

行政救済制度改革に関する当連合会の意見の要旨

2011年（平成23年）2月25日

日本弁護士連合会

1 行政不服審査制度の改正について（別紙1）

当連合会は、かねて提言しているとおり、行政不服審査会制度等の第三者機関による行政不服審査を理想と考えていますが、この点の改革は将来の課題とするとしても、少なくとも以下の8点について、国民の立場に立った改正が必要です。

審理官の身分の保障と職務の独立性を確保すること。そのために審理官は各省庁ごとに任命するのではなく、内閣の所轄の下に置かれる独立の組織の下に置くとともに、法曹資格者等の適切な人材について外部からの任用を図ること。

地方においても、国と同様に審理官による専門的審理が行えるよう、地方公共団体の長の下に独立の組織を設置できるようにすること。

不服審査の申立窓口は原処分庁とすること。

不服審査は、行政指導、行政上の契約及びその準備行為、行政調査、事実の公表、公共事業の実施など、国民の権利義務を害するおそれのある行政活動を広く対象にすること。また審理の結果の裁決は、不服審査の対象と申立ての内容を勘案して、取消し、撤廃、義務付け及び差止め等の類型に限らず、救済の必要に応じた多様な裁決を可能とすること。

不服申立人適格を行政活動の根拠法規によって事実上保護される利益を有する者にまで広く認めるようにすること。また、一定の団体にも不服申立て資格を与えること。

不服申立期間は少なくとも6か月とすること。また、教示が誤っていた場合には、正しい教示がされるまで不服申立期間は進行しないとすること。

不服申立人に対審的審理や公開審理を求める権利を与えること。また、審理上提出された資料及び審理担当者が収集した一切の資料並びに審理調書等の審理記録につき低廉な費用による迅速な閲覧謄写権を与えられるようにすること。

不服申立てがされた場合には、別に法律で定める場合を除き、原則

として処分の効力，処分の執行，又は手続の続行が停止されるようにすること。また，仮の差止め，仮の義務付け制度を導入すること。

2 代理人制度と弁護士法第72条について（別紙2）

弁護士法第72条により，弁護士又は弁護士法人でない者は法律事務を取扱うことを業とすることができないとされています。行政に対する不服の申立ては，明らかに紛争性，事件性を帯びており，さらに，最終的には行政訴訟等の司法審査によって解決が図られるものですから，国民の行政不服申立ての権利を真に擁護できる適格者としては法的紛争の解決のための専門的教育を受けた弁護士が最もふさわしいといえます。行政不服申立ては，行政が自らの運営や制度の改善のためにのみ設けられた制度ではなく，国民，市民の権利利益の速やかな救済のための制度でもあることに思いをいたせば，行政庁の監督下であり，行政OBが多数を占める行政書士に代理権を与えるべきではなく，国民の権利利益を擁護し，国，地方自治体等の行政と真に対峙できる者にのみ代理人としての適格を認めるべきです。行政書士の職務範囲は，各種の行政関係書類の作成が主要なものであり，行政手続における聴聞等代理業務についても，弁護士法第72条に違反しないものに限って許容されているに過ぎず，行政書士に行政不服申立ての代理人資格を広く認めることは，立法の統一性を損なうものであり，これに反対します。新たな行政不服審査制度が国民に信頼され，広く利用されるためには，制度設計上も国民がこの制度によって自らの権利利益が適切に擁護され，救済されると信頼するような制度とすることが不可欠であると考えます。

3 弁護士法における不服申立前置主義（審査請求制度）について（別紙3）

今次の不服申立制度前置主義の見直しは，国民の救済制度選択の自由を拡大することを目的とするものですが，弁護士法における不服申立ては，弁護士又は弁護士となる資格を有する者が，登録請求又は登録換え請求についての弁護士会の進達拒絶や弁護士会による懲戒処分に対して行うものであって，これを見直すことが国民一般の不服申立選択の自由の拡大につながるものではありません。弁護士の登録請求又は登録換え請求についての弁護士会の進達拒絶に対する審査請求の制度及び弁護士会の懲戒処分に対する審査請求の制度は，基本的人権の保障を実効

あらしめる弁護士自治の制度の維持のために必要不可欠な制度であり、また、それにふさわしい一審代置機能も有していることから、その意味を実質的に失わせるような制度改変は不要であり、かつ、許されないものといえます。

以 上

行政不服審査制度の改正について

当連合会は、かねてから行政不服審査制度の抜本的改革を求めて活動し、これまで「行政不服審査制度の抜本的改正を求める意見書」（2006年7月20日）を公表し、「行政不服審査制度に関する日弁連改正案（行政活動是正請求法案(仮称)）」（2007年5月2日）を作成して公表してきました。

2008年4月国会に提出された行政不服審査法等の改正案が廃案となった後、新たに発足した貴検討チームにより行政救済制度の改革が検討されています。

貴検討チームにおかれましては、旧法案の目玉とされた「行政不服審査会」制度ではなく、審理官制度の充実を目指しているなど方向性は異なりますが、不服申立人適格の拡大や裁決内容の多様化の検討など意欲的な取り組みもされているようであり、大いに期待しております。当連合会はかねて提言しているとおり、行政不服審査会制度等の第三者機関による審査を理想と考えていますが、この点の改革は将来の課題とするとしても、少なくとも以下の8点について、国民の立場に立った改正が実現できますよう、意見を取りまとめていただきたく、本申入れを行います。

