

第21回弁護士業務改革シンポジウム第5分科会 反訳録
行政手続における弁護士の関与業務の展開
～健康保険医療，税務，生活保護の現場で～

2019年9月7日

※読みやすいように一部修正・編集しています。

目次

1	開会の辞・趣旨説明.....	1
2	基調講演「行政手続における弁護士の役割」.....	3
3	講演「保険医等に対する調査・指導・監査への弁護士の立会い」.....	12
4	講演「税務調査と法律家による弁護」.....	22
5	講演「生活保護申請・審査請求手続への弁護士の関与」.....	30
6	パネルディスカッション「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険 医療，税務，生活保護の現場で～」.....	41
7	質疑応答.....	76
8	総括・閉会の辞.....	82

1 開会の辞・趣旨説明

【久保田】 大変長らくお待たせいたしました。ただいまより，第21回弁護士業務改革シンポジウム第5分科会「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険医療，税務，生活保護の現場で～」を開催いたします。

本分科会の総合司会を担当いたします弁護士の久保田明雄と申します。本日はどうぞよろしくお願い申し上げます。

本分科会では，シンポジウムの内容を記録し，また，成果普及に利用するため，会場での写真撮影及び録音を行っております。撮影した写真及び録音した内容は，日本弁護士連合会の会員向けの書籍やDVDのほか，当連合会のホームページ，パンフレット，一般向けの書籍やDVD等にも使用させていただくことがあります。また，報道機関及び動画配信サイト等による取材の可能性もあり，撮影された映像・画像はテレビ，新聞，ウェブサイト等の各種媒体において利用されることがあります。なお，本分科会については，登壇者を除き，撮影は背後からのみ行いますが，撮影されたくない参加者の方は第5分科会受付担当者に申出ください。

それでは，西村正男弁護士から，当分科会の趣旨説明を兼ねて開会挨拶をさせていただきます。

【西村】 おはようございます。私は，日弁連の弁護士業務改革委員会の委員で鳥取

県弁護士会の西村正男でございます。本日はこの第5分科会に多数ご参加いただき、大変ありがとうございます。

開会のご挨拶として当分科会の趣旨説明をさせていただきます。当分科会で取り上げるテーマは「行政手続における弁護士の関与業務の展開」であります。なぜこれをテーマにしたかと言いますと、これまで、この業務に弁護士が関与することが極めて少なく、弁護士が市民のお役に立てていなかったからであります。

弁護士の仕事は裁判をすることであると長い間多くの弁護士が思って実践してきたところでありますが、そのことは行政分野でも同じで、行政当局の行った処分の中に違法・不当なものがあった場合にそれに対して行政事件訴訟や損害賠償請求訴訟を起こすというのが弁護士の仕事でありました。しかし、ひるがえって考えてみますと、行政当局が処分を行う前には必ず行政手続として調査、指導、監査などが行われているところでありますので、この行政処分前の行政手続に弁護士が関与することを進めようというのが、本シンポジウムの趣旨であります。

このことを今回取り上げる分野ごとに具体的に言いますと、健康保険医療では保険医指定取消処分の前個別指導や監査のときから、税務では課税処分前の税務調査のときから、生活保護では申請をするときから、弁護士が関与することを目指すものです。これらの分野では、例えば、健康保険医療では指導監査の厳しさを苦に自殺する医師がいたり、税務では質問検査権を前提に強引な調査が行われたり、生活保護では根拠のない拒否事案も多発している、とのことであります。

このような趣旨から当分科会では本日の内容として、午前中に、まず東京大学の山本隆司教授に行政手続への弁護士の関与について行政法学の立場から基調講演をしていただき、次に各分野で先駆的な実践を行ってこられた弁護士の講演を聴くことにして、健康保険医療では岡山弁護士会の竹内俊一弁護士に、税務では第二東京弁護士会の山下清兵衛弁護士に、生活保護では大阪弁護士会の小久保哲郎弁護士に、それぞれお話ししていただく予定です。

午後からはパネルディスカッションを行い、各分野の事件の当事者、実践者、研究者に登壇していただき、各分野での生々しい困難体験やその対応策や成功事例などについてお話しをいただけるものと思っております。

最後に、このように考えてきますと、「行政手続における弁護士の関与業務の展開」については、本日の3分野についての議論にとどまるべきものではなくて、もっと広く、他の多くの行政分野に展開すべき課題であると存じております。行政手続における弁護士の関与によって弁護士がその活動分野を拡大していくことになれば、その広大な分野における市民の正当な権利が擁護されることになり、ひいては、法の支配を隅々に行き渡らせることにもなるのであります。

以上のおり当分科会の趣旨説明をさせていただきました。これをもちまして開会のご挨拶とさせていただきます。ありがとうございました。

2 基調講演「行政手続における弁護士の役割」

【久保田】 それでは、まず、山本隆司東京大学法学部・大学院法学政治学研究科教授による、基調講演「行政手続における弁護士の役割」をお聞きください。

【山本】 ただいまご紹介にあずかりました山本です。本日の私の報告では、一般的に行政手続の考え方についてまとめながら、そこにおける弁護士の役割について述べさせていただきます。現場、あるいは個別の分野に関するお話は、この後のそれぞれの報告の中でされるとお思いますので、私の報告は前座の位置づけになるとご理解をいただければと存じます。全体といたしまして、まず一般的に行政の適正手続について簡単にお話をし、その後で、個々の手続の場面ごとに、申請に対する処分の手続、それから行政指導の手続、そして行政調査の手続という順に分けてお話しします。

まず、一般的な行政の適正手続という考え方ですけれども、この考え方自体は最高裁判所も承認しており、ここに掲げました最高裁の平成4年の判決がございます（最大判平成4・7・21民集46巻5号437頁）。「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、それが刑事手続では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埒外にあると判断することは相当ではない」と言っていました。ただ、「しかしながら」として、行政目的は多種多様である。それから、刑事手続と行政手続は違うと言ひまして、事前の告知、弁明、防御の機会を与えるかどうかは、行政作用の種類によるとしており、結局あまりはっきりとしたことは言っていない。一般論としては、適正手続が行政手続でも重要だと言ったのですが、それ以上具体的に、では、どうすることが必要かというところまでは言っていない。

先ほどの最高裁の判決で引用されている憲法31条はご承知のとおり、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めています。確かに、最高裁が言うように、刑事手続と行政手続の間には、共通点はあるのですが、おのずと性質の違いがあることは押さえずにはいけないですし、行政手続は多様であるということも言えます。そして、もう一つは、憲法だけから適正手続の具体的な内容を言うことには限界があることも認めざるを得ない。憲法一本やりではなかなかことが進まないということがございます。

そこで、ご参考までに今日は若干EUの話させていただきますが、EUは、基本権憲章という条約の中で、よき行政（good administration）を求める権利を規定しています（41条）。「何人も、自らの案件が、EUの諸機関によって、非党派的に、適正に、相当の期間内に取り扱われることを求める権利を有する」と。2項に挙げられているのは、聴聞、文書閲覧、それから理由の提示ですが、これは日本でもよく適正手続3原則として、あるいは基準の策定を含めて4原則とされることもあります。言われていることです。ただ、これがEUでは条約の中にはっきりと定められていま

す。

ただ、これはいきなり定められたものではなく、前史としては、例えばOECDの文書や、EUのオンブズマンがいろいろソフトローとして行為準則を定めていったことが積み重なって、先ほどのような条文になったという経緯があります。必ずしも法的な拘束力は持たないいろいろな文書が積み重ねられて、先ほどのような条約に至ったわけです。

そこで少しまとめますと、適正手続を考える場合に、二つの実質的な根拠があるだろう。

一つは、刑事手続に典型的な場面ですが、権利侵害に対する防御権、二極対審手続のモデル。国と被告人、あるいは行政と行政作用を受ける私人という二極対審手続モデル。そこにおける武器の対等といったことが一つあるかと思います。ただ、先ほどのEUのよき行政を求める権利には、それにとどまらない観点が入っています。つまり、行政が合理的な決定を行うためには、偏りなく、いろいろな情報を集めてくる必要がある。あるいは、関係利益の表出を求めて、それらをうまく調整することが必要である。したがって、このようなときには、場合によっては当事者が多数になり多極的な手続になり、そういった利害関係者間の武器の対等も考えなければいけなくなります。この二つの観点を考える必要がある。

それから、形式的には、憲法の原理・原則を明確化する必要がある。これは否定できませんが、それだけではなく、実務慣行を蓄積していくことが重要である。そのことは、先ほどのEUの基本権憲章の制定過程からもわかります。慣行に生かされただけでは、意味がないのではないかとされるかもしれませんが、それをもし後退させる、やめるときには、それなりの理由をつけることが求められますので、したがって、法的に全く意味がないわけではないだろうと思います。

以上を受けて、弁護士の役割ですが、先ほど述べたEUの基本権憲章にいう、よき行政を求める権利の中には、弁護士等の代理を受ける権利、さらには弁護士との通信の秘匿も含まれると理解されております。

その次に、行政手続法模範草案と書きましたが、これはEUにおいてまだ定められているものではありません（山本隆司「EU行政手続法模範草案の分析」行政法研究27号（2018年）43頁以下）。あくまで、主に研究者が提案しているものなので、そのようなものとして理解していただければと思いますが、この中ではっきりと「当事者は手続において弁護士または他の権利能力・行為能力をもつ者により代理されること」が当事者の権利として挙がっています（Ⅲ－8条）。

さらに、これは制裁的な処分の場合に限られますが、行政制裁を科し得るときは、行政庁は、当事者となる私人について、法的助言の秘匿を尊重しなければならないと、弁護士との間の通信の秘匿がはっきりと定められています（Ⅲ－14条）。

では、一体どのような根拠で、EUにおいてこういった弁護士による代理等が認められているかという点ですが、実はあまり詳しい説明がありません。当たり前のよう

に思われているのか、ごく一般的なことが挙げられているにとどまります。

まず一般的人格権、これは、人はそれ自体目的として扱われなければならない、道具や手段のように扱われてはならない。つまり、行政作用を受ける以上は、その人の意見を聞いて、行政作用が行われるべきであって、道具や手段のように扱われてはならないという、極めて一般的な考え方です。それから、防御権や武器の対等。行政庁、あるいは国が情報や権限等を持っているのに対して私人はそうではないので、その間の武器の対等を図るという観点。それから、聴聞等が保障されている場合には、それが実質的、実効的なものになるようにするという観点です。こういったことが挙げられていますが、中には、集中的・効率的な手続の進行を、付随的にですが、挙げる文献もあります。つまり、代理人・弁護士が入ることによって、いわば、ポイントが絞られた議論ができる。あるいは、関係のない事柄は調査の対象から除外し、真に重要なところに当事者の議論を集中させる効果があると言われていています。

以上を踏まえて考えますと、弁護士の代理等に関しては、本来は一般的に法制化するべきであろう。つまり、行政分野・法分野ごとに、あまり取扱いを区別する理由はないと思います。実態として、必要性が大きい分野、小さい分野があると思いますが、もし法制度化するとしますと、この分野では認めるけれども、この分野では認めないといった区別をする理由はないのではないかと。ただ、なかなか一般的な法制化は現実には難しいところがあります。したがって、もう一つ考えなくてはいけないこととして、実務慣行を漸次的に蓄積させることが、実際には重要であって、その場合には法分野ごとにうまくいったところから法制度化していくことも考えられるのではないかと。こちらの方が現実的なアプローチではないかと思えます。

そう考えても、現在、弁護士の代理ということはよく言われるのですが、なかなか法制化の議論が進まないことの一つの理由は、それが過剰に考えられており、したがって、過剰な警戒があることではないか。逆に申し上げると、弁護士による代理を受ける権利を、あまりにも強く、絶対的なものであると主張すると、法制化の妨げになることにも気をつけなくてはならないと思います。つまり、弁護士の立会い等を原則として定めることが考えられるのですが、しかし、ありとあらゆる場面において弁護士の立会い等が全く無制限に行われることにはならないと思います。それを制限するためにはきちんとした理由を示す必要があるのですが、ただ、無制限に認められるわけではないだろう。それから、本人の意思によって行政作用が行われる場面がありますので、したがって、代理の範囲には限度がある。手続上の個々の行為に範囲が限られるということがあります。私が言うまでもないことですが。それからもう一つは、弁護士による代理によって、行政の決定の合理性を損なわないことが必要です。どうも、このあたりの不信が、現在、法制化を妨げており、行政側、国側がなかなか法制化に乗ってこないことの原因ではないかと思えます。私自身も、難民申請手続に関して、弁護士による代理の問題に少しかかわったことがあります。なかなか、このあたりの行政側の意識と、弁護士側の主張とがかみ合っていないところがあります。

以上の点を意識して、今後は、かみ合った議論をしていくようにしなくてはならないと思います。

そこで、以下では、個々の行政手続の場面ごとにお話をしてまいります。その場合に出発点となりますのは、行政手続法という法律です。現在、行政手続法という法律が原則としてすべての行政分野について適用されます。ただ、個々には適用除外とされている分野があります。後から発表があります租税の分野などでは大幅に適用除外がされており。したがって、常にではありませんが、原則としては、行政手続法があらゆる行政作用について適用されます。同法の構成は、まず申請に対する処分、後から報告があります生活保護の場合がこれに当たります。それから、不利益処分。課税処分は適用除外にされていますが、一般の命令、後から報告がある例で言えば、許認可等の取消しがこれに当たります。それから行政指導です。逆に、行政手続法に規定がないものとして、契約の規定はありません。それから、行政調査の規定もありません。このところが後から少し問題になってまいります。

必要なことを総括的に申し上げれば、それぞれの手続において弁護士の手続によって、行政庁の説明義務を実質的に機能させる。行政手続法はいろいろな形で、行政機関の側の説明義務を定めています。弁護士の手続によって、それが実際に機能することが重要であり、そこに弁護士の役割があるのではないかと。つまり、法律に定められている説明義務を実効化させることです。さらに加えて、私人の側からも説明や提案等を行いコミュニケーションを双方向化させることが、弁護士の役割として求められます。

そこで、申請に対する処分という第1の場面から申し上げます。まず、申請については基準をあらかじめ策定することが手続法に定められています。そして、直接にはこの審査基準について言ったものではなく、不利益処分に係る基準について言ったものなので、行政手続法5条の申請に対する処分、生活保護等の基準に直接当てはまるわけではないのですが、考え方が恐らく同じように当てはまるとされる最高裁判所の最近の判例がございます（最判平成27・3・3民集69巻2号143頁）。

この判例は、行政庁が後の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量権の逸脱又は濫用になると言いつつ、処分基準に一定の法的な効果を認めているということが、非常に重要なところですので。ですから、基準を定めても意味がないわけではなく、行政庁としては原則としてそれにしたがって取扱いをする必要が生じるわけです。

それから申請に対する手続として、他にどのようなことが手続法に定められているかといいますと、行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない（7条）。そして、申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、申請者が行政指導にしたがう意思

がないことを表明したにもかかわらず行政指導を継続すること等によって当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない（33条）というように、非常に細かく規定されています。逆に言いますと、このようなことがよくあったので、この規定がわざわざ置かれたのです。

加えて、二つほど、下級審の判決を挙げておきました。いずれも、社会保障に関する行政庁の説明義務について述べたもので、一つ目は、児童扶養手当について、周知・広報を行う義務を言ったものです（京都地判平成3・2・5判時1387号43頁）。一般的な周知・広報義務を言ったのですが、もう一方は個別の事案について、窓口の担当者が、この手当に係る認定の請求をしないまま、受給する機会を失わないように配慮すべきであった。要するに、よく聴取をし、必要な情報を示し、申請ができるようにすべきであったという事案です（大阪高判平成26・11・27判時2247号32頁）。国家賠償等の事案です。

このように申請に関する手続についてはかなり行政手続法の中に考え方が示されていますので、これが実際に動くように弁護士が果たす役割があるということです。

次に行政指導という、第2の場面に入ります。行政指導については、行政手続法の中で、これも非常に細かく定められています。行政指導のまず定義があり（2条6号）、32条で、行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、所掌事務等の範囲を逸脱してはならない。それから、行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されることに留意しなければならない。その相手方が行政指導にしたがわなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。このようなことがよくあったので、わざわざこうした細かい規定がされたのです。

さらに、「許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあつては」、行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊さらに示すことにより相手方に行政指導にしたがうことを余儀なくさせるようなことをしてはならないと、定められています（34条）。

これらは、結局、行政指導が事実上の強制にわたることを禁止している規定です。ただ、問題は、これをどのように担保するかということです。行政指導を他の権限とくっつけて行う場合、例えば、指導要綱にしたがわないと水道をとめるというように、要綱にしたがえという行政指導と、給水をとめる権限をくっつける場合、これを違法だということは、はっきりわかるのですが、問題になりますのは、法令を適用するプロセスにおいて、処分の前の段階で行う行政指導。今日扱う行政指導のかなりの部分はこれに当たるわけですが、いわば、処分権限の影のもとで行われる行政指導について、先ほどのような規定がうまく働くかということが若干問題になります。

その場合には、行政指導が、議論を終えてこれっきりというのではなく、議論の継続過程にある、つまり行政指導はあくまで行政指導にとどまるということを示す必要があります。実は、その点で非常に重要な規定が、次の行政手続法35条で、行政指

導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨・内容・責任者を明確に示すという明確性が規定されています。行政指導に携わる者は、行政指導をする際に、許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を行使し得る旨を示すときは、相手方に対して、あらかじめその権限を行使し得る根拠となる法令の条項、それから、その条項に規定する要件と、そして理由も示さなければならないと規定されています。

さらに、行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から35条の規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならないという、書面交付義務が定められています。これは、先ほどの不当連結、他の権限とくっつけるような行政指導の場面にあっては、このように責任者を明確にせよ、あるいは書面を交付せよと求めると、行政指導をやめるだろうということが一方で期待されていたのですが、もう一つの役割として、行政処分の前の段階で行われる行政指導については、どのような行政指導であるか、そしてその理由は何か等々のことを明確に示してもらうことによって、後の手続がうまく進むということがあるのではないかと思います。後から、あのとき言った、言わないという問題が生じ、行政指導の内容が曖昧になってしまうことがないように、ここで明確に説明してもらって、さらに、疑義があれば、書面を交付するように求めるというもので、これは実は非常に強い、非常に重要な規定であると思いますが、その割には、それほど多くは使われていない規定です。

この規定によりますと、場合によっては、この時点で行政庁が処分をするという意思がわかりますので、処分があってから取消訴訟を提起するのではなく、処分の前に、処分をしないように求める訴えを提起するきっかけになります。このような訴訟は、2004年の行政事件訴訟法においてははっきりと処分の差止訴訟として法定されました(3条7項・37条の4)。同法に一定の要件が定められていますが、この要件を満たすときにはそれが可能であるわけです。

さらに、ただ単に受け身で行政指導を受けるだけでなく、私人の側から、事情をいろいろ主張して、いわば交渉する場面を考えますと、これは和解にかなり近いといえます。後の報告の中で触れられるかもしれませんが、日本と同じように、法律による行政の原理が非常に強く言われているドイツで、和解契約の可能性がはっきりと法定されています。一定の要件が求められていることは非常に重要ですが、一定の要件のもとに、事実又は法状態を聡明に評価しても残る不確かさを、互譲によって除去する和解契約は、行政庁が、義務を守って行使する裁量によって、和解契約の締結が合理的であると判断する場合に、締結することができる(連邦行政手続法55条)、ただし、強行法規違反の場合にはこれは無効である(同法59条、民法典134条)と定められています。

日本では、行政機関は行政処分に関して私人と和解契約を締結することができないというのが通説です。ただ、実態としては、行政機関が私人との間で、和解契約を締

結しないで、しかし和解契約を締結する場合と同じように、相互の行為を調整して紛争の解決を図ることがある点は、ご承知のとおりで、この場合には、弁護士による交渉が特に重要な意味を持ちます。理論上は、私はそもそも和解契約ができないというのはおかしいのではないかと思います。実態としては、和解契約でない形で、しかし、それと同じようなことが行われており、そこでは弁護士の役割が重要になります。

そこで、最後に行政調査の手續について、少し時間をかけて述べたいと思います。基本的なことですが、行政調査には三つの種類があるとされています。

一つは、実力による強制を伴う強制調査で、これは刑事手續につながる犯則調査という、極めて限られた分野でしか法定されていません。非常に多く法定されているのは、間接強制調査、いわゆる準強制調査とされているもので、これは強制を伴う、実力を行使するというわけではないのですが、しかし、情報提供の求めをする、そして、それに応じないと罰則がかかるというものです。したがって、やはりこれには強制の要素があり、したがって、学説上は間接強制調査あるいは準強制調査とされています。最後に、法律上の根拠が要らない任意調査がございます。後から問題になりますが、実際にはこの任意調査が非常によく使われています。

憲法上、行政調査についてどのように考えられているかということですが、最高裁のかなり古い、税務調査に関する判例では（最決昭和48・7・10刑集27巻7号1205頁）、前半の方で、税務調査の細目については、質問検査の必要があり、かつ、これと相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な程度にとどまる限りは、行政庁の合理的な選択に委ねられているとされています。

逆に言いますと、相当な程度にとどまらなくてはなりません。これが、次に言う比例原則で、これは行政目的とそれを実現する手段としての権利侵害との関係を規律する一般法理です。つまり、手段が目的を実現するために適切であり、必要であり、手段として権利利益が侵害されることが、目的として実現される権利利益との関係で不相当に大きくないことという、3段階のテストが一般に比例原則と言われるものです。先ほどの判例の前半ではこの比例原則が言われている。調査の必要があつて、そしてそれが不利益との関係で不相当なものでないということが挙げられています。

後半の方ですが、調査の実施の日時場所の事前通知、調査の理由等々、具体的な告知のごときは、法律上一律の要件とされておらず、憲法上もこういったことが求められるわけではないとされています。

行政手続法ではどうかといいますと、行政調査はばつさりと適用除外とされています。報告又は物件の提出を求める処分その他その職務の遂行上必要な情報の収集を直接の目的としてされる処分及び行政指導は行政手続法の適用から除かれている状態にあります（3条1項14号）。

その理由は、総務省系の解説書に書かれており、行政調査はその性質上、処分の理由について相手方に争わせる意味がないから、理由提示を行う意義に乏しい、また、事前通知においてあらかじめ調査の内容や理由を示したり、調査に際し理由を提示し

たりすると、証拠隠滅等のおそれがあること、調査の目的を達し得なくなる場合があると言われております（『逐条解説行政手続法〔改正行審法対応版〕』82頁以下）。ただ、これには若干疑問があること、理由提示を行う意義に乏しいということですが、それは必ずしもそうではないだろうと思われまゝす。やはり調査には理由が、先ほどのように必要なわけで、理由提示を行う意義に乏しいという点は疑問です。また、証拠隠滅等のおそれがあることは確かですが、ただ、これには例外を認めればよい話であり、やはり原則として事前告知等を定めることには意味がある。むしろ、ベースラインは事前告知ではないかと思われまゝす。

これは後からご説明があると思われまゝすので、ここでは大ざっぱにとどめまゝすが、税務調査に関しまゝすは、最近国税通則法の改正がありまゝして、行政調査について、かなり広範に規定が置かれまゝしました。つまり、税務署長等は、調査を行う場合、これは準強制調査、間接強制調査の場合であつて、任意調査ではないのですが、そのような場合には、あらかじめ、当該納税義務者に対し、その旨及び次に掲げる事項をあらかじめ通知せよということが規定されていまゝす（74条の9）。

この規定では、調査の対象や、調査の日時等々について通知するように求められており、税務署長は、こういった通知をしたところ、納税義務者から、合理的な理由を付して、これについて変更するよう求めがあつたときには「協議するよう努めるものとする」とされ、これは努力義務の形にとどまつてはいるのですが、よく話し合うように定められていまゝす。そして、74条の10が例外規定です。支障があるときは、通知をしなくてもよい。したがつて、ありとあらゆる場合に通知しなくてはならぬわけではなく、例外が認められていまゝす。

それから、74条の11は調査の後の話で、調査を行つた結果、決定等をすべきでないと思ふ場合には、納税義務者において相手方となつた者に対し、その時点において更正決定等をすべきと思ふ旨を通知するということ。それから2項では、逆に、更正決定等をすべき場合に、当該職員は当該納税義務者に対し、調査結果の内容を、その理由を含めて説明するものとする。それから、このような場合には修正申告等を勧奨できることになっておりまゝして、要は調査結果を、はっきりと知らせることが求められていまゝす。

独占禁止法においては、現在でも調書の作成が定められており（48条）、調査調書等を作成いたしまゝすと、行政訴訟の場面において、それを提出するように求めることができるという規定になっていまゝす。

これも実は現在あまり使われていない規定ですが、行政訴訟においては「裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、必要があると思ふときは、次に掲げる処分をすることができる」ということで、被告である国等々に対し、処分又は裁決の原因となる事実その他処分又は裁決の理由を明らかにする資料であつて行政庁が保有するもの全部又は一部の提出を求めることとありまゝす。非常にこれも重要な規定です。

そこで、現状をまとめたいと思われまゝすが、一つは、個々の行政調査それ自体が適正

に行われているかという問題と、その行政調査を含め、一連の行政過程全体の適正化、つまり、行政庁が調査によってだんだんと心証を形成して決定を行うわけですが、こうした手続全体の中で見て、行政調査が適正に行われているかという、手続全体の一コマとしての行政調査の適正化という二つの観点が必要です。

二つ目ですが、事前告知・聴聞を受ける権利という適正手続の基本的な考え方は、準行政調査手続にも妥当するのではないか。調査の実効性確保を理由とする制限は確かにありますが、しかし、やはり原則としては事前告知、聴聞を受ける権利を守るべきではないか。

それから、任意調査の場合ですが、行政指導に関する先ほどのいろいろな行政手続法の考え方。つまり、不当に権限を連結してはいけない、また、内容を明確化する、行政機関は説明を行わなくてはならない、あるいは、一定の文書化を図る等、こういったことは任意調査においても妥当するのではないか。これらは現在の行政手続法においては、先ほど言いましたように、適用除外とされていますが、本来はこういったことを考えるべきではないか。

さらに、個々の行政調査の適正化のために、調査を拒否した場合などの不利益の告知、あるいは逆に、任意調査であると、これはあくまで任意調査である旨の告知が重要ではないか。それらが一体何かわからないという場合は、行政調査が適正に行われているとは言えないのではないか。それから、手続全体の適正化・透明化のためには、調査結果を告知する、また文書化することが重要な意味を持つと思われます。

以上の点について、先ほどからEUの話をつらつら出しておりますが、参考となる規定を掲げておきました。これも先ほど申しましたように、行政手続法模範草案であり、まだEUで法律、条約等々の法形式になっているわけではありませんが、このような考え方が一般的に取られているということです。

まず、行政手続は職権によって開始することができる場合であっても、その旨を当事者に通知しなければならないと規定されております（Ⅲ－5条）。要するに、不利益処分の手続を始めるときには、それを通知する。ただ、公益上やむを得ないときには、通知をしないこともできると、例外は定められていますが、原則としては通知を事前にしないといけないことになっています。その場合には、なぜ行政手続を開始するかという動機の指摘や、担当職員の氏名等々も示すこととされています。

それから、次の規定は、それぞれの行政調査の適正化ではなく、いわば行政手続全体の適正化という観点から定められたものですが、「行政庁は決定の前に事案を注意深く不偏に調査しなければならない。その際に行政庁は、当事者に有利な事情を含め、関係するあらゆる事情を考慮し」、決定の策定過程において適切に重みづけをしなければならない。関係のない事情を考慮してはいけないといったことが定められています（Ⅲ－10条）。

