

行政訴訟の新しいしくみの提案

—行政訴訟検討会報告— 2002年5月20日

阿部泰隆

一 はじめに

今日、わが国の行政救済制度が諸外国のそれと比べても極めて不備であることは、多くの人の認識するところである。裁判所、行政当局にはその認識に欠ける者が少なくないが、そういう者は、立場を一度処分の手相手方に置き換えて考えていただきたい。

そのことは、これまでの陳述とも重複するし、最近、別稿でも述べた（阿部「行政訴訟改革の方向づけ」法時73巻4号（2001年）64頁）ので、本日は、基本的なところから始める。

この検討会は、これまでの行訴法などをご破算にして、これからの社会にふさわしい革命的な法制度の創設を依頼されているものと認識する。したがって、これまでの学説、判例、行訴法のしくみなどに拘泥しないで、すべてご破算にしてほしい。現行法で何とかならないかとか、多少修正すればという思考が残っていれば、それはこの大革命時の立法者にふさわしくない。諸外国に先例がないかなどという発想はすべて捨て去ってほしい。これほど、比較法を研究した蓄積があり、また、学校秀才が多数法律家になりながら、諸外国に輸出することができる法制度や学問がほとんどなく、改革はほとんどいつも最後になることに私は恥ずかしくてならない。ここで、世界に冠たる法制度を創設すれば、みなさんも、諸外国の法律家の前でも胸を張ることができるし、行政法のポアソナードとして、歴史上「名誉ある地位」を占める。

私もこの問題を考えてきたが、衆知を集めて検討している段階で、一人ではそれに対抗できるだけのまとめをする余裕も能力もない。不十分な点があることを承知で、当面の私見を述べる。ここで、ご教示賜って、私見もバージョンアップを図りたい。このほかの私見については、末尾の参考文献をご参照いただきたい（なお、多数の論文があることを承知しているが、ここでは基本的には私見だけを掲げる）。

二 歴史的な沿革を離れて

1 司法国家における行政訴訟制度の歴史性

では、どう考えればよいか。行政法とは何か、行政訴訟はなぜ必要か、ということから出発しなければならない。その守備範囲もしくみもその必要性から導かれる。行政訴訟の存在理由がなければ、民事訴訟一本化で済む。ところが、検討してみると、その歴史的な存在理由と本来のあるべき存在理由が全く違っているので、前者から離れて、後者に基づいた制度づくりをする必要がある。それをこれから述べる。

行政訴訟は、もともと、ドイツ、フランスなどの大陸法系の諸国において、公法の領域、少なくとも公権力の行使については、司法裁判所＝民事訴訟による救済方法が乏しかったという歴史的事情を是正するために、歴史的に発展してきた。そこでは、行政裁判所という別個の裁判所が民事訴訟とは異なる独自の行政訴訟手続により、しかも、ある程度までは民法とは異なる公法の実体法のもとで（あるいは、公法の実体法を創造して）紛争の解決に当たった。これに対し、英米法系では、公法と私法の区別を知らず、司法裁判所＝コモンローが一元的に支配している。ただ、行政活動に対する救済方法としては、コモンローだけでは十分ではなく、特別法が発展してきたようである。

わが国は、周知のように、戦前は大陸流の行政裁判所をおいたが、戦後は、英米の司法国家に範をとって、行政裁判法を廃止した。このときは、民事訴訟一本化の考え方を導入する絶好の機会であったが、日本国憲法が施行された1947年5月3日に同時に施行された「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」は、結局は訴訟類型としては行政処分の取消変更の訴えをおき、出訴期間を6ヶ月と定めた。そして、その後の行政事件訴訟特例法、行政事件訴訟法も、訴訟手続としては、大陸流の流れを汲むシステムである。司法国家でありながら、大陸流の行政訴訟手続を有するという、又工的な制度なのである。

これは、歴史的な事情で導入されたものである。今日、この大改革に当たって、この歴史的な事情から離れて、虚心坦懐に今日の司法国家の憲法のもとで妥当すべき訴訟制度の理念としくみを明らかにしなければならない。

2 公法と私法 = 公法上の当事者訴訟の廃止を

まず、行訴法の公法上の当事者訴訟制度は、公法関係と私法関係の区別が存在することを前提として作られている。これは、行政裁判所を有する大陸流の国家の思考様式である。これに対し、司法裁判所一元制度をとっている今日のわが国では、対等な法律関係の中で公法と私法の区別をすることは必要もなければ区別の基準も合理的には設定できない(塩野宏『法治主義の諸相』(有斐閣、2001年)67頁以下、同『公法と私法』(有斐閣、1989年))阿部泰隆「公法上の当事者訴訟論争のあり方」ジュリ925号(1989年134頁以下、「公法上の実質的当事者訴訟と予防接種禍訴訟」判タ621号(1987年)2頁以下、「公法上の当事者訴訟の蘇生？」季刊実務民事法 6(日本評論社、1984年)6頁以下。)。また、公法上の当事者訴訟の手続は民事訴訟とほぼ同じで、現行法のままでは実益がない。

職権主義を強化するなど、この特例をもっと拡大するべきだという意見もあろう(たとえば、南博方「行政に対する司法審査制」ジュリスト1220号(2002年)59頁)が、かえって、訴訟制度が煩雑になるという弊害がある。公共事業の差止めの訴えなどを民事訴訟とは異なる特別の制度にすべきかという議論もあろうが、それに特殊性があるとしても、訴訟手続の問題ではなく、公共性と私権の調整をめぐる実体法の問題であり、その判断について民事訴訟が不適切だという根拠もない。したがって、公法上の当事者訴訟は廃止すべきである。なお、形式的当事者訴訟については、行政処分を争う訴訟の中で、金銭部分を独立させた抗告訴訟の特例であるので、後述する。

3 公権力概念、第一次的判断権、公定力の廃止を

(1) 救済の対象となった公権力

今日、公権力の行使には救済方法がそもそも認められないといった歴史的な事情はなくなり、むしろ裁判を受ける権利の保障の対象である。したがって、行政訴訟でなければ救済できないという意味での行政訴訟の存在理由は今日では認められない。では、これについて、民事訴訟で救済できるのではないかという疑問が生ずる。

ちなみに、国家賠償法は、公権力の行使に関して民法が適用されないという前提で立法されたが、実は憲法17条により、公権力の行使についても国家賠償責任を追及できる制度を作ることとなった。それが民法ではいけないという理由もない。そうすると、国家賠償責任についてなぜ民法と異なる実体法が必要かという疑問がでてくるのである。私見では、賠償責任の根拠となる民法と国家賠償法を統合して、よりよいものに変える

べきだと思うが、国家賠償法を独立の法制度とする理由がきわめて乏しくなったと認めざるをえない。ただし、その違法判断の基準となる実体法は、国家賠償法では、行政法規であり、法治国家原理を担保するのが国家賠償訴訟である点で、そうした原理を持たない民事法と異なっている。

これに対し、これまでは、公権力を行使する行政と国民の関係は支配関係であり、公権力には公定力、第一次判断権といった優越性が認められているという前提に立ち、これには対等当事者間の紛争を裁く民事訴訟を適用する地盤がないので、国家権力へ異議を述べる「抗告」訴訟が必要なのだと理解する向きが少なくなかった。

しかし、これは、誤解に基づくか、歴史的な産物であって、今日では実は幽霊にすぎない。

(2) 公定力は幽霊

たしかに、公権力の典型例とされる不利益処分は、合意によらないで国民を拘束する点で、優越的であり、国民を支配する。そして、現行法は、それが違法でも取り消されるまでは有効（公定力）だという前提に立って、その「取消し」を求めるというしくみを採用したことになっている。裁判実務のバイブルともいわれる、司法研修所編『一改訂—行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）も公定力の発想に支配されている（本書の書評は、阿部泰隆・自治研究78巻6号（2002年）138頁以下）。

しかし、最近の学問はこのような理解を捨て去っていると思われる。

まずは、公権力であろうと、取り消されればその効果は遡及することになる。なぜなら、もし遡及しなければ、違法行為が取消判決までは国民を拘束するので、法治国家原理に反し、違憲となるからである。そうすると、取消訴訟の平面では、違法だが有効だといった効力はないのである。違法イコール無効とすべきである。

ただ、出訴期間が徒過すればその限りで争えないので、違法でも有効という外観を呈するが、違法かどうかを論ずる意味がなくなったというにすぎない。

なお、このほかに、公定力が問題となっている場面を検討してみる。

まず、取消訴訟によるべきときは民事訴訟は許されない（農地買収処分・公売処分のような例）から、それにもかかわらず民事訴訟を提起する（例：その取消しを求めずに現在の所有者に返還を求める場合）と、行政処分は違法でも有効に見えるが、これは、せっかく立派な道を整備したのだから、別の道の通行を禁止するのが効率性だというルール（いわゆる抗告訴訟の排他的管轄）の反映にすぎないので、処分の効力の問題ではない。取消訴訟では違法である以上無効となる（取り消されるまでに権利を取得した第三者との関係でも、処分が取り消されれば遡及的に処分がなかったことになる）であるから、ここでも違法だが効力があるなどという説明は間違いである。

建物除去命令が、確定する前に執行することができること（執行力）と公定力の関係が問題になるが、これは財産上の給付請求認容判決の仮執行宣言と同様の効力であり（民訴法259、260条）仮の執行力が実定法上与えられていると理解すればよい。民訴法でも、仮執行宣言の効力を、公定力などと説明しないのであり、行政法でもそんな説明は不用である。（違法な執行の原状回復については後述）

刑事訴訟において行政処分の公定力を認め、処分に従わなかった場合、それが違法でも有罪とするかどうかの問題になるが、これは犯罪構成要件の解釈問題である。そして、

基本的には違法行為が国民を拘束するのは法治国家原理違反であり、いわゆる違法性の抗弁（違反した規範が違法であれば無罪となる）を認めるべきである（阿部『行政の法システム（新版）（補遺）』（有斐閣、1998年）447頁以下）。

公務員が、違法な転勤命令に従わなかった場合でも、有効な命令に違反したから懲戒免職処分にはすることは適法であるという判例（福岡地判1982・3・19行集33巻3号504頁）があるが、これも違法行為が国民を拘束するという法治国家違反の考え方である。

（3） 公権力の優越性の誤解

また、取消訴訟は、先に述べたように、行政と被処分者の関係が、上下の支配関係なり行政の優越的な関係であることを前提とする、いわゆる「抗告」訴訟であるが、これは行政上の法律関係を誤解している。たしかに、適法なら国民を拘束するという意味での公権力は存在する。個別の合意だけが拘束力の源泉である民事法のルールでは、多様な利害が対立する社会において公共性を確保できないからである。しかし、公権力は、法律に基づいて、法律に従わなければならない、その行為が法律に適合しているかどうかが争われている場面では、国民と行政は、法と裁判所の前では対等である。行政は優越していると言われてきたが、それは法律が行政に権限を付与した範囲内に限ることである。その権限の行使が法律の枠内かどうか争われている裁判の場で、行政が優越している訳ではないのである。

ちなみに、国と地方の間はもともと基本的には国の判断が優先して、地方公共団体が訴訟に持ち込める場合は限られていたが、2000年の地方分権改革で、この間の争いも法治国家のルールで裁く国地方係争処理委員会が設置され、さらには、裁判所が判断することになった。ここで、中央官庁の指示（自治法245条の7）さらに法定外税や起債の不同意（地方税259条以下、669条以下、731条以下、地方財政法5条の3）などを優越的な権力行使であるとか、国と地方の間は権力関係である等といった説明は、寡聞にして聞いたことがない。

もっと前から法治国家のルールが適用されている行政機関と国民の関係において公権力や優越性といった説明をするのはおよそ時代錯誤である。現行法は、公権力という言葉を用いているので、そうした誤解を招く。解釈論として、ここでいう公権力も、単なる技術概念で、裁判所の前では対等だという説明は可能であるが、立法に当たっては、行政が優越しているという誤解を招く「公権力」とか「抗告」という用語は率先して撤廃すべきである（国家賠償法、行政手続法、行政不服審査法でもこれらの用語を使っているので、横並びで、行訴法だけを変えるわけにはいかないという反論があるが、それではダメな法律に足を引っ張られて、法制度を永久に改善することはできない。これらの法律の改正もあとに続くべきである）。

（4） 第一次的判断権も亡霊

義務づけ訴訟などの許容性については第一次的判断権の問題が障害物になっていたが、この法理は諸外国では考えられない。行政が何ら判断しないうちに裁判所が勝手に命令を出すことは、裁判所の任務をこえるし、訴訟手続にも反するので、ありえない。裁判では、給付処分をすることはできないという行政の方の主張を踏まえて判断するので、それが処分の段階ではなく訴訟中であろうと、行政の第一次的判断は済んでいるのである。したがって、裁判所が行政に遠慮する理由はもはや存在しない。行政庁の第一次的判断権は訴訟外で行使されなければならないという主張もあるが、理論的な根拠もない

し、最近の学説、判例でも採用されていない(阿部泰隆・自治研究78巻5号21頁以下、阿部『行政訴訟改革論』221頁以下)。

(5) まとめ

したがって、公権力の行使とか、優越性とか、公定力、第一次的判断権といった考え方は、行政法学からも、訴訟実務からも、行政訴訟の立法過程からも永久追放処分にされるべきである。ちなみに、処分という用語も、切り捨てという意味を有するので、不適切とも思われる。行政決定などの別の用語を工夫すべきであるが、ここでそれを用いると混乱するので、ここではあえて黙認する。

行政救済制度を新しく構築するに当たっては、このように歴史的に形成された現行法や誤解に基づく理論をご破算にしなければならない。そうすると、行政活動についても民事訴訟でその適法違法を判断できるはずであり、行政機関の違法活動に対しては、行政訴訟がなければ、民事訴訟で救済する方法が認められるべきである。それにもかかわらず、行政訴訟制度を維持する場合には、行政訴訟の根拠を改めて明らかにし、そこから、民事訴訟とは別の形態の訴訟システムが必要なのか、より望ましいのか、それはどのように構築されるのかを明らかにしなければならない。

三 行政訴訟の理念

行政訴訟とは行政法の遵守を担保する制度である。では、行政法とは何か。これは、公共目的のために行政に授権し、その権限に制約を付ける法令群(地方公共団体の条例・規則を含む)である。行政法規は多数の者の利害を調整するルールであり、行政機関はこれを執行する。ここでは、争いは一見行政機関と相手方の間で行われるが、公共性の確保が重要な課題である。民事法が対等当事者間の私的な利害の相対的な調整を行うのと比べた行政法の特色はここにある。なお、行政機関が契約などに際して民事法を活用する場合でも、それは行政機関に権限を付与する法律ではないので、行政法に当たらない。会計法規は行政機関の権限を制限するので、行政法であるが、ただし、訴訟手続での特殊性はない。

行政訴訟は、行政機関が憲法上・法律上与えられた権限を守り、それを適切に執行している(作為のほか、不作為を含む)かどうかを審査して、その活動の違法を是正する制度である。これは法治国家原理に基づくものであって、民事上の権利を守るという民事訴訟とは原理を異にするものである。したがって、これを総称して、行政活動の違法の除去・是正を求める訴えとする。

このうち、裁判制度として憲法上要求されるかどうかは、司法権の概念の問題ではなく、憲法32条の裁判を受ける権利の解釈問題である。私見では、行政法規で保護されている利益が違法に侵害されるときは、これを争うのは裁判を受ける権利により保障されていると理解する。裁判を受ける権利として保障される場合以外でも、法律上の紛争に当たるものについて司法権の権限として、裁判制度をおくことは立法政策の問題であって、憲法問題はないと解する(詳細はここでは述べない)。これは民衆訴訟、機関訴訟の問題である。

そして、裁判制度が憲法32条の裁判を受ける権利の保障から導かれる場合には、それは、権利救済の実効性に立脚して構築されなければならない。そこから、行政と原告の対等性の原理が導かれる。訴訟要件は行政訴訟においては原告にだけ不利な障害物の

感を呈しているから、できるだけ緩和し、処分庁と原告が対等の立場で本案で争えるしくみをつくるべきである。また、権利救済ルール明確性の要請を具体化して、不明確な訴訟要件の前に原告が挫折する事態を可及的に防止すべきである。本案においても、行政側が専門知識と情報を独占しているのに対し、原告の方はノウハウを蓄積しにくいから、ライオンとネズミの戦いのようなものである。これを対等化しなければならない(後述)。

憲法32条の保障がない場合でも、裁判制度を立法政策により導入する場合には、裁判の本質に由来するこうした点に配慮しなければならない。

新しい行政訴訟制度には、その理念なり目的として、こうした視点を書き込むべきである。

たとえば、本法および行政訴訟において適用される法規は、憲法上の諸権利と裁判を受ける権利の包括的実効的な保障、権利救済ルールの明確性の確保、両当事者の対等性の確保を旨として解釈しなければならないといった規定をおくべきである。

これまで、制定法準拠主義と称して、憲法を全く無視して、実体行政法規の文言を重視する解釈が判例上支配的であったが、それは、憲法に照らして解釈するという、法解釈の基本原則に反するものである。上記の立法が行われれば、これも打破されるだろう。

四 紛争の多様性に応じた行政訴訟のしくみ

1 紛争の類型への配慮

行政訴訟のしくみについては、行政上の法律関係を対等関係、権力関係と分類し、後者について、抗告訴訟とし、訴訟類型、処分性、原告適格などを論ずるのが普通であるが、これでは、行政活動の多様性に対応しない。処分性も原告適格も、多様な場合を一語で処理しなければならないという負担の過重にあえいでいる（高木光『事実行為と行政訴訟』

