

# 審議会の分類と設置根拠

— 審議会行政の検討(一) —

池村好道

## Classification of Advisory Committees and Their Bases

Yoshimichi Ikemura

In Japan there are many advisory committees both in the central government and in the local government, and the part played by them in the public administration process is very important. But, at the same time, many political and legal problems are raised by them. Only two of those are dealt with in this paper. One is the classification of advisory committees, and the other is the basis of foundation of such an administrative organ.

### はじめに

(一) 現行国家行政組織法八条は、「第三条の各行政機関には、法律の定める所掌事務の範囲内で、法律又は政令の定めるところにより、重要事項に関する調査審議、不服審査その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務をつかさどらせるための合議制の機関を置くことができる」と定める。そしてこれを承けて現実には、「第三条の各行政機関」、即ち府、省、委員会及び庁(附置庁を含めて)に、行政組織法規又は行政作用法規によって、斯様な合議制機関が実に多数設置されているのである。多くは審議会の名称を付されているが(例えば臨時行政改革推進審議会)、調査会(例えば地方制度調査会)、委員会(例えば航空事故調査委員会)、協議会(例えば地域改善対

策協議会)、審査会(例えば社会保険審査会)、会議(例えば科学技術会議)の名称もみうけられる。総務庁『審議会総覧(平成四年版)』によれば、平成四年六月一日現在でその様な合議制機関の実数は二二二にものぼったことが報告されている。内訳は次の通り。

総理府 二〇 厚生省 二二

総務庁 五 農林水産省 一四

北海道開発庁 一 食糧庁 一

防衛庁 二 林野庁 二

防衛施設庁 一 水産庁 五

経済企画庁 三 通商産業省 二〇

科学技術庁 四 資源エネルギー庁 七

環境庁 五 特許庁 二

沖縄開発庁 一 中小企業庁 四

国土庁 六 運輸省 一一

法務省 七 気象庁 一

外務省 二 郵政省 五

大蔵省 一四 労働省 一四

国税庁 三 建設省 九

文部省 一三 自治省 三

文化庁 四 消防庁 一

府・省及び庁の殆どに、従って行政のほぼあらゆる分野に設置されていることになるが、更にここで注意しなければならぬのは、内閣法

一二条四項に基づき法律によって、内閣の統括の下に、国家行政組織法八条に基づく機関と同種の機関を設置することが可能であるということ（現在あるのは、安全保障会議設置法によって設置され、国防に関する重要事項等を審議する同会議だけであろうかと思われる。但し、これも、議長は内閣総理大臣、議員もすべて大臣という点に特徴がある。例えば嘗ての憲法調査会などは、この部類に属する）、そして、実態としては、何ら法律又は政令に根拠を置くことなく、これらと同様の機能を営む機関が少なからず設置されているということ（所謂「私的諮問機関」の存在）<sup>①</sup>、以上の二点であろう。

従って、ここで、「重要事項に関する調査審議、不服審査その他学識経験を有する者等の合議により処理することが適当な事務をつかさどらせるための合議制の機関」（国家行政組織法八条）を総称するものとして「審議会」の語を用いるとすれば、国レヴェルの行政において審議会は隆盛の感がある。

そして、ここで地方の審議会に目を転じて、少なくとも都道府県レヴェルにおいては、国の場合と事情に大きな隔たりはなさそうである。抑々地方の審議会には、法律又は条例に基づくもの（地方自治法一三八条の四第三項）と事実上のもの（私的諮問機関）とがみられる訳であるが、これらの合計数は、「府県では、少ないところで六〇〜七〇、多いところで一〇〇をこえている」とする報告<sup>②</sup>が、暫く前ではあるが行われているところである。

(二) 如上から明らかな様に、審議会行政という行政スタイルは我が国において幅広く用いられているところであり、我が国を世界有数の審議会行政の国と呼ぶも過言ではなからう<sup>③</sup>。斯かる審議会行政につき、筆者もまた、少しく検討を加えたいと考える。但し、論点の中には、主として法学的（憲法・行政法学的）な解明を迫るものと、主として行政学的なアプローチを要するものとが含まれている。本稿において

は前者のうち、「審議会の分類」と「審議会の設置根拠」という二つの相互に関連する論点のみを扱い、残余の論点及び後者については、稿を改めて順次論じていくこととする。

註(1) 実数の把握は困難を極めるが、例えば杉原泰雄「ブレイン政治

（私的諮問機関）」法セミ三七七号（一九八六年）七八頁によれば、

一九八五年当時、大臣レヴェルの私的諮問機関だけでも五三を数えることが指摘されている。今日でも実情にそっくり大きな変化はなからう。

(2) 加藤幸雄「地方自治体における審議会の問題点」自治研修二五七号（一九八一年）一八頁。但し、規則、規程又は要綱によって設置されたものは別として、純粹に事実上の審議会はカウントされてはいない様である。

(3) 兼子仁「審議会制度と国民参加」法セミ増刊・内閣と官僚（一九七九年）一九三頁、金子正史「審議会行政論」雄川・塩野・園部編・現代行政法大系7（一九八五年）一一三頁参照。

## 一 審議会の分類

(一) 審議会についても、有効な視点（基準）の数だけ分類はありうるというてよい。法律、政令又は条例に基づく審議会とこれらに基づかない事実上の（私的）審議会、という設置の根拠を基準とした分類、国の審議会と地方公共団体の審議会、という所属行政主体を基準とした分類、以上二種の分類については既に示唆したところであるが、これら以外にも数多くの分類がなされうる。

