

改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第5回会議 議事要旨

1. 日 時 平成23年6月17日（金） 自 18時00分
至 20時00分

2. 場 所 社団法人商事法務研究会会議室

3. 議事概要

(1) 義務付け訴訟に関する裁判例の動向について

法務省から、義務付け訴訟に関する裁判例の動向について、配布資料5に基づいて説明がされた。

(2) 自由討議

自由討議における委員等の発言の要旨は、以下のとおり。

- 弁護士会も義務付け訴訟のうち申請型については改正項目の中でも比較的うまく行っていると認識している。
- 非申請型については、処分の相手方が原告になる二面関係の場合と、非申請型の典型と考えられる三面関係の場合とを区別したほうが議論しやすい。その前提で考えると、入管関係の在留特別許可の義務付けは実質二面関係の場合だと思われるが、裁判例12は重大な損害が認められないとしているのに対し、裁判例6や裁判例7では重大な損害の要件を簡単に認めている。ここは揺れているのか、相場観はどうなっているのか。
- 裁判例12は、むしろ「その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」という補充性の要件を欠くという理由で却下しているのではないのか。
- 裁判例12のロジックは、要するに異議の申出に理由がない旨の裁決の取消訴訟で十分であり、だから在留特別許可の義務付けは必要がないというものであるが、これは特異ではないかという気がする。また、裁決の存在が後で在留特別許可を出すことの妨げになるのかという点もよく分からない。法務大臣が判断を変えるときに、一々異議の申出に理由がない旨の裁決を取り消さなければならないのか。むしろ単純に在留特別許可だけを出すことにはしないのか。

- 法務大臣には在留特別許可を付与する権限はあるが、あくまでも出入国管理法の枠内で付与されているにすぎず、一度、異議の申出に理由がない旨の裁決をした場合には、更に在留特別許可をする権限はない。その後、事情の変更等があり、在留特別許可が相当であるという判断に至ったときは、従前の裁決を撤回してもう1度やり直すことになる。
- 出入国管理法第50条の条文を前提とすれば、在留特別許可をする機会は異議の申出に対する裁決の段階しかないと理解するのではないか。
- 裁判例6、裁判例7のようなタイプは、取消訴訟では、裁決後に結婚したとしても裁決後の事情を新たに持ち出すものであるため、基準時の問題があり、認めてもらえない。したがって、義務付け訴訟を提起しないといけない。逆に、もともと結婚等をしていたという事情を主張し、処分後の事情は何も持ち出していないときには、処分前の事情の再考を求めているので、裁判例12のような判断で義務付けを動かさない、このような整理なのか。
- 確かに、前者については義務付け訴訟によることで、結婚などの処分後の事情を争うことができるようになったように思われる。
- 最近、義務付け訴訟と取消訴訟が併合提起されるようになって、取消訴訟の判断基準時の論点がいろいろなところに出てきている印象がある。
- 在留特別許可の義務付けとの関係では、身柄拘束や送還もされるので、補充性の要件についてはともかく、重大な損害の要件については認められているということか。
- 執行停止においては、今の裁判実務の大勢として、送還自体は重大な損害だと判断されている。それとの並びで見ても、非申請型の義務付けの訴えにおいて、重大な損害の要件を充たさないと判断されることはないのではないか。
- 執行停止との対比でいうと、執行停止においては、関連する第三者の損害も損害の重大性の判断に取り込んでいた印象がある。これに対して、義務付け訴訟の重大な損害の要件については、原告本人の不利益にかかわっていないと、そもそも考慮すべき損害に入らないとして切って

いる例があるように思われる。これは、バランスがとれているのだろうか。

○ 基本的には、裁判実務としては、執行停止であっても、非申請型の義務付け訴訟であっても、重大な損害の要件については、原告なり申立人本人の利益が損なわれたかを考える。もっとも、原告や申立人と同居する家族等が不利益を被る場合に、それがひいては本人自身の損害といえないかについても検討する。この点は、執行停止と義務付け訴訟とで、大きく変わることはないのではないか。たまたま非申請型の義務付けの事案については、第三者の損害も原告本人の損害として考慮すべきと明らかにいえる事案がなかったということではないか。

○ 非申請型については、重大な損害の要件で相当却下されている印象がある。この点は、執行停止の重大な損害要件と同様に理解すべきという解説があり、そうされていることがあるが、執行停止では原告適格を基礎づける損害以外のものは考慮されていないから、結局ここでも考慮されていないのではないか。

実質二面関係の、在留特別許可のような処分において、その相手方になる人が原告となっている場合には、まだ重大な損害のおそれがあることが認められることがあるが、三面関係で処分の相手方ではない者が原告となる場合には、かなり高いハードルがある。

