

説明義務履行請求訴訟および 財務会計非違行為に関する公務員報告義務等の提案

比 山 節 男

はじめに

「二二世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ことを目的として、内閣のもとに一九九九年に設置された司法制度審議会は、司法制度改革についての二年余の検討結果として、「二二世紀の日本を支える司法制度」と題する最終意見書（平成一三年六月一二日、以下、最終意見書という）を内閣に提出、一般にもその内容が公表された。

その後、意見書を具体化する改革に政府全体で精力的に取り組むため、平成一三年一二月、内閣に、総理大臣を本部長とし、全閣僚を構成員とする司法制度改革推進本部が設置され、「新しい時代にふさわしい、国民に身近で信頼される司法制度を構築する」ための作業が続けられている。そうした作業の一環として、行政訴訟制度の見直しについても行政訴訟検討会（塩野宏座長、全部で一人が検討会メンバー。以下、検討会という）において検討が続けら

れていたが、第一六回検討会までに、「基本的な方向性について概ね一致がみられたと思われる事項」(以下、基本方向一致事項という)がまとまり、内閣府のホームページでも公表されている。⁽¹⁾

それによると、基本的な見直しの考え方として、行政訴訟制度を見直して、国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができる制度とすることを謳い、そのための具体的な見直しの考え方として、1 行政訴訟を利用しやすくすること、2 審理を充実・迅速化させること、3 本裁判決前における仮の救済制度の整備、の三点を挙げている。そして、1 行政訴訟の利用については、(1) 被告適格者の見直し、(2) 行政訴訟の管轄裁判所の拡大、(3) 出訴期間等の教示を、2 審理の充実・迅速化については、訴訟の早期の段階で処分又は裁決の理由を明らかにするための方策を講ずることを、そして、3 本裁判決前における仮の救済制度については、本裁判決前における仮の救済に関して、権利利益の救済の実効性を確保する観点から検討し、必要な制度の整備を図るとしている。新聞報道によれば、ここである「基本的な見直しの考え方として、…国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができる制度」というのは、裁判所が行政機関に具体的な公権力の行使を命じる「義務づけ訴訟」を念頭においているようである。⁽²⁾

基本方向一致事項として公表されていることが実現されれば、これまでの行政訴訟とは随分様相が変わることは間違いない、今回の見直しに際して寄せられている行政訴訟の実情に対するきわめて多くの不信や怨嗟の声⁽³⁾もかなりの程度解消できそうである。とくに、行政訴訟を利用しやすくするための見直しとして、被告適格者を行政庁から国又は公共団体に改めるなどは、訴訟事件の本質とは言えない手続き面での誤りを理由に訴えを門前払いにしないようにするということであり、理論的正確さより実務の不具合に対応しようとする姿勢で、筆者には大変好ましく感じられる。

本稿において筆者は、説明義務履行請求訴訟と公務員の財務会計非違行為報告義務等の採用を提案しようとする。今回の素案を具体化していくだけでも大きな困難が待ち受けているのであり、これ以上のことを期待するのは欲張りすぎとの反駁は当然にあらう⁴⁾。にもかかわらず、筆者の目からは、量的にはかなり満足できるが、質的というか、これからの司法のあり方と役割、最高裁判例を含む現在の行政訴訟制度がもたらした深刻な行政の実情に照らし、いささか足りないものを感じざるをえない。以下の二つの案を提案して改正論議に参加したいと考える次第である。

一 説明義務履行請求訴訟

(概要)

特定の者を名宛て人とする処分(特定の者に授益的な処分を行い、それにより処分の名宛て人以外の者に法律上もしくは事実上一定程度の影響を与える可能性のある場合を含む)⁵⁾および不特定多数の者に、法律上もしくは事実上一定程度の影響を与える可能性のある行政立法、行政計画、行政契約、公共事業など(以下、「行政の意思決定」という。)について、行政庁に裁量権があることを肯定しつつ、その意思決定が合理的な意思形成過程を経てなされた正当な根拠を有するものであることを、行政上の記録文書に基づき説明することを、何人も、関係行政機関に対し、訴訟上請求できる権利を付与するものである。

説明義務履行請求訴訟において、行政機関は、その意思決定が合理的な意思形成過程を経てなされた正当な根拠を有するものであることを行政上の記録文書に基づき説明することができないときは敗訴し、それ以降の後続活動は瑕

疵を帯びて違法評価される。裁判所は個別事案の事情により、瑕疵の治癒が将来的に認められるものと、治癒が認められず最初から手続きをやり直さなければならない場合とを区別することが認められよう。

(要点)

1 裁量的な意思決定が合理的な意思形成過程を経てなされたことの具体的な説明内容は、個別事例に関する判例の蓄積により明らかにされていくことになるが、アメリカ法における判例と学説の展開を参考にとすると、合理的意思決定であることの「筋道の通った説明 (reasoned explanation)」が考えられよう。^⑥

「筋道の通った説明」としては、たとえば、行政の意思決定に至る経緯、前提として認識されている事実とそれを裏付けるデータ、当該行政の意思決定の目標とその優先順位、重要な政策選択肢について実施された費用便益分析や代替案の検討結果、行政が行った推論、行政の意思決定に影響を与えた情報源とその内容、および、これらの情報が開示されたうえでパブリック・コメントが適切に実施され、それらに対して適切な評価を行っていることなどの情報が開示して、行政の最終判断について説得的でわかりやすい説明を行っていることが要求される。^⑦

要するに、この説明は、行政の意思決定の責任当事者として、保有している情報を踏まえた最善の誠実な趣旨説明である。したがって、開示請求を受けて受身の立場で開示義務を履行する情報公開の場合とは比較にならない、積極的に十分な説明であることが求められる。^⑧

2 わが国で実践されている（もしくは実践されているべき）類似のものとしては、内閣などの法案提案者が法案を国会に提出するとき、各議院に対して行っている法案の「趣旨説明」の内容と構成が筆者の提案に本来的には近いだろう。すなわち、「立法の目的」「立法の必要性とそれを裏付ける客観的事実の存在」「採用されている手段が立法の

目的と必要性を充足する合理的かつ正当なものであること」などを説明しようとしているはずだからである。

なお、申請拒否処分や不利益処分にさいして示すべきとされている「理由の提示」（行政手続法八条、一四条）は、「説明責任に基づくもの」との説明がなされることがある。しかし、これらの場合は、特定の当事者との関係での意思疎通における説明は十分かが問題となっているのであるから、筆者が提案する上記説明義務とは、想定する場面が相当異なり、その分、同じ「説明」という行為であっても内容的にはかなりな相違がある。すなわち、申請拒否処分の場合、たとえば、旅券法に基づく一般旅券の発給拒否通知書に付記すべき理由につき、「いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して拒否されたかを、その記載自体から了知し得るものでなければならず、単に発給拒否の根拠規定を示すだけでは十分ではない。」との判例がある。また、「聴聞手続、弁明手続を経た処分にあっては、当事者の主張に十分答えた理由でなければならない。」⁽⁹⁾と考えられるからである。

3 筆者が提案する説明義務履行請求訴訟は、行政機関は、国民の生活に法律上もしくは事実上一定の影響を及ぼす行政活動を行うとき、その趣旨や必要性について国民に説明する義務を負うという理解を前提にしている。この考え方は、国民は国政の主権者として、当然に、たとえ抽象的なものであるとしても、「知る権利」を保有しているところ、行政機関が具体的な意思決定を行ったときは、その趣旨や必要性について、憲法上認められる「知る権利」の権利性が一段具体的になった「説明を受ける権利」をもつ、逆に、行政機関は「説明する義務」を負うと考えるわけである。この点、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下、情報公開法という）が制定された平成十一年前後の時点ですでに、国民が行政機関に対して説明を求める権利の権利性を明確にすべきであったとの意見が述べられていたが、説明義務履行請求訴訟はこの説明を求める権利を実現するための訴訟である。⁽¹¹⁾

(提案の理由と狙い)

説明義務履行請求訴訟を提案する理由と狙いは、以下に述べるイからチの八つの点である。

イ 行政の意思決定が合理的なものとなることを促進する

i 説明責任履行請求訴訟を提案する最大の狙いは、行政の意思決定が公正で合理的なものとなることを促進することである。わが国は戦後五〇年以上を経過し、驚異的な復興と発展を成し遂げたが、他面、筆者が感じる大きな不満は、行政の意思決定プロセスが例外的な場合を除きほとんど不透明であることである。加えて、結果としてなされる意思決定のなかに公正さや合理性を欠いていると見受けられるものがあるのに、その不公正さや不合理が司法を初めとする統治プロセスにおいて是正されることなく、まかり通っているとの印象が強い。

たとえば、処分を受けた国民がその処分を不合理と感じ訴訟を提起して争おうとしても、裁判所は裁量権を理由に請求を棄却する。また、規制が実施されることにより利益を受ける第三者が、なんらかの事件を契機に規制の実施を求めても、あるいは規制が実施されるべきであったと主張しても、いつ、どのような内容と形式で規制を実施するかは行政裁量であるとして請求を棄却することが多い。薬剤利用者の生命よりも製薬会社の利益を重んじて非加熱製剤の輸入・販売を継続させた薬害エイズ事件は記憶に残る典型であるが、そうした裁量権濫用を容認看過してきた判例は枚挙に暇がない⁽¹²⁾。

かくして、裁判所、とくに最高裁が行政裁量を重んじるので、行政は最高裁まで争えば行政の意思決定を擁護してもらえろと考え違いをし、そして、そのことが悪い意味で行政の意思決定過程にフィードバックされ、非合理的な意思決定プロセスをいつまでも温存させることになっている。逆に言うと、課題や争点を正確に認識したうえで代替案

の検討や費用便益分析などを行い、合理的意思決定を行うという土壌が育まれなかったと筆者は見ている。⁽¹³⁾

ii 振り返ってみると、行政の意思決定過程が公正で合理的なものとなることを促進する方向で、司法が裁量判断に介入する機会がなかったわけではない。土地収用法の事業計画と事業認定の適法性が争われた著名な日光太郎杉事件において、東京高裁は昭和四八（一九七三）年の時点で、裁量判断の余地を認めつつ、その判断過程を統制する手法を用いていたのである。⁽¹⁴⁾

あるいは、東京高裁の日光太郎杉事件判決に先立つ二〇年前の昭和三八年、個人タクシー免許申請事件において東京地裁は、以下のように、手続き面から裁量を統制する手法を先駆的に判示していた。「多数の申請人のうちから特定の候補者を選定するについては、事実の認定につき恣意、独断を疑われることのないよう配慮すべきであり、そのような手続によらない個人タクシーの免許申請の拒否処分は違法である。」と。⁽¹⁵⁾

iii 下級審段階のこうした努力を、その後最高裁がもう少し活かしていれば、わが国における行政の意思決定は、一九八〇年代にはいくばくか合理的意思決定へと近づくことができていたのではないかと悔やまれる。エホバの証人剣道拒否事件で最高裁は平成八（一九九六）年、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否に対する対応について、代替措置が可能でなかったかどうかや考慮すべき事項について適切な評価を行ったかなど、裁量判断のあり方に言及したうえで、退学処分が裁量権の範囲を超える違法なものとしたが、こうした類の判決は最高裁としてはあまりに希少な例にすぎない。

そして、比例原則や平等原則の違反といった憲法上の要請や権利侵害を理由に国民が司法救済を求めたときですら、考慮すべき事項に適切な考慮をならんことなく、最高裁はほとんど裁量権の範囲内だとして三行半で済ませてきた。⁽¹⁷⁾かくして、行政の意思決定が、将来的に、より合理的な意思決定となるべく最高裁はなんの貢献もできず、ただ

ただ、行政の非合理性を増幅させてきたと言つて過言ない状況が続いたのである。

iv 行政の意思決定は合理的なものでなくても裁量権という名のバリアーで擁護してもらえから安心という誤りをなくすためには、まず、裁量処分取消しに関する行訴法三〇条を削除ないし改正しなければならない。同条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と定めているが、素朴に反対解釈すると、確かに「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用がなければ、裁判所は、その処分を取り消すことができない。」と読めてしまうからである。これでは、行政の意思決定が合理的な意思形成過程を経てなされることに對するなんのインセンティブも働かないのは自然の成り行きということになる。したがつて、削除を含むこの条文の改正が緊要である。⁽¹⁹⁾

