

最高裁の黒い霧 補遺 1

——行政事件訴訟法改正の経過からの考察——

斎 藤 浩*

目 次

はじめに

- 第1 攻 防～深夜の赤ブリ
- 第2 私が行訴法改正は黒い霧に覆われていたと思うに至った要因
- 第3 改正後の判例の不十分性
- 第4 司法制度改革推進本部と行政訴訟検討会の体制（総論）
- 第5 本部と検討会への人事配置の本質は、プロパティ問題で早くから露見していた
- 第6 市村陽典裁判官（検討会委員）の発言の本質
- 第7 最高裁を代表しての大竹昭彦裁判官（最高裁判所事務総局行政局第二課長）のヒアリング内容と市村裁判官発言との共同性
- 第8 行訴法改正の概要と意見の分かれ
- 第9 私の改正直前、直後、5年見直し時の発言等
- 第10 5年後見直しの準備も実践もしなかった法務省の本籍裁判官
- 第11 検証研究会とその評価
- 第12 貫いた最高裁の意図（黒い霧）と現場裁判官への影響
- 第13 この黒い霧を晴らすための方策

はじめに

本稿は、前稿¹⁾の続編であり、補遺とも言える位置付けとして執筆する。

* さいとう・ひろし 元立命館大学大学院法務研究科教授 弁護士

1) 斎藤浩「最高裁の黒い霧を晴らす必要性と必然性」（立命館法学第410号、2023年）。

前稿で四つ取り上げた黒い霧のうちの二つ目は最高裁と法務省との人事交流、判検交流問題であり、二つ目は、最高裁が、政府の意を受けて、エリート裁判官を国鉄解体のために国鉄に派遣し、解体のための法案づくりを担わせ、任務終了後、その裁判官は裁判所内で高い地位についたという事例であった。

本稿で取り上げるのは、我が国の司法（裁判所を中心として、法務省、弁護士制度、大学の法曹養成教育などに及ぶ）を改革するために、国会と政府が推進した司法制度改革推進本部の活動に対し、最高裁が取った行政事件訴訟法改正作業を担った行政訴訟検討会での表裏の出来事、法案づくりの特徴ある姿をとりあげる。また、改正後、5年後見直をできる限り避けるためにとった研究会の経過、体制をとりあげる。

前稿の一つ目と二つ目の黒い霧が合わさったような構造で、これも黒い霧と言うに相応しい内容であると考える。

第1 攻 防～深夜の赤ブリ

1 最高裁の黒い霧の一端を打ち破った歴史的イベント

2004年1月21日午後9時半赤坂プリンスホテル1210号室には、司法制度改革推進本部事務局の山崎潮事務局長²⁾、松川忠晴事務局長次³⁾、小林久起参事官⁴⁾を囲んで、原田義昭衆議院議員⁵⁾、塩崎恭久衆議院議員⁶⁾、林芳

2) 裁判官からの出向者。本籍裁判官。法務省歴が長く、事務局長就任前は、法務大臣官房司法法制調査部長、法務省訟務局長、法務省民事局長。退任後は、内閣官房内閣審議官、東京高裁特別部総括、千葉地裁所長であったが、2006年（平成18年）5月突然死。62歳。心筋梗塞かと報じられた。気っ風のいい人で、私は痛恨の想いをもった。

3) 財務省からの出向者。事務局次長就任前は、山口県警察本部長、退任後は、公正取引委員会事務総局経済取引局取引部長、日本証券業協会常務執行役、国税庁調査査察部長、関東財務局長など。大蔵省、財務省のキャリア官僚によくあるコースといえようか。

4) 裁判官からの出向者。本籍裁判官。最高裁事務総局で行政局付、訟務検事などを経て、行訴法改正のための行政訴訟検討会の事務方責任者。他の担当者と共に、改正の解説書として「行政事件訴訟法」（商事法務、2004年）を公開している。裁判所に戻ってからは、

正参議院議員⁷⁾、世耕弘成参議院議員⁸⁾、早川忠孝衆議院議員が並び、水野武夫弁護士、小林元治弁護士、越智敏裕弁護士も同席した。原田議員以外の議員は、「国民と行政の関係を考える若手の会」⁹⁾のメンバーで、当時

