

2007年11月5日
14:51

今日は行政手続の話が終わらせる。後半は行政指導の話をしように思う。

行制定続きについては教科書は第15章である。前回は少しだけ話をしたと思う。例えば前回は道路交通法で、免許の取消しの場合にはいきなり取消しをするのではなくて、ある程度意見を聞いてもらうという手続がある。そういう事前の手続というのがここでの素材である。まず、大きく分けて二つのことがいえる。

従前日本の法律学がドイツを参考にしてきた。ドイツというのは社会的な観点を重視してきたのが特徴であり、最終的に裁判所で完全な救済が得られたらそれでよいということであった。日本もその影響を受けていたが、戦後アメリカの思想が入ってくることによって、適正手続主義が入ってきた。つまり、最終判断に至るプロセスに着目するというのがどうやら大事な考え方であった。この考え方を、いかにこの具体的な行政活動に反映させてゆくかが課題であった。ただ、大事なことは、ドイツでも決して行政手続の手続的な側面が軽く考えられているというわけではない。日本よりも30年前の70年代には西ドイツで行政手続法が作られている。日本ではようやく93年に整備されてゆくという訳である。つまり、ドイツとアメリカという二つの流れがあったが、今はどちらも大事で、手続というのが最近注目されているのだということが第一点である。

それで、このように手続を重視するということには二つの意義がある。それは自由主義的側面と民主主義的側面である。国民の権利利益を保護するためには、行政活動が法律に適合しているという結果、つまり実体法的観点のみならず、行政活動が適正・公正な手続を踏んで行われ、国民の手続的権利が正しく保障される必要がある。第二に、行政の意思形成過程に国民の意思が適切に反映され、行政活動に対する国民の監視・評価が機能するには、行政過程への国民の民主的参加のための手続的仕組みの整備が必要であるということである。つまり、権利利益を防御するということと、多数の国民の意思が行政の作用に反映されて合意形成がはかれるという民主主義的な側面の両方が大事だということである。日本の行政手続法は、このうちの前者だけである。

行政手続法第一条

第1条 この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第46条において同じ。）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする。

行政手続法1条1項は、その目的として、①行政運営における公正の確保と透明性の向上、②国民の権利利益の保護の2つを掲げている。

処分には二つあって、そのうちの一つが不利益処分である。免停処分とかである。これは第三章に書いてある。そういう不利益な処分をするときにはあらかじめ条件を書いておかねばいけない。処分をするときに結果だけを伝えるのではダメだ、なぜそのような処分をするのか理由を具備しなければならない、とか、ちゃんと弁明する機会を作らなければいけないとかが定めてある。つまり、不利益な処分をくらう国民が、「ちょっと待って、人違いだ!」とか「特殊な事情があったんだ」とか言って自分の権利を守る機会を補償するという目的なので、まさに自由主義的な観点から説明できる規定が行政手続法には書いてあるといえる。

第二章は申請に対する処分というやつで、生活保護をちょうだいといって、ダメだよ、というような処分である。これはさっきの、免停処分と同じように国民にとってはありがたい内容の処分である。しかしこれはいきなりダメだという処分をくらうわけではなくて、一応申請に対する応答の処分ということで、これを特別に第二章で申請に対する処分としている。申請をダメだといわれて、理由がわかんなかったらどうやって訴訟をしたらいいかわからないということがある。あの人にはお金がきたのに、どうして俺にはこないのか、おかしいじゃないかということもある。平等を担保するためには、こういう申請でこれくらいの収入の人にはこの程度の保護を与えるということがあらかじめ決まっていなければならないということがいえる。そうして第二章にも処分をする際には一定の基準が必要だとか申請を拒

否するときには必ず理由を示さなければならないということが書いてある。これも、申請する国民の権利利益を守るために、平等な仕組みを保障して結果国民を守るためだということができる。行政手続法は基本的に自由主義的な側面から規定されているということである。

しかし、最近手続法第6章が加わった。行政が命令などを定めるときには、パブリック・コメントなどをしなさいということが38条以下に書いてある。法律的には意見公募手続という。この第六章だけはちょっと性質が異なる。つまり、行政が何らかの政策の判断をする際に、利害関係者を含めて広く国民に意見を言わせて、その意見を反映させて一定のルールを作ったりする。これはまさに民主主義的な観点から説明することがふさわしい事柄である。しかし、今回の改正においては、平成17年にこの第六章は作ったのだが、第一条の目的規定には一切手を触れられられなかった。つまり、手続法の目的として、国民主権とか民主主義という観点からの基礎付けを加えることはしなかったのである。まあとりあえずは、改正で民主主義的な観点からの参加手続も含まれるようになってきたという基本的な性格特徴を知っておけばいい。それが手続の意義という話である。

この行政手続法は権利保護が目的であるが、そののみならず、政治の背景からして規制緩和という意図で作ったというものも少なくないという点も特徴であるということは前回も話した。例えば行政手続法7条

第7条行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない。かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない。

と書かれている。こんなことは本来当たり前だろというのが普通だが、実はこのような規定を必要とするのが、この法律ができた当時の我が国の行政実務であったということである。

もう少し話す。なぜ事前の手続が必要なのかについて話す。つまり、従来のドイツ型ではなぜダメなのかということである。行政事件訴訟法という法律、つまり事後的に裁判で救済を求める法律は1962年に制定された。同じ時に行政不服審査法という法律もできて、三権分立でいう「行政」に文句を言う仕組みができた。これは以前の法律に比べれば、かなり私人の権利救済は充実したということができるのである。しかし、事後的な救済には自ずといくつかの限界があるということになる。例えば行政事件訴訟法と比べて行政不服申し立てというのがある。自動車税務署長の処分不服があるから、上級庁である知事に審査請求するとか。そういうのは裁判に比べると簡易・迅速性があるといわれてきたわけだが、実際には上級庁が出している通達などがあり下級庁はそれに縛られているということがあり、ほとんど一体として行政決定をしているということがある。公正中立性は期待できないというのである。事後的な救済によっては十分な救済が得られない、限界があるということである。審査請求のような制度には中立性の期待は難しいという見解である。

