

改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第11回会議 議事要旨

1. 日 時 平成24年3月5日(月) 自 18時00分
至 21時30分

2. 場 所 社団法人商事法務研究会会議室

3. 議事概要

(1) 最高裁判所第一小法廷平成24年2月9日判決・最高裁判所HP(国歌斉唱義務不存在確認等請求事件)について

法務省から、配布資料11の(前注)に基づき、差止訴訟、公法上の法律関係に関する確認の訴え等に係る重要な判決として、上記の最高裁判所平成24年2月9日判決(以下「国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決」という。)があった旨が紹介された。

(2) 公法上の法律関係に関する確認の訴え・原告適格について

法務省から、公法上の法律関係に関する確認の訴え及び原告適格に関する当研究会における議論の概要に関し、配布資料10及び配布資料11に基づいて説明がされた。

(3) 自由討議

自由討議における委員等の発言の要旨は、以下のとおり。

ア 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決について

○ 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決は差止訴訟の活用可能性を認めたものとして評価すべきだと考えているが、取消訴訟プラス執行停止では救済できないような場合に限定して差止訴訟の活用を認めるということであり、下級審で一般的であった理解を最高裁が追認したといえる。

また、この事案のように、処分がその相手方との間で繰り返し行われる場合について差止訴訟が有効というのはいいが、処分の名あて人以外の第三者も使えるかには疑問がある。この点については、東九州自動車道の事業認定の差止訴訟について却下した福岡地判平成23年9月29日(判例集未登載)の例を以前紹介して述べたように、取消訴訟との役割分担を重視し過ぎて、差止訴訟の活用可能性が必ずしも十分に生かされておらず、やはり重大な損害要件の緩和が必要だということを改めて指

摘する。

- 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決の11ページ（以下、ページ数は最高裁判所HP上の裁判例情報に準拠する。）の「処分がされた後に取消訴訟等を提起して・・・」という部分の評価の問題だろう。「容易に救済を受けることができるものではなく」と、ここに「容易に」と入れていることと、救済を受けることが「差止めを命ずる方法によるのであれば……困難なものである」という、この2つをどの程度のものと見るのか。私も、あまり取消訴訟との関係を言われるのはおもしろくないと思うが、同時に、無視して考えるというわけにはやはりいかないかと思う。
- 確かに、この事案は反復かつ累積するという点で事案として特色がある。1回きりの処分について、これが当てはまるかどうか。
- 最一小判昭和47年11月30日（以下「長野勤評最高裁判決」という。）では、「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ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、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がある場合」という言い方をしていた。これが重しになって、却下される例も相当数あったと思う。今回、特に長野勤評最高裁判決に触れてはいないし、反復継続的かつ累積加重的にされていくという一種の特殊な事案に関する判断という部分はあるものの、比較すれば、柔軟に解釈しているとみられ、意義は大きいと思う。櫻井補足意見には、「行政事件訴訟法の改正の趣旨を十分念頭に置き、従来の訴訟法理論、判例理論を踏まえつつも柔軟な解釈に努め、個人の権利救済の実効性を高めることに重点を置いた判断を行ったことを付言しておきたい。」とあり、法廷意見及び宮川補足意見も同様に改正行訴法の趣旨ということを取り上げている。平成16年改正行訴法の趣旨を踏まえて、いわば長野勤評最高裁判決の判断を判例変更するまでもなく、柔軟に解釈していくべきだという姿勢が示されたと評価できるのではないか。この判決によって、差止訴訟の門戸が相当程度広がったと解釈する余地もあるように思われる。
- 長野勤評最高裁判決を放棄したとは言にくいとしても、長野勤評最

高裁判決から離れて、特段の事情という例外扱いをしないということを読んでいいのだとなれば、平成16年改正の趣旨によったといえる。ただ、当てはめのところでは「事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると」とあり、これが、実際それはそうだという以上の意味はないと考えるのか、従前の考え方の一部が残っているとみるのか。

- 確かに、事後的な取消訴訟では対応し切れない程度に云々というくだりは、行政と司法の役割分担等の観点から設けられた重大な損害の要件の重みを踏まえていることをうかがわせる。ただ、長野勤評最高裁判決が予防確認訴訟をかなり封印したようなスタンスであったことに比べると、換骨奪胎するような形で改正行訴法の趣旨を踏まえるべきだというメッセージが強くあらわれているのではないか。初めて差止訴訟に関して最高裁が判決を出したという意味でのリーディングケースであり、下級裁判所に対する感銘力・浸透力も非常に大きいと思う。
- 差止訴訟における重大な損害の要件についての定式的な解釈やこれについての高裁段階までの判断などをみていて、最高裁に上がったら救われるのだろうかと思っていたが、その中で、この種の事案でも差止めを許容していいのだと感じた。下級審の裁判官も同様ではないか。年に2回程度しかないともいえる処分であり、かつ、個々の処分の名あて人ごとに具体的に想定される処分も違い、相当軽いものも含まれ得る中で、あまりそこに深く立ち入らずに簡単に重大な損害の要件を認めているので、当てはめは比較的緩いなという印象を抱いた。
- 私もそういう印象がある。宮川反対意見や第1審判決は特段の事情に触れ、特段の事情があると言っているが、これらは、実質的には、かなり緩やかに特段の事情を認めてしまうという態度をとっている。法廷意見は特段の事情という文言を使っていない。これは法律が改正されたわけなので当然ではあるが、事後的な救済との関係を言っている部分もそれほど細かくきちぎち見ていない。停職に至るまでに、戒告、減給、減給という比較的軽い処分が3つあるわけで、それをきちぎち見ていくと、そのどこかのタイミングで取消訴訟を提起して、執行停止を申し立てて認められればいいのではないかと、議論しようと思えばできるはず

である。しかし、それはやらないで、とにかくまとめて、権利侵害のおそれが非常に高いと、非常に大まかに重大な損害を見ている。だから、一般論は非常に旧来の考え方を引きずっているようなところはあるけれども、実際はかなりそれを柔軟に見ていると言っているのではないかという気がする。

