

行政訴訟における訴訟要件に

関する発想の転換

阿部 泰 隆

目 次

- 一 はじめに、行政訴訟における訴訟要件は原告に過大な負担
- 二 訴訟要件緩和の要請
- 三 職権調査事項から被告の抗弁事項に
- 四 訴訟要件を充足する事実に関する原告の立証責任の緩和
- 五 最後に、お願い

- 一 はじめに、行政訴訟における訴訟要件は原告に過大な負担
- 1 訴訟要件は原告にだけ重い負担、裁判を受ける権利の侵害

行政訴訟では、民事訴訟法の定める訴訟要件のほかに、訴訟要件がまた存在し、しかも、頻繁に争点になる。処分性、訴訟類型、原告適格、出訴期間、非申請型義務付け訴訟や差止訴訟の「重大な損害を生ずるおそれ」要件などである。訴訟を相撲の土俵、レスリングのリングにたとえると、被告は土俵、リングの上に最初から上がっている。原告は、土俵、リングに上がろうとするが、訴訟要件が、厳しく定められて

で思いもよらない判断がなされるため、なかなか上がれない。行政活動が違法であるとの本案の土俵上の勝負に挑む前に、そもそも四つに組ませて貰えずに、門前払いになる。

なお、自己の法律上の利益に関係のない違法（「訴法一〇条一項」）は本案の問題であるが、実質的には訴訟要件と同じなので、ここで簡単に扱う。ただし、非申請型義務付け訴訟や差止訴訟の「重大な損害を生ずるおそれ」要件については別論文で扱う。

訴訟要件は、民事訴訟にももちろんあるが、民事訴訟で訴訟要件の具備が争点になることはそれほど多くはないのに対し、行政訴訟では訴訟要件は原告にだけ立ちどころの障壁で、裁判の現場では最初の最大の争点になり、原告がこれを乗り越えるのは大変な負担である。行政訴訟の要件は、今回の巨大津波のような大津波でなければ乗り越えられない防潮堤のようなものである。

筆者は、行政訴訟は、「ネズミがライオ

ンに挑むようなもの」、「障害物競走」と言ってきた。白石健三判事は、行政訴訟の車の輪が、被告のは大きく、原告のは小さいので、公平にしなければならぬと言っておられたが、弁護士をやってみて、実はそんな甘いものではなく、ネズミは、前方にいるライオンと、後から襲いかかってくるか、天から降ってくるか、地から湧いてくるか、陰に隠れていて、どこにいるか分からないもう一匹のライオンと戦わなければならないことが分かったのである。

つまり、原告が門前払いを求める被告の主張を論破したので、訴訟要件を満たしたと思っても、裁判所は、職権調査事項であるからといって、しばしば想定外の別個の観点から訴訟要件を満たしていないとして職権で門前払い・却下する（大阪空港訴訟最高裁判昭和五十六年二月一六日大法廷判決民集三五卷一〇号一三六九頁 本誌一〇二五号三九頁、宝塚パチンコ条例につき行政上の義務の民事執行を不適法とした最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一一三四頁、本誌一七九八号七八頁はその典型例で

ある）。あるいは、職権で（被告が主張もしないのに）、訴訟要件が満たされていないのではないかと、原告にだけ釈明する。しかも、裁判長が替わると、前の裁判長が問題としなかったことまで問題とし、あるいは異なる方針で指示する。

そのため、原告は、被告だけではなく、裁判所をも（仮装）敵として訴訟要件の存在を立証しなければならないのである。どうやら、訴訟要件は、無用な訴えを排斥するという本来の機能を忘れ、それ自体自己目的化しているようである。

これは大変な負担である。原告は、被告の何十倍もの負担を負っているのである。

したがって、行政事件訴訟法は、行政救済を促進するものではなく、いわば行政救済の障害物なり、行政の防御網の纏詰である。教科書では、「行政救済法」という大きな分野がある。これは、本来、違法行政から私人を救済するべき制度のつもりであるが、実は、こうした厳しい訴訟要件の壁のため、違法行政との指摘から「行政を救済する」機能を持っている。そこで、行政救済の実効性を確保するには、行政事件訴訟法は悪法だ、これを廃止して、民事訴訟に一本化せよとの意見も、原告側弁護士からは多数聞こえる（役所側弁護士にとっては、安全を守る防波堤である。しかし、それは業務の縮小を意味する。被告弁護士にとっても、行政訴訟の障壁が減れば業務が増える）。したがって、訴訟要件の緩和は重要な課題である。これは学界での大きな課題であるし、筆者も長年主張してきたこ

とであるが、なお不十分であることがわかった。

2 本稿の課題、裁判を受ける権利の実効性を基本に

そもそも、事案が、裁判所が取り上げるべき司法権の範囲内にあり、裁判所法三条の定める「法律上の争訟」に当たるのであれば、裁判として取り上げることが優先されなければならない。どの訴訟類型に当たるか、処分性があるか等、訴訟要件の吟味は本来二次的なものである。それを優先する多くの思考は、憲法無視の下克上の発想である。

そして、行政救済法は、憲法三二条の裁判を受ける権利、違法行政の被害を受ける権利を保障するものであるから、権利救済の実効性、両当事者の対等性、救済ルール明確性の要請を基本とすべきである。この筆者の考えは、行訴法改正における国会附帯決議では取り入れられた。

形だけ裁判を行って、門前払いでも裁判を受ける権利が保障されたとするのは、裁判を受ける権利が画餅に帰す。実効性のあるものでなければならぬ。

行政訴訟は前記のようにネズミがライオン二匹と戦うのであるから、原告の武器を強化し、少なくとも不利にならないように、対等にしなければならぬ。

そして、救済ルールは明確でなければならぬ。救済ルールが不明確だと、もっぱら原告だけがルールを間違えたとして門前払いになる(被告にはそのようなことがない)ので、原告の裁判を受ける権利が無視

される。そこで、筆者は、こうした救済ルール判定困難事例の解決策をかねて提唱している。ルールが不明確のために複数の可能性がある場合には、立法の不備なのであるから、原告がそのいずれをとっても、裁判所は自分の見解とは違うなどと言っても、ならず、これを適法と認め、複数の可能性が存在することによる不合理の解決は、原告の負担とするのではなく、立法者の任務とすべきである。これは処分とか訴訟類型が不明確な場合には、どれをとっても本案に入れるべきだとするもの(併用説)である。

これに対しては実務では取りえないなど反論されるし、正しい概念は一つしかない、裁判官が後からでも発見するものだという発想が一般的であるが、処分とか訴訟類型も救済のための制度であり、しかも、処分か、抗告訴訟か、処分でないか、当事者訴訟か(どの訴訟類型で裁判するか)といったことは、基本的には入口だけの問題で、入口では男湯 女湯と分かれているが、仮の救済を別にすれば、本案ではほとんど違いのない、いわば混浴である。「法律上の争訟」に当たる以上は、裁判を受ける権利の保障の観点から見ても、どの訴訟類型で裁判するか等は、本来たいした違いはないから、それに関する裁判が矛盾しても大きな不合理はなく、裁判所がわざわざ、それを間違えたとして却下するというのは、こうした法制度の不明確・不備について何ら責任のない原告に重大な犠牲を強要するもので、裁判を受ける権利を侵害する

発想である。むしろ、「救済」法である以上、実務家であれば、私見のような発想は率先して取るべきものである。訴訟制度は、「概念」を維持することから出発するのではなく、裁判を受ける権利から出発すべきである。

そして、処分かどうか、訴訟類型は何かといった争いをいずれかに解決するのは、遡及効がある(当事者に予測不可能な犠牲を強要する)裁判ではなく、将来に向けてしか効力がない立法によるべきである。

この併用説は、形式的行政行為を処分としつつ、公定力、不可争力を与えないという理論とは異なる。私見では、形式的行政行為でも、予め処分とわかつているなら抗告訴訟を提起すれば救済されるので、あえて併用説を採る必要もないが、法の不明確性の不利益をもつばら原告の負担にすべきではないという視点によるものである。

法の不明確性はたくさんあるが、裁判は過去の事件に適用されており、その不利益は甘受すべきだという反論はあるが、そうしたことは実体法の解釈についてはやむを得ない。両当事者に同じく有利にも不利にも影響するし、裁判の拒否は許されないからである。しかし、行政訴訟の訴訟要件はもっぱら原告に訴えを提起させないよう作用する。その不合理、不公平を是正しなければ、原告・被処分者の裁判を受ける権利を侵害するというのが私見である。これまでの普通の見解は、法の不明確性に関する解釈において、実体法と訴訟要件を区別していない重大な欠陥があるのである。

原告適格も、決め手がないのに、原告に厳格な理論と線引きの立証を求める一部の判例は、原告に不可能事を要求するに近い。

この観点から、行政救済法を本場の行政救済法たらしめる方策を考えると、訴訟要件に関する考え方の転換とその緩和の必要がある。

本稿では処分性、訴訟類型、原告適格その他主要な訴訟要件に関して基本的な緩和の考え方を述べる。

さらに、これに合わせて、職権調査事項から被告の抗弁事項への緩和、訴訟要件を充足する事実に関する立証責任の緩和について論ずることとする。

(1) 白石健三「行政事件訴訟のありかた」本誌四二八号三頁(一九六六年)。さらに、細川俊彦「司法の組織構造から見た行政訴訟制度改革の論点」月刊司法改革一九九二年一頁以下(二〇〇一年)は、行政訴訟においては、判検交流の影響もあれば、専門性に自信がないので、裁判官は行政の裁量を尊重しがちであることを適切に指摘する。

(2) 阿部泰隆の「行政訴訟の実効性」(弘文堂、一九八五年)、「行政訴訟要件論」(弘文堂、二〇〇三年)、「行政訴訟改革論」(有斐閣、一九九三年)、「行政法解釈学Ⅱ」(有斐閣、二〇〇九年)第九章などに詳しい。以下、この拙著については、出版社、出版年を引用しない。

なお、藤田宙靖前最高裁判事は、ドイツのシュミット・アスマンに、日本の学者が関心を持っているのは何かと聞かれ、抗告訴訟の対象とか原告適格だと言ったら、かれは、顔をしかめて、

そういう問題にはあんまり興味が無い、法律で一つ決めさえすれば一遍に解決される問題だろうと言われたようである。藤田も、この種の問題に対するこうした感覚は、私と全く共通するもののだと思いましたという(藤田宙靖「裁判官と学者の間で」中央ロー・ジャーナル七卷三三―四一頁、一五頁、二〇一〇年、青山法務研究第三号二四頁、二〇一一年でも同一のタイトルで、同一のことが語られている)。たしかに、「立法者が三たび改正の言葉を語れば万巻の法律書は反古に帰する」ことはドイツの裁判官キルヒマンが一八四七年に行った「法律学の学問としての無価値性について」(阿部泰隆「行政法の進路」(中大出版部、二〇一〇年)五五頁)で述べたように明らかであるが、しかしそれでも解釈学は、現実の紛争に直面するもつとも重要な役割を果たすのであるから、実務に理論的な基礎を与えることを任務とする法律学研究者にとっては避けて通つてはならない重要な課題であると確信する。

(3) 阿部「行政救済の実効性」第一章。
(4) この詳細は前注(2) 阿部泰隆著。
(5) 原田尚彦「訴えの利益」(弘文堂、一九七三年)一六一頁、兼子仁「行政争訟法」(筑摩書房、一九七三年)二七三頁。

(6) 阿部「行政訴訟要件論」三頁以下、一〇頁以下。「行政訴訟改革論」四七頁、一三―一九頁。

二 訴訟要件緩和の要請

1 処分性の柔軟化の必要、処分性と訴訟類型に関する伝統的な発想の誤謬
(1) 処分性の定式の一般化の誤り、公定力の誤り

処分性とは、行政行為と同じと誤解され

ていたが、訴訟法の概念である以上は、抗告訴訟で取り上げられるかどうかの分水嶺である。それは、民事訴訟なり刑事訴訟と行政訴訟のいずれによるか、行政訴訟のどの訴訟類型で取り上げられるかという訴訟類型論、そもそも民事刑事を含め、いかなる訴訟の対象にもならないか(法律上の争訟性なし)、この段階ではまだ訴訟になじまない(事後の訴訟との分担、成熟性)という観点が混在しているので、これを整理しながら検討すべきものである。

処分性のリーディングケースとされた一九六四年の最判(昭和39・10・29民集一八卷八号一八〇九頁)は、処分とは「直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定する行為をいう」として、行政行為は行政処分の定式を採用する。伝統的な行政行為を抗告訴訟の対象とする点では妥当であろうが、それに当てはまらない行為、すなわち、行政指導、計画、通達などが、国民の権利義務を事実上左右している場合に訴訟で争わせるべきかどうかを判定することが争点となつたわけではなく、そのための基準として作り出されたものではない。それにもかかわらず、この定式を適用して抗告訴訟の対象性を判定しようとする判例の一般的な思考(この基準に当てはまらないものは処分ではないとする)は、基本的な方法論として間違ひである。この基準に当てはまらないにしても、救済の必要があるかどうかを考えなければならぬ。例外的な事例については、一般的原則をそのまま当てはめるのではなく、例外的な思考が必要である。

要である。

論理的に言つても、行政行為は処分であるから、処分は行政行為に限定されなければならないというのは、逆は必ずしも真ならずという論理法則に反する。

そして、伝統的な理論では、行政行為、公定力、抗告訴訟の排他性の発想が基軸にあるが、公定力は、違法でも取り消されるまでは有効であるから、法治国家に反する違憲の発想である(違法な行為は取り消され、遡及的に無効になるのであるから、取り消されるまで有効というような、過渡的な外観上の有効性を大げさに重視して誤解を招く理論は廃棄すべきである)から、これは行政行為概念からアプローチすべきものではなく、処分性が訴訟法上の概念である以上は、前記のように、裁判を受ける権利(憲法三二条)と法律上の争訟(裁判所法三条)からアプローチすべきである。それなりに深刻な被害が予想され、法律上の争訟に当たれば、処分であれ、非処分であれ、救済の実効性確保の観点から何らかの救済手段を用意すべきである。そして、そのルールが明確でなければ裁判を受ける権利を侵害するので、救済ルール明確性の要請の観点が不可欠である。処分かどうかを伝統的な概念の元で論じ、裁判を受ける権利を無視している多くの論考や判例は、現憲法下のものとは思われない。

行訴法改正では、処分とすると、公定力、出訴期間、不可争力がつくから、かえって権利救済を妨げるので、処分性を拡張

できないとして、当事者訴訟の活用が提案された。

いわゆる形式的行政処分論でも、この点が難点とされていた。医療法の勧告を処分とする判例(後述、最判平成17・10・25本誌一九二〇号三三頁)における藤田宙靖意見も、その代わり、後の行為を争えないという遮断効が生ずるとする。

しかし、処分とはつきりしていればよいが、そうではなく、判例で処分とされた場合には予測可能性がないのであるから、それに不可争力を付けるのは権利救済の拡張の逆であり、事後立法による救済禁止にながら、違憲の発想である。最高裁の判例がでた今日でも、判例は変更可能性があり、判例変更は遡及効がある(過去の事件にも適用される)のであるから、安定してない。法律で明示するまでは、取消訴訟の排他的管轄(民事訴訟の禁止、今日、公定力と称されるもの)、不可争力を付けるべきではない。法の不明確性の中で、ある者は処分として取消訴訟を提起し、ある者は当事者訴訟を提起する場合、いずれも適法と解すべきなのである(前記併用説)。

(2) 最近の処分性緩和判例

最高裁は、最近、従来なら処分性のない行為についても処分性を認めている。一つは、従来であれば、別の争い方があるとして処分性がないとされた例である。たとえば、検疫所長が行う食品衛生法に違反する旨の通知については、税関長の不許可を争えという伝統的な考えがあるところ、通知の取消訴訟が認められた(最判平成16・

4・26民集五八巻四号九八九頁、本誌一八六〇号四二頁。医療法に基づく減床勧告については、勧告を無視して病院を建設してから保険医療機関の指定を申請して、拒否されてから争えという考え方が普通であったところ、それでは、ムダになることを覚悟で病院を造らなければならないため、権利救済の実効性を欠くので、勧告の取消訴訟が認められたのである（最判平成17・7・15日民集五九巻六号一六六一頁、本誌一九〇五号四九頁）。

もう一つは、訴訟で争える時期を前倒したものである。いわゆる二項道路の指定については、建築の段階になってからその土地が二項道路であるかどうかを前提問題として争えという判例も少なくなかったが、二項道路の指定自体を争えることとなったのである（最判平成14・1・17民集五六巻一頁、本誌一七七号四〇頁）。

土地区画整理事業計画についても、それは青写真であり、仮換地処分を受けて初めて権利が制限されるという従来の判例では権利救済の実効性を欠くとして、処分性が肯定された（最大判平成20・9・10民集六二巻八号二〇二九頁、本誌二〇二〇号一九頁）。

ここに、従来の処分性概念は妥当しくなったのであり、権利救済の必要性があれば、従来の処分概念に当たらなくても、訴訟の対象として取り上げることとされたのである。しかも、それに対する訴訟として抗告訴訟であるか、当事者訴訟であるかにこだわることが示され

ている。最高裁が処分性を緩和しているのは、処分性概念に拘泥する学説とは異なり、実務感覚で、賢明にもこのことを理解しているためと考えられる⁽¹⁰⁾。

上記の処分性の判断に迷う事例についても、このような柔軟な発想が大切である。しかし、いまだこの方向にきていない事例も少なくないので、以下検討する。

(3) 早期救済の必要、早すぎる、遅すぎるで、何処でも救済しないことはあつてはならないこと

たとえば、地区計画、道路建設のための都市計画決定、用途地域の指定には処分性がなくとも判例が続出している。これらは、土地区画整理事業計画のように次に事業を予定するものとは異なる、いわゆる完結型であり、また抽象的な定めをおく法令と同じで、これらについて不服があれば、あとで（建築許可・確認等の段階で）争えるというのであるが、問題の設定が不適切だと思ふ。あとで争えるからと言って、この段階で争わせて何が不都合なのか。この段階で争わせると大きな不都合がない限り、実際上はどうせあとでは争われるのであるから、論点が成熟している限り、事前で争わせた方がいい。しかも、これらの例では、後になれば既成事実が発生して、遅すぎる。あるいは、訴えの利益がなくなる。地区計画等に基づいて建物が建設されたりしたら、あとでこれを是正させるのは無理である。訴訟法的にも、違法であつても、行訴法三一条の定める事情判決による請求棄却の危険があることは土地区画整理

