

# 行政訴訟検討会における意見の概要

- 各項目・各委員毎のまとめ -

(注)本資料は、第6回行政訴訟検討会～第15回行政訴訟検討会(第7回検討会は、外国法制と意見募集の報告のため除外)における各委員の主な意見を、事務局の責任において、各回の議事概要を整理することにより、まとめたものである。

## 目 次

第1	行政に対する司法審査の在り方	1
1	行政訴訟制度の見直しの考え方	1
2	行政訴訟制度の趣旨・目的	5
3	行政訴訟と民事訴訟の関係	6
第2	行政訴訟の対象及び類型について	7
1	行政訴訟の対象	7
2	行政訴訟の類型	10
	「抗告訴訟という訴訟類型の意義」について	11
	「無効等確認の訴え」について	14
	「不作為の違法確認の訴え」について（義務付け訴訟を含む）	18
	「差し止め請求」及び「当事者訴訟」について	23
第3	取消訴訟について	25
1	行政訴訟における取消訴訟の位置づけ	25
2	取消訴訟の対象	28
3	原告適格及び訴えの利益（団体訴訟を含む）	31
4	被告適格	38
5	出訴期間	40
6	出訴期間等の教示義務	42
第4	行政訴訟の審理等について	43
1	管轄	43
2	審理手続及び判決	46
	行政訴訟の審理における職権探知主義の問題、行政訴訟における 主張・立証責任等」について	46
	「処分の理由の変更、行政訴訟における和解、特別の事情による 請求の棄却の制度等」について	53
	「訴えの提起と請求の特定等」について	56
3	裁量処分の取消し	58
第5	執行停止 仮の救済	61
第6	訴訟費用等について	70
1	訴え提起の手数料	70
2	弁護士報酬の片面的敗訴者負担	73
3	報奨金支給制度	74
4	訴訟費用	75
5	法律扶助	76
第7	行政不服審査法等の他の法令との関係	77
第8	行政事件訴訟法以外の個別法上の課題について（国の財務 会計行為をチェックする国民訴訟又は納税者訴訟を含む）	81
第9	行政訴訟の基盤整備上の諸課題について	85
1	参審制の導入	85
2	裁判所の処理体制	86
3	行政訴訟の基盤整備上のその他の諸課題	87

## 第1 行政に対する司法審査の在り方

### 【 行政訴訟制度の見直しの考え方】

#### 【市村委員】

意見書に「司法の行政に対するチェック機能の強化」とあるが、どういう意味で行政の作用をチェックすべきと言っているのか一度確認しておくべきだ。少なくともこの中で、裁判所のチェック機能を強化せよ、と言われているのは、国民の権利救済の実効性を上げるということを強く求められているというのが自分の認識だ。(第6回 :市村委員)

自分としては、司法固有の中の作用が従前充分に行われていないという指摘は非常に責任を重く受け止めるので、固有の司法作用はできるだけ国民に使い勝手良く、権利救済が必要なものであれば、できるだけきちんと救済ができる制度に改めていただきたいので、そういうところの改革は最小限手をつけていただきたいと思う。(第8回 :市村委員)

具体的にある程度意見が一致しそうな部分については、関連検討項目も洗い出して、まだ全然議論に火がついていないけれども、それはやっておかなければいけないというものをなるべく的確に捉えて、それをまな板に乗せることもそろそろ始めないといけないのではないかと。二重の作業になるが、これはいたしかたない。さらに大きなテーマで議論が分かれているところがたくさんあり、もっと抽象的なところまで行けば一致しているかもしれないが、それは議論することとして、一点だけお願いしたいのは、いろいろなアイデアが出ているのを伺っていると、実務にとってはその転換というのは極めて急激な転換になるということを書いておられる部分がある。もちろん改革であるから、そういう部分があることは当然承知しているが、是非十分な議論をしてもらいたい。ばたばたとやらないでもらいたい。大きな転換になるものについてはとりわけ手続の基本法なので、是非慎重にやっていただきたいというのは強い希望だ。(第15回 :市村委員)

#### 【小早川委員】

民の側の訴訟遂行のポテンシャルを上げることが大事であり、その上で民の側からのパワーを受け止められる訴訟制度、裁判制度を考えるべきだ。(第6回 :小早川委員)

最近、最高裁判所が、「法律上の争訟」という話を、常識と違った使い方をした。論理的には、最高裁が憲法解釈をしたから、憲法改正しないと改められないことになるが、行政訴訟の前提となる憲法のルールは何なのかの議論も付け加える必要がある。(第6回 :小早川委員)

行政訴訟改革は、単に行政事件訴訟法の改正問題だけでなく行政全体をいかに「法の支配」の下に置くかの立場で考えるべきだ。従来から行政手続法なりで、行政そのものをきちんと位置付ける努力はされてきており、それと切り離さないで考えるべきだ。司法改革は従来の行政改革などと全て根は同じであり、行政のプロセスと訴訟のプロセスとをいかに合理的に繋げていくかが大事だ。そのために、一方では、行政の中身まで立ち入って、司法がチェックする仕組みを作るべきだ。他方、行政そのものは何らかの意味で、社会にとって必要な部分であり、単に自由、平等の原理だけで考えるわけにはいかない。行政訴訟制度のコンセプトを考える場合にも、そういう意味での行政の特別扱いは、ある程度はしょうがない。(第6回 :小早川委員)

行政訴訟と民事訴訟の役割分担についても、環境訴訟なら環境訴訟について、民事差止めという方向をこれから発展させていくべきなのか、そうではなく行政庁の尻を叩くということをもっと訴訟法に組んでいくべきなのか、その辺の基本的なコンセンサス、戦略方針は決まっていないのではないかと。今、穴埋め的にやるのか、新しい絵を描くのかというふうにいわれたのは、これは一つの問題整理の仕方として、大変わかりやすいと思うが、今の取消訴訟の制度があって、普通の一般国民はこういう制度があるのだ、それでこういう救済を与えられて当然じゃないかと思っていると、実はそこまでできていませんよというようなところがあると、これは、家を買ってみたら非常に住み心地が悪かったという話で、内部のリフォームをするべきではないかという話になると思う。そうではなくて、そんなつもりでこの家を買ったのか、それは全然違う。それはまた別の家を買わなければいけないという話であれば、これはリフォームでは済まず、その辺の問題の仕分けは必要である。この検討会がリフォームだけでいいかと言えば、それはそうでないと思うが、さしあたりの議論の進め方として、現行制度に期待されているところを十全に答えられるように直していくということ、それからもう少し抜本的に民訴も含めた訴訟システム全体の見直しをするということと、議論としては分けた方がいいと思う。(第15回 :小早川委員)

公定力とか排他性とか出訴期間の適用の範囲とか、これは結局従来の行政処分という概念を土台にして今の抗告訴訟制度ができており、その土台をそのまま使うのか、それとも何か別のものに置き換えるのかという話になる。ごく抽象的に言えば、いろんな形で落とし穴や権利主張の制限があるのは行き過ぎではないかという程度の話であれば一致はするかもしれないが、ではどういう基本設計に切り替えるのかはなかなか一致がないという印象を持っている。(第15回 :小早川委員)

#### 【芝池委員】

主観訴訟のあり方をどのように考えるかが、この検討会の課題になると思う。先程の意見のように、主観

訴訟を権利保護の見地からのみ捉えることは疑問だ。例えば環境訴訟をとっても、権利保護と行政統制という両面を持っている。また訴訟を起こす者が単純に自分の権利保護だけを考えていることはなく、将来、間違った行政が行われないようにという期待を込めて起こす場合が多いとも考えられる。(第8回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

意見書では、行政事件訴訟法そのものではなくかなり幅広く問題提起がなされているので、本来のこの検討会の命題が「司法の行政に対するチェック機能の強化」であるということの認識を再確認してはどうか。(第6回 芝原委員)

意見書で書かれている行政訴訟に対する問題意識は、現行の行政事件訴訟法に内在する行政庁の優越的な地位への疑問、行政計画等の新たなタイプの紛争に対する手当ての問題、行政事件の専門性に対応した裁判所の体制整備の3点だ。チェック機能という意味で、行政訴訟の提起は、主権者である国民の当然の権利行使でもあり、行政活動の改善、向上ができるから、不可欠な活動と積極的に捉えてもいいのではないかと。(第6回 芝原委員)

議論の基本的スタンスとして、行政活動について適法性確保の強化が必要ではないか。また、法的安定性の要請、行政の第一次的判断権の尊重、政策的判断への不介入の必要性、あるいは現状の妥当性をもう少し厳しく吟味していいのではないかと。(第6回 芝原委員)

行政訴訟の問題点としては、(1)権利救済の機会が制約されていること、(2)適切な救済が与えられないこと、(3)行政訴訟を持つ適法性コントロール機能が十分発揮されていないことである。それについて、どういう方向で議論すればいいのかについては、(1)権利救済の機会拡大 = 行政の行為を争う場合と私人の行為を争う場合とで、訴訟へのアクセスの閾口の広さがあまりに違いすぎるので、整合性をとるべきではないかと、憲法上保護された利益であっても、制定法の規定で言及されていないならば訴訟を提起できないのか、訴えられる側が訴えることのできる人の資格を決める現行法の在り方が問題ではないかと、(2)適切な救済の実現 = 裁判を受ける権利には、最も望ましい類型の判決を求める権利も含まれるはずであり、行政の第一次的判断権を一定程度尊重しつつ義務づけを認めるべきではないかと、行政立法や行政計画の審査はなかなか難しいので、手続的な面からの審査をすれば実効性が上がるのではないかと、(3)適法性コントロールの拡大 = 環境問題や消費者問題は、国にとって重要な政策課題とされているにもかかわらず、訴訟ルートでなかなかチェック・コントロールすることが難しいということは問題であり、もう少し議論してもいいのではないかと。(第9回 芝原委員)

行政活動の適法性確保の視点については、現状は拘束力あるルールは、国会等に限定されているが、もっと広げる必要があるのではないかと。対象についても、行政立法、行政計画等には拘束力ある手段はなく、行政手続法の対象を広げることも考えていいのではないかと。国民の権利利益の救済の視点については、裁判所を中心としたルールにほぼ限定されている。対象についても、行政計画、行政立法についてはやはり、行政処分が出る前の段階での早期救済ができないのではないかと。(第9回 芝原委員)

今まで、個別的、法律技術的な議論をしてきたが、個別個別で最適な、あるいは最善な個体の集合体が全体として最適かというのは合成の誤謬で、実はそうではないという理論がある。こういう制度設計をするに当たっての基本的な設計があって、個別的議論の是非をこれから問われるべきだと思うが、ベースになる判断基準のすり合わせがまだできていないので、右に行くのか左に行くのかというときに、1個1個ではなくやはり基になる基本的な設計思想に合意がないと、それぞれがぶれてくるのではないかと。(第14回 芝原委員)

現行法のいろんな議論になっているところについて、一種の穴埋め、あるいは抜けている部分、不足している部分を埋めていくということに主眼を置いてこの法改正を考えていくのか、そういうものとは全く思想を変えて、新法的に作って構築していくのか。この辺りの認識の議論もまだできていないので、結局アプローチの仕方が全然違ってくると思う。その辺はまだ全然認識が一致していないのではないかと、あるいは議論がされていないのではないかと感じている。その辺はおそらく今後、個別論を取りまとめていく上での一つのスタンスとして非常に重要になってくるのではないかと。(第15回 芝原委員)

#### 【成川委員】

司法改革の中で行政訴訟が取り上げられているのは、今の日本の行政が大変不透明で非常に肥大化しているのに対して、しっかりした法律に基づく行政をどう確立していくのかという意識があったからだ。行政の内部的チェックには無理があり、外からのチェック機能が、公正で、国民の納得できる形で行われているか考える必要がある。その意味で、行政の適法性がしっかり担保されているかどうか、その中で国民の権利利益がしっかり確立しているかどうか、チェックシステムとしての司法の現状を分析し、それに沿う形での改善課題について、是非検討頂きたい。(第6回 成川委員)

#### 【萩原委員】

検討の進め方については、本年度それほど時間がないので、周辺の整備がある場合とない場合の二本立てで検討し、結果として、行政訴訟制度以外の様々な周辺について整理されず、最終的に現実的なアプローチで結論を出すことになって、それについて大枠の外側のところに必ず明記してほしい。(第6回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

短期間に大量で密度濃く検討するのがベストだが、行訴法改正を今回1年半あるいは1年強でやるのはかなりアクロバティックなので、2段階のような形も是非、検討し、もし必要なら例えば3年とか5年先ぐらゐまでに別の機関なりに引き継ぐような課題まで是非、整理してほしい。検討の際には、訴訟類型・訴訟の技術的事項よりは、今の行政訴訟制度で、この点で落とし穴が多い、この点で間違いやすい、この点で不自由しているから直す、という機能的アプローチを是非とってほしい。また、武器対等の観点での問題意識はあってもいい。(第6回 福井(秀)委員)

行政訴訟の存在意義に係る話だが、現在の行政訴訟は、権利救済と適法性コントロールという二兎を追う形の制度になっているが、そこがはっきりしない。一般的に公共政策では目的が2つ以上あるときには手段も2つ以上用意せよというのが基本定理だが、行政訴訟は二兎を追っているのに、取消訴訟という一つの手段でコントロールしていて、どちらにウェイトを置くべきなのかがはっきりしない。目的を分けて、権利救済のために役に立つ行政訴訟と、適法性コントロールのために役に立つ行政訴訟とに観念的に分けて議論した方が生産的ではないか。(第8回 福井(秀)委員)

適法性コントロールの観点だが、事務局の説明だと司法ではないのかもしれないが、だとしたら、そう割り切って、行政訴訟改革の一環として、審議会の意見書にもあることでもあり、やるべきかどうかという立法政策論、ないしは司法政策論として考えていくということではないか。(第8回 福井(秀)委員)

現在は主観訴訟と言ってもあくまでも権利侵害を求めるときに適法性が訴訟物になっているので、渾然一体としているのは当然だ。適法性をコントロールしたいときに権利侵害された人が訴えてくれないと適法性コントロールができず、非常に領域が狭くなるのではないか。適法性コントロールを追求するのであれば、適法性がコントロールできるような手段としての客観訴訟というのがあり得てもいいのではないか、という趣旨だ。(第8回 福井(秀)委員)

#### 【福井(良)委員】

議論の入り口として間口を広げて幅広く議論することは重要だが、ただ、時間は限られているので、ある時期・ある段階では議論の土俵を絞り、当検討会としてのミッションを明確にしていきたい。もう一点、司法改革と行政改革の根は同じという話があったが、行政改革の場合は行政コストの面をかなり意識するので、行政コストという面も意識して議論いただきたい。(第6回 福井(良)委員)

#### 【水野委員】

司法制度改革審議会の意見書は、司法の行政に対するチェック機能の強化が現状では極めて不十分だという問題意識を前提に、本格的な検討をすべきだとまで言っており、行政事件訴訟法の処分性や原告適格の拡大といった小手先の改正だけで終わってはならない。意見書を出発点として、改革の全体像を検討会で具体的に示していくべきだ。憲法は三権分立で、三権のチェックアンドバランスの上に成り立っているが、司法の役割は、憲法適合性あるいは法適合性を判断することにあり、その役割を特に行政面で強化する必要があると意見書はいつている。(第6回 水野委員)

訴訟制度は当事者が対等でなければならないのが訴訟の大原則だが、行政訴訟については、審議会の意見書において「行政庁に対する信頼と司法権の限界性の認識を基礎とした行政庁の優越的地位が認められており、その結果として抗告訴訟が制度本来の機能を十分果たし得ていない」と指摘されている。当事者対等な訴訟制度にしなければならない。(第6回 水野委員)

訴訟制度は実効性のあるものにする必要がある。今の行政事件訴訟は非常に広範な裁量権が認められており、裁量権の壁に阻まれる、あるいは訴訟をやっていくうちに、すべての事業が終わって訴えの利益が無くなったとか、あるいは訴訟の形式が非常に複雑、技術的なために紛争が一回では解決しないといった問題がある。(第6回 水野委員)

訴訟というのは、当事者が対等でなければならないのが本来の大原則だ。それは民事訴訟の教科書でも訴訟の大原則として掲げられており、当事者の対等を欠く訴訟は、根本的に訴訟制度としての欠陥があると言わざるを得ない。しかし現在の取消訴訟の制度は、行政処分というのは一応適法であり、違法を主張しそれを裁判所で認めてもらって初めてそれが違法として効力が失われることになっており、これはまさしく行政優位の思想に基づくものだ。抗告訴訟という呼称もそこから出てきている。行政というのは国の機関あるいは地方公共団体等になるから、法を犯さないという考えを前提にしているのかも知れない。確かに大多数の行政処分というのは適法に行われているだろうが、その中で、違法だとして、国民が訴えてきているものは、かなりの確率で違法だと考えるのが、常識だと思う。したがって、大多数は適法であるという前提で訴訟制度を考えるのはそもそも誤りだ。こういう観点で見直す必要があると思う。(第13回 水野委員)

#### 【深山委員】

新しい訴訟制度を考えるときの大前提として、憲法上の枠組みがどうなっているのか前提として考えざるを得ない。また、従前の制度の在り方に固執しては意味がないが、ただ全く類例のない制度を新しく作るわけではなく、変える前提としての一つの法文化としての行政裁判制度は持っているわけで、それら従来の制度との連続性・法文化の承継といったことも考え、いいところは生かすことを考えるしかない。(第6回 深山委員)

**【塩野座長】**

意見書にある「法の支配」という言葉は何であるか、よく深めて行きたいが、抽象的に法の支配は法治主義とどう違うかなど議論するよりは、例えば、最高裁のいう「法律上の争訟」が、実は我々に付託されていると思われる「法の支配」から少しずれているのではないかというような具体的な場合で話題になれば是非挙げていきたい。(第6回 塩野座長)

我々に与えられた課題は司法による行政に対するチェック機能を議論することだが、そのときに、権利救済と、行政統制という大きく二つの意味があり、その組み合わせが問題である。その際、国民が司法でのチェックを求めるアクセスポイントがどこなのか、あるいはアクセスしやすいようにするにはどうすべきか、視点を国民に置いて考えることが重要だ。(第6回 塩野座長)

できるだけきちんとした成果物を出して、これだけは外国に見劣りはしないというようなもの、あるいは国民のアクセスが容易になるにはこれだけのものは是非必要だという点を、取りまとめていきたいと思うので、自由に意見を交わしていただき、しかしまたそこは色々な意見が出るということを踏まえた上で、意見をまとめていただきたい。(第6回 塩野座長)

行政の統制には他にも色々なコントロール手段が増えているが、小さなコストでいかにいいコントロールができるか、司法権が幅広くなればいいというものでもないので、どういう組み合わせが必要か検討する必要がある。ご意見を十分に承りながら、今後も議論していきたい。(第8回 塩野座長)

## 【 行政訴訟制度の趣旨・目的】

### 【小早川委員】

行政訴訟の目的として、権利利益の救済と行政の適法性の維持ということ、あまり分けて考えない方がいいと思う。制度の立て方として、純粋な客観訴訟制度を何らかの政策的な理由で設けることはあり得るが、この検討会でやるべき主たる方向は、司法がやるべきことを今までやってきていないのではないかと、司法が不満をなかなか吸い上げてくれないのではないかと、どの国民の不満があることをよく考えることだ。国民にとっては、結局自分の権利に関係がある部分についてどうなっているのか、ということだろう。「法」というのは「権利」とそう違いはないはずで、法で定められた権利が違法・不当に侵害されるから権利が侵害されるということであり、今の行政訴訟も基本的にその筋で考えていいのではないかと。したがって国民の権利については、財産権のようなものでなく薄まった利益でも重要であり、それを守るのが行政法のミッションだから、そういった利益についてもきちんと訴訟に乗るようにするのが重要だ。その点、現在の判例は狭すぎる。(第9回 小早川委員)

### 【芝原委員】

座長が権利利益の包括的な救済に主眼を置くといわれたが、もう一つの適法性コントロールの方の機能をどう位置付けるのか。救済措置の集積でもって、結果として適法性コントロールをタイムラグをもってやっていくのだというスタンスなのか、並立的に適法性コントロールも掲げてやっていくのかという辺りはまだ議論ができていないのではないかなという感じがしている。(第15回 芝原委員)

### 【福井(秀)委員】

行政訴訟の趣旨・目的について、今の行政訴訟のシステムは、たまたま主観的利益の侵害があった場合にだけ原則として出訴でき、ついでに適法性も担保される仕組みだが、行政訴訟には権利利益の救済と適法性の担保という目的が2つあり、通常目的が2つだと手段も2つある方が混乱がない。兼ねられる部分は兼ねるにしても、適法性の是正のためであれば、例えば計画統制訴訟、あるいは国民訴訟のようなものが考えられるし、権利利益の侵害を是正するのであれば、民事訴訟の救済との関係で行政訴訟でもどういふ権利利益を守らないとまずいのか、というバランスにも繋がる。(第6回 福井(秀)委員)

権利救済という観点では、主観訴訟の充実が課題になり、その場合、個人にとっての効用の毀滅がベースにあってしかるべきだと思うが、そう考えると今の行政訴訟と民事訴訟を対比すると、ある側面では非常に民事より手厚いが、ある面では民事でできるのに行政では跳ね飛ばされるということがあり、これが二兎を追っている反映だ。適切な民事の主観的救済のあり方と対比し、同じように困っている人に同じような救済の手を差し伸べるという仕組みで整理するのが主観訴訟の場合に非常に重要だ。(第8回 福井(秀)委員)

### 【水野委員】

行政訴訟の役割の一つは国民の権利利益が侵害された場合の救済であり、これは100%十分な制度でなければならないが、極めて不十分だ。もう一つは、適法性の是正・行政統制の強化であり、いわゆる国民の権利利益にかかわらない分野における違法な行政については、司法が是正する以外に、司法にはそういった機能が与えられるべきだ。要するに、客観訴訟(例えば国民訴訟)により違法な行政に対するチェック機能が強化される面が非常に大きい。(第6回 水野委員)

行政訴訟の目的は権利救済と適法性のコントロールの2つだとされており、その二つは一応別の目的のような印象をこれまで持っていたが、いわゆる主観訴訟は権利救済であると同時に、違法な処分を是正するという違法性コントロールの機能もあり、また、いわゆる客観訴訟は、外国法等の報告を聞くとも主観的な利益が入っているということであり、2つの目的が非常に相対的で明確に分けるのはなかなか難しい。外国法の報告を聞いて、主観的な利益をもう少し柔軟に考えるべきだと感じた。(第8回 水野委員)

行政訴訟については、行政による国民の権利利益の侵害の救済と行政の適法性の確保、と言われているが、この一番根本的なことについて、何らかの意思統一をして、そういった条文を設けることを検討すべきではなからうか。併せて、行政訴訟に関する法令解釈の指針を示す規定を考えるべきではないかと思った。(第13回 水野委員)

**【B 行政訴訟と民事訴訟の関係】**

**第3 取消訴訟について**

**【 行政訴訟における取消訴訟の位置づけ】**

に掲載

## 第2 行政訴訟の対象及び類型について

### 【 行政訴訟の対象】

#### 【小早川委員】

一般国民が何を期待し、何がフラストレーションになっているかの具体的な事実を共有することが必要だ。例えば、環境訴訟や、街づくりの争いに際して、住民として訴訟を起こしたいが、うまくいかない、また、補助金が要綱に基づいているために、救済の道が突然なくなるのは困るという感覚があることもわかる。さらに、通達、要綱等を争わせてはどうかという問題もあるが、通達一般が問題なのではなく、何が問題なのかというレベルで、まず議論したい。(第8回 小早川委員)

日本の行政訴訟がなぜ国民の要求に応えられていないかについては、やはり官憲国家的伝統があり、行政庁にまかせておけば安全で、よほどのことがある場合に裁判所の救済を用意しておけばそれで足りるという発想があるのではないかと。また、戦後、日本の行政訴訟が司法に一元化され、行政訴訟が民事訴訟の特例と位置付けられた結果、民事関係で保護されるべきかちりとした財産権、人身の自由を主とする権利を行政権に対して保護することに行政訴訟のミッションのコアがあると考えられて、その結果、その周辺領域の、国民生活に関わっている部分の行政を捉えきれなくなっているのではないかと。(第8回 小早川委員)

今日のこの資料1-6は非常にメッセージが強いと思うが、読んでいて、私が30年前に書いた助手論文を思い出した。民事関係というのは権利の体系であり、それは人が人に対して何を要求できるかという言葉で、よく表現できると、それが請求権であるということで、このペーパーは行政上の事象についてもそういうふうにしてすべてを請求権に還元、昇華させると言うか、この請求権というカテゴリーで表現できるし、それで制度を作るべきだということに言っているようだ。30年前にやはりそういうふう考えた。考えたのだが、それでいい制度ができるのだろうかということ、結局はそうは思わなかった。それはどういふことかと言うと、自分では段々わかってきたと思っているのだが、請求権にうまく整理しきれないような人間にとって何か大事なもの、社会的な保護されるべき個々人の、あるいは各事業者の立場があって、そういうものを請求権とはっきり言えて判所が助けてくれれば、それでいいが、裁判所がうまく助けてくれないようなものがある、もし行政というものの存在価値があるとすれば、そこにあるのではないかと。そういう意味で、100%法的ではないのだけれども、そこを何とかカバーして、行政がうまく働いてくれれば、その分国民は幸せになるということがあって、現実の行政はそうではないのかもしれないが、それをどうやって行政の本来期待する役割をきちんと果たさせていくか、そこが行政法の問題でもあり、行政訴訟制度だということに思う。その結果、訴訟で守られるものは請求権になってしまう。それはそれでいいのかもしれないが、頭の順序としては逆でないかという気がする。そういうふうにも今考えている。ただドイツでは請求権思想というのは大変強い。今はちょっと違うのかもしれないが、私が勉強した頃には非常に強かった。請求権で全部考えるのであれば、それは民事訴訟で行けばいいのではないかとということになるが、ドイツではそうではなくて、行政裁判所が現にある。だから行政裁判所と行政機関が相互に役割分担して、裁判所の方は請求権ということで、自分の口出しをしていく。その役割分担でもって、全体として国民のための行政が遂行されていくということだったのではないかと。日本で請求権、請求権と言ってしまうと、では民訴でいいのではないかとということになりそうなのだが、そこはドイツと制度的な前提が違うのではないかと。もちろんこのペーパーの最初の書き出しの前提にあるように、民訴から離れて行政に特有の訴訟制度を作ったために、実は守られるべきものが守られなくなってしまうのではないかと。ということがあるとすれば、それはまずい。守るべき権利利益、これは憲法上の人権と言ってもそう遠くはないのかもしれないが、別に憲法にこだわる必要はないので、守られるべきものを守る、そういう制度であることは必要だが、そこへ行く道は必ずしも請求権思想のみではないのではないかと。そういうふうな感じする。(第14回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

公権力という概念は、歴史的に言うと、日本では行政の活動のうち、非権力的なものは民事関係に、訴訟の世界に持っていくということが行われて、結局残ったのは公権力の行使で、その観念を中心に行政訴訟制度を組み立てるということになったと思う。これからは公権力の行使という観念を軸にしないで、行政訴訟制度を考えていく必要があると思う。その場合、最も重視しないといけないのは公益か、住民の利益ということ、それから行政の責任に着目して、制度をつくる必要があるのではないかと考える。技術的な話になるが、取消訴訟制度というのは直接攻撃訴訟と言われており、行政の活動を直接的に攻撃するという点で、一つの民事訴訟にはない特別性があるので、それを活用していくということにならざるを得ないのではないかと。(第14回 芝池委員)

#### 【成川委員】

欧米では当然訴訟となるようなケースについて、今までの日本の判例で却下や棄却された例に根拠があればいいが、合理的な理由がないなら、改めていかなければいけない。国民が裁判を受ける権利は広くし

なければいけない。狭い理由が行政の特殊性ということにあるのなら問題だ。(第8回 成川委員)

行政訴訟とはどういうものか色々考えさせられたが、基本はやはり行政の行為により国民が受けた侵害あるいは権利を是正するか、そして行政行為自身がやはり合法的に国民がしっかり支持できるように正す、司法の場でチェックする、そういうシステムではないかと受け止めた。具体的なシステムについては行政の決定なり行為があったことに対して国民の側から異議を申し立て、当事者自身が一番そこで権利の侵害、利益の侵害がされたということで、申立があることが具体的な争点が明らかになるので、行政訴訟法というのはそのときの手続をやはりしっかり定めておくという意味で必要があるのではないかと。民事との違いはやはり一方の当事者が行政で、力を持っているということで、なかなか対等の、普通の民事の訴訟関係ではない特色があるという点について、しっかり行政訴訟法の中で明確に書いておく必要があるのではないかと考えた。(第14回 成川委員)

国民の権利なり利益に関するという行政の処分という行為が、現行ではかなり、この行政の具体的な処分行為に限定されており、計画とか、いわゆる行政立法と言われているような政省令なり通達などについて必ずしも、原告の申立について受け止めきれていない制度になっているという点がある。ここで、多様な手法が用いられているか、ということだが、この辺のチェックについては原告が自主的にこれによって権利なり利益を侵害されているというところのチェックを重要な要件として違法適法性の判断を考えていくのが大事かと思う。そのときにどうも今の法律上の利益論で原告の主張がこの法律というときに極めて個別実体法的になっていて、国民から言うとなかなかわかりにくい。やはり権利なり利益というのはもちろん個々の実体法でしっかり書かれていなければならないと思うが、それと同時にやはり国民の側から見ると、権利については憲法等で規定されている人格権とか財産権とか生存権とか、そういう点からも当然申し立てられるというのが国民にとっては行政行為の違法性への申立てとしては非常にやりやすいという感じを持っている。(第14回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

一昨日の最高裁判決で「行政上の義務履行を求める裁判は法律上の争訟ではないから訴えられない」とされたのは大変面白い判決だと思った。その解釈の適否はともかく、最高裁が「行政上の義務を行政代執行法以外のルートで求めるための特別の法律がないとできない」と言った以上は、推進本部の役割に入るならば、そういう制度の検討も、具体的課題として意味があると思うので問題提起したい。(第6回 福井(秀)委員)

本日の事務局の資料1-6は、確かにメッセージ性が明確で共感するところが多いが、若干補足すると、公法か私法とか、あるいは公権力の行使か否か、あるいは行政庁の優越性があるか否か、あるいは公定力という概念を前提とするかどうか、さらに行政庁の第一次判断権を尊重するかどうか、一例合い通じる概念がいろいろあると思うが、こういった状況を見極める上での概念としてはともかく、道具性を持つ概念として、こういった概念が流布しているという状況は早く断ち切った方がいい。公法私法、公権力という道具性をもって一人歩きするということはできるだけ今回の立法の機会に断ち切った方がいいと思う。特にややこしいのは公法上の当事者訴訟というのが残る領域にある、と資料にも御指摘があるが、これは残すのであれば形式的当事者訴訟だけに、それ以外の公法か私法かを解釈論で区分しないと争い方が決まらないという領域、どうせ職権証拠調べだけなので、そういうややこしい概念を操作しないと決まらないような領域は廃止した方がいい。さらにその延長線上で感想を申し上げれば、基本的には行政活動についても原告と行政庁は少なくとも裁判の場では対等だということこそ是非出発点にする必要があると思う。さらに推し進めれば、請求権概念を使うかどうかはともかくとして、本来は行政活動についても、民事訴訟で適法違法が判断できないというドグマはないから、行政機関の違法活動についてはもし行政訴訟の手続がなければ民事訴訟で救済する方法が当然裁判を受ける権利という憲法上の権利から存在しているのだということが出発点だと思う。それにも関わらず行政訴訟制度が一定の意味を持つ場合があると思うが、その場合には何故この手続を使う必要があるのかという存在根拠を明らかにして、何で民事訴訟と別のシステムがその場合には合理的なのかということを個別に検証しておいた上で制度化していくべきだろうということこそ是非やっていく必要があると思う。(第14回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

行政訴訟の対象は広げるべきであると思うが、しかし、例えば、行政訴訟の対象になるものが民事訴訟が排除されるとか、出訴期間がかかるということであれば、これは対象を極めて狭くしなければいけないという議論になるだろうし、逆に排他的管轄の認められる領域を残しても、それはそれで別の判断で画するという議論であれば、幅広くしたらいという議論になるだろう。自分は、行政訴訟の対象を広くするが、同じような裁判が民事訴訟でもやれることにしておいて、行政訴訟の対象を広くし、出訴期間をかけるのは、本当に必要な部分だけに限る、という議論をするべきではないかと思っている。(第8回 水野委員)

行政訴訟の対象については、やはり民事訴訟との関係をどうするか議論が先行しないとどうも発言しにくい部分がある。特にいわゆる私法形式をとって行われるものについて、民事訴訟でいいが、行政訴訟でやるのならそれでもいいのではないかと、という議論になる一方で、どちらかでやれということになれば、行政訴訟でない方がいいという議論になる。(第8回 水野委員)

自分がかねて、行政訴訟の改革は「行政事件訴訟法を廃止する」という一条を設けるだけでいいと、半分本気で言ってきたが、今日の問題提起はかなりそれに近いと思う。つまり、権利救済ということで、権利救済の

方法を区別するというのがそれによって、国民の権利利益の包括的実効的な救済に障害が生じないかどうかというのが一番だ。現行の行政事件訴訟制度というのは支障が生じている。私法関係か公法関係か、行政上の法律関係か、そういったことは一つの判断要素だろうけれども、権利救済の実効性の確保という観点から見て、区別する要件として決定的なものとして考えられるかどうかということについても、決定的なものと考えていることで作られている今の制度というのは、非常に疑問がある。国又は公共団体に対しても必要な救済を求める請求権が生ずるといふ考え方、これもそういう考え方をとるといふことも十分可能だといふふうに思う。手続的な違法で行政処分を取消などを求める場合に一体原告の権利利益は何なのかといったふうなことを考えるときに、これはやはり適法な手続によって行政処分を受ける権利があるとでも言わないとしようがない。理由付記が要求されているときに理由付記がない。これは行政処分に適切な理由を付記する権利ということでも言わないと、なかなか意味がないと思う。(第14回 水野委員)

行政決定に対する不服の訴訟という行政訴訟というのは残す必要があるだろう。ただそれはこれまでのような国民の権利利益の救済に支障が生ずるような、形成訴訟という訴訟制度を採用することによって、結果的に正にそのとおりになっているというのが現状だから、やはり是正訴訟ということで、基本的には行政の違法を裁判所によって確認してもらって訴訟だと確認した上で、さらに給付の必要がある場合には給付の判決を求めてもいいのではないかと。民事訴訟は給付訴訟が原則で、確認訴訟は例外だが、場合によれば是正訴訟というのは確認訴訟が原則で、給付訴訟が例外というふうに規定してもいいと思うが、そういう制度設計にして、今の弊害を取り除くべきだと思っている。(第14回 水野委員)

#### 【深山委員】

何らかの手当をするしないとは別に、素材としてこういう例がある、あるいは日本の行訴の実効性が上がっていない例と言われるものを初期の段階ですらっと挙げていいのではないかと。(第8回 深山委員)

## 【2 行政訴訟の種類】

### 【小早川委員】

資料11頁 で、多様な紛争形態が多いから訴訟類型を設けるべきであるとの考え方があるがどうかとされているが、紛争形態が多様なのは当たり前であり、それに一々訴訟類型を考えていくのは意味のない話だ。何人かの委員からも発言があったが、自分も訴訟類型というのはあまりない方がいいと思っている。(第8回 :小早川委員)

### 【芝池委員】

第一次的判断権というのは権力分立の国ではある意味では当然のことであると思っている。問題はどいう訴訟を認めるかということだ。抗告訴訟の概念 範疇をどう考えるかだが、今後の議論で問題になってくると思われるのは義務付け訴訟や予防訴訟であり、ただそういうものは作為義務なり、不作為の義務の確認訴訟になっている可能性があり得、そうすると、当事者訴訟に近づいていく可能性がある。今の段階で抗告訴訟という範疇を設け、その枠内で議論するというはしない方がいいだろう。(第10回 :芝池委員)

### 【芝原委員】

行政事件のためだけの特別な訴訟類型を置く意義・必要性を、もう一遍考えることも必要だ。(第6回 :芝原委員)

### 【福井(秀)委員】

行政訴訟の種類については色々あり得ると思うが、種類が増えて行政事件訴訟法が却って使いにくくなる元も子もないので、実質的救済に寄与するような考え方が非常に重要だ。(第8回 :福井(秀)委員)

### 【水野委員】

訴訟類型をきちっと決めてしまうのがいいかどうか、若干疑問を持っている。訴訟類型を定めないと裁判所が乗ってこないという議論もあるのかもしれないが、あまりきちんとしていく方がいいかどうかについては、もう少し議論をする必要がある。訴訟の種類としては柔軟な形で認めていく。訴訟種類の議論は当然必要だが、がちがちなものにしないという配慮は絶対必要だ。(第8回 :水野委員)

### 【深山委員】

客観的な資料ということに努めすぎた結果、何を議論して欲しいのかよく分からない。例えば計算尺の判例など、何故これが救済できないのかというケースが10箇所、20箇所出てくるが、そのためには紛争の種類を増やすのか、取消訴訟の原告適格を拡大するのは、その次の問題だ。普通、立法というのは、ここがおかしいから変えたらどうか、せめてこれだけは救えるようにしようという合意がどこまでできるか一当たり議論し、その上で、そのために訴訟類型を考える必要が本当にあるのか、運用だけでもいいのか、ということだと思う。今までこんなケースは駄目だったが、それは救うべきだという話になれば、後は理屈をどう考えるかということになる。(第8回 :深山委員)

### 【塩野座長】

従来、通達一般とか、行政指導とか、カテゴリーで考えられてきたものについて、個別の紛争に即した形での裁決の仕方をもっと考えてみるべきではないか。取消訴訟で救えなくとも、たとえば検討資料12頁の処分以外の行為を対象とする行政権限行使の違法確認の訴えなどで、個別の救済に即して違法な問題のチェックができるということをもっと考えるべきではないか。そうすると、例の計算尺の事例などは認めてくれるのではないかと。しつこい行政指導については、ある段階で違法確認、損害賠償請求という形でやっでいいのではないかとというのが私の理解だ。(第8回 :塩野座長)

従来、法定外抗告訴訟はあまり認められていないということをも前提とすると、法定抗告訴訟と当事者訴訟というカテゴリーではなく、もう少しこんな請求の仕方をし、こんな判決を貰いたい、ということをも柔軟に考え、できるだけ幅広く取り入れたい。その後で、それをどう訴訟類型として料理するか、それこそ法律の専門家の話だが、類型とすると日本人はその類型以外には認めないという癖が出てしまう一方で、類型で挙げておかないと最高裁が認められないという傾向があり、大変悩ましいところだが、最後は何とか決着をつけたいと思っている。(第8回 :塩野座長)

行政事件訴訟法の訴訟類型については、違法な行政に対する国民の権利救済を実効的にするという観点ではいかなる救済手段が認められるべきかという救済の視点からの検討が必要だ。その意味で、必ずしも個々の訴訟類型について、どいう問題があるかという点だけでなく、国民が行政活動によって生ずるいろんな権利利益の侵害について、国民の行政に対する救済を求める基本的な権利をどのように定めるかという根本的な視点、グランドデザインを常に頭の中において議論をしないといけない。(第13回 :塩野座長)

〔抗告訴訟という訴訟類型の意義〕について〕

#### 【市村委員】

行政機関が与えられた行政権限をまず行使した上で、それによって法律上の権利利益が侵害されたとする者の取消しの訴えを待ち、そして司法が初めてそこへ発動する、関与していくという仕組みだと思うが、第7回の検討会で、フランスについて橋本教授から「言葉遣いとしての行政庁の第一次的判断権の尊重という言葉はないと思うが、決定前置主義は原則であるから、ある種、そういう考え方がある」との説明をいただいたし、中川教授から「第一次的判断権に関しては行政機関が権限を与えられているのだから、まずなるべく判断をせよ、その後から裁判というのが一般的な理解としてある」との説明をいただいたことから見ると、仕組みとして順番にやっていくのが一応の原則だということは何も日本だけではないのではないかと思う。実際上も、三権分立の基本的な構造からすると、まず行政権の発動があった後、それを司法審査していくということが分かりやすい、あるいは、その守備範囲に一番叶うものであるという考え方が一つあると思う。また実務的にも、行政が持っている行政裁量的なものが留保された段階で、司法権がある仮定的な対象というものを持って、ある、また仮定的な前提を置きながら判断するということは技術的に非常に難しいという気もするので、取消訴訟中心主義と言われている現行の考え方は、原則的な形態としては非常に合理的なものではないかと思う。ただ、あまりにもこれを強調しすぎるから、その裏返しとして、そこからこぼれ落ちるもの、例えば義務付け訴訟のようなものの救済が狭かった、という指摘については、本当に必ず反省して、考えなくてはいいけない。

(第10回 市村委員)

第一次的判断権については、実体上、これが効率的な判断順序だと扱っている原則的な形態を言っているのであり、何も第一次的判断権というのを絶対不可侵な、権利が絶対どこかにあるんだということを主張しているつもりは毛頭ない。どれだけ効率がいいか、あるいは救済に最適かという議論で進めていただけたらいいと思う。(第10回 市村委員)

#### 【小早川委員】

事務局の資料は、取消訴訟という訴訟類型を定める他に、それを含む上位概念として、抗告訴訟という類型を作っておくことが必要かどうか、との問題意識で書かれているが、その前提として、「司法権は行政権の行為を取り消し変更し、またはその無効の確認をするに止まるべきである」という田中教授の行政庁の第一次的判断権の尊重の見解が書かれているが、これは抗告訴訟は取消訴訟プラス無効確認訴訟以外の何でもないとする説で、そのような田中説を引いて、最後に取消訴訟以外に抗告訴訟が必要かという問題提起をしていることの意味がよく分からない。この田中説は取消訴訟イコール抗告訴訟ではないかという理解もできる。(第10回 小早川委員)

自分は、昭和37年に至る立法過程の議論を繰り返す必要があるかどうか、それがどの程度意味があるか分からないが、ただ、ここで田中説を引くのであれば、それと違う抗告訴訟についての当時の考え方を比較参照する必要があるのではないか。典型的なのは白石判事の抗告訴訟についての考え方であり、取消訴訟だけではなく行政上の権限の存否の確認が抗告訴訟の本質であるということを書いていたものだ。そういう考え方も出すべきだ。(第10回 小早川委員)

日本で第一次的判断権というのはそんなに強く一律に言われているだろうか。田中教授だけではないか。実際上、行政というのは、まず何か行政が動いて、それに対して、あるいは行政と市民との間で何かやり取りがあって、そこでごたごたが起きるからそれで訴訟にくるといのは極当たり前の話であって、そういうものをどういふ訴訟形態で受けたいかということで議論されているわけであり、最初から第一次的判断権はどうかという形で議論しているわけではないと思う。(第10回 小早川委員)

#### 【福井(秀)委員】

第一次的判断権の尊重自体はそのとおりだと思うが、それが取消訴訟中心主義を導き出す前提で、一人歩きしているところに前から大変違和感を感じている。第一次的判断権を尊重するのだから取消しまでしかできない、という回路が極めて短絡的という気がしており、熟度が高ければ、もう給付を求めるのと同じだと思う。それをなぜ、最後の形態でやらせていけないのであろうか、他の選択肢はないのか、という場面が多々あると思う。取消訴訟中心主義の前提でこの第一次的判断権のドグマが流通してきたところは、田中説を捉える上での反省、批判的に検証すべきところではないか。(第10回 福井(秀)委員)

取消訴訟という名称あるいは類型については、取消訴訟という形成訴訟の名称なり、ドグマに必ずしもとらわれる必要はない。処分といっても特別なものではないと考えると、違法行為の除去、確認、あるいは一定の処分の発動、やり直しを求める、といったこと全でまとめて、何らかの形で争えと機能的に捉えればいい。先ほど、排他性はそれほど重要でないとの趣旨で申し上げたが、排他性が広がらないのを前提に、もし縮まるなら縮まった方がいいと考えているので、訴訟形式の本質が形成か、確認かよりということよりも、違法確認も、義務づけも、あるいはやり直しもできるという選択の上で、同じことが争点、訴訟物であるなら、色々なやり方ができた方が一般的には便宜にかなうと思う。(第13回 福井(秀)委員)

公定力あるいは取消訴訟中心主義の見直しという点では、中心主義そのものは行き過ぎではないかという辺りは少なくともかなり一致しているのではないかと思う。公定力廃止まで行くかはともかくとして、取消訴訟の排他性については、現在の排他性がやや過度ではないか、例えば大阪空港判決のようなものに取消訴訟

の排他性が及ばされたのはいろいろ問題が多いのではないかという辺りは少なくとも一致しているのではないか。あとは排他性をどういう行為に認めるのかということも、各論ではいろいろ議論があるところだと思うが、排他性が認められる行政処分の領域をそのままの集合体として維持すべきかどうかという点はもう少し絞ってもいいのではないか、どのくらい絞るかについてはいろいろ各論になるが、少なくとも排他性の行政行為の類型をもう少し絞ってもいいのではないかという辺りはある程度一般的なコンセンサスはあるように思う。(第15回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

抗告訴訟についての田中教授の論法は、抗告訴訟というものがあり、抗告訴訟がなぜ抗告訴訟と呼ばれているかというのはこういう面だった、そうだとすればこういうものは入らない、という論法であるが、今はこのような議論は通らないのではないか。行政の処分というのがまず適法にあり、それを国民が訴訟で取り消しなり無効確認なり、何か公権的な判断をしてもらえなかったら効力がなくなる、という考え方は是非改めるべきだ。(第10回 水野委員)

それとは別個に、やはり三権分立なので、行政権の第一次的判断権は一定程度尊重するのは当然だと思うが、現実には、訴訟になってくるケースにおいて、第一次的判断権が侵害される、あるいは第一次的判断権がなされていない、というケースはほとんどないのではないか。つまり、実質的には第一次的判断権がなされているから訴えが出てくるのだと思う。例えば、何らかの不利益処分がされたときに、取り消しだけではなく義務付け訴訟にするケースであっていい。例えば情報公開の非公開決定が違法である場合に、非公開決定の取り消しではなく公開せよと言ったらいい。税金について、更正の請求をしたが、処分庁が更正の請求を棄却したときは棄却処分の取消訴訟だが、そんなものは裁判所がさっさと更正すると言えば、一回で済む話だ。今、漠然と第一次的判断権で駄目だと言われている訴訟について、かなりの部分は第一次的判断権というのは減ってきている。それから何らかの処分を求める訴訟についても、今は不作為の違法確認だけが、一定程度の、裁判所が違法と考える期間処分をしない場合はそれなりに第一次的判断権がある程度示されていると言えるので、申請の中身によっては裁判所が処分の給付を命ずる給付判決をしても良いようなケースがたくさんあるのではないかと思う。(第10回 水野委員)

それから、申請に基づかない処分を求める、規制措置請求のようなものについて、大気汚染防止法で規制してくれとさんざん行政庁に言っても規制しない状況の中で、規制措置請求を求める裁判をしたときに第一次的判断権が侵害されているのかといたら、決してそんなことはないと思う。だから、行政庁の第一次的判断権は最大に尊重するべきだと思うが、現在、訴訟の場で言われているような、現実には第一次的判断権が侵害されるようなことになるのはケースとしてほとんど考えられないのではないだろうか。第一次的判断権をあまり強調するのは如何なものかと思う。(第10回 水野委員)

例えば滋賀県で裁判所が情報公開条例の非公開決定を取り消したが、滋賀県は公開せずに、別の理由でもう一回非公開決定をしたケースがある。それに類似した裁判例も何件もある。裁判所は、これを公開するのに何ら問題はないという判断ができれば、それをするのが直截的であり、それをやっはいけない理由はどこにあるのか。裁判所がそれをやるのは大変だとのことだったが、ケースによって取消しに止めるべきケースもあり、全ての場合に給付判決をしると言っているわけではない。前回申し上げたが、取消訴訟というのは形成訴訟と考えるべきではなく、違法確認訴訟の一つの類型として捉えるべきだと考えている。行政庁が一旦決定してきたけれども、行政庁に差し戻すというケースがある一方で、裁判所が判断したって何らおかしくないケース、つまり、差し戻してもどうせそういう処分をするしかないから、もうここで処分を命じるという自判があってもいいだろう。取消訴訟、義務付け訴訟などという訴訟類型ではなく、訴訟類型としては、行政の違法を争う裁判、その熟度に応じて、判決主文としては差し戻しをするか、あるいは自判をするか、という考え方がいいのではないだろうか。今、高裁の運用はそのようにされており、最高裁でも一緒である。それと同様に考えればいいのではないだろうか。それは、例えば建築施設の許可を求める仮処分なんかだと、ごみ焼却場について期間を限って停止したケースがあるが、そのように柔軟に考えて、事案に応じてやっはいけばいいのではないか。(第10回 水野委員)