- なるほどとも思うが、これが内心の自由に関する間接的な制約であるとの理解に立つと、それはそれで重たい利益侵害である気もする。つまり、戒告処分はそれ自体の効果は軽いけれど、その原因になっているものは損害として見ればかなり重たいものであるという部分がある。戒告はそれ自体は軽く年2回しかないのはそのとおりであるけれど、内心の自由に関する部分をどう評価するのか。そこに事案の特殊性があるとみるのかどうか。
- 宮川反対意見の最後に内心の自由のことが書いてあることからすると、厳格な審査に服すべき中身だということをも前提にした議論がされたことだけは間違いなく、法廷意見の中でそれをコメントするとかえって論理がずれてしまうので、あえてコメントしなかったということではないか。だから、この事案は、内心の自由の制約に対する厳格な審査との関係でされた特殊な判断であって、これがあるから大きく差止訴訟の判断基準が緩んだと判断するのは早いと思う。
- ただ、実体判断の部分では、非常にあっさりとして「将来の当該各処分がされる時点における個々の上告人に係る個別具体的な事情を踏まえた上でなければ、現時点で直ちにいずれかの処分が裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものとなるか否かを判断することはできず」という形で、内心の自由なり、思想信条の自由に対する配慮は明確にはされていない。他方で、重大な損害の要件の中では、懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で停職処分に至るという、段階的処分が実際に行われているという点にのみ着目して、そういった一般的な扱いを前提に重大な損害の要件を肯定している。これは、具体的な不利益や損害についてあまり子細に検討しない類型的なアプローチに相当近いと思う。
- この判決の書き方は、少なくとも内心的な自由について価値を重く見

た上での特殊な事例における判断であると射程を区切り、ないしメッセージを出した判決とは見えないと思う。少なくとも、下級審の裁判官としては、そうは受け取りにくい。

- 内心の自由に関わる部分については既に合憲判決も出ていて、そういった憲法的価値についてはあまり考慮しなくても、公務員という地位に対する戒告処分の危険性やその影響だけを見れば、重大な損害の要件は肯定できるという傾向を読み取れるということか。
- そうではないか。
- 第1審の判決や宮川反対意見のように、長野勤評最高裁判決を踏まえた特段の事情という大きな一般論を立ててしまうと、結局、内心の自由といったあたりに言及しないと特段の事情があるといいにくい。法廷意見がそこを強調していないということは、それほど限定された射程というわけではない気がする。
- 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決の応用事例は考えられるか。
- 公務員関係、在学関係、在監関係などには応用できるのではないか。
- 在監関係だと、丸刈りが有名だが、それよりは頻度が少なくてもよいといえる。あと、特殊な営業規制で、改善命令、改善命令、改善命令、営業停止命令という段階的なものは、ここにも有効かもしれない。ポイント制を採用しているものだと、むしろ、この射程を応用しやすいのではないか。
- 次は処分を打ってくるから差止めをしようということか。これは重大な損害だと。確かにそれはあり得る。
- あとは、営業規制、特に運輸局関係のタクシーではないか。
- その辺に応用可能性があり得るということであれば、かなり柔軟な要素があり得るといっていいだろう。
- 確かに、そういう類型にはまさに有効で、使えると思う。ただ、当てはめのところで、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になる」ということで認めているので、例えば、第三者が原告となって争うような場合には、処分がされても直ちに法的効果を受けるわけではないので、この射程には入ってこな

いだろう。やはり、重大な損害の要件が、特に第三者が原告となるケースでは依然としてハードルになると思う。長野勤評最高裁判決を30点とすれば、本判決は50点である。第三者が原告の場合には、結局、重大な損害が認められないから、70点になる改正をすべきである。

- 「反復継続的かつ累積加重的・・・」というのは当該事案に関する当てはめの中での言及なので、ここの部分自体は規範ではないと思われる。あくまでも規範として提示されているのは、「差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である。」という6行の部分だけではないか。例えば、鞆の浦判決（配布資料5の第2の裁判例2参照）などでも重大な損害が肯定されているが、各種関係法令から損害の中身が明らかになるような事案であれば、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決に照らしても、重大な損害が否定されることにはならないと思われる。
- それ以外の事案でどこまで認められるかという点、必ずしも簡単ではないと見ている。鞆の浦判決もそうであるが、公有水面埋立ての免許がされたからといって直ちに周辺住民に何か被害が生じるわけではない。開発許可や建築確認もそうであるが、第三者が原告の場合については、厳格な一般論が生き続けるのではないか。
- しかし、それは、処分そのものに関連してすぐにもたらされる損害と、処分後にこれに続く行為によってもたらされる損害とを差止訴訟においてどう処理するかの問題であり、確かにこの判決の射程外ではあるが、要するに、鞆の浦の事件が最高裁で審理されなければ分からないという問題ではないか。
- この判決の規範部分がどこまでなのかというのはなかなか難しい。規範が先ほど指摘された6行の部分だけだとすると、事後救済ではだめなときは重大な損害があるという理屈になってしまうような気がするが、

そこまで広くはないだろう。

- ただ、論理構造としては、「解するのが相当である」までが規範で、それ以下は当てはめであり、そこは分けて厳格に考えるべきではないか。とはいえ、そこは、学者の先生方から、この部分が規範であり、例えばこういう事案はもっと認められていいといった指摘があれば、下級裁の裁判官も呼応していくのではないか。
- しかし、規範の部分を素直に読めば、処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることで容易に救済を受けられれば重大な損害に当たらないことになる。そうすると、開発許可でも建築確認でも、処分がされた瞬間に取消訴訟を提起して執行停止がされれば損害は発生しないので、これは重大な損害なしになってしまうおそれが高いと思う。
- 個人的には、その部分については、物の見方として、そこでも差止訴訟が本当に必要なのかという部分もあるような気がする。損害が現に全く生じていない、現実的な発生のおそれが直ちにあるわけでもない、それでも構わないのではないかということであるが、それはさすがにどうだろうということとは両論ある。
- 重大な損害要件を削るのが分かりやすいが、少し緩やかにするだけで構わないと思っている。要は後々になって重大な損害が発生する、その時点まで訴訟の提起の時点をずらすことによって、事情判決であるとか、訴えの利益の消滅ということになるとすれば、そこは訴えを認めていいのではないかという問題意識である。それが、原則は取消訴訟です、それでよいならそっちでやってくださいということでは、取消訴訟中心主義が残っていることになる。
- 前回の議論で、事業認定などで、処分がされる頃には既成事実がいろいろとできあがってしまうという議論があり、それについては個人的にはやはり難しいとも思ったが、訴えの利益の消滅や事情判決の危険などの事情があるものは確かに別論である気はする。そういう特殊性の存在を訴えても認められていないということなのか。そこは別途検証してみないといけないのではないか。

