



本論 行政事件訴訟法 第38条

中川, 丈久

(Citation)

行政訴訟の実務 (自治体法務サポート):1061-1080

(Issue Date)

2013-02

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(Rights)

出版:第一法規. 無断複製・転用・公開、第三者使用禁止

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004297>



第38条

(取消訴訟に関する規定の準用)

第38条 第11条から第13条まで、第16条から第19条まで、第21条から第23条まで、第24条、第33条及び第35条の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟について準用する。

2 第10条第2項の規定は、処分の無効等確認の訴えとその処分についての審査請求を棄却した裁決に係る抗告訴訟とを提起することができる場合に、第20条の規定は、処分の無効等確認の訴えをその処分についての審査請求を棄却した裁決に係る抗告訴訟に併合して提起する場合に準用する。

3 第23条の2、第25条から第29条まで及び第32条第2項の規定は、無効等確認の訴えについて準用する。

4 第8条及び第10条第2項の規定は、不作為の違法確認の訴えに準用する。

1 条文の趣旨

(1) 準用関係の整理

条文作成におけるテクニックとして、準用という方法がある。先行する条文の規定を、その対象や場面とは異なる対象や場面に適宜、必要な変更(読替え)を行いつつ、基本的にはそのまま適用しようとするときに使われる。

行訴法は、取消訴訟(処分取消訴訟及び裁決取消訴訟)に関して、8条から35条までの28箇条を定めているが、本条は、これらのうちいくつかを、他の抗告訴訟(無効等確認訴訟、不作為違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟)に準用する規定である。準用を定めるに当たっては、準用の範囲について、次の4分類が行われている。

第1類型：「取消訴訟以外の抗告訴訟」に準用すべきもの(38①)

第2類型：無効等確認訴訟にのみ準用すべきもの（38③）

第3類型：不作為違法確認訴訟にのみ準用すべきもの（38④）

第4類型：一定の訴え併合の場面に準用すべきもの（38②）

このほか、他の抗告訴訟への準用の有無が明示されていないものもあるから、これを第5類型としておこう。

準用関係は複雑であるので、これを一覧化しておく。下表の右欄「準用の範囲」において、上記各準用類型のいずれであるかを、それぞれ①～⑤の記号で記している。

取消訴訟に関する規定	38条が明示する準用の範囲
8条（処分取消訴訟と審査請求の自由選択主義）	③不作為違法確認訴訟のみ
9条（取消訴訟の原告適格）	⑤規定なし
10条1項（主張制限：自己の利益に関わり のない違法）	⑤規定なし
10条2項（主張制限：原処分主義）	③不作為違法確認訴訟 ④処分無効確認訴訟と棄却裁決 に係る抗告訴訟とを提起しうる 場面
11条（取消訴訟の被告適格）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
12条（取消訴訟の管轄裁判所）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
13条（取消訴訟係属裁判所への関連請求訴訟の移送）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
14条（取消訴訟の出訴期間）	⑤規定なし
15条（被告を誤った取消訴訟の救済）	⑤規定なし
16条（取消訴訟への関連請求訴訟の客観的併合）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
17条（取消訴訟への関連請求訴訟の主観的併合）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
18条（取消訴訟への第三者による関連請求訴訟の追加的併合）	①取消訴訟以外の抗告訴訟

19条（取消訴訟への原告による関連請求訴訟の追加的併合）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
20条（棄却裁決取消訴訟への原告による処分取消訴訟の追加的併合の特例）	④棄却裁決に係る抗告訴訟に処分無効確認訴訟を併合提起する場合
21条（取消訴訟から損害賠償請求等訴訟への変更）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
22条（取消訴訟への第三者の訴訟参加）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
23条（取消訴訟への行政庁の訴訟参加）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
23条の2（取消訴訟における釈明処分の特例）	②無効確認訴訟のみ
24条（取消訴訟における職権証拠調べ）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
25条（執行停止の申立てと決定）	②無効確認訴訟のみ
26条（事情変更による執行停止決定の取消し）	②無効確認訴訟のみ
27条（内閣総理大臣の異議）	②無効確認訴訟のみ
28条（執行停止等の管轄裁判所）	②無効確認訴訟のみ
29条（執行停止に関する規定の準用）	②無効確認訴訟のみ
30条（裁量を踰越濫用した処分の取消し）	⑤規定なし
31条（事情判決）	⑤規定なし
32条1項（取消判決の効力：第三者効）	⑤規定なし
32条2項（執行停止決定等の効力：第三者効）	②無効確認訴訟のみ
33条（同：拘束力）	①取消訴訟以外の抗告訴訟
34条（第三者による再審の訴え）	⑤
35条（訴訟費用の裁判の効力）	①取消訴訟以外の抗告訴訟

