

行政訴訟類型間の補充性について

斎 藤 浩*

目 次

- 1 補充性の定義と本質
- 2 無効確認訴訟の補充性
- 3 確認訴訟の補充性
- 4 義務付け訴訟の補充性
- 5 差止め訴訟の補充性
- 6 総括（すっきりした訴訟類型と「逆補充性」運用を）

1 補充性の定義と本質

本稿で取り上げる補充性は、わが国の行政事件訴訟法やその判例運用が、訴訟類型のうちにお勧め品をつくり、他の類型を選ぼうとする当事者を自由に選択させないで訴訟を却下し、お勧め品を強制しようとする現象と一般社会的に定義づけることができる。

このことは日本国憲法が定める裁判を受ける権利（32条）に違反する可能性すらある。

サービス業としては、お勧め品をつくってそれに顧客を誘導することは許されるし、顧客に有利なものであれば好ましい商法ということができよう。しかし催眠商法、かたり商法、点検商法など強引なやりかたは、特定商取引法に反することにもなる。

サービス品として誘導が許されるためには、第一にどのような角度から

* さいとう・ひろし 立命館大学大学院法務研究科教授

観てもその商品は他の商品より優れていることが条件となる。第二にすぐれたサービス品の存在を認識したうえで、あえて別な商品を購入したいと考える顧客には他の商品を購入する自由が保障されることも条件となる。

筆者は本稿を以上のような問題意識で記述する。

行政事件訴訟法の明文で補充性を規定しているのは36条、37条の2、37条の3、37条の4だけであるが、解釈上4条でも議論され、また隠れた補充性問題もあり、その背景に取消訴訟中心主義がある(本稿では37条の3第7項の補充性は取り上げない。同条項は原処分と裁決との補充性の条文であるから)。

本稿で検討するように、これら相互間の関係を仔細にみれば、抗告訴訟¹⁾と当事者訴訟の区別自体に大混乱をきたし、現行法の訴訟類型構成の破綻を示すのであるが、木を見て森を見ないような解釈論も多い。本稿はあるべき行政訴訟類型構築のための予備作業のつもりである²⁾。

2 無効確認訴訟の補充性

(1) 悪文の解釈

36条の解釈であり、夥しい、解りにくい論説が溢れている。それほどにこの条文は悪文であり度し難い。

条文を変えればいいと思うが、法律改正は政治であるから、政治力学を縫って廻ってくる改正チャンスの際は、他に切迫した論点があればそれを優先することとなる。2002年から2004年の行政訴訟検討会では、「第6回行政訴訟検討会フリートーカー参考資料」(2002年7月11日)に無効と

1) 筆者は抗告訴訟と言うワーディングに異を唱え続けている。齋藤 浩「行政訴訟の実務と理論」(三省堂、2007年)11頁以下、齋藤 浩「抗告訴訟物語」(「水野武夫先生古稀記念論文集」法律文化社、2011年12月予定)。

2) 高木 光「行政訴訟論」(有斐閣、2005年)62頁以下、高橋 滋「訴訟類型論」(ジュリス ト1234号、2002年)23頁以下などの業績に続くことを期す。

取消しとの区別の観念変更の可否という形で取り上げられているが、それ以後終了まで一切話題にならなかった³⁾。

筆者は36条の悪文性の上に立って、現に悪条文がある以上、法律学としては一定の解釈をしなければならないという立場から整理⁴⁾をしたつもりである。

今一度悪条文を整理しなおすと次のようになるだろうか。

36条の条文は「無効等確認の訴えは、当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、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によつて目的を達することができないものに限り、提起することができる」である。

この前文「当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者」は原告適格をもつという特別要件は予防的機能、予防訴訟と呼ばれる。

後文「その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、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によつて目的を達することができないものに限り」が原告適格をもつという要件は補充性機能、補充訴訟と呼ばれる。

これをそれぞれの独立存在理由とするものを2元説という。

他方そのような恣意的な解釈は採れず、「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によつて目的を達することができないものに限り」という補充性機能はいわゆる前文にもかかると言うのが1元説である。

悪条文をそのまま論理として文法として読むと1元説以外には考えられ

3) 日本弁護士連合会の行政訴訟法案（2003年3月13日）は無効と取消しの差異をなくす是正訴訟の立場であるから、当然無効確認訴訟と言う条文は廃止している。これは日弁連ホームページ「意見書等」欄にアップされているほか、日本弁護士連合会編「使える行政訴訟へ『是正訴訟』の提案」（日本評論社、2003年）に収録されている。

4) 斎藤前掲書255～264頁。

ないが、立法関係者や有力学説⁵⁾、判例⁶⁾は2元説を採り、前文の予防訴訟を独立して認める。

そして判例は2元説を更に実務的に押し進めて、「直截的で適切」であれば補充性はいらぬと言う立場⁷⁾に立つに至っている。新2元説⁸⁾と名付けておきたい。

(2) 無効確認訴訟における補充性

この場面の補充性は「当該処分若しくは判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によつて目的を達することができないもの」の解釈であり、当事者訴訟又は民事訴訟に対するものである⁹⁾。

しかし抗告訴訟でありながら、民事訴訟や当事者訴訟との関係で補充性

5) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」(法曹会, 1963年)120頁が最も明確である。田中二郎「新版行政法上巻全訂第2版」(弘文堂, 1974年)356頁、塩野宏「行政法 第五版」(有斐閣, 2010年)216~7頁は、立法ミス(最初の「者」のところに点「,」があるものである)と予防訴訟的機能の必要性から2元説を採る。

6) 最判昭51.4.27(裁判所ホームページ掲載判例は出典を挙げない。以後も同じ)以来定着している。同判決は「換地処分を受けた者が照応の原則に違反することを主張してこれを争う場合には、自己に対してより有利な換地が交付されるべきことを主張していることにほかならないのであって、換地処分がされる前の従前の土地に関する所有権等の権利の保全確保を目的とするものではないのであるから、このような紛争の実態にかんがみると、当該換地処分の無効を前提とする従前の土地の所有権確認訴訟等の現在の法律関係に関する訴えは右紛争を解決するための争訟形態として適切なものとはいえず、むしろ当該換地処分の無効確認を求める訴えのほうがより直截的で適切な争訟形態」とした。

7) もんじゅ判決(最判平成4.9.22)以降の判例の現在の立場である。明示的に「直截的で適切」の場合は当事者訴訟や民事訴訟が可能でも無効確認ができるとしたのはもんじゅ判決だが、「直截的で適切」というワーディングは前注の昭和51年判決から使われているし、同判決は明示してはいないが補充性不要と言っているのだという解釈もある(南博方・高橋 滋編「条解行政事件訴訟法第3版補正版」弘文堂, 2009年, 624頁, 631頁)。内山衛次「原子炉設置許可処分の無効確認訴訟の補充性」(判例タイムズ1062号226頁, 2001年)参照。

8) 前掲条解628頁は直截・適切基準説と名付けている。

9) 塩野前掲書218頁。

をもたされるという立法をなぜ行訴法はしているのかという根本問題がある。

後に検討するように、当事者訴訟は抗告訴訟に対し補充性をもたされるのであり、他方で抗告訴訟に位置づけられる無効確認訴訟が当事者訴訟に対し補充性をもたされることは矛盾と言わねばならない。

つまり現行行政事件訴訟法の訴訟類型の立て方、相互関係には当初から解決不能の無理があったのである。

(3) 判例、学説による糊塗

判例・学説が明文に反する解釈論を採用、進化させるにいたったのはある意味で当然である。

平成4年の前記第一次もんじゅ最高裁判決は「処分の無効確認の訴えは、当該処分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によって目的を達することができないものに限り、提起することができるとの要件を定めているが、本件原子炉施設の設置者である動力炉・核燃料開発事業団に対する前記の民事訴訟は、右にいう当該処分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に該当するものとみることはできず、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截的かつ適切なものであるともいえないから、上告人らにおいて右民事訴訟の提起が可能であって現にこれを提起していることは、本件無効確認訴訟が同条所定の右要件を欠くことの根拠とはなり得ない」とした。

この新2元説判例の立場は予防訴訟には補充性は不要とするもので、学説もこれに追随している¹⁰⁾。明文を無視した便宜論¹¹⁾である。しかも

10) 塩野前掲書219頁、芝池義一「行政救済法講義第3版」(有斐閣, 2006年)121頁、宇賀克也「行政法概説」(有斐閣, 2006年)273頁以下参照。

11) 判例の便宜論の他の分野での例を阿部泰隆「行政法解釈学」(有斐閣, 2009年)506頁参照。

「直截的かつ適切」の意味は必ずしも明らかではない¹²⁾。

前記のように行訴訟立法事務局であった杉本の前掲書や、行訴訟立法審議に深く関わった田中の前掲書が明快な2元説を最初から採っていることは、無効確認訴訟の予防訴訟の側面だけは抗告訴訟の独自の類型と言えるかもしれないが、補充訴訟の説明に窮することは同じである。

(4) 「等」確認訴訟に視野を広げて

行訴訟36条はこれまで述べて来た無効確認訴訟だけでなく、存在・不存在確認、有効確認、失効確認なども可能である。

予防的ではない一般的な無効等確認訴訟と当事者訴訟とでは、無効等確認に補充性をもたせるのが判例の立場と思われる¹³⁾。

たとえば、みなし道路指定に関する判例¹⁴⁾の調査官解説¹⁵⁾の中で、同判例が適法と認めた不存在確認訴訟につき、当事者訴訟ができるなら行訴訟36条の「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限る」の解釈から当事者訴訟が優先すべきだが、みなし道路指定の処分性を肯定する以上当事者訴訟と構成するのは困難だから¹⁶⁾、(補

12) 芝池前掲書121頁。

13) 碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向 1, 2 最近の裁判例を中心にして」(自治研究85巻3号17頁以下, 4号3頁以下)参照。判例としては、碓井論文2の14頁が分析している大阪高判昭47.2.16(訟務月報18巻6号899頁), 東京地判平11.4.22(判タ1047号177頁)がこれにあたらう。また横川川事件の高裁判決(高松高判昭63.3.23)もこの立場である。これらの判例は行訴訟36条(「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限る」)の解釈から無効確認の補充性を導いている。学説としては、山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣, 2000年)487頁も原則は同じだが、給付訴訟と無効確認訴訟の併合した訴訟との立場をとる(これは平成4年もんじゅ判決が民事訴訟と無効等確認の二者択一的アプローチをとったことからの発想法であろうか 南・高橋編前掲書631頁も参照のこと)。

