

7. 行政手続における弁護士の関与業務について（行政弁護センター）

1 経緯

日本弁護士連合会の前会長である中本和洋氏が2017年（平成29年）後半に当時の橋本賢二郎日本弁護士連合会副会長（現日弁連業務改革委員会委員長）に行政手続において弁護士が関与することができないかを検討するように指示を出したことが発端である。日本弁護士連合会の意向を受け、当時の日本弁護士連合会業務改革委員会委員長である西村正男氏が同委員会内に行政分野関連小委員会を設置し、検討を開始した。

2 問題の所在

行政庁（地方公共団体を含む。）による調査、監査、申請受理などの行政指導、行政処分手続、市民や企業に対して行政当局がなす任意の行政活動等の行政行為は国民の権利・義務に影響を与えるから憲法の法律による行政の原理から法律に根拠が規定されていなければならない。したがって、行政庁による調査、監査、申請受理などの行政活動が、国民の権利・義務に影響を与える場合には、法律に基づかなければならず、これに違反した行政活動は違法行為として取消しの対象となる。

しかし、現実の行政活動においては、行政当局が法に違反する活動を行ったり、また、権限の行使を怠ることにより国民の権利利益が侵害される事態も生じる。

確かにこうした場合に、国民がこのような違法状態の排除を求め、あるいは被った損害の賠償を受けることのできる制度が法律による行政の原理の確保を図るために必要でありことから行政救済制度が一応用意されている。これには行政活動そのものの効力を争う行政不服申立てや行政事件訴訟といった行政争訟制度、国民が被った損害や損失を金銭で償う国家賠償制度及び損失補償制度がある。これらの裁判的救済、とりわけ行政行為の取消訴訟は既になされた行為を是正するものである。これより観念的には処分前の状態に復帰する。しかし、この裁判手続によって以前の状態が完全に回復される訳ではない。例えば、健康保険医の指定が取り消された場合、その取消訴訟に勝訴して健康保険医の指定が回復しても、そのクリニックには既に患者はおらず、医師として業務を行って生活をするのは極めて困難となってしまうことが予想される。また、損害賠償請求が認められるには一定の要件が必要であるし、また仮に損害賠償が認められても金銭上の填補に限定され、完全な回復には至らない。事後的裁判的コントロールというシステムだけでは国民の権利利益の救済という点では限界がある。

そこで、行政当局による調査、監査、申請受理などにおいて、事後的にその行政処分の違法性の指摘、追及を行うのではなく、行政処分が行われるまでの行政当局による調査、監査、申請受理手続自体の公正性の確保、透明性を確保する方策が検討される必要がある。

行政手続法 1 条は、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的としている。しかし、行政手続の公正性、透明性の確保といっても実際に行われる調査、監査、申請受理の現場において、この目的を確保する方策を指定し義務付けているものではない。そこで、調査、監査、申請受理の現場に直接弁護士が関与し、立会いをすることによってその各手続の公正性、透明性の確保を図る必要があると考えたのである。

3 日弁連における取り組みの開始

行政手続の範囲は広範にわたる。また、行政手続の中で行われる行政指導・行政処分における手続保障のために弁護士が関与すべき範囲も広範にわたる。その中で上記行政分野関連委員会は、以下の三つの分野からスタートすることとした。これはこの三分野において顕著な人権侵害の事実が認められたからである。