（有斐閣、1988年）82, 131, 201, 273頁など参照）。

たとえば、原告適格が問題になるのは第三者が争う場合である（その解釈学的検討として、阿部泰隆「原告適格判例理論の再検討（上・下）」判評508号（判時1743号）166頁以下、509号（判時1746号）180頁以下）から、それに合わせた規定を新設すべきである。

処分性については、「直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」という基準を用いる最高裁判決（1964・10・29民集18巻8号1809頁）が実務を支配しているが、処分性といわれるものには、民事訴訟、刑事訴訟との振り分け、訴訟として取り上げるに値する段階かといった事件の成熟性、裁判を受ける権利の保障、法律上の争訟の問題が混在している（阿部泰隆『行政訴訟改革論』63頁以下）ので、この基準をそのまま単純に適用すべきものではない。

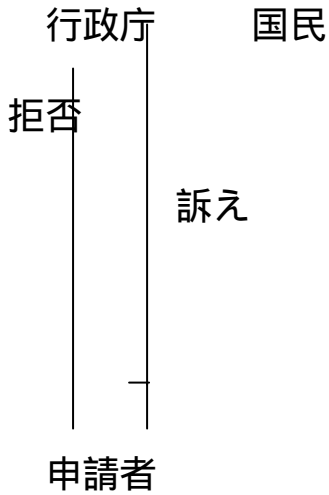
先に、行政訴訟は、行政活動の違法の除去・是正を求める訴えと総称することとしたが、さらに、場合を分けて、制度化して行くべきである（行訴法3条の規定の仕方参照）。

行政法は、種々の役割を担う。行政活動をめぐる紛争や利害状況も多様である。特に、仮の救済においては、単に違法だけで判断できる本案とは異なり、利害状況の多様性に応じた利害調整が必要である。

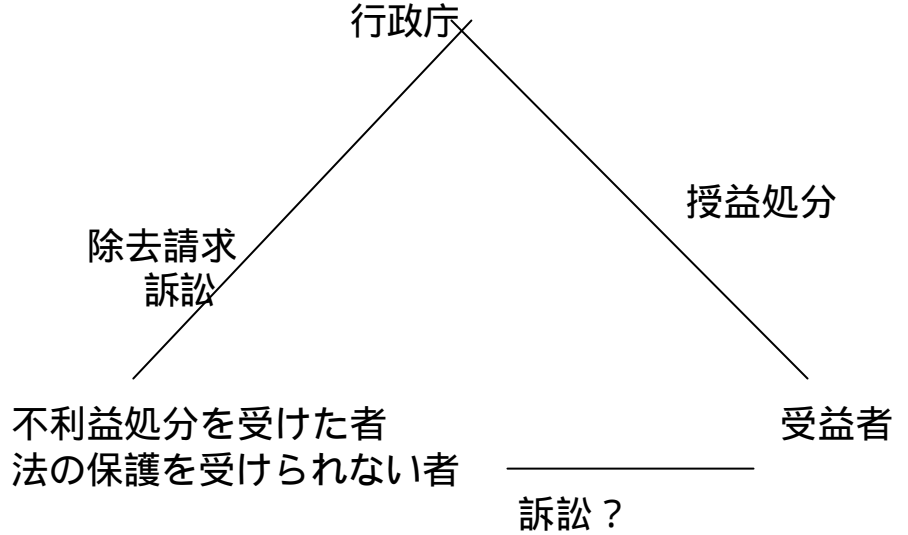
これについては、幸いにして、行政手続法で採用された申請に対する処分、不利益処分、第三者、さらには、計画という分類を借用するのがわかりやすい。なお、計画手続は行政手続法の制定以来宿題となっていたので、ここで合わせて検討することも考えら

れる。以下、この観点から検討する。なお、これでは、長く細かい条文がたくさん必要になるが、それでも明確になるほうがよい。行政手続法も、場合を分け、細かい規定をおいたので、明確になっている。

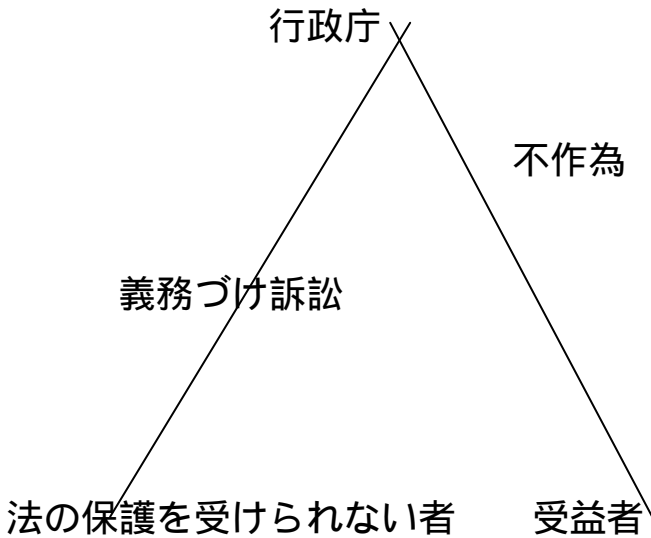
申請に対する処分



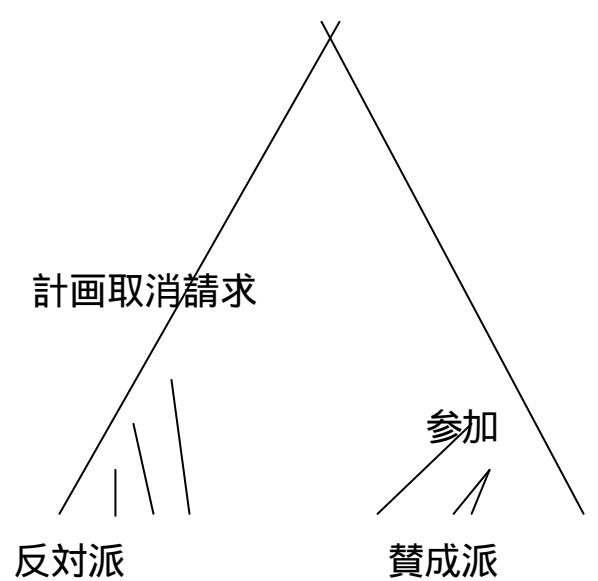
私人間の権利関係を形成する処分
名宛人に対する受益処分の排除を求める第三者の訴え



不利益処分の発給を求める第三者の訴え



計画に対する訴え



2 申請に対する給付処分を求める訴え－義務づけ訴訟

(1) はじめに

申請に対する処分では、国民の行動を許容し（許認可など）あるいは国家資源を配分し（補助金、生活保護、埋立免許など）その他、特定の権利を付与する（公務員採用、情報公開、個人情報開示など）かどうかについて、行政機関が法令に定める基準に照らして判断する。申請を認められなかった者（一部認容・附款つき認容を含む。）または、相当の期間を経過しても申請に対する返答を得られない者が法令の遵守を求めて争うことができるのは当然で、いわゆる原告適格も処分性も問題にはならない。

ここでは、いわゆる義務づけ訴訟が許容されるのか、単なる取消訴訟しか認められないのか、その関係はどうか、あるいは、行政決定を経ないで直ちに民事上の請求をすることが許されるのか、行政処分が存在するのかなどが争点になる。

(2) 義務づけ訴訟は全面肯定説で

義務づけ訴訟の許容性についてはいわゆる行政の第一次的判断権の問題が障害物になっていた。しかし、先に述べたように行政の第一次的判断権の法理は今日一般に支持されていない。少なくとも、立法論の障害物になるとは考えられない。

立法論として、義務づけ訴訟を、「取消訴訟により目的を達することができない場合、又は回復困難な損害を受けるおそれのあるものに限り、提起することができる。」というように取消訴訟との関係で補充的にすべきだという説もある。これは取消訴訟原則主義なるものであろう。しかし、行訴法が、取消訴訟を基本的な類型として、その他の訴訟についてはこれを準用するという条文の作り方をしていることから、その適用において、取消訴訟以外は補充的にという解釈をする根拠もなく、まして、行訴法をご破算にする今回の立法において持ち込むべき見解ではない。これは根拠のないドクマにすぎない（注）。

さらに、給付を求めているのにわざわざ取消という迂遠な救済方法をおく理由もなく、しかも、これらの要件に該当するかどうかという、無意味な論争を惹起し、訴訟類型間のキャッチ・ボールを引き起こす。これは、原告の負担とリスクだけを増大させるもので、前記の当事者対等性の原則に反する思考方法である。

（注） 「現在の取消訴訟中心主義というのは、行政庁の判断というものをつかまえて、それに対して誰かが不服であるというときに、その不服を裁判所が審理・審査する、行政庁と裁判所の役割分担の一つの合理的な形ではないか。その限りでの基本骨格というのは、一応維持してもいいのではないか。」という意見がある（第2回議事録）が、義務づけ訴訟でも、行政庁の判断をつかまえるのだから、この点で、義務づけ訴訟を劣位におく根拠としての取消訴訟中心主義は成り立たない。

「取消訴訟中心主義に対するアンチテーゼとして、義務づけ訴訟の問題が常に提起されるが、取消訴訟と義務づけ訴訟を並べて法定すると、その間での選択の間違いで、不適法却下が増えることが考えられるので、取消判決に付随して、こういう理由で取り消したからには、行政庁としてはこういうことをすべきだと裁判所が行政庁に対して指示をする、というような方式があってもよい。」という意見がある（第2回議事録）が、申請に対する処分と不利益処分を分けて考えれば、その選択の間違いは少ないだろうし（行政手続法でも、間違っているだろうか）、間違いは後述の訴訟形式選択の負担の緩和を工夫すればよい。この指示制度では仮の命令はどうするのだろうか。仮の指示をする

のだろうか。これは中途半端な制度という印象を持つ。

そうすると、申請に対する処分においては、特に制限なしに（取消訴訟が原則などといわずに、全面肯定説の立場に立って）義務づけ訴訟を認めるべきである。

なお、ドイツの行政裁判所法はもちろん、台湾の行政訴訟法も義務づけ訴訟を規定している。歴史的事情で、活動行政と行政訴訟の厳格な分離の原則により義務づけ訴訟を否定してきた頑固なフランス法でさえ、1995年の法改革は、行政裁判官に、作為命令・罰金強制の権限を与えた（橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂、2001年）14, 44頁、なお、阿部『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1972年）参照）。

ただ、審理を進めても、行政に選択の余地が残った場合には、特定の行為をせよという義務づけに熟さず、裁判所の指摘を踏まえて判断し直せという判決を下すことになる。場合によっては、行政の不作为が違法だという確認だけを求める方が事案の適切な解決に資することもあり、原告がそう判断すれば、裁判所はそれに応ずればよい。これをみなし拒否処分などと、フランス法的に整理して余分な審理をする必要はない。それも義務づけ判決の一種である。そのあとで、行政庁が拒否処分をすれば、改めて義務づけ訴訟を提起することができ、前訴で義務づけ訴訟を提起できたはずだからもはやこれは許されないとすべきではない。

競願の場合には、許認可など（補助金の附与なども含む、以下同じ）を拒否された者が、許認可を求めることになるが、それは第三者への許認可を排除することが前提（後述）である。この訴訟では、自己に対する申請認容処分と両立しない第三者への処分の取消し（排除）を求めなければならないとするのが紛争を一挙解決するゆえんである。

行政庁が受益処分の申請に対し、拒否（一部拒否を含む）した場合もしくは相当の期間内に応答しない場合、または行政庁が第三者に対して発給すべき不利益処分を発給していない場合（後述）には、それによって、不利益を被る者は、義務づけ訴訟を提起することができる。裁判所は、処分の発給要件と作為義務の有無のすべてについて審理し、それが充足されていると認められた場合には義務づけ判決を下し、これらの全部について判決に熟するに至らないときは、裁判所の見解に従って処分をやり直すことを義務づける判決を下すものとする趣旨の規定をおけばよい。

（３） 仮の救済

現行法では、拒否処分に対する執行停止が認められないので、申請に対する処分を求める訴えの実効性を確保するためには、仮の救済を整備する必要がある。これは憲法32条の要請であるから、私は解釈論でも可能と思量するが、立法的に明示すべきである。公立高校の入学拒否、生活保護の支給拒否決定、通学すべき小中学校の指定などがその適例である。

許認可については、仮にこれを付与すれば、それは満足的になり、のちに許認可を付与すべきではないと判明すれば、公共の利益に反する（飲食店営業の許可のような例を想起されたい）ので、一般的には認めにくいだろう。しかし、一定期日における公会堂の使用許可がいったん与えられて、後に取り消されると執行停止が認められることがあるのに対し、使用許可が最初から拒否されると執行停止が全く働かないのも不均衡であり、仮の許可が必要な場合もある。

この仮の救済の要件は、公共性を考慮しなければならない点で、民事保全法23条に規定する仮処分とは別の仮命令の要件を工夫しなければならない。この意味では、民事訴訟一元化は不適當である。

この仮の行政処分は、本案訴訟において、行政処分の発給が拒否された場合、その他、必要性が消滅した場合には、遡って取り消される。そうすると、原告は原状回復をしなければならない。生活保護の場合には、過去に受給した保護費は返還しなければならない(といっても、裁判に基づいて善意で受給したのであれば、一種の職権取消の制限と同じで、すでに受給した分の返還義務を課すべきではない)。高校に仮入学した者は退学になる。しかし、訴訟中に高校を卒業した者をいまさら遡及して退学にする必要はない。

裁判所は、請求を認容する場合には、あわせて、特に必要があれば、仮執行宣言を発することができるとするべきである。これは金銭請求に限らないこととする(義務づけ訴訟については、阿部『行政訴訟改革論』第2部、『行政救済の実効性』第五章参照)。

(4) 民事請求との関係

この給付拒否決定が行政処分として構成されていれば、それを排除することなく、民事訴訟で請求することは許されない(いわゆる摂津訴訟に関する東京高判1980・7・28行集31巻7号1558頁)とされてきた。しかし、いずれの訴訟であろうと、処分庁には、この決定の適法性を主張する機会が十分に与えられるので、その立場は守られる。行政の決定(処分)を直接攻撃するか、それから発生する法律関係(債権債務の存否)を争うかで、実際上の違いはない。行政訴訟でなければ行政の決定を争わせないといった特権を行政に与える必要もない。

また、これらの訴訟では、決着が長引いても、損するのは被処分者だけであるから、出訴期間を置く必要はないともいえる。行政上必要な場合があるとしても、時効に類する2年か3年の期間制限を個別法でおくだけで十分である。

そこで、とりあえずは、こうした給付訴訟は行政訴訟であれ民事訴訟であれ、どちらでもよいのではないかという考え方も成り立つ。そうすると、これをいずれかとする必要もない。たとえば、生活保護の支給、各種の許可を求める場合、義務づけ訴訟を提起しても、民事の給付訴訟を提起してもよい。このいずれかと明示しなくてもよい。訴訟類型は、申請に対して法令に従って判断せよという訴えでよい。判決時には、金いくらの生活保護を支給せよ、許可を与えよという判断をすればよい。

しかし、義務づけ訴訟で十分に救済されるのであれば、あえて民事訴訟を導入する実益もない。むしろ、行政訴訟の存在理由がある場合もある(この訴訟間の調整については、五で検討する)。

たとえば、金額が確定しないような場合、民事訴訟でもやり直せという判決が可能かどうか問題になるが、行政訴訟では、義務づけ判決における指令判決という技術があるので、対応がしやすいと思われる。

先に挙げた競願の場合のように、第三者の法律上の利益にかかわる場合には、出訴期間を置く必要がある。

仮命令の要件は、民事保全法の定める仮処分とは異なって、公益性に配慮する必要がある。

(5) 予算措置に基づく配分に対する救済

国家資源の配分は、その根拠が法令に基づく場合には処分として行政訴訟の対象とされるが、予算措置に基づき民事法の手法を用いる場合（例：災害支援金の支給、自治体の補助金）でも、また、法令が申請権を規定していない場合でも（特別養護老人ホームの入所、老人福祉法11条）、私的な当事者間の対価関係にある取引ではないから、民事法の発想とは異なって、生存権の確保とか、公平なり平等という憲法原理に基づく拘束があり、これを訴訟制度で担保しなければならない。

これを担保する訴訟制度は行政訴訟でも民事訴訟でもよいが、そのいずれかとするならば、そのことは明確でなければならない。それともそのいずれであっても、救済するしくみでなければならない。そのさいに単純に給付請求に置き換えることができるなら民事訴訟でもよいが、行政の裁量権の行きすぎを指摘しつつ、やり直しを求める場合には、これまでの民事訴訟にはなじまないのので、取消しまたはやり直しの義務づけ訴訟が適切である。したがって、これに行政訴訟の道を開くべきである。そうすると、申請に基づく処分を求める訴えの対象としては、法令に基づく処分だけでなく、予算措置に基づく行政サービスの給付申請も含め、さらに、法令に申請権が規定されていなくても、憲法解釈上申請権が認められるものと解釈される場合を含むと規定すべきである（現行法の不作為の違法確認訴訟における申請権の解釈参照）。（これについては、五で再考する）。

（6） 違法判断の基準時

給付を求める場合には判決時（正確には事実審の最終口頭弁論時）にその要件が満たされていないと一応考えられる（違法判断の基準時＝判決時）が、申請時には基準を満たしていたが、行政側の事情により許認可などが遅れて、基準を満たさなくなった場合、たとえば、マンションの建築確認が行政指導で留保され、その間に高さ制限が強化されたような場合には、申請時に許認可をすべきだったのであるから、遡って許認可を与えるべきである（違法判断の基準時＝申請時ないし、申請後相当の期間経過時）。そして、現状の法令に適合させることが許される場合には、その旨の実体法に基づく改善命令を行政機関が発すればよいのである。

