



改正行政事件訴訟法における当事者訴訟の活用について

中川, 丈久

(Citation)

自治体訴訟法務の現状と課題:122-129

(Issue Date)

2007-03

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004132>



第4章 改正行政事件訴訟法における当事者訴訟の活用について

委員 中川 丈久

1. 当事者訴訟を活用するための諸課題

(1) 当事者訴訟の活用か、確認訴訟の活用か

周知のとおり、当事者訴訟の活用というメッセージが、行訴法第4条に、確認訴訟という訴えの方法を明示することによって示された。とはいえ、どういう場合にどういう請求をするべきかについては、必ずしも明確になっているわけではない。

筆者の印象では、改正行訴法の解説においては、確認訴訟に意識が集中しすぎているように思われる。重要なことは、給付であれ確認であれ、当事者訴訟（公法上の当事者訴訟）をどのように活用すべきかであって、その活用のためには、給付のみならず、確認訴訟の利便性にも十分意を用いよというのが、改正行訴法のメッセージである。

以下では、当事者訴訟の活用のための課題を概観することとしたい。本稿では諸課題のうち、第1のものと第2を論じることとしたい。

(2) 課題その1（請求の趣旨のたて方）

当事者訴訟（給付・確認）の活用を考えるにあたっては、一般の民事訴訟と同様、様々な場面ごとに類型化して、請求の趣旨の構成の仕方を考えるという方法によることが有効であろうと思われる。

抗告訴訟は、訴訟類型を実定法が定めているので使いやすいが、当事者訴訟は、請求の趣旨を、個々の紛争・事件ごとにもっとも適切なものを選び出すという作業が求められる。これは、民事訴訟に慣れた者にとっては当たり前の作業であるが、これまで抗告訴訟に慣れ親しんできた行政法の世界の者にとって、そうした「一手間加える」ことにおっかなびっくりの雰囲気があることは否めない。「一手間加える」ことをすこしでも容易にするためには、ある程度、紛争・事件と請求の趣旨の対応関係を類型化する必要があるだろう。

なお、当事者訴訟を活用するためには行政個別法の、いわゆる「実体法的分析」が必要なのではないかということが指摘される。かつての当事者訴訟活用論のときに、実体法公法の復活という話が出てきたことはよく知られたところである。

しかし筆者はそういう考え方は不要であると考えている。重要なのは、実体法と手続法を結ぶ救済法という発想ではないか。救済のあり方を体系化までは至らずとも、どう類型的に整備していくかであろう。民事訴訟における救済類型のあり方を学ぶことで、当事者訴訟にはかなりの成果があるのではないかとと思われる。

その際、民事訴訟における確認の利益の考え方が、ほぼストレートに役に立つだろうと考えられる。

確認の利益というのは、①給付ではなく確認の訴えを用いることの適否、②確認対象の選択の適切さ、③紛争の成熟性というふうに民事訴訟法で一般的に整理されている。①は給付か確認か、②は過去の事実・法律関係の確認よりも現在の法律関係の確認をとということである。例えば、通達の違法確認は過去の事実だからだめということになるのか、通達を出し直せという給付の確認の訴えをすべきなのか、それとも、具体の権利義務関係を析出するべきかという問題である。なお、確認の利益のうち、②③については、筆者の別稿を参照されたい（拙稿「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号（2004年9月）963頁～1017頁）。

