

# 中国行政不服審査制度の歴史と発展

湛 中樂 著  
國谷知史 訳

行政不服審査〔行政復議〕（以下〔 〕によって原文を示す。）は、重要な行政法制度の1つであり、新中国で設立されてから現在まですでに20年近くを経ている<sup>1</sup>。改革・開放以来、行政不服審査制度はほとんど何もない状態から、行政不服審査条例そして中華人民共和国行政不服審査法〔行政復議法〕（以下「行政不服審査法」という。）に到り、さらに中華人民共和国行政不服審査法実施条例へと発展してきた。行政不服審査制度の歴史と発展を検証することによって、われわれは有益な啓発を受けるであろうし、前人の事業を受け継いでさらにこれを発展させるために努めることができる。

## 1. 行政不服審査制度の規範変遷史

### (1) 中華人民共和国成立から行政不服審査条例公布まで(1949—1990年)

1990年に行政不服審査条例〔行政復議条例〕が登場するまで、中国の行政不服審査制度はほとんど空白に近かったが、それでも関連する仕組みがまったくなかったというわけではない。建国当初、一部の法律、法規または規則・規定にすぎないが、「再審査処理〔復核処理〕」とか「再審査〔復査〕」とか「不服審査〔復議〕」といった用語が使われていた。例えば、次のような規定がある。

1951年の中華人民共和国都市不動産税暫定条例〔城市房地產税暫行条

例]（政務院公布の行政法規に属する。）第12条

「税務機関は、不動産税調査徴収台帳を設け、土地等級図示地図を作製して、評価委員会の評価結果と納税義務者の申告にもとづき、それぞれ別個に調査、登記および税額審査をおこなうとともに、納税通知書を発行し、期限までに国庫に納入しなければならない。納税義務者は、不動産評価結果に対して異議があるときには、税金を納めたうえで、評価委員会に不服審査を申請するようにならなければならない。」

1957年の中華人民共和国国境衛生檢疫条例（全国人民代表大会（以下「全人代」という。）常務委員会で採択される法律に属する。）第7条2項

「処分を受けた者がその受けた処分に対して不服があるときには、処分通知または判決書を受け取ったときから10日以内に原処分機関またはその上級機関に対して不服審査請求もしくは不服申立てをおこない、または法により上訴審人民法院に上訴を提起することができる。」

1958年の湖南省農業税実施条例第31条

「納税者は、農業税の徴収において調査に誤りがあり、評議に不公正があり、計算に誤りがあり、または徴収に誤りがあるときには、郷・鎮の人民委員会に再審査および不服審査を請求することができるものとし、もし納税者が再審査または不服審査の結果に依然同意できないときには、さらに1級上の人民委員会に再審査を請求することができ・・・納税者は1級上の人民委員会に再審査を請求するときにおいても、やはり郷・鎮の人民委員会の再審査・不服審査の結果どおりに執行をしなければならない。・・・」

20世紀の80年代になると、行政不服審査関連規定はいよいよ増えていったが、それは租税領域で突出していた。租税以外の領域、例えば営業に対する法執行検査の処理や節約用水規定違反の行政処罰などの行為についても、不服審査の規定を設ける規則・規定が存在した<sup>2</sup>。1990年以前の多くの規定を見ていくと、制定時期が遅くなればなるほど、規範内容は行政不服審査条例に近づいていく。実際に行政不服審査条例は根拠なしに作られたものではないし、単純に法を移植した産物というのでもない。これら

早期に各地方、各部門に分散していた不服審査に関する規範と実践が行政不服審査条例の基礎となっているのである。

## (2) 行政不服審査条例の施行から行政不服審査法の公布まで（1991－1999年）

1991年の行政不服審査条例の施行は、中国行政不服審査制度の里程標である。行政不服審査条例は、行政不服審査の基本原則と制度、不服審査の申請範囲、不服審査の管轄、不服審査機関（および人員）、不服審査参加者、不服審査手続（申請と受理、審理と決定、期間と送達、の3章）および法的責任などの内容を全般的に規定していて、行政不服審査法制度のために全面的な制度的枠組みを作り上げたのであった。この枠組みにしたがって、例えば吉林省の行政不服審査についての若干の規定〔吉林省行政復議若干規定〕（1992）のように、各地方も行政不服審査に関する一連の法規や規則・規定を打ち出していった。しかし、行政不服審査条例にも問題はあった。それは行政不服審査制度の位置づけが明確ではないことや、不服審査範囲が狭いこと、申請期間が短かすぎること、管轄方法が理想的ではないこと（「縦割り〔条例〕」管轄を主としていたこと）などであった。かなり顕著であった2つの欠陥（資源に係る権利確認の民事紛争についての行政調停・仲裁が不服審査範囲に入っていないことと、「縦割り」管轄が過度に硬直化していること）に対しては、1994年に改正がおこなわれた。それまで1級上の部門が管轄することを主としていたが、これを改め、1級上の部門または同級の人民政府が管轄できると規定したことは、特に重要な点であった。この革新は、行政不服審査がもはや特定の行政系統内部における紛争解決を主要なものとするのではなく、相手方にこれまで以上に広い選択の余地をもたせるものであった。しかし総じていえば、この時点では、条例に存在するさまざまな問題を全面的に解決する機会はまだ訪れてはいなかった。

### (3) 行政不服審査法の早期の規範体系（1999－2007年）

行政不服審査制度を全面的に整備するとともに、その規範の位階と権威を高めるため、全人代常務委員会第9回会議は1999年に行政不服審査法を採択した。行政不服審査条例を改善した点は主として次の点である。①行政不服審査の事件受理範囲を拡大した。数種類の具体的な行政行為を補足し列挙しただけでなく、具体的な行政行為に対して不服審査をおこなうことが最低限保証されている権利類型の制限を取り除いた<sup>3</sup>。そしてさらに、抽象的行政行為を条件付きながらも事件受理範囲に入れている。②管轄モデルを見直して、規範上、申請者の選択権を明示した。③不服審査手続を利用者に使いやすくした。例えば、不服審査の期限緩和、口頭による申請の許可、審査期間の短縮、直接受理制度の設置などである。④資料閲覧権や上級機関の直接受理および法的責任の強化などの法的仕組みによって行政審査機関に対する監督を強化した。⑤決定形式を見直して確認型の不服審査決定を増やし、補正型の決定を取り消した。行政不服審査法が世に出て行政不服審査の実践を大いに推進したことは、わが国の行政不服審査制度がまったく新しい段階へと進んだことを表していた<sup>4</sup>。ただし、不服審査機関の位置づけ、不服審査手続の公開と透明化などのキー・ポイントは依然、制度上の空白地帯であり、実践を通して理想的な処理方法を探求することが望まれた。

