

行政手続法の制定と「参加」の視点

——行革審平成三・一一・二九「要綱案」を中心にして

一 本稿の目的

行政手続法の制定は、行政法の領域でのわが国における戦後最大の懸案の一つであったが、このたび関係者の努力が実り、平成五年（一九九三年）の一・二六通常国会に提案される運びといわれている。おそらく、本稿の公刊時には、可決・成立をみ、わが国が“行政手続法保有国”の仲間入りを果たしている公算が強い。そうなれば、それは慶賀すべきことであろう。今回の行政手続法の制定には、一般につきのような効用があると期待されているからである。

①従来個別法でマチマチに定められていた行政手続

原 田 尚 彦

上の扱いが統一される。②行政関係での国民の権利を確保する手続上の原則的な“しくみ”が整い、法治国性と人権保護が強化される。③行政過程が透明・公正・合理化され、わが国の行政運営のスタイルが国際的にも通用するものとなる。④これまで理論で処理されてきた行政上の扱いが法定され、わかりやすいものとなる、などである。こうした多様な利点と効用が見込まれるため、本法の制定には政府筋や産業界だけでなく、言論界・学界からも熱い視線が注がれてきた。これだけの重要法案が、強い反対ないし批判的意見も聴かれぬまま成立するのは、むしろ異例なことといえよう。

しかし、歓迎ムード一色の「行政手続法」ではあるが、醒めた目でみると、同法が現代にふさわしく行政過程を整理し、人びとの期待どおりに、わが国の行政スタイルを改善・合理化して国民生活の擁護に役立つものとなるかには、疑問なところもないではない。本稿では、さしあたり行革審平成三・一一・二九の「要綱案」を素材に、同法に対する筆者の率直な印象を述べて、同法成立後の適正な運用のための一助に供したいとおもう。

- (1) 行政手続法立案に至る経緯については、橋本公且「行政手続法草案」有斐閣(一九七四)、総務庁行政管理局編「行政手続法の制定にむけて」ぎょうせい(一九九〇)など参照。なお、南教授は、早くよりドイツ連邦行政手続法の制定過程を研究・紹介され、わが国の行政手続法制定に先導的な貢献を果たされた。南博方「行政手続と行政処分」弘文堂(一九八〇)参照。
- (2) たとえば、杉村敏正「行政手続法要綱案(第一次部会案)について」、橋本公且「行政手続法要綱案(第一部会案)を読んで」(いずれもジュリスト九八五

号)、阿部泰隆「行革審・行政手続法要綱案について」(法学教室一九九二年八月号)など。

二 行政手続法の意義と狙い

一 「要綱案」を評価するに先立ち、まず原点に立ち帰って、行政手続の意義と、これを設ける必要性について考えておこう。

行政手続とは、一般的にいえば、行政庁が何らかの決定をする際に履踏すべき「手順」のことである。しかし、行政法学の見地からいうと、行政の意思形成にかかわる手続一般というよりもこれを限定して、(イ)行政庁が国民(被治者)の法的地位にかかわる行政意思(対外意思)を形成するに際して、(ロ)その過程に關係者を何らかの形で関与させ、(ハ)その意向を反映して行政意思を決定する手続上の「しくみ」をいうと定義するのが適當である。なぜなら、行政手続は、行政庁が一方的に独断で国民にかかわりのある行政意思を決定するのではなく、行政組織の外部にいる關係人の「参加」を求め、その主張や意見を斟酌して行政意

思を形成するところにその眞の存在意義が認められるからである。行政手続法は、行政意思形成の手順を法定化しその扱いを画一・客観化するだけでなく、治者と被治者が相互に緊張関係に立ちながら、多かれ少なかれ共同して行政意思の決定に参与する民主的³⁾「しくみ」であるところにその核心が求められるべきであろう。

もちろん、関係人の範囲や参与の程度・方法は、一様である必要はない。参与の形態には、①関係人への情報の開示（原案の公告・縦覧、被疑事実の開示、証拠資料等の閲覧、説明会の実施など）、②意見陳述の機会の提供（意見書の提出、公聴会の開催、聴聞・弁明など）、③行政決定の告知（送達、文書の交付、理由の告知など）、④不服申し立て方法の教示、⑤執行責任の所在の明確化（身分証明書携帯・呈示など）などがあり、これらの要素がそれぞれの目的に応じ適宜組みあわされて、各行政手続が構成される。なお、行政手続には、行政庁が行政意思を最初に決定するプロセスである「事前手続」と、行政庁の決定に対する不服を

審査する「事後手続」とがあるが、後者についてはすでに行政不服審査法が制定されているので、本稿ではもっぱら「事前手続」を念頭に置いて考察する。

二 それでは、行政意思の決定に関係人の「参加」が求められるのは、何故であろうか。その理由としては、まず、行政側からは、情報収集、争点の整理、利益の調整、説得などに役立つことがあげられ、他方、国民の側からは事前に権利を防御し利益を主張する機会が与えられるという効用が指摘されるのが通例である。行政判断の公正確保、行政の民主化、法治行政の実現、国民の権利保護などが、一般的な行政手続の存在理由とみてよいであろう。⁴⁾

