

1 取消訴訟の対象の拡大（行政立法、行政計画、通達、行政指導など）

人身の自由、人の収容などの領域は、行政訴訟にしているのか。

国民の権利義務に直接影響を与えない範囲まで、取消訴訟の対象を広げていくかどうかは、司法権の本来の範囲を超えないように慎重に考える必要。

通達、要綱等を争わせてはどうかという問題もあるが、通達一般が問題なのではなく、何が問題なのかというレベルで議論したい。

通達とか、行政指導とか、カテゴリーで考えられてきたものについて、個別の紛争に即した解決の仕方を考えるべき。取消訴訟でなくとも、処分以外の行為を対象とする行政権限行使の違法確認の訴えなどで、個別の救済に即して違法のチェックができる。行政指導は、ある段階で違法確認という形でやっている。

行政指導一般になると、私人間での勧告、指導、助言とどう違うかということがあり、特別の訴訟制度に乗せる必要があるか。一般の行政指導ではなく、法律に基づいて勧告するとか、行政指導に限らず、法律が行政機関にミッションを課し、基準まで示している場合、それを守らないで行政庁がその趣旨に反して行為をした時、行政庁のミッションに反していることを法律の規定との関係で審査してもらう道を整備しておけば、有効。民訴でできるかということ確認の利益の問題がある。それに対して行政庁が法律違反の行動をとっている場合に早めの段階で行政訴訟で判断をしていく類型を取ることに意味がある。

警察からの警告を放置すると刑罰がかかるので、警告の段階で争えるようにするなど、早期の権利保護となる。

刑事手続でないと違法か適法が決まらない通達については、事前に有効無効を確認できる方がいい。通達で実質的に後々のことを規定していて、あとで権

利関係に影響を与えるものについては、是正できる手段が必要。

「行政目的を可及的速やかに達成する必要性」と「権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性」という二つの要請のバランスを勘案して、通常の民事訴訟とは違う出訴期間の制限を伴った取消訴訟という制度を作ったことは、取消訴訟をきちんと説明している。二つの要請のバランスを取る取消訴訟の制度は必要だが、対象範囲は最小限に絞るべき。

公権力の行使という観念を軸にしないで、行政訴訟制度を考えていく必要。取消訴訟は、行政の活動を直接的に攻撃する点で民事訴訟にない特別性がある。

「行政処分」の中には、行政上の計画等は入ってこないとされている。取消訴訟を維持することを前提として、行政処分の概念を広げた方がいい。

行政立法又は行政計画の段階ではなく、処分の段階で救済する今の仕組みは、結果的に社会経済活動に大きなコストを発生させているので、もう少し前段階でチェックが入った方が社会経済的にもトータルではコストミニマムにいく。実際の行政は行政立法で決まるので、そのチェック機能が要る。

取消訴訟の対象を広くすべきという議論があり、計画立案過程を対象にすべき等の、幅広い意見が多く、色々な問題があることで、簡単ではない。

将来、被害や損害が発生する恐れがあるときに計画策定段階で訴えることができるとするとい。

土地区画整理事業計画決定なども、取消訴訟の対象とした方がいい。違法の判断をしても救済に繋がらないなど、様々な事情を判断し、訴えの利益によつてきめの細かい議論をしていくべきだ。

条例で課税が決まっているものは、賦課処分がされるまで手をこまねいてい

なければならないのは合理性がない。計画も、後から権利利益に関係する処分、規制が行われることは間違いのないものは、争わせないとおかしい。

## 2 確認訴訟

勧告をして、公表して、従わないと処分をすることがあり、その勧告は、行政手続法の行政指導とされていて行政処分にならない。そうした時に、確認訴訟は、差し止めの機能として、きくのではないか。

確認の利益について、民事訴訟の確認の利益の基本的なものと、行政訴訟特有の確認の利益が違うか。基本は、民事の場合と同じ確認の利益ではないか。

行政計画、政省令を含めて、法律上効力があるから、その効力によって不利益を受ける、あるいはそれに続く処分によって不利益を受ける恐れがあれば、今の法律でも確認の利益がある。

