

# 答申の欠缺と手続的瑕疵

— 審議会行政の検討 (二) —

池村 好道

## The Lack of a Report and the Procedural Error Made by an Advisory Committee

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, lots of political and legal problems are raised by them. Among those legal problems is included the problem of how an error in the advisory committee procedure affects the validity of an administrative act. Concerning this problem several points should be examined. Only two of them are dealt with in this paper. One is the relationship between the lack of a report and the validity of an administrative act, and the other is the effect of a procedural error made by an advisory committee upon the validity of a report.

### 一 審議会手続の瑕疵論と本稿の課題

(一) 審議会行政という我国において幅広く用いられている行政スタイルを巡る諸問題は、主として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に大別されるところ、筆者は、前者のうちの一つの問題に検討を加えた<sup>①</sup>のに続き、「審議会手続の瑕疵論」という前者に含まれるいま一つの問題を取扱おうとするものである。即ち、諮問、審議、答申という審議会の手続に瑕疵が存する場合、この瑕疵は答申後に行政庁が発給すべき行政行為の効力に如何なる影響をもたらすのか、というのがそこでの課題であつ

て、左の二点を前提としたものである。

① 審議会は、行政庁による何らかの行政決定のために意見を具申する目的で設置される、というのが通例であるが、これに尽きる訳ではない。稀ではあるが、自ら決定権(但し、裁決権)を有するものも存在する。国レベルでの社会保険審査会や労働保険審査会、地方レベルでの建築審査会の如し<sup>②</sup>。これら裁決機関たる審議会の場合にも、無論、審議会手続の瑕疵は考えうるところではあるが、主流的地位を占める審議会の場合とは異なり、審議会手続に更に行政庁による行政決定が続く訳ではない。この意味で、一口に審議会手続の瑕疵論とはいっても、主流的審議会の場合と裁決権を有する審議会の場合と

では、様相は異なる。その意味で、裁決機関たる審議会の瑕疵の問題は特に取上げないこととする。ただ、行政決定の効力を論ずる前提として答申の効力を問題とする限りでは、裁決の瑕疵論は示唆に富んでいよう。とはいっても、裁決の瑕疵論は、裁決が裁判に準ずる作用であることを考慮しつつ構成されるべきものであることが、看過されてはならぬ。

② 主流的(典型的)審議会は、行政庁による行政決定のために意見を具申(答申)することを任務とするが、審議会手続後に行政庁によって行われる行政決定は、その性質からみて一様ではない。これは、政策・施策決定の場合もあれば、行政行為(の決定)の場合もある(例えば学校教育法六〇条によれば、監督庁は、大学について設置基準を定める場合には、大学審議会に諮問しなければならぬし、同法六〇条の二によれば、大学設置の認可を行う場合には、監督庁は、大学設置・学校法人審議会に諮問しなければならない)。更には、不服申立てに対する裁決、決定ということもある(例えば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ものとされる。また、多くの所謂情報公開条例においては、非公開決定に対して不服申立てがなされた場合、裁決、決定前に所謂情報公開審査会に対して諮問すべきものとされている)。この点では、右の三種の行政決定のうち行政行為の効力の問題を主位的なものと捉えるが、抽象的決定と具体的決定、一次的決定と二次的決定という相違はあるものの、行政行為の効力について妥当する法理を他の行政決定の場合に適用してはならないという理由は、少なくとも手続面に關する限りは、原則的には存在しないものと見做しうる。

(二) 現実に設置されている審議会の中には、本来の設置目的に添った構成、運営が行われているとはいえないものも少なからず存在し、かかる事情をも反映してか、審議会行政に關する文献は比較的豊

富である。しかし、その様な状況下で、審議会手続の瑕疵と行政行為の効力の問題に關して従来充分な議論が展開されてきたかという点になると、解答は否定的とならざるを得まい。即ち、審議会手続に關する各種瑕疵は統一的に把握されることなく、例えば審議会の組織に關する瑕疵(欠格者の参加など)は主体に關する瑕疵の問題に吸収され、例えば「諮問を欠く行為」は手続に關する瑕疵論の一環として論及されてきたところであるし、また、正当に組織されない審議会の行為の効力は粗上に載せられても、これに続く行政行為の効力の問題は一般に等閑に付せられてきたのである。要するに、審議会手続の瑕疵と行政行為の効力の問題は、それとして本格的に論究されてはこなかったのである。手続法的発想、行政手続の瑕疵論に對する関心の薄さも背景にあらうが、当然のこととして、この問題を巡る論点の整理が殆ど行われてはこなかったのである<sup>2)</sup>。

そこで、右の問題を論ずるにあたっては、先ず論点整理より始めなければならぬが、それには、一九七六年(西)ドイツ行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25.5.1976)がこの課題に對して如何なる態度を示しているかが、参酌に値するであろう。