ところで、代替案の検討や費用便益分析を行うことを義務づける法律がない時点でこれらを実施すべきであると要求することは無理な要求であろうか。しかし、初めから無理な要求だと結論づけるのは、行政活動を初めから特殊高権的なものと思ひ込んでから許される考え方ではないだろうか。逆に、行政という公益事務の遂行を国民から委任されて行つていると見れば、合理的意思決定を実践すべく努力するのは当然だということになろう。民法第六四四条は受任者の注意義務について、「受任者は委任の本旨に従ひ善良なる管理者の注意を以て委任事務を処理する義務を負ふ」と定めている。ただし、委任関係における常識であろうし、それは当事者の法律関係が公私いずれかで変わるものではなく、およそ法の一般原理であろう。まして国政は、国民からの「厳肅な信託」により成立しているのであるから（憲法前文）、当事者がともに私人であるときに要求される善管注意義務以上の細心・最善の注意義務を尽くすことが求められるといつていいはずである。

口 行政上の記録文書に基づき説明しなければならないことにより文書整備を担保できる

情報公開請求しようにも、文書が適切に作成もしくは保管整備されていないおそれがあることが平成十一年五月に成立した情報公開法の問題点としてあった。こうしたとき、行政上の記録文書に基づき説明しなければならないとすることで、常日頃から行政の意思決定に関連する文書を整備しておく慣行が確立されることを期待できる。

ところで、情報公開法は「第四章 補則」においてであるが、行政文書の管理を含む行政機関の保有する情報の提供に関する施策の充実に謳っている（三七条～四〇条）。行政文書の管理とは、行政文書の分類、作成、保存及び廃棄などを指すが、これら行政文書の管理に関する必要な事項については政令で定めるものとされていたところ、平成十二年二月、行政機関の保有する情報の公開に関する法律施行令（平成十二年二月十六日政令第四一号）が公布されている。行政文書の管理に関連して同施行令は以下のとおり定めている（傍線筆者）。

第十六条（行政文書の管理に関する定め）

法第三十七条第二項の行政文書の管理に関する定めは、次に掲げる要件を満たすものでなければならない。

一 当該行政機関の事務及び事業の性質、内容等に応じた系統的な行政文書の分類の基準を定めるものであること。（以下、略）

二 当該行政機関の意思決定に当たっては文書（図画及び電磁的記録を含む。以下この号において同じ。）を作成して行うこと並びに当該行政機関の事務及び事業の実績について文書を作成することを原則とし、次に掲げる場合についてはこの限りでないこととするものであること。ただし、イの場合においては、事後に文書を作成することとするものであること。

イ 当該行政機関の意思決定と同時に文書を作成することが困難である場合

ロ 処理に係る事案が軽微なものである場合

三 行政文書を専用の場所において適切に保存することとするものであること。

四 当該行政機関の事務及び事業の性質、内容等に応じた行政文書の保存期間の基準を定めるものであること。

(以下、略)

かくして、上記政令が制定された今日では、行政の意思決定が存在するときは、原則、文書が作成・保存されているはずである。したがって、筆者が提案する説明義務履行請求訴訟の実質は、多くの場合、上記政令一六条一項二号に基づき作成・保存されている文書の開示を求める請求を行えば実現されることを期待できるかもしれない。

したがって、残る問題は、政令一六条一項二号に基づき作成・保存されているはずの文書が作成・保存されていないとき、および、一応、作成・保存されており開示されたが、そこに「筋道の通った説明」を見いだすことができず、そのため説明責任が全うされたとはいえない場合の扱いである。かかる場合は、「行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もって政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにする」(法一条)という法の目的が達成されていないことになり、情報公開法上も十分な開示がなされていないということになる。文書が不適切にしか作成されていない場合の取扱いについて、同法立法時においては問題点を意識した明確な議論はなされていないようであるが、かかる場合における説明義務履行請求訴訟の実質は、行政機関の意思決定に当たつての文書を適切に作成し、それを開示せよという、作為と給付の義務づけを求める訴訟ということになる。かくして、説明義務履行請求訴訟が提起されることにより、行政の意思決定に関する文書の作成を中心とする整備がいつそう促進することを担保できると考えられる(後述へii参照)。

ハ 文書整備が進んで「文書による行政」が確立すると、さらに続けて、行政の意思形成過程の透明さと公正さがいつそう促進される

行政上の記録文書に基づき説明しなければならないことにより文書整備を担保できることは、上記口で述べたとおりであるが、このことはさらに、行政の意思形成過程における透明さを増し、また、後日の批判に耐えることができるよう、公正さをいつそう確保しようとすることを期待できる。井出嘉憲によると、合理的な事務処理のための文書の重要性は、洋の東西を問わず、はるかな昔からよく知られていた。とりわけ、近代国家においては、広範な事務の円滑な処理のためにも、また、市民との関係において行政の公正性と効率性を確保するためにも、文書の取扱い方法を明確に定め、拠るべき制度的仕組みをつくり上げる必要があった。そうした文書にかかる自覚的・合目的な営みを「文書管理」と呼ぶとしたら、わが国においてもそのための努力が不可欠とされてきたのであり、「文書による行政」確立のための努力が、さまざまな形で展開されてきた、⁽¹⁹⁾という。

米国では、大統領府のOMB（行政管理予算局）は大統領命令に基づき、行政機関が起案し実施しようとする規則案を審査する権限を行使していたが、意に沿わない修正変更を余儀なくされていた行政機関の側には、かねてより、審査が出所不明な情報に基づき行われているとの密室性に対する不満が強かった。そこで、一九九三年にスタートしたクリントン政権は、新しい大統領命令を発し、OMB審査過程の透明性を高める措置を講じ、それによりOMBと行政機関との間の不信や軋轢は明らかに著しく減少したと、識者や連邦行政機関で働く公務員に評価されている。⁽²⁰⁾

二 説明義務がきちんと履行されれば、かなりの人が、それ以上の法的決着を求めて従来からの抗告訴訟に訴え出ることを選択しない可能性がある

説明義務履行の結果、行政の意思決定は合理的な意思形成過程を経てなされた正当な根拠を有するものであるとの印象を抱くことができさえすれば、国民は自分たちの生活に影響を与える意思決定が十分に知らされないまま進行するとの不満を解消でき、その結果それ以上に、従来からの抗告訴訟に訴え出ることはしない可能性があるのではなからうか。これは推測に過ぎないが、現在、行政の意思決定が論理的、科学的、もしくは、経済的な分析を経ることなく、ずさんなままに最終決定に至っているのではないかとの不信感から訴訟提起を余儀なくされている印象があることとの裏返しである。

本 説明義務が履行されることにより、行政機関の活動について説明義務の履行を踏まえて対話が生まれ、国民の間で、あるいは国民と行政機関との間で情報の共有を踏まえた議論がなされ、妥協と合意を形成できる可能性が増す。特定の個人に影響を及ぼす行政の意思決定については、厳格な司法審査により決着を付けることが保障されなければならない。しかし、不特定多数に影響を及ぼす行政活動については、情報の共有に基づく討議の場や機会が創設されることが第一次的には不可欠である。そしてこのことにより、相互の信頼関係が増し、実現可能性を踏まえた柔軟な対応を期待でき、結果的に妥協と合意が形成される可能性があることは、米国における規則制定協議法の経験が示している。⁽²¹⁾ 情報の共有に基づく討議および妥協と合意形成による意思決定は、二一世紀の社会においても重要な意思決定手法になると筆者は考えている。

へ 説明義務履行請求訴訟では、訴訟の入り口で、訴訟要件を充足しているかどうかといった実りのない議論にエネルギーを割く無駄をほとんど回避できる

i 訴訟要件、とくに、原告適格、処分性、訴えの利益については、最終意見書の中でも、「司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である。」との認識に基づき、行政訴訟制度の見直しに関する審議会における議論の中で具体的な課題として挙げられていた。基本方向一致事項では、行政訴訟を利用しやすくするという視点から、被告適格者を見直すこととされているのみで、それ以外の原告適格などの訴訟要件について、どういった展開になるのか、まだ予断はできないようである。しかし、司法による行政のチェック機能強化に向け、なんらかの前進的な改正が行われるとしても、新たに拡張された定義概念の境界線近くにおける具体的適用をめぐっては、さらにまた、一定の不明確さが残ることは否定できない。⁽²²⁾

訴訟要件を緩和する方向での提案として、たとえば、若手の会案は、行政の適法性確保のための訴訟として、納税者訴訟、団体訴訟のほかに、計画統制訴訟を提案し、その解説では、「国民の権利利益の救済を図るとともに、違法な行政活動を是正するための手段として、行政訴訟制度を改革する必要がある。権利侵害を直接に受けたというには熱度が低くとも、一定の要件を満たす場合には、端的に計画そのものや、環境に関する諸手続きについての司法審査を求めうる訴訟を端的に認める必要がある。」と述べている。私見と問題意識をかなりの程度共通にするものであるが、そこである司法審査として、若手の会案は、具体的には、計画取消訴訟などを想定しているようである。

この点、説明義務履行請求訴訟の提案は、従来からの本案訴訟における審理方法としてではなく、いわば本権訴訟の前に、判断の前提として重要な事実を明らかにすることを求める類の訴訟を、新たな訴訟類型として独立して設けることを提案するものである。したがって、私見によれば、権利濫用的な説明請求を除き、訴訟要件を充足してい

るかどうかの議論で訴訟が長引くことはなくなり、審理の迅速化にも一定程度寄与できよう。なお、審理の迅速化や行政訴訟における両当事者間の公平を図る見地から、証拠開示を要求するといった姿勢は、基本方向一致事項などにも見られる。⁽²³⁾しかし、本権訴訟のなかで証拠開示などの制度をおくとすれば、訴訟要件をクリアしているかどうかの論議に決着をつけたうえでないと、証拠開示が問題になる段階に進むことはできないとされるおそれがある。私見がそれらと異なっているのは、本権訴訟と異なり、何人も説明義務の履行を請求できることである。

ii では、訴訟類型として、説明義務履行請求訴訟を創設するためには、たとえば、情報公開法などの実定法のなかに、国民が行政機関に対して「説明を求める権利」をもつことが明記されていなければならないだろうか。現在のところ、情報公開法は、国民主権の理念から導かれる政府の説明責任を明確に規定しているが、「知る権利」、さらに「説明を求める権利」については明記していない。

この点、筆者が提案する説明義務履行請求訴訟の実質は、すでに口で検討したように、多くの場合、情報公開法に基づく政令にしたがい作成・保存されている行政文書の開示を求める請求権を行使することで実現できる可能性がある。したがって、この場合は、説明義務履行請求は行政文書の開示請求として行使し、そう処理すれば済むことであるから、「何人も」(同法三条)法的権利としてこれを行行使き、情報公開訴訟においても原告適格を争われる心配はない。

そこで、実定法上の「説明を求める権利」の有無が問題となるのは、情報公開法に基づく政令一六条一項二号により作成・保存されているはずの行政文書が作成・保存されていないとき、および、一応、作成・保存されており開示されたが、そこに「筋道の通った説明」を見いだすことができず、そのため説明責任が全うされたとは到底言えない場合である。そして、情報公開法一条という「説明責任を全うする」という表現に相応しい状況というのは、「国民

的的確な理解と批判」を得るため、それに必要な情報はすべて、開示請求を受けるまでもなく、政府が積極的能動的に情報提供しているときに言えることであり、受け身で渋々、特定の断片情報を個別に開示している状況では、到底そうは言えないことは口で述べたとおりである。⁽²⁴⁾ そうすると、国民の生活に法律上もしくは事実上一定の影響を及ぼす行政活動については、その趣旨や必要性について「知る権利」の権利性が一段具体的になった「説明を受ける権利」をもつ、逆に行政機関は「説明する義務」を負うと考えるわけであるから、そうした行政活動が進行する過程で、行政の意思決定がなされているにもかかわらず、説明責任が全うされていないという不作為の状況は、「知る権利」の権利性が一段具体的になった「説明を受ける権利」を侵害し、結局、説明義務履行請求訴訟を開始するに足りる訴訟事件としての事件性と成熟性を充足しているということになる。かくして、説明義務履行請求訴訟を創設するための実定法上の根拠がないという批判は当たらないことになる。

ト 裁判官の負担を和らげるだけでなく、その能力により適格的である

本案審理に入り行政の意思決定の適法性や当否について裁判官が判断を下さなければならない場合に比べると、行政の最終的な意思決定が合理的な意思形成過程を経てなされた正当な根拠を有するものであるかを行政上の記録文書に基づき審査するという作業は、かなりの程度、手続審査的な度合いが強くなり、また、担当裁判官の素直な心境からしても、計画の取消しを命じる判決を下すことにはさすがに大きな勇気があるが、説明義務の履行を命じる程度であれば、さほどの抵抗感や緊張感に襲われずにすむのではなからうか。かくして、説明義務が履行されたかどうかの審査は、政策決定の専門家ではない法律専門家としての裁判官の能力に、より適格的と言えよう。

二 公務員の財務会計非違行為報告義務等

(概要)