### (4) 行政不服審査規範体系の最近の発展（2007年以降）

行政不服審査が実践で遭遇した一連の問題を解決するため、国務院は2007年、行政不服審査法実施条例〔行政復議法実施条例〕（以下「実施条例」という。）を公布施行した。実施条例は主として、次の数点をより詳しく定めた。すなわち、行政不服審査機関が果たすべき具体的な職責を明確なものとしている点、いくつかの場合における申請者と被申請者の認定問題に詳細に解答している点、不服審査手続の期間計算を明瞭にしている（とりわけ期間の開始時点の認定）点、不服審査申請提出の細目を規定し

ている点、例外なく必ず受理しなければならないという原則を確立するとともに、受理の条件を明確にしている点、審理手続を細目化するとともに不服審査での調停の規定を追加している点、不服審査に対する監督・指導メカニズムを整備している点、関連の法的責任を補充している点、などである。実施条例による突破と革新は、少なくとも、規範上は評価するに値するし、一定の実践的効果も得られている。しかし、周到的結論を得るまでにはさらに観察していく必要がある。

## 2. 行政不服審査制度の実施状況の変化

規範の変遷は、実施状況の変化をともなっていた。行政不服審査条例が公布施行された当初、行政不服審査フィーバーともいべき現象が起きて、各地で行政不服審査事件数が大幅に増えた。少なからざる地方で行政訴訟をも超えてしまった。しかし1993年から各地の行政不服審査事件数は下降し始め、行政不服審査法が公布施行される前には行政不服審査条例施行初期の水準には2度と戻らなかった<sup>5</sup>。1994年、国務院は行政不服審査管轄体制を見直し、縦割り管轄を主とした以前の体制を「法律に別段の定めがある場合のほか」のものとして、部門別縦割りと地方横割りの結合〔条塊結合〕および申請者が自主的に選択する原則を実行した。そのため行政不服審査事件数は上昇に転じるころもあったが、行政不服審査法が出される前には1991 - 1992年の事件数を超えることはなかった<sup>6</sup>。

行政不服審査法公布施行後、不服審査事件は大幅に増加した。1998年、統計に算入された全国24の省、自治区および直轄市において新たに受理された行政不服審査申請数は23,802件にすぎなかったが、1999年に統計がおこなわれた23の省、自治区および直轄市において新たに受理された行政不服審査申請は32,170件であった。2000年からは、統計が取られた31の省、自治区および直轄市の行政不服審査の申請、受理および既済の数は、

2002年から短期間一時的な減少が見られるほか、全体的に増加傾向を示している。

表－1 2000－2008年行政不服審査申請・受理・既済事件数

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
既済数	62,693	68,309	62,609	62,189	64,953	70,095	72,029	72,747	66,479
受理数	68,957	75,886	68,703	68,354	72,620	78,649	81,197	76,887	69,175
申請数	74,448	83,487	76,456	75,918	81,833	90,624	91,667	86,288	78,002

出典：方軍「我国行政復讞制度的実施現状、問題と展望（一）、（二）」北大法律信息网、[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=37883&Type=mod](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=37883&Type=mod)、アクセス日：2009年8月12日、および国务院法制办公室行政復讞司から得た新しいデータにより筆者作成。

維持、取消し、変更、義務履行命令、相手方による申請の撤回およびその他の方式による事件終結にも一定の変化が表れている。

表－2 処理結果の変化

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
維持	32,748	36,682	34,900	34,644	37,726	41,732	43,645	44,044	41,027
取消し	11,560	11,248	9,287	9,958	9,527	9,107	8,014	5,748	4,953
変更	3,410	3,415	2,515	2,283	1,741	1,606	1,336	1,130	509
違法確認	296	325	550	406	407	527	560	841	383
履行命令	622	551	612	659	557	700	656	370	379
申請撤回	10,813	11,700	11,049	11,905	11,750	13,020	13,627	13,966	14,121
その他	3,244	4,388	3,516	2,334	3,245	3,403	4,191	4,509	3,189

出典：同前

これらのデータの変化の背後には規範の変遷があるだけでなく、それに呼応して政府が多くに関連措置を講じたということがある。前記のデータに影響した最も主要な措置の中には、政府内部会議、不服審査法制度についての宣伝、および法務人員に対する研修などが含まれる。こうした措置は、政府職員の意識や観念を変え、法適用のための技術水準を向上するう

えで軽視できない機能を果たしている。2002年の低落は規範変動と関係なく、次のように原因を指摘する学者もいる。すなわち、一部の地方とりわけ市・県2級の政府が今回の機構改革で行政不服審査機構を廃止した結果、多くの不服審査要員が他へ転出してしまい、また行政不服審査の相対的独立の問題が終始解決されなかったため、受理すべきなのに受理しなかったり、受理しても単純に維持してしまったりといった現象が発生して、行政不服審査の質と効率が高くなかった、といったことが、この時期に不服審査事件数が下降した重要な原因であったという<sup>7</sup>。この他にも、触れておくべき問題としては、次のものがある。2007年に全国の行政不服審査申請数がやはり下降しているが、同時期の行政訴訟事件数は顕著に増加していて、また苦情処理相談における行政に関わる事件数も着実に上昇してきている。そして、人民法院に行政訴訟として提起された事件のうち70%以上は、不服審査を経ることなく直接提訴されたということである。これはある面において、行政不服審査の公正性が何らかの程度公衆に認められていない、ということを反映している<sup>8</sup>。さらに、この2、3年の行政不服審査申請数の減少は、行政不服審査制度に対する人々の認知度が十分でないことを明らかにしている。

行政不服審査事件数および処理結果に影響する要素を見てみると、公共行政の規範化レベル、事件管轄方式、政府宣伝力、不服審査機構の位置づけ（専門の行政不服審査機構と職員の有無、行政不服審査機構の設置モデル、事件に対する実際の処理権と処理方式、行政機関内の実際の地位と経費保障、および不服審査機構の責任範囲）、職員の業務能力、不服審査決定の質、不服審査事件の維持率、是正率、不服審査手続の利便性、および不服審査過程の公開性と透明度などは、いずれも行政不服審査制度の運用状況に影響しよう<sup>9</sup>。要するに、われわれは行政不服審査制度の歴史的発展を通して行政不服審査法制度の運用に影響する多様な要素を観察することができたのであるが、前述した多くの要素の中でも、現在法規範に取り入れられている要素はその小さな部分を占めるにすぎない。規範外の多く

