HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	改正行訴法に関する解釈論上の諸問題
Author(s)	村上, 裕章
Citation	北大法学論集, 56(3), 55-85
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15375
Type	bulletin (article)
File Information	56(3)_p55-85.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

改正行訴法に関する解釈論上の諸問題

村上裕章

目次

一　はじめに
二　原告適格
三　義務付け訴訟
四　差止訴訟

五　公法上の確認訴訟
六　仮の権利救済
七　おわりに

一　はじめに[1]

二〇〇四年六月、行政事件訴訟法が改正された。同法が一九六二年に制定されて以来の大幅改正である。

改正の基礎となった司法制度改革推進本部行政訴訟検討会（以下「検討会」という）の「行政訴訟制度見直しのための考え方」（二〇〇四年一月、以下「考え方」という）によれば、改正の概要は次の四項目に整理される。

①「救済範囲の拡大」として、取消訴訟の原告適格に関する解釈規定の新設（九条二項）、義務付け訴訟及び差止訴訟の法定（三条六項及び七項、三七条の二、三七条の三、三七条の四）、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」の例示[2]（四条）。

②「審理の充実・促進」として、釈明処分の新設（二三条の二）。

③「行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくするための仕組み」として、被告適格の行政主体への変更（一一条）、管轄裁判所の拡大（一二条）、出訴期間の延長（一四条）、処分に際しての教示の新設（四六条）。

④「本案判決前における仮の救済の制度の整備」として、執行停止要件の緩和と解釈規定の新設（二五条）、仮の義務付け及び仮の差止めの新設（三七条の五）。

本稿では、このうち解釈論上特に興味深いと思われるいくつかの問題を取り上げて検討を加える。具体的には上記①及び④に関わる論点である。

二　原告適格

改正行訴法は、原告適格に関する旧法九条に手を加えることなく、同二項として次のような解釈規定を新設している（〔　〕内は引用者が付した）。

「裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、〔①〕当該法令の趣旨及び目的並びに〔②〕当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、〔③〕当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、〔④〕当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」

このうち、③は新潟空港訴訟上告審判決（最判平成元年二月一七日民集四三巻二号五六頁）、①及び②はもんじゅ訴訟上告審判決（最判平成四年九月二二日民集四六巻六号五七一頁）で既に述べられており、実質的に新しいのは④の部分のみである。[3] この規定は必ずしも理解が容易でなく、いくつかの解釈の可能性があるように思われる。

1　②の「利益」と④の「利益」の関係

まず問題となるのは、②の「当該処分において考慮されるべき利益」（以下「利益A」という）と④の「当該処分又

は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益」（以下「利益B」という）の関係である。第一説によれば、利益Bと利益Aは一応別のものであり、当該処分において考慮されるべきでない利益であっても、場合によっては原告適格の判定に当たって「勘案」されうることになる。[4] これに対して、第二説によれば、両者は全く無関係ではなく、例えば、利益Aは法律上考慮される抽象的な利益、利益Bは違法な処分によって侵害される具体的な利益と理解される。[5]

条文からは必ずしも明らかではないが、今回の立法過程から見て、根拠法規で全く考慮されない利益を持つ者にも原告適格を認める趣旨とは解されないことからすると、解釈論としては第二説が妥当と思われる。

2　「個別保護要件」の扱い

小早川光郎の分析[6]によれば、原告適格に関する従来の最高裁判例は、原告の利益が根拠法規によって保護されていること（保護範囲要件）に加え、それが公益の一環としてではなく、個別的な利益としても保護されていること（個別保護要件）を要求してきた。新設された法九条二項は後者について全く言及していないことから、右要件が維持されているかどうかが問題となる。[7]

この点についても条文からは明らかでないが、法九条二項において「当該処分において考慮されるべき利益」という行政手続法一〇条に類似した文言が用いられていること、[8] 検討会の議論においても結論がはっきりしないこと[9]からすると、個別保護要件は放棄されたと解することも十分可能ではないかと思われる。この場合、②において「保護範囲要件」が検討され、④によって侵害される利益の内容・性質等を「勘案」してさらに絞り込みが行われることになる。このように解すれば、原告適格の範囲が従来に比べて質的に変化する可能性もある。

3　「当該法令と目的を共通にする関係法令」

上記②については、「目的を共通にする」という限定を加えるべきではないとの意見もあったが、[10] そうすると「関係法令」の範囲が不明確になるという理由から維持された。[11]

何が「当該法令と目的を共通にする関係法令」に当たるかは必ずしも明らかでない。検討会においては、①航空運送事業計画変更認可（航空法一〇九条）と公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止に関する法律及び特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法（新潟空港訴訟上告審判決参照）、②道路区域変更（道路法一八条）と幹線道路の沿道の整備に関する法律（五条）、③公有水面埋立免許（公有水面埋立法二条）と環境影響評価法、④都市計画事業認可（都市計画法五九条）と環境影響評価法などが挙げられていた。[12]

4　従来の判例との関係

上記論点についていかに解するにせよ、今回の改正は「取消訴訟の原告適格の拡大」（「考え方」）を目的としており、従来の判例の変更が要請されていることは疑いない。[13] 仮に変化が見られないようであれば、第二段階の改正が必要になると考えられる。

三　義務付け訴訟

改正行訴法は義務付け訴訟を明文で規定したが、その際に、申請制度が存在する場合（法三条六項二号）と、それ以外の場合（同項一号）を区別している。以下では前者を「二号訴訟」、後者を「一号訴訟」と呼び、[14][15] これらの訴訟要件（1～3）、本案審理（4、5）、判決（6～9）に関する諸問題を検討する。

1　一号訴訟の補充性

二号訴訟（三七条の三第一項参照）と異なり、一号訴訟は、「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないときに限り」提起できるとされ（三七条の二第一項）、補充性が要件とされている。

従来の判例学説においては義務付け訴訟について補充説が有力だったが、そこでは主として二号訴訟の類型が念頭に置かれ、拒否処分に対する取消訴訟（あるいは不作為の違法確認訴訟）が可能であることが背景となっていた。これに対し、一号訴訟の場合、取消訴訟等はそもそも考えられないので、同様の意味で補充性が必要となるわけではない。[16] そうすると一号訴訟については補充性を要件とすべきではないことになるはずである。しかし、これに反対する見解もあった。

まず、塩野宏は、旧法について、同法では取消訴訟中心主義がとられていたが、それは実体法上の場面では請求権の成立における補充性として整理することができ、そうすると紛争の実体が私人間のものであるときは原則として民事訴訟によらせるべきであると述べていた。[17] しかし、既に指摘されているように、[18] 抗告訴訟に関する取消訴訟中心主義からなぜ民事訴訟との関係での補充性が導き出されるのか、理解できないところがある。いずれにしても、旧法の解釈としてはともかく、立法論においては必ずしも決定的でないと考えられる。

近時、小早川光郎は、別の観点から補充性を根拠づけようとしている。すなわち、義務付け訴訟において主張される請求権を付与するかどうかは立法者の判断であり、申請権が規定されていない場合は原則として請求権も付与されておらず、裁判所が介入できるのは例外的な場合に限られるとする。[19] しかし、これも既に指摘されているように、[20] 立法者が義務付け訴訟の可能性まで考えて条文を作っているかは疑問であり、過度の制定法準拠主義ではないかと思われる。[21]

