

改正行政事件訴訟法と判例・学説—パート（2）

土 居 正 典

[目次]

- I はじめに
- II 改正行政事件訴訟法
 - 1 改正行政事件訴訟法の主要ポイント
 - 2 訴訟形式（訴訟類型）・原告適格（以上、法学論集42巻1・2号合併号）—パート（1）
- III 判例・学説（以下、本号）
 - 1 主要判例の検討
 - （1）主要判例の整理
 - 1）処分性
 - 2）原告適格
 - 3）訴訟形式（訴訟類型）
 - 4）仮の救済制度
 - （2）主要判例の検討
 - 1）総論的検討
 - 2）各論的検討（以上、本号）—パート（2）
 - 2 学説の整理・検討（以下、次号・完）—パート（3）完
 - （1）学説の整理
 - （2）学説の検討
- IV おわりに

III 判例・学説

本章では、改正行政事件訴訟法（以下、改正行訴法という。）の制定・施行の前後の主要な判例・学説について整理・検討を行っていく。1では、「主要判例の検討」を、2では、「学説の整理・検討」を行っている（この部分は次号で扱う）。

1 主要判例の検討

(1) 主要判例の整理

以下の判例の整理・検討に際しては、改正行訴法の制定に影響を与えたと思われる諸判例も含めて、第Ⅱ章で取り上げた改正行訴法の主要ポイントのうち、訴訟要件、訴訟形式（訴訟類型）、そして、仮の救済制度に関する判例を整理・検討する。整理・検討する判例を判例一覧として最初に掲げておくが、その中でも、改正行訴法の制定・施行に関して、特に主要な判例のみを詳しく述べ、それ以外の判例については、各論点毎に判例の結果のみを引用するだけにする。

尚、改正行訴法の中にはない「抗告訴訟の対象（処分性）」についても、最初のところで言及しておく。この点は、改正されなかった行訴法の訴訟要件の一つである処分性の問題が重要であり、最近の判例の中に注目すべき判決もあり、今後の行訴法の改正作業において、検討すべきではないかと思う筆者の考えから、処分性の問題もここで論じておく。

【判例一覧】

判例 1. 新潟空港上告審判決（最判平成 1. 2. 17 民集 42- 2 -56）

判例 2. もんじゅ原発訴訟第一次上告審判決（最判平成 4. 9. 22 民集 46- 6 -571）

判例 3. 都市開発許可と附近住民の原告適格（最判平成 9. 1. 28 民集 51- 1 -250）

判例 4. 林地開発許可を争う附近住民の原告適格（最判平成 13. 3. 13 民集 55- 2 -283）

判例 5. 建基法 42 条 2 項による 2 項道路の指定告示（最判平成 14. 1. 17 民集 56- 1 -1）

判例 6. もんじゅ原発訴訟差戻後の控訴審判決（名古屋高金沢支判平成 15. 1. 27 判時 1818- 3）

判例 7. もんじゅ原発差戻後の上告審判決（最判平成 17. 5. 30 判時 1934- 184）

判例 8. 海上運送法上の一般旅客定期航路事業の一部停止命令に対する「重大な損害」（福岡高決平成 17. 5. 31 判タ 1186- 110）

- 判例 9. 町立幼稚園就園不許可処分の仮の義務付け訴訟（徳島地決平成17. 6. 7 判自270-48）
- 判例10. 病院開設中止勧告事件（最判平成17. 7. 15 民集59-6-1661）
- 判例11. 産廃処分業の許可と附近住民の差止請求（大阪地決平成17. 7. 25 判タ1221-260）
- 判例12. 在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決（最大判平成17. 9. 14 判時1908-36）
- 判例13. 病床数削減勧告事件（最判平成17. 10. 25 判時1920-32）
- 判例14. 小田急線連続高架化訴訟大法廷判決（最大判平成17. 12. 7 判時1920-13）
- 判例15. 大阪ホームレスのテント等の除却命令事件（大阪地決平成18. 1. 13 判タ1221-256）
- 判例16. 東大和市保育園入園承諾仮の義務付け申立事件（東京地決平成18. 1. 25 判自283-64）
- 判例17. 産廃処分業の許可処分差止事件（大阪地判平成18. 2. 22 判タ1221-238）
- 判例18. 国民健康保険料納付交渉記録の非公開に対する公開処分の義務付け訴訟（大阪地判平成18. 3. 23 判自288-74）
- 判例19. 西大阪延伸線工事施工認可取消訴訟（大阪地判平成18. 3. 30 判タ1230-115）
- 判例20. 都計法施行規則60条の証明書の不交付通知の取消訴訟と義務付け訴訟（岡山地判平成18. 4. 19 判タ1230-108）
- 判例21. 河川敷の不法占用者に対する河川法に基づく工作物の除却命令、原状回復命令の義務付け訴訟（天津地判平成18. 6. 12 判自284-33）
- 判例22. 大阪府パチンコ店営業許可の仮の差止め訴訟（大阪地決平成18. 8. 10 判タ1224-236）
- 判例23. 東大和市保育園入園承諾義務付け訴訟本案訴訟（東京地判平成18. 10. 25 判タ1233-171）
- 判例24. 小田急線連続高架化事業認可取消訴訟上告審本案判決（最判平成18. 11. 2 民集60-9-3249、判時1953-3）

判例25. 住基ネットワークシステムとプライバシー権の保護（1事件・大阪高
判平成18. 11. 30 判時1962-11、2事件・名古屋高金沢支判平成
18. 12. 11 判時1962-11）

判例26. 病院開設許可取消訴訟における付近医療施設開設者等の原告適格（最
判平成19. 10. 19 判タ1259-197）

以上、26の判例の中から、主要な判例を中心に整理・検討していく。主要判
例の整理・検討の分類項目は、1）処分性、2）原告適格、3）訴訟形式（訴
訟類型）、4）仮の救済制度である。

1）処分性

訴訟要件の一つである処分性は、抗告訴訟の対象であり、改正行訴法3条
2項所定の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」であり（今回
の改正では、処分性についての改正はなされていないが）、行政庁の行う全
ての行為が行政行為（行政処分）でないことは、抗告訴訟の対象を巡るリー
ディング・ケースであるごみ焼却場の設置事件（最判昭和39. 10. 29 民集
18-8-1809）や、土地区画整理事業計画事件（最判昭和41. 2. 23 民集
20-2-271）で処分性が否定されることが明らかにされている。前者の判
例では、行政庁の処分とは、「その行為によって、直接国民の権利義務を形
成また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をいうもの
である」とし、本件ごみ焼却場の設置行為は、東京都が公権力の行使により
直接原告らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認
められている場合に該当しないとして、処分性を否定し、後者の判例は、事
業計画は、一連の土地区画整理事業手続の根幹をなすものであり、その後の
手続の進展に伴って、仮換地の指定処分、建物の移転・除却命令等の具体的
処分が行われ、これらの処分によって具体的な権利侵害を生じることはあり
うるが、事業計画そのものとしては、……特定個人に向けられた具体的な処
分ではなく、いわば当該土地区画整理事業の青写真たるにすぎない一般的・
抽象的な単なる計画にとどまるものであるとして、行政計画の処分性を否定
している。このように、抗告訴訟の対象である処分性については、例えば、
田中二郎博士は抗告訴訟について、「行政庁の公定力をもった第一次的判断
（略）を媒介として生じた違法状態を否定又は排除し、相手方の権利利益の

保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟形態」であり、「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為（略）の取消を求める訴訟をいい、……行政庁の公定力をもった処分の全部又は一部の取消しを求め、その効力を遡及的に消滅させることを本体とした形成訴訟で、行政事件訴訟の代表的な形態であるとし⁽¹⁾、通説・判例のとる伝統的な考え方であり、取消の対象は公定力をもつ行政庁の行為のみに限定する考えをとっている。これに対して、処分性を広く捉える考え方は、原田尚彦教授の言を借りれば、「取消訴訟は行政行為の公定力を否認する制度として誕生してきた。よって、公定力をとまなう『行政行為』は取消訴訟の排他的管轄に属し、取消訴訟によらなければその効力を否認することができない。しかし、取消訴訟の働きを行政行為の公定力を否認するだけに限定する必要はない。取消訴訟を違法な公行政の活動から国民を救済するための道具（救済手段）として活用し、行政行為以外の（公定力をとまなわない）行政庁の行為であっても、それが実質的に国民生活を一方的に規律するものであり、かつ国民がこれにより現実にも不利益を受け、または受けるおそれがあるにもかかわらず、民事訴訟その他の手続によっては容易に救済が求められない場合には、これを取消訴訟の対象に加えて争うことを認めるべきであるとする。救済の必要性が存するかぎり柔軟に対応して、行政行為以外のそれ自体は公定力をもたない行為にも、『処分性』を承認し取消訴訟の手続を借りて争うことを認めるべきであるとするのである。行政訴訟を国民の実生活の擁護にあるとみる救済本位の訴訟観に立つ見方といってよい」と述べられている⁽²⁾。このような考えは、通説の考えに対して、公定力を伴わない行政庁の行為であっても処分性を認めるもので、形式的行政処分ともいわれている⁽³⁾。そして、原田教授は、「今後は、処分性の認定につき通説・判例の見方を基本とするにしても、硬直的機械的になるのを避け、漸次、救済本位の見方を加味して事案に即した弾力的な運用をはかり、国民の救済の実効を期すのが、適当である。判例も、ようやくそうした方向をたどる兆しをみせてきた」、と最近の判例の処分性の判断を評している⁽⁴⁾。