の要素が行政不服審査制度の過去と現在の運用および将来の発展に対して軽視しえない機能を発揮しているのである。

### 3. 行政不服審査制度の歴史的啓示と発展方向の問題

新中国の行政不服審査制度の歴史と発展を分析することによって、われわれは、行政不服審査制度の歴史と発展に影響する諸要素を総括することができたが、それら要素の背後にはまさに学者たちが鋭く指摘しており、行政不服審査制度の公信力の問題がある。つまり、人々は行政不服審査制度の誕生に対して十分な信任を与えているかどうか、という問題である。もし行政不服審査が人々の適法な権利利益を効果的に守ることができるのであれば、人々は今後ますます不服審査メカニズムを通して紛争を解決するようになるであろう。しかし守ることができないのであれば、人々は他の紛争解決方法を選択することになろう（ある人はかつて、「足で投票する」という有名なことばでこの状況を表現した<sup>10)</sup>。それは不服審査制度に対して変革の圧力ともなれば動力ともなろう。前述した諸要素は皆、行政不服審査制度の公信力に直接または間接に影響している。1994年の行政不服審査条例の改正、1999年の行政不服審査法の制定およびその後の実施条例の登場は、いずれも行政不服審査制度の直面する公信力というプレッシャーに関わっていたのであった。

この点から、行政不服審査制度の歴史を熟知した多くの学者と実務家は行政不服審査制度の将来の発展に対し、それぞれの見方を発表している。簡単に見たところ、最も主要な主張は次の3種類である<sup>11)</sup>。第1の種類は、「司法化の道」ともいえるもので、行政不服審査は司法化へ向かうべきであると主張するものである。行政不服審査は司法モデルを参考とし、中立の審判、専門家の主宰、公開の討論（少なくとも当事者各方の意見聴取では）、および合意本位の不服審査メカニズムを樹立しなければならず、かつ、



行政審査機構と行政審査人員の独立性を増強しなければならない<sup>12</sup>。たとえ行政不服審査は司法モデルに接近すべきであると明確には主張していない学者であっても、現在の書面審理方式を改革する必要を主張し、行政不服審査の争証の特徴を強調する者もいる<sup>13</sup>。第2の種類は、「独立化の道」ともいえるものであり、行政不服審査業務が相対的に独立した専門の機構および専門職の人員によって担われるべきであるという。そして多くの学者と実務家が、独立性と専門性がかなり強い行政不服審査委員会モデルの採用を主張している<sup>14</sup>。第3の種類は、「透明化の道」ということもでき、公開・透明の価値を強化するよう主張するものである。目に見える正義を用いて行政の争いを解決するよういう。受理範囲、申請主体または時効などの面での制限を減らし、特に手続的正義や審理の公開を際立たせる必要があるという<sup>15</sup>。

これらの主張には、それぞれ道理がある。ただし實際上、司法化の道と透明化の道の違いを詳しく検討してみると、それらの具体的主張は大同小異であることが分かる。結局のところ、行政不服審査制度の公信力の源は、人々の適法な権利利益をより広い範囲でより効果的に守ることができるかどうかという点にかかっているばかりか、不服審査の処理のプロセスと決定の質とが人々に信頼されるか否かにもかかっているのである。司法化モデルと争訟の特徴を強調する学者の意図は、司法上で発達した、より充実した手続的正義を行政不服審査メカニズムに対して要求することにある。あるいは「司法」の形式を捨て去ってこれを論じないとしても、その実質的な価値志向はやはり充実した手続的正義の価値へと向いているのである。独立化（専門化を含む）や透明化などの道には、手続的正義を目標とするほか、不服審査決定の質に対する価値的考慮も含まれている。これは、行政不服審査の制度と手続の設計にかかっている。したがって、将来革新のキー・ポイントとなるのは、相対的に独立した専門の不服審査制度を設立し、かつ、公開、平衡、合理を目標とした不服審査手続を完備することである。関連する制度と手続は、どのように位置づければ良いのか、とい

うことについて次に述べていこう。

(1) 行政不服審査委員会：いまだ十分には認識されていない制度変革の考え方

学界で行政不服審査制度改革に対する最も際立った観点はといえば、それはやはり不服審査の相対的独立性を保証することであろう。行政不服審査の相対的独立性を保証してはじめて、不服審査の最良の機能を効果的に発揮させることができる。双方の当事者の利益から相対的に中立化され平衡の取れた価値的立場に立って紛争に対処し紛争を解決するならば、公平で公正な不服審査の結果に到達するであろう。ただし、この種の独立性は、行政系統の外に探し求めることはむずかしい。第1に、それは司法審査に屋上屋を重ね、重複建設の嫌いがある。第2に、もし行政系統に十分組み込まれることがなかったならば、被不服審査者（または不服審査の被申請者）に不服審査決定を受け入れ履行するよう促す十分な実際上の力を獲得することはむずかしい。第3に、そこには深層の矛盾が存在する。もし不服審査機関が純粋に行政系統の外から来たのであったならば、内部情報、行政技術、行政決定に影響する具体的情勢および行政系統内部の運営メカニズムなどをあまり良く分かっていないため、事実認定と責任分配の面で合理的なものにならないおそれがあるし、行政主体の困難に同情することがないかも知れない。したがってその処理は、主観・客観の両面からとも実現できない可能性があるのである。

われわれが行政系統内に相対的に独立した不服審査制度を構築するという選択をした場合には、もう1つ別の根本的な政治-行政運営の論理がある。つまり、中国の行政制度全体が深刻な同化・統合の傾向をもっているということである。その原因は数多くあるが、例えば、行政処分の結果が覆されるリスクを冒さないため、下級の行政主体が上級へ請訓したり、または審査権をもつ他の主体と意見を交流したりするといった方策を採ることや、明文の法規には載っていない、内部で共通認識されただけの部門の

政策要求や地方の政策目標、上級・下級行政組織の組織と機能の同一構造さらに人員の派閥と移動の一貫性<sup>16</sup>、行政権力を社会的主体に分担させるのは容易ではなく、政治-行政それ自体の単一の運営論理に従うだけであること、等々である。その結果、行政系統内部に相対的に独立した専門化の領域をどのように構築することができるのか、という問題を深く考えていかなければならないことになる。これは、行政不服審査制度の将来に対して最も重要な問題なのである。

この重要な問題に答えるためには、まずもって中国行政系統が相対的の意味における異質性をどの程度、どのような方式で受け入れることができるのか、という問題を考察しなければならない。ここで異質性とは、政治上および行政上の意見を指しているのではなく、系統が異なることに由来する価値認知、影響力および決定権をいうのである。このような異質性は必ずや実質的に不服審査決定の質を高め、決定が受け入れられる可能性を高めるのに役立つだろう。それには、行政活動の過程や行政主体の能力の限界、実際の責任分担方法などを熟知することにより、行政主体に受け入れられやすい、合理的な不服審査決定を下すことができる、という意味も含まれる。当面の条件の下では、この種の相対的異質性は、ただ専門家-関連分野の業務の専門家と法律の専門家を含む-によって生み出されるのみである。