そうはいつでも裁判よりは早く済むということがある。それが案外大変なのである。準備がね。じゃあ中立性が期待できないなら裁判に行けばいいじゃないかということになるが、裁判はみんなも知っているように金も時間も人手もかかるということで限界がある。到底簡易・迅速ということはいえないのである。

これが事後的救済の限界である。不服申し立ては中立性が期待できない。中立性が期待できる裁判所はコストがかかる。しかも裁判所は権力分立なので、違法であれば取り消してくれるが、当不当の判断はしないという限界がある。つまり裁判所は明らかに違法だといえない場合であればどちらにしようがそれは当不当の問題に過ぎないとして違法ではないとなりうるのである。裁判所はb当不当の判断には踏み込めないのである。そういう意味で限界がある。ということで事後的な救済のみでは自ずと限界があるというのが、行政手続が整備される必要性の理由である。

二つ目。日本では、行政処分の即時執行主義をとっていると説明される。例えば、課税処分をする時に、文句があるなら60日以内に知事にいって、その裁決になお文句があれば取消訴訟になる。例えばこの60日の期間がある。もし60日以内に文句を言わなければ、60日たったその日から課税処分は効力を発揮するという風な法律の作り方をしようと思えばできる。しかし日本はそうではない。出訴機関とか不服申立期間とかの経過を待たずに、処分が相手方に届いたらその時に発効するという考え方をとっている。これが即時執行主義である。税金だったら大したことないと思うが、免停の取消処分とかをタクシーの運転手さんが受けたらどうするかということである。免許取消し処分を受けたら、ちょっと待ってということである。争いたい。保安委員会に文句を言う、行政訴訟をやる。それをやっている間は免許取消し処

分の効力を発しないということにしようという法制度を作っていれば、事前手続なんかいら
ないのである。だって、処分を受けても直ちに発効するわけではないので運転手は運転でき
るんだもん。しかし、日本は違うのである。文句があつて裁判で争うならどうぞ勝手にして
くれ、とりあえず公安委員会は処分をするからお前はもう運転できない、運転できないまま
日々の暮らしに困りながら裁判をやる、そういう仕組みを日本はとっているのである。なの
で、不利益処分を受けて、ただちに運転するという地位が制限されてしまうという効果が発
生するのである。こういう即時に発効するという立場をとるのなら、やはりその処分が実際
になされてしまう前に、事前に文句があるならいわせるという機会を保障する必要性が高い
ということになる。

三つ目。行政事件訴訟法をみる。第25条は執行停止についての規定である。

第二十五条 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。

これは非常に大事な規定である。これを執行不停止原則という。教科書でいうと235と309
ページを見てほしい。いずれ触れることになると思う。つまり、免許を取り消すということ
でタクシーの運転手さんになされた処分によって、運転手さんはその時点で運転できなくな
るのである。そういう意味では決着がついてから初めて発効するという風にやるよりは運転
手さんに対して厳しい処分を受けていることになる。それでもせめて、運転手があつた処分が
違法であるといつて取消訴訟を提起したら、本格的に争うということなので、とりあえず一
度争いのある処分について執行を停止しましょうという風にしてくれたら非常に国民にとつ
ては嬉しいことである。しかし、このように、訴えを提起しても、処分の効力を妨げないと
しているのである。判決が出るまでは運転免許は取り消されたままなのである。なので、国
民にとっては非常に厳しいのであえる。直ちに効力が発生する上に裁判が終わるまではその
効力はいつまでも続くということが原則なのである。しかし、まあ例外はある。25条の2項
ね。

2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下「執行停止」という。）をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない。

しかし、やはりかなり厳しい要件でありなかなか認められない。この執行不停止原則と、即
時執行主義が非常に行政処分、特に不利益処分については、それが一度発効すると相手方国
民には重大な影響があるということがわかる。なので事前に処分がされる前に必要な意見を
言わせてあげるという機会を作るといことは大事なことなのである。

さて、では具体的に見ていこう。196ページを見る。

適正手続4原則について話す。

適正手続が必要が必要だというのは、基本は保険金とかの申請に対する処分とかよりは、運
転免許取消処分というような一方的に降ってくる不利益処分こそが、昔から手続保障の必要
性が問われてきた分野なのである。なかでも大事なのがこれだといわれている。下ね。

一つは告知・聴聞である。

告知というのは不意打ち防止という意味で、事前に「お前はこういう理由でこういう処分を
する予定である」ということを知らせるといことである。それで、実際処分する前に、被
処分者で主張することがあるならすばいということである。告知・聴聞の手続が踏まれ
ることにより、行政の判断が独断に陥ること防ぎ、相手方は自己の防御権を行使すること
ができる。

二つ目に大事といわれているのが、文書閲覧の仕組みであるといわれている。

行政手続法18条

第18条 当事者及び当該不利益処分がされた場合に自己の利益を害されることとなる参加人

（以下この条及び**第24条**第3項において「当事者等」という。）は、聴聞の通知があつた時
から聴聞が終結する時までの間、行政庁に対し、当該事実についてした調査の結果に係る調
書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる。こ
の場合において、行政庁は、第三者の利益を害するおそれがあるときその他正当な理由があ
るときでなければ、その閲覧を拒むことができない。

これができれば、根拠の資料を確認して反論ができやすくなるのである。勘違いと誤解とか
に關して的確に反論して自分の防御権を行使することができると思ふことができる。

三つ目は理由付記である。これは大きく分けて二つの機能があるといわれている。処分する
ときにきちんと理由をつけなければならないという手続的な義務を課すことによって何を期

