

改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会 報告書について

第1 はじめに

司法制度改革の一環として立案された行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成16年法律第84号。以下「改正行政事件訴訟法」という。）は、平成17年4月1日に施行された。

改正行政事件訴訟法は、司法制度改革推進本部（本部長・小泉純一郎内閣総理大臣（当時））の事務局に置かれた行政訴訟検討会（座長・塩野宏東亜大学教授。以下「行政訴訟検討会」という。）の検討結果（平成16年1月6日付けの「行政訴訟制度の見直しのための考え方」）を踏まえて立案されたものであり、国民の権利利益のより実効的な救済手続の整備を図る観点から、原告適格に関する規定の整備、義務付け訴訟及び差止訴訟の法定、本案判決前における仮の救済制度の整備等の措置が講じられている。

もともと、上記の改正行政事件訴訟法の改正項目の多くのものについては、法施行後の運用に委ねられた部分が多いことが認識されていた。そこで、改正行政事件訴訟法に、「政府は、この法律の施行後5年を経過した場合において、新法の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」との検証条項（附則第50条）を設け、施行後の運用等の状況について検討を加え、必要があると認めた場合には、政府は、検討の結果に基づいて所要の措置を講ずることとしている。

本研究会においては、上記の検証条項を踏まえ、改正行政事件訴訟法の改正項目ごとに改正行政事件訴訟法施行後に出された判決・決定を整理・検討するなどし、改正行政事件訴訟法施行後の行政訴訟の状況の検証を行った。

また、行政訴訟検討会においては、改正行政事件訴訟法に関する審議の終了後に、行政訴訟制度に関し更に議論を深めておく必要があると考える論点（行政立法・行政計画・裁量に関する司法審査・団体訴訟）について引き続き検討が行われ、平成16年10月29日付けの「行政訴訟検討会最終まとめ－検討の経過と結果－」（以下「最終まとめ」という。）として公表されている。これらの論点については、最終まとめにおいて、改正行政事件訴訟法における改正項目との関係を含めて議論を深めておく必要があると認識されたものとされている。

そこで、本研究会においては、最終まとめで取り上げられた論点については、各改正項目に関する検討とは別の独立の項目として検討を行うこととした。

(注) なお、本研究会のメンバーからは、行政訴訟制度の改善の観点から、検討すべき項目として、①提訴手数料の低額化、②行政事件訴訟法第36条についていわゆる二元説の立場を文言上明らかにすること、③行政訴訟についての裁判員制度の導入、④いわゆる公金検査請求訴訟（納税者訴訟）の導入、⑤職権証拠調べの国費負担、⑥内閣総理大臣の異議の廃止、⑦指定代理人制度の廃止、⑧上訴・抗告期間の延長などが指摘された。しかし、検討時間の制約との関係や提案された項目の内容・位置付け等を考慮し、本研究会においては、これらの点を取り上げてはいない。

第2 処分等の義務付けの訴えについて

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、義務付け訴訟について、特段の規定を設けておらず、解釈上、いわゆる無名抗告訴訟の一類型として、処分の義務付けの訴えの提起が許される場合があると理解されていた。

改正法は、①非申請型の処分の義務付けの訴え（行政事件訴訟法第3条第6項第1号）と、②申請型の処分の義務付けの訴え（同項第2号）とに分けた上で、新たに義務付け訴訟の制度を創設し、それぞれについて、次のとおり、訴訟要件等を定めている。

まず、①の非申請型の義務付けの訴えについては、「一定の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あり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないとき」に該当することが必要とされている（行政事件訴訟法第37条の2第1項）。

また、②の申請型の義務付けの訴えについては、「当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと」又は「当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること」が必要とされ、それぞれ、取消訴訟等の併合提起等が必要とされている（行政事件訴訟法第37条の3第1項から第3項まで）。

なお、義務付けの訴えにおいて、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずる判決（義務付け判決）を裁判所がするためには、「行政庁がその処分（若しくは裁決）をすべきであることがその処分（若しくは裁決）の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」るとき又は「行政庁がその処分（若しくは裁決）をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」であることが必要とされている（行政事件訴訟法第37条の2第5項・第37条の3第5項）。

義務付け判決の効力に関しては、行政庁に対する判決の拘束力についての行政事件訴訟法第33条の規定を準用している（なお、第三者に対する判決の効力についての同法第32条の規定は準用していない（同法第38条第1項））。

2 施行状況についての分析

申請型の義務付け訴訟については、〔義務 22〕から〔義務 28〕のように、本案審理を行った上で請求を認容し、義務付け判決を行うものがみられており、かつ、その分野も多様なものとなるなど、立法時に期待された成果があがりつつあるとの指摘が大勢をしめ、特段、看過すべきでない問題があるとの指摘はなかった。

非申請型の義務付け訴訟についても、処分の相手方が原告となるような紛争類型（裁判例においては、出入国管理及び難民認定法に基づく在留特別許可の義務付けなどは非申請型の義務付け訴訟に該当すると解しているものが多いところ、このような考え方を前提とすれば、この種の訴訟がこれに該当する。）については、特段、行政事件訴訟法としての問題点が生じているとの指摘はなかった。

これに対し、処分の名あて人以外の第三者が原告となる典型的な非申請型の義務付け訴訟の類型については、住民票の作成の分野で〔義務 1〕、産業廃棄物処理の分野で〔義務 3・4〕や〔義務 5〕のような認容事例が、建築基準法関係の分野で〔義務 6・7〕や〔義務 8〕、出入国管理関係の分野で〔義務 9〕や〔義務 10〕のように訴訟要件の具備を認め本案審理を行ったものもみられる反面、建築基準法関係の分野で〔義務 11・12〕、〔義務 13〕や〔義務 14〕、河川法関係の分野で〔義務 15〕などのように重大な損害の要件で却下されたものなどがあった（なお、最高裁判所が具体的判断を示した事案は見当たらなかった。）。これらの類型に関しては、研究会でも評価が分かれており、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【義務付け訴訟に関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

(1) 非申請型

- 〔義務 1〕東京地判平成19年5月31日判時1981号9頁（出生届が受理されなかったことを理由に住民票が作成されなかった者がした住民票の作成の義務付けの訴えにつき、住民票に記載されないことによる社会生活上の不利益の累積は市民生活上看過し難い、将来の選挙人名簿への未登録が回避できない

などとして重大な損害が生ずるおそれの存在を認めた上で、当該義務付けの訴えに係る請求を認容）、〔義務 2〕東京高判平成19年11月5日判タ1227号67頁（上記の事案につき、手続に煩瑣な点があるとしても同じ扱いがされる場合が多い、選挙人名簿への登録については現在2歳で不利益は現実化していないなどと判断して重大な損害が生ずるおそれがないとして却下）

※ 上告審においては、審理の対象とされていない。

- 〔義務 3〕福岡高判平成23年2月7日判時2122号45頁（産業廃棄物処理場の周辺地域に居住する者による産業廃棄物の処理及び清掃に関する法律第19条の5に基づく措置命令等の義務付けの訴えにつき、産業廃棄物処分場の周辺住民には生命、健康に損害を生ずるおそれがあるものと認められるとした上で、その性質上回復が著しく困難であるから重大な損害の生ずるおそれがあるとし、かつ、処分業者に対する民事訴訟の提起が可能であるとしても直ちに他に適当な方法があるとはいえないなどとして、当該義務付けの訴えに係る請求を認容）、〔義務 4〕福岡地判平成20年2月25日判時2122号51頁（上記の事案につき、地下水の水質基準を大幅に下回った状況にあり、原告らの生命、健康又は生活環境に係る著しい被害を生じさせるおそれは認められず、単に良好な環境を享受する利益が害されている限度にすぎないとした上で重大な損害の生ずるおそれはないとして却下）
- 〔義務 5〕福島地判平成24年4月24日判時2148号45頁（周辺に居住する住民による産業廃棄物処理施設の設置許可処分の廃棄物の処理及び清掃に関する法律第15条の3第1項等の規定に基づく取消しの義務付けの訴えにつき、当該施設からダイオキシン類等の有害物質に汚染された大気及び水が、原告らの生命及び健康に損害を生ずるおそれがあるものと認められ、このような生命及び健康に生じる損害は、その性質上、回復が著しく困難であるといえるから、上記処分が取り消されないことにより、原告らに重大な損害が生ずるおそれがあるとし、かつ、処分業者に対する民事上の差止請求等を行うことが可能であるとしても他に適当な方法があるとはいえないなどとして、当該義務付けの訴えに係る請求を認容）
- 〔義務 6〕東京地判平成19年9月7日最高裁判所HP（建築物の周辺に居住する住民による違反建築物に対する建築基準法第9条第1項に基づく是正命令

としての工事禁止命令及び撤去命令の義務付けの訴えにつき、接道義務の不充足があるとすればこれによって火災等の拡大により身体・生命に危険が及ぶおそれがあるとして重大な損害の生ずるおそれがあるとした（本案については建築基準法令に違反する点はないとして棄却））、〔義務 7〕東京高判平成20年7月9日最高裁判所HP（同上）

- 〔義務 8〕大阪地判平成21年9月17日判例地方自治330号58頁（建築物周辺の不動産所有者による違反建築物に対する建築基準法第9条第1項に基づく是正命令の義務付けの訴えにつき、生命・身体の安全に影響が及ぶおそれがあるとして重大な損害の生ずるおそれがあるとし、かつ、建築主等に対して民事上の請求をすることが可能としても、請求の相手方、要件、効果の諸点で異なっており、実効的な権利救済という見地からしても、救済手段としての義務付けの訴えを直ちに排除すべきでないから損害を避けるため他に適当な方法があるとはいえないとした（本案については建築基準法令に違反する点はないとして棄却））
- 〔義務 9〕東京地判平成17年11月25日最高裁判所HP（出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）第49条第1項に基づく異議の申出に理由がない旨の裁決の後に、日本人と婚姻したことを理由とする在留特別許可の義務付けの訴えにつき、これを非申請型の義務付けの訴えと解した上で、重大な損害の生ずるおそれがあるとし、かつ、裁決又は退去強制令書発付処分取消訴訟の提起によっては勝訴することができない事由があるため他に適当な方法がないとした（本案については裁量権の逸脱・濫用があるとはいえないとして棄却））
- 〔義務 10〕東京地判平成20年8月22日最高裁判所HP（入管法第49条第1項に基づく異議の申出に理由がない旨の裁決の後に日本人と婚姻したこと等を理由とする同裁決の撤回の義務付けの訴えにつき、非申請型の義務付けの訴えに該当するとした上で、訴訟要件の具備を認めた（本案については裁量権の逸脱・濫用があるとはいえないとして棄却））
- 〔義務 11〕東京高判平成18年5月11日最高裁判所HP（建築物周辺の住民による違反建築物に対する建築基準法第9条第1項に基づく是正命令の義務付けの訴えにつき、日影規制に反する日影を生ずる、近隣地域の日照時間が減少

し、近隣地域の住環境に悪影響を及ぼすとの主張に対し、「重大な損害を生ずるおそれ」は、原告自身に対するものをいい、第三者に対するものを含まないとした上で、原告が居住する建物等にそのような日影が生ずるとは認められないなどと判断して重大な損害の生ずるおそれがないとして却下）、〔義務 12〕東京地判平成 17 年 12 月 16 日最高裁判所HP（同上）

- 〔義務 13〕東京地判平成 21 年 11 月 26 日判例集未登載（建築物周辺の住民による建築基準法第 9 条第 1 項に基づく除却命令等の義務付けの訴えにつき、「重大な損害を生ずるおそれ」は、原告自身に対するものをいい、他の近隣住民等の第三者に対するものを含まないとした上で、火災などの災害時に原告に生ずると原告の主張する様々な危険については認められず、重大な損害が生ずるおそれがないとして却下）
- 〔義務 14〕京都地判平成 19 年 11 月 7 日判タ 1282 号 75 頁（建築物周辺の住民らによる違反建築物に対する建築基準法第 9 条第 1 項に基づく是正命令の義務付けの訴えにつき、住民らが主張する景観利益については処分根拠規定によって保護が予定されているものではなく、建物撤去の際の危険も現実化していないなどと判断して重大な損害が生ずるおそれがないとして却下）
- 〔義務 15〕横浜地判平成 23 年 3 月 9 日判例集未登載（自ら経営するオートキャンプ場付近の河川の流路が他の競業する民間業者の行った河川工事によって変更されたため、所有地等（以下「本件各土地」という。）に溢水の危険が現に生じているとする原告らが、当該民間業者及びその承継人に対して河川法第 75 条又は自然公園法第 27 条第 1 項に基づく是正命令を発することの義務付けを求めた事案につき、原告らの指摘する流路の形成は当該民間業者の工事に起因するとはいえず、仮にそうであるとしてもその掃流力の変化は約 1.17 倍にとどまる、本件各土地は河川区域内にあり、河川区域外と同様に考えることはできないなどとした上で、主張されている損害は信用毀損を除き、金銭的損害に限られる上、原告が後に自ら原状回復工事を行っていることからしても損害の回復の困難の程度が高いとはいえないし、信用毀損についても河川付近で営まれるキャンプ場について土砂が流出するなどしたとしても通常時の安全性に疑義を生ずるものではないとして、重大な損害を生ずるおそれがあるとはいえないとして却下）

- 〔義務 16〕東京高判平成 21 年 3 月 5 日最高裁判所HP（在留特別許可の義務付けの訴えにつき、非申請型の義務付けの訴えに該当すると解した上で、入管法第 49 条第 1 項の異議の申出に理由がない旨の裁決の取消しを求める訴えにより在留資格を取得することができるから、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、損害を避けるため他に適当な方法がないときに当たらないとして却下）、後掲○〔義務 28〕参照。
 - 〔義務 17〕東京高判平成 18 年 11 月 15 日最高裁判所HP（地方税法第 417 条第 1 項の規定による固定資産課税台帳の登録価格の修正・登録の義務付けの訴えにつき、登録価格については審査委員会に対する審査の申出（同法第 432 条第 1 項）及び同委員会の決定の取消訴訟の提起（同法第 434 条第 1 項）によって争うことができる一方で、これらの方法によらなければ登録価格について争うことはできないとされている（同条第 2 項）として、地方税法上、このような訴訟は許されず、また、審査請求があるため他に適当な方法がないとはいえないとして却下）、〔義務 18〕横浜地判平成 18 年 7 月 19 日最高裁判所HP（同上。ただし、他に適当な方法があるかには言及せず。）
 - 〔義務 19〕東京地判平成 22 年 4 月 28 日最高裁判所HP（独占禁止法に基づく課徴金納付命令の取消しの義務付けの訴えにつき、課徴金納付命令については特別の救済手続が排他的に法定されているから、他に適当な方法がないといえないとして却下）
 - 〔義務 20〕広島地判平成 19 年 10 月 26 日最高裁判所HP（所得税及び消費税に係る減額更正処分の義務付けの訴えにつき、更正の請求制度（国税通則法第 23 条）の趣旨にかんがみれば、義務付けの訴えは許されないとして却下）
 - 〔義務 21〕東京地判平成 21 年 3 月 25 日最高裁判所HP（入管法第 49 条第 1 項に基づく異議の申出をしていない者による在留特別許可の義務付けの訴えにつき、法務大臣に在留特別許可をする権限がないとして却下）
- (2) 申請型
- 〔義務 22〕名古屋高判平成 19 年 11 月 15 日最高裁判所HP（エネルギーの使用の合理化に関する法律に基づき事業者から提出された定期報告書の記載のうち、燃料等の使用量、電気の使用量等に関する情報の不開示決定がされた事案につき、不開示部分の開示決定の義務付けの訴えに係る請求を認容）、〔義

務 23] 名古屋地判平成18年10月5日判タ1266号207頁(同上)

- [義務 24] 東京地判平成22年4月9日判時2076号19頁(沖縄返還協定の締結に至るまでの日米政府間の交渉におけるいわゆる「密約」を示す行政文書等の開示請求に対して不存在を理由とする不開示決定がされた事案につき、開示決定の義務付けの訴えに係る請求を認容)
- [義務 25] 東京地判平成18年10月25日判時1956号62頁(気管切開手術を受けてカニューレを装着している児童の保護者がした保育園への入園申込みに対して不承諾処分がされた事案につき、入園の承諾の義務付けの訴えに係る請求を認容)
- [義務 26] 東京地判平成19年9月5日最高裁判所HP(障害基礎年金及び障害厚生年金の裁定請求をしたところ、裁定請求日前については各障害年金を支給しない旨の処分(請求日後は障害等級2級)がされた事案につき、不支給期間についての障害等級2級の障害給付の支給決定の義務付けの訴えに係る請求を一部認容)
- [義務 27] 新潟地判平成20年11月14日最高裁判所HP(豚舎に通じる通路の敷設を目的とする、市の管理に係る水路の使用許可申請に対して不許可処分がされた事案につき、豚舎の臭気の問題は水路の用途、目的とは直接の関連性がないことなどから、市長による不許可処分は、重視すべきでない事項を重視し、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、社会通念に照らし著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるとした上で、許可処分をしないことは市長の裁量権の範囲を超え又はその濫用となるとして、使用許可の義務付けの訴えに係る請求を認容)
- [義務 28] 東京地判平成20年2月29日判時2013号61頁(在留特別許可の義務付けの訴えにつき、入管法の仕組みからすれば、入管法は、異議の申出権につき在留特別許可を求める申請権としての性質を併せ有するものとして規定し、かつ、当該申請に対して在留特別許可をするか否かの応答をすべき義務を法務大臣に課したものと解するのが自然であるとして、申請型の義務付けの訴えに該当するとした上で、義務付けの訴えに係る請求を認容)
- [義務 29] 東京高判平成17年12月26日最高裁判所HP(有効期間を3年とする運転免許証の交付を受けた者がした、有効期間を5年とする運転免許証の

交付の義務付けの訴えにつき、有効期間を3年としたことに違法はないとして、併合提起された取消しの訴えに係る請求を棄却しつつ、義務付けの訴えについては、行政事件訴訟法第3条第6項第2号の「行政庁が一定の処分をすべきである」かどうかは義務付けの訴えの実体要件であり、訴訟要件ではないとして却下はせず、請求棄却)

※ 義務付けの訴えは、控訴審において追加的に併合された。

- 〔義務30〕大阪高判平成22年9月9日最高裁判所HP（タクシー事業に係る旅客の運賃及び料金の変更認可の申請をした者がした、当該変更認可の義務付けの訴えにつき、変更認可申請の（再）却下処分は適法であるとして当該却下処分の取消しの訴えに係る請求は棄却するとした上で、義務付けの訴えは却下処分が取り消されるべきものであるときに提起が可能であるものであり、当該義務付けの訴えは不適法であるとして却下）、〔義務31〕大阪地判平成21年9月25日判時2071号20頁（上記の事案につき、却下処分は違法であるとして当該却下処分の取消しの訴えに係る請求及び当該変更認可の義務付けの訴えに係る請求をいずれも認容)

※ 〔義務30〕の第一審は、当初の変更認可の却下処分につき、理由付記に不備がある点及び道路運送法第9条の3第2項第3号の基準に適合しないと判断した点で違法であり、取消判決をするのに熟しているが、義務付けの訴えについて審理を続けた場合、審理が遅延し、迅速かつ適切な救済が得られないおそれがあるなどとして、行政事件訴訟法第37条の3第6項前段の規定に基づき、取消判決のみの終局判決（〔義務32〕大阪地判平成19年3月14日判タ1252号189頁）をした。

- 〔義務33〕東京地判平成18年2月28日最高裁判所HP（服役中の受刑者がした、刑務所内で受けた診療等の診療録の開示の義務付けの訴えにつき、個人情報保護法に基づく診療録の開示の申請をしていないから、申請型の義務付けの訴えとしては不適法であるとして、却下)

3 個別的な議論の概要

- (1) 処分の名あて人以外の第三者が提起する非申請型の義務付け訴訟についての「重大な損害」の要件について

ア 研究会においては、本案の判断に匹敵するような詳細な事実認定を

した上で重大な損害の要件の判断がされる裁判例があるところ、特に処分の名あて人以外の第三者が提起する非申請型の義務付け訴訟を利用しやすくするため、原告適格の限度で「法律上の利益」の有無を審理することはともかく、これと別に「重大な損害」の要件を設定しないこととすべきであるとの意見があった。

しかし、これに対しては、①そもそも、重大な損害を要求しないこととすれば、司法と行政のバランスが大きく崩れ、非申請型の義務付け訴訟を根底から変質させることとなるのではないかと、②原告適格がある者に裁判手続を通じてあたかも申請権を付与するのと同じ状態が生ずることになり、行政実体法の在り方も変わることはないかと、③結局、本案で審理の対象となるのであれば原告の負担が大きく軽減されることはないのではないかと、④申請型との比較でいえば、適法な申請をしたという事実に対応するものが必要であり、それは原告適格のみでは足りないのではないかという指摘があった。

また、そもそも損害が重大なものか否かという点で「重大な損害」の要件が充たされていないと判断した裁判例は少なく、損害が発生するおそれがあるとは認め難いとしているものが多いのではないかと、仮に「重大な損害」の要件を変更するとしてもニュアンスをどう変えればよいのかが問題となるのではないかとといった指摘もあった。

これに対しては、既に義務付け訴訟の導入で司法と行政のバランスは変容しており、そのハードルを下げるというだけのことではないかと、申請権の有無により実体法の在り方が変わっても適切な司法救済が優先されるべきではないかと、本案における審理が確保されることが裁判を受ける権利の実質的な保障になるのではないかなどの指摘があった。

さらに、別の観点からであるが、処分の名あて人以外の第三者が裁判所を使って強制的に行政活動をさせるというシチュエーションにおいて「重大な損害」という要件を使うことは合理的であるとしても、いわゆる在留特別許可の事案などでは第三者が巻き込まれることはなく、そのような場面においても「申請権」の有無で切り分けることが

適当か、いわゆる在留特別許可の事案以外に申請権の有無が争いとなるものはないかといった指摘もあった。

イ 「重大な損害」の要件の解釈及び当てはめに関し、研究会においては、例えば、違法建築物の除却命令の義務付けを求める場合には、火災などで生命・身体に危険が及ぶ場合だけでなく、住環境の悪化を損害として主張して義務付け訴訟の提起が認められるようにすべきであるところ、行政事件訴訟法第9条の「法律上の利益」の侵害のみが「(重大な)損害」として扱われているため、そのような訴えは不適法とされているのではないかとの指摘があった。

もっとも、そもそも、上記のように限定的に解釈することは、少なくとも条文の文理上は困難である上、行政訴訟検討会及びその後の国会審議においても限定的に解すべきことが明確に議論されたことはなく、限定的な解釈は適切とはいえないのではないかとの指摘や、とはいえ、本来的に法律が保護を予定している利益と比べて「重大な損害」に該当しにくくなるのは致し方がないのではないかとの指摘があった。

そして、いずれにしても「重大な損害」の要件については当然に生命・身体に限定される硬直的な要件ではないのであるから、法律の趣旨に則り、実効的な救済の観点から拡張的に解釈するのが望まれるとの点について異論はなかった。

なお、研究会においては、「重大な損害」の要件の審理の在り方に関して、本案の判断に匹敵するような詳細な事実認定をした上で重大な損害の要件の判断がされる裁判例がある一方で、より類型的な審理・判断をしているとの理解が可能な裁判例もあるところ、前者のような手法については、訴訟要件についてこのような審理をする必要があるのかという点で疑問があるとの指摘があった。

(2) 「重大な損害」の要件における原告以外の第三者の利益の取扱い

ア 研究会においては、「重大な損害」の要件に関し、原告以外の関連する第三者の損害がその判断に取り込まれていないのではないかとの指摘があった。

これに対しては、要件自体の理解としては、いずれも本人の利益が損なわれたかが判断の対象となるが、原告と同居する家族等が不利益を被る場合には、それがひいては本人自身の損害といえないかについて検討するのがスタンダードと評価できるのではないかと、抗告訴訟が主観訴訟であることを考慮すれば、本人の利益がどのように侵害されたかという観点からまずは検討するという裁判例全体の傾向は、適切なのではないかと指摘がされた。

そして、以上を踏まえれば、結局は、第三者の利益を本人の利益と同視すべきか否かの判断が厳格に過ぎ、国民の権利の実効的な救済が阻害されているとすれば問題であるので、第三者の利益を本人の利益とは異なるとして図式的に排斥するのではなく、それがひいては本人自身の利益といえないかについて検討するという運用が望まれるとの点では、多くのメンバーの合意が得られた。