直接型義務付け訴訟について補充性が主張される背景には、私人に対する規制の義務付けを安易に認めるべきではな

い、という実質的考慮があるのかもしれない。全く正当な配慮であると思われるが、このことは本案において介入義務の存否を判断する際に考慮すればよいのではないかと思われる。[22]

なお、いずれにしても補充性が本案で考慮されるのであれば、これを訴訟要件としても大差ないのではないか、という反論も考えらえる。しかし、訴訟要件とすると、「重大な損害がない」等の理由のみで門前払いとなるのに対し、本案では諸事情を総合的に考慮することになるので、実質的な違いは小さくないと思われる。

もっとも、検討会では、民事訴訟との関係での補充性は問題とされないこと、他の「適当な手段」とは、特別の権利救済方法が法律で設けられているような場合を指すことが明らかにされており、[23] そうであればこの点はあまり重視する必要がないのかもしれない。

以上のように、立法論として補充性を要件とすることには疑問があるが、[24] 解釈論としてもこの点を厳格に解すべきではないと思われる。

2　一号訴訟における請求の特定

一号訴訟を提起する場合、「一定の処分」を特定して請求しなければならないとされているが（三七条の二第一項）、処分をどこまで特定すればよいかという問題がある。事情によっては特定が必ずしも容易でないことがあり、厳格に解すれば義務付け訴訟の利用が困難になりかねない。

この点については、「考え方」において差止訴訟に関して「特定の処分」が要件とされていたこと[25]との対比において、立法者としてはある程度緩やかな特定で足りるとする趣旨であると説明されていた。[26] 具体的には、国立マンション除却命令等請求事件第一審判決（東京地判平成一三年一二月四日判時一七九一号三頁）が、建築物の違法部分を是正するために命令権限を行使しないことが違法である旨を確認する判決を下しているが、こうした請求（及び判決）が可能であ

ることは、検討会等において再三確認されている。[27]

3　二号訴訟における併合強制

二号訴訟については、拒否処分取消訴訟（または右処分の無効等確認訴訟ないし不作為の違法確認訴訟）の併合提起が義務付けられている（三七条の三第三項）。義務付け訴訟を明文で認める以上、取消訴訟等の提起は不必要とも考えられるが、[28]後述するように、事案が義務付け判決に熟さない場合を考慮してこのような規定が置かれている。併合提訴は訴訟要件であると考えられ、これを怠った場合の取扱いが問題となる。以下、場合を分けて検討する。

（一）　取消訴訟等を併合せずに義務付け訴訟を提起した場合

この場合、そのままであれば訴えは不適法となる。もっとも、事後的に取消訴訟等を提起すれば瑕疵は治癒されると解される。[29]いずれにせよ、裁判所は原告に対してこの点を釈明すべきである。[30]

追加的に取消訴訟を提起した時点で出訴期間が徒過していた場合、併合提起の要件を厳密に解するならば不適法と考える他ない。[31][32]しかし、義務付け訴訟の提起には拒否処分に対する不服も含まれると善解し、補正等によって済ませる余地があるかもしれない。[33]

立法論としては、義務付け訴訟を提起すれば取消訴訟（または不作為の確認訴訟）が提起されたものとみなすか、あるいは少なくとも明文で救済規定を置くべきである。原告に何らかの選択の余地があれば別であるが、常に取消訴訟等を併合提起しなければならない以上、このような落とし穴的要件を設ける必要性は乏しいように思われる。

義務付け訴訟それ自体については出訴期間が設けられていないが、拒否処分取消訴訟の出訴期間経過後、義務付け訴訟を提起し、さらに拒否処分取消訴訟を併合することはできるかという問題がある。後者の出訴期間を潜脱することになるから、認められないと解される。[34]もっとも、再度の申請が許されるのであればこの点は実際上あまり問題とならな

い。

（二）　取消訴訟（または不作為の違法確認訴訟）のみを提起した場合

この場合は特段の問題はなく、裁判所としては取消訴訟等だけを審理判決すればよい。当初取消訴訟等を提起し、事後的に義務付け訴訟を併合することはできるかという問題がある。[35] これを禁じる規定はなく、義務付け訴訟には出訴期間が設けられていないので、このような併合は可能と解される。[36]

4　審理の対象

取消訴訟の審理の対象は、一般に、係争処分の適法性と解されている。これに対し、義務付け訴訟についてはなお十分議論されていないが、原告が有する請求権の有無が審理の対象となると考えることが可能であり、[37] そうすると両訴訟では訴訟の構造がかなり異なることになると思われる。特に、従来拒否処分の取消訴訟で争われていた事案が、今後は義務付け訴訟によって争われうることになるので、訴訟上の取扱いが大きく変わる可能性がある。

情報公開訴訟[38]を例にとると、従来の理解では（異論もあるが）、開示請求を受けた行政庁は、不開示事由のいずれかに該当することを確認すれば、拒否処分を行いうる（すべての不開示事由について判断する必要はない）。拒否処分取消訴訟においては、原則として拒否処分の理由とされた事由の該当性のみが審理され、その該当性が否定されれば拒否処分が取り消される。敗訴した行政庁は再処分を義務付けられるが、他の不開示事由該当性を理由として再度拒否処分を行うことは許される（大阪高判平成一〇年六月三〇日判時一六七二号五一頁）。ただし、行政側で訴訟係属中に他の不開示事由該当性を追加的に援用することは可能であり（最判平成一一年一一月一九日民集五三巻八号一八六二頁）、その場合には判決の拘束力は追加された事由にも及ぶことになる。

これに対し、義務付け訴訟の場合、訴訟物を上記のように解すると、拒否処分の適法性ではなく、原告の開示請求権

の存否が争点となるから、すべての不開示事由が審理の対象となり、これによって紛争の一回的解決が可能となる。[39] 行政側としては、開示を命じる判決を受けると、既判力によって開示を義務付けられることになり、従来のような対応はできなくなる。開示請求者側も同様であるが、再度の開示請求が可能とすれば実際上制約を受けないことになる。

5　判断の基準時

取消訴訟における違法判断の基準時については処分時説が通説判例であるが、義務付け訴訟については判決時（口頭弁論終結時）説が有力である。[40] 確かに、義務付け訴訟においては、原告が有する請求権の存否が訴訟物となると考えれば、判決時を基準とすることが素直と思われる。また、一号訴訟については、そもそも基準とすべき「処分」がないという問題もある。

これに対しては、法律状態ないし事実状態が原告に有利に変化した場合はともかく、[41] 不利に変化した場合（例えば、拒否処分の時点では建築物が適法だったが、その後の法改正により違法となった場合）については、行政庁が違法な処分をした不利益を原告が甘受する理由はなく、処分時を基準とすべきであるとの主張がある。[42]

もっとも、仮にこの説によるとしても、原告が第三者に対する不利益処分を求めている場合[43]については、第三者の利益も考慮する必要があるので、判決時説が適切ではないかと思われる。

いわゆる違法性判断の基準時の問題については、近時これを訴訟本質論ではなく、具体の行政過程における法律の仕組みごとに考察すべきであるとの主張がなされているが、[44] この考えによれば事案の利害状況に即した柔軟な解決も可能となるであろう。[45]

6　義務付け判決の要件

義務付け判決をするためには、「行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明ら

かであると認められ」ることが要件とされている（三七条の二第五項、三七条の三第五項）。差止訴訟についても同様である（三七条の四第五項）。この点、「考え方」では、「行政庁が一定の処分をすべきことが一義的に定まること」が訴訟要件とされていた。

