

# 参加権の行政法的考察

韓 昌善 (中国延辺大学法学院講師)

## はじめに

現代において、激しい社会の要請を受けて行政の在り方は静態的ものではなく、社会変化に応じて動的に変化すべきである。そして、当然に行政法学において、このような社会の変化への行政の対応は、行政作用の形式およびその手段の選択によりどのように権利利益保障が図られるのかに関心が寄せられる<sup>(1)</sup>。

本稿では、現代行政法学において、行政の役割の複雑化から行政活動にかかわる利害関係を有する第三者の権利利益をどのように保護すればいいのかという疑問を抱きながら、まず、行政過程への私人の参加を中心に参加論に関する議論を取り上げる。日本において、「参加」に関する議論は、1960 年ごろから盛んに盛り上がった住民参加や市民参加という政治的議論が始まりである。そして、その議論について、法学的観点から構成する必要が要請され、住民参加を公法（憲法・行政法）学の対象に取り込んで議論が展開した<sup>(2)</sup>。1990 年代からはアメリカ法の影響を受けて、公正な事前行政手続の法理として個別的手続的権利の保障として個人の手続的参加が展開されてきた<sup>(3)</sup>。このような歴史的背景から、行政法学における「参加」論には住民参加と個人の手続的参加が含まれている。住民参加であろうと、個人の手続的参加であろうと、共通点としているのは、行政過程への「参加」には行政から侵害されるおそれがある私人（行政相手方）の権利利益の保護を基礎付けようとする

---

(1) 紙野健二・市橋克哉『現代行政法（第2版）』（法律文化社、2004年）3頁。

(2) 横山信二「参加論の憲法学的考察」(大島商船高等専門学校紀要 15号、1982年) 119頁。

(3) 小高剛『住民参加手続の法理』（有斐閣、1977年）1 - 2頁。

るものである。この参加の性質と係る行政法の課題として、「一定の行政活動にかかわる『利害関係を有する第三者』の範囲をどこまで認め、どのような『適正手続』的な参加資格を承認していくか」が挙げられる<sup>(4)</sup>。

そして、以上の議論を踏まえ、行政過程への私人の参加の性質について考察する。その具体的な素材として情報公開における私人の参加について考察する。たとえば、行政機関における情報公開制度の下では、行政が保有している情報について、私人から開示請求があった場合、その情報は原則開示すべきであるが、開示請求者または第三者（「情報公開法」に基づく開示請求を受けて開示決定がなされた場合に、開示請求者以外の当該開示決定の情報と利害関係を有する者）の権利利益の保護あるいは公益の保護のために、例外として非開示とする場合がある。ただし、非開示の情報であっても公益上の理由による裁量的開示が認められる場合もある。たとえば、日本の行政機関情報公開法においては、不開示情報（5条）、部分開示（6条）、公益上の理由による裁量的開示（7条）、第三者に対する意見聴取（13条）などに行政に広範な裁量権を与える規定が置かれている。つまり、情報公開において常に原則開示と例外不開示をめぐって公益と私益との利益衡量がなされている。

しかし、利益衡量の際、行政側に開示あるいは不開示にするか否かについて広範な裁量権が与えられている。もちろん、現代行政法的考え方として行政の広範な裁量権を抑制するためには行政過程への私人の参加が予定されている。

ところが、そのような参加が不十分で私人の権利利益を実質的に保護することができるかどうかは疑問のあるところである。もし、その参加が不十分であると、行政が下した開示または不開示処分は適正なものとはいえないの

---

(4) 角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）29頁。

で、私人の権利利益が侵害されるおそれがある。

本稿では、以上のような疑問を抱きながら、複数的に行われる行政活動にかかわる利害関係を有する私人の権利利益の保護に着目して、行政過程における私人の参加について考察し、参加権の行政法的再構築を検討したい。

## 一 「参加」に関する議論の基礎

現代において国家は国民の生活を保護する義務を果たしている。現代的民主主義は参加民主主義ともいわれ、より効果的に私人の権利利益を保護するために、行政意思形成過程への私人の参加を認めている。そして、日本では手続上の視点から住民参加・利害関係者の参加について多く論じられている。

住民参加に関する議論は、すでに述べたように日本では 1960 年代末から 1970 年代に盛んに行われた。田村悦一教授は、住民参加概念を「地方公共団体の行政運営の諸過程において、住民の発言権が確保される組織と構造」であると定義した<sup>(5)</sup>。たとえば、憲法 95 条に定めている特別法の住民投票、地方自治法に定める直接請求制度や住民監査請求制度などがその例として挙げられる。当時の日本において、行政手続への利害関係者の参加の理論は、主に住民参加に対応するもので、他方、行政の民主化の要請から行政手続の私人の参加を認める余地もあるが、その内容は雑然で、統一性が見られなかった<sup>(6)</sup>。具体的に説明すると、日本の場合、行政の適正手続を認める憲法上の明文の根拠規定がないため、当初は民主化の要請から個人タクシー事件の最高裁判決（昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁）にも示されたように、実定行政法規（本件では、旧道路運送法 122 条の 2）に行政手続への利害関係者の参加が認められている。つまり、実定行政法規が行政手続に定めていない限り、憲法上の法理として私人の手続的権利を保障することができな

---

(5) 田村悦一「地方自治と住民参加」（公法研究 43 号、1981 年）121 頁。

(6) 小高・前掲注 (3)、5 頁。

い<sup>(7)</sup>。伝統的行政法の原理である「法律による行政」原理の下では、行政が法律の定めるところに従わなければならない、行政が法律に反する行為を行ってはならず（法律の優越）、違法な行政処分に対しては、事後の裁判所の救済を求めることが、こんにちでも最も基本的な原則である。