もっとも、本人と並列的に「一定の第三者」あるいは「利害関係人」の損害を考慮することができることを法律上も明示すべきであるとの指摘もあった。

ちなみに、裁判例の動向に関しては、全般的に第三者の利益を本人の利益とは異なるとして図式的に排斥しているとみられる裁判例は少なく、第三者の利益を考慮しないと判示した〔義務 11・12〕や〔義務 14〕も、本人の利益とはおよそ同視し難い、原告以外の周辺住民等の利益が問題とされた事案に関するものであるといえるとの指摘もされたが、〔義務 14〕の事案についてはなお第三者の利益を考慮する余地もあったのではないかと指摘もされた。

イ なお、このほか、行政事件訴訟法第 25 条の執行停止においてはより原告(申立人)以外の第三者の利益が「重大な損害」の要件の判断で考慮されていたようにみえるが、そうであるとすればアンバランスではないかと指摘もあった。

もっとも、各種の裁判例において、両者を殊更異なるものと理解すべきであるとまで判断したものは見当たらず、むしろ、実務上は、義務付け訴訟の重大性の要件は、条文の文言上は執行停止などと平仄が

とられていて、訴訟であるか仮の救済であるかに伴う差異（例えば、証明か疎明かなど）を除けば、基本的に同一であると理解されているのではないかと指摘もされた。

また、執行停止においては、緊急に執行を停止するかを判断することになるので、例えば保険医指定の取消しのケースにおける患者のように第三者の利益がむしろ重大なことがあり、そのため、これを本人の利益として考量すべき事態が類型的に生じるが、義務付け訴訟の局面ではそのようなことはなく、原告本人の利益として考慮すれば足りるので、その意味でアンバランスには理由があるのではないかとの指摘もされた。

(3) 非申請型義務付けの訴えにおける「一定の処分」の特定について

「一定の処分」の特定に関しては、改正行政事件訴訟法の立案の過程で、根拠法令の趣旨等に照らし、義務付けの対象となる「一定の処分」として対象が特定されていると解される場合には、一定の幅のある処分の義務付けを求める訴えも許容されるとの説明がされているところ、研究会においては、処分の特定が判決文上問題とされた裁判例は少ないが、例えば、原状回復等をさせる命令の発令を求める義務付け訴訟において、測量を行ってその範囲を図面上特定するよう求められたことがあるとの指摘があった。

このような程度にまで処分の特定を求めることの是非に関しては、そのような特定は原告にとって大きな負担となり、処分を義務付けられた行政庁の裁量の範囲内の問題として理解すればよいのではないかとの指摘があったが、他方で、被告の立場からすると単に「是正命令をせよ」では困るものもあり、より厳格な特定が必要な事例も少なくないのではないかとの指摘もあった。

処分の特定に関しては、個々の事案に基づく判断が必要となるため、一般的に述べることは困難であるが、少なくとも、原状回復命令の発令を義務付けられた処分庁においてどの範囲の土地について原状回復を命ずるかの点につき効果裁量を発揮する余地を認めることが可能であることに照らせば、請求の趣旨において現地復元性のある形での特定までが

必要であるとは考え難いとの点では異論はなかった。

このほか、「一定の処分」として幅のある処分の義務付けを命ずるという方策以外にも、裁判所の判断により、行政に再検討を命じることを可能とし、その結論が出るまでの間は訴訟手続を中断して義務付け判決は留保するという方策も考えられるのではないかとの指摘がされたが、技術的な問題は除くとしても、申請型以外にそのようなニーズがあるかは検討を要するのではないかとの指摘もあった。

(4) 義務付け判決の既判力について

研究会においては、義務付け判決の効力に関し、一回的解決を可能にするため、第三者への手続保障を考慮しつつ、第三者に対して既判力を拡張する旨の規定を創設するべきではないかとの指摘があった。

しかし、これに対しては、①行政事件訴訟法第32条と同様のものを設けるという考え方では既判力の拡張は困難である、②第三者への拡張については、既判力の拡張を受ける第三者の範囲の確定が難しい事案もあり得ることから、手続保障をどう仕組むかが難しいのではないかとの指摘があった。

また、行政事件訴訟法第22条に基づく参加又は民事訴訟法上の補助参加をさせることで、少なくとも、第三者は義務付け判決の参加的効力を受けることから、後に第三者の側が義務付け判決に基づいてされた処分の取消訴訟を提起したとしても、処分要件の存在を争うことはできないこととなり、紛争の一回的解決は可能となるのではないかと考えられるし、第三者が提起した取消訴訟において処分の名あて人に対して既判力が拡張されておらず、行政事件訴訟法第22条による参加の機会が与えられているにすぎないこととも整合的であるとの指摘もあった。

以上に加え、現時点において義務付け判決の効力が第三者に及ばないために問題が生じたという例も少なく、行政事件訴訟法第22条等を利用することができない何らかの事情があるといった指摘もないことを踏まえれば、直ちに既判力を当然に拡張する旨の規定を設けることは相当ではなく、実務上は、行政事件訴訟法第22条に基づく参加等が考慮されるべきことについて、訴訟当事者、裁判所等に周知するのが適切であ

るとの指摘があった。

第3 差止訴訟について

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、差止訴訟について、特段の規定を設けておらず、解釈上、いわゆる無名抗告訴訟の一類型として公権力の行使の禁止を求める予防的不作為訴訟の提起が許される場合があると理解されていた。

改正法は、差止めの訴えを「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにもかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟」と規定しており（行政事件訴訟法第3条第7項）、差止めの訴えの要件を満たしているか否かについて裁判所の判断が可能な程度に特定された「一定の処分又は裁決」が対象とされ、かつ、行政庁がそのような処分又は裁決をしようとしているという蓋然性が必要とされている。

さらに、差止めの訴えは、「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合に限り」提起することができ、その場合であっても、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」は提起することができないとされている（行政事件訴訟法第37条の4第1項）。

なお、差止めの訴えにおいて、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずる判決（差止判決）を裁判所がするためには、その差止めの訴えに係る処分又は裁決につき、「行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」るとき又は「行政庁がその処分若しくは裁決をすることがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」であることが必要とされている（行政事件訴訟法第37条の4第5項）。

差止判決の効力に関しては、行政庁に対する判決の拘束力についての行政事件訴訟法第33条の規定を準用している（なお、第三者に対する判決の効力についての同法第32条の規定は準用していない（同法第38条第1項））。

2 施行状況についての分析

差止訴訟については、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決（〔差止1〕をいう。以下同じ。）が一定の懲戒処分の差止めを求めた事案で訴訟要件

の具備を認め本案審理を行ったほか、下級審においても、環境保護（公有水面埋立て）の分野で〔差止 4〕のような認容事例があり、刑務所関係の分野で〔差止 5〕，保険医療機関の指定取消等の分野で〔差止 7〕，建築基準法関係の分野で〔差止 8〕などのように訴訟要件の具備を認め本案審理を行ったものもみられた。

他方で、産業廃棄物関係の分野で〔差止 9・10〕，運転免許停止の分野で〔差止 11〕や〔差止 12〕，土地収用法の事業認定の分野で〔差止 14〕のように重大な損害の要件で却下されたものなどがあつた。また、裁決主義等が定められた特殊な法領域に関し、補充性の要件ないしこれに類する考え方に基ついて、差止めの訴えを不適法として却下した〔差止 15・16〕や、差止めの対象となる「一定の処分」の特定がないとして訴えを却下した〔差止 17〕があつた。

差止訴訟に関しては、処分の名あて人となるべき者が提起する類型を中心に一定の成果が認められることには異論はなかつたものの、それで十分といえるかといった点や、それ以外の類型についての問題などについては、後掲 3 「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【差止訴訟に関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

- 〔差止 1〕最一小判平成 24 年 2 月 9 日最高裁判所 HP（公立高等学校等の教職員が、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを職務命令によって義務付けられないことを前提に、これらの行為をしないことを理由とする懲戒処分の差止め等を求めた事案につき、停職、減給又は戒告の各処分については、職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるといふことができ、その回復の困難の程度等に鑑みれば、重大な損害を生ずるおそれがあるとし、かつ、事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとはいえないとした（本案については裁量権の範囲の逸脱・濫用はないとして棄

却)) , [差止 2] 東京高判平成23年1月28日判時2113号30頁(上記の事案につき, 職務命令の基となる教育委員会の校長に対する通達の処分性を認めた上で, 同通達の取消訴訟又は無効確認訴訟を提起することで損害を避けることができるから, 損害を避けるため他に適当な方法があるとして却下),

[差止 3] 東京地判平成18年9月21日判時1952号44頁(上記の事案につき, ①これらの行為を拒否した場合に懲戒処分等を受けることは確実であること, ②懲戒処分の強制の下, 職務命令を拒否するか, 信念に反して職務命令に従うかの岐路に立たされること, ③職務命令が違法であった場合に侵害を受ける権利は精神的自由権にかかわる権利であって, 事後的救済に馴染みにくく, 式典が毎年繰り返されることに照らすと侵害の程度も看過し難いものがあること, ④原告らが受ける処分は懲戒免職処分となる可能性も否定できないなど不利益も決して小さくないことを理由として, 重大な損害を生ずるおそれがあるとした上で, 処分の差止めの訴えに係る請求を認容)

○ [差止 4] 広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁(公有水面埋立の免許(公有水面埋立法第2条第1項)の差止めを求めた事案につき, 景観利益を主張する者について, ①免許に基づく工事の施工後はその復旧は容易でなく, 取消しの訴えを提起した上で執行停止の申立てをしたとしても, 直ちに執行停止を受けることができるとは考え難いこと, ②景観利益は日々の生活に密接に関連した利益といえ, 金銭賠償によって回復することは困難な性質のものであることを理由に重大な損害を生ずるおそれがあり, かつ, その損害を避けるため他に適当な方法があるとはいえないとした上で, 差止めの訴えに係る請求を認容)

○ [差止 5] 名古屋地判平成18年8月10日判タ1240号203頁(受刑者に対する刑事施設及び受刑者の処遇に関する法律第37条(当時)に基づく調髪処分の差止めを求めた事案につき, 髪型の選択・決定は個人の尊厳に係る権利として尊重されるべきものであるところ, 調髪処分は, 受刑者個人の意思に反しても, 一定範囲の髪型に調髪することを強制するものであり, 従前の長髪等に回復するまでには相当の期間を要し, それまでの間は上記の利益は失われ, その損害は性質上回復が困難であるとして, 重大な損害を生じるおそれがあるとした(本案については裁量権の逸脱・濫用はないとして棄却))

- 〔差止 6〕東京地判平成18年10月20日最高裁判所HP（18歳に満たない者を深夜業に使用したとの事実により罰金刑の判決を言い渡された者が、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律第14条に基づく一般労働者派遣事業の許可の取消処分の差止めを求めた事案につき、①有罪判決を受け、控訴審においても控訴棄却の判決を受けていること、有罪判決を受けたことが許可の取消事由に該当することなどから取消処分の相当の蓋然性があり、②許可の取消処分が行われれば営業の基盤に甚大な影響が生じるなどとして重大な損害を生じるおそれがあるとした（本案については裁量権の逸脱・濫用はないとして棄却）
- 〔差止 7〕大阪地判平成20年1月31日判タ1268号152頁（保険医療機関の指定を受けた歯科医院の開設者及び保険医の登録を受けた歯科医師が、健康保険法第80条に基づく保険医療機関指定の取消処分及び同法第81条に基づく保険医登録の取消処分の各差止めを求めた事案につき、各取消処分によって生じる大幅な収入の減少や歯科医師等としての社会的評価、信用性の失墜によって、歯科医院の経営破綻という重大な損害を受けるおそれがあるとした（本案については違法ではないとして棄却）
- 〔差止 8〕那覇地判平成21年1月20日判タ1337号131頁（建築予定の建物の近隣住民が建築基準法第6条第1項に基づく建築確認処分の差止めを求めた事案につき、①確認申請に係る所定の補正がされれば速やかに処分がされる可能性が高いため処分の蓋然性が相当程度あるというべきであり、②建物が建築されることで日照等を阻害され、災害により倒壊する等した場合には生命、身体及び財産が侵害される可能性があるから、重大な損害が生ずるおそれがあり、かつ、これを避けるため他に適当な方法があるとはいえないとした（本案については本件建築計画に違法はないとして棄却）
 - ※ なお、景観利益を主張する者については、景観利益が一定程度制限される可能性があることは認められるものの、具体的にどの程度侵害されるものであるかは明らかではなく、全証拠によっても重大な損害を生ずるおそれがあると認めることは困難であるとした。
- 〔差止 9〕大阪高判平成19年1月24日最高裁判所HP（リサイクルセンターを設置して建設廃材の中間処理業を営むとしてされた産業廃棄物処分業の許

可処分について地域住民等が差止めを求めた事案につき、リサイクルセンターの構造、設備、処分予定の廃棄物の種類、量等のほか、被害は周辺地域において生活し続け、これを反復・継続して受けるに従って増大、深刻化等する性質であることにかんがみると、本件許可処分がされ、産業廃棄物の処理が開始されることによって直ちに生命、健康又は生活環境に係る著しい被害を受けるような事態は想定し難いとした上で、取消しの訴えを提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであり、重大な損害を生ずるおそれがないとして却下)、〔差止 10〕大阪地判平成 18 年 2 月 22 日判タ 1221 号 238 頁(同上)

- 〔差止 11〕大阪地判平成 19 年 1 月 28 日最高裁判所 HP (運転免許停止処分を受けたタクシー乗務員がその後の違反行為を理由とする再度の運転免許停止処分(以下「第二処分」という。)の差止めを求めた事案につき、第二処分がされれば乗務員として勤務することが不可能になるものの他の業務に一時的に就くことまで禁じられていない、第二処分の取消訴訟を提起するとともにその執行停止を申し立てることは妨げられないし、取り消されれば前歴として評価されることもないなどとした上で、取消しの訴えを提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであり、重大な損害を生ずるおそれがないとして却下)
- 〔差止 12〕東京地判平成 20 年 1 月 18 日最高裁判所 HP (公安委員会から違反点数を合計 6 点付加された者が、30 日間の運転免許停止処分がされる状況になったとして、その差止めを求めた事案につき、免許停止により移動手段を奪われ、移動の自由や活動がある程度制限され、ある程度の経済的損害が生じ、これに伴い精神的苦痛を被ることがあるとしても、免許の効力停止等の行政処分手続が達成しようとする行政目的を考慮すると、そのような不利益は当然に予定されているというべきであり、仮に違反行為の事実関係を争いたいというのであれば、取消訴訟を提起してその適法性を争うことができ、それで足りるなどとした上で、重大な損害を生ずるおそれがないとして却下)
- 〔差止 13〕福岡高判平成 22 年 3 月 25 日最高裁判所 HP (建築確認を受けた建築計画に基づく建築工事を請け負った建設業者が、建築基準法第 9 条第 1 項に基づく是正命令としての工事施工停止命令の差止めを求めた事案につき、工事

遅延による信用毀損や経済的損害は、停止命令の取消訴訟を提起し、認容されれば回復が可能であるなどとした上で、重大な損害を生ずるおそれがないとして却下)

- 〔差止 14〕福岡地判平成 23 年 9 月 29 日判例集未登載（東九州自動車道の新設工事に関し、予定路線地の所有者等が、土地収用法第 20 条に基づく事業認定の差止めを求めた事案につき、処分の蓋然性は認めたものの、事業認定がされたとしても、別途収用裁決等がされるまでは所有権その他の権利が奪われるなど重大な影響が生ずるわけではなく、その他の影響についても収用裁決等によって生じるものであり、事業認定処分及び収用裁決等がされた後にその取消訴訟等を提起し、執行停止を受けることで回避が可能であるなどとした上で、重大な損害を生ずるおそれがないとして却下)
- 〔差止 15〕東京高判平成 19 年 12 月 5 日最高裁判所HP（アマチュア無線局の免許等を有する者らが、2メガヘルツから30メガヘルツまでの周波数に係る電力線搬送通信設備に係る総務大臣がする電波法施行規則第44条第1項第1号(1)及び第46条の2の型式指定並びに電波法第100条第1項第1号の許可の各差止めを求めた事案につき、これらの総務大臣の処分は異議申立てがあったときは電波監理審議会の議に付し、その審理を経た上で、その議決により決定を行うこととされ、その審理においては準司法手続が採用され、異議申立てに対する決定に対してのみ取消訴訟が提起できるという裁決主義が採用され、さらに、その取消訴訟は第一審が省略されて東京高等裁判所に専属し、実質的証拠法則が定められているところ、その趣旨は、電波法等に基づく処分の適否という専門技術的事項については、電波監理審議会の専門的知識経験に基づく事実認定を尊重し、裁判所が証拠に基づく事実認定を行うことを留保したものであり、差止めの訴えを許容した場合にはその趣旨を没却することになるなどとした上で、電波法は電波監理審議会の審理を経た後の決定に対する取消訴訟のみを救済手段として予定しているとして、当該差止めの訴えは不適法であるとして却下）、〔差止 16〕東京地判平成 19 年 5 月 25 日最高裁判所HP（同上）
- 〔差止 17〕東京地判平成 20 年 1 月 29 日判時 2000 号 27 頁（「鉄道施設変更後の高架鉄道施設上を（鉄道運送事業者が）鉄道を複々線で走行させること

を許す一切の処分」の差止めを求めた事案につき、鉄道事業法及び同法施行規則上列車の走行に直接関係すると考えられる処分だけでも複数あるが、原告はこれ以上特定できないと主張するのみで、どの処分を審理の対象として取り上げるべきかを知ることさえできないのであり、行政事件訴訟法第3条第7項の定める「一定の処分」に当たらないとして、当該差止めの訴えは不適法として却下)

3 個別的な議論の概要

(1) 「重大な損害」の要件の解釈について

ア 損害が取消訴訟と併せて執行停止を申し立てることによって避けられるようなものであれば、重大な損害の要件が認められず、差止訴訟ではなく取消訴訟によるべきものとする裁判例が下級審においては主流であったといえるところ、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決も、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、「重大な損害」の要件が認められるためには、「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する」としている。

これに対しては、取消訴訟との役割分担を重視し過ぎて、差止訴訟の活用可能性が必ずしも十分に生かされないことになるのではないかと、処分の適否について当事者双方は主張立証をすることが可能であるにもかかわらず、処分がされてからでなければ争えないとする必要性はないのではないかとといった指摘がされた。

もっとも、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決において採用された考え方自体は、改正行政事件訴訟法の立案担当者の解説によれば「一定の処分又は裁決がされることにより生ずるおそれのある損害が、その処分又は裁決の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けられるような性質の損害である場合には、そのような損害は、差止めの訴えによる救済の必要性を判断するに当たって考慮

される損害には当たらないものと考えられます。」（司法制度改革概説3「行政事件訴訟法」・小林久起189頁）とされていることなどに照らせば、立法趣旨に即したものと評価をすることができ、その意味で執行停止により「容易に救済を受けることができる」か否かをどの程度のハードルと理解して運用するかが重要であるとの指摘がされた。

そして、このような観点からは、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決について、当該事案においては、停職処分の前に戒告、減給、減給と比較的軽い処分が複数予定されていることから、そのどこかで取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てればよいとの議論もあり得たが、そのような理屈を採用せず、大まかに重大な損害を見ている点で、改正法の趣旨を踏まえてかなり柔軟な当てはめをしていると評価することができ、リーディング・ケースとしての意義も大きいのではないかとの指摘があった。

これに対しては、内心の自由の制約に対する厳格な審査との関係でされた特殊な判断にすぎないのではないかとの指摘もあったが、法廷意見は内心の自由との関係を強調しておらず、限定された射程と理解する必要はないのではないかとの指摘もされた。

イ また、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決は、処分の名あて人となるべき者が提起したものであるところ、処分の名あて人以外の第三者が処分の差止訴訟を提起するケースについてはなお問題があるとの指摘があった。すなわち、例えば〔差止9・10〕や〔差止14〕などの事案では、その時点又は近い将来における損害の発生を見込むことができないようなものであるため、現状では、差止めはもとより、処分がされた後も直ちには執行停止決定を得ることができないことになりそうであるが、このような事案についても争わせて構わないのではないかとの指摘があった。

これに対しては、近い将来における損害の発生の見込みすらない場合についてまで差止訴訟の提起を認める必要はないのであり、処分がされた後に取消訴訟を提起すればよく、その時点で特に損害の発生の

可能性がないとすれば執行停止の決定を得ることもできないが、そうであっても特に支障はないのではないかといった指摘がされた。

もっとも、これに対しては、仮に差止訴訟を認めなければ〔差止 14〕の事案では周囲の任意買収が行われ、任意買収がほぼ済んだ段階で事業認定がされ、そこから取消訴訟で争うことになるが、そうした場合には、事業の公共性が高まり、事業認定が適法となる蓋然性が高まることになるので、任意買収がされない前提での裁判所の判断を受けられるようにする必要があるとの反論がされた。

しかし、この反論に対しては、〔差止 14〕の事案については、任意買収の進捗の程度が事業認定の適法性の判断に与える影響はどれほどのものなのかといった疑問に加え、仮に差止訴訟の提起を認めても任意買収を止めることはできず、結局、任意買収が進んだとの事情を前提とした処分がされれば、その状態を前提に再度取消訴訟を提起するほかないのではないかとの指摘もされた。

このほか、〔差止 14〕のような事案における上記の問題は、計画行政に固有の問題を含むものであり、その解決を一般法たる行政事件訴訟法の差止訴訟の活用のみによって図ろうとすることに無理があるのではないかという指摘があった。

(2) 差止めの対象となる処分の特定について

裁判例の中には、差止めの対象となる「一定の処分」が特定されていないことを理由に訴えを却下したものがあるところ（〔差止 17〕参照）、当該裁判例においては、処分として考えられるものが複数あるとも判示されているのであるから、不適法として却下する必要はないのではないかと、裁判所は審理の対象について行政側に釈明をする必要があるのではないかといった指摘があった。

これに対しては、裁判所が審理の対象について行政側に釈明をするなどして適切な裁判を行うよう措置することが必要な局面もあることについては異論がなかったものの、対象となる処分の最終的な特定の責任は原告にあり、仮にその意味での特定を原告が拒んだといった事情がある場合には、裁判所に対して判断を求める対象が特定されていない以上、

訴えの却下も致し方ないと考えられるとの意見もあった。以上の議論の結果、「一定の処分」との文言が用いられた趣旨を踏まえつつ過度に厳密な特定までは求めないとの運用が定着することが望まれるとの点については意見が一致した。

また、このほか、処分の特定の緩和の問題を、ある行政過程の全体を訴訟の対象とすることの適否という問題であると見た場合には、ごみ焼却場設置行為の取消訴訟について、そのような行政処分はないという理由で却下された事案（最判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁）と類似するものとも整理することができ、抗告訴訟における請求の特定という一般的な次元の問題ではないかとの指摘もあった。

(3) 差止訴訟の提起があった場合における不服申立前置規定の適用関係

研究会においては、不服申立前置が定められている処分についての差止訴訟の審理中に現実に処分がされ、新たに取消訴訟を提起することとなった場合につき、改めて不服申立てを前置する必要があるとすれば問題があるとの指摘があった。

これに対しては、①行政庁に対して異議を申し立てても判断が変更される可能性がない場合等には「正当な理由」（行政事件訴訟法第8条第2項第3号）があるといえるのではないかと、②少なくとも、差止訴訟が適法に提起されていた場合であることが前提となる場所、「重大な損害を生ずるおそれがある」といえる場合であれば、「処分の執行又は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき」

（同項第2号）に該当するといえる場合が多いのではないかと指摘があり、そのような整理が適切であることについては大勢の意見が一致した。

さらに、これを法文上明確化することができれば、よりクリアになるのではないかと指摘もされた。

(4) 裁決主義と差止訴訟との関係について

研究会においては、裁判例の中には裁決主義が採られている場合には、解釈上、差止訴訟が提起できないと判断しているものがあるところ（〔差止15・16〕）、このような考え方については弁護士の一部に適切な整理

ではないという意見があるとの指摘があった。

これに対しては、そもそも裁決主義が採られていると直ちに差止訴訟の提起が許容されないとされているのではなく、準司法的機関による審理、裁決に一审代替機能が付与され、高等裁判所が第1審裁判所となる上、実質的証拠法則が採用されているといった極めて特殊な類型を前提としたものであり、直ちに不当ともいい難いのではないかとの指摘があった。

第4 公法上の法律関係に関する確認の訴え

1 制度の概要

国民の権利利益の実効的な救済の観点から、取消訴訟の対象となる行為の範囲（いわゆる処分性）を拡大するかどうかについては、①取消訴訟の対象とする行政庁の行為に関し、取消訴訟によらなければ行政庁の行為の違法性や効力を争えないこととする効力を認めるべきかどうか、②出訴期間の制限を受けることをどのように考えるかなど、取消訴訟制度の特質を踏まえて、紛争解決の実効性について検討をする必要があった。