- いわゆる規範部分で言っている「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」という要件の「容易に」もかなり緩い要件ではないか。計画行政のような事案においても、個々の法令次第ではあるが、一定の根拠法令に基づいて損害あるいはその裏返しとしての利益がある程度の堅固さで認められる事案であれば、「容易に救済を受けることができるものではない」ということを足がかりに重大な損害の要件が認められる可能性もあると思う。
- 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決の15ページで、無名抗告訴訟としての義務不存在確認の訴えについて、法定の差止訴訟と同じように補充性の要件を満たすことが必要であると指摘している。この補充性は、やはり、確認の訴えの補充性とは違うものを持ってきたと理解するのか。宮川反対意見は確認訴訟の補充性と同質と考えていると読めたが、法廷意見はよく分からない。
- 無名抗告訴訟としての確認訴訟の部分については補充性という言葉を使っているが、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟については使っていない。そこがポイントであり、無名抗告訴訟というものは、あくまでも法定抗告訴訟では解消できない問題があるときに初めて出てくるものであるから、差止訴訟でフォローできる領域のものについては、無名抗告訴訟として解釈をわざわざ施して救済する必要はないということを行っているのではないか。原告が無名抗告訴訟としての確認訴訟を提起しているので、それに答えるために丁寧に判示したということではないか。
- 法定外抗告訴訟の補充性を仮にここでも問題としたとすると、それが適切なのか。
- 法定された抗告訴訟なのだから、法定外抗告訴訟として提起するのはおかしいという、単にそれだけの話ではないか。15ページで言うと、6行目、7行目あたりで、法定抗告訴訟についてはいろいろな要件が設けられ、その要件を満たした場合に適法になるのに、わざわざ無名抗告訴訟として提起するのはおかしいということでそこまでは分かる。そこから、行訴法第37条の4第1項ただし書を引用して、いわゆる差止訴訟等

の法定抗告訴訟で言われるところの補充性の要件の話につながってしまって、それで分からなくなる。

- 要するに、本件が法定抗告訴訟である処分差止めの訴えと請求の趣旨において同一であるから、同じ要件をクリアする必要があるという趣旨か。それとも、法定外抗告訴訟は法定抗告訴訟に対して補充的でなければならないと読むということか。
- 前者のように読むと途中からよく分からないことになる。
- 15ページの議論は、恐らく抗告訴訟という枠内での法定抗告訴訟と無名抗告訴訟との間の補充性の議論である。だから、行訴法第37条の4を持ってきて、わざわざ抗告訴訟の中での補充性の要件を言っていると説明して、こういう類型としては差止めで行けばいいから不適法ですよと言っている。16ページ以降は、第4条の実質的当事者訴訟の確認の利益である。ただ、そこを整理し切れていないという印象がある。
- 差止訴訟についても第37条の4第1項ただし書で補充性が必要である。そうすると、無名抗告訴訟についても同様の並びでの補充性が必要になる。ただし、補充性の内容は、差止訴訟の補充性は、例えば取消訴訟があるといったことであるが、無名抗告訴訟としての確認訴訟に関しては差止訴訟もあるといったことが補充性の内容になる。
- 準用を基礎付けるロジックが、法定外抗告訴訟と法定抗告訴訟の一般論でいくのか、請求の趣旨がかぶっているからということなのか。
- おそらく、最高裁は前者なのであろう。
- これは、補充的であるという結論だけであれば驚かなかったかもしれない。ただ、行訴法第37条の4第1項のただし書をいきなり持ってきたので驚いている。行訴法第37条の4第1項のただし書については、取消訴訟との関係をどの程度考えるかという議論のほかに、行政上の特殊な救済がある場合というのがより強く言われていたので、念頭に置いていた状況が違うのではないかと思われる。
- 確かに、広い意味では補充性であるけれど、意味が違うのではないかという感じがする。
- 公法上の当事者訴訟としての義務不存在確認の部分については、どう

か。こういうことでよいという感じか。

- そう思う。勤務成績や評価を通じた昇給等に関する不利益，すなわち処分以外の処遇上の不利益を基礎にしたというのが，ほかと比べて緩いのか，相場としてはこんなものだという事なのか，そこは分かりかねるが，結論的にはほっとした。
- 先ほど，無名抗告訴訟と見る必要はなく，法定抗告訴訟として提起すればよいと述べたが，あくまでも処分を対象として見た場合には同じという趣旨である。長野勤評最高裁判決については，抗告訴訟なのか当事者訴訟なのか実はよく分からない中で後の懲戒処分というところに目をつけて，そこを強調して，懲戒処分の取消訴訟で争えばいいと言って不適法にした。しかし，国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決は，そうではなくて，公的な義務の不存在確認訴訟というのは当事者訴訟としてあって，当事者訴訟としての訴えの利益の判断の枠組みの中で適法性を判断しようと切り分けている。そこに意味があると思う。
- 公法上の法律関係の確認の訴えに関しては，行政処分以外の処遇上の不利益が発生する危険を表に出して訴えの利益を判断したところに重要なポイントがあるということか。
- そうである。しかも，処遇上の不利益というのも，実は，非常に茫漠としているが，それでもいいと言っている。
- 長野勤評最高裁判決があり，その射程が実はよく分からないけれども一応生きているという前提の中で，機能的には同じといえる公法上の当事者訴訟についての確認の利益について，それこそ似たようなことを言おうと思えば言える事案について，こういう判断が出たということは，長野勤評最高裁判決から解放されたという意識が，実務感覚としては強いのではないか。
- これは判例変更の形式を採ってはいないが，実質的には判例変更だと思う。
- この部分は規範定立がなく，当てはめを他の事案でどうするかを検討する必要があるが，ここで気になるのが，「事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮する」としている点である。この事案の類

