

改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第8回会議 議事要旨

1. 日 時 平成23年10月21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) 公法上の法律関係に関する確認の訴えに関する裁判例の動向及びその他の課題について

法務省から、公法上の法律関係に関する確認の訴えに関する裁判例の動向及びその他の課題について、配布資料8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。

ア 公法上の法律関係に関する確認の訴えについて

○ 二面関係は比較的うまくいっているが、それでも、例えば公表されない地位の確認などは認められるか疑問があり、16（廃掃法事案）、26（介護保険事案）など厳しい裁判例が出されている。裁判例24については、裁判例23との整合性が問題になり、違反点数を付されたことに対し、国家賠償請求を除いて、救済方法がないということでもいいのかも問題である。

また、三面関係については、認めているものもあるものの、基本的には難しいという理解でいる。三面関係では権利義務関係に引き直す事が簡単でなく認められにくい。裁判例5、25などは一般化し得ないのではないか。例えば、裁判例19については、第1種市街地再開発事業の都市計画決定、地区計画の変更決定に処分性がないという議論は分かるが、処分性から漏れ落ちたものについて司法審査をしないでいいのか問題である。仮に、それを確認訴訟でやるのが難しいとすれば、都市計画決定に対する司法審査、行政計画に対する訴訟を設ける必要があるということを示す好例ではないかと考えている。その意味で、確認訴訟にすべてを担わせることはできず、行政計画、行政立法に対する訴訟の整備も必要になるだろう。さらに、調査結果を報告させた上でそれを公表

するという行政手続があり，誤った公表を防止するためにどのような司法救済を求めたらいいのか，公表されない地位の確認といった手法が可能かということが，弁護士実務の現場では問題になっている。また，当事者訴訟について仮の救済が認められるかはっきりしないので，認められるならその旨明示すべきである。さらに，当事者訴訟について特定管轄裁判所の規定が準用されていないが，準用すべきである。

- 裁判例 19 は，むしろ段階的な成熟性の問題ではないか。裁判例 19 は，第 1 種市街地再開発を計画決定した後に，何かもう 1 個処分がなければ動き出さないと考えているようだが，個人的にはやや堅いと思う。行政計画のような段階的に成熟するものについては，確認訴訟で争わせるというよりは，立法で計画に関する特別争訟制度を導入するということを考えてもいいとは思いますが，二面関係か三面関係かの問題ではないのではないか。
- 裁判例 5 や横浜地判平成 19 年 9 月 5 日判例地方自治 303 号 51 頁（以下「裁判例 25」という。）は三面関係の事案について本案の判断がされたものであり，三面関係の事案だからといって直ちにうまくいっていないということはないのではないか。
- 確認の訴えについて二面関係と三面関係で分けて議論することが相当かどうかについては疑問がある。要するに，三面関係であろうが二面関係であろうが，法律関係に引き直せるかがまず大きいのであって，三面関係であってもきちんと引き直していれば，あとは本案の問題となるというのが，裁判所の基本的な立場ではないか。
- 確認の利益の中には，実は抗告訴訟でいう原告適格に相当する議論も紛れ込んでくる。そのため，三面関係の場合，典型的に権利義務関係に引き直しにくいと理解している。例えば，裁判例 5 や裁判例 25 については，結論はよいのだが，裁判所の大勢・相場からみて突出した判断ではないか。確認の利益がなければ本案に入れず，即時確定の利益等が要求される以上，本案に入るのは容易でない。
- 裁判例 5 は，あり得る判断ではないか。
- 訴えの適法性はクリアできるのではないか。確認の対象の設定の問題

をクリアすれば、本案の問題に行くのではないか。本案で負ける可能性があり、その結論が適切かどうかという問題は別にあるとしても、訴訟要件で訴えが退けられることはないのではないか。