このような観点を踏まえた議論がされた結果、平成16年改正においては、取消訴訟の対象となる行為の範囲に関する規定については改正がされなかった。

他方で、抗告訴訟とは異なり、「行政庁の公権力の行使に関する不服」の範囲に含まれない「公法上の法律関係に関する訴訟」を対象とする当事者訴訟は、抗告訴訟の対象とならない行政の行為を契機として争いが生じた場合であっても、公法上の法律関係に関して確認の利益が認められる場合には、確認の訴えを提起することが可能である。

そして、「公法上の法律関係に関する訴え」の中に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が含まれることは、改正前においても認められるべきものであったが、その位置付けが必ずしも明らかでない面もあり、それまで、十分に活用されてきたとはいえない状況であった。

そこで、「公法上の法律関係に関する訴訟」の中に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が含まれていることを法文上明らかにすることにより（行政事件訴訟法第4条）、例えば、通達や行政指導において一定の義務があるとされた者が法令上そのような義務がないことの確認を求める場合や、行政計画や政令・省令などの行政立法、条例などの自治立法が法律に違反して無効であるとして、それらの行政計画や行政立法等によって生ずべき負担や義務がないことの確認を求める場合など、国民と行政との間の多様な法律関係に応じて、公法上の法律関係に関する確認の利益が認められる場合に、確認訴訟が活用されるように図ったものである。

2 施行状況についての分析

公法上の法律関係に関する確認の訴えに関しては、直ちに抗告訴訟の対象とはならないような公法上の法律関係に関する紛争においてより一層利

用がされることが期待されたものであるところ、公職選挙法が違憲であることを争う訴訟において特定の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を求める訴えを適法とした〔確認 1〕（以下「在外邦人選挙権制限違憲訴訟最高裁判決」という。）や、職務命令に基づく公的義務の不存在的の確認を求める訴えを適法とした〔確認 4〕（国歌斉唱義務不存在的確認等最高裁判決）といった最高裁判決のほか、下級審においても公法上の法律関係についての確認の訴えについては多様な事案において訴えを適法と認める傾向にあり、立法時に期待された成果があがりつつあるとの指摘が大勢を占めた。

もっとも、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて、確認の利益を厳格に求めるか否かにより、救済の範囲が影響を受けることから、この観点から、確認の利益等に関して後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【公法上の法律関係に関する確認の訴えに関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

(1) 一定の権利の存在又は一定の義務の不存在的の確認を求めるもの

- 〔確認 1〕最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁（在外の日本国民が、①平成10年改正前の公職選挙法が原告らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴え、②平成10年改正後の公職選挙法が原告らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴え、③原告らが衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を求める訴えを、それぞれ提起したところ、①については、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められないとして却下され、②については、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には確認の利益を欠き不適法となるところ、本件においては、③の訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、確認の利益が

認められないとして却下されたが、③については、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ、その内容をみると、公職選挙法附則第8項につき所要の改正がされないと、在外国民である原告らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、原告らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができるとした上で、選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものであるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案についても認容）

※ なお、上記の裁判例の第1審及び控訴審は、改正行政事件訴訟法の施行前に判決されたものであるところ、第1審（〔確認2〕東京地判平成11年10月28日最高裁判所HP）は、①及び②の訴えについては、いずれも、具体的紛争を離れて、改正前又は改正後の公職選挙法の違法の確認を求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらず、また、たとえそれが法律上の争訟に当たると解したとしても、無名抗告訴訟が許容されるために必要な要件を具備していないことは明らかであるから、不適法であるとしていた。また、控訴審（〔確認3〕東京高判平成12年11月8日最高裁判所HP）は、①及び②については第1審と同様に「法律上の争訟」に該当しないとし、控訴審において追加された③の訴えについては、直接法令等の違憲あるいは違法性等に関する判断を求める訴えではないものの、平成10年改正後の公職選挙法が、在外日本人のために衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において選挙権を行使する措置を設けていないことは当事者間に争いがないにもかかわらず、これらの各選挙において選挙権を行使する権利を有する

この確認を求めるといえるのは、裁判所に対して、同法が在外日本人にこれらの各選挙において選挙権を行使する権利を認めていないことの違憲、違法を宣言することを求めているか、又はその行使をする権利を創設することを求めるものといわざるを得ず、①及び②の訴えと同様に、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はなく、抽象的、一般的に法令等の違憲、違法をいうか、又は更に一般的に権利を創設する判断を求めるものといわざるを得ず、「法律上の争訟」に該当しないことは明らかであるとして却下していた。

- 〔確認 4〕 最一小判平成24年2月9日最高裁判所HP（公立高等学校等の教職員が、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを職務命令によって義務付けられないことを前提に、これらの行為をする公的義務が存しないことの確認等を求めた事案につき、通達を踏まえて処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができ、確認の利益を肯定することができるとして、当該確認の訴えを適法とした（本案については棄却）

※〔確認 4〕の第一審（〔差止 3〕参照）及び控訴審（〔差止 2〕参照）は、上記の義務不存在確認の訴えは無名抗告訴訟に該当すると性質決定をしたため、公法上の当事者訴訟としての判断をしていない。

- 〔確認 5〕 東京地判平成19年11月7日最高裁判所HP（健康保険法第63条第1項に規定する「療養の給付」に当たる療養（インターフェロン療法）に加えて、「療養の給付」に当たらない療養（活性化自己リンパ球移入療法）を併用する診療（いわゆる混合診療）を受けた場合であっても、「療養の給付」に当たる診療については、なお同法に基づく「療養の給付」を受けることができると主張する者が、同法に基づく療養の給付を受けることができる権利を有す

ることの確認を求める訴えを提起したところ、原告は、今後とも、インターフェロン療法と活性化自己リンパ球移入療法を併用する療養を受ける可能性が高いと認められ、仮に、原告が今後とも活性化自己リンパ球移入療法を受けようとするれば、インターフェロン療法に要する費用についても全額自己負担とされ、多額の医療費の負担を余儀なくされるおそれがあることに照らすと、上記の権利を有することを確認すべき法律上の利益は肯認することができるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案についても認容）

※ 上記の裁判例は控訴され、控訴審は第1審判決を取り消し、請求を棄却したが、訴えの利益については特段の判示をしていない。

○〔確認 6〕福岡地判平成18年12月19日最高裁判所HP（国営諫早湾土地改良事業が行われ、潮受堤防の締切後に赤潮による漁業被害が発生したことから、被害の原因について、潮受堤防の各排水門を開門して、潮汐、潮流、水質、底質等の調査を行う義務が国に発生したとして、付近沿岸の海について漁業権を有する漁業組合連合会が、上記の調査義務を国が負うことの確認を求める訴えを提起したところ、実質的当事者訴訟として、被告に開門調査義務が存在することの確認を求めるものであるから、正に、開門調査義務の存否という当事者間の具体的な公法上の権利義務の存否に関する紛争であって、かつ、法令の適用により終局的に解決することができる性質のものであり、法律上の争訟といえるとした上で、公法上の法律関係に関する確認を求めている場合においては、その有無は正に本案の対象になるものであり、確認を求められた公法上の法律関係が存在しない場合は請求棄却判決がされるべきであるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却）

○〔確認 7〕名古屋地判平成21年2月19日判タ1313号148頁（通信制御販売システムに係る商品販売用機械に県青少年保護育成条例で自動販売機への収納を禁止された有害図書類を収納して販売している業者が、県を被告として、同条例の定める届出義務及び図書の撤去義務を負わないことの確認を求める訴えを提起したところ、当事者間に、原告が現に愛知県内に設置して有害図書類を収納・販売している各販売機について、本件条例に基づく届出義務を負うのか否か、有害図書類を収納してはならない義務を負うのか否かという点に見解の相違があり、これにより、届出をしなくても本件販売機により図書類を

販売することができるのか否か、本件販売機に有害図書類を収納することができるのか否かという原告の現在の公法上の法律関係について原告と愛知県知事との間に現実かつ具体的な紛争が生じていることが認められ、かつ、原告が被告との間の本件訴訟において勝訴すれば、その判決の拘束力（行政事件訴訟法第41条第1項、第33条第1項）により、県知事は判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断につき判決に拘束されることになり、上記の紛争が終局的に解決されることとなると考えられるから、確認の利益が認められるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却）

- 〔確認 8〕大阪高判平成21年4月14日最高裁判所HP（登記事項証明書の交付手数料を1000円と定める登記手数料令第2条第1項は、不動産登記法第119条第3項の委任の範囲を逸脱し、違法、無効であると主張する者が、交付手数料1000円のうちの未払部分について手数料納付義務がないことの確認を求める請求に係る訴えを提起したところ、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却））、〔確認 9〕大阪地判平成19年10月18日最高裁判所HP（同上）
- 〔確認 10〕福岡高判平成21年9月11日最高裁判所HP（県知事から既に法定解散をしているから水産業協同組合法第68条第5項所定の解散届を提出するよう行政指導を受けるなどした原告が、解散届を提出する義務が存在しないことの確認を求める訴えを提起したところ、現に当事者間に同法上の解散届提出義務の存否という法律関係に関して争いがあるのであるから、その存否の確定が上記紛争の解決に資することは明らかである、法定解散を前提にされた不免許処分等の取消訴訟において取消判決がされてもその拘束力は法定解散しているか否か、解散届の提出義務を負うか否かについては及ばず、原告が法定解散しているか否かを巡る当事者間の紛争を抜本的に解決するためには、確認判決により不利益を除去する必要があるものであって、即時確定を求める法律上の利益があるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却））、〔確認 11〕福岡地判平成20年4月25日最高裁判所HP（同上）
- 〔確認 12〕横浜地判平成21年10月14日判例地方自治338号46頁（市民が一般廃棄物を排出しようとする場合に有料指定収集袋を使用することを義務付けた市廃棄物の減量化、資源化及び適正処理等に関する条例の規定が、地

方自治法第227条に反し違法であると主張する市民が、市を被告として、有料指定収集袋によらないで排出された一般廃棄物を収集・処分する義務があることの確認を求める訴えを提起したところ、市が指定する有料指定収集袋を使用しなければ、日々発生する可燃ごみ及び不燃ごみの収集を一切受けられない立場にある者らが、上記条例施行後においても、有料指定収集袋を使用することなく、一般廃棄物である可燃ごみ及び不燃ごみの収集を受ける地位があることの確認を求めることが、市との間の紛争解決にとって有効適切であり、即時確定の現実的利益があるといえるなどとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却）

- 〔確認13〕大阪高判平成17年11月24日最高裁判所HP（琵琶湖において、レジャー活動としてオオクチバス、ブルーギル等の外来魚を採捕した場合には、これを再び琵琶湖に放流してはならない旨を規定する県条例の規定は、立法事実が存在せず、釣り人である原告らの権利を侵害する違憲・違法なものであると主張する者が、①主位的に、過去の一定の日時場所において原告らが採捕した外来魚を生きたまま再放流したことについて、原告らには外来魚を再放流してはならないとの義務のないことの確認を求める訴えを提起したところ、過去の再放流行為について県条例の規定に基づく禁止義務が存するか否かの確定は、ただ単に、その時点における上記義務違反の存否を事実上確定するだけにすぎず、また、当該規定には罰則がないことを考え併せると、上記確定により、本件規定を巡る現在の紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならないというべきであるから、過去のある時点における本件規定に基づく再放流禁止義務のないことの確認を求める法律上の利益を認めることはできないなどとし、②予備的に、現在における県条例に基づく上記の義務がないことを確認する訴えを提起していたところ、一般に、一般私人が琵琶湖のような公共用物（自然公物）を使用することによって享受する利益（いわゆる自由使用）は、公共用物が一般私人の使用に供されていることによる反射的利益にすぎず、当該私人が公法上の権利として当該公共用物を使用する権利ないし法律上の利益を有するものではなく、特定の個人がオオクチバス等を生きたまま琵琶湖に再放流する権利ないし法律上の利益を有しているとはいえないとした上で、そうすると、本件規定は、特定の個人の具体的な権利ないし法律上の利益に影響

を及ぼすものではないから、県条例の規定に基づく禁止義務のないことの確認を求める法律上の利益を肯定することはできないとして、いずれの確認の訴えも不適法とした）、〔確認 14〕大津地判平成 17 年 2 月 7 日最高裁判所HP（同上）

(2) 一定の地位の確認を求めるもの

○〔確認 15〕東京地判平成 18 年 9 月 12 日最高裁判所HP（独立行政法人雇用・能力開発機構が、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律等の規定に基づき、雇用安定事業として行う中小企業基盤人材確保助成金に関し、その支給の申請をした者が、助成金を支給しない旨の決定を受けたことから、支給を受けられる地位を有することの確認を求める訴えを提起したところ、関係法令をみても行政庁の「処分」に基づいて支給することを予定していると解釈できるような規定は何ら存しないから、助成金を支給しない旨の決定には処分性はないとした上で、助成金の支給を受けられる地位にあることの確認訴訟を提起し、助成金支給の可否について裁判所の公権的判断を求めることは、助成金支給の要否をめぐる問題を解決するための適切な手段であるといえる一方、他に適切な解決手段も存在しないことからすれば、確認の利益を肯定することができるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案についても認容）

○〔確認 16〕東京地判平成 22 年 3 月 30 日最高裁判所HP（薬局開設者又は店舗販売業者が当該薬局又は店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与を行う場合には、第一類医薬品及び第二類医薬品の販売又は授与は行わない旨の規定並びに同医薬品の販売又は授与及び情報提供は有資格者が対面により行う旨の規定を薬事法施行規則に設ける改正省令は、薬事法の委任の範囲外の規制を定めるものであって違法であると主張する者が、第一類・第二類医薬品を郵便販売することができる地位の確認を求める訴えを提起したところ、本件訴えは公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるとした上で、原告らは、上記の改正省令の施行前は、一般販売業の許可を受けた者として、郵便等販売の方法の一態様としてのインターネット販売により一般用医薬品の販売を行うことができ、現にこれを行っていたが、改正省令の施行後は、本件各規定の適用

を受ける結果として、第一類・第二類医薬品についてはこれを行うことができなくなったものであり、この規制は営業の自由に係る事業者の権利の制限であって、その権利の性質等にかんがみると、原告らが、本件各規定にかかわらず、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売の方法による販売をすることができる地位の確認を求める訴えについては、本件改正規定の行政処分性が認められない以上、本件規制をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきであり、また、単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、省令の個別的な適用対象とされる原告らの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができるかと解するのが相当であるとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却）

- 〔確認 17〕東京高判平成19年4月25日最高裁判所HP（廃棄物処理施設を使用しようとする者が、同施設は、平成9年政令第269号による改正前の廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令の施行前から存在し、かつ、廃棄物の処理及び清掃に関する法律第15条第1項に基づく知事の産業廃棄物処理施設の設置に係る許可が必要でない既設ミニ処分場に該当していたとして、当該施設の使用について、同令施行後においても許可を要しない地位にあることの確認を求める訴えを県を被告として提起したところ、①廃掃法その他の関係法令において、当該既設ミニ処分場を設置利用している者に対し何らの公法上の権利が付与されているわけでないことは明らかであり、本件施設を許可を得ずに使用できる公法上の権利を有していると主張して提起された地位確認請求は、具体的な公法上の地位ないし具体的な公法上の権利義務を対象とするものではないというべきであり、公法上の法律関係に関する確認の訴えに該当しない、②仮にそうでないとしても、このような訴えについて確認の利益があるというためには、控訴人に対して予想される刑事処分その他の不利益処分をまっけて、これに関する訴訟等において事後的に本件許可の取得の要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の特段の事情が存在しなければならぬが、行政当局ないし捜査機関との間で見解が対立し、最終的に刑事処分等の手続に付せられることになったとしても、それらの手続において争うことができるのであって、予め本件許可の要否を確認しなければ回復しがた

い重大な損害を被るおそれがあるということとはできないなどとして、当該確認の訴えは不適法とした）、〔確認 18〕千葉地判平成 18 年 9 月 29 日最高裁判所HP（上記の事案について、原告は、被告県からの本件通知及び本件警告等の強い行政指導を受け、刑罰を受けることをおそれて、事実上、本件土地を既設ミニ処分場として使用することができない状態となっているところ、行政指導の取消訴訟等を提起することはできないことなどからすれば、刑事手続において、本件許可の可否を争うことができるとしても、これが他により適切な手段によってその目的を達成することができる場合とまでいうことはできず、不利益を除去するためには、本件許可の可否を本件訴訟において確認することが、原告と被告県との間の現在の紛争を直接かつ抜本的に解決するために有効適切な手段であるというべきであるとして、許可を要しない地位にあることの確認の訴えは適法とした（本案については棄却））

- 〔確認 19〕広島高判平成 20 年 9 月 2 日最高裁判所HP（日本国外に居住する者が原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律に基づいてした被爆者健康手帳の交付申請に対し県知事がした同申請の却下処分の取消訴訟を前記申請者の死亡により承継した者が、同申請者が過去の一定日時において同法第 1 条第 1 号に定める被爆者の地位にあったことの確認を求める訴えを提起したところ、当該訴えは過去の法律関係の確認を求めるものであって、特段の事情がない限り、訴えの利益を欠くとした上で、同条所定の「被爆者」の地位は被爆者健康手帳の交付を受けることによって初めて取得されることになるものであって、それ以前の「手帳の交付を受けることのできる地位」にあることからは何らの法的効果も生じず、健康管理手当の支給を受けることができる権利も、同条所定の「被爆者」の地位を得て初めて請求しうるもので、「手帳の交付を受けることのできる地位」に法的な意味は存しない、「被爆者」の地位は、相続の対象となるものではないから、本人である前記申請者が死亡した以上、同条第 1 号に定める被爆者の地位にあったことを確認することに法的意味はないなどとして、訴えの利益を欠くとし、当該確認の訴えは不適法とした）

(3) 一定の行為等の違法性の確認を直接求めるもの

- 前掲〔確認 1〕参照（①の訴え及び②の訴えに関する部分）

- 〔確認 20〕東京地判平成 20 年 12 月 19 日最高裁判所HP（都市計画法に基づ

く地区計画の変更決定及び第1種市街地再開発事業の都市計画の決定の違法確認を求める訴えを当該地区計画の区域内に不動産を所有する者が提起したところ、①これらの決定は直ちに第1種市街地再開発事業の手續の現実的かつ具体的な進行を開始させるものではなく、原告らの権利又は法的地位に具体的な変動を与えるという法律上の効果が生ずるものではなく、原告らの法的地位に係る不安が現に存在するとまではいえないこと、②本件訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであって、原告らの現在の権利又は法的地位の確認を求める訴えではないことなどに照らすと、確認の利益を認めることができないとして、当該確認の訴えは不適法とした)

- 〔確認21〕名古屋地判平成21年1月29日判例地方自治320号62頁（土地区画整理事業の施行地区内の土地所有者が土地区画整理組合を被告として事業計画における区画道路の位置の定めが違法であることの確認を求める訴えを提起したところ、当該区画道路の位置の定めを争うには県を被告として県知事のした土地区画整理組合の設立の認可について取消訴訟等で争うべきであり、公法上の当事者訴訟によってその違法性を確認することは許されないものというべきであるとして、当該確認の訴えは不適法とした)

(4) その他

- 〔確認22〕東京高判平成21年1月28日最高裁判所HP（平成10年法律第55号による改正前の風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第28条第3項により同条第2項に基づく条例の適用を受けないものとして店舗型風俗特殊営業を継続していた者が、その営業所の建物の工事をした後にした、その営業について、平成17年法律第119号による改正前の風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第28条第1項の規定又は第2項に基づく条例の規定が適用されないことの確認を求める訴えを提起したところ、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却））、〔確認23〕東京地判平成19年12月26日最高裁判所HP（同上）
- 〔確認24〕大阪地判平成21年10月2日最高裁判所HP（横断歩行者等妨害等（物損事故）の道路交通法違反行為に基づき道路交通法施行令の定める違反行為に付する点数2点が付された者が、違反行為の事実はないにもかかわらず、点数付加のため原告が地方運輸局長が定めた法令遵守基準を満たさないこと

となり、個人タクシー事業の許可を受けられないなどと主張して、点数付加がないことの確認を求める訴えを提起したところ、①違反点数の付加は抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらず、法令遵守基準を満たさないことを理由として申請却下処分がされることを承知の上で個人タクシー事業の許可の申請を行った上で、その申請却下処分の取消しを求める訴えを提起することは可能であるが、そのような方法に合理性を見出すことは困難であり、迂遠でもある、法令遵守基準は、法律上の処分要件とされているものではないから、点数付加が違法であっても直ちに申請拒否処分が違法になるという保障もないことから、端的に本件点数付加がないことの確認を求める訴えを認めることが、紛争の直接かつ抜本的な解決のため有効かつ適切である、②違反点数の付加は、通常の行政処分と同様、行政庁の第一次的判断は明確に示されているのであるから、司法と行政の役割分担を考慮するに当たり、行政庁の第一次的判断が示されているとは限らない義務付けの訴えや差止めの訴えと平仄を合わせる必要は必ずしもなく、重大な損害等の厳格な訴訟要件は要しないというべきであるなどとして、当該確認の訴えは適法とした（本案については棄却）

- 〔確認25〕大阪地判平成19年8月10日最高裁判所HP（座席ベルト装着義務違反に基づき道路交通法施行令の定める違反行為に付する点数1点が付された者が、違反行為の事実はないなどと主張して、違反行為がないことを前提とする現在の累積点数の確認を求める訴えを提起したところ、義務付けの訴え及び差止めの訴えの規定の文言及びその趣旨に照らせば、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて確認の利益を肯定するためには、行政の活動、作用（不作為を含む。）によって重大な損害が生じるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないことが必要であり、他に適当な方法がないか否かについては、当該紛争の実態にかんがみ、当該確認訴訟が原告の法的地位に生じている不安、危険を除去するために直截的で有効、適切な訴訟形態か否かという観点から判断すべきであるとした上で、原告は、現時点において、本件違反に係る基礎点数1点が付加されることにより、法令により免許の効力の停止の要件として規定された累積点数に達するものでもなく、また、今後免許証の更新を受ける地位（優良運転者、一般運転者又は違反運転者等の区分）に直ちに影響を及ぼすものでもなく、このほか、原告が一般乗用旅客自動車運

送事業の許可を申請しているなどといった事情もないから、本件違反に係る点数付加行為がされることにより重大な損害が生ずるおそれがあるということではできず、当該点数付加行為によって原告の法的地位に生じている不安、危険を除去すべき現実的必要性を欠くものといわざるを得ないから、確認の利益を欠くものというべきであるとして、当該確認の訴えは不適法とした)

※ 上記の判決は控訴されているが、控訴審においては、現在の累積点数の確認を求める訴えは取り下げられた。

- [確認 26] 横浜地判平成19年9月5日判例地方自治303号51頁（県が新たなごみ焼却施設の建設を内容とする事業の実施に先立って県環境影響評価条例に基づく環境アセスメントの手続を実施すること等を求めた事案につき、原告らと被告との関係は公法上の法律関係に属するものというべきであり、行政事件訴訟法第4条後段の当事者訴訟の要件に該当し、適法なものというべきであるとした（本案については棄却））

※ 本件は、確認の訴えではなく、公法上の法律関係に基づく給付の訴えとして提起されたものである。

3 個別的な議論の概要

(1) 確認の利益の解釈について

国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決（〔確認 4〕参照）については、昇級処分がない、ボーナスの査定が不利であるといった、一般的であり、かつ、茫漠としたものともいえる処遇上の不利益を前提にしつつも「現実の危険を及ぼす」として確認の利益を肯定しており、最一小判昭和47年11月30日の長野勤評最高裁判決から実質的な意味において踏み出しているものと評価でき、今後、不利益が反復継続・累積加重する類型でない場合にも同様の柔軟な解釈が望まれるとの意見が多かった。

他方、〔確認 13・14〕や〔確認 17〕については、確認の利益を厳格に解し過ぎている面があるのではないかとの意見が大勢を占めた。

また、〔確認 20〕をはじめとした行政計画に関する分野では必ずしも利用が進んでいないのではないかとの指摘がされたが、これは行政計画に固有の問題を多く含んでいるので、都市計画に関する特別な訴訟制度の創設を含め、別途検討する必要があるとの指摘があった（なお、第1

