



行政手続法の整備 ― 抜本的な見直しに向けて

中川, 丈久

(Citation)

行政法研究, 30:3-27

(Issue Date)

2019-05-31

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

当該論文は、信山社出版株式会社の許諾を得て公開しております。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100485266>



1 行政手続法の整備

— 抜本的な見直しに向けて

中川 丈久

I はじめに

II 行政訴訟へのキャッチアップ：権利利益の保護の現代化へ

III 通則法と個別法の役割分担：一律の義務付けから規格提示へ

IV おわりに

I はじめに

平成時代を経た我々は、行政通則法の成長のただ中にいる。それはいまや、“緑響く”森の様相を呈している。

平成はまずは、「新たな行政通則法の制定の時代」であった。行政手続法（1993年＝平成5年）を皮切りに、中央省庁等改革基本法（1998年＝平成10年）の関連法律として独立行政法人通則法（1999年＝平成11年）が制定され、さらに、国家公務員倫理法（1999年＝平成11年）、行政機関情報公開法（1999年＝平成11年）、独立行政法人等情報公開法（2001年＝平成13年）、行政機関政策評価法（2001年＝平成13年）などの制定が続いた。平成後半には、いわゆる市場化テスト法（競争の導入による公共サービスの改革に関する法律。2006年＝平成18年）、公文書管理法（2009年＝平成21年）、公共サービス基本法（2009年＝平成21年）、特定秘密保護法（2013年＝平成25年）が制定された。

平成はまた、「既存の行政通則法の改正の時代」でもあった。平成前半には、中央省庁等改革基本法の定める方針によって国家行政組織法等が改正される一方で、地方自治法の制定以来最大の改正（機関委任事務の廃止等。1999年＝平成11年）もあった。平成の後半に入ると、行政機関個人情報保護法の改正（2003年＝平成15年）のあと、行政事件訴訟法の改正（2004年＝平成16年）、そして行政不服審査法の改正（2014年＝平成26年）という“大物”の改正が実現した。しかも、行政手続法が早くも2度にわたり改正された（2005年＝平成17年および2014年＝平成26年）。

行政手続法は、平成における行政通則法の連続的制定のトップバッターであった。本稿は、その制定から四半世紀を経た同法が、現在、抜本的な見直しを必要

としていると考えられることを、ふたつの観点から指摘したい。

ひとつは、平成期に急速に変化した行政訴訟の姿へのキャッチアップが必要という観点である。行政訴訟法の改正や最高裁判例の展開に照らすと、行政手続法1条の「国民の権利利益の保護」の概念の射程をいまいちど理解し直すべきであり、そうすると、同法の「行政処分中心主義」と「名宛人中心主義」はいまやあまりに時代遅れになってしまったのではないかということを述べる（「Ⅱ 行政訴訟へのキャッチアップ：権利利益の保護の現代化へ」）。

いまひとつは、行政個別法と行政通則法の役割分担という観点である。行政手続法は、最低限の手続保障を一律に義務付けることを旨としており、そのような立法をしたことの価値は疑いもなく極めて高い。しかし様々な行政通則法を観察すると、通則法の役割にはもうすこし別のものもあるのではないと思われる。行政手続法の将来像として、一律に義務付けるべき最低限の手続保障とは別に、オプションとして、それよりは厳格ではあるけれども使いやすい事前手続の「規格」を複数設計して示す——行政個別法の立案者は政策立案に専念し、手続面は行政手続法が示すメニューから選択する——という役割も持たせてはどうかということを述べる（「Ⅲ 通則法と個別法の役割分担：一律の義務付けから規格提示へ」）。

Ⅱ 行政訴訟へのキャッチアップ：権利利益の保護の現代化へ

1 行政訴訟法と行政手続法の連動性

よく知られているように、行政手続法の制定は、行政不服審査法の改正の契機となり、また、地方自治法改正の一部（関与の手続）にも影響を与えた。また、行政不服審査法の改正過程で、行政手続法の2度目の改正の契機が生じた。こうした行政通則法の相互影響が、現在は、行政訴訟法から行政手続法へと見いだされるべきではないと思われることを、ここでは述べる。

行政手続法1条は、同法の目的を、「公正」と「透明性」、さらに「国民の権利利益の保護」という文言を用いて説明している。すなわち、処分等に関する手続の共通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（……）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」と定める。

このうち、「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」は、行政の意思決定の実体的正しさを確保するという意味である。正しい事実認定と正しい法令の解釈適用がされている限り、当該法令が保護する権利利益は正しく実現されているはずであるし、当該法令が憲法適合的である限り、その意思決定は、平等原則にも

比例原則にもその他人権侵害にもあたらないはずである。このように、「公正の確保」と「国民の権利利益の保護」は、つまるところ、(実体的な) 合法性原則の実現のことである⁽¹⁾。

行政処分について合法性原則を担保するための事前手続として、行政手続法が規格化したのが、次の四点セットである。すなわち、不利益処分と申請に対する処分について、①判断基準の設定と開示(審査基準・処分基準)、②情報の共通化(文書閲覧権)、③反論機会の提供(弁明機会付与、聴聞その他の意見聴取)、④理由の提示(書面であれば理由付記)を行わせることである⁽²⁾。行政処分の前に、判断基準を明らかにし、また、相互の情報を共通にした中で処分案に対する反論の機会を設け、そして処分にあたっては理由を明らかにするというわけである。図式化してしまうと、情報共通化と反論機会によって、とりわけ事実認定の正しさを担保し、他方、法令の解釈適用の正しさについては、判断基準の開示と理由の提示とで担保するという構造である。

この手続が履践されるならば、行政処分は、正しい事実認定のもと、正しく法令を解釈し、適用したものとなること——つまり実体的に適法な行政処分であること——が、ある程度見込まれるであろう。ということは、行政処分についての不服もある程度減るであろうという意味で、紛争防止の効果が期待される。

さて、行政手続法の際だった特徴は、この手続保障の規格(四点セット)を、行政処分(不利益処分と申請に対する処分)に限って、しかも処分の名宛人に限って義務付けたことである。いわば行政処分中心主義と名宛人中心主義である。

しかし、その後の行政訴訟法の改正や、平成期全般における行政訴訟についての最高裁判例の展開に鑑みると、こうした行政処分中心主義と名宛人中心主義は、いかにも古めかしい。あたかも、行政手続法制定当時の——今からみると一時代前の——行政訴訟観の黙示的反映であるように思われ、色褪せてみえる。いまはそこから脱して、行政処分以外の行為(たとえば委任立法や行政解釈)の手続保障や、名宛人以外の者に対する手続保障もまた、全面的に「国民の権利利益の保護」

(1) たとえば、塩野宏『行政法Ⅰ(第6版)』(有斐閣、2015年)293頁(「その手続を適正なものとすることによって、法律による行政の原理、その背後にある法治国原理は実現される」)、310頁(行政手続法1条の公正とは「行政決定における恣意・独断を疑われるようなものでないこと、偏頗な情報ではなく、的確な情報に基づいたものであること」を意味する)、阿部泰隆『行政法再入門(下)(第2版)』(信山社、2016年)3頁(「違法な処分がなされないように事前に止めることが……行政手続なり事前手続である」)、4頁(「行政手続法は、違法処分から身を守る極めて有力な武器である」)などを参照。

(2) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』295～297頁は、「告知・聴聞」「文書閲覧」「理由付記」「処分基準の設定・公表」の「四原則」と表現する。

のための制度として位置付け直すべきではないか（民主的参加の手続であるとして別カテゴリーに位置付けるのではなく）と思われるのである。この観点からは、平成の2度の行政手続法の改正（命令等の意見公募手続、行政指導の中止の申出等）は、まさにこの課題を浮き彫りにしたとみることができる。以下、名宛人中心主義、行政処分中心主義の順に説明する。

2 名宛人中心主義の見直し

まず、抗告訴訟における第三者の原告適格論の進展に鑑みると、公聴会や利害関係者の意見提出といった制度も、端的に、「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」のための事前手続の保障（反論機会）であると整理し直すべきではないかということを述べる。