3 不利益処分の排除を求める訴え

（1） 第三者に法的な利害関係を生じない不利益処分

（ア） 民事訴訟との比較

不利益処分は公権力の行使と言われたものの典型例である（給付の拒否が本来的な公権力の行使というべきかどうかには争いがある）。

これについては、優越性とか公定力とかいう考え方はすでに否定されるべきものである。そうすると、不利益処分について求められている訴訟類型は、それが法律に違背しているのので、やめさせよ、原状に回復せよということにつけるから、それは取消しでなくても、差止めでも、除去でもよいのである。民事訴訟法的に考えれば、差止め訴訟である。

まずは、第三者に法的な利害関係を生じない不利益処分を考える。処分に違法事由があったが、やり直せば同一内容の処分をすることができる場合がある。この場合には行政庁はその理由に拘束されるだけである（行訴法33条1項）。民事訴訟でも、たとえば、住民との誠実な話し合いをしないとか、アセスメントをしていないという理由で差し止められる場合には、これらの事情が変われば、判決の効力が及ばないので同じである。

そうすると、課税処分や営業停止・取消のような不利益処分についても、処分取消しだけでなく、納税義務不存在確認訴訟、支払い済みの税金返還請求訴訟、営業活動を行うことができる地位の確認の訴えを許容しても差し支えはない。認容判決において、これらのいずれを宣言しても、効果は同じというべきであろう（これらのいずれかでなければならぬということ、その判断の誤りが起きる）。不服申立てを残す場合でも、そのあとは民事訴訟でも不合理ではない（これらについては、(キ)五で再考する）。

公務員の身分も、救済は民間並みでよい。国公立大学の学生に対する処分も同様である。もっとも、非公務員型独立行政法人化で、民間並みになろう。

(イ) 出訴期間の延長を

不利益処分に対する救済が遅れても、困るのは普通は被処分者であるから、出訴期間は一般には不要である。課税処分などでは、いつまでも不安定だと、滞納処分に進めないの、ある程度の期間制限は必要であるが、現在の不服申立期間の60日、出訴期間の3ヶ月は、あれこれ調査して、適切な代理人を探すといった手間暇を考えると、短すぎると思われる。課税庁側に立っても、督促、差押えをすることにより財産の散逸を防止できる（国税徴収法47条、国税通則法37条、40条）のであるから、課税処分に対する不服申立期間、出訴期間を6ヶ月に延長しても、それほど困る事態は生じないと思われる。

(ウ) 一般処分

多数人に共通であるとか、その基準が物的なものあるというだけで、直ちに効力を生ずる一般処分は、不利益処分の一種である（建基法46条1項に基づく壁面線の指定、最判1986・6・19判時1206号21頁、都市計画事業の認可、東京高判2000・3・23判時1718号27頁、土地収用の事業認定）。

ただし、後続行為が行われた段階でこれらの行為の違法を主張できるかという、違法性の承継問題があるが、これは先行行為の段階で十分な救済手段が提供され、そこで争うことが一般的に期待されるような法システムになっていれば、否定されると解すべきである。

(エ) 自力執行力と違法執行の責任

行政処分には自力執行力が認められる場合があるが、それは処分には違法でも有効という効力が備わっているからではなく、係争中でも不利益処分を執行することが公共の利益のために必要な場合があるからである。そこで、行政処分の確定前の執行は、民事訴訟法の仮執行のようなもので、行政庁が自己の責任で行うと理解すべきである。行政は、適法という確認の取れていない行為を自力執行する特権を与えられているのであるから、その反面、後にそれが違法とされた場合には、無過失責任を負うのが均衡上当然である。消防法6条3項にその例がある。

過失責任主義を定める国家賠償法の原則によれば、確定前の執行でも、法的・事実の判断が微妙であったので、過失はないとか、それとも、職務行為基準説で違法でもないとかされかねないが、これでは、違法行為についても救済を与えない警察国家と同じであるから、この場合に適用すべきものではない。

これは行政事件訴訟法の枠外ではないかという疑問が出されようが、行政処分取消訴訟において、処分が執行されたりすれば、訴えの利益を喪失するが、この訴訟を国家賠償訴訟に変更することができる（行訴法21条）。そこで、行政処分の取消訴訟において、

処分の執行により訴えの利益を喪失した場合には、この国家賠償訴訟においては、無過失責任とするという1ヶ条をおけばよい。

(オ) 執行停止

一般的に執行停止原則を採用するかどうかは、まだ私見を整理していないが、同じ執行でも、少なくとも外国人の退去強制処分の執行のように満足的なものは、特に重大な公益上の理由がある場合を除いて、執行停止原則のルールを作るべきである。さらには、出訴前の即時執行を禁止する規定も必要である(即時執行の許可があって始めて執行できる制度など)。

現行法の執行停止制度が念頭においているのは、第三者に法的な利害関係のない不利益処分を仮に排除する場合であるので、これを第三者に法的な利害関係がある場合(後述)に適用しないように配慮する必要がある。

また、この執行停止は、本案判決確定までとか第一審判決までとは限らず裁判所が裁量で一定の期限をつけるとか、調査する余裕がないので、ちょっと待てと数日間の執行停止といった制度も工夫して、既成事実化を防止すると共に、執行停止を得ることによる不当な利得を防止すべきである(阿部『行政救済の実効性』第五章参照)。

金銭に関する処分においては、執行停止をするかどうかを専ら金銭で決めてしまう方が合理的である。たとえば、課税処分なら、差押えをして、財産を隠匿できないようにした場合には、換価の執行停止は申請があればすべて認める代わりに、原告が仮に本案で敗訴した場合には市中の定期預金金利より高利の延滞税を負担させれば(現行法ではそうになっている)、勝訴の自信がなければ執行停止を申請する者は少ない(課税主体は高利貸ししたと同じ)から、その濫用はない(阿部泰隆『行政の法システム(新版)』404頁)。これは金銭に関する処分の執行停止の特例という規定として導入すべきである。

(カ) 差止訴訟

違法な行政活動の事前阻止を求める訴えは、不利益処分に対する救済の一種で、処分の前に提起され、判断を求めているというだけである(前にずらされた取消訴訟)。現行法ではこれは義務づけ訴訟と同じ無名(非典型)抗告訴訟に属するが、その性質は義務づけ訴訟とは異なるのである。その許容性は、要するに成熟性と事後救済の困難性で判断される。権力分立とか、行政の第一次的判断権の理論は、行政として判断する前に訴訟で差し止めてはならないというだけで、行政側がすでにその判断を行っているとか訴訟で十分に表明している場合には、問題にならない。

行政処分がなされたのちの救済では実効的な救済を得ることが困難で、法律的な判断に熟するかぎりにおいて、事前に行政処分の差止めを求めることができるとすべきである。なされる予定の行政処分の違法性は本案の問題である。その重大明白性などは不要である(阿部『行政訴訟改革論』365頁以下参照)。

たとえば、東京都の外形標準課税については、具体的な課税処分がなされる前でも、都の立場はすでに明確であるから、訴訟で判断しても、行政の第一次的判断権は侵害されない。そして、課税処分がなされてから争わせるのは、原告銀行に、無申告加算税や延滞税という負担、または、納税してから返還を求めるという負担を負わせる。これを比較すれば、この段階で、早急に法的判断をすることが法治国家的であり、わざわざ納税させてから判断する必要はなかったのである(東京地裁2002年3月26日のこの論点部分には賛成しない)。

男子中学生の丸刈り違憲訴訟に関しては、本案の争点はすでに判断に熟しているし、入学してからでは違憲の規制に服しなければならない上、係争中に卒業してしまうこともあって、権利救済の実効性を欠くから、処分性を承認すべきであり（最判1996・2・22判時1560号72頁は反対）、入学予定の児童・生徒にも差止訴訟の提起を許容すべきである（いわば、予防的原告適格、阿部『行政救済の実効性』、阿部「丸刈り強制校則の処分性と入学前の生徒の原告適格」ジュリ1061号（1995年）117頁以下）。

さらに、差止め訴訟の本案判決を待っては権利救済の実効性を確保できない場合には、公共性との比較の上で仮の差止めを認める制度を創設すべきである。上記の外形標準課税、丸刈り強制の例では、仮差止めを認めるべきだと思う。

（キ） 民事訴訟一元化？

前述のように、不利益処分の排除を求めるだけなら、民事訴訟一元化でもよいのではないかという考えもありそうであるが、これを取消訴訟から、民事訴訟に変えても実益はない。訴えの名前が変わるだけである。これには執行停止、不服審査、行政手続などのルール、第三者にかかわる場合には前述の特殊性があることを考えると（これらを全廃するならまた議論は別になるが、そこまで想定しない）、これらについてわざわざ民事訴訟として構成するのは混乱を生ずるだけであり、行政訴訟として構成しながら、権利救済を妨げることのないようなしくみを工夫する方が近道であると思われる。

（２） 私人間の権利関係を形成する不利益処分

不利益処分でも、私人の一方から権利を剥奪して他方に附与する公売処分、土地収用裁決のように、私人間の権利を形成する処分の場合、三面関係の紛争であり、農地買収処分それ自体は単なる不利益処分であるが、そのあと、売渡しが行われた場合には、実質的には同様である。そして、これは、法律上与えられるべき保護が与えられなかったかどうかという、一般に第三者の原告適格の有無が問題になる例（後述）とは異なって、最初から不利益処分であることは明らかである。これは実質的に三面関係紛争として構成すべきである。

たとえば、農地買収、公売処分などに対する救済方法として、現行法では、処分庁を被告に取消訴訟を提起し、関連請求として、処分が取り消された場合には現所有者に対して返還請求を求める将来の給付の訴え（民訴法135条）を提起することになる。さもないと取得時効の中断もできない（最判1972・12・12民集26巻10号1850頁）からであるが、転売禁止・現状変更禁止の仮処分も認められるかどうかはわからない。しかも、取消判決後に現所有者がその土地を第三者に転売すると、二重譲渡の扱いで、登記を得た者が権利を取得し、せっかくの勝訴判決も空手形になることが起きる（最判1957・6・7民集11巻6号999頁）。まことに迂遠で、原告に重い負担を負わせ、加害者の処分庁が高見の見物をするのできる不合理なしくみである。私法でも、騙されて土地を取られたら、現所有者を相手に返還請求しなければならない負担を負うが、しかし、行政処分の場合には、複雑な訴訟制度のため被処分者の負担はより重いのである。

もともと、処分庁は私人と異なって、権力で財産を剥奪したのであるから、被処分者が、処分庁に対して、原状回復を求める訴えを提起して勝訴すれば、本来なら、処分庁の責任で、登記を職権により取り戻し、当該農地などを現実に取り返して、被処分者に

返還（不可能である場合にも同等のものの返還）しなければならないというように、結果除去請求権を実定法化するのが合理的であろう。現在の所有者が、有益費を支出していても、それは処分庁との間で調整すべきである。

また、処分に（訴訟制度を作る前には）公定力がないという前記の考えによれば、処分庁に対する処分排除の訴え、返還請求訴訟のほかに、現在の所有者に対する土地返還請求訴訟（現在の争点訴訟）を、処分の有効無効に関係なく認めても差し支えない。現在の所有者は処分の適法性を証明する立場にないから、処分庁を引き込むか少なくとも証人として呼び出す必要がある。必要的共同訴訟として、処分庁、現所有者を共に巻き込んだ訴訟類型とする方法もある（ドイツ行政裁判所法65条参照）。

この類型では、訴訟類型を民事訴訟とするとしても、処分によって権利を得た第三者の地位を安定させるために、出訴期間の特例をおく必要がある。

仮の救済については、現行の執行停止は、物が第三者の手に渡ると、実効性がなくなる（最判1954・6・22民集8巻6号1162頁参照）から、現在の所有者を被告とした上で、転売禁止・現状変更禁止の仮処分を発することができるようにすべきである。

土地収用法133条の定める形式的当事者訴訟は、土地収用裁決のうち補償部分は起業者と土地所有者等の間で争わせる制度である。それは、土地の収用は公益事項であるが、補償金は私的な事項であるという前提に立っている。しかし、それなら、後者に出訴期間をつける根拠はない。現行法では、補償に関する訴訟が給付訴訟か形成訴訟かと争われるが、補償に関する争いは給付訴訟として明示し、出訴期間を廃止すべきである。また、一つの行政処分を二つに分けるのは複雑であるとするれば、一つの案としては、収用裁決の取消是正訴訟として一本化し、起業者参加の上、和解も認めればよいと思われる。裁判所が最初に争点を整理し、もし当事者が補償金以外は争わないのであれば、収用委員会には訴訟活動から撤退することを許せばよい。執行停止は、補償金に関する不服を理由とすることはできないと明示すればよい。

4 法律の保護を求める第三者の訴え—多数の人の利害を調整する法制度

(1) 原告適格の判定基準

(ア) 名宛人の原告適格は当然

行政訴訟で原告適格の範囲が争われているのは、一般には、処分の名宛人その他の処分の当事者以外の第三者についてである。申請を拒否された者や不利益処分を受けた者には、すでに権利を侵害されていると主張している（その主張が正しければ権利を侵害されている）のであるから、原告適格を有するのは明らかで、いちいち議論するまでもないことである。

しかし、このことが一部で誤解されているので、このような整理が必要なのである。その例として、次の判決をあげよう。

パチンコ店の出店をしようとしたところ、さきに距離制限内で児童遊園設置認可処分がなされて、出店できなくなった（風営法4条2項2号、同法施行令6条、都風営法施行条例の場合3条1項2号）ため、その認可処分の取消しを求めたところ、この認可の根拠となった児童福祉法は、風俗営業を営む者の利益を保護する趣旨を含まないとして、原告適格が否定された例（札幌地判2000・10・3判例自治221号65頁、控訴審でも棄却されて確定した）がある。

しかし、風俗営業の許可は、距離制限内に児童遊園の認可がなされていないことが要件であり、後者がなされると、風営法の許可はなされないのであるから、後者の認可は、児童遊園設置者に対しては受益処分であるが、風俗営業を行おうとする者にとっては、不利益処分である。したがって、このパチンコ店の営業申請者はそれだけで（営業の自由の制限という理由だけで）原告適格が認められるべきである。この原告は普通の原告適格論という第三者ではなく、不利益処分の当事者なのである。この判決が、これを第三者に対する効果と見て、児童福祉法の保護法益を論ずるのは的はずれである。なお、憲法13条、22条を根拠に原告適格を認めようとする説（神橋一彦「行政権の濫用に基づく処分に対する取消訴訟について」『金沢法学』44巻2号（2002年）107頁以下）がある。正しい方向であるが、それも多少迂遠な理論構成である。

（イ） 行政法規による保護を担保するのが行政訴訟—保護規範説と個別具体的な利益説の排除

では、第三者の原告適格はどのような場合に認められるべきか。これは単なる行訴法9条の条文の文理だけの問題とか、原告適格が狭すぎるから、もっと広げよというだけの議論ではなく、行政法が何のためにあるのか、民事法とどう違うのかという根本に遡って考察することによって、理論的にも明快で実際的にも合理的な回答が得られると思われる（この問題を取り上げたものとして、藤田宙靖「許可処分と第三者の『法律上保護された利益』」『行政法の変革と発展下巻』（有斐閣、2001年）255頁以下）。

行政訴訟では、行政法規違反があれば本案の原告勝訴事由になる。これは法治国家の要請である。しかし、だれでも争えんとすれば、裁判所は、事案を受動的に処理する点では違うけれども、その守備する範囲ではその他の国家機関との違いは極めて小さくなって、一般的にはいきすぎである。そこで、裁判所の役割を画するものとして、原告適格、団体訴訟、民衆訴訟、機関訴訟などを論じなければならない。

そこで、行政法規が守るものは何かを考察する。それはそれぞれ目的を有する。税などを徴収して国家の財政を守るものもあれば、飲食店を監督して衛生的な食品の提供を確保したり、地球温暖化対策により広く地球環境を守ったり、国民みんなに属する文化財を守ったり、地域住民の健康や環境を守ったり、消費者が不当に不利な立場に陥らないように業者を監督したり、まちが無秩序に発展しないようにする。行政機関がこの法律のルールを守らない場合は是正主体は国会であり、会計検査院であり、内閣であり、裁判所である。このうち、裁判所、つまりは行政訴訟にどれだけの役割を与えるべきであろうか。

行政訴訟は行政法規遵守を担保する制度であるから、この行政法規違反を理由に訴訟を提起できる者は、これによって保護されている範囲の者に限ることになる。たとえば、大気汚染防止法は、もともと民事法では公害被害を防ぐのに効率的ではないとして、導入されたもので、公害工場などを監督して周辺住民の健康を保護する。行政機関がこの法律を適切に運用しなければ、周辺住民は法律の保護を受けられないので、その保護を求めることができることが法律の要求である。第三者の原告適格は行政実体法から導かれるのである。したがって、いわゆる「法律上保護された利益説」は理論的には正しい。事実上の利益も原告適格の根拠とすることは、この行政法の存在意義からは説明できないし、事実上の不利益の範囲も不明確すぎるので、適切ではない。

では、法律により保護された範囲とは何か。これは、法律の個々の文言により判断されるものではなく、法律の趣旨により判断されるべきである。

たとえば、地球温暖化対策推進法は、地球環境といった、個々人の利益としてはあまりにも拡散したものを対象としているので、個々人を保護していない。これに対し、大気汚染防止法、環境影響評価法は、工場、道路などによる騒音、大気汚染の被害を防止しようとしているが、そこで保護される環境の利益は地域のものであり、それは住民の利益から超然とした公益ではなく、住民の私的利益の集合そのものである。したがって、これは法律の保護範囲内にはいるのである。なお、環境影響評価法（条例）は単に環境影響の有無を調査するだけでなく、状況次第では、地域環境、地域住民の健康を守る趣旨と解されるべきである（さらに、畠山武道「環境影響評価法と取消訴訟の原告適格」『行政法の変革と発展下巻』（有斐閣、2001年）252頁参照）。