3 「行政計画・行政立法」の2参照)。

このほか、〔確認 6〕については、確認の利益の存否について踏み込んだ検討がされていないが、原告適格におけるような法律上保護された利益が存するか否かの検討をするのが裁判例の基本的な方向性であり、全ての裁判例が〔確認 6〕のように緩やかに確認の利益を認めているわけではないのではないかと、〔確認 26〕についてもこれを確認訴訟の形式で提起していた場合には法律上保護された利益が存するか否かの検討の結果、確認の利益は認められないのではないかと指摘がされた。これに対しては、〔確認 26〕については環境アセスメントに参加する利益は広く一般に付与されており、法律上の争訟に当たらないとの指摘もあり得るかもしれないが、そのような点を除けば、特に抗告訴訟の原告適格についてと同様に根拠法令の保護範囲といったものを議論する必要まではないのではないかと指摘や、確認訴訟については、取消訴訟などと異なり、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の観点から成熟性の要件で確認の利益の存否を検討しており、その視点からは〔確認 6〕の判断手法について直ちに違和感があるものではないといった指摘があった。

(2) 公法上の当事者訴訟と民事仮処分について

ア 両者の関係について

研究会においては、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、公法上の当事者訴訟を本案として民事仮処分の申立てをすることができるのであればそのことを法律上明記すべきであるとの意見があるとの指摘があった。

これは、公法上の法律関係に関する確認の訴えに止まらず、それ以外の類型のものを含めた当事者訴訟全体にわたる問題であるところ、研究会においては、行政事件訴訟法第44条によれば、公権力の行使に当たる行為であれば民事仮処分によらず、執行停止その他の行政事件訴訟法上の仮の救済を利用することになり、他方で、それ以外のものについては行政事件訴訟法第7条により民事仮処分を利用することとされており、行政事件訴訟法において、仮の救済の利用に関する規

範は既に明確なのではないかとの指摘がされた。

これに対しては、弁護士を代理人に選任せずに訴訟を迫行するいわゆる本人訴訟の原告のことを考えれば、より分かりやすい規定を設けることが検討されてよいのではないかとの指摘がされたが、これについては、行政に対して不服を有する者への教示の在り方ないしは行政事件訴訟法全体の周知の在り方の問題ではないかとの指摘がされた。

また、具体的な事案において、公権力の行使に当たるとみるべきか、当たらないとみるべきかが分かりにくいものがあるのは確かであるが、この点を明示しようとするれば、結局、個別にすべての行政の行為等について公権力の行使に当たるのか否かを規定するほかなく、それは現実的には不可能ではないかとの指摘がされた。

イ 立担保規定について

研究会においては、公法上の当事者訴訟を本案とする仮処分については、民事保全の命令は、担保を立てさせること等を条件として、又は担保を立てさせないで発することができるとする民事保全法第14条は適用しないことにする必要があるとの指摘がされた。

これに対しては、すべての公法上の当事者訴訟について立担保を命ずる必要がないとは言い切れないのではないかとの指摘がされたが、違法な行政がされている（かもしれない）としてその是正を求めているときに、担保を積まなければ仮処分による仮の救済も得られないのは不合理ではないかとの指摘がされた。

そもそも、民事保全の担保は違法な保全命令によって生ずる債務者の損害賠償の担保として位置付けられるものであるところ、仮に経済的な利益を目的としない事件であれば、将来の損害が考えにくい、あるいは金銭的に見積もり難く、高額な担保が命ぜられることは少ないのではないかとの指摘がされた。いずれにしても、公法上の当事者訴訟全般について常にそのような指摘が妥当するかについては様々な類型があるため、ケース・バイ・ケースといわざるを得ない部分があるとの意見が大勢を占めた。

このほか、立担保を命ずる余地をおよそ認めないこととした場合に

は、実務上の影響に関し、結局のところ、保全命令の発令のハードルを上げることとなり、保全命令の発令を抑制する影響を生じかねず、問題ではないかとの指摘もされた。

第5 執行停止について

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、執行停止の要件について、①適法な本案訴訟の係属を手続的要件と定めた上で、②回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があることを積極的な実体要件とし、③公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること、④本案について理由がないとみえることを消極的な実体要件としていた。

改正行政事件訴訟法においては、上記②の要件につき「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に改正することによりこの要件を緩和するとともに、重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、「損害の回復の困難の程度」を考慮するとともに、「損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質」を勘案するものとされた(第25条第2項、第3項)。

2 施行状況についての分析

執行停止については、「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における「重大な損害」の要件に関しては、「回復の困難な損害」とされていたのと比べて、損害が財産的なものである場合や社会的信用といったものに関係する場合についても執行停止の申立てが認容される可能性を高めたものとして評価できるとの点に異論はなかった(なお、最高裁判所が具体的判断を示した事案は見当たらなかった。)

もっとも、〔執停33〕や〔執停41〕については「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」との要件を否定するのは厳しいのではないかとの指摘があったほか、「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」との要件等について、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【執行停止に関する主要な裁判例】(改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。当事者の呼称は第一審の呼称によっている。)

- (1) 「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」(第25条第2項)

○〔執停1〕大阪地決平成19年3月30日判タ1256号58頁(大学在籍者に

に対する退去強制令書発付処分につき、学業を継続できなくなるのみならず、大学を除籍されることになる蓋然性が高いなどとして、送還部分のみならず収容部分についても、執行停止の申立てが認容された事例)

- 〔執停 2〕東京高決平成17年12月13日最高裁判所HP（大学在籍者に対する退去強制令書発付処分につき、極めて計画的かつ意欲的に学業に励んでいた若年の申立人にとって、収容が更に継続されることによって学業に支障を生ずることによる不利益は回復が容易ではなくより重大なものといえるなどとして、送還部分のみならず収容部分についても、執行停止の申立てが認容された事例）、〔執停 3〕東京地決平成17年9月29日最高裁判所H（同上）
- 〔執停 4〕東京地決平成17年11月25日最高裁判所HP（退去強制令書発付処分につき、少なくとも精神科の受診が必要な状況にあるにもかかわらず、その診察を受けられない状況にあり、相手方の対応ぶりからすると、収容を継続させた場合には申立人は適切な診療を受ける機会を失い、精神的、肉体的打撃を受けるおそれがあるとした上で、送還部分のみならず収容部分についても、執行停止の申立てが認容された事例）
- 〔執停 5〕仙台高決平成19年8月7日判タ1256号107頁（公の会館の使用許可の取消処分につき、公演を実施するためには準備期間が必要であり、このまま取消処分が続けば公演の実施も事実上不可能になって、公演の目的が達成できないばかりか、公演の実施という表現の自由も奪われる結果となることは明らかであるとして、当該取消処分の効力停止の申立てが認容された事例）
- 〔執停 6〕東京高決平成19年3月1日最高裁判所HP（公の施設の使用承認の取消処分につき、開催場所の変更は事実上不可能であり、かつ、集会等の中止による不利益はその性質上金銭賠償等によって事後にこれを回復することが困難なものであるとして、当該取消処分の効力停止の申立てが認容された事例）、〔執停 7〕東京地決平成19年2月28日最高裁判所HP（同上）
- 〔執停 8〕岡山地決平成18年10月24日最高裁判所HP（公の会館の使用許可の取消処分につき、公演が中止となった場合には、申立人は多額の経済的損害を被るばかりか、本件公演の中止が憲法上の保障を伴う申立人の集会の

自由や表現の自由に対する制約となるとして、当該取消処分 효力停止の申立てが認容された事例)

- 〔執停 9〕東京地決平成20年12月10日最高裁判所HP (情報公開請求に対する開示決定処分は、事柄の性質上、情報の公開という点で、いわば不可逆的な効果を生ずるものである上、当該情報が公表されることによって申立人の権利、競争上の地位等の利益が害されれば、これを回復することは事実上不可能であるといわざるを得ないことにかんがみれば、重大な損害を避けるため緊急の必要があるとして、第三者による開示決定処分についての執行停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 10〕大阪地決平成19年7月6日最高裁判所HP (情報公開請求に対する開示決定処分につき、開示決定により申立人の競争上の地位その他正当な利益を害すると認められる余地があるところ、申立人の競争上の地位等が害されれば、その性質上、これを回復することは事実上不可能であるとして、第三者による開示決定処分についての執行停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 11〕最一決平成21年7月2日判例地方自治327号79頁 (建築確認処分につき、建築工事が続行され、建築物が完成すると、その倒壊、炎上等により、申立人らはその生命又は財産等に重大な損害を被るおそれがあり、かつ、工事が完了すると、建築確認処分の取消しを求める訴えの利益は失われるなどとして、当該建築確認処分の 효力停止の申立てが認容された事例)、
〔執停 12〕東京高決平成21年2月6日最高裁判所HP (同上)
- 〔執停 13〕東京高決平成19年3月14日最高裁判所HP (建築確認処分につき、証拠によって認定された日影の発生 の程度に照らすと、当該建物の建築によって生じる日影の発生をもって「重大な損害」に当たるとはできないとして、当該建築確認処分の 효力停止の申立てが却下された事例)、
〔執停 14〕東京地決平成19年1月24日最高裁判所HP (上記の事案につき、日影の発生をもって重大な損害に当たるとして、当該申立てを認容)
- 〔執停 15〕奈良地決平成21年11月26日最高裁判所HP (産業廃棄物処理施設の設置許可につき、申立人らが直接被るおそれのある生命又は身体に係る重大な被害は、いったん発生すると、償うことができない損害を生じさせるものであり、しかも処分の名あて人らの従前の対応にかんがみれば、その

蓋然性は極めて高く、金銭賠償によって回復することは困難というべきであるとして、当該設置許可の効力停止の申立てが認容された事例)

- 〔執停 16〕東京高決平成19年3月29日最高裁判所HP（特定の社会福祉法人を保育園の指定管理者に指定する処分につき、引継期間を設けるなど児童らが受ける影響についての軽減措置がとられていること等を考慮すると、保育士が全員交替することになるとしても児童らへの影響は大きなものとはいえないとして、当該指定処分の効力停止の申立てが却下された事例）、〔執停 17〕横浜地決平成19年3月9日最高裁判所HP（同上）
- 〔執停 18〕東京高決平成19年7月19日最高裁判所HP（弁護士に対する懲戒処分につき、業務停止3月の懲戒処分がされたことによって生じる弁護士としての社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等の損害は、その性質上、本案で勝訴しても完全に回復することは困難であり、また、損害を金銭賠償によって完全に補填することも困難であるとした上で、具体的な受任件数から推認される損害の程度を考慮すれば、申立人に重大な損害を生ずるとして、当該懲戒処分の効力停止の申立てが認容された事例）、〔執停 19〕最三決平成19年12月18日判タ1261号138頁（原審の判断は、正当として是認することができるとした。）
- 〔執停 20〕東京高決平成17年7月15日最高裁判所HP（医師免許取消処分につき、医師の業務が、国民の健康や安全に直結するものであり、適格性を欠く者がかかる業務に従事することが本来許されないものであることを勘案する必要があるとした上で、病院を閉鎖した場合に医師としての活動を再開することは困難となるとの事情を考慮しても、取消処分の効力停止を正当化することはできないなどとして、当該取消処分の効力停止の申立てが却下された事例）、〔執停 21〕東京地決平成17年4月26日最高裁判所HP（同上）
- 〔執停 22〕名古屋地決平成19年3月2日最高裁判所HP（保険医の登録取消処分及び指定医療機関の指定取消処分につき、当該各処分により歯科医師としての業務の継続を現在及び将来にわたって著しく困難にするなどとして、重大な損害を避けるため緊急の必要があるとされたが、本案について理由がないとみえるときに当たるとして当該取消処分の効力停止の申立てが却下さ

れた事例)

- 〔執停 23〕岡山地決平成18年10月2日最高裁判所HP（保険医の登録取消処分につき、医療活動が自由診療に限定されると、収入が大幅に減少し、その他の事情を考慮すれば申立人の生活が経済的にひっ迫して医業活動の存続自体が至難となり、医師としての知見、技術、能力等の低下を招くおそれがあるなどとして、当該登録取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 24〕甲府地決平成18年2月2日最高裁判所HP（保険医の登録取消処分につき、保険診療を行うことができなければ、診療所の経営が破たんし、現在雇用している看護師、保育士及び従業員も解雇せざるを得なくなるなどとして、当該登録取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 25〕大阪高決平成18年1月20日最高裁判所HP（保険医の登録取消処分につき、保険診療を行うことができないことにより収入額が激減し、生活費を捻出できず、ひいては金融機関に対する返済にも支障が生じ、現在の規模、内容の診療所自体を廃止せざるを得ない事態に陥る可能性もあるなどとして、当該登録取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 26〕仙台地決平成22年5月14日最高裁判所HP（運転免許取消処分につき、勤務先への通勤が不可能となり失職する可能性がある反面、申立人の交通規範に対する遵法精神が低いとまではいえないことからすると、申立人を道路交通の場から排除する必要性が高いとはいえないなどとして、当該免許取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 27〕京都地決平成21年4月28日最高裁判所HP（運転免許取消処分につき、自動車の利用は、申立人の日常生活にとって必須ともいい得ること、祖母の介護においても重大な支障が生じ、申立人にも損害が生ずるものといわざるを得ないことなどを考慮すれば、免許取消処分の行政目的を達成すべき必要性を勘案してもなおその効力の存続を是認することができない程度の損害に当たるなどとして、当該免許取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 28〕東京高決平成21年1月8日最高裁判所HP（運転免許取消処分につき、タクシー運転手として勤務を続けられず、高齢で持病があるため警備員のアルバイトの職を得ても収入は著しく減少し、生活の維持に困難を帰す

べき状況に陥ったなどとして、重大な損害を避けるため緊急の必要があるとされたが、本案について理由がないとみえるときに当たるとして当該免許取消処分の効力停止の申立ては却下された事例)

- 〔執停 29〕東京地決平成19年12月28日最高裁判所HP（運転免許取消処分につき、タクシー運転手としての収入を失うと、直ちに生活の維持に困難を来す状況にあったなどとして、当該免許取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 30〕横浜地決平成22年10月29日最高裁判所HP（個人タクシー事業許可の期限を更新しない処分につき、当該処分による行政目的の停滞による影響は必ずしも重大であるとはいえない反面、当該処分の執行が停止されなければ、申立人がその生業である個人タクシー事業経営を続行することができないから、その収入がなくなり又は著しく減少する、事業再開にあたり再投資費用の支出を余儀なくされる、申立人が無収入化し、又はその収入が著しく減少することにより、申立人及び老父母の生活が一層困窮し、老父母が物心両面で圧迫を受け、回復し難い損害が発生するに至る可能性もあり得るなどとして、免許取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 31〕横浜地決平成19年7月2日最高裁判所HP（個人タクシー事業許可の期限を更新しない処分につき、法人タクシーの従業員として勤務することまでは禁止されず、直ちに収入の途を全面的に失うとまではいい難いなどとして、当該更新しない処分の効力停止の申立てが却下された事例)
- 〔執停 32〕東京高決平成23年2月22日最高裁判所HP（きゅう務員設置認定の取消処分につき、取消処分により無職となった場合には、申立人は、早晩困窮することとなり、事後の金銭賠償では回復が困難な重大な損害をもたらす蓋然性が高いから、社会通念上、競馬の公正と円滑かつ安全な実施を確保するという行政目的達成の必要性を一時的に犠牲にしてもなお申立人を救済しなければならない緊急の必要性があるなどとして、当該取消処分の効力停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 33〕広島高決平成21年2月12日最高裁判所HP（風俗営業の営業停止処分につき、申立人は形式的には一つの独立した会社という形態をとっているものの、一つの会社の一部門と同視し得るものであり、重大な損害を生

ずるか否かを判断するに当たってはグループ全体への影響を考慮して判断すべきであるとした上で、当該店舗の影響停止がグループ全体の営業を悪化させ、通常の営業に回復するまでに重大な損害が生じることになるとまではいえないなどとして、当該営業停止処分の効力停止の申立てが却下された事例）、〔執停 34〕広島地決平成20年11月21日最高裁判所HP（上記の事案において、グループに属する企業であっても、その経営の維持は法人ごとに検討されるべきであるとした上で、本件店舗の営業停止に伴う損害は軽視できないなどとして、当該営業停止処分の効力停止の申立てが認容された事例）

- 〔執停 35〕前橋地決平成21年10月23日最高裁判所HP（都市計画法に基づく建築物除却命令につき、当該建物の建築及び設備工事に要した費用が3億円を上回ること、現時の経済状況をも併せ考慮すれば、相手方が相当程度の営業規模を有する企業であることを考慮しても、相手方が受ける損害は重大であり、金銭賠償による事後的な回復が不可能であるとはいえないとしても、その規模にかんがみれば、回復は容易でないというべきであるなどとして、当該除却命令の執行停止の申立てが認容された事例）、〔執停 36〕東京高決平成21年12月24日最高裁判所HP（同上）
- 〔執停 37〕佐賀地決平成21年1月19日最高裁判所HP（介護保険法に基づくサービス事業者としての指定の取消処分につき、申立人の全ての事業所に関する指定の取消しではなく、効力の発生までに猶予期間が設けられているとはいえ、その影響の程度は、事業全体が経済的な破綻にまで至るものといえ、これは金銭によっては完全には償うことは困難であるなどとして、当該指定取消処分の効力停止の申立てが認容された事例）
- 〔執停 38〕宇都宮地決平成21年1月5日最高裁判所HP（介護保険法に基づくサービス事業者としての指定の取消処分につき、これにより事業所を閉鎖することとなれば、介護保険サービス事業を継続し得なくなり、かつ、利用者の信頼も低下し、他の業者の施設へ流れるなどした被介護者が利用を再開しないことも容易に想定されるから、事業全体が経済的な破綻にまで至るものといえるなどとして、当該指定取消処分の効力停止の申立てが認容された事例）

- 〔執停 39〕広島高岡山支決平成20年4月25日最高裁判所HP（介護保険法に基づくサービス事業者としての指定の取消処分につき、取消処分は申立人の経営に多大な影響を与えるところ、理念的には金銭賠償が可能であるといえるとしても、相手方が本件取消処分によって被る損害は信用毀損等多方面に広がるといえ、それを適切に評価することは社会通念上極めて困難であり、また回復のためには、国家賠償請求等による事後的な訴訟を提起しなければならない可能性が高いうえ、国家賠償法は過失責任主義を取っていることからすれば、当該取消処分が違法であれば常に金銭賠償を得ることができるともいえないなどとして、当該取消処分の効力停止の申立てが認容された事例）、〔執停 40〕岡山地決平成20年1月30日最高裁判所HP（同上）
- 〔執停 41〕東京高決平成18年1月19日最高裁判所HP（社会福祉事業（無料低額宿泊事業）の停止処分につき、提出された資料は真正に作成されたものではないとの疑念が払拭できず、損害の発生を裏付ける的確な疎明資料はないし、それをおいても申立人が主張する損害は金銭的損害であるから、社会通念上金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないなどとして、停止処分の効力停止の申立てが却下された事例）、〔執停 42〕千葉地決平成17年8月29日最高裁判所HP（上記の事案において、損害の発生を裏付ける資料が提出されているとの評価を前提に、投下費用が損害となるほか、事業を再開することは困難となるといえるなどとして、当該停止処分の効力停止の申立てが認容された事例）
- 〔執停 43〕福岡高決平成17年5月31日最高裁判所HP（一般旅客定期航路事業の一部停止命令につき、申立人には大幅な売上の減少が見込まれるのみならず、顧客や地域住民等第三者ないし公共的利益の損害は申立人の信用失墜に直結しかねない極めて甚大なものがあり、かつ、いったん失われた信用の回復は著しく困難であるなどとして、当該停止命令の効力停止の申立てが認容された事例）、〔執停 44〕福岡地決平成17年5月12日最高裁判所HP（上記の事案につき、事業停止命令の効力を停止させれば法の目的を無にするに等しい重大な影響が生じるおそれが大きい一方で、事業停止命令により申立人が被る損害は財産的損害に尽きるものであり、将来の金銭賠償で回復可能な程度にとどまるなどとして、当該停止命令の効力停止の申立てが却

下された事例)

- 〔執停 45〕 横浜地決平成19年4月25日最高裁判所HP（課税処分取消訴訟を提起した者が公売処分の続行停止を求めた事案において、対象物件は申立人及びその家族が長年自宅として使用しているものであり、強い愛着のある物件であって、申立人の留守家族（申立人本人は刑務所に収容中）が転居を余儀なくされれば、事後的な金銭賠償だけでは償い切れない損害が発生するなどとして、当該公売処分の続行停止の申立てが認容された事例)
- 〔執停 46〕 大阪地決平成19年1月4日判例地方自治299号78頁（土地区画整理法に基づく仮換地の指定処分につき、違法に仮換地の指定がされた場合に当該指定を受けた権利者に生じる損害は、特段の事情のない限り、一定期間、指定された仮換地について使用・収益をすることができるのみで従前地について使用・収益することができなくなることに伴う財産上の損害であるところ、従前地の原状は更地であって耕作等の用に供していた様子もうかがわれず、他方、本件仮換地の現況は宅地であることに加え、双方の位置関係に照らしても、申立人に生じる損害はその性質及び程度に照らして回復が困難であるとはいえないなどとして、仮換地指定処分の効力停止の申立てが却下された事例)

(2) 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること」（第25条第4項）

改正後の裁判例には、本要件を充足しないとして執行停止を否定した裁判例は見当たらなかった。

3 個別的な議論の概要

(1) 「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における「重大」要件の緩和について

研究会においては、①処分が違法である可能性が高くとも、損害が軽ければ執行停止の申立てが認容されないという問題がある、②公共の福祉に特段影響を与えないような事案においては、損害が重大でなくとも執行停止の申立てが認容されるようにすべきであるといった指摘がされた。

これらの指摘は、いずれも「重大な損害を避けるため緊急の必要があ

ると認めるとき」の要件の判断過程において、「処分が違法である蓋然性」や「公共の福祉への影響の程度」を考慮すべきであるとの指摘であると解されるどころ、上記①については裁判官も一応は考慮しており、処分が違法である蓋然性が高ければ損害の重大性が乏しくても認容方向で検討しているとの指摘や、処分が違法である蓋然性が多少低くとも損害が重大で回復が困難である場合にはやはり認容方向で検討しているとの指摘もあった。しかしながら、これらの判断が明示的に示された執行停止に関する決定例は公刊物には見当たらず、制度として両者を連動させる根拠とするのは困難であるとの指摘もあり得るところであり、また、両者を連動させた場合には逆に申立てを却下する方向に実務が動く危険があるのではないかといった指摘や、両者の要件は性質の異なるものであり、この要件を一体的に規定することは技術的に困難ではないかとの指摘もあった。また、そもそも、処分が違法であるとの具体的心証を得ているのに損害要件を充たさないために執行停止の申立てを却下せざるを得なかったとの実例があるのかどうかについては、判然としないとの指摘もあった。

また、上記②の指摘については、「処分の内容及び性質」を考慮するように規定した改正行政事件訴訟法第25条第3項の趣旨に照らせば、一定程度、その指向する方向性は具現化されているのではないかとの指摘がされた。

なお、執行停止のほか、仮の義務付け及び仮の差止めについても、上記と同様の指摘があるところ、これらはいずれも仮の救済の制度であるため、仮の救済全体を見通して検討する必要がある（（第6「仮の義務付けについて」3(1)、第7「仮の差止め」3(3)参照））。

(2) 「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における第三者の利益の取扱い

研究会においては、執行停止の「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件につき、一定の利害関係を有する第三者の損害も上記の「損害」に含まれるように明文の規定を設ける必要があるとの指摘があった。

これに対しては、要件自体の理解としては、申立人本人の利益が損なわれたかが判断の対象となるといわざるを得ず、他方で、申立人と同居する家族など一定の関係にある者が不利益を被る場合には、それがひいては本人自身の損害といえないかについて検討するのが適切であるとの指摘があった。そして、裁判例全体の傾向としても、「申立人本人と一定の関係にある第三者」の不利益を本人の不利益として考慮することが適切であればこれを考慮するという立場であり、その限度ではあるものの、第三者の不利益であることを理由に直ちに考慮の対象外とはしていないとの指摘があった（〔執停 27〕，〔執停 30〕，〔執停 40〕，〔執停 45〕などは第三者の不利益も考慮している。）。

これに対しては、「第三者の不利益は考慮しない」旨を明示する裁判例があるとの指摘もされたものの、それは本人の不利益として考慮しようがないことを前提にしていたにすぎず、上記のような立場と直ちに矛盾しないとみることができるとの指摘もされ、結局、第三者の利益を本人の利益と同視することが可能か否かの判断が厳格に過ぎ、国民の権利の実効的な救済が阻害されているといえるか否かの問題ではないかとの指摘がされた。

そして、第三者の利益を考慮すべき具体例として、貸金業法に基づく営業停止処分の執行停止に関する借り手たる中小企業者の例が挙げられるところ、むしろ当該中小企業者の利益の観点から行政処分がされる場合もあり得ることに照らせば、結局、行政処分の根拠法規の趣旨や処分の内容等を考慮することになるのであり、そうすると、行政事件訴訟法第25条第3項と同様のこととならざるを得ないのではないかとの指摘がされた。

