

教野塩 典聖

法学部第六学期専門科目

行政法第二部 講義ノ一ト

(交告尚史教官)

目次

009… I はじめに一講義の内容の説明

009…… 1 行政法第一部の試験の感想

009…… 2 行政救済論

(1) 行政救済 = 私人と行政主体との間に生じた紛争の解決

(2) 総合的把握の必要性

(3) 教科書の構成

011…… 3 第一部・行政争訟

(1) 行政上の不服申し立て/行政不服審査法

(2) 行政事件訴訟/行政事件訴訟法

(3) 行政法第一部の復習

013…… 4 第二部・国家補償法

(1) 国家賠償

013…… 5 塩野行政法の特徴

(1) 教科書の特徴

(2) 内容の特徴

(3) 不服申立てをするために

第一部 行政争訟

[A]行政上の不服申立て

014… I 行政上の不服申立て

014…… 1 序説

(1) 意義

(2) 制度のメリット・デメリット

015… II 行政不服審査法

015…… 1 審査法の基本構造

(1) 不服申立ての3類型

(2) 審査請求と異議申立てとの関係

(3) 不服申立てをするために

(4) 不服申立ての手続

(5) 執行停止

018…… 2 不服申立て手続の終了

(1) 終了の形式

(2) 裁決・決定の種類

(3) 「認容」の諸相

019…… 3 裁決・決定の効力

019…… 4 不服申立てと取消訴訟

020…… 5 行審法改正への動き

(1) 平成20年行政不服審査法改正案

(2) 現在改革進行中

[B]行政審判

021… I 行政審判

021…… 1 概念

021…… 2 種類

- 021…… 3 特色
 - (1) 職権行使の独立性
 - (2) 準司法的手続
 - (3) 審判の効力
- 022…… 4 行政審判をするところの一例：公害等調整委員会

[C]苦情処理・オンブズマン

023… I オンブズマン

- 023…… 1 苦情処理
- 024…… 2 オンブズマン
 - (1) スウェーデンのオンブズマン
 - (2) 日本の動向
 - (3) 自治体オンブズマン

[D]行政事件訴訟① 取消訴訟

025… I 行政事件訴訟序説

- 025…… 1 前提となる基礎知識
 - (1) 法治主義と行政訴訟
 - (2) 外国の制度との比較
- 025…… 2 日本の行政訴訟制度の歴史
 - (1) 江戸から明治へ
 - (2) 行政裁判法
 - (3) 戦後の制度作り
- 028…… 3 行政事件訴訟法の特徴
 - (1) 一般法的性格
 - (2) 行政事件訴訟の概念の存置
 - (3) 訴訟類型の整備—取消訴訟中心主義

028… II 取消訴訟の基礎理論

- 028…… 1 取消訴訟の機能
- 029…… 2 取消訴訟の性質
 - (1) 形成訴訟説
 - (2) 確認訴訟説
- 030…… 3 取消訴訟の訴訟物
- 031…… 4 取消訴訟の種類とその相互関係
 - (1) 裁決の取消しの訴え
 - (2) 処分取消しの訴えと裁決取消しの訴えの選択
 - (3) 変更裁決の場合の訴えの選択
 - (4) 処分取消しの訴えの帰趨と裁決取消しの訴えの訴えの利益

031… III 訴訟要件① 出訴期間・不服申立て前置・被告適格・裁判管轄

- 031…… 1 訴訟要件とは
- 032…… 2 トリオ以外の訴訟要件
 - (1) 出訴期間
 - (2) 不服申立て（審査請求）前置
 - (3) 被告適格
 - (4) 裁判管轄

033… IV 訴訟要件② 処分性

- 033…… 1 考察の対象

- 033……2 最高裁の定式
 - (1) 大田区ごみ焼却場設置行為事件
 - (2) 定型的行政処分
 - (3) 定型的非行政処分
- 035……3 行政行為の権力性の3つの側面
- 035……4 要綱等に基づく行為の処分性
 - (1) 幾つかの裁判例の検討
 - (2) 現代的課題
- 037……5 類型的考察
 - (1) 内部的行為
 - (2) 部分的秩序の行為
 - (3) 法律行為代替的行為
 - (4) 一般的行為
- 040……6 最近の最高裁判例の傾向
- 040……7 行政計画の処分性—段階的行為の例として
 - (1) 出発点となる判例—青写真判決
 - (2) 最高裁の態度—計画ごとの判断
 - (3) 青写真判決の変更
- 041……8 行政指導の処分性—事実行為の例として
 - (1) 処分性を肯定できる行政指導
 - (2) 裁判例
 - (3) 病院開設中止勧告事件
- 042……9 手続的地位の否定の法効果性
- 043……10 最近の判例から

043…V 訴訟要件③ 原告適格

- 044……1 問題の所在
- 044……2 考え方の対立
 - (1) 法律上保護された利益説
 - (2) 保護に値する利益説
- 045……3 「法律上の利益」の「法律」
- 046……4 開発行為の許可をめぐる裁判例の動向
- 046……5 総合設計制度をめぐる2つの判例
- 047……6 平成16年度行政事件訴訟法改正以降
 - (1) 9条2項の意義
 - (2) 小田急訴訟最高裁判決
 - (3) 判例の逆行?—大阪サテライト事件判決
- 048……7 類型的観察
- 049……8 環境・文化財保護に関する行政訴訟の原告適格
 - (1) 環境保護に携わる人たちの利益と「法律上保護された利益」
 - (2) 団体の原告適格
- 049……9 主張制限との関係
 - (1) 10条1項の定め
 - (2) 具体例

050…VI 訴訟要件④訴えの利益

- 050……1 訴えの利益とは
- 051……2 状況の変化による訴えの利益の消滅
 - (1) 制度の変更
 - (2) 工事の完了

- (3) 代執行の完了
- (4) 代替施設の完成
- (5) 事情判決による対処
- (6) 処分の効果の消滅と訴えの利益の存続—9条かっこ書き

052…Ⅶ 取消訴訟の審理

- 052……1 訴訟主体の役割
 - (1) 訴訟の開始と終了
 - (2) 訴訟資料の収集
 - (3) 訴訟の進行
- 053……2 審理過程の諸問題
 - (1) 訴えの併合・変更等
 - (2) 参加
- 056……3 審理の方法
 - (1) 解釈：裁判所の専権
 - (2) 事実認定：全面審査
 - (3) 行政手続法の影響
 - (4) 裁量処分の審査
- 057……4 立証責任
 - (1) 決めることの必要性
 - (2) 立証責任とは
 - (3) 客観的立証責任と主観的立証責任
 - (4) 主張責任
 - (5) 立証責任の分配
- 058……5 取消訴訟における立証責任分配の原則
 - (1) 様々な考え方
 - (2) 実務の実際
 - (3) 塩野説
 - (4) 伊方訴訟をめぐって
- 062……6 文書提出義務
 - (1) 行政庁の文書の閲覧を求める手段
 - (2) 取消訴訟において行政庁に文書を提出させる方法
- 063……7 理由の差替えの可否
 - (1) 塩野説
 - (2) 判例
 - (3) 租税法分野における理由の差替え
 - (4) 行政手続法・情報公開制度の登場—原理的考察の必要性
 - (5) 小括

065…Ⅷ 訴訟の終了

- 065……1 当事者の意思による終了と判決による終了
- 065……2 取消判決の効力
 - (1) 形成力
 - (2) 第三者効
 - (3) 既判力
 - (4) 拘束力
 - (5) 反復禁止効
- 068……3 請求棄却判決の既判力
- 068……4 事情判決
- 069……5 違法判断の基準時

069…IX 取消訴訟における仮の救済—執行停止制度

- 070……1 仮の救済の必要性
- 070……2 執行停止制度
 - (1) 概要
 - (2) 要件
- 071……3 執行停止の内容と効果
- 071……4 執行停止制度の限界
- 072……5 内閣総理大臣の異議
 - (1) 沿革—平野事件
 - (2) 具体例
 - (3) 裁判所の審査権

[E]行政事件訴訟② 無効確認訴訟・不作為の違法確認訴訟・義務付け訴訟・差止訴訟

072… I 無効確認訴訟

- 072……1 概観
 - (1) 取消し得べき行政行為と無効の行政行為
 - (2) 無効の行政行為を争う方法についての2つの考え方
- 073……2 無効確認訴訟
 - (1) 訴えの利益
 - (2) 取消訴訟の規定の準用
 - (3) 主張・立証責任
 - (4) 取消訴訟との関係
- 074……3 争点訴訟
 - (1) 意義
 - (2) 内容
 - (3) 問題点
- 075……4 公法上の当事者訴訟—無効行為に関する訴えとして
 - (1) 具体例
 - (2) 適用条文
 - (3) 仮の救済

076… II 不作為の違法確認訴訟

- 076……1 不作為の違法確認訴訟
 - (1) 意義
 - (2) 制度の概要

076… III 義務付け訴訟

- 076……1 前史
 - (1) 初期
 - (2) 義務付け訴訟の可否
 - (3) 法改正前夜の裁判例
- 078……2 現行制度
 - (1) 義務付け訴訟の種類
 - (2) 性質と訴訟物
- 079……3 各類型の要件
 - (1) 直接型義務付け訴訟
 - (2) 申請満足型義務付け訴訟
 - (3) 一号義務付けか、二号義務付けか
- 081……4 仮の救済—仮の義務付け

081…Ⅳ 差止訴訟

- 081……1 前史
 - (1) 学説の状況
 - (2) 判例
- 082……2 現行制度
 - (1) 差止めの訴え
 - (2) 性質と訴訟物
- 082……3 差止訴訟の要件
- 083……4 法改正後の判例
- 083……5 仮の救済—仮の差止め

083…Ⅴ 法定外抗告訴訟

[F]行政事件訴訟③ 当事者訴訟・民衆訴訟・機関訴訟

084…Ⅰ 当事者訴訟

- 084……1 種類
- 084……2 前史
 - (1) 公法と私法の区別
 - (2) 当事者訴訟蘇生論
- 085……3 平成 16 年度行政事件訴訟法改正以降
 - (1) 4 条における「確認訴訟」の明示
 - (2) 判例

085…Ⅱ 民衆訴訟・機関訴訟

- 085……1 意義
- 086……2 民衆訴訟
 - (1) 公職選挙に係る訴訟
 - (2) 住民訴訟
- 088……3 機関訴訟

[G]裁判権の限界

088…Ⅰ 裁判権の限界

- 088……1 問題の所在
- 088……2 司法審査の対象
 - (1) 憲法上の司法権
 - (2) 法律上の争訟
 - (3) 司法審査の限界

第二部 国家補償

[A]国家賠償

090…Ⅰ 国家賠償の概要

- 090……1 序論—国家賠償と損失補償の統一的考察
- 090……2 国家賠償制度
 - (1) 意義
 - (2) 明治憲法下の国家賠償
 - (3) 日本国憲法下の国家賠償
- 091……3 国家賠償法の位置づけと概要
 - (1) 位置づけ

(2) 国家賠償法の概要

091…Ⅱ 公権力の行使に関する賠償責任—国家賠償法第1条

092……1 責任の性質

092……2 要件

- (1) 国または公共団体
- (2) 公務員
- (3) 公権力の行使
- (4) 故意・過失・違法性
- (5) 職務を行うについて

096……3 取消訴訟の違法と国賠訴訟の違法

097……4 公務員の個人責任

- (1) 判例
- (2) 個人責任を認める学説—自己責任説の立場から

097…Ⅲ 営造物責任—国家賠償法第2条

097……1 規定の意義

097……2 要件

- (1) 公の営造物
- (2) 設置管理の瑕疵
- (3) 設置管理：道路と河川
- (4) まとめ

100…Ⅳ 賠償責任者の問題—国家賠償法第3条

101……1 原因者に対する求償

101……2 費用負担者と求償

- (1) 国家賠償法第3条の意義
- (2) 公権力責任の主体
- (3) 最終的な賠償責任の主体

102…Ⅴ 民法の適用

[B]損失補償

103…Ⅰ 損失補償

103……1 意義

103……2 損失補償の要否

- (1) 憲法上の請求権
- (2) 補償の要否の基準

106……3 訴訟上の請求

106……4 補償の内容

- (1) 問題の所在
- (2) 財産に対する補償
- (3) その他の補償項目
- (4) 開発利益の還元

108……5 国家補償の谷間

◎注意

これは、2013 年度冬学期の法学部第六学期専門科目「行政法第二部」の講義ノートです。教官は、交告尚史先生です。個人作成のため、間違っている可能性があります。なお、このノートの中に出てくる「100 選」というのは、特に記載がなければすべて、有斐閣の行政法判例 100 選[第 6 版]を指しています。なお授業内での扱いにあわせ、塩野宏先生を神格化した宗教的表現が随所に見られますので、何か信ずるところをお持ちの方で、他宗教に寛容でないという人がいましたらご注意ください。

I はじめに—講義の内容の説明

今度はのっけから遅刻したりはしなかった。第一部の反省が垣間見えるスタートであった。

1 行政法第一部の試験の感想

大前提としては、配点は基本的には問題用紙に記載された通りの形で大体はいくものの、「ここでこんだけ書いているんだし、きつこつでも調子悪かっただけで本当はわかっているんだろう」的な配慮があることもある。

問1 許可と特許

田中次郎先生の分類図を前提とする設問であるが、これについておそらく触れていない昨年度の履修者（4年生）に対しては、メンゴ★と言っておく。許可と特許はそれぞれ**命令的行為**と**形成的行為**に分類できるのだった。

田中次郎先生はここで結構かつちり分類するのだが、まあ最近はこの分類を相対化する見方が強い。とはいえ、ここをしっかりと分類できていれば20点のうち14点はもらえるとのこと。

そこから、設問で問われている廃棄物処理業の許可について、理屈付きでしっかりとどちらかに分類できれば、どっちにしようが2点はもらえる。塩野先生が機能的な分類をしていることに触れたり、近年見方によれば、両者は相対的なスペクトラムのうちにあることを指摘できればさらに2点はもらえるとのことであった。

問2 判例分析

従来は、ある事業は基本的に最初に来た業者に任せようという考え方をとることが多かったのだが、それに対して有能ならば積極的に後発の事業者も参入させることができるようにすべきだという見方もあるわけで、この点で地裁と最高裁のとらえかたが分かれたことを指摘する問題であった。

これについては、**行政機構論**を書いた人もいたが、ちょっとそれを書いてほしかったわけではなかったようである。まあ問題文の書き方が錯覚させるような感じだったのでおまけで3点～7点程度あげているとのことであった。もちろん説得力のある程度ある感じで書いていればの話だけれど。

問3 現代行政裁量論

現代における裁量と言うものの在り様を論じる問題。**自由裁量**、**羁束裁量**と言う形で単に行為過程を分類するだけでなく、行政過程のなかで新たな形の裁量が見えはじめてきていることを指摘できれば9点から14点ほどあげることができるとのことであった。

問4 和歌山地裁判決の支持

和歌山地裁は、街が審査基準を定めていないという事態を許す判決を下した。これに関しては、廃棄物処理法で書き尽くされているから別にオッケーであるという人と、手続きの瑕疵があっても影響はないのだという議論をした人がいた。まあ前者のほうが素直だが、どちらだろうが書きぶりがしっかりしていれば点はあげたそうである。理屈で10点ほど、議論で最大17点まで点をあげている。

支持するかどうかについて、少なくとも賛成か反対かははっきり議論してほしいが、賛成するなら、まあ実際の所それ以上具体化して基準を書くことができないんじゃないの？という感じの事を言うとかが考えられる。個別事情を審査する限界ということである。反対論をとれば、行政手続法の意義が失われると書いてしまえばよい。

結果

3年生…答案319枚のうち

優 40枚程度

良 125枚程度

可 100枚程度

つまり、不可は50人ちょっと。

平均点は70点ちょい。出題者としては大いに満足しているとのことであった。なお、4年生に関しては黙秘するとのことであった。第二類必修科目なのになんだこの闇は。

2 行政救済論

今回は講義の内容を説明しますとのことでした。

塩野さんの教科書は、第一篇において行政法の基礎と、行政過程の話をしていて、それを扱ったのが行政法第一部であるが、その後にはやってくるのが、塩野さんの教科書でいえば第二篇、「**行政救済論**」である。

ちなみに第三篇は「行政手段論」であり、公務員法だとか、公物法、組織法（国家行政組織法など）だとかを考えることになる。今やこれは法科大学院でやることになってしまったのだけれど、やはりやらないとわけわからないところがあるので、関連するところは触れるし、組織法については多少行政法第一部で触れたのだった。

(1) 行政救済＝私人と行政主体との間に生じた紛争の解消

では**行政救済**とは何なのだろうか。それは、端的に**私人と行政主体の間に生じた紛争を解消すること**だろう。行政救済は私人と私人とではなく、行政と私人との間の関係での紛争を解決する。ここには、2つの観点がある。

①救済の「手続」の探究

行政処分の後、事後に救済するための手続を考える。

運転免許を取り消されたから、ふざけんなと争う。まあ一般的に見ればこれは普通だし、当然と思うかもしれない。しかしながら、もうご存知のように、後から助けてもらうのはなかなか難しいこともある。ということで、時系列で処分の「後」にある不利な状態を争い、なかったことにするための方法が探求されねばならない。学習すれば分かるが、事後手続としての裁判的手続を探究するということは、**行政事件訴訟法**の研究ということに最終的にはつながるので、やはりこの法律について結構見ていくことになる。何回も条文を見よう。もちろん第一部から言っているように、同法3条の基本構造は大事なことのうえ。

②行政過程において生じた私人の側の財産的損失の填補の制度の探究

これは、より実体的な判断の話として、損失補填の制度を探究するものである。具体的には、以下の二分野の話。

国家賠償：違法な行為あるいは瑕疵ある施設に因って生じた損害の賠償

損失補償：適法な行為によって生じた特別の損失の補償

ようするに、それおかしいやろ！ってのが上の話だったの
だが、こっちはそれが通らないときの埋め合わせの話である。
あらゆる行政活動が生む「マイナス」の状態をゼロにする、
ジョニィ・ジョースターの話。

そしてその「**マイナス**」は、**国家賠償のように違法な行為だとかを原因とするだけでなく、適法な活動によっても生じるのだから、損失補償と言う考え方が必要になる**のである。もちろん、適法な行政活動によって生じたマイナスは甘受すべきだという考え方もあるかもしれないが、公益のためにある一部の人、少数の人間にのみ負担を生じた場合に、それを補填しないと言うのはどうだろうか。飛行場を作るために一部の人から土地を取り上げたときに、その相手方には何もしないというのは、やはり納得のいかないところである。納得いくならあなたの土地を公園にしようぜ！



大統領もプラマイゼロって言ってる

国家賠償については以下のような国家賠償法の規定を見ていくことになる。

【参照】国家賠償法第1条1項

国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる

(2) 総合的把握の必要性

国家行為の**適法性**というのが、全体のうちでまず大きな問題となる。

※行政「事件」ということについて

行政事件は民事訴訟の一部分と言う位置づけになっている。行政裁判所はないし。ということで、ここでは行政事件と言う特別カテゴリだから行政事件訴訟法で扱うのだが、特別でない部分は普通の事件であり、民事訴訟なのだから、行政事件訴訟という言い方をするとのことである。

行政事件訴訟では行政行為の適法性が審査される。これは一見当然に思えるが、権力分立における司法権の役割を考えると少し微妙なところもある。裁判所は結局裁量と言うものにどれだけ突っ込めるのかというのは問題にであり、**規範と事実の当てはめに際して規範の不十分だとかが生む裁量をどう審査するのか、どこまで審査するのか（完全に見直すとすれば、それは裁判所が第二の行政庁となることを意味する）は一様に決まらない。**

※特に地震のあと、原子炉に関する訴訟がどんどんでてきた。

今まではそれに関する審査態度がゆるゆるであり、そのせいでずさんな管理が横行したのだと批判される。しかし、じゃあ「どうすればいいの」と言われると、実際問題どう審査するのかは決められない状況である。結局、行政が自信を持ってやったことに対して、裁判所がどのように適法性を判断するのと言われると、意外にそれは難しい事なのである。

※なお、原子力規制法は地震の後改正された。

国家賠償では、行政活動の違法が賠償請求権成立の要件となる。

だがここでも、国家賠償法のいう「違法」とは何かがまた問題になる。**違法な行政処分のせいで損害が発生したというが、そのときの違法とは、行為規範に適合していないことだと簡単にとらえきつていいのか**という問題が生じるのである。すなわち、行政処分がその根拠要件と言う点で正しくなされたかどうかは、もちろん国家賠償でも問題にならないなどということはない。たとえば営業停止命令が十分な事実調査に基づかなかった場合、営業停止命令は違法と言うことになるから、当然損害を国家賠償してよと言うのは普通の事であろう。

だが問題なのは、そのときの違法は、営業停止命令が行為規範にあっていないというだけでいいのだろうか。結局、ここで賠償につながる行為をしているのは、国と言う抽象的な存在ではなく、公務員と言う個人である。この個々の人間の注意義務は、検討する余地があるのではなかろうか。まあいずれ話すので今はいいです。

ただこれは、国賠請求認容判決に、**違法活動抑止効果**もあることともつながる。たとえば、行政職員が営業停止命令を違法にやったということが賠償につながるのならば、それが現場にフィードバックして違法な活動を止めさせる期待が持てる。だが、それならば行政処分が行為規範に違反してなされたかどうかだけが確かめられれば充分であるともいえる。行政処分には行為規範の縛りがあり、それに適合したかどうか裁判所がチェックすることで現場にフィードバックが行き渡り行政の方向を基礎づける。変に公務員個人の義務違反を混入させると、それ次第では行政処分が服すべき行為規範には違反しつつも、賠償対象とはならない行政処分と言うカテゴリーが生れ、このフィードバックの機能を損ねてしまうかもしれないのである

なお**損失補償**では、行政活動が適法であることが請求権成立の前提である。

これらの諸制度については、総合的な把握が大事なのだが、行政法の学習はともすると、国家賠償法のときは国家賠償法…とか、バラバラなものになりがちである。しかし、国民との関係で行政はどんな紛争を生じるのかを考えていくと、やはりこれらは相互的な連結があり、そこにも目配りが必要になるといえる。「あとは国家賠償に任せておこう」とか、そういった形で役割分担もあるので、全体的な視点を持つようにしてほしい。

(3) 教科書の構成

◎第一部…行政争訟論

「争訟」と言っているのは、ともすれば訴訟に至らない可能性のある、行政不服審査の観点も取り込むためである。ただの訴えのみではなく、行政の組織の枠内で行為を見直す手続きもここでは扱っているので、このような言葉づかいになっているのである。

◎第二部…国家補償法

国家賠償については国家賠償法が規律をしている。他方で損失補償については、大元には憲法 29 条があるものの、個別の規定に委ねられる。

塩野さんの教科書は以上の二部構成で進んで行く。

3 第一部・行政争訟

いま区分した二部構成のうち、まず第一部ではどんなことをやるのかを見ておく。

(1) 行政上の不服申立て/行政不服審査法

不服審査は、行政庁の**違法または不当な処分**を見直す仕組みである。違法なところは裁判でもはっきりするが、この「不当」というのも見なおせるのが特色。裁判所は行政機関から独立した審査機関として、違法かどうかを見るのが責務であるが、不服審査はあくまで**行政機関が紛争を見るものなので、申し立ててきた国民の言い分を聞くことはもちろん、自分たちの決定が行政活動の運営から見て適切だったかを見直すチャンスでもある**のである。だから、違法でなくとも「ん？」というもの、不当なものを見直そうということになる。

また、行政庁に対する不服申立てが裁判に対して優れるのは、簡易迅速な手続が可能だということである。弁護士とか雇わなくていいし。

※行政不服審査法はまだ、発展途上にある。総務省がパブリックコメントを募集している真っ最中である。

(2) 行政事件訴訟/行政事件訴訟法

行政事件訴訟の議論については、いまでも**取消訴訟中心**の構成がなされる。

それは塩野さんの教科書の構成からもわかることである。行政は権限を持ち、我々の法的地位を一方的に変えてくる。それに対して争う、抗告するための手段を、まず議論すべきだと言うのはその通りだと思う。

よって、まずは取消訴訟の構造をつかみ、その他のものと比較すると言う構成が教科書ではとられている。

条文で言うと、行政事件訴訟法第3条2項の処分の取消しの訴えが問題になる。

ただ、そうすると処分の取消しの訴えにつき**処分**とは？ということが問題になる。**訴訟対象性**ともいうが、ここで「処分」が取り消せるとして、行政の行った決定のうち、処分とは何なのか。

これは非常に難関であり、最高裁が処分の範囲を広げている点も絡まってとても難しい感じになっているのである。100 選Ⅱの159事件以降が関連する判例なのだが、これらの理解がかなり難しい。行政法第一部でもやったが、ここで処分には**行政行為**（行政処分）だけでなく、+αが含まれるというのが、近年の理解となっている。もちろん行政処分は一方的な法的地位の変動であり、これこそまさに行政事件訴訟法の登場した理由なのだから、これが取消訴訟の対象になるのは当然のことではある。しかし、それに関して曖昧なところがあったとしても、「救済してやるべきじゃね」と思う所が少なからずあり、それが取り込まれているのである。

※結局行政行為を説明する時、相手方の国民が違法だと思ったからと言ってそれに従わないというのも困るので、正規の取消しの権限が発動するまでは有効としておいてもらうという「公定力」も出てくる。これは第一部でもやったはず。

※ただ、宇賀先生は公定力と言う言葉を使わない。これは、**公定力とか言わなくても、取消訴訟が排他的な管轄を定めることの反射的な効果じゃん**と言う理解からくる。要するにわざわざかっこつけて言わなくていいぜと。

(3) 行政法第一部の復習

さて、上と関連して、行政行為（行政処分）Verwaltungsakt については少し復習しておく意味がある。

行政行為とは、行政の活動のうち、具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為である。

◎行政行為のポイント

①**法律または条例の根拠**…民主的基盤が必要である。

②**権力性、優越性**…そういう仕組みにしておかないと、「免許取り消したいんだけど話し合おう」とかかなり意味不明なことになる。上から目線は必要である。

③（直接）**法効果性**…「法」効果、つまり法が生み出した効果が存在する。行政処分によって、何か法の予定する変動が起きないといけないことになる。なおここで「直接」といったのは、行政処分のあとに紆余曲折を経て法効果が発動しただけならば、処分ではなくね？と言う意味である。この点結構微妙なところがある。

病院開設中止勧告事件（平成17年7月15日：最高裁/100選Ⅱ167事件）

医療法に基づいて、病院の開設許可を知事からもらおうとした人がいた。対して行政側は、地域医療計画と言うものを立て、地域のベッド数などを把握しようとしていたために、「ちょっとやめてよ」という感じだったのだが、法制度設計としては、病院が要件さえ満たしていれば、基本的には許可がもらえる仕組みになっているのだった。

これではその計画とやらはどうにも実現できないような気もするが、ここで行政は、指導をかけると言う形で法的効果のない形で実現を目指していたのだった。行政指導には事実上の実効性は大きいものの、法的効果はない。そこで病院側が頑固に「君が！泣くまで！開設をやめないッ！」と断ったところ、行政は開設はさせたものの、保険診療機関の指定に際して圧力をかけたのである。

この許可は、あくまで保険診療法の範疇であるが、今の世の中、保険がきかない病院に客が来るわけがない。ここで行政は、「いや俺らの意見に従わなかったし」といって、保険診療機関としての指定を認めなかったわけだが、実はこの指定の申請は、あくまで病院自体が出来てからでないと出来ない。なので、病院を作ったものの保健医療機関として認められない可能性があるなど、システムとしてはかなり凶悪と言えた。ここでは、その諸悪の根源たる行政指導に、何か処分性を見出すことはできないのだろうか。まあここでは紹介のみ。

◎行政行為の効力

公定力：行政行為によって形成・消滅される具体的法関係は、これに不服ある者があっても、権限ある機関が取り消すまでは、その法的状態を維持する。行政行為は、たとえ違法であっても、権限ある機関が取り消すまでは、一応有効なものとして通用する。取り消し訴訟の排他的管轄という見方もあるのは前述した。

不可争力（形式的確定力）：出訴期間の裏返し。期間設定がしてあるので、それを超えたらしゃーないよねと。

不可変更力（実質的確定力）：あんまり第一部では話さなかったかもしれないが、これはつまり、行政の側からももう変えられないと言う意味である。不服審査のけりをつける決定（裁決）などには、不可変更力が認められる。判決ではないから行政処分の一種であるのだが、やはりこういうのには最終確定性が必要だし。

執行力

行政処分はただするだけではなく、執行しないといけない。行政の実効性の確保手段の話は、第一部で行政代執行法などに触れてしたはずである。行政法第二部にはそこまで関係ない。

4 第二部・国家補償法

さっき説明した通り、国家が私人のマイナスを埋めるための方策の話である。

(1) 国家賠償

簡単に言えば国、公共団体の行為・施設に瑕疵がある場合に私人に生じた財産的損害の填補。

① 国家賠償法 1 条 公権力責任

公務員の違法な職務行為に因って生じた損害を公共団体が賠償する。

② 国家賠償法 2 条 営造物責任

営造物の設置・管理に瑕疵があったために損害が生じたときは公共団体が賠償する。

なお、営造物というのは、**国または公共団体によって直接公の目的に供されている有体物**とされている。

(2) 損失補償

国家の適法な行為によって私人に生じた特別の損失でも、公平負担の見地から補償がなされる。

【参照】憲法第 29 条 3 項

私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる

これにより補償が必要な場合を判断するときには、財産権への侵害が「特別の犠牲」を強いるものかどうかの問題になる。その判断は具体的に以下のような点を重視する。

① 侵害行為が広く一般人を対象とするか、特定の個人ないし集団を対象とするか

② 侵害行為が財産権に内在する社会的制約として受忍すべき限度内か否か

また、「正当な補償」の解釈についても、憲法で習った通り**完全補償説**と**相当補償説**とに分かれるのだった。

※「うちの憲法の授業じゃやってねーんだよ、普通と違うから」とか言っている人へ一応言っておくと、日比野さんもしっかりこの部分については扱っています。あなたが忘れていただけですね。

一応、このように憲法の定めがあることから、補償規定のない法令があったとしても憲法 29 条 3 項に基づく損失補償が請求可能だとされ、補償規定を備えていないからといって、ただちにそれにより違憲無効にはならないというのが、一般的な理解である。

ただし、上に述べた特別の犠牲、権利の社会的拘束性、内在的制約というものは、概念の抽象的内容は明確であっても、具体的当てはめに際しての内容には乏しい。その**内容は結局のところは、利用制限の態様、原因、損失の程度、社会通念を総合的に判断することになると思われる**。レレバントな事実です。ありがとうございます！
まあ実定法に即した具体的な考慮事項の探究が必要になってくるでしょうね。

4 塩野行政法の特徴

先学期の行政法第一部のときからまるでなんかの宗教のような扱いの塩野行政法学について、交告さん曰く「僭越ながら思う所を述べる」とのことである。またまた謙遜しちゃって～☆

(1) 教科書の特徴

① 独習への配慮

塩野さんの教科書は、確かにむずかしいと言われる。そして実際にとてもクールなのだが、文章自体は読みやすいと思うと交告さんは述べる。まあ実際読みにくいし、どっかの緑色の会社法とかよりは断然に良心的である。また独習への配慮がしっかりしていて、たとえば訴訟要件についても、「訴訟要件とは、実質的な審判、つまり本案について審理判断をするための要件で、平たくいえば、国家の作った訴訟制度の利用の条件である。これが欠けているときは、裁判所は請求について本案判決をすることができず、却下判決をすることになる（96 頁）」などと説明を入れていて、「もう習っているよね」という前提で話をしていない神スタイルである。や…優しさがあふれすぎる～！

② 判例の明示

判例集、判例百選の事件番号にしっかりと言及していて、判例 100 選の改訂などに対応しているのが嬉しい。

③ 主要文献の引用

ところどころにあげる論文が本当にうまくセレクトされていて、学者のほうも塩野さんの教科書に載ると嬉しいとのことである。深く研究するならば、この教科書に載っているものを参照すると間違いない。

※なおここで紹介されたものとして、山本先生の「判例から探究する行政法」がある。おすすめらしい。

※もう完全に塩野さんの本の販促になっているが、気にしてはならない。

(2) 内容の特色

① 解釈論と立法論の峻別

ごり押し的な解釈はない。無理のない解釈論の探求が行われており、**足りない所は「立法してね」と任せている**クールさが素敵である。

② 制度の総合的把握

目次から見ても分かるように、制度を総合的に把握するために、行政処分手続、不服申立ての手続、裁判手続などのそれぞれの関わりを述べる。裁判を「特殊な人の議論」として割り切る人がいるかもしれないが、実は裁判所も行政側に判断してと送り返すこともあったりする。そういう意味ではやはり行政過程なども裁判の判断に関わるのであって、こういうところをしっかりとすくい上げている。

③ バランス感覚

やばい。

第一部 行政争訟

[A] 行政上の不服申立て

I 行政上の不服申立て

1 序説

(1) 意義

行政不服審査法の性格としては、これが行政上の不服申立ての一般法となるということがまず大きな特徴である。まあ名前からするとある意味当たり前だが。なお、あるおかしい措置を取消すという、「処分」に着目した構成をとるのだが、近年は不作為に対する不服申立ても出てきていることに注意しよう。

※列記主義と概括主義

列記主義というのは、行政訴訟を提起できる事項を法令でいくつかの事項に限定することである。このような列記主義の下では、限定された行政訴訟事項以外の事件については、臣民は行政の行為を甘受するほかなかったわけである(たとえば明治時代の訴願法は列記主義)が、行政裁判所もなくなった日本国憲法のもとでは原則としてすべての法律上の争訟が司法裁判所の管理のもとにおかれるようになった。このように行政訴訟を提起できる事項について、ゾーニングをかけない**概括主義**が現行の行政訴訟関連法規では妥当している。

(2) 制度のメリット・デメリット

比較している対象は、行政事件訴訟の制度である。

◎ メリット

① 簡易迅速な救済制度である

そもそも行政不服審査法第1条にも、「簡易迅速」と書いてある。裁判の手続きは慎重だから時間がかかるのに対して、単に見直してもらうという手続きのほうが簡便である。

② 処分の当・不当も審査する

裁判だと処分が違法かどうかしか判断されない(というかそれ以上したら憲法問題になる)わけだが、不服申立てでは処分が**不当**かどうかとも判断される。

※とはいえ違法と不当との差異については実は「よくわからない」。境目に明確な線があるとしたら、どこなのかと言う問題はかなり謎なのである。

まあ両者が別にならなければ、素直に見れば区別が出来るようなのだが、その差異はあまり明確ではなかった。なんとなく頭の中にあったのは、「裁量行使」についての見直しラインが「不当」ということでしかなかったようである。これはつまり、**裁量権を濫用または逸脱しないと裁量処分が違法とならないのだから、そうまでいかずともおかしいなと言うときに、自分で見直すのが不当の瑕疵**というわけである。

具体的には、学校の先生を六ヶ月の停職処分にしたところ、その先生の非難される行為を鑑みると少しばかり重すぎやしませんか、というときなどが例となる。訴訟を起こした時、裁判所はそれが違法と認定できないとさすがに取り消しはできない。そこで考慮されるのは、非難されるべき行為と制裁とのカテゴリの比例性が欠

けていないかどうかであるわけだが、なんかちょっと六カ月は重いと思ったとしても、比例性を欠いているとまではなかなか判断できない。他方で、行政自身が見直すというときには、**適正な運営**を目指すという観点から、違法でなくとも取り消すことは否定されないのである。まあこの観点からは、違法と不当は別次元と言うよりは、程度問題、おなじみのグラデーションの関係にあることになる。

③行政が自己の処分を見直す機会

訴訟というのは、法的な地位が傷つけられたものへの救済の場であるが、不服申立ては主体的な行政側の見直しのチャンスでもある。

④行政訴訟との関係でのスクリーン効果

不服申立ての段階で終了すれば、裁判所にとっては負担軽減となる。実際は不服申立てもなかなか認められないので、本当の意味でこの段階で争いが終了しているのかと言うと微妙だが。

◎デメリット

①第三者性において劣る

処分をした行政サイドで審査されることになるから、争っている側からすれば茶番に見える。中立性の観点が不十分なのである。不服の異議申立てを、処分をした行政庁にする場合はそれは特に顕著である。

②事実解明に限度あり

行政庁の職員が集めてきた資料がベースだし、事実の解明、権利救済の観点からは不十分の感が否めない。まあこのように、メリットもあればデメリットもあるし、しかもメリットを享受するのが行政サイドであることもあるので、導入するにしても、一律に不服申立て前置するとかいうのはあまりいただけないかもしれない。

Ⅱ 行政不服審査法

いよいよ法律の中身に入っていく。

1 審査法の基本構造

(1) 不服申立ての3形態

不服申立てのメニューには、異議申立て、審査請求、再審査請求の三つがある。ただし、基本的にはこれが「処分」に対してのメニューであるのに対し、ここに「不作為」に対しての措置が足された。以下のように、処分に対しては三つのメニューが全て用意されるが、不作為については商品の在庫が少なくなっている。

A 処分についての異議申立て（6条）、審査請求（5条）、再審査請求（8条）

B 不作為についての異議申立て、審査請求（7条）

①異議申立て

基本的に処分庁に対して行うもの。処分したところが行政庁なのだから、わざわざ処分庁と言う言い方をすることには違和感があるかもしれないが、分かりやすさのための便宜として許すように。

※ただし、行政手続法の聴聞を経てなされた処分については、異議申立てはできない（行手 27 条 2 項）。それなりの手続きを経たことに対する信頼があるからである。

②審査請求

処分庁の直近行政庁に対して行う。もちろん、「行政庁」は処分したところを指すと習ったはずなので、「直近行政庁」って言うものの処分していない人たちを行政庁っていうの？と思うのはもっともなのだが、階層構造の中で組織上その上に立つところを直近行政庁ということになっているので仕方がない。

特別の審査機関が設置されていることもある（国税不服審判所、人事院、人事委員会など）。これは結構大事だったりする分野についておかれていることが多い。

※処分庁が主任の大臣、宮内庁長官、外局の長、および外局におかれる庁の長であるときは、それより上（大臣の場合なら内閣総理大臣）へは行かないで、処分庁に異議申立てをする（5条1項1号但し書、6条1項2号）。ただここでは法定受託事務については大臣などへの審査請求が出来ることを定めた地方自治法 255 条の 2 に注意しておこう。これについては今はあまり説明できないが、法定受託事務との関係では機関委任事務の廃止などの歴史も鑑みないとなかなか理解しにくい。おさらいだが、国と自治体間に上級庁の関係があるために行政が停滞していると言う指摘から、**機関委任事務**と言う、国からのトップダウンの命令系統を廃止したのだった。ここで機関委任事務の 6 割くらいは自治事務として県に降りてきて、4 割くらいが法定受託事務となったのだった。法定受託事務と言うのは、国が偉いんだぞと言う訳ではないが国に重みをおくべき、ということで、国民の便宜のために仕方なく自治体にやってもらっているんですというもの。逆に言えば、**この建前の下では**

「上」の機関はここでなくなっているわけである。しかし、「上」に審査請求ができるならしてほしい、だって第三者性に優れるからねと言う要請もあり、地方自治法で合わせ技的に特別の審査機関を法定したのである。擬似的な、そして歴史的な上級行政庁が残ると言うイメージである。

③再審査請求（8条）

審査請求の結果に納得がいかないときに、また見直してもらえる。ただ、これをやりすぎると堂々巡りなので、できるときは限定されている。

- ・法律（条例）に定めがある場合
- ・原権限庁から法律の根拠に基づいて権限の委任を受けて下級行政庁が行政処分をした結果、審査請求の手続では原権限庁が上級行政庁として審理を担当することになった場合。ジャイアンがスネ夫にやらせたことについての、のび太からの異議申立てがあった際の審査者がジャイアンだとなんか怪しい。そういう感じのときにやり直しができる。

実は平成 20 年の改正の議論ではこの再審査請求をなくそうと言う動きもあった。ただ、近年はそうでもなく、必要な分は残しておこうと言う感じでもある。これは要するに、裁判を受ける権利との兼ね合いである。こういう審査を強くし過ぎると、公開対審の裁判を受ける権利とも多少なりとも重なり合いが生じてくる。

(2)審査請求と異議申立てとの関係

①相互独立主義

異議申立てと審査請求は独立した手続であり、どちらか1つしかできないことになっている。(選択肢として二者択一という意味ではなく、そもそも振り分けがなされ、どちらかしかカードが用意されない)ただし、法律で両方できることになっていることもある。また審査請求と再審査請求は、第1審と第2審の関係に立つ。

②審査請求中心主義

そのうち、審査請求ができるときは基本的に審査請求をすべしとされている（6条但し書）。具体的には処分庁に行政上級庁があるときは審査請求のみ可能である。

第三者性の強い審査請求を中心に据えたということで、現在の改革でも審査請求に一本化する構想が練られる。しかし、審査請求に観念的にこだわりすぎという批判もある。

※第三者性への疑問というのは、ようするに「第三者ってマジかよ！敵の親玉だぞ」と言う話である。通達やら何やらで指示をしていた大元に第三者性を認めることには抵抗がある。ということで、審理員を設けようと言う動きもあったりする。

③不作為に対する不服申立て

不作為については、異議申立ても審査請求も並立した関係におかれ、**自由選択主義**（7条）がとられる。やはり不作為の訴えは、「早くしろボケ」という主張なのだから、手続促進目的達成には不作為庁への異議申立てにも意義があることが考慮されているのである。

細かいが、不作為庁が主任の大臣、宮内庁長官、外局の長、および外局に置かれる庁の長であるときは、異議申立てしかできない。

(3)不服申立てをするために

条件がいくつかある。

a. 不服申立て人適格

行政事件訴訟で言えば原告適格である。判例では取消訴訟の原告適格と同じとされているものの、まじで原告適格と不服申立人適格とが一致するかについては、学説には異論もある。この手続と言うのが訴訟と完全に連結したものだとして扱っていいかと言われても、かならずしもそうではないのではないかと思われるからである。

b. 不服申立て期間 14条

処分のあったことを知った日の翌日から数えて 60 日以内に行わないといけない。

異議申立て→審査請求のパターンのときは、すでに処分が来ることはわかるだろうから決定のあったことを知った日の翌日から起算して 30 日以内。また審査請求は原則処分の日または異議申立についての決定の日の翌日から一年以内でないといけない。ただ、これについては「知った」というのはどういうことなのかと言う問題がある。また、天災などやむを得ない理由があるときにはこの期間の限りではない。

c. 教示義務 57条

行政庁側にも、処分に際して「**不服申立てはできるか、どこにすればいいか、いつまでにすべきか**」を書面で伝えなくてはならない義務がある。ただし口頭の処分の場合はこの限りではない。

また、利害関係人からの教示の請求にはこたえる義務があるし、不服がある時も不服申立書が提出できる。ただし教示しないこと自体をもって、処分が違法とかの判断をされるようなものではない。

教示の時にミスったときが問題になるが、この時は処分につき不服申立てが可能となる(58条1項)。

※間違いの例…間違った審査庁を「審査請求の相手方」として書いてあった場合

審査法18条により、その間違ったところに審査請求が行われたら、速やかに処分庁又は審査庁に送付し、その旨を請求人に伝える必要があると法定されている。また、本当より長い期間を「審査請求して大丈夫だよ」として伝えてしまった場合、その期間内の審査請求は法定の期間内のものとみなすことになっている(19条) 教示の仕組みはかなり伝統のある制度である。が、行政事件訴訟法のほうには平成16年改正まで教示がなかった。平成16年の改正はあまり知らないかもしれないが、行政事件訴訟法の初の大改正が行われた歴史的なものである。

(4) 不服申立ての手続

a. 不服申立ての方式

9条を参照しよう。原則は書面で行われる。審査請求の書面なんてかけないよ～という人も、審査法21条が補正の手続きを法定してくれているので安心である。ちなみに補正をサボると行政の違法が言えるし、補正に応じて直して提出すれば、なんと最初から提出していたことにしてくれる。お得すぎる…!