14) 最判平14.1.17

15) 最高裁判所判例解説民事篇平成14年度1頁以下(竹田光広)。

16) この考え方は改正法前の解釈としても、もちろん改正法後の解釈としては狭すぎるものと言わざるを得ない。次注で述べる長屋評釈は当事者訴訟としての構成も肯定しているようである。

充性はなくなり……引用者），不存在確認は適法なのだと述べ、当該最高裁判決も「そのような趣旨によるものということができよう」と感想を述べる。この解説の基本的立場は行訴法36条の不存在確認訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の関係の解釈としては不存在確認に当事者訴訟への補充性をもたせるものに分類できよう¹⁷⁾。

逆の判例もある¹⁸⁾。その判例では無効確認と当事者訴訟としての地位確認との関係を、行訴法36条がありながらも、当事者訴訟の方に補充性を認める。その理由は「控訴人らは、当審において、当裁判所の示唆もあって、地位確認請求を追加したが、本件処分が取り消され、又は無効が確認されれば、その判決の効力により、被控訴人との間に請求に係る地位が確認されるというべく、地位確認請求をするまでもないと解せられ、同請求は、訴えの利益を欠き、却下を免れない」というものである。

(5) 小 活

先に述べた解決不能の無理は行訴法自体の問題である。

抗告訴訟に対し補充性を持たされる当事者訴訟と、行訴法36条の文言により補充性を持っている抗告訴訟である無効等確認訴訟との補充性の強さは如何ということになる。

無効等確認訴訟は抗告訴訟性の弱い（持たない）存在であると言えるで

17) しかしこのような調査官解説ではなく判決自身が明確に判示しなければならないであろう。逆に言えば、理由らしい理由を言っていない判例に、担当調査官がこのような解説を付けること自体越権も甚だしいものである。調査官解説につき、滝井繁男「最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証」(岩波書店、2009年) 35頁は、有益なことを認めつつも、あくまで調査官個人の考えによるものであり、その使われ方の行き過ぎに注意を喚起している。なお、この判決よりあとに調査官になる長屋文裕裁判官の評釈はやや詳しく本判決が判示した（もともと原告の理論構成だが）不存在確認を適切なものと評価している。「客体又はその範囲が一定の表示ないし条件によって画される行政処分について、特定の者や物件がその客体に含まれるものであったかどうかを争う訴訟は、行政処分の存否確認訴訟の本来の存在意義に適う類型といえよう」と(平成14年度主要民事判例解説判夕1125号272頁)。

18) 東京高判平 16.6.30 前掲碓井論文2の15頁で注目されている。

あろう。

抗告訴訟とは、「通常の主観訴訟のように権利の有無を直接争いの対象(訴訟物)とする『権利訴訟』ではなく、行政庁の公権力の発動ないし不発動の適否を争う『行為訴訟』のかたちをとるところに特徴がある」¹⁹⁾と言われるわけだが、その定義からすると無効等確認訴訟は権利訴訟的側面と行為訴訟的側面の両方を持つということになるのか。特例法以前から判例により生み出された無効確認訴訟が抗告訴訟か当事者訴訟かについては争いがあったが、行訴法が成文化し抗告訴訟に組み入れたのであった。しかし当事者訴訟的母斑も色濃く残っているのである。

他方当事者訴訟については法関係訴訟説と、法関係訴訟+行為訴訟の両方に及ぶとする控除説と呼ばれる考え方がある²⁰⁾。

現行行訴法の無効等確認訴訟も当事者訴訟も、抗告訴訟的側面と当事者訴訟的側面の両方を持っているのである。

結局、行訴法の抜本的改正、訴訟類型の整理整頓しか手はないと言えよう。

3 確認訴訟の補充性

(1) 確認訴訟一般の補充性

民事訴訟の学説上、請求の性質・内容による分類として給付の訴え、確認の訴え、形成の訴えの別がある。紛争のタイプ、請求の主張内容・要求内容の類型的差異に基づく分類である²¹⁾。

給付の訴えができるときは、その請求権の確認の利益は原則として認められず、また形成訴訟が認められる場合にはそれによるべきで、その形成

19) 原田尚彦「行政法要論 全訂第6版」(学陽書房, 2005年) 353頁参照。

20) 芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」(磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新概念』有斐閣, 2008年) 33頁以下参照。

21) 新堂幸司「新民事訴訟法第4版」(弘文堂, 2008年) 193頁。

権の確認の利益はないとされる²²⁾。

要するに確認訴訟それ自体が他の二つの請求方式に対して補充性をもたされるとされている²³⁾。

(2) 行政訴訟分野の確認訴訟

無効等確認を除けば、論じられている確認訴訟は二つである。

無名抗告訴訟としての確認訴訟

2004年の行訴法改正で従来無名抗告訴訟の代表と言われ続けた義務付けと差止めが「有名」化されたので、無名抗告訴訟としてなお残ると言われているのが無名抗告訴訟としての確認訴訟である。

比較的最近にこれが話題となった事例がいくつかある。

(a) いわゆる市村判決²⁴⁾

建設中のマンションが建築基準法68条の2に基づく本件条例に違反した違法建築物で、これにより日照、景観等について被害を受けると主張する原告らが、被告東京都多摩西部建築指導事務所長に対して、違法部分について、建築基準法9条1項に基づく建築禁止命令及び除去命令を発しないという不作為が違法であることの確認とこれらの各命令を発することを、被告建築主事に対して、本件建物について検査済証を交付してはならないという不作為をそれぞれ求めた事案で、被告事務所長が、本件建物について、建築基準法68条の2等に違反する部分を是正するために、是正命令権限を行使しないことが違法であることの確認を求める部分に限り、明白性、緊急性、補充性の各要件を満たし、原告適格も肯定できるとして認容し、

22) 中野貞一郎・松浦 馨・鈴木正裕編「新民事訴訟講義」(有斐閣, 1998年) 127頁参照。

23) 兼子 一博士に代表される伝統的考え方によれば、給付、形成の訴えは確認の訴えの特
殊な場合であるとされたが(兼子 一「新修民事訴訟法体系」酒井書店, 1956年, 144頁)、
三ヶ月章博士以後の学説では、3類型の独自の歴史的發展を重視している(もっとも、新
堂前掲書196～197頁は、確認訴訟原則論を必ずしも否定しているわけではない、と読める)。

24) 東京地判平 13.12.4。

その余の請求は不適法な訴えであるとして却下した事例である。この認容部分が無名抗告訴訟としての確認訴訟と評価された。

(b) 在外邦人選挙権確認訴訟判決²⁵⁾

在外国民に国政選挙での選挙権行使の全部又は一部を認めないことは憲法14条等に違反するとして、主的に改正前後の公職選挙法の違法確認、予備的に上告人らが選挙権を有することの確認、及び立法府の改正懈怠により選挙権を行使することができなかつたとして国家賠償請求した事案において、予備的請求のうち、次回の衆院総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参院議員通常選挙における選挙区選出議員の選挙において在外選挙人名簿に基づき投票し得る地位にあることを確認し、国賠請求については、立法不作為の結果上告人らが投票できず精神的苦痛を被つたとして、各自に慰謝料5000円の支払を命じた事例。この事例で最高裁大法廷が次のように確認訴訟について判断したことは重要である。

まず改正前の公職選挙法が、「衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である」とした。

また、「本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、改正後の公職選挙法が衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えについては、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法である」とした。つまり本件においては、後記の予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるという。

25) 最大判平 17.9.14。

「予備的確認請求に係る訴えは、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「原告人らが、今後直ち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」とし、それが適法である理由を次のように述べている。

「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は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」。

(c) いわゆる難波判決²⁶⁾

都立学校教職員である原告らが、通達に基づく校長の職務命令により、入学式、卒業式等の式典において国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを強制されることは、思想・良心の自由、信教の自由、表現の自由、教育の自由等を侵害するものであるとして、都教委らに対し、これらの各義務がないことの確認、義務違反

26) 東京地判平 18.9.21。

を理由とする処分的事前差止及び国賠法1条1項に基づき、慰謝料の支払を求めた事案で、通達及びこれに関する被告都教委の一連の指導等は、教育基本法10条に反し、憲法19条の思想・良心の自由に対し、公共の福祉の観点から許容された制約の範囲を超えているというべきであって、これにより、原告ら教職員が、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務を負わないことを確認した事例。

(d) この三つの事例を素材に補充性を検討する。

難波判決は義務を負わないことを端的に確認し、補充性に全く論及しない。無名抗告訴訟としての確認訴訟を認める以上、この判示こそが正当なものである。

市村判決と大法廷判決は補充性を判示する。

まず市村判決は、原告らにとって建築確認取消しは確認当初は違法性はなかったから救済は望めず、民事訴訟の存在は「民事訴訟と行政事件訴訟とでは、当事者、要件、効果を全て異にするから、民事訴訟によって損なわれた原告らの法律上の利益が完全に救済される保証はなく、民事訴訟の存在又は係属を理由に補充性の要件を満たさないとする被告の主張は採用できない」とし、また「この種の訴訟を認めないと、建築基準法が、同法68条の2により、各市町村の地域の実情に即した規制を設けることを予定しているにもかかわらず、その是正命令権限を行使する行政庁が都道府県にある場合、市町村が同条に基づく条例を設けて、市町村独自の行政目的を実効的に達成しようとしても、都道府県の行政庁が適切に是正命令権限を行使しないときは、市町村において、当該行政目的達成を担保する手段が全くないこととなり、建築基準法68条の2の立法趣旨が損なわれる事態が生ずることも十分予想される。現に、本件紛争においても、上記建築基準法3条2項の解釈のほか、建築基準法に基づいて景観を実効的に維持、保全しようとした国立市の意思が、被告建築指導事務所長に十分反映されていないことも、その一因をなしているものと考えられるが、このような

事態を適切に解決する手段は、ほかに見出せない」として補充性を充たすとした。

通常、補充性論は他の訴訟類型との関係で展開され、市村判決もそのように展開したが、幸か不幸かこの事例では他に方法がないことで補充性を充たすことになっている。事例が良かったので市村判決は結果として悪しき補充性論には陥らなかったと言えるであろう。結果としての名判決というべきであろうか。