第1 審理官制度について

不服審査を実質的に担当する審理官は、専門的知識を有し中立公正でなければならないと考えます。

審理官については、近い将来において米国のALJ（行政法審判官）制度を参照した資格制度を設けることで、身分の保障と職務の独立性を確保するようにすべきです。そのため今次改正では、少なくとも貴チームが検討中の審理官は各省庁毎に任命するのではなく、人事院と同様、内閣の所轄の下に置かれる独立の組織の下に置くことが妥当と考えます。

説明

行政不服審査制度では、専門的な知識を有する者が公正中立な立場で迅速に判断を行うことが求められています。

国の場合（地方の場合は後述します），省庁内に審理官を置きつつ，その独立性や身分保障を与えることによって中立公正が確保できるという考え方は，国民の視点からすれば実効性がなく不完全な改革としか受け止められません。各省庁から完全に切り離した形で（審理官を退官した後に出身省庁に戻ることはもとより，天下り先の斡旋も受けることを禁止する）審理官制度の発足が必要です。

独立の組織を設置することで，各省庁が重複して任命するといった事態も避けられ，また，審理官の補助職員も各省庁から切り離されることにより中立性が一定程度保障されることとなります。また，審査請求人に対する補助体制の整備を考えるならば，なおさら各省庁とは別の独立の組織として設置することが必要です。

将来的には，長い運用実績を有する米国のALJ（行政法審判官）制度を参照して，行政内部において高い専門性を持ち，身分保障を受ける審理官の資格制度を設けることとし，その資格を取得した者を任命するという抜本的な方策をとることを期待します。当面は法曹資格者や公法を担当している大学教授等について個々にその業績と見識を吟味の上，外部からの任用を図り，当面必要な審理官を確保することも必要です。

なお，行政不服審査法による不服申立ての大部分は，特別の審査機関が審査庁となっています。それらの特別の審査機関は，行政不服審査法の改正で当然に統合されるものではなく，これまでの不服審査の実績を検証する中で統廃合が為されるものと考えておりますので，独立の組織を設置する場合でも必要経費が大きく膨らむことはないと考えます。

第2 地方自治体の行政不服審査体制について

国と地方とを区別する理由はなく，国と同様に審理官による専門的審理が行えるよう，地方公共団体の長の下に独立の組織を設置できるようにすべきです。この場合，国の裁定的関与の仕組は不要となります。

説明

地方公共団体の不服審査についても，国と同様のことが言えます。ただ，すべての地方公共団体が審理組織を設置して審理官を任命することは効率的でないため，共同で設置する方法や他の地方公共団体が設置した審理

組織に事務を委託する方法が現行地方自治法のもとで工夫されるべきでしょう。国の機関が地方公共団体の機関が行った処分に対する審査請求や再審査請求を行うという現在の裁定的関与の仕組みは、審理官による専門的、かつ中立公正な不服審査がされることになるため不要となります。

第3 不服審査の申立窓口について

不服審査の申立窓口は、原処分庁とするのが妥当です。原処分庁に「再考」の機会を与えると共に、申立人にも再考の申立ての権利を与えて、迅速な救済の機会を保障するような制度設計ができると思います。

説明

現行法は、審査請求につき審査庁に対し申立てをするのを原則としていますが、改正で審査請求に原則一元化するに際し、申立窓口は原処分庁とするほうが分かりやすく、教示も簡単です。また、その際、原処分庁による「再考」という形で従来の異議申立ての機能も実質的に認めることとすれば、国民にとっても利益となりますので、その機会を確保するためにも、申立窓口は原処分庁とすることが相当です。

第4 審査可能な行政活動の範囲と裁決内容の多様化について

不服審査の対象となる行政活動は、これまで審査対象として認めてきたものに限らず、行政指導、行政上の契約及びその準備行為、行政調査、事実の公表、公共事業の実施など、国民の権利義務を害するおそれのある行政活動を広く対象にすべきです。なお、検討の途上である行政手続法2条8号に定める命令等や行政計画については、個別法で不服審査の対象として明示したものだけを対象とできるようにすれば良いと思います。

また、審理の結果なされる裁決の内容は、不服審査の対象と申立ての内容を勘案して、取消し、撤廃、義務付け及び差止めといった類型に限らず、救済の必要に応じた多様な裁決が可能となるような規定を設けるべきです。

説明

国民の権利利益を害するおそれがある行政活動に対しては、広く救済の方法が与えられる必要があります。国民の権利利益の擁護と適切な行政運営の確保という行政不服審査制度の目的からみても、不服審査の対象を処分その他の公権力の行使に限定する理由はありません。従って、行政不服審査法に掲げる審査対象としての行政活動は例示に過ぎません。もちろん、特別の審査機関や不服申立方法によることが適切な分野があることは否定できませんが、例えば命令等や行政計画については、個別法で不服審査の対象とした場合のみ不服申立てができることを法文で明示すべきです。