同法は、「法規により協力の職に任せられた委員会が、行政行為の発給のために定められた議決を行わず、又は議決能力を有しなかった」という理由をもってしては、行政行為は無効とはならない、と規定する(四四三条三項三号)。同法上の行政行為の絶対的取消原因に關する定めの一つであり、委員会手続の瑕疵は一樣に後続の行政行為の取消事由となるものとされている。ここに委員会(Ausschub)とは、一般に広義に捉えられ、それは委員会、審議会及びその他合議制組織(Ausschüsse, Beiräte und andere kollegiale Einrichtungen)を含むものと解されている<sup>3)</sup>。但し、(合議制)官庁たる委員会には含まれない<sup>4)</sup>。また、法規によらない委員会の議決の場合は、これを欠いても

その限りでは行政行為は適法というのが、連邦行政裁判所の採る見解である<sup>(5)</sup>。

次に同法は、手続的瑕疵の追完行為 (Nachholung) による治癒 (Heilung) について定める中で、委員会の議決が事後に行われた場合、行政行為は最早違法ではなく適法となる旨を規定している (四五一条一項四号)。但し、この追完による瑕疵の治癒の制度には時間的制限が加えられており、それは、前置手続 (Vorverfahren) の終了まで、又は同手続が行われない時は行政訴訟の提起までである (四五条二項)。

更に、委員会の議決に瑕疵があっても追完が行われないとき又は追完行為が不完全なときを含めて、一般に取消原因たる手続的瑕疵を主張して行政行為の取消訴訟が提起された場合につき、同法は、事案において別様の決定が行われる可能性がない場合には、取消判決が下されてはならないことを定めている (四六条)。

以上が、「審議会手続の瑕疵と行政行為の効力」の問題に対するドイツ行政手続法の解答の概要であるが、ここでは、①審議会手続の瑕疵は、態様を問わず、常に行政行為の取消原因になるものとされておられ、無効原因と見做されることはないということ、②審議会手続の瑕疵はしかしながら、一定の時間的制限の下で追完によって治療されることとが承認されていること、③審議会手続の瑕疵が認められても、実際に取消判決が下されるか否かについては微妙な態度が採られていること、以上の三点を確認することができる。

ドイツ法制の内容的当否 (多分に立法政策的当否) は一応措くとして、我国での問題解決を探る場合、ドイツ法制をも素材として、次の様に論点を提示、整理しうるのではないかと思量される。

① 審議会の議決等、延いては答申が欠けたまま行政行為が発給された場合と、議決等は行われたがそれに瑕疵が存する場合とは、区

別して行政行為の効力を考えてみる必要があろう (以下でも同様であるが、結論的にドイツ法制と同内容に解すべきことになるかは、ここでは不問である)。というのは、議決等が欠けた場合にはストレートに行政行為の効力の問題を考へうるが、瑕疵ある議決等の場合には、先ずは議決等の効力、次いで行政行為の効力という具合に、二段階で論ずることが適切とみられるからである。尚、議決等の効力を考へる場合は、合議制機関、就中独立的行政機関の性格を共有する行政委員会の手続的瑕疵を伴う決定の効果が如何に理解されているか、が参考とされてよい。

② 右の①の如くに行政行為の効果を検討する場合、当該審議会の行政庁との関係、即ち諮問機関か参与機関か等の視点を持ちこむことは、方法論的には妥当であらう。

③ 審議会手続の瑕疵の追完による治癒の問題の解決には、行政行為が発給後行政訴訟提起前の過程をドイツ同様に把握しうるか否か、という点の検討が大きく作用しよう。

④ 取消訴訟における審議会手続の瑕疵という論点については、手続違反に対する制裁、取消訴訟の本質と私人の利益といった観点が重要である。

以上の論点及び視角を踏まえた上で、審議会手続の瑕疵論、即ち審議会手続の瑕疵と行政行為の効力という課題の検討に移らう。但し、紙幅の制約もあり、本稿では先ず、答申が欠けたまま発給された行政行為の効力、審議手続に瑕疵がある場合の議決等 (答申) の効力、という二つの問題のみを取上げることとする。

## 註

(1) 池村「審議会の分類と設置根拠」本誌四五集 (一九九三年) 三三頁以下。

(2) 金子正史「審議会行政論 雄川―塩野―園部編」現代行政法体系7(一九八五年)一―三頁以下は、この点で意欲的論稿といえよう。本稿もこれに多くの教示を得ているが、論点整理の面で必ずしも十全とはいえないように感ぜられる。

(3) Z.B. Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., Rdn. 3.4 zu § 45.

(4) Knack, a. a. O., Rdn. 6.3 zu § 44.

(5) BVerwGE 49, 214.