（1）準名宛人に対する事前手続の必要性

原告適格論の進展のひとつとして、処分の名宛人ではないが、名宛人と同様に法的効果の及ぶ者（私はこれを準名宛人と呼ぶ）には、名宛人に原告適格が認められるのと同じ理由で、当然に原告適格が認められることが明らかになった⁽³⁾。そうすると、準名宛人にも、名宛人とまったく同じ行政手続法上の保護が及ぶべきではないかという疑問が生じる。

たとえば、土地収用法に基づく事業認定の申請について（同法は事業認定について行政手続法の適用を除外していない）、申請者たる起業者だけでなく、事業認定処分の準名宛人たる地権者に対しても、事業認定の審査基準が公にされていることが求められると整理すべきではないか。また、申請の拒否処分について理由を申請者に示す（行政手続法8条1項）だけでなく、認容処分についてもその理由（たとえば土地収用法20条3号に該当する具体的事実など）を地権者に示すことが、論理必然として要請されるのではないかということである。

むしろ、現実には、これと同じ事前手続が履践されている。事業認定の審査基準がインターネット上で公表されている限り、審査基準を地権者にも公にするという要請はクリアできる。また、土地収用法は、行政庁（国土交通大臣または知事）

(3) 中川丈久「続・取消訴訟の原告適格について」佐藤幸治＝泉徳治編『滝井繁男先生追悼論集——行政訴訟の活性化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、2017年）277頁、278～279頁、285～287頁。また、野呂充「行政手続における第三者の地位と行政争訟」岡田正則ほか編『現代行政法講座Ⅱ行政手続と行政救済』（日本評論社、2015年）97頁も、行政処分の法効果が及ぶ者の存在を指摘したうえで（99～100頁）、「処分の法効果により権利が侵害される第三者は手続の対象になりうると解すべきである」（117～118頁）と指摘する。

が事業認定をしようとするときは、市町村長を通じて、起業者の名称、事業の種類及び起業地を公告し、公告の日から2週間その書類を公衆の縦覧に供しなければならないとしている（同法24条1項2項）。そして、この公告につき、「事業の認定について利害関係を有する者は、同項の縦覧期間内に、都道府県知事に意見書を提出することができる」（同法25条1項）旨の定めがあり、さらに、行政庁は、事業認定処分をしたときは、「起業者の名称、事業の種類、起業地、事業の認定をした理由及び次条の規定による図面の縦覧場所を国土交通大臣にあつては官報で、都道府県知事にあつては都道府県知事が定める方法で告示しなければならない」（同法26条1項）と定める。

私が提案したいのは、この公衆の縦覧、利害関係者による意見書提出、事業認定の告示（理由を含む）は、理論的には、行政手続法のいう「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」のための事前手続であると整理し直すこと、すなわち行政手続法第二章の申請に対する処分の具体例であるというように整理し直すべきではないかということである。民主的参加の現れであるなどと説明する必要はいまやないように思われるのである。

この観点からすると、土地収用法が定める「公衆」や「利害関係者」の語は、準名宛人を核心（コア）としつ、ただ、それに限定することの手続的煩雑さや、それ以外の者からもよい意見が出てくることを期待して、コア以外の者を追加（プラス）したものであり、当該者を対象にして、縦覧や意見提出の機会を設けていると解することになる。

こうした“コア・プラス”による事前手続の保障の仕方は、法制上もしばしば採用されている智恵であると思われる。

たとえば、2014年＝平成26年の改正で導入された行政手続法36条の3がそれである。同条は、法令違反の是正命令をするよう申し出る権利を「何人も」もつとした。これは、是正命令の非申請型義務付け訴訟を提起する原告適格をもつ者をコアとしつつ、それ以外の者をプラスして、「何人も」としてしていると解することが可能である。同様の発想は（事前手続の文脈ではないが）、行政機関情報公開法の開示請求権を、理論的には国民に限定してしかるべきところ、立法政策上の考慮からあえて「何人も」としたこと⁽⁴⁾にも見いだされる。

なお、準名宛人の存否は通常は明快であるが、法解釈上、その範囲が明快でな

（４）同条が「何人も」とされた理由について、総務省行政管理局編『詳解情報公開法』（財務省印刷局、2001年）28頁は、「開示請求権の主体の中心は日本国民となるものであるが、日本国民に限定して外国人を排除する積極的理由が乏しいこと及び広く世界に情報の窓を開くことに政策的意義を認めること」を挙げている。

いことはある（課税の場面など）⁽⁵⁾。そのため、準名宛人と解すべき第三者のいたことが最高裁判決までいってはじめて確定することはありうる。しかしその場合でも、その者への手続違反（意見聴取の機会を与えなかったなど）を理由とする処分取消しは認められるべきである。

その実例が、関税法に基づく第三者所有物没収に関する大法廷判決である。同判決は、「被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならない」（下線は筆者）と判示している⁽⁶⁾。意見聴取の相手方を、法的にまたは事実として事前に確知できないおそれがあるということと、事前手続の保障が必要であることとは、別の問題であって、区別しなければならないのである。

（２）処分の法効果が及ばない第三者への事前手続の必要性

原告適格論のもうひとつの進展として、最高裁判例は、処分の法効果が及ばない第三者にも、様々な場面で、取消訴訟の原告適格を認めている。私は、最高裁判例のロジックを３分類し、「公益限界型」（たとえば逆FOIA訴訟の原告）、「公益転化型」（たとえば公衆浴場の新規許可処分を距離制限違反だとして争う既存許可業者）、「公益享受型」（たとえば原子炉設置許可処分を争う一定範囲の付近住民）の保護利益を根拠として原告適格を認めていると整理している⁽⁷⁾（ちなみに、行政訴訟法の改正で設けられた同法９条２項の解釈規定は、「公益享受型」の判例傾向を後押しして定着させようとする趣旨で挿入されたと解するべきである⁽⁸⁾）。

このいずれの類型についても、最高裁は、実体法上の権利利益が侵害されるおそれを根拠として原告適格を認めている以上⁽⁹⁾、これらの者には、行政手続法の「公正の確保」ないし「国民の権利利益の保護」のために、処分の事前手続の保障を及ぼすことが本来的に必要であるという観点からの行政手続法（および個別法の手続規定）の見直しが必要である。こうした第三者は、不利益処分ではなく、申請に対する処分の場面で現れるから、以下は行政手続法第２章（申請に対する

（５）最判平成18年1月19日民集60巻1号65頁（第二次納税義務事件）、最判平成25年7月12日判時2203号22頁（共有物差押処分事件）など。

（６）最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁（第三者所有物没収事件）。

（７）中川・前掲注（３）「続・取消訴訟の原告適格について」278～305頁。

（８）中川・前掲注（３）「続・取消訴訟の原告適格について」299頁、303頁。

（９）中川・前掲注（３）「続・取消訴訟の原告適格について」280～283頁。

処分)を念頭に考えてみる。

「公益限界型」の場面については、たとえば、行政機関情報公開法13条1項が「意見書を提出する機会を与えることができる」として任意的意見聴取を定め、2項が「意見書を提出する機会を与えなければならない」とする必要的意見聴取を定めて仕分けをしたことが適切なのか⁽¹⁰⁾、行政手続法上の理由提示を申請認容処分についても要求すべきことがあるのではないかなどを、改めて検討すべきである。また、「公益転化型」の場面についても、既存の同業他社の権利利益の保護のために、意見聴取の機会を設ける必要があるのではないか、申請認容処分についても理由提示が必要なことがあるのではないかという観点から立論すべきである。なお、いずれの反論機会(意見聴取)についても、該当者の所在が判明しない場合はこの限りではないという免責規定を設ける工夫は必要である(行政機関情報公開法13条2項柱書ただし書きを参照)。また、意見聴取の相手方を、法的にまたは事実として事前に確知できないおそれがあるということと、事前手続の保障が必要であることは、別の問題であって、区別しなければならないことは、準名宛人の箇所述べたとおりである。

「公益享受型」の場面については、公益享受をする不特定多数者のなかから、直接的に被害を受けるおそれのある者をコアとして、それを含む一定範囲の者をプラスする形で事前手続のあり方を検討すべきである。たとえば、処分案の縦覧と意見提出によって広く反論の機会(意見聴取)を設け、また、申請を認容する処分であっても理由を公示するというようにである。なお、事前手続の保障が、コア・プラスに拡大されているからといって、原告適格の認められる範囲がコアを超えて拡大されるなどという論理的関係にあるわけではないことも付言しておく。

