

行政訴訟の対象及び類型に関する検討資料

平成14年10月21日

本資料は、「第6回行政訴訟検討会フリートーカー参考資料」の「第2 行政訴訟の対象及び類型について」(同資料4～6頁)の各記載(以下において、枠内に記載したもの)について、検討の参考となると思われる法令、制度の説明とその資料・文献等を付記したものである。

第2 行政訴訟の対象及び類型について

行政事件訴訟法は、抗告訴訟の定義について、第3条第1項で「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」とした上で、第8条～第35条で取消訴訟について定めるほか取消訴訟以外の抗告訴訟について、第36条で無効等確認の訴えの原告適格、第37条で不作為の違法確認の訴えの原告適格、第38条で取消訴訟以外の抗告訴訟に対する取消訴訟に関する規定の準用について定めている。また、第4条で当事者訴訟の定義を、第5条で民衆訴訟の定義を、第6条で機関訴訟の定義をそれぞれ定めるほか、第39条～第41条で当事者訴訟について、第42条及び第43条で民衆訴訟及び機関訴訟について、それぞれ規定している。

このうち、例えば、取消訴訟以外の抗告訴訟として考えられる義務の不存在の確認の訴えに関しては、「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然に許されるわけではなく、当該義務の履行によって侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである」とされている(最高裁判所昭和47年11月30日第一小法廷判決・民集26巻9号1746頁参照)。また、行政事件訴訟法の定める抗告訴訟の類型については、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題とされている。なお、他の制度では、差止めの請求をすることができる場合につき、「回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合」(株主による取締役の違法行為の差止めの請求に関する商法第272条参照)あるいは「著しい損害を生じ、または生ずるおそれがあるとき」(侵害の停止又は予防の請求に関する私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第24条参照)などの条件を定めている。

行政訴訟、行政訴訟の対象、ないし行政訴訟の類型を考えるためには、「行政訴訟」という特別の枠組みにどのような意義をもたせるかが問題となる。わが国の現行の法律に「行政訴訟」という言葉はない。日本国憲法の施行までは、行政裁判所に提起する訴訟を「行政訴訟」と呼んでいた（行政裁判法第 24 条第 1 項、裁判所法施行法第 2 条第 2 項）（注 1）。しかし、行政裁判法は、日本国憲法の施行の日から施行された裁判所法により廃止された（裁判所法附則第 2 項）（注 2）。行政裁判法が廃止された理由は、行政裁判所の設立の根拠であった大日本帝国憲法においては「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」（第 61 条）と規定していたが、日本国憲法においては、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」（第 32 条）と規定するとともに、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」（第 76 条第 1 項）「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」（第 76 条第 2 項）と規定し、裁判所法第 3 条第 1 項において「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と規定したことによる。このことは単に裁判所が行政裁判所に代わって行政訴訟を取り扱うことになったというにとどまるものではなく、裁判所が司法権本来の作用として、かつ、その範囲において行政訴訟を審理することになったこと並びに「法律上の争訟」（裁判所法第 3 条第 1 項）である限り、行政庁の処分がいかなる事項についてのものであるかを問わず、処分が違法であるか否かを判断して、もし違法であるときは、その処分を取り消すという、従来とは異なった制度を採用したことを意味する（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」（注 3）1 頁参照）。

行政事件訴訟法は、第 2 条において「『行政事件訴訟』とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう。」と規定し、第 1 章「総則」においてこれらの訴訟類型を定義しているが、これらの定義規定は、具体的事件がいかなる種類の訴訟に属し、いかなる手続で処理されるかを示すにすぎないものであって、訴訟の可能性を定めるものではない（前掲（注 3）杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」6 頁参照）。もっとも、抗告訴訟のうち、処分の取消しの訴えと判決の取消しの訴え（取消訴訟）については、特定の行政庁の処分について違法の確定に基づいて処分の効力を遡及的に消滅させる意味での取消判決を求める形成訴訟と理解されているところ（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」（前掲（注 3））11 頁参照）民事訴訟の一般原則によれば、形成の訴えは、実体法がその必要がある場合に個別に規定を置いているものであり、その法定の場合にのみ認められるとされていることから、取消訴訟は、行政事件訴訟法第 9 条において「処分の取消しの訴え及び判決の取消しの訴え（以下「取消訴訟」という。）は、当該処分又は判決の取消しを求める法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。」と規定されたことにより訴えが認められるという意味で、行政事件訴訟法の規定が積極的な意義を有するものである。

行政事件訴訟法が訴訟類型を定める趣旨は、一般的には、あくまで原告が特定の訴訟類型を選択して訴えを提起した場合に、その訴訟類型に定められた訴訟要件（出訴期間、原告適格、被告適格など）の適用を受けることを定めたものにすぎない。行政事件訴訟法に訴訟要件が定められていない訴訟類型である当事者訴訟により訴えを提起した場合には、その訴えが適法であるかどうかは、訴えの内容が行政に対する司法審査を求めるものであるかどうかで決まるのではなく、その訴えが「法律上の争訟」（裁判所法第 3 条）であるかどうか、あるいは、行政事件訴訟に関し、行政事件訴訟法に定めがない事項については、民事訴訟の例によることから（行政事件訴訟法第 7

条) 民事訴訟法の規定その他の民事訴訟の一般原則において適法な訴えと認められるかどうかによって決まる。

ここで、「民事訴訟の例による」(7条)とされた趣旨に関して、杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」前掲(注3)は、行政事件訴訟の基本的性格につき、「行政事件訴訟も国民の権利を救済する制度である点においては、民事訴訟と異なるものではない。しかし、そこで争われるところのものは、民事訴訟におけるそれとは異なり、むしろこの点においては刑事訴訟に類似するものがあるとさえいいうる。したがって、行政事件訴訟は、民事訴訟、刑事訴訟と並んだ独立別個の体系の訴訟と観念すべきものである。」(5頁)とした上で、「本法は、既に述べたように、行政事件訴訟として考えられる各種の訴訟形態を網羅的に掲げ、それぞれの処理に適用あるべき訴訟規定を定め、行政事件訴訟全般に対する統一的な基本法として制定されたものであり、民事訴訟の特別法ないしは特例を定めたものではない。しかし、「この法律に定めがない事項」はあまりにも多く、そのうちには、和解、請求の認諾、立証責任等のように行政事件訴訟の本質をめぐって意見が分れ、もしくはそれらが手続法上の事項であるか否かについて疑いがあるため、規定を設けることが困難であって、結局、なお判例の発展をまつを適当とするようなものもあり、また、民事訴訟と同様に処理しても行政事件訴訟の特質に全く影響ないと考えられる事項も少なくない。かような事項を本法に重複して規定することは、その審理機関が民事訴訟と同じ司法裁判所であることにかんがみると、手続法として無用な複雑さを増すだけであって、立法の技術としても賢明でないといわなければならない。そこで本条は、本法の定めのない事項については、民事訴訟の例によることとしたのである。・・・(中略)・・・行政事件訴訟手続は、本来民事訴訟手続とは性格を異にするから、民事訴訟に関する法規が本来当然には適用されるものではないことを前提として、性質に反しないかぎり、右の民事訴訟に関する法規が準用されるという趣旨である。」(28頁)としている。

そこで、抗告訴訟についても、その訴訟が適法であるかどうかは、それぞれの訴訟類型について行政事件訴訟法に定められた訴訟要件のほかに、それが「法律上の争訟」の要件その他民事訴訟一般の訴えの適法要件を充たすことが必要になる。ただし、行政事件訴訟法は、法律上の争訟に当たらない場合でも民衆訴訟及び機関訴訟が提起することができることを明らかにするため、「民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる。」(第42条)と定めているが、法律上の争訟に当たらない事件は、この行政事件訴訟法の規定をまつまでもなく、すなわち民衆訴訟又は機関訴訟に該当するかどうかを論ずるまでもなく、裁判所法第3条第1項の規定により法律に定めがなければ提起することができないことが定められている。他方で、法律上の争訟に当たる事件であれば、行政事件訴訟法の民衆訴訟又は機関訴訟に該当することを理由に不適法とされてはならない。なぜなら、仮に行政事件訴訟法の規定により法律上の争訟に属する訴えの提起が妨げられるような意味があるとすれば、そのような規定は憲法に違反することになるからである。

そこで「法律上の争訟」とは何かが問題となるが、最高裁判所の判例は、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」としている(最高裁判所昭和56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁[民事事件に関するもの]行政事件につき、最近の裁判例として最高裁判所平成14年7月9日第三小法廷判決・裁判

所時報 1319 号 1 頁)(注 4)。したがって、「法律上の争訟」に当たるといえるためには、行政事件を含む民事事件において一般に「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であるといえることが必要である。

また、前記のとおり、行政事件訴訟に関し、行政事件訴訟法に定めがない事項については、民事訴訟の例によることから(行政事件訴訟法第 7 条)、民事訴訟一般の訴訟要件が、行政事件訴訟法の訴訟類型ごとの訴訟要件のほかに問題となる。民事訴訟一般の訴訟要件としては、なにが訴訟要件であるかについては、民事訴訟法に統一的な規定がなく、各所に個別的に規定されていたり、解釈により定められている。「訴えの利益」は、法律の規定はないが民事訴訟一般の訴訟要件として当然に必要であると解されており、その利益は「法律上の利益」でなければならないとされている(最高裁判所昭和 47 年 2 月 15 日第三小法廷判決・民集 26 卷 1 号 30 頁参照)(注 5)。訴えの利益との関係で、民事訴訟一般においても、訴えの類型が問題とされる。民事訴訟一般について、訴えの類型としては、給付訴訟、確認訴訟及び形成訴訟の 3 類型があるといわれているが、現行の民事訴訟法上これに関する規定としては、訴えの利益が問題になる証書真否確認の訴え(民事訴訟法第 134 条)(注 6)及び将来の給付の訴え(民事訴訟法第 135 条)(注 7)についての規定が存在するのみであり、各訴訟類型の意義、性質等について定めた規定はない。平成 8 年の民事訴訟法の改正に際しては、「民事訴訟手続に関する検討事項」として「訴えの類型(給付訴訟、確認訴訟及び形成訴訟)に関する規定を整備するものとするとの考え方」が掲げられたが、「形成訴訟の意義を一義的に規定することが困難なこと、訴えの類型の発展を制約する危険があることなどの理由から立案が見送られた」とされる(伊藤眞「民事訴訟法」[補訂第 2 版](注 8)124 頁)。

抗告訴訟の類型に関しては、行政事件訴訟法第 3 条は、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」を抗告訴訟と定義し、処分の取消の訴え、裁決の取消の訴え、無効等確認の訴え、不作為の違法確認の訴え、の 4 類型を定義している。しかし、この 4 類型以外であっても、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」であれば、「その他の抗告訴訟」として行政事件訴訟法第 38 条第 1 項(注 9)の規定の適用を受けるが、「その他の抗告訴訟」については、被告適格と管轄に関する取消訴訟の規定が準用されるほかには訴訟要件に関する規定は行政事件訴訟法になく、訴えが適法であるかどうかは、法律上の争訟に当たるかどうか、及び民事訴訟一般の訴訟要件を充たしているかどうかによって決められることになる。最高裁判所の判例が、抗告訴訟と考えられる義務の不存在の確認の訴えに関して「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然に許されるわけではなく、当該義務の履行によって侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである」としているのも(最高裁判所昭和 47 年 11 月 30 日第一小法廷判決・民集 26 卷 9 号 1746 頁[「行政訴訟の基本的な論点に関する判例」(第 4 回検討会資料 3)判例 11]参照)、民事訴訟一般に必要とされる訴えの利益として法律上の利益を認めることはできないと判断したものと理解される。

行政事件訴訟法の定める抗告訴訟の類型については、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題とされている（注 10）。この点に関し、司法制度改革審議会意見書（注 11）は、現行の行政訴訟性に関する指摘の一つとして、「現行の行政訴訟制度に内在している問題点として、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（政策的判断への司法の不介入、行政庁の第一次判断権の尊重、取消訴訟中心主義等）が認められており、その帰結として、抗告訴訟が制度本来の機能を十分に果たしていない」とし、「行政訴訟手続に関する諸課題」の一つとして、「義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題となる。」としている。

なお、民事訴訟の訴訟類型では、行政庁に対し一定の措置の義務づけを求める義務付け訴訟は給付の訴え、行政庁が一定の行政処分を行わないことを直裁に求める予防的不作為訴訟は給付の訴えの一種とされる差止めの請求に当たると考えられるが、差止めの請求に関しては、実体法上、法律上訴えの提起をすることが場合が具体的に定められている場合がある。他の制度では、差止めの請求をすることができる場合につき、「回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合」（株主による取締役の違法行為の差止めの請求に関する商法第 272 条参照）（注 12）あるいは「著しい損害を生じ、または生ずるおそれがあるとき」（侵害の停止又は予防の請求に関する私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第 24 条参照）（注 13）などの条件を定めている。

新たな訴訟類型の導入について検討するには、民事訴訟の一般原則に対してどのように変更を加えることを目的とするかなどの導入する趣旨及びこれを踏まえた訴訟類型の定義と定義された訴訟類型に適用される規定の内容、さらには、訴訟類型を定義してこれに適用される規定を設けることの反対解釈としてその定義に該当しない類似の訴えが不適法と解釈されて行政に対する司法審査が制限される危険を生じないかどうか、などの問題について検討する必要がある。