しかし、同じく行政手続といっても、それぞれの制度の具体的狙い——「参加」の目的——は、時代により、また各法律によってかなりちがっている。たとえば、本世紀初期の行政手続（一九二五年のオーストリアの行政手続法など）は、おもに自由主義の理念に立ち、行政権力の濫用からの市民的自由（国民の「自由と財産」）の擁護を目的としていた。当時の行政手続

は、事実審型の当事者聴聞を基本とする個別処分決定手続を中心に構成され、行政庁が不利益処分などをするにあたり、処分の相手方にあらかじめ弁明の機会をあたえ既得権の防御を果たさせることにより、過誤のない行政決定をするための手続上の「しくみ」であったということが出来る。

これに対し、第二次大戦後の行政手続法(アメリカ、ドイツなど)も、もちろん市民的自由の擁護を重視している。しかし、同時に、行政の民主化にも配慮し、個別的な不利益処分に際しての当事者聴聞のほかに、行政立法の制定や行政計画の策定などに広く関係人を参加させる意見陳述・参政型の「開かれた行政手続」を設けている。とりわけ行政上の規制が重合・錯綜する大規模施設の設定手続等においては、許認可手続の統合・集中化や決定手続の段階化をはかって、局面におうじて広く関係各層の意見を吸収できるように複合的な手続を工夫していることが多いし、また、福祉国家において重要な国民の福祉受給権を保障するため、授益的行政処分発動や行政契約の締結などにも詳細

な手続を定める例も少なくない。このように現代の行政手続は、その目的と対象を広げ、手続自体も複雑とあって、既得権防衛型の当事者聴聞だけでなく、関係各層に多面的な「参加」の道を開き、複雑に錯綜した利害関係の統合・社会的合意形成に重点を置くことになった。その点に、まさに現代の行政手続の特徴と、

これに対する人びとの期待があるとみられるのである。

三 こうした趨勢に照らして「要綱案」をみると、行政スタイル一般を律する「行政手続法」と称されているとはいえ、その規律対象はきわめて狭く、①行政処分——正確には「申請に対する処分」と「不利益処分」——に関する手続と、②行政指導について若干の規定をおくにとどまっている。立案初期の段階(たとえば昭和五八年一月行政手続法研究会報告など)で論じられていた行政立法、行政計画、行政契約、行政調査等の手続は除外されているし、行政手続法通則にあたる規定も見当たらない。また、手続の内容も、牧歌的田園的国家における警察規制をおもわせるようなシンプルなもので、複雑な現代社会の行政過程を律す

るには、不似合いな感をまぬがれない。長年の議論を経、総力を結集して立案された後発的な行政手続法としては、いかにも物足りないといえそうである。

もっとも、「要綱案」は行政のインフォーマルな活動である行政指導についても規定を設けた。近時のわが国の行政が「法律による行政ではなく、さながら指導行政万能の観を呈している」⁽⁵⁾といわれるほどに行政指導に依存し、それがときに行政運営を不公正・不透明にしてきたことへの反省であろう。そこに本法の特徴の一つがあるのは間違いない。しかし、行政指導の手續を視野に入れても、「要綱案」の定めが、現代社会の行政手続に対する期待とりわけ社会的合意形成機能を的確に果たし得るものとなっているかどうかは、疑わしい。以下、その理由を述べておこう。

四 現代行政においては、生活基盤整序行政や給付行政が警察行政や租税行政にかわって重要な地位を占め国民の関心もそこに移ってきているが、これらの作用は、古典的な行政作用のように法に厳格に羈束される法の執行の形で営まれるのではなく、行政庁が、幅広

い法の授権のもとに、局面ごと段階ごとに広く関係各層の意向を吸収・反映しつつ漸進的に行政意思を形成して、事業を進めるといふ構造となつていふところに特徴がある。いいかえれば、こうした行政過程は、既に法に示されている国家意思を具体化・実現するといふパターンではなく、処分の相手方の権利と行政施策によって授益する人達の利益との調整をはかりながら、法関係を創造していく形成過程に変質してきているといえるのである。二〇世紀後半に成立した現代型の行政手続法が、既得権防御型の当事者聴聞とならんで、広く関係人の参加手續を設けているのは、まさにそうした形成的行政過程を念頭においてのこととみてよいであろう。

だが、それに加え、科学技術の進歩と社会関係の変化が急激で、人びとのライフ・スタイルや価値観が激変し、それにともなつて新しい人権（環境権、安全権など）要求が随所で芽生え、法秩序そのものの進展がたえず求められる現代（および近未来）社会においては、⁽⁶⁾行政による利害の調整機能と、それによる社会

