中では、そういう実体法的な権利義務関係が非訟裁判手続の上で、その手続的な制限を受けたりするというようなことで、その間の問題が紛争の確認の利益の確認裁判の対象になるかというような議論がされていることがあります。しかし、原則的には、手続上の法律関係、それが民訴法であれ、今申し上げました非訟事件的な手続であれ、手続上の法律関係は、原則として確認訴訟の対象となる私法上の法律関係ではないと理解するのが大方の見解であります。

こういうようなことで考えると、行政事件訴訟法の公法上の法律関係というときに、行政権行使の上での、行政実体法上の法律関係というものと、それからその法律関係形成の原因となる法律原因ですね、行政処分ももとよりそうなんです。しかし、行政処分は、法律原因であるとともに、既にその中身において、法律関係を形成してしまうわけですので、原因というよりも、まさに法律関係そのものなのでありますけれども、行政指導だとか調査という事、実行為であるとか、行政上の契約であるとかというようなものは、言わばそういう法律関係を形成する前提となる行政手続法令上の事実関係なんです。だから、そういう意味では、そういうものをそもそも確認の対象としてとらえていくには、そういうことをとらえるについての、この制度で構えようとする救済、あるいは不服申し立てという目的との関連で、合理的な、また法律的に見て相当必然的な、そういう関連のあるものをとらえなければいけないのではなかろうかと、こういうように思われるわけであり。

そういう観点で議論していきますと、アメリカ法でも、先ほどのあれを申し上げましたけれども、最終的には、これはある先生もおっしゃっておられますけれども、アメリカ法でも、最終的には司法判断適合性の原理というのか、そういう司法判断というシステムで解決していく対象としての適格性というのか、そういうようなものがどうも大きな判断の基礎になっているのではないかと。日本法でも、先ほど、確認訴訟としましては、一応、確認の利益につきましては、さっき言ったような論理構造になっているんですが、最終的には、これは我々、実務的にも議論しているところなんです。確認判決という法律判断を示すことによって、当事者間の紛争の解決が直接的であり、またかつ合理的に必要であると認められるような場合でなければ、確認訴訟の利益はないと、こういうように考えているわけであり。そう理解されているわけであり。いくら法律判断を示しても、

対立が、紛争が事実上のものであるとか、あるいは別の言い方をしますと学問上のものであるとか、あるいは信仰とか宗教上のものであるとか、あるいは労使の直接的な交渉態度に関する信頼関係の問題であるとかというような問題については、法律判断を示しても、それ自体は紛争解決にとってどれだけ意味があるのか分からない場合があるわけで、そういうことが前提になってくるような紛争については、そういう確認の判決をすることは相当でもなく、また必要でもない、こういう考え方があるんだろうと思います。

長くなってしまって申しわけありません。ここで申し上げたかったことは、最終的には、行服法の世界で対応していくという議論をしたときに、その手続としまして、公法上の法律関係の確認に関する訴訟というような形でとらえるときに、その行政指導とか、事実調査等の事実行為とか行政上の契約とかと、こういうものの何を確認対象の法律判断の対象としてとらえるのかということであり、それでとらえることによって、どういう救済といったらいいんでしょうか、そういうものに仕立て上げていくのかということが検討されなければならないだろうというように思うわけであります。

そういうふうな意味では、先ほど来、議論されているように、何を立法事実としてとらえていくのかということとも関連すると思いますけれども、多くは、事実上の問題についての救済ということであれば、それは法律審査、採決という形で対応するというのは、やや大き過ぎるといいたいでしょうか、少し事態に対する対応について、大き過ぎる法的手段を用意することになるのではなかろうかなという危惧感を持つということであります。

まだ申し上げたいことはありますが、時間の関係で、あまり長くなりましてはいけません。差し控えたいと思います。

【小早川座長】

はい、ありがとうございました。今、行政指導のほうの話が中心ですが、最初に申しましたように、今日はあとの2つ、行政調査的な事実行為、それから契約についても、一当たり検討を深めたいとも思っておりますので、それも含めてさらに議論を続けたいと思います。今、お二方から手が挙がっていますが。じゃあ、前田先生どうぞ。

