

判例法理を生かした改正を

行政訴訟検討会（6月17日）プレゼンテーション原稿

学習院大学法学部教授 高木光

一 はじめに

本日は意見陳述の機会を与えていただきありがとうございます。私は、ジュリストの「シリーズ・行政事件訴訟改革を考える」の中で未熟な私見を披露いたしました（注1）が、本日はその概要を、その前提としての判例の現状についての評価を補いながら説明したいと存じます。

二 私見の概要

ジュリストで表明した私見のポイントは以下のとおりであります。まず、基本方針としては、いわゆる「段階的改革論」が適切である、すなわち、改正が必要と思われる事項のうち、行政事件訴訟法の基本的構造に直接関係せず、それとして検討が可能なものについて、成案を求め、より根本的なものはその後も継続して検討を進めるべきであると考えます。そして、当面の改正の主要な論点について、私の提案は、以下の8点に整理されます。

第1に、処分の取消訴訟を中核とする基本構造を維持する。

第2に、処分性は拡大しない。

第3に、原告適格を拡大する。

第4に、取消しの利益を緩やかに認める。

第5に、憲法上の「包括的な権利保護」という要請を満たすことをめざし、原告側の「訴訟類型選択負担」を軽減する。

第6に、義務づけ訴訟を法定する。

第7に、処分の差止訴訟を法定し、差止要件を緩和する。

第8に、行為形式の多様化に即して行政処分の所在を前提としない訴訟類型をいくつか新設する。

三 判例法理を生かす形での改正

それでは、以上のような提案をしている背景として、判例との関係についてどのように考えているかを説明いたします。

2000年10月の日本公法学会の総会で私は「司法の現状分析」と題する報告をいたしました（注2）。そこで、整理しましたように、行政事件訴訟に関する判例の現状については、多くの学説によって強い不満が表明されております。そして、私もこの点は同様で

ありますが、こと立法による改革となりますと、従来の判例理論のすべてを「ご破算」にすべきであるとは考えません。

と申しますのは、第 1 に、最高裁判所の判断枠組みは、それなりに学説を意識しつつ、理論的な整合性をめざして形成されたものであり、結論の妥当性につき賛成できない場合でも、それを支える論理には傾聴に値するものが多く含まれているからであります。

また、第 2 に、結論の妥当性という場合にも、その評価は個々の判断枠組み自体について行うだけではなく、いくつかの判断枠組みを全体としてみて行う必要がある場合も多々あると思われるからであります。

さらに、第 3 に、訴訟法が裁判官に指針を与えるものである点に着目いたしますと、可能な限り、従来の判例法理の蓄積を生かす形での法改正が望ましいと思われるのであります。

以上の 3 つの理由から、それぞれの条文をどのように改正すべきかを検討する場合には、まず、現在の判例法理によって個々の条文の文言がどのように「書き換えられているか」を検討し、そのように書き換えられた条文を機械的に適用するとどのような不都合が生じるかを明らかにするという作業が有効であると思われます。

たとえば、取消訴訟の対象について定める行政事件訴訟法 3 条 2 項では、「行政庁の処分又は公権力の行使に当たる行為」という文言が「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうちで、その行為により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」と書き換えられておりますし、また、取消訴訟の原告適格について定める行政事件訴訟法 9 条本文では、「処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」という文言が「当該処分によって自己の権利若しくは法律上の利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」と書き換えられ、そして、更に、その侵害が問題となる「法律上の利益」とは、「当該処分の根拠法規が個々人の個別的利益として保護している利益」であるとされているのであります。

他方、このような最高裁判所の判断枠組みとそれを機械的に適用する裁判例に対しては、「包括的な権利保護」あるいは「実効的な権利保護」という憲法上の要請が満たされていないという批判が向けられます。

取消訴訟の対象、すなわち処分性を限定するという結論は、処分性が否定される行為について争う他の手段がない場合には「包括的な権利保護」という憲法上の要請に反することになる、というのが「処分性拡大論」の発想であります。これは、近時の「行政訴訟の憲法的基礎論」(注 3) から見ますと、行政事件訴訟法 3 条 2 項の「憲法適合的解釈」を提案するものといえます。そして、この立場をとる場合には、行政事件訴訟法 3 条 2 項は柔

軟な解釈をとる余地を残しているはずの条文であったが、最高裁判所の判断枠組みとそれを機械的に適用する裁判例によって「硬化」していると診断することになると思われます。