原子炉等規制法は、原子炉災害から住民を守るために規制しているのであるから、その規制の根拠条文が「災害の防止」といった抽象的なものでも、住民はこれによって保護されているのである。

風営法も、地域の環境を守っており、それは地域住民の個別の利益の集合であるから、住民は保護されている。鉄道運賃の認可制度は鉄道利用者を鉄道事業者の一方的な運賃設定から保護する制度である。都市計画法も、基本的に地域のまちづくりを守るため、それは地域住民の利益の集合というべきである。

薬事法は、薬の消費者の安全を守る法律で、製薬会社を守る法律ではないから、競業者に違法に薬品の製造許可が与えられた結果、同業者が損害を被っても、その取消訴訟を提起することはできない（いわゆる反射的利益である）。もっとも、違法な競業者から自己の営業を守る権利が実定法（憲法22条）から導くことができれば、これは反射的利益ではない。

これに対し、判例は、法律上保護された利益説の趣旨を、個別具体的利益の存在が必要と、狭く解釈している。しかし、法律の文言などから「個別具体的利益」の有無を探求する解釈理論は恣意的であって、合理的な結論を保障しない（阿部・前掲「原告適格判例理論の再検討」判評508号、509号）。いわゆる法的保護に値する利益説は、この判例理論の狭さを指摘するものとして正当であったと思う。

なお、原告適格の基準に、受忍限度という民事的思考を持ち込むのも、制度を混乱させるものである。

これに対する反論として、濫訴の弊が心配されるが、民事訴訟では1円訴訟でも適法である（在日韓国人の氏名日本語読み訴訟最高裁判例1988・2・16民集42巻2号27頁では、人格権侵害による謝罪請求も求められているが、1円の賠償請求も、却下されることなく棄却されているにとどまる）。大気汚染による近隣住民の被害が1円を上回ることは明白である。なお、情報公開制度は申請者には何人にも出訴権を付与したものであり、実質は民衆訴訟のようなものであるが、行政の適正化にも大いに寄与しているのであって、濫訴の弊というほどの問題はまだ生じていないと思われる。

原告適格を有する者の範囲はどこまでか。法律の保護範囲説では不明確で、困るという反論があろう。原発許可の取消訴訟では、周辺20キロメートルまでか60キロメートルまでかといったことが問題にされる。しかし、実際上は、こうした訴訟を追行する

ことは負担が重いので、一人遠方の者が不真面目に提起することはまずない。コアの部分である近隣住民が提起していれば、遠方の者が混じっていても、訴訟の進行には影響がないので、気にすることはない。その範囲が決まらないので、原告適格を狭くするといった発想は本末転倒である。

ただ、どうしても気になるなら、多数当事者訴訟の制度で、同一の主張をする者をグループ分けして、そのなかで近隣住民が混じっているかどうかで、原告適格の有無を判断することとすればよい。関与できる時期を制限する方法もあるかもしれない(ドイツ行政裁判所法65条3項参照)。現行民事訴訟法268条の大規模訴訟の特則は不十分かもしれない。行政不服審査法11条の考え方をさらに拡張する必要があるかもしれない(論点を示すだけで、筆者もまだ検討していない)。

また、一人では利益が希薄というなら、多数の者が出訴すれば、その合計の利益は極めて大きいから原告適格があると解しても実際には問題がない。

また、ささいな訴え、不真面目な訴えを却下する根拠がほしいということであれば、まずは訴権の濫用の一般理論で対応できるであろうが、規定をおくとすれば、原告適格の規定のただし書きで、微少な利益を主張する訴え、真摯に追行しているとは認められない訴え、または、利害関係者が多数に上るのに原告がごく一部に限られている訴えなどについては、裁判所はこれを却下することができるという趣旨の規定を入れることも考えられる。

このように、この法律の保護範囲説は、基準の明確性の点でも有用である。

(ウ) 民事訴訟との違いは正当

このように考えていくと、民事訴訟と行政訴訟で、争える者の範囲が異なることが起きる。そして、民事上の権利がないのに、行政訴訟を提起できるとするならば、不合理ではないかという疑問が呈せられることがある。

ここでは、まずは民事訴訟の役割と比較して、行政法がなぜ必要かという話から始めなければならない。民事上の権利義務関係として構成される場合でも、個々の関係当事者間の紛争では事案の処理にコストがかかり、被害の予防が困難である場合(たとえば、大気汚染)には、行政が事前に基準を作り、権力で情報を収集して、ルールを作って規制する方が、コストが安い(効率的である)。また、民事上の権利義務関係として構成できない場合(例:都市の無秩序な発展、廃棄物の激増)には、行政が同様に情報を収集し、ルールを決めて、社会の発展をコントロールする(阿部泰隆『行政の法システム(新版)』序編序章)。

このように、行政法は民事法とは異なった存在理由を有するのである。したがって、民事訴訟では、行政法規違反があっても、人格権侵害などが立証できずに敗訴する場合でも、行政訴訟では、原告適格が肯定され、行政法規違反により原告が勝訴する場合がおきることがあるが、異とするにたりない(注)。むしろ、これは行政訴訟が有用な場合であり、民事訴訟一元化は不適切である。ただし、これでは混乱とするなら、ドイツの計画確定手続のように民事訴訟と行政訴訟を統合するしくみもある。

(注) 国立マンション事件

いわゆる国立マンション訴訟では、このマンションに隣接する者が20メートルを超える部分の建築禁止の仮処分を申請したところ、東京高決2000年12月22日(判時1767号43)頁は、このマンション建設は建基法上

違法としつつ、景観に関する利益、環境のいずれについても、裁判規範となる立法はされていないとし、日照侵害は受忍限度内として、仮処分申請は却下した。これに対し、東京地判2001年12月4日(判例未掲載)は、これを同様に建基法違反として、建物の是正命令を発しないことを違法とした(ただし、是正命令を発せよという義務づけ請求判決は認めなかった)。原告適格の判断は明確でないが、日照侵害は受忍限度内としつつ、景観侵害は重大としている。

(エ) 公定力排除の必要?

第三者の原告適格を肯定するために、許可などの公定力の排除訴訟という構成をする向きがある(前掲司法研修所編『一改訂一行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』)が、そもそも公定力の神話は放棄すべきであるし、少なくとも公定力とは、不利益処分の相手方を念頭におく議論であったから、行政法規により保護される第三者との関係では無用な議論であったのである(藤田宙靖「前掲論文」268頁、阿部書評・自治研究78巻6号(2002年)、阿部・前掲「原告適格判例理論の再検討」判評509号、阿部泰隆・国土開発と環境保全(日本評論社、1989年)307頁参照)。

(オ) 原告適格の条文

行訴法9条は、「取消しを求めるにつき法律上の利益」という一般的抽象的な規定をおいているが、前記の申請に対する処分や不利益処分を受けた者に原告適格を認めるのにはこれで十分である。

しかし、行政活動により利益を受ける者がいる反面、不利益を受ける第三者がその是正を求めることができるかという場合を判断する基準としては、これだけでは意味不明であるし、判例の発展に待つといっても、判例が狭く凝り固まった今日、最高裁判事の総入れ替えか、立法的解決しか、現実には有効性はない。そこで、原告適格については、この場合を念頭においた条文を作るべきである。

原告適格は、実体法の問題であるから、個別の実体法の整備に待つという意見もあるようだが、個別の実体法の意味については、前記のようにその制度の趣旨から解釈すれば十分で、それ以上に些末な規定を用意する必要もないし、また、そんな立場では、泥棒に刑法改正を丸投げするのと同じく、主管官庁がなるべく争われないようにという条文を作るだけである。そこで、行訴法にしっかりした条文を入れるべきである。

たとえば、「行政処分の名宛人以外の者であっても、行政法規により保護される範囲内に入る者は当該行政法規違反を主張して行政訴訟を提起することができる」という規定をおけばよい。もちろん、その行政法規は、前述のように憲法を踏まえて解釈されなければならない。これにより、事実上の利益、単なる現実の利益説は排斥される。さらに、法律が本来保護することを意図しない利益(これを反射的利益という)間接的に発生する利益は含まない。」という注釈規定を入れてもよい。

(カ) 法律の保護範囲に入らない場合—団体訴訟

他方、地球温暖化対策推進法や文化財保護法、自然公園法は、地域住民を保護するものではない。国民全体に原告適格を一般的に認めるのは広すぎる。伊場遺跡訴訟では、文化財保護法の保護範囲にはいるかどうかははっきりしない研究者が出訴している。また、主婦連ジュース訴訟は、自分は被害に遭わないが他人のために提起した訴訟である。これらについて、法律上保護された利益説により原告適格を承認するのは難しい。

これは、団体訴訟の問題として処理するのが妥当である。行政法規の遵守を団体の力を借りて実現することが妥当かどうかという政策判断による。法が適切に執行されていない弊害が大きく、団体がその是正に大きく寄与すると期待されるなら、導入すべきところである。

これに対して、団体訴訟は民事訴訟法一般に通ずる問題であるのに、個別法でもなく民事訴訟法でもなくなぜ行政事件訴訟法に一般規定を置くのかは説明がつかないのではないかと、個別法で対応すべき問題ではないかという考え方があるらしい。しかし、これは、行政法規の違反を法治国家原理に照らして是正するために有用な制度であるから、行政事件訴訟法に入れるべきである。また、個別法は横並びで、どれも消極的であるならば、ここで一般原則をうち立てるべきである（注）。

なお、ドイツでは、団体訴訟が一部の州で、法の執行の機能不全を除去するために認められる。また、検討中の環境法典草案にも入っている（大久保規子「ドイツ環境法における団体訴訟」『行政法の発展と変革下』（有斐閣、2001年）35頁以下）し、フランス、アメリカでもある程度まで団体の出訴が認められているようである。

（注） 司法制度改革審議会司法制度改革審議会 第21回議事概要

1 日時 平成12年6月2日（金）14：00～17：40

A 塩野 宏 東亜大学通信大学院教授から、「司法の行政に対するチェック機能の在り方」について説明が行われ（別紙1）これに関して以下のような質疑応答があった。

市民が裁判に、より積極的に参加していく観点からは、消費者団体などに団体訴権を認める必要があると考えるが、法律学者などの意見によるとなかなか認められない。このことについてどのように考えるか。

（回答；団体訴権には、a個人にとっては少額の損害であるために訴訟として成り立たないが、これを団体として合算した損害額を訴訟により争うものと、b個人の利益とは関係はないが、環境保全や文化財保護など団体としての活動等に関係のある問題について、いわば公益を追求するために訴訟により争うものとの二通りの意味がある。aについてはアメリカのクラスアクションに代表されるが、主として民事訴訟の問題であり、民事訴訟において認められれば、行政訴訟においても認められることとなると考えられる。bが、行政訴訟のみにかかわる問題であり、理論的には個別法に必要な規定を設けることにより決すべき問題であると考え。しかし、法体系全体の横並びの問題があり、例えば消費者行政においてのみこれを認めるというような法規定の整備がしづらいことが、団体訴権がなかなか認められない原因の一つではないか。）

（キ） 保護規範がない場合

なお、行政法規が存在しなければ、行政訴訟はありえない。たとえば、大気汚染防止法などの公害規制法がなければ、いかに喘息公害に悩まされようと、公害源に対する民事訴訟しかない。しかし、これらの行政法規が存在する以上は、公害被害者を守るのが行政の任務であり、これによって守られるはずの被害者は、これを遵守するように裁判的保護を求めることができると解すべきなのである。

最高裁（1987・11・24判時1284号56頁）は里道の廃止により事実上重大な不利益を被る沿道者の出訴資格を肯定する趣旨の判断をしているが、里道については法律がないから、法律上保護された利益説では、根拠づけられないはずである。法的保護に値する利益説によって初めて正当化される。では、立法論ではどうしたらよいか。

里道の廃止は、公権力の行使ではなく、民事上の財産上の権利の行使であるが、里道

の沿道に私人の住宅ができることによって、国家はその通行権を設定したと考えると、里道が廃止され、公道に出られなくなれば、通行権侵害を理由に、里道回復請求の民事訴訟で勝訴できると考えるべきである。行政訴訟に限定して考える必要はない。

(2) 名宛人に対する受益処分の排除を求める第三者の訴え

建築確認、原発の設置許可、公衆浴場の許可、鉄道運賃の認可などに対して、それらの根拠法の保護範囲に入る第三者がその排除を求める訴えである。都市計画事業の認可が周辺住民の環境を守る趣旨と理解されるのであれば、この範疇に入る。原告適格があれば、処分が違法であるかどうかだけが問題になる。人格権侵害などは争点にならない。処分の名宛人はこの訴訟に参加できる。

この類型の訴訟では処分の名宛人と第三者の利害調整が問題となっている。そこで、処分の安定・名宛人の保護のために出訴期間を定めておく必要がある。

執行停止制度も、不利益処分を受けた相手方だけを念頭におく現行制度は不適切である。「本案について理由があると見えるとき」という積極要件を導入すべきである。

処分が取り消されたり（排除されたり）執行停止された場合、名宛人は予測外の不利益を受ける。これは訴訟制度上予測すべきもので、保護に値しないとするのは酷である。投資は行政の許認可が適法であるとの前提によるものであるため、補償は必要であるが、補償額が莫大になることを避けるため、信頼利益にかぎり補償する制度をおくべきである。

(3) 不利益処分の発給を求める第三者の訴え

建基法違反を理由とする改善命令、原子力発電所に対する、原子炉等規制法の最新の基準による改善命令を発することを求める訴えなどは、前記の義務づけ訴訟の一種である。原告適格が肯定されれば、あとは、行政処分を発しななければならないことが認定されるかどうか、命ずべき措置を特定できるかどうか、つまりは、発しないという処分庁の理由がすべて排斥されるかが論点になる。前述したように行政の第一次的判断権も裁量権も問題にならない。

たとえば、原発を設置する電力会社に対して民事の差止訴訟を提起して勝訴できるかどうかとは関係なく、原発の改善命令の義務づけ訴訟は許容されるのである。前記の国立マンション事件がその例である。

これについても仮の救済手段としての仮命令が必要であるが、満足的な仮命令は仮ではないので、それを認めるべき場合は特に限定されよう。

5 計画に対する訴えの創設

(1) 計画に関する特別の訴訟制度の必要性

計画は、受益処分とか不利益処分とか、第三者の法律上保護された利益を害するといった程度のものをこえて、多数人の多面的な利害を調整する。そして、その計画自体で権利制限効果が発生したり、計画に続く行為の段階では、もはや違法是正・権利救済が實際上ほぼ不可能になることが多い（（仮）換地処分をめぐる訴訟では事情判決が下されることが多い）。あるいは、後の段階で違法とされると、これらの計画を信頼した者に不測の不利益を及ぼす。後の段階で個々に争わせるのは非効率的で、紛争の根元を一挙に解決すべきである。

たとえば、都市計画決定された土地区画整理事業計画には建築制限の効果がある（都市

計画法53、54条)ので、それ自体処分の定義に合致する。これを否定する判例(最大判1966・2・23民集20巻2号271頁)の立場では、具体的な建築意思を持った段階で、あえてこの制限に反する建築確認を申請して、却下されてからその取消訴訟を提起して、事業計画の違法を主張して初めて本案の土俵に乗るが、それでは建築設計の負担が重く、他方、建築制限の効果は発生しているのであり、争点も、事業計画の違法性として成熟している。また、事業が進んでから、仮換地処分の取消訴訟で、事業計画の違法を主張しても、原告以外はこの事業計画を前提に行動しているから、今さら実効性は乏しい。建築制限は法令による一般的効果と同じとする反論は、権利救済の実効性に目を瞑るものである。

したがって、事業計画段階で争わせるべきである。その違法事由は、計画で決めること、つまりは、施行地区、設計の概要、事業施工期間、資金計画である(土地区画整理法6条、16条、54条、68条、71条の3)。これらの計画の合理性、減歩率、基幹公共施設の設計、さらに、長期間の放置による計画の失効などが争われる。個々の補償や換地先は争点にはならない

都市計画道路の決定、用途地域の指定、容積率の指定、建ぺい率の指定、市街化調整区域の指定などについても、事後の建築確認、開発許可などの段階で争うことは實際上大きな負担で、この段階で争わせるべきである。他方、現行法のように、実際に建築される段階で争わせると、たとえば、準工業地域への指定替えを信頼して、工場を建てたら日照権侵害などを理由とする隣人からの出訴で、違法とされると、大損害である。

いわゆる2項道路の指定(建基法42条2項)も、指定によって接道義務を満たすとか、セットバック義務が生ずるとか、隣地に建築されて日照を阻害されるといった効果が生ずる。

建築したい者が2項道路の指定のために建築禁止された段階で争うのはごく普通のしくみであるが、建築しようとしたところ、隣人の訴えにより、2項道路の指定が違法であるから、建築できないとされると、建築主は不測の不利益を受ける。

法律に従ったのに、当該法律が違法とされるため不測の不利益を生ずることは常に生ずることではあるが、法に対する信頼を保護するためにも、違法行為を早急に除去し、公正な法をできるだけ早急に創出すべきであるし、また、後の段階になれば、証拠は散逸し、既成事実が発生するので、早期に争わせるべきである。

これは法治国家と裁判を受ける権利から導かれる権利救済の実効性、法への信頼保護の視点による。いわゆる制定法準拠主義で、法律の趣旨を探求する判例が、実定法の偶然に左右されているので、そうした解釈法学の余地を残さないような一般法を創造すべきである。個別法の立法に任せるとすれば、ますます制定法準拠主義で、さしあたり訴訟で争われたくないという担当官庁の近視眼的な意向に左右されやすいので不適切である。

そして、これは、一般の不利益処分とは紛争状況を異にする面があるので、計画段階で争わせる特別の訴訟類型を創設すべきである。

(2) 計画争訟のしくみ

たとえば、訴訟対象の定義として、一般的には、後述のように、法令(条例を含む)に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救済の