さて、処分性についての判例の考え方は、処分性を巡る通説・判例の考えを基本としながら、最近、判例の中にも注目すべき判示がある。その判例は、

判例5、判例10、判例13である。

まず、判例5（2項道路の指定告示の処分性）については、次のような事実の概要・判旨である。

〔事実の概要〕

被告である奈良県知事Yが告示により、「幅員4m未満1.8m以上の道」を建基法42条2項のみなし道路（2項道路）に指定し、そして、原告であるXの敷地上にある通路状の土地（本件通路部分）が2項道路に当たる旨の建築主事の回答を受けた。これに対して、Xが本件通路部分についての指定処分が存在しないことの確認を求める訴訟（道路判定処分無効確認請求）を提起し、第一審判決（奈良地判平成9.10.29）は、訴えの利益を認め、本件通路部分が2項道路にあたらないとして、Xの請求を認めた（Xの勝訴）が、第二審判決（大阪高判平成10.6.17）は、告示による包括的指定ではどの道路が2項道路に当たるか不明であり、直ちに私権の制限が生じるものとはいえないとして、本件指定の処分性を否定して、Xの請求を却下している（Xの敗訴）。

〔判旨〕破棄差戻し

本件告示は2項道路として指定するものであり、指定の効果として、2項道路としての告示自体により、私権の制限が生じる。それは、建基法44条より、道路内の建築等が制限され、法45条より、私道の変更又は廃止が制限され、本件の一括指定により、具体的な私権制限を発生させ、個人の権利義務に対して直接影響を与えるので、従って、本件告示のような一括指定の方法による2項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解すべきである旨判示し、処分性を認めている。

次に、判例10（病院開設中止勧告事件）と判例13（病床数削減勧告事件）も取消訴訟の処分性について、最高裁が緩やかな態度を示したものである。ここでは判例10についてのみ言及する。

判例10（病院開設中止勧告の処分性）

〔事実の概要〕

病院開設許可申請者である原告Xが被告富山県知事Yに対して、医療法30条の7に基づいて、病院開設許可申請を行ったが、富山県地域医療計画に定

める当該医療圏の必要病床数に達していることを理由として、開設中止の勧告を受けたが、Xがこれを拒否したため、YはXに対して開設許可処分を下すとともに、厚生部長名で、中止勧告に従わなかった場合、保険医療機関の指定が拒否される旨の通告（本件通告部分）を行ったので、Xは本件勧告と通告部分の取消しを請求し、第一審判決（富山地判平成13. 10. 31）、第二審判決（名古屋高金沢支判平成14. 5. 20）は、本件勧告と通告部分の処分性を否定したので（却下）、Xが上告したのが本件である。

〔判旨〕破棄・差戻し

医療法30条の7所定の病院開設中止の勧告とは、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。医療法30条の7に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、本件勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当であるとして、本件通告部分については原審の判断を支持したが、本件勧告については処分性を認めて、原判決を破棄し、第一審に差し戻した。

2）原告適格

訴訟要件の一つである原告適格は、広義の訴えの利益に含まれるもので（改正行訴法9条1項本文、9条1項かつこ書は狭義の訴えの利益）あるが、改正法によって新設された9条2項により、従来の原告適格論にも影響があったとされ、判例においてどのような変化があったのか否かが注目されている。以下、改正行訴法の制定・施行の前後の主要な判例の状況をみていく。

ここで扱う主要判例は、判例1（新潟空港事件）、判例2. 6. 7（もんじゅ原発訴訟）、判例3（都市開発許可）、判例4（林地開発許可）、判例14（小田急線連続高架化事件）、判例17（産廃処分業の許可処分）、判例19（西大阪延伸線工事施工認可）、判例25（住基ネットワークシステムとプライバシー

権)、判例26(病院開設許可)であるが、これらの中で、原告適格の肯定例は、判例1、判例2.6.7、判例3、判例4、判例14、判例17、判例19、判例25の一部の判決であり、原告適格の否定例は、判例25の一部の判決と判例26である。これらの判例中、主要な判例についてのみ、事実の概要と判旨を整理し、その他の判例については、結論のみを引用しておく。

①改正行訴法以前の主要判例(平成16年6月9日の改正行訴法公布前迄の主要判例)

(a) 判例1(新潟空港事件)

[事実の概要]

本件は、昭和54年12月に被告運輸大臣Yが新潟―小松―ソウル間の定期航空運送事業免許を日本航空に与えたこと(全日空に対しては、新潟―仙台間の事業免許を与えている)に対して、空港周辺に居住する原告住民Xらが、騒音により健康ないし生活上の利益が侵害されるとして、本件定期航空運送事業免許処分の取消しを求めたもので、第一審判決(新潟地判昭和56.8.10)、第二審判決(東京高判昭和56.12.21)は、航空法101条の免許基準は空港周辺住民の利益を保護することを目的とするものではないから、原告適格は認められないとして、訴えを却下したが、上告審判決は原告適格を認める判示を行った。

[判旨] 棄却

上告審判決の判旨部分については、拙稿・前号の法学論集42巻1.2号合併13頁(2008.3)で既述済みなので、詳細はそれに譲るが、ここで、再度、整理し直してみる。上告審の判旨は、原告適格の有無については、改正前の行訴法9条所定の「法律上の利益を有する者」につき、通説・判例の法的保護利益説からアプローチし、当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規も解釈の対象にして、「運輸大臣は、航空運送事業免許の審査に当たって、申請事業計画を騒音障害の有無及び程度の点からも評価すべきであり、この点の判断を誤った場合には、免許処分は裁量の逸脱となりうるから、新規路線免許により生じる航空騒音によって、社会通念上著しい障害を受けるものには、免許取消しを求める原告適格が認められる」、と判示した。本案事項については、本件処分の違法性はないとして、棄却している。

(b) 判例 2. 6. 7（もんじゅ判決）

〔事実の概要〕 省略

〔判旨のみ〕 判例 2. 6 を中心に扱う。

判例 2 の第一次上告審判決（最判平成 4. 9. 22）も、前掲拙稿法学論集 42 巻 1. 2 号合併号 12 頁を参照してほしいが、ここでも再度、整理してみる。上告審の判旨は、規制法 23 条 1 項 4 号は、住民の生命・身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものであると解し、無効確認訴訟の原告適格の有無については、本件原子炉は研究開発段階にある原子炉である高速増殖炉であること等の事実には照らすと、原子炉から約 58km に居住する X らも、本件原子炉の設置許可の際に行われる規制法 23 条 1 項 3 号所定の技術的能力の有無及び 4 号所定の安全性に関する各審査に過誤、欠落がある場合に起こり得る事故等による災害により直接的かつ重大な被害を受けるものと想定される地域内に居住する者に該当するし、本件無効確認訴訟は、当該処分 of 効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達成することができないものに限り提起することができるが、動燃に対する民事（差止）訴訟は、右にいう当該処分 of 効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えに該当するものとみることができず、また、本件無効確認訴訟と比較して、本件設置許可処分に起因する本件紛争を解決するための争訟形態としてより直裁的かつ適切なものであるともいえないとして、無効確認訴訟の要件該当性を認めて、本件を第一審に差し戻した。判例 6 の差し戻後の控訴審判決（名古屋高金沢支判平成 15. 1. 27）は、伊方原発訴訟の原子炉設置許可処分の違法性判断基準の 2 点である、（１）原子炉安全委員会……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炉安全委員会……の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があることの 2 点であるとし、原子炉設置許可処分の無効確認訴訟が提起された場合、原子炉の潜在的危険性の重大さの故に特段の事情があるものとして、その無効要件は、違法（瑕疵）の重大性をもって足り、明白性の要件は不要と解するのが相当であるとして、本件では、従来の判例・通説の無効原因であった「重大且つ

明白の瑕疵」の要件を採らなかった。そして、判旨は、本件許可処分 of 重大な瑕疵の存否についても、本件原子炉施設において、原子炉格納容器内の放射性物質の外部環境への放出の具体的危険性を否定することができないとして、本件処分を無効とした。これに対し、判例 7（最判平成17. 5. 30）は、無効原因が「明白性補充要件説」であるか否かに一言も言及することなく、本案事項である本件許可処分は違法ではないとして、棄却判決（Xらの敗訴）を下している。

(c) 判例 4（林地開発許可）

〔事実の概要〕

本件は、訴外 A 社が岐阜県内のゴルフ場造成のために、被告岐阜県知事 Y に対して、森林法10条の2に基づく林地開発許可申請を行い、許可されたため、本件林地開発地域周辺に居住する原告 X らが本件許可処分の取消請求を行ったものである。第一審判決は（岐阜地裁平成7. 3. 22）、X らの利益は反射的利益であるとして、X らの原告適格を否定したが、第二審判決は（名古屋高判平成8. 5. 15）、森林法10条の2第2項は、一般的公益を保護するとともに、開発行為がもたらす災害等の被害を受けることが想定される範囲の関係者の生命、身体、財産及び環境上の個々人の個別的利益をも保護する趣旨を含むとし、X らは個別的利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがあるとして、X ら全員の原告適格を肯定したため、Y が上告したのが本件である。

〔判旨〕一部破棄自判、一部棄却（X 1. X 2 のみ原告適格を肯定し、X 3 ～ X 7 は原告適格を否定した。）

本件判旨は、行訴法9条の「法律上の利益を有する者」については、法律上保護された利益説の通説・判例に従った考えであるが、原告適格の有無の判断について、前掲もんじゅ判決上告審判決（判例2）や川崎市宅地開発事件判決（判例3）の判旨に依拠し、2 人の原告の原告適格を認める結果となっている。つまり、判旨は、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利

益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。そして、当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである」として、本件開発行為の区域周辺に居住する者である、X 1. X 2 について、土砂の流出又は崩壊、水害等の災害による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者と認めるのが相当である旨、判示している。