## 二 答申の欠缺と行政行為の効力

(一) 法令上行政庁に対して審議会への諮問が義務づけられている場合に(必要的諮問)、諮問を行うことなく行政庁が行政行為を発給するとすれば、行政行為の効力はどうなるのであろうか。審議会が諮問機関の場合と参与機関の場合とで分かって検討しよう。

まず参与機関の場合、審議会は確かに行政庁ではなく、行政主体の意思を決定・表示する権限を有するものではない。しかしながら、審議会の答申は行政庁の決定を法的に拘束するものであり、行政庁の決定内容を実質的に決定づけるものである以上は、審議会の行政過程において果たす役割には極めて大きいものが認められる。この極めて大きな役割・権限を行政庁が無視することは許されないのであろう。その意味で、行政庁が諮問を行わず単独で発給した行政行為は無効と解することができるが、我国の学説が一般に無効説に立っている(6)のは正当といえよう。

問題は審議会が諮問機関の場合である。この点代表的学説(7)は、諮問を欠く行政行為の問題を解決するに当たって、諮問機関が利害関係者の立場を保護する目的をもつ場合と、単に行政行為の内容を適当な

らしめる目的をもつ場合とに二分した上で、前者の場合諮問を欠くことは行政行為の無効原因となるが、後者の場合はこれを欠いても行政行為の効力に影響はないものと解してきた。

この見解につき筆者は、右の二分論自体に問題があるとは考えないし、利害関係人の権利・利益の保護を目的とした諮問機関の場合に諮問を欠くことは行政行為を無効ならしめる、という見方に異見をもつものでもない。ただ、単に処分内容を適正・妥当なものとするための諮問機関の場合に、諮問を欠くことは行政行為の効力に影響を及ぼすものではない、との主張には些か疑義を呈したい。即ち、確かに、諮問機関全般につき、その答申は行政庁の決定を法的に拘束するものではなく、行政庁としては答申通りの決定を行うことも、それとは異なつた決定を行うことも、法的には可能である。答申通りの決定を行った場合にも、違法・不当の問題があれば、それは行政庁自身の責任であることも確かである。しかし、これらの点は飽く迄、組織法上審議会を参与機関と諮問機関とに識別するメルクマールにすぎないのであって、そこから、諮問機関の答申を経ない行政行為の効力に関する法理が当然に導出される訳ではない。また、処分の適正という目的が解決策に直結する訳でもない。若し先の様な主張が妥当だということであれば、法令が諮問機関への諮問を任意的なものに止めず、行政庁の決定の手續的慎重を期す趣旨から、これを必要なものたらしめた意義は失なわれよう。斯くして、諮問機関への諮問を欠く行政行為の中に違法でないものを見出すことは困難なのであって、単に処分内容の適正・妥当を目的とした諮問機関の場合には、諮問を欠くことを行政行為の取消原因と見做すのが合理的であらう(8)。

この点で、群馬中央バス事件最高裁判決が、運輸審議会を運輸大臣の諮問機関と位置づけた上で、「一般に、行政庁が行政処分をするにあつて、諮問機関に諮問し、その決定を尊重して処分をしなければな

らない旨を法が定めているのは、処分行政庁が、諮問機関の決定（答申）を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的な理由のないかぎりこれに反する処分をしないように要求することにより、当該行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保することを法が所期しているためであると考えられるから、かかる場合における諮問機関に対する諮問の経由は、極めて重大な意義を有するものというべく、したがって、行政処分が諮問を経ないでなされた場合はもちろん、……違法法として取消をまぬがれないこととなるものと解するのが相当である」（傍点筆者）と判示して、諮問機関たる運輸審議会の「審理手続ないし判断の内容に違法事由があつたとしても、そのことは行政庁の行政処分自体を違法ならしめるものとはいえない」<sup>(9)</sup>とする本件控訴審の判断を覆している点は、評価に値しよう。

加えてここで、先の二分論の具体的運用についても若干の指摘が必要とされよう。つまり、一方で権利利益の保護を目的とした諮問機関、他方で単に処分内容の適正を担保するための諮問機関とはいっても、「利害関係人の利害と無関係に行政目的を思考することができるとか」という疑問<sup>(10)</sup>が生ずるのである。事後的抗告訴訟手続と事前的諮問手続とで公益・私益の区別を同じくせしめなければならぬという必然性がないとすれば、諮問手続にあっては、裁判手続の場合以上に、「公益は私益の総和」という考え方が強調されてよいと思われる。この意味では、利害関係者の保護を目的とした諮問機関か否かの判定にあたり、行政手続法上の聴聞手続（同法一五条以下）に準ずる手続、即ち直接の利害関係者の意見を聴する仕組みが整えられているか否かを基準とすべきではなからう。諮問手続は本来は議会型の手続であつて、裁判手続を範とした聴聞手続に準ずる様な手続は、極度に限定された範囲でしか見出すことができなからである。寧ろ、諮問機関に利益代表者による利益代表の仕組みがくみ込まれておれば、それは

利害関係者保護を目的とした諮問機関とみて差し支えないということにならう<sup>(11)</sup>。

この点、土地区画整理委員会の意見を聞かずに行われた換地処分につき、最高裁判所はこれを無効ではないと判示しており<sup>(12)</sup>、また、土地区画整理委員会の意見聴取は利害関係人の立場の保護を目的としたものではないとして、この最高裁の判断を支持する見解<sup>(13)</sup>もあるが、同委員会は区画整理施行区域内の土地所有者及び借地権者によって選挙された者から構成される点などに鑑みると、諮問手続は、利害関係者保護の目的に仕えるものと見做すのが妥当であつて、同委員会への諮問は処分の有効要件と解すべきであらう<sup>(14)</sup>。