- 裁判例 25 については、後の処分の取消訴訟において手続上の瑕疵の問題として審理されるべきもののように思われ、環境アセスメントの手続に参加する地位の独自の確認というのはなかなか難しいのではないか。
- 裁判例 25 の事案で、アセスメントの手続に参加する法的地位についての確認の利益が認められるのであれば、たいへん広いといえるが、実際にはそれほど緩やかな運用はされていないと理解している。
- アセスメントの場合には、一般的に与えられているので、確かに広く、特殊な権利利益ではないから、法律上の争訟に当たらないという判断もあるかもしれない。ただ、環境影響評価条例については、もう少し争う余地があり、頭ごなしに法律上の争訟性がないという問題ではないと思う。
- 裁判例 5 や裁判例 25 については、裁判実務の観点からはそれほど違和感はない。確認訴訟の場合には、取消訴訟の原告適格の場面とはかなり異なり、実務的には、成熟性のところで、却下するか実質審理を行うかの判断をしていく。その意味で、確認訴訟の訴訟物についてそのタイミングで判断をしないと実効的な権利救済が図られないのか否かを考えているのではないか。
- 公法上の当事者訴訟としての確認訴訟として提起されているため、民事訴訟法上の確認の利益の概念に基づいて考えられており、幸いなことに、長野勤評の最高裁判決はそれほど意識されていない。その意味で、抗告訴訟との兼合いを意識して原告適格の法律上保護された利益といったものを訴えの利益に表から取り込むといった判断はされていないように思われ、それは望ましいことではないか。本案の判断で認容されることになるかはもちろん全然別の話であるが、それよりも前のところに法律上保護された利益があるかないかという議論はしないと考えてよいのではないか。

- むしろ、裁判例12に違和感があるということではないか。
- 裁判例12や裁判例16は問題の大きい判決だと認識している。
- 命令とか法律の適用の有無を争っているものについては、裁判例16や裁判例12・13を除くと、判示された結論でよいという印象である。裁判例12・13は、反射的利益論にとらわれて、そもそも法律の保護範囲内に入っていないとするようであるが、理解し難い。
- 裁判例12・13や裁判例16は、だれが見てもちょっと厳し過ぎるのではないか。
- 東京高判平成20年7月8日・判例集未登載（以下「裁判例27」という。）は、入札関係が公法上の法律関係でないとしつつ、私法上の給付請求をすべきだとしているが、本当に裁判例27が指摘するような給付請求ができるのか。それが仮に正しいとしても、手続間のキャッチボールになることの当否が問題となると思われる。
- 裁判例27に関しては、確認訴訟の補充性といわれるものに関わる判断ではないか。裁判例27も、違法に契約を解除したとか、違法に契約の締結に応じなかったとかいうのであれば、そのことを理由に給付訴訟を提起すればよい。もっとも、処分性の判断については、別の論点として、まだ議論の余地があると思う。
- 確認訴訟に限らない話であるが、公法上の当事者訴訟と仮の救済との関係がはっきりしないので、民事仮処分が使えるのであればそのことを明記すべきであるとの意見がある。特に違法行為をしたことの公表の差止めの事案との関係で問題がある。現場の弁護士は迷っており、仮処分を問題なく使えるのであれば、その旨を明示してほしい。また、処分性の有無につき紙一重の場合に抗告訴訟なら本案提起が必要となり、当事者訴訟ならそれが不要と言うのはバランスを失する。
- 公表については処分性がないというのが一般的ではあると思うが、そういったものについて、仮処分はできないことになっているのか。できないといった裁判例はあるのか。
- 裁判所は、一般に、私法関係であればできるという理解なのか。
- 公権力の行使に当たる行為であれば執行停止を利用してもらうし、そ