取消訴訟中心主義については、行政処分の公定力や取消訴訟の排他的管轄が言われているが、その結果、取消訴訟がやれる場合には民事訴訟、当事者訴訟ができない。あるいは義務付け訴訟等の給付訴訟ができないということがある。それから、出訴期間によって当然に訴えが制限されることになる。他方、取消訴訟は形成訴訟であると理解され、それといわゆる公定力、取消訴訟の排他的管轄が当然のごとく結びついていて、あるいは出訴期間の問題が結びついていて、これが現状であり、そこを根本的に変えていかなければいけないというのが自分の問題意識だ。(第13回 水野委員)

取消訴訟中心主義の是正の点は、大体みんな一致していると思う。その前提として、被告適格を行政庁から行政主体に変えるということは、ほぼ全員一致したのではないかと思う。それを前提に取消訴訟中心主義の是正という観点から考えると、公定力という言葉をもどく捉えるについてはいろいろ議論があるが、少なくとも現在のような公定力概念を廃止ないし縮小するという方向については一致しているのではないかと思う。そうすると、これまでと同じように行政処分を前提にその取消訴訟という訴訟形態でいいのかどうかという議論に当然結びついてくる。公定力がないのであれば、違法の確認ということでもいいのではないかということ、是正訴訟という名前を仮に付けて提案しており、そこは議論が分かれるところだと思うが、公定力をなくすという方向で今の取消訴訟を考えた場合に現在の形成訴訟としての取消訴訟という形で残すことになるのかどうかという点が一つのポイントだと思う。(第15回 水野委員)

**【塩野座長】**

田中二郎氏の行政庁の第一次的判断権の尊重の理論は、今では少数説かと思うが、非常に有力な説でもあり、行政実務あるいは裁判実務もこれにかなり影響を受けているというところもある。(第10回 塩野座長) 自分の理解は、田中説がかなり有力なので、それ以外の訴訟類型について整理をして、取消訴訟、無効確認訴訟の他にもいろいろな類型があったときに、さらにそれでは抗告訴訟という上位概念を作るかどうか、という議論の出し方ではなかるうかと思う。そして、この田中説で整理しないということになった後で、条文で抗告訴訟として上位概念を作るか、どういうふうに並べるかは、後の法制的な問題として考えればいいのではないか。(第10回 塩野座長)

行政庁の第一次的判断権という考え方は、特に田中教授の行政法を学んだ方々にとっては非常に染み込んでいると思う。この抗告訴訟という言葉については、美濃部先生が行政裁判法という昭和4年の本で「権利毀損に基づく抗告訴訟」と呼ぶと言っている。ただ、抗告訴訟という言葉を使って、行政権限の不存在の確認の訴えも含まれるという説もあるし、義務付け訴訟、差止め訴訟等もこの類型で認められる、という説明ももちろんある。(第10回 塩野座長)

行政庁の第一次的判断権の尊重の考え方は比較法的に見ても存在していないし、現在はそういった学説はないということ的前提にしたい。(第10回 塩野座長)

この場で排他性を備えた行政の決定がないと頑張ってみても、立法者が、これはあると言ってしまったらそれで終わりという問題もある、ということも前提にしないといけないと思う。(第13回 塩野座長)

カテゴリーとして排他性を備えた処分、出訴期間を備えた行政決定があるということ的前提として、それを一般法で書ききるか、それとも一般法にはそういうものがあることを前提として、個別法で一つ一つ整理をしていくか、という問題が一番重要だ。そのときに、排他性と出訴期間を連動させるか、出訴期間の長さをどうするか、期間の猶予を認めるかどうか、という問題がある。その時にも一つ、立法者は日本国の場合には中央の国会だけではなく、3千数百の市長村、47の都道府県、条例制定権を持っている組合があることを前提に考えなければいけない。ただ、そこは、あまり詰めても仕方がない。(第13回 塩野座長)

行政実務に耐えうるような制度設計を我々としても作っていかねばならないが、そのときにおそらく議論の対象になるのは、排他性のない行政決定という訴訟を認め、民訴でも、こちらでも行けるということにすると、コストパフォーマンスはどうか、却って弁護士も困るのではないか、という議論の可能性もある。逆に言うと、行政処分について、処分である以上は教示するというルートを取りさえすれば良いという仕組みが出来上がると考えると、一々実体法で引き直す必要はない、という問題もある。(第13回 塩野座長)

例えば税関の通知の問題については、最高裁が無理無理広げているものだが、もっと端的に自分のところに寄越せという引渡し請求訴訟、または通知の違法確認が可能である、とできればよく、それを是正訴訟の中に入れて法律を作るのか、それとも、先ほどの第一次行政決定のようなものについて取消しを置き、その他のものについてはまた別途受け皿を置くということにするのか、ということだ。重要なのは、どこでちゃんと救済あるいは違法統制ができるかだ。(第13回 塩野座長)

日本国憲法の要請するところでもある国民の権利救済の実効的包括的な救済について、今から見ると、取消訴訟中心主義ということではなかった点があるのではないかと、そういった認識と、そういうことを是正してこうという基本的なところは共通の認識があるのではないかと、というのが自分の認識だ。その点について御意見が一致しているということによるものではないかと思う。御発言がしにくいかと思い、自分の方で一番包括的なことを申し上げた。他の点について、また、今の点についてその認識は間違っているといったことでも、御指摘をいただきたい。(第15回 塩野座長)

**【中川外国法制研究会委員】**

アメリカでは、行政活動の違法があるから司法審査をするので、行政活動がそこになければ訴訟がない、というのが一般的な考え方であり、第一次的判断権のようなものを大きく打ち出す議論はない。日本で言う取消訴訟的なものが多いが、それに限らなければいけないというような強い言葉で表していないところが日本と大きく違う。日本の第一次的判断権という場合に私達が受けるニュアンスと、アメリカで当然、行政活動があって、その違法性を審査するという場合のニュアンスとは随分違う。(第10回 中川外国法制研究会委員)

**【山本外国法制研究会委員】**

ドイツでは、昔は、第一次的判断権と言った者がいたが、今は一般原則の形では言わない。あくまで手続との関係で、その事前の訴訟を起こすということは、取消訴訟の制度にくっ付いている申立前置の制度をスキップすることになるので、それは駄目だろうという議論はするが、一般的におよそ第一次的判断権うんぬんという議論はしない。(第10回 山本外国法制研究会委員)

ドイツでは、裁量があれば、その裁判所の判断を示した上で、処分をやり直してきなさいという判決が出るから、義務付け以外の場合には、裁判所がいわば差し戻しのような判決をすることができる規定があったと思う。(山本外国法制研究会委員)

〔無効等確認の訴え〕について〕

#### 【市村委員】

一応、処分に出訴期間なり排他性なりを設けることを肯定すると、この訴訟は、實際上、時機に遅れて出された取消訴訟ということになる。そして、要件が過重されることによって、バランスが取れており、安全弁になっている。仮に、これを外してしまい、例えば当事者訴訟で、現在の確認訴訟と置き換えられるという議論もあると思うが、そうすると処分について区切りがなくなるというか、歯止めがなくなって、出訴期間がかかるのは無視して、後でその当事者訴訟の中で具体的な事実関係を主張することになり、折角取消訴訟の体系で排他性とか出訴期間を設けてやろうとした意味が薄れてしまうので、やはり、あまり使われないが、安全弁としての無効等確認訴訟は存続している方が実際上の実務的にはいいと思う。(第10回：市村委員)

無効確認をするということは十分機能的な意味があり、その要件にはいろいろと議論があるが、行訴の場合には取消訴訟というものをまず前提に置いて、その後ろ側にこの無効確認という類型があるので、それは民事訴訟と事情が違う。そういう意味で存続していることは十分な意味があると思う。(第10回：市村委員) もんじゅの事件などを見ていると、紛争の抜本的な解決のために有効な手段であれば、確認の利益は認めていくという立場で運用されているから、あとはその文言をそういうものにフィットさせていく方がよい。(第10回：市村委員)

無効確認訴訟は、出訴期間の徒過によって不可争的な効力が生じたといえるもの、あるいは、公定力が生じていると見えるものについて、一定の要件を加重して、その効力の不存在、無効を確認する訴えだと思われるが、民事訴訟の一般理論では、例えば、売買契約の無効確認は原則認められないと言われている。それは、現在の法律関係の確認でやれるのであればそれでやり、やれない場合について、それが適切な方法であればそういう形式を許す、ということで、これは民事の一般理論として定着しているだろう。それと比較して考えると、無効確認訴訟がここに盛り込まれた時代には、あまりその辺を議論されずに、それを肯定したという歴史的な背景があると思う。無効確認訴訟については、最高裁のもんじゅの判例などを見ると、抜本的な解決として一番有効適切であるとき、というメルクマールを立てているが、それは、民訴でいう過去の法律関係についての確認の利益を認める時の理屈と、ほぼ、軌を一にしている。したがって、無効確認の訴えという類型を外したとしても、認められるかどうか疑問だ。むしろ、取消訴訟を維持するのであれば、その中に取り込まれなくなってしまったものについて、処分の有効無効のレベルで、整除しておいた方があとの法律関係を解決するのに資する、と思われるものとして、こういう類型はあった方がいい。ただ、現在の36条の要件が適切かどうかの議論をして頂き、もんじゅの具体的な判断の指標になったようなものを何かしら要件として取り込めないかという気がする。(第13回：市村委員)

#### 【小早川委員】

現在の行訴法の無効確認訴訟というのは公権力の行使たる行政処分を前提とし、まず取消訴訟があって、取消訴訟には出訴期間があるので、その後に出訴期間を例外的に排除する道として、無効確認訴訟を作っている。それとの関連で、他の行政訴訟以外の民事訴訟などとの関係をどうするかということで、36条の訴えの利益の制限も出てくる、というそういう閉じた世界になっている。取消訴訟を、かっちりしたものではなく、もっと広い違法確認の訴えみたいなものにするのだとしたら、また違ってくる。行政処分にならないものについては、法律効果、法的効力の有無にあまり拘らずに事実上の不利益を受ける人から違法確認の訴えができるというぐらいの、入口は一つでも行く先はいろいろ有る、というようなことでいいのではないか。(第10回：小早川委員)

資料(第10回資料1)で引用されているもんじゅ訴訟の最高裁判決の前に、換地処分についての最高裁判決があったと思う。換地処分の区分けの仕方が、従前の土地に対して与えられた土地が照応の原則に反して、区分けが不服である、もう一度やり直せと、まさにやり直せということを求めた訴訟だった。無効確認訴訟が認められれば、拘束力が働く。無効確認訴訟にわざわざ拘束力をつけてあるのはそのためだと思う。これは多分、無効確認訴訟がそれなりに効果を発揮する事案である。そういう働き方を最高裁は理解をして、従来 of 学説判例よりもやや広めに36条の訴えの利益を認めた。そこは現在の法律関係に引き直せないとは思わないが、どちらが分かりやすいかというと、現状でもいいのかなというのが、自分の考えだ。無効確認訴訟は、結論としては、桎梏でしかないの、なくすか、もっと分かりやすいものを作るかだと思う。(第10回：小早川委員)

行政指導一般になると、私人間での勧告なり、指導なり、助言なりとどう違うかということがあり、それを特別の訴訟制度に乗せる必要があるのか、民訴一本でいいんじゃないか、という気もしないでもない。そこは、民訴とするのか、それとも、行政訴訟の中で、取消訴訟とは違う民訴に近い形にするのか。そこは整理の話だ。一般の行政指導ではなく、法律に基づいて勧告するとか、また、行政指導に限らず、法律が行政機関にミッションを課し、基準まで示している場合、それをきちんと守らないで、一般の人が利害関係を持っていて、行政庁がその趣旨に反している行為をした、という時、それは行政庁のミッションに反しているということ、具体的な法律の規定との関係で審査してもらおう、という道を整備しておけば、市民にとって有効なのではないか。それが民訴でできるかということ、恐らく、確認の利益なりなんんりの問題がある。もちろん民訴には訴訟類型問題というのはいないが、ただ、ある程度、権利義務関係みたいな具体性を持ってこない、民事訴訟には乗りにくいと思う。それに対して行政庁が法律違反の行動をとっている場合に、多少早めの段階で、これは行政

訴訟だからということで、判断をしていくという類型を取ることに、意味があるのではないか。(第10回 小早川委員)

無効確認訴訟については、現行法でも、出訴期間を外した取消訴訟という位置付けだと思いで、もし、出訴期間付の処分がなくなる、あるいは減る、とすれば、それに応じて無効確認訴訟の必要性はなくなり、普通の取消訴訟なり是正訴訟なりでいけるということになるが、出訴期間付が残る範囲では、特別の救済としての特別の是正訴訟、取消訴訟が機能的には必要になる、という単純な話だ。(第13回 小早川委員)

36条については、かつての立法者が民事訴訟との役割分担をあまり神経質に考え過ぎたのだから、弁護士がその見分けをきちんとできるようになり、必要に応じてどちらで訴えるかを決めればよい。執行停止、仮処分、第三者効、拘束力なども、そういう自由選択性に付随して、必要な手当てをすればよい。民訴の確認訴訟との横並びの問題はあるが、訴訟類型として行政訴訟に関する制度の中でこういうものを特に定めることについては、取消訴訟と同様に過去の処分の違法性を審査することが、行政関係では意味があるということの認識さえはつきりしていれば、確認の利益の判断は、民訴とは違ってきて当然だ、ということだと思ふ。(第13回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

行政指導などの無効確認というのは、今の無効等確認訴訟は抗告訴訟の一類型であるから、この類型には入らず、別枠の問題ということになる。行政処分の無効等確認訴訟の話に絞ると、出訴期間を長くし、申立の前置主義をなくしてしまうという改革をすると、無効等確認訴訟の必要性はかなり小さくなるだろう。その場合には残すのであれば、その実益を考える必要があるだろう。(第10回 芝池委員)

行政事件訴訟法 36条で、訴えの利益と言ふか、原告適格についての規定が置かれており、これは確認の利益に関する民事訴訟法の理論を受けたものであると言われているが、行政訴訟の場合は民事訴訟の場合と同じに議論できないと思っている。その意味ではこの無効等確認訴訟を残すとすれば行政事件訴訟法 36条の抜本的な改正が要するだろう。(第10回 芝池委員)

無効確認訴訟について、36条を最高裁の判例の線で書き直すという話があったが、いっそのこと、原告適格についての36条のような規定をとってしまって、解釈として最高裁のような考え方を持ち込むことはできないか。(第13回 芝池委員)

不作為の違法確認訴訟については、義務付け訴訟なり、是正訴訟との役割分担の問題があると思う。ただ、義務付け訴訟又は是正訴訟が認められない場合は、不作為の違法確認訴訟を残すことになるが、現在の「法令に基づく申請」という要件は、非常に厳格なので、この規定はなくしてしまい、取消訴訟と同様、原告適格及び訴えの利益があれば、不作為の違法確認訴訟を認めることを考えてはどうか。(第13回 芝池委員)

#### 【成川委員】

無効等確認の訴えについては、民事での訴えがこの36条があるが故にできないのであれば、改めて、民事でもこういう行政の意思決定に対する訴えができる、という形を整えるべきではないのか、と思う。排他性を備えたような行政についても、なるべく民事的手続で権利保護できるものについては、そういう行政を整えるのがよろしいのではないか。(第13回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

無効確認訴訟がなければできないのであれば別だが、民事で争いうるということであれば、類型を残す必然性は必ずしもない。もともと無効確認の対象行為というのは排他性、出訴期間、公定力の問題がないから、無効を争えるようになっていて、その点で十分に差違があると思う。(第10回 福井(秀)委員)

自分は直ちに無効等確認の訴えをなくすべきだと言っているわけではない。この類型があるから訴訟が抑制されるというのは必要性の論理としては誤った根拠だということだ。また、通達などについても一種の違法確認訴訟類型として争えるようにする方が、自然な解決という気がする。(第10回 福井(秀)委員)

通達については、墓地埋葬に関して最高裁の判例が出ており、異教徒の埋葬を拒むことは正当理由には当たらないという通達について争えないという確定判例があるが、もしその通達がおかしいと思ったら、刑事事件を犯し、起訴されてから、有罪無罪で争うしかなく、これは酷いと思う。通達について、直接刑事手続でないと違法適法が決まらないようなものについてまで、通達段階の熟度が決まらない、というのはいくらなんでもひどい。少なくともこういった通達については、事前に、有効無効を確認できるような手立てがあった方がいい。これに関連して、今ちょうど衆議院で審査中の、構造改革特区法案では、ノーアクションレターといって、事前に解釈を文書で示せる、というものもあり、こういうものは一つの解決にはなりうるが、通達で実質的に後々のことを規定していて、あとで権利関係に影響を与えるようなものについては、少なくとも何等かの形で是正できる手段が必要だ。また、例えば外形標準課税のように、課税処分の前で、条例の段階で課税されることが決まっているようなものは、実際に賦課処分がなされるまで、手をこまねいていなければならないというのは、必ずしも合理性がない。似たようなことは計画についても言える。最高裁の判例で、土地区画整理事業計画はあの段階では熟度はないとされたが、後から、実際に権利利益に係る処分、規制が行われることは間違いないので、こういった間違いがないようなもの前提段階については、争わせないとおかしい。(第10回 福井(秀)委員)

無効確認訴訟について、取消訴訟という違法を除去する類型の裁判との関係で、ある程度平仄が合ってい

た方がいい。それは、無効の種類というは、瑕疵の程度が違うだけであり、そのゆえに出訴期間の制約が外れるに過ぎないからだ。その意味で、無効になったとたんに、現在の法律関係でないと思えない、とする必要は、必ずしもないと思う。端的に無効確認で構わない領域については、別に現在の法律関係に置き直せるから禁止する、ということまで言う必要はなく、基本的には選択できるというのが出発点だ。(第13回 福井(秀)委員)

ただ、第三者に関係する、農地買収などの類では、無効の確認だけを求めても、結局はその私人から取り返す必要があり、訴訟経済の観点から二度手間ということもあり得るので、第三者が関わっているものについては、現在の法律関係の裁判を優先してもいいかもしれないとも考える。さらに無効確認訴訟は今、第三者効がないが、執行停止だとあるので、同様に、無効確認でも、第三者効を持たせるようにした方がいい。(第13回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

無効等確認訴訟が行政事件訴訟法に設けられている必要性は全く理解できない。この規定がなかったら何らかの不都合があるのかといったら何にもないと思う。むしろ36条があるために民事訴訟の確認の利益を狭めているという結果になっていて、何の意味もない訴訟類型であると思う。必要があるのなら、どう点なのか、是非教えてもらいたい。最高裁で、課税処分が無効確認を認めたケースがあるが、仮に行訴法に無効確認訴訟という類型がなければ、当事者は債務不存在確認訴訟を起こしたであろう。それによって、もちろん滞納処分を未然に防ぐことができる。それがこういう行政処分の無効確認訴訟という類型があるばかりに課税処分の無効確認訴訟という選択肢しかなく、それが訴えの利益があるかという議論になった。現在、納税義務が不存在であるという権利義務の確認の訴訟が本筋であり、わざわざそれは行政処分の無効確認訴訟でないという必要性は全くないだろうと思う。それからしても、この類型を行訴法に残すというのは全く意味がないと思う。(第10回 水野委員)

行政処分自体の無効を主文で言ったもらった方が、抜本的な解決としていいというケースはあるかもしれないと思っているが、そのときに行訴法に規定がないとやれないのかということがある。つまり行訴法がないと仮定して、例えば仮処分など、早い段階で処分を争った方が現段階の権利関係で一つ一つやるよりも抜本的な解決になるというケースは無効確認で争った方がいいと思う。そのときに裁判所はこれは行訴法にも規定もないし、民訴では無理だとは言えないと思う。だから、わざわざ行訴法に訴訟類型として、行政処分に限った無効等確認訴訟を置く必要性はないだろう。もともと行政処分を争うということで、行政庁を被告としてやりなさいということと設けられていると思うが、被告適格を行政主体にしてしまうのであれば、益々行政処分の無効確認訴訟という類型を置く必要性はないだろうと思う。(第10回 水野委員)

今あるものを何でなくすのか、という議論はあるが、それは無効確認訴訟という類型を置いて、それ以外の色々な手続を制約するものではない、ということならかまわないのではないかと、ということにはなる。ただ、36条の規定は訴えの利益が明らかに判例よりも狭いものとなっているから、それをそのまま使う必要はない。(第10回 水野委員)

訴訟経済から、確認の訴えというのは、訴える利益がない、と言われているが、他方で、確認訴訟で解決ができるという場合には、確認訴訟の訴えの利益を認めていけばいいのではないかと、という議論もされており、その一つの典型が、いわゆる公的機関を相手にやる裁判だ。違法の確認、例えば、債権確認という判決が出たのに公的機関が債権を払わないことは通常考えられず、公的機関、あるいは破産管財人なども含めて、そういうものを相手にする場合には、確認の利益がある、との議論がされている。その意味では、行政訴訟の領域は、確認の訴えが有効に働く領域だと思う。そして、今の36条にわざわざこういう要件を設ける趣旨がわからないので、置く必要はないだろう。36条は削除するのが適当だ。36条を削除すると、無効確認訴訟ができないと解釈されないか、という問題提起があったが、行政の違法を確認する是正訴訟という制度を設ければ、これはまさに無効確認訴訟だから、別に無効確認訴訟を設ける必要はない。ただ、例えば出訴期間などを設けた場合には、出訴期間をかぶらない領域について、現行と同じ無効確認訴訟を残す必要がある、という議論になる。ただ、いずれにしても確認の利益に関する条文は必要ない。(第13回 水野委員)

出訴期間を設ける領域を残すんだとすれば、無効確認訴訟は残さざるを得ず、その場合には、やはり規定を置いておいた方がいいだろう。その置き方だが、いわゆる行政決定の瑕疵が重大な場合、というふうな要件を書いたらどうか。そうすると条文としての存在意義が出てくる。(第13回 水野委員)

#### 【塩野座長】

無効等確認については、必ずしも行政処分だけではなく行政指導、あるいは通達なども、視野に入れて議論をしていただきたい。取消訴訟との関係も押さえながら、現在の無効等確認の訴えという制度、それ自体の問題点、さらにそれからはみ出るような問題点について検討をしていただきたい。(第10回 塩野座長)

無効等確認の訴えについては、歴史的な経過があり、行特法時代に農地買収を巡って、無効確認訴訟が随分多くでてきていて、これは一種の実務の知恵ではないかと思う。他方、無効確認的なものは時期に遅れた取消訴訟であるというのが自分の理解だ。出発点は、行特法時代の実務の知恵を行政法学者としてどう生かそうかという、田中二郎先生や雄川一郎先生の考え、そして兼子先生の民事訴訟法の考え方があり、確認訴訟は過去の事実関係の確認ではなく、現在の法律関係を中心にする訴えだという縛りかけたその論争の結果が現行法だと理解している。これは何も行政側が何かの都合で作り上げたという訴訟ではなく、むしろ実務の知恵だと推察していることだけは申し上げておく。(第10回 塩野座長)

現在の法律関係に引き直しにくいという場合に、一応この規定を置いておけば、無効確認訴訟というのがあるというサインになるのではないか。(第10回 塩野座長)

例えば、農地買収処分で、民事関係になった時に、審査の関係で、行政庁は説明責任があるということをはっきりさせるためには、むしろ無効確認訴訟という類型を置いておいた方がいいということが一つある。また、民訴に引き直した場合、本当に大丈夫なのか心配だ。邪魔だったら別だが、民訴でうまくいかないときを考えてこういうルートを残しておくということになるのではないか。(第10回 塩野座長)

それで、行政庁の内部行為について、取消訴訟を絞っていった時に、どう扱うことになるか、だが、最近の法律で、勧告をして、公表して、従わないと処分をするということがあり、その勧告は、行政手続法の行政指導にあたる、と整理されていて、行政処分にならない、ということになっている。そうした時に、確認訴訟というようなものがきくか、きかないか。それは、差し止めの機能として、きくのではないか。BSE 関係の指導をどう見るか、それについては、民訴の損害賠償で見るのがいいのか、それとも、行政過程での、違法であることを前提としたチェックが必要なのか、どういう手法が必要なのか、あるのかという問題がある。(第10回 塩野座長)

確認の利益について、民事訴訟の確認の利益の基本的なものと、行政訴訟特有の確認の利益が違うということが言えるかどうか。基本は、民事の場合と同じ確認の利益なのではないか。表れ方が違うということではないか。(第10回 塩野座長)

無効等確認の訴えについては、受け皿として行政事件訴訟法に置いておいた方が、弁護士も使いやすいのではないか。(第10回 塩野座長)

無効確認訴訟ということで、通達などの無効確認訴訟、計画に処分性があるとすると、計画の無効確認訴訟、というものがあり得るのか、といった問題提起があると思う。違法確認というか、無効確認というか、はまた別の話だ。(第10回 塩野座長)

また、それを当事者訴訟の中で読んでいくのか、それとも、民訴に全部任せておけばよく、行訴は知らん顔をしておけばいいという議論が一つある。もう一つは無効確認訴訟の定めの方について、現在の民訴の立場から考えると、少し確認の利益を絞り過ぎているのではないか、という指摘があったということになる。こういう二つの問題提起がある。(第10回 塩野座長)

現在の無効確認は、公権力の行使に限られ、抗告訴訟のかさのもとにあるということが一つの前提となっているが、今後無効確認を考える場合、あえて、抗告訴訟の中に考えなくてもいい、いろいろな受け皿で考えていけばいい、という方向にもなるということもあり、そういった問題点が明らかになったということで、議論をしていただきたい。(第10回 塩野座長)

また、訴えの利益については、いろいろ議論があり、一番心配しているのは、民訴に任せると、そんなに行政法的な議論、行政過程的な議論は、民訴では認められない、と頑張られてしまうことだ。民訴に任せてほっといても大丈夫だ、という意見については、もう少し情報を収集してから考える必要がある。(第10回 塩野座長)

無効等確認の訴えについては、通常の民事訴訟の訴えの利益より制限されるべきではない。無効確認の利益があれば当然に無効確認の訴えが認められるべきだということだと思う。

#### 【小林参事官】

行政計画、それから、法令ですよ、政省令を含めて、法律上効力があるわけですから、その効力を受けることによって不利益を受ける、あるいはそれに続く処分によって不利益を受ける恐れがあれば、今の法律でも確認の利益がある場合があるのではないかと、ということです。(第10回 小林参事官)

「不作為の違法確認の訴え」について（義務付け訴訟を含む）

【市村委員】

不作為の違法確認の訴えは、東京地裁にも提起されるが、非常に少ない。訴えを提起している間に、処分をするなどの問題はあると思うが、やっぱり、これがあるということは、一番最後の、行政に対する歯止めにはなっていて、それなりの意義はあると思う。それに対して、申請以外のものに対して同じような違法確認を認めるかは、非常に大きい問題だと思う。申請に基づかない形で不作為の違法確認を認めることは、義務付け訴訟を認める一歩手前であるので、それがどういふ場合に認められるのかは、行政裁量の問題等々を勘案しないといけない。ただ、あるケースにおいては、こういう手段があり得ても悪くはないという感じはする。（第10回：市村委員）

不作為の場合、既に国家賠償関係の訴訟は出ているが、それよりもう一つ進んで、請求権を行使して、何々をせよ、という作為を求める訴訟は、まだ、あまり出でおらず、実体法の解釈の問題で、およそ日本法としてそういう実体法ができていないとの指摘については、その通りだと思う。一番の問題は、自分が、行政に代わって行政をやっているということならば、自分の考えでやれるだろうが、自分に与えられた規範として、これではなければならない、違法になる、というものとしてまで実体法が組み立てられていることは、非常に稀な場合だと思う。ただ、稀な場合があるということは、十分承知しているが、現実の訴訟で出てくる作為請求は、ほとんどそういう実体法の場面は無視して、行政の裁量についても、特にあまり吟味せずに出てくるものが多いから、なかなかそういう請求は通らない。一義的なものでない、裁判所が行政に代わるということは、基本的にできない、という認識でやっている。（第10回：市村委員）

確かに、義務付け訴訟が法定されていれば、あるいは、我々が考えている要件とは違うものが出てくるかもしれないから、その意味では影響があるのかもしれないが、基本的には、義務付けができるというのは、司法が、積極的に行政行為を、他のいくつかの選択肢の中から一つ選び得る、という一義性という前提がないとなかなかできないと思う。少なくとも、裁判をするときに、行政裁量のようなものが残っている場合は、そういう意味では裁判所は行政にとって代われない、という制約がすごくある。座長も指摘していたが、実体法から見てこれしかない、となっている規定は非常に少ない。そういう意味で、不作為の違法確認訴訟で、申請があったときに、それに対して応答しなければいけない、というのははっきりしているのに、客観的な事実は判断しやすいが、申請権がないところである行為をしなければいけないというのは、これは創設的に考えなければならず、その時に、実体法規が義務付けているかどうかを、実際に考えてみると、なかなか一義的、明白に、義務づけている、といえるものにぶちあたらないのが実情だ。（第10回：市村委員）

規制する義務、というものが肯定できてしまえば、答えが出たようなものだが、例えばどういう状態で規制する義務が発生するか、そこあたりが実際には非常に難しいし、そこまで言える法規がそんなにあるのか、という判断が実際には難しいのではないかと。（第10回：市村委員）

処分を取り消した結果、取り消されたところに基づいて、行政庁が再度処分をする場合にはさほど難しくない。ある判断について裁判所から枠をはめられれば、行政庁はそれまでの専門的な知識等を使いながらやるわけで、それでもう一回トラブルが起こって、さらに義務付けの訴訟が起こるとか、取消訴訟が起こるといのはほとんどなく、拘束力にしたがって、そのまま流れていく。ところがこれを裁判所が、例えばある給付について、取り消したついでに具体的な給付をやりなさいと言われると、そのときにはどういう基準でどういう評価でやらなければいけないか、裁判所はそういうものの個々の専門家ではないので、その点の審理をすることに無駄な時間がかかる。素人である裁判所の方にそれをやらせることはないだろうという気がする。そこは拘束力にしたがって流れていってあり、あまり今、現実のトラブルにはなっていないと思うので、そこはミニマムのところで判断するのが適当だろうと思う。（第10回：市村委員）

例えば、年金の支給要件が存在しているかどうかについて、行政庁側の認定と当事者の言い分が食い違っていて、行政庁側の認定が間違っている時に、裁判所がその資料を貰って、その計算をするというのはあんまり意味がないことだと思う。それはその点だけを指摘して、処分を取り消せば、正しい計算を社会保険庁なりなんなりはやる。だから、原則、全部、給付型にしなくても、取り消すというところ、要のところをきちっとやれば、実際は行政は動いてくるということが多いことだ。ただ、ぐるぐる回りになるような例は避けなければならず、そういうものに対しては何らかの手法を考えるべきだし、成熟度に応じて、そういうものも乗っかってくると思うが、原則、形態をそこまでやる必要はほとんどないんじゃないかと申し上げたい。（第10回：市村委員）

不作為の違法確認の訴えについて。現在の不作為の違法確認の訴えは、行政庁の応答の遅延であるところの握りつぶしに対するチェックという働きがあり、現実の訴訟では、その主張立証は、申請した、という事実と、ある一定日時が経過した、ということに尽きてしまう。非常に簡便な形でできる訴訟だ。（第13回：市村委員）

みなし拒否処分として救済した方が端的ではないかという意見もあるが、どのぐらいの期間経ったら拒否処分と定めていくか、個々の処分によって異なるので難しいではないか、というのが一つと、審査請求前置などをとっているような拒否処分については、どのようなプロセスでもっていったらいいのか、ということがある。また、仮にこれを拒否処分に対する取消訴訟と構成すると、争いの中心的テーマは拒否事由の存否になってしまい、行政庁の応答の遅延の違法、という手続的な違法はテーマの外側になってしまうだろう。現在もこうした訴えが出ると、あわてて行政庁が処分をし、当事者が取り下げをするということで、ぎりぎりの所の促進とい

う意味は、一応は果たしていると思われ、申請権の実質的な裏付け、申請に対する応答の遅延というものに対する督促的な意味を持つこの訴訟は、この訴訟なりに意味があるのではないか。事務局の説明では、この類型があることにより例えば給付を命ずる義務付け訴訟が不可能だと解釈される恐れがないか、ということだが、実務的にこういう主張をする者は、現実にはあまりいないので、そうした懸念はないといってよい。(第13回 市村委員)

義務付け訴訟をかぶせた場合に、一部認容の形で、不作為の違法確認のようなタイプまでやったらどうか、という意見があったが、それは義務付け訴訟のありようとして議論されればいいが、ただ、当事者としては、遅れた手続の救済も求めたいという面もあるだろうから、その類型だけで設けておいてもよい。(第13回 市村委員)

前提問題の認識は共有しているが、方向性の問題では、現在同じものが取消しの段階で止まっていることが問題であって、取消しに止まらずもっと実質的な救済、給付などまで奥に踏み込んでいくというところに問題があるのではないか、という御指摘については、前にも意見を申し上げた。つまり現在の取消訴訟によって取り消されるようなタイプの事件については、拘束力の問題で現実には行政庁は対応してきているので、例えばそれを給付判決の形にするということに審理の手間暇をかけるほどの意味があるのだろうかという感覚は持っている。むしろ問題なのは、現在のところその周辺を無名抗告訴訟というものがあるのだと言いながら、非常にそのハードルを高めているがために、取消訴訟に乗れないものが実質的な救済に入っていけないという間口の狭さが急を要する課題ではないか。もちろんその方法にはいろいろな御意見があるし、元々法全体構造にも御意見があるということで、果たしてどうまとまっていくのかということは、今までの議論を考えるとよく見えないが、ただ、現在でも無名抗告訴訟は許容すると言いながら、その個々の類型についての吟味があまりできていないので、例えば、そういうものがいくつ法定化できるということになれば、今までのように単に無名抗告訴訟があると一般的に言っていたよりはずっと使いやすくなるのではないか。そういう意味で間口は広がるのではないか。方向性としては、どちらかというと、その方向をやる方が問題の解決につながるというのが自分の考えだ。(第15回 市村委員)

#### 【小早川委員】

ドイツの場合には、義務付け訴訟そのものを訴訟形式として認めており、あとはもう本案で、義務があるか、請求権があり得るか、の問題になり、その義務をどこまで認められるかによって義務付け判決がされることになるが、それに対して日本では、そもそも裁判所が行政庁の懐にまで立ち入っているのか、そもそもそういう権限があるか、ということがあり、ドイツでは解決されていることが、日本ではまだ入り口のところで解決されていない。そこで、三要件で、なんとか司法権と行政権の間の線引きをやらう、ということだと思う。日本の場合はドイツと違って、行政裁判所がないということも関係があるかと思うが、行政裁判所ということ回避するとすれば、義務付け判決、給付判決を求める訴訟ではなくて、すでになされた行政庁の判断なり行動なり、の違法性の認定を求める、というところをメインに訴訟を組み立てれば、入り口としては入れるのではないか。もう一つ、現在ある申請に対する応答がない場合の訴訟形式については、やはりこれは遠回りなので、今のような訴訟で、もっと優れた救済を提供できるならそれでもいいし、そうでない場合は、みなし拒否処分取消訴訟の方が、多少とも、迂回しない、直接の救済になる、と思う。(第10回 小早川委員)

現在の不作為違法確認訴訟という訴訟類型の存在は、弊害を起していると思っている。あのために、申請書を返戻された時に、拒否処分取消訴訟で行くのか、不作為の訴訟で行くのか、間違えて、悲しい思いをする、という人が、行政手続法ができた今でもあり得る。できるだけ訴訟類型の数は減らして、間違いを少なくした方がいい。(第10回 小早川委員)

不作為の違法確認訴訟については、自分は以前から「みなし拒否処分」ということを言っているが、これは、義務付け訴訟を正面から認めるかどうかの議論と一体をなす話で、義務付け訴訟を認めるなら、みなし拒否処分の取消訴訟は中途半端だから要らないということになるが、そこまでいく前の段階、もう一つ前の段階を残しておくということもある。いずれにせよ、義務付け訴訟、義務付け判決を認めるかどうか、議論の大枠になる。その上でさらに不作為の違法確認を残しておくかということは、この類型が実際に機能しているとするれば、あえてこれを抹殺しなければならないことはない。同じ申請のスキームのもとで、どういう救済を定めるかについては、色々な段階を用意しておき、原告側にそれを選ばせる、あるいは裁判所が審理の態様に応じて、判決の態様を選ぶ、という余地があってもいいかもしれない。(第13回 小早川委員)

みなし拒否処分についての先ほどの批判の点については、不服申立前置の場合、一定期間が過ぎれば、直ちに告訴可能となっていて、行政側が与えられた自分での事案処理の権能を、十分行使していない、あるいは放棄している、という場合には、特権は剥奪されるという仕組みはすでにあるので、それと同じことだ。(第13回 小早川委員)

義務付け判決に適するだけの状態に達した場合に取消訴訟なり是正判決などにつなげ、義務付け判決ができる仕組みが好ましいし、特定の義務付けができなければ、行政庁の判断は間違いだ、と差し戻し的な判決ができてしかるべきだ。その辺、柔軟に、多様にできるのであれば、みなし拒否処分の仕組みは不要かもしれない。ただ、義務付け訴訟については、先ほどの指摘のように、不服申立前置等かなり慎重な事前手続がある場合に、その手続を不問に裁判所が判決で義務付けていいかの議論は、当然ある。(第13回 小早川委員)

たしかに取消訴訟中心主義というものがこれまでの議論で、批判的検討の対象として取り上げられているということなので、今の座長の発言はそのとおりだと思う。ただその場合に、行政に対する国民の権利利益救

済の裁判システムを全体をどうイメージしていくのかというところになると、そこはまさにいろいろ問題があって、大きく言えば行政訴訟と民事訴訟との役割、それぞれをどうイメージするかという辺りはまだまだである。公定力なり排他性なりで、両方の垣根を高くしているのをそれを低くしようというぐらいの、非常に抽象的、理念的なところでは方向性は一致しているように見えるが、それを具体的に制度として設計図を書けということになると、なかなか具体的な方向性は出てこない。それに対して、取消訴訟中心主義というのは、今の行政事件訴訟法が、大体取消判決までやれば国民は満足しなさいよというスタンスに見えて、取消判決で何とか救済できるのだから、その先はあまり贅沢は言わないということで、その結果義務づけ判決などまで行かないという制度、運用があって、そこはリジッド過ぎたので、必要な救済として、救済の深さ、到達距離を延ばしていこうという意味で、義務づけ判決がもっと広く認められるということは、かなり具体的にコンセンサスがあるのではないかと思う。その際にもう一つは、義務づけ判決を認めるのであれば、仮の救済をそれに付随させなければいけないので、制度として条文を書くのは難しいのかもしれないが、今の方向では是非必要なことではないかと思う。そのことがまた逆に、現在の取消訴訟なり、特に執行停止の制度の運用なりの窮屈さも緩和していくことになるのではないか。別の言葉で言うと、行政訴訟による救済の間口をどこまで広げるか、その間口を民事訴訟の場合とどういふふうに区別するか、そこはなかなか議論がまだ収斂されていないが、奥行きは延ばしていこうというところは、かなり一致が見られるのではないかと思う。(第15回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

不作為の違法確認訴訟の件数について、1989年の論文では、毎年20件ないし30件程度で、行政事件訴訟の総件数の、2～4%となっている。不作為の違法確認訴訟については、従来、中途半端なものであるとか、迂遠な訴訟形態であるとか、学説上は批判のあったところだ。確かに不作為の違法確認訴訟に勝っても、また拒否処分が行われ、さらにそれを争わなければいけない、ということがある。自分は、この訴訟は残してもいいが、それに代わる制度として、是非、義務付け訴訟ないし義務確認訴訟を法定すべきである、と考えている。(第10回 芝池委員)

自分もそうだが、義務付け訴訟の導入を主張する人は、行政庁に裁量がある場合は、その点を尊重して何らかの行為をすべきである、という判決になると思う。(第10回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

行政事件訴訟法は行政処分の後の事後的な問題を扱うが、行政の不作為に対するチェックは、申請に対する処分、裁決の留保の場合にしか基本的には使えず、違法を確認した上で何らかの応答を促すというレベルに留まっており、実体的な解決にはなかなか結びついていない。無名抗告訴訟の一類型として、義務づけ訴訟があることになっているが、かなりその要件は厳しい。昨今の薬害エイズ問題、又はBSE等のように、行政の不作為が結果的に決して小さくない問題を引き起こしているのだから、この辺のチェックをいかにするか十分に考えていいと思う。(第6回 芝原委員)

#### 【成川委員】

不作為の違法確認の訴えについては、義務付け訴訟の中でこういう不作為の違法の確認もできるということがわかるようになれば、両方残すこともないのではないかと、というのが自分が受けた印象だ。(第13回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

申請権がない場合の一つの典型が、建築物の除却命令だと思う。自分も昔、代執行のテーマで調べたことがあったが、年間だいたい2万件ぐらいの違法のうち、是正されるのが8,000件ぐらい、残りが12,000件で、除却命令まで行くのがせいぜい3,4件、代執行だと0か1、と、大抵野放しになっている。条文上、効果裁量が非常にあり、実体上も、除却命令などというめんどくさいことはほとんど発動しないというふうになっており、違法をやってやり得というかなり悪質な事例も中には混じっている。そういうところを念頭に置くと、一定の場合、いくら何でもひどいという時には、申請がなくても除却命令の発動義務があるという類型は、ないとおかしい。いくら効果裁量を置いていても、こういう場合にまで不作為を認める趣旨ではない、と基準法上読みとれるという領域は、明文になくとも存在している、というような考え方を裁判所が果敢にとることはできないか。この場合、除却命令を出す場合でも、いろいろな選択肢があるので、そこまで裁量を絞るのは難しいが、少なくとも何らかの形で是正に寄与する除却命令を出してないことが違法だ、という確認まではあり得るのではないかと、今本当にザル法の最たるものなので、何のための除却命令制度かということになり、被害者がうかばれない。全部勝手に民事でやれというのは行政のあり方としておかしい。(第10回 福井(秀)委員)

補足で紹介するが、法令に基づく申請がある場合の話だと、自分自身も、不服申立て、審査請求の裁決に関して裁決が遅すぎるという不作為の違法確認、不作為の国家賠償を担当したことがあったが、こういうケースでは、行政庁は、訴えの気配があったり、訴えの提起があると慌てて最優先で処理をする。確かに、別の形の救済もあると思うが、不作為の状態について顕在化させる手段があるのが、行政庁に対する相当大きなプレッシャーになる、ということはあると思う。(第10回 福井(秀)委員)

不作為の違法確認訴訟について、基本的には義務付け訴訟を認めるべきだということを前提にするが、義務付け訴訟ができたとして、義務付け訴訟と不作為の違法確認というのは、基本的には連続線上にある裁判

だ。義務付けをする程度に熟しているのであれば義務付け判決を出せばいいし、義務付けの中身を特定するにはまだ熟度は低い但至少とも何らかの応答はするべきだという時には、不作為の違法確認判決を出せばいい。そういう連続線上の手前か後ろかという違いに過ぎないと思うのが合理的であり、義務付け判決の一部、一類型として、手前の方に不作為の違法確認判決がある、と捉えた方が、実体的救済には合致する。(第13回 福井(秀)委員)

不作為の違法確認の訴えは、申請権がある場合に限られていて非常に狭いので、例えば建築確認の発動義務を求めるような義務付けなり、発動しないことの違法確認など、そういう入り口を広げる方も、是非検討した方がよい。(第13回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

何らかの処分をすべきなのにしない場合、それが違法であるという裁判を起こすが、その場合、裁判所が、違法であることの確認までしか今の段階ではできない、と判断した場合には、不作為が違法である、という判決をすればいいし、何らかの作為をすべきだということがある程度一義的に判断できる場合は、裁判所は義務付け判決をすればいいのではなからうかと思う。やはりこれも、不作為の違法確認、義務付け訴訟という訴訟類型という議論ではなしに、不作為の違法を争う裁判の中で、違法であることを確認のレベルで判決をするのか、あるいは一歩踏み込んで、何らかの処分をせよ、という義務付けの判決までするのか、というのは、ケースごとによって、裁判所が判断すればいい。もちろん、どういふ場合にできるかの一般的な要件を法律に定めておく必要があるだろうと思うが、仮に義務付け訴訟で請求をしてきても、裁判所が、これは違法確認にとどめるべきだと判断すれば、いわゆる一部認容という形で、違法確認で判決をしてよろしい、というふうに考えるべきではないか。(第10回 水野委員)

行政庁の不作為については、申請に基づく不作為の場合と、申請がない、規制措置請求みたいなケースと、両方あり得ると思う。場合により判断の要件が違ってくることもあり得ると思うが、いずれにしても、違法の確認にとどめるか、義務付けまで命じるか、裁判所がその事件に応じた判断でやればよいと思うべきではないか、と思う。(第10回 水野委員)

例えば公害規制などのように、不作為のために、自分の権利利益が侵害されている、という場合には、人格権なりなんなりから、請求権が裏付けられるのではないか。(第10回 水野委員)

規制権限を持っている行政庁が、本来規制する義務があるにもかかわらずしないために、原告の権利利益が侵害されているという場合には、大気汚染防止法には直接そういう規定はないが、自分の人格権なりが侵害されている、ということで、規制を求める裁判が認められてもいいのではないか。(第10回 水野委員)

例えば、大気汚染防止法上、飛行場に対して規制をしなければならない場合に、被害を受けている住民が、規制措置を求めて訴えるとき、一つは、規制措置をしないことが違法であるという確認判決をする、二つには、もう少し踏み込んで、こういう規制をすべきだ、という義務付け訴訟判決をする、ということがあるが、これについてはドイツでは認められるのではないか。(第10回 水野委員)

不作為の違法確認の訴えについては、行政の違法を確認し、是正を求めるといういわゆる是正訴訟としての行政訴訟で違法だと判断されるのであれば、違法ということを確認する必要は当然あると思う。さらに、なんらかの行政決定をするに熟しているのなら、行政決定を命ずる判決をしたらよい。拒否処分と認めてやる必要はない。そのときの、いわゆる一種の判決の種類で、最終段階で判断してやればよいことであり、判決の種類として、きちっと整理しておけばいい。訴訟類型としての立て方というのは必要ないと思う。(第13回 水野委員)

#### 【深山委員】

少なくとも義務づけ訴訟については、これだけ講学上議論されていて、行訴の改正をすると言ったらおそらく義務づけ訴訟の法定化について非常にいろいろな議論がされているだろうと周りの人に言われるが、最高裁の解釈で言っている要件が厳し過ぎる、実際適用例がないということはちょっと厳しすぎるのではないかと、いう程度の方向性の一致は見られると思うが、ではどうするのか、それから判決効をどうするのか。判決効の問題は今の訴訟類型以外の訴訟類型を設けるときの不可避的に全て問題になると思うが、判決効一般についての議論が少し薄いのではないかと、先ほどの御指摘はそのとおりだと思う。その一つの原因は今まで実定化していない訴訟類型についての詰めた。方向としてもう少し使えるようにしないといけないのではないかと、いう程度のことならともかく、要件とその効果についての詰めた議論がされていないというところに判決効の議論があまり全然なかつた大きな原因があると思う。方向性自体や一般的にコンセンサスができていない言葉の趣旨全体に反対するわけではないが、新しい訴訟類型を法定化しようと思うと、要件をどうきちっと書いて、効果をどう書くか、ということは非常に難しいことなので、そこが本当に詰めきれぬのか。要件をこうこう定めた新しい類型の義務づけでも差止めでも他のものでも、このフォーラムで一致した意見としてまとめあげることができるのかという辺りは、時間との関係もあって、まだまだ非常に難しい状況にあるのではないかと、できればいいが、できないかもしれないというのは立法の常なので、時間や様々な制約の中で、実現できるかどうかという辺りを腰を据えてそろそろ見極める時期にきているという気がする。(第15回 深山委員)