それら多種の分類の中で、ここで先ず組上に載せようとするのは、審議会の審議事項を基準とする分類であり、この点、多くの論者が若干の批判・補訂を加えつつも基本的に適切・有益とみているのは<sup>④</sup>、第一次臨時行政調査会による次の分類<sup>⑤</sup>であるというてよい。

ア 諮問（調査審議）機関—行政官庁の諮問に応じ、またはみずから進んで重要政策、基本的施策等に関する調整審議を行なうもの。これはさらに、行政部外に関連する事項を所掌するもの（憲法調査会、臨時司法制度調査会）と各府省の政策・施策に関する事項を審議するもの（財政制度審議会、通商審議会等）、政策・施策の立案樹立に関するもの（税制調査会、原子力委員会等）と利害の調整に関するもの（米価審議会、電源開発調整審議会等）に分類することができる。

イ 参与（審査・検定）機関—政策を離れ、国民のために法の適用を公正にするため、法令の施行上、行政官庁の意思決定に参加するもの。

これは、許認可等の行政処分に関するもの（運輸審議会、私立大学審議会等）、試験検定・懲戒等に関するもの（公認会計士審査会、弁理士懲戒審査会等）および行政処分に関する異議申立・訴願等に関するもの（恩給審査会、関税訴願審査会等）に分かれるほか、一部には、独立的な権限の行使が認められ、一種の準司法的作用を営むもの（検察官適格審査会、社会保険審査会等）がある。

右の分類につき、筆者もまた適切・有効と考える。この分類は元来、当時の国の審議会について行われたものであるが、今日の国の審議会についても有用であるばかりか、地方の審議会についても、通用力を有しよう。ただ、分類自体及びこれをめぐる学説上の論議に関しては、以下の四点が注意されてしかるべきものと考えられる。

(二—a) 第一に、審議会によつては、複数の所掌（審議）事項なり機能を抱えている場合があるという点であり、その場合には、複数の類型に股がった分類がなされる必要がある。電波監理審議会、医道審議会の如し。

(二—b) 第二に、分類中イの四番目に掲げられている類型（「独立的な権限の行使が認められ、一種の準司法的作用を営むもの」）が何を意味するのかが、必ずしも明らかではない。「独立的な権限の行使が認められ」ているというのは、審議会全般について妥当するところであり、更には、行政委員会をも含めた合議制行政機関の基本的性格ともいえるのであつて、審議会の一部を他と区別する基準とはなさない。同時に、「準司法的作用」という表現に込められた意味も明瞭ではない。紛争の解決に与るといふことを指して「準司法的」というなら、イの第三の類型全体が「準司法的」と呼ぶに相応しくなつてこよう。この点、「準司法的」という表現が、司法手続に準ずる様な厳格さを伴つた審議手続の存在に鑑みて用いられているとすれば、確かに、所掌（審議）事項なり行政過程における機能という分類基準と並んで、これとは異質の分類基準を一部に（イについて）持ち込んでいることになるが、それはそれで説得的であろう。但しその際は、イについての全面的再分類が求められ、例えば、イの第一の類型の具体例として挙げられている運輸審議会をイの第四の類型に属せしめることなども、強ち不合理ともいえなくなつてこよう。

(二—c) 第三に、分類中、具体例の一つとして社会保険審査会が挙げられているが、これは、第一次臨調の検討対象全体（「審議会・調査会・審査会・協議会等の名称を有する合議制機関」）の中でかなり異色の存在であつたはずである、という点である。即ち、社会保険審査会は、現在、健康保険法、船員保険法、厚生年金保険法などの法律上の処分についての審査請求又は再審査請求を取り扱うものとされているが（社会保険審査官及び社会保険審査会法一九条）、不服審査手続における位置づけとしては、それ自身が裁決権を有することとされており（例えば健康保険法八〇条一項・八一条・八三条、厚生年金保険法九〇条一項・九一条・九一条の三）、当時も同様に裁決機関とされていたの

である。これは、他の検討対象の殆どの場合には、行政庁による何らかの行政決定（これは政策決定であつたり、処分決定であつたり、不服申立てに対する決定・裁決であつたりする）のために意見を具申することが任務とされていたのと、大きく異なつていたといえる。この様にみると、検察官に対する内閣又は法務大臣の罷免権の行使にあたり、職務不適か否かを審査して議決を行うこととされていた検察官適格審査会（検察庁法二三条。今日でも同審査会の性格に変わりはない）と同種のものとして、分類中に社会保険審査会が位置づけられたのは、多分に不自然であり、また、社会保険審査会を抑々「行政庁の意思決定に参加するもの」に含ましめるのも、説得的ではなかつたということになる。

この点は、審議会の中に、決定権を有する行政庁の諮問に応じ又は自ら進んでこれに意見を述べるもの（以下「狭義の審議会」と呼んでもよいであろう）と並んで、稀ではあるが自ら決定権（裁決権）を有するものが存在することを、分類中に明確化すべきであつたと考へる。

ところで、今日の審議会の場合も、当時と同様右の狭義の審議会の方が圧倒的多数を占めるとはいへ（例えば、学校教育法六〇条の二により、監督庁が大学設置の認可を行う場合には、大学設置・学校法人審議会に諮問しなければならぬこととされ、恩給法一五条により、総務庁長官が審査請求に対する裁決をなす場合には、恩給審査会に諮問すべきこととされるが如し）、社会保険審査会（既述）、雇用保険法上の処分についての再審査請求に対する裁決を行うこととされる労働保険審査会の様に、裁決権を有する審議会も存在する。地方でも、例えば、建築基準法上の処分等についての審査請求に対する裁決機関にして、都道府県及び特定市町村に置かれる建築審査会は、この部類に属しよう（地方自治法二〇二条の三第四項・別表七）。