例えば違反建築物の是正命令については、火災などで生命・身体に危険が及ぶ場合でなければ重大な損害の要件が認められないというのが実務的感覚だ。原告からすれば、本当は住環境が悪化することが問題であるが、原告適格が認められても、生命・身体への危険がいえなければ重大な損害の要件が認められないため、そのように主張することになる。

裁判例11については、私が代理人として関与したものであるが、裁判所からは、まず処分の特定に関して、原状回復命令をどういう形で出すように求めるのか、測量をしてその範囲を図面上特定するように求められた。このように過度の特定を求める裁判所があり、問題だ。

○ 執行停止でも同様であるが、基本的には、「重大な損害」において考慮する利益の範囲は、原告適格を基礎づけるものに限られていないのでは

ないか。

- 処分の特定は「一定の処分」の要件との関係で問題となるが、行政の効果裁量を一切認めないのは厳格に過ぎ、違和感がある。
- 「一定の処分」の解釈の問題になるが、被告の立場からすると単に「是正命令をせよ」だと困るものもあり、裁判所が更に特定を求める余地のある事件はかなりあるという印象がある。しかし、図面にきちんと落としてから持ってこいというケースは経験がない。
- 裁判例 1 1 では、合議体が変更して特定が問題とされなくなると、今度は、裁判所から、重大な損害の立証を強く求められた。しかし、土木工学的な難しい議論があったため、立証には費用がかかり、結局、費用を出せないということで重大な損害の立証はできずに訴えは却下された。しかし、重大な損害かどうかというのは実は本案とも絡んでいて、河川管理上の支障が生ずるかどうかがという本案の争点を重大な損害の要件審理で先取りした面がある。このような事例を見ると、本案の判断をしてしまうような訴訟要件の判断をする必要があるのかという疑問がある。結局、重大な損害要件の判断において本案審理に匹敵するような詳細な審理がされているが、それは本案審理でやるべきことだ。
- 公表された裁判例の事実認定を見ていくと、そもそも原告の主張する損害の発生の蓋然性それ自体が認められないという判示をしているものが多く、何らかの損害のおそれは認められるけれどもそれは重大なものとはいえないという切り方はされていないのではないかと。裁判例 1 1 も、結局のところ、危険は認められないと認定されている。損害のおそれ自体が認められていないとすれば、「重大な」の要件を削ったとしても、結局、訴訟要件はクリアされないのではないかと。
- 重大な損害の関係については、裁判例 1 1 のように個別具体的な事実認定に即した形で判断するものもあれば、裁判例 3 や裁判例 5 のように、一般的、類型的なアプローチをしている例もあり、判断の仕方は統一されていない印象がある。

また、仮に裁判例 1 1 のアプローチが訴訟要件の審理の仕方として重厚過ぎるとしても、実体要件として位置付けられている行訴法第 3 7 条

の2第5項の要件の審理では同程度の主張・立証は求められる。その意味で、原告に一定の立証の負担が課されるのは仕方ないのではないか。

○ 筋としては、本案の審理において、原告の重大な損害だけではなくて、処分を受ける相手方の不利益だとか、いろいろなことを考慮した上で、裁量の審査としてすべきものであると考える。

○ 裁判例11の事案では、処分がされないことにより重大な損害が生ずるおそれが生ずるかが問題となっている。これはどこかできっちりと調べないといけない。それを行訴法第37条の2の第1項で読むのか、第5項で読むのかであるが、損害の性質は、むしろ第1項で読んでいるということではないかと思われる。そうすると、原告適格のようにしっかりと調べる必要はないとはいづらいのではないか。

損害については本案の裁量判断の中で審理すればいいとすると、義務付け訴訟は変質するのではないか。軽い損害しかないけれども、処分を受ける相手方の侵害の程度も軽いという場合にも、義務付け訴訟を許容することになるが、第37条の2は、それは救わないこととされたのではないか。

○ 解釈論としてはそうかもしれないが、義務付け訴訟をもっと利用しやすくするため、訴訟要件にしないという改正をすることを要望している。非申請型義務付け訴訟は、様々なものがあるだろうが、9割以上が却下されており、實際上活用されていない。

○ まさに言われたとおり、様々なものがあり得て、実務的な感覚からいえば、法律上の争訟性がない、そもそもそのような処分をする権限がないといった理由で却下する事例は相当数ある。

○ 典型的に判断していると思われるのは、建築基準法関係の裁判例3とか裁判例5であるが、ここでは生命・身体の安全ということが問題になっている。これに対し、裁判例11では、問題となっている損害が「信用毀損を除き、金銭的損害」とされている。生命・身体等と財産的損害とでは扱いに違いが出るという傾向があるのではないか。