ゝ大阪地裁、東京地裁、仙台高裁の総括をつとめた。裁判官としての判決実績が、最高裁の路線から外れたのか、エリート判事として優遇されてはいない。仙台高判令5.10.25(裁判所ウエブ)では、旧優生保護法下で不妊手術を強いられたのは憲法違反として、男性2人が国に損害賠償を求めた訴訟で、「旧法は違憲」として計3300万円の賠償を命じた一審仙台地裁判決を支持し、国側の控訴を棄却した。また、仙台高判令4.5.26(最高裁民事判例集77巻5号1110頁)は、酒気帯び運転を理由に県教委から懲戒免職処分及び退職手当の全部不支給処分取消し請求につき、手当の全部不支給は裁量濫用であるとした。上告審多数意見は、この高裁判決を変更し、取消棄却判断としたが、宇賀克也裁判官は反対意見で、小林高裁判決を支持した。この判決の調査官解説を批判した斎藤浩「免職と退職手当支給制限判決の調査官解説について」(ぎょうべんネットホームページ、<https://www.gyouben.net/review13saito.html> も参照されたい)。なお、前稿で取り上げた福島原発津波対策不備が問われた国賠訴訟では、仙台高判令5.3.10では、経産大臣に重大な義務違反があったとまで判示した。ただ、結論は、最判令4.6.17に従って原告逆転敗訴判決を出している。ここまで書いていた2024年4月、小林氏の死去の報に接した。64歳。死因性不整脈とのこと。大阪で一緒に食事をした時の、穏やかかつ繊細な物腰が偲ばれる。上記山崎氏と言い、この小林氏と言い、最高裁が有した優秀かつ心根の深い人物であった。立場は違えど、司法改革のために戦った同志的想いを私に残しながら、定年間近に、逝ったことを、私は深く哀悼する。

- 5) 当時、自民党司法制度調査会基本法制小委員長。その後、環境大臣。タフツ大学留学経験。
- 6) その後、内閣官房長官、厚生労働大臣。ハーバード大学留学経験。
- 7) その後、農林水産大臣、文部科学大臣、外務大臣、衆議院議員、内閣官房長官。ハーバード大学留学経験。
- 8) その後、経済産業大臣、参議院幹事長。ボストン大学留学経験。
- 9) この会の積極的活動については、斎藤浩「司法による行政チェック」(「自由と正義」2004年12月号) 81頁以下を参照されたい。今は休止しているが、ホームページはまだ見ることができる。この会には、本文に記した議員の方々の他に、政治家としては下村博文衆議院議員、棚橋泰文衆議院議員、根本匠衆議院議員、茂木敏充衆議院議員、渡辺喜美衆議院議員、柴山昌彦衆議院議員、マスコミから三宅信吾日本経済新聞論説委員(のちに参議院議員)、学界から福井秀夫政策研究大学院教授、安念潤司成蹊大学教授(のちに中央大学教授)、玉井克哉東京大学教授、弁護士からは本文記載の方々以外に私が入っていた。この会の立ち上げのプロモーターであり、弁政連(日本弁護士政治連盟)にもきちんと結びつけ、基礎的財政基盤を作ったのは小林元治弁護士であり、歴史的意義がある。発足当時の日弁連会長は本林徹氏であり、弁政連理事長は小堀樹氏であった。