【前田先生】

行政指導について一例をつけ加えると、生活保護法上の指導指示が挙げられます。文書指示に従わない場合、保護の利益変更処分が予定されているという仕組みがあり、文書指示は処分として争えなくはないかもしれませんが、例えば、被保護者は自動車に乗ってはいけないというような口頭の指導指示があったとして、敢えて乗って、文書指示まで待つというところまで要求するのは酷ではないかと思われまますので、口頭の指導指示の段階で、救済の必要、争訟性という見地から、不服申立てを認めていい場合もあるのではないかと、ということで、一例として御紹介申し上げます。

それから、先ほど山本委員と稲葉委員の御意見のなかで、苦情処理的なものと、それから不服申し立ての両方があり得るというお話があって、行政指導については、苦情処理的なものとならざるを得ないものがあるかもしれないということでした。両者について、概念上、必ずしも截然と明確に区別できないのですが、不服申し立て制度に載せるのであれば、

調査・回答義務は認めるという方向で、それを前提に考えられるのだろうと思われま。ただ、その場合に、争訟性については柔軟に認めるということで考えればよいと思います。審査請求の趣旨といいますか、不服申し立ての趣旨に、必ずしも、その回答または回答に従った措置、つまり救済の対応が対応せずともよいという意味での柔軟性、言い換えると、運用の是正を通じて救済するというような制度設計が、処分の不服申し立てとは違うものとしてあり得るのではないかと考えております。

以上です。

【小早川座長】

はい、ありがとうございます。

高橋先生。

【高橋先生】

契約とそれから事実行為についてこれから申し上げたいと思いますが、ただ、行政指導について多少まとめた感想を申し上げておきたいと思。今までの先生方の御意見を聞いていて、行政指導の中には、争訟性を持つような紛争を引き起こすものがあるのではないかと。多分、認識が一致したのではないかと。例えば公表とかそういうものはそうではないかと私は思っているわけですが、ただ、その場合に、どう。この行服法のルートに乗せるかという点はきちんとすべきです。裁判所は、確認の利益という形により裸で判断できますが、行政不服審査の場合はきちんとしたある種の実質を持ったものを定型的に取り上げるということにならざるを得ないと考えます。かつ、それは応答義務とかを課す以上はそうだろうと、こういうことになります。

そういう意味では、いろいろ広げることも重要ですが、具体的に書面交付請求が拒否されたとか、公表が控えているとか、定型的なものに限って拾い上げていくというのが適当でしょう。かつ、それは先ほど稲葉先生おっしゃいましたが、国賠は故意過失という話がありますし、さらに言うと職務行為基準説みたいな話もあります。違法性をすべて吸収して判断してしまうといったような判例もありますので、具体的には、独自の救済ルートというのは、国賠があっても設ける必要があると思います。

和久井先生おっしゃいましたが、それから雛形先生もおっしゃいましたが、行政指導に対する救済というのは、現行の行服のルートとは手続が違うわけでありまして、多分、行政指導に携わる者が属する行政機関に対して調査応答の義務を課するというレベルの救済のように思われます。しかしながら、それは当然、紛争を前提とした事実上の救済の実質は持っているわけですが、しかし、手続上はかなり違うものだと思います。

かつ、公表については、かなり消極的になるのではないかと。御指摘いただきましたけれども、やはりルールがないと、人間、及び腰になります。行手法をつくる時にもそういう議論がありまして、かえって行政手続法できたので、不利益処分を役所が腰を据えてできるようになったという話もあります。そういう意味では、ルールをつくるということは、きちんと行政機関が果敢にそういうものについて取り組めるという話になるのではな

いかと思います。繰り返しますが、ある種のことを定型的に拾い上げて、それに対して救済の道を与えていくと。そして、それ以外については、山本先生と私は一致していると思いますが、ある種の苦情处理的なものも考えると。それを行服でやるか行手でやるかはちょっとわかりませんが、そういうふうな方向に持っていくのがいいのではないかと思います。