公職の地位にある者が、職務上、他人の非違行為を認知したときは、上司に報告してその指示を待つべきなどは、本来当然になすべき類のことと解される。公務員の財務会計非違行為報告義務等は、公務員に対し、公務員を含む他人が、公金・公の財産・その他財務会計に関して非違行為を行っていることを認知したときの報告等の義務を定めるものである。すなわち、公職の地位にある者は、他人が、公金その他公の財産に関して非違行為を行っていることを認知したときは、その任命権者に対して報告する義務を負うものとする。報告義務の懈怠は公務員法上の懲戒事由とする。以上は、国家公務員法第九八条「法令及び上司の命令に従う義務並びに争議行為等の禁止」を改正して行う。

つぎに、報告を受けた任命権者は、速やかに報告があつたことを会計検査院に通知しなければならないとするとともに、その後、しかるべき期間経過までに、非違行為に関して採った措置を会計検査院に報告しなければならないこととする。任命権者がこの通知と報告を怠った場合、罰則の対象とする。通知と報告を受けた会計検査院は、必要な調査を行った後、個別非違行為の具体的事情(報告義務を履行した公務員の氏名などは不詳でよい)、任命権者が採った措置、それらについての会計検査院としての所見、および任命権者に対して行った意見の表示を官報で公表しなければならないこととする。以上は、会計検査院法第二章第五節および第六節(第三二条～三七条)を改正して行う。

なお、刑事訴訟法は、「官吏又は公吏がその職務を行うことにより犯罪があると思料するときは告発しなければならない」(二三九条二項)と規定し、告発を義務付けているが、本報告等は、職務遂行上の処理手続きを定めるもの

であり、刑事上の処罰を求めるものでない。また、明白な犯罪行為とは断定できない程度の非違行為をも対象とする点が告発義務の場合とは異なる。

（狙い）

本提案は大阪弁護士会が提案した、会計検査院に対して行なう公金の検査請求と裁判所に対する国民訴訟と密接に関連する。公金検査請求と国民訴訟は、地方自治法における住民監査請求および住民訴訟と類似の制度を国レベルで創設しようというものであり、筆者も大いにその必要性を認め、賛同するのであるが、基本方向一致事項には盛り込まれていない。また、行政訴訟検討会における報告や報告をめぐる意見は、大阪弁護士会の提案に対して否定的というのではないが、検討会における主流は、会計検査院の機能状況などを踏まえ、今回の行政訴訟法改正論議とは切り離して別の機会に慎重に検討する必要があるというものである。

しかし、公職にある者による公金公財産に関する溢れんばかりの非違行為を抑止することは、「改革なくして成長なし」として国民に忍耐を求めている小泉内閣にとり、行政の機構と運営に対する信頼を回復するための必須条件であろう。最近の例を二、三あげるなら、外務省在外公館における公使による不正領得の例、外務省高官がタクシー券を流用し訓告処分を受けた例、首都圏や関西の国公立病院への寝具納入をめぐる談合に対して公正取引委員会は排除勧告を行ったが、この談合に国公立病院自体が不当な契約を結ぶなどの形で関与している疑惑、道路公団が交通管理業務の委託先を決める入札に関連しファミリー企業に対して正当な入札を妨害する働きかけをしている疑惑などがある。また、狂牛病問題に関連して民間業者や団体が輸入肉を国産と偽って補助金を不正受給し（詐欺罪）、監督義務のある行政側も漫然とこれを放置している例、さらに、東京都前福祉局長が補助金不正受給に加担した例などがあり、これら公金公財産その他財務会計に関する非違行為に適切な対応措置をとることは、まさしく喫緊の課題である。

これまでの法制度がきちんと機能してきており、今回の改正は状況の変化に対応するための微修正にとどまるというなら、改正の方向も穏和なものですませることができようが、もともと行政訴訟に関する法制度は、公務員による財務会計上の非違行為を国民が司法の場で争うことができる受け皿をまったく用意していなかったのだから、公金検査請求と国民訴訟という、これまでなかった制度の創設提案をラディカルすぎるからダメだと批判し、拒絶することはできない。また、会計検査院制度が適切に機能してきたとは到底言えないというのが状況証拠からする大方の見方であろうから、まずは会計検査院の機能状況やその見解などを踏まえ別の機会に慎重に検討するなどというのは、国民一般の法的正義感や焦燥感からあまりにかけ離れすぎている。公金検査請求と国民訴訟に関する大阪弁護士会の提案骨子は採用に向け、積極的に検討されるべきである。

ただし、公金検査請求と国民訴訟という、財務会計上の非違行為が発生した後の事後的な正手段だけでなく、財務会計非違行為の発生を抑止するシステムを、行政機関内部に作っておくべきだというのが筆者の意見である。すなわち、財務会計上の非違行為認知から会計検査院による対応措置までがスムーズに機能するシステムを用意していなかったことに大きな第一次的懈怠があったと考え、公務員が職務遂行上負う公僕としての義務を会計検査院制度とうまくリンクさせ、抜け穴を埋める措置を施すことが必要である。これはまた、公務員による公金公財産その他財務会計上の非違行為を外部の者が知ることは通常きわめて困難であるとの特殊事情を踏まえ、非違行為抑止に向け、より実効的な制度を作ることを狙ったものである。⁽²⁵⁾

たしかに、この法制度化は行政訴訟法制改正論議の域を越えていようが、公職にある者による公金公財産に関する非違行為の抑止という喫緊事項の解決はこれを司法の場に委ねることができればそれで済むというものではない。報告義務等に関する本制度は、公金検査請求や国民訴訟と比較すると一見地味ではあるが、不祥事発生を効果的に抑止

できるという点で、行政機関外部の会計検査院や司法の場を活用する以上に、より実効性ある抑止策となることを期待できよう。公金検査請求と国民訴訟に合わせ、制度化を提案するゆえんである。⁽²⁶⁾

二 提案理由の背景

説明義務履行請求訴訟および公務員の財務会計非違行為報告義務等を提案する直接の理由は以上に述べた通りであるが、ここでは、なにゆえ筆者が検討会による基本方向一致事項の見解に追加して、こうした提案をする必要があると考えるに至ったのか、背景事情について説明する。背景事情として、基本方向一致事項の問題意識や理解と筆者のそれとの間には大きく二つの点で違いがある。一つは、行政訴訟制度を見直すにあたり、現代行政の活動をめぐる問題のどこまで視野を広げるかの違いである。二つは、「法の支配」のあり方に関する理解の違いである。

(1) 行政訴訟制度を見直すときの視野

行政訴訟制度を見直すにあたり、現代行政の活動をめぐる問題のどこまで視野を広げるべきか。この点、基本方向一致事項における基本的な見直しの考え方は、「行政訴訟制度を見直して、国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができるとする」というものである。この考え方は、行政訴訟制度の見直しを権利利益の侵害からの救済という目的に限定しているところに特徴がある。こうした限定は必然的なものであろうか。

ちなみに、この基本的な見直しの考え方は司法制度審議会の最終意見書を踏まえたということであろうが、私見では、基本方向一致事項は、最終意見書の問題意識を行政事件訴訟法の見直しのみに狭く限定している。最終意見書は、「司法の行政に対するチェック機能の強化」(Ⅱ第1の(9))について、「行政訴訟制度の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。」²⁷⁾(傍線筆者)と述べていたのである。したがって、行政に対する司法審査の在り方全般を意味する行政訴訟制度が視野にあつたわけであり、行政事件訴訟法の見直しが中心になることはその通りだとしても、それに限られなければならない必然性はなかったはずである。

私見では、「行政に対する司法審査の在り方」全般を意味する行政訴訟制度を考察しようとするとき、現代行政をめぐる看過できない問題点として、行政事件訴訟法とその判例法を中心とする法制度が大いなる責任の一端を担うべき以下の四つの問題点があると考ええる。

イ 合理的意思決定(過程)の欠如 行政裁量を不当に拡大解釈し、やみくもに尊重するので、行政の意思決定にさいし、論点を正確に認識したうえで代替案を検討したり費用便益分析なども行つて、考えられる政策の選択肢に優先順位をつけて合理的意思決定を実現するという土壌が育まれなかった。この点は、説明義務履行請求訴訟に関連して、その(提案の理由と狙い)のイですでに詳しく論じた。

ロ 政策決定過程と執行過程の不透明 一言でいうと、政・官・業のトライアングル密室エリート支配に対する不信が蔓延したということである。²⁸⁾政治・官僚・産業界が癒着して、規制(授益を含む、以下同じ)に関わる情報を行

政官僚がほとんど独占し、オープンな議論がなされないまま規制制度が設定されスタートしている。そして規制制度の真の狙いだけでなく、規制内容や規制に基づく処分（授益的処分の場合は許可や補助金交付などの授益基準やその具体的適用方針、逆の場合の廃止・停止基準やその具体的適用方針など）についても、論点に即した適確な議論を経ていないため、内容や執行基準が不明確なままである。制度がスタートした後も、規制実施済情報は対象者のプライバシー保護などを理由に明らかにされることはなく、執行過程の全体は不明確なままである。結局、政策決定から執行過程に至る法システムの全貌は不透明なままである。⁽²⁹⁾

ハ 親方日の丸採算無視の行政活動 法システムの真の狙いやそれが機能する全プロセスが明らかでない結果、法制度の設定と運営による成果を費用と比較して正しく評価することができず、結局、政策目的実現方法として費用対成果の悪い法制度が多く存続し財政赤字の大きな要因となった。⁽³⁰⁾

二 行政救済法制度の機能不全 公共的利益に関して国民が司法に行政救済を求めても、司法は法廷がパブリック・フォーラムの場になったり、行政と対立関係になることを嫌い、あるいは、国民の個人的利益にかかわる場合であっても行政権に対する介入・干渉を嫌って救済を拒み続けてきた。その結果、国民の間には、社会に現に存在する法解釈に関する問題であつても司法は救済の扉を閉ざしているとか、せいぜい大きな被害・損害が発生した後に賠償金を支払ってくれるだけだといった不信感・苛立ち・閉塞感が見られ、結局、法的正義は実現されておらず法の支配にはほど遠い現状との認識が広まっている。

本稿で筆者が行った提案は二つとも、以上四つの問題点に対応することを強く意識したものであるが、説明義務履

行請求訴訟の提案はとくにイとロを、また、公務員の財務会計非違行為報告義務等は、公金検査請求と国民訴訟を補完して、ハを抑止する狙いをもっている。他方、基本方向一致事項は、上記ニの行政救済制度の機能不全のみを視野におくものであり、この点、不足を感じざるをえない。ただし、ニに対する方策については、検討会における議論や基本方向一致事項の内容が適切な対処を採りつつあるので、当面、これを応援することとしたい。⁽³¹⁾

(2) 「法の支配」のあり方

説明義務履行請求訴訟を提案するとき、筆者は、国民一人ひとりが社会の構築に参加するという最終意見書と同じ立場に立脚し、⁽³²⁾これと最も整合する形の「司法による行政のチェック」を模索している。すなわち、ある行政の意思決定が従来どおり密室でなされ、国民に対して十分な説明義務を果たしていないという不満があるときの「司法による行政のチェック」の具体的ありようである。私見は、関係機関にその説明義務を履行するよう命じ、説明義務が履行されることにより、もう一度、国民と関係機関との間で十分な説明や質疑応答などがなされることを保障することも司法の役割(Ⅱ「司法による行政のチェック」)としてあつてよく、これも、国民一人ひとりが社会の構築に参加するときに「法の支配」が実現される一つのありようと理解するものである。

これに対して、基本方向一致事項における基本的な見直しの考え方は、「行政訴訟制度を見直して、国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができる制度とする。」というもので、権利利益の実効的救済を図っているところに特徴がある。そのため、基本方向一致事項における見直しの具体的内容は、司法制度審議会の最終意見書が「司法の行政に対するチェック機能の強化」(Ⅱ第一の(9))を謳うなかで取り上げていた二点のうち、(1)行政訴訟制度の見直しの必要性、への対応に終始しており、もう一つの(2)司法および行政の役

割を見据えた総合的多角的な検討、への配慮がいささか弱いとの印象を受ける。⁽³³⁾

むしろ、特定個人の生命や健康に重大な損害を及ぼすような行政の意思決定に対しては、裁判所は迅速に救済の回答を出すべきであることは言うまでもない。しかし、ますます複雑・多様化し、高度化しているわが国社会において、そうしたケースは明らかに少なくなっているのではないか。したがって、他の統治機関から独立した場で、事件について司法が最終判断を示すことができさえすれば、それにより「法の支配」を実現できたことになるケースは、相対的に見ればかなり減少しているのではなからうか。

たしかに、「法の下ではいかなる者も平等・対等である」という法の支配の理念は、すべての国民を平等・対等の地位に置き、公平な第三者が適正な手続を経て公正かつ透明な法的ルール・原理に基づいて判断を示すという司法の在り方において最も顕著に現れている」（最終意見書Ⅰ第二の１）との理解は普遍的真理であろう。問題は、行政訴訟において、この普遍的真理を権利利益の実効的救済を図る方向でのみ検討することが適切で十分かどうかである。