次の規定は、任意調査に関する規定です（Ⅲ－11条）。2項を見ていただくと、要請を拒否できるということですから、任意調査に関する規定ですが、これにつ

いても、当事者が照会又は情報提供に同意した場合には、不正確な情報提供や誤解を招く情報提供をしてはいけない。情報は、適法に授権された弁護士が仲介して提供することができる。ここでも弁護士の役割がはっきりと定められています。

強制調査については、Ⅲ－12条の規定で、先ほどの規定が準用されている部分があります。ここで一つ重要なことは、制裁についても言わなくてはならない。要するに、不正確な情報を提供した場合には制裁が科されるといった、制裁がどのような形で科されるかということもはっきりと言わなくてはならないことになっています。

探索権能の規定ですが、比例原則が定められているということを申し上げるために、ここでは抜粋いたしました(Ⅲ－16条)。それから、最後のところですが、「探索を行う職員は、探索の結果に関する報告書を作成し、一件書類に収めなければならない」という形で、文書化が規定されています(Ⅲ－17条)。比例原則、そして文書化の規定です。

以上をまとめますと、本来は、行政調査手続に関しては一般法制度が必要であろうと思われまふ。日本のように、行政手続法が完全に適用除外としていることには問題があると思われまふ。ただ、この分野について一般法制度を設けることについては、実際にはかなりハードルが高いと言わざるを得まふ。そう考えまふと、法制度が不十分な現状においては、いわば、法制度の代わりの部分まで、行政調査手続の適正化のために弁護士が関与することが非常に重要ではないかと思われまふ。

私の報告は以上にいたしまして、以下、それぞれの分野でいろいろご苦勞されている弁護士の方からの報告を伺うことにしたいと思ひまふ。ご清聴どうもありがとうございました。

【久保田】 山本教授、ありがとうございました。

3 講演「保険医等に対する調査・指導・監査への弁護士の立会い」

【久保田】 続きまして、竹内俊一弁護士による講演「保険医等に対する調査・指導・監査への弁護士の立会い」をお聞きください。

【竹内】 皆さん、こんにちは。私の方は、要はここから各論が始まるわけですが、先ほどの山本教授の話で、和解という話が出ていまして、ここがかなり実は実際に重要な部分で、この領域、行政処分が出てしまふと、それを争っても、勝率的にはかなり厳しい。数%、あるいはせいぜい10%のところでは勝てない領域になるのですが、実は処分が出る前に弁護士が関与して、いわゆる和解に近いような機能を果たすと、9割以上の確率で勝てるのです。勝てるという意味は、向こうが思っていた満額を減らすことができるので、弁護士の関与する意味が非常に大きな領域なのですけれども、だからこそ嫌がるのですね。行政の人たちが、弁護士が関与することを

嫌がるのは。弁護士が入ってくると自分たちがほぼ負けるので、嫌がるのですけれども、そのあたりのところも含めて、この領域についての話をさせていただこうと思います。

私自身は、平成15年の頃ですけれども、岡山県にも、保険協会、今日もスタッフの方が来られているのですけれども、行政手続法の勉強会をしたい、については講師をしてくれないかということで、一緒に勉強しましょうという趣旨で行かせてもらって、それがきっかけで、実際に個別指導の立会い等の案件が来たので、それもさせてもらって、大体中国地方、四国、九州、近畿、東海、場合によっては関東の方まで、依頼があれば出ていくというような形でやらせてもらっているのです。東京には井上清成弁護士という第一人者がおられるのですけれども、事案によっては関東の方まで行かせてもらったことがあるのですが、そのような形でやってきています。

基調報告を持っておられる方、123ページから制度等に関しては、むしろこちらに詳しく書いていますので、今日は時間が限られているということもあり、制度そのものよりは、弁護士の関与の部分に関して、力点を置いて話をしたいなと思っております。

基本は、皆さん自身も患者として診療を受けたことがあると思うので、三面関係ですね。われわれ患者が被保険者、医療機関があって、医療機関は基本的には保険制度の中では、保険請求をして、そこで審査を受けて、そこから支払いがされるという、三面関係が基本です。そこで審査するシステムがありますので、返戻等についても詳しく基調報告の方で書いていますけれども、単純なミスはそこで是正されるわけですので、その返戻にまた問題があれば、そこで「どういうことですか」という形で、何回も聞いておけば、多くの場合は解決される。ところが、それで済まないのが、大体この後の個別指導、さらに監査というところに移行するわけです。個別指導に関しても、詳しい制度のところに関しては基調報告の方に書いております。

法文自体はシンプル。大正時代にできたものがそのまま、いまだに使われているということで、非常にシンプルな規定があるだけですけれども、そこで、法制局側の方では、いろいろな要綱といいますか、大綱といいますか、そういったものを用意していますし、また、地方によってはそれにローカルルールが加わったりするのですけれども、そのようなものに基づいてされている。つまり、法的には、立法側が勝手に作ったものに基づいているのですけれども、基本はそれを見ながら対応していくということにはなります。

個別指導。個別指導という言葉だけ聞くと、とても懇切丁寧に教えてくれるのだから、個別指導を受けたらいいのではないかと思われるかもしれませんが、先ほど言いましたように、単純なミスはもう既に是正されているので、個別指導ということは、その後の監査、その後の取消処分、その入り口になるという側面もありますので、個別指導というだけで、医師・歯科医師はストレスがぐっと上がってくるわけです。

その個別指導の選定理由が、そこに出ています「(1) 審査支払機関, 保険者, 被保険者等の情報提供」, 「(2) 以前の個別指導や監査を受ける場合」, 「(3) 1件あたりの点数が高い場合等」ですけれども, (1)は要するに情報提供。「等」となっていますけれども, いわゆる内部告発といいたいまいしょうか, あるいはもう既に解雇して, 辞めた人が情報提供をするというパターンが少なからずあります。そのような場合の情報情報は結構, 恨みを持っていますので, いわゆるガセネタが相当入っているのです。実際, 私が東京で立会いを依頼された, その前も弁護士は入っていたのですけれども, その弁護士がおとなしかったということもあって, これほど情報があるのだぞと積み上げて, 「だから, もう認めなさい」とやられて, 「そんなはずはない」ということで, これは困ったということ, 私のところには話が来て, 私が行ったときにはどうなったかということ, その全部, 「そんなもの, ありましたっけ」という。つまり, もうガセネタということを知っているのです, 向こうも。それを使って, やろうとやっていた。これが事実です。そのようなことも起きたりするの, この領域の不思議なところですね。やりたい放題ですとやってきたので, それで通用してきたわけですけれども, 弁護士が関与することがなかった。そのような領域です。

あと, 実際にまだ解雇されていない段階での内部告発の提供などの例もありまして, なかなか悩ましい部分もあるのですけれども。あと, 典型的には, (3)に出ています, 1件当たりの点数が高い。要するに, 報酬をしっかりとらっている。そうすると, 国は医療費の抑制ということが大テーマなので, そこが当然狙われてくるというようなことになるわけですけれども。ただ, 厚生局が怖い, 多くの医師・歯科医師はどうなるかということ, 委縮診療。本当は患者さんのためにこのようにした方がいいに決まっているということをしていないのです。実はしていないのです。皆さんはお医者さんを信頼して受けられていると思いますけれども, 実は, 本当はこの薬まで使った方がいい, あるいはこのような治療をした方がいいと思っても, それをすると点数が高くなると思うと, していない。これは普通の医師・歯科医師です。でも, きちんとしたと言いますか, 患者さん思いの医師・歯科医師はそれをするのです。するとどうなるかということ, 点数も高くなるし, いらまれて指導あるいは監査の方に入ってしまうという, おかしなことが起きている。医療が歪んでいる。そのようなことはメディアは取り上げないので, わからないまま進んでいるのが現状です。

個別指導, もう一つ, この指導の実施通知。大体4週間, 1か月前ぐらいに。指導の場合はまだ, やむを得ない理由で変更は可能なのですけれども, 最初のころは, 私の都合が悪いというだけで変えてくれた時期もあったのですが, 今, それはしてくれません。指導の段階では, 冠婚葬祭や病気等, そのあたりの理由でないと変えてくれなく, 向こうの側の通知などでそのようになってしまっているのですけれども, ただ, 「やむを得ない理由」という事態が, 一般的な, 抽象的な部分がありますので, どうしてもというときはこの変更の申し入れは可能かなとは思っているのですけれども。

あと, この1年以上の自主点検, 返還を求める。この自主返還というものがまた実

際には、経済的には大きな部分になってきています。医療機関の規模によるのですけれども、数十万から数百万、数千万、大きな病院だと億の単位になることもあり得るので、ここは自主点検ですので、それをどうするのかというところもポイントの一つです。

そして、3番目に書いている「中断」。これがまた蛇の生殺し作戦というもので、これで中断して、また次が半年後あるいは1年後、その間ずっと怯えていないといけないのです。監査があり、その後は取消し。取消しは、後で話しますけれども、5年間、保険診療ができないのです。普通の医者が5年間保険診療ができないとアウトですから、そこで中断されるということは、かなりストレス。結構、鬱病になる方や、中には、それで耐え切れずに自死、自殺される方も出てくることが、このあたりに関係します。

準備としては、カルテが1週間前に20人、前日に残り10人、合わせて30人ぐらゐの感じで指定が来るのですけれども、1か月前に実施通知が来る段階から、どのあたりかなということ、当然気になりますので、そのような準備は始まっているのですけれども、さらに指定が来た段階で、その30人分全部が危ないかということ、そのようなわけではなくて、恐らくその中に幾つか向こうの狙いの患者さんの分が入っているというような形で通常来られているようなので、どれがどう問題になるかということが、そのあたりから点検が始まるのです。

当日は、行政側の担当している人が、例えば医科の場合、例えば内科が元々得意だった人が、眼科の医者の指導をするわけです。どちらが専門性が高いかという。そのようなことが平気で起きているのですけれども、それに関してはきちんと説明していく。ここでスタッフ任せにするのではなくて、やはりこれは主治医がきちんと説明しなければいけない部分です。

あと、可視化は、この後も出てきますけれども、この領域も、要は密室の中で起きているという、そこで問題が起きていますので、午後の部でもその密室の部分の話をも、具体的な事例のDVDあたりも出てくるのですが、その密室性を少しでも突破するためには、最低限ですけれども、録音。ICレコーダー等で録音ということがあるので、本日は録画や、あるいは弁護士を必ず入れることによって、少しでも可視化という方向に行かないと、密室というところでは、ご存じのように、人権侵害ということが常に起きやすい状況にありますので、可視化はやはり重要になってくるわけです。

指導の結果に関しては、「概ね妥当」。概ね妥当であれば、ばっちりオーケーという意味ですけれども、これで概ねがついているところがまたみそですが、全く100%オーケーということは実はなかなか難しいように、仕組み的にそのようになっているので、概ね妥当で十分オーケーです。経過観察も、様子を見ましようと、ほぼ問題がないことが前提なので、経過観察あたりも、「まあ、よかったかな」という感じです。再指導は、「またあるのか」という話になるので、これは厳しいです。まして、要監

査は、ある意味アウトの方向に向かっていくので、それは避けたいということになってくるわけです。

その監査ですけれども、監査の方も根拠条文があります。ここでは質問検査権という権限を持つ。監査に関しても、同じように要綱を法制局の方も定めている。ここでは、取消処分をするかどうかの前段階ですので、不正あるいは著しい不当があったのかどうかというあたりが問題になりますし、既に個別指導を何回かして、改善が認められない。改善が認められないというところが、なぜそうなのかはいろいろなケースがまたあるのですけれども。それから、正当な理由がなく、個別指導を拒否。個別指導自体はもう、行政指導の一つで、まさに先ほど山本教授のお話があったように、任意の協力の部分ですけれども、それを拒否とみなされると、それに正当理由がないとなると、監査に行ってしまうのです。ここがまた、どこまでやったら拒否になるのかどうかというあたりが、その瀬戸際をまた探っていく必要があるという領域に入ってきます。

不正の請求の類型に関しては、これは基調報告の方にそれぞれの説明はしております。医療をしていないのに保険だけ請求するのは、言ってみれば詐欺のようなものですから、架空請求というものが一番不正の典型ですけれども、実際はどのようなことが起きているかという、診療はしているのです。しているのだけれども、カルテの記載が不十分、あるいはない。そうすると、診療していない、「架空請求ですね」と持ってくるのです。この手法をやられるのです。実際は診療している。ただし、記録が、いろいろな理由で、十分カルテが書けていないということもあるのですけれども、そこを突いてくるのです。もっと古い時代で、最近はずすがにないだろうと思うのですけれども、カルテの字が読めない、手書きの。忙しいから、だーっと書きます。読めない。これは何が書いてあるかわからない。そうすると、記載がないのと同じだと。診療していない、「架空請求ですね」ということをやられていた時期もあったようです。さすがに、最近はずすがにないのかなと。電子カルテになってきていることもあるのですけれども。そのようなことも平気でされていたという領域です。

しかも、患者調査というものもあるのです。患者調査に関しても、ルールがほとんどないので、あるとき、厚生局の職員が患者さんのところに行って、「あ、これこれですね」と、いくらでも誘導できますので、それで調書を作っておいて、それをぼんと出してくるわけです。「患者さんはこう言ってますよ」。これはもう、医師・歯科医師はそれをやられると、患者さんとの信頼関係を前提にやられているわけですから、「患者さんがこう言ってますよ」というのは、がくんとくる。ただ、相当やはり誘導している。平気ですね、ルールがない世界なので。一番ひどかったのは、実際ありましたが、患者調書を「鉛筆で書いていました。サインだけはボールペンで書きました」という患者さんがおられて、その話が事前にわかったので、内容証明を出して、「もう絶対、徹底的にやるからね」と言ったら、実はそれは結局、監査に入れなくて流れたのです。だから、そのようなことも現実にある世界ですね。そうすると、そこをき

ちんとやはり適正な手続ということでやっていかなければいけないのです。

ところが、監査の場合の通知も、彼らからすると、カルテの改ざん等いろいろあってはいけないということになるのでしょうかけれども、直前に来るので、弁護士は大体1か月か、場合によっては2か月ぐらいのところまで裁判等いろいろ入っていますので、個人ではなかなかしんどい。私も個人でやっていたときは、裁判の方を復代理あたりに頼んで、私の方は立会いに行くというようなことをしていましたけれども、それでも、依頼者との関係でどうしても自分が行かなければ、ということもあったりするので、そのようなときには厳しいなということになって、やはり何人かでチームを組まない、ということになってくるわけです。さらに言えば、チームを支えるセンターのようなものが何かないと、チームを作るといっても、その都度、メーリングリストで回すということもやるのですけれども、なかなかそれを支えてくれる支援体制としてのセンターあたりがないと、これは難しいかなと思っているところです。

当日は、監査はやはりぴりぴりした、個別指導以上にですね、雰囲気の中で行われます。最初から、1日で終わらないことが想定されているようなこともありますので、中には数年に及ぶ、これは本当に潰しにかかっているとしか思えないやり方ですけども、そのようなことも。そのような場合、どうやって早く終わらせるかというところが弁護士のテーマにもなってくるわけです。

監査後には、この取消し。戒告、注意あたりは「よかったなあ」という世界です。「本当によかったなあ」「勝ちました」という世界ですね、戒告・注意は。取消しが、とにかく何としても避けたい。

経済的には、やはりここでも返還の問題が出てきます。大変な金額になります。それから、再指定登録するのに5年、原則ですけどもね。例外は若干あるようですけれども、ほぼ原則。ここで、要するに比例という発想が基本的にないのです。やった内容からすれば、せいぜい1年。刑事の世界では懲役にしても1年、2年、3年ということは、基本的にはその事案に即しての比例の考え方を当然反映してきているわけですけども、この領域に関しては、先ほど言いました、実際には診療している、しかしカルテが不十分、これは架空請求だ、取消しだということまで行ったら、それだけで5年間できないという、すごい世界になっていきます。これがあるので、その前段階の個別指導あたりから、かなりストレスになる、鬱になるというようなことが出てくるわけです。

監査に至らないためには、日ごろから、どうしても医師・歯科医師の中には、保険のルールに関して甘く考えておられる方もおられるので、日頃からこれをきちんと点検するシステムの構築は必要ですね。実際にそのようなことをしてくれる業者さんも最近はおられるようなので、そういったことも含めて、大事ですね。カルテ記載は大事ですよというようなことも含めてやっていく。

また、個別指導の段階で、ここに書いたように、要するに闘う姿勢が大事ですね。向こうのペースで言うがままやっていって、いいことになるかということ、まず、いい

ことにならないのがこの領域なので、まず、きちんと納得できるところまで質問していくということがとても大事です。

それから、内部告発的なもの。ここも、やはり意思疎通の不足が大半なのかなと感じることもあります。どちらがいい、悪いということではなくて、意思疎通そのものがうまくできていないためにこのようになっているのではないかなというようなことがありますので、そのあたりも、日頃から留意するようというようなアドバイスはするわけです。

ここからが本題ですけれども、ここの話も、詳細はまた別のところに譲って、要するに放っておけないと。きちんと取り込む必要があるということになってきて、日弁連の意見書が出ていますので、ぜひ皆さんも見ていただければと思います。あと、私はこのテーマで日弁連のeラーニングの講師もさせていただいているのですけれども、そのあたりのところでも、日弁連の意見書に関しては触れさせていただいています。きちんと調査していただいて、人権擁護委員会が調査した上での意見書ですので、非常に重要な内容が含まれています。

ここからですけれども、先ほど31条の話もありましたし、行政手続法1条も非常に大事なことです。弁護士法1条は言うまでもなく。私も、この領域に関しても、保険医の命あるいは自由を奪う契機になるわけですから、ここは弁護士が本来依頼されてしかるべきだと考えていますし、実はですけれども、厚労省の方のマニュアル、これも開示請求をしていく中で、香川の研究会がかなりこのあたりに力を入れてやってくれたおかげですけれども、いろいろなことがわかってきて、立会いのことを帯同という表現を使っていますけれども、帯同者については、被指導者、要するに医師・歯科医師からの書面をもって委任を受けた弁護士以外は認めない。逆に言うと、弁護士は認めましょうということになっています、向こうのマニュアルも。したがって、私が行って、弁護士の帯同をどうこう言われたことは一度もないのです。録音に関しても、向こうのマニュアルで、保険医自身による指導内容の確認が目的であれば、認める。これは確認されますので、「指導内容の確認が目的です」と言えば、それで通用することになっています。

個別指導は「受けなければならない」（健康保険法78条）という、それだけなのですけれども、そのようになっています。ただ、個別指導が行政手続法上の行政指導に含まれることは、これは判例で、確定判例と言っていいと思うのですけれども、そうすると、先ほども山本教授の話にも出てきた、この領域は任意の協力ですね。これはもう、抜群にここは生きてくる場所です。

また、「カルテのコピーを取らせてください」などと言うわけです。向こうはこの後、特に監査あたりを射程に入れている場合は、そこで証拠を押さえたいので、そのように言うてくるのですけれども、拒否すればいいのです。任意の協力ですので、これは拒否です。カルテのコピーなどをさせると、ろくなことになりませんので、これは拒否です。

あと、持参物といって、要は「持ってこい」と言うのです。たくさんいろいろなものを持っていかなければならない。これも任意です。「持ってきませんでした」でいいわけです。

それから、個別指導は2時間ぐらいですけれども、やっている途中で、想定していたことと違う論点が出てきたなということもあつたりしますので、トイレ休憩、これはあります。何回やってもオーケーです。どうするかというと、立ち会っている弁護士と一緒に外に出て、ここで「こうしましょう、ああしましょう」と急遽、緊急作戦会議をやったりはするのですけれども、これはオーケーです。これがだめだと言うことはありません。

あと、席取りとはどのようなことかということ、個別指導でいくと大体、保険医の席と1メートル、場合によっては2メートル、時によっては3メートルぐらい離れたところに弁護士の席が置かれることがあるのですけれども、3メートル離れていると、よく聞こえなかったりするのです。意味がないので、ぽんと隣に席を持っていくことを席取りと呼んでいます。これは、私だけではなくて既にされている方たちも、まず、これで失敗したことはない。「妨害はしないでくださいね」と言うのですけれども、「いや、妨害はしません。ちょっとよく聞こえないので」と言って、席を保険医のそばに持っていく。これはあります。「1メートルぐらいなら、まあ、いいか」ということがあっても構わないのですけれども、いずれにしても、ちょっと離されているときには、とんとんと近づくこと、これはもう全然問題ないのです。

指導内容に、先ほど言いましたように、向こうも思い込みなど、いろいろなことを言いますので、「それはおかしいんじゃないか」と言ったことで監査に移行すること、これは許さない。先ほどの山本教授の話にあつたと思うのですけれども、これは許さない。実際に異議を述べたぐらいでは監査に移行することはないのですけれども、もし、そのようなことがあるのであれば、それは許さないということです。

それから、対等でないといけませんので、責任者を明確にしろ、あるいは書面で出せなど、これは結構効果があります。あまりこのようなことをされたことのない人たちなので、これをやると、それだけで動揺するというようなこともあつたりするので、毎回必ず使うというわけではないのですけれども、時に使うと、「おう」という感じで向こうが動揺してきますので、これはうまく使っていればと思っています。ただ、何がしたいかということ、適正な手続の実現なので、あくまでもその観点ですけれども。

われわれは、言ってみれば、手続のプロです。向こうは、手続に関して、マニュアルに依拠しているだけなのです。だから、行政手続法を出すだけで動揺するということはそのあたりですけれども。したがって、マニュアルに依拠しているだけなので、結構ミスに向こうがやるのです。この闘いは、ディフェンスだけではおもしろくなくて、オフェンスが大事。彼らはミスをほどこかでやりますので、そのミスが出たときにぐっとついていくところが、これのおもしろいところで、これをやられると、向

こうは引きます。役人なので。自分の出世といいますか、人生が危なくなるので、すうっと引いていきますので、ここを見つけるのがこの仕事の楽しみでもあります。事前にわかっていることもあるし、事前にはなかなかそれはわからなくて、やっている最中に見えてくることもあるのですけれども、これのための作戦会議をやっていくこととなります。このあたりになると、あまり詳細なところはまた個別の研修でお話します。かなりオープンな場なので、なかなか言えないこともあるのですけれども。

大事なことは、やはり医療に関しては、そこにいる医師・歯科医師の方がプロなのです、あくまでも。そこに関して、「こういうことで、こういうふうにしたんだ」という説明をきちんと側面から支援するということが、この領域では大事になってくると思います。

そうすると、やはりこの関連するいろいろな情報を集約するセンター、どのような名前のセンターになるかは置いておいて、やはりそのような集約するセンターが日弁連にもあり、各単位会にもあるという状況の中で、そのセンターに登録している弁護士が中心になって、チームを作ったり、日ごろ保険医との交流をしたりする。やはり、これをしておかないと、出来ません、まず。いろいろな研修の場等で個々の医師・歯科医師と勉強会のような形で、あるいは、懇親会なども含めてですけれども、交流しておかないと、やはり彼らもどこか弁護士に対して警戒しているところもありますし、具体的には言いませんけれども、実際に上の方の人たちが、弁護士の立会いを嫌う人たちがいるのです。例えばですけれども、私が立会いをするとき、当日に委任状を持っていきなり行きます。事前にそれが向こうにわかってしまうと、その医師の大学の先輩やら何やらいろいろなところから、「やめとけ。弁護士を入れるとろくなことないぞ。いいことにならん」と。これはうそです。絶対うそなのです。そのまま弁護士を入れずにやって「はい、取消しになりました」という医師はいくらでもいます。うそなのです。弁護士を入れて、先ほど言った広い意味での和解をした方が絶対本人のためになるのですけれども、その和解ということが、先ほど言ったように、行政の方からすると満額が減らされるわけですから、嫌うわけです。それを、医師の上のほうの方を使って「やめときなさいよ」ともってくるので、なかなかそこがつかないのです。そうすると、それを克服するためには、やはりきちんと交流して、われわれも委縮医療ではなくしっかりとした医療をしてほしいし、適正な手続のプロなので、きちんと守りますよということを、日ごろからそのような関係を構築する必要があります。

また、この領域に関しては、医師会・歯科医師会よりは、保団連さん。保団連さんもいろいろありますけれども、各保険医協会も実はいろいろあるのですけれども、ただ、それでも、やはりこの領域をやってくれている組織なので、一緒に研修等をして信頼関係を構築していくということは大事かなと思っています。

また、日弁連の方ですね、標準的な基礎研修も用意していますし、実際に事例を検討することはとても大事だと思っていますけれども、さらにOJTを昨年ぐらいから

始めてみました。昨年は広島で、大阪と京都の弁護士9人と私との10人で立ち会いました。おもしろかったです。こちら側が10人います。向こうも大体10人ですけれども、10対10ぐらいになると、それはもう、こちらの方がどちらかという強くなるので、終わった後に技官の人が、「先生、勘弁してください」と泣きが入っていましたけれども、だめだとは言われてない。10人いてもだめだといわれてない。実は来週は鳥取でOJTをかけて、広島の弁護士会が近いので、4人ほど出てきます。今度は5人ぐらいでやるつもりですけれども、やはり生のところで、どのような感じかをつかんでもらって、それを経験値にしてもらっていくことはとても重要なと思っています。ただ、OJTは医師・歯科医師のオーケーがないと難しいので、それが前提にはなるのですけれども。厚生局側は関係ないのでけれどもね。彼らがだめだと言わないことはわかっている。依頼者側のオーケーが必要になるのでけれども、積極的に私の方は進めていきたいなと思っています。

冒頭の挨拶でも西村弁護士もおっしゃいましたが、基本は、われわれはやはり人権をどのようにして守ろうかということでやってきているわけですから、実際に自殺、あるいは鬱になった方、それも、患者さんのためを思ってやっているからこそ、地元の有力者ににらまれて、この仕組みを使って潰しにかかっている。これを守るのはやはり弁護士以外にできませんから、ここの使命はとても重要だと思うのです。医療全体に係ることだと思っていますので、ここは外せないということがまず一つあります。

あと、これが委縮しない医療を守るというところにもつながるのですけれども、同時に、圧倒的に向こうの方が力を持っている、勝負にならないぐらい力を持っている人たちが相手にいて、それと闘うという、この姿勢。いろいろやってきます。いろいろあるのですけれども、そこは不屈の意志でやっていく。でも、一人だけでは厳しいです、やはり。そうすると、チーム。そして、チームを支えるのがセンターという流れになってくると思っています。日弁連も、今日午後もいろいろなパネルディスカッションで意見が出るとは思いますけれども、私は不可欠だと思っています、何とか早くこの行政弁護という領域に関して、要するに処分が出る前に弁護士が入ることによって、手法としては和解のような手法になりますけれども、確実に命も守れる、人権も守る、それができる領域なのです。それを、なぜ、しないのか。なぜ、それがつながっていないのかというところを克服していくためには、日弁連ぐらいの大きなところが、広報といいますか、啓蒙等も含めてですけれども、われわれもきちんと研修もし、十分にやっていける力を持っているので、うまく使ってくださいと。

私は全件立会いが最終的な目標だと思っています、すべての個別指導・監査に弁護士が関与しているような状況でなければと思っています、そのためにはどうしたらいいのかという中でセンター構想というものが出てきているわけです。詳しいことは、基調報告書には書いているのですけれども。具体的な話もしたかったので、時間切れのようなので、また基調報告の方もぜひ読んでいただいて、午後のパネルの方