審査対象となる行政活動が多様化することに伴い、裁決自体も、対象となる行政活動及び不服申立ての内容を踏まえ、問題解決のために適切と考えられる多様な裁決ができるようにすべきです。

第5 不服申立人適格の範囲について

不服申立人適格は、抗告訴訟の原告適格の範囲よりも広く認めるようにすべきです。また、消費者、環境、文化財保護を主たる目的として公益活動を行う団体で一定の活動実績を有するNPO法人、一般社団法人、一般財団法人等は、その活動目的を阻害する行政活動について不服申立てを認める規定を設けるべきです。

説明

例えば風営法による営業許可の取消訴訟等では、良好な生活環境は公益保護の結果得られる反射的利益に過ぎないとして隣地住民等の原告適格が否定されています。行政不服審査は、行政訴訟とは異なる意義を持つ行政活動の是正手段です。違法のみならず不当な行政活動についても広く救済を図る行政不服審査制度の趣旨に鑑みれば、不服申立人の範囲についても、行政活動の根拠法規によって事実上保護される利益を有する者に拡げることによって、広く国民の救済を図るべきだと考えます。

また、消費者、環境、文化財保護など公益目的で活動している団体に対し、その目的を阻害する行政活動について不服申立資格を与えることは、適切な行政運営の確保にとって非常に有益ですので、これらの団体に不服申立資格を与えるべきです。

第6 不服申立期間及び教示について

主観的不服申立期間は、少なくとも行政事件訴訟法の出訴期間と同一の6か月とすべきです。また、教示が誤っていた場合には、正しい教示がされるまで主観的不服申立期間は進行しないとすべきです。また、物的処分等についての教示方法を定める必要があります

説明

現行の行政事件訴訟法の主観的出訴期間は6か月とされており、それに合わせて不服申立期間も6か月を保障すべきです。そうしなければ、不服申立前置主義が残存する限り、些細な誤解により司法救済が拒否される国民が生じることとなります。また、正しい教示がされなかったにもかかわらず期間徒過を理由に救済を拒むことは公正を欠くものと言えます。なお、これまで名宛人がいない物的処分等の多数人が影響を受ける処分として理解された処分についても、公示、インターネットの活用、所有者への教示など、教示の方法について工夫すべきです。

第7 不服申立人の審理上の権利について

不服申立人には、対審的審理や公開審理を求める権利が与えられなければなりません。また、審理上提出された資料及び審理担当者が収集した一切の資料並びに審理調書等の審理記録につき低廉な費用による迅速な閲覧謄写権を与えられるべきです。

説明

審理官による審理は、職権で迅速に行われるべきですが、申立人の手続的権利が保障されなければ、手続の中立公正に対する信頼が損なわれることとなります。従って、申立人が対審的審理を求めた場合は、対審的審理を行わなければならないものとし、公開審理を求める権利も保障すべきです。また、審理に使われた提出資料、収集資料、審理調書等の審理記録のすべてについて閲覧謄写の権利が認められるべきです。また、第三者の利益を害するおそれがあるとき等正当な理由がある場合には閲覧謄写を拒

むことが許され、謄写に要する費用を徴収することも許されるものとすべきです。しかし、不服申立てが認容された場合や公益保護を目的とする不服申立ての場合等においては、謄写費用を申立人に負担させることがないようにすべきです。

第8 仮の救済方法について

不服申立てがされた場合には、別に法律で定める場合を除き、原則として処分の効力、処分の執行、または手続の続行が停止されるべきです。また、仮の差止めや仮の義務付けという制度を導入すべきです。

説明

現行法はすべての処分について執行不停止原則を採用していますが、処分の性質に応じた区分を行い、原則として不服申立てにより処分の効力、処分の執行または手続の続行は停止されるものとし、不停止原則をとることが必要なもののみ個別法で明示的に規定するものとすべきです。なお、いずれを原則とする場合であっても、個別的な事案の状況に応じて、審査担当者の意見に基づき審査庁が原則とは異なる措置を取ること及びその措置を取消することができることとすべきです。

また、義務付けや差止めを求める不服申立てを規定するにあたり、行政事件訴訟法と同様に、申立内容に応じた仮の救済制度を導入すべきです。

なお、当連合会の意見は以上のとおりですが、貴検討チームの検討作業中「不服申立ての構造の整理」において、「略式裁決」「特別審査請求」という制度について検討がされていますので、この点につき、当連合会は判りやすい不服申立ての構造を目指すという立場から、次のように意見を述べます。

1 「略式裁決」について

簡易な手続を設けることに賛成しますが、導入する場合には正式手続との対比において、どのような審理手続にするか検討する必要があります。

説明

当連合会の上記改正案では、第三者機関が実質的に審査に当たることを前提に、処分庁に対し是正請求を行うこととし、その際、付随的に「再考の申立て」を行うことができることとしていますが、略式裁決はこれに相当します。

もし、「略式裁決」制度が、単に「請求の認諾」的なものであれば、あえて「略式裁決」の名で制度化する必要はなく、「略式裁決」の審理手続を「正規の裁決」より簡略にするのであれば、制度導入の前提として、どのように審理手続に差異をつけるのかについて明確にする必要があります。仮に「書面審理」と「対審的な口頭意見陳述を行う審理」との違いであれば、もともと口頭意見陳述を行うか否かは申立人の意思によるものですから、略式裁決と正規の裁決とを制度として区別する必要性はないと考えます。

