

法務研究

行政事件における弁護士業務のあり方と活性化の課題

—法律相談の現場から—

水野泰孝

早稲田大学大学院法務研究科准教授・弁護士

行政事件における弁護士業務のあり方と活性化の課題

—法律相談の現場から—

水野 泰孝（早稲田大学大学院法務研究科准教授・弁護士）

- I. はじめに
- II. 行政事件の特徴
- III. 法律相談の類型ごとの思考の一例
 - 1. 行政処分を受けた当事者からの相談
 - 2. 行政処分以外の形で行政としての最終判断を受けた当事者からの相談
 - 3. 行政の最終判断がなされる前の当事者からの相談
 - 4. 行政処分の名宛人ではない第三者からの相談
 - 5. 住民訴訟の相談
- IV. 公共訴訟クラウドファンディングの今後の可能性
- V. おわりに

I. はじめに

筆者は、弁護士登録以降、実務家弁護士として、日々の業務において行政事件¹を中心に扱っている。国民・住民側又は事業者側の立場から行政と争うことが多いが、行政側の代理人業務、非常勤職員、顧問等もしており、行政側から法律相談や事件に臨むこともある。2018年4月からは、

早稲田大学大学院法務研究科において、専任の実務家教員（任期付き）として、臨床クリニックを含め、行政事件の実務系科目を中心に講義を担当している。

本稿では、行政と争う立場から法律相談を受ける状況を念頭におき、その大まかな類型ごとに、現行の法制度のもと²、弁護士は、事件としての受任可能性を視野に入れて、何をどのように考えているのかについ

1 本稿では、「行政事件」を、紛争の一方当事者が行政である事件、との意味合いで用いる。ただし、一般の民事事件と異なる行政との紛争（土地の境界紛争等）は、実体として通常の民事事件と検討すべきことはほとんど異なることから、検討の対象には含めない。

2 もちろん、行政事件に関する現行の法制度については、改正すべき事項や、新たに創設すべき制度も多々あるが、その説明は他に譲る。特に実務的観点からこれを整理するものとして、阿部泰隆＝斎藤浩編『行政訴訟第2次改革の論点』（信山社、2013年）。

での思考の一例を紹介する。臨床クリニックにて行政事件を取り扱ったり、若手の弁護士において行政事件の法律相談に臨んだりする際に、参考になるものが一つでもあれば幸いである。

II. 行政事件の特徴

(1) 筆者は、いわゆるマチ弁（一般的な弁護士業務を取り扱う弁護士）でもあり、2022年10月現在、筆者を含めて弁護士3名の事務所を経営している。行政事件とこれ以外の一般的な弁護士業務の仕事量の比率は、概ね1対1である。

筆者自身の認識・感覚として、一般的な弁護士業務と比較した行政事件の特徴について、次の3点を指摘することができる。これら3点は相互に関連する。

(2) 第1に、あくまで一般論の趣旨にはなるが、行政事件、とりわけそのうち行政訴訟（行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）の定める行政事件訴訟+国家賠償請求訴訟）の「負担感」は、一般的な弁護士業務における訴訟の「負担感」よりも、各段に大きいことである。総じて行政訴訟は、検討すべきこと及び資料が多く、審理期間は長期化する一方、成果を得ることは容易ではない。行政事件訴訟のうち人証調べが実施された事件（令和2年の既済事件）の第一審の平均審理期間は31.8か月³である。審理が長期化する原因としては、積み重ねる期日の回数が多いこと、期日と期日の間隔も長いこと、通例、和解はないこと

などが挙げられる。仮に行政と争う立場の請求が第一審にて認容されたとしても、そこで決着がつくことは稀であり、上級審における争いも含めるとさらに時間を要することになる。