うでなければ仮処分を利用してもらうというのは、文理的には明快な話ではないか。

- 行訴法第44条があることからすれば、その裏返しとして、基本的には可能という理解になるのではないか。公権力の行使に関するものではないと整理した以上、公法上の当事者訴訟の仮の救済として民事仮処分が可能であることに違和感はない。
- ある決定について、行訴法第3条の公権力の行使とみるのか、第4条の当事者訴訟として扱われるのか、分かりにくいものがあるのは、そのとおりである。ただ、原告代理人が行訴法第3条の抗告訴訟の対象だと思えば執行停止等の仮の救済を利用することになるし、逆に、第4条の当事者訴訟の対象だと思えば行訴法第7条に従って民事保全を利用すればいいのではないか。
- 問題は、民事保全ができるかどうかであり、実務的な観点で分かるようにするためには、できるケースを条文に規定すると分かりやすい。
- 公権力の行使でなければ行訴法第7条で民事訴訟の例によるのではないか。意見は分かれるかもしれないが、やはり行訴法は民訴法の特別法であるように思う。公権力の行使か否かを分かりやすくするためには、結局、処分性の有無をすべて法律で明示するということになるほかない。
- 立法政策としては、そういう理屈はあり得るのではないか。
- それは現実には不可能ではないか。
- 担保についても問題がある。民事保全法上の担保に関する規定は適用しないことにしないと、かなり厳しいものがある。
- ケース・バイ・ケースだとは思いますが、場合によっては無担保での発令もあり得るし、それほど非常識な額の担保を積ませるということはないのではないか。
- およそ担保がすべてのケースで要らないかというところまで詰めた議論はされていない。公益的なものであるから、担保はできるだけ積まなくてよいようにという方向がよいのではないか。
- 公法上の当事者訴訟もいろいろであるから、やはり、ケース・バイ・

ケースになるのではないか。

- 違法な行政がされているかもしれないとして司法救済を求めているときに、貧しい方などが担保を積まないでいるとそのままの状態が続くというのは、おかしいのではないか。担保が必要になることはないのではないか。
- 例えば、公務員の懲戒解雇の事案で、賃金仮払に加えて、退職金の支払まで仮払いが認められるとかなり影響は大きいから、そういったものについては、担保を積むということはある得るのではないか。
- ドイツの執行停止以外の仮処分は、仮の義務付けや仮の差止めまで、民事訴訟規則を準用する形になっており、その中では、立担保の規定も準用されているが、その実態については不明であった。
- 民事保全の担保は誤った保全をかけてしまったときの将来の損害賠償の担保である。行政関係の事件が一般の民事保全事件と違うのは、経済的な利益を目的としないものが多いことではないかと思われ、そうすると、将来の損害が考えにくい、あるいは金銭的に見積もり難いものも多い可能性がある。そうだとすると、高額な担保を積みという話にはなりにくいのだろうという感じがする。
- ある種の行為そのものが違法であるか否かを確認することについては、裁判所としては、抵抗があるのか。裁判例としては、確認の適格がないといって却下したものはないが、どうか。
- 法改正時の説明や、立案担当者の説明によれば、確認訴訟における確認の対象は、権利義務関係ないし法律関係の存否であるとされており、この説明からすれば、ある行為の違法性そのものの確認はそれ自体としては確認の対象適格はないということになるのではないか。もっとも、そういった請求の趣旨であった場合に、請求の趣旨を善解することは不可能ではないと思われる。また、公表されている裁判例を見る限り、そういった観点で訴えを却下するものがないのは指摘のとおりである。
- 徐々に行政活動が成熟して、それに伴い法的な紛争が成熟していくとき、それはある行為をきっかけとしていることが多い。行政法規の規定は、民法のように権利義務に従って書かれていないので、そもそも行為

の違法については確認の対象適格が欠けるとなると、徐々に濃くなっていく争いの中で、いいタイミングで紛争を捉えようとしたときに、桎梏になるおそれがある。

- 確かに、フォーミュレーションの仕方の問題かもしれないが、なかなか権利利益の形に引き直せない場合もあるのではないか。例えば計画行政などにおいて、計画に処分性がない場合に第三者が争うことを考えると、原告の権利利益の形に引き直すことは非常に難しい。

仮に、計画をこういうふうに変更する義務があることの確認はあり得るとすると、義務の確認であるといっても、結局、行為の違法の確認と裏返しのような形になり、同じではないか。

- むしろ成熟性とか補充性などで見ていって、それしかないとなれば、義務なのか行為なのか分からないような案件でも、訴えの利益を認める余地はあるという気がする。
- 確認の対象についての議論は恐らく民訴法と通ずるものがあり、公法上の当事者訴訟についてだけ違うとはいえないという意識である。とはいえ、仮にそのまま乗らなくても、形を変えればいいというものについては、釈明をしていくのは当然である。
- その観点からは、裁判例27はどういうことなのか。
- おそらく、公法上の当事者訴訟ではなく、私法上の法律関係に基づき民事訴訟を提起すべきものと考えられるが、他方で、私法上の法律関係としてみた場合にも確認訴訟を認容することは難しく、棄却になると思われるので、特に釈明をしなかった可能性もあるのではないか。
- この事案は、本当のことをいえば、落札決定の取消訴訟を認めるほうがいいという議論もあるのではないか。
- 再入札に参加する地位確認のような訴訟はあってもよいと思う。