2 「特別審査請求」について

近い将来に審理官にALJに近い資格制度を導入して専門性と独立性を保障し不服審査制度の実効性を確保するべきであり、特別審査請求は不要であると考えます。

説明

貴検討チームは、現行の再審査請求について、国民の救済に実益がある場合には、「特別審査請求」として個別法で存置するものとするとしています。実益が認められる場合とは、独立の第三者機関による再審査が有効に機能している場合、地方公共団体の処分に係る再審査請求先が国で、再審査が有効に機能している場合、とされています。さらに、現行の個別法で異議申立てと審査請求の二段階審査が為されている場合に、個別の検証により、異議申立てを審査請求とし、審査請求を「特別審査請求」とすることも検討するとしています。但し、「特別審査請求」については原則として前置主義をとらないとしています。

しかし、近い将来に審理官にALJに近い資格制度を導入して専門性と独立性を保障し不服審査制度の実効性を確保する、という基本的な方針をとるならば、特別審査請求を検討することは不要であると考えます。

については、独立の第三者機関が行っている不服審査は、今次改正時に性急に審理官制度に移行させるのではなく、現状を維持した上で、審理官体制の拡充を図りながら統合を進めていけば良いと考えます。また、についても、裁定的関与を残すよりもむしろ地方公共団体における審理官制度の充実によって解決するのが正しい道筋です。従って、 、 のいずれの場合も、一定の準備期間について、改正法の適用除外規定を設ければ済むことであると考えます。

については、「特別審査請求」については誰が審査を担当するのか不明ですが、仮に審理官の審理の後に為された裁決に対し「特別審査請求」ができるというのであれば、新しい審理官制度を否定することになりかねません。なお、「特別審査請求」の審査を審理官が担当するというのであれば、現行の異議申立制度を審査請求と名前を変えて残すという制度設計となり、異議申立てを廃止するという基本方針と矛盾することになります。

代理人制度と弁護士法第72条について

第1 行政不服申立てにおける代理人制度

- 1 国民の行政不服申立ての権利を真に擁護できる適格者は誰かと考えれば、それは司法試験という法曹選定のための国家試験に合格し、法曹実務家養成のための司法修習を経た弁護士です。行政不服申立ての代理権を弁護士以外に広く開放することは、国民の権利擁護が全うされません。
- 2 行政書士制度は、行政書士法第1条に定めるように、「行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、あわせて、国民の利便に資すること」を目的とするものであり（第1条）、そもそも国民の権利擁護の立場から行政に対峙してその非違を糾すことは想定していません（現に、行政書士の多くは、行政庁OBです）。そして、行政書士の業務範囲は、行政書士法第1条の2・第1条の3（後述）に規定するように、各種の行政関係書類の作成が主要業務であり、平成20年改正で導入された行政手続における聴聞等代理業務についても、弁護士法第72条に違反しないものに限って許容されるに過ぎません。行政不服申立ての代理人制度についても、この基本スタンスを変更することは立法の統一性を損なうものです。

特に、行政不服申立て制度は、国民が、行政機関の一定の処分等について、不服を申し立てる制度であって、これをどのように簡略な制度とするにしても、行政書士は都道府県知事の監督下にあり（行政書士法第6章）、また、行政書士会は都道府県知事の、日本行政書士会連合会は総務大臣の監督下にあることから（行政書士法第18条の6）、このように行政庁の監督下にある行政書士に、行政庁に対する不服審査申立てに何らかの権限を付与することが相当でないことは明白です。

- 3 弁護士人口が大幅に増大し、弁護士が地域的にも領域的にも幅広く活動する人的基盤が形成されつつあるのですから、国民の行政不服申立ての権利を擁護するのは、弁護士の役割とするのが相当であり、行政書士をはじめとする職種に、行政不服申立ての代理権を広く付与することは、国民の利益に適わないものです。司法制度改革審議会の意見書が行政書士等の隣接法律専門職の活用を説いたのは、弁護士人口が1万人台にとどまっていた当時の状況をもとにして、応急的・限定的措置として述べたものに過ぎません。

わが国の法体系は、法律事務の取扱いを原則として弁護士に限定しているものであり（弁護士法第72条）、これを弁護士のエゴイズムであるとの偏狭な認

識にたつて改変するのは、わが国の将来を見誤るものといえます。

第2 弁護士法第72条について

1 立法趣旨

最大判昭和46年7月14日(刑集25巻5号690頁)「世上には、弁護士の資格もなく、何らの規律にも服しない者が、自らの利益のため、みだりに他人の法律事件に介入することを業とする例もないではなく、これを放置するときは、当事者その他の関係人の利益を損ね、法律生活の円滑な営みを妨げ、ひいては法律秩序を害することとなるので、かかる行為を禁圧するために設けられたものである」弁護士の権益擁護のための法律ではありません。