## 3 義務づけ訴訟

不作為の場合、請求権を行使して、何々をせよ、という作為を求める訴訟はあまり出でおらず、規範として実体法が組み立てられていることは、稀な場合だ。稀な場合があるが、作為請求は、一義的なものでないと、裁判所が行政に代わるということとはできない。

義務付けは、司法が、積極的に行政行為をいくつかの選択肢の中から一つ選び得るといふ、一義性がないとできない。行政裁量が残っている場合は、裁判所は行政にとって代われない、という制約がある。実体法から見てこれしかない、となっている規定は少ない。不作為の違法確認訴訟で、申請に対して応答しなければいけないのははっきりしているので判断しやすいが、申請権がないところである行為をしなければいけないというのは、創設的に考えなければならない。

ドイツの場合には、義務付け訴訟を訴訟形式として認め、あとは本案で、義務があるか、請求権があるか、の問題になり、その義務を認められるかによって義務付け判決がされるが、日本では、そもそも裁判所が行政庁の懐にまで立ち入っているのか、そもそもそういう権限があるか、ということがあり、ドイツでは解決されていることが、日本ではまだ入り口で解決されていない。

義務付け判決に適する状態に達した場合に義務付け判決ができ、特定の義務付けができなければ、行政庁の判断は間違いだ、と差し戻し的な判決ができてしかるべきだ。柔軟にできれば、みなし拒否処分の仕組みは不要。

申請権がないときに、ある措置をしろという請求権は、どこから導くのか。法治国、法の支配、基本的人権などの道具立てが必要だ。

当人に対して権力を発動する義務の一義性ということと、その当人が請求権を持っているということは別。

不作為の違法確認訴訟は残してもいいが、義務付け訴訟ないし義務確認訴訟を法定すべきである。

申請がなくても除却命令の発動義務があるという類型は、ないとおかしい。効果裁量を置いていても、こういう場合にまで不作為を認める趣旨ではない、と建築基準法上読みとれる領域は、明文になくとも存在している。除却命令でも、いろいろな選択肢があるので裁量を絞るのは難しいが、是正に寄与する除却命令を出してないことが違法だ、という確認はあり得る。

処分をすべきなのにしない場合、裁判所が違法確認までしかできないと判断した場合には、不作為が違法という判決をすればいいし、作為をすべきことが一義的に判断できる場合は、義務付け判決をすればいい。不作為の違法を争う裁判の中で、違法確認判決をするか、義務付け判決までするかは、ケースごと

に裁判所が判断すればいい。どういう場合にできるか一般的な要件を法律に定めておく必要があるが、義務付け訴訟で請求しても、裁判所が違法確認にとどめるべきだと判断すれば、一部認容という形で、違法確認判決をしてよい。

不作為のために権利利益が侵害されている場合には、人格権から請求権が裏付けられる。規制権限を持っている行政庁が規制する義務があるにもかかわらずしないために権利利益が侵害されている場合には、規定はないが、人格権が侵害されていることで規制を求める裁判が認められていい。

#### 4 差止め訴訟

差止めについてみると、人格権に基づくものは可能とされているので、行政独自のものを考えると難しい。

人格権の侵害ではなく、地位を失わせしめる等、営業の関係などで差し止めていくのか。

#### 5 行政に対する救済を求める国民の権利

ドイツでは請求権思想は大変強い。守られるべきものを守る、そういう制度であることは必要だが、そこへ行く道は必ずしも請求権思想のみではない。

行政上の関係は請求権、権利義務関係に還元しにくく、行政機関の決定の結果どういう権利義務関係が生ずるべきか、というところまでいかずに、行政機関の決定は法令に照らして違法か、という形での判断を求める道を民事の場合よりも広く行政の特殊性に応じて認めることが便利だ。

国民の側から見ると、権利については憲法等で規定されている人格権とか財産権とか生存権からも当然申し立てられるのがやりやすい。

請求権概念を使うかどうかはともかく、行政活動についても民事訴訟で適法違法が判断できないというドグマはないから、行政機関の違法活動については行政訴訟の手続がなければ民事訴訟で救済する方法が当然裁判を受ける権利という憲法上の権利から存在している。