的合意形成機能とが、ますます重要性を高めている。

そのため、現代の行政手続には、現代型の人権要求と既存の権利とを調整・癒合する「坩堝」としての機能が強く求められており、そうした民衆の期待が行政手続法の制定を支える基底をなしてきたといえるとおも

う。

いま、これを比較的単純な個別処分の発動手続の例でいうと、その過程で行政権力が行き過ぎにわたって国民の既得権(自由・財産)が不当に侵害されることがあるのではないから、その相手方に市民的自由の防御権を保障すべきは当然であるが、他方、行政上の規制権力の行使が抑制的になりすぎて行政権力によって守られるべき国民大衆の現代型の人権(環境権、安全権など)の保護がおざりにされ放置されるのも適当ではない。とりわけ町づくり行政、環境行政、消費者行政など現代行政の中枢を占める行政分野や、大規模施設の設置手続においては、現代型の人権要求を行政意思の形成に適切に吸収・反映して適正な行政施策を決めることが、重要となってくるのである。現代の

行政手続には、現代型の人権要求の芽生えを行政過程に反映して国民の合意点を見出し、これにもとづき法秩序を漸進させる動態的機能が託されており、そこに行政手続の最大の存在価値が認められるようにおもわれるが、「要綱案」には、そうした点への配慮はほとんど見当たらないのは、遺憾というほかはない。

五 「要綱案」がこうした不十分さを伴っているのは、行革審や国会での審議時間に制約があるためと弁明されている。しかし、そうした事情よりも、ともかくも行政手続法と名のつく法律を作って手続的法治国の外観を満たし国際化の外圧に答えようとする政府当局の思惑と、法定外の行政指導に悩まされてきた産業界の要求とが微妙に合致し、立法が急がれたというのが本場のところではなからうか。⁽⁷⁾だが、行政の民主化、市民的自由と現代型人権との調整に十分配慮されないまま、行政全般につきその基本的方向を決める法律が制定されると、物足りないだけでなく、行政運営に思わぬ副作用を生み、国民生活に意外なツケがまわることになるかもしれない。以下、懸念される諸点を具体

的に検討しておこう。

(3) 南教授は、「個人は行政手続に能動的に参加し、手続の形成と決定に関与することによって、行政の客体としての地位から脱し、主体的地位を獲得する」として、参加の重要性を指摘されている。南・前掲注(1)書 六頁。このほか、行政手続における参加の重要性を説くものに、園部逸夫「行政手続法総説」、小高剛「行政手続と参加」(いずれも『現代行政法体系』3『所収』、Erichsen/Martens; Allgemeines Verwaltungrecht (1975) S. 247f. などがある。

(4) 参加の機能と効用については、小高剛「住民参加手続の法理」有斐閣「一九七七」一六八頁以下参照。

(5) 南博方「行政法」有斐閣「一九九〇」一〇〇頁。なお、行政改革推進審議会の公的規制の在り方に関する小委員会は、すでに一九八九年の答申で、「(行政手続法の整備)の一環として、許認可等の事務に併せ、又は付随して行われる行政指導についても、行政の透明性、公正の確保を図る見地から、手続的な規制を加え、一定のルールを確立すべく早期に検討の具体化を図るべきである」と提言していた。

(6) こうした現代型の人権要求を「特殊法」の論理に

よって説明するものに、兼子仁「行政法と特殊法の理論」有斐閣「一九八九」がある。

(7) 今回の行政手続法制定の意味は、自由主義的法治国の手続法づくりであって、行政の民主化や国民の行政参加の拡大にまで踏み込むものではなかったが、それはそれでやむをえないことであったとされている。

塩野宏「法治主義の諸相」(法学教室一四二号)一五頁。

三 「要綱案」の処分手続とその問題点

一 「要綱案」は、行政処分と行政指導の手続とを対象とし、さらに、行政処分手続を(許認可等の)申請に対する処分」と「不利益処分」とに分けて規定している。

(イ) そこで、まず「申請に対する処分」手続をみると、その骨子は、①行政庁に審査基準の設定とその公表を義務づけ、申請の可否を基準に従い客観的に決定することとして、行政運営の客観性・公正性を期すとともに(「要綱案」第4)②行政庁は、できるだけ標準的処理期間を設定・公表して申請を遅滞なく処理し、

申請人より求めがあれば、審査の状況や処分時期を知らせよう努めるなどとして事務処理の促進をはかっている(同5、6)。また、③許認可等の申請を拒否する場合には、原則としてその根拠と処分理由を書面で示すこととして、拒否処分に慎重を期すとともに、相手方が不服を容易に申し立てられるよう配慮している(同第8)。一言でいえば、申請に対する処分手続は、申請者の自由を尊重し、法定の拒否事由がないときはテキパキと迅速に許認可を与え、行政が余計な干渉をしないようにすることを狙った「迅速処理法」だといえそうである。