あと、審査請求の場合は、正副二通必要(処分庁への送付分)。行政庁側で書面を回していくために二通ということ規定がなされている。

b. 弁明書と反論書

22条に弁明書について規定される。審査庁は審査請求を受理した時に、処分庁に審査請求書を送ると同時に、弁明書を送れと言う命令をすることができる。これで出された弁明書は、審査請求人にも送られ、ここで審査請求人は「反論書」を提出できる。

ようするに、**審査庁は処分庁の言い分と審査請求人の言い分を両方聞くことで、第三者の視点が確保できる。**

なおここで、審査庁が処分庁に弁明書を出させることは義務なのか争われたりする。

条文上は、「**審査庁は…できる**」と言う書き方で、審査請求人の意思とは無関係のような書きぶりであるが、審査請求人の権利として認めるべきであると言う議論も出てきた。弁明書の提出を求めることについては、審査庁に弁明書の提出を求める義務があるのだと言う判例も、義務ではないとする判例もありカオス。前者は大阪地裁昭和44年6月26日判決、後者は大阪高裁昭和50年9月30日判決である。これは同じ事件の一審と二審で、地裁は「義務」と、高裁は「ちゃう」と言った。まあこれは、弁明書が果たす役割をどうとらえるのかと言う問題でもある。審査庁が資料を収集するにとどまらず審査請求人に十分な攻撃防御方法を用意するという効果があるのだから、義務なのではないかというのが一審。続く大阪高裁はこれを否定したということである。学説も分かれ、塩野さんは、法の特別な義務付けはないし、義務と言うのは難しくないかといっている。対して兼子仁先生は、裁決手続の瑕疵となりうるのではないかと言う意味で審査請求人の要求権があると言う(ただし、絶対と言う意味合いではないので、そこまで塩野さんと違う訳でもない)。

c. 審査請求の審理

① 書面主義

【参照】行政不服審査法第25条1項

審査請求の審理は、書面による。ただし、審査請求人又は参加人の申立てがあったときは、審査庁は、申立人に口頭で意見を述べる機会を与えなければならない

基本的に審査請求の審理は**書面**による。ただし、参加人の申立があるときは口頭で意見を言う機会を求めないといけない。つまり、**書面には安定確実、簡易迅速(日程、場所の調整不要)と言うメリットもあるが、印象不鮮明、その場での質問ができないと言うデメリットもあるので口頭意見陳述請求権を認めている**のである。

※書面って時間かかるね? という感じだが、日程の調整と場所の確保が必要ない分楽なのである。

ちなみに口頭意見陳述については公開対審までは要求されていないものと解されている。

② 職権主義

証拠調べの手段については、26条以下に書かれている。

例…証拠書類の提出(26条)、参考人の陳述および鑑定の要求(27条)、物件の提出要求(28条)、検証(29条)、審査請求人または参加人の審尋(30条)

ここで、例えば27条などには「職権で」という文字が書かれている。審査請求人の申立によって証拠調べをするだけでなく、**職権証拠調べ**の可能性が否定されない。

※職権証拠調べと**職権探知**という似た概念がある。職権証拠調べは自らのイニシアチブで当事者が主張した事実について証拠調べをすることであるが、**職権探知は、裁判所がある事実の判断にあたる基礎証拠収集の権限と責任を負うことである。**よって当事者の主張していないことをしん酌することもできる。事件の解決を当事者の処理に任せるべきでなく、解決主体が何らかの意味で積極的に介入すべき背景事情がある時に可能となるのが職権探知であるが、これも不服申立て制度が行政の適正な運営の確保のためでもあることから可能とする説が有力である。

③ 閲覧請求

処分庁に書類等提出権がある（33 条 1 項）のに対し、審査請求人にはそうした書類の閲覧請求権（33 条 2 項）があり、これについては基本的には応じないといけない。

【参照】行政不服審査法第 33 条 1 項

処分庁は、当該処分の理由となった事実を証する書類その他の物件を審査庁に提出することができる
これについては、**「処分庁が出してきた」書類を見せてもらえるにとどまるのか、それとも審査庁が職権で収集したものまでも対象になるのか、**という閲覧請求の範囲が問題になる。

大阪地裁の昭和 44 年 6 月 22 日の判決では、処分理由を根拠づける証拠資料を提供するという意義からして、当該処分の理由となった資料で、現に審査庁に存在するものも閲覧請求の対象に含むとした。つまり、審査庁が職権で手にしたものであっても対象になるとしたのである。

しかし大阪地裁は昭和 46 年になると、33 条の対象は処分庁の送って来たもののみにということに言い分を変えてしまう。とはいえこれは文言からすれば自然ではあり、塩野さんも、あくまで処分庁の提出権に付随する形で閲覧請求権も規定されるのではなかろうかと述べている。

※行政手続法上には、**聴聞**と言う手続きがあった。聴聞では通知書を出せば、名宛人は根拠となる法令の条項、そして原因となる事実を記載した書類を見せてもらえる。閲覧請求は確かにこれと似ているのだが、原因となる事実を記載した書面全体が見れる聴聞のようにはいかず、あくまで提出してきたもののみにということになる。塩野さんは立法論としてはこのような限定につきなくすべきと言っているが、それと解釈論を区別しており、ある種のドライな部分をもっている。

またこの差異は国民の権利救済にこだわるだけでなく、制度を全体としてどう流すか、運用できるかという視点に立ってとらえるべきでもである。交告さんの体験だが、彼の所属する建築審査会は発生した紛争の解決をあくまで二次的な仕事としているのに、急に審査もしようぜとか言い出されてマジで無理だったことがあるとのこと。

（５）執行停止

【参照】行政手続法第 34 条

- 1 審査請求は、処分の効力、処分の執行力又は手続の続行を妨げない
- 2 処分庁の上級行政庁である審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申立により又は職権で、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止**その他の措置**をすることができる（以下略）

執行不停止原則として、基本的に**審査請求は処分の効力等に影響を与えない。**

ただ、申立または職権による審査庁の執行停止権限が認められている。取消訴訟における執行停止（行訴 25 条）との差異として、この審査庁の職権行使と、あとは「その他の措置」がある。たとえば、仮に行われる処分として営業取消処分を停止処分にかえてみたりすることができる。

2. 不服申立て手続の終了

（１）終了の形式

終了の最後の形式は、異議申立ての場合は**決定**（47 条）であり、審査請求の場合は**裁決**（40 条）である。裁決には書面性と理由付記が要求され、記名押印も必要である（41 条 1 項、48 条）。

（２）裁決・決定の種類

これには**却下・棄却・認容**というものがある。

これは民事訴訟法の学習が進めば分かるだろうが、却下（40 条 1 項、47 条 1 項）は基本的に「訴え自体不適法」であり、**この制度を利用するための条件（訴訟要件）を満たしていない**ぜよということである。それに対して、条件は満たしているから**中身について判断してやるけど、でも理由ないねやっぱり**というのが棄却（40 条 2 項、47 条 2 項）である。中身に際して「もっともだ」というとき、認容がなされることになる。

※却下という言葉は訴訟、不服申立てを勉強する時、このように理解しておくことが必須である。しかし行政処分の勉強のとき、飲食店の営業許可の申請が要件を満たさないとして「却下」とすると言いう言い方も学んだはずである。この却下については、営業許可ならば食品衛生法上の要件を満たすかの判断であり、制度利用の条件ではなく個々の法律許可要件としての「中身」の審査に立ち入っていることに注意しよう。

(3)「認容」の諸相

取消訴訟の場合の「認容」というのは、単に処分の取消しのみであるが、不服申立ての場合には異なる。**不服申立てにはそもそも「処分」についてのみになく、「不作為」についてのものもある**からである。

(a) **処分**についての不服申立ての認容

まずは処分についての不服申立てが認められた場合について考えていくことにしよう。

ここでは**事実行為も「処分」に含まれる**ことに注意しておこう。

【参照】行政不服審査法第2条1項

この法律にいう「処分」には、各本条に特別の定めがある場合を除くほか、公権力の行使に当たる事実上の行為で、人の收容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの(以下、「事実行為」という)が含まれるものとする

継続性が要求されることに注意しよう。「事実」というのは法効果を生じるものではないのだが、それでも不利益が生ずる場合はある。これが一瞬で終わってしまったのならば、事後的には損賠賠償してもらうしかないわけであるが、その行為(たとえば不法入国した外国人がずっと留め置かれている/港に何故か荷物が取り置かれている)が継続的性質をもって影響を与えているような場合は、それが改善されることで事実上の不利益状態の解消がなされることになる。行政不服審査法は、はっきりとした条文をもってそれに対応しているのである。

① **審査請求**の場合

- ・処分の全部または一部の取消し(40条3項)…これが一番ベースとなるものである。
- ・事実行為の全部または一部の撤廃命令+裁決での宣言(40条4項)…上に述べた事実行為用。

※処分庁の上級行政庁が審査庁であるときは、**処分の変更**、または事実行為についての**変更命令**が可能である(40条5項)。ただし、ここで審査請求人にとっての不利益変更は許されない。

取消すという行為は、ある行為が法律に反しているからぶっ潰せというものであり、「コントロール」と言う概念にピッタリである。しかし変更するということは、これは積極的な裁量の行使を予定しているように思える。単純に「亡き者」にするのではなく、むしろゴールド・エクスペリエンスで生命を生み出すようなものであるから、「変更」は一定の制約をかけたうえでないと無理だし、処分庁には無理とされる。しかし上級庁には指揮監督権がある以上、組織法上変更を命ずればするわけであり、それゆえ可能とされる。変更の内容が問題になるが、指揮監督権の範疇で、例えば処分を認容するように命令することはできるだろうと思われる。

とはいっても、代執行として、ある争われている処分について代わりに認容する「裁決」までしてしまうというのは無理であろう。認容させる、と言う命令を出すのが限界と思われる。変更の例としては、小学校教諭に対する「停職2ヵ月」を「減給6ヵ月給料の10分の1」に変えとかそういうものになる。

② **異議申立て**の場合

- ・処分の全部もしくは一部の取消し、または処分の変更(47条3項)
- ・事実行為の全部または一部の撤廃、変更(47条4項)

処分庁しか異議申立てについて応答しないので、こんなもの。上級庁との区別もいらない。

(b) **事情裁決**

40条6項(48条で異議申立てに準用)にあります。これは取り消し訴訟の事情判決というところであるのであまり触れないが、「それはもっともだね!なるほど!違法だようん!取り消すべき…だよね…**だが断る**」という場合。ダム建設とかを取消すことを考えると分かると思うが、取消してしまうことの社会的インパクトがやばいケースが存在するので、そういうとき用の請求棄却のやりかた。もちろん違法だとは宣言される。

(c) **不作為庁の決定・裁決**

不作為の場合は異議申立てをしても、上級庁に審査請求をしてもいいのであった。

① 不作為についての異議申立て

- ・不適法なら却下される(50条1項)
- ・そのほかの場合、異議申立てがあった日の翌日から起算して20日以内に何らかの行為をするか、不作為の理由を書面で示す(50条2項)。



②不作為についての審査請求

- ・不適法なら却下され（51 条 1 項）、理由がなければ棄却（51 条 2 項）。
- ・理由があれば、何らかの行為をするよう不作為庁に命令し、裁決でその旨宣言する（51 条 3 項）。

3 裁決・決定の効力

裁決・決定も行政処分だが、紛争裁断行為ゆえに独特の色合いを帯びる。

①効力の発生

効力発生には、申立人への送達を要する（42 条 1 項、48 条）。

所在がしれないときその他の理由で謄本を送れないときは、公示の方法によることができる。（42 条 2 項）。

②不可変更力

紛争裁断行為ゆえの**不可変更力**が生ずる。公定力と不可争力などについては第一部でも結構やったので簡単に言うと、争いを解決する最後の局面であるから、行政庁のほうからも簡単には変更できなくなるということである。

③拘束力

拘束力が認められる（43 条）が、これについては取消判決の拘束力（行訴 33 条）のところで扱う。

4 不服申立てと取消訴訟

不服申立てと取消訴訟のどちらを使えばいいかというのは、国民さんサイドからすれば問題である。

◎原則：自由選択主義

基本的には**自由選択主義**と言って、なんでもいっすよと言う感じである。行訴法にはいくつか規定があるが、ここでは審査請求中心主義のような片方を優先するやりかたとは異なる規律をもってきた。

①審査請求ができる場合でも、直ちに取消訴訟を提起してよい（行訴 8 条 1 項）。

②両方同時に起こしてもよい。その場合裁判官は裁決が出るまで訴訟手続を中止できる（行訴 8 条 3 項）。

明文ではないが、この規定が同時に起こせることを前提にした規定である以上認められる。

③まず審査請求をしてみて、それで救済を得られない場合に取消訴訟を起こすという選択も可能。その場合、取消訴訟の出訴期間の起算は裁決時にずれる（行訴 14 条 4 項）。

審査請求やっているうちに訴期間が過ぎるとアレなので、救済を与えているのである。

※**原処分主義**（行訴 10 条 2 項）

審査請求の結末である裁決が「無理」というものだったときには「手続が気に食わない」という場合と、「内容が不服だ」と言う場合がありうる。ここで裁決が出て言われた、あなたに対しての**行政処分の中身が不服だと言う場合には、最初にやった行政処分を争ってくださいね**と言うのが、原処分主義。それに対して**裁決の手続きが気に食わないと言う人だけ、裁決の取消訴訟を起こしてくれということになる**。これは裁決の取消しの訴えのところで説明するので、今はそういうもんがあるのねと思っていただければよい。

◎例外：不服申立て（審査請求）前置主義

ただ、自由選択主義が当たらない場合もある。

国民には裁判を受ける権利が憲法で（32 条）保障されているので、裁判の利用を遅らせる不服申立て前置の仕組みは本来例外にとどまるべきもの。しかし、意外に数が多く、しかも我々の身近な領域に見られる。税法（税通 115 条、地税 19 条の 12）、公務員法（国公 92 条の 2、地公 51 条の 2）など。

不服申立て前置主義の根拠としては、行政のほうがまあ頑張れるんじゃないか?と言う以下の理由による。

- ・ **大量処分における統一性確保**
- ・ 行政のもつ**専門技術的能力**の尊重
- ・ **特別に設置された機関**の活用

5 行審法改正への動き

塩野先生の教科書(Ⅱ)だと p37 から結構ページ数を割いて説明してくださっている。

(1) 平成 20 年行政不服審査法改正案

平成 20 年改正案は一回ご破算となったが、再発進した。今はパブコメは終わって次の段階である（講義時）。

※意見公募手続を行政手続法においており、その対象となるのは、行政立法と行政手続法で定められるところの処分・審査基準などであった。パブリックコメントはそれよりもより広く解され、この改正における意見の募集は厳密にはこの意見公募手続ではない。行政手続法によらない任意の手続きである。

平成 20 年時点での改正の方向性は、以下のようなものであった。

①審査請求への一本化

不服審査、再審査とかを全部これに一元化しようぜと言う動きがあるのだった。

②審理員制度の導入

上級行政庁と言っても敵さんサイドのゆかいななかまの一人じゃあないのかという話だったので変えようぜという感じ。聴聞による聴聞主催者的な感じで審理員制度を導入できないかと議論される。

③行政不服審査会の創設

第三者機関に諮問をして決定をする手続きが情報公開等の個別法では規定されるのだが、これを不服審査でもなんとか設置して天下りしていこう、という議論。

④再調査の請求という仕組みの導入

不服審査よりもポップでライトな仕組みを作ろうと言う議論。特に福祉の分野などでは案件が大量にあがってくるので、さっさと審査するような枠組みが求められるので、ちょっと調査してよ〜くらいのノリのほうがいいのではないかということである。もちろん賛否はあり、この制度によって行政庁が機械的な仕分けをしてしまうような方向に行くのではないかととも言われたりする。

(2) 現在改革進行中

再発進した現在の改革も、平成 20 年改正案と大体において同方向である。各自、総務省のホームページなどで確認すること。

http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyokan04_02000014.html

[B]行政審判

I 行政審判

1 概念

通常の行政機関の系統から独立した行政委員会またはそれに準ずる行政機関が、準司法的手続によって決定を行う手続が、行政審判である。また、決定そのものの呼称でもある。

国家行政組織法の別表 1 には、そのような委員会について示されている。

たとえば公害等調整委員会はいわゆる 3 条機関として総務省の下に置かれることになる。例外的に人事院は国公法上の特別の組織であるが、3 条機関とかそういうのは第一部でやった奴なのでここでは触れない。

ここでこういう合議体が行う手続きは、それが裁判所のように合議体で行われるし、準司法的手続きを踏むことから「審判」という呼称をされるのである。

2 種類

行政審判は紛争との関わり方から二つに類型化することができる。

①準司法手続による紛争解決

実質的な紛争解決が目的であるもの。人事院による国家公務員への不利益処分についての不利益審査などが例。

②行政機関の第一次的決定の発動

具体的な紛争が無くても、行政機関による第一次的な決定の発動として、行政審判手続きがとられることもある。例としては公安審査委員会の破壊活動防止法による決定手続きなどがあげられる。

3 特色

(1) 職権行使の独立性

これにあたってはもちろん、審判機関につき**職権行使の独立性**が確保される必要がある。そのために、完全に同じではないものの、ある程度似たような規定が各法規によって置かれている。例えば**身分保障**だとかがいい例になる。なお、この独立性と言うのは、任命権者との間のヒエラルキー的構造に審判の結果が左右されないように独立性を確保する、という意味においての言葉づかいである。まあそんな準司法的な審判機関をおいたということ自体から、解釈的にある程度の独立性は導けるのではないかと、というのが塩野さんの考え方みたいである。

(3) 準司法的手続

- ① **公開**の口頭審理…公開であると言うのはとても大きな意味を持つ。ただ、公開の口頭審理は行政審判の要素とは言え、これだけではまだ準司法的というには足りない。
- ② **手続に現れた証拠**のみによる事実認定…つまり、当事者の批判のあったもののみを証拠として審判の基礎にする。当事者への不意打ちを避け、防御行動を有効に行わせるためである。これは審査法の一般的な手続きと違う、行政審判の特色と言える。
- ③ **審判官・審理官**制度… 審判機関の職務負担を軽減するため、行政審判の手続きを一部、行政委員会以外の審判官・審理官に行わせる。あくまで行政審判も行政手続きの一部なので、こういうこともありとされる。
- ④ 訴追機能と審判機能が同一機関に帰属…これはまあまずいっちゃあまずいが、だからといって専門的な委員会に任せようと言う趣旨である以上はしょうがない部分もある。とはいえ、例えば行政審判手続きの中で訴追者と審判者を(組織の中で)分離していこうとする**職能分離の試み**が行われているなど、手を打ってはいる。

(3) 審判の効力

① 審級省略の規定

審判の取消訴訟との関係で審級が省略されることがある。例えば独占禁止法の85条では、審判の取消訴訟については東京高裁が第一審を管轄することになっている。まあ委員会の審判を、事実上の第一審と見ていうことである。

② 裁決主義の採用

原処分主義に対する裁決主義として、行政審判については、出訴はもとの処分に対してではなく、審判による裁決に対してすべきものとされている。取消訴訟での事実認定は裁判所の仕事であったが、このような委員会は**裁判所に類似した手続きで、確定した証拠が実質的なものであると判断したのであるから、それを尊重し、またそれに対して争うべきである**という、敬意からの規定である。だから敬意を払えッ！

この裁決主義から派生したのかもという感じのルールとして、独禁法などでは抗告訴訟の被告も国でなく行政審判機関とされている。

③ 実質的証拠法則

これについては、たとえば独禁法80条に規定されたりする。

【参照】私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第80条

第77条第1項に規定する訴訟については、公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する

まあ**一定の事実認定につき、その専門性等への信頼から裁判所への拘束力を導く**のである。問題は、「実質的な証拠」のさすところであるが、これについてはアメリカでのヒューズによる「合理的に考える人がその結論を支持するに充分であると認めるであろうところの、適切な証拠」という定義が有名で、日本でも高裁でほぼこれを踏襲する判決が出ている。

④ 審判取消訴訟における新証拠提出の制限

基本的に証拠について制限が課されることは少ないが、審判機関の合議体におけるしっかりとした手続きを踏まえると、その後に裁判の段階で新証拠を出されるとその意義が薄れる。そのため、制限がかかることがある。

⑤ 解釈による実質的証拠法則の可否

実質的証拠法則を解釈で認められるかどうかについては、学説上は肯定説が有力だが、最高裁は認めていない。



敬意を払えッ！！

4 行政審判をするところの一例：公害等調整委員会

国家行政組織法別表1において、総務省の下にある組織である公害等調整委員会には、①**公害紛争処理**、②**土地利用調整**という二つの大きな役割が与えられている。後者は鉱業法による土地利用規制と、砂利採取や採石といった土地利用とのバランスをとる役割の事であり、この機能については歴史的な背景がある。

※直径30センチまでは砂利で、砂利採取法で規制されるらしい。採石になると、採石法の範疇になります。遡って昭和26年、土地調整委員会が総理府の外局として設立された。これは当時の行政委員会ブームに乗ったことで、アメリカの鉱山の専門家ダンカンのすすめによった。

そして時は過ぎ、昭和45年になると、いわゆる公害国会の時代が来た。公害防止関係に関する法律が14本(旧法改正含む)もできたこの年、中央公害審査委員会が8条機関として設置される。3条機関にすべきという言い

分もあったが、3条機関の設置については、事務局などをしっかりつけないといけない困難が伴うため、8条機関ということにまとまったようである。

このように二つの機関が設置されたが、だんだん公害等への意識や対策も変わり、これを分けておく意義が薄れてきたので、昭和47年には国家行政組織法の3条機関たる公害等調整委員会として統合されたのだった。

※公害自体は昭和30年ごろから問題になってきていたのだが、それが訴訟となって問題として顕在化したのがやはり1970年代。やはり中央公害審査委員会という機関を格上げしたいという要請があった。土地調整委員会は軒先を課してあげたのに、ネーミング的には目立たないという可哀そうな位置。

委員は7名。委員長には大体裁判官出身の人が来る。後は官僚出身者や医者、化学者、行政法学者や弁護士が委員になっている。委員長の任命は内閣総理大臣だが、まあ事実上の指図はない。

※裏話と言うか、交告さんが事務局の人に聞いたところ、3条機関だから形式上は独立性をもっているにしても、実際には人事や予算、総務や場所によって事実上の独立性が決まるのだということであった。中央労働委員会とかは、厚労省の職員が大半をしめるので、やはり本部のほうを職員が向く。この公害等調整委員会は内閣府の出身者、そして総務省の外局でもあるので総務省の出身者、あとは裁判所からやってくる人も多い。

公害紛争処理の仕方としては、**斡旋**、**調停**、**仲裁**、**裁定**（**責任裁定**・**原因裁定**）という4(5)種類に分けることができる。特に裁定は環境法で出てくるから注意。この原因裁定というのは、因果関係の存否を判断するときに、公害問題だと専門知識が要求されるので、裁定を公調委にお願いするということである。これが裁判所の判断を絶対に拘束するかというところでもないが、おもしろい制度である。

この人たちの有名な仕事として、以下のものがある。

不知火海沿岸における水俣病に係る損害賠償調停申請事件

熊本から鹿児島島の沿岸部の漁師らが、チッソ水俣工場からの排水のせいで水俣病にかかり、損害賠償請求を行ったと言う事案。

豊島産業廃棄物水層汚濁被害等調停申請事件

名前からだとなんのこっちゃとわかりにくいかもしれないが、ごみ(と世間一般的には言われるもの)を「宝の山だ!」といて捨てない人がいて水質汚濁などの公害問題になった。

スパイクタイヤ粉塵被害等調停申請事件

スパイクタイヤは地面にぐいぐい攻めていくやつなので、削れた地面による粉塵が問題になった。粉塵被害者がスパイクタイヤの発売停止を求めたという事件。

※土地利用調整のやりかたについて

交告さんがインタビューに行ったときに、徳島県知事が砂利採取許可の不認可を行った事件が扱われているのを傍聴できたらしい。砂利採取法によると採取したかったら認可が必要であるのだが、認可に際して重要だったのが、「どこから」砂利をとるのかであった。かつては四国などで海砂利をとることも許されていたのだが、段々と海砂利には認可が出されなくなった(海産物のすみかが破壊される)。この事件もまさにその海砂利の採取認可が縮小傾向にある時の不認可の事案であった。

ここで行政側は環境悪化を理由に不認可にしたのだが、原告は「これは本来考慮してはいけない事項だ」として権限濫用を主張したようである。考量事項論は覚えていると思うが、目的外のことを勝手に斟酌してもちこむといけなかったのである。いつかの温泉法の事件と同じように、ここでは環境保全の観点を砂利採取は持ち込めないのではないかというわけである。確かに「砂利」という資源保護と産業発展が目的に書かれているだけなので、問題になった。交告さんの見立てでは、このいい分はアリで、たぶん業者の勝ちになるのではないかと感じる。実際、裁判官がメンバーにいたので、考量事項論が貫徹される見立てはある。

[C]苦情処理・オンブズマン

I 苦情処理・オンブズマン

行政への文句の言い方は上に見てきたところだが、よくよく考えると、どれも当事者はいろいろと頑張らないといけないのでめんどくさい。そういうわけで、もうちょっとクレーム付けたら勝手にやってくれるような、いわゆる**苦情処理**のシステムが整備されることが望ましいことになる。そして同時に我が国でも地方レベルでは導入されてきているのが、**オンブズマン**の制度である。

1 苦情処理

苦情処理と言うと日常用語に思えるが、ここで意識されるのは総務省の実施する行政相談制度である。

苦情処理とはここで、**行政機関に対する私人の苦情を聞き、何かしらの対応をする**ことである。だが、これは塩野さん曰く「当たり前」であって、特に法制度を要求するということでもないという。そのため差別化するには第三者などの視点からの苦情処理が求められ、総務省の**行政評価局**のあっせんなどがシステム化される。あとは容易に苦情を申しでることができるように、行政相談委員法に基づく**行政相談委員**というのが設けられる。社会的信望があり、行政運営の問題解決の意欲があるものにチャリティーでやってもらっている。全国の市町村に1人は設置され、意見提言の役割も与えられる。

2 オンブズマン

(1) スウェーデンのオンブズマン

スウェーデン語の ombudsman のカタカナ表記が**オンブズマン**である。これはもとの意味としては「代理」であり、本来的には議会の代理人、さらにさかのぼると国王の代理人としての意味をもつ。

歴史的にはいろいろあって、このスウェーデンのオリジナルのオンブズマンが日本の現行法でも活きているのかと言われると微妙。あと、今はオンブズパーソンと言う言い方をすべきだと言われるが、スウェーデンではオンブズマンと言う。ここではマンは「人」という意味なので、男女平等的な文句はやめよう。

さて、スウェーデンのオンブズマンの歴史は、1700 年のはじめ、カール 12 世という人気はあるものの戦争好きな王様が、ついには(恨みをかって自分の仲間に撃たれたのではないかと)怪我をして敗れたところに遡る。ロシアとのポルタヴァの戦い、1709 年のことであった。脱走してトルコに行ったが幽閉されるカール 12 世。故郷のストックホルムが心配で仕方ない。そこまで王権も強いわけではない(とくに北の方は地方領主が強い)ので、その間にクーデタがおこるのではないかと思ったのである。

作られた法律の実施は地方の貴族に任せてと言うか権限を保障して王様と認めてもらっていたので、ようするに「政策(@王様)」と「執行(@地方貴族)」が分離されていると言える状態であったから、この執行役が動けば確かにクーデタがおきそう。

そこで、国王陛下の最高代理人たるオンブズマンを任命することで、執行者の監視にあてたのである。

ということで、本来的にはオンブズマンとは、**国王の代理人**であった。

この役目は司法長官へと移されるのだが、1809 年になってスウェーデンで新たな憲法(初の近代憲法)が出来たときに、そこでオンブズマンが憲法上の機会として、**議会の代理人**として姿を現すのである。

ここでは議会の代理人である以上、政府から独立して公職を監視することが役割となる。なお、オンブズマンは執行部門の監視を任務とし、政策担当である政府部門の監視は国会の憲法委員会の役割になることに注意しよう。もともと「執行」に焦点があたっているのは説明したばかりである。ちなみに裁判官は執行サイドである。

1915 年になると軍事オンブズマンと言うのができたりしたが、大戦が終わると仕事が少なくなり統合された。

その後、3 名からなるオンブズマンの局が作られ、70 年代には4名に増加した。

このオンブズマンは公務員の個人責任を追及し、制度改善の勧告をするだけでなく、刑事訴追とか懲戒相当の通知を行う権限もあったりする。

(2) 日本の動向

日本でも国レベルでオンブズマンの検討はなされたのだが、実現には至っていない。スウェーデンでの理解が正確に伝えられていないのもあって、そもそもあまり理解されていないところがあったりする。

立法的なやりかたとしては、内閣総理大臣が国会の承認を受けて任命し、意見表明や勧告を行うとか言う感じで議論されるが、むしろ、自治体のオンブズマンのほうが有力となっているのが現状である。

(3) 自治体オンブズマン

平成2年、初の一般オンブズマンとして川崎市市民オンブズマンが創設された。この川崎市の場合のように条例で設置されることが多いが、要綱設置もある。オンブズマンの数は2～5人が一般的で、長の付属機関として設置されることが多い(地方自治法で議会の付属機関が予定されていない)。

こういうオンブズマンは地方自治法上の執行機関である市長や委員会の任命による執行機関の監督が行われている状態であるから、スウェーデンがやっていたような執行機関と分離されたオンブズマンとは異なる。

※このような一般オンブズマンに対して、分野限定の特殊オンブズマンもある。スウェーデンには個別オンブズマンとしていじめ対策のオンブズマンがあったりする。

[D]行政事件訴訟① 取消訴訟

I 行政事件訴訟序説

さて、では行政法第一部のときからたびたびでてきた、「行政事件訴訟」の話に入ることになろう。

1 前提となる基礎知識

行政事件訴訟という語については、もう話した。日本では、行政事件も民事事件の一分子である。行政事件訴訟法に規定がないことは民訴のルールに従うので、民事事件訴訟からひきずられて、行政事件訴訟という。

(1) 法治主義と行政訴訟

① 法治主義とは

最重要課題であり、法で行政の活動を縛ることが必要である。これは、民主主義的な基盤のある法律による根拠づけというところまでが必要だと言うことであるのは言うまでもない。

② 行政活動の統制の必要性

行政活動については、事前統制としてその過程における手続きを整備することが必要なのであった。そしてそれだけでなく、事後チェックとしての行政争訟の仕組みもしっかりと整備されている必要がある。

③ 行政裁量と行政訴訟

行政裁量は確か頑張って行政法第一部で扱ったはずである。そのときも行政事件訴訟法の 30 条を見てよと言って、訴訟の規定と対比したのだが、訴訟のとのリンクがどうしても必要な分野である。ということで、裁量☆再びであるから覚悟しよう。裁量行使の合理性を確保する手法の確立がますます重要な課題となる。

(2) 外国の制度との比較

① 行政訴訟の 2 つの型

これについても第一部でやった通りであるが、一般的に二つに分けられる。明治の初期、行政裁判所がないような時代は一つの裁判所しかなく、当初は英米法型を採用したかのような感じもあるが、余裕がなかっただけかも。

A **大陸型**→行政裁判所頼み。2 つの裁判所、2 つの法と言う構造になる。

こちらでは行政と私人との関係を特別の者として切り離し、別次元のルールを作るのだった。

「大陸」といった時、思い浮かべるのは 1 にドイツ、あとフランスと言う感じ。

B **英米型**→司法裁判所頼み。1 つの裁判所、1 つの法と言う構造になる。

コモンローであるから、いちいち別次元で行政裁判を扱う必要もなくなる。なお「英米」は 1 にイギリス、2 にアメリカと言う感じ。最近はアメリカに留学する学者が増えて変わりつつあるが。

さて、以上が有名だが、他にも分類のしかたはある。

C **スウェーデン=フィンランド型**

国王と言うのは日本ではほとんど紹介されないの、大陸型と英米法とかが説明されるばかりなのだが、こういうのもある。スウェーデンなどでは行政裁判所があるにはあるが、大陸法の国とは全く違うらしい。

② 行政訴訟と文化

フランスは行政法の母国と言われ、アフリカ・ギリシャの人が皆フランス法を勉強していた時代もある。中国でも昔はフランスに行く人が多かった。フランスには、コンセイユ・デタによる独特の判例法の形成が見られるからである。これはイギリスのコモンローの法形成と似ている。また、客観的性格をもった越権訴訟制度と言うのも特徴で、ドイツとの差異がここにあるのだが、これは今は説明できない感じらしい。まあ、スウェーデンのオンブズマンと日本を比べて分かったと思うが、やはり行政法にも文化があるんだと言うことは覚えておこう。

2 日本の行政訴訟制度の歴史

(1) 江戸から明治へ

日本の法の歴史はいつも開国後から語られる。勉強されることはあっても実定法の講義には反映されないことが多く、うちでも日本法史を新田先生がやっているだけである。塩野さんの教科書でも明治からのことしか書いていない。が、たとえばスウェーデンなどでは行政法史などと言った形で様々な法の歴史を「法学」として研究することが盛んである。日本では、法学部卒業の先生が法史としてやっている法の歴史と、文学部史学科の先生が歴史研究の中でやった法の歴史との交流にも不安がある状態で、交差点としては残念なようである。

じゃあ江戸時代と言うのは何にも語るべきではなかったのかということ、例えば**目安箱**と言う仕組みがあった。これは国(幕府)レベルだと 8 代の吉宗が設置させたものである。

ただ、藩レベルではその 100 年ほど前から目安箱はあって、1620 年より前から戸田氏の尼崎藩では(一時的にだけ)設置されていたようである。他にも 70 以上の藩で目安箱が設置されたとのことである。

あと、幕府と新政府の引継ぎが気になるが、東京都が市政裁判所始末という本を 1934 年に出版している。これによると、慶応 4 年(1868)の 5 月 19 日(戊申)に、とりあえず江戸幕府の町(庶民担当)・寺社(寺担当)・勘定奉行(会計担当)を廃止して、これらに変わる市政裁判所。寺社裁判所、民政裁判所を置いたとされる。市政裁判所は南町と下町に分けていて、これは町奉行の分け方(下町奉行と南町奉行)と合致する。

※ここで、この「裁判所」と言う言葉はどこから出てきたのだろうかというのは少し気になる点ではある。裁判所と言う言葉がもうちょっと前から使われていたようだが、少なくともここでいう「裁判所」が単なる司法判断機関とは思えない。外国人行政や治安維持行政もここにあてはまるだろうし、意味合いが異なるのである。そしてこの後 5 年の間でもものすごいスピードで機関が整備された。これはどこの国のやり口を真似たと言うより、切羽詰まったなかで適当になされたんじゃないかと塩野さんは言う。とはいえ上のことを考えると、**ゆるーい旧来との共存期間だったとともたけなくもない。**

(2) 行政裁判法

まあ、せっくなので行政裁判のシステムをちょっと振り返ってみようと思う。

①1874.9 **人民より、官府に対する訴訟仮規則** (司法省第 24 号)

これが今日の行政訴訟の先駆となっている。

「第 1 条 凡人民ヨリ官府ニ対シ、一般公同ニアラザル人民一個ノ訴訟ハ、**司法省**ニ於テ受理スベシ、其事件左ノ如シ…」石井研堂『明治事物起原 2』(ちくま学芸文庫) 280 頁

これはすなわち司法省、より厳密には**太政官**による決定システムを採用したということだが、あくまで英米法系のシステムの採用とかいうよりは、その場その場での対応の感が強かったというのが塩野さんの印象である。もちろん交告さんはさっき言ったように、旧来の制度とのバランスを考えたりはしていたんじゃないのという感覚を抱いているようだが。

②1889 (明治 22) 明治憲法制

同時に模索されていたのが、近代国家としての恒久的な法整備であることは歴史の事実として周知の通りである。これに携わったのが例のごとく伊藤博文で、彼はプロイセンと言う行政裁判ランドに旅立ったのもあって、その後できた明治憲法下においても、モッセなどの立案した行政裁判所制度が取り入れられることになるのだった。大日本帝国憲法はその 61 条に行政訴訟の規定をおいている。

【参照】大日本帝国憲法第 61 条

行政官庁の違法処分により権利を傷害せられたりとするの訴訟にして別の法律を以て定めたる行政裁判所の裁判に属すべきものは司法裁判所に於て受理するの限に在らず

③1890 (明治 23) 行政裁判法、行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件および訴願法

憲法のもとに、行政裁判法などの諸法律が整備されることになり、一応の明治憲法下のシステムが完成した。

◎制度の概要

- ・行政裁判所は東京に 1 つのみで、一審かつ終審である。
- ・**長官**と**評定官**が置かれ、厚い身分保障がなされていたのであった。
- ・**訴願前置主義**が採用されていた。
- ・**列記主義**がとられ、営業の免許拒否・取消や水利土木事業、租税滞納処分、土地査定、租税や手数料についての事件しか受けてもらえなかった。

近代的なシステムを整えたとはいえ、これはやはり不十分で(列記主義などの話はしたはず)、改正案も出た(1932 年)。そこでは自己完結的な法典を志向して列記事項の拡大や二審制の導入、審理手続きや判決の効力の明確化などが言われるも、戦時体制への移行でのなかで日の目を見ずに終わってしまった。

(3) 戦後の制度づくり

大日本帝国憲法下のシステムは、国民主権等の新たな理念を打ち立てた日本国憲法の制定により変わらざるを得ない。新しい法制化が進められることになるのだった。

まず、日本国憲法は 76 条で**司法権を一元的に最高裁以下の裁判所に属させている以上、行政裁判所システムが否定されることになる。**

政府は行政に関する訴訟の特別法を作ろうとするのだが占領軍と折り合いが合わず、やむなく 1947 年に「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」を制定する。

これは応急措置にもなっていないレベルで、出訴期間の定めが置かれるのみで、あとは民事訴訟と同じ扱いという適当なものであった。

が、ここで**平野事件**が起きる。

平野事件（1948 年）

当時の社会党右派の弁護士であった平野力三に対して公職追放の指定がなされたのだが、彼は指定処分を争い、その無効確認の訴えと、地位保全を求める仮処分の申請をした。そして東京地裁はこれを認めてしまった。占領軍からすればもう意味わからん事態であり、連合国軍の抗議のなかで最高裁判所長官が「公職追放については日本の裁判所に管轄とかないから！」という談話を出す異例の事態になった。

やっぱり特別ルールの妥当する世界があると思ひ知るわけで、これを契機に占領軍は純英米型からの脱却を目指すことになる。この点でオプラーという人が大活躍だったので、ちょっと文献を紹介しておこうと思う。

【参照】A. オプラー(Alfred Christian Oppler)著／内藤頼博監 納谷廣美・高地茂世訳『日本占領と法制改革』日本評論社、1990 年）スタンフォード大学クルト・シュタイナー政治学教授による序文

「…オプラー判事は、その経歴において比類なき世界人であっただけでなく、非常に賢明でもあったので、アメリカ法ないしはアングロ・サクソン法が他の法体系よりも優れており、あらゆる場合に日本にふさわしい模範であるというような偏狭な意見には屈することがなかった。彼は、折衷的混合による法体系の創造に喜んで貢献し、この折衷主義を日本の「民主化」と調和させることに何らの困難も見出さなかった。彼は、日本の民主主義とその法律はアメリカ版の複写ではなく、独自のものでなければならぬと確信していた。明治維新後に発展した日本法は、本質的にはヨーロッパ大陸法の伝統に属したので、彼が大陸法に習熟していたことは、とりわけ占領政策にとって価値があった」

オプラーは 1893 年アルザス・ロレーヌ生まれ。ミュンヘン、フライブルク、ベルリンおよびシュトゥットガルトの大学で学び、第一次大戦で戦闘に参加し敗戦を経験した。1919 年ワイマール共和国が誕生したのち司法試験に合格し、判事補となった後はプロイセンの司法部と行政部で役職を歴任する。39 歳で最高懲戒裁判所の副長官となる。しかし、ヒトラーが政権掌握したために、1939 年にアメリカに亡命した人物である。

①1948 行政事件特例法制定

調整が進展し、ついに行政事件特例法が制定されることになった。

全 12 条からなり、出訴期間、訴願前置主義、被告適格、職権証拠調べ、執行停止、事情判決、確定判決の拘束力などについて定めるものであった。

ここで、裁判は一般の裁判所が当たると言う点に着目すれば、過去のシステムからの分断があったとも見て取れる。しかしながら、**やはり処分に対してその取消を求めたり、適法性推定の下に執行不停止原則を置くなど、過去から続いている「特別」な関係の規律の側面はなお否定できないだろう。**

②1962 行政事件訴訟法制定

行政事件特例法も急な法律だったので、運用上の困難が生じる中で 1950 年代半ばから新法が準備され、1962 年に行政事件訴訟法がついに誕生したのだった。ここでは訴願前置主義が廃止され、訴訟が類型化されるとともに、取消判決の第三者効の法定も行われたのであった。

③2003.10.24 行政事件訴訟法改正政府原案発表

ここで、あくまで旧法を引き継いでいる以上、「旧来の」特別な関係には一定の配慮があるのはそうだったが、**行政事件訴訟法はその後現れた現代型の訴訟類型には、対応していなかった。**そしてさらに、行政手続法など利用者の視点からの行政法規の改革が行われるようになると、改正がずっとなされなかった(されたとしても技術的なものととどまった)行政事件訴訟法に、何か改革を、新しい理念を持ち込むべきではないのかという問題意識が生じてきていたのである。そんななか、2000 年代になって、ようやく改正が実現するのであった。司法制度改革推進本部行政訴訟検討会は、塩野宏さまを座長に加え「行政訴訟制度の見直しのための考えかた」という文書を 2004 年に公にした。

そこでは救済範囲の拡大として、新たに**義務付け訴訟**と**差止訴訟**を奉呈することや、原告適格は「実質的に広く認める」方向性などが示されるほか、行政訴訟をより分かりやすく利用しやすくするための被告適格明確化や管轄裁判所の拡大、出訴期間の延長などもういろいろと提言されることになった。

④2004 行政事件訴訟法の一部を改正する法律

そして上の提言を参考にしつつ、いわゆる平成 16 年度改正が行われ、**義務付け訴訟**、**差止訴訟**や**教示**の仕組みなど、提言を反映した(完全には無理だが)諸制度が出来たのである。このような新しい理念に基づく制度との関係にも注意しながら、これから行政事件訴訟法の枠組みについて確認していくことにする。

3. 行政事件訴訟法の特徴

(1) 一般法的性格

一般法ではあるが、しかし自己完結的ではない。行政事件訴訟法第7条は、とくに定めがない場合には、民事訴訟法の規律に従うよう規律しているので、あくまで自分で何でもやっているわけではないことに注意しよう。

(2) 行政事件訴訟の概念の存置

行政事件訴訟特例法を中継点とする、戦前の思考（公法と私法の区別）の継承が見られる。**大きく見ると戦前の枠組みが継承されている**と見ることは覚えておこう。

教科書だと79ページの辺りに書いてあるが、**公法と私法の区別**が前提となり、あくまで公法に関する訴訟を扱うという意識があるわけで、奥底にあるのはコモンロー的な発想ではないのである。

(3) 訴訟類型の整備—取消訴訟中心主義

ちょっと前までは「取消訴訟中心主義」という言葉が常識だったのだが、今やこれを何気なく口に出すと相手の学説次第ではぶん殴られることがある。抗告訴訟のメニューについては条文（行政事件訴訟法第3条）に書かれているのはもう確認したことだと思うが、そのメニューのなかで、3条2項にある処分の取り消しの訴えのウェートは、確かに平成16年の改正まではとても大きな役割を持っていた。しかしこの改正で、**義務付け訴訟と差止訴訟**が大活躍し始めたのである。

とはいえ、条文でも抗告訴訟のところの第一節は取消訴訟であり、必要に応じて取消訴訟の枠組みを準用するという構図はあるので、まあこの意味で取消訴訟中心主義ということはかろうじてできる状態である。

A 法定抗告訴訟

処分と裁決の2つの取消訴訟、無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟に加えて、平成16年行訴法改正による義務付け訴訟と差止訴訟の法定がなされた。今勉強している人からすれば昔の事だが、やはり前を知っている人からするととても感慨深い変遷だとのことである。

B 類型化の背景

まず、行政事件特例法時代の経験に立脚して、**無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟**が取り出されたのだった。無効や不作為の違法を確認することの意義があることが経験上分かってきたので、それが認められるのだった。また学説の法定化として**公法上の当事者訴訟**が現れる。一見対等に見える契約関係のような場合にも、純粋な民衆の関係にはない公法的な色彩を帯びるような現代的な公法関係が指摘されていたが、そのようなときに取消訴訟ではない新たな類型が制度化される必要があったのである。

C 抗告訴訟の意味

明治憲法下では覆審的に理解される。行政が法律に基づいていったん行った決定につき、裁判所が後から見直すという意味で、**抗告訴訟は公権力の行使に対しての覆審という役割を負っている**とされるのである。ただ、塩野教は少し違う教え方をする。塩野教では、法律上は、抗告訴訟は公権力の行使に関する不服の訴訟であることは認めるし、公権力が実際に行使された場合に不服が生まれ得るのは当然であるとするが、**公権力が行使されそうなことに対する不服、公権力が行使されそうもないことに対する不服も考えられる**と指摘するのである。これは平成16年改正前の指摘であるが、完全に義務付け訴訟や差止訴訟につながる考え方である。

II 取消訴訟の基礎理論

1 取消訴訟の機能

取消訴訟の機能についてはいろいろと議論されている。

① 原状回復機能

行政庁が行政行為をした時点にさかのぼって効力がなかったことにするのが取消である。つまり、ある取消判決が確定すると、そのもとの処分の時点に遡っての原状回復へと作用する。もちろんこれは執行の方向性であるから、これが損賠賠償で解決されるなどもありうることはあるが。

② 適法性維持機能

裁判所が行政処分を取り消すのは、端的に言って「違法だから」に他ならない。行政不服審査法では不当な処分についても取消が可能であったが、裁判所は行政の裁量には基本的に口を出さないから、違法性が判断される。**法規範に適合しないような行政処分が除去される**ことで、適法性が維持される。

③合一確定機能

原告以外にもある訴えにつき利害関係人がいることもある。他の利害関係人は、債権の相対性をいうような感じで「俺は訴訟してねーし」と、判決の効力を認めないような場合がある。

たとえば国が地主から土地を取り上げて小作人に売った時に、地主がその取り上げ処分を取り消しても、小作人が土地を返そうとしないような場合が例になる。このような不都合をなくすために、**行政事件訴訟法の取消判決は、第三者効を持つ**。これにより処分の合一的な効力が確定する。

④差止め機能

税務官庁が課税をしたときに、払うべき奴が払わない場合は滞納処分が行われることになる。制度はこのように連続的な構造を持っていることが多いのだが、課税処分の取消を求めて勝つことができれば、そこでステップは遮断されることになる。

⑤再度考慮機能

拘束力と言う概念をいずれやるのだが、取消判決には拘束力があり、ある営業許可の申請につき裁判所が「不許可は違法」といったような場合、ただ「不許可しなかったときに戻る」というわけではない。

ここで、**取消判決は再びの許可につき「判決の主旨」を考慮させる**のである。単なる原状回復では、また「不許可」と言える可能性があるわけで、同じ理由で不許可にされたらたまったものではない。少なくとも判決の理由を見て、別の理由だてをしなくては再度の同じ処分は認められないのである。この意味で取消訴訟はマンドムというよりバイツァダストに近い。

⑥処分反復防止機能

取消判決があっても、侵害処分であればまた同じ処分をしてくる可能性がある。(銃で例えると、もう一発撃ってくるイメージ。そもそも撃っていいかの判断の⑤とはちょっと違う) だからここでも判決を考慮させる。

⑤と⑥の話はやはり拘束力の事を説明しないと難しいので、そのときもう一度話す。

※二号義務付け訴訟と取消訴訟の併合の意義

行政事件訴訟法3条の義務付け訴訟にはいくつかメニューが示されるのだが、その二号による義務付け訴訟を二号義務付け訴訟と言う。これは一般的には、許可処分について行政が不許可にしたようなときを想定した仕組みである。行政庁に対して不許可を取消すと言うものが従来の(16年以前)のやりかただったが、これに加え都道府県知事の許可ならばそれを「義務として認めろ」ということが可能になるのである。このような**申請権付きのものに対して義務付けの訴えを起こす時には、取消訴訟も併合提起することが要件になっている**。取消訴訟というのが単発で行われる場合は、この意味で減ってくるが、義務付けと併合した場合の取消訴訟が果たす役割がまた新たに問題となっている。何故立法者はこの手続きを随伴させたのかは議論されるところであるが、またいつか扱おう。

※行政事件訴訟法の条文にこのような役割が明記されているわけではない。むしろこの取消訴訟を行うと、このような成果が得られる仕組みになっているよということである。

2 取消訴訟の性質

取消訴訟の性質は何か、と言われると結構めんどくさい問題だったりする。これについては、**形成訴訟説と確認訴訟説**という二つの考え方が見られる。前者が通説だが、後者にも結構魅力がある。

(1) 形成訴訟説

通説。あくまで**行政行為によって法効果が発生したものとして取り扱うことを前提にして、取消判決によってはじめてその効果がなくなり、原状が回復する**。**公定力**を排除するに止まらず、行政行為そのものの存在をなくす。ここでは行政処分自体に形成力を認め、それをさらに変化させる力が働いているのだからここにも再度の形成行為があるというわけである。行為そのものを亡き者にする、無にするという作用に着目する。

※日本の取消訴訟ではほんとに殺して亡き者にしているのかアヤシイところがあるのだが。

※**形成**という言葉は一方的な意思表示によって法的効果を発生させるような概念。法的な変動の効果が大きく、第三者との関係でも効果がでかいというときは、裁判所の判断を待つことにして少しばかり制限をかけたりするのであった。これが噂の形成訴訟だったはず。

(2) 確認訴訟説

白石健三さんなどの考え。彼は超絶有名な裁判官で、「これ白石コートだよ〜」みたいな会話が良くあるらしい。ちょっと何言ってるかよくわからない。

確認訴訟説によれば、公定力は暫定的なものに留まり、訴訟で適法要件の不存在が確定されれば遡って失われる。したがって抗告訴訟とは、**行政庁の判断に一応の受当力を認めることに対応して設けられた、行為時における適法要件の存否を確定する訴訟**にほかならない。

「行政処分と言うのは正規の取消権限を有するところが取り消すまでは一応有効だ」と言う公定力の一般的な理解によればこれに近い理解になるが、公定力を適法性推定まで強く捉えれば形成訴訟説に近い理解になる。

ここではあくまで公定力を一応の受当力として、行政庁の処分の時点に立ち返った訴訟時の確認によって要件が否定されれば、そもそも公定力すらなかったものとして扱うことにするのである。

ただ、確認したあとの処理はどうなるのか、というのが少し分かりにくいところだったりする。この世に存在できないことになるのだろうか、でもそれだと形成行為じゃないか、という気もするところ、白石先生はそうした取消される行為はもともと「仮装」として存在するのみで、動いているかのように見える法律関係は実はもともと動いていないものなのだとする（だからもとに戻しても形成ではないことになる）。この限りでは仮装が霧が晴れるように霧散して、国民の目に「あかんことやってましたね」と言う状況が明らかになるだけであるという。

3 取消訴訟の訴訟物

そもそもの訴訟物概念については、教科書 90 頁に見事な説明があるので見ておこう。

「**訴訟物**とは民事訴訟法上の基礎概念であるが、それは審判の対象あるいは対象となる単位である。すなわち当事者が裁判所に申立てをし、裁判所がそれについて審理をし、そして判断をすると言いつれの段階でもその対象が決まっていなくて紛争の解決にならない。そして、民事訴訟においてはその単位は訴えの変更がない限り、最初から最後までつまり訴えの段階から判決の効果の発する段階まで同じであるとされる」

◎形成訴訟説の帰結

行政行為の違法性が訴訟物となる。行政行為が違法であれば、法治主義の原則からしてそれは本来効力を有すべきではないという原則をより直截に表現したものである。

そもそもは形成訴訟説の中でも、公定力の排除が訴訟物だと捉える見方が通説であった。これはドイツ法体系がかつては強固な公定力を認め、立憲君主制のもとにそれを私人に取り消す権限をもたせなかったところからすれば当然強調されることではあった。

とはいえ、いまやドイツ流の明治憲法ですらないのだから、それだけではいけないし、そもそも「公定力排除」を訴訟物とすることは厳密には無理がある。それは要するに「違法状態の排除」が目的だと言うことだが、本当に大切なのは、「違法を排除する」ことというより、「〇〇という行為が違法だ」と言ってもらうことにほかならないからである。ということで、塩野さんはその訴訟物を端的に「行政行為の違法性」を確定し、処分の存在自体を消滅させるところにあるとするのである。ここで取消訴訟は、眼前に立ちのぼる行政行為の違法を違法だから消し飛ばすものであるが、だからといって実体法上の取消権限が手元にどうぞとあるわけではないので、行政行為が客観的に見て違法じゃねーかよ、ということでそれに変えるわけである。

※なお、行政行為の違法をいうといっても、たとえばある行為を覆したいときに使えるカードが複数ある時に、それを全体として「違法」ととらえるのか、それとも個別の違法をそれぞれとらえるのかによってまた訴訟物は厳密には違ってくる。これは理由の差し替えの議論にも関わるので、また後述する(と思う)。

◎確認訴訟説の帰結

上の見方は、違法なモノが存在するから、それをなんとか吹き飛ばそうという議論をしていた。

しかし救済を求める私人からすれば、そもそも、違法な行政処分に従う必要もなかったのではないかと言い出すことも、ないではない。法律は適法に執行されたからこそそれに従うべきなのであって、そうでもないのになぜ言うことを聴かないといけいないのかというわけである。このように確認訴訟説に立って、公定力を強調しない立場をとると、「当該処分が法の根拠に基づかないものとして、はじめから発動されることの許されないものであった」という意味における**当該処分の違法性**を訴訟物として、その確認を求めることもありうる。

何が言いたいのって、要するに発動されることが許されなかったこと、つまり「権限がなかったこと」が確認されることになるわけである。このとき、視点がいくのは行政のもともとの処分時である。行政行為は行政処分の核をなすのはその通りだが、より行為形式的な意味合いを持つので、ここでは「処分時」に立ち返るという時間的な点の意味をもたせるうえでも、当該処分の違法性というべきであろう。「行為時」とはなかなかいわないし。通説は先に言った通り形成訴訟説にたつとはいえ、このような性質はかなり有力に提唱されているようである。両説の差異は、訴訟における行政側の理由の差替えの論点を考える際浮き彫りになる。行政行為の違法性一般を問題にする形成訴訟説の立場からは、「当該処分」はわけのわからない理由によるもので違法であっても、その時には使っていなかった別の理由をもってきて、結局の適法性をいうことが、できそうである。

4 取消訴訟の種類とその相互関係

取消訴訟には、処分の取消しの訴えと、裁決の取消しの訴えとがある。

(1) 裁決の取消しの訴え

3条3項に規定。**裁決の取消し**の訴えは、原処分に関する行政上の不服申立てに対する裁決・決定等の取消を求めるものである。この「裁決の取消」でいう裁決には、裁決だけでなく**決定、その他の行為も含まれていることに注意しなければならない。**

基本的に法律上措置をとらなければ、処分の取消しの訴えも、裁決の取消の訴えも、どちらも提起することができるはずであるが、それだと結構めんどくさそうな感じがする。実際の所、行政事件訴訟特例法の時代には、裁判所の取り扱いにもなんか整合的でないところがあったのである。なので、行政事件訴訟法では、その住み分けというか順序付けが行われている点に注意しよう。