注) 表の左欄の各条文の趣旨表記は、法令見出しではなく、適宜執筆者において作成したものである。左欄・右欄にわたって網掛けがあるものは、第1類型(①)であることを強調するためである。

〔行政訴訟三五〕

(2) 平成16年改正と38条

一覧表からわかるように、38条は豊富な内容を持つ。しかし、平成16年改正が38条の文言に施した修正は、ごくわずかであった。すなわち、新設された義務付け訴訟や差止訴訟との関係では、既存の準用規定(第1類型)に読み込むことで間に合うこととされた。条文改正が行われたのは、23条の2(釈明処分の特則)が新設されたことに伴う38条1項(取消訴訟以外の抗告訴訟への準用規定)の技術的な書き換えと、同条3項(無効等確認訴訟への準用規定)に23条の2(釈明処分の特則)を準用する旨を書き加えて、これに伴う技術的な書き換えを行うことだけであった。

平成16年改正によるこうした38条の見直しは、改正前の同条に関する判例学説上の議論をどう受け止めたものであろうか。

第1に、昭和37年行訴法における無効等確認訴訟や不作為違法確認訴訟への取消訴訟規定の準用のあり方については、かねてより種々の異論があったところである。とりわけ無効等確認訴訟へ10条1項(自己の法律上の利益に関係のない違法の主張制限)、30条(裁量の逸脱濫用審査)、31条(事情判決)、32条1項(取消判決の第三者効)が準用されていないことなどを中心に、立法に批判的な立場が有力に展開されてきた。

しかし、今回の改正作業では、こうしたいわば古典的な問題は、すべて検討対象から外され、従来準用規定は手つかずで残されている。とはいえここに何らかの積極的な立法判断があったわけではないことに注意する必要がある。これら古典的問題群については、今後も引き続き議論が続けられることとなる。

第2に、新設された義務付け訴訟や差止訴訟は、平成16年改正以前においては、法定外抗告訴訟(無名抗告訴訟)という位置付けであったから、解釈論として、取消訴訟に関するどの規定が準用されるべきかが論じられていた(そうした議論の例として、南=高橋編・条解〔第3版補正版〕567-568頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ335-336頁を参照)。他方、今回の改正法案の立案過程においては、38条に関しては、今回新設された義務付け訴訟や差止訴訟、釈明処分の特則等との関係で、準用の要否が検討されたにとどまっている。その結果が、既に述べたように、38条の最小限の手

直しということであった。

なお、義務付け訴訟及び差止訴訟の法定後もなお、更に別の新・法定外抗告訴訟を考える余地が条文上否定されているわけではないから、それを考える必要がある限りにおいて（塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕82頁、251-253頁。ただしその必要性は今のところさほど高くはないように思われる）、取消訴訟規定の準用の要否が解釈論として議論されることとなろう。逆に言えば、本稿において「取消訴訟以外の抗告訴訟」を、取消訴訟以外の他のすべての抗告訴訟と言い換えているのは、この新・法定外抗告訴訟を含む意味ではない。

以下、38条の内容を個別に見ていこう。

2

「取消訴訟以外の抗告訴訟」に準用される規定について(第1類型)

一覧表からわかるように、取消訴訟に関する規定の多くが、第1類型の準用、すなわち「取消訴訟以外の抗告訴訟」（取消訴訟以外のすべての抗告訴訟）に準用されている。取消訴訟やその他の抗告訴訟は、行政処分への不服の訴えである（3①）という点で共通しているから、処分を争う観点から共通の取扱いが必要なものは、すべて明示的に準用がなされているはずである。

具体的に見ると、処分への不服の訴えを提起する場合には、誰を被告とするか（11）、管轄裁判所はどこか（12）、関連請求という基準により訴えを併合しうる範囲（主観的・客観的併合、及び原始的・追加的併合。13、16～19）、処分を原因とする損害賠償等請求訴訟への変更の要件（21）、処分をした行政庁以外の行政庁の訴訟参加（23）、職権証拠調べ（24）、原告勝訴判決の行政庁に対する拘束力（33）、訴訟費用の裁判の効力（35）などであるが、これらが、取消訴訟に限らず、すべての抗告訴訟に準用されるべきことは、自明であろう。