（注 1）行政裁判法第 24 条第 1 項「行政訴訟八文書ヲ以テ行政裁判所ニ提起スヘシ」

裁判所法施行法第 2 条第 2 項「裁判所法施行の際現に行政裁判所に係属している行政訴訟事件については、行政裁判所にした行政訴訟の提起は、これを東京高等裁判所にした訴の提起とみなす。」

（注 2）裁判所法附則第 2 項「裁判所構成法、裁判所構成法施行条例、判事懲戒法及び行政裁判法は、これを廃止する。」

（注 3）杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」1～28 頁参照

（注 4）「法律上の争訟」に関する最高裁判所の裁判例につき、別紙 1 参照

（注 5）「民事訴訟の確認の利益に関する最高裁判所の裁判例」（別紙 2）判例 1 参照

（注 6）民事訴訟法第 134 条「確認の訴えは、法律関係を証する書面の成立の真否を確定するためにも提起することができる。」

（注 7）民事訴訟法第 135 条「将来の給付を求める訴えは、あらかじめその請求をする必要がある場合に限り、提起することができる。」

（注 8）民事訴訟における訴えの類型と訴えの利益につき、伊藤眞「民事訴訟法」[補訂第 2 版]123～145 頁参照

（注 9）行政事件訴訟法第 38 条第 1 項「第 11 条から第 13 条まで 被告適格、管轄、関連請求に係る訴訟の移送、第 16 条から第 19 条まで 請求の併合、第 21 条から第 24 条まで 訴えの変

更、訴訟参加、職権証拠調べ、第 33 条 判決の効力 及び第 35 条 訴訟費用の裁判の効力の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する。」

(注 10)「義務付け訴訟」及び「予防的不作為訴訟」の意義につき、塩野宏「行政法 第二版」185 ~ 186 頁参照

(注 11)「司法制度改革審議会意見書(抜粋)」(第 1 回検討会資料 2) 参照

(注 12) 商法第 272 条(株主の差止請求権)「取締役が会社ノ目的ノ範囲内ニ在ラザル行為其ノ他法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シ之ニ因リ会社ニ回復スベカラザル損害ヲ生ズル虞アル場合ニ於テハ六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主ハ会社ノ為取締役ニ対シ其ノ行為ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得」

(注 13) 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第 24 条(差止請求)「第 8 条第 1 項第 5 号又は第 19 条の規定に違反する行為によってその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」

同法第 8 条(事業者団体に対する規制)第 1 項「事業者団体は、次の各号の一に該当する行為をしてはならない。」第 5 号「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること。」

同法第 19 条(不公正な取引方法の禁止)「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」

1 行政訴訟の対象

司法審査の対象となる行政作用の範囲・司法審査の方法ないし条件等の行政訴訟の対象に関する問題点について、国民の権利救済を実効化する見地から見直すべき点があるか。

司法制度改革審議会意見書(前掲(注 11))は、現行の行政訴訟制度に関する指摘の一つとして、「現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争(行政計画の取消訴訟等)が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要である」としている。

本検討会における意見では、抗告訴訟の対象として認められる範囲(いわゆる処分性)を拡大すべきであるとの意見のほか、「現行の抗告訴訟は行政行為には公定力があるというドグマから出発して行政行為の公定力排除訴訟としての取消訴訟を制度化したため、行政作用は行政行為に限らず多様な形式で行われるにも関わらず、行政行為以外の行政作用に対応することが困難な状況にある。学説や一部の判例はこうした状況を克服するために処分性の要件を緩和する解釈論を展開する努力をしてきたが、十分な成功を収めてきたとは必ずしもいえず立法により抜本的な改革を行う必要性が大きい」との指摘もされている((注 14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第 5 回検討会まで)」(第 6 回検討会資料 2) 8 頁【抗告訴訟の対象】参照)。

また、行政訴訟の対象を検討する一つの要素として、行政訴訟と民事訴訟の関係についても様々な意見が述べられている(前掲(注 14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第 5

回検討会まで)。(第6回検討会資料2)4～6頁【行政訴訟と民事訴訟の関係・排他的管轄】参照)。

このように、司法審査の対象となる行政作用の範囲・司法審査の方法ないし条件等の行政訴訟の対象に関する問題点について検討するに当たっては、行政事件訴訟法の訴訟類型と類型ごとに定められた訴訟要件その他の訴訟手続に限らず、日本国憲法が規定する「裁判の受ける権利」ないし「司法権」、裁判所法が規定する「法律上の争訟」、さらには、訴えの利益など民事訴訟一般の訴訟要件などとの関係について検討をする必要がある。

(注14)この点に関する本検討会での意見の概要につき、「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)。(第6回検討会資料2)4～6頁【行政訴訟と民事訴訟の関係・排他的管轄】、8～10頁【抗告訴訟の対象】及び15～16頁【行政訴訟の類型・無名抗告訴訟】参照

(注15)外国における司法審査の憲法上の位置付けにつき、「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)1頁参照

(注16)「行政作用」の概念につき、小早川光郎「行政法 上」185～191頁参照

例えば、次のような考え方があるかどうか。

ア 法令(条例を含む)に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救済の実効性を確保するために争わせる必要があるもの、又は申請に対してこれらの行為を行わないことを行政訴訟の対象とする考え方

本検討会における意見では、「行政訴訟は、行政機関が憲法上・法律上与えられた権限を守っているか、適切に執行しているかどうかを審査するものであり、民法上の権利を守るという民事訴訟とは実体法上の問題が違う」として、行政訴訟を「行政活動の違法の除去・是正を求める訴え」と考えた上で、行政訴訟の対象を、「法令に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救済の実効性を確保するために争わせる必要があるもの」とし、「行政指導が実際上不許可処分と同じような機能をもっている場合」があり、これを争わせる必要があるとして行政指導の違法確認や除去の訴えを認め、また、通達についても、「内部行為だと言われているが、争わせるべき場合もある」として、成熟性の存在を前提に上記行政訴訟の対象とする考え方が述べられている。

* 上記考え方につき前掲(注14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)。(第6回検討会資料2)4～6頁【行政訴訟と民事訴訟の関係・排他的管轄】及び8～10頁【抗告訴訟の対象】参照

(注17)「行政庁の決定」を行政訴訟の対象とする外国の立法例として、フランスにつき「行政訴訟に関する外国事情調査結果(フランス)。(第7回検討会資料2)6頁参照

イ 通達、指導要綱など、行政の内部行為でも、権利救済上その段階で争わせることを必要とする場合には、紛争の成熟性を前提にこれを争わせるべきとの考え方

(注18)国家行政組織法第14条第2項「各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発するこ

とができる。」

(注19)「指導要綱」の意義につき、塩野宏「行政法 第二版増補」88～89頁参照

上記考え方で問題とされている「行政の内部行為」について、裁判例では、行政庁の公権力の行使に当たる行為が、本来的に私人に向けられたものではなく、行政庁内部又は行政庁相互の間で行われるものにすぎない場合や、それが相手方に対して表示されれば行政処分となるべきものであるがいまだ外部に表示されず、行政庁の内部的な意思決定にとどまっている場合においては、これによって私人がその権利義務に直接具体的な影響を受けることは原則として考えられないから、かかる行為は抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないものとされている一方で、通達の取消しの訴えを適法とした裁判例もある。

(注20)上記裁判例として、別紙3「行政の内部的行為の行政訴訟対象性に関する裁判例」参照

なお、「紛争の成熟性」は、民事訴訟において、確認訴訟における訴えの利益の一つの要素とされる「即時確定の利益」ないし「即時確定の現実的必要」と同義にとらえられることがあり、「確認の訴えが認められるためには、原告の権利・地位に不安・危険が生じていなければならない、かつ、その不安・危険は現実的なものでなければならない。原告の権利・地位に不安・危険がないのであれば、訴訟をさせる意味はなく、不安・危険がないわけではないうが抽象的ないし空想的であれば、具体化ないし現実化した段階で訴訟をさせれば足りるからである。・・・(中略)・・・また、将来そのように事態が進展するかは不確定であるから、先走って判決してみても、事件が別の展開をし判決が無意味・無駄になることもありえよう。そうだとすると、一般論としては、将来の法律関係について現時点で確認する利益はないこととなる。しかしながら、過去の法律関係の確認には確認の利益がないというドグマが絶対的でないのと同様に、将来の法律関係の先行的確認もそれなりの合理的な理由があれば許容されてよいと理解すべきである。」(注21)とされている。

(注21)「紛争の成熟性」(即時確定の現実的必要)を含む、民事訴訟における確認の利益につき、高橋宏志「重点講義民事訴訟法 新版」311～334頁参照

(注22)外国における通達等の司法審査対象性につき、「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)9頁参照

* この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲(注14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)」(第6回検討会資料2)8～10頁【抗告訴訟の対象】参照

ウ 被災者支援金とかホームヘルパーの派遣などの私法形式をとって行われる補助金などの資金配分行政について、行政訴訟の対象とすべきものとする考え方

(注23)「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」[補助金適正化法](別紙4)参照

(注24)地方自治法第232条の2(寄附又は補助)「普通地方公共団体は、その公益上必要がある場合においては、寄附又は補助をすることができる。」

上記の考え方で問題とされている補助金などの資金配分行政における問題点の指摘として、塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」『法治主義の諸相』194頁(注25)は、「法的にいかに評価すべきかの問題は依然として残っているが、法律ないしは条例の具体的な根拠を有しない補助金行政は現在でも広く行われている。その際、国の補助金であれば、当該補助金に根拠法が存在しないときでも、補助金適正化法によりその交付決定は行政行為と

して位置づけられることはすでに述べたとおりである。また、地方公共団体の補助金においても、条例または規則により、その交付決定が行政行為としての性質をもつとみられる場合のあることも指摘したとおりである。これに対して、地方公共団体においては、地方自治法 232 条の 2 の一般条項以外に法令の規定がなく、要綱のみによって補助金行政が遂行されている例がみられる。このような場合に、交付決定はどのような性質をもつものとするべきであろうか、さらに、より実務的にいえば、どのような形態によって紛争の処理がなされるべきであろうかが問題となる。」としている。

(注 25) 塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」『法治主義の諸相』194 頁参照

上記考え方で問題とされている「私法形式をとって行われる補助金などの資金配分行政」に関し、裁判例においては、本来権力的作用を伴わないいわゆる給付行政の分野において、申請に応じて行政庁のする給付に係る行為が実質的には私法上の契約の申込みに対する承諾と異ならないという場合、あるいは、行政庁の行為によって成立する当事者間の法律関係が私法上の関係とされる場合であっても、その根拠となる行政法規が、公益上の目的からそのような行為を公権力の行使の性質を有するものとして規定しているとされる場合があり、そのような行為が抗告訴訟の対象となるか否かについては判断が分かれている。

(注 26) 補助金の交付と行政訴訟の対象に関する裁判例として、別紙 5「補助金の交付と行政訴訟の対象に関する裁判例」参照

* この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲(注 14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第 5 回検討会まで)」(第 6 回検討会資料 2) 8 ~ 10 頁【抗告訴訟の対象】参照

エ 司法の行政に対するチェック機能の強化の観点から、客観訴訟を拡充すべきであるとの考え方

(注 27)「客観訴訟」を含む行政事件訴訟法上の訴訟類型の意義につき、芝池義一「行政救済法講義 第 2 版」13 ~ 23 頁参照

「客観訴訟」につき、佐藤幸治「憲法 第三版」(注 28) 298 及び 299 頁は、「裁判所が司法権を独占的に行使するということは、他方、裁判所は司法権のみを行使すること、換言すれば、裁判所が本来的司法権ならざる権能を行使してはならないこと、を直ちには意味しない。本来的司法権を核として、その周りには法政策的に決定すべき領域が存在している。いわゆる「客観訴訟」の創設とか非訟事件の裁判権の付与などがそれである。裁判所法三条も、「その他法律において特に定める権限」という。が、法律により、裁判所に対し、本来的司法権ならざる権能を付与するについては、憲法上の限界があると解される。すなわち、付与される作用は裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものでなければならず、その決定には終局性が保障されなければならないと解される。」としている。

他方、この点に関する外国の法制につき、アメリカでは、日本でいう「主観訴訟」と「客観訴訟」の訴訟類型の区別は存在せず、すべての訴訟は司法権の範囲内で行われなければならないとされ、フランスでは、日本の「客観訴訟」に類似するものとして「適法性統制訴訟」(市町村の活動につき国に行政機関が取消を請求する手続)があるが、これは地方公共団体一般法典の特別な規定を根拠としているものであり、また、越権訴訟を客観的訴訟として説明するが、訴えの利益を不要と考えられているわけではなく、訴え自体は通常のもの(日本的に

は主観的訴訟)であるが、行政活動の適法性コントロールを主たる争点とするもの、という主旨であるとされている(注29)。ドイツでは、司法判断を求められる事項か否かは、行政機関の用いた行為形式を基準にせず、専ら、原告が「権利」を侵害される主体か否か、訴訟の対象および訴えの形式が、原告の権利を保護するために必要かつ適切なものか、その時点で原告の権利を保護することが必要かつ適切かが、基準とされ、規範統制訴訟についても、私人については「権利侵害」を主張する者しか提起できないとされ、「客観訴訟」という訴訟類型は認められていない(外国における通達等の司法審査対象性につき、前掲(注22)「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)9頁参照)。