(三) 以上とは別に、行政庁としては審議会に対して諮問をしたが、委員間の意見対立等何らかの事情により予定した時期までに答申がなく、そこで行政庁は答申のないまま行政行為を発給した、というケースが考えられるが、この場合の行政行為の効力は如何に捉えられるべきか。

参与機関については、それが行政庁の意思決定を實質的に左右するものである点からすると、行政庁は、答申懈怠の理由の如何を問わず、答申なしには行政行為を発給しえないものと解することができる、これに反する場合、行政行為は無効と見做されよう。この場合は、審議会委員の懲戒責任を問う余地がある（国公法八二条二号、地公法二九条一項二号）。但し、これは法令に関係する定めがない場合であつて、例えば「審議会の同意を得て処分又は決定をすべき場合において、審議会が同一議題について再度招集されても、正当な理由がなく会議を開かないときは、その同意を得ないで処分又は決定をすることができるとする」（土地区画整理法六四条後段）といった法令による調整がはかられている場合には、これに依るを妨げないであらう。

次に諮問機関については、事情は多少異なるらう。勿論、立法的調整

がはかられている場合は（例えば土地区画整理法六四条前段は、一定の場合には審議会の「意見を聞かずに処分又は決定をすることができ（ことを定める）」、これに依ることとなるが、問題は法令に定めがない場合である。

ところで、行政行為の中には、一定期間内に行われなければならないが、その期間の経過後は不作為が違法と扱われるという性格のものが存在する。不利益処分についても考えうるところであるが、典型は申請に対する処分であり、不作為が「相当の期間」を徒過すればそれは違法とされる（行訴法三条五項。行審法二条二項も同様。「相当の期間」は客観的に判断されるべきであるが、この判断にあたって今後は、行政手続法六条の「標準処理期間」が一定の意味をもってこよう）。しかし、斯様な性格を有しない行政行為の場合は勿論、その様な性格の行政行為であっても一定期間内であれば、行政行為を何時発給するかは判断は、要件事実の認定及び法律効果の決定が羈束、裁量の何れに属するかを問わず、行政庁の裁量に委ねられているものと考られよう<sup>(6)</sup>（一定期間経過後に不作為が違法となるというのは、裁量権の踰越・濫用を法定化したものとも見做されよう）。従ってそこには、行政行為発給時の設定に関する限り、違法の問題は生じない。斯かる場合に、諮問義務を履行したにも拘らず、何らかの事情で設定した発給時に間に合うべく答申がなされていないとしたら、行政庁としては単独で行政行為を発給しえないのか、がここでの検討課題であるが、これを消極に解するならば不都合であろう。蓋し、行政行為発給時に関する裁量的決定権は行政庁に専属するものと解すべきであり、若し行政庁の決定した発給時期に見合う様答申がないときに、行政庁は未だ行政行為を発給しえないとすれば、諮問機関が右行政庁の専属的権限を篡奪することとなって不合理だからである。この意味で先の課題は積極に解すべきであり、答申なしの行政行為も違法とはいえぬであろう。但

し、答申が未だない事態にあつて、違法の問題を生ぜしめない範囲で行政庁が行政行為発給時期を延引しつつ答申を待つことが可能であれば、そうする方が審議会（諮問機関）行政の目的には相応しいとはいえよう（特に、審議会が正常な活動を行うも、答申に若干の遅れが予想される場合など）。

しかし、右の様に答申なしの行政行為も適法とはいっても、これは、行政庁により、充分な審議時間を考慮した上で答申時期の決定と行政行為発給時の決定がなされていることを前提としよう。従つてこの前提を欠くときは、答申抜き職権による行政行為は違法（前述の如く、諮問機関の性質に依りて無効又は取消しうべきもの）と見做されてよい<sup>(7)</sup>。

## 註

(6) 例えば田中二郎・行政法総論（一九七三年）三四六頁、同・新版行政法上巻全訂第二版（一九七四年）一四四頁、金子・前掲論文一四七頁、小高剛「審議会と行政手続」行政判例百選Ⅱ（第三版・一九九三年）二五三頁。

(7) 田中・前掲書（総論）三五二頁、同・前掲書（上巻）一四七乃至八頁。尚、金子・前掲論文一五四頁は、この代表学説を「少なくとも違法法となるとする」学説と見做しているが、誤解が含まれていよう。外間寛「諮問手続の瑕疵」山内雄川編・演習行政法（一九七四年）六〇頁、利光大一「土地区画整理委員会の意見聴取」行政判例百選Ⅱ（第三版・一九九三年）二四九頁参照。

(8) 同旨、金子・前掲論文一五四頁。

(9) 最判昭五〇・五・二九民集一九卷五号六六二頁。尚、この様な審議会は依然として単なる諮問機関というためには、伝統的な諮問機関概念が大幅に修正される必要があるとする指摘もあるが（奥平康弘「行政に

おける適正手続要件の形成」判時七八九号（一九七五年）一二七頁）、本来諮問機関概念が、諮問手続の瑕疵の問題についてまで実用的効果をもつものとして設定されているのが、先ず問われるべきものと考へられる。