型的な特徴を語ってから確認の利益を認めているので、この類型ではうまく使えるけれども、他の類型では、なお困った判決が出てくるのではないか。

- 規範の定立はなかなか難しいのではないか。学説の動向もにらみながら最高裁も考えているのではないかという気がする。ここで長野勤評最高裁判決から一步踏み出したのは間違いないところなので、別の事案でこういうケースでも認められるのではないかという感じでプッシュをしていけば、判例理論も進化し、学説も進化するという関係になるのではないか。
- 在外邦人の選挙権確認訴訟（配布資料8の第1の裁判例1参照）については、選挙権の重要性で押し切ったということか。選挙が繰り返されるというのは、何か意味を持ったのだろうか。
- あの事案は、選挙が繰り返されるという点に着目はしていない。むしろあれは次の選挙に限定した。選挙権という重要な権利だからであるといった論評もされるが、選挙訴訟等では事後的に救済ができないという点もある。そちらのほうが重要だと読むと、あれは選挙権という特殊な権利に関する事案だと理解する必要はない。
- そうすると、これはやはり類型が違うパターンということになる。事後救済が難しいというのはそうであるが、反復累積的になるということ、現実の危険を及ぼし得るということ。
- 一般的に言うとする、むしろ危険が現に存在するかどうかということの判断だと思う。
- 「拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものということができる」という部分が判断基準の1つの柱なのかなとも読める。
- 抗告訴訟のほうも、「危険が現に存在する状況の下では」という同じような書き方がされている。
- 昇給処分してもらえない、ボーナスの査定を悪くされるとか。それらは確かに確認訴訟でないと救いにくいかと私も思った。ただ、自分のボーナスはもっとよかったはずだとか、違法な人事評価を受けたといった

紛争が民間企業で仮に起こったとして、そのような紛争は民事訴訟の対象になるのかな、とも思う。

- 単純にそういったことの当否としてしまうと、起立・不起立といった点だけではなくて、通常の勤務成績などの要因も入ってくるので、ピンポイントに国歌斉唱義務を対象にして救済するのが有効適切な争訟方法だと考えたのではないか。
- 人事評価をするときの考慮事由にしていいかいけないかという、その争い自体で既に確認の利益が基礎付けられるということだと読むとすれば、これは行政の判断過程のひとつまをつかまえて、それを切り出して訴訟の対象にしてやっていいということに等しい。
- そこまでいくとすると、反復継続的かつ累積加重的というところは重視する必要がないという話になる。
- 要するに、侵害される権利利益の性質と、今とにかく救済しておかないといけないという反復の問題と、ちょっと違う軸の問題があるということだろう。
- 本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認という権利義務関係を対象にしている。漠とした確認対象で確認の利益を認めるというところまでは言っていない。特定の有効・適切な確認対象を選択して初めて確認の利益が認められるという枠は維持している。
- 公的義務の存否を確認訴訟で争うときに、それが与える勤務評定上の不利益と、それが累積されることによって事後的な回復が困難になるという、その2つをつかまえて即時確定の必要の有無を判断したということか。
- それらを根拠にして手堅く確認の利益を認めたということが出来るかもしれないが、他方で、反復継続性とか累積加重性がなかったら確認の利益がないというところまで言っているかということ、そういうわけではないのだろう。
- 危険が現に存在するということころは一般論として必要で、本件では反復継続的かつ累積加重的にというので現実の危険を認めた。でも、1回だけの大きな処分がされるという場合に、例えば、一発免職とか、そう

いう場合に確認の利益を認めないという意味ではないであろう。

- 都市計画決定には処分性がないとされるが、都市計画決定があると建築制限等がかかり、転売時に買ったたかれるということが言われる。都市計画決定はされているが、事業認可には至っていないときに、もっと高く売りたいから、都市計画決定の適否を争いたいという場面では、都市計画決定に基づく建築制限が存在しないことの確認といったことも考えられるのではないか。
- 実際にはそういった訴訟はあまり提起されていないのか。
- ちらほらとあるようである。ただ、確認の利益についてあまり正面から判示しておらず、判例雑誌などにも掲載されていないのかもしれない。
- 都市計画決定については、これを転売して儲けたいと思っているというだけでは事後的な損害の回復が著しく困難であるとは多分認めてくれない。都市計画決定を争って確認訴訟で却下されている裁判例があったと思う。あと、周辺住民は環境が著しく変わる、規制が緩和され高層建築物が建ち並んでしまうといった場合に、その都市計画決定を確認訴訟で争えるかという点、それは難しいと思う。
- それは、都市計画決定そのものの違法確認を求めた事例であり、公法上の法律関係に関する確認の訴えの裁判例19である。

イ 公法上の法律関係に関する確認の訴えについて

■ 配布資料10の第4の1に関して

- 配布資料10の10ページで、確認の利益を厳格に解し過ぎているものがあるので、そうならないようにする必要がある。行政計画の分野、特に都市計画決定については、争訟制度を設けるべきだという話があるが、ぜひ、制度導入を提言する形で書いてはどうか。

裁判例25については、もし確認の訴えの形をとったら確認の利益が認められるかという点、国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決に照らしても、そうではないと思われる。現にアセスメントがされないことによって周辺住民に危険が現に存在し、事後的な損害の回復は著しく困難にな

るとはいえないので、あまり積極的に評価すべきものではないと思う。
あと、東京地判平成23年4月26日（判例時報2136号13頁）があり、これは、在外日本人の国民審査についてのものであるが、結論としては法律上の争訟に当たらないという形で却下されている。結構厳しい判断をしているものがある。