事業計画と同じであるから、同様に解すべきである⁽¹¹⁾。

(4) 職権による行為

農振法（農業振興地域の整備に関する法律）八条一、二項に基づき市町村から農用地として指定されていると、農地法四条による宅地転用は許可されない。先に農用地からの除外を求めることが必要である。しかし、これは、農振法一三条一項において、市町村が職権で行うこととなっており、申請権の規定がない。実際には、申出に基づいているが、職権発動を促すだけという趣旨である。これでは、農用地からの除外拒否を争うことができない。開発許可、農地転用の許可を拒否されて、農用地の除外拒否を先決問題として争うとしても、処分庁（農用地からの除外は市町村、開発許可や農地転用は、県が多い）が異なるので、面倒である。市町村を最初から被告として、農用地の除外拒否を争う方がすっきりする。処分性を認めた判例もあるが（さいたま地判平成20・2・7判例自治三〇八号七九頁、安定した判例とはいえない⁽¹²⁾）。

なお、都の建築安全条例四条三項に基づく安全認定を処分としつつ、その違法性は建築確認に承継されるとした最判平成二一年二月一七日（民集六三巻一〇号二六三一頁、本誌二〇六九号三頁）の事案では、安全認定の申請権は条文中規定されていないが、實際上申請制度とされている。

(5) 相対的処分性論

筆者は相対的処分論を主張した⁽¹³⁾。同じ行

為が、相手によって処分になったりならなかったりするという説である。処分とは抗告訴訟で取り上げられるかどうかという訴訟法上の概念であるから、いわゆる行政行為は処分になるが、それ以外でも、権利救済の実効性の観点から抗告訴訟で取り上げるべきなら、処分とすべきである。

これは、あるいは訴えの利益の議論だと誤解されるが、訴えの利益にかかわるとすれば、訴えの利益という言葉が広くなり、混乱するように思う。相対的処分性論も、処分性の議論であり、抗告訴訟の所管事項であり、それを行政行為概念にリンクさせないというものである。訴えの利益とは切り離して、処分概念の相対性、利益状況により訴訟で取り上げるべきかどうかという主張である。若干の注目は浴びているが、賛同者は寡聞にして知らない。

それは、処分とは、カテゴリーカルな概念で、相手によって処分になるとかならないとかいうことはありえないと思われているためであろう。古典的な、行政行為Ⅱ抗告訴訟というシェーマによっているわけである。

日の丸君が代に関する後述の東京高判平成三年一月二八日（本誌二一三三三〇頁）は、処分性の有無は、当該行政の活動、作用等の根拠規定の立法政策の探究に尽きるものであつて、当事者の意思によって決まるものではないと明言している。しかし、なぜなのか、当然のこととして、理由は不明である。

勧告を処分とする教示を受けて、提起さ

れた取消訴訟について、勧告は処分ではないとして却下した東京地裁民事三八部平成二〇年三月一四日判決（後述三三5(3)で再説）も同様の思考である。

勧告—命令のシステムを取る旧大店法の下で、進出希望のスーパーに勧告がなされた場合、スーパーはこれを拒否して命令の段階で争うことができるので、勧告の段階で争わせる必要はないが、それによって不利益を受ける近隣の小売店としては、勧告がなされたとき、争えないと、スーパーが勧告に応じてしまつて、勧告がスーパーに甘いという主張をする機会がなくなるのである。したがって、この場合には、近隣の小売店には勧告を処分として争わせるべきである。原告適格は、これとは別であつて、処分の根拠法規が近隣商店を保護する趣旨かどうかを検討すると水掛け論かもしれないが、スーパーへの勧告は近隣商店を保護しているのだから、それは公益の問題ではなく、原告適格も肯定されるべきである。なお、現在では、スーパーに命令を出せという非申請型義務付け訴訟があり得るので相対的処分論は不要との反論があるかも知れないが、その要件は取消訴訟よりも厳しいので、勧告を処分とする実益は失われるものではない。

しかも、スーパーが勧告に応じてしまえば、実体法上スーパーに命令を出すことができるので、非申請型義務付け訴訟も活用の余地がない。その前提として勧告が甘すぎたから、違法であり、命令を出す義務があるとの理論構成が必要になる。本当に

ややこしいことになる。

処分でないものを無理に処分とすることはない、当事者訴訟を活用せよとの反論もあるが、では、スーパーに対する甘い勧告がなされたとき、もっと厳しい勧告をせよという趣旨の当事者訴訟はどのように構成するのか。その構成の仕方が少し間違えると却下されるかも知れない。難しい議論をしすぎることになる。

(6) 通知

原発被災地の学童が校庭で浴びる放射能の上限を二〇ミリシーベルトとする文科省の通知が甘い、児童の健康を損なうという批判があつた。では、訴訟で争う方法はあるか。これは単に文科省の方針を都道府県、市町村に示したもので、何人の権利も害さず、処分ではないというのが普通の見解であろう。その結果、学校に放射能で汚染された土壌が堆積する。放射能に汚染された学校の環境改善が進まない。訴訟に乗せるとすれば、汚染土壌を除去せよといった民事訴訟を提起し、前提として通知は違法であり、学校側はこれに従つてはならないといった主張をすることであろうが、これは迂遠であるし、無数の訴訟を必要とする。

この通知が違法かどうかはこの段階では裁判に熟しており、後の段階まで待たせる必要がない。この段階でけりを付ける方が合理的である。これに対しては、これは立法行為と同じだとの反論もあるが、法律よりはるかに下位にある行政の意思決定であり、事後に実効的な救済手段がないの

であるから、行政行為概念にこだわらず、訴訟で取り上げるべきかという視点からアプローチすべきである。

なお、その後、小佐古敏荘東大教授が、これに抗議して内閣参与を辞任したことなどを受け、年間原則一ミリシーベルトに変更された。

(7) 檢察審査会の強制起訴議決

檢察審査会の起訴議決の処分性が争われた事件がある。裁判所は、これは刑事訴訟手続の一環であり、起訴されてから刑事訴訟で争うべきものとした（東京地裁民事二部平成二二年(ワ)第二七六、二七七号、平成二二年一〇月一八日決定、東京高裁平成二二年(ワ)第七六、七七号、平成二二年一〇月二二日決定、最高裁平成二二年(ワ)第六三三号、同(ワ)第四四号、平成二二年一二月二五日第一小法廷決定、同(ワ)第六四四号、同(ワ)第四四号平成二二年一二月二五日第一小法廷決定、本誌二二七号三頁）が、単に起訴議決と指定弁護士指定は、刑事手続の前提となるという以上の理由は付いていない。

そして、普通の事件なら、ゆつくり審理するの、この事件に限って特急で審理され、いくらか主張しても門前払いのような理由しかついていなかったのは、たとえ執行停止事件であるからとはいえ、政治的な配慮が働いていたのではないかとの疑念を生ずる。

思うに、これは行政法理論上も檢察審査会制度の解釈上も誤っていると思う。詳しくはこの判例時報に搭載された筆者などの

抗告理由を参照されたい。私見の要点を述べる。

起訴は刑事手続であるが、それに先行する起訴議決は、檢察官がしたものではなく、檢察審査会が檢察審査会法に基づいて行った行政的性格のものであるから起訴と同視するのは間違っている。そして、この事件では、刑事事件としての違法ではなく、檢察審査会が強制起訴議決をするには二度の議決が必要（檢察審査会法四一条の六）なのに、一度しか議決をしていないことの違法だけが争点となつていたので、その違法はこの段階で成熟している。したがって、起訴後の刑事手続で争えるからといって、争点が成熟したこの段階で争わせてはならないという理由はない。

その上、刑事事件は「被告人前へ」から始まり、大変な屈辱的な手続であり、いったん刑事被告人にされたことによる不利益はきわめて重大である。社会的生命も政治的生命も失いかねないから、最高裁も前記(2)に述べたように、最近意識しつつある権利救済の実効性の観点（憲法三二条）からすれば、早期に救済すべきである。

しかも、たとえ起訴の前提手続に過ぎないとしても、専門家である檢察官が二度にわたつて起訴できないと判断した事件について起訴する以上は適正手続の保障が不可欠であるのに、強制起訴制度は檢察審査会の実体の存否すら確認する手だてがない密室の議決手続である。

そして、檢察官の起訴は「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑がある」

場合に適法であり、それがなければ違法である（最判昭和53・10・20民集三三巻七号一三六七頁、本誌九〇六号三頁）。例えば、検察官が、単に、裁判所の判断を仰ぎたいというだけで、他人に起訴という危険と負担を負わせるのは、公務員が職権を濫用して、人に義務のないことを行わせたか権利の行使を妨害したことになり、職権濫用罪（刑法一九三条）に該当し（さらに逮捕すれば、特別公務員職権濫用罪、刑法一九四条、及び国家賠償法上の違法過失がある）とされている。

ところが、検察審査会の強制議決は、単に「一名中八名」の賛成だけで行われ、その要件は「起訴を相当と認めるとき」というもので（検察審査会法三九条の五、四一条の六）、曖昧であるが、起訴を求めるものであり、指定弁護士には原則として不起訴の裁量がない以上、適正手続と言え、ためには、検察官の起訴と同程度の有罪の嫌疑が必要なはずである。検察審査会法には、その旨の規定がないが、「合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑がある」とことは、「起訴相当」の判断において、当然に要求されていると理解すべきである。

ところが、この事件では、強制議決の要旨六頁に次のような記載がある。

「検察審査会の制度は、有罪の可能性があるのに、検察官だけの判断で有罪になる高度の見込みがないと思つて起訴しないのは不当であり、国民は裁判所によって本当に無罪なのかそれとも有罪なのかを判断し

てもらふ権利があるという考えに基づくものである。そして、嫌疑不十分として、検察官が起訴を躊躇した場合に、いわば国民の責任において、公正な刑事裁判の法廷で黑白を付けようとする制度であると考えられる。」

このような記載からすると、実際には、素人感覚で（しかも本件では、法的にはなく、政治的な意味合いが極めて強い）、裁判官の判断を仰ぎたいというだけで、起訴に賛成する審査員が少なからず存在したと思われる。これでは、有罪判決を得られるだけの合理的な嫌疑がなくても、人を被告人という苦難の地位に陥れ、無用の防衛活動を強い、その権利自由を剝奪し、さらには、えん罪を発生させかねない。この運用は職権濫用罪ではないか。したがって、このような運用は、「適正」手続とは言えず、違憲であり、こうした運用に基づいてされた本件起訴議決には憲法三一条の違反がある。

刑事手続と行政訴訟がともに許されるとすると判断の矛盾抵触が生じ、現行法上解決の不可能な問題が生ずるとの指摘（本誌の匿名コメント）があるが、検察審査会の議決の違法について行政訴訟で判断したら刑事手続ではそれを前提としなければならぬと解すれば十分であり、権利救済の実効性を無視してまで、二つの訴訟の調整が優先だとすることは、刑事訴訟の被告人に貶められる者の深刻な負担を無視したお上の見方であつて、賛成できない。

たとえば、違反建築物除却命令を受け、

従わずに刑事事件で起訴されたとき、除却命令の取消訴訟と刑事訴訟は並行する。除却命令が取り消されれば、刑事訴訟は無効になる。刑事の有罪判決があれば、再審事由とすべきである。たしかに刑法四六七条では、この場合に再審事由としていないが、刑事事件で違反とされた行政処分が事後に消滅すれば、他の再審事由と比較しても（たとえば、特許権侵害で有罪になった後で、特許権無効確認判決が確定したとき）再審事由にしなければ、裁判を受ける権利を侵害して違憲と言ふべきである。本件でも、起訴議決が無効との行政訴訟判決が確定すれば、刑事訴訟は無効になると解すればよい。運用としても、刑事訴訟は行政訴訟で決着が付くまで待てばよい。それでは刑事訴訟の決着が遅くなるとの反論があるが、刑事訴訟でも起訴議決の有効性は判断しなければならぬし、強制起訴から公判まで相当の期間がかかるのが実態であるから、行政訴訟を禁止しなければ困るような大きな問題はない。

さらに、検察審査会は、行政権に属するはずであるが、内閣から独立しており、その判断に内閣は責任を負えない。しかも、指定弁護士は、「速やかに公訴を提起しなければならぬ」（検察審査会法四一条の一〇）。これでは、起訴について誰が責任を負うのか、不明である。このように、権力の行使について責任を負う者がいない制度は、権力の濫用を防止する方法がないので、それ自体違憲であるとの指摘がなされている。

このように、あらゆる観点から違法の疑いが濃い検察審査会の強制起訴議決により生ずる苦難を迅速に救済するのは司法権の使命であるはずである。したがって、刑事訴訟手続を待たず、行政訴訟で片付けるべきである。わざわざ刑事訴訟を待つて、行政訴訟固有の論点を裁く理由はない。

しかも、被告が、これは刑事手続だというような、簡単な主張をしているだけなのに、裁判所が自己の見解で（原告の理論にまともに反論することなく）、被告を支援するような解釈を示すのはまったく不適当であると思う。

平成二四年一月一〇、一日のその刑事裁判では、四億円の金の流れや入手経路について被告人尋問が行われたが、検察審査会の強制起訴が無効であるかどうか先決であるから、仮に刑事事件になつても、このような尋問は後回しにして、強制起訴の有効いかなを先に審理すべきであつた。

(8) 經由機関と訴訟の対象

農地の転用許可は四ヘクタール以下の場合知事に権限がある（農地法四一条）が、許可申請は、市町村の農業委員会を経由しなければならぬ（同法施行令七条一項）。農業委員会は法律上単なる經由機関であるが、実際には実質審査をしている。そして、不受理とか返戻とかをすることが少なくない。これに対して、どのような訴訟を提起できるのか。農業委員会を被告とする不受理処分の取消訴訟は、実質には合うが、不受理は行政手続法上、処分ではないし、処分権限のない行政機関に対するもの

で、不適法とされる可能性が高い。県知事の不受理処分と構成しても、県知事に申請していない以上は難しい。県知事に直接に申請をして（農地法施行令三条三項、七条二項）、審査請求前置主義（農地法五四条）なので、わざわざ審査請求をして、転用許可の義務付け訴訟を提起すべきか。農業委員会の不受理は処分ではないので、当初の申請が残っているから、県知事には不作為状態があると解して、不作為の違法確認訴訟を提起すべきか。

本当に難しい問題である。これを詳しく検討した文献があるが、そこまで検討できないと訴訟の門前に入れないのは、裁判を受ける権利を侵害する法制度である。

不受理は処分ではないといわれるのは、行政手続法上申請がなされたら審査する義務があるからであるが、現実には受理を拒否されたら、それはそれなりの公的な見解の表明であるから、それを対象に農業委員会を被告に取消訴訟を提起できると解する方が実態に即していると思う。この場合、方法が種々考えられるからと言って、それを排他的に一つの方法しかないと考えられるのではなく、権利救済の実効性の観点から、どれでも良いと考えるべきである。これは法の不備に起因するものであって、救済を求める者の不利に処理すべきではない。救済方法を整理したければ、立法者が将来に向かつて行うべきである。

(9) 法令に基づかない給付行為、要綱補助金、職権による給付行為、申請権を保障給付行政が法律に基づき、申請権を保障

するものであれば、支給要件に合致するの支給されない場合には、抗告訴訟が適用される。法令に基づかない（予算措置、要綱だけに基づく）各種の支援金類の申請に対する応答拒否について、判例は行訴法三条五項の「法令に基づき申請」を一時柔軟に解して、不作為の違法確認訴訟を適法とした（福岡地判昭和53・7・14本誌九〇九号二七頁、大阪高判昭和54・7・30本誌九四八号四四頁、大阪高判昭和54・7・30行集三〇巻七号一三五二頁）が、その後、処分性がないとして、抗告訴訟は却下され（東京地判昭和60・6・27行集三六巻六号一〇六三頁、本誌一一六二号四五頁）、民事訴訟は請求権がないとして棄却される。これは著しく不合理である。

他方、労働者災害補償保険法二九条一項二号に基づく就学援助費の不支給決定について、最判平成一五年九月四日（本誌一八四一八号八九頁）は処分として、救済の道を開いた。その理由は、同法は、労働者が業務災害などを被った場合に、政府が行う保険給付を補充するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援助費を支給することができる旨を規定しているものと解するのが相当である。そして、被災労働者又はその遺族は、所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援助費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられているが、具体的に支給を受けるためには、労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備しているこ

との確認を受けなければならず、労働基準監督署長の支給決定によって初めて具体的な労災就学援助費の支給請求権を取得するものである。以上のように考えて、労働基準監督署長の行う労災就学援助費の支給又は不支給の決定は、同法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると解するのが相当であるとされた。

ここでは、就学援助費の根拠が不明確であり、具体的には要綱で定められているが、具体的に支給を受けるためには、支給要件の確認を必要とする法システムがとられていると理解して、不支給決定はその権利を一方的に剝奪したと考えたのである。

これは抗告訴訟による救済の道を開くように格段の努力をしたものであるが、それでも、前記の自治体の要綱に基づく補助金等についての救済方法はない。また、救済ルールは一つしかないと思ひ込んでいる裁判官の感覚によれば、支給要件の確認を経ずに当事者訴訟の給付訴訟を提起することは許されないことになりかねない。それではこの判決はかえって救済の道を狭めたことになる。処分かどうかを択一的に考えるのは、ドグマであり、本来は、このような微妙な場合には併用説によるべきである。

そこで、立法論としては、行政の給付行為の拒否は、法令に基づかないものでも、処分と見なすべきであるが、解釈論として

は、処分と見なして、抗告訴訟を提起しても、給付訴訟を提起しても、いずれも適法とするべきである。

(10) 公表に対する救済方法

公表は、法的効果を持たない事実行為であるから、処分ではないとするのが伝統的な見解であるが、処分や勧告と不可分一体をなして、その実効性を担保する手段となっているので、これに対する差止め、取消し、廃止などの訴訟手段が必要である。処分とすると、出訴期間が適用されるので、原告に不利であり、特に公表が一回限りではなく、ホームページで長い間公表するのは、比例原則違反であるので、一定期間経過後の公表を違法として争う場合、取消訴訟よりも、民事訴訟の方がふさわしい。しかし、学説上公表の取消訴訟を示唆する見解もある⁽²⁾ので、取消訴訟が提起されることもある。これを却下すべきか。実質的には、民事訴訟と変わりがないので、わざわざ却下するほどのことはないというのが私見である。

(11) 入札に対する救済

入札は、私法上の契約であるとして、処分性が否定されている（最判平成23・6・14最高裁H P）が、その結果入札の公平性を確保する救済手段がない。ドイツでは公共調達法で救済手段を用意し、台湾では、ドイツの二段階説、フランスの分離しうる行為の理論により解釈論で処分性を認めた⁽³⁾。そこで、この最判の原審札幌高裁平成21・11・27（上記最判に引用）は、入札を法令に基づくものとして処分と構成し

た。行政運営の適法性の確保、私法への逃避の防止という観点から、積極的な優れた解釈方法であると思われるが、最高裁の古典的な発想に阻まれた。取消訴訟であればやり直せと言えるので、手続ミスや考慮事項不備も主張できるが、代わりの救済方法である国家賠償訴訟や落札者であることの地位の確認の訴えでは、やり直せというだけでは不十分で、当然に当選したとの判断ができなければ救済されないもので、不備である。日本の判例法は台湾の判例法よりも遙かに遅れているのである。