第2に、行政訴訟は見通しが立ちづらいことである。事件の見立てが悪いといわれればそれまでであるが、一般的な弁護士業務における訴訟においては、事件を受ける前に相談者からきちんと聴取りをし資料を分析していれば、「勝つことができる可能性が高い」と判断した事件において、「負ける」という結果（あるいは「負け」に等しい結果）になることは少ない。しかし、行政訴訟においてはこれがあてはまらない。行政訴訟の相談において、弁護士として「勝つことができる可能性が十分にある」と考えたとしても、事件として受任した訴訟が想定どおりの決着をみることは率直に言って稀である⁴。実務家弁護士としてあえていえば、筆者は、裁判所はとりわけ事実認定において“行政寄り”の判断をすることが多く、それが“行政寄り”の結論に繋がっていると認識している（ただし、この事実認定の問題については、第三者的視点から検証を行うことは困難であり、ややもすると負け惜しみに聞こえることが口惜しいところではある。）。

第3に、行政事件を弁護士業務の一つとして捉えたときに、弁護士報酬を低く設定することは困難であることである。上述のとおり、行政訴訟の「負担感」は一般的な

3 最高裁判所『第9回裁判の迅速化に係る検証に関する報告書』（最高裁判所、2021年）113頁。

4 筆者は、拙稿「行政訴訟の活性化のために一原告側弁護士と裁判所間のギャップの内実の解明と、その解消のための課題—」判例時報2308号（2016年）31頁以下において、統計データから行政事件訴訟は代理人弁護士が「勝てると思って勝てない訴訟」であることを提示し、それは原告側弁護士と裁判所が行政の行為を違法と考えるラインにギャップがあること、及び、そのギャップは行政事件訴訟に臨む「スタンス」の違いに依拠する可能性を論じた。

弁護士業務におけるそれよりも格段に大きく、他方で、行政訴訟において「勝てる」との見立ては立ちづらい（「勝てる」との見立てが立ちづらいことは、事件の終結の際の成果に応じて発生する報酬金を期待しづらいということでもある。）。このことの帰結として、行政事件をいわゆるプロボノ活動としてではなく、弁護士業務の一つとして位置付けた場合、弁護士報酬を低く設定することは難しい。適正な弁護士報酬はその業務量に応じて設定されるべきものとするれば、現実問題として、法テラスによる民事法律扶助や、日本弁護士連合会が用意する法律援助事業によってこれを賄うことは困難である。筆者は、行政事件ないし行政訴訟が活性化しない構造上の原因として、弁護士報酬の問題は大きく、ここへの手当が必要であると考えている（今日的な対応策の一つとして、IV参照）。

Ⅲ. 法律相談の類型ごとの思考の一例

行政事件の法律相談を多く受ける立場として、その特徴（Ⅱ）のもと、何をどのように考えて法律相談に臨んでいるのかについて、次の5つの類型に分けて、思考の一例を順に紹介する。これら5つの類型にすべての行政事件の法律相談を割り当てることができるという趣旨ではないが、多くはカバーできるであろう。

- 1 行政処分を受けた当事者からの相談
- 2 行政処分以外の形で行政としての最終判断を受けた当事者からの相談
- 3 行政の最終判断がなされる前の当事者からの相談
- 4 行政処分の名宛人ではない第三者か

らの相談

5 住民訴訟の相談

なお、本稿においては、行政との紛争を念頭においており、今日的に重要である行政との協力関係のもとでビジネスモデルを構築する局面（ルールメイキングといった言葉が用いられるなど、一つの分野を形成しつつある。）は、検討の対象から外す。

1. 行政処分を受けた当事者からの相談

(1) 一つ目は、許認可の申請をしたところ不許可処分とされた、許認可の取消処分や営業停止処分といった不利益処分を受けた、これらに納得できないといった、行政処分（行政事件訴訟法46条や行政不服審査法（平成26年法律第68号）82条の定める「教示」の対象となる処分）を受けた当事者からの相談の類型である。