○ 損害の性質を見なさいということが条文に定められているから、そこは当然ともいえる。

- 差止めするときにはもっとシビアな形で、財産的な損害か、身体的な損害かが問題になるが、義務付けのときは、そんなにシビアに結論が変わるという印象はない。ただ、損害の重大性の判断の中で、生命・身体は重大だということに結びつきやすいという判断傾向があるのは確かであるし、原告代理人をしている弁護士の立場からは、もう少しハードルを低くして欲しいという要望がある。

感想であるが、裁判所は「重大な損害の生ずるおそれ」というこのワンフレーズをまとめて判断するので、損害があるとかないとかいう認定は積極的にされていないのではないかと感じる。更にいえば、重大性の要件そのものを問題にした判決というのは極めて書きにくいのではないのかという印象がある。だから、もしそのハードルを低くしようとすると、そこら辺りのニュアンスを変えるような改正というのが何かあるのかなというところを実は問題にしないといけないのではないかと感じる。

- 今回の裁判例を見ていて感じたのは、そもそも主張された損害のおそれが認められないという事例が多いということである。当事者の主張した「損害のおそれ」が認められたケース自体が少なく、裁判例11もそのような事案ではないかと感じる。

- 重大な損害の要件に関する行政訴訟検討会の検討においても、非申請型の場合には、申請権がないのに義務付けの訴えを許容するのだから、それに見合った厳しい要件を課すべきだという議論はあった。ただ、そこから先、「重大な損害」とは一体何なのか、理論的に「重大な損害」とはどのように判定するのかについては、行政訴訟検討会においても、それほど深い議論がなかったのではないかと感じている。私の印象では、結局、本案の問題や原告適格の問題に連続する部分が「重大な損害」の有無を検討するなかに入ってきてしまっているように思われる。

ただ、仮に「重大な損害」の要件をなくした場合も、本案の部分の主張責任や証明責任をどこまで原告側に課すのかという形で問題が出てしまうので、そこのところをはっきりさせない以上は、「重大な損害」の要件をなくしたからといって、それだけで変わる問題ではない。

- 「重大な損害」の要件をなくした場合には、申請型、非申請型を問わ

ず、どのような機能を持たせ、どのような役割を負わすのかというところをかなりシビアに考えないといけない。ただ、損害で切るのは、基本的にはどうもうまくないような気がしている。

- 前回の改正の議論でも、非申請型について何らの加重要件もなければ、原告適格がある人にはすべて申請権を与えるようなものであり、それはおかしいとして、原告に一定の損害を受けるおそれを要求する方向で要件を加重することになった。その際の加重の仕方として、「おそれ」は重い感じがするとの指摘もされたかもしれないが、「おそれ」よりも軽い蓋然性の要件の規定の仕方があるのかという議論もあり、このようになっている。すべてなくしてしまうのは影響が大きい。
- 「重大な損害」の要件をなくしてしまうと申請型と非申請型の区別自体がおかしくなるという議論はあった。ただ、非申請型の義務付けの要件として何がいいのかというのはあるが、今の要件で実際に動かしてみると、やはり使い勝手がもう一つよくないのではないかという議論にもうなずけるところがある。
- 第三者が巻き込まれるような処分について、裁判所を使っていわば強制的に行政活動させるというシチュエーションで、何かハードルを設けるということであれば、「損害」についてではないか。逆に、申請権がない場合でも在留特別許可のように第三者を巻き込まないタイプのものもあり、手続上の権利でしかない申請権にこだわる必要があるのかという感じはする。行訴法第37条の2の議論を聞いていると、第三者を巻き込むということと申請権の有無ということとがどうもうまく整理できていないのではないか。
- 「重大な損害」の要件は原告適格の要件と連続していると考え、そのうえで、原告適格の存否は処分の名宛人については議論にならないことと平行に考えると、原告適格が認められる原告については「重大な損害」がないとはいい難いのではないか。
- ただ、逆に「重大な損害を生ずるおそれ」という要件を設けたからこそ、取消訴訟の原告適格論をそのまま持ってくることはできないか。