実効性を確保するために争わせる必要があるもの、または申請に対してこれらの行為を行わないこととするとしても、それに終わらず、その次に、(前記の予算措置に基づく給付処分と同様) 法令に基づく権利制限、その他の一般的な法的効果を有する行為で、訴訟により違法判断に熟する行為を含むなどとする。

原告適格は、先に述べた第三者保護規定と同様に考える。

計画などを公示して、出訴の方法、期間の教示をした場合には、その期間が徒過したら、計画を前提とする行為に対する訴訟においてももはや計画の違法を主張することはできない(違法性の承継を否定)ことを明示すべきである。公示されない計画で、前記の争訟対象性が認められれば、この限りではない。

計画に対して、訴えが提起されているときは、これに対して別訴を提起することはできない。計画に関して、原告適格を有する者は、取消訴訟の原告側、または被告側に共同訴訟人として参加することができる。

当事者が多数に上るときは、特別の手続を工夫する必要がある。これは前記の第三者保護規範の場合と同様である。

計画が違法とされた場合には、これを公示する。その理由が、原告特有の事情ではなく、一般的な理由による場合には、その適用を受けるすべての人との関係で違法とすべきである。しかし、計画を信頼して行動した者を保護する必要があるので、それは遡及効を有しないとすの特例規定が必要である。

しかし、それが可分的な場合には、原告との関係でのみ取り消すこととすべき場合もある。都市計画事業の認可は、土地所有者との関係で収用権を発生させる制度と考えると、取り消された場合も、出訴しない土地所有者との関係では、収用できるとするか、収用できないが、すでに行われた収用の効力には影響しないとすべきである。

ただし、この認可が、環境への配慮も考慮すべき制度と理解し、それを欠いたことを理由に周辺住民の出訴により取り消すこととすれば、それは一般的なものというべきであろう。

なお、計画の争訟手続については行政手続の整備と合わせて行うべきだという考え方もある。1983年の行政手続法研究会報告がこれを検討したが、挫折したままである。それも検討すべき問題であることを改めて提起してほしい。

(3) 経過措置

計画などについては、これからの計画については出訴期間を経過した後もはや前提問題としても争えないとすべきであろうが、これまでの計画などについては、今から争えないと決めるわけにはいかないので、昔の二項道路の指定が今頃違法となったりして、混乱を生ずる。これについては、すべて公示し直して、たとえば2年以内に争わなければ、もはやその違法性は次の処分でも争えないと決める方法もある。もっとも、過去のものはこれまで通りで、放置する方法もある。

五 行政訴訟のその他の主要論点

1 行政訴訟の対象性

(1) 行政訴訟の対象の決め方

行政訴訟は行政活動の違法の是正を求める訴訟とすると、その対象は、法令(条例を

含む)に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救済の実効性を確保するために争わせる必要があるもの、または申請に対してこれらの行為を行わないこととする。

法令に基づき権利義務を形成確定する行為はこれに含まれるが、それに限らない。さきに、計画や予算措置に基づく給付行為を訴訟の対象とする規定がほしいと主張した。

行政処分の定義として、「一方的決定」とする説もあるが、これだけでは、契約の解除、入札、雇用関係における命令などの私法行為と区別することが困難なので、法令に基づく行為とする。

先に述べたように公権力の行使という用語は廃止する。国民の権利義務を確定するという判例の基準は廃止する。また、「必然的」に害されるという基準も廃止する。必然的でなくても、権利義務に影響がある蓋然性があれば、事前に救済を求める利益があるからである。実際、判例も、12チャンネル事件(最判1968・12・24民集22巻13号3254頁)ではそうした立場をとったことがある。

これまでは、行政処分には、取消訴訟などの抗告訴訟でしか除去できない効力があることが前提とされていた。そこで、抗告訴訟の対象も、法律行為に限定されていた。しかし、そんな効力はないという前提に立てば、行政訴訟で、法律行為と事実行為の区別も必要はない。行政訴訟の対象を前述のように定義すれば、これは行政訴訟で争える。しかし、それを民事訴訟で争えないという理由もない。

最判(1996・2・22判時1560号72頁)は、生徒心得における丸刈りの定めには違反した場合の制裁の定めがないから、個々の生徒に対する具体的な権利義務を形成する法的効果を生じないから、行政処分ではないとした。しかし、心得に従わないと、実際上は大きな不利益を被る。これを防止する方法はない。紛争はこの段階で成熟している。立法論としては、これだけで計画と同様に訴訟の対象とすべきであるが、現行法の解釈でも、生徒心得は先生の生徒に対する命令の束と考えて、行政処分というべきであった。

旧大店法で、進出しようとしたスーパーに対して、店舗面積の削減などを勧告したら、このスーパーがこれを受諾した場合、より厳しい削減を求める地元小売店には争訟方法がない。これは不合理であり、この勧告はスーパーに対しては行政指導であるが、地元小売店との関係では、行政処分と考えるべきである(相対的行政処分論、阿部泰隆『行政訴訟改革論』87頁以下)。

(2) 行政指導

行政指導は、事実上は国民を拘束しているが、建前では国民の任意の協力を求めているから、法的効力はなく、いやなら従わなければよいとして、その取消訴訟は認められていない。しかし、事実上の強制が違法と評価される場合がある。これには国家賠償訴訟が認められている。この現状は、「受忍せよ、そして賠償を求めよ」という警察国家時代と異なることはない。

国家賠償が認められる事案では、時間的に可能であるかぎりにおいて、事前に差止め、除去を認めることが法治国家の要請である。その訴訟方法としては、行政指導の違法確認・除去を求める訴えを適法視すべきである。また、行政指導は事実行為であるから、民事訴訟でその排除を求めることができるかと解すべきである。あえていえば、行政指導

の排除を求める訴えというだけで、それが民事訴訟か行政訴訟かを詮索する必要はない。

保険医の指定取消（最判1963・6・4民集17巻5号670頁）などが名誉を害するとして争う場合にも同様であるが、現行法でも民事訴訟でその排除を求めることができる。と解される。

指導が実際上不許可処分と同視される場合もある。地域医療計画上医療機関が過剰であると判断されると、医療法でその開業をしないようにという勧告が行われる（医療法30条の7）が、これに応じなくても医療法の病院開設の許可は下りる。しかし、保険医療機関の指定（健康保険法43条ノ3第4項第2号）を受けないと実際上病院経営が成り立たないが、その指定の申請は建物が完成してからでないとう受理されない。そして、この指定が拒否されるのは必定である。これでは、勧告が違法でも、それに反して病院を設置するのはハイリスクである。裁判を受ける権利の実効性という視点から、この勧告の取消訴訟なり除去請求訴訟が必要である。

（3） 内部行為

通達など、内部行為で、法的な効力を有しなくても、争点が具体的で、法的判断が可能であり、その事実上の支配力が大きく、具体的な処分を待たせることが酷と評価される場合には、その除去請求を認めるべきである。これらが争いの対象になるかどうかは、成熟性の問題になる。原告適格の点は、不利益処分と同様に扱い、保護規範を問題としない。

なお、これについては、事前に争うことが一般には期待されないので、違法性承継の遮断効は導入しない。もちろん、刑事訴訟でこの内部行為の違法性を争うことも妨げがない。もし内部行為について、訴訟が提起されて、違法と確定すれば、それを適用されることはなく、適法と確定しても、その判決の効力は当事者間にしか及ばないから、別人がその内部行為を前提とすることは妨げがない。この内部行為を前提とした処罰や営業停止が確定したのちに、この内部行為が違法とされた場合には、再審の問題となる。処罰などの根拠となった法律が後に別件で一般的な理由により違憲とされた場合と似ている（民訴法338条、刑訴法435条参照）が、これは改めて考えたい。

（4） 一般処分

医療費値上げの職権告示（東京地判1965・4・22行集16巻4号708頁）のような例では、これを法令とみなして、私人間でだけ医療費の額を争わせる説もあるが、それは煩瑣で、実効性がない。紛争の根元で一挙に決着をつけることが社会的に効率的である。しかし、私人間で、この値上げを違法とする前提での民事訴訟を禁止する理由もない。

2 訴訟相互の調整

（1） 訴訟類型・請求の趣旨の正確な判定は最後に

もともと、行政関連訴訟（民事訴訟を含めて）では、大阪空港訴訟を初めとして、どの訴訟を提起すべきかが明確ではなく、訴訟類型の間のキャッチボールも発生していた。これは権利救済の実効性を阻害する違憲判断であると考える。以下のように考えると、この不合理を除去できる。

行政訴訟は、行政法規の遵守を求める法治国家に由来する制度である。そして、それは行政活動の違法の是正・除去を求める訴えであるが、その訴訟類型としてまず原告が特定するのは、前記のように、申請に基づく処分を求めるのか、不利益処分の排除を求

めるのか、第三者に与えられた許可などの排除を求めるのか、第三者に対する命令などを発することを義務づけるのか、計画の取消・変更を求めるのかなどだけで十分である。

(2) 請求の趣旨の決定

そして、原告はどのような行政活動によりどのような不利益を受けているかを示して、その除去・是正を求めれば、裁判所は審理の結果、原告にもっとも有利な解決策を取ることとすればよい。要するに、請求の趣旨の細目は、入口でなく、出口として、最後に裁判所が当事者と対話して判断すべきである。たとえば、

公務員の免職処分無効確認と地位確認のいずれが許されるかという争いがあった(行訴法36条参照)が、同じことであるから、原告が決めるのではなく、裁判所が判決時に両方を主文で宣言すればよいのである。処分の有効という概念を訴訟の場でなくせば、免職処分が単なる違法でも、その取消しを求めても、地位確認を求めてもよいとすべきである(公務員法が不服申立てにおいて取消請求だけを前提としていても、訴訟の場ではこのことは特に矛盾とはならない)。

差止め訴訟と当事者訴訟その他の関係が問題とされるが、課税処分の差止めでも、納税義務不存在確認でも同じことである。

自己の勤務評定義務の有無が争点になった事例(最判1972・11・30民集26巻9号1746頁)では、成熟性が問題になるが、訴訟類型としては、懲戒処分の差止めでも、勤務評定義務の不存在でも双方でもよい。原告は、勤務評定義務が存在せず、従って、これをしなくても懲戒処分その他の不利益な扱いを受けることにならないようにとして訴訟を提起しているのであるから、裁判では、そのように、勤務評定義務が存在せず、その存在を前提とする一切の処置を禁止するといった判決を下せばよい。

摂津訴訟のような補助金の支給請求訴訟では、前記のように、支給(一部)拒否決定の取消しとするか、一定額の支給を求める訴えとするかなどは、原告が訴え提起の時点でどちらかに決める必要はない。裁判所は、審理の結果、原告の請求原因と成熟性から見て原告にもっとも有利な判断をすることとすればよい。そのとき、支給決定の義務づけでも、一定額の支払いの命令でも、裁判所の判断を尊重して決定し直せでもよいこととすべきである。

(3) 民事訴訟との関係の明確化

民事訴訟との関係では、公権力には民事訴訟では争われない(このところ、民事裁判所立ち入るべからず)という特権があれば、民事訴訟と行政訴訟の分水嶺をつくらなければならない。しかし、そんな特殊性は認められず、ただ、行政活動の特殊性とは、法令に適合していなければならない点だけであると考えれば、行政活動の違法是正が行政訴訟に独占されるものではなく、民事訴訟を認めることも可能である。

これについてはすでに検討してきたが、たとえば、精神病院への強制入院や物の留置といった、いわゆる公権力的事実行為は、行政不服審査法(2条1項)上は処分とされるが、公権力の優越性や公定力を否定する前記の立場によれば、民事訴訟による引渡しや解放請求も認められるべきであろう。

こうした継続的な行為については、出訴期間は不要であるから、その点でも民事訴訟と行政訴訟の間で、いずれかと決める必要はない。

前記のように、申請に対する処分を求める訴訟では、行政決定を求める形式(たとえ

ば、補助金支給決定の義務づけ)を取ることも可能であれば、行政決定の結果を求める形式(金いくらの補助金を支給せよという給付請求)でもよい。

不許可処分に対しても、許可を求める義務づけ訴訟でも、許可の意思表示をせよという民事訴訟も許容される。

しかし、これらの例では、行政訴訟のほかに民事訴訟を認めても、実態には変わりはないので、それほど実益はない。また、仮の救済の点では、行政処分を仮の決定で発給することは一般的には不適當なので、民事訴訟の仮処分とは異なる仮命令の制度を整備すべきであろうし、不利益処分でも、第三者の関与する三面関係紛争の場合には、執行停止の要件をきめ細かく規定する必要がある。

そうすると、行政法規適合性を争う訴訟は、行政訴訟を整備した上で、原則として行政訴訟のルートに乗せるべきであろう。ただし、これまでそのルールが不明確であったので、原告に不利であった。そこで、次のような解決策を用意すべきである。

まず、一般論としては、行政法規違反を民事訴訟でも争えることを前提とし、民事訴訟のルートを否定するには、行政訴訟のルートが開かれていることのほか、民事訴訟禁止の趣旨も明確であることが必要である。

たとえば、行政訴訟によるべきことが法令により明示されている場合のほかは、民事訴訟において、行政活動の行政法規違反を主張することに妨げがないという明示の規定をおく。地方公共団体においては、これを条例で明示することができるとする。

ただ、行政訴訟によるべきかどうかをすべての法令に規定するのは煩瑣であるし、法の統一が確保できないおそれもあるので、一般原則を立てておく。たとえば、行政処分(あるいは、この用語を行政決定とでも変えることも考えられる)の違法の是正を求めるためには、本法の定める行政訴訟を提起しなければならないとし、許認可、免許、命令、指示、賦課、収用という用語を用いて、法令に基づき特定人の権利義務を形成確定する行政機関の行為は行政処分として扱うとする。

その上で、必要なら、個別法で対応する。たとえば、補助金適正化法で、補助金に関する決定について民事訴訟を認めないなら、その旨の規定をおくことになる。

このように決めても、依然として、行政訴訟と民事訴訟のいずれを提起すべきかが曖昧な部分が残る。

たとえば、予算措置に基づく金銭などの行政サービスの(不)支給について、民事訴訟と行政訴訟のいずれが適法かははっきりしない。

公共施設管理者の不同意(都計法32条)について判例(最判1995・3・23民集49巻3号1006頁判時1526号81頁)は処分ではないとするが、国家賠償法では、この管理者の不同意は公権力の行使で、公共施設の適切な管理以外の観点から行われれば違法である(綿引万里子調査官・最高裁判例解説民事篇平成7年度395頁)。そうすると、違法行為について賠償するが、違法除去の救済をしないという警察国家的な発想に陥る。これを避けるためには、これを処分とするか、これは私人の自由な不同意とは異なり法的な制約がついているから、開発を求める者は、公共施設の管理に支障のない限り同意の意思表示を求める民事訴訟で勝訴するはずだと考えるべきである。そうすると、処分か契約か、行政訴訟か民事訴訟かというキャッチボールの問題になる。

これについて伝統的な発想は、正しい訴訟形式は一つだけしかなく、それを決めるの

は原告であるから、裁判所は、最高裁の段階でも、その正しいと考える訴訟形式以外の訴訟を却下してよいということであった。しかし、これは、法の不明確性のリスクと負担を一方的に原告にだけ負わせるもので、前記の法の明確性、権利救済の実効性の視点に反する（これに関する解釈論的試みについて、阿部泰隆『行政救済の実効性』第1章）。

そこで、次のようにすべきである。

まずは、原告は、行政訴訟と民事訴訟のいずれの訴えを提起してもよいし、両方を併合提起（選択的又は予備的併合）してもよい。

行政訴訟と民事訴訟のいずれかだけが提起され、裁判所が反対の訴訟の方が適法であると考えた場合でも、それによって訴えを却下することは許されず、訴えの変更を求めることとすべきである。その場合、出訴期間の遵守は、最初の訴えの提起時点で判断するが、民事訴訟が許されると思って出訴期間を気にせずに出訴したら、行政訴訟に変更され、期間を徒過したとかされると、却下されてしまう。そこで、そもそも出訴期間は、行政処分であることが明らかなもの（そして前述のように特に必要なもの）にだけつけることとしなければならない。また、上級審で訴えの変更を求められた場合でも、審理のやり直しにならないように、これまでの審理の結果はそのまま引き継がれる旨の明示の規定が必要である。

しかし、行政訴訟と民事訴訟は実質はほとんど変わらない。たとえば、公共施設管理者の不同意に対して、同意の意思表示を求める民事訴訟と、同意の義務づけを求める行政訴訟は実質同じであるから、いずれか一方だけが適法だと考える必要はない。前記の行政指導に対しても、その取消・撤廃を求める行政訴訟でも、その除去を求める民事訴訟でも同じである。しかも、この場合には、請求の趣旨は行政指導を撤廃せよというだけであるから、それが民事訴訟なのか行政訴訟なのかは、それだけでは判明しない（過誤納税の返還を求める、金何万円払えという訴えが、公法上の当事者訴訟か民事訴訟なのかは請求の趣旨どころか請求原因を見てもわからないのと同じである）。

そこで、よるべき訴訟形式が法律上明示されていない場合には、いずれの訴訟でも適法とすべきである。

そうすると、二重起訴や既判力の関係をどう扱うのかという疑問が出されようが、同時に両方の訴えが提起された場合には、併合して両方の判決を下せばよいし、一方の訴えの棄却判決が確定した後にもう一つの訴えが提起された場合には、訴訟物を、たとえば、行政活動の違法を理由とする救済の申立てといった幅広いものとして捉えて、既判力が及ぶとすべきである。

かりにこの点に多少の難点があろうと、それは滅多に起きないことで、そのことを理由に、訴訟形式の選択のリスクを原告に負担させることを正当化することはできない。後者の方がはるかに大きな不合理であるからである。