(2) 処分の取消しの訴えと裁決の取消しの訴えの選択

というわけで調整されたのだが、ここでの原則は、**原処分主義**である。10条2項は、**処分の取消しの訴えと裁決の取消しの訴えの両方が提起できる場合には、裁決の取消しの訴えで主張できるのはあくまで裁決固有の瑕疵のみになる**ということを定めている。逆に、原処分の取消訴訟では、裁決固有の瑕疵を主張することができない。この例外が、**裁決主義**と呼ばれる場合で、電波法96条の2が定めるような一定の場合には裁決の取消訴訟のみが認められる。

※裁決固有の瑕疵は、審査請求の裁決における理由付記だとかの手続き的瑕疵が典型である。

細かいが、一部取消とかになったら、文句は「残りが取り消されてない」ところにあるのだから、原処分について責めていくことになる。原処分を別の理由により維持する裁決も、棄却判決とみなしていい。

ただまあ、住み分けをしているとしても、なおこれらには密接な関連があるのは確かなので、原処分の取消の訴えと裁決の取消の訴えとが同時に別別になされたとしても、それらは訴訟の**移送**や**客観的併合**、**追加的併合**などの制度で両者を合わせて判断できるようになっている。

(3) 変更裁決の場合の訴えの選択

変更裁決があった場合、その変更が原処分を消滅させ、新たな処分をしたと取れる場合には形式的にみて処分は一つだと判断してよい。ただし、一部取消のような場合にはまだ残部がある以上原処分主義が働くことになる。これにつき、**人事院の修正裁決**(92条1項)については注意が必要である。ちなみに修正裁決とは懲戒免職を停職にしたり、停職を減給にしたりするもの。これが原処分とどのような関係なのかが問題となった。しかし最判昭和62年4月21日民集41巻3号309頁[**100選Ⅱ146事件**]では、**原処分が修正で消滅したわけではなく、最初から裁決によって修正された内容の懲戒処分として存在していたものとみなされる**ことにした。

(4) 処分の取消しの訴えの帰趨と裁決の取消しの訴えの訴えの利益

基本的には、原処分が取消しとなると裁決の取消しの訴えには**訴えの利益**がないものと判断されることになる。しかしながら、請求が棄却されたとしてもそれだけで当該法律関係が確定されたとまではいえないので、なお裁決の訴えの利益は残るものとされている。

判例は、最判昭和37年12月26日民集16巻12号2557頁[**100選Ⅱ147事件**]において、原処分の違法がないことが確定したことを理由に審査決定への取り消しの訴えの利益を認めなかったのだが、なおこれには上の議論と同主旨の反対意見が付されていたし、それが正当なのではないかと塩野さんなどは考えているようである。

Ⅲ 訴訟要件① 出訴期間・不服申立て前置・被告適格・裁判管轄

1 訴訟要件とは

訴訟要件とは、実質的な審判、本案についての審理判断をするための要件で、平たく言えば訴訟制度を利用できると言う要件である。すべての訴えを「オッケー☆」といって裁判所が受けていたらちょっと裁判官が足りなくなるので、最低限これだけの形式を備えてねという要件があるのである。

重要な訴訟制度利用の条件として、交告さんが訴訟要件トリオというおよそ人智を超えたネーミングをした3要件として、**処分性**、**原告適格**、**狭義の訴えの利益**がある。これらについては時間をとってたっぷり後でやるので、とりあえずこいつら以外をまず見ていくことにしよう。

(1) 出訴期間

出訴期間とは、訴訟の提起が許される期間である。処分又は裁決のあったことを知った日から**6ヵ月**とされている(14条)。ちなみに平成16年改正前は3ヵ月だったので、少し伸びた。もちろんこの6ヵ月と言う期間には議論も大いにあったし、そもそも期間とかいるのか?ともいわれたが、法律関係の安定の要請が勝った。

(a) 出訴期間の意義と問題点

この意義は、やはり行政をめぐる法律関係(行政行為の相手方のみならず、利害関係者、関係行政機関を含む)の早期安定にあるとされている。似た規定として、株主総会の決議取消しの訴えの提起期間は決議の日から3ヵ月(会社法831条)とされるが、やっぱりいつまでも不安定な状況に置くことは心配されるのである。

(b) 出訴期間の起算点

「**処分があったことを知った**」日からと言う要件になっているが、それってどういうことなのかが問題である。

①処分が「あった」の意味

＜個別的処分の場合＞名宛人が特定されているとき。

行政行為の成立に関する一般的な理解としては、これは第一部で扱ったように、行政庁の意思表示が相手方に到達したときに成立しかつ効果を生じることとされる。ここで到達前に効果を確定させればポストにインする前に取り戻すとかそういうことが許されなくなるよという議論をしたはず。

通常は、行政行為が「あった」ときと相手方がそれを知るときは同じである。

しかしながら、行政処分は実際には**第三者**が争うようなときも多々ある。第三者が争うときは、処分を受けてない以上通知を受けるわけではないので、処分の存在を事実上知った日が「処分があったことを知った日」となる。ただし、処分または裁決の日から**1年**を経過したときは、**正当な理由**がない限り訴えを提起することができないこととされているので、正当な理由があるかどうか証明できるかも問題になる。

つまり、事実上訴える時には①知った日が遅かったぜという②正当事由をいう、という順になる。

※時機に遅れた取消訴訟としての無効確認訴訟

出訴期間を過ぎても、なお無効確認訴訟は可能であることがあるのだが、ここでは華麗に飛ばしました。もちろんこちらの手続きのほうが便利だったら取消訴訟が顔面蒼白なので、無効確認は当然にできるものではない。

＜一般処分の場合＞個別ではないパターン

最判平成14年10月24日民集56巻8号1903頁

都市計画事業の認可(都計59条1項)に対する審査請求期間はいつから起算されるかが争われた事案。

最高裁「**行政処分が個別の通知ではなく、告示をもって多数の関係権利者等に画一的に告知される場合には、行政不服審査法14条1項にいう「処分があったことを知った日」とは、告示があった日をいう。**」

②処分があったことを「知った」の意味

次は、「知った」とはどういうことかである。具体的には「知らなかったわ～」と言っているけど客観的に見ると「いやお前知らないわけあらへんやろ」というような状況のときにどう扱うかが問題になる。

判決はこの点、**当事者が現実を知った日**を基準とすべきだとしたのだが、同時に**当事者が社会通念上知りうるべき状態に置かれた場合は知ったものとの推定すべきだ**とした。最判昭和27年11月20日[100選Ⅱ188事件]では以上の事が述べられ、送達の際に不在だったことが証明されたので「知った」ことを認めなかった。

(2) 不服申立て(審査請求)前置

最初に不服申立てを行うことが要件になっていることもある。

基本的にはこれを前置させることは、国民の権利救済を衡平な第三者の判断にゆだねる機会を損なうことにもつながりかねない。だから、行政事件訴訟法のスタンスとしては不服申立ても出訴も自由選択にゆだねられるところなのだが、特別の法律がこれに例外を定めることがある。

例外となる時としては**大量的に行われる処分を統一的行う要請がある場合**や、**審査請求に関する裁決がもとより第三者によってなされるために公平性が期待できる場合**などがある。

不服申立てを果たした、といえるためには、**適法**な不服申立て審査がなされなくてはならないので、不適法却下された、というときには該当しない。もちろん、適法な申請を「不適法」として却下するような場合には、これを不服申立てがあったとして処理してよい(判例通説)。

さらに、審査請求があった日から三ヵ月経過しても裁決が無いときや、著しい損害を防ぐための緊急の必要があるときなど、正当な理由がある時には行政事件訴訟法第8条2項により、不服申立て前置は緩和される。

(3) 被告適格

行政庁が所属する国または公共団体（11 条）が被告とならなくてはならない。

例外的に所属する所のない場合なども 11 条内に規定される。弁護士会とか、いわゆる公益を担う独立の法人があり、これは行政庁の資格を与えられていることもあるが、国又は公共団体には入ってこないこともあるのでややこしい。しかしまあ、とりあえずはこのルールだけ押さえておけばいい。

なお平成 16 年改正前は、行政庁を被告とすることになっていた。行政処分の手続に当たり書類等を保管している行政庁こそが被告の役割を適格に果たせると考えられたからである。しかし、権限が委任されたときは受任庁を被告としなければならないところ、第三者が訴えを提起するときには委任関係がよく見えないという不都合があった。第三者が訴えを起こそうとしても、多くの場合「推測」することしかできないわけである。しかも法律を見てみると、「知事」に権限があるとされつつ、実際には委任されていることがありうるわけである。これで被告を誤ったりした場合に、弁護士がついていたりするとその時点で重過失で却下となったりすることもあるくらいで、さすがにこれだけで却下にするのはアカンと言う認識があった。そこで、よりスムーズな運営のためにこのようなことにした。とはいえ、11 条 4 項が、結局行政庁の名も訴状に書かないといけないことにしているので違和感があつたりするところである。

(4) 裁判管轄

どこの裁判所が扱うかという問題については、土地管轄と事物管轄の問題がある。

(a) 土地管轄

被告の**普通裁判籍**の所在地を管轄する裁判所の管轄に属する（12 条 1 項）。不動産、場所に関する取消訴訟の場合は、その不動産、場所の所在地の裁判所も可能である（同条 2 項）。

また、処分に関し事案の処理に当たった下級行政機関の所在地の裁判所にも提起できる（同条 3 項）。

※**特定管轄裁判所**（12 条 4 項）…情報公開法の定めが一般化。たとえば岐阜市内に住んでいるとすると、そこを管轄するのは名古屋高裁である。その所轄の地裁は名古屋地裁なので、そこにも訴えを起こすことが可能。

(b) 事物管轄

取消訴訟はすべて地方裁判所の管轄（裁判所法 24 条 1 号、33 条 1 項 1 号）で、簡易訴訟は認められない。

IV 訴訟要件② 処分性

処分性というのは、訴えが起こせるか否か、かなり核心的な部分に関わってくるので、結構尺をとる。

1 考察の対象

行政庁のある決定が行訴法 3 条 2 項にいう処分の取り消しの訴えの対象となるのは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（「処分」と総称される）」に該当するか否かで決まる。「処分」なら取消しを求められるのであるから、この点が問題になってくる。この問題を、**処分性**の問題と言う。

いわゆる行政処分が当然にこの枠にあてはまることには異論がなかったものの、その他にも、**一定の事実行為**も含まれるのではないかということが、その他公権力の行使に当たる行為には含まれると説明していたのが昔の事であるが、今はそのような「処分 = 行政処分(行政行為)+α」という理解は前提となっており、この処分の対象はどんどん拡大されている。それがわかるのは、行政法判例百選Ⅱ 159 事件以降だが、こいつらはすべて丸暗記必須である。ということで、行政処分+αの部分で、考えていくことになる。

2 最高裁の定式

最高裁は一定の定式立てをしているが、それが変遷してきた。

(1) 大田区ごみ焼却場設置行為事件

大田区ごみ焼却場設置行為事件（昭和 39 年 10 月 29 日：最高裁/ 100 選Ⅱ 156 事件）

昭和 32 年 5 月に、東京都が都議会に設置計画案を提出し都議会が可決したため、東京都公報に記載された。その後建築会社との間に建築請負契約を締結したが、近隣住民がこれら一連の行為の無効確認を求めて提訴した。

※民事の差止め訴訟と言う類型でいわゆる「迷惑施設」というものの建設に対して争うことができ、その関係についても問題があるので、百選との関係でも取消訴訟のところには書いていない。

一連の行為に処分性を認めるべきだという訴えを、一審は処分性がないからと却下(訴訟要件を充足していないので、門前払い)、第二審も控訴棄却したので、住民側は行政行為の適法性を判断すべきだとして上告した。

これに対しての最高裁の応答が以下のようなものであった。

「行政事件特例法1条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の①**法令に基づく行為**のすべてを意味するものではなく、②**公権力の主体たる国または公共団体が行う行為**のうち、その行為によって、③**直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定**することが法律上認められているものをいう」

ここから分かる最高裁による処分性判定の判断のポイントは、①**法令の根拠**＋②**公権力性**＋③**直接的な法効果**ということになる。

これにより、今回は権利義務の形成または範囲を確定しているわけではないので、無効確認も不適法として正当であるとしたのである。このような定式が、まずは基礎にあった。

塩野先生の教科書での行政行為は、法令に基づいて、相手方の法的地位を行政庁が一方的に定義する行為だとしていたので、それと同じじゃんと気付いた人も多いだろうが、早い話その通りで、行政法第一部で教えてもらったものが、取消訴訟でも争われる対象なのだなという理解はこの段階ではまあ基本的には正しい。

だが、やはり法治主義の実現のため、国民の権利救済の観点から行政の行為の適法性をチェックしようとする範囲が他にもあり、それは裁判所の意欲により取消訴訟のステージにのっかるのである。

ではその意欲とはなんなのかということだが、やはり②と③の**ポイントがやや不完全であったとしても、取り消し訴訟の対象として受け入れる**ということが行われているのである。その状況を観察し、それが一体どういった理屈でそうなっているのかをみていこうという訳である。

(2) 定型的行政処分

法令では「処分」というが、それでも学者は行政処分ということが多い。交告さんが行政「行為」でなく「行政処分」という言葉を選んできたのは、やはりこの訴訟との連結を早いうちから知ってほしかったかららしい。

定型的行政処分は、最高裁の定式が当然に当てはまるものである。

- ①規制行政における**命令と強制**…一般私人間には見られない行為の一方性と担保力があることが理由。私人間ならなんでてめーの言うことを聞かないといけないんだよ！ということになる。しかし行政は公益の実現のために、ある行為をせよあるいはするなということがあられるわけである。
- ②規制行政における**許可、免許等**…役所に申請書を出して許可をもらうのであり、契約に似ているんじゃないかと思うかもしれないが、たとえば憲法が22条で定める職業選択の自由にもかかわらず一般に禁止される飲食店営業を、この許可によって特定解除してもらっているわけである。ここには直接の法効果がある。
- ③**認可**…認可については、行政法第一部では田中次郎先生の行政行為の分類図においてもでてきたものである。公益的な目的から民間の意思表示だけではある行為を成立させないことが認可制度の持つ意味であり、この限りで、これを欠く行為が法効果を生じないという点では一方的な効果を持つというべきである。

(3) 定型的非行政処分

これは行政処分じゃねーよ、というテンプレもある。

- ①民法の行為形式をとる活動…行政だって民法の活動形式で活動することもある。この場合意思表示の合致で法律関係を作るので、民法の話。
- ②法規命令…相手方の権利義務に影響を与えるものであるが、これが定められた場合、国民の権利義務に係るものだから、それができた段階で文句を言いたくなる人もいられるかもしれない。しかし、これは基本的に具体性を欠く。個人の利益を直接になんやかんやする場合でないと、処分性が認められない。(逆に言えば、なんやかんやするなら…?)
- ③内部行為…原則としては国民との間に直接の法効果を生ぜしめない行為は処分ではない。だからマジで内部行為であれば、処分性はないことになる。マジで内部行為なら。

教科書ではその後、104ページくらいから典型的に検討がなされる。が、今はざっとみるだけ。

A 内部行為

今処分じゃないといったばかりじゃねーかよという感じだが、本当に内部行為なのか怪しいのが実はあったりして、影響を外に与えていることがあるのである。内部と言うと本当に内部なのか、それをしっかり見ないといけない。審査基準の問題とか外部化現象とかあったよねという話。

B 部分的秩序の行為

主としてくにと地方公共団体が想像されるのが行政法学の世界だが、もっと部分の社会として弁護士会や(以前の)国立大学の問題について、その権力性をどこまで尊重すべきかなどが議論される。しかもここには学校教育法だとか法律があるので、それにより権力性が生れると、懲戒処分などの性質を論じないといけないことになる。

3 行政行為の権力性の3つの側面

(公)権力性というのは何なのだろうか。例えば塩野さんの「行政事件訴訟法改正論議管見」『法治主義の諸相』321頁には以下のような3つの側面が表される。

①行政機関の意思表示のみによって権利義務関係を変動させるという意味での権力性

「一方的に」ということである。意思表示を合致させると言う世界が民法の世界であるが、行政の意思表示は一方的な意思表示で権利義務関係が変動してしまう。

塩野先生は行政法Ⅰの教科書でこれを「規律力」とよんだ(塩野『行政法Ⅰ〔第五版補訂版〕』139頁以下)。

②規律権力をめぐる紛争が生じた場合における規律権力の通用力の意味での権力性

「君の運転免許を取消す」と言えば紛争が生じることになるだろう。そのとき、その意思表示がとりあえずは有効とされないと(俺は違法だと思うから従わないぞと言われると困る)めんどくさいので、これを「公定力」というかたちで権力性の一側面とする。

そして出訴期間以内に争わない限り、不可争力も発生する。こういう、規律権力を一応妥当させる力を指す。

※いつか言ったが、取り消し訴訟の排他的管轄ということで宇賀先生はわざわざ公定力を定義しない。取り消し訴訟以外で争えないと言うことのミラー的な効果でしかないので、取り立てて公定力とせずとも良いという。

③規律権力によって形成された法状態の強制的実現の意味における権力性

違法な看板だからと撤去命令を出したが言うことを聞かないときは、強制的な執行をしないとイケない。

これまでの権力性の議論は②に力点があった。一応の妥当力というものを権力性だと見ていたのである。

しかし、②は**取消訴訟制度**が用意されていることによる権力性である。だとすると、「取消訴訟の対象は**公権力**の行使である」→「行政行為の権力性とは**公定力**や**不可争力**を有する行為である。」→「公定力や不可争力の根拠は**取消訴訟**の制度である(取消訴訟の排他的管轄)」というように論理が循環してしまうことになる。

この循環を断ち切るには、行政事件訴訟法上の「公権力」概念と行政行為の権力性を別異のものとする必要がある。そこで、①の権力性に力点を置く、塩野さんの議論がでてきたのである。この点一方的な法関係の形成は民事関係においても見られると言う批判が考えられるが、民事関係ではそれはあくまで例外的なものにとどまる。

※ただし、これは魅力的な説明ではあるが評価としては微妙なところである。一方性と言うのは制度設計によるところから読み取ることになるわけだが、実体法上に権力性を観念しているわけであるから、自由主義的な観点からは実体法上に権力性がどんどん広がって行くのはいやーな感じがするわけで、行政事件訴訟法をすっ飛んでいくこの議論には批判もあるわけである。そもそも立法者も権力性の説明について十分に詰めていたわけではない。まあ塩野教への賛否を明らかにしないと勉強がおよそできないというわけではないけれども、もう少し勉強をしてから、彼の考えはどうなのか一回考えてもらいたい。

4 要綱等に基づく行為の処分性

内部規範だとしても、それが行政のなかだけの定めだよといいつつも、それが国民に影響を持ていくことはありうる。たとえば内部規範の形式として**要綱**と言うものがある。

国ならば法律を、県ならば条例を作りたいと思うかもしれないが、それには議会を通さないとイケないので、内部規範である要綱でさっさとものを進めてしまおうと言うことがあるのである。

※法律による行政の原理からすればこれはどうなの…と言う感じになるが、これにつき全てを法で決定するのは無理だからと法律の留保論が盛んにかわされ、たとえば侵害留保概念がでてきたのであった。そして侵害留保説だと自由と財産を侵害する限りにおいては法律の根拠がいるけれど、給付とかならば法定しなくてもいいじゃんということになるが、これでいいのか…とか言う感じで議論をしたはず。第一部で。

まあなんにせよ、お金をくださいよと言った人に対して内部の基準に従ってあげないという決定をしたとき、役所のほうは窓口に来た人と契約を交わそうとしているのではなく、要綱の要件に従って判断をしているのではなからうか。そこには処分に似た構造があるのである。

ならばそこに処分性を認めてやれば、違法な行政活動を抑止することができるのではないかということになる。

(1) 幾つかの裁判例の検討

①那覇地判平成5年4月28日訟月41巻1号10頁

「補助金等の支給のような**非権力的な**給付行政の分野においても、立法政策として、一定の者に補助金等の支給を受ける権利を与えるとともに、**支給申請及びこれに対する支給決定という手続により、行政庁に申請者の権利の存否を判断させることとした場合など、法令が特に補助金等の支給決定に処分性を与えたものと認められる場合には、補助金等の支給、不支給決定は、取消訴訟の対象となる行政処分に当たる**」

「以上によれば、根拠法である地域雇用開発等促進法及び雇用保険法においては、「必要な助成及び援助を行う」というだけで、他に助成及び援助の具体的な種類、内容、支給基準等についても何らの規定を置いておらず、右の規定のみでは、第三の一記載(注:上の段落)のような処分性を見出し得る手掛かりは見当たらない。また、雇用保険法施行規則においては、特別奨励金の受給対象となる事業主の要件を規定しているのみであり、通達の段階において、初めて、支給申請、支給決定等の手続きや支給決定の主体、不服申立ての手続き等について規定されている。他に雇用保険法には、特別奨励金の支給に関して事業主に雇用改善事業に伴う利益を享受する地位を付与することを予定して、その具体的手続き等を規則に委任する趣旨の規定はない。このような点を総合考慮すると、右規則は、行政庁で内部的に事業の内容を定めたに過ぎず、また、通達は、右規則の規定を受けて、助成金の支給に当たった適正な事務処理がなされるように、内部的な手続きの細則を規定したに過ぎないものというべきである。したがって、右規則も通達によって、特別奨励金の支給・不支給決定に処分性が付与されるものではない…」

ここで言っているのは、命令強制の意味での権力性と思われる。要件認定、通知の形態に処分を観念できるとしているわけだが、その一方性に注目すれば、塩野さんの意味の権力性をみてとれる。

ただし本件では以上の一般論をしつつも、ここでは処分性を認めなかった。処分として観念できる制度設計がなんら見当たらなかったからである。政令かなにかに手続きを委託するならまだわかるがそれもなく、行政内部のコミュニケーションツールである通達で初めて支給申請等の手続きや主体、不服申立ての手続きについて規定されていた。こういう点を総合考慮して、処分性を認めない結論をとったのであった。

やっぱ政令省令レベルでなく、通達。役所の人は通達に従って運用を行うことになる。はたから見たらそれっぽい手続きだけど、やっぱ処分って法令のやつなんすよwwという理論。

②福岡高那覇支判平成5年12月9日訟月41巻1号1頁、判時1508号120頁〔①の控訴審〕

「そして、法治主義の原則の要請から、右の法令とは形式的意味の法律のみならず条例等法律に準ずるものを含むが、行政庁が自らの内部規則として制定した規則は、これが補助金等の交付決定に処分性を認めることを前提とした法律ないし条例等の委任を受け、その法律ないし条例等と一体として処分性を付与していると認められない限り、右の法令に含まれないと解するのが相当である」

原審の判断を踏襲した。法治主義の要請というのは民主的な基盤を持つという事で、それゆえ条例なども含まれるのだが、ここではやっぱり内部規則は法律と一体になって制度設計をしているとは見れないと言った。ようするに**実質的に見て立「法」者の作ったルールと見れるのかどうか**、がここでは決定的なようである。

③水戸地判平成7年7月11日判例地方自治143号84頁

「ゴルフ場開発計画を有する事業者がした、県の土地開発事業に関する要綱に基づく知事に対する土地開発事業設計承認申請について、市長がした同申請に係る開発計画に対する同意意見の撤回につき、**前記要綱等は、事業主に対し、任意の協力を期待する行政指導の指針を定めたものであり、前記承認申請に当たって市町村長の同意を得られなかったからといって、そのこと自体によって法的に工事に着手できなくなることはならず、市町村長の同意、不同意の意見の表明は、事業主に法的な利益を付与し、あるいは不利益を課すものではないから、前記同意意見の撤回行為も、前記業者に法的不利益を及ぼすものではなく、同行為は行政処分には該当しない**」

茨城県の仕組みの中では同意がないと先には進めない。が、それが要綱に基づくものでしかないから、それが無いとしてもなにか法的な地位が発生するはずがない。内部規範だし。と言う言い訳。ただ、だいたいそれは無いと森林法上の許可申請についてもなかなか受け付けてもらえない実務慣行がある。行政手続法の観点から、それは7条により許されないのではないかといえるかもしれないし、なかなか行政はこの仕組みだシステムを壊そうとしないので紛争が出てくる。

④前橋地判平成7年12月19日判タ900号209頁

「県の条例に基づく大規模土地開発事業を行おうとする者の知事との協議に対する知事の事業計画に係る異議の有無等の通知につき、同条例には前記協議の規定はあるものの、**その協議に従わないことによる罰則規定がない上、協議の申出に対する知事の対応により申出をした者の権利、義務に消長を来す規定はない**から、前記通知は、協議を受けた開発事業計画に関する許認可等についての手続上の問題点の有無等の観点から、知事の意見を通知し、併せて行政上の指導を行う行為にすぎず、抗告訴訟の対象となるべき公権力の行使としての行政処分に当たらない」

これもまた、罰則のない条例の話だから…という。大規模土地開発事業と言っても、それぞれ法律に基づいたいろいろな許可を求めないといけないわけであり、それを総合的に行うことが求められる。そのため、行政の許可は法律に基づいて与えるものであるが、それを総合する手続きを整備する。ただし県の条例で一般の法の定めを壊すわけにもいかないの、罰則のない範囲で妥協しているのである。

(2) 現代的課題

結局、法律の話じゃねーんですよということで、多くの訴えが泣き寝入りとなる状況であるが、時代は進み世の中の助成とかのシステムが複雑になればなるほど、法律が全部やるぜと言う訳にもいなくなってくる。すると今までの理論だと保護されないものが増えてくるわけだが、やはりそれもなんかおかしいので、なんとかして「立法者」の作ったルールの中に、内部の行為に見えるものも含めてくるようになってきたのだった。

①就学援護費事件(平成 15 年 9 月 4 日：最高裁/100 選Ⅱ164 事件)

就学援護、遺族の援護活動を「行う」ということは労災保険法に書いてあるが、その内容は**通達**と言う形で規定されていた。さっきの感じだと「内部」のものとして処分にならなそうだったところ、ここではまさかの処分性肯定と言うケース。保険給付がまさにこの法律のメインの事業(本体事業)であるわけだが、遺族の援護活動はそれにたいして**補完事業**と位置づけることができた。

最高裁がここで持ち出した理論は、本体を補完するものとして法令からのびた一つのシステムとして「一体化」しているから、まあ処分だと見ていいよというもの。新たな視点が提示された判例で、この射程が問題となる。

②高松市手話通訳派遣事件(係属中：高松地裁)※

障害者自立支援法、現行の障害者総合支援法には、**地域生活支援事業**が用意されており、そのなかに手話通訳の派遣事業があった。これ自体は、「事業を行う」ということしか書かれておらず、派遣を拒否された人が取消を求めたものの、それが処分かどうかはかなり微妙なところだ、という問題が生れたのである。この事案では行政不服審査法上の「**教示**」がなされていたということもあって、行政は処分として見ていたようであるし、本体たる障害者支援の補完事業として就学援護費事件の射程に入れる余地があるのかが問題になっている。

現在(2014 年 2 月)係属中であり、この後に注目が集まる。法律がどのように制度をしくむか、やはり税金の使い道なので、立法者が意思を示すことがあるし、その点を法律を読んで把握しないといけなわけである。

なお弁護団の HP は、<http://syuwatsuyaku.blog.fc2.com/> となっているので気が向いたらみてみよう。

※なお、教示がなされたから、「不服審査のシステムの一つ、教示をしているのだから、処分性があるやろ」と思うかもしれないが、重要なのは行政がどう思っていたかではなく、裁判所がどう判断するかなので、たとえば行政が教示をしているからといって、それで何か処分性が直接に基礎付けられるわけではない。前掲の福岡高那覇支判平成 5 年 12 月 9 日も、そのような旨指摘している。

「なお、控訴人は、被控訴人が本件不支給決定に際して行政不服審査法上の審査請求ができる旨を教示したことを根拠として、右決定が処分性を有する旨を主張する。確かに、本件不支給決定の際に被控訴人が控訴人に行政不服審査法上の審査請求ができる旨を教示したことは当事者間に争いがなく、このことは、被控訴人が本件不支給決定に処分性を認めていたことを示しているが、行政庁の行為に処分性が認められるか否かは、裁判所が法令の解釈により決定すべき事柄であって、当該行政庁の判断に左右されるものではないから、被控訴人が本件不支給決定の際に不服申立ての**教示**をしたからといって、このことが処分性を肯定する理由となるものではない」

※100 選Ⅱ 164 事件について

太田先生は解説において、社会保障給付の仕組みを 4 つに区分した。すなわち、以下である。

- ①要保障事故発生時を給付の始期とし、行政の応答は法的性格を持たない
- ②給付の始期は要保障事故の発生時であるが、行政の応答が行政行為になる
- ③給付の始期を行政の応答時とし、同時に応答が行政行為になる
- ④給付の時期を行政の応答時とし、応答には行政行為的性格を認めない

このうち、太田先生はあくまでこの事件(就学援護)は④タイプじゃね?と思っているようで、判例の結論に懐疑的である。結局手続きも条件も内部通達で決まるのに、それを処分と言って特別の効果をもたせるのはどうなのか、というわけである。というか、効果を持たせたくない、というよりはそんな解決ができるのは、怖いものなしの最高裁だけなのである。実際のところ。そういう意味で、射程の判断が難しすぎるという判例。

③最判平成 24 年 3 月 6 日判時 2152 号 41 頁

事故ったら、まず①地方公務員共済法によるお金(療養費・入院負荷費)、②組合の定款、要綱によるお金(一部負担金払戻し・入院者見舞金)がもらえた。うきうきしてたら、さらに③地方公務員災害補償法によるお金がもらえた。ここで、二重取りになるので先にもらった①②のお金は返してね、ということになっていたもので、払った組合がお金返せよと訴えた。結局、この給付が行政処分に当たるのかどうかで処理の仕方が異なるので、問題となった。最高裁は②は処分ではないとしたのだった。

④東京地判平成 25 年 1 月 29 日判時 2191 号 33 頁

障害者自立支援法に基づく給付を受けられなかったので争った。ここで着目すべきは、弁護士が主位的請求としては給付訴訟を求めたのに対し、予備的請求として取消を求めたことである。

つまり、行政処分かどうか微妙な事件が増えてくる中で、弁護士としてもそれをみこしてどちらでも対応できるような訴えの立て方を要求されるようになったのである。

この弁護士は主位的請求としては給付請求を立てたから、処分性がないパターンに対応しつつも、予備的にもし処分性が認められたときのために、取消訴訟も提起しているのである。これは行政法をしっかりと勉強している弁護士でないと思いつかない機転かもしれないが、実務家はこうした考慮もしなくてはならないのである。まったく大変な仕事だぜ！

5 類型的考察

(1) 内部的行為

① 建築行為に際しての消防長の同意

【参照】消防法第7条

建築物の新築、増築、改築、移転、修繕、模様替、用途の変更若しくは使用について許可、認可若しくは確認をする権限を有する行政庁若しくはその委任を受けた者又は建築基準法第6条の2第1項の規定による確認を行う指定確認検査機関は、当該許可、認可若しくは確認又は同法第6条の2第1項の規定による確認に係る建築物の工事施工地又は所在地を管轄する消防長又は消防署長の同意を得なければ、当該許可、認可若しくは確認又は同項の規定による確認を行うことができない

まあ建築行為については、「同意」が消防長または消防署長からいるわけであるが、それが得られなかったような場合に果たして文句が言えるのか、これを処分と見てもらえるのかが問題となる。

最高裁は、この処分性を否定した。

最判昭和34年1月29日[100選I24事件]

「本件消防長の同意は、知事に対する行政機関相互間の行為であって、これにより対国民との直接の関係においてその権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為とは認められないから、これを抗告訴訟の対象となる行政処分ということはできない」

結局行政相互の作用でしかないのだから、そこには国民との相対関係がないというのである。ただ、内部行為と言っても、**ここでの同意は、単なる行政の上限関係の中でのバケツリレーの一環と言うには特殊**である。そのことを指摘していたのが、第一審判決と言える。

福岡地判昭和26年2月28日行集2巻2号305頁(同一事件第一審判決)

「茲に同意又は同意の取消というのは上級行政庁と下級行政庁との間における単なる行政監督的作用ではなくて県知事と相対する消防長がその独自の立場において、県知事の成す建築許可が消防の見地から支障がないか否かの意見を示す独立の行為であり、これによって実質的に国民の権利義務に重大なる影響を与えるものであるから少なくとも行政庁の処分に準ずるものとして抗告訴訟の対象となり得るものと解するのを相当とする」

ここでは、タテ割りのなかの監督作用ならば内部行為と言えるが、今回の同意のような、ヨコのつながりのなかで別の機関に、自分たちでは判断できないような安全性とかそういった視点を補充してもらっているような場合、話が別なのではないか、ということが指摘されているようである。

② 通達

墓地埋葬通達事件(昭和43年12月24日：最高裁/100選I57事件)

真言宗の一寺院による通達取消しの訴え。最高裁は処分性を否定した。

昭和35年3月8日付けの厚生省公衆衛生局環境衛生部長から各都道府県指定都市衛生主管部局長宛の通達について、「依頼者が他の宗教団体の信者であることのみを理由としてこの求めを拒むことは『正当な理由』によるものとは認められない…」

まあ内部のものではあるのだが、やっぱり外部効果はあるわけで、それを争わせることが相当とする判断もある。

函数尺事件(昭和46年11月8日：東京地裁/行集21巻11=12号1785頁)

権利救済の見地から訴訟対象性を認めた。尺貫法をメートル法に改める時に、それによって規格とかいろいろめんどくさくなるのに争えないのは癪だよ、**尺だけに…**ということで、訴訟対象性を認めた。

③ 工事実施計画の認可

成田新幹線訴訟(昭和53年12月8日：最高裁/100選I2事件)

日本鉄道建設公団が作成した新幹線建設の工事実施計画に対する運輸大臣の認可は、上級行政機関が下級行政機関に対して行う監督行為であるとして処分性を否定。

まあさっきも見た通り、縦割りのなかの監督作用とかは処分性が認められないようなことが多い。

(2) 部分的秩序の行為

一定の部分社会の秩序は重視されるため、取消訴訟が認められないことがある。とは言っても、やはりその部分社会から放逐されるような行為についてはなお司法判断されるべきであるし、実際の所そうされている。憲法で議論されたやつである。司法審査の対象性を欠くと判断されるときは、取消訴訟もできない。

(3) 法律行為代替的行為

法律行為代替的行為とは、民事法上の法律行為によることもできるところ、あえて行政処分的方式が用いられるケースである。給付行政の世界などでは、特別の規定がない限りは法律行為は契約方式でおこなわれたものだろうと推定が働くのだが、**法律の規定を手掛かりにして行政行為と構成される場合**があるのである。

このような場合、定型的処分における意味の権力のモーメントがない法行為についても、法律の仕組みを手がかりとして処分性が認められることがある。たとえば不服申立ての制度が用意されているから不服申立てしてよいというとき、それらの法行為が権力的だから処分性が認められているのではなく、法律が取消訴訟の排他的管轄に服せしめているがゆえに権力性が与えられている。

この意味で、立法者が(規律力ではない意味の、おそらく公定力などの)公権力のある行為に対してどのように付与するか、その選択も認められるということになる。

(4) 一般的行為

① 条例

法律や条例はそれ自体で行政処分にはならない。国民の法的義務は抽象的に定まるだけであり、個別的な変動をみてはじめて処分とすべきである。とはいえ、(まあ条例なのだが)例外がある。

<処分性が肯定された事例>

横浜市保育所条例事件(平成 21 年 11 月 26 日 : 最高裁/100 選Ⅱ211 事件)

横浜市の保育所などは、地方自治法上の「公の施設」とされ、自治体の作る公の施設については、条例で設置と管理の定めをすることになっている。保育所条例は、そのための条例である。

その主体を民間に移そうと言う動きがあり、そのために二つの保育所の存在を保育所条例にある公の施設の表から消し飛ばすことにつき、処分性が認められた。

ここではそもそも民間に移すということで、**相手方が特定**される(保護者の中には民間にしてほしくない人もいる)し、この消し飛ばしの後に**個別的な処分**が予定されていないことが重視され、処分性が認められた。

<処分性が否定された事例>

高根町給水条例事件(平成 18 年 7 月 14 日 : 最高裁/100 選Ⅱ162 事件)

高根町はいわゆるセレブの方の別荘地なのだが、別荘住民と土着の方々がまあちょっと区別される感じであった。別荘組が来る時に水道めっちゃ使われるので、こいつらが来るシーズンに水道料金をあげようと言う条例が作られた。

これについて、処分性は否定された。

理屈としては、そこに誰が来てもいいのだから相手方は特定されていないこと(とはいっても顔ぶれは同じような感じになるだろうが、それにしても)が一つ。やはり「一般的」であり、限られた特定の者にしか適用されるものではないことが重視されたのであった。他にも論点はあるが、処分性については以上のような事案。

② 告示

告示についても同様に議論されるが、講義では省略された。まあ同じようなもんであるから大丈夫。

<処分性が肯定された事例>

医療費増額職権告示事件(昭和 40 年 4 月 22 日 : 東京地裁/行集 16 巻 4 号 708 頁)

「本件告示当時存立するXら健康保険組合は、改めて行政庁の何らかの処分を待つことなく、本件告示そのものにより、右Xらが将来保険医療機関に対して支払うべきことの確実な療養の給付に関する費用を増額されるとともに、…。したがって、本件告示は、前記のように、一面立法行為たる性質を有するものであるが、他面、右に述べたとおり、**Xら各保険組合に対し直接の不利益を与える**ものであるから、取消訴訟の対象となりうるものというべきである」

<処分性が否定された事例>

食品添加物指定告示事件(平成 9 年 4 月 23 日 : 東京地裁/判タ 983 号 193 頁)

③ その他

法律や条例でなくても、名宛人が特定されない行為はある。たとえば**保安林の指定行為**などである。これは森林法によるもので、木材生産を念頭に森林を捉えるなか、森林の経済的機能のみならず公益的な機能(ようするに緑のダムとしての機能など)を重視して、一定の森林を保安林と指定するものである。

ここでは、名宛人はないがある区域を特定してゾーニングするわけで、その指定をめぐって取消しを争うことがある。たとえば長沼ナイキ事件訴訟では、これが処分であることが前提とされているのである(しかし、訴えの利益が消滅したことを理由に棄却)。

これはモノに対する処分であるわけだが、相手方となる人がいるわけではない。指定を解除すると言うときも同じである。ではこれがなぜ行政処分なのかということになるが、やはり争う人がいる。木がもっているところの先ほどの機能が失われることによる不利益を考慮しているのだろうが、**周辺に住む人たちに(命と言うレベルで)重大な影響が及ぶことが重く見られている**ようで、これはのちにやる原告適格の問題にも関係する。

※つまるところ、この人なら訴訟を起こすにふさわしい、というのが原告適格。その適格を認めるに値するような人が現れる時、適格を与えるに足る紛争が起きているのだから、処分性がある方向へ向かう。

6 最近の最高裁判例の傾向

他で扱わない②については簡単に解説を書いておく。

①最判平成 15 年 9 月 4 日[100 選Ⅱ 164 事件] 労災就学援護費の支給に関する決定…先述

②最判平成 16 年 4 月 26 日 検疫所長からの輸入禁制品該当の通知(166 事件内に載っている)

関連判例というか、**100 選 166 事件**として最判昭和 54 年 12 月 25 日 民集 33 巻 7 号 753 頁がある。

スモークマグロの切り身を輸入しようとしたところ、検疫所長が一回検査機関に指示をして安全性を調査させた。すると一酸化炭素の含有量が多かったので、輸入届出済書を出さないと通知した。通知自体は法的効果をもたないが、結局その通知を受けた瞬間、その後の輸入許可が受けられなくなるということが重視され処分性が肯定された。

③最判平成 17 年 4 月 14 日[100 選Ⅱ 168 事件] 登録免許税還付通知拒絶通知…後述

④最判平成 17 年 7 月 15 日[100 選Ⅱ 167 事件] 病院開設中止の勧告…後述

⑤最判平成 20 年 9 月 10 日[100 選Ⅱ 159 事件] 土地区画整理事業計画…後述

7 行政計画の処分性—段階的行為の例として

段階的な行為というのが結構ある。

(1) 出発点となる判例—青写真判決

青写真判決(昭和 41 年 2 月 23 日: 最高裁/民集 20 巻 2 号 271 頁)

一区画の土地をならし、そこに公益的な施設を作ったり土地利用を合理化しようとする事業を土地区画整理事業と言う。これを段階的行為と言うのは、まず土地区画整理計画を立て、その後に換地を行うからである。その際には**減歩**と言って、交換された土地のほうが小さいということもある。これは土地を奪うに等しく、実現が難しいので行政計画で規律したうえで行われるのである。土地区画整理計画がいったんまると大体はその通りに進み、換地が行われておしまいという感じになる。問題は、土地区画整理計画自体を処分と見て取消を求めることができるのか、である。ようするに換地の段階になってしまうと、もはやもとは戻れないような状況になってしまう。事情判決がどんどん近づくわけだから、このような訴えがしたくなるのも無理はないのである。だが、この判決では土地区画整理事業計画の処分性を否定した。理由は、紛争の成熟性が欠如していることである。これは要するに、争いとして今争うだけの熟度があるかということであるが、土地区画整理計画は、街づくりの「**青写真**」に過ぎないと言う意味で熟度がないとした。よって青写真判決。形質変更の自由に対する制約が計画に伴いかかるが、それは付随的效果にすぎないとされた。このよくわからない理屈を**付随的效果論**といったりする。

青写真判決の下級審裁判例への影響は大であったが、以後、それを最高裁自身が止めることになる。まあ青写真判決が過大な影響を与え、処分性を認めることが輪をかけて少なくなったのである。ということで最高裁も焦って、なんやかんや、青写真判決はあるけども場合によるよと言いつつ出したのである。

(2) 最高裁の態度—計画ごとの判断

下級審はビビって計画=処分性なし=青写真という理解をしていたが、やはりケースバイケースですよねというのが以下の判例群を見ると分かる。

◎処分性を肯定した最高裁判例

阿倍野市街地再開発事業事件判決(平成 4 年 11 月 26 日: 最高裁/民集 46 巻 8 号 2658 頁)

こちらも、再開発の計画自体によって国民の権利に直接の変動が生じるわけではない。しかしながら、事業計画が公告されると、土地所有者は自分の土地を収用される地位に立たされ、公告の日から 30 日以内に、建築される施設

の一部について譲受け希望の申出をするか、それとも対償の払渡しを受けるかの選択を迫られる。このように**近い時点で確実に権利変動の局面をもたらす**ところが、国民の権利義務に対する直接的影響と評価された。

ただまあ、なんでもかんでも処分性ありとはしていない。

◎処分性を否定した判決

最判平成 4 年 10 月 6 日判時 1439 号 116 頁

土地区画整理事業の事業計画について青写真判決の帰結を維持した。

西脇市地区計画事件（平成 6 年 4 月 22 日：最高裁/判タ 983 号 193 頁）

都市計画法の地区計画について処分性を否定した。



↑全然よくない

（3）青写真判決の変更

だが、そんなこと言っているうちに、ついに青写真判決もひっくりかえる

浜松市事件判決（平成 20 年 9 月 20 日：最高裁/100 選Ⅱ 159 事件）

結局、換地処分まで待っていたのであれば、その間に事業計画が進行していくので、もう**最終的に勝ったところで遅くなってしまう**。換地処分の取消訴訟に勝ったとしても事情判決になるじゃん…というわけで、換地処分を前提になされた事業計画自体にも、処分性が認められることになったのであった。

泉裁判官の補足意見では別の理由付けとして、青写真判決で「付随的效果」と呼ばれた形質変更の制限は、付随ではないマジモンの効果だろうがということも言われている。（多数意見はそこまでは言っていないが）

ただし計画といっても、「計画したけど、それ自体が全ての法関係を規律はしていないよ、まだ換地とかいるよ」というのは、**非完結型の計画**で、スタンドで言えば成長性 A である。対してここを商業地域にするぜとかいうゾーニングは、それ自体で建てて良いもの、ダメなものがきまるので、完結する。こういうものを**完結型の計画**という訳だが、青写真判決をひっくり返した本判決の射程が「完結型」「非完結型」のどこまで及ぶかは、少し問題になる。

最判平成 24 年 2 月 3 日民集 66 巻 2 号 148 頁

土壤汚染対策法3条2項に基づく通知（有害物質使用特定施設の廃止を、施設設置者ではない土地所有者に知らせる）の処分性を肯定。この通知を受けた者は汚染状況調査義務を負うが、義務に違反しても罰則はかからない。義務を履行しないでいると、3条3項に基づく報告命令を受けることがあり、その命令に対しては罰則が用意されている。最高裁は、2項の通知自体によって調査義務が発生していることに着目。命令が出るまで待たせるのではなく、通知の段階での出訴を認めたほうが権利救済に資するとした。

つい最近の判決。**土壤汚染対策法**と言う、化学物質が土地に浸透して汚染されることを防ぐ法律が昭和からあった。昔は名前が違って、農業する土地を対象としていたのだが、近年は街中にも使えるような形で再整備がなされた形である。この法律は有害物質を出す施設の廃止について、特定施設設置者ではなく土地所有者に知らせることとしており、その通知に処分性があるかどうか問題となった。通知を受けると汚染状況の調査義務が下るが、これは断っても罰則がない。しかし義務履行をしないでいると、報告命令というものを受ける。これは命令であるから、行政行為の分類で言う下命である。こっちに違反すると罰則がかかる。そうなれば、ここに段階が考えられるわけである。最初の通知がステップ 1、報告命令以降がステップ 2 以降である。

じゃあ報告命令くるまで待てよ、という考え方もあるにはあるが、ではそこまで待つ必要があるのだろうか。役所に一応目を付けられているのであって、そのような状況で我慢していかないといけないというのも癪だし、命令は実は絶対来るかわからない。これでますますほっとけばいいという人もいるが、やはりはやいところ蹴りを付けたい気持ちはわからないでもないの、最高裁はこれにつき、処分性を認めた。

※ここでは、行政手続法上の処分と行政事件訴訟法上の処分概念のリンクをどうするか、が問題でもある。

8 行政指導の処分性—事実行為の例として

たとえば**行政指導**は法的効果を生じないのだから、取消す、つまり「効力をなかったことにする」必要もないということになる。基本的にはその通り（というか、定義上そうである）なのだが、なかには処分性が肯定される行政指導もあるとされている。このような行政の事実行為に、取り消しを観念できるのかが問題になる。

（1）処分性を肯定できる行政指導

取消ができるとすれば、先の議論で言えばたとえば一種の段階的行為と捉えられる場合などであろう。

他には、勧告をして、勧告を受け入れないような奴の指名を公表するという制度が設計されている場合、これが制裁的な意味を持つ(消費者への情報周知と言う意味もあるが)とき、これを処分と認めたほうがいいのではないかという議論にもなる。

(2) 裁判例

◎処分性肯定例

横浜地判平成 12 年 9 月 27 日判例地方自治 217 号 69 頁

横浜市船舶の放置防止に関する条例9条1項に基づく放置船舶移動の勧告ないし指導について処分性を肯定した。これに従わないと、10 条に基づいて市職員の手で移動されることがあるが、移動措置自体を争うこともできないことが評価された。

◎処分性否定例

①江釣子訴訟(昭和 60 年 6 月 24 日:東京高裁/行集 36 巻 6 号 816 頁)

旧大店法7条1項に基づく大型スーパー店に対する店舗面積変更勧告について処分性を否定した。

なお、参考となる議論に、「**相対的行政処分論**」がある。(阿部泰隆『行政訴訟改革論』87 頁以下) これはもう、一つ定義をしてめると処分性を認められるわけがないと言うことで、「抗告訴訟の対象性を行為の性質により一律に決める考え方を放棄して、誰が争うか、争う理由は何かという紛争の利益状況次第で、同じ行為でも抗告訴訟の対象となるかどうか異なる」という立場である。なぜここを選んで紹介したのかは謎である。

②熊本地判平成 14 年 11 月 21 日判例地方自治 242 号 70 頁

熊本県知事が、病院開設を予定している者に対し、医療法 30 条の 7 に基づいてした病院開設中止勧告の失効確認、無効確認を求める訴えが、上記中止勧告は行政処分に当たらないとして却下された事例。

(3) 病院開設中止勧告事件・最高裁判決

病院開設中止勧告事件(平成 17 年 7 月 15 日:最高裁/100 選Ⅱ167 事件)

病院を開設する時には、知事に許可をもらわないといけない。この許可制度は不思議なもので、民間病院は基本的に自由に作れると言うスタンスに立っている。ところが地域医療圏を設定すると、その中の人口等をもとに計画を立て、その計画に従うかたちで病院の数やベッド数などを調整するように勧告するのである。十分に病院があるときに、うちうちも〜とか言ってきて、地域医療計画に支障が出そうな場合、減床勧告だとか、ときには開設中止勧告が出ることがある。それに素直に従えばまあいいのだが、従わずに申請する人間もいそうである。そして要件を具備していたら、行政としてはそれを受け入れるしかない。行政はそこで、何をするか。健康保険法上の保険診療機関の指定を(医療法とは別)申請してきた相手方に対し、それを不許可にするのである。当時は少なくとも職務上不誠実な行為をするおそれがときには、許可しないことができたので、それにひっかけるのである。「ベッド数のバランスをガン無視するとかけしからん!」ということである。基本的に、保険が使えないと病院としてはもう終わりである。

このときに、病院開設の中止勧告の段階で取消訴訟を起こしたわけである。保険診療機関の申請をするには、病院の箱モノを作り、人材を確保しておかないといけないのであって、その段階でバクチ的な訴訟をすることは確かに厳しいものがある。最高裁はここで処分性を認めた。

塩野先生は、これは処分性概念の**フリンジ**を超えるものとみている感じが強い。

※フリンジと標準装備

処分性が認められるものにも、処分性概念の核心的要件を満たす**標準装備**をそなえたものと、その周辺たる、要件は完璧じゃないけどまあいいか、みたいな**フリンジ**の部分があるというのが塩野さんの考え方である。彼はそのフリンジの部分からも離れているんじゃないかと思っている、ということである。