の会長は林議員であった。

議員の方々は、口々に、推進本部からの出席者に対し、本部の行政訴訟検討会が同年1月6日にまとめた「行政訴訟制度の見直しのための考え方」が不十分である旨、とりわけ「確認訴訟の活用」の箇所が、現行法のままで可能であると述べている点を批判した。その理由は、現行法のままで可能であると言っても、これまでそれがなされてこなかったこと、我が国の裁判官は、法文に明文がなければ、自ら工夫して、国民の権利を拡大したり、創造したりすることに消極、苦手であることなどであった。事務局側は、上記「考え方」の述べる通り、現行法でも確認訴訟は活性化できると繰り返し述べた。議員側は、それなら積極的な文言、わかりやすい文言を明文で入れてもよいではないかと詰めた。山崎事務局長らは、自民党の議員さんと協議するために出てきたのに、そこに弁護士がなぜいるのかというような手続き論も述べていたが、議員の激しい詰め寄りに、山崎氏は黙り込み、下を向いて瞑想の体を取っていた。そこに、この種会合では珍しい「事件」が起こった、と出席者の一人は回想する。事件とは、林芳正議員が、机を叩き、ここまで議員の我々が理由を述べているのに、本部は応えないのかと怒ったことを指している。日頃穏やかな林議員の対応に驚いたのか、直後に山崎事務局長が、「わかりました、私に任せて欲しい」と述べて会合は終了したのであった¹⁰⁾。

そして、その一月半後の同年3月2日、閣法として国会に提出された「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」の、4条（当事者訴訟）には、下線部分が改正として追加されていた。

「この法律において『当事者訴訟』とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう」。

10) この会合の様子の記述は、出席者複数名からの私の聴き取りの結果である。

確認訴訟の明文化であった。

2 攻防の意義と若手の会という政治の動きについて

この確認訴訟の明文化は、それ自体がその後の判例展開にとって重要な効果を持ったばかりでなく、反面教師として、他の論点、とりわけ原告適格条文の曖昧さが持った悲劇的效果を浮き彫りにさせることとなった。

後に詳述していくように、最高裁側の出席者が検討会で言い続けたことは、改正法を解釈適用する裁判官が、戸惑うことのないよう、改正法は要件、効果をできる限り明確に規定せよということであった。最高裁派遣の検討会事務局の本籍裁判官たちがまとめた「行政訴訟制度の見直しのための考え方」では、その方針をさらに巧妙に加工を加え、新しい訴訟類型である義務付け、差止め、仮の義務づけ、仮の差止めでは、改正法の要件を明確に厳格に規定し、原告適格は要件を明確にしたといいながら実は曖昧にしておき、確認訴訟は現行法でもやれるから改正は不要という方針で臨んだのである。

赤プリの攻防は、この黒い霧方針の重要な一部である確認訴訟について、明文化させ、正常化させた。黒い霧の一部を未然に発生防止した出来事と言って過言ではない。

政治が動くということの大きな意味と、その動きの内容が、日本の裁判制度、裁判官の特質を正確に見抜いたものであったことが歴史的な意味を有すると考える。

それは、我が国の裁判官の特徴が、成文法主義、厳格司法であり、憲法に基づき法律を柔軟に解釈していく方途をとらないことを前提に¹¹⁾、法律の明文を明確にしなければならないとの認識に裏打ちされた行動であっ

11) 泉徳治は、「アメリカなどの判例法国家と異なり、日本は制定法国家であるためか、日本の最高裁は憲法のやや抽象的な文言から国民の具体的な権利自由を導くことに消極です。国民の権利自由は、法律で規定されて初めて生まれると考えがちです」（「一步前へ出る司法」日本評論社、2017年、267頁）と述べている。その傾向は最高裁が指導し、下級新裁判官に手本を見せているといえよう。

た。上記国会議員がその認識に達した理由として、その大半がアメリカ留学の経験を持ち、彼の地の司法と我が国司法の違いを肌で感じていたこともあるのではないかと推測される。

この出来事を除いて、最高裁の意図が貫徹した行訴法改正をめぐる黒い霧を、以下分析する。

第2 私が行訴法改正は黒い霧に覆われていたと思うに至った要因

2004年の行訴法改正に対して、私は、後述するように、その立法過程から、さらに遡れば司法制度改革審議会の時から、日本弁護士連合会のこの分野の担当責任者として、改正法の限界を論じつつも、国会（参議院）審議の参考人¹²⁾として、また改正直後のジュリスト誌上研究会¹³⁾において、また本稿で具体的に検証する様々な場において、さらに自著¹⁴⁾において、改正支持の立場からの発言を重ねてきた。