以上の3類型に共通していえることは、審査基準は「公にする」ではなく、「公表」(行政手続法36条参照)すべきことを検討すべきであるし、反論機会(意見聴取)の通知や理由提示は、個別にすることも、公開の形ですることもあることを検討すべきである。また、理由提示を申請の拒否処分に限ることの見直しが必要となる⁽¹¹⁾。

(10) 総務省行政管理局・前掲注(4)『詳解情報公開法』119～123頁などの立案関係者の説明を見る限り、このような規定の仕分けをする必要はなかったように思われる。この点についての議論状況につき、村上裕章『行政情報の法理論』(有斐閣、2018年)322～323頁を参照。

(11) 高木光ほか『条解行政手続法(第2版)』(弘文堂、2017年)198～199頁(須田守執筆)は、申請を認める処分について第三者への理由提示を「今後の立法上の課題である」とする。

行政手続法は、こうした第三者について、同法10条の公聴会の開催等の努力義務という項目で処理するに止めている。すなわち、「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」という条文である（この条文が、準名宛人も想定しているのかどうかは不明であるが、少なくとも「公益転化型」や「公益享受型」の場面を想定していることは確かと思われる⁽¹²⁾）。そして、この公聴会等の手続の位置付けについて、学説の理解は揺れている⁽¹³⁾。

処分の法効果が及ばないとはいえ（その意味で、名宛人や準名宛人と同視はできないとはいえ）、行政手続法が、自己の権利利益が処分によって侵害されるおそれのあるという立ち位置にいる上記各類型の第三者について、事前手続のあり方をここまでドラスティックに変更することは、「公正の確保」ないし「国民の権利利益の保護」という観点からはあまりにバランスを欠くのではないだろうか。むしろ、すべての申請に対する処分について、第三者への事前手続を保障することは難しいであろう。そこで、たとえば、一定のカテゴリーを定めて対象とすべき許認可等を括り出すという方法を検討する余地がある（環境アセスメント法がその対象事業を限定していたり、行政手続法13条が不利益処分の弁明機会付与と聴聞と適用除

(12) 仲正『行政手続法のすべて』（良書普及会、1995年）45頁は、「地域住民、競業関係にある事業者、利用者、消費者等」を挙げている。

(13) 公聴会の制度趣旨を、原告適格論を用いて理解すべきであるとする見解として、芝池義一『行政法総論（第4版補訂版）』（有斐閣、2006年）308～309頁は、公聴会の参加資格は、「原告適格を根拠づけるような『法律上の利益』を有する者」に限定する趣旨ではないものの、「それは、権利保護手続としての性格をもった公聴会である」と指摘する。室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、1997年）109頁（大田直史執筆）も同旨。

また、山田洋「事前手続と事後手続」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）219頁、229～233頁は、本稿でいう「公益享受型」の原告適格がみとめられる余地がある者（迷惑施設の付近住民等）を念頭に、行政不服審査や行政訴訟という「事後手続」を睨みながら、「事前手続」が保障されるべきではないかというアプローチをとっている。野呂・前掲注(3)「行政手続における第三者の地位と行政争訟」118頁は、「〔行政手続法〕10条は努力義務を課すにとどめているが、当該申請認可処分の取消しを求める原告適格を有する第三者について何らの手続も行われない場合、憲法上の問題が生じる可能性がある」と指摘する。

他方、塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』321頁は、公聴会が「取消訴訟上原告適格を有する者……」がここに含まれることはもとより」としつつ、同310頁が、公聴会は「行政決定の要考慮事項に関する情報収集の強化の意味をもつ」とする。高木ほか・前掲注(11)『条解行政手続法』206頁（須田守執筆）も同様の記述をする。

外の3カテゴリーを作ったりしてるように)。また、本稿Ⅲで述べる手続規格のオプション化という方法も考えられる。

いずれにせよなにより重要なのは、現実の行政過程が、建築確認や開発許可のような頻出する行政処分から、産廃処理施設等のいわゆる迷惑施設の設置許可処分まで、上記で提案したあるべき事前手続と実質的に同じことを、いわゆる紛争防止条例や指導要綱の形で、非常にコストをかけて丁寧に行っているという事実である⁽¹⁴⁾。紛争防止は、まさに、行政手続法が事前手続を定めることに期待される効果のはずである（本稿Ⅱ1で述べたとおり）。こうした紛争防止のために行政現場が築き上げてきた智恵を（たとえば申請事業者と付近住民が直接に接触するという手続の進め方も含め）、行政手続法上の制度として——その「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」の制度として——受け止めるべき時期にきているのではないだろうか。

3 行政処分中心主義の見直し

行政訴訟法の改正による当事者訴訟（確認訴訟）の活用メッセージと、最高裁による当事者訴訟（確認訴訟）の積極的運用を経た現在、我々は、行政処分だけでなく、それ以外の行為（委任立法、行政解釈、行政指導、職務命令等）によっても、個人の権利利益に関する法的紛争が生じ、訴訟の機会が認められる余地のあることを、当然のこととしている。このような当事者訴訟論の急展開をみると、もはや、「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」の観点から検討すべき事前手続の対象が、処分に限られることはありえない。行政処分以外の意思決定についても、立法技術上可能な限りで、行政処分と同じく、その適法性を確保するための事前手続を準備しておく必要がある。

拡大すべき対象として、まずは、一部の行政指導（法令上の義務の履行を求める勧告など）や、制裁的公表こそ、事前の反論機会や、行為時の理由提示が必要である。このことは、すでに別稿で述べたので⁽¹⁵⁾、繰り返さない。ここでは、それ以外について述べる。

(14) 昭和50年代のものについて、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）242～244頁、近時のものについて、北村喜宣『自治体環境行政法（第6版）』（第一法規、2012年）286～297頁、芝池義一ほか『まちづくり・環境行政の法的課題』（日本評論社、2007年）など参照。

(15) 中川丈久「消費者行政法の課題」行政法研究20号（2017年）217頁、229～244頁。

(1) 委任命令と行政解釈

最高裁判例によれば、委任立法（法律や自主条例の委任規定に基づいて定められる規範）について、当該命令により新たな義務を課せらるる者は、当該命令が違法であることを理由としてその義務が法律上は不存在である旨の確認を求める利益が認められる⁽¹⁶⁾。また、ある行政解釈によって、自分が法律上の地位を享受できなくなるという不利益を被るおそれのある者も、その行政解釈の適否を争って、正しい解釈のもとでは自分に地位がある旨の確認を求める利益が認められる⁽¹⁷⁾。

行政法学説では一般的に、委任立法についての事前手続については、これが民主主義の要請であって、国民の権利利益の保護のための手続から区別するという考え方が採用されている⁽¹⁸⁾。しかし、上記のような行政訴訟の到達点（当事者訴訟としての確認の利益）を踏まえると、本来的には、「公正の確保」「国民の権利利益の保護」のための制度であると位置付け直すべきではないだろうか⁽¹⁹⁾。

この観点からは、2005年＝平成17年の行政手続法改正によって導入された命令等についての意見公募手続（委任命令、審査基準や処分基準を定めるにあたっては、あらかじめ、「広く一般の意見を求めなければならない」）も、「国民の権利利益の保護」のためであると位置付けるべきこととなる。すなわち、まずは、意見公募手続は、委任命令であれば、委任の趣旨を逸脱しないように、かつ合理的な裁量判断であるように、また、行政解釈（そのうち、処分基準と審査基準に限る）であれば、解釈基準として法令の解釈を誤っていないか、裁量基準として合理的な裁量判断かという観点から、違法なものとならないよう、反論の機会を設ける手続である。そして、命令等によって自らの権利利益が害されるおそれがある者をコアとして保護しつつ、そのような者を個別に判定することは実務的に無理であるし、また