したがって専門家の参加を受け入れる不服審査機構というものが行政不服審査制度改革の1つの理念となる。相当部分の学者と実務家は、行政不服審査委員会〔行政復議委員会〕（政府の法務担当者と人民代表大会の代表、政治協商会議の委員、業務専門家、法律専門家などから構成される。）は行政不服審査制度の将来を切り開く重要な突破口となりうるだろうと、考えている。行政不服審査委員会は、行政不服審査制度の革新のための多くの理念を担っている。専門性、独立性、相対的・客観的に中立な地位、公開・透明な手続、弁論、意見聴取、理由説明などであるが、それらは、不服審査のプロセスを整備・充実し、決定の質を向上するという目標にとって、

疑いもなくカギとなる意義を具えている。これまでに出示された多数の革新意見は、資料閲覧権〔閲覧権〕や管轄選択など少数を除き、一貫して行政系統内部の監督と規制をいかに強化するかという点を考察するものであった。不服審査決定の参加者を行政系統の外にまで拡張、外部の専門技術や中立的地位、社会的公信力の助けを借りようという考え方は、試してみる価値があろう。そして、一定の外力の支持を借りることによって不服審査機関が上級行政主体の意思から相対的に離れる機会を得られるかどうかは、実践で探求する中で有益な検証がおこなわれるだろう。中国と制度・文化が類似している韓国では、行政不服審査について、行政不服審査機関および諮問機関の性質を具えた訴願委員会という2つの組織から行政審判委員会制度へと改組して成功を収めた<sup>17</sup>。中国でも現在、多くの地域で行政不服審査委員会〔行政復議委員会〕（主に地方政府の中に、ただし非行政部門として設置されている。）の制度的実践が繰り返りひろげられている。例えば、ハルビン市では、2008年に公布したハルビン市行政不服審査規定〔哈爾濱市行政復議規定〕第50条<sup>18</sup>と市の実情にもとづき、同委員会構成員の内、市政府の外から来た法律分野の教授、学者、経験豊かな弁護士、人民代表大会の代表、政治協商会議の委員といった「外部委員」が全委員のおよそ93%を占めている。それは一定程度行政不服審査の民主性、公正性および科学性を保証し促進していて、幅広く参加させるという要求を具体的に実現している<sup>19</sup>。北京市における同様の改革でも、そのことは十分に評価できる<sup>20</sup>。不服審査委員会制度は通常、複雑さの程度が異なる紛争をそれぞれ別個に処理して効果を挙げられるよう、行政不服審査簡易手続〔行政復議簡易程序〕と並行しておこなわれ、互いに補い合うようにしている。当面、不服審査委員会制度の果たす役割は主として、疑問が多く解決困難な事件および普遍性のある行政問題研究の2つの点に対して重要な成果を挙げるといふことであろう<sup>21</sup>。

ところで、次のような指摘もある。相対的に独立した不服審査機関を設置するという改革の目標を最終的に実現するためには、少なくとも2つの

前提条件を満たさなければならない。すなわち、①行政機関の高度な自己規制および遵法意識、②強力な外部監督の必要、である。これらがなければ、単に相対的に独立した不服審査機関を増設し、または既存の機関内部に専門家を増やしただけでは、行政不服審査が行政機関の干渉を受けることなく独立かつ公正の目標を達成する、ということは保証されえない。憂慮されるのは、現実の制度が運営される場にあっては事実上、新たな法律を公布施行し、新たな機構を設立することを通して既存のシステムの制約や影響、さらには同化から離脱する可能性が存在していないことであるという<sup>22</sup>。このような心配はまったく理由のないものというわけではない。実際に、行政不服審査委員会の相対的に成功しているとみなされる実践は、いずれも大都市からのものである。大都市にはいくつかの顕著な特徴があり、それらが行政不服審査委員会の独立性に対して深刻な潜在的影響を及ぼしている。第1に、大都市には、その地方の政府から影響を受けることがない社会的地位のある多くの専門家および「政治-行政」家が集まっている。意見を発表し決定に参加するにあたって、かれらは行政主体の意思に必ずしも従わない。第2に、大都市の管理モデルにおける行政主体の任務は、より多くの複雑性と総合性を具えていて、最終的な都市発展目標に対する各部門の活動の貢献が直接関知されうる比率は相対的に小さい。複雑かつ間接的であることから、行政部門が緊急または重要な発展目標を口実に抵抗活動をおこなうことがむずかしくなるのである<sup>23</sup>。第3に、大都市は相対的に、正当性における合法的支配<sup>24</sup>を受けるという色合いが強く、政府およびその部門の間の私的な人間関係ネットワークは相対的に弱い。他方、中小都市の行政人員（行政不服審査委員会に参加する可能性のある者まで含む。）は、緊密な私的人間関係ネットワークに絡められる可能性がより大きい。この種の私的人間関係ネットワークは往々、法の上の適度に分割された権限区分を突破して機構設置の独立性を超越してしまい、権威秩序全体をより緊密に結び合わせる<sup>25</sup>。この種の比較的強い私的人間関係ネットワークにおいては、委員会の討議や決定の詳しいプロセスは容易に行政

部門の知るところとなり、構成員に対する打撃報復を防ぐことができないという問題ともなりかねない。したがってわれわれは、中国基層政府の「政治-行政」の実態を真摯に責任ある態度で考察して、行政不服審査委員会の普及の問題を考えていかなければならない。

まさにこの意義において行政不服審査委員会は、いまだ十分には認識されていない制度変革の1つの考え方なのである。それは實際上、ある程度複数の資源と条件を必要とするが、それには、独立した専門家、全体としての制度環境である人員の法的素養と法的技術水準、必要（necessity）による圧力が比較的弱いこと、および相対的に拡散している私的人間関係ネットワークなどが含まれる。もしわれわれが将来行政不服審査委員会に直接公衆から選ばれた代表を加えて、新しく相対的異質性を添加しようと意図するならば、制度環境に対する要求はいっそう高くなろう。筆者の考えでは、行政不服審査委員会は、行政系統内外の異なった価値認知と思维方式を融合した審理形式として、諸々の行政不服審理機構の改革のすべてに対して適用されるが、その内容を充実するにあたっては、各地方および各レベルの不服審査機関における使用可能な資源と条件に大きな格差があることから、重要な調整をおこなう必要がある。不服審査委員会の機能は、行政系統内外の視角を統合して不服審査の結果の正当性（legitimacy）、質および権威を強化することである。必要な資源と条件を欠いた地方政府にあっては、専門家から得ることが容易でないならば、素養の高い公衆へと適度に目を転じて、民主的参加の適法性と権威に訴えるべきであろう<sup>26</sup>。この方向もやはり、全体としての行政不服審査制度の改革目標の1つとなる。