しかし、改正から20年経過した2024年の今日、改正後の、改正該当部分に関する判例や改正積み残し部分に関する判例を鳥瞰するにつけ、なぜこのようなところにとどまっているのか、改正の目標が達成できていないと感ずるようになった。そこで、いま一度改正作業の基礎を担った司法制度改革推進本部行政訴訟検討会の議事録やその後の動きの資料を読み直してみた。

その結果、どうもこの改正内容は怪しい、改正を求める研究者・実務家・世論とは別の内容に、巧妙に、貶められていたのではないかと思うに至った。

また、改正法に謳われた改正後5年見直しを、徹底してサボり、再改正

12) <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=115915206X02120040601¤t=1>

13) 小早川光郎編「改正行政事件訴訟法研究」（ジュリスト増刊、2005年）。

14) 斎藤浩「行政訴訟の実務と理論」（三省堂、2007年）、同第2版（2019年）。

しない結論を出すための研究会¹⁵⁾を、法務省をして作らせ、リードした一連の動きも、今回検証してみた。

そして、前稿で取り上げた案件(黒い霧)も参考に、改正作業は最高裁事務総局が司法制度改革推進本部に対して実施した措置により、最高裁の企図した方向(枠組み)に貶められた可能性が強いと考えるに至った。また、改正後の検証作業は、再改正しないための巧妙な仕掛けであったと考えるに至った¹⁶⁾。

本稿はその枠組みとは何かを含め、最高裁の行訴法改正にかけた意図を論証しようとするものである。

第3 改正後の判例の不十分性

法科大学院を終了した新進気鋭の准教授の皆さんが書いた、一番新しいと思われる行政判例の解説書¹⁷⁾をみて驚いた。

掲載判例の分析の細かさ、深さに舌を巻くとともに、義務付け、差止め、仮の救済など、行訴法改正で取り入れられた条文に関する判例が項目としてないことが特徴である。この人々ほど優秀な諸君¹⁸⁾が、項目として

15) 正式名称は、「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会」。2010年12月から2012年7月まで13回、財団法人商事法務研究会会議室で開催された。報告書は法務省のホームページ、商事法務研究会のホームページに掲載されているほか、高橋滋編「改正行訴法の施行状況の検証」(商事法務、2013年)に収録されている。研究会メンバーは、高橋滋一橋大学大学院法学研究科教授・座長、岩本安昭弁護士、太田匡彦東京大学法学部教授、越智敏裕弁護士、神橋一彦立教大学法学部教授、小林康彦法務省民事局参事官、深澤龍一郎京都大学大学院法学研究科准教授、三輪方大最高裁判所事務総局行政局第一課長、山本隆司東京大学法学部教授である。

16) 私などより次元の違う該博さとエネルギーを持って、行訴法改正問題を論じた阿部泰隆「未完の行政訴訟改革」(信山社、2020年)は、全編参照すべき文献である。

17) 海道俊明・須田守・巽智彦・土井翼・西上治・堀澤明生「精読行政法判例」(弘文堂、2023年)。

18) 私の事務所にエクスターンとして来られていたお一人を知悉しているし、その方を含め、私が選考委員の一人である滝井繁男行政争訟奨励賞の選考過程で著者の方々の業

取り上げていないということは、それらについてのめぼしい判決・決定が出ていないことを示していよう。

加えて、考慮項目をプラスした改正行訴法9条に関する原告適格判例の評価についても、改正部分がどのように効果を表したかのコメントはない。目立った効果が認められないからであろう。

百選¹⁹⁾も、義務付け、差止め、仮の救済についての改正の効果と言える事例の掲載は絶無である。

改正後20年の判例からみる改正の不十分さを、主な論点で、まず整理しておきたい。逆に、赤プリ事件で明文化された確認訴訟は、処分性の厳格さから落ちこぼれる行政の意思決定を拾い上げ、大きな成果をあげている。

以下では、判例の実績からして改正の不十分な論点（これが改正の主要な重要点であった）を取り上げ、改正が当然のことながら一定の成果をあげた点（被告の行政主体化、管轄の拡大、出訴期間の延長、執行停止要件の緩和）については取り上げない。