- 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決では、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えは適法とされている。少し疑問だったのは、義務の不存在の確認訴訟だけを提起した場合、訴えの利益の判断の中には懲戒処分を受けそうだということも含まれるのか。差止訴訟があるから確認の利益を基礎付けないということになるのか、という点である。
- 義務違反をやれば給料を上げてもらえないということなどと同じような因果則にのっとって懲戒処分がされるかもしれないということを考えるので、懲戒処分については抗告訴訟があるからといって、その不利益は考えないという必要もないのではないか。
- 一応入り口は分かれている。したがって、明らかにこれは差止めの対象だという類型であればそちらを利用してもらって、そうでなければ却下になる。請求の趣旨を見て、よくわからなければ善解するが、差止めか、確認かは聞き、抗告訴訟の中の確認に乗っていくということがあるのであれば、そっちに行き、やはり差止めがいいとなれば差止めと理解するけどいいかと原告に釈明する。処分以外も含む更に広がりのある不利益が主張されているとなると、さらに当事者訴訟も念頭に置かれてきて、そうすると、これは両方の趣旨を含むのかということを検討していく。
- 自分は通達に基づくいろんな命令に従う義務はないということの確認をしたい、処分以外の不利益もあるのだけれども最後には一番怖い処分が待っている、これらは十分確認の利益を理由付けられると主張したら、最後の不利益は差止めの問題だと裁判官は言うのか。
- 決めるのはもちろん原告だが、差止めだと処分の蓋然性といったものも出てくる。不利益はもやもやとあってそれらで判断ということであれ

ば、公法上の当事者訴訟でも行けるかもしれない。そこは、釈明をして
いって、変に却下にならないようにしていく。

- そのときに、懲戒処分そのものの差止めではなく、職務命令に係る義務不
存在確認訴訟と整理されたが、やはり、場合によっては懲戒処分も
あり得るというときに、懲戒処分を受けると大変であるという点を確認
の利益に関して考慮するのかという点はどうか。
- 抽象的には、見ないのかと言われたら、見るような気はするが。
- 国歌斉唱義務不
存在確認等最高裁判決は無理やり切り分けてしまった
ように見える。
- 対象の点が公的義務の不
存在確認訴訟と処分に対する不服の訴訟とい
う形で切り分けられれば、あとは公的義務の不
存在確認訴訟を適法に提
起する利益があるかというところでは、それはやはり双方ともに見るの
ではないか。
- 恐らく不利益がイコールであれば確認の利益はない。だけど、さらっ
ていくとまだ不利益が残っていたということで、訴えの利益を認めたの
ではないか。
- 法廷意見は、文言上は切り分けている。対象を切り分けたので、訴え
の利益を判断するときにも分けてしまったのかなという気もするが。本
当はあまり分けなくてもいいような気がする。
- 処遇上の不利益は確認の対象を基礎付ける際に使っているのではない
か。即時確定の利益の問題ではないかという気がする。公的義務の不
存在確認は、懲戒処分の差止めとは別の対象をねらっているので、引き直
しではないのだということを言うためのものではないのか。
- 初めのほうはそうだが、訴えの利益でもずっと入っていて、文字どお
り読むと切り分けてしまっているように見える。
- ある種の不利益については抗告訴訟を提起して争えばいいではないか
というものもある。そのみをメインにしているのに公法上の法律関係
に関する確認の訴えを提起するというのは気持ちが悪い気はする。た
だ、では、不利益としてはいろんな意味で渾然としたものがあって、そ
の中では究極的には処分絡みのものもあるかもしれないけれども、今現

在、顕在化しているわけではないといった状況の下で、下級審裁判例はそういった状況を踏まえて訴えの利益を普通に認めていて、その果ての処分絡みのものについては厳格に考慮しないということなのか。対象の設定の問題については截然と区別されるはずであるけれども、その中で利益の部分については抗告訴訟でも救済され得るものだからというのかは……。そこは、民事訴訟、抗告訴訟、当事者訴訟が相乗りでいいように思うが、頭の整理がまだよくできていない部分を言われている気がする。

- 宮川反対意見は、権利又は法的地位に不安が現に存在するとみて、取消訴訟として、その除去を包括的に行うことを目的とすると言っている。当事者訴訟として確認訴訟を使う場合も、こういうものだと思う。包括的に除去するとき、要するに不安を基礎付ける要素として、処分の問題を除外する理由はないだろうと思う。
- 対象が本当に切り分けられないような場合、例えば、租税債務不存在確認訴訟と課税処分の差止訴訟とかについては、その当事者訴訟は不合法であろうとなるが、このケースは、一応対象は切り分けられるので、その上で訴えの利益のレベルでさらにわざわざそこを分けないといけないかということ、あまりそうも思えない。
- 補充性を重視し過ぎると、差止訴訟ができるから、確認訴訟の確認の利益もないとなる。しかし、確認の利益の段階では、そこまでの補充性は求めない。対象が違うから、補充性を考えるとしても、別にそこはクリアするということがいいのではないかという価値判断ではないか。

■ 配布資料10の第4の2に関して

- 職務命令に対する義務不存在確認訴訟の仮の救済というのはどういうふうに考えるのか。
- 職務命令そのものには、理論的には処分性はないだろう。したがって、行訴法第3条第1項と第2項のすき間がなければ、当事者訴訟ができて、行訴法第7条に従って仮処分ができる。
- 国歌斉唱義務不存在確認等最高裁判決は、すき間を認めてしまっているのではないか。

- それは微妙である。当事者訴訟で受け止めている。
- ただ、当事者訴訟では、本案判決まで待たないといけない。仮の救済として、仮に公務員たる地位の確認をすることはどうか。
- この場合だったら君が代を斉唱する義務がない、伴奏する義務がないことを仮に確認するということか。そうであれば、そういう申立てをすればいいのではないか。ただ、民事保全に特有の問題があって、申立てをしても難しいということはあるかもしれないが。
- これを民事の仮処分をやろうとすると、職務命令は公権力の行使だという理屈ではねられるのではないか。
- 仮処分について、11ページ下から6行目ぐらいに、これ以上に位置付けを明確にする必要はないのではないかという指摘がある。しかし、行政訴訟の半分以上は本人訴訟であり、行訴法の条文を一生懸命読んで勉強している。そこで、ここもわかりやすい条文にしてはどうかと考えている。当事者訴訟については民事仮処分ができると一般的に書けばいいと思う。
- 行訴法第7条によって民事仮処分を利用することができるかと読めるから、何もわざわざできると書く必要はないのではないか。要するに、行訴法第44条のように民事仮処分をすることができないと規定されていなければ、できるというのが行訴法の立場である。本人訴訟の場合を念頭に置いた手当てというが、民事訴訟法等の法律一般が本人訴訟を念頭に置いた手当てをしているのかという問題になるし、裁判所も本人には丁寧に対応するという話も聞かないではない。