にも参加していただければと思いますので、どうぞよろしくお願ひします。

ご清聴ありがとうございました。

【久保田】 竹内さん、どうもありがとうございました。

4 講演「税務調査と法律家による弁護」

【久保田】 続きまして、山下清兵衛弁護士による講演、「税務調査と法律家による弁護」をお聞きください。

【山下】 弁護士の山下と申します。第二東京弁護士会所属でございます。私は、このシンポジウムで、税務調査について報告するように依頼され、1年間没頭して、行政調査論の冊子を作り、必要であれば、後で、お送りします。それから、行政手続の、いろいろな手続を調べて、弁護士が行政手続に関与するためのテキストを作ろうと思って、今日に間に合わせるよう、「行政手続ハンドブック」も出版しました。冊子は、無償でお譲りします。行政手続ハンドブックは購入いただければ幸いです。

(1) 弁護士の行政手続関与と適正手続保障

これから、われわれは、今日のシンポジウムの後、弁護士が実際に行政手続に関与できるように、具体的な動きをしなければ、シンポジウムだけで終わってしまいますので、ぜひ、今日お集まりの弁護士、関係者の方々のご協力を得て、行政弁護センターを設立したいと考えます。日弁連は、民事弁護が主流の法律相談センターがあり、また、刑事弁護センターもございます。しかし、日弁連も、司法研修所も、民事弁護と刑事弁護の研修はあるが、行政弁護研修が欠落しているわけです。日本の社会が行政弁護に関心がない。難しいことは公務員に聞けばいい、あるいは、公務員OBの税理士等に相談すれば良いとする社会です。そこを変えていかなければ、やはり泣き寝入りする方がたくさん出てくるのではないかと、このように思い、数年前から、弁護士の行政手続関与が、適正手続保障の重要な内容であると考えて、税務調査における弁護活動に携わってまいりました。その他、私どもの事務所は、マリタックス法律事務所と申しまして、私はその責任者でございますが、現時点で、東京地裁の約20%ぐらいの租税訴訟を、査察調査も20%程度に関与するぐらい、専門的に、税金の事件を扱っています。税務調査と一口で言いますが、関税調査事件もあれば、課税を受けた後、徴収調査事件も、たくさんあるのです。そういったものを総合的に扱っておりまして、民事事件やその他をやる余裕がないぐらい、毎日仕事をしております。私は、ここで活動報告のご指名いただいたのは、法科大学院で憲法、行政法、租税法を教えてまいりましたが、多いときは5校に教えに行っていたぐらい、いわゆる公法を中心に、本当に専門的に公法実務をやり、勉強させていただいてきたからでございます。

(2) 行政指導調査と質問検査権行使調査

行政調査、税務調査もそうですが、質問検査権の行使に関する条文があって、いろいろな行政法の教科書にも、質問検査権行使で行政調査が行われているやに書かれているけれども、実務は決してそのようなことはございません。私どもは税務調査に毎日のように立ち会いますが、質問検査権の行使などは全くやっていないのです。何をやっているかという、行政指導に基づく資料収集です。お願い、要望、要請による資料収集が行政調査の実態です。質問検査権の行使は、拒否する者に実施するものです。

アメリカのIRS税務調査も、召喚状に基づいて呼び出し質問等をし、これを拒否したら法廷侮辱罪に処せられる非常に強力なものと、いろいろな教科書に書かれております。しかし、アメリカの実務はそのようなことはなく、アメリカでさえも、召喚状を出す前に、任意調査、いわゆる行政指導的な要望、要請によって調査や資料収集が行われています。よく考えてみると、そうしないと、実務は麻痺してしまうのです。あらゆる行政調査は、99%任意調査で行われており、拒否する者に質問検査権行使がなされていることを知るべきです。したがって、行政調査による、あるいは指導要請による資料収集に対してどう闘うのか、ここを議論しなければ、真に納税者を救済する議論とならないと思います。民主主義は、協調的行政を求め、その結果、行政指導調査が優先されるといえましょう。

(3) 処分前の理由提示と適正手続保障（国税通則法74条の11第2項及び第3項）

わが国の行政調査の先進的な法律は、国税通則法だと思われまます。しかし、決定的に欠けているのは、憲法が要請している適正手続、すなわち、告知・聴聞の手続、納税者から弁明を聞くという条文がないのです。先進国としてはゆゆしきことであろうと思うし、税務調査手続法がやっとできたけれども、税務調査において、一番重要なものを欠いている。また、国税通則法も、わざわざ7章の2に「国税の調査」という条文を設けましたが、弁明を聞くという部分が全く書かれておりません。先ほど、山本教授からお話があった、国税通則法74条の11第2項は、調査の結果を納税者本人に説明しなければいけないとしている。私は、二段階保障と言っておりますが、処分前に、調査結果の説明、「更正金額と更正の理由」を説明しなければならない義務が定められました。これに対しては、調査官は面倒だと言っております。処分前に処分時と同じことをやらなければならないからです。処分前に更正金額と更正理由を説明する。しかも、納税義務者本人に説明しなければならない。それから、処分ときはもちろん、この条文によって、処分前に更正金額と更正の理由を示して、その際、修正申告の勧奨と更正の請求が可能であることの教示文を提示しなければいけない。処分時の理由提示と合わせて、二重説明、二重保障が必要とされ、適正手続保障の理由提示を処分前にもしなければいけないという条文があることは大いなる進歩です。

しかし、弁明を聞くということは何も書かれていないことが大きな問題であろうと思われたい。同条2項は、同条3項の修正申告の勧奨とセットで、租税債権を合意で確定する制度が条文化されたものです。その協議の際、納税義務者の弁明を聞くことになります。

(4) 勝訴の確率と処分前弁護

日弁連も、今般、弁護士の行政手続関与を推進しようという動きになりました。これは、日弁連が弁護士の地位を高めるものであり、そして、真の民主主義、あるいは法治主義を推進するために不可欠なものです。しかし、以前は全くやられていなかった。処分を争って、5年も10年も争うよりも、弁護士が行政手続に関与すれば、非常に迅速に国民の、あるいは納税者の権利を実現できます。そして、その勝訴の確率は、竹内弁護士の実感だと90%とおっしゃったが、私は税務調査に弁護士が関与すれば、ほとんど100%何らかの成果を得られると実感しています。昨年度の租税訴訟の原告勝訴率は、わずか3%でした。そのような実態を見たときに、われわれは、訴訟よりも、処分前に税務調査に立ち会って、成果を上げるべきだということを強く意識せざるを得ないし、多くの弁護士に知ってもらいたいと考えます。

税務調査立会の論点について、以下解説いたします。

(5) 告知・弁明の機会付与

告知弁明の機会の付与をどう確保していくのか、そこに弁護士が立ち会うことが必要です。それから、実務は、質問検査権の行使などはやっていません。任意調査優先であり、行政指導による資料収集が行われています。行政指導が横行していると言ってきたのですが、私は、それは仕方ないだろう、そうしなければ実務が麻痺すると思います。現に、荒川民商事件、あるいは川崎民商事件のときのように、調査を拒否した場合、罰金刑にするということが一時行われておりましたが、現在は全く行われていません。それはなぜか。任意調査、行政指導で資料収集が行われているから、間接強制である質問検査権行使拒否の制裁を科することができないわけです。この実態を研究者の方にも知っていただいて、いかにこのあたりを規制していくことができるのか、議論させていただければ幸いです。

(6) セカンドオピニオンビジネス

実は、弁護士のところに行政手続に関与してくださいという依頼がほとんど来ないのです。その原因は午後のシンポジウムで議論されると思いますが、税務調査の場合に、各企業は関与税理士が必ずいる。税務調査に弁護士が、あるいは、優秀な関与税理士以外の税理士さんが関与するということは、既存の顧問税理士を排除することになる可能性があります。したがって、弁護士の税務調査関与は、業革委員会的な発想

をすれば、セカンドオピニオンビジネスだということになるだろうと思います。そのようなところも克服しないと、業務拡大の立場からは、議論が不十分であろうと思うわけです。午後には、その点を議論していただければ幸いです。

(7) 調査対象と調査拒否

もう一つ、理論的な問題として、質問検査や税務調査の対象は、行政指導であろうとも、代理人弁護士ではなく、調査の対象は、あくまで納税者、納税義務者です。この点は大事なところであろうと思います。私は、この1年、いろいろ調べて、税理士が例えば破産管財人から質問を受けて、虚偽回答したり回答拒否したりしたら、そのような場合、犯罪立件されます。税務調査には、別件と本件がある。本件とは、脱税事件です。別件とは、虚偽回答事件です。しかし、最近、別件は、質問検査権拒否罪事件ではなくて、青色承認の取消しと、消費税の仕入税額控除という制裁事件として実務は行われています。行政指導を拒否したら、行政手続法32条2項に、不利益な扱いをしてはいけないと書いてあるが、現実には、行政指導を拒否したら、不利益な扱いをしっかりとされてしまいます。私が今、関与している事件ですが、税理士が、税務調査の拒否ではなく、実地調査の日程調整の拒否をしたら、約40億円課税された事件の訴訟をやっています。それほど税務調査拒否は、質問検査権行使か行政指導か不明のまま、調査を拒否したら、大きな制裁を科せられています。青色承認の取消しでも、場合によっては長く累積の赤字を抱えていて、たくさん損益通算や累積損を利用して課税を免れていた場合、青色承認が取り消されると何十億円の課税になる場合があるのです。そのようなことが行政指導の拒否の不利益として現実問題として行われていることも知っていただきたいし、弁護士の関与の必要性がとても高い領域です。

(8) 二大救済事件

①輸出免税事件と証明書の保存

実務の問題点は、更に二つあると思います。一つは、輸出免税の事件です。例えばパスポートのコピーを保存していなかったケースがあり、12億円の消費税の課税を受けました。証明書がないというだけで、仕入れは現実にあるのに、12億円の課税を受けて、すぐ1か月ぐらいで会社が倒産させられたケースがありました。

②仕入税額控除否認事件と調査拒否

もう一つは、先ほど申し上げたように、税務調査の拒否など、仕入れも全部あることは間違いないのに、調査拒否したとされて、約40億円の課税を受けた事件があります。要するに、課税してはいけないはずなのに、課税を強行する、それなりの道具だてがされています。

この二つ、資料の保存がない、あるいは資料の添付がないとして莫大な課税をするケースと、もう一つ、実地調査の日程調整を拒否したということで莫大な課税をされ

る場合がある。このように納税者の手続ミスにつけ込むケースが、税務調査における
二大救済事件であろうと思います。

(9) 行政指導調査

国税調査の根拠法は、国税通則法に整理されました。ただし、一般の税務調査と一緒に、いわゆる犯罪捜査である犯則調査も同じ法律の中におさめられています。民事訴訟法と刑事訴訟法が一緒になったようなもので、こういう立法のあり方はいかがか
と思います。現実にはそうになっています。課税庁の資料収集は、決して質問検査権行使では行われていません。行政指導、そして任意調査によって行われています。一般調査とは、調査官がテレビを毎日見ているような調査です。豪邸を披露しているなどのテレビ報道があると、早速調査に行きます。このように調査しているのも、対面ではないが、そのような調査を一般調査と一般的に言わせていただいております。税務調査の多くは、行政指導調査です。資料提出の要望という形でございます。国税通則法7章の2に、国税調査の条文ができましたが、同時に、いろいろな関連する通達などが整備されました。その中で国税庁は税務調査と、行政指導をかなり厳格に区別すべきだと、自ら言っています。税務調査イコール質問検査権行使だという定義までしているのです。しかし、実務は質問検査権を行使していない。拒否したら、あれは実は後になって、質問検査権行使だなどと言うことが結構横行しています。それは、適正手続保障に違反する最たるもので、これを声高に日弁連が、あるいは弁護士が税理士さんと共に言うべきであろうと思います。

(10) 行政指導調査と行政手続法32条2項

では、行政指導を拒否したら、どうなるのかが問われる。行政指導から不利益処分に移行する場合は、行政指導を打ち切ることが明確にしなければ不意打ちとなります。行政手続法32条2項は不意打ち防止と不利益回避の機会を与えるための条文です。また、先ほど申し上げたように、税務調査拒否を理由として、消費税の仕入れ税額控除を否認していいという明確な条文はないのです。これも、一つ問題です。行政指導ならば、行政手続法32条2項によって拒否した者に対して、不利益な取扱いをしてはいけません。この条文はとても大切だと思います。他の行政調査手続のみならず税務調査においても、32条2項を強く主張するべきであろうと思います。

行政指導の相手方の応答は、不作為や無回答のことが多く、拒否の意思確認は、相手方本人に直接かつ確実に確かめなければ、拒否したと認定することは適正手続保障を欠くことになり、不利益処分の相手方の手続上の弁明権や防御権を侵害したことになります。

(11) 弁護士の税務調査立会の方法

今日、弁護士の方も多数来られていると思いますが、われわれ弁護士が、行政手続、

すなわち税務調査に関与するには、通知弁護士と税理士登録の二つの方法があります。本当は、三つと言いたいところですが、残念ながら、大阪高裁平成24年3月8日判決がありまして、弁護士が弁護士の資格で税務調査の立会いができないという趣旨の判決があります。弁護士が税務調査立会いするには、通知弁護士になるか、税理士登録をしなければならないということです。弁護士が弁護士として、なぜ税務調査に立ち会えないのか、ここは、大いにこれから訴訟をしてでも、この判決を覆さなければいけないのではないかと。弁護士のためだけではなく、国民、納税者のために必要であろうと私は思うわけです。

(12) 税務調査における和解

さて、税務調査に、弁護士が関与する問題の法性決定が何か、何が大事なのかという点、先ほども申し上げたように、調査の根拠は何なのか、行政指導なのか、それとも質問検査権行使なのかという点が第1に出てまいります。次に、日本の租税訴訟がとても少ない、先進国に比べて非常に少ないのはなぜか。これは、税理士さんが立ち会って和解で決着をつけているからが一番大きい理由だと思います。したがって、弁護士が税務調査に立ち会って決着をつけるということは、まさに行政事件における和解をするということだと考えます。

5年ぐらい前に、日税連が早稲田大学の首藤教授に依頼して、全世界のネゴシエーションの制度をまとめられたことがあります。ほとんどの先進国は、行政事件の和解ができるという法律を持っているのですが、わが国にはない。行政事件訴訟法は定めのない部分は民事訴訟法の例によると書いてあるから、民事訴訟法を見たら和解できるから、根拠があるのではないかと私どもは言っているのだけれども、行政庁が和解に応じないのです。裁判所はそうでもない。裁判所は、和解したいのです。判決などは書きたくない。でも、行政たる、国は一切和解をしない、訴訟する者は見せしめのために、簡単に終わらせないと考えているのだと思います。しかし、税務調査あるいは行政調査を革命的に変えるのは、この行政事件や行政手続における和解の制度を定着させることであろうと思います。そして、税務調査における和解が、証拠に基づいて公正に行われるシステムが必要です。

(13) 税務調査と適正手続保障

それから、税務調査の議論は、やはり憲法の適正手続保障をいかに実現していくかが大切だと思います。成田新法事件、その前の税務調査の領域では、民商がやっつと言われていた川崎民商事件や荒川民商事件の最高裁の先例があるが、そこから一步も前進していないのです。ドイツやアメリカは、憲法上の根拠として、行政手続に適正手続が及ぶということを定めているが、先進国であるわが国は、憲法31条以下は、文言上刑事手続だと限定しているわけで、行政手続に適正手続が及ぶという根拠法は、憲法レベルでは、ないわけです。また、先ほどから申し上げているように、行政手続

法自体も、税務調査で納税者の弁明を聞けということも書いていない。国税通則法も書いていない。だから、弁護士が頑張るべきだと山本教授に励ましていただけたけれども、では、どう頑張ったらいいいのか。これからわれわれは大いに議論しなければならないと思います。

アメリカの判例などを見ると、適正手続保障が抽象論で終わってはいない。すなわち、具体的なケースにおいて、具体的な適正手続のあり方をアメリカの裁判所は一つ一つ判決を集積しているわけであります。わが国では、成田新法事件の最高裁判決は、行政手続にも憲法の適正手続保障が及ぶのだ、しかし、行政手続は、一様ではない。事前通知義務が一様に及ぶわけではない。国の利益と納税者の利益を比較衡量して決めるのだと言っているだけで、今後、具体的判例を作っていかなければいけないのですが、そこから全然進化していないことも特筆すべきことであろうと思います。

(14) 仕入税額控除否認と適正手続保障

私は先ほど、実地調査の日程調整拒否をしたら、約40億円の課税を受けたという事件を紹介しました。公的な義務として、税務調査に応じる義務があるとして、10回拒否したから全部拒否だという理論は成り立たないのであって、民法の債務不履行理論を参考にすると、10か月家賃支払を怠っても、解除されなければ、期限後11か月目に、未履行部分を全部支払えば、契約解除できないという議論があります。したがって、どこで税務調査拒否したかは、やはり最後の不履行のところで判断すべきではないかと思うわけです。段階的に不利益処分をなす原則は、適正手続保障の重要な内容であるべきだと考えます。

税務調査拒否で、たくさん被害にあった方、仕入税額控除を否認された方はたくさんいます。そして、実務において、税務調査があれば、帳簿の保存が不備であるとして、大体、有無を言わず消費税の仕入税額控除も否認されています。法人税調査、所得税調査が終わったら、何も言わずに消費税の仕入れ税額控除も否認されるのが実態です。そこで、先ほど申し上げたようなささいな不備、あるいは日程調整の拒否などで、過大な課税をさせてはいけない、そのときの、やはり頼りになるルールは、憲法の適正手続保障であり、その他比例原則の様な憲法原則だと思います。私も何件か、帳簿提示の拒否、あるいは日程調整の拒否をした事件で、大きい仕入税額控除を否認された事件を訴訟で扱いました。この約40億円の事件は2019年11月29日に判決が予定されておりますが、そこで原告が言っていることは、比例原則と適正手続保障の原則です。最高裁でそれほど古い判例ではございませんが、広島市暴走族排除条例事件（最高裁第三小法廷平成19年9月18日判決）があつて、いきなり不利益処分を科すのではなく、中止命令を先行させて段階的にやるべきだと言っているありがたい判例がありますので、私は訴訟などにおいて、ささいなミスにつけ込んで過大な課税をされたケースでは、その判例を出して闘うことにしています。

(15) 残波事件の調査結果説明に対する苦情申立

税務調査事件で、私は沖縄の残波事件（東京地裁平成28年4月22日判決）を扱いました。過大役員給与の事件ですが、税務調査で、過大な課税をするということになったケースです。いくつかの法律事務所が参加するコンペで、委任指名されたので、税務調査の最終段階に立ち会うことにし、その調査結果の説明のときに、強引に課税庁へ押しかけていったら、追い返されたことがございます。そこで、納税者支援調整官宛に内容証明郵便で救済の申し立てをしたのです。そうしたら、調査官の上司から呼び出され、出頭したら、「調査担当者を交代させた、あと6か月、税務調査を延長する」と言われました。そして、類似同一企業の役員の給与の支給状況を6か月、範囲を拡大して調査をしていただけることになりました。6か月待ったところ、沖縄国税事務所は、月額1,100万円の給与を取っている大社長が九州にいることを発見しまして、これを超えたら過大だという認定を受けました。まさに税務調査で、納税者支援調整官に苦情申立したことが効いて、課税処分をしようとしていた大半を税務調査で覆すことができたのがこの成功例です。そして、この納税者支援調整官の利用、活用が有益であり、国税通則法74条の11第2項及び第3項の適用が弁明の機会付与であることを認識しました。

(16) 調査立会成功例

税務調査の問題点は、先ほど申し上げたようなところに尽きるわけでございますが、多少、成功例も言えということでありましたので、時間が許す限り、どのようなことでうまくいったかということをご参考までに次にお話しさせていただきます。

①不告発査察事件

2019年8月末までの2年間で、6件の査察調査事件で、不告発に持ち込めました。査察調査は、マリタックス法律事務所が提携をしている国税庁OBの税理士もいますが、OBの税理士だけでは足りないのです。OBの税理士は、査察官たる後輩の事件を潰せば、査察部への出入禁止となるから、ソフトランディングはさせるが、起訴をさせる弁護をやられます。われわれ弁護士は、逮捕させない、起訴させない、いわば無罪を取りに行く弁護です。ゴーンさんのように逮捕されてからでは意味がない。逮捕されない弁護、そして不告発にする弁護が有能な弁護士であり、納税者、依頼者もそれを喜ぶわけです。不告発になる弁護の秘訣は、証拠による事実認定を繰り返し主張することに尽きます。

②仮想通貨事件

仮想通貨の事件ですが、仮想通貨の仕入れ10億円を否認されて、査察に回されました。私どもは、OBの税理士と違って、証拠に基づいて反論、議論をします。何を言いたいかというと、OBの税理士が不十分だと言っているのではないのです。OBの税理士プラス弁護士が協力すれば、不起訴に持ち込めるということをお願いのです。この仮想通貨の事件も、証拠立てて、仕入れがきちんとあるのだということと言

いまして、そして、差押があった後ですけれども、6か月くらい経過してから、統括官から呼ばれて、「これは、告発しないから、私の顔を立てて、修正申告をしてくれ」と言われました。私は、「勿論、顔を立てますよ」と答えて、「刑事事件が不問になるのであれば、10億円の仕入れを自己否認して、修正申告します」と回答しました。「後の徴収は、査察部は知らない、勝手にやってくれ、地方税も関係ない」と言われました。今、税務署から徴収調査を受ける事件では、ないものはないと言って終わらせます。特に査察調査は、統計では4割は不告発です。差押があつてから、すぐに弁護士が関与をすれば、多分3割ぐらいしか起訴されないのではないかと思います。査察調査の立件要件は、「虚偽文書作成などの偽り不正の行為」ですから、虚偽文書などを作成した故意犯を立件するのであって、法解釈や評価を争う事件は立件しないのです。そのことを知っているだけでも、大いに有効な弁護ができると思います。

③消滅時効主張事件

この事件は今年、一番成果がありました。20年ぐらい前に、数億円の課税処分を受けていたのですが、なぜか、10年以上放置されていた。私が国税局徴収部門へ行って「消滅時効が成立している」と主張し、そして弁護士意見書を3回出したのです。『税務弘報』という雑誌に、私以外に5名の方が、弁護士意見書が役に立つのだという特集記事を書き、『税務弘報』の2019年7月号で、出版されたのですが、この事件も紹介しておきました。結構、法的な消滅時効の主張が認められることがあるのです。弁護士が法的な主張をすることによって、税務調査で大いに成果を上げられるということを知っていただきたいと思います。

(17) 日弁連税制委員会の税務当番弁護士制度構想

最後に、行政手続に弁護士が関与するためには、今日のシンポジウムの後、必要な別の活動をするべきであろうと思います。日弁連には公法系の委員会もたくさんありますが、業務拡大を目指す等、弁護士業務改革委員会が主導的に指導していただき、とりあえず、先ほどの竹内弁護士たちと一緒に勉強会をやって、ネットワーク作りをしたいと思います。税は、日弁連税制委員会が扱います。午後、税制委員会の関戸委員長も、その趣旨にご賛同いただいて、積極的に、運動していただけるお話を聞けると思います。それでは、これで終わらせていただきます。ありがとうございました。

【久保田】 山下さん、ありがとうございました。

5 講演「生活保護申請・審査請求手続への弁護士の関与」

【久保田】 続きまして、小久保哲郎弁護士によるご講演、「生活保護申請・審査請求手続への弁護士関与」をお聞きください。

【小久保】 皆さん、こんにちは。大阪の小久保と申します。

私は47期でして、1995年、平成7年に、大阪で弁護士を始めました。当時、大阪の町はホームレスの方が非常に多くて、日本一多いと言われていました。公称で6,600人ぐらい、実際はその3倍いると言われていましたので、3万人ぐらいの方がいらっしやって、裁判所や弁護士会の前にもテントが立ち並んでいるという状態でした。2,3年目ぐらいから、ひよんなことから、ホームレスの方の生活保護の申請などを援助するという取組を始めました。もうからないこと間違いのない分野でして、まさか私が、この「業務改革」のシンポでお話をさせていただくというような日が来ようかとは思っていませんでした。

最初に、全くもうからないわけではないということをお話ししたいと思います。今日は、生活保護の申請援助の具体的な例についてお話をしますけれども、この申請、あるいは交渉ですね、生活保護を受けた後に返還命令を受けているなど、当事者の代理人として役所と交渉する代理事業については、日弁連の委託援助事業というものがあります。民事法律扶助は、裁判代理が前提となっているので、行政手続は対象になっていないわけですが、この法律扶助の対象になっていない行政手続について、日弁連が法テラスに援助事業を委託しているということです。その一部として、この事業があります。申請や交渉の代理については、5万4,000円と実費5,000円、それから審査請求の代理については、10万8,000円と実費の5,000円が出るということになっています。書式が、3点セットというものがあって、3点すべてに署名をもらっておかないと、出ないということになっていますので、忘れず取っていただいて。そして終結報告ですね、すべて終わりましたという報告をしたら、後払いで支給されるということになっています。ぜひご活用いただければと思います。

もう一つ、例えば法律扶助などを使うと、自己破産で15万円ぐらい、弁護士からしたら安いのもかもしれないですが、困窮者の方からすると、15万円のお金を払うということ自体が非常にハードルになります。しかし、生活保護を受ければ、その返還が免除されます。猶予されて、最終的に免除されるので、その弁護士に依頼するというハードルがぐっと低くなります。生活保護を受けていない生活困窮者の方の生活保護の申請の援助をする、助言をするということによって、法律事務所の活用がしやすくなって、そして自己破産、あるいは離婚、そのような事件の受任にもつながるという面があると思います。私自身は生活困窮者の方の依頼が多いのですが、それ自体が私の業務の基盤になっています。

- 生活保護の申請手続に弁護士が関与する必要性

生活保護の申請手続に弁護士が関与する必要性についてですが、生活保護基準以下の低所得世帯数に対する生活保護世帯数の割合を、厚生労働省が2018年、昨年発表しました。要は、生活保護の受給資格があるのに、それを使っている人がどれぐら

いいるのかということです。所得のみで見ますと、22.6%です。つまり、8割の方が、生活保護を受けられそうなのに受けていないということになります。資産を考慮というのは、1か月分以上の貯金がある、あるいは車があるなど、そのような方を除外すると43%ということです。いずれにしても、6割や8割の方が受給漏れしているということです。困窮している方は受けられる可能性が結構あるということになります。

この低い捕捉率の原因ですが、一つは、当事者の方は、生活保護の利用が、本当はできるのに、その資格があるということを知らないということです。

それから次に、生活保護は利用したくない、そこまで落ちぶれたくはないということで、恥の意識ですね、そこから受けたくないという方も非常に多いです。これは、元々ありましたけれども、2012年に人気お笑いタレントのお母さんが生活保護を受けているということで大変なバッシングがありました。それ以降、この受けたくないという方が非常にふえています。ただ、實際上、生活保護を受けて人間がだめになるわけではないので、「病気を治すとか、再出発をするために使いましょう」ということを説得するというのも、われわれに求められていることかなと思います。