(ロ) これに対し、「不利益処分(義務を課し、又はその権利を制限する処分のこと。ただし、許認可等の拒否処分は除かれる)」(同第2「3」)の手続をみると、①行政庁に処分基準の設定とその公表について努力義務を課し(同第12)、②行政庁は、あらかじめ不利益処分の内容およびその理由を相手方に告知すべきこと(同第14)。そして、③不利益処分の名宛人には、弁明書の提出を認めて弁明の機会をあたえ、防御権の行

使を保障すること(同第13、14)。④不利益処分を行う場合には、原則として処分理由を書面で示さなければならぬこと(同第25)などを定めている。

そのうえさらに、認可等の取消しなど資格・地位の剝奪に係る深刻な不利益処分をする場合には、正式な聴聞を予定し、聴聞の通知、主宰者、文書の閲覧、聴聞の方式、聴聞規則の制定などを詳細に定め(同第15—24)、聴聞手続の基本構造を統一的に法定した。

行政手続としての実質をもっとも具えた部分といっただよいであろう。

二 以上が、「要綱案」の定める処分手続の基本的「しくみ」である。対象領域が狭いとはいえず、手続の整備と、実務上の扱い基準が示されたのは、重要な前進であったと評することができる。だが、その規定された範囲内で、しかも同法によって立つ自由主義の理念からみても、不満点がないではない。それは、行政手続でもっとも肝要な当事者や関係人の参加権が意外に限定されていることである。

まず同法では、法律の執行を公正化するために、行

政治上の基準の設定が各所に予定され、これにもとづき客観的画一的に事務処理を進めるなど、行政運営の合理化・迅速化が期されているが、これらの事務処理基準は行政庁が一方的に設定するもので、その策定過程への関係者の関与はいっさい認められていない。おそらく、これは、今回の立法が規則制定手続を除いたことと関連するのであろうけれども、行政庁が適法かつ妥当な施策を形成するには、民主的な手続を踏んで官僚の独断を排することが必要で、そこに行政手続の限界があった。そうしたことを考えると、規則制定手続が一般的には見送られたとしても、処分手続に関連する基準の設定にはなんらかの形で関係人の参加を工夫する余地はありえたのではないか。一つの疑問としておこう。

つぎに「要綱案」は正式な聴聞手続を定めておりそこに長所があるが、その適用範囲は地位剝奪的な不利益処分に過ぎられるから、見掛けほど広く国民の手続上の権利の伸張に役立つものではない。もっとも、一般の不利益処分にあたっては、相手方に弁明書の提出

が許されるから、防御権の保障が強められるのは事実であるが、それでも許認可等の申請に対する拒否処分が不利益処分の範疇から除外され、申請を拒否する場合には、相手方には聴聞の機会はおろか、弁明書の提出すら認められていないのは、いかがなものであろうか。在来の扱いでは、個人タクシー事業免許事件（最判昭和四六・一〇・二八民集二五巻七号一〇三七頁）などでみるように、聴聞権の保障は主として不許可処分等の手続において論じられ、それが行政手続法の法の展開を促す契機となってきた。こうした沿革に照らすと、拒否処分が一律に不利益処分から除外されたのは、行政手続の近代化の視点からみても、いささか問題であるようにおもう。

このほか、総じて「要綱案」には行政の努力目標や行政側の一方的な取扱原則の設定等の定めが多く、国民の手続上の権利の強化に資する規定は意外に少ない。「要綱案がめざす行政手続法は、半ば行政運営法の性格をもつ」⁽⁸⁾にすぎないとの批判もあるほどである。そのうえ、「要綱案」には適用除外事項が結構多い（第

3)が、それにもかかわらず、官庁間にはそのさらなる拡大を求める声が強硬という。これらの状況より推すと、この法律が施行されても、わが国の行政スタイル一般の近代化・合理化が果たされるかどうか、きわめて心許ないものがある。

三 しかし、以上のような技術問題はともあれ、筆者が本質的に問題としたいのは、「要綱案」がもつばら自由主義的法治国の理念を指向する近代型の行政手続観に立脚して、もつばら国民の「自由と財産」が法定外の行政権力の行使によって侵害されないようにするための手続を設けることに終始している点である。

これを具体的にいうと、「要綱案」は、不利益処分の名宛人など直接規制を受ける者(規制の相手方ないし当事者)に防御権を保障するだけで、行政上の規制によって守られる者の利益の保護と、そうした人びとの「参加」にはあまり関心を示していないことである。

たとえば、巨大なマンションの建築や原子力発電所に対する中止命令や操業停止命令のような監督処分を発動する過程でも、建築主ないし原発の設置者に聴聞な

いし弁明の機会をあたえるのみで、(法律に特別の定めのないかぎり)建築によって日照等の被害を受ける近隣の居住者や原発で安全が脅かされる周辺住民には関与の機会を認めようとしていない。この点は、今日、世界各国の行政手続法が危険施設や大規模施設の設置の場合には、当事者を聴聞するだけでなく、行政上の規制によって守られる関係住民等に、さまざまな機会にさまざまな形態での参加を認め、関係者の合意形成をはかるのに苦慮しているのと対照的で、いかにも時代遅れの感(?)を免れないものがある。