次に、それと同じ考え方で、やはり契約についても事実行為についても考えるのが適当ではないかと私は思っておりまして、具体的に言えば、入札の資格の停止とか拒否みたいなものは、これは裁判所でも確認訴訟の対象になると判断すると思います。ただ、それを確認訴訟的な不服という話ではなくて、やはりある種の実際上の不服の申し立てですね、要するに救済のルートに乗せるというのが必要でありますし、それは補助金交付についても同じだろうと思います。そういった意味では、この特定事項調査研究会への報告書にあるような契約の中で、かなりのものは救済のルートに乗せていいのではないかと私は思っているということです。

他方、事実行為については、どういうものを拾い上げるかというのは非常に難しい課題です。例えば施設に収容されている人間に対して、さまざまな事実行為がされるという場合に、これは繰り返されるのが当然、考えられますので、そういうものについては、やはり考えていく必要があります。それから、行政指導が前置されていない公表ですね、前置されないような場合の公表についても、これは救済の対象にしているのではないかと思います。そういった意味では、契約やその他の事実行為についても、ある種、定型的に今考えられているような救済の手續に付せるようなものがあるのではないかと、というのが、私の考え方です。

以上です。

【雛形先生】

今、1点だけ。今の高橋先生のおっしゃったことで。

【小早川座長】

はい、どうぞ。

【雛形先生】

今、高橋先生のほうで契約についても民事訴訟では確認の対象になるのではないかと言われたようにお聞きしましたので、ちょっとその点に関しまして申し上げておきたいと思っています。

先ほど、行政指導等の場合の一般法令に違反した場合の違法性の問題というような議論がちょっとありました。ちょっと乱暴な比喻で申しわけないのでありますが、例えば、民事訴訟で売買契約というものが、例えば民法の錯誤無効だとか、あるいは公序良俗違反の無効だとかという議論で、法律上の主張として、訴訟における主張として問題点になることはありますが、確認訴訟の請求の趣旨そのものにおいて、例えば何月何日付の売買契約が無効であることの確認を求めるといのは、原則的には確認の利益はないのであります。それは、その契約が無効であるということは、とりもなおさず売買契約に基づく所有権の

移転だとか、代金債務の発生とかという、そういう権利義務関係の原因事実なのであります。それで、売買契約が無効であるということは、そういう原因事実が存在しないということにほかならないのであります。

したがって、今の議論されているようなところで、行政上の契約が例えば無効であるとか、あるいはそういうような議論のときには、そこで論じられているのは、行政指導でもそうかもしれません。そういう行政実体法上の、作用法上の原因事実になるレベルの、言わば事実関係の違法性という言葉ではありますけれども、そういう事実関係の問題点なのではなからうかというように理解しますので、それは、そういう事実関係についての民訴の確認裁判も、それは法律に例えば証書の真否の確認の訴えというの、確認請求を起こせると書いてあるように、そういうものも、法律でそう書かれれば、そういう確認訴訟の対象にすることができる、確認の利益が、そもそも法律で認めるということになっていますので、議論の余地がなくなるわけでありまして。

今ここで議論があるのは、そういう法律をつくるかどうかの議論の問題だと思います。そういう法律をつくるかどうかの立法政策の上で、どのような考え方に基づいて、どういうものを確認の対象にしやすいか、あるいはするのについて、国民はじめ一般の理解が得られるような法律上の論拠があるかと、こういう議論になるのではなからうかというように思っておりまして、契約その他、そういう事実関係についても、法律的な判断を伴う事実関係についても、確認争訟の対象としては当然に利益があるんだとする、そういう議論になることにつきましては、少し慎重な御議論をお願いしたいということを申し上げたかったわけでありまして。