(2) この類型は、相談を受けた弁護士として検討すべき事項それ自体は明確であり、行政事件の基本型といえる。

すなわち、この類型は、行政庁が行政処分としてその最終判断を示している以上、任意の話合いを通して行政庁にこれを取り消させることは現実的ではない。当該行政処分を争うためには、行政に対する不服申立て又は訴訟の提起といった法的手続きを取る必要がある。この類型においては、争いを法的手続きに乗せること自体は難しくはない。

争いの土俵として、行政に対する不服申立て、行政事件訴訟、あるいは国家賠償請求訴訟のいずれをどのように用いるかは、相談者の意向及び置かれている局面等に応じて選択することになる。本稿において制度の詳細を説明することまではできない

が、行政に対する不服申立てである行政不服審査法の定める審査請求は、弁護士として負担感は大きくなく、かつ、使い方によっては訴訟における有効な武器を入手する手段にもなるものであって、積極的な活用を検討すべきである。審査請求それ自体により結果を出すというよりも（無論、これにより結果が得られればそれに越したことはない。）、この手続を利用して、行政事件訴訟を有利に展開させる狙いである。筆者は、通例、行政事件訴訟の提起を選択する際、審査請求も同時並行にて行っている。

争いの中身である行政処分が違法といえるか（ないし国家賠償請求訴訟の土俵の場合には当該行政処分をなしたことについて公務員に職務上の注意義務違反が認められるか）については、当該行政処分をなす際に付される「理由」（行政手続法（平成5年法律第88号）8条・同法14条参照）を踏まえて、法令及び事実関係を読み解き、立証の可否を含めて見通しを立てることになる。その際、類似の局面における過去の判例・裁判例を調べるとともに、総務省が用意するデータベース（行政不服審査裁決・答申検索データベース⁵）を用いて、審査請求に関する裁決や答申についても調べることが多い。このデータベースは平成28年行政不服審査法改正にあわせて運用が開始された。筆者は、このデータベースの構築は、それまでブラックボックスにあった審査請求の実際を明らかにするものとして、同改正の最大の副産物であると考えている。

事件として受任するにあたっては、これ

らを踏まえて、弁護士報酬をどのように設定するのかを、相談者と協議しながら決めることになる。相談者の不利益は現実化していることから、事件としての受任に繋がりがやすい。

（3）他方、この類型は、既に行政庁としての最終判断が行政処分の形式でなされていることから、成果を得るには、その判断を覆す必要がある。このことは解決までの道のりは長いことを意味する。前述のとおり、仮に第一審において原告側の請求が認容されたとしても、ここで判決が確定することは稀であって、上級審での争いが続くことも当然に想定される。

つまるところ、この類型は、総じて、事件としての方針は立てやすいが、適正な対価として弁護士報酬を設定しようとする低い金額には抑えがたく、ここに事件として受けることの難しさがあるといえる。訴訟を提起して争うための弁護士報酬を用意することが困難ということであれば、事案次第ではあるが、審査請求のみを受任して弁護士報酬を低く押さえることも考えられる。

2. 行政処分以外の形で行政としての最終判断を受けた当事者からの相談

（1）二つ目は、助成金、協力金等の支給申請をしたものの不支給決定とされた、行政が公募を行う事業について事業者として選ばれなかった、これらに納得できないといった、行政処分ではない形で行政としての最終判断を受けた当事者からの相談の類型である。

5 <https://fufukudb.search.soumu.go.jp/koukai/Main>

(2) この類型においては、(前記1の類型と異なり) 争いの土俵をいずれに設定するかという法律上の問題があるが、結論としてこれ自体はさほど大きな問題ではない。

すなわち、たとえば、上述の助成金、協力金等をめぐる争いであれば、行政事件訴訟法4条の定める公法上の当事者訴訟としての給付の訴えを提起することが考えられる。あるいは、上述の公募において事業者として選ばれなかったことをめぐる争いであれば、相談者の権利義務の問題に引き直し、同条の定める公法上の当事者訴訟としての確認の訴えを提起することが考えられるし、これにより損害が発生したということであれば、国家賠償請求訴訟の提起も考えられる。つまり、今日的には事案にあわせて争いの土俵を適切に設定すれば、裁判所に門前払いとされる可能性は低い。ただし、行政がその最終判断を行政処分として位置付けていない以上、この局面において審査請求制度を用いることは困難である(審査請求は争いの対象を行政処分に限定していることから(行政不服審査法2条、3条)、審査請求をなしたとしても却下されることになる)と考えられる。)