2 弁護士法第72条の解釈問題

適用対象が不相当に広がらないために、絞りをかける解釈が行われており、決して、無限定に非弁活動を取り締まっているわけではありません。

一 罪説と二罪説

「報酬を得る目的を有すること」と「業とすること」は、法律事件に関する法律事務取扱い行為と法律事務取扱いの周旋行為の双方に必要なにつき、前掲最高裁昭和46年大法廷判決は、一罪説を採用し、縁故者が紛争解決に関与するとか、知人のために好意で弁護士を紹介するとかの社会生活上当然の相互扶助的協力行為と目される行為までも取り締まり対象にするものではありません。

事件性

非弁護士の取扱いを禁止する「一般の法律事件」の意義につき、法律上の権利義務に関して争いや疑義がある案件または新たな権利義務関係の発生する案件をいう(東京高判昭和39年9月29日高刑集17巻6号597頁、札幌高判昭和46年11月30日刑裁月報3巻11号1456頁、広島高判平成4年3月6日判時1420号80頁等)とされ、「法律事務」につき、法律上の効果を生じ、変更する事項を処理することをいう(前掲東京高判昭和39年9月29日)とされています。

この「一般の法律事件」に関する事件性必要説と不要説があります。

- a 必要説：事件というのにふさわしい程度に争いが成熟していることが必要とする考えです。「紛争性」必要説ともいえます。
- b 不要説：「事件性」というような曖昧な要件を持ち込むことは、立法経過を無視し、罪刑法定主義の精神に反するという考え方です。

c 法務省は、企業法務（会社法務部がグループ会社に対する有償法務サービスをすることの可否）に関して、事件性必要説を採用しています（於・法曹制度検討会）。

d 最判平成22年7月20日（判時2093号161頁）は、「交渉において解決しなければならない法的紛議が生ずることがほぼ不可避である案件に係るもの」は、「一般の法律事件」に該当するとしました。

これは、「事件性」の言葉に拘泥せず、法律事件の内実を吟味すべきことを指摘したものであり、法的紛議が生ずる高度の蓋然性があれば、一般の法律事件に該当するとしたものです。

3 ただし書 = 「この法律又は他の法律に別段の定めがある場合」

「他の法律」が加入されたのは、行政書士等の隣接法律専門職との整合性確保のためですが、弁護士法以外の法律で隣接法律専門職の権限を拡大していけば、それは弁護士法第72条ただし書の「他の法律に別段の定めがある場合」に該当し、許容されると解することはできません。弁護士法第72条本文の趣旨を没却する内容の「他の法律」を制定することは、わが国の法のあり方としてあり得ません。

第3 行政書士の権限と弁護士法第72条との関係

1 基本的な考え方

行政書士法に定める行政書士の権限範囲を正しく解釈し、そこからはみ出るものについて、弁護士法第72条の射程範囲かどうかを検討します。

2 行政書士法の権限に関する規定の構造

第1条の2

行政書士は、他人の依頼を受け報酬を得て、官公署に提出する書類・・・その他権利義務または事実証明に関する書類・・・を作成することを業とする。

行政書士は、前項の書類の作成であっても、その業務を行うことが他の法律において制限されているものについては、業務を行うことができない。

* 「他の法律」には、弁護士法第72条を含みます。「書類」の範囲を拡張解釈することはできません。

第1条の3

行政書士は、前条に規定する業務のほか、他人の依頼を受け報酬を得て、次に掲げる事務を業務とすることができる。ただし、他の法律においてその業務

を行うことが制限されている事項については，この限りでない。

一 前条の規定により行政書士が作成することのできる官公署に提出する書類を官公署に提出する手続および当該官公署に提出する書類に係る許認可等・・・に関して行われる聴聞または弁明の機会の付与の手続その他の意見陳述のための手続において当該官公署に対して行う行為（弁護士法72条に規定する法律事件に関する法律事務に該当するものを除く）について代理すること。

* 行政書士は，聴聞等代理を，弁護士法第72条に違反しない範囲でできるに過ぎません。法文は，「事件性」を加味したような内容になっていますが，「事件性」の内実を吟味しないで導入することは，平成22年最高裁判決が示唆するように，避けなければならないといえます。

二 前条の規定により行政書士が作成することができる契約その他に関する書類を代理人として作成すること。

* 契約締結交渉の代理まで認めたものとは解されません。

三 前条の規定により行政書士が作成することができる書類の作成について相談に応ずること。

* 「法律相談」に及ぶことはできません。

弁護士法における不服申立前置主義（審査請求制度）について

第1 総論

1 不服申立前置主義及び裁決主義

弁護士法（以下「法」といいます。）の定めるところによれば，弁護士会による登録等の進達拒絶及び懲戒の各処分に対しては，日本弁護士連合会（以下「当連合会」といいます。）に対する行政不服審査法による審査請求をすることができますが（法第16条第1項，第61条第1項），上記の各処分に関しては，「これについての日本弁護士連合会の裁決に対してのみ、取消しの訴えを提起することができる」ものとされています（法第16条第3項，第61条第2項）。すなわち，上記の各処分に対する不服申立ては，当連合会に対する審査請求を経なければならず（不服申立前置主義の採用），審査請求を経た後も，原処分の取消訴訟を提起することはできず，当連合会の裁決の取消訴訟のみが許されています（裁決主義の採用）。