第三者の利益考慮の在り方としては、処分の内容・性質にかんがみて、第三者の利益を本人の利益として考慮することが適切と判断される場合には、第三者の利益が主張されているからこれを考慮することはできないと図式的に判断するのではなく、当該第三者の不利益を本人の不利益と同視して考慮することが望ましいとの点には異論はなかった。

(3) 第三者が処分の執行停止の申立てをした場合における処分の名あて人

の手續関与

研究会においては、処分の名あて人以外の者が処分の執行停止の申立てをした場合には、処分の名あて人の保護の観点から、その意見を聴取するなど手續関与を認める必要があるとの指摘がされた。

もつとも、これに対しては、処分の名あて人の手續参加を法律上常に保障しなければならないこととすれば、裁判所における審尋期日の指定が必要となるなど相応の時間を要することになるため執行停止の手續の迅速性を害するのではないか、手續保障が時間的に不可能な場合もあるのではないかといった指摘がされた。また、仮に意見聴取等を任意のものとするすれば、相手方を通じて処分の名あて人の意見を實際上聴取するといった現行法の下での運用と差はないのではないかとの指摘もあった。

加えて、当事者以外の者が執行停止の手續に参加する方策としては、現行法の下でも補助参加が可能と解することができ（注）、実際に補助参加が行われた実例もあるとの指摘がされた。そして、そうであれば、これと別に上記のように意見聴取に係る規定を設ける場合には、両者の関係をどのように整理するのかといった問題も生ずるとの指摘があった。

また、「処分の名あて人」との概念についても、様々な処分を念頭に置いた場合には具体的にどのような地位にある者をいうのか、必ずしも判然としないものもあるのではないかとの指摘もあった。

結局、どの程度の手續保障を行うべきかについても事案によることにかんがみれば、名あて人への告知の義務付けといった手当をすることは適切ではないが、一定の事案について第三者に参加の機会を付与するのが適切な場合があるところであり、実務においては、必要に応じて、補助参加の規定等が活用されるべきであるとの意見が大勢を占めた。

（注）行政事件訴訟法第7条によりその例によることとされる民事訴訟法の補助参加に係る規定の適用である。なお、民事保全においても、民事保全法第7条において民事保全の手續に関しては民事訴訟法の規定を準用する旨の規定を置いているところ、補助参加に関する規定についても準用されると解されているところで

あり、保全又は仮の救済段階であることを理由に補助参加に係る規定が適用ないし準用されることを否定する必要はないものと解される。ちなみに、行政事件訴訟の本案事件について、行政事件訴訟法第7条の規定によりその例によることとされる民事訴訟法の補助参加に係る規定の適用があることは、一般的に肯定されているから、行政事件訴訟であることを理由に補助参加の規定の適用を否定する必要もないところである。

加えて、行政事件訴訟法第22条又は第23条の規定が執行停止について適用がないとまで解する根拠はなく、むしろ、一定の場合にはその必要があることは明らかであり、同条の適用の余地もあるのではないかとの指摘があった。

(4) 本案訴訟の適法な係属について

執行停止に関しては、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、研究会においては、本案訴訟と執行停止とで同一の書面を提出することになる手間や本案訴訟を提起すれば印紙代や弁護士報酬が高くなるという問題があること、執行停止の申立てが行政側に再考を促す機会にもなり、無用な本案訴訟の提起を回避することができるというメリットがあることなどから、民事仮処分と同様に、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにした上で、起訴命令の制度（民事保全法第37条）などを整備すべきであるとの指摘がされた。

これに対しては、本案訴訟の適法な係属の要件は平成16年改正前から変更はないものであるところ、これを不要とすることは行政事件訴訟法のオーソドックスな考え方から乖離するものではないか、印紙代については訴訟費用制度全般の中で検討されるべき問題ではないかといった指摘もされた。

また、本案訴訟の適法な係属を不要とすべきであるとの見解は、執行停止の判断において、処分の適否に関する一定の判断が示されることを前提とするものであるところ（そうでなければ、本案訴訟の提起は早晚必要となり、上記の指摘が前提とするようなメリットは発生しない。）、執行停止の決定においては「本案について理由がないとみえる」という限られた資料に基づく暫定的判断を示すものにすぎず、処分の実体的な適否についての正面からの判断は理論的には必要とされていないし、

実際にも本案と同レベルのものとして判断が示されるケースは実務上まれであることと整合しないとの指摘があった。また、被告（行政）側としても執行停止の判断が出て、まだ本案で争う余地があるとみることが多いところ、執行停止で実体面の決着がつくことになるとすれば、執行停止の審理も相当慎重に行う必要が出てきて、手続全体が重くなるのではないかとの指摘があった。

これに対しては、地方公共団体などでは裁判所の示した判断に従うことも予想され、労働審判のように、本案訴訟の提起に至らない簡易な暫定的判断を求めるものがあるのではないかとの指摘がされたが、それは行政不服審査が担うべきものではないかとの指摘もあった。

なお、執行停止のほか、仮の義務付け及び仮の差止めについても、同様に、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘もあるところ、これらはいずれも仮の救済の制度であるため、仮の救済全体を見通して検討する必要がある（第6「仮の義務付けについて」3(2)、第7「仮の差止め」3(4)参照）。

(5) 仮の執行停止について

研究会においては、執行停止の申立てがされたにもかかわらず、行政側が処分を執行してしまい、本案訴訟の利益が失われる事案があることから、執行停止の申立てを受けた裁判所において、職権に基づいて、仮の執行停止の決定を行うことを可能とする制度を設けるべきであるとの指摘がされた。

この点、現在の実務においては処分の執行日が迫っている場合には、可及的に、執行日までの間に必要な審理を終えるように体制を組んで対処しているとの指摘があった（なお、仮に第一審で執行停止の決定があれば、即時抗告がされても執行停止の効力が停止することはない（行政事件訴訟法第25条第8項）。）。

また、裁判所が具体的にどのような要件に基づいて「仮の停止」の要否を判断することとするかはともかくとしても（全くの無要件として裁判所の裁量にゆだねるのは適切ではない。）、仮に、その要件審理を行うに当たり当事者双方の意見を聴取するのであれば仮の執行停止制度を

設ける意味は乏しいのではないか、また、その判断に対する不服申立ての機会を保障することになると思われるが、その場合には手続がいたずらに複雑になる懸念があるといった指摘がされた。

第6 仮の義務付けについて

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、仮の義務付けについて、特段の規定を設けていなかった。改正法は、新たな抗告訴訟の類型として義務付けの訴えを設けたことに伴い、国民の権利利益の実効的な救済手続の整備を図る観点から、本案判決前における仮の救済の制度として仮の義務付けを新設した。

仮の義務付けの要件としては、①義務付けの訴えの提起があった場合であることに加え、②「その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」こと、③「本案について理由があるとみえる」ことのいずれにも該当することが必要である（行政事件訴訟法第37条の5第1項）。

他方で、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」とときには、仮の義務付けをすることはできないとされる（同条第3項）。

執行停止に比べて要件が加重されているのは、仮の義務付けが、行政庁が処分をしていないにもかかわらず、裁判所が、処分をすべき旨を直接命ずる裁判であり、しかも、本案判決において求める結果と同じ内容を本案判決前に仮に命ずる裁判であることから、そのような重大な効力を有する裁判をするに当たっては、それにふさわしい仮の救済の必要性が認められることを要件とする趣旨であるとされている。

2 施行状況についての分析

申請型の仮の義務付けについては、入園・入学分野において〔仮義1〕、〔仮義2〕、〔仮義3・4〕、〔仮義5〕、〔仮義6〕、公的給付の分野において〔仮義11・12〕のような認容事例も相応にあり、立法時に期待された成果があがりつつあるとの指摘が大勢を占めた。

他方で、処分の名あて人以外の第三者が提起する非申請型の処分についての仮の義務付けについては、そもそも公表された事例に乏しかった。

もっとも、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」との要件等について、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた（なお、最高裁判所が具体的判断を示した事案は見当たらなかった。）。

【仮の義務付けに関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

- 〔仮義 1〕徳島地決平成17年6月7日最高裁判所HP（町立幼稚園長に対して二分脊椎の障害のある幼児の幼稚園への就園の許可を申請したところ、これを不許可とする決定がされた者が、就園を許可するように仮の義務付けを求めた事案につき、本案訴訟の判決を待っている間は幼稚園に正式入園して保育を受ける機会を喪失するなどとして償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし、他方、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれは認められないなどとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔仮義 2〕東京地決平成18年1月25日最高裁判所HP（市福祉事務局長に対してカニユーレを装着した児童の普通保育園への入園の申請をしたところ、不承諾とされた者が、入園を承諾するように仮の義務付けを求めた事案につき、本案訴訟の判決を待っている間は保育園に入園して保育を受ける機会を喪失する可能性が高い、幼児期において子どもをどのような環境においてどのような生活を送らせるかは親権者の権利、義務にも影響するから、子どもの損害は親権者の損害でもあるなどとして償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし、かつ、たん等の吸引と誤えんへの注意の点について格別の配慮を要するとしても、その程度に照らし、普通保育園での保育が可能であると認めるべきであり、市福祉事務局長の判断には裁量の逸脱・濫用があるなどとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔仮義 3〕大阪高決平成20年3月28日最高裁判所HP（気管支ぜんそくに罹患するなどする子どもは学校教育法71条にいう病弱者に該当するとして、市教育委員会が同人を特別支援学校である特定の学校に就学させるべき旨の指定通知の仮の義務付けを求めた事案につき、指定をしないことは裁量権の逸脱・濫用に当たり、本案について理由があるとみえるときに該当し、かつ、今後とも不登校の状態が続く蓋然性が高いことは容易に推認され、同人の心身の健全な発達が一層阻害されることは明らかであることなどから償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし、仮の義務付けの申立てを認容）、〔仮義 4〕大阪地決平成19年8月10日最高裁判所HP（同上）

- ※ ほぼ同旨の認容事案として大阪地決平成20年7月18日判例地方自治316号37頁（〔仮義5〕）がある。
- 〔仮義6〕奈良地決平成21年6月26日最高裁判所HP（四肢に障害があるものの学校教育法施行令第5条第1項第2号の認定就学者に該当するとして、申立人の就学すべき中学校として特定の中学校を指定するよう仮の義務付けを求めた事案につき、同人が認定就学者に該当しないと判断し、指定を行わなかった判断は著しく妥当性を欠き、特別支援教育の理念を没却するもので裁量を逸脱・濫用したものであり、本案について理由があるとみえるときに該当するとし、かつ、普通学級で他の生徒らと共に授業を受け、学校生活を送ることで、自己の障害を克服する等するための時間が刻々と失われている状況にあるなどとして償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえるとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔仮義7〕岡山地決平成19年10月15日最高裁判所HP（歌劇団の公演を実施するため公の施設（シンフォニーホール）の使用許可の申請をしたところ当該施設の指定管理者たる財団法人が不許可処分をしたことから、許可処分の仮の義務付けを求めた事案につき、公演を通じて図ろうとした、民族教育を守り発展させる、在日朝鮮人社会の連携を深めるなどの目的が達せられないなどの精神的苦痛等の損害は金銭賠償のみによって甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価されるものであり、開催予定日までに本案訴訟の判決が確定しないことも明らかであるから償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえるとし、かつ、地方自治法又は条例の定める使用不許可事由は存在しないから本案について理由があるとみえるときに当たるとする一方、公演を実施しても警察の適切な警備等によって防止できない混乱が生ずるとは認めがたいから公共の福祉に重大な影響の及ぶおそれがあるとはいえないとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔仮義8〕福岡高決平成22年7月20日最高裁判所HP（一般乗用旅客自動車運送事業の運賃及び料金の認可申請を却下された者が、申請の認可の仮の義務付けを求めた事案につき、認可がされなければ原認可に付された期限の経過をもってタクシー事業に係る営業を停止せざるを得ないこととなり、会社の人的基盤の喪失や顧客等との信頼関係の破壊を含む損害が発生し、これは金銭賠償

のみによって甘受させることが社会通念上著しく不相当であり，原認可の期限も切迫しているから，償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし，かつ，不許可処分は裁量権を逸脱・濫用したものと一応認められるから本案について理由があるとみえるときに当たるとする一方，認可を仮に義務付けても直ちに運賃認可制度の運用に重大な混乱が生じるとは認め難いなどとして公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとはいえないとし，仮の義務付けの申立てを認容），〔仮義 9〕福岡地決平成 22 年 5 月 12 日最高裁判所HP（同上）

※ 上記決定においては，仮の義務付け命令の効力の終期を定めており，特定の日又は第一審判決の言渡しの日いずれか早い日とした。

- 〔仮義 10〕名古屋地決平成 22 年 1 月 8 日最高裁判所HP（一般乗用旅客自動車運送事業の運賃及び料金の認可申請を却下された者が，申請の認可の仮の義務付けを求めた事案につき，認可がされなければ申立人はタクシー事業を行うことができなくなり，その影響は，法人である申立人の営業活動ができなくなり倒産の危機が現実的になることにとどまらず，その従業員の収入が途絶えることにもつながるから，償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし，かつ，本案について理由があるとみえるときに当たるとする一方，認可を仮に義務付けても公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとはいえないとし，仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔仮義 11〕福岡高裁那覇支部決定平成 22 年 3 月 19 日最高裁判所HP（生活保護の開始の申請を却下された者が，生活保護を開始して生活扶助等を支給することの仮の義務付けを求めた事案につき，本件申請時において，必要な生活費，家賃及び医療費等に著しく不足する困窮状態にあり，生活扶助等が支給されなければ，申立人が健康で文化的な最低限度の生活水準を維持することができないという損害を被るおそれがあったなどとして償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるといえとし，かつ，生活保護を開始しないことが裁量の範囲を超えるものと一応認められ，本案について理由があるとみえるときに該当するとし，仮の義務付けの申立ての申立てを認容），〔仮義 12〕那覇地決平成 21 年 12 月 22 日最高裁判所HP（同上）
- 〔仮義 13〕東京地決平成 18 年 10 月 20 日最高裁判所HP（出入国管理及び難

民認定法第61条の2の4第1項に基づく仮滞在の許可の仮の義務付けを求めた事案につき、①上陸防止施設（エアポートレストハウス）に留め置かれること、②退去強制令書が発付されること、③退去強制手続において、身体が拘束されること、④入国管理局収容場等に収容されたままの状態での難民認定手続が進行することが損害として主張されたところ、社会通念上金銭賠償による回復をもって甘受することもやむを得ない等の理由により償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるとはいえないとして、仮の義務付けの申立てを却下)

- 〔仮義14〕名古屋地決平成22年11月19日最高裁判所HP（解散請求の代表者である申立人らが、市議会の解散請求をするための署名簿を区選挙管理委員会に提出し、署名簿に署名した者が選挙人名簿に登録された者であることの証明を求めたのに対し、各区選挙管理委員会が、地方自治法所定の審査期間を延長し、いまだ署名の効力の決定等を行っていないところ、①署名の効力の決定及び証明をすること、②署名簿の関係人に対する縦覧をすること、及び③署名簿の縦覧の期間及び場所について予めこれを告示し、かつ、公衆の見やすい方法によりこれを公表することの仮の義務付けを求めた事案につき、上記延長は適法であると認められるので、本案について理由があるとみえるときに当たるとは認められないとして、仮の義務付けの申立てを却下)
- 〔仮義15〕名古屋地決平成19年9月28日最高裁判所HP（養育している実子が退去強制令書発付処分後に日本人男性により認知を受けたことから在留特別許可が認められるべきであるとして退去強制令書発付処分の撤回及び在留特別許可の付与の仮の義務付けを求めた事案につき、認知の事実の実質的な父子関係の形成とは無関係なものであるなどの理由により、裁量権の逸脱・濫用はなく、本案について理由があるとみえるときに当たるとは認められないとして、仮の義務付けの申立てを却下)
- 〔仮義16〕大阪地決平成19年8月10日最高裁判所HP（住民異動届を提出したところ居住の実態がないとして不受理処分をされた者が、当該異動届に基づく住民登録の仮の義務付けを求めた事案につき、不受理処分の住所地の判断に不合理な点はなく、他に不受理処分が違法であることをうかがわせる事情もないとして、不受理処分の取消しを求める請求を認容する余地はなく、そのため、

義務付けの訴えが適法に係属しているということはできず、本案について理由があるとみえるときにも該当しないとして、仮の義務付けの申立てを却下)

3 個別的な議論の概要

(1) 「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」るとの要件の緩和について

仮の義務付けにおいては、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」ることが要件とされているところ、研究会においては、この要件が厳し過ぎて有効に活用することができていないので、この要件を廃止すべきであるとの指摘があった。

これに対しては、行政庁が処分をしていない段階で行政庁に対して直接処分をすべきことを命ずることからすると、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」るとの要件を撤廃する必要はないのではないかと指摘があった。また、少なくとも、申請型の処分については相応に認容例もあり、処分の内容や性質を踏まえた柔軟な解釈が行われているとの指摘がされた。

これに対しては、「本案について理由があるとみえる」といえるにもかかわらず、更に要件を加重する必要はないのではないかと指摘がされたが、あくまでも仮の救済の手續における暫定的な判断として「理由があるとみえる」ことが要件であり、本案とは審理の在り方も異なるものであって、仮の義務付けの効果が断行の仮処分と共通する性格のものであることを考えれば、要件の加重は制度的には必要ではないかと指摘がされた。

なお、非申請型の処分については、そもそも、その義務付け訴訟についての「重大な損害」の要件が問題であるとの指摘もされていることから（第2「処分等の義務付けの訴えについて」3(1)参照）、仮の義務付けの要件の緩和は義務付け訴訟の「重大な損害」の要件の緩和と連動したものであるのではないかと指摘がされた。

(2) 「本案について理由があるとみえる」ことと損害要件との総合的判断について

仮の義務付けにおいては、本案について理由があるとみえることが要件とされているところ、研究会においては、実際上は「本案について理由があるとみえる」との要件と損害要件とは相関的に運用されているし、本案に理由があると判断しているのに損害要件で却下するのは不合理であるとして、これらを総合的に判断するようにすべきであるとの指摘があった。

この点については、執行停止においても同様の指摘があったところであるが、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、第5「執行停止について」3(1)参照。

(3) 本案訴訟の適法な係属について

研究会においては、仮の義務付けについても、執行停止と同様に、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘がされた。

この点については、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、第5「執行停止について」3(4)参照。

第7 仮の差止めについて

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、仮の差止めについて、特段の規定を設けていなかった。

改正法は、新たな抗告訴訟の類型として差止めの訴えを設けたことに伴い、国民の権利利益の実効的な救済手続の整備を図る観点から、本案判決前における仮の救済の制度として仮の差止めを新設した。

仮の差止めの要件としては、①差止めの訴えの提起があった場合であることに加え、②「その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」ること、③「本案について理由があるとみえる」ことのいずれにも該当することが必要である（行政事件訴訟法第37条の5第2項）。

他方で、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」とときには、仮の差止めをすることはできないとされる（同条第3項）。

執行停止に比べて要件が加重されているのは、仮の差止めが、行政庁が処分をしていないにもかかわらず、裁判所が、処分をしてはならない旨を直接命ずる裁判であり、しかも、本案判決において求める結果と同じ内容を本案判決前に仮に命ずる裁判であることから、そのような重大な効力を有する裁判をするに当たっては、それにふさわしい仮の救済の必要性が認められることを要件とする趣旨であるとされる。

なお、「償うことのできない損害」は、およそ金銭賠償が可能なものがすべて除かれるものではなく、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合を含むものと解されている。

2 施行状況についての分析

仮の差止めについては、市立保育所を廃止する内容の条例の制定について〔仮差1〕、住民票の消除処分について〔仮差3〕のような認容事例がある一方で、建築確認の分野において〔仮差5・6〕、産業廃棄物の処分の分野において〔仮差7・8〕、公有水面埋立ての分野において〔仮差9〕、士業者に対する業務上の監督の分野において〔仮差13〕のように「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」との要件を欠くとされたものもあり、当該要件の緩和をすべきかを含めて後掲3「個別的な議論の

概要」記載のとおり議論がされた（なお、最高裁判所が具体的判断を示した事案は見当たらなかった。）。

【仮の差止めに関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

- 〔仮差 1〕神戸地決平成19年2月27日最高裁判所HP（市立保育所を廃止する内容の条例を制定し、本件保育所を廃止して民間の社会福祉法人に運営を移管する予定であったところ、児童及びその保護者が、当該廃止条例の制定は保育所選択権等を侵害するものであって違法である等と主張して条例の制定の仮の差止めを求めた事案につき、保育所の民間移管により申立人らの保育所選択に関する利益が侵害され、これは社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるとして、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるといえりとし、かつ、性急な共同保育を経ただけで民間移管を行うことは裁量権の逸脱・濫用に当たり、本案について理由があるとみえりとし、仮の差止めを認めても財政計画や職員の配置計画に多少の変動を生ずるのみで、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるといえないことは明らかであるとして、仮の差止めの申立てを認容）

※ 上記決定の後、条例案は撤回され、別の新たな議案が提出され条例として制定されたことから、抗告審（〔仮差 2〕大阪高決平成19年3月27日最高裁判所HP）においては、本案について理由があるとみえるときに当たらないなどとして原決定は取り消され、仮の差止めの申立ては却下された。

- 〔仮差 3〕大阪高決平成19年3月1日最高裁判所HP（区長が住民基本台帳法第8条に基づき職権で住民票の消除処分を行おうとしていることから、住民が消除処分の仮の差止めを求めた事案につき、住民票の消除は選挙権の行使の制限をもたらすところ、これは国民の重要な権利であるにとどまらず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるなどとして償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるといえりとし、かつ、住民票上の住所を「住所」とみる余地も十分あり、そうでなくとも消除処分を行うことは信義則に反するなどとして本案について理由があるとみえりとし、仮の差止めの申立てを認容）、〔仮差 4〕大阪地決平成19年2月20日最高裁判所HP（上記事案につき、同様の理由で償う

ことのできない損害を避けるための緊急の必要があるといえらるしつ、住民票上の住所を「住所」とみることはできず、消除処分を行うことが信義則に反するともいえないとして本案について理由があるとみえるときに当たらないとして、仮の差止めの申立てを却下)

- 〔仮差 5〕東京高決平成20年6月3日最高裁判所HP（マンションの建設予定地の周辺に居住する住民等が、当該建設に係る都市計画法第29条第1項に基づく開発許可並びに建築基準法第59条の2に基づく総合設計許可及び同法第6条に基づく建築確認についての仮の差止めを求めた事案につき、申立人らが①本件マンションからの落下物の危険、本件マンション駐車場から出庫する車両による歩行者の通行への危険、②周辺の住環境及び道路への悪影響、③本件マンション建築工事による周辺家屋の倒壊の危険があると主張したところ、(i)申立人らが主張する損害はいずれも抽象的なものにとどまり、現実にかなる程度の損害が生ずる見込みがあるのかを疎明するに足りる資料もないから、事後の損害賠償等の救済手段によっては賄えないとはいい難い、(ii)上記各損害は、マンションが建設され実際に利用され、又は建設工事によって生じる危険であり、本件各処分がなされることによって直ちに発生する種類の危険ではないから、仮に当該危険があるとしても、本件各処分がなされた後に、その取消しの訴えを提起するとともにその執行の停止を求めるといった方法によっても損害の発生を避ける上で時機を失するというとはいえないとして、償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるときに当たらないとして仮の差止めの申立てを却下)、〔仮差 6〕東京地決平成20年3月27日最高裁判所HP（同上）

- 〔仮差 7〕大阪地決平成17年7月25日最高裁判所HP（リサイクルセンターを設置して建設廃材の中間処理業を営むとしてされた産業廃棄物処分業の許可申請に対する許可処分について地域住民等が仮の差止めを求めた事案につき、本件リサイクルセンターにおいて処理することが予定されている産業廃棄物の種類は、廃プラスチック類、紙くず等の8種類であり、爆発性、毒性、感染性その他の人の健康又は生活環境に係る被害を生ずるおそれがある性状を有するものとして政令で定める特別管理産業廃棄物は含まれていないし、その処理の形態もいわゆる中間処理であり、焼却処理等を行われないものであるな

どとした上で、本件リサイクルセンターの構造、設備、処分予定の産業廃棄物の種類、量、産業廃棄物の処理の方法、態様、処理の過程で用いられる設備機器の種類、能力等に照らすと、それ以上の疎明を欠く本件においては、本件リサイクルセンターにおいて産業廃棄物が適正に処理されなかった場合に生じる粉じんの飛散、汚水の流出や地下への浸透、騒音及び振動等が、申立人らの生命、健康を著しく害するような性質のものであるとまでは認め難いというべきであるとし、本件申請に対する許可処分がされることにより、その生命、身体の安全等に対し償うことができない損害が生じると認めることはできないとして、仮の差止めの申立てを却下)