実はこの判決には、行政法の権威たる藤田宙靖裁判官の苦悩も見て取れる。彼の、法解釈としての「連続性」および「漸次の変化」を尊重すべしという考え方からすれば、行政指導であっても次の仕組みとの連動を考えると処分性を認めても…いい…かな…と言うギリギリの線であったことがわかる。(藤田『最高裁回顧録』88 頁) 行政指導が、仕組み全体を見るとここで救済しなければならないなというようなところになっているとき、処分性を認めなくてはならないのか? という難しい判断につながるのである。

3 手続的地位の否定の法効果性

登録免許税還付通知拒絶通知事件(平成 17 年 4 月 14 日:最高裁/100 選Ⅱ168 事件)

阪神淡路大震災では減税措置が行われたのだが、登録免許税をそれにもかかわらず払ってしまった奴が出てきたため、それにたいして還付請求が認められた。還付の請求は二通りあった。

①税務署に還付請求を通知するよう、法務局に頼む
これは、1年間と言う期間制限がかかるものの、簡易な制度である。

②税務署長に還付請求する

これは期間制限が5年であるが、①よりも複雑で時間がかかる手続きをとらなくてはならない。

原告は①を利用したのだが、「お前の税金は還付対象じゃねーから」という通知をくらうことになった。この通知に処分性はないのか？ということに対し、以下のような判断が下された。

「…法 31 条 2 項は、簡易迅速に還付を受けることができる

手続を利用することができる地位を保障しているものと解するのが相当である。…そうすると、上記の拒否通知は、登記等を受けた者に対して上記の**手続上の地位を否定する法的効果を有するものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分**に当たる」



還付請求は②のやりかたでもできるから、それを重視すれば「法効果」が実体的には生じていないものとして処分性を否定することも考えられないではなかったが、採用されない。ようするに、「簡易な手続きの利用」の道が否定されたわけである。ここではこのような、**手続き上の地位変動**に法効果の前提を認めているのであって、そこが重要なのである。近道をしたがる人にも真実を見失わせない優しさ、この「手続上の地位」というものの射程がどこまでなのか、今議論されているのである。

4. 最近の判例から

最近の判例として、さっきいくつか紹介したの中で余っているやつを紹介してみる。

最判平成 14 年 1 月 17 日[100 選Ⅱ 161 事件]

幅が4メートル未満の道路は世の中にたくさんある。だが、基本的に日本の道路のスタンダードは4メートル幅なので、それを普及させるための法制度がある。すなわち、現に建築物が立ち並ぶ4メートル未満の道でも、特定行政庁の指定したものは道路とみなし、その中心線を境界線とみなすことができるのである。と言うことで道路にしてしまい、さらには建て替える時には境界線から2メートルバックするルールがあるのでそれと併用することで、立て直しを経る中で4メートル幅が確保できる。この条文、すなわち建築基準法の2章が適用されるに至ったのは昭和 20 年代だが、適用されるかどうかの判断基準は、「そのときに家が立ち並んでいたか」となっていた。(二軒でいいらしい)

だが、ある区間について二項道路だと指定されれば話は早いのだが、実際にはそのようにはいかないから、一定のゾーニングをして一括指定を行うことになる。だから、え？二項道路なんすかこれ？という問題が生じるのである。下手すると自分のおうちの前が二項道路なのかも分からない。

Xさんの持つ家の前の道が42条の2項のみなし道路とされていたところ、これが二項道路に当る旨の回答が無効だと確認を求めて、予備的に二項道路の指定につき処分性を争った。最高裁は後者について、二項道路の指定により指定の効果が発するし、それが及ぶ個々の道では私道が作れなかったりと個別の影響を与えるのだから、一般的な形であったとしてもそれはなお、個別的な効果を持つものと見るべきとしたのであった。処分性を肯定した。

※無効確認訴訟が行われた。行政事件訴訟法の3条4項には、無効等確認の訴えがあり、その中には不存在、存在の確認もある。

まあ結局、塩野さんの言え「**フリンジ**」という、処分性について要件をがっちり満たしている「**標準装備**」の範疇から若干外れた部分についても、なんやかんやで最高裁は処分性を認めている。その理由付けは法令の根拠だったり、争うタイミングがないことや処分の連続性など様々だが、そのなかで「行政指導」というような、処分には本来は該当しない（法効果が生じない）ものにまで射程が広がり始め、若干ながら「こんなに広げてえんか？」というような話にもなっている。

まあ行政手続法上では、行政処分の定義にはわざわざ尺をとって「……であって、処分に該当しないものという」とかいう書き方がなされているから、処分に該当する行政指導（のなりそこない）みたいなものも考えられなくもないわけで、ラディカルに認めてしまうのもありっちゃありかもしれない。やっぱりこの点は非常に議論があるところで、まだ話はまとまっていない。

V 訴訟要件③ 原告適格

訴訟要件トリオのその2として、今度は原告として訴えができる人は誰か、ということを見ていく。

1 問題の所在

【参照】行政事件訴訟法第9条1項

処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴え（以下「取消訴訟」という。）は、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき**法律上の利益を有する者**を含む。）に限り、提起することができる

この「法律上の利益を有する者」という規定の意味が問題になった。この取消訴訟は、実体法的な淵源が無いままに手続きを先行的に整備したゆえに、この適格を持つものが一概に定まらない。そのため、学説上の議論があったのである。

2 考え方の対立

（1）法律上保護された利益説

判例通説は、「**法律上保護された利益**」がその意味するところだとする。

ここでいう「法律上保護されている」かどうかの判断は、あくまで行政処分のもとになった実体的法律関係を念頭においてなされる。たとえば営業許可ならば**食品衛生法**の話になるし、このようにあくまで実体法の話になる。法律上保護された利益説の出発点となる判例が、以下のものである。

主婦連ジュース訴訟判決（昭和53年3月14日：最高裁/100選Ⅱ141事件）

厳密には行政事件訴訟法上の原告適格ではなく、不服申立ての資格のほうが問題になった。不服申立人適格の問題はスルーしていたのだが、今のところの通説は両者の適格は一致するので、ここではそれを前提に紹介する。近年の学説には異論もあるところではあるが。

この判決の中では「第三者」についての訴えの利益を判断する。たとえば消費者として我々は行政の活動にも関わっているが、その行政の決定に不満があるからと言って、それについて消費者というだけで原告適格を認めると誰もが原告となってしまうので、認められないというのである。

まあ事件自体は合成着色飲料に果汁が含まれているかわからないことにつき、なんか対処しろよという訴え。判決は公正取引委員会の処分について不服申立てするならば、とうぜん**処分により法律上保護された利益を侵害され、または必然的に侵害されるおそれのあるもの**でないといけなく、とまず述べる。

そして、その利益については、**行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益**だとして、これを反射的利益と区別した。

ここでは、「個人的利益」として、公益と私益も区別されていることに注意しよう。もちろん、およそ行政活動は一般公益を追及するものであることはその通りであるが、その一般的な公益の中に解消しきれない個人的な利益があるかどうか、問題となるのである。一般に保護されようとする利益とは別の特別枠での保障があるのだとすれば、そこに原告適格を認めてよい。

※しかし、この判断は難しい。たとえば建築基準法は「健康」などの法益も定めるが、これは一般に認めているだけだと言われると個人的な利益はなくなってしまふ。だが、日照などについては現在の裁判例は個人的な権利だと認めるようになってきている。そうすると、法律上保護された利益というのが実体法上の利益を考えているのは分かってくれたとは思いますが、原告の主張する利益も分野ごとに解釈しないといけなく。

※交告さんは、この特別枠を「**ジャガイモのコブ**」という理解不能な名前と呼んでいる。

◎パチンコ店事件2例

風営法を所管するのは警察法である。なお風俗営業にはいろいろとパターンがあり、バーとかキャバレーとかの飲食をさせる類、クラブとかの踊らせる類などは空間の閉鎖性とか照度とかが問題なのだが、対してパチンコと言うのは、射幸心をあおるのが問題となる。

A事件：最判平成10年12月17日[100選Ⅱ174事件]

パチンコ屋さんを作ろうとしたら、立地が問題となった。100メートル圏内には病院、図書館、児童施設とかがあったのだが、ここで大事なのは病院で、これは静謐な環境を必要とし、制限地域と言う制度で特別の配慮を設けている。つまり、ある人がパチンコ屋さんを作ろうとした場合に、100メートル圏内の空間を制限地域と見て、そのなかに病院があってはいけないというのである。

風俗営業法はパチンコ屋さんを規制対象としているが、そもそもその目的は、一つに**正常な風俗環境の保護**としている。あとは少年の健全な育成に害を及ぼないようにすることとか。パチンコ屋さんも結局、できると住民闘争の対象になるのはその通りだし、朝9時半から並ばれると迷惑っちゃあそうである。

ということで、近くに住んでいる人が訴えを起こしたのである。この人間は住んでいるだけで、別に制限区域の病院を営んでいるということでもない。だから、街の静謐な環境をぶち壊されたとして訴えを起こすこととなる。この人に、原告適格はあるのだろうか。

最高裁は、これはやはり公益の中に吸収されるのだとして、原告適格を認めなかった。「**行政法規が、不特定多数者の具体的利益をもつばら一般的公益のなかに解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の具体的利益としても、これを保護する主旨を含む**」かどうかが問題となるどころ、それを認めなかったのである。結局、風営法の諸目的を見ても、個別的な利益を(ジャガイモのコブを)保護していると読み取することは困難だとして、制限地域と言う仕組みがあるからと言って、そこに住んでいる人の個別的な利益を見いだせないと言う。ただ、病院の静謐な環境が保護されるということからは、病院を営む人ならばまだ分かるということが言われた。

B事件：最判平成6年9月27日判時1518号10頁

ということで、病院の経営者が訴えたところ、病院経営者は原告適格があるとした。風営法がなぜ制限地域なんてものを作ったかって、病院での仕事は静謐な環境を特に保護されねばならないからに他ならない。そういう制度を立法者が用意した以上、その経営者の利益が個別に保護されていると言う。普通の人が静謐な環境で暮らす利益は、一般公益に吸収されてしまうのだが、病院経営者はそうではない利益を持つことになる。
※ちなみに今回の制限範囲は100メートル圏内だったが、この距離はその地方自治体次第。

(2) 保護に値する利益説

学説は、別に実体法が保護してなくてもいいよという。保護に値するかが重要らしい。でもそれでは縛りがまったくなく、要件としての意味もなくなるので、さすがに制限がかかる。(司法資源の無駄遣いになると、真に訴訟を必要とする人間が割を食うことになる)

ということで、裁判上保護に値するか否かをどう定めるかが問題となる。

もんじゅ訴訟判決(平成4年9月22日：最高裁/100選Ⅱ171事件)

夢の(笑)増殖炉もんじゅはまあご承知の事だろう。もんじゅなんて危険極まりないものを作るなよ、と周辺住民が訴えるわけだが、その住民には原告適格があるのかどうか問題となった。原子力規制が、国民の安全を一般公益として守っていることは確かであるが、それを個別的に保護しているのかが問題となる。
争えて当然と言うイメージがあるかもしれないが、当時の原子力規制法の要件はかなりアヤシイものであった。「災害の防止上支障がないもの」という要件がかかっているが、これって消防法のそれ(最高裁は原告適格否定)とほぼ同じであるから、適格を認めるならば差異を説明する手当てがいる。最高裁はこれをどう処理するのか、であるが、事業者につき必要な能力を経理的能力と技術的能力とに分け、後者についての関心は住民にも認められるのであるとした。そして近い住民程被害の蓋然性が高く、特に近いものは直接重大な被害を受ける恐れがあるのだし、それを理由に要件を設定したのだと鑑みると、単に公衆の生命身体を一般的に保護しようとしたのにとどまらず、より**個別的利益としての周辺住民の生命身体の利益を保護している**のだという説明をした。
この被害の性質の考慮は、保護に値する利益説との親近性を感じなくもない。構造的には似ている消防法では原告適格を認めないものの、原発では「これは争わせないといかん」という配慮のもとに被害の性質を考えているのである。学説は、立法者意思が全てを見通しているとは思えないし、それを材料にして思索するだけでは原告適格が狭くなることを憂いているのである。だから、法律上保護「された」だけでなく、法律上保護に「値する」利益を保護するべきだという。
このような議論があるのなら改正の時に行訴法の条文にうまいこと書き込めばいいんじゃないかといえなくもないが、9条2項のように、趣旨を読み込むと述べるにとどまっている。後述。

3 「法律上の利益」の「法律」

「法律上の利益」の「法律」とはなんなのか、には議論があったりした。

①根拠規定から根拠法律へ：長沼ナイキ訴訟判決(昭和57年9月9日：最高裁/100選Ⅱ182事件)

昔は、行政処分の根拠規定(たとえば、原子炉等規制法23条)だけが法律上保護されているかどうかの基準となるのだ、という狭い法律観が支配的であった。だが、その法律全体をよく読もうという理解が広がる。方向付けをしたのが長沼ナイキ事件である。なおこの判決については訴えの利益の所でやります。

②法の明文に加え法律の合理的解釈：伊達火力事件判決(昭和60年12月17日：最高裁/判時1179号56頁)

明文に加えて、その合理的解釈もするべきだとした。はっきり書いていなくても、合理的に読めばこういう主旨でしょというのも斟酌してよいとされたのである。

③法律から**法体系**へ：新潟空港訴訟判決（平成元年 2 月 17 日：最高裁/100 選Ⅱ170 事件）

改正によって航空法の目的に騒音防止が入れ込まれた。これだけではまあ騒音を防止するといっても公益に解消されそうだが、航空法のまわりには航空機騒音防止法というものがあることを見出す。これを同じ系に属する関連法規だとして、結びつけるのであった。

こちらの法規は騒音防止のプロ法であるから、この「**法体系**」の観点から航空法を「眺め直す」と、原告らの言う**静謐な環境で暮らす利益は、個別的な利益とみることもできる**というのである。

※あくまで「法体系」を見るのではなく、系から「根拠法」を見ていることに注意。視点の問題。

関連法規らが形成する法体系において、全体的な視点からして当該法律が個別的なものを見ているかどうかを判断するのである。結局この観点からは、法律上保護された利益説もかなり緩和され、法律上保護に値する利益説と近づいた外延を持つ。最高裁判例と学説の指摘との妥協点の模索の結果が、今の改正行政訴訟法の規定ということも出来るだろう。

4 開発行為の許可をめぐる裁判例の動向

都市計画法の開発許可、森林法の林地開発許可などにおいては、先ほども原発の訴訟などで確認した通り行政処分において付近住民は第三者である。だがここにおいても、上の議論のように規制法の解釈を通じて、法律上保護されている利益説に立ちつつも原告適格が基本的には個別的に判断される。この時の個別的判断にはやはり侵害される利益の性質が重要であり、特に**生命身体**に係るものは重視されるようである。

◎1990 年代半ばからの下級審裁判例の変化

各種の原発訴訟などでは、開発に伴い付近の住民から起こされていた訴訟につき、伊方原発訴訟でも福島第二原発訴訟でも、東海第二原発訴訟でも、原発の周囲の一定の範囲に住む住民に対して原告適格を認める判示がでていたのだった。

◎川崎マンション事件判決（平成 9 年 1 月 28 日：最高裁/民集 51 巻 1 号 250 頁）

都市計画法 33 条 1 項 7 号（崖崩れのおそれがある土地については安全上の措置が講じられる設計であることを要求）は住民の**生命・身体**の安全を個別的利益として保護する趣旨だとした。

◎山岡町ゴルフ場事件判決（平成 13 年 3 月 13 日：最高裁/判時 1747 号 81 頁）

森林法 10 条の 2 第 2 項の災害要件（1 号）と水害要件（1 号の 2）について個別的利益保護性を承認した。面白いのは、ここではあくまで**財産権や農業水の取水の利益は原告適格を基礎づけないとされた**ことである。

5 総合設計制度をめぐる 2 つの判例

◎**総合設計制度**（建基法 59 条の 2）

政令で定める面積以上の敷地に政令で定める空地を有し、特定行政庁が①交通、安全、防火、衛生の観点から支障がなく、②建ぺい率、容積率、各部分の高さについて総合的な配慮がなされていて、③市街地の環境の整備に資する、と認めて許可したものについては、容積率、高さ、斜線制限につき一般規定による限度を超えても例外的に大丈夫としている制度。現在は、2002 年 7 月の改正により、政令で定める一律の基準に従うことになり、従来総合設計制度によって行われていた規制緩和は建築確認のみによって可能となっている。ここでは総合許可と、建築確認を周辺の人たちが争えるかどうかが問題となる。

①**最判平成 14 年 1 月 22 日[100 選Ⅱ176 事件]**

「総合設計許可規定の趣旨・目的、同規定の保護する利益の内容・性質等に加え、**建築基準法の目的規定をも考慮すれば**、総合設計許可の規定は、上記許可に係る建築物の建築が市街地の環境の整備改善に資するようにするとともに、**当該建築物の倒壊・炎上等による被害が直接的に及ぶことが想定される周辺建築物**について、その居住者の生命・身体・安全等及び財産としてのその建築物を、個別的利益として保護すべきことをも要請している」
山岡町ゴルフ場判決では財産上の利益は保護の対象とされていなかったが、本判決では保護対象になっていることに注意。これは、**住居と言うものが人間の生活・身体・安全と結びついたグレードの高い財産であることが考慮された**と言う点に注意。建築基準法がその目的として、国民の生命、健康の保護をも図るものである点が、この帰結を後押しすることになった。

②**最判平成 14 年 3 月 28 日民集 56 巻 3 号 613 頁**

日照阻害を主張する者に限り原告適格を認めた。「**当該建築物により日照を阻害される周辺の建築物**に居住する者の健康を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。」
このように、高い建物がどーんと出来る場合、結構（人生スパンで）重大なことが起きるということは、判例上結構考慮されるようになっている。

(1) 9 条 2 項の意義

前も言ったが、法律上保護されるに値する利益説の考え方を取り入れつつも、従来の法律上保護された利益説を維持してバランスをとった規定が、この行政事件訴訟法 9 条 2 項なのであった。

【参照】行政事件訴訟法第 9 条 2 項

裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする

もんじゅ訴訟だとか、これまでの判例で確認されたところが抽出されて条文になっている。

(2) 小田急訴訟最高裁判決

小田急線訴訟判決(平成 17 年 12 月 7 日 : 最高裁/100 選Ⅱ 177 事件)

小田急が事業(本体事業の高架作り、付属の街路整備)やろうとして土地を買収して都市計画事業として認可してもらったところ、その認可、待った！という奴が現れた。

①一審

実は小田急は事業について範囲内の土地は普通に買収しており、文句言ってきた奴らには土地所有者がいなかった。そのため、本体事業も付属街路事業もいっしょくたにして不動産についての権利の有無の問題に落とし込んだ。お前ら土地について権利ねーんだから原告適格ねえよということ。ただ、ここでは「本体事業」もいっしょくたにして所有権次第では争えるとしたので、藤山雅行裁判官の名前をとって、藤山コートとか言われる。

②二審

原告適格を否定したが、藤山コートにはよらず、争えるのは所有権持つてる範囲、つまりは付属の街路整備事業についてののみだとした。そもそも本体事業に原告適格なしということに。

③最高裁

議論の本丸は、**都市計画法**である。そこに加えて**公害対策基本法**における公害防止計画、東京都の**環境影響評価条例**とかを持ってきていろいろ考えた結果、**利益は一般的公益の中に吸収解消させることが困難なものと言わざるを得ないとして原告適格を認めている**。ただし範囲制限として**関係地域内**の者に限った。

※公害対策基本法は 1992 年、環境基本法ができて廃止された。国際的な環境問題に対応するためである。その環境基本法が定める環境基本計画は、公害対策基本法の公害防止対策を引き継いでいる。

※参考意見では、行政庁にリスクからの保護義務があるとした。(藤田宙靖裁判官)

※関係地域「外」の人については、絶対認めないといっているわけではない。とりあえず線引きしただけだと理解することもできる。

ここには、従来助からないものも助けあげてやろうという意欲が認められる。「一定地域に居住する人員で著しい不利益を受ける可能性のある人」として原告適格が認められたのである。構造としては、公害防止計画が一般的な利益を具体化し、環境影響評価条例がその利益の及ぶ範囲を関係地域とか言う言葉などを使って定めると言う合わせ技らしい。

(3) 判例の逆行？—大阪サテライト事件判決

今までは「生命身体」と言う物の利益は結構ちゃんと見てくれていたが、騒音とかはもう無理だった。なぜならうるさくても死なないからである。結局風営法の距離制限とかも、病院経営者とかが出張ってくれば別だが、個人としての一般人にとっては生活上の利益に過ぎず、これは一般的な法益に吸収される形で処理されたのだった。ところが**小田急判決では、これを個別的利益としてすくってくれた**。だからその点で結構学者は喜んだのである。結局、パチンコ屋に文句言うには病院経営者じゃないと駄目だ、とか言ってきた判例から前進して、うーんと近いところに住んでいるなら一般人でも文句がいえるのではないかと、という考えを補強するのに、この判決が使えるそうだというわけである。

しかし、そこで出てきたのがサテライト事件である。

大阪サテライト事件(平成 21 年 10 月 15 日 : 最高裁/100 選Ⅱ178 事件)

自転車競技法に基づく場外車券発売施設の設置許可の取消訴訟につき、当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる医療施設等の開設者は、位置基準を根拠として原告適格を有するが、それ以外の周辺住民、事業者および医療施設等の利用者は、位置基準及び周辺環境調和基準のいずれを根拠としても、原告適格を有しないとされた。

期待されていた「住民」がアウト。皆がっかりした。ただまあ事案に沿ってみればこれによる被害と言うのは地下鉄からためにゾロゾロと歩かれてしまうくらいなので、余り生活環境に被害がなかったといえる場合なのかもしれない。あとは設置許可が非常に恩恵的・裁量的であることなど、特殊性を持ち出して、なんとかこの射程を広げないようにする感じに理解することになる。

7 類型的観察

総論的なことは言ったので、今回は各論的に類型をみていこう。

A 競業者

営業についての規制法があると、新規参入者に対しての営業許可の取消訴訟の原告適格を既存の業者が有するかどうかが問題になることが多い。ただ、競業者であるだけで原告適格が認められるということではない。もちろん、認めた例自体はあるが。

① 既存公衆浴場業者 最判昭和 37 年 1 月 19 日[100 選Ⅰ19 事件]

既存の公衆浴場業者が原告適格を有すると判断した。公衆浴場法は距離制限制度を置いていることを重く見て、既存業者の保護利益性を認めた。この距離制限規定が単に一般の衛生についての規定ではなく、経営者乱立すると困るぜということも想定しておかれた規定だったことがいい方向に向かった。

② 放送事業者 最判昭和 43 年 12 月 24 日[100 選Ⅱ180 事件]

放送免許がライバルに交付されたので、X が「その免許交付、待ってもらおうか」と言い出した。迷惑すぎる。冷静に考えて「これ取り消してもてめーに免許が行くわけではないでしょう」ということなのだが、再審査が行われれば、取消判決の拘束力の中で、そのライバル以外の所からえらばないと…ということにはなるので、その意味ではXにも（ライバル減ったし、これまでよりも大きな）夢が残されている。その点を踏まえて、原告適格を認めたのだった。

③ 既存温泉業者 最判昭和 33 年 7 月 1 日民集 12 巻 11 号 1612 頁 ④ 源泉利用利益

掘削の許可がもらえなかったので、争うことは結構ある。対して、伝統的な旅館が「ちょ…待てよ」とストップをかけようとすることもありうる。今回はそれ。まあ競合関係とかはないが、それでも温泉利用利益というのは限られた富の分配のようなものだから、その意味で原告適格あってもいいなと言う判断。

※最判平成 19 年 10 月 19 日民集 226 号 141 頁

付近の病院が、「新たに病院が許可されるとかないわ」として争ったが、基本的には前述したとおり、病院は要件満たせば許可されるのだから、てめーの個別的な利益が保護されているわけねえだろうがとして適格否定。

B 規制法における付近住民

一般論に係る前回説明の事例を参照しよう。もんじゅ判決とか。

C 一般消費者

基本的には認められない傾向にある。主婦連ジュース判決とか思い出してほしいところ。他に問題となったものとしてたとえば、鉄道運賃の値上げ認可に関して、利用者が訴訟で争おうとしたことがある。

×近鉄特急事件(平成元年 4 月 13 日 : 最高裁/集民 156 号 499 頁)

×小田急事件(平成 11 年 9 月 13 日 : 東京地裁/判時 1721 号 53 頁)(平成 12 年 10 月 11 日 : 東京高裁)

結局利益主体があまりに拡散しすぎているくらいがあるのがマイナス。小田急線乗れなくても京王線に乗れば新宿にいけちゃう人が結構いるようななかで、一般消費者に原告適格を認めるのは少し難しい。

しかしながら、通勤定期を買ってる人とかならもうちょっと特定されてるし、なんとなかならないのかなとか言う議論もあったりした。

○北総開発鉄道事件(平成 25 年 3 月 26 日 : 東京地裁)

議論もあったりしたが、なんと通勤通学的手段として反復継続的に鉄道を利用している者の原告適格を肯定しやがった！革命的。今後の上級審の審理を見守って行きたいところである。

D 物に関する利害関係者

○保安林の指定解除 長沼ナイキ訴訟判決(昭和 57 年 9 月 9 日 : 最高裁/100 選Ⅱ182 事件)

×国定公園指定一部解除 福井地判昭和 49 年 12 月 20 日訟月 21 巻 3 号 641 頁

どうでもいいが、国定公園というのは民間人の所有地からも指定される。まあ民間人の土地をゾーニングして、大臣の許可に開発をかからしめることになる。国定公園の指定がなされると、指定にかかる地域での一定の行為は都道府県知事の許可を要することなど自然的景観の保護対策が講ぜられるため、その結果として、地元住民もしくは国民一般が自然的景観を観光享受する利益を得ることができるが、右の利益は国定公園の指定に伴う反射的利益に過ぎず、法的に保護される利益とはなしえないとされてしまった。

D 住民団体 → 下記参照

8 環境・文化財保護に関する行政訴訟の原告適格

(1) 環境保護に携わる人たちの利益と「法律上保護された利益」

環境に関わる利益は、どうしても一般公益に組み入れられてしまう。豊かな自然環境を！ということと言っても、原告適格が認められないのが普通である。そもそもこの**利益性が、一義的に定まらないものであるし、享受できるのがどこまでの人間であるのかもはっきりしない**のである。だから、個人で実体法上の利益を訴えてもかなり分が悪く、むしろ事実的な利益があるよ、ということをごんごん言っていくほかなくなる。

そんなことをするのは難しく、環境保護団体さんお願いしやすよ～と言っているのが、現状。

※参照として、奄美「自然の権利」訴訟・鹿児島地判平成 13 年 1 月 22 日久留米大学法学 42 号 139 頁

この訴訟で弁護士の方山田さんは、国際法とか憲法とかいろいろもってきて、自然の調査を行う個人や環境保護団体と自然との間に人格的関係性を認めて実体法的な法的構成を目指した。関係性理論とか言われる。

(2) 団体の原告適格

さて、助けて環境団体～！ということになったわけだが、それで何か変わるとするのなら、そのとき**団体固有の利益**が要求されるということになる。しかしながら、例えば奄美訴訟では、環境団体を利用する独自の価値がないとして、否定的にとらえられた。他にもこんな感じ。

①伊場遺跡事件判決（平成元年 6 月 20 日：最高裁/100 選Ⅱ173 事件/判時 1334 号 201 頁）

「学術研究者の学問研究上の利益の保護について特段の配慮をしていると解し得る規定はない。国民ないし県民から文化財保護の信託を受けた者としての代表出訴資格を認めていると解し得る規定もない」

ただし、この判例は実は団体の原告適格を問題としたものではない。そもそも学問上の利益と言うのが法律で保護される利益ではないとされるからである。

※大阪地判平成 24 年 12 月 21 日判時 2192 号 21 頁

学問上の利益は保護されず！と言っている判例。旧大阪中央郵便局庁舎の保存活動を行う団体の構成員であり、建築に関する学術研究を専門とする研究者である原告らが、被告(国)に対し、文部科学大臣において本件建物を重要文化財に指定する処分をすることの義務づけを求めた事案。「…文化財の学術研究者の学問研究上の利益や、国民が文化財の活用から受ける利益が、文化財保護法上、個々人の個別的利益として保護されているということとはできない…」

②ボーリング場建築確認事件（昭和 48 年 11 月 6 日：東京地裁/行集 24 巻 11=12 号 1191 頁）

「権利能力なき社団が当事者能力を有していても、自然人とは異なって何らの生理的機能をもたない団体である原告らは、居住環境上の利益を直接享受する主体とはなり得ない。…原告らは、本件処分によって他に原告らの固有の権利または法的な利益が侵害されることを主張しないから、いずれも原告適格を有しないものというべきである」この判例では、当該建築により居住環境上悪影響を受けるおそれのある付近住民の原告適格は認められた。ただやっぱり団体と言うものを特別扱いしまくるのは難しそうなところである。このような場合に、**訴訟追行上の利益**と言う物を観念して原告適格を認めさせようと言うノルウェー由来の議論もあるが、難しい。

※アルタ川判決で、ノルウェーではこうした利益から団体への適格が認められたのである。

9 主張制限との関係

(1) 10 条 1 項の定め

10 条 1 項により、原告適格を認められても、「**自己の法律上の利益**」に関係のない違法の主張は制限される。取消訴訟は、民衆訴訟や主観訴訟と異なってあくまで自己がこうむった不利益を回復するための手続き（**主観訴訟**）であるから、それに対応して訴訟内で主張できる事由も、自らの利益に関係ある事柄に限られるのである。ここでいう主観訴訟は、私益をこえ、広意味での適法性を統制する目的からなされる**客観訴訟**（伝統的なフラン

スの越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir) とは対置される。もちろん日本の取消訴訟においても適法性の統制はしているものの、それ以上に主観的な法的地位の保護ということと密着に関わっているのである。

※この点、フランスなどでは客観訴訟が割に簡単に認められている。ヨーロッパにおける人権条約との絡みで越権訴訟も様変わりしているが、少なくともフランス革命直後は、象徴的な制度として訴えの取下げ以降も訴訟が係属するとされていた。ここにあるのは、まさに「行政活動が的確に働いているかを確認しないといけない」という問題意識である。

(2) 具体例

①新潟空港訴訟判決 (平成元年 2 月 17 日 : 最高裁)

滑走路の供用開始期日以前の供用等の違法事由について、すべて主張自体失当とした。要するに、騒音について原告適格を認めたのであるから、騒音障害に関係しないような違法を言うんじゃあねーぞということ。

②川崎市マンション事件差戻審判決 (平成 11 年 4 月 28 日 : 横浜地裁/判タ 1027 号 123 頁)

都市計画法 33 条 1 項 7 号違反(崖崩れアブナイ)を主張した周辺住民の原告適格は認められたが、33 条 1 項 14 号違反(ノット＝ガケクズレ)を主張することは許されないとした。ここではがけ崩れが危ないからという理由で原告適格が認められたのであるから、それ以外いうんじゃあねえよということ。

③原発訴訟で主張できる違法事由

- ・従来は原子炉等規制法 24 条 1 項 3 号の「事業者の技術的能力」に係る違法と 4 号に係る違法に限定されていた。要するに 3 号については技術的に能力がなければ事故になるし、めっちゃ生命身体の利益に関係あるから、原告は言っているという。4 号は災害要件であり、もろ生命身体の利益に関連する。
- ・東海第 2 原発訴訟控訴審判決・東京高判平成 13 年 7 月 4 日判タ 1063 号 79 頁では、2 号に係る違法、および 3 号の「事業者の経理的基礎」に係る違法の主張も認められた。しかし、原発内労働者の放射線被曝に関する違法の主張は認められなかった。原発内で働いている人のことが、どうして訴えようとしている原発の外のあなた方と関わりあるんですか？ということである。

VI 訴訟要件④ 訴えの利益

1 訴えの利益とは

原告が請求について本案判決を求める必要性や実効性の問題を、訴えの利益の問題と言う。これは民事訴訟一般の問題としても語られるが、行政事件訴訟でも同様に問題となる。行政庁の行為が処分性を持ち、原告適格があるとしても、なお当該処分を実際に取り消してもらっただけの必要性がないのであれば、訴えが却下される。

(a)不利益性の欠如

①教師の転任

吹田一中事件 (昭和 61 年 10 月 23 日 : 最高裁/判時 1219 号 127 頁/教育判例 100 選 [第三版] 83 事件)

なにも不利益がないことを理由に、訴えの利益を否定。そもそも同一市内の他の中学校への配置換えに過ぎない事案であり、給与も通勤時間もほぼ一緒だったというパターン。

②サービス内容の充実

大阪地判平成 10 年 9 月 29 日判タ 1021 号 150 頁

そもそものが不十分なサービスを拡大した(週2で2時間のサービスが週3で3時間になった)だけで、原告に有利な処分については訴えの利益が否定された。

③在留更新期間の短縮

最判平成 8 年 2 月 22 日判タ 905 号 95 頁

在留期間を更新はしたものの、期間を短縮したことについて、在留期間は一定程度保障されているわけではそもそもなく、これは権利ではないから訴えの利益なしとした。

(b)優良運転者の記載のない免許証

最判平成 21 年 2 月 27 日民集 63 巻 2 号 299 頁

ただの免許ではなく、「優良運転者」とつくことになんの意味があるんだよという感じだが、実は更新手続き上の優遇など、これには法効果が扶養されている。もちろん、これは運転免許の本来的な法効果ではないものの(本来的な効果は、「あと何年免許がありますよ」ということにすぎないから、今回「優良運転者」でなくなったからといって何も変わらない)、そこに「飴玉」のような部分、プラスアルファの部分があることをみとめ、訴えの利益を認めた。100 選 II 181 事件の解説を参照。

2 状況の変化による訴えの利益の消滅

(1) 制度の変更

家永教科書検定第2次訴訟上告審判決(昭和57年4月8日:最高裁/判時1040号3頁)

学習指導要領の改訂によって、そもそも「この教科書は基準にあったぞ」と争うその基準が変わってしまった。だとすると、もう「その基準にあったねごめん」といっても、プライドが満たされるに過ぎない。そのため訴えの利益が消滅するものとされた。

静岡地判平成8年8月30日判タ931号193頁

産業廃棄物処理施設の設置が、届出制から許可制にかわってしまった。

届出は要件満たせば全部受け取ってもらえたやつ。それが許可制にかわったので、届出が不受理となったことを争って無理矢理ひっくりかえしても、許可されるとは限らなくなった。よって、訴えの利益が消滅することになった。こんなふうに制度がまるっとかわると、訴えの利益がなくなることが多い。

(2) 工事の完了

最判平成5年9月10日判時1514号62頁

都市計画法の開発許可の事案。工事が完了し検査済証が交付されると、建築確認についての訴えの利益は消滅するものとした。

ここでは、**建築確認の規定はあくまで事前のチェックに関するものであり、事後的な数々の公布や是正命令などには直接の連続性がない**のである(命令に際しては処分庁に大きな裁量があり、建築確認の違法と連結しないのである)。それ故、工事が完了してしまえば、「事前」のルールである建築確認について争ったところでしょうがないことになる。

(3) 代執行の完了

代執行されてしまった場合、やることはやられてしまったのだから訴えの利益が消滅することがある。

最判昭和48年3月6日集民108号387頁

除却工事が完了すると、除却命令・代執行令書発付処分の訴えの利益は消滅するとされた。それを争ったところでどうしようもないからである。

名古屋高判平成8年7月18日判タ933号117頁

不法係留船舶の除却命令の取消しを求める訴えの利益は代執行後も存続するとされた。なぜなら船の場合は移動されただけであるし、原状回復が可能だからである。

言い換えれば、代執行されたら基本的には現状回復ができなくなり、それゆえ訴えの利益が消滅するのだということでもある。

(4) 代替施設の完成

長沼ナイキ訴訟判決(昭和57年9月9日:最高裁/100選Ⅱ182事件)

保安林の指定解除が問題となった。解除されると、保安林と言う災害から守ってくれる奴が亡くなってしまう可能性があり、この点生命身体利益が脅かされるという点では、原告適格自体はあるといわれた。だが、個々では保安林に代わる代替施設が作られていた。

代替施設があるならば、災害防止の機能は果たされる。ここで重要なのが自らに関係ないことは言えないよというさっきのルールで、それゆえ**「災害」の問題が解決したら、その限りでこの「災害」についての文句はもう言えなくなってしまう**のである。訴えの利益、消滅。

(5) 事情判決による対処

最判平成4年1月24日[100選Ⅱ184事件]

土地改良事業施行の認可の取消しが求められた例。原状回復が物理的に可能であれば訴えの利益は認め、社会通念上回復は無理というのであれば**事情判決**で対処すべしとした。ようするに違法なら違法といってやることで何らかの利益につながるがあるので、回復が社会通念上無理だとしてもその方向でまずは解してやるべきだと言う。※事情判決は、違法は宣言するが処分を取り消さない判断の仕方。ダムとか頑張って作ったのを、取消されたからぶっ壊すのは無理。この「無理」は、物理的にはではなく社会通念的に、である。

(6) 処分の効果の消滅と訴えの利益の存続—9条かつ書き

本件処分は完了しても、**付随的な効果**が残ることがある。そのとき、この付随的な効果を排除するために本件処分の取消を訴えることができないだろうか。かつて最高裁は、地方議会の議員が除名処分を争った事案で、それを否定していた。

最判昭和 35 年 3 月 9 日民集 14 卷 3 号 355 頁

取り消し請求をしている間に、任期が満了してしまった。議員の地位は人気完了しているために回復の余地がないので、この意味で免職処分の効力は完了している。

が、取り消しが認められれば、**歳費請求権**が残ることになり、その意味で付随的にだがり取り消しの利益があったわけである。最高裁はここで取消の利益を否定したが、8対7のギリギリの判決であった。

しかしながらやっぱりかわいそうなので、行訴法ではこの点立法上の救済を与える方向に解決した。

【参照】行政事件訴訟法第9条1項但し書き

処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む

最判昭和 40 年 4 月 28 日民集 19 卷 3 号 721 頁

公務員の地位を失っても、給料請求権等の権利利益を回復するために免職処分の効力を排除する必要があるもので訴えの利益は失われないものとした。

ということで、上記のような場合にも救済が施されるようになった。

だが、それでも例えば名誉の侵害などは、訴えの利益を根拠付けるものとはなっていないようである。

最判昭和 55 年 11 月 25 日[100 選Ⅱ 181 事件]

免停処分の場合、処分の日から無事故・無違反で1年を経過したときに、訴えの利益は失われる。前歴考慮の余地のある1年間は訴えの利益が存続するものの、名誉、信用という精神的利益は法律上の利益とは認められず、それは損害賠償で解決すべき事柄だとされた。

まあこれは事実上の効果であるから、法律上の効果を取消するという取消訴訟ではそもそも解決できる問題ではないともいえる。救済が必要ならば国家賠償の制度を用意していると言うのもまあその通りであるのだが、しかし国家賠償の請求は結構めんどくさいのも確かなので、他に保護してやってもいいのではという理解もできなくもない。なにせよその意味で、やはり当該処分の違法が放置されると不利益が生じるのであって、それを防止する必要からは処分が終了しても利益を考えていく価値があることには疑いない。

VII 取消訴訟の審理

1 訴訟主体の役割

(1) 訴訟の開始と終了

① 訴えの開始…**処分権主義**

処分権主義については、民事訴訟法的一种である行政訴訟についても、同様にあてはまる。訴えの開始は当事者によるし、訴訟物の特定をも原告がせねばならない。

② 訴えの終了…**訴えの取下げ**は可能。

和解、認諾は行政庁の意思が絡むので通説からは無理とされる。すなわち、行政の処分には「一定の要件があればその場合の処理をし、なければない場合の処理をする」というところに特質的要素があるのだから、それを和解やら何やらで勝手に変えてはいけなのではないか、ということである。和解するとき、「要件はないけどまあいいよ、効果認めてやろう」とかいうことになりかねないわけだが、これは**事実認定をし法をあてはめ職を執行する行政の姿と合わない**と言うべきである。ただ、逆に言えばそうでない「裁量」の部分、曖昧な部分が広くたちあらわれるとき、その不確実性のさなか一定の妥協が認められる余地もあるのではないかとと思われる。

(2) 訴訟資料の収集

訴訟資料の集め方には、各国で法状況の違いがある。ドイツなどは**職権「探知」主義**が妥当し、主張していない事実についても証拠調べができる。ドイツは客観的にその処分が存在しているのかどうかを判断しようという理念が強いので、このような職権探知が妥当する。日本はそうではなく弁論主義の国であるが、行訴法 24 条により証拠調べ自体は職権で可能となる。事実自体は主張してきたものを見るしかないが、争点化されれば証拠調べは可能という体裁である。ただ實際上、職権の証拠調べが行われることはほぼない。

◎ 釈明処分の特則（23 条の 2）

釈明処分の特則は、平成 16 年度の改正で入ったものである。なおこれは行政処分と言うことではなく、裁判所のとる措置である。訴訟関係を明瞭にするため、必要であると認めるときは、被告である国又は公共団体(改正前の処分庁から変わっている点にも注意。名宛人でないものが争うことが非常に難しい事を理由とする改正があった)に関係ある資料を提出させることができるのである。他の行政庁に囑託することも可能。釈明とは、訴訟関係を明瞭にすることとして一般に行われるが、そのなかの一種の措置として、原因となる文書などの提出を可能とした。もう改正して 10 年になるが、この規定によってどれくらい審理が充実したのか、今後の運用をどうするのかを検討されているところである。

（3）訴訟の進行

教科書 156 頁を参照。訴訟進行を当事者に委ねるのではなく、裁判所が主導する**職権進行主義**が採用され、期日の指定（民訴 139 条）だとか、**職権送達**（98 条）が裁判所によって行われる。訴訟指揮権の重視は、取消訴訟にも妥当する。

2 審理過程の諸問題

（1）訴えの併合・変更等

(a) 訴えの併合

行訴法 7 条における「民事訴訟法」への委任を見ると、訴えの併合などは、民事訴訟法によるのではないかと思われるかねない。いかにも訴訟的な話であるし。実は、行訴法には独自の定めがあり、そちらに従うことになる。

① 関連請求（13 条）

独特の仕組みを置いている。何が独特かと言うと、これは取消訴訟を中心に、それに係る訴訟を取消訴訟にくっつけるからである。これはもちろん、民事訴訟法にない形の併合である。そしてこれは、**関連請求の相互間では訴えの併合を認めることにする一方、そうでないものの間では併合請求を認めない**こととしたのだと思われており、関連請求に合わせて民訴上の併合が働くとは一般的には理解されていない。

民訴では相互に関連する複数の訴えが提出されると、煩雑な手続きや判例同士の矛盾を避けるために併合などの制度が認められているわけである。民訴 38 条には、訴えの主観的併合として当事者を複数にすること、客観的併合として訴えを複数にすることが認められるが、これを取消訴訟について考えると、それ以外の要素として、**行訴が作り出す独特な方式である取消訴訟をまずきちっと運営することを促進することが求められる**のである。だから、むやみに併合を認めるのではなく、取消訴訟にくっつけることが可能な「関連」請求をそもそも法定しているのである。

関連請求に係る訴訟を取消訴訟が継続する裁判所に移送する。これは、職権で行われることもあるし、以上の主旨からはそれが妥当である。なお、関連請求のほうを取消訴訟のほうに送る構造に注意。また、取消訴訟の継続する裁判所が**高等裁判所**である時はこの限りではない。三審制の利益が失われかねないからである。

1 号…一般に行政処分による損害の賠償を求める請求。

2 号…当該処分とともに一個の手続きを構成する他の処分の取り消しの請求

例…土地収用における事業認定と収用裁決

3 号…当該処分に係る裁決の取消しの請求

4 号…当該裁決に係る処分の取消しの請求

5 号…当該処分又は裁決の取消を求める他の請求

例…原子炉設置許可処分の取消しなどは複数の者が訴える可能性がある。

6 号…その他当該処分又は裁決の取消の請求と関連する請求

これは落穂ひろいの規定。結局ここまでの各号に準ずる状況をまとめている。

1 号に準ずるものの例＝処分の取消請求と当該処分に起因する不当利得返還請求

2 号に準ずるものの例＝先行処分の取消請求と後行処分の無効等確認請求

5 号に準ずるものの例＝甲乙競願関係にある場合の甲に対する免許処分の取消請求と乙に対する免許拒否処分の取消請求

※訴えの利益が判例では聞かれていたが、乙さんが免許をもらえず甲さんが免許を得たとして、これに取消訴訟を求めてそれが認められても、乙さんが自動的に免許をもらえるということは蓋然性はあれど確実ではない。だが、このような併願事例は 6 号で拾われるわけである。

ただし、6号でいうものは、1～5号に準ずるほど取消訴訟との関連性が認められる請求に限られるかは議論の余地があるところである。そんななか、新しい判断が示された。

最判平成 17 年 3 月 29 日[100 選Ⅱ 193 事件]

21 個の建物の固定資産評価額が出たのだが、原告は「これ高くない？」と、適正な時価を超える部分があるとして、それを取消す訴訟を起こした。このとき、訴状に書くべき印紙の額でまずもめることになる。原告からすれば21個まとめて自分が面倒見ているのであるから、請求は生活事実にみれば1個であり、それぞれの建物について得た利益の額を合算した額(この場合 889 万 7800 円だった)をもとに算出した印紙の額が負担すべき額である、というのが素直な理解である。これによると、4万位払えばよいことになる。

ところが第一審裁判所は、請求は別個 21 個であり、互いに関連請求にもあたらないので、本件 21 の建物のそれぞれにつき、独自に印紙の額を算出し合算するべきであり、結局8万くらい払えよと言いだしたのである。

原告はむかついて追納しなかったので、第一審裁判所は訴状の一部(21 の建物のうち、17 くらい)を却下した。X はこれに抗告したが、東京高裁も、一つ建物の固定資産の審査決定と他の建物の固定資産の審査決定とは関連請求にあたらないとする判断を維持した。確かに個々の固定資産ごとに、固定資産評価額の審査はなされている。すると、個々の固定資産においてなされる登録価格が、決定として同じ紙に載ってやってきているだけである。

だが、この場合は生活における密接な関連性があることは確かである。それぞれについての請求が複数になることはその通りであっても、それらは関連請求と扱うべきだとしたのが、ここでの最高裁判示であった。

社会的な事実として一体であり、密接に関連しており争点も同一だから、6号で拾えるとした。この①**社会的事実として一体**で、②**密接に関連**し、③**争点が同一**であれば、という条件は丸暗記必須である。

印紙の額に不確実性があるとやりにくいので、このような地味な判例でも実務的にはとっても大事である。民事訴訟費用に関する法律は、逡減の利益として、請求を併合したほうが安上がりなのである。なんか数個の請求をするときはただ合算すればいいぶん楽らしい。

②客観的併合 (16 条)

条文は 16 条。関連請求の規定が密接に結びつく訴えを移送して送りつけてよいことにしているのを前提に、そのような訴えを併合して審理できることを定めている。なお取消訴訟に関連請求を併合していくことになる。複数の請求を併合する時、複数の当事者をまぜこぜにする主観的併合と対置して客観的併合と言う。併合関連請求を併合すれば、請求は複数になるので当然に客観的併合になる。

③共同訴訟 (17 条)

こちらは主観的併合。行政事件訴訟法によると、関連請求の關係に立つものに限り主観的な併合が出来ることになっている。ようするに、**13 条の場合には、16 条もしくは 17 条で主観・客観的併合していい**ということ。

④第三者による追加的併合 (18 条)

最初から併合提起をする原始的併合に対して、途中からの追加的併合もありうる。ただ、取消訴訟の口頭弁論終結時までには追加併合しなければならず、高等裁判所にかかる場合には被告の同意が必要である。相手方の審理の利益が失われるために、法益侵害を正当化するために同意要件がかかるというのは、民訴のルールと同じである。なお裁決の取消しの訴えに処分取消しの訴えを追加的に併合する場合は同意を要せず、出訴期間についても配慮されている (20 条)

⑤原告による追加的併合 (19 条)

原告も第三者と同じように追加的併合ができる。

(b)訴えの変更 (21 条)

請求の基礎に変更がない限りは、**口頭弁論終結時**までは訴えの変更が(もちろん相当だと言う理由があれば)認められる。たとえば訴えの利益がなくなったから取消すのやめて損害賠償を求めます！ということができる。

民事訴訟法 143 条の要件が緩和されていて、当事者の同一性は不要。両請求が同種の訴訟手続でなくても可。

(2) 参加

民事訴訟法の参加として、**補助参加** (民訴 42 条)、**独立当事者参加** (47 条)、**共同訴訟参加** (52 条)、**共同訴訟補助参加**が理論的に、認められている。

行訴法は第三者の訴訟参加という仕組みと、行政庁の訴訟参加という仕組みを独自にしているが、こちらについては民訴の参加もできる。関連請求の時の独特ワールドとは別に、民訴ルールの入門が許されるのである。まあそもそも、実務的には民訴の補助参加と第三者の訴訟参加というのが、明確に区別されていないようである。

最判平成 15 年 1 月 24 日[100 選Ⅱ 195 事件]

民訴の参加が認められた。環境法の勉強する時に良く出てくる判例。

廃棄物には、産業廃棄物と一般廃棄物があり、指定されたものでなければ事業者が出しても一般廃棄物である。廃棄物処理法は、一般廃棄物について10条くらいから、産業廃棄物を15条くらいから規定するが、産業廃棄物は基本的に都道府県行政、一般廃棄物は市町村行政にすみ分けられるというのが一般的なルールである。産業廃棄物は、その危険性に応じて安定型処分場、管理型の最終処分場、隔離型処分場のどれか行きになる。

※民訴で設置運転の差止訴訟をするときには、安定型管理場について一番良く起こる。安定型処分場で本当にレベルの低いものだけ扱っているの？というのが問題となるからである。