2 弁護士自治との関係

(1) 法が上記各処分について不服申立前置主義及び裁決主義を採用したのは，弁護士自治を尊重する趣旨であると言えます。

すなわち，我が国においては，弁護士を構成員とする団体として，弁護士会及び当連合会の設立が認められているところ（法第31条，第32条，第45条），弁護士会及び当連合会は，構成員の総意に基づいて自ら規範を定立して団体内部の事項を規律する等の自律権能が与えられています（法第33条，第46条）。また，弁護士となるには当連合会に備えた弁護士名簿に登録されなければならず，当連合会及びいずれかの弁護士会に所属して，その会員とならなければならないものとされています（法第8条、第9条）。弁護士となろうとする者は，弁護士会を経由して当連合会に対し弁護士名簿への登録を請求するものとされていますが（同条），これに関し，弁護士会は登録請求の進達の拒絶権を，当連合会は登録の拒絶権を与えられています（法第12条，第15条）。また，弁護士会及び当連合会には，その会員である弁護士を指導監督する権限が与えられ（法第31条第1項，第45条第2項），会員に弁護士としての品位を失うべき非行があったときは，当該会員を懲戒する権限が与えられています（法第56条第2項，第60条第1項）。

(2) このように，我が国においては，当連合会によって弁護士名簿に登録され

なければ弁護士となることができず、また、弁護士となった後は、弁護士会及び当連合会による監督を受ける制度が採用されており、弁護士という資格の付与及び弁護士に対する監督は、国家機関ではなく弁護士会及び当連合会という弁護士の自治団体に与えられています。このような制度が採用された理由は、主として、弁護士の職責が、基本的人権の擁護を使命とする（法第1条第1項）という点にあります。すなわち、基本的人権は国民の国家に対する権利であり、これを侵害する者は国家であることから、基本的人権を擁護すべき弁護士は、その職責を全うするためには、時に国家と対峙することが必然的に求められるということです。そして、この点については、弁護士名簿の管理及び弁護士に対する監督権限が国家に留保されていた戦前の歴史への反省に立っている点を看過することはできません。

- (3) そして、そのような弁護士自治を尊重するため、登録等の進達拒絶及び懲戒についての前記の各処分については、不服申立前置主義及び裁決主義が採用されているといえます。

いわゆる自由選択主義を採用して弁護士会による進達拒絶処分に対して処分の取消しの訴えを提起できるものとする、進達拒絶処分に対し、当連合会に対しては行政不服審査法による審査請求をなすことができるとともに、当該処分の取消訴訟も併せて提起することが可能となりますが、これでは裁判所における判断と当連合会における判断とで矛盾抵触が生じる可能性があるばかりか、行政事件訴訟法第8条第3項が存在するとしても、裁判所が当連合会の裁決に先立って進達拒絶処分の法適合性を判断するときは、当連合会が有している弁護士名簿への登録の可否を判断する権限を損なうこととなります。

また、弁護士会の懲戒処分について取消訴訟の提起を認めると、同様に裁判所と当連合会とで判断が矛盾抵触する可能性があるばかりか、裁判所が当連合会の裁決に先立って懲戒処分の法適合性を判断するときは、当連合会に付与されている弁護士に対する終局的な懲戒権を損なうこととなります。

したがって、登録等の進達拒絶及び懲戒についての前記の各処分については、弁護士自治を尊重するため、不服申立前置主義及び裁決主義が不可欠であるといえます。

- (4) 以上から、我が国においては、国民の基本的人権の保障を實行あらしめるために弁護士自治が制度上認められているところ、本件各処分についていわゆる自由選択主義を採用すること（現行の不服申立前置主義及び裁決主義を放棄すること）は、弁護士自治を後退させ、その危機をもたらすものであり、

ひいては国民の基本的人権の保障にとって看過すべからざる状況につながるものと考えます。

3 専門的かつ柔軟な判断の確保等

他方、不服申立前置主義を採用して上記の各処分についてはまず当連合会の資格審査会又は懲戒委員会において審査するものとした場合、弁護士又はその業務についてのあり方、倫理等について知悉した機関として、実情に則した専門的な判断が可能であり、かつ、一定の裁量を有することから、処分の当否にわたる柔軟な判断を受けることが可能です。この点、裁判所においては、処分の当否に踏み込んだ判断ができないことから、むしろ国民（弁護士となろうとする者及び弁護士）の権利保障に厚いということが出来ます。また、登録要件及び非行該当性についての統一的判断が可能となるので、国民にとっての予測可能性も向上するということが出来ます。

4 一審代置機能があること

以上とは別に、法は、裁決の取消しの訴えを東京高等裁判所の専属管轄に属せしめ、二審制を採用していますが、このことは、当連合会における審査手続に一審代置機能があることを当然の前提としているものと解されます。後述するように、当連合会の資格審査会及び懲戒委員会は、弁護士以外の委員をも構成員とする独立委員会であり、処分の相手方には手続的権利が保障されていますので、準司法的手続として一審代置機能があるということが出来ます。