違法な行政に対する国民の権利救済を実効的にする観点でいかなる救済手段が認められるべきかという救済の視点からの検討が必要。行政活動によって生ずる権利利益の侵害について、国民の行政に対する救済を求める基本的な権利をどのように定めるかという根本的な視点、グランドデザインを頭の中において議論をしないとイケない。

行訴法が充実すると、個別法が整備されなければ救済がされないということではなく、実体法も生まれてくる。ドイツの結果除去請求権は、実定法上どこにも書いていないが、訴訟で裁判官が生み出した実体法だ。判例の段階で、権利が生み出される。それを意識しながら、行訴法を整備、充実することで効果があげられる。

「国又は公共団体に対しても必要な救済を求める請求権が生ずるという考え方」をとるとということも十分可能。

## 6 取消訴訟の排他性・民事訴訟との関係

三権分立の基本的な構造からすると、まず行政権の発動があった後、それを司法審査していくことがその守備範囲に一番かなう。行政裁量が留保された段階で、司法権が仮定的な前提を置きながら判断することは難しいので、取消訴訟中心主義と言われる現行の考え方は、原則的な形態としては合理的。

排他性あるいは出訴期間は、単に行政救済の問題だけではなく行政の作用のあり方、行政の仕組みと密接に関連している。廃止すると、個々の行政行為が円滑、効率的に遂行できるか、コスト的にもそれで遂行できるかという検証が

必要。

取消訴訟の排他性については、行訴法には規定がなく、取消訴訟の対象になる行為の性質により異なるので、排他性についての規定は置かなくていい。

民事訴訟に対する関係での排他性、出訴期間の問題についても必要なものについて個別法で定め、そうでなければそういうものはないということでもいい。

排他性を備えた処分、出訴期間を備えた行政決定を一般法の形で書ききるか、それとも一般法にはそういうものがあることを前提として、個別法で整理をしていくか。立法者は国会だけではなく、市町村、都道府県、条例制定権を持っている組合があることを前提に考えなければいけない。

排他性のない行政決定という訴訟を認め、民訴でも行けることにすると、コストパフォーマンスはどうか。行政処分について、処分は教示するという仕組みが出来上がると、一々実体法で引き直す必要はない。

取消訴訟の対象を広げると、出訴期間の制限、排他性がかかってくることがあり、排他性の問題と出訴期間の問題を切り離す方向で取消訴訟の対象を決めることはできないか。

行政訴訟の対象を広くするが、同じ裁判が民事訴訟でもやれることにして、行政訴訟の対象を広くし、出訴期間は、本当に必要な部分だけに限るべき。

行政訴訟制度を使う必要がある根拠を明らかにし、民事訴訟と別のシステムが合理的かを個別に検証して制度化していくべき。

二つの訴訟制度を認めると選択の問題が生じ、これを排他的に捉えると使い勝手の悪いことになる。民事訴訟と行政訴訟の選択は、当事者に任せるべき。民事訴訟で十分でない部分を行政訴訟でやり、行政訴訟でやるからといって民

事訴訟はできないとはしないことが大前提になる。

被告が同じになれば、請求の趣旨が同じであれば、民事訴訟と行政訴訟は原告が決めることではなく、裁判所がどの訴訟形式を適用するかという問題。

取消訴訟の位置付けだが、行政の行為のうち、出訴期間と排他性を伴った形でしか争わせないようにして、法的な権利関係の安定を図る必要があるものは存在する。典型的な行政処分はいつまでも争うわけにはいかず、そのために取消訴訟の制度が存在している。

排他性は、その行為自体の覆滅を目指す別の手段を用いることはできないという内容のことを確認的に書けば、過度の運用拡張は防げる。排他性の縮減はしたい。

## 7 行政決定を対象とする訴訟

取消訴訟の対象を「行政上の意思決定」にする案は、どの範囲を対象にして、どんな効果を生ずるか、漠然としていないか。処分要件の充足を考えるやり方は、民事訴訟の審理のやり方となじんでおり、わかりやすい。「行政上の意思決定」とした時には、判断の方式については、どうやって裁判規範にするか。