(16) 最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁（医薬品インターネット薬品販売事件）。

(17) 最判平成23年10月25日民集65巻7号2923頁（混合診療禁止事件）。

(18) 阿部・前掲注(1)『行政法再入門（下）』31頁（「個々人の権利利益救済制度……ではなく、民主主義の理念を拡張したものである」）、常岡孝好「裁量行使に係る行政手続の意義」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）235頁、256頁（「元来、パブリック・コメント手続と、裁判手続とは、それぞれの依って立つ手続理念が異なる。パブリック・コメント手続は、民主主義や国民参加の理念に根ざしたものである。これに対し、裁判手続はデュー・プロセスの理念に立脚したものである」）など。また、意見公募手続の立法過程における「参加」の欠落について、高木ほか・前掲注(11)『条解行政手続法』421～422頁（常岡孝好執筆）、常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』（弘文堂、2006年）50～51頁、63～64頁を参照。

(19) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』344頁は、「命令等は、国民の権利利益に関するもので、その公正の確保、透明性の向上は、国民の権利利益の保護に資する」点を指摘しつつ「民主的要素が一部ではあれ加えられた」とする。野口貴久美『行政立法手続の研究』（日本評論社、2008年）233～234頁（民主的参加か自由主義的性格か）も参照。

それ以外にもよい意見がでることを期待して、「広く一般の意見」という形で決定案に対する反論（意見聴取）の機会を提供するための手続であると位置付けるのである。そのうえで、行政手続法43条1項4号が「提出意見を考慮した結果（意見公募手続を実施した命令等の案と定めた命令等との差異を含む。）及びその理由」と定めているのは、命令等の理由提示——理由の公開——の規定である。

なお、行政解釈については、審査基準や処分基準を超えて、どこまでを反論機会（意見公募）の対象とするかは、立法技術上可能な範囲で決めるほかない。

また、最高裁判例によれば、職務命令によって不利益を被る者も、職務命令の適否を争って、正しい解釈のもとで自分には職務命令で求められたことをする義務がないことの確認を求める利益が認められる⁽²⁰⁾。ということは、理論的には、職務命令について事前手続を保障すべき場面があることにはなる。とはいえ、それが職務上の関係であることから、事前の手続保障をしないという結論にする余地はもちろんある。

（２）行政指導

最高裁判決はまだないが、行政指導によってあることをするよう求められた場合に、その指導に従わないことによる不利益が想定されるのであれば、そのことをする法律上の義務の存否について確認を求める利益は認められる可能性がある⁽²¹⁾。そう考えてよいとすると、行政指導における「公正の確保」ないし「国民の権利利益の保護」として、法令に反しない行政指導であることを確保すべき事前手続は、理論的には必要なはずである。しかしながら、行政指導針の意見公募手続を除き、「現在の日本法は、……行政指導を行う際の一般的手続がほとんど定められていないというエアポケットに陥った状態になって〔いる〕」（太田匡彦）⁽²²⁾。

そこで以下では、不適法な指導を予防する事前手続を構築して、「公正の確保」や「国民の権利利益の保護」に資することができそうかを検討してみる。具体的には、行政指導についても、行政処分と同様の四点セットがどこまで適用可能かを考えてみる。その際に注意すべきことは、行政指導があまりに茫漠とした概念

(20) 最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁（東京都国歌斉唱等職務命令事件）。

(21) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号（2004年）963頁，988～991頁，村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣，2012年）733頁，739～740頁。

(22) 太田匡彦「行政指導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣，2008年）161頁，197頁。

であるため、個々の行政指導がいかなるコンテキストでなされたものであるか——たとえば法定の政策内容を実現しようとするものか、それとも法定外の政策内容を実現しようとするものか等——により、法的問題の所在が異なるということである⁽²³⁾。2014年＝平成26年の改正で導入された行政手続法36条の2が、その第1項で、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」を切り出して規律しようとしているのは、「所掌事務だけである行政指導」と「法律に根拠のある行政指導」の区別をする例であるから、行政指導のコンテキストに応じた手続規律を考えることが望ましいことの現れと考えられる。

では、どのような手続規律をすべきか。

第1に、行政指導をする者をして、その指導のコンテキストを明示させることとするべきである。この点につき、行政手続法35条1項が「行政指導の方式」として規定するのは、「行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない」ということである。そこでいう「趣旨及び内容」の意味をより明確にする必要がある。

行政指導の適法化にあたりもっとも重要なことは、“暗然たる権力”を相手方に感じさせないようにすることである。そこで、「趣旨及び内容」として、(1)指導の相手方に何をする（しない）よう求めているのか、だけでなく、(2)指導に従わないと何が起きるのかもあわせて明示させることが必要である⁽²⁴⁾。この点については、2014年＝平成26年の改正で導入された行政手続法35条2項が、「当該行政指導をする際に、行政機関が許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すときは、その相手方に対して、次に掲げる事項を示さなければならない」と規定しているところであるが、こうしたことは、何も許認可の場面に限ったことではなく、一般的に示させるべきである。行政処分と異なり、行政指導の場合は、その後何が起きるかが法令上からはわからないことが通例であり、まさにそこに、“暗然たる権力”が発生するのである。また、行政指導の「趣旨及び目的」に記さなかった対応方法を、行政指導の不服従を理由に行うことは、正当な理由がない限り禁止する旨も明示するべきである。

(23) 中川・前掲注(14)『行政手続と行政指導』209～220頁。

(24) 太田・前掲注(22)『行政指導』199頁は、指導の相手方の「無知につけ込む」ことを防ぐべく、「行政指導に従った場合に生じる帰結についても、行政指導を行う行政機関に十分な説明を行わせることで、行政指導の位置付けられる行政過程が私人の予想に反した不利益をもたらさないようにする行政の説明義務を法定することも考慮されてよからう」と指摘する。

第2に、理由のない行政処分はないのと同様、理由のない行政指導もないはずである。そこで、上記の「趣旨及び内容」の行政指導が、何を理由として行われているのか（法令違反を理由とする指導であるのか、法令違反ではないけれども指導しているのか、当該指導をすることについて法令上の規定はあるのか否か等）も、同時に示させるべきである。

「趣旨及び内容」には、指導の理由を示すことも含まれうるという示唆もあるが⁽²⁵⁾、そうは解しないと思われる立場もある⁽²⁶⁾。そもそも「趣旨及び目的」に理由提示まで含めるのは、文言解釈として無理であろう⁽²⁷⁾（実際、行政処分の「趣旨及び内容」というように置き換えてみると、そこに理由提示まで含むと解するのは、日本語としてかなり無理がある）。また、申請拒否処分や不利益処分について、行政手続法8条および14条は、明示的に「処分の理由を示さなければならない」と規定していることとの並びでも、不自然な解釈である。それゆえ、「趣旨及び目的」とは別に、「理由」も提示することを明示的に規定すべきである。

第3に、個々の行政指導の「趣旨及び内容」において、指導に従わないと処分を受ける、公表されるといった不利益が記載されている——行政訴訟を提起しうる権利利益の侵害のおそれがある——ときには、あらかじめ反論の機会（意見聴取）を与えるべきである。このように、「趣旨及び目的」の記載に応じて、事前の反論機会を認める旨の規定をおくことが考えられる。

2014年＝平成26年の改正で導入された行政手続法36条の2は、第1項で、「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）の相手方は、当該行政指導が当該法律に規定する要件に適合しないと料するときは、当該行政指導をした行政機関に対し、その旨を申し出て、当該行政指導の中止その他必要な措置をとることを求めることができる」旨を定

(25) 小早川光郎編『行政手続法逐条研究』（ジュリスト増刊、1996年）278～280頁。第二次研究会報告において、行政指導について、原則として書面主義とされ、理由付記を義務付けていたが、要綱案は明確に、理由付記を外しており、それが行政手続法になっている。この経緯については、室井ほか・前掲注(13)『コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法』232～233頁（紙野健二執筆）、高木ほか・前掲注(11)『条解行政手続法』371～372頁、379～382頁（高木光執筆）を参照。

(26) I A M行政管理研究センター『逐条解説行政手続法（18年改訂版）』（ぎょうせい、2006年）259～260頁は、「趣旨及び目的」の意義について説明する過程で、理由提示を含むかのような記述は現れない。南博方ほか編『注釈行政手続法』（第一法規、2000年）330～331頁（山田二郎執筆）も同様である。