(10) 東京高判昭四二・七・二五行裁例集一八卷七号一〇一四頁。

(11) 小高剛・前掲論文二五三頁。

(12) 同旨、兼子仁「土地区画整理委員会の意見をきかない行政処分」の瑕疵」行政判例百選Ⅰ（一九七九年）二二三頁、金子・前掲論文一五五頁。

(13) 最判昭三一・一・二七民集一〇卷一〇号一四六八頁。同旨、仙台高判昭三五・五・二二行裁例集一〇卷五号一六二二頁。尚、最高裁判決は、諮問を処分の有効要件とは解さない理由として、特別都市計画法施行規則上、施行者の諮問に対して土地区画整理委員会が招集に応ぜず又は意見を提出しない等の場合に、施行者が直ちに処分をなす旨の定めがあることから、諮問は一応の手続として要求されたものにするにすぎない、と説示している。しかし、答申を経なくともよい場合を定めることは、答申を経ない行政行為も適法と見做される場合がありうることを認めることに外ならず、答申を経なければならぬにも拘らず、それを経ずして発給された行政行為について、その効果までを定めるものではないであろう。

(14) 塩野宏・法学協会雑誌七五卷四号（一九五八年）一四〇頁。

(15) 同旨、兼子・前掲論文二二三頁、利光・前掲論文二四九頁、金子・前掲論文一四〇頁等。

(16) 最判昭五七・四・二三民集三六卷四号七二七頁は、確認行為について発給時期に関する裁量の存在を指摘する。「時の裁量」に関する本格的議論を喚起するものとして、塩野・行政法Ⅰ（第二版・一九九四年）一〇九頁参照。

(17) この意味で、東京地決昭四〇・四・二二判時四〇六号二六頁が、厚生

大臣が中央社会保険医療協議会の答申を得ないで行った診療報酬引上げに関する職権告示を巡る事件につき、諮問に充分な審議期間が与えられたものとは認めたいとした上で、「中医協が諮問案を審議するにつき十分な審議をいまだ経過していない場合には、委員間に意見の対立があり実質的審議はもろろん審議方法すらまともでないからといって、もはや本件諮問について答申を得ることは困難であると即断することはできず、まして答申を待たずに本件告示をすることが正当化されるべきいわれもない」と説示し、また、「中医協の答申を待つことができなほど診療報酬の緊急是正の実施が遷延を許さない事情にあった」とは認められないものと説示している点は、評価されてよい。

### 三 審議手続の瑕疵と答申の効力

ここで問題とされるのは、行政庁による諮問がなされ、続いて審議会による審議及び行政庁への答申は行われたが、審議手続に瑕疵があったという場合、答申の効力は如何に把握されるべきか、という点である。答申に基づく行政行為の効力を追って検討する際の前提的論題である。この点抑々、審議手続が全体として適法といいうるためには、一般的にも様々な法定要件が充足されなければならぬ。即ち、適法な招集行為がなされることに始まり、定足数、表決数、欠格者の排除等々、各種の要件が充たされなければならない。加えて審議会によっては、公聴会が適法に開催される必要があるなど、特別の要件の充足が要請される。従って本来は、様々な手続要件のすべてについて瑕疵と答申の効力との関係が問われるべきであるが、諸般の制約から、以下では代表的な手続的瑕疵についてのみ、これが答申の効力に及ぼす影響を検討することとする。

(一) 欠格者の参加と答申の効力 審議会を含め一般に合議機関

の審議に欠格者が参加した場合に、合議機関による答申等の行為の効力がどうなるか、という点を巡っては、学説・判例上に大別して三種の立場がみられる。第一は、欠格者を参加させなされた議決も、欠格者の投票を控除してもなお結果に影響を及ぼさない場合には効力を妨げられない<sup>18)</sup>、とする立場であり、美濃部説も「無効となるのは唯それ等の人の投票のみで、全体の決議が無効となるのではない。随つて若しそれ等の投票を除いても尚過半数を得た場合には決議の効力は之が為に妨げられることのないのは当然<sup>19)</sup>」であると説く。欠格者の参加も行為(答申等)の効力には原則として影響なしとみる見解であるが、欠格者の投票を控除して行為の内容に影響が出る場合に、行為の効果を如何なるものと考えべきか(無効か取消しすべきものか)については、必ずしも明確にされてはいない。

第二の立場に関しては、先ず、地区農地委員会が農地買収計画樹立を決議するにあたって利害関係者が同委員会の会長として関与した事件について、最高裁判所<sup>20)</sup>が示した見解をみてみよう。これによれば、農地委員会の決議の瑕疵は重大性を欠き、従つて、農地買収計画樹立決議は違法ではあつても無効とはならないものとされている。そこで、この見解をもつて、欠格者の参加を合議機関の行為の取消原因にすぎないものとする立場と見做す向きもある<sup>21)</sup>。この点成程最高裁は、本件「瑕疵は同決議を無効ならしめるほどの重大な違法とはいえない」と判示している。しかし、最高裁が、利害関係者(小作人)の参加を無効原因とはみない理由として、農地委員会の裁量権行使の範囲が比較的限定されていること等を挙げている点よりするならば、本件最高裁が、合議機関一般について、欠格者の参加を行為(答申等)の取消原因に止まるものとみていると判断することはできず、精々、原則として取消原因になるものと見做していると理解すべきであらう。また、本件第一審判決が、欠格者の参加によつて決議は違法ではあつても、