従来、下級審判例においては、義務付け訴訟（及び差止訴訟）の訴訟要件として一義性が求められていたが、学説からはこれは本案判決の要件ではないかとの批判があった。[46]「考え方」にはこの点で問題があったが、改正法では本案判決の要件とされている。

しかし、本案判決についてもこのような要件が必要か疑問がある。すなわち、処分を行う義務が存在すれば義務付け判決を行いうるはずであり（裁量処分については別に規定がある）、一義性（あるいは明白性）を問題にする必要はないと思われる。[47]特に、「明らか」という文言は、いわゆる重大明白説の意味における一見明白性（誰が見ても明らか）ととられる可能性もあり、[48]不適切だと思われる。解釈上もこの点は重視すべきでない。[49]

7　指令判決の可能性

審理の結果、行政庁のなすべき処分を特定するに至らなかった場合、直ちに請求を棄却すべきか、それとも裁判所の見解を考慮して処分を行うことを義務付ける判決（いわゆる「指令判決」）を行うことができるか、という問題がある。改正行訴法にはこの点の明文規定が置かれていない。

もっとも、二号訴訟のうち、拒否処分の取消訴訟が併合される場合は、取消判決のみを行い、その拘束力によって同様の目的を達成することが可能となる。これに対し、二号訴訟で不作為の違法確認訴訟が併合される場合、そして一号訴訟についてはこのような取扱いはできない。検討会の結論は明確ではないが、[50]一概に否定するわけではないと解されていたようである。[51]

仮に指令判決が認められないとしても、不作為の違法確認が併合された事案ではその認容判決において、また、一号訴訟では棄却判決において、判決理由中で裁判所が一定の判断を示し、事実上それに沿った解決を行政庁に期待することが可能かもしれない。(52) この場合、法的な拘束力は認められないが、例えば裁判所の見解に反して行政庁が処分を行った場合、損害賠償訴訟等でこれを考慮することも考えられる。

なお、指令判決の問題と処分の特定の問題との関係は必ずしも明確ではないが、(53)「一定の処分」かどうかは訴訟要件の問題であり、指令判決は本案判決の問題と考えられる。従って、「一定の処分」の要件が充足されていれば、もはやそれは指令判決の問題ではない。指令判決は、「一定の処分」が求められているが、義務付け判決の内容が特定できない場合に問題となる、という整理が可能であろう。

8　二号訴訟における義務付け判決と取消判決等との関係

二号訴訟では、前述のように、義務付け請求と取消請求等が併合審理される。両請求の関係については、義務付け判決に熟しないときは取消判決等ができる旨の規定（三七条の三第六項）はあるものの、それ以外の場合について明文の規定は置かれていない。

（一）　単純併合か予備的併合か

まず、両請求の関係は単純併合か、予備的併合かが問題となる。前者であれば双方について判決を下す必要があるが、後者であれば、主位的請求について判決を認容すれば、予備的請求については判決を行う必要はない。

素直に考えれば、原告はまず義務付け判決を求め、それが認められないときに取消判決等を求めるものと見ることができる。そうであれば、前者が主位的請求、後者が予備的請求となる。

ところが、法三七条の三第六項後段は、取消判決等を行った上で、義務付け訴訟の手続を中断することを認めている。

この場合、取消判決等に加え、さらに義務付け判決を行うことが可能となる。そうすると取消請求等と義務付け請求は両立することになり、単純併合とも考えられる。

以下では場合を分けて取扱いを検討する。

（二）　義務付け請求を認容する場合

予備的併合と考えれば、取消請求等について改めて判決を下す必要はない。

単純併合と考えると、義務付け請求を認容する以上、係争拒否処分（または不作為）は原則として違法のはずだから、原則として取消判決等を行うべきことになる（違法判断の基準時が異なると考えれば、例外もありうる）。ただし、義務付け判決が下されることから、訴えの利益はないとも考えられる。後者のように解して訴えを却下する場合でも、非は専ら被告行政側にあるから、訴訟費用の算定に際してはこれを考慮すべきである。

（三）　取消請求（または不作為の違法確認請求）のみを認容する場合

単純併合・予備的併合のいずれと解しても、義務付け請求について判決を行う必要がある。条文上は、取消判決等を行った上で、義務付け訴訟に係る訴訟手続を中断することができるとされているが（三七条の三第六項後段）、義務付け請求を棄却（または義務付けの訴えを却下）することも当然可能と解される。

義務付け訴訟の手続を中断したが、その後取消判決等によって紛争が解決した場合、義務付け請求はどうなるか。もはや紛争が解決した以上、訴えは利益なしとして却下されると考えられる。しかしこの場合も、訴訟が提起されたのは行政が違法に処分を行わなかったことによるから、訴訟費用は被告行政側に負担させるべきであろう。

9　義務付け判決の効力

義務付け訴訟については取消判決の第三者効の規定（行訴三二条一項）が準用されていない（同三八条一項）。従っ

て、第三者に対する処分を求める義務付け訴訟が提起され、勝訴判決が下されたとしても、当該第三者は義務付け判決に基づいてなされた処分を取消訴訟等によって争うことができる。

確かに、第三者に対する処分の取消訴訟においては、当該第三者に取消判決の効力を及ぼさなければ訴訟の意味がないのに対し、上記の場合、義務付け判決に基づく処分は第三者に対しても効力を持つから、第三者効を設けなくともその限りでは支障はない。しかし、紛争の一回的解決の観点からは、第三者にも判決効を及ぼすことを前提とした上で、訴訟参加や再審を認めた方が合理的ではないかと思われる。(54)

四　差止訴訟

改正行訴法は差止訴訟を明文で規定しているが、いくつかの訴訟要件を設けている。義務付け訴訟と共通する点もあるので、以下では差止訴訟に固有の問題を取り上げて検討する。

1　対象となる「処分」

差止訴訟の対象は「処分又は裁決」とされている（三七条の四第一項）。これは従来の処分性概念を前提としているものと解される。

この点に関連して、いわゆる権力的事実行為の扱いが問題となる。従来は、「公権力の行使にあたる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの」（行服二条一項）が「処分」に含まれると解されていた。しかし、これは取消訴訟を念頭に置いた解釈であり、差止訴訟については「継続的性質」を要件とする必要はないと思われる。そうでなければ、差止訴訟の典型例と目されてきた頭髪剪刈の事案（東京地判昭和三八年七月二九日行集

一四巻七号一三一六頁）などが救済の対象から外れてしまうからである。[55]

2　処分の特定

差止訴訟の対象については、「一定の処分」を特定することが求められている（三七条の四第一項）。この点については、「考え方」の段階では、「特定の処分」とされており、義務付け訴訟について「一定の処分」という文言が用いられていたこととの対比において、高度の特定が必要とされると説明されていた。[56] 法案段階でこれが「一定の処分」に変わったが、その間の経緯は明らかではない。[57] 差止訴訟の要件を義務付け訴訟のそれに合わせて緩和したものと解すべきであろう。[58]

具体的な特定の程度については判例の蓄積を待つ他ないが、例えば前記の頭髪剪刺の事案は十分に要件を満たすものと考えられる。横川川訴訟（最判平成元年七月四日判時一三三六号八六頁）の事案についても、代執行が予想されるとすれば、特定性は十分であると解される。これに対し、長野勤評事件（最判昭和四七年一一月三〇日民集二六巻九号一七四六頁）については、将来懲戒処分がなされるか、その内容がどうなるかは不明確であり、特定性を認めるのは困難かもしれない。