(12) 都市計画法上の公共施設管理者の不同意

都市計画法二九条の開発許可を申請する場合に、開発行為に係る公共施設の管理者（道路、公園、下水道などの管理者）の同意を要する（都計法三二条。これは公共施設の適切な管理を確保する観点から行うべきであるが、公共施設管理者としての市町村が住民の反対等を理由に同意しないことがある。判例は、この同意が得られないために開発行為ができなくても、これは法律がこの同意を要件として開発行為を行うことを認めた結果にすぎず、この不同意それ自体は開発行為を制限禁止する効果をもつものではないとして、その不同意は処分ではないとする（最判平成7・3・23民集四九卷三三〇一〇六頁、本誌一五二六号八頁）。しかし、これは奇妙な理屈である。公共施設の管理者は、私法上の財産所有者として権利を行使できるものではなく、法律に基づいて公物管理権（財

産としての管理ではなく、道路、公園等公共の用に供される公物としての管理権）を与えられているのであるから、公共施設の管理以外の観点からは不同意にできないことは、法治行政の見地から当然である。このことは今は都計法三二条にも明示されているが、従前からも同様に解されている。この判決もこの不同意を、「公共施設の適正な管理上当該開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為」とする。恣意的な不同意は他に問題のない開発を阻止し、適正な事業を挫折させ、財産権を殺すに近いので、この不同意それ自体が開発行為を制限禁止する効果を持つのである（宅地開発、廃棄物処分場設置などでは公共施設との関連が必ず出るが、この判例のもとでは宇奈月温泉事件が再現する）。したがって、これについては争わせなければならず、それは行政法規に基づくのであるから、処分と構成すべきである。

なお、仮に他の訴訟（民事の意思表示を求める訴えなど、民四一四二条二項但し書き、民事執行法一七四条）の方が適法と考えるとしても、それに変更するように釈明するとか、最高裁で今更訴えの変更ができない場合でも、それに読み替えて本案審理をすべきである。このような訴訟形式の違いは些細なものであるから、繰り返し主張するように、「法律上の争訟」（裁判所法三条）に関する裁判を受ける権利の保障、裁判拒絶の禁止のほうが優先するのである。これは今日のしくみ解釈という判例のもとで見直されるべきである。

2 訴訟類型判定困難対策（処分性を含めて）

(1) 裁判を受ける権利こそ重視を

提起すべき訴えは抗告訴訟なのか、当事者訴訟なのか、民事訴訟かが常に争われる。しかし、先にも述べたように、裁判所法三条の定める「法律上の争訟」に当たる以上は、裁判を受ける権利の保障の観点から見て、どの訴訟類型で裁判するかは、本来いたした違いはないから、裁判所がわざわざ、そのいずれかでなければ却下するというのは、裁判を受ける権利を侵害する発想である。訴訟類型判定困難事例の解決にはこの視点が必要なのである。

これまでよく知られた例では、自己の所有地が河川区域に入っているかどうかを争う訴訟は抗告訴訟と当事者訴訟のいずれであるべきか、被告は県知事と県のいずれであるべきかが争われたいわゆる横川川事件が、訴訟類型判定困難を原告の不利に扱った悪例である。法律上の争訟に当たる以上は、いずれの訴えであれ、裁判所で取り上げることを前提に解釈すべきである。

大阪空港騒音訴訟において、最高裁は「航空行政権」なる新規の理論を創造して（捏造して）、「行政訴訟はともかく」民事訴訟は許されないとし、職権を用いて、訴訟類型論で民事差止訴訟を却下した（最判昭和56・12・16民集三五卷一〇号一三六九頁、本誌一〇二五号三九頁）。しかし、たかが騒音被害について裁判所に裁判権がないとは言えないのであるし、これまで、法律に基づいて、許認可など、個別の

行為が行政処分その他公権力の行使とされたのであって、そもそも、航空行政権という、不明確なものが一体として、民事訴訟の対象とならないという思考はこれまでなかったものである。行政訴訟のルールが明確に存在しているものではないから、行政訴訟でどうなるかはわからないが、民事訴訟では救済しないというのは、権利救済ルールの明確性と権利救済の実効性の原則に反し、違憲である。騒音であれば、それが航空行政権に基づくものであると、民事訴訟を許容するべきであるから、この判例は変更されるべきであり、あるいは行訴法第二次改正で取り上げるべきである。

少なくとも、被告も主張しない理論で、つまりは原告が反論する機会を与えられなかった理由で原告を敗訴させるのは、裁判ではなく、専制君主の決定以外にはないだろう。最高裁の判事が弁護士として訴えを提起するときに民事訴訟は大間違いだ、行政訴訟を工夫できたはずだといえるであろうか。おそらくはできない。自分でできないことを他人にはできるはずだ、そうしないのは門前払いという発想は、国民の権利の最後の砦である司法権にふさわしいものではない。

(2) 医療法の勧告について、処分として取消訴訟か、当事者訴訟か

医療法の病院開設中止・減床勧告を処分とする前記の判例（最判平成17・7・15民集五九卷六号一六六一頁、本誌一九〇五号四九頁）に対して、もともと勧告は処分ではないのにこれを処分とするのは、行政処分

概念の負担過重であり、当事者訴訟によるべきだ等と批判する発想は、救済の必要性を棚に上げて、行政行為概念が先にあると思っているもので、本末転倒である。概念の負担過重よりも、当事者である原告の負担過重こそ問題とすべきである。

病院を建設し、保険医療機関の指定が拒否されてからの事後の救済に任せるべきかという点でも、指定拒否が適法とされるとき、病院開設に要した巨額の投資が灰燼に帰すから、ハイリスクであり（この視点はこの裁判の事件と同種であるが、別件の福岡高判平成15・7・17判タ一四四号一七三頁では明確である）、医療法の中止・減床勧告を受けた以上は、違法と思っても、争わないのが普通である。これでは違法な勧告に対する裁判を受ける権利が画餅に帰す。事後でもどうせ争われる制度をおくなら、早期に争わせる方がより合理的である。

この判例については塩野宏批判がある。重要であるので、コメントする。これは、中止勧告の処分性を認めるのは、処分性の定式から隔たる大きい。これを安易に認めることは取消訴訟制度を含む行政制度の根幹を揺るがすことになる、仮にこれを認めるとしても、それは実効的救済のため、他に方法がないときの便法であると説明する以外にないとする。

塩野は、ドグマテークが大事だという視点に立ち、この判決の射程範囲は不透明で、行政処分に伴う法効果（公定力、不可争力）を備えるのか、行政不服審査法、行

政手続法の適用はどうなるのか、判決は回答を与えていないとする。そして、周辺部分の救済の便宜から、法概念の中核部分を変質させるほどの強いメッセージを読み取ることは困難であるので、救済の必要性からするプリンジ部分の処理としては、行政処分の通常の差別化効果を伴わない特別の処理と見るのが相当である、とする。そして、さらに、救済の便宜論には、取消訴訟の他に適切な訴訟類型がないという主張が含まれているかもしれないが、その論拠は説得性に乏しい。というのは、公法上の当事者訴訟としての中止勧告違法確認訴訟の方途が別に開かれていると思われるからであるという。

思うに、行政処分とか行政指導というのは、元々学問上の概念で、実定法化されてもいるが、実定法上これ以外にはないという制度的な保障はない。したがって、現実の制度は行政処分か行政指導かという典型的なものだけではなく、このように塩野宏流に言えばプリンジ部分のハイブリッドなものがあるのである。医療法に基づく中止勧告は、その後保険医療機関の指定拒否とリンクするように扱われているのであるから、それは元来の行政指導そのものではなく、処分に近くなっているものであるが、それは典型的なものではないので、法概念の中核部分を変質させるわけではない。

ただ、筆者としては、法概念の中核部分を変質させるかという問題意識に賛成できない。医療法の中止・減床勧告は、保険医療機関の指定拒否とリンクすることによつ

て、これまでの処分でもない、行政指導でもない新種の行為類型、拘束的予告としての処分ができたという理解すればよいのである。

そして、保険医療機関の指定拒否を受けながら争うのは実効性がないから、中止・減床勧告の段階で争わせるしかないが、そのような救済方法としては、従来、処分には抗告訴訟があるが、行政指導には救済方法なしとなっていたのであるから、処分に近いこの例では処分として争うのが当然なのである。

これに関しては、憲法上実効的な救済方法を用意しなければならぬという私見のような前提に立てば、「救済の便宜」という、いかにも理論的ではない、便宜的な処理という見方は妥当ではない。たしかに、行政処分とか抗告訴訟という制度から出発すると、こうした例外的な事例への対応が困難になり、便宜的だと言いたくなるかもしれない。しかし、法律学上の概念はそれ自体が目的ではない。ドグマテークといつても、行政処分や抗告訴訟だけが大事なのではない。憲法の裁判を受ける権利から事前にも明確に実効性のある救済方法を提示することも、ドグマテークとして大切であり、立派な理論ではなからうか。

処分概念も、適切な救済を確保できるように再構成されるべきではないだろうか。私見では前記のように処分の拘束的予告という新規の処分概念（*overwaltungsrecht*）を作るのである。

公法上の当事者訴訟を起こせばよいのだ

からと言われるが、それと処分の取消訴訟とは、前記のように、入口は別でも、本案においては一つも変わらない混浴であるし、病院開設中止・減床勧告の違法確認訴訟という、行政指導の違法確認訴訟が許されるのか、実体法上の権利義務関係に置き換えなければならないのかは、議論があるところである。しかも、この事件で訴えを提起したのは、行訴法改正前であつたから、当事者訴訟の活性化論議以前であつた。そうしなかつた者の救済を後知恵で拒否するのは不適切である。処分については抗告訴訟、処分でなければ当事者訴訟という振り分けは、典型的な例ではかまわないが、塩野宏の言うプリンジ部分では、いずれに振り分けられるのがわからないのであるから、その判断を誤つたとされるとき救済を拒否されるのでは、救済ルールの不明確性がすべて原告の負担に帰することになる。それは裁判を受ける権利の保障に反するのではないか。

これについて、行政手続法、行政不服審査法の適用があるかと言えば、処分に近いものであるから、適用すればよい。

この事件で勧告の処分性を提唱して実現したのは原告代理人濱秀和である。筆者の意見書は、今思えば不十分であるが、参考になっていると自負している。

(3) 勧告に対する争訟方法

勧告、特に勧告—公表のシステムではどうか。勧告を受けると、公表される（可能性が高い）システムでは、違法な勧告の除去・廃止を求めたい。勧告は、従う義務を

発生させないから、処分ではないという伝統的な発想に立つと、勧告の取消訴訟は起こせないが、当事者訴訟は起こせるのではないかという議論が出る。しかし、どう構成するのか。勧告が違法であることを確認するというのがあれば、行為を対象とするもので、行為から発生した権利義務関係を対象としないから、処分とするのと同じである。あえて勧告を処分とする処分取消訴訟を却下して、勧告の違法確認判決を下す実益があるのか。しかも、確認訴訟の場合、仮の確認は、仮処分の要件で認められるのか。

勧告が違法であることを前提とする権利義務関係を争うとして考えると、違法な勧告に従う義務がないとの請求では、最初から従う義務がないので無意味である。違法な勧告を除去せよ、廃止せよという訴えが適切かも知れない。しかし、それなら、取消訴訟とどう違うのか。出訴期間が違うというかも知れない。それなら、あえて処分として、出訴期間の制約の下に出訴した訴えを却下する理由がない。そうすると、原告の選択次第で、勧告の取消訴訟と、勧告の廃止を求める当事者訴訟がともに認容されることになり、判例が不統一になるとの反論があり得る。しかし、これは訴訟要件段階での不統一であり、たいした害はない。統一したければ、立法で明確にすべきである。

(4) 補助金支給取消しに対する訴訟類型、取消訴訟が当事者訴訟か
国庫補助金は、補助金適正化法により処

分とされており、その申請拒否も、支給決定の職権取消しも抗告訴訟の対象になる。むしろ、民事訴訟は許されないこととされた(摂津訴訟、東京高判昭和55・7・28行集三二巻七号一五五八頁、本誌九七二号三頁)。

地方公共団体の補助金は、補助金支給条例がなければ、要綱に基づいているので、処分ではないとされているが、混乱している。

特別養護老人ホームの事業者募集に応募した者が事業者として決定され、民間社会福祉施設整備等補助金の内示を受けたが、取り消された例がある。この補助金は市の要綱に基づく補助金である。したがって、一般的には行政処分ではないとされている。予算については議会の承認を得ており、内示通知書には「市の手引き及び市の指示に従い、速やかに事業を実施すること」と記載されている。その事業者は内示通知を受け、事業に着手し、巨額の費用を投入した。その後、些細な法令違反により、補助金内示の取消し通知を受けた。これを争う訴訟形式はどうなるか。

補助金支給拒否を贈与の拒否と構成すれば、民事訴訟でも理由がないが、補助要綱を示して申請を求めている以上、補助要綱に合致すれば補助金を支給するという趣旨であり、それは申請者との間の契約であると解すると、要綱に反して申請を拒否することは許されない、補助金支給を求める民事訴訟が許されることになる。

内定したが、いい加減な理由で、内定を

取り消された場合には、内定という補助金支給契約の解除条件を満たさないのに、解除したのもとして、同様に違法であり、内定取消しの取消訴訟ではなく、支給を求める民事訴訟を提起すべきである。処分とする意見が少なからずあるので、説明したものである。それにしても、ややこしいものである。

(5) 災害弔慰金等法による支給拒否

災害弔慰金等法では、支給は申請によるのではなく職権でることになっているため、災害死ではないとの判断で支給されないときに、支給拒否決定取消訴訟を提起できるのか、支給せよとの非申請型義務付け訴訟を提起するのか、民事訴訟で請求するのか、そもそも訴訟では請求できないのか、曖昧である。非申請型義務付け訴訟では、「重大な損害が発生するおそれ」や他の救済手段の不存在など、申請型義務付け訴訟に付加した障害要件がある。これが迅速に保障されるべき権利救済を阻害する。いずれも認めるのが合理的な解決である。

もっとも、神戸地判平成九年九月八日(判例自治一七号八六頁)は処分性を肯定した。災害弔慰金法三条は、市町村は条例の定めるところにより、災害により死亡した住民の遺族に対し、災害弔慰金の支給を行うことができる旨規定し、この規定を受けた条例第三条一項は、市は市民が災害により死亡したときはその者の遺族に対し災害弔慰金の支給を行うものとする旨規定している。また、同法及び同条例は、支給を行う遺族の範囲(法三条二項、条例四

条)及び支給金額(法三条三項、条例五条)を明確に規定している。以上のような規定に鑑みれば、右各規定の要件に該当する遺族は、災害弔慰金の給付を受ける権利を有するといふべきであり、右遺族が被告に災害弔慰金の支給を請求したのに対して、被告が不支給決定をした場合、右遺族は、同決定の取消訴訟を提起する法律上の利益を有すると解するのが相当である。

しかし、これは申請権がなく、職権で行う行為について、給付を受ける権利がなぜ発生するのか、理論的な説明をしていない。

その大阪高判平成一〇年四月二八日(判タ一〇〇四号一二三頁、判例自治一八五号八二頁)は、この判決を維持するものの、この論点については原審の記載を引用するだけである。安定した判例とは言えないであろう。

(6) 君が代斉唱・国歌起立東京高裁判決の誤り、通達の処分性を突如肯定、差止訴訟却下

東京高裁民事二四部平成二三年一月二八日判決(本誌二二一三三三〇頁、判例自治三四二五五頁)は、君が代斉唱・国歌起立に関する通達は特定の教職員に条件付で懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせるものであるから、処分性を有するので、その取消訴訟又は無効確認訴訟を提起すれば良く、それが適当な方法であるから、公的義務不存在確認訴訟及び差止訴訟を提起することはできないとする。詳しく見ると、この判決は、次のように

述べる(判決本文誌二一三三五〇頁以下)。

(7) 無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟の適法性

原告らは本件公的義務不存在確認訴訟を無名抗告訴訟として提起している。この適格性を検討するに、「行政事件訴訟法は、従前の二つの訴訟類型の区分の考え方を維持したまま、行政事件訴訟を「抗告訴訟」と「当事者訴訟」(二条)との二つの訴訟類型に区分した上……、抗告訴訟の種類を同法三条で法定し第二章で抗告訴訟に関する規定(八条から三八条まで)を置いて、それらの規定を当事者訴訟に準用するという構造を採る(四一条)ので、抗告訴訟を中心に置き、抗告訴訟を当事者訴訟に優先させていることが明らかである(抗告訴訟優先主義)。特に、平成一六年法律第八四号による改正後の行政事件訴訟法においては、抗告訴訟も当事者訴訟も被告適格が行政主体とされたので、抗告訴訟優先主義の観点から、まず原告が提起した訴訟類型が抗告訴訟(無名抗告訴訟も含む)かどうかを判断することが論理的に先行するといふべきである。

そこで、無名抗告訴訟と当事者訴訟とのメルクマールが問題となるが、それは、「公権力の行使に関する不服の訴訟」(同法三条一項)であるか否か、すなわち本件に即していえば、同被控訴人らが判決によって回復しようとする権利利益を侵害している行政の活動、作用等が処分性を有するものかどうか(当該行政の活動、作用等の

根拠規定及び法制度全体の仕組みから、ここに処分性を付与する立法政策が採られているかどうか)で決せられるといふべきである(処分性の有無は、当該行政の活動、作用等の根拠規定の立法政策の探究に尽きるものであって、当事者の意思によって決まるものではない。)と、同被控訴人らは、違憲の本件通達によって、思想・良心等に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることの精神的・人格的な苦痛を避ける目的で本件公的義務不存在確認訴訟を提起し、本件通達の取消訴訟及び懲戒処分の差止訴訟では解消されない固有の利益があると釈明しているのである。」と。

そして、「この釈明のうち、本件公的義務不存在確認請求が懲戒処分の差止めを目的とする予防的な無名抗告訴訟でないことは、そのとおりであろうが(そうでないと、本件公的義務不存在確認請求について固有の意義を見出せない)、なぜ本件通達の取消訴訟によってその主張に係る権利利益の侵害の回復が図られないのかは、明らかでない。」と。

処分性の有無は、法解釈で決まるとするが、それは極めて不明確である。したがって、このようなアプローチは権利救済を妨げるものである。訴訟類型に関する抗告訴訟優先主義というものは、準用規定という法技術的なものから何故導かれるのか。準用規定つまりはどちらを基準としてどちらを準用するかの定めは、便宜的に決められるものであつて、訴訟類型の優先順位まで定めたものではない。