(d) 判例 3（都市開発許可）

〔事実の概要〕

訴外 A. B はマンション建築を目的とした都市計画法（以下、都計法という。）上の開発行為を行うため、被告川崎市長 Y に対して、都計法（平成 4 年法律第 82 号に基づく改正前のもの）29 条に基づく開発許可処分の申請を行い、平成 4 年 2 月 24 日に開発許可処分を受けた（以下、本件許可処分という）。これに対して、急傾斜地である本件開発区域の下方又は上方の近隣地に居住する原告住民 X ら（本件上告人ら）は、（１）本件処分は都計法 33 条 1 項 14 号の関係権利者の相当数の同意を得ていない違法がある、そして、（２）本件開発行為によって起こりうるがけ崩れ、地滑り又は土砂の流出により、その生命、身体、健康、精神及び生活に関する基本的権利並びに有効な生活環境を享受する権利を侵害されるおそれがあると主張し、本件処分の取消しを求める審査請求を経由して（一部却下・一部棄却）、本訴に及んでいる。第一審・第二審ともに X らの原告適格を否定しているが、その理由とするところは、（１）開発行為制度が個々人の個別具体的な権利、利益を保障しているものではないこと、（２）都計法 33 条 1 項 14 号の同意が同意権者個々人の権利の保障を目的としたものではないことである。これを不服として、原告らのうち、3 名が上告したのが本件である。

〔判旨〕破棄・差戻し

本判決は行訴法9条所定の「法律上の利益を有する者」の解釈について、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害される虞のある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである」とし、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである」とする、リーディング・ケースの「もんじゅ事件判決」（最判平成4.9.22 民集46-6-571）の考えを踏襲する旨判示している。

また、判旨は、X1. X2の原告適格の存否につき、都計法33条1項14号については、Xらの権利・利益を保護するものでないとして原告適格を否定したが、同項7号については、「開発区域内の土地が同号にいうがけ崩れのおそれが多い土地等に当たる場合には、がけ崩れ等による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有すると解するのが相当である」と判示している。

②改正行訴法後の主要判例（平成17年4月1日の同法の施行後）

(a) 判例14（小田急線連続高架化訴訟大法廷判決）原告適格肯定

〔事実の概要〕

本件は、私鉄の鉄道と道路の立体交差（高架化）に関する被告建設大臣Yの事業認可（2つの認可処分）に反対する本件事業の事業地の周辺地域に居住する原告住民Xらが、都市計画法（以下、都計法という。）に基づく国の事業認可処分の取消請求を行ったもので、第一審判決（東京地判平成13.10.3）は、本件鉄道事業と本件付属街路事業とを一体の事業として、後者

の事業地内の不動産につき権利を有する者は、認可の取消しを求める原告適格を有するとしたが、事業地内の周辺地域に居住し又は通勤、通学しているが事業地内の不動産につき権利を有しない者は、認可の取消しを求める原告適格を有しないとし、第二審判決（東京高判平成15. 12. 18）は、取消訴訟の目的は取消判決による個人の権利利益の回復にあるのだから、付属街路事業の事業地に不動産上の権利を有する者に認められる原告適格は、当該付属街路事業認可の取消しを求める限度でのみ認められ、本件鉄道事業の事業地内に不動産を有しない付属街路部分の土地所有者その他周辺住民らは、本件鉄道事業認可の取消しを求める原告適格は認められないと判示した。

〔判旨〕一部認容、一部棄却

本件判旨は、都条例が定める関係地域に住む原告37人の原告適格を認めたが、上告人Xらの原告適格の有無の判断基準として、都計法以外に公害対策基本法や東京都環境影響評価条例を総合的に斟酌し、都市計画事業の認可に関する都計法の規定の趣旨及び目的、これらの規定が都市計画事業の認可の制度を通して保護しようとしている利益の内容及び性質等を考慮すれば、同法は、これらの規定を通じて、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るなどの公益的見地から都市計画施設の整備に関する事業を規制するとともに、騒音、振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である。従って、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は、当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有するものといわなければならないと判示し、関係地域外の居住者3人以外のXら37人の原告適格を認めた。

尚、判例24の本案（事業認可処分の違法性）については、都知事が行った都市高速鉄道に係る都市計画の変更が鉄道の構造として高架式を採用した点において裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法であるとはいえないとして、本件訴えを棄却している。本判決の意義として、都市計

画事業の認可の適否を判断するに当たり、その基礎とされた都市施設に係る都市計画の変更について、裁量権の逸脱又は濫用の有無に関する審査基準を示し、これに基づく具体的な検討を行ってその有無を判断した点で、行政計画に対する司法審査のあり方を示したことが挙げられる。

(b) 判例17（産廃処分業の許可処分）・判例19（西大阪延伸線工事施工認可）・判例25（住基ネットワークシステムとプライバシーの保護）・判例26（病院開設許可）

これらの判例についての詳細は省略するが、結論のみ述べておく。判例17は産業廃棄物処分業の許可処分の差止め訴訟（改正行訴法37条の4第1項）と周辺住民の原告適格が問題となったもので、原告らのうち、本件土地の近隣に居住し、又は近隣において事業を営むなどしている個人について、本件差止めの訴えにおける原告適格を有するとしたが、近隣において事業を営んでいる法人については、本件差止めの訴えにおける原告適格を有しないとした（却下）。本件差止めの原告適格についても、取消訴訟と同様に考えられるとして、平成17年の大法廷判決（小田急線）のルールに従った判断をしている。判例19は取消訴訟において、原告適格が肯定され、判例24は個人情報保護に関する原告適格が問題になった2つの事件で、1事件（大阪高裁）は原告適格を一部認めているが、2事件（名古屋高裁金沢支部）の方は、原告適格を否定している。最後に、判例26は、第三者の医療法人Aに与えられた病院開設許可処分（医療法7条所定の）をライバルの医療機関が取消請求した事例で、第一審判決から上告審判決までXらの「法律上の利益」（原告適格）が否定されている。

3）訴訟形式（訴訟類型）

改正行訴法では新しい訴訟形式（訴訟類型、以下、単に訴訟形式という。）として、抗告訴訟では、法定抗告訴訟としての義務付け訴訟と差止訴訟が新設された（法3条6項・7項）。そして、法4条（当事者訴訟）では、当事者訴訟の一類型としての確認訴訟が明記されている。これは、実質的当事者訴訟の一つとして、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言の中に「確認訴訟」が例示されたものである。

義務付け訴訟については、法３条６項に１号の義務付け訴訟（非申請型義務付け訴訟）と２号の義務付け訴訟（申請型義務付け訴訟）があり、その訴訟要件として、法37条の２（１号の訴訟要件）と37条の３（２号の訴訟要件）にその法的根拠がある。２号（申請型）の義務付け訴訟の場合は単独の訴提起はできず、不作為の違法確認訴訟、取消訴訟、そして、無効等確認訴訟の併合訴訟が要件とされている（法37条の３第３項１号・２号）。差止訴訟の訴訟要件は、法37条の４にその法的根拠がある。尚、仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟（法37条の５）の訴訟形式については、原則として、仮の救済制度のところで一括して扱うが、一部、ここで述べているものもある。

訴訟形式に関する裁判例としては、判例12、判例15、判例18、判例20、判例21、判例23が挙げられる。

①義務付け訴訟・差止訴訟（５判例）

(a) 判例23・東大和市保育園入園承諾義務付け訴訟本案判決（東京地判平成18. 10. 25 判タ1233－171）認容・確定

〔事実の概要〕

本件本案訴訟は、東大和市に居住する原告Xは気管切開手術を受けて喉に障害の残る児童で、心身に障害のある就学前の児童を対象にした施設に通園していたが、Xの両親は被告である東大和市Yが設置運営する普通保育園へのXの入園申込みをしたが、処分行政庁である東大和市福祉事務所長は、二度にわたって不承諾処分をした。両親は、Xは、たん等の吸引が適切に行われれば普通保育園に通園することができるので、上記各不承諾処分は違法であり、Xの普通保育園への入園を承諾すべきである等を主張して、東大和市を被告Yとして、本件各不承諾の取消しを訴求するとともに、処分行政庁である市福祉事務所長がXに対して、Xの適切な保育園への入園を承諾することの義務付け等を求めたものである。仮の義務付け訴訟については判例16であるが、これについては次の４）仮の救済制度のところで言及する。

〔判旨〕取消請求・義務付け請求認容

本判决は、保育園入園の承諾の義務付けについて、原告X２（本件児童の父）がした原告X１（児童）の保育園入園申込みを不承諾とした本件各処分は取

り消されるべきものであり、保育園入園の承諾の義務付けと共に併合提起された本件各処分取消しの訴えに係る請求には理由があると認められ、また、処分行政庁が保育園への入園を承諾しないことは、児童福祉法24条1項ただし書の「やむを得ない事由」があると判断した処分行政庁の判断は、処分行政庁の裁量権の範囲を超え、又はその濫用となると認められるから、行訴法37条の3第5項の規定に基づき、処分行政庁に対し、原告X1につき保育園への入園を承諾すべき旨を命ずる判決をするのが相当であるというべきである、と判示した。

(b) 判例15（大阪城ホームレスのテント等の除却命令と差止請求と仮の差止請求）・判例18（国民健康保険料納付交渉記録の非公開に対する公開処分の義務付け訴訟）・判例20（都計法施行規則60条の証明書の不交付通知の取消訴訟と義務付け訴訟）・判例21（河川敷の不法占有者に対する河川法に基づく工作物の除却命令、原状回復命令の義務付け訴訟）

以上挙げた判例については簡単に結論のみ述べる。さらに、一部、仮の差止請求と本案の差止請求の事件について、ここで一括して述べているものもある。

まず、判例15（大阪城公園の不法占用・差止請求）は、都市公園である大阪城公園内にブルーシート製のテントで起居の場所としている（不法占用・ホームレス）申立人・原告であるXが相手方・被告である大阪市長の行ったテント等の除去命令への本案である差止請求と仮の差止請求であるが、本件本案事件は、行訴法37条の4第1項にいう「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る場合」の要件を欠くものであるから、本件仮の差止めの申立は、本案訴訟としての適法な差止めの訴えの提起を欠くとして、却下されている（確定）。

次に、判例18（義務付け訴訟）は、申請型義務付け訴訟に該当するもので、併合提起された取消訴訟が法37条の3第1項2号の要件を欠くとして却下され、判例20（都計法・義務付け訴訟）も申請型（申請満足型）義務付け訴訟で（法3条6項2号、37条の3）、義務付け訴訟を認容している。