#### 【塩野座長】

行政の違法な不作為に対する救済について、救済の範囲を、法令に基づく申請をした場合に限るかどうか、とか、義務付け訴訟などの他のより効果的な救済方法の採用の可否、それから、行政庁の第一次的判断権

の尊重との関係などの問題について、検討していただきたい。(第10回 塩野座長)

不作為の場合、既に国家賠償関係の訴訟は出ているが、それよりもう一つ進んで、請求権を行使して、何々をせよ、という作為を求める訴訟は、まだ、あまり出ていないと思う。(第10回 塩野座長)

公衆が持っている請求権についてはまた別の議論としてあり得るが、自分に何も申請権が与えられていないときに、ある措置要求をしるという請求権は、どこから導くのか。制定法から読み込むのか。もう少し背後の、法治国、法の支配、基本的人権などの道具立てが必要だと思う。(第10回 塩野座長)

行政裁判所だから義務付け訴訟ができるという議論は、田中説、雄川説で非常に強かったが、憲法が、司法裁判所によって行政を統制すると割り切ただけであり、日本と同じように司法裁判所による統制をとっている国でも義務付け訴訟を認めているというところもある。行政裁判所のあるなしは一つの論点かとは思いますが、現段階でそれだけで説明できるかどうかは、やや疑問がある。この点はまた、議論を積み重ねていきたい。(第10回 塩野座長)

ドグマティッシュなことにこだわるかもしれないが、その当人に対して権力を発動する義務の一義性ということと、その当人が請求権を持っているということはちょっと別の話で、ドイツ人が何でそこをうまくすりぬけたのかということはもう一度確認したい。(第10回 塩野座長)

本来、そういう請求権があるかどうか、実体法の問題だ。実体法の成長過程、あるいは実体法ができることを前提にし、かつ、実体法を育てる意味での訴訟法だ、という理解もある。事務局の方で、実体法上の権利、あるいは実体権というものもあるということを前提に議論しているのも、そういう趣旨だと思う。(第13回 塩野座長)

#### 【中川外国法制研究会委員】

アメリカでは、不作為であることによって、本当に対立が尖鋭化してるのか、というところは最初に見るが、そうであれば本案に入り、違法であれば、不作為が違法なのか、義務付けられるような事案なのか、ということ審査し、どこまで本案審査できたかによって、義務付けがされたり、不作為であることが違法とされたり、という形になる。(第10回 :中川外国法制研究会委員)

#### 【山本外国法制研究会委員】

ドイツの場合には、請求権の問題は、取消訴訟の場合と同様に、根拠法規から読み取れるかどうか、という基準がある。形式的に取消になるか、義務付けになるかは、あまり区別しないと思う。(第10回 :山本外国法制研究会委員)

そうだ。ドイツ行政裁判所法113条5項で、もし一義的に義務がない場合は、もう一回やり直せという判決を出し、一義的に義務がある場合には、はっきりした義務付け判決になると思う。(第10回 :山本外国法制研究会委員)

ドイツでは、裁量がどの程度あるかという問題ではないかと思う。判決の形式に関していうと、ドイツの場合には、行政庁に対する間接強制が認められているので、給付判決か確認判決かというのは、そのところが違って来る。ただ、給付訴訟とか確認訴訟ができる場合に、給付訴訟を絶対に起こさなくてはいけないかと言うと、行政機関の場合には、確認判決だっていいだろう、という形で整理がされているが、日本の場合にはそこまで議論がっていないので、形に関しては、ドイツ法の場合とは違うという気がする。(第10回 :山本外国法制研究会委員)

日本の場合、国家賠償からまず出てきたが、ドイツの場合には逆に義務付けから出てきた。おそらくドイツ人の目から見たら、日本では、国家賠償では、個人に対する賠償があり得るということになっているのに、義務付けというのは、事前にやればできないのか、という疑問を持つかもしれない。

損害が起きたが、行政機関が違法に何かしなかったことが原因ということなので、やはりそれは、行政機関の違法な行為とつながった話ということだ。(第10回 :山本外国法制研究会委員)

〔差し止め請求』及び 当事者訴訟』について〕

【市村委員】

差し止めについて考えてみると、まず、普通であれば、基本となるべき取消訴訟のようなものは、処分があり、執行停止がある。それ以外では、人格権に基づくようなタイプのものは、それで可能という見方がされているので、行政独自のものを考えるとなかなか難しい。例えば、外形標準課税のようなものが出た時にどうするかという対応として、そんなことも議論には上るのか、ということくらいしか想定できなかった。(第10回 市村委員)

基本的なところは処分前提型だと思うが、ものによっては、事前差し止めでなければ全く効果がないというものもある。その時に、どういう要件のもとに差し止めをするかという要件の中身の議論はあるが、そういうものはありえないという発想は自分にはない。(第10回 市村委員)

実際のところは、違和感がない。むしろ、当事者訴訟でやってるテーマは、取消訴訟と連続している部分があり、取り扱っている時に、違和感がない。考え方も、取消訴訟で考えるテーマと働かせ方は違うが、扱う部分が非常に似ている。むしろ、通常事件の部に放り込んだ場合の違和感はもっと強烈にあると思う。(第10回 市村委員)

当事者訴訟に係属している事例としては、国籍確認、公務員たる地位の確認、俸給の支払い、補助金の交付請求のほか、社会保障関係は結構多く、給付自体を求めるものがある。そのほか、納税義務の確認の訴え、不存在確認の訴え、とか。それからあとは、形式的当事者訴訟になっていない形での、損失補償請求。こういうものが、現実に係属している。(第10回 市村委員)

【小早川委員】

自分は、丸刈りみたいなものについては、まさに人身の自由にかかわる話であり、それについて、仮処分を制限して行政庁の判断を優先させる、ということは、今の日本国憲法の人身の自由に対する考え方からして、おかしいのではないかと、行政庁よりはむしろ裁判所が正面に出て判断権を持つべきではないか、そういう領域ではないか、と思っている。仮に今後、行政処分と取消訴訟、出訴期間付きの取消訴訟という、その対象をしばっていくような話になれば、その種の、人身の自由、人の収容などの領域については、本当に行政訴訟にしているのか、それともむしろ、裁判所が直接出てくるべきなのか、そんな別の考え方があり得ると思っている。ただ、一般論として、公共的機関の場合に、仮の救済の問題はある、ということ为先ほど申し上げた。(第10回 小早川委員)

抗告訴訟という言葉ないし概念が必要かどうかということもあるが、当事者訴訟という言葉も、必要かどうか。適法性判断であると考えれば、抗告訴訟と言われてきたものとの連続性が出てくるが、そこを当事者訴訟という言葉を使うと、むりやりぶったぎることになる。(第10回 小早川委員)

【芝池委員】

この当事者訴訟の守備範囲は、現在は「公法上の法律関係」となっているが、別に、公法という言葉にこだわる必要はないと思っており、公益という文言を使って守備範囲を画する、という方法はあるだろう。また、公法私法の区別の否定論と、この当事者訴訟の存在可能性との関係について、自分も否定論に与しているが、それは適用法規の問題、つまり公法関係には公法しか適用しないという考え方を批判しただけで、法律関係の種別として、公法関係と私法関係というのがあり得る、ということまでは否定していない。(第10回 芝池委員)

【水野委員】

専門部がやるから行政訴訟なんだという議論は、ちょっと順序が逆だと思う。例えば今でも国家賠償訴訟は地裁の二部・三部に限られないではないか。国家賠償訴訟でも、行政の不作為や違法とかが議論になる。そうすると、公法のための訴訟か、私法のための訴訟か、区別ができないのではないかと。だから、行政部に集中させるために、行政事件訴訟法で、行政事件をきちっと書くというのは、逆ではないかという気がする。もしやるとすれば、行政を当事者とする裁判は全部行政部に集中させる、というふうな議論になるのではないかと。(第10回 水野委員)

公法上の当事者訴訟という類型を廃止し、民事訴訟だと言っても、判断は一緒になるのではないかと。公益性とかいろいろ判断はするわけであるから。問題は、今の違いは、職権証拠調べなどだが、このレベルでは民事訴訟と違いがあるか。(第10回 水野委員)

民事訴訟だといったからどう、公法上の当事者訴訟といったからどう、ということではなく、行政庁、行政主体が訴えられている、という次元から来ている話だ。だからそれを民事訴訟と言ってみたって、当事者訴訟と言ってみたって、違いはないのではないかと、ということだ。今、違いがあるのは、裁判所の管轄、支部でやれないということ、それから、職権証拠調べの若干の違いだ。しかし、職権証拠調べは、今おっしゃったように、我々の感覚でもあまり区別はない。民事訴訟か、行政訴訟かと言って見ても、ほとんどなんの意味もない。そうすると、そういうものをわざわざ置いておく必要があるのか、というのが、廃止論を主張する方の大方の意見だと思う。(第10回 水野委員)

#### 【塩野座長】

公権力の行使の効力を争うのに、行政訴訟から民事訴訟かというのは、ここでもずっと底流に流れている議論の一つで、少なくとも田中先生なんかの頭では民事ではないと思っている。あるのなら公法上の当事者訴訟だが、それは公権力の行使なので、公法上の当事者訴訟には当てはまらず、法定外抗告訴訟の問題。だが、法定外抗告訴訟の問題は、なかなか厳しい。ただ、田中先生は、差止めの方は割合緩やかというか、そういうこともあるとお考えだったと思う。それは、人権侵害については、自由権の侵害であり、それは差止めるのは、裁判所の機能としてあり得る。しかし、行政庁をして、ある行為をやらせるということは、権力分立に反する。その意味では、美濃部、田中理論は、自由主義的な行政法理論のちょっと徹底した姿かなと思っている。その点からすると、差止めの方は日本法でいうと理論的には人格権ないし自由権と割合つながりがある。(第10回 塩野座長)

民事でもやれるとか、行政ではどうか、などの話は、抗告訴訟という観念を置くかどうかの問題と関係している。仮に抗告訴訟という観念がなくなれば、それはまさに当事者訴訟であろう。当事者訴訟というものをどこで引き受けるかについては、行政訴訟法の外に置くのか、行政訴訟法の中の当事者訴訟というところで引き受ける、そこには職権証拠調べもある、と落ち着かせるか、という問題はある。(第10回 塩野座長)

丸刈りのようなものについて、人格権で差し止めるということは認められると思うが、人格権の侵害ではなく、地位を失わせしめる等、営業の関係などで差し止めていくのか、一遍処分をさせてから、その取消しで行くのか、という問題があるように思う。(第10回 塩野座長)

判例を見てると、結果的に差し止めというのはあり得ないような判例が多いようにも思う。長野勤評事件を見ても、最高裁も結構厳しかったのではないか。(第10回 塩野座長)

刑務所の受刑者についての丸刈りの差し止め訴訟というのが、これは白石判決が、訴訟自体は、入り口は認めた、という事例だが、あれが出てきたらどうなるか。その場合でもいろいろ議論があり、確認訴訟、無効確認訴訟で、そういった丸刈りを定めている慣行などの規律の無効確認ができれば、あえて丸刈りの差し止めまで行かなくて済む、ということはある。(第10回 塩野座長)

一応、民事訴訟の中に入れといて、しかし行政に関わる訴訟だから注意せよと整理するのか、それとも、行政訴訟という中に、例えば当事者訴訟というふうに入れておくのか、という仕分けの仕方になると思う。田中先生、雄川先生の議論は、抗告訴訟以外にも、何か公益に関するものがあるので、それはそれとして一括りにし、実体法もどンドン作り、行政事件の特質を公益判断というところで特性、そういう意味での受け皿を作った方がいい、ということだったと思う。(第10回 塩野座長)

#### 【山本外国法制研究会委員】

ドイツの場合には、公法上の法律関係に関する訴訟が、行政裁判所の管轄に属する、ということだから、その意味では、どちらかというと、公法上の当事者訴訟に近い感じになっている。あとは、取消訴訟と義務付け訴訟に関する特則がある、ということで、抗告訴訟というカテゴリーはない、ということになっている。命名の仕方としては、現行法上は、公法上の法律関係に関する訴訟、だけだ。(第10回 山本外国法制研究会委員)

### 第3 取消訴訟について

#### 【 行政訴訟における取消訴訟の位置づけ】

##### 【市村委員】

取消訴訟の従来の機能を生かして一つの骨格にするという意見には賛成だ。そしてその欠点、批判をどう克服するかということも、大いに議論してみるべき課題だと思う。ただ、国民の権利義務に直接影響を与えない範囲まで、取消訴訟の対象を広げていくかどうかについては、司法権の本来の範囲を超えないように、慎重に考える必要がある。(第9回 市村委員)

排他性、あるいは出訴期間の廃止の問題は、単に行政救済という手法面の問題だけではなく行政の作用のあり方、行政の仕組みと非常に密接に関連している。もっぱら行政の救済の分野から議論されているが、仮にいずれも廃止すると、個々の行政行為が円滑に、効率的に遂行できるのか、コスト的にもそれで遂行できるのかという検証が必要だ。その意味でその角度からの議論あるいは行政機関からの意見も十分聞いて考えるべきテーマだ。(第13回 市村委員)

##### 【小早川委員】

民事訴訟に対する関係での排他性の部分、出訴期間の問題についても必要なものについて個別法でそれを定め、そうでなければそういうものはないということではないか。その点も水野委員の意見とそれほど変わらない。また、何故民事訴訟とは別に取消訴訟なり是正訴訟なりがあった方がいいのか、については、行政上の関係は必ずしも個別の請求権、具体的な権利義務関係に還元しにくく、行政機関の決定の結果、どういった権利義務関係が生ずるべきか、ということまでいかに、ある行政機関の決定は法令に照らして違法か、という形で判断を求める道を普通の民事の場合よりも広く行政の特殊性に応じて認めている、ことが便利だと考えている。(第13回 小早川委員)

##### 【芝池委員】

取消訴訟の名称については、自分もどちらでもいいと思う。大学の講義で自分は行政活動の是正を求める訴訟という表現を、取消訴訟と民事の差止め訴訟のようなものを最初に学生にイメージを持ってもらうために、挙げることがあり、是正という言葉は違和感はないと思う。(第13回 芝池委員)

以前、取消訴訟の対象は資料のDのような行政上の意思決定を考えるべきだと申し上げたが、その時には出訴期間、排他性の問題は先送りしていた。排他性については、行訴法には規定がなく、また、取消訴訟の対象になる行為の性質によりかなり異なってくるので、新しい行訴法には排他性についての規定は置かなくていいのではないか。(第13回 芝池委員)

##### 【芝原委員】

取消訴訟については、いろいろなところで、原告としてのリスク・負担または法律的な落とし穴があり、先々にリジェクトされてしまい、勝訴までもっていくには、相当な垣根がある。(第9回 芝原委員)

##### 【福井(秀)委員】

行政訴訟に排他性を与えるという前提の下で制度改正をすると、排他性のところに入るのかどうか非常に大きな意味を持つ。排他性の中に入るのか否かは、民事の救済を拒絶されるのか否かの重大な違いをもたらすので、間違いなく制度にするという意味でも、出訴期間がある以上外延が明確になっていることが、類型を設ける場合にも根本的な課題になるのではないか。(第8回 福井(秀)委員)

##### 【水野委員】

民事訴訟との関係については、自分も、行政訴訟を全部廃止し民事訴訟一本でやるべきとまでは考えていない。しかしながら、二つの訴訟制度を認めると当然に選択の問題が生じ、これを排他的に捉えたと利用者にとって極めて使い勝手の悪いことになる。従って、行政訴訟を残すとしても民事訴訟と行政訴訟の選択は、当事者に任せるべきだ。両訴訟を併存させる形で、民事訴訟で必ずしも十分でない部分を行政訴訟でやり、また、行政訴訟でやるからといって逆に民事訴訟はできないとはしないことが大前提になる。公定力については、民事訴訟の場合の私法上の法律関係と比較しても、その効力を行政側にだけ認める必要は全くない。公定力を認めず、民事訴訟以外に行政訴訟を認めて、そして両者の選択をするとの方向の改革が必要ではないか。(第6回 水野委員)

取消訴訟という制度は、行政処分には公定力があることを前提とし、それを排除する訴訟と解釈されている。取消訴訟の排他的管轄、とは、一つには、他の行政訴訟を排除することがある。例えば、公法上の当事者訴訟、義務付け訴訟などについては、取消訴訟ができるときには、することができないという制度となっている。これは、行政が優位であるということから来ているのではないか。訴訟の原則は原告と被告とが対等であることであるが、行政訴訟の場合は、行政の行為は適法であって、取消訴訟によってはじ

めてその効力がなくなる形成訴訟である、という制度で、行政と国民が対等な関係のものになっていない。これに取り組むのが、今回の改革の最大の課題の一つだ。少なくとも、国民が違法だと訴えてきているものを、その大半は適法だとして訴訟制度を組み立てるのはおかしい。取消訴訟中心主義は改めるべきだ。(第9回 水野委員)

また、民事訴訟では、現在の権利義務に基づく訴訟が中心で、形成訴訟は例外で明文の規定がある時のみできることとなっているが、行政訴訟に関しては全てが形成訴訟である。なぜそうする必要があるので、合理的な理由を見出し得ないと思う。必要なら個別法で手当てすればよく、行政訴訟は全部取消訴訟だとするのはおかしい。(第9回 水野委員)

では、どうするべきかという、まず、他の訴訟を排除するのというのを改めるべきであり、例えば、公法上の当事者訴訟、あるいは、義務付け訴訟を求めてきたら、それを認めるといように、取消訴訟を残すとしても、それは一つの類型であって、他の行政訴訟を排除するものではない、という原則を、まず確認すべきだ。したがって、様々な訴訟類型ができることを明文で規定すべきだ。また、取消訴訟ができる場合に民事訴訟を排除する、ということをやめるべき。民事訴訟はその要件があればできるようにすべきだ。そうしていくと、行政訴訟は、違法確認訴訟のようになっていくのではないか。その点の改革が、第一番目に取り上げるべき改革ではないか。(第9回 水野委員)

取消訴訟は形成訴訟だとされているが、そう規定する合理的な理由があるのかと思う。資料に新堂先生の新民事訴訟法を引用したが、その中で、一定の要件事実の発生によって直ちに法律関係の変動を生じるとせず、その要件に該当する事実が存在することを訴えをもって主張し、裁判所がその存在を認めて、法律関係の変動を判決で宣言し、その判決(形成判決)が確定して初めて変動の効果が生じると取り扱うことが形成訴訟であり、それまでは誰もその変動自体または変動があったことを前提にした法律関係の主張ができない、という制度だと説明されている。法は、特に法律関係の安定を図る必要がある場合や多くの関係人に画一的な変動を必要とする場合を個別に拾い上げ、この種の方式をとることを各別に規定している。(第13回 水野委員)

ところが、取消訴訟については、頭から全てが形成訴訟だという決め付けで制度設計がなされているが、果たしてそれが妥当なものかどうか大変疑問だ。取消訴訟では処分の違法性が争われると言われているが、処分の違法性を争うのは裁判所にその処分が違法であることを確認してもらって確認訴訟となるのが自然ではないか。根本的な検討を要する点はそこだと思う。このような形成訴訟の特色について、新堂先生の教科書では、形成訴訟というのは裁判所の判決によって初めて変動の効果が生じ、変動自体を事実上困難にする効果を持っており、他方、変動を明確にし、その法律関係をめぐる無用の紛争を防止できる、と言っている。(第13回 水野委員)

それから、訴えの提起できる資格を一定の者に限定したり、提訴期間を設けることによって、その法律の変動の可能性を実質上、制約することができる。これはその法律関係の安定を図ることができる、ということだ。現在、行政訴訟を、まさに変動自体を事実上困難にする、あるいは変動の可能性を実際上制約する、そういう作用を持つ形成訴訟だとしているところに、そもそも大きな問題点があり、これを根本的に考えていく必要がある。以前に配布された芝池先生の論文を含め、確認訴訟で行くべきだという議論が色々あると思うが、やはり、中心となる訴訟は確認訴訟だと考えて、制度設計していくべきだと思う。(第13回 水野委員)

そこでネーミングだが、取消訴訟というのは、どうしても現に有効なものを取り消して初めて効果が生ずるというイメージがあり、現にそういうイメージで制度設計されているから、この際、ネーミングを変える必要があると思う。色々な提案がされているが、行政決定の違法の確認とその是正を求める訴訟、という意味で、是正訴訟とした。取消訴訟というネーミングを変えることから、今回の改革が出発すべきだと思う。(第13回 水野委員)

取消訴訟を確認訴訟と考えた場合、判決がどうなるかだが、神戸大学の阿部教授などがこの検討会でもおっしゃったように、判決類型という考え方に立つと、基本はいわゆる行政決定の違法を確認する判決で、さらに特定の行政決定を行うことを命ずる判決、いわゆる義務づけ訴訟ができる場合にはそういう判決、主文をすればいい。(第13回 水野委員)

是正訴訟と民事訴訟との関係については、両方できるようにすべきだ。民事訴訟では困るので、是正訴訟でいってもらいたいなどと、例外的な部分を設けることもあっていいと思うが、原則は民事訴訟であろうと、行政訴訟であろうと、選択することでもいいのではないか。(第13回 水野委員)

民事訴訟との関係をどう整理するかという問題だ。自分は基本的にはそれぞれの要件に応じて、訴訟が可能であれば行政訴訟もできる、民事訴訟もできるというのが一番自然で、わかりやすい制度ではないかというふうに思っているが、これはいろいろとまた議論が分かれるところだと思う。取消訴訟中心主義の是正という観点から自分なりに問題点の整理をしてみると、今のようなどおりになるのではないか。(第15回 水野委員)

#### 【深山委員】

取消訴訟の位置付けだが、行政の行為のうち、出訴期間と排他性を伴った形でしか争わせないようにして、法的な権利関係の安定を図る必要があるものは存在するということが出発点だ。典型的な行政処分はいつまでも争うわけにはいかず、そのために取消訴訟の制度が存在している、ということだ。(第9回 深山委員)

取消訴訟が負担過重になっている、とされているが、裁判所では事案を見て救済せざるを得ないと判断すれば、他の方法を使っても救済しようと解釈して、はみ出しが出ていたのだと思う。それはまさに取消訴

訟で取り込むしかなかったと思うが、立法論として考えた場合は純化すべきだ。そう考えると、『行為の公権力性と法律上の地位に対する直接的な影響』という最高裁のかたいベーシックな様式というのは一つの有効な範囲で、それを解釈論で拡張しようとしたことで混乱を来たして、予測可能性がない状態になったんだと思う。ただ、その範囲に入らない外延について、現実には救済しようと考えた場合、新たに法制度を作るということを考えると、別類型を考えることになる。そして、何のために別類型を作るのかを考えなくては行けない。排他性と出訴期間を一つのパッケージで考えないで、別々に考える余地もある。排他性だけは認めないが出訴期間だけは認めるために、別の類型を作ることもあるだろう。その際、これまでの制度をなしにしてもいいが、従来からの制度で使えるものは使う。だめなものは新しい制度を考える、という方が、法制度の改革はスムーズに進むのではないか。(第9回 深山委員)

**【塩野座長】**

救済すべきものは救済すべきであるのに、今までの判例を見ると確かに救済されていないものもあるのではないか。ただ、現行の制度で救済の方法が本当になかったのか、そこは今日は紹介されていない。救済をすべきだという意見は皆から出ていたが、その救済を充実する方法としては、いろいろな論点があった。排他性と出訴期間のコアの部分については、並行訴訟を認めない意見と、そうでない意見があった。本日はどのような方向だということにはせず、ただ、救済の充実から見て、訴訟の類型あるいはいろいろな訴訟の形を考えながら取消訴訟を適切に位置付けるということで、今後も検討を続けていくということになると思う。(第9回 塩野座長)

およそ確認訴訟、形成訴訟のどちらかについて、この検討会で統一するのは、学説である以上無理だ。むしろ、未来に向っての制度設計だから、その制度設計を、自分の学説ではどう理解する、折り合いをつける、というアプローチで行かないといけな。 (第13回 塩野座長)

今日出てきた議論で、国民の包括的な権利救済ということから取消訴訟中心主義をやめるとすると、取消訴訟は残るのか残らないのかという問題があって、残るとすると取消訴訟の特色は排他性と出訴期間の問題なので、これをどうするかが基本的な問題の一つであるというのは今までの議論の中でも出ており、例えば、そういう問題については決めないとういにもならない話だと思う。(第15回 塩野座長)

## 【2 取消訴訟の対象】

### 【市村委員】

取消訴訟の対象の表現を「行政上の意思決定」にするとの提案については、出訴期間、排他性と非常に関係するので、それらとどうからめていくかだが、今の案のままでは、誰が、どの範囲を対象にして、どんな効果を生ずるかということについて、漠然としてはいないか。裁判実務をやっている時には、処分要件の充足をまず考えるが、このやり方は、民事訴訟の審理のやり方となじんでおり、自分たちにわかりやすい。これに対し「行政上の意思決定」とした時には、判断の方式については、行政裁量に関する審査の在り方、という風なものを分析し、裁判規範となるように密なものにしていかないと、せっかく取り込んだとしても、形式的なところだけを審査することになってしまうだろう。「行政上の意思決定」と広げていく場合には、どうやって裁判規範にするか、ということ認識した上で議論してほしい。(第9回 市村委員)

取消訴訟の対象については、資料にB、C、Dと3つの案があるが、少しずつ難点があるのではないか。(第13回 市村委員)

事実行為を除外する考え方については、事実行為だけ別途の救済方法を設ける必要が現実に、今の救済制度の中にあるのだろうか。同じ類型で救済をするということで、まかなえているのであれば、あえて別類型に切り分ける必要もないのではないか。(第13回 市村委員)

行政の意思決定を含むべきとの考え方については、行政の意思決定という形で全部入れてしまって訴えの利益で判断するのは、手法としては非常にたくさんの部分が入り、その中から抜けるものもかなりあるので、賛成しかねる。むしろ別類型にし、審査しやすい要件を立てた方が規範を適用する意味ではやりやすい。(第13回 市村委員)

### 【小早川委員】

現在の取消訴訟は負担過重であり、機能を拡大しすぎたという感じはする。今まで、他の適切な救済手段が現行法上考えにくいために、色々なものを処分と見立てて取消訴訟の対象としてはどうかということ、自分も、他の学説も、判例も、言ってきた傾向にあると思う。その結果、必要以上に行政全体が過度に権力性を帯びることになってしまった。昭和39年の判決で「…適法性の推定を受け有効性として取り扱われる…」という言い方は、標準的な学説から言い過ぎであり、おかしいというのが多数説であり自分もそう思うが、他面、「行政目的を可及的速やかに達成する必要性」と権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性」という二つ要請のバランスを勘案して、通常の民事訴訟とは違う出訴期間の制限を伴った取消訴訟という制度を作ったのだということは、取消訴訟というものをきちんと説明しているのだと思う。自分は、こういう意味での二つの要請のバランスを取る取消訴訟の制度は必要だと思うが、対象範囲は最小限に絞るべきで、本来のテリトリーに撤退してもらうべきだ。(第9回 小早川委員)

ここでは、取消訴訟というかどうかはともかく、行政庁の決定に対する不服申立ということが必要な部分はあるだろうということの説明したい。まず、相手方に一定の公的地位を付与するような行政作用、例えば、営業許可行為や換地処分などについては、許可等を受けた者の地位がいつまでも安定しないという問題が起きないよう、出訴期間つきかつ排他性つきの訴訟で処理せざるを得ないのではないか。もう一つ、税などの関係の処分については、政策的に普通の民事訴訟手続で徴収することもありうるが、現在のコンセンサスからは行政に強制力を与えてもよいということになり、その場合は同様に「出訴期間 排他性つき」の訴訟になるだろう。(第9回 小早川委員)

しかし、あくまでも絞りに絞ることが大事で、それ以外の、出訴期間及び排他性つきの訴訟でなければいけないという証明ができないものは、そのような特権を与える必要はない。その場合には、広い範囲の行政決定を対象とした訴訟が認められているのではないか。その場合は、訴訟類型についてあまり細かく書く必要はないのではないか。民事訴訟も、訴訟類型を区別しているわけではなく、必要に応じて原告が請求を組み立てることになっている。だから、申請をして拒否処分を受けた、というような場合には、一般には出訴期間 排他性付きの訴訟である必要はなく、特別に短い出訴期間を定める必要もない。その場合、請求権の主張・立証をする自信があれば義務付け訴訟(給付訴訟)を起こせばいいし、あるいは、違法確認を求めなくてもいいだろう。共通的・基本的には、行政決定の違法性を認定してもらうような訴訟を考えておけばいいのではないか、というのがさあたりのイメージだ。(第9回 小早川委員)

現在の取消訴訟をどうすべきかという筋で意見を申し上げたい。本日の事務局の資料だと、自分はCプラスDだと思っている。従来の取消訴訟については、判例上、解釈上、無理して広げてきた部分があり、そこはもっと自然に広く取れるようにしておいた方がいいので、D案がいいと思う。その意味では、今の水野委員の考えとも合うだろう。例えば土地区画整理事業計画決定なども、取消訴訟の対象とした方がいいのではないか。ただ、違法の判断をしても救済に繋がらないなど、様々な事情を判断し、訴えの利益によってきめの細かい議論をしていくべきだ。(第13回 小早川委員)

もう一つ例を挙げれば、いわゆる税関検閲の事件で、禁制品に当たるか否かの通知を税関長がすると、その見解を改めてもらわない限りは自分の手元に物が来なくなるのでそれを取消訴訟の対象たる処分だとした判例があるが、あの判断は苦しい拡大だと思う。取り消すべき実体法上の効果があるわけではないが、取消訴訟に乗せる、というものを正面から乗せられる制度にした方がいい。(第13回 小早川委員)

先ほども指摘があったように、確かに、行政上の意思決定で括って後は訴えの利益があるなしを基準とするのは乱暴であることは重々承知している。そこで、行政決定に関する是正訴訟というのを作り、従来から公定力があるとされていた行政処分らしいものを第一種行政決定とし、それについては出訴期間や排他性がつくこととし、その他に第二種行政決定として、第一種には入らないかもしれないが広い意味での行政決定の定義には当たるといふものについて個別に訴えの利益が認められるケースであれば、これもその訴訟形式に乗せる、というプランであれば多少は改善されると思っている。(第13回 小早川委員)

取消訴訟というネーミングについては、どちらでもいいかと思う。単に行政機関が何か決定をし、その決定はなかったことにしようというだけのことであれば、あらゆる場面で取消しという言葉が馴染まないわけでもない。一方、古い言葉はまずいのであれば、そうかもしれない。ただ、行政決定ないし行政上の意思決定では広すぎるのではないかという心配もないではない。あいまいな言い方が、国民に対する決定、など、純然たる内部的準備的な作業を除く工夫をするかどうかは別として、ぎりぎりのところは訴えの利益があるかないかで判断はできるのではないか。取消訴訟というのも普通は違法である場合の是正というの取消だということで、取消訴訟と言っているが、確かに是正という方が取消し以外にも色々必要な是正措置があるということが表現できるので、これはいいと思っている。(第13回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

現在は取消訴訟の対象は「行政処分」となっているが、その中には、行政上の計画等は入ってこないとされている。今回の改革では、取消訴訟を維持することを前提として、行政処分の概念を広げた方がいい。それは、かねてから学説でも存在していたし、裁判例を見ても、実際に行政処分とされるもの以外について取消訴訟を提起する例が多かった。また、国民からの意見募集でも、同様の意見が多かった。芝原委員の報告も、そのような方向だったと思う。(第9回 芝池委員)

自分は、「行政訴訟制度改革に関する覚え書」の論文の中でも書いており、日弁連の考え方に近いが、「行政上の意思決定」という漠然とした規定でいいのではないかと思っている。これは従来の行政処分の概念から一旦切り離すということであり、従来の範囲よりも広いことになる。この内容は、今後の学説、判例に委ねることでもいいのではないか。(第9回 芝池委員)

このように取消訴訟の対象を広げると、出訴期間の制限、排他性がかかってくるのではないかと、ということがあり、難しい問題であるが、排他性の問題と出訴期間の問題を切り離す方向で取消訴訟の対象を決めることはできないか、現在検討中である。解決策を考える予定だ。(第9回 芝池委員)

また、他の訴訟との関係を勘案する必要があるとのことだが、他の訴訟ができれば、取消訴訟を起こす必要がないということには必ずしもならない。原子力発電所の設置のように、無効確認訴訟と民事訴訟が並行して進められている例もあり、他の訴訟との調整が今後の検討の課題になるのではないかと。拒否処分については、義務付け訴訟が導入されるのであれば、そちらの守備範囲にまわすことも考えられる。(第9回 芝池委員)

取消訴訟の対象については、最高裁昭和39年10月29日の判例で定式化されているが、その後の裁判例では、この判決に依拠して、行政処分に該当しないと一刀両断的に請求を退けている判決は見当たらず、むしろ個別に判断している。したがって、その判決を基本に据えることは適切ではない。(第9回 芝池委員)

実務に携っている方からの意見があったが、現在の取消訴訟では争えないし、さりとて民事訴訟でも争えないものもあると思われるので、それは手当てをする必要があるだろうと思う。(第9回 芝池委員)

建築確認が拒否される場合には用途地域指定の段階で争うようにするとか、また、おもちゃのピストルの製造についての警察からの警告を放置すると刑罰がかかるので、警告の段階で争えるようにするなどについては、早期の権利保護となる。(第13回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

行政立法又は行政計画の段階ではなく、処分の段階で救済する今の仕組みは、結果的には社会経済活動に大きなコストを発生させていると思うので、もう少し前段階で何らかのチェックが入った方が社会経済的にもトータルではコストミニマムにいくのではないかと。実際の行政行為はほとんど行政立法で決まるので、そのチェック機能がどうしても要るのではないかと。特に、違法であるにもかかわらず、その取り消しを認めない事情判決については、国民の権利実現を犠牲にそこまで行政活動を保護する意味があるのか大変疑問であり、これはチェック機能以前の問題ではないかと。(第6回 芝原委員)

行政計画、行政立法については、やはり、行政処分が出る前の段階での早期救済ができないのではないかと。(第9回 芝原委員)

#### 【萩原委員】

これまで色々な方々の意見として、取消訴訟の対象を広くすべきという議論があり、計画立案過程を対象にすべき等の、幅広い意見が多く、自分もそう思っていたが、今日の話では色々な問題があるということで、簡単ではないのかなと思った。具体的な、これまでに出た問題となっている判例について、対象を広げるとどうなるか、類型まで行くかどうかは別として、具体的な制度に近づくようなものが見えてこないか、考える必要もあるかと思う。(第9回 萩原委員)

例えば計画策定プロセスの段階については、現在、行政手続法や情報公開法など、国民・住民が参加する

プロセスがあるが、将来、被害や損害が発生する恐れがあるときに、事前に、すなわち計画策定段階で訴えることができるかとする、資料では D 案がよろしいのではないかと思うが、行政上の意思決定というのはそのように解釈してよろしいか。(第 13回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

現在の取消訴訟の目的は二律背反的なところがある。取消訴訟の対象を広げたり、手前で争わせようとして、それが権利救済の拡大につながる側面がある反面、排他性・出訴期間がかかってくると、そこから先は争わせない、あるいは別の訴訟手段を許さないということで、逆に権利救済のルートを狭めることにもなる。結局、取消訴訟が国民の権利利益の救済の拡充を狙っているのか、あるいは早期安定・法的安定を狙っているのかは、一緒に盛り込まれてしまっている。ある処分が取消訴訟の対象処分だということになると、両方の側面がぶらさがってくることになるので、どこの時点で救済するかということ調整しようとする、基準なく決めざるを得ない。救済を拡充する側面は拡充する側面に徹して訴訟提起の機会を拡大し、法的安定・争える期間限定のための政策的配慮の側面については徹底すべきで、そこは分けて考えた方が合理的な制度設計ができる。(第 9回 福井(秀)委員)

具体的には、取消訴訟には排他性と出訴期間がついているが、排他性をつけて取消訴訟でしか争えないようにするか否か、出訴期間に服せしめるか否か、という二つの政策判断は異なる場合があるので、分けてもいい。国民にとって一番重要なのは短い出訴期間であり、出訴期間が何のために置かれているのかの意味に即した、出訴期間対象処分の限定があるべき。行政関係の早期安定といっても、あとに裁判になった時の訴訟資料や事実関係の確認のためであれば、3箇月の出訴期間は必然ではない。(第 9回 福井(秀)委員)

一般の時効よりはるかに短い安定を図るための期間を置くとしたら、第三者に関わる枠組みが非常に重要な領域だ。課税処分や営業の不許可処分のようなものは、直ちに他の人が困ることはない、出訴期間に服せしめる必然性はないが、原発とか空港のように、第三者の法律関係に関わる時、また、多数当事者の法律関係に関わっている時は、出訴期間で早期の法的安定を図る必然性が出てくる。つまり、第三者又は多数当事者に関わっているかどうか、出訴期間をかける基準だ。(第 9回 福井(秀)委員)

次に、それにより出訴期間をかける行為を限定した場合、それが必ずしも取消訴訟だけで争わねばならないかどうかという別の問題がある。当事者訴訟とか民事訴訟などの他の訴訟形態を直ちに排除する必要があるのかは、出訴期間とは一応独立の問題であり、原則的には選択提起を認めていいのではない。その場合他の類型にも出訴期間はぶらさがってくる余地もある。取消訴訟の対象が広がるのはわかりやすいが、自動的に出訴期間のかかる範囲も広がっては困るので、訴訟類型は色々なものがあつた方がいいという観点から取消訴訟の類型が広がって、使いやすくなる、間違えにくくなる、というもう一つ外側の類型があり得るのか、という気がしている。(第 9回 福井(秀)委員)

資料の C の図のようなイメージが適切だ。出訴期間と排他性については、現行の取消訴訟の制度には当然に 2つ伴ってくることになるが、取消訴訟の対象にすると、争い方の上で便利になる反面、その 2つが自動的にくっついてくると、いわば失権効をもたらす、という意味で非常に重大な権利救済を阻む役割をも果たするので、取消訴訟をただ広げるのは色々問題が多い。したがって、取消訴訟の範囲が拡大するのだとすれば、救済の便宜にかなう方向でのみ拡大するべきだ。そういう意味で、範囲が広がるときに、それに伴い出訴期間とか、排他性が新たに出てくるのは絶対に避けるべき。そう考えると、資料の D のような、意思決定なども、出訴期間や排他性は被らないが何らかの形で争いやすい類型として設けることには大変合理性がある。そういう前提で考えたときの出訴期間について、従来は、取消訴訟の対象であれば自動的に 3ヶ月の出訴期間が付いてくることになっているが、これは検証を経ていないドグマの立法的産物にしかっていない。なぜ出訴期間が必要なのかは物事の属性に則して考える必要がある。例えば、計画や、課税処分の中でも滞納処分などは、第三者の権利関係に確実に影響するので、こういった第三者の権利義務関係を変動させる行政行為については、時効でいいというわけにはいかず、原則として出訴期間を被せることには合理性がある。しかし、単なる租税の賦課処分のような領域については、資料の散逸さえなければ時効でもいいと考えるのが制度の存在意義からアプローチした場合の、常識的な帰結だ。出訴期間がかかるのは第三者に影響するものに限るのが原理原則として重要だ。個別法と行訴法のどちらに規定するのかについては、行訴法に書くべきだ。個別法に書くことになると、その必要性の判断を被告予定行政庁に丸投げすることに繋がりがねないので、一般則として書いておくことが必要だ。第三者の権利義務関係に変動を及ぼすかどうかを前提に、それでまずければ、個別の行政法規を所管する省庁から説明をもらい、必然性のあるものについては場合によれば出訴期間をつけてもいい、という原則例外の関係で立案を行うのが妥当だ。(第 9回 福井(秀)委員)

#### 【塩野座長】

公権力の行使という言葉は、現在あちこちで使われているが、行政手続法にも使われており、そういった言葉を、今度の行訴法でどうするか。別の表現で書くというやり方もあるが、現行法で使っている公権力の行使という言葉はどういう意味であるかという点も、細かな点に入ってくる段階では、詰めておかなければいけない。

(第 10回 塩野座長)

取消訴訟の対象の問題は、排他性と出訴期間を備えたものを想定するかどうか、また、それをどこで決めるのか、ということだと思う。(第 13回 塩野座長)

## B 原告適格及び訴えの利益】

### 【市村委員】

原告適格は問題になるが、実務をしていると、判例評論や学説で取り上げられている議論に比べれば、実務において原告適格が争いになっている比重は小さいと思う。ただ、ギリギリのところかどうかが深刻な問題として出てくるから結果として大きいということだ。原告適格は狭すぎると言われているが、やはり裁判の規範、入り口は明確でなければならない。事実調べを散々しなければわからないというのではさかさまで、原告適格の意味をなさない。その意味で、訴訟の入り口で主張を見て、法令を調べれば結論が出るのは、司法としては使いやすい。事実上の利益がある場合にも原告適格を広げるべきだというのは有力な意見としてあるのは承知しているが、事実上の利益の存否をどう判断するか、なかなか難しいと思う。救済すべきなのにこぼれ落ちていると言われる部分については、できるだけ個別の法律において拾っていく、明確にしていくことが一つの考え方だ。それにより、明瞭になるし、事案に応じた適切な原告適格の拡大ができるので、優れている。一般法では書き方が難しい。人的エネルギーに限られた中でできるだけ裁判所の機能を有効に使うとするならば、中身が薄まらないように、また、規範として明確なものにしてほしい。(第9回:市村委員)

近鉄特急の例が挙げられたが、近鉄特急ではなく、国鉄のようなところが一律に運賃率を変えたら、国民が訴えられるのかどうかという問題になるわけで、切り方が非常に難しい。逆に言えば、法律上保護された利益説でやっていけば手がかりがあるので、手がかりがないものは違うと思う。(第9回:市村委員)

10条1項の規定は「自己の法律上の利益に関係のない違法」となっており、関係のある違法は全て主張できるという、主観訴訟の趣旨を徹底した当然のことを言ったものだ。この規定により特に障害になっていない。例えば、ある者が、自分以外の者に対する告知聴聞を行政庁がしていないことを主張するのは妥当かどうかと思う。(第9回:市村委員)

原告適格という要件の機能的な意味は、訴訟提起の際に、その者が原告となって遂行できる地位にあるか、その者が訴訟追行者として訴訟をしていくことを認められるか、判断するためのもので、できるかぎり判断が明確である必要があり、その範囲が何か調べなければわからない、というのでは欠陥がある。その意味で、事実上の利益、を要件とすれば、何を判断の基準にするのか、問題が出てくる。少なくとも、現在の原告適格の定義である「法律上の利益を有するもの」というのは、これまで積み重ねられた判例の中で法律上保護された利益の意味だと実務上確立しており、狭いと批判もあるが、その具体的な適用範囲はその裁判例も含め、かなり判断の資料になっているので、これは前提とすべきだ。新しい言葉で原告適格を定義するのであれば、その定義は、判断の基準として明確なものか、今の基準より優れているかどうか、その新たな定義によって含まれるものの範囲は、今の解釈によっている範囲と比べて、どの範囲の部分が拡張され、あるいはどの範囲の部分が削り落とされることになるか、そういうものを具体的に明確にした上で、どこは含まれどこは外れる、という議論を十分にすべきであり、単に変えてみればよいというのでは危なっかしい。こういう作業については、法的安定性をできるだけ考える必要があるし、言葉を変えたことによって、無用な混乱がないようにしなければいけない。法的保護に値する利益というのは、そういう意味では、判断の基準としての、客観性、予測可能性という意味で、少し問題が生まれるし、利害関係を有するもの、という基準は、今までの法律上保護された利益という概念と比べ、どこが引込んでどこが増えたのか、ということも明瞭にできるのかという気がする。もし変えるのなら、そういうところをきちっと意識した上で、だから何故変えるのか、という議論をすべきで、言葉だけを変えてしまうのでは、実務は非常に混乱する。(第13回:市村委員)

取消理由の制限に関する10条の規定は、自己の法律上の利益に関係のある違法というのは全て主張できるという、主観訴訟の当然の裏返し表現だと思う。もしこれを廃止すると、原告適格を備えている限り、自己の法律上の利益に関係のない違法、今まで言えなかった違法が言えると解釈される余地が出てきて、そのような部分において主観訴訟という性格が一部変容する懸念があるので、残すべきだ。(第13回:市村委員)

最終的に事実判断をした上でないと評価ができないのでは、原告適格の役目は、半分損なわれていると思う。なるべく中身に触れずに、法律的な要件などで判断できることが必要だ。法的安定性とはそういうことだ。原告適格について、こういう部分は増やすべきだ、これは削るべきだ、という議論を十分するのはこの検討会の使命だが、それなら対案を示して議論すべきで、今の、法律上保護された利益説が不完全だというだけでは、新しいものは出てこない。いい基準があれば、それにしてもいいだろうと思うが、なかなかいいものが見つからないのが実情だ。(第13回:市村委員)

議論は、法律上の利益を有する者、という今の定義が狭すぎることではなく、判例の解釈が、本来予定した定義通りにやってない、もっと広く解釈できる、という趣旨だろう。確かに、そこで取り込まれていないものは、もっと漠然とした規定をすれば入るが、やはり枠組みとしての必要もある。自分は、これが安定しているから動かさなくていいと言っているのではなく、判例の解釈の仕方がおかしい、という議論がされるべきだということだ。言葉を入れ替えても、却って混乱するのではないかと思う。(第13回:市村委員)

### 【小早川委員】

関係行政法規を見て、行政法規がどのような利益を保護しているかという「保護利益要件」を考慮するのはいいが、それを超えて、個々人の利益を保護されているか否かという「個別保護要件」を考慮するのは、

余分だと思う。裁判官からは困るといわれるかも知れないが、個々の事例で、裁判所が何らかの違法判断をすることによって、原告にプラスになるかどうかというや個別的な訴えの利益の判断をすればいいのではないか。その前段として、法律の趣旨の解釈つまり法律が行政機関にどういうミッションを与えているか等、その法律の構造を見極める、ということが大事だと思う。(第9回 小早川委員)

6(第4回資料3)の近鉄特急の判例は、毎日定期を使って通勤していた者が、特急料金の値上げ認可の取消しを求めた事件だが、判決では、当時の地方鉄道法の関係規定は、個人個人の利益を保護する趣旨で認可制度を置いているわけではないとして、原告適格を否定した。しかし、法律で保護する範囲に入っているのは確かであり、個別保護要件の判断により認めなかったのはおかしいと思う。グレーゾーンはあると思うが、裁判所が特別の見識をもって認めてもよかったのではないか。ジュースの判例については、ジュースの表示を公正取引委員会が認めたのはいけなく、というもので、日本国民の誰もが訴えられることになってしまうので、個人的な特別の利益があるとは言えないのではないか。(第9回 小早川委員)

現行法は「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」という表現だが、ジュース訴訟の例でも、主婦連の存在意義からすれば、法律上の利益があるという解釈はあり得るので、9条の規定をどうするか議論する中では、その点は議論せざるを得ないのではないか。(第9回 小早川委員)

もう一つ、団体訴訟については、個別法で分野毎に書くことは考えられるが、およそ行政一般について、個別法で適格団体の定義をするのは難しいだろう。行訴法のシステム自体が自分の権利利益を侵害された者だけでなく、それ以外の者について行政訴訟特有の取扱いをする余地があるのかなのか、これは行政訴訟一般のスタンスの問題ではないか。(第9回 小早川委員)

学者でも、10条1項について誤解している者はおり、そのような誤解が生じるのであれば、規定はなくした方がいい。(第9回 小早川委員)

条文を書き直すことになると、理論的前提が多少影響してくるので申し上げるが、行政訴訟の本体部分であるべきこの訴訟は、主観訴訟として構成するのがいいと思う。主観訴訟と客観訴訟の仕切りははっきりさせた上で立法論、解釈論をした方がいい。(第13回 小早川委員)