※ なお、上記の事案の本案訴訟は〔差止 9・10〕である。

- 〔仮差 8〕大阪地決平成18年8月10日最高裁判所HP（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第5条に基づきぱちんこ遊技場の営業の許可の申請がされたところ、近隣の歯科医院の管理者が、周辺の静穏が回復できないほど破壊されるとともに、本件診療所が環境変化を嫌った顧客を失い、回復不可能な経営上の損害を被るなどと主張して、その許可の仮の差止めを求めた事案につき、仮に本件申請について許可処分がされ、それが違法なものであったとしても、それによって直ちに本件診療所周辺の環境が不可逆的に著しく悪化するとはいえず、営業許可がされ、本件営業所の営業が開始された後においても、その後取消訴訟によって営業許可が取り消され、あるいは執行停止によって営業許可の効力が停止されれば、その時点で本件営業所は営業ができなくなり、当該許可処分以前の環境を回復することは可能である、診療所の運営基盤に金銭賠償によっては償い得ないほどの深刻な影響を及ぼすおそれがあることを窺わせるに足る疎明もないなどとして、償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があると認めることはできないとし、仮の差止めの申立てを却下)
- 〔仮差 9〕広島地決平成20年2月29日最高裁判所HP（地域住民らが、公有水面の埋立免許付与申請に対する免許付与処分の仮の差止めを求めた事案につき、景観利益については、本件埋立てが着工されれば、焚場の埋立てなどが行われ、直ちに景観が害され、しかも、いったん害された景観を原状に回復することは著しく困難であるといえるが、本案訴訟は、既に当裁判所に係属し、

弁論期日が重ねられ、景観利益に関する当事者の主張及び書証による立証はほぼ尽くされていることなどを考慮すると、埋立免許がなされた場合、直ちに差止訴訟を取消訴訟に変更し、それと同時に執行停止の申立てをし、本件埋立が着工される前に執行停止の申立てに対する許否の決定を受けることが十分可能であるといえるなどとして、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるとはいえないとして、仮の差止めの申立てを却下)

- 〔仮差10〕大阪地決平成18年5月22日最高裁判所HP（保険医の登録を受けて勤務医として勤務する歯科医師が、健康保険法第81条に基づく保険医登録の取消処分の仮の差止めを求めた事案につき、①歯科医師に対する保険医登録取消処分は、当該歯科医師に対する歯科医師免許の効力に直ちに法的影響を与えるものではないこと、②本件登録取消処分がされて公示、公表等されることにより、その時点で直ちに勤務先医療法人の退職を余儀なくされ、後に当該処分について執行停止がされた場合であっても、歯科医業により収入を得るみちがもはや事実上絶たれるものとまで直ちに認めることは困難であること、③申立人に生じるおそれのある主たる損害が歯科医業による収入の減少ないし喪失という財産上のものであること、④勤務先医療法人にその経営上重大な損害が生ずるおそれがあるとは認め難く、また、申立人が同医療法人において健康保険の診療に従事することができなくなることによりそれまで申立人の診療を受けていた患者の生命、健康に直ちに重大な危険が生ずるおそれがあることまで認め難いことなどに鑑みれば、そもそも差止めの訴えの要件である「重大な損害を生ずるおそれ」を欠くとして、仮の差止めの申立てを却下)
- 〔仮差11〕宇都宮地決平成19年6月18日最高裁判所HP（介護保険法に基づき介護老人保健施設を開設している医療法人社団が、知事が行おうとしている同法に基づく業務停止命令等の仮の差止めを求めた事案につき、①業務停止命令は一定期間に限られるものであること、②長期間にわたる入所が予定されていないことからすると、業務停止命令により申立人が直接受ける損害が後に回復困難なものであることまでとはいえないこと、③当該医療法人社団は別の介護老人保健施設等も営業しており、事業運営にかかわる取引先が離れるなどして申立人の事業活動に深刻な影響を及ぼし、回復が著しく困難な状況を生じさせるとまでは認められないこと、④入所者等の被る損害は、申立人の被る損害とは

異なることに鑑みれば、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるとはいえないとして、仮の差止めの申立てを却下)

- 〔仮差12〕札幌地決平成21年2月27日最高裁判所HP（タクシー事業者らが、新規に参入しようとする他の事業者に対する道路運送法第4条に基づく一般乗用旅客自動車運送事業経営の許可処分及び同法第9条の3に基づく運賃等の認可処分の仮の差止めを求めた事案につき、①競争の激化によるタクシー事業者の経営に与える損害は、営業上の経済的損害であるところ、当該地域は、いまだ緊急調整地域には指定されておらず新規参入自体は禁止されてはいないのであるから、新規参入事業者を含めた競争が行われることがなほ想定されているものといわざるを得ない、②乗務員の労働環境に対する影響については、第一次的にはタクシー事業者が、雇用契約に基づく義務の履行として対処しなければならない問題であって、各事業者らの営業努力によって乗務員の労働環境の悪化は防止されるべきであるなどとして、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるとはいえないとして、仮の差止めの申立てを却下)
- 〔仮差13〕東京地決平成22年4月12日最高裁判所HP（司法書士が、司法書士法第47条第2号による3か月の業務停止処分がされようとしているとして、その仮の差止めを求めた事案につき、①司法書士が3か月の業務停止の処分を受けた場合、当該処分を受けることによって、その社会的評価・信用の低下を来すことがあることは格別、直ちにその司法書士生命を奪われる結果に至るとは認めることができない、②申立人の主張によれば、その顧客の相当程度は縁故による紹介であるとうかがえるところ、申立人が3か月の業務停止の処分を受けることによってそうした人間関係が直ちに途絶するとはにわかに認められない、③懲戒処分をした旨の処分行政庁による官報公告がされることによって、申立人の社会的評価・信用が一定程度低下することは否めないが、懲戒処分を受けることに伴う社会的評価・信用の低下それ自体については、一般的にあって当然に償うことのできない損害に当たるとみることはできないし、懲戒処分がされた後においても、その取消しの訴え等をもって本件処分の違法を争い、勝訴判決を得ることができれば、そのことを関係先に周知することで相当程度回復可能であるというべきである、④懲戒処分により司法書士に社会

的評価・信用の低下その他の一定の損害が生じるおそれがあるとしても、そのことから直ちにその仮の差止めが認められることとなれば、懲戒処分により司法書士の業務の適正を担保しようとした司法書士法の目的の実現が害されることになるところ、特に、本件では不当誘致行為に当たる行為を繰り返してきたか否かが争われており、仮にこれが認められるとすれば、その行為は司法書士の業務の適正の確保上、重大な支障を来すものであるなどとして、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるとはいえないとして、仮の差止めの申立てを却下)

- 〔仮差14〕水戸地決平成18年8月11日判タ1224号233頁（市議会議員である申立人らが、市議会解散請求に基づき行われることが予定された解散の投票のための投票期日の告示等一切の投票事務の執行について仮の差止めを求めた事案につき、投票期日の告示については差止めを求める利益が失われたとし、その余の「一切の選挙事務の執行」については、①いかなる行為を捉えて「処分又は裁決」と主張するのか明らかではなく、これを前提とする限り、差止めの要件を具備しているか否か具体的に判断することは不可能であり、対象の特定を欠く、②そうでないとしても、選挙事務の執行自体によって申立人らの市議会議員たる地位に影響が生ずるものではなく、公権力の行使に当たらない事実行為にすぎないとして、仮の差止めの申立てを却下)

3 個別的な議論の概要

- (1) 「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」との要件の緩和について

研究会においては、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」との要件に関し、実際に処分がなされた後に、その取消しの訴えを提起するとともにその執行停止を求めるといった方法によっても損害の発生を避ける上で時機を失するというとはいえない場合には、要件該当性がないとの判断が示されているところ、このように判断されれば仮の差止めの制度を設けた意味がなく、特に処分の名あて人以外の第三者が申立てをする事案においては常に却下されることになるから、要件を緩和すべきであるとの指摘がされた。

もっとも、これに対しては、現実的損害だけを見るのか、処分が引き

起こす観念的な不利益，将来巻き起こしかねない不利益まで見るのかに関する立場の相違であり，「償うことのできない」という損害の内容部分の問題ではないのではないかとといった指摘や，むしろ，「緊急の必要」という要件との兼ね合いで現実が生じ，又は生じようとしている損害のみをみることにされているが，これは現実には生ずべき損害から国民を仮に救済するという仮の救済制度の目的に沿っているのではないかとといった指摘がされた。

また，仮の差止めは，行政庁がまだ処分をしていない段階で裁判所が判断するものであり，かつ，裁判所が処分の差止めという原告の請求を満足させる判断を示すものであることから，法律は，償うことのできない損害というハードルを要求しているものであり，処分の名あて人以外の第三者が申立てをする事案についてのみ特に要件を加重していることはないとの指摘がされた。

なお，個別的には，〔仮差 10〕，〔仮差 11〕，〔仮差 13〕等について，これらの事案において上記の要件を具備しないと判断するのは厳しすぎるのではないかと指摘が大勢を占めた。

もっとも，〔仮差 10〕については申立人が勤務医であって直ちに失職するおそれがあるわけではなかったことが考慮されたのではないかと指摘や，〔仮差 13〕については司法書士の業務内容は弁護士とは相当に違うとの理解が前提にあったのではないかと指摘もされた。

さらに，これらの判断は裁判例のスタンダードとまではいえず，この裁判例を前提に要件自体が厳しいとは即断できないとの指摘や，それぞれの裁判例における具体的な主張立証の内容によって結論が左右された可能性も否定できないのではないかと指摘もされた。

(2) 処分の内容及び性質を「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」との要件において考慮することの適否

研究会においては，仮の差止めを認めることで公共の福祉に影響を与えるような場合に，仮の差止めを認めないようにすることは当然であるが，その判断が「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」との要件の中でされるのは適切ではなく，消極的要件である「公共の

福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」との要件（あるいはこれを緩和した要件）の下で判断すべきではないかとの指摘がされた。

この点については、仮の差止めについては、執行停止についての行政事件訴訟法第25条第3項に相当する規定は置かれなかったものの、実務上は、当然に「処分内容及び性質」をも含めて総合考慮すべきものと理解されているとの指摘がされた。その上で、執行停止と仮の差止めとで、「損害を避けるため緊急の必要がある」との要件の判断に当たり考慮すべき要素に差を設ける合理的理由はあるのかという指摘があり得る上、むしろ、このような総合的な判断を可能にする方が全体として柔軟な判断が可能になるとの行政事件訴訟法第25条第3項の立法趣旨は適切ではないかとの指摘がされた。

また、処分内容及び性質をも考慮することの具体的な問題として、償うことのできない損害という原告側に立証責任のある要件の中に、消極的要件であるはずの公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるという要件にかかわる内容が入り込むのであれば、結局、その不存在を原告側が主張立証する必要がある点において不都合があるとの指摘がされたが、これに対しては、仮に要件事実論に基づいて立証責任を分配すれば、処分内容及び性質に関する事項は、「損害を避けるため緊急の必要がある」ことという規範的要件の評価障害事実と分類され、相手方が客観的主張立証責任を負うと整理することになり、少なくとも立証責任の分配上不合理な事態が生じることはないのではないかとの指摘がされた。

さらに、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」との要件については、実務上、当該処分自体の行政目的に止まらないものとして理解・運用されており、この要件の下で、当該処分自体の行政目的などを勘案することには問題があるのではないかとの指摘もあった。

(3) 「本案について理由があるとみえる」として損害要件との総合的判断について

仮の差止めにおいては、本案について理由があるとみえることが要件とされているところ、研究会においては、実際上は「本案について理由

があるとみえる」との要件と損害要件とは相関的に運用されているし、本案に理由があると判断しているのに損害要件で却下するのは不合理であるとして、これらを総合的に判断するようにすべきであるとの指摘があった。

この点については、執行停止においても同様の指摘があったところであるが、仮の救済全般を通じて統一的な結論が採用されるべきものと解される。

具体的には、第5「執行停止について」3(1)参照。

(4) 本案訴訟の適法な係属について

研究会においては、仮の差止めについても、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、執行停止と同様、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘がされた。

この点については、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、第5「執行停止について」3(4)参照。

第8 原告適格について

1 制度の概要

改正前の行政事件訴訟法は、取消訴訟の原告適格について、「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）に限り、提起することができる。」と規定していた。

改正行政事件訴訟法は、第三者（処分又は裁決の相手方以外の者）について原告適格の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、①「当該法令の趣旨及び目的」並びに②「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」を考慮するものとされた。そして、①を考慮するに当たっては、③「当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的」をも参酌し、②を考慮するに当たっては、④「当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度」をも勘案するものとされた（行政事件訴訟法第9条第2項）。

なお、行政事件訴訟法第9条第2項の規定は、行政事件訴訟法第37条の2第4項において非申請型義務付け訴訟に、行政事件訴訟法第37条の4第4項において差止め訴訟に、それぞれ準用されている。

2 施行状況についての分析

原告適格については、改正行政事件訴訟法施行後に多数の裁判例が判断を示している。

このうち、最高裁判所が判断を示したのは都市計画事業認可の分野における周辺住民等の原告適格に係る〔原告1〕（以下「小田急最高裁判決」という。）、公営競技の場外施設の設置許可の分野における周辺住民等の原告適格に係る〔原告17〕（以下「サテライト大阪最高裁判決」という。）、病院開設許可の分野における競業者の原告適格に係る〔原告28〕（以下「病院開設許可最高裁判決」という。）の3件である。

上記の最高裁判例を含めた裁判例の状況については、研究会において分析が行われたものの、評価は分かれた。具体的には、後掲3「個別的な議

論の概要」記載のとおり議論がされた。

【原告適格に関する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

(1) 都市計画

○〔原告 1〕最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁（鉄道の連続立体交差化を内容とする都市計画事業の認可（都市計画法第59条第2項）につき事業地の周辺住民で当該事業が実施されることにより騒音，振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものの原告適格を肯定。鉄道の連続立体交差化に当たり付属街路を設置することを内容とする都市計画事業の認可（同項）につき事業地内の土地に権利を有する者の原告適格を肯定），東京高判平成15年12月18日最高裁判所HP，東京地判平成13年10月3日最高裁判所HP

※〔原告 1〕は最一判平成11年11月25日集民195号387頁・判時1698号66頁につき判例変更をしたもの。

○〔原告 2〕東京地判平成20年1月29日最高裁判所HP（鉄道の連続立体交差化を内容とする都市計画事業の変更及び鉄道の連続立体交差化に当たり付属街路を設置することを内容とする都市計画事業の変更の各認可（同法第63条第1項）につき，各事業地内の土地に権利を有する者の原告適格を肯定，事業地の周辺住民で当該各事業が実施されることにより騒音，振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものには原告適格が認められるとしつつ，当該事件については原告適格を否定）

○〔原告 3〕名古屋高判平成21年11月13日最高裁判所HP（高架式の道路の設置を内容とする都市計画事業の変更の認可（同項）につき事業地の周辺住民で当該事業が実施されることにより大気汚染，騒音，振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものの原告適格を肯定），〔原告 4〕名古屋地判平成21年2月26日最高裁判所HP（同上）

○〔原告 5〕東京高判平成21年11月26日最高裁判所HP（都市計画の変更（同法第21条第1項）につき区域外に位置するマンションの区分所有者又は居住者で眺望の利益を主張するものの原告適格を否定）

○〔原告 6〕横浜地判平成17年10月19日最高裁判所HP（開発許可（同法第

29条第1項)につき開発区域の周辺(開発区域においてがけ崩れ・^{いづ}溢水等が発生した場合に直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域)に居住する者の原告適格を肯定(同法第33条第1項第3号,第7号参照)。良好な環境の下に生活する利益等(同項第2号参照)を主張する者の原告適格を否定)

※ 最三判平成9年1月28日民集51巻1号250頁(開発許可につき開発区域の周辺に居住する者の原告適格を肯定)

○〔原告7〕横浜地判平成18年5月17日判例地方自治304号86頁(開発許可(同法第29条第1項)につきその周辺に居住する者で良好な生活環境を享受する権利等(同法第34条第1号参照)を主張するものの原告適格を否定)

※ 原告らは,原告適格を基礎付けるものとして,飲食店の営業に伴って生ずるおそれのある来客による路上駐車,騒音,酔客による迷惑行為等を受けない利益,事実上,新規の店舗用建築物のための開発行為が規制されることによる日常生活上必要な店舗を利用する利益を主張。

○〔原告8〕名古屋地判平成19年10月10日最高裁判所HP(開発許可(同法第29条第1項)につき近隣の土地の所有者の原告適格を否定)

※ 原告らは,原告適格を基礎付けるものとして,開発許可に基づく宅地造成により,原告らの所有地が接道要件を充たさないことになるという財産上の不利益を主張。

○〔原告9〕大阪高判平成20年7月31日判時2059号26頁(開発許可(同法第29条第1項)及び建築確認(建築基準法第6条第1項)につき周辺の土地の所有者で過去にされた別の開発許可に係る開発利益を主張するものの原告適格を肯定),〔原告10〕大阪地裁平成19年12月6日判例地方自治309号82頁(原告適格を否定)

○〔原告11〕大阪地判平成20年8月7日最高裁判所HP(開発許可(都市計画法第29条第1項)につき開発区域においてがけ崩れ・^{いづ}溢水等が発生した場合に直接的な被害を受ける蓋然性がある地域に居住する者には原告適格が認められる(同法第33条第1項第3号,第7号参照)としつつ,当該事件については原告適格を否定)

○〔原告12〕東京地判平成22年5月13日最高裁判所HP(開発許可(同法第29条第1項)につき予定建築物の倒壊等により生命身体・財産上の損害を受けな

い利益（同法第33条第1項第1号参照）、生活環境等に係る利益（同項第2号、第6号、第9号参照）を主張する周辺住民の原告適格を否定。予定建築物等に起因する騒音、震動等による環境の悪化の被害が直接的に及ぶことが想定される範囲に居住する者には原告適格が認められる（同項第10号参照）としつつ、当該事件については原告適格を否定。開発区域においてがけ崩れ・^{いづ}溢水等が発生した場合に直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者には原告適格が認められる（同項第3号、第7号参照）としつつ、当該事件については原告適格を否定）

- 〔原告13〕東京高判平成21年9月16日最高裁判所HP（建築許可（同法第53条第1項）につき都市計画事業が施行されて都市公園になったときに当該公園を避難場所として利用する蓋然性が客観的に高いと認められる周辺住民の原告適格を肯定）、〔原告14〕東京地判平成20年12月24日最高裁判所HP（同上）
- 〔原告15〕大阪地判平成20年3月27日最高裁判所HP（都市計画事業の認可（同法第59条第4項）につき近接した地域内に居住又は勤務する者で、当該事業の実施により騒音等による健康等に係る著しい被害を直接的に受けるおそれがあるものの原告適格を肯定）
- 〔原告16〕東京地判平成22年5月13日最高裁判所HP（都市計画法第29条に基づく開発許可につき近隣住民で生活環境、災害防止、通行の安全等の利益を主張するものについて生活環境の悪化を受けない利益は都市計画法上個別的な利益として保護されていないとして原告適格を否定）

(2) 公営競技

- 〔原告17〕最一判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁（場外車券発売施設の設置許可（自転車競技法第4条第1項）につき施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者の原告適格を肯定。周辺において居住し又は事業（医療施設等に係る事業を除く。）を営むにすぎない者及び医療施設等の利用者の生活環境上の利益（交通、風紀、教育等の悪化）について原告適格を否定）、〔原告18〕大阪高判平成20年3月6日最高裁判所HP（施設の敷地から1000メートル以内の地域において居住し、事業を営み、又は病院等を開設する者の原告適格を

肯定), [原告 19] 大阪地裁平成 19 年 3 月 14 日最高裁判所HP (医療施設等を開設する者, 文教施設に通学する学生等, 医療施設に入院する者等の善良な風俗環境又は生活環境に係る利益について原告適格を否定)

※ [原告 17] による差戻し後の第一審 (大阪地判平成 24 年 2 月 29 日判例集未登載) は, 医療施設等を開設する原告ら全てについて原告適格を肯定。

○ [原告 20] 東京地判平成 19 年 3 月 29 日最高裁判所HP (場外車券発売施設の設置許可 (同法第 4 条第 1 項) につき周辺に居住する者の原告適格を否定。施設の設置によりその運営に著しい支障が生じるおそれがあると認められる医療施設の設置者には原告適格が認められるとしつつ, 当該事件については原告適格を否定)

○ [原告 21] 名古屋地決平成 18 年 7 月 20 日最高裁判所HP (勝舟投票券場外発売場の位置等が基準に適合することの確認 (モーターボート競走法施行規則第 8 条第 1 項) につき周辺住民の原告適格を否定)

○ [原告 22] 東京高判平成 20 年 4 月 17 日最高裁判所HP (勝舟投票券場外発売場の位置等が基準に適合することの確認 (同規則第 8 条第 1 項) につき周辺住民の原告適格を否定), [原告 23] 東京地判平成 18 年 12 月 20 日最高裁判所HP (施設の所在する市町村の自治会又は町内会に所属する者, 又は施設の所在地には自治会又は町内会が存在しないものの, 施設の所在地から極めて至近な位置にあって施設の設置によって日常生活上重大な支障を受けるおそれのある自治会又は町内会に所属する者には原告適格が認められるとしつつ, 当該事件については原告適格を否定)

(3) 風俗営業

○ [原告 24] 大阪地判平成 18 年 10 月 26 日判タ 1226 号 82 頁 (営業所の構造又は設備の変更の承認 (風営法第 9 条第 1 項) につきいわゆる住居集合地域内の営業所の周辺住民に原告適格を認める余地があるとしつつ, その敷地から 100 メートルを超える場所に居住する者の原告適格を否定)

○ [原告 25] 大阪地判平成 20 年 2 月 14 日判タ 1265 号 67 頁 (営業所の構造又は設備の変更の承認 (同法第 9 条第 1 項) につき当該営業が実施されることにより, 騒音, 振動による健康又は生活環境に係る被害を直接的に受けるおそれのある者の原告適格を肯定)

※ 最一判平成10年12月17日民集第52巻第9号第1821頁（風俗営業許可処分（同法第3条第1項）につき風俗営業制限地域居住者の原告適格を否定）

(4) 墓地経営

○〔原告26〕福岡高判平成20年5月27日最高裁判所HP（墓地の経営許可（墓地埋葬法第10条第1項）につき嫌忌施設であるがゆえに生ずる精神的苦痛等から免れる利益を侵害される者に当たらないとして原告適格を否定）

○〔原告27〕東京地判平成22年4月16日最高裁判所HP（墓地の経営許可（同法第10条第1項）につき周辺住民で墓地周辺の衛生環境の悪化による健康又は生活環境の著しい被害を直接受けるおそれがあるものの原告適格を肯定）

※ 最二判平成12年3月17日判時1708号62頁（墓地の経営許可につき周辺住民の原告適格を否定）

(5) 病院開設

○〔原告28〕最二判平成19年10月19日集民226号141頁・判時1993号3頁（病院の開設許可（医療法第7条）につき病院の開設地の付近で医療施設を開設し医療行為をする医療法人等の原告適格を否定），〔原告29〕東京高判平成17年9月13日最高裁判所HP（同上），東京地判平成17年2月2日最高裁判所HP（同上）

(6) 土地収用等

○〔原告30〕東京高判平成20年6月19日最高裁判所HP（一般有料自動車専用道路及びジャンクションの新設工事等の事業認定（土地収用法第16条）につき起業地内の土地又は同土地上の立竹木等につき財産上の権利を有する者の原告適格を肯定。起業地の周辺に居住する者及びいわゆる環境保護団体等で環境保全等に係る利益を主張するものの原告適格を否定），〔原告31〕東京地判平成17年5月31日最高裁判所HP（同上）

○〔原告32〕東京地判平成20年5月29日判時2015号24頁（土地区画整理事業の施行認可（土地区画整理法第4条第1項）につき施行地区内にあるグラウンドが東京都震災対策条例に基づき広域避難場所として指定されている地域に居住する者の原告適格を肯定。当該地域に居住しない者で生活環境（グラウンド周辺に生息する多様な動植物の存在，グラウンドの有する周囲への冷却効果，グ

ラウンドの景観など) が著しく悪化することを主張するものの原告適格を否定)

- 〔原告 33〕大阪地判平成17年8月25日判例地方自治282号84頁(仮換地の指定(土地区画整理法第98条)につきその対象地を所有する財産区の財産区住民の原告適格及び土地区画整理事業において整備が予定されている市道の周辺住民で「まちづくり権」や「里山の自然環境を享受する利益」を主張するものの原告適格を否定)