1 処 分 性

当事者訴訟（確認訴訟）の明文化により、処分性なきものと判断された行政の行為には、当事者訴訟を活用すれば良いのであるから、訴訟要件としての処分性問題は相当程度改善された²⁰⁾。

2 原告適格

改正法施行直後の小田急事件判決（最大判平17.12.7裁判所ウェブ）で、問

ゝ績は、少しは理解しているつもりである（この本の6名の著者のうちお二人はすでに受賞しておられる）。

19) 行政判例百選第8版（有斐閣、2022年）。

20) しかし、下級審においては、なお混乱の状態にあることを論じた、斎藤浩「パンデミック対応施策をめぐる訴訟にも狭い『処分性』」（立命館法学402号、2022年）を参照されたい。同稿でも触れたが、今や処分性の有無は、当事者訴訟と抗告訴訟の使い分け基準に過ぎず、処分性の判定は法令解釈だけで作業が完結する形式的訴訟要件である。

題施設周辺住民の生活環境利益の原告適格は広がるのではないかと期待を持たせ、一定の広がりはその後の判例でも見せたが、その期待はサテライト大阪事件判決（最判平21.10.15裁判所ウエブ）で限定された²¹⁾。新しい墓埋法判決＝納骨堂判決（最判令5.5.9裁判所ウエブ）は、一般住民の心理的、精神的利益に個別保護利益を認めた点で前進したが、宇賀克也裁判官の意見が指摘するように、認め方がなお条例や規則の「僅かな表現の差異」に依拠している不安定さを残している。またリニア中央新幹線工事の認可取消判決（東京地判令2.12.1訟務月報68巻1号1頁）は、一般論としては、資材及び機械の運搬に用いる車両の運行経路の周辺地域に居住する住民のうち、当該車両の運行に起因する騒音、振動、大気汚染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には、これを争う原告適格を認めるとしながら、その範囲を画するために、環境影響評価法33条1項に基づく環境配慮審査の対象となっていなかったことを捉えて、重要な目安その他の手掛りを欠いているとして結局認めなかった。この手法も小田急事件判決の弱点を引き継いでいるものといえる。この点で、関越自動車道の高架下工事のための占用許可を争う周辺住民につき、東京地判令1.5.30（判タ1485号159頁）は、工事との距離が18～

21) その具体的意味を、私は自著（『行政訴訟の実務と理論第2版』三省堂、2019年）で次のようにまとめている。「第1に冒頭部分で、生活環境の悪化を『法令に手掛りとなること』が明らかな規定がない』限り『個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難』と大上段に宣言したが、これは9条2項の「利益の内容及び性質」文言の逆用ないし誤用であるとともに、小田急判決の制限と評価される。

第2に周辺環境調和基準について触れる部分で、これを一般の公益を保護する見地からする規制と断じた点は、第1の点に加えて、生活環境利益への消極的態度であり、目を覆いたくなる判示である。

第3に位置基準について、第一次的には個別保護利益を否定し、例外的に『業務上の支障が具体的に生ずるおそれのある医療施設等の開設者において、健全で静穏な環境の下で円滑に業務を行うことのできる利益を、個々の開設者の個別的利益として保護する趣旨をも含む』とする点は、環境利益についての下位規範での救済の可能性をより厳格化したものであり、小田急判決の弱点を深化させたものである。控訴審判決は小田急判決の弱点を環境利益保護の方向で活用したが、最高裁は弱点のままそれをさらに強化したのである。」

42mの原告には適格を認め、314～459mには認めなかったことは妥当というべきであるが、本案は危険でないとして棄却である。

改正法によって加えられた9条2項の抽象的規範文言を、最高裁は限定的に解釈して、下級審に範を垂れていると言えよう。

これらのことの意味はのちに詳述する。

3 義務付け、差止め

(1) 申請型義務付けについては、同時に提起する取消訴訟等が認められる場合には、義務付けまで認められることが情報公開請求では定着しており、他の事例でも、処分の裁量濫用性が明らかな場合は認容例が一定数ある。この点で、改正法は一定の成果をもたらしている。裁量の深化にも一定の役割を果たしている。難民認定の名古屋高判令6.1.25（裁判所ウエブ）のように実体判決としても水準が高いものが出てきている。しかし、次に述べるように、考えようによっては、義務付けの立法化が、申請型義務付けに限定されて運用されていると考えても良いであろう。