ここで問題になったのが管理型の処分場である。

申請したら、断られて取消訴訟を求めたところ、これにつき、施設が設置されると生命や健康が侵害されるとその周りの住民や町が、国側につく補助参加を、予備的に行訴法の訴訟参加を申し立てた。これに異議を申し立てたが不適法として却下され、即時抗告した。

廃棄物処理法は周辺地域の住民の被害を未然に防ぐためにあるが、人体に有害な物質を含むものを処分する管理型の処分場については、これがやらかすと重大な被害を及ぼす可能性がある。

このような被害の内容や性質等を考慮すると、これは管理型最終処分場について、直接的かつ重大な被害を受けることが想定される場合に個々人の個別的利益をも保護する主旨(原告適格！)とされて利害関係を有する第三者であるという。これでは3000人以上が補助参加している。住民が行政の応援団になる場合が、実はあるということである。

(a)第三者の訴訟参加 (22条)

これに対して、**訴訟の結果により権利を害される第三者は、申立又は職権で、決定をもって裁判所が訴訟に参加させることができる。** **職権**で出来るため、引き込みが可能となる。なお、これにつき第三者の意見を聴かなければならない。まあ**これが義務ではない**のが、事案の解決の観点からは悔やまれ議論されるところである。

やっぱり配分行政の場合などは、判決の形成力をライバルが直接受けないと困るし、出来る限り訴訟参加を強制的にさせたいところなのである。

※逆に言えばこの意味で、ここで言っている「第三者」は判決効をそのままに受けないものも含むし、それだけでなく意味がない。

最決平成 14 年 9 月 26 日判時 1807 号 152 頁

不当労働行為につき労働組合のみが労働委員会に救済を申し立てた場合に、救済を申し立てなかった労働者は、労働組合の申立てに係る救済命令の取消訴訟につき「訴訟の結果により権利を害される第三者」に当たらないとされた事例。もともと救済を申し立ててないので、条件関係的には権利を害されていないだろうというわけである。

※再審の訴えとの対応関係

行訴34条には、再審が規定される。自己の責めに帰することのできない理由により訴訟に参加できず、判決に係る証拠資料を提出できなかったものは、**再審**の訴えを以て確定判決を争うことができる。

まあ基本は参加しろよと言うことになるのだが、たとえば農地買収処分の取り消し訴訟の継続を知らなかった転売取得者などは場合によっては救済されてもいいはずだろう。そういうとき用。

(b)行政庁の訴訟参加 (23条)

これは非常に行政法的な色彩の強い参加システムと言えるだろう。

H16改正法の下では、取消訴訟処分庁が所属する**国または公共団体**が、訴訟の対象となるのだった。

※当該行政庁も訴状に一応書くことになってはいるが。

しかしながら、行政庁と言う現場を知りまくっている奴らのほうが、資料とかは持っている。だから動くことが予定されるし、それが担保されているのである。被告を行政庁にしないといけなくすると、誰が相手かよくわからないとして相手方を公共団体や国にしたが、その弊害を緩和しているのである。

また、場合によってはさらに関係行政庁が存在することがある。**上級行政庁**とか。そういう奴らも資料をもっているわけで、それも引き込むことが求められる。例えば横浜と川崎は接しているが、息子を保育所に入れてもらいたいと言うとき、川崎の人は川崎市に頼まないといけなく。が、市境で隣に横浜市保育園があるならばそっちに入れたいわけである。ここで行政処分としての保育所の入園許可は、川崎市と横浜市を行ったり来たりして行われるわけだが、川崎市が「無理」といったとき、実際に無理と言っているのは背後の横浜市である。

そんなときに横浜市を巻き込むことができればいい。このような要請に対応するため、規定をおいている。

※交告さん曰く、「この制度は改正されているかも」とのこと。あくまで例としておいてとのこと。

行政庁の参加は、参加行政庁の申し立てによる。民訴法45条の1項および2項の準用があるので、補助参加人に準ずる地位での参加となる。

3 審理の方法

ここからは、より実体的な手続きについて述べていくことにする。

(1) 解釈：裁判所の専権

裁判所が事実認定と法の適用を行う。

ただ、良く考えると行政庁だって事実認定して法の適用を行っているのだから、この点の関係を明らかにする必要があるといえる。一つには、**裁判所は行政処分をやり直している**という理解が、出来そうな気がする。

他方で、**裁判所は一度なされた行政処分が合理的であったか後追的に判断しているのにとどまる**という理解もありうる。この判断は非常に難しいと言えよう。実際の所、行政事件訴訟法のなかで手がかりとなるような条文は30条について裁量処分の取消につき定まっているのみであるから、ヒントが無さすぎる場所である。

しかしながら、やはり法の解釈は**裁判所の専権事項**である。行政庁の解釈如何に関わらず、裁判所は独自に解释权を行使できることは確かである。

※不確定法概念と要件裁量

解釈と要件裁量の区別はとても難しいとは第一部で述べた。日本では原子力行政など非常に専門性の高い分野において要件裁量が認められるが、他方ドイツでは不確定法概念の適用について裁量という語は用いない。不確定法概念であっても正しい解釈はひとつであり、そのような正しい地点を探すという意味での法解釈は裁判官の責務であり、行政庁の裁量を認めることはできないと考えているのである。ただし、専門性の強い領域では、行政の判断余地(Beurteilungsspielraum)を認めることがある。

(2) 事実認定：全面審査

原告と被告の主張・立証を前提に、自らに認定権を行使することができる。すなわち、**全面審査**を原則とする。結局行政がいかに頑張っても事実認定をしようが関係なく、裁判所が新たに審査を行うのである。

この例外をなすのは、行政委員会が厳格な手続きを以て判断した事実認定を尊重するような一部の場所であるが、普通はこのように、やり直すことになる。

(3) 行政手続法の影響

ところで、**行政手続法**ができたことは、裁判所の審理の在り方に何か影響するだろうか。

ただ、素直な感想として、聴聞手続などができたといっても、それは裁判所の審理権に限定を加えるほど整備されてはいない。聴聞期日にあつまって、法律の条文や原因となる事実などを聴くことになるからといって、そこまで何かがあるか、という話である。そういう意味ではそこまで劇的な何かがあるとは思えないが、それでも審査の密度に影響することは考えられる。まあ、これからの具体的な行政手続のあり方が問題になってくるだろう。

(4) 裁量処分の審査

裁量処分の審査については、裁判所は好き勝手出来ないことになる。

①効果裁量の統制手法

まず効果裁量の場合には、その裁量統制ができるとすれば、**目的違反、比例原則違反、平等原則違反**くらいだが、その際には「**社会通念上著しく妥当を欠く**」かどうかを審査できるのにとどまるだろう。

②要件裁量

要件裁量の場合にも、その裁量が主として客観的な事実の「評価」にあたるような場合には、裁判所の審査はこれまた「社会通念上著しく妥当を欠く」というものにとどまってしまう。マククリーン事件思い出そう。政治的、政策的裁量には、裁判所はほぼ口出しできない。

そして要件裁量が科学的専門的技術問題につくものであって、それが事実認定にも及ぶ場合、裁判所の審査は及ばないとすら見ることができる。ただし、原子力発電のような住民の健康や生命にかかわる大きな被害をもたらす場合にまで、裁判所が何もできないのかと言われると少し微妙なところがある。

この点で最高裁は「判断過程の看過し難い過誤、欠落の有無」の審査をずとした。

伊方原発訴訟（平成4年10月29日：最高裁/100選I81事件）

裁判所の審理判断は、専門的行政庁の判断に不合理な点があるかどうかという観点からなされるべきとして、上のような点を審査すべきとした。

名古屋高裁金沢支判平成15年1月27日判時1818号3頁

もんじゅ訴訟の差戻審では、実際に上の表現が使われている。

「本件安全審査は、遷移過程における再臨界による機械的エネルギーの評価をしていない点において、その調査審議の過程に**看過し難い欠落**があったと認められ、また約 380MJ を起因過程の最大有効仕事量として妥当と判断した点においても、それが適正な判断であったとは認められない。そうすると、かかる重大な瑕疵のある安全審査に依拠して行われた本件許可処分は、本件争点(炉心崩壊事故)において控訴人らが主張するその余の点を判断するまでもなく、違法というべきである。」

まあ実際問題、裁判官のおっさんが原発の安全性とかわかるわけないので、その点では**専門家の選任手続き**、そして**判断手続き**、そういった点に着目していく方向にいくしかないのかもしれない。公聴会や諮問審査、そういった実施過程を細かく見ていくとか、そういう感じになるのだろうか。

4 立証責任

立証責任・証明責任・挙証責任とか、割といろいろな言葉が使われるが、ここではそこまで区別しなくていい。まあ民訴でも詳しくやっているだろうと思われる分野である。

(1) 決めることの必要性

一言で言えば、「切符をなくしたときの解決は、約款に従った処理による必要がある」。

なんだかよくわからないことを交告さんは言い始めたが、要するに裁判所は、「わかりませんでした」といって投げ出すわけにはいけないのであるから、裁判所が合理的な心証形成に至らなかった場合にも、何らかの応答をしておくてはならないのである。

この点、かつては真実は神のみぞ知る！として、「**くがたち**」、「**鉄火の法**」だとかそういったものに頼っていた時代もあった。しかし現代ではおよそ似つかわしくないそのような制度は廃され、現行法はそこで**立証責任**というルールを持ち出したのである。

(2) 立証責任とは

結局、裁判官と言うのは事実を認定して規範に当てはめる。そのとき、事実があったのかないのかは当事者の主張から心証を形成して決めるわけである。だが、結局曖昧なときはあるわけで、そのときどっちが損をするのか、ババを引くのかを決めないといけないことになるのである。

例えば、事業者に対して、要件「専門知識」の不足を理由として営業不許可の処分をしたとする。裁判になれば、専門知識が不足しているのか、不足していないのかを裁判官が判断しないといけないわけだが、その心証形成が十分になされないことはあるわけで、そのときも決着をつける必要は依然変わりなくある。まあ、真偽不明(non liquet)の場合の取り扱いとして、それをあったことにするのかなかったことにするのか、ということである。

※裁判での「証明」は蓋然性の証明とされ、民訴では心証形成がだいたい**8割**くらいなされればよいとされている。まあおよそ 100 パーセントの証明は無理なわけで、その点妥協したわけである。

この点アメリカなどでは証拠の優越性原則として、50 パーセントを超えればよいという考えが採用されているが、日本はこのような立場はとらない。50 パーセントでいいよという立場をとるとき、ちょうど 50 : 50 の場合でなければどちらかに証明に足る「優越」があるのだから、立証責任が活躍する場はほとんどなくなる。

(3) 客観的立証責任と主観的立証責任

直感的にこのとき、専門知識が「ある」と主張する原告のほうに証明責任を負うと最初に考えたくなるが、その前に議論すべきこととして、責任には2つのレベルがある。

客観的証明責任…あったのかなかったのかわからないときに、割を食うと言う意味での責任。

主観的証明責任…客観的証明責任をもとに、このままでは割を食う側が「証明しなきゃ」という意味における責任。客観的証明責任とは必ずしも対応しない。

※たとえば、事実 A について客観的証明責任を負う X が、9割の確信を裁判官に抱かせているというとき、相手方 Y はこのままではまずいと思うだろう。このとき、主観的な証明責任は客観的証明責任の所在とは一致していない。

現在の民訴理論でいう立証責任は、基本的にはこのうち客観的立証責任をさすことに注意しよう。

すなわちあらかじめ客観的に配分は定まっており、自由心証主義が限界に達したところから問題になるといえる。

※ドイツの主観的証明責任(行為責任、証拠提出責任)

ドイツ普通法時代には(15、16世紀におけるローマ法の継受から1900年1月1日のドイツ民法典施行までの間)、弁論の時期と証拠調べの時期が分かれていた(証拠分離主義)。そして弁論が終了すると、裁判所が「証

拋中間判決」を出す。この判決で、当事者間で争いになっている事実について、どの事実は当事者のいずれが立証すべきかが定められたのである。当事者は、自分が立証すべきものとされた事実について立証できないと、自分に不利益な判断が出されてしまうわけで、そういう意味での立証責任を負った。これはまさしく、行為責任というべきものである。参照に、林屋礼二『新民事訴訟法概要』300頁。

(4) 主張責任

改めて整理しておくが、弁論主義の下では、当事者が事実と証拠を裁判所に提出するものとされるから、当事者は自分が主張する法律効果を裁判所で認めてもらうためには、その法律要件に該当した「事実」のあったことを証明とは別に「主張」する必要がある。そうした事実の主張をしておかないことによって当事者が受ける不利益ないし危険のことを**主張責任**という。これは客観的主張責任。しかし、主張責任にも行為責任としての主観的主張責任を考えることができる。民事訴訟では、主張責任の分配の考え方は証明責任のそれに基本的に一致する。

(5) 立証責任の分配

許可をもらえることで原告はハッピーになるのだから、それを望む方が立証責任を負うと言うのが一つの考え方である。これを具体化したものとして、**法律要件分類説**と言う考え方により、各当事者が自己に有利な要件事実については証明責任を負うのが民事訴訟法の多数説的理解である。

これを行政法バージョンとして利用していきたいところだが、一般の民事法律行為とは異なり、「行政は●●出来る」という規定のもとに、**法的判断が実際に行政庁内部で下されて処分が行われる**ことになっている点で、若干仕組みが違うので改良がいることになる。

ということで、権限行使を主張する者が責任を負うという理解が、一つ考えられる。すなわち、(処分すっぞおらあ！という)**積極的処分**については行政が、(処分しろよおらあ！という)**消極的処分**については原告が証明責任を負うというものである。取消訴訟の立証責任分配については、項を改めて説明することにする。

※分配の歴史

歴史的には、まず要証事実分類説、それから法律要件分類説の順に発展している。

① 要証事実分類説

事実の性質で分配を決める。

積極的事実（親子関係の存在）か消極的事実（親子関係の不存在）か

外界の事実か内心の事実か

② 法律要件分類説

事実は法の世界では法律要件として意味をもつ。したがって、法律要件としての事実について立証責任の分配を考えるべきであるという理解。ところで、法は、法律要件→法律効果の構造をとる。そこで、どういう法律効果が生じるのかを立証責任分配の基準にするのである。

法律要件と法律効果の関係は法規（規範）によって決まるから、立証責任の分配を決めるには規範を分析しなければならない。すぐ後で説明。

5 取消訴訟における立証責任分配の原則

(1) 様々な考え方

【極論シリーズ】

① すべて原告が立証責任を負う。

公定力によって適法性が推定されるので、そこからは原告に全部やらせろよという方向へ向かう。

② 行政庁が適法事由についてすべて立証責任を負う。

法治主義の観点からは、被告が全部立証しろよという方向へ向かう。

ただ、さすがに支持されていない。理由は簡単、極論だからである。

【法律の規定を区分けするシリーズ】

③ 法律要件分類説を採用する。

これによると、以下のように分類される。

○**権限行使規定**（民訴の権利発生規定）の要件事実の存在は、処分権限の行使を主張する者が立証責任を負う。

- ・ 積極的処分（処分権限の行使）に対する取消訴訟の場合は被告
- ・ 消極的処分（処分権限の拒絶＝申請に対する拒否処分）に対する取消訴訟の場合は原告

○**権限不行使規定**（民訴の権利障害事実）の要件事実の存在は処分権限の不行使を主張する者が立証責任を負う。

- ・積極的処分にあつては原告 ※加算税に対して非課税規定を理由にこれを争う場合
- ・消極的処分にあつては被告

④**自由の制限、義務の賦課なら行政庁が、権利利益領域の拡張の請求なら原告が立証責任を負う。**

これもベースには法律要件分類説がありそう。が、生活保護などは権利拡大になりそうだが、その立証責任を原告に負わせていいのかということにもなる。

【ほか】

⑤**個別検討説と言う名の思考放棄。**

当事者の公平、事案の性質、事物に関する立証の難易などから総合考慮する。非常に試験の答案を書くときには便利っちゃあ便利である。通説を批判する形で延べればいいのだから。しかしながら、そこでは予測可能性が担保されないわけで、（証明責任で決着をつけるような事案があまりないから真摯に議論されないが）微妙なところである。結局何も言っていない。

⑥**調査義務の範囲で行政庁が立証責任を負う。**

小早川先生の調査義務論による理解。ただし、行政庁の調査義務は主要事実の全てに及ぶと解されるので、結局のところは行政庁が主要事実のすべてについて立証責任を負うことになることが多い。調査しないと処分できないのだから、処分義務は要件のすべてにかかるというのは当然であろう。そのため被告の負担が過酷になるから、負担過重は証明の程度を操作することにより緩和することになる。

ただ、これだと立証責任のレベルで画されていたものが、証明度のレベルで処理されることになる。証拠と言うもののアクセス性は立証責任のレベルで配慮されるべきであるが、そこでは処理せず調査義務の範囲だからというだけで立証責任が決まってしまうのである。これを証明度のレベルで処理すると、相手に責任を飛ばしておけばちゃんと立証もされて真実がわかったはずなのに、それをしないから証明度が低く曖昧であってもいいよということになるではないか！という批判がでそう。

（２）実務の実際

実務は基本的に**法律要件分類説**で動いてきた。

- ①国民に対して義務を課したり、既存の権利・利益を奪うなどの不利益を与える処分またはこれらを確認する処分は、一般にこれらの処分の権利発生事由として行政庁が要件事実についての立証責任を負う。
- ②申請拒否処分の場合は、国民の側で許可要件を充足していることを権利発生事由として立証すべきである。
- ③裁量の逸脱、濫用については、国民が立証責任を負う。しかし、立証負担の軽減が図られることがある。

群馬中央バス事件（昭和 38 年 12 月 25 日：東京地裁/行集 14 巻 12 号 2255 頁）

「国民の権利自由の規制にかかり、かつその手続について行政庁に裁量権がある行政処分の手続過程に対する司法審査の方法は、被告行政庁の側において、処分の手続過程が恣意、独断ないし他事考慮の介入を疑うことがいわれのないと認められるような手続で行われたものであることを主張・立証すべきものとする方法により行われるべきであると解する」

※この判決の理解

原告は当該処分の、ないしはそれに至る手続過程における行政庁の恣意・独断ないし他事考慮の介入を疑わせる事実を一応、本証として証明する必要がある、その条件が満たされた後においてはじめて、行政庁側において、そのような事実はなく、処分を公正な手続で行ったことを反証、場合によっては間接反証（間接事実自体については本証）として証明すべきことになると解するのが相当であろう。（山村・阿部編『判例コンメンタール＜特別法＞行政事件訴訟法』77 頁【片岡安夫執筆】）

（３）塩野説

塩野さんは、上の議論で言うと⑤（思考放棄）を基本とする。

マジかよと言う感じだが、一応理由としては、①と②（極論シリーズ）は極論なのでアウト、③（法律要件分類説）は法律の規定が行政法ではそんなふう立証責任を意識されて作られていないのでアウト、④（自由侵害かどうか）は現在の給付行政とは合わない部分もあるとして（単体では）アウト、⑥（調査義務）はさっき述べた批判でアウト、だから残りの⑤でいくぜ！ということらしい。ただし、それだけでは分配の一般ルールが提示されないの、④の考え方を一般解としてミックスするという。とはいえ個別性を強調する中で、もうちょっと指標となる物を示せないかなあというのが、今議論されているこ。

ただ、以下の帰結となるのは確かと思われる。

- ・ **侵害処分**については、原則として行政庁が立証責任を負うことになる。
- ・ **二重効果処分**についても行政庁が立証責任を負う。
- ・ **申請拒否処分**については、

①当該申請が自由の回復・社会保障請求権の充足のときは行政が責任を負う。

②資金交付請求であるときは原告が責任を負う。

※とはいえ、相手の会社にお金が行ってしまう！というときに、それは本当にただの資金交付として扱っていいのかは微妙である。

◎ **裁量処分**の場合

裁量処分の場合は、そもそも裁量権の逸脱や濫用が無い限りは取消すだけの違法はないのだった。

では、それを言うのは誰かということが問題となる。

昔の時代の伝統的な考え方は、基本的に原告が証明しようと言うものであった。公定力あるものを取消す以上、それで喜ぶ奴が証明しろと言うのが伝統的な民訴の通説に合致するし、実務もそのように動いていた節もある。しかし、これには原告にはきついものがある。心証形成において行政の裁量に立ち入るのは難しいし、修正が図られる必要があると言われてきたのである。さて、ある判断の要素は、かつても見たがこのように区分される。

- A 事実認定
- B 事実認定の構成要件への当てはめ（要件の認定）
- C 手続の選択
- D 行為の選択
 - a どの処分を選択するか
 - b その処分をするかしないか
- E 時の選択 いつその処分をするか

塩野さんはこうした分類を前提に以下のように述べる。

○ **効果裁量**の統制については、比例原則、平等原則の幅の範囲内で裁量権を行使したことについて行政庁が立証責任を負うし、公正手続の遵守についても行政庁が立証責任を負うとする。だが事実の認定・評価（AおよびBの部分）については裁量だからといって特別扱いしない。一般的な証明責任のルールに従うことになる。

○ **要件裁量**の統制についても、Aの部分は特別扱いしない。ただし、例外的にAの部分に要件裁量が及ぶ場合は、伊方原発訴訟判決の定式が使われるという。

※伊方の定式は、裁量権行使の不合理性の判断に関する主張、立証責任自体は原告にあるとしたうえで、原告の主張立証の軽減を図ったものである。だが、ここでAの部分にまで、(裸の事実の認定にまで)裁量を認めたのかと言われると微妙なところもある。以下の(4)で述べているので参照してほしい。

※要件裁量はいくら不確定概念とか言う言葉でごまかしても法の解釈と言うことになるはずで、裁判所の専権事項ではないかという考え方もある。そのような考えを貫徹するドイツなどでは要件裁量は(事実上例外はあるが)ないこととされている。これは裁判官の地位に期待する度合いが高いから、ともいえる。

(4) 伊方訴訟をめぐって

結局ここにあるのは、「裁量」について原告に負担をかけまくるのはかわいそうだと言う認識である。塩野さんは、裸の事実の認定についてはさすがに証明責任のルールは動かせないな、という枠組みの下で、それでも効果裁量などについては立証責任を転換させようとしたし、さらには、一定の事実の認定の段階、上のAの段階にも行政の裁量が及ぶ場合があり、そのようなときには可哀そうだから負担軽減策がとられるよ、といっているのである。その前提となった、彼曰く「Aの部分に要件裁量を認めた」判例が、伊方原発訴訟の最高裁判示である。

(a) **伊方訴訟第一審判決（昭和 53 年 4 月 25 日：松山地裁/行集 29 巻 4 業 588 頁）**

証拠の偏在、専門的知識における行政庁の優位を理由に、公平の見地から当該原子炉が安全であると判断したことに相当性のあることは、原則として被告の立証すべき事項であるとした。

(b) **伊方訴訟最高裁判決（平成 4 年 10 月 29 日：最高裁/100 選 I 81 事件）**

行政庁の判断に不合理な点があることの主張立証責任は本来は原告が負うべきものとしたが、原子炉視閲の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮し、被告行政庁の側において、まずその判断に不合理がないことを主張立証する必要がある、この**主張立証を尽くさない場合には行政庁の判断に不合理な点があることが事実上推認される**ものとした。

ここで、原子炉施設の安全性の確認判断は、行政の「**合理的な判断**に委ねる」とした。この最高裁の判決の理解が、なかなか大変な問題となる。

○GOD SHIONO

塩野さんは、ここで、裁判所はAの部分に要件裁量を認めたのだと理解したわけである。腐食割れ対策がとられていなかったとしても安全性に支障がないかどうかの判断について、支障があるという専門家の意見もあるにもかかわらず行政側の専門的見解が優先された、というようなことを指してこういつているのだらうと思われる。ただし、専門技術的裁量と塩野さんは言っているが、裁判所自体は裁量と言う言葉は使っていないことに注意しよう。だからこそ、というべきか、以下に述べるような異なる理解もありうるのである。

○高橋滋さん

彼は塩野さんとは違い、要件の具体化としての基準の設定、その基準の具体的事例への当てはめの段階について司法審査の限定を認めるが、Aの段階については限定を認めていないという。(参照として、高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」南古稀 342 頁)

○交告さん

英米法には「**敬讓** deference」という言葉がある。科学技術問題については、裁判所は常に一步引いているわけではないが、敬讓することもある。ここで原発について、大規模なうえに非常に複雑であり、部分部分が連関のもとに動いている装置については、ここで自分の判断能力不足をふまえ敬讓しているのではないかと交告さんは考えている。確かに、この判決は、**首尾一貫して、処分に至るまでの過程を全て説明させるが、説明して、納得させてくれたら敬讓するよと言っているようにも見える**のである。

そうするとそれが従来の証明責任とどうかわかるのと言われるとうまく言えない所もあるのだが、伊方の定式の射程はそのような、裸の事実への射程とは別論で議論されるものを含んでいるようにも見える。

※民訴 100 選 62 事件参照

民訴では**事案解明義務**と言う考え方が主張されている。証明責任を負わない当事者にも、事案の解明に協力する義務があるんじゃないか！という考え方である。事案の解明において、訴訟を公共善の実現に向けた営為ととらえ、その場における当事者の義務を肯定するのである。とどのつまりは信義則であろうが、春日一郎先生などがとなえたかなり有力な議論である。ただ、具体的に何か義務を与える指標となるかは微妙なところもあるが。行政法の段階だと、証明責任を緩和している程度の説明で終わらせてしまうことが多いが、やはりそれだけでけりがついたとはいいいがたい部分があるので、もっともっと議論が展開されていくべきだろう。

(c)違法特定のプロセス

①原告において、違法であると主張→②被告において、適法であることの説明という順番になる。ところがこの原発のような場合は第三者が争うことになるところ、他人にあたえられたものの中身は良くわからないことが多い。とくに災害の防止上支障がない事、とかどういえばいいのかわからないわけである。最初からここが違法だと特定することは、とても難しい現状がある。

すると最初は、内閣総理大臣が与えた設置許可処分が違法だと言えればいいとするだけで許してやれよという話になるのは当然である。そこで最高裁は、まず原告が「違法だ！」と主張すると、行政のほうで処分のはじめから最後まで説明を行い、それで一応納得したら前裁きの場はおしまい、そこから立証責任の問題が出発する！という構造をとって解決を図っているのではないかと、と思われる。

※理由の説明

原子炉の安全性のような専門的な問題を解明するのにふさわしい手続は**理由の説明**である。原子力（安全）委員会が安全であると断定した理由を具体的な調査研究のもとに公表し、これに一定期間内に寄せられた危険派の意見、疑問に誠意をもって答えるという方法である。(参考に、阿部「原発訴訟をめぐる法律問題」『国土開発と環境保全』321 頁)

行政処分の過程の中での要求により、裁判になる前に一つの行政コントロールを可能にせしめようという主張なのだが、これを訴訟上でもいかしたのが、最高裁の理論のテーゼではないかとも思える。

※法科大学院進学を考える人は、要件事実論をさらに考えないといけない。これをうまく説明する人がいないのだが、これは今まで「主要事実」をいつてきたところのその主要事実は何かという話である。

不法行為なら故意過失、権利侵害、損害発生、因果関係という要件があるわけだが、この要件が主要事実と言うことになり、これにより利得を得る者が証明責任を負うこととなる。

最近では、過失とは本当に証明の対象となる事実なのか？という疑問が提起されている。すなわち、過失というのは一つの評価枠組みではないか？その下にあるレベルの事実の寄せ集めを過失と言っているだけなのではないか？という疑問があるのである。要件事実論は、実務の知恵として生まれてきたもので司法試験の段階ではかつては修習で叩き込まれるものであり、大学の講義で教えるものではなかったのだが、行政法のほうでもこの要件事実論を踏まえてもう少し具体的に立証のありかたを考える方向に行っていることは指摘しないと

いけない。上級行政法のテキストには判例が出てくるが、そこでは要件事実論的な展開がなされていて、それを理解できるかもカギとなる。

※情報公開法 5 条には、原則開示の情報開示につき、その開示が免除される要件が規定される。たとえば個人情報として、個人の識別がなされる情報は開示対象から例外を除き外されている。また、公にすると国の安全が乱されたり、国際関係との信頼関係が損なわれたり交渉上不利益を被ると行政機関の長が認めるにある相当の理由がある情報だとか、犯罪の予防に係るものとして長が認めるに足る相当の理由があるものとかあるのだが、ここで情報公開請求を拒否されたものが、訴えを起こす時に、この要件に当たっていることの証明責任は原告と被告のどちらにあるだろうか。

ここでは非開示情報に当たるかどうかは行政が証明しないといけないと考えられている。それは情報公開法の趣旨を読んでおり、基本的に公開するという立場に立っている以上、非開示情報であることは、基本的に被告がきちんと証明する必要があるものだとしているわけである。

だが、三号と四号は別とされる。「恐れがあると行政機関の長が認めるにつき、相当の理由があるもの」と言う文言が使われているから、行政機関に非公開を認めやすい作りになっているのである。単に「おそれがあるもの」という言い方をするだけでは行政の立証責の範疇となるのだが、この二号については書きぶりからして立証責任が転換されていると説明される。

6 文書提出義務

(1) 行政庁の文書の閲覧を求める手段

文書は証拠になるものとしてけっこう必要なわけだが、基本的にそれを持っているのは行政であり、こいつらが持ってこないと何もしようがないので、それを提出させる方法が必要となるわけである。ということで、行訴法 7 条が民訴の規定を利用可能とするところ、民事訴訟法 220 条、**文書提出義務**の規定がここでも使われるのが問題となる。たしかに、他にも手続きはある。

①行政手続法 18 条の文書閲覧請求権

しかしながら、これは不利益処分について聴聞が行われる場合のみの規定である。

②審査請求において処分庁から提出され書類等の閲覧を求める権利（行審 33 条 2 項）

③情報公開制度の利用

やはりこれだけでは限定的なので、基本的に**行政事件訴訟でも民事訴訟法 220 条が使える**ものとされている。

(2) 取消訴訟において行政庁に文書を提出させる方法

【参照】民事訴訟法第 220 条

次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。

一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき。

二 拳証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき。

三 文書が拳証者の利益のために作成され、又は拳証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき。

四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。

イ 文書の所持者又は文書の所持者と第百九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書

ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの

ハ 第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書

ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）

ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

平成 13 年民訴法改正された民訴 220 条の、とくに 4 号が重要である。

これは、文書提出義務を「条件にあたるもの」に認めるという規定を、「条件にあたらぬものは全部」認めるという形に改正したものである。文書提出義務の制限付き一般化ともいえることをしたわけであり、訴訟で調べ

る必要がある文書を所持する者は、一定の文書を除いて、求められれば、それを提出しなければならないことになるのである。ここに行政文書も加えられたことについては、当然情報公開法の制定が背景にある。なお、民訴法の文書提出義務が、行政訴訟にも適用されること自体は先ほどから言っている通り異論もなく、これは旧法のもとでも認められていたことである。

※イン・カメラ審理手続の導入（民訴 223 条 6 項）

これは新しいやりかた。裁判官にだけこっそり見せると言う奴で、情報公開審査会はできたことである。裁判に関してそれは制度化されていなかったのだが、できるようになった。よかったね。

2 号…挙証者が文書の所持者に対して引渡し又は閲覧を求めることができる
権利があるんだからよこせよ、ということ。

3 号…挙証者と文書所持者の間の法律関係もしくは挙証者の利益のための文書

行政庁の処分相手方でない第三者についても、原子炉設置を争うとき（原告適格がありとされた）ときに、提出命令が認められている判例があることに注意。

4 号…公務員の文書など

四号の口などが公務員所持文書についての例外を定めているから、その例外にあたらなければ提出する必要があることになる。が、ご覧のように内部使用目的の内部文書（四号二）、職務上の秘密に関わるもの（四号口）だと、対象とならない。

改正前は教科書検定の調査審議の議事録が公開されなかったのだが、この四号が改正によって登場したことでどうなるのかなーという感じ。微妙なところである。

7 理由の差替えの可否

昔はゴミカスみたいな扱いを受けていたが、いまや重大なテーマになった理由の差し替え。まあそれは、ひとえに理由付記が必要になってきたからである。結局、理由を提示して処分しているときに、**行政庁がちょっと分が悪いと思ったからといって、訴訟の中で、「ごめん理由 A を理由 B にかえますね」とか言い出すことが許されるのか**（もしくは B も追加する）、問題が出てくるのである。そして理由付記がされていれば、当然「言ってたことと違うじゃねーか」とひんしゅくを買う。だから近年議論もヒートアップしてきているのである。

理由付記の効果は、まさに変な理由で勝手な処分をやりださないように（取消されたら取消されたで考えようぜ、的なことがあると困る）、恣意を抑制するところにあつたが、その機能が害されるのではないかというわけである。しかし、取消訴訟の訴訟物は、通説的には「違法性一般」、として理由 A も B も含まれている。どうしてその中に含まれるものを、全部言うことが阻止されるのか、ということにもなってくる。

（1）塩野説

塩野さんは、後述する取消判決のもつ「反復禁止効」のところでは、別の理由があろうと一度判決が出たら再度の処分は許されないというような、国民の味方っぽい立場をとるのだが、ここでは決して甘い立場ではない。むしろここでは、シオノ・スーパードライ的な側面が現れる。

彼が再度の処分に消極的なのは、後述するが既判力の議論と結びつけて反復禁止効を論ずるからである。既判力は「違法性一般」であるが、彼はようするに、単に理由 A とか理由 B とかそういう次元ではなく、もっと大きな法律「関係」を訴訟で争っているのだと考えるからそういうことを言うのである。ということは、その**「関係」に決着をつけるためには、行政庁は訴訟中で主張できる理由はすべて主張しておくべきである**ということになるのである。ここからは、処分が同一である限り理由の差替えは可能だということになってくる。なお処分の同一性は、実体法の分析で評価するという。そして、このように一回的解決を重視するからには、理由付記規定があるからといって、行政手続限りのものであって理由の差替えの問題には直結しないと言ってしまふのである。

（2）判例

基本的には判例は**理由の差し替えはオッケーだ**としている。

最判昭和 53 年 9 月 19 日判時 911 号 99 頁

「取消訴訟では、行政庁は処分時に客観的に存在した一切の法律上および事実上の根拠を主張できる」

まあ訴訟物は違法性一般だとされるから、そのとき処分理由は攻撃防御方法にすぎないと思われるのである。理由付記との関係でも、とりあえず 100 選 197 事件は、事前の理由付記と事後の理由の差し替えの問題を区別している。ただし、理由付記規定があるときは、その趣旨を没却するといけないので、差し替えは許されないもしくは制限的に解す余地もあるのではないかとと思われる。

そのとき根底にあるのは、おそらく「行為」を「理由」+「結論」と理解する考えかと思われる。行政は判断と言う物をするわけで、その場においてやはり「理由」というものは一定の効果を持っている。ましてやそれが公開されるとき、裁判所が「行為」について審査する以上は、その要素たる「理由」についても一定の負荷をかけてもらえるのではないか、という感じである。

(3) 租税法分野における理由の差替え

ある法人税事件※レジュメのネーミングそのままである。

<事実関係>

原告の株式会社が、ある土地を 6000 万円で買い受け 7000 万円で売り渡した。このとき取得価額は 6000 万円であるのに、これを 7600 万 9600 円として損金に算入して申告。課税庁は差額 1600 万 9600 円について原価を否認して更正処分をした。課税庁は、本訴において、第一次的主張として右のとおり主張したうえ、追加的主張として、右物件の真実の譲渡価額は 9450 万であったことが判明したので、かりに取得価額が原告主張のとおりであり、工事(上記?)原価の否認が認められないとしても、原告の右譲渡価額の申告遺脱分 2450 万円は所得に計上されるべきものであるから、結局本件更正処分には違法はない旨主張した。

※**益金・損金**…法人税法上の観念で法人の各事業年度の所得に対する法人税の計算上の積極要素と消極要素。企業会計上の収益・費用に対応する。

●第一審判決・京都地判昭和 49 年 3 月 15 日行集 25 巻 3 号 142 頁

理由付記義務の趣旨を強調。追加主張を認めず。

●控訴審判決・大阪高判昭和 52 年 1 月 27 日行集 28 巻 1=2 号 22 頁

「青色申告書に係る法人税更正処分取消訴訟においても、その事実上の争点は当該法人の当該事業年度の所得金額の存否であって、付記された更正理由の存否ではないから、当該附記理由以外の理由によって新たな所得の存在が認められ、結局、更正処分において認定した所得金額よりも多額の所得金額が認定される場合には当該更正処分は違法ではないということに帰着する。…理由附記が求められる趣旨、目的を達し得る程度に記載されていて、その理由附記の面において何らの瑕疵もなく有効である更正処分において、**更にすすんで、その次の問題として、当該更正処分において認定した所得金額の存否ということになれば、それは右理由附記に関する是非の論議の立場を離れ、別の見地から独自に判断すべき問題である**」

ようするに税金対策に、自分の懐にあるお金についてサバを読んでみたら、ばれたというものである。

①最初に文句つけていたこと…6000 万で買ったのに、7600 万円払ったことにした。

②途中で気付いたこと……………7000 万で売ったよ、といいつつ、9450 万円もらっていた。

この切り替えが許されるかが問題だったわけである。一審は理由付記の重大性を認めたのだが、控訴審では訴訟になった以上、あなたがいくら税金を払うべきだったのかが一番大事なんだぜ、ということで理由の追加を認めた。最高裁もこちらの判断を是認した。このような考え方を**総額主義**といい、対して訴訟で言われたものだけ争えよというのを**争点主義**という。総額主義からは、課税標準ないし税額の正当な総額がいくらであるかが審理の対象とるから、課税処分の違法性一般を言うどのような理由も主張できることになる。争点主義からは争訟で争われる事項(争点)のみが審理の対象となるから、理由の差替えに否定的になりうる。まあ控訴審は塩野さんとかの理解に近い立場なんじゃあないかなとは思われる。租税の分野なので若干射程は微妙であるが。

(4) 行政手続法・情報公開制度の登場—原理的考察の必要性

滋賀県空港整備事務所折衝費関係文書事件

情報公開条例の6条各号には、いくつか公開しなくていいよと言う事情が挙げられる。まずは「7号」該当として拒否処分したところ、取消され公開しろよといわれてしまったので、焦った行政庁は今度は再度拒否処分を「1、2、3号」でぶつけてきたぜという事案。いやいやこれって許されるのか?というのが問題となった。ここでは、理由の差し替え自体はなされていない。

●第一審判決・大津地判平成 9 年 6 月 2 日判例地方自治 173 号 27 頁)

前訴の口頭弁論終結時までに提出できたのに提出しなかった理由で再度拒否処分をすることはできないと言った。ここにあるのはまあ**信義則**だろうと思われる。

●控訴審判決・大阪高判平成 10 年 6 月 30 日判タ 991 号 157 頁)

条例 6 条 1、2、3 号を理由とする拒否処分は、7 号を理由とする先の拒否処分を取り消した前訴判決との関係で行訴 33 条に反するものではないとした。まあ拘束力の一般的な理解に従い、同一事情同理由での同一処分でないからね、というわけである。

これ、結構重要な問題を提起している。実はこれ、**仮に理由の差替えを認めなかったとしても、その後に別の理由で再度処分すること自体は、妨げられないではないか**、ということにならないだろうか。

このような点に着目すると、やはり紛争の一回的解決が必要なんだと、そもそも理由の差し替えを認めてしまうべきなのではないか、という方向へも向かっていく。

塩野さんだったらそもそも理由の差し替えを認める代わりに、既判力の公式から(通説は拘束力だが)別理由でも再度の同一事情同一処分は無理ってことにしよう！という方向へいくだろうと思われる。

※高裁裁判官自体は、理由の差し替えを禁ずる方向に向かう議論をしている。彼はさっきの「行為」＝「理由」＋「結果」という議論に親和的で、この「理由」部分は、実体上のプロセスで行われることが肝要だとしていたみたいである。そのような立場からは、「訴訟上」で急に理由は7号じゃなくて1号にします！とか言われても困ってしまう。実体上何もしてねーのに何言ってるの？ということで、理由の差し替えも制限的に解すだろうと思われる。

このような考え方を学ぶ上では、兼子先生の行政責任論を参照しておくといよい。彼はちゃんと「理由」にも着目して、「処分理由」で画された違法一般を審判すべきというフランス的な考え方をとる。対してその奥の「関係」自体を一回的に判断すべきと言う塩野さんは、ドイツ法的。日本はドイツ法の影響が強いので、紛争の一回的解決を求める塩野教に逆らえないでいる。

(5) 小括

交告さんの的には、情報公開の場合には一回的解決を求めていると思われるそうである。わざわざやり直して時間けるよりも、一回的解決で時間かけずにさっさと調べてしまう方が情報公開の主旨に合うからである。

対して裁量性の高い専門的、政治的な分野だと、一回性とかいうより「え？急に変わってこられても」という話になりそう。結論、**場合による**。UYAMUYA!!

VIII 訴訟の終了

1 当事者の意思による終了と判決による終了

◎当事者の意思による終了

処分権主義の下で、しかも国民の利益救済のために国民がスタート地点におかれるのが日本の行政事件訴訟だから、基本的に**訴えの取下げ**は可能とされている。

しかしながら、行政の側は違う。前も言ったが、法治主義の下では事実を認定して要件に従い処分を下すと言うやりかたを崩せないで、そこでは妥協はできない(要件があるのに、特別に法効果を発生させないぜ★とかやられては困る)。したがって、請求の認諾、和解できないものとされるのだった。

※行政訴訟における和解について

行政訴訟における和解としては、事実上の和解と訴訟上の和解を考えることができる。**事実上の和解**はよく行われている。訴訟上の和解の例が稀に見られるが、それだとしてもたとえば、都市計画事業決定(たとえばごみ焼却場の設置)の取消訴訟で都市計画決定の効力そのものには触れず、原告住民の不都合を解消する措置(たとえば公害防止協定の締結)を講じて和解するというような形をとる。実務家の中には和解容認案が強く、日弁連の行政訴訟法案には和解の規定が盛られている。ドイツでは行政手続法にも行政裁判所法にも和解の規定があり、事実関係や法状況の不確実性に対処する方法という認識で用いられている。

◎判決による終了

却下…訴訟要件満たしてない。中身みるまでもなくアウト。

棄却…中身みてみたけどアウト。

認容…中身みてみたらその通りですわ！

※一部取消…ようするに、全部は言うこと聞かないけど、まあ100万のうち50万はその通りだね取消してお金返すよ、というやつ。一部認容判決。

2 取消判決の効力

判決の基本的な効力は、一般に①**既判力**、②**執行力**、③**形成力**とされている。これに加えて行政事件訴訟における取消判決では、④**第三者効**、⑤**拘束力**が加わるが、代わりに執行力は議論する余地がなくなる。

なぜなら執行として取り消した効力を社会的に実現する際に、行政庁が裁判所の立てた規範に従わないことはないからである。

行政庁は建前としてはイヤツなので、金を払えと言われても従わないような一般人とは違い、執行力の点については心配無用、ということになっているのである。

(1) 形成力

行政庁があらためて取消しの行為をする必要はない。行政処分と言う相手方の法的地位を法律に基づいて一方的に変動させる行為を「取り消す」のだから、そこには逆向きのベクトルとしての形成力が観念されるため、行政庁はもう一度職権取消をすることなく、判決により形成が行われているとみてよい。

(2) 第三者効

第三者にも判決の効力が及ぶ。行政事件訴訟法 32 条が「処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する」としているからである。

◎ 第三者の範囲

とはいえ、第三者といっても皆なのだろうか。

(a) 原告と対立関係にある第三者

異論なく効力が認められる。対立関係にあるところ、処遇を一貫しなければおそらく実社会的な紛争が解決しないので、妥当である。

これについては、第三者の訴訟参加制度が用意されるし、それに参加できなくとも事情次第では第三者からの再審手続きによる救済の芽がある。

※ここでの議論は、事実上の利害関係の問題とは別である。たとえば嫌だなーと思っていた施設が取消訴訟によって建設中止になったからといって、それは事実上ラッキーだったねと言うだけに過ぎない。

(b) 原告と利益を共有する第三者

こっちが問題である。

たとえば、鉄道会社の運賃の値上げについて、大臣の認可を取消訴訟で争ってなんかうまく勝てたとする。指をくわえてみていただけたあなたが、「俺も、値下げしろ」といって、それは通るだろうか？無理じゃね？

※これには原告適格の問題もあるが、まあ訴訟した人はうまくいかなかったと仮定する。

① 相対効説

及びません。理由はいくつかあるが、まず疑問として「第三者効」を認めた条文に反するという指摘については、「Aさんは、取消判決の効力を受けて値下げされた」ということを誰もが認める限りで第三者効は存在する。

まあ、**行政訴訟の目的を「個人の救済」ととらえればそうなる**し、一般に値下げとかの効力を及ぼしてどうなるのか立法的な手当も謎。むしろ判決を受けてなされるであろうしかるべき立法を待つべきではないか、ということで、かつてはこっちが通説的。

医療費値上げ職権告示事件(昭和 40 年 4 月 22 日：東京地裁/行集 16 巻 4 号 708 頁)

「(行訴法 32 条 1 項の)趣旨は、原告に対する関係で行政庁の行為が取り消されたという効果を第三者も争い得ること、換言すれば、原告は何人に対する関係においても以後当該行政行為の適用ないし拘束を受けないことを意味するにとどまり(行為の性質上不可分の場合および実際上の効果は別として)、それ以上に取消判決の効果を第三者も享受し、当該行政庁の行為がすべての人との関係で取り消されたことになること、すなわち、**何人も以後当該行政庁の行為の適用ないし拘束を受けなくなるものではない**」

② 対世効説

まあ画一的な処理が必要だし、事実上代表訴訟となっていることもあるし認めてあげなよ、ということである。

近鉄特急料金訴訟一審(昭和 57 年 2 月 19 日：大阪地裁/行集 33 巻 1=2 号 118 頁)

陸運局長による近鉄特急料金改定認可処分の取消しを通勤利用者住民が争った事件で、処分の違法を宣言して事情判決を出したのだが、これは取消判決の対世効を前提にしている。(兼子ジュリスト 925 号 207 頁)。

※対世効があるからこそ、ちょっと対処出来んよと事情判決にした、ということ。

なお最高裁は、原告適格なしとした控訴審判決を支持した(最判平成元年 4 月 13 日判時 1313 号 121 頁)。

横浜市保育所条例事件(平成 21 年 11 月 26 日：最高裁/100 選Ⅱ211 事件)

再掲。条例の処分性を認める根拠として第三者効を引き合いに出した。このようなケースでは、保育所の廃園が問題となったわけだが、これについて画一的な処理ができないとすれば、「うちはまだ保育園あると思ってから」「俺はないと思う」とかなってしまいワケワカメ野郎である。そういう意味では、局面次第では対世効が意識されているのかなあ、という感じもする。

(3) 既判力

【参照】民事訴訟法第 114 条

確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する。

民訴法学における既判力の定義は、「**判決の内容である訴訟物としての「権利または法律関係」が判決確定後に他の訴訟で —先決関係などとして— 問題となっても、当事者はそれと矛盾した主張をすることができず、また、裁判所もそれについてすでに確定判決で示された判断と抵触する判断をすることができないとする拘束力**」だそうです。長い。

もちろん、そこでは「訴訟物」が問題となり、民事訴訟法では新訴訟物理論とかいろいろな議論があったわけである。これについては民事訴訟法の授業でやってほしい。

ここでは当事者から判決による紛争の解決を求められた裁判所が、当事者からの十分な攻撃防御のもとで慎重な審理をして出した判決であることに、既判力の正当性の根拠がある。

一般に確定判決の既判力は、(a)当事者の攻撃防御方法が提出されつくすことになる「**口頭弁論終結時**」を基準にして、(b)当事者間で争われた「審判の対象」である「権利または法律関係」について裁判所の判断の結論である「**判決の主文**」について、そして(c)相互に攻撃防御の機会が与えられた「**当事者**」間に及ぶ。

そして、取消訴訟の訴訟物は、通説的には「**行政処分の違法性一般**」であった。

「一般」と言うのは要するに、要件が ABC ある中で、A という要件がアウトであったときにも、ABC とかを越えて処分自体の違法が問われているということである。逆に言えばこの理解からは、行政庁が違法でないというためには、A だけおちおち見ていればいいというわけではないということになる。基本的に原告も被告も、どちらも持てるカードは全部きって行く方向にいくだろう。

ただし、取消訴訟の場合、同一の行政行為が再び訴訟上争われることはない。取消判決の既判力が問題になるのは、後の国家賠償訴訟との関係である。それがはたして既判力か？一種の争点効なのか？ということは重要な問題である。

(4) 拘束力

【参照】行政事件訴訟法第 33 条

- 1 処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する
- 2 申請を却下し若しくは棄却した処分又は審査請求を却下し若しくは棄却した裁決が判決により取り消されたときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は審査請求に対する裁決をしなければならない
- 3 前項の規定は、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合に準用する
- 4 第一項の規定は、執行停止の決定に準用する

行政庁には判決の趣旨に従って行動する実体法上の義務が生じ、これを**拘束力**と言う。行訴法が取消判決に実体的な解決への力を与えた特殊な効力である。33 条 1 項は一般的なルールであり、これ自体が問題になる局面はそれほど多くない。その具体的な適用を定める 2 項、3 項が同一処分の反復禁止との絡みで問題になる。

① 2 項の言っていること

申請に対して **A 要件を理由に拒否したところそれが訴訟で取り消されたら、行政庁は取消で手元に戻ってきた申請を、A 要件を理由に拒否することはもうできない**ということである。結局判決の主旨と言うのは「A 要件はあるよね」ということなのだから、再度考慮機能としてこのような帰結が生じることになる。このとき、厳密な訴訟物との対応は（通説：行政処分の違法一般からは）していないので、この法律については主文だけでなく理由にも power があることもあるのね、と理解するほかない。

※不利益処分はここで想定されているものではない。

② 3 項の言っていること

手続 A に違法があって、それによって取消を食らった場合、行政はその手続き A をそのままにはしておけず、もっとしっかりやらないといけないということ。

2 項、3 項以外に問題となるケースと言うのは、塩野さん曰くほとんどないらしい。まあ要するに他の議論で解決するでしょと言う用なのが多いのだと言う。

そこで、じゃあ拘束力の内容として大きいものはないのか、と議論する際に、「**反復禁止効**」と言うのが言われることもある。だが、これは既判力として説明する立場もあり、めんどくさいので以下にまとめてみる。