そして、この判決は、統いて「なぜ本件通達の取消訴訟によってその主張に係る権利利益の侵害の回復が図られないのかは、明らかでない」と批判している。

しかし、本件公的義務不存在確認訴訟には、本件通達の取消訴訟及び懲戒処分の差止訴訟では解消されない固有の利益があるかどうかの点では、本件通達の取消訴訟との関係と、懲戒処分の差止訴訟との関係を分けて検討すべきであろう。通達の取消訴訟というものは想定できなかったため、本件公的義務不存在確認訴訟に固有の利益があるとする回答に問題はない。懲戒処分の差止訴訟と公的義務不存在確認訴訟の違いは、ほとんどないので、固有の利益があるかどうかは疑問であるが、裁判所が同じとすればどちらかだと不意打ち判決を下すので、原告は違うと答えたのであろう。本来はいずれでも良いと考えるべきであるが、裁判所が正しい解決は一つしかないと考えられる可能性があるから、両方提示していずれかでは本案に入れるようにするか、原告側には方策がないのである。その意味では固有の利益があるのである。

次に、東京都教育委員会が都立学校の校長に対して発出した国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に関する通達は、内部行為ではあるものの、職務命令に違反した教職員に対する懲戒処分の実施を予告する意思を確定的に示し、特定の教職員に条件付きで懲戒処分を受けるといふ法的効果を生じさせるものであり処分性を有するから、公的義務不存在確認訴訟は無名抗告訴訟として適法であ

るとする。

これは通達の処分性を認めたので、一見救済範囲を広げたような感がある。

しかし、そのような方法は普通の発想ではないから、あとからそのような方法がある

と裁判所が思いついたからといって、一審で原告が本案勝訴した差止訴訟(ないし公的義務不存在確認訴訟)の判決(東京地判平成18・9・21本誌一九五二四四頁)を高裁段階で却下するのは、権利救済を拡充したのではなく、裁判を受ける権利を侵害し、救済ルール明確性の要請に反する。

この判決はこのように解することが「実効的な救済を図るため」(本誌五二頁)というが、現実には全く逆である。もし、裁判所が、通達の取消訴訟を提起できるからそうすべきだと考えるなら、差止訴訟や公的義務不存在確認請求訴訟を通達の取消訴訟へと変更するように釈明し、かつ、それが最高裁でも維持されることを保障すべきである。もちろん、そのような保障は現行制度ではできないのであるから、ここでは、差止訴訟や公的義務不存在確認請求訴訟のほかに、通達の取消訴訟を併合提起させるべきであるが、高裁段階での訴えの併合については、被告の同意が必要である(行訴法一九条一項)うえ、出訴期間も徒過しているのに、運用も難しい。もちろん、いわゆる不可争力が生じないと解釈すれば別であるが、この判決は、後記のようになぜか明白かつ重大な瑕疵を必要とするとして、い

許されることがわかっていれば、それによって権利利益の侵害を回復できるだろうが、そのような方法がないと普通は考えているので、後から、今更その方法は閉ざされてしまっている（出訴期間が過ぎた、既に高裁である）高裁で、そのような方法を示唆されても、救済ができることにはならない。

現行法の運用としては、仮に通達の取消訴訟が許されるとしても、この場合には、差止訴訟や公的義務不存確認請求訴訟を適法として維持すべきではないか。ただし、この判決は、訴えは却下としつつ、本案の判断もしているの、結果に変わりはなかつてもあるが、重大かつ明白な瑕疵論によっているの、結果は大違いであるし、その一般論が一人歩きするおそれがある。

それにこの通達に処分性を認めるべきであらうか。「職務命令に違反した教職員に対し懲戒処分の実施を予告する意思を確定的に示し、特定の教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせるものであり処分性を有する」とするのであれば、君が代斉唱、国歌起立に従わない者を処分すると定める大阪府条例も、同じく処分なので、その段階で争わないと不可争力が生ずるのであろうか。

これでは、一般的に言つて、通達や法令が制定されたら、出訴期間内に取消訴訟を提起しないと、不可争力が発生することになる。私人は、将来通達や法令に基づき処分を受けると思えば、処分段階を待たずに

出訴しなければならない。無数の訴訟が提起されようから、裁判所はパニックになるだけではなく、その後に通達や法令に気が付いた人は争えないことになる。通達の出訴期間後に採用された教員も、違法な通達に拘束されるのか。これは法令や通達の一一般性（その段階では争わなくて良い）と処分の個別性を区別したこれまでの法制度を根底から覆すことになる。

さらに、この通達は将来条件付きで処分を受けるから処分としているが、教職員に告知されていないのに、教職員にこのような処分としての効果があるとするのは明白に間違いである。しかも、これではどんな処分を受けるのかは、皆目わからない。戒告なら適法でも停職、免職は重すぎて、比例原則違反ということもある（最近出た最新判平成24・1・16最高裁HP参照）。

そうすると、具体的な処分を見なければ、紛争が成熟していないことも起きる。したがって、通達に処分性があるとしても、個別の行為を争う段階で、不可争力が発生しているとするのは許されない。したがって、「通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の方がより直截的で適切な訴訟類型であるため、その損害を避けるために適当な方法がないとはいえないから、確認の利益が認められない。」とする判断は誤りである。

通達を処分としたら、いわゆる公定力があるのか、違法性の承継はどうか。違法性の承継がなければ、救済を阻害する。この判決はこの点を明言しないが、重大かつ明白な違法だけを審理するというので、違法

性の承継がないとするのであろう。違法性の承継を認めるなら、新しい救済方法を創造したもので、取用裁決取消訴訟段階で事業認定の違法を主張できるほかに、事業認定の取消訴訟を提起できるのと同じになる。

(イ) 確認の利益について

いわゆる長野勤評事件に関する「最高裁昭和四十七年一月三〇日第一小法廷判決（民集二六巻九号一七四六頁）は、「当該義務の履行によつて侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復したい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである。」と判示するが、この事案は、過去若しくは将来における自己観察結果表示義務の不履行に対して懲戒その他の不利益処分が行われるのを防止する目的の無名抗告訴訟と解される。しかるに、同被控訴人らは、無名抗告訴訟として公的義務不存確認請求を求める目的をその思想・信条・良心に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることの精神的・人格的な苦痛を避けるためであると釈明すること……にかんがみれば、本件公的義務不存確認訴訟は、上記

最高裁昭和四十七年一月三〇日第一小法廷判決（民集二六巻九号一七四六頁）と事案を異にするため、上記「処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復したい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情」という確認の利益の判断基準を当てはめることはできない。そこで、同被控訴人らの無名抗告訴訟としての本件公的義務不存確認訴訟における確認の利益の判断基準を別途考えなければならない。」とする。この長野勤評判決は差止訴訟なのか、公的義務不存確認請求訴訟なのかを明確にしないまま、訴えの利益の問題として解決したとするのが調査官解説なので、この判旨が妥当かどうかは気になるが、それはともかく、このように判断されたのは、「被控訴人らは、公的義務不存確認請求が懲戒処分の差止めを目的とする予防的な無名抗告訴訟でないことを求釈明に対する回答において明らかにしている。」とされたためである。

そして、この判旨は、続いて次のように述べる。「被控訴人らの提起する無名抗告訴訟としての本件公的義務不存確認訴訟の実質が法定抗告訴訟のいずれに該当するかを検討しなければならない。」

思うに、同被控訴人らは、無名抗告訴訟として本件公的義務不存確認請求を求める目的を思想・信条・良心に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることによる精神的・人格的な苦痛を避けるため

であると釈明するし、他方で懲戒処分との差止訴訟を別途提起していることにかんがみれば、本件公的義務不存確認訴訟の実質は、本件通達の取消しを義務付けるものといわざるを得ない。ところで、……非申請型義務訴訟について「一定の処分がされないことにより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ないときに限り」提起することができるとしている趣旨は、非申請型義務付け訴訟は、一定の処分を求める法令上の申請権のない者に申請権を認めるのと同じような内容の訴訟上の救済を与えるものであることから、特に救済の必要性が高い場合には限られることから要件として規定されたものであると解され、このような規定の文言及び趣旨からすれば、重大な損害を生ずるおそれや損害を避けるための他に適当な方法の有無の要件は、そのような訴訟類型による救済を認める現実的必要性等が存在するものとして、訴訟制度に必然的に内在する要請としての訴えの利益を肯定することができるとの要件を当該訴訟類型に即して具体的に明らかにしたものと解される。したがって、無名抗告訴訟としての本件公的義務不存確認訴訟において確認の利益が認められるためには、同被控訴人らの法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、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ないことが必要であると解すべきである。」という。

しかし、まず、「本件公的義務不存確認

認訴訟の実質は、本件通達の取消しを義務付けるものといわざるを得ない。」としても、形式は通達の取消しの義務付けを求めているのではなく、東京都教育委員会が都立学校の校長に対して発出した国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に関する通達に基づく、国旗に向かって起立し国歌を斉唱する義務のないこと及びピアノ伴奏義務のないことの確認を求めているにすぎない。その結果、通達の取消しが必要になろうと、直接には通達の取消しを求めているものではない。たとえば、後記一般用医薬品（第三類を除く）のネット販売を禁止する厚労省令が施行されたとき、一般用医薬品をネット販売することができる地位の確認訴訟を提起したが、それが省令の取消しを義務付けるものだとすると、義務付け訴訟の議論をすることはなかった。このほかに省令の取消・無効確認訴訟を提起したが、それには処分性はないとして門前払いになった（東京地判平成22・3・30本誌二〇九六号九頁）。それに通達は元々内部行為であって、教員に対する法的効力を持たないものであるから、その取消しは不要なのである。この判決が、通達は特定の教職員に対して条件付きで懲戒処分を受ける法的効果を有するという特異な理論を構築したので、公的義務不存確認請求訴訟が通達の取消しを求めているという特異な理論に繋がってしまったのであろう。

そして、この判決は、次に通達の取消しが非申請型義務付け訴訟と同じになるとして、重大な損害を生ずるおそれや損害を避

けるための他に適当な方法の有無の要件が適用されるとするが、もし、通達が特定の教職員に対して条件付きで懲戒処分を受ける法的効果を有するのであれば、それは不利益処分であるから、その取消しを求めることができるのであって、取消しを義務付けるという非申請型義務付け訴訟として構成する理由がない。

この判決はその次、「本件通達は、同被控訴人らにおいて知悉されており、内容も具体的であり、取消訴訟又は無効確認訴訟並びに執行停止による救済という事後審査が適切かつ実効的な救済手段と考えられる。なぜならば、本件通達と本件職務命令とは不可分一体性を有するが、それには法的な連動関係がない（同被控訴人らの主張する公的義務自体は本件職務命令の法的効果である）。から、判決の第三者効を口頭弁論終結後に校長となる者に及ぼす意味は大いにある。つまり、本件通達の取消判決又は無効確認判決を都立学校の校長（特に口頭弁論終結後に校長となる者）に及ぼす意味は大きい。しかるに、本件通達の取消訴訟には行政事件訴訟法三二条一項の適用があり、また出訴期間や不服申立前置主義の制約のからない準取消訴訟としての無効確認訴訟にも、判例上（最高裁昭四二年三月一四日第三小法廷判決・民集二二巻二二三二頁。無効確認訴訟における執行停止決定は、条文中も第三者効が認められている（同法三八条三項、三二条二項）。）無効確認判決に第三者効が認められる。これに対し、無名抗告訴訟としての本件公的

義務不存確認訴訟は、あくまでも公権力の行使を前提とする当事者間の権利義務又は法律関係の確認訴訟であって、形成力を認め得る根拠は見出しにくいから、確認判決に第三者効を認めることはできない。結局、本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の方がより直截的で適切な訴訟類型であることは明らかである（因みに、本件通達の無効を前提とする当事者訴訟としての公的義務不存確認訴訟が考えられるが、当該判決には第三者効がない（同法四一条一項が三二条一項を準用していない）。）。また、無名抗告訴訟としての本件公的義務不存確認訴訟において、同被控訴人らは本件通達発出後に生じた新たな違法事由を主張するものでもない（同被控訴人らは、あくまでも本件通達が教育の自由を侵害して憲法二六条、二三条に違反し、また旧教基法一〇条一項、新教基法一六条一項の禁止する「不当な支配」に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法一九条、二〇条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効であると主張するのである）。から、本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の判断基準時を無名抗告訴訟として口頭弁論終結時に遅らせる意味も見出し難い。」

この判断は、無名抗告訴訟としての公的義務不存確認請求訴訟は非申請型義務付け訴訟としての厳しい要件があるが、通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の方が実効的であるとす。しかし、前記の通り通達の取消訴訟が適法だとする理論が不意打ち

で、奇想天外である上、無効確認訴訟はます権利を制限している。また、仮に通過の取消訴訟の方が実効的であるとしても、それはそのルートが現実に使える場合に限る。使えないのに実効的であるなどと言えぬわけがない。その議論は将来に向かつての一般的な法制度設計の場合にだけ妥当する。

そして、この判決は、通過の取消訴訟、無効確認訴訟の方が実効的であるとする理由として、判決の第三者効を口頭弁論終結後の校長に及ぼす意味があるという理論を立てる。判決の対世効の有無を問題とし、義務不存在確認訴訟では、校長に効力が及ばないから、対世効ある通過の取消訴訟の方が良いとするのである。しかし、そもそも、公義務確認訴訟は抗告訴訟として提起されており、教育委員会又は都を被告としているのであるから、認容判決は、その組織内の機関である校長に効力を及ぼすはずである。これは第三者ではないから、対世効（行訴法三二条）の規定は関係がない。また、関係行政庁に対する拘束力（行訴法三三条）の規定は、無名抗告訴訟（行訴法三八条）、当事者訴訟（同四一条）に準用されている。さらに、その程度の些細なことで、よりましな救済手段が見つかったとしても、それによって、肝心の訴えを却下して救済手段を失わせるべきではない。

「したがって、同被控訴人らの提起する無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟は、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に適

当な方法がないとはいえないので、確認の利益が認められないというべきである。」とする判断は完全に的外れである。

(ウ) 本件差止訴訟の適法性について

本判決は、次のように述べる。差止訴訟は、「その損害を避けるために他に適当な方法があるとき」（行政事件訴訟法三七条の四第一項ただし書）には不適法となるという訴訟要件（適法要件）があるが、同被控訴人らが差止めを求めるのは都教委の行う懲戒処分であるが、その前提（直接には、校長の本件職務命令に違反することによる懲戒処分であるが、当該違反の対象である校長の本件職務命令は、本件通過に基づくものである。）となる処分として都教委が発出した本件通過が存在し、それは継続的に通用力を有するから、その取消訴訟又は無効確認訴訟を提起すれば、同被控訴人らの主張する損害を避けることができるのであるという。

通過が処分であるとの一般的な理解があるとするならば、通過の取消訴訟を提起すれば権利救済を図ることができるから、あえて差止訴訟を提起するまでもないと言えるかもしれない。しかし、通過が処分であるという理解はそれまでなかったのであるから、通過の取消訴訟を利用しなければならず、差止訴訟は許されないとの解釈は、不測の不利益を原告に与えるもので、違憲の解釈である。

(カ) 本案の判断

そして、この判決は、「無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認の訴え及び

本件差止の訴えは、不適法であるから、いずれも却下すべきであるが、審理の経過及び争点の共通性にかんがみ、被控訴人らの国家賠償請求訴訟のみならず、……無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟及び本件差止訴訟についても本案の判断をするのが相当であるので、以下、被控訴人らが主張する本件通過が、被控訴人らの教育の自由を侵害して憲法二六条、二三条に違反し、また旧教基法一〇条一項、新教基法一六条一項の禁止する「不当な支配」に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法一九条、二〇条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効か否かについて検討する。」とする。そして、「本件通過は、都教委から都立学校の校長に対する職務命令として、権限ある職務上の上司から発せられたものであり、その内容は、学校教育法……二八条三項により校長の職務に関するものであり、日の丸の制式並びに君が代の歌詞及び楽曲が我が国の国旗の制式並びに国歌の歌詞及び楽曲であることは慣習法として法的に確立していたところ、国旗及び国歌に関する法律が制定された上、新学習指導要領で既に規定されていた国旗・国歌条項に基づく都立学校の卒業式及び入学式等における上記の国旗としての日の丸の掲揚及び国歌としての君が代の斉唱等の具体的取扱いを命じていたのであって、同一内容の現行学習指導要領の国旗・国歌条項に根拠を有し、その意味内容自体は明確であり、合理性が認められるから、そこに重大かつ明白

な瑕疵がない限り、法的義務が生ずることとなり有効である。」「もとより、本件通過の名宛人は校長であつて、教職員ではない。したがって、本件通過から直ちに被控訴人らが主張するように入学式、卒業式等の式典において、被控訴人らが国旗に向かつて起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うものでないことは明らかである。しかし、本件通過は、都教委が本件通過に基づく校長の職務命令の発令を予定し、同職務命令に違反した教職員に対して条件付きで懲戒処分の実施を予告する意思を確定的に示しているから、教職員は、本件通過と事実上運動する校長の本件職務命令によって、それに重大かつ明白な瑕疵がない限り、国旗に向かつて起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負う」という法的義務を負うに至るというべきである。」

そして、結論として、「東京都教育委員会が都立学校の校長に対して発出した国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に関する通過は、思想・良心の自由を害し、憲法一九条に違反するものとはいえず、明白かつ重大な瑕疵があり違法無効であるとはいえない。」とする。

驚くべき論法である。通過は校長に対する職務命令であるから、校長はそれに重大かつ明白な瑕疵がなければ従わなければならないが、教員は国歌斉唱・国旗起立義務がないことを認めつつ、教職員に対する処分を予告しているので、校長と同様、重大

かつ明白な瑕疵があれば従わなければならないとするのである。これでは、単なる違法については救済手段がなく、受忍せよと言うことである。職務命令ならそれでよいが、教職員の個人の地位にかかわる処分である以上は、違法なら受忍せよということとは法治国家違反である。無名抗告訴訟としての本件公的義務不存確認訴訟及び本件差止訴訟についても本案の判断をするときに、なぜ無効確認訴訟と同じく重大明白が必要なのか。普通に言えば、通達の処分性を認めたが、出訴期間が過ぎたので、無効確認訴訟しか許されないこととの均衡を考えたのであろうかと思われるが、この判決の上記の論法はおよそ行政法学の理論にも制度にもないことである。

(7) ネット販売禁止違憲訴訟の訴訟類型、当事者訴訟と省令無効確認訴訟の併合
厚生労働省の薬事法施行規則により、一般用医薬品のうち、第一、二類についてネット販売が禁止された(三類のみ許容されている)。そこで、ネット販売を主とする薬局がネット販売する権利の回復を求めて訴訟を提起した。訴訟形式は、ネット販売する地位の確認の訴え(当事者訴訟)及びこの省令の無効確認の訴えの単純併合(予備的に省令の取消訴訟)である。普通の発想では、省令は、一般抽象的なものであるから処分でなく、当事者訴訟だけで十分である。もちろん、当事者訴訟が最高裁まで維持されるのであれば、それで済むかとも思われるが、その保障はない。