(注28)司法権の観念・範囲・限界・帰属につき、「憲法 第三版」(佐藤幸治著)293～309頁参照

(注29)「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)3・4頁参照

2 行政訴訟の類型

新たな抗告訴訟の類型を設けるべきであるとの考え方があるかどうか。

行政事件訴訟法の定める訴訟類型につき、前掲(注3)杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」5・6頁では、「(行政事件訴訟)特例法は、単に行政事件訴訟を「行政庁の違法な処分取消又は変更を求める訴訟」と「その他公法上の権利関係に関する訴訟」とに大別しているにすぎないため、行政事件訴訟たる性格をもつ訴訟の範囲並びに各種の形態の訴訟についていかなる範囲でどの法規が適用又は準用されるかが明らかでなかったため、本法は、第二章以下の規定によって、それぞれの訴訟に適用又は準用される規定の範囲をできるだけ明確にするため、まず、本章(注：第一章 総則)において、行政事件訴訟を類型化して、それぞれについて定義を与えているのである。

特例法が右のように極めて概括的に行政事件訴訟の類型を定めたのは、旧行政裁判所時代と異なり、広く訴訟による救済を認めた新憲法の下でいかなる形態の訴訟が現れるか予想のできなかった当時の立法としてやむをえなかったところであろうが、このため、さまざまな形態の訴訟が提起され、裁判所は、その都度これを一般理論に照して性質を判定するという本案以前の問題の判断に多大の負担を被り、また、その解釈が必ずしも一定しないため、行政事件訴訟制度に対する期待を裏切らせるうらみがないではなかった。そこで本法は、行政事件訴訟を類型化して、いかなる訴訟が抗告訴訟として扱われるか、いかなる訴訟が民衆訴訟として扱われるか等を、また、それらに適用又は準用される規定の範囲を明確にすることを企図したのである。

これら定義規定は、右に述べたように、具体的事件がいかなる類型の訴訟に属し、いかなる手続で処理されるかを示すにすぎないものであって、訴訟の可能性を定めるものではない。換言すれば、ある特定の形態の訴訟が許されるか否かは、従来どおり、解釈によって決められるとするものである。」とされている(注30)。

(注30)行政に関する訴訟の類型につき、別紙6「行政の行為が問題となる訴訟の類型」参照

他方、前掲(注11)司法制度改革審議会意見書は、現行の行政訴訟制度に関する指摘として、「()現行の行政訴訟制度に内在している問題点として、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(政策的判断への司法の不介入、行政庁

の第一次判断権の尊重、取消訴訟中心主義等)が認められており、その帰結として、抗告訴訟が制度本来の機能を十分に果たしていない、()現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争(行政計画の取消訴訟等)が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要である」とし、「行政訴訟手続に関する諸課題」の一つとして、「義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題となる。」としている。

* 外国の行政訴訟の類型につき、前掲(注 29)「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)3・4頁参照

* なお、訴訟類型選択の責任に関する諸外国の事情として、アメリカでは救済の具体的内容は裁判所の責務とされ、フランスでは行政裁判官の補正命令の利用による訴えの却下を回避する運用がされ、ドイツでは特定の訴訟類型への法的性質決定と当てはめは一次的に裁判所の任務とされている(ドイツ行政裁判所法88条)ことにつき、前掲(注29)「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第7回検討会資料4)4頁参照

例えば、申請に対する給付処分を求める訴え(義務づけ訴訟)、不利益処分の排除を求める訴え、法律の保護を求める第三者の訴え、計画に対する訴えなど、多様な紛争形態に応じた訴訟類型を設けるべきであるとの考え方があるかどうか。

(注31)「行政計画」の意義につき、塩野宏「行政法 第二版増補」176～182頁参照

本検討会における意見では、「義務づけ訴訟などでは第一次判断権が議論されるが、行政側が給付処分はできないと主張し、裁判所はその理由はないとして判断するわけであるから、そこで行政の第一次的判断は済んでいる。第一次判断権の問題が義務づけ訴訟の立法を阻害することはあり得ない。」として、「申請に対する給付処分を求める訴え」の仕組みを作り、義務づけ訴訟を全面肯定説に立って立法すべきであるとし、差止め訴訟については、処分の前に提起されるだけであって、義務づけ訴訟とは性質が異なるとして、「不利益処分の排除を求める訴え」の範疇に入れることとし、「処分がなされた後では実効的な救済を得ることが困難で、法律的な判断に熟する限りで認める」べきであるとし、建築基準法違反を理由とする改善命令の発出を求めるなどの「不利益処分の発給を求める第三者の訴え」については、義務づけ訴訟の一種であるが、現在の民事訴訟では対応が困難であるとし、さらに、「計画は多数人の多面的な利害を調整するが、その計画自体も権利制限効果が発生することがある。また計画に続く行為の段階では、もはや違法是正・権利救済が實際上ほぼ不可能になることも多いし、あるいは後の段階で違法とされると、計画を信頼して行動した者、投資した者が不利益を受けるので、紛争の根元を一挙に解決するため、計画に対する訴えを創設すべきである。」とする考え方が述べられている。

* 上記考え方につき前掲(注14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)」(第6回検討会資料2)8～10頁【抗告訴訟の対象】及び15～16頁【行政訴訟の類型・無名抗告訴訟】参照

無効等確認の訴え又は不作為の違法確認の訴えの対象である行政庁の行為以外の国又は公共団体若しくはその機関の行為を対象とする行政権限行使の違法の確認の訴えを設けるべきであるとの考え方があるかどうか。

行政事件訴訟法の「無効等確認の訴え」につき、「行政処分が重大かつ明白な違法性を有する場合、その行政処分は公定力を持たず当然無効であり、取消訴訟以外の訴訟においても、裁判所はその無効を認定できる（行政処分の当然無効の基準としては、ここではとりあえず重大かつ明白な違法性を挙げておく。・・・中略・・・）。無効確認訴訟は、この当然無効を確認するための訴訟である。」とされ、「不作為の違法確認の訴え」については、「不作為の違法確認訴訟とは、行政庁が、法令に基づく申請に対し、相当の期間内に、何らかの行政処分をなすべきであるにもかかわらず、これを行わないことについての違法の確認を求める訴訟である（行訴三条五項）。・・・（中略）・・・訴訟による救済を必要とする行政庁の不作為には、許認可などの申請に対する不応答と職権によりとるべき措置の不作為とがあるが、不作為違法確認訴訟は、前者に対してのみ適用できるものである。・・・（中略）・・・この不作為違法確認訴訟も抗告訴訟の一つであるから、行政庁のさまざまな不作為のうち行政処分の不作為についてのみ認められるものである。」とされている（前掲（注27）芝池義一「行政救済法講義 第2版」15～18頁）。

他方、「行政権限行使の違法の確認の訴え」に関連し、アメリカの判例法上の司法審査訴訟においては、インジャンクションとともに、「宣言判決」（行政決定の違法の確認）が用いられている（注32）。また、ドイツでは、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟という民事訴訟と同様の分類を前提とし、行政行為無効確認訴訟については形成訴訟・給付訴訟に対する補足性を要件としておらず（ドイツ行政裁判所法43条2項）、現実の紛争を的確に解決する確認訴訟であれば即時確定の利益の要件も確認訴訟の補足性の要件も柔軟に認めるとされる（注33）。

（注32）「行政権限行使の違法の確認の訴え」に関連し、アメリカの判例法上の司法審査訴訟における宣言判決につき、「行政訴訟に関する外国事情調査結果（アメリカ合衆国）」（第7回検討会資料1）6・7頁11・12項参照

（注33）「行政権限行使の違法の確認の訴え」に関連し、ドイツの行政裁判所法における確認訴訟につき、「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」（第7回検討会資料3）2・3頁6・8・9項参照

* 確認の利益につき、前掲（注8）伊藤眞「民事訴訟法 補訂第2版」123～145頁及び（注21）「重点講義民事訴訟法 新版」（高橋宏志著）311～334頁参照。民事訴訟で確認の利益については判示した最高裁判所の裁判例として、前掲（注5）最高裁昭和47年2月15日第三小法廷判決（民集26巻1号30頁）・別紙2の判例1のほか、最高裁昭和47年11月9日（民集26巻9号1513頁）別紙2の判例2参照

* この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲（注14）「行政訴訟検討会における意見の概要（第5回検討会まで）」（第6回検討会資料2）8～10頁【抗告訴訟の対象】及び15～16頁【行政訴訟の種類・無名抗告訴訟】参照

無効確認訴訟を改正すべきであるとの考え方、例えば、処分の取消しと無効の区別の観念を変更すべきであるとの考え方があるがどうか。

行政事件訴訟法立法時の法案逐条説明では、「無効等確認訴訟」について、「行政処分の無効確認訴訟の型態に属するものとして考えられておりますものの多くのも、たとえば農地買収処分の無効確認訴訟は、その実質において、買収処分の無効であることを前提とする所有権確認訴訟にほかならないのでありますので、過去の法律関係の確認という訴訟法の理論にも反することとなるこのような行政処分の無効確認訴訟というような型態のものを維持しなければならない必要性も理論的な根拠はどこにも見出せないのであります。そこで本条は、無効等確認を求める訴えは、当該処分若しくは、裁決の存否又は効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによっては目的を達することができないような場合において、これを提起するにつき法律上の利益を有する者のみがこの訴えを提起することができるわけでありまして、たとえば、買収計画の無効確認等一連の手續中の先行処分の無効確認の訴えとか、許可申請に対する却下処分の無効確認の訴え等がこれであります。」とされている(注34)。

(注34)「行政事件訴訟法案逐条説明」(第3回検討会資料7)第36条該当部分参照

「処分の取消と無効の区別」については、「公定力のある行政行為については取消訴訟の排他的管轄が妥当し、他の民事訴訟・当事者訴訟によってはその効力を争うことができない。しかし、行政行為の違法性がはなはだしい場合、その行政行為は公定力をもたず、当然無効と考えられる。すなわち、当然無効の行政行為については、取消訴訟の排他的管轄は妥当せず、法律関係または権利義務を争う民事訴訟・当事者訴訟において、その先決問題として、行政行為が無効であることを主張することができる。また、無効確認訴訟により、当然無効の確認を求めることもできる。このように、当然無効の観念の主要な意義は、取消訴訟の排他的管轄が妥当し取消判決があってはじめて行政行為が無効になるのではなく、その他の訴訟形式によっても行政行為の無効の認定を求めることができる点にある。」とされている(注35)。

(注35)芝池義一「処分の取消しと無効の区別」につき、「行政法総論講義 第4版」154～165頁参照

* この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲(注14)「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)」(第6回検討会資料2)8～10頁【抗告訴訟の対象】及び15～16頁【行政訴訟の種類・無名抗告訴訟】参照

無効等確認訴訟については、その原告適格ないし訴えの利益に関し、行政事件訴訟法第36条の「当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達成することができないもの」との要件の位置付け及び内容をめぐってさまざまな立場が主張されている(注36)。

(注36)芝池義一「行政救済法講義 第2版」106～110頁参照

この点に関し、韓国の行政訴訟法における無効等確認訴訟の原告適格については、我が国の行政事件訴訟法第36条の定める上記要件は必要とされていない(注37)。

(注37)「韓国・行政訴訟法」(第7回検討会資料8)6頁第35条参照

また、例えば、次のような訴訟類型を設け、その要件を規定すべきであるとの考え方があるがどうか。また規定する場合には、どのような要件を定めるべきか。

ア 行政庁の違法な処分その他公権力の行使に当たる行為の差止めを請求する訴訟

(注 38) 住民訴訟としての差止め訴訟に関する地方自治法第 242 条及び第 242 条の 2 (別紙 7) 参照

* 「差止めを請求する訴訟」に関連し、アメリカの判例法上の司法審査訴訟におけるインジャンクションとしての差止めが認められていることにつき、前掲(注 32)「行政訴訟に関する外国事情調査結果(アメリカ合衆国)」(第 7 回検討会資料 1) 6・7 頁 11・12 項参照

* 「差止めを請求する訴訟」に関連し、ドイツの行政裁判所法における予防的訴訟につき、前掲(注 33)「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」(第 7 回検討会資料 3) 2・3 頁 9 項参照

イ 不作為の違法確認の訴え(第 3 条第 5 項参照)の対象とされる法令に基づく申請に対する処分又は裁決をしないということ以外の行政庁の特定の処分その他公権力の行使に当たる行為をしないことについて、その不作為の違法の確認を求める訴訟

行政事件訴訟法立法時の法案逐条説明では、「不作為の違法確認の訴え」について、「不作為の違法確認の訴えにつきましては、行政庁が、法令に基づく申請に対して相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしないときには、それは法律上の争訟として違法の問題と考えられるのでありますが、現行法上はこの種の訴訟が果たして認められるべきものか否かが必ずしも明らかではありませんので、この訴えが許されるべき要件を明らかにするために、ここに明記することにいたしましたのであります。でありますから、この訴えは何らかの処分をなすべきであるにかかわらず、これをしないことが違法であるというのでありまして、具体的にある特定の処分をなすべきことを請求することを許す趣旨のものではなく、処分をしないことが違法であるということが判決によって確認されますと、何らかの処分をなさなければならないという拘束力が生ずるのであります。

さらにこの訴えの要件について若干補足いたしますと、法令に基づく申請権がある場合に限られるのでありまして、しかもこの訴えは、第三十七条で規定しておりますように申請をした者のみに許されるのでございます。」とされている(注 39)。