もつとも、この点については、「要綱案」の第10が公聴会の開催を、第22が関係人の聴聞への参加を定めているので、日照権者や原発の周辺住民など当事者と相反利害をもつ第三者にも手続上の保護が与えられているとの見方もある。⁽⁹⁾しかし、公聴会の開催規定は行政の努力規定にすぎず、第三者の参加を手続法上の権利として保障するものではない。また、関係人の聴聞への参加は「行政庁が行った不利益処分により自己の利益が害されることになるもの」つまり被規制者と利害

を共通する者の参加を（その者の申し出を条件として）認める規定であって、被規制者（建築主、原発の設置者）と相反利益をもつ者（日照権者、環境権者など）の参加を認めるものではないと解すべきであろう。

四 「要綱案」がこのように相反利害関係人の「参加」を配慮しなかった理由が何であったかは推測のほかはない。おそらく立案者たちは、伝統的古典的な行政観に立脚して行政関係を公益と被規制者との二面的な対立関係にとらえ、行政上の規制による受益者の利益は公益のなかに解消されるから、公益の管理者である行政庁が適宜配慮すればよく、行政手続のなかでその「参加」を斟酌するには及ばないと理解していたためであろうと考えられる。⁽¹⁹⁾

しかし、今日、こうした伝統的な行政観を行政全体に一律に適用するのは不適當である。なぜなら、現代行政においては、行政上の規制によって守られる者の利益（日照権、環境権、安全権など）は、多くの場合、行政庁の管理する一般公益のなかに昇華・解消されるとは認めがたく、独立の権利として手続法上その主張

が許されるべきものとなっていると解されるからである。現代行政の領域の多くは、もはや行政庁と被規制者の権利との二面的対立関係ではなく、行政庁が、被規制者と規制によって守られる者とのなかに立って、両者の利益を調整しつつ、社会関係を形成する、①行政庁、②規制を受ける者、③規制によって守られる者との三局関係に変身しているとみななければならないであろう。⁽²⁰⁾

そうだとすると、「要綱案」が、すべての行政領域を（特則のないかぎり）二面関係とみため、行政庁が直接規制を受ける者（建築主、事業者）の意見のみを聴取し、規制によって守られる者の参与をまったく認めないまま、処分基準への適合性の有無を認定判断する「しくみ」を一律に採用しているのは、当事者の平等扱いに反するのみならず、複雑に錯綜した利害関係を律する現代の行政手続としては、不適切であるといわざるをえない。行政手続法の制定を積極的に支持する橋本教授も、「事柄の性質上、申請人以外の者の利害を考慮すべきものについて（たとえば、原子力発電所の設

置と周辺住民)、意見を聴取する機会を拡げる方向で、行政手続法の中に規定を設けることを考えても、よかつたのではないかとし、こうした多数当事者の関与手続については「多数当事者手続を設けておく方がよいのではないかと指摘されている。⁽¹²⁾

五 「要綱案」はこのように自由主義一辺倒の理念に立ち、かつ行政上の規制を一律に規制庁と被規制者の間の二面的緊張関係と捉えて、周辺住民等の参加を考慮しないまま手続を構成している。しかし、現代行政においては二面的関係と目されるべき領域は狭まっており、行政の重要な分野はほとんど復効的な多面的構造となっている事実を無視すべきではない。それなのに、こうした多くの領域で当事者聴聞しか行わず、住民サイドの参加を遮断し第三者の「監視の目」を欠いたまま、インフラづくりなど開発行政が進められるとすると、監督庁と被規制者(事業者)との協調・癒着体制が進み、乱開発等が助長されるおそれがつよい。そうした弊害が生じないようにするためには、かなり広い分野で相応の住民参加を認めるなど第三者の

監視手続を設け、行政手続法を補足することが必要となるようにおもわれる。

(8) 芝池義一「行政手続」ジュリスト一〇〇〇号四五頁。

(9) 阿部・前掲注(2)論文六七頁。

(10) こうした見方については、園部逸夫「当事者適格と公益論序説」田中古稀記念『公法の理論下II』有斐閣(一九七七年)二三五四頁。

(11) 現代行政の三面構造性については、さしあたり、原田「行政責任と国民の権利」弘文堂(一九七九)一七四頁以下。

(12) 橋本・前掲注(2)論文八四一五頁。

三 「要綱案」の定める行政指導の手続とその問題点

一 「要綱案」は、処分手続のほか、行政指導についても若干規定したところに特徴がある。が、その中身を見ると、行政指導は強制してはならないとか、許認可等の申請に絡ませて不当な圧力を掛けてはならない