また、原告適格を限定するという結論は、原告適格を否定される者に自己の権利利益を守るための他の有効な手段が与えられない場合には「実効的な権利保護」という憲法上の要請に反する、というのが「原告適格拡大論」の発想であります。そして、この立場は、先ほどと同様に近時の「行政訴訟の憲法的基礎論」から見ますと、行政事件訴訟法9条本文の「憲法適合的解釈」を提案するもの、そして、行政事件訴訟法9条本文も柔軟な解釈をとる余地を残しているはずの条文であったが、最高裁判所の判断枠組みとそれを機械的に適用する裁判例によって「硬化」していると診断することになると思われます。

それでは、この2つの条文について、どのような治療が望ましいのでしょうか。私は、冒頭で述べましたように、処分性と原告適格で別の治療法が適切であると考えます。

四 処分性

すなわち、「処分性」については、現状維持、あるいは見方によっては縮小による「処分概念の純化」が望ましく、「包括的な権利保護」という憲法上の要請には、取消訴訟以外の訴訟類型の充実によって応えるべきであると考えます（提案第2及び提案第8）。

この点を、多少理論的に説明いたしますと、わが国における処分性をめぐる議論の錯綜の主たる原因は、「取消訴訟の負担過重」「行政行為論の負担過重」（注4）であると考えます。「負担過重」といいますのは、ある制度なり理論が本来果たしうる機能以上のものを求められることを表現したものであります。取消訴訟の概念、行政行為ないし行政処分概念はドイツから輸入されたものでありますが、現在の時点で日独両国を比較いたしますと、期待される機能には大きな相違が生じております。

単純化して説明しますと、ドイツでは取消訴訟は行政訴訟の典型ではありますが、用意されている数多くの訴訟類型のひとつに過ぎないのでありまして、権利保護が与えられるかどうか、取消訴訟によって争えるかどうかは無関係であります。したがって、権利保護を与えるために、取消訴訟の対象である「行政行為」の概念を拡大する必要性は低いのであります。ある行為が「行政行為」であるかどうかは、権利保護が与えられることが決まったのち、どのような訴訟形態が選択されるべきかという問題にとって意味を持つにとどまるということになります。このように、争訟の存在（Vorliegen der Streitigkeit）と訴訟類型適合性（Statthaftigkeit der Klageart）が論理的にレベルを異にするものであり、起案をする場合にはこの順序をおろそかにしてはならないということは、ドイツの行政裁判実務では初歩的知識に属します（注5）。

ところが、わが国では「取消訴訟か民事訴訟かの二者択一」あるいは「取消訴訟なけれ

ば権利保護なし」という発想が強い影響力を持っております。したがって、処分性が争われる場合に、学説のみならず、裁判官もまた、ここで処分性を否定すると裁判の拒否になるのではないかと、という配慮をせざるを得なかったと推測されます。理論的枠組みに忠実に判断して結論の妥当性を犠牲にするか、結論の妥当性を重視して、多少は理論的整合性を犠牲にするかというジレンマが生じやすい構造であります。したがって、最高裁判所の判例のなかには、多少無理をして処分性を肯定したものもあるといえると思われま（注6）。

以上のようなわが国の状況は、現在の行政事件訴訟法の基本構造であります「抗告訴訟と当事者訴訟の区別」「包括的抗告訴訟概念」「取消訴訟中心主義」によってもたらされております。現在のドイツの行政裁判は、1960年の行政裁判所法によってその基本構造が定められているのでありますが（注7）ご承知のとおり、行政事件訴訟法の立案作業は1955年から開始されたのでありまして、当時参考にできたドイツの行政裁判の仕組みは、現在のそれとは異なったものであったという事情、私の見解によれば「不幸な事情」があります（注8）。

今回の改正論議では、処分性を拡大すべきである、という解釈論上の主張をそのまま立法論上の主張とする論者が多く見られるのでありますが、私には適切であるとは思えません。

確かに白地に絵を描くのであれば、取消訴訟の概念も行政行為ないし行政処分概念も知らないアメリカ合衆国をモデルとして、「紛争の成熟性」ないし「司法判断適合性」という枠組みで権利保護を与えるべきものを裁判官の柔軟な判断によって拾い上げてゆくということもありえましょう。しかし、そこまでのドラスティックな変革が果たして必要なのかは疑問であります。私は、このような改革は、以下のような理由で、むしろ副作用の方が大きいと危惧いたします。

第1に、わが国には、行政処分という特殊な行為形式、すなわち多くの批判はありますが「公定力」という特殊な法的取り扱いの存在を前提として制定されている多くの法律が存在しております。第2に、1993年に制定された行政手続法は、申請に対する処分、不利益処分及び行政指導に分けて規律をしたものでありまして、行政法の一般理論、とりわけ「行為形式論」の成果を、一部ではあるが、ようやく見やすい形で示したという意義を有しております（注9）。そこで、このような行為形式と訴訟類型の有機的な結びつきを「救済の便宜」という理由だけで切断することは賢明ではないと考えられるのであります。小早川委員は、行政訴訟システムとして「連続＝協働型」がふさわしいものであるとされております（注10）。私は、「連続＝協働型」を実現するために、行為形式と訴訟類型の