【小早川座長】

議論を深めれば切りがないですけど、何か一言ありますか。

【高橋先生】

すみません、私の申し上げ方が多分悪かったんだろうと思います。その辺は反省しつつ、13ページ見ていただきたいと思います。私が想定したのは、入札参加資格とかそういうことで、例えば談合に加わったのでという事実が認定されて、例えば1年間なり2年間、公共事業に参加できないという場合に、それをどうやって救済していくのかと、こういう話を申し上げたのであります。その辺、ちょっと私の言い方が多分悪かったんだろうと思います。大変、申しわけございませんでした。

【小早川座長】

はい、またそれはいろいろ議論していきたいと思います。やはり今までのところ行政指導関係の議論が多いんですけども、ちょっとそれをまとめさせていただきたいと思いません。

行政指導も、いろんなものがあります。行手法に定義はありますけれども、あれは大変広い。この場で何か考えるかというときには、どんなタイプの行政指導かということをし分けて考えないといけないということは、今まで皆さん、かなり共通のご認識があるかと思えます。それをどういうふうに類型を立てるかということ自体が問題ですけども、

先ほどから出ていますのは、ごく大ざっぱな言い方ですけども、処分に準ずるような、そういう行政指導というのが1つあるだろうということですね。

しかし、そういうものについて、それも手続を考える際に、処分についての不服審査とはやっぱり違うだろう、それはそのとおりであります。行政処分については、先ほど来、出ていますように、やはりある意味での実体的法律関係を定める行為であるということで、それに対する不服ということは、それをやめろという話ですので、裁決というのは、その取り消しの裁決ということになる。そこに一たんあったもの、あるいはあったように見えたものをなくす、ないようにするというところで、それが形成的とも言われているわけです。それに対してこちらは、そういう話では多分ない、これまた先ほど来、お話あるように、結局、確認訴訟的な要素を持ったものということになりそうだけれども、それが果たして制度としてつくるに値するものかという、そういう筋になるんだろうと思います。

ちなみに、判例のリスト、処分性に関する判例等というのがありますけど、私、大学では、この36年の海難原因解明裁決に関する大法廷判決が関が原の天下を分けた判決であるというふうに言っています。これ以来、処分の概念を狭くするという判例が、最高裁の立場が確立したというわけです。これは法令に基づく、そしてきちんとした手続に基づく判断行為なんですけれども、法律効果はないという、そういうことですね。それでずっと、その関が原後の体制が続くわけなんですけど、それが、例の輸入禁制品についての税関長の通知の判決あたりからちょっと揺らぎが出てきて、それで幕藩体制がどうなるかということがあって、それが、最近になるとがたがたと来て、このリストでも15年、16年、17年と並んでいますけれど、この辺で最高裁は処分性について何か考え方を改めるのかなというような、そういう動きにもなっているということだと思えます。

ですから、この36年判決が問題にしていたような、こういうタイプの、行政が種々の行為についてここは問題だというふうに判断してそれを表示する、しかも法律の仕組みでもってそういうものが予定されているというようなものは、1つの典型だろうと思うんですね。その辺をどう考えるかということはあるのではないかと。ただ、海難審判はちょっと特殊なケースですので、もう少しこれを一般的な、法令に基づく勧告、行政が見て問題だと思ふような行動についての是正の勧告のようなタイプというふうにとらえて、それについて何か考えられるのか、いや、そういうのはやっぱり無理なのかどうかということが、1つの筋ではないかと思われます。

それと、先ほどから、行政指導については、一方で処分に準ずるタイプのものというのがあるけれど、他方で、そうでないタイプのものについて、むしろ苦情処理的なシステムを、この際、法制化するということがあり得るのかどうかという話がありまして、大きく分ければそういう2方向かなということですね。さらにもっと細くなるのかもしれませんが。

ただ、いずれも、これで行こうというふうなコンセンサスがここで得られているわけでは決していないと思いますが、今後の進め方としては、今日の御議論は大変突っ込んだものでありますけれども、まだちょっと空中戦的などころがありまして、そこで御提案です。今後、中間まとめに向けての作業をしていくということで、その中で、何か考えられるの