すなわち、下級審と上級審で判断が分かれる場合、たとえば、一番では当事者訴訟を適法としたが、高裁では省令の取消訴訟を適法とし、当事者訴訟を却下した場合、さらにそれが最高裁で維持された場合には、取消訴訟については本案の判断がないことから、一番から審理をやり直しになるなど、不当で重大な不利益を受けるのは原告である。これは憲法三二条で保障する、裁判を受ける権利を実質的に侵害する。行政庁は何ら不利益を被らないし、裁判所もそれぞれ自己の信念に基づく判断をしたというところで、何ら責任を負わない。これは不合理であるから、裁判所は、自己の信念でいずれかの解釈が正しいと判断して済ませるべきではなく、争いが生ずるなら、訴訟要件や訴訟類型はすべて認めて、本案で勝負するようにすべきだという主張をしているのである。そうすれば、最高裁で、そのうちのどれかの訴訟類型だけを適法とする判断がなされても、それについても本案の判断はすでに行われているから、下級審に差し戻すことなく、本案審理ができるのである。

この主張では、誰も困らないのである。それなのになぜ採用されないのか。正しい訴訟類型は一つしかなく、それは裁判所が判断することであり、それを間違えた原告が不利益を被ってもやむを得ないというのがこれまでの法律家の発想であったが、それは原告の裁判を受ける権利を侵害する思考であるというのが筆者の主張である。この省令は、一般抽象的と言っても、これまで適法に行われてきた営業を禁止する

ものであるから、行政裁判所時代なら貸座敷営業地域を廃止した県令の取消訴訟を許容しているのである(行政裁判所明治42・2・22判決行録二〇輯三六三頁)し、取消訴訟の対象とすることに支障はないのである。

また、仮の救済の点では抗告訴訟における執行停止のルールは比較的明確であるが、当事者訴訟における仮処分については、公権力の行使に関する仮処分禁止規定(行訴法四四条)が適用されるとすれば、實際上空文化するが、そうならないというルールも目下明確ではない。仮の救済は、本案が決まってから付随的についてくるというのが普通の発想であるが、裁判を受ける権利の実効性から考えれば、訴訟類型は、本案と仮の救済の両方を見て判断されるべきである。たとえば、無効確認訴訟にすべきか、争点訴訟によるべきかといった議論では、前者では執行停止があるのに、後者では、公権力を仮処分で阻止できないため制限(行訴法四四条)が加わるのではないか、それなら無効確認訴訟を認めるべきではないかという議論である。

したがって、当事者訴訟と処分の無効確認訴訟は、予備的關係ではなく、並列的に単純併合できると解すべきなのである。

裁判所(東京地判平成22・3・30本誌二〇九六号九頁)は、処分性に関する先例を機械的に適用して、省令の無効確認訴訟を却下したが、これは裁判を受ける権利の実効性からする発想を持たないものである。

このように、処分性の有無、訴訟類型の

選択は、権利救済を妨げるだけである。裁判を受ける権利の保障を満たすには、紛争を裁判で解決する必要性が認められたら、あとは行政のすることが違法かどうかが争点であるから、立法論としては違法是正訴訟一本として、余分な争点をなくすべきである。このことは筆者が日弁連に提案して採用された見解である。解釈論としても、抗告訴訟と当事者訴訟の間の垣根は低くなくてはならないから、処分性を柔軟に解釈すべきである。その意味で、前述したように、二(2)の最近の最高裁判決には賛成できる。

本稿のテーマとしては、裁判所は、訴訟類型はなんであれ、本案に入れるように、原告の負担・不利にならないように解釈すべきである。

(8) 当事者訴訟としての確認訴訟と無名抗告訴訟としての確認訴訟
これを区別して、どっちなのだと思わせることがある。日の丸君が代の予防訴訟(一審(東京地判平成18・9・21本誌一九五二号四四頁、判タ一二八号八八頁)は、国旗起立・国歌斉唱義務不存確認の訴えは、無名抗告訴訟であるとした。この控訴審である前記の東京高裁平成二三年一月二八日判決もこの釈明をした。しかし、どちらに当たるかも不明確であり、むしろ、この判断を誤ったら却下されるとすれば、それこそ、些細なことに拘泥し裁判を受ける権利を侵害するのではないかと思われる。

(9) 後発的瑕疵の争い方
課税処分が、貸倒れが発生したために実

体法上根拠を失ったが、既に出訴期間が経過している場合の救済方法が問題となった。今日ではその事由が発生したら二ヶ月以内に更正の請求をすべきものとする制度が導入された（所得税法六四条、一五二条）ので、一般的にはそれ以外の救済方法はないが、この制度がなかった当時、この過払い分は、一定の条件の下で不当利得として返還請求できるとされた（最判昭和49・3・8民集二八巻二一八六頁、本誌七三八号六二頁、百選七六頁）。この判決は、「いったん適法、有効に成立した課税処分が、後発的な貸倒れにより、遡って当然に違法、無効になるものではない」としつつ、当該課税処分が取消し変更されなくとも、正義衡平の原則により、貸倒れに相当する部分の税額を不当利得として国は返還する義務を負うとしたものであるが、課税処分を有効としたまま、国の税収を法律上の原因を欠くとするこの理論はわかりにくい。不当利得とするなら、その前提として課税処分はその限りで後発的に無効になったものとする方がわかりやすい。

また、この判決が「貸倒れの発生とその数額が格別の認定判断を待つまでもなく客観的に明白」な場合に限定することには賛成できない。後発的瑕疵については通常の出訴期間の適用がなく、すべて無効扱いすべきである。これについて公定力を論ずるのも混乱を招くだけである。

ただ、課税処分が無効になると、それを前提として行われた滞納処分が無効になった、影響が大きくなることが心配されるの

かもしれないが、後発的な違法・無効の場合には、事後に積み重ねられた法律関係の尊重の法理との関係で、滞納処分の効力を左右しないというように、無効の範囲を制限すればよい。

青色申告の承認処分が取り消されたので、それを前提に白色申告として更正処分がなされた。その後に青色申告承認の取消処分が職権で取り消されたとき、白色申告を前提とする更正処分は事後的に違法になったといふべきである。これについて判例は減額更正の請求（国税通則法二三条）をすべきだとする（最判昭和57・2・23民集三六巻二二五頁、本誌一〇三七号九一頁）が、この場合に減額更正の制度を利用できるかどうかはそれまで法的に明確ではなかったため、それを利用しないと救済しないとするのは裁判を受ける権利を侵害する解釈である。そこで、更正処分の取消訴訟で、事後的違法を主張することを許すべきであった。

国公立学校学生の無期停学処分が、処分當時は適法であったが、その後改修の情を示して、解除事由に該当すると思われるのに、何年も解除されないとき、解除するかしないかの裁量がゼロに収縮して、解除しないことが違法となることはありうる。この場合には、無期停学処分について原始的瑕疵を理由とする取消訴訟の出訴期間は経過しているが、後発的瑕疵を理由として、無期停学処分を一定時点以後は取り消せという取消訴訟なり無効確認訴訟、あるいは、復学させよとの義務づけ訴訟が考えら

れる。そして、これについて、執行停止、仮の義務付けもありうる。

北総鉄道の京成「ただ乗り」訴訟では、京成電鉄が北総鉄道の線路を「ただ乗り」で走行しているのを、平成二年二月に行われた線路使用料の認可が違法であるとして、その取消しと、線路使用料を適正額支払うように義務付けることを求めているが、そうすると、平成一〇年に行われた北総鉄道の上限運賃認可がそれ以後後発的に違法になる。そこで、後者について後発的無効を主張し、また、それ以後の取消しを求めている。

このように新しい事態が発生して、救済方法が種々考えられるとき、そのいずれしか認めないという考え方は、原告の負担において法の統一を図るというお上の発想である。不明確な法の下で行動せざるを得ない民の立場に立った正方法が必要なのである。

(10) 被告適格の変更

これまで抗告訴訟の被告は処分庁であり、当事者訴訟の被告は行政主体であるので、訴訟類型を誤っても、訴えの変更が難しかった。行訴法の改正で、いずれも行政主体を被告とすることにしたので、訴えの変更は容易になったと一般に解説されている。

そして、国の行政庁にかかわる場合、地方の原告が訴えたと、抗告訴訟では、特定管轄裁判所に係属し、当事者訴訟では東京地裁に係属するが、これは「関連」するものであるから、行訴法一三条六号により取

消訴訟が係属する裁判所に移送するべきである。ただ、それでも、たとえば、愛媛社会保険事務局が行った保険医療機関指定の取消処分については、特定管轄裁判所は高松地裁であるので、松山市の原告にとって全く不便である。特定管轄裁判所は、原告の居住地を管轄する地方裁判所と決めるべきである。情報公開法改正案はその方向である。

3 原告適格

(1) 「行訴法変われど、行政訴訟変わらず」

原告適格について、判例は、法律上保護された利益説を採り、その中でも狭い解釈を行い、処分の根拠法などが個人利益を個別的に保護しているか、係争利益が公益か否かを基準とする（場外車券売り場に関する最判平成21・10・15民集六三巻八号一七二頁、本誌二〇六五号二四頁）。判例は、行訴法九条二項の挿入にもかかわらず、判例理論に変更はないとの主張をしているのであろう。「行訴法変われど、行政訴訟変わらず」。「憲法は変わる、行政法は変わらない」という、オットー・マイヤーの言の現代版のような感じである。

もともと、判例理論の根拠が不明であり、一方的に宣言されただけであるのに、行訴法九条二項は、判例の先進的なものを条文化したとの立案関係者意見がある。そうであれば、判例には変わりはない。

(2) 法治行政に関する判例との全く逆の関連

判例は、原告適格については、制定法準

拠主義という、個別の処分根拠法の文習を基準にした解釈方法を、多少緩和したまま維持している。ところが、行政機関に権限があるかどうかを検討するときは、法律に明示の規定がなくとも、関連する法律の趣旨を最大限考慮して、何とか処分権限があると解釈する。最近の典型例は、混合診療に関する最高裁第三小法廷平成二三年一〇月二五日判決（最高裁HP）である。健康保険法の規定を素直に読めば、どこにも、混合診療を禁止する規定がないから、国民には予測可能性もなく、国会も混合診療禁止を承認したとは言えないのに、混合診療禁止と解釈したのである。

一、二類一般用医薬品のネット販売禁止を定めた省令を合憲とした東京地判平成二二年三月三〇日（本誌二〇九六号九頁）も、薬事法の曖昧な規定から、それが授權されたと説んでいる。

課税処分の適及適用に関する最判平成二三年九月二日（本誌二二三二三四頁）も、取引終了後に制定された所得税法が遡って適用されるとするが、これでは誰も現行法を信頼して取引することができない。

こうした行政機関に権限を与える法律の解釈においては、民法と異なり、国民に予測可能性を与え、行政機関の権限濫用を防止する観点から明確でなければならぬ。最高裁は、これまでも、この点の理解がないことは、教科書で指摘しておいたが、これらの判例はおよそ法治行政を無視している。

それなのに、原告適格については突然根

拠となる法律に明確な手かりを求める傾向になる。原告適格については、行政機関に権限を与えるものではなく、単に原告を訴訟の土俵に乗せるだけであるから、そのような解釈作法ではなく、裁判で取り上げる程かどうかを基準とすべきなのである。要するに、判例は、法律の規定の根拠や読み方において、原告適格でも行政機関の権限の点でも、権利救済を妨げる方に誤っているのである。

最高裁判事経験者は、膨大な業務をこなせるのは優秀な調査官がいるからだとも異口同音に述べているが、私には、調査官も膨大な業務の中、誤った思考方法の中にどつぷりとかつていて、先例教習者になつて、広い視野を持つて、問題を改善する姿勢が乏しいように思われる。その調査官が黒子になつて、実際には、判例法の形成に当たるといふよりも、これまでの判例を墨守することに、非常な疑問を抱かざるを得ないのである。

(3) 行政法の存在理由を考慮した改正法九条二項の読み方

そうすると、原告は、判例理論で、原告適格が認められるように大変な苦勞をして証拠を収集し、根拠法令から個人の個別的利益が保護されていると、理論構成をしななければならぬ。大変な負担である。原告適格は元々蓋訴の弊を防止するためであるから、苦勞して訴えている以上は、その壁を突破することはもつと簡単でなければならぬのではないか。

そこで考えてみると、制定法準拠主義を

否定して、根拠法令の目的と侵害される利益の両方を考慮するとの九条二項の条文からは、個別的利益を具体的に保護しているかどうかという視点が重要なことも、そのための判断基準も見いだせない。

むしろ、条文の文言からは、公益が個別的利益かという分類自体が廃止されたといふべきである。そして、もともと、公益と称するのも、個人の利益の集合に過ぎない。ただ、個人にとつては薄い利益であることが多い。しかし、周辺住民多数に影響する、その合計・集積は結構大きい。風営法の許可について、周辺にある病院には原告適格が認められ（最判平成6・9・27本誌一五一八号一〇頁）、多数の住民の原告適格が認められない（最判平成6・9・27本誌一五一八号一〇頁）のは、判例の考え方では、風営法が同法の保護対象施設につき、善良で静穏な環境の下で業務を運営する利益を保護しているからだという制定法準拠主義的解釈であるが、その受ける不利益の合計を基準とすると、不均衡である。なお、病院は営業しているから、環境が悪化すれば顧客が減るという営業上の利益が害されるというのが理由であれば、八百屋でも魚屋でも原告適格を認められるべきであらうし、そうではなく、患者に対する影響だとしても、通院患者よりはるかに地域に住んでいる人の方が大きな影響を受ける。入院患者は病室にいるから、公害の影響を受けることは少ない。したがって、病院よりも周辺住民の方が大きな影響を受ける。この点にがんがみても、周辺住民の原

告適格を否定した判例は均衡を失する。風営法の定め方に拘泥する判例の考え方は実態には合わないのである。

そもそも、行政法は公益の実現を目的とする。多数の小さな利益の合計が大きな公益となつていく。それなら、原告側も、同じく小さな不利益の合計で、原告適格ありと判定してもらえなければならぬ。さもないと不公平である。行政訴訟は主観訴訟ではあるが、全くの個人の訴訟と同視して、原告個人個人の利益に分析して考えすぎてはならない。民事訴訟のアナロジーで捉えるのは間違っている。

考慮事項では、「当該法令の趣旨及び目的並びに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し」とされている。ここでは公益と個人の利益の二者択一論は採られていない。しかし、生活環境の利益を考慮外とする判例が多そうである。オープンスペースと言われ、判例をリセットして、改めて、この点を考慮することになったはずである。生活環境上の利益も、当然に個人的利益ではないとはされていないのである。立案関係者の解説でも、今後は、公益と私益の中間にある集团的・拡散的利益についても一定の場合には原告適格を認めることを期待して法改正を行ったとされている。

国会の附帯決議も同方向である。参議院法務委員会附帯決議（平成一六年六月一日）は、「第三者の原告適格の拡大については、公益と私益に単純に二分することが困難な現代行政における多様な利益調整の

在り方に配慮して、これまでの運用にとらわれることなく、国民の権利利益の救済を拡大する趣旨であることについて周知徹底に努めること。」、衆議院法務委員会附帯決議（平成十六年五月一四日）は、「第三者の原告適格の拡大については、行政による多様な国民の利害調整のあり方を十分に考慮して、これまでの運用に囚われることなく、国民の権利利益の救済を図る趣旨であることに留意しつつ周知徹底に努めること」となっている。学説の多くもこの方向を指している。

この判例は、この附帯決議も正面から無視しているのである。たしかに、附帯決議は法律そのものではない。しかし、立法者の意向を示しているものであるから、正面から無視すべきものではない。

判例が原告適格を狭く解するのは、民事裁判官の発想で、原告一人一人について、権利侵害の蓋然性に近いものを求めているのではない。これは行政法を知らないものである。

行政訴訟は政治過程・行政過程では救われない者を救うべきであるから、法的な解釈で合理的な結論を出せるといふか、不合理な行政過程を防止できるものについては、不利益を被っている私人に訴訟を提起する資格を与えるべきことが民主制の要諦である。

(4) 原告の立証の緩和

したがって、原告適格について丁寧な立証を求めることは不適切である。

前記場外証券売り場最判の判例時報匿名

解説は、「原告適格の問題は本案の判断に入る前提として、ある程度外形的、類型的な判断をせざるを得ない場合もあり、右判断はこのような理解を前提とするものと考えられる。したがって、当該医療施設の個別事情や、場外施設を設置する会社が講ずることとしている措置の内容（たとえば、バスによる送迎、監視員の配置による適切な誘導・監視等）及びその実効性等の問題は、原告適格の判断では本質的に問題とする必要はなく、これらは、本案の審理において問題とすれば足りる」としている。

参考になる判例を紹介する。横浜地判平成一七年一月三〇日（判例自治二七七号三一頁）は次のように述べる。

「被告検査機構（指定確認検査機関）」

は、建築基準法（以下、法という）は同法が定める日影規制の基準を超える日照侵害を受けまいという限度で周辺住民等の日照利益を保護していると解されるところ、本件建築物は法五六条の二第一項及び横浜市建築基準条例に基づく日影規制の基準を満たしているため、本件各確認処分は原告の法律上保護された日照利益を侵害するものではない旨主張し、また、参加人も、原告の居住及び家作は本件建築物によつて受忍限度を超える悪影響を受けていない旨主張する。

しかし、確かに、建築基準関係規定における日影規制は、上記の主張のように、一定の限度における日照の阻害を容認するものではあるが、それは近隣相互の問題として互譲を求め、その利害を調整する趣旨に

出たものと理解されるのであって、それ以上規制内にある日照阻害を保護しないということまでの意味を有するものとは解されない。また、日影規制の基準を満たしているか否か等のことは、本件でも地盤面の設定等が問題となつていくように複雑な前提事情の審理、検討を要することがあり、当該建築確認処分の適否の判断に先立つて原告適格を判断するについて、そのようなことを時間をかけて審理することが適当とも思われない。

以上のことからすれば、日照を阻害されるおそれがあることを理由として建築確認処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有するというためには、その者に対する日照が当該建築物の建築によつて直接阻害されるという関係があることをもつて足り、その阻害の程度が受忍限度を超えるかどうか、あるいは当該建築確認処分が建築基準関係規定における日影規制に適合しているかどうかといったことは当該建築確認処分が違法であるかどうかという本案の問題であると解するのが相当である。」

(5) 線引きの負担

集団訴訟では多数の原告の間で原告適格のある者となし者の間の線引きが必要になる。これを厳格にやろうとすると、とてつもない負担が生ずる。しかし、判例をみると、裁判所は厳密ではなく、どこかでえいやつと決めているに過ぎない。線引きに関して丁寧な分析立証をしても始まらない。