イ その他について

- 公法上の法律関係に関する確認の訴えの裁判例を見てみると、行政立法に関する紛争については、確認訴訟が意外によく機能している印象がある。その意味で、行政計画の方が立法上の手当てをすることの優先度が高いという印象である。
- 一般的に行政立法に対するダイレクト・アタックの訴訟制度を導入しようとするれば、それこそ、司法とは何かという議論からしなければならない。例えば、韓国や台湾の一部抽象的違憲審査制のような話になり、憲法改正議論になってしまうのだと思う。やはりどこかの分野に絞って、その分野については訴訟で争えるといった形式にせざるを得ないのではないか。
- 確かに、行政立法はそういう意味では導入すべき分野の焦点が絞れていない印象がある。
- 行政計画のうち、都市計画に関しては国土交通省において都市計画争訟のあり方の研究会が開催されていたが、その後に進展したという話は聞いていない。何度も集まってかなり細かく議論はした。
- 必要性は都市計画が一番高いだろうと思う。ほかの計画で必要性の高いものとしては、何かあるか。
- 農業振興地域の整備に関する法律などはあるかもしれない。
- 病院配置計画を争いたいと思っている人はいるのではないか。
- 地域医療計画や介護計画も争いたいと思っている人はいるのではないか。確認訴訟の裁判例26も介護計画の話である。
- 社会保障関係の場合には供給拡大の方向にだけ争われることが予想される。しかし、都市計画の場合にはどう動くか分からないため、だからこそ、計画の段階で利益調整をきちっとしておきたい。それを考えると、行訴法で一般的に対応するよりも先に、都市計画法で計画訴訟を設けてもらいたいと思う。
- 抽象的に行政計画訴訟といった制度を作るのは、かなりしんどい。日弁連の中で検討をしている行訴法改正の要綱案でも、行訴法では、法律が定める計画についてだけ争えるという話にしかしていない。しかし、

順序としては、まずは都市計画法となるのは明らかであるから、行訴法の中に、例えば、法律で定める計画をなどという条文を先に入れるとすると各法律の中で個別の規定を置かなければならなくなるのではと思う。

- 最優先は都市計画であり、都市計画訴訟に関する規定が必要であるという認識は共有されているのではないか。
- 裁量に関しては、司法制度改革推進本部に置かれた行政訴訟検討会ではどのような議論がされていたのか。
- 裁量については、行訴法第30条を存置した方がいいのかどうかについて議論されたが、見解は分かれた。また、費用便益分析を裁量統制の手段として導入すべきであると強く主張する委員がいた。
- 裁判官の感覚としては、現行法のように、裁量権の逸脱、濫用とだけ書いてあるよりも、もっと細かくして要件が規定されていた方がいいのか、どのような感じか。
- 行訴法にどこまでどのように書かれるかは問題であるが、一般的には、裁判官の立場からすれば、むしろ、実体要件のところをもっと緻密に規定してもらわないと結局判断は難しい印象だ。
- 各実体法に具体的な判断基準が書かれていなければ、行訴法に何が書いてあっても実は意味がないというのはよく分かるが、例えば、費用便益分析の問題であるとか、比例原則であるとか、そういうものを実定法化すべきだという見解が日弁連にはある。
- どの処分のどの要件の判断について費用便益分析を使うべきかどうかは規定されるのか。
- そこは書けないので、逸脱、濫用の具体化としては、そういうものを並べるといぐらいのテクニックしかない。
- それは訴訟法に書く話なのか、むしろ、行政手続法なのか。
- 費用便益分析も事業によって色々であり、海外でもフランスの判例とアメリカの判例は若干違う。そういうものであっても実定法化する方がいいのか、それともオープンスペースの方がいいのか。