（3）課題その2（抗告訴訟と当事者訴訟）

第2は、抗告訴訟と当事者訴訟の境目をどう整理するかである。本稿では「処分のない場面」と「処分が見える場面」を区別している。

「処分のない場面」とは、行政処分が目の前にちらついていない場面である。届出制や、選挙権の有無などがその典型例である。しかし、多くの行政上の紛争は、「処分が見える場面」に該当する。時間が経って事態が進展すれば、どこかの段階で行政処分が出てきうるのである（行政過程である以上、それは当然であろう）。こうした「処分が見える場面」では、行政処分が現にあったり、あるいはすぐにも行政処分が出てきそうだとすることで、行政処分に対する取消訴訟（抗告訴訟）をすればよいはずであるが、ではおよそ当事者訴訟の出る幕はないのであろうか。ここに、抗告訴訟と当事者訴訟の使い分け問題が発生する。例えば、公務員の懲戒免職処分の無効確認という抗告訴訟と、身分確認・俸給請求という当事者訴訟のいずれをするべきなのかという、古典的な問題がその一例である。また、現在、東京都の教職員が争っている国旗・国歌等に関する諸種の義務については、義務不存在確認訴訟のような形で争うのがよいか、懲戒処分の差止訴訟・取消訴訟を提起すべきなのかという問題である。

（4）その他の課題

当事者訴訟活用のための課題は、以上のほかにもまだある。

第3に、仮の救済である。民事法の世界で、解雇無効確認ないしは地位確認訴訟を本案として、賃金仮払いという仮処分が出ることはよくあるが、こういったタイプの仮処分を公法の世界でも考えることができるだろうか。

第4に、民事の確認訴訟で、一定の場合ではあるが、確認判決の対世効を認めるという昭和44年の最高裁判決がある。行政事件でも同じように考えるべき場面はあるだろうか。

第5に、抗告訴訟なのか当事者訴訟なのかよくわからない訴えが出てきたときに、裁判所がどこまで訴えの趣旨の善解をすべきかである。

たとえば、処分の職権取消しをせよとの給付訴訟とか、処分庁による職権取消義務確認訴

訟などが訴状に書かれていた場合、これらは処分取消訴訟にはかならないので、裁判所はどのように善解してくれるであろうか。これも、当事者訴訟と抗告訴訟の関係を考える際には、非常に重要な論点であろう。なお、ことし7月の最高裁判決で、別荘地の給水条例（別荘に住む人には高い水道料金を払わせるもの）に関する事件があり、条例の無効確認訴訟を提起したのであるが、恐らく上告段階で、原告側がこれは当事者訴訟であるという主張を加えたようであるが受け容れられなかった例がある（最判平成18年7月14日判例時報1947号45頁）。

第6に、公法と私法論である。公法上の当事者訴訟への注目がずっと低調であった理由は、学界が公法と私法の区別を否定したことにあった。ところが、公法上の当事者訴訟の活用ということになると、公法と私法の区別は復活するのかという問いかけがなされる。しかし、理論的な関心から公法か私法かを議論することとは別に、実務的には、公法と私法の区別が復活したところでどっちかに決めてしまえばよい、あるいは間違っても実際上の不都合はないという程度の問題と考えてよいのかどうかを詰めておくべきであろう。

第7に、当事者訴訟活用論の裏返しとしての、抗告訴訟の対象論、すなわち処分性の拡大をどうするかである。この点について、改正行訴法は特に意見を示していない。他方、最高裁は、改正の前後あたりでは処分性について柔軟な態度をとっている。私自身は、処分性の拡大には比較的消極的である。というのも、特別な訴訟である抗告訴訟の対象が処分である以上、何が処分に当たるのかについては、立法上明確な線引きがあつて、高い予測可能性が保障されるべきではないか、訴訟をして初めて処分かどうかがわかるというのでは、制度としてどこかおかしいのではないかと思われるためである。

2. 当事者訴訟と民事訴訟の参照関係

(1) 公法上の当事者訴訟の活用にあたって、民訴からどういうヒントがあるかを考えてみる。理論的にいえば、これは、実体法と救済法のとらえ方という問題である。

民事訴訟における実体法と救済法の関係は次のようなものである。民法709条の条文に従って一義的に請求の趣旨が決まることもある（損害賠償請求権）。

しかし、実体法の規定と、救済法（請求の趣旨としてどのような救済を求めるべきか）が連動しないこともある。たとえば契約解除の規定はあるが、契約を解除するということを直接何か裁判的救済の対象にするわけではなく、解除権を行使したという前提で、たとえば土地を返還せよとか債務不存在を確認せよなどということが請求の趣旨になる。