そこで次には、この様な特異な存在、即ち第三者的裁決機関たる審

議会は行政組織論上如何に把握すべきか、が問われよう。そしてこの点については既に、斯かる存在は行政（官）庁として行政主体の意思を決定表示するものとみるべきである、とする見解<sup>10</sup>が示されているところであり、また、斯かる存在を「自らが行政主体の意思を決定・表示し、行政委員会と異ならない機能を有するもの」と捉える見解<sup>11</sup>も、同旨と見做してよいであろう。

しかしながら、右の審議会の場合を含め、不服申立てに対する裁決権が与えられていることの一事をもつて、当該行政機関を各省大臣や地方自治法上の執行機関（一三八条の四）などと同様に行政庁と称する（合議制の場合は行政委員会と称する）ことが、果たして妥当であらうか。確かに、裁決機関も行政上の決定機関であることに変わりはないし、その決定は対外性（対私人性）を有する。しかし、裁決機関の決定は、各省大臣等の決定について不服が申し立てられた場合のそれであり、第一次的決定をまつての第二次的性格のものである。その点では寧ろ、裁判作用と共通するところがあるのであつて、この決定的ともいえる相違は看過することができない。更に法技術的にみても、裁決に不可変更力が伴うことは一般の承認するところである<sup>12</sup>。従つて、各省大臣等と裁決機関との間には、なお一線を画すべき理由があるのであつて、裁決機関を行政庁と把握するのは妥当ではあるまい<sup>13</sup>。この意味で、地方自治法が、先に触れた建設審査会や国民健康保険審査会を執行機関（行政庁）の一種たる委員会には含めず、附属機関の一種として扱っているのは、正当と見做しうる。また、斯かる立場に立てば、例えば国税処分についての審査請求に対する裁決権限を有する国税不服審査所長を行政庁（但し独任制）と把握するのは、失当というところになつてこようし（国税通則法七五条・九八条一項等。尚、同法七八条一項は、国税不服審判所が裁決権を有するかの如き文言を用いており、必ずしも正確ではないであろう）、また例えば、人事院を行政庁

(行政委員会)と捉えうるのも、それが不利益処分についての審査請求に対する裁決権(国家公務員法九〇条一項)を認められているからというのではなく、抑々人事行政権を与えられているからなのである、ということにならう(同法同条項の異議申立てに対する決定権も、論拠たりにえようか)。

要するに、国家行政組織法八条又は地方自治法一三八条の四第三項に基づいて設置されている合議制行政機関(審議会)の場合、狹義の審議会が主流的地占を占めてはいるが、これと並んで、不服申立てに対する裁決権を与えられた審議会も散見されるところ、この後者は独自の類型として捉えればよく、これらをも含むべく行政庁概念を拡張するのは妥当ではない、ということである。但し、以上は飽く迄裁決機関たる審議会の組織法上の位置づけに関する議論であつて、これが直ちに争訟法上の論議と結びつく訳ではないことは、言うを俟たない(行政不服審査法上は、斯かる裁決機関も行政庁ということになるし—例えば同法三条二項、行政事件訴訟法上も、斯かる裁決機関が裁決をなせば、それは「裁決をした行政庁」——一条一項——ということにならう)。

(二—d) 第四には、第一次臨調答申が審議会を先ず諮問(調査審議)機関と参与(審査・検定)機関とに大別しているのは、既にみた通りであるが、そこに「諮問」及び「参与」という表現が用いられているせいもあるが、この大分類を行政法学上一般に用いられる諮問機関と参与機関の分類に直結させているのではないかと映る向きが学説上に認められる、という点である。抑々講学上の諮問機関とは、その意見具申(答申、決議等)が行政庁の決定に対して法的拘束力を有する審議会をいい、参与機関とはこれとは異なり、具申された意見を行政庁が決定に際して採用するか否か、またどの程度採用するののかの判断が行政庁の任意に委ねられている様な審議会を指すが、ある論者によれば、第一次臨調の大分類は、斯様な「行政機関の通常の分類基

準に従ったもので正当である」<sup>14</sup>と評価されているのである。

しかし、第一次臨調答申にいう諮問(調査審議)機関を講学上の諮問機関と、第一次臨調答申にいう参与(審査・検定)機関を講学上の参与機関と夫々結びつける思考には、疑問なしとしない。一つには、先述の裁決機関たる審議会は、講学上の諮問・参与という分類には馴染み難いからであり、二つには、裁決機関たる審議会を除き、狹義の審議会に絞つて考えても、地方の審議会は地方自治法一三八条の四第三項によつて執行機関(行政庁)の附属機関と定められ、国の審議会も一般に官庁の附属機関の一種と解されている通り、審議会は尽く行政庁の附属機関として位置づけられるべきであり、従つて、対外的に行政責任(政治責任又は法的責任)を負うべき行政庁にこそ最終的決定権は留保されなければならない、審議会は、第一次臨調答申にいう諮問(調査審議)機関であれ、同じく参与(審査・検定)機関であれ、講学上の諮問機関として把握されるのが原則でなければならないからである。

これに反し、若し第一次臨調答申にいう参与(審査・検定)機関を包括的に講学上の参与機関と解してしまふならば、参与(審査・検定)機関の何れの場合も、審議会の答申等に内容的にみて過誤(違法又は不当)の疑いを抱いたとしても、行政庁としてはこれに拘束されざるを得なくなり、にも拘らず、実際に過誤があつたときには責任は依然として負わねばならないこととなつて、不都合であろう。