思うに、「行政改革の要諦は…簡素にして効率的かつ透明な政府を実現することにある」と謳った行政改革会議最終報告（平成九年十二月三日）は、その実現のための三原則の一つとして、「行政情報の公開と国民への説明責任の徹底、政策評価機能の向上を図り、透明な行政を実現すること」を挙げていた。最終意見書もこの基本的立場を継承するとともに（Ⅰ第１）、司法および行政の役割を見据えた総合的多角的な検討は、「事柄の性質上、司法制度改革の視点と行政改革の動向との整合性を確保しつつ行うことが不可欠」（Ⅱ第１の９（２））であることを確認している。こうしたことに加え、ＩＴ化による情報共有の基礎条件整備や市民の参加と判断能力の格段の向上を前提にすると、関係する行政機関と市民との間で、情報の共有を踏まえた十分な意見交換や質疑応答がなされる機会を保障することは、すこぶる現代的な「法の支配」の実現と思われるのである。

四 むすび

言うまでもなく今回の行政訴訟制度の検討は、いわば恒常的な定期点検として行われているのではなく、司法制度改革の一環として作業が進められている。そして、この司法制度改革は、二〇世紀末から取り組まれている政治、経済、そして行政の分野における構造変革事業の重要な一翼を担っている。明治維新期の大混乱、第二次大戦による廃墟からの復興にも比類する厳しい状況のなかでの大変革だとの認識が語られるゆえんである。すなわち、最終意見書も述べているように、「我が国は、直面する困難な状況の中にあつて、政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等の諸々の改革に取り組んできた。今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法のよつて立つ基本理念の一つである『法の支配』の下に有機的に結び合わせようとするものであり、まさに『この国のかたち』の再構築に関わる一連の諸改革の『最後のかなめ』として位置付けられるべきものである。」（Ⅰ 基本理念と方向）。

かかる経緯と状況を正しく自覚するならば、改正案を検討するにおいても、逐条解釈的論議に専念するだけでなく、常に広い視野から問題点を捉えなおす姿勢が求められよう。具体的には、イ、法や制度を改正することにより、私たちは現在の社会をどういった方向に転換し、将来的にはどんな社会像をゴールとして目指すか、ロ、目指す社会像との関係で、現行法制度のなにが問題になっているか、どういった看過できない結果を招来しているか、ハ、現行法制度のもとでの問題状況から、目標とする社会像へと転換していくための重要な課題は何か、ニ、その課題に取り組むときに必要かつ適切な戦略と戦術は何か、ホ、戦略と戦術を統率する原理・原則は何かを明らかにすること、そし

て最後に、常にそれらとの整合性に意を払いつつ改正案を検討する姿勢が求められるであろう。本稿の提案を、そうした大きな構図の中で検討していただければ幸いである。

- (1) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shoukentan/kai/gyouseisaisyou/dai16/16siryou1.pdf> 司法制度改革推進本部事務局が作成している議事概要によると、平成一五年四月二五日（金）の検討会（第一六回）において資料1として配布された基本方向一致事項の位置付けについて、次のような質疑が交わされている。委員「今後の検討会での議論において、ある種の、憲法とまではいかないが、方針を示す文書ということになるのか。」座長「行政庁の意見、国民の皆様の御意見を承るための資料というふうに御理解をいただきたい。憲法だからもう変えられないということではなくて、国民の意見、あるいは行政庁の意見を聞き、幅広い情報を得て変えることもあるが、最初は、こういう形でお伺いするという趣旨で理解している」。
- (2) 四月二五日付け全国各紙。検討会配布資料では、「行政の作為・不作為の給付を求める訴え」として公表されている。義務づけ訴訟については、行政事件訴訟法に明文規定がないため、従来、国民が訴訟を提起しても裁判所はこれを認めないことがほとんどであったが、これを一定の場合に可能であることを明文化し、これにより訴えの「全面解決」を目指すという。
- (3) 批判というより、まさに怨嗟の声が連綿と寄せられている。同じく司法制度改革推進本部のホームページで公表されている。司法制度改革推進本部事務局「行政訴訟制度の見直しについての意見募集の結果について」<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shoukentan/kai/gyouseisaisyou/siryou/boshukeka.html>
- (4) すでに、今回公表の基本方向一致事項レベルの案についても、事務当局が最高裁などと事前に密室での「すり合わせ」を行っていることが発覚している。事務当局責任者の反省と謝罪を明確にすることなく議事進行に関与させていることは承

服できない。「法曹三者に任せないで国民的立場から改革を進める司法制度改革推進法の精神と真つ向から反する」との批判と抗議の声があがっているが、きわめて正当な反応であり、関係した者に対する懲戒処分がなされて然るべきと考えられる。朝日新聞ほか二〇〇三年五月二日朝刊参照。

- (5) 特定の者を名宛て人とする処分のうち申請拒否処分や不利益処分については、「理由の提示」(行政手続法八条、一四条)が要求されている。したがって、それが不十分であるときは、通常、それら処分の取消訴訟のなかで、取消原因として「理由の提示」の瑕疵を主張することになる。しかし、そうした場合であっても、処分の取消訴訟と平行して、説明義務履行請求訴訟の提起を排除しなければならない理由はないと考えている。むしろ、特定の者を名宛て人とする処分を説明義務履行請求訴訟の対象に含む主眼は、特定の者に対する授益的な処分が、処分の名宛て人以外の者に法律上もしくは事実上一定程度の影響を与える可能性のある場合を含むことにある。すなわち、現行行政手続法の下においては、「情報の提供」(同法九条)および「公聴会の開催等」(同法一〇条)に関して制約と限界が大きく、これら授益的処分の名宛て人以外の者に対する関係では、「公正の確保と透明性」(同法一条一項)が図られていないからである。また、原子力基本法及び原子炉等規制法が、原子炉設置許可処分に際し、周辺住民に対し告知聴聞の機会を与えていないことは憲法三一条に反しない、とした最高裁判例(最判平四・一〇・二九民集四六・七・一一七四、公害百選八〇事件)もある。

- (6) 米国では、行政機関の専門能力などにつき、『分析をしのぐ直感的経験』があるとして裁判所がこれに従っていた時期もあったが、現在では、「筋道の通った意思決定 (reasoned decision-making)」は、規制実務において不可欠になっていると断言できる。この歴史を概観すると、以下のようである。

一九三〇～四〇年代、ニューディール政策を遂行する過程で、従来優勢であったジャクソニアン・デモクラシー(素人支配)に対して、専門家による統治(テクノクラシー)を優先させる進歩主義が優位するようになり、司法審査の場面では、専門家の裁量が尊重されるようになる。しかし五〇年代、規制機関はその規制対象企業などから取り込まれているとする見方(いわゆるcapture theory)が一般的となり、六〇年代以降とくに七〇年代、裁判所は処分性や原告適格などの訴訟要件の充足に拘泥せず、あるいはこれを緩やかに解釈して積極的に行政裁量に関与するようになった。結果として、行政の政策決定過程が分析的で透明性の高いものへと変身していくことに貢献するようになった。こうした経緯について、

See, Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians?* (1988), 36-77. 同書を紹介するものとして、参照、山村恒年・比山節男・由喜門真治、アメリカ法一九九二一、五四頁。

こうした行政裁量に対する積極的関与のための一手法として、裁判所は、規則制定のための「告知とコメント」手続きに関連して、行政機関が「筋道の通った説明 (reasoned explanation)」を行うことを要求するようになった。たとえば、初期の判例として、*Kennecott Copper Corp. v. EPA*, 462 F.2d 846 (D.C.Cir.1972)がある。この訴訟は、硫酸酸化物の濃度規制に関して、EPA(環境保護庁)が信頼していたレポートでは、大気1立方メートル当たりの許容量として85マイクログラムとされていたにもかかわらず、EPAが60マイクログラム未満に制限する全国大気品質基準を定めたケースに関するものであった。規制を受けることになる産業からの訴えを受けて、裁判所は、少なくともEPAがいかにして60マイクログラムという基準に合理的に到達できたかをEPAは説明する負担を負うとしたのである。あるいは別の事件では、「行政機関はコメントにより提起された重要な問題をどのように解決したかを説明し、そして、その解決策が当該機関をどのように導き最後の規則に至ったかを示すために、筋の通った方法で (in a reasoned manner) 応答しなければならない。」などと判示している。*Rodway v. USDA*, 514 F.2d 809, 817 (D.C.Cir.1975)。

その後、とくに、一九八〇年代に展開された規制緩和政策が争われた事件など行政機関が従来の政策アプローチを変える場合、連邦裁判所は「筋道の通った説明 (reasoned explanation)」を要求するようになった。この点、hard look (厳格な審査)を採用した連邦最高裁による *State Farm* 判決が有名であり、そこで用いられている審査手法は合理的意思決定アプローチ (reasoned decisionmaking approach) と呼ばれることが多く (See *Motor Vehicles Mfrs. Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43, 103 S.Ct. 2856, 2867, 77 L.Ed.2d 443 (1983))。下級審判決も多いが、たとえば、次のように判示する。「行政機関は、規則または政策を採用する当初の理由がもはや妥当性を有しない理由を説明しなければならぬ。」*Brace Corp. v. United States*, 740 F.2d 1023, 1038 (D.C.Cir.1984), cert. denied 471 U.S. 1069, 105 S.Ct. 2149, 83 L.Ed.2d 505 (1985)。論客としても著名なバルト (Wald) D.C. 控訴裁判所の首席裁判官は、同裁判所において、一九八七年に判決により取り消された行政事件のうち、三分の一弱 (二二二のうち六七件) が行政機関による論理立て (rationale) が不十分であることによるものだったと指摘している。米国連邦通信委員会の規則改正をめぐる判例などを素材に、米国において、「筋

道の通った説明」概念が形成されるようになった経緯やその内容を論じたものとして、拙稿「有料番組についての米国連邦通信委員会の規則改正の根拠と手続」平成三年度情報通信学会年報（平成四年三月）二五—八六頁、とくに三〇—三三頁および五九—七二頁参照。

以上は、連邦裁判所における動向であるが、法律の中でも、同様の志向を示すものがある。たとえば、一九七七年清浄空気法改正（the Clean Air Amendments of 1977）は、提案された規則の実質に到達するために用いられた方法について詳細な告知を要求し、また、それに対して産業部門から寄せられた「重要なコメント」に行政機関が対応することを要求している。これにより、規則制定における「告知とコメント」条項を「筋道の通った説明」を実施する方向で強化していると評価できる。

さらに、大統領府自身もレーガン政権以降、たとえば、大統領命令 No. 12,991（1981）を示して、主要な行政機関による規則は、それがもたらす社会的コストと便益についての分析と両者のバランスにより支持されるべきこと、また、考えられる代替的な対応措置の中で純便益を最大にする政策選択をしたかどうかを示すこと、および、大統領府の行政管理予算局（Office of Management and Budget）による審査に服することを要求して合理性審査を強制している。この大きな流れは、クリントン政権下でも大統領命令 No. 12,866（1993）において継承されており、不変である。

なお、「説得力のある分析（cogent analysis）」の提出を求められることがある。一般的な辞書によると、cogent とは、「推論にすぐれた知識人もしくは権威者に対し強いアピールを行うこと、説得的であること（convincing）」と定義されている（AMERICAN HERITAGE DICTIONARY 289（2nd ed. 1982））。が、「説得力のある分析」はコスト便益分析に関連して言われることが多いようである。たとえば、ある議会報告書は、EPA 長官が「コスト及び便益についての cogent な分析」を提出しなければならず、「説得力のある費用・便益分析（cogent analysis of the benefits and costs）」がなされていない規則は、裁判所がこれを破棄する」ことを認める、などと述べている。See S. REP. NO. 104-169, at 22（1995）。

（7）本文で列挙した「筋道の通った説明」の構成要素と一部であるが共通するものを挙げているものとして、自民党議員などで組織される「国民と行政の関係を考える若手の会」が公表している、「二一世紀の行政と国民の新たな関係を目指して」利用者の観点からの実効性のある行政訴訟制度の構築」（二〇〇三年三月二六日、以下、若手の会案という）があり、

行政裁量の統制について次のように述べている。「さしあたり行政事件訴訟法の中に、裁量処分の統制手法として、裁量の行使について行政庁が適切な説明責任を果たしているか否かを論理的かつ実証的に裁判所が審査するとともに、その一環として、代替案を検討すべき旨及び費用便益分析手法などの検証可能な科学的手法を活用すべき旨を明記することが妥当である。」と。