これに対して、上記大法廷判決はややわかりにくい。

主位的請求の2番目の確認請求と予備的請求の確認請求につき、大法廷は予備的請求の確認訴訟に優先権を認め、主位的第2確認請求に補充性を持たせた。筆者はこのような頭の整理から大法廷は主位的第2確認請求も当事者訴訟と判断したのであらうと考えてきた²⁷⁾。弁護団も規範統制訴訟でないとい読めるようにと提訴している²⁸⁾。

一審²⁹⁾は、法律上の争訟にあたると思えば、主位的請求の両方もが無名抗告訴訟であり、裁量統制の面から一義性が認められないかとして却下した。控訴審³⁰⁾もほぼ同様である。

しかし、今一度主位的第2確認請求の内容を大法廷の整理でみると、「本件改正後の公職選挙法は、同上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法（上記の憲法の規定及び条約違反）であることの確認を求めるとされており、大法廷がこの請求を無名抗告訴訟としてみたのか、当事者訴訟として見たのかは判決文だけでは明確でない。

無効確認訴訟のところで見えた最高裁の便宜論からすれば、仮に無名抗告

27) 斎藤 浩「行政訴訟における確認訴訟論」(日本弁護士連合会行政訴訟センター編「実例解説行政関係事件訴訟」青林書院, 2009年) 127頁。

28) 古田啓昌「在外邦人選挙訴訟」(日本弁護士連合会行政訴訟センター編「実例解説行政関係事件訴訟」青林書院, 2009年) 91頁。

29) 東京地判平 11.10.28。

30) 東京高判平 12.11.8。

訴訟としての確認訴訟だとしても、当事者訴訟への補充性は問題ないと思われるのかもしれない。

当事者訴訟としての確認訴訟

2004年の行訴法改正で、当事者訴訟の一類型としての確認訴訟を、4条の条文を微改正して明示した。改正により眠っていた制度が覚醒し、二つの大法廷判決（在外邦人の選挙権を確認訴訟で認めた前記最大判平17.9.14、日本人父と外国人母から出生した非嫡出子の国籍取得権を認めた最大判平20.6.4）が出て、下級審にも積極活用例が見える³¹⁾。

当事者訴訟としての確認訴訟については多くの論稿³²⁾が発表されているが、立方的手当までの緊急避難論説である。

(3) 当事者訴訟としての確認訴訟における補充性

抗告訴訟中心主義・取消訴訟中心主義

補充性問題に入る前に、ここで抗告訴訟中心主義と取消訴訟中心主義の異同を概見しておきたい。

抗告訴訟中心主義と取消訴訟中心主義が厳密な検討もなく同じような意味で使われていることに注目したい。何気なく使われており、そのことが論点をややこしくしている。

もちろん厳密な論者たちも存在する。

中川教授は抗告訴訟中心主義という用語を当事者訴訟と対比する形で使用し、これらの形式的位置づけを克服しての統合的行政訴訟を提言している³³⁾。阿部教授は取消訴訟中心主義という用語を抗告訴訟の中の中心とす

31) 前掲斎藤「行政訴訟における確認訴訟論」119頁，なお斎藤前掲書318頁以下。

32) 代表的なものの中川丈久「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963頁以下)。南 博方・高橋 滋編「条解行政事件訴訟法第3版補正版」(弘文堂，2009年)126頁以下(山田 洋執筆)，確井前掲論文参照。なお行政訴訟検討会委員であった立場からのなまなまし立憲裏話を含む水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義2009年8月号25頁以下参照。

33) 前掲中川論文997頁。

る考え方という意味で使用し、当事者訴訟との関係では原告の選択によってどちらを使うかを定めるべきであるとの併用主義を唱えている³⁴⁾。高木光教授は、行政処分権限の発動・不発動をめぐる訴訟とそれ以外の権利義務関係をめぐる訴訟に大別する考えを提唱し、前者を処分権限訴訟、後者を権利義務訴訟と呼ぶとする³⁵⁾。

これらは抗告訴訟の利用強制を批判する立場である³⁶⁾。抗告訴訟を本家と考えないか、本家ではあっても利用強制は良くないという考えである。つまり補充性をもたせない考えといえよう。

これらが行訴法の平成16年改正中または後の著作であるのに対し、改正前の著作ではあるが山本隆司教授は行政処分に該当しない行為を争う方法をただちに当事者訴訟と発想せず、無名抗告訴訟として争う方法を強調する³⁷⁾。山本説は従来の単純な公定力排除型の抗告訴訟中心主義とは全く異なるものの、抗告訴訟中心主義の家族の中には入るものと言えよう。

抗告訴訟中心主義をとれば当然当事者訴訟に抗告訴訟への補充性をもたせることになる。

当事者訴訟の補充性

(i) 改正前からの引き続き議論

行訴法4条の明文には補充性文言はない。しかし補充性が定着している。

行訴法の中で圧倒的な条文数は抗告訴訟でありなかつく取消訴訟である。行訴法は取消訴訟の条文を中心に構成されており、当事者訴訟は4条、39～41条のみである。

そのことから当事者訴訟は分家であり、抗告訴訟が本家であると通常考えられているが、そのことは理論的には明らかなことではないばかりか、法実践上は不都合極まることである。

34) 阿部前掲書88, 136頁。

35) 高木 光「行政訴訟論」(有斐閣, 2006年) 60頁。

36) 阿部前掲書136頁参照。

37) 山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣, 2000年) 479頁以下, 特に486頁。

形成訴訟と言われる抗告訴訟の構造分析として阿部泰隆教授は、抗告訴訟の中心概念である処分性につき、行政の行為は「適法であることが前提であるので、裁判では行政の行為が違法かどうかを確認することが肝心であり、その中で、効力があるものは取り消し、さもなければ違法の確認をすればよいのであるし、行政処分と言えども適法でなければ効力がないと考えればすべて違法の確認でよい」と言う³⁸⁾。

阿部教授の考えは、行政訴訟と民事訴訟の峻別を前提にしたうえで、確認訴訟と形成訴訟の関係における前述の民事訴訟法学における兼子説と類似している。阿部説では抗告訴訟と当事者訴訟の関係は主従がないものになるものと思われ、それぞれが独自の役割を持つことになるのであろう。

日弁連の行政訴訟法案は、阿部教授と逆に行政訴訟と民事訴訟との親和性を強調しつつ、行政訴訟を是正訴訟として一本化し、阿部教授と同様にその本質は確認機能であるとしている。

(ii) 2004年改正以後の補充性（一般論）

2004年改正である4条の条文を微改正して明示するという内容の目的は、処分性を今回は改正しないことへの代替措置であった。行政処分性を認めにくい行政行為を行政訴訟として扱うための方策である³⁹⁾。

このような改正法の意義付け自体が抗告訴訟に対して実質的当事者訴訟の補充性をもたせるものと言えるであろう。改正法の論議がそのようなものであったことは間違いのないところであるが、よく考えてみれば改正前の条文も改正後の条文も条文自体からは行政処分性との関連をうかがうことはできない。

従って、ここは条文に即し再考察することが重要である。

ア 行政訴訟の利用者は、より強力な効果のある取消訴訟を当然まず選択し、それができない時に実質的当事者訴訟を利用するので、理論問題でも

38) 阿部前掲書134頁。

39) 小林久起「行政事件訴訟法」(商事法務, 2004年) 202頁, 斎藤前掲書320頁以下参照。
なお中川前掲論文986頁以下も参照のこと。

なければ補充性問題でもない、という考えがある。

この考えは当事者訴訟の取消訴訟など抗告訴訟への補充性は現行制度上当然であるとの考えである。

強力な効果というのは排他性、第三者効の行訴法32条のことである（41条）。

しかし逆に取消訴訟は出訴制限、審査請求前置の個別法などの問題があるが、当事者訴訟にはないことからすると、一概に利用者にとって取消訴訟選択が必然とは言えないであろう⁴⁰⁾。

イ そこでこの分野の補充性問題も、当事者訴訟を利用者が選択したいと考えるのに対し、取消訴訟選択強制をするのかどうかという点に帰着する。

論じられているのは**潜脱論**である⁴¹⁾。行政処分にあたる行為を争うのに、出訴期間や審査請求前置を潜脱するために、行政処分の効果として課される義務の不存在を求めるのは不適法というものである。

しかしこの議論は取消訴訟中心主義の究極の姿である。無効確認の項で既に述べたように、行政処分が無効の場合は結果として課される義務のないことを前提にして現在の法律関係に関する訴えを起こすことが本則である。従来からの実質的当事者訴訟の典型例として、行政処分の無効を理由とするものが上げられる。にもかかわらず、取消訴訟の場合は行政処分を直接対象としなければ不適法であるということに何らの矛盾も感じないのである⁴²⁾。取消すべき行為も無効の行為も違法であることに変わりはないのであり、概念への異存はやめなければならない。実定法上の根拠はないが学説、判例が積み重ねて来ている公定力概念で押し切ろうというこ

40) 芝池義一「行政救済法講義第3版」(有斐閣, 2006年) 31頁以下。芝池による取消訴訟のデメリットは第一は排他性(民事訴訟の排除), 第二は出訴期間, 原告適格の狭さ, 仮処分排除, 執行停止要件の厳格さなどである。

41) 例えば西川知一郎編「行政関係訴訟」(青林書院, 2009年) 208頁(岡田幸人最高裁調査官執筆), なおこの岡田執筆部分で市村陽典「訴訟類型」(園部逸夫・芝池義一編「行政事件訴訟の理論と実務」ぎょうせい, 2006年) 51頁が引用されているが, 市村論文には潜脱というようなエキセントリックな用語はない。

42) 阿部前掲書63頁以下には, 原因行為を叩く訴訟では不合理となる例が説かれている。

とであろうが、論者が潜脱と言っている争い方を現行法は禁止していないのであり、国民が選択した訴訟を概念論で却下することは許されない。拘束力はあるが第三者効はないというのが実定法上の解釈であろう(行訴法41条)。