原告適格について、現在「法律上の利益」となっている表現を柔軟に読めば特に問題はなく、現行法では、取消訴訟は主観訴訟であるということを中心に、その場合の法律上の利益は何かを柔軟に考えていけばいいはずだ。それに対し判例の解釈というのは、やはり狭い。現在、自分の言葉で言えば、最高裁の判例は、保護範囲要件、と、個別保護要件の二つを要求している。実際に立法者がそこまで考えているかと言われているが、そのことが特に妥当するのは、この個別保護要件の認定についてだ。例えばジュース表示事件で言えば、景表法が、消費者の利益を視野に入れて、それを保護の範囲に含めているとまでは言えるが、消費者個々人の権利利益として個別に保護しているわけではない、というわけで、後者の判断はどこから出てくるのか極めてあいまいだ。その後の最高裁判決を見ていても、もんじゅも含め、原告適格を認めるべき場合には、個別保護要件も満たされているようだが、結論先にありきの話で、この最高裁の枠組みは再考を要するものだ。自分としては、個別保護要件は外し、法律がどの利益を視野に入れているか広く考え、その上で、日本国民及び外国人全部が原告適格があるとならないように、利益の特定性など別の判断基準でもう一度絞り込むような方向が考えられるのではないか。しかし、それを条文に書くということになると、また議論のきりがなく話だが、今のは狭すぎる、ということを中心に、なんとか表現を考える、ということだ。(第13回 小早川委員)

現在の判例が狭いか否かだが、学者の立場ではかなりの共通認識があり、かつては狭かったが、最近の判例はかなり広がっている、と考える。ただ、同じ理論枠組みを維持している中で広げており、その枠組み自体はどうなのか、という評価が、学者の側から出ていた。自分も、今の判例のままで本当にいいのかという認識だ。行政手続法の10条については、先ほど話に出た近鉄特急事件もまさに念頭に置いて議論した。これは、判例の立場では原告適格は認められないが、行政手続法上は意見は聞かれてしかるべきものだ、ということだ。それを「申請者以外の者の利害を考慮していることが、当該法令において処分の要件とされている」という言い方をとって、近鉄特急の場合には、これに入る、という議論を、立案の時にした。このような文言よりは、法律上の利益を有する者、の方が整理されていていいが、例えばそういう言い方もある。事務局の案では、利害関係うんぬん、となっているが、検討してもよいのではないか。(第13回 小早川委員)

そして、多少原告適格が広く認められることを前提にした上で、そこで原告が主張し得る利益の中には、特定の原告に主張させるよりは、直接の被害を受ける人ではなく、また団体かもしれないが、そういう者が原告になった方がふさわしければ、あくまでも個人で原告適格が認められるべき者がいるのを前提に、一種の訴訟担当のような形で当事者適格を肯定する必要性が、行政訴訟の場合、民事訴訟よりも高いのではないか。(第13回 小早川委員)

今日の資料にある不正競争防止法などの民事訴訟について言えることが、行政訴訟についても言えるのではないか。そこは民訴の一般ルールに全部よりかからず、こちらでも言うべきことは言うべきではないか。(第13回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

原告適格を考える場合、従来から、個別の実体法を基準にするか、争わせることが適切かどうかを基準にするか、という考え方があったが、昭和53年のジュース訴訟の判決は、法律上保護された利益説に立った。これは行政不服審査法についてのものではあったが、それ以降、その考え方に沿った判決が続いた。それ以前は、原告適格についてはわりと緩やかに認められており、牧歌的な時代だったが、同判決以降は変

わってしまった。自分としては、現在ほど厳格にしないような工夫が必要だと思う。総合設計制度に関して、火災とか倒壊の危険がある者についてのみ原告適格を認めるという最高裁の判決が最近出ているが、ニューヨークのような事件でもなければ倒壊などしないわけで、実情に照らして奇妙な判決だと思う。最高裁は、法律に書いていることを基本に、実質的な利益を考慮しているのではないかとと思うが、現在はまだ、裁判所が拘束されすぎていると思うので、拘束を弱める工夫ができればいいと思う。(第9回 芝池委員)

経済の分野だけでなく、それ以外の分野についても、団体訴訟のあり方を考え、行政訴訟検討会で書ける範囲で基本的な考え方を示す必要はあるのではないかと。現在の行政事件訴訟法でも、客観訴訟は、全部個別の法律に委ねられている。そういう形ではなく、もう一歩踏み込んだ形で、なんらかの形で、意見を表明する必要はあるのではないかと。(第9回 芝池委員)

法律上の利益の解釈が非常に厳しい。主として行政処分の根拠になった規定を考え、そこから、原告適格の有無を判断する、としている。だから、原告適格と法律の観念を完全に切断できるかどうかは別として、その関係を緩める必要がある、ということは既に述べた。まだ申し上げていなかったのは、この「法律上の利益」の代わりに、「法的利益」という観念を使ったらどうかということだ。事務局からは、法的という言葉は法制局用語ではないからだめだと言われたが、英語の law と act の区別ぐらいは法制局もつけてはどうか。(第13回 芝池委員)

飛行機の騒音について言及されたが、騒音の不利益を被っている人はたくさんいるが、その中でどういう範囲で原告適格を認めるか、という法的な作業が必要で、その意味合いをどう文言の中に入れるか、ということが問題だ。だから、単なる事実上の不利益では無理だ。(第13回 芝池委員)

#### 【成川委員】

訴えた人が、自分の利益が侵害されていると明確に主張していれば、それだけで判断を下すことがあっていいのではないかと。入り口のところで排除してしまうのは、どういう理由か。個々の法律で判断するのは大切だが、訴えている方がどういう根拠で訴えてきているのか、その主張を判断しなければ本当の権利利益の救済にはならないのではないかと。全ての人の権利利益を法に全て書ききれているかということ、必ずしもそうではないだろうし、憲法上の一般的な規定もあるわけで、そういうものについては裁判の中で判断し、その蓄積の中で、法律を作った方がいいという関係もできてくるのではないかと。やはり個別利害のところまで判断するのは、やはり狭すぎるのではないかと。(第9回 成川委員)

#### 【萩原委員】

基本的には門前払いをなくし、本案の裁判まで行かなければ、なかなか納得できないな、という気がする。その意味で広く原告適格を認めるべきだ。どういう文言にするかは非常に難しいが、今までの判例で多くの人がおかしいと思っているものについて、こうすれば直るといふ具体例があれば、その文言をたたき台に考えてみることはありうるだろう。いずれにしてもそういう広い方向で行ってほしい。(第13回 萩原委員)

それから、今まで議論されていない団体訴訟について。遺跡の指定取消しの話、奄美の自然の話など、いろいろ歴史的、文化的遺産、自然など、回復不可能なもので、一度壊してしまったどうしようもない、ということ、今後、様々な場面で起こってくるだろう。今現在もどこかの学校の話、どこかの建物と、いろいろな案件があるが、それについて訴えるなんらかの手立てはないものか、と考える。事務局の団体訴訟に関連する資料では、どちらかという否定的な見方が多く、どうしたらいいかわからないが、今後、そのような回復不可能なものを守らなければいけないケースがどんどん出てくるだろうから、どうすべきか考えるべきだ。昔、代表的訴権などのようなものも言われていたし、個別に、ここがいい、ここが悪い、と検討して、団体訴訟に限らずに、何らかの手立てはないか、議論を進めていただきたい。(第13回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

福井(秀)委員 最高裁判例で示された「法律上保護された利益説」は、基本的には妥当だと思う。しかし、この説が、本来異質な二つの領域、一つは、実体法によってはじめて作りだされた権利、もう一つは、守られるべき利益が法律に書いているか否かにかかわらず、例えば許可の結果として因果関係のある事実上の影響・近隣外部性が及ぶ領域、という二つ領域の両方に妥当するという点で、混乱しているのだと思う。(第9回 福井(秀)委員)

事実上の影響で考えると、法律上保護された利益説はやはりおかしい。根拠法で守ると明記しているか否かによって、現に受けている苦痛を守るか否かが決まるのは、倒錯した論議だ。やはり、事実上の影響・苦痛に着目して、民事と同じ差止めなどを認めてもいいのではないかと。一方、実体法によって初めて作り出された権利の方は、まさにその法律が守っている利益が侵害された時にそれを保護するわけで、従来の法律上保護された利益説がぴったりと当てはまる。そこをわけて考えたほうがいい。事務局の判例集で問題視されているものも、端的な許認可の相手方ではないところに及ぶ事実上のものが多いと思うが、そちらについては、まさに法律上保護された利益説というよりも、実質に則して考えた方がいいのではないかと。(第9回 福井(秀)委員)

民事訴訟でも権利侵害なり、本案勝訴要件があり得るようなものは、当然に原告適格ありとすべきだ。また反面、特に作り出された権利については、今の最高裁の解釈は、それなりに合理性があると思っている。(第9回 福井(秀)委員)

具体的な判例に即すると、近鉄特急の例などは、直接に特急料金を払っている人であれば認めてもいい

いと思うが、反面、それが排他性を持たせたり、出訴期間をかぶせるということは救済の機会がせばまる方向になっていくので、おかしい。排他性とか出訴期間を外すという前提で、取消訴訟の対象にするということもありうる。(第9回 福井(秀)委員)

9番(第4回資料3)のパチンコ屋の許可処分。近隣住民は原告適格が否定されているが、近所の診療所が訴えたものは原告適格ありとされている。入院している患者しか、静謐な環境の権利を持つことができないというのは奇妙だ。9番の例などは原告適格を認めてもいいが、排他性、出訴期間を外すということはある。(第9回 福井(秀)委員)

小中学校の統廃合処分の原告適格と処分性で論文を書いたが、その例では最高裁が奇妙な原告適格の判断をしており、今まで通っていた学校を廃止するときに、誰が争えるのかという議論については、今までの判例では、たまたまその小学校に在籍している保護者と生徒に限られる。これは法律上保護された利益説から言っても、ずれた判例の集積がある。また、社会生活上子供にとって受忍できる範囲を超える場合のみ処分性があるという判例があるが、本案の要件と本案前の話が混同されていて、やはり奇妙だ。こういう判例を個別に見ていって、こういう場で合理化していただければと思う。(第9回 福井(秀)委員)

1年前の政府の審議会で、原告適格の範囲を一覧表にしてはどうかという意見があり、自分もそれを言っていたが、それをやると裁判を受ける権利を制約するのではないかと反論があったが、一覧表にするのは、裁判を受ける権利を制約する趣旨はなく、少なくともここまではできるということを示すもので、それ以外にも、裁判を受ける権利の行使として、もれているものもできるということにすればよい。方向性としては、個別実体法規に、ややこしい原告適格については、できるだけ明記していく、ということが一つあり得、総合規制改革会議でも別途今年も継続検討になっている。(第9回 福井(秀)委員)

(利害関係を有するもの、という基準について)概念が明確でないのはその通りだと思うが、法的安定が必要で、従来の実務から変えない方がいいとの発言については、ここは立法論を議論する場、今までの実務に問題があるのか否かを議論する場であり、単に連続しているからいいというのは、立法政策の議論としては間違いだ。原告適格については、事務局の資料の問題意識にもあるように、公衆浴場の問題にしても里道の問題にしても、法律上保護された利益説では非常に読みにくいものを、規則や政令まで総動員してかなり四苦八苦して読んでいるのが判例の現実だ。この条文がこのような解釈をもたらしているのだとしたら、もっと端的に読めるように立法で解決するのが筋だ。解釈をちゃんとすれば読めるはずだ、というのは、現実に判例がかなり苦労している状況を踏まえると、役に立たない。意図した政策を、裁判官が迷いなく書けるよう立法で手当てするのが、基本的姿勢だ。(第13回 福井(秀)委員)

この資料にある例は当然原告適格はあると考える。その際の基準だが、当該処分の根拠条文に何と書いてあるかということよりは、ある行政の活動によって、実際にある者が不利益を被っているのかどうか、ということが、訴訟を提起できるかどうか、裁判を受ける権利を持つかどうかの出発点だと思う。その意味で、この事務局の問題意識は非常に共鳴する点がある。やはりこの法律上の利益という文言は変えた方がいい、というのが自分の意見だ。変える際には、概念が明確で、しかも混乱が生じないように、などいろいろな配慮は必要だが、このままでは裁判を受ける権利をかなり制約していると言わざるを得ないとすれば、できるだけ適切に読みうるように、変える方向で最大限努力することが必要だ。(第13回 福井(秀)委員)

実際の変え方として、この資料のような「法律上の利害関係」も一つの案だとは思うが、これだと現在の規定と似ていて、本当に変わるかどうか心許ない。法制的にはもっと詰めた言い方があるかもしれないが、もっと端的に、行政の活動によって実際に不利益を被っているのかどうか、という趣旨が現れる書き方がよい。例えば航空機の騒音について、根拠法令の中に、お前はうるさいはずだ、と条文が想定しているかどうかと、実際に飛行機の音がうるさいかどうかとは、何の関係もない。あくまでも主観訴訟として捉えた場合、その人が何らかの迷惑なり不利益を被っているのかどうか、条文に何と書いてあるかとは何の関係もない、ということを出発点にしてできるだけいい書き方を考えるのがこの検討会の使命だ。(第13回 福井(秀)委員)自分は、事実上の不利益と言ったのではなくて、行政の活動は法に基づいているわけだから、法に基づいた活動の因果関係のもとに発生する不利益、というのを当然の前提としている。(第13回 福井(秀)委員)判例がある程度固まったら、解釈よりも立法を変える方が国民経済的には余程速いと思う。(第13回 福井(秀)委員)

また、先ほど、原告適格は明確な方がよく、実体判断に踏み込みのほうか、という発言があったが、現実の最高裁判例の方が、よほど実体判断に踏み込んでファジーだ。例えば、学校統廃合の条例を定める時の去年の最高裁判決は、ある学校が廃止され、遠距離からの通学を強いられる子供なり親なりの原告適格を認める時に、その統廃合が社会生活上受忍できるかどうかを判断し、受忍できない場合に限り原告適格ありとしているが、これなどまさに、実体審理しなければ原告適格の問題は決まらないということ、最高裁判例自身が累々と積み重ねてきているもので、この運用の方がよほど不明確、主観的という気がする。それよりは、少なくとも遠距離で苦痛になったのであれば、端的に原告適格を認め、それが受忍できるかどうかは本案で判断すればいいという方がよほど健全だ。判例がそうである以上、条文はそう読めるように変えればいい。ちゃんとした領域をちゃんと読めるように書くために英知を重ねるのがこの検討会の使命だと確信する。(第13回 福井(秀)委員)

環境、文化財、伝統的な価値などは、やはり主観訴訟で広げるのは限界があると思う。もちろんアメリカのように全然区分しないでできればいいが、最高裁判決をはじめ、累々と積み重なっている日本の状況を前提にすると、やはり立法で解決した方が早い場面もあると思うので、環境や文化財などについては、団体で、か

つ、主観訴訟でないけれども認めるといふ類型の必要性はまた検討した方がいい。(第13回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

民事訴訟では、原告適格は問題にはならず、本案で権利が認められなければ、請求棄却になるだけだ。行政訴訟の目的をどう考えるかだが、権利救済機能の場面では民事訴訟と似ており、権利の侵害が違法だといって訴え、原告適格が認められると、あとは本案の問題になる。もう一つ、適法行政の是正というや客観訴訟的な目的があるが、違法行政については誰かが裁判所に持ち込んで是正させる必要がある。何らかの関係ある人が訴えるというのが原告適格だと考えると、その原告適格は非常に緩やかでいいのではないか。現実の利益が認められる人については、違法行為の是正という社会的な役割がある原告という立場を担わせるということでもいいのではないか。これは立法政策の問題だ。ごく限られた者でないとは是正させないとするのか、ある程度幅広く是正させるのかは立法政策だが、ある程度緩やかでいいのではないか。(第9回 水野委員)

団体訴訟について、個別の法律で決めたいというはそうだが、基本は、今検討している行政事件訴訟法であり、ここで、団体訴訟の導入の可能性について検討するのは不可能ではなく、検討すべきだ。(第9回 水野委員)

原告適格は現行法では非常に狭く、最後は本案の審理と重なる部分があると感じた。原告として訴えを認めるかどうかは、その行政の違法の是正を求めるのに誰が適しているかが基本になる。誰かが訴えを起こして違法の是正を求めなければ、行政の違法が放置されたことになる。だから、違法の是正を求めるのに適しているかどうか基準になるべきであり、その法律が保護しているかどうかという基準は、非常に狭すぎる。したがって、例えば事実上の利益といった形で広げ、あとは本案でじっくりやってみようべきだ。もんじゅの裁判は、原告適格の問題で確か7年かかっているが、そんな国はどこにもない。すぐに本案に入れる制度にすべきだ。その意味から、事実上の利益など、書きぶりは様々だが、そのような形で、広げるべきだ。(第13回 水野委員)

原告適格が狭すぎてどうしようもないというのは、かなり共通している認識だ。拡大すべきだという議論はかなり多数であり、現状のものでいいという議論は極めて少ないだろう。法律上の利益を有する者という現在の条文については、判例はもう確立している。原告適格の現状を拡大するには、この条文の書きぶりをもっと拡張しなければならない。どういふ文言に変えてもまた議論になるというのはその通りだが、だからといって今のままでいいということにはならない。今、日弁連の中では、現実の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある者、ということかどうか、と議論している。仮にそのように変わったとしても、現実の利益が侵害されているかどうかについて、判例上議論になるだろう。しかし、少なくとも現在より拡張されることは間違いない。近鉄の特急料金の裁判についても、だめだという判定が出ているが、そのように変更すれば、原告適格が認められる余地がある。あるいは、パチンコの場合も、今まで原告適格が認められてこなかったが、現実の利益を侵害されるという条文に変えれば、認められる余地が広がることは間違いない。(第13回 水野委員)

それから、中身について議論しなければ原告適格の有無を判断できないのはおかしいのは確かだが、現行の最高裁の判例でも、里道などについては、公共用財産でも特定個人の日常生活に個別性の強い具体的利益をもたらしている、廃止によって日常生活上著しい支障が生ずるといふ特段の事情が認められる場合は、証拠調べをして初めて原告適格が認められることになっており、中身について議論していると思う。(第13回 水野委員)

団体訴訟については、確かに、原告適格をかなり拡大すれば、団体に認めなくても個人でやれるということで、団体訴訟の必要性はかなり減ると思うが、ただ、個人の利益というよりは団体の利益として認めたい部分というのはあるだろう。その意味で団体訴訟の導入も前向きに検討すべきだ。(第13回 水野委員)

#### 【深山委員】

建築確認に関し、民事訴訟において人格権侵害で差止めが認められることはよっぽどなので、理屈上はわかっても、実際には難しいのではないか。(第9回 深山委員)

倒産法で、抗告する場合の原告適格で、裁判につき「利害関係を有する者」という表現があり改正作業の中で抗告が許される裁判のそれぞれについて、解釈が争われるので、原告適格者を法定するか、という議論があった。原告適格の不明確さを解消する一番いい方法は、個別実体法規に誰が争えるかを具体的に書くことだが、非常に大変で、議論百出でまとまらなかった。(第9回 深山委員)

ましてや、行政事件訴訟法のような一般法で書くのは非常に困難なことだろう。極めて抽象化した表現になって、解釈の違いが起こらざるを得ない。最高裁が生命、身体など、特に重大な利益について、解釈上の技術を駆使して拡大していて、それも一つのやり方だが、それに代替するようなものは、事柄の性質上、極めて根本的な困難さがある。(第9回 深山委員)

#### 【塩野座長】

民事訴訟で認められないものは、行政訴訟でも認められないと考えるのか、逆に、民事訴訟で救われないから、行政でこそ考えていくのか、という問題だ。自分の問題意識は後者だ。(第9回 塩野座長)

団体訴訟という論点は、論点としては十分あり得る。外国法制の報告でも、団体訴訟を広く認めているもの、個別法で認めているものもある。ただ、団体訴訟という場合二つの類型があり、一つは、個人個人が

原告適格を持つが団体としてやればもっといいじゃないかという個別利益の集合体としての団体と、文化財保護団体とか法律による行政を守る団体など、非常に抽象的な団体に認める、という二つの方法がある。(第9回 塩野座長)

原告適格や訴えの利益については、訴訟の一般原則の適用と同じ、当然のことを書いたまでだという立法関係者の話とか解説があるので、我々が立法論を考えるとどう整理していくのか、という点が問題になる。条文もなかなか書けないという指摘もあった。なんか書けば少しは変わってくれるのではないか、という淡い期待もある。また議論を深めていかなければならない。その場合、行政訴訟が民事訴訟とはどう違うのか、という問題もあり、行政訴訟が民事訴訟とどういうような役割分担を担っているのか、両者の違いはどこか、を詰めていく必要がある。現代行政は、法律によって保護される国民の利益が、個々人の利益から、薄い利益、さらに抽象的な公益まで幅広く存在しているので、立法にあたってはどう整理していくか、という点は十分慎重に考慮していく必要がある。なお、10条1項については、両方の議論があるが、規定があると、それにひっかかって悪い方に導く恐れがないか、あってもなくても同じなら、なくてもいいという議論もある。(第9回 塩野座長)

各国の原告適格について外国法制研究会委員に色々調べてもらったが、主要国では条文がないところは裁判所は広くしたり狭くしたりしており、まさに裁判所が自分の司法権の範囲内で法を形成している領域だ。原告適格の表現については、ドイツの方が狭いが、ドイツ人は基本権まで動員して広げており、司法の責務を自覚しているのだと思う。だから、法律上の争訟という言葉の問題ではなく、法律上の争訟のもとで形成されてきた判例が、今の文言のままだと変わらないのではないかと、この前提をとるかどうかが一つのポイントだ。ただ、そこはなかなか難しく、例えば事実上の損害という言葉、あるいは法的利益という言葉にしたら変わるかというところ、これもわからない。それは、最高裁判所が解釈権を持っているので、法律上の利益のままで広がるかもしれない。そこは委員の意見の分かれるところだと思う。今までの議論も二つに分かれており、どちらということもなかなか言えない。だから、この検討の過程として、二つの議論を率直に世に問えば、それぞれ「世の英知」で、もっといい文言が出るかもしれない。(第13回 塩野座長)

ただ、気分を変えてもらいたいから法文を変えるというのは、至難の技だ。今までの判例分析で、どう変わってくるか、という問題だ。それから枠組みからいうと、どうも最高裁判所も、後ろから見る場合が多いと思う。(第13回 塩野座長)

違法な行政によって国民の権利利益が侵害されている場合に、どの範囲で自分の権利利益を主張できるかという問題だ。制定法の文言だけに原告適格の範囲を限るのは、もう全くとられていない。里道については、法がないとよく言われるが、自分は、あの領域については公共物法がある、最高裁は、その伝統的な公共物法理論を使ったと理解している。(第13回 塩野座長)

団体訴訟については、萩原委員に非常に賛成だが、司法制度改革審議会の意見書で「法分野ごとに、個別の実体法において、その法律の目的やその法律が保護しようとしている権利、利益等を考慮して検討されるべきである。」としているので、当検討会ではこの意見の趣旨に則って検討していく必要があると思う。ドイツは団体訴訟というカテゴリーを作ったが、アメリカはそういうカテゴリーを作らず、主観訴訟として、代表訴訟のようなものを一生懸命作る。だから、団体訴訟を認めて、それに乗せようという立法論がいいのかどうか。むしろ、原告適格論をとことんまで詰めて、本当に乗らないのはどんなものか議論していった方がいいと思う。主観訴訟、客観訴訟の区別も同様であり、アメリカ人は客観訴訟などという区別をせず、フランス人も同様だ。そこでは、司法権の範囲はどうか、ギリギリのところまで詰めるが、客観訴訟とか団体訴訟があると、ギリギリ詰めてに立法に委ねられるので、この点は、今後検討を進めていってほしい。(第13回 塩野座長)

原告適格について、今の判例は日本を離れては通じないという点があるが、ではどうするかというのはなかなか難しい。外国法制研究会の研究者の報告によると、日本よりももっと厳しい権利毀損という概念を用いながら、かなり広げている例もあるので、そういった点について、どう運んでいったらいいかということも、方向性は一致するのだけれども、つまり戦略は一致するのだけれども、戦術にいろいろ議論がある、そういう問題もあると思う。これまで議論をうかがった感じでは、かなり戦略は一致するが、戦術でいろいろ難しい問題が出てくるということは率直に思っている。外国法制を見て益々、そういう感を深くした。日本と同じようなシステムでどんどんやっているのだから、なぜ日本ではそれができなかったのかということまで遡って考えるとなかなか難しいところがある。そういう問題があって、この点についてはむしろ制度改革の問題というふうに仕分けを段々していかなければならないが、そこまで踏み込んだ仕分け作業をこの次までに事務局にお願いするというのは大変難しいと思う。今日既に議論の出た取消訴訟の意義あるいは機能を掘り下げ、排他性、出訴期間の問題まで議論をしてみるというのが一つある。(第15回 塩野座長)

#### 【中川外国法制研究会委員】

アメリカでは、原告適格は、injury in fact プラス zone of interest で判定される。injury in fact については、裁判官が決める以前に、中身の濃い人があるということになっている。zone of interestの方が、日本でいう個別法で保護された利益の範囲内かどうかということだと思う。injury in fact があると、だいたいひっかかるようになっている。司法権の限界を超えない範囲でコアをどこまで広げるかは、司法裁量だ。ただしその権限は実際にはあまり行使されていない。(第9回 中川外国法制研究会委員)

#### 【橋本外国法制研究会委員】

フランスの場合は、訴えの利益という概念が必ず必要である、とされている。訴えの利益については、判例法で判定していくことになるが、アメリカと似ていて、利益保護の範囲内かどうかということだ。フランスの場合は、処分の根拠法規を見て、そこから判定するという考え方はとっておらず、その意味ではアメリカの injury in fact に近い考え方で裁判官が判断している。(第9回 橋本外国法制研究会委員)

#### 【山本外国法制研究会委員】

ドイツは、日本とほぼ同じだ。(第9回 山本外国法制研究会委員)

要件がない場合は、基本権侵害になる。里道の場合も、同様のケースではやはり基本権侵害だ。(第13回：山本外国法制研究会委員)

#### 【小林参事官】

団体訴訟については、資料1の12頁で、同法制度改革推進計画では、「少数多数被害への対応」として、「いわゆる団体訴権の導入、導入する場合の適格団体の決め方等について、法分野ごとに、個別の実体法において、その法律の目的やその法律が保護しようとしている権利、利益等を考慮した検討を行う。」とされており、内閣府、公正取引委員会、経済産業省で、具体的な検討が行われているようだ。それ以外の、環境等の分野で具体的な動きがあるとは承知していない。基本的には、個別の法律において、その行政手続の中で、どういった国民を、どういった形で利害関係を反映していき、どういった形で、国民あるいは団体に訴えを認めるか、行政プロセス全体を見て考えなければいけない問題だと思うので、検討会でも検討いただいて結構だと思うが、最終的には個別の法律の全体のシステムを考えていく必要があるのではないかと。(第9回 小林参事官)

団体訴訟に関し、広く薄まった利益の保護を実行あらしめるためにどういったシステムが必要かということにつき、検討いただくこと自体はやぶさかではない。最終的には、色々な行政のプロセスを含めて検討する必要もあるのではないかと、思うものだ。(第9回 小林参事官)

10条1項の立法理由は、その当時当然のことであるという意味で立法されたように、理解をしております。事務局として問題提起をしている趣旨は、仮に自己の利益に関係のない違法を主張させることは適切ではないということが理念的には言えるとした場合であっても、他に事情判決の制度等もありますし、原告適格で一応元が絞られているし、そういったことも考えると、争点を増やしすぎはしないだろうか。一方で原告適格を拡大していこう、なるべく広く薄まった利益でも救済していこうというような流れになってきた場合に、せっかくそういうところでは原告適格を認めるという流れになった時に、逆に今度はここでひっかかる場合が増えて来はしないか、そういう意味で、争点を増やして、本来救済すべき場合についても救済が困難になったり、今の行政はいろいろ多様な利益を複雑に考慮した行政法システムができていると思いますので、特定の違法事由について、これは誰の利益のための規定かということも、原告適格を広げてきたような場合には判断しにくい場合もあって、この規定自体が、権利救済の障害になってしまう恐れもあるのではないかと。目的自体に仮に適切な目的があったとしても、制度の仕組み自体に、権利救済上障害になるような副作用が大きければ、これは、場合によってはなくして、事情判決の制度で対応することも一つの考え方ではないかと、という問題意識です。

#### 【4 被告適格】

##### 【市村委員】

被告の行政主体への変更は、やるべきだとは思いますが、支障が生じないか、行政庁の意見を十分に聞く必要はある。(第9回 市村委員)

行政事件についての行政訴訟と民事訴訟で、被告の表示を一緒にすれば、取消訴訟と当事者訴訟がこのまま残るとして、その間の訴訟選択の問題というのは非常に互換性、融通性が出てくる。今は、融通性を利かせるべきだという意見があるが、被告が違ふことで、難しくなっている。(第9回 市村委員)

拘束力については、大半のものについては不要だが、用意はしておくべきだと思う。(第13回 市村委員)

再審査義務については、まさに審査庁を拘束する形で書いておく方が実効性があると思うので、ここは主体の中に解消せずに、主体にこれこれさせる義務がある、とするか、何か手当てがいろいろあるところだと思う。(第13回 市村委員)

行政庁の意見を聴取するという点については、前々からなるべく早い時期に必要ではないかと思ってたので、是非やっていただきたい。例えば被告適格を行政主体にするというふうに変更した場合どうかというようなものは、抽象的ではなく具体的にかなり想定して考えてもらえると思う。一方で、我々は、もし被告適格をそのように変更することになった場合には、管轄の規定をどうするか、被告を誤った訴えの救済という15条の規定をどうするか、行政庁の訴訟参加はこれまでと同じでいいのか、拘束力の問題とか、あるいは再審査義務はどう残すのか、何か変えるのか、訴訟費用の負担の効力の問題の35条、といったものがあり、今の行政事件訴訟法のレベルで、必ず影響し、チェックしなければいけないことがあって、しかもそれは自然に決まることではない。相当議論して煮詰めないと、それぞれに分かれ道があるはずで、それも一緒にやらないといけない。だから、テーマをそれだけに限るといことは決して一致はできないと思うが、できるところからはもっと煮詰めた議論の部分を、段階的にどんどん発射していくという作業もした方がいいのではないかと。(第15回 市村委員)

##### 【福井(秀)委員】

被告適格を行政庁から行政主体に変えるというときには、不服申立てが行政庁のまま、訴訟だけ行政主体に変わると、国民が混乱すると思う。被告適格に限らず、行政訴訟制度が変わったときにパラレルの行政不服申立制度の方もある程度揃えておかないと絶対間違いが誘発されることもあると思うので、配慮いただきたい。(第15回 福井(秀)委員)

##### 【福井(良)委員】

被告適格たる行政庁の話と行服における行政庁とは立場は違うと思う。パラレルかどうか、その点については疑問であるが、そういう議論は必要だとは思っている。(第15回 福井(良)委員)

##### 【水野委員】

行政庁を被告にしていることで、誰を訴えるべきかわからず、訴訟の提起が困難になっている。例えば、被告を間違えたことによって、出訴期間を徒過してしまったりすることもあるし、また、東京の麹町税務署長から処分を受け、そのあと大阪の北区に住所を移した場合、東京の税務署長を訴えてたら却下だ、という議論もされている。また、ある滞納処分を税務署長から国税局長が引き継いだ際、税務署長を訴えるのか、国税局長を訴えるのか、わかりにくい。いずれの例も、被告は国であるのに、わかりにくくなっている。これらは、行政庁を被告にするというイレギュラーな訴訟形態を認めているのが原因であるから、被告は行政主体に是非変更すべきである。この点は異論がないものと思う。その際、国だからといって、管轄は全て東京地裁などとしないうちにほしい。(第9回 水野委員)

仮に、行政訴訟を国を被告として提起することになると、大阪空港のような却下の仕方はできなくなると思う。大阪空港訴訟は、人格権に基づいて差止めを求めているが、仮に運輸大臣の許可の取消しとすると、予備的請求という形で行政訴訟を付け加えればできるだろう。現に、行政訴訟と民事訴訟の併合を認めているケースがある。留学生の身分打ち切りの訴訟をやるケースなど、東京地裁に予備的に併合するのを認めているケースはある。自分の担当した兵庫県の港湾計画の取消訴訟でも、民事訴訟を予備的に追加した。したがって、被告の表示を一緒にすれば、そのような形で訴訟が柔軟にやれると思う。(第9回 水野委員)

被告適格については、基本的にこの資料(第13回資料1-7)で結構だ。(第13回 水野委員)

##### 【深山委員】

被告適格については、意見は一致していると思う。そのことがどこまで手続の様々な制度に影響するかについてのチェックと検証で、思わぬところに落とし穴があるかもしれないので、そこは少し詰めないといけないが、方向としてその方向で意見が一致していると言っている唯一の点ではないかと思う。非常にクリアな形で一致しているのはここだけではないかと自分は思っている。(第15回 深山委員)

**【塩野座長】**

被告を行政主体に変更するという問題は、行政庁に利害のあるところなので、何らかの形で、行政官庁の意見を聞いてみる必要がある。(第9回 塩野座長)

被告適格については、検討資料の「4 被告適格」の考え方にあるように「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体を被告として提起するものとすべきである」ということで、ここはまとめてもよろしいか。ただ、手続の問題もあるので、一度行政庁から意見を聞く必要があると思う。(第9回 塩野座長)

(委員に特に異論なし)

被告適格を変えたからといって、行政不服審査制度まで変えるのは、なかなか難しい問題だと思う。(第15回 塩野座長)

## 【5 出訴期間】

### 【市村委員】

14条 4項については、実務をしていると、1年に1,2度、この規定のために出訴期間が徒過するケースがある。これは、他の規定と足並みを揃えておいた方がいい。(第9回 市村委員)

出訴期間がある処分、ない処分という考え方については、第三者への影響があるかどうかで区別する手法にすべきだという話は、確かに重要なメルクマールだが、果たしてそれだけでいいのかわかるか、また、一つの処分については、実は個別の事件を通してみると、意外な角度から意外な影響をしているということがよくあり、そういうものを果たして立法段階で見抜いて分類できるかという疑問があり、したがって、一般法の中で、出訴期間がある処分、ない処分を分けて、ある処分についてだけここに入れるというのは、難しいと思う。(第13回 市村委員)

出訴期間については、仮に例えば3ヶ月を6ヶ月にするなど、今より長くする方向であれば、廃止の話とは次元が違い、実務ではさほど問題はないので、後は行政庁にどういう問題が出てくるか十分聞いたらいい。ただ、「知ったとき」という規定を入れるのであれば、公告があった場合はいろいろな裁判例でも判断が分かれているので、その場合の規定を明確にしておいた方がいい。また、教示の有無で分ける、という提案は、面白いと思うが、たまたま熱心に、いつまで出訴したらいいのか聞いた人は短くなり、聞かない人は長くなるというのは変な感じがするので、もしやるのであれば、書面で、こういうものは教示しなければいけない、などと、一律になるような、不公平が生じないような方向でやったらいいのではなからうかという気がする。(第13回 市村委員)

先ほど、滞納処分にはやはり出訴期間を設けないと影響が出てくるだろう、という話があったが、その他の行政処分は本当に影響が出てこないのか、その点の検証をするべきだろうということだ。(第13回 市村委員)

資料の散逸という問題だけではなく、その行政の円滑な遂行、あるいはコストの問題を見る必要がある。例えば一つ一つ債務名義を取るようになって、行政側が債務名義を取るような格好でやるのか、あるいは行政の意思決定だけをして進め、異論のある人は、行政が侵害行為に出たときにそれを跳ね除けることにした方が、行政が効率的に運営されるのか、などという点を含めて検討すべき、非常に大きな問題であり、その議論も十分踏まえて新しい法を考えるべきだということだ。(第13回 市村委員)

### 【小早川委員】

3箇月の出訴期間については、外国との横並びを考えるとこれでいいのかも思う。むしろ、不服申立前置との関係の方が問題だ。非常に多くの処分について、不服申立前置の規定が置かれていて、その不服申立期間の方は3箇月よりも短い場合がある。実際にシャットアウトされるとすれば、行政訴訟での3箇月よりは、その前の60日などでの場合が多いだろう。今回の検討に直接関係がないかもしれないが、そちらを考えるべきであると思う。(第9回 小早川委員)

行政実務は知らないが、出訴期間内は処分の執行を差し控えて、3ヶ月過ぎたら執行するケースもあるのではないかと。フランスでは、出訴期間内だと職権取消ができ、それを過ぎるとできなくなるという効果もある。訴訟が起きるかどうかわけではなく、行政の進め方自体にも多少の影響が出るのではないかと。(第9回 小早川委員)

17頁(第9回資料1)の枠囲いの中の「Eで 取消訴訟の出訴期間の経過後でも、無効確認訴訟で救済を求めることのできる範囲をより拡大すべきである」とあるが、個別の事案を見て誰も迷惑を被らないのであれば無効を広く認めるのは望ましい。この検討会でそのような実体法上の問題まで踏み込むのかという問題はありますが出訴期間を考える際はそのようなことも前提にはなるだろう。(第9回 小早川委員)

先ほど、出訴期間は原則定めず個別法でいいと申し上げたが、念頭に置いていたのは課税処分のような場合だ。課税処分には、仮に民事の場合、返還請求自体の権利の時効があるが、そこまで延ばすと不適切なので、もっと短い出訴期間を個別法で定める場合もあるだろう。(第13回 小早川委員)

他方、ゾーニングや公共事業計画などでは、時効で問題を処理するのは難しく、新しい取消訴訟なり是正訴訟でも、何らかの期限は切っておく必要がある。ただ、今の3ヶ月ではなく、1年とか少し長めの出訴期間の規定を置いておく方がいい。(第13回 小早川委員)

### 【芝池委員】

出訴期間については、意見募集の結果を見ていると、6箇月ぐらいに延ばしてほしいという意見が強く、できるだけそのような声を尊重すべきではないか。現在は、処分があったことを知ってから3箇月、処分から1年という出訴期間となっているが、1年の出訴期間を適用することによって、不都合なり、行政の公的安定性が害されたというような事例はあるのか。(第9回 芝池委員)

出訴期間については、どこまで本当に必要か、各処分ごとの分け方が困難なので、結論的には個別法で出訴期間を定めることにならざるを得ないのではないかと。したがって、取消訴訟の対象に当然に出訴期間がかかる、ことではないので、資料3頁のCのような位置づけになる。ただ、今回の改革では、個別法に問題を委ねることは、各省庁の判断が大きく意味を持って来て心配なので、できるだけ避けたい。立法技術的に可能かの問題はあるが、新しい行訴法の中で出訴期間についてのガイドラインのようなものを定立して、その出

訴期間の採用を個別法に委ねるのがいい。(第13回 芝池委員)

#### 【福井(秀)委員】

出訴期間をつける領域をもっと精選してもいいのではないか。また、3箇月という出訴期間は、引き受けてくれる弁護士を探すのも大変だし、原告にとって大変厳しい。もともとの処分対象自体が不明確であることを考えると、もう少し長くしてもいいのではないか。一方、被告にとってどうかというと、自分が国側の代理人をしていた経験では、出訴期間が3ヶ月でないと、どうしても困るということにはなかった。仮に出訴期間が1年でも、訴訟が起きたら粛々と対応するだけだ。もちろん、際限なく訴えられるのは困るが、一定の期間争えるようにするのは、審査にさらされる可能性を高めることになるので延ばしてもいい。個人的には1年くらいはいいのではないかと思う。(第9回 福井(秀)委員)

早期安定という言葉が金科玉条になっているが、裁判が起ころなければ確かに3箇月で確定するが、いざ裁判が起きてしまうと、実際には10年や20年は安定しない実態がある。入り口のところはそれほど大きな問題にはならないのではないか。(第9回 福井(秀)委員)

特に早期確定の必要がある、第三者の権利関係に影響するものについてのみ出訴期間を設ければよい。取消訴訟に出訴期間が自動的に付随するというアプローチよりは、早期確定の必然性があるものはどの訴訟類型を選んでも、本質的な部分では出訴期間は被り得るという整理が一番すっきりする。(第13回 福井(秀)委員)

排他性と出訴期間を両天秤にかけると、権利救済を阻む上で、出訴期間が圧倒的に本質的な役割を果たしている。排他性があり出訴期間がなければ、取消訴訟というレートを守ればいいだけのことで、失権はしない。ところが排他性に出訴期間が加わると、完全に強制的にアウトにされてしまう。排他性は今より広げるべきではないと思うが、排他性か出訴期間かという出訴期間の方が本質的に重要である。(第13回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

出訴期間は行政訴訟の場合当然のものとして置かれている。しかし、行政処分について、何故必要かの議論は十分にされているか。行政関係の早期確定の必要性があるというのはわかるが、行政処分全部について早期確定の必要はあるのか。当然に置くのではなく、特に必要があるものに置くべきだ。課税処分の取消しでも、出訴期間がなければ証拠が散逸してしまうという反論があるかもしれないが、課税庁は7年間も更正ができ、いかにもおかしい。出訴期間を議論するにあたっては、本当に必要かどうかを議論し、本当に必要なものについて、期間を検討すればよい。(第9回 水野委員)

本人が決断するには時間が必要であり、3箇月という出訴期間は短い。行政の早期安定、とすぐ言われるが、本当に早期安定を図らなければ行政が困るのか、何も論証されておらず、言葉だけが一人歩きしている。(第9回 水野委員)

何故一律に出訴期間が必要なのか理解できない。狭い意味での行政処分を含めた行政決定全てについて、出訴期間を設ける必要があるか非常に疑問だ。出訴期間についてよく言われるのは例えば税務関係の大量的な処分について、資料の散逸、あるいは資料の保管という点で、出訴期間を設けないと困るといった議論がされるが、それは全く違う。例えば税の関係で言うと、通常の変更は3年間、いわゆる脱税等がある場合は、7年間できるから、少なくとも課税庁は3年分については保管しないと絶対に困る。少なくとも過去3年間のものは置いている。そういう意味からも、出訴期間が必要だと一般的に言われているものもよく考えると、必ずしもそうではないのではなからうかと思われ、出訴期間というのは原則としていらないだろう。どうしても必要があれば、個別法で置くことを考えるべきだ。(第13回 水野委員)

#### 【深山委員】

出訴期間については、緩和する意見が多いが、自分はそうは思わない。もちろん、被告適格者がだれかわからずそれを調べるために時間が必要だというのは今までは確かにその通りだったが、仮に今回の改革で被告を行政主体にすれば、解消する。地方の場合に弁護士が見つからないという事情については、司法制度改革で弁護士が増やされれば解消する。それを考えると、出訴期間を延ばすのは、迅速な裁判、早期の行政の法律関係の確定という要請に反する。短くせよとは言わないが、変える必要はないのではないか。ドイツでは出訴期間が1箇月であるのにもかかわらず訴訟が多いことをよく考えるべきだ。(第9回 深山委員)

#### 【塩野座長】

出訴期間について、どういう形で不満が出ているかについては、行政苦情処理や行政相談の問題であり、そこは総務省に聞いてみないとわからない。(第9回 塩野座長)

出訴期間について色々な意見が出ている。取消訴訟自体の位置付け、出訴期間付の排他性ある取消訴訟制度が適用される場合の出訴期間の長さの問題、それらの教示の問題、それらを、今後、細かく考えて行かなければならない。そのような形にした場合、どういう問題が行政の側にも生じるか。行政にとっての支障は、結局国民にとっての不利益になり得る問題なので、具体的に議論をする必要がある。

また、14条4項の改正の問題については、異論はなかったと整理する。(第9回 塩野座長)  
(委員了承)

## 【6 出訴期間等の教示義務】

### 【福井(秀)委員】

素人の原告にとっては、どういう訴訟類型で争えるのかは大変わかりにくい。自分の経験では、収用裁決については裁決の取消訴訟と、損失補償に関する当事者訴訟が提起されるが、損失補償に関するものを、裁決の取消訴訟で主張するケースが多い。これは、収用委員会が、裁決に対して不服申立ができることを教示するための誤解である。このように素人にはわかりにくい規定については、できるだけ前広に教示してあげた方が親切だ。(第9回 福井(秀)委員)

### 【塩野座長】

期間の問題もあるが、出訴期間や不服申立を前置していることを教示しなければならないという行政不服審査法に類似した一種の環境整備を図るという問題の方が、重要ではないか。これについても、行政庁側の意見も聴取する必要があると思う。(第9回 塩野座長)

行政不服審査法の目玉は、教示だった。行政管理庁は、国民の視点に立ってそのような規定を入れたのではないか。行政事件訴訟法には教示の制度があってはならないということではなく、国民に対するサービスということで行政不服審査法に入ったのだと理解している。(第9回 塩野座長)

教示義務は行服にあるが、訴訟法にはないので、これをもう少ししっかりしたらどうか、法的効果をどういうふうに持たせるかは詰めていないが、教示義務というのは必要だということは皆そう思っておられたのではないと思う。(第15回 塩野座長)

## 第4 行政訴訟の審理等について

### 【1 管轄】

#### 【市村委員】

各地方裁判所にはテレビ会議システムというのがあり、ラウンドテーブル法廷、円形の法廷があり、傍聴席もあって、大きなテレビが1台置いてあり、テレビの上にカメラがある。裁判官がカメラの正面ぐらゐに3人座り、一方の代理人は、東京の訟務部であれば、訟務の代理人はその日出頭して、相手方は鹿児島なら鹿児島の裁判所に来てもらう。そうすると、同じような部屋があるので、鹿児島の裁判所では東京のその法廷の様子が、まさに同じ法廷のテレビに映っているわけで、逆に私どもの姿は向こうのテレビに映っている。それでは普通と同じやりとりで、先に準備書面を送ってきておいてもらい、準備書面でご主張なさりたいところで、この点とこの点については前回釈明したことと少し、ずれているんじゃないとか、そういうことのやりとり、あるいはこういう補充をもう少ししてほしい、あるいは相手方の代理人がこここのところは公開してよいのか、というふうなやりとりをする。それで、普通の弁論で5分で終わるものであれば、やはりそのテレビ画面を見ても5分ぐらゐで終わる。電話と違って、顔が見えているので、非常に法廷に近い雰囲気やれる。今までトリアフオンというのがあり、電話でやることができたが、やれる相手というのはどちらかというと、法律の専門家に限られていた。専門家とならば、あまり大きなずれはないし、表情がなくても分かるだが、本人のときには、分かって答えられないのかどうかということでは表情が見えるというのは非常に助かる。そういう形で使っている。

(第11回 市村委員)

資料2(第11回資料2)の原告住所地以外の地裁に提訴された行政事件の種類の中では、出入国管理・難民認定法関係の事件が12件と最も多くなっているが、外国人の不法就労等のこの種の事件の原告は、訴えの提起時には赤羽や茨城県牛久の出入国管理センターに収容されている場合が多いが、住所地は収容される以前に就労していたところであって、千葉県であったり埼玉県であったりして、原告住所地以外の地裁に提訴されることになる場合があるが、住居の固定性という意味では、その後、結局東京に居住することになる人も多いことを申し添えたい。被告適格を行政主体に改めた場合現在よりの集中化が極端になるのではないかと水野委員のご指摘はもっともであり、何らかの対応が必要だと思う。最高裁の説明は現行の制度を前提として、原告の住所地から離れる事件の割合を示したものだと思う。一般論としては、利用者の便宜という点からすると、原告の住所地に近いところに出訴できるというのがアクセスの面から、それに越したことはない。ただ、自分は金沢で勤務したことがあるが、金沢で起こされる事件についての国の代理人は名古屋法務局におり、名古屋から金沢に出張してこれる時間をとれないといけない。東京であれば30分空いていれば期日を受けてもらえるところを、出張のために丸一日あけてもら得る日でなければならず、なかなか次回期日の日が入らないという問題があり、裁判所の問題だけでなく、それに対応する被告行政庁側の体制というの、管轄を一気に拡大する場合には不便なくやれるか考慮する必要がある。専門性については、扱う行政事件全体の数が少ないと、その中で類似の事件が少なく、対照する事件がない。比較検討できる類似事件をある程度の一時期に扱うことにより比較検討をしてはじめて気がつく問題点もある。ある程度事件の数がまとまってあるというのが専門部を維持していく上での非常に大きな点であることを理解していただきたい。