この意味で、「審議会は独立の行政委員会と異なり、自ら外部に対して国家意思を表示するものではない。そして、当然の事理として、その意見を行政庁は尊重しなければならないが、原則として、法的意味で拘束されるものではない」<sup>15</sup>との指摘は、正鵠を射たものと見做しうる。要は、①第一次臨調答申における諮問(調査審議)機関及び参与(審査・検定)機関という概念は、前述の如く多少の問題を含み

つつも、説明(分類)概念としては基本的に有用である、①しかし、これらの概念を同時に実用(道具)概念たらしめることには無理がある、ということである。

それでは、諮問機関と参与機関という講学上の且つすぐれて実用的な分類は、何を基準として行われるべきか(無論、分類の対象は狭義の審議会である)。

この点、或る論者は、問題とされる審議会が右二種の機関の何れに属するかの判定に際しては、その審議会に関する法令の文言が、一応ではあるが、基準たりうるとして、次の様に説く。即ち、「諮問に応じ」、「諮問するものとする」、「意見を聞かなければならない」等の文言が用いられていれば、当該審議会は諮問機関、これに対して「議(決)に依り」、「議(決)を経て」、「議(決)に基いて」等の文言が用いられていれば、当該審議会は参与機関と一応は見做されてよいものとされるのである<sup>16)</sup>。議なり議決の文言の存否がある程度重視されていることになる。

ところが、別の論者は、文言は一応の基準という右の論者と基本的に同じ立場に立ちつつ、概ね次の如く述べる。①「議に基づき」、「議に附し」、「議を経て」及び「議により」の四つの用語のうち、「議により」というのが拘束力が最も強く、決定機関は、完全に審議機関の議決に法的に拘束される、②その他三つの用語は、「……の意見を聞き」とか「……にはかつて」というのと同様に、法的には拘束されないことを示す、③但し、「議を経て」というのは、「議により」に近い意味で用いられていることがある、以上である<sup>17)</sup>。

この様にみると、議なり議決の文言が用いられていない場合については、両論者の見解は一致しているが、それらの文言が使用されている場合については、「議(決)により」を別とすれば、両者の間に見解の一致はみられないことになる。換言すれば、現状では(今後は別

問題として)、議又は議決の文言からは殆ど当該審議会の一応の帰属すら導出しえない、ということになりそうであり、文理解釈の機能不全が顕著である。

従って、両者も指摘する通り、審議会の分類にあたっては、問題の審議会に関する法令全体の合理的解釈が重要であり、特に議(決)の文言がみられる場合には、この観点はいくら強調してもしすぎではない、ということになろう。そして、斯様な解釈にあたって特に重視すべきは、次の二つの視点であると考えられる。

第一には、夫々の審議会の設置目的に添った適正な審議会構成がとられていることを前提に(この点については別稿で論ずる)、審議会の審議手続に関してであるが、審議手続が法令により手続的正義に適うよう厳格に定められていれば、当該審議会を参与機関と認めて差し支えなからう、ということである。何となれば、手続の厳格化の度合が深まるにつれ、審議会の答申等の正当性、信頼性は高まっていくといえるからである。この点で大いに示唆的なのは、群馬中央バス事件における東京地裁判決であろう。即ち、運輸審議会の性質につきこの判決は、委員の任命に両議院の同意が要求されている点、厳格な兼業禁止が定められている点、公聴会主義の原則的採用などの諸点を考慮した上で、同審議会は法形式的には諮問機関にすぎないとしても、自動車運送事業等の事業の免許及びその取消し等の事案に関する限り、実質上参与機関と認められると判示したのであった<sup>18)</sup>。また、電波法九三条の四に基づき電波法における異議申立てを審議する電波監理審議会を参与機関と解す際に、審議会の行政審判手続(同法八六条以下)を引き合いに出す学説<sup>19)</sup>も、先の意味で同様に高く評価されよう<sup>20)</sup>。とはいえ、どの程度の審議手続までは諮問機関であり、どの程度を超えれば参与機関と見做しうるのかの問題は、依然として残ろう。判例の集積に期待するところ大であるが、今のところ筆者は、利害関係人

に意見を述べ、証拠を提出する機会を供することの保障の存否が一応の基準となりうるのではないかと考える。

第二には、審議会の行政過程において占める位置なり機能を重視しなければならぬであろう。この様な視点の必要性を強く意識させるのは、地方自治体における所謂情報公開審査会の存在である。

即ち、各自治体の所謂情報公開条例の殆どは、情報非公開決定に対する不服申立てについて、実施機関に対する異議申立て又は審査請求がなされるものとすると同時に、実施機関の附属機関として「情報公開審査会」なり「公文書公開審査会」といった名称の所謂情報公開審査会を共同設置し、不服申立てがあったときは、実施機関が斯かる審査会への諮問、それからの答申を経て決定又は裁決をなすこととしているのであるが、その際の答申と決定・裁決の関係についての条例の定め方は、実に区々なのである。「諮問する」と規定するもの（東京都）、「審査を経て」と規定するもの（長野県）、「報告の趣旨に沿って」と規定するもの（緒方町）、「これ〔答申〕を尊重して」と規定するもの（大阪府）、「決議を尊重して」と規定するもの（春日市）、「議に基づいて」と規定するもの（川崎市）、「議を経て」と規定するもの（神奈川県）など多様である。