弁護士として、行政が争いの対象たる最終判断を行政処分として位置付けていないこと(このことは前述の「教示」の有無で分かる。)それ自体が法解釈として誤りであると考えるのであれば、これを行政処分と位置付けて訴えを構成すれば良い。この場合、裁判所の判断を逃がさないためにも、実務上、当該最終判断が行政処分と解釈される場合の訴えを主位的請求、これが行政処分と解釈されない場合の訴えを予備的請求と構成して二段構えで争うことが多い

(これらを併合提起できることについて、行政事件訴訟法13条6号参照)。

また、この類型は、(前記1の類型と異なり) 行政の最終判断が行政処分の形式でなされていないことから、任意の話合いでこれが撤回される可能性も全くないわけではない。筆者は、この類型においては、任意の交渉から始めることもある。

(3) 他方、この類型は、請求者側の請求を認めさせることが(前記1の類型よりも) 難しいことが多い。そもそも請求が立つかという本案の問題である。たとえば、助成金、協力金等の金銭請求をする局面においては、行政として支給しないという判断をしていることを乗り越えることができるのか、行政が公募を行う事業について相談者を選ばれなかった局面においては、そもそも公募に選ばれる法的地位といったものを観念できるのか、といったことを法令の仕組みや運用を踏まえて精査しなければならない。

訴訟を提起して争う場合、その長期化が想定されることは前記1の類型と同様である。適正な対価として弁護士報酬を設定しようとする、低い金額には抑えることが難しい局面である。

3. 行政の最終判断がなされる前の当事者からの相談

(1) 三つ目は、行政の最終判断(行政処分ないし行政処分以外の形での最終判断)がなされる前の当事者からの相談の類型であり、典型的には次の4つのパターンが想起される。

- ①許認可の申請をした(ないしその事前相談をした)ところ、拒否処分となる

見込みが示された。

②不利益処分について、事前手続き（弁明の機会の付与、聴聞等）が開始された。

③（行政処分ではない形で）行政としての最終判断の見込みが示された。

④行政調査が入ることになった。

（2）筆者は、この類型こそ、弁護士が入ることの意義が格別大きいと考えている。

この類型において共通していえることは、行政の最終判断の前であるからこそ、弁護士としての目線で、事実を抽出し、それを裏付ける資料を用意し、法的主張を組み立てることで、相談者・依頼者の意向に沿ったあるいはそれに近い形での要求を通しやすいくということである。行政の判断に一定の裁量があるのであれば、行政においてその裁量の枠の中で許容することができるように、主張を組み立て、資料を提示していくということでもある。無論、法の解釈・運用を歪める趣旨ではない。

この類型においては、行政としての思考を探る必要があり、勘所を押さえる難しさはある。たとえば、①や③のパターンであれば、行政の最終判断に関する内部基準があるのであれば、これに沿うよう主張を組み立てるのか、あるいはその基準が当該事案にはあてはまらず、かつ、あてはめないことが正しいことを論証する方針で臨むのか、といった判断が必要になることもある。当該内部基準それ自体が法令上許容されるものではない、との論陣を張ることもある。②のパターンであれば、あくまで不利益処分を課せられないことを目指して争うのか、不利益処分を課せられること自体は仕方がないがより軽い処分を目指すのか、と