(7) 建築確認等

- 〔原告 34〕大阪高判平成20年8月28日最高裁判所HP(建築確認(建築基準法第6条の2第1項)につき同確認に係る建築物により通風を阻害される周辺の他の建築物に居住する者の原告適格を肯定),〔原告 35〕大阪地判平成19年12月27日最高裁判所HP(同上)
- 前掲〔原告 32〕(建築確認(建築基準法第6条第1項)につき同確認に係る建築物の敷地が東京都震災対策条例に基づき広域避難場所として指定されている地域に居住する者の原告適格を否定)
- 〔原告 36〕東京高判平成20年7月9日最高裁判所HP(建築確認(建築基準法第6条の2第1項)につき同確認に係る倒壊, 炎上により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住し又はこれを所有する者の原告適格を肯定),〔原告 37〕東京地判平成19年9月7日最高裁判所HP(同上)
- 〔原告 38〕東京地判平成23年9月21日判例集未掲載(建築確認(建築基準法第6条)につき同確認に係る建築物の倒壊又は炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する他の建築物に居住し, 又はこれを所有する者の原告適格を肯定。景観を享受する利益を主張するものの原告適格を否定)

(8) 公有水面埋立等

- 〔原告 39〕広島地判平成21年10月1日最高裁判所HP(公有水面埋立の免許(公有水面埋立法第2条第1項)につき同免許に係る公有水面を含む周辺地域の良好な景観の恵沢を日常的に享受している者, 慣習排水権を有する者及び漁業を営む権利を有する者の原告適格を肯定)
- 〔原告 40〕福岡高判平成20年9月8日最高裁判所HP(公有水面埋立の免許(公有水面埋立法第2条第1項)につき同免許に係る公有水面の周辺地域で生活し,

日常的に埋立区域や周辺水面に接する者であって、埋立工事による汚濁流出等に伴う水質や底質の悪化等により健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるもの及び慣習法上の漁業権を有する者には原告適格が認められるとしつつ、当該事案については原告適格を否定）、〔原告 41〕大分地判平成19年3月26日最高裁判所HP（同上）

○〔原告 42〕広島高松江支判平成19年10月31日最高裁判所HP（公有水面埋立の免許（公有水面埋立法第2条第1項）につき同免許に係る公有水面の周辺地域に居住する住民で、違法に公有水面埋立を免許する旨の処分がされた結果、生命、身体の安全が脅かされ、また、健康や生活環境に著しい被害が発生するもの、並びに同法第5条に規定する公有水面に関し権利を有する者には原告適格が認められるとしつつ、当該事案については原告適格を否定）、〔原告 43〕松江地判平成19年3月19日最高裁判所HP（同上）

○〔原告 44〕横浜地判平成20年2月27日最高裁判所HP（水域施設の建設の協議応諾（港湾法第37条第1項、第3項）につき同港湾区域内の水域に漁業権を有する者につき原告適格を認める余地があるとしつつ、当該事案については漁業共同組合の組合員の原告適格を否定し、かつ、同水域で海洋レクリエーション等の活動を行う団体の構成員及び同水域で海釣りをする者等の原告適格を否定）

(9) 空港施設等

○〔原告 45〕東京高判平成21年6月1日最高裁判所HP（①空港変更の認可（航空法（平成15年法律第124号による改正前のもの）第55条の3第1項）につき同認可により新たに又は従前以上に私権制限を受ける者には原告適格が認められるとし、かつ、公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律の第1種区域に指定された区域又は特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法の防止地区及び防止特別地区（以下「第1種区域等」という。）に居住する住民で同認可により新たに又は従前以上に騒音等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものには原告適格が認められるとしつつ、当該事案については一部原告適格を肯定。②航空保安施設の変更の認可（航空法（平成15年法律第124号による改正前のもの）第55条の3第1項）につき同認可に係る施設の設置により生活利益を著しく侵害される者には原告適格が認められるとしつつ、当該事案については原告適格を否定。③延長

進入表面等の変更の指定（航空法（平成15年法律第124号による改正前のもの）第56条の2第1項）につき同指定により新たに又は従前以上に私権制限を受ける者の原告適格を肯定。第1種区域等に居住する住民で同指定により新たに又は従前以上に騒音等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものの原告適格を否定。）、〔原告46〕千葉地判平成19年10月19日最高裁判所HP（①空港変更の認可につき同認可により新たに又は従前以上に私権制限を受ける者並びに第1種区域等に居住する住民で同認可により新たに又は従前以上に騒音等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものには原告適格が認められるとしつつ、当該事案については原告適格を否定。②延長進入表面等の変更の指定につき同指定により新たに又は従前以上に私権制限を受ける者の原告適格を肯定。第1種区域等に居住する住民で同指定により新たに又は従前以上に騒音等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものには原告適格が認められるとしつつ、当該事案については原告適格を否定。）

- 〔原告47〕東京地判平成18年3月28日判タ1239号157頁（混雑飛行場に係る運航の許可（航空法第107条の3第1項）につき、同許可に係る飛行場において定期運航をしている者について、自身の運航計画の変更認可についていまだ申請を行っていなかったとしても、適式に当該申請を将来行うことが客観的にみて相当程度確実に見込まれるのであれば、同許可により単一の資格・地位をめぐって既に申請をした者同士で相争う場合と同視できるような具体的な利益の侵害があったと評価する余地があるとしつつ、当該事案については原告適格を否定）

(10) 鉄道施設

- 〔原告48〕大阪高判平成19年10月25日最高裁判所HP（鉄道施設の工事施行の認可（鉄道事業法第8条第1項）につき同認可に係る鉄道事業地の周辺に居住し、又は周辺の職場に勤務等する者で当該認可に係る工事が施行されることにより騒音等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものの原告適格を肯定。同認可に係る鉄道事業地等内の不動産について権利を有する者の原告適格を否定。）、〔原告49〕大阪地判平成18年3月30日最高裁判所HP（同上）

- 〔原告 50〕東京地判平成 20 年 1 月 29 日最高裁判所HP（鉄道施設変更工事完成検査の合格処分（鉄道事業法第 12 条第 4 項）につき同工事に係る鉄道事業地の周辺地域に居住する者の原告適格を否定）

※ 原告らは、原告適格を基礎付けるものとして、騒音等及び日照の阻害等によって生活環境を害されない利益を主張。

(11) 廃棄物処理

- 〔原告 51〕大阪高判平成 19 年 1 月 24 日最高裁判所HP（産業廃棄物処分業の許可（廃棄物の処理及び清掃に関する法律第 14 条第 6 項）につき同許可に係る処分業の用に供する施設の周辺に生活する者で当該施設において産業廃棄物が適正に処理されない場合に生じる産業廃棄物の飛散，流出，地下への浸透，悪臭の飛散又は排ガス，排水，騒音，振動等により生命，健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのあるものの原告適格を肯定。同施設の敷地に隣接する建物において食品加工業を営む法人で営業上の利益を主張するものの原告適格を否定），〔原告 52〕大阪地裁平成 18 年 2 月 22 日最高裁判所HP（同上）

- 〔原告 53〕東京高判平成 21 年 5 月 20 日最高裁判所HP（産業廃棄物処理施設設置の許可（廃棄物の処理及び清掃に関する法律第 15 条第 1 項）につき同許可に係る施設の周辺に居住している者で当該施設から有害な物質が排出されることにより健康又は生活環境に係る重大な被害を直接に受けるおそれのあるものの原告適格を肯定），〔原告 54〕千葉地判平成 19 年 8 月 21 日最高裁判所HP（同上）

- 〔原告 55〕福岡高裁宮崎支部平成 22 年 11 月 24 日最高裁判所HP（市長がした一般廃棄物収集運搬業の許可（廃棄物の処理及び清掃に関する法律第 7 条第 1 項）及び浄化槽清掃業の許可（浄化槽法第 35 条）につき当該市で既にこれらの許可を受けてし尿及び浄化槽汚泥の収集運搬業を行っていた既存業者の原告適格を否定），〔原告 56〕鹿児島地判平成 22 年 5 月 25 日最高裁判所HP（同上）

(12) その他

- 〔原告 57〕東京高判平成 22 年 6 月 10 日最高裁判所HP（市まちづくり条例に基づく開発事業に係る開発基準適合確認通知につき開発事業で建築される建物により日照を阻害される近隣住民の原告適格を肯定），〔原告 58〕東京地判平成 2

1年11月27日最高裁判所HP（同上）

- 〔原告59〕東京高判平成21年4月16日最高裁判所HP（一般乗用旅客自動車運送事業の運賃及び料金の変更の認可（道路運送法第9条の3第1項）につき当該認可に係る事業者勤務するタクシー運転者の原告適格を否定），〔原告60〕東京地判平成20年5月16日最高裁判所HP（同上）

※ 原告らは、原告適格を基礎付けるものとして、労働条件を保持する利益を主張。

- 〔原告61〕東京地判平成20年3月19日最高裁判所HP（特殊車両通行の認定（道路法第47条第4項，車両制限令第12条）につき同認定に係る道路の沿道又は近隣に居住する者の原告適格を否定）
- 〔原告62〕福岡高宮崎支判平成18年1月27日最高裁判所HP（市道の路線廃止（道路法第10条第1項）につき当該市道を少なくとも日常的に利用する者の原告適格を肯定）
- 〔原告63〕福岡高判平成22年1月21日最高裁判所HP（社会福祉法人の解散の認可（社会福祉法第46条第2項）につき同法人において勤務する社会福祉事業従事者の原告適格を肯定），〔原告64〕福岡地判平成21年2月25日最高裁判所HP（同上）
- 〔原告65〕熊本地判平成23年12月14日最高裁判所HP（たばこ事業法第22条に基づく製造たばこ小売販売業の許可処分につき同許可に係る営業所の近隣で同小売販売業の許可を受けて同業を営む者の原告適格を肯定）

3 個別的な議論の概要

(1) 原告適格に関する裁判例の状況について

ア 全体的な傾向についての評価

最高裁判例及び下級審裁判例の動向については、研究会においては、従来の判例の枠組み（法律上保護された利益説）を基本的に維持しつつも、権利の実効的な救済の観点から原告適格を柔軟に肯定しようとする傾向が明らかになっている、具体的には、開発事例における周辺住民に原告適格を拡大した小田急最高裁判決（〔原告1〕参照）を始め、下級審においても、かつては最高裁判例において否定され、改正の際に原告適格拡大の当否が議論された風俗営業（ぱちんこ）の許可

処分の事案や墓地の経営許可の事案などにおいて、原告適格を拡大する方向の裁判例（前者について〔原告 24〕，〔原告 25〕，後者について〔原告 26〕，〔原告 27〕）が出ており，そのほかにも，土地区画整理の分野において〔原告 32〕，公有水面埋立等の分野において〔原告 39〕などのように，改正法の趣旨を踏まえて原告適格を柔軟に認める裁判例が現れているとの指摘があった。

また，サテライト大阪最高裁判決（〔原告 17〕参照）についても，下位法令に定められた位置基準規定に基づいて医療・文教施設の開設者が健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益は個別的利益として保護されていると判示するところ，この点については原告適格の拡大方向を示しているとの指摘があった。

イ サテライト大阪最高裁判決と生活環境利益

もっとも，サテライト大阪最高裁判決については，生活環境に関する利益は，直ちに生命・身体の安全等と同視することができず，基本的に公益に属するものであって，法令に手掛かりとなることが明らかな規定がないにもかかわらず，当然に法が周辺住民等の個別的利益として保護する趣旨を含むと解するのは困難であると判示した上，周辺住民の原告適格を一切否定しており，このような判示に照らすならば，今後の最高裁判例及び下級審裁判例も原告適格を限定する方向に進むおそれが強いとの指摘があった。

これに対しては，サテライト大阪最高裁判決は，自転車競技法第 4 条第 2 項に基づく場外車券発売施設の設置により周辺住民が受ける交通，風紀，教育などに関する生活環境の悪化という不利益のみについて判断したものでしかなく，今後も，処分の根拠となる法令等を個別具体的に検討した上で，問題となっている生活環境に関する利益が周辺住民等の個別的利益として保護されているか否かが判断されていくことになるであろうとの指摘や，この不利益は人によって受止めが相当に異なる主観性の高いものとみられるのであって，サテライト大阪最高裁判決は，社会の構成員によって評価に大きな幅があり得る利益・不利益について法令の具体的な手がかりがない中で原告適格を肯

定することに対する一定の価値判断を前提として事例的な判断をしたものといえ、直ちに、生活環境利益と総括することができる利益全般についての今後の最高裁判例の動向を推測することはできないのではないかとの指摘があった（なお、先行した小田急最高裁判決も生活環境利益の侵害を原告適格の基礎としている。）。

ウ 病院開設許可最高裁判決と競業者について

病院開設許可最高裁判決は、病院開設許可について既存の医療施設開設者が争った事案につき、原告適格を否定したものであるところ、当該事案について、原告適格を肯定すべきではないかとの指摘もあったものの、処分の根拠法規たる医療法が他施設開設者の利益をおよそ保護していないことは明らかであり、原告適格が否定されたことに違和感はないとの意見が大勢を占めた。

もともと、同様に競業者の原告適格が問題となった〔原告 55・56〕については、一般廃棄物の適正な収集及び運搬を継続的かつ安定的に実施させることが一般廃棄物処理計画の目的とされていることを踏まえれば、既存業者の安定は根拠法規の保護範囲に含まれていると解釈することができ、原告適格を肯定する余地があるのではないかとの指摘がされ、これに賛同する意見が多かった。

エ その他の下級審裁判例についての個別的な分析

(ア) 原告適格について柔軟な解釈手法をとったものとして、例えば、〔原告 32〕のように条例の規定を読み込むという手法や、〔原告 39〕のように瀬戸内海環境保全特別措置法のような特別法の規定を読み込むという手法がとられたものがあり、これらの点は評価されるべきであるとの指摘があった。

(イ) 他方で、〔原告 40・41〕は、健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受ける者には原告適格があるとしつつも、原告らは著しい被害を受けないとして原告適格を否定しているが、このように解するのではハードルが高すぎるとの指摘があった。

また、廃棄物処理の分野における〔原告 51・52〕については、行政事件訴訟法の改正によって原告適格が拡大された分野といえる

が、周辺の居住者だけでなく、例えば、隣の建物で食品加工業を営む法人にも原告適格が認められてもよいのではないかとの指摘があった。

- (ウ) そのほか、同質のものとみられるような利益の侵害があることがうかがわれるにもかかわらず、処分あるいはその根拠法規が異なるものにつき、原告適格の判断が大きく異なるものについては疑義を呈する意見が少なくなかった。

〔原告 30・31〕は土地収用法に基づく事業認定に関して法令の趣旨及び目的に照らして周辺住民には原告適格を認めないと判断しているが、土地収用法に基づく事業認定も、それによって何らかの公共施設を作るためのものであり、都市等の空間利用のためのものといえるから、都市計画法と同じような体系の処分であるともいえ、都市計画法に基づく事業認可について周辺住民に原告適格を認めた小田急最高裁判決と同様に関係法令を柔軟に解釈し、都市計画法や環境影響評価条例などを斟酌する余地があったのではないかとの指摘もあった。

鉄道施設変更工事完成検査の合格処分に関する〔原告 50〕についても、都市計画事業認可とは異なる処分であるという点で、理論的には筋が通っているものの、騒音を伴う鉄道が通るという効果の点では違いがないので、小田急最高裁判決と比べると、この結論は厳しいのではないかとの指摘もあった。

建築確認に関する〔原告 36・37〕は交通安全上の利益が原告適格を基礎付けるものとされているが、道路法の特殊車両通行の認定に関する〔原告 61〕は道路の使用は反射的利益だという大前提がとられた結果（その大前提の当否も議論となるものである。）、原告適格が否定されており、結論として厳しいのではないかとの指摘もあった。

- (エ) また、上記(ウ)の問題意識とつながるが、関係法令の参酌の在り方に関し、環境影響評価法（環境影響評価条例）のような横断的に機能していく法令の位置付けにつき、〔原告 30・31〕が単に目的規定

を見て明文の関連付けがないとして排斥し、また、公有水面埋立免許に関する〔原告40・41〕及び〔原告42・43〕が工事の規模からして適用されないという理由で環境影響評価法の主張を排斥している点については疑問があるとの指摘があった。

加えて、努力義務規定が設けられ、当該規定において考慮すべき重要な利益と位置付けられているものについて、〔原告48・49〕のように原告適格の根拠とすることを肯定的に解するものと、〔原告50〕のようにこれを否定的に解するものがあるところ、処分要件そのものとはいえないとはいえ、その趣旨にかんがみれば、原告適格の存否を判断するに当たってはこれを十分に斟酌する必要があるのではないかとの指摘があった（なお、小田急最高裁判決でも努力義務規定である都市計画法第66条の規定が積極的に考慮されている。）。

(2) 原告適格の判断枠組みについて

ア 研究会においては、原告適格の判断枠組みの在り方についての議論も行われた。

イ まず、同質の不利益であれば、いずれについても根拠法規の趣旨・目的にかかわらず原告適格が認められるようにすべきであるとの指摘があったが、これに対しては、法律上保護された利益説をとる以上、法律の趣旨及び目的を究極的には判断要素とすることは理論的には当然ではないかとの指摘があった。

もっとも、処分根拠法規だけでなく、関係法令をも参酌することとされたのは、全くの立法の偶然によって結論が大きく異なることがないようにすることにもあったのであり、そのような観点からの調整も裁判所には要請される場所であって、法令の文言にこだわった上で、偶然の産物によるような結論の違いが生じたとしてもそれは立法者の責任であるといったスタンスで行政事件訴訟法第9条を解釈適用するのは適切ではなく、同条第2項の趣旨にも沿わないのではないかとの指摘もされた。

また、法律上保護された利益説をとるとしても、法律には処分要件

として具体的な規定がない中で下位法令を緻密に解釈することには違和感があり、〔原告 20〕のように、公営競技（競馬、モーターボート競走、小型自動車競走など）に係る場外施設について、位置基準の要件は、規則によって設けられた基準であるというよりも、法律が予定する要件であると整理する方が適切ではないかとの指摘もされた。そして、このような関連法令に係る分析に基づいて、一定の行政分野ごとに、いわばミドルレンジで裁判例を集積し、一定の相場を作っていくのが手堅いのではないかとの指摘もされた。

なお、サテライト大阪最高裁判決の事案を含め、第三者の原告適格が問題となる事案は、処分の要件・審査基準が明確でないことが多いところ、重要な規律事項は法律で定めなければならないのであり、行政立法への過度の委任はそれ自体で違法だというべきではないかとの指摘もあった。

ウ また、最高裁判例のように根拠法規が個別的利益として保護する趣旨を含むかどうかの判断をすることは不要となるようにし、根拠法律の保護範囲に入っていれば原告適格を認めるべきであるとの意見があった。

これに対しては、原告適格は、当該処分についていかなる者にこれを争う法的資格を与えるかという問題であるところ、保護範囲に入れば直ちに原告適格を認めてもよいことにはならず、別途、原告適格を認めるべき者を選び分ける基準が必要になるのではないかとの指摘や、現在の行政事件訴訟法第9条による枠組み以上に明確な基準を設けることは困難なのではないかといった指摘があった。

エ このほか、例えば、場外車券発売施設の設置により周辺住民が受ける不利益についてみると、まさに「害されることとなる利益の内容及び性質」を裁判所がどのように評価するのか次第でこの不利益を根拠に原告適格が認められるか否かが決まるのであって、結局、行政事件訴訟法第9条の文言を修正するといったことでは必ずしも原告適格が認められる範囲が広がらないのではないかとの指摘があった。

これに対しては、行政事件訴訟法の文言を修正し、その上で国会答

弁等において改正の趣旨を明らかにすることが考えられるのではないかとの意見があった。そして、個々の処分根拠法規の解釈を不要にすれば、司法資源の浪費となるような解釈論を展開する必要はなくなるのではないかとの指摘があった。

もっとも、それでは基準として不明確といわざるを得ないのではないかとの指摘があり、むしろ、行政過程の段階における周辺住民の手續参加を行政実体法で規定すれば、原告適格を拡大することが可能になるのではないかとの指摘があった。また、原告適格を拡大することは、結局、裁量権行使に当たっての要考慮事項を拡大することにつながり、行政庁はそのような第三者の利益を踏まえた処分をすべきことになるから、その意味で、実体法の解釈そのものが変わることには注意が必要ではないかとの指摘もされた。

なお、司法資源の浪費が生じているとの指摘に関しては、現在は行政事件訴訟法第9条の改正の趣旨にのっとった解釈論が醸成されている段階にあり、審理・判断が丁寧になるのは否めないところがあるが、裁判例の傾向が固まればより簡略なものになるから、そのような指摘は当たらない状況になるのではないかとの指摘があった。

オ 加えて、比較法的には、日本の原告適格の範囲はドイツに近いといえるところ、ドイツでは自然保護分野や環境保護分野について団体訴訟が設けられてきているのであって、そのような方向からのアプローチを検討してみてもよいのではないかとの指摘があった。

(3) 行政事件訴訟法第10条第1項について

研究会においては、〔原告32〕のように、原告適格を拡大しながらも、行政事件訴訟法第10条第1項による違法理由の主張制限が厳格に行われ、棄却判決がされれば問題があり、同項を廃止すべきであるとの指摘があった。

もっとも、これに対しては、そもそも、行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限について確立した最高裁判例が存するとはいえないのではないかとの指摘があった（なお、いわゆる新潟空港訴訟判決（最判平成元年2月17日）は同項の適用関係に触れているが、直ちに一般化

することはできないのではないかとの指摘があった。) 。また、抗告訴訟は行政庁の処分によって原告が被った権利利益の侵害の救済を目的とする主観訴訟であることからすると、行政事件訴訟法第10条第1項のような主張制限に関する何らかの規定は必要ではないかとの指摘や、ドイツ法においても同項と同様の規定があるとの指摘があった。

そして、下級審においては、〔原告32〕と異なり、東京高判平成13年7月4日判例時報1754号35頁のように、専ら他の者の利益等を保護するという観点から定められたにすぎない処分要件については、その要件に違反しているとの理由では処分の取消しを求めることができないとしたにとどまり、一般的公益の保護という観点から設けられた処分要件であっても、それが原告らの権利利益の保護という観点とも関連する側面があるようなものについては、その処分要件の違背を当該処分の取消理由として主張することは妨げられないと判示するものもあるところ、抗告訴訟が主観訴訟であることを前提としたとしてもこの裁判例のように解釈することは可能であり、国民の権利の実効的な救済の観点からはこのような解釈が落ち着きがよいのではないかとの指摘がされ、特に異論はなかった。

第9 被告適格について

1 制度の概要

取消訴訟の被告適格について、改正前の行政事件訴訟法は、処分又は裁決をした行政庁を被告とするとしていた。

改正法は、旧法の制度を改め、原則として、処分又は裁決をした行政庁の所属する国又は公共団体を被告とすべきこととされ（行政事件訴訟法第11条第1項）、さらに、取消訴訟以外の抗告訴訟並びに処分又は裁決の取消し又は無効確認を求める民衆訴訟及び機関訴訟も同様とされている（同法第38条第1項、第43条第1項・第2項）。

2 施行状況についての分析

被告適格に関しては、研究会において、被告を特定するための原告の負担を低減しており、立法時に期待された成果があがっている旨の指摘がされ、特に問題が生じているとの指摘はなかった。

【被告適格に関連性を有する主要な裁判例】

- 〔被告1〕福岡高決平成17年5月27日最高裁判所HP（町を取消訴訟の被告とすべき旨を教示すべきであったにもかかわらず、選挙管理委員会を被告とすべきとの誤った教示がされたために町選挙管理委員会を被告として提起された署名簿に関する異議の申出を棄却する旨の決定の取消訴訟について、教示に重大な誤りがある以上、弁護士たる代理人らが付いていたことや、代理人らが行政事件訴訟法に関する改正法の施行期日を誤解していたこと等を考慮しても、行政事件訴訟法第15条第1項の「重大な過失」があるものということとはできないとして、被告の変更が許可された事例）
- 〔被告2〕東京高決平成19年11月29日判時1996号14頁（東京都公安委員会を被告としてその裁決の取消訴訟を提起した者が、行政事件訴訟法第11条第1項の規定を挙げつつ被告の表示に誤りがあれば訂正するよう指示する補正命令に応じなかったところ、訴えを却下されたことから、控訴を提起するとともに被告変更の申立てを提起した事案につき、申立人は法律の専門知識を有しない者と認められるところ、本件裁決は公安委員会名義で出されており、同裁決に係る謄本には、取消訴訟の被告が東京都になるとの記載がある一