(注 39)「行政事件訴訟法案逐条説明」(第 3 回検討会資料 7) 第 3 条第 5 項該当部分参照

* ドイツの行政裁判所法では「不作為の違法確認の訴え」ではなく「義務付け訴訟」が法定されていることにつき、前掲(注 33)「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」(第 7 回検討会資料 3) 2 頁 7 項参照

ウ 行政庁が特定の処分その他公権力の行使に当たる行為をしないことが違法である場合に、行政庁に対し特定の処分その他公権力の行使に当たる行為をするように命ずることを求める訴訟

* 「義務付け訴訟」の意義につき、前掲(注 10)塩野宏「行政法 第二版」185 ~ 186 頁参照

- * アメリカでは、個別法上の司法審査訴訟における「変更」の判決や判例法上の司法審査訴訟における命令的な「インジャンクション」があり、フランスでは行政決定の変更を求めることができる「全面審判訴訟」があり、ドイツでは「義務付け訴訟」が法定されていることにつき、前掲（注 29）「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」（第 7 回検討会資料 4）3・4 頁参照
- * この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲（注 14）「行政訴訟検討会における意見の概要（第 5 回検討会まで）」（第 6 回検討会資料 2）15 ~ 16 頁【行政訴訟の種類・無名抗告訴訟】参照

不作為の違法確認訴訟に代えて、申請に対して行政庁の応答がない場合で、申請後一定の期間が経過したときは、別段の定めがない限り申請人は申請に対する拒否処分があったものとみなして、その取消訴訟を提起できるものとする考え方があるかどうか

（注 40）この点に関する外国の立法例として、フランス行政訴訟法典 R421-2 第 1 項「権限のある行政庁による、請求を受けてから 4 箇月を越える不作為については、拒否決定とみなされる。」（第 7 回検討会資料 6、19 頁）

（注 41）この点に関する行政事件訴訟法立法過程における議論として、ジュリスト 209 号「研究会行政事件訴訟特例法改正要綱試案（小委員会案）をめぐる諸問題（上）」39 頁抜粋（別紙 8）参照

当事者訴訟の見直しをすべきであるとの考え方があるかどうか。

- * 「当事者訴訟」の意義につき、前掲（注 27）「行政救済法講義 第 2 版」（芝池義一著）19 ~ 21 頁参照
- * この点に関する本検討会での意見の概要につき、前掲（注 14）「行政訴訟検討会における意見の概要（第 5 回検討会まで）」（第 6 回検討会資料 2）15 ~ 16 頁【行政訴訟の種類・無名抗告訴訟】参照

処分庁による違法な処分等によって生じた結果の除去を求める訴訟を規定すべきであるとの考え方

「違法な処分等によって生じた結果の除去を求める訴訟」につき、ドイツでは、「行政庁が違法な状態を作り出した場合に、行政庁は原状を回復させる義務を負い、違法状態により権利を侵害される私人は、原状回復を求める「結果除去請求権」を有する。ドイツで既に確立した考え方である。請求権の根拠として、様々な一般法理が説かれているが、現在では基本権と解する説が有力である。結果除去請求権の教科書事例として、建築許可処分取消判決を得た原告は行政庁に、建築主に対して建築物の除却等の措置をとるよう求めることができる、という例が挙げられている。」とされている（注 42）

(注 42) ドイツの「結果除去請求権」につき、「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」(第 7 回検討会資料 3) 6 頁 24 項参照

(注 43) この点に関連する外国の立法例として、ドイツ行政裁判所法第 113 条第 1 項「行政行為が違法であり、原告がそれにより権利を侵害されている場合、裁判所は行政行為、および異議決定が問題になる場合は異議決定を取消す。行政行為が既に執行されている場合、裁判所は申立てに基づき、行政官庁が執行を原状に回復せねばならないこと、およびその方法も、宣言することができる。この宣言は、官庁にとって可能であり、この問題が判決に熟している場合にのみ、許される。行政行為が既に取消しや他の事情により消滅した場合、裁判所は、行政行為が違法であったことを、原告がこうした確認について正当な利益を有する場合に、申立てに基づき判決によって宣言する。」(第 7 回検討会資料 7) 8 頁参照

民衆訴訟に当たる具体的な訴訟の制度として、国についても納税者訴訟（地方自治法第 242 条の 2 参照）の制度を導入すべきであるとの考え方があるかどうか。

(注 44) この点に関する本検討会での意見の概要につき、「行政訴訟検討会における意見の概要（第 5 回検討会まで）」(第 6 回検討会資料 2) 16 ~ 17 頁【客観訴訟（住民訴訟、納税者訴訟等）】参照

(注 45) 外国における納税者訴訟につき、「行政訴訟に関する外国事情調査結果一覧表」(第 7 回検討会資料 4) 13 頁参照

(注 46) 行政統制の諸制度につき、小早川光郎「行政法 上」71 ~ 75 頁参照

(注 47) 公務員の弁償責任につき、塩野宏「行政法 第二版」263 ~ 266 頁参照

(注 48) 関連諸制度の規定（会計検査院法、総務省設置法、会計法、物品管理法、予算執行職員等の責任に関する法律、入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律）につき、別紙 9「公務員の弁償責任等に関する諸規定」参照

* 前掲（注 38）別紙 7（地方自治法第 242 条及び第 242 条の 2）参照

別紙 1

「法律上の争訟」に関する最高裁判所の裁判例

1 最高裁昭和27年10月8日大法院判決（民集6巻9号783頁）

最高裁判所は、具体的事件を離れて抽象的に法律、命令等が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有するものではない。

「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義紛争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行いうるものではない。けだし、最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法七六条一項参照）。」

2 最高裁昭和27年10月31日第二小法院判決（民集6巻9号926頁）

昭和23年政令第201号によって憲法上保障されている団体交渉権、団体行動権等の権利が侵害されたと主張し、同政令の取消しを求める訴えは、具体的権利の紛争に関する訴えとはいえない。

「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とするのである。従ってわが裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するものでないことは当裁判所の判例とするところである（昭和二七年（マ）第二三号同年一〇月八日大法院判決）本件において上告人等は前記の如く本件政令により上告人等の憲法上の権利が侵害されたと主張しているが上告人等の請求はその具体的権利関係の紛争に関するものではなく単に右政令を制定した行為の取消を求めるものに過ぎないのであるから本訴訟は不適法として却下すべきでありこれと同趣旨の原判決は正当で論旨いずれも理由がない。」

3 最高裁昭和29年2月11日第一小法院判決（民集8巻2号419頁）

村議会の予算議決の無効確認を求める訴えは不適法である。

「裁判所法三条によれば「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」ものであり、ここに「法律上の訴訟」とは法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。本件村議会の予算議決は、単にそれだけでは村民の具体的な権利義務に直接関係なく、村長において、右議決に基き、課税その他の行政処分を行うに至ってはじめて、これに直接関係を生ずるに至るのであるから、本件村議会の予算議決があったというだけでは、未だ行政処分はないのであり具体的な権利義務に関する争訟があるとはいえず、従って裁判所法三条の「法律上の争訟」に当たるといふことはできない。また、本件のごとき村議会の議決に対し単にその効力を争う趣旨の出訴を認めた特別の法律の規定も存在しない。それ故、本件村議会の予算議決に対する出訴は不適法であって、これと同趣旨の原判決は正当であり、これと異なる論旨は採用できない。」

4 最高裁昭和35年6月28日第三小法院判決（集民42号1657頁）

「村役場の位置を定めるに当たっては、住民の利用に最も便利であるように交通の事情その他について適当な考慮を払わなければならないこと地方自治法四条の規定上明らかであるが、このような住民の利用上の利益は、事実上の利益であって法律上の利益ではない。従って右のような事実上の利益に関する紛争は、

当事者間の権利関係に関する紛争ではなく、また本訴は所論納税者訴訟でないことも請求の趣旨にてらして明らかであるから、原判決が住民たる資格により提起した上告人の本訴を不適法として却下したのはもとより正当であって、原判決には所論の違法はなく、違憲の主張は前提を欠く。」

5 最高裁昭和56年4月7日(民集35巻3号443頁)

訴訟が具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、信仰の対象の価値ないし宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題にとどまるものとされていても、それが訴訟の帰すを左右する必要不可欠のものであり、紛争の核心となっている場合には、該訴訟は、裁判所法三条にいう法律上の争訟に当たらない。(意見がある。)

「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により最終的に解決することができるものに限られる(最高裁昭和三九年(行ツ)第六一号同四一年二月八日第三小法廷判決・民集二〇巻二号一九六頁参照)。したがって、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争であっても、法令の適用により解決するのに適しないものは裁判所の審判の対象となりえない、というべきである。

・・・(中略)・・・本件訴訟は、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、その結果信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題であるにとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すを左右する必要不可欠のもので認められ、また、記録にあらわれた本件訴訟の経過に徴すると、本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となっていると認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による結局的な解決の不可能なものであって、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらないものといわなければならない。」

6 最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決(民集45巻4号518頁)

福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する旨を定めた最高裁判所規則について、同支部の管轄区域内に居住する者が、具体的な紛争を離れ、抽象的に同規則の憲法違反を主張してその取消しを求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらない。

「裁判所法三条一項の規定にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争に限られるところ、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかしないかの判断を求めることはできないものというべきである(最高裁昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決・民集六巻九号七八三頁、同昭和六一年(オ)第九四三号平成元年九月八日第二小法廷判決・民集四三巻八号八八九頁参照)。

これを本件についてみるに、本件各訴えは、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則及び家庭裁判所出張所設置規則の一部を改正する規則(平成元年最高裁判所規則第五号。以下「本件改正規則」という。)のうち、福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する部分について、これが憲法三二条、一四一条一項、前文に違反するとし、また、本件改正規則の制定には同法七七条一項所定の規則制定権の濫用の違法がある等として、上告人らが廃止に係る福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部の管轄区域内に居住する国民としての立場でその取消しを求めるというものであり、上告人らが、本件各訴えにおいて、裁判所に対し、右の立場以上に進んで上告人らにかかわる具体的な紛争についてその審判を求めるものでないことは、その主張自体から明らかである。そうすると、本件各訴えは、結局、裁判所に対して抽象的に最高裁判所規則が憲法に適合するかしないかの判断を求めるものに帰し、裁判所法三条一項にい

う「法律上の争訟」に当たらないというほかはない。」

7 最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決（裁判所時報1319号1頁）

国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、不適法である。

「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる（最高裁昭和51年（オ）第749号同56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁参照）。国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」

別紙 2

民事訴訟の確認の利益に関する最高裁判所の裁判例

1 最高裁昭和47年2月15日第三小法廷判決（民集26巻1号30頁）

「本件記録によれば、上告人らは、訴外亡園田熊雄が昭和三五年九月三〇日自筆証書によつてなした遺言は無効であることを確認する旨の判決を求め、その請求原因として述べるところは、右熊雄は昭和三七年二月二日死亡し、上告人らおよび被上告人らが同人を共同相続したものであるところ、熊雄は昭和三五年九月三〇日第一審判決別紙のとおり遺言書を自筆により作成し、昭和三七年四月二日大分家庭裁判所の検認をえたものであるが、右遺言は、熊雄がその全財産を共同相続人の一人にのみ与えようとするものであつて、家族制度、家督相続制を廃止した憲法二四条に違背し、かつ、その一人が誰であるかは明らかでなく、権利関係が不明確であるから無効である、というものである。これに対し、被上告人内藤ノブ子を除くその余の被上告人らは、本訴の確認の利益を争うとともに、本件遺言により熊雄の全財産の遺贈を受けた者は被上告人園田秀雄であることが明らかであるから、本件遺言は有効である旨抗争したものである。第一審は、遺言は過去の法律行為であるから、その有効無効の確認を求める訴は確認の利益を欠くとして、本訴を却下し、右第一審判決に対して上告人らより控訴したが、原審も、右第一審判決とほぼ同様の見解のもとに、本訴を不適法として却下すべき旨判断し、上告人らの控訴を棄却したものである。

よつて按ずるに、いわゆる遺言無効確認の訴は、遺言が無効であることを確認するとの請求の趣旨のもとに提起されるから、形式上過去の法律行為の確認を求めるとなるが、請求の趣旨がかかる形式をとついても、遺言が有効であるとすれば、それから生ずべき現在の特定の法律関係が存在しないことの確認を求めると解される場合で、原告がかかる確認を求めにつき法律上の利益を有するときは、適法として許容されうるものと解するのが相当である。けだし、右の如き場合には、請求の趣旨を、あえて遺言から生ずべき現在の個別的法律関係に還元して表現するまでもなく、いかなる権利関係につき審理判断するかについて明確さを欠くことはなく、また、判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である基本的法律行為たる遺言の無効の可否を判示することによつて、確認訴訟のもつ紛争解決機能が果たされることが明らかだからである。

以上説示したところによれば、前示のような事実関係のもとにおける本件訴訟は適法というべきである。それゆえ、これと異なる見解のもとに、本訴を不適法として却下した原審ならびに第一審の判断は、民訴法の解釈を誤るものであり、この点に関する論旨は理由がある。したがつて、原判決は破棄を免れず、第一審判決を取り消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審に差し戻すのが相当である。」