- ① 保険医療における指導監査の立ち合い
- ② 税務調査への立ち合い
- ③ 生活保護申請における立ち合い

4 各分野の問題点と進捗状況

(1) 保険医療における指導監査の立ち合い

保険医の指導は、次の三種類に分けられる。①対象者全員を一箇所に集めて、講習会・講演会方式で実施する「集団指導」。②対象者を一箇所に集めて、講習会・講演会方式の「集団部分」の指導を 20 分程度実施した上で、個々の保険医療機関を対象に簡易な面接・懇談方式の「個別部分」の指導を 20 分程度行う「集団的個別指導」。③指導月以前の連続する 2 か月分のレセプトを対象とし、対象患者のカルテ、X線画像、その他診療関係書類をレセプトと突き合わせながら、個別に実施される行政指導である「個別指導」の 3 つである。「個別指導」の結果は、ア「概ね妥当」で当該指導は終了。イ「経過観察」（改善が認められれば当該指導は終了。）、ウ「再指導」（1 年以内の翌年度の個別指導を実施。）、エ「要監査」（監査に移行。）の 4 区分となる。問題となるのはこの最後の個別指導である。そして、不正請求（主として架空請求）が疑われている場合に問題が生じる。実際は診療はしているが、カルテの記載が不十分、または忙しいため記載がない場合に「架空請求」を認定する。カルテの字が読めないなどの理由で記載がないのと同じだとして、診療していない、「架空請求である」と無理やり認定される事案が多発した。

この個別指導を恐れた医師・歯科医師が自殺に追い込まれる事案が少なからずあった。

その原因は担当官が一定の結論に導くことを前提として指導監査に及ぶ、それも多数の担当官対医師・歯科医師一人という構造でしかも密室で行われるところにあった。

どこで、弁護士が立ち会って適正手続きに導くことが必要性が出てくるのである。

現在の進捗状況としては数名の専門弁護士が個別的に若手弁護士を OJT に誘って指導監査立ち合い経験弁護士を要請しているという現状である。

(2) 税務調査への立ち合い

課税庁がなす。税務資料の収集方法には①一般調査、②行政指導調査、③質問検査権調査がある。③の質問検査権調査には、質問検査権行使は、納税者に対する 営業妨害等の不利益を与えるから、調査官の自由裁量に任されているものではなく、法規裁量として①客観的に調査の必要性があること ②合理的な範囲で調査がなされること、行為要件がある。税務調査の最大の問題点は、多くの調査官が「質問検査権を行使します。」ということをおろそかに告知することなく、質問検査権行使の制約を免れるため、行政指導として税務調査を行おうとしている点である。そして、行政指導の拒否に対して青色申告承認の取消しや消費税の仕入税額控除が否認されていることである。また、調査拒否の事実の確認が不十分で調査官のノルマ達成のためにこれらの制裁規定が濫用されることが多い。

ここに課税庁による人権侵害行為に及ぶ危険性が出てくる。そこで手続保障の観点から弁護士の立ち合いの必要性が出てくるが、課税庁は、弁護士資格のみで税務調査に立ち合うことを認めない。また、大阪高裁平成 24 年 3 月 8 日判決は弁護士の業務権限は、税務調査立会いに及ばないとした。

そのため、現状では、弁護士が税務調査に立ち会うためには 2 つの方法に限られる。①「通知弁護士」になる（税理士法 51 条 1 項） 税理士業務を行う場所を管轄する国税庁宛に所属弁護士会を通じて通知すれば「通知弁護士」になることができる。この場合、税理士会の会費が掛からない。②税理士登録をする（弁護士法 3 条 2 項） 税理士会に登録手続をすれば、税理士となり得る。この場合、税理士会の会費が掛かり、かつ、税理士会及び国税庁長官から監督・指導を受ける（税理士法 49 条 6 項、55 条）こととなる。このいずれかの方法をとれば税務立ち合いが可能となる。

税務調査に法律家が関与するメリットは次の 5 つである。①早期に納税者を救済できること ②租税訴訟に比べて、圧倒的に高い救済率を実現できること ③課税庁による違法税務調査及び違法課税処分を回避できること ④課税庁による不当課税処分を回避し、より軽微な不利益処分に誘導できること ⑤課税処分後、徴収庁と協議し、企業の倒産を回避し、M&A 手続等に関与できること。