(5) 反復禁止効

「同一事情」の下では「同一理由」に基づく「同一内容」の処分を行うことはできない。**反復禁止効**という。



通説はその根拠を、取消判決の拘束力（判決の趣旨に従って行動せよ。33条1項）に求める。

塩野さんは、これを**既判力**で根拠づける。**塩野説の狙いは、通説が別理由であれば反復可とするのに対し、別理由であっても同一事情の下では反復不可とするところにある。**

ABCの要件のうちAで拒否された人間は、それが取り消されたのに次にBで拒否されたりしたらたまったものではない。その意味では地位の不安定さを解決するために、同一事情でも他の理由ならば再度処分が許されるというのも困る。

もちろん、法律による行政なのに、明らかにB違反している奴がいるのに、それに対して一度Aで拒否したのを取消されたからと言って再度拒否できなくなるというのは違和感がある。しかし、結局訴訟物は本来的には「違法一般」なのであり、ABCDと続く要件をひっくるめた「違法」なのである。だから「既判力」という訴訟物単位の議論をもってれば、ここで反復不可が導けるといっわけである。

つまり、その事情の下で最初の処分の**違法性一般**(訴訟物)について違法であるとの判断が下されたことを重視している。ただし、2項、3項の場合は法律自体が再度の考慮を認めているので、同一事情の下での反復の認められる余地も出てくるとは思われる。

通説は既判力の話をしていないので、(拘束力は裁判所への力ではなく行政への力であるし)そもそも別理由の再度処分につき反復

もう一発はできなくなってしまうのである 禁止にされるいわれは無い。違法性一般、という訴訟物の話を介して塩野さんの結論が導かれる。とはいえ、**実体上の義務としての反復禁止効を訴訟法上の既判力からどう導くんだよ**とは思われる。塩野さんの結論には、行政処分は前とは違うが、「法律関係」は同じであり、しかも、同一内容の処分の反復が紛争になるのは、再度の処分の取消訴訟の場合だから。そこで裁判官がどう判断するかが問題だという。裁判官の問題にすれば、裁判所への拘束力たる既判力のステージにもってこくことも不可能ではない。

3 請求棄却判決の既判力

棄却判決の効力は、既判力のみである。**当該処分が違法ではない**と言う裁判所の判断に、既判力が生じる。つまり、一般的には同じ取消訴訟はもう起こせないということになる。主観的な範囲が当事者である以上、別人が立ち上がることは無理ではないが、そのとき通常は出訴期間が過ぎている。塩野さんは既判力から**反復禁止効**を基礎づけたが、出てくるとしてもそれくらいである。

なお国家賠償との関係が問題になるが、これは国家賠償のところで扱う。

※ざっといえば、国家の違法な行為から生じた損害は、賠償してもらえる。そのときに、取消訴訟で違法と言われたこと、もしくは違法でないとされたことはどう影響するのか、という論点である。しかし、取消訴訟と損害賠償請求とで、求められる「違法」は同じなのかと言われるとこれまた難しかったりする。

4 事情判決

【参照】行政事件訴訟法第31条

1 取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その**損害の賠償**又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない

2 裁判所は、相当と認めるときは、終局判決前に、判決をもつて、処分又は裁決が違法であることを宣言することができる

3 終局判決に事実及び理由を記載するには、前項の判決を引用することができる

違法と言うには言うものの、取消しはしないということができる。なんのこっちゃと言う話だが、**行政に対して適法だと言えないようにしていれば、その後の国家賠償訴訟においてとっても便利**である。違法なら金払えやといえるのであるから、適法といえないようにしておくのも有効であろう。

※とはいえ先述したが、この違法は国家賠償と取消訴訟とで同じ意味の違法なのかには問題もあるのだった。ただ、ここで本当に国家賠償に頼れるのかは若干異論もある。冷静に国家賠償には故意過失が要件となるから、否定されたらどうするだろうかということである。

そこで、「原告の被る損失は、もとの処分に因ると同時に、もとの処分によって発生する原状回復請求権が事情判決という適法行為により剥奪されたものと考えられるから、財産権が公共のために用いられた（憲法 29 条 3 項）ものとして、直接憲法に基づく損失補償請求を認めるべきであろう（阿部『行政救済の実効性』309 頁）」として、国家賠償できなかったとき用に損失補償を当然に認めるようにしようとする説もある。

あと、事情判決も「取消せる」ことを前提にした制度だから、そもそも取消しが全く無理だと訴えの利益なしと判断されるおそれがある。しかし、基本的にはそのような場合も違法なら違法というのが筋と言う感じはする。

5 違法判断の基準時

事実と法の状況を判断する基準をどこに設定するのかというのは、ちょっと問題である。

①処分時説

行政が処分をしたそのときを問題とする。「行為」に着目する理解に親和的である。

②判決時説

田中先生の議論。口頭弁論終結時を基準とする。国民と行政の「関係」を見て、その人が処分を受けるに値するものなのかを裁判所がチェックするなか、口頭弁論終結時に「ああ、こいつなら処分されてもしゃーねーわ」と思えるかどうか、が判断されているというイメージで審判をとらえる。

処分時説もかつては多かったようであるが、最近だと、個別的に検討していくしかないんじゃないかね？と言う人も増えてきた。たとえば営業許可だったら、まあ処分時と言うより、判決の時に許可与えてよさそうならそれに従うほうがよさそうだろうし、法律を個別に読み込もうよということである。

◎原発訴訟をめぐる問題点

伊方原発訴訟（平成 4 年 10 月 29 日：最高裁/100 選 181 事件）

現在の科学技術に照らして判断してみたいなことをいいやがったので、現在ってなんだよと議論を生むことになった。処分時なのか、それとも判決時なのかという以前に、このような変化は、「認識の変化」とでも呼ぶべきものである。神様ではないのだから当時の知見を「客観的な事実」として知ることはできないが、実体的な事実や法は、変わるところがない。事実の変化、そして法の変化という今まで処分時説と判決時説を対立させていたものと、異なる要素の扱いを考えなくてはいけなくなったのである。

なお、これについては交告さんは判決時説を支持するらしい。彼自身は基本的に処分時説に立つが、この原発訴訟のような場合は特別に、ということである。やっぱり今は**差止の機能**が取消訴訟の最前線に出てきているので、認識が変わればこれからの差止めを考える布石として処分時ではなく判決の時点を経済基準にしてよ、ということである。実際問題、偶然の新発見によりめっちゃくちゃ危ないと分かった原発に、「当時は良かったから…」というて許可を与えてしまえるかといわれると難しそうである。

ついでだが、この後扱う義務付け訴訟における違法判断の基準時も大きな問題であると予告だけはしておく。

IX 取消訴訟における仮の救済—執行停止制度

営業停止命令を受けたら、取消訴訟をやっているうちにかなりの損害が出る。だから、ながーい訴訟のさなか、とりあえず仮の救済を得るための方法が問題になる。その点取消訴訟には、**執行停止制度**と言うがあるので、これから学んでいく。

※他にも義務付け訴訟でも仮の救済が与えられる。**仮の義務付け**と言う。とりあえず拒否られた幼稚園に入れてもらえるとかそういうのが、仮の義務付け。執行を停止するというだけでは、より積極的に幼稚園に「入る」ところまではいけないので、大事である。あと、差止訴訟でも**仮の差止**がある。うだうだ言っていると景観ぶちこわしビルが建つとか言う場合これ。コナンの犯人は仮の差止をすべきだった。



1 仮の救済の必要性

さっきも言った通り、仮の救済がなくては、訴訟に勝ったところですでに修復不可能な事態に陥っているというようなことが容易に生じうる。それではそもそも真の権利救済が保証されないので、保護は憲法上の要請だと解され、これをやってあげるところまで司法権の一部だと解されている。

2 執行停止制度

(1) 概要

◎執行不停止原則（25条1項）

【参照】行政事件訴訟法第25条1項

処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない
ドイツでは、提起★即★執行停止なので、日本とは逆。日本では、とりあえずは行政の行為は適法推定されるのだし、**単に取消訴訟が提起されても、処分は止まらない**。これを**執行不停止原則**という。
原告の側からの申立てに基づき、裁判所が執行停止の決定を行うことになっている。

【参照】行政事件訴訟法第25条2項

処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下「執行停止」という）をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない職権でなんかやってくれたりはしない。行審法だと処分した行政の側が判断しなから職権での見直しとかも制度としてあったところ、こちらは裁判、権利救済の場でしかないからそれが無い。

なお、公権力の行使に関しては、民事保全法に規定する仮処分をすることはできないこととされる（44条）。
執行停止を用意している以上、それに従わされる。こちらの**執行停止には、当然本案を提起しないといけない点**には注意しよう。民事訴訟の仮処分などでは独自に認められる場合があるが、取消訴訟の執行停止の仕組みはこのようになっている。

※平成16年行訴法改正

- ①「回復困難な損害」→「重大な損害」 ②「重大な損害」の判断に当たっての基準（25条3項）

【参照】行政事件訴訟法第25条3項

裁判所は、前項に規定する**重大な**損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする
行政事件訴訟法の平成16年改正前は、25条に「重大な」ではなく「回復困難な」と言う文言が使われており、執行停止の門戸を非常に狭いものにしていた。しかし現行25条3項は、文言をマイルドにした。同時に考慮事由も書いているので見ておこう。

(2) 要件

- ①本案訴訟の適法な継続…さっき言った。
②**積極要件**：「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」
法改正による要件の変更の意義についても述べた。
③**消極要件**：「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」「本案について理由がないとみえるとき」
積極要件と消極要件は、相関的に判断される。片方がめっちゃでかければ、もう片方は若干おまけしていい。

【参照】行政事件訴訟法第25条4項

執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない

広島地決平成20年11月21日

営業停止命令が効力を生じたら営業はできなくなるので、効力を判決確定まで止めた。ところが広島高裁はその決定をとり消した。損害額が非常に大きいことは認めたのだがこのとき、平成16年改正前ならばまあ「回復困難」とはいえないような感じだったようである。まあそれでも重大な損害は認めたのが広島地裁なのだが、**高裁はグループ全体の資産を考慮して、これは重大な損害とまでは言えないと言う判断をした**ようである。
このように、重大な損害と言うのも、認定が難しいところである。

3 執行停止の内容と効果

◎何を停止させるか

以下に三つ示すが、①は、②あるいは③で対処できる場合は行うことはできない。物理的作用が求められるのならばそちらを優先すべきとされており、一種の比例性が要求されている。

①処分の効力の停止

各種の許可、その取消し、および公務員の免職処分など執行を要しない処分の場合。

②手続の続行の停止

課税処分の取消訴訟を本案として、滞納処分の続行の停止を求める。この時、課税処分の効果を停止しなくても次の一手を打つのをやめればいいだけ。

③処分の執行の停止

執行が必要な処分については、処分の内容の実現を一時停止することができる。看板撤去をやめるなど。

◎執行停止の効果

将来に向かってのみ効果を生じる。第三者効、そして拘束力がある。停止の効果が自分との関係だけで認められても、実際にはあまり意味がないからである。

4 執行停止制度の限界

◎個別の行政過程の特殊性に応じた扱い

外国人の退去強制事件などの場合には、行政過程には「退去」と、それ以前の「収容」とがある。退去には比較的執行停止が認められやすかったのだが、退去以前の収容処分の段階から執行停止の対象とすることには実務は消極的であった。とはいえ収容されればめんどくさいことになるわけで、執行停止を認める決定も現れた。

東京地決平成 13 年 12 月 27 日判時 1771 号 76 頁

基本的に、収容段階ではいまだ「回復困難な損害」要件が満たされないことも多かった。しかしこの決定は、収容されること自体を一つの損害ととらえることで、執行停止を認めた。

東京地決平成 14 年 3 月 1 日判時 1774 号 25 頁

日本に不法入国したアフガニスタン人について、難民としての保護が与えられるべきであるとし、退去強制令書に基づく執行が収容部分も含めて停止された事例である。

なお、これらは例外的な判断にとどまる。平成 16 年の改正後も依然、こうして身体拘束自体から執行停止を導いた判例は見当たらない(執行停止を導いたものも、他の被害を考慮することで理屈をつけている)ので、ここに一つの限界を見ることができる。やはり身体拘束自体を損害と認めると、およそ強制退去の事例はすべて執行停止の可能性を得てしまう、ということが背景にあるのかもしれない。しかし、このような決定群のもった問題意識自体は至極まっとうなものであるし、今や「諸事情の考慮」という必殺技があるので、なんとかしていくことも無理ではないと思われる。ちなみにこの決定は前述(p47)の藤山裁判官のもので、いわゆる藤山コートである。

◎満足的執行停止について

満足的執行停止は、「執行停止決定の利益なし」というのが確立した判例である。

これはようするに、仮の救済の段階で原告に満足の状況を作り出すため、免許申請拒否事件などの取り消し訴訟の執行停止において、仮に営業を認めてやるべきだという理屈である。しかし、実際問題、執行停止がなされても免許が拒否されてもいないけど下りてもない、というようなゼロ状態に戻るのが関の山であるから、この場合には執行停止決定の利益なしとされるのが普通である。今は**義務付け訴訟**が出来て、同時に**仮の義務付け**ができたが、これは要件が結構厳しいので、このあたりに仮の救済の限界が見えたりする。営業許可の不許可処分などはこれがけっこう適用されるが。ということで、判例による工夫もなされているところである。

①集団示威行進の申請拒否処分の場合

実質的に**届出制**だとみた。ようするに、**憲法上の表現の自由の手厚い保障の要請からすれば、集団示威行為は「普通はできる」もの(事実上の届出制)だと見る**のである。だとすれば、「無理」と言われてそれを争う中で執行停止が行われた時、「却下されてもいないが許可されていない」状況ではなく、「(普通は)できる」状態にもどるのだけである。そのように理解することで「原状」を創出した。

東京地決昭和 42 年 12 月 2 日行裁例集 18 巻 11 号 1485 頁はそのような主旨である。

②外国人の在留期間の更新申請拒否

東京地決昭和 45 年 9 月 14 日判時 605 号 24 頁では、「在留期間更新許可の申請をした者は、…許可いずれかの処分がなされるまでは、たとえ旅券に記載された在留期間が徒過した後においても、不法残留者としての責任を問えないという意味において、本邦に残留することができる…」と、残っていいよと説示した。

(1) 沿革—平野事件

平野事件（1948年）

公職追放処分を受けた平野力三衆議院議員について東京地裁が行った処分の効力停止仮処分決定に対して、GHQの最高裁長官への要請を受け、上記地裁が決定を取り消した事件。これをきっかけとして、GHQの強い指示を受けて設けられたものが内閣総理大臣の異議制度である。現行法でもなんか残っている。

【参照】行政事件訴訟法第27条

- 1 第二十五条二項の申立てがあつた場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする
- 2 前項の異議には、理由を附さなければならない
- 3 前項の異議の理由においては、内閣総理大臣は、処分の効力を存続し、処分を執行し、又は手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情を示すものとする
- 4 第一項の異議があつたときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない
- 5 第一項後段の異議は、執行停止の決定をした裁判所に対して述べなければならない。ただし、その決定に対する抗告が抗告裁判所に係属しているときは、抗告裁判所に対して述べなければならない
- 6 内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、第一項の異議を述べてはならず、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない

(2) 具体例

昭和24年5月24日付閣議決定「地方公共団体の人員整理に関する件」

左翼思想家追放のための決定に執行停止決定がでたので、異議アリッ！とした。昭和40年代における一連の公安条例事件もそうだが、結局「国にとって迷惑な方」に対して異議が使われてきたのが現状のようである。



(3) 裁判所の審査権

一般的には、**内閣総理大臣の意義がでると、異議の要件の充足に関して裁判所に審査権はない**ものとされる。これは、執行停止が**行政作用**であり、内閣総理大臣が何かやっても司法権の侵害ではないと言う理屈により支えられている。

しかしながら、理論上の司法権と実際のある国の司法権の内容は一致するとは限らない。その意味では性質が行政作用であっても司法権の内に観念することもできるのであるし、事実上このような執行停止の判断は行政ではなく裁判所が頑張っているのに鑑みると、異論も出てくる。塩野先生のバランス感覚からは、やはり国民の救済の充実を踏まえれば、審査権があってもいいんじゃないかと言う。ただまあ、彼はそれを解釈論として認められるとまでは言っていない。あくまでそういう方向に考えていこうぜ、という意味でのバランス感覚である。塩野さんは前も言ったが、立法論と解釈論を区別して、無理に理念的に解釈をつきすすめたりはしない。

[E]無効確認訴訟・不作為の違法確認訴訟・義務付け訴訟・差止訴訟

I 無効確認訴訟

1 概観

(1) 取消し得べき行政行為と無効の行政行為

取消しうる行政行為は、当然だが今まで習ってきた取消訴訟によって取り消すべきだし、排他的管轄が生じている（そこから公定力にもつながる）のだった。このとき、当然公定力があるのだから、取消されるまでは有効、というのが建前である。

しかしながら、本当にそうなのか？という疑問が出てくる。明らかに大間違いな行政行為が目のあるとき、取消訴訟の排他的管轄など抜きにして、**最初から無効**と（取消されるまで有効でもなく）いえないのだろうか。

ただ、仮に「無効」だとしても、**闇夜に浮かぶ赤い風船は、確かめるまで赤いとは分からない**。無効なものは勝手に効果が消滅するとか都合のいいことはないので、表見的通用力をぶっ潰すための断定の必要が生じるのである。すなわち、どうやって無効の行政行為を争うか、これが問題なのである。

※闇夜に浮かぶ赤い風船

これは交告さんが大好きな比喻表現である。おそらく他に使っている論者はいないため、ググっても何も出てこない（困惑する法学徒の twitter がヒットする程度である）。あまりにも謎過ぎて皆が検索したためか、なんと今や「闇夜に浮かぶ」まで入力すれば予測変換で出てくることが確認されている（2014年2月中旬）。

（2）無効の行政行為を争う方法についての2つの考え方

①**時機に遅れた取消訴訟として無効確認訴訟を正面から認める。**

無効確認訴訟は行政事件訴訟特例法の時代から判例によって認められていたのだった。行政事件訴訟法においてはそのような無効確認訴訟が明文で認められた（行政事件訴訟法第3条4項）。

②**現在の法律関係に関する訴訟の先決問題として争えばよい。**

当事者訴訟は、行政行為の無効が、係争関係の先決問題となっている事件である。以下の二つに分かれる。

A **争点訴訟**…係争中の法律関係が私法関係であるもの

たとえば旧地主が新地主に土地所有権の帰属をめぐる争いをおこすとき、その原因が農地買収処分であればその無効・有効が争われることになる。

B **公法上の当事者訴訟**…係争中の法律関係が公法関係であるもの

公務員が身分の確認を求める時、懲戒処分などの無効・有効が前提として争われる。

2. 無効確認訴訟

（1）訴えの利益

【参照】行政事件訴訟法第36条

無効等確認の訴えは、当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないものに限り、提起することができる

(a)二元説と一元説 「…損害を受けるおそれのある者」で切って読むか、続けて読むか

まず無効確認訴訟では、原告適格が問題となる。36条には、原告適格について書かれるが、この条文をどう読むかが問題となった。

①**二元説**…立案関係者の立場。救済にはつながるので、学説の多数説。

「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」、**そして**、「その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」が原告適格をもつ。前者は**予防訴訟**としての無効確認訴訟、後者は現在の法律関係についての**補充訴訟**としての無効確認訴訟になる。

②**一元説**…文理解釈

「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」に原告適格があるとする。

すなわち、独立的な形では予防訴訟は認められない。

(b)「…現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないものに限り…」という要件

①**形式説**

処分の無効を前提として争点訴訟や当事者訴訟が提起できる場合には、無効確認訴訟を提起できないとする。さしあたり現在の法律関係が想定でき（それにつき訴訟が別に起こせ）るかということで整理されているみたいであるが、たとえば争点訴訟も当事者訴訟もできない営業免許の取消に対して無効確認訴訟が起こせるとして、このとき給付訴訟とかは考えられないでもないので、徹底した区分かと言われるとなんか微妙。

②**実質説**

争点訴訟や当事者訴訟が提起できれば「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達する」ことができるものとして無効確認訴訟の適格を否定してしまうのではなく、そのなかでも実質的には抗告訴訟の実態を持つ、

公権力の行使自体に不服で効果を直接に否定するための訴えについては、無効確認訴訟によることも妨げられないとする。

たとえば、公務員の免職・学生の退学などは無効確認訴訟(抗告訴訟)で争うこともできるし、地位確認訴訟(民事)も可能となるらしい。「実質」的にはそうだから、というが、なんだ実質って。謎理論である。

③目的達成可能性の重視

むしろ問題は、現在の法律関係に関する訴えで「目的を達することができるか」のほうであるとして、取消訴訟の諸機能のうちで、**原状回復機能以外の機能を原告が求めているのであれば、無効確認訴訟の訴えの利益を認めてよい**とする考えかたも出てきた。具体的にそうした機能として挙げられるものは、再度考慮機能・差止機能とかである。

最判昭和 62 年 4 月 17 日[100 選Ⅱ 186 事件]

所有権確認の訴えなどよりも直截に無効確認をしたほうが目的にかなうんじゃないか？と目的を重視した判断をした。この判断は、もんじゅ訴訟(平成4年 9 月 22 日:最高裁/100 選Ⅱ 171 事件)にも引用されている。

※無効確認訴訟と民事差止訴訟との関係

差止訴訟と言うことになると、差止めの利益があると言うことに関して大いなる証明をすることになる。それは行政が行為規範を超すことをしたかどうかという次元を超えたものにもなる。民事の差止め訴訟は相手も民間(というか、民法上の主体)になるから行政法と違う部分があり、そこにかかなりの難しさがある。そういう意味もあるのだろうが、民事の差止訴訟があるからといって無効確認の利益は排斥されない。

(2) 取消訴訟の規定の準用

(a)準用があるもの

被告適格、関連請求、第三者の訴訟参加、職権証拠調べ、判決の拘束力、執行停止

(b)準用がないもの

①出訴期間…だって無効確認だから。

②事情判決…解釈で適用を認める説もあるが、無効の場合には、行政行為もさすがに有効ではないだろうという理解が素直である。違法だけど取り消すには公共の福祉に犠牲が…というときに、判決の主文で違法を言うが、取消はしないというのが事情判決だが、ここで処分が有効であることは大前提である。無効という事態に対して有効を前提とした処分ができるのか、ということになってしまう。

とはいえ無効確認訴訟は時期に後れた取消訴訟なのだという見方をすれば、事情判決は無効宣言に際しても行われうと言う理解もある。やはり公共の福祉に配慮する余地としての事情判決には、存在価値はある。

③第三者効…確認訴訟は第三者効をもたないという民法のドグマによる。形成力を第三者に及ぼしていいというときに第三者効は生れるが、基本的に所有権確認だとかそういうときには第三者を考える余地もあまりなかったのだった。しかし、無効確認訴訟でも同じように位置づけていいのかには疑問もあるし、認める必要もあるのではと思われる。解釈上は難しいところだが、塩野さんはありえなくはないとしている。

※とくに、取消訴訟の延長だとすれば認める余地はあるはずである。

(3) 主張・立証責任

判例では、原告が主張・立証責任を負うとされている。まあ特別の例外だしと言う理解が背景にあるっぽい。ただ、瑕疵がめっちゃ重大と言うのは法解釈の問題に過ぎないから、要件事実において取消訴訟と異なる理解をする必要はないだろうというのが、塩野さんの考えである。

(4) 取消訴訟との関係

①取消訴訟で無効原因に当たる瑕疵が主張された場合

取消訴訟として審理すれば足りる。やろうとしていることは似通っているのだし。

②取消訴訟の出訴期間内に無効確認訴訟が提起された場合

取消訴訟として扱われる。訴訟物特定が原告に委ねられる点からは疑問もあるが、合理的な意思を汲めばこちらと解釈してやるべきである。ただまあ、どうしても無効確認訴訟を死ぬとか主張している場合(明示的に取消訴訟を拒否しているような場合)には別途検討の余地はある。

3 争点訴訟

この言葉自体は、あくまで講学上のものである。

(1) 意義

厳密には行政事件訴訟ではないが、行政事件訴訟法に特別の規定が(45条)ある。**私法上の法律関係が問題となっている紛争で、その先決問題として行政行為の無効・有効が問われる事件**である。

先決問題といえども行政行為の効果がなお争われており、それにより法律関係が形成される点では行政処分が重要な役割を果たしていると言う場合が問題となる。

たとえば地主の土地に買取処分を講じた後で小作人に売渡し処分を行えば、そこで行政処分は終わる。しかしその後、土地を取り返すための訴訟が地主と小作人との間で発生した時、火種を残したのはあくまで処分なわけで、その見地から、争点訴訟として一定の種類の争いにつき特別の配慮をしているのである。

【参照】行政事件訴訟法第45条

私法上の法律関係に関する訴訟において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無が争われている場合には、第二十三条第一項及び第二項並びに第三十九条の規定を準用する。

(2) 内容

行政庁の訴訟参加が行われる。ただし、攻撃防御方法が提出できるのは、当該行政処分に関わる部分に限定される(45条2項)。なお、処分の効力が争われなくなった場合も、こいつらの参加はやめになる。

裁判所は、出訴の通知を処分庁等に行い(45条1項、釈明処分の特則や、職権証拠調べなどのルールも準用されることになっている(45条4項))

(3) 問題点

(a)行政庁が参加した場合

「争点」だった先決問題についての判断は、あくまで判決理由中の判断にとどまるから、民事訴訟法上は特段の効果をもつものではない。しかしながら、**火種はまさにそこにあり、問題が再燃したがゆえにそこについて攻撃防御を尽くしてきた**わけである。まさに一つの争点として主張立証が尽くされ、制度的にも実質的な判断がなされることが求められている。さらには行政庁には、処分に責任を持つ行政庁であることを理由に上訴権なども認められている。だとすると、民訴上言われる**争点効**(判決主文だけでなく、「争点」として原告が汗水流して戦いを繰り広げ結論に至った部分については、効力を認めることができるのではないか)が認められる基盤がある。※とはいってもそんなに簡単に争点効は認めらず、最高裁判例も取り入れていないが。民訴でやってね。

(b)仮救済の問題

公権力の行使については仮処分が排除される(44条)他方で、執行停止について準用規定がない。

そうすると、**仮の救済手段が何もない**ことになりそうである。しかし、仮の救済はとても重要だから、このまま放置すると違憲の可能性もありうる。この点立案担当者も、仮処分は「完全に」排除されておらず、「制限」されているのだとしていたようである。仮処分の権限は、執行停止の準用規定がないことから默示的に現れるという見方もできるが、むしろ塩野説などは積極的に見つけ出す形で、無効確認訴訟における仮の救済としての執行停止と同程度の仮処分は排除されていないと解する。

※制限と言うのは、執行停止程度にとどまるという意味である。

4 公法上の当事者訴訟—無効行為に関する訴えとして

公務員の身分確認訴訟、国立大学における学生退学処分の無効を前提とする在学関係確認訴訟(これらについては処分の無効確認訴訟も可能)などが例となる。

たとえば公務員の身分関係は公務員法が規律しているから、そこでは民訴とは違うルールがでてくる。このような、問題となる係争関係の先決問題として行政行為の有効が問われる事件で、係争関係が公法上のものである場合を、**公法上の当事者訴訟**という。

※条文を見ても(4条)、あくまで「公法上」のものである。このカテゴリに属するのは、行政訴訟の無効が前提となる「公法上の」当事者訴訟であり、その意味で当事者訴訟の全てではない。ただ立案者は、当時の公法・私法の二分論の中で当事者訴訟を設計しただけであって、公法上の当事者訴訟という概念に今しがたこだわりのも、よくわからないところである。

適用条文としては41条があり、行政庁の訴訟参加、釈明処分の特則、職権証拠調べ、拘束力について取消訴訟の規定を準用する。

また、ここにおける仮の救済についても、争点訴訟と同じ問題がある。繰り返すのは面倒なので、前のページに戻って確認しておいてほしい。

Ⅱ 不作為の違法確認訴訟

1 不作為の違法確認訴訟

(1) 意義

◎行政事件訴訟法の制定時の制度構想

行訴法の制定時点では、まだ義務付け訴訟までは一般に認められていなかった。やはり、一定の「処分をせよ」というところまで裁判所が命じてしまうと、過度の行政権への介入になりそうだったからである。他方で、誰がどう見てもこれをやるしかないよというようなことをやらないときには、それを義務付けても別に構わないのではないかともしられていて、この両者の立場から考えて妥協した結果、行政事件訴訟法制定においては、不作為が違法であることの確認を求める訴訟を制度化したのである。何もしない行政を叱り飛ばすくらいなら、まあいいだろう、という感じである。

※後述だが、義務付け訴訟は判例上認められるようになり、その後平成 16 年度改正によって導入された。

◎行政庁の不作為への制度的対応

なお、不作為への対応手段は、他にもいくつかある。

① **みなし拒否処分** (生活保護法 24 条 4 項)

一定期間内の決定が無い場合、拒否処分があったとみなす。要するに宙ぶらりんの状態が一番まずいので、そうならずに争えるようにしてしまうわけである。

② **審査期間の法定**

実定法のなかで期間を法定してしまう。まあ中谷本店事件最高裁判決では、この期間は任意規定であるからそれを超えても行政指導ができるよと言われちゃったが。

③ **標準処理期間**

申請をしてからの処理期間のテンプレを定める。ただ、これ超えたからといって絶対に違法と言う訳ではない。あくまでテンプレ。



不作為の違法確認訴訟

(2) 制度の概要

(a) **申請権**

申請をした者に限り訴えを提起できるが、これについては法令の解釈上申請権が認められればよい。

(b) **相当の期間**

標準処理期間は一応の目安に過ぎず、諸事情が考慮された上で判断がなされる。

(c) **違法判断の基準時**

違法確認訴訟では取消訴訟のような争いはなく、判決時となる。口頭弁論終結時において違法な不作為の有無を判断することになる。違法確認訴訟の間に行政庁が応答し、訴えの利益が消滅したと言う場合は、訴訟費用の負担の問題となる。まあ、わざわざ訴訟とかさせんなよということで行政に支払わせた地裁判例はある。

(d) **理由中の判断の拘束力**

不作為状態の解消が制度目的であるから、認められない。

Ⅲ 義務付け訴訟

1 前史

(1) 初期

行政事件訴訟法 3 条には抗告訴訟の定性的定義と、そして使えるメニューとして類型の提示がなされていたが、義務付け訴訟自体は、かつてはそのメニューに書かれていないものであった。

先程も指摘した通り、やはり問題となるのは、裁判所が義務付けと言う形で何か作為を「命令」してしまうことは、行政庁の第一次的判断権に触れてしまうものになるのではないかと、という点であった。

無名抗告訴訟として義務付けを求める訴えは散見されたが、初期はやはり否定的な立場が大勢であった。

徳島地判昭和 46 年 6 月 29 日

義務付け訴訟が、無名抗告訴訟として行われていた時の判例。これを無条件に行うことは、司法裁判所の消極的な役目、三権分立などに照らすと疑義のあるところとした。しかし、当該処分が法律上羈束された者で、第一次的な行政の判断を待つまでもなく「これをなさねばならない」ということが煮詰まっているならば、特殊な訴訟形態を認めても必ずしも司法裁判の本義に違わないといえるだろうとした。ただ、この事例では、そのような明白性がないとされてしまった。

以降も似たような判例はあったが、義務付けを実際に認めたものはない、というのがかつての状態であった。この意味では**全面否定説**はあまりとられていないが、**補充説**として（この判例では明白性を要件とした。下級審では明白性・緊急性・補充性の3要件を条件に法定外抗告訴訟として可否を判断するものが出ていた）厳しい判断のもとに、義務付け訴訟は認められる（ものの、実際には不可能）という感じだった。

※あと**独立説**として、補充性なく認めてやれよと言う人もいるにはいた。

類型としては、何か行政に申請をして一定の利益をもらうという行政訴訟について義務付け訴訟を起こす場合や、行政にある規制権限を行使してほしいとして義務付け訴訟を起こす場合などがあった。たとえば産業廃棄物の処分場の管理者がずさんな管理をしているようなときに、廃棄物処理法に基づく措置命令をとってほしいとか、そういう感じである。都市公害についてはこういう話が良く出てくる。

（２）義務付け訴訟の可否

行政法第一部の授業では、主として国民の防御的地位に視点を置いていた。自由主義の観点からは、その過度な侵害が無いように気を付ける必要があるからである。これに対して今見た公害訴訟のようなものは、第三者が積極的に行政の権限行使を求めるところまで含むから、単なる防御的な地位を超えた視点が混入している。

この意味で、それが訴訟でどのように保護されるか、行政介入の請求がどこまで認められるのかというのは、また別の考慮が必要になってくるのである。そして**行政介入請求権**は、一般的には認められなかった。やはり行政にしかるべき権限を与え、行政が要件を判断して措置を行った結果、その正しさから利益が生じているとしても、そこで**人々が得る利益と言うのは、介入請求権によるものではなく、規制権限からの反射利益に過ぎなかった**からである。

しかし、本当にそれでいいのかという考え方は、どうしても生まれてくる。客観的に誰が見ても「権限を行使するべきだ」と言えるときに、役人が仲のいい政治家に迷惑をかけたくないとかそういう不純な理由で権限を行使しないと言うのを是認すれば、やはり法秩序はめちゃくちゃになる。と言うことで、義務付け訴訟を認めようという議論が出てくるのである。

※なお、行政義務付け訴訟はドイツにあったので、良く参照された。都市公害や環境公害で、行政の規制権限を求めるような動きは、古くからドイツで認められていた。そこで紹介されるのが、裁量の零収縮論である。

帯鋸判決(1960 年)

ドイツの判例。住居地域に指定されている地域内に帯鋸関係の工場があったのだが、うるさいは汚いわなので、行政に住民が操業禁止命令を出すように求めた。行政が断ったので住民は裁判所に出訴したところ、**裁量がゼロに収縮する**として義務付けを認めた。この裁量の零収縮論は、日本の判例にも影響を与えた。

レディミクストコンクリート事件(平成元年 2 月 20 日：東京地裁/判タ 715 号 128 頁)

裁量のゼロ収縮論を採用した東京地裁の裁判例。ただしこの事件では、ゼロに収縮していないとして請求を認めず。

（３）法改正前夜の裁判例

そんなこんなで行政法学では議論されていたので、判決も法改正前からこのような方向に動き始めていた。

国立景観訴訟(平成 13 年 12 月 4 日：東京地裁/判時 1791 号 3 頁)

国立通りの街並みは、出来る限り高さを低いものに維持しようということになっていた。だが、そこにマンションを建てようとした業者に、建築確認がおけてしまった。これにつき、違法な部分の除去命令を出してほしいと要求したわけである。裁判所は、その是正命令以外に違反を解消する手段がないとして、義務付け判決とまではいかなかったものの、義務の確認はした。

判決は、以下の①～⑥を踏まえ、被告である建築指導事務局長が、建築基準法 9 条 1 項に基づく是正命令権限を全く行使しないことは、裁量権の逸脱に当たり違法というべきであるとし、さらに被告において違反状態を解消するために是正命令権限を行使すべきことが、一義的に明白な**義務**だとした。

①本件建物は、地盤面からの高さ 20 メートルを超える部分について、本件建築条例、建築基準法 68 条の 2 に明確に違反する建築物であり、その違反の程度は著しい。

- ②本件建物の違反部分により本件建築条例、建築基準法 68 条の 2 の規制によって達成しようとした景観と都市環境の維持という行政目的は大きく阻害されている。
- ③近隣住民の受ける被害にあっては、日照については、それほど重大な被害が生じているとは認められないものの、本件高さ制限地区内の地権者の景観に対する利益については重大な被害を生じさせている。
- ④建築主である明和地所に発生することの予想される不利益は、本件建物が違法建築物であることによって生じる不利益であって、これを考慮すべき特段の事情は存しない。
- ⑤明和地所による自発的な違反解消の見込みは全くない。
- ⑥是正命令以外の手段による違反解消の見込みもない。

しかしながら、**是正命令権限の行使の方法および内容として、いつ、どの範囲の者に対し、どのような手続を経て、いかなる是正命令を発すべきかの点については、なお被告の裁量の範囲内にあるものであるとした。**これによって、被告に対し是正命令を発令することを求める義務づけ請求に係る訴えは、無名抗告訴訟の**一義的明白性**の要件を欠くということになってしまう。

ただ、本件不作為請求に係る訴えには、被告が建築基準法 9 条 1 項に基づく**是正命令権限を行使しないことが違法であることの確認を求める請求も含まれている**と解される。このことから、本件不作為請求に係る訴えのうち、上記請求部分に限っては**一義的明白性の要件を満たしている**というべきである、とした。

※先ほどの不作為違法確認は、自分が給付されるべきなのに行政が何もしないときなどに戻たたきをするものだが、ここでは行政が措置命令を出さないことそのものの違法を問うものである。

この判決は、義務付け訴訟を改正前法上で行うことのむずかしさを再確認させたと言える。結局、行政庁がどの処分をするかということまで煮詰まっていないと、なお裁量が残っているのだから(この場合、措置命令の中身自体は特定できないわけである)、その点を無視できないため義務付けが出来ないのである。状況としては違法なので、それは示されたものの、それにとどまった。

2 現行制度

(1) 義務付け訴訟の種類

ということで、新たに義務付け訴訟が出来た。見るべきは行政事件訴訟法 3 条である。

【参照】行政事件訴訟法第 2 条 6 項

この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう

- 一 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（次号に掲げる場合を除く）
- 二 行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき

一号…**直接型義務付け訴訟**（3 条 6 項 1 号）＝申請が予定されていない場合

上の呼び方は塩野さんスタイル。**非申請型義務付け訴訟**あるいは**1 号義務付け訴訟**とも呼ばれる。

二号…**申請満足型義務付け訴訟**（3 条 6 項 2 号）＝申請が予定されている場合

同じように、**申請型義務付け訴訟**あるいは**2 号義務付け訴訟**とも呼ばれる。前者との差異ははっきりしている。

法令による申請に対する処分に対応する義務付け訴訟となるかどうかである。

例えば営業許可の拒否処分を取消訴訟で争うことは出来るが、取消してくれと言うだけでは「許可をくれ」ということにはつながらないわけで、そのようなことを考えた場合に義務付け訴訟をするわけである。

(2) 性質と訴訟物

塩野さんはこれを、**給付訴訟**だとする。「許可をよこせ」とかそういうものを給付だと見るわけで、この考えを給付訴訟説と言う。他方で、行政事件訴訟法には訴訟要件と勝訴要件の定めがあるから、ある要件が満たされることによって行政への義務付けという効果が発生し、法律関係に変動が起きる、すなわち**形成訴訟**だと理解する人もいる。こちらを、形成訴訟説という。実はかなり本質的な議論でもあるのだが、これを突き詰めずともまあ実際上はなんとかなっちゃうので、あまり気にしない人もいるそうである。ただ差異として、塩野説だと判決時の義務付け可能性が問われる他方、形成訴訟説だと形成要件の存否が問われることになる。

そして、訴訟物は塩野説によれば、「給付」請求権の存否だということになる。

これについては非常にめんどくさいので、あまり触れない。実際、正確に理解していないとまずいということもあまりないらしい。

3 各類型の要件

(1) 直接型義務付け訴訟

(a) 訴訟要件 (37 条の 2)

【参照】行政事件訴訟法第 37 条の 2

1 第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる

1 項には、一定の処分がなされないことにより**重大な損害を生ずるおそれ**があること、**他に適当な方法がない**ことと要件が書かれる。他の適当な方法と言うのは、まあなんか救済方法があればそれを使えよということである。なお「重大な損害」要件は、申請満足型にはないことに注意しよう。差異が生れるのは、申請する権利があり、要件を満たせばそれが受けられるのであれば、重大な損害が無くとも要件充足にもかかわらずそれが認められないこと自体が問題であるといえるからである。

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする

2 項には「重大な損害」要件の判定指針が書いてある。

損害の**回復の困難**の程度や、**損害の性質と程度・処分内容及性質**を勘案する。

3 第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる

3 項にあるのは原告適格である。「法律上の利益」と言う 9 条類似の書き方がなされている。

4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する

4 項にはその判定指針として、9 条 2 項が準用されることが書かれている。

なお直接型義務付け訴訟では原告適格が重要であることは言うまでもない。申請型義務付け訴訟の場合は、法令上の申請権が認められればその時点で原告適格を認められるのに対し、規制権限を第三者が発動請求するようなことは誰にでも認められるものではない(万人による監視を認めることになる)。そのため原告適格と言う縛りがかかっている。ただ、個別的な保護が無いからと言って簡単に訴えを切り捨てれば義務付け訴訟の意味がなくなるので、取消訴訟の原告適格の規定、9 条 2 項の主旨に従えと言っているのである。

(b) 本案勝訴判決の要件

5 義務付けの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする

37 条の 2 の 5 項に書かれているものは、本案判決の要件である。今まで述べていた訴訟要件ではない。

ここでは、あくまで裁量の零収縮論が採用されているのではないことに気を付けよう。

(c) 処分の特定性

義務付け訴訟を行うならば、そこで行政がどのような処分をするべきかというところまで特定するべきだろうか。そもそも「**裁量がないほど煮詰まっている**」から訴えている以上、**処分が特定されるべきではないか**、というのはもっともだが、しかしこれを認めたとして、国民側から措置命令など出せそうにないのだから、それをもって義務付け訴訟できないと言う結論に至るとすれば国立景観訴訟における議論からしても変である。

今見た訴訟要件の中には、「一定の処分」という表記がなされており、具体的な特定性はないかのような書きぶりである。そして実際に判例も、「一定の処分をせよ」というような**抽象的義務付け**を行っている。このように、通説的にはこの特定性はそこまで要求されていないようである。

もう平成 16 年改正から 10 年たっているので、わりと判例の蓄積がある。一つだけ紹介するならば、**飯塚市産業廃処分場事件**だろうか。原告は主位的請求と予備的請求を立てており、前者は産業廃棄物政争処理法 19 条 8 による権限行使(産業廃棄物がマジでやばいとき、知事が自分で措置を講ずる)を求めるもの、後者は生活環境保全上必要な措置を事業者に行わせることを行政に求めるものであった。

ここでは主に後者が問題となったが、一審判決(平成 20 年 2 月 25 日：福岡地裁/判時 2122 号 50 頁)では不適法と判示された。重大な損害要件が欠けていると判断したようである。だが控訴審(平成 23 年 2 月 7 日：福岡高裁/判時 2122 号 45 頁)では、逆転した。さすがに主位的請求は棄却されているが、予備的請求については原告適格ではねられた一部の人を除き、義務付けを認めた。

(2) 申請満足型義務付け訴訟

(a) 訴訟要件 (37 条の 3)

【参照】 行政事件訴訟法第 37 条の 3

1 第三条第六項第二号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、次の各号に掲げる要件のいずれかに該当するときに限り、提起することができる

一 当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと

二 当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること

1 項では、申請型義務付け訴訟を提起できる場合を以下に規定する。

④申請又は審査請求に対し相当の期間内に処分又は裁決がなされないとき

⑥申請又は審査請求が却下される処分又は裁決がなされたときで、その処分又は裁決が取り消されるべきであるまたは無効若しくは不存在である

2 前項の義務付けの訴えは、同項各号に規定する法令に基づく申請又は審査請求をした者に限り、提起することができる

2 項では、法令に基づく**申請又は審査請求をした者**に限り訴えを提起できるとしている。

すなわち、申請満足型義務付け訴訟ができるかどうかについては、原告が法令に基づく申請(審査請求)をしたと言えるかどうか(申請権の有無)が重要なポイントになるということである。

許可を申請しましたが、それを断られましたというのは分かりやすいが、この判断は簡単なことではない。

さて、国民の自由を侵害する処分には法律の根拠が必要だと言う侵害留保説をとるかどうかは別として、少なくとも国民への「給付」には、法律の根拠が必ず必要だと言う理解は通説的ではない。すると何が起きるか、自治体の要綱で一定の給付をすることが認められるようなとき、これが法令に基づく申請ではない可能性が出てくるのである。就学援助費用の裁判でも、実際の制度が下々の通達で行われ、遺族援助事業についてはほぼ法定されていなかったわけである(処分とはされたが)。すなわち、**法令に基づく申請かどうかは、給付行政においてはかなり曖昧な解釈が必要となる部分がありうる**のである。

やはり、要件が加重されている一号義務付け訴訟にはなるべく頼りたくはない。だから、このだるーい解釈作業が必要になってくるのである。

3 第一項の義務付けの訴えを提起するときは、次の各号に掲げる区分に応じてそれぞれ当該各号に定める訴えをその義務付けの訴えに併合して提起しなければならない。この場合において、当該各号に定める訴えに係る訴訟の管轄について他の法律に特別の定めがあるときは、当該義務付けの訴えに係る訴訟の管轄は、第三十八条第一項において準用する第十二条の規定にかかわらず、その定めに従う。

一 第一項第一号に掲げる要件に該当する場合 同号に規定する処分又は裁決に係る不作為の違法確認の訴え

二 第一項第二号に掲げる要件に該当する場合 同号に規定する処分又は裁決に係る取消訴訟又は無効等確認の訴え

3 項では、併合提起の必要を述べる。

先程の④→不作為の違法確認の訴え

先程の⑥→取消訴訟または無効確認訴訟

それぞれに併合提起要件がかかっているので注意しよう。やはり観念的に「義務付け」判決が出た場合に、もとの争われていた処分はどうなるんだろうか、という問題が出てくるので、残っている諸悪の根源に対し、併合的に取り扱うことで取消なり無効なり解決を与えないといけないのである。

もちろん、裁判所が義務付けすれば、もとの処分がおのずと取り消されるという法制度もある。ドイツとか。にもかかわらず日本がこのように制度設計をしたのは、**とりあえず義務付けまではしなくても、まあ様子見で取消だけしておくか、といったマイルドな解決ができることを評価した**からである。

(b) 本案勝訴判決の要件

5 義務付けの訴えが第一項から第三項までに規定する要件に該当する場合において、同項各号に定める訴えに係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきであることがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決をすべき旨を命ずる判決をする

まあ一号義務付けと似たようなものである。これまた訴訟要件の規定とごっちゃになって勝訴要件が規定されていると言う構造なので、37 条シリーズは読むときに注意がいる。

(c)併合した訴えについてのみの終局判決

6 第四項の規定にかかわらず、裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、第三項各号に定める訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、当該訴えについてのみ終局判決をすることができる。この場合において、裁判所は、当該訴えについてのみ終局判決をしたときは、当事者の意見を聴いて、当該訴えに係る訴訟手続が完結するまでの間、義務付けの訴えに係る訴訟手続を中止することができる

上に述べた「マイルドな解決」のために、併合提起された取消訴訟だとかのみに判決を下すことが出来る。

(3) 一号義務付けか、二号義務づけか

第一次鈴木訴訟（平成 18 年 11 月 19 日：東京地裁/賃金と社会保障 1439 号 53 頁）

身体障害者福祉法に基づく移動介護の費用給付に関する事案。この給付、一見するとそのまま法律に基づく申請による支給っぽい、何時間分の移動介護費用を行政が払ってあげるのか、というのはあくまで行政が調査してきめることであり、単純に申請→イイヨ！→金というパターンではない感じだった。

微妙なところだったが、弁護士は 2 号で行けると押し通し、裁判所も今回はそれを認める方向に動いた。

その後も実務では、2 号で攻める感じが定着したようだが、そもそもの申請の立てつけを「〇〇時間分支給してください」という形にして運用する実務パターンをつくったようである。

※ただ、途中で障害者自立支援法と言う新たな法律が身体障害者福祉法にとってかわったので、訴えの利益がなくなった。そのため判決主文は却下となったが、裁判所は当事者間の話し合いはきっちりしろよ（続いてたら違法だったぞというニュアンス）とってくれた。

第二次 480 円タクシー事件（平成 21 年 9 月 25 日：大阪地裁/判時 2071 号 20 頁）

義務付けまで認めた有名判決。

4 仮の救済—仮の義務付け

基本的には執行停止と似ている。

【参照】行政事件訴訟法第 37 条の 5 1 項

義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずること（以下この条において「仮の義務付け」という）ができる

①前提：義務付けの訴えが提起されていること

本案訴訟が提起されていないと、仮の義務付けも認められない。

②積極要件：「～がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」ること

③消極要件：「本案について理由があるとみえるとき」

これは、絶対にとは言わないが、おそらく本案で勝てる、というくらいらしい。

②と③については、微妙に執行停止と要件が異なっているので、注意。

徳島地決平成 17 年 6 月 7 日判例自治 270 号 48 頁

障害をもった子供の入園拒否処分について、仮の義務付けが認められた。

東京地決平成 18 年 1 月 25 日判時 1931 号 10 頁

同様に保育園への入園の仮の義務付けが認められた。

なお、仮の救済の決定によってなされる処分も行政処分であるのだから、第三者は取消訴訟でその効果を争うことができる。

IV 差止訴訟

1 前史

(1) 学説の状況

違法な行政処分がまさになされようとしている局面での救済手段が差止訴訟である。

これは、目の前の違法な処分をとりあえずストップさせると言う意味では法治主義の要請に適うものなので、どこぞの義務付け訴訟のときみたいに全面否定説はなかった。

たとえば義務付け訴訟においては補充説と独立説とが対立していて、塩野さんは取消訴訟中心主義の視点から補充説の立場であったが、そういうこともあんまり考えなくていいし、そもそも平成 16 年改正でちゃんと制度化されたので、そっちをちゃんとみていけばいいかなと言う感じ。