## (2) 司法化と政治化：いまだ十分には議論されていない手続変革の考え方

行政不服審査手続の改革において、多くの学者は、適切な範囲内で司法手続を参考にせよとの主張を支持している。こうした主張には道理がある。行政不服審査に司法の手続と精神を参考とすることは、手続的正義を実現

し、不服審査の結果の公平を保障するうえで確かに一定の作用を果たすだろう。しかし、行政不服審査の司法化を求める建議を子細に検討してみると、その中にある程度の差異を見出すことができる。一部の学者と実務家が主張する「司法化」または「準司法化」とは、審査の独立を確保すること、審査の中立を推進すること、行政不服審査決定の準司法的効力を確立すること等々に限られていて、その趣旨は行政関与を排除してその公信力を確立することにある<sup>27</sup>。一方、さらに徹底せよという意見の者もいて、当事者の平等な地位と争訟対立を保障する手続規則を確立しよう主張している。主として、法廷審理に類似した聴聞制度や資料の排他性原則の実行、証拠法則の確立、権利告知制度の確立、不服審査の審理における合議制の実施等々を導入するべきだという<sup>28</sup>。新しく公布施行された一部の規則や規定にこの考えは体现されている。例えば、最近公布された国土資源行政不服審査規定は、法廷審理に類似した聴聞制度を設立したが、それは典型として代表性をもった試みとなっている<sup>29</sup>。

後者の考え方は、簡単に見た限りでも道理がある。これらの手続規則の理論の下で、行政不服審査は、相手方の権利保障を充実することができるし、紛争解決の結果もいっそう大きな公信力をもつことになる。その中でも聴聞制度（必ずしも法廷審理に類似した聴聞制度とは限らない）、権利告知制度、不服審査の審理の合議制（簡易手続を除く）などはすでに有益な試みがおこなわれていて、肯定的評価を得ている。しかし、この考え方の核となる主張について、真剣に処理しなければならない問題が1つある。すなわち、争訟対立の基本規則およびこの基本規則に関して構築される一連の具体的手続規則は、行政不服審査制度に適合するかどうか、という問題である。

対立構造方式およびこの方式と緊密に結合した武器対等（equality of arms）の原則<sup>30</sup>は、審理手続の枠組みとして中国の学界で広く流行していて、混合主義の司法モデルの中で告訴人・弁護人の対立もまた中国国内の学者に崇拝されている。対立のない純粋な糾問主義の方式はだれも支持

していない。対立構造は司法手続のカギとなる特徴の1つであると考えることができるであろう。ただし、あらゆる領域で対立構造の処理方式が適合するわけではない。まず第1に、対立の色彩を帯びた手続メカニズムは、もしも双方当事者の武器対等が実現されないとしたら、その対立は一辺倒の局面を生み出すだろうし、効果の面でも職権主義モデルの手続メカニズムに劣ることになる。そして当事者の武器対等には十分な資源の保障が必要である。手続における支持が必要であるというばかりでなく、手続外の多くの関連メカニズムが必要なのである。前者は手続制御権と証明責任の分配により双方当事者の武器対等を保障することを通して、手続上実現することができる。後者は実質的に当事者が対等な武器を獲得する可能性を強める一方、審理過程で高度に対立した後に生ずるおそれのあるマイナスの副作用を消去するものである。現在の中国では、この2つの条件がともに完全に備わっているということとはできない。まず、中国の行政救済法制において、手続上の武器対等を実現する主要なメカニズムは行政の相手方に有利であり、それには事実問題と法律問題の証明責任の分配が含まれている。ところが不服審査の実践において証明基準はあいまいなものであり、行政不服審査では実際には蓋然性の優越の基準が採用されていて、この基準は事実上、証明責任の分配によってもたらされた武器対等の効果を控除してしまっている<sup>31</sup>。また、われわれは証明基準を高めることにより手続上の武器対等を改善することもできない。なぜならば証明基準は確定された外観上の表現をかなり欠いている法メカニズムであり、裁決者が人為的に実質的な変更をおこないやすくなっているからである（行政不服審査制度において不服審査機関と不服審査対象者とは同一の系統に属していることから、行政訴訟と比べて変更がおこなわれる可能性が高い）。手続外の面では、十分かつ全面的な法律支援の資源が欠けているばかりか、双方が高度に対抗したことから惹起された対立性を消去し、行政主体－行政相手の交互関係によって破壊されたマイナスの効果を消去するのにもむずかしい。相手方が行政不服審査のルートを選んだのには、より小さな時間



と金銭コストおよび将来に対するより弱いマイナスの影響を代価として紛争を解決することができるかどうかを先に試みた可能性があり、したがって不服審査制度に対立構造の手続を導入するのはけっして適切なことではない。たとえ十分な政治的・社会的条件が備わっていて口頭弁論の仕組みを導入した諸国家や地域であったとしても、対立の色彩は相対的に弱いものなのである<sup>32</sup>。それゆえ、われわれが不服審査制度の司法化改革を論じるとき、司法手続のこのカギとなる特徴を含めることはないのである。

実際、前述した程度に差がある2つの主張に戻って不服審査手続の司法化を議論するとき、より多くの学者は制度の独立性と中立性の実現を追求するのである。不服審査制度自体にいたっては、確かに改革して干渉をよりうまく排除する必要があるのだが、司法モデルのほか、行政不服審査制度は、それ独自の優勢と発展領域を必要としている。もしこの制度を基本的に転換して司法訴訟過程のコピー版とし、または攻撃・防御訓練としたならば、行政不服審査制度の将来の発展にとって何ら助けとはならないだろう。われわれが追求しなければならないのは、行政不服審査手続には、一部の必要な、事件の真相を審査するのに適切な司法手続を参考とするほか、自身の特色に適した手続の革新にどのようなものを考慮する必要があるのか、ということである。

最初に行政不服審査委員会制度に関わる基本手続の類型に戻ろう。1つの基本的な手続区分の方法は、簡易手続と、不服審査委員会で討議し、ひいては一部の委員が合議廷を構成して決定を下す一般手続とであるが、ここでは一般手続に焦点を合わせて論じることにする。行政不服審査の結果の正当性（legitimacy）の構成と、行政訴訟の結果の正当性の構成とが完全には一致するものでないことに注目していこう。行政不服審査の結果の正当性には、位階の権威と専門家の理性に由来する内容がより多く混ざり合っているが、この種の正当性の基礎は、司法審査の正当性の基礎（形式上の法による授權のほか、主として具体的事件における裁判官の法律に対する最終的解釈権<sup>33</sup>、および理想的状況における典型的で十分な手続的正