- (8) これに関連して言うところ、行政機関の保有する情報の公開に関する法律第一条が、「行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もって政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにする」(傍線筆者)と述べているのは、日本語として、また、法律用語として、現状のままでは不正確で不適切な使用であると考えられる。なぜなら、「説明責任を全うする」という表現に相応しい状況というのは、「国民の的確な理解と批判」を得るため、それに必要な情報はすべて開示請求を受けるまでもなく、政府が積極的能動的に情報提供しているときに成り立つことであり、受け身で渋々情報開示している状況では、とうていそうは言えないからである。この点、クリントン政権がスタートした一九九三年、国民の政治と行政に対する当時の強い不信状況を打開するため、情報公開請求に対する裁量開示を進めるとともに、電子政府構想の下、きわめて積極的能動的に情報提供を推進したことにつき、参照、拙稿「政府再生手法としての電子政府」大阪経済法科大学法学論集四三号(平成一年三月)一七一一二六頁、とくに一三一一一五五頁。また同じテーマで行った学会報告の要約を収録するものとして、拙稿「政府再生手法としての電子政府」情報通信学会誌No.58(一九九八年九月)一七一一一七六頁参照。

- (9) 最判昭六〇・一・二二民集三九・一・一、行政百選Ⅱ「四版」一三三事件

- (10) 行政法の基本(法律文化社、二〇〇三年)一六三頁、一六五頁、高橋明男執筆参照。

- (11) たとえば、情報公開法案が公表された時点での宇賀克也との対談で右崎正博は次のように述べていた。「アメリカの情報自由法についても、オープンネスとアカウンタビリティという二つの目的があつて、それに仕えるのが情報自由法であるという議論がなされてきていますが、日本でも、そういう位置づけが与えられるのではないかと思えます。しかし、あわせて、政府の説明責任というものを、もう少し積極的に展開して、たとえばフランス人権宣言の一五条に見るような、市民の側が公務員に対して説明を求める権利というような位置づけといえますか、国民の権利性を明確にする考え方にまで、

進めることはできなかったらどうかという感想を持っています。」対談・情報公開法案の検討、法律時報七〇巻六号（一九八八年）八頁。なお、フランス革命当初の一七八九年八月にフランス国民議会が議決したフランス人権宣言一五条は「行政の報告を求める権利」について規定し、「社会は、すべての官吏に対して、その行政について報告を求める権利をもつ」と定めている。条文訳について、樋口陽一・吉田善明編『改定版 解説世界憲法集』（三省堂）参照。

(12) 規制により利益を受ける第三者が、規制を行うべきであったと主張したのに対して、規制実施についての行政裁量を理由に政府が請求を棄却した代表的判例。

〔宅地建物取引業法上の規制権限不行使による国家賠償請求を行政裁量を理由に拒絶した例〕

（事案の概要） 京都府知事より宅建業免許を取得・更新している業者は、当時多額の負債を抱え顧客との契約を履行できない状況であったにもかかわらず、自己を信頼して不動産売買契約を締結した一市民から手付金七四〇万円を受け取った後これを流用した。そこで損害を被った市民である顧客は、同宅建業者に対する業務停止処分・取消処分等の規制権限行使を懈怠したことが違法であると主張して国家賠償請求訴訟を提起した。

【判旨】 宅地建物取引業法上の免許制度は、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかに解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているといふべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに本条一項という違法な行為に当たるものではない。宅地建物取引業法に基づく宅建業者に対する不利益処分は、その営業継続を不能にする事態を招き、既存の取引関係者の利害にも影響するところが大きいところ、業務の停止に関する権限がその裁量により行使されるべきことは同法六五条二項の規定上明らかであり、同法六六条に基づくもののうち、停止事由に該当し特に情状が重いとみなされる免許の取消しについてもその要件の認定に裁量の余地があり、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門技術的判断に基づく合理的裁量にゆだねられている。当業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に

照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない。』（傍線筆者、以下同様。最判平元・一一・二四民集四三・一〇・一一六九、行政百選「四版」一四〇事件）

（コメント）「処分を選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門技術的判断に基づく合理的裁量にゆだねられている。」というのは分かる。しかし、「専門技術的判断に基づく」合理的裁量というのであるから、その裁量というのはそれほど幅のあるものではないのではないか。素人なら判断に迷い決断できないようなときでも、専門家であれば厳格な判断が要求されるというのが世間の常識だろうし、法的正義にも合致しよう。不行使が「著しく不合理と認められるときでない限り」違法の評価を受けるものではない」というのは、よほどいい加減に処理していない限り責任を負わなくていいということなので、専門技術的判断のあり方から遠くかけ離れており、誰もそうした行政機関の設置や存続を望みはしない。もちろん、被害者自身の自主的自律的な判断により回避できる損害については、行政機関の違法行為との因果関係を認める必要はないから、賠償額が膨大になりすぎる心配はない。

（13） 裁量権限を行使しての行政の意思決定に関して、たとえば、藤田宙靖は次のように説明している。「裁判機関による審査は、法を司るというその使命からして、少なくとも原則的には、行政活動の違法・適法の判断にのみ限られざるをえないのであって、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う決定に対して、その政策的判断の当・不当をコントロールするのは、本来、裁判所の権限外である、ということにならざるを得ない。こうして、伝統的に、行政行為であっても、羈束行為についてはその違法・適法が裁判審査の対象となるが、裁量行為についての行政機関の裁量の誤りは、裁判審査の対象とはならない、という行政法理論上の大原則が立てられて来たのであった。」藤田宙靖・行政法Ⅰ（総論）三版（青林書院）九八頁。

行政の意思決定における政策的判断の不合理性が容認されてきた原因としては、最高裁の判例に第一次の責任があるが、さらにその背後には伝統的行政法学説によるサポートが存在していたと筆者は認識している。すなわち、わが国における行政法の代表的教科書のほとんどは、法律による行政の原理の例外として裁量論を取り上げる。ここでは、行政行為を羈束行為と裁量行為に区別するとともに、司法審査との関係で、裁量行為を便宜裁量（Ⅱ自由裁量）と法規裁量（Ⅱ羈束裁

量」とに区別する。そして、行政事件訴訟法三〇条の具体的適用において、判例が裁量権の踰越・濫用の法理を用いて、従来自由裁量とされてきた行為であっても司法審査の対象となとしたことを受けて、法規裁量（＝羁束裁量）と自由裁量との区別は相対化されるようになったと解説し、それがかるうじて精一杯の裁量統制論になっていた。かくして、行政の意思決定が合理的意思決定であることを志向することは伝統的行政法学説の射程に入っていないかったのである。

(14) 「土地収用法」二〇条三号にいう『事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること』という要件の存否についての判断は、具体的には本件事業認定に係る事業計画の内容、右事業計画が達成されることによつてもたらされるべき公共の利益、右事業計画策定及び本件事業認定に至るまでの経緯、右事業計画において収用の対象とされている本件土地の状況、その有する私的なし公共的価値の諸要素、諸価値の比較衡量に基づく総合判断として行われるべきものであり、ある範囲において裁量判断の余地が認められるが、判断に当たり、本来最も考慮すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、又は本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に入れ若しくは本来過大に評価すべきでない事項を過大に評価し、これらにより判断が左右されたものと認められる場合には、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして違法となる。」（東京高判昭四八・七・一三行裁二四・六〇七・五三三、公害百選七八事件）

(15) 東京地判昭三八・九・一八行裁一四・九・一六六六。この事件は上告され、最高裁は、審査基準の設定が行政機関の内部でのみなされて公表しないことを容認する限界を持つてはいるが、東京地裁判決をより具体化して以下のように判示していた。しかし、その後、当時つとに言われていた昭和四八年の全農林警職法事件判決、昭和四九年の猿払判決に代表される最高裁の保守化があり、そうしたことが、それら判決における安易な裁量尊重が行政の非合理的意思決定プロセスを温存する方向に作用したのではなからうか。

道路運送法においては、個人タクシー事業の免許申請の可否を決する手続について、同法一二二条の二の聴聞の規定のほか、特に審査、判定の手続、方法に関する明文規定は存しないが、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するには、内部的にせよ、さらに、その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべく、特に、右基準の内容が微妙、高度の認定を要するものである等の場合には、右基準を適用する上

で必要とされる事項について、申請人に對し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならない。(最判昭四六・一〇・二八民集二五・七・一〇三七、行政百選「四版」一二九事件)。

(16) 次のように述べている。『信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従つて学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。』最判平八・三・八民集五〇・三・四六九、行政百選「四版」八八事件。

(17) 比例原則や平等原則の違反が問題になったが、最高裁が要考慮事項をなんら考慮することなく、裁量権の範囲内だとして三行半で済ませてきた代表的なケースは以下のとおり。

【神戸税関事件】

【判旨】 国家公務員法は、同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をするときにいかなる処分を選択すべきかを決するについては、公正であるべきことを定め、平等取扱いの原則及び不利益取扱いの禁止に違反してはならないことを定めている以外に、具体的な基準を設けておらず、懲戒権者の裁量に任せている。(最判昭五二・一二・二〇民集三一・七・一一〇一行政百選「四版」八六事件)

(コメント) 公務員労働者も個人として尊重されなければならない、懲戒処分にさいしても、原則、比例原則の適用があるはずである。比例原則について、その違反の有無を審理しなかった瑕疵が本判決にはある。この瑕疵により、処分が比例原則に反した不合理なものであることを看過するおそれがあるだけでなく、公務員法の成立により明示的に否定された特別権力関係という、前近代の残滓を最高裁が意図的に残したとの非難を受けなければならない。下記引用の全通東京中郵便事件判決が採用した、比較衡量論ないし必要最小限度論のほうが、憲法価値に関する議論を離れても、行政の合理的意思決定のあり方という面から見て、はるかに優れているといえよう。すなわち、全通東京中郵便事件判決は、「公務員の労働

基本権も、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しており、その制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量し、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない。」と述べている（最大判昭四一・一〇・二六刑集二〇・八・九〇一、憲法百選〔四版〕一四六事件）。

【マクリーン事件】

【判旨】『在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からである。』『法務大臣は、在留期間の更新の可否を決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの公益の保持の見地に立って、申請者の申請事由の可否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼譲など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができない。』（最大判昭五三・一〇・四民集三二・七・一二三行政百選〔四版〕八一事件）

（コメント）私の手元に、「元米空軍将校『核さえ使われかねない』銀座で反戦演説、元米軍将校のトッド・ローデスさん（29）が一日昼、東京・銀座で、『米国民の多くもこの戦争に反対している。核兵器さえ使われかねない』と、米国のイラク攻撃反対を訴えた」という記事がある（アサヒ・インターネット、二〇〇三・二・一七）。「在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からである。」というのはある程度そうかもしれない。しかし、小泉政権が米国のイラク攻撃を支持している状況下で、記事のような反戦活動を行った者を法務大臣が広汎な裁量権にもとづき更新不許可としても、司法の場を通じてなんの司法救済をうけることができないというのは、国民がイメージする「法の支配」に反するのではないか。広汎な裁量権であっても、合理的な意思決定過程を経てなされるべきであり、かつ、そのことは、司法審査において確認されるべきである。

【科学的、専門技術的判断が問題になったケース】 【判旨】温泉法が温泉の掘削を知事の許可にからせた趣旨は、温泉源を保護しその利用の適正化を図るという公益的見地から出たものであり、その判断は主として、専門技術的な判断を基礎とする行政庁の裁量により決定されるべき事柄であって、裁判所が行政庁の判断を違法視し得るのは、その判断が行政庁に任された裁量権の限界を超える場合に限られる。(最判昭三三・七・一民集二二・一一・一六二、行政百選 二二版 六九事件)

(コメント) 最高裁の立場は、ある程度もつものようであるが、こうした解釈こそが自己の胸先三寸で許可を左右できるとの誤った認識を許認可担当官僚に持たせ、不要なご機嫌伺いや不当ないし違法な根回しを申請者に強いるきつかけになっていることに思いを致すべきである。温泉法四条が「都道府県知事は、温泉のゆう出量、温度若しくは成分に影響を及ぼし、その他公益を害する虞があると認めるときの外は」温泉ゆう出目的の土地掘削の「許可を与えなければならない」と定めるとき、行政庁の判断が専門技術的な判断であるというのはその通りであるが、その専門技術的な判断の過程と内容を明らかにすべきである。許可不許可いずれの場合であれ、その理由と個別事情を明確にしなければならぬとするのが同法の規定に即した解釈であろう。とくに、当該申請に前後して、他の申請者がいるなどの事情のときは、平等取扱原則違反を疑われないよう、裁量権行使の過程を明らかにすべきである。