2 最高裁昭和47年11月9日第一小法廷判決（民集26巻9号1513頁）

「原審は、被上告法人の本件各理事会および評議員会の決議が無効であることの確認を求める上告人らの請求につき、法律に特別の規定のないかぎり、単なる事実の確認または過去の法律関係の存否の確認を求めるとは、その利益がないものとして許されないものであるところ、学校法人の理事会または評議員会の決議は、それによつて法律効果が生ずる場合でも、法律効果発生の要件事実であるにすぎず、しかも、私立学校法は、商法二五二条のような決議の無効確認の訴を認める規定を設けていないから、決議に基づいて発生した現在の具体的権利または法律関係の存否の確認を求めるとは格別、抽象的、総括的に過去の決議に遡つてその無効確認を求めるとは、その利益を欠き、許されないものと解すべきであるとして、上告人らの訴を不適法と判断したのである。

思うに、およそ確認の訴におけるいわゆる確認の利益は、判決をもつて法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位の不安、危険を除去するために必要か

つ適切である場合に認められる。このような法律関係の存否の確定は、右の目的のために最も直接的かつ効果的になされることを要し、通常は、紛争の直接の対象である現在の法律関係について個別にその確認を求めるのが適当であるとともに、それをもつて足り、その前提となる法律関係、とくに過去の法律関係に遡つてその存否の確認を求めることは、その利益を欠くものと解される。しかし、ある基本的な法律関係から生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえつて、これらの権利または法律関係の基本となる法律関係を確定することが、紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合においては、右の基本的な法律関係の存否の確認を求める訴も、それが現在の法律関係であるか過去のそれであるかを問わず、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である。

ところで、法人の意思決定機関である会議体の決議は、法人の対内および対外関係における諸般の法律関係の基礎をなすものであるから、その決議の効力に関する疑義が前提となつて、右決議から派生した各種の法律関係につき現在紛争が存在するときに、決議自体の効力を既判力をもつて確定することが、紛争の解決のために最も有効適切な手段である場合がありうることは、否定しえないところと解される。商法二五二条は、株式会社における株主総会の決議の内容が法令または定款に違反する場合においては、その決議の無効の確認を請求する訴を提起することができ、決議を無効とする判決は、第三者に効力を及ぼす旨を規定しているが、これは、右のように、決議自体の効力を確定することが、決議を基礎とする諸般の法律関係について存する現在の法律上の紛争を抜本的に解決し、かつ、会社に関する法律関係を明確かつ画一的に決するための手段として、最も適切かつ必要であることに鑑み、かかる訴につき確認の利益を肯定したものと解される。そして、このような紛争の抜本的解決の必要性が株式会社のみに特有の現象であるとして、かかる訴がとくに例外的に認められたというものでないことは、他の若干の法人の意思決定機関の決議につき商法二五二条を準用する規定の存することによつても、窺い知ることができるのであるが、さらに、実定法上その旨の明文の規定が存在しない法人にあつても、同様の趣旨において、意思決定機関の決議がその本来の効力を生じたかどうかを確定することを求める訴を許容する実益の存する場合はあることは否定しがたく、この点につき右の準用規定の存する法人と然らざるものとで截然と区別する実質的な理由は認められないのであつて、明文の準用規定を設けていない法人についても、商法二五二条を類推適用することは必ずしも許されないことではないと解すべきである。本件におけるように、学校法人の理事会または評議員会の決議が、理事、理事長、監事の選任ないし互選、それらの者の辞任の承認等を内容とする場合に、右決議の効力に疑義が存するときは、右決議に基づくこれら役員 の地位について争いを生じ、ひいては、その後の理事会等の成立、他の役員 の資格、役員 のした業務執行行為および代表行為の効力等派生する法律関係について連鎖的に種々の紛争が生じうるのであつて、このような場合には、基本となる決議自体の効力を確定することが、紛争の抜本的解決のため適切かつ必要な手段であるというべきであり、私立学校法が商法二五二条を準用する規定を設けていないことを理由に、右決議の効力を争う訴につきその利益を否定することは、相当でないのである。

したがつて、学校法人の理事会または評議員会の決議の無効の確認を求める訴は、現に存する法律上の紛争の解決のため適切かつ必要と認められる場合には、許容されるものと解するのが相当である。これと異なり、前示のような見解のもとに、ただちに、本件各決議の無効確認の訴を不合法として却下した原審の判断は、違法たるを免れないものというべきである。」

別紙 3

行政の内部的行為の行政訴訟対象性に関する裁判例

1 最高裁判所

最高裁昭和34年1月29日第一小法廷判決（民集13巻1号32頁）

消防法第7条によつて消防長がした建築許可の同意・同意の拒絶または同意の取消は行政事件訴訟特例法にいう行政庁の処分ではない。

最高裁昭和37年7月20日第二小法廷判決（民集16巻8号1621頁）

農業委員会が国の所有農地についてした売渡決議および関係書類の知事への進達は、行政事件訴訟特例法にいう行政庁の処分ではない。

最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決（民集18巻8号1809頁。「行政訴訟の基本的な論点に関する判例」番号1）

行政庁の処分とは、・・・（中略）・・・行政庁の法令に基づく行為の全てを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものという

最高裁昭和46年1月20日大法廷判決（民集25巻1号1頁）

農地法第80条に基づく農林大臣の認定は行政庁の内部的な行為であり、また、同条に基づく売払いは私法上の行為であつて、いずれも行政訴訟の対象となる行政処分ではない。

最高裁昭和53年12月8日第二小法廷判決（民集32巻9号1617頁）

全国新幹線鉄道整備法9条に基づく運輸大臣の工事实施計画の認可は、抗告訴訟の対象とはならない。

2 通達の取消しの訴えを適法とした裁判例

東京地裁昭和46年11月8日判決（行裁集22巻11・12号1785頁）

通達は、その内容が国民の具体的な権利義務ないしは法律上の利益に重大なかわりをもち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利義務ないしは法律上の利益に変動をきたし、通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないよう特殊例外的な場合には、これを行政訴訟の対象としてその取消しを求めることが許される（特定の業者の製造にかかる函数尺を販売し、または販売のため所持することは、計量法第10条に違反する旨を明示した通達（昭和38年8月20日付38重局第1277号都道府県知事あて通商産業省重工業局長通知）が、抗告訴訟の対象となる行政庁の公権力の行使に当たり、かつ右製造業者はその取消しを訴求する原告適格を有するとした事例）

別紙 4

補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（昭和三十年八月二十七日法律第百七十九号）（抄）

第一章 総則

（この法律の目的）

第一条 この法律は、補助金等の交付の申請、決定等に関する事項その他補助金等に係る予算の執行に関する基本的事項を規定することにより、補助金等の交付の不正な申請及び補助金等の不正な使用の防止その他補助金等に係る予算の執行並びに補助金等の交付の決定の適正化を図ることを目的とする。

（定義）

第二条 この法律において「補助金等」とは、国が国以外の者に対して交付する次に掲げるものをいう。

- 一 補助金
 - 二 負担金（国際条約に基く分担金を除く。）
 - 三 利子補給金
 - 四 その他相当の反対給付を受けない給付金であつて政令で定めるもの
- 2 この法律において「補助事業等」とは、補助金等の交付の対象となる事務又は事業をいう。
- 3 この法律において「補助事業者等」とは、補助事業等を行う者をいう。
- 4 この法律において「間接補助金等」とは、次に掲げるものをいう。
- 一 国以外の者が相当の反対給付を受けないで交付する給付金で、補助金等を直接又は間接にその財源の全部 又は一部とし、かつ、当該補助金等の交付の目的に従つて交付するもの
 - 二 利子補給金又は利子の軽減を目的とする前号の給付金の交付を受ける者が、その交付の目的に従い、利子を 軽減して融通する資金
- 5 この法律において「間接補助事業等」とは、前項第一号の給付金の交付又は同項第二号の資金の融通の対象となる事務又は事業をいう。
- 6 この法律において「間接補助事業者等」とは、間接補助事業等を行う者をいう。
- 7 この法律において「各省各庁」とは、財政法（昭和二十二年法律第三十四号）第二十一条 に規定する各省各庁をいい、「各省各庁の長」とは、同法第二十条第二項 に規定する各省各庁の長をいう。

（関係者の責務）

第三条 各省各庁の長は、その所掌の補助金等に係る予算の執行に当つては、補助金等が国民から徴収された税金その他の貴重な財源でまかなわれるものであることに特に留意し、補助金等が法令及び予算で定めるところに従つて公正かつ効率的に使用されるように努めなければならない。

2 補助事業者等及び間接補助事業者等は、補助金等が国民から徴収された税金その他の貴重な財源でまかなわれるものであることに留意し、法令の定及び補助金等の交付の目的又は間接補助金等の交付若しくは融通の目的に従つて誠実に補助事業等又は間接補助事業等を行うように努めなければならない。

（他の法令との関係）

第四条 補助金等に関しては、他の法律又はこれに基く命令若しくはこれを実施するための命令に特別の定めのあるものを除くほか、この法律の定めるところによる。

第二章 補助金等の交付の申請及び決定

（補助金等の交付の申請）

第五条 補助金等の交付の申請（契約の申込を含む。以下同じ。）をしようとする者は、政令で定めるところにより、補助事業等の目的及び内容、補助事業等に要する経費その他必要な事項を記載した申請書に各省各庁の長が定める書類を添え、各省各庁の長に対しその定める時期までに提出しなければならない。

（補助金等の交付の決定）

第六条 各省各庁の長は、補助金等の交付の申請があつたときは、当該申請に係る書類等の審査及び必要に応じて行う現地調査等により、当該申請に係る補助金等の交付が法令及び予算で定めるところに違反しないかどうか、補助事業等の目的及び内容が適正であるかどうか、金額の算定に誤がないかどうか等を調査し、補助金等を交付すべきものと認めるときは、すみやかに補助金等の交付の決定（契約の承諾の決定を含む。以下同じ。）をしなければならない。

2 各省各庁の長は、補助金等の交付の申請が到達してから当該申請に係る補助金等の交付の決定をするまでに通常要すべき標準的な期間（法令により当該各省各庁の長と異なる機関が当該申請の提出先とされている場合は、併せて、当該申請が当該提出先とされている機関の事務所に到達してから当該各省各庁の長に到達するまでに通常要すべき標準的な期間）を定め、かつ、これを公表するよう努めなければならない。

3 各省各庁の長は、第一項の場合において、適正な交付を行うため必要があるときは、補助金等の交付の申請に係る事項につき修正を加えて補助金等の交付の決定をすることができる。

- 4 前項の規定により補助金等の交付の申請に係る事項につき修正を加えてその交付の決定をするに当たっては、その申請に係る当該補助事業等の遂行を不当に困難とさせないようにしなければならない。

(補助金等の交付の条件)

第七条 各省各庁の長は、補助金等の交付の決定をする場合において、法令及び予算で定める補助金等の交付の目的を達成するため必要があるときは、次に掲げる事項につき条件を附するものとする。

- 一 補助事業等に要する経費の配分の変更(各省各庁の長の定める軽微な変更を除く。)をする場合においては、各省各庁の長の承認を受けるべきこと。
 - 二 補助事業等を行うため締結する契約に関する事項その他補助事業等に要する経費の使用方法に関する事項
 - 三 補助事業等の内容の変更(各省各庁の長の定める軽微な変更を除く。)をする場合においては、各省各庁の長の承認を受けるべきこと。
 - 四 補助事業等を中止し、又は廃止する場合においては、各省各庁の長の承認を受けるべきこと。
 - 五 補助事業等が予定の期間内に完了しない場合又は補助事業等の遂行が困難となつた場合においては、すみやかに各省各庁の長に報告してその指示を受けるべきこと。
- 2 各省各庁の長は、補助事業等の完了により当該補助事業者等に相当の収益が生ずると認められる場合においては、当該補助金等の交付の目的に反しない場合に限り、その交付した補助金等の全部又は一部に相当する金額を国に納付すべき旨の条件を附することができる。
 - 3 前二項の規定は、これらの規定に定める条件のほか、各省各庁の長が法令及び予算で定める補助金等の交付の目的を達成するため必要な条件を附することを妨げるものではない。
 - 4 補助金等の交付の決定に附する条件は、公正なものでなければならず、いやしくも補助金等の交付の目的を達成するため必要な限度をこえて不当に補助事業者等に対し干渉をするようなものであつてはならない。

(決定の通知)

第八条 各省各庁の長は、補助金等の交付の決定をしたときは、すみやかにその決定の内容及びこれに条件を附した場合にはその条件を補助金等の交付の申請をした者に通知しなければならない。

(申請の取下げ)

第九条 補助金等の交付の申請をした者は、前条の規定による通知を受領した場合において、当該通知に係る補助金等の交付の決定の内容及びこれに附された条件に不服があるときは、各省各庁の長の定める期日までに、申請の取下げをすることができる。

- 2 前項の規定による申請の取下げがあつたときは、当該申請に係る補助金等の交付の決定は、なかつたものとみなす。

(事情変更による決定の取消等)

第十条 各省各庁の長は、補助金等の交付の決定をした場合において、その後の事情の変更により特別の必要が生じたときは、補助金等の交付の決定の全部若しくは一部を取り消し、又はその決定の内容及びこれに附した条件を変更することができる。ただし、補助事業等のうちすでに経過した期間に係る部分については、この限りでない。

- 2 各省各庁の長が前項の規定により補助金等の交付の決定を取り消すことができる場合は、天災地変その他補助金等の交付の決定後生じた事情の変更により補助事業等の全部又は一部を継続する必要がなくなつた場合その他政令で定める特に必要な場合に限る。
- 3 各省各庁の長は、第一項の規定による補助金等の交付の決定の取消により特別に必要となつた事務又は事業に対しては、政令で定めるところにより、補助金等を交付するものとする。
- 4 第八条の規定は、第一項の処分をした場合について準用する。