行政の意思決定を含むべきとの考え方については、行政の意思決定という形で入れて訴えの利益で判断するのは、非常にたくさんの部分が入り、その中から抜けるものもかなりあるので、賛成しかねる。別類型にし、審査しやすい要件を立てた方が規範を適用する意味ではやりやすい。

出訴期間及び排他性付きの訴訟でなければいけないという証明ができないものは、そのような特権を与える必要はない。その場合には、広い範囲の行政決定を対象とした訴訟が認められていい。申請をして拒否処分を受けた場合には、出訴期間・排他性付きの訴訟である必要はなく、特別に短い出訴期間を定める

必要もない。請求権の主張・立証をすれば義務付け訴訟（給付訴訟）を起こせばいいし、違法確認を求めることでもいい。共通的・基本的には、行政決定の違法性を認定してもらう訴訟をおけばいい。

行政決定ないし行政上の意思決定では広すぎる。国民に対する決定、など、純然たる内部的準備的な作業を除く工夫をするかは別として、訴えの利益で判断はできる。違法である場合の是正は取消しということで取消訴訟と言っているが、是正という方が取消し以外にも必要な是正措置があることが表現できる。

行政上の意思決定で括って後は訴えの利益を基準とするのは乱暴。行政決定に関する是正訴訟を作り、公定力があると言われていた行政処分を第一種行政決定とし、それには出訴期間や排他性がつくこととし、その他に第二種行政決定として広い意味での行政決定の定義に当たるものについて、個別に訴えの利益が認められればその訴訟形式に乗せるプランであれば多少は改善される。

「行政上の意思決定」という漠然とした規定でいい。行政処分の観念から切り離すということで、従来の範囲よりも広い。内容は、今後の学説、判例に委ねることでもいい。

請求の特定は、審理の対象を枠付ける重要な意味がある。請求とそれを裏付ける原因事実とで請求が固まるので、請求自体が動いてしまうと、仮定的な話が広がる。何が当事者にとって有利かは一義的には決まらないので、当事者として何を望んでいるのかは、当事者が自分の責任において判断していく基本構造は維持しないと、訴訟が多岐にわたり仮定的な複雑なものになって、遅延につながりかねない。

取消訴訟によって取り消される事件は、拘束力で行政庁は対応しているので、それを給付判決の形にすることに審理の手間をかける意味があるか。

行政庁の決定を争うと考えた場合、求める判決は後に特定することもよい。

取消訴訟は違法確認訴訟の一つの類型として捉えるべき。その熟度に応じて、判決主文は差し戻しをするか、自判をするという考え方でいい。公定力がないのであれば、違法の確認でいいということで、是正訴訟を提案しており、公定力をなくす方向で取消訴訟を現在の形成訴訟で残すかどうかポイントだ。

行政決定に対する不服の訴訟という行政訴訟は残す必要。基本的には行政の違法を裁判所によって確認してもらふ訴訟とした上で、給付の必要がある場合には給付の判決を求めてもいい。民事訴訟は給付訴訟が原則で、確認訴訟は例外だが、是正訴訟は確認訴訟が原則で、給付訴訟が例外と規定してもいい。

処分も特別なものではないと考えると、違法行為の除去、確認、一定の処分発動、やり直しを求める、など何らかの形で争えると機能的に捉えればいい。

「行為の公権力性と法律上の地位に対する直接的な影響」の範囲に入らない外延について、現実に救済しようと新たに法制度を作ること考える際、従来からの制度で使えるものは使う方が、法制度の改革は進む。

## 8 当事者訴訟

当事者訴訟の守備範囲は、「公法上の法律関係」となっているが、公益という文言を使って画する方法はある。公法私法の区別の否定論は、適用法規の問題、つまり公法関係には公法しか適用しない考え方を批判しただけで、法律関係の種別として、公法関係と私法関係とあり得るところは否定していない。

私法関係か公法関係かは、権利救済の実効性の確保という観点から見て、区別する要件として決定的なものとする今の制度は疑問。

公法上の当事者訴訟は形式的当事者訴訟だけにして、公法か私法かを解釈で区分しないと争い方が決まらない領域は廃止した方がいい。