逆に、不利益処分の排除を求めるもののなかで、買収農地などの返還を求めるなら、前記のように、取消訴訟よりも、民事上の返還請求訴訟の方が実効的であるので、この訴訟制度を整備すべきである。

さらに、公法上の当事者訴訟と民事訴訟の関係が争われた。前者は廃止すべきであるが、かりに残すとして考えると、これは職権証拠調べをしなければ、入口でも出口でも違いがなく、単にたとえば過誤納税額何万円払えというものであり、職権証拠調べをし

てもその段階だけの問題である。

損失補償は現行法では公法上の当事者訴訟の対象であるが、公法と私法という区別が実は存在しないので、前述のように、この制度を廃止して民事訴訟に一本化するべきである。したがって、ここでは訴訟類型の調整は不要である。

なお、行政訴訟と民事訴訟の併合に妨げとならないように、この二つの訴訟は、民事訴訟法136条の適用において同種の訴訟手続とみなすという規定をおくべきである。

(4) 公共事業の差止めの訴えについて

空港の騒音差止め訴訟や自衛隊の演習騒音の差止め訴訟では、抗告訴訟と民事訴訟のキャッチ・ボールが行われた。大阪空港訴訟最高裁判決(1981・12・16民集35巻10号1369頁)は、民事の差止め判決を執行するためには空港の離着陸時間の変更などが必要であるが、それは航空行政権の発動で、「行政訴訟はともかく」民事訴訟では争えないとした。しかし、これについて適切な行政訴訟は発見されていない。他方、日本原訴訟(最判1987・5・28判時1246号80頁)では、自衛隊の演習を抗告訴訟で争ったら、演習は事実行為で、公権力の行使ではないから、民事訴訟によるべきだとされた(阿部泰隆『行政救済の実効性』第2章、同・民事訴訟判例百選(1992年)8頁の批判参照)。

音に公私の区別もないうえ、適切な行政訴訟もなく、民事訴訟の適用を禁止する規定もないから、民事訴訟を適法とすべきである。そして、この判決を履行するためには、行政判断なり行政の権力発動が必要であっても、それは間接的なものであるから、民事訴訟を不適法ならしめるものではない。

公共性の判断は、訴訟手続の問題ではなく、実体法の問題であり、民事訴訟でも十分審理できる。

このことを明示するために、民事訴訟においても、裁判所は、行政判断の法規適合性を審理判断することができる、民事訴訟の判決を履行するために行政判断を必要とする場合であっても、民事執行法172条によりこれを執行することができる、とすべきである。

なお、空港や道路の供用差止め判決があっても、現実に差し止められると危惧する必要はない。管理者が、防音工事や移転補償を提供すれば、原告被害者がこれに応じなくても、公害の原因は管理者側にないので、もはや差止め判決を執行する根拠はないからである。

次に、公共事業たとえば道路事業に対して、起業地の土地所有者は、事業認定や都市計画事業の認可に対して取消訴訟(不利益処分に対する訴え)により争うことができる。これに対して、周辺住民が公害を危惧してこれを争うにも、これまでの判例では、これらの制度は周辺住民の騒音被害を受けない利益を個別具体的に保護していないとして原告適格が否定される(小田急判決東京地判2001・10・3判時1764号3頁[該当箇所は43頁]も実質同旨)し、都市計画決定などについては処分性が否定される(最判1987・9・22判時1285号25頁)。民事の差止め訴訟を提起すると、これは実質的には道路計画という公権力の行使そのものを争うものであることを理由に、不適法とされやすい。仮処分は公権力に対するものとして禁止される(行訴法44条)と解されやすい。

しかし、これらの行政上の決定は、公用制限を課す点では公権力の行使であるが、地域住民の法律上の利益に配慮していないとするならば、その点については公権力の判断

はなされていないのであるから、これを民事訴訟で阻止しても、公権力を妨げることにはならない。公権力の行使に当たるかどうかについて、道路計画について一体的に考えるのではなく、公用制限を争うか、交通公害を争うかという論点毎に考えるべきである（阿部泰隆『行政訴訟改革論』218頁）。

もし、これらの行政上の決定に地域の環境配慮規定が入って、周辺住民に原告適格が認められるようになった場合には、抗告訴訟しか認められないことになるかという問題があるが、行政訴訟が許容されるとしても、そこから当然に民事訴訟が許容されないということにはならない。行政訴訟が本道で、民事訴訟の禁止措置が明示されるまでは、前記のように、いずれの訴訟も許容されるというべきである。

仮処分についても、公権力の行使については、理由の如何を問わず仮処分を禁止すると誤解される行訴法44条は廃止されるべきである。そして、本案訴訟として民事訴訟が許容されるかぎり、仮処分も許容されるとすべきである。なお、前記のように行政訴訟だけが明示的に許容される場合には、民事保全法に規定する仮処分を求めることができずとしておけばよい。

なお、公有水面埋立による海浜環境の阻害を防止するために、埋立免許の取消しを求めることなく、埋立工事の差止めを求めることができるか。埋立免許は埋立権を設定しており、それには海浜の消滅を内包しているから、埋立権を消滅させないまま、その権利から必然的に派生する海浜破壊活動を民事訴訟で差し止めることは無理であろう。

3 処分理由の差替えについて

訴訟において行政庁が同一処分の範囲内で処分理由を差し替えた場合、その理由について判断することは行政庁の第一次判断権を侵害するのではないかとの説もあるが、まず、理由の差替え自体については、全く許されないとする考えと、全く自由であるとする考えのいずれも妥当でない。行政庁に対して、処分時にすべての理由を検討しなければならない義務を課すのは、聴聞を経たような場合以外は、困難であるが、他方、理由の差替えが全く自由では、処分に理由を付記する意味がなくなってしまう。そこで、理由の差替えについても訴訟法に規定を新設する必要がある。たとえば、第一審の最初の段階において追加する理由をすべて主張させ、その後は遮断するようにしてはどうかと考えている。そして、理由の追加変更による原告の損害については無過失賠償を行うべきである。この点について書いた自治研究の最新号（78巻4号3頁以下、5号3頁以下）も参照されたい。

4 係争中の処分の変更・追加

係争中に、更正、再更正といった、新しい処分が次々に発せられ、原告がこれに対して新しい訴えを提起すべきかが争われているが、これは明示のルールをおくべきである。その方法としては種々の提案があると思われるが、行政庁側の一片の処分により、原告に新しい訴えを提起し、不服申立てをさせる負担を負わせることは不公平であるから、いわゆる逆吸収説で、当初の処分を適法に争っていれば、十分だという扱いにすべきである。そして、被告庁の新処分を踏まえて争点整理をすればよい。

公務員が停職処分を争っている間に減給に変更されても訴えを変更する必要はない（最判1987・4・21民集41巻3号309頁、阿部『行政法の解釈』191頁以下）が、これも、行訴法10条2項だけでは不明確なので、明文の規定をおくべきである。

原発の許可を争っている途中で新しい許可が発せられても、訴えの変更は必要ないとするべきであるが、これも同様である（東京高判2001年7月14日判タ1063号79頁参照）。

そうすれば、新しい処分について、出訴期間、不服申立て前置主義を適用しないことと同じになる。

5 出訴期間について

出訴期間の制限はすでに述べたように第三者に影響のない場合には一般的には必要とは思われない。ただ、農地買収処分や滞納処分、収用裁決のような私人間の権利を形成する処分に関する訴訟、または、第三者に法律上の影響がある訴訟（計画に関する訴訟を含む）については、出訴期間が必要である。

先にも述べたが、かりに出訴期間を一般的に設けたままにするとすれば、6か月にすべきであり、また、行政不服申立期間が60日間というのは短すぎる。庶民も多忙であり、弁護士を探し、誰にどのように不服申立てをしたらよいかを判断するのにはもっと時間がかかるのである。

行訴法14条1項と4項で起算日が異なり、4項で初日を算入している。判例（最判1977・2・17民集31巻1号50頁）もこれを是認しているが、これは、初日不算入が原則だと信じている普通の原告に不測の不利益を及ぼし、騙し討ちの違憲性の濃い立法ミスであるから、初日不算入（あるいは、翌日から起算）に変更すべきである。

その条文としては、行政不服審査法14条1項に倣って、「知った日の翌日から起算して」とすればよいのである。つまり、第4項で、「第一項および前項の期間は、……審査請求があったときは、その審査請求をした者については、これに対する裁決を知った日の翌日又は裁決の日の翌日から起算する」と直せばよいのである（その他、出訴期間、不服申立期間については、阿部『行政救済の実効性』232頁以下参照）。

6 行政決定の公示

特定人に対する行政決定は、相手方に送達することによって効力を生ずる。行政庁の責めに帰す事由以外で送達すべき住所を知ることができない場合には公示送達（民法97条の2）することができる。公務員に対する処分を県の告示で送達することは違法との判例がある（大阪高裁（1996・11・26判例自治159号46頁、ただし、最判1999・7・15判タ1015号106頁で逆転）が、官報、県や市の告示、広報誌に掲載することによってこれをなすことができるとする明文の規定をおくべきである。

不特定多数人に対する行政決定は、処分庁において公にしておくほか、その地域でよく読まれる日刊紙二誌以上の朝刊に掲載し、かつ、特定の土地又地域の住民を対象とする処分においては、現地に公示板を設置して周知徹底を図るものとする。

7 無効確認訴訟の原告適格

違法と無効の区別をなくしても、出訴期間、不服申立て期間を徒過し、また、不服申立て前置を履践しなければ、救済を得られない。その場合のための無効のような制度は残る。しかし、それを無効という必要はない。

特に重大な違法がある場合には、出訴期間もしくは不服申立て期間を徒過し、または前置を要する不服申立てを履践しなくても、行政訴訟または民事訴訟を提起することができると思えばよい。

現行の制度のまま微修正するなら、行訴法36条の無効確認訴訟の原告適格は現行法

ではわかりにくいですが、いわゆる二元説に立って、「、」を「おそれのある者」の次に打てばよい。あるいはもっと明確にするには次のような条文にすればよい。

第36条 無効等確認の訴えは、次の各号のいずれかに該当する者に限り提起することができる。

1 当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者

2 その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができない者

8 教示義務

教示制度は行政不服審査法57条にはおかれているが、行政事件訴訟法にはない。しかし、出訴期間に気づかないとか、被告を誤ることもある。そこで、これについても処分のさいに教える教示義務が必要である。それは処分庁にとっては定型的な業務であるから、負担増にはならない。

その書き方では、3ヶ月以内に訴えを提起することができますといった教示ではなく、通知を受けた日の翌日から起算して3ヶ月以内（通知を受けた日の3ヶ月後の同一日の受付終了時間まで）にしか出訴できませんので、嚴重にご注意ください（いわば、アテンション プリーズ！！）とする。不服申立前置主義の場合、先に不服申立をしないで、訴えを提起することは許されません、とする。審査請求、異議申立てに関しても、何日以内にどちらにできるのか、しないと救済されないのか、ただちに出訴してもよいのか、教示するべきである。

教示の文面は、表に、地の文字よりも大きく、かつ、反対の色で目立つように示すべきである。

教示を誤った場合にはその通りに出訴すれば適法であり、裁判所が適法な訴訟を教示するものとする。教示がなされなかった場合には、出訴期間は2年に延長されるとする（その他、教示については、阿部『行政救済の実効性』244頁以下参照）

9 訴えの利益の消滅

（1）迅速審理の要求

現行法9条括弧書きによれば、争う利益が消滅した場合には、訴えは却下される。公会堂の使用不許可、営業停止処分が一定期日を経過した場合、男子中学生の丸刈り強制差止訴訟が卒業により意味を失う場合などである。さらに、訴訟が長引いた場合、訴えの利益は残るが、権利救済が著しく困難になるものとしては、高校の不合格決定、公務員の免職、学生の退学、営業許可の取消し、不許可など、たくさんあげることができよう。これらに関しては、執行停止が機能するものもあるが、すべてがそうではない。仮命令を導入しても、それが認められず、なお訴えの利益が消滅することがある。

そこで、裁判所は、時間の経過によって訴えの利益、権利救済の実効性が失われる事案においては、選挙訴訟の100日裁判の規定（公選法213条）に倣って、特に迅速に審理しなければならないとすべきである。

（2）訴えの利益なしへの作為的持ち込みへの対策

係争中に訴えの利益が消滅したら、国家賠償訴訟に変更できる（行訴法21条）。訴えの利益の消滅が原告の責任による場合はともかく、被告の引き延ばしまたは被告側が作

為的に条件を変更したことによる場合には、国家賠償ではなく、被告の故意過失を問わない損失補償制度をおくべきである。また、弁護士費用も含めて、原告には訴訟に要した費用を当然に賠償する制度を導入すべきである。

(3) 訴訟費用負担の公平

少なくとも、訴訟費用負担の原則について行政訴訟法に特則をおくべきである。たとえば、訴訟が行訴法9条による訴えの利益喪失により終了した場合においては、裁判所は、両当事者の衡平を理念として、訴えの利益を喪失させた当事者に訴訟費用を負担させるものとするべきである。

次に解釈論としても、敗訴者が、その当時は攻撃防御のために必要であった行為により生じた費用を勝訴者に負担させる規定(民訴法62条)を活用すべきである。

判例は、形式上敗訴した原告側に、理由なしで訴訟費用を負担させている。形式上敗訴していようと、実質勝訴であれば、なぜ訴訟費用を負担させられるか、理由を付けるべきであり、理由を付けないのは民訴法違反である(注)

(注) 最高裁の判例を3件ほど紹介する。条例制定権の範囲に関して有名ないわゆる飯盛町事件では、原審(福岡高判1983・3・7行集34巻3号394頁)は、旅館業不同意処分を取り消したのに、最高裁昭和58年(行ツ)第52号、1985年6月6日第一小法廷判決は、原判決を破棄し、第一審判決を取り消し、本件訴えを却下して、訴訟の総費用は被上告人(原告)の負担とするとの判決を下した。理由は、不同意処分の根拠となった飯盛町旅館建築の規制に関する条例は1985年2月18日に廃止されているので、この不同意処分は条例廃止に伴い効力を失ったものであり、本件訴えは法律上の利益を失ったというのである。しかし、これは訴えの利益消滅への作為的持ち込みであり、町が実質敗訴しているのであるから、訴訟費用は全額町負担にすべきである。

家永教科書検定第二次訴訟(最判1982・4・8民集36巻4号594頁)の差戻後控訴審判決(東京高判1989年6月27日判タ700号68頁、行集40巻6号661頁判時1317号36頁)は、教科書の部分訂正に対する改訂検定不合格処分の取消を求める訴えが、当該教科書検定の基本となつた学習指導要領の改正されたことにより、訴の利益を失つたとしたうえで、訴訟の総費用を被控訴人(家永原告側)の負担とした。

長沼ナイキ基地訴訟上告審判決(最判1982年9月9日民集36巻9号1679頁)は、代替施設の設置によつて洪水・濁水の危険が解消され、その防止上からは保安林の存続の必要性がなくなつたと認められるに至つたときは、右防止上の利益侵害を基礎として保安林指定解除処分取消訴訟の原告適格を認められた者の訴の利益は失われるとして、訴訟費用は原告(上告人)の負担としている。

さらに、禁煙の措置要求事案で、問題が解消したとして、訴えの利益なしとされたので、実質原告勝訴のはずなのに、訴訟費用は原告負担とされている例(名古屋地判1996・9・4労働判例740号78頁)、宅地造成等規制法8条に基づく宅地造成工事許可処分および都市計画法二九条に基づく開発許可処分の取消を求める訴につき、右各許可処分に係る土地の原状回復が社会通念に照して法律上不可能であるから訴の利益がないとされ、訴訟費用は原告負担とされた例(大阪地判1983・3・16判時1084号54頁)がある。

10 被告・原告

被告は国か、行政庁か、庶民どころか、弁護士にもわかりにくいことがある。そこで、原告は、被告としては、国か、行政庁かのいずれかを表示し、担当部局がわかるようにすればよいものとする。この点の判断に誤りがあっても、被告の抗弁を踏まえて、裁判所が教示して、訂正させるべきである。たとえば、国に対する航空騒音の差止訴訟、運輸大臣に対する飛行機の経路指示命令義務づけ訴訟などは、被告を間違っても、裁判所が訂正を教示すればよい。河川法で工作物の除却命令を受けそうな場合、差止訴訟なら、

処分庁、除却命令を受けない地位の確認訴訟なら、処分庁の属する行政主体を被告とするなどとややこしいことはいわずに、これも紛争の実質は同じであるから、どちらを被告として出訴してもよいことにする。

権限の委任がある場合には、受任庁が被告であるが、委任庁を被告とした訴えは、原告に被告の判断に関する重大な誤りがあった（行訴法15条）かどうかにかかわらず、被告委任庁からの反論を得て、ただちに受任庁を被告とする訴えに変更することを許容するものとするべきである。権限の委任は、たとえ公示されていても、外部からはわかりにくいからである（阿部泰隆『行政の法システム[新版]』617頁）。

本稿では、行政庁側は被告になる前提で検討してきたが、まれに原告側になることがある。そのさい、原告を行政主体とするべきか、行政庁とするべきかもわかりにくいことがある。いわゆる行政上の義務の民事執行においてそのような問題が生じている（阿部『行政法の解釈』329頁）

原告の表示もわかりにくいことがある。機関委任事務として準用河川を管理する逗子市長が、米軍の宿舎を建設する防衛施設局長に対して工事中止命令を発したが、無視されたので、訴訟により工事中止を求めた池子弾薬庫訴訟で、裁判所（東京高判平成4=1992・2・26判タ792号215頁判時1415号100頁、最判平成5・9・9訟務月報40巻9号2222頁）は、原告が市長である点をとらえて、これは権利義務の主体たりえない行政庁による訴えに当たるとして不適法とした。原告の表示に関する限り、これを逗子市とすれば、適法な訴えになるという趣旨であろう。