方で、当該訴訟において東京都を代表する者は公安委員会となる旨の記載もされていることなどから、申立人としては公安委員会が被告となる旨誤解したと解する余地があり、また、補正命令においても行政事件訴訟法第11条第1項の規定が指摘されてはいるが、十分な法的知識を有しないことから裁判所の指摘の趣旨を理解しなかったものと推測されるなどの事情に照らすと、申立人が被告とすべき者を誤ったことについて行政事件訴訟法第15条第1項の「故意又は重大な過失」があったとまではいえないとして、被告の変更が許可された事例)

第10 管轄について

1 制度の概要

取消訴訟の管轄については、

- ① 被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所を管轄裁判所に加える（行政事件訴訟法第12条第1項）
 - ② 国又は独立行政法人等を被告とする取消訴訟について、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所（特定管轄裁判所）を新たに管轄裁判所に加える（同条第4項）
 - ③ 特定管轄裁判所に提起された訴訟に関する移送の規定を新設する（同条第5項）
- 改正が行われており、取消訴訟以外の抗告訴訟や、民衆訴訟又は機関訴訟で処分又は裁決の取消しを求めるもの及び民衆訴訟又は機関訴訟で処分又は裁決の無効の確認を求めるものも同様とされている（同法第38条第1項、第43条第1項・第2項）。

2 施行状況についての分析

管轄に関しては、管轄が拡大されたことに伴い、訴えを提起する原告の負担の軽減に寄与しており、立法時に期待された成果があがっている旨の指摘がされた。

もともと、さらに訴えを提起する原告の負担を軽減する必要がないかとの観点から、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【管轄に関連性を有する主要な裁判例】

- 〔管轄 1〕東京地決平成17年11月21日最高裁判所HP（行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成16年法律第84号）の施行前に提起され、相手方らの申立てにより東京地方裁判所に移送された年金減額処分の無効確認等請求事件等において、同施行後に申立人による移送申立てがされた事案につき、①特定管轄裁判所への管轄の拡大が、行政訴訟における裁判所の専門性を確保しつつ、原告の住所地に近い身近な裁判所で訴えを提起する可能性を広げることにより、行政事件訴訟をより利用しやすくする趣旨で行われたものであること、②全国各地に支部組織・人員を有する相手方が東京地方裁判所において審理を受ける利益よりも、申立人が特定管轄裁判所である札幌地方裁判所におい

て審理を受けることの利益の方がはるかに大きいこと等を理由として、行政事件訴訟法第7条及び民事訴訟法第17条に基づき、特定管轄裁判所に移送された事例)

3 個別的な議論の概要

(1) 抗告訴訟についての管轄裁判所の拡大について

ア 研究会においては、管轄に関し、原告の負担を軽減するため、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所に管轄権を認めるべきであるとの指摘があった。また、多くの行政関係の法律関係は被告側が変動を生じさせていることが多いことに照らせば、原告の普通裁判籍の所在地で訴えの提起をさせることには一定の合理性があるのではないかと指摘があった。

他方で、行政訴訟検討会においてもこのように原告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所に管轄権を認めるべきとの意見があったものの、行政法規等についての専門的知見を要する行政訴訟を適正・迅速に処理する体制を確保する観点からは行政事件の集中を図る必要もあることや、被告側の応訴負担も考慮され、国又はこれに準ずる法人の処分についてのみ、特定管轄裁判所の限度で管轄が拡大されたことを踏まえれば、軽々に管轄を原告の普通裁判籍の所在地に拡大することには問題があるとの指摘もあった。また、下級行政機関の所在地などに管轄が認められる結果、原告の住所に近い裁判所への訴え提起が可能となっているものと考えられ、管轄を拡大する必要性はそれほど高くないのではないかと、さらには、電話会議システムの利用による訴訟審理が一般化する中で、原告の住所に近い裁判所で裁判を行わなければならない実質的な意味はどのような点にあるのか、といった指摘もあった。

行政訴訟を担当する裁判官の専門性に配慮が必要であるとの点については、大方の理解が示されたものの、他方で、行政法が必修化された法科大学院での教育を経て行政法に習熟した裁判官が今後どれだけ増えていくかも関係しているとの指摘もされた。

イ なお、行政機関の保有する情報の公開に関する法律等の一部を改正

する法律案（第177回国会閣法第60号。以下「情報公開法改正法案」という。）において、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所にも管轄権を認める旨の規定が新設されていることを踏まえ、行政処分一般についても原告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所に管轄権を認めるべきであるとの指摘があった。

これに対しては、裁判所における行政訴訟の処理体制の観点からは、従前より地方公共団体の条例に基づく情報公開訴訟が提起されていたため、地方部の裁判所においても一定の知見の蓄積があったことから、情報公開法改正法案において原告の住所地にまで管轄を拡大しても実務上の混乱が生じないと整理されたのではないかと、情報公開請求権は、個々の国民の具体的・主観的利益の保護ではなく、国の行為を国民がチェックするためのものであることが考慮され、その観点から管轄の拡大が図られたと理解することができるのではないかとといった指摘もされた。

(注) このほか、高等裁判所の支部が設置された地の地方裁判所に対して当該支部の管轄範囲に住所を有する者が訴えを提起することを認めるべきであるとの指摘や、地方裁判所の支部においても行政事件を取り扱うことができるようにして欲しいとの要望があるとの指摘があった。しかし、高等裁判所や地方裁判所の支部の設置については最高裁判所が規則で定める事項であり、支部の存在等を前提とした管轄規定を法律に設けることが適当かという議論があり得るとの指摘や、支部の管轄範囲は当該高等裁判所の裁判官会議で毎年定められるものである（下級裁判所事務処理規則第6条）ことから、これに連動する管轄規定を法律で設けることは技術的に困難ではないかとの指摘がされたほか、支部において裁判所の専門性を確保するのは困難であることも考慮すべきであるとの指摘もされた。

(2) 当事者訴訟についても特定管轄裁判所の制度を設けることの当否

研究会においては、管轄に関し、抗告訴訟に限らず、当事者訴訟についても特定管轄裁判所（行政事件訴訟法第14条第4項参照）の制度を設けるべきではないかとの指摘があった。

この点については、確かに、特定管轄裁判所に管轄権を認めた趣旨は抗告訴訟に限られるものではなく、例えば、行政立法等の適用関係など

を争う義務不存在確認訴訟などについても同様の配慮は妥当するよう
思われる。

もつとも、抗告訴訟は公権力の行使に関する不服の訴訟であって、公
権力の行使によって国民が法律関係に変動を生じさせられたともみるこ
とができることから、原告の住所地に近い管轄裁判所を認めることには
合理性があるとの理解を前提に、特定管轄裁判所まで管轄裁判所が拡大
されたとすると、非権力的な作用に係る訴訟と整理される当事者訴訟一
般について、同様の配慮が可能かについては検討が必要であるとの指摘
があった。また、当事者訴訟にも様々なものがあり、類型化も容易では
ないことから、一律に管轄を拡大するのが適当かの検討は容易ではない
といった指摘や、適切な実例がないと議論がしにくいのではないかとの
指摘があった。

また、抗告訴訟と近似する特質を有するとみられる事件については、
そのような個別の事案の特性に応じた民事訴訟法の移送に関する規定の
解釈・運用を図ることによって妥当な処理が図られるべきものではない
かとの指摘もされた。

第11 出訴期間について

1 制度の概要

取消訴訟の出訴期間については、

- ① 「取消訴訟は、処分又は裁決があったことを知った日から3箇月以内に提起しなければならない」としていたのを6か月に延長する（第14条第1項本文）
- ② 処分又は裁決があったことを知った日から6か月の出訴期間について、不変期間とされていたのを改め、出訴期間内に取消訴訟を提起しなかったことについて正当な理由があるときは、適法な訴えとして取り扱うこととする（同項ただし書）
- ③ 審査請求があった場合の処分の取消しの訴えの出訴期間の起算点を裁決があったことを知った日の翌日とする（同条第3項）

改正が行われており、処分又は裁決の取消しを求める民衆訴訟及び機関訴訟も同様とされている（同法第43条第1項）。

2 施行状況についての分析

出訴期間に関しては、出訴期間の延長等に伴い、訴えを提起する原告の負担の軽減に寄与しており、立法時に期待された成果があがっている旨の指摘がされた。

もっとも、出訴期間をさらに延長する必要があるかとの観点から、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【出訴期間に関連性を有する主要な裁判例】

- 〔出訴1〕横浜地判平成22年1月27日判例地方自治337号41頁（県の生活環境保全条例に基づく指定事業所（研究所）の設置の許可処分について、出訴期間を経過した後に周辺住民が取消訴訟を提起した事案につき、本件研究所の設置は原告ら周辺住民の関心事になっており、そのような状況下で、住民と本件研究所の関係者との話し合いが開かれたことから、原告らが遅くともその日のうちに本件処分の存在を認識したことは明らかであるが、その後、原告らが速やかに本件処分の取消しを求めるということはなく、本訴が提起されたのはそれから9か月近く経過した後であり、提訴が遅れた事情については、原告らの主張、説明からは明らかではないものの、およそ行政事件訴訟法第14条第1項ただし書の「正当な理由」があるとは認めることができないとした事例）

- 〔出訴 2〕東京地判平成22年9月29日最高裁判所HP（原告の不服が固定資産課税台帳の登録価格についてのものであるか否かについて争いのあった事例において、固定資産評価委員会（以下「委員会」という。）により審査申出事項に当たらないことを理由に固定資産課税台帳の登録価格についての審査申出を却下する決定を受けたことから、原告が賦課処分の取消しの訴えを提起したところ、被告から登録価格に対する不服を取消理由として主張していることになる旨の主張がされたことなどもあって、出訴期間を経過した後に、行政事件訴訟法第19条第1項の規定に基づき上記却下決定の取消しの訴えを追加的に併合して提起した事案につき、登録価格についての不服に当たるか否かの判断が微妙な事案においては、委員会の決定の理由いかんにより、委員会の決定の取消しの訴えによるべきなのに誤って賦課決定処分の取消しの訴えを提起する者が現れることもあり得るところであり、そうした者が救済を受ける機会を保障する必要があることについて行政事件訴訟法第20条の場合と変わらない場合もあるものというべきであるなどとした上で、上記の事実の下では、却下決定の取消しの訴えは、賦課処分の取消しの訴えの提起時に提起されたものと同視すべきであり、少なくとも、出訴期間を遵守することができなかつたことにつき「正当な理由」（行政事件訴訟法第14条第1項ただし書）があるとした事例）

3 個別的な議論の概要

研究会においては、改正行政事件訴訟法により、主観的な出訴期間が3か月から6か月に延長されるなどしたが、出訴期間制度自体を廃止し、原告には訴えの利益があればよいこととすべきであるとの意見があるとの紹介がされた。

しかし、これに対しては、出訴期間の廃止については法律関係の安定というこれまでの行政法の根幹的な考えを変えることになるのではないかと、大陸法諸国との比較では6か月でも長いという評価が可能ではないかといった指摘があった。

加えて、改正法によって「正当な理由」があれば出訴期間を徒過しても救済されることとなったところ、〔出訴 2〕などをみれば柔軟に運用されて救済が図られているともいえ、現状において、出訴期間を廃止するとい

った改正を行うことは時期尚早なのではないかとの意見が一定の賛同を得た。

第12 積明処分の特則

1 制度の概要

改正法においては、取消訴訟について民事訴訟一般の積明処分(民事訴訟法第151条, 行政事件訴訟法第7条)に対する特則が新設され、裁判所は、行政庁に対し、①処分又は裁決の内容, 処分又は裁決の根拠となる法令の条項, 処分又は裁決の原因となる事実その他処分又は裁決の理由を明らかにする資料の提出を求め、又は送付を囑託すること(同法第23条の2第1項)や、②処分についての審査請求に係る事件の記録の提出を求め、又は送付を囑託すること(同条第2項)ができることとされており、無効等確認の訴えや、当事者訴訟, 民衆訴訟及び機関訴訟並びにいわゆる争点訴訟についても同様とされている(同法第38条第3項, 第41条第1項, 第43条, 第45条第4項)。

2 施行状況についての分析

研究会においては、積明処分の特則については、実際に裁判所がこの積明処分を実施する例は少ないと思われるものの、この規定を背景に処分関係資料については積極的に被告に提出を促すなどして裁判資料とする運用が定着し、行政側の反発も少ないことが確認され、特段、大きな問題の指摘はなかった。

第13 教示

1 制度の概要

改正法においては、新たに、行政庁は、取消訴訟等を提起することができる処分又は裁決等をする際に、処分又は裁決の相手方に対して、被告適格者、出訴期間、不服審査前置の定めがある場合にはその旨等を教示しなければならないこととされている（行政事件訴訟法第46条）。

2 施行状況についての分析

研究会においては、教示制度そのものについては特段の問題の指摘はなかったが、教示の在り方と関連して、後掲3「個別的な議論の概要」記載のとおり議論がされた。

【教示に関連性を有する主要な裁判例】（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

- [1] 東京地判平成19年4月20日最高裁判所HP（行政機関の保有する情報の公開に関する法律に基づく文書の開示請求をした者が、処分行政庁によりされた第一次から第四次までの決定の取消しを求めた事案につき、取消訴訟の対象となり得るのは、第一次決定のみであるとした上で、第一次決定に係る開示請求についてされた裁決において、行政事件訴訟法第46条による教示がされていないこと、第四次決定において、不服がある場合には第四次決定の通知を受けた日から60日以内に審査請求をするか、あるいは6か月以内に取消訴訟を提起できる旨の誤った教示がされ、これを受けて、原告が第四次決定の通知を受けた日から60日以内に審査請求をした上で、本訴を提起していることを考慮して、原告には行政事件訴訟法第14条第3項ただし書の「正当な理由」があるとした事例)

3 個別的な議論の概要

研究会においては、周辺住民等が建築確認等の取消訴訟を提起する場合には、建築確認の変更がされる都度、建築審査会に対して審査請求をし直すべき旨の教示がされるが、実質的にみて審査請求をし直す必要があるのかという意見があるとの指摘があった。

上記の指摘は、教示に関する問題というよりも、むしろ、不服申立前置

主義との関係に関する問題であると整理されるものであり、具体的には、行政事件訴訟法第8条第2項各号に列記する裁決を経ないことを相当する理由があるか否かに帰着するものと整理された。

そして、これを前提として、建築確認の変更内容等に照らし、審査請求をしても結果が変わることがないと解される場合には、「正当な理由」（同項第3号）が認められることもあり得るのではないかとの指摘がある一方で、建築確認の変更が大きなものであった場合やその変更内容に大きな疑義があるような場合には、審査請求前置主義が定められた趣旨に照らし、審査機関にその点についての判断をさせるのが望ましいのではないかとの指摘もあった。

そうすると、単純に、処分の変更が行われた場合には再度の審査請求を経なくともよいとまではいい切れず、個別の判断に委ねるほかないとの意見に一定の賛同があった。

これに対しては、個別の判断だと審査請求をせざるを得なくなるとの指摘がされたが、審査請求をした上で3か月以内に裁決がなければ訴えは適法になるのであり、かつ、その間に裁判所が却下判決をすることも考えにくいから、大きな問題はないのではないかとの指摘がされたが、審査請求をすること自体が相応に手間であるので、省略を認めるべきであるとの指摘がされた。

なお、現在、総務大臣と行政刷新担当大臣を共同座長とする「行政救済制度検討チーム」において、不服申立前置の全面的見直しが課題とされ、相当数の不服申立前置を定めた規定を廃止する方向で取りまとめがされたところ、これが実現した場合には、審査請求前置の省略を正当化することは難しくなるのではないかという指摘がされた。

(注) なお、建築基準法における不服申立前置を定めた規定については廃止する方向で取りまとめがされている。

第14 行政計画・行政立法について

1 行政計画・行政立法についての行政訴訟検討会の検討結果

行政計画や行政立法は、広く一般的な効力を有する行政活動であり、行政計画や行政立法の段階では未だ紛争が未成熟であるとして、取消訴訟の対象とはならないとされることが多い。

そこで、このような行政計画や行政立法については、このような特徴を考慮しつつ、新たに法定された差止訴訟や公法上の確認の訴えの活用との関係を含め、適切な司法審査の在り方の観点からの検討が行われたが、次のとおり、取りまとめがされた。

まず、行政計画については、「行政計画が極めて多種多様で、それぞれの計画ごとに法的効果の有無及び内容も様々であって、行政計画一般として問題を捉えることは困難な面があることから、個別法ごとにそれぞれの行政計画の法的効果の特質について各行政過程の中での位置付けを踏まえて検討し、それらの特質を踏まえて、・・・訴訟参加、判決の効力等の訴訟手続上の問題点を検討する必要がある」とされている。

行政立法についても、「行政立法は多様であり得ることから、個別の行政立法の法的効果の特質について検討し、司法審査の対象とすべき範囲及びその方法等について検討する必要があると考えられる。さらに、・・・三権分立の中での行政立法の位置付けや、行政立法の抽象性などの行政立法そのものの一般的特質を考慮するとともに、司法権の特質を踏まえて行政立法の司法審査において司法の果たすべき役割の在り方を検討し、それらの検討を踏まえて、・・・訴えの利益、原告適格、出訴期間、判決の効力等の訴訟手続上の問題点を検討する必要があると考えられる。」とされている。

そして、いずれにしても、これらの実体面に関する司法審査を充実させるためには、それぞれの行政過程における手続を整備し、根拠法等において、行政計画についてはその策定の際の目的、目標、考慮事項等についての規定を充実させ、行政立法については委任の内容・範囲等についての規定を充実させることが重要であるとされる。

また、いずれについても、新たに法定された差止訴訟や当事者訴訟として明示された確認訴訟の活用なども含め、改正後の行政事件訴訟法の下での事例の集積を視野に入れつつ、適切な司法審査の在り方を検討する必要があるとされている。（行政訴訟検討会最終まとめ資料8の4、資料9の6参照）

2 個別的な議論の状況

研究会においては、行政立法の分野については公法上の法律関係に関する確認の訴えが一定の程度機能しているが、これに対して、行政計画の分野については必ずしも公法上の法律関係に関する確認の訴え等によって紛争が処理されているとはいえないとの意見が大勢を占めた。

また、行政立法については、仮に行政立法一般について特別な争訟制度を設けることとする場合には、司法権概念との関係を整理する必要がある、憲法上否定されている抽象的審査制との関係も慎重に吟味する必要があるとの指摘があった。

他方、行政計画については、各種手続規定を整備した上で一定の住民等に出訴を保障するとともに違法事由の主張を制限するといった計画統制訴訟の制度を設け、計画段階で多様な関係者の利害関係を調整することが必要であり、特に都市計画法の分野においてはこのような必要性が顕著であるとの指摘がされ、特に反対する意見はなかった。

なお、このような特別な訴訟制度を設けることとする場合には、個別の法分野ごとに制度化の要否を吟味した上で、必要に応じて参加に係る手続や出訴期間の特則その他の規定の整備を検討する必要があるとの意見が大勢を占めた。

その上で、仮に何らかの法分野において行政計画に関する特殊な訴訟制度を設けることとする場合には、主たる規定は個別法に置くこととするとしても、関係規定のうち汎用性があるとみられる規定（例えば、移送、併合など）については一般法たる行政事件訴訟法に規定を置くことが検討されてよいのではないかとの指摘もあった。

第15 裁量に関する司法審査について

1 裁量に関する司法審査についての行政訴訟検討会の検討結果

行政裁量に関する司法審査については、行政事件訴訟法の改正を受けて、「多様な行政活動が司法審査の対象として取り上げられるようになっていくことが予想される中で、行政作用の基準・考慮事項などが抽象的に規定されている行政活動についても、行政裁量に関する適切な司法審査の重要性がより高まっていく」と考えられると分析された上で、次のようにまとめられた。

「行政裁量の範囲・内容は基本的には裁量を認めている個別の行政実体法の問題と考えられる」とした上で、行政裁量に関する司法審査の充実のためには、「裁量を認める個別法の処分の要件や手続の定め方について検討する必要がある」とされ、行政手続法に基づく審査基準の制度の運用状況や新たな釈明処分の特則の活用状況等も考慮しつつ、「判例における行政裁量の審査の工夫を更に発展させていくための方策について検討する必要がある」とされた。（行政訴訟検討会最終まとめ資料10の4参照）

2 個別的な議論の状況

研究会においては、行政裁量の範囲・内容は基本的には裁量を認めている個別の行政実体法の問題であることを前提に、裁判所による裁量的判断に係る審査の密度を高めることを考えるのであれば、各個別行政実体法における処分要件や審査基準の明確化等を図るのが適切であるとの点に異論はなかった。

もっとも、このような実質的な実体法ルールの変更までは意図しないが、例えば、これまで学説等で認められた裁量審査の方法（例えば、事実誤認、比例原則違反、他事考慮、費用便益分析手法など）を行政事件訴訟法第30条に例示的に列挙することで、国民に分かりやすくなり、かつ、裁判所による裁量審査がより密度の高いものになるというメリットが期待できるのではないかとの指摘もされた。

しかし、このように単純にあり得る審査手法を列挙するのみでは、どのような処分においてどの判断手法を使用するかも明確になることはないため、例えば、原告適格の判断に際して最低限考慮すべき事項を定めた行政

事件訴訟法第9条第2項のような意味もなく、単に、標準的な審査方法をリステートするに等しいから、条文化の必要性に乏しいとの指摘があった。

また、仮に、限定列举ではなく、例示列举としたとしても、裁判所はある手法が例示されなかったことの意味を探求することになり、解釈・運用への影響が懸念されるので、例示列举をすることのメリットとの相関関係で利害得失を判断する必要があるとの指摘がされた。

これらに加え、そもそも、裁量法理の本質についての議論も必要となるところ、学説上も極めて多様な意見があり、裁量審査の在り方についてどのように定めるかは簡単に意見の一致を見ないのではないか、裁量統制に関する判例法理もなお進化の過程にあるとの指摘もされた。

第16 団体訴訟について

1 団体訴訟についての行政訴訟検討会の検討結果

行政訴訟における団体訴訟については、これを「団体という形をとる一定の者に行政活動の違法を争うことを認める特別の訴訟類型ないし法定の原告適格を認める」こととした上で、その位置付けについては「行政需要が多様化してきている中で、特定の個人の利益に必ずしも還元し難い集団的利益についてどのような対処が考えられるかという問題の一つの局面と考えることができる」と整理し、その「必要性とその意義につき、・・個別の法分野ごとに、各法体系の目的や保護しようとしている権利利益の内容・性質、問題とされる処分等の行政の行為の特質等を考慮して、行政過程における団体の位置付けを含む行政過程全体の中での利益調整の在り方との関係を含め、具体的に検討する必要がある」とした。

そして、その検討の際には、改正後の原告適格の規定との関係等を検討する必要があるほか、「法律上の利益の所在について、訴えの利益に関する民事訴訟一般の理論を踏まえつつ、基本となる考え方を十分整理する必要がある」とともに、これを踏まえて「団体が提起できる訴えの範囲・内容、適格団体の要件に関する問題、訴訟手続上の問題といった問題点について検討する必要がある」とまとめられた。（行政訴訟検討会最終まとめ資料11の2参照）

2 個別的な議論の状況

研究会においては、原告適格をより柔軟に解釈する努力を続けたとしても、主観訴訟である限りは限界があることを踏まえれば、例えば、環境、文化財保護、消費者保護等の分野においては、いわゆる団体訴訟制度を創設することが想定され得るとの指摘がされ、これに賛同する意見が多かった。

もともと、仮に個別法で各分野ごとに団体訴訟制度を創設するとしても、①客観訴訟として新たな訴訟制度を創設するかと考えるか、②一定の適格団体については特別な当事者適格を認めることとし、全体としては主観訴訟の枠内の制度とすることを構想するかがあり得るところ、この点は制度の本質論として重要であるとともに制度設計全体にも大きな影響があるとの

指摘がされた。

また、いずれにせよ、出訴の権限をどのような者に認めることとし、出訴の対象となる処分（抗告訴訟の対象とならない行為をも対象とするのであれば、当該行為を含む。）の範囲をどのように定めるかについては、そのような争訟制度を創設する必要性を各法分野ごとに個々の的に検討しつつ、整理する必要があるとの意見に対し、異論はなかった。

その上で、仮に何らかの法分野に関して団体訴訟制度を設けることとする場合には、主たる規定は個別法に置くこととするとしても、関係規定のうち汎用性があるとみられる規定については一般法たる行政事件訴訟法に規定を置くことが検討されてよいのではないかとの指摘もあった。

また、仮に団体訴訟制度を創設する場合には、最終まとめでも指摘されるとおり「行政過程全体の中での利益調整の在り方との関係を含め」て検討する必要があるところ、基本的には、行政不服申立てにおける適格を団体に付与することも検討する必要があるとの指摘がされた。