さらに、判例21（河川法・義務付け訴訟）は、非申請型（直接型）義務付け訴訟で（法3条6項1号・37条の2）、琵琶湖畔で保養所を営む会社Xが、

自由通行権や眺望権を侵害されたとして、河川敷の不法占用者に対して河川法に基づく工作物の除却命令・原状回復命令等を被告滋賀県知事Yに求めた事例で、Xによって求められた処分が既に行われ、工作物の除去も進んでいることより、訴えの利益がないとして、本件請求は却下されている。

②確認訴訟（判例12）

判例12（在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審大法廷判決）の論点はいくつかあるが、本稿では、判旨部分については、改正行訴法4条に明示された確認訴訟についての判示部分に限定して、整理する。

〔事実の概要〕

本件は、在外国民に対して国政選挙における選挙権行使の全部又は一部を認めないことの適否等が争われたもので、原告Xらは、在外国民であることを理由に選挙権行使の機会を保障しないことが憲法等に違反するとして、国Yを名宛人として在外日本人選挙権剥奪違法確認等の請求を行った。Xらが争っている点を整理すると、主位的には、改正前と改正後の公選法がXらに国政選挙と衆参の選挙区選挙の選挙権の行使を認めていないのが違法である点と、予備的には、Xらが衆参の選挙区選挙において、選挙権を行使する権利を有することの確認請求と国の立法不作為に対する損害賠償請求である。第一審判決（東京地判平成11. 10. 28）と第二審判決（東京高判平成12. 11. 8）は、本件各確認請求に係る訴えについては、「法律上の争訟」に該当しないとして、却下し、国賠法の請求についてはこれを棄却した。

〔判旨〕一部破棄自判、一部上告棄却

大法廷判決は、主位的請求については不適法とし、予備的請求については、これを肯定している（国賠法の請求の判示部分は省略する）。

本件確認請求に係る訴え（確認訴訟）は、「公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる」ところ、その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である（略）上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、

同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。……本件確認請求に係る訴えについては、次回の両院の選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えと言うことができる」と判示し、本件の予備的確認請求は理由があり、これを認容すべきものであるとした⁽⁹⁾。

4) 仮の救済制度

ここでは、仮の救済制度として、改正行訴法25条（執行停止）と同法37条の5（仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟）に関する判例8（海上運送法上の一般旅客定期航路事業の一部停止命令に対する「重大な損害」）、判例9（徳島県藍住町立幼稚園就園不許可処分の仮の義務付け訴訟）、判例11（産廃処分業の許可と附近住民の仮の差止請求）、判例15（大阪城公園ホームレスのテント等の不法占用）、判例16（東大和市保育園入園承諾仮の義務付け申立事件）・判例22（パチンコ店営業許可の仮の差止訴訟）の主要判例を中心に簡単に述べていく。

さて、改正行訴法では、仮の救済制度の一つである執行停止制度について、要件を緩和化する措置が講じられている。法25条2項の執行停止の要件について、改正前の「回復困難な損害」という文言から「重大な損害」という文言に改正され、執行停止の申立ての要件を緩和した。そして、法25条3項においては、重大な損害を生じるか否かを判断する基準として、「損害の回復

の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする」という考慮事項を明示している。さらに、仮の義務付け訴訟と仮の差止め訴訟 については、法37条の5第1項で、仮の義務付け訴訟の積極的要件である、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるとき」と規定し、同条3項は二つの仮処分の消極的要件として、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」は執行停止ができない旨、規定している。また、法37条の5第2項では、仮の差止訴訟の積極的要件を同条1項と同様な規定を設けている。尚、両仮の訴訟は、申立人の申立に基づき、本案訴訟の訴提起が前提とされている（執行停止の申立も同様である）⁽¹⁰⁾。

①執行停止（判例8）抗告棄却・確定（国の敗訴）

判例8（海上運送法上の一般旅客定期事業）は、鹿児島県の鹿児島市種子島間の航路の海上運送法上の一般旅客定期事業（ジェットfoilである、いわゆるトッピーの運行等）を営む商船会社である申立人（即時抗告の相手方）Xが、所管行政庁の本件事業停止命令の取消訴訟を本案とする執行停止の申立てに対する停止決定（Xの勝訴）への相手方である国Yの即時抗告が棄却された事例である。つまり、本件決定は、サービスの改善に関する命令に違反したことを理由とする一般旅客定期航路事業の一部停止命令について、サービスの改善がされる蓋然性がある日の前日まで同命令の効力の停止が認められたもので、執行停止の積極的要件である、法25条2項所定の「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」か否かであって、その判断基準として、法25条3項所定の「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案する」が本件でも適用されている。そして、本件事業停止命令後、約1か月程度で同基準を充たす蓋然性があるから、この間の事業を継続させても、同基準の趣旨を没却するものではない、という同命令の内容・性質をも勘案して、重大な損害が生じると判示している。

②仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟

法37条の5に関する裁判例は、判例9（徳島県藍住町の幼稚園就園の不許可処分・仮の義務付け訴訟）、判例15（大阪城公園ホームレス不法占用事件・

仮の差止訴訟)、判例16(東大和市保育園入園拒否処分・仮の義務付け訴訟)、判例22(パチンコ店営業許可の仮の差止訴訟)の4判例である。

(a) 仮の義務付け訴訟(判例9・16)

2判例とも、申立人の仮の義務付け訴訟を肯定しているが、判例16(東大和市)は本案である義務付け訴訟(判例23)で既述済みなので、ここでは判例9(藍住町)を中心に整理していく。

判例9[事実の概要](藍住町)

本件は、障害を有する(二分脊椎の障害で、歩行障害及び排尿障害があり、水頭症に罹患している障害)幼児Aの町立幼稚園への就園を拒否した町教育委員会等の決定には裁量権の逸脱濫用があり、本案訴訟について理由があると思えるときに当たると認められ、就園拒否により償うことができない損害が発生しこれを避けるため緊急の必要があるとして、幼児の就園を仮に許可すべき旨を命じることを求める仮の義務付け申立てが認容されたものである(行訴法37条の3第1項2号・3項・5項と37条の5第1項)。本件の訴えは、幼児Aの親である申立人Xが法37条の3に基づき、本件不許可決定の取消と本件幼児Aの就園を許可すべき旨を命じることを求める義務付けの訴えを併合提起し、さらに、法37条の5に基づき、幼児Aが就園が許可されないことにより償うことのできない損害が生じるので、これを避ける緊急の必要があるとして、仮の義務付け訴訟を提起している。

[決定要旨] 認容・確定

1. 法37条の5第1項の「本案訴訟について理由があると思えるか否かについて」

本決定は、この要件について、本件不許可決定は、町教育委員会がその裁量権を逸脱又は濫用した違法なものとして取り消されるべきであり、かつ、本件申請を許可する決定をしないことはB幼稚園長又は町教育委員会の裁量権を逸脱又は濫用したものであるということが出来るから、本案訴訟について理由があると思える旨、判示した。

2. 法37条の5第1項の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があるか否かについて」

この要件については、本決定は、幼児Aは現在満5歳であり、本案訴訟の

判決を待っている、Aは、幼稚園に正式入園して保育を受ける機会を喪失するすることができる。また、Aに体験入園しか認めないことは、必要以上にAに差別感を抱かせるものであり、身体に障害を有するAの心身の成長や障害の克服等にとって障害となるおそれが十分に考えられる。このような損害は、後に回復するような性質のものではないことは明らかである、と判断している。

３．法37条の５の「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるか否かについて」

本決定は、仮にAの就園を許可することを義務付けたとしても、被申立人である藍住町Yが主張する状況が生じるおそれがあるとは認められないことは既に説示したところから明らかであるとした。

４．結論

本決定は、以上のとおりであるから、AのB幼稚園への就園を仮に許可することを義務付けるのが相当であり、本件申請についての許否の決定については、B幼稚園町長と町教育委員会のいずれもが権限を有するものというべきであるから、B幼稚園長に対して 上記のとおり仮に義務付けることを求めるXの主位的申立てには理由がある、として仮の義務付け訴訟を認めた。

尚、判例16（東大和市）の仮の義務付け訴訟の決定も、申立人の訴えを認容し、普通保育園への入園申込みに対する承諾をしないことは、児童福祉法24条１項ただし書にいう「やむを得ない事由」の有無の判断において裁量権の逸脱又は濫用があり、違法であるとして、相手方である東大和市Y１に対し、行訴法37条の５に基づき、申立人の長女Aが普通保育園に入園することを仮に承諾することを義務付ける旨、決定している。

(b) 仮の差止訴訟（判例15. 22）

仮の差止訴訟に関するこの２つの判例はともに申立てが却下されたものである⁽¹¹⁾。判例15（大阪城公園ホームレス事件）については、差止訴訟の判例のところで既に述べているので、結論のみ引用すると、都市公園法27条に基づく除却命令の仮の差止めの申立てにつき、本案訴訟たる差止訴訟が行訴法37条の４第１項の「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る場合」の要件を欠く不適法な訴えであって、本案訴訟が適

法に係属していないとして、申立てを却下している。

判例22の〔事実の概要〕却下・確定

本件は、申立外のA会社が大阪府公安委員会（処分行政庁）に対してパチンコ店の営業許可申請をしたのに対し、当該店舗近隣の歯科医院の管理者である申立人Xが、当該店舗は大阪府条例の制限区域内に所在するのにかかわらず許可されようとしているとして、相手方である大阪府Yを名宛人として、本件許可処分の差止めの訴えを提起するとともに、仮の差止めの申立てを行ったものである。

〔決定要旨〕却下・確定

本決定は行訴法37条の5第2項について、本件において申立人Xに「処分……がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるとは認められないとして、本件申立てを却下したわけであるが、さらに、仮に本件申請について違法な許可処分がされても、本件における事実関係の下においては、それによって直ちに本件診療所周辺の環境が不可逆的に著しく悪化するとはいえず、本件営業所に係る風俗営業の許可処分がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため同処分を仮に差し止める緊急の必要があると認めることはできないとして、結局、本件申立てを却下している。