(18) 若手の会案も、行訴法三〇条の廃止を主張して次のように述べている。まったくこの通りである。

行政裁量をはじめとする行政運用を適正化するために、裁量統制の基準、手続き等を定めることが必要であり、行政手続法を強化すべきである。少なくとも、取り消されるのは裁量濫用の場合に限るとする現行行政事件訴訟法三〇条は、司法審査の範囲を制限する解釈を招くので、廃止すべきである。現実には、判例法では、要件の裁量については事実の根拠をまったく欠く場合、実施の裁量については社会観念上著しく妥当を欠く場合などに限って処分を取り消すことができる旨の著しく原告に負担を加重する基準が存在しており、その弊害はきわめて大きい。

(19) 井出嘉憲「文書管理の状況と課題―公開と管理の交錯」法律時報一九九八年七〇巻六号二七頁。米国において、規則制定に関する記録として判例で求められているものとしては、行政機関が規則制定に当たって依拠した、内部調査のような

各種データや資料、および、それから導き出された行政機関による推論(inferences)、規則についてのパブリックコメント、およびそれに対する行政機関の対応、もし存在すれば規則について実施されたヒアリングの写し・謄本、そして規則制定に当たった行政機関最高責任者の陳述などがある。See *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416, 91 S.Ct. 814, 824, 28 L.Ed.2d 136 (1971)

- (20) たとえば、起案行政機関は、原案審査のためにOMBにおいて規制問題を担当する専門家から組織されているOIRA(情報および規制問題室)に提出した原案と最終的に確定した規則案とが実質的に異なっている点や、OIRAの提案ないし勧告に基づきなされた規制上の変更点を一般市民が知ることができるようにしなければならない。他方、OIRAは、「規制審査過程におけるより大きな公開性、情報の利用可能性、および説明責任を保障するために」、原則、大統領府で勤務する者以外との書面、電話、会合を含む口頭によるやり取りについて、それらがなされた日付、相手の名前、およびやり取りの主題などを保存するとともに、当該行政機関との間で行われたやりとりに関するすべての文書を一般市民が閲覧などできるようにすることにより「情報開示に関する要求を満たさなければならない」とされている。See *Exec. Order No.12,866*(1993), §§ 6(a)(3)(E), 6(b)(4). See Jeffrey S.Lubbers, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd Edition(1998), at 25-29, 168. 参照、宇賀克也・アメリカ行政法【第二版】二〇八—二二三頁。

- (21) 筆者はかねてから米国法を紹介してこのことを指摘してきた。すなわち、行政の意思決定が司法の場でハード・ルックなどの手法により厳しく審査されることによる負担と敗訴という教訓を踏まえ、規制を担当する行政機関は事案の実情に合わせて最適の政策を公正かつオープンに導出する仕組みを多くの行政分野で急速に展開させつつある。たとえば、被規制者だけでなく利害関係者や公益団体なども巻き込んで、協働的に政策決定を行うシステム、電子政府による積極的な情報提供やこれを活用してのリスクコミュニケーション、自主的監督手法と経済的利益などによる誘導との結合、といった手法である。参照、拙稿「アメリカ合衆国規則制定協議法逐条論点解説——共生の時代における合意形成の試み——」大阪経済法科大学法学論集三四号(平成七年三月)六一—一三八頁。同「アメリカ合衆国規則制定協議法制定の経緯とその意義」大阪経済法科大学法学論集三五号(平成七年二月)八三—一四二頁。同「政府再生と電子政府における環境情報の電子的な提供と報告」関西大学経済・政治研究所『研究双書』第二二〇冊『情報行政問題研究Ⅱ』三五—七六頁(平成一

二年三月)。ジェフリー・ラバース「米国規制システムにおける代替的規制手法と行政上の紛争解決」(講演記録の翻訳と紹介、大阪経済法科大学法学論集五四号(二〇〇二年(平成一四年三月)九一―一二頁)。

- (22) 芝池義一は、取消訴訟の対象となる行為につき、日弁連の「行政上の意思決定」説を支持しているが、これを支持する理由として、取消訴訟・義務づけ訴訟の対象の定式化の試みにおける阿部泰隆の変動は、取消訴訟の対象の厳密な定義の試みが、(誇張になるが) 際限なき議論の対象に陥る可能性を孕んでいるとの認識を示している。芝池義一「行政訴訟制度改革に関する覚え書」、原野翹ほか編・民営化と公共性の確保(法律文化社、二〇〇三年) 八六頁。

- (23) 訴訟要件を緩和することにより門前払いを免れても、本案において行政裁量の違法性を原告に立証させるのではなく、救済が画餅に帰すことに着目して、証拠開示に関する提案を行うという発想が一般的なようである。たとえば、「行政裁量のルールを具体化し、立証責任を行政側に課し、理由・処分の変更には制限を加えるべきである。」(若手会案3) といった対応である。他にも以下の提案がある。

〈たとえば〉、基本方向一致事項は、審理の充実・迅速化という表現を用いて、理由付けは異なるが、「訴訟関係を明瞭にし、審理を充実・迅速化させるため、訴訟の早期の段階で処分又は裁決の理由を明らかにするための方策を講ずる」と述べている。そしてこれには注が付され、「処分又は裁決の理由を明らかにするための具体的な方策については、①処分又は裁決に関する理由の説明や記録の提出等を行政庁に対して命ずること、②裁決の取消しの訴え又は裁決を経た処分の取消しの訴えにおいて、裁決をした行政庁に対し裁決に関する記録の提出を命ずること等の意見が出ているが、その採否等については、なお検討が必要である」としている。

日弁連は「行政訴訟法(案)」(二〇〇三年三月一三日、以下、日弁連案という)を提案しているが、その第三五条「判断余地のある行政決定における行政主体の主張立証責任」は、以下のとおり、類似の主張立証責任を定めている。

「第三五条 行政法規への事実の当てはめにおいて判断余地があるときは、行政主体は、是正訴訟において、その行政決定の前提となる事実、判断基準の合理性および判断基準の事実への適用の合理性を主張立証しなければならない。

2 前項において、判断基準が適法でなく、又は適正な判断基準への事実を行政機関等が適用する過程に法令の趣旨、目的、社会通念又は条理上、過誤・欠落がある場合には、裁判所はその行政決定が違法であると判断しなければならな

い。

説明 行政決定において行政主体の判断余地がある場合には、行政主体に対して、前提事実、判断基準の合理性、事実への基準の当てはめの合理性についての主張立証責任を課した。その際の裁判所の判断基準を第2項に定めている。さらに、若手の会案も、「Ⅱ・改革の方向」の「3本案審理の適正化」の項目において、上記と同じ趣旨から「立証責任」と「開示命令制度の創設」について、それぞれ以下のとおり、謳っている。

(2)立証責任 判例では、いわゆる裁量処分の違法性の立証責任は原告にあるとされるが、これは裁量のブラックボックスの違法を原告に探求せよという酷なものであり、行政側は自ら行った裁量権行使の合理性を説明することが容易な地位にある。行政訴訟の立証責任は原則として行政側にあるとし、裁量処分の場合でもそれが合理的な判断過程を経た適法なものであることを被告行政側が立証すべきものとすべきである。

(5)開示命令制度の創設 これまで行政側の資料の出し渋りが審理の遅延の原因となり、適切な審理の障害となる場合もあった。そこで、日本版ディスカバリー制度を行政訴訟に導入すべく、裁判所が、審理の初期の段階において、審理に必要な関連する情報・資料の一式の提出を行政主体に命ずることができ開示命令の制度を創設すべきである。そして、被告行政側が開示命令に従わない場合には、裁判所はその資料の記載に関する原告の主張を真実と認めることができるものとし、開示命令の実効性を担保すべきである。本来、行政は法に基づき適正に執行されねばならないのであるから、行政執行の適法性が争われていたにも拘らず、私人間の紛争解決のための民事訴訟の攻撃防御と同様、行政におよそ証拠の取捨選択の完全な自由が存在してきた、というこれまでの行政訴訟制度には重大な問題があったのである。民事訴訟と異なる行政訴訟の特質への配慮は本来このような領域でこそ行うべきである。

審理の迅速化、当事者間の公平といった狙いを内包する形で証拠開示にとどまらない説明義務の履行を請求できるとするのが筆者の提案である。

(24) 情報公開法一条が、「行政文書の開示を請求する権利につき定めること等により」と規定していることにつき、「情報公開法の中核部分が情報開示制度であることはいままでもないが、情報提供制度も含めた『情報の公開の総合的な推進』(情報

公開法四〇条)により、アカウンタビリティを確保するのが情報公開法の立場であり、その点を明確にするために、『等』を付加している。』との立法関係者の解説がある。宇賀克也・情報公開法の逐条解説(有斐閣、一九九九年)、一七頁。

- (25) 柳直樹「内部告発者の保護 組織に緊張感と自浄促す」は、「内部告発は罪人を出すのが主目的ではない。組織に緊張感をもたらし、透明性と社会的責任を自覚させるためだ。」と正当に指摘する。参照、毎日新聞二〇〇三年二月一二日東京朝刊。また、名古屋市民オンブズマンは、裏金・空出張や談合などの行政の現状は「内部告発しない罪」の制定を必須にしている」と主張する。名古屋市民オンブズマン第一一五号(二〇〇二年五月七日)「内部告発保護法ではなく『内部告発義務法』を！」<http://www.ombagoya.gr.jp/tieupnews/115.htm>。同じく、不正が金勘定で行われていることを踏まえ、実効性ある法制度を確立することを重視する観点から、内部告発者の保護と通報褒賞金制度の創設を柱とする法制度設計を提案するものとして、阿部泰隆・内部告発(ホイッスルブローワー)の法的设计(信山社、二〇〇三年)がある。さらに、英国における公益開示法の研究を基礎に、一三人が分担して、行政、経理、技術、医療、教育の分野における内部告発の重要性を論じた英書を翻訳・紹介するものとして、社団法人 日本技術士会 訳編・内部告発(丸善株式会社、二〇〇三年)があり、有益である。

- (26) 民主党の菅直人幹事長は、鈴木宗男前衆院議運委員長による北方四島人道支援をめぐる入札開与疑惑に関連して「法律上は犯罪を知った公務員は告発しなければならないが、今回の問題でも(疑惑を知っていたとされる) 外務官僚から告発はされていない。告発義務を推し進めるための何らかの法制度(の整備) が必要だ」との認識から、罰則規定の新設など国家公務員の告発義務強化を検討する考えを示したと報じられている。「菅民主党幹事長公務員の告発義務強化を検討も」(時事通信社、二〇〇一年・二・二二) <http://book.jiji.com/koumin/20020222-01.html>

- (27) 「司法の行政に対するチェック機能の強化」に関する最終意見書の言及については後注(33)の引用参照。
- (28) 元首相田中角栄が逮捕されたロッキード事件(一九七六年)以降、リクルート事件を経て、証券スキandal、薬害エイズ禍、大蔵省と金融監督庁の接待汚職、そして最近の外務省機密費横領に至るまで、法治行政の原則と公僕という理念のもとにありながら、公職にある者が公益に尽くさずに私利を追求し、許可権限を背景にする汚職不祥事は今日まで長く絶えることがない。

(29)

i 政策決定過程が不透明であるとの印象が強かった理由の一つに、審議会情報が一般に閉鎖的であり、最高裁もこれを許容してきたことが大きく影響していると筆者は認識している。そうした審議会情報を非公開とする理由として、しばしば「公開により、府民に無用の誤解や混乱を招き、協議会の『意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるおそれ』のある」(大阪高判平五・三・二三判タ八二八・一七九(鴨川ダムサイト事件控訴審) 最判平六・三・二五判時一五二・二二、行政百選Ⅰ「四版」38事件で維持)ことが挙げられる(引用した大阪高判は、ダムサイト候補地選定の重要な要素となる地質・環境等の自然条件や用地確保の可能性等の社会的条件について検討を経ない段階で、協議会のダム構想検討の資料とするため京都府土木建築部河川課が作成したダムサイト候補地点選定位置図の公開を京都府情報公開条例に基づき請求した事案に関する)。

果たしてそうだろうか。審議会を含む会議や会議録を公開することについては、委員がちゃんと勉強してきて発言するようになるプラス面や支援者の前で妥協しにくくなり徒に強硬になつて議論が長引くなどの功罪両面があることは理解できる。しかし、およそ「公開による無用の誤解や混乱」という決り文句は、国民の市民としての成熟度や知的判断能力が低い、ということの穏便な表現でしかすぎないのではないか。もしも「公開による無用の誤解や混乱」が生じたときには、全体として誰よりもベターな判断を示す国民と社会全体に対して、次々と客観的科学的な情報を提供することで收拾すべきであろう。