ウ 確認訴訟は民訴法の確認訴訟と同様に、形成訴訟(給付訴訟)としての抗告訴訟に対し補充性を持つとする考え。(1)で上述した。

(iii) 差止め訴訟との関係

後述するように改正で明文化された差止め訴訟は、条文上の補充性のほかに、重大要件を通じて取消訴訟に対して強い補充性を学説上、判例上もたされつつある。

ところがこのように制約された差止め訴訟に対し、当事者訴訟としての確認訴訟はさらに補充性を持つという解釈が横行している。これでは4条の改正の意味は撲滅されることになるだろう。

中川丈久教授は、「後に不利益処分が予想されるのであれば一律に、確認訴訟ではなく行政処分差止訴訟が提起されるべきではないか、その結果、改正法37条の4が差止訴訟の要件として定めるところ(「一定の処分または裁決がされることにより重大な損害を生じるおそれがある場合に限り、提起することができる」)が適用されるのではないかという問題がある。もしそのような解釈が取られるならば、確認訴訟はほぼ全面的に否定され、検討会の『確認訴訟の活用』論は結局日の目を見ないことになるだろう」と危惧したうえで、「しかし改正法のもとでは、行政処分差止訴訟と、確認訴訟(それが抗告訴訟と当事者訴訟のいずれに位置付けられるかは問わない)は、それぞれ固有の領域を持って役割分担をする関係にあり、その限りでは、差止訴訟の要件規定が確認訴訟に影響を及ぼすことはないと考えるのが、改正法の適切な解釈であると考えられる」という。

要するに一定の処分が高度に予測される場合に使う差止めの訴えと、そこまで予測できない段階で、原告の地位の安定化のために提起されるべ

き確認訴訟とは役割分担であると考え、また行政側の行政処分発動に裁量があるから確認の利益がないなど考える最高裁の横川川判決⁴³⁾や長野勤評判決⁴⁴⁾を批判するものである。

また、これらは自らへの不利益的行政処分等の行動予測の場合が論じられているが、第三者への行政処分等に対する確認訴訟と差止めの訴えとの関係でも同じことになる。行政計画において明確な意思決定が行政からなされている場合には、取消訴訟の領域であり、まだ計画決定はおこなわれていないがその可能性が確実にある場合には確認訴訟、処分内容の一定の予想ができる段階になれば差止めの訴えと考えられる。

このように取消訴訟、差止め訴訟、確認訴訟を観念的な補充性論でなく、実態的機能論で役割分担させることが、今の訴訟類型を前提にすれば重要な解釈論であろう⁴⁵⁾。

(4) 改正法下の判例の動向

随所に判例をみてきたが、ここで少しまとめておきたい。ここでは無名抗告訴訟の判例は省略する。(2) をみられたい。

(2) でみたように著名な判例はその二つの大法廷判決である。碓井教授の指摘によれば、なお二つの最高裁判例がある。

補充性との関係で順次見る。

第一は在外邦人の選挙権を確認訴訟で認めた前記大法廷判決⁴⁶⁾である。この判決の補充性論は上述した。

第二は高根町簡易水道事件判決⁴⁷⁾である。この判決は、地方自治法244条3項違反の条例による水道料金値上げ部分は無効であるので、差額分の支払義務不存在確認を有効としたもので、補充性についての判断はないが、

43) 最判平元 .7.4。

44) 最判昭 47.11.30。

45) 前掲碓井論文「公法上の当事者訴訟の動向2」4~5頁参照。

46) 最大判平 17.9.14。

47) 最判平 18.7.14。

抗告訴訟としての無効確認と当事者訴訟としての無効確認とを峻別すると言ふ訴訟類型的判断を強調しており、補充性論の基礎を形成しているとも言えよう。

第三は在外被爆者援護法健康管理手当支給請求事件判決⁴⁸⁾である。当事者訴訟としての給付請求訴訟である。補充性の問題は現れない。

第四は日本人父と外国人母から出生した非嫡出子の国籍取得権を認めた前記大法廷判決⁴⁹⁾である。この判決もその基礎となった1審判決⁵⁰⁾も、確認を言うだけで、どの類型なのかを一切言わないが、主文をみれば当事者訴訟としての確認であることが解る。補充性の問題は現れない。

下級審は次の通りである⁵¹⁾。特に補充性が問題となったケースのみ取り上げる。

- a 東京地判平 19.2.23 は、強制退去事例であるが、「被告らが指摘するように、一定の不利益処分がなされることが当然に予想できる場合、当該処分の違法を主張してその効力を予防的に争う場合には、差止めの訴えによる方が、より直截的であるといえよう。しかしながら、退去強制令書の執行を差し止めようとするならば、主任審査官には当該退去強制令書的前提となる裁決に従って当該退去強制令書を執行すべき義務があることから、当該裁決の効力を有しないものとするか又は排除しなければならぬところ、当該裁決の取消し又は無効確認以外の方法（例えば、職権による取消し又は撤回の義務付け）に疑義がないではないというべきであるから、……本件各裁決の取消し又は無効確認が認められない以上、いわゆる補充性を理由として、公法上の法律関係の確認の訴えとみられる本件各確認の訴えの利益がないと解することは相当とはいえない。ただし、その地位の確認（本案の判断）に当たっては、本来より直截的

48) 最判平 19.2.6。

49) 最大判平 20.6.4。

50) 東京地判平 17.4.13。

51) 碓井前掲論文および野口貴公美「『確認の利益』に関する一分析」(法学新報116号9・10号, 1頁以下, 2010年)参照。

であるはずの差止めの訴えの要件（行政事件訴訟法37条の4）をも勘案しながら、十分慎重な吟味を要するというべきである。この判決の上記判示は言葉足らずの傾向は認められるが、補充性の判断方法は実効的救済の立場からのものであると一応言うことができよう。言葉足らずとは、被告らが主張しているのは強制退去令書執行差止めとの補充性であるのに、判示は入国管理局長による裁決の取消し又は無効確認の点に判断を突如進めている点である。

- b 大阪地判平 19.8.30(判タ1261号191頁)は、情報公開請求につき、開示しないことの違法確認の当事者訴訟は、不作為の違法確認や義務付けとの関係で補充性があるとして却下している。この事例では、原告は義務付け等を請求もしているから実害はない。
- c 福岡地判平 20.4.25 は、漁協の解散届義務の存否が争われた事例であるが、「原告が解散届を提出しないことを理由に、被告知事から行政指導や過料通知を受けるなど、現に当事者間に水協法上の解散届提出義務の存否という法律関係に関して争いがあるのであるから、その存否の確定が上記紛争の解決に資することは明らかである。そして、仮に甲事件において本件各処分時において法定解散していないとの理由で本件各処分が取り消されたとしても、原告が現在（口頭弁論終結時）において法定解散しているか否か、解散届の提出義務を負うか否かについてはその拘束力が及ばないのであるから、原告が法定解散しているか否かを巡る当事者間の紛争を抜本的に解決するためには、確認判決により不利益を除去する必要があるのであって、即時確定を求める法律上の利益があるというべきである」と述べている。厳密な意味の補充性の問題ではないが、確認訴訟の有用性が理解できる判示である。
- d 東京高判平 20.7.8 は、独立行政法人の入札の事例であり、これに処分性があるとか、なくても公法上の当事者訴訟でいけるとか原告、控訴人は言っているが、実定法に規定がない以上、わが国の裁判所では救済されることはない事案である。民事訴訟だとしても、給付訴訟に対する確

認訴訟の補充性は前述のように認められてしまうのであろう。

- e 名古屋地判平 21.1.29 は、区画整理組合に対し各区画道路の位置の定めが違法であることの確認などを求めた事案であり、裁判所は道路の位置を争うには「愛知県を被告として愛知県知事のした被告C組合の設立認可を争うべきであり、これによらなければ本事業計画の公定力を排除することはできず、公法上の当事者訴訟によってその違法性を確認することは許されない」とした。また「確認判決に愛知県知事は拘束されないから(実質的当事者訴訟について、処分行政庁等に出訴の通知がされないことなどにもかんがみると、被告C組合との当事者訴訟における判決の効力の及ぶ関係行政庁《行政事件訴訟法41条1項, 33条1項》には愛知県知事は含まれないものと解される。)、被告C組合が本事業計画と異なる仮換地指定をすることができるものではなく(愛知県知事は、本事業について、被告C組合が本事業計画に違反していると認めるときは、被告C組合に対し、被告C組合のした処分の取消し、変更等を命ずることができ、被告C組合がこの命令に従わない場合には、被告C組合の設立の認可を取り消すことができる。土地区画整理法125条3項, 4項)、原告らと被告C組合との間の法律上の紛争を抜本的に解決するものではないから、当該訴えは確認の利益がない不適法なものといわざるを得ない」という。行政計画の分野は行政訴訟検討会の塩野座長が確認訴訟ではなかなかうまくいかない指摘し、論者が必死に対策を考えている分野である⁵²⁾。この判例の事例が組合施行の区画整理であるので、ある種の補充性論が居心地を良しとして居座りやすい。訴訟制度として

52) 斎藤前掲書322頁以下及びそこで引用している論稿を参照されたい。日弁連はその後も検討を重ね、2010年11月17日付理事会決定をもって「行政事件訴訟法5年後見直しに関する改正案骨子」を公表し、「すでに議論の成熟している都市計画決定についての争訟制度を創設するとともに、例えば河川法の河川整備計画、大気汚染防止法の総量規制基準など、国民に法的効果や打撃を与えうる一定の行政計画及び行政立法について、個別法ごとに訴訟対象となる行為を明示し、個々の行政過程における行政手続及び行政不服申立てとリンクさせた行政訴訟制度を創設するため、網羅的な検討を開始すべきである」とした。

の改革が望まれるものである。

f 東京地判平 22.3.30 は、薬事法施行規則等の一部を改正する省令により、一部の医薬品のインターネット販売等ができなくなったことにつき、原告らが、改正省令は、新薬事法の委任の範囲外の規制を定めるものであって違法である等として、原告らが第一類・第二類医薬品につきインターネット販売等を行うことができる権利の確認等を求めた事案。裁判所は「本件地位確認の訴えは、公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴え」と解し、改正省令により、インターネット販売により第一類・第二類医薬品については販売できなくなったものであり、「本件改正規定の適法性・憲法適合性を争うためには、本件各規定に違反する態様での事業活動を行い、業務停止処分や許可取消処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ず、本件改正規定の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことができないとするのは相当ではないと解される」とした。取消訴訟が常に優先するとする判断への歯止めにはなる判示である⁵³⁾。