3番目の理由が、窓口職員による水際作戦、生活保護の窓口に来たときに、申請させずに、その入り口前であれこれ言って追い返すという違法運用ですね。これはかなりあります。最近、大分ましになってきたとは思うのですが、いまだにあるのが実態です。これは、日本のケースワーカーは、専門性がないのです。昨日まで戸籍課にいたり、水道局にいたというような人が、今日は生活保護の窓口で座っている。だから、福祉的な知識が全くないような人がやったりしているわけです。諸外国では、福祉専門職採用をしているところが多いのですが、日本は、そのような自治体は非常にまれです。恐らく横浜市と堺市ぐらいです。一部、専門職を入れているところはありますけれども、すべての職員をそうしようとしている自治体は非常にまれです。窓口で座っている職員が法律や通達を知らないということが間々あるということです。

ですので、まず、弁護士の心構えとしては、生活に困窮している方の相談を受ける、あるいは、そのような方の事件を受けた、刑事事件なども含めですね、そのような場合には、生活の再建手段として生活保護の活用を検討して、必要があれば利用を説得する。もう一つは、役所の職員が言っていることを正しいはずだと鵜呑みをしないということです。場合によっては生活保護の申請に、先ほどの援助事業を使って同行したり、あるいは、相談のついでにちょっと電話をかけてあげるなど、そのようなことが必要かと思います。実際に同行に行かれた方は経験があるかと思いますが、役所の人には困窮者を見下すといいますか、軽く見て、適当なことを言って追い返すということは間々あるのです。弁護士が電話をかけたり、ついていっただけで態度が豹変する、ころっと態度が変わる。当事者からすると、「全然、別人のようだった」というような感想を聞くことはよくあることです。

● 参考となる書籍

参考となる書籍を少しご紹介したいと思います。一つは、生活保護手帳。これは、厚生労働省が毎年夏に出している通達を体系的にまとめたものになります。

もう一つ、『別冊問答集』というものがあまして、この通達の解釈について、各地の事務所が厚生労働省に問い合わせをした、よくあるQ&A集ですね。それが『別冊問答集』というもので、毎年夏に新たに出ます。基本的に保護行政はこれに基づいてしないといけないということになっているのですけれども、先ほど来言っているとおり、これを知らなかったり、これと全然違うことをしていたりすることがあるので、「この手帳のここにはこう書いてますよ」と指摘することが非常に効果的な対応ということになります。

それから、『生活保護法の解釈と運用』、これはものすごく分厚いものなので、今日は持ってきていないのですが、これは、小山進次郎さんという現行生活保護法の制定を担当した当時の厚生省の保護課長が書いた条文解釈本で、生活保護法解釈のバイブルと言われていまして、裁判などになれば、われわれ原告側の弁護士も、被告側の弁護士も「小山のここにはこう書いてある」と引用して主張したりするものです。

もう一つ、マニュアルとしては『法律家・支援者のための生活保護活用マニュアル2019年版』というものを、私も生活保護問題対策全国会議という市民団体を立ち上げて活動しているのですけれども、そちらで出しています。ずっと更新してきていて、2014年が最新版だったので、それから5年ぶりに改訂作業をしました。これまでは申請段階を中心に「申請マニュアル」と言っていたのですけれども、この間の取組の蓄積で、保護を受けている方の返還金の問題や指導・指示の問題など新たな論点をかなりつけ加えて、書きかえて、「活用マニュアル」と改題しました。つい最近、8月末に出たばかりです。よくあるQ&A、Qごとに答えを書いていて、そして、参考になる判例や通達や審査請求の裁決などを掲載しています。それから、後ろに書式集があまして、申請同行をする際に、どのような意見書を書いて持っていけばいいかという書式を幾つか付けています。手前みそで恐縮ですけれども、実務家にとって、一番役に立つのではないかと思いますし、最新の内容になっております。

あと、日弁連も『法的支援ハンドブック』を出していまして、ただ、2015年と古いので、恐らくこれは来年ぐらいに改訂作業をすることになるのではないかなと思います。

● 基本原理等

基本原理等についてお話をします。言うまでもなく、生活保護法は憲法25条に基づく法律でして、国がすべての国民に対して最低生活を保障するということになっています。生活保護法の2条は、無差別平等の原理を定めています。「すべて国民は、

この法律の定める要件を満たす限り、この法律による保護を、無差別平等に受けることができる」ということで、これは、旧法は、適格条項というものがあつて、素行不良の者や勤労を怠る者は保護は受けられないということになっていたのですが、これをやめまして、現に困窮してさえいけば、無差別平等に保護は受けられるというようにしたところがみそなのです。しかし、先ほどの水際作戦は、この法の理念に反して、旧法のような対応をするというところから起きているということになります。

申請・審査のプロセスです。生活保護法の24条は「保護の実施機関は、保護の開始の申請があつたときは、保護の要否、種類、程度及び方法を決定し、申請者に対して書面をもつて、これを通知しなければならない」「前項の書面には、決定の理由を付さなければならない」「その通知は、申請のあつた日から十四日以内にしなければならない。ただし、特別な理由がある場合には、三十日まで延ばすことができる」ということで、申請さえあれば、嫌でも受け付けて、原則14日以内、長くても30日以内に調査して判断しないとイケないとなっています。その判断の結果は、理由を付した書面で通知をしないとイケないということになっています。また、変更の申請についてもこれを準用するというようになっておりますので、この生活保護の援助に当たっては、申請するということが非常に大切になってきます。

では、申請とは何なのかということですが、口頭申請に関する裁判例は幾つかあります。最初の大阪高裁での判決では「口頭による保護開始申請については、特にこれを口頭で行う旨を明示して申請するなど、申請意思が客観的に明確でなければ、これを申請と認めることはできない」ということで負けたのですが、これを裏返しにすると、口頭であつたとしても、申請意思が客観的に明確であれば申請だということになります。それから、福岡地裁の小倉支部の判決では、「場合によっては、『申請する』という直接的な表現によらなくとも申請意思が表示され、申請行為があつたと認められる場合がある」ということなので、「生活保護を申請します」と言葉どおり言わなくても、「生活保護を受けられませんか」「受けたいんですけど」と言えば、それは申請行為とみなされるということになります。口頭でもいいわけですから、つまり要式行為ではないので、どのような紙に書いても、それは申請ということになりますので、例えば広告の裏に「申請します」と名前と住所を書いて出せば、それだけで十分に申請意思の表明ということになります。

● 行政の広報義務・教示義務

次に、行政の広報義務・教示義務に関する裁判例ですけれども、いわゆる水際作戦ですね、窓口に来た人をあれこれ言って追い返すようなことが許されないという判決が、この間ずっと蓄積されてきています。最初の小倉北の判決については、下線を引いているところですが、「生活保護制度を利用できるかについて相談する者に対し、その状況を把握した上で、利用できる制度の仕組みについて十分な説明をし、適切な助言を行う助言・教示義務、必要に応じて保護申請の意思の確認の措置を取る申請意思

確認義務、申請を援助指導する申請援助義務がある」と言いました。単に情報提供するだけではなくて、最後の「申請を援助指導する」、例えば申請書を確認して、「いや、保護は受けたくはないです」と言った人に対しても、もし、その人が本当は保護を必要とする状態だと思えば、申請するように説得するなど、そのようなことも含めて、役所の義務だということを述べています。

このような役所の義務に違反した場合、故意又は過失によって申請権を侵害する行為をした場合には、職務上の義務違反となって、これによって生じた損害について賠償する責任が認められます。これらの裁判例では、慰謝料や弁護士費用、それから得られたはずの保護費などが、損害として認められてきています。

最後の岸和田事件についてですけれども、これは援助義務をさらに具体的に述べているような判決です。よくあるのは「本人から希望がなかったんだ」と。例えば、餓死事件などが起きたりしますけれども、そのときに役所の方が「本人からもっといろいろ困っていることを言ってくれたらよかったのに」というような弁解をすることがあるのですが、それではだめだという判決です。必要に応じて相談者に対し適切な質問を行うことによって、保護を必要としている者か否か、申請意思はあるかどうかを把握して、そして、申請手続を援助することが必要なのだということで、役所の側が、一種のお節介ですね、一步踏み出して質問していかないといけないということを述べています。

このような裁判の蓄積も踏まえてだと思のですが、生活保護法の施行規則が改正されまして、その2条2項では、保護の実施機関は、申請者が申請する意思を表明しているときには、申請は速やかに行われるよう必要な援助を行わなければならないと規定するに至っています。

このようなことは、通知・通達にも書かれていまして、生活保護手帳の第9、保護の開始申請等というところで、最初に「次 第9」と書いています。これは次官通知ということになります。ここでは「生活保護は申請に基づき開始することを原則としており、相談に当たっては、申請者の申請権を侵害しないことはもとより、申請権を侵害していると疑われるような行為も厳に慎むこと」としています。

次の「局 第9」は局長通知、社会・援護局長通知ということになります。1番に書いているのは、生活保護の相談があった場合には、助言を適切に行うとともに、仕組みについて十分な説明を行い、申請意思を確認する。申請意思が確認された者に対しては、速やかに申請書を交付し、申請手続についての助言を行うということが書かれています。

その下に、点線の囲みで、問（第9の1）と書かれていますが、これは保護課長通知です。生活保護の面談相談においては、申請意思はいかなる場合にも確認しなくてはならないのかという質問に対して、保護の申請意思は、例えば、多額の預貯金がある場合など保護に該当しないことが明らかな場合などを除き、確認すべきものである。なお、保護に該当しないということが明らかな場合であっても、申請権を有する者から

申請意思が表明された場合には申請書を交付することということで、要件を満たさなくても、申請権がある人からの申請を拒むと、それ自体が違法行為になるので、そのようなことはしてはいけませんよということが書かれているわけです。

この後も、次官通知や局長通知など、あるいは課長問答ということで、レジュメの中で引用しているものは、同様にこの保護手帳の中にあるものを紹介しているものになります。以上、まずは、申請意思が明確であれば、口頭申請も有効であるので、どのような紙でもいいから、とにかく紙に書いて出すということです。代理人としては、あらかじめ、今から言うような、よく問題になる論点について、法的意見を記載した申請書を起案して持っていくということが非常に有効になります。言われそうなことについては、あらかじめ論点を潰しておけば、逆に相手方、役所の方が、それを反証しなければならないようになりますので、そのような取組が重要ということになります。

● 「親・兄弟に面倒を見てもらえ」？

では、ここから、よく問題になる論点について説明していきたいと思います。よくあるのは、親や兄弟などが近く住んでいるなら、そこで面倒を見てもらえということで、追い返されるということです。これは、生活保護の4条の2項にこのような規定があります。「扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする」となっています。あとで出てくる4条の1項は「要件」を定めているのですが、ここでは、「優先」と規定されています。この「優先」の意味は、小山の本でどのように説明されているかということ、今の日本の法律は、公的扶助に優先して私法的扶養が事実上行われることを期待しつつも、これを成法上の問題とすることなく、つまり保護を受ける上での要件とすることなく、単に事実上扶養が行われたとき、つまり、仕送り等がされたときに、それを被扶養者の収入として取り扱って、その分保護費を減額するというだけですと説明しているところです。つまり、親族による扶養ができないということが、保護の要件、前提条件ではないということになっています。

ただ、この解釈に立ったとしても、いわゆる扶養照会と言うのですけれども、この人が生活保護を受けましたけれども、仕送りなどができませんかというような手紙ですね、照会文書は送るということになっています。結構、この扶養照会をされるということが嫌で、生活保護の申請をためらうという方も少なくありません。昔、ホームレスの方の現場に夜回りなどで行ったときに、70歳は超えていて、「役所に行けば間違いなく生活保護を受けられるのに、なぜ保護を受けないんですか」と言うと、大分前に、田舎に置いてきたといいますか、見捨てて逃げてきた家族などに照会が行くのが嫌だと、迷惑をかけたくないというようなことで、申請をためらっている方がいらっしゃるわけです。ただ、「扶養義務の履行が期待できないもの」については、通知上も扶養照会をしなくてもいいということになっています。これがまた、役所によ

ってはあまりきちんと扱われていなくて、形式的に扶養義務者に対しては、とにかく照会を出してしまおうというところがありますので、「この人は照会しなくていいんじゃないですか」と言ってあげるということも大切です。

どのような場合が、それに当たるのかということについては、通達や『別冊問答集』にありまして、被保護者、保護を受けている人ですね、あるいは施設に入所している人、そして実施機関がこれらと同様と認める者については照会しなくてもいいということになっているわけです。さらに具体的には、『別冊問答』の方で、長期入院患者や主たる生計維持者ではない非稼働者、これは家庭の主婦などですね、それから未成年者、70歳以上の高齢者、それから、生活歴などから特別な事情があり明らかに扶養できない者ということで、例えば20年間音信不通等ということが例に挙げられていますので、先ほどのホームレスのおじさんなどはそれで、扶養照会されずに保護の申請ができるということになるわけです。あと、いわゆるDVで逃げてきた母子などについては、むしろ扶養照会したら加害側が行く可能性があるもので、してはならない場合として定められています。

● 「働ける人はダメ」？

次に多いのが、「まだ働けるでしょう。あなたは若いんだから仕事をしなさい」、あるいは、「もっと仕事を頑張って増収しなさい」という形で追い返されることがあるのですが、これは、かなり古い名古屋地裁の判決、元ホームレスの方が原告になった林訴訟と呼ばれる裁判ですけれども、このような判決が出ています。「稼働能力を有する場合であっても、その具体的な稼働能力を前提とした上、申請者にその稼働能力を活用する意思があるかどうか、具体的な生活環境の中で実際にその稼働能力を活用できる場があるかどうかにより判断すべき」で、つまり、働く能力があったとしても、働く意思があって仕事を探しても働く場が見つからないような場合には、この稼働能力活用要件は満たすという判決になります。この判決を踏まえて、保護手帳の中でも、稼働能力の有無、稼働能力活用の意思の有無、それから稼働能力活用の有無を総合考慮して、この要件を満たすかどうかを判断するようにということが書かれています。

活用の場については、1番目で評価した本人の稼働能力を前提として、その者の就労障害要因、育児や介護の必要性なども踏まえて行うこととなっています。例えば、中卒で建設作業しかしたことがない人の前に、例えばパソコンを使う事務仕事の求人があったとしても、その人にとっては働ける場ではないわけなので、そのような稼働能力の具体的な内容の相関関係で、働ける場があるかどうかを判断するようにと通達も言っているところです。この通達の中に、稼働能力活用の意思について、真摯に求職活動を行ったかどうかを踏まえて判断するようにと書かれていまして、これが結構現場でひとり歩きをして、活動が不十分だ、就職活動が不十分だということで、真摯さが足りないということで却下される例が、一時、相次いでいました。これに対しては、ここに東京地裁、大阪地裁、大津地裁、それから静岡地裁等を紹介しましたけれ

ども、各地で次のような判決が出ていて、ほぼ克服されているところです。

まず、2番目の「稼働能力活用の意思」の有無の判断基準としては、真正なものであることが必要だと。つまり、働く気がないのに形だけ働きますというのではだめです。ただ、その求職活動が、見た目まじめさや真剣さに欠け、ひたむきな努力を伴わないなど、不十分、あるいは、難をつけようと思っただけでつけられるようなものだったとしても、生活に困窮している人はなかなか完璧なことができないことが多いのだから、それはそれで意思があると見たらいいということを書いてあります。これは、大阪地裁や大津地裁でも同じような考え方にのっとった判断が出ています。

それから、「活用の場」の有無については、現に特定の雇用主が雇いますと言っているような特別の事情がない限り、活用の場があるとは言えないということで、かなり、役所側にとって厳しい判断をしているところです。ですので、まずは保護を適用して、その上で、稼働能力のある人に対しては就労指導をするのが正しい対応であるということが判例上は定着したのかなと思います。

● 「持ち家はダメ」？

次によくあるのが、持ち家はだめというものです。しかし、居住用の不動産は、処分価値が利用価値に比して著しく大きいと認められない限り、つまり、よほど高額でない限りは保有が認められるということになっています。これも通達で、ケース診断会議に、このような場合には付するようという目安額が示されていて、その地域の標準3人世帯の10年分の保護費ですけれども、それを計算しますと、東京だと2,700万、大阪だと2,500万などですので、おおむね2,000万を下回るような不動産であれば、居住したまま生活保護を受けることができます。ただ、ローンがある場合は別でして、住宅ローンの返済資金は保護からは出ませんので、基本的には処分しなさいということになります。それもさらに例外がありまして、私たちがよく出会うのは、多重債務などで、住宅ローンが払えなくなっている方、このような方、ローンの支払いの繰り延べが行われているような場合については保護は適用されます。ローン代はもちろん出ませんが、生活費だけ支給して、後で述べるとおり、転居費用を出して、基準内のアパートなどを確保して生活保護を継続するということになります。

● 「車はダメ」？

次によく問題になるのが、車を持っていたらだめという点です。現状、非常に厳しい要件があるのですが、ただ、実務運用では、その要件を満たす人でさえ、車を持っているというだけでだめだと排斥されていることが多いです。この増永訴訟の福岡地裁の判決は、その通知の要件は一定緩和して解釈・運用する必要があるとも述べていますので、この通知を柔軟に解釈・適用して、保護を認めさせていくということが重要になっています。京都府の南山城福祉事務所や新潟市など、最近、一部の自

治体では、公共交通機関が非常に不便なところですが、そのようなところでは、この通知・通達を柔軟に解釈して、かなり保有を認めているということがわかってきました。そのような事例を今後Q&Aなどにして、今年度中ぐらいには、先ほど述べた市民団体に広報などをしていきたいと思っています。

どのような場合に保有が認められるかですが、通勤用の自動車ですね。障がい者であれば、障がいの内容から、車でないと通勤できない場合。健常者であれば、居住地又は勤務地が公共交通機関の利用困難地にある。あるいは、深夜勤務ですね。私がやった例で言うと、夜間に保線作業などを行っている方ですね。車でないとその場所に行けないという場合などには保有が認められることになっています。あとは、この1から4の要件を満たす必要があるとされています。通勤用、仕事をするために必要な自動車については、保有が認められると、維持費ですね、ガソリン代や車検代や任意保険料などを必要経費として収入から控除するということができます。

それから、障がい者、あるいは公共交通機関が利用困難な地域に居住する人の通院・通所・通学用の自動車についても、1番から5番の要件を満たすような場合には、保有が容認されるということになっています。「障害者」という要件ですが、通達上、障がい者手帳を持っているなどは特段、要件になっていません。私がやった例で言うと、手帳はまだ取っていないけれどもパニック障害という診断があって、公共交通機関に乗れないなど、そのような方で保有を容認されている方や、また、化学物質過敏症で、公共交通機関に乗れず、煮沸消毒した特殊車両に乗っている方がいらっしゃって、そのような方も申請段階には、まだ障がいの認定も受けていませんでしたけれども、意見書を書いて出したら、保有が認められました。その方は、いずれその後、障がい者認定を受けて、年金も取れるようになったのですけれども、最初からそのような要件を満たしている必要はないということもあります。

公共交通機関の利用が著しく困難という判断ですが、ここに『別冊問答』の規定を挙げています。要は、物理的に、例えばいろいろ乗り継いで、3時間、4時間かければ行けなくはない、そのようなところは多いと思うのですけれども、ただ、それが本当にその人の置かれている年齢や病状や地域、あるいは勤務先や通勤先との関係で現実的なのかどうかということ判断しなければいけないということになっています。それから、おおむね6か月以内に就労事実が確実に見込める失業者については、処分指導が留保されるということになっています。それから、事業用自動車についても、認められる場合があります。私がやった例で言うと、結構田舎のところでペットショップをやっている方がいらっしゃって、保有が認められた方がいらっしゃいます。あと、バイクですが、バイクも車と同じように、一切まかりならぬという扱いをするところが多いのですが、これは『別冊問答集』上も、自賠責保険と任意保険に加入していれば、125cc以下のバイクについては、原則保有が認められています。

- 「家賃が高すぎる」？

午後に録音を流しますけれども、住宅扶助の上限は、例えば2人であれば5万3,000円や5万4,000円などと決まっています。それ以上のところに住んでいるような場合に、基準内の所に引っ越してから来いということで追い返されることがよくあります。それは当然間違っていて、まずは保護を適用して、ただ、生活費は圧迫しますから、転居費用を出して基準内のところに移ってもらうのが正しい対応ということになります。この転居費用を出すようにと、このような場合には出せますよという通知・通達が、この課長通知の第7の30です。全部で17項目が挙げられているのですが、ここに書いてあるように、退院や退寮する際に家がない、あるいは、家賃を滞納して追い出されそうなど、そのような場合に転居費用が出せます。これもとても使い勝手のいい制度ですので、17のうちのこれに当たるのではないかとということを書いていくことが必要です。

- 審査請求手続の活用

最後に、審査請求について少しお話しして終わりたいと思います。審査請求については、平成26年の行政不服審査法の改正で、かなり改善されました。元々審査請求前置主義、まず審査請求をしないと取消訴訟はできないということになっているのですが、審査請求期間について、60日以内だったものが3か月以内に延ばされました。そして、審理員という人を選んで、その審理員が意見書を書くということになりました。自治体によっては、この審理員を弁護士がやっていて、いい審理員意見書が出ることがあります。それからさらに、行政不服審査会というところに諮問するということになりまして、この審査会は、学識経験者ですね、行政法の学者や弁護士などがなっていて、その構成によっては、かなりいい答申が出るようになりました。

もう一つ、口頭意見陳述ですね。元々できるようになっていたのですが、対審的な構造が改正で採用されまして、処分庁の職員に対して質問できるということになりました。これがかなり、使い勝手がよくて、3人ぐらい職員が来ることが多いのですが、それを目の前にして、裁判の反対尋問と同じように尋問できるわけです。裁判であれば、代理人弁護士の指導を受けて、回答内容を固めてくるのですが、割と生身のままで来るので、聞いていくと、ぽろぽろっといろいろな本当の事が出てきたりします。それが調書化されますので、それをもとにして最終意見書を書いたりして、判断の根拠にされるということができたということが、一番大きなところかと思います。ということで、この審査請求についても、活用の余地がかなり広まっているということになります。

最後駆け足になりましたけれども、私自身は、この活動をずっと続けていまして、普通の弁護士が、普通の日常業務の中で、普通に生活保護の援助をすればいいなと思って取り組んできています。かなり広まってきていると思うのですが、まだ不十分な面もあるので、ぜひ、今日お聞きいただいた方が、ご自身も、それから

周りの方にも、この取り組みを広めていただければと思います。

ご静聴どうもありがとうございました。

【久保田】皆様、ご静聴ありがとうございました。ただいまから昼食休憩にいたします。再開は14時を予定しております。

=====後半=====

6 パネルディスカッション「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険医療、税務、生活保護の現場で～」

【久保田】ただいまより午後の部を開始いたします。

パネルディスカッション「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険医療、税務、生活保護の現場で～」を始めさせていただきます。

パネリストは、溝部達子医師、石川善一弁護士、松嶋洋税理士、関戸勉弁護士、吉永純花園大学社会福祉学部教授、小久保哲郎弁護士、コーディネーターは、当分科会長の上原武彦弁護士です。それでは、よろしく願いいたします。

【上原】それでは、時間になりましたので、午前中の講演に引き続きまして、パネルディスカッションを開催したいと思います。お食事が出ていかれて、まだ戻っていない方がおられるかと思いますが、午後のパネルディスカッションは、なかなか時間がかなり混んでおりますので、早速始めたいと思います。

午後の部は、実際に指導・監査、税務調査、生活保護申請の各場面で、どのようなことが行われているのか、保険医、納税者、生活保護申請者の方たちから、直接、状況をお聞かせいただきたいと思います。また、これら行政当局が行う行政活動に対して、指導・監査、税務調査、生活保護申請を行っている方たちがどのように対処されているのかについてお聞かせいただくとともに、そこにどのような問題があるのかということも聞きたいと考えております。そして後半では、行政当局が行う行政活動において、指導・監査、税務調査を受けられる方たち、生活保護申請を行っている方たちの適正な権利・利益の保護のために何が必要なのか、そのためにどのようなことができるのか、弁護士がどのようなことができるのかをお聞かせいただき、併せて、今後この問題についての将来の施策について話し合っていきたいと考えております。短い発言時間ではありますが、ここにおられるパネラリストの方たちから多様な意見をお聞かせいただきたいと思います。

まず初めは、健康保険医に対する行政当局からの指導・監査を現実を受けられました小児科医の溝部達子先生から、簡単に自己紹介をしていただいた上でお話をいただきたいと思います。それでは、溝部先生、よろしく願いします。

【溝部】 はじめまして。小児科医の溝部と申します。私が、今日ここでお話しさせていただきますことは、非常に衝撃的な経験を私はいたしまして、小児科の診療所を開業しているのですが、開業して9年目に初めての個別指導に当たりまして、それは「インフルエンザの診療が多過ぎる」ということで、その後1か月後に、指導もなく監査になり、そのまま1年2か月で保険医資格が取消しになりました。ですが、そこで患者さんの大きな力と、ここにいらっしゃる石川弁護士のお力により「処分を取り消してほしい」という裁判を起こしまして、甲府地裁及び東京高裁で両者ともに勝訴をし、国が上告を断念したので、そのまま高裁の判決が確定し、処分を取り消すことに至ったという経験をいたしました。このような世界を、国民も、また弁護士の方もほとんど知らないと思います。全国で、本当に、このようなことで困っている医師、歯科医師も、ほぼ全員ぐらい困っていると思います。中には、それで自殺されてしまうという医師もいらっしゃいますし、そこまで行かなくとも、PTSD、そのような形になっています。ぜひ、このような分野を弁護士の方にも知っていただいて、社会正義を守るといふ、弱い者の味方であるということが弁護士の本望だと思いますので、ぜひ、このような分野を知って理解していただければと思って、今日、この場でお話をさせていただきます。

ここに三つの言葉を、この世界の入り口として、少し紹介させていただきました。「日本の医療に、これほどの闇が隠されていることをどれほどの国民が知っているだろうか。不当な指導・監査・処分によって、ときに命まで失う医師がいまだに絶えない保険診療の裏側は、ほとんど報道されることがない」。「日本の医療というのは、安い医療費で高品質の医療を提供するシステムとして、肯定的に評価されるが、その裏側で、医師が犠牲になっている可能性が否定できない」。「健康保険法」は大正11年にできていまして、多分97年ぐらい、そのものが今も残っています。「権力主義・非民主主義的な思考と構造で書かれたこの健康保険法のもとでは、『国民本位の医療』も『保険医の地位や権利』も確立することはできない」。

保険医に対する指導・監査とはどのようなものかということはこのスライドでは書いたのですが、この中で、地方厚生局が医療機関に対し、指導・監査あるいは処分をしております。これは厚生局の分局であり、最悪の場合は取消処分がありますし、そうでなくても、改善報告書や自主返還金を出しております。医師会、歯科医師会は、支払基金への審査委員の派遣をしております。また、指導時や監査のときの立会人をしていきます。

指導の概要ですけれども、選定委員会というものがあまして、いろいろな条件で指導になるのですが、その理由は、全く私どもには教えてはもらえません。特に問題になることは、この集団的個別指導と個別指導でして、集団的個別指導はどのようなことかといいますと、同じ科の中の平均点数が高い方から8%は、この集団的個別指導と呼ばれます。そして翌年、点数を下げなければ個別指導になります。個別指導と

はどのようなものかといいますと、情報提供がされたもの、それから集団個別で平均点数を下げなかったもの。集団個別の中で問題になる不適正なレセプトが見つかる、あるいは、その他必要と認められるものが個別指導になります。その結果としては、概ね妥当、経過観察、再指導、要監査ということですが、再指導とは、ずっと指導を繰り返し、最後に監査が入ることも当然ありますし、要監査はそのまま監査になります。それぞれ「自主返還金を払い、反省文を書きなさい」ということです。