待できるのか。一つは恣意抑制機能という。これは行政機関による決定が慎重になるというメリットが期待されるということである。さらに、相手方に「こういう理由でこのように処分するんだよ」ということを言われれば、じゃあ裁判ではこのように主張しようというように、後で争う際に非常に有効な反論ができる。ということで不服申立便宜機能もしくは争訟便宜機能があるといわれている。

理由付記というのはとても大事なもので、判例は、個別法に理由付記が法定されていれば、その手続的機能を重視し、理由付記の不備により処分自体が取り消されるとしていた（最判昭和38・5・31民集17巻4号617頁）。後からいくらでも理由を差し替えたり追加したりできるとしては、とりあえずでたらめを言っても良いということになってしまう。なので、判断の恣意抑制のためには最初からそこそこの理由がついていなければならない。そう判断できない処分であれば、後からつける理由を認めてはならないという理屈がある。理由付記については判例が厳しいということ覚えてね。

四つ目は処分基準の設定・公表である。これはあらかじめ基準を設定しておきなさいということである。あらかじめその基準を設定しているなら事前に公にきなさいということである。そこで出てくるのが有名な個人タクシー事件判決というものである。



122 個人...

手続に関しては判例がとても大事で、覚えるべき判例がとてもある。これは何かというと、個人タクシーというのはタクシー運転者の間ではあこがれの存在であり、そろそろタクシーの台数調整で、引退する人もいるし、この地域で10人ぐらいの個人タクシー免許を新たに付与しようと思うので申請してね——という、何百人も応募してくるとするのはよくある話である。この事件は、東京都で個人タクシー事業の免許申請で6600人の申請があって、その時に全員を面接した。そこに原告も申請していたのだが、まだ就業年数が少なかった。しかし、時代も時代で、軍隊にいた当時運転していたという経歴もあったので自信はあると個人的には考えていた。しかし、申請を拒否されてしまった。後で理由を聞いてみたら、その理由が二つあった。一つは運転歴が何年以上というものに引っかかったのである。これはあらかじめ面接の時に軍隊にいたときに運転していたといっていれば十分クリアできたのに、面接の時にその条件をいってくれなかったからいえなかったということが不満としてのこった。二つ目には、個人タクシーには兼業を禁止する基準があり、この原告はその当時洋服屋さんをやっていたので落とされてしまった。しかし、その人はもしタクシー免許を取れたらすぐに洋服屋さんをやめるという意思を持っていた。なのに、それを教えてくれなかったから、きちんと面接でそれをいえなかった。結果として983人に免許が出てしまったけれども、もし自分があのときに基準の設定を公表してくれていたら、誰かの代わりにタクシー運転手になっていたかもしれないということで、手続が不十分で違法な処分があったということで争った。一審から最高裁まで全部この人は勝った。判例は「多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の許可を決しようとする行政庁としては、事実の認定につき行政庁の判断を疑うことが客観的にもっともと認められるような不公正な手続をとってはならない」とする。さらに、判決は、免許基準が抽象的である場合、審査を行う行を内部であらかじめ具体的な審査基準を設定することが必要であり、これを公正かつ会理的に適用するため、申請人に主張と証拠提出の機会を与えなければならないと指摘している。本件においては、Xさんに転業の意思もあったし、軍隊で運転の経歴もあったのに、それを聴聞しなかったのであれば、きちんといわせるべきだったし、きちんとしていれば、もしかしたら誰かと合格者がかわったかもしれない。そういう可能性があったのだからこの手続は全部違法であったということになった。有名な判決である。

ちなみに現在の法律を見ると、行政手続法には申請に対する基準を5条で定めている。

第5条 行政庁は、審査基準を定めるものとする。

[《改正》平17法073](#)

2行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

[《改正》平17法073](#)

3行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない。

これは判例よりも適用場面が広がっている。判例は、「多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の許可を決しようとする」といっている。

これを競願事案という。しかし、行政手続法はそのような限定をなくしている。第5条は競願事例に限定しないで、およそ申請に対する処分、生活保護でも免許でもおよそ申請に対して応答するときには基準をつけておきなさいということで、この審査基準の作成が一般的に義務づけられているという特徴があるということができる。

このような手続が必要であるということである。そこで、憲法との関係を考えてみようというのが次の話題である。教科書は195ページである。行政手続と憲法解釈という話。

憲法31条が適正手続の大事な規定として有名な規定である。

第31条何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

この規定が行政手続にも及ぶのだろうかということが問題になる。もし行政手続にも及ぶのであれば、刑事訴訟だって刑罰を科すときにはきちんとした手続でやりなさいよと書いてあるがそれに限らず、運転免許の取消処分の時だって国民の自由を奪うに近いわけで、法律の定める手続できちんとしなければいけないのだということになるが、いえるのだろうか。

この点について有名なのが、成田新法事件判決である。



121 工作...

今でも比較的大きな判例である。それがどのような事件だったかというと、成田の空港周辺にある人が持っていた土地を利用して運動していた。そこで運輸大臣が新たに法律を作った。成田新法を作ってその小屋を封鎖するということができると言うことになっていた。つまり規定に違反した場合は使用禁止命令を出すことができるとされていた。一度について期間は一年なのだが、それを毎年繰り返していた。そこで所有者は、「人の家を、破壊活動者が集合したり火炎瓶作るのに使っているからといって、問答無用で封鎖するとは何事だ!」ということになった。きちんと事前手続があつてしかるべきだ、憲法31条にも書いてあるではないか。このような、事前手続をとばした法律は憲法違反であり、無効である、ということで争った。本件命令の取消と国家賠償を求めた。これは一審から最高裁まで全部負けた。別に良いんだということに判例も言った。その理屈はなにかというと、以下である。