ただ、税法解釈、つまり私法上の法律要件と租税法の課税要件は異なることから税法の研究は必要である。この点についても、専門弁護士が OJT を準備している。

(3) 生活保護申請における立ち合い

生活保護申請に当たっては、違法な権利侵害の蔓延が見られる。福祉事務所の窓口では、生活保護利用の要件を満たしているのに、行政職員がさまざまな理由をつけて「申請」を断念させ、「相談扱い」で追い返すことがある（俗に「水際作戦」といわれている。）。また、生活保護の利用を開始しても、厳しい就労指導によって保護を廃止することがある（俗に「硫黄島作戦」といわれている。）。これらの「水際作戦」や「硫黄島作戦」によって、本来生活保護を必要とする者が違法又は不当に保護から排斥されることは珍しくない。そして、この排斥によって餓死・自殺・承諾殺人等の悲劇が全国各地で度々起きている。これらの明らかな人権侵害であり、弁護士による関与が必要不可欠な分野でもある。日弁連でも第 49 回人権擁護大会において「貧困の連鎖を断ち切り、すべての人の尊厳に値する生存を実現することを求める決議」を採択し、生活保護の申請が権利であることを確認し、福祉事務所窓口での申請権を侵害するような運用を直ちに是正することを国などに対して求めるとともに、日弁連自身が「生活困窮者支援に向けて全力を尽くす決意」を表明した。

厚生労働省は、「代理人による保護申請はなじまないと解される」という見解を示した。しかし、実際の申請同行の現場では、ごく例外的な場合を除いて弁護士の同行、同席が窓口職員によって拒絶されることはない。弁護士の同行援助は、生活保護実務の現場に定着しつつあるものと考えられる。

5 日弁連の現状

(1) 行政弁護センターの立ち上げ準備

日弁連の行政分野関連小委員会においては、独立の行政弁護センターの立ち上げに向かっているが、日弁連の行政訴訟センターとの関係から、いったん行政訴訟センターの内部にセンターを設置すべく検討中である。

(2) 第21回業務改革シンポジウム（2019年（令和元年）9月7日）

日弁連の第21回業務改革シンポジウムでは第5分科会として本件を取り上げ下記の内容の講演及びパネルディスカッションが行われた。

竹内俊一会員（岡山）「保険医等に対する指導・監査への弁護士の立会い」

山本清兵衛会員（第二東京）「税務調査委と法律家による弁護」

小久保哲郎会員（大阪）「生活保護申請・審査請求への弁護士の関与」

(3) 日弁連キャラバンの開始

上記シンポジウムを受けて日弁連では、各単位会へのキャラバンを遂行しつつある。第1回として栃木弁護士会（2019年（令和元年）10月30日）を皮切りに新潟県弁護士会などがキャラバンの受け入れを検討中である。それ以前にも個別的な講演が各地で行われている。東京でも東京弁護士会業務改革委員会内で2018年（平成30年）に山下清兵衛弁護士による講演が行われ、第二東京弁護士会でも同弁護士による講演が行われている。

また、2019年（令和元年）10月20日にシンポジウム「保佐人税理士と通知弁護士の協働」開催されている。

(4) 竹内会員によるOJT

かねてから竹内会員は保険医監査の立ち合い業務について、OJTを行っており、最近でも広島弁護士会からそのOJTに4名が参加している。

6 東京弁護士会の状況

現状では、業務改革委員会において第5分科会を設立しており、主として業務改革委員会副委員長の大塚康貴会員が中心となって検討をしているが、下記の第一東京弁護士会、第二東京弁護士会との連携の観点から停滞している現状である。

東京三会業務改革協議会では中小企業及びこれに関する金融機関との連携に重点を置いており、行政弁護分野の活動としては停滞している。

7 法曹親和会での取り組みの必要性

上記の通り、東京三弁護士会は、行政弁護分野への進出について、他の単位会から大きく出遅れている。しかし、この分野は、刑事弁護、民事弁護に続く第3の弁護分野として将来の有望な業務分野であることから、法曹親和会としても重点的に取り組む分野であると思料する。