次は、監査ですけれども、要監査か、あるいは再指導を繰り返されると、今度監査になります。そのときは、健康保険法78条により、すべてを持ってきて、それを調査する。そして従業員なども調査することができるという形になっていまして、その結果は、注意、戒告、それから一番悪いものは取消処分。この取消処分の基準は「故意に不正又は不当な診療、請求をしたもの」「重大な過失により、不正又は不当な診療をしばしば行ったもの」ということで、非常に曖昧な基準です。これになりますと取消しになりまして、取消しを前提として聴聞が開かれ、これも本当に形骸といえますか、手続に非常に不備がありまして、聴聞をただやっただけという形で社会保険医療協議会に諮問され、それで取消しが決まります。社会保険医療協議会に持っていかれたら、取消しを否決したということはありませんで、必ず可決される。その結果としては、5年間は再請求、いわゆる保険医を取り戻すことはできない。「自由診療でずっとやりなさい」と。保険医にとっては本当に死刑と同じで、今の皆保険制度の中では、5年間、自由診療でやれば仕事も続けられないし、経済的にもやっていけない状態です。

それで、なぜ、これほど保険医が精神的にも追い詰められるのかといいますと、この取消条項というものが、健康保険法の、大正11年に制定された80条、81条とありまして、これは昭和17年、戦時中に決められたのですけれども、72条第1項の規定に違反したときは取消しになると書かれております。この71条1項とは、この72条のところで、厚生労働省令で定めるところを違反したら取消になる。この厚生労働省令とはどのようなものかといいますと、ここに療養担当規則というものがありませんけれども、読んでいただくとわかるのですが、「往診は、診療上必要があると認められる場合に行う」「各種の検査は、診療上必要があると認められる場合に行う」ということで、これを読んでいただくと、どこまでが必要で、どこが必要でないのか。本当に患者さんのためを思っているいろいろな検査をしたり、丁寧な診療をすると「それは必要ではない」ということになると、それは取消しをされてしまうのです。これは80条81条、法律によって。ということで、厚生労働省令というものは、現実無視で建前になっていて「このようなことを守れているお医者さんは、日本中探してどのぐらいいるのかどうかと疑問に思うような。それで、基準がありません。病院や医師は常にルール違反の状態にあります。

そして、取消の場合は、先ほどもお話ししましたように、故意に不正又は不当な診療、あるいは（診療）報酬（請求）をしたもの。重大な過失により、不正又は不当な

診療，あるいは（診療）報酬請求をしばしば行くと。この「しばしば」の基準も，聞いてもはっきりしません。その担当者の価値観といいますか，判断だということで，これによって取消しは決まるということです。

保険医にとっては，この取消というものは死刑と同じですけれども，刑事事件では立法と行政と司法が三権分立といいますか，それぞれのところで判断していただけると。最後の裁判所でも弁護士さんがついてくれると。ところが，保険医の取消に関しては，厚労省で決まった省令，あるいは事務連絡にしたがって，法令はそれによりまして，そして捜査は厚生局がやる。聴聞があったとしても，それは本当に形だけでありまして，厚生局が主催しておりまして，本当に手続上の不備のもとでただやっているだけと。そして，最後の社会保険医療協議会，これが裁判所に当たるわけですけれども，これは保険者，医師会の幹部や公益委員が入るのですが，厚生局の情報のもとで保険医は全く参加できないところで決まります。そして，保険医にとっての取消というものが決まってしまうわけです。

このようなマニュアルがいろいろありまして。少しびっくりするようなマニュアルができています。例えば，地方医療協議会などにおいては，いわゆる取消が否決されそうである場合には，そこで中止して，各委員に十分に事情を話して，段取りをしてから，また次の賛成するような形で開催するよというところが監査マニュアルというものを書いてあります。

ということで，病院や医師は常にルール違反状態にありまして，そのような療養担当規則というものができているわけで，そしてそれに違反していることがあれば，厚生局長，つまりその厚生局の担当官は取消処分ができるという，非常に広範な裁量権を担当者は持っているわけです。そして，違反をしている多くの医療機関の中から，どれを選んで指導・監査をし，どれを取り消すのかは担当者によって決められるわけです。ということで，保険医にとっては，「個別指導に呼ばれただけで，これは取消になるかもしれない」ということで，とても精神的なストレスがあるわけです。そして，保険医の自死や保険医の人権侵害，そして「保険点数をとにかく下げなければだめなんですよ」というおどしのようなものが来ますから，とにかく萎縮医療で，本来やるべきこともやれない。どんどん萎縮医療をして，患者さん，国民には非常に不利益になっていくわけです。そして，保険医と担当官の贈収賄などもあるわけです。

実際，生の保険医の意見はどのようなことがあるかは，これは『保険医の逆襲』という本に載っているものから出したものですが「不正などしていないし納得できないが，監査で心がズタズタにされ訴訟する気にもなれない。もう転職するつもりだ」「とても屈辱的で死を考える耐えられないものでした。2度の個別指導が。今年の12月に再度個別指導があり，まじめに仕事をしているのにとっても残念です。鬱ですが立ち向かうしかありません。僕も負けずに生きていきたいです」「個別指導で1億5千万円の返戻指示が出ました。病院の存続は厳しいと思います」「主人が歯科医院を開業しております。指導理由を聞いても答えられないとのことだったようです」「9月

に集団指導と呼ばれ、そのまま行けば個別指導も呼ばれると思います。また、あの3年前の苦しみを受けなければならないかもしれないという恐怖と自分は自分の信じる診療哲学を全うしているという自負との間で不安な日々を送っています。

『医療機関は厚労省の下請け企業だから、厚労省の言うことに文句を言うな』と弁明を認めない。監査では『詐欺罪にでもできる。聞くとところによると娘さんが2人いるそうだが、手錠をかけられて連行されるところがテレビで中継されるぞ』と脅迫を行うなど、とても許せるものではない「取り消されたら、協会から『保険医を取り消されたので会員ではなくなりました』というだけの通知文書が来た』『平成27年4月から平成28年3月までのすべての患者のカルテを持ってこい』と言われた。厚生局に『持参カルテは30件ではないか』と問い合わせたところ、『歯科医師会などがどういう言い方をしたのか知らないが、記載のとおり全カルテを持ってきていただく』というような意見が出ております。

私の事件を少しお話しさせていただきます。私の事件は、平成16年4月に審査委員の小児科の委員と甲府市の医師会副会長が、山梨社会保険事務局に「インフルエンザの診療が多い」ということを理由に「指導するように」という要請で、情報提供により始まりました。

指導が始まったのですが、保険指導委員は「検査が多い」「点滴の件数が多い」と。「こんなに長い時間点滴をしているなんて怪しいですよ」と。また、犯罪人の取調べの扱いで、意見をすどころか質問をすることも許されない状態。「従業員全員の筆跡を見ます」と。「2年分のカルテと資料をすべてコピーして、そのコピーすることで4時間待っている」と。指導ではなくて、捜査、証拠集めをされまして「こんなでたらめをしているから、患者調査で確かめなければならない」と中断をされて、131名の患者調査が実施されました。

そして、患者調査の状況がこれで、「県の調査に〇〇君が選ばれました。少しでも国民健康保険が安くなるようにデータを取っています」と。

次の個別指導からは、非対面でお薬受診と。いわゆる「お薬のみください」という、それを不正請求として追及が始まりまして、2年分のカルテと資料をすべてコピーし「この患者は来ていたのか」と証拠を突きつけて、そのような追及が始まりました。次の個別指導もそのようなことで。

そして、実際は取消しありきで、次の監査になることが予定されていたと。「不正請求があったので監査になります」ということが、事前に決まっていたと。これが証拠です。

そして、監査は3月にあったのですが、自白の強要で、個別調書というものに、来ていないということを認めなさい、ここに署名をしなさいと。そこに立会人が、医師会の方もいらしたのですけれども、「駄々をこねてもだめですよ。無診察処方訴訟を起こしても、医療者側が負けています」と。密室の中、孤立無援、どうにもならない絶望感に陥り「取消処分は決まっている」と思い、個別調書に署名をしました。

これが個別調書ですが、ここに患者調査の結果を認めると私が書いています。

それで聴聞があり、このときから石川弁護士が聴聞の代理人になってくれたのですが、4回の聴聞がありました。

聴聞と言っても、聴聞の主催者は同じ社会保険医療協議会の上級の官僚でして、しかも、患者名を全部消して資料を渡されまして、どの患者さんなのかわからないという中で進みまして、質問には答えてくれないのですが、そのような中での聴聞が終わりまして。

そして最後に、2005年11月25日にいよいよ社会保険医療協議会が開かれ、「処分妥当」の答申が出されました。そして、その5日後の12月1日に執行され、保険サービスが使えなくなりました。ここは社会保険医療協議会の議事録ですけども、「私たちの気持ちの中では取消しは明らかで、丁寧に一つ一つ議論する必要はない」というようなことを言われています。

【上原】 この後、もう一度溝部先生にはお話ししていただく機会があるので、実際の個別指導の現場の状況というものは今全然出てきませんでしたので、お話ししていただこうと思います。続きまして、税務の関係の方にまいります。税理士の松嶋洋先生の方から、税務調査の入り口のところから、それから、現実にはどのような状況になっているのか、対応されている立場からお話しいただければと思います。

【松嶋】 皆さん、こんにちは。税理士の松嶋と申します。私は元々国税におりました。だから、税務調査の裏側などはよく知っています。まず、国税として税務調査をした経験から申しますと、やはり納税者の方はもちろん、税理士の方も、調査には免疫があまりありません。免疫がないので、税務署の方にいいようにやられている、このような事情があります。では、税務署の方はすごいのかというと、全くすごくありません。午前中お話もあったかと思うのですけれども、他省庁もそうかもしれません。税務署の方は税法を勉強しません。なぜか。勉強しても、調査の実績が上がらないですし、出世もしないからです。税務調査で発見したいものは、脱税などの不正です。不正は法律では見つかりません。足で見つけます。銀行に行って、隠し口座を見つけるように。だから、法律は関係ないのですね。だから、勉強しないのです。勉強しないから、どうなるか。税務調査のルールを逸脱する税務調査が頻繁に行われています。

ここで注意いただきたいことは、国税の方を責めないということです。国税はけしからんと言う方が非常に多いのですが、私もそうだったのですが、税務署の方には悪意があまりないのです。税務調査のルールをわかっていないので。だから、やることは、私たちがきちんとルールを勉強して、彼らが間違っただけをやってあげればよい。このような対応が正しいやり方だと思っています。特に京都の、1個だけ事件を言いますが、北村事件という事件がございます。平成12年でしたか。

その事件はどのような事件だったかといいますと、税務署の方が、勝手に無予告調査をして、許可していないのに、居住スペースに入って、たんすを開けたり、今では考えられないようなことをした調査があります。これは、国税局の資料調査課という部署がやった調査ですけれども、そのような方々もあまり税務調査のルールをわかっていないのです。こういうわけで、このような違法調査が行われることはよくあります。1個だけ言うておきます。違法調査をやる国税の方も問題があるのですけれども、違法調査を見過ごしている税理士や納税者にも問題があるのですね。これは一つ、押さえておいていただければと思っております。

では、具体的に、どのように税務調査に対応するといいかといいますと、税務調査の対応方法というものは、非常にこれは簡単です。いいですか。ものすごく簡単です。一番効果的な対応方法だけ教えましょう。それは、不正をしないことです。税務調査は不正を見つけるためにやります。私も不正を見つけに行っていたのです。不正のない会社からは税金をあまり取れないから、国税の方は残念がるのです。そのようなときに、「残念ですが、不正がないから調査を終わります」などということであればいいのですけれども、中には「それでは嫌だ。税金を取らなきゃいけないよ。そうしないと出世しないよ」と言って強行的な手段に訴える方がいるのです。そのようなときに、ガツンと言えるかどうかです。ガツンと言えない税理士の方が多過ぎるのです。そのようなことが問題かなと思っております。

調査官は不正を発見しに来ています。そして、中には強行的な人もいますと言いましたけれども、基本的には保守的な方です、税務署の方は、間違った調査などをして、怒られたくないのです。では、どのように対応しますかと。午前中に山下弁護士がおっしゃいましたけれども、支援調整官という部署が、国税の方が悪いことをしたり、税務調査のルールを守らなかったりしたら、クレームを上げることができる部署があります。そのようなところにクレームを上げればいいのです。

国税の方は、いろいろノルマなどもあるのですけれども、実際のところ、税務調査のノルマというものは、税務調査の件数です。件数の中で、どれだけ税金が取れるか。「1年間、これだけ税務調査をやりましょう。この中で、税金をたくさん取ればよし」と。このような感覚で行きます。そのようなものがノルマになります。ただし、基本的には過度に保守的な方々ですから、きちんと対応すれば、それほど怖くないのかなと思います。

その次に、税務調査には種類がありまして、大きく2パターンとなります。どのような種類かといいますと、税務署が行う一般の調査ですね。あとは国税局。税務署の上級機関である国税局が行う調査。この二つがあります。税務署の調査は、基本的に簡単。国税局の調査は、調査する先が大きい会社。上場企業などもあります。その他、名前を聞いたことがあるかもしれませんが、資料調査課という悪名高い部署がやったり、マルサがやったりする。このような調査になります。資料調査課とマルサの調査というものは、税理士の方はあまり知りません。税理士の方が立ち会う税務調査は、

ほとんどは税務署の調査官がやる調査です。では、資料調査課が来ました。マルサが来ました。特にマルサですね。名前を聞くだけで、ものすごく怖いですね。マルサの立会いは、普通の税務調査とは違うところがあります。これはテキストに書いたのですけれども、出入禁止権など、そのような制度があるのですね。「マルサの調査上に必要な場合には、立入りを拒否することができますよ」という制度ですけれども、そのようなことがよくあります。マルサというものは原則として強制調査なので、任意調査ではありません。税務署の調査は、当然、任意調査なので、税理士の方はあまりマルサの調査のノウハウがないですね。となると、間違った対応をしてしまう可能性があります。そのようなところに弁護士のお力というものを、まず借りたらいいのではないかなと思っております。

もう一つ、資料調査課という部署がございます。資料調査課がやる調査は、任意調査です。だから、間接強制の世界なので、普通の調査の立会いと大きくは変わらないはずなのですが、「料調という部署は、任意調査は任意調査なんだけれども、強引な調査をしていいですよ」というような感じになっています。だから、本来は皆様の許可がないと調査できないところまで強引に許可させて調査する、誘導尋問を使って。そのようなことをしていいですよとされています。なぜか。「マルサまで行かないけれども、この納税者は、かなり不正的なことをやっている」と想定できるから、厳しくやらないといけない」という判断なのです。だから、資料調査課の調査は非常に厳しいのです。誤った交渉をしてしまったりすると、非常に大きな税金を取られてしまう。このような話になります。そのようなときに、税務調査の権限は任意調査といいますけれども、これは、行政法の世界ですね。税理士は税法しか知りません。とりわけ、税法の課税要件規定、要は所得金額の計算規定などは知っていますけれども、手続規定、行政の手続などは詳しくありません。そのようなところにも弁護士のサポートをいただけたらすると、非常にいい結果になるのではないかなと思っています。

それで、税務署の調査ですね。最後にいきますね。これはものすごく簡単です。税務署の調査というものは非常に簡単です。不正をしなければ、大体勝てるのです。インターネットで見てください。結構、いろいろなことを書いています、税理士の先生方が。「税務調査の交渉で1億下げたよ」「3,000万下げたよ」などとよく書いてあります。私の経験を1個だけ言いましょうか。ある個人のお客さんで、どう考えてもプライベートなものとしか思えない費用を必要経費としていました。国税の方が見つけました。それでも勝ちました、これ。勝てるのです。税務調査。ここは、なぜ勝てるかという、午前中もありましたけれども、和解的な交渉というものが許されるのです、税務調査は。では、それでいざ裁判になりますと言ったら、負ける可能性が大きいのです。では、裁判に行ってから弁護士にお願いすることが多いのですけれども、行く前に弁護士の先生方も交えて、何かしらきちんと税務署と交渉ができるような流れを組みさえすれば、税務調査というものは非常に勝ちやすいですし、お客様にも価値を感じてもらえますし、もっと言ってしまえば、不正的なことをやる、脱税的なこ

とをやる，社会に対する制裁としてだけ税務調査が機能する。このような非常にいい傾向になるのかなと思っております。そうですね，あとは，またいろいろありますけれども，とりあえず私の発表はこれぐらいにさせていただきたいと思います。ありがとうございました。

【上原】ありがとうございました。それでは，続きまして，生活保護の申請の現場の関係で，小久保弁護士の方から，お願いします。

【小久保】 小久保と申します。午前中もお話をさせていただきましたが，大阪で弁護士をしております。「百聞は一見にしかず」ではないですけれども，水際作戦の録音を再現したいと思います。

まず，こちらの概要だけご説明します。50代夫，30代妻の内縁の夫婦で，旦那さんは網膜はく離等で目がほとんど見えなくなっています。奥さんは鬱状態で，ほとんど無口です。旦那さんが失業しまして，夫婦とも無職無収入で多重債務もあって，電話やガスがとめられていると。あと，食事は奥さんの友人の差入れで何とかしのいでいるということです。家賃が11万円と高くて，これも滞納している状態でした。午前中も言いましたけれども，住宅扶助が5万4,000円という基準になっていますが，それを越えているので，基準に合うところに転居してから来いと言われました。ただ，当然，転居費用も払えないので家賃を滞納しているわけで，困っていたということです。本来は，保護を適用した上で転居費用を出すということが正しい対応だと午前中も申し上げました。これは，だいぶ前，2006年なので，13年前のケースですけれども，6月20日に，まず，この人たちが役所に行きましたら，そのような対応をされました。その後，私のところに相談に来ました。奥さんの友人がハキハキ物を言う人で，しっかりしているので，法的な知識を説明して「とにかく申請するように」という助言をして，行ってもらいました。念のために，ICレコーダーを出して「録音しておいてください」と言いました。27日に行って，断られました。「断られた」ということで電話が来たので，7月3日に私が行きました。そのときには上司の係長が対応しています。順番に，まず，最初のものですね。再生をお願いします。

(録音再生)

職員：もう一週間くらい経っているけど，どの辺で話しを進めてもらっているかな。

本人：結局，食事代もあれなんで…どないしたらいいか…

職員：どないしたらじゃなくて，まず自分たちで考えなあかんことがあるやろ。とにかく今のままでは住められへんやろ。ここ。

本人：今の生活費とかでは，どうもならん？

職員：あそこで，無条件では受けられへん。

本人：どんな条件ですか。

職員：だからそれは、あなた達はまず出ていかなあかんやろ。まず出ていくことを必死で努力して、引越先見付けて来ないと、何も話前にすすめへんよ。

本人：不動産屋通したら、敷金もいるし礼金も要りますやんか。

職員：ないところもあるよ。

本人：どないしたら、そんなところ何処…紹介してくれるんですか。

職員：それは、周旋屋さんに行ったら、色々と考えてはって、みんなそういう形で見つけている人もあるわけや。まあ、現実的に部屋が狭くなったりで荷物捨てていかなあかん場合もあるけど、本当に行き詰まって苦しなったら、いろんな工夫して家見つけて来はります。

本人：引っ越しせえへんかったら100%無理なんですか。

職員：だってあのままあそこに居って保護受けてもらうわけにいかないから、

本人：引っ越しは、引っ越しすんのやけども、

職員：だから、見つけてくれんと。

本人：だから一生懸命探してんけどね、結局お金なんですよ。

職員：それは、生活保護が救済する問題ちゃうからな。

本人：ああそうですか…。

友人：いや、ただ、電話は止められてる、ガスも止められているということで、餓死してしまうから、食事、米を差し入れてたりしてたわけなんですね。私自身も失業保険もらってる身分でですね、それがもうさすがに私のほうもできなくなったし、こうやって、本人たち精神的にも追い詰められているの分かりますし、ちゃんとした…

職員：あのね、勘違いしてはんのは、役所にね、何でも相談して、役所の言うとおりするんかという話やろ。どうしたらいいんですか言うけどね、私こうしたいんです、そやけどここで困ってますねん言われたら、いろんな制度があるから、あなたはここで救済できるよと。だけど今私が一番嫌なのは、どないしたらいいんですと、そんなことに、人の指図受けて生きていくのが本来の人生じゃないやろし、あなたが自分でどないして生きていきたいんか、ほな家決めなあかん。何処に済むか、家に住むことは、生活保護が決めることでもないし、お手伝いすることでもないよ。

本人：だから、今こういう状態やから、家を探すにも、当たったけど、お金がなくて探されない状態やから、生活が現実的に困ってるから、

職員：家がなかったら生活保護受けられへん。

本人：これ、申請しても受けられへんですか。

職員：今、家賃が高くて、そこに1が月しかおれませんかという場合、今のままやったら却下されると思います。

友人：とりあえず生活保護の申請をしたいんですけど、申請用紙はいただけますか。

職員：で、申請して、却下されて、どないするの。

友人：いや、却下されても一応まあ構わないですから。

職員：西成区で割り切るんや、と言わはって、周旋屋さん飛びこんでいったら、敷金

の要らんとこ、教えてくれはりますわ。実際に、一杯…。ものすごい条件悪いよ、その代わり。

本人：だからもちろん安いところ探してるんですけど、高いところから安いところに替わるのに、そういうのも生活保護の関係じゃないんですか。

職員：だから、もともと高かったら、緊急性がなければ保護受けられへんから。まだ…

友人：いや、かなり緊急なんですよ。

職員：それはあなた方が自分を見て思ってるだけで、周りの人間と役所は緊急性が高いと思ってる。緊急性というのはね、例えば今日もう倒れちゃって放つときや命に関わると。ドクターが入院、だから入院してるんやと。そしたらとにかく治療せなあかんから家賃が高いとか言ってもじゃあないから…。

本人：だから、とりあえず申請させてもらって、また判断してもらったらよろしいやんか。

職員：いや、出す言わはんのやったら、私は、あなた方の権利やけど、却下されるから、私は保護受けれる要件がないということをお教えしてあげなあかんわけや。

友人：とりあえず分かりましたんで、あの、申請だけしたいんですけど。

職員：それは、そんな無駄なことしたい言わはんのやったら、私はあなたの権利やから、ただ申請書には病気の診断書つけなあかん、それから、家の契約書持ってこなあかん、通帳とか、いろんな書類をつけて出さなあかんから、あなた自身がそこまで手間暇かけたい言わはんのやったら、出さることはあなたの権利として私は拒否も勧めもしません。ただ無意味なことに近いですよ。一杯書類集めて出して。

職員：生活保護申請したら、すぐ住民票移して来いということになるよ。

本人：よろしいわ別に。

職員：申請今日出したら、今日中に住民票持ってこなあかんよ。

本人：あ、今日は無理ですわ…

友人：今から行っても5時までやし…

職員：うん、だからその辺も出てくるよと。だから、契約書も持ってこなあかんことになってるし…。

(再生終了)

【小久保】 ということで、断られてしまったわけです。続きまして、私がついていきました。係長が出てきます。係長、なぜかスキンヘッドで、ものすごい、眉毛もそっているような感じの人で、怖かったのですけれども。では、お願いします。

(録音再生)

係長：うちの方で説明さしてもらってるのは、住居の家賃が高額家賃やということなんですね。その中で居宅を先に確保してくださいという話をしてるわけですね。

弁護士：それは、どうなんでしょう？

係長：本来そうですね。

弁護士：本来そうなんですか？

係長：うん、高額家賃では基本的に生活保護基準超えますんで、安いところに移ってくださいというのが基本です。

弁護士：安いところに移らない限り申請は受理しないということですか。

係長：いやいや、それはやってくださいと。努力を。

弁護士：まず申請前に移ってくださいと説明するのが当たり前だということですか。

係長：それはそうです。なんでか言うと生活保護費出したって生活できないですもん。家賃で。家賃で消えてしまうんだったら生活保護にならない…

弁護士：いや、それは住宅扶助費の上限が決まっているだけで、その後は転居指導すべきものじゃないんですか。そういうご認識じゃないんですか。

係長：だから、転居指導が必要なんですけれども、高額の分しか出ませんからね、限度額しか。

弁護士：だから限度額だけ出せばいいじゃないですか。

係長：いやいやそれじゃ生活が成り立てへん。生活保護が成り立ちませんがな。生活保護というのはそれで生活するんやから、それで家賃で消えてしまう額しか出さへんよ。なんやとって、月3万円か2万円しか残れへん中で、生活できひんのにどうやって生活しまんの。生活保護の趣旨が活かされませんやん。

弁護士：活かされないから申請は受理しないってということですか。

係長：だから申請を受理しないんやなしに、指導してるの。先にそういうのを。そういう形の部分をしてもらわんと、生活保護かけました、今月払いました、生活できまへん、家賃払いません、追い出されました、これ生活保護違うんですよ。

弁護士：だから保護かけないと？そういう場合に。

係長：かけれないんですよ。そんな状態では。

弁護士：かけれないんですね。そういうご認識なんですね。

係長：そうです。

弁護士：よく分かりました。全く理解しませんが。間違った説明ですけど。

係長：だから、現場の話で、実際に生活守る立場で言うたらそうなんですよ。

弁護士：生活守ってないじゃないですか、それ。

係長：あなたのおっしゃってるのは生活守るんやなしに、法的には確かに（申請を）受けなさいとなってますわ。ただ受けたところで生活守られへんのやったら生活保護やないんです。生活保護の、そやから先にこの方の…

弁護士：話が全く逆転してませんか。

係長：いや、だから今言うてるやん。高額家賃であれば例えば権利金が高く入ってるはずなんで、だからそっから返してもらったお金で転居を先にしはったらその分で行けるわけですわ。それはお金ないとはちゃう…

弁護士：緊急性があるんですよ。まずは保護をかけてその後63条返還すればいい話じゃないですか。

係長：だからその前に今財産あるからできませんがな。実際にはその前のお金は使いなさいということになってますがな。困窮状態違いますがな、お金あったら本来的には。

弁護士：返ってきますか、今言うて。

係長：だから、今言うてたでしょ、そういう形のことは進めていただいていたら、うちはその時点で受けます言うてますがな。何も引っ越しするまで出せへん言うてませんがな。

本人：あのね、あの、少のうてもね、今まで2回お話しさせてもろうて、そういう色々な話を聞いたんだけど、そういうお話は今初めて聞きますよ。今のお話は初めて聞きますよ、自分ね。そういうのちゃんと説明しますし、聞かれたら。家賃高いので、出んことには、一步も進まんから、無理やと。取りあえず家替わってくれと。お金もないし、あきらめかけとったんですけどね。結局は。

係長：あのね、生活保護の中で申請をね、受けないということはないんです。絶対。

弁護士：受けてないじゃないですか。

係長：ちょっと待ってくださいよ。こちらが言うてんのは、今なんか水際作戦か言うてるけど、大阪市水際作戦やってませんからね。やってるんだったらこんな増えませんかから。

弁護士：これは水際作戦じゃないんですね。

係長：ないですよ、こんなもん。これ水際作戦言わはんのやったら、北九州市の水際作戦と全然違うんだから。

係長：うちはね、大阪市、今全部受けてますよ。基本的に言うたらあれやけども…

弁護士：受けてませんやん。

係長：申請を受けるいう準備が、申請書もらう時期が遅れてるだけであって実際にやっていますから。それを見てもらったらわかる、調べてもらって結構ですようちは。自信もってやっていますから。

(再生終了)