といった行政指導の一般原則を示すだけで、一箇条（「要綱案」第29）——行政庁は、行政指導の相手方から要求されたときは、書面を交付して、行政指導の目的、内容、責任者等を示さねばならないとの規定——を除くと、とくに手続法と呼ぶに値する規定は見当たらない⁽¹³⁾。学説には、自由主義的法治行政の視点から、規制の行政指導には法律の根拠が必要であるとする見方が有力であったが⁽¹⁴⁾、「要綱案」には行政指導に法律の根拠を要求する旨の規定は置かれなかった。したがって、行政指導に関する条項が設けられても、行政指導のあり方はあまりかわるまいとみるのが一般的な見方である。しかし、それが意外に曲者で、筆者のみるどころでは、行政指導に関する条項とりわけ行政指導の強制排除条項は、今回の立法のなかで、案外もつとも重要な機能を果たしそうにおもえてならないのである。

二 というのは、これまでの判例をみると、裁判所は、行政指導の社会的必要を認めこれにかなり好意的であった。行政庁が強い姿勢で行政指導にあたっても、「相手方が指導に応ずる姿勢を多少とも残していれば、

許認可等を留保したまま、指導を続行しても、ただちに強制とは認められない」などとしていたのである（東京地判昭和五四・一〇・八判時九五二号一八頁など）⁽¹⁵⁾。ところが、「要綱案」は自由主義的法治国の基本哲学（？）に立って行政の法定外の干渉を極力抑止する立場をとり、許認可等の申請を処理する場合には、法定の拒否事由がなければ迅速にこれを認容するとの基本姿勢を示したのである。それゆえ、行政庁が法定の規制事由もないのに、行政指導で相手方にいろいろな措置を要望するならば、それは、相手方の自由を不当に抑圧する反法治国的行為とみなされるが、これに加え、さらに行政指導の強制排除条項が置かれると、許認可権者である行政庁が行政指導に少しでも強い姿勢をとれば、ただちに違法と解されることになりやくなる。当然の定めにはすぎない強制排除条項は、かくして、指導行政に大きな抑止力を発揮することになるであろう。これがまさに今回の立法の最大の狙いであったといったら、穿ちすぎであろうか？

三 もちろん、これまでのわが国の行政の実態をみ

ると、行政指導が大きな比重を占め、ロッキード事件や証券疑惑事件などの不祥事には陰湿な行政指導絡らみのものが多かった。法定外の行政指導とりわけ経済分野でのそれは、かねてより自由競争原理を制約し法治行政を空洞化するものと批判されてきていたが、加えて最近では、日米構造協議の席などでも、外国企業に対する一種の非関税障壁だとされて国際的にも糾弾されてきた。「要綱案」がこうした非難・外圧に応えるものであったのは、先に述べたとおりである。

しかし、法定外の行政指導に弊害が多かったとしても、これを一切排除し行政を法律の機械的執行にとどめるのが法治主義だといえるかは、疑わしい。というのは、複雑でかつ変転きわまりない現代社会においては、科学技術の進歩や人々の価値感の変化が激しいため、立法は宿命的に時代遅れになる。再び高層マンションの建設とか原発の設置申請の場合を想定してみよう。こうした場合に、申請が法定の要件を充たしていれば、行政庁は無条件にこれを許可し国民(実は事業者)の自由活動を尊重するのが法治主義だなどといっ

ていたのでは、社会の安全と快適な共同生活を守ることはできない。日進月歩の科学技術の進展で新たな知見や情報が加わったり、人々のライフ・スタイルが変化すると、立法時には予想できなかった新しい規制の必要がつきつぎに判明してくるからである。こうした新しい規制要求のなかには、たとえば、マンションの建築等に際しての周辺の緑化や駐車場の付置要求のように、時代を先取りした、いわゆる生成中の現代型の人権(日照権・環境権・健康権など)の保護に資するものが少なくないのである。

そこで、行政庁とりわけ住民生活と密着する立場にある地方公共団体は、住民の人権を擁護し地域社会の健全な発展をはかるために、法律の不備を補うさまざまな工夫を凝らして行政指導を試みてきた。地方公共団体が実施してきた地域社会防衛型・生活擁護型の行政指導のなかには、新しい人権をとり入れて法律の欠陥や遅れを補正し法秩序の前進に寄与するものが少なくなかったのである。行政が法律の機械的執行に終始し法定外の行政指導を一切実施しなかつたら、一九六

○年以降の高度成長期にいつそう大きな社会的混乱が各地で起こっていたことは必定である⁽¹⁹⁾。

だが、今後もこの事態にかわりはない。現代行政の推進、たとえば「環境基本法」のもとで環境基本計画を軸に環境行政を総合的・計画的に推進することとなれば、断片的な法定の規制を機械的に執行するだけではほとんど所期の効果を望むことはできないから、行政庁には、法定の規制を補って法定外の指導・助成・協力要請といったさまざまな手法を多用して事にあたる⁽¹⁹⁾ことが求められることになってくる。現代行政が、複雑でかつ急激に進展する現代社会を適切に規律し管理していくには、どうしても多様なインフォーマルな措置の助けを借りて法定の規制措置を補足していくことが必要とならざるをえないのである。