(27) 太田・前掲注(22)「行政指導」161頁注77）は、行政指導の理由提示の立法例としては、行政指導について「判断の根拠」を求める規定があることを指摘している。理由提示の義務付けには、このような明確な文言が必要であると考ええる。

める。「当該行政指導の中止……を求めることができる」と定めているだけであり、その求めをした者に反論の機会が認められているわけではないが、事実上それに近いものと評価することができる。しかしむしろ、そのただし書きにいう「当該行政指導がその相手方について弁明その他意見陳述のための手続」をすることを一般的に義務付けるほうが、理論的には望ましいように思われる⁽²⁸⁾。

第4に、行政指導指針については、行政手続法36条により、「公表」することが義務付けられている。しかし問題は、審査基準や処分基準のなかに、法令上そこに含めるべきではない基準——行政指導指針とすべきもの——が、含まれていることである。両者の仕分けをさせる必要があり、そのためには、行政指導のコンテキスト分類の作業（法定外の政策内容を実現しようとする指導についての基準が、審査基準等に含まれていないか）が必要である。

以上を要するに、違法な行政指導を防止するには、行政指導の「趣旨及び内容」を示すときにはあわせて理由を提示させることが必要であり、さらにその一部については、反論（意見聴取）の機会も必要である。さらに、行政指導指針の公表もするわけであるから、結果的に、処分の事前手続の四点セットに近い構造が、行政指導にも出来上がることになる。

上記の第1点と第2点を条文化するならば、行政指導の一般規定である行政手続法32条1項の「行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、……ことに留意しなければならない」という行政職員への訓示規定と、同法35条の「行政指導の方式」をあわせて、次のような規定を置くことが考えられる。

すなわち、まずは、書面で行政指導を行う場面（行政実務にいう「正式の指導」の場面）を念頭に、「行政指導をするにあたってはその相手方に対して、行政指導の趣旨及び内容（相手方が行政指導に従わない場合に予定されている対応を含む）、責任者、当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲にあること、並びに当該行政指導をする理由（法令または行政指導指針上の根拠がある場合はそれを含む）を明確に示さなければならない」とする。そして、口頭で行政指導をする場合には、事後的に、上記の書面を提示することを義務付けることとすべきであろう⁽²⁹⁾。そのうえで、行政手続法35条4項のような、一定範囲の免除規定を置くのである。

このほか、行政指導についての上述したルールを実際に守らせる方法として、

(28) 中川・前掲注(15)「消費者行政法の課題」234頁。法定勧告の前に弁明機会の付与を定める立法例として、太田・前掲注(22)「行政指導」196頁を参照。

(29) 行政手続法35条3項のような書面化を求めることは、相手方にかんがりの法的知識が必要であるから、実効性を期待できない。免除範囲の拡大との組み合わせで、書面主義が検討されるべきである。

いわば「逆公表」という制度が考えられる。行政監察の一環として、または、オンブズマン団体などが、行政指導の手續違反の事例を公表し、これについて、行政不服審査委員会などが定期的に監査をおこなうという方法である。

なお、行政指導に従わないことに対する対応に関する規定として、行政手続法32条2項がある（「行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」）。これは、すでによく指摘されているとおり⁽³⁰⁾、きわめてミスリーディングな条文である。

たとえば、法令違反を是正する旨の勧告を行い、それに従わなかった者に対して、是正命令をすることは、法令がそう規定している以上、ここでいう「不利益な取扱い」にはあたらない。また、行政指導に従わなかった事実を公表することが許されるかどうかは、公表を法令の根拠なくすることが許されるかの問題である。行政指導に従わないことを理由として、給水契約の締結を拒絶することの適否も、水道法の解釈の問題である。このように、行政手続法32条2項のいう「不利益な取扱い」の禁止とは、法令に照らして認められない取扱いの禁止ということに尽きる。そのようなことは、行政指導の不服従に限ったことではなく、行政処分の不服従の場合であっても同じである。この条項は、本来的には行政指導の一部類型だけを念頭におく条文であるのに、きわめて射程の広い規定振りであるため、あまりにミスリーディングであり、特段の存在意義がないので、廃止を検討してよいのではないかと思われる⁽³¹⁾。

Ⅲ 通則法と個別法の役割分担：一律の義務付けから規格提示へ

1 行政通則法と行政個別法の役割分担

本稿冒頭で述べた行政通則法は、現在非常に存在感を増している。そこで、こうした行政通則法のもつ役割がどのようなものであるかを通覧することを通して、通則法のひとつである行政手続法に欠けているものがないかを探ってみる。

現状認識として、行政個別法と行政通則法がどのように存在しているのかを確認したあと、行政通則法は、一律に義務付ける最低限保障だけが役割ではなく、

(30) 宮田三郎『行政手続法』（信山社、1999年）100頁、室井ほか・前掲注(13)『コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法』212～214頁（紙野健二執筆）、IAM行政管理研究センター・前掲注(26)『逐条解説行政手続法（18年改訂版）』252～253頁など。

(31) 中川・前掲注(15)「消費者行政法の課題」234～235頁では、同項を廃止するのではなく、行政指導の定義を類型化することで、同項の射程を限定するというアイデアを述べた。本稿では、「行政指導の方式」を見直すこととするのであれば、同項を廃止することもありうるのではないかという、別の選択肢を述べた次第である。

規格を整理して示すという役割も担っていることを指摘し、これを行政手続法に応用してみる。

2 行政個別法の存在形態

(1) 具体例による説明

行政通則法という言葉がいつから使い始められたのかは、詳らかでないが、行政個別法の対義語として用いられていることは確かと思われる⁽³²⁾。そこでそれぞれの存在形態をみておく。

行政個別法（単に、個別法とか行政法規などともいう）とは、たとえば、建築基準法、都市計画法や、独占禁止法、労働組合法、特許法、銀行法、宅地建物取引業法、所得税法などの多種多様な諸法律をいう。その一つ一つが、特定の「政策目的」（現状の変更）を掲げ、かつ、その政策目的を達成する手段（政策手段）としてそれぞれ特有の「施策・実効性確保・情報収集」⁽³³⁾を定めている。もうすこし正確にいうと、行政個別法とは、これらの諸法律のうち、民事手法や刑事手法を用いた施策・実効性確保・情報収集ではなく、行政手法による施策・実効性確保・情報収集を定める箇所（条文群）である⁽³⁴⁾。

行政個別法はまた、それぞれが定める施策・実効性確保・情報収集の「担い手の指名」もする。誰を指名するかは、非常に重要な立法判断である。施策の内容に応じて、国の行政機関か（各主務大臣に分担させるか、特定の大臣・長官に集中させるか、委員会に担任させるか）、地方公共団体の執行機関か（長か、委員会か）、独立行政法人か、それとも弁護士会や指定法人等の私人に委ねるか、さらには、これらの組合せとするかを定める判断である⁽³⁵⁾。

(32) 野呂充「行政法の規範体系」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）41頁、45頁（「通則法と個別法」）。

(33) これは、いわゆる行政作用法総論をどう構築するかについて（各論との役割分担を含む）、行政法学説が展開してきた議論（野呂・前掲注(32)「行政法の規範体系」53～61頁を参照）を踏まえたうえで、筆者の提案する構築方法である。中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分的位置付け」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）59頁、71～72頁、中川丈久「行政法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座・現代法の動態2 法の実現手法』（岩波書店、2014年）111頁、125～127頁を参照。

(34) 法律全体を、行政手法、民事手法、刑事手法という三本柱で把握する事について、中川・前掲注(33)「行政法における法の実現」111～112頁を参照。

(35) 野呂・前掲注(32)「行政法の規範体系」50頁は、「一定の行政作用がいかなる行政組織のもとで行われるべきか、という観点から、組織法と作用法とを一体的に考察すべき場合がある」と指摘し、独任制か行政委員会制か、一般行政組織か警察組織か、諮問機関を置くかといった例を挙げる。