しかし、社会の変化に応じて現代の行政がますます複雑になって、法律による行政のコントロールが難しくなり、行政目的達成のために、行政に広汎な裁量が拡がる傾向があるため、「手続による行政」の原理から、これら行政処分の相手方やその処分によって影響を受ける第三者などに事前の手続的権利の保障として、処分理由を告知し、自己の権利利益を守るために主張を述べる機会を与えるなど、現代行政法の領域で事前手続の整備の重要性が強く認識されるようになった<sup>(8)</sup>。

この種の適正手続の母法である英米法では、「法の支配」の原理の下では、私人の権利義務を判断するのは裁判所の権限であるという観念もあって、原則として行政による司法的な手続には、適正手続の保障によって司法権の審査を受けなければならない<sup>(9)</sup>。たとえば、アメリカでは、手続の適正は、行政手続にも及び、憲法上明文規定で保障されている。個別の法律上の行政手続の規定の有無にかかわらず、憲法上の法理として私人に手続的権利を保障することができる<sup>(10)</sup>。

しかし、日本の場合、行政手続の適正については憲法上の明文根拠がない。個人タクシー事件の最高裁判決にも示されたように、実定行政法規に行政手続への利害関係者の参加が認められている。つまり、実定行政法規に行政手続について定めがあれば、憲法上の法理として私人の手続的権利を保障することができる<sup>(11)</sup>。すでに述べているように、問題は、このような実体法原理

---

(7) 同上、6頁。

(8) 遠藤博也『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011年）141頁。

(9) 同上、142頁。

(10) 小高・前掲注(3)、5-6頁。

の充実だけではたして私人の権利利益を実質的に保護することができるかどうかである。

以上述べたことを踏まえ、私人の権利利益を保護するために、事前的救済を図る行政手続について考察しなければならない。この点について、行政手続の具体的な形態としての参加権の問題について考察を行う。

## 二 行政過程における私人の参加

ここでは、まず、行政過程における私人の地位の性質を明らかにする。そして、行政活動にかかわる利害関係を有する第三者の権利利益を保護する見地から、その具体的な形態として情報公開における私人の参加権の問題について考察してみたい。

### (1) 行政過程における私人の地位の性質

現代社会における国家任務の拡大に伴って行政が複雑多様化しつつあり、行政過程における私人の地位も変化した。まず、行政過程における私人の地位として、私人は、行政の違法な公権力行使によって権利利益が侵害された場合、裁判所によって違法な行政処分を取消、あるいは損害賠償により金銭的救済を求める防御的地位（消極的地位）に立つ。なお、かつては、行政の直接の名宛人ではない第三者の利益は法の反射的利益と解されたが、現在では、このような利益は法が直接に保護する利益と解する事例があらわれるようになり、第三者にも行政処分の取消しを認める法的地位が認められるようになった。その一例が長沼ナイキ基地訴訟である。最高裁は「保安林の指定を解除しようとする場合に、右の『直接の利害関係を有する者』がこれに異

---

(11) 同上、6 頁。なお、成田新法事件最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 卷 5 号 437 頁は「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続でないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当でない」と、遠回しではあるが、憲法 31 条は行政手続にも適用されることを認めている。

議があるときは、意見書を提出し、公開の聴聞手続に参加することができる」とし、保安林の指定解除によって生活利益が害される不特定多数者（住民）のうち一定範囲の者の「保護すべき個人の個別的利益」は、指定解除という行政処分による直接の利害関係者としてその利益を主張する法的地位を有するとした（最判昭和 57 年 9 月 9 日民集 36 卷 9 号 1679 頁）。この第三者（私人）の法的利益は、この防御的地位が実質的に保障されるよう主張するために意見書を提出し聴聞手続に参加することによって能動的に国家、公共団体の決定前に参加し、政策決定に参加する地位に立つ。かかる地位を能動的地位といい、個人タクシー事件や長沼ナイキ基地訴訟は、私人の手続上の利益を「法律上の利益」（行訴法 9 条 1 項）と解釈し、私人は行政の単なる客体ではなく、能動的に行政過程に参加する権利を「法律上の利益」と認めた。かかる地位を行政決定への参加的地位で、この類型の地位には二つのタイプが存在する。一つのタイプとして、私人が伝統行政における行政手続法による参加的地位として、法治主義的見地から手続への参加がある。もう一つのタイプは、現代行政における行政意思形成過程への参加的地位として、民主主義的見地からの手続への参加、利害調整的見地からの手続への参加がある。なお、行政過程における私人地位を協働的地位として、参加の概念に包摂しきれない市民の行政への係り合いを協働という概念で把握する試みもなされている<sup>(12)</sup>。

## (2) 行政手続への参加の内容

現代における行政手続は、行政過程の多様な局面に応じて、行政活動の事前・事後に多様な手続を定めて行政活動を法的に規制しようとしている。換言すれば、行政目的を実現するための事前と事後の行政過程において利害関係を持つ私人の参加を通じて、公正・透明で民主的な行政運営を保障し、それにより私人の権利利益の保護を図っている。以上のようなことを念頭に置きながら、以下で行政手続への参加について述べる。

---

(12) 塩野宏『行政法 I（第 6 版補訂版）』（有斐閣、2015 年）394 - 403 頁。

日本では、元来、法治国家理念の下では、国家と国民の関係を行政主体と私人（行政客体）の法律関係でとらえている。そして、行政（行政主体に代って個別具体の行政を行う行政機関、とくに行政庁）が違法な公権力を行使し、私人（行政客体）の権利利益が侵害された後に、私人は具体的事件に応じて違法排除請求権・給付受給請求権・行政介入請求権を行使してその地位を確保するよう保障している（事後の行政過程における行政手続）。これに加えて、現代においては、行政法は、公権力を行使する前の行政過程—行政目的を達成するための計画、公権力を発動する具体的な規準の策定—において私人に行政手続に参加する権利を認めている。すなわち、日本は、伝統的行政法の考え方として大陸法系のものの見方を継承し、行政活動の適否は、その内容が客観的に実体法に従ってなされたか否かで判断している（実体法的行政法）。これに対して、英米法系の考え方は、行政が法に基づいて正しい判断を下すには、まず、その判断を形成するプロセスが公正で適正なものでなければならぬとした（手続法的行政法）。つまり、事前の不公正な手続から不公正な結果が生まれるおそれがあるとみた。したがって、日本も伝統的行政法の改革として、こうした英米法の考え方を受け入れ、実体法上の権利利益の保護とは別に、私人に行政過程に参加する各種の手続上の権利を認めていると述べている<sup>(13)</sup>。