かどうかということをやや具体的に詰めていただく、もうちょっと何か詰めた形での原案的なもの、たたき台的なものを、今後、ワーキンググループのほうで考えていただいて、それで、この検討会でそれをたたきながら議論するというにさせていただいてはどうかと思う次第であります。

行政指導については、ちょっとそういうふうに思っておりますけれども、それについての御意見も含めて、さらにその他の事実行為、及び契約について、ぜひ皆様の御意見を承りたいと思います。

はい、山本先生。

【山本先生】

契約につきましては、1つ、特定事項調査研のときにも積み残した問題がありまして、それは入札の関係ですね。これは、やはり入札の手続等とあわせて、本来は特別な手続を設けるべきではないだろうかと思われまして、現に、十分かどうかわかりませんけれども、仕組みもできているということがございます。ですから、これを含めるかどうかという点については、結論を留保したというところがございます。

これに対して、給付行政の関係については、先ほど処分との境目があいまいな部分があるというお話がありまして、先ほどの処分性に関する判例ですと、真ん中に上がっている最高裁の平成15年の判決等ございます。これは、処分だと言ったわけですけど、しかし、契約だという見方も十分成り立つだろうと思います。こういったものは、やはり含めるのが妥当ではないかと考えたわけです。

それからあと、即時執行等のその他の事実行為に関してですけれども、まず考えたのは、即時執行と、それから公表でした。あとの強制執行、あるいは行政調査は、確かに含めることも考えられるけれども、ただ、広い意味の手続全体にかかわる問題になると思いますので、これは、あるいは別途、別の仕組みを考えることになるのかもしれないと考えました。ここのところは、それほど考えが詰まっているわけではありませんけれども、とりあえず即時執行、公表あたりは含める、まず考えるべきであろうと思います。

争訟性の問題が、先ほど来、あるいはこれは前回も議論されていて、もう終わってしまった行為について、違法の確認をするのは、主観争訟の域を越えているんじゃないかという御意見がありまして、この場ではあまり外国の議論はしないことになっていると思いますので、やや逸脱することになるかと思っておりますけれども、私、行政事件訴訟法改正のときに、外国法を調べるワーキンググループにおりまして、そのときに、行政訴訟に関する訴えの利益の事後消滅を、日本ほど厳しく解する国はどうもないよだという結論になりました。

その中では一番日本に近いのはドイツなんですけれども、ドイツにおいても、例えば人身の自由に対する拘束、暴力とか、それから、実はもう少し広うございまして、例えば集会の自由の制限とか、あるいは営業禁止処分等があつて、名誉が侵害されたというところまで含む場合があるようなんですが、そういった場合には、その処分の効力が消滅しても、なお訴えの利益は残ると。違法性を宣言すると。それによって、種々の権利は回復される

んだと。それは、国家賠償とは異なる救済としてあり得るという考え方がどうもあるようです。

ですから、私は、即時執行等については、確かに即時に終わってしまうことはあり得ると思うんですけども、それに対する何か違法宣言をすることが、全く権利・利益の救済と関係ない話かという、そうではないんじゃないかという感じを持っております。ただ、このあたりは異論もあると思いますが。

【小早川座長】

はい、和久井先生どうぞ。

【和久井先生】

処分以外の不服申立てについて、当事者争訟的な要素が強いという御意見もあったと思います。例えば要綱に基づく補助金の交付で、要綱違反があったので返還を命ずると。その性質は実質的には、贈与契約の約定解除権の行使に当たる。これに対して不服を申し立てるといった場合、性質的には民事争訟なんじゃないかと思います。だからといって、行政機関の中で不服申立てを一切受け付けないということまで言うつもりはございませんけれども、ただ、この審査するのが契約の担当者の所属する機関、これを相手に、例えば契約の違法、不当を確認せよと言うのは、要するに当事者の一方が一方に対して非を認めろというようなことを、手続上保障するって、どうもそれは据わりが悪いんじゃないかなと。もしそういうことを、例えば裁決・決定で違法、不法を確認するということであれば、担当の部局でない別のところに審査するというような制度設計が必要ではないかなと思いますし、もっと簡易に、担当者のところで審査するというのであれば、応答については、かなり簡易な応答の方法というのを認めるというような設計にしないとならないのではないかなと。例えば、その見解を問うて、それに対して回答するという程度でとどめるとか、そのようなことをしないと、なかなかうまくいかないのではないかと思います。