全員異議なく一致して決議が成立し、欠格者が何ら特別な発言をしていないのであれば、欠格者が参加しなかつたとしても同一の決議が成立した筈であるから、無効となるものではないと判示しているのも、最高裁とアプローチは異なるとはいえ、決議が無効となりうることを示唆したものと考えられよう。

これらに対して第三の立場は、欠格者の参加は原則として答申等を無効ならしめると説くものであり、学説上は田中説<sup>22)</sup>が代表的であるが、下級審判例も少なからずこの立場を採る<sup>23)</sup>。

欠格者の参加も、原則としては審議会等の行為の効果に影響はないとみるのは、答申等の公正・妥当を確保する上で最も重視されるべき審議手続上の要件の一つが、欠格者の除外に外ならないことに鑑みれば、失当と言わざるを得ず、従つて第一説は支持しえないところであるが、第二説についてはどうであらうか。この点、農地委員会の決議に関する先の最高裁判決の様に、裁量の幅が狭い場合には欠格者の参加も取消原因に止まるものとみるのは、説得力に欠けるところがある。欠格者の不参加の場合には、狭い裁量権の範囲ではあつても、答申等の内容に変更がもたらされる可能性は、裁量の幅が広いときと同様に残るからである<sup>24)</sup>。そこで、同事件の一審判決を参考にして考えると、欠格者の意思表示を控除しても答申等の内容に変更がなく、且つ欠格者が何ら答申等の内容に影響を及ぼす発言を行わなかつたという場合には、欠格者が不参加であつても、常に必ず同じ答申等が行われたはずである、と断定することができるのであれば、答申等を原則取消しうべきもの、例外的に無効なるものと見做すこともでき、第二説にも領けなくはない。この点確かに、この様な場合、欠格者が不参加でも同一の答申等が行われたという可能性は高いであらう。しかし、その様な可能性は高いだけなのであつて、異なつた答申等がなされた可能性は皆無ではないのである。寧ろ、欠格者が何ら発言をしない場合で



あつても、審議への参加自体が他の委員等に対して影響を与え、公正な審議を妨げることも大いにありうるのである<sup>25)</sup>。以上から、欠格者の参加を原則無効原因とみる第三説をもって正当としよう<sup>26)</sup>。

(二) 持廻り決議の効力 審議会を含め合議制行政機関に於て、持廻り決議を法令或いは会議規則が定めている例は殆どないにも拘らず、それは現実には極めて頻繁に用いられているとされる。現実はそのれとして、法的究明が必要である。

この点行政委員会に關してではあるが、二名の公安委員（公安委員會議則上は會議の定足数は二名とされていた）が直接一堂に會して會議を開き議決することなく、持廻りの方法によつて運転免許取消処分を決定した事案につき、この様な審査判定手続は違法であるとする裁判例<sup>27)</sup>がある。その理由として、公安委員會議則からすると、「公安委員會が職権を行使するには、各公安委員が直接一堂に會して會議を開き、その議決によることを要するのであつて、これと異なり持ちまわりの方法によつて會議を開き、その議決によつて職権を行使することは、本来予定するところでない」と解される。ことに、本件事案のように、当該取消処分の結果に影響を与える可能性のある事項のなかに事實認定上微妙なものが含まれ、被処分者においてこれを争う意思を有しているような場合には、各公安委員が直接一堂に會して慎重に合議することがとりわけ重要である」と述べている点を含め、妥当といえようし、審議会についても同様に解して差支えなからう。

ただここに、審議会による持廻り決議、従つて答申は取消しうべきものか、無効なのかの問題が残る。この点を明確に判示する裁判例は数多くはない様であるが、それ丈に、県知事が温泉法上の動力装置の設置許可を行うにあたり、温泉審議会の持廻り決議しか經由しておらず、會議を開催しなかつたという事件につき、最高裁判所が、温泉法等の規定に徴すれば、同審議会の意見は適法有効なものとはいえず、

無効であると判示していることは、注目に値する<sup>28)</sup>。①審議会の審議は、専門技術的事項や利害調整を必要とする事項につき、充分な資料に基づき徹底した討議がなされるために行われるものであるから、持廻り決議というのは、この審議会の理念を没却するものであり、②持廻り決議は、決定（答申）を一定方向に向かわせる方途として機能することが多いであろうし、審議会が多くの場合は自前の事務局をもたず（自治法二〇二条の三第三項参照）、且つ決議案（答申案）作成への事務局の関与が現実には極めて強い点からするならば、持廻り決議には審議会の御用機関化が特に強く懸念される、以上の点からみて、最高裁が説く様に、持廻り決議（及び答申）は無効と解するのが妥当であろう。また、この様に考えると、法令等が持廻り決議の方法を定めていたとしても、それには、立法政策的当否の域をこえて、適正手続（*due process*）の原理に反するのではないかという疑問すら生じよう。