3　補充性

差止訴訟は、「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれ」があり、かつ、「その損害を避けるため他に適当な方法」がない場合に限って提起できる（三七条の四第一項）。

これは一号義務付け訴訟（三七条の二第一項）と同様の要件であるが、後半部分が本文ではなくただし書に規定されている点が異なる。被告側に主張立証責任があるとの趣旨と解される。[59] 他の「適当な方法」については、一号義務付け訴訟と同様、法律上特別の救済手段が設けられている場合などを指すものと考えられる。[60]

次に、「重大な損害を生ずるおそれ」を一号義務付け訴訟の要件とすることには疑問があるが、差止訴訟については事情が異なる。すなわち、処分に対しては取消訴訟（及び執行停止）が可能であり、通常はそれによって救済目的を達することができる。差止訴訟を認める必要があるのはこのような原則が当てはまらない場合であり、一定の制限を加えることにそれなりの合理性があると考えられる。[61] もっとも、長野勤評事件上告審判決によって示された、「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」という要件はとられておらず、「重大な損害を生ずるおそれ」で足りることに注意が必要である。[62]

具体的に差止訴訟の提起が考えられる場合[63]として、①典型的には、上記の頭髪剪剃や、制裁的氏名公表のように、処分（事実行為）によって直ちに取り返しがつかない結果が発生する場合がある。

②また、処分から短期間で執行されることが予想される場合もこれに準じて考えることができる。例えば外国人の強制送還がその例である。情報公開法では、開示に反対する意見書が提出された場合、開示決定から開示まで少なくとも二週間を置かなければならないと定められているが（一三条三項）、このような規定がない場合や、規定があってもこれに反して即時の開示が予想される場合、同様に差止訴訟の提起が考えられる。

③さらに、処分に対する取消訴訟の提起が観念的には可能であるが、何らかの事情で処分がなされず、不安定な法律状態によって原告が重大な損害を被っている場合にも、差止訴訟の提起が考えられる。横川川訴訟や長野勤評事件の例がこれに当たる。

なお、条文上は専ら損害の重大性が問題とされているが、執行停止に準じて、処分の違法性の程度や、差止めによって影響を受ける公益なども総合考慮する（例えば、違法性が明らかであり、あるいは公益への支障が小さければ、重大性の要件を緩和する）ことで、より柔軟な運用が可能となると思われる。

五　公法上の確認訴訟

改正行訴法では、当事者訴訟に関する規定の中に、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が挿入された（四条）。これは、「考え方」によれば、「確認訴訟の活用」を促す趣旨であるとされる。しかし、その意味や具体的な適用領域[64]については不明確な点が多く残されている。

1　確認訴訟と抗告訴訟の関係

「活用」されるべき確認訴訟と抗告訴訟の関係は必ずしも明らかでなく[65]、いくつかの考え方が成り立ちうるように思われる。第一は、権力関係と公法上の管理関係を峻別し、後者についてのみ当事者訴訟としての確認訴訟が可能とする考え方である。第二は、処分に関しては抗告訴訟のみを提起できるが、処分以外の行為については確認訴訟が可能とする考え方である。第三は、処分に関わる関係においても、直接これを争うのでない限り、確認訴訟が可能とする考え方である。

第一説は田中二郎の発想[66]に忠実な考え方であるが、これによると確認訴訟が可能な領域は非常に限られる結果となる。行政立法や行政計画はもとより、行政指導や通達についても、権力関係であるとして確認訴訟が排除されかねず、立法者意思にそぐわないように思われる。

第二説によると、例えば処分の効力を前提とする法関係などについては確認訴訟は利用できないが、行政立法、行政計画、行政指導等については活用の余地が出てくる。

第三説[67]をとる場合、処分の効力を前提とする法関係の確認訴訟なども可能となり、かなり救済の範囲が拡がることになる。しかし、これでは抗告訴訟の領域を侵犯することになり、特に取消訴訟の排他的管轄との関係で問題が生じうる。

もっとも、後述する確認の利益によって適用範囲を絞ることも考えられる。

立法者意思はおそらく第二説か第三説のどちらかと思われるが、必ずしも明確ではなく、今後の運用が注目される。いずれにしても、従来の抗告訴訟観を大きく転換する可能性があることは否定できない。

2　確認の対象

活用されるべき確認訴訟の対象については、まず、権利義務関係等のいわゆる法律関係（法関係）に限られるのか、それとも行為等の違法性も含まれるのか、という問題がある。[68][69]

仮に法律関係に限られるとしても、行政法関係の特色を十分に考慮して確認の対象を柔軟に解釈する必要があり、[70]さもなければ確認訴訟の適用領域が非常に限定されてしまうおそれがある。すなわち、民事法関係においては、私的自治の原則から、基本的に契約等によって法関係が形成され、多くの場合このような具体的な権利義務関係が確認訴訟の対象となる。これに対し、行政法関係においては、そのような関係が行政主体と私人の間に存在するのは例外的であり、多くの場合、〈法律―政省令（―行政計画や行政規則）―処分〉という形で法関係が具体化される。具体的な権利義務関係のみが確認訴訟の対象であると解すると、最終的な処分の段階まで待たされることになりかねないし、そもそも法律関係に引き直しにくい場合は利用できなくなってしまう。[71]例えば、墓地埋葬法の事件（最判昭和四三年一二月二四日民集二二巻一三号三一四七頁）などのように、法令に基づく義務の存否が争われている場合についても、確認の利益が認められる限り、訴訟を肯定すべきであると思われる。[72]

3　確認の利益

確認訴訟を提起するためには確認の利益が存在しなければならない。この利益を厳しく解するならば、確認訴訟の活用は絵に描いた餅に終わってしまう。

ところが、従来の判例はこの点を過度に厳格に解していたように思われる。例えば、前掲の長野勤評事件や横川川訴訟について、最高裁は確認の利益の問題として捉えた上で、訴えを却下している。また、青写真判決（最大判昭和四一年二月二三日民集二〇巻二号二七一頁）等の処分性に関する判例においても、紛争の成熟性を厳格に解し、処分性を否定している。[73]

以上のことからすると、判例が確認の利益や成熟性を柔軟に解さない限り、確認訴訟の活用という改正行訴法の目的は達成できないように思われる。[74]

六　仮の権利救済

仮の権利救済について、改正行訴法は、執行停止の要件を緩和するとともに、新たに仮の義務付け及び仮の差止めの制度を設けている。

1　執行停止要件の緩和

執行停止については、その要件が「回復の困難な損害」から「重大な損害」に改められる（二五条一項）とともに、「重大な損害」についての解釈規定（二五条二項）が新設されている。

「回復困難な損害」では損害の性質に専ら着目される可能性があるのに対し、「重大な損害」では、解釈規定でも明示されているように、「損害の困難の程度」や「損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質」も考慮して、総合的な判断が行われることになる。従って、例えば財産的損害について、それ自体「回復困難」でないとしても、損害の重大性に鑑みて執行停止を認める可能性が出てくることになる。[75]