【小早川座長】

契約については、大ざっぱに言ってしまうと、調達のための契約、これは主として会計法なり地方自治法なりの規定が基本的に働いて、その上でどうなるかということですね。それと、あとは給付行政といいますか、各種行政サービスの実施の段階で、相手方との間でいろいろ契約を結ぶ。水道法でも、それから社会福祉関係でも、いろいろあると思うんですが、そういう場合に、そういう行政サービスについての法令なり何なりの基準設定はあって、それに照らして実際のサービスの約束がどうなんだと、申し込んだけれどもそれに対する取り扱いがどうなんだという話、こちらのほうでは、そういう意味では、言わば実体法的な給付行政法的なルールが考えられて、それとの関係ではどうかというのがある。私は、何かその2つが基本的に違うタイプなんじゃないか、契約自体が違うのかそれとも出てくる問題のタイプが違うのかという理論的な整理はできませんけど、そんな感じもするんです。

ですから、これについて、どういう組織でもって苦情なり申し立てなりに対応するかという点も含めて、いろいろ違いが出てくるんじゃないかという気もするのです。今のはた

だ一メンバーとしての発言です。

ほかに、いかがでしょうか。

【雛形先生】

よろしいでしょうか。

【小早川座長】

はい。

【雛形先生】

分からない点をご質問申し上げるという形で、次回以降の自分自身の議論に備えたいと思うのでありますが、この行政指導なり、あるいは純粋な意味の事実行為となる行政行為なり、あるいは行政上の契約というものについてもそうなのでありますが、先ほど、冒頭に示されました今後の対応、救済ないし不服申立ての対応という中で、行手法の世界、改正なり何なりという、行手法の対応で議論すべきだという議論の中に、行政指導はもちろんそういうことで行手法にちゃんとそういう概念が持ち込まれて、その行政指導の中にもいろんな性質の違いがあるものも理解されるという法令上のことはあるわけなんです、その他の事実行為たる行政行為、あるいは行政上の契約というようなものは、それ自体、法令用語的に確立しているのかどうか。あるいは、そういうものを救済ないし不服申立てなりというような世界で取り上げるときに、どのような中身、どんなような性質のものがあるのか。今、座長もおっしゃられたような、行政上の契約についても2つぐらいのものがあるんじゃないかと。私は、もっと進んでいるものもあるのかなということがあって、先ほど来、発言したんですが、つまり、例えば行政処分の処分要件などについて、行政契約上のあれで、行政庁と関係国民の間での契約が成立するようなことがあるかもしれない。あるいは、条例における、地区計画でしたっけ、の中では、関係住民の間だけでも、1つの契約みたいなものもあるように思われるわけですが、いろんなそういう行政上の契約というものもあるんでしょうが、そういう概念区分なんか、一体できるのかどうかということも、これは立法事実の問題でもあるんですけども、議論しなきゃいけない。

それで私は、行政手続法は、やっぱりそういう意味ではこういうダイナミックに発展している行政権運用の現実的、事実にレベルのところの現象を十分規制対象として取り上げ切れていないと。だから、行政指導の場合も、先ほど高橋先生もおっしゃいましたけれども、多分に担当する職員側の、言わば作法みたいなレベルのところの議論しかないわけで、今回までもいろいろ議論あるような、その行政指導としても、そんなことまでやれるのかしらとか、そんなことをやって、関係国民のあるいは権利ないし利益を損なうようなことが起きたときに、それをどうすればいいのか。つまり、行政指導自体の要件みたいなものを議論し、その要件に違反したときには、それは行政手続法レベルで、もちろんいかなる違法是正のための、あるいはしかるべき救済的なことを考えるのかということを書いてもいいのではないのかということにも思いますが、行服法レベルで対応すべきだという議論の方々は、今申しましたような行政手続法の充実というんですか、改正といたらいいんでしょうか、そういう方面でやるべき話が、行服法のほうで対応すべきだということの法律