他方、第三者への判決効やその訴訟参加に関しては、従来より議論のあったところである。準用規定を見ると、22条による第三者の訴訟参加

がすべての抗告訴訟に準用されている一方で、32条1項の取消判決の第三者効は逆に、他の抗告訴訟に一切準用されていない。この点については、後でまとめて取り上げることとする（6(2)）。

一部の抗告訴訟にのみ準用される規定、及び準用が明示されていない規定について（第2～第5類型）

明示の準用規定があれば、あとは必要な読替えをすればよいだけである（例えば、「取消しを求める」という部分を「不作為の違法の確認を求める」というように）。他方、準用が明示されていない部分がある場合こそ（第2類型～第5類型）、しばしば問題が生じている。準用が明示されていないことの趣旨をどう理解するかが、必ずしも常に明確ではないからである。

例えば、取消訴訟に関してA条とB条があり、無効等確認訴訟にA条を準用する規定はあるが、B条を準用する規定が明示的には存在しないとき、その趣旨はどう理解されるべきであろうか。①無効等確認訴訟において、B条に準じた取扱いを必要とする場面が考えられない、または、②B条に対応する規定が無効等確認訴訟用に別途規定されている、という趣旨なのであれば、話は単純である。

しかしこのほかに、③B条に準じた取扱いを無効等確認訴訟において行う余地は、論理的にはありうるが、それを立法判断としては、積極的に禁じることとしたため、準用規定を置かなかつたという趣旨であることもありうる。

更に、④明示の準用規定がないのは、その点についての立法判断は白紙であるという趣旨と解することもありえよう。この場合、無効等確認訴訟にB条を適用（準用）するかどうかについては、今後の判例学説の展開に委ねるという意味になる。

明示の準用規定がない場合、それを上記のどの意味で捉えるべきか、とりわけ③の意味で捉えるべきなのか、④の意味で捉えるべきなのかは、必ずしも明確でないことがある。一般的には、判決の第三者効のような創設的規定の場合は、明示の準用規定がないと③の意味で理解すること

となるが、10条1項（自己の利益に関係のない違法の主張制限）や30条（裁量の逸脱濫用）のように、当然の事柄の確認規定と考えられるものについては、明示の準用規定がなくとも、④の意味で捉え、解釈により準用を認めうるという取扱いをする方が合理的である（6(1)(3)を参照）。

準用が明示されていないときの意味には以上のものがあることに注意しながら、第2類型から第5類型について、条文毎に検討していこう。

4

不服申立てに関する取消訴訟規定—自由選択主義及び原処分主義—の準用の有無

(1) 8条（処分取消訴訟と審査請求の自由選択主義）

この規定は、不作為違法確認訴訟にのみ準用されている。

処分の不作為違法確認訴訟を提起しようとする場合には、同時に、当該処分の不作為について、行審法7条による不服申立てをする余地もあるので、その間の選択が問題となる。そこで、自由選択主義を原則とする（前置を一般的に義務付けない）ことを示すべく、準用規定がある。

しかしそれ以外の抗告訴訟を提起しようとする場合は、そもそも、行政上の不服申立てとの選択という問題自体が生じないため、8条の準用はない。

まず、出訴期間を徒過して、処分の無効等確認訴訟を提起せざるを得ない場合を考えると、その時点ではもはや、行審法14条の審査請求期間又は45条の異議申立期間も徒過しているであろう。そして、行審法に、無効確認の裁決・決定を求める不服申立制度はないから、不服申立てと訴訟提起の間の選択という問題自体が発生しない。なお、仮に、不服申立前置が個別法において規定されている場合であっても、無効等確認訴訟を提起する場合には前置する必要はないと一般に考えられている。

次に、非申請型義務付け訴訟や差止訴訟を考えると、これらは、処分が行われていない時点での不服の訴えであるが、それに対応する行政上の不服申立制度は行審法上存在しない（行審法40条の裁決、同47条の決定、

同50条・51条の不作为庁の決定・裁決を参照)。したがって、これら訴訟の提起前に不服申立てを前置するべきかという選択の問題自体が存在しない。

申請型義務付け訴訟はどうであろうか。これを提起しようとする場合は、37条の3第3項の各号により、不作为違法確認(1号)又は取消訴訟若しくは無効等確認訴訟(2号)に併合提起しなければならないので、このうち不作为違法確認訴訟が取消訴訟を併合する場合について、不服申立てとの選択問題がありうる。この場合については、いうまでもなく、8条の規定(取消訴訟)か、38条による不作为違法確認訴訟への準用によることとなる。

(2) 10条2項(主張制限:原処分主義)