【注】

- (1) 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』304頁～305頁（弘文堂）。
- (2) 原田尚彦『行政法要論全訂第六版』382頁～383頁（学陽書房 2008年3月）。
- (3) 原田・前注（2）383頁。原田教授は処分性と形式的行政処分について、「しかし、このことは、取消訴訟が行政行為以外の行為の違法・無効認定の手段として利用されることを論理的に妨げるものではない（逆は必ずしも真ならず）。救済の便宜のために、必要がある場合には行政行為以外の行為にも処分性を拡大し取消訴訟の利用を認めようとするのが後説の見方である（本来の行政行為ではないが、処分性が認められる行為を「形式的行政処分」という）。もっとも、救済の便宜をはかるために形式的行政処分なる概念を認め取消訴訟の対象を拡大すると、従来公権力性をもたないとされてきた行為にまで権力性（公定力や

不可争力）が及び、かえって国民の救済を不利にするから、適当でないとする批判がある。たしかに、こうした結果を招くとすれば、処分性の拡大は兩刃の剣となる。安易に承認すべきでない。しかし、形式的行政処分は、権力性をもたない。よって、救済の便宜のために、取消訴訟の手續を借りて争うことを許しても、それが当然に取消訴訟の排他的管轄に服することになり、公定力や不可争力といった実体法上の効力を帯びるとは解しがたい。取消訴訟を提起した原告は、いったん取消訴訟を選んだ以上、形式的行政処分に対しても終始取消訴訟の手續に従って対応しなければならないけれども、それ以外の関係者が、取消以外の訴訟で形式的行政処分の違法＝無効を主張し権利保護を求めることにかわりはない。このことを確認しておけば、処分性の拡大は関係者に取消訴訟による救済の途を開くだけのことで、国民の救済にとってマイナスの効果をともなうものとはならないと考えられる。……司法救済・司法審査を実効的なものにするには、むしろ、逆に、訴訟要件を緩和し、実体審査の段階で争点におうじ有効でかつ適切な審理のあり方を工夫して究明・開拓していくのが本筋である」と述べられている（原田・前掲書383頁～384頁の注）。

又、兼子仁教授も原田教授同様に処分性を拡大する考えを述べておられる。兼子教授は、「実は1970年代以降においては、取消争訟手續による国民の法益救済を重視する見地から、さらに一步進めて、公権力行使の本質をもたない行政の行為にも形式的に取消争訟の対象処分性が認められる場面があるとする「形式的行政処分」論が、学説・判例上に登場してきている。もっとも、広い意味の形式的行政処分論は、なおつぎの二場面に分かれる（室井力「形式的行政処分について」田中古稀記念・公法の理論下Ⅰ（1977年）参照）。」と述べられ、さらに、兼子教授は広い意味での形式的行政処分に、（ア）法定の形式的行政処分と（イ）法解釈上の形式的行政処分があるとされている（兼子仁『行政法総論』227頁〔筑摩書房 1983年〕）。すなわち、兼子教授は（ア）法定の形式的行政処分については、「現代における給付行政などの非権力行政については、法律・条例上で、公権力行使の本質が存しないままに、行政処分と行政争訟の法制度が形式的に採用されていると解される場面がある（田中・新版上108頁参照）。……これに対して、本質的な非権力行政に関する行政処分性の法定を、取消争訟手續の利用可能による法律関係の適正安定を図る趣旨であると

見て、条理上他の民事訴訟・当事者訴訟等を排斥しない（公定力を生ぜしめてはいない）ものと解しうる場合もあるように考えられる」とし、（イ）法解釈上の形式的行政処分については、「自治体による公共施設設置や要綱行政など非権力行政において、行政処分性の法定もなく、公定力ある行政処分が存在しえない場合であっても、もっぱら国民の法益救済の必要から取消争訟手続をも利用しうるとするのが適切な場合に、争訟手続法上で形式的に行政処分が存在するものと解釈することが、しだいに学説・判例に支持されつつある。これは、現代の非権力行政は時に国民の法益に対して強い事実上の支配をもたらすことがあり、しかも日本の現代法制においては、それに対する救済訴訟手続が必ずしも定かでないままに、行政処分取消訴訟の救済的メリット（行政責任の追及のため、直接に行政の行為自体を対象としてその法的否認を、かなり広い訴えの利益でもとめうること）が評価されてきたためである。この場合の行政の行為には本来的に公権力性や公定力がともなういわれはなく、取消争訟手続が他の民事訴訟等と並んで、適切な法益救済の必要上から国民の選択にゆだねられることになる」し、「かくして、現行の行政争訟二法が取消争訟の対象と法定する行政「処分」には、公定力ある本来的行政処分のほか、公定力のない形式的行政処分が含まれるものと解するのが相当と考えられる（同旨、原田・要論284－7頁。反対、塩野「行政作用法論」公法研究34号200・204－5頁）。この形式的行政処分も争訟法制上は「処分」にほかならず、本来的行政処分に類する諸要素を形式的には充たしていなければならない。ただし公権力行使としての法効果という要素は、一定行政目的のために国民の法益に対し現実^ニに事実上の支配力を及ぼしており、取消争訟による救済に値する状況であれば足りるとされよう。そこで「法解釈上の形式的行政処分」は、「行政機関ないしそれに準ずる者の行為が、公定力ある法効果は有しないが、国民の法益に対して継続的かつ具体的に事実上の支配力を及ぼし、関係国民が取消争訟の対象とすることを合理的に意図しうるもの」をいう、と定義される。以上から、現行争訟制度において行政処分性が問われているときには、本来的処分性のみならず形式的処分性をあわせて検討しなければならず、そしていずれにせよ、行政の行為にいかなる救済手続をむすびつけるのが適切か、取消争訟手続による救済が必要・適切な行政措置でないかどうか、という機能的な視点が重要であるといえ

よう」と、形式的行政処分について論じられている（兼子・前掲書227頁～230頁）。

尚、これらの議論にも関係する兼子教授の助手論文を公刊した名著『行政行為の公定力の理論〔第三版〕—その学説史的研究—』15頁以下、特に、41頁以下（東京大学出版会 1975年）が参考となる。

兼子教授は、公定力本質論の類型分析に関する諸問題について、実体法的公定力説と手続法的公定力説の区別からアプローチなされ、美濃部達吉博士、柳瀬良幹教授、兼子一博士、田中二郎博士等の実体法的公定力説（有効性の推定、瑕疵論—無効と取消—、実体法と手続法）について検討した後、手続法的公定力説については、兼子一博士が説示なされる、「権利関係の実在化による紛争の訴訟的解決」という趣旨の「手続法的観点」は、すでにみてきたように柳瀬教授の問題提起を媒介として、美濃部博士にはじまるわが国における主流的な公定力学説の本体を訴訟法理的に浮き彫りにする結果となったのである。この学説史的事実から推して、右の「手続法的観点」が、ドイツ・フランスの学説史研究においても、「実体的公定力説」と「手続法的公定力説」とを判別し、とくに「手続法的公定力説」の本体を鮮明にするのにきわめて有効な分析基準となるであろうことを予測してよいと思われ。そればかりではなく、右の「手続法的観点」ないし「手続法理」は、「司法国家」ないし「裁判国家」（略）と称される現代行政法制的解釈理論としての高度の妥当性をも展望することができる法理論なのである……。ところで、右の「手続法的観点」においては「紛争の訴訟法的解決」という観点がその理論的基底をなすものではあるが、「実体法的公定力説」と「手続法的公定力説」との判別の基準としては、「権利関係の実在性」いいかえれば「係争法律関係の実在性」という視点の方が第一次的にはより有効であると考えられる。つまり、この視点にたつことによって、公定力は行政行為の実体法的内容・効果を手続法上実在化させる効力である、といういわば「係争法律関係の実在性」説なる「手続法的公定力説の型」を導き出すことができるからである。……」（兼子一・実体法と訴訟法）旨、2つの公定力説について言及なされている（兼子仁・行政行為の公定力の理論41頁～49頁）。

（4） 原田・前注（2）384頁。

（5） 本件上告審判決の評釈として、土居正典「論説：がけ崩れ防止を目的とする

開発行為許可処分取消と原告適格 最高裁平成9年1月28日判決（判例地方自治162号89頁）」日本不動産学会誌13巻1号56頁～60頁（1998年9月）等が挙げられる。

- (6) 小田急線連続高架化大法廷判決についての評釈は多数の文献があるが、主要なものとしては、宇賀克也・判評574号2頁以下（判時1944号172頁）、神橋和彦・平成17年度重要判例解説58頁以下、山村恒年「小田急線連続立体交差事業認可取消大法廷判決 東京都」判例地方自治274号80頁以下（平成18年3月）、横山信二（判評）小早川光郎はか編・行政判例百選Ⅱ〔第5版〕362頁～363頁等があり、本案である最高裁第一小法廷判決については、村上裕章・判評584号2頁以下（判時1974号180頁以下）等が挙げられる。
- (7) 本判決の意義については、「……環境への影響に対する考慮について比較的低密度の高い司法審査をしたものと思われ」、行政計画に対する司法審査のあり方を示した具体例として、実務上重要な意義を有する、という評価や（判時1953号5頁のコメント）、村上裕章教授の判評のように、本件本案判決を裁量統制（判断過程の統制）の問題から具体的な判断内容を検討し、本件上告審判決は考慮要素審査（形式的考慮要素審査と実質的考慮要素審査）については、ある程度実質的考慮要素を行っていると捉えられ、次に、考慮要素審査と判断過程合理性審査の関係からは、「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等」を検討している。さらに、村上教授は本件についての考慮審査について、騒音の考慮、代替案の検討方法、事業費の算定の三点から検討した結果、平成5年決定（筆者注、平成5年に行われた東京都知事の都市計画決定）の判断過程には少なくとも上記三点において疑問がある。これらの点については適正な考慮を行っても同じ結論に至ることが明らかでないとすれば、本件各認可を取り消す余地もあったように思われる旨述べられ、本上告審本案判決に疑問を示しておられる（前掲判評584号3頁～6頁）。
- (8) 改正行訴法の訴訟形式（訴訟類型）について、参考となる主要な文献として、宇賀克也『改正・行政事件訴訟法〔補訂版〕』27頁～29頁、30頁～32頁、148頁～163頁（青林書院 2006年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』17頁～20頁、50頁～96頁（弘文堂 平成16年）等が挙げられる。
- (9) 在外邦人の選挙権制限違憲判決については、赤坂正浩・判評572号9頁以下（判