【小久保】 ということでした、このやり取りをしまして、この後、作っていった意見書を渡しました。意見書を読んでいるうちに、係長の顔がだんだんこわばってきました。職員は知らないという話が先ほど出ていましたけれども、多分、実施要領にそのような規定があるということを知らなかったの、あれだけ自信満々に言っていたのだと思います。この後、超特急で保護は開始されて、この方々は無事に生活保護を受けることができました。他にも申請時に書類が必要とか、準備してこないといけないなど、あのあたりは全部うその説明ということになります。これが生活保護の現場の実態の一端ということでお聞きいただければと思います。私からは以上です。

【上原】 はい。現場で、申請者なり、被調査者、被指導・監査を受けておられる方たちが、どのようなことができるのか、一端は出ているのですけれども、まず生活保護の関係でいきますと、元ケースワーカーをされていました吉永純教授の方から、現場で一体どのようなことができるのか、そのあたりの一端をお話しいただければと思います。

【吉永】 それでは、失礼します。吉永と申します。自己紹介を簡単にしますと、1982年に京都市役所に入りまして、最初の職場が右京福祉事務所という、京都の広隆寺横に昔あったところでして、生活保護のケースワーカー最初の仕事でした。私は一般行政職採用で、全然、福祉のことは知らなかったのですけれども、それから24年間、京都市役所におりまして、20年ほどは生活保護のケースワーカーや監査、ホームレスの方の支援などをやってまいりまして、13年前に大学に移り、貧困や生活保護の研究をやっている者でございます。今日のお話の趣旨は、今、水際作戦の音声で流れましたが、生活保護の現場では、市民とケースワーカーの面談のは、プライバシーのこともあって、密室で行われます。＋－今まで、保険医の問題や税務の問題でも明らかですけれども、密室で勝手放題やられる。そこに、私はやはり弁護士の皆さんに、法の光を入れていただきたい。私の報告は、一言で言えば、それに尽きるものでございます。ブラックボックスになっているところに法的な光を当てることによって、大きな効果が出てくるということです。それを具体的にどのようにしていくかということが今日のお話になりますけれども、最後に時間の余裕があれば、3年前に施行されました改正行政不服審査法、先ほど小久保さんも少し説明されましたけれども、非常に効果があるのではないかと思いますので、そのあたりについてお話しできればと思っております。

密室ということと同時に、生活保護の場合は1対1が基本なわけですね。普通は、生活保護の担当者、ケースワーカーと呼ばれる人と、利用者及び申請者あたりが1対1で話をするのですけれども、ここで「無知」と書いておりますが、生活保護の情報というものはほとんど市民に知られていない。午前中も小久保さんのお話でもありましたように、非常に間違っただ情報が流布されている現状にあります。ですから、言われたら言われっ放しという状況ですね。

それからもう一つは、力関係が圧倒的に行政が優位に立っているということです。ここでスライドに「絶対権力者」と書いていますのは、私が勝手に言っているわけではなくて、2017年に小田原市でジャンパー事件という事件が起きました。このジャンパー事件とは、小田原市のケースワーカーが「保護なめんなよ」というジャンパーを着て、10年間にわたって、家庭訪問等をやっていたということが問題になったわけです。小田原市は、それから非常に反省して、検証委員会を設けまして、今、画期的に生まれ変わりつつあるのですけれども、その報告書の中に、なぜ10年間も問題視されなかったのかという原因につきまして、生活保護の利用者の方は、ケースワ

一カーに自分たちの生活を握られているというようにみんな思っているわけです。ですから、そのような不適切なジャンパーを着て家庭訪問をされても、変だなと思ってもそれを問題視することができない。そのような力関係にあるということです。ですから、よほどのことがないと、非常に、いわば文句を言えない。利用者はそのような状況に置かれております。

あわせまして、生活保護の申請に来られる市民の心理状態の問題があります。先ほどの音声でもありましたように、非常にやはり不安で、これからの生活がどうなるのか、あるいは、生活保護が受けられなかったら明日からどうしようかという、そのようなせっぱ詰まった状況に置かれておまして、冷静な判断ができないということがあります。そういう状態の市民に理解できる言葉で話がされるかという点必ずしもそうではない。いわゆる業界用語などが結構使われるわけですね。生保、生保とよく言うのですけれども、普通、生保というと、一般社会では生命保険のことを言うのですけれども、生活保護では生活保護のことをさします。要するに、本当に普通の市民の方が理解できるような言葉で説明しないなど、そのようなことを「よく説明してくれ」ということもなかなか言えない。そのようなことが実態としてありまして、非常に水際作戦がやりやすい環境です。したがって、水際作戦で亡くなるなどが根絶できない。スライドで出ておりますのは、札幌で7年前に2人姉妹のお姉さんが3回福祉事務所に行ったけれども「もっと仕事ができるんじゃないか」ということで追い返されてしまい、厳冬期の札幌で姉妹が凍死するという残念な事件がございました。ですので、このような状態を是正するには、やはり弁護士の同行、同席ということは、本当にそれだけで大きな意義があります。ですから、知識やパワーなど心理的な支え、そして密室での面接を可視化するという、この点、弁護士が同席されることには大きな意義があると思っています。

それから、生活保護に特有な問題があるかと思うのです。それは、生活保護を利用できずに放置されれば、これは場合によっては取り返しがつかない事態を招くということです。ご承知のように、生活保護というものは最後のセーフティーネットと呼ばれておりますし、日本の社会保障制度において、生活保護が利用できなければ、あとは何もないという状況ですね。だから、場合によっては生き死にかかわってくるということが、やはりあると思います。

それから、社会保障給付を漏れなく給付することが、公益にかなうということです。午前中もお話がありました、京都地裁の平成3年の判決で、児童扶養手当の受給要件に関してこのような見解を裁判所が示しているところです。この裁判は永井訴訟と呼ばれている裁判ですが、児童扶養手当、普通はひとり親の方に支給されるこの手当が、両親のうち父親に障害、この事件では聴覚障害があったわけですが、父親に障害がある場合にも児童扶養手当が支給されるという規定になっています。しかしこのことは、ほとんどの市民には知られていない。やはり行政は十分に広報義務をはたすべきであるとして、このようなことが言われております。

それから、これは当たり前ですけれども、知っている者だけが得をしていいのかということも言えるかなと思います。

支援者としての弁護士の役割というところですが、これも今まで小久保さんの方から、かなりお話があったのですけれども、法律や通知に、根拠のない社会常識というのですか、あるいはローカルルール、つまり、国の通達に反することでも、その福祉事務所やその都市だけで行われている慣行などがまかり通っている福祉事務所が少なからずあるように感じています。わかりやすい例でそこに「150円で不正受給か」と書いてありますが、これはどのような事例かといいますと、2014年に大阪市役所の福祉行政、生活保護行政がどうもおかしいということで調査に入ったことがあるのですけれども、そこで関係書類を情報公開請求でかなり集めたときに、どのような場合に不正受給と認定しているかという書類を集めてみましたらば、保護開始時に預金調査を福祉事務所はするのですけれども、そこで休眠口座が出てくるわけですね。ご本人も知らない、忘れていた口座。そこに150円が残っていた。それを「あなたは申告してないじゃないか」ということで、不正受給のリストに上がっていたわけですね。私もこれを見たときにはあ然としたわけですが、そのような感覚で行政が行われているということがございます。

それから、これも言われているわけですが、「ケースワーカーの素人化」という問題がございまして。社会福祉の仕事をするのですけれども、資格としては、社会福祉主事という、文系の大学を出ていけば、法学や経済学など3科目以上修めていけば取れる資格なのですけれども、このような緩い資格しか求められておりません。その上その資格も8割あまりしか持っていない。2割近くの人が「昨日まで土木事務所にいた」など、そのような人が仕事をしているという実態です。それから社会福祉の主な資格である社会福祉士資格の取得者も13.5%程度にとどまっています。

さらに、人事異動が非常に頻繁に行われております。2、3年で他の職場に移っていく。生活保護のケースワーカーが準拠すべき生活保護手帳、先ほど小久保弁護士がお見せになりましたけれども、これは900ページを超しております。これをマスターするためには、5年でもかなりしんどいのではないかとされているぐらいなので、今の状況では非常にお寒い限りです。ですので、法律や通達に根拠のない違法な処分が起りがちになる。

したがって、審査請求においても認容率が高くなっております。原処分却下、すなわち福祉事務所が自ら処分を取り消した場合も含めると、20%から25%になります。生活保護以外の不服申立てでの認容率は3%から4%というものが国の調査ですので、生活保護では市さ請求は非常に効果があるのではないかとことです。裁判でも、やはり5割ぐらいは勝てるのではないかと考えております。

そのようなことで、今日は行政手続ということで、処分前の話にかなりウエートがあるわけですが、生活保護においては処分前後を問わず、弁護士がやれることはたくさんあるのではないかと考えているところです。以上でございます。

【上原】 ありがとうございます。それでは、税務調査の現場で調査を受けられている方々が、対抗できる手段、方法というものは、どのようなものがあるのか。先ほど少し言われたと思いますが、また松嶋税理士の方からお願いします。

【松嶋】 では、また松嶋が報告いたします。まず、納税者の方に「調査が来ますよ」といった場合取る方法。一番、まずやることは、冷静になることです。やはり公務員が来るだけで「怖い、怖い」という方がいるのですけれども、まず冷静になると。これが一つ目です。

では、二つ目は何をするのか。二つ目は、税務署の方と極力会わないようにすることです。だから、税理士の方がいれば、税理士さんに全部任せればいい。いない方、特に個人事業主の方が多いですけれども、その方々は税理士をスポットで依頼すればいいということですね。少し脱線しますけれども、そのような状況を作ればいいですが、困ったことに、高いお金を取ろうとする税理士がいるので、そのような人ではなくて、信頼できる、私のような税理士に依頼する。このようなことが、一つ取り得る方法かなと思います。

私も、このような仕事をよくやっていたのですけれども、基本的に会社には税理士がいます。だから、会社の社長に「調査が来ますよ」といったケースについては、顧問税理士にまず相談が行きます。そして、顧問税理士さんは、きちんとわかっている方であれば、よく言います、「社長、1日目の午前中は、税務署さんにきちんと挨拶してください。そして、1日目の午後から出張の予定を入れておくんです」。これで二度と会わないと。これで終わりです、税務調査。悪いことをしていなければ。もちろん、悪いことをしていたり、解釈を間違えていたりすると、調査は長くなります。悪いことをしていれば、きちんと反省しなければいけません。これは。脱税をしているとなると、きちんと反省してください。よくいるのです、社長が「脱税をしてしまいました。結構な金額、脱税しました」と。「それは仕方がないことだから、ちゃんと反省しましょうね」と言います。マルサが動くようなケースを除いて、きちんと反省すれば、国税の方はきちんとお金を、払うものを払えば基本的には許してくれるので、そこもきちんと反省させると。これは一つ目の話ですね。

今度は皆さんにぜひサポートいただきたい部分ではあるので、ゆっくり申し上げます。解釈が問題になる場合。これは経費になる、ならない、例えば退職金の金額、高い、低いということがありますね。そのようなときに、解釈の問題になると、効果的なことは口で交渉することではないです。税務署に反論書を提出する。正確に言うと抗弁書といいますけれども、書面を提出することです。様式はありません。本来、税理士が、それをやらなければいけないのです。税理士が、私のところに相談に来ます。「先生、かくかくしかじかです」と。「抗弁書を作りました。見てください」と。ものすごく苦手です。税理士をばかにする気は全くないのですけれども、税理士の仕事

は計算ですね。ロジックではないので、不得意です。弁護士の方は、法律の専門家であらうと思って、きちんと裁判などで反論したりなさるので、三段論法ですか、そのような話が本業だと思うのですけれども、税理士は得意分野ではないのです。

私の事例を二つ挙げます。一つ目の事例です。とある特例の適用可否が問題になりました。この適用可否について、全然まだ根拠がないのに、国税の方が適用できないのでは、とこんな指導をしました。「こういう事情があるので、この特例は適用できないんじゃないの？」と。それで、その税理士はものすごくびっくりしました。適用できなかったら、数千万円単位で税額が変わるので。何とか、それをとめなければいけないとあって、抗弁書を作って、私のところに来たのです。書かれた内容にびっくりしました。「結論を出すのをちょっと待ってください」と。これだけですね。「法的にきちんと反論する必要がありますから、これだけでは内容として弱いでしょう」と。まず、法律にこの特例についてどのように規定されているのかという話から、その法律の適用要件の解釈や趣旨を踏まえて、納税者の処理は誤っていないという反論を中心とした上で、再度交渉のための時間が欲しい、みたいな形で全部私が書き直して、10倍ぐらいに量を増やして書き直して提出しました。その後、再度打ち合わせの時間を国税からもらい、最終的には国税が指導を見直しました。

二つ目、これは無予告調査の事例です。これも、とある税理士から「ちょっと見てください」と依頼が来たのですけれども、その内容も問題が多かったです。「税務署の方がこういう失礼な言動をした。全然、許可していないのに失礼な調査をした。これは国家賠償だ」と。「所得の金額の計算や課税要件の判断が問題になるので抗弁書を出すのであって、調査官の礼儀なんかをここで書く必要はないのですよ。法解釈として、税金がかかるのか、かからないのか、このようなことを記載しないと意味がありません」と。このようなアドバイスを差し上げたのです。

抗弁書の作成のようなことをやはり仕事として税理士はやっていないので、筋違いな抗弁書を作ることがあります。では、そのようなときに、皆様のような法律の専門家がきちんとサポートをいただくと、非常にありがたい。国税の方にとってはありがたいのではないのですけれども、特に納税者である会社にとってはありがたい。

では、ここで次の問題に行きますね。このようなときに、問題になるのは集客ですね。まず、先ほども言いましたけれども、会社は税理士がついているので、基本的に顧問税理士にしか相談しません。私は結構、税務署に抗議をするような本もたくさん書いています。そのようなものを書くので「先生は結構、税務調査に困る納税者から相談に来るんでしょう」と言われますけれども、来ません。税の問題に会社はあまり関心がないのです。だから、会社はまず、関与税理士に相談して、そこで終わるケースがほとんどです。終わらないようなケースはどのようなケースかというところ、税理士がいいかげん過ぎる。あとは、会社が悪くて脱税してしまって、税理士からさじを投げられましたというようなケースがございます。そのようなケースを私が守れるかというところ、守れません、原則。脱税している以上、守れないので、税務署に謝ることし

かできないのですね。だから、何が言いたいかという、基本的に、本を書いて知名度が上がったところで、集客というものはなかなかできていないのです。

では、やはりやるべきことは、関与税理士と如何にコラボレーションをするか、なのです。私の集客もそれです。皆様方には抗弁書という話を1個しましたけれども、抗弁書ということでサポートいただけるのであれば、如何に関与税理士を巻き込むかということが大事です。先ほど、前半に言いましたけれども、資料調査課のようなえげつない調査があります。マルサの調査。強制調査があります。強制調査の次は刑法ですからね。そのようなときに皆様に迅速にサポートいただけるような体制に関与税理士とどのように作れるかという話です。

そのときに、いろいろやり方があると思うのですけれども、1個タブーといいますか、非常に頭にくることは、私も経験あるのですけれども、税理士が税務調査や相続税などで複雑な問題が生じた場合、それに特化した専門税理士を会社に紹介することがあります。そのとき、その専門税理士が、紹介する税理士をないがしろにすることがあります。このようなことはやめた方がいいですね。紹介する税理士としてはものすごく嫌ですね。税理士は特に、自分のお客さんを取られるということをもものすごく気にしています。当然ですね。だから、弁護士の方に仮にそのようなサポートをいただいたとして、関与税理士がいるのであれば、おもしろくないかもしれないのですけれども、極力関与税理士を立てて、お客様に、言い方は悪いですよ、手をつけないといえますか、そのような形でうまくコラボレートできると、非常に大きなことができるのかなと思います。特に抗弁書というものは今後、午前中、山下弁護士もおっしゃっていましたが、弁護士にとっても大きなビジネスチャンスになり得ると個人的には考えていますし、会社を守るという意味でも非常に重要なサービスになってくると思うので、ぜひ、お力をいただければと思っております。

【上原】 ありがとうございます。それでは、先ほど、時間が足りなくて話が終われなかったのですが、溝部先生の方から、指導の現場でお医者さんたちがどのように対応できるのか、対抗できるのか。今度は具体的に、指導の現場の状況を踏まえてお話しいただければと思います。

【溝部】 現場でどのような対応ができるかということをお話しいたしますと、やはり保険医としてできることは、基本、ほとんどないと思うのです。ないというわけではないのですが。一つは、ここに出ていますが、弁護士の帯同をお願いする。現実には、指導された保険医の中で、これは本件の保険協会の調査ですが、実際、帯同したのは11%という調査が出ています。やはり、今までも話がありましたように、医者は医学部に入って、医学のことは日進月歩で一生懸命勉強していますけれども、法律のことは本当に一切何も知らないのです、この指導・監査というものは、まさしく、この法律を、特に行政手続法を熟知した弁護士に帯同してもらうことこそが、この世界では絶対に必要なことだと、私は経験からそのように感じています。

保険医としてやるべきことは、疑問があれば、不明なところは厚生局に聞きなさいなど、いろいろあると思いますが、指導当日の留意点として「録音は必ずしましょう」とすることが、録画までは無理にしても、録音することが大事だと思うのですが、これも、実際の調査では18%しか録音されていません。いわゆる、保険医の方では「こういうことをすると不利になるのではないか」という意識が、昔からといいますか、長く蓄積されていまして、特に、医師会や歯科医師会は「そのようなことをすると、うまくいかないぞ」ということを言われます。もちろん帯同するときも、そのようなことを言われますので、躊躇するということにもなるし、そのような意識が保険医の方には長く蓄積されています。そのようなことを、やはり本当の真実を知っていただいて、本当にどのようなことが必要なのかと。このような録音や弁護士の帯同が必要なのだということを、真実を知った上で、そのようなことを啓蒙するといいますか、そのようなことも保険医の方にも知っていただかなければいけないし、また、弁護士にも、そのようなことが必要なのだということを知っていただきたいと思います。

例えば、「患者都合は聞いていない」などと、指導や監査で言われることはあるのですが、私もそのようなことを言われたのですけれども、これは療養担当規則違反で「診察は、特に患者の職業や環境上の特性を考慮して行う」ということが言われています。行政担当者の心証をよくしようと努めるということではなくて、自分の正当性、医療の正当性を主張するということが大事だと思います。

そして、私の場合も、指導・監査の場では、担当者は十数名ぐらい並びまして、私が1人で対応するという状況で、ほとんど、私が何かを言えば、抵抗するようなことを言うと、全部、例えば「こんなにインフルエンザのワクチンをしているのに、なぜ、こんなにインフルエンザにかかっている子がいるのか」と。それは医学的には全く無知といいますか、指導医すら、そうなので、「それは予防率など、小さい6歳以下なら30%から50%ぐらいです」と言っても、そのようなことは一切理解されず「そんなことは、おまえは間違っている」と、すべてがそのような形で、「インフルエンザもA型、B型など、混合流行するのです」というようなことはとても聞いてくれない。抵抗すれば、すごい言われようだし、何も言わないと、シナリオどおりにすべてがどんどん進んでいって、取消しに進むというような状況でした。

それで、一応、溝部訴訟の経緯を簡単に話をさせていただきます。2005年の1月25日に取消しになったのですが、3日後の28日に甲府地裁に、取消しを取り消してくれというような訴訟を提訴しまして、ほぼ2か月後に甲府地裁が執行停止を決定してくれました。それで、その後、4年、相当かかりましたが、甲府地裁で「取消処分を取り消す」という判決をしてくださり、その後、国が控訴したのですが、その後、2011年の5月31日に東京高裁が国の控訴を棄却するという判決をしてくださしまして、その後、6月15日に上告を国が断念しまして、取消処分の効力を失いました。この右側の新聞記事は、この提訴をしたときの地元の新聞でして、写真の右側の方が、当時の社会保険事務局が「取り消しました」ということをマスコミで公

表している。昼のNHKなどのテレビにもすべて流れまして、このようなことがマスコミで全部報道されました。その日の午後「裁判を起こします」ということを公表したという、こちら左側がその写真です。

そこで、大きな力になったのが、二つの大きな力のうちの一つが患者さんの力でして「先生が診療できなくなって一番の被害者は子供たち」「患者のために行っていることが法に触れるなら、悪いのは先生ではなく、法に問題があるのではないか」「社会正義のために闘ってください」「こんなに夜遅くまで一生懸命に診療している先生がなぜ保険医を取消しになって診療所も閉めなければならないのですか」という、このような言葉がたくさん出てきまして、1か月もたたないうちに、4月には取り消されるということが地元の医師会の方から、そのように言われていたので、654名の患者会を結成し、2005年の4月27日には2万7,430人分の嘆願書を社会保険事務局に提出し、そして、多くの方が、その当時の社会保険事務局や厚生労働大臣、あるいは市、裁判所に多くの手紙や意見書を出してくださいました。

これが、その現物ですが「社会保険庁様、溝部先生をやめさせないでください。お願いします」など。これは患者さん自身が書いたものなど。右側の方の記事は、処分反対の署名を提出という、地元の報道した新聞です。ここの写真が、患者会の代表の人がこの署名を社会保険事務局に持っていったというところです。

もう一つは、ここにいらっしゃる石川弁護士が代理人となって闘ってくれたわけで、実は、石川弁護士はその当時の社会保険医療協議会という、取消しを決める最終的な裁判所のような、最終を決める公益の委員を、ここに名前がありますが、やっていたのですが、その委員を辞任して下さって、聴聞会及び訴訟の代理人となって闘ってくれました。「弱い者の味方になることが本望と思うので、その職務には全く未練はありませんので、闘います」とおっしゃって、闘ってくださったわけです。

裁判は、このようなことを提訴の内容として、裁判を11月28日に提訴した。結果としては、甲府地裁では、実体上の3の比例原則違反があるということで、取消しを取り消して下さった。東京高裁では、3番の比例原則に加えて、事実誤認があるということをお認めしてくださいました。

その裁判を起こして2か月したところで、執行停止も一緒に請求してくれたので、2月2日に執行停止が決定されたので、そこから保険サービスを再開して、その後の裁判を続けることができました。これが甲府地裁での執行停止の判断の内容ですが、特にそのときにうれしかったといいますか、非常に心強かったことが「不正請求及び不当請求の対象となった患者を個別・具体的に明らかにしていない」という、患者さんの名前を全部黒く消してしまして、「この患者さんは誰なのかわからない」ということで裁判を続けていたので、最初の2年間は本当にそれがわからないで、途中で裁判所が番号と患者さんの名前をはっきりしてくれたことで、やっと内容がわかった。それすら教えてくれなかったということで、それもきちんと明らかにしないといけないのではないかと。「手続についても、全くその違法性を論じる余地がないとま

では認められない」「比例原則・平等原則に照らして、本件処分が適法であることについて全く疑問の余地がないとまでは即断しがたい」と言ってくださって、執行停止を決定してくれました。これは、国は抗告しなかったので、執行停止が確定しました。

2010年3月31日、4年ほどたったところで、甲府地裁の判決が「取り消される医療機関、医師の不利益を考えると、その裁量にも限度がある」と言ってくださって、「違法行為の内容に比してその処分が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかかな場合には、裁量権の範囲を逸脱したまたはその濫用があったものとして違法となると解するのが相当である」ということで、不利益原則違反を認めてくださって、「取消は取り消し」という判決をしてくださいました。

その後、2011年、国が控訴したので東京高裁の裁判につながったわけですが、東京高裁では比例原則違反に加えて、これは医療機関の行政処分については高裁では初めての裁量権の逸脱という判断をされたのですけれども、加えて「療養担当規則違反の一部は事実誤認である」ということを認めてくださいました。

私は、このようなことで取消しはされたのですが、このような経過で保険医を取り戻すことができたわけですが、そのようなことは本当にまれなことだと思います。患者さんに近いこのような弁護士の方でできたことであって、ほとんどのお医者さんは、本当に追い詰められた中でこのような指導・監査を受けておられて、中には自殺してしまう医師の方も本当に相当数いらっしゃるのです。一つは、これは『開業医はなぜ自殺したのか』は、1993年に東京の理学部を出た方が医学部にさらに行って、若い医師が個別指導を受けて「どうしてこんなにたくさん往診をするんだ」「患者さんが来るのに、それに応じないわけにはいかない」と言って、橋から身を投げたという事件です。

これは、取消しになった後、さらに最初の個別指導から、3か月で取消しになって、さらに2か月後に自殺されたという女性医師の話ですが、これは遺族としての息子さん、私の事件が高裁の判決の後、このような事実を伝えてくれて「母親の無念を皆さんに知っていただきたい」ということで、このような『恫喝』というDVDを作っています。それでは、5分ですが、ご覧いただきたいと思います。

(DVD再生)

ナレーション: 幼いときからの夢であった医師の道を志し、東京女子医科大学へと進学。子どもたちが独立したことを見届け、兼ねてからの念願であった開業を決意。そして、日中は診療所で診察を行い、夕方には動けない患者さんの往診に奔走。そんな充実した毎日が、とある1通の通知によって暗転してしまう。

増田聡子は、鳥取社会保険事務局から個別指導を受ける。その内容は、保険医資格の取消処分を示唆されたりと、指導とは到底言いがたい内容であった。たった1回の個別指導の後に、突如指導が中止。8月20日と9月26日に監査を受けた。監査の結果、10月5日に保険医資格取消しの通知を受け取る。増田聡子が行った行為は、

本当に保険医資格取消しに値する行為だったのだろうか。

ヤブキ：あのう、個別指導から監査、あるいは、医療費取消し、指定医取消しという流れの中でですね、必ず、何項目、あるいは何十項目にもわたって、こういう違法な点があったということが指摘されるんですね。その中にはですね、保険法から見れば間違ってたということもあったかもしれません。これはうっかりして、「あなたの解釈は間違ってますよ」ということを、じゃあ、正して、「あ、すいません、正します」ということでやってくのが本来の指導のあり方だと思うんですけども、そうではなくて、そっからいきなり保険医取消しまで、もう直通でつながっていくわけですよね。ところがですね、ほとんど多くの場合は、本当にそこまで指摘されるようなことなのか。

例えばですね、過剰医療ということがよく言われるんですけども、それが本当に不法だったり不当だったりすることなのか。私が取材した富山のケースでですね、こういう話がありました。「なぜ、これはだめなんですか」と聞いたら、一言「高いからだ」というふうに言った。これがまさにですね、国がやってる指導の本質ではないかなと。私は、国民にとって、患者にとって、本当に自分たちに正当な医療を与えてくれるお医者さんを奪われたという意味で、悲劇ではないかなというふうに思います。

ナレーション：ヤブキ氏の話を裏づけるような項目がいくつか存在している。数名の患者に保険がきかない経口栄養剤や消毒薬を、一般に広く処方されている胃潰瘍の薬を処方したことにして与えた。聡子はリカバリソイを自費で購入し、保険が適用される他の薬を処方したことにし、患者の負担を軽減させた。また、保険適用の分量を超えた皮膚消毒薬であるイソジンゲルのかわりに、同じ点数の他の薬に書きかえて処方したこともあった。法的には違反ではあるが、聡子が金銭的に利益を得たわけではなく、すべては患者のためを思った行為である。