この条文が準用されうるのは、行政不服審査をする余地がある場合のみであるから、(1)で説明したところからわかるように、取消訴訟以外の抗告訴訟のなかでは、不作为違法確認訴訟にのみ準用がある。

このほか、38条2項は、処分の無効等確認訴訟に、当該処分(原処分)に対する不服申立てを棄却する決定・裁決等の抗告訴訟を併合提起する場合にも、後者においては原処分の違法を主張できないとするため、10条2項を準用している。

訴訟要件及び訴えの併合に関する取消訴訟規定—原告適格、出訴期間、併合の特例—の準用の有無

(1) 9条(原告適格)

これは38条においては、他の抗告訴訟に全く準用されていない。無効等確認訴訟を除くと、それぞれに原告適格に関する規定があるためである。不作为違法確認訴訟については行訴法37条に、義務付け訴訟については37条の2第3項(非申請型)及び同37条の3第2項(申請型)に、差止訴訟については37条の4第3項に、それぞれ誰が提起しうる訴えであるか

についての規定がある。そして、これらのうち、処分の名宛人以外の第三者が提起しうる訴訟である非申請型義務付け訴訟と差止訴訟については、9条2項を準用する規定が置かれている(37の2④及び37の4④)。差止訴訟は、自己に対する不利益処分の差止請求だけでなく、第三者に対する許認可処分がなされることの差止請求としても提起しうる。小早川編・改正研究143-145頁)。

他方、無効確認訴訟については、これも第三者が提起しうる訴訟であるにもかかわらず、9条2項の準用規定は置かれていない。その理由は必ずしも明らかではないが、推測するに、訴えを提起しうる第三者の範囲という意味での原告適格に関する独立の規定が、無効確認訴訟については置かれていないためであろう。「無効等確認の訴えの原告適格」という法令見出しをもつ36条があるが、これは、無効確認訴訟を提起しうる第三者の範囲に関する規定ではなく、「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」(いわゆる争点訴訟など)と、抗告訴訟としての無効確認訴訟との間の優劣関係を示そうとした規定である(同条の解説を参照)。

とはいえ、従来より、無効確認訴訟を提起しうる第三者の範囲については、取消訴訟の場合(9条)とまったく同様に理解するという点について、判例学説上異論はない。したがって、無効確認訴訟にも、解釈上、9条2項が準用されると考えることとなる。

(2) 14条(出訴期間)及び15条(被告を誤った取消訴訟の救済)

両規定とも、他のいかなる抗告訴訟に対する準用も明示されていないが、その理由は、明らかであろう。出訴期間は取消訴訟に固有の制度であるから、14条の準用は不要である。

また、15条は、「原告が故意又は重大な過失によらないで被告とすべき者を誤ったとき」については、決定をもって被告の「変更」を認めることにより、当初の提訴時から変更後の被告に対する取消訴訟が出訴期間内に提起されていたことにするという取扱いを認めるものである。したがって、出訴期間のない他の抗告訴訟には、15条の準用の必要はない。

不作為違法確認訴訟、無効確認訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟は、出訴期間がないので、被告を誤って提訴したことがわかったならば、再度提訴し直せばよい(無効確認訴訟の場合について、室井他編・コンメ行政法Ⅱ332頁)。もっとも、被告の「変更」まで必要とする場合と、訴状における被告の表示の訂正で済む場合との区別について注意が必要である(福井=村田=越智・新行訴法86頁)。

(3) 20条(裁決取消訴訟に処分取消訴訟を追加的併合する場合の特例)

この規定は、処分(原処分)に対する取消訴訟が、当該処分に対する棄却裁決の取消訴訟に追加的併合されることを容易に認めようとしたものである。すなわち、処分(原処分)に対する裁決の取消訴訟だけが提起されたところ、原告がその誤りに気づき(10条2項の原処分主義を想起されたい)、後から、当該処分(原処分)の取消訴訟の追加的併合を求めようとした場合、これを寛容に取り扱うべく、裁決取消訴訟の被告の同意は不要とし、かつ、後から提起された処分(原処分)取消訴訟の出訴期間の算定に当たっては、裁決取消訴訟の時点で提起されたものとみなすとする、救済的規定である。

同じ状況は、後から追加しようとした訴訟が、原処分の無効確認訴訟である場合にも現れる。38条は、処分に対する棄却裁決に係る抗告訴訟に、当該処分(原処分)の無効確認訴訟を併合提起する場合にも、この救済的規定を準用しようとするものである。無効確認訴訟に出訴期間はないから、準用されるのは、20条のうち、裁決に関する抗告訴訟の被告の同意を必要としないということだけとなる。