いった方針の見極めも必要になる。④のパターンであれば、当該分野の実務を踏まえ、行政側がいかなる目的をもって行政調査に入っているかということの探索が必要になる。

（3）この類型は、訴訟に比べて紛争の結果が出るまでの期間が短く、かつ、実利としての結果が得られることも少なくないことから、弁護士業務に馴染む。筆者が受任する行政事件の半数以上が、行政との折衝・交渉案件である。筆者としては、弁護士の業務としてこのような分野・局面があることを、広く知って欲しいと考えている。

4. 行政処分の名宛人ではない「第三者」からの当該行政処分をめぐる相談

（1）4つ目は、行政処分の名宛人ではない「第三者」からの当該行政処分をめぐる相談の類型である。具体的には、いわゆる建築紛争や、墓地やパチンコ店等のいわゆる忌避施設に係る許認可を周辺住民が争う局面である。筆者自身の経験としても、特に建築紛争の相談は多い。行政処分がなされる前の相談、なされた後の相談、いずれも想定される。

（2）この類型は、相談者が行政処分の名宛人ではないことから、法的争いに持ち込むには、当該相談者において他の者に対する行政処分を争う法的な資格があるのかという、不服申立適格（審査請求の場合）ないし原告適格（行政事件訴訟の場合）の問題が入り口のハードルとしてある。また、訴訟に持ち込んだ場合において、相談者が違法であると指摘する内容を違法事由として主張することができるのかという主張制限の問題（行政事件訴訟法10条1項）に

も留意する必要がある。

また、対行政としてではなく、対民間事業者として争うことも想定される局面であり（たとえば、建築紛争であれば、建築確認を争うアプローチではなく、直接、建設業者を相手方にして工事の差止めなどを求めて争うアプローチも考えられる。）、争いの土俵について多角的に検討する必要がある。これは、当該民間事業者の事業者としての利益も視野に入れて、争いの土俵や着地点を見定める必要があるということでもある。

さらに、自治体においてはこの種の紛争を予防・解決するための手続を用意したり（たとえば、建築紛争であれば、多くの自治体において、説明会の開催等を要求する紛争の予防条例を策定している。）、公害等調整委員会による調停等の手続を利用したりすることができることもあるため、多くの制度に目くぼりをする必要もある。

加えて、この局面は、法的手続の外で、政治的な働き掛けを同時に展開することも少なくない。運動として一つの方向性を目指すことができるのか、それを組織としてまとめることができるのかということも、成果を出すにあたっての重要な一要素である。弁護士が複数名から事件を受ける形を取る場合、それぞれが目指すところの相違から生じる利益相反の問題にも留意する必要がある。

以上のような文脈において、この類型は、弁護士としての「総合力」が問われる局面であるともいえる。

5. 住民訴訟の相談

(1) これまでみてきた4つの類型とは異

なる観点からの相談の類型として、住民訴訟の相談がある。住民訴訟は、個人としての権利・利益の回復を図ることを目的とするものではなく、いわゆる客観訴訟として、地方公共団体の違法な財務会計上の行為の是正・防止を図る訴訟である。

(2) 住民訴訟は、特定の局面以外は、成果を得ることが容易ではない。当該財務会計上の行為は、行政の政策の問題として、その裁量の範疇に入ると判断されることが多いためである。訴訟の審理期間は行政事件訴訟の中でも長期化する傾向にもある。

個人としての権利・利益の回復を図るものではないことから、弁護士報酬の決め方も難しい。

住民訴訟においては、いわゆる片面的敗訴者負担制度に相当する制度が導入されているが（地方自治法242条の2第12項）、これに基づいて弁護士報酬相当額の請求を地方公共団体に対して行うには、その請求に先行して、住民訴訟における勝訴判決が確定する必要がある。仮に住民訴訟の第一審において勝訴したとしても、その控訴審の係属中に議会の議決により対象となる債権の放棄がされるなどすれば、訴訟それ自体は棄却（敗訴）となるため、この制度に基づく弁護士報酬の請求はできないことになる。この制度に基づいて弁護士報酬の支払を地方公共団体から受けることは、現実的にはそれほど期待できない。