10月31日以降、保険医資格取消処分が施行され、保険医療ができなくなりました。追い打ちをかけるように、鳥取社会保険事務局から「過去5年のカルテとレセプトをすべて自己点検し、不正請求箇所を訂正したレセプトを、わずか1か月後の10月末日までに再提出せよ」という命令が出された。鳥取県東部医師会会長から「保険医の資格がないのであれば、医師会を退会せよ」。「保険医資格の有無と、医師会会員資格は別ですから、退会するつもりはありません」「それでは、除名処分にします」。12月19日、東部医師会裁定委員会が開かれ、審議が行われた。聡子の死後届いた通知には、非常に厳しい処分を求める意見が出ておりました。12月28日に、1人の女性医師が自らこの世を去った。

(再生終了)

【溝部】 今現在でも、自殺をされている方は、今年でもいらっしゃるのです。個別

指導の前に、自殺をされてしまったという医師がいらっしゃいます。これは、今までの経過を大体まとめたものですが、昭和27年から始まり、投身自殺や焼身自殺をするという医師達がいらっしゃいます。2007年、平成19年、この4年間で、全国で88名の歯科医師が自殺して、この一部は指導・監査に関連している。その後もずっと、自殺される医師が続いて、今年も自殺されている医師がいらっしゃいます。このような事実をぜひ皆さんに知っていただいて、何とか、孤立している保険医に行政手続などを知っている、法も熟知している弁護士に、少しの助言でも結構ですから、すごく大きな力になると思いますので、ぜひ、そのようなことを理解し、お願いしたいと思っております。

【上原】 ありがとうございます。

1点、この動画の中で、地方厚労局の役人の人が紙などをぶち投げるような場面ありましたが、実際は先ほど溝部先生が言われたように、指導の現場は、指導されるお医者さん1人と、その向かい側に14、15人の厚労局の人たちがずらっと座るわけですね。そして取り囲むようにして、そのような指導が行われる。それが事実です。この画像は、映像はそここのところが出ていませんでしたけれども、実際はそのようなことです。

それでは、これで大体、前半です。これからは、そのような調査や指導・監査、それから申請の場面で、要するにわれわれ弁護士がどのような対応ができるのか、援助ができるのかということについてお話を聞いていきたいと思っております。

初めに、税務調査の関係でお話を聞きたいと思っております。関戸弁護士、お願いします。

【関戸】 私は日弁連税制委員会委員長の関戸です。税務調査の問題で弁護士の立会いが必要であるということは、既に山本教授、山下弁護士、それから松嶋税理士、それぞれ3人の方が十分述べておられますので、必要性については改めて私が述べるということは特にはいたしません。ただ、基本的なところだけ言えば、弁護士としては、課税要件ですね。民事裁判で皆さんは要件事実ということで十分に慣れていると思うのですが、課税要件事実、これを的確に把握するということが弁護士の任務ではないかと思っております。それから、それと同時に、今度は課税されない要件として、特例ですね、特例の適用のあるなし、そのようなことについての要件を十分に把握する。それは、まず一番大事な点は、何より納税者から事情を聞き取って、把握して、それを税務署あるいは国税局に対して意見書として出すということが一番有効ではないかと思っております。

そのような問題を日弁連税制委員会で、以前から検討しています。税務調査に関しては、昭和23年の国税通則法において税務調査に関する規定が整備されまして、納税義務者に対する日時、場所、目的等の事前通知、それから、調査が終わったときに更正決定等で処分することがない場合にはその旨を書いた書類による通知を出す

ということが規定されたのですけれども、実際には、その後の運用としては、任意な行政指導という名のもとに実質的に調査と同じようなことが行われているということがわかったのです。それで、日弁連として平成27年と29年の2回にわたって意見書を出しまして、行政指導に名を借りた税務調査を行うことがないようにという意見を出しました。やはり任意の、そのような行政指導のもとに調査が行われるということになりますと、本来は納税者が自らの権利を主張して納税しなくて済む分を、国側の一方的な言い分でそのまま課税されるといいますか、任意ですから、修正申告を促されて、そのまま修正申告をして、結局は、本来は課税されずに済んだものがそのまま闇に葬り去られるということがあるのではないかとこのことを問題意識として持ちまして、税制委員会として、やはり税務調査に弁護士が立ち会う制度をつくる必要があるだろうと考え、検討いたしました。委員会では税務当番弁護士制度という名称で考えていますけれども、今年度中にこれを規則化して、そして実施したいと思っています。

事前に各弁護士会に対してアンケート調査を行ったのですけれども、一番ネックになったことは「多くの弁護士会、全国の弁護士会の中では、税務に慣れている弁護士が少ない。だから、この制度を弁護士会単位で行うことは難しい」というような回答が多くありまして。ということで、結局のところ、日弁連に窓口をつくるということ想定しています。問題の一番大事な点は、この税務に明るい弁護士、税務署と闘って納税者の権利を実現していく弁護士に数多くこの名簿への登録を希望していただくということです。皆さん、ここに特に出席の方は、制度が立ち上げになった際にはぜひ積極的に応募していただきたいと思っております。

それで、更にこの制度を国民に知らせることが最も大事な点です。大体、税務訴訟が少ないなどのいろいろな問題が出てくる中で、国民が税務訴訟をやるというところにたどり着かないという問題があり、税務問題を一番扱っているのが税理士だと思われまますので、税理士とは積極的に連携していきたいと思っております。そこで、今後とも、税制委員会としても税務訴訟学会、その他もろもろのところを税理士、その他関係者と、いろいろな勉強会などを通じて、この制度を普及して、多くの国民に知らしめて、国民の権利の手助けができるようにしたいと考えております。よろしくお願ひいたします。

【上原】 ありがとうございます。それでは、先ほどの話の続きになりますが、保険医の方の「指導・監査」について、石川弁護士の方からお話しいたします。石川弁護士は、先ほどから出ております東京高裁の溝部訴訟の勝訴判決を勝ち取られたこともありますので、その内容を踏まえまして、指導・監査の関係も含めてお話しいただければと思います。

【石川】 石川でございます。私の方から、溝部訴訟の東京高裁判決の内容をご紹介します。

して、そのうち、特にこれからの指導・監査に皆さんが立会いをされたときに、それを生かしてどのような対応をすればよいかというお話をさせていただきたいと思います。

まず、溝部訴訟に至る経緯については、溝部先生からお話がありましたが、まとめますと、平成16年9月に個別指導、翌年3月に監査があつて、その後、6月から聴聞が始まり、ここから私が代理人として関与するようになりました。聴聞では、あらゆる主張をして、1回では終わらずに4回行われて、その間に患者調査のやり直し等が、こちらの主張を踏まえて、されたのですけれども、処分の方向が、残念ながら、今の厚生局、当時は社会保険事務局がその方針を変えずに、地医協に諮問して、妥当の答申を得て、11月25日に取消処分を出したという流れであります。なお、私は聴聞のときから代理人になりましたので、その受任をした時点で地医協の委員を辞任していたという関係であります。そして、取消処分の取消請求訴訟を提起し、甲府地裁が平成22年3月31日に処分取消判決を出し、国の控訴に対する東京高裁判決が平成23年5月31日の判決でした。

そこで、東京高裁判決から使える内容としては「実体法上の争点」に対する判断の2点です。まず、処分の理由たる事実が認められるかどうかということが最初の争点です。

ここで一応、実体法の確認をさせていただきますと、取消処分の根拠法は健康保険法で書かれている。これは保険医療機関の指定と、登録された保険医が保険診療をして、その保険医療機関が診療報酬を請求するという仕組みで、パラレルな規定ですので、保険医療機関の方の80条の方でいきますと、72条1項の規定に違反したときはその指定を取り消すことができるということになって、72条1項を見ますと、これは保険医療機関で診療にあたる保険医が厚生労働省令に違反すれば72条1項違反なので、その保険医療機関の指定を取り消すことができるし、81条により保険医の登録も取り消すことができるという、このように非常に、ここだけで言えばシンプルなのですね。

ただ、では、その厚生労働省令が何かというと、下に書いてある「療担規則」と略称されているものです。この中では、例えば、診察においての保険の方針、検査は診療上必要があると認められる場合に行うということです。これが、診療上必要があると認められないのに検査をすれば、これは療担規則違反で取り消すことができるということになります。ただ、他の行政処分と同じように、法律上は極めて広い権限が与えられている。何か療担規則違反があれば取り消すことができるということですが、その処分権の裁量をどのように行使するかについての裁量基準、処分基準が厚生労働省においても、これは内部の通達で定められています。

それが監査要綱。この監査要綱は保険局長通知です。これに該当するときには取消処分を行うとなっていて、これも極めてシンプルなのですね。要は「故意に不正又は不当な診療、又は報酬の請求を行った場合」という類型と、次が「重大な過失により

同様のことをしばしば行った」という、これだけの枠組みなのです。これしか処分基準がない中で行えるということはどのようなことかということ、要するに裁量を縛るものはこれしかないのです。だから、この中で、療担規則違反が1回でもあれば故意だと言え、それですぐに取り消せる。「重大な過失も、しばしばという評価をすれば、それは取り消しますよ」ということです。指導・監査の現場の指導官がこの権限を背景に物を言ってくるわけです。現実的に先ほど溝部医師に行われたような、いつでも取り消せるという態度で。

今回の場合は、まず、ここで言う処分の理由たる事実は何であったかということ、不正請求、無診察処方だということが一つですね。大きいものだけを挙げますと、あとは、不当請求、これは必要のない検査を行っている、インフルエンザ関係の検査です。

そこで、まず1番目の争点は、それらの事由がすべて認められるか否かです。中には、患者さんの家族が来ていて、家族も本人も来ていて処方したということがあるにもかかわらず、とにかく、処分行政庁は「これは来ていないはずだ」ということで、すべて不正請求したということ、処分理由としてきたということ、不当請求の問題も後で述べます。

2番目の争点が、それがこの処分基準に該当すると評価されるかどうかということ、処分基準に該当するとしても、比例原則違反ではないかということ、ということです。

これらは実体法上の争点で、手続法上の争点については、これは先ほどの執行停止の決定の中では、手続についてもそのような違法性を論じる余地がないとまでは認められないと言っていたのですけれども、判決の段階では、手続法上の違法は残念ながら、すべて認められなかった。ただ、その東京高裁判決が平成23年の5月31日、その1週間後の6月7日に最高裁判決が出た。手続法上の違法の理由として書いた「処分通知に裁量基準が書かれていない、処分基準が記載されていない。記載の理由の中に。」ということに対して、最高裁判決が初めて建築士の免許取消処分について、処分通知に記載がないから、それを取り消した。これは小法廷で3対2のぎりぎりだったのですけれども、それが出たために、今は保険医に対する処分通知のときにも、裁量基準の四つの①から④のどれだということは書かれています。

そこで、戻りますと、この中で、実体法上の判決の内容として使えるものは二つ。要点のA、これは「事実認定の中で証明責任はあくまで国が負うのだ」ということを前提として、認定をしたと。2番目のBは、裁量権逸脱の判断に関して、3点とありますけれども、内容的には2と3ですね。大きなところは2です。これはいわゆる比例原則に沿った判断をしたということでもあります。

Aのところ、これは皆さん、行政訴訟関係では当然のことなのですが、一般原則で考えれば、まさに処分庁、この場合で言うと国が証明しなければ、立証しなければいけないという証明責任を負うということ、保険医のことに對して言うと、やや、そのあたりを誤解したのか、一審判決は残念ながら、実は不当に関して誤った判断をしていたのです。控訴の中で、一審で処分取消しが認められたので国が控訴し

たのですけれども、こちら側で言う中では、その一審判決、結論はいいのだけれども、まだ事実認定の仕方は間違っている、その不当の認定の仕方が違っているというところを主張しました。そこで、高裁判決では、「診療上必要ということに関しても、あくまで国側が立証責任を負うのだ、証明責任を負うのだ」ということに沿った判断をしたということであります。インフルエンザ迅速診断検査に関して、要は、国が主張したものは「十分な根拠を有するものとは認めがたい」と。だから、「保険診療上必要な限度を超えた不当検査であるとする控訴人の上記主張は採用することができない」と。もう一つの検査に関して「不当検査となることを認めるに足りる証拠がない」ということであります。このような判断の仕方をして、一審がこのあたりの判断の仕方は間違っていたので、それは改めるというところがあります。

一応確認しますがけれども、この立証責任を国が負うということは、もちろんこのような行政処分の場合だからです。他方で、いわゆるレセプト、診療報酬請求をしたところ、レセプトが査定されて保険診療の診療報酬が認められなかったという相談を弁護士として受けることがあるかもしれません。そのときに、これは本来、認められる診療報酬だから、国保なり社会保険の支払基金に対して支払いを請求するという訴訟を起こすときには、そここの立証責任はもちろん医療機関側にありますから、そこは別の場面だということになります。

あともう一つの高裁判決の使える点は、裁量権逸脱に関しての判断です。この判断の枠組みの中で、二つの内容があります。一つは狭義の比例原則です。違反行為の内容とその処分の効果との比例、バランスです。取消処分は、非常に重大な不利益だということですね。準備書面の中で、開業医にとっては本当に死刑に相当すると主張したわけです。それに比例したような違反行為の内容があるのかどうかという問題です。

裁量権逸脱に関する判断で、あと一つの内容は、そのバランスを考えるときに、どこまでの事実を考慮するかということです。つまり「比して」という比例原則を考える上で、行為の態様、利得の有無とその金額、頻度、動機、他に取得する措置がなかったかどうかを勘案しなければならない。それは、先ほど見ていただいた裁量基準、監査要綱に出ているものでは、極めて限定した「故意」か「重大な過失」か「しばしば」かどうかということしか出ていないのです。ところが、これ以外にこのような要素を考慮すべきだということを東京高裁が、この部分は地裁判決が出て高裁がそれを引用して、是認したということであります。

これは、控訴理由の中で、一審判決がそのように言ったことに対して、それを控訴理由でいろいろと書いたのですけれども、国の方が。ただ、高裁がその控訴理由を蹴ったのは、要するに監査要綱の定める基準だけではなくて、先ほどのさまざまな、上記の諸事情も処分に当たって考慮しなければならないということを明らかにしたわけです。今日の午前中の山本教授のお話を伺いして、EUの模範草案でも、「行政庁は、当事者に有利な事情を含め、関係するあらゆる事情を考慮し」なければならないと定められていると教えていただきましたけれども、このような考え方が判決で示さ

れたということでもあります。

ここは、あとは当てはめで、溝部先生の場合はこのようなことだということ、まさに患者のためにやっていたのだということなどを勘案して、裁量権逸脱・濫用という、最高裁枠組みの判決の判例は極めて狭いものですが、「社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らか」という枠組みで取り消したということがその内容であります。

これは補足的ですが、先ほどの勘案する諸事情の中で、三者の「申し合わせ」も挙げています。これは古いものですが、昭和20年代の話ですが、当時の厚生省と日本医師会、日本歯科医師会での三者の合意で、「通常は指導を行ってもなお改善されないものについて監査を行うものとする」との申し合わせ、要するに、謙抑的な処分が行われるようにとの申し合わせがなされていたことというものを含めて判断してくれたということです。

これらのことを踏まえて、これから指導・監査においてどのような方法があるかということですが、まず、溝部事件の教訓としては、先ほど言ったように、保険医1人で何もできなかったということです。監査の調書で署名をする、いわゆる自白調書で誤った自白をしているのですけれども、そのやり取りについても、録音はない、弁護士は立ち会っていないという状況です。あともう一つ、先ほど出たように、個別指導でカルテをみんなコピーしているのですね。これはもちろん、個別指導で弁護士がいれば、必ず「コピーは承諾しない。」と言えますので。監査においても、弁護士がいれば、保険医には、どれほど責められても、自分の記憶に沿ったことを話すだけだと言って、「自分の記憶と異なる内容の調書には、署名しない。」と言います。ところが、溝部事件では、保険医だけで、監査担当者から「患者調査で患者さんはこう言っていますよ。」と言われて、保険医の記憶と違う内容の調書が取られている。患者調査は非常に問題が多いのですけれども、それを利用して、いいかげんな調書が取られていることがあります。ということで、そのようなことも踏まえて、まず、弁護士が関与することが必要です。

あと、高裁判決の内容で使えるものとしては、個別指導において医療指導官と主治医である保険医とが検査や治療の必要性等についての見解で平行線になることがあります。その検査や治療の必要がないことについては、国側がきちんと、証明責任のレベルで言うと証明しなければいけないという判断があります。個別指導の理念で言っても、要するに医療指導官は「懇切丁寧に指導を行う」べきですから、主治医は、納得できない見解を言われるから、医療指導官に対し「はっきり根拠を示してください」と言う。こちらは主治医なので、そこは弁護士がついて「先生、自信を持って、自分が診療上必要かどうかは診療している主治医でなければ本当にわからない、そのところは自信を持って話してください。」と言う。平行線であれば全くそれは恐れることはないのです。要するに、灰色なら、向こうが証明しなければならぬので、こちら側は別に不当と言われる筋合いはない。明らかにならないことでは処分はできな

いわけですから。監査においても、検査や治療の必要性等について自己の見解と反する内容の調書には、もちろん署名しないことになります。

あと、これは最終的に、監査に至ったときには、監査が終われば、弁護士が意見書を出す。保険医側の、東京高裁判決に沿った意見書を出す、さまざまな先ほどお話した裁量権逸脱の判断に関して考慮すべき様々な事情も書く、ということです。

以上のように、保険医に対する個別指導・監査においても、弁護士が関与できる、活躍の場面はあります、ということで、私からの発言は終わりにさせていただきます。

【上原】 ありがとうございます。判決の内容を克明にご説明していただきましたので若干時間が押してしまいましたが、後ろの方も聞きたかったのですけれども、またその後で。

それでは、生活保護の現場で今後、申請に関して申請者なりが取るべき方法ですね。先ほども弁護士が帯同だと言っておられました、具体的にどのような場面から弁護士が出ていけるのか、そのあたりも含めましてお話しいただければ。吉永教授、よろしくをお願いします。

【吉永】 それでは、後半の部分についてお話しさせていただきます。

弁護士が同席するにしても、いろいろな知識も必要ですし、どのようにして利用者の方とつながってその後の支援をするのかということ、いくつかの課題があると思うのですけれども、まずは、支援体制の構築ということが必要だと思います。これはご承知のように2006年の日弁連の人権大会・釧路大会が大きな転機になったと思います。当時、貧困と格差が社会問題となって、どのように対応すべきかが大きな問題となっておりました。生活保護制度が有効な武器であることはわかってはいたのですけれども、当時、生活保護のことがわかっている弁護士といえば、全国でも京都の尾藤廣喜弁護士や竹下義樹弁護士など、数えるほどしかおられないという状況でした。これは何とかしなければならぬということ、日弁連を挙げて課題に取り組むということがスタートした大会であったと思います。私も大会に参加していたのですけれども、いよいよ日弁連に本格的に立ち上がるということで、強い感銘を受けた大会でございました。それから本当に変わっていきまして、全国に生活保護相談ネットワーク、これが一応張りめぐらされております。したがって、そこでネットワークの電話相談や弁護士向けの研修等も取り組まれて今日に至っているということであり、ます。

争訟の数も非常に増えてきてはいるのですけれども、ただ、やはり生活保護の場合、法律そのものは1950年にできてから基本的にそれが維持されておりますので、割と簡単な条文だけなのです。ですので、ほとんど通達に任されているという、通達行政の典型のようなところがありまして。そのあたりの実務運用まで一応踏み込んだ上でいろいろな支援、同席などもする必要があります。この点ではまだまだ不十分など

ころが残っているかと思えます。いろいろなセンター的なものが必要だというお話がありましたけれども、日弁連でも本部をつくっていただいておりますけれども、民間でも小久保弁護士が事務局長の生活保護問題対策全国会議や、竹下弁護士が事務局長の全国生活保護裁判連絡会、これはいずれも私は役員をさせていただいておりますけれども、そのようなところに早い段階で相談いただくということが必要かと思っております。もっと早く相談をいただければ何とかなったかもしれないということを感じる場面もございます。

それからもう一つ、生活保護の支援というものは法的な支援だけにとどまらないところがございます。というのは、依頼者はおおむねその日の生活費にも困っている状況にあることが多い。処分前に何とかなればいいのですけれども、残念ながら処分後に相談に来られる場合も多々あります。そのような場合は審査請求をしたからといって執行がとまるわけではありませんので、生活をどうするのかということがございます。

最近の例で申し上げますと、四日市市で毎日インスリンを打たなければならない糖尿病の60代前半の患者さんが何と稼働能力不活用を理由に保護が廃止されてしまった事案があります。この方の当初の保護申請に同行された弁護士にご本人から連絡があって「どうしようか」と。保護が廃止になったので、家主は「出ていってくれ」という。しかしながら、インスリンを投与しなければ病状が悪化することは目に見えておりますので、病院にもつながなければいけない。とりあえず、その弁護士が奔走されまして、入院先を見つけたり、退院後の住まいの確保、このあたりもやって何とか落ちつくことができたというようなことで、ある意味、薄氷を踏む思いでした。本当はこのようなことは行政のケースワーカー等がやる仕事ですけれども、弁護士の目の前にそのような困窮された方がおられるので、そのあたりは対応せざるを得ない状況が起こることがあります。ですので、反貧困ネットワークや生活困窮者の支援団体、生活と健康を守る会や病院関係などにつながっておくということが非常に有効かなと思われまます。

次に、小久保さんから少し説明がありました「改正された行政不服審査法の活用」につきまして少しお話しさせていただきたいと思えます。詳しいことは全体の資料の中に資料が入っておりますので、それをごらんいただくとしたしまして、やはり私が感じておりますことは、審理員という一定中立的な立場の職員、この人が最初の審査を担当する。そこに対審的な構造が盛り込まれたということで、質問権があるということは非常に大きいと思えます。代理人の弁護士は当然ですが質問できるのですが、弁護士の質問に対して行政の職員はたいがい、たじたじとなってしまいます。審理員の心証形成に大きな影響を与えるだろうと思えます。

それからもう一つは、行政不服審査会の有効性ということですが、行政不服審査会では、請求人、代理人は審査会の前で口頭意見陳述ができるということでありまます。

審査会ができて3年ぐらいたっているのですが、審査会は、審理員が棄却相当という意見を出した場合には基本的に審査会が審査をするということになっています。では、どれぐらいがそこで認容に変わるのかでありますけれども2016年度からの3年間でおおむね12%程度は認容意見に変わっています。ですので、単純に言いますと、審査請求で20%ぐらいが認容、あるいは実質認容となる。残り80%のうち12%ですから、ここでは10%程度は覆され認容に変わる。つまり審査請求をすれば最終的には3割近くは認容される可能性があると思われま。非常に粗い計算ですが、そのあたりを活用していただけないかというところ

です。この図面を先に出した方がよかったのですが、改正前は左側です。都道府県本庁の生活保護のベテラン職員が1人で口頭意見陳述を聞くなどして裁決書を作っていたのですが、2016年度から右側になりまして、まずは審理員が処分庁、福祉事務所や請求人の方のそれぞれの意見を聞いたり、代理人が質問して審理を進めて、意見をつくりま。これを審査庁に出して、審査庁が第三者機関の行政不服審査会に諮問する。その答申が出て、最終的に、それは法的な義務はありませんが、尊重した形で都道府県知事、審査庁が裁決を出すというような流れになっております。

具体的な例としては、昨年10月から生活扶助の基準が下がりまして、集団で審査請求が出ております。普通は、処分庁に保護基準を変える権限はありませんので、棄却100%ということになってもおかしくはないのですが、処分理由の「理由付記」が非常に不十分ということで、滋賀県では審理員の段階で、三重県では審査会の段階で、原処分「取消し」の意見、あるいは答申が出ています。これは画期的かと思いま。非常に複雑な引下げの理由になっているので、市民感覚から見れば、この意見は当たり前だということ

です。あとは、個別事案でも、生活保護の払い過ぎで金を返せという、非常にそのような案件が今増えているのです。また実施機関のミスによる払い過ぎについても、全額を返せということがよくあるのですが、これについても、判例などではそれを制限する判例が出ております。それを反映した審査会の意見や裁決が出ています。大阪府でも、高校を卒業した後で大学に行った場合には、世帯分離ということで保護から排除するのですが、世帯分離を取り消すような裁決も出たりしてあります。このあたりでは行政不服審査会が機能しているかと思いま。

ただ、一方で審査請求制度の特長とされている迅速な解決が損なわれているのが現状です。裁決が出るまで非常に時間がかかる。元々時間がかかっていたものが、さらにかかるようになってきています。ですから、それがやはり生活保護の申請者の生活に問題が出てくるので、生活保護の再申請をするということがよく行われます。福祉事務所は時間がたてば再申請を認める場合も結構ありますし、実際に生活できないので、処分庁もほったらかしにできないということで、再申請の時点から認めるということがございます。それから、先ほども少しありましたが、執行停止は結構有効かと思

います。「重大な損害を避けるための緊急の必要」という要件につきましては、裁判所の今の傾向を見る限り、要保護性、生活保護基準を割っていれば比較的、いろいろな面倒くさいことを言わずに認めるというような傾向がありますので、このあたりはとりあえずどんどん活用できるのではないかと考えております。

以上で、私の方からということにさせていただきます。

【上原】 ありがとうございます。引き続き、小久保さんの方から今後の生活保護申請に関して弁護士が帯同することについての問題点や、その課題を克服する対処方法などがありましたら、簡単にお話しいただければと思います。

【小久保】 先ほど吉永教授の方からもお話がありましたけれども、2006年の人権擁護大会で、日弁連が初めて生活保護の問題を取り上げました。そこで弁護士会としても本腰を入れて生活保護の問題に取り組むという決意がされました。それを踏まえまして2007年に生活保護問題緊急対策委員会という委員会が設置されまして、それが発展的に改組して、今現在、貧困問題対策本部というものになりまして、私たちは活動し続けてきています。

この委員会や本部で、生活保護問題に取り組む弁護士を増やそうということで研修したり、今はeラーニングもありますし、そのような定期的な研修をするようになっています。

それから、各地に相談窓口をつくらうということで、単位弁護士会に、東京や大阪や名古屋などにあるのですけれども、生活保護の専門法律相談の窓口をつくる取組を進めてきました。大きな単位会では定例的に窓口に来てもらってやるパターンと、あとは担当弁護士の名簿をそろえておいて、そのような相談があればその弁護士を紹介するというパターンなどがあります。また、民間団体で生活保護支援法律家ネットワークというものを各ブロックでつくったりもしています。ただ、この相談窓口については、しばらくずっと一生懸命増やそうということでやってきたのですけれども、やはり地方の単位会などになると、そのような専門窓口をつくることはどうしても難しいというところも多くて、今現在は頭打ちになっているところがあります。

それともう一つは、委託援助事業ですね。午前にもお話ししましたが、どうしてもただ働きになってしまうので、少しでもお金が出せるようにということで、日弁連の委託援助事業を、これは人権大会のときから意識的に取組をして、2007年から事業化されました。昨年2018年度の1年間で、この委託援助事業を使って生活保護の申請同行や審査請求をしている件数は1,265件です。全国で1,200件、申請同行や審査請求を弁護士がしているということなので、先ほどの吉永さんの話にもあったように、かなり取組自体は広がってきていると思います。ただ、東京は216件、埼玉は152件、大阪は136件、福岡は105件など、やはり大都市は多いのですけれども、ゼロも結構あったのですけれども、昨年度はゼロ件というところがな

くなったのですが、5件以下の単位会が18もあるということで、かなりばらつきがあります。このようなばらつきをいかになくしていくのかということが課題かと思っています。

そして、この法律援助事業は日弁連が委託援助、お金を出して法テラスに委託しているものなので、本当はこれを本来事業化して国費でやるようにしていかなければいけないと思うのですけれども、そこが課題として残っているところです。総合法律支援法の中でも、一部、高齢者について、生活保護の審査請求を本来事業の中でできるようになったりしているのです、足がかりはあると思います。