(三) 公開義務違反と答申の効力 我國の現状では、審議会全般について審議の公開・非公開を法令が定めている例は少なく（公開を定めるものとしては、例えば海区漁業調整委員會<sup>29)</sup>についての漁業法一〇一条三項）、多くの場合は審議会自身が決するところとされており、現実には、審議会は原則として非公開とされているようである<sup>30)</sup>。しかし、この様な状況は、審議会行政の民主化、審議会による公正・妥当な決定（答申）の確保という要請からすれば、決して満足のいくものではなく、改善は焦眉の急であろう。この点では、情報（公文書）公開制度が、期待も込めて、着実に制度化の道を歩んでいるということが、想起されてよい。無論、情報公開制度は有形情報の公開のためのものであり、審議会の審議の公開は無形情報の公開であつて、両者間には違いがある。しかし、両者は共に、行政情報の公開であり、国民（住民）による監視を通じて行政の公正・妥当をはかるといふ目的を持ち、更には「知らしむべからず倚らしむべし」といふ我國の伝

統的行政體質を抜本的に改めることに寄与する制度に外ならないとすれば、この似て非なる両制度の現状の隠微ならざる差異は、看過することができないであろう。

確かに、審議会の審議の公開にはデメリットも認めざるを得まい。これに関ししばしば指摘されるのは、傍聴人の圧力により委員の率直且つ主体的な意見表明が阻害されるという点である。情報公開制度において所謂決定過程情報(内部情報)の秘匿を正当化する理由として、米国で、「法的又は政策的事項を忌憚なく討議し、これを文書化する」というのは、若し討議が公開されてしまふならば阻害されてしまふであろうし、結果として定立される決定及び政策は粗末なものとなつてしまふであろう」<sup>28)</sup>し、「我々の経験が教えるところによれば、自己の発言が世間に知られることを予想する者は、見かけに気をとられ、率直なものいいを控えてしまふものであり、…結果的に決定過程に打撃を与えてしまふことになるのである」<sup>29)</sup>と説示されるのと、同様の思考である。加えて、不確定な情報の公開は外部に対して無用の誤解を与え、混乱を招く、という指摘もありえよう。

だが、傍聴者の圧力が過度に高まつて、審議の妨げとなる場合には、退場を命ずることが可能であればよく、この様な例外的事情がない場合にあって、公開すれば率直且つ主体的な意見表明が阻害され、答申の質の低下を招くと説くのは、矢張り無理があろう。寧ろ、委員としての適格性がそこでは問われうる(これは、決定過程情報の非公開問題についても妥当しよう)。また、不確定情報であることが審議非公開の理由となりうるかについても、国民(住民)側が経過情報であるとの認識をもっていることは、充分に期待されるところであるから、否定的に捉えてよいであろう。更に、審議が他者のプライバシーを問題とせざるを得ないなど、非公開を正当化しうる事由が存する場合には、その範囲で審議を非公開とすればよいだけである。(因に公文書

公開についていえば、部分的非公開措置が妥当といえようか)。従つて、ここに審議会の会議の公開を定める米国の一九七二年連邦諮問委員会法(Federal Advisory Committee Act)を引き合いに出すまでもなく、我国でも、審議会の審議の原則公開に向けての法整備が強く望まれるところである。

以上、立法政策的色彩の強い論議を行つてきたが、これは他面では、審議会の公開に対する要求が、現状では如何に弱いものであるかを示しているともいえる。公開義務違反と答申の効力を問題とする限りは、それを問題としない訳にはいかぬであろう。従つて、現状では、審議会の公開義務違反は答申を違法ならしめるものとはいへ、その無効までも招来するものではない、と結論づけるのが妥当と考えられる。この点学説上には、海区漁業調整委員会が非公開のまま審議、議決し、漁業免許を与えるか否かについて知事に答申するとすれば、この議決(及び答申)自体は無効であるとの考え<sup>30)</sup>もみられるが、俄には首肯し難い。また、教育「委員会の公開」ということは、公開すること自体によつて会議の公正を保持するために設けられている制度であつて、現実に傍聴人がいると否とを問わないのであるから、仮に傍聴人も傍聴希望者もいなかつたとしても、非公開であれば「瑕疵が生じ、この非公開の瑕疵は極めて重大な瑕疵であるとする裁判例」<sup>31)</sup>も存するところであるが、行政委員会の会議の公開要求が、審議会について述べたところと基本的に異質なのかという問題意識の下では、公開義務違反は瑕疵の重大性の要件を充たし、従つて決定を無効ならしめる、と解しうるかについては、大いに疑問の残るところである<sup>32)</sup>。