義の設計）と互いに優劣のない堅実な土台を構成しているわけではない。行政不服審査制度は、形式上の法による授權を強調し、手続的正義を反映する若干の規則を借りて適法性を補充するほか、さらに別の適法性の来源を必要としている。それによって手続を充実し、不服審査結果をいっそう公正なものとし、各当事者および公衆によりよく受け入れられるようにする必要があるのである。

實際上、ここには隠された主体が存在する。結果の公正と正当とはともに、双方当事者の間に存在するばかりではない。公衆は公正評価と正当性判断を与える重要な主体として、外部からの圧力を減らすことを強調する司法訴訟にあっては表面に出るのは良くないが、行政不服審査制度にあっては表に登場しても良いだろうし、むしろ登場すべきであるともいえる。現在おこなわれているいくつかの手続改革の試み、例えば行政不服審査聴聞手続の豊富化と強化などは、この方向への重要な努力といえよう。それは實際上、一定の政治的性質を帯びた方向から、そして非司法化の方向から、行政不服審査手続を整備するものである。中国では政治と行政が緊密に結びついていて、行政不服審査が解決する必要のある複雑な問題（簡易手続の対象ではないもの）は多くの場合、実際には、ある部分政治問題である。双方当事者、専門家、公衆およびその他の関連行政主体を内を含む各種の集団が共に参加して解決の道を話し合う必要があり、そのことは当面の紛争解決を推し進める合力を形成するだけではない。行政不服審査が行政系統内部でおこなわれ行政主体の運営方式へと迅速に転化しやすいことから、将来の類似の問題に対してもまた適切な処理規準を提供することができるのである。行政不服審査制度の発展はその伝統的機能に拘泥するものではない。われわれは、より広闊な視野を切り開いて将来におけるその位置づけを探し求めていく必要がある。例えば具体的な手続の設計において、不服審査の双方当事者が直接対立する聴聞手続を越えて、より多くの関係集団に要請して不服審査過程に参加し討議し話し合って貰い、具体的・個別的事案を超えた解決策を形成する一方、行政不服審査機関は不服

審査申請者の同意を前提に、その不服審査請求の範囲を適度に越えて弾力的な決定を下すことが許されるようにする、といったこともできよう。

したがって行政不服審査の手続改革では、最初に、一般手続と簡易手続を区分する必要がある。簡易手続では、司法手続を適度に参照して受理手続、証拠法則、期限規則などを整備しなければならない。他方、一般手続では、幅広い参加を含んだ聴聞手続を重点的に設立するとともに、聴聞手続の中に不服審査結果（多くの場合、「和解または調停を達成する、当事者の不服審査請求に縛られない弾力的な措置を含んだ結果」と表現することができる。）を導き出す助けとなる政治的な話し合い、討議、決定の方式を適当に採用して、紛争の解決を重視すると同時に、その問題に対する一般化されたより良い解決方法を探究することにも同様に注意する必要がある。この種の「政治－行政」を結び合わせた不服審査手続は、重要な制度革新の1つであり、十分な実験的实施を通して具体的構築方式を検討する必要がある。最後に、一般手続と簡易手続を分ける基準を整備して、行政不服審査機関が簡易手続を濫用（簡単な形式で適法性審査へつなげていく可能性）し、複雑で手を焼く不服審査事件を回避することを防止すべきである。そのカギは、事件を区分する決定権について、行政不服審査機関それ自身の業務人員が完全に行使できるということのないようにすることである。不服審査委員会が事件を区分する過程に関与し、あるいは少なくともこれを監督するようにすべきである。

以上、長年にわたる歴史的発展を縦覧すると、中国行政不服審査制度は困難な探究の中でたえず前進し、たえず整備されてきたといえよう。依然あれこれの問題が存在しており、公正性と公信力もお強化されることが期待されているとはいっても、設立から現在にいたる制度全体の発展はやはり評価に値する。われわれがおこなう必要のあるのは、これまでの実践を基に、深く思索し、弛まず探究し、壁を突き破る制度革新によって行政不服審査制度の大きな前進を達成することである。

## (Endnotes)

\* 本稿は、中国社会科学院法学研究所と日本早稲田大学比較法研究所の共同主催による「法治と紛争解決をめぐる国際シンポジウム」[法治与糾紛解決国際研討会]（2009年9月6日、北京）における筆者の原稿に必要な補足と修正を加えたものである。本稿執筆にあたっては、北京大学法学院博士課程の蘇宇氏から多くの協力を得ており、ここに特に感謝する次第である。ただし当然ながら、本稿のすべての責任は筆者の負うところである。

- 1 ここで行政不服審査制度変遷史とは、新中国成立以来の行政不服審査制度の変遷の歴史を指している。正確にいうならば、中国の行政不服審査制度の起源は実際には中華民国時代の訴願制度にあり、1914年の訴願条例が中国行政不服審査制度の最初である。同条例は、すぐに同年の訴願法によって取って代わられている。そして1930年、当時の国民政府は新しい訴願法を公布施行した。同法は1935年と37年の2度にわたり改正されたが、戦乱のためちゃんと実施されることはなかった。新中国成立後、台湾地域の訴願制度は依然同法を基礎とし、何回もの改正を経ながら現在に至っている。それは大陸の行政不服審査制度の樹立に重要な参考となったのであり、中国行政不服審査制度の重要な支流なのである。翟小波「制度在歴史的積累中成长－行政復議制度：中国与広州」博覽群書2006年第4期第4－5頁、戴桂洪「清末和民国時期行政程序法制的發展介評」学海2008年第3期第147頁、を参照。
- 2 都市節約用水管理規定 [城市節約用水管理規定]（建設部、1988）第20条、商業部門法執行検査業務暫定規定 [商業部門執法检查工作暫行規定]（商業部、1989）第16条、第17条。
- 3 行政不服審査条例では「行政機関がその他の人格権または財産権を侵害したと認められる場合」とあるが、行政不服審査法では「行政機関のその他の具体的行政行為がその適法な権利益を侵害したと認められる場合」となっている。
- 4 湛中樂／姜岸「論我国行政復議制度的發展与完善－兼評我国『行政復議法』立法之得失」科技与法律1999年第2期を参照。
- 5 劉莘「行政復議的發展歷程与未来展望」江蘇社会科学2008年第5期、第121頁。
- 6 方軍「我国行政復議制度的實施現狀、問題と展望（二）」北大法律信息网、[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=37883&Type=mod](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=37883&Type=mod)、アクセス日：2009年8月12日。
- 7 同前。
- 8 前掲注5劉莘論文第121頁。
- 9 青鋒「中国行政復議制度的發展、現狀と展望」法治論叢2006年1月号第16－30頁、前掲注6方軍、方軍「論中国行政復議の觀念更新和制度重構」環球法律評論2004年春季号第41・42頁、黄紅星「对我国現行行政復議体制的兩点反