このように、参加論には、国民の権利利益を保護するため、法治国家理念に基づく参加と、国民が主権者として行政過程に参加するという民主国家理念に基づく参加が同時に混在している。参加論に関する法治国家理念と民主国家理念という二つの考え方は、憲法理念の違いの下で生じた産物である。そこで、行政過程への参加について深く理解するためには、比較法的視点から行政法関係における参加の問題について考察してみようと思っている。その比較の素材として大陸法系と英米法系の理論についてみてみたい。

---

(13) 原田尚彦『行政法要論（全訂第7版補訂2版）』（学陽書房、2013年）102 - 106頁。

まず、大陸法系について考察する。ドイツでは、*Teilhabe*（配分参加）という参加論が提唱された。*Teilhabe* は、エルンスト・フォルストホッフが1938年に給付行政論を体系化した際、実体法的配分請求権として使用すると同時に、広義の手続法的参加ないし参与（共同体への参加）として使用した<sup>(14)</sup>。

エルンスト・フォルストホッフが提唱した *Teilhabe* 論は、給付行政における *Teilhabe* 問題として論じられた。これを紹介された村上武則先生は「第一次世界大戦後、ドイツにおいて、生活危機が異常なまでに高まっていった。それ故、個人に何らかの保障された *Teilhabe* を与えて、正しい社会秩序を形成することが重要な課題となる。しかし、この場合、正しい社会秩序の形成は共同体（*Gemeinschaft*）の目標や嚮導によって導かれるとされる。また、個人も、ドイツ民族共同体に対する *Teilhabe* の中で捉えられる。このようにして、個人の法的地位には、ドイツ民族共同体の中で位置（*Ort*）として捉えられてゆく。他方、正しい社会秩序の問題は、ワイマール期以降、憲法の中ではなく、拡大する行政の中で決定されていることが指摘される。しかも、個人の生存に不可欠な生存配慮も、個人にではなく、公的な経営に服している。それ故、個人は生存配慮行政、従って共同体に離れ難く結びつけられているとされる。これに対して、フォルストホッフによれば、憲法的思考へ復帰して、人間の地位を回復させることが重要だとされ、個人に対しては、生存配慮行政への *Teilhabe* を保障することが重要だとされるのである」と述べている<sup>(15)</sup>。フォルストホッフの配分参加論は、生活に苦しんでいるドイツ国民の保護のための、ナチス共同体観に基づく解決策であるが、国民を公法的に保護しようとする面で大きな意義を有する<sup>(16)</sup>。

現代に至って国家の任務が拡大されたため、こんにちのドイツにおいて、個人の国家への参加を社会国家原則や自由権的基本権に根拠付けよう試み

---

(14) 村上武則『給付行政の理論』（有信堂、2002年）284頁。

(15) 同上、287頁。

(16) 同上、288 - 289頁。



た。まず、ドイツのボン基本法 (20 条、28 条) に社会国家原則が定められている。しかし、この理論の法的性質について従来から論争があり、Teilhabe 論も学説・判例で分かれている。判例上は、社会国家原則をもって、直接に給付や Teilhabe への請求権を与える根拠とみる説が登場した<sup>(17)</sup>。これに対して、学説においては、有力な反対説が支持された。この反対説の代表者であるグラヴィッツは、「第一に、規範構造の観点から、国家的給付や Teilhabe は、法的な確定がなければ、給付請求権の要件、名宛人および内容は未確定のままであるとされるし、また第二に、憲法体系上の観点から、社会形成に対する委任が立法者に向けられ、それ故、連邦憲法裁判所が立法者の不作為を憲法違反としようとも、そのことによって個人に請求権を与えるということとはできないとされるし、第三に、実体法上の観点からしても、伝統的な自由の観念と社会国家原則は相入れず、社会国家原則は自由権行使の真の前提条件を創る委任を含んでいるということが言えるとしても、自由権からは、社会国家的形成に対して、何を前提にするかについて裁判可能な基準は取り出されないのではないかとされるのである」と指摘したようである<sup>(18)</sup>。

以上のように Teilhabe 論に関する議論は学説・判例で分かれたが、ドイツでは、社会国家原則に基づいて給付請求権の発動を基礎付けようとすることは困難で、次の手段として学説上具体的給付請求権を与え、かつ手続法的参加権の保障により問題の解決を図ろうとした。したがって、ドイツにおいては、自由権的基本権に基づく参加論が展開された<sup>(19)</sup>。

こんにちでは、Teilhabe 概念が手続的意味で使用されるようになり、有力な説としてヘーベルレの手続的参加論の提唱がある。この手続的参加論の下で、給付国家的事前手続は、裁判所による救済である事後手続よりも、より基本権の実現を図る法的意味があるという指摘がなされた<sup>(20)</sup>。

---

(17) 同上、291 - 292 頁。

(18) 同上、293 頁。

(19) 同上、294 - 295 頁。

また、最近は、グレーザーの参加論 (Partizipation) が有力説になってよく使われている。グレーザーの参加論 (Partizipation) は、基本権に基づく参加論 (Teilhabe) とほぼ同じ意味で使われているが、前者は直接参加を中心に展開され、後者は間接参加である。グレーザーの参加論は、三つのモデルがある。①は、民主制原則に基づくモデルで、個人の尊敬、同意および公開を重要視し、その例は、聴聞などである。②は、法治主義原則に基づくモデルで、適正手続の要請を重要視し、その例としては、説明や討論の要求、および、場合により拒否権の行使もある。③は、社会国家原則に基づくモデルで、共同決定がその典型的例である<sup>(21)</sup>。