(5) 小 活

改正後の行訴法 4 条がバスケット・クローズ（包括条項）であるとはいえ、確認の利益（特に即時確定の利益）や、本稿のテーマである補充性が論者、判例によって区々で不明確であり、国民にとって使い勝手が必ずしもよくないため、立法的手当てが必要である。また仮の救済の方法については法に明定すべきである⁵⁴⁾と考える。

53) なお前述で酷評した西川知一郎編「行政関係訴訟」（岡田幸人執筆）部分の、実質的当事者訴訟活用可能性に関する部分（211～212頁）は、一読の価値を有する。

54) 斎藤 浩「行政事件訴訟改正の到達点と課題」自由と正義2009年 8 月号 9 頁以下参照。

またどちらも強い補充性と言うくびきのもとに置かれている無名抗告訴訟としての確認訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の区別がつきづらいことを考えれば、行訴法3条と4条の抜本的見直しの発火点ともいえるであろう。

4 義務付け訴訟の補充性

2004年改正により導入されたこの制度の補充性は、抗告訴訟類型間と他の訴訟類型との間の2方面で考察される。

(1) 非申請型義務付け訴訟の補充性

解 釈 論

行訴法37条の2第1項の明文に補充性文言がある。

「義務付けの訴えは、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他に適当な方法がないときに限り、提起することができる。」

この規定ぶりは、後に見る差止め訴訟が「他に適当な方法」の存在が訴えの消極要件とされているのとは異なり、「他に適当な方法」の不存在が訴えの積極要件とされている。

つまり非申請型義務付けの規定ぶりは「他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」とされるのに対し、差止めの規定ぶりは「ただし、他に適当な方法があるときは、この限りでない」、つまり提起できないとなっている。

この規定ぶりの違いをふまえて、諸説を整理すると次のようになる。いまや多くの概説書が出ているが、整理すると次の二つのルーツが活用されている⁵⁵⁾。

55) 斎藤前掲書270～271頁など参照。

立法関係者⁵⁶⁾。

過大申告の場合に減額を求めるのは更正請求（国税通則法23条，地方税法20条の9の3など）である。これは損害を避けるための方法が個別法の中に法定されている場合⁵⁷⁾，b課税処分の一部に不服がある場合のように，不利益処分が可分で，新たな処分を求めるまでもなく一部取消しを求められる場合などには「損害を避けるために他に適当な方法がない」とは言えない。他方，民事の手段がある，行政不服審査ができるというだけでは「他に適当な方法」とは言えない。また申請型義務付けができるのにないので非申請型義務付けをすることはできない⁵⁸⁾。

山本隆司教授⁵⁹⁾。

義務付けの規定ぶりは，特別に法定された行政（訴訟）手続よりは広い範囲の手続が「他に適当な方法」として想定されているように思われるという。特別に法定された行政（訴訟）手続とは，行政処分の根拠法規が考慮されるだけの民事訴訟では適当な方法とはいえない，独禁法24条の不公正な取引方法の差止め民事訴訟を認めるような，根拠法規を民事訴訟により執行・実現できる状況にある場合にのみ適当な方法に当たるといふ。このように民事訴訟を実効的に追行できる場合とは，処分根拠法規の認定について行政庁に裁量ないし判断余地が留保されておらず，原告が処分根拠法規を民事訴訟により執行・実現できることが確立されており，かつ，比

56) 小林前掲書163～165頁。なお小早川光郎編「改正行政事件訴訟法研究」（有斐閣，2005年）124～125頁の村田斉志発言参照。

57) 更正請求期間徒過後に義務付けができるかにつき，小林前掲書164頁はできないと言い，同旨の判例を引用しているが，金子 宏「租税法 第十五版」（弘文堂，2010年）827頁は可能としている。

58) 民事訴訟でない他の方法として，たとえば建築基準法上の是正命令を求める義務付け訴訟において，建築確認の違法性を原告が問題にする場合には，確認の取消訴訟が適当な方法といえるかというような問題もある。この場合には，裁判所はその取消訴訟も提起させて，弁論を併合して最も根本的な解決をめざすことになる（前掲小早川編・研究125～126頁の鶴岡稔彦発言参照）。

59) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」（民商法雑誌130巻4・5号，2008年）662～663頁。

較的利益関係者の範囲が狭く、原告が必要な知識・情報を十分に収集・理解できる状況に限られよう。こうした極めて限定された場合には、行政庁が事案の調査・解明を筆者人間の訴訟等に委ねる裁量をもつものと考えられるとする。

判 例

判例を概見するとわかるように、明文にある補充性問題の検討もあるが(a, d, e), 明文にはない取消訴訟との補充性を問題にして却下しているケースも目立つ(b, c, f)

- a 東京地判平 19.5.31 は、出生届出に当たり、「嫡出でない子」という表記を強制されることを回避しようと試みたところ、当該出生届が不受理となって、これを理由に住民票の記載をしない処分をされたとして、当該子とその両親である原告らが、住民基本台帳法8条、憲法14条等違反の違法を理由に、上記処分の取消しを求めるとともに、当該子の住民票の作成の義務付け等を求めた事案。裁判所は「住民基本台帳法においては、住民が、出生届とは別個に住民票の記載のみを市町村長に対して求める申請手続を法定しておらず、その点からすると、原告子の住民票の記載をしない処分の取消しを求める判決がされることによっても、必ずしも原告子の上記損害が回復されるとは限らないので、『その損害を避けるために他に適当な方法がない』ということもできる」とした⁶⁰⁾。
- b 神戸地判平 20.7.31 は、18年度神戸市国民健康保険料の賦課処分の取消しを求めるとともに、19年度国民健康保険料について、上記取消判決中の理由の判断に従った賦課処分をすることの義務付けを求めた事案において、裁判所は、取消訴訟の存在により「損害を避けるために他に適当な方法がない」とはいえないとした。
- c 3(4)eでも取り上げた名古屋地判平 21.1.29 は、仮換地変更の義務付

60) なおこの判決の控訴審(東京高判平 19.11.5), 上告審(最判平 21.4.17)は住民票の記載を求める申出に対する応答を処分性なしとして訴えを却下している。

け訴訟でもあるが、裁判所は、原告が仮換地指定の取消訴訟において「照応原則に反する違法があると判断されてこれに勝訴すれば、被告C組合は、行政事件訴訟法33条1項により、判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断にわたって取消判決に拘束されることになり（最高裁昭和63年（行ツ）第10号平成4年4月28日第三小法廷判決・民集46巻4号245頁参照）、その勝訴判決の後に改めてされる被告C組合の仮換地指定によって、原告らの実効的な救済が図られるものというべきであるから、『その損害を避けるため他に適当な方法がないとき』との要件を満たしているものとは認められない」とした。

- d 大阪地判平 21.9.17 は、建基法9条1項の是正命令の義務付けを求める事案である。裁判所は、マンション敷地と隣接した土地を所有し、境界及び擁壁に近接して建築された建物に居住する者は、マンション又は土地が建築基準法の規定に違反している場合には、生命・身体の安全に影響が及ぶおそれがあり、かかる損害は回復困難な性質のものであるから、特定行政庁に対し、是正命令の発動を求める義務付け訴訟の要件である「重大な損害を生ずるおそれ」があり、また、たとえ建物の建築主等に対して民事上の請求が可能であるとしても、義務付け訴訟と民事上の請求とでは、請求の相手方、要件及び効果の諸点において異っており、実効的な権利救済の見地からして救済手段としての義務付け訴訟を直ちに排除すべきではないから、「損害を避けるため他に適当な方法」があるとはいえないとした。
- e 東京地判平 22.4.28 は、公正取引委員会が、グランドポリマーら6社がポリプロピレンの販売価格の引上げをしたこと（以下「本件カルテル」という。）が、独禁法2条6項に規定する不当な取引制限の違反行為に当たることを理由に、適当な措置をとるべき旨の勧告をし、応じなかった会社に対し審決の上、納付命令を出した。うち1社が原告となり、納付命令の一部（違法に他社と差額があるとする部分）の取消し（撤回）の義務付けを求めた。裁判所は、「^(ア) ……旧独占禁止法上、〔1〕納付命

令に対する不服申立方法としては、審判手続の開始の請求によることが予定され、〔2〕同審判手続においては、訴訟手続に類似した対審構造の手続が法定され、〔3〕同審判手続に基づく納付審決に対する抗告訴訟も、東京高等裁判所の専属管轄に服し、実質的証拠法則が適用されるなど、全体として、特別の救済手続が排他的に法定されており、「他に適当な方法がないとき」の要件を満たさないものといわざるを得ない」とした。

f 名古屋地判平 22.12.9 は、特別在留不許可の取消しと許可の義務付けを求めた事案で、取消しで救済はしたが、「本件各裁決の取消訴訟において、原告らに対し在留特別許可を付与しなかったことに裁量権の逸脱又は濫用があると判断されて、原告らがこれに勝訴すれば、行政事件訴訟法33条により、法務大臣等は、取消判決の主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断に拘束されることになるのであるから（最高裁昭和63年（行ツ）第10号平成4年4月28日第三小法廷判決・民集46巻4号245頁参照）、本件において、原告らは、本件義務付けの訴えを提起しなくとも、本件各裁決の取消訴訟の勝訴判決の後に改めてされる法務大臣等の裁決により、本邦での在留資格を得るという目的を達することができるはずである（なお、入管法49条1項の規定による異議の申出には理由がない旨の裁決を受けた者が、専ら裁決後に生じた事情を理由にして在留特別許可の付与の義務付けを求める事案においては、裁決取消訴訟の違法性の判断基準時が裁決時とされることから、当該裁決の取消訴訟によってはその目的を達することができず、義務付けの訴えによらざるを得ないが、本件はこのような事案ではない。）」とした。