以上の検討を踏まえて、以下、登録制度における場合と、懲戒制度における場合とを分けて検討します。

第2 登録制度における不服申立前置主義及び裁決主義

- 1 前述したように弁護士会による登録等の進達拒絶処分に不服がある者（弁護士となろうとする者又は登録換えをしようとする弁護士）は、当連合会に対する審査請求をなし、これに対する当連合会の裁決を待って、さらに不服があれば裁決の取消しの訴えを提起することとなります。すなわち、この場面においては不服申立前置主義及び裁決主義が採用されています。

このような制度が採用されているのは弁護士自治を尊重する趣旨であることは前述したとおりですが、さらに次の点を指摘することが出来ます。

すなわち、弁護士名簿への登録の可否の判断は、全国共通である弁護士とい

う身分を取得させてよいかどうかという判断であって、国内において統一的になされる必要があります。したがって、弁護士名簿の管理に関し全責任を負っている当連合会においては、登録等の進達拒絶処分について不服申立前置主義及び裁決主義が採用されることは必要不可欠であり、また当然のことということが出来ます(福原忠雄「増補弁護士法(特別法コンメンタール)」(第一法規,平成2年)109頁)。なお、弁護士自治を前提としても、弁護士会に進達拒絶権を付与することなく、すべからく当連合会が登録等の可否を判断するという立法政策もあり得ますが、弁護士は、結局、いずれかの弁護士会に所属して職務を行うのであり、弁護士に対する監督は第1次的には弁護士会によって行われることとなりますから、弁護士の活動に最も密接な関係を有することとなる希望所属先の弁護士会が登録等の請求の進達を拒絶できることとするのは、不服申立てによる是正の道が確保されている以上、合理的なものということが出来ます。

2 次に当連合会の資格審査会における審査が一審代置機能を有することについては、次のとおりです。

(1) まず、一般的に、「裁判に準ずる手続」とは、公開の口頭審理の機会の保障、事実認定が手続に現れた証拠によってのみなされること、行政不服審査手続の一部が行政委員会とは別の職員によって行われることがあること等がその要素として指摘されており(塩野宏「行政法 行政救済法」(有斐閣,第4版,2005年)42頁)、裁断機関の独立性及び中立性が挙げられることもあります(大貫裕之「「準」司法手続に関する覚書」ジュリスト1352号31頁)。

(2) 以上の点について、当連合会の資格審査会の手続を見ると、法は、当連合会の資格審査会は当連合会の請求を待って審査を行う受動的な独立の機関であること(法第51条第2項)、弁護士、裁判官、検察官及び学識経験のある者の4者によって構成される透明性のある中立の機関であること(法第52条)、審査に関し必要があるときは、当事者、関係人及び官公署その他に対して陳述、説明又は資料の提出を求めることができること(法第55条第1項)、当事者に対する防御権行使の機会の付与(同条第2項)等を規定し、さらに、法第33条第2項第4号に基づき制定されている当連合会の会則第67条第2項は定足数を規定し、同じく資格審査手続規程(会規第21号)は、資格審査会の手続に関し、委員の除斥(同規程第2条)、忌避(同規程第3条)、回避(同規程第4条)、代理人選任権(同規程第8条)、証拠書類

等の提出権（同規程第10条）、当事者の審尋（同規程第15条）、当事者の出席権等（同規程第16条）、文書の送達（同規程第21条）、記録の閲覧権等（同規程第22条）等を規定しており、公開の口頭審理はなされないものの、厳格な準司法的手続であると認められるものと解されます（福原・前掲112頁も、「（資格審査会の手続は）その機構と手続において準司法的機能を一応果たしているものと認められ」としています。）

3 法第14条の異議の申出について

なお、法第14条は、法第13条の規定により所属弁護士会から登録取消しの請求をされた者が当連合会に対して異議の申出をすることを認め、当連合会の資格審査会の議を経てこの異議の申出を棄却された場合に、法第16条第1項の規定による出訴ができることとされています。この制度は、法第12条の登録等の進達の拒絶権限を実質的に補完する制度であるといえますので、登録の進達拒絶に対する審査請求の前置と同様、登録に関する最終的権限を有する当連合会の判断を経てからのみ裁判所に出訴し得ると解すべきものであって、法第14条の異議の申出制度についても、現行の制度を改廃する余地はないものというべきです。

第3 懲戒制度における不服申立前置及び裁決主義

1 次に、懲戒制度における不服申立前置主義及び裁決主義（法第61条第1項）について検討します。自治的懲戒制度が弁護士自治の根幹をなすものであるところ、懲戒制度において不服申立前置及び裁決主義が採用されているのは、弁護士自治を尊重する趣旨であることについては前述したとおりですが、さらに次の点を指摘できます。

- (1) そもそも弁護士は、国民の基本的人権を擁護し、社会正義を実現するという重大な使命を有するところ（法第1条）、この高度な職責を果たすために、弁護士には高度の知識と深い教養の保持、高い品性の陶冶が要求され（法第2条）、職業としての倫理の確立も必要とされています。弁護士がこのようなものであるからこそ、弁護士にはおよそ全ての法律事務の処理という広範な職務が与えられています（法第3条）。
- (2) 上記の弁護士の使命と職務を全うし、社会の弁護士に対する信頼を維持し、向上させるためには、弁護士会及び当連合会により、弁護士に対する指導監督が適切に行われなければなりません。