(第11回 市村委員)

制度は、設けるからには中身が充実している必要がある。結果として何が原告にとって一番よいのか、あるいは国民全体にとってよいのかという点から見ると、必ずしも近いところに出訴できるということだけを見ることはできず、アクセスがよいから結果もよいとは限らないので、仕組みとして考える際には、一定の資源の配分という観点から考えるべきである。(第11回 市村委員)

管轄については、やはり現行の管轄程度の便宜は確保すべきだ。訴訟参加の場合とか、拘束力とか、周辺をどうするか、については、やはり考えないといけない。訴訟参加については、普通の場合は広く、国なら国の各機関となるが、実際にあったのは、市町村立学校の教職員の給与負担法に基づいて、教職員の超過勤務手当の負担の問題などが争われている時に、区の中では解決しきれないから都の教育委員会に参加してもらったことがあるが、行政主体になっても、この種の規定は残しておかないと、不便を生ずる。(第13回 市村委員)

#### 【小早川委員】

最高裁の資料の中で、地方自治体の処分の場合には国の場合と意味が異なり、また、国の処分でも地方支分部局に権限が委任されているものと大臣が権限を保持しているものがあるが、中央に権限が残っているために裁判管轄が無理矢理東京地裁になっているような場合がどれだけあるのか、そこは資料2の だけでは分からないところがある。そのような点に関する資料を出してもらった上で結論を考えるべきである。行政訴訟への門戸を開くために、東京地裁だけでなく、原告住所地なり高裁単位なりで裁判所が行政訴訟を受け止めるという体制を作るというアナウンス効果は大きい。(第11回 小早川委員)

#### 【芭池委員】

資料2(第11回資料2)の については、東京か地元かという話であれば、原告がその住所地の地方公共団体を訴えた場合を除かないと説得力がないのではないかと。原告の住所地の裁判所に管轄を認める考え方があり得るが、テレビ会議システムがあるのであればこれを逆に利用することが考えられる。もう一つは、情報公開法と同様に高裁の所在地の地裁に管轄を認めることが考えられるが、この場合、自分の理解では、沖縄の人が提訴する場合には、第一審は福岡地裁となるが、控訴審は福岡高裁沖縄支部で審理されることになるはずであり、妥当でない。同じようなことは金沢でも起きる。情報公開法の時にも問題となったが、今回はこの点について使いやすくするよう検討すべきである。(第11回 芝池委員)

#### 【成川委員】

裁判官の専門性についても考えてという話もあったが、テレビ会議システムを柔軟に使えるのであれば、原告の住所地の裁判所に訴えを提起し、専門性を有する裁判官がテレビ会議システムで審理すれば、大分イメージが違うのではないかと。(第11回 成川委員)

#### 【萩原委員】

原告の立場と裁判官の立場の話があったが、管轄については、原告にとってアクセスしやすいという方向がよい。国民は、過去の判決などを見て、あまり専門的でないところに訴えた場合にはどう判断がされるか、この裁判は地方ではなくて東京まで行かなければならないか、といった計算もできるはずなので、とりあえずは拡げておいて、過去の判決の件数などを含めて情報が公開されれば、訴える側の利益は十分確保されるのではないかと。原則はどこでも訴えられるようにすべきである。(第11回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

利用者の便宜を考えると、原則形態としては、原告の住所地の裁判所に管轄を認める方がよいが、裁判官の専門性については、市村委員ご指摘のような規模の経済の問題があり、その点からすると、高裁ブロックなりにある程度集約してやる方が、迅速化や処理効率に大きなメリットがある。テレビ会議システムの紹介があったが、専門性を有する裁判官を選択できるようにした上で、できるだけ当事者が場所的移動を強いられなくてもよいような仕組みにして、テレビ会議システムを利用し、原告の住所地に近い方がよいという問題をクリアできるようにすべきである。裁判官の専門性の問題は、国民にとって切実な利害がある問題であり、原告の住所地があるいはブロックの高裁所在地かということ由原告の方で選択できるようにしておけば、ある程度処理件数もあり規模の利益があってきちんと判決してくれそうだと思う。すなわち多少遠くて不便だがそれを補ってあまりあるだけのメリットがあると考えればそちらに訴えるし、そうでもないと思えば地元で訴えるし、その場合でも被告の方がテレビで参加すればそれほど移動のコストがいらぬということであれば、選択制に委ねてできるだけ遠距離で審理ができるような仕組みを活用するというのが妥当ではないか。(第11回 福井(秀)委員)

建設大臣の代理人をした経験では、不動産に関する特例の管轄が認められる場合にわざわざ東京で訴える人はほとんどいなかったが、その理由は、やはりいちいち通うコストを考えたからだと思う。テレビ会議システムの話があったが、東京に訴えを起こしても通う必要がなく、処理能力の高い裁判所で審理してもらって有利な判決がもらえるかもしれないという情報開示もされ、たまたま遠いところにある管轄がそれほど支障にならないということができれば大分違ってくると思われるので、そのための技術開発も重要である。(第11回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

行政訴訟の管轄については、資料1(第11回資料1)の1頁目 のアの考え方により、原告の住所地を管轄する地裁にも訴えを提起できる制度とすべきである。現在の制度では、行政庁を被告にしているので、行政庁に近いところにいる原告が訴えを提起する場合、結果的には最高裁の説明のように原告の住所地でほとんどの事件が起こされている。しかし、今回の改革で被告を行政主体に改めるのであれば、国を相手にする訴訟については現行法の規定のままでは今のようにはできないことになるので、原告の住所地の裁判所で訴えを起こせるという原則規定を置く必要がある。現在、国を相手にする訴訟でも、最高裁の説明にあったように、ほとんど原告の住所地で裁判が行われており、地方自治体を相手にする訴訟では当然に原告の住所地で提訴され、税務訴訟でも原告が転居した場合でも原告の住所地で提訴されているが、支障は生じていない。ただし、原告が処分等を受けた後に転居した場合で、地方公共団体を相手にする場合や、企業の支店所在地で課税される場合については別の配慮が必要である。裁判官の専門性という点では確かに問題があるが、むしろ各地裁でもこれから先、専門性を有するようにすべきである。現在専門性が薄いからといって高裁所在地の裁判所に移すのはいかなものかと思う。(第11回 水野委員)

#### 【深山委員】

管轄については、資料にもあるとおり、当事者間の公平を考えるということで、応訴を強いられる被告の利益を考えるのが民事訴訟における管轄の考え方の出発点であるが、その上で、別の基準を用いることもあり得ることである。取消訴訟の被告を行政主体に改める場合でも、管轄のところだけ、事案の処理に当たった行政庁の所在地の裁判所とするという現行法のシステムを守ることを選択肢としてはあると思う。資料2によると、現行法でも相当程度原告の住所地で審理しているということで、これほどとは思っていなかった。国民の

アクセスという観点からなるべく近いところで、というのは原則的な考え方として基本的な方向性に異論はないが、現行のシステムでもそれは相当程度実現されているのではないか。管轄を考える際には、裁判官の専門性について考える必要があり、訴訟運営や訴訟指揮は本だけ読んでできるものではなく、行政実体法の知識が相当程度いるという点で行政事件は特殊であり、典型的な処分等について一当たり自分で経験してみることによってある程度自信をもった訴訟指揮ができるようになる。事件の少ないところではたとえ3年いたとしてもこの経験はできない。今後この改革が進んで行政事件が2倍、3倍になったとしても、全国に散らばるとそれほどの数ではなく、2件や3件しか事件のないところに積極的に管轄を認めるのは、全体の司法サービスとしては好ましくないのではないか。行政に精通した裁判官が育つような管轄を考えると、原告住所地への管轄の拡大に対しては一定の制約があつてしかるべきである。(第11回 深山委員)

全然ニュートラルな、どちらへ転んでも間違いなく一致していると思っているのは、管轄をよりユーザーフレンドリーに拡大する方向で何らかの手を打つ、これは被告適格者を変えるということとある意味、必然的な整理のようなどころがあるが、それに止まらずに方向性としてどこまで広げるか、原告住所地の地裁まで全部広げるという案があったが、自分はそれは反対だが、それはともかくとして、今より広げて裁判所のアクセスの途を拡大するという方向ぐらひは、管轄については一致しているだろうし、管轄の問題であれば、基本的に見直すのか、今の制度の個別的な修正を図るのか、どちらに立ってもそのとおりに一致していると言っているのではないかと思う。(第15回 深山委員)

#### 【塩野座長】

考えておきたいのは、第一に、被告を改めることは確定したわけではないけれども、仮に行政主体を被告とする場合には現行法の管轄を前提とするのではなく、法政策的に考えることは前提としてよいのではないかと思われる。第二に、国民のアクセスと裁判所の専門的体制という二つの観点をどう組み合わせていくかは難しいところもあるが、いろいろな知恵を出してもっとも国民にとって使いやすい制度にしたい。その際、距離が近いというだけでなく、ちゃんとした裁判をしてもらえるかということも重要な点である。ただちに全国に専門的な裁判官を配置できるものではないし、配置しても事件が一年に一件しかないというようでは資源の活用という点からどうかという問題もある。第三に、選択制、すなわち患者が医師を選択するように、原告が選択するという考え方や、巡回裁判というようなことが日本であり得るのかということもある。基本的な考えはみなそう変わらないと考えるので、良いアイデアを出していきたい。なお、地方公共団体を相手とする訴訟で処分後に原告が転居してしまった場合や、営業免許の場合で原告の住所地と異なる場合などもあるので、そういった点も含めて、被告となる立場のものの意見も聞いた上で、さらに検討することとしたい。(第11回 塩野座長)

## 2 審理手続及び判決】

〔行政訴訟の審理における職権探知主義の問題、行政訴訟における主張・立証責任等〕について〕

### 【市村委員】

実際上は職権証拠調べをすることはほとんどない。ある程度サジェストすれば、当事者の方で立証活動を活発にやってくれるので、まずそこを使うことはない。それ以外の面での審理のやり方自体は、例えば、行政庁のやるべき分担と、当事者のやるべき分担が、取消訴訟と非常によく似ている。(第10回 :市村委員)

職権証拠調べの活用状況については、通常、裁判所から疑問点の指摘があれば当事者が立証の申出をするので、職権証拠調べを活用することはない。職権探知主義を導入するか否かに関しては、公益に関することで弁論主義に任せておくと歪んでしまうと感じるようなことはあまりないので、職権探知主義をとっていないために公益に係ることが歪められてしまったというようなことが具体的にあるならば教えて欲しい。(第11回 :市村委員)

原告に利益だという点は疑問である。弁論主義があるので、争うつもりならば自由をしないで争って被告に立証させれば足りることである。むしろ、当事者が争点を絞って早期の判断を求めても、裁判官が疑問をもつようなところについては立証しなければならなくなるから、職権探知によって拡散して審理が遅延するので、結果として取り消される場合が増えるというだけで原告に有利とは評価できないのではないか。(第11回 :市村委員)

手続上の問題も、処分の適法性として行政庁側が主張立証することになっているので、原告側は処分は違法であるとさえいえば、問題に気がつかなくとも、争わないと言わない限り、被告に立証の義務がある。(第11回 :市村委員)

理論上は、今の制度でも、手続的な点の立証の義務は被告にあり、ただ原告が個々に指摘しない場合には弁論の全趣旨により認定しているだけで、裁判所が気がつけば弁論の全趣旨では認定しない。裁判所が気がつけば、被告になぜ立証しないのかという指摘をするので、制度を変えてもそこは変わらない。(第11回 :市村委員)

釈明義務というようなこともいわれており、そうした指摘はしている。むしろ、職権探知義務というようにすると、裁判官が神経質になって、結果的にみてあまり意味のないようなところまでやらざるを得なくなるのではないか。職権証拠調べの規定が置かれている現在の制度の運用で足りているのではないか。職権探知をしてあげればよかったという例がたくさん出てくれば考えてみたい。(第11回 :市村委員)

主張・立証責任の理論上の所在は別として、現実の立証活動としては、まず行政側に立証活動を行わせている。しかし、理論的には、年金などの授益処分の場合には原告側の主張・立証責任があるという整理にはなっている。(第11回 :市村委員) (塩野座長の「実務では立証は、被告が行うということでのよいのか」との発言に対して)

例えば年金の支給に関して重婚関係にあったような事案では、行政庁は内縁関係などのプライベートな部分は分からないので、原告側が主張・立証責任を負っていると考える関係で、立証が足りないという判断をすることがたまにある。基本的には、民事訴訟でもそうだが、全体の比率からすると立証責任で決まる例はそれほど多くない。(第11回 :市村委員) (芝池委員の「実際の訴訟で立証責任の分配で決まる例はどのくらいあるのか。」との発言に対して)

実体法には、申請者はこういう資料を出さなければならないとされ、それに基づいて判断しなければならないこととなっている場合があり、それに基づいて判断してダメだといったときには、少なくとも原告側に立証責任があり、被告としては、そういう資料が出ていないと言えば足りると思う。そのときに、原告側が資料を訴訟で追加してくれば裁判所はそれを認めているが、それは原告が出すということである。証拠への近さからいうと原告に近いところにあるといえる。(第11回 :市村委員)

平成13年に民事訴訟法の文書提出命令の制度が改正され、その後、裁決段階の審査資料の提出や行政委員会の記録の提出命令の申立てがあったが、結論としては、一片の書証も出てこない。前提として文書の特定の問題があるが、特定の申立という制度があり特定を命じたが、あまり明らかにならず、提出義務の有無については、民事訴訟法220条1項4号口の「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」に当たるとして、一切応じない。この点については、該当性を個々に吟味しなければならない。審査手続は、裁決で金額を変更した場合など、審判の対象を枠付けするという機能を一部担っているのに、なぜ変更したのが出てこないのは、非常におかしなことである。行政の審査手続が、一方では第三者的に審査するといひ、また一方では行政内部のことであるということを使利的に使分けられている。少なくとも、裁決を経てきたものについてはとにかく全部裁決の記録を出させるべきで、それが行政訴訟の審理の迅速化の大きな鍵である。(第11回 :市村委員)

説明責任というところはよく理解しているが、主張・立証責任について、行政が全て被るべきだといひは理解できない。民事訴訟の分野では、法律要件分類説が通説で、個々の要件ごとに法律がどちらに分配することを想定しているのかを一応のテーマとしておきながら証拠への接近度、近接性等を考慮して各要件ごとに分類している。例えば主張・立証責任の問題については、ノンリケツト、いわゆる真偽不明の状態になったときのリスクをどちらが負うかという形で出てくる。遺族年金などの給付を求める場合に、例えば、法律上の婚姻関係にある人と、長らく生計を維持してたという内縁関係にある人と、どちらが給付を受けるべきかという訴訟

のときに、婚姻要件や生計維持要件などの主張立証責任をどちらが負うかについて、行政が必ずしも資料を百パーセント持っているわけではない。立証がノンリケット状態になってしまったという評価のときに、両方に払わなければいけない状態が是認されているのか。ノンリケットなら、その証拠をつかんでいないために、行政の方が負担しなければいけないのかという問題もある。説明責任の問題は、大きな方向としてはよくわかるが、それを主張・立証責任に移すときにはもう少し細かく要件ごとに分類しなくていいのかという議論を重ねるべきだ。(第14回 市村委員)

責任という自分の考え方から言うとオーバーな表現になるが、實際上審理をやるときには必ず、被告行政の方から処分についての処分経緯についての説明というのは必ず求めている。ただ、主張・立証責任というのは先ほど申し上げたようにノンリケット状態になったときにだれがどう責任を負うかというぎりぎりのところから考えるので、そこは違っている。どうやっていけば審理が効率的かという問題と、最後にわからなかったときにだれがリスクを負うべきかという問題は一応別の問題だということで、流れとして行政庁がやったらいいということと主張・立証責任における帰結とは一致するとは限らないということを上げただけである。(第14回 市村委員)

主張・立証責任と言った場合には要件をどのテーマごと、どの事実を誰が言うべきか、そういうことだ。それは総体としての行政処分が適法かどうかという問題と、今個々にある具体的な事実においての主張・立証責任はどちらにあるかという問題は一応、二段に分けて考えるべきだ。(第14回 市村委員)

釈明処分なのか文書提出命令なのか、どの延長で考えていくのかは確かに大事な視点だが、必ずしもどちらかでなければいけないことではなからう。行訴法には23条という行政庁の訴訟参加の規定があるが、実際には当事者も、かつ行政庁もあまり熱心ではない。裁判所は、もっと豊富な資料の中で十分審議したいと思うことがあるので、人的な補助参加、あるいは行政庁参加などという形で参加でなく、訴訟資料を豊富にするという資料による参加でもいい気がする。(第14回 市村委員)

どちらかと言うと釈明処分を使うことは少なかったが、民訴の方でも釈明処分をもっと柔らかく使おうと色々な手段が考えられている。ただ、釈明処分だけで割り切ってしまうと、それならそれに必要な限度でいいだろうという形になり、実はたまたま見えていたところばかり議論しているが、もっと全体を広げて見ればもう少し客観的によくわかるということもあると思う。少なくとも審査請求を経てきていけば、かなり議論してきているのだから、そういうものを一応念頭に置いてもいいと思う。(第14回 市村委員)

文書提出命令の4号を入れるときにいろいろな議論があり、なかなか難しいところだったと思う。まだ改正されたばかりで、この規定の運用自体がまだどこまで本当にうまく活用できるか、という検証が済んでいないので、また文書提出命令の規定をいじるのは、もう少し文書提出命令の活用状況を見てから検討した方がいい。一方で国の情報公開法は動き出しているので、その両面でかなり今までよりは広がっていると思う。(第14回 市村委員)

例えば、原処分があって判決で一部取消して認容されている。一部手が増えられているのだけれども、どういう理由で取り消されているのか、そこは理由だけではわからないし、その資料を見ないとわからないが、その資料は裁判所にだけあって、原処分庁にはない。ところが訴訟の対象は削られた後のものである。そうするとそれを審理するときにどうしても裁判所にあるものが見たいが、なかなかうまくリンクしていない。処分を変容させることができるという形が裁判所にあるような場合には、一体として、それを説明してもらいたいという欲求はある。(第14回 市村委員)

非常に不思議だが、例えば推計課税で、原処分庁は推計課税の根拠にいくつか挙げたが、推計課税のいくつかのそのうちのいくつかは使ったらおかしいではないかというところが出てきて、判決段階でその資料のいくつかが落とされるということで変容する。ところがどれがそれに採用されたのかは必ずしもわからない。だから原処分庁が主張しようとする、自分がやった当初の根拠は言えるけれども、変容された根拠についてはうまく説明できない。そういうときにやはり裁判所からも資料の提供というのがあってしかるべきかなという気がする。(第14回 市村委員)

#### 【小早川委員】

主張・立証責任の問題よりも、国の場合に、釈明権や文書提出の関係で、行政庁はきちんと説明するべき立場にあると思う。(第11回 小早川委員)

不服申立前置の場合には、不服審査は、法定の前審手続と考えるべきであるから、上訴の場合のように、不服審査段階の記録は訴訟に提出されるべきである。(第11回 小早川委員)

不利益処分の場合、行政手続法では、事前に理由を通知し、根拠となっている資料の閲覧もでき、告知聴聞の際に改めて説明を受けることもできている。不利益処分については、手の内を見せて公明正大に処分をすることになっているはずで、それは行政訴訟でも同じことであり、遅くとも、訴訟の段階では出ていない資料を出すべきである。この点は立証責任の問題でもある。私自身は、受益処分の場合でも、拒否する理由があるかないかきちんと調査すべき範囲内では行政庁が立証責任を負うと考えており、その範囲内では同じことだと思う。(第11回 小早川委員)

具体的には、例えば裁量処分の場合で言えば、およそ基準が法律に与えられていないときにはどういう基準で考えた、その基準に照らしてどういう事実に着目したか、説明するという。その後で対立事実が絞られてくれば、主張立証の問題と考える。しかし、行政庁が行政過程で色々説明する機会はあるわけで、例えば聴聞の場合や、処分理由の提示という場面で、それぞれ説明がきちんとできていけば、訴訟の際には、その処分はこう説明した、と言えば差し当たりそれでもいいかもしれない。(第14回 小早川委員)

釈明処分といった道具を展開していくのも一つの方法だが、それは職権主義的な色彩をどれだけ強めるか、さらに職権探知を認めるかどうか、という問題とどう結合するかの理論的な整備の問題がある。裁判所にどれだけの権限を与えるかは大事だが、基本的には一種の証明責任の問題で、裁量処分であれ、そうでないものであれ、やはり行政処分をするからには、違法でないということについての最小限の説明・立証はすべきだ。その辺は私的自治によって私人同士が交渉し合う世界とは基本的に違う。法的に正当化される何らかの積極的な正当化がなければ行政処分はないはず。それを訴訟できちんと行政庁の側から出すという基本原則をできれば条文でかきたい。その上で、基本的な被告行政庁側の役割をきちんと果たしていない、と裁判所が判断すれば、裁判所の権限でもって、それを果たさせる、ということなのではないかと思う。(第14回 小早川委員)

また、典型的な取消訴訟以外で処分がないときに、原告側から、そういうことをされたら困るなどの訴えをしても、多分、争訟の成熟性がなく訴えの利益なしとされると思うが、行政側に何らかの資料の蓄積があり、何かする、あるいはしないと立場を固めつつあるのであれば、処分があった場合と同じ考え方でいいと思う。(第14回 小早川委員)

従来から挙証責任、立証責任の分配について法律要件分類説以外の説を唱える場合があり、処分の種類によって分ける考え方があるが、疑問である。およそ行政庁はどんな処分をする場合にも違法でないという一応の判断を経た上で処分すべきであろうというのは、その通りで、そのことすら言えないようではダメだ。ただ、不利益処分と申請拒否処分のうち、後者については、申請のときに根拠になる資料がちゃんと出されなかった場合は、処分が違法だとまでは言えないと思う。その場合は申請者側に負担があり、行政庁としては普通やるべきことをやって判断すればいい。ただ、ノンリケッドになってしまったらどうなるかだが、その場合はやはり行政庁が処分を正当化できていないということになるので、その理由のところではやっぱり行政庁の証明責任というのが最後に効くのではないかと思う。(第14回 小早川委員)

訴訟で当事者のために必要な資料をどう調達するかは本来的には訴訟法の中で考えるのが筋だ。例えば、不利益処分の原因となる事実を証する書面などは、行政手続法がたまたま聴聞の実効的な運用という観点から時間を限って閲覧請求を認めているが、行政庁としてはその者に対する不利益処分のために資料を集めてまとめているから、それを隠しておくのはおかしいので、これは訴訟でも文書提出命令の範囲に入るような手当てを取るべきだ。それは一種のディスカバリーのようなもので、行政庁側のその案件、その個人に係る案件についての添付資料は出せ、ということに近いと思う。(第14回 小早川委員)

ただ、行政庁が集めているいろいろな資料は、行政訴訟になれば出すべきだろうと思うが、他面で行政はその本人のためでなく色々な資料を持っていて、それがたまたま処分の際に使われたり、あるいは処分の正当性をサポートするために使われたりということもあり、そこは行政における文書管理、情報の流通、目的外使用、などの法制が必ずしもはっきりしていないこととの関係はあるが、行政というのは多少そういうところがどうしてもあり、ある人の訴訟遂行のために、それに関連する資料を全部出せということまで言えるかという、微妙なところで、やはり問題がある気がする。第三者の利益、国家的な利益という問題もある。(第14回 小早川委員)

審理のやり方、行政庁に対しどう証明責任、立証責任を負わすか、あるいは行政庁に記録の提出を求め、文書提出をどうするかというような話になると、これは相手のあることなので、これも現状でいいのだという意見もあるかもしれないが、希望的に考えれば多くの方々は今よりはもっと裁判所が行政の懐に立ち入って審理できるような体制が望ましいということだと思う。(第15回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

公文書の文書提出命令制度については、改革が行われたが、なかなかよく出来た制度だと思う。ただ、今発言があったように、行政手続の文書閲覧の制度で見れるものは、行政訴訟の段階でも見れるようにすべきだ。そういう措置を法律の中に残すのがいいと思う。(第14回 芝池委員)

一つ議論があまりされていなかったのではないかと思うのは、判決のところであり、第三者効などの議論はなかったと思う。それとの関係で、拘束力とも関係するが、原状回復請求権、結果除去請求権の辺りも自分としては関心のあるところであり、機会があれば議論したい。(第15回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

記録文書の提出ということがあったが、これは別の観点で言えば、武器対等の原則が実効的に担保できる仕組みとして何が有り得るのか、何が実質的にできるのかという辺りの議論で、記録文書の提出といったものだけで本当にできるのかどうか、あるいはそれでかなりのことが期待されるのか。この辺をどうするのかというのがまだ見えてない。(第15回 芝原委員)

#### 【福井(秀)委員】

判決の段階の記録を出させることは当然必要だが、それだけ記録を出させることとすると、行政庁は判決の段階では大した資料を出さなくなるので、判決の場合だけでなく、処分が実体法上適法だという証拠で行政庁が判断の根拠としたものはすべて明るみに出せというのが出発点だと思う。(第11回 福井(秀)委員)

行政庁は、把握する事実や資料の中で、不利益なものは民事訴訟上の原則で出さなくてもよく、黙っていればよく持っていないというそをついたときだけ問題となるということが最大限活用されている部分なので、行政訴訟で適法性が問題となっているときにはそういうことはできないのだという形にしないといけない。また、万

が一隠していたものが明らかになった場合のサンクションはよほど厳しいものを置いておかないと意味がない。そうでないとまじめに出すインセンティブがない。(第11回 福井(秀)委員)

およそ行政庁が処分を行った場合、処分が法律に適合しているのは当然で、適法に行われた前提がある以上、それを行政庁が説明できないはずはなく、実体としても訴訟の場できっちり説明をさせることが出発点だ。まして裁量が広いものについて、このブラックボックスの中身を原告の方が違法だと特定して挙証するのは現実問題不可能なので、どう理由で裁量権を適法に行使したか、根拠となる事実を全部行政庁に訴訟の場で言わせて立証させないと、それが適法か違法かが最終的に明らかにならない。例外的に原告が挙証する方が楽という場合があるかもしれないが、原則は行政庁が挙証すべきだ。(第14回 福井(秀)委員)

また、審理の資料の「行政が文書等の提出をしない場合の法律効果をどう考えるか」とあるが、これは大変重要な指摘だ。文書の提出をしなくても、行政庁と原告との間の法的関係に影響を及ぼさないのでは実効性が全くないので、はっきりサンクションがあるとしておくことは非常に重要だ。具体的なサンクションだが、フランスの例で、「本来正当な理由があるのに出さない場合は基本的には原告の主張の自白とみなす」とあるが、それが一番適切なやり方だ。(第14回 福井(秀)委員)

それから、同じ資料の「情報公開法の第5条第1号から第6号までに規定する不開示情報をどう考えるか」とあるが、同条の第6号の口で「争訟に係る事務に関し、国、独立行政法人等又は地方公共団体の財産上の利益又は当事者としての地位を不当に害する場合」とあり、端的には、訴訟で自分に不利になる情報を出さなくていいということだが、これをそのまま行政訴訟に置き直すと、意味のある資料は出て来なくなるので、こういう例外が行政訴訟の方に被ることだけは絶対ないようにすべきだ。(第14回 福井(秀)委員)

さらに、この「辺りの議論に関わるが、通常原告はどんな文書が処分の前提資料としてあるのか知り得る立場には全くないから、文書の特定を原告に要求すること自体多大な負担を課することになる。したがって、行政庁の処分の適法違法という行政訴訟の場合には、行政は当然適切な資料に基づいて適法に行っていることが大前提だから、少なくとも処分の前記となった資料の一覧だけではなく、本体をすべて開示する義務がある。少なくとも行政訴訟に全部関係がありそうなものは全部提示する義務がある」ところからスタートして、それをどう証拠に使うか原告のチョイスに委ねるのが出発点になるだろう。もし例外的にそれを義務付けるのに馴染まないものがあれば、限定的にこういう場合だとアプローチをするのが、適切な政策論だ。(第14回 福井(秀)委員)

事実の提示という意味では、情報があるのは行政だから、それを提示するのは手続法上の義務として当然想定してもらおう。また、絞られてからは訴訟法上の挙証責任分配原則にしたがって、その事実の存否については行政庁がその適法を挙証するための事実の証明責任があることをやはり明記した方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

聴聞のとき、あるいは処分時の処分理由は、一般的にあっさりしたものだが、一方、裁判になったときの適法性の立証は恐らく百倍や千倍の密度と分量でやりとりが行われることが多い。したがって、処分時の理由として相手に示すことを想定している非常に簡明なものではなく、現実に内部に止まっているものも含め、実質的に処分の適法性を支えるようなものについては訴訟の場になった以上全部洗いざらい出してもらおうという意味で、もっと広いものとして捉えてはどうかという趣旨だ。(第14回 福井(秀)委員)

今の問題は、原告の方が当然主張が容易な領域ということである程度クリアできると思う。行政庁が処分をするということは、給付にせよ不利益処分にせよ、処分が適法だという自信があってやるわけで、行われた処分について、よくわからなかったけどやった、挙証責任はお前だ、ということはある。処分として行った以上、適法だという自信に満ちたものでないといけないのは行政庁の行為である以上当然のことだから、そういう問題についての挙証責任の分配であるということからすると、今の意見は全く理解できない。例えば、収用裁決などで、誰の土地かわからない場合には不明裁決もできるが、それも、行政の判断があってやっているので、それについて判断の根拠を示せないはずはない。その限りでの挙証責任は当然行政庁にある。(第14回 福井(秀)委員)

申請に対する給付処分などでは、申請者が示したものだけ見て判断すればいいものが圧倒的に多く、申請者が示した中に本当に有利なものもなかったら、多分適法になるものが多いと思う。つまり、基本的には申請者の提示した資料に基づいてした判断について、行政庁が適法だと挙証すれば、通常は収まるべきところに収まる気がする。(第14回 福井(秀)委員)

審理の資料の問題点の「公務員の職務上の秘密に関する文書」の議論がされているが、基本的には、職務上の秘密でも、訴訟上の問題解決のために必要不可欠であれば、出したとしても秘密保持義務には違反しないように、違法性阻却を明記した方がいい。ただやはりデリケートな問題が中にはあるかもしれないので、インカメラのような形で、裁判所の判断で職務上の秘密かどうか判断することもあり得る。できるだけこういうものが制約にならないように制度設計をした方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

行訴法23条の参加について、資料目的ではなかなか応じられないので資料の補強が重要という指摘があったが、賛成である。行訴法23条は実際には確かに訴訟資料を豊富にするのに意味があると思うが、自分の経験でも、一般的には23条の参加を求められている行政庁やあるいは関係の起業者は参加したがる。逆に言えば参加すると資料を求められるということがわかっているからいやがるわけで、例えば裁決取消訴訟における事業認定庁や、裁決取消訴訟における起業者、あるいは事業認定取消訴訟における起業者など、全部行訴法23条で参加が求められるが、裁判所が言ってもあるいは被告の、法務省の訟務局が言っても頑として参加しないという起業者やあるいは認定庁なりというのは存在する。引きずり出されると不利な証拠がばれるという行動様式が非常に多く行政庁に蔓延しており、だとするとそういう形でなくても情報が取れ

るような制度を作った方がよほど手っ取り早い。当事者の処分庁でないところに存在している重要な資料というのは随分いっぱいあり、例えば裁決であれば認定庁にたくさん前提となる事業の公共性についての情報があるとか、あるいは裁決庁や認定庁にはなくても、起業者のところには山のように書類や図面がある。こうしたものがちゃんと取れるような仕組みになっていないと実は証拠資料ないしは訴訟資料充実という観点ではまったく意味がない。提出しない場合のサンクションをどう考えるのかというときは、第三者のときは難しいが、基本的には行訴法 23条みたいなことを持ち出さなくても、関連行政庁や関連事業者が存在しているものについてはちゃんと訴訟の場に出てくるような、訴訟手続上の担保を是非作る必要がある。逆に言えば、その分、23条の行使などを求めなくてもいいようにするということになると思う。そういう意味で指摘された問題意識は重要なことである。(第 14回 福井(秀)委員)

また、改正された文書提出命令の状況を見るという議論があったが、民事訴訟法が行政訴訟の適切化を考えてこのように改正されたわけでは必ずしもないので、行政訴訟の議論として必要なことがあれば、現時点でわかっていることについてはこの文書提出命令もわかっている範囲で改善した方がいいと思う。この点で、釈明というのは、基本的に職権を促すだけだから、やはり原告側に申請権がないと全く意味がない。原告の方で、特定はできないけれどもこういう種類の資料があるはずだと言って、それを提出命令をかけてくれと裁判所に言えて、それに従わないときには確実に原告側に有利になって、被告側が不利になるという制度的な仕組みとして、やはり証拠の法廷への提出が確保されていないと意味がない。だから釈明権と文書提出命令の両方があるのもいいと思うが、少なくとも釈明権は行政指導段階であるから、最終的には全部文書提出命令で確保できるような仕組みにすべきだ。(第 14回 福井(秀)委員)

被告が行政庁から国に広がったことで、当事者以外の資料が集まりやすくなるのは、思わぬ重要な意味のある副産物だと思うが、その場合もやはり国という人格以外のところに存在する資料はあるので、やはりそこまで視野に入れて確保できるようにしておかないとまずいということだ。(第 14回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

迷いのあるところであるが、まず、職権証拠調べは活用されていない。実際には活用しなくても足りているということであると思う。課税処分など、処分が一見個人的な利害の問題に見えても、行政の違法が争われている点では、客観的・公的な面があるのではないかと。そうすると、職権証拠調べが規定されているのも理由があったと思う。その意味では、職権探知主義についても導入してもよいかと思う。実際上どれだけ活用されるか分からないが、職権探知主義を採用すれば、裁判所がより積極的に釈明等を行うことになるのではないかと。(第 11回 水野委員)

職権探知主義をとって利益を受けるのは原告だけである。原告にとって有利な制度なので、武器対等の原則からは、導入すべきと考えられる。(第 11回 水野委員)

主張・立証責任は、すべての場合について行政側にあることを一般法に明示すべきであると考えられる。(第 11回 水野委員)

授益処分でも、申請をして拒否処分をしているのだから、どういう理由で拒否処分をしたのかは行政側に主張・立証責任を負わせてもよいのではないかと。(第 11回 水野委員)

市村委員の意見に全面的に賛成である。国税についての審査請求で、国税通則法 96条 2項により書類の閲覧を求めても、答弁書などもともと原告側が持っているようなものしか出てこない。民事訴訟法を改正して文書提出義務を一般義務化したのが、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といったような一般条項を理由に提出しないことが考えられる。行政訴訟については、資料 1の 8頁 のア・イ・ウを行政事件訴訟法に明記して、資料を裁判所に出させるか、当事者の閲覧を認めるべきである。そうでなければ、行政の透明化はできない。(第 11回 水野委員)

課税処分取消訴訟に関し、国税不服審判所は、審判所が調べた証拠書類を課税庁に対してだけ証拠を渡ししており、それが訴訟に出てくる。これが実態である。(第 11回 水野委員)

職権証拠調べに関して、中坊弁護士が豊島の事件で訴訟にせず公害等調整委員会の公害調停にしたのは廃棄物の調査の費用が問題となったからだった。現在、職権証拠調べの場合その費用は立証しようとする事実について立証責任を負う当事者が予納することになっている。公調委ではその費用で調査をし、調停が成立した。この費用の点が裁判を求めるとなると、したがって、職権証拠調べの中で区になり地方公共団体の費用で調査すべきであるというものについては、国や地方公共団体の費用で調査する制度が必要である。(第 11回 水野委員)

行政手続法と行政不服審査法で閲覧ができる文書をどう考えるか、2頁の と があるが、行政手続法は聴聞が終わるまでの間の閲覧で、行政不服審査法もおそらく審査が終わってしまえば閲覧できないと解され、そうすると訴訟の場では閲覧できないという解釈が十分あり得る。しかしながら、行政手続及び行政不服審査手続において閲覧できた書類が、訴訟では閲覧できないということはおかしいから、 にあるように明文規定を置くことは必要ではないか。(第 14回 水野委員)

行政庁は処分をするときには、当然、根拠があってやっている。処分書には理由が書いている場合ももちろんある。それから例えば審査請求を経ているという場合もある。税金の場合でいうと、行政処分に理由が付記してあって、異議の決定に理由が付記してあって、不服審判所の裁決にまた詳細な判断が出ている。そこで裁判になるが、自分が経験している多くの事件では、第 1回の口頭弁論で処分の理由が出てこない。大体第 2回である。なぜ出せないのか。少なくとも行政庁は第 1回の口頭弁論において、処分の根拠となった事実とその適法性について少なくとも主張は出すべきだということぐらいは今回の条文に入れてもいいのではない

か。これは今裁判の迅速化法案が閣議決定されようとしているが、2年で終わっていないものでかなりの部分を占めているのが行政訴訟ではないかと思う。それはもちろん原告側にも責任がないわけではないが、被告にも問題があるので、この際、訓示規定でもいいから、入れるべきではないかと、新しい視点を申し上げる。

(第14回 水野委員)

弁護士の立場からは、裁判官が非常に熱心で、こちらが気づいていないところを釈明処分で行われるのは非常に有難い部分もあるが、必ずしもそうでない場合がある。文書提出命令であれば一応申立権があるので、一応応答の義務があるようだが、釈明処分だと職権を促すくらいであり、したがって、弁護士からはやはり両方必要だと思う。ただ、仮に片方にするのであれば、文書提出命令の方を残すべきだ、という議論をしている。(第14回 水野委員)

#### 【深山委員】

公害等調整委員会は、公害の因果関係等の立証が困難であるという特殊性から、裁判所とは別に準司法機関を作ってそこに相当程度の予算を付けて、何億もの調査ができるようにした特殊なADRであって、まさに今言われたような事例に使われるために作られた制度である。だからどうだというものではない。(第11回 深山委員)

#### 【塩野座長】

近隣諸国では、台湾が職権探知主義をとっているが、規定どおりの運用をしているかどうかは分からない。(第11回 塩野座長)

主張・立証責任については、実体法上の問題があり、なかなか難しい。行政庁の記録の提出等とも関係するので、その点を検討した上で、今後立ち返ることもあるということで先に進みたい。(第11回 塩野座長)

行政手続法には記録の閲覧等に関する規定があるが、行政不服審査法にはそのような規定はないという状況である。(第11回 塩野座長)

利害関係人も含めて、行政庁は説明責任を負っており、それが訴訟の場にどのような現れ方をするのかも議論の対象である。理屈付けはいろいろあり、詰めなければならず、ストレートに情報公開等の説明責任を訴訟に及ぼすとまでいえるか、説明が異なるかは別として、行政の適法性確保は行政過程だけで訴訟になったらそれはどこかへ行ってしまうというのは説明がつかないのではないかと思う。(第11回 塩野座長)

行政側としては処分をした以上はそれが違法ではないということについて、とにかく集めた資料を明らかにして、それを説明しなさい、ということをもとめていくときには、条文化するかどうかは後々の問題だが、ドグマティックに一体それを何が支えているかということをつかの時点で掘り下げないといけないと思う。今の話では、審理の迅速さというあるいは効率性ということもあったが、昔読んだ本では、ドイツで理由強制を法律による行政の原理から説明していた。アメリカはデュープロセスの一貫として説明しているが、訴訟のあり方によっては、情報公開で出てきた説明する責務というものの関係もあるように思い、一つではなかなか説明しきれないかと思うが、大体こういう点を重要な点として認識するとして、それをどういうふうに今度はドグマタイズするかという点についてはもう少し意見交換しなければならないと感じた。(第14回 塩野座長)

不服審査の問題として、色々考えていかなければいけないかもしれない。どんな制度を設けるかによって、釈明処分の方が馴染むのか、それとも文書提出命令で行くのが馴染むのか。文書提出命令というのは民訴で非常に積み重ねられた制度なので、そこにはこんな制度はなかなかくっ付かないということもあるかという気もする。むしろ案としては、どんな資料が釈明処分あるいは民訴法上では片付かないようなものがあるのかということをもっときちんとして説明しないと民訴法学者は納得しないと思うし、またなかなか外に向けて説明はしにくいという感じがするので、この点はもう少し詰まった段階で、新たな制度を設ける必要があるとする場合でもどんな新たな制度を設けるか、どんな資料が欲しいのかということをもっと具体的にしないとなかなか議論しにくいと思う。行政手続法のあたりについては、もう少し今日の議論を踏まえ、また細かい議論が展開されるのだらうと思う。(第14回 塩野座長)

判決の効力についてはどうか。例えば確認訴訟があるということをもとめたときに今までのような民訴のものでいいのかということはいつも気になっている。(第15回 塩野座長)

#### 【中川外国法制研究会委員】

当事者対等だ。釈明とか文書提出義務等は基本的にディスカバリのところで全部やっているのだから、ディスカバリは基本的に弁護士だけでやるが、たまに裁判官が同席することも、あるいは当事者間の意見が食い違っているときには、そうしたときには裁判官が中に入っている。これは日本でいう釈明に近い形でお互いの情報の共有をする、これが一つ。もう一つは裁量決定については決定過程が分かるように説明しろと。文書提出とかディスカバリだと事実しか、文書しか出てこないのだから、どのように考えて、どのような選択肢があったのか、ということの説明しろと、それが分かるような行政記録を全部持ってきて説明しなさいというのがもう一つで、ディスカバリ段階では事実を全部出しなさい。それと同時に決定過程、判断のプロセスを説明しなさいというのを証拠を持って、説明しなさいという2種類に分けられる。(第11回 中川外国法制研究会委員)

#### 【橋本外国法制研究会委員】

フランスの場合は我が国と近いというが、職権探知ではないが、職権証拠調べではできるということで、条文の体裁もやや似ている。担当裁判官が報告裁判官として、記録の提出を命じることができる。文書提出の関

係ではフランスでは行政庁側が提出拒否でき、それは自白したことにならない、ということがある。これは新しく情報公開ができたときの開示しなくてもよい文書の類型とは若干異なっている。これはおそらく行政過程における情報公開の問題の秘密文書と裁判手続において行政庁が出さなくてもよいことになっている文書とは若干性質が違っている、という扱いになっている。(第11回 橋本外国法制研究会委員)

#### 【山本外国法制研究会委員】

実態については、職権探知が当たり前になっているのであまり聞かないが、裁量処分に関しては争点が拡散するので、最近では、職権探知主義に対する批判も出てきている。(第11回 山本外国法制研究会委員)

ドイツでは、行政裁判所法99条において、行政庁は裁判所の求めに応じて、審理に必要な書類・文書を提出し、情報を提供することを義務付けられている。基本的には裁判所が主導して手続を進め、そのために裁判所が行政庁に対して求めてそれを出してくる、という形になっている。(第11回 山本外国法制研究会委員)

#### 【村田企画官】

イギリス(イングランド・ウェールズ)は、司法審査はまず許可を受ける段階があり、許可が受けてから本格的な審理になるわけだが、許可があった後の被告には率直性の義務というものがあると判例上認められている。一旦、司法審査の許可が与えられたならば、完全で公正な開示をすることが被告の義務だ。それ以外の制度が必要ないくらい、これによって開示が行われている、ということが紹介されている。

それからEUについては、EC裁判所法規程21条があり、まず一つは裁判所は当事者に対して、裁判所が望ましいと考えるあらゆる文書を提出し、かつあらゆる情報を提供しよう求めることができる。いかなる拒否についても、公式な記録が残されるものとする。また、裁判所はまた事件の当事者ではない構成国及び機関に対しても訴訟遂行に必要と裁判所が考えるあらゆる情報を提供しよう求めることができる、とされており、もちろんこれには例外があり、6つほど例外として文書の提出を拒否できる場合というのが規定されている。事件に関連性を持たない場合とかあるいは弁護士や医師などの守秘義務であるとか、国家安全保障に関わるものであるとか、こういったものは除外されている。

韓国については、行政訴訟法25条という規定があり、法院は、当事者の申請があるときは、決定をもって、裁決を行った行政庁に対し、行政審判に関する記録の提出を命ずることができる。第2項として、第1項の規定による提出命令を受けた行政庁は、遅滞なく当該行政審判に関する記録を裁判所に提出しなければならない。」これは行政審判といっても、我が国の行政上の不服申立てに近いイメージかと思われるが、その際の記録の提出を命じる権限が裁判所に与えられている。(第11回 村田企画官)

民事訴訟法220条の公務文書に関する条文について、平成13年の改正をした際に、この改正の法律には附則がついていて、民事訴訟法の一部を改正する法律(平成13年法律第96号)ということであるが、この附則第3項ではこのようにされている。政府は、この法律の施行後三年を目途として、この法律による改正後の規定の実施状況並びに刑事事件に係る訴訟に関する書類及び少年の保護事件の記録並びにこれらの事件において押収されている文書(以下「刑事関係書類等」という。)の民事訴訟における利用状況等を勘案し、刑事事件関係書類等その他の公務員又は公務員であった者がその職務に関し保管し、又は所持する文書を対象とする文書提出命令の制度について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする。」とされている。(第14回 市村委員)

〔処分の理由の変更、行政訴訟における和解、特別の事情による請求の棄却の制度等〕について〕

#### 【市村委員】

公務員の懲戒処分の場合、万引きをしたという理由で懲戒したのに対し、その事実はないと争っている間に、殺人をしていた事実が見つかった場合、理由を変更することは認められないように思うが、流れとしてはある時までにし得た処分であり、処分の同一性をどのように考えるかについては通説はないのではないかと。処分が同一ではないものについては、別の処分になるので、理由の差替えは問題とならない。今の例では、別途に殺人を理由に懲戒処分をすることは可能であると考えられる。また、同一の処分の中で理由を付け加えられるかという問題もある。同一処分であれば、対象は処分の違法一般的なのだから、何でも言えるのではないかと議論もでてくる。時機に遅れた攻撃防御方法という訴訟法上の制限もあるが、最初に手続的な要件が問題となって実体的要件の審理に入れない場合に、手続的な要件が欠けているという被告の主張が認められないという見込みになった段階で被告は実体的要件の主張をすることになり、これを時機に遅れた攻撃防御方法とはおそらく言えないのではないかと。このように考えると、単に時間が経っているだけでは主張制限はできないのではないかと。(第11回 市村委員)

同一処分の中で理由が変えられるかというのが「理由の差替え」であり、処分の同一性がない場合は別の処分になるから、並立するのではないかと。ただ、当初から二つの理由を並べられたのに、行政庁が一つ引かかっているからそれでももうダメであるとして検討を止めていたような場合にどうするか、というように細かくケースを分けて考えていかなければならないのではないかと。ある判断がされているために、当然に次の判断にいたらないという場合には、その二番目の判断を最初の判断がぐらついたときに出してくるというのと、最初から並列できた場合とは違うのではないかと。(第11回 市村委員)

人により、同一の日に同じ処分名でなし得る処分は同一であると考えられる人も、また、理由ごとに切っていくという考え方もある。私は、一方は狭すぎ、一方は広すぎで、各行政実体法によって範囲は異なっているのだからそれをつかまえるのは難しいが、それを吟味しないと、問題が形を変えて表現されるだけではないかと思う。(第11回 市村委員)

分限処分の場合、ある人のある時点における状態が問題だと言われており、その人が職務怠慢だとか病気で執務がとれないというのはすべて分限処分事由として同一だと言われており、その中でどれを理由とするかは理由の差替えの問題である。この人はズル休みをずっとしていたのが、それが危なくなってきたときに、この人の執務能力は著しく劣るということに差し替えられるかという問題である。(第11回 市村委員)

和解の例はあまりない。公法上の当事者訴訟について、利率を少し変えるというようなことはあるが、処分の取消しについて裁判所で正面から和解をすることはない。ある申請拒否処分について、ずいぶん時間が経って、今申請をしたならばそれを受け付けられるというような場合、原告が訴訟を取り下げて終わるということはある。(第11回 市村委員)

課税処分取消訴訟などで、立証の程度が弱いとして自庁取消しを促すこともあるが、なかなか応じてもらえないという話であり、和解がおよそできないということではなく、できる場合はある。ただ、法の適用において国民は平等でなければならないという点は担保しなければならないので、きちんとした理由が必要であり、民事の和解と同じ次元では考えられない。(第11回 市村委員)