この点、情報公開法は内部検討情報について、「国の機関、独立行政法人等及び地方公共団体の内部又は相互間における審議、検討又は協議に関する情報であつて、公にすることにより、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれ、不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ又は特定の者に不当に利益を与え若しくは不利益を及ぼすおそれがあるもの」「を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。」と定めている(第五条本文および五号)。情報公開法成立前の情報公開条例において、行政の意思形成過程情報一般を不開示とするものが多かったことを踏まえると、「不当に」という限定を付けて不開示情報の範囲を狭めていることは評価できるが、かつての「公開による無用の誤解や混乱」という言いまわしに潜む、善意面した優越者の独善的香りを延命させない自覚が求められている。

ii 執行過程の不透明については、この範疇に属する典型例ではないが、筆者が間違いない最高裁判決ワースト5に入れる

判決がある。それは、政治資金規正法（以下、規正法という）にしたがい大阪府選挙管理委員会に提出されていた政治団
体収支報告書の写しの交付を求めたが認められなかったため、大阪府公文書等公開条例に基づき、写しの交付を講求した
ケースに関する判決である（最高裁判平成七年二月二十四日第二小法廷判決、民集四九卷二号五一七頁）。同判決は、規正法二
一条二項にいう収支報告書の「閲覧」には、写しの交付は含まれず、「規正法は、写しの交付を権利として保障しているも
のではない」とした。「閲覧」と「写しの交付」の語義が異なっていることくらい言われなくてもわかるが、国民主権の理念
のもと、知る権利が唱導され、さらに追加して規正法や公開条例が制定されている趣旨を踏まえれば、上記二つの言葉の
語義が異なっているから、「閲覧」はできるが「写しの交付」は認められないと言って満足している役人や裁判官の小賢し
さと反時代性を軽蔑せずにいられない。

iii 授益的処分である補助金交付に關して十分な議論がなされないまま制度が設定されスタートしている例として、老人や
乳幼児らを対象にした医療費助成制度に協力してもらおう見返りに、自治体が医師会などに多額の公費を支払っていた問題
がある。神戸市の場合、協力の金の支払いは過去三〇年にわたり総額四七億円に達していたという。財政赤字で有名な大阪
府ですら、二〇〇一年度約九億二千万円の補助金を支払っている。見直しを表明しているが、一部は役員報酬に使われて
いるという（朝日新聞二〇〇三年二月三日）。まさに、制度の真の狙い、内容、そして廃止・停止基準が不明確というしか
ない。

iv 規制政策を国民が適確に評価するために必要な執行過程に關する具体的情報は、これまでほとんどマスコミを通して知
るしかなかったが、最近、以下の二つの例があった。

報道によると、警察庁は地価下落に通じるおそれからこれまで行っていたいなかった犯罪地点を公表した。この警視庁の犯
罪発生マップは、半年ごとに更新されるという。元警視庁捜査一課長の田宮栄一氏は、次のように述べ、今回公表された
犯罪発生マップが、今後の地域防犯に一石を投じることになればと願っている。「江戸川区の小岩地区の町内会が小岩駅周
辺に防犯カメラをつけたり、世田谷区の明大前の商店街で自警団がパトロールをしたりとか、警察組織に頼らない、行政
機関任せでない、自分たちの街は自分たちで守ろうといった動きが少しずつ出てきています。治安が悪いといえど不動産
屋が困るとかいう低次元の話ではなくて、悪ければ悪いなりに地域の方が自覚をして、じゃあどうしようということところま

で昇華させないといけないと思います。住民のみなさんも立ち上がってください、と言わなければならないほど状況は切迫しているということでもあるんです。」（東京・大阪 あなたの街の「犯罪データ」週刊朝日二〇〇三年六月二〇日号）。

また、環境省は、新聞報道によると、産業廃棄物の不法投棄や不適正処理を行った産廃処理業者の行政処分情報の公開に踏みきる方針を定めたという。二〇〇三年八月には、同省ホームページで二〇〇一年度以降の約二年半分について閲覧できるようにする。処理業者へ産廃処分を委託する企業などの排出事業者が、優良な処理業者を選べるようにするのが狙いらしい。産廃業許可の取り消し処分件数は、二〇〇一年度が一八五件と前年度の二倍を超えており、日本経団連など産業界からも悪徳業者の情報公開を望む声が強まっていたという。公開する行政処分情報は、「産廃廃棄物処分業」と「産廃廃棄物収集運搬業」の二種類の許可についての（１）取り消し（２）一定期間の営業停止（３）一部施設の営業停止のの情報。感染性が高い医療廃棄物などの「特別管理産業廃棄物」も同様の情報を公開する。環境省は、許可取消処分権限を持つ都道府県から処分情報を収集し、社名、所在地、具体的な処分内容を公表する。これまで、処分情報の公開は、例外的に、東京都と埼玉県だけがホームページ上で行っているが、全都道府県の情報が公開されるのは初めて。そのため、排出事業者が、行政処分情報を知ろうとする場合、東京都と埼玉県を除き、道府県に情報公開請求するか方法がなかった。しかし、業者名、所在地、許可内容しか知ることができず、悪徳業者の情報公開を求める声は強まっていたという。この背景には、「一九九七年と二〇〇〇年の廃棄物処理法の改正で、処理業者に加え、排出事業者にも、適正処理の責任を持たせる形へ強化されたこともある」（環境省産業廃棄物課）。このため、排出事業者による処分業者の選別が始まっていた。同省は今後、公開情報量を過去五年分までの二倍に増やす予定らしい（日本工業新聞二〇〇三年五月一九日付）。

程度の差はあるが、すべて護送船団の後見的行政スタイルを止め、自立した自己責任を負う国民を前提しての措置と言えるであろうか。いずれにしても、霞ヶ関に情報を集中独占するのではなく、情報を開示し共有して次の新しい政策手法を考えるとという姿勢を応援したい。

(30)

二〇〇一年時点で、国の長期債務が約五六〇兆円、返済不能な特殊法人債務を国が肩代わりする政府保証債務が約五五兆円、地方自治体の債務が約一六〇兆円、合計すると約七七五兆円。国民人口を一億二千万として、一人当たりに直すと六四九万円ほど。平均的な四人家族だと約二、五八三万円を負担しないと国と地方の借金を返せない。

(31) 行政救済法制度の機能不全を克服する方策につき、最終意見書が指摘していた課題については後中(33)の(1)参照。

(32) 関連して、最終意見書は次のように述べている。「我が国は、直面する困難な状況の中にあつて、政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等の諸々の改革に取り組んできた。これら諸々の改革の根底に共通して流れているのは、国民の一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志であろう。」(「基本理念と方向」)。

(33) 最終意見書は「9 司法の行政に対するチェック機能の強化」と題し、「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に關して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検討を早急に開始すべきである。」としたうえで、さらに具体的に、本文で紹介した二つの項目について、それぞれ次のように述べている。

(1) 行政訴訟制度の見直しの必要性

裁判所は、統治構造の中で三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡システムの中で行政作用をチェックすることにより、国民の権利・自由の保障を実現するという重要な役割を有している。

しかしながら、当審議会の議論の中で、現行の行政訴訟制度に關しては、次のような指摘があつた。すなわち、(i)現行の行政訴訟制度に内在している問題点として、行政庁に対する信頼と司法権の限界性の認識を基礎とした行政庁の優越的地位(政策的判断への司法の不介入、行政庁の第一次判断権の尊重、取消訴訟中心主義等)が認められており、その帰結として、抗告訴訟が制度本来の機能を十分に果たしていない、(ii)現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争(行政計画の取消訴訟等)が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要である、(iii)行政事件の専門性に対応した裁判所の体制に關する問題点もある。

二一世紀の我が国社会においては司法の果たすべき役割が一層重要となることを踏まえると、司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である。

このような認識に基づき、行政訴訟制度の見直しに関する当審議会における議論の中で挙げられた具体的な課題は多岐にわたった。

まず、行政訴訟手続に関する諸課題である。例えば、現行の行政事件訴訟法上の個別課題として、原告適格、処分性、訴えの利益、出訴期間、管轄、執行不停止原則等のほか、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題となる。さらに、民事訴訟をモデルとした対応とは一線を画した固有の「行政訴訟法（仮称）」制定の要否も視野に入れることが考えられる。このほか、個別法上の課題（不服審査前置主義、処分性、原告適格等）の整理・検討も併せて必要となるよう。

また、行政訴訟の基盤整備上の諸課題への対応も重要である。例えば、行政訴訟に対応するための専門的裁判機関（行政裁判所ないし行政事件専門部、巡回裁判所等）の整備、行政事件を取り扱う法曹（裁判官・弁護士）の専門性の強化方策等について、本格的な検討が必要である。また、法科大学院における行政法教育の充実も求められる。

(2) 司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討

この問題に関する具体的な解決策の検討は、事柄の性質上、司法制度改革の視点と行政改革の動向との整合性を確保しつつ行うことが不可欠であり、また、行政手続法、情報公開法、行政不服審査法等の関連諸法制との関係、国家賠償制度との適切な役割分担等に十分留意する必要がある。さらに、行政委員会の準司法的機能の充実との関係にも配慮しなければならない。そもそも、司法による行政審査の在り方を考えるには、統治構造の中における行政及び司法の役割・機能とその限界、さらには、三権相互の関係を十分に吟味することが不可欠である。国民の権利救済を実効化する見地から、行政作用のチェック機能の在り方とその強化のための方策に関しては、行政過程全体を見通しながら、「法の支配」の基本理念の下に、司法と行政それぞれの役割を見据えた総合的多角的な検討が求められるゆえんである。

政府においては、行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、本格的な検討を早急に開始すべきである。

〔追記〕

一、本稿は二〇〇三年六月末に脱稿し、七月二〇日時点では二校までの作業が終了していたが、他の執筆者の作業進行との関係で、三校（最終校）を完了するに至らなかった。この間、七月二七日開催の関西行政法研究会において本稿テーマで報告する機会があり、出席されていた会員より、多々、有益なご意見と示唆を得ることができた。これを踏まえ、説明義務履行請求の原告適格者を初めとして、原稿に望ましい修正を加えることができた次第である。記して謝意を表したい。

二、行政訴訟検討会は「基本的な方向性について概ね一致がみられたと思われる事項」に続いて、さらに、「行政訴訟検討会における主な検討事項」（以下、「主な検討事項」という）を公表し、二〇〇三年八月一日締切りでパブリック・コメントの募集を行った。筆者がそれを知ったのは、同じく二校までの作業が終了していた七月二〇日頃であり、「主な検討事項」に焦点を合わせて本稿を再構成することは不可能であったが、筆者も本稿における提案と主張に即して下記の意見を提出した。残念ながら、筆者の意見は「貴重なご意見として今後の参考にさせていただきます」との扱いになり採用されなかったようである（内閣府のホームページ参照）。

しかし、筆者がパブリック・コメントで指摘したことがらに関連する「行政訴訟検討会における主な検討事項」（以下に併せて示す）に目を通してみると、筆者の提案する実質のかなりの部分は、以下で示す「主な検討事項」中の下線を施して指摘している個所にすでに取り込まれていることが容易にわかる。違いは、「主な検討事項」は、緻密な頭脳の持ち主により注意深く明晰に起案されたものであるということと、日本の裁判所と裁判官を信頼したうえで、まずは権利救済のために行政訴訟制度が機能する仕組みを設定しようとしている点である。裁判所と裁判官、ひいて

は司法国家への信頼といえようか。これに対して、筆者の提案は、端的に言って、説明責任の履践と透明性を確保することにより国民すべてが情報を共有したうえで政策の選択と決定がなされる大きな枠組みを整えることが、二世紀の日本社会を法治社会として構築するためにより重要だと捉えていることである。

筆者が提出したブリック・コメントは、本稿における二つの提案に関連する項目に対するものであるが、具体的には以下のとおりであった。

第2（具体的な見直しの考え方）――2（審理を充実・迅速化させるための方策の整備）、第2―5（取消訴訟の対象、排他性、出訴期間）――（1）行政立法、行政計画、通達、行政指導などへの取消訴訟の対象の拡大、第2―7（審理手続・証明責任・判決、裁量の審査）――（1）主張・立証責任を行政に負担させること、（4）裁量の審査の充実、に関連して下記の「説明義務履行請求訴訟」（略）を、第2―9―（2）（国の公金の支出の適法性を確保するための納税者訴訟の創設）に関連して、続く下記の「財務会計その他職務関連非違行為に関する公務員報告義務等」（略）を創設することを提案します。

そして、この二つの提案と矛盾しない範囲で、あるいは二つの提案が受け入れられないときの改善の選択として、以下の意見をコメントとして提出します。

以下では、筆者が行ったブリック・コメントに関連する「行政訴訟検討会における主な検討事項」の内容を紹介するとともに、「二つの提案と矛盾しない範囲で、あるいは二つの提案が受け入れられないときの改善の選択として」提出したコメントを掲載しておく（傍線は筆者）。