第三章 補助事業等の遂行等

(補助事業等及び間接補助事業等の遂行)

第十一条 補助事業者等は、法令の定並びに補助金等の交付の決定の内容及びこれに附した条件その他法令に基く各省各庁の長の処分に従い、善良な管理者の注意をもつて補助事業等を行わなければならない、いやしくも補助金等の他の用途への使用(利子補給金にあつては、その交付の目的となつている融資又は利子の軽減をしないことにより、補助金等の交付の目的に反してその交付を受けたことになることをいう。以下同じ。)をしてはならない。

- 2 間接補助事業者等は、法令の定及び間接補助金等の交付又は融通の目的に従い、善良な管理者の注意をもつて間接補助事業等を行わなければならない、いやしくも間接補助金等の他の用途への使用(利子の軽減を目的とする第二条第四項第一号の給付金にあつては、その交付の目的となつている融資又は利子の軽減をしないことにより間接補助金等の交付の目的に反してその交付を受けたことになることをいい、同項第二号の資金にあつては、その融通の目的に従つて使用しないことにより不当に利子の軽減を受けたことになることをいう。以下同じ。)をしてはならない。

(状況報告)

第十二条 補助事業者等は、各省各庁の長の定めるところにより、補助事業等の遂行の状況に関し、各省各庁の長に報告しなければならない。

(補助事業等の遂行等の命令)

第十三条 各省各庁の長は、補助事業者等が提出する報告等により、その者の補助事業等が補助金等の交付の決定の内容又はこれに附した条件に従つて遂行されていないと認めるときは、その者に対し、これらに従つて当該補助事業等を遂行すべきことを命ずることができる。

2 各省各庁の長は、補助事業者等が前項の命令に違反したときは、その者に対し、当該補助事業等の遂行の一時停止を命ずることができる。

(実績報告)

第十四条 補助事業者等は、各省各庁の長の定めるところにより、補助事業等が完了したとき(補助事業等の廃止の承認を受けたときを含む。)は、補助事業等の成果を記載した補助事業等実績報告書に各省各庁の長の定める書類を添えて各省各庁の長に報告しなければならない。補助金等の交付の決定に係る国の会計年度が終了した場合も、また同様とする。

(補助金等の額の確定等)

第十五条 各省各庁の長は、補助事業等の完了又は廃止に係る補助事業等の成果の報告を受けた場合においては、報告書等の書類の審査及び必要に応じて行う現地調査等により、その報告に係る補助事業等の成果が補助金等の交付の決定の内容及びこれに附した条件に適合するものであるかどうかを調査し、適合すると認めるときは、交付すべき補助金等の額を確定し、当該補助事業者等に通知しなければならない。

(是正のための措置)

第十六条 各省各庁の長は、補助事業等の完了又は廃止に係る補助事業等の成果の報告を受けた場合において、その報告に係る補助事業等の成果が補助金等の交付の決定の内容及びこれに附した条件に適合しないと認めるときは、当該補助事業等につき、これに適合させるための措置をとるべきことを当該補助事業者等に対して命ずることができる。

2 第十四条の規定は、前項の規定による命令に従つて行う補助事業等について準用する。

第四章 補助金等の返還等

(決定の取消)

第十七条 各省各庁の長は、補助事業者等が、補助金等の他の用途への使用をし、その他補助事業等に関して補助金等の交付の決定の内容又はこれに附した条件その他法令又はこれに基く各省各庁の長の処分違反したときは、補助金等の交付の決定の全部又は一部を取り消すことができる。

2 各省各庁の長は、間接補助事業者等が、間接補助金等の他の用途への使用をし、その他間接補助事業等に関して法令に違反したときは、補助事業者等に対し、当該間接補助金等に係る補助金等の交付の決定の全部又は一部を取り消すことができる。

3 前二項の規定は、補助事業等について交付すべき補助金等の額の確定があつた後においても適用があるものとする。

4 第八条の規定は、第一項又は第二項の規定による取消をした場合について準用する。

(補助金等の返還)

第十八条 各省各庁の長は、補助金等の交付の決定を取り消した場合において、補助事業等の当該取消に係る部分に関し、すでに補助金等が交付されているときは、期限を定めて、その返還を命じなければならない。

2 各省各庁の長は、補助事業者等に交付すべき補助金等の額を確定した場合において、すでにその額をこえる補助金等が交付されているときは、期限を定めて、その返還を命じなければならない。

3 各省各庁の長は、第一項の返還の命令に係る補助金等の交付の決定の取消が前条第二項の規定によるものである場合において、やむを得ない事情があると認めるときは、政令で定めるところにより、返還の期限を延長し、又は返還の命令の全部若しくは一部を取り消すことができる。

(加算金及び延滞金)

第十九条 補助事業者等は、第十七条第一項の規定又はこれに準ずる他の法律の規定による処分に関し、補助金等の返還を命ぜられたときは、政令で定めるところにより、その命令に係る補助金等の受領の日から納付の日までの日数に応じ、当該補助金等の額(その一部を納付した場合におけるその後の期間については、既納額を控除した額)につき年十・九五パーセントの割合で計算した加算金を国に納付しなければならない。

2 補助事業者等は、補助金等の返還を命ぜられ、これを納期日までに納付しなかつたときは、政令で定めるところにより、納期日の翌日から納付の日までの日数に応じ、その未納付額につき年十・九五パー

セントの割合で計算した延滞金を国に納付しなければならない。

- 3 各省各庁の長は、前二項の場合において、やむを得ない事情があると認めるときは、政令で定めるところにより、加算金又は延滞金の全部又は一部を免除することができる。

(他の補助金等の一時停止等)

第二十条 各省各庁の長は、補助事業者等が補助金等の返還を命ぜられ、当該補助金等、加算金又は延滞金の全部又は一部を納付しない場合において、その者に対して、同種の事務又は事業について交付すべき補助金等があるときは、相当の限度においてその交付を一時停止し、又は当該補助金等と未納付額とを相殺することができる。

(徴収)

第二十一条 各省各庁の長が返還を命じた補助金等又はこれに係る加算金若しくは延滞金は、国税滞納処分の例により、徴収することができる。

- 2 前項の補助金等又は加算金若しくは延滞金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとする。

第五章 雑則

(理由の提示)

第二十一条の二 各省各庁の長は、補助金等の交付の決定の取消し、補助事業等の遂行若しくは一時停止の命令又は補助事業等の是正のための措置の命令をするときは、当該補助事業者等に対してその理由を示さなければならない。

(財産の処分の制限)

第二十二条 補助事業者等は、補助事業等により取得し、又は効用の増加した政令で定める財産を、各省各庁の長の承認を受けずに、補助金等の交付の目的に反して使用し、譲渡し、交換し、貸し付け、又は担保に供してはならない。ただし、政令で定める場合は、この限りでない。

(立入検査等)

第二十三条 各省各庁の長は、補助金等に係る予算の執行の適正を期するため必要があるときは、補助事業者等若しくは間接補助事業者等に対して報告をさせ、又は当該職員にその事務所、事業場等に立ち入り、帳簿書類その他の物件を検査させ、若しくは関係者に質問させることができる。

- 2 前項の職員は、その身分を示す証票を携帯し、関係者の要求があるときは、これを提示しなければならない。
- 3 第一項の規定による権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。

(不当干渉等の防止)

第二十四条 補助金等の交付に関する事務その他補助金等に係る予算の執行に関する事務に従事する国又は都道府県の職員は、当該事務を不当に遅延させ、又は補助金等の交付の目的を達成するため必要な限度をこえて不当に補助事業者等若しくは間接補助事業者等に対して干渉してはならない。

(行政手続法 の適用除外)

第二十四条の二 補助金等の交付に関する各省各庁の長の処分については、行政手続法（平成五年法律第八十八号）第二章及び第三章の規定は、適用しない。

(不服の申出)

第二十五条 補助金等の交付の決定、補助金等の交付の決定の取消、補助金等の返還の命令その他補助金等の交付に関する各省各庁の長の処分に対して不服のある地方公共団体（港湾法（昭和二十五年法律第二百十八号）に基く港務局を含む。以下同じ。）は、政令で定めるところにより、各省各庁の長に対して不服を申し出ることができる。

- 2 各省各庁の長は、前項の規定による不服の申出があつたときは、不服を申し出た者に意見を述べる機会を与えた上、必要な措置をとり、その旨を不服を申し出た者に対して通知しなければならない。
- 3 前項の措置に不服のある者は、内閣に対して意見を申し出ることができる。

(事務の実施)

第二十六条 各省各庁の長は、政令で定めるところにより、補助金等の交付に関する事務の一部を各省各庁の機関に委任することができる。

- 2 国は、政令で定めるところにより、補助金等の交付に関する事務の一部を都道府県が行うこととすることができる。
- 3 前項の規定により都道府県が行うこととされる事務は、地方自治法（昭和二十二年法律第六十七号）第二条第九項第一号に規定する第一号法定受託事務とする。

(適用除外)

第二十七条 他の法律又はこれに基く命令若しくはこれを実施するための命令に基き交付する補助金等に関しては、政令で定めるところにより、この法律の一部を適用しないことができる。

(政令への委任)

第二十八条 この法律に定めるもののほか、この法律の施行に関し必要な事項は、政令で定める。

第六章 罰則

第二十九条 偽りその他不正の手段により補助金等の交付を受け、又は間接補助金等の交付若しくは融通を受けた者は、五年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

2 前項の場合において、情を知つて交付又は融通をした者も、また同項と同様とする。

第三十条 第十一条の規定に違反して補助金等の他の用途への使用又は間接補助金等の他の用途への使用をした者は、三年以下の懲役若しくは五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

第三十一条 次の各号の一に該当する者は、三万円以下の罰金に処する。

一 第十三条第二項の規定による命令に違反した者

二 法令に違反して補助事業等の成果の報告をしなかつた者

三 第二十三条の規定による報告をせず、若しくは虚偽の報告をし、検査を拒み、妨げ、若しくは忌避し、又は質問 に対して答弁せず、若しくは虚偽の答弁をした者

第三十二条 法人(法人でない団体で代表者又は管理人の定のあるものを含む。以下この項において同じ。)の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前三条の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、当該法人又は人に対し各本条の罰金刑を科する。

2 前項の規定により法人でない団体を処罰する場合においては、その代表者又は管理人が訴訟行為につきその団体を代表するほか、法人を被告人とする場合の刑事訴訟に関する法律の規定を準用する。

第三十三条 前条の規定は、国又は地方公共団体には、適用しない。

2 国又は地方公共団体において第二十九条から第三十一条までの違反行為があつたときは、その行為をした各省各庁の長その他の職員又は地方公共団体の長その他の職員に対し、各本条の刑を科する。

附則 抄

1 この法律は、公布の日から起算して三十日を経過した日から施行する。ただし、昭和二十九年分以前の予算により支出された補助金等及びこれに係る間接補助金等に関しては、適用しない。

2 この法律の施行前に補助金等が交付され、又は補助金等の交付の意思が表示されている事務又は事業に関しては、政令でこの法律の特例を設けることができる。

別紙 5

補助金の交付と行政訴訟の対象に関する裁判例

1 札幌高裁昭和44年4月17日判決（行裁集20巻4号459頁）

釧路市工場誘致条例に基づく奨励金交付の法律関係は、その実質においては贈与の性質をもつ債権債務関係を成立させるにすぎないものであり、右奨励金交付の決定あるいは申請却下の決定は、公権力の発動の実体を伴わない形式的行政処分であるが、条例による規制に服し、条例の規定によって法的統制の実効性が保障されているものである以上、右申請却下の決定に対しては抗告訴訟で争うことができる。

2 大阪高裁昭和54年7月30日判決（判例時報948号44頁）

市長の制定した妊産婦対策費支給要綱に基づき同和地区内に居住する妊産婦が市の福祉事務所に對してした同和地区妊産婦対策費の支給申請が、行政事件訴訟法3条5項にいう「法令に基づく申請」に当たるとされた事例

3 東京高裁平成元年7月11日判決（行裁集40巻7号925頁、判例タイムズ717号135頁）

市が社会教育団体に対してした補助金の交付決定が、その根拠となる市の補助金等の予算の執行に関する規則は、補助金等の交付手続が適正に行われるように事務執行上の内部手続を定めた内部規則にすぎず、また、交付決定に関する補助金交付要綱は、いかなる場合に補助金を交付するかを定めるとともに、規則を受けて補助金交付の内部的手続の細則を定めたものにすぎないから、これらによって処分性が与えられるものとはいえないとして、地方自治法242条の2第1項2号所定の行政処分に当たらないとされた事例

4 福岡高裁那覇支部平成5年12月9日判決（判例時報1508号120頁）

補助金等の支給のような非権力的な給付行政の分野においても、立法政策として、一定の者に補助金等の支給を受ける権利を与えるとともに、支給申請及びこれに対する支給決定という手続により、行政庁に申請者の権利の存否を判断させることとした場合など、法令が特に補助金等の支給決定に処分性を与えたものと認められる場合には、補助金等の支給、不支給決定は、取消訴訟の対象となる行政処分に当たるが、補助金支給決定に処分性を与える根拠となる法令とは、法治主義の原則から法律及び法律に準ずる条例等をいい、行政庁の内部規則については、補助金等の支給決定の処分性を認めることを前提とした法律ないし条例等と一体として処分性を付与しているものでない限り根拠法令となり得ない。