誤解をおそれずに筆者の感覚としていえば、住民訴訟については、プロボノ活動の一つとして取り組まざるを得ないことが多いであろう。

IV. 公共訴訟クラウドファンディングの今後の可能性

Ⅲにおいて、事件の種類ごとに弁護士としての思考の一例を示した。現実的な問題として、弁護士が業務として行政事件を受任する際の弁護士報酬の問題について、繰り返し言及してきた。金銭の問題は敬遠されがちなテーマであり、ややもすると「品がない」と批判されることもあるだろうが、筆者は、行政事件を「活性化」させるためには、正面からの検討を避けるべきではない事柄であると考えている。

この観点から、ここ数年において広がりつつある、公共訴訟におけるクラウドファンディングについて、紹介したい。

クラウドファンディング(crowdfunding)とは、群衆(crowd)と資金調達(funding)を組み合わせた造語である。特定の活動に対する金銭支援を、社会一般から集めるものである。公共訴訟におけるクラウドファンディングの文脈でいえば、訴訟の当事者ではない者から、訴訟のための費用を募ることになる。公共訴訟クラウドファンディングのプラットフォームの一つとして、「CALL4」⁶がある⁷。筆者は、このプラットフォームの運営に関与しているものではないが、ここに掲載されている複数の案件を担当している。このプラットフォームは、運営責任者が弁護士であり、クラウドファンディングを利用する者、及び、これに対して寄付をする者から直接は手数料を取ら

ず、寄付の対価も提供しない。活動の運営資金は、任意の寄付により賄っている。筆者の理解では、弁護士が適正な報酬を得られるようにすることにより、公共訴訟を活性化させていこうとする狙いもある活動である。

この種のクラウドファンディングに馴染む事件は限られ、また、弁護士倫理の観点から留意しなければならないことは少なくないが、行政事件の分野を大きく変革する力のある活動として、筆者は注目し応援している。

V. おわりに

本稿では、法律相談の現場で行政事件に取り組む弁護士業務の類型を、アトランダムに検討してきた。特に法曹実務家に向けて伝えたいことは、社会には多くの行政事件が眠っていること、(プロボノ活動としてではなく)一つの業務分野として弁護士の仕事になる行政事件も少なくないことである。多くの会社、特に規模の大きな会社であれば、その企業活動において大なり小なりの行政との間の問題を抱えており、そこに的確な助言をすることができる弁護士は現状において多くはなく、弁護士業務の一分野として開拓することの意義は大きい。

翻って、現行の行政事件訴訟制度に係る法改正の課題は枚挙にいとまがなく、団体訴訟制度、国民訴訟制度(住民訴訟の国バージョン)、都市計画争訟制度、行政調査に係る通則法の制定等、新たに構築してい

6 <https://www.call4.jp/>

7 「CALL4」のほかに、訴訟に係る資金に特化したプラットフォームとして「リーガルファンディング」(弁護士が運営。<https://legalfunding.jp/>)、訴訟に係る資金に特化したものではないが多くの訴訟のクラウドファンディングを取り扱っているプラットフォームとして「READY FOR」(<https://readyfor.jp/>)や「CAMPFIRE」(<https://camp-fire.jp/>)などがある。

なければならぬ法制度改革の課題も多い⁸。法改正・法制度改革の原動力になるものは、行政事件への国民の関心である。行政事件が低迷した状態にあっては、よほどの外部からの“圧力”が働かない限り、いかに実務的・理念的に重要な課題であるとしても法改正・法制度改革はままならない。動機は何であれ、少しでも多くの行政事件が掘り起こされ、社会の注目が行政事件に集まることの先にこそ、行政事件をめぐる諸制度の大きな変革が待っている。

8 法改正や法制度改革の課題の具体的な内容について、注2) 前掲書、参照。