しかしこの点は、条例の文言に左右されることなく一律に、情報公開審査会を参与機関と捉えていくことが肝要と思われる。理由を約めれば、①非公開決定が違法又は不当であったとしても、私人は問題の情報を目にしないままであるから、違法性又は不当性を端的に指摘しえない、②情報公開審査会は自ら問題の情報を検分しうるのであり、非公開決定の違法又は不当を十分に衝くことができる訳であるが、同審査会が諮問機関であるとすると、実施機関としては答申とは異なる決定・裁決を行なうことができる、③総じて、不服審査の段階では情報公開請求権の実質的保障が大幅に欠けることになる、以上である。

確かに、この請求権の実質的保障は裁判所に期待すべし、との主張も生じえようが、情報は多くの場合時間の経過とともに価値を喪失したり減ぜられたりすることを考慮すると、司法的救済は必ずしも有効とはいえない。この様に、情報公開審査会の果たすべき機能からすれば、それは挙げて参与機関と見做されるべきなのである。

以上の意味では、先に触れた東京地判が、日本国有鉄道の運賃及び料金の設定、変更に係わる運輸審議会の審議を、法案の立案のための参考資料と捉えて、同審査会を諮問機関と見做したのは、一理あるところである。

註(4) 例えば、佐藤功「審議会—行政法講座第四卷(一九六五年)一〇

二頁、金子・前掲論文一二四頁、室井力「諮問行政」同・行政改革の法理(一九八二年)九六頁参照。

(5) この分類は、昭和三十九年九月に第一次臨時行政調査会が提出した答申に含まれる「中央省庁に関する改革意見」の「審議会等について」と題される第二編の中に見い出される。分類を含む答申全体は、行政管理研究センター・行政改革のビジョンI(一九七七年)に収められている。

(6) 佐藤・前掲論文一〇二頁、金子・前掲論文二二四頁参照。

(7) 電波法九九条の二によれば、電波監理審議会は、電波及び放送の規律に関する事務に関する事項を調査審議し、郵政大臣に必要な勧告をなす外、郵政大臣等の処分に対する不服申立てについて、審査及び議決をなすものとされる。また、医師法二五条の定めるところによれば、医道審議会は、厚生大臣による医師免許の取消し等の処分につき事前に調査審議するとともに、医道の向上に関する重要事項を調査審議する。

(8) 佐藤・前掲論文一〇三頁参照。

- (9) 田中二郎・行政法上巻(一九七四年)二七一頁は、運輸審議会手続を準司法的手続とみている。
- (10) 佐藤・前掲論文二〇〇頁。同旨、田中・行政法中巻(一九七六年)三二頁。但し、田中・要説行政法(一九七三年)五三頁は、斯かる存在を行政庁とは異なり、争訟の審査判定のみをすることを任務とする機関と捉え、これを「審査判定機関」と呼んでもいる。
- (11) 金子・前掲論文二二五頁。
- (12) 田中・前掲書(註9)一三四頁、原田尚彦・行政法要論(一九八六年)一一二頁。
- (13) 管見は、「対談・情報公開と救済制度」情報公開と現代(法セミ増刊・一九八二年)三四頁以下における兼子仁教授の発言に示唆を得ている。
- (14) 佐藤・前掲論文一〇三頁。
- (15) 塩野宏・行政法I(一九九一年)二二六頁。
- (16) 金子・前掲論文二二六頁。尚、佐藤・前掲論文一〇六頁もほぼ同旨であるが、「議(決)」に限らず「決定」の文言の存在も、審議会を一応参与機関と見做す根拠たりうるとしている様である。
- (17) 林修三・法令用語の常識(一九八八年)二三頁以下。氏が法制実務にながく係わってこられたことは、言うまでもない。
- (18) 東京地判昭三八・一二・五行裁例集一四卷一二号二二五頁。運輸審議会設置法六条一項は、「運輸大臣は、左に掲げる事項について必要な措置をする場合には、運輸審議会にはかり、その決定を尊重して、これをしなければならない」と定めていたが、これを含めて現行法上「運輸大臣が運輸審議会の決定に拘束される旨を定めた規定がない」として、東京地判は、先ず同審議会を法形式的に諮問機関としたのであった。しかし、結論的に同審議会を参与機関と見做す過程で、「決定を尊重して」の文言の存在を一つの論拠として示しており、それで

は何故最初に法形式的には諮問機関と解したのかにつき、多少疑問が残る。尚、本件高裁判決及び最高裁判決については、別稿で扱う予定である。

(19) 塩野・前掲書二二七頁。

(20) 尤も、電波法九三条の四は、「電波監理審議会は、第九十三条の調書及び意見書に基き、事案についての決定案を議決しなければならぬ」とし、同法九四条一項は、「郵政大臣は、第九十三条の四の議決があったときは、……その議決により異議申立てについての決定を行う」と規定するが。

## 二 審議会の設置根拠

(一) 審議会に、法律、政令又は条例に根拠をもつもの(公的審議会)とそうでないもの(私的審議会)との区別が認められることは、既に述べた。そこでここに、果たして法律等の根拠なくして事実上に審議会を設置することが許されるのかの問題が、先ずあろう。また、公的審議会を国のものと地方のものに分けて考えた場合、地方の審議会は法律又は条例によって設置されるものとされており(地方自治法一三八条の四第三項)<sup>21)</sup>、これについて何ら違憲の問題はなからうが、国の審議会は国家行政組織法八条により、法律又は政令によって設置可能とされているところ、昭和五八年法七七号による同法改正前は、法律によってのみ設置しうるものとされていたのである。ここに、法律設置から法律又は政令設置への移行について、違憲の問題が生ずる余地はないであろうか(内閣法一二条四項に違憲の疑いは生じまい)。これら二つの問題につき、以下に検討しよう。