なお、不作為違法確認訴訟の場合には準用がないが、この場合も被告の同意を不要とするべきであり、準用があってしかるべきではなかったかとの批判がある(園部編・注解472頁)。

6

本案審理に関する取消訴訟規定—主張制限、釈明処分の特則、裁量審査—の準用の有無

(1) 10条1項（主張制限：自己の利益に関わりのない違法）

この規定も、他の抗告訴訟に全く準用されていないが、少々検討が必要である。

まずは、10条1項の取消訴訟における最高裁の運用に関し、新潟空港事件の最判平元・2・17民集43巻2号56頁への批判があることに留意しておく必要がある（小早川編・改正研究67-68頁・74-75頁、塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕174頁）。

もうひとつ、10条1項は、運用はともかくとして、それ自体としては当然の考え方を確認的に述べたもので、「取消訴訟が原告の権利利益の救済の制度に由来する当然のことを規定したものである（……）。その意味では、本条がなくとも解釈上の問題としては存在する」（塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕173頁）ということに注意する必要がある。取消訴訟以外の他の抗告訴訟に、明示の準用規定がないからといって、直ちにそこにおいて、「自己の法律上の利益と関係のない違法」を主張することを許容すべきであるという結論になるわけではない。いかなる訴訟であれ（主観的訴訟である限り）、「自己の法律上の利益と関係のない」事柄は主張できないと考えられる以上、明示の準用規定がなくとも、同じ取扱いをすべきとの結論がとられるべきこととなろう。

さらに、10条1項は通常、処分の名宛人以外の第三者が取消訴訟を提起するときの問題となるものである（塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕173頁）。

以上を踏まえて、個々に見ておこう。

(ア) 不作為違法確認訴訟の場合、本案審理における争点は、「相当の期間」内に処分がなされなかったかどうかだけであり、「相当の期間」の経過について原告がいかなる主張をするにせよ、そのすべてが原告の許認可等申請権という法律上の利益に関わりをもつのであると考えられるから、10条1項が想定するような問題はそもそも生じないと思われる。その結果、準用規定を置く必要はないことになる。

(イ) 無効等確認訴訟については、従前より、10条1項の明示の準用規定がないことについて、見解の対立がある。

昭和37年法の立案関係者によれば、処分が無効である場合には、何人に対する関係でも効力を有しないので、原告は自己に関係のない無効事由を主張することができるため、準用規定を置かなかつたというものである(杉本・解説125頁)。

この説明に対しては批判が強い。取消訴訟においても無効事由は主張しうるところ、原告の利益と関わりのない重大な(および明白であるなどの)違法を理由として無効を主張しても、10条1項によりその主張が排斥される一方で、出訴期間を徒過して、無効等確認訴訟を提起すればそのような主張が排斥されないという取扱いになるのは、いかにも矛盾ではないかという反論が寄せられている(南=高橋編・条解〔第3版補正版〕700頁、園部編・注解469頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ331頁)。たとえば、新潟空港事件がもし取消訴訟の事案ではなく、無効等確認訴訟であったならば、平成元年の最高裁判決は、原告側が提出した航空需要に関する主張について、果たして、排斥しないという取扱いをしていたであろうか。やはり、「自己の法律上の利益に関係のない違法」を理由として無効確認を求めることはできない原則は、変わらないのではないかと考えられるところである。

(ウ) 義務付け訴訟と差止訴訟についても、10条1項の準用規定がない。

まず、申請型義務付け訴訟は、許認可等を申請した者のみが提起する訴えであり(37の3②)、その本案審理では許認可要件の充足の有無が争われる。原告が許認可要件について何を主張するにせよ、許認可等を得るという「自己の法律上の利益」に関係のない事柄を主張することにはならないであろう。

では、非申請型義務付け訴訟や差止訴訟はどうであろうか。非申請型義務付け訴訟においては、「一定の処分」をしないことが違法であるかどうかについて(37の4⑤参照)、差止訴訟においては「一定の処分」がなされたとすると当該処分は違法かどうかについて(37の4⑤参照)第三者が訴えを提起しうるのであるから、10条1項と同様の問題状況が発生しう

るはずである。

たとえば、新潟空港事件を素材に考えると、この事件が、事前の予想を超えた就航後の騒音や航空需要の落ち込みを理由として、航空法上の定期航空運送業の免許処分（現行の航空法100条では許可処分）の撤回の義務付けを求める訴えとして、あるいはまた、事業改善命令（航空法112）の義務付けを求める訴えとして付近住民によって提起されたとすると、航空需要の落ち込みという主張をどう扱うべきかという問題が生じる。