- 思」法学研究2004年第2期第149・150頁、張華民「論提昇我国行政復議公信力」広東行政学院学報2008年12月号第45 - 48頁、を参照。
- 10 黄慶暢「『行政復議法』將適時修改」政府法制2009年第11期第46頁。
  - 11 この3種類の他にも、かなり特殊な主張もいくつかある。例えば、行政裁判所モデルを採用して行政不服審査制度と行政訴訟制度を併合し、普通裁判所の行政事件に対する司法審査権を廃止して行政裁判の専門性と公正性を実現する、といったものなどである。趙力「論行政復議‘司法化’改革的可能和限度－從制度運行動力的視角出發」河南省政法管理幹部学院学報2009年第1期第60頁参照。
  - 12 朱新力「行政復議心向司法化逼近」法学研究2004年第2期第148・149頁、周漢華「我国行政復議制度的司法化改革思路」法学研究2004年第2期第146・147頁など参照。
  - 13 楊小君「対行政復議書面審査方式的異議」法律科学（西北政法大学学報）2005年第4期第92 - 96頁。
  - 14 周婉玲「我国行政復議組織与程序的改革」法学研究2004年第2期第151・152頁、前掲注9方軍論文第42・43頁。
  - 15 前掲注10黄慶暢論文において紹介された姜明安教授の見解。
  - 16 上級と下級の行政組織と行政機能の同一構造に関しては、徐継敏「地方行政体制改革与服務型政府建設」中共浙江省委党校学報2009年第2期第57頁、江海松／徐小鷗「県級機構統籌設置与大部門体制改革」党政幹部論壇2008年第3期第15頁を参照。
  - 17 韓国は現在、行政不服審査を「行政審判」と称している。それは1984年制定（その後改正が何回もおこなわれている。）の行政審判法を根拠としたものである。それ以前に用いられたのは1951年の訴願法であった。訴願法によると、訴願機関は審査をおこない決定を下すことに責任を負う。当時、國務総理および行政各部長官の下に訴願審議会が設けられ、事件を審査するという試みもあったが、ただし当該訴願審議会は諮問機関にすぎず、訴願機関の独立性が不足しているという問題を根本的に解決するものではなかった。行政審判法の主要任務の1つは、不服審査機関の独立性を高めることであり、この点では大きな成果を収めた。行政審判委員会の委員には、公務員、弁護士資格をもつ者、韓国高等教育法第2条1項または3項に定められた学校で法律学等を教授する副教授以上の職にあるかもしくはあった者、または4級以上の行政公務員であった者もしくはその他行政審判に関する知識と経験を有する者が含まれていて、行政審判委員会が会議を招集するとき、不服審査機関の外部の者で前述の3項目の要件の1つを満たすものが必ず過半数でなければならない。呂艶浜「日本、韓国的行政復議制度－行政復議司法化的若干実例」環球法律評論2004年春季号第14・15頁を参照。

- 18 第50条の規定は次のとおりである。「行政不服審査委員会は、同級の人民政府が関係ある専門家、学者その他の専門家を招聘して組織するものとし、同級の人民政府の外部の委員が全委員の半数以上を占めていなければならない。」「行政不服審査委員会は、同級の人民政府が受理した、行政不服審査決定を政府が下す必要のある行政不服審査事件を審議し決定しなければならないが、ただし簡易手続を適用する場合を除く。」
- 19 周玉華・李延超「論行政復議制度的改革与探索－兼論『哈爾濱市行政復議規定』的立法特色」行政与法2009年第10期第85頁。
- 20 2007年11月14日に北京市に行政不服審査委員会が設置された。それは行政不服審査事件の審議を担当し、行政不服審査制度の設立を指導する北京市政府の審議機関である。行政不服審査委員会は、主任委員、常務副主任委員、副主任委員、常任委員および非常任委員から構成される。第1期の行政不服審査委員会は28名の委員からなるが、北京の一部の高等教育機関、研究機関および国の部・委員会から18名の著名な専門家・学者が選任され非常任委員に任命されている。行政不服審査事件を取り扱う市政府の審議機関として、行政不服審査委員会は、行政不服審査事件審理会議〔審理会〕と全体会議を招集して活動を進めているが、重大でむずかしい行政不服審査事件に対しては合同で審理し協議したうえで最終的に審理結果を市政府に報告する。行政不服審査事件審理会議は9名の委員から構成され、主として市政府行政不服審査事件の審議を担当する。「北京モデル」は國務院法制弁公室の肯定的評価を得ていて、2008年9月には、國務院法制弁公室から通知が発せられている。その通知は、北京市、黒竜江省、江蘇省、山東省、河南省、広東省、海南省および貴州省の8市・省において行政不服審査委員会の試験的实施を繰りひろげる旨、明確にしている。金国坤「行政復議改革北京探路」決策2009年第5期第40・41頁を参照。
- 21 同前。
- 22 趙力「論行政復議‘司法化’改革的可能和限度－從制度運行動力的視角出發」河南省政法管理幹部学院学報2009年第1期第61・62頁。
- 23 中小都市とりわけ小都市では、都市指導部が決定した一連の重要で、とくに緊急の発展・建設目標において、その円滑な進展を保証するため、指導部が関係部門の活動を特別に保護することがありえるが、それは行政紛争の解決に影響するおそれがある。客観的に述べると、重大な発展・建設目標と連結した行政事項は、大都市にも存在する。ただし大都市において、その発展目標の多元性、発展モデルの総合性および発展手段の多様性によって、小都市におけるように直接観察できる少数の重点活動（例えば多くの小都市で発展のネックとなっている産業誘致・資本導入活動）に絞って焦点を合わせる必要がそれほどあるわけではない。かなりの程度において、それぞれ異なった部門の諸々の活動プロセスに分散してしまい、そのような態勢は、行政不服審査機構が独立して業務