逆に、公法上の当事者訴訟と見るべきかが分かりにくいものがあるけれども、とにかくできると書いてしまえということについては、それではできるかどうか分からなくて、結果的に間違えて申立てをしてしまったという問題が残り、解決にならないと思う。
- 本人訴訟をする原告向けの対策については、条文に書くということのほか、その他の広報の在り方というのも当然ある。法務省としてももうちょっとかみ砕いたものをホームページにアップするとか、やりようはあるかもしれないが、個別の事案についてこれを見ればすべて分かる

といった形での情報提供には限界があると思う。

- 行政庁による教示をどうするかというのが1つの問題かなという気がする。親切ではない教示がされている印象がある。
- 別の観点であるが、当事者訴訟については、本案は行政部に係属し、民事仮処分だけ保全部に係属する。これが差止訴訟であれば本案も仮の差止めも共に行政部になる。別々の裁判体が判断しなければならないのは揃えた方がいいのではないか。
- それは、裁判所の事務分配の問題だけではないか。
- 当事者訴訟について別の制度設計をしたために、別の部でそこだけ切り取って判断される。それは合理性がないのではないか。
- 労働部で労働関係の保全をやっているし、知財部でも知財関係の保全をやっている。もし、公法上の当事者訴訟についての保全事件が結構出てくるということであれば、そこは裁判所の方での検討もあり得るよう思う。そうはいつでも同一構成の裁判体かどうかは別であるが。
- 裁判所は今の取扱いでそういうふうにはできないのか。
- 少なくとも労働行政事件は、これでもし仮処分が来ていれば、本案を扱う労働部で処理すると思う。公法上の当事者訴訟を本案とする民事仮処分も、本案を扱う行政部に配てんされるのではないか。
- 担保の件であるが、配布資料10の12ページで公務員の懲戒解雇の事案が挙げられている。しかし、懲戒免職処分を抗告訴訟で争えばいいので、この例がいいのか疑問がある。「退職金の支払まで仮払いが認められるとなると」問題ではないかという点も、生活保護の仮の義務付けでも先に支給がされているので、既に乗り越えられた問題ではないかという反論もあり得ると思う。
- 仮の義務付けとの対比については、比較の対象として適切な比較をしているのだろうかという気がする。
- 民事でも、給与の仮払いには担保をつけないのが普通だ。ただ、退職金だと、全部の給付を命じないか、担保をつけてくださいというか、どちらかではないかという感じがする。
- 抗告訴訟における仮の救済との比較だけで立担保は不要だと整理して

よいのか。普通の民事保全事件との関係で当事者訴訟の仮処分の問題を比較しないとイケないのではないかという印象がある。

- しかし、急に「処分」から外れると担保という議論が出てくるというのが果たしてどうか。本来適法であるべき行政の行為が不適切になされているかもしれないときに、担保を積まなければ仮の救済を受けられないというのは話が違うのではないか。
- その意味では、基本的にはあまり積まない運用になるだろうという指摘があるのは記載したとおりであり、しかし、無担保ではさすがにまずいという事案もあるのではないか。確かに、無担保で仮の義務付けを何でもできるようにしてしまったのではないかという指摘はあるかもしれないが、逆に、無担保にしたのは間違いだったかという反論もできそう。
- 執行停止は要するに現状を止めるだけだから担保を考えなかったのか。執行停止にあわせたので担保を考えなかったのだろうと思うが。
- 担保を積むか積まないかによって仮の救済を認めるか認めないかということを決めること自体が、行政事件ではおかしいだろうということではないか。逆に、担保を積むと仮処分から解放されるということもあるが、それはおかしいだろうともいえる。
- 当事者訴訟だとどうなのか。行政事件訴訟だから同じように考えることもできるし、逆に民事の取引関係に近いような気もする。
- 法律関係が公法関係であるというだけだと考えれば、民事の仮処分にごく近い類型の当事者訴訟も十分考えられる。土地使用の補償金を支払えというものなど、無条件で払っていいのかは議論の余地があると思う。いろいろな類型があり得る。
- やはり、ケース・バイ・ケースしかないのではないか。
- 仮の義務付け決定が出た後で、本案で結論が逆転したという場合、後始末がどうなるかという議論はしたか。
- 給付されたものとはとにかく返還せよということだろうという話しかしていない。
- 仮の義務付けの命令によって行われる処分の法的性質が何かという議

論があり、それとの関係で、本案がひっくり返ってしまった場合にその処分はどうなるのか。自動的に失効するのか、仮の義務付けの命令を取り消すのか。

- 立法時の整理としては、行政庁が行うのは仮の義務付けの命令に基づく本処分であるという理解を前提として、仮の義務付けの命令取消時の規律を置いたはずである。
- その議論が非常にある。実務上はたしか本処分だというのが普通の考え方であるということだが。ただ、問題は制度の見直しというよりは、どう整合的に解釈するかであろう。

ウ 原告適格について

■ 配布資料11の第1の1に関して

- 配布資料11の2ページの「いずれについても根拠法令の趣旨及び目的にかかわらず原告適格が認められるべきであるとの指摘があったが、これに対しては、害されることとなる利益の内容及び性質の検討から始めているが、」との表現が文章表現としてどうかというのと、この両者はこの文脈で対立した意見が述べられた記憶はなく、別方向から裁判例16（以下「サテライト大阪最高裁判決」という。）を批判した印象であり、整理の仕方がどうかという点が気になる。
- 議論としては、基本的に処分要件説は完全に排斥したほうが良いという強いお立場があり、それに対しては処分要件説の放棄は難しいのではないかという指摘もありつつ、ただ、処分要件説に立つとすれば、やはりそれはもっと純粹に見ていくべきであるのに、最高裁は、処分要件説と言いながらも、実は、いきなり事実上の不利益をつかまえに行って判断している部分がある。むしろ、そこは、関係法令の解釈をもう少し柔軟にするといった方向性が良いと言われたという流れであった。つまり、意見としては最高裁の路線が一つあるとして、これに対して別の意見が2つあり、合計3つの考え方があるということを表示した。
- それはそのとおりであるが、どうも全体として、随分とサテライト大阪最高裁判決に皆が優しいことを言ったように見えてしまい、かつ、2