弁護士の間では、要件事実的な感覚で、ある程度、要件が法律に規定

されていた方がいいのではないかという議論がかなり強い。今、個別実体法にそれが書ければそれが一番いいが、個別実体法にそれが書ける状況にあるかというとなし。結局、メニューを掲げることしかできない。

- そうすると、結局、メニューのリストを行訴法に例示的に列挙するけれども、実体法は変えないという整理になる。
- 裁判官も、審理をしている事案に最も近い先例を参照するはずであるし、裁量審査の基準を法律に書き込むといっても、結局、判例のリストメントに近いものになるのではないか。
- リストアップではなく、逸脱、濫用の解釈指針という方向もあるのか。ただ、行訴法第9条第2項を見ていると、かえって硬直化の原因だとの指摘もあるので、解釈指針をつくる方がいいかどうかという問題はあるとは思う。
- 逸脱、濫用を解釈指針でやるのは、逸脱と濫用を分けなくてはいけなくなり、破綻するのではないか。
- 裁量統制に関する判例法理は現在もなお進化していつていると思われる。学界の意見なども聞きながら、実務を深化させ、裁量審査の枠組みを充実させていくのが望ましいのではないか。
- 最低限、事実誤認、目的違反、動機違反、比例原則違反といったものについて、とりあえずリストメントし、判例の到達点について例示列挙する形で裁量審査をしやすくする必要のがよいと考えている。ユーザーとしては30条何号に該当するから裁量権の逸脱濫用があるという主張が出来る方が使い勝手が良いと思う。
- 功罪、プラス・マイナス、いろいろ評価はあり得る。
- 罪はあまりないのではないか。書き方として、「前各号に掲げる場合のほか、法令及び社会秩序に照らし裁量の範囲を超え、又は濫用があると認められるとき」といった条項とすれば、限定することにはならない。
- 見やすく、ユーザーフレンドリーにしてくれということか。ただ、行訴法第9条第2項のときには、最高裁が到達した最も広い考慮要素・考慮方法を条文化し、そのテストをすべてのケースについて求めるという

目的があったが、標準的なところをリステートするのであれば、条文化の必要性は低い気がする。

- やはり、いわゆる包括条項、キャッチオール条項を設けたとしても、例示されなかったことの意味を探求することにはなるわけで、解釈・運用への影響の懸念が払拭されるわけではない。そこは、例示列挙することのメリットの大きさとの相関関係で利害得失を判断することになるのではないか。
- 裁量処分というだけで逸脱、濫用がないなどとあまり理由を書かずに結論を出す裁判例も実はないではなく、スタンダードな判断基準が実体法化されることには意味があるのではないか。
- 基本的には結論を導くのに必要な限度できちんと判断を示しているのではないか。具体的な判決において、理由としてどの程度の説示を行うかは、当事者の主張の組み方とも関連する。
- 団体訴訟については、原告適格の判断が難しい、安定しない、あるいは、なかなか原告適格を認められる人がいないといった分野があるのは事実であり、導入する方向で考える問題なのだろうと思う。
- 団体訴訟に関しては、一定の適格消費者団体のようしかりとした団体からスタートするというのはあり得ると思うが、原告になって訴訟を提起したいという団体はかなり多い。現場では、地元の草の根の団体にもぜひ適格を認めてほしく、適格団体として認定するというのではなく、裁判所で個別的に原告適格を認めて欲しいというのが要望としてはある。
- 団体訴訟において、例えば、愛知県で活躍している団体が北海道でもできるとすることには、違和感はあるのか。
- そのような制度にはしなくてもいいと思っている。全国的なものがいくつあれば、それが全国的にやることになるのではないか。
- 適格の基準をどう作るのかの問題はあるかもしれない。全国レベルで活動していることをどう認識するか。ドイツを見ていると、大体1年とか3年とか活動していることが1つの基準にはなっていると思うが、何をもって活動と見るのか。そのあたりは社会常識に委ねるということ