時1937号171頁以下）、越智敏裕「在外邦人の選挙権に関する確認訴訟上告審判決」小早川光郎ほか編・行政判例百選Ⅱ〔第5版〕428頁～429頁等がある。

- (10) 改正行訴法37条の5の立法趣旨については、宇賀克也『改正行政事件訴訟法〔補訂版〕』160頁～163頁（青林書院 2006年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』132頁～136頁（弘文堂 平成16年）が参考になる。尚、執行停止については、宇賀・前掲書105頁～111頁、橋本・前掲書124頁～131頁等が有用である。
- (11) 改正行訴法37条の5所定の仮の差止めの訴えは、判例15、22の却下決定のように厳格に解されている。その理由として、法37条の5第2項の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」の有無の判断がある。この要件は、執行停止の申立て要件である法25条2項の「重大な損害を避けるための緊急の必要のある場合」より加重に解されているため、仮の差止訴訟が消極的に捉えられる傾向にある。本請求が認められる具体例として、弁護士に対する除名処分等、制裁処分の公表により信用が害されるような場合に有効とされている（宇賀克也・前掲書162頁、小林久起『司法制度改革概説（3）行政事件訴訟法』86頁以下、289頁以下）。

（2）主要判例の検討

この（2）では、26の裁判例中、論点毎に主要判例の意義を検証する形で判例を検討していく。主要判例の検討に際しては、1）総論的検討と2）各論的検討という整理の仕方であり、検討を加える。1）総論的検討では、改正行訴法の主要ポイントの1）救済範囲の拡大である、A．取消訴訟の原告適格の実質的拡大（法9条2項の創設）、B．義務付け訴訟の法定化（法3条6項）、C．差止訴訟の法定化（法3条7項）、D．確認訴訟の例示化（法4条・当事者訴訟の一類型）に関する裁判例の検討を行い、2）の各論的検討では、改正行訴法の主要ポイントの4）仮の救済制度の拡充である、A．執行停止の要件の緩和（法25条2項・3項）、B．仮の義務付け訴訟制度の創設（法37条の5第1項）、C．仮の差止訴訟制度の創設（法37条の5第2項）に関する裁判例の検討を行う。

1）総論的検討

①原告適格

改正行訴法9条2項の創設に影響を与えたとされる新潟空港上告審判決

(判例1)や、もんじゅ原発訴訟判決(判例2.6)後⁽¹⁾、改正行訴法9条2項施行後の主要判例として、小田急線連続高架化訴訟大法廷判決(判例14)が注目される。

その判例14(小田急線訴訟・大法廷判決)は原告適格の有無につき、従来どおり、通説・判例である「法律上の利益を有する者」とは、「法律上保護された利益」であることとし、取消訴訟の原告適格に関する一般論としては、従前の判例を変更するものではないといえる⁽²⁾。しかし、大法廷判決では、原告40名中、37名につき原告適格を認める判決を下している(多数意見10名、反対意見4名)、反対意見の原告適格の考えも含めて、原告適格に関する考えを詳しく検討してみる。

宇賀克也教授は都計法59条の本件大法廷判決の多数意見について、『『当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的』を考慮すべきとする解釈規定に従い、同法59条の文言に拘泥した解釈はせずに、まず、原告適格の判断に関する都市計画法の規定を目的規定を含めて概観し、これらの規定を個別的利益保護要件が満たされる根拠の一部として援用している点が注目されるとし、本件においては、都市計画法と公害対策基本法のリンクが都市計画法自体に明示されているため、行訴法9条2項がいう「当該法令と目的を共通する関係法令」として位置づけることが、いっそう容易であるといえると評したのち、本件大法廷判決が東京都環境影響条例についても、行訴法9条2項所定の「当該法令と目的を共通にする関係法令」に含むと広く捉えているとし、したがって、本件大法廷判決は、処分の根拠法規により保護された利益を「法律上の利益」とする従前の立場を変更したものともみることとはできない、と批判なされている⁽³⁾。そして、最後に、宇賀教授は、原告適格を有する者の範囲を具体的にいかに画するかについて、本件大法廷判決は、東京都環境評価条例の関係地域に居住しているか否かを重視しているとし、これは、原告適格という訴訟要件の審理に多大の時間をかけることは適切ではなく、また、この種の集団訴訟の場合、一部でも原告適格を認められる者がいれば、本案審理に入ることができ、取消訴訟が出れば、その拘束力により、実際上は、原告適格を否定された者も利益を享受することができるので、東京都知事の「専門家鑑定」を重視して、迅

速に原告適格の範囲を画することが望ましいと考えられたからと推測される旨述べられ、本件大法廷判決が原告適格の要件を緩和し、本案審理を重視した結果であるとしている⁽⁴⁾。

さて、本件大法廷判決は、多数意見10名中、今井意見とその他の多数意見7名（計8名）及び反対意見の4名は法律上の利益を「処分の根拠法規と関連の趣旨目的から考えて保護される利益である」と捉え、行訴法9条2項に依拠する考えである。これに対して、多数意見の藤田・町田意見は補足意見を唱え、法律上の利益について、「法律上周辺住民に与えられているリスクからの保護利益である」とし、行訴法9条1項からアプローチする原告適格の捉え方をしている。また、本判決の意見の対立は、本件処分である都計法上の2つの認可処分（鉄道事業認可処分・付属街路事業認可処分）について、これを別個の処分と捉える多数意見（10名）と、反対意見（4名）はこれを一体的に捉え、原告らは2つの処分共に原告適格を有するとしている。先例である「環状6号線訴訟」（最判平成11. 11. 25判時1689－66）を判例変更したこの大法廷判決の多数意見の意見の対立につき、山村恒年弁護士は、藤田・町田補足意見は、「処分の根拠法規により保護された利益説」という伝統的「公式」を批判しているが、結論については同じ結果になっている。両補足意見以外の多数意見及び反対意見は、伝統的公式によって判断したもので、……これは、今回の改正行訴法9条2項が、伝統的公式に基づきながら、若干要件を緩和して立法化された点を素直に解釈して適用したからにほかならないとし、さらに、山村弁護士はこのことにつき、「しかし、9条1項の文言は、『取消を求めるにつき法律上の利益を有する者』である。そこでの『法律上』には、『処分の根拠法規による』という制約は書かれていないのにも拘わらず、制約付きで解釈するのは『制限解釈』となる。藤田・町田補足意見では、そのように限定解釈する理論的必然性はないとする。これによると、同条2項を持ち出さなくとも本件では利益が認められる。この点は私もかねてから持論として主張してきたところでもある。両補足意見では、都市計画法上の根拠規定を始めとする規定と憲法上の人格権の保障を併せ考えると、行政庁が重大リスクから周辺住民の保護義務を負い、住民は保護される個人的利益としての法律上の利益を有するとした。ただ、本件の全ての判事

が、これらの住民の保護される利益を、従前の『公式』と違って個別的・具体的利益として認め、最高裁平成11年11月25日判決を変更することを認めたことは、今後のこの種の事案に重要な先例となろう。」と述べられているのは、藤田・町田補足意見の原告適格論を支持するもので、注目に値する⁽⁵⁾。これに対して、横山信二教授は藤田補足意見に対して、「この法的義務違反による『リスクから保護される利益』を救済する考え方が、学説上の『保護に値する利益救済説』に接近するものなのか、新たな考え方を提示しているのかは、さらに検討を要する」という評価を示されている⁽⁶⁾。

②義務付け訴訟・差止訴訟

義務付け訴訟についての本案訴訟は、判例23（東大和市）であるが、本件は、改正行訴法3条6項2号の「行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき」に提起する申請型（申請満足型）義務付け訴訟であり、訴訟要件については、法37条の3に規定されているが、本件義務付け訴訟は取消訴訟等との併合提起が要件となっている（同条3項2号）。

さて、判例23の検討の前に、義務付け訴訟についての訴訟要件・本案勝訴要件等について若干、言及しておく。法3条6項2号（申請型）所定の義務付け訴訟は、社会保障や年金に関する給付を求める申請をして申請が拒否された場合、あるいは申請に対する応答がない場合に、申請者から「一定の処分」の義務付けを求めるというパターンの訴訟といわれ、その訴訟要件として、申請につき不作為がある場合か（不作為型の訴え）、申請につき拒否処分がある場合か（拒否処分型の訴え）であり（法37条の3第1項1号・2号）、原告適格としては、「法令に基づく申請又は審査請求をした者」となっている（法37条の3第2項）⁽⁷⁾。従って、申請型義務付け訴訟は、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件（法37条の2第1項）のような損害要件と補充性要件はないが、法37条の3第3項所定の不作為の違法確認訴訟、取消訴訟、そして、無効等確認訴訟の併合提起の義務付けがある（非申請型は併合提起は義務付けられていないが）。申請型義務付け訴訟に併合提起が要件化されているのは、合理的・効率的な紛争解決という観点に基づいているとされる。宇賀克

也教授はこの点について、それは、「義務付け判決を出すには熟していないが、不作為の違法確認判決や取消判決・無効等確認判決ならば出すことができる場合には、これらの判決を早急に出すことにより、その拘束力により紛争を可及的速やかに解決することが望ましい場合がありうるからである」、と説明なされている⁽⁸⁾。また、申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件については、法37条の3第5項は、「訴えに係る請求に理由があると認められ、かつ、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決につき、行政庁がその処分若しくは裁決をすべきであることがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決を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」、と規定している。この本案勝訴要件は、2つの要件である、①「請求に理由があると認められる」こと、②当該行政庁が当該行政処分を「すべきであること」が根拠法令上「明らか」と認められるか、「しないこと」が裁量権の逸脱・濫用と認められること、としている⁽⁹⁾。