「**憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。**」

「**しかしながら、同条による保障が及ぶと解すべき場合であつても…**」

というように、憲法31条が行政手続に及ぶという余地を認めたのである。これが重要。行政手続はある程度きちんとしなければならない、憲法の保障が及ぶ場合があるということをいっているのである。

しかし、およそ一律に何でも及ぶのかということではなく、行政手続にも色々あるので、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであつて、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である。」

なので、場合によってはそういう機会を与えなくても良いんだということをつた。

ここからは教科書にはない話。例えばオウムの話を考えてみよう。

昔の色々な抗争があつた時期に、破壊活動防止法という法律があつた。もっとも適用はされていないかったが。しかし、オウムのサリン事件があつたときに、この法律を本当に適用しようかということが真剣に議論された。一度これが適用されると、指定された団体のあらゆる行為が禁止されるということになる。なので、もし破防法が適用されると、団体としての結社の自由を著しく侵害することになるのだが、それはどういう手続になっているのかを考える。破防法に基づいて、公安調査庁というのが色々な調査をして、あの団体はもう解散させるべきだという判断をすると、公安審査委員会という特別な組織が公正中立な立場から決定を下すという準司法手続が採用されている。しかし、そんなに手続が立派なものではないということが問題になるのである。では解散させるときにどのような手続があるかというと、事前に調査する公安調査庁の方が手続をする。これは事前調査。その上で実際に処分をするのは公安審査委員会なのだが、公安調査庁が聴聞しているからといって、公安審査委員会が改めて聴聞するという機会はない。非常にお粗末な規定なのである。公安調査庁が調査

するときには色眼鏡をかけてみていることは明らかなのである。それにもかかわらず、公安調査庁という警察的立場に対して、公安審査委員会は裁判的立場として改めて公正中立に公開審議で改めてきちんと意見を聞く、という構造をきちんと取っていないということになる。団体が意見陳述することもないし、しかも審議も公開されないので、相当お粗末ではないかと考えることができる。

先生の場合は、当事者に意見陳述の機会を作るとか、執行停止の仕組みを作るとか、最低限対審構造と公開制は保障されるべきじゃないかと思っている。

参考になるのは、宗教法人解散命令についてをみるといい。これはただでさえ裁判所が関与してくるし、それに決定理由とかの理由付記しなければならないとか非常にたくさんの手続がくっついている。これが比較的まともな手続だと考えれば、最初に見た破防法の手続なんでもの、つぶそうと思って調査したヤツの調査をただ信頼するだけで対審公開制もないし非常に深刻な不備があるということにならないだろうか。成田新法のあのフレーズを頭に入れて、そういう観点から色んな手続を分析すれば、これはいいとかこれはひどいとかわかってくるだろうと思う。

以上が憲法との関係であった。

では、行政手続もきちんとやるべきだ、それは憲法の要請なのだと考えるときに、果たしてその根拠を憲法何条に求めるかというのは、微妙な影響を及ぼすことである。つまり、手続保障については確かに憲法31条がほぼ唯一の条文である。しかし、31条自体は刑事事件を想定している規定なのである。つまり、そうすると誰かに対して何か処分をするときに、その処分も罰則並みの不利益な処分というのであれば、憲法31条の保障の元で立件手続をやるべきだという議論はやりやすい。しかし、児童手当の給与申請に対してちゃんとはじめに基準を定めておきなさいとかの手続、あるいはパブリックコメントの手続など、その程度の手続をきちんとやれというのはちょっと31条とは性質が違うように思われる。31条以外によりどころを求められないかということで、色々説がある。そこで出てきたのが憲法13条。これは知っているとおり、新しい人権は13条でカバーしようという風に考えている。環境権とかプライバシー権とかそういう憲法上にはない権利は13条の幸福追求権によって根拠づけるようにしている。

第13条すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

行政指導するときにはちゃんと文書をもらう権利とかそういったことも含めて、きちんとした手続でやってほしいという、手続的な利益を13条は保障しているのではないかという風に考える方法もある。しかし、13条というのはかなりなんでもありという感じで意味がない。そこで、手続的法治国家という考え方がある。これが今は主流。日本は法治国家である。法律に従って行われるべきだというのは結果だけではなくて、手続もきちんとしているべきだということを実は含めているのではないか、そういう言うまでもない基本原理が我が国にはあるのだという理論的な説明である。

行政手続法でポイントなのは第三条である。適用除外の規定とある。行政手続法は行政手続に関して定める一般法という風な位置づけにある。つまり1条を見ると、

1条この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性（行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。[第46条](#)において同じ。）の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする。

[《改正》平17法073](#)

2 処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関しこの法律に規定する事項について、他の法律に特別の定めがある場合は、その定めるところによる。

つまり、他の法律で特別な規定があればそっちに従うけれども、特になければこの法律に従ってもらうということである。およそ千何百ある行政の処分、行政指導について基本的にはこの擁立の適用があるよと言うことが宣言されている。こういうのを一般法といっている。逆に、3条の規定は、一般法の規定なのだけど、それが適用されない事柄について定めている。およそ処分でも適用除外といって、特別の領域に委ねるということをする。言いたいことは、適用除外があるのはいい。ある程度、いかにも行政処分になじまない処分とか、本来の行政権の行使とはやや異質であるとか、特別な規律に任せてよさそうな処分（学校とか刑務所）とか色々あるのだが、大事なのは適用が除外された後、どこにその手続が保障されているのか。その除外された上でどうなっているのかこそが実は大事なのである。この点については日本は結構お粗末である。