次に、英米法系について考察する。英米法系の代表であるアメリカでは、1960年代後半から、行政手続への公衆参加論が提唱された。参加論の台頭によって行政手続が強化されたようである<sup>(22)</sup>。

アメリカでは、最初、社会問題、経済問題において従来の行政活動の事後救済は、大企業という法人の権利利益の保護に傾いて、経済的弱者である私人の権利利益の保護はあまり重視されてなかった。そのため、行政は私人による救済には冷淡であった。そこで、福祉国家理念に基づく、適正な行政手続が発展した。それでも、経済規制行政過程の行政手続は無用物であり、あまり機能しなかったため、行政権による経済的弱者の救済には結びつかなかった。この問題の解決として、法の支配理念に基づいて、大企業と私人との法的紛争の事実認定、認定した事実への法の適用と解釈に基づく当該紛争の裁断 (adjudication) という行政手続における司法的行為が適正になされたかを、唯一司法権を有する司法裁判所が審査する司法審査が発達した (英米行政法の展開)。このように、行政委員会の手続として発展した行政手続の適正を求めることによって、行政機関が個人の権利利益に関する処分を行う場

---

(20) 同上、300 - 301 頁。

(21) 同上、302 - 303 頁。

(22) 正木宏長「行政法と官僚制 (2)」立命館法学 2005年1号 (299号)、76頁。

合についても手続的統制が保障されなければならないと考えるようになった<sup>(23)</sup>。

以上、比較法的視点から行政法関係における参加の問題について考察してきたが、いずれにせよ、経済の発展とともに、現代において複雑化で多様化された行政作用の下で、行政が私人の権利利益を保護する趣旨で、行政過程への私人の参加論が展開された背景は同じではないかと思われる。

なお、私人の参加理論を具体化したのは、行政手続制度である。日本の場合は、ようやく 1993 年に一定の行政領域に適用される一般行政手続法が制定された。これに対して、中国の場合は、行政手続制度の発展過程を繰り返してみると、未だに日本のように行政手続法という法典の制定がなされていないが、そのかわりに個別の法律で行政手続を定めている。たとえば、申請による処分の行政手続は「中華人民共和国行政許可法」の定めたところにより、行政過程への私人の参加が保障されている。

### 三 「参加」に関する行政法の理論

#### (1) 日本における行政過程論

日本の行政過程論について説明すると、日本の場合、現代行政の複雑化・多様化から、行政作用法においては行政立法、行政行為、行政契約、行政計画、行政指導、行政調査といった行政の行為形式が、行政法の対象となる。しかし、新しい行政手段や行為形式を個別にとりあげることでは問題の解決はなされなかった。そこで、行政活動の全体を動的に把握する方法で、行政を行政活動の事前と事後の一連の過程とし、私人の権利自由とのかかわりにおいて、行政決定手続に利害関係者の参加権を構成する行政過程論が提唱された<sup>(24)</sup>。

遠藤博也教授によると、行政過程論は「物の考え方」や「物の見方」であ

---

(23) 小高・前掲注 (3)、3 - 5 頁。

(24) 遠藤・前掲注 (8)、109 頁。

る<sup>(25)</sup>。すなわち、従来の行為形式論のみで現代行政の全体像を把握できるわけではない。そこで、行政過程の各段階における行政活動を法的に統制しようとする、私人の実体的権利利益の保護、私人の行政過程への参加といった法的問題に直面することになる。このように、行政を一連の過程としてその全体を動態的に考察する方法は、行政過程論と呼ばれている。

この日本の行政過程論と似ている考え方として、中国の行政法学者である羅豪才教授は、中国において行政法は何かという課題について、行政権と公民権の基本的関係から考察する試みから、1993年第1期の中国法学雑誌に掲載された有名な論文「現代行政法の理論基礎—行政主体と行政客体の権利義務の平衡—」を發表し、中国行政法学界に深い影響を与えた中国行政法理論の基盤となる「平衡論」を提唱した。

羅豪才教授によると、中国の「平衡論」は、「行政権力と公民権利の全体的平衡状態を実現することを目指している。法律関係の視点からとらえた議論として、行政の広範な裁量権を認め、私人には行政権の行使に対する監督権を付与することによって、行政秩序の維持と私人の合法的権利利益を保護する。そのために、両者の相互制約のメカニズム、福祉社会の目標に向けて、行政側に積極的行政を行うこと、これに対して公民側には行政に積極的に参加することを要求する激励メカニズム、共通の行政目的の達成のために、私人に協力を認める公私協働のメカニズムなどの方法を運用する。行政主体と行政客体の積極的能動性を充分発揮させ、法律制度と社会価値の構造のバランスを維持し、保護することで社会全体の利益の最大化を促進させることである。……平衡論の核心は、行政と私人間の平等な法律上の地位の下での対話、議論および弁論の過程である」と述べている<sup>(26)</sup>。すなわち、現代行政法の行政と私人の平衡を実現するためには、中国平衡論に基づいて、まず立法

---

(25) 同上。

(26) 羅豪才「中国行政法の平衡論」(中国法学創新演壇報告、2009)。<http://www.lawinnovation.com/html/cxjt/hg/ktysjsj/690.html> (アクセス：2014年8月)。

過程においては、行政と私人の法律関係の平衡を求め、ある法律を立法する際には立法者が一方的に法律の内容を決めるのではなく、最終の立法案を決定する前に、立法過程に私人を参加させて、広く意見を求めなければならない。そして、法の執行過程においては、公正を保つために、従来の私人の実体法的参加権の保障のみならず、手続法的参加権の保障も必要である。また、行政目的を実現するためには、私人は、行政意思形成過程に参加するに止まらず、積極的に協力関係に立って一緒に問題を解決し、責任を分担するという役割分担の主体に置かれる。最後に、司法権による救済は、公民権を保障し、違法な行政活動の是正を図って、行政側に正しい行政権を行使させるよう監督するという役割を果たしている。したがって、違法な行政による私人の権利利益を救済するためには、最終的手段として訴訟を通じて行政紛争を解決できるように、利害関係者の裁判に参加する権利を保障しなければならない。