土地改良か土地区画整理のような事案で、一部照応違反があったが既に新しい建物が建ち並んでいるような場合に、どうやってそれを是正するかという問題で、そういうときには事情判決を有用だと思う。(第11回 市村委員)

拘束力の問題として、訴訟で非常にたくさんの違法事由がある場合、どこか1点違法があればもう処分は取消しだということになっても、拘束力という立場からみるとたくさん働く方が当事者にとっては有利で、それを考えると、全部拘束力を審査していくのか。今は、拘束力までは定めたけれども、それを問う当事者の権利とどう結び付けているのかがあまり明らかではない部分があり、そういう議論をしていくと、判決の問題も御指摘のとおり非常に難しい。本当は是非こういうところで一度御検討いただければ有難いと思うが、それだけでもすごい時間が掛かるだろう。(第15回 市村委員)

#### 【小早川委員】

行政手続法が理由付記を定めた趣旨は、主として行政処分が慎重にされることを担保するためである。何ら調査もせずによく加減な理由で処分をした場合は別として、誠実に調査をして理由を書いた場合であれば、理由の変更は可能と考えるべきである。他方、訴訟段階で野放図に理由の変更を許すわけにも行かないので、理由付記と別の理由で、当初付していた理由にある程度拘束されるべきで、典型的には、処分の根拠となる条項が違ふこととなる場合には制限され、事実であっても全然違ふ事実で差し替えるのは許されない。課税処分については、よく加減な理由で課税されて後で理由を付けてそれが維持されるというのはおかしいので、その場合にはいったん取り消して、更正の期間が残っていればもう一度やり直すべきで、それにより納税者は何年分かの延滞税を免れる。情報公開のような申請拒否処分の場合については、理由の変更を認めずに処分をやり直させるか、理由の変更を認めて裁判所が一回的に解決するかを選択の問題であると思う。いったん間違えたのだから、ほかの理由はもうダメで、開示しなさいというやり方はないと思う。前二者のうちでは後者かと考えている。(第11回 小早川委員)

裁量権の範囲内では和解できると書いてあるものもあるが、それはおかしいのであって、裁量権は適性に行

使されなければならない。(第11回 小早川委員)

事情判決の制度は、完璧な制度ではないが、理屈としては取消を求める権利が公共の利益のために奪われることはあり得るので、正当な補償があればよく、憲法29条3項で説明することのできる制度である。その意味では、何ら補償がない選挙無効訴訟や近鉄特急事件の第一審判決などは補償がされないのに事情判決制度をしたのはおかしい。ただ、この判断を裁判官にさせるのがよいかは検討の余地があるが、ごくごく例外的な便法的な制度としてはよいかと思う。割増補償までは必要ないと思う。(第11回 小早川委員)

フランスの民事の判決で、権利はあるがそれを執行したら暴動が起きるということで、行政当局がそれを執行せず、勝訴当事者には損失補償するということがあった。裁判官に判断させるのではないというような工夫の仕方はある。(第11回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

事情判決の制度は、要件はともかく、制度としては必要であるし、濫用されているわけでもない。事情判決に伴ってされる救済が損失補償か損害賠償かについては、無過失の損害賠償であると考えている。割増賠償は不要である。(第11回 芝池委員)

#### 【福井(秀)委員】

よくあるのは、収用事件などで起業者が被収用者にお金を払って裁決取消訴訟などを取り下げる例である。被告にとっては訴訟が終わり、原告にはお金が入るので、裁判官が推奨するという構図があり、蔓延しているのではない。(第11回 福井(秀)委員)

本当にネゴで決めてよい例もないわけではないと思うが、収用権の行使が違法かもしれないというような例がお金で解決されてしまうと、取消訴訟を提起すること自体がお金を取るための非常に有効な道具になってしまい、これは本来行政訴訟の趣旨ではない。裁判を恫喝の道具に使われないようにすべきであるというのが和解を考える上での重要な視点である。(第11回 福井(秀)委員)

和解をすとしても裏に回っての取引ではなく公正なものであることが分かるように公明正大にすべきである。(第11回 福井(秀)委員)

事情判決制度はあった方がよいと思う。取り消しても甲斐がないという場合があり、これがないとむしろ損害賠償の機会をかえって得られないということにもなりかねない。しかし、最近活用されている領域で、選挙訴訟で一票の格差について事情判決をしたことについては、何ら損害賠償等の代替りの措置が講じられることはないのに使っているのは、制度の趣旨とは異なっており、事情判決をしてよいのか疑問がある。しかし、最高裁は使ってよいといってしまったので、この点を変えるとすると立法的手当が必要ではないか。この点は大きな論点である。(第11回 福井(秀)委員)

事情判決については、この制度があることにより、違法なものを無理に適法と判断するようなことが回避されているという点は評価すべきである。(第11回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

処分の理由の差替えが許されるという議論は、処分について理由付記の制度がない時代の話である。理由付記が要求されている場合は、理由の差し替えを制限すべきである。理由を付さず場合は無条件に取り消されるが、間違った理由は後で訂正できるとなると、とにかく何でも書いておけということになりかねない。青色申告の場合の更正処分に関する最高裁昭和56年7月14日判決は、この点について正面からは判示していないが、理由付記が要求されている場合には理由の差し替えはできないことを法律上はつきりさせるべきである。今は、行政手続法ができて、処分の理由付記が定められているので、すべての行政処分について、理由の差し替えは認められないと考えるべきである。(第11回 水野委員)

情報公開でAという理由で不開示決定をしている場合で、これに理由がないと認める場合には、原告が義務付け訴訟を選択していれば、開示せよという判決となり、Bという理由で再処分されることはあり得ず、開示される。ところが、Aという理由の不開示決定を取り消しただけでは、Bという理由で不開示決定をすることができる。何度も裁判をしなければならないという負担は、義務付け訴訟を認めれば解決する問題である。(第11回 水野委員)

処分の同一性の範囲内であれば、理由を変更してもよいと考えている。懲戒の事案では万引きの日が違っていたとか、本を何冊万引きしたかが違っていたというような場合は理由の差し替えの問題ではない。理由の差し替えが制限されるのは、処分の同一性が変わるような場合である。(第11回 水野委員)

処分の同一性の考え方によると思うが、比喩的には公訴事実と訴因のイメージで捉えており、公訴事実が同一であれば変更は許されるが、公訴事実が違えば別の処分であり、別の処分のことをその訴訟で言うのはおかしい。(第11回 水野委員)

税務訴訟で一件和解をしたことがあるが、株の評価が問題となった事案で、双方の主張の間ぐらいの鑑定が出て、話し合いの結果、課税庁が処分を取り消し、原告は訴えを取り下げることになった。和解調書は作らないので、形式的には和解ではないが、実質的には和解した例である。(第11回 水野委員)

別の例で、甲子園浜の埋め立て反対の訴訟で埋め立て面積を3分の1にして和解した例がある。(第11回 水野委員)

一般の人にとっては、一票の格差の選挙訴訟で事情判決の制度が使われたことについて非常に評判が悪い。最高裁への信頼を損なっているという印象があり、あのような場合に事情判決をしてよいかについては検

討する必要がある。ただ、制度をなくしてしまうのはどうかと思う。(第11回 水野委員)

**【深山委員】**

割増賠償については、政策的な意図は理解できるが、民事的な実損填補、差額としての損害という考え方による日本の損害論とは相容れず、懲罰的賠償について論じられているように、制度論としては難しいと思う。(第11回 深山委員)

**【塩野座長】**

懲戒処分の場合には行為を避難するので行為が違えば処分は違うことになり、分限処分の場合にはその人が職務の適格性を欠いているかというその人の全人格の評価である。これは分かりやすい例であり、処分の同一性の判断基準はなかなか難しく、個々で議論していただきたいのは、同一性とは別に、処分が同一であっても手続的・訴訟的にみて理由の差替えが規制されるべき場合があるかという点である。処分の同一性については、ここで議論するよりも判例・学説に委ねて、同一性の範囲内での理由の差替えを認めるかを議論すべきだが、この点については、議論が尽きないので、難しい問題がある。民事訴訟とは別に規定をおくかについては慎重に検討することにしたい。(第11回 塩野座長)

和解については、解釈に任せるのかそれとも一条を設けるのかというのは、もう少し具体的な場合や比較法的にも考えることとする。(第11回 塩野座長)

事情判決の制度は、違法だけれども損害を補償するという約束をするのであれば制度自体は必要であるとする意見が多かったが、東アジア行政法学会での宮崎教授の反対論もあり、さらに検討することとしたい。(第11回 塩野座長)

台湾では事情判決制度があるが止めようという議論が起きている。行政事件訴訟特例法でこの制度が設けられた際の立法の経緯も踏まえ、整理することとしたい。(第11回 塩野座長)

**【山本外国法制研究会委員】**

ドイツでは、訴訟上の和解に関する規定が行政裁判所法にあり、訴訟上の和解が認められ、訴訟外の和解についても規定されている。(第11回 山本外国法制研究会委員)

〔訴えの提起と請求の特定等〕について〕

#### 【市村委員】

請求の特定の意味は、審理の対象を枠付けることであり、大変重要な意味がある。請求とそれを裏付ける原因事実とで請求が固まるが、原因事実の記載は非常に多岐にわたり、そのうちどれが意味があるかを酌み取る鍵は請求にあるので、請求自体が動いてしまうと、捨てる主張を全部捨おつとするならば仮定的な話がどんどん広がってしまつて大変である。現実には、不服の核心部分とそれに対する救済方法はそれほど多くあるわけではないので、理由がありそうなものについて補正命令を重ねて、第三次補正くらいまで補正を命じて、これなら立ちそうではないかという形にしてなるべく救済している。審理の中でも、同じように立ちそうなものを取り上げて判断しているのが実務の動かし方である。請求の特定についての当事者の責任はここまでで足りるというような形にしてしまうと、さらに仮定的な話が増えてしまう。裁判官は自分の一方的判断で切り捨てたというような形にはしたくないと思う傾向がある。当事者として、何を望んでいるのかは最低限明確にもらいたい。何が当事者にとって有利かは一義的には必ずしも決まらないので、当事者が自分の意志と自分の出し得る証拠などをにらみながら当事者の責任に置いて判断していくという基本構造だけは維持してもらわないと、訴訟が非常に多岐にわたり仮定的な複雑なものになってしまい、それが遅延につながりかねない。懸念されている点については、実務においては、かなりやっていることをご理解願いたい。(第11回：市村委員)

補正を命じてもなかなか処分が特定できないような場合には、例えば、判決を提出させてそれに基づいて補正を求めて考えることもあるが、それでもダメな場合には、第一回目の期日から弁論準備手続にして、被告を呼んで一体何をしたのかを聞き、その上でそのどこに不満があるのかを原告に聞くようなこともしている。そのようにしてはいるが、その責任は誰にあるかという基本は変えてもらっては困る。最後は自分の責任で決めて下さいというようにしないと、裁判所が全部その代わりはやってあげられない。裁判所には、手持ち資料がどれだけあるとか、どれだけリスクがあるかはなかなか分からない。訴訟類型については、無名抗告訴訟か当事者訴訟かを悩んだこともあったが、被告が行政主体に改められれば、救済の幅は広がると思う。ただ、根本的な責任は民事訴訟と同じように原告にあるという点は動かさないで欲しいというのが実務的な感覚である。(第11回：市村委員)

どの処分かということはそれほど難しい問題ではなく、表現の問題で、そこまでは整理された後、例えば、侵害処分の取消しの場合、この処分は違法であるとさえ言えばよく、この処分は違法でないというのは被告側が言うわけなので、原告はそれ以上苦勞するところはない。(第11回：市村委員)

民事では、当事者がこの請求だといっている、それにこだわることなく、別の請求として立つということであればそれで認めてきたと思うが、今まで、形式に置いて民事訴訟と行政訴訟がダブるようなものがあまりなかったのであまり問題にならなかったが、その考え方が民事訴訟と行政訴訟の間でも言えるかどうかである。(第11回：市村委員)

#### 【小早川委員】

出訴期間の起算日との関係もあるので、何月何日のどの処分というようなことで、どのような行政活動によりどのような不利益を受けているかを素人的にも表現してあれば、あとは原告の不利益にならないように、どのような救済とするかなどは裁判所が助けてあげるといやり方が考えられるのではないか。どの行政決定を争うのかに関しては、出訴期間がはずれるのであれば後々対象を特定したり変えても特に問題とならないと考える。結論としては、行政庁のある決定を争うという建前で考えた場合には、資料1の5頁の のような考え方で緩やかに入り口を認めて、求める判決の形は後に特定することも考えてよいのではないか。(第11回：小早川委員)

大阪空港訴訟は、民事訴訟として提起されたために、被告が違うことから抗告訴訟に読み替えるわけにいかなかったということもあったのではないか。訴訟対象をどこに見定めるかということについては、法的に構成するとどんな主張をしていることになるのかという問題もあり、行政訴訟における立証責任、さらには主張責任として、原告の方でどこまでいわなければならないかという問題になるのかと思う。(第11回：小早川委員)

資料1(第11回資料1)の5頁 の考え方については、被告が同じになれば、請求の趣旨が実質において同じであれば、形式を民事訴訟と行政訴訟のどちらでやるか、理論的には原告が決めることではなく、裁判所がどの訴訟形式を適用するかという問題ではないか。そこまでいけば、ある程度従来の問題は解決するのではないか。(第11回：小早川委員)

#### 【福井(秀)委員】

資料1(第11回資料1)の5頁 の考え方に関し、特に、出訴期間があつて後から取り返しがつかなくなるような仕組みについて、微妙な判断でアウトになるような場合には広く救える仕組みにしておかないと大変問題が大きくなると思う。(第11回：福井(秀)委員)

例えば、民事訴訟として訴えを起こしたが、行政訴訟でないと起こせなかった場合でしかも出訴期間が過ぎていたという場合はアウトになるが、そのような場合は最初から教えてあげればよい。被告を間違えて出訴期間を過ぎていた場合も同じで、取り返しがつかなくなるような場合には、そうならないように入念に手当てしておかないと何のための制度かということになる。(第11回：福井(秀)委員)

現行法では、行政上の不服申立てをすれば出訴期間の進行が停止する仕組みになっているが、いくら裁判所が親切でも、不服申立てを審査する行政庁が不親切だと、結果的に却下されることになることが起こりうる。行政庁段階でも、善意に解釈したり補正してあげることが必要である。少し補正させれば適法なものとなるような場合でも、そうしないで不服申立てを不適法として却下してしまうと、訴えも不適法なものとなってしまふところに問題がある。(第11回 福井(秀)委員)

【水野委員】

資料1(第11回資料1)の5頁・の考え方に賛成である。処分権主義や弁論主義は、基本的には私的自治の原則に由来するものであり、行政訴訟でも課税処分取消などは私的自治が妥当するといえるかもしれないが、そうでない分野もあり、例えば客観訴訟的な公的な訴訟では、民事訴訟と同じように処分権主義や弁論主義が妥当するといつてよいかは疑問がある。それを具体的に明文化するのは難しいが、一般法で書くべき部分もあるのではないかと思う。(第11回 水野委員)

【深山委員】

民事訴訟一般について、インターネットを利用した申立てを認める法改正をすることを法務省は表明しており、来年の通常国会に向けて現在行っている民事訴訟法の改正作業の後に検討することになっている。いつになるかはともかく、そう遠くない時期に、行政における電子申請と同様、裁判所もIT化を図るということで、記名押印の問題についても電子署名があり、インターネットを利用した訴え提起は早晩できるようになる。民事訴訟法の改正がされれば、行政訴訟にも適用されることになる。(第11回 深山委員)

【塩野座長】

訴えの提起の方法については、深山委員から話のあった民事訴訟法の大改革の成果を待ちたい。請求の趣旨の特定については、訴訟類型や被告の問題が煮詰まってからまた考えることとしたい。請求の趣旨や訴訟類型の特定については、実務の柔軟な運用の話もあったが、そうした実務の運用をエンカレッジするような条文が考えられるかどうかを検討していきたい。(第11回 塩野座長)

【中川外国法制研究会委員】

アメリカでは、訴訟類型の選択と救済の対象とはやや違った話であり、訴訟類型といっても個別法上の司法審査と判例法上の司法審査しかなく、個別法があるのに判例法上の司法審査として訴えてきた場合には、裁判所が当てはめをして、個別法で出訴期間が過ぎていてダメであるということはある。訴訟類型ではなく、どういふ決定にどのような不満があり、何を求めるかという点については、基本的には原告が言っていること以上には裁判所は言えないということはあるが、判決の内容については原告は大雑把にしか言わなくてよいとなっており、これは判例による民訴一般の理解である。個別法上の司法審査では、裁判諸規則により請求のフォームが決まっており、この決定は違法であるということに記載するだけでよいことになっている。(第11回：中川外国法制研究会委員)

【橋本外国法制研究会委員】

フランスには、訴訟類型を原告が選ぶという考え方は基本的にない。教示がされた行政決定を争うことになるが、その際、原告が取消しを求めるだけなのか、それ以外のものも求めるのか、その請求をみて、裁判所がどの類型になるかを判断している。越権訴訟になる場合には弁護士強制ではないというメリットがあるが、請求からして越権訴訟ではないという場合には弁護士を付けないと却下されることになるので、そのような場合には補正命令ができる。(第11回 橋本外国法制研究会委員)

【山本外国法制研究会委員】

ドイツでは行政裁判所法88条があり、最初に処分権主義のことをいった上で、それと対比して書いており、対象自体はやはり原告が決めることになっている。(第11回 山本外国法制研究会委員)

【村田企画官】

訴状の記名押印といった問題もあり、民事訴訟規則上、電子メールによる訴えの提起は認められていない。(第11回 村田企画官)

ドイツ行政裁判所法88条では「裁判所は請求の内容を超えてはならないが、申立ての表現には拘束されない。」と規定されている。(第11回 村田企画官)

### 【3 裁量処分の取消し】

#### 【市村委員】

30条をあまり意識していない表現の判決も見受けられるが、基本的には裁判官の頭では30条は強く意識されている。マクリーン判決のように、非常に広範な裁量の場合でも、処分が取り消されて最高裁まで維持されている例がある。裁量判断の仕方としてはある程度固まっているのではないか。判決の書き方としては、通常、30条を引いている。(第11回 市村委員)

裁量については、実体法の解釈に尽きてしまうことが多いと思う。裁量についての司法審査の幅は非常に多様であって、一言で言い尽くせず、考え得るものをすべて書き切るのは難しい。他方なくしてしまえばいいかという、なくした後運用がどちらの方向に振れるか分からない。うんと踏み込んでしまったり、引いてしまったりということが出てこないかというところがある。非常に間違えているという批判があればそれを改めるべきであるが、条文の有り様の問題ではないのではないか。(第11回 市村委員)

以前も議論したが、実務にとって、30条があるからどうということは決まてないと思う。むしろ実務は、どういものが裁量判断のときのファクターになるかというのは実は確かに30条ではほとんど書いていないに等しいから、例えば外国人の在留期間更新だったらマクリーン判決と言われる著名な判決や、そういうものをいくつか示した典型的な上級審の判断、それがどういものをファクターに捉えているだろうかという分析をしている。そういう中で、この具体的事案ではどの辺りのファクターを検討しなければいけないかという判断作業をしているのがほとんどである。まったく初めての行政処分でその裁量が問題になるとときには別だろうが、たくさんのごう積み重ねられているものについては、いろんな考えが示されて、その中でもまれてきて大きなファクターは段々定着してくる、というやり方をやってきている。書くなら確かに列挙するのだろうが、そうすると結局どれも書いてあるようなことで結局その中からこの具体的事案では特にどれとどれが意味が重いのだろうということを経済またやらざるを得ないので、書く書かないによってそんなに違うことはないのではないかと気がする。自分が残した方がいいのではないかと、もう一つの意味で申し上げているのは、行政庁にとっては司法権が、司法部が行政機関とまったく同じような頭で判断するというふうな形で本来自分達の裁量権を顧慮しないということがあっては困るという危惧感はあると思う。行政側に対する安心感としては、大前提はちゃんと抑えているところは抑えているという意味でこの規定はあるので、この規定を残したらどっち、残さなければどう、という極端なことはないと思う。(第14回 市村委員)

#### 【小早川委員】

自分はこの条文は削除すべきであると考えている。行政法学者でも裁量が何かは多分分かっていないのではないかと。杉本解説をみても何も答えはでてこない。しかし、裁量権というのはめったやたらとは踏み込んではいけないという気分を、当時の行政法理論は表現していたし、この条文にも表割れていると思う。しかし、実際にはそれぞれの事件に必要な法原則を持ち出して裁判官が判断しているのであり、この条文でそうしたそれぞれの法原則を引くことを遠慮するような効果があるなら有害なので、削除すべきである。(第11回 小早川委員)

30条については何かあった方がいい。今の裁判実務の裁量審査のやり方は30条の文言とかなり離れた格好でやっているの、古めかしい理論に立脚した文言よりはもう少し今の裁判実務でそのまま表現するような規定にできればいい。ただ、何も規定がないと、裁判所が裁量審査をしにくいという気がする。もっとも、何を書くかについては、例えば費用便益分析など色々な裁量審査の手法があると思うが、それはやはりケースによって違う。むしろ裁量審査というのは元の関係法令の趣旨にいかん忠実に行政庁が判断したかということだろうと思うので、基本的には個別法の問題だ。書くとするれば、むしろ法律によって課せられた任務をきちんと履行しているかという観点から裁量審査をし、という趣旨の規定を置けばいい。(第14回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

行政事件訴訟法30条については、最低限の手当てとして、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、の「限り」は不要であり、「取り消す」に加えて「義務付ける」も加えるべきである。裁量権の範囲をこえまたは濫用があった場合というのでは内容がないので、比例原則や合理性の基準などを書き込むかどうかの問題である。最高裁は「社会通念に照らして著しく合理性を欠く場合」という言い方をしたが、「著しく」としている点は過度の自己抑制的、不要である。最高裁も積極的に裁量を肯定する場合にはこのような表現は使わない。(第11回 芝池委員)

30条については廃止論で固まったという意見があったが、以前の議論で、自分は30条を修正して残すという提案をした。30条を修正すること、あるいは、廃止することのどちらが裁量権行使の司法審査が積極化するのだが、30条の廃止によって司法審査が本当に積極化するのか、自分は確信を持つことはできない。(第14回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

裁量というのが明確に定義できていないとすれば、社会の熟度というか、社会の流れの中で、裁量がぶれると思うが、そういうものを法律的にはどういふうに対応できるのかというのはちょっとよくわからない。例えば

費用便益のことも書いてあるが、そういう技術がまだ未熟で、進歩するものを法律に書くのが本当にいいのかどうか、これもよくわからない。だから社会の進歩 熟度、技術の進歩 熟度というのを裁量の中で一気にすべてカバーできるのかというのはよくわからなくて、その辺が法的に措置をするときにどういふことになるのかというのがよくわからないという感じで聞いた。(第14回 芝原委員)

#### 【萩原委員】

そもそも処分というのはすべて何か根拠があってされるものであるとすれば、ことさら裁量処分に限って何か明確に、例えば費用便益分析を使うというようなことを強調するというのはよくわからない。だからもう少し一般的に、ことさら裁量処分に限っての文言で条文を作るのではなくて、何らかの根拠を示すという意味で、新たな条文があったらいいのではないかという趣旨に理解した。(第14回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

条文を削除することに賛成である。要件裁量については個別の法律の解釈の問題であり、この条文があるからといって解釈態度が変わるものではない。もともと不確定概念の解釈にどれくらい司法審査が踏み込むべきかということで審査の範囲 限界が決まってくるのであり、それが実態で、あるべき姿でもある。この条文があるから遠慮するような効果はあるし、被告側はこの条文を盾にとって不確定概念をできるだけ30条の問題にするという傾向があって、裁判所に対して無言のプレッシャーを与えている。裁量があるとかないとかではなく、端的に実体法の概念の解釈として考えるという習慣を付けた方がよい。日光太郎杉判決は、判断過程の統制ということで取り消しているが、行政の判断を裁判所が代わりに行っているように読めてしまい、資料1の14頁の 指摘もある。微妙な判断については、できるだけ客観的評価になじむ、又は掲載であるということに意味があり、特に土地利用、都市計画等の領域については、費用便益分析で判断できるものが随分あるので、そういう領域ではそうした判断手法を用いて、裁判官が決めるよりは数字が決めるという方がよいし、その方が行政庁も予めちゃんと計算してやるようになる。客観性ある判断ができる領域はできるだけそのように制度を仕組むべきである。(第11回 福井(秀)委員)

30条の代わりに裁量の基準となる何かもっと明確な指針がある方がいいということも否定しているわけではない。要するに今の30条というのは裁量権の範囲をこえ、濫用があった場合に限り、取り消すことができるというふうにしてあり、非常に抑制的な印象を与えるように書かれているところに懸念がある。実際問題、大抵の行政処分というのは裁量があるが、被告代理人としての経験でも、この条文を旗印にして準備書面を強力に作り上げると裁判官が縮み上がるという例はいくらでも枚挙に暇がない。特に田舎の裁判官は、裁量処分、裁量処分と言って身構えていただいて、大変行政庁にとっては有利な抑制的な判決を書いてくれるという例は見聞しただけでも随分ある。最近変わって行けばそれに越したことはないが、全国いろんなところで起こるかもしれない行政訴訟の現場の実態を考えるとやっぱり現にかなり抑制的な機能を営んでいるということも否定できないように思うので、そういう意味で問題提起をしている。(第14回 福井(秀)委員)

もう一つは、費用便益というのは一つの例示で、定量基準ないし客観基準で判断できる分野はそれでやれというのは裁判官にしても原告被告にしても恣意が入りにくいという意味では望ましい方向だと思うので、何らかの形でやはり定量的な、あるいは客観的科学的な基準で裁量をコントロールせよということではできるだけ入れていった方がいいという趣旨だ。(第14回 福井(秀)委員)

裁量処分というふうに条文に書かれていると、裁量処分とは何で、裁量処分以外とは何かという解釈論の問題が避けて通れなくなるので、やはり裁量処分という大上段に振りかざした文言が何か意味を持つというような解釈を生みかねないという意味でいろいろ支障があるのではないかと。そういう意味では細かいところに分けるというようなことであればもっと書きようがあるのではないかとこの点を申し上げた。(第14回 福井(秀)委員)

裁量について、行訴法30条については、削除するというので一致したのだと思っていたら、そうでない意見もあるように書いてあるので、ちょっと意外だった。ここでは、規定を削除することで裁判所の裁量審査が充実するとも言えないのではないかとこのが残す理由として書かれているが、これは理由にはなっていない。削除して充実するとは言えないかどうかはともかく、あることによって支障があることはかなりの程度意見が一致している。あって弊害があって、なくなったからといってものすごく良くなるわけではないものは、やはりない方がいいということに論理的に当然になるのではないかと。なくなることで積極的に何かまずいことが発生すれば考慮した方がいいが、これでは理由にはならない。(第14回 福井(秀)委員)

また、事務局の資料では、費用便益分析などの判断手法を用いることを個別法で規定すべきである、などの意見があった」と紹介されているが、これは個別法に限定するという意見ではない。裁量処分の統制手法として、例えば土地利用や環境のような領域で費用便益分析手法になじむ領域についてはそれを前提として裁量審査せよという意味での裁量審査手法を行訴法に入れることは、全く理論的にも実体上も支障のないことだと思うので、そこから始め、さらに個別法に広げていった方がいいのではないかと、という趣旨で申し上げてきたはずなので、訂正されたい。(第14回 福井(秀)委員)

今まで、かなり議論があって、いろいろな意見が細かいレベルであったものに行政裁量の統制の問題があると思う。行政裁量については、例えば行訴法の30条をどうするかといった細かい議論はさておいても、行政裁量についてもう少し司法的統制を強めるか、弱めるかという、強めた方がよく、それは何らかの基準に基づくとということも考えられる、という議論もあったと思う。裁量についても司法統制について論点として大変重要だと思う。(第15回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

30条は、かつては意味があったが、今はいらないと思う。むしろ、積極的に主張・立証責任の規定として、資料1の14頁のイカウのような規定をおくべきである。(第11回 水野委員)

それから、一般的な主張・立証責任の問題に関して、いわゆる裁量処分について、どこまでの書きぶりができるか問題があると思うが、やはり一般的な基準の条文を置くべきだ。これは前に議論されており、フリートキング参考資料の13頁から14頁にかけて、裁量処分の取消しについての記述があり、の中で、イは「裁量基準及びその基準の適用の合理性を行政庁に主張立証させ、裁判所が不合理と判断すれば取り消す」とあり、ウについては、「裁量処分については、行政庁の判断過程を明確にした上で、その判断の方法ないしその過程に誤りがある場合にはその処分が違法となる」として、行政庁の判断過程を明確にした上で、その判断の方法なり過程に誤りがある場合には処分が違法になる、という具体的な提示がされていたが、こういったことを取り込んだ規定を置くべきだ。(第14回 水野委員)

#### 【塩野座長】

行政事件訴訟法の立法当時は、往時のドグマティークがあって、それを確認して明確にすることが必要であるという判断で、要するに自由裁量の壁を破るということに意味があったものと思う。現段階ではそういう壁はもともとないのであるということになったときに、なお、往時のドグマティークに立った30条を置くことに意味があるのかを考えなければならない。(第11回 塩野座長)

自分の感じは、裁量処分というのは古典的な美濃部・佐々木理論がそのままここに残っている。最高裁の判決が、裁量処分というよりは、この処分をするについてのどの点のファクターを行政庁は考慮しなければいけない、その行政庁の考慮を裁判所はどの程度、こういう考慮については裁判所はとことん入る、これについてはとことん入らないといった非常に細かい議論をしているときに、この裁量処分なる古典的な概念があることによって、何かしら支障が生ずるのかと、そういう懸念がある。ただ裁判所は、そんなものはとっくの昔に克服している、心配するなと言うことなら、それはそれで一つの議論だ。(第14回 塩野座長)

裁量統制をもっとすべきだという議論があったが、技術的に少し固める必要があり、裁量は本当に難しいところだと思う。(第15回 塩野座長)

#### 【山本外国法制研究会委員】

ドイツについては、今日配布されているジュリストの資料に自分が寄稿しており、その125頁に行政裁判所法114条があり、「授権の目的に適合」しているか否かを審査する、と規定している。ただこの条文は、確認規定で、裁量は憲法から来ているので、法律でどう書こうと、憲法から裁量審査が決まるという面がある。(第14回 山本外国法制研究会委員)

## 第5 執行停止 仮の救済

### 【市村委員】

現在の執行停止制度そのものについて、大きく3つの問題点があると感じている。(第12回 :市村委員)

まず、争点訴訟、当事者訴訟等について、25条の準用がなく、理論的にはここに少し穴が空いている。(第12回 :市村委員)

次に、処分の名宛人以外の者から執行停止がされている場合に、その処分の名宛人の立場に当たる者の保護、例えば建築確認がされている場合に、その効力停止を第三者が求めるといった時に元々建築確認を受けた者、処分の名宛人をどうやって保護するかということについて、あまり配慮がされていないのではないか、例えば処分の名宛人について、意見聴取の機会が確保されているとか、あるいは経済的損失を被ることが考えられるが、民事保全と違い、担保を立てるといった仕組みがなく、そのような手当てがされていない。これから第三者の原告適格がかなり広く出てくることを考えると、そういう点の配慮が必要なのではないか。(第12回 :市村委員)

3番目に、執行停止決定について、これに抗告した場合にも、一旦出された仮の判断というものを是正する制度が設けられていないという点がある。実は民事保全についても、民事保全法以前には立法的な手当てがなかったが、昭和23年の最高裁の決定の中で、そのようなことができるということをやがわせた判断があったために、その後実務の中では、抗告があった場合には、旧民事訴訟法の仮執行宣言付判決に対する控訴があった場合の512条の規定、あるいは上告再審等についての500条の規定を類推的に適用できるという考え方で、実際の停止が行われていた。保全法が立法されたときに、やはりこの停止の規定を入れるか否かで、非常に大きな議論があったと思う。最初の政府案では、この点は全く入ってなかったが、実際に実務における具体的な事例の当てはめでは、判断基準が非常にばらついており、基準を明確にしておく必要があるだろうという議論がされたと聞いている。仮の判断がすでにあるのに、それを同じような要件でひっくり返してしまうといつまでも行き着かないので、それを覆すためには、もっと強いものでないといけないだろうということ、ああいう要件に至ったのだろうと考えられる。行政の執行停止においても、厳しい要件の下に、その判断に対する是正の機会を設けておけば、全体の状況は相当変わってくるのではないか。(第12回 :市村委員)

行政事件の対象となる権利等について、仮の救済を及ぼす制度を設けること自体には賛成だ。ただ考慮しなければいけないのは、民事と似ているところもあるが、公益性あるいは公共の福祉の影響というものが全般的に不可避だろうという内容を持つという点だ。行政事件の対象となる権利等について仮の命令等により保全を図ろうとする場合には、当該原告の利益の保護と、その一方で多かれ少なかれ必然的に公共の福祉に対する影響をどう調整するかを考えなければいけない。民事保全の場合には基本的には相対立する私人間の利益、それも大体、経済的利益と経済的利益など、割と同じはかりの上で比べやすいものが出てくるが、それと比べて、行政訴訟においては、相手方として考えなければいけないものはかなり異質なものだ。例えば、民事保全のように金銭による担保を立てさせることでバランスを取るのとは調整を取るための効果的な方法ではなく、その点で民事保全とは違うということがあるのではないか。それから、民事の場合は、金銭賠償によって現状復帰することが可能なものが多く含まれているが、行政事件の対象となる権利等の保全の場合、現状復帰することが非常に難しいものがかなり多く含まれている。例えば文書の公開、非開示決定について、これを仮の処分ですべてやっちゃったら、元に戻りようがない。そういう意味で質が違うから、当事者双方の利益、あるいは損害の比較衡量というものが非常に難しい。(第12回 :市村委員)

それから、公共の福祉への影響ということが消極要件としてあるが、これの把握の仕方が非常に一般抽象的になりやすく、客観的に裏付け検証する、あるいは証拠によって明らかにするということは非常に難しい分野だ。どういう要件を立てるかによって結論がかなり決まってしまうので、その要件の立て方については十分注意する必要がある。そういう点で、民事保全をそのまま使ってくるのはやはり制度としては十分ではないのではないか。行政独自の色々な視点でもう一回組み立てる必要があるのではないか。(第12回 :市村委員)

それから、権利利益が明確であることが大前提になる。一義的なものであれば、裁判所といえども処分に至れないということはないと思うが、やはり裁量的なもの、専門性というか、全体を見渡してやらなければいけない行政専門的なものについて、裁判所にやれと言われても、かなり難しいことではないか。(第12回 :市村委員)

それから、「著しい損害」とか「急迫の危険を避けるため」というような要件が厳しすぎるという議論があるが、程度をどうするか別として、そういう要件を設けることは必要だろうと考える。(第12回 :市村委員)

また、公共の福祉に対する重大な影響を与えない、ということ消極要件として入れることは止むを得ない。例えば営業免許について公衆の衛生に配慮したり、あるいは交通関係で全体の抽象的危険が増加するということ配慮する必要があるだろう。ただ、今の制度の中で、消極要件である公共の福祉を判断することは実際問題、運用していくと非常に難しい。随分前にはこの消極要件の存在を根拠に執行停止決定を排斥するといったものがあつたが、最近はそれは少なくなっていると思う。多かれ少なかれ公共の福祉の影響があるわけだが、やはり比較衡量論になってくると思う。そういうものをやりやすい要件をもう少し細かく考えていだけないかというのが現場の意識だ。(第12回 :市村委員)

民事の事件で公共性が吟味されるのは当たり前だが、だからといって、民事の保全でやる方が具合がいいことにはならない。民事では担保制度というのが非常に大きな機能を果たしているが、そういうものがあまり働

かないという状況の中でどうするかということで、とにかく一回、行政の特質を全てチェックした上で、それで組み立ててみればいい、ということだ。(第12回:市村委員)

行政に関して仮の命令を置く必要があると思うが、その方法としては、民事保全法ではなく、行政事件訴訟法特有の特性を考慮した新たな制度を設けるべきだ。例えば、実体と同じもので、住民票の不受理処分の問題で、受理した後、消除処分という形でやると、これは執行停止がかかってくるわけで、現にそういう執行停止の申立てというのがある。それと住民票が不受理の状態では困るから仮の地位を形成してほしいというのは、これはニーズは同じで、大体判断の基本的な要素は同じだろうと思う。それが一方は執行停止の原則の中で判断され、他方は仮処分で判断することになると、その要件については必ずしも同じではない。もちろん修正して適用するとの考え方もあるが、やはり1本の柱を打ち立てて、現に処分がされた場合はどうかという特性を考えていくという方が体系的にも整合する、救済としても一貫したものができると思う。(第14回:市村委員)

一方において民主主義というのはある意味では多数決原理というので支え、あるいは手続的にあるプロセスを通過してきたら、それでやるという建前にもなっている。それに対して、いやそれでは納得できないという人がいたときに、そのどこまで全部納得を得て物事を進めるかというのは社会の仕組みの問題である。執行停止を原則にする考えが出ているが、例えば行政訴訟を起こせばみんな止まって、動かすのにはどうしたらいいのか、行政庁が続行命令か何かを逆にやらなければいけないということなのか。もしそうだとすると、どのぐらいの長短があるにせよ一時的にとにかく止まる、そういうことがやっぱ行政の円滑は阻害している。その辺りをどう考えるかというのはいろんなケースがあるだろうから、十分行政のヒアリングをやるべきだと思う。(第14回:市村委員)

執行停止をやっている間に意味がなくなってしまうからということをしきりと言われたが、では審理がどうかという、現実には、司法判断はそのものに合わせて審理の長短を分けてやっている。例えばある程度の期間がまだ十分ありそうだとときには被告の言い分をある程度しっかり聞く。それに対してなお反論することがあれば、申立人の言い分をまた聞くという形で、ある程度の時間をとる。ところが、デモ行進の進路変更処分というふうな形になると、そんなことをやっている暇がなく、そういうときにはとにかく最優先で全力で明け方まで連続して審理している。とにかくそれに意味がなくなるように審理するというやり方をやって、何とか今のところは時間が経ったから意味がなくなるというふうな状態を避けるためにいろいろ工夫している。これはどんな制度を作ってもきっとそういうものは出てくると思う。ただ、暫定的な措置をつくるというものがあれば便利かなと思うときはある。元々この制度自体が仮の制度で、また仮の制度の中に仮の制度をつくるというときがなくなってくるという部分があって、運用の中で行政庁に例えば裁判所がとにかく実際の執行に着手するまでにどれぐらいの時間があるのか尋ねて、少なくとも裁判所が判断するのに3日間要するから、3日間は手を付けないという確約をしてくれるというふうなことである程度待ってもらおうというようなものがある。その辺りはルールを守ってやってくれている下ではあえて制度化をするということはなくてもいいという気もする。効率の問題とそれからどんな犠牲が出ているか理由を少し検証して、組み立てたらいいい。ただ全面的に執行停止制度を採用するんだという御意見に対しては、行政の円滑な遂行ということに対しては、行政側のヒアリングは十分に行うべきである。(第14回:市村委員)

例えば期限を切って命令するのが、むしろ今の執行停止はそういう形のもがたくさん出ている。ケースによっては申立てだけでやってしまうというのも現在の運用としてある。大原則をどちらにするか、最初の入り口をどちらにするか以外のところでは運用はそう違ってないと思う。全体からすると執行停止というのはかなりよく止まっている。(第14回:市村委員)

どちらかと言うと、本案を出すときに本案の違法理由については非常に簡潔に書いたままで、それはとにかく執行停止を出すために本案を出しているという、確かにどちらが主でどちらが従なのかと思われる申立はある。後から本案の方から出してきたり、あるいは執行停止の判断によってすべて決まってしまうと、執行停止の結論がそうなら本案をやる意味はないというタイプのものも確かにある。例えばデモの規制の問題のようなものについて、後で損害賠償に変えるかどうかということだけなので、そのままでは維持の意味がなくなる。そういう問題は十分議論の余地があるところだと思う。(第14回:市村委員)

この前フランスの仮命令がそんなに活発な活用はまだされていないという御説明だった。落ち着くところは結局どちらから行くのかという問題なのかもしれないが、この問題は、申立人側と行政側とのまさに引き合いの問題であろう。(第14回:市村委員)

現在の執行停止制度について問題があるということで意見の一致を見た、どういう意味で問題があるか、制度構造が問題なのか、運用の問題なのかというところを全部抜きにして、そこに問題があるということで意見の一致を見たというまとめ方、御意見には承服できない。(第15回:市村委員)

執行停止については、例えば、ある意味では要件的に使いにくい部分があるということは前の意見の中でも申し上げている。(第15回:市村委員)

#### 【早川委員】

全体のバランス論だが、民間の仮処分の意義ないし機能、役割と、行政訴訟における仮の救済は、共通するところも違うところもある。違うところの一番の極端な場面というのは、行政というのは公権力の行使であり、特に人に対して強制的に、意思に逆らっても不利益を課することができることだ。それとの関係で、この執行停止の制度をどう位置づけるかだが、日本の場合は、行政庁が判断して、行政処分をして、不利益を課すと、直ちに発効する。しかも、その上さらにそれを名義として、強制執行できる場合も多々あり、既に一方

的に攻撃する力が行政の方にある。ということで、現行法ではやや行政側にイニシアチブがありすぎるのではないかという感じがする。そうすると、それを司法がとにかく暫定的にチェックをするという機能をそこにかませる必要があるわけで、そういう意味で現在の執行停止制度、仮処分の排除プラス執行停止というこのシステムがそういう要請に応えきれているかという、応えきれていない。その結果、バランスが悪い。行政の側も慎重に善意をもって判断すれば、無理やりな執行はしないかもしれないが、法的にはその権限はあり、一般常識から見ると、たまに行政が無理やりやっていると見える現象が出てくるが、それを押さえきれないというところが、現行法の基本的な問題点ではないかと思う。(第12回 小早川委員)

そのためにどうバランスを回復させるかだが、色々あると思う。元々バランスが悪い上に異議の制度がくっついており、それはやめるとするのが論者の大勢で、自分の結論はそれに賛成だ。国民の裁判を受ける権利の側から見て、どこまで司法権が関与できなければいけないかという憲法論はもう一つあると思う。(第12回 小早川委員)

それから、第三者の個人の利益をどう反映させるかという点で、現行制度では不備なのは、その通りだ。(第12回 小早川委員)

それから、現行法の積極的要件の書き方がちょっときついのではないか。行政の方が元々権力を持っているのだから、それを裁判所が民間よりはもっと立ち入ってチェックをするということもそれなりの意味がある。そうすると、回復困難な損害という言い方がちょっときついのかなという気もする。(第12回 小早川委員)

それから、行政活動の態様により問題状況が違って来るわけで、特に人身の自由に関わるような話になると、何らかの形で、特に司法の方にバランスを傾ける必要があるのではないか。例えば個別法で訴え提起に停止効を認める、などということは十分考えられるのではないかと思われる。(第12回 小早川委員)

それから、従来学説で、争点訴訟、当事者訴訟に準用がないのはこれは立法の不備であるという見解が強く、今も指摘があったが、自分はそうは思わない。必要であれば、無効確認訴訟を起こせばいい。立法者ははっきり言っていないが、現行法のシステムはそれなりに説明できるのではないかと考えている。(第12回 小早川委員)

申請拒否処分に対する仮の救済がないのは、現行法で問題が大きいところだ。これについては一つは抗告訴訟システムの見直しの中で、各種の金銭給付、社会保障関係などについては、本案において、取消訴訟の利用強制を緩和していくことを考えるとすれば、44条の仮処分の排除についても、そこからまた外して、一般法である民事の仮処分で行くということは十分考えられる。他方、金銭的でない各種の許認可の申請の拒否のような場合について、警察規制における営業の許可を裁判所が仮に与えるということがいいのかどうかは、確かに、日本の相場観からすると、難しい問題があると思う。ただこれも、法律の適正な執行は行政庁の任務でもあるが、裁判所がそれを助けるという観点がやはりどうしても重要であり、法律の趣旨を適切に執行するのは裁判所もできないはずはないと考えれば、そこはクリアできるはずだ。処分の性質ごとに考えるとすれば、個別法の問題になると思うが、ある程度一般法で、裁判所が仮の救済を行うことは考える余地はある。(第12回 小早川委員)

現行法で一番欠けているのは申請に対する拒否処分についての仮の救済の問題で、これは色々な面からの改善が考えられる。一つは、金銭給付や、社会福祉サービスのような内容的には割合ははっきりして、かつ法律関係としては行政対申請人の間で大体事が済む、外に波及しない、というものがある。これは、そもそも行政処分としてこの取消訴訟に止めておく必要があるかどうかという別の論点と絡み、本案の取消訴訟の排他性も外してもいいような話は多いのかもしれない。そうすると、それと平行に44条の仮処分の排除も外してもいい、すなわち仮処分も適用してもいいという感じはする。そういう類の請求権がありそうかどうかを判断すればそれでよく、それ以上に行政関係特有の判断を加える必要はそれほどないのではないか。転入届の不受理のケースになると、被保全権利が何であるかはよくわからないところがあって、何か民訴の仮処分とは違うような気もするが、その辺は請求権があるなしというよりは行政機関が法令の定めにしたがって、きちんと申請を処理しているか、法令にしたがってきちんと行動しているかというところが問題であって、そこは民訴の仮処分の場合の判断枠組みとはちょっと違って来るのかもしれない。むしろ執行停止と同じような、行政庁のやったことは本案においてどうも違法くないかどうかという、そういうことで見ていくのかなと、微妙に違うのかなという気がする。(第14回 小早川委員)

その辺は執行停止の制度を手直しして、そのやり方は間違っているのではないのということを仮に裁判所が判断して言うようなやり方が一つあると思う。(第14回 小早川委員)

それから、申請という場合に、営業許可申請や食品安全関係ということになると、そう簡単に裁判所が仮の判断でやらせる、行政庁がダメと言ったものを裁判所がやっつけていいよ、ということに果たして裁判所が責任を持てるかという問題があるかと思う。一つの考え方は、現行法で言うと、公共の福祉に重大な影響、というのがあって、それで引っかけるのも一つの手だが、それはちょっと大げさ過ぎる。そうではなくて、第三者の利害が絡んでいるわけで、行政は申請人と第三者の利害を全部考慮した上で処分をするべき立場だが、裁判所の仮処分なり執行停止なりの手続というのは第三者の意見が十分に言えない、そういう枠組みなので、そこに無理があると考えれば、この第三者の利益に影響を及ぼすような、そういう仮処分なり執行停止なりというのはこれは制限される、そういう方向での要件の立て方はどうなのか、ただ頭の中ではまだ民訴の仮処分と行政訴訟制度における執行停止なりの関係がよく整理されていない。(第14回 小早川委員)

被侵害利益、被保全利益の側に立って考えることも必要だ。特に人身の自由や、線引きが難しいが憲法上の精神的自由のようなものについては、憲法の原則からしても行政機関よりは裁判所の方がしっかり見てくれる。また第三者の利害よりも何よりもとにかく本人の憲法上の基本的な権利・自由を裁判所が保護しなけ

ればいけないという、そういう側面があると思うので、そういったものは別である。そうすると例えばその種の侵害的な処分については訴えの提起に執行停止効を認めるとか、それからデモ行進について仮に許可制が取られていて、不許可処分があった場合、それらについて裁判所に仮の地位を定める、仮にデモ行進を認めるというようなものを、これは個別法で一つ一つやっていけばいいが、それはなかなか十分期待できないと思うので、一般法で裁判所に特別の権限を認めるという気もしている。(第14回 小早川委員)

現行法の執行停止そのものの要件を見直すかどうかというところは、要件が厳しすぎるのか、運用が狭すぎるのかという辺りで現状認識もあるいは人によって違うのかもしれない。ただ執行停止に伴う内閣総理大臣の異議については、廃止の方向というのはなり一致していたと思う。これもその代わりにどういう手立てをするのかというところはまだ議論があるかと思うが、現行制度そのものが、憲法違反かとはもかくとして望ましくないということは一一致ではないか。(第15回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