施策の内容によっては、指名にとどまらず、さらに立ち入った組織作りが要求される。たとえば、いわゆる附属機関を置いて、執行機関にその判断を尊重させる必要があるかは、施策内容に応じて決めることである⁽³⁶⁾。また、施策の性質に鑑みて、担い手となる行政組織において、企画部門と執行部門を分離すべきことがあったり、執行部門において調査部門と裁定部門の機能分離をする必要があったりする（いずれもさらに、組織そのものを分ける外的分離と、組織内で壁を作る内的分離という選択肢がある）。内閣や地方公共団体の長といった政治部門との関係（上下関係か独立か）も考える必要がある。そのため、「指名」とどまらず、新たに「行政組織の設置」もする必要の生じることがある。

こうした配慮をすることから、行政個別法にみられる「担い手の指名」には3つのパターンがある。(1)当該行政個別法において、担い手となる組織を設置したうえで、指名する方式（労働組合法、独占禁止法、土地収用法など）⁽³⁷⁾、(2)別の法律ですでに設置済みの行政組織（国の省庁と一部の委員会、地方公共団体の長と一部の委員会）⁽³⁸⁾のなかから、適切な担い手を指名する方式、(3)特定の私人を、政策手段の担い手として指名する方式⁽³⁹⁾がある。

（２）政策目的と政策手段を定める法

以上、行政個別法は、特定の行政作用（施策・実効性確保・情報収集）を創設し、かつ、それを担うべき組織を設置し、指名する法律群であると定義することが適切である。いわゆる基本法は、一定の政策分野における「施策」とその「担い手」

(36) 国および地方公共団体における附属機関の意義について、中川丈久「地方自治法における附属機関の法定主義の意義と射程（一）」自治研究94巻11号（2018年）3頁、12～16頁を参照。

(37) 独占禁止法27条1項（公正取引委員会を置く）、労働組合法19条の2（中央労働委員会を置く）、19条の12（都道府県に労働委員会を置く）、土地収用法51条（都道府県に収用委員会を設置する）など。

(38) 国の場合、各省の設置法（内閣府設置法、財務省設置法など。なお、文化庁は文部科学省設置法25条、資源エネルギー庁や特許庁は経済産業省設置法14条1項で「置く」旨を定める）、金融庁設置法、消費者庁および消費者委員会設置法、警察法（国家公安委員会・警察庁）、消防組織法（消防庁）など。

地方公共団体の場合、地方自治法が、第2編第1章で普通地方公共団体（都道府県と市町村）を設立したうえで、89条が「普通地方公共団体に議会を置く」旨を、同法139条1項が「都道府県に知事を置く」旨を、2項が「市町村に市町村長を置く」旨を定める。その他の執行機関について、地方教育行政組織法2条が都道府県と市町村等に教育委員会を置くことと定め、警察法38条1項が都道府県に公安委員会と警察本部を置くことと定め、農業委員会等に関する法律3条1項が市町村に農業委員会を置くことと定める。

(39) 弁護士法による弁護士会、地方自治法による指定管理者（指定をうけた株式会社等）など。

についておおまかな方向性を示すために立法される行政個別法である。とくに、新たな考え方を社会に周知する必要があるときに置かれる傾向がある⁽⁴⁰⁾。

なお、行政法学説は作用法と組織法を区別（ないし峻別）することを通例とする⁽⁴¹⁾。しかし、上記のように、行政個別法は、作用法と組織法にまたがって認識されるべきである⁽⁴²⁾。上述したとおり、「施策・実効性確保・情報収集」の権限や手順を定めることと、その「担い手の指名（および設置）」は、一体的な問題だからである。労働組合法や独占禁止法、土地収用法のように、組織設置と作用創設が同一の法律で規定されている例があることは、両者の一体性をよく示している。各省設置法や、地方自治法による地方公共団体の長の設置は、それが「従来から」⁽⁴³⁾の存在であるから、施策内容を包括的に想定して組織を設置しているだけのことである（なお、後述する行政自身のガバナンスの仕組みを担当するためにも、担い手が指名され、また必要に応じて設置される。会計検査院など）。

3 行政通則法の存在形態

（１）具体例による説明

では、行政通則法はどのような内容を定めているのだろうか。通則法と呼ばれるものは、「はじめに」に掲げた行政訴訟法や行政手続法、行政機関情報公開法などに限られるわけではない。戦後すぐに制定された国家行政組織法や地方自治法、会計法、財政法・地方財政法、国家公務員法・地方公務員法なども、行政通則法と呼ばれる。このほかにも様々な行政通則法があり、国税通則法、行政代執行法、国税徴収法なども、そう呼びうる⁽⁴⁴⁾。いずれも、個別の行政組織や行政

(40) 塩野宏「基本法について」塩野宏『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）23頁、29～32頁。

(41) たとえば、佐藤功『行政組織法』（有斐閣、1985年）17～19頁、田村悦一「行政組織法の課題」公法研究50号（1988年）142頁、143頁（「『組織』と『作用』……という基本的な二分法は、今日においても依然として健在である」）、小早川光郎「行政組織法と行政手続法」公法研究50号（1988年）164頁、165頁（「わが国の行政法学は、いうまでもなく、行政組織に関する行政組織法と、行政作用に関する行政作用法との峻別を、その体系の基本として〔いる〕」）など。それゆえ、たとえば、「個別作用法」という用語（塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』64頁、303頁）は、個別組織法（個々の行政組織の設置法）から区別する趣旨である。

(42) 佐藤・前掲注(41)『行政組織法』18～19頁の記述を参照。また、野呂・前掲注(32)「行政法の規範体系」50頁は、「組織法と作用法は以下のように関連・交錯する」と述べ、とりわけ「一定の行政作用がいかなる行政組織のもとで行われるべきか、という観点から、組織法と作用法とを一体的に考察すべき場合がある」ことを指摘する。前掲注(35)を参照。

(43) 佐藤・前掲注(41)『行政組織法』94～95頁。

(44) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』63頁。

作用を横断する事柄を定める法律である。

こうした行政通則法のうち、国税通則法や行政代執行法のように、行政個別法と同じ方向（実効性確保）をむくものはごくわずかである。多くは、行政個別法とは明らかに異なる目的を有する。行政作用（施策・実効性確保・情報収集）と、それを担う行政組織（国や地方公共団体の機関、独立行政法人、弁護士会等の私人）がすでに存在することを前提としたうえで、これが望ましい姿で動くよう、統御するための仕掛けを創設するという法律群が、行政通則法の大半を占めているのである。「公正・適正」「効率的・能率的」「民主的」「透明性」といった観点から、望ましさを規定し、それを実現するための仕掛けを定める法律群である。

目的規定においてこの趣旨を明示する具体例を挙げると、「行政の適正な運営を確保する」（行政不服審査法）、「行政運営における公正の確保と透明性（……）の向上」（行政手続法）、「公正で民主的な行政の推進」（行政機関情報公開法）、「行政が適正かつ効率的に運営される」（公文書管理法）、「職務の執行の公正さ」（国家公務員倫理法）、「制度の確立……事務及び事業の確実な実施」（独立行政法人通則法）、「効果的かつ効率的な行政の推進」（行政機関政策評価法）、「公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を図る」（公共サービス改革法）、「事務及び事業の運営を簡素かつ効率的なものとする……その総合性、機動性及び透明性の向上を図る」（中央省庁等改革基本法）、「国の行政事務の能率的な遂行」（国家行政組織法）、「地方公共団体における民主的にして能率的な行政の確保」（地方自治法）、「公務の民主的且つ能率的な運営を保障する」（国家公務員法）などが見られる。

目的規定を持たないものでも、同様の目的をもつ行政通則法はある。行政訴訟法は、裁判所が行政処分その他の行政決定が適法になされていることを確保するべく、行政訴訟を設ける法律である。会計法やその地方版である地方自治法第9章、そして、財政法や地方財政法も、地方自治法を除き目的規定を置いていないが、内容面からみて、国や地方公共団体における金銭の流れの適正を確保しようとする法律である。

（2）行政のガバナンスとアカウンタビリティの法——行政統御法

このように、行政通則法の多くは、個別の行政作用や行政組織においてなされる種々の意思決定が、「公正・適正」であり、「効率的・能率的」であり、「民主的」であること等を求めて、種々の仕掛け——事前手続の義務付け、行政訴訟や不服申立ての機会の保障、情報開示制度、個人情報取扱いルール、公文書の保管と廃棄のルール、契約締結ルールや会計管理ルール、人事管理ルール等々——を定めているのである。