しかし、この訴訟は技術的には難しいので、原告を市とするか市長とするかは、容易に判断できないことである。市長が出した中止命令の履行を求めるのであるから、行政庁が原告になると構成することも可能であった。仮にこの裁判所の見解が妥当としても、被告を誤った場合の変更の規定（行訴15条）を準用して、裁判所が変更させればよかったことで、上級審段階でこうした抹消的な理由で訴えを却下するのは、裁判を受ける権利を侵害するものである。

1.1 不服申立前置主義

出訴前に不服申立を強制する前置主義が正当化されるのは、そこで事件をスクリーンして、裁判所に行く事件を精選する効果がある場合である。実際には、3ヶ月待つと出訴できることから、やむなく3ヶ月間不服申立てをして、そのあとは出訴するケースがある。そうすると、不服審査庁は、自分の仕事ではないと放置することがある。これについては実態を調査して、あまり機能していない不服申立前置主義は廃止すべきである。

1.2 管轄

行政訴訟では管轄権は簡易裁判所には与えられておらず（裁判所法24条1号、33条1項1号）しかも、地方裁判所でも、支部には権限がなく、被告庁の所在地を管轄する地裁本庁が管轄権を有している（地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則1条2項）。

しかし、国家賠償なら論点が同じでも、支部で処理しているから、行政訴訟でも、地裁支部、少なくとも甲号支部では処理できるはずである。北九州の住民が北九州市長を被告に行政訴訟を提起すると、わざわざ共に福岡地裁本庁まで行かなければならないムダがある。

現行制度では、被告庁所在地を管轄する裁判所に出訴するのが原則とされている（行訴

法12条)。中央官庁の処分については、東京地裁が管轄権を有している。

たとえば、原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律11条の給付、医師免許及びその取消し(医師法2条、7条)、外国人の医師国家試験受験資格(医師法11条、12条)などは厚生大臣の処分であり、厚生年金の受給資格は社会保険庁長官が裁定する(厚生年金法33条)。医薬品副作用を理由とする給付金申請については医薬品副作用被害救済・研究振興調査機構法が決定する(医薬品副作用被害救済・研究振興調査機構法28条)。これらの処分を争うのに地方から上京しなければならないのでは、原告の負担は著しく重い。

被告庁所在地を管轄する裁判所に出訴する原則は、おそらくはお上に直訴する時代の発想であり、被告の便宜だけを考慮し、原告の裁判を受ける権利を軽視するものである。もともと、行政庁は適法な処分を原告に送付する義務があるのであるから、債務の履行地を管轄する裁判所も管轄権を有するという民訴法4条1項の原則に倣った制度に変えるべきである。被告庁は、一般的には全国に代理人を有するから、そう不便ではない。現行法は違憲の疑いが濃い。

なお、情報公開訴訟は、高裁所在地の支部にも出訴することができることとなった(行政機関情報公開法36条)が、これは実質は民衆訴訟であるから、同じ訴訟が各地の地裁に係属して、最高裁でなければ統一できないという不合理を生じるし、被告側も最高裁に判決を待つと称してかえって情報公開が遅れる副作用も予想される。これは持参債務ではなく、裁判籍を一箇所に限定し、代わりに、真摯な準備書面を提出する原告に、証人並みに出訴旅費を支給するのが合理的な解決策であった。

13 行政に対する執行

日本では、行政が、フランスとは違って、判決に従わない例はまずないだろうから、行政に対する強制執行の規定を整備する必要はないであろう。しかし、あえていえば、ドイツ流に強制金の規定をおいてもよい。逆に、民事判決、特に仮執行宣言に基づく中央郵便局への執行は大変迷惑である(阿部「国・地方公共団体に対する強制執行、特に仮執行について」法曹時報42巻8号(1990年)1~66頁)から、国には速やかに支払うべき旨の規定をおくと共に、これを禁止する規定を郵便法、あるいは行政訴訟法におくことも考えられる。

六 本案—行政判断の合理性の統制

1 行政判断過程の合理性の確保

行政裁量という言葉は廃止すべきである。行政は、法律に従って判断する。そこに判断・行動の選択の余地がある場合でも、それは自由な判断が許容されているのではなく、それぞれの具体的な事態にふさわしい判断が求められているのである。したがって、権限ある行政庁は、その判断の根拠を説明する責任を負っているのである。行政手続法でも、理由の提示が原則であり、審査基準、処分基準を策定するはずである。後者は努力義務であるが、事前には作らなくても、具体的な事案においては処分の基準、少なくとも考え方は説明できるはずである。これはいわゆる裁量処分でも同じである。そうすると、裁量処分という範疇と現行の行訴法30条は廃止すべきである。

被告・参加行政庁は、その判断の根拠となった事実を立証し、結論に至る理由が合理的なものであることを説明しなければならないとすべきである。

現在、原告は立証のために膨大な資料を用意しなければならないが、これからはそれは被告が用意すべきで、原告は疑問点をあげて、裁判所が争点整理して、被告に釈明することで、進行するようにすべきである。

そして、その事実と説明に結論を左右する瑕疵がある場合には、処分は違法であるとするべきである。

2 費用便益分析の司法審査

行政処分の適法性の説明において、費用対効果の分析が必要になることもある。これは明文の規定（土地改良法施行令2条3号参照）があればよいが、なくても、合理的な判断を担保するものとして必要かどうかという問題である。

アメリカでは、費用便益分析の司法審査が行われているといわれるが、位田央（「米国連邦行政法における費用便益分析と多元的統制」『法政策学の試み 法政策研究（第三集）』（信山社、2000年）166頁）によれば、それは専断的裁量濫用基準を用い、非専門家の立場から証拠全体を見て行政機関の判断のいきすぎを是正するというにとどまり、金銭評価の中身にまで踏み込んだ審査をすることは避けるべきことと考えられているようである。

宇賀克也氏によれば、ヘドニックアプローチ、CVM、トラベルコスト法などの合理性を判断するには高度の経済学的な知見を要するだけではなく、どこから違法というのかという難しい問題がある。アメリカでも、費用便益分析はOMB（行政管理・予算局）が審査したもの（ただし、それはルールメイキングによる規制影響分析）をレビューするのであって、裁判所が白地で判断するものではないということである。

フランスでは、費用便益衡量理論において裁量の判断条件充足義務という視点があるようである（巨理格『公益と行政訴訟』（弘文堂、2002年））。

そこで、科学裁判の泥沼に陥らない、適切な費用対便益分析の審査方法を開発していかなければならない。

ところで、いわゆる小田急判決（東京地判2001・10・3判時1764号3頁）は、地下式と高架式の費用を比較しているが、考慮すべき事項を真面目に考慮しない、特に重大な瑕疵を指摘したもので、本格的な費用便益分析をしたものではないと思う。

3 計画裁量の衡量の審査

計画を直接に訴訟の対象とすれば、計画裁量の司法審査方式を工夫する必要があり、ドイツ流の衡量の瑕疵の審査の仕方も参考になる（高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）95頁以下）。

4 軽微な瑕疵を無視する必要

また、より大きな違法を理由として審理している場合には、ささいな手続ミス（若干の通知漏れなど）による取消しは制限すべきである。少なくとも結果に影響のない行政の手続きミスなどは取消事由とすべきではない（例：土地収用法131条2項、131条の2）。

なお、ドイツでは、手続的瑕疵があっても、結果に影響がない場合に取消さないという特別の制度がある（ドイツ行政手続法46条、山田洋『大規模施設手続の法構造』（信山社、1995年）286頁以下参照）し、地区詳細計画に関して建設法典215、216条では、手続違反は1年以内、衡量の瑕疵も7年以内に主張しなければならないとしている（大橋洋一『都市計画法の比較研究』（日本評論社、1995年）91頁、さらに、旧建設法155条のb2項2文につき、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）107頁以下）。

七 判決・裁判の終了

1 事情判決

事情判決制度（行訴法31条）は反法治国家的であるとしてこれに反対する意見があるが、

事情判決がなされるような事件において、事情判決制度がなければ、訴えの利益なしと判断される可能性が高い。そうであれば、訴えの利益なしとして却下されるよりは、違法の宣言をしてもらえる事情判決の方がよい。

そして、違法であるのに取り消せないという意味では、取消請求権を収用したに等しいし、さらに既成事実に基づく公共性という特別の理由による損失補償として、せめて通常の5割増しの補償を認めるべきであろう。割増しでもしなければ、既成事実化の抑止力がないからである。さらに、アイヌの聖地を水没させた二風谷ダムのような例では、事情判決で既成事実を正当化する(札幌地判平成9・3・27判時1598号33頁)だけではなく、代替施設の整備や高額な慰謝料も必要になる。

事情判決は、いずれの当事者も、敗訴を自認するようなもので、言い出しにくい。そこで、裁判所が、事情判決を下すときは、当事者の意見を聞かなければならないとし、そのさいに、原告は損失補償請求を追加併合することができるはずべきである(阿部『行政救済の実効性』第8章参照)。

2 和解

日本では、行政処分の裁量権は和解になじまないという見解が多いが、実際上は訴訟外で和解が行われているので、アメリカやドイツ並みに和解を正面から制度化して、その代わりに、談合されないように、和解の内容を事前に公告して、広く意見を求めるのが妥当ではなかろうか(阿部泰隆・自治研究78巻1号34頁以下)。

なお、取り消されても、また別個の処分が行われる不利益処分の場合には、原告の負担を考慮すれば、和解を正面から認めるのが妥当である。たとえば、免職処分が取り消されても停職にされるとか、営業取消処分が取り消されても、営業停止相当だといった場合、これを和解で一挙解決する方が妥当なのである。

3 判決の効力

現行法では不備な点があるので、整理が必要である(阿部泰隆・自治研究78巻1号34頁以下)。

八 その他

1 印紙代

行政関連訴訟(国家賠償訴訟・損失補償請求訴訟も含めて)では民事訴訟の特例として、印紙代を大幅に軽減し、さらには訴額を一律に算定不能として印紙代を8200円と算定すべきである(阿部泰隆・自治研究77巻9号)。

2 勝訴報償金

また、行政関連事件について勝訴した原告は、公共財としての法治国家に寄与したのであるから、報奨金を出すべきである。

なお、主観訴訟ではないが、アメリカでは、入札手続に国民訴訟の制度があるが、同訴訟(和解を含む)で獲得した金額の一定割合を原告に支給することになっている(碓井光明・自治研究75巻3号以下)。

3 弁護士費用

弁護士費用片面的敗訴者負担制度を行政関連訴訟においては民事訴訟法の特例として規定すべきである(阿部泰隆・自治研究78巻1号)。

【最後に】

今般は、機関訴訟、民衆訴訟などについては検討する余裕がなかった。これを行訴法でどのように位置づけし直し、個別法でどのように規定すべきか、その役割分担も問題になるし、国家の財政上の違法行為を争う、住民訴訟の国家版も考えられるが、いずれもここでは扱わない。

閉鎖的な行政訴訟制度でも民訴一本化でもなく、民訴と共存する、行政活動を実効的に法治国家の視点から統制するのにふさわしい、新しい行政訴訟制度を創造してほしい。

かりに、民訴一本にしても、成熟性、原告適格、執行停止、仮命令などでは、行政作用を争う点で特例をおく必要がある。そうすると、民訴法の中にこれらの特例を書くのか、行政訴訟法の中にこれらを書くのかというだけの問題になる。それなら、行政法の民事法に対する特質がわかるように、民訴一本化ではなく、行政訴訟法を制定したほうがよい。

そして、本稿で述べたように、少々長く、くわしい条文で結構であるから、それだけ読めば、行政訴訟の理論などを勉強しなくても、民事訴訟さえわかれば、行政訴訟を進行できるように、丁寧に明確な条文を作ってほしい。

そうすると、行政法解釈学の重要な領域は訴訟から実体法へと重点移行する。

この検討会では、とりあえずの結論を得ても、外部の意見を踏まえて検討し直すこと、条文化に当たっては、討論会なども行って、うっかり見逃しなどのないような、しっかりした条文を作成するようにと要望する。この検討はまだまだ不十分であるが、私も、これに合わせて検討を続けることとする。

『附記』

阿部泰隆の行政訴訟関係の単独著は下記のものである（番号は私の著作目録による。ホームページ、www2.kobe-u.ac.jp/~yasutaka/）

- 1 『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1971年）
- 2 『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）
- 4 『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987年）
- 6 『国土開発と環境保全』（日本評論社、1989年）（一部、訴訟の論文も入っている）
- 7 『行政法の解釈』（信山社、1990年）（一部、訴訟の論文も入っている）
- 8 『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）
- 17 『こんな法律はいらない』（東洋経済新報社、2000年）（司法改革、行政訴訟も一部入っている）

論文のうち、特にこの行政訴訟改革に関連するものとして、

- 261 「行政事件訴訟法改正の提案」月刊民事法情報91号（1994年4月号）2～3頁。
- 279 「行政訴訟からみた憲法の権利保障」ジュリスト1076号（1993年）24～28頁。
- 356 「行政訴訟における裁判を受ける権利」ジュリスト1192号（2001年1月1日－15日合併号）141頁－147頁。

358 「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(1-8・未完)」自治研究77巻3号3-26頁、4号14-30頁、6号23-45頁、7号3-28頁、9号3-22頁、78巻1号16-40頁。78巻4号3-15頁、5号3-24頁。

359 「行政訴訟改革の方向づけ」法時73巻4号(2001年4月号)64-69頁。

369 「行政訴訟改革への1視点」ジュリスト1218号(2002年)68頁-73頁。

解釈論であるが、立法論への示唆を含むつもりのものとして、362「原告適格判例理論の再検討(上・下)」判評508号(判時1743号)166頁以下、509号(判時1746号)180頁以下。

このほか、行政法の著書として関連あるものは、12『行政の法システム上・下[新版](補遺)』(有斐閣、1998年)、5『国家補償法』(有斐閣、1988年)である。

陳述要旨

二〇〇二年五月二〇日

阿部泰隆

陳述の機会を与えていただき、ありがとうございます。行政訴訟の新しいしくみについて提案させていただきます。詳しいものは別添の私見をご参照ください。

一 はじめに

わが国の行政救済制度は極めて不備なので、これまでのものに拘泥しないで、世界に冠たる法制度を創設してください。

二 歴史的な沿革を離れて

日本の制度は英米流の司法国家でありながら、大陸流の行政訴訟手続を有するという、又工的なものである。改革に当たって、この歴史的な事情から離れて、司法国家の憲法のもとで妥当すべき訴訟制度の理念としくみを明らかにしなければならない。

公法上の当事者訴訟制度は、公法関係と私法関係の区別が存在するという大陸流の前提に立つので、今日のわが国では、存在理由がない。

3 公権力概念、第一次的判断権、公定力の廃止を

これまでは、公権力を行使する行政と国民の関係は支配関係であり、公権力には公定力、第一次判断権といった優越性が認められているという前提に立ち、これには対等当事者間の紛争を裁く民事訴訟を適用する地盤がないので、国家権力へ異議を述べる「抗告」訴訟が必要なのだと理解する向きが少なくなかった。

しかし、今日、公権力の行使には救済方法がそもそも認められないといった歴史的な事情はなくなり、むしろ裁判を受ける権利の保障の対象である。したがって、行政訴訟でなければ救済できないという意味での行政訴訟の存在理由は認められない。

まず、違法行為が取消判決までは国民を拘束するとすれば、法治国家原理に反し、違憲となる。したがって、公権力であろうと、取り消されれば遡及的に消滅する。公定力なるものは幽霊だったのである。

また、公権力が法律に適合しているかどうか争われている場面では、国民と行政は、法と裁判所の前では対等である。

義務づけ訴訟などにおいては、行政側が給付処分をすることはできないと主張し、裁判所はこれを踏まえて判断するので、行政の第一次的判断は済んでいる。従って、これが義務づけ訴訟を妨害することはない。

三 行政訴訟の理念

そこで、民事訴訟でも行政活動の適法違法を判断できるはずである。それにもかかわらず、行政訴訟制度を維持する場合には、行政訴訟の根拠を改めて明らかにし、そこから、民事訴訟とは別の形態の訴訟システムが必要なのか、より望ましいのか、それはどのように構築されるのかを明らかにしなければならない。

行政訴訟は、行政機関が憲法上・法律上与えられた権限を守り、それを適切に執行しているかどうかを審査して、その活動の違法を是正する制度である。これは法治国家原理に基づくものであって、民事上の権利を守るという民事訴訟とは原理を異にするものである。したがって、これを総称して、行政活動の違法の除去・是正を求める訴えとする。

そして、行政に対する救済制度は、憲法 32 条の裁判を受ける権利に基づき、権利救済の実効性に立脚して構築されなければならない。そこから、行政と原告の対等性の原

理、権利救済ルール明確性の要請が導かれる。これを明示すべきである。

四 紛争の多様性に応じた行政訴訟のしくみ

1 紛争の類型への配慮

行政訴訟のしくみは、行政活動と紛争の多様性に応じたものに組み替えなければならない。末尾の図をご参照ください。

2 申請に対する給付処分を求める訴え

申請に対する処分では、まず、義務づけ訴訟を全面肯定説に立って、立法し、その実効性を確保するために仮の救済を整備すべきである。仮命令の要件は、民事保全法の定める仮処分とは異なって、公益性に配慮する必要がある。

国家資源の配分が、予算措置に基づく場合でも、私的な当事者間の対価関係にある取引ではないから、生存権の確保とか、公平なり平等という憲法原理に基づく拘束があり、これを訴訟制度で担保しなければならない。