手続の話に絡めて話す。

高知県が一番右に東洋町という町がある。徳島の県境で、一連の騒動には徳島県の知事も参加している。何が問題かという、今年に入った頃に、起こった事件である。

日本は原発を使っている、たくさんね。日本は使用済み核燃料の再処理ということをやっている。うまくやろうとしているのだが、事故とかあってなかなかうまくいかない。日本は何十年も原発による電力の生活を送っていながら、どこに使用済み核燃料を捨てるかはまだ決まっていけないのである。再処理して最後に残る高レベル放射性廃棄物をどうするか。その最終処理施設を作るのに、なかなか市町村は手を挙げてくれない。そこで、国は文献調査（活断層とかの関係の調査だけ、応じると補助金が出る）をやっているのだがなかなかみんな手を挙げてない。しかし、高知県東洋町が応じてくれた。これをやったら直ちに建設するというわけではない。しかし、これをやったら住民の反発が非常に強くなったという。町長のリコール請求とかも起こりそうになって、町長は自ら辞任し、「住民の真意を問う」ということで選挙をやって出馬したが、反対派の人が当選した。そこで、その当選した人は、調査を断念することにして取り下げた。ということで、国の高レベル放射性廃棄物の最終処理施設をどこに設置するかは振り出しに戻ってしまった。

それだけではない。東洋町は何を言ったかという、核物質拒否条例というのを作った。これから一切核廃棄物の持ち込みはゆるさないという決意を条例という形で作ったのである。それがこれである。



廃棄物関...

この条例はこの上なくできが悪い。法律としてあまり意味がないものが多い。せいぜい政治宣言という程度に収まるだろう。しかし、実質的な意味を持ちそうなのは第5条である。

第5条 東洋町は、第3条に規定する事項に関する計画等があると疑われる場合においては関係機関及び関係施設に対して関連情報の提供を求め、立ち入り検査を行うことができる。

2 東洋町は、この条例に違反した原子力関連施設の責任者に対し、調査及び施設の使用及び操業の即時停止を求めることができる。

一項を問題にする。これは行政調査といって、教科書にも出てくるものである。例えば警察官が職務質問するとか税務署が企業に調査にはいるとか色々ある。これについては特に手続法では規定を置いていない。それは今後の課題なのだが、やはり色々な法律を見ると調査についての手続については色々な規定がある。一番厳密なのは令状である。調査をするなら裁判所の令状がいるというもの。そうでなければ事前に通知して、意見書の提出の機会を付与するというもの。一番軽いのは身分証を持って行かなければいけないということ。

このように、立ち入り調査というのは普通厳しく手続の仕組みがあるのだが、この第5条にはそういう手続は何も書いていない。立ち入り検査について相手方に及ぼす不利益などを考慮するとそれなりの手続の整備が必要だとすると、これは憲法違反だろうと思う。なのでこれは法律違反の規定であると思われる。

相手方に不利益を及ぼす侵害作用があるときには手続はきちんとしていなければならない。相手方に与える不利益の程度性質に応じて考えるというのが大事なバランス感覚であると思われる。

話を戻す。

行政手続法でポイントなのは第三条である。適用除外の規定とある。ポイントは適応除外があっても、除外された後どのような手続が保障されているのかである。もう一つ大事なのは13条である。

（不利益処分をしようとする場合の手続）

第13条行政庁は、不利益処分をしようとする場合には、次の各号の区分に従い、この章の定めるところにより、当該不利益処分の名あて人となるべき者について、当該各号に定める意見陳述のための手続を執らなければならない。

1. 次のいずれかに該当するとき 聴聞

イ 許認可等を取り消す不利益処分をしようとするとき。

ロ イに規定するもののほか、名あて人の資格又は地位を直接にはく奪する不利益処分をしようとするとき。

ハ 名あて人が法人である場合におけるその役員の解任を命ずる不利益処分、名あて人の業務に従事する者の解任を命ずる不利益処分又は名あて人の会員である者の除名を命ずる不利益処分をしようとするとき。

ニ イからハまでに掲げる場合以外の場合であって行政庁が相当と認めるとき。

2. 前号イから二までのいずれにも該当しないとき弁明の機会の付与

それで一つは聴聞と書いてある。これは結構厳しい処分の時。それ以外の場合にはということとで2項に弁明の機会を付与と書いてある。これは超軽いとき。つまり、例外があっても、それ以外は弁明の機会を付与するということである。しかし、2項ではこのように書いてある。

2次の各号のいずれかに該当するときは、前項の規定は、適用しない。

1. 公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、前項に規定する意見陳述のための手続を執ることができないとき。
2. 法令上必要とされる資格がなかったこと又は失われるに至ったことが判明した場合に必ずすることとされている不利益処分であって、その資格の不存在又は喪失の事実が裁判所の判決書又は決定書、一定の職に就いたことを証する当該任命権者の書類その他の客観的な資料により直接証明されたものをしようとするとき。
3. 施設若しくは設備の設置、維持若しくは管理又は物の製造、販売その他の取扱いについて遵守すべき事項が法令において技術的な基準をもって明確にされている場合において、専ら当該基準が充足されていないことを理由として当該基準に従うべきことを命ずる不利益処分であってその不充足の事実が計測、実験その他客観的な認定方法によって確認されたものをしようとするとき。
4. 納付すべき金銭の額を確定し、一定の額の金銭の納付を命じ、又は金銭の給付決定の取消しその他の金銭の給付を制限する不利益処分をしようとするとき
5. 当該不利益処分の性質上、それによって課される義務の内容が著しく軽微なものであるため名あて人となるべき者の意見をあらかじめ聴くことを要しないものとして政令で定める処分をしようとするとき。