か。

- ドイツでは活動実績が要件として考慮されるが、それ以上に具体的な定めはない。そのほかに、租税優遇措置を受けているといった要件がある。
- 消費者、環境、文化財保護については、それぞれ実体法規があり、その規定の状況次第で、どのような形で仕組みをつくるのかという点が非常に重要である。違法な行政行為の予防や是正を有効に働かせようと思えば、それぞれの実体法規が今どうなっているのかを踏まえた上で、その原告適格をどういう団体に認め、どのような手続をつくっていくのかを検討する必要がある。

また、仮に原告適格を一定の団体に認めたとしても、実体法規として、例えば環境権が実体法上の根拠としては非常に脆弱であることから、前に進んでいかない部分もあるように思われる。

そういった意味で、仮に団体訴訟を導入するとしても、その仕組みの在り方について、実体法規と切り離して議論することはできず、これを行訴法のみに関わる問題として扱うことは相当でないように思われる。例えば都市計画に関して個別法レベルでの研究会がされたように、団体訴訟についても個別法レベルで色々な検討が必要なのではないか。

- 団体訴訟を導入していくとすれば、当然に特別法の話ということになる。行政計画についての議論と同様に、一般法の行訴法の中に通則的なものを置けるかどうかはやはり見通しがつきにくいのではないか。
- 団体訴訟について、客観訴訟的な性格のもので、ある程度利益との関連を切断でき、客観的に法違反があるというだけで処分を違法にできることとするとすれば、ある程度機能するのではないか。その中で、裁判所が違法判断の基準をより具体的にしていけば、それが実体法にフィードバックされるし、その中の一部は個別的に保護されたものと認めていいとされて、主観訴訟が広がるかもしれないとの期待がある。行政計画の場合には、何はともあれ都市計画法だと感じるが、団体訴訟についてはより一般法的な規律を行訴法の中で置く可能性もあるのではないか。
- ただ、個別具体的な訴訟制度がないと一般法的な規律を抽出すること

もできないのではないか。

- 例えば、環境基本法か何かに適格団体条項を置いてもらうとともに、行訴法の方で法律に定めるところにより団体訴訟を行えるとするといったことを、環境や文化財保護あたりから始めるということはあっていいのではないか。
- 移送、弁論の併合、公表、情報提供といった通則的な規定は置くことはできないか。
- そもそも、団体訴訟というものの基本的なイメージについてであるが、客観訴訟の枠組みの中で全く新しい訴訟をつくるイメージか、あるいは、主観訴訟と位置付けられる抗告訴訟に、特別な権利、訴権が与えられた団体が原告として入ってくるイメージかどちらなのか。いずれにしても、当該原告との関係で、客観訴訟として特質を有するものであるのは間違いないが。
- 住民訴訟のように特定の者が特別な請求をするのではなく、既存の枠の中で、原告適格の特例を認めるというのが基本ではないか。
- 行訴法第9条の特則を設けることになるか。
- 適格団体については、行訴法第9条を適用除外する。
- 行政訴訟検討会では主観訴訟のルートに乗せる制度設計であったのか。
- そこまではっきりとは詰めていなかったと思う。はっきりと客観訴訟とするとはされていなかったのではないか。
- 当時はまだ消費者団体訴訟すらなかったもので、具体的なイメージはなかったはずである。もし、今後つくることになれば、対象となる処分は団体との兼ね合いで当然に限定されるはずである。
- 日弁連においては、「処分」にとどまらず事実行為も対象にしたいと考えている。例えば、河川法などでは何の処分もなくダムが急に作られたりするので、抗告訴訟に相当するものを認めるだけでは不十分であるという強い意見がある。
- 抗告訴訟以外も含めるとなると、やはり、既存の主観訴訟の枠内とはいい難いのではないか。

- どういう団体を利益代表にするのかも根深い問題ではないか。どういう利益を保護しようとしたのかという各法律の趣旨と離れ難い問題であり、一概に、行訴法で、こういう専門性がある、こういう経験があるといったことを適格要件として規定するのは、利益代表の適切性の観点から難しいのではないか。
- 行訴法でせめて受け皿的な規定を設けて、個別法において具体化することになるのではないか。
- しかし、個別法で具体的な制度がない空集合であるとするれば、受け皿の規定を立法するのは難しいのではないか。