原発訴訟においては、もともと福島第二原発訴訟では、原告らは原子炉から最大六

〇数キロの範囲に居住しているが、裁判所はいちいち問題とせず、全体について原告適格を認めるのが相当であるとした（福島地判昭和59・7・23本誌一一二四号）。伊方原発訴訟（松山地判昭和53・4・25本誌八九一、高松高判昭和59・12・1本誌一一三六号）でも、原告の居住地で一番遠くて二七キロであったが、全員に原告適格が認められていた。

いわゆるもんじゅ訴訟差戻し前の名古屋高裁金沢支部平成一年七月一九日判決（民集四六巻六号一〇六一頁、本誌一三二二号三三頁）は、次のように判断した。「当該処分の根拠規定が、個人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているかどうかの判断にあたつては、当該規定や関連法規の規定自体にその旨が明言されているかどうか、或いは、間接的に個別的利益を保護することを表した規定（例えば森林法二七条の直接の利害関係を有する者）が存在するかどうかといった規定の体裁・文言によつて決するだけでなく、それに加えて、当該処分によつて侵害される第三者の利益の特質をも総合し、合理的解釈に従つて判断すべきものと解される。」

そこで、前記……認定の原子炉施設の安全性に関する法体系に、周辺住民が受ける被害の特質・程度を加え、これらを総合して考えると、原子炉等規制法二四条一項四号の「災害の防止」の規定は、究極的には公共の安全という一般の公益の保護を目的とするものであるとしても、それは第一次的には、具体的な周辺住民の重大な私益で

ある生命・身体の安全を保護することから開始されなければならない、これらを公益の中に包摂・吸収してしまうにはあまりにも重大かつ個別的であつて条理に反するとみるのが相当であるから、直接災害を受ける危険性のある周辺住民について、災害の防止に関する個人的な利益を、右公益中に包摂ないしは吸収解消されないところの個別具体的な利益として、法は保護している、前記根拠法条はそのような趣旨の規定として位置付けられていると解するのが相当である。

そして、前記認定によると、「周辺住民」とは、万一に想定される最大級の事故によつて直撃を受けると考えられる当該原子炉施設中心（原子炉）より半径約二〇キロメートルの範囲内に住居を有する者がこれに相当し、気象条件によつては、重大な被害を受けることは考えられるが、まだ時間的に避難の可能性ある、右範囲外の者は、同法の具体的保護の対象としての周辺住民に該当しないと解するのが相当である。」

その最高裁判決（平成4・9・22民集四六巻六号五七一頁、本誌一四三七号二九頁）は、原子炉等規制法に基づく原子炉設置許可の無効確認訴訟について、次のように判断した。

「原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である。」

「そして、当該住民の居住する地域が、前記の原子炉事故等による災害により直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される地域であるか否かについては、当該原子炉の種類、構造、規模等の当該原子炉に関する具体的な諸条件を考慮に入れた上で、当該住民の居住する地域と原子炉の位置との距離関係を中心として、社会通念に照らし、合理的に判断すべきものである。」

「以上説示した見地に立つて本件をみるのに、上告人らは本件原子炉から約二九キロメートルないし約五八キロメートルの範囲内の地域に居住していること、本件原子炉は研究開発段階にある原子炉である高速増殖炉であり（規制法二三条一項四号、同法施行令六条の二第一項一号、動力炉・核燃料開発事業団法二条一項参照、その電気出力は二八万キロワットであつて、炉心の燃料としてはウランとプルトニウムの混合酸化物が用いられ、炉心内において毒性の強いプルトニウムの増殖が行われるものであることが記録上明らかであつて、かかる事実を照らすと、上告人らは、いずれも本件原子炉の設置許可の際に行われる規制法二四条一項三号所定の技術的能力の有無及び四号所定の安全性に関する各審査に過誤、欠落がある場合に起こり得る事故等による災害により直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される地域内に居住する者というべきであるから、本件設置許可処分は無効確認を求める本訴請求において、行政事件訴訟法三六条所定の「法律上の利益を有する者」に該当するものと認めるのが

相当である。」

この原審では、二〇キロを超えたら原告適格なしとし、最高裁は、原告は二九キロないし五八キロ以内に居住しているが、それには原告適格ありとしている。しかし、高裁でも、二一キロならなげ原告適格がないのか明らかにはしていないし、最高裁でも、五八キロなら重大な被害が生じ、五九キロならそうではないとは言っていない。判断基準も、社会通念に照らし、合理的に判断すべきものであるというだけである。

想定する事故次第では何百キロでも危険であるし、風向き次第では、風上は安全、風下は遠くまで危険であるから、このような線引きは、厳密にやろうとしても所詮無理であつて、近くの深刻な被害を受ける可能性のある者が原告であれば、それ以上厳格に考える必要はない。そんな線引きのために労力を費やすことは、原告にだけ過大な負担を課し、憲法二三条が保障する裁判を受ける権利を阻害する。裁判は公平でなければならぬし、権利救済を求める原告に過大な負担を課してはならない。そのように考えれば、厳密な線引きに拘ることなく、原告適格を速やかに認め、本案審理に努力すべきである。裁判所も、上記判例においてはこのような発想であらうと思われる。

輦の浦公有水面埋立て差止訴訟（景観訴訟）において、広島地裁平成二〇年二月二十九日決定（本誌二〇四五号九八頁）は、公有水面埋立免許の仮の差止めを求めた環境訴訟であるが、慣習法上の排水権者と近隣

の居住者に法的保護に値する景観利益を有するとして、原告適格（仮の差止めの申立人の利益）を承認した。さらに、その本案判決である広島地裁平成二一年一〇月一日（本誌二〇六〇号三頁、判例自治三二三号一七頁）は、輦の浦に居住する者の景観利益は私法上保護に値するものであり、また公有水面埋立法、瀬戸内法は、輦の浦の景観を享受する利益を個別的利益として保護していると、免許がなされれば重大な損害を生ずるおそれがあり、これを避けるために他に適当な方法がないとして差止め訴訟を適法とし、本案に入つて、免許権者である広島県知事は、埋立て及び架橋の必要性について調査不十分であるとして、差止め判決を下した。本邦初の景観権を理由とする差止判決である。周辺住民の原告適格を景観権という曖昧なものを理由として認めただけではなく、本案でも、行政裁量の壁を、調査不十分として乗り越えたのである。

この判決が、原告適格の線引きについては「輦町に居住している者は、輦の景観による恵沢を享受している者であると推認される」としていることについて、地理的な線引きが名目的なものにとどまっている、原告適格を行政区画で決めることの合理性についてはもう少し「論証」が要請されるとの批判があるが、景観の利益について居住している以上に精緻な線引きを図るのも困難であれば、どうせ中核となる者には原告適格を認める以上は、周辺者の何処まで原告適格を認めるかについて論争すること

は、行政訴訟をいたすに遅延させ原告の負担を不必要に重くするだけだと思われる。

なお、原告適格の有無に關して、条文の文言に拘り、法律の制定過程の議論を参照しようとする考え方もあるが、これは木によつて魚を求むるの類で基本的に間違ひである。国会では法律の基本的な仕組みを作る作業をしているのであつて、原告適格があるかどうかは訴訟法の問題であるからとしてきちんとした議論をしないのが普通であり、希に原告適格があるのと国会答弁があつても、裁判所は、それは国会論議であつて、司法権は独自に解釈すると排斥することが多い。

これでは、国会の議事録から原告適格の根拠を探してもムダである。

原告適格の有無は、当該法律と関連法規のシステム全体の合理的な解釈から導かれるべきである。

4 出訴期間の根拠は薄弱

(1) はじめに

出訴期間が決まっている以上は、それに間に合わなければ、正当な理由が必要だと、国民の方に負担を課される。出訴期間の根拠は行政処分の安定であるが、利害関係者が原告・被処分者と行政側の二面関係の場合、被処分者はすぐ争わない場合には救済が遅れるという不利益を自ら負うだけであり、他人に迷惑を掛けるものではなく、行政側は、文書は当面保管しているもので、早期に確定させる必要性は低い。課税処分なら、何億円もの違法課税処分を、一

日遅れたというだけで争わせないのは、およそ比例原則に反する。第三者の利益を考慮すべき三面関係の場合には、その利益を考慮して、ある程度出訴期間が必要である。

このことはこれまで述べているので、ここでは簡単に追加説明する。

(2) 出訴期間遵守の苦勞と裁判所・被告ののんびり処理

千葉東北総線の運賃値下げ命令義務付け訴訟のような集団訴訟では、原告団がまとめて、証拠を収集し、理論構成をして、出訴期間内に訴えを提起するのは出訴期間が六ヶ月に延長された今日でも大変な苦勞をする（もんじゅ訴訟が許可の無効確認訴訟で提起されたのも、当時の出訴期間は三ヶ月であつたが、おそらくは同様の事情にある）。ようやく出訴期間ぎりぎり二〇一〇年八月一七日に訴えを提起したが、訴状が被告の国に送達されるには約四〇日もかかったようである。平成二三年九月二〇日に徳島県鳴門市の競艇互助会補助金に関する住民訴訟を提起したが、被告に訴状が送達されるまで一ヶ月かかった。たかが訴状の送達は即日か翌日にはできるはずである（前記二一(7)で述べた檢察審査会強制起訴議決取消訴訟関係の送達は本日に即刻行われた）が、そうされていないことが多い。しかも、被告は二〇一二年一月三〇日に簡単な認否をしてきただけであつて、本格的な反論はおそらく四月以降になる。

また、筆者が代理している、ある処分取消訴訟では、異議申立棄却決定を経ている

のであるから、被処分者の不服への反論はすぐできるはずなのに、訴え提起から、五ヶ月経つて初めて実質的な反論が行われた。この現実で、原告にだけ出訴期間を厳重に遵守させる理由がない。

(3) 少なくとも祝祭休日は期間計算から除外せよ

控訴期限、控訴理由書の提出期限を守つても、地裁から高裁、高裁から最高裁に書類が行くには相当の時間を要している。期限をこんなに厳しく決めるのは、裁判所のためというよりも、相手方のためかも知れないが、それにしても厳しすぎる。一二月後半・四月末の判決、執行停止却下決定に對しては、祝祭休日も計算に入るため、一月四日・連休明けに控訴状・即時抗告書を提出することになるが、裁判所がすぐ動くわけではない。弁護士も当事者も年末年始・連休の間に相談し、控訴・即時抗告するかどうかの調査をせざるを得ない。控訴・上告期間も、二週間あるのではないかとされるが、単に控訴状・上告状を出せば済むのではない。高額の（地裁と比較して、高裁で五割増し、最高裁で倍）印紙を貼らなければならないのであるから、それに値する勝訴可能性があるかどうかを五里霧中のなかで判断しなければならない苦勞がある。即時抗告は一週間、最高裁への許可抗告、特別抗告は五日間で本場に短い（民訴法三三二条、三三六条、三三七条）。弁護士になると、連休も正月も、外遊などするにも大きな制約がある。結審後判決期日を追つて指定として、九ヶ月も放置でき

る（今、ある事件でこの状態にある）裁判官がうらやましい。少なくとも祝祭休日は立法論として、期間計算から除外すべきである。

(4) 正当な理由

これまで期間経過の「正当な理由」は天災地変など、客観的障害に限ると嚴格に解されていたが、このように、期間を嚴格に遵守させるもつともな理由に乏しいのであるから、解釈論としても、前記の祝祭日の存在、原告となる者のほか家族の病氣、失業、營業困難、経済的な窮乏、弁護士の不足、パソコンの故障、郵便の送付間違ひ、集団訴訟では原告団の集合の困難等の諸事情も考慮すべきである。

5 行訴法一〇条一項

自己の法律上の利益に關係のない違法の主張を排斥する行訴法一〇条一項について、処分の名宛人（たとえば、事業認定地の所有者）は、処分の根拠条文違反をすべて主張できる。それが一見公益的な事項でも（公益上の必要など）、その処分要件を満たさなければ不利益処分をすることができないのであるから、不利益処分を受けた者は処分要件の充足をすべての要件について主張できることは当然である。

これに對して、処分の第三者の場合、原告適格が多少拡大されても、本案で主張できることは、原告適格の根拠となることだけで、それ以外の違法は主張できないとの理論が、行訴法一〇条一項の解釈として、裁判現場ではびこりつつある。これでは、本案で主張できることは非常に限定され

る。これは建前では、訴訟要件ではなく、本案での主張制限であるが、実質は訴訟要件と同じようなものである。ここで述べる。

これを使えば、審理の負担は楽になるのであるから、裁判所にとっては、誘惑される理論である。

しかし、これはもともと、自分に関係のないことは主張できないという、ごく一般的な理論であり、原告適格があるときに、本案の主張を門前払い的に排斥するために使われるのでは、これまた権利救済を妨げ、裁判所の省エネという効果があるだけである。⁽⁵²⁾

このテーマでは、野呂充、福井秀夫論文⁽⁵²⁾が詳しい。

思うに、行政処分は、要件を満たさなければ行なうことが許されず、被処分者は要件を満たした処分だけ甘受する義務がある。

それは第三者が争う場合も、不利益処分を受けた場合も同じである。原告適格を根拠づける要件についてだけ本案で主張できるとする狭い説は、原告適格を根拠づけない要件違反は甘受せよと言うことになる。これは、原告適格という訴訟の窓口と本案を混同するものである。原告適格は、濫訴を防止するために窓口のスクリーニングにすぎないから、本案では、そのスクリーニングとは関係なく、処分が要件を満たしたかどうかを判断すべきである。

さらに、行政事件訴訟法は、差止訴訟において一〇条一項の準用をしていない（行政訴訟法三〇条一項）。そうすると、行政訴訟の

文理に従えば、差止訴訟が係属中なら、原告は、自己の法律上の利益に関係のない違法を主張できるが、被告が、それでは、さっさと処分をしてしまうと、原告はその取消訴訟に訴えを変更せざるを得ず、その段階では自己の法律上の利益に関係のない違法は主張できなくなる。

いかにも不合理である。これは立法者の条文整理の不備に起因するものであろうが、その不合理を緩和するためにも、自己の法律上の利益に関係のない違法を広く解釈せずに、第三者の利益なり、広く国民全体の利益というようなものに限定するのが合理的ではないか。地域の文化的・環境的価値を巡って争われている訴訟では、住民の自己の法律上の利益には入ると解釈すべきであろう。

(7) 阿部泰隆「行政訴訟改革論」六一―七九頁、同「行政法解釈学Ⅱ」一三五頁。橋本博之「行政判例と仕組み解釈」(弘文堂、二〇〇九年)一七、六四頁。

(8) 原田尚彦「行政判例の役割」(弘文堂、一九九一年)二頁以下。

(9) 公定力論は間違っていた、行政行為論は破綻しているということは、「行政訴訟改革論」五〇―五二頁で述べているが、「行政法解釈学Ⅰ」七二頁以下、三〇三頁以下、「行政法解釈学Ⅱ」第九章で力説している。しかし、最近出版される多数の教科書、論文では、これへの反論はなく、相変わらず、古色蒼然とした行政行為論、公定力論が説かれている。

(10) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一一二―一二三頁。

(11) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一〇

三―一〇四頁。阿部泰隆「行政救済の実効性」一四六頁。成熟性があれば訴訟の対象とするとするアメリカ法の本格的な分析として、越智敏裕「アメリカ行政訴訟の対象」(弘文堂、二〇〇八年)。

(12) 山下清兵衛編著「行政訴訟可手続」と紛争解決の実務と書式(民事法研究会、二〇一〇年)四二〇頁以下、四七四頁以下(野村創執筆部分)、野村創「事例に学ぶ 行政訴訟入門」(民事法研究会、二〇一一年)一二〇頁以下に詳しい。さらに、阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一〇四頁参照。

(13) 阿部泰隆「行政訴訟改革論」八七頁以下、「行政法解釈学Ⅱ」一二二頁。

(14) 小早川光郎「行政法下Ⅲ」(弘文堂、二〇〇七年)二五四頁、同「行政訴訟の構造分析」(東大出版会、一九八三年)二八五頁、司法研修所編「改訂行政事件訴訟の一般問題に関する実務的研究」(法曹会、二〇〇〇年)一八頁。

ただし、興津征雄氏が相対的処分性に関する研究を行っている(抗告訴訟における第三者の出訴可能性と処分性―相対的行政処分概念の示唆するもの「行政法学の未来に向けて」(有斐閣、二〇一二年、所収)。

(15) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一四三頁。

(16) この最高裁の決定文は、綿引万里子ほか「許可抗告事件の実情―平成二二年度」本誌二二二―二二五頁―二三頁に掲載されている。

(17) この点について詳述したものが、播磨益夫「私の視点 強制起訴制度三権分立外れ、違憲では」朝日新聞二〇一〇年一〇月二六日(一面)である。

(18) 野村・前注(12)「行政訴訟可手続

と紛争解決の実務と書式」四二〇頁以下、四七四頁以下、野村・前注(12)「事例に学ぶ行政訴訟入門」七六頁以下に詳しい。

(19) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一二七頁以下。そのほか、給付行為に関する処分性判定困難例を挙げている。

(20) たとえば、国土交通省ネガティブ情報等検索サイト(事業者の過去の行政処分履歴を検索するサイト) <http://www3mit.go.jp/> 「このサイトでは、国土交通省所管の事業者等の過去の行政処分履歴を検索することができます。」との説明がある。

国民生活センター <http://www.kokusen.go.jp/news/house-reform.html> 東京都 <http://www.shouhisei.metro.tokyo.jp/forhiki/-tori/shobun.html>

(21) 川神裕「法律の留保」藤山雅行編「行政訴訟」(青林書院、二〇〇四年)一五頁参照。

(22) 米丸恒治「公共調達に関する権利救済とその実効性―ドイツ委託発注法改正後の状況―」立命館法学二〇〇〇年三二四号一七三頁以下。

(23) 蔡秀卿「公私協働の最前線」(20)台湾における協働論―PFI法とETC事件を中心に二〇一〇年一月号八八―九二頁。

(24) この判例の紹介分析については、宇賀克也「受託事業者不通知の処分性」自治実務セミナー二〇一一年二月号四二頁以下。

(25) 阿部泰隆「行政法の解釈Ⅱ」一〇五頁、阿部「行政法の解釈」(信山社、一九九〇年)二二章に詳しい。

(26) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」六九―七〇頁。

(27) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」七一

頁、阿部泰隆「行政救済の実効性」第二章。

(28) 塩野宏「行政法Ⅱ〔第五版〕」(有斐閣、二〇一〇年)一一四頁、一一八頁以下。

(29) 塩野宏「行政法概念の諸相」(有斐閣、二〇一一年)一五頁以下、一八頁。

(30) 濱秀和「最高裁不受理事件の諸相」(信山社、二〇一一年)九七頁以下、二七頁以下。同「医療法三〇条の七の規定に基づく知事の勧告について処分性を認めた判例の実務的考察」自治研究八七巻一〇号三頁以下、同一号(二〇一一年)。