それゆえ、これらを「行政統御法」ないし「行政制御法」などと名付けることができよう⁽⁴⁵⁾。「行政の自己制御」と「他者による行政の統制」(大橋洋一)⁽⁴⁶⁾の双方にまたがる法律群である。行政手続、権利救済、情報公開(議会公開、公表を含む)と情報管理(公文書管理、個人情報保護、特定秘密保護)、組織管理(行政組織の通則法)、財務管理、人事管理(公務員法制)等のしくみを作ることで、個別の行政作用と行政組織が望ましい動き方をしよう統御しているのである。平成時代に新たに制定された行政通則法の多くが、いわゆる行政改革の成果であったという事実は⁽⁴⁷⁾、このような性格付けを裏付けるものである。

この統御なり制御なりをもうすこし敷衍すると、行政自身のグッド・ガバナンス、すなわち行政(行政組織や行政作用)それ自身がガバナンスの効いた状況にあって望ましい意思決定をするよう確保する——「統治機構による統治」とは別に、「統治機構を統治する」(行政によるガバナンスとは別に、行政自身のガバナンスをする)——ためのしくみを定め、また、行政をして、そのガバナンスが効いて望ましい意見決定をしていることを外部に説明可能にしておくこと(行政のアカウンタビリティ)を明示的、黙示的に要求するということである⁽⁴⁸⁾。行政組織や行政作用を維持することができるようなよい意思決定がされる状況、すなわちその組織に「よいガバナンス」があるかは、その意思決定が、「公正・適正」であり、「効率的・能率的」であり、「民主的」であるかなど、国民が求める価値に沿っているかどうかである。それゆえ、行政がよいガバナンス状況にあることを求めるということは、各価値が守られていることを当該意思決定者をして外部の関係者に

(45) 大橋洋一『対話型行政法の開拓戦』(有斐閣, 2019年) 13頁。私自身のネーミングについては、中川丈久「行政による新たな法的空間の創出」『岩波講座・憲法4・変容する統治システム』(岩波書店, 2007年) 195頁, 196頁(「統治機構ガバナンス法(ガバメント・ガバナンス法)」ないしは行政ガバナンス法), 中川・前掲注(33)「行政法の体系における行政行為・行政処分」の位置付け 72~73頁(「行政規律法」), 中川・前掲注(33)「行政法における法の実現」 118~112頁(「行政統御法(行政ガバナンス法・行政規律法)」)を参照。

(46) 大橋洋一「行政の自己制御と法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』(有斐閣, 2011年) 167頁は「行政機関が主体となって、行政運営の適切性、合法性、実効性、経済性などを目指す管理措置を行政の自己制御と呼ぶこととしたい」とし、コンプライアンス、組織管理、人事管理、情報管理、モニタリング(政策評価や不服申立て)、行政基準(通達等)を挙げ(170~191頁)、同書168頁のいう「他者による行政の統制」と区別する。

また、野呂・前掲注(32)「行政法の規範体系」 51~52頁は、いわゆる客観訴訟(住民訴訟・機関訴訟)、国地方係争処理、会計検査院や政策評価を「行政統制法」というカテゴリーを設けて理解したうえで、その内部を、国民住民のイニシアティブによるものとそうでないものに分けるという提案をしている。

(47) 中川・前掲注(33)「行政法の体系における行政行為・行政処分」の位置付け 64~66頁。

説明させる立場におく（hold it accountable/ hold it to account）べく（アカウントビリティ）、意思決定の過程を「透明化」することが必須となる。「透明」は、それ自体が価値なのではなく、「公正」「効率」等の価値を確保するために、それに必要な限りで意思決定過程が外部からみえなければならないという概念である。

（３）行政法の古典的定義の読替え

以上を踏まえて、行政法の古典的定義、すなわち「行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法をいう」（田中二郎）⁽⁴⁹⁾とする定義を、本稿の観点から読み替えるならば、次のようになる。

「行政の組織及び作用」を創設する法律群が、行政個別法として多数制定されており（作用と組織を分離しないという読替えを行う）、他方で、「その統制」の制度を創設する法律群、すなわち行政自身のガバナンスとアカウントビリティの要求を定める法律群の多くが、行政通則法として制定されている。後者が「公正・適正」「効率・能率」「民主」「透明」等を目的に掲げる法律群であり、これが通則法として制定されえたのは、まさにその目的が、ガバナンスとアカウントビリティを実現することにあるがゆえである。

４ 義務付けから規格提示へ

さて、行政通則法（行政統御法の性質をもつものに限る）と行政個別法の関係は、前者が後者になんらかの一律の義務付けをするという形の「統制」であることが多い。

行政個別法が定める「施策・実効性確保・情報収集」について、その「公正・適正」な権限行使を確保するために、行政手続法や行政不服審査法、行政訴訟法

(48) 私は、政府周辺法人の規律について次のように述べた。「各法人の存立目的を効率的かつ公正に達成するための組織編制（トップ人事や、意思決定・執行の仕組み）、人事制度、財務業務管理のあり方、ひいてはこれらの理想状態を保つための諸制度（監視や是正手段）のことをガバナンスと呼び、各法人が自らの活動について外部の利害関係者に説明する責任のことをアカウントビリティと呼ぶと、ガバナンスやアカウントビリティは、およそあらゆる法人ないし団体について論じられるべき事柄である」。中川丈久「米国法における政府組織の外延とその隣接領域」金子古稀記念論集『公法学の法と政策（下）』（有斐閣、2000年）473頁、476頁。鈴木庸夫「アカウントビリティと行政法理論」園部逸夫先生古稀『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、1999年）621頁、興津征雄「グローバル行政法とアカウントビリティ」社会科学研究65巻2号（2014年）57頁も参照。

(49) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）24頁。佐藤・前掲注(41)『行政組織法』1頁は、「行政法とは……、行政権の組織と作用とを規律する法である」と述べる。

がある。そのうち行政手続法は、上述したように、一律に最低限義務付けるべき事前手続を定めている。情報公開法は、「施策・実効性確保・情報収集」に限らず、行政のあらゆる側面について、あらゆる観点から（「公正・適正」や「効率・能率」などに限らない）、国民からの批判・指摘を受けて、行政が適切な応答をするという関係（国民主権・民主制）を作りだそうとする法律である。

しかし、行政通則法と行政個別法の関係は、こうした一律の義務付けをする「統制」だけではない。それ以外に、通則法が、共通規格を設定し、個別法が適宜それを選択して用いるという形の「統制」の仕方も存在する。

それが国家行政組織法である。すでに述べたように、行政組織（機関）を設立する法律は、行政個別法として制定されている（各省設置法、地方教育行政組織法、独占禁止法の公正取引委員会設置条文など）。これとは別に、国家行政組織法は、「行政組織の体系を一定の規格に基づき整序することを第1の目的とする」（同法制定時の提案理由）⁽⁵⁰⁾のものである。「各種の行政機関およびその内部部局の名称を統一化ないし規格化することによって国家行政組織の構造を規律し、そしてこのようにして規格化された体系の下におけるその実体は別にそれぞれの法律によって定め」⁽⁵¹⁾るという関係である。

地方自治法（第7章執行機関）や、独立行政法人通則法も、行政組織を標準化（共通規格化）しようとする立法である。地方自治法から例をとると、執行機関の附属機関の法定主義の規定は、附属機関という規格（執行機関に対し相対的な独立性をもつ機関）を設け、これを置くには条例で定めなければならないとする。それゆえ、附属機関に付託しうのような議題を、いわゆる私的諮問機関なり、特定の専門家なりに取り扱わせたとしても、そのことが違法となるわけではない。これらは附属機関ではないので、附属機関としての取扱い（執行機関はその答申を原則として尊重しなければならない）がなされないということに尽きるのである⁽⁵²⁾。

以上のようなタイプの「統制」を行う行政通則法の存在に鑑みると、ガバナンスとアカウントビリティの制度としては、一義的義務付け以外に、合理的な規格を取りそろえて個別法での選択に委ねるという方式もあることがわかる。これを行政手続法に応用するとどのような将来像が描けるだろうか。