つの意見が全然違うところで対立しているような感じを受けるように思うので、少し表現を考えた方がいいと思う。

- 全般的傾向として、当初柔軟に肯定しようとする傾向があったが、この傾向はサテライト大阪最高裁判決で終わったのであり、塩野教授が行政法Ⅱで「裁判例の全面的改変が期待される」と述べられた事が実現していない。サテライト大阪最高裁判決について、配布資料11の2ページの(2)の第2段落で、事例的判断だと記載されているが、判決文を読む限りは、生活環境利益全般について、法令に特段の手がかりがない限りは原告適格を認めないとしている。サテライト大阪最高裁判決に沿った行政側の主張は日常的にされており、下級審判決も出ている。下級審でも、東京地判平成22年5月13日・最高裁判所HPは、開発許可の取消訴訟の事案であるが、サテライト大阪最高裁判決を引用して、広い意味での生活環境の悪化は基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手がかりとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、法が周辺住民等において上記のような影響を受けないという利益を周辺住民等の個別的な利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難であるとしている。その上で、そのような規定は都市計画法を見てもないとして却下している。
- サテライト大阪最高裁判決が出たから、もう終わりなのだというのは、少し悲観的過ぎる気がするが。
- 実務家一般の認識である。サテライト大阪最高裁判決を引いて原告適格はないとした答弁書が出てくる。
- サテライト大阪最高裁判決の生活環境に関する利益についての判示部分は、この種の被害を受けないという利益を個人の個別的利益としても当然に保護する趣旨を含むと解するのは困難だと言ったに過ぎない。そこを針小棒大に主張する被告側もいかがかと思う。同判決は飽くまでも自転車競技法4条2項に基づく場外車券発売施設の設置により周辺住民が受ける不利益について判断したに止まり、他の法令に関係して生活環境利益が問題になった場合には、当該法令につき個別の検討が必要なのは当然のことである。

- 消極的なものも先ほど指摘したようにあるし、かつ、広げているという配布資料11の1ページ目の裁判例が維持されるかという点と厳しいのではないかという気がする。裁判例25は恐らく必ずしも一般的な傾向として支持されなかったものだと思うし、裁判例59・60なども一般化しているものなのかどうか。そこは相場としていけるものか疑問がある。これらが広げているから拡大傾向にあるとは言えないのではないかという気がする。
- 風俗営業の許可処分にしても墓埋法の経営許可にしても、周辺住民の原告適格を認める方向で確定したものとして今後進んでいくのではないかと思う。北総鉄道の運賃認可の取消しを求めた事件が東京地裁に現在係属しているが、近鉄特急の判例変更が視野に入ってくる事件である。施行後まだそれほど時間がたっているわけではない今の段階で、サテライト大阪最高裁判決一つでこれまでの裁判例全部が無意味になったというのは、言い過ぎではないか。
- もう1点、原告適格の判断が非常に複雑になって、何十ページにもわたって原告適格を判断しているものがあるが、それは司法資源の浪費だとして懸念する指摘もあったと盛り込んで欲しい。特に行政訴訟の半分程度が本人訴訟であることを考えればなおさらである。現在の原告適格の判断は過度に複雑で、ところが、出てくるものはあまり大したことがなくて、従前より少し広げただけに止まっている。
- 現在は行訴法第9条の改正の趣旨にのっとった解釈を進めている過程にあり、そうだとすれば上級審などに配慮して比較的厚めに原告適格の部分を示すのは最下級審の地裁としてはやむを得ない部分がある。ただ、今後原告適格を広げる判断が1つ1つ蓄積され、全体的な相場が形成されてそれが確定すれば、その判断部分はあっさり書くことになるのではないか。
- 先日、サテライト大阪最高裁判決の差戻し後の大阪地裁の第一審判決があり、最高裁が差し戻した医療関係者3人については、いずれも原告適格はあると判断されている。その中で、どれぐらい原告適格を厳格に審査するのかという観点で、今回の差戻審の大阪地裁は、類型的に見

て、そういう地域であればいいんだというような形で、かなりざっくりと認定している。今後こういう形の流れができるのだとすると、原告適格の審理が非常に重いとされている点は少しはましになると思われる。

- 処分要件説をとっている関係では、環境利益のようなものが実体法のレベルでもう少し強くならないと、恐らく原告適格の中に個別的利益として取り込まれるというのは結構限界があるのではないか。そこは、今後検討すべき根本的な問題があるのではないかという気がする。
- 実体法が強くなると原告適格が認められないという状態を何とかして欲しいというのが現場サイドの意見である。サテライト大阪最高裁判決は隣の住民ですら原告適格はないと言っている。周辺環境が激変しても原告適格はない、実体法にきちんとした手がかり規定がないとだめだというのが、そのような手がかり規定は通常ない。したがって、墓埋法とか、ある程度出てきているものは行けるのだろうが、ほかは事例の積み重ねを幾ら待っても難しいだろうという印象である。また、競業者については、福岡高宮崎支判平成22年11月24日・最高裁判所HPのように、原告適格を認めて然るべき事案が認められていない。一般廃棄物処理業者は新規参入があると事実上大きな打撃を受けること、処分要件説に立っても一廃の適切な処理をするためには既存業者の地位を保護する必要があり、公衆浴場法の例と同様に、原告適格が本来認められるべきである。