## (2) 行政過程と行政手続の関係

日本において、「判例法理は行政手続的アプローチというよりも、単に法律準拠主義を適用しているにすぎないともいえよう。そもそも法律準拠主義は、実体法的アプローチの形態であって、…実体法が理由付記の制約を課していない場合に、理由付記を求める理論的根拠がないのである。…しかし、こんにち、多くの学説は、理由付記を行政手続法理として理解するに至っている。とりわけ行政手続法が、すべての不利益処分の手続に原則として理由提示義務を定めたために、法律に明文の規定がない場合にも一般的に理由付記が要請されることになり、伝統的行政法学の考え方は、実体法的権利救済であるが、現代行政法学においては、手続法的権利救済も重要視された<sup>(27)</sup>。

従来、大陸行政法の伝統的救済の仕組みは、違法な行政作用によって国民の権利利益が侵害された後に、裁判所による行政の裁判統制であった。いいかえれば、国民の権利利益の救済は裁判所による事後的、実体法的救済であっ

---

(27) 大浜啓吉「理由の提示 (2) 一旅券発給拒否」(行政判例百選 I 「第 5 版」) 253 頁。

た。この影響で、日本では、行政手続に関する議論が行政行為の瑕疵論の一部として検討されてきた。しかし、行政訴訟の提起と維持に要する費用と時間は国民に訴訟の提起を断念させることから、簡易迅速な救済を図るために、行政作用過程で事前的手続に対する審査が求められた<sup>(28)</sup>。

行政過程を総合的に把握するには、行政主体に対する私人の地位という観点から、私人の参加を経て行われる行政権行使の手続、すなわち事前の行政手続の観念である。従来は、行政処分の規制について、行政作用がその目的との関係で法律に基づいているかどうかのみが重視され、処分がどのような手続で行われるべきかについては注意が払われなかった。現代の行政手続の視点は、国民の協同によって行政を行わんとするものである。すなわち、国民を行政権行使の単なる客体から高めて、行政への能動的参加者としようとするもので、これまでの行政法のあり方を根本的に改めようとする意義をもつものである<sup>(29)</sup>。

具体的に説明すると、行政運営の民主的統制を図るための事前の行政手続の存在意義としては、まず、国民の権利利益の保護面では、現代、行政活動が広汎で多岐に及ぶことから、事後的裁判所の救済のみで不十分であるから、訴訟の負担やリスクなどを考慮すれば、行政庁の専ら専門的技術的領域では事前の行政手続の審査が求められている。次は、行政過程への国民の参加の面では、行政過程の情報公開を通じて、行政庁の恣意独断的判断が排され、処分決定過程に私人の参加を求めることによって、行政庁の裁量権行使の適正を確保する役割も果たしている。

---

(28) 杉村敏正「行政手続法の課題—アメリカにおける展開とわが国における展開—」（法学教室第1期1号、1961年）85頁。なお、行政の裁判統制（行政法の実体法的構成）と司法審査（行政法の手続法的構成）については、横山信二『行政の裁判統制と司法審査—行政裁判の理論と制度—』（有信堂、2017年）5－6頁を参照。

(29) 小高剛「行政手続の現代的意義」（法学教室2期4号、1974年）79頁。

#### 四 情報公開における「参加」論

情報公開は、国民（私人）の知る権利を保障することによって、私人が行政へ積極的に参加する適正な権利を保障し、また、行政運営の適正を監視する権利を保障する制度である。情報公開制度が適切に運用されれば、行政の透明化が向上して、私人の積極的参加によって行政運営が民主化され、密室行政から開かれた行政へと行政スタイルの転換が図られると思われる。

情報公開の中核部分は、私人の行政情報の公開（開示）請求申請に基づく情報の開示という私人の情報開示請求権と行政の開示義務に関する実体的要件であって、その決定過程の手続は、行政手続法の定めによる。塩野宏教授は、行政手続は、「行政手続はある具体の行政決定に向けられた過程であって、それ自体一つの制度を構成する。行政の行為形式の種別に対応して、行政立法手続、処分（行政行為）手続、行政指導手続があり、さらに行政上の一般的制度についても、行政上の強制執行手続、行政調査手続を考えることができる。行政行為に対する行政上の不服審査を事後手続というのに対して、行政行為をするに際してとるべき手続を事前手続ということもある」と述べている<sup>(30)</sup>。

そして、日本において、行政手続の機能というのは、行政手続を整備することであるが、その問題点として、実体法原理の充実だけではたして国民の権利利益を実質的に保護することができるかが指摘されている<sup>(31)</sup>。以上の議論を踏まえて考えると、法律による行政の原理の下で、行政手続の適用は実定法上の根拠を要するので、その根拠が欠けたら、参加権は認められないということである。また、大浜啓吉教授は、行政過程の手続的審査に関して、適正手続の法理の下では、一連の行政手続は単なる機能ではなく、憲法に基礎をもつ被処分者の権利として保護されるべきだと主張している<sup>(32)</sup>。

---

(30) 塩野・前掲注 (12)、292 頁。

(31) 同上、293 頁。

中国の場合は、すでに述べたように、個別の法律によって行政過程への私人の参加が保障されている。しかし、姜明安教授は、行政手続の適用について形式的民主より民主の形式（実質的民主—筆者注）をとるべきであるという指摘をされている<sup>(32)</sup>。