(50) 佐藤・前掲注(41)『行政組織法』102頁注(3)。

(51) 佐藤・前掲注(41)『行政組織法』100頁。同107～115頁（「規格法・基準法」）も参照。

(52) 中川丈久「地方自治法における附属機関の法定主義の意義と射程（二・完）」自治研究 94巻12号（2018年）3頁、7～14頁。

5 不利益処分手続の規格化とその提示

理論的には、行政処分も司法判決も、法令を解釈し、必要な事実を認定し、あてはめる（適用する）作用である⁽⁵³⁾。したがってこれが公正に（正しく）されることを確保するための手続は同じであり、裁判審理手続が議論の出発点のはずである。

しかし日本法にはこの発想がない⁽⁵⁴⁾。行政運営の「公正の確保」、ひいては「国民の権利利益の保護」のための手続は、司法審理手続とは本質的に異なるものであるという考え方が深く根付いているようである。ここに「行政・司法の峻別」、すなわち、行政手続は、そもそも司法手続と異なるものであり、司法手続を模して作るべきものではないという思考パターンをみることができる（私はこれを「立法ドグマ」と呼ぶ⁽⁵⁵⁾）。事前になんらかの手続的保護が必要であるという理念は、憲法上存在していても、それを具体的な姿にするには法律を待たなければならないとする最高裁判例の「制定法準拠主義」（塩野宏）⁽⁵⁶⁾——「憲法準拠主義」（阿部泰隆）⁽⁵⁷⁾ではない——はその現れである。立法過程において、準司法的手続は例外中の例外と考えられているのもその現れである。行政庁が、私人を相手に起訴し、是正や課徴金納付等を命じる判決を得るという制度、つまり裁判手続をもって行政の事前手続とするという選択肢は、およそ考慮されたこともない⁽⁵⁸⁾。

その中で、行政手続法が導入したのが、前述の四点セットである。しかしながら、とりわけ不利益処分の事前手続（弁明機会付与や聴聞）については、反論の機会とするにはきわめて簡略なものにとどまっていることは否めない。処分案を争おうとする者にとっては十分な反論の機会とはならず（証人尋問ができない、行政側の資料が十分にわからない等⁽⁵⁹⁾）、他方、処分案に服しようとする者にとつ

(53) 中川・前掲注(33)「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」80～83頁。

(54) 中川・前掲注(14)『行政手続と行政指導』190～192頁（引き算の米国法、足し算の日本法の対比）。

(55) 「行政・司法の峻別」論全般について、中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？」論究ジュリスト3号（2012年）56頁、57～66頁を参照。

(56) 塩野・前掲注(1)『行政法Ⅰ』301頁、303頁。

(57) 阿部・前掲注(1)『行政法再入門（下）』4頁。

(58) 行政による起訴を、刑事以外にも立案するということである。この制度について、中川丈久「行政訴訟の基本構造（一）」民商法雑誌150巻1号（2015年）1頁、26～28頁（行政処分の裁判手続化）。

(59) 阿部・前掲注(1)『行政法再入門（下）』18頁（聴聞であっても、証拠とされる第三者を呼び出して尋問することができない）、22頁（弁明機会に文書閲覧権がないのは著しい不備である）。

ては、儀式に過ぎないという、いわば帯に短したすきに長しの存在であることが否めないのである。

いうまでもなく、行政手続法が、弁明の機会や聴聞という簡略な事前手続を導入したのは、あくまでも、一律に義務付ける手続規格を必要としていたからである。不利益処分が多様である以上、一律に義務付ける手続は簡略とならざるを得ない。そして一律の義務付けの立法化を通して、行政処分をするにあたっては何等かの事前手続を履践し慎重を期することが原則であるという観念をひろく行政実務に浸透させた点で、行政手続法は疑いなく成功したといえる。筆者が個人的に聞くところでは、審査基準・処分基準の設定開示が、個々の事案のアドホックな判断を防いでいるという実感は行政実務にもあるとみられる。このほか、行政指導は指導に過ぎないという点を明示したこと、申請や届出の到達を定めたなど、功績は数多くある。

このように行政スタイルが変化した現状でさらに必要なのは、対立的事前手続を求める者にはしっかりと対立させ、そうでない者には迅速にカタを付けるというメリハリである。対立型の反論機会としては、裁判審理手続に近づけたもの、たとえば証人尋問の保障、記録に基づく決定、調査部門と裁定部門の分離、処分の発効（確定）前の内部的不服申立制度⁽⁶⁰⁾の導入などが考えられる。このように聴聞よりも嚴重ではあるが、しかし、行政側にとって十分に実行できそうな効率的な手続の進め方を開発し、行政手続法において規格化して具体的に提示し、それを各個別法で採用する（ないし行政庁の裁量で選択できるようにする）という方法が考えられる。

なお、証人尋問を含めて、こうした裁判審理型の手続を実行するには、公務組織に、十分な法廷経験をもつ法律家（組織内弁護士）が必要である。行政手続法が、非常に簡便な反論機会を定めるにとどまっているのは、日本の行政組織にそのような人的基盤がないということも背景にあるかもしれない。それゆえ、手続規格の選択肢として上記のことを示すにあたっては、国家行政組織法や地方自治法において、「法務部」の設置および位置付け（検察官のように、政治からの一定程度の独立性など）が、必要となるかもしれない。

(60) 内部的とは必ずしも理解されていないが、出入国管理法において、法務大臣裁決に至る一連の審査の繰り返しは、不法滞在という要件認定を慎重に行い、それが終わるまで退去強制令書発付行為がなされないというように解すれば、退去させる処分の確定を慎重に遅らせている制度であると理解することもできる。

IV おわりに

本稿では、行政手続法の将来像を、同法1条にいう「公正の確保」による「国民の権利利益の保護」を徹底するという観点から検討してみた。結論として、行政手続法による事前手続の義務付けの範囲を、現状よりももっと拡げられるのではないかという提案をし（行政処分中心主義と名宛人中心主義の克服）、また、事前手続の複数の規格を列挙し、個別法ないし行政庁に選ばせる（手続規格のオプション提示）という行政手続法の姿も提案してみた。後者は、実は米国連邦行政手続法の姿（フォーマル手続の部分）にほかならない⁽⁶¹⁾。

本稿では取り上げなかったが、行政自身のガバナンスの価値観は、なにも「公正・適正」に限られるわけではない。「効率・能率」という観点を、単に迅速性だけではなく、法の目的をよりよく達成し効果的な決定をする——より質のよい意思決定をする——という意味で捉えるのであれば⁽⁶²⁾、また違った将来像を描き出すことができる。米国法的発想であるが——したがって日本法で支持が得られるかは不明であるが——、良質な決定を創出する手続として、裁判のような当事者対立型の決定環境こそが必要である——中立的な裁定者を置く／行政と私人の情報を共通化して記録に基づく裁定をする——としつつ、和解による迅速な終結を組み合わせるという手続の作り方も考えられる⁽⁶³⁾。また、委任立法における裁量判断をすこしでもより合理的に行使させようとする場合、意見公募手続における「理由」の説明をさらに強力に求めるということも考えられる。これが米国連邦行政手続法のパブリック・コメント手続をめぐって生じた現象である⁽⁶⁴⁾。

さらに、民主的価値なるものを、行政手続法においてどのようなものとするかを再定位することも必要である⁽⁶⁵⁾。そのことを含め、ガバナンスの価値の議論を進める必要があると思われる。

(61) 中川・前掲注(14)『行政手続と行政指導』189～191頁。

(62) 中川丈久「議会と行政」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）115頁、165～166頁。

(63) 中川・前掲注(14)『行政手続と行政指導』184～188頁。そして、この対立型発想を規制制定手続にも拡大したのが1970年代の連邦高裁判例である。常岡・前掲注(18)『パブリック・コメントと参加権』121～122頁、250頁、301頁（混成的規制制定手続の判例による形成）を参照。

(64) 中川・前掲注(14)『行政手続と行政指導』74～75頁。

(65) この観点から、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）289頁の論考は示唆に富む。