このように、非申請型義務付け訴訟や差止訴訟については、10条1項類似の問題が生じうるので、解釈上その準用があるものと解されるべきであろう。

（2） 23条の2（取消訴訟における釈明処分の特則）

この規定は、抗告訴訟のなかでは、無効等確認訴訟にのみ準用されている。

23条の2は、処分又は裁決が既になされていることを機縁として、そのような場面においては、その理由等を明らかにするための資料等の提出を行政庁から求め、又は送付を囑託することができるという、釈明処分の特則規定を置くものである。その他の場面については、関係資料の範囲などが確定しがたいことから、釈明処分の特則は及ぼさないこととし、一般法である民訴法151条の釈明処分の規定で間に合わせるという、「一種の政策的割り切りを行った」（以上につき、福井＝村田＝越智・新行訴法103頁・167-168頁・349-350頁を参照）。

以上のような考えに立ち、釈明処分の特則規定は、抗告訴訟のなかでは、既に処分がなされている場面である無効等確認訴訟についてのみ、準用されることとなった。いうまでもなく、申請型義務付け訴訟については、併合提起される取消訴訟又は無効等確認訴訟において、釈明処分の特則規定の適用がある。

準用のないその他の抗告訴訟、すなわち、不作為違法確認訴訟、義務付け訴訟や差止訴訟においては、裁判所には、民訴法151条の活用が望まれることとなる。また、被告側については「行政庁として、説明責任の

観点から訴訟資料の提供に誠実に対応すべきことはいうまでもない」と指摘されている（塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕243頁）。

（3） 30条（裁量を踰越濫用した処分の取消し）

この規定は、他の抗告訴訟に全く準用されていない。

（ア） 不作為違法確認訴訟については、本案審理における争点が、客観的にみて「相当の期間」が経過しているかどうかだけであり、準用がないのは裁量濫用の問題が発生しないからだというのが、立案関係者の説明である（杉本・解説127頁）。これに対して、いつ許認可を下ろすかがいわゆる「時の裁量」に委ねられる場合など、不作為違法確認訴訟においても、裁量の逸脱濫用を審査しなければならないことはあるのではないかとの疑問が呈示されている（南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕527頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ334頁）。

（イ） 無効等確認訴訟については、無効事由があるかどうかの判定に際して、裁量の逸脱濫用の審査が必要となる場面がありうると考えられるところから、準用規定がないことには疑問が呈されている（南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕527頁）。また、明示の準用規定がないからといって、無効等確認訴訟において裁量の逸脱濫用の審査をなしえないという結論が出るわけではないとの指摘もある（園部編・注解470頁）。

この点について、判例上は、無効等確認訴訟においても裁量の逸脱濫用の審査をなしうるということで決着済みである。最判昭42・4・7民集21巻3号572頁は、旧自作農創設特別措置法に基づいてなされた牧野の売渡処分の無効確認訴訟において次のように判示している。

「旧行政事件訴訟特例法のもとにおいても、また、行政事件訴訟法のもとにおいても、行政庁の裁量に任された行政処分の無効確認を求める訴訟においては、その無効確認を求める者において、行政庁が右行政処分をするにあつてした裁量権の行使がその範囲をこえまたは濫用にわたり、したがつて、右行政処分が違法であり、かつ、その違法が重大かつ明白であることを主張および立証することを要するものと解するのが相当である。これを本件についてみるに、本件牧野売渡処分は、旧自作

農創設特別措置法41条1項2号および同法施行規則28条の8に基づいてされたものであるから、右売渡処分をするにあつて、右法条に規定されたものの相互の間で、いずれのものを売渡の相手方とするかは、政府の裁量に任されているものというべきである。しかるに、上告人らは、政府のした右裁量権の行使がその範囲をこえもしくは濫用にわたり、したがつて違法視されるべき旨の具体的事実の主張または右違法が重大かつ明白である旨の具体的事実の主張のいずれをもしていない(なお、上告人らが原審において本件売渡処分当時本件土地が上告人らの入会採草地であつた旨の所論の主張をした事跡のないことは、記録に徴し明らかであり、また、その余の上告人らの主張事實は、右説示のいずれの具体的事実にも該当しない)。したがつて、本件牧野売渡処分が無効でないとした原判決には、所論の違法はなく、論旨は、採用できない。