つまり、不利益処分であっても、手続をやらなくてもいいと書いてある。どんなときかというのはたくさん書いてあるが、問題が多いのは

4. 納付すべき金銭の額を確定し、一定の額の金銭の納付を命じ、又は金銭の給付決定の取消しその他の金銭の給付を制限する不利益処分をしようとするとき

である。基本的にはお金がらみのものである。一番問題なのは課徴金である。カルテルをやったから不当利益分を出せと言うときとかね。つまり、解釈によっては、課徴金60億円とかも手続はいらないという解釈になる可能性があるということである。しかし、ちょっとそれはおかしいということになるだろう。実際には証券取引法に特別な手続が書いてある。言いたいことは、まあ適用除外が色々ある。3条と13条2項ということで押さえてほしい。

この点についての批判は色々ある。3つ。

一つは、適用除外されているものについて、別の制度が用意されているかどうかの精査がだいじであるということ。

二つ目は、公務員の処分などについてさえ3条の規定からすると適用がない。つまり非常に相手方に重大な利益制限をもたらす行為であっても機械的に適用除外されているという批判がある。

三つ目は、お金がらみの問題を一切手続なしとすると、結局国民が行政手続に接する機会はない。つまり、行政手続法はやはり規制緩和の法律なのである。生活者としての一般国民がその立場で行政手続法の適用を受けるというのはかなり少ない。事業者の経済活動において手続を起立するという側面が非常に濃厚であるという指摘がある。

行政手続法の5条から先は申請に対する処分と言うことが書いてある。

＊申請に対する処罰に関する規定

- 審査基準の設定・公表（5条・義務）
- 標準処理期間の設定（6条・努力義務）
- 申請に対する審査・応答（7条・義務）
- 申請拒否処分の理由の提示（8条・義務）
- 情報の提供（9条・努力義務）
- 公聴会等の開催（10条・努力義務）
- 共管事務の迅速処理（11条・努力義務）

適正手続4原則を紹介したが、そのうちのいくつかが書いてある。基準の設定・公表は5条、理由付記は8条である。

許認可についてはあらかじめ自分たちの基準を作っておくことが定められている。これによって行政の恣意独断を抑制し、国民は行政の意思決定の予測可能性を得られると言うこと。この二つは覚えておいてね。審査基準とはあくまで行政内部で作っておく基準なので、理論的には行政規則に分類される。これは権利義務には関わらないので法規ではないのである。

あと公にしておくとはどういう意味か。これは積極的にお知らせするという意味ではない。実は窓口においておけばいいと言うのが公にしておくということなのである。

36条を見る。

(複数の者を対象とする行政指導)

第36条同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事業に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。

ここでの公表は、官報などで積極的に周知するという意味である。それに対してさっきの5条にかいてある公にするという意味は、そこまで積極的な周知はしなくていいが、申請者が簡単にアクセスできるように事務所などに備え付けておこうよ、という趣旨である。

審査基準について、「後から実は不利益に変わっていったらどうするか」というときにはどうするか。審査基準の不利益変更は可能かということについてである。何か申請をしたが、その審査をしている間に、「実はタクシー免許は、運転経歴が7年というのが基準だったけど、10年になった。なのであなたは8年なのでだめですねー」というのは良いのかダメなのかという問題である。これは許されないと考えられている。それを公にせよということは、それを国民は信用するということである。その信頼を不当に裏切るとことは避けるべきで、申請後に何か基準が変わったりしても、それは当然昔の旧基準で判断すべきだという風に考えられているし、下級審の判決も出ている。そこは大して問題ではなく、むしろ大事なのは、不利益変更した場合に、行政庁は最初から経過措置をとるとか、積極的に周知をするための措置をとるとかをしなければいけないと学説は言っている。

第二に触れるのは、裁量基準や解釈基準という言葉についてである。審査基準という言葉には意味が二つあるのである。一つは解釈基準といわれるものである。これは、法律の用語や規定の解釈について書いてある基準を解釈基準という。それで、法の解釈は誰がやるかという裁判所である。つまり、いくらこの通りやったと行政が主張しても、最終的にその解釈が正しいか判断するのは裁判所である。解釈通りやったということ自体は、その処分の適法性にはあまり意義がないということである。裁判所は自由に自分で解釈できる。

第二は裁量基準である。例えば懲戒処分のように、AをやったらBという処分をするというときに、判断には幅がある。その時の基準を示したのが裁量基準といわれるのである。懲戒処分をするというときにある程度の基準を作っておくが、問題が生じたとき（例えばAとBが同じことをやって処分を受けたのに、厳しさが違うので不当だとか）、まずは裁量基準を合理的なものかを審査するのである。

***行政の行動準則を定める行政規則**

解釈基準……法律の解釈を示す基準

(国家行政組織法14条2項などに訓令・通達として定めあり)

裁量基準……行政裁量の行使の基準

つまり、この二つはそれぞれ事後的に処分の違法性が争われる際に用いられ方が違うのである。

次は標準処理期間の設定についてである。

大体ある処分がなされるまでには標準的な期間がある。ある以上はそれを設定して守れるように努めよという風に6条にある。

これは情報公開で問題になることがある。例えば、情報公開は開示請求があってから30日以内に決定をしなければならないという規定があり、情報公開の一定の速度を保つようにということで、これが標準処理期間である。しかし第二項で、正当な理由があれば30日以内に限り延長することができるとしている。自治体ではこれが大問題になっている。超大量請求されて、役所は困って、権利濫用的な開示請求と言うことで一律不許可の拒否決定をしたという。その人はそれを使って設けようとしている。そのような商業目的で情報公開を使うのはずるくないかと言うことで自治体で議論されている。しかし残念ながらそうはいえな

い。どういう目的で開示請求しているかわからないのが情報公開の仕組みである。条文にはそのようなことは書いていない。こういう原則である以上、請求する数が多い、しかも商業目的ということで拒否するという理由にはならないので、全部開示しなければならないということになりそうである。しかし、二ヶ月ではできそうになさそうなので、いくらでも延長できるという規定を作るとかの対応はあり得ると思う。

8条について話す。

(理由の提示)