補充性は必要か

解釈論、判例を概見したうえで、あらためて義務付け訴訟における補充性が必要であるのかを考察したい。

塩野教授は立法政策であると言う⁶¹⁾。以下、考察するのはその立法政策

61) 塩野前掲書238頁。

の是非である。

阿部教授は、非申請型と申請型とに義務付けを2分したことに、補充性などの過重要件の根拠をもとめ批判する⁶²⁾。

筆者は過重要件のうちでも重大な損害要件と補充性要件には異なる意味があると考え。立法政策選択は常にあり得て、時の国会がその質を決定する。従って、義務付けを2分する立法政策が選択され、非申請型に過重要件を規定することまではありうるが、補充性は立法政策として誤りではないか考える。改正法の趣旨は、取消訴訟中心主義からの脱却方向⁶³⁾であったはずである。

ドイツ行政裁判所法は42条1項で取消訴訟と義務付け訴訟を、43条1項で確認訴訟を規定し、同条2項で形成、給付訴訟への補充性を規定する形で、民事訴訟と同様の3分類をする。義務付けには補充性はなく、権利侵害が要件である。わが国の行訴法を取消訴訟中心主義から脱却させようと言う立法方向では、新設する義務付けの要件を加重すること一般は許されるが、取消訴訟への補充性は許されないであろう。そのようなことをするのは立法の矛盾である。しかし上述のように、立法関係者の解説には取消訴訟への補充性の例が部分的だが掲載されるし、運用が任された裁判所では、b, cの判例のように、堂々と取消訴訟への補充性を宣言しているのである。

改正前の無名抗告訴訟としての義務付け訴訟につき、山本隆司教授は他の抗告訴訟との補充性の必要性を否定していたが、卓見である⁶⁴⁾。

(2) 申請型義務付け訴訟の補充性

併合提起要件は補充性である

正面から補充性問題として論じている論稿はないようであるが、筆者の

62) 阿部前掲書293頁以下。

63) 塩野前掲書237頁。

64) 山本前掲書488 - 491頁は、改正後の解釈論としても重要である。

目からみると行訴法37条の3の3項, 4項, 6項の取消訴訟などの併合提起要件は補充性と同じ本質を持つ。隠れた補充性問題である。

この立法について塩野教授は「裁判所の判断の矛盾を防止するとともに、紛争の合理的解決を図るという意味で適切な立法的対応とみることができる⁶⁵⁾」という。筆者は、このような評価は、義務付け訴訟を無名抗告訴訟から有名化させること、取消訴訟中心主義からの脱却をめざすことと矛盾するものである⁶⁶⁾。

併合提起要件は、取消訴訟に対し補充性をもたせることと同様である⁶⁷⁾。

判 例

以下の判例をみれば明らかのように、併合提起のうち取消しが認められなければ義務付けまで進まない。取消しだけ認めて義務付けまで進まないものもある。このような運用状況は、このように立法すれば当然のことである。

問題は、義務付けを求めたい原告に取消訴訟等の併合提起を強制せねばならないかである。

すでに述べたが、山本教授の改正前の論述の、補充性の不要説は重要な指針となろう⁶⁸⁾。

65) 塩野前掲書241頁。この立法内容は、行政訴訟検討会の改正法提案の最終文書とも言える平成16年1月6日付「行政訴訟制度の見直しのための考え方」に明確に提案されている。この「考え方」については、原告適格条文見直しの概要が抽象的で行訴法9条2項の条文となった姿とは大いに違ったということや、確認訴訟の活用は積み残しのよう書かれながら現実条文化されたということがあった。しかし、取消訴訟等との併合提起要件は「考え方」において明確である。

66) いずれにしても、「取消訴訟をベースにした制度であることは、かなりはっきり出てますね」(前掲小早川編・研究137頁の小早川発言)、とか、併合提起要件には外国にモデルはない(前掲小早川編・研究138頁の小早川発言)と言われていた。

67) 併合提起は取消訴訟だけでなく、不作為の違法確認、無効等確認もあるので取消訴訟中心主義とは異なるのではという形式的反論もあるかもしれない。それは次に分析する判例の現実を見ればとるに足らない反論だと理解できる。併合提起の類型は取消訴訟が大半なのではないか。

68) 山本前掲書488~191頁参照。

- a 東京高判平 17.12.26 は、過去の安全運転義務違反行為のため、道路交通法92条の2第1項の表の備考一の4に定める違反運転者等に該当するとして、更新後の有効期間を5年ではなく、3年とした運転免許証の更新を受けた者が、同更新処分には行政手続法に定める手続がとられなかった違法がある等としてした同更新処分の取消請求が棄却され、5年免許の義務付けも理由中で却下相当とした。
- b 東京地判平 18.3.10 は、情報公開法に基づく開示請求の不開示取消を棄却し、開示の義務付けを却下した。
- c さいたま地判平 18.4.26 は、私立専門学校の専任教員の氏名に関する情報の不開示の取消と開示の義務付けを認めた。
- d 東京高判平 18.6.28 は、運転免許証の有効期間の更新に際し、一般運転者に当たるとして、有効期間は5年であるが道路交通法93条1項5号が規定する優良運転者である旨の記載のない運転免許証を交付された者がした、同人を一般運転者とする部分の取消しを求める訴えと優良運転者である旨を記載した運転免許証を交付せよとする義務付けの訴えを適法とした⁶⁹⁾。
- e 名古屋地判平 18.10.5 は、情報不開示決定の取消しと開示の義務付けを認めた。
- f 東京地判平 18.10.25 は、こう頭軟化症等のため気管切開手術を受けてカニューレを装着している児童の保護者がした保育園への入園申込みに対して市福祉事務所長がした保育園入園を承諾しない旨の処分の取消し及び保育園入園の承諾の義務付けの各請求を認容した。
- g 大阪地判平 19.3.14 は、個人タクシー業者からタクシー事業に係る旅客の運賃及び料金の変更認可申請を却下した運輸局長の処分に審査基準の不作成等の手続的違法があるとしてされた前記処分の取消し及び前記変更認可をすることの義務付けを求める訴えにつき、行政事件訴訟法37

69) なお上告審（最判平 21.2.27）は1審が却下していた訴えを2審が取消して差し戻した点を是認しているが、上告審は義務付けについては判断していない。

条の3第6項前段に基づき、取消訴訟についてのみ終局判決をし取消した。

- h 東京地判平 19.3.15 は、司法試験委員会の議事の内容を録音した録音内容の不開示取消を棄却し、開示の義務付けを却下した。
- i 東京地判平 19.7.20 は、在日朝鮮人総聯合会が中央本部の事務所等として使用する不動産に係る固定資産税及び都市計画税の減免申請に対する減免不許可処分及び賦課処分の各取消請求を棄却し、許可、賦課の義務付けを却下した。
- j 大阪高判平 19.8.29 は、町内会が地方自治法260条の2第1項に基づいてした地縁による団体の認可申請に対し、町長がした不認可処分の取消請求及び同町長に対する認可処分の義務付けを求める請求をいずれも認容した。
- k 東京地判平 19.9.5 は、障害基礎年金及び障害厚生年金の裁定請求をしたところ、社会保険庁長官から、同裁定請求日を受給権発生日とする障害等級2級の前記各障害年金を支給する旨の裁定を受けたものの、同裁定請求日より前の期間については前記各障害年金を支給しない旨の処分を受けたことから、前記請求人がした同処分の取消請求及び同期間についての各障害年金の支給を求める義務付けの請求を、いずれも一部認容。
- l 大阪地判平 19.10.18 は、不動産登記法119条1項に基づき、500円分の登記印紙とともに登記事項証明書の交付申請をしたところ、大阪法務局西出張所登記官が1000円の納付がないのでその交付を拒否する処分をしたことの取消と交付の義務付けを求めた請求で、裁判所は取消し請求を棄却し、義務付けを却下した。
- m 大阪高判平 19.10.19 は、エネルギーの使用の合理化に関する法律に基づき第一種特定事業者である各事業者から提出された定期報告書の記載のうち、第一種エネルギー管理指定工場における燃料等の使用量及び電気の使用量の情報不開示の取消と開示の義務付けの訴えにつき、原審(大阪地判平 19.9.28)をいずれも逆転させて、取消を棄却し、義務付

けを却下した。

- n 東京地判平 19.12.26 は、沖縄返還時の秘密協定の情報不開示の違法確認と開示の義務付けを請求したのに対し、不作為の違法確認は認められたが、義務付けは実体要件に欠けるとして棄却した。
- o 福岡地判平 20.2.25 は、本件は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律 2 条 6 項 2 号の店舗型性風俗特殊営業を営む原告が、公安委員会がした本件営業に関する届出確認書不交付決定の取消請求を棄却し、交付の義務付けを却下した。
- p 水戸地判平 20.2.26 は、茨城県個人情報の保護に関する条例に基づき開示請求された、開示請求者本人に係る精神保健及び精神障害者福祉に関する法律に基づく措置入院に関する一切の資料のうち、「精神障害者等診察（保護）申請書」中の「症状の概要」欄記載の情報などが、前記条例15条 4 号所定の非開示事由（事務事業情報）に該当しないとされ非開示を取消し、開示も義務付けた。
- q 東京地判平 20.2.29 は、日本国籍を有する女性と約16年間にわたる共同生活を続けたガーナ共和国国籍を有する男性がした、出入国管理及び難民認定法49条 1 項に基づく異議の申出に対し、法務大臣から権限の委任を受けた入国管理局長がした同申出には理由がない旨の裁決の取消し及び在留特別許可の義務付けを求めた各請求をいずれも認容した⁷⁰⁾。
- r 名古屋高判平 20.7.16 は、開示請求権者の子の死亡に係る死体見分調書中の飛降現場断面図などは、愛知県個人情報保護条例17条 6 号所定の非開示事由（公共秩序維持情報）に該当するとした警察本部長の判断が、裁量権の逸脱又は濫用に当たらないとして非開示の取消請求を棄却し、開示の義務付けを却下した。原審名古屋地判平 20.1.31 は取消と義務付けを認容していた。
- s 新潟地判平 20.11.14 は、養豚業等を営む者が、豚舎に通じる通路の

70) なお控訴審（東京高判平 21.3.5）は 1 審判決を取消している。

一部を敷設するため、新発田市公共用財産管理条例及び同施行規則に基づき、市の管理に係る水路の一部の使用許可申請に対する不許可処分の取消請求及び同市長に対する許可の義務付け請求が、いずれも認容された事例。