内閣総理大臣の異議の制度は行政法の研究者においても、違憲である、又は、違憲の疑いが強い、など非常に評判の悪いものであり、この検討会では廃止の方向で考えるべきではないかと思う。(第12回 芝池委員)

現在の許認可に対する申請に対する拒否処分については執行停止制度は働かず、仮の救済制度がないということになるが、これはどうしても是正すべきだ。仮に義務付け訴訟を導入し、拒否処分はそちらで争うということになると、拒否処分に対する仮の救済の問題は執行停止制度の枠の外の問題であるということになる。(第12回 芝池委員)

第三者が争った場合の処分の名宛人の方についての配慮の規定がないという話があったが、これは現在の執行停止の要件が非常に厳格であることによると思う。つまり現在、執行停止には「回復困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という要件が必要になっているが、これは非常に厳格であり、文言上これ以上厳しい表現ができないのではないと思われるほど厳格だ。資料9頁にドイツ行政裁判所法の123条が記載されており、仮命令についての規定であるが、そこでは「本質的な不利益を避けるため」という要件があれば仮命令が認められるということになっており、日本の執行停止ほど厳格な要件はかかっていない。これも参考にし、この検討会では、執行停止の要件の緩和に努力するべきではないかと考える。(第12回 芝池委員)

現在の執行不停止原則を改めて、執行停止原則にするのはかなりの決断が必要だろうと思う。ただ、いずれを原則としても、例外を柔軟に認めていくのであれば、どちらを原則にするかはあまり重要な問題ではない。ただ、現在の執行不停止原則については行政が安住している感がある。したがって、今回の行政訴訟制度改革が国民のためのものなのであれば、この点はどうしても変える必要があるだろう。(第12回 芝池委員)

一つの方策は執行停止の原則を採用すること、もう一つの方策は裁判所による執行停止のための要件を緩和すること。このあたり、この検討会で検討すればいい。(第12回 芝池委員)

本案の取消訴訟を提起する前に執行停止の申立てを認めていないのは、現在の執行停止制度の一つの問題である。(第14回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

執行停止、仮の救済の影響の一つの事象は、一般人から見たら信じ難い事情判決であり、ここに象徴的に表れている。執行停止ができない、仮の救済ができないために、結果的に事情判決ができる形になっている。事情判決の温床として、執行停止や仮の救済があるのだと、図式的にそういう感じがするわけで、事情判決をなくせるような仕組みにしておくべきだ。(第12回 芝原委員)

それから、仮の救済では一種の緊急性が軸としてあると思うが、国が使う緊急性というのは非常に長いスパンの緊急性を言っているという実感がある。ここでの緊急性とは、その意味での緊急性なのか、本当に今日明日という意味合いで急がれる緊急性なのか、もう少しはっきりしておかないと実効性は多分持てない。(第12回 芝原委員)

執行停止とか仮の救済をイメージするときに貨幣的な救済であれば、そのときに止められなくても、それは損害賠償的にある程度はいいのだろうという行政の執行力の円滑、継続性の問題があるから、そのバランスで決まるのだろうと思うが、貨幣的ではなく、例えば大規模な公共工事が進むときに、これを止められない。最後まで行って事情判決になるというときには、第三者の利益に係ってくる問題で、そういう社会的合意形成が不十分な事案に対しては、仮に執行停止をして、社会的合意形成を促すとか、そういう意味であれば十分社会的には意味がある。(第14回 芝原委員)

#### 【成川委員】

執行停止について、色々な意見があったが、パブリックコメントなり、この間の議論を振り返ると、やはり執行停止の要件がかなり厳しく、また、執行不停止が原則になっているが、なぜその原則にしなければならないかという議論もあったので、執行停止の申立てがあれば、なるべくそれを認める必要があるのではないかというのが自分の感想だ。第三者と関係する場合は当然それらを考慮すべきだが、そういうものがない場合には、現在の要件について少し緩和の方向で考える必要がある。(第12回 成川委員)

また、拒否処分の場合には執行停止はできないが、これら執行停止が掛からないものについては仮の救済を認める形をとる必要があるのではないか。(第12回 成川委員)

それから、内閣総理大臣の異議だが、条文中、急に内閣総理大臣の語が出てくることには違和感がある。行政として何らかの措置が必要なら手立てを講じればいいので、それが内閣総理大臣となっていることには、司法と行政の関係の中で、ちょっと説得性に欠けるという感想だ。(第12回 成川委員)

今の執行不停止原則だと、本人が権利利益の救済を訴えているにもかかわらず執行が停止されないで、緊急の場合等については一旦執行を停止する形にした方がいいと思う。ただ、第三者の権利利益保護などに係わる場合は影響が出てくるので、その辺の判断を行いながら進めるのを要件とする形になるのではないか。また、給付の問題や自分の賃金の不払いなどのように、停止しただけでは権利の確保ができないような問題については、ちゃんと仮の救済で救済ができる制度も考える必要がある。(第14回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

行政訴訟本体は司法権だけれども、仮の救済は行政権というのが政府解釈だと思うが、それは仮の救済はおよそ行政権であるということなのか、それとも、行政訴訟の仮の救済に限って行政権だということなのか。完全な国民の争いに関する仮処分は、行政権、司法権のどちらと解釈しているか。(第12回 福井(秀)委員)

自分も内閣総理大臣の異議の制度自体疑問である。例えば公安委員会がした処分は自治体が行った事務なのに、国の行政権の長である内閣総理大臣がいきなり止めるというのも非常に奇異な感じがする。国の事務と自治体の事務というのは一定の配分のルールがあって分けており、自治体に権限を与えておきながら、仮の救済の段になると、いきなり文句を国家の行政権の長が言えるようになっている点も、非常に奇妙な制度である。最終的な判断は司法権に留保し、行政庁の意見を司法権が斟酌して最終的に判断する、という制度に本能的に変えた方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

違憲の疑いが強いとは思いますが、違憲だと会議で一致する必要はなく、立法政策として少なくとも妥当ではない、という点で一致できれば十分だ。代替措置だが、今の執行停止は本案の判決確定まで一回決めたらずっと変わらない。途中での事情変化や行政の必要が生じて執行の必要が生じた場合にも極めて硬直的に完全に止めてしまわざるを得ない。本案判決確定まで何十年もかかることを考慮すると、それだけの止めることについての覚悟がないと、裁判所も執行停止決定が出せない。つまり、裁判所が執行停止を行うことに対して慎重にならざるを得ないようなインセンティブを今の法制度は与え、執行停止自体のハードルを人為的に高くしている。裁判官のインセンティブのコントロールの手段として非常に悪い。したがって、執行停止を後で随時見直せるようにしたり、あるいは行政庁の何らかの申立てによって、もう一度判断を覆す余地を認めるというフレキシブルな制度にしておいた方がいいのではないか。(第12回 福井(秀)委員)

また、執行停止は本案と一緒にないと申立てできないが、執行停止だけの申立てを認め、本案に先行して判断し、しかもそれについても随時見直しができる形にしておくと、フレキシブルの度合いがより強まる。(第12回 福井(秀)委員)

公共の福祉の点は結局は個々の判断になると思うが、結局のところ、司法権の判断に熟せばいいというのが究極の姿だ。本案で最終的に審査される以上、仮の救済の段階で、司法審査が熟して、しかも行政庁の疎明等も得た上で判断されるのであれば、それはそれでいい。そして、公共の福祉という抽象的な文言は非常に問題が多いので、もう少し具体的レベルで、条文化した方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

それから、基本的に、不利益処分は執行停止で、それ以外の義務づけ等は仮の命令で救済するという流れがいいと思う。生活保護の受給や公立高校の不合格のような、仮の地位がないと原告に非常に過酷な仕打ちをすることになる場合、義務付け訴訟を本案として、セットとして仮命令を置いておくのが、大きな意味でのスキームではないか。いずれにしても重要なのは、執行停止が設けられないところで、一律に仮処分が排除されるというのはやはりおかしく、執行停止で補えないような領域・項目については、少なくとも公権力の行使に関する行為についても仮処分ができるというふうにして漏れがないように仕組んでおくのが絶対に必要な視点だ。そうでないと、裁判を受ける権利を侵害することにもなりかねない。(第12回 福井(秀)委員)

それから、執行停止の申立てがあったら、さしあたり止めるということが重要だ。そうでないと、退去強制のようなもので外国に行ってしまったら、もう戻って来れない。本案の前には申立てができることを前提にし、申立てがあったら、裁判所の判断が出るまでは停止しておくという原則に転換した方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

それから、第三者の建築確認のようにその処分の名宛人の利害を調整する場合には、執行停止の要件を多少変えてもいいと思う。例えば、そういう場合は本案について理由があると見えるときに行うとか、裏返しの書き方もありうるのかもしれない。(第12回 福井(秀)委員)

それから、建物取り壊し命令や外国人の退去強制など、執行をしたが、後の本案で判断の前提がひっくり返ったという場合の国家賠償だが、今は故意過失が要求されているためなかなか取れないことが多い気がする。むしろ無過失賠償の原則を入れ、しかも割増賠償で救済することも考えられる。民事の方でも、二審でひっくり返った場合には無過失賠償ということになっているから、それとのバランスでもおかしくはない。(第12回 福井(秀)委員)

それから、滞納処分や金銭に関する不利益処分の場合の執行停止についても、後で多少の割増が付いてもう一度支払わないといけないのであれば、リスクは本人に判断させればいいので、申立てがあれば基本的にはかなり自由に認めてもいいのではないか。(第12回 福井(秀)委員)

例えば滞納処分などで執行停止をしたが取り消された場合、14.6%という超過金利が、執行停止期間中も含めて掛かってくるが、執行停止という形で法的にきちんと認められた期間中に、こういう懲罰的な金利が掛かる

というのはおかしいので、何か手当てが必要だ。(第12回 福井(秀)委員)

また、例えば滞納処分で、家屋が第三者の手に渡っているという段階の後で滞納処分が取り消されると、今は後始末として所有権に基づく返還請求だとか、登記などを自分でやることになっているが、そもそも滞納処分で税務署に登記を移すのは職権でやるのだから、後始末も行政の責任で、職権で移すとか、取り返してきて提供するとか、もう少し対等な立場で後始末もできるようにした方がいいのではないか。(第12回 福井(秀)委員)

仮の救済についてはまだ議論があまりないと思うが、特に給付的な処分で、生活保護や公立学校の入学許可などの類だと執行を停止しても申請状態に戻るだけで結局は救済にならないので、仮の地位を認め得るような類型としてこの不作為の違法確認なり義務付け訴訟も考えていかないと、民事との関係であまりにもバランスが悪い。特に、大学教員や公務員で、最近、任期付の採用があるが、行政上の身分だと、更新されなかったことにより争ったが、その結果失われたままだ、ということになるが、民事だとこういう場合には恐らく、仮の地位ということで、仮の職業が認められるので、そのような仮の地位を認めることはあった方がいい。(第13回 福井(秀)委員)

執行停止が働く局面では必ずしも仮処分が競合する必要はないと思うが、執行停止が働かない局面では何らかの救済が必要だという点では一致していると思う。ただそれも設計の仕方としては行政固有の事情というのはいろいろな考慮の仕方があり、さらから行政訴訟に何かつくるのがいいのか、民事の仮処分に行政固有の制約を何かくっ付けるのがいいのか、これは利害特質を比較考慮して選択すべきだ。その上で、執行力が当然に付いてくるという点に、執行不停止の原則の弊害があると思う。ただちに執行する必要がない場合もあるし、執行されたら原状回復が困難だという場合には例えば発給後数ヶ月程度経た上で執行力が発生するというような形にする余地もあると思う。執行停止原則を採用しないとしても、執行停止の申請の審理中に執行されてしまうと取り返しがつかないことはよく起るので、こういう緊急の場合には執行停止の要件を厳格に審理するのではなく、さし当たり暫定的な期間の執行停止を認め、後でもう一回ゆっくりやればよいということもあり得る。要するに1回だけしか執行停止の審理ができないとする必要はなく、暫定的に止めて、もう一回本格的に止めるかどうかを議論してもいいということがある。(第14回 福井(秀)委員)

また、行政処分の発給を求めるといふ仮命令も認めた方がいい。以前に議論したが、生活保護の申請拒否や高校の不合格などの事案では、さし当たり生活保護とか高校の入学後の地位を1ヶ月なり2ヶ月なり認めた上で、その後でもう一回ゆっくりと本案について審理するというような暫定的な仮命令を制度化することは、現在の執行停止では全く対応できない領域なので、何らかの形での制度化が必要だ。(第14回 福井(秀)委員)

先ほど説明の仮執行の場合と行政処分の仮執行の比較は、大変意味のある比較だと思うが、これも裁判の上訴の場合と同様、誤った自力執行の責任は基本的に後始末は無過失責任で賠償するというのを原則にすべきだ。裁判所の判断を経ずに自力で執行して、結果的に違法だったと、しかし過失はなかったから国家賠償も認められないというのはこれはやはり平仄を欠き、執行を受けた者に過酷すぎる。そういう意味で自力執行は自己責任で行うことは認める代わりに無過失の賠償責任を正面から認めた方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

それから、処分に熟する前でも、処分が行われる蓋然性が高く、それが行われてしまったからでは回復困難な損害が発生する場合には、処分がなくても事前に仮差し止めができる制度も導入した方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

現在の執行停止の要件というのは實際上非常に重い要件になっている。緊急の必要とか回復困難とか実質的にはかなり事業なり処分の実体を把握してからでないと、そう軽々には、イエスにせよノーにせよ判断できないという重たい要件が加わっている。現に審理するときには、行政庁も必死に準備する。執行停止が出そうな事件、申立てが出そうな事件というのはわかるので、逆に言えば原告側の弁護士が準備するよりももっと説得的な資料を短期に出せるようにということで、短期集中で大変な作業を現にやる。結局瞬間的にうまく裁判官を説得できた方が勝つが、それが必ずしも簡単な判断でないだけに、短期間で重たい判断を強いられて、しかも1回それで判断したものは覆られない、しかも一度執行されてしまったらお終い、というような領域については、重い判断を緊急にやって、実際には穴が空く可能性があるにもかかわらず、とにかく判断を求められる。これはやはり一か八かになり、かなり偶然の要素とか運、不運それから能力差で左右されるところが非常に多くある。したがって、仮の仮というが、重いのが今の執行停止だとしたら、より軽い、さし当たり執行停止の判断をする間の期間だけは慌てでなくて、すこし執行停止の要件についてじっくり議論する間だけは止めておけというような制度があるというのは私は極めて合理的な制度だと思う。(第14回 福井(秀)委員)

執行停止か不停止かに関し、ドイツの報告は大変参考になる。最近執行停止原則の例外が増えているとのことだったが、これは健全だと思う。なぜならば、停止が原則だけれども、いきなり停止されたら困るというものについて、立法なりで個別判断をした上でないと執行不停止の方の類型には行かないというのは、のべつまくなしに執行不停止が原則だという仕組みよりは個別の処分なりについて、具体的な議論をした上で、いやこれについては公益上の必要があるから、執行停止原則では困るんだという議論があつての上でリストができると、ここは非常に学ぶべきものがあると思う。日本の今の原則はおよそ行政処分というのは一切、止められないということが出発点になっていて、本当にどの処分も、この処分も止められないようなものなのかどうかという検証を一切不要にして、とにかく習慣的に執行してしまっ一卷の終わりなどということが山のようにあり、それは個別の検証を経ていない乱暴な行政運用ではないかと思う。そういう意味では、このドイツのや

り方というのは、増えているのがいいか悪いかという議論はあるが、少なくとも個別審査にさらされた上でないと、こういうものが出てこないということは極めて参考になる事例だと思う。(第14回 福井(秀)委員)

非常に危険だと思うのは、行政庁一般に執行の緊急性があるかないかというのは全然意味はない。この処分についてどうか、あの処分についてどうかでやらないと、およそ行政庁の意見を集約して天秤にかけるといのは全く物理的にも不可能だし、科学的なアプローチではないと思うので、ご留意いただきたい。(第14回 福井(秀)委員)

最終的に司法審査で決着つけるというのは全く結構だと思うが、その場合に処分庁ではない内閣総理大臣が出てこなければいけない必然性があるのかどうかというのはまた別の論点になり、個人的には必然性は全くないと思っているが、そこも詰めるべき議論ではないかという気がする。(第14回 福井(秀)委員)

何度か出ていた議論は受益処分の拒否処分の場合の仮の救済で、まさに義務づけに該当するような場合だと思うが、少なくとも高校不合格の場合とか、生活保護の受給を決定しなかったとかという類は仮の地位を認める何らかの仮命令がないと困ったことになるという辺りはそれほど異論がなかった点ではないかと理解している。(第15回 福井(秀)委員)

それから、時間の制約もあって詰まっていないうと思うが、あっという間に終わってしまうような処分があり、例えば典型的なのはデモ行進など、過ぎてしまえばもう終わりというのがある。緊急性を要するような場合について、急ぎの場合にちょっと待って欲しいというような趣旨の仮の救済についても論点としてはあり、それを否定する趣旨はなかったのではないかとこのことを指摘しておく。(第15回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

よく、仮処分で簡単に止められたら困るという議論が出るが、実際にはそんな簡単なものではない。例えば、ごみ焼却場などの嫌忌施設の建設については、これは全部民事でやっているが、仮処分のケースが結構ある。民事の仮処分で、人格権の侵害を理由にごみ焼却場をストップさせることが、民事の仮処分だからすっと出るかという、とんでもない話で、人格権の侵害だけで、決定ができるかという、そんなことはない。やはり公共性を十分斟酌して、その上で決定なり判決がなされるのが実態だ。民事の仮処分だから、簡単に出て、公共性などが排除されるから、行政にからむやつは、民事の仮処分がだめだ、というのは、誤解に基づくことだと思う。(第10回 水野委員)

行政処分の執行停止をなし得る権限は司法権本来の作用に含まれず行政作用である、という田中二郎説は理解できない。行政訴訟自体は司法作用だから裁判所が終局判決で取り消すが、その前提として仮の措置として執行停止をするのは行政作用だというのは論理一貫しない。今日の資料の別紙2にある昭和28年1月16日の最高裁判所大法廷判決における真野毅裁判官の補足意見は、行政訴訟は司法権に属しており、これに対して内閣総理大臣が異議を言うのは司法判断に対する干渉で憲法違反だとおっしゃっているが、この見解に全面的に賛成だ。内閣総理大臣の異議の制度は憲法違反の疑いが強いので、廃止すべきだ。(第12回 水野委員)

行政事件について仮処分が排除されていることに、必然性があるのか、根本的に疑問であり、行政事件についても仮処分を認めたらいいじゃないかというのが基本的な自分の意見だ。今、一番目に、公共の福祉の観点が必要だという意見があったが、現に仮処分の事件でもそういう判断はしている。例えばごみ焼却場を市が建築するといったときに、仮処分を利用することが認められているが、その中では、ごみ行政という公共性について十分斟酌されて判断されている。(第12回 水野委員)

二番目に、原状復帰が難しいものが多いという意見があった。文書の公開などはそのとおりだと思う。しかし民事事件だってそういうことはある。商法に基づいて、帳簿の閲覧請求権があるかないかという裁判になって、緊急の必要性があるから仮処分で閲覧させたとしたら、それはおしまいになってしまうという点を考えて、それは何も行政訴訟特有の問題ではなからう。(第12回 水野委員)

三番目に、利益衡量が難しい事件が多いという話があったが、これも民事事件でも同じだ。例えば大阪国際空港の事件でも、仮にあれを仮処分で行っていたとすれば、差し止めることが公共の福祉に与える影響や、外国との関係など、非常に複雑な利益衡量をしなければならぬ。これは仮処分だからできない。行政上の救済制度だったらできる、というものはなからうと思う。(第12回 水野委員)

以上から、今の意見にあったようないくつかの点があるから民事保全法をそのまま適用するのは妥当ではないというのは自分は必ずしも賛成できない。むしろ仮処分を認めることで解決するのではなからうかと思う。(第12回 水野委員)

行政訴訟に今の執行停止制度を残すとすれば、やはり執行停止を原則とすべきだと思う。今、執行停止の要件が非常に厳格であることから、なかなか執行停止が認められず、裁判をやっているうちに期間が過ぎ去り訴えの利益がなくなることになっている。したがって、執行停止を原則にし、一定の場合には執行不停止にする、つまり、原則と例外を逆にすべきだ。それからやはり拒否処分に対しては、仮命令といった救済措置を採用すべきだ。(第12回 水野委員)

基本的に行政事件訴訟法第44条を廃止し、仮処分を認めることで支障はないと思う。その場合には執行停止原則を取り入れるべきだ。例外をどう決めるかにより、どちらを原則にするかはあまり関係ないとの意見も以前にあったが、やはり執行停止原則を導入し、どうしてもそれにそぐわないものについては例外を明記する方向でいくべきだ。(第14回 水野委員)

執行停止原則をとっても、それに不都合な場合には申立てによって、その執行停止の効力を一時止めるといふ逆の手続きがあり、執行停止原則をとっても原告の手続きがあるということで、どちらを原則にするのがいいの

かということになると思うが、我々の感覚からは、執行停止の決定を取るのは至難の業というのが実感だ。そして、どんどんと執行が進んでいき、回復が困難ということになる。やはりこの際行政訴訟の改革の中で執行停止原則を取り入れ、行政がどうしても困る場合には行政の申立てによって、執行停止の効力を覆す制度設計をすべきだ。(第14回 水野委員)

それからこれは和泉市の火葬処理場の仮処分事件だと思うが、1年間に限って停止を認めた仮処分がある。1年間しっかり話し合いをしるというふうに言われて、それで結局その間に話し合いがまとまって、それは終わったということがある。仮処分でも一時的な仮処分が認められているので、執行停止という制度をつくっても、一時的な執行停止の決定を出すということはこれは十分可能だと思う。(第14回 水野委員)

#### 【深山委員】

内閣総理大臣の異議の制度が違憲でないかということはおかねてから言われて、疑いがあることは重々承知しているが、政府側は現行法が違憲ではないと一貫して答弁している。立案当時、取消訴訟で行政処分が違法であるかを決めるのは司法権の判断だが、権利の存否、最終的な判断を司法権に留保していれば、行政判断を途中で止めるかどうかを行政権に属するとしてもいいのだとされたが、その当時はそれなりに有力な考え方とされたのだらうし、なるべく憲法適合的に解釈することになれば、こういう解釈は十分可能であらう。言うまでもないが、本質的には行政権に属することを裁判所の権限にすることはいくらでも例があり、そこは立法政策だ。だから、違憲だからこれをやめろ、ということではなくて、立法政策的にこの際見直すのであれば、個人的にはこの機会にこういう制度自体を廃止する方向で考えることは可能だと思う。(第12回 深山委員)

ただ、代替する装置をどうするか。今の即時抗告で執行停止効がない形となっていることがいいのかどうかという点が実は一番問題だ。結論として内閣総理大臣の異議の制度をやめるとなったときに、次に考えるのはそれに代替する行政の側の不服をどういう仕組みで構築するかということだろうと思う。資料には、保全執行の停止の規定が参考に書いてあるが、これは「取消しの原因となることが明らかな事情及び保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることにつき疎明があったとき」という非常に厳しい要件を立てて、その場合には取り消すとしており、ここまで要件を厳しくするとほとんど取消が認められないんじゃないかという感じもするが、逆に今の即時抗告について、執行停止の原則の規定を逆にしてしまうとそれは行き過ぎることになるわけで、色々な幅があると思う。実際にどうしたら合理的なバランスの取れた不服申立ての制度ができるのか、本当は詰めないといけない。(第12回 深山委員)

#### 【塩野座長】

仮の救済について穴があってはいけないというのは当然の前提だ。現行法で穴が空いているのか、空いていないのかというところはいろいろと議論があるところで、仮処分の禁止も穴は空いていないはずだという杉本解説もあるし、他の点でも穴があいていないのに裁判官がちゃんと動かないから、という異論もあるかもしれない。しかし、やはり国民に分かりやすく穴はきちんと埋める必要はあると思う。穴の埋め方については、民訴そのままでもいいという意見と、行政の方できちんと考えた上でどうするか、ということはあるかと思うが、仮の救済については外国の法令を見ても、日本の法令はかなり穴があると見える。外国の制度も踏まえ、仮の救済、国民の権利の保全のため、十分な機能を果たせるかどうか、あるいは裁判官として使いやすい、あるいは国民として使いやすい、そういう制度の構築を考えていく必要がある。(第12回 塩野座長)

内閣総理大臣の異議の制度については、大体の意見は見直しの方向で検討をするということだと思う。ただ、違憲かどうかは、この検討会で詰めても、多少問題があると思うので、むしろ廃止するなら廃止するで、しかし廃止した場合もそれこそ公共の利益をどういう形で担保していくかという点について、詰めた議論をする必要がある。昭和37年の行政事件訴訟法の制定の過程で、国会で議論になった唯一と言っていい点がこの内閣総理大臣の異議だ。それだけ、日本法としては実のある制度であり、この点についてはきちんと議論した上で、前の立法政策が誤りだったということならば、そこは直してもらおうという段取りを取るべきだと思う。(第12回 塩野座長)

執行停止の固有の問題、仮の地位の問題、要件の問題もあるが、この点については穴があればそれを埋め、不十分ならばそれを是正する方向で検討していくことになる。執行不停止原則をどうするかという点については、両方の議論があり、停止制度をとっているドイツも、裸で停止しているわけではなく、例外も設ける場合もあるし、行政庁の言い分も聞いたし、聞かないで行政庁にやらせるということもある。その点はまた機会を見て、ドイツ法あるいは外国についての状況も、要件論に入った段階で少し詳しく紹介してもらいたい。後始末の問題についても、興味のある提案があったので、その点については今後考えていただきたい。(第12回 塩野座長)

執行停止は非常に個別な、具体的な状況に応じて判断を要するという点である。個別性の判断をどの段階で入れるかということだと思うので、両方の考えがあるということはおそらくわかった。(第14回 塩野座長)

ただ、いつかの段階でもう少し議論していただきたいのは、仮処分との関係だが、民事の仮処分の今のままの要件でいいのかどうかという議論をもうちょっとしないと、例えば公共性の問題という点について、民事の仮処分がどういうプロセスで、どの程度判断してくれるのか、そういう点について執行停止からにじみ出た方がいいかとか、そういう議論は要件論として必要あるのだらうと思うので、その点もまた段々詰めた段階で議論していただきたい。要するに両方のシステムがあり、両方ともなかなか苦労しているなという、ドイツもなかなか苦労しているなという感じがしている。(第14回 塩野座長)

【橋本外国法制研究会委員】

フランスは執行不停止だが、仮命令を新しく作った。(第14回 橋本外国法制研究会委員)

今まではフランスでは3ヶ月の期限の仮の執行停止というのがあったが、それでは中途半端だからもっと仮の、あるいは人権に関するものはもっと強力な仮の救済のところまでやらないと、それはECとのハーモナイゼーションができない。(第14回 橋本外国法制研究会委員)

【山本外国法制研究会委員】

原則は執行停止原則だが、行政裁判所法第80条第2項で定める例外を設ける法律が最近非常に増えており、非常に見通しが悪くなっている。(第14回 山本外国法制研究会委員)

それから法律上原則と例外が入れ替わらない場合は、80条の2項の4号というのがあり、行政庁が即時の執行を命令するという制度がある。そういう場合には逆に5項で、執行の停止をまた回復するという手続きがあるというふうに3段階構えぐらいに手続がなっている。(第14回 山本外国法制研究会委員)

ついでに5項では、執行停止に関して期限を付すこともでき、それから7項で、変更の取り消しというのもできるということで、事情によって変更取り消しもできる。(第14回 山本外国法制研究会委員)

執行停止の中間決定ということを判例で認めている。申立てだけでも即決でやってしまうということがあり得るということだ。(第14回 山本外国法制研究会委員)

執行停止に関する判断をするところで時間がないときにはあまり本案で、どちらが勝つという見込みには立ち入らないで、さし当たり、その執行停止を認めないとどういふ不利益が、認めるとどういふ不利益があるということも利益衡量だけで決めてしまうこともあり得るということのようだ。(第14回 山本外国法制研究会委員)

例えば外国人関係のこととか、あるいはこの辺りに集会等の例が出てくるが、根本的に執行不停止とする合理性が執行停止になっているものと比べて、あるのかと言うと、やや疑わしいところがあり、『政治的衝撃力のある分野』でこの種の法律が増えており、『表面的な 策の間の成功』を目指す。コンセプトなき行動主義』というある人の言葉がある。(第14回 山本外国法制研究会委員)

EC法の場合は執行不停止が原則になっているが、ドイツ法の場合は執行停止が原則であり、これはヨーロッパ裁判所の判決があるが、ヨーロッパ裁判所がドイツの行政機関がEC規則を執行する場合には必ず先に執行停止命令を出すようにと、こういう判決を出している。そうしないと要するにEC法の執行が十分にできないからということとして、この意味でもドイツの行政機関がドイツ法を執行する場合とEC規則を執行する場合で、まったく反対のことをやらないといけないという問題も出てきているということがある。(第14回 山本外国法制研究会委員)

## 第6 訴訟費用等について

### 【 訴え提起の手数料】

#### 【市村委員】

特定の判決が挙げられていたが、手数料の算定の仕方は費用法で決まっており、特に例外を設けていなければ、それに従った計算をせざるを得ない。公益性の強弱などを入れて考えるべきだというのなら、立法化してもらって、そのルールを適用する形になればよい。印紙の算定の部分であまり悩まなくていいようにまず作ってもらいたい。(第12回 市村委員)

また、人格権に基づくものは今までの訴訟物の考え方からすると、そのように計算せざるを得ない。ただ、同一の行政行為の取消しを複数の人が求めるような場合には、訴訟物は1個で価格を一つに吸収してしまっただけというコンセンサスが取れば、法律に明確に書いておいてもらえばよい。裁判所が政策的にやっていることではない。(第12回 市村委員)

行政訴訟には何となく国民の意識感覚とずれてしまう。費用法をそのまま当ててしまうとずれてしまうというものは他にもいくらあると思う。例えば、年金訴訟、年金給付などの取消しを求める訴訟はやはり経済的な利益を求めているのだと思いますが、どうやってその額を算出するか非常に難しい。受給権者ということになれば、なくなるまでずっと受給を受けることとなりますが、それはどの期間かという計算が非常に難しい。それはフィクションで、計算してみるということは何だか合理性があるかということも問題だ。あるいは固定資産の評価について税額が変わらなくても固定資産の評価が間違っているというふうに取り消しを認める利益というのは認めているが、税額が変わらないで、つまり、税額としては0円だけれども、何かやっぱり利益がある。直ちに算定不能というところを持って行ってどうかという問題もある。費用法があまり行政事件の特有の問題について考えていない。行政事件についてははっきりとしてわかりやすいことが大事だと思うので、費用はこういうものだったらこれだけいただきますよ、というものだろうから、問題があるものを全体の意見を取って洗ってみて、それで決めたらいいのではないかと。(第14回 市村委員)

#### 【小早川委員】

印紙代の件はアクセス検討会で議論するとの話だが、行政訴訟は特殊だといってその検討会で納得してもらえないかは、問題があると思う。ある種の行政訴訟について、多数当事者の訴訟で処分が分割できる場合だと、各人が自分の利益のためにその部分の訴訟を起こしているのだ、ということになるかもしれないが、処分が不可分で一つである場合は、この最高裁判決のままでいいのか、という問題はやはりある。(第12回 小早川委員)

複数原告という場合も2つあり、処分そのものが1個のように見えるけれども、原告ごとに可分である場合と、あくまで処分は不可分で、切り分けは絶対にできないという場合があって、有名な医療費値上げ告示の取消訴訟というのがもし適法だとすれば、原告健康保険組合ごとに処分は別だというふうに分けて、裁判所は考えて、そういう前提で議論していたと思う。ここで挙がっている森林法のケースは多分そうでなく、処分はやはり不可分である。原告らはそれぞれ自分自分の立場に立って、自分の利益を守るためにたまたま一つの処分に向かってみんなで槍を向けているということになるわけで、この問題は前から頭出しだけされている団体訴訟の問題だ。団体訴訟を認めれば、これはその団体の構成員は様々な立場に立って、しかし処分には反対だということでは一致しているというシチュエーションが考えられ、その場合原告が1団体であるとするならば、手数料も一人一人が払えばいいということになると思う。そういう先のことを考えて、それから現状に戻ってみますと、この場合にそれぞれ立場が違うから、それぞれ別々に手数料を払えというのはやっぱりおかしいのではないかと。(第14回 小早川委員)

#### 【成川委員】

途中で訴えの利益がなくなった場合に、訴訟の負担は行政側が負担するという原則が、もし行政側の事情で適用されていないとすれば、行政側が何らかの手当てをするという形が納得的ではないか。(第12回 成川委員)

通常、手数料というところに要する実費のような形を考えるが、訴訟で違法性を争うときの実費と考えると、裁判官の件費を考えたとしてもかなりの額になるだろうし、通知の切手の額や、電子媒体になったらどうなるかなど考えると、なかなか難しい問題だ。(第14回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

重要なことは、印紙代の算定のときに裁判所が判断に迷わないように、例えば、あらかじめこういう類型なら減額してもいいと分かればいい。勝てば大丈夫ではないかというのは確かにそのとおりだが、一旦裁判所という土俵に乗せる機会をあまり狭くしないという政策的考慮も重要だ。(第12回 福井(秀)委員)

行政訴訟は元々、権利回復という目的はもちろんあるが、本来適法になされていないといけない行政について、その適法性を担保する、言い換えれば、違法性を是正するための機能を全ての行政訴訟は持っている。これを一律に、単なる国民の権利回復と同じような基準で手数料や法律扶助を考えるのは問題が多

い。印紙について言えば、行政事件は大規模プロジェクトもあれば、小規模もあり、税金も高額なものから非常に些細なものまであって、こういったものを金額換算して手数料を算定するというアプローチ自体にかなり無理がある。また、行政訴訟で得られる利益は民事とは違い、本来一般国民にその利益が広い意味で帰属するものだから、行政訴訟についてはできるだけ一律で、しかもあまり法外でない手数料で処理できる方法が良い。そこで、課税処分については、行政が取り間違えてそれを救済してくれというときにとんでもないお金が掛かるということは、構図として釈然としないものがあるので、課税処分についての訴訟の際の手料は、できるだけ一律に、金額によって極端に異なることがないようにするのが妥当ではないかと思う。特に環境訴訟とか計画統制訴訟の場合には、個別に還元すれば薄く一人一人の主観的利益があるのかもしれないが、もしこういった訴訟類型を認めるとすれば、限りなく客観訴訟に近く、請求するものは同じだということで、一人分でもいいと考えていいように思う。(第12回 福井(秀)委員)

国家賠償については、もちろん個人の侵害された利益を回復するという機能は大きいですが、国家賠償請求訴訟が認容されるのは、あくまでも行政庁の行為が違法だということが大前提になるから、その限りでは取消訴訟と同じ構図だと思う。そのように、違法是正という意味で国家賠償と行政訴訟は共通する面があるので、国家賠償についてもやはり同様に考えた方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

例えば違法建築物で除却命令を受け、それを取消訴訟で争った場合、係争中に執行されて訴えの利益がなくなり、却下されてしまうことがあり得るが、その場合も、被告が早とちりで早く壊してしまったから、たまたま却下になっただけで、こういう場合でも原告負担となってしまうのであれば、やはり立法的に手当てをした方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

この最高裁判例以外にも大阪高裁の判決などで、例えばゴルフ場の建設差止めを人格権、環境権で求めたものとか、カンボジアへの自衛隊派遣の差止めを生存権とか納税者基本権で求めたものについて言えば、これは合算して一つだというふうになっている例がある。これらと最高裁と比べると別に基本的な問題の構図に違いがあるというふうには思わず、結論から言うとこの最高裁の解釈論は間違っているのではないかと思う。その趣旨は最高裁の解釈論は訴えで主張する利益とその訴えの根拠なりあるいは原告適格の根拠が混同されているという気がする。この場合も原告自身は安全な水とか水利権自体を原告が求めて、その権利を確認せよと主張しているわけではなくて、あくまでも開発許可の違法性について判断を求めているというのが大前提であり、そういう意味では開発許可のない状態を回復してくれという意味で、原告全員に共通の利益があると考えべきである。水利権等の主張というのはいわば何故、その原告が訴えることができるのかということの根拠に過ぎないから、多分解釈論としても間違っていると思うが、とはいえ、最高裁が出てしまった以上、解釈でもう一回やり直すことはできないので、やっぱり立法で変えないといけない。結論から言えば、解釈としても政策としても間違っていると思うのですけれども、やはりこういう場合について言えば、一つのものとして扱うようにするのが少なくとも立法政策としては妥当だと思いますので、やはり手当てをした方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

少なくとも立法論では直した方がいいと思うが、複数の原告が訴えで主張する違法性が共通する限り、その訴えで主張する利益については民訴法9条のただし書きを適用する、こういう趣旨のことを書けば解決するだろうと思うので、立法としてはそういうふうにした方がよろしい。(第14回 福井(秀)委員)

もう一つは、行政庁の処分の違法性を争うのが取消訴訟なり行政訴訟だという前提だから、民訴と同じ発想で金額を積み上げるということはやるべきではない。(第14回 福井(秀)委員)

試算した結果を紹介したい。例えば1億円の課税処分の取消訴訟だと、一番で41万7千6百円掛かり、高裁で50%増し、最高裁で倍だから、合計188万円ほど掛かる。1億円の課税処分を違法と言って争うときに188万円もかかるのは、通常感覚からしても非常に大きい。逆に公共事業などが争われる場合には、算定不能として、実際には何百億も掛かっているプロジェクトでも95万円とみなし、印紙代8千円というケースが非常に多い。つまり、実際に争われている対象の費用なり価値なりとは全く縁のないところで決まっている領域がある一方、たまたま金銭換算が容易なところでは途方もない印紙を貼られることになっており、均衡が無視されているので、一律に印紙代8千円とした方がよっぽど良い。(第14回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

訴え提起の手料、印紙代については、日本は非常に高額であり、行政事件訴訟だけではなく、民事訴訟一般でもそういう議論がされているので、是非低額化の方向で実現してもらいたい。行政訴訟については、例えば複数の原告が同一の取消を求める場合、かつては行政処分は一つであるという理由で、原告が何人いようと一つでいいというのが裁判所の取り扱いであり、自分が現実に担当した甲子園浜の埋め立て公害訴訟(兵庫県知事を相手に港湾計画の取消訴訟を求めたもの)でも、原告の数が2000人だったが行政処分が一つであるという前提で、95万円相当の印紙ですつとやっていた。ところが、途中で予備的に人格権に基づく差止めの民事訴訟を併合提起したところ、裁判所からは人格権に基づく差止め請求は個々の一人一人の手料を合算せよと言われ、五百数十万円の印紙を貼った。こういう、貴重な甲子園浜、自然海浜を守ろうといった公益的な要素が強い裁判であっても、そういう負担があることをご理解いただきたい。ところが平成12年の最高裁の判決で、行政訴訟についても合算しろといった判例が出るに及んでおり、これはやはり立法的に、行政訴訟については、対象が同一となる場合においては原告の数が複数であっても、訴訟物は一つとしてみて、印紙はそれでいいというように立法的に解決する必要がある。最高裁には、住民訴訟については95万円の算定不能でいい、また、原告の数が何人であっても一つでいい、という判例もあるので、立法的に解決してもらいたい。(第12回 水野委員)

公益的な要素が強い裁判については、印紙を一律千円にできないか。本来適法に行われるべき行政が違法に行われていることについて住民が是正を求める裁判については、非常に公益性が強い訴訟であるから、個々人の利益を前提とした民事訴訟費用法の印紙でなく、特別の制度を検討をすべきだ。(第12回 水野委員)

手数料について、国家賠償訴訟及び税金訴訟をどう考えるか、一つ考慮に入れる余地はあると思うが、国家賠償訴訟については他の民事訴訟と一緒にするのはやむを得ないと思う。(第12回 水野委員)

かつては、人格権のときには合算するが、行政訴訟については一つでよろしいという判例だった。訴訟物は民事訴訟の場合には権利で、Aさん、Bさんのそれぞれの権利は当然合算となる。ところが行政訴訟の場合には行政処分の違法性が訴訟物となる。行政処分の違法性というのはこれは共通で、それが取り消されるとというのが利益だから、ここで言う共通の利益というのは行政処分が取り消されるということ求めて裁判をやっている、これが共通の利益なんだということで、一つでいいのだという合算しないでいいというのが裁判所の取扱いだった。これがあるときから一部裁判所が、行政訴訟については撥ねると言い出した。この最高裁の判例は、人格権などを根拠にしているが、これは訴訟物ではなく、訴訟物はあくまで共通だから、この最高裁の判例の解釈はおかしい。それはそれとして、やはり合算しないでよろしいというそういうきちとした明確な規定を置くべきだ。こういうことで最高裁までいかないといけないという制度がそもそもおかしい。だからはっきりさせておくべきだというふうに思う。関連して、行政訴訟について、民事訴訟と同じように訴えの利益が何百万だから、それに応じているというような、それがいいのかどうかというのは非常に疑問だ。例えば税金の裁判で言うと、確かに百万円の税金を争っているのと、一千万円の税金を争っても違うということになるかもしれないが、やはり要は行政が違法を犯しているということと理由に裁判を起こしているのだから、これはもう一律でいいではないか。それに応じて訴額を決めるという民事訴訟的な発想ではなくて、行政については一律千円とか、そういうふうな形ではっきりさせた方がいいのではないかと。これは非常にはっきりするので、追徴命令を出すか出さないかは誰も必要なく、そういう制度にすべきではないかと思う。(第14回 水野委員)

実情を言うと、やはり印紙代が訴訟を起こすか否かの極めて大きな要素になっている。印紙代は、控訴審では第一審の1.5倍、上告審では2倍になる。上告審で争いたいケースでは、印紙代を捨てる覚悟でやらなければならないが、これが上告をするか否かの非常に大きな要素になる。裁判を受ける権利は憲法上認められた権利であり、そんなことで裁判を断念させるのは、特に行政訴訟ではないように配慮すべきだ。(第14回 水野委員)

#### 【深山委員】

印紙の制度というのは、明確なルールでいくら印紙を貼ればいいのかをはっきりさせることで、ありとあらゆる訴訟類型がありながら、ある意味では金額だけで単純に切って、あとは誰でも足し算すれば簡単に計算できるというルールで、我が国は長い間、この経済的な利益の額を基準にすることで割り切ってきた。いろいろな訴訟類型ごとに穴を空けるという議論は十分分かるが、あまり複雑になると、印紙の制度全体、訴訟費用の制度全体が分かりにくいものになるというきらいがある。アクセスの検討会では、おそらく全訴訟類型をにらんで、訴訟費用のあり方、あるいは訴え手数料のあり方を考えていると思われるが、そういう目で見ると非常に重要で、その際、こちらからはこういう点もいろいろ議論・意見があるということを伝えるという程度に止まらざるを得ないのではないかと。ここで他の訴訟まで考え出すと、到底議論はまとまらない。(第12回 深山委員)

#### 【塩野座長】

法律扶助及び訴えの提起の手数料については、アクセス検討会の方でいろいろと議論し、専門的に深く掘り下げ、かつ広く検討をしていると思うが、そうすると我々の役目は、その進行を注視し、行政訴訟の問題について、特にこういった点があれば考えてほしいという形になる場合と、アクセス検討会の検討が先に終わり、出来上がりを見て意見を申し上げるという形になる場合があると思う。(第12回 塩野座長)

この検討会で費用について根本的に詰めるのはなかなか難しいと思うが、違法な行為に対して国民が手を挙げて一生懸命やっているときにどの程度の費用を当該国民に求めるのが正義なのかというアプローチもあっていいと思う。(第14回 塩野座長)

#### 【橋本外国法制研究会委員】

フランスは租税法典に条項があって、行政訴訟は定額だ。原告複数の場合は集団訴訟で、法人が1個の訴状で訴える場合は1個だが、訴状が複数の場合は訴状に貼る数が増える分増える。(第14回 橋本外国法制研究会委員)

## 【 弁護士報酬の片面的敗訴者負担】

### 【小早川委員】

弁護士費用については、行政訴訟の場合は特別かなという感じがする。行政庁というのは一当事者とは違って、普段から相手側の利益も適正に考慮しながら、適切に行動していくべき立場にあるわけで、その行政庁が判断を間違っただけで違法な行為をしたのであれば、やはり普通の契約関係を巡る訴訟のものとはちょっと違う気がする。もちろん、不法行為に近い違法処分と、多様な行政をやっていればこういうものもあるという程度のものであると思うので、全部引くまでというわけにはいかどうかという問題はありますが、考えることとしてそういう要素は一部あるのではないかと。（第12回 小早川委員）

### 【福井(秀)委員】

片面的敗訴者負担は、行政の場合は是非必要であり、原告が負けたときに行政庁の弁護士代金を全部負担することには、決してすべきではない。（第12回 福井(秀)委員）

### 【水野委員】

弁護士報酬の敗訴者負担の問題については、一律にこれを導入することは反対だ。これは日弁連でも総会決議をし、一律導入には反対として、対策本部を設けて様々な主張を展開している。一律導入になると、訴訟提起も一緒にさせるという効果があることは紛れもない事実だ。ただ行政訴訟については、原告が違法な行政が行われているということで、訴えを提起し、勝訴したという場合、その人が訴えを起こしたことで違法な行政が是正されたという一種公益的な効果が生じたという場合には、その原告の弁護士費用については行政が持つという片面的敗訴者負担の制度を導入すべきではないか。それは、裁判を起こすことは、国民にとって非常に大きな負担であり、その負担を克服して勝訴するというのは非常に大変だからだ。住民訴訟には立法的な手当がされており、これと同じような制度を行政事件にも導入すべきだ。（第12回 水野委員）

### 【深山委員】

違法の是正に役立った場合は敗訴者負担であり、勝訴すればまさに違法状態が是正されて、その結果、原告は負担することはない。先ほどの意見は、訴訟を起こすこと自体が違法の是正になるという意味にとれるが、是正になるのは原告が勝訴する場合だ。実際に適法性維持に貢献した場合、つまり勝訴した場合には、当然ながら原告側の費用は相手側の負担になるので、今の制度で何か問題があるのか。（第12回 深山委員）

## B 報奨金支給制度】

### 【小早川委員】

(勝訴)報奨金というのは品が良くない。出したい人は財団を作り民間で奨励の制度を作ればいい。(第12回 小早川委員)

### 【福井(秀)委員】

報奨金の問題だが、これは神戸の阿部教授が書いているとおり、自分も基本的に賛成だ。行政処分が違法になった場合、原告本人だけでなく、他にもフリーライダーで得する人がいっぱい出てくるが、そうすると1人でこの訴訟の負担を背負って、みんなのためになったという人には、是正した分について報いてあげてもいい、勝った場合にはなおさらだという気がする。その費用は、違法行為をやった行政庁の予算をその分削ればいい。そう割り切れば、そんなに国家財政に影響するわけでもない。(第12回 福井(秀)委員)

### 【塩野座長】

いろいろと議論があるが、今度の行政訴訟の検討の基本的な考え方は、報奨金があろうがなかろうが、権利は主張すべきだということだ。あるいは侵害を受けたなら、自ら排除するという、そういった自立的な国民、あるいは市民を前提にして、初めて成り立つ制度、改革であると思う。報奨金制度がさらに自立性を高めるものならばまた考えるが、基本はそこにあるということで、報奨金の制度の議論をしていただきたい。(第12回 塩野座長)

## 【 訴訟費用】

### 【市村委員】

訴訟費用等は、民事訴訟その他の訴訟と共通するアクセスの問題だ。行訴固有のアクセスは個々の場面で出てくるので、訴訟費用については、司法アクセス検討会で議論してもらえば足りる。(第6回 :市村委員)

実際の運用だが、例えば文書の非開示決定の取消しなどを求めた場合に行政庁側が途中でよく考え直して、取り消すことなどが稀にある。そういった場合、訴えの利益そのものはなくなるが、それでも判決ということになると、私どもでは被告負担、つまり行政庁側の費用負担ということでやっている例の方が多い。自分の部ではそうしているし、他の行政部の判決でもそういうふうになっていると思う。ただ、訴え提起のときには、2つの文書を対象にしたが、そのうち1つは無理なので途中で取り下げるといった場合があるが、そういう場合には当然ながら、その部分を考慮して何分の一は原告負担、何分の一は被告負担として、実務は運用されているのではないかと思う。(第12回 :市村委員)