- 裁判例としてそうでないものもあるが、基本的には、「重大な損害」において考慮する利益の範囲は、原告適格のように法律上保護されたものには縛られていないと考えているのではないか。
- 「重大な損害」の要件の中で財産的損害か否かについて考慮されているものがあるようだとの発言があったが、このように、本案等には直接にはかかわらないものではあるけれども、重大な損害の要件の中では読み込まれるようなものは、非申請型の義務付けの場合にはあるのか。
- 実務では、必ずしも法律が予定していない様々な訴えが提起され、非申請型の義務付け訴訟がその受け皿となっている側面がある。そのような訴訟においては、重大な損害が生じていないということで、法律上の争訟性や原告適格、本案等には踏み込まないで、却下という判断が示されているものはある。
- 原告適格と連動しないというのは、理屈として理解できるが、実際には、原告適格を基礎付けない利益を主張しても、ほとんどカテゴリー的に重大な損害は否定されるという印象がある。
- ある事案が申請型か非申請型かという論点は、実務では悩むことはほとんどないのか。在留特別許可以外に、公務員の再雇用の義務付けを求めた事案で、これが申請型か非申請型かが争われ、東京高判平成21年10月15日・判例時報2063号147頁は行訴法第3条第6項第1号に基づくものと判断した。しかし、公務員の任用は申請に対する処分ではないかという気がする。
- 実務では、行訴法第3条第6項第1号に基づくものとして提起されているのか、第2号に基づくものなのか、よく分からない訴えの提起がされることはある。例えば、情報公開法に基づき文書の開示を求めるといふ訴状が提出され、具体的に文書も一応特定はされている。しかし、原告が、情報公開の請求をしたけれども、それに応じないから申請型の義務付けで来ているのか、それとも、請求をしないままダイレクトに非申請型の義務付けの訴えを提起しているのか、判然としない例もある。結局、補正を命じてもよく分からない場合には、第1号、第2号の双方の要件について要件該当性を判断してそれぞれの理由で却下をすることが

ある。

理念的に申請権がある人となない人とで裁判所がどこまで関与していくかという度合いが違おうだろうというのは、価値判断としては非常に納得できる。技術的に区分けがどうなのかというと、そこはまさに法令上の根拠があれば申請型になるわけであるし、なければ非申請型でしかないということなので、それで苦勞するということはそれほどない。

- 法文上法令に基づく申請とされていることから、裁判所としては、何法の何という条文に基づく申請なのかを釈明し、第1号か第2号か決めているのではないか。
- 義務付け判決の効果に関し、義務付け判決には第三者効が認められていないが、これを制度的に認めるべきであるとの意見が一部にある。この場合、第三者の手続保障なりを検討する必要がある。
- 第三者効というが、義務付けるのは、あくまでも行政庁と原告との間ということになる。それを義務付けられたものとして第三者に及ぼすことには、どのような意味があるのか。
- 一回的解決が可能になる。違反建築物の除却命令の義務付けのような三面関係の訴訟では、違反建築物を所有する者が除却命令を争い直すよりは、義務付け訴訟で一回的に解決する。その代わりに手続保障も入れる。
- それは、既判力を第三者にも拡張させるという意味であれば、非常に難しいのではないか。どの範囲の人に拡張されるのか必ずしも明らかではない中で相当に重たい手続保障を実施することになるが、それは実務的に必要なのか。
- 理論的になかなか難しい問題ではないか。現行制度上も行訴法第22条の第三者の訴訟参加の申立てをするように例えば原告に促す、職権で第三者に対して参加させるということが可能であり、運用で問題は解消するのではないか。
- 名宛人については、行政法規を見れば範囲ははっきりするのではないか。
- 例えば、規制権限発動型で、一定の免許の取消しの義務付けや色々な

処分がされた場合に、名宛人以外の第三者が別の利益をもってその処分の取消訴訟を提起することは当然に観念される。それを一般的に手続保障の対象とすることは重すぎるのではないか。手続保障も、例えば、公告をするといったことでは足りず、送達まで必要となり、かなり重たいものとなる。むしろ、問題となる事案については、やはり、訴えを提起する側が行訴法第22条や補助参加の申立てをする、裁判所が後見的にその申立てを促すなどの方策をとればよく、実務的にもそれで十分ではないか。

- この問題は単純ではない。一般処分に関していえば、判例的には第三者効は否定されているのではないか（東京高判昭和40年5月31日・判例時報409号11頁）。それをそのまま義務付け訴訟に持ってきて、同じ条文で果たしてどういう効果が生ずるのかという話がある。
- 確かに取消訴訟の行訴法第32条と平行なものを義務付け訴訟について考えるというのはちょっと難しい感じがする。第32条は取消判決の形成力を第三者に及ぼすという話で、既判力の拡張までは認められていない。義務付け訴訟については、そこまで第三者に及ぼすというのは、先ほどのような手続保障とか、その辺の話が入ってきてしまって、非常に難しいのではないかなという気がする。やはり、第22条あたりをどれだけ活用するかという話ではないか。ドイツであれば、名宛人を引き込むのは裁判所の義務で、なおかつ判決効を及ぼすということであり、これに対して、その他の第三者は義務ではないことになる。

ただ、第22条では参加的効力の条文が準用されていない。参加的効力があれば、よいと思う。

- しかし、行訴法第22条は、第32条や第34条とワンセットなのではないか。そうであれば、第22条を準用する以上、第32条も準用していいのではないか。
- 処分を取り消すということに対応するものが義務付け訴訟では観念できないのではないか。