第8条

行政庁は、申請により求められた許認可等を拒否する処分をする場合は、申請者に対し、同時に、当該処分の理由を示さなければならない。ただし、法令に定められた許認可等の要件又は公にされた審査基準が数 量的指標その他の客観的指標により明確に定められている場合であって、当該申請がこれらに適合しないことが申請書の記載又は添付書類その他の申請の内容から明らかであるときは、申請者の求めがあったときにこれを示せば足りる。

《改正》平14法152

2前項本文に規定する処分を書面でするときは、同項の理由は、書面により示さなければならない。

これは理由付記についてある。

これには論点が二つある。

提示する理由の内容・程度については、単に処分の根拠規定を示すだけでは通常は不十分であり、いかなる事実関係につきどの条項が適用されたのかを申請者が知ることができるだけの理由の提示が必要と解される。

次に提示した理由の追完・差し替えの可否について、Aという理由で処分した。しかしあとから別の理由Bを裁判などで主張できるのか。そういう話である。理由の追完というのは、当初の理由Aがでたらめと言うときに、とりあえず適当な理由で処分していたのだが文句があって裁判になったので、はじめて適法な理由Bを考えて主張するというヤツである。つまり最初の理由は不十分であるので、新しい理由で何とかしようとしているということである。これは許されないだろう。処分時にされた理由の提示に瑕疵があった場合・事後的に必要な理由を提示したとしても、理由付記の手続的機能に照らして、瑕疵は治癒されないと解される。行政不服申立ての段階において理由を迫完することも、理由付記の手続的機能（とくに争訟便宜機能）に照らして、許されないと解されよう。つまり、最初の理由Aが正しくちゃんと成り立つ理由ということでは、行政が慎重に判断したとはいえないので、最初の理由Aがでたらめでは、後からいくら補おうとしてもダメだと考えている。その他は難しい話なので後から話をする。

次は、公聴会等の開催についてである。

(公聴会の開催等)

第10条行政庁は、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、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により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。

行政手続法の10条というのは、せいぜい利害関係にある第三者を保護するために公聴会が開けるという規定である。原発作るという許可を出したときに、その周辺住民の利益をどう保護するかと言うときに、せいぜい公聴会を開くように努力してねという規定である。つまり、せいぜい利害関係のある住民などの権利保護のための仕組みである。ただ必要に応じて公聴会その他の方法で意見を聞く機会を設けるように努力しなければならないということで、これは要するに開かなくてもよいというふうになってしまう。そのように批判されている。まあある程度はやむを得ない。利害関係者の範囲というのは非常に広いので、彼らの意見をどのように集めるかということあまり発達していないということもあって、場合によっては住民の意見を聞かずに、首長の意見を聞けばそれで聞いたことにすると言うような余地も認めざるを得ないという意見もある。その他の適当な方法とはそういうことである。この第10条は、一番批判のあるところと考えてよい。

他にも批判はあるが、大事なところは、さっき、告知聴聞ということを話した。これは一方的に不利益を被るという場合を想定した話なのだが、生活保護の給付を申請したのにダメだといわれる、つまり申請拒否処分は相当に不利益を被る場合があるのである。生活の基本と

なる金銭給付をしてほしい、生存権を保障してほしいというつもりで生活保護の申請をしているときに、申請を拒否する。そして、この申請拒否について、行政手続法では何も告知聴聞の規定を置いていないのである。つまり、何も誰からの意見も聞かず、拒否してよいということになっているのである、これでいいのだろうかということが問題になる。

確かに不利益処分の場合と異なって、申請に対する拒否処分の場合は、すごく申請が大量になされる場合が多い。なのでいちいち拒否するときに聴聞するというのはコストがかかるというのはよくわかる。しかし、社会給付というのも色々ある。チャイルドシートとか。しかし、こういう給付と生活保護とは全然レベルが違う。生活保護というのは、憲法上生存権を認めて、それを保障するための社会給付である。なのに、何も手続保障が十分ではないというのは憲法の観点からも許されないと考えられる。生活保護以外は緩やかな基準でもいい、やらなくてもいいかもしれない。きちんと場合を分けて、大事な社会保障給付であれば、申請拒否処分であっても、きちんと手続を踏むべきである。そういう観点から手続法でなくても、個別の立法でどのような上乗せができるかを考えながら必要な手続保障をするべきだという話がある。

デモをするときに道交法に従って道路の使用許可を申請して、デモをやるというヤツ。これも憲法的な観点からすると非常に大事な権利である。表現の自由。弧のでも更新の許可申請をやって、それを拒否するということは、実質的にデモを禁止することである。そうすると表現の自由を最大に重視している憲法の観点からすると、その時に一切の意見の陳述ができないのも問題であるということができる。

このように憲法の趣旨から考えて、場合によっては申請拒否処分であっても必要な手続、意見陳述の機会を保障するべきだという議論がなされているということは覚えていてほしい。

次は不利益処分についてである。これは一方的に免許取消みたいな不利益処分をするというものである。申請とかではない。このような場合は名あて人といって、とにかく一方的に不利益な処分をするというものである。ここでも、適正手続の4つが保障されるべきということになっていて、どうなっているかということ、12条から書いてある。処分の基準を定めておけという話である。これは5条の審査基準とは区別されている。

(審査基準)

第5条行政庁は、審査基準を定めるものとする。

《改正》平17法073

2行政庁は、審査基準を定めるに当たっては、許認可等の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

《改正》平17法073

3行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、法令により申請の提出先とされている機関の事務所における備付けその他の適当な方法により審査基準を公にしておかなければならない。

(処分の基準)