(二) 私的審議会は、行政庁の政策形成に関与するものとして、国にも地方にもみられるところであるが、特に国レベルで数多く設置

されているのが実情であり、たとえば昭和六〇年には、大臣レヴェルのものに各省庁レヴェルのものを合わせると、その数は数百にのぼったと報告されている<sup>22)</sup>。この様な私的審議会には、全く事実上に設置されているものの外、閣議決定(了解)、省令、規則、要綱などに基づくものも存しよう。

ところで、(行政庁が政策決定に際し学識経験者などから個別に意見を聴くことは、許されてよいと考えられるし、従って、複数の者を一堂に集めて意見を聴することも禁ぜられる謂れはないであろう。しかし、それら「懇談会」や「研究会」などは、公的政策の形式に係わるという点では公的審議会と同様の役割を演ずる訳であり、そこで、その庶務を行政庁の補助機関が掌ったり、公費によって報酬等を支出するなど、運営が公費の支出による限りは(現実にはこれが多い様である)、これらを公的諮問機関と同視すべきではなからうか。従って、それらを法律、政令又は条例に基づくことなく設置することは、脱法行為的色彩を帯び、許されないものと解される<sup>23)</sup>。

これは他方で、私費で運営されるものであれば、私的審議会の設置も何ら禁ぜられるものではない、ということの意味するし、その様なものであれば、構成と委員選任の基準を明確化・客観化しておくことは、確かに政策形成上は理想的ではあるが、そうでなければならぬというものでもなからう。ただそれ丈に、議会及び国(住)民としては、私的審議会が世論又は専門知識を充分に反映する様構成されているか、それとも行政庁(の地位にある公務員)の親しい財界人や学者などによって構成されているのかを、注視する必要がある<sup>24)</sup>。

(三) 昭和五八年改正前の国家行政組織法は、その八条一項で、府、省、委員会及び庁には内部部局の外、「法律の定める所掌事務の範囲内で、特に必要がある場合においては、法律の定めるところにより、審議会又は協議会(諮問的又は調査的なもの等……)……を置くこ

とができる」と定めていた。現行法八条がこれに対し、その様な機関を「法律又は政令の定めるところにより」設置することができるとしていることは、既に再三にわたり触れたところである。国会の関与を排し、行政権単独で審議会を組織することが認められたことになる。そして、この様な措置は、官房、局及び部の設置の完全政令事項化(現行法七条五項)などと並んで講ぜられたものであり、昭和五七年第二次臨時行政調査会「行政改革に関する第三次答申」<sup>25)</sup>が主張する行政組織規制の弾力化の具体化の一環としての意味をもつ。

ここに、斯様な審議会設置の一部政令事項化(設置の「法律又は政令」事項化は、完全政令事項化を認める趣旨ではなかったし、全面的政令設置は、今日でも許容されてはいないものとみるべきである<sup>26)</sup>。また、改正前も、例えば恩給法一五条一項が「内閣総理大臣……恩給審査会二諮問スヘシ」と定め、同二項が「恩給審査会ニ関スル規程ハ政令ヲ以テ之ヲ定ム」としていた様に、法律事項化は、審議会につきすべて法律が定めることまで要求するものではない)には、日本国憲法に照らして何ら違憲の問題は生じないであろうか。

この点、学説上一般的には、「審議会を法律事項とするか政令事項とするかは、まったく立法政策の問題であ」<sup>27)</sup>ると解されている様である。この一般的学説によれば、完全政令事項化に違憲の問題はないのであるから、当然一部政令事項化につき違憲を問う余地はないことになる。そこで、完全政令事項化が本当に違憲の問題を生じないのかを、ここで検討してみよう。その帰趨から、国家行政組織法八条の評価も導出されることになる。

この点、右学説は、完全政令事項化が国民主権主義(前文・一条)、国会の国権の最高機関性(四一条)、官制大権の定め(明治憲法一〇条)の欠如などに反するものではないと説くところ、この主張は肯認されてよいし、反論も水掛け論を惹起するだけであろう。しかし、憲法上

の法治主義又は法律による行政の原理の観点からは、次に述べる様に、全面的政令事項化について、違憲の疑いを完全には払拭できない様に見えるのである。

この点抑々、法治主義・法律による行政の原理の中心的構成要素たる「法律の留保」の妥当範囲については、これまで頻繁に論ぜられてきたところであり、そこに全部留保説、権力留保説、侵害留保説などの諸説が生み出されてきているのは、周知の通りである。しかし、従来の議論に特徴的なのは、結論的には何れの立場を採るにしても、そこには、法律の留保という場合の法律とは、作用法的意味の形式的法律を意味するという前提的認識が共有されてきている、という点である<sup>(28)</sup>。即ち、行政組織を構成する際に法律の根拠が求められるか否かの問題は、法律の留保の観点からは、全くといていい程意識されてきてはいないのである。

(四) ところが、法律の留保論の母国ドイツでは、①既に一九世紀立憲制の下で法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) が論ぜられる様になった当初から、その一環として制度的法律の留保 (institutioneller Gesetzesvorbehalt) の問題、即ち行政組織の形成、変更及び廃止における法律の根拠の要否の問題が取り上げられてきたという点、及び②法律の留保の問題については現在、重大性説 (Wesentlichkeitstheorie) が連邦憲法裁判所の判例となっている<sup>(29)</sup>という点で、我国とは事情が異なるのである。