5 札幌高裁平成9年5月7日判決（行裁集48巻5・6号393頁、判例地方自治168号9頁）

町長が市町村議会議員により設立された核廃棄物の貯蔵施設等の誘致を目的とする団体に対してした補助金の交付決定につき、地方公共団体の長による補助金の交付決定は、本来その給付を求める申込みに対する承諾の意思表示という性質を有する非権力的なものであるが、法令等が特に補助金交付決定に対して処分性を付与したものと認められる場合には行政処分に該当するところ、前記交付の根拠となる補助金交付要綱は、法律又は条例等の委任を受けたものではなく、町の事務執行上の内部的規則にすぎず、交付の相手方の権利義務につき法的に拘束するものではないとして、前記交付決定が地方自治法242条の2第1項2号所定の行政処分に当たらないとした事例

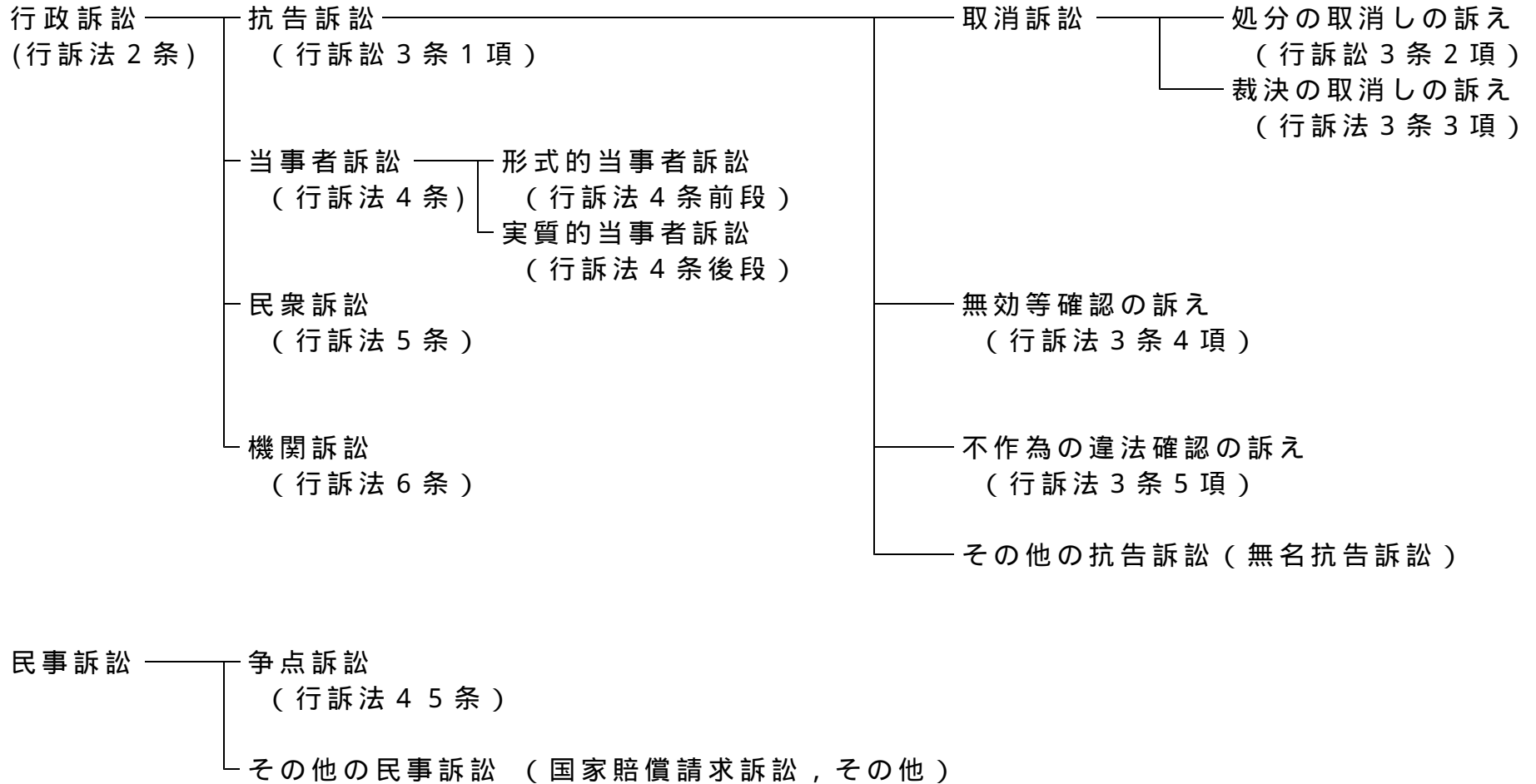
6 東京地裁平成12年3月23日判決（判例地方自治213号33頁）

特別区の区長が不動産会社に対しマンション建替事業について補助金を支出するのは違法であるとして、地

方自治法 242 条の 2 第 1 項 2 号に基づき、同区長に対してされた前記補助金に係る交付決定の取消しを求める訴えにつき、同号の行政処分とは、行政庁が法の認めた優越的地位に基づき、公権力の行使として行う行為であって、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいうと解され、法律や条例の委任がなく、単に行政庁の内部の規則だけで補助金の交付、不交付の決定に処分性を付与することはできないものと解されるとした上、前記補助金の交付決定は前記特別区が制定した要綱に基づいてされたものであり、同要綱は法律又は条例等の法令の委任に基づき制定されたものでなく、その要綱制定のもととなった国の要綱自体も法令の委任を受けたものではないから前記要綱が単に行政庁の内部の規則を定めたものにすぎないことは明らかであるから、前記交付決定は同号の行政処分には該当しないとして、前記訴えを不適法とした事例

別紙 6

行政の行為が問題となる訴訟の類型



別紙 7

地方自治法（昭和二十二年四月十七日法律第六十七号）（抄）

（住民監査請求）

第二百四十二条 普通地方公共団体の住民は、当該普通地方公共団体の長若しくは委員会若しくは委員又は当該普通地方公共団体の職員について、違法若しくは不当な公金の支出、財産の取得、管理若しくは処分、契約の締結若しくは履行若しくは債務その他の義務の負担がある（当該行為がなされることが相当の確実さをもつて予測される場合を含む。）と認めるとき、又は違法若しくは不当に公金の賦課若しくは徴収若しくは財産の管理を怠る事実（以下「怠る事実」という。）があると認めるときは、これらを証する書面を添え、監査委員に対し、監査を求め、当該行為を防止し、若しくは是正し、若しくは当該怠る事実を改め、又は当該行為若しくは怠る事実によつて当該普通地方公共団体のこうむつた損害を補填するために必要な措置を講ずべきことを請求することができる。

- 2 前項の規定による請求は、当該行為のあつた日又は終わつた日から一年を経過したときは、これをすることができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない。
- 3 第一項の規定による請求があつた場合において、当該行為が違法であると思料するに足りる相当な理由があり、当該行為により当該普通地方公共団体に生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、当該行為を停止することによつて人の生命又は身体に対する重大な危害の発生防止その他公共の福祉を著しく阻害するおそれがないと認めるときは、監査委員は、当該普通地方公共団体の長その他の執行機関又は職員に対し、理由を付して次項の手續が終了するまでの間当該行為を停止すべきことを勧告することができる。この場合においては、監査委員は、当該勧告の内容を第一項の規定による請求人（以下本条において「請求人」という。）に通知し、かつ、これを公表しなければならない。
- 4 第一項の規定による請求があつた場合においては、監査委員は、監査を行い、請求に理由がないと認めるときは、理由を付してその旨を書面により請求人に通知するとともに、これを公表し、請求に理由があると認めるときは、当該普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関又は職員に対し期間を示して必要な措置を講ずべきことを勧告するとともに、当該勧告の内容を請求人に通知し、かつ、これを公表しなければならない。
- 5 前項の規定による監査委員の監査及び勧告は、第一項の規定による請求があつた日から六十日以内にこれを行なわなければならない。
- 6 監査委員は、第四項の規定による監査を行うに当たつては、請求人に証拠の提出及び陳述の機会を与えなければならない。
- 7 監査委員は、前項の規定による陳述の聴取を行う場合又は関係のある当該普通地方公共団体の長その他の執行機関若しくは職員の陳述の聴取を行う場合において、必要があると認めるときは、関係のある当該普通地方公共団体の長その他の執行機関若しくは職員又は請求人を立ち合わせることができる。
- 8 第三項の規定による勧告並びに第四項の規定による監査及び勧告についての決定は、監査委員の合議によるものとする。
- 9 第四項の規定による監査委員の勧告があつたときは、当該勧告を受けた議会、長その他の執行機関又は職員は、当該勧告に示された期間内に必要な措置を講ずるとともに、その旨を監査委員に通知しなければならない。この場合においては、監査委員は、当該通知に係る事項を請求人に通知し、かつ、これを公表しなければならない。

（住民訴訟）

第二百四十二条の二 普通地方公共団体の住民は、前条第一項の規定による請求をした場合において、同条第四項の規定による監査委員の監査の結果若しくは勧告若しくは同条第九項の規定による普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関若しくは職員の措置に不服があるとき、又は監査委員が同条第四項の規定による監査若しくは勧告を同条第五項の期間内に行わないとき、若しくは議会、長その他の執行機関若しくは職員が同条第九項の規定による措置を講じないときは、裁判所に対し、同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次に掲げる請求をすることができる。

- 一 当該執行機関又は職員に対する当該行為の全部又は一部の差止めの請求
- 二 行政処分たる当該行為の取消し又は無効確認の請求
- 三 当該執行機関又は職員に対する当該怠る事実の違法確認の請求
- 四 当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求。ただし、

当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方が第二百四十三条の二第三項の規定による賠償の命令の対象となる者である場合にあっては、当該賠償の命令をすることを求める請求

- 2 前項の規定による訴訟は、次の各号に掲げる期間内に提起しなければならない。
 - 一 監査委員の監査の結果又は勧告に不服がある場合は、当該監査の結果又は当該勧告の内容の通知があつた日から三十日以内
 - 二 監査委員の勧告を受けた議会、長その他の執行機関又は職員の措置に不服がある場合は、当該措置に係る監査委員の通知があつた日から三十日以内
 - 三 監査委員が請求をした日から六十日を経過しても監査又は勧告を行わない場合は、当該六十日を経過した日から三十日以内
 - 四 監査委員の勧告を受けた議会、長その他の執行機関又は職員が措置を講じない場合は、当該勧告に示された期間を経過した日から三十日以内
- 3 前項の期間は、不変期間とする。
- 4 第一項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもつて同一の請求をすることができない。
- 5 第一項の規定による訴訟は、当該普通地方公共団体の事務所の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する。
- 6 第一項第一号の規定による請求に基づく差止めは、当該行為を差し止めることによつて人の生命又は身体に対する重大な危害の発生の防止その他公共の福祉を著しく阻害するおそれがあるときは、することができない。
- 7 第一項第四号の規定による訴訟が提起された場合には、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実の相手方に対して、当該普通地方公共団体の執行機関又は職員は、遅滞なく、その訴訟の告知をしなければならない。
- 8 前項の訴訟告知は、当該訴訟に係る損害賠償又は不当利得返還の請求権の時効の中断に関しては、民法第四百七条第一号の請求とみなす。
- 9 第七項の訴訟告知は、第一項第四号の規定による訴訟が終了した日から六月以内に裁判上の請求、破産手続参加、仮差押若しくは仮処分又は第二百三十一条に規定する納入の通知をしなければ時効中断の効力を生じない。
- 10 第一項に規定する違法な行為又は怠る事実については、民事保全法（平成元年法律第九十一号）に規定する仮処分をすることができない。
- 11 第二項から前項までに定めるもののほか、第一項の規定による訴訟については、行政事件訴訟法第四十三条の規定の適用があるものとする。
- 12 第一項の規定による訴訟を提起した者が勝訴（一部勝訴を含む。）した場合において、弁護士に報酬を支払うべきときは、当該普通地方公共団体に対し、その報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる。

別紙 8

ジュリスト 209 号「研究会 行政事件訴訟特例法改正要綱試案（小委員会案）をめぐる諸問題（上） 市原昌三郎・入江俊郎・杉本良吉・田中二郎・田中真次・新村義広・橋本公巨」39・40 頁抜粋

「不作為の違法確認の訴への試案

橋本 今の不作為の違法確認の訴なんですが、ただいま田中先生のおっしゃったことと重複するかもしれませんが、こんな案はどうなんでしょうか。「行政庁が申請に対して十分な理由がなく相当の期間内に決定をしなかったときは拒否したものとみなす」と定めて、かかる拒否処分に対する取消の訴えということで片づけられれば、不作為の違法確認の訴えというものを一般的に設けなくてもいいんじゃないかと思うのです。念のためにちょっと、アメリカの例を申しますと、APAの九条のB項で「許可の申請があったときはなるべくすみやかに決定しなければならない」という規定があるのですが、原案によりますと「六十日以内に決定を行わず、または聴聞に付しないときは認可申請は容認されたものとみなす」ということになっていました。それが、どうも六十日以内ということが不相当だということで、なるべくすみやかに認可するかしないかを決定しなければいけないというふうにかわって、そうして、もしその場合に行為をしない場合にはAPAの一〇条にいう官庁の処分というのは、行為のみならず不行為をも含むのですから、従ってその不行為を争うことができるわけです。どっちにしても、とにかく不行為ということについて違法確認という方法をとらないで、取消の訴で片づけることはできないでしょうか。