(2) 判例

長野勤評事件最高裁判決（昭和 47 年 11 月 30 日：最高裁/民集 26 巻 9 号 1746 頁）

※適宜、100 選Ⅱ214 事件の解説（441 頁右側）も参照

義務の存否を確認する訴訟だが、「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり」、あらかじめ義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきだとした。本判決は、「義務の存否の確定を求める法律上の利益」という観点から説示している。
特段の事情があれば、義務の不存在確認訴訟できるぞ、という感じなわけだが、ここにあるのは差止そのものではないものの、**将来やってくる不利益な処分を未然に防ごうと言う意図**である。

2 現行制度

(1) 差止めの訴え

【参照】行政事件訴訟法第 3 条 7 項

この法律において「差止めの訴え」とは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう
かつては義務付け訴訟ができるか議論されていたが、「差止め」と言うのも、不作為を義務付けることができるのか、という点で話は同じであり、許容性は議論されていた。
しかしながら、権利救済にとっては義務付けよりも重大な場合が多いので、わりと許容的で全面否定説はあまりなかったというのは、さっきも話した通りである。近年では規制処分がもたらす効果も大きく、そのような点や、**法治主義**に鑑みて認めるべきという論調が強かった中、平成 16 年改正は以上に示した 3 条 7 項をおいた。

(2) 性質と訴訟物

差止訴訟は、給付訴訟、形成訴訟、確認訴訟のうちでは給付訴訟だと言うのが神のご意志である。
すなわち、給付を基礎付ける給付請求権があるという立場であり、訴訟物もそれ（**差止請求権**）になる。そしてその範囲は、実体法（個別法）によって定まってくることになる。簡単に言えば、**個人は「権利」として、行政過程論上、行政主体に対して給付請求権を有する**（公権）という考えが妥当し、それゆえ義務付け訴訟なども議論されてきたのであるから、平成 16 年改正の立法がわざわざその流れを断ち切ったりしていない限りは、給付訴訟としてとらえるべき、というのである。まあ義務付け訴訟同様に、要件が設定され、それをクリアすれば差止と言う効果が得られるから形成訴訟と言う人もいるが、このあたりはどうでもいい。
※無名抗告訴訟に消極的な立場からも、その公権自体は否定されていなかったという。

3 差止訴訟の要件

【参照】行政事件訴訟法第 37 条の 4

- 1 差止めの訴えは、一定の処分又は裁決がされることにより**重大な損害を生ずるおそれ**がある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない
 - 2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案するものとする
 - 3 差止めの訴えは、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる
 - 4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、**第九条第二項の規定を準用する**
- 1 項には、訴訟要件として「重大な損害を生ずるおそれ」があることが述べられる。それに加え、他に適当な方法があるときは提起できない。とはいえただし書きなので、基本的に重大な損害要件があれば要件は満たされることになり、例外を認めるには相応の理由がいるだろう。
- 2 項には、その「重大な損害」要件の判定指針が書かれている。
- 3 項には原告適格について書かれているが、4 項に判定指針があり、おなじみ 9 条 2 項の準用がなされる。

5 差止めの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をすることがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずる判決をする

5項には本案判決勝訴要件が書かれており、義務付け訴訟と類似の表現が使われている。

4 法改正後の判例

鞆の浦世界遺産訴訟(平成 21 年 10 月 1 日：広島地裁/判時 2060 号 3 頁/環境 100 選 78 事件)

公有水面埋立てを免許する処分について、差止を認容した。

都教員懲戒処分事件(平成 24 年 2 月 9 日：最高裁/100 選Ⅱ214 事件)

職務命令違反による懲戒処分についての差止請求に関して、訴訟要件が充足していると認めた。

なお、免職についてはその蓋然性に欠くとしている。ここでは免職以外の処分でも重なって行けば重大な損害につながるおそれが十分あると判断されたのである。

※あとでやるのでどうでもいいが、ここでは、そもそも君が代歌えと言われたのを拒否したら文句言われた事案なので、歌う義務が不存在だと確認訴訟すればいいだろうとも思える。ようするに、①「歌え」という職務命令の次元、②懲戒処分の次元、という2レベルの議論が混在しているので整理がいるのだが、このあたりについては、職務命令自体は行政処分じゃないから、①のレベルで不利益があるなら義務不存在確認訴訟をし、②のレベルならば、それは行政処分だから差止訴訟で行け、ということでもまとめた。

5 仮救済一仮の差止め

【参照】行政事件訴訟法 37 条の 5 2 項

差止めの訴えの提起があつた場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、仮に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずること（以下この条において「仮の差止め」という）ができる

要件①差止めの訴えが提起されていること

要件②処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があること

要件③本案について理由があるとみえるとき

一応、仮の差止めも想定されていて、条文をざっとみると、これくらいの要件が浮かび上がる。だが、とくに③については認定されることはなかなか難しい。たとえばさっきの鞆の浦世界遺産訴訟でも認められなかった。学説はもっと頑張れよ！できるよ！と松岡修造のような感じになっている。

枝吉保育所事件（神戸地決平成 19 年 2 月 27 日）

認められたレアケース。ただまあ、保育所の廃止という、いつもの如く「子供が人格形成の場を失う」とかいうパターンの大きな利益が観念できるケースであつたから、あまり判例の射程は広くない。

V 法定外抗告訴訟

これは以前も述べたことだが、行政事件訴訟法第 3 条は、一般的な抗告訴訟の定義をまず述べた後に、メニューとして 2 項以下にその類型を置いていたのだった。

そのなかにはなかった義務付け訴訟とか差止訴訟は、かつては**法定外抗告訴訟**として観念されていたのであった。

しかしながら、今や両訴訟はしっかり法定された類型としての地位を得ている。これらが立法的解決を見た今、気になるのは、「他にも例外的なものがあるのではないか」、ということである。言ってみれば、新たな道を切り開くことができるのではないか、というわけである。

実際、条文をみても狭い解釈しかできないような書き方でもないし、例えば塩野さんは、「義務確認訴訟」や「義務の不存在確認訴訟」があるというなど、学説からも可能性は指摘されている。あとはまあ、判例待ちといったところである。



[F]行政事件訴訟③ 当事者訴訟・民衆訴訟・機関訴訟

I 当事者訴訟

抗告訴訟という、国と私人との垂直関係のバトル、行政事件訴訟法3条の話は終わり。ここからは、権力関係にはあたらないが、でもちょっとそのまま民事の問題にもできないな、という平行関係のバトルを見ていく。

1 種類

【参照】行政事件訴訟法第4条

この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう。

①形式的当事者訴訟（前半部分）

行政事件訴訟法第4条には、「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟」のうち、「法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの」という意味不明な定義があるが、要するに、**実質的にはある行政の裁決とかを争っているのに「形式的に」は他のやつが当事者になっているような場合**を指す。例えば土地収用法の損失補償の訴えがこれにあたる。土地の収容に際しては、事業認定後に収用裁決がなされるが、収用裁決の内容たる収容に関する事項と損失補償の事項とのうち、後者については国交省に不服申立てをすることができないのである。代わりに、企業者と土地所有者の双方を訴えることしかできないということにされており、このとき、極めて形式的な形で、(実際は収用裁決を争っているのに)当事者が定まっている。

②実質的当事者訴訟（後半部分）

「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」である。

こっちは**公法上の当事者訴訟**（実質的当事者訴訟）という。この条文について、立法時がちょうど我が国の公法と司法の区別についての議論が盛んだったときの立法だったのも理由となって、かなり理論的な争いが起きることとなった。この争いを理解するためには、かつての学説の流れを見なくてはならない。

2 前史

（1）公法と私法の区別

かつては公法と私法の峻別論（二元論）が盛んだったので、この区別に結構時間を費やして授業をしたらしい。しかし、いまやそんなカテゴリ論は下火となり、様々な行政法規を個別の場面でどのように適用していくか、ということのほうに大事になってきている。だが、それでもあえて、説明する。

(a)公法上の法律関係（行訴法4条）

出発点は、「**公法上の法律関係**」という行政事件訴訟法4条の文言である。ここには「公法」と書かれるが、そもそも**マジモンの公法関係は、抗告訴訟で処理されるのではないのだろうか**。抗告訴訟の外にまだ、公法上の世界があるのだろうか。そのあたりは、平成16年改正前から問題だった。

(b)田中二郎の3区分

この点、田中次郎先生は訴訟関係を三つに区分したのだった。

①本来の公法関係…垂直的な本来的な公法関係。

②**伝来的公法関係**

③私法関係…水平な私法の関係

彼は、②伝来的公法関係という、基本は水平な私法関係なのだが、公法的な色彩も帯びている関係を想定し、その受け皿が公法上の当事者訴訟なのだという。たとえば公務員の身分確認訴訟、国立大学における学生退学処分の無効を前提とする在学関係確認訴訟（これらについては処分の無効確認訴訟も可能）がこれにあたる。

(c)当事者訴訟安楽死説

とはいったものの、結局それって民事訴訟で処理できるのではないかと指摘されていた。そうだとすれば、当事者訴訟と言うものに積極的な意味はなくなってくる。これを指して、**当事者訴訟安楽死論**と言ったりする。

【参照】阿部泰隆『行政訴訟要件論』272頁

「行政裁判制度がとられているドイツとは異なり、司法裁判一元制度をとる日本の現行法の規定の上では、それは民事訴訟とほぼ同じなので、それなら民事訴訟でよいではないかという疑問があり、結局、訴訟類型としては抗告訴訟か民事訴訟かの選択の問題で、当事者訴訟が出る幕はあるのかというのが筆者の疑問である」

実際のところ、規定も民事訴訟とそんなに変わらない。

(2) 当事者訴訟蘇生論

しかしそのような流れを変えたのが、**大阪国際空港事件**である。

大阪国際空港事件(昭和 56 年 12 月 16 日 : 最高裁/100 選Ⅱ157 事件)

飛行機騒音について、THE★民事訴訟で差止めとかを求めた事案。

「いわゆる当事者訴訟活用論は、公法と私法の二区分論を一応認めることによって、大阪国際空港判決の『民事訴訟によって差止めを求めることはできない』という結論自体は許容したうえで、『行政訴訟によって差止めを認めることができる』という結論を導こうとするものである。」と民事訴訟法判例百選(第3版)の解説では言っている。

つまり、「国営」空港だから、航空行政権と言う作用がついてくる以上、行政訴訟ならともかく民事訴訟で差止めとか無理でしょ、と言い出したのである。そしたら、当事者訴訟という「公法」空間の意味が見出せる可能性も出てくるわけで、ここでゾンビのように当事者訴訟がよみがえったのである。**当事者訴訟蘇生論**である。

※塩野さんの権力的妨害排除訴訟（なお考えられる法定外抗告訴訟の例として）

神はこの判例に対して、権力的妨害排除請求とか言う無名抗告訴訟ができると提案している。行政処分ではないけどここでの航空管理権のように権力的に国民を包み込む作用に対して、不利益排除請求ができるんじゃないか、というわけである。もちろん、いまや行政訴訟における差止訴訟・義務付け訴訟を（※この事件は改正前）法で認めたから、それができるならそうすべきだとはしているが。

さて、そんな中、平成 16 年には行政事件訴訟法が改正されたのであった。

3 平成 16 年度行政事件訴訟法改正以降

(1) 4 条における「確認訴訟」の明示

改正における 4 条の変化は、「確認訴訟」類型が明示されたということにとどまる。もともと民事訴訟の骨格を持っている以上は確認訴訟も出来るはずなのに頭が悪いのかという感じだが、そんなことはなく、これは立法者からの当事者訴訟活用に向けたアピールなのである。

※いっぽうで、最高裁は抗告訴訟要件たる**処分性**をも拡大して解釈する傾向にあるので、3 条の抗告訴訟で救済するべきか、4 条の当事者訴訟でひろってやるべきか、そのあたりが若干議論になってくる。

例えば病院開設中止勧告事件においては、塩野さんは処分性の「フリンジ」からも外れているやないか！とか言って処分性を認めるのに消極的であったのを思い出してほしいが、彼はここで、当事者訴訟が適切と解しているのである。

もちろん、当事者訴訟の類型は限定されているわけではないので、**給付訴訟**も**形成訴訟**も観念しうる。

(2) 判例

在外国民選挙権訴訟(平成 17 年 9 月 14 日 : 最高裁/100 選Ⅱ215 事件)

確認訴訟の適法性判断に際して、①権利利益の重大性・性質、②確認訴訟の救済手段としての必要性、③補充性を要求した。

確認訴訟が認められるための基本的な要素としては、民事訴訟の理論を参照して A **確認対象（訴訟物）の適否**、B **即時確定の必要性**、C **方法選択**（確認訴訟を選んだこと）の適否ないし補充性を判断するというのが、これ以降の下級審判例のスタンスである。この判決は適法性判断のスタート地点となる判例だったが、それに近い要素を検討している。

都教員懲戒処分事件(平成 24 年 2 月 9 日 : 最高裁/100 選Ⅱ214 事件)

行政処分ではない「職務命令」に基づく義務の不存在確認の部分は、確認訴訟によるべきだとした。

Ⅱ 民衆訴訟・機関訴訟

1 意義

いままでの議論は**主観訴訟**として、あくまで個人の権利の救済に資するものとして（少なくとも第一義的には）捉えられた。他方、**客観訴訟**として、ようするに個人の利益の枠を超え、客観的な法秩序の維持又は公共の利益の保護のために争訟を行うことは、憲法が禁じるところではない。

そこで行政事件訴訟法は、このような講学上の客観訴訟に当たるものとして、**民衆訴訟**と**機関訴訟**を定める。

これは当然には法律上の争訟には当たらないので、これをどう認めるかは立法政策の問題となる。
行政事件訴訟法は、民衆訴訟や機関訴訟としてどのようなものが認められるのかについては個別法の定めに任せ、その審理手続きについてのみ、統一的な規定を置いている。だからテキトーに出訴しても、なにか認められるべき根拠がなければ却下されるのである。

【参照】行政事件訴訟法第 42 条

民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる
客観訴訟は主観訴訟とは「視点が違う」というタイプのものであるから、機能的にはダブる所もある。たとえば選挙の効力を争えば、当然行為に関しての効力を争う意味では抗告訴訟の性質も持つ。そのような意味で、機能がダブる限りで他の訴訟類型（取消訴訟など）の規定の準用もある。

2 民衆訴訟

【参照】行政事件訴訟法第 5 条

この法律において「民衆訴訟」とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう
さっきも言った通り、民衆訴訟は客観的な視点から行政の適法性を維持するための訴訟類型である。これまた前述の通り、誰がどう訴えることができるかは個別法に任せられるので、個別法を見るしかない。ということで、楽しい個別法祭りの時間である。

(1) 公職選挙に係る訴訟

民衆訴訟としてもっとも古くから認められるものが、公職選挙に関しての訴えである。もちろん世の様々な選挙に関しての立法は他にもあるが、ここでは衆参・地方公共団体などの選挙に関する公職選挙法を見てみよう。

【参照】公職選挙法第 204 条

衆議院議員又は参議院議員の選挙において、その**選挙の効力に関し異議がある選挙人又は公職の候補者**（衆議院小選挙区選出議員の選挙にあつては候補者又は候補者届出政党、衆議院比例代表選出議員の選挙にあつては衆議院名簿届出政党等、参議院比例代表選出議員の選挙にあつては参議院名簿届出政党等又は参議院名簿登載者）は、衆議院（小選挙区選出）議員又は参議院（選挙区選出）議員の選挙にあつては当該都道府県の選挙管理委員会を、衆議院（比例代表選出）議員又は参議院（比例代表選出）議員の選挙にあつては中央選挙管理会を被告とし、当該選挙の日から三十日以内に、高等裁判所に訴訟を提起することができる。
原告適格があるのは、選挙の効力に関して異議がある選挙人又は公職の候補者である。
一応ながら、**訴えの利益**についての考慮があることが伺える。

(2) 住民訴訟

(a)制度の意義と特色

地方公共団体の住民が、所属する地方公共団体の執行機関や職員に対して、**財務会計上の行為を適正に保つために住民訴訟**を提起できることにしている。**住民**なら誰でも原告になれるが、住民監査請求（自治法 242 条）の前置が要件となっており、原告適格があるのは監査請求した人である。一応、住民訴訟が係属している間は、他の人が改めて同一の請求をすることはできないことになっている（242 条の 2 第 4 項）。
本来は財務会計行為の統制手段だが、当然、原因となった行為についても間接統制機能を果たす。
住民訴訟には、請求対象による 4 つの類型がある。

- ①当該執行機関又は職員に対する当該行為の全部又は一部の差止めの請求
- ②行政処分たる当該行為の取消し又は無効確認の請求
- ③当該執行機関又は職員に対する当該怠る事実の違法確認の請求
- ④当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求。

この 4 つである。条文は、242 条の 2 第 1 項である。

機能としては、以下のようなものがある。

- ①地方自治の本旨に基づいた、住民の**参政権**の実現
- ②地方公共団体という**住民全体の利益**の保護
- ③**財政適正化**のためのチェック
- ④**抗告訴訟**の代わり

(b) 4 種類の請求—平成 14 年改正前

平成 14 年改正の前は、地方自治法 242 条の 2 第 1 項の 1 号から 4 号まではこんな感じであった。

1 号請求：執行機関または職員に対する違法な財務会計上の行為の全部または一部の差止め請求

2 号請求：違法な行政処分取消しまたは無効確認請求

3 号請求：執行機関または職員に対する違法に怠る事実の違法確認請求

4 号請求：**職員またはその相手方**に対して公共団体に代位して行う損害賠償、不当利得返還、ないし原状回復等の請求

この 4 号請求は、その請求内容だけ見れば民事訴訟（給付請求）である。裁判所への請求内容と言う点ではあまり民事訴訟と違いがないものを、ここで「住民」ならできろぜ！という形で、提起可能な人物の範囲を大幅緩和する形で制度設計しているのである。

「職員又はその相手方」という表現からは、個々を相手取る訴訟が想定され、たとえば相手方は「副知事」ではなくて「猪瀬」でよい。またこの条文は、公共団体が実体法上の請求権を有することを前提に、**住民が公共団体の代表機関に代位して直接的代位請求ができる**、としている点に注意しよう。ここがまさに改正点になる。

(c) 拡大住民訴訟…原因行為に対する間接統制機能（274 頁⑥）

この法律は、242 条の 2 にあるように本来的には「財務行為」を問題にしているのだが、そのうち**もとの原因行為たる非財務行為自体の違法性を問うかのような形で使われるようになってしまった**。このようなことを指して**拡大住民訴訟**とかいう。

津市地鎮祭訴訟（最判昭和 52 年 7 月 13 日/判時 855 号 24 頁）

あの有名な津地鎮祭事件も、実は住民訴訟だったんやでということだけ知ってほしいとのこと。内容とかは憲法でやろう。憲法 100 選にのってます。まあ明らかに財務行為が問題ではなく、背後にもっと大きなものがあつた。

(d) 制度改革への動き

運用していれば、結構問題点も出てくるものである。

① 賠償の巨額化 —— 首長の政策と住民訴訟

近年の市町村は結構な額のプロジェクトとかもやっているんで、それを訴えられると下手するとものすごい賠償額にもなりかねない。しかもめんどくさいのは、民間に金をあげたら即アウトと言う訳でもないところである。地方自治法 232 条の 2 は、「**普通地方公共団体は、その公益上必要がある場合においては、寄附又は補助をすることができる**」ことにしているので、企業誘致とかで微妙な案件が出てくるのである。

実際、結構なことになった判例が以下。これでは行政が萎縮して何もできなくなってしまうと危惧された。

大王製紙誘致事件(平成 9 年 3 月 21 日：秋田地裁/判時 1667 号 23 頁) → 一部差止め。

下関フェリー事件(平成 10 年 6 月 9 日：山口地裁/判自 180 号 19 頁) → 8 億の賠償に。

② 守備範囲論

1 号請求、3 号請求を重視すべきだという。要するに、4 号請求に頼り過ぎだし、しかも元の目的ではない間接統制機能に期待する運用がなされており、それは本来的な住民訴訟の守備範囲を超えるというのである。まあ実際、財務上でやらかした人にその責任をとらせるはずが、財務上は別にやらかしてない人の原因行為の非難に使われると言うのは、なんか変な感じもする。

一日校長事件（平成 4 年 12 月 15 日：最高裁/民集 46 巻 9 号 2753 頁）

退職金なりお金をあげたかったのかしらないが、ある先生を一日だけ校長の役職にしてから退職させた。当然文句を言われるわけで、「昇格が違法だから、この退職手当の支出も違法だ」という理屈で住民訴訟した。そしたら、最高裁は、「いや、行為自体が財務会計法規に違反しないと損害賠償成立要件満たさないから」ということになってしまった。あきらかに守備範囲論からの判示だが、この判決の射程は微妙。**財務会計行為の違法性判断には結局のところ先行する原因行為の違法性の程度や、その原因行為と首長との関わり合いだとかそういったものが考慮される**からである。ここでは、原因行為が独立的な人事委員会のそれであったことから、あまりこの判示が一般化できなさそうな感じがある。

(e) 平成 14 年改正

と言うことで改正しました。メインは 4 号。

【参照】地方自治法大 242 条の 2 1 項 4 号

当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求。ただし、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方が第二百四十三条の二第三項の規定による賠償の命令の対象となる者である場合にあつては、当該賠償の命令をすることを求める請求

① 4号請求訴訟の2段階化

まずは自治体を相手にして訴訟をして、原告が勝訴した場合に今度は自治体が職員個人を相手にして訴えると言う構造になった。まあ自治体クッションをはさんで運用をマイルドにしようとしたわけです。ただ、賛否両論。賛成論は、必要な文書が訴訟の場に出てきて審理が充実するというが、反対論は、自治体の真摯な訴訟追行が期待できないという。

② 予防的請求の充実

主に二つの仕組みが作られた。

A 監査委員による**一時停止の勧告**（242条3項）が法定された。

B 1号請求ができないのは、差止めによって人の生命・身体に対する重大な危害の発生の防止その他公共の福祉を**著しく阻害するおそれ**があるとき（242条の2第6項）となった。かつては、1号請求は、当該行為により普通地方公共団体に回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合に限るものとされていた（旧自治法 242条の2柱書）。

3 機関訴訟

【参照】行政事件訴訟法第6条

この法律において「機関訴訟」とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう

ようするに、機関対機関の訴訟について定めている。行政権内部の争いは、普通は内部的に処理されるべきであり、法律上の争訟に該当しないものであるが、特別に定められた場合に限り、訴えを提起することができることになっている。なお法律上の争訟に該当しないというのは、これは当事者間の権利義務関係というものについての紛争ではないからである。例えば、地方公共団体の長と議会の紛争（地方自治法 176条7項）など。ようするに、**内部で解決すべきだけど、ちょっとここでは公平な第三者が必要**だよね、というときに、認められるのが**機関訴訟**なのである。地方公共団体の長と議会の紛争とは、具体的には以下のような形になる。

◎議会 VS 長

条例の制定や改廃、予算に関しての議会の議決、選挙に関して長の側の再議・再選挙要求権があるところ、これに議会が応じない場合に、地方自治法 176条により、総務大臣への審査の申立が可能となっており、そして審査の裁定に不服な場合には**議会又は長に出訴権が与えられている**。

名古屋地判平成 24 年 1 月 19 日

名古屋市が公開事業審査の条例を作ったところ、市長が文句言って審査し、取消を求めたがダメだった事案。

◎国の関与（自治法 245 条以下）に対する不服

国の関与に対して不服があれば国地方係争処理委員会への審査の申出が可能となっている。（自治法 250 条の 13）そのあとに、高等裁判所への訴訟提起が可能である。（251 条の 5）

※機関委任事務が廃止される前は、これについて職務執行命令訴訟というのがあったが、廃止された。

[G] 裁判権の限界

I 裁判権の限界

1 問題の所在

テーマは二つ。①**司法審査の対象性**（行政権の行為であっても司法審査に服さないものがあるのではないかと、②**審査権の限界**（審査対象とはなっても審査の在り方に限界が無いのか）である。

2 司法審査の対象

（1）憲法上の司法権

裁判所法は、裁判所が一切の「**法律上の争訟**」を判断するというが、それは、司法があらゆる法規の適用を担当し、法律的に解決できるすべての問題を判断する権限を持つことを意味するわけではないとされている。

【参照】佐藤功『憲法 下 [新版]』928 頁

「日本国憲法に基づく司法権は、具体的な事件・訴訟、すなわち『事件性』のある紛争に対して、法を適用し、その結果を宣告することによって、その争訟を裁定し、解決する権限と責務を有している」

【参照】兼子一・竹下守夫『裁判法〔新版〕』70頁以下

「裁判は主体間の社会的関係における具体的利害の衝突の解決調整を目的とする判定であって、その主体の少なくとも一方は個人またはその団体であり、法の保障する個人の一身的または経済利益が他の主体のそれと衝突する事件を対象とするものに限られる。したがって、いかにそれが重要であっても、仮定的または抽象的な法律問題に対する意見を表示することは、司法の任務ではない」

（２）法律上の争訟

では裁判所法3条1項にいう法律上の争訟とは何かという話になるが、これについては板まんだら事件において、「**当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって、法律の適用により終局的に解決しうべきもの**」をいう（最高裁判所事務総局編『裁判所法逐条解説（上）』22頁以下）」こととされているのは、憲法で習ったことのはずである。

支配的な見解は、法律上の争訟性と憲法上の事件性を等置している。塩野さんも然りであり、「行政事件訴訟法は憲法上の観念としての法律上の争訟を拡大したものでもなければ、縮小したものでもない」と言っている。

ここから、司法審査の対象には以下のような限定が生ずることになる。

① 抽象的規範統制

行政事件訴訟法は、抽象的規範統制を予定していない。ようするに、法律が憲法違反だ、とか抽象的に効力を争うようなことはできないものとされている。

最判平成3年4月19日民集45巻4号518頁[100選5版Ⅱ147事件]

地家裁支部の全国的で大規模な統廃合に関する最高裁判所規則につき、福岡家裁甘木支部の管轄内の住民が、甘木支部を廃止する旨の部分の取消しを、甘木支部の管轄区域内に居住する国民の立場で求めた事件。最高裁は、本件訴えがその立場以上に進んで原告等に関わる具体的な紛争についてその審判を求めるものでないことはその主張自体から明らかであるとし、結局本件訴えは裁判所に対して抽象的に最高裁判所規則が憲法に適合するかしないかの判断を求めるものに帰すから、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらないとした。

② 民衆訴訟・機関訴訟

いずれも法律上の争訟ではないとされる。法律上の争訟ではないがそのままではまずい、というときに、特別に出訴を認めているのである。

③ 技術上、学術上の争い

これについても、法律上の争訟ではないとしている。ただし、手続き問題など、学術的技術的な人の認識（これは審判不能である）とは関わらない部分については訴訟の対象となりうると解される。

最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁[100選Ⅱ151事件]

「国家試験における合格、不合格の判定も学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、その試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、その判断の当否を審査し具体的に法令を適用して、その争いを解決調整できるものとはいえない」

④ 統治行為論

法律上の争訟に概念上は当たるかもしれないが、統治行為については一般に審査対象とならないとされる。ただまあ塩野さんは法律上の争訟ではあるのだから司法権の範囲内じゃないの？と少し不満そうな感じ。

⑤ 部分的秩序論

部分秩序の内部事項は、その自主的な解決に委ねられるので司法審査の対象とならない。とはいえ、部分社会からの追放（退学）など一般市民法秩序に触れる部分については、司法審査の対象になるので、取消訴訟であれば処分性の問題に展開していく。

※なお、ここで判例は、国又は地方公共団体がもつばら行政権の主体として国民に対して行政上の義務履行を求める訴訟を起こしても、法律上の争訟にあたらないとしている。**財産権の主体ではなく行政権の主体に過ぎない**ので、自己の権利利益の保護救済を目的としていると見られないからだという。財産権の話がどこから来ているが、先の板まんだら事件から読み取れる法律上の争訟性のテーゼは①法律関係の存在、②法的解決の可能性なのだから、その観点からは審査対象にしていはいはずであり、塩野さんとかはメチャオコである。

（３）司法審査の限界

◎ 裁量瑕疵論

裁量行為の範囲は、今後技術が発展していくにつれて大きくなる。そんななかで、どうやって裁量行為を審査していくのか、そこに法を定立して発見していくことが、重要な研究課題となっている。

第二部 国家補償

[A]国家賠償

I 国家賠償の概要

1 序論—国家賠償と損失補償の統一的考察

これまでは、行政行為をなんとかコントロールしようぜと言う話だった。対してここからは、コントロールできなかったから何か代わりに埋め合わせてもらおうと言う話。そのための方策が、これからやる**国家賠償**と、**損失補償**である。すなわち、違法な行政活動のための埋め合わせとして国家賠償を用意するとともに、適法な活動からも発生しうる（たとえば土地収用など）損失を埋め合わせる方策として、損失補償が用意されている。

この二つを統一的に呼ぶとき、国家補償と読んだりする。

※なお、合間の問題もある。予防接種で1万人のうち1人の割合でなんか病気になった場合に、その人は適法な公共活動の結果損害を受けたともいえるが、その人だけ被害をこうむった点に鑑みれば賠償として構成しうる余地も否定できないように思える。

2 国家賠償制度

(1) 意義

◎近代国家における国家賠償制度の創設

まずは、諸外国における国家賠償制度創設の歴史を概観することにする。

①フランス

以下のブランコ判決以降、判例法理として国家賠償責任が観念されるようになったのだった。

ブランコ判決（1873年）

5歳の幼児が国営煙草製造工場の労働者が運転する車にひかれて重傷を負った。父親が民法典の不法行為の規定に基づいて、労働者と国を相手に損害賠償を求める訴えをボルドー民事裁判所に提起した。結局権限争議。権限裁判所は、これを行政裁判所の管轄とした。「この責任は一般的なものでも絶対的なものでもない。それは役務の要求と、国家の権利を私人の権利と調和させる必要とに応じて変容する特別の規律を有する。」

②ドイツ

ワイマール憲法（1919年）により、社会国家思想が体现される中で国家賠償制度が誕生した。

③英米諸国

1940年代までは**主権無答責の原則**（後述）の支配のもと、King can do no wrong. の法理が妥当するとされていた。そもそもここでは、違法な行為は国家に帰属せず、官吏の個人責任となると思われていた。

(2) 明治憲法下の国家賠償

国家賠償法は、昭和22年の公布であり、占領下立法であることに注意しよう。かつて、明治憲法下では**主権無答責の法理**が採用されていた。すなわち、**政府は行った行為に対して、それが公益のためであるがゆえに責任を負わない**としていたのである。

行政裁判法は16条で、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」としている。

ここでは司法裁判所への出訴も不可能ということにされており、ボアソナード草案の使用者責任規定も旧民法では削除されていた。ただし、給付行政に関しては民法の適用があるとされており、公園の遊具が折れたという徳島遊動円棒事件などで実際に認められている。

他方で、公法行為に関しては官吏個人も原則として賠償責任を負わないとされた。

(3) 日本国憲法下の国家賠償

日本国憲法は主権無答責の法理を否定し、国家賠償法を制定した。

【参照】憲法第17条

何人も、公務員の不法行為により損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる

3 国家賠償法の位置づけと概要

(1) 位置づけ

【参照】国家賠償法第1条

- 1 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる
- 2 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する

(a)民法の特則か別個の制度か…1条の認識

まず、憲法17条由来のこの規定は、17条はプログラム規定ではなく国家無答責を排除したと理解する限りで、国も民法709条など不法行為法に服すと解し、その**民法の特則**と理解できる。対して、公権力の行使には不法行為法の適用、というか民法の適用がないというなら、民法とは**別の損害賠償制度**だと理解することもできる。

(b)公権か私権か

違法な行為による損害賠償請求権は、**公権か私権**かも問題となる。ただ実務的には私権だとされ、国家賠償訴訟はそのため普通の民事事件として扱われる。ただ、規定としても国家賠償法に定めのない部分は民法の規定によることになっているため、これを議論しても事実上の結論の差異はほとんどないといえる。

この意味では、民法と行政法の研究分野が重なるところでもある。

(2) 国家賠償法の概要

① 1条…公権力責任

公権力の行使に基づく国または公共団体の損害賠償責任を定める。

② 2条…営造物責任

公の用に供されている施設の設置・管理の瑕疵についての賠償責任。これは民法717条の特則として異論ない。

③ 3条…費用負担者の責任

管理主体と費用支出者が違うときなどの問題を解決。どちらも訴えられるとして後は内部求償の問題とした。

④ 4条…民法の適用

まず、国家などが主体でも純然たる私法行為については民法損害賠償制度が使われるし、さらには国家賠償においても過失相殺等の規定が適用される。

※民法の付属法規の取扱い

消防職員による不十分な消火活動による残り火再燃事件における失火責任法の適用について、判例は「失火責任法は、失火者の責任条件について民法709条の特則を規定したものであるから、国家賠償法4条の『民法』に含まれると解するのが相当である」(最判昭和53年7月17日[100選Ⅱ252事件])としているものの、国家賠償法の趣旨に反する(消火を目的とする消防員に、失火責任法の適用が予定されているとは思にくい)ものまで適用されるのか、という意味では疑問もある。

⑤ 5条…特別の法律の定め

民法以外に別段の定めがある時はそれに従う。そのような法規としてたとえば、国税徴収法や消防法などがある。郵便法は賠償額を制限している規定を持つが、これも合理的範囲内であれば許されると解されている。

⑥ 6条…相互保証主義

外国人に対しては、相互保証主義の範囲内で国家賠償法は適用される(民法上の賠償は別)。

東京地判平成14年6月28日判時1809号46頁

相互保証主義で賠償しないのって憲法違反じゃねって言われたが、公平の原則や外国における我が国の国民救済の観点から合憲とした。ただ、相互保障主義を厳密に求める場合には、国際的な人権保障の観点から不合理や弊害が生じる恐れがあると指摘。

II 公権力の行使に関する賠償責任—国家賠償法第1条

【参照】国家賠償法第1条(再掲)

- 1 国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる
- 2 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する

1 責任の性質

まず、なんでお金を払わないといけないのだろうか。

A 代位責任説

違法な行政活動をした公務員について賠償責任が発生するが、それを国や地方公共団体がかわって負担する。

B 自己責任説

行政が自分の責任として賠償責任を負うとする。

判例通説は代位責任説に立っている。求償を定める実定法の構造に従えば素直な理解と言える。

自己責任説は今村成和先生の説が有名であり、『行政法入門』においては、**何の理由もないのに国が責任を負うというのは税金の濫費であり、国が責任を負うことになっているのは国自らに責任があるからだ**、ということをはっきりさせなければならないと述べる。ただ、どういう理由で国に責任が認められるのだろうか。

①危険責任だ

公務員の加害行為は公務員個人としての行為ではないと理解する。公務員の行為には危険が内在しているのであり、それでも公務員の危険な行為が社会的利益の実現に有用であるから人を雇ってやらせている以上、その行為から生じた損失は、行政の中の歯車を回すことに内在するリスクであるから、やらせた行政が引き受けるべきだ（ひいては利益享受者たる社会全体に吸収されるべきだ）というのである。

②「引き受けた危険」に基づく責任だ

相手から危険回避の自由を奪った以上高度の安全保持義務を負うという。ようするに「子供は預かった！返してほしければ義務教育が終わるまで待て」とか言って子どもを拉致監禁しているのだから、その際に生じたことについては、そうした拉致監禁プログラムを作った行政が引き受けるべきだというのである。

③具体的な**危険防止義務違反**に基づく責任だ

国や公共団体には、行政作用の中で人々に危険が生じ被害が生じないようにそれを防止する義務があるという。

2 要件

（1）国または公共団体

まずは主体が問題となる。条文には「国又は公共団体」とあるが、そこに地方公共団体が入るというのは異論のないところである。ただ、「地方」という言葉は使われていないのであり、その他にも何かあるのだろうか、ということが問題となる。

◎弁護士会の「公共団体」性

東京地判昭和 55 年 6 月 18 日判時 969 号 11 頁

「弁護士会は、弁護士の指導、連絡および監督に関する事務を行うことを目的とする法人であり、弁護士を強制加入させ、国からその管理の権能を委譲された団体であって、**国家賠償法1条にいう『公共団体』に該当し…**」
弁護士会は弁護士法という根拠法の下で会費を徴収し、懲戒処分なども行っているという意味で、強制・命令の契機を有し、それゆえ公共団体性を肯定された。なお塩野さんが指摘するように、このとき大事なものは、公共団体とは何かただ考えるのではなく、**公権力の行使に当該行為が当たるかどうか**という点も関連付けて議論することである。公権力の行使を請け負っている団体は、公共団体であると言える。

（2）公務員

(a)国賠法1条の公務員

国賠法1条の公務員は「**公権力の行使**」を委託された者であり、公務員法上の公務員に限られない。

(ア)指揮監督権を重視する思考の展開とその背景

①名古屋高判昭和 61 年 3 月 31 日判時 1204 号 112 頁

検察官が仮処分決定の執行としての動産撤去作業に被告の従業員に従事させた事件。この動産撤去作業をしたのは公務員ではなく、国が民間から雇った判決執行の実働部隊だった。しかしここでも彼らの業務は検察官の執行活動に取り込まれているのであるから、1条にいう公務員性はあるとした。

②金沢地判昭和 50 年 12 月 12 日判時 823 号 90 頁

地方競馬全国協会から金沢市に派遣された地方競馬の民間審判委員の着順判定ミスが問題になった事件。公務たる判定と言う行為の特殊性に着目して、この判定員を公務員と扱った。
やはり業務を民間人に任せただけの場合、指揮監督してちゃんと見守れよという方向に行く。それが、行政の活動に「取り込まれている」として公務員性を肯定する方向へ向かう。

(イ)民間委託と国賠責任

最初からまるっと委託してしまっている場合、どうか。

①春日寮事件(昭和 54 年 6 月 22 日 : 広島地裁/判時 947 号 101 頁)

「福山市から精神薄弱者の生活指導、職業授産の委任を受けた愛世会の被用者として現実に業務の執行に携わる職員は国賠法上の公務員に当たる」として、民間団体が福山市から委託されて行っていた行為について、行為者の公務員性を認めた。

やっぱり、**本来は行政がやるものを任せている場合、民間人は実動部隊に過ぎない**ことが重視されている。

②補導委託事件(平成 8 年 2 月 21 日 : 浦和地裁/判タ 919 号 94 頁)

「補導委託は、健全な少年の保護育成という国家目的達成のために家庭裁判所が行う少年保護手続の中に民間人の活動を組み込んだ制度であって、委託を受けた少年は、家庭裁判所の終局処分として公権力の発動を背景に、事実上相当の程度の心理的強制を加えられており、受託者の下を自由に離れることができない状態に置かれているのであるから、補導委託中の少年に対する受託者の補導行為は、国家賠償法上は『公権力の行使』に該当するものというべきである」

これは補導を民間人に委ねたもの。家裁の保護手続きの一環であるから、それを民間に任せてはいるけど公務員性を認める方向へ行くのである。

(ウ)公私協働

今は国や地方公共団体がやっていたことを、公私協働で行うケースが増えてきている。

そんななかで事故とかあったら、誰がどう責任を取るのと言う話になる。

①児童養護施設

最判平成 19 年 1 月 25 日判時 1957 号 60 頁[100 選Ⅱ 239 事件]

いじめ問題の責任の所在が問題となった事案。

結局、児童養護施設が社会福祉法人の力を借りていても、県に帰属する業務（児童福祉法からくるのが、児童養護施設）の担い手であることから主体の公務員性を認めた。

さっきの（ア）でいう指揮監督はあんまり重視されていない。**普通の民間人にはできないことが、法律によって可能となっている**ことが大きい。

②指定確認検査機関

最判平成 17 年 6 月 24 日判時 1904 号 69 頁

民間に引き受けさせている建築確認において、その主体は国賠 1 条における公務員となるかが問題となった。一応、国家賠償の対象として大元の地方公共団体を訴えることを認めた。

建築確認のような、今まで行政がやってきた事務を、民間に任せるケースは増えてきている。そこで指定検査機関に任せるのだが、そいつが間違ったらどうするのと言う話になった。

このとき、本来自治体の事務だったものをやっている、という点では、公務員性を認めてもよさそうである。しかしながらここでは、ほぼ独立に業務を行っている（指揮監督が及ばない）指定検査機関のしりぬぐいをする必要があるのかも疑問である。ということで、議論はめんどくさい。いくつか（ア）（イ）といくつか視点を提示したが、どこを重視するかでも結論がかわってくるので議論があるのである。

(b)公務員の特定

どの公務員が行為をしたのか原告は特定せねばならないのだろうか。実際、そうした特定は難しいことがあるので、被害者救済の観点からはあまり特定に躍起になってもらっては困る。

安保教授団事件(昭和 39 年 6 月 19 日 : 東京地裁/下民集 15 巻 6 号 1438 頁)

自己責任説に立った判決で、公権力の行使にあたった公務員が組織内でどのような地位にあるか、どのような部署にいるのか特定されるくらいでよいとした。

加害公務員を他の同僚から区別できるところまで特定する必要はないということで、これは確かに代位責任説よりは自己責任説に親和的である（国・公共団体の責任であることが基礎付けられる程度でよいということ）。ただ、代位責任説に立ったとしても、何人かが不法な行為を行ったといえれば国の責任を認めることは不可能ではないとされ、結局緩やかに解してもよいとされている。

(c)加害行為の特定

税務署定期健康診断事件(昭和 57 年 4 月 1 日 : 最高裁/100 選Ⅱ 237 事件)

3つくらい加害行為の候補があったのだが、被害がどの行為に因るのが特定できなくても、一連の行為のいずれかに行為者の故意または過失による違法行為があったのでなければその被害が生ずることはなかったであろう、ということが言えれば特定に充分だとした。

※第1審判決、第2審判決は自己責任説に立っていた判例。

ただし、この議論が言えるためには、**一連の行為のいずれもが国または同一の公共団体の公務員の行為である必要がある**。同一でない場合には責任の所在は曖昧なので、この論法は使えない。

(3) 公権力の行使

条文上の「公権力の行使」とは、いかなる意味なのだろうか。

最広義説…行政活動なら全部。

広義説…どっちつかず。

狭義説…行政事件訴訟法と同じように、公権力の行使でないとダメだとする。

判例は広義説を採用しているので、狭義説と最広義説の中間地点を探る必要がある。ただ、実際には国の私経済作用や国賠2条の対象となるものを除いてすべての活動を含めるとして、かなり広く広義説を理解するのが一般的である。ここからは、権力的でなくとも学校活動とかも含まれることになるし、行政指導とかもこれに含んでいいことになる。ただ、国公立病院での医療行為が公権力の行為に入らないという判例があるなど、線引きが迷なところもある。

※狭義説支持者…実は立法者の立場であり、結構有力な支持者もいる。公権力の行使に特化した独自の理論を作るべしだという原田尚彦さんなど。

なお、公権力の行使には不作為も含まれるし、立法作用、司法作用も含まれる。

※税務処分など、直接金銭上の権利義務に係る行政処分について国賠訴訟を認めると、出訴期間や不服申立て前置などのシステムを潜脱される可能性があるので、別途検討の余地がある。

(4) 故意・過失・違法性

◎過失と違法性の審査のあり方に関する一般論

(a)職務行為基準説と公権力発動要件欠如説

広義説をとる基本的な理解は、抗告訴訟よりも広く国家賠償の対象をとらえている。そのとき、果たして違法な行政処分と言うときの「違法」概念は、抗告訴訟で言う違法と同じでいいのだろうか。これについて、違法の捉え方には、大別して二つの論調がある。

職務行為基準説…公務員に課せられた職務上の**注意義務の懈怠**を違法と捉える。これは過失を客観的義務違反と捉える近時の理解と親和的で、このとき国民への注意「義務」に違反しているということ自体を過失ととれるから、違法性と行為・過失を一元的に審査することになる。

公権力発動要件欠如説…国家行為にかかる**行為規範に対する違反**を違法と捉える。ようするに公権力の発動の要件を欠いているか、取消訴訟で議論される意味での違法性を考える。このとき、故意・過失はそれとは別に、二元的に審査することになる。

ただまあ両説で帰結が全く異なるわけではない。違いがあるとすれば、公権力発動要件説は故意過失とは別に違法なものを違法と言ってくれると言う点で、結局原告が負けたとしても残るもの（それは精神的満足であったり、行政に対しての違法是正機能であったりする）があるのではないかと、という点になるだろう。それがまさに、公権力発動要件欠如説論者が挙げる利点である。

※宇賀先生は公権力発動要件欠如説の提唱者である。ただ、常に二段階審査をすべしと論じているわけではない。一元的審査と二元的審査は場合により使い分けられるものであるという。あくまで行為規範の縛りがかかっているようなときに、それに対する違反が認められるのなら、裁判所はそのことをまず明確に宣言すべきだというのが公権力発動要件欠如説の立場である。

(b)過失と違法性が一元的に審査される場合

公権力発動要件欠如説を取ることにしても、それでもなお一元審査が行われる領域はある。

◎特別の行為規範の定めがない領域

そもそも**行為規範が無い領域では、注意義務違反というような部分をもって過失を判断するとともに、それを違法だとも評価せざるを得ない**。たとえば学校事故のような場合である。関連判例としては、ここでは紹介しないものの100選Ⅱ223事件などが挙げられる。

◎公権力行使の不作為

権限不行使の違法が問われるときは、大体「予見できた」とか「回避できた」とかそういう形で、客観的な意味での過失が問われていることが多く、その意味で権限行使の違法があれば過失もある、という一元的な判断がなされることが多い。

①考察の出発点

宅建業免許事件(平成元年 11 月 24 日 : 最高裁/100 選Ⅱ229 事件)

「監督権限の不行使は、それが付与された趣旨・目的に照らし、著しく不合理と認められるときでない限り、取引関係者との関係で国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」

逆に言えば、著しく不合理ならば違法とも読めるわけで、このときから、不作為が場合によっては国賠の違法を構成することが確認されていたのである。

②反射的利益論の克服

以降、権限行使により得られる利益が単なる反射的利益ではなく、権限付与の法目的が被害者の利益保護として特定のであるような場合には、権限不行使の違法性を判断していくような形になった。

③作為義務の導出

裁量の零収縮論(Ermessensreduzierung auf Null)は、**行政の裁量がゼロに収縮すれば、切れるカードが権限を行使するというもののほかなくなり、つまり義務が生じる**と考える。効果裁量が収縮しければ効果裁量は否定され、作為義務への転化が生じるのである。

そしてその要件とは、重大な法益侵害の危険の損害、予見可能性、結果回避可能性、期待可能性だという。このような考え方は最高裁によって明示的に採用されているわけではなく、この宅建業免許事件最高裁判決も裁量零収縮論に言及していない。ただ、このような考え方の方向性自体は、採用していると思われる。

水俣病関西訴訟控訴審判決(平成 13 年 4 月 27 日 : 大阪高裁/判時 1761 号 3 頁)

裁量の零収縮論の最近の例である。

国の責任が、水質二法(水質保全法、工場排水規制法)上の権限の不行使について問われている。

「明らかに水質保全法5条の要件(公共用水域のうち、当該水域の水質の汚濁が原因となって関係産業に相当の被害が生じ、若しくは公衆衛生上看過し難い影響が生じているもの又はそれらのおそれがあるもの)に該当する公共用水域が存在し、また指定水域の指定とともになされるべき当該指定水域に係る水質基準の設定にも格別の技術的困難がなく、かつ重大な損害あるいは衛生上の危険など、指定、設定の必要が顕著であるなどの事情が認められる場合であるにもかかわらず、…指定水域の指定をせず、水質基準の設定をしないことは、個々の国民との関係において、**法的義務の不作為と評価され、国賠法上違法と評価される場合もあり得る**というべきである」

④危害防止責任(危険管理責任、危険防止責任)

横須賀市爆雷爆発事故事件(平成 15 年 12 月 15 日 : 横浜地裁/判時 1845 号 104 頁)

2000 年 8 月 30 日、横須賀市の鉄くず中間処理工場で、旧日本海軍の対潜水艦兵器「爆雷」が爆発し、1 人が重傷を負った。これにつき、「国は爆発を予見でき、爆雷が埋設された事実やその可能性をうかがわせる事情を記録化していれば、**危険の存在を知り、爆発を避けられた可能性もあった**」、「終戦直後の特殊例外的な事案を想定した法令の制定は期待できない一方、現実に爆発するおそれがあることに照らせば、**条理を根拠とする義務**があると考えられる」と判示した。

まあそんなわけで段々頑張って理由付けを探すようになったわけだが、ここでは期待可能性とか、もう過失の要素が判断されてしまうのである。

◎申請に対する不作為

水俣病認定遅延慰謝料請求事件(平成 3 年 4 月 26 日 : 最高裁/100 選Ⅱ226 事件)

行政の応答義務違反は直ちに不法行為法上の違法とはならないものとした。ただし、応答義務違反が即賠償にはならないとすれば、そのとき何が不法行為上の違法になる要素なのか考える必要がある。そして、そこで条理上の作為義務に対する違反などを検討する中で、結局過失の推認がなされた。

(c)過失と違法性の2段階審査が行われる場合

行政処分によって生じた損害の賠償請求事件では、まずは行政処分の要件に違反した違法が考えられ、その後で故意過失が考えられている場合が多い。具体例としては、ここでは紹介しないが**一般旅券発給拒否処分事件**(昭和 63 年 5 月 27 日 : 大阪地裁/行集 39 巻 5=6 号 365 頁)を控訴審判決(平成 2 年 11 月 27 日 : 大阪高裁/判時 1368 号 46 頁)まで見ておくとよい。処分取り消し請求を認めたものの、国家賠償請求については故意過失が外務大臣になかったことを理由に請求を棄却している。

(d)裁判作用と国家賠償

最判昭和 57 年 3 月 12 日判時 1053 号 84 頁[100 選Ⅱ234 事件]

裁判の結果が間違っている、などといった裁判作用について国家賠償ができる違法がいえるためには、故意までもが要求されるとした。裁判作用の特質に依拠して極めて限定的に違法を解していると思われ、その限りで故意をも違法性の一元的審査に巻き込んだ形になる。