私からは以上です。

【上原】 ありがとうございます。それでは、税務調査に関して関戸弁護士の方から、今後、弁護士がそれに帯同していくといたしますか、代理をするということについての問題点や課題など、それを克服する方法等について簡単に、まとめになりますけれども、お話しいただければと思います。

【関戸】 先ほど大体、税務当番弁護士制度をつくるといったように、この中でその問題や課題は議論されているところです。やはり課題として一番挙げられている点は、一つは、個々の弁護士としての能力です。やはり税務調査や訴訟等に十分対応できる能力を持っているかということで、先ほど言ったように、アンケートをした結果では、なかなか、全国的にはそれほどたくさんいらっしゃらないという実情にはあるかと思えます。しかし、本当に皆さんが普段の民事裁判と同じような要件事実、税務であれば税務要件事実をきちんと勉強すれば十分立ち向かえるはずですので、一生懸命に皆さんも勉強してほしいということが一つです。

それからもう一つは、やはり納税者、国民の方がそのような弁護士を知るきっかけをつくれるかということが問題ですので、これは広く今後とも広報活動をしていく、特に、先ほども述べましたけれども、税理士が一番納税者とは接点を多く持っているのです、税理士さんと連携したもろもろの活動を弁護士も取り組んでいくということが必要かと思えます。以上です。

【上原】 ありがとうございます。それでは、最後になりましたけれども、保険医の関係で、課題やそれを克服すべき方策など、そのようなものがありましたら、石川弁護士の方からまとめという形をお願いします。

【石川】 先ほどの溝部先生の話と重複して実体法のところで少し述べましたのは、他のところもそうでしょうけれども、日本の枠組みの中で、行政が法律の原案を作って立法するという枠組みの中で、非常に広大な、広い裁量権が与えられている実体法の処分権限等の行使に当たって、いかに手続の中で処分原因事実の適正な事実認定と

その他考慮すべき事実をきちんと反映させていくかということに対しての施策としては、考えられることは、Aの行政側の施策と、Bの保険医側ないし依頼を受ける弁護士側の施策と、大きく二つに分かれると思います。Aの点についても少しお話ししたいと思うことは、今までの中にも出ました日弁連の意見書が非常に現状を指摘しているところがありますので、その点も踏まえてご紹介をしたいと思います。

これは今までも話に出ましたように、日弁連意見書が出たのは、まさに人権擁護委員会への救済の申立てが発端となって出されたもので、ここは業革ですけれども、まさに人権救済と重なる部分が十分あるというところなんです。この意見書の出発点になっているものは、やはり保険医の適正な手続的処遇を受ける権利を侵害する危険を含むというところが前提として認識されていたからです。意見書の内容は、現状における問題点を踏まえて改善、配慮、検討を求める事項、具体的に7点を挙げています。背景にあるものは何と云っても、要するに保険医は誰のために診療をしているかといえば、国民のためですね。適正な医療を受ける権利との関係も最後に入れられています。

問題点は、今までも他の場面でも出てきましたように手続の不透明性、密室性ですね。この指導・監査に関しては連動の問題があって、他の行政の関係でもいろいろな不透明な、さまざまな権限が曖昧に依然として行われている場面がうかがわれるところなんですけれども、そのような中で、いかに整理して適正な手続的処分を受けることができる制度的保障をつくっていくかということだと思いますが、保険医の世界では7点が挙げられている。

時間の関係で項目だけ見ていきますと、このような「1個別指導選定理由の開示」「2個別指導対象とする診療録の事前指定」などですね。項目の中で3番目に出てくるものはまさに「弁護士の指導・監査への立会権」と。これは要するに、現状認められているものは、「帯同」という言葉がなぜ使われているかということ、この世界を知って初めて「帯同」という言葉が出てきますけれども、要は「代理」ではないのですね。代理人ではない。本人にくっついていくというようなイメージで。これはそのようなものが認められなかった中で、埼玉や岡山の保険医協会が頑張っただけでそうした実績をつくって、今は厚労省内部でも通知で認められている。帯同という形ですけれども、邪魔しないという、一応限定的な、いろいろな制約がある中でのことですが、これがまさに、きちんとした立会権という形を求めていた日弁連の意見書です。現状でもそのような中で立ち会う、そこでいろんな問題は帯同でも立会いでも、要は現状を少しずつ広げていって認められてきた録音等を実際に実施していくということですね。あと、患者調査に対する配慮など、このような指摘をしている。このような施策が、中断の手続の運用などの、これらのことが、行政が今の中で求められる施策だということにはなりません。

時間の関係で、後は保険医側団体の施策としては、やはり保険医が弁護士に依頼しやすくする、そのような施策が必要だろうということ。まず、これは現状、弁護士

が帯同なりすることが有益、必要であることについて、保険医側と弁護士が「双方に知らせる」「まずは認識してもらおう」というところが出発点だと思います。その上で、それを知った保険医から弁護士へ速やかに依頼できるルートを用意すると。その弁護士側は技量を備えているように研修をするという、このようなことが求められている施策だろうと思います。

克服すべき課題とすると、行政側のその施策を実現するために課題は何かというと、先ほど三者の申し合わせについて、昭和29年来の古いものですが、それに言及したものは、やはり厚労省側の、法改正はもちろん、そこに至らない場合の運用改善でも、医師会なり保険医関係の医師側の団体の理解と協力が必要だということ、その力が大きいので、そこが課題ではあります。ただ、実は、今までも少し出てきたように「立会い」というもの、健保法上出てきている「立会い」という言葉は、要するに「学識経験者」なのですね。それを推薦しているのは医師会だということがあって、その関係とのこともあってなかなか難しい現状が続いているのだろう。ただ、そこを変えていかなければ、現状は変わらないと思います。

あと、保険医側団体としては、これは、やはり恐怖心というものは裁量権があるからですが、それで、他の分野でも出てきたように「弁護士はかえって有害じゃないか。弁護士なんか頼むと・・・」というような誤解がある。その誤解を克服して知ってもらうという、それで依頼のルートが開くようにするということです。ただ、それが、現状は依頼が少ないので、他方で研修意欲がなかなか湧かないというところは、ニワトリと卵の関係で、どちらが先かという問題にはなってくるかと思いますが、そこのところを、どちらが先にしても、少しずつ実績として研修もしていくし、依頼も増やしていくように、そのような体制を知ってもらうことによって、また依頼も増やしていくと。需要と供給の関係で、やはり保険医と双方がそれぞれを知ってもらって、また研修をしていくというところの課題を克服して、そこを実現していくことが重要だろうと思います。

【上原】 ありがとうございます。これでパネルディスカッションは終わりになります。

7 質疑応答

【上原】 質問を5通ほど受けております。時間が20分少しありますので、必要な範囲で質問をお受けします。質問用紙にお書きいただいたものを私の方で読ませていただいて、答えていただきます。

まず、税務の関係ですが、抗弁書、要するに税務署宛てという用語を初めて聞いたが、法律上の根拠があるものなのか、回答義務はあるのか、提出するタイミングはいつなのかという質問が来ております。

松嶋税理士お願いします。

【松嶋】 まずは抗弁書というものは特に法令用語ではなくて、業界的に言っている用語です。特に抗弁書や反論書であるなど、何でもいいと思うのですけれども。それは抗弁書などと言っていますね。それに対して税務署がアクションをする必要はあるのかといえ、その義務はない。しかし、明確なものはないのですけれども、提出すれば何らかの対応が国税からあります。といいますのも、抗弁書は税務調査の途中で出すものですから、調査が終わるまでは担当官と交渉をするわけで、税務署長が何か回答するという義務はないのですけれども、担当官がその抗弁書を見て、「先生方の論点がよくわかりましたので、これからまた話をしましょう」というような形で、交渉がまた一からスタートしていく。そのような意味では、自分の主張を国税に正確に伝える、そして争点を整理するというような意味があるというような形の理解かと思えます。

これは税務署によっても、違うのですけれども、私が2年ぐらい前に出した抗弁書については、担当官が税務署長に、「松嶋税理士から抗弁書が上がってきました。対応いたします」といった報告を上げていました。税務署によっても処理は違うと思うのですけれども、さすがに、出た以上は、完全に無視するという事はないと思えますので、回答義務はないのですけれども、争点を明らかにするという意味でも、国税の指導の法的根拠のおかしさを指摘するという意味でも、非常に効果的かと思えます。

提出するタイミングですけれども、これは実は税理士さんからもよく聞かれます。私は、「争点がきちんと定まってから、国税と意見が平行線になったときに出してください」と言っています。このタイミングですかね。「向こうと、やっぱり意見が相違したことがわかって、争点が固まり出してからでいいんじゃないの」という話はよくしますね。このような感じでどうでしょうか。

【上原】 ありがとうございます。続きまして、今度は保険医の関係ですけれども、「保険医に対する個別指導」についてですが。「帯同弁護士が個別指導時に発言することは可能でしょうか」ということを聞かれています。

【石川】 先ほど厚労省内部の扱いとしては「勝手に発言をしないように」ということで、要するに、今、最初の段階で委任状を提出したときに、先ほど竹内弁護士が言ったように、厚労省側はマニュアルに書かれていることを説明します。それで、「勝手に発言すると場合によっては出ていってもらいます」ということをあらかじめ言うのですね。その場合になったときに、だから、それを踏まえて、「はい」と始まったときに、原則は、直接物は言わない。ただ、お医者さんのすぐ近く、隣なり真後ろなりにいますから、そこで話をするときに、行政側に聞こえるように言うということは、全くそれはとめられません。お医者さんと話の打ち合わせをする。「これはおかしい

よね」と。とにかく聞いてもらいたいことはそこで聞こえるように言うし、話をやり取りする前に、向こうに聞かせる前に打ち合わせをしたときには、先ほど竹内弁護士が言われたように、一旦休憩を取って話をすると。

ご質問の直接言うということは、厚労省のマニュアルのレベルでは、直接は、その場合では言わないということで。ただ、そこでどのようなことが考えられるかという、指導が始まる前に言いに行く、こちらが言いたいことを先に言いに行く。また、指導が終わった後で言いに行く、ということはできます。

【上原】 続きまして、同じ方からですけれども、「監査などで、医師だけではなく職員からの聞き取りが実施されることもあり、職員にとって大きな負担となっています。職員からの聞き取りの際も弁護士帯同は可能ですか」。

【石川】 可能です。同じことですので、帯同という形で横についてという形です。横なり後ろについて。

【上原】 続きまして、「個別指導の準備において、対象になりそうなカルテをどのようにピックアップするのか」。これは竹内弁護士に聞かれています。

【竹内】 それについては、やはり先ほどの選定理由で高点数というものもあったりするので、そのようなところか、あと、今日も岡山保険医協会のスタッフが来られていますけれども、そのようなところに精通されている、相談を受ける方がおられるので、カルテをざっと見てもらったりする中でピックアップするなど、幾つかの方法があって備えていて。それで、実際に指定が来たときに、想定されたものか別なものか、これは両方あるのです。大体、想定内ということもあるのですけれども、「いや、こっちの方に来たな」というようなこともあったりするので、そうすると、そこでまた作戦会議をするということもありますので。そのような形の、カルテはこのあたりかなという感じでやっています。

【上原】 これは山本教授に対してでしょうか、「担当職員の氏名などの明示までEUの草案に規定されたのはなぜですか」と言われています。

【山本】 まず、EUのその草案において一番想定されていることは、経済行政分野ですね。独占禁止法など、そのような事業規制の分野が主に想定されていまして、その場面において、できるだけ早い時期からの適切な、行政側と事業者側のコミュニケーションということが非常に協調されていた。これは、その草案においてというよりは一般的なEUの政策としてそのようなことがずっと言われてきたという文脈があって、それで、早い段階から担当職員と接触してコミュニケーションを取ることがで

きるようにという配慮があったものと承知しています。

【上原】 ありがとうございます。

「ガセネタとわかって、なぜ行政側は個別指導をするのか」という質問ですけれども、これは、竹内さん。

【竹内】 そのケースの場合、それを知っていたらそれで十分だという判断なのです。「これだけあるぞ。だから、あなた、認めなさい」と。それで「認める」と書かせれば、それでいいわけです。その証拠はまたどこかに持っていけばいいので。そのようなことを平気でされていたという。これは事実なので。私が来た以上はそのようなものは「それは何ですか」と突っ込んでいくことはわかっているので、引っ込めたということですよ。

【上原】 これはどなたでもいいのですけれども、「個別指導の選定理由開示を求めた経験があるなら、その経験談をお話してください」。

【竹内】 それはやるようにしているのです。ただし、そのときにどのぐらいそれを具体的に言うのかというところがあって、そのあたりでやり取りがあったりします。ただ、そこは入り口のところなので、そこでいわばジャブをしてみて、実際に始まったときにそこでまた場合によって突っ込んでいくというような形で。ただ、「どうしてですか」という、これは必ずではないのですけれども、最初にやってみましょうということはやっています。

【上原】 「自主返還の前に監査で、返還し切れないほど多額の返還を求められている場合に対応されたことがありますか。その経験を知りたいです」と。

【竹内】 ここが和解なのですね。和解なのです。この和解という内容は、本当に少し規模の大きいところでは1億数千万というあたりの金額になってきて、それをやってしまうと相当のダメージになるということで、3割でいきましょうと。その場合の和解は、とにかく3割で、もちろん3割の理由はつけるのですけれども、出して、何も言ってこなければ黙示の合意です。黙示の和解。実際にそのケースも、3割でやってみましょうということで、文句を言ってこなかったのですね。これは黙示の和解で、7割カットでオーケーだと。それはあります。

【上原】 続きまして、参加者から意見が届いています。どうぞ。

【参加者1】 行手法違反ではないかと思っていますので、そのあたりはどうなのか

などという。行手法について、日弁連の意見書は一切述べられていないのです、その当時は。だから、そのあたりは、特に私は「健康保険法の指導を受けるべし」というところの法律の中で実際に私ども、私は弁護士ではありませんので、保険医協会の幹部をやっておりますけれども、要するにそのあたりで実際に質問審査権はないなど、調査権ですね。それから、患者調査はしないということも含めてきちんと書類をもらっていますので、高点数にわざとして4年間も指導を受ける医師がいらっしやいます。そのような点で、いろいろなことを勝ち取ったのですけれども、行手法で指導はやるということの文書ももらっております。全国の弁護士はそのあたりを認識していただきたいということ。健康保険法で指導を受けることは自分はいいのですけれども、内容については行手法なのだという文書ももらっておりますから、そのあたりだけ少し。最初にそれを、弁護士帯同をそのときにやると、向こう側は怖がりますから、そのあたりを徹底していただければと思います。

それから、質問ではなくて意見で申しわけないのですけれども、二十何年前、帯同を考えたのは僕なのです。1996年に実際に僕は医師として帯同しています。2人の歯科医師と1人の医師と一緒に4人で帯同しています。だから、指導の現場を私は非常によく知っております。怒鳴る状態など、そのようなものはブラックボックスだったのです。私は歯科医師の帯同はしたのですけれども、黙って座っているだけです。それでも静かな指導でした。その歯科医師は歯科医師会に属さないで、4回目に終わっています。全く内容は問題ない。要するに医師会、歯科医師会の支配の道具として指導を使っていたという実態があった。私はブラックボックスを打ち破るためにずっと二十何年もやってきました。実際に今、埼玉では二百九十何件の指導。大体、指導ベース10%ぐらいだと思います。20件ぐらいですね、毎年。実際にここまで録音も問題ないです。弁護士の人が帯同したときには必ず「行手法でやるんですね」ということを確認していただくと、非常にやわらかくなるということが、実体験の中で、弁護士から聞いております。

それから、帯同をなぜ考えたのかということは、立会いのところで先ほど出ていましたけれども、立会人ということは法律で決められています。しかし、立会いの守秘義務はありません。実際に歯科医師が立会いをして、それをすべて、内容をばらしたという事件があったのですけれども。やはり、特に公務員にしてもらって、法律にしたがって守秘義務をかけてほしいのです。

それともう一つは中断の問題でルールを作ってほしいと。少なくとも被指導者の了解を得て中断をするということが当然必要だと思っています。

ずっと長年、二十何年もやってきましたし、いろいろと実態は私の方がわかっていると思いますけれども、弁護士にその二つの、質問審査権の問題と、それから行手法ということで。指導ではありませんので。ただ、不正請求をしている方も結構多いので、帯同という中で弁護士が人権を守るパーシャルな代理人としてやっていただきたいというように私は思っております。指導の現場で代理人ということがふさわしいか

どうかはわかりませんが、ダブルライセンスのような方にやってもらっても結構だと思いますけれども。そのあたりだけご認識いただければありがたいと。以上です。

【上原】 ありがとうございます。
それでは、最後の方です。

【参加者2】 石川弁護士ですが、文書開示を求めると患者名を黒塗りにされたと。溝部医師もおわかりですね。この判例、東京高裁のものをきちんと読む暇がなかったのですが、多分、適法にされてしまったのですね。それで、なぜかという、どのような理由を主張されたのかということ、僕が考えたことは、これは個人情報といっても、溝部医師が見るだけだし、公開するものではないし、元々、溝部医師には守秘義務があって、その患者さんのことは知っているわけなので。それで、溝部医師の権利を守ることは絶対に必要なのだから、なぜ、これが黒塗りでなければならないのかということ、どのような主張をされて、どのように曲げてしまったのかということが僕が知りたいことです。これに限らずけれども、行政不服審査でも行政手続書面でも、文書開示を求めると黒塗りにされるのですね。それで肝心なところはない。税金の追加課税もそうですね。だから、それがけしからんので、これは全部変えさせるようにしたいと思ったので、うかがいました。

【石川】 今回の訴訟の関係で、要するに取消処分との関係で言うと、一般的な行政庁に対する文書の開示請求ではなくて、聴聞手続の段階で、証拠資料の閲覧権があります。ただ、これは正当な理由があるときには閲覧を拒否できる、要するに、そこを黒塗りにできるという形になっていて。これは、だから、こちらからすると、まず聴聞の場面では、これは完全な非公開ですから、これは黒塗りにする理由はないということがもちろんです。だから、患者名を黒塗りにした上での証拠、患者調査の調書や監査における患者個別調書などの患者の名前が全部消されているものは、これは聴聞手続の証拠閲覧権の侵害であるという主張をしました。しかし、残念ながら、判決では、あまり真つ当な、ごめんなさい、これはという全く納得できる理由がなかったので、このような理由でというところは思い出せないのですが、要は全く大して深い議論がされずに、そこは違法と認められなかったのです。聴聞手続で出された証拠、閲覧権なのですけれども、コピーは取れるのですね、実際。ただ、それも、閲覧する段階でも黒塗りにされているし、コピーを取る段階でも黒塗りに来ていて。私の知る限り、保険医関係のもので、聴聞段階で黒塗りが行われていることは今も変わらないはずで、それについて、訴訟で、それが違法だ、聴聞手続が違法だ、証拠閲覧権の侵害だ、そこが違法とされた判例を私は知りません。

それで、訴訟になっても、黒塗りに向こうは証拠として出してきます。そこでどう

なっているかという点、その段階であれば、法廷に証拠を出すときには、これは公開の場になってしまうので、そこは黒塗りされたままという形できている。そこでどうなるのか、裁判所がどう言うのかという点、要は個別にわかるように当事者間（原告と被告との間）で期日間で明らかにするように言って、証拠として法廷に出された証拠は黒塗りのままという状況です。

なお、地方厚生局によっては、聴聞段階では患者名を黒塗りにしなかった例もあります。

【上原】 ありがとうございます。時間が来ました。これで終了したいと思います。どうもありがとうございました。

8 総括・閉会の辞

【久保田】 パネリストのみなさま、ありがとうございます。それでは最後に、長谷宅司弁護士から、本分科会の総括と閉会挨拶を申し上げます。

【長谷川】 ただいま、ご紹介いただきました第一東京弁護士会の長谷川宅司でございます。ご指名によりまして、第21回日弁連弁護士業務改革シンポジウムの第5分科会の総括と提言をさせていただきます。

まず、本日、第5分科会のシンポジウム「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険医療、税務、生活保護の現場で～」にご参加いただいた講演者・パネリストの皆様に感謝申し上げます。

最初に、行政手続における弁護士の役割について基調講演をいただきました東京大学法科大学院の山本隆司教授、貴重な示唆に富むご講演ありがとうございました。午前中に、健康保険医療・税務・生活保護の各分野における現場実務のご紹介をいただきました竹内俊一弁護士、山下清兵衛弁護士、小久保哲郎弁護士には、各分野の先駆的専門家として簡潔で分かりやすいご講演ありがとうございました。午後に、現場実務につきさらに突っ込んだパネルディスカッションをいただきました、コーディネーターの上原武彦弁護士、パネラリストの溝部達子医師、石川善一弁護士、松嶋洋税理士、関戸勉弁護士、花園大学社会福祉部学部の吉永純教授、小久保哲郎弁護士、現場実務をよくご存じの皆様方の話は大変有意義であり、誠にありがとうございました。

また、本日の聞き手の皆様には、午前中の講演から、午後のパネルディスカッションまで熱心に長時間ご参加いただきまして、誠にありがとうございました。第5分科会を代表して、厚く御礼を申し上げます。

さて、本日の総括に入ります。弁護士は、行政分野について、従来、行政処分に対して、裁判所を通じ、行政訴訟や仮処分の形で対応してきました。しかし、行政処分は直ちに効力が生じ、弁護士の関与する裁判上の救済手続は事後的で、効果は限定的

であり、満足な救済とはいえません。そこで、弁護士としては、行政処分前の行政指導や調査等の行政手続に直接関与できないか、という課題が生じました。

この点、山本教授からは、行政法学の立場から、行政の適正手続の法的根拠である、私人の防御権の保障と集中的・効率的な行政手続の実現等に照らし、弁護士が処分前の行政手続自体に直接関与することは十分合理的な理由があり、行政指導手続において弁護士関与により行政処分の和解の可能性の展望が広がり、一般的な法的規律のない行政調査手続の適正化のため弁護士関与が極めて重要である等につき貴重なご示唆をいただきました。

以上の基調講演を下に、本分科会のサブテーマである、①健康保険医療、②税務、③生活保護の各分野について、ご登壇の皆様から、まず、行政手続の現場のいささかショッキングな実態が明らかにされ、次に、そのような現場の重大な問題点が指摘され、また、問題点に対する現場での実務的な対応策が、さらに、現場での対応策の実効性をあげる改善策が示されました。

第一に、健康保険医に対する行政庁の個別指導・監査手続について、まず、健康保険医の指定取消処分を争い東京高裁で勝訴判決を勝ち取った画期的な溝部訴訟の原告である溝部医師とその代理人である石川弁護士から、現場での恫喝とも取れる指導状況や法の趣旨を逸脱する不適正手続やこれらの手続を受けた保険医の自殺が繰り返されるなどの現場実態、不適正な手続であっても、訴訟で裁判所に救済してもらうには相当な困難が伴うことが報告されました。

次に、竹内弁護士からは、現場における圧倒的な力関係の格差により、指導・監査手続における手続の不透明性、指導の密室性、本来任意であるべき指導と強制性を含む監査・行政処分の連動性などの重大な問題点が指摘されました。また、対応策として、行政との力関係の格差解消のため、行政手続法上の適正手続の種々の法的要請を行うためや健康保険医を支援するためのチーム組成のために弁護士の直接の手続関与が重要であり、実際の成功事例も多々あることをご報告いただきました。

さらに、石川弁護士からは行政側の指導・監査手続を適正化していく必要性とともに、保険医協会や弁護士が保険医を支援するネットワークを創設する必要性をご提案いただきました。

第二に、税務調査については、まず、国税調査官の経歴を持つ松嶋税理士からは、税務調査においては、京都北村事件を例として、法令を無視したような強引な調査が行われる現場状況が示されました。

次に、山下弁護士からは、税務調査においては、適正手続保障の欠落、弁明聴取機会付与の欠落、比例原則違反、税務調査拒否の過大制裁、間接強制の原則違反などの重大な問題点があることをご指摘をいただきました。また、対応策としては、弁護士が早期に税務調査の立会いを行い、早期に証拠判断を行うことで和解により早期救済と高い救済率を上げることができ、税務調査の段階から直接関与することが重要であり、松嶋税理士よりは税務調査における弁護士による税務署見解に対する法令と証拠に

基づく抗弁書の有用性を指摘されました。

さらに、改善策として、関戸弁護士からは、税務調査への弁護士関与を広範に実現していくために、日弁連の税制委員会における税務当番弁護士制度の構想及び関与弁護士の専門的能力の研修の充実と税理士とのネットワークの充実をご提案いただき、松嶋税理士も弁護士と税理士とのネットワークの必要性を強調されました。

第三に、生活保護申請の手続については、まず、小久保弁護士からは、生活保護申請の現場の、行政と申請者の生々しいやり取りの中で、水際作戦などと称される拒否事案が蔓延し、北九州や札幌などで餓死事件が起きている厳しい状況が示されました。

次に、吉永教授からは、申請現場では、密室性、情報格差、力関係格差、要保護者の心理からローカルルールがまかり通る可能性があり、生活保護が最後のセーフティネットであることから取返しの付かない事態を招くという重大な問題点が指摘されました。また、対応策としては、行政の不当な対応には法的知識を有する弁護士の関与や訴訟による解決が図られているが、中立性や公正性が増した改正不服審査法による審査請求の活用が効果を上げており、迅速性の観点から、生活保護の再申請や保護停廃止処分の執行停止も有効であるとのことをご報告をいただき、弁護士が請求手続に直接関与し迅速に対応することが重要であると指摘されました。

さらに、改善策として、吉永教授、小久保弁護士からは、弁護士関与が広がっていくには相談窓口を含む弁護士ネットワークの裾野を広げていく必要性、支援体制の充実や支援弁護士の支援給付の充実が提案されました。

以上、健康保険医療、税務、生活保護、いずれの問題も、弁護士が、様々な行政処分前の指導・調査などの行政手続の段階から直接関与して、適正手続の確保を目指して市民の救済を図ることが重要であり、また、実際に成功事例が多々あることが確認されました。さらに、現場状況を改善していくためには弁護士と関与を要望する市民や団体とのネットワークの確立などが重要な課題であることが提案されています。ここからは、様々な行政分野においても、行政処分前の行政手続の段階から弁護士が関与することにより、市民の正当な権利が擁護されるとともに、これが弁護士の重要な業務の拡大に繋がっていくことが展望されます。そのためには、行政分野における人権擁護活動が単なるプロボノに終わるのではなく弁護士の業務活動になるような制度の確立が必要だと思われまます。

最後に、本シンポジウムを踏まえた本第5分科会の提言として、上記状況を踏まえ、日弁連は、行政手続における弁護士関与業務を全国的に展開すべく、中核を担う組織を設置して運動を推進・展開すべきであり、特に、各行政手続分野の実務研修のキャラバンを組織し、全国的に展開すべきことを提言します。

以上をもちまして、第5分科会の総括と提言とし、これをもって閉会の辞に代えさせていただきます。本日は、最後まで、シンポジウムをご清聴いただきまして、ありがとうございました。

【久保田】 以上をもちまして、第21回弁護士業務改革シンポジウム第5分科会「行政手続における弁護士の関与業務の展開～健康保険医療、税務、生活保護の現場で～」のすべてのプログラムを終了いたしました。長時間にわたりご静聴いただき、誠にありがとうございました。

以上