訴訟費用について、条文の上では、事情を勘案して場合によっては相手側の負担にすることができるという規定があるので、これ以上立法上の手当てはできない。そこで議論すれば足りることだ。(第12回 :市村委員)

### 【塩野座長】

訴訟費用の問題はそれなりのドグマティックがあるが、行政訴訟、特に取消訴訟の場合には原告が実定法上国民に限定される。民事の場合は仕掛けてくるまでは寝ていればいいが、行政訴訟は、公定力が備わっている場合には、原告として国民が立ち向かわなければいけない。そういうシステムを作っていることを訴訟費用、訴え提起の手数料の点でどう考えるかという問題はある。そういった意味での特色はアクセス検討会の方でも検討頂ければと思う。(第12回 塩野座長)

## 6 法律扶助】

### 【福井(秀)委員】

行政訴訟は元々、権利回復という目的はもちろんあるが、本来適法になされていないといけない行政について、その適法性を担保する、言い換えれば、違法性を是正するための機能を全ての行政訴訟は持っているので、これを一律に、単なる国民の権利回復と同じような基準で手数料や法律扶助を考えるのは問題が多い。(第12回 福井(秀)委員)

### 【水野委員】

民事法律扶助については、民事法律扶助法が成立し、扶助制度が法律で認められた制度として出発し、行政訴訟も一応、この民事法律扶助の対象になっているが、現実的には、行政訴訟について民事法律扶助を受けているケースは少ないのが現状だ。原因は色々あるが、現在の行政訴訟は勝訴の見込みの判断が非常に難しいのが一つの大きなネックのようだ。したがって行政訴訟については、民事扶助制度の中で、何らかの特別の取り扱いを検討する必要があるのではないか。(第12回 水野委員)

法律扶助については、平成13年事業報告書では、行政事件のうち扶助を受けた事件は37件で、29,855件のうちの0.1%にすぎない。37件のうち25件は国家賠償訴訟で、残りの12件が行政訴訟に対する扶助件数だ。これが実情であり、扶助の要件も「勝訴の見込みがないとは言えないとき」と緩和されたものの、それでもなかなか扶助を受けられる割合が少ないのが実情だ。もう一つは行政手続に関する法律扶助が認められていないという問題点があり、これについても法律扶助の範囲で拾うべきだという意見がある。(第12回 水野委員)

### 【塩野座長】

法律扶助及び訴えの提起の手数料については、アクセス検討会の方でいろいろと議論し、専門的に深く掘り下げ、かつ広く検討をしていると思うが、そうすると我々の役目は、その進行を注視し、行政訴訟の問題について、特にこういった点があれば考えてほしいという形になる場合と、アクセス検討会の検討が先に終わり、出来上がりを見て意見を申し上げるという形になる場合があると思う。(第12回 塩野座長)

## 第7 行政不服審査法等の他の法令との関係

### 【市村委員】

全体のことはよく分からないが、国税の問題に関して言えば、国税審判所に係属する案件は、かなりの件数に上る。そこで認められなかったもののうち、どのくらい裁判所に来ているかという、非常に低い割合であり、国税の申立制度については、相当程度、機能を担っているという気がしている。それらがもし裁判所に来たらという量の問題もあるかもしれないが、そうではなく、その中で本来の機能に近いものがある部分では営んでいると思うので、見直しの議論をするにしても、全体の統計などをきちんと見て、どこが制度として生きていないかということ踏まえた上で、議論をするべきではなからうかと思う。(第12回:市村委員)

実情の報告になるが、実際の事件では行訴法の8条1項、2項、3項をそれぞれ結構活用している。例えば審査請求を既にしていてという事実があって、ただ3ヶ月を経過していない間にまた出してきたというような場合に、それだからといって、直ぐにそこで不適法だとはしない。様子を見て、その点は留保しておきながら、3ヶ月で全部終わってしまうことはなかなかないので、その点を取りあげるといえることはない。被告行政庁の方から、この点を指摘して、つまり全く提起していないのなら別だが、3ヶ月経っていないじゃないかということ言うてくるのがまずい。そういう意味では、判決の中では争点にならないので書かないが、割合例がある。この1号のほかによくあるのは、もう既に同じものについての、同じ類型での不服申立をしているけれども、なかなか行政庁は判断しないまま、ずうっとそれを抱え込んだままだというのがあり、それについては審査は申立てないまま、行政庁の態度としてはしばらく判決は出ないという形で2号だ、3号だという理由があって申立てるもの、これはかなりあり、この点についても被告行政庁の方からはあまり目くじらを立てて、これは審査請求未経由だということ言うてこないで、それでパスしているというものがある。これはそういうことはあまり双方言わないし、オーケーだということやってるので、あまり表には出ていないが、ケースとしては、件数を取ってみれば、そんなに少なくはない。だからこのところの活用は割合と柔らかくしているのだという御理解を是非いただきたい。(第14回:市村委員)

行訴法8条2項2号でカバーしきれないと思う場合でも3号について該当があるということ認めていると思う。行政庁がしきりと、これをもし言うてすれば、これから出すぞというときには言うたろうが、ほとんどそんな例はない。むしろそれなら裁判の方を早くやって、判決を見たいという態度を取っているのではないかと思わせることが多い。(第14回:市村委員)

例えば同じ判断をして、1年も判断をしないという申立てしながらずうっとそういうものを判断した例がないというのであれば、それで「正当な理由」というところを認めるケースもある。だから「正当な理由」というところは割合と柔らかいと思う。(第14回:市村委員)

審査請求を全くないがしろにするつもりで、全部やってくれというのは、それはなかなかパスしないが、何でやってくれないのかということについて、それぞれ理由があることが多い。例えば年度の違う更正処分でもう既に態度を明らかにしているとか、そういう場合割合柔らかく使っているのではないかと思う。そういう意味では、どんな状況でむしろ問題があると言われているのか、実例はあまり捕まえられない。(第14回:市村委員)

前置の規定はそれぞれ個々の法令に置かれているが、それが本当に意味があるのかという見直しをすべきでないかと思うものはなくはない。そこは個別法の問題として、個別法で必要なら置いていいし、それをまったくやったらいけないということは逆におかしい。(第14回:市村委員)

### 【小早川委員】

この検討会の議論が佳境に入ってきたが、行政法学にとって大変なことである、と感じている。これは、行政手続法、不服審査法と当然、連動する。行政手続法、行政不服審査法、の同時見直しということが、立法作業としてあり得るのか、ということと、それが逆に、行訴法の見直しの外在的な枠になるのか否かということがある。(第10回:小早川委員)

行政庁の処分という言葉が行政事件訴訟法で使われ、不服審査法でも同時にそれが使われ、そのことを前提に行政手続法もそれを使い、それを全体として、行政処分についての一連の手続過程についての法制が出来上がっている。今回の司法改革で、行訴法だけが対象だとあまり狭く考えず、技術的に可能であれば当然、他の法令にも手を加えざるを得ないし、そうすることが行政についての基本法制として国民にとって分かりやすくなる。ただ、それを超えて、あらゆる法律全部を直すことになると、これは気の遠くなる話だ。(第12回:小早川委員)

今の国税不服審判所は、前審としての重要な機能を果たしていて、それは国民にとって便利かどうかではなく、国家の司法制度の合理的な資源配分ということかもしれない。他方、現在の不服申立前置の在り方はやや中途半端なところがあり、判決主義などを採れば徹底するだろうが、原処分で間違いのないとやっておきながら、しかし間違いがあるかもしれないということで不服申立ての道を開き、かつそこを通らなければ裁判所に行けないということは制度としては論理が通らないようなところが元々あるような気がする。だから、不服審査前置の現行法の在り方、その設定の立法の基準の考え方なりをもう少し整理する必要があるのではなからうか。昭和37年当時には確か3つの基準ができて、今でも法制局辺りで、通用しているのかなと思うが、これからもうそういう考え方をそのまま持っていくか。不服申立前置の在り方について、どう考えていくかをこの検討会として何らかの整理をすることが必要ではないか。(第12回:小早川委員)

不服申立前置の大物という、課税処分と社会保険、労働、労災関係かと思うが、社会保険労災などで法律問題で争っていて、およそ審査会を通してもしようがないというケースがときどきある。そういうものに不服申立前置を一応被せること自体にどれだけ合理性があるのか。この問題は、一つはそもそも、ある種の処分について、出訴期間排他性付きの取消訴訟を強制しないとすれば、不服申立前置そのものが本来の意味がなくなるわけで、取消訴訟を起こすには不服申立をしなければいけないかもしれないけれども、民訴で行けるのだったら、そうはならず、対象となる処分の範囲は狭めていくということになれば、問題そのものが小さくなっていくのだろう。(第14回 小早川委員)

司法制度改革の中でADR問題が提起され、検討会もできている。多分ADR検討会で審査のあり方、今ある不服審査システムがうまく機能しているか、あるいはそれにさらに改善すべき点があるか、せっかく前置するのであれば第三者機関で、きちんとした裁判所にできないような立派な仕事をしてもらいたいということだろうと思うが、その辺どうすべきかという問題なので、それは我々からは何も言えない話なのか。(第14回 小早川委員)

教示は義務付けられているが、不服申立ができるということの教示であって、不服申立しなければいけないという教示ではない。だから現行法ではそういう教示が義務付けられていないと思うが、行訴法の方で不服申立前置まで教示しなければ不服申立前置は働かないよという仕組みが一つあり得る。現行法に比べて若干の改善になるかなという気がする。(第14回 小早川委員)

不服審査との関係の一群の問題があり、言い方は難しいが、今の不服申立の制度が平均的に見て、例外はあるものの、国民の権利救済にそんなに役立っているとは思えない。逆にそれがあつために裁判所へのアクセスが妨げられているという面が無くもないという認識は割と一般にあるのではないか。不服申立前置規定は、検討会の所管外であるというような説明もあつたが、訴訟法の側から不服申立前置のデメリットを軽減するような工夫をするという点は、前向きに考えていることに異論はないのではないか。(第15回 小早川委員)

#### 【芝池委員】

審査請求という用語は行政不服審査法では不服申立ての一つにすぎないが、行政事件訴訟法では広い意味での不服申立てイコール審査請求という意味になっており、大学で講義をするときにいつも困るので、行政事件訴訟法の改正の際にはなんとかしていただきたい。(第12回 芝池委員)

不服審査前置主義について。行政事件訴訟法では不服申立てと取消訴訟の自由選択主義が採られているが、例外が個別の法律で設けられている。それを許容する規定が行政事件訴訟法8条1項のただし書きであり、このただし書きが活用されている。行政事件訴訟法の改正ないしは新しい行政訴訟法では、自由選択主義を徹底すべきだと思う。行政としては不服申立てが望ましい場合もあるが、それは行政不服申立制度を充実することにより、国民にそれを利用したいという気持ちを起こさせることにより解決する問題である。一番よい例が情報公開審査会であり、情報公開に関しては、不服申立ては義務にはなっていないが、ほとんどの人が不服の申立てを用いている。それは現在の情報公開審査会の役割が、国民にとって期待できるものであるからだ。ただ、税金の分野など、不服申立前置を定めるべきごく限られた例外はあるが、考え方としては自由選択主義を設定する方向で考えるべきだ。(第12回 芝池委員)

#### 【芝原委員】

行政事件訴訟法だけで行政に対するチェック機能が十分果たされるのか。行政のプロセスは法律、行政立法、行政計画、行政処分、あるいは指導というふうの流れ、これがさらに、事前予防的にチェックされ、あるいは事後の是正・補償という形でなされる。行政に対するチェックとしても、行政自身による内部チェック、国会等を通じた民主的なチェック、司法によるチェック、と縦横のフレームがある。行政訴訟は、行政処分等に関する事後の是正についてのものだが、果たしてどこまでのことができるのか。もう少し他の手段とリンクしながらチェックすればもう少し機能がアップするのではないか。そういう意味で、色々なものとの連携を考慮しながら、行政訴訟の制度、在り方を考えてもいいのではないか。事前予防の、行政による内部チェック又は民主的チェックが、あまり十分な整理がまだなされていないが、この辺りについて行政手続法的なものをもう少し拡大してもいいのではないか。(第6回 芝原委員)

裁判所が行政活動をチェックする場合、裁量の問題があるが、これはなかなか難しい部分もあるので、純粹に法律的にチェックが可能のように、行政活動についての事前の法的手続等を踏むことを前提にした判断をすれば裁判所も実務的にはやりやすいのではないか。(第6回 芝原委員)

パブリック・コメント及びパブリック・インボルブメントについては、いずれも任意であるので、それを法的に制度化できればよいのではないか。(第6回 芝原委員)

行政活動のチェックについては、手続的なチェックだけにとらわれず、もう少し行政活動の内容が具体化、特定化していく各段階での、内容面の決定基準の具体化も必要だ。裁量の余地が大きな行政活動に対するチェック手段としては、違法だけではなく不当性も審査できる行政不服審査、行政ADR(収用委員会等)が適する場合もあるので、その位置付け、住み分けをどうするかだ。(第6回 芝原委員)

#### 【福井(秀)委員】

技術的な話だが、今回の行政訴訟の改革で、仮に被告適格が行政主体となるとすると、実際上不服審査から行政訴訟に移行する例が多いことを考えると、途中で被告が変わるのは、大変使い勝手が悪い。こういう混乱を避ける意味でも、やはり行訴法が変わるのであれば、不服審査法も被告適格を変えとか、何らかの

平仄合わせをした方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

この機会に、税務訴訟も含め、よほどの事情がない限り自由選択主義ということにしていきたい。不服申立前置は、司法権における救済を受ける権利を人為的に遅らせるということで、元々不服申立に期待していない国民から見たら迂遠な手続になっている。それを強制するだけの実益があるのなら残してもいいのかもしれないが、課税も含めておそらくそういう領域は一つもない気がするので、今まで前置になっているものをそのまま存続するのではなく、もう一度検証し、必要性の有無を判断した上で、どうしても残さざるを得ないもの以外は、原則としてなくしていくという方向がいい。行政庁からすると先に審査請求や異議申立てが出てくると、原告の争い方の手の内が分かって、後の裁判になったときに争いやすくなる。不服申立手続には、原告の争いそうな手口を学習するという機能が極めて大きい。先に不服申立をしると強制するのは裁判を受ける権利の実効性の確保という観点からも極めて問題が多い。(第12回 福井(秀)委員)

本当に国税不服審判所が機能を果たしていることが訴える納税者側にも分かっているのなら、自由に選んでも、そちらを利用する人が多くなるはずだし、そうでなければ裁判所に来るだろうから、やはり強制するべきではない。バイアスをかけた制度にしておかない方がいい。(第12回 福井(秀)委員)

3ヶ月経つまで待ってあげるといのは審査請求しているときには意味があるけれども、していないときにはもうとにかアウトになる。その救済措置にはならない。その意味では前置がどうかということに戻っていく。(第14回 福井(秀)委員)

前置の問題を考えるときには今置かれている前置の個別法が何らかのまともな基準によって、綺麗に分類された合理的な制度かどうかというのは行政訴訟の問題として捉えないといけない。ここで全部個別にチェックできるかどうかという時間的、資源的制約があるが、少なくとも今代表的にある前置の部分については、いくつかのケーススタディでもいいが、本当に合理性があるのかどうか、行政庁の言い分が本当に妥当かどうかという観点でレビューする手続は是非やっておいた方がいい。(第14回 福井(秀)委員)

広く審査請求と取消しの訴えとの関係という意味で、前にも一回問題提起したことがあり、教示と係わるが、不適法な審査請求が出訴期間を過ぎてから却下されるとも裁判に移行する余地がなくなって、実質的に救済の機会を制限されるという問題があるので、これは是非不服申立手続の中で、訴訟同様の簡単に補正できる不適法事由についての追完なり補完なり、適法化の手続を検討していただくというのをお願いしたい。

(第14回 福井(秀)委員)

訴訟の方も既に議論があったように例えば訴えの種類とか、些末な技術的な事項で落とし穴にはまらないように親切にしようというのが裁判であるとすれば、やはり前提段階になっている可能性の高い不服申立手続も同じように対応しておかないと、救済の権利を実質的には制約する。(第14回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

行訴法8条2項3号の「正当な理由」というのはなかなか厳しいのではないと思う。(第14回 水野委員)

ADRの制度を用意するのはもちろんいいが、それを選択するのは国民だ。どれがいいのかというのは、国民が選択すべきである。だからADRをまず強制するというのは、韓国では行政事件について、行政不服審判委員会があり、行政裁判所がある。それから憲法裁判所がある。この3つが競いあってやっているという。だから市民が一番自分の救済に適すると思うところを選んで持っていく。やはり制度としてはそういう制度でなくてはならないと思う。現行法の8条では、ただし書きが、無条件で法律に定めがあるときは、と書いてあるが、もし書くとすればそこに何らかの要件を定めて、特にこうこういふふうに資する場合で、法律に定めがあるときはという個別法の立法を制約するような規定を置いたらどうかという気もする。(第14回 水野委員)

国税の事件については、国税不服審判所に係ってから3か月経過すると訴訟に持ち込むことができるが、国税の事件を担当している弁護士の感覚としては、判決が出ないから訴訟に持ち込むかと言ったら、それはしない。それは、国税不服審判所の救済に期待するからだ。最近ではわからないが、救済の率はそこそこあるし、ある程度和解的な救済もできないわけではない、一方、裁判所は、最近の東京地裁は別にして、税金の訴訟では勝てないというのが共通の認識だ。裁判に持ち込むことになったらもう駄目だ、というのが税金事件を扱った弁護士の大体の共通の認識で、できるだけ裁判所に持ち込まないで救済を勝ち取ろうとしている。先ほど、不服審判所で救済されなかった事例のうち、裁判所に持ち込まれている率が低いという話があったが、それは判決に満足した結果ではなくて、裁判にあきらめた結果だ。ただ、東京地裁などは最近はずいぶん変わってきたと思う。逆に不服審判所の方について非常に不安がある。今から30年ぐらい前に国税不服審判所という制度ができた。今も国税不服審判所長は裁判所、東京国税不服審判所長は検察庁、大阪国税不服審判所長は裁判所から行っている。そして、若手の裁判官も審判官として、数名大きな所には行っている。かつては南博方さんみたいに学者をやめて審判官になられた方もいた。そのころは非常に救済率が高かったが、最近ではどんどん救済率が下がっていて、最近の国税不服審判所の機能低下は著しい。そして時間もかかる。最近の東京地裁を見ていると、むしろ国税不服審判所を飛ばして裁判所に持ち込んだ方がいいというケースもある。例えば、この間のストックオプションについては、全国でたくさんの訴訟が起きたが、訴訟が起きる前は不服審判所で判決が出るようになっており、不服審判所が改正されたばかりの通達に反する判決をすることは考えられないので、全く無駄なことで、すぐに裁判所に行くべき事件だ。そうすると、不服審判所でやりたい人はそちらに行ってもいいし、今のストックオプションのように不服審判所が全くの時間の無駄だという事件についてはさっさと裁判所に持ち込むという選択の余地を国民に与えておくのが、非常に使いやすい行政訴訟の制度だと思うので、原則としてどちらかの選択ができるようにしておくべきだ。(第12回 水野委員)

**【塩野座長】**

田中二郎先生は司法権の限界論を唱えていたが、それには2つの筋があり、一つは行政庁の第一次判断権の尊重で、戦後のことなので、当時は行政が引っ張っていくことに対して司法があまり行政をチェックすると日本の戦後復興を阻害してしまうだろうということ、もう一つは、裁判所は政治的問題にまで介入すると、逆に政治が裁判所に介入してくるのでそれはしてはいけない、ということだったと思う。ただし、日本の国家賠償はかなり広く、外国では救えないものでもここでかなり救っているという状況があるので、国民の権利救済を公平に見るためには国家賠償もきちんと押えなければいけない。(第8回 塩野座長)

## 第8 行政事件訴訟法以外の個別法上の課題について(国の財務会計行為をチェックする国民訴訟又は納税者訴訟を含む)

### 【市村委員】

意見書に「同法の行政に対するチェック機能の強化」とあるが、どういう意味で行政の作用をチェックすべきと言っているのか一度確認しておくべきだ。少なくともこの中で、裁判所のチェック機能を強化せよ、と言われてるのは、国民の権利救済の実効性を上げるということを強く求められているというのが自分の認識だ。(第6回:市村委員)

納税者訴訟については、スケジュールは、非常に詰まっております。あと何回、詰めた議論ができるかということもあるので、そこら辺の兼ね合いをもうそろそろ考えていただきたいという気がする。(第12回:市村委員)

### 【小早川委員】

「国家賠償制度との役割分担等」についてだが、これは非常に重要な問題だ。現在は行政のプロセスに沿った司法によるチェックのその他の仕組みが不十分なために、国家賠償の制度がやや本来の領分を越えて利用されざるを得ない面がある。そういう歪みをなくし、本来なされるべき行政の是正機能をこの行政訴訟の制度の中でできるだけつくり、名目的に賠償を請求して是正を求めるといったようなことの必要がない形にすべきだ。国家賠償制度があるからいいじゃないかという発想は最初に置かない方がいい。(第12回:小早川委員)

(公金検査訴訟について)大変おもしろい提案だ。自分も以前から関心は持っていたが、今の会計検査院がどう機能しているかをどう評価するかが一つのポイントという気がする。住民訴訟の制度は、監査委員の監査をベースに足らざる部分を裁判所に持ち込む、ということになっているが、監査委員はあまり信用されておらず、裁判所の機能の方が発揮されるのではないかと、評価もされているのじゃないか、と思う。したがって、国の場合に、会計検査院の役割と裁判所の役割をどう考えるかが、立法政策論としては基本なのではないか。法形式的に言えば、今、会計検査院法に検査の請求のような規定があることはあるが、誰が請求できるか条文上ははっきりしていないこともあって、あまり活用されていない。そのような、形式的に会計検査院法とどう関係させるのかは別問題としてあると思うが、裁判所にどれだけ役割を任せるといいのかが、といった場合に、今の会計検査院をどう評価するか。外から見てもそうだし、会計検査院自身の考えも問題だ。その辺、行政事件訴訟法の整備の議論とちょっと違う要素がさらにあるという気がするので、検討は意義があると思うが、個別法の、特別の世界がある、ということを前提に、これ自体についての別途の検討が必要だ。この検討会でどれだけ取りあげたらいいかは分からない。(第13回:小早川委員)

### 【成川委員】

国民訴訟制度、あるいは納税者訴訟に大変関心がある。今回具体的な法案の姿でお示しいただいたが、行政の違法行為に対してどういうチェックをするのか、行政訴訟の関係の中で論ずる必要があると受け止めた。特に第9条等で、差止めの請求、無効確認の請求、違法確認などが規定されており、そのこと自身では、行政訴訟の形と大変リンクしていると思うので、どういう扱いができるか自分なりに考えたい。(第13回:成川委員)

会計検査院自身については、行政改革の中で、単なる行政の検査ではなしに、政策等の妥当性も含めて検査できるということを我々は検討したが、司法での違法性チェックについてはまた違う側面があると思っており、この辺の役割分担をしっかりとした中で、自分としても是非検討したい。(第13回:成川委員)

### 【萩原委員】

意見書の「同法の行政に対するチェック機能の強化」はそもそも、国民の厚生水準の向上のためであり、そのために行政がどのような役割を果たしているのかをチェックするということだ。したがって、訴訟類型を先に考えるのではなく、具体的な問題が出てきたときに、それを国民の厚生水準の向上という目的から考えたときに、どう検討して行けばいいか、という視点で見ることが必要だ。一国民の立場からすれば、訴訟はしなくても自分の厚生水準が上がるなら、訴訟はしたくない。その意味では訴訟に至るまでの様々な行政のプロセスの明確化、情報公開、政策評価、パブリック・インボルブメントなど、事前段階での制度の充実、様々な環境関連、都市計画法制などでの実体法での充実が必要だ。(第6回:萩原委員)

資料(第12回資料2)6頁の、第8の「はもっともであるし、のアからオまでも非常にもっとも、確かに、対象の問題や原告適格の問題は、それぞれの個別法上において修正あるいは改正などをすればかなり解決する問題だ。また、情報公開法やパブリックインボルブメントなど様々な制度が出来てくることにより、訴えそのものをしなくてもよい状況が生まれるのが一番望ましいことだ」と思うが、現状を見ると、個別法でそれだけの整備が出来ていない中で、この行政事件訴訟法にできることはあるのか、あるいはないとしたら、報告書の段階で添え書きのような形で付ける程度のことしかできないのか、あるいはこういう法律の条文という形でもし明確にできるのであれば、個別法上の修正はそんなに簡単にはできないと同っているもので、一国民としての訴訟のしやすさ、あるいは訴訟に勝つという状況を得るためにはやはり何らかの具体的な措置が講じられる

ことが一番望ましいのではないかと思うので、その点に関し、もう少し専門家の意見をお聞きしたい。(第12回 萩原委員)

#### 【福井(秀)委員】

個人的には納税者訴訟の制度を検討した方がいいと思う。司法権ではないかもしれないが、公金の違法支出についてのおそらく最後の砦であって、会計検査院にはできないことが実現できるだろう。環境とか計画に関する事項でも個別の利益をとってみれば、とても主観訴訟では熟度がないが、トータルすればやはり甚大な健康被害、環境阻害をもたらしているような場合には、全体の社会的な効用を毀損しているのかどうかという観点でコントロールできる手段もあっていいと思う。そういう観点では、司法ではないかもしれないが、端的に計画、環境統制訴訟という類型を認めてもいい。できるだけ目的に応じた手段ということで、機能分離をしたアプローチをしてほしい。(第8回 福井(秀)委員)

行政訴訟法をいくつ整備しても、個別実体法が今のように不明確なままだとやはり行政訴訟は機能しない。行政訴訟がちゃんと機能する前提として、個別法で、裁量が客観化されているとか、手続法とか情報公開法できっちりとした情報が得られるとか、ということは大変重要なので、この検討会で直接取り上げるかはともかく、この種の論点の重要性を、この検討会としても述べることは重要だ。(第12回 福井(秀)委員)

いわゆる国民訴訟については、また議論の時間を取ってほしい。自分の問題意識はこの資料にあるのと同様だ。實際上、問題が起こっているときに、裁判所が何らかの形で非違行為の是正に役に立つ場面があり、しかも行政の適法性確保の上で非常に重要な機能を自治体では果たしていることに鑑みると、国でこういうことをやるのは重要な論点だ。具体的な制度化も含めて、出来るだけ議論してほしい。ただ、被告は個人のままの方がいい。(第13回 福井(秀)委員)

まず、会計検査院が現在どのような機能を果たしているか。多くの行政官の認識として、現実に会計検査院の指摘事項にはネゴシエーションがある。何省のどの分野のどの事項について違法、不当な支出があるかということ公表するときに、当該支出官庁と交渉をして、その結果、いくつの公表を合意するとか、今回は公表は我慢してくれ、とか、検査する側とされる側との間で密室の交渉ごとがあることは常識だ。こういったものが表に出てくるチャンネルがないのは、本来の会計検査の主旨からしてもよくない。(第13回 福井(秀)委員)

また、その場合に裁判所の機能が一つ大きな役割を果たしうると考えるが、それを一般法、通則法的なもので書くか、個別法で書くか、というのは立法の選択で、どちらもあり得るかと思うが、行政の適法性確保の訴訟手段である、という観点では、審議会意見書にある行政訴訟の検討という項目に、概念としては入っていることは間違いないので、不服審査とか、情報公開とか、行政手続とは別の、訴訟制度として捉えることには一定の合理性はあると思う。(第13回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

公金検査訴訟、あるいは国民訴訟、納税者訴訟と呼ばれる、いわゆる違法な公金の支出の検査制度、又は訴訟制度というものは地方自治法には規定があり既に何十年も続いてきているが、国レベルではなく、そういうものが必要だという議論が、これまでこの検討会でも出ていた。(第13回 水野委員)

大阪弁護士会ではこの点について、いろいろと議論をし、大阪弁護士会としての案を作って公表した。1月20日、大阪弁護士会でシンポジウムを行ったが、新聞報道がされたこともあり、かなりたくさんの市民が参加したが、印象としては非常に関心が高いと思った。今日、いわゆる国民訴訟制度の提言につき説明をさせていただき、議論をしていただければと思う。(第13回 水野委員)

国レベルで違法な公金の支出の事案は後を絶たない。例えば、社員の教育訓練、下請け業者への出向などを偽造して、給付金とか助成金を不正に取得した事例、外務省の領事その他の公金の不正流出の事例、入札談合に伴う事件、超勤手当の山分けと、枚挙にいとまがない。これら国レベルでの違法な支出がどのように処理されているか。それがきちんと国に返されているのかということが一つ大きな問題になる。

大阪弁護士会では国における談合の事件について調査をした。(第13回 水野委員)

まず、国や公団が発注者となっている公共事業の入札で談合が行われていたと認められたケースをピックアップし、その事案について、損害賠償請求等の、損害回復措置を採ったか否か、採ったとすればその内容が分かる資料を開示してほしいという情報公開請求の開示請求をしたが、ほとんどが文書は存在しない、という回答だった。さらにアンケート調査をし、その回復措置を採ったか否か、あるいは回復措置を採らなかった場合には、その理由を聞かせてほしい、今後、回復措置を採る必要があるのか、予定があるのかどうか、といった点について調査をした。その結果、8件の談合事件のうち、損害賠償の請求をしているのは、1件もなかった。回答を拒否されたところもあるが、損害賠償の措置を採らなかった理由としては、損害賠償額の算定が困難である、といった理由が挙げられている。(第13回 水野委員)

しかし、地方自治体レベルでは、談合をした業者等に対する住民訴訟が、非常に多くの件数行われており、認められているケースもある。最高裁で認められたケースが今まで2件あり、鳥取県と奈良県の事件であるが、いずれも契約金額の5%が損害額だという認定がなされている。さらに下級審では非常にたくさんの事件が係属している。したがって、談合があった場合には、大体5%ないし10%の損害を見るというのがもう定着した判例として固まりつつある。しかしこれはあくまで地方自治体レベルであり、国レベルではそういった請求がされているのはおそらく1件もないのではないかと。これは地方自治体レベルでは住民訴訟の制度があるのが非常に大きな理由であり、国レベルでもそういった訴訟を創設する必要があるのではないかと。(第

13回 水野委員)

大阪弁護士会では、全くの仮称だが、公金検査請求法という法案を提案している。この法案は、いわゆる地方自治法における住民監査請求及び住民訴訟をモデルにし、その国版ということで考えている。地方自治法の住民訴訟制度については、昨年法律が改正され、直接的な訴訟の道が一部閉ざされた。これは弁護士会は反対だったが、一応、改正後の地方自治法と同じレベルのものを作るということで、制度設計を考えており、したがって、条文はほとんど地方自治法の242条以下の条文と同じだ。(第13回 水野委員)

第1章では公金検査請求ということで、公金の支出に違法があると思われるときに、会計検査院に対して、公金の検査請求をする。これは地方自治法の監査請求と同様の規定だ。第2章で、国民訴訟制度を設けることにした。これも地方自治法242条の2の住民訴訟と類似の制度だ。第3章で、国民訴訟の効力として、国民が勝訴した場合の行政機関等の義務という規定を考えた。(第13回 水野委員)

こういった規定を公金検査請求法という形で立法するのが大阪弁護士会の提案であり、この検討会でもこれをたたき台に、一度時間をかけて、検討の機会をお持ちいただきたい、ということで提案をした。(第13回 水野委員)

今回の提案の第1点だが、会計検査院という独立した機関をもっと機能させる必要がある、そのために国民が会計検査院に対して直接、公金検査の請求をしていくという直接民主主義的な制度を導入するということで、そういう意味合いが法案の第1章の公金検査請求だ。(第13回 水野委員)

会計検査院法35条に会計経理の取扱の審査判定の条文があり、国の会計事務を処理する職員の会計経理の取扱に関し、審査の要求があつたときは審査をする、その請求は利害関係人から、という要件が被っている。つまり利害関係人からの審査の要求があつた場合、しかも国の会計事務を処理する職員の会計処理の取扱に関しての審査の要求、という規定しかない。かつて井上ひさしさんなどは、旧国鉄の時代に極めて安い価格で土地を払い下げようとしたことに対し審査要求をしたが、関係がないと全然問題にならなかった。だから公金検査の請求の制度を設けることにより、会計検査院の機能を強化、活性化させる。(第13回：水野委員)

第2点は、それでもダメな場合には次の手段として、裁判所に対して、国の公金支出が違法かどうか、ということの確認を求めて、出訴する道をひらく、ということだ。(第13回 水野委員)

この検討会のテーマは、司法の行政に対するチェック機能の強化であって行政事件訴訟法の改正だけに止まるものではなく、また、行政訴訟と大いに絡む問題だから、この検討会でも是非取り上げて頂きたい。(第13回 水野委員)

会計検査院法20条3項では「正確性、合規性、経済性、効率性及び有効性の観点その他会計検査上必要な観点から検査を行うものとする。」とされ、有効性、効率性の検査も制度上可能だと思うが、今回の提案ではそこまで言うておらず、あくまでも合規性だけを対象としている。地方自治法の住民監査請求は不当な支出についても監査請求できるが、国について不当な支出の検査請求となると大変な数になるということから、とりあえずは違法なところにと絞って提案している。(第13回 水野委員)

#### 【塩野座長】

ここでの問題提起の趣旨は、行政過程において制度の整備が進んでいるときに、その成果をどういふ形で行政事件訴訟法に生かしていくか、ということだと思う。例えば、行政手続法をもっと活用すれば、裁判所だって審理の仕方違うし、あるいは情報公開法を精神を生かせば、裁量統制の仕方違うのではないかと。行訴法だけを考えずに、こういう点にもっと力を入れれば行訴法も生きるのではないかと。(第12回 塩野座長)

それから、国家賠償制度については、まさに意見があつたように、自分も国家賠償制度は少し負担過重になっていると思う。最高裁判所の判決の中でも、却下しておいてあとは国家賠償があるじゃないかというニュアンスのものもあるが、国民の不満はいくらばかりの金を貰うのではなく、自分のされた侵害を違法宣言という形で回復して欲しいということだ。今の点の関係で言えば、訴訟類型を多様化することにより国家賠償への負担過重は少しでも和らぐのではないかと。ここでは意見がまとまったというようなことはない。こういったことは問題提起については根本論であるので、ご意見があればいつでも、議論していただきたい。(第12回：塩野座長)

行政手続法において、あるいは都市計画法などの個別法で、きちんと原告適格なり訴えの対象なりを、例えばドイツのように判決の効力も含めて、きちんと書き込めという声が大いし、自分も大変重要だと思うが、それをこの検討会でどこまでできるかの問題は時間との関係もあり、非常に悩ましいところだ。(第12回 塩野座長)

今まで皆様方には行訴法を中心にお考えいただいたが、それが充実した形で実現すると、かなりの効果を持つと思う。個別法が整備されなければ国民の救済がされないということではなく、きちんとした受け皿、訴訟法が用意されると、実体法もそれなりに生まれてくる。ドイツの結果除去請求権というのは、実定法上どこにも書いていないが、訴訟の場で、裁判官が生み出した実定法だ。その他、判例の段階で、権利が生み出されることがあることが外国の研究で明らかになっているので、この第8の中の一つの項目ができないと、何の成果も上がらない、ということではない。昭和37年の立法者もそういう考え方だったと思うが、それがうまく機能しなかった。例えば公法上の当事者訴訟、あるいは無名抗告訴訟でもやろうと思えばできるというのがおそらく立法者の考え方だったと思うが、いろんな情勢でそれがうまくいかなかった。現在ではそれを意識しながら、行訴法を整備、充実するということがかなり効果があげられるのではないかと。(第12回 塩野座長)

長)

(公金検査請求訴訟については)色々な意見もあるところであり、会計検査院という憲法上の機関のあり方にも関係するところだから、我々の守備範囲にあるからといって、そう簡単に入れるものではないと思う。さらに、会計検査院から、実情についていろいろ説明を伺わなければならないだろう。(第13回 塩野座長)

この問題は、憲法まで遡って考えるべき大変な問題だ。台湾で大変立派な監査制度が出来ており、そういった会計検査院の置かれた比較法上の地位を考えると、悩ましいところだ。(第13回 塩野座長)

## 第9 行政訴訟の基盤整備上の諸課題について

### 【 参審制の導入】

#### 【市村委員】

参審制の問題に関し、先ほどコストの話が出たが、自分も、参審制をやるとかなりコストが掛かり、国民の負担という意味でも相当なものだと思う。以前、地方の離島の支部をやっていたときに、検察審査会の委員を任命したが、離島なので、皆さん1日仕事で来る。それで、何で自分がこんなもの選ばれたのか、1日漁に出れない、いくら減収になるんだ、という人がたくさん出てくる。そういうコストを払ってやるほどの見返りが本当に国民にあるのか、それを十分検証せずに、頭の中でばかりでやると、やはりそういう部分を忘れてしまうのではないか。是非それも検討材料に入れていただきたい。(第12回 市村委員)

#### 【成川委員】

参審制あるいは裁判員制度は、労働組合でも議論をしている。司法改革の中で、労働組合のリーダーの関心を一番持ったのは、この陪審制、参審制の問題だ。この課題の故に、司法や立法についてもっと自分の問題として考えないといけないというインパクトを持ったのは事実だ。まず刑事訴訟から検討に入るとのことだが、参審制は、個々の国民に対しての教育と、それから自ら考えさせる力が非常に大きいと受け止めている。なるべく無理のない形で国民に預けられるような形を準備し、広がっていくのが好ましい。(第12回 成川委員)

#### 【福井(秀)委員】

参審制に関し、判検交流とも多少関わるが、行政訴訟を判決する裁判官として弁護士や行政法の研究者などが、現場に出て行くというルートをもっと拡大してはどうか。判検交流というのは判事が一方の側に来ることだが、これにいろんなチャンネルができると、大分、相対化される。裁判官の立場に、例えば、在野の方や弁護士や研究者も来て、学習して、知見を蓄えて戻るとか、あるいは行きっぱなしでもいい。参審ということに止まらず、できるだけ、行政訴訟を巡る当事者関係が固定化しないよう流動化するような人事運用、あるいは制度的対応をしていくということが行政訴訟を公正化、活性化するために意味がある。(第12回 福井(秀)委員)

#### 【水野委員】

参審制の導入については賛成だ。行政事件訴訟という非常に専門性が高いところに一般の国民が参加して分かるのかという議論はあるかもしれないが、行政事件でも税務訴訟などはかなり事実認定に関わる訴訟であり、刑事事件で事実認定をするのと同様行政事件についても、国民が参加して事実認定の裁定を行うことで、十分参加する余地がある。また、法令の解釈が争われる事件についても、どちらの解釈が正しいかということにつき、やはり一般の国民の、健全な常識を反映させる必要があるだろう。一般国民から見ても非常識と思われる行政事件の判決はあるが、その是正のために、参審制は是非実現したい。(第12回 水野委員)

行政訴訟における裁判員の制度は、具体的に、義務的か選択性が、何人にするなどはまだ考えていない。ただやはり、まず刑事事件に導入し、次に行政事件に導入するのが自分の意見だ。(第12回 水野委員)

去年、初めて検察審査会のことがあったが、確かに検察審査会の委員に選ばれて迷惑だという方もいると思うが、検察審査会のOB会が全国にあり、大阪には大阪検察審査協議会があって、かつて検察審査会の委員だった人が、自発的に集まって、組織をつくっている。そして、検察審査会のPRや色々な情報公開など、検察審査会の委員でもないにも拘わらず、全くのボランティアで、全国的な組織で非常に熱心にやっている。これを見て、やはり日本には参審制なり、陪審制なりが十分に根付く余地があると確信した。(第12回 水野委員)

#### 【塩野座長】

参審制については、ドイツにはラインリヒターという素人裁判官の制度があって、大学の先生が結構入っている。(第12回 塩野座長)

#### 【山本外国法制研究会委員】

ドイツの「ラインリヒター」という素人裁判官の制度では、大学教授は確かに入っているが、高裁だ。法律問題が争点になることが多いので、上級行政裁判所の裁判官を兼ねることが非常に多い。最上級審というのはあまりない。(第12回 山本外国法制研究会委員)

## 【 裁判所の処理体制】

### 【小早川委員】

事件が東京に集中するのはいろいろな事情があり、どうしようもないことはあると思うが、やはり高裁所在地の地裁に有能な行政事件の専門家がいて、そこへ事件を持っていけばそれなりの成果が得られるということが分かれば、今はあきらめている人たちも訴訟を起こすことが当然考えられる。需要もないのに有能な者をそこに貼り付けるのは無駄だが、将来を見越した合理的な投資をし、それで国民に対してもPRをするという意味はあろう。そこはバランスよく、少し先取りして考えていただきたい。(第12回 :小早川委員)

### 【福井(秀)委員】

裁判所の体制の問題だが、例えば横浜とか神戸とかの、ブロックの中心都市ではないが結構行政事件があるという所での処理を考えると、できればそういうところは例えば巡回裁判所のような形で、ニーズのあるところではできるだけ、不便なく、一定のところに行き着くようにすることを検討いただきたい。(第12回 :福井(秀)委員)

## B 行政訴訟の基盤整備上のその他の諸課題】

### 【小早川委員】

判検交流に関し、司法制度改革の行く末については、非常に幅広く、層の厚い法曹の集団をつくり、法曹一元かはわからないが、そういう集団が役所の中にも、在野法曹にもいるということが理想像として描かれているが、そうなれば今議論している問題は解決されるか、あるいは全然別の形になると思う。しかし、今のよう行政事件が分かる法律家が非常に限られているという現段階では、現にあるスタッフをうまくやりくりして使うという観点は必要なのではないか。(第12回 小早川委員)

### 【芝池委員】

判検交流については、確かに積極的な面も一般的にはあると思うが、法曹の流動性が乏しい中で、判検交流だけが活発であるというのはおかしい。(第12回 芝池委員)

### 【芝原委員】

行政訴訟は、国民と行政、原告と被告の訴訟遂行能力の差が大きく、実態として効力を発揮していないのではないか。法的には一応平等な扱いとされているが、実態的にはかなり違うので、何らかの形で武器対等の原則を検討したい。例えば、内部文書を含めた色々な関連行政文書の提出義務づけ、職権探知主義の導入、立証責任の転換、勝訴原告への報奨金制度等がある。さらに、訴えられる被告が組織であることを考慮すると、訴える方が一私人では難しいので、訴える方にも組織的なベース、例えば行政活動についての違法性の監査機能的な機関、あるいは国民が行政訴訟を行う際の前さばきをするような機関、あるいは訴訟遂行過程での支援ができるような独立専任機関というのも十分検討に値する。(第6回 芝原委員)

行政訴訟の基盤整備について、日本の司法のコストの内訳がどうなっているか知りたい。司法の充実と言われているが、本当にその方向に国として手当てができるのか。そういうバックボーンがない限り、事務的手当てができない。そのあたり基盤整備の上では非常に大きいので、日本の司法のコストの内訳のトレンドについて、分かれば教えていただきたい。コストの意識、あるいは財源措置がないと本気がどうか分からないし、本当に出来るのかどうかにも、全部関わってくる。非常に少ない予算で大丈夫かという感じもする。(第12回 芝原委員)

### 【福井(秀)委員】

判検交流については、良い面での効果もある制度だと認識している。裁判官は通常行政事件に触れる機会がないが、こういった機会に行政の手口を学び、戻ってから行政に手厳しく判決を書かれる者はいくらでもいる。学習の機会としては意味がある。また、法曹一元の議論があるが、原告の代理人をやった者は判検交流は駄目だという原理を押し詰めれば、裁判官になれないことになるし、弁護士として被告行政庁の代理人をやった者も裁判官になれないことになる。そういう意味では、単に元検事で、行政庁の側に立ったことがあるから裁判官になてはいけないというのは、やや短絡的ではないか。もちろん、今の判検交流は、実質的に最高裁の事務総局の人事ローテーションの一貫として行われているので、そういう将棋の駒のような形で、裁判官が行政庁に行って、被告の立場をやるのがいいのかどうかという人事任用の運用の在り方としては問題を提起する余地はあるかと思うが、一概に前歴がそうだから駄目だといったら、それ以外の立場はとれないことになりかねないし、やはり学習の効果などを考える余地はあるのと思う。(第12回 福井(秀)委員)

それから、自分は指定代理人を経験したことがあるが、大学を卒業してすぐ、全国どこでも自分1人で行き、検事と2人でやる事件がほとんどだった。弁護士は逆に5、6人もいて、次の日程が決まらない要因のほとんどは弁護士の都合だったと思う。指定代理人をやったから勉強になることもあるので、行政官として裁判に絶対に出ていけないということになると、行政を客観的に見る者が少なくなってしまうのではないか。(第12回 福井(秀)委員)

### 【水野委員】

専門性の強化について、弁護士会でもこれまで行政事件につき、専門的な研修も含め必ずしも十分ではなかったことを反省し、やはりもっと行政事件に精通した弁護士を増やす、しかも、全国津々浦々にそれを広げる必要がある。これは弁護士、弁護士会としての反省材料として、今後、改善していかないといいない。(第12回 水野委員)

判検交流について、自分が体験した事例だが、大阪高等裁判所で税務訴訟をやったとき、主任の裁判官の転勤に伴い新しい裁判官がそれに参加することになったが、その後任の裁判官は大阪法務局の訟務部の副部長だった。その副部長がその事件を担当していたかはわからないが、いくらなんでもその方がその事件を担当するのは避けてもらいたいと書記官室で申し上げたが聞き入れられなかった。これは誰が考えてもおかしい。昨日まで相手方被告代理人の上司として決裁業務を担当してた者が、翌日からその事件の裁判官としてその事件を担当する。稀なケースかもしれないが、現にある。しかも最高裁判所はそれを認めている。これが判検交流の一番の大きな問題であり、こういう実態を認識いただいて、判検交流はなくすべきだ。(第12回 水野委員)

指定代理人制度であるが、これもいろいろと問題点がある。まず、いわゆる訟務検事以外に担当の官庁の訟務官などが指定代理人として出てくるが、一つの事件で、多い時には10名を超える場合もあり、そのために、なかなか期日が入りにくいということがある。次に、準備書面を被告が出す場合も、決裁がかなりあるので、なかなか先にしか入らない。そのような指定代理人制度が、行政事件訴訟の遅延の原因になっていると思う。これから弁護士の数も増えるので、弁護士を国ないし、地方公共団体等に被告の代理人として選任していくべきだ。これは弁護士の職域拡大のために言っているわけでない。(第12回 水野委員)

それから、担当の官庁の訟務官が担当すると、何が何でも勝たないとならなくなるが、外部の弁護士だと少しは客観的に物事が見られるので、指定代理人制度は廃止すべきだ。また、指定代理人はすごい数となっており、経済的な面から見ても、この制度は廃止すべきだ。(第12回 水野委員)

それから、租税に関する事件の調査官制度について、例えば一部認容の場合、計算その他で、調査官が必要だということは分かるが、調査官には、国税庁の職員が行っており、しかも、人事異動のルーチンの一つのポストになっている。確かに、裁判所は事実認定も含め、調査官の判断に従っているわけではないと言っていることは理解できるが、やはり国民の目から見ると、国税庁の担当者が人事異動で調査官として裁判所にいるというのはなかなか納得し難い実状だろう。租税に関する調査官なら、例えば税理士から起用することも可能だし、いくらでも方法はあろう。現在の調査官の人事については改めるべきだ。(第12回 水野委員)

判検交流は日常茶飯事的にやられてはいるとは思わないが、判検交流のもう一つの問題点は、捜査検事が裁判官になるという点だ。裁判官が捜査検事になり、捜査を担当してまた裁判所に戻ると、刑事事件について、やや警察官寄りになるではないかという意味でも問題がある。(第12回 水野委員)

#### 【村田企画官】

法務省あるいは検察庁の方に出向している裁判官の数は、現時点では約100人であり、そのうち訟務事件を担当している者は、昨年の12月1日現在で、約半分の50名くらいとなっている。(第12回 村田企画官)