右の第一点については、極く大掴みに、一九世紀においては組織権は基本的には行政府にあるとされ、ヴァイマル期にも行政府の家宅財産 (Hausgut) が語られて理論状況に殆ど変化はなかったが、基本法下では立法府の組織権を拡張しようというのが理論的主潮である、とされる<sup>(30)</sup>。

第二点の重大性説とは、行政活動に対する法律の根拠の要否は、行

政活動が公共又は私人にとって重大 (wesentlich, bedeutend, gewichtig, grundlegend u. s. w.) であるか否かによって決まるとする理論であり、極めて重大であれば法律が排他的に規律すべきであり、単に重大というのであれば、法律に基づいて行政府が規律しようとするとなるが、重大でない場合は法律の根拠は不要である、とする考え方である。

要するに、法律の留保を立法府の規律密度 (Regelungsdichte) の問題として捉える理論であり (委任立法の限界の問題とも係わってくる)、多くの学説の支持を得てはいるが<sup>(31)</sup>、この理論自体から具体的問題に対する一義的解答を引き出すことは困難であることもあって、一步踏み込んで、この理論を行政の組織権の領域へと適用した学説は、殆どみられない。それ丈に、次の H・マウラーの見解<sup>(32)</sup>は注目に値しよう。彼によれば、組織権の帰属の問題は憲法規定によって判定されるべきであるが、憲法規定が欠けたり不完全な場合は<sup>(33)</sup>、法律の留保の理論に照らして判断されるべきであるとされ、そこで重大性説に従うなら、①行政主体の設立は、国家制度にとつての重大な決定にあたるから、常に法律又は法律に基づく命令によらねばならず、②行政庁の設置は、管轄権の確定を伴うから原則として同じく法律の根拠を要し、③行政庁の下での行政機関の設置には法律の根拠は必要ではない、ということになるとされる。

(五) 右のドイツの理論状況を踏まえた上で、ここで次の様になることができる。

第一に、従来我国では、私人の権利保障に関しては、実体法律の整備と事後的裁判的救済の充実に主眼が置かれてきたが、これで果たして権利保障が十全かといえ、そうではない。即ち、事前に実体法的に違法又は不当に行政権が行使されるのを抑止し、以て事前的権利保障をはかる仕組みが欠落するからである。この欠陥を補うものとして

近時行政法学上確固たる地歩を固めつつあるのが、行政手続法律の整備であるといえるが、これと並んで、行政組織の適正且つ民主的な構成もまた、同様の機能を担うものとして重視されるべきなのである。その意味で、審議会を含む行政組織の構成と議会による統制という問題、ドイツ的にいえば制度的法律の留保の問題は、我国でも今日、本格的に検討されてしかるべき課題であろう。

第二には、法律の根拠の要否に関する先のマウラーの見解は、日本国憲法上組織権に関する規定が殆どみられないこともあり(例外としては、六六条一項参照)、重大性説に従うべきかは別として、ほぼそのまま我国でも受容されてよいであろう。しかしそうすると、審議会の設置には法律の根拠は不要ということになり、審議会の完全政令事項化に違憲の問題はなく、国家行政組織法八条にも何ら違憲の問題は生じないことに帰着しそうである(同じことは地方の審議会についても妥当し、設置を全面的に政令又は規則に委ねることも違憲ではないということになろう)。だが、審議会には、先に述べた通り、第三者的裁決機関が含まれ、これは、国家意思を決定する機関なのである。また、審議会の中でも参与機関は、行政庁による行政主体の意思の決定と表示とを實質的に決定づけるものなのである。従って、この二者は、法律の根拠の要否という観点からは、寧ろ行政庁と同視されるべき存在といつてよい。この意味で、裁決機関又は参与機関たる審議会の設置は法律事項というのが憲法上の要請といつてよく、政令設置には違憲の疑いが濃いのである。とすれば、国家行政組織法八条が審議会の設置について「法律又は政令」によるべきことを定めていること自体が直ちに違憲ということにはならないが、運用次第では違憲の問題が生じうるのであり、政令設置の運用には慎重な配慮が求められる、ということになろう<sup>34)</sup>。

(一六) ところで、右に検討した通り、審議会の大半を占める諮問機

関については、設置、改組又は廃止が法律によらねばならぬというのが憲法上の要請であるとは解されない。従って、設置等の根拠を何とするかは、議会の裁量に委ねられるとみて差し支えなからう。諮問機関の設置等をすべて法律事項とするも、逆にすべて政令事項とするも、或いはそれらの折衷形態を採用するも、何ら違憲ではない。しかしながら、その時々々の諮問機関(より広くは行政)をめぐる客観的諸条件に徴して、立法政策としてそれらのどれを採用するのが最も合理的か、という問題は依然として残ろう。

この点、昭和五八年の国家行政組織法改正時には、立法政策として、「法律又は政令」による設置等の立場が採用されたのであるが、この立法政策の変更の理由はといえば、抑々広くこの時の同法改正は、前年七月の先に触れた第二次臨調の第三次答申の忠実な具体化であったのであり<sup>35)</sup>、これもまた、同答申の中に見い出すことができる。要するに、「行政需要の変化に即応した行政組織の機動的、弾力的、効率的編成及び運営を図るため」には、「行政組織規制を弾力化する」こと、即ち行政組織の自律機能の強化が必要である、というにある<sup>36)</sup>。