有機的な結びつきが活用されるべきであると感じております。

五 原告適格

他方、原告適格については、判例法理による「硬化」に対する治療が9条本文に施される必要があると考えます。改正案の中には、原告適格について判例がとる「法律上保護された利益説」的な枠組みを否定することを提言するものが見受けられ、魅力的な提言であることは確かです。また、原告適格の拡大は、取消訴訟の対象の拡大とは異なり、行為形式と訴訟類型の有機的な結びつきに直接の影響を与えるものではありませんので、副作用は少ないと思われます。

ただ、若干気になりますのは、多くの提言が、現在と同様に一般条項のみによって原告適格を規律しようとしている点であります。私は、「第三者の原告適格」と一括して呼ばれるものについて、「規律的侵害」と「事実に侵害」という分析をもとにした類型化という視点で見直すことが必要であると考えてまいりました（注11）。「規律的侵害」と申しますのは、行政処分の法的効果によってもたらされる不利益でありまして、不利益処分の名あて人が争うような類型、すなわち、「公定力の排除」という説明が典型的に当てはまる類型のほか、距離制限規定がある場合に、申請に基づく許認可を競業者等が争う類型においても、それが決め手になると思われます。これに対して、隣人訴訟や環境訴訟のような類型で問題とされているのは、許認可を受けて事業者等が行う活動によってもたらされる不利益であります。このようないわゆる「事実行為」によってもたらされる不利益がどのような条件の下で第三者の原告適格を基礎づけるかは、理論上必ずしも十分に解明されているわけではないと私は考えております。

最高裁判所の判断枠組みについても、そこでいう「権利利益の侵害」というものが「実態としての被害」を想定しているのか、与えられるべき保護が与えられないという「観念的な地位の喪失」を問題としているのか、はっきりしません。ドイツの「保護規範説」をとっているかのような外観を呈しているものの、無意識にアメリカの「事実上の損害」的な実務感覚を示しているのではないかと、という気もいたします。本検討会では、夏休みに3名の俊英による比較法研究が予定されているということで、このあたりの疑問をぜひ解明していただきたいと希望いたします。

以上のような次第で、確かな裏付けがあるわけではないのですが、類型化というアイデアを採用することによって、従来の判例法理を生かしつつ、比較法的にみて恥ずかしくないレベルまで原告適格を拡大することが可能となるのではないかと考えております。ジュリストでは、たとえば、9条を「処分の法的効果によって自己の権利利益を侵害された者」「処分の存在を前提とした行政機関の活動によって自己の権利利益を侵害され又は侵

害されるおそれのある者」「処分の存在を前提とした第三者の行為によって自己の権利利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」などを例示した上で、〈各号に掲げる者のほか処分の取消しを求めるにつき正当な利益を有する者〉というような形にしてはどうかというたたき台を示しております。

六 その他の論点

残り時間も少なくなっておりますので、その他の論点については、ごく簡単に説明するにとどめさせていただきます。

まず、提言の第4ですが、9条かっこ書きについても、判例による「硬化」、治療の必要性という評価があてはまると思われます。運転免許の停止処分を争う場合を想定しますと、最高裁判所は、付随的な法的効果までは考慮するが、名誉信用の侵害は考慮しないという立場をとっておりますが（注12）、「規律的侵害」と「事実的侵害」の双方をもたらすこのような処分については、「規律的侵害」がなくなっても、権利利益の救済の必要性は消滅しないと私は考えます。なお、文言については、処分の法的効果がなくなった場合についても「取消し」というのは違和感がありますので、「処分の違法確認」を求めることができるという表現が望ましいと思われます。

次に、提言の第5ですが、憲法上の「包括的な権利保護」という要請を満たすことをめざすという点では、他の多くの改革案と同様であります。ただ、提言の第1、第2との関係で、行為形式に応じた多様な訴訟類型を用意するという方針をとりますので、「訴訟類型選択負担の軽減」が不可欠の条件となります。これをどのような手段で行うかは、更に検討をする必要がありますが、これまで表明されているアイディアの中で最も有力な解決策は、「行政訴訟の教示制度」であると思われます。

提言の第6、第7は、法定抗告訴訟の類型を増やすというもので、行政事件訴訟法3条1項という一般条項への依拠をなるべく避けるという意味を有しております。また、不利益処分の名あて人が争う場合と、申請に基づく処分について不作為又は拒否がなされた場合とを分けて規律するという面に着目しますと、行政手続法との有機的関連を重視した改正という意味を有します。