二 第2―2 審理を充実・迅速化させるための方策の整備

《訴訟関係を明瞭にし、審理を充実・迅速化させるため、訴訟の早期の段階で処分又は裁決の理由を明らかにするための方策を講ずる。》

(注) 検討会において概ね一致している事項である。

「コメント」 賛成。

処分又は裁決の理由を明らかにするための具体的な方策としては、①裁判所は行政庁に対し処分又は裁決に関する理由の説明を命ずることができるようにする、②裁判所は行政庁に対し処分又は裁決に関する記録の提出等を命ずることができるようにする、③裁決の取消しの訴え又は裁決を経た処分の取消しの訴えについては、裁判所は裁決をした行政庁に対し裁決に関する記録の提出を命ずることができるようにする等の意見が出ており、次のような更に検討が必要な問題がある。

ア 処分又は裁決に関する理由の説明

裁判所が行政庁に対し処分又は裁決に関する理由の説明を求めるため、民事訴訟法第一四九条に規定する釈明権等のほかに、行政事件訴訟法に独自の制度を設ける必要があるか。

「コメント」 ある。「訴訟関係を明瞭に」という釈明制度の目的とは異なるが、処分行政庁は処分に関する説明義務を履行すべきである。

イ 処分又は裁決に関する記録等の提出

(ア) 行政側に記録等の提出を求める新たな制度を設ける場合、この制度はどのようなものと位置付けるべきか。例えば、裁判所が訴訟関係を明瞭にするためにする釈明処分(民事訴訟法第一五一条)の特則と位置付けるべきか、書証の申出の一つの方法である文書提出命令の申立て(民事訴訟法第二二一条)の特則と位置付けるべきか。

「コメント」 釈明ではない。当面、文書提出命令の特則と位置づけられるのであろうが、そもそもは説明義務の履行にすぎない。

(イ) 提出を求める対象は、どのようなものとすべきか。その特定についてはどのように考えるか。例えば、当該事案についてした調査の結果にかかる調査その他の当該処分又は裁決の原因となる事実を証する資料一切を対象とすることはどうか（行政手続法第一八条第一項参照）。

「コメント」 賛成。上記のものを含め、「筋の通った説明」を構成する一切の資料ということになる。

(ウ) 行政側が記録等の提出を拒むことができる事由について、どのように考えるか。民事訴訟の文書提出命令の提出義務の除外文書（民事訴訟法第二二〇条四号ロ「公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの」など）は、行政側が記録の提出を拒むことができるものとすべきではないか。

「コメント」 インカメラ手続を導入するなど裁判所がその記録を見て判断するとすべきである。裁判の公開や対審原則に抵触するおそれを理由にインカメラ手続導入不可の立場を採ることは、現状では、行政側が正当な根拠なく記録提出を拒む防波堤になっていると考えられるからである。

(以下、(エ)(オ)は略)

第2—5 取消訴訟の対象、排他性、出訴期間

(1) 行政立法、行政計画、通達、行政指導などへの取消訴訟の対象の拡大

《多様な行政活動に対する関係において国民の権利救済の機会を広く確保する観点から、行政立法、行政計画、通達、行政指導などを取消訴訟の対象とすべきであるとの考え方》

この考え方は、行政立法など多様な行政活動について、その違法を理由としてその取消しを求めることができる取消訴訟の対象とし、取消訴訟の対象を明確にするとともに、行政過程の初期の段階でその適法性を争う機会を広く確保して、国民の権利義務を明確にし、権利利益の侵害を事前に予防する機会を十分に確保しようとする趣旨の考え方である。

この考え方に關しては、紛争の成熟性にかかわらず行政立法、行政計画などを取消訴訟の対象とすべきであるという考え方と、紛争の成熟性がある場合に限って行政立法、行政計画などを取消訴訟の対象とすべきであるという考え方がある。
 (注) 取消訴訟は処分又は裁決の違法を理由として取消しを求める訴訟である(行政事件訴訟法第一〇条第二項参照)。取消訴訟の対象である「行政庁の処分その他公権力の行使に当たたる行為」(行政事件訴訟法第三条第二項、一般に処分という)は判例で「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、あるいはその範囲を確定することが、法律上認められているもの」であると解されている。行政立法、行政計画など広く一般的な効力を有する行政活動については、計画や立法の段階では紛争はいまだ未成熟であるとして、また、通達や行政指導などは、国民の権利義務を直接形成する法的効果がないとして、判例では、いずれも処分に当たらないとされる場合が多い。

この考え方については、例えば次のような指摘がされている。

ア 行政立法、行政計画などでも、国民の権利義務に直接影響を及ぼすような場合は現行法でも取消訴訟の対象となる処分に当たる。この考え方が、紛争の成熟性に関わりなくすべての行政立法、行政計画を一律に取消訴訟の対象とする趣旨であるとするれば、そこまでの必要はない。

イ 民事訴訟と同様の確認の利益があれば、行政指導などの行政活動の違法・無効、あるいは法律関係の存否等の確認の訴えを活用することが現行法でも可能である。この考え方が、本来法的な効力がない行政指導などについてもすべて訴訟の対象とする趣旨であるとするれば、それは適切でない。

ウ 行政立法や行政計画を取消訴訟の対象とすることにより、取消訴訟の排他性や出訴期間の制限を受けたり、後にされる

処分に違法性が承継されないことになったりするとすれば、かえって国民が行政活動を争う機会が制約されることになる。行政立法や行政計画については、それぞれ独自の訴訟の形式を検討すべきである。

他方で、イ・ウの指摘に対する次のような反論がある。

イについて行政指導の違法を争う場合について民事訴訟が活用されていない現状からみると、紛争の成熟性がある場合に行政指導を訴訟の対象とすることができていることを明確に規定するべきである。

ウについて行政立法や行政計画を取消訴訟の対象とする目的は早期の出訴を保障しようとするものであるから、そのことから直ちに後の段階で争うことができないものとすべきかどうかは一概に決められるものではない。

「コメント」行政立法、行政計画、通達、行政指導などについては、行政過程の初期の段階でその適法性を争う機会を広く確保するという見地から、成熟性に左右されない前者によるべきである。

続くア・エと反論イ、ウについて。

「コメント」行政立法や行政計画については、それぞれ独自の訴訟形式を追加的に認めることを検討すべきで、エを支持する。また、反論のイ、ウを支持する。

第2—7 審理手続・証明責任・判決、裁量の審査

(1) 主張・立証責任を行政に負担させること

『行政訴訟』では、行政の説明責任や原告の主張・立証の負担を軽減する観点から、国又は公共団体がその行為が適法であることの主張・立証責任を負うことを定める規定を行政事件訴訟法に設けるべきであるとの考え方』

原告の主張・立証の負担を軽減する観点からは、国や公共団体の費用で事実の調査をする制度を設けるべきであるとの意見もある。

この考え方については、例えば次のような指摘がされている。

ア 証明責任は、行政実体法の規定の趣旨や要件の内容などを個別に検討して、定めるべきものであるから、行政事件訴訟

法において一律に定めることは適切でない。

イ 原告の主張・立証責任の負担の軽減は、処分又は裁決の理由の説明や記録の提出等を行政庁に命ずることなどで図ることも可能であるから、証明責任の所在を行政事件訴訟法で一律に定めるかどうかは、慎重に検討する必要がある。

ウ 行政訴訟における証明責任については多様な見解があり、一般的に規定することは困難である。

他方で、アの指摘に対する次のような反論がある。

行政実体法は、必ずしも証明責任の所在を考慮して立法されていない。また、本来行政庁には適法な処分をすべき責任と権限があるから、それを立証することは当然の責務である。

「コメント」 この考え方に賛成。とくに、最後に反論として紹介されている「行政実体法は、必ずしも証明責任の所在を考慮して立法されていない。また、本来行政庁には適法な処分をすべき責任と権限があるから、それを立証することは当然の責務である。」の意見を妥当と考える。

第2―7 審理手続・証明責任・判決、裁量の審査

(4) 裁量の審査の充実

《行政の裁量に対する裁判所の審査を充実させるために「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り」処分を取り消すことができるとする行政事件訴訟法第三〇条の規定を見直すべきであるとの考え方》

この考え方は、行政事件訴訟法第三〇条には、裁量処分についても取り消すことができる場合があることを明らかにする意味が立法当時であったが、現在では、裁量処分を取り消すことができる場合を限定する規定となっている点で、裁判所の判断をむしろ制約するおそれがあるのではないか、との観点から、行政事件訴訟法第三〇条の規定を見直すべきであるとする趣旨の考え方である。

見直しの具体的な内容としては、例えば、次のような考え方がある。

△案 行政事件訴訟法第三〇条の規定について、比例原則や合理性の基準なども規定すべきであるとの考え方

B案 行政事件訴訟法第三〇条の規定は、裁量審査を抑制する効果を持つおそれがあるから削除すべきであるとの考え方
C案 費用便益分析手法などの客観的科学的な基準が相応しい分野についてはそのような基準で裁量の審査をすべき旨の規定をする考え方

D案 裁量基準及びその基準の適用の合理性を行政庁に主張立証させて行政庁の判断過程を明確にし、その判断の方法又は過程に誤りがある場合には処分が違法になるとの規定をすべきであるとの考え方
これらの考え方については、例えば次のような指摘がされている。

ア 行政裁量は行政実体法の解釈の問題であるところ、裁量審査の手法は多様であるから、考えられるものをすべて規定することは困難である。

イ 社会の熟度や社会の流れによって裁量の幅が変わることに法律の規定が対応できるか検討する必要がある。
ウ 費用便益分析手法など、法的（価値）基準として用いるにはまだ未熟で進歩していく技術を審査の基準とすることは適切でない。

エ 裁量の審査は、実体法の趣旨に沿って個別具体的に検討する手法が判例で確立しており、行政事件訴訟法第三〇条の規定が裁量審査を抑制しているとはいえない。

他方で、これらの指摘に対する次のような反論がある。

ア・イについて 考えられるものをすべて規定する必要性は乏しく、基本的なものを規定して、あとは概括条項で定めればよい。また、裁量の司法統制の方法は、実体法の問題ではなく訴訟法の問題である。

ウについて 費用便益分析手法は、行政評価の分野などでは実際に法令上行政手法に組み込まれており、それが未熟だということになると、法的利益の比較衡量を求める既存の行政法令の要件解釈や、行政評価そのものが成り立たなくなる。

「コメント」 D案を強く支持するが、AとCの考え方にも賛成する。

アとエの指摘には反対し、これらに対する反論を支持する。

第2―9 行政訴訟の目的・行政の適法性を確保するための訴訟

(1) 行政訴訟の目的規定の新設

《行政訴訟の目的を明確にする観点から、行政による国民の権利利益の侵害の救済と行政の適法性の確保を目的とすることを明らかにする規定を設けるべきであるとの考え方》

行政訴訟の目的を明らかにする規定とは別に、解釈指針として、権利利益の包括的実効的な救済の保障、救済方式の明確性、当事者の実質的対等性の確保等の原則を規定すべきであるとの意見もある。

この考え方については、例えば次のような指摘がされている。

ア 行政訴訟の目的は基本的に権利侵害の救済にあり、適法性の確保は行政訴訟の独自の目的ではなく、法に定められた権利の侵害を救済することを通じて適法性が確保されている。

イ 権利侵害の救済を目的とする行政訴訟と適法性の確保を目的とする行政訴訟（客観訴訟）を分けて考えるべきである。行政訴訟の目的について規定する趣旨や規定の必要性については、慎重に検討する必要がある。

ウ 他方で、ア・イの指摘に対する次のような反論がある。

権利侵害の救済と適法性の確保の関係は多様かつ複雑である。

「コメント」 解釈指針を明示することに賛成する。法の目的を明示していない行政事件訴訟法や行政代執行法がその機能すべき方向すら確知できず、不満足な結果に至っていること、他方、行政不服審査法や地方自治法など法目的が明示されている法規の場合は、それなりに解釈する方向が指し示されているので、議論の前提が大きく食い違うことにはならないからである。また、指摘には反対し、反論を支持する。

第2―9

(2) 国の公金の支出の適法性を確保するための納税者訴訟の創設

《国の公金の支出に対し、訴訟による行政の適法性の確保の機能を拡充する観点から、地方自治法第二四二条の二以下の住

民訴訟に類する制度として、例えば公金の支出に違法があると思われるときに国民が会計検査院に対し公金検査の請求をして会計検査院の判断に不服があれば国民が訴訟で争うなど、国の公金の違法支出に関する納税者訴訟の制度を創設すべきであるとの考え方」

(注) この制度の名称については、納税者訴訟のほかに公金検査訴訟、国民訴訟などの名称を提案する意見がある。

この考え方については、例えば次のような指摘がされている。

ア 会計検査院の憲法上の位置づけを検討する必要がある。

イ 会計検査院と裁判所の役割分担を検討する必要がある。

【コメント】 制度創設に大賛成である。

以上