(e)立法作用と国賠訴訟

在宅投票制度事件(昭和 60 年 11 月 21 日：最高裁/民集 39 巻 7 号 1512 頁/100 選Ⅱ233 事件)

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない」として、国賠の違法が認められるにはあえて憲法違反を犯すような故意が要求されるとして、ここでも故意を違法性判断に巻き込んだ。

ハンセン病訴訟(平成 13 年 5 月 11 日：熊本地裁/判時 1748 号 30 頁)

上の言い分はやり過ぎだとして、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」というのは強調表現にすぎないと判示した。遅くとも昭和 35 年には新法の隔離規定の違憲性は明白となっていたとして、それで不作為の違法を認める方向に。

立法もやはり特別の考慮があるわけだが、それゆえ違法性を判断しようとする、どうしても故意過失まで含めた要素を考慮して一元判断に落とし込まざるを得ないところがある。

(f)検察官の公訴提起および警察官による被疑者の逮捕と国賠訴訟

ここでは、違法性判断における職務行為基準説の観点が重要となる。結果的に無罪になったから、ということではなく、公訴提起時に検察官としてあるべきやり方をとっていたか、が大事なのである。

このとき、裁判作用、立法作用の場合と異なり、**行為の結果は、客観的意味においても違法の評価を受けない点**にも注意しなくてはならない(別に無罪判決を受けたとしても、公訴の提起が違法だったことにはならないのである)。そのため実質的には検察官としての注意義務違反などを違法性判断で総合的に勘案することとなり、実質的に違法性と故意・過失の一元的審査が行われている。

(g)権力的な実力行使と国賠訴訟

権力的な実力行使については、当該行為についての根拠規範に適合しているか、そして故意過失の判断の二元的な枠組みで処理できる。ただし、第三者との関係では話は別である。

最判昭和 61 年 2 月 27 日判時 1185 号 81 頁[100 選Ⅱ224 事件]

判例は、追跡の対象者に対する関係と第三者に対する関係を区別せずに判断し、犯人追跡という正当な職務権限の行使であっても、第三者に不必要な法益侵害が生じることを極力避ける義務があるとして、「必要性」と「相当性」で適法性の限界を画すことにした。

すなわち、犯人追跡の職務を課す規定の中に「第三者の利益に対する侵害の授権」をも読み込んでいる。

塩野説はここでは、第三者との関係では結果回避義務違反のみを問題とすべきだという。第三者との関係では追跡行為を授権ないし規制する「客観的法」は存在しないため、塩野さんも違法と過失は一元的に判断されるとしている。

(5) 職務を行うについて

「職務」性に関しては、外形主義が基本的に採用されている。

最判昭和 31 年 11 月 30 日判時 95 号 11 頁[100 選Ⅱ236 事件]

外形主義を述べた判例。ただ、下に言う通りかなり異常事態な判例である。

論拠として、国民の権益を擁護するという立法趣旨に適うことを指摘するものもある。ただし、最高裁自身は理論的根拠や具体的な判断基準には触れていないので、この判例の射程は定かではない。事件についても、私利私欲をはかるためにおまわりさんコスプレをして拳銃をぶっ放したというわりと意味不明な事案だった。まあ議論されているところである。

3 取消訴訟の違法と国賠訴訟の違法

取消訴訟ではどのような場合に何ができるのか、という縛りに反するか否かに違法性を見出すことになる。しかし国賠訴訟ではそうではなく、あくまで自然人たる公務員がどのような注意義務を受けたのかという視点をとる必要も出てくる。そしてそこに、職務行為基準説と公権力発動要件欠如説の対立が現れる。

近年は、行政処分に係る国賠事件判決における「**職務上尽くすべき法的義務**」違反説が登場したが、これはようするに、さっきみた裁判作用とか立法作用に関する考え方(違法の評価に結果の違法とは異なる基準を持ち込む)の一般化である。

このような考え方は、国賠訴訟の違法に取消訴訟の違法とプラスアルファとして過失判断の要素(注意義務を尽くしたかどうか)を加えるものである。最高裁も、税務署長の所得税の更正処分についての事案(最判平成 5 年 3 月 11 日/100 選Ⅱ227 事件)で、「**職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更生をしたと認め得るような事情がある場合**」には違法だと言う。

しかしながら、神の見解はやはり国賠訴訟の違法は行政処分そのものの法律適合性と考え、当該公務員の過失として評価されるべきものは端的に過失の問題として処理するべきだというものである。その点ではやはり、彼は二段階審査が生む国賠制度の違法行為抑止機能に着目しているのである。

4 公務員の個人責任

(1) 判例

公務員個人は直接責任を負わないというのが、最高裁判例の立場(最判昭和 30 年 4 月 19 日/100 選Ⅱ 242 事件)である。しかしながら、当該公務員が求償を受けることはありうる。

(2) 個人責任を認める学説 —— 自己責任説の立場から

他方で、**自己責任説**からは個人責任を認めることもできないではない。

今村成和さんの『国家補償法』、広岡隆さんの『新版 行政法総論』などには、大体以下のようなことが書いてある。すなわち、1 条の責任はあくまで国の自己責任であるから、公務員の個人責任とは「無関係」だという。つまり、原則論として国が責任を負担するというだけであり、**「無関係」なのだから公務員の責任が排除されるわけではない**とするのである。ただし、1 条 2 項の趣旨から、軽過失しかない場合には公務員の免責が認められなければならないとする。

【参照】国家賠償法第 1 条 2 項

前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する

ただまあ、公務員も国の一部だとすれば、むしろ公務員の責任も国に吸収されちゃうし、自己責任説からも個人責任を認めないと言う理解ができるんじゃないか？というのが塩野さんのツッコミではある。実際、わざわざ求償権とかを例外的な形で認めていることから、そのほうが正確な気がするが。

判例としても、一応個人責任を認めたものはある。もちろん下級審だが。

共産党幹部宅盗聴事件(平成 6 年 9 月 6 日：東京地裁/判時 1504 号 40 頁)

「公務としての特段の保護を何ら必要としないほど明白に違法な公務で、かつ行為時に行為者自身がその違法性を認識していた」として個人の責任が認められたのだが、控訴審判決・東京高判平成 9 年 6 月 26 日判時 1617 号 35 頁では逆転されてしまった。

Ⅲ 営造物責任—国家賠償法第 2 条

【参照】国家賠償法第 2 条

- 1 道路・河川・その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる
- 2 前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者がいるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する

1 規定の意義

これは民法の営造物責任(民 717 条)に似ている。というか、かなりかぶっている。なのに、どうしてこのような規定を作ったのだろうか。

実は明治憲法の時代からも、民法上の賠償責任は認められていた。だが、その範囲や理論構成は必ずしも完成していなかったので、公の管理作用についての損害についても、国又は公共団体の賠償責任をちゃんと確定していこう、という観点からこのような規定が作られたのである。

制度設計にかかわったのはご存じの田中次郎先生である。本来的な公法関係、そうでない公法関係(管理関係・伝来的公法関係)と私法関係とを区別したのが彼であったが、伝来的公法関係をどう規律するかが彼の課題だった。まさに処分とは別の、公法なのか私法なのか微妙なラインがここであるから、田中先生は狂喜乱舞しながらこの規定を作り上げたのである。

もちろん国会賠償法第 2 条には、民法とは異なる点もある。すなわち「公の営造物」というのはけっこう広い概念であるし、民法にはあった免責について定めた但し書きが、国賠法ではなくなっている。また費用負担について、3 条と言う規定がある。

2 要件

(1) 公の営造物

条文をみてまず分かるように、「**公の営造物**」に瑕疵があることが必要である。

※この公の営造物と言う概念については、かつての法学部では今はなき行政法第三部で扱われていた。それは結局、行政活動を行う上で必要は人・物・組織に関する法律(公務員法・公物法・組織法)を扱う授業だったわけである。とくに公物法は教える場がないので、ここでちょこっとでも言えたらいいなあと言う感じらしい。さて、公の営造物と言う概念は、「営造物」と言う概念を使っているが、この営造物とは一般に、**特定の公の目的のために使えるべく定められた人的物的総合体**と定義される。管理施設とかそれだけではなく、そこに人まで含む概念なのである。具体例で言えば郵便(郵便局や局員)だとか鉄道(駅舎や駅員)だとかである。しかし、国家賠償法2条については異なる。これは**物的手段に特別に着目している規定**なので、営造物という我が国の一般的使い方からは外れる「**公物**」とでも表現すべき「公の営造物」という概念が使われているのである。ここからは、物的手段として公の目的に供されている、という点が何より大事になるわけだが、以上より公の営造物と言うときに注意すべき点が4つほど出てくる。

①**有体物**であり、人間の要素がない。今言った通り。

②**動産**も含まれる。確かに、動産がすべて公物かという疑問が呈されるかもしれない。実際、警察署で飼っているサルに噛まれたら国家賠償なのか？と言われると微妙なのだが、警察犬とかにやられたら賠償してもらってもいいかもなーと言う気もするところであり、まあいいかなという感じ。これは1条で賠償してもらおうとするとやはり立証が難しいので、2条に入れてやっているとも思える。

③**事実上の管理**で足り、法律上の根拠が必ずしも必要ではない。だが、公の目的に供されていて、それを行政が管理している状況は必要である。

④**自然公物**も含む

道路を作ると、供用開始というのを国土交通省が宣言するから国賠の対象としても分かりやすい。対して川など自然公物は勝手にそこにあったものなので、これがなぜ営造物になるのかは疑問かもしれないが、含まれる。国賠法自体がいきなり河川を挙げているので、そうだとしか言いようがない。

(2) 設置管理の瑕疵

さて、では「設置管理に瑕疵がある」というのは、どのような場合に言えるだろうか。この点最高裁は、**通常有すべき安全性**の欠如をもって設置管理の瑕疵と言っている。

最決昭和 59 年 1 月 26 日判時 1104 号 26 頁[100 選Ⅱ245 事件]

塩野さんの教科書にも引用される、通常有すべき安全性の欠如を、設置管理の瑕疵と考えた判例。これはすごく大事である。なぜなら、「過失」と言うもので瑕疵概念をとらえるのではなく、客観的な性状、性質状態においてとらえることを示したからである。

じゃあ通常有すべき安全性とは何だと言う話だが、これについては個別に判断するしかないなので、結局は構造や用法、場所的環境、利用状況など諸般の事情を総合的に判断するという、いつもの思考パターンになってしまう。ただ、「過失」は要求されておらず、このような意味で無過失責任とも言われることがある。

ここでやっかいなのは、設置管理の、**設置**と言う状態だけを考えると無過失で客観的にまずい状態にあったこと自体を非難しやすいのに対して、**管理**ということになると、管理する人がいたのか、それだけの時間があつたのかという問題も生れてくるから、判断が大変となることである。

しかも無過失責任だと言われるのに、実際は**過失相殺**のような考え方が出てくる。判例も、発生した損害について設置管理の瑕疵を認めつつも、利用の仕方を非難する形で、明示または黙示の過失相殺を行っている。

(3) 設置管理：道路と河川

国賠2条の文言にある**道路**と**河川**については教科書でも説明されるが、この比較を怠ってはいけない。

◎**道路**の場合

最判昭和 45 年 8 月 20 日判時 600 号 71 頁[100 選Ⅱ243 事件]

古い事件だが重要。道路の斜面から石が落ちてきて、下にいた人が亡くなったと言う事案。両親が訴えを起こした。予算もないし措置とか無理でしたよ…と上告した国だが、棄却された。危険性に対して防護柵若しくは覆いを設置するなど措置をとったことはなく、そのような意味で、本件事故発生地点に限定せず、設置管理の瑕疵があると認めた。確かに策を講ずるためには額がかかるのもわかるが、それだけで賠償責任がなくなることはないとしたのである。

※判例中の「費用負担者」は、国賠法3条に費用負担者にも責任を負わせる規定があることと関連。後述。

予算抗弁の排斥ということで、そんなこといってもお金がないんですよと言っても許されないのである。客観的性状の瑕疵という点からは妥当な結論だが、行政としては振れない袖は振れないと言う感じもする。これは、後述する河川の場合と違うことを頭においてほしい。

ただ、物の客観的な性状だけでなく、人と時間の要素を踏まえると、話は同じままいくだろうかと言う感じもしてくる。「管理」の側面が強くなってくると、やはりそこは検討していく必要が出てくる。

最判昭和 50 年 7 月 25 日判時 791 号 21 頁[100 選Ⅱ244 事件]

道路に故障車が止まって放置されていた。霧で見通しが悪い状況になっており、放置から 87 時間が経とうかというときに、バイクにのっていた人がその車にぶつかってしまった。

これはまさしく管理に瑕疵があった事案である。道路の設置に関しては問題がなく、他方で道路の使い勝手を良くしなかったところに問題があるのである。

判旨は、国には道路を使いやすく保つ道交法上の義務があるところ、87 時間も車を放置して道路の安全性の欠如を招いた点を指摘した。管理事務を担当する土木出張所は常に道路を巡回するなどと言う管理体制を取らず、故障車があることも知らず、それゆえ安全制確保のための措置も講じていなかったのだから、管理に瑕疵があったとした。やはり管理ということになってくると、時間や人の要素も入ってくるのであるが、ここではそれでも管理が雑すぎたので、責任が肯定されたのである。

管理の側面がより強調された判例もある。

飛騨川バス転落事件(昭和 49 年 11 月 20 日 : 名古屋高裁/判時 761 号 18 頁)

豪雨の中でバスが転落したが、集中豪雨による災害を予想できたのに必要な措置を取らなかった点に賠償責任を認めた。

やはり、物的な状態があって何とかする、というよりも、管理の側面が強調されている。

◎河川の場合

河川については、そもそも争ってもしようがなくね?と置いていて学説でも対象外とされていた時代があった。だが、河川が2条に書き込まれてしまった以上は、今は適用を検討しないといけない。河川による水害についても訴訟は増え、責任を肯定する判決もかなり出た。

さて、河川の問題は江戸の治水政策の時代からの問題であったが、昔は人間の数も少なく、多少被害が出てもいいと割り切ってうまいことやっていた。例えば信玄堤だとかは有名だが、堤防に切れ目を入れて、大水害が来たら、多少はもう水を流してしまおう、という減災の考えが昔から取り入れられていた。めっちゃ賢い。だが、段々人も増える中で川の近くに住む人も増え、明治の淀川の大水害が起きて以降は、治水は明治政府の大きな問題となった。そしていろいろ頑張ろうとしたが、水害はなくならなかった。

水運に使おうとすると、やはりがちがちの堤防で囲むわけにはいかないから困り、欧米派遣団もオランダに何人か派遣され、治水の術を学ぼうとしたことさえもあるのである。

※あと助っ人外国人を連れてきたりしたが、外国と川のタイプが違い過ぎてあまり役に立たない感もあった。

これはなんとかせねばならないという中で、鉄道の時代が来る。そうすると、川を水運に使うことは予定されなくなってくるので、川に対しての考え方も変わってくる。また、明治 16 年の淀川洪水以降は、堤防主義的なフランス型の規律を妥当させようとするようになった(古市公威が学んだと言われる)。旧河川法もそのような系譜で作られたものであり、ここから、堤防を作りがちがちに守るという政策が固まってきたのである。

※よく「堤内地」という言葉が判例に出てくるのだが、堤内地は堤防から見て川側ではなく、民家側である。堤防は民家を守り、そして守るものが内側にあるのである。

しかしながら、初めのうちは、河川が崩れたからと言ってすぐに国に損害賠償できるとは考えられていなかったとされる。やはり川は、「最初からあった」ものだからである。だが時代は流れる中で段々と意識も変わり、水害訴訟が多発するようになった。そして、これを認容する判決もいくつか出た。

最判昭和 59 年 1 月 26 日判時 1104 号 26 頁[100 選Ⅱ245 事件]

すでに改修計画が定められ改修中である河川については、未改修部分につき水害発生可能性が顕著となって、当初の順序を繰り上げたり、変更したりする必要があると認められるような事情がない限り、いまだ改修されていないことをもって河川管理の瑕疵とはいえないとした。

道路の瑕疵については、極論を言えば危ないところだけ直せばなんとかなるのに対して、水害については、川を全部まるとと囲わないといけないという差異からくる、賠償に関しての規律の違いが出ている判例とも読める。

未改修という状態が普通にある河川については、過渡的段階を観念してやり、そこで事故が起きたとしても、多少なり同情してやる感じがある。

最判平成2年12月13日判時1369号23頁[100選246事件]

改修済み河川のケース。この事件も、基本計画に定める計画降水量規模の通常的作用により予想される災害の発生を防止するに足る安全性があればいいとした。河川管理の段階性をも考慮してあげている。

ということで、本件河川部分が同種同規模のものにくらべ社会通念上安全制を欠くかが問題となった。物の性状と言うより、いつの時点で予測できたかなと言う観点が非常に重要となる。

(4) まとめ

教科書に詳しく書いてあるので、さらっと。

① 本来的用法と異常な利用

使い方が(ガードレールに座ったりするなど)おかしい場合、賠償が全額もらえることはなくなる可能性が高い。

大阪城ザリガニ事件(昭和58年10月18日：最高裁/判時1099号48頁)

金網で水路を囲んでいたが、そこに破れ目ができていて、子供がそこから入って事故になってしまった。これは管理の瑕疵だと言ったのが原告だが、金網がちゃんとあったことや、文化資産たる大阪城でこんなことするのが本来的な利用方法から離れていることを理由に、瑕疵を認めなかった。

ただ、問題は何をもって異常というのか、である。たとえばプールなどではしゃいだ子供が、わけのわからない遊び方をしてしまった、というような場合も、「異常」なのだろうかということである。この点で判例は、**魅惑物の法理**と言うのを展開し、「子供にとって魅惑的である」ような物に対しては、多少なりはしゃいだ使い方をしたところで通常の利用の範疇だ、として瑕疵を認めているものもある。

② 関連瑕疵：機能的瑕疵

道路はすいすい走れるならば一見瑕疵が無いようにも見えるが、それでも排気ガスとかの影響で病気になることもあるかもしれない。そのとき損害賠償請求ができるとすれば、じゃあ誰に損害賠償請求するの？ということになる。結局のところそういうときは道路そのものを捕まえるしかなくなるので、道路の設置管理の瑕疵を国賠2条で言うほかない。いやいやこれも瑕疵なのか？というところになるが、機能を完璧ではなくさせている(供用目的と関連して危害が発生している)と言う意味で、瑕疵があると見るのである。それが機能的瑕疵。

大阪国際空港事件(昭和56年12月16日：最高裁/100選Ⅱ249事件)

営造物が有すべき安全性を欠くときというのは、一人当該営造物を構成する営造物に瑕疵がある場合のみならず、その営造物が供用目的と関連して用いられるときに危害を生じさせるような場合も含む、と上の議論をさらったのである。ここで、公害を争う方法として国賠2条が使えることが一般に認識された。

この辺りの問題は法科大学院に行けば民法と競合しつつも扱うと思われる、接続部分なので、環境法などの司法試験にも出てくる分野であったりする。総合的に理解できるように頑張ろう。

③ 1条と2条の競合可能性

国家賠償法1条と2条と言うのを別々に説明していたため、まったく別物に見えていたかもしれないが、そうでもなかったりする。今は2条の営造物責任について説明をしていたわけだが、ここで「管理」の瑕疵に関しては人や時間の要素が入ってくるから、1条との接点が生れてくることになるのである。

このとき、競合することを否定しなくても良いと思われる。たとえば、国家賠償法2条の適用が前提となるときであっても、その損害回避の措置が考えられ、それが管理者の権限となっているのに怠っていたというようなときには、なお1条による不作為の違法を追及することが出来ると思われるし、否定する理由もないだろう。

具体的には例えば海浜に打ち上げられた不発弾の処理などは、営造物責任としても、不作為の違法確認としても説明することができそうである。戦争中に放られた爆弾が海浜に打ち上げられ、それにより事故が起きたとき、搜索のために警察犬を十分に行使しなかったことを1条の責任で追及するとともに、爆弾自体あぶないよねと2条で責めるというパターンである。あとはダム管理などをたたくこともできるだろうし、公立学校で起きた事故において、設備の瑕疵と教員の監督責任を両方問題にできる場合などもある。

このように、問題解決の在り方として全くの別物ではないのである。とはいえ、2条のほうが要件とかを考えるとか楽そうな気がするが、解釈論としては、原告の選択に委ねられるということになるのだろう。

IV 賠償責任者の問題—国家賠償法第3条

法科大学院の入学試験のために、この3条をメインに勉強する必要があるかと言うとそこまでではないなという感じがするが、費用負担者の責任を定める規定である。これまでに見てきた責任主体とは別に、費用負担者にも責任を負わせることで、とりあえず訴えて金を払わせる相手が増やされている。

原告に選択肢を用意しておいて、あとは内部で求償問題として処理する感じにしている。

歴史的には、このような規定が用意されたのは、まさに「費用負担者」と事務の主体がずれていたからである。思い出してほしいが、かつての機関委任事務があった時代には、それは知事に委任して仕事をやらせると言う仕組みだったわけだから、国という事務の主体と、費用負担者とが異なることが多々あったのである。このように、時に、「どちらを争えばいいの？」と困る原告に手当てをする必要があったのである。今や機関委任事務は法定受託事務に切り替わってしまったので、これも建前上は国の事務ということではなくなったが、内実を見ると旧来の機関委任事務のような関係をひきずっている場合がある。

ただめんどくさいのは、「費用負担者」とは？という点である。例えば国が補助金を出していると言うような場合に、補助金は費用の負担なのだろうか。近年はかなり実質判断がなされるようになったが、議論の余地がある。

1 原因者に対する求償

①国賠法 1 条について

学習済みである。当該行為を行った公務員個人に対しての損害賠償は認められないものの、**国の方からの当該公務員に対しての求償は認められる**のであった。ただしこの時、軽過失しかない場合は免責される。軽過失は公務を供託する以上生じうるものであるからだ、という説明を塩野さんはしている(軽過失が起きることすらおかしいような業務は、そもそも公務として特別な形で行う必要もない)。

②国賠法 2 条について

国賠法 2 条 2 項は、**広く損害の原因について責めに任ずべきもの**に国は求償が可能とされている。これを**原因者負担**という。求償の要件としては、不法行為の要件具備が前提となる。

ただし、原因者が公務員の場合は、1 条とのバランスをとるために**軽過失**は除くこととなるだろう。なお、2 条は原因者に対しての直接損害賠償請求を否定していないが、これについても 1 条と 2 条が競合しうる現在の理解に照らせば、公務員の場合は 2 条によっても直接責任は追及されないと解すべきであろう。

2 費用負担者と求償

(1) 国家賠償法第 3 条の意義

国と地方公共団体は独立の法人格を有すものの、実際は様々な関係に立つので事務の遂行や費用負担にあたっていろいろな状況が考えられる。すると、具体的な場面場面で国と地方公共団体とのどちらが責任主体なのかを考えないといけな場合が出てくる。ようするに管理しているものと費用を出すものが別々にいるようなときに、最終的に賠償金を払う責任主体は、誰なのかが問題となるのである。

◎歴史的経緯

戦前でも非権力的な行政活動については国・公共団体の損害賠償責任が認められていたわけだが(徳島遊動円棒事件を参照)、そのときから賠償責任の主体に関する見解は対立し、**管理者説**と**費用負担者説**とに分かれていた。戦後の内閣提出国賠法案は費用負担者説であったのだが、参議院で修正されて現行規定はそうはなっていない。これは**被害者の権利保護**のために、金を持っている国側を出張らせるべきだ、という理解によるのだと思われる。逆に言えば究極的な賠償責任者が誰であるかは規定されておらず、とりあえずの解決をまず求めたといえる。

(2) 公権力責任の主体

(ア)国賠法 3 条の定め

【参照】国家賠償法第 3 条

- 1 前二条の規定によつて国又は公共団体が損害を賠償する責に任ずる場合において、公務員の選任若しくは監督又は公の営造物の設置若しくは管理に当る者と公務員の俸給、給与その他の費用又は公の営造物の設置若しくは管理の費用を負担する者とが異なるときは、費用を負担する者もまた、その損害を賠償する責に任ずる
- 2 前項の場合において、損害を賠償した者は、内部関係でその損害を賠償する責任ある者に対して求償権を有する

国歌賠償法第 3 条は、**公務員の選任・監督者と費用負担者の双方が責任を負う**ことを定めている。

例えば、地方警務官として、都道府県警察の職員のうち警視正以上の階級にある警察官は一般職の国家公務員とする(警察法 56 条 1 項) ことになっている。このとき給与は国が負担するので、地方警務官の加害行為については、国も責任を負うことになる。

共産党幹部宅盗聴事件(平成 9 年 6 月 26 日 : 東京高裁/判時 1617 号 35 頁)

神奈川県警の警察官による盗聴捜査に対し、国と県に対する賠償責任を認めた判例である。

(イ)事務の帰属主体

事務の帰属主体が責任を負うことは1条1項で定められているものと考えられる。もっとも、事務の帰属主体は、通例は公務員の選任・監督者なので、3条によって責任を追及することができることも多い。

※法定受託事務（地方自治法2条9項）の場合

法定受託事務の場合は、事務の出自は国だが、帰属は自治体という微妙な感じになる。ただともかく自治体の事務と認識されているので、法定受託事務の処理の過程で発生した損害についてはすべて自治体が賠償責任を負うことになる。しかし、外国人登録法に基づく市町村の事務のように、**実質的には国の事務と考えられるもの**があり、その場合、国の責任を認める余地がある。※参照：芝池義一『行政救済法講義 第3版』306頁
また、**国の関与**（自治法 245 条以下）による事務処理によって損害が惹起された場合には、国の国家賠償責任が生じる可能性はある。※参照：山下・小幡・橋本『有斐閣アルマ 行政法 第2版補訂』247頁

(c)営造物責任の主体

①営造物の設置・管理者は責任を負う。（3条1項だけでなく2条1項もこれを定めていると考えられる）

②設置・管理の費用負担者も責任を負う。（3条1項）

※国が補助金を交付している場合

補助金が出ている場合に、どちらが費用負担者になるんだよということだが、これについては最高裁が国が責任を負う際の要件を提示している。

最高裁判例の3要件：**最判昭和50年11月28日民集29巻10号1754頁[100選Ⅱ250事件]**

①補助金の交付額が本来の負担者と同等であること

②実質的に事業の共同執行に当たること

③補助金交付者が危険を効果的に防止し得ること

ここで塩野さんは、**負担金**（地方財政法10条）にあたるものが国賠法3条の費用負担に含まれることは間違いない点に着目する。そこで補助金（地方財政法9条）の場合は、当該補助金の実質的な意味で負担金的であるかを判断すべきだという。したがって、負担金として公の事業の費用を割り勘的に負担しているかどうかが重要になり、上の3要件のうち、②の要件に重点を置いて、残りは補助的に判断すればよいことになる。

（3）最終的な賠償責任の主体

結局3条は、最終的な賠償責任の主体について定めておらず、これについては議論があったと言った通りである。

①公務員の**選任・監督者**、営造物の**設置・管理者**とする説

②**費用負担者**とする説

③**寄与度説**

塩野さんは、①と③は実際問題判断が難しくてかなわないので、②の説をとる。損害賠償費用も「費用」のうちだということも、これを支える。対して阿部泰隆さんは、『国家補償法』において、適法性統制機能や納得の機能の観点から考えて、寄与度説が妥当だと言う。

V 民法の適用

国歌賠償法第4条、第5条により、**国賠法や他の法律に特に定めのない限りは、民法が適用される**。

これについては、以下の4点を指摘するとどめておく。

①薬害等における規制権限不行使に基づく国の責任と企業の責任との関係

一般論としては**両者は共同不法行為（民法719条）の関係には立たない**とするのが判例であり、不真正連帯債務の関係となる。ただ、道路公害などでは若干話が異なる。

西淀川2～4次訴訟判決(平成7年7月5日：大阪地裁/判時1538号17頁)

特定工場群と道路を走行する自動車の汚染物質による侵害行為について客観的関連共同性を認めた。これは、汚染物質の一体性に着目したものと思われる。

※参照：大塚直「共同不法行為論」淡路剛久・寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』172頁以下

②国賠法1条、2条が適用されない不法行為事件については、民法が適用される。

具体例としては国公立病院の**医療過誤事件**などである。民法の判例でも結構やった。

③民法、国家賠償法以外に特別の定めがあればそれによる。

◎無過失責任の例

消防法6条3項…防火対象物の改修等の命令および防火対象物の使用禁止等の命令を取り消す判決があった場合は、当該命令によって生じた損失に対しては、時価でこれを補償するものとする。

国税徴収法 112 条 2 項…換価をした動産または有価証券に係る売却決定の取消は、これをもって買受代金を納付した善意の買受人に対抗することができない（1 項）。前項の規定により買受人に対抗することができないことにより損害を生じた者がある場合には、その生じたことについてその者に故意または過失があるときを除き、国は、通常生ずべき損失の額を賠償する責に任ずる。

◎損害賠償額の法定

郵便法 68～75 条…一定限度に額に損害賠償額が減縮されている。ただし、書留郵便物および特別送達郵便物にかかる免除または削減の部分については、違憲判決に基づく改正があった。合理的な額であれば、法定することそれ自体は違憲にはならないとするのが一般的な理解である。

④安全配慮義務

不法行為の問題ではないが、行政にも同じような制度が働くものとして、安全配慮義務違反による**損害賠償責任**の制度がある。塩野さんは、学校事故のように行為規範が特定し難く、公権力性も明確でない問題については、安全配慮義務違反の問題として処理するのが適切だとする。

I 損失補償

損失補償は、「適法」な行政活動によっても生じる損失を、補償という形で埋め合わせるものである。

1 意義

結局、公益のために特別の犠牲者が出るようなときには、いくら公益のためとはいえ、その犠牲となる人からすると納得できない状態なのであるから、不公平な状態をなくすために、その犠牲を「税金」で補償する形で、世の一般人皆に被害を拡散するのである。そういう意味では、これは**公平負担の理念**を実現するものである。

◎国賠制度に先行

国歌賠償と違って「違法な行為は国に帰属しない」という言い訳があたらない(適法行為に対する補償である)ので、明治憲法時代から制度としては存在した。

当時の憲法に損失補償を定めた条項はなかったものの、個別の法律には定めがあり、行政法上の 1 つの制度としての地位を有していた。そして、戦後の日本国憲法の時代においては、憲法に財産権の補償、**損失補償**の規定が置かれることとなった。

【参照】憲法第 29 条 3 項

私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる
解釈論上の諸問題は、以下のようなものである。節を改めて、それぞれ見ていくことにする。

- ①憲法上の損失補償請求権
- ②補償の対象の拡大
- ③生活再建措置の必要性
- ④国家賠償、損失補償のいずれにも属さないものの取扱い

2 損失補償の要否

(1) 憲法上の請求権

補償を要するにもかかわらず、現実には補償条項を欠く法律の扱いが問題となる。このとき、**損失補償条項がないような法律に対して、憲法 29 条 3 項から直接に請求権を基礎づけられる**だろうか。立場は二つある。

- ①補償条項を欠く法律を**無効**とする。
- ②当該法律は違憲ではなく、**直接憲法に基づいて損失補償請求ができる**。

②の立場が、通説・判例である。

名取川砂利採取事件(昭和 43 年 11 月 27 日：最高裁/100 選Ⅱ 260 事件)

名取川で砂利採取を行っていた人が許可を取消されて、事業を継続できなくなった。砂利採取法には損失補償規定がなかったので、何を根拠にして損失補償を認めるかということが問題になったのだが、ここでは、憲法 29 条 3 項が根拠とされて認められた。

なお、塩野さんは、認めれば絶対うまくいくと言う訳でもない指摘している。ようするに、立法者の意思として「損失補償が認められるくらいなら作らなかったよ」というような法律もあるわけで、そういうものをゾンビのように 29 条 3 項でカバーして生かさなくてもいい場合があると言っている。

(2) 補償の要否の基準

一定の負担を国民に課すことが、およそ一切認められないということはない。したがって、どんな人にも補償を認めるのではなく、特別の犠牲となった人に補償を認めることになるわけだが、その基準とは何か。

(a)田中二郎説

形式的基準：侵害行為の対象が一般的か特别的か

実質的基準：侵害行為が財産権の本質的内容を侵害するほどの強度のものか否か

この双方を満たすかで決める。だが、そんなの言われても実際難しい話である。

(b)今村成和説

これは、田中先生の基準をより具体化したものと解するのがいいだろう。

(ア)財産権の剥奪またはその財産権本来の効用の発揮を妨げることとなるような侵害

これについては、権利者の側にこれを受忍すべき理由がある場合でない限り、当然に補償を要するとする。

(イ)上記の程度に至らない財産権行使の規制

①その財産が社会的共同生活上の調和を保つていくために必要とされる制限である場合には、**財産権に内在する社会的拘束**の現れとして、補償を要しない。

②他の特定の公益目的のために、その財産の本来の社会的効用とは無関係に、偶然に課せられる制限であるときは、補償を必要とする。

内在するというのは、財産権自体に公共の調和のため一定の制約がかかっているよね、という場合のこと。家を建てる時、まわりの迷惑にならないように容積率とかに制限があるが、そういうのが内在的制約だという。

でも結局は曖昧じゃね？ということで、神が説を出してきた。

(c)塩野説

(ア)一般論

総合的判断とか言い出した。利用規制の態様、原因、損失の程度、社会通念とかを考慮していこうという。

(イ)具体的考慮要素…以下の①～⑥

①財産権の制限の程度が絶対的に弱く、対する公共の利益の確保が大きい場合には、補償は認められない。

②財産権の側に規制を受ける原因がある場合には補償を要しない。

③財産であっても、価値が消滅しているときには、その剥奪に際しても、補償を必要としない。

※**破壊消防**の問題

②に当たる場合として、破壊消防の場合がある。破壊消防は即時執行として、火事のときに延焼しそうな建物をぶっ壊すというもの(消防法 29 条 2 項)。

どのみちこのままだと燃えてなくなる、というその財産権さんサイドの理由から、火事を食い止めるために壊していいよねと言うことを認める理屈である。しかしながら、そうでない場合には 29 条 3 項により、損失補償が行われることが定められている。どうでもいいが、憲法 29 条 3 項と規定の場所を重ねてきたのだろうか。

【参照】消防法第 29 条

1 消防吏員または消防団員は、消火もしくは延焼の防止または人命の救助のために必要があるときは、火災が発生せんとし、または発生した消防対象物およびこれらのある土地を使用し、またはその使用を制限することができる

2 消防長もしくは消防署長または消防本部をおかない市町村においては消防団の長は、火勢、気象の状況その他周囲の事情から合理的に判断して延焼防止のためやむを得ないと認めるときは、延焼の虞がある消防対象物およびこれらのものがある土地を使用し、処分しまたはその使用を制限することができる。

3 消防長もしくは消防署長または消防本部をおかない市町村においては消防団の長は、消火もしくは延焼の防止または人命の救助のために緊急の必要があるときは、前 2 項に規定する消防対象物および土地以外の消防対象物および土地を使用し、処分しまたはその使用を制限することができる。この場合においては、そのために損害を受けた者からその**損失の補償の要求があるときは、時価により、その損失を補償するものとする。**

白川村破壊消防事件(昭和 47 年 5 月 30 日 : 最高裁/100 選Ⅱ 254 事件)

ただまあ、2 項該当(補償いらない)と判断して破壊したものの、結果としては壊すほどの必要はなく、破壊し過ぎであった場合には問題が出てくる。これについての理解は、二通りある。

理解①二元説：消防員さんの判断に従って適用条文を判断する。つまり、消防団員さんが延焼の恐れがあると思ってぶっ壊したんだから、その場合は 29 条 3 項の損失補償は適用されず、29 条 2 項を違法に適用したとして国家賠償をすることになる。

ただ、国家賠償だと、過失要件なしと判定されることがあるため、若干可哀そうなことになりそう。

理解②一元説：消防員さんの意思に関わらず裁判所が 29 条 2 項のパターンか 3 項のパターンか判断できるとする。
このとき、この 29 条 3 項の規定は、適法・違法にかかわらず、そこから生ずる一切の損失については市町村が原則として補償する趣旨を示した、結果責任理念に基づく規定と読むことになる(原田尚彦さんの理解)。
外観上3項に基づくものと客観的に認められる消防長の破壊活動が行われる限りは、これに対する私人の抵抗は許されないということからも、このような形で補償を認めるのが支持されるべきだし、最高裁もそのような立場で損失補償が提起できるとした。

④状態責任

その物が持っている危険性が制約を内包し、補償の否定につながることもある。たとえば石油タンクとかは元から危ないので、それが警察規制の顕在化に伴い移転することを余儀なくされたりしたからといって、みぞかき補償(道路法 70 条)などの対象には含まれないのである。

※みぞかき補償

同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収容した場合、収容されない残地にみぞやかき、さく、切り土や盛り土をする必要が生じることがある。基本的にこのようなときには、これに要する費用に対して損失補償をしなくてはならない。

石油貯蔵タンク移転事件(昭和 58 年 2 月 18 日：最高裁/100 選Ⅱ255 事件)

ガソリンスタンドの近くの道路に横断地下道を通すことになり、ガソリンスタンド側は地下にあった石油タンクの移設を余儀なくされることになった。道路のほうがやってくるのにガソリンスタンドが移転のお金を払う義務あるのか？とは思うかもしれないが、あるのだとされた。ようするに石油タンクの設置はそもそも完全な自由ではなく、近くに道路ができたなら規制されうという制約を内在しているのだから、そのような危険についてはあらかじめ了承しておくべきで、制約が現実化したとしてもしりぬぐいはしてやんないよという理屈である。厳しい事を言えば、移設などといった責任を自分で取れる人しか商売をしてはいけないということになる。

ただまあ塩野さんは結論の不合理性(そんなこと言われても、予め対処する方法がない)を指摘している。

⑤規制目的

○積極目的と消極目的の区別

消極目的の規制というのは、その規制がないと人々が安心して暮らせないというような規制であり、内在的という言葉に親和的である。これに対して**積極目的の規制**というのは福利の増進を図るものということで、最悪別に規制がなくとも安心して暮らせるという性質のものである。消極目的の場合、それがなくて生きていけない！という意味では強い規制につながり、受忍しろよと言う方向にもいく。

奈良県ため池条例事件(昭和 38 年 6 月 26 日：最高裁/100 選Ⅱ259 事件)

ため池の上で作物を育てていたところ、それが禁じられたのだが、この規制は災害防止という消極目的の規制だから受忍しろとされた。塩野先生は生活の基盤に関わることだから、損失補償を認めてもいいんじゃないかと言っているが、大橋先生などは、これは災害防止というやむをえない目的によるものだから、受忍すべきと言っている。

○区別が不分明な場合

以上の区分はあるものの、例えば都市計画法、建築基準法の用途地域など、**まちづくりに関わる規定は、それによる制限が積極目的なのか消極目的なのかはつきりしないことが多い。**

昔からこの点は指摘されており、積極目的と消極目的の二分論への批判につながっていた。

たとえば一度「道路を通します」とされてしまうと、その対象地域に建物を建てるには知事の許可を得る必要が出てくる。そして、自分の土地なのに建物を建てられないことになるから何か補償を受けられないのかというと、それはできないという制度設計になっているのである。ここには、建築規制によって**地域の環境**が良くなることになるし、しかも、一種の**相隣関係**として所有権に内在するものとして建築が制限されてよいという理解があるのだが、これって積極目的なのかなんなのか。

盛岡道路事件(平成 17 年 11 月 1 日：最高裁/100 選Ⅱ261 事件)

都市計画法によって制限がかけられたまま、計画が実行されず何十年も放置されたままにされたということについて、裁判所は、特別の犠牲を課せられたものということが困難であるから、29 条 3 項による補償請求をすることはできないとした。

ただし、藤田宙靖先生の補足意見がある。すなわち、**公共の利益を理由とした制限が損失補償を伴うことなく認められるのは、その制限が目的実現のために必要不可欠で、制限を受忍させることに合理的な理由があることを前提としている**のであって、そのような前提を欠く事態となったときには、都市計画制限であったとしても損失補償を拒むことはできないというのである。そのうえで本件では事案判断として、本件土地に課せられた制限が長期にわたるものであったとしても、今後とも高度な土地利用が行なわれるわけでもないし、従前と同程度の規

模と構造の建築物の再築なら許可もできるわけで、そのような事情を考えれば特別の犠牲には当らず、損失補償は認められないとされたのである。そういう意味で、一般論として認めないと言ったのではない。

⑥財産の本来の効用

財産の本来の効用は何なのか、というのも大きな考慮事由である。**何かを制限することが、その財産の本来的効用を妨げるのならば、やはり補償が必要となってくる**だろう。ただ、その土地で現状なされている利用の現況から離れた抽象的な利用(将来、こう改築したいな～とかそういうの)が所有者の既得権として認められるかという点と厳しい。現状の利用を固定するにとどまる場合は、補償を要しないと解されるだろう。

○国立公園指定：特別地域

こういうのは、特に国立公園について問題になる。

日本の国立公園指定は、民有地にもかけられることがある。環境大臣の指定によるのだが、特に保存の価値が高いところは「特別地域」とされ、この地域では形質変更に環境大臣の許可が必要とされるのである。特別地域の中でもさらに特別なところは「特別保護地区」とされ、落ち葉を拾うことすら禁じられる。

すると、**特別地域に指定された人は財産権に制約を受ける**ことになる。だが、ここで指定の段階では損失補償はされないことになっているのである。そしていざ家を建てようとして環境大臣に不許可とされたとき、はじめて不許可補償がされることになっているのである。

結局ここにあるのが上述の議論であるのはもう想像がつくだろうか？ここでは「土地」の本来の効用をなんだろうかと考えていく作業が必要なのだが、指定の段階では、「**自然環境**」や「**観光**」といった価値が存在しているし、それに将来家を建てるんだという「**抽象的な利用**」はあまり保護されないため、義務を受忍しろということになるのである。だから、実際の利用が固まる形質変更に対しての大臣の応答を待って、補償がなされるのである。

※実際には不許可にできないらしい。いちいち補償していると予算が足りないし、中には国立公園地に家を建てる申請をして補償金を分捕ろうと考える強欲な輩もいるからだという。さすがにこういうのは権利濫用としてつぶねることができるけれど。

※どうでもいいが、アメリカの国立公園はすべて国有地であって、「営造物公園」とされる。ここで言う「営造物」とは、国賠で言うそれではなく、レンジャーなどの人的側面を含めた、より一般的な意味における「営造物」だとされる。



普通は許可する

3 訴訟上の請求

憲法を根拠とする請求の場合は、損失補償請求権を公権と解すれば、公法上の当事者訴訟に乗ることになる。だが、まあ実益がない議論なので省略。なお、土地収用法は、形式的当事者訴訟の定めを置く。

4 補償の内容

(1) 問題の所在

(a)完全補償説と相当補償説

憲法 29 条 3 項では、「正当な補償」をすべきだとされている。なので、「正当な補償って何？」ということが問題になってくる。とくに農地改革のときには、土地が取り上げられたのにまともな補償がされなかったのが、大きな問題になった。

このときは「相当」な補償で十分だとされたが、それは農地改革という特殊な状況下だったということが大きいのであって、それが現代でもそのまま妥当するわけではない。具体的には、合理的に算出された額ならいいという**相当補償説**に対し、価額をしっかりと合わせないとという**完全補償説**が対立していた。

最判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 巻 13 号 1523 頁[100 選Ⅱ256 事件]

相当補償説を採った判例とされる。ただ、農地改革という場の特殊性に鑑みると射程は謎。

(b)土地収用法に基づく損失補償

これに関しては**完全補償を要する**ということにした判例がある。最判昭和 48 年 10 月 18 日[100 選Ⅱ258 事件]では、「収用の前後で被収用者の財産価値が変わらないような補償」という表現が使われているのである。※なお日本の場合、任意売買の場合における価格の不統一性を排して公平、公正の確保を実現するために、「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱」というのが策定されている。

(2) 財産に対する補償

土地収用法の定めは、基本的に**金銭補償の原則**、**取引価格の原則**を採用している。

なお、「価格」については事業認定の告示の時点に価格を固定するようにしている。この時点にするのは、ごね得を防ぐためである。なんのこっちゃと言う話かもしれないが、普通は土地の収用が進むと地価が上がる(これから何かできる!という期待がある)のである。そのため、買収時の価格を基準とすると、買収に応諾する時期を引き延ばせば引き伸ばすだけ売値は儲かることになるので、それを防ぐために事業認定の告示時期とされているのである。

(3) その他の補償項目

損失のうち**収容損失**は、事業によって当然生じる損失であり、**事業損失**は、収容された財産を用いる事業の執行の過程で生じる損失である。収容損失は当然補償されるのだが、それ以外の損失が補償されるかが問題になる。

①**残地補償**は収用損失である

一段の土地の一部が収容された場合に、残地が不正形や面積狭小となるときにはその価格が下落することがあるので、その減少分は補償される。

②**精神的損失**

判例実務は精神的損失に対して冷淡である。先祖代々の土地を手放すことになったとしても、客観的な価値しか補償しない。たとえば滋賀の丹生ダムでは、ダム建設のために土地収用が実行されたのだが、ダム建設自体は途中で中止されたのである。涙を吞んで移転してもらった人からすれば怒り心頭であるが、実務ではこのような精神的損失は補償されていない。ただ法的でなくとも問題なのは問題であるし、政策変更はこのような問題もあるからおいそれと行うことは出来ず、それゆえ政策作りというものは非常に難しい。

ただ、神は独立項目としてこれに補償を認めるべきだとする。先祖伝来の土地環境について、**特別の主観的感情**が存在しているようなときには、独立の精神的損失についての項目を建てることができるとしている。

西埜先生によると、憲法 29 条 3 項だけではなく、憲法 13 条や 14 条も入れ込んで解釈することで、精神的損失も補償に含めることができる可能性があるとのこと。

③**文化財的価値**

輪中堤の文化財的価値について：最判昭和 63 年 1 月 21 日判タ 663 号 79 頁

「経済的価値でない特殊な価値についてまで補償の対象とする趣旨ではない」として切ってしまった。

ただ、ここでも塩野さんは精神的損失を排斥するべきではないと考えている。やはり民法でも精神的苦痛が法的救済に乗ることがある。文化財的価値は個人が持っているものではなく、空間全体が持っているものだから個人に対する補償にはなじまないかもしれないが、例えば輪中から離れることに対する苦痛を精神的損失として拾うべきだとして、なんとか救い上げようとする。

④**生活再建補償** (生業補償)

いままで山でターザン生活をしていた人がいきなり平地に土地を与えられ「GOOD LUCK★」といわれても、生活が成り立つわけない。そこで、生活の再建に必要とされる費用まで補償すべきなのではと議論される。

たとえば都市計画法 74 条などには規定があるのだが、これは努力義務に止まる。

【参照】都市計画法第 74 条

事業の施行に必要な土地等を提供したため生活の基礎を失うこととなる者は、その受ける補償と相まって実施されることを必要とする場合においては、生活再建のための措置で次の各号に掲げるものの実施のあつせんを施行者に申し出ることができる

- 一 宅地、開発して農地とすることが適当な土地その他の土地の取得に関すること
- 二 住宅、店舗その他の建物の取得に関すること
- 三 職業の紹介、指導又は訓練に関すること

2 施行者は、前項の規定による申出があつた場合においては、事情の許す限り、当該申出に係る措置を講ずるよう努めるものとする

実務的にも、補償を裁判例は認めていない。学説は憲法 25 条(生存権)と 29 条 3 項によって補償を基礎づけるが、やはり現時点では具体的な請求権としての構成は難しいと思われる。

⑤事業損失

たとえば、先に述べた**みぞかき補償**がある。

【参照】土地収用法第 75 条

同一の所有者に属する一団の土地の一部を収用し、又は使用することに因って、残地に通路、みぞ、かき、さくその他の工作物の新築、改築、増築若しくは修繕又は盛土若しくは切土をする必要が生ずるときは、これに要する費用を補償しなければならない

あとは、日陰、臭気、騒音被害は、基準要綱で不法行為の問題として扱うこととされている。

裁判実務では、国賠法 2 条の営造物の設置・管理の瑕疵にあてこまれる。

⑥公用制限に際して「通常生ずべき損失」の補償

自然公園法などは、公用制限がかかった場合に、通常生ずべき損失を一定の範囲で補償している。ただし、さつき国立公園の指定の所でやったように、こういうのはいったん申請を不許可になって初めて補償してもらえる**不許可補償**と呼ばれるタイプのものである。補償の内容に関しては、地価低落説(地価が下がった限度)、積極的実損説(積極的に損害が生じた限度)などの基準があるが、塩野さんは実損説である。

(4) 開発利益の還元

「私が特別な犠牲になってもらったおかげであなたたちは儲かったんだから、ちょっとね？わかるでしょ？おすそ分けしてよ」と言う議論がある。これって本質は**利益の再配分**であるから、補償の範囲を超えることになるが、補償の際に併せて考えてみる価値はある。ただし、開発利益は個人に対する補償に上積みするのではなく、地域に還元すべきではないかと思われる。

5 国家補償の谷間

国家賠償でも損失補償でも拾いきれない部分が「谷間」の問題として出てくるが、時間がないので今回の講義では扱うことができなかった。

たとえば強制予防接種を考えると、中には接種をすると重症化してしまう人もいる。そのような人にも半ば強制的に接種を受けさせたわけであるから、病気の根絶という公益のために特別の犠牲を強いたということになる。ここで、医者だって法にのっとり注射をうっていたに過ぎないから、下手をすると国家賠償法上の過失要件が認められない可能性がある。よって、損失補償を求めたいところなのだが、このようなケースでは、損失補償を基礎づけるだけのよりどころとなる法律がない。塩野さんは憲法 29 条 3 項によって可能だというのが、そもそも本来的には、憲法 29 条を含め損失補償は財産権を対象とするものだから、はいそうですかという訳にはいかないのである(生命身体利益を財産権に取り込んでしまうと、逆に言えば後で補償すれば生命身体利益も侵せるのか、という話になってくるので怖がられていたのである)。こうした場面における救済の在り方が、問題となっている。

講義内容は以上