田中（二） 今のお話の問題も、まさにその通りの形でいろいろ問題が出て論議をしたのです。今の六十日云々という問題は、これまでの経験に照らしてみてもだめなんです。だめという意味は、六十日ちかく、例えば五十何日かたって、あと一日か二日になったときにもう一ぺん書類の不備を理由に差し戻してしまうことになりやすい。結局六十日という期限は処分をすべきぎりぎりの期限という意味じゃなくて、何もしないでほうっておいていい期間として利用される、そういうことはドイツでも経験済みのようです。だからそういう規定はできない。そこで一般的に相当の期間内にとかなんとかいう形をとって規定するかどうかという問題なんです、そのときにこういう議論もありました。訴訟法の中に実体規定になるような規定を設けることはどうかという意見です。こういう意見もあって、結局行政処分といっても、いろいろバラエティがあるし、それを専門外の裁判官が具体的に認定するといっても、実際には非常に困難でもある。また、どんな規定の仕方をしていてもなかなかすっきりした規定というものはないというので、先ほどお話になった不作為の取消の訴えという形も結局は取りやめて、今のような結論になってしまったわけです。

田中（真） 審議の経過中には、行政庁が申請に対し相当の期間内に処分をしないときには却下したものとみなすか、それとも不許可にしたものとみなすかというところでずいぶん議論しましたね。申請に対して処分をしない場合どちらともいえないわけですね。却下、つまり門前払いを食わしたのか、あるいはこれは許してはならぬというので不許可にしたのか、それは意味が違いますからね。どちらの意味にもとれる、そういうことで議論しておいたわけです。

田中（二） いろいろと規定を試みたのですが、実際にはやはり解釈上の疑義も生じますし、なかなか問題をすっきり解決することにはならないんじゃないかということだったと思います。」

別紙 9

公務員の弁償責任等に関する諸規定

会計検査院法(昭和二十二年四月十九日法律第七十三号)(抄)

第二十条 会計検査院は、日本国憲法第九十条の規定により国の収入支出の決算の検査を行う外、法律に定める会計の検査を行う。

- 2 会計検査院は、常時会計検査を行い、会計経理を監督し、その適正を期し、且つ、是正を図る。
- 3 会計検査院は、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。

総務省設置法(平成十一年七月十六日法律第九十一号)(抄)

(所掌事務)

第四条 総務省は、前条の任務を達成するため、次に掲げる事務をつかさどる。

- 十八 各行政機関の業務の実施状況の評価(当該行政機関の政策についての評価を除く。)及び監視を行うこと。

会計法(昭和二十二年三月三十一日法律第三十五号)

第四十一条 出納官吏が、その保管に係る現金を亡失した場合において、善良な管理者の注意を怠つたときは、弁償の責を免れることができない。

2 出納官吏は、単に自ら事務を執らないことを理由としてその責を免れることができない。ただし、分任出納官吏、出納官吏代理又は出納員の行為については、この限りでない。

第四十二条 各省各庁の長は、出納官吏がその保管に係る現金を亡失したときは、政令の定めるところにより、これを財務大臣及び会計検査院に通知しなければならない。

第四十三条 各省各庁の長は、出納官吏の保管に係る現金の亡失があつた場合においては、会計検査院の検定前においても、その出納官吏に対して弁償を命ずることができる。

2 前項の場合において、会計検査院が出納官吏に対し弁償の責がないと検定したときは、その既納に係る弁償金は、直ちに還付しなければならない。

第四十四条 分任出納官吏、出納官吏代理及び出納員は、その行為については、自らその責に任ずる。

第四十五条 出納官吏に関する規定は、出納員について、これを準用する。

物品管理法(昭和三十一年五月二十二日法律第百十三号)

(物品管理職員等の責任)

第三十一条 次に掲げる職員(以下「物品管理職員」という。)は、故意又は重大な過失により、この法律の規定に違反して物品の取得、所属分類の決定、分類換、管理換、出納命令、出納、保管、供用、不用の決定若しくは処分(以下「物品の管理行為」という。)をしたこと又はこの法律の規定に従つた物品の管理行為をしなかつたことにより、物品を亡失し、又は損傷し、その他国に損害を与えたときは、弁償の責に任じなければならない。

- 一 物品管理官
 - 二 物品出納官
 - 三 物品供用官
 - 四 第十条の二第一項の規定により前三号に掲げる者の事務を代理する職員
 - 五 第十条の二第二項の規定により第一号に掲げる者(その者の事務を代理する前号の職員を含む。)の事務の一部を処理する職員
 - 六 第十一条の規定により前各号に掲げる者の事務を行う都道府県の知事又は知事の指定する吏員
 - 七 前各号に掲げる者の補助者
- 2 物品を使用する職員は、故意又は重大な過失によりその使用に係る物品を亡失し、又は損傷したときは、その損害を弁償する責めに任じなければならない。
- 3 前二項の規定により弁償すべき国の損害の額は、物品の亡失又は損傷の場合にあつては、亡失した物品の価額又は損傷による物品の減価額とし、その他の場合にあつては、当該物品の管理行為に関し通常生ずべき損害の額とする。

(亡失又は損傷等の通知)

第三十二条 各省各庁の長は、その所管に属する物品が亡失し、若しくは損傷したとき、又は物品管理職員がこの法律の規定に違反して物品の管理行為をしたこと若しくはこの法律の規定に従つた物品の管理行為をしなかつたことにより国に損害を与えたと認めるときは、政令で定めるところにより、財務大臣及び会計検査院に通知しなければならない。

(検定前の弁償命令)

第三十三条 各省各庁の長又は政令で定めるところによりその委任を受けた当該各省各庁所属の職員は、物品管理職員が第三十一条第一項の規定に該当すると認めるときは、会計検査院の検定前においても、その物品管理職員に対して弁償を命ずることができる。

2 前項の規定により弁償を命じた場合において、会計検査院が物品管理職員に対し、弁償の責がないと検定したときは、その既納に係る弁償金は、直ちに還付しなければならない。

予算執行職員等の責任に関する法律(昭和二十五年五月十一日法律第七十二号)

(予算執行職員の義務及び責任)

第三条 予算執行職員は、法令に準拠し、且つ、予算で定めるところに従い、それぞれの職分に応じ、支出等の行為をしなければならない。

- 2 予算執行職員は、故意又は重大な過失に因り前項の規定に違反して支出等の行為をしたことにより国に損害を与えたときは、弁償の責に任じなければならない。
- 3 前項の場合において、その損害が二人以上の予算執行職員が前項の支出等の行為をしたことにより生じたものであるときは、当該予算執行職員は、それぞれの職分に応じ、且つ、当該行為が当該損害の発生に寄与した程度に応じて弁償の責に任ずるものとする。

(弁償責任の検定、弁償命令及び通知義務)

第四条 会計検査院は、予算執行職員が故意又は重大な過失に因り前条第一項の規定に違反して支出等の行為をしたことにより国に損害を与えたと認めるときは、その事実があるかどうかを審理し、弁償責任の有無及び弁償額を検定する。但し、その事実の発生した日から三年を経過したときは、この限りでない。

- 2 会計検査院が弁償責任があると検定したときは、予算執行職員の任命権者(国家公務員法(昭和二十二年法律第二十号)第五十五条第一項に規定する任命権者をいい、当該予算執行職員が都道府県の職員である場合にあっては、都道府県知事とする。以下同じ。)は、その検定に従つて、弁償を命じなければならない。
- 3 各省各庁の長(財政法第二十条第二項に規定する各省各庁の長をいう。以下同じ。)は、予算執行職員が故意又は重大な過失に因り前条第一項の規定に違反して支出等の行為をしたことにより国に損害を与えたと認めるときは、会計検査院の検定前においても、その予算執行職員に対して弁償を命ずることができる。
- 4 各省各庁の長は、予算執行職員が前条第一項の規定に違反して支出等の行為をした事実があると認めるときは、遅滞なく、財務大臣及び会計検査院に通知しなければならない。
- 5 第三項の場合において、各省各庁の長は、会計検査院が予算執行職員に対し弁償の責がないと検定したときは、その既納に係る弁償金を直ちに還付しなければならない。
- 6 前項の規定により還付する弁償金には、当該弁償金納付のときから還付のときまでの期間に応じ、当該金額に対し財務大臣が納付のときから還付のときまでの期間における銀行の一般貸付利率を勘案して決定する率を乗じて計算した額に相当する金額を加算しなければならない。

(弁償責任の減免)

第七条 第四条第一項本文(第五条第五項において準用する場合を含む。)の規定による弁償責任は、国会の議決に基かなければ減免されない。

(予算執行職員の弁償責任の転嫁)

第八条 予算執行職員は、その上司から第三条第一項の規定に違反すると認められる支出等の行為をすることの要求を受けたときは、書面をもつてその理由を明らかにし、当該上司を経て任命権者(当該上司が任命権者(宮内庁長官及び外局の長であるものを除く。))である場合にあっては直ちに任命権者、当該上司が宮内庁長官又は外局の長である任命権者である場合にあっては各省各庁の長)にその支出等の行為をすることができない旨の意見を表示しなければならない。

- 2 予算執行職員が前項の規定によつて意見の表示をしたにもかかわらず、更に、上司が当該職員に対し同一の支出等の行為をすべき旨の要求をしたときは、その支出等の行為に基く弁償責任は、その要求をした上司が負うものとする。
- 3 第四条第一項及び第二項、第五条並びに前条の規定は、前項の場合に準用する。

入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律(平成十四年七月三十一日法律第百一号)

(各省各庁の長等に対する改善措置の要求等)

- 第三条 公正取引委員会は、入札談合等の事件についての調査の結果、当該入札談合等につき入札談合等関与行為があると認めるときは、各省各庁の長等に対し、当該入札談合等関与行為を排除するために必要な入札及び契約に関する事務に係る改善措置(以下単に「改善措置」という。)を講ずべきことを求めることができる。
- 2 公正取引委員会は、入札談合等の事件についての調査の結果、当該入札談合等につき入札談合等関与行為があったと認めるときは、当該入札談合等関与行為が既になくなっていない場合においても、特に必要があると認めるときは、各省各庁の長等に対し、当該入札談合等関与行為が排除されたことを確保するために必要な改善措置を講ずべきことを求めることができる。
 - 3 公正取引委員会は、前二項の規定による求めをする場合には、当該求めの内容及び理由を記載した書面を交付しなければならない。
 - 4 各省各庁の長等は、第一項又は第二項の規定による求めを受けたときは、必要な調査を行い、当該入札談合等関与行為があり、又は当該入札談合等関与行為があったことが明らかとなったときは、当該調査の結果に基づいて、当該入札談合等関与行為を排除し、又は当該入札談合等関与行為が排除されたことを確保するために必要と認める改善措置を講じなければならない。
 - 5 各省各庁の長等は、前項の調査を行うため必要があると認めるときは、公正取引委員会に対し、資料の提供その他必要な協力を求めることができる。
 - 6 各省各庁の長等は、第四項の調査の結果及び同項の規定により講じた改善措置の内容を公表するとともに、公正取引委員会に通知しなければならない。
 - 7 公正取引委員会は、前項の通知を受けた場合において、特に必要があると認めるときは、各省各庁の長等に対し、意見を述べるることができる。

(職員に対する損害賠償の請求等)

- 第四条 各省各庁の長等は、前条第一項又は第二項の規定による求めがあったときは、当該入札談合等関与行為による国等の損害の有無について必要な調査を行わなければならない。
- 2 各省各庁の長等は、前項の調査の結果、国等に損害が生じたと認めるときは、当該入札談合等関与行為を行った職員の賠償責任の有無及び国等に対する賠償額についても必要な調査を行わなければならない。
 - 3 各省各庁の長等は、前二項の調査を行うため必要があると認めるときは、公正取引委員会に対し、資料の提供その他必要な協力を求めることができる。
 - 4 各省各庁の長等は、第二項の調査の結果、当該入札談合等関与行為を行った職員が故意又は重大な過失により国等に損害を与えたと認めるときは、当該職員に対し、速やかにその賠償を求めなければならない。
 - 5 入札談合等関与行為を行った職員が予算執行職員等の責任に関する法律(昭和二十五年法律第百七十二号)第三条第二項(同法第九条第二項において準用する場合を含む。)の規定により弁償の責めに任ずべき場合については、各省各庁の長又は公庫等の長(同条第一項に規定する公庫等の長をいう。)は、第二項、第三項(第二項の調査に係る部分に限る。)及び前項の規定にかかわらず、速やかに、同法に定めるところにより、必要な措置をとらなければならない。この場合においては、同法第四条第四項(同法第九条第二項において準用する場合を含む。)中「遅滞なく」とあるのは、「速やかに、当該予算執行職員の入札談合等関与行為(入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律(平成十四年法律第百一号)第二条第五項に規定する入札談合等関与行為をいう。)に係る同法第四条第一項の調査の結果を添えて」とする。
 - 6 入札談合等関与行為を行った職員が地方自治法(昭和二十二年法律第六十七号)第二百四十三条の二第一項(地方公営企業法(昭和二十七年法律第二百九十二号)第三十四条において準用する場合を含む。)の規定により賠償の責めに任ずべき場合については、第二項、第三項(第二項の調査に係る部分に限る。)及び第四項の規定は適用せず、地方自治法第二百四十三条の二第三項中「決定することを求め」とあるのは、「決定することを速やかに求め」と読み替えて、同条(地方公営企業法第三十四条において準用する場合を含む。)の規定を適用する。