3 不利益処分の排除を求める訴え

(1) 第三者に法的な利害関係を生じない不利益処分

第三者に法的な利害関係を生じない不利益処分については、本案訴訟では、民事訴訟でも不合理ではない。

不利益処分に対する救済では、出訴期間は一般には不要である。

行政処分の自力執行が後に違法とされた場合には、無過失責任を負うとすべきである。

外国人の退去強制処分の執行のように満足的なものは、特に重大な公益上の理由がある場合を除いて、執行停止原則のルールを作るべきである。さらには、出訴前の即時執行を禁止する規定も必要である。

また、この執行停止は、裁量で一定の期限をつけるとか、ちょっと待てと数日間の執行停止といった制度も工夫すべきである。

金銭に関する処分においては、執行停止をするかどうかを専ら利子で決めてしまう方が合理的である。

違法な行政活動の事前差止めを求める訴えは、不利益処分に対する救済の一種で、処分の前に提起され、判断を求めているというだけである。その性質は義務づけ訴訟とは異なる。行政処分がなされたのちの救済では実効的な救済を得ることが困難で、法律的な判断に熟するかぎりにおいて、事前に行政処分の差止めを求めることができるべきである。

(2) 私人間の権利関係を形成する不利益処分

不利益処分でも、私人の一方から権利を剥奪して他方に附与する公売処分、土地収用裁決のように、私人間の権利を形成する処分の場合、三面関係の紛争である。

これを取消訴訟で処理する現行法は種々不合理を生じているので、出訴期間付きの三面の民事訴訟として構成すべきである。

4 法律の保護を求める第三者の訴え

(1) 原告適格の判定基準

行政訴訟で原告適格の範囲が争われているのは、一般には、処分の名宛人以外の第三者についてである。行政法が何のためにあるのか、民事法とどう違うのかという根本に遡って考察することによって、その回答が得られる。

行政訴訟は行政法規遵守を担保する制度であるから、この行政法規違反を理由に訴訟を提起できる者は、これによって保護されている範囲の者に限ることになる。たとえば、大気汚染防止法は、公害工場などを監督して周辺住民の健康を保護する。行政機関がこの法律を適切に運用しなければ、周辺住民は法律の保護を受けられないので、その保護を求めることができることが法律の要求である。第三者の原告適格は行政実体法から導かれるのである。したがって、いわゆる「法律上保護された利益説」は理論的には正しい。

ただ、これは、判例のというような、法律の個々の文言により判断されるものではなく、法律の趣旨により判断されるべきである。

たとえば、大気汚染防止法は、工場、道路などによる騒音、大気汚染の被害を防止しようとしているが、そこで保護される環境の利益は地域のものであり、それは住民の利益から超然とした公益ではなく、住民の私的利益の集合そのものである。したがって、これは法律の保護範囲内にはいるのである。

これに対する反論として、濫訴の弊が心配されるが、民事訴訟では1円訴訟でも適法である。原告適格を有する者の範囲が広がりすぎないかと心配されるが、コアの部分である近隣住民が提起していれば、気にすることはない。

このように、この法律の保護範囲説は、基準の明確性の点でも有用である。

このように考えていくと、民事訴訟と行政訴訟で、争える者の範囲が異なることが起きるが、それは制度の違いで当然である。

条文としては、「行政処分の名宛人以外の者であっても、行政法規により保護される範囲内に入る者は当該行政法規違反を主張して行政訴訟を提起することができる」という規定をおけばよい。

他方、地域住民を保護しない法律の遵守確保手段は、団体訴訟の問題として処理するのが妥当である。行政法規の遵守を団体の力を借りて実現することが妥当かどうかという政策判断による。法が適切に執行されていない弊害が大きく、団体がその是正に大きく寄与すると期待されるなら、導入すべきところである。これは、行政法規の違反を法治国家原理に照らして是正するために有用な制度であるから、行政事件訴訟法に入れるべきである。

(2) 名宛人に対する受益処分の排除を求める第三者の訴え

建築確認、原発の設置許可、公衆浴場の許可、鉄道運賃の認可などに対して、それらの根拠法の保護範囲に入る第三者がその排除を求める訴えである。

この類型の訴訟では処分の名宛人と第三者の利害調整が問題となっている。そこで、処分の安定・名宛人の保護のために出訴期間を定めておく必要がある。

執行停止制度も、不利益処分を受けた相手方だけを念頭におく現行制度は不適切である。「本案について理由があると見えるとき」という積極要件を導入すべきである。

処分が取り消されたり（排除されたり）執行停止された場合、名宛人は予測外の不利益を受ける。これは訴訟制度上予測すべきもので、保護に値しないとするのは酷である。投資は行政の許認可が適法であるとの前提によるものである。補償は必要であるが、補償額が莫大になることを避けるため、信頼利益にかぎり補償する制度をおくべきである。

(3) 不利益処分の発給を求める第三者の訴え

建基法違反を理由とする改善命令、原子力発電所に対する、原子炉等規制法の最新の基準による改善命令を発することを求める訴えなどは、前記の義務づけ訴訟の一種である。

たとえば、原発を設置する電力会社に対して民事の差止訴訟を提起して勝訴できるかどうかとは関係なく、原発の改善命令の義務づけ訴訟は許容されるのである。

これについても仮の救済手段としての仮命令が必要であるが、満足的な仮命令は仮ではないので、それを認めるべき場合は特に限定されよう。

5 計画に対する訴えの創設

(1) 計画に関する特別の訴訟制度の必要性

計画は、多数人の多面的な利害を調整する。その計画自体で権利制限効果が発生したり、計画に続く行為の段階では、もはや違法是正・権利救済が実際上ほぼ不可能になることが多い。あるいは、後の段階で違法とされると、これらの計画を信頼した者に不測の不利益を及ぼす。後の段階で個々に争わせるのは非効率的で、紛争の根元を一挙に解決すべきである。

これは法治国家と裁判を受ける権利から導かれる権利救済の実効性、法への信頼保護の視点による。ここで、計画争訟のしくみの一端を示した。

五 行政訴訟のその他の主要論点

1 行政訴訟の対象性

行政訴訟は行政活動の違法の是正を求める訴訟とすると、その対象は、法令（条例を含む）に基づく行政庁の決定で、外部に表示され、適法性の判断に熟するもので、権利救済の実効性を確保するために争わせる必要があるもの、または申請に対してこれらの行為を行わないこととする。

行政指導の違法確認・除去を求める訴えを認める。それが民事訴訟か行政訴訟かを詮索する必要はない。

指導が実際上不許可処分と同視される場合もあるので、その取消訴訟なり除去請求訴訟が必要である。

通達など、内部行為でも、一定のものはその除去請求を認めるべきである。一般処分も争わせる。

2 訴訟相互の調整

原告はどのような行政活動によりどのような不利益を受けているかを示して、その除去・是正を求めれば、裁判所は審理の結果、原告にもっとも有利な解決策を取ることとすればよい。要するに、請求の趣旨の細目は、入口でなく、出口として、最後に裁判所が当事者と対話して判断すべきである。

民事訴訟との関係では、行政法規適合性を争う訴訟は、行政訴訟を整備した上で、原則として行政訴訟のルートに乗せるべきであろう。ただし、これまでそのルールが不明確であった。

まず、一般論としては、行政法規違反を民事訴訟でも争えることを前提とし、民事訴訟のルートを否定するには、行政訴訟のルートが開かれていることのほか、民事訴訟禁止の趣旨も明確であることが必要である。

しかし、依然として、行政訴訟と民事訴訟のいずれを提起すべきかが曖昧な部分が残る。原告がそれを判断させるのは、法の不明確性のリスクと負担を一方的に原告にだけ負わせることになる。

そこで、まずは、原告は、行政訴訟と民事訴訟のいずれの訴えを提起してもよいし、両方を併合提起（選択的又は予備的併合）してもよいとすべきである。

行政訴訟と民事訴訟のいずれかだけが提起され、裁判所が反対の訴訟の方が適法であると考えた場合でも、それによって訴えを却下することは許されず、訴えの変更を求めることとすべきである。よるべき訴訟形式が法律上明示されていない場合には、いずれの訴訟でも適法とすべきである。

（４） 公共事業の差止めの訴えについて

空港の騒音差止め訴訟や自衛隊の演習騒音の差止め訴訟では、民事訴訟を適法とすべきである。そこで、民事訴訟においても、裁判所は、行政判断の法規適合性を審理判断することができる、民事訴訟の判決を履行するために行政判断を必要とする場合であっても、民事執行法172条によりこれを執行することができる、とするべきである。

次に、公共事業たとえば道路事業に対して、周辺住民が民事の差止訴訟を提起すると、これは実質的には道路計画という公権力の行使そのものを争うものであることを理由に、不適法とされやすい。

しかし、これらの行政上の決定は、公用制限を課す点では公権力の行使であるが、地域住民の法律上の利益に配慮していないとするならば、その点については公権力の判断はなされていないのであるから、これを民事訴訟で阻止しても、公権力を妨げることにはならない。

3 処分理由の差替えについて

訴訟において行政庁が同一処分の範囲内で処分理由を差し替えることが許されるかについて、全く許されないとする考えと、全く自由であるとする考えのいずれも妥当でない。行政庁に対して、処分時にすべての理由を検討しなければならない義務を課すのは、聴聞を経たような場合以外は、困難であるが、他方、理由の差替えが全く自由では、処分に理由を付記する意味がなくなってしまう。そこで、たとえば、第一審の最初の段階において追加する理由をすべて主張させ、その後は遮断するにすべきである。そして、理由の追加変更による原告の損害については無過失賠償を行うべきである。

4 係争中の処分の変更・追加

係争中に、更正、再更正といった、新しい処分が次々に発せられた場合については、いわゆる逆吸収説で、当初の処分を適法に争っていれば、十分だという扱いにすべきである。そして、被告庁の新処分を踏まえて争点整理をすればよい。原発の許可を争っている途中で新しい許可が発せられても、同様である。

5 出訴期間

出訴期間の制限は第三者に影響のない場合には一般的には不要である。ただ、第三者に法律上の影響がある訴訟については、出訴期間が必要である。

かりに出訴期間を一般的に設けたままにするとすれば、6か月にすべきであり、また、行政不服申立期間が60日間というのは短すぎる。

初日を算入する行訴法14条4項は、騙し討ちの違憲性の濃い立法ミスであるから、

初日不算入（あるいは、翌日から起算）に変更すべきである。

8 教示義務

行政訴訟の教示制度を創設すべきである。別紙の私見でその書き方を示した。

9 訴えの利益の消滅

争う利益が消滅するような時間との競争の事案では、迅速審理を規定すべきである。特に、訴えの利益なしへの作為的持ち込みへの対策として、無過失補償制度をおくべきである。また、訴訟費用は被告負担とすべきである。

10 被告・原告

被告・原告の判断を間違ふような場合には、今は裁判所が泥舟で沈めているが、助け船を出すべきである。

11 不服申立前置主義

不服申立前置主義が役立っているのか、調査が必要である。

12 管轄

被告庁所在地を管轄する裁判所に出訴する原則は、おそらくはお上に直訴する時代の発想であり、被告の便宜だけを考慮し、原告の裁判を受ける権利を軽視するものである。もともと、行政庁は適法な処分を原告に送付する義務があるのであるから、債務の履行地を管轄する裁判所も管轄権を有するという民訴法の原則（4条1項）に倣った制度に変えるべきである。被告庁は、一般的には全国に代理人を有するから、そう不便ではない。

六 本案—行政判断の合理性の統制

1 行政判断過程の合理性の確保

行政裁量という言葉は廃止すべきである。現行の行訴法30条は廃止すべきである。行政は、法律に従って判断する。そこに判断・行動の選択の余地がある場合でも、それは自由な判断が許容されているのではなく、それぞれの具体的な事態にふさわしい判断が求められているのである。したがって、権限ある行政庁は、その判断の根拠を説明する責任を負っているのである。

被告・参加行政庁は、その判断の根拠となった事実を立証し、結論に至る理由が合理的なものであることを説明しなければならないとすべきである。

費用便益分析の司法審査についてはまだ不十分であるが、その制度化は簡単ではないことを申し上げておく。

七 判決・裁判の終了

1 事情判決

事情判決制度（行訴法31条）は反法治国家的であるとしてこれに反対する意見があるが、事情判決がなされるような事件においては訴えの利益なしと判断されるよりもましである。

そして、違法であるのに取り消せないという意味では、取消請求権を収用したに等しいし、さらに既成事実に基づく公共性という特別の理由による損失補償として、せめて通常の5割増しの補償を認めるべきであろう。

2 和解

日本では、行政処分の裁量権は和解になじまないという見解が多いが、和解を正面か

ら制度化して、その代わりに、談合されないように、和解の内容を事前に公告して、広く意見を求めるのが妥当であろう。

3 判決の効力

現行法では不備な点があるので、整理が必要である。

八 その他

1 印紙代

行政関連訴訟（国家賠償訴訟・損失補償請求訴訟も含めて）では民事訴訟の特例として、印紙代を大幅に軽減し、さらには訴額を一律に算定不能として印紙代を8200円と算定すべきである。

2 勝訴報償金

また、行政関連事件について勝訴した原告が、公共財としての法治国家に寄与したと認定されたら、報奨金を出すべきである。

3 弁護士費用

弁護士費用片面的敗訴者負担制度を行政関連訴訟においては民事訴訟法の特則として規定すべきである（阿部泰隆・自治研究78巻1号）。

【最後に】

以上のように考えると、民訴一本では紛争を適切に解決できない。行政上の紛争の特質と行政法の存在理由に合わせた新しい行政訴訟制度を創造してほしい。それは、閉鎖的な行政訴訟制度でも民訴一本化でもなく、民訴と共存する、行政活動を実効的に法治国家の視点から統制するのにふさわしい制度である。したがって、民訴一本化ではなく、行政訴訟法を制定したほうがよい。

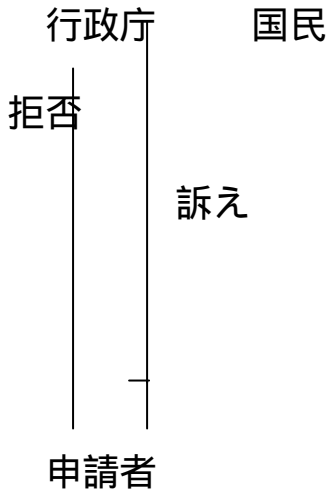
民事訴訟がわかった上で、条文だけ読めば、普通の弁護士なら行政訴訟を進行できるように、丁寧に明確な条文を作ってほしい。

この検討会では、とりあえずの結論を得ても、外部の意見を踏まえて検討し直すこと、条文化に当たっては、討論会なども行って、うっかり見逃しなどのないような、しっかりした条文を作成するようにと要望する。この検討はまだまだ不十分であるが、私も、これに合わせて検討を続けることとする。

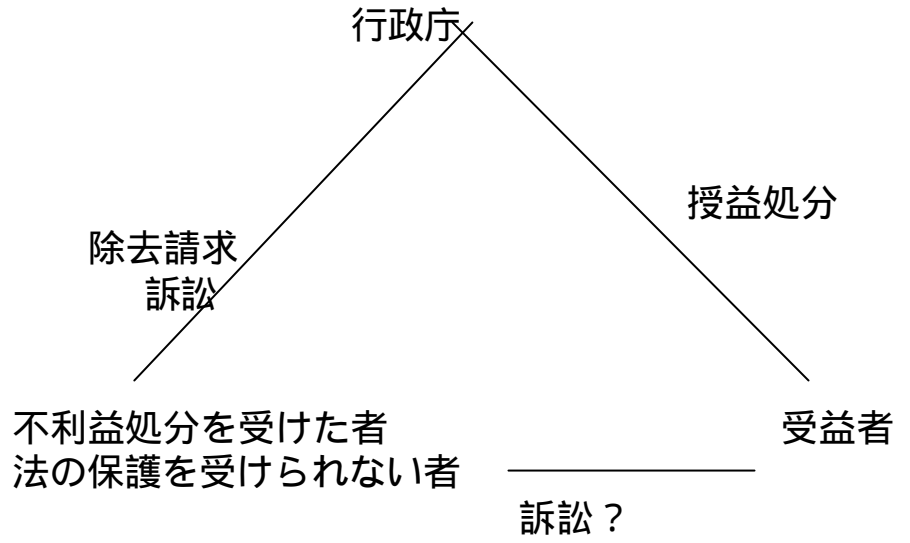
別紙の私見の最後に私の文献目録を入れました。

ご静聴ありがとうございます。

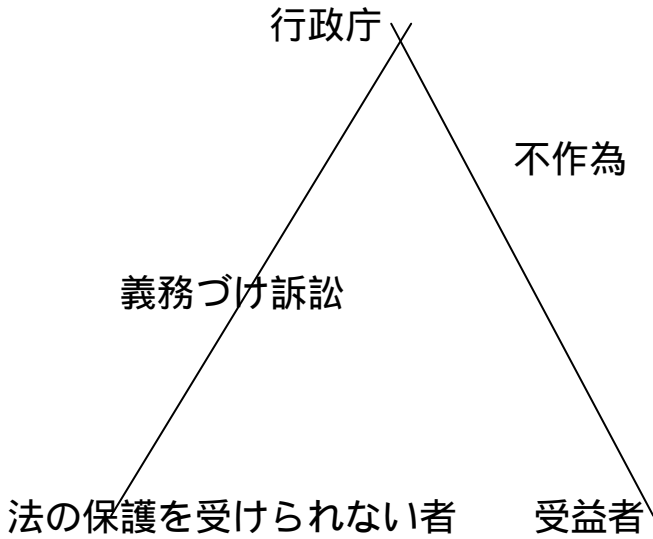
申請に対する処分



私人間の権利関係を形成する処分
名宛人に対する受益処分の排除を求める第三者の訴え



不利益処分の発給を求める第三者の訴え



計画に対する訴え