的、制度的、法制的な意味でのあれですが、その妥当性の判断がどういうふうになっているのかなという感じが、分からない点でありまして、次回以降の勉強の際には、ぜひそういうことについてのお教をいただけるような進行があれば、大変ありがたいと思います。

【藤村先生】

ちょっと関連して。

【小早川座長】

はい。時間ですので、じゃあ手短に。

【藤村先生】

今の御意見にやや関連しまして、次回、ワーキンググループで問題の整理したものを出していただけるということになるかと思いますが、その際、ちょっと契約の関係につきましても、ほかの分野についても、処分性のあるというか、それに近いような類型とそうでないものという、そのあたりをどういうふうに整理するのか。

それから、この契約の関係が特にそうなんです、契約といっても、いろいろなタイプがあつて、行政法上の契約というのは、そもそも概念として成り立つかという御議論もあるわけなんです、要するに、契約自由の世界でやっている部分と、そうじゃなくて、行政作用法上、何らかの規制があるという、そのあたりがどんなふうに分けられるのか。

それから、特に処分性のわりあいに近いものというものの、3段階ぐらいの区分というのを、どういうふうになさるかというあたりを、ぜひ御検討いただければと思います。

【小早川座長】

それでは、まだ御発言のご希望もあるかと思いますが、もう予定の時間も過ぎましたので、この辺で、今日のところは取りまとめたいと思います。

今後のスケジュールとしまして、この検討会は7月までの予定であります。中間取りまとめ案を作成し、パブリックコメント及び各府省ヒアリングを実施するということをご予定しております、そうしますと、遅くとも4月上旬ごろには中間とりまとめを公表しなければならないのではないかと思います。

そこで、これまで相当の時間をかけて議論していただきましたので、これを踏まえまして、現在、ワーキンググループにおいて中間取りまとめ案の検討にかかっていると思いますが、問題は、その議論がどこまで成熟し、中間まとめ案として出てくるものがどの程度の成熟度を持って出てくるかということであるかと思えます。次回と次々回とで議論していただきたいのですが、その中身につきましては、今までの議論の経緯にてらしまして、おのずと問題ごとに多少の差は出てくるのではないかと思います。今日のところでも、行政指導に関してはかなり論点もはっきりしてきたのではないかなということ、先ほど、そこをさらに詰めた議論をしていただくためのたたき台をつくっていただいていた申しましたが、それ以外の部分につきましては、まだそこまでもうちょっと行っていない感じもいたします。そこは、次回お出しいただくものも、それを踏まえた、そういう状況でのものということになって、したがって、そのたたき台を見ながら、前回と今日

の議論の続きをさらに続行していただくということにせざるを得ないのではないか。時間は大変苦しいんですけども、そういうことで何とかやり繰りをしていきたいと思いますが、いかがでしょうか。

そういうことで、ワーキンググループの方々、それから事務局には、いろんなレベルの作業をあわせて短時間でやっていただかなければなりませんので、これは大変なお願いになるかと思いますが、どうかよろしくお願ひしたいと存じます。

もちろん、今日さらにいろいろおっしゃりたいということがあると思いますし、いろいろな御意見がさらにあると存じますので、本日のテーマに関しまして、さらに御意見がありましたら、3月6日火曜日までに事務局に御連絡をいただきたいと存じます。

そういったことで、何とかこの先、進めていきたいと思いますが、よろしゅうございましょうか。

それでは最後に、事務局から連絡事項がありましたら、よろしくお願ひします。

【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時までに、この建物でございます第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、よろしくお願ひいたします。

以上でございます。

【小早川座長】

それでは、これで第7回の検討会を終わります。本日は、どうもありがとうございました。

～了～