(31) 阿部泰隆「行政法の解釈(2)」(信山社、二〇〇五年)九五、九六頁。「行政訴訟要件論」二二頁。さらに、宮崎良夫「行政指導と裁判所の判決」東京経済大学現代法学七号(二〇〇四年)六五頁以下。

(32) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一三〇頁、塩野宏「法治主義の諸相」(有斐閣、二〇一一年)二二頁は民事訴訟によるべきだとする。

(33) この最高裁判決の佐藤繁調査官解説(最高裁判例解説民事篇昭和四七年(度)三六三頁、三六四頁)は、この訴訟を公務務確認訴訟と見るべきではないかとしつつ、予防的確認訴訟たる性質を持つとして、實際上この訴訟類型の違いを問題としていない。そして、この判決は、訴訟形式論に余り拘泥することなく、その予防訴訟の実質に鑑み、訴えの利益の有無によって決しようとしたものと推測されるとしている。

(34) さしあたり、室井力ほか「コンメンタール行政事件訴訟法・国家賠償法」(日本評論社、二〇〇六年)四六三頁以下、南博方「高橋滋」条解行政事件訴訟法 第三次補訂版(弘文堂、二〇〇九年)七八八頁以下、阿部泰隆「行

政法解釈学Ⅱ」二二頁参照。

(35) 水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義六〇巻八号三〇頁は、処分の取消訴訟と当事者訴訟は「関連請求」として併合提起することが認められているとする。そして、水野は助成金不支給処分の取消しと、助成金の支給を受けた者の地位の確認訴訟を併合提起した例を挙げている。

なお、登録免許税の告知処分取消訴訟と納税義務不存在確認訴訟がともに可能である(最判平成一七・四・一四民集五九巻三三九四九頁、本誌一八九七号五頁)との判例があるが、これは、簡易迅速に還付を受けることができる手続的地位に処分性を認め、排他性を認めなかった例外である(阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一七一頁。源泉徴収税の納税の告知については、取消訴訟の対象となるが、納税義務の不存在確認訴訟を提起できるとの最判(昭和四五・一二・二四民集二四巻一三三二四三頁、本誌六一六号二八頁)も、納税の告知を課税処分ではなく、徴収処分として位置づけてそのような結論を導いたものであって、一般的に行政処分の公定力なり排他的管轄を否定したものではないから、同様であろう。高木光「租税判例百選四版」二二四頁。

(36) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」六二頁、七四頁、一一九頁、日井連「使える行政訴訟へ」『是正訴訟』の提案(日本評論社、二〇〇三年。興津征雄「違法は正と判決効」(弘文堂、二〇一〇年)は、この方向を示すものとして、共感を待つ。

(37) 加藤雅信・租税判例百選「第四版」一九三頁参照。

(38) 阿部「行政訴訟改革論」(有斐閣、一九九三年)一七六頁以下、阿部「後発的瑕疵と行政処分の効力」青色申告

承認処分が取り消されたことを前提として更正処分が行なわれた後、右青色申告承認取消処分が職権で取り消された場合における、更正処分の効力」判評二〇三三〇本誌七九五号(一九七六年)一三八頁以下。

(39) この判決に関する阿部泰隆評釈(判評六一二二〇本誌二〇八七号一六四頁以下(二〇一〇年)に詳しい。

(40) 阿部泰隆「違憲審査・法解釈における立法者意思の探求方法」(加藤一郎先生追悼論文集 変動する日本社会と法)(有斐閣、二〇一一年)六九頁以下で批判している。

(41) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅰ」一一八、一三〇頁。一六三頁以下。

(42) 藤田宙晴前最高裁判事は、最高裁判決は、裁判官と調査官の共同作業で、調査官判決というは誤っていると言われている(「法律学と裁判実務」法学七四巻五号一五頁(二〇一〇年))。しかし、筆者が最近出版した「最高裁上告不受理事件の諸相Ⅱ」(信山社、二〇一一年)で取り上げた事件も、本場に藤田判事が調査官ときちんと議論した上の結論なのか、日頃藤田教授の鋭い論説を知っている筆者としては、納得がいかないうところである。

(43) 「選択」(二〇一一年二月号)には、「門前払い」や審理方針で退りたい放題、「独善」目に余る最高裁の黒子たち」という調査官の実情報告があるが、なるほどという感想を持つてしまふ。調査官は民集登載報告における法曹判例解説だけではなく、却下判決でも名前を出すべきである。

(44) 福井秀夫ほか「新行政事件訴訟法」(新日本法規、二〇〇四年)三二二頁。

(45) 小林久起「行政事件訴訟法」(商事法務、二〇〇四年)四五九、四六〇頁に引用。塩野宏「行政法概念の諸相」

二九八頁も、行訴法九条二項は判例の固定化ではなく判例の見直しだということである。

(46) 高木光「原告適格の線引き」自治実務セミナー四九巻六号(二〇一〇年六月号)七頁は、本来、考慮要素としての「環境保全」は、性質上一个々人の利益」を保護する趣旨を含むものと考えなければならない、少なくとも、改正後の公有水面埋立法四条において「環境保全」という文言が挿入されていることは、「個々人の利益」を保護する趣旨の側に「推定」をもたらすものと解釈されなければならない、としている。

(47) 阿部泰隆「国土開発と環境保全」(日本評論社、一九八九年)三〇二頁。

(48) 高木光・前注(46)九頁。

(49) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」一六六頁、阿部泰隆「期間制限の不合理性」法の利用者の立場を無視した制度の改善を「小島武司先生古稀祝賀」民事司法の法理と政策、下巻(商事法務、二〇〇八年)一四五頁。

(50) 阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」二四〇、二四三頁。

(51) 野呂充「コンメンタール行政事件訴訟法Ⅱ〔第二版〕」(日本評論社、二〇〇六年)一五四頁以下、福井秀夫「行政事件訴訟法一〇条一項による自己の「法律上の利益」に関係のない違法の主張制限」(一)二〇〇四年改正法による原告適格の「法律上の利益」概念との関係を踏まえて」自治研究八四巻九号、一〇号(二〇〇八年)。さらに、角松生史「都市空間管理をめぐる私益と公益の交錯の側面」行訴法一〇条一項と「自己の法律上の利益」に係る関係のない違法」をめぐって」社会科学研究六一巻三二四号一三九頁以下

(二〇一〇年)があるが、角松自身は自己の見解を示していない。

三 職権調査事項から被告の抗弁事項に

1 問題提起

次に、民事訴訟法上、訴訟要件は、一般的には、職権調査事項であつて、被告の抗弁がなくても裁判所が職権で判断するときされている。そして、行政訴訟には、特例がない限り、民事訴訟が適用されるとして、この考え方がそのまま行政訴訟に適用されている。その結果、被告は、何も反論しなくても(あるいは簡単に反論すれば)済み、裁判所は当事者に釈明することもなく、突然思いもよらない職権判断を行う。

原告は、訴訟要件について裁判所が何を考えているのか、手探り状態で主張立証しなければならぬ。裁判所は原告に対して訴訟要件の具備について厳しい釈明を行う。したがって、原告は訴訟要件の壁を乗り越えるのに大変重い負担を負っている。これでは、行政事件訴訟法は、前記の通り、原告に、本案にたどり着かせないための巨大な防波堤を築いていることになり、行政救済法という学問分野は、行政の違法行為から私人を救済するのではなく、私人のまっとうな不服から行政を救済する法分野であるとの感を免れない。

筆者は、これは極めて不適切であり、本来行政訴訟の訴訟要件は学説の多くで説かれてるように、緩和すべきであるが、さらに、これを職権調査事項から、被告行政

側の抗弁事項に変更すべきであるという新説に思い至った。これは制度の問題ではなく、解釈の問題であるから、法改正しなくともできることである。

2 民訴法の考え方

(1) まず、民事訴訟においては、訴訟要件は公益に関わるから、私的自治の原則、処分権主義には任せられないとされるのが原則である。

なるほどそうであろうが、しかし、民事訴訟では、訴訟要件で訴えが門前払いになる例は限られている。訴訟要件とは、たとえば、新堂幸司⁽³⁾によれば、

① 被告および事件がわが裁判権に服すること。

② 裁判所が管轄権を有すること。

③ 訴訟係属を構成する行為の有効なこと。訴え提起行為の存在自体は、訴訟開始の要件で、それがなければ訴え却下の判決をする機会も生じないから、訴訟要件に属しない。訴訟能力や代理権の存在も、これらの行為を有効ならしめる要件の一つとして訴訟要件になる。

④ 当事者が実在し、かつ、当事者能力を有すること。

⑤ 原告が訴訟費用の担保提供の必要がないことまたは必要な担保を供したこと。

⑥ 併合の訴えまたは訴訟中の訴えであれば、その要件を具備すること。

⑦ 裁判所に審判権があること、訴え

の利益および当事者適格のあること。

このうち、わが国の裁判権、裁判管轄権、訴訟係属、当事者の存在など、必要な担保の不提供、訴えの併合の要件、二重起訴、訴えの利益などは、国家が裁判で取り上げてやるほどのことはいないという例である。

日本の裁判所に裁判権がなければ、裁判をしても無効であるからやむなしであり、二重起訴禁止は、別の訴訟では本案に入ることができないから、裁判を受ける権利の関係では問題なく、訴えの利益は、未だ裁判を行う利益はないが、いずれ裁判に熟することがあるので、そのときに裁判をするというものか、すでに訴えの利益がないので今更裁判を行っても意味がないというものである。管轄も、管轄権がある裁判所は存在し、わかりにくいときは移送するので、管轄違いでそもそも救済の窓口には入れないということはおそらく希有であろう。当事者が存在し、当事者能力を有すること、必要な担保を提供したことなどは当事者の責任である。当事者適格は、行政訴訟では、原告適格として頻りに争点になるが、民事の通常の訴訟では滅多に問題にならない。

しかも、これらの訴訟要件は、民事訴訟では、一般的には、原告にだけとか被告にだけ存在するというものでもなく、一方に有利というものではない。原告にだけ課される訴訟要件は、訴えの利益くらいであらうか。それも頻繁には問題にならない。こ

これらの訴訟要件のバリエーションは、大部分は、司法権が取り上げるべきかどうかという、公益性の観点からも是認されよう。

したがって、訴訟要件を職権調査事項とすることに於いて民事訴訟法においては、一般的には大きな支障はない。

(2) このように考察していたところ、萩澤達彦氏から、筆者の議論では、職権調査と弁論主義を混同していないかとの誤解の指摘と有用な示唆を頂いたので、さらに、これを引用する。

訴訟要件の種類	公益性の程度	訴訟要件の願慮	判断資料の収集
抗弁事項である訴訟要件	公益性希薄	当事者の申立て	当事者より提出(弁論主義)
抗弁事項でない通常の訴訟要件	公益性大きい	職権調査	当事者より提出(弁論主義)
抗弁事項でない通常の訴訟要件	公益性大きい	職権調査	裁判所の職権(職権探知)

(7) 職権調査事項と抗弁事項

訴訟要件は、民事訴訟制度による紛争解決の有効性・実効性という公益的要請に基づくものがほとんどである。そこで、裁判所は、これらについて職権で調査を開始するのが原則である(職権調査事項)。当事者が訴訟要件の存否につき争わなくてもこの調査を開始できる。もともと、訴訟要件の中には、当事者の利益のために訴訟要件とされていて、公益との関係がきわめて希薄であるものもある。これらについては、被告からの申立てにより調査を開始すれば

足り、申立てがなければ調査を開始できない(抗弁事項)。訴訟要件の大部分が職権調査事項であり、抗弁事項とされるものは仲裁の合意の存在、不起訴の合意の存在、訴訟費用の担保の不提供があるにすぎない。

(4) 判断資料収集についての職権探知と弁論主義

訴訟要件の存在を職権で顧慮するのが原則としても、その判断資料(訴訟要件を基礎づける事実やこれを証明すべき証拠)の収集をも職権でなすべきとは限らない。個々の訴訟要件ごとに、公益性・本案審理との密接性等を勘案して職権でも収集すべき(職権探知)か否かが決せられている。その欠缺を看過すると判決の無効を招来し、またその審理が本案審理とは切り離してできる、当事者の実在、裁判権や専属管轄あるいは訴訟能力などは職権探知事項である。これらについては、裁判所は、自ら事実・証拠を探知収集でき、当事者間で明白がなされてもそれに拘束されることはない。

訴えの利益や当事者適格は、判決による紛争解決の実効性にかかわる点では公益に関わるために職権調査事項ではあるものの、その性質上、弁論主義の支配する本案審理と密接に関連することから、その判断資料の収集の責任は当事者にあり、自由の拘束力も認められる(弁論主義)。また、応訴管轄(一二条)の認められる任意管轄も職権調査事項であるが、公益性が強いので、その判断資料の収集の責任は当事

者にある(弁論主義)。

抗弁事項は当事者の申立なくして顧慮することはできない以上、その資料収集についても当事者の権能かつ責任となる(弁論主義)。

3 行政訴訟の特殊性

これを踏まえて、行政訴訟の特殊性に配慮して、行政訴訟のあり方を考える。

ここでは、訴訟要件が存在することを前提に、それを職権調査事項から、被告の抗弁事項に変えるべきだという主張を行うものである。

被告の考えは、裁判所で主張されるので、原告としてはそれに反論すればすむかと思うと、裁判所は、法律問題だから職権で判断するというので、原告としては、冒頭で述べたように、どこから斬りつけられるのか、分からないのに、訴訟要件の存在を多方面から立証しなければならぬのである。原告は、被告が主張しないことでも、訴訟要件の不存在という裁判所の判断を想定して、あらかじめ主張しなければならぬし、裁判所は法律問題だから、裁判所が判断しますというだけなので、どれだけ主張すれば裁判所が納得するかが全く不明であるので、考えられるだけの主張をしなければならぬ。被告の方は、処分性がない、原告適格がない、訴訟類型を間違えている等といった、いい加減に判例を引用していれば済む。その結果、原告が訴訟要件を克服するために大変な負担を負い、しかもその努力が水泡に帰して、挫折する訴訟が非常に多い。その上、裁判所の構成が

変わると、前の裁判長の考えには拘束されないとはかり、原告適格があることを前提に審理が進んできたのに、原告適格について原告に厳しい要求をする裁判所がある(同じ構成の裁判所でも前言を翻すことがある)。それも、被告には主張させず、裁判所の考えも曖昧なまま、集団訴訟で、原告のうち誰かトツランナーを出せとの釈明もある。誰かをトツランナーにしたから、裁判所の理論ではその人に原告適格がないとかその人が転居したとかで原告適格がなくなることがあるので、うっかりこのような指示には乗れないのであるが、原告はきりきり舞いである。それも、原告訴訟であれば、原告からの距離が問題で、遠ければ利害関係は薄いだらう(量的な違いにすぎない)と一応言えるから、近い人をトツランナーにして、他の原告は訴えを取り下げて勝負するのは不合理ではない。しかし、集団訴訟でも、多数の原告の利益が量的な違いではなく、質的なものであることも少なくない。

開発許可を争った判例(最決平成12・10・13本誌一七三三頁)でも、原告は水利権を主張したり、農地の汚染を主張したり、種々異なるので、簡単に誰がトツランナーであるとは決められない。マンシヨンの建築確認を周辺住民が争う場合も、日照権、日害、騒音、景観など、人によって理由が違うので同様である。

しかも、訴訟要件と言っても、行政訴訟で問題となるものは、被告が十分な主張をしないことも裁判所が職権で取り上げて却下しなければならないほどの公益上の理由がある例はどれだけのところだろうか。基本的に裁判を受ける権利が保障されているのに、それに勝る公益はどれだけのところだろうか。民事訴訟法で言えば、不起訴の合意とか、担保の不提供といった程度の問題で、当事者に任せれば済むものが多いたのではない。当事者適格でも、民事訴訟とは異なり、行政訴訟の最大の関門である原告適格については、公益性が乏しいから、民事訴訟の頭で考えてはならないのではない。以下、これを検討しよう。

4 原告に大きな負担をかけることは不適当

原告適格の判断のための資料の提出は原告の責任であると考えられているが、それについて厳格な要求をすれば、原告はそれだけで疲弊する。原告適格の判定は、無用な訴訟を排除する、単なる窓口ためであるから、その判定のために丁寧な事実認定などが必要になるのは不合理である。大きな不利益を受ける可能性のある原告が誰かれば、ほかに誰がいようと関係なく、本案に進むべきである。場外車券売り場に関する前記の最判は、原告に具体的な不利益を訴訟要件の段階で立証せよとするもので、原告に過大な負担を課す。原告適格の基本的な視点を理解していない。行政訴訟では本案前の審理に日時を費やしすぎている。

原告適格がない事案を取り上げたら、国が崩壊するとか法秩序が崩れるような重大なことはなく、被告と裁判所が不要な訴

訟の相手をして苦勞するだけである。それは原告適格を立証する原告の負担と比べれば、たいしたことがないというべきである。

前記の場外車券売り場の判例を繰り返すと、近隣の医療機関には原告適格を認めるほかに、近隣住民の原告適格を肯定したら、司法制度に大きな支障が生ずるのであるうか。どっちも医療機関に原告適格があ

れば、本案に入るのである。被告が、裁判所が納得するほどの主張をしなければ、原告適格を認めても、他に影響するほどのことではなく、当事者間で相対的に解決したら、非常に困ることもあるまい。裁判所がわざわざ原告適格の有無の審理を職権で行い、その判断材料の提出を原告に厳しく求めるのは、被告の味方をしているもので、不公平である。

理論面でも、原告の負担が重い。前記鉄道運賃値下げ命令義務付け訴訟では、沿線住民で頻繁に当該鉄道を利用する者、定期利用者、沿線住民を雇用して通勤手当を払っている会社が原告である。被告は、原告適格を否定した近鉄特急料金訴訟の最判（平成元・4・13本誌一二三三号一二二頁）や、その理論に従う東京高裁判平成二一年〇月二一日判決（裁判所ウエブサイト）に従った理論構成をしたが、原告としては、裁判所がどう考えるかわからないのので、それを攻撃するだけではなく、鉄道利用者を中心とする消費者訴訟として位置づけて、近鉄特急料金訴訟最判自体が当時としても誤っていること、少なくとも、根拠

法律が地方鉄道法から鉄道事業法に変わり、行訴法九条も改正され、原告らの負担も単なる特急料金ではなく、日常の生活費に大きく食い込むので、判例変更の手續を要せずに、その射程外として、原告適格が認められるべきであると主張しているが、それは一つの論文になるような代物である。⁽⁵⁵⁾そこで書いても、まだ足りないのである。

5 職権による予想外の判断は不当

前記二(26)君が代斉唱・国歌起立東京高裁判決の誤り、通達処分性を突如肯定、差止訴訟却下で述べた、東京高裁平成三三年一月二八日判決は、通達処分性などと、聞いたこともない説を唱えて、これまで認められていた訴えを職権で却下した。裁判所は、法律問題は裁判所の専権だと言