したがって、大浜啓吉教授と姜明安教授の見解に共感して、情報公開における私人の参加的地位について考えてみると、開示請求人に対する情報開示決定によって開示される文書に第三者の情報が含まれ、開示によって権利利益が害されるおそれが第三者は、その開示決定の差止訴訟を提起できるかどうかという問題として提示することができる。つまり、差止訴訟の原告適格は「法律上の利益」を有する者であるから（行訴法 37 条の 4 第 4 項）、第三者の手続的利益が「法律上の利益」と認められるかという問題となる。前述した長沼ナイキ基地訴訟最判昭和 57 年は、指定解除という処分の根拠法である森林法が保安林指定解除決定の事前手続として利害関係者がその利益を主張する法的地位を有するとしたことから、情報公開によって権利利益を侵害される第三者の告知・聴聞を経ずに開示決定した場合、当該開示決定は第三者の手続的権利を侵害した違法な処分であることを根拠として、その差止訴訟を提起できるという構成になろう。

しかし、日本の場合、原告（情報公開によって自己情報が開示される第三者）は、開示決定の第三者であるから、情報公開法およびその関連法規の趣旨・目的から開示決定前に第三者の告知・聴聞の手続上の権利が導き出されなければ、差止訴訟における「法律上の利益」も導き出せない（行訴法 37 条の 4 が準用する第 9 条 2 項）。したがって、開示請求人に対する開示決定によって権利利益が害される第三者の法的地位を保障するためには、差止訴訟における原告適格（「法律上の利益」）の理論上の根拠として、行政過程の私人の地

---

(32) 大浜・前掲注 (27)、253 頁。

(33) 姜明安『法治の求索と呐喊（評論集）』（中国人民大学出版社、2012 年）310 頁。



位を権利（手続法的参加権）まで高めて保障することが重要な課題であると思われる。また、手続法的参加権を保障することにより、行政主体と行政客体間で適切な利益衡量が行われ、最終的に全体の権利利益の平衡を図ることができるのではないかと思われる。

中国の場合、行政訴訟における原告適格について、「中華人民共和国行政訴訟法」（以下では、中国行政訴訟法と略する）<sup>(34)</sup>の「訴訟を提起する権利」（2条）、原告適格（25条）、提訴の条件（49条）の規定によると、行政機関の行政上の行為により「適法な権利利益」が侵害された公民、法人、その他の組織、または行政上の行為と利害関係を有するものは、行政訴訟の原告適格を有する。原告適格については、中国行政訴訟法の改正前は、立法者は、主に具体的行政行為（行政処分）の直接名宛人を念頭に置いていたが、実際の訴訟においては、第三者の原告適格も問題となり、原告適格を拡大する必要性が生じた。そこで、しばらくは、最高人民法院の司法解釈により、第三者の原告適格も認める趣旨であった。そして、現在、行政訴訟法の改正で、「行政上の行為の相對方並びにその他行政上の行為と利害関係を有する公民、法人及びその他の組織は、訴訟を提起する権利を有する」と規定して、第三者の原告適格を明文化した（25条1項）。したがって、第三者は、差止訴訟を提起することができるだろう。

しかし、問題は、中国行政訴訟法において、情報公開訴訟における差止訴訟という訴訟類型が認められるかどうかである。この問題について、中国行政訴訟法は、人民法院が受理できる事件の範囲を定めている。第12条1項に

---

(34) 中国行政訴訟法は、2014年11月1日、第12回全国人民代表大会常務委員会の第11回会議の「中華人民共和国行政訴訟法の改正に関する決定」に基づいて第1回の改正を行い、2015年5月1日から施行された。そして、2017年6月27日、第12回全国人民代表大会常務委員会の第28回会議の「中華人民共和国民事訴訟法と中華人民共和国行政訴訟法の改正に関する決定」に基づいて第2回目の改正が行われた。なお、第2回目の改正では、第25条に一つの項目増やして、中国の「公益」訴訟について定めた。

「人民法院は、公民、法人及びその他の組織が提起する以下の訴訟を受理する。

- 一 行政勾留、許可証及び免許の取消、生産停止・営業停止の命令、違法所得の没収、不法財物の没収、過料、警告等の行政処罰に対して不服があるとき。
- 二 人身の自由の制限又は財産に対する差押、押収、処分の禁止等の行政強制措置及び行政強制執行に対して不服があるとき。
- 三 行政許可を申請したところ、行政機関が許可を拒否し、法定期限内に回答しないとき、又は行政機関が行った行政許可その他決定に対して不服があるとき。
- 四 行政機関が行った土地、埋蔵鉱物、水流、森林、山岳、草原、未耕地、砂浜、海域等の自然資源の所有権又は使用权の確認に関する決定に対して不服があるとき。
- 五 徴収、徴用決定及び補償決定に対して不服があるとき。
- 六 行政機関に、人格権、財産権等適法な権利利益を保護する権限の行使を申請したところ、行政機関が権限の行使を拒否し、又は回答をしないとき。
- 七 行政機関によって私人の適法な経営自主権又は農村土地請負経営権、農村土地経営権が侵害されたと認めるとき。
- 八 行政機関が行政権限を濫用して競争を排除又は制限したと認めるとき。
- 九 行政機関が違法に資金を集め、費用を割当て、又はその他の義務の履行を違法に要求したと認めるとき。
- 十 行政機関が法に基づいて傷病者遺族補償金、社会保険金又は最低生活保護費の給付義務を履行しなかったと認めるとき。
- 十一 行政機関が、政府特許経営協議、土地家屋徴収協議等を法に基づき履行しないとき、約定に従って履行しないとき、又は違法に変更、解除したと認めるとき。
- 十二 その他の人格権、財産権等の適法な権利利益を行政機関が侵害したと認めるとき。」と規定している。この規定からは、差止訴訟を認めるかどうかを判断することは難しい。しかし、この規定の補充的規定として、同条2項に「人民法院は、前項に掲げるもののほか、法律又は法規で訴訟を提起できると定めているその他の行政事件を受理する」と定めている。したがって、個別法により差止訴訟を提起することができる規定が置かれていれば、問題は解決されるはずである。そこで、関連法規を探ると、中国では、最高人民法院が 2011年08月12日、「政府