考慮（勘案）要素のうち、「処分の内容及び性質」は若干分かりにくいが、第二六回検討会で配布された「執行停止の要件（検討参考資料）」では、「処分の内容・性質上執行の停止によって生ずべき公共の福祉への影響の程度との比較衡量を通じて判断がされるべきではないか」と説明されており、処分を執行することによって得られる公共の福祉との比較衡量が意味されているようである。[76] 実務上既に総合的な判断が行われており、[77] これを明文化したものと解される。[78]

2　仮の義務付け

従来、仮の権利救済手段として、行訴法上は執行停止の制度しかなく、これは拒否処分や義務付け訴訟等においては利用できなかったため、憲法上問題があることが指摘されていた。[79] 改正行訴法は仮の義務付けの制度（三七条の五第一項）を設け、この点を大きく改善した。もっとも、「償うことのできない損害」及び「本案において理由があると見えるとき」という非常に厳しい要件が付されている。

前者については、検討会において再三議論となり、「回復困難な損害」ではどうかという意見も有力だったが、結局前記のような条文になった。確かに、仮の義務付けの場合、現状を積極的に改善することになるので、執行停止より厳しい要件を設けることにはそれなりの合理性がある。しかし、「償うことのできない損害」では、不可逆的な損害が生じる場合にのみ仮の義務付けが可能と解されかねず、厳格にすぎるように思われる。[80] 執行停止の要件が緩和されたことから、ここでは「回復困難な損害」程度の要件とすることが妥当だったのではないだろうか。いずれにしてもこの点をあまり厳しく解するべきではなく、例えば社会給付等について、生活に困窮している場合など、柔軟に認めてよいのではないかと思われる。[81]

本案に関する要件についても、執行停止で「本案において理由がないと見えないとき」とされている（二五条四項）のとは逆であり、厳格にすぎるのではないかとの疑問がある。特に、執行停止の場合、被告側に疎明責任があると解さ

れているのに対し、仮の義務付けについては申立人側にあると解され[82]、ますます救済が困難になる[83]。解釈論としても、本案の理由それ自体を取り上げて厳格に審査するのではなく、申立人の被る損害や公益とを総合考慮して柔軟に運用することが望まれる[84]。

3　仮の差止め

仮の差止め（三七条の五第二項）についても仮の義務付けと同様の厳しい要件が規定されている。仮の義務付けの場合、現状を積極的に変更し、申立人に利益を与えることから、ある程度厳しい要件を設けることに合理性がないわけではない。しかし、仮の差止めは現状悪化の阻止を目的とすることからすると、より緩和された要件で足りるのではないかと思われる[85]。一般に、差止訴訟は処分が差し迫っている場合に提起され（差し迫っていなければ適法とならない）、訴訟を行っているうちに処分がされる可能性は非常に大きい。従ってとりあえず処分を差し止める必要は非常に高い。確かに、安易に差止めを認めると行政運営に支障を生じる可能性もあるが、これは公共の福祉条項（三七条の五第三項）で考慮すれば足りるように思われる。解釈としても、以上のような状況を考慮して、ある程度柔軟な運用をする必要があると考えられる。

七　おわりに

今回の行訴法改正については、義務付け訴訟及び差止訴訟の法定、釈明処分の新設、被告適格の変更、管轄裁判所の拡大、出訴期間の延長、教示制度の新設、仮の義務付け及び差止めの新設など、従来に比べて文句なく改善となった点も多い。

しかし、本稿でも示した通り、原告適格、義務付け訴訟、差止訴訟、確認訴訟などについて、今後の運用に委ねられた点も少なくない。裁判所が「オープンスペース」を生かし、「行政に対する司法審査の機能を強化して国民の権利利益の救済を実効的に保障する」（「考え方」）方向で創造的な解釈を展開することが期待される。

他方、義務付け訴訟や確認訴訟などについては理論的に不明確な点も多く残されており、今後研究を深める必要がある。本稿がそのためのきっかけとなれば望外の幸いである。

注

（1）本稿は民科法律部会行政法・基礎法合同分科会において二〇〇四年九月二日に行った報告を基礎として、現時点における筆者の考えをまとめたものである。報告の機会を与えて頂いた同部会会員各位にこの場を借りてお礼を申し上げたい。なお、本稿においては、改正後の行政事件訴訟法を「改正行訴法」または「法」、改正前の同法を「旧法」という。

（2）「確認訴訟の活用」は「考え方」においては「その他の検討結果」の部分で挙げられているが、便宜上ここに整理した。

（3）大久保規子「行政訴訟の原告適格の範囲」ジュリ一二六三号（二〇〇四年）四八頁以下。もっとも、もんじゅ訴訟上告審判決においても既に「被害の性質等」は考慮されており、④は全く新しい要素とはいえないとの見方もできる。藤山雅行「このエネルギーの持続を」ジュリ一一二七号（二〇〇四年）四二頁、小早川光郎＝高橋滋編・詳解改正行政事件訴訟法（二〇〇四年）三四頁（高橋執筆）、大貫裕之「原告適格論」法時七七巻三号（二〇〇五年）五二頁。

（4）芝池義一＝小早川光郎＝阿部泰隆「鼎談・行政事件訴訟検討会の「考え方」をめぐって」ジュリ一二六三号（二〇〇四年）一四頁（以下「ジュリ鼎談」という）及び市村陽典＝越智敏裕＝福井秀夫＝深山卓也＝阿部泰隆「座談会・新行政事件訴訟法の解釈」判タ一一四七号号（二〇〇四年）二四頁（以下「判タ座談会」という）における阿部発言が指摘する読み方。小早川光郎編・改正行政事件訴訟法研究（二〇〇五年）七一頁の芝池義一発言及び同七三頁の亘理格発言はこの趣旨か。

（5）参議院法務委員会（五月二七日）における山崎潮政府参考人の説明を参照。ジュリ鼎談一六頁の小早川発言、判タ座談

会二三頁以下の市村発言、同二四頁の深山発言、橋本博之・解説改正行政事件訴訟法（二〇〇四年）四九頁も同旨。

(6) 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」成田頼明先生古稀記念・政策実現と行政法（一九九八年）四六頁以下。

(7) 個別保護要件は前提とされていないとする見方として、判タ座談会一八頁、二二頁以下の越智発言。小早川編・前掲注(4)七三頁以下の小早川発言（「保護範囲には入っているけれども個別保護要件から外れているとされていたものも、その侵害態様から見て積極的に救うべきではないか」）も同旨か。これに対し、橋本博之「原告適格論の課題」民商一三〇巻四＝五号（二〇〇四年）六三六頁及び六三七頁注(27)は、「新法は必ずしも明快な方向性を出していない」としながら、個別保護要件が解消されたとの説明は「おそらく正しくない」という。

(8) 行政手続法一〇条は、「申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされている」処分を行う場合、必要に応じて公聴会の開催等と行うと規定するが、同法改正要綱案の解説では、「意見を聴取する相手方には、訴訟において原告適格を認められるようないわゆる法律上の利害関係を有する者から、公共料金の認可申請に際しての一般消費者のような者までを含む趣旨である」（第一〇）とされている。小早川光郎編・行政手続法の逐条研究（一九九六年）三〇五頁以下も参照。