四 もっとも、こうした見方に対しては、国民の自由や財産を侵害する規制措置は法律ないし条例を制定して実施するのが筋で、法律が不備だからといって安易に法定外の行政指導等に頼るのは、その社会的効果の善悪はともあれ、法治行政の原理に反するとの批判

がある⁽¹⁹⁾。たしかに立法が機敏に対応できる事柄は、立法措置を講じて事にあたるのが正道であるのは、いうまでもない。

しかし、法律や条例を作れといっても、新しい事態に対応する適切な措置を立法者がその頭のなかでだちに考案し制度化することは、むずかしい。いわんや未知で不確かな危険が予想されるだけの段階で、正式な規制立法が制定できるなどというのは非現実的な書生論である。先進国の立法を模倣するのなら別であるが、社会の新たな要求に適した有効な規制措置を打ち出すには、まず最前線の行政庁が関係各層と接触し相互に意見を出しあって対応策を探索し、これを行政指導や協定などインフォーマルな手段で試行的に実践してみたうえで、徐々に社会的合意形成をはかっていかなければならない。新しい対策は、現場の部局の創意によって試行錯誤的な取組みがなされ、相手方がこれを納得して受け入れたときに漸進的に形成されていくものであり、立法者の観念操作で一朝一石に創成されるものではないとみるべきであろう。

こう考えると、法定外の行政指導のなかには、たしかに法治行政を空洞化する邪悪なものがあるのは事実であるが、他方には法律の欠陥や遅れを補正する「先取的・前哨的」試みで、現代国家における法秩序の創造・発展のために不可欠なものもあることが認められなければならない。行政指導を一律に禁じ、行政を法律の機械的執行者にとどめてしまっただけでは、法秩序の硬化・動脈硬化を免れないのである。

したがって、いま、われわれにとって重要なことは、法定外の行政指導を一律に法治主義をむしろ病理現象として排斥することではなく、そのあるものは法治主義の成長・発展を支える健全な生理現象であること、を率直に承認して、その運用を公正なものとする手続的な「しくみ」を作ることである。これがまさに、行政手続法に期待されていた、もう一つの重要な課題であったのではないか、筆者にはそうおもわれるのである。

(13) もっとも、この唯一の規定(「要綱案」第29)につ

いても、請求があったときだけ書面を交付するのでは不十分で、行政指導はつねに書面によるべきだとの批判が強い。しかし、書面主義を原則化すると、「書面による正式な行政指導」のほかに、「書面によらない非公式な行政指導」がまたぞろ横行して行政指導をますます陰湿にするおそれがある。筆者は、書面主義を原則化するよりも、行政指導に異議がある場合には、関係者が書面交付を要求して地下に潜ろうとする行政指導を青天白日のもとに引き出すことができることとしたこの規定は、かえって行政指導の明確化・公正化に資するものと考えられる。

(14) たとえば、田中二郎「司法権の限界」弘文堂(一九七六年)二八八頁。

(15) 最高裁の判決にも「許認可によって衝突の危険があるなど社会的法益に支障が生じると予想されるときは、一定期間許認可等を留保して説得を続けても、違法ではない」としたり(最判昭和五七・四・二三民集三六巻四号七二七頁)、相手方が「行政指導には協力できない」との意思を真摯かつ明確に表明していない間は、処分を留保して行政指導を続行することも許されるところとしたものがある(最判昭和六〇・七・一六民集三九巻五号九八九頁)。

(16) 行政指導とりわけ国の実施する産業政策型の行政

指導の弊害については、新藤宗幸「行政指導」岩波新書（一九九二）参照。

(17) この点については、原田「地方自治体の指導行政」ジュリスト七一三号、三辺夏雄「地方公共団体における開発指導要綱」（成田退官記念『国際化時代の行政と法』良書普及会（一九九三）二二五頁以下参照。

(18) 同旨、磯部力「公物管理から環境管理へ」（成田退官記念『国際化時代の行政と法』良書普及会（一九九三）五三三頁参照。

(19) たとえば、塩野・前掲注（7）論文二三頁、山内一夫「行政指導の理論と実際」ぎょうせい（一九八四）五九頁など参照。

四 むすび——行政手続の展望

一 今回の立法は、もっぱら自由主義の理念に立ち市民的自由（自由と財産）の防御を主眼にした手続の構成を意図している。だが、他方、芽生えつつある国民大衆の現代型人権の主張には配慮が薄いため、この法律に従ってその執行が形式的に押し進められると、法律で規制されていないことは自由とされて、事業者など社会的強者の既得権がますます強化される反面、