そこで、申請型義務付け訴訟の典型例である判例23（東大和市）について検討してみる。

本判決の主要な論点は、①行訴法37条の3第5項の義務付け訴訟の本案勝訴要件の該当性と②国賠請求の可否である（国賠法1条1項）。②については本稿の論点ではないので省略し（請求棄却）、①の判旨の部分について検討していく。①の論点は、「処分行政庁の原告X1（注・筆者 本件児童）の保育園入園を承諾しなかったことが、児童福祉法24条1項ただし書にいう『やむを得ない事由』の有無の判断において裁量権の逸脱又は濫用があるものとして、違法であるか」であり、本件児童の保育園の入園を承諾しない旨の処分の取消請求とともに争われた、本件義務付け訴訟請求の本案事項である（併合提起・法37条の3第3項2号）。

これに対して、本件判旨は、「児童福祉法24条1項ただし書は、同項本文の入所要件に該当する場合であっても、付近に保育所がない等やむを得ない事由があるときは、保育所への入所以外の適切な保護をすべき旨規定している」が、「障害のある児童であっても、その障害の程度及び内容に照らし、保育所に通う障害のない児童と身体的、精神的状態及び発育が可能な場合で

あるにもかかわらず、処分行政庁が、児童福祉法24条1項ただし書にいう「やむを得ない事由」があるとして、当該児童に対し、保育所における保育を承諾しなかった場合には、そのような不承諾処分は、考慮すべき事項を適切に考慮しなかったという点において、処分行政庁の裁量の範囲を超え、又は裁量権を濫用したものというべきであって、違法であると解するのが相当である。……そうであるとする、原告X1の保育所での保育が困難であって、児童福祉法24条1項ただし書にいう『やむを得ない事由』があると判断した処分行政庁の判断は、上記事情を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかったという点において、裁量の範囲を超え、又はその裁量権を濫用したものというべきである。したがって、原告X1の入所を承諾しなかった本件処分は、違法であるといわざるを得ない」と判示している。そして、結論として、本件判旨は、保育園入園申込み不承諾処分は取り消されるべきものであり、保育所入園承諾の義務付けと共に併合提起された本件各処分の取消しの訴えに係る請求には理由があるとし、行訴法37条の3項第5項により、処分行政庁に対し原告X1がいずれかの保育園への入園を承諾すべき旨を命ずる判決を下している。本判決は、児童福祉法24条1項ただし書の「やむを得ない事由」に該当しないのに、処分行政庁がX1の保育園の入園不承諾をした点、行訴法37条の3第5項所定の「裁量権の範囲を超え、又はその濫用」となるとして、本件各所分の取消請求と保育園の入園の承諾を命ずる義務付け請求を認めた訳である。改正行訴法後の画期的な勝訴判決といえるであろう。行訴法の改正前は、無名（法定外）抗告訴訟として、義務付け訴訟・差止訴訟は学説では認める見解もあるが、判例上はこれを否定的に解している。例えば、堀木訴訟（大阪高判昭和50. 11. 10 行集26-10=11-1268）においては、障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定が合憲であるとし、義務付け訴訟についてもこれを否定している（最高裁も併給禁止規定を合憲としている〔最判昭和57. 7. 7 民集36-7-1235〕）。しかし、そのような判例の流れの中で、白石判決で有名な刑務所における頭髪剪剃差止訴訟（東京地判昭和38. 7. 29 行集14-7-1316）は請求は棄却したものの、差止訴訟が三権分立に反し不相当であるという形式論を廃し、Xの本訴請求を行政事件訴訟法第3条第1項にいう「行政庁の公権力の行使に関する不服の

訴訟」の一種として、適法な訴えと解する旨の注目すべき判決も散見できる。尚、改正行訴法の公布に直近の裁判例で、義務付け訴訟を肯定した希有な例として、国立市マンション除却命令義務付け訴訟（東京地判平成13. 12. 4 判時1791－3）がある。同判決は、本件各是正命令を発令することを求める本件義務付け訴訟に係る訴えは、無名抗告訴訟の一義的明白性の要件を欠くといわざるを得ないが……本件不作為請求に係る訴えのうち、上記請求部分に限っては、無名抗告訴訟としての一義的明白性の要件を満たしているといふべきであるとして請求を一部認容、一部却下している（控訴審判決〔東京高判平成14. 6. 7 判時1815－75〕は、反対に、義務付け訴訟を否定し、却下している。最高裁も同様である）。

以上のように、改正行訴法によって、義務付け訴訟が新設され、東大和市の裁判例のように本案事項、仮処分共に請求が認容される例も現れている。このような傾向に対して、「義務付けの訴えは、年金や公的保険などの社会保障給付や、福祉施設への入所などの申請を拒否された場合など、従来の訴訟類型では適切な救済が得られない場合に活用されることを想定して、行訴法改正により新たに定められた訴訟類型であり（小林久起・行政事件訴訟法153、福井秀夫ほか・新行政事件訴訟法373参照）、保育園への入園の承諾の義務付けを求めた本件義務付けの訴えは、義務付けの訴えという新たな訴訟類型を活用するのにまさに適切な事例であったといふことができる」といふコメントは、そのことを代弁するものであろう⁽¹⁰⁾。

尚、差止訴訟の認容例としては、都立高校教員の式典における国歌斉唱・ピアノ伴奏義務に関する義務付け訴訟と差止訴訟（東京地判18. 9. 21 判時1952－44）があり、反対に、否定例としては、執行停止により目的が達せられるとした判例17（産廃処分業の許可処分の差止め 大阪地判平成18. 2. 22 判タ1221－238）が挙げられる。

③確認訴訟

確認訴訟は、改正行訴法4条所定の当事者訴訟の実質的当事者訴訟の一類型として登場したものである。その確認訴訟は、「公法上の法律関係に関する確認の訴え……」の一つとして、明記され、その改正の趣旨は、「行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観

点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる」点に収斂される⁽¹¹⁾。

さて、確認訴訟の主要判例としては、判例12（在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決）があり、以下、同判決について検討していく。

本判決については2つの論点があるが（①「実体」問題としての公選法は違憲か否か、②「手続」問題としての救済手段の選択）、本稿では論点②（救済手段の選択）についてのみ言及していく。この点について、赤坂正浩教授は、最高裁は、上告人の予備的請求を行政事件訴訟法4条の「確認の訴え」と解した上で、外国在住の上告人が、次の衆議院小選挙区選挙または参議院選挙で投票できる地位にあることを確認した。したがって、本件判決は、その理論的前提として、上告人の請求が「法律上の争訟」性を充足していること、および行政事件訴訟法4条の「確認の訴えの利益」を充足していること、この二点を認めたことになる、と分析し、本件確認判決の射程としては、本件は、行訴法4条改正後、確認の利益が認められた最初のケースであると同時に、選挙権という特殊な権利に関する事案であることから、本件判決の射程を判断することは専門の行政法学者にとっても困難なようだと言われている⁽¹²⁾。

また、本件について、確認訴訟の限界性という点から、越智敏裕教授が次のように判評なされている。越智教授は、「本判決が選挙権という民主制の核心をなす権利に関するものであることをことさらに強調してその射程を限定することは、権利救済の空白を埋めるものとして確認訴訟の活用を期待する改正行訴法の趣旨に照らし適切ではない。例えば財産権や人格権侵害の場合でも確認訴訟による救済を求める場合がある」とし、確認訴訟の可能性と限界については、「本判決は確認訴訟の可能性を拓いた判決といえようが、本件のような場合以外にも、二面関係紛争を中心に行政指導、行政計画や行政立法の違法を争う場面で確認訴訟の活用が考えられる。例えば、判例によれば都市計画法上の用途地域の指定を抗告訴訟で争うことはできないが（最判昭和57. 4. 22 民集36-4-705）、建築主が当該指定により『建築制限

を受けないことの確認』等を求める訴訟が事案により認められる余地はあろう。また、道路建設に関する都市計画決定がされ、道路の供用により受忍限度を超える大気汚染や騒音被害を生じ人格権侵害のおそれがあるような場合には、人格権侵害を受忍する義務のないことの確認を求める訴訟の中で、都市計画決定の違法を争う余地があるのではないか。しかし、確認訴訟は、選挙権、財産権や人格権など原告の権利利益に引き付けることが比較的容易な場合には機能するが、例えば消費者の利益や環境利益など法律関係ないし権利義務関係に引き直しにくい場合には機能しづらい」旨、述べられている⁽¹³⁾。

以上のように、確認訴訟の活用論は、公法・私法の区分論と訴訟形式（訴訟類型）の選択問題が大きく関係しているが、それは、大阪国際空港上告審判決の民事の差止請求の否定に対する学説上の反論でもある。その代表的な所説として、原田尚彦教授と塩野宏教授、高木光教授、園部逸夫弁護士（元最高裁判事）等の考えを挙げることができる。そこで、確認訴訟そのものではないが、改正行訴法の導入の一因とも考えられるので、この議論を少し述べさせてもらおう⁽¹⁴⁾。

大阪国際空港上告審判決の差止請求否定について、まず、原田教授は、公共事業の差止訴訟は、従来どおり、民事訴訟として許容するのが正道であり、これを（無名）抗告訴訟としてあえて抗告訴訟のシステムに取り込むべきではないとして、民事上の差止請求を認めるべきと主張なされ、塩野教授は、同じ上告審判決批判ではあるが、権力的妨害排除論によるべきだとされている。これに対して、園部弁護士は、「グレイ・ゾーンの紛争解決を、民事訴訟の方式によりつつ法の解釈運用に創意工夫を凝らせば当事者訴訟に行き着くことができるのではないか、そして、これを公企業の発する公害の差止訴訟に限定して考えると、結局、塩野教授の提唱する権力的妨害排除訴訟（無名抗告訴訟）とほとんど隣り合わせとなるか、あるいは同一化してしまうことになり、そこにグレイ・ゾーンのグレイ・ゾーンたる所以があるというのが、現在の私の感想なのである」旨述べられている⁽¹⁵⁾。最後に、高木教授は、「当事者訴訟活用論」の理論上のいまひとつのねらいは、「取消訴訟の負担過重」ないし「行政行為論の負担過重」の解消による「理論の健全な発展」である。「法律上の争訟」＝「行政訴訟」＋「民事訴訟」＝「抗告訴訟」＋「当事者