をおこなううえで有利なのである。これに比べ、小都市の行政不服審査機構が、その地方の政府の行政活動の重要な構成部分や差し迫った目標と結びついた紛争、例えば、重点企業を誘致し資本導入することに関わる紛争を相対的に独立して解決しようとする、その難度はより大きなものとなる。別の角度からいうならば、大都市が受ける「必要」(necessity)の圧力はより弱く、より間接的であるが、小都市では、necessityは適法性に対してしばしば極めて大きなマイナスの影響をもたらすのである。(necessityと適法性との間の緊張関係については、Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, *Harvard Law Review*, Vol. 118, No.6 (Apr.,2005), pp.1845-1847を参照。)

- 24 正当性における合法的支配とは、ドイツの著名な思想家であるマックス・ウェーバーが提起した3種類の純粋な正当性による支配の方式の1つであり、伝統的支配およびカリスマの支配に対していわれるものである。合法的支配が依拠しているのは、人々の、法の明文条項の妥当性に対する信任であり、合理的に制定された規則に限定づけられた事務的な職権の妥当性に対する信任である。近代西洋の典型的な「国家公務員」および公務員に類似の権力所持者が運用する支配が、この類型に属する。馬克斯・韋伯著、銭永祥ほか訳『*学術与政治*』第199頁、広西師範大学出版社（2008）を参照。
- 25 大都市の行政部門と不服審査機関の業務要員（責任者を含む）の間にもまた一定の私的人間関係ネットワークが存在しているが、ただし経験上、この種の私的人間関係ネットワークおよび交流の水準は全体として、中小都市ほどには緊密なものではない。とくに知人間の社会ネットワークがいつそう深まっている基層の小都市には比べようもない。
- 26 この施策は、一連の措置を通して保障されうる。公衆代表の代表性と素養の問題を重点的に解決し、かれらがある程度専門家の役割を代替できるようにすることや、さらに匿名化された決定メカニズムを設けることなど、かなりの程度、多くのメカニズムについて、大都市の中ですでに実験的にこなわれてきた行政不服審査委員会制度とは異なった配置をする必要があろう。大都市における参加人員の選出や専門家データベースなどのメカニズムについては、基層の県や市では、代表選挙の類の革新的施策により、大衆の幅広い積極的な承認（消極的な異議なしではない）により、その適法性、代表性および権威性（および公衆代表の素養を間接的に）保証する必要があるかも知れない。もちろん、最終的に表れる趨勢というのは、「専門家」（省級の政府および大都市の政府の行政不服審査委員会の主要な参加者）と公衆（資源に乏しく条件が不足した基層の県や市の主要な参加者）の適度な融合でなければならない。ただし資源と条件に見られる避けようのない格差によって、「適度な融合」は一刀両断的な同化処理へと進化することはありえない。
- 27 周漢華「我国行政復讞制度的司法化改革思路」法学研究2004年第2期第

146・147頁、前掲注9方軍論文第43・44頁を参照。

- 28 胡曉玲「行政復議司法化及其建構探討」行政論壇2008年第4期第73頁。
- 29 〔国土資源行政復議規定〕第21条1項は、「重大または複雑な行政不服審査事件について、申請者が要求し、または行政不服審査機関が必要と認めるときには、聴聞の方式を採用して審理することができる。」と規定し、第23条は、「聴聞は次の手続により進めなければならない。(1)当事者の身分確認と、当事者の権利と義務の告知 (2)当事者の陳述 (3)当事者への質疑応答 (4)当事者の弁論 (5)当事者の最終陳述。」と規定している。この規定は「法廷審理に類似した聴聞制度」という考えを体現したものとみなすべきであろう。
- 30 武器対等の原則は、刑事裁判に起源がある。その基本的観点は、もし検察官が裁判で特定の権力を持っているとしたら、被告もまた同じ権力をもつべきであること、それは立法上、告訴人・弁護人双方の権力および権利の配置レベルでいわれるものであり、告訴人・弁護人双方に平等な訴訟上の権利と攻撃・防御手段を付与するよう求めることである。弗萊徹「‘公正’的比較性思考」国家検察官学院学報2009年8月刊第150頁、冀祥徳「控辯平等之現代內涵解讀」政法論壇2007年11月刊第90頁を見よ。その後、この手続モデルは他の領域にも広がった。対立構造手続と武器対等の緊密な結合については、Jay Sterling Silver, *Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right*, *Wisconsin Law Review*, July, 1990, p.1032 を見よ。
- 31 もしも蓋然性の優越の基準を採用するとして、思惟方式に排中律の仮説が存在するとしたら、實際上、証明責任の分配は肝要なものではなくなる。ただし、証明責任はまさに中間状態（証明もできなければ、否認もできない）にあるという場合に機能するものであり、理論的には、たとえ蓋然性の優越の基準を採用して証明責任を行政主体の側に分配したとしても、依然行政の相手方に対して有利である。ただし、「蓋然性」の問題に的を絞っていうと、この問題は複雑性を帯びている。蓋然性は事実判断に適用できるだけであるのに、行政不服審査および行政訴訟で行政主体が負う証明責任は、主として行政行為の適法性である。そして事実ではなく規範の「蓋然性」は實際上存在しないことから、当然、適法性判断に曖昧な部分が存在することになる。しかし、論理的に違法から適法へと1つの連続体をなしており、確率による判断という厳密な意味における中間状態は存在しないので、行政の相手方は、武器対等の原則の実際上の支援を受けることがないのである。実際に行政不服審査と行政訴訟の証明基準の問題は、かなりむずかしい問題（適法性の証明には適法性を支持する事実の根拠も含まれているからである。）であり、民事訴訟と刑事訴訟にも重要な違いが存在しているが、この面での学界の努力はまだ足りない。不服審査と訴訟の現状は、この面での努力を妨害しているところもあるといえよう。
- 32 例えば台湾地域の訴願法第65条は、「訴願受理機関は、訴願人または参加人



の申請により、または必要なときに、職権によって訴願人、参加人またはその代表者、訴願代理人もしくは保佐人および原行政処分機関に対し、指定期日に指定の場所において口頭弁論をおこなうよう通知しなければならない」。その口頭弁論の具体的手続規定（第66条）には一定の対立性があるが、ただし訴訟法上の対立規則とは大きな隔りがある。日本の行政不服審査法案第30条は5つの枝規定によって口頭陳述手続を規定しているが、そこでは対立性が示されていない。

- 33 ここでいう解釈権とは、一般的に法律の条文について解釈をおこなう権限ではなく、具体的事件における解釈権のことである。不服審査が終局にいたる場合はごく少ないことを考えると、ほとんどの場合、1つの事件の法律問題は、裁判官が最終的な解釈権と決定権をもつことになろう。このとき裁判官は法律の代言（Repräsentation）とみなすことができるのであって、司法審査は正当性の問題において伝統的な行政不服審査と比べ、かなり大きな優勢を保つこととなる。