このあたりを救済法の体系として組み立てることができれば、公法上の当事者訴訟の活用に役立つと思われる。たしかに民事法においても必ずしも整理されているわけではないが、事件が多いため、経験的な類型化は進んでいるように思われる。

(2) もう一つ、民訴からヒントを受けるべき事柄として、確認の利益論がある。民訴における確認の利益論のうち、給付なのか、確認なのかという点は、民事訴訟では比較的柔軟に、個別の事案でどちらを求めるのが実効的救済になるのかという観点から考えているようであるが、それが公法上の当事者訴訟においてもヒントになると思われる。

なお、過去の行為ないしは法律関係の確認は基本的には認められないが、これを行政法に持ち込んだ場合どうなるであろうか。法律、政省令あるいは処分といった法的な行為について、これが確かに過去の行為ではあるのでその無効確認あるいは違法確認というのは、過去の法律関係の確認なのかは要検討である。現行法律である以上は、それは現在の権利関係についての確認になるのではないかとも思われる。(ちなみに、抗告訴訟ではあるが、行政処分の無効確認というのも、過去の行為を対象とした確認訴訟ではなく、当該処分が作り出した現在の権利義務関係が無いことの確認というべきではないかと思われるので、この点を指摘しておきたい。)

国籍確認訴訟について、これが過去の事実の確認なのか、つまりこういう事実があったから国籍があるのだというその事実があったことが訴訟の対象なのか、それとも、現在国籍を持っている、それに従ってさまざまな権利があるという意味での、現在の基本的な法律関係の確認と考えるのかということも、整理しておくべきことかと思われる。

3. 当事者訴訟を活用すべき場面

(1) 私人と国・公共団体の法律関係が、契約として構成される場合は、公法上の当事者訴訟ではなく、まずほとんどが民事訴訟になろうかと思われる。

ただ、指名競争入札において指名から外されたという場合、これは処分ではないというところは下級審で一致している。しかし、指名されるか否かは、指名者が公的存在である以上、法的紛争ではないかと思われる。そこでこれを争う場合については、民事訴訟というよりは公法上の当事者訴訟を使うことになるのではないかとも思われる。指名対象に含めよという給付の訴えになるのか、それとも応札する地位の確認なのかを整理していく必要がある。

(2) 公法上の当事者訴訟がよく機能するのは、直接、法律そのものを争う場面である。最高裁判決が二つほどあり、法律が憲法違反であるということを直接当事者訴訟で争うことができる場面がある。

一つは、昭和41年の旧薬事法の違憲無効を理由に、引き続き薬局の開設ができる権利の確認を求めたもの(最判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁)、そしてもう一つが、在外日本人の選挙権について、上告人たちが次の選挙において選挙権を持つことの確認という訴訟の方法を認めたものである(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)。

条例については、従来より、これを処分とみなして取消訴訟や無効確認訴訟が提起されることが多かったが、最高裁では、条例は基本的に処分ではないというスタンスが維持されて

いる。最近の例であれば、小学校廃校条例の取消訴訟で、条例が処分ではないとしたものがある（最判平成14年4月25日判決判例地方自治229号52頁）。ただこの判旨を見ると、恐らくは、引き続き同じ区立小学校に通う地位の確認ということをして、その理由として、統廃合すると社会的に合理的な区域内になくなってしまおうという観点から、当事者訴訟を提起する余地はありそうである。

（3）行政指導について、基本的には行政指導は無視すればよいというのが今までの教科書的な解釈であった。しかし、「許認可の申請を強行して拒否処分を争えばよい」という対応方法は、実際にはなかなか難しいのではないと思われる。強行するにはそれなりのコストがかかるが、とくに、許可の中には事前許可と事後許可があり、先に建物とかをつくってしまってからでなければ許可がとれないという場合はとくにそういえるであろう。事前に法的義務は何かがあるような訴えの必要があるのではないと思われる。