## 註

(18) 行判大一一・二・一六行判録六六頁。尚、松山地判昭五三・四・二五  
判時八九一号三五三頁は、問題となつた代理出席は認められないが、代

理出席者を除いても定足数を割ることはなく、且つ決議に關し異議、反對者はいなかったとして、決議は違法とはならないとしている。

- (19) 美濃部達吉・評釈公法判例体系上巻（一九三三年）一一八頁。  
 (20) 最判昭三八・一一・一二民集一七卷一二号一六八二頁。同旨、徳島地判昭四三・八・一〇訟務月報一四卷一十一号二二九頁。  
 (21) 南川諦弘「合議体の構成」行政判例百選Ⅰ（第三版・一九九三年）八一頁。  
 (22) 田中・前掲書（総論）三四六頁。  
 (23) 例えは松山地判昭二四・一一・一七行裁月報三三三号一一三頁、千葉地判昭三二・五・二八行裁例集八卷五号八〇〇頁、徳島地判昭三七・六・二九行裁例集一三卷六号一〇六〇頁、東京地判昭三六・二・二二行裁例集一二卷二号二〇四頁。  
 (24) 最高裁は、事後の手続の存在、農地売渡しのための農地委員会の議決をも、瑕疵を取消原因と見做す理由として指摘するが、問題の瑕疵が行為（買取計画）に及ぼす影響と事後の手続の存否とは、本来切り離して論ずるべきであらう。  
 (25) 田中・前掲書（総論）三四六頁参照。  
 (26) 同旨、金子・前掲論文一四二頁。  
 (27) 浦和地判昭四九・一一・一一行裁例集二五卷一二号一五四六頁。  
 (28) 最判昭四六・一・一二民集二五卷一号四五頁。本件一審及び二審判決も審議会の決議を無効としている。尚、本件においてはこれとは別に、追完による瑕疵の治癒の問題及び許可の効力の問題が含まれているが、これらの問題の検討については稿を改めること本稿冒頭部に記した通りである。  
 (29) 海区漁業調整委員会は、入漁権の設定にかかわる裁定（漁業法四五条）を行うなど、行政庁としての地位を有する場合があり、地方自治法もこれを考慮して同委員会を執行機関と位置づけているが（一八〇条の五

第二項四号）、都道府県知事による漁業権の設定などに関しては、審議会としての権限を有するに止まる（漁業法一〇・一二条参照）。

- (30) 金子・前掲論文一四五頁。  
 (31) NLRB v. Sears, Roebuck & Co., 421 U.S. 132 (1975); United States v. Nixon, 418 U.S. 683(1974).  
 (32) 外間・前掲論文五九頁。  
 (33) 京都地判昭三〇・三・五行裁例集六卷三号七二八頁。  
 (34) 更には、行政委員会の審議公開についての我国の法意識が必ずしも強いとはいえないとすれば、審議の非公開が抑々違法となるのか否かについても、限定的に解されざるをえない。この点、旧教育委員会法の下で教育委員会が秘密会で免職処分議決をした場合に、秘密会で審議する旨の議決に公開違反の瑕疵があっても、秘密会にする議決を公開の会議で行うことが議決の公正確保のために実質的にさして重要な意義を有せず、また全く秘密裡にされたものとはいえないなどの事情がある場合には、この瑕疵は免職処分を取消すべきものとはいえない、との最高裁判所の判断（最判昭四九・一二・一〇民集二八卷一〇号一八六八頁）は、一応是認しうるであらう。しかし、収用委員会が審理期日において、土地所有者、起業者の双方に自由且つ率直に意見を述べさせる必要上、関係者双方を交互に退席させた措置を、妥当なものとはいえないが、違法とまではいえないと判示した判決（松江地判昭四五・三・二五行裁例集二一巻三号六〇三頁）については、審理の公正を害する虞その他公益上の必要を認めることは困難であり、土地収用法六二条違反にして違法といえるのではないかという疑義が残る。

#### 四 結びにかえて

以上、法令により義務づけられた諮問が行われぬまま行政行為が発

給された場合や、諮問は行われたが答申がなく、そこで答申抜きで行政行為が発給された場合に、行政行為の効力はどうかの問題、及び審議会の審議手続に瑕疵がある場合の答申の効力は如何に把握されるべきかの問題につき、少しく検討を加えてきた。ここに最後に、ドイツ法制との関連について若干触れておこう。

とはいっても、後者の問題の検討は、違法な答申に基づき発給された行政行為の効力如何という課題に迫るための前提として行われたものであり、従って、審議会手続に瑕疵があった場合の行政行為は総て取消しうべきものに止まる、というドイツ法制（行政手続法四四条三項（三号後段）との異同をこの段階で云々することは、必ずしも適切ではなからう。対して、前者の問題の検討結果は、ドイツ法制との相違を明らかにしている。答申を欠く行政行為は、審議会が参与機関の場合は無効となり、それが諮問機関のときは無効又は取消しうべきものとなる、というのが検討結果の骨子であり、ドイツ法制（行政手続法四四条三項（三号前段））では、答申の欠缺も行政行為の取消原因とされているからである。この点はしかし、両者の何れかが不当であるということには直ちにはならぬ。即ち、この両者間の開きは、行政行為との関係における審議会答申の重要性、従ってまた答申の欠缺の重大性に関する認識が、日独両国間で同一でなければならぬとは必ずしもいえないことから、一応の説明がつくものと考えられるからである。