(9) 第二六回検討会において、小早川光郎委員が主婦連ジュース訴訟を挙げ、「最高裁はそこではたと思いついて、当該法律が個別に保護しているかどうかと言う、その法律の趣旨を見ろという、最後の決め手を発見したというのか、私にいわせれば捏造したわけなんですが、そうせざるを得なかったのではないかということなんです。事務局はそこをクリアーされたのか」と質問したのに対し、事務局の小林久起参事官は「そこは決めていないということです」と答え、塩野宏座長も、「そこで、この提案なんですけれども、それは小早川委員が提案されておるような学説に乗って裁判所が判断しようと思えばそれはできる、そういうオープンなスペースを私は提供しているのだと理解しているのです」と述べている。また、第二七回検討会において、小林参事官は、「原告適格の範囲を絞り込む道具として、個別具体的な利益の保護という観念を使うことが、この考慮事項を定める考え方の前提となっているわけではありません」と説明している。検討会委員だった深山は、個別保護要件を捨てるか否かは検討会における議論の中心的な内容ではなかったと述べ（判タ座談会二〇頁）、同じく検討会委員だった市村もこれに同調している（同二一頁）。市村陽典「行政事件訴訟法の改正と訴訟実務」ひろば五七

巻一〇号（二〇〇四年）二六頁も、「九条二項の規定自体は、いわゆる個別保護要件が必要か否かの問題には、触れるものではないと考えられる」と述べる。

(10) 大久保・前掲注（3）五二頁。

(11) 衆議院法務委員会における山崎政府参考人（四月二八日）及び塩野宏参考人（五月一一日）の答弁。

(12) 小林久起・行政事件訴訟法（二〇〇四年）二一九頁以下参照。衆議院法務委員会（四月二七日、二八日、五月七日）及び参議院法務委員会（五月二七日）における山崎政府参考人の答弁も参照。

(13) 検討会関係者は、パチンコ店の営業許可を付近住民が争った事例（最判平成一〇年一二月一七日判時一六六三号八二頁）、近鉄特急事件（最判平成元年四月一三日判時一三一三号一二一頁）について、私見と断りつつも、今後は原告適格が認められる余地があると述べている（判タ座談会一九頁の市村発言、二二頁の深山発言）。第二六回検討会で、塩野座長は、「例えば、近鉄特急のような事件ですと、定期券を使っている人達、一種の集団は最高裁判所は原告適格はないといったわけですけれども、やはりあの場合に、定期券の購入者、旅行者というのは、ちょっと違うのではないかということで考えて、それを認めてみようという方向にいざなうことができる仕掛けではないかと言っているわけです」と述べている。衆議院法務委員会（四月二七日、二八日）において、山崎政府参考人は、風俗営業許可と周辺住民、公有水面埋立許可と周辺水面の漁業権者、道路拡幅と周辺住民等の例を挙げている。その他、具体的な変化を検討するものとして、高木光「行政訴訟制度改革の意義と評価」（二〇〇四年）同・行政訴訟論（二〇〇五年）七七頁、福井秀夫他・新行政事件訴訟法（二〇〇四年）二九七頁以下。

(14) この区別は塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」（一九八三年）同・行政過程とその統制（一九八九年）三〇八頁以下にいう「申請満足型」と「直接型」の区別に対応する。「考え方」では「第一類型」「第二類型」と呼ばれていた（法とは順序が逆になっている）。小林・前掲注（12）八頁等は「申請型」「非申請型」という名称を用いている。

(15) この区別はさしあたり申請制度の有無を基準とするものであり、具体的な利害状況に対応するものでは必ずしもない。すなわち、二号訴訟においては通常原告に対する利益処分が求められるが、第三者に対する不利益処分について申請制度が存在する場合もありうる（判タ座談会三〇頁の阿部発言参照）。また、一号訴訟においては第三者に対する不利益処分を求めることが多いと考えられるが、自己に対する利益処分（不利益処分の撤回等）を求めることもありうる（橋本・前掲

注（5）六四頁、山本隆司「新たな訴訟類型の活用のために」ひろば五七巻一〇号（二〇〇四年）四〇頁、高木光「救済拡充の今後の課題」（二〇〇四年）同・前掲注（13）八九頁、福井他・前掲注（13）三六二頁。

（16）塩野・前掲注（14）三二一頁。

（17）塩野・前掲注（14）三二三頁以下。

（18）阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」（一九八五年）同・行政訴訟改革論（一九九三年）三三三頁。

（19）小早川光郎「行政訴訟の課題と展望」司法研修所論集一一一号（二〇〇三年）五八頁及びジュリ鼎談二三頁以下の同発言。なお、同「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念・法治国家と行政訴訟（二〇〇四年）二四四頁注（51）参照。判タ座談会三〇頁の市村発言も同旨。第二七回検討会における小林参事官の説明や、衆議院法務委員会（四月二七日）における房村精一政府参考人の説明では、「司法と行政の役割分担」が根拠とされている。

（20）ジュリ鼎談二三頁及び判タ座談会三〇頁の阿部発言。久保茂樹「行政事件訴訟法の改正について」判時一八七七号（二〇〇五年）二八頁も同旨。

（21）山本和彦「民事訴訟法理論からみた行政訴訟改革論議」法時七六巻一号（二〇〇四年）一一〇頁は、民事訴訟法学の立場から次のように指摘する（〔　〕内は引用者）。「仮に上記のような限定〔＝補充性を要件とすること〕が義務づけ訴訟に付されるとすれば、それは行政の第一次的判断権の尊重など行政法固有の論理に由来するものといえようか。なお、原告の救済の必要という観点からは、法令による申請権の有無という点は決定的な要素にはならないように思われ、問題は、申請権のない者の利益をどの範囲で「法的に重要な利益」として特定していけるかという原告適格の問題に帰着しよう。」

（22）ジュリ鼎談二四頁の阿部発言。

（23）判タ座談会三〇頁以下の深山発言。福井及び市村もこれに同意している（同三一頁）。衆議院法務委員会（二〇〇四年四月二七日）における房村政府参考人、同委員会（五月一二日）及び参議院法務委員会（同年五月二七日）における山崎政府参考人の答弁も同旨。山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四＝五号（二〇〇四年）六四頁以下、橋本・前掲注（5）六三頁、小早川・高橋編・前掲注（3）四九頁（橋本博之執筆）、小林・前掲注（12）一六二頁以下、福井他・前掲注（13）一三九頁以下、三七一頁以下、小早川編・前掲注（4）一二四頁以下、塩野宏・行政法Ⅱ［第四版］（二〇〇五年）二一八頁も参照。

(24) ドイツにおいても、第三者に対する不利益処分を求める場合を含め、義務付け訴訟について補充性が要件とされているわけではない。山本隆司「行政訴訟に関する外国法調査―ドイツ（上）」ジュリ一二三八号（二〇〇三年）九一頁参照。

(25) もっとも、後述するように（四2）、差止訴訟の対象については、「考え方」では「特定の処分」とされていたが、法案及び法では「一定の処分」となっており、義務付け訴訟との差がなくなっている。

(26) ジュリ鼎談二〇頁以下の小早川・芝池発言。

(27) 判タ座談会二九頁の越智発言参照。衆議院法務委員会（二〇〇四年四月二七日）における房村政府参考人の答弁、小林・前掲注（12）一五八頁、福井他・前掲注（13）三六八頁も同旨。

(28) 高橋滋「訴訟類型論」ジュリ一二三四号（二〇〇二年）二九頁。

(29) 市村陽典「行政事件訴訟法の改正と裁判実務」判時一八七七号（二〇〇五年）二五頁、小林・前掲注（12）一七二頁、福井他・前掲注（13）九三頁、一四七頁、三七五頁も同旨。