訴訟」＋「民事訴訟」という等式を前提とし、かつ「包括的抗告訴訟概念」を維持する場合には、「当事者訴訟」は「残余概念」と解するほかない。そして、その場合、「当事者訴訟」には、〈民事訴訟に近いものから法定外抗告訴訟に近いものまで〉さまざまなものが入ることになり、とりわけ、先に横川川事件などに関して触れたように、ある請求が「当事者訴訟」なのか「法定外抗告訴訟」なのかの判定が困難な解釈問題を引き起こすのである⁽¹⁶⁾。さらに、高木教授は当事者訴訟活用論について、「このうち、妨害排除という点で当初の民事訴訟と同様の請求を可能とするものとして『公法上の当事者訴訟』を検討すべきとした園部説に対し、あくまでも民事訴訟を適法と考えるべしとする立場から批判を加えたのが原田説であった。ここでの園部説は、当事者訴訟を公権が訴訟物であるものと捉える、伝統的ないわゆる『実体法的アプローチ』とはやや異なり、いわゆるグレーゾーンにつき当事者訴訟に関する手続規定を適用するのが公益的見地における紛争処理上適切かという利益考量的判断を裁判所に委ねるべしとするもので、いわゆる『機能的アプローチ』であるとされている。これに対して、訴訟技術的な観点から最も詳細な批判を加えたのが阿部説である。又活用論に好意的な諸説のうち、たとえば鈴木説及び著者の説においては、これまで散発的に検討されてきたものをより一般的に理論づけ、『抗告訴訟か民事訴訟かの二者択一』にとどまらず、当事者訴訟をふくめて適切な分担を検討すべきであるという発想から、当事者訴訟の守備範囲を根本的に再検討すべきであるという主張が次第に明確にされるに至った。ただ、鈴木説は自ら機能的アプローチをとるとし、判決の拘束力を重視しているのに対し、著者は行政活動に対する法的拘束を強化するものとして『実体公法の復権』を構想しているように、その重点の置き方にやや違いがあるあったほか、活用論に好意的な諸説（碓井光明、遠藤博也、加藤幸嗣、山田洋ら）のなかでも、その具体的な守備範囲や適用条文（仮の救済、判決の効力、被告適格等）については多くの相違点があった点にも注意が必要である」と述べられている⁽¹⁷⁾。

2) 各論的検討

2)の各論的検討では仮の救済制度である、A. 執行停止の要件の緩和、B. 仮の義務付け訴訟制度の創設、C. 仮の差止制度の創設に関する裁判例の検

討を行う。ただし、これらの裁判例があまりないことを予めお断りしておく。

①執行停止（改正行訴法25条2項・3項・4項）

執行停止の申立の要件について、従来の「回復の困難な損害」では厳格すぎて執行停止の申立制度を設けた意味がない等の批判があり、今回の改正法では「重大な損害」に要件が緩和化された。法25条2項は「……処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、……」と規定し、重大な損害を生ずるか否かの判断基準については、「……損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする」という考慮事項が示されている（同条3項）。同条2項の改正趣旨について、宇賀克也教授は、「行政活動や社会の多様化に対応し、個別事情に即してより適切な権利利益の救済に資する執行停止決定をすることができるようになるため、損害の回復の困難性のみによって判断するのではなく、損害の程度や処分内容及び性質も考慮されるような規定とすべきであるとする行政訴訟検討会の提言を受けて、『重大な損害』という文言に改正されたのである」と解説なされ、同条3項の規定趣旨については、「損害の性質及び程度ならびに処分内容及び性質の勘案は、執行停止を厳格化する方向ではなく、より緩やかに認める方向で行われるべきであろう」とも述べられている⁽¹⁸⁾。

さて、改正行訴法25条に関する裁判例は、判例8（福岡高決平成17. 5. 31）で、海上運送法上の一般旅客定期航路事業の一部停止命令に対する執行停止の申立が認められた事例であった。本決定は、「重大な損害」が生ずるかどうかを判断するのに当たって、Xの損害は金銭賠償が不可能とは必ずしも思われないものの、Xの事業を停止しても鹿児島一種子島区間において直ちに本件サービス基準を実現することはできず、本件事業停止命令後、約1か月程度で同基準を充たす蓋然性があるから、この間の事業を継続させても、同基準の趣旨が没却するものではない、という同命令の内容・性質をも勘案して、「重大な損害」が生ずるものと判断し、本件申立を認容したと、考えられる。

②仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟（改正行訴法37条の5）

仮の義務付け訴訟の裁判例は、判例9（徳島県藍住町）、判例16（東大和市）

で、仮の差止訴訟の裁判例は、判例11（産廃処分業の許可）、判例15（大阪城公園のホームレスの不法占用）である。仮の義務付け訴訟の2つの裁判例は2つとも請求が認容されているが、仮の差止訴訟はともに斥けられている。

仮の義務付け訴訟は、処分または裁決があったのと同様の状態を暫定的に創出するものであるため、その要件は執行停止の場合よりも厳格になっており、法37条の5第1項では、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるとき」であることが積極要件になっている。宇賀教授は、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」がある場合の例としては、生活保護の申請許可を求める義務付け訴訟のように、本案判決を待っていたのでは生活が困窮するような場合が考えられる（なお、個別法において、仮給付が認められている例として、犯罪被害者等給付金の支給等に関する法律12条参照）旨述べられている⁽¹⁹⁾。仮の差止訴訟の要件も厳格であり、法37条の5第2項にその定めがある。宇賀教授は、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」がある場合の例としては、弁護士に対する除名処分（弁護士法57条1項4号）のように、当該処分がなされると信用を失墜し、依頼者を喪失するおそれの大きいような場合が考えられる旨解説なされている⁽²⁰⁾。

最後に付言すると、仮の義務付け訴訟については、特に、法3条6項2号の申請型義務付け訴訟の仮の救済請求につき、訴訟要件が厳格であるにもかかわらず、判例9・16の保育園・幼稚園のケースでは、2つとも請求が認容されているのに、仮の差止めでは、判例11・15のようにこれが否定されている。これからの判例の蓄積を待たないと正確な判例分析はできないが、執行停止に比べて、仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟の要件が厳格である点をどのように捉えていくかが課題である。いずれにしても、仮の義務付け訴訟・仮の差止訴訟の活用される分野はさほど大きくはないであろうが、改正行訴法によって、やっと義務付け訴訟・差止訴訟、そして、仮の救済制度が整備された訳であるから、われわれは、この改正作業の成果を活かす努力をしていかなければならないだろう。

【注】

- （１） 宇賀克也『改正行政事件訴訟法〔補訂版〕』50頁～52頁（青林書院 2006年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』35頁～54頁（弘文堂 平成16年）。
- （２） このような評価を示す評釈として、宇賀克也・判評574号2頁以下（判時1944号172頁）等が挙げられる。
- （３） 宇賀・前注（２）174頁～176頁。
- （４） 宇賀・前注（２）177頁。
- （５） 山村恒年「小田急線連続立体交差事業認可取消大法廷判決 東京都」判例地方自治274号84頁（平成18年3月1日）。
- （６） 横山信二「都市計画事業認可と第三者の原告適格」小早川光郎ほか編・行政判例百選Ⅱ〔第5版〕363頁。
- （７） 橋本・前注（１）解説書70頁及び72頁。
- （８） 宇賀・前注（１）解説書153頁。
- （９） 橋本・前注（１）解説書74頁、宇賀・前注（１）解説書154頁。
- （10） 判時1956号63頁のコメントより。
- （11） 宇賀・前注（１）解説書30頁～31頁。
- （12） 赤坂正浩・判評574号9頁以下、特に、12頁～13頁（判時1937号171頁以下、特に、174頁～175頁）。
- （13） 越智敏裕「在外邦人の選挙権に関する確認訴訟上告審判決」小早川光郎ほか編・行政判例百選Ⅱ〔第5版〕428頁～429頁。
- （14） この点に関する議論として、土居正典「公害・環境裁判と差止請求（１）・（２）完」法学論集38巻1・2号合併号77頁以下（鹿児島大学 2004年2月）、39巻1号21頁以下（鹿児島大学 2005年1月）が参考となる。
- （15） これについては、土居・前注（14）法学論集39巻1号42頁～45頁が参考となる。
- （16） 高木光『行政訴訟論』94頁～95頁（有斐閣）。
- （17） 高木・前注（16）137頁～138頁。
- （18） 宇賀・前注（１）解説書108頁～109頁。宇賀教授は、損害の回復が困難な損害とは、典型的には、非財産的利益の侵害であって金銭賠償による原状回復が困難なものである。たとえば、情報公開法、情報公開条例に基づく開示決定により不利益を受ける第三者が取消訴訟を提起して争う場合、本案訴訟係属中に

開示が実施されてしまえば、開示決定を取り消す利益は失われてしまい、事後的な損害賠償によって開示のもたらす不利益を完全に償うことは困難であるので、一般に回復の困難な損害を避けるための緊急の必要があるとして執行停止が認められるべきであろう。地方議会議員の除名処分の場合にも、歳費請求権は事後的な損害賠償により償うことができる場合であっても、議員としての活動の機会の喪失は損害賠償により償える性格のものではないので、損害の回復は困難といえよう、とも述べられている（同・解説書108頁～109頁）。

(19) 宇賀・前注（１）解説書161頁。

(20) 宇賀・前注（１）解説書162頁。

【次号に続く】