情報公開行政案の若干問題審理に関する規程」(以下「規程」という)という司法解釈を公布し、2011年08月13日より実施した。この「規程」では、情報公開訴訟について裁判所が受理すべき事件の範囲について詳しく規定した。そして、同「規程」の第1条3項に「行政機関が主動的に公開し、または他人の申請により公開した行政情報が当事者の商業秘密・個人情報を侵害したとみなされる場合」と定めている。つまり、この規定からみると、中国でも、行政訴訟を提起できる中国行政訴訟法12条2項規定と逆情報公開訴訟の裁判権を認める上記の「規程」1条3項の規定をセットすれば、行政機関の公開処分により権利利益を侵される第三者も司法裁判所に救済を求めようになり、その訴訟の形式として差止訴訟を人民法院に提起することが可能となっている。

## 五 権利利益の保護のための参加権

日本の情報公開法制では、第三者の権利利益を保護する趣旨で法整備は整っている。具体的には、事前の行政意思形成過程において、第三者に対し意見を聴取するという手続を定め(情報公開法13条)<sup>(35)</sup>、手続的参加としてその参加権の保護が確保されている。宇賀克也教授は、情報公開法13条の趣旨からこの意見聴取には、任意意見聴取と必要的意見聴取があると指摘した。まず、任意的意見聴取の場合は、行政機関は自ら不開示情報(5条)の規定に基づいて判断を行うことができるが、第三者の意見を求めることにより、個意人や法人の権利利益への侵害を事前に阻止することに意義があると評価している。そして、この任意的意見聴取は、任意調査の性格をもつ行政調査であるから、明文規定を要しないと述べた。次に、必要的意見聴取の場合、宇賀克也教授は、この規定の制定には積極的意義があると述べている。公益上の開示で、第三者の権利利益と公益との比較衡量で、一般的には優越する公益のために開示が正当化されることになる。しかし、いったん情報公開により公にオープンされてしまうと、事後的救済として損害賠償など経済的救

済には限界があり、その意味で、事前手続はきわめて重要であり、とりわけ、自由権の侵害のおそれがある場合には、財産権の侵害の場合より慎重な事前手続が求められるべきであると述べている<sup>(36)</sup>。

すなわち、日本の行政機関情報公開法は、第三者の行政意思形成過程への手続的参加を保障することにより、第三者の実体法上の権利利益の保護を図っている。アメリカの場合は、情報公開における第三者の権利利益が侵害された場合、裁判所の救済を求めることとして、事後の司法救済において逆情報公開訴訟制度<sup>(37)</sup>が用意されている。しかし、すでに述べたように、日本行政法学において行政過程への私人の参加を実体的権利として構成することには、その限界が現れる。この限界は、裁判例 *Chrysler Corp.v.Brown*, 441 U.S.

(35) 参考までに、行政機関情報公開法 13 条 1 項には、「開示請求に係る行政文書に国、独立行政法人等、地方公共団体、地方独立行政法人及び開示請求者以外の者（以下この条、第 19 条及び第 20 条において『第三者』という。）に関する情報が記録されているときは、行政機関の長は、開示決定等をするに当たって、当該情報に係る第三者に対し、開示請求に係る行政文書の表示その他政令で定める事項を通知して、意見を提出する機会を与えることができる」と定めている。また、その 2 項に「行政機関の長は、次の各号のいずれかに該当するときは、開示決定に先立ち、当該第三者に対し、開示請求に係る行政文書の表示その他政令で定める事項を書面により通知して、意見書を提出する機会を与えなければならない。ただし、当該第三者の所在が判明しない場合は、この限りでない。一 第三者に関する情報が記録されている行政文書を開示しようとする場合であって、当該情報が第 5 条第一号ロ又は同条第二号ただし書きに規定する情報に該当すると認められるとき。二 第三者に関する情報が記録されている行政文書を 7 条の規定により開示しようとするとき。三 行政機関の長は、前 2 項の規定により意見書の提出の機会を与えられた第三者が当該行政文書の開示に反対の意思を表示した意見書を提出した場合において、開示決定をするときは、開示決定日と開示を実施する日との間に少なくとも二週間を置かなければならない。この場合において、行政機関の長は、開示決定後直ちに、当該意見書（第 18 条及び第 19 条において『反対意見書』という。）を提出した第三者に対し、開示決定をした旨及びその理由並びに開示を実施する日を書面により通知しなければならない」と規定している。

(36) 宇賀克也『宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説（第 6 版）』（有斐閣、2015 年）138 - 140 頁。

281 (1979) が示している<sup>(38)</sup>。

この事件は、行政機関の開示決定によって原告の企業情報が公開に対して差止めを求めたことに対して、開示決定は適正な行政手続を経ない恣意的なものであるとして、原告適格を認めた事件である。クライスラー事件の経緯であるが、クライスラー会社は、何回も連邦政府と契約を結んだ企業として、大統領命令 11246 号と 11375 号を遵守することを要求された。これらの大統領命令によると、労働省の長は、連邦政府との契約から利益を得る会社が人種または性的差別をせず、雇用の機会を均等に与えたかどうかを監督する権限を有する。この権限を行使するため、労働省の連邦契約遵守局 (OFCCP) がいくつかの規程を制定した。これらの規程によると、契約から利益を得る会社が差別を解消するための積極的な方法と雇用者の構成について報告書を作成し、提出するように要求している。また、国防省にはその義務の履行を監督する権限が付与されていた。なお、大統領命令 11246 号に基づいて収集された記録、あるいは関連行政機関が保管している記録について、情報自由法 (FOIA) が不開示情報として規定しているにもかかわらず、公共の利益を促進し、関連行政機関の権限行使を妨げない限りは、公衆の閲覧または複製することができる」と定めている。