これに対してはしかし、「機動的・弾力的・効率的行政組織の編成の必要性というようなかつてと同じ理由づけの繰り返しだけでは説得的とはいえない」<sup>37)</sup>との批判があるところである。この批判は、第二回国会(昭和三年)に政府が提出した国家行政組織法案においては、諮問機関を含めて審議会の設置は政令事項とされ、その理由としては行政部の便宜、行政の機動性が語られていたのであるが、国会の批判、就中参議院の抵抗にあつて、設置は法律事項へと改められた、という経緯<sup>38)</sup>を踏まえてのものである。

右の批判は正当といふべきである。蓋し、国家行政組織法制定時には、行政の即応性確保という主張は、国会のコントロールを通じた民主的行政の確保という要求の前に完全に席を譲った訳であり、今日

(昭和五八年当時) 行政の即応性確保にもそれなりの(一部政令事項化を可能とする様な) 評価がなされるべきであるというのであれば、諮問機関制度(或いは行政全般)をめぐる客観的諸条件の変化が実証的に示されて当然であるからである。これにつき、例えば「現在の議院内閣制の成熟度合や社会経済情勢」<sup>(26)</sup>といった抽象論を述べるだけでは、充分とはいえぬであらう。加えて、政令設置の承認には、諮問機関の濫設という危惧を拭い去ることができない(改正前の国家行政組織法八条一項は、「特に必要がある場合において」審議会を設置するものとしていたが、現行法八条では「特に」の文言が削除されてもいる)のであって、昭和五八年の立法政策の変更には、それが不当ではないかとの疑問が残るところである。

何れにせよ、現行国家行政組織法八条の「法律又は政令」による諮問機関の設置というのは、政令設置に相当の枠をはめた上で採用された立法政策である<sup>(27)</sup>と見做される。政令設置が常例とならないことが望まれる。

註(21) 尤も、同法二〇二条の三は、必置の附属機関につき、法律の定めるところにより設置するものと並んで、法律に基づく政令の定めるところにより設置するものを規定する。しかし、後者については、昭和二七年同法改正当時現に存した政令設置の附属機関にして、暫定的存置を認められたものであると解されている。金子・前掲論文一二二頁、鈴木・川村編・実務地方自治法講座6(一九九〇年)二九二頁等。

(22) 杉原・前掲論文七八乃至七九頁。

(23) 室井・前掲論文一〇〇頁参照。

(24) 杉原・前掲論文七八頁は、中曽根政権下で本文の後者の私的審議会が多用されたことを、批判的に紹介している。

(25) 自研五八巻九号(一九八二年)一三〇頁以下に、答申の全文が掲

載されている。

(26) 「法律又は政令」による設置を認めたことが、審議会の完全政令事項化を意図したものでなかったことについては、増島俊之「国家行政組織法改正の意義(下)」自研六〇巻三号(一九八四年)二二頁参照。特に、従来各省庁設置法のみで設置されていた審議会のうち、①自ら国家意思を決定表示する機能を有するもの、②機関の構成員に国会議員を充てるもの、③国会同意等構成員任命に特別の定めがあるもの、④関係大臣から諮問を受ける等設置省庁の所掌事務の範囲を越えるもの、以上については従来通り各省庁設置法で設置することとされたことは、重要である。この基準は、今日の審議会の設置等についても羈束的であらう。

(27) 金子・前掲論文一二八頁。同旨、室井・前掲論文九九頁。佐藤・行政組織法(一九七九年)一四一頁は、審議会の設置を法律で定める必要はないとしても、法律の委任に基づくのが憲法の要請であるとする。しかし、国家行政組織法が、審議会の定めを政令によることとしても違憲ではないとしているところからすれば、結局は同旨といえよう。

(28) 例えば、田中・前掲行政法中巻一九九頁は、「いわゆる法治主義とか法律による行政といわれる場合の法律というのは、行政作用そのものの根拠又は基準を定めるものを指すことはいうまでもない」とし、塩野・前掲書五八頁は、法律を組織規範、規制規範及び根拠規範に分けた上で、法律の留保論というのは根拠規範、つまり行政活動をするに際して特別に根拠となるような規範に関するものである」とする。

(29) BVerfGE 49, 89; 61, 270.

(30) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, S. 480.

(31) Z. B. Erichsen / Martens (Herausgeber), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 50; Maurer, a. a. O., S. 96.

- (32) Maurer, a. a. O., S. 104, 479ff.
- (33) マウラーによれば、組織権に関する基本法八七条及び八六条二項の定めは、完結的な規定ではないとされている。
- (34) 尚、法律の留保を含む法律による行政の原理なり法治主義は、ドイツでは、基本法二〇条三項にその根拠が求められるのが通例である。我国では、根拠は日本国憲法七三条一号に求められてよいし、個々の条文とは別に、日本国憲法が法治国家体制を基本原理としていることを指摘することで足りるともいえよう。
- (35) 増島「国家行政組織法改正の意義(上)」自研六〇巻二号(一九八四年)四八頁。
- (36) 昭和三十九年の第一次臨調答申も、「弾力性」の確保、「円滑な行政運営」の観点から、審議会の設置を原則として政令によらしめることを勧告している。
- (37) 金子・前掲論文一三二頁。
- (38) 佐藤・前掲書一〇三頁以下参照。
- (39) 増島・前掲論文(註35)五七頁。
- (40) 第二次臨調答申は、審議会のうちでも、「不服審査、個別具体的な行政処分に関するもの、その他法律により規制すべき特段の事由のあるもの」については、設置・改廃は法律事項であるべきであるとする。尚、註26及びそこに掲げた増島論文も参照されるべきである。