- t 東京高判平 21.3.5 は、日本国籍を有する女性と約16年間にわたる共同生活を続けたガーナ共和国国籍を有する男性がした出入国管理及び難民認定法49条 1 項に基づく異議の申出を棄却し、在留特別許可を付与しなかった法務大臣から権限の委任を受けた入国管理局長がした裁決取消訴訟を棄却し、在特の義務付けを求めた訴えを却下した。
- u 大阪地判平 21.3.19 は、外国人と同居していない成年後見人がした外国人登録原票の居住地変更登録申請を却下した処分の取消請求を棄却し、変更の義務付け請求を却下。
- v 東京高判平 21.3.19 は、個人情報の保護に関する条例に基づき、精神保健法による自己に対する入院措置に関する一切の資料について開示請求をしたところ不開示決定を得たので、その取消しと開示の義務付けを請求したが、裁判所は取消しを棄却して、義務付けを却下。
- w 横浜地判平 21.7.15 は、相続により取得した土地に係る固定資産税及び都市計画税の賦課決定処分につき、同土地を物納財産とする相続税の物納を理由とする前記固定資産税等の税額の減免申請に対してされた税額の10分の7の額の減免を許可する一部減免許可決定処分の取消請求が棄却され、認容を適法要件とするとして許可の義務付けが却下された。
- x 名古屋高判金沢支部平 21.8.19 は、被控訴人が、処分行政庁である石川県知事に対し、平成19年改正前温泉法 3 条 1 項に基づく温泉の掘削許可申請をしたところ、同知事が、同申請は温泉法 4 条 1 項 2 号に該当するとして不許可とする処分をしたことから、同処分の取消し及び温泉掘削許可の義務付けを求めた事案の控訴審で、本件処分に際し、処分行政庁が依拠した温泉部会がその答申において、「本件掘削を不許可とすることが適当と考える」としたこと、ひいては、処分行政庁が本件申請は

温泉法4条1項2号にいう「公益を害するおそれがあると認めるとき」に該当すると判断したことは合理的な根拠を欠くというべきであるから、本件申請を不許可とした本件処分は、処分行政庁の裁量権の範囲を超えるものであって違法であるとし、また、被控訴人による義務付けの請求について処分行政庁が被控訴人の申請を許可しないことはその裁量権の範囲を超えているとしてこれを認めた原判決を支持し、控訴を棄却した。

- y 大阪地判平 21.9.25 は、初乗運賃を480円などとする一般旅客自動車運送事業に係る旅客の運賃及び料金の変更認可申請が道路運送法9条の3第2項3号の基準に適合しないとして同申請を却下した近畿運輸局長の処分が判決により取り消された後、再度、上記申請が上記基準に適合しないとして同申請を却下した同局長の処分につき、裁量権を逸脱し又はこれを濫用した違法があるとしてこれを取り消した上、上記申請の認可を義務付けた⁷¹⁾。
- z 東京地判平 22.3.30 は、情報公開不開示決定の取消しは認めたが、公開の義務付けは本案要件を充足していないとして棄却した。
- ① 東京地判平 22.4.9 は、情報公開不開示決定の取消しと公開の義務付けを認めた。
- ② 大阪地判平 22.7.16 は、水俣病認定申請を棄却する旨の処分を取り消すとともに、公害健康被害の補償等に関する法律4条2項に基づき、水俣病である旨の認定をせよとの義務付けを認めた。
- ③ 札幌地判平 22.7.26 は、保有個人情報不開示決定の取消しと開示の義務付けを認めた。
- ④ 名古屋地判平 22.8.23 は、情報不開示決定に対する取消しと義務付けを請求した事案で、取消しを棄却し、その結果義務付けを却下した。
- ⑤ 大阪高判平 22.9.9 は、タクシー運賃及び料金の値下げ変更申請が道路運送法9条の3第2項3号の基準に適合しないとして却下した行政処

71) なお控訴審（大阪高判平 22.9.9）は1審判決を取消している。

分が判決により取り消された後に、再度の審査により申請が基準に適合しないとして却下した行政処分が判決の拘束力に抵触せず、行政裁量権の逸脱又は濫用に当たらないとして、再却下処分の取消請求が棄却された場合には、取消請求と併合提起された、申請を認可することの義務付け請求は、行政事件訴訟法37条の3第1項2号の訴訟要件を満たさず、不適法であるとした。

- ① 横浜地判平 23.3.16 は、情報不開示決定に対する取消しと義務付けを請求した事案で、取消しを棄却し、その結果義務付けを却下した。

(3) 小 活

非申請型から重大な損害要件を削除し、すると基本的には申請型と同じになるから一本化することが重要である。三面関係における取消訴訟の提起に申請権の有無が問題となることはないのと同じである⁷²⁾。

更に一本化に際しては、現行の行訴法37条の2の補充性要件は削除すべきである。そして行訴法37条の3のような併合提起要件も不要とすべきである。

このような改正により、義務付け訴訟の真価が発揮されよう。

5 差止め訴訟の補充性

2004年改正により導入されたこの制度の補充性は次のように規定されている。

行訴法37条の4第1項の明文に補充性文言がある。

「差止めの訴えは、一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害

72) 本稿は主として補充性の観点からの結論だが、他の要件も含めて日弁連では2010年11月17日付理事会決議による「行政事件訴訟法見直しに関する改正案骨子」をまとめているので参照されたい。日弁連ホームページの「日弁連の活動」の「会長声明・意見書等」に掲載している。

を生ずるおそれがある場合に限り、提起することができる。ただし、その損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない。」

この規定ぶりは前述したように、「他に適当な方法」の存在が訴えの消極要件となっており、非申請型義務付けで「他に適当な方法」の不存在が訴えの積極要件とされているのと異なる。つまり、差止めの場合の「他に適当な方法」というのは例外的な場合なのである。

(1) 解 釈 論

いまや多くの概説書が出ているが、結局は立法関係者の示した次のような解釈⁷³⁾がそのまま採用されている。

例えば、差止めを求める処分の前提となる処分があって、その前提となる処分の取消訴訟を提起すれば、当然に後続する差止めを求める処分をすることができないことが法令上定められているような場合がこれにあたりとされ、その例として国税徴収法90条3項、国家公務員法108条の3第8項、地方公務員法53条8項、職員団体等に対する法人格の付与に関する法律8条3項のような場合が考えられるとしている。

(2) 判 例

しかし、豈図らんや、判例実務はそうならなかった。判例をつくる現場では、取消訴訟中心主義が全面的に現出し、本稿を書いている現在、改正法施行後6年5ヶ月を経ているのに、差止め判決はたったの2例にとどまっているのである。

明文としての「他に適当な方法」という補充性ではなく（e=gの1事例のみが特別法の他に適当な方法だとするのみ）、重大な損害要件が補充性の役割を強く果たしているのである（取消訴訟またはそれと組み合わせられた執行停止で救済されるはずだから重大要件を充たさないとする）。これも隠れた補充性問題と言えよう。

73) 小林前掲書191頁。

積極判例は難波判決(東京地判平18.9.21)と後述の鞆の浦判決(広島地判平21.10.1)のみである。この二つを除いて、以下の判例は隠れた補充性で差止めを認めなかった事例のオンパレードである⁷⁴⁾。

- a 大阪地判平18.1.13は、都市公園法6条1項に基づく占用の許可を受けないで都市公園内にブルーシート製テント、木製工作物等を設置し、これらを起居の場所とし、日常生活を営んでいる者がした、市長に対し、都市公園法27条1項に基づく前記テント等の除去をしてはならない旨を求める差止めの訴えを本案とする同仮の差止めの申立てにつき、行政事件訴訟法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」の損害とは、当該損害がその処分又は裁決の取消しの訴えを提起して同法25条2項に基づく執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであるときは、これに該当しないものと解すべきところ、都市公園法27条1項に基づき同項1号に該当する者に対してされる除去命令は、工作物等を除去すべき行政上の義務を賦課することを法的効果とする処分にすぎず、その執行を待たずに直ちにこれを受ける者に何らかの具体的な損害が発生するとは考え難く、また、除去命令が執行されることによりこれを受けた者に損害を生ずるおそれがあるとしても、そのような損害は、その処分又は裁決の取消しの訴えを提起して執行停止を受けることにより避けることができる性質のものであるとした。
- b 大阪地判平18.2.22は、廃棄物処理法14条6項に基づいて行われた産業廃棄物の処分業の許可申請について、周辺住民が差止めを求めた事案。裁判所は次のように判示した。前記許可処分がされ、同センターにおいて産業廃棄物の処理が開始されることによって直ちに前記の者が産業廃棄物の飛散、流出、地下への浸透、悪臭の発散又は排ガス、排水、騒音及び振動等により生命、健康又は生活環境に著しい被害を受けるよう

74) 改正前の無名抗告訴訟としての予防的不作為訴訟につき、山本教授は紛争の現実性を訴えの利益と考え、補充性を排除すべきとする(山本前掲書491頁)。

な事態は容易に想定し難いものというべきであり、前記の者らに生ずるおそれのある損害は、前記許可処分取消しの訴えを提起して行政事件訴訟法25条2項に基づく執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであるといわざるを得ず、また、同法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」に当たるか否かを判断するに当たっては、営業上の損害をしんしゃくすることはできないことから、前記要件を欠くとして、前記訴えを不適法とした。

- c 大阪地決平 18.5.22 は、健康保険法に基づき保険医の登録を受けている歯科医師である申立人がした保険医登録取消処分の仮の差止めの申立てにつき、同処分がされることにより申立人に生じる損害が、歯科医業による収入の減少ないし喪失という財産上のものであることにもかんがみると、当該損害は、前記登録取消処分の取消しの訴えを提起して同法25条2項に基づく執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであるといわざるを得ないから、その本案事件は、同法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」の要件を欠くとした（事案は仮の差止めのケース）。
- d 東京地判平 18.9.21 は、難波判決である。裁判所はつぎのように判示して差止めを認めた。「〔1〕丁事件原告らは今後も本件通達に基づく被告都教委の指導を受けた校長の職務命令に基づき、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを命じられ、これを拒否した場合に懲戒処分等を受けることは確実であること、〔2〕 そうだとすると、丁事件原告らは、懲戒処分等の強制の下、自己の信念に従って入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱時に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることとの職務命令を拒否するか、自己の信念に反して上記職務命令に従うかの岐路に立たされることになること、〔3〕 上記職務命令が違法で