また、30条の裁量の逸脱濫用という言葉こそ用いられていないが、原子炉設置許可の無効等確認訴訟において裁量審査が行われていることも、あわせて想起されるべきであろう。もんじゅ原子炉事件の差戻後上告審(最判平17・5・30民集59巻4号671頁)は、原子力安全委員会等における安全審査の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があるということとはできず、その安全審査に依拠してされた本件処分に違法があるということとはできないなどと判示して、無効事由があるとはいえないとしている。ここで行われている判断過程審査は、いうまでもなく、原子炉設置許可の取消訴訟である伊方原発訴訟最高裁判決の「原子炉設置許可処分が違法となるのは、現在の科学技術水準に照らし、〔1〕原子力安全委員会……の調査審議で用いられた具体的審査基準に不合理な点があること、あるいは、〔2〕当該原子炉施設が具体的審査基準に適合するとした原子力安全委員会……の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があること」(最判平4・10・29民集46巻7号1174頁)という判示を受けたものである。

(ウ) 義務付け訴訟及び差止訴訟については、37条の2第5項(非申請型義務付け訴訟の場合)、37条の3第5項(申請型義務付け訴訟の場合)、37条の4第5項(差止訴訟)において、いずれも、行政庁がその処分または裁

決をすることまたはしないことが、「その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは」、裁判所は処分等をすべき旨またはしてはならない旨を命ずる判決をすると定めている。したがってここでも、30条の準用は不要といえる。

仮の救済に関する取消訴訟規定—執行停止規定—の準用の有無

執行停止に関する一連の規定は、無効等確認訴訟についてのみ準用されている。すなわち、25条（執行停止の申立てと決定）、26条（事情変更による執行停止決定の取消し）、27条（内閣総理大臣の異議）、28条（執行停止等の管轄裁判所）、29条（執行停止に関する規定の準用）、32条2項（執行停止決定等の効力：第三者効）である。

執行停止制度が無効等確認訴訟にも適用されるべきかどうかは、行特法のもとでは条文上明確でなく、見解の対立があった。すなわち、無効等確認訴訟に係る仮の救済は、執行停止制度とすべきか、民事仮処分によるべきかという対立である。当時の裁判例は、執行停止の適用を認めるものが多く出されていた。38条3項は、この点を立法的に解決したものであるが、現在でも一部に異論はある（南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕697-698頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ330頁）。

無効等確認訴訟について、執行停止制度ではなく民事仮処分を認めるとなると、手続的には大きな混乱を招くことが懸念される。民事仮処分は、本案訴訟の提起をすることなく、先に申し立てることができる。ところが、執行停止と較べた場合の最大のメリットがある。ところが、無効事由があるかどうかは、本案訴訟を提起して判決が出るまでわからない。仮の救済の申立て時点では、無効事由と取消事由の区別はつかないのである。にもかかわらず、無効等確認訴訟に係る仮の救済は民事仮処分だとしてしまうと、おそらくすべての者が、後で無効等確認訴訟を提起するつもりだという理屈で、民事仮処分を申し立てることを認めることになるのではないかと思われる。このような事態は、取消訴訟に関する仮

の救済を執行停止にしたことと整合性がないと言わざるを得ないであろう。取消訴訟も無効等確認訴訟も、処分が存在する外形があるからこそ提起されるということに鑑み、仮の救済の時点では、執行停止制度に一括するという整理をするほかないと考えられる。

その他の抗告訴訟、すなわち不作為違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟に、執行停止の準用がないのは、いずれもまだ執行停止すべき処分がなされていないからである。そして、義務付け訴訟及び差止訴訟の場面に必要な仮の救済として、仮の義務付け及び仮の差止めが定められている（37の5）。

8

判決に関する取消訴訟規定—事情判決、第三者効—の準用の有無

(1) 31条（事情判決）

この規定は、行政処分を基礎として既に成立している法律関係や事実状態に鑑みると、取消判決によってこれを遡ってなかったことにすることが、「公の利益に著しい障害を生ずる場合」になしうる事情判決についての定めである。この条文は、他の抗告訴訟に全く準用されていない。

不作為違法確認訴訟、非申請型義務付け訴訟、差止訴訟については、いずれも処分がまだなされていない状態であるから、準用すべき理由がないことは自明であろう。もっとも非申請型義務付け訴訟の場合、違法状態が長く続き、すでにそれを前提とした秩序が成立していることなどを理由として、違法状態の改善命令を義務付けることがかえって公共の利益に反するという趣旨の事情判決をする必要が生じる可能性は考えられないでもない。今後の課題であろう。