先に述べた選挙権の存在確認訴訟や、営業を続ける地位の確認も、憲法を絡めてではあるが法律の解釈を争う訴えということもできる。それをヒントに、許可要件として何が法律上求められているのかを、申請をする前に裁判所の審査を求めることができる余地もあろうかと思われる。もっぱら、紛争の成熟性の問題かと思われる。

（4）最高裁は、医療法における中止勧告について、行政指導ではあるけれども処分だとした判決を出した（最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁）。これは、救済すべき案件であるとの最高裁の実質論が正面に現れた判決だと思われるが、同様の事案を現時点で考え直すのであれば、勧告を遵守する義務の不存在、すなわち病院を開設しない義務を確認せよという当事者訴訟も考え得るところであろう。

最高裁はまた、都計法32条の公共施設管理者の同意については、処分性を否定した（最判平成7年3月23日民集49巻3号1006頁）。公共施設管理者が、公共施設管理とは異なる観点から同意をしないということもありえるのであり、実際この事件もそのような事案であった可能性が高いが、この判旨によれば、不同意が違法不当に行われた場合でも、国家賠償請求によるほかないということになりそうである。しかしこれについては、やはり公共施設管理者なのであるから、法に従った同意・不同意をする縛りがかかっているのではなかろうか。そのような趣旨の訴えができなければおかしいのではないかと考えられる。そのような方向でいくのであれば、たとえば公共施設管理者を被告として、同意せよという給付の訴えをすることができるのではないかという検討をする必要があるそうである。なお、開発許可権者の属する地方公共団体を被告として「開発許可を申請することのできる地位（申請権利）がある」ことの確認という訴えも考えられないではないが、真の紛争の相手は、公共施設管理者であるから、やはりそちらを被告として、同意せよ（同意書を出せ）という訴えをすることが直裁ではないかと思われる。

(5) 届出制の場合についても、当事者訴訟が一定の役割を果たすであろう。届け出た内容についての確認をすればよいと考えられる。

例えば、転入届けであれば住民たる地位の確認、防火管理者の届け出であれば、防火管理者の地位の確認ということになるであろう。もちろん、届出を受理せよという訴えも考えられるが、おそらくは、届け出た内容をそのまま確認の対象とするほうがより紛争解決方法としては直裁ではないかとも思われる。

なお、届出制に関しては、最高裁は、名古屋市A区の住所から同市B区の住所に異動したとして区長に対し転入届を提出したところ同区長が上記届出を不受理にしたことに対する取消訴訟について、本案審理を行っている(最判平成15年6月26日判時1861号94頁)。転入届や住民票の消除等の行為について、住民たる地位の確認訴訟も当然考えられるところであるが、相互排他的と考えるべきかどうか、抗告訴訟と当事者訴訟の使い分けにからんで検討が必要である。そこで次に、この論点に移ろう。

4. 当事者訴訟と抗告訴訟の相互関係

(1) 処分に関わりがある紛争について、そもそも当事者訴訟が許されるのか、抗告訴訟しか許されないのかという問題がある。

たとえば、許認可の申請に関するトラブルや、違反行為だとされて不利益処分がなされるかもしれないという場合において、申請を強行したり、違反とされる行為を強行したりすれば、処分が来るのでその取消訴訟ができる。そこで、このことを理由に、事前に当事者訴訟の方法をもって、問題解決を図ることは許されないと考えべきかどうか、という問題である。

(2) とくに、通達を争おうとすると、どこかで行政処分が構えている場合が多い。たとえば、公立学校における国歌斉唱を拒否する教員については、懲戒処分の取消訴訟ができるわけであるが、そのことを理由に、国家斉唱義務の不存在確認訴訟を前もって提起することはできないのが問題となる。

参考になるのが、昭和47年の長野勤評事件である(最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁)。これは公立学校の教員について自己観察義務の不存在の確認訴訟であるが、抗告訴訟として提起された差止訴訟であると捉える余地は十分にある。最高裁は一切これが抗告訴訟なのか当事者訴訟なのか、何も言わないまま、後で処分の取消訴訟ができるのだから現在の訴訟は却下するとしている。ただ、長野勤評の場合には、自己観察結果を記入したところで、良心の自由を侵害するところまでには至らないという認定が前提であることに留意が必要である。いわゆる横川事件も、不利益処分が来る前にその差し止めを求めた例であるが(最判平成元年7月4日判時1336号86頁)、これも、是正命令が来たらそれを取消訴訟すればよいではないかということで、この時点での訴えの利益を認めていない。