なお、行政処分の差止訴訟について、最高裁判所は「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情」という要件を示したことがありますが（注13）近時注目を集めた東京都の外形標準課税条例に関する訴訟（注14）は、このような厳格な要件を機械的に適用するとどのような不都合が生じるかを示したものであると思われます。

最後の提言の第8ですが、これは、今回の改正では成案を得ることが難しい領域であるかもしれません。「抗告訴訟と当事者訴訟の区別」は、「公法と私法の区別」及びこれと対

応する「行政裁判所と通常裁判所の二元的構成」と密接な関係を有しております。ジュリストの私案は、「当事者訴訟」というカテゴリーを残した上で、取消訴訟、義務づけ訴訟及び処分の差止訴訟でカバーしきれない部分を受け止めようとするものであります。しかし、これよりも一歩進んで、一般的に認められる訴訟類型としては、行政処分権限の発動・不発動をめぐる訴訟とそれ以外の権利義務関係をめぐる訴訟に大別するにとどめる方が、将来的な訴訟類型の整備にとって有益であるかもしれません。この場合、たとえば、前者は「処分権限訴訟」、後者は「権利義務訴訟」と呼ぶことが考えられます。

なお、行為形式の多様化に応じた多様な訴訟類型の整備という場合に、たとえば、土地利用計画の決定や公共事業の計画・実施、あるいは技術基準の策定をめぐる利害調節を思い浮かべるとわかりますように、行政訴訟自体が果たしうる機能には限界があること、すなわち、行政手続の整備、個別の行政実体法の見直しが合わせてなされなければならないことを指摘しておきたいと思います。このような観点は、たとえば、団体訴訟をどう取り扱うかについて検討する際にも有益であると信じます（注15）。

七 おわりに

以上、もっぱら行政事件訴訟の訴訟要件に関する論点について意見を陳述いたしました。行政事件訴訟法の改正論点としては、適正手続や裁量など本案審理について、あるいは裁判管轄など技術的な点についても論ずべき点が多く残されておりますが、本日は私が最も基本的だと考えている事項にしばらくさせていただきました。本委員会は、各方面から英知を結集して、よりよい改革案をめざされているものと理解しております。本日の報告が建設的な議論の一助となれば幸いです。ご静聴ありがとうございました。

【注】

- (1)高木光「行政事件訴訟法改正」ジュリスト1217号(2002年)56頁。
- (2)高木光「司法の現状分析 公法学の影響 行政訴訟」公法研究63号(2001年)93頁。高木光「環境行政訴訟の現状と課題(抗告訴訟について)」森島昭夫=大塚直=北村喜宣『環境問題の行方』(ジュリスト増刊・1999年)108頁。
- (3)高木光「権力的妨害排除訴訟論について」塩野古希『行政法の発展と変革(下)』(有斐閣・2001年)191頁。曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号(2002年)60頁。
- (4)高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣・1988年)35頁、101頁。
- (5)Ralf Brinktrine=Berthold Kastner,Fallsammlung zum Verwaltungsrecht,Springer 2002,S.87ff;Ulrich Ramsauer,Die Assessorprüfung im öffentlichen Recht,5.Aufl.,C.H.Beck 2001,S.88ff
- (6)たとえば、最判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁(税関検査)、最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁(第二種市街地再開発事業計画決定)。
- (7)司法研修所編『ドイツにおける行政裁判制度の研究』(法曹会・1999年)=司法研究報告書第51編第1号(平成9年度司法研究員八木良一、福井章代執筆)。
- (8)塩野宏編著『行政事件訴訟法(1)(日本立法資料全集5)』(信山社・2002年)3頁(高木執筆「行政事件訴訟法制定の経緯」)。高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川献呈『行政法の諸問題・中』(1990年)342頁。
- (9)高木光「行政手続法の施行と行政法の一般理論」法学教室180号(1995年)6頁。塩野宏=高木光『条解行政手続法』(弘文堂・2000年)。
- (10)小早川光郎「行政訴訟改革の基本的考え方」ジュリスト1220号(2002年)62頁。
- (11)高木・前出注(4)『事実行為と行政訴訟』346頁。
- (12)最判昭和55年11月25日民集34巻6号781頁。
- (13)最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁(長野勤評)。
- (14)東京地判平成14年3月26日判例集未搭載。
- (15)環境保護団体の手続参加及び団体訴訟についての規定を整備した、ドイツの連邦自然保護法の2002年改正について、斎藤純子・ジュリスト1223号(2002年)88頁参照。