■ 配布資料11の第1の2に関して

- 配布資料11の4ページで、新潟空港訴訟判決は傍論だと言って、判例が存在するわけではないということだが、それでよかったか。
- 新潟空港訴訟判決は、行訴法第10条第1項で原告が自己の法律上の利益にかかわる主張をしていないので、結論としては棄却になるところだけれども、却下のほうが有利だから上告棄却とするということだった。
- 民事判例集の編者は判決要旨を「定期航空運送事業免許に係る路線を航行する航空機の騒音によつて社会通念上著しい障害を受けることとなる飛行場周辺住民は、当該免許の取消しを訴求する原告適格を有す

る。」とのみしている。

- 上告理由とされた論点についての判断ではないと思われるが。
- 論点に対する判断が判例であり，本件の論点は原告適格の存否ではないか。
- しかし，傍論とは言わないのではないか。
- 必ずしも判旨として扱われていないし，判例扱いをするのはどうかということである。実務家の感覚からすると，あの部分が判例として固まったものであるとは普通思っていないと思う。「傍論」だと言い方としてきついのかもしれないので表現は検討する。
- あれが第10条第1項の基本判例だという教え方はしていない。
- 行訴法第10条第1項でばさばさ切っている合議体もあるわけなので，いずれにしても，特に弊害がない以上，廃止すべきであると指摘している。
- 抗告訴訟は行政庁の処分によって原告が被った権利利益の侵害の救済を目的とする主観訴訟であることからすると，行訴法第10条第1項はやはり必要であろう。例えば，情報公開訴訟で，法人が原告になっているような事件で，行政庁は，情報公開法5条2号イに当たらないとして開示する旨の決定をしたが，当該法人は，当該法人の法人情報に該当すると主張するとともに，他の法人にとっても法人情報に該当すると主張した場合には，この主張は制限すべきであろう。その関係で，ドイツの行政裁判所法の第113条第1項第1文は，「行政行為が違法であり，かつ，原告がそれにより権利を侵害されている限り，裁判所は行政行為を取り消す。」とあり，原告の主観的な権利利益が存在しない場合は棄却することになるように思われ，日本の行訴法第10条第1項もこれに似ている。

あと，三井グラウンド事件の裁判例31が批判されているが，これが裁判実務の確定的な解釈・運用かといえは，そこは疑問があり，例えば，東京高判平成13年7月4日（判例時報1754号35頁）は，行訴法第10条第1項の規定の趣旨は，およそ原告らの法律上の利益の保護という観点とは無関係に，専ら他の者の利益等を保護するという観点から定められた

にすぎない処分要件については、その要件に違反しているとの理由では処分の取消しを求めることができないとしたにとどまり、一般的公益の保護という観点から設けられた処分要件であっても、それが原告らの権利利益の保護という観点とも関連する側面があるようなものについては、その処分要件の違背を当該処分の取消理由として主張することは妨げられないと説示している。したがって、必ずしも裁判例31のように判断するものばかりではないというのが裁判例の状況で、一方で、行訴法第10条第1項が置かれている意義も一定程度はあるという気がする。

- ドイツの行政裁判所法は、違法な行為『によって』という、ダドウルヒ（dadurch）というところで関連性を全部読み込む。だから、非常に簡潔に、違法な行為によって権利を侵害されたという、日本流に言えば相当因果関係があるかというところの解釈論として全部書いてあり、日本の行訴法第10条第1項と同じような解釈をしていた。ただ、そこは解釈論なので揺れはあって、特に都市計画の分野などで、「総合考慮して」という場合に、一体どこまでが自分の権利侵害に関係のある違法性なのかというところで、厳しく見る見方もあれば、緩やかに見る見方もあるという状況である。立法できちんと書くのはなかなか難しいのかなという感じはして、解釈のレベルで対処するのではないか。
- 例えば、第三者固有の利益を守る規定違反などについては、主張を認めなくてもいいと思う。先ほどの東京高判平成13年7月4日（前掲）も内容はいいが、改正前の裁判例であり、原告適格を基礎付ける規定違反しか違法の主張ができないという裁判例が現にある。それは行き過ぎだということをメッセージをもって発信する必要がある。
- そうはいつでも、では、どういうルールが適切なのか。コンセプトをどう持つのかというのも細かく言えば結構難しそうな感じがする。ここは、具体的にはいろいろな意見があり、必ずしも一致できるのかどうかがよく分からない。
- 東京高判平成13年7月4日（前掲）で言えば、これでも行訴法第10条第1項で主張を制限しているのがあって、労働者の労働安全衛生の問題は周辺住民には関係ないとして主張を制限している。それはあり得る考

え方である。また、建築確認の取消しで、ハートフル工法、バリアフリーにしなければいけないといった規定違反は、周辺住民に全然関係がないので、そういうあさっての利益を侵害するような規定違反は主張できなくていいと思う。争いはあるかもしれないが、私は、それはそれでいいと思う。せめてそれぐらい縮減するように改正してもらいたい。

- 規定を削除すればいい話なのかどうか。裁判例31のような考え方はどうしてもどこかに残ってしまうと思う。報告書のレベルでは、これは狭いとみんなが一致して批判したとしておいて、東京高判平成13年7月4日（前掲）ぐらいの方が適切ではないかというあたりで意見の一致があったというぐらいの書き方をすればいいのではないか。今のままでは、あまりにも問題の所在に鈍感過ぎると言われるのは、そうかなという気もする。
- 改正前の裁判例ではあるけれども、東京高判平成13年7月4日（前掲）を挙げて、こういう考え方もあり得、むしろそちらの方が、主観訴訟だと考えても、落ちつきがいいというメッセージを発することも考えられるのではないか。
- サテライト大阪最高裁判決の差戻審の話で気になっていたのは、位置基準と周辺環境調和基準の2つが問題になり、結局、位置基準で原告適格が認められたが、周辺環境調和基準では原告適格は認められなかった。そこで、差戻審で、周辺環境調和基準に関する実体的な主張はどう扱われたのか。位置基準によって原告適格が認められた当事者が、私には関係ないとしてその点を主張しなければそれで終わりだが、仮に主張していたらどうか、という点がかねがね疑問に感じていた。そこはどうだったか。
- 第10条第1項で主張を制限するという判決にはなっていないようである。本案の話では、総花的なところからいろいろと主張はされていたと思うが。