その指導監督のあり方について、判例は、次のように言います。

「弁護士に対する所属弁護士会及び上告人（注：当連合会）（以下、両者を含む意味で「弁護士会」という。）による懲戒の制度は、弁護士会の自主性や自立性を重んじ、弁護士会の弁護士に対する指導監督作用の一環として設けられたものである。また、懲戒の可否、程度等の判断においては、懲戒事由の内容、被害の有無や程度、これに対する社会的評価、被処分者に与える影響、弁護士の使命の重要性、職務の社会性等の諸般の事情を総合的に考慮することが必要である。したがって、ある事実関係が『品位を失うべき非行』といった弁護士に対する懲戒事由に該当するかどうか、また、該当するとした場合に懲戒するか否か、懲戒するとしてどのような処分を選択するかについては、弁護士会の合理的な裁量にゆだねられているものと解され、弁護士会の裁量権の行使としての懲戒処分は、全く事実の基礎を欠くか、又は社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となるというべきである」（最判平18・9・14判タ1225号166頁）。

- (3) すなわち、弁護士会及び当連合会は、弁護士を懲戒すべきかどうか、懲戒するとしてどのような処分とするかについて、合理的な裁量によって判断するものであるのに対し、裁判所は、弁護士会又は当連合会の判断に裁量の逸脱又は濫用があったかどうかだけを判断するものであるということです。

したがって、弁護士会によって懲戒処分がされた場合に、被懲戒者が裁判所に出訴できるとしても、裁判所の判断の対象は非常に限られたものであって、裁量の逸脱又は濫用が認められない限り、請求は棄却され、不服申立てはその目的を達しないこととなりますが、一方、当連合会に対して審査請求を行った場合、当連合会は、その懲戒委員会の判断により、弁護士会の裁量判断の当否についても判断でき、したがって、処分の取消しはもちろん、例えば情状の判断も十分に踏まえるなどして、当該懲戒処分を適当と認める重さのものに軽く変更することもできる等の柔軟な対応が可能です。

- 2 また、弁護士の懲戒制度は、懲戒請求者による異議の申出（法第64条）における当連合会の審査、法第60条による当連合会による独自の懲戒手続の制度等が複雑に絡み合っており、審査請求の制度のみ割愛することを可能とするように変更する場合には、バランスを失うこととなることも明白です。弁護士自治との関係から、懲戒請求者に対して出訴権が認められないことは明らかですが（その代わりに、弁護士懲戒制度の透明性を確保するため、綱紀審査会

の制度が設けられています。), 弁護士会の懲戒処分に対して直ちに出訴できるとすると, その処分が除名でない限り, 懲戒請求者は当連合会に対して異議の申出ができますから, 一方では裁判所で判断がなされ, 一方では当連合会において異議の申出の当否について判断がされることとなり, 統一的な判断をすることが極めて困難となります。懲戒手続についても, それが弁護士の身分に関わる重要事項であることから, 当連合会によって統一的な判断がなされるべきものであることは明らかですから, それを不能とするような制度改変が許されないことは明らかです。

3 以上の検討から, 弁護士懲戒手続においても, 当連合会による審査請求の手続を除外することはあり得ないことと考えます。

4 準司法機関性についての要件は前述のとおりですが, 法は, 懲戒委員会が受動的な独立の機関であること(弁護士法第65条第2項), 弁護士, 裁判官, 検察官及び学識経験のある者の4者によって構成される透明性ある中立の機関であること(法第66条の2), 調査権限(法第67条第3項), 対象弁護士等に対する防御権行使の機会の付与(同条第1項・第2項)等を規定し, また, 行政不服審査法第1条第2項, 法第33条第2項第8号に基づき制定されている当連合会の会則第69条の3第1項が定足数を規定し, 同じく当連合会の懲戒委員会及び懲戒手続に関する規程(会規第59号)は, 懲戒委員会の手続に関し, 委員の除斥(同規程第3条), 忌避(同規程第4条), 回避(同規程第5条), 文書の送達(同規程第14条), 代理人選任権(同規程第16条), 対象弁護士等の出席権等(同規程第20条), 証拠書類等の提出権(同規程第23条), 対象弁護士等の審尋等(同規程第25条), 記録の閲覧権等(同規程第41条)等を規定しており, さらに, 対象弁護士等の請求があったときは, 対象弁護士等の審尋期日を公開することも規定しており, 一定限度で公開が保障されているので(同規程第21条第2項), いっそう厳格な準司法手続であると認められます。

第3 結語

以上から, 当連合会における, 弁護士の登録請求又は登録換え請求についての弁護士会の進達拒絶に対する審査請求の制度(法第14条の異議の申出の制度を含む。)及び弁護士会の懲戒処分に対する審査請求の制度は, 基本的人権の保障を實行あらしめる弁護士自治の制度の維持のために必要不可欠な制度であり, そ

して、それにふさわしい一審代置機能も有していることから、その意味を実質的に失わせるような改変は不要であり、かつ、許されないものといえます。