最高裁は、これらが抗告訴訟であるとは必ずしも明言していない（少数意見に一部出てくるだけである）。また、当時は当事者訴訟という発想も無かったから、両判決は、抗告訴訟と当事者訴訟の相互関係という観点からは、現時点で参考とすべきものではない、と考えるべきであろう。

（３）このほか委任立法について、児童扶養手当の認知があった子の場合には受給資格を失うという規定が違法であるとされたことがある（最判平成１４年１月３１日民集５６巻１号２４６頁）。

仮に認知を受けるかどうか迷っている人がいて、認知を受けてから受給停止されるのではかなわないので、先にこの点を明らかにしたいという訴訟は可能であろうか。その場合は、認知された場合でも引き続き支給される地位の確認を求めるのであらうと思われるが、これは仮定的に過ぎることになるのか、また、ともかくも認知を得てから変更決定が出るかどうかを待つべきである（その取消訴訟を提起する）と考えるのが論点にならうと思われる。

（４）すこし毛色のか変わった問題として、次のものがある。

建築基準法における２項道路の一括指定を行政処分であると認めた最高裁判決がある（最判平成１４年１月１７日民集５６巻１号１頁）。これを前提として考えた場合、一括指定が原告の家の前の道路については不存在であることの確認というタイプの処分無効等確認訴訟（不存在確認訴訟）を抗告訴訟として提起することが従来よりおこなわれてきた。

しかしこれは、実質的には当事者訴訟ではないかという考え方もできそうである。条文を見ればわかるように、一括指定というのはただ単に、何メートル以上の道路であることという点を指定するのであり、その幅員を超えた道路が実際に２項道路たるためには、建基法４２条の２項にあるように、当時から建物が建ち並んでいることや道路の形状といった要件が加わる。このような要件あてはめの判断は、処分とされているわけではない。したがって、一括指定（最低幅員要件）と建基法上の要件（建物建ち並び、形状）という法規範を、具体の道路にあてはめて、はじめて、具体の道路が２項道路か否かがわかる。そうすると、上記の、一括指定処分の不存在確認訴訟とは、実態としては、自分の家の前の道路が建基法や一括指定告示を適用した結果として、建基法上の２項道路ではないというあてはめを主張しているわけで、むしろ当事者訴訟ではないかと思われる。行政処分の法効果に対する不服を申し立てているわけではないからである。

（５）以上見てきたように、当事者訴訟と抗告訴訟というのは、別ものであるようであり、具体的に見てみると、必ずしもその境界がはっきりとしない。両者の関係が今後一層厳しく問われることになるわけである。これまでのように、権力関係であれば抗告訴訟、それ以外

(管理関係)であれば当事者訴訟というように、単純に分割できないのではないかとと思われるところである。

今回の行訴法改正に関連して、行政訴訟検討会の座長を務められた塩野宏先生が言われることであるが、義務付け訴訟や差止訴訟などいろいろなものを入れた結果、抗告訴訟とは何かということが、不明確になってきた面は確かに否むことができない(塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商法雑誌130巻4・5号599頁(2004年))。

処分差止訴訟(抗告訴訟)と義務不存在確認訴訟(当事者訴訟)も、両者がまったく同じ機能を果たすのであれば抗告訴訟を提起すべきなのであろう。しかしたとえば、国家斉唱義務の不存在確認訴訟をすることによって、クラス担任から外される、転校させられるといった、不利益処分とは必ずしも言われないが事実上の不利益的な措置をすることをも含めて、予防することができるのであれば、当事者訴訟を提起することも認めるべきなのであろうか。こういったことが、今後解決される必要がある。