また、申請型義務付け訴訟は、拒否処分がなされたか、またはまだ応答がなされていない場面であるから、やはり、31条による事情判決をする余地がなく、準用すべき理由がない。

他方、無効等確認訴訟に事情判決規定の準用がないことには問題があるとの批判が多く、下級審判決にも、無効等確認訴訟において事情判決

を行った例がある（南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕701頁、園部編・注解470頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ332頁、塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕221頁）。

（2） 32条1項（取消判決の効力：第三者効）及び34条（第三者再審の訴え）

いずれの規定も、他のどの抗告訴訟にも準用されていない。他方、取消判決の第三者効との関係が指摘される22条（取消訴訟への第三者の訴訟参加）は、取消訴訟以外のすべての抗告訴訟に準用されることとなった。

（ア） 取消判決の第三者効規定は、不作為違法確認判決には準用されない。応答をせよという判決であるから、訴訟当事者のみに効力が及べば十分だからである。

（イ） 無効確認判決に対する明示の準用規定はない。ところが、行特法下の事件において、かつて最高裁は、無効確認判決に対世効が認められることを最判昭42・3・14民集21巻2号312頁において、次のように述べていた。

「行政処分無効確認訴訟については、特例法になんらの規定がないのであるが、無効な行政処分によつて権利を侵害されたと主張する者は、現在の法律関係に関する訴の前提問題として行政処分の無効を主張しうるととどまらず、直接、行政処分無効確認の訴を提起しうることが判例上肯認されてきたのである。その実質的理由は、期間の徒過等により行政上の不服申立ならびに行政処分取消の訴の提起が許されなくなつたような場合であつても、当該行政処分に重大かつ明白な瑕疵があるときは、行政処分無効確認の訴を提起することによつて、行政処分取消の訴を提起した場合と同様の救済を与えようとする趣旨であるから、右行政処分無効確認判決の効力は、行政処分取消判決の効力と同様に、訴訟の当事者のみならず、第三者に対する関係においても、画一的に生ずるものと解しなければならない。もし、行政処分無効確認判決の効力が第三者に及ばないと解すべきものとすれば、特例法のもとで行政処分取消の訴の一変形として肯認されてきた行政処分無効確認の訴は、著しくその機能を損ずることになるのであつて、この意味においても、行政処分無効確

認判決は、第三者に対しても、その効力を有するものと解するのが相当である」。

にもかかわらず、昭和37年立法において、取消判決の第三者効規定の無効等確認訴訟への準用は見送られた。無効等確認訴訟の性質ゆえであるというのが立案関係者の説明であるが（杉本・解説125頁）、他の立案関係者がそれを反省する一幕もあり（雄川・理論191頁）、現時点では、むしろ第三者効の準用を認めるべきであるという論調が強い。

すなわち、無効等確認訴訟と取消訴訟の同質性、取消訴訟において無効事由を主張した場合との不整合などの観点から、準用を明示しない現行法に対しては、強い批判が加えられている（園部編・注解470-471頁、南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕701-702頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ332-333頁、塩野・行政法Ⅱ〔第5版〕221頁）。

更に問題を複雑にしているのは、昭和37年立法が執行停止に関する一連の規定をすべて無効等確認訴訟に（のみ）準用するという決断を行い、その一環として、執行停止決定の第三者効規定も準用していることである。この結果、無効等確認判決に第三者効はないが、執行停止決定には第三者効があるということになり、矛盾しているとの批判を招いている

（南＝高橋編・条解〔第3版補正版〕698-699頁、室井他編・コンメ行政法Ⅱ331頁）。

（ウ）義務付け判決や差止判決については、32条1項の準用がなく、第三者効を有しないこととなった。義務付け判決や差止め判決に第三者効はないというのが、明確な立法者の意図のようである（福井＝村田＝越智・新行訴訟125頁）。

その結果、例えば義務付け判決に従ってなされる処分に対しては、影響を受ける第三者が、後から別途、取消訴訟等を提起することができることとなる。また、差止判決によって封じられた処分について、それをするよう第三者が義務付け訴訟を提起するということにもなる。

そうすると、当該第三者の利益保護や訴訟経済という観点からは、当初の義務付け訴訟や差止訴訟に、これら第三者が参加できるようにしておいたほうが望ましい。その方法として、訴訟告知（民訴法53）、補助参

加（民訴法42）といった民訴法上の手段に加えて、22条の第三者の取消訴訟参加の規定が、義務付け訴訟や差止訴訟にも準用されることとなった（訴訟参加の関連問題も含めて、福井＝村田＝越智・新行訴法125-129頁を参照）。

（中川丈久）