第12条行政庁は、処分基準を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならない。

《改正》平17法073

2行政庁は、処分基準を定めるに当たっては、不利益処分の性質に照らしてできる限り具体的なものとしなければならない。

5条は「定めるものとする」とかいてある。これは法律上の義務である。それに対して12条は。「努めなければならない」と書いてあり、これは努力義務と考えられる。やらなくてもいいということである。なぜこうなっているのかということ、たとえば免許の取消の時とかに、何点引かれたら取り消すとかの基準は、逆に考えると「あれはあと一回なら駐車禁止しても大丈夫だ」ということになる。つまり脱法行為を助長するというおそれがある。なので処分基準については、場合によっては公にしておかない方がよいということで、努力義務になっているのである。

14条は理由の提示である。この機能はすでに説明した8条の話を同じ。

聴聞手続と弁明手続について。

弁明手続は、不利益処分に関する略式の手続であり、書面審査を原則とする（書面審理主義）。弁明手続において、不利益処分を受ける相手方は、行政庁に弁明書・証拠書類等を提出して、みずからの弁明とする（29条）。ただし、行政庁が認めるなら、口頭で弁明をすることができる（同条1項）。行政手続法31条は、弁明手続について、聴聞手続における参加人制度、文書閲覧請求権、口頭意見陳述権などの規定を準用していない。弁明手続には、主宰

者の制度もない。弁明手続は、このように簡易な手続であり、行政不服申立の制限は設けられていない。なので非常に問題だといわれている。

聴聞手続は、行政庁による通知主宰者の下での聴聞（審理）⇒行政庁による処分、という流れをたどる。

主宰者とは、聴聞手続を主宰する行政庁の指名する職員（政令で定める者である場合もある）である（19条1項）0聴聞手続とは、主宰者をあいだに立て、行政庁と処分の名あて人（当事者）が、口頭でのやりとりをする手続、ということができる。主宰者は、除斥事由が規定されているものの（同条2項）第三者たる特別の職を用意する職能分離とはされていない。しかし、聴聞手続の公正性を確保する趣旨から、処分と関わりのある職員については、主宰者に指名しないことが望まれよう。

聴聞手続を行うにあたり行政庁は、不利益処分の名あて人となるべき者に一聴聞期日までに相当な期間において、書面で、予定される不利益処分の内容、根拠となる法令の条項、不利益処分の原因事実、聴聞の期日、場所等を通知する（15条1項）。通知において、行政庁は、相手方の手続上の権利として、聴聞期日における口頭意見陳述権、証拠書類提出権、文書閲覧請求権があることを、教示しなければならない（同条2項）。通知により、処分の名あて人が十分な手続的防御を準備できるようにするという趣旨である。

聴聞における審理の方式は、原則として口頭でのやりとりであり（口頭審理主義）、原則として非公開であるが、行政庁の裁量判断によって公開とすることもできる（20条6項）。聴聞手続には、当事者のほかに、利害関係をもつ第三者が参加人として関与することができる

（17条1項）。当事者・参加人は、聴聞期日に出頭して意見を述べ、証拠書類を提出できるほか、主宰者の許可を得て行政庁の職員に質問することができる（20条2項）。これが大事なものである。質問ができるということは、つまり準備した解説・説明だけでは済まないということになるので、非常に大きな意義があると考えられている。また、20条4項では主催者も質問を発したり質問を促したりできるので非常にやりとりが充実するはずだということになる。なぜそんなにここを強調するかというと、現行法の行政不服審査法という法律（不利益な処分を受けたときに、それに対して不服を申し立てるという時の規定がここにある）と対比するとよくわかると思う。不服申立の時は審査庁と名宛人の二者関係でやりとりをし、肝心な処分を下した処分庁は審査庁の後ろにいるということになり、直接のやりとりがないということになる。なので、処分庁が何をやったかよくわからないときには審査庁が自分で出かけていって色々調べているのが実情である。ということで、行政不服審査法では三者構造がとれていない、直接のやりとりがとれていないのである。それに比べて、事前の手続ではあるが、聴聞という手続は非常に手厚くてよいのではないかとされている。

また、聴聞の話に戻るが当事者・自己の利益を害される参加人は、行政庁に対して、処分の原因についての文書の閲覧を請求することができる（文書閲覧請求権。18条1項）。当事者・参加人は、主宰者の許可を得て、補佐人（当事者・参加人を援助する者）とともに出頭することもできる（20条3項）。

聴聞の審理が終わると、主宰者には、聴聞調書（各期日ごとの審理経過を記載するもの）と報告書（聴聞終結後に主宰者の意見を記載するもの）の作成が義務付けられる（24条1項～3項）。聴聞長所といって、聴聞の審理の経過を記録した調書を作成し、そこで当事者が何を言ったのかを書く。そして、その調書とは別に、報告書にはどっちの方が理由がありそうかということについて主催者個人の意見を書くのである。つまり、主観的な意見と客観的なやりとりとかの事実を分けて書くことになっているのである。法律の世界ではこれはとても大事なことである。報告書の方はあくまで主催者の主観的な意見なので、場合によっては大臣は無視しても良いと考えられている。ただそれなりの理由は必要だが。しかし、聴聞調書は客観的事実が書いてあるのでとても拘束力が強いと考えられている。

行政庁が不利益処分を決定する場合には、聴聞調書の内容と、報告書に記載された主宰者の意見を、「十分に参酌」しなければならない（26条）。「十分に参酌」とは、単に参考にするという趣旨ではなく、主宰者による事実認定に従った判断をすべきであるということである。したがって、行政庁は、聴聞手続でとりあげられていない事実に基づいて不利益処分をすることはできないと考えられているのである。

もし新しい証拠が出てきたら、25条に、もう一回聴聞をやり直すようにと書いてある。全く違う事実が出てきたら、これは新証拠ではなく、新事実と考え、新たな理由で処分することになるので、もう一回全部最初からやり直すことになる。

なお、聴聞手続を経てなされた不利益処分について、当事者・参加人は、異議申立てをすることができない（27条2項）。

以上！