(30) 小林・前掲注（12）一七二頁。阿部泰隆「義務づけ訴訟論」（一九七七年）同・前掲注（18）二九九頁も参照。

(31) 無効等確認訴訟及び不作為の違法確認訴訟については、出訴期間がないことから、このような問題は生じない。

(32) 市村・前掲注（26）二五頁も、追加的に併合できるのは出訴期間内に限るとする。小林・前掲注（12）一七三頁、福井他・前掲注（13）一四七頁も同旨。

(33) 阿部・前掲注（30）二九八頁参照。山本（隆）・前掲注（23）七五頁以下、同「義務付け訴訟と仮の義務づけ・差止めの活用のために（上）」自研八一巻四号（二〇〇五年）九五頁も、義務付け訴訟のみが提起された場合、その時点で取消訴訟も併合提起されたものと解釈すべきとする。

(34) 芝池義一「行政事件訴訟法改正法案の解説」法時七六巻五号（二〇〇四年）五九頁。

(35) 判タ座談会二六頁の阿部発言参照。

(36) 小林・前掲注（12）七九頁、一七二頁以下、福井他・前掲注（13）九三頁、一四七頁、三七五頁も同旨。

(37) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商一三〇巻四＝五号（二〇〇四年）一〇頁、同・前掲注（23）二一六頁。山本（隆）・前掲注（33）七六頁によれば、ドイツではこのように解されているようである。

(38) 不開示決定を開示請求者が争う場合に限る。開示決定を第三者が争う場合（いわゆる逆ＦＯＩＡ訴訟）は従来通り取消

訴訟によることになるが、状況によっては差止訴訟の提起も考えられる。

(39) 判タ座談会二七頁の市村発言、塩野・前掲注（23）二二一頁。

(40) 白石健三他「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題5」判タ一七三号（一九六五年）四八頁以下。小早川編・前掲注（4）一三九頁の鶴岡稔彦発言、塩野・前掲注（23）二二三頁も同旨。南博方編・注釈行政事件訴訟法（一九七二年）三〇二頁（山内敏彦執筆）も同旨だが、取消訴訟と併合されたときは「処分時とすべきであろうか」と述べている。阿部・前掲注（30）三〇一頁によれば、ドイツにおいては判決時説で異論はないとされる。

(41) もっとも、この場合についても、併合提起される拒否処分取消請求等に理由があることが義務付け判決の要件とされているので（三七条の三第五項）、拒否処分がその時点で適法であれば義務付け判決はできないように思われる（不作為の事案については別である）。したがって、再度申請を行い、義務付け訴訟（及び拒否処分取消訴訟等）を改めて提起しなければならなくなるが、このような迂遠な処理に合理性があるかは疑問である。

(42) 阿部・前掲注（30）三〇二頁以下。もしこのような考え方をとらないのであれば、行政側の過失責任で満足すべきではなく、損失補償を認めるべきであると指摘する。

(43) 多くは一号訴訟だが、二号訴訟の場合もありうる。前注（15）参照。

(44) 鈴木庸夫「違法判断の基準時」成田頼明編・行政法の争点［新版］（一九九〇年）二一九頁、塩野・前掲注（23）一八二頁。

(45) 山本（隆）・前掲注（23）七五頁は阿部説と同じ結論をとるが、「訴訟法の問題ではなく、行政庁が自らの違法行為の結果を除去して適法な状態を回復する実体法上の義務の帰結である」と説明する。山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（下）」自研八一巻五号（二〇〇五年）九九頁以下によれば、ドイツでは基準時は判決時だが、原告が判決時に請求権を有するかは実体法の問題とされる。

(46) 原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」（一九七二年）同・訴えの利益（一九七三年）七五頁注（15）、阿部・前掲注（30）二八二頁以下、塩野・前掲注（14）三二六頁注（34）。

(47) 阿部泰隆「法治国家充実のための法改革、行政訴訟改革」神戸法学雑誌五三巻三号（二〇〇三年）二一頁、二三頁。ジュリ鼎談一九頁、二四頁以下の阿部・小早川発言も同旨。

(48) 阿部・前掲注（47）二三頁、小早川編・前掲注（4）一三二頁の亘理発言。

(49) 小林・前掲注（12）七五頁等は、「法令の規定に事実をあてはめることによって裁量の余地なく処分をすべきであると認められる場合をいう」と説明している。小早川＝高橋編・前掲注（3）八九頁（山本隆司執筆）も、差止め訴訟の要件に関してであるが、「法令の規定から明らか」とは行政庁が羈束されていることを意味し、本案勝訴要件を特別に制限する趣旨ではないと解する。小早川編・前掲注（4）一三一頁の小早川発言も同旨。

(50) ジュリ鼎談一九頁以下の芝池・小早川発言は肯定的である。他方、判タ座談会三一頁の深山発言は否定的なニュアンスのようである。第二七回検討会における小林参事官の説明は実務に委ねる方向を示唆するように読める。

(51) 指令判決ないし抽象的義務付け判決を可能とするものとして、橋本・前掲注（5）五八頁以下、小早川＝高橋編・前掲注（3）五二頁（橋本執筆）、福井他・前掲注（13）三七九頁、山本（隆）・前掲注（33）七九頁。

(52) 原田・前掲注（46）七九頁参照。小幡純子「不作為の違法確認訴訟」法教二六三号（二〇〇二年）四七頁は批判的である。

(53) ジュリ鼎談二〇頁の小早川発言参照。

(54) 以上については判タ座談会二八頁以下及び小早川編・前掲注（4）一一八頁以下の議論を参照。第三者による再訴を封じる手段として訴訟告知（民訴五三条）や第三者の訴訟参加（行訴三八条一項、二二条）が考えられるが、後者については参加した第三者に判決効が及ぶかが明確でないという問題がある。小林・前掲注（12）一七九頁以下、小早川編・前掲注（4）一一九頁以下の村田斉志発言参照。

(55) 山本（隆）・前掲注（3）五七頁以下、小早川＝高橋編・前掲注（3）七六頁（山本（隆）執筆）は、権力的事実行為について、取消訴訟ではなく、むしろ差止め訴訟で争うべきとする。

(56) 前注（25）参照。

(57) 改正行訴法成立後に開かれた二八回検討会では特段の説明がなされていない。

(58) 小早川編・前掲注（4）一三五頁における村田斉志発言はこの趣旨のようである。

(59) 山本和彦「行政事件訴訟法の改正について」ジュリ一二七七号（二〇〇四年）三七頁注（8）。

(60) 判タ座談会三三頁の深山発言は、前提処分の取消訴訟を提起すれば当然に後続処分はできないとされている場合を挙げ、「例外的に問題となるにすぎませんね」と述べる。衆議院法務委員会（五月一二日）において山崎政府参考人は同様の説

明を行い、国税徴収法九〇条（三項）を例示している。小林・前掲注（12）一九一頁は、その他、国家公務員法一〇八条の三第八項、地方公務員法五三条八校、職員団体等に対する法人格の付与に関する法律八条二項を挙げる。同書八三頁では、前提となる処分について「執行停止を得れば」後続処分が当然にできない旨が法令上定められている場合とされている。公法上の当事者訴訟、特に後述する確認訴訟との関係も問題となりうるが、橋本・前掲注（5）八一頁、小早川＝高橋編・前掲注（3）八七頁以下（山本（隆）執筆）は他の「適当な方法」に当たらないと解する。山田洋「確認訴訟の行方」法時七七巻三号（二〇〇五年）四七頁以下も同旨。