うが、最終的には裁判所が判断することであって、当事者に主張させなければ、優れた法律論を生み出すのは難しいはずである。

(1) 原告適格

筆者が、既存業者を代理して提起した一般廃棄物処理業の新規許可取消訴訟では、

裁判所が、被告に対して、原告適格はともかくとして本案について答弁せよと指揮したのに、被告は、疑惑を持たれている新規許可業者の申請書類を提出せず、最大の争点は、原告適格の有無であるとかんばるので、原告適格の有無について中間判決を下すとして結審した。結果は、驚くなかれ、原告適格なしの却下終局判決であった（鹿

児島地判平成二年五月二五日、福岡高裁宮崎支判平成二年一月二四日。しかも、原告としては丁寧な理論構成をしたのに、被告は法律論としては簡単な主張しかしていないかったが、一審裁判所は、既存業者に原告適格を認めると新規業者の営業の自由を侵害するとして、原告適格を否定した。これは、被告も主張しない理論を突然創造したものであり、しかし、そのような判断は、公衆浴場の新規許可に対する既存業者の原告適格を認めた判例（最判昭和37・1・19民集一六巻一号五七頁、本誌二九〇号六頁）からはおよそ想定できない。高裁は、これへの批判に何ら答えずに控訴を棄却した。これではおよそ公平な裁判ではない。

なお、原告適格の有無なら、きちんと理論構成して、八月に提起したのであるから、被告の反論を待つて、一〇月には決着が付くように審理すべきであつた。九、一、一、三月と四回も口頭弁論をやつたが、本案に入ることなく三月に結審したので、原告適格の審理に過大な時間をかけ、原告の負担と迅速な救済を軽視していると思ふ。

の不合理

不服申立期間については、訴訟法時代有
 恕の規定があり、異議申立期間経過後三年
 一〇ヶ月も経てから、期間の点では有恕さ
 れて、実体につき審理され棄却されたのた
 で、取消訴訟を提起したところ、裁判所で
 は、異議申立期間経過後三年一〇ヶ月も経

てから、申立てを受理すべき有恕事由がない場合には、行政庁はその裁量により異議を受理することは許されないと、訴願棄却決定の取消訴訟の利益はないとされた例がある（最判昭和30・12・6民集九卷一三号一九六〇頁、本誌六九号六頁）。

側に困ることはなく、行政処分の安定性と
言つても、第三者に大きな影響がなけれ
ば、権利救済の機会を、訴願期間を超えて
認めても、公益上重大な問題は生じない。
わざわざ最高裁判所で、訴えの利益がない
等という判断をするほどのことはない（こ
の事件は農地買収処分であつたので、被売
渡人の権利に影響があるというなら、その
説明をすべきであつた）。

不服申立てをした後に出訴するときの出訴期間は、当時の行訴法一四條四項が「知った日から起算する」と規定しているため、一般の初日不算入の原則に反して、初日を算入すると解すべきだとして、却下された例（最判昭和52・2・17民集三一巻一頁五〇頁、本誌八四五号四六頁）では、わずか一日の違いであり、それに遅れたからといって、公益が害されるわけではない。

むしろ、たかが一日遅れようと、行政側は書類をきちんと保存しているわけであるし、そもそもやつと期限を守って出訴しても、その訴状を被告に送達するのに、二、三日で前記したように、約一ヶ月かかっていることが多く、かつ、第一回法廷はさらに一、二ヶ月かかり、しかも、被告は第一回期日では、中身のある答弁（本案について

丁寧な答弁)をしないことが少なくないから、原告にだけ期限の遵守について厳しい基準を課する理由は全くないのである。およそ比例原則に反する解釈である。なお、この初日算入の規定は行訴法の改正で廃止されたので、一歩前進である。

この正当な理由は、原告の立証責任に属するとされているが、出訴期間が行政側を守る制度であることに鑑みれば、本来なら、期間を徒過した出訴は受け入れられない正当な理由の立証責任を被告の方に課すべきである。

(3) 処分との教示のあった勧告に対する取消訴訟の却下

都の消費生活条例に基づく勧告について、処分との前提で行政訴訟を提起できるとの教示があったので、処分取消訴訟を提起したら、裁判所が、処分ではないとして却下した例がある(東京地裁平成二〇年三月一四日)。これは、処分かどうかは客観的に決まっているから、都が誤って教示したからと言って、処分でないものが処分になるわけではないという優等生的な答案であるが、勧告の処分訴訟を認めたところで、公益が害されるほどであろうか。その事件で本案に入り、場合によっては、勧告が違法であるとの判断がなされるだけのことである。被告Ⅱ都Ⅱ処分庁は勧告を処分としているのであるし、処分でないとするれば、これを当事者訴訟の中の確認訴訟とか別の訴訟を認めることになるのであるから、ど

ちうち訴訟制度の利用は認めるわけで、取消訴訟のルートを確認すると公益が害されるほどではない。それよりは、原告に迅速な救済の途を開くことが公益である。民訴的に言えば、教示があったことは不起訴の合意なり管轄の合意に類似する発想で、処分Ⅱ抗告訴訟の合意があったと見れば、それを裁判所が職権で覆す公益性はないと言わなくてはならない。

6 まとめ、解決の方法、職権調査事項からの除外

以上のように、行政訴訟固有の訴訟要件には裁判所が職権で判断すべき公益の問題はないのが普通である。しかも、訴訟要件は職権調査事項であるとの明文の規定もない。民訴の理論では、一般に(多くの場合には)そのように解されているだけである。民訴で出てくる例でも前記のように公益性が乏しければ職権調査事項ではなくなる。行政訴訟に出てくる例はそうした例外的なものであるから、民訴の普通の理論をそのまま行政訴訟に適用するのは間違っている。

そこで、行政事件訴訟法では、訴訟要件の不充足は、被告が抗弁しなければならないと定めるべきであるし、またそのような規定がなくとも、解釈上、裁判を受ける権利の実効性を基本に、行政事件訴訟法一条、七条を柔軟に解して、同様に解すべきである。

そうなれば、行政訴訟においても、ライオンは一匹になるのである。原告と被告は、多少は対等になるし、裁判所の予想外の判断で原告が敗訴することもなくなる。

(53) 新堂幸司「民事訴訟法第4版」(弘

文堂、平成二〇年)二二六頁。

(54) 以上、小林秀之編「法学講義民事訴訟法」(悠々社、二〇〇六年)一四七頁、一四八頁(秋澤達彦執筆)。

(55) 阿部泰隆「鉄道運賃値下げ命令義務付け訴訟における鉄道利用者の原告適格」自治研究八七巻六号、七号(二〇一二年)。

四 訴訟要件を充足する事実に関する原告の立証責任の緩和

その要件の充足についても、原告に重い負担を負わせないような運用が必要である。訴訟要件充足の有無を判断する資料の収集についても、職権探知と弁論主義がある。現在の裁判所は訴訟要件についても弁論主義の適用を認めて、原告に立証責任を課し、その主張立証がないから原告適格は認められないなどと判示するのが通例である。

しかし、訴訟要件は職権調査事項であるとするなら、事実関係については原告の不利に弁論主義の適用を認めるのは適当ではない。職権調査事項であるなら、裁判所は原告の主張がないなどという理由ではなく、原告に有利に職権調査すべきであるし、原告に対してこういう点を主張立証してはどうか、こういう資料はないのかと釈明権を行使すべきである。そのためには、まず裁判所が原告適格に関する規範を定立してそれを当事者に示すべきであり、それに基づいて、論争の上、双方に具体的事実の提示を求めるのがあるべき姿ではないか。

(56) 司法研修所編「改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究」

(法曹会、二〇〇〇年)一一二頁。

山村恒年「主張責任・立証責任」『行政法大系5』(有斐閣、一九八四年)一九二頁Ⅱ山村恒年『行政過程と行政訴訟』(信山社、一九九五年)二三三頁は原告適格の有無に関して疎明説を採っている。

五 最後に、お願い

1 目的規定、解釈規定の創設
訴訟要件は、行政訴訟で問題となる多くの例では、職権調査事項とすべきではないとのこの私見が採用されなくても、次の考え方をすべきである。

行訴法の冒頭に、裁判の指針規定が必要である。権利救済の実効性を図ること、両当事者の対等性を確保すること、救済ルールを明確にすることという規定を置くべきである。これは国会附帯決議に入っただけで、それだけでは裁判官の頭には浸透しないので、明文の規定がほしいのである。そうすれば、訴訟要件の解釈について、被告を応援するかのような訴訟指揮、判決釈明は激減し、原告側も多少は訴訟を遂行しやすくなるであろう。

2 学界、裁判所へのお願い、大局を見よ

行政事件訴訟法とは、処分を違法として取り消すために審理をしやすくなるような規定をおいているのではなく、訴訟の土俵に乗せるかどうかという、門前の排除システムⅡ訴訟要件の規定が大部分である。それは、無用な訴訟を排除して、裁判所の資源を本当に審理を要する事件に集中させ、

また、被告の無用な負担を防止するためである。

ところが、いつの間にか、この訴訟要件の解釈が自己目的化してしまっている。行政法研究者は、訴訟要件について精緻な解釈論を展開する。しかし、訴訟要件は、もっぱら訴訟を提起する原告にだけ課された負担である。そのため、訴訟要件の理論が複雑になればなるほど、(しばしば、権利救済拡大の意図に反し)原告は精緻な理論を構築しなければならないので、負担が重くなる。

判例には、訴訟要件をなるべく厳しめに解釈・適用しようとする雰囲気、傾向が看取される。小田急訴訟でも、原告適格が最高裁で決着付くのに一年もかかった(平成六年訴え提起、最大判平成17・12・7民集五九卷一〇号二六四五頁、本誌一九二〇号一三頁)。もんじゅ訴訟も、昭和六〇年に訴えを提起して上告審が差し戻して、再度の上告審判決(平成17・5・30民集五九卷四号六七頁、本誌一九〇九号八頁)が出るまで、実に二〇年かかった。

これでは、裁判所はなぜか、権利救済を求める原告に、土俵にさえ上がらせず、行政の守護神となることに信念をもっているのではないかと疑念を感じることが多い。また、先例となる判例を硬直的に適用し、また事案が異なるのに、事案にあさわしい解決をしない。判例を批判しても、判例の定式をそのまま適用し、批判には答ええない。権利救済の実効性を、裁判を受ける権利から導いたドイツとは大違いである。

被告は、原告適格なし、処分性なしと、適宜、本案前の答弁をすれば、原告がこれを認めよと、丁寧な主張をしなければならぬ。その間、被告は、本案の答弁をしない。裁判では、訴訟要件の審理で、当面空転する。原告団も疲れ、集団訴訟でも、出廷しなくなる。そうすると、裁判所は、この訴訟に共感を持つ者はごく少しかと安心して、訴えを退ける方に傾く。

そこで、解釈学としては、原告と被告の公平な負担の理念、訴訟要件とは、無用な訴訟を排除して、被告と裁判所の過大な負担を防止するものであり、本案について理由のある訴えを門前払いにして、裁判所と被告が案をするための制度ではないという、基本に戻って、訴訟要件論を身軽にする方向で、工夫すべきである。

ちなみに、若いときフランス法を勉強したが、フランスの行政裁判では、原告適格は極めて緩く認められ、理由もほとんど付いていない。これでは理論的に参考にならない、理論水準は低いと思ったが、今考えると、たかが原告適格や訴えの利益についてこ難しい理論をこねて、原告に負担を課してはならないという判例政策だと考えると、フランスの裁判官は賢明なのだと思えるに至った。

こうすれば、些末な、密林の中を迷うような解釈ではなく、原告に無用な負担をかけるない解釈がなされるのである。

裁判所には、このような視点から審理されることをお願いしたい。本来、裁判所とはそういうものであり、訴えを門前払いに

する理論の開発に熱心になつていて裁判所や研究者はあつてはならないものであり、少なくとも権利救済を拡大するためであっても、細かい理論を開発することは本来あつてはならないものである。

3 立法担当者の課題

こうした問題は、行訴法が再改正されるまでは解釈論で解決しなければならぬので、上述の主張をしたが、再改正されるときは、訴訟要件を緩和するだけではなく、上述の視点を入れていただきたいと思う。

行訴法改正となれば、主管省は法務省であるし、最高裁とも意見が一致しないと進まない扱いになっている。側聞するところ、法務省も最高裁も、再改正にあまり積極的ではないと聞く(「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会」<http://www.sho.jihom.or.jp/gvoso.html>参照)。

しかし、本来、行政訴訟の改正の適任者は、法務省、裁判所ではない。法務省は、国を被告とする訴訟の代理人であるから、行政訴訟はなるべく「行政を救済」する制度のままの方がありがたいというバイアスがかかり、権利救済の実効性を確保する観点での改正には熱が入らない組織である。裁判所なら、忌避とは言わなくても、回避くらしいはせざるを得ない関係にある。そのような組織に法改正を担当させるしくみが間違っている。したがって、行訴法の改正も、本来は、内閣府で担当すべきである。

裁判所は、行訴法の運用を行う。裁判所のスタンスは、これまでの様子を見ると、解釈論と立法論の区別が付いていない。典

型的なのは、原告適格である。九条二項も、判例の最先端のものを取り込んだというスタンスであるが、判例はこれまでの法律と考え方に縛られているので、立法の段階ではそれをリセットするという発想が必要である。しかし、裁判所にはそのような視点がない。行訴法改正の際には事務局が資料として多数の判例を提出していたが、それが妥当だという前提でそれを整理することが立法なのではない。そうした判例ではいかに不合理が生ずるかを明らかにして、これまでの解釈を乗り越えることが立法の任務なのである。その意味で、裁判所も、立法の適任者ではない。

もともと、行政改革では、「まな板の鯉に包丁を握らせるな」と言われて、行政官を外して検討された。司法改革も、行政訴訟改革も、今の裁判所の運用、判例に権利救済の実効性の観点から問題が多いからこそ始まったのであるから、裁判所を外さないと本場の改革にならないのである。

このようにいうと、法務省、裁判所を敵に回すことで、とても実現できる話ではないとの反論があることは百も承知だが、法務省も裁判所も、自分たちがやっている解釈論では裁判を受ける権利の実効性を確保していないのではないかと、原告の立場に立つて考え、立法的解決がある方が望ましいと思つてほしい。筆者はまだ残っている裁判官の良識派に期待しているのである。

立法は、本来政治が行うことであつて、政治家が、裁判を受ける権利に実効性を与

える観点から行訴法を改正し直せと、「政治主導」で指示すべきなのである。民主党が行政案件なら、政治主導といいつつ、司法案件となると、実際には司法官主導となるのでは、およそ首尾一貫していない。司法の窮状を救うのは政治なのである。

(57) 阿部泰隆「フランス行政訴訟論」(有斐閣、一九七二年)。

【追記・裁判所の誤りの責任】

前記二(6)で批判した東京高判平成三年一月二八日の上告審である最高裁第一小法廷平成三年(ホ)一七七号 国歌斉唱義務不存在確認等請求事件平成四年二月九日判決(最高裁H.P.)は、高裁のつた通達の処分性論を否定して、普通の処分性論に戻った。すなわち、本件通達は一箇々の教職員を名宛人とするものではなく、本件職務命令の発出を待たずに当該通達自体によって個々の教職員に具体的な義務を課すものではない。」と。ただ、ここで、「本件通達をもって、本件職務命令と不可分一体のものとしてこれと同視することはできず、本件職務命令を受ける教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせる」との高裁判断を否定した理由として、本件職務命令を発することは、本件通達によれば裁量となつてゐるからとするのは理解しがたい。もし通達で、職務命令の内容を裁量の余地のないように規定していたら、通達は、教職員に向けられていないのに処分となるのであろうか。

次に、本判決は、懲戒処分の差止訴訟を

適法とした一審判決(東京地判平成18・9・21本誌一九五二号四四頁)を維持した。その訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」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も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」とした。しかし、命令に違反した者に対する処分のうち、最高裁は、戒告は適法であるとしており(最判平成四年一月一六日)、減給処分及び停職処分が裁量濫用となるかは現時点では判断できないとして、本案において差止めを認めなかった。

さらに、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(東京都に対するもの)は、行政処分以外の処遇上の不利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して、確認の利益を肯定したが、同様に本案は理由なしとした。

差止訴訟、確認訴訟を適法としたことは正当として評価される。

この高裁判決は、私見だけではなくこの最高裁判決によつても、処分性と訴訟類型に関し全く的外れた理論構成で訴えを排斥したことになるから、原告は実質的には高裁を失つたのであり、三審制の保障に反し、実は二審制に陥つてゐる。しかも、最

高裁の判断によつても高裁判決に誤りがあるのに、訴訟の総費用を原告負担とするのは不正義であり、高裁における費用は高裁に負担させるべきである(現行民訴法六一条以下を改正すべきであるし、裁判を受ける権利からそのように解すべきである)。

なお、最近最高裁のホームページに掲載された最高裁判所第三小法廷平成二(ホ)七八七号、平成四年二月六日判決(債権管理回収業に関する特別措置法違反被告事件)も、被告人が三審制の保障を完全に奪われた事件であるので、関連して説明させていただく。

これは、サービサー法(債権管理回収業に関する特別措置法)三条違反事件で、弁護士でない者が債権を買受けて回収することは、事件性、紛争性がなくとも犯罪であるとした一、二審判決の後に、まず筆者が、被告人からそれまでの弁護士に代わつて委任されて、事件受理申立てをして、事件性・紛争性がなければ、犯罪ではない(最大判昭和四十六年七月一四日刑集二五巻五号六九〇頁、本誌六三六号二六頁)ので、原判決は法解釈を明白に誤つてゐる、

検察官の公訴事実にも事件性があることは記載されていないので、犯罪構成要件の記載はないことになり、公訴棄却すべきだ、本件の債権回収方法は、正常な商取引として認められてゐると主張したが、不受理となつた。そして、相代理人と上告趣意書を提出して、こうした債権回収は紛争性・事件性がなければ違法ではない(最判平成四年一月二二日民集五六巻一号一二三頁、

本誌一七七五号四六頁)ので原判決の法解釈は明らかに誤つてゐる、この債権回収方法に事件性がない等の主張をしたところ、最高裁は、上告理由には当たらないとして、職権で、事件性がなければ違法ではない(したがって、原判決の法解釈は誤つてゐる)ことを認めつつ、この買受けた債権の性質と、被告人の債権回収方法では事件性があると判断したのである。

しかし、事件性の有無については犯罪構成要件として、一、二審でちゃんと審理されてゐないのであるから、本来破棄差し戻すべきである。これでは、被告人は、一、二審では争点に適合した審理を受けられず、最高裁では、事実審理が不十分なまま有罪とされたもので、日本には司法権がないと嘆くしかないものである。しかも、この裁判費用は、法解釈を誤つた一、二審の分まで被告人負担とされるのであるから、全く不正義である。

(中央大学教授・弁護士)