国防省補給局 (Defense Logistics Agency, DLA) は、第三者から上記記録の一部について開示請求を受けたため、1975 年 5 月 14 日にクライスラー会社

---

(37) 一般的には、情報公開請求の対象情報には第三者の権利利益にかかわるものとして個人に関する情報や法人に関する情報が記載されている。そこで、情報公開法に基づく公開決定が第三者の権利利益を侵害する場合は、第三者は開示決定の取消しまたは差止めを求める行政訴訟を提起することができる。かかる訴訟については、アメリカでは、情報自由法 (FOIA) に基づく開示請求を受けて開示決定が出された場合に、「開示の差止めを求めて提起される訴訟を逆 FOIA 訴訟 (逆情報公開訴訟)」という (宇賀克也『情報公開法—アメリカの制度と運用』(日本評論社、2004 年) 11 頁を参照)。

(38) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281 (1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/281/case.html>. アクセス：2015 年 9 月。

に対して開示可否について意見を求めた。ところが、クライスラー会社は情報開示に反対した。しかし、補給局は、FOIA と OFCCP の規定に基づいて、開示決定を行った。そこで、この開示決定に不服したクライスラー会社は、開示決定の差止めを求め差止訴訟 (injunction) を提起した。同訴訟で、クライスラー会社は、FOIA と企業秘密法 (18 の U.S.C. § 1905) に基づいて、逆 FOIA 訴訟を提起できると主張した。連邦最高裁は、「FOIA の不開示規定は開示を禁止する趣旨のものではなく、したがって、情報提供者に開示の差止めを求める権利を付与するものではない」と判断した。そして、同様に、企業秘密法 (18 の U.S.C. § 1905) は、企業秘密を保護するために刑罰を手段とする規定で、訴権を根拠付けるものではない。つまり、直接個人に訴訟を提起する権利を与えていないと判断して、原告 (クライスラー会社) の主張を退けた。ところが、連邦最高裁は、クライスラー会社には制定法上の差止めを求める権利が付与されていないが、開示決定の過程でクライスラー会社の適正手続が行政手続法 (APA) に照らして不十分であるとして、差止訴訟の司法審査 (judicial review) を行った。つまり、連邦最高裁は、行政手続法 (APA) の司法審査に関する規定 (5U.S.C. § 701-706) によって逆 FOIA 訴訟の裁判権を認めた<sup>(39)</sup>。日本の場合は、船橋市西図書館蔵書廃棄事件 (最判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 卷 6 号 1569 頁) で、最高裁は、「公立図書館は、住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場といえることができる。そして、公立図書館の図書館職員は、公立図書館が上記のような役割を果たせるように、独断的

---

(39) アメリカの差止訴訟 (injunction) は、私法上の権利保護のために、司法裁判所が行政権による司法的行為に介入する司法審査基準のひとつである (横山・前掲注 (28)、218 - 227 頁を参照)。なお、クライスラー事件の紹介については、宇賀克也『情報公開法—アメリカの制度と運用』(日本評論社、2004 年) 232 頁、許蓮麗『公民の知る権利の保障—政府情報公開訴訟の理論と実践』(中国法制出版社、2011 年) 54 - 57 頁も参照。

な評価や個人的な好みにとらわれることなく、公正に図書館資料を取り扱うべき職務上の義務を負うものというべきであり、閲覧に供されている図書について、独断的な評価や個人的な好みによってこれを廃棄することは、図書館職員としての基本的な職務上の義務に反するものといわなければならない。他方、公立図書館が、上記のとおり、住民に図書館資料を提供するための公的な場であるということは、そこで閲覧に供された図書の著作者にとって、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場でもあるということができる。したがって、公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである」という理由で、当該図書の著作者の法律の保護に値する人格的利益を侵害するものとして損害賠償を認めた事件である。

この事件を手続的視点から分析すると、表面上は、著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益の侵害になるが、されに、住民の手続法的参加から、図書館を利用している住民らに図書の廃棄について反論する機会を与えていないことにもつながる。つまり、住民らの手続法的参加権の侵害にもなり得ると思われる。

おわりに

以上、参加論の考察について情報行政をその素材として、私人の個人的参加としての「参加権」の性質について行政法的考察を行ってきた。確かに、現代行政法の考え方であるそれぞれの論説が主張している内容と手段には多少違いがある。たとえば、日本の行政過程論と中国の平衡論が抱えている問題の前提は、行政主体と行政客体の法律関係で、行政主体に対して行政客体が劣位の地位に置かれていることで、最初から行政権と公民権の法律関係は平等な関係ではなかった。論説には違いがあるが、共通の問題意識として行政過程への私人の参加に着目している点に注目すべきであろう。つまり、いずれにせよ、行政過程への私人の参加によってかかる問題の解決を図ろうとしている点は、適正手続において行政法が具体化された憲法であることの証左として注目に値する。小高剛教授は、裁判所による事後の救済手続と行政の事前手続は、ともに人権の手続的保障という共通の目的に奉仕するものであると指摘している<sup>(40)</sup>。

現在、行政手続制度の整備等によって、行政過程への利害関係者の参加に法的根拠をあたえ、私人の権利利益の保護のために行政手続上の実体法的参加権が保障されている。しかし、何回も指摘しているように、実体法的参加権の構成から、私人の権利利益の保護を図ることにはどうしてもその限界が現れている<sup>(41)</sup>。

以上のような問題意識を抱きながら、私人の実体法的参加権の保障ばかりではなく、適正手続保障の沿革から私人の手続法的参加権を認めるべきであると思われる。つまり、私人の私益と公益との比較衡量の際、単なる量的考量ではなく、全般的利益の保護を図るべきであると思われる。

---

(40) 小高・前掲注(3)、3頁。

(41) 横山・前掲注(28)の第3章(135 - 218頁)は、実体法的構成による行政裁判の限界を手続法的構成である司法審査の視点から論じる。