(61) これに対し、山本弘「民事訴訟法学の見地から見た行政事件訴訟法改正」民商一三〇巻六号（二〇〇四年）六六頁以下は、民事訴訟法学の立場から、「取消訴訟中心主義」ないし「行政庁の第一次的判断権の尊重」にとらわれない制度設計を示唆する。他方、山本（和）・前掲注（21）一一一頁、同・前掲注（59）三七頁は、民事的発想からも補充性要件は正当化されるとする。

(62) 高木・前掲注（13）七八頁、同・前掲注（15）八九頁、橋本・前掲注（5）七九頁、小早川＝高橋編・前掲注（3）七二頁以下（山本（隆）執筆）、久保・前掲注（20）二八頁参照。

(63) 具体的な検討として、小早川＝高橋編・前掲注（3）七九頁以下（山本（隆）執筆）参照。ドイツ法を検討した山本（隆）・前掲注（15）四二頁以下も参考になる。

(64) 中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商一三〇巻六号（二〇〇四年）二四頁以下は、具体的な適用例として、入札、届出不受理、行政指導、法規命令、通達紛争、法律・条例、都市計画上の決定に関する紛争を挙げている。その他、福井他・前掲注（13）二五五頁以下も参照。

(65) 久保・前掲注（20）三〇頁。

(66) 例えば、田中二郎・新版行政法上巻［全訂第二版］（一九七四年）七八頁以下。山田・前掲注（60）四八頁も参照。

(67) 小早川編・前掲注（4）一五三頁の村田発言はこの趣旨か。

(68) 行為の違法確認も可能と解するものとして、ジュリ鼎談二七頁の芝池発言、高木・前掲注（13）七九頁、同・前掲注（15）九〇頁、小早川＝高橋編・前掲注（3）一一〇頁（黒川哲志執筆）、福井他・前掲注（13）二五五頁、山田・前掲注（60）四七頁等。市村・前掲注（29）二四頁は現在の法律関係の確認が基本になるべきであるとする。

(69) 行為の確認訴訟を認めた場合、当該行為と原告との結びつきが必ずしも明確でない事案については、後述する確認の利益とは別に、取消訴訟等と同様に原告適格が問題となりうるかもしれない。そして、必ずしも法律に基づかない行為（行政指導など）については、原告適格に関する従来の考え方がそのままでは当てはまらない可能性もある。

(70) 逆にいえば、「法律関係」の概念を広く解するならば、行為の確認訴訟を認めるか否かという問題はさほど重要ではないことにもなりうる。久保・前掲注（20）二九頁、小早川編・前掲注（4）一五四頁の中川丈久発言参照。また、ドイツ法についてであるが、山本（隆）・前掲注（15）四六頁以下参照。

(71) 横川川訴訟の調査官解説は、同訴訟の第三次請求について、これは「法令に基づく義務そのものを対象としており、Xの具体的な義務を対象としているわけではないから、これを行政事件訴訟法四条にいう「当事者訴訟」ということはできない。右のような訴訟は、一種の無名抗告訴訟ではないかと思われる」と述べている（増井和男・ジュリ九五三号八六頁、傍点原文）。このような狭い法律関係の考え方を前提とする限り、確認訴訟の「活用」は困難と思われる。なお、小早川編・前掲注（4）一五五頁の鶴岡稔彦発言も参照。

(72) 判タ座談会四〇頁では、墓地埋葬法のような事案では確認訴訟の利用が可能とされている。ドイツにおける確認訴訟の対象としての法関係の捉え方については、山本（隆）・前注（15）四六頁参照。

(73) 比較法的に見ても問題があることについては、村上裕章「行政事件訴訟法の改正と外国法制調査」法時七七巻三号（二〇〇五年）三五頁参照。

(74) 同旨の指摘として、中川・前掲注（64）一六頁、二〇頁以下、前田雅子「行政作用と行政訴訟改革」ジュリ一二七七号（二〇〇四年）三四頁、福井他・前掲注（13）二四五頁、山田・前掲注（60）四七頁。

(75) 宇賀克也・改正行政事件訴訟法（二〇〇四年）一〇九頁。

(76) 小林・前掲注（12）二八〇頁は、「当該処分が広く多数の者の権利義務に対してどのような影響を与えるものであるかどうかなどを含めて、当該処分の執行を停止することによる影響が適切に考慮されることが担保される」と説明する。福井他・前掲注（13）三五七頁も「公益と私益との総合的勘案」を定めたものと解する。

(77) 村上裕章「執行停止と内閣総理大臣の異議」行政法の争点［第三版］（二〇〇四年）一二三頁参照。

(78) もっとも、このように解すると、二五条四項の積極要件でも「公共の福祉」が考慮されることとの関係をどう考えるの

かという問題がある。この点は第二六回検討会で水野武夫委員が指摘し、議論されているが、やはり規定を統合した方がよいのではないかと思われる。第一七回検討会で、深山委員は、旧法の解釈について、「この緊急性の判断の中に公共の利益を持ち込むとありました。多くの見解がそういうことなのかもしれませんが、別に公共の利益との調整は消極要件で、公共の福祉に重大な影響があるときは、また判断するので、二重に何か公共の利益というのが、衡量されるかのような解釈に何故かなっている」と指摘し、「もう少し分かりやすいといいますか、理解可能な要件にすべきではないかと思います」と述べている。本多滝夫「仮の救済制度論」法時七七巻三号（二〇〇五年）五六頁は、二五条二項・三項と四項の「公共の福祉」は質的に異なるとの理解が今後一般的になるのではなかろうか、と指摘する。

(79) さしあたり、村上・前掲注（77）一二二頁参照。

(80) 北村和生「行政訴訟における仮の救済」ジュリ一二六三号（二〇〇四年）七二頁。山本（弘）・前掲注（61）八二頁は、民事保全法二三条二項の要件（「著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」）に揃えることが妥当ではなかったかと述べる。

(81) 立法関係者の見解として、「償うことのできない損害」とは「重大な損害」より程度の重い損害を指すにすぎないと説明されている（判タ座談会三五頁以下の深山発言）。衆議院法務委員会（五月七日）における山崎政府参考人の説明も同旨。検討会委員も、ホームレスが生活保護を求めている場合（判タ座談会三五頁の福井発言）や、身体障害者が高校入学を求めている場合（判タ座談会三五頁の市村発言、ジュリ鼎談三五頁の小早川発言）には要件を満たすと述べている。衆議院法務委員会（四月二七日）における房村政府参考人も、緊急に給付をしてもらわないと生活が成り立たない場合を挙げている。その他、宇賀・前掲注（75）一六一頁、小早川＝高橋編（3）二四五頁（下井康史執筆）参照。阿部・前掲注（30）二六〇頁以下も参考になる。

(82) 宇賀・前掲注（75）一六一頁。

(83) 北村・前掲注（80）七二頁以下。小早川＝高橋編・前掲注（3）二四八頁（下井執筆）は柔軟な解釈が改正法の趣旨に適うと指摘する。

(84) 小早川＝高橋編・前掲注（3）二五〇頁（下井執筆）。

(85) 小早川編・前掲注（4）一八四頁の小早川発言はこの趣旨と思われる。