国民大衆の新たな要求は一切抑えられることになりそうである。しかし、激動の現代社会において行政が法の機械的執行者にとどまり、こうした結果を招くのは適当ではない。古典的な警察行政や租税行政ならともかく、複雑な現代行政の多くの領域では、行政には市民的自由と現代型人権とを調整し法秩序をたえず漸進・発展させ若返えらせる責務が期されているからである。現代の行政手続法には、行政がこの機能を適切に果たすプロセスを用意すること、そのことがもっとも期待されていたといつてよからう。

二 もっとも、そのために行政手続はどうあるべきかは、難しい問題で、ここでただちにその具体的な処方箋を示すことはできない。だが、行政手続法の運用・解釈・改正を論ずる際には、少なくともつぎの二点に配慮することが必要であろう。

その第一は、原子力発電所に対する監督処分のような、複効性のある行政処分の手続においては、被規制者に弁明の機会をあたえるだけでなく、規制によって受益する者（地域住民、環境権の主張者など）にも参

加の機会を保障し現代型人權を存分に主張させ、両者の認識と意向を公平に考慮して行政庁が多面的な配慮のもとに適切な事実認定・裁量判断を行うことができような手続的枠組みを整えることである。被規制者だけの聴聞で要件事実を認定し処分可否を決定するのでは、不公平であるだけでなく、国民各層の合意形成にもほとんど役立ちそうもない。情報公開、アセスメント、行政過程への異議的参加申立てなど、開かれた参加システムを追加して、「要綱案」の定めを補強することが肝要である。

第二は、被規制者側の申請等が法定の規制基準を充たしていれば、無条件にサッサと許可するのではなく、未知の危険や需要にこたえ、先取りの措置が必要なきには、行政が、関係者双方の主張や意見等に配慮して調整をはかる相応・公正な調整ルールが用意されなければならぬ。しかも、その場合には、先取りの規制措置の必要を鋭く感知するのは、通常は規制によって受益する人々の側であるから、調整過程では、行政庁は、これらの人々の懸念・要望・意見等には十分配

慮し未来を展望して調整を試みるとともに、事業者サイドには社会的責務を自覚させて、対応策を見出ししていくことが、大切である。法定の要件を具備していれば、原子力発電所であれ高層建築であれ自由に営めるのが法治国だなどといったのでは、乱開発が助長されるだけで、安全・快適で豊かな未来社会の形成は覚束ない。ハードな法律制度はあくまで最小限の規制にすぎないのであって、社会の公正な発展は、各関係者とくに社会的影響の大きな活動をする人びとの社会的責任の自覚によって支えられることを広く認識することが重要である。

三 ところで、こうした社会的な調整作用は、これまでは主として地方公共団体の指導行政によって果たされてきた。そこで、行政手続法が制定されると、地方公共団体の在来の指導体制とりわけ要綱行政にどのような影響が及ぶかが問題であるが、「要綱案」第33は「同法は地方公共団体の行政指導には直接的には準用されない」と定めているから、地方公共団体の要綱行政には何等影響しないとの見方も、いちおうは成り立

つかもしれない。

しかし、「要綱案」を全体的にみると行政指導に抑制的であり、しかも「地方公共団体は、(行政指導を行うについても)この法律の規定の趣旨にのっとり、行政運営における公正の確保と透明性の向上」に努めることを求めているから、行政指導関連条項が地方公共団体の指導行政に抑制的に働くことは避けられないであろう。同法制定を契機に要綱行政が見直され、そのかなりの部分が条例化されるなどして要綱行政の戦線が縮小されることになれば、それはそれとして喜ばしい結果である。

しかし、各地方公共団体で条例化が活発になれば、要綱行政が全面的に不要となるとは考えられない。新たな具体的施策を条例化するには、先にも指摘したように、先取りの・先導的な試行が必要であり、行政最前線での行政指導による試みがいっそう重要性を増すと考えられるからである。したがって、今後、地方公共団体にとっては、それぞれの自主的な責任で、要綱行政に公正性・透明性をたせる工夫をすることが、重

要な課題となってくることであろう。たとえば、指導行政の手続上の扱いをマニュアル化して、⁽²⁰⁾①定期的な要綱の内容を公開して住民の意見を求め、適宜これを見直すなど要綱の定期的な総点検を実施すること。②標準的な指導基準や指導期間を設定・公表すること。

③関係者の範囲と関与手続を明確にすること。④指導内容や指導された者がとった対応措置を公表することなど、行政指導の密室化を排して透明化を促進し、世論の監視のもとに指導内容と指導過程の公正化を高めることが求められることになるといえそうである。地方公共団体が独自の手で要綱行政の手続的公正を目指した積極的な対応をはかることが期待されているとおもう。

(20) なお、阿部教授は、「地方公共団体ごとに行政手続条例を制定するのが緊要」と提言されている。阿部泰隆「行政と法システム(上)」有斐閣(一九九二)三九一頁。