あった場合に侵害を受ける権利は、思想・良心の自由等の精神的自由権にかかわる権利であって、そもそも事後的救済には馴染みにくい権利であるということが出来るうえ、入学式、卒業式等の式典が毎年繰り返されることに照らすと、その侵害の程度も看過し難いものがあるということが出来ること、〔4〕丁事件原告らが受ける懲戒処分は戒告、減給、停職と回数を重ねる毎に重い処分となっており、更に回数を重ねた場合に懲戒免職処分となる可能性も否定できないことなど処分により受ける不利益も決して小さくないことがそれぞれ認められる。以上の各事実に照らすと、丁事件原告らの前記「第1 請求」の第2項の請求には、損害の回復の困難の程度、損害の性質・程度、処分の内容・性質に照らし、重大な損害を生ずるおそれがあると認めるのが相当である（平成16年法律第84号による改正後の行政事件訴訟法37条の4第1項、第2項）。

- e 東京地判平 19.5.25 は、アマチュア無線局の免許を有する者等である原告らが、電波法施行規則等の改正により導入が認められた広域電力線搬送通信設備について、当該通信設備から漏えいする電波によりアマチュア無線通信が妨げられる等と主張して、当該通信設備につき総務大臣が行った型式指定処分の取消を求めるとともに、総務大臣がする型式指定並びに電波法100条1項1号の許可の差止を求めて提訴した事案であるが、裁判所は電波法及び同法に基づく命令の規定による総務大臣の処分については、電波監理審議会の審理を経た後の決定に対する取消訴訟のみを救済手段として予定していると解するのが相当であり、処分の差止めの訴えは不適法であるとした。
- f 大阪地判平 19.11.28 は、運転免許停止処分を受けたタクシーの乗務員が、同処分の取消しを求める訴えとともに、その後行った違反行為に基づく再度の運転免許停止処分の差止めを求める訴えである。前記処分を受けた者は、再度の運転免許停止処分がされれば、一定の期間自動車の運転を適法に行うことができなくなり、タクシー乗務員として勤務することが不可能になるという損害等を受けることになるが、勤務先等に

において自動車の運転を伴わない業務に一時的に就くことまでは禁じられておらず、前記損害については、損害賠償を請求するなどの方法で事後的に回復を図ることが考えられ、名誉や信用等への影響も既に運転免許停止処分を受けていることなどにかんがみると過度に重視することはできないから、前記損害は、同処分の取消しの訴えを提起してその執行停止を受けることによる避けることができるような性質、程度のものであるといわざるを得ず、前記条項の要件を欠くとして、前記訴えを却下した。

- g 東京高判平 19.12.5 は、e の控訴審判決。地裁判決より補充性の意味を明確にしている。行政事件訴訟法「改正後には、行政処分の差止めの訴えは、一定の処分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に限り提起することができ（行政事件訴訟法37条の4第1項本文）、その損害を避けるため他に適当な方法があるときはこの限りでないものと規定されているが（同項ただし書）、裁決主義及び実質的証拠法則を定めた電波法の規定について特段の手当がされなかったことを併せ考慮すれば、実定法の趣旨は、上記改正後においても、電波法又は同法に基づく命令の規定による総務大臣の処分については、その処分によって生ずるおそれがある損害を避けるための救済方法として、電波監理審議会の審理及び議決を経た後の決定に対する取消訴訟や電波法101条、82条1項に基づく総務大臣の措置命令のみを予定しているものと解するのが相当である」。
- h 東京地判平 20.1.18 は、3件の道路交通法違反行為を理由として同法施行令別表第二所定の違反点数が付加された結果、累積点数が6点になったことから、30日間の運転免許停止処分がされる状況になった者がした、前記処分の差止めを求める訴えにつき、同法が、同法違反の事実があり、累積点数が一定の点数になった者について、所定の手続を経て運転免許停止処分をすることを定めていること、及び免許の効力停止等の行政処分手続が達成しようとしている行政目的は、道路交通上危険の

ある運転者を一定期間道路交通の場から排除して、将来における道路交通上の危険を防止し、道路交通の安全と円滑を図ることであることを考慮すると、運転免許停止処分により、移動の自由や活動がある程度制限され、それに伴って経済的あるいは精神的苦痛等の不利益が生ずることは当然に予定されているというべきであり、そのような損害を被ることは、前記行政目的の実現のため、社会通念上やむを得ないことといい得るとした上、前記処分にに基づき自動車及びバイクを運転することができなくなるにより被る損害は、社会通念上、金銭賠償による回復をもってん補するにとどめることもやむを得ない程度のものというべきであり、「重大な損害を生ずるおそれがある場合」に当たると認めることはできないとし、「不起訴処分とされた当該道交法違反行為の事実関係を争いたいというのであれば、原告としては、東京都公安委員会により本件免停処分がされたときに、本件免停処分の取消訴訟を提起して、不起訴処分とされた2件の道交法違反の事実についての点数付加行為の適法性を争うことができるのであって、また、それで足りるというべきである」とした。

- i 広島地判平 21.2.12 は、前述の鞆の浦判決である。原告らは、広島県知事が被告広島県及び補助参加人福山市からの公有水面の埋立免許の出願について公有水面埋立法2条所定の免許をすべきでないことは、公水法の規定から明らかであると認められ、又は、広島県知事が上記各免許をすることは、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して、差止めを求めた。裁判所は次のように判示した。本件事業における中仕切護岸の本体コンクリート工は、本件公有水面を含む1港の景観を変化させ得るものといえるし、中仕切護岸の本体コンクリート工の施工完成後は、その復旧は容易でないものと推認される。そして、本件埋立免許がなされたならば、事業者らは、遅くとも約3か月後には工事を開始すると予測され、第1工区における中仕切護岸の本体コンクリート工は、そのさらに約5か月後に完成するものと計画され

ている。他方、本件は争点が多岐にわたり、その判断は容易でないこと、第一審の口頭弁論が既に終結した段階であることなどからすれば、本件埋立免許がなされた後、取消しの訴えを提起した上で執行停止の申立てをしたとしても、直ちに執行停止の判断がなされるとは考え難い。以上の点からすれば、景観利益に関する損害については、処分の取消しの訴えを提起し、執行停止を受けることによって、その救済を図ることが困難な損害であるといえる。以上の点や、景観利益は、生命・身体等といった権利とはその性質を異にするものの、日々の生活に密接に関連した利益といえること、景観利益は、一度損なわれたならば、金銭賠償によって回復することは困難な性質のものであることなどを総合考慮すれば、景観利益については、本件埋立免許がされることにより重大な損害を生ずるおそれがあると認めるのが相当である。判示した景観利益に関する損害の性質に照らせば、行訴法37条の4第1項ただし書の「損害を避けるため他に適当な方法がある」とはいえない。

- じ 東京地決平 22.4.12 は、司法書士である申立人が、業務停止処分を受けたため、当該業務停止処分は、処分行政庁に許された裁量権の範囲を逸脱する過重なものであって違法であり、かつ、事実上廃業に追い込まれるという重大な損害を受けるおそれがあるなどとして、本件処分の差止めを求める訴えを提起し、これを本案として、本件処分の仮の差止めを求めた事案において、「当該具体的事案の内容からみて社会的評価・信用の低下が極めて著しいような場合はともかく、後述のとおり、一般的にいて当然に償うことのできない損害に当たるとみることはできないし、本件処分がされた後においても、その取消しの訴え等をもって本件処分の違法を争い、勝訴判決を得ることができれば、そのことを関係先に周知することで相当程度回復可能であるというべきである」とした。

(3) 小 活

取消訴訟中心主義を亢進させ隠れた補充性機能の発揮を容易にする「重

大な損害」要件の削除をすべきである。重大な損害要件について確立されつつある現在の解釈は、取消訴訟及び執行停止との役割分担の観点から考えても厳格に過ぎ、差止訴訟の有効活用の障害になっている。取消訴訟の段階で救済される可能性があるからという理由で差止訴訟を却下するのではなく、紛争の成熟性があり、司法判断が可能であれば、事前に差し止めることが合理的である⁷⁵⁾。

6 総括(すっきりした訴訟類型と「逆補充性」運用を)

本稿の冒頭で述べたお勤め商品論の、最高のお勤め商品としての取消訴訟を筆頭とする訴訟類型の順番が、学説判例により如何に恣意的で複雑なものとなっているかが整理できたと思う。

このような商品序列を、消費者を騙しながら、または説明不足のまま流通させることは、仮に商品論であれば特定商取引法に違反すると考えられる。

まず私の持論のように抗告訴訟概念を放逐し、次にたとえばドイツのように個別訴訟類型を並べ(ドイツの現行行政裁判所法42条43条47条113条1項4文は、取消訴訟,義務付け訴訟,確認訴訟,一般給付訴訟,規範統制訴訟),次に確認訴訟にはドイツと違って(同法43条1項参照)補充性を設けなければすっきりした訴訟類型体系ができよう。取消訴訟が「どのような角度から観てもその商品は他の商品より優れている」ということでない以上、補充性なしの羅列主義が良い⁷⁶⁾。

75) 本稿は主として補充性の観点からの結論だが、他の要件も含めて日弁連の前掲「行政事件訴訟法見直しに関する改正案骨子」を参照されたい。

76) 水野武夫「行政訴訟教育の混沌」(自由と正義2011年8月号)38頁は、抗告概念を廃止し、現在抗告訴訟として分類されている類型を独立させ、実質的当事者訴訟を廃止し、必要な場合は民事訴訟を活用すれば良いとの提起であり、筆者との問題意識は多く共通するが、筆者の本稿での提起とやや異なる。水野弁護士の考えは、確認訴訟は民事訴訟で良いということであろう。

当事者，国民の選択に任せ，裁判所は当事者が選択する訴訟類型で救済できればそれでいき，他の訴訟類型の方がより当事者の求める救済となるならそれを選択して救済する，いわば，「逆補充性」の立場で審理を進めるべきである。

今の行訴法とその運用である補充性使用は原告を救済しない方向での努力である。この「逆補充性」使用は実効的救済への努力である。

このような実効的救済への努力は，日弁連が2003年以来主張し続けている是正訴訟⁷⁷⁾の精神に近づくのではないかと考える。

77) 注3の法案をご覧ください，ご批判の上，各位において更なる改正案を教示されたい。