(2) 本来の義務付け訴訟である非申請型の判例は、最高裁判例がないことに象徴されるように、寂しい限りである。国会議員による国会召集要求に関する最判令5.9.12（裁判所ウエブ）につき、宇賀克也裁判官が反対意見の中で、非申請型義務付け訴訟の可能性を論じていることに救いを発見する。

下級審では、前掲の自著²²⁾で分析したように、一時期の東京地裁増田コートが入管事件について、いくつかの認容判決をしたものや、危険な斜面隣地の開発行為に必要な工事を宝塚市に義務付けた決定（神戸地決平31.4.16判タ1468号93頁）くらいがあるのみである。福岡高那覇支判令5.9.14（判例秘書）のように、非申請型の類型自体に誤解があると認められるものまであり、さらに寂しい。重大な損害要件が重すぎ、訴訟要件で

22) 斎藤浩「行政訴訟の実務と理論第2版」418頁。

本案の判断をしているとき事案が多数である²³⁾。

(3) 差止めでは、重大な損害要件に加え、判例上（最判平24.2.9裁判所ウエブ）さらに次の要件が加えられた。「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する」。最高裁の取消訴訟中心主義へのこだわりの強さが表れている。

なお、厚木基地の自衛隊機運航処分差止め判決（最判平28.12.8裁判所ウエブ）が、重大な損害要件を認めたことにより、空港騒音の救済ルートが明らかになったと評価する向き²⁴⁾もあるが観念的に過ぎよう。騒音訴訟は無理に処分行為構成をするのではなく、民事、当事者も含め幅広い争訟方法が認められるべきである²⁵⁾。

4 仮の義務付け、仮の差止め

(1) 仮の義務付け

非申請型の仮の義務づけは一件もない。

(2) 仮の差止め

差止めで述べた、追加要件もあり、使い勝手は良くなく、ほとんどの申し立ては、却下されている。東京地決平28.12.14判時2329号22頁は、オウム事件で死刑確定者として東京拘置所に収容されている申立人との、再審の請求の打ち合わせを目的とする、弁護士による面会の申出について、職員を立ち会わせた上での30分の面会しか認められなかった制限の仮の差止め申立であり、立会の点を認容した。高裁も最高裁もその結論を変えなかった。不当景品類及び不当表示防止法に基づく措置命令処分の仮の

23) 斎藤浩「行政訴訟の実務と理論第2版」418頁。

24) 高橋滋「行政判例の動き」（ジュリスト増刊平成28年度重要判例解説、35頁）。

25) 斎藤浩「行政訴訟の実務と理論第2版」444頁。

差止めを認めた東京地決令4.1.12（判例秘書）、地方議員の議会出席停止を仮に差止めた奈良地決令4.9.1（判時492号31頁）も例外に位置付けられる。

5 これら重要論点をめぐる判例の姿

原告適格では、曖昧な改正法9条2項により、肝心な点での原告適格は広がり欠け、消極的実体法やその下位規範に依拠して、拡大を阻止している。法文を作るにあたって、それまでの最高裁判例の水準に限定したことが、拡大阻止の鍵となっている。

逆に、義務付け、差止め、仮の義務付け、仮の差止めでは、要件を厳格に規定した結果、乏しい成果しか出ていない。

法文を明確に変えないと日本の裁判官は創意工夫しないという前述した政治家の皆さんの「若手の会」の認識的確さが、原告適格条文の曖昧さについては当てはまり、明確に厳格に変えすぎたことが義務付け、差止め、仮の義務付け、仮の差止めでは当てはまる。

第4 司法制度改革推進本部と行政訴訟検討会の体制（総論）

それでは、黒い霧体制は本稿の行訴法改正事例ではどのように作られたのかを検証する。

1 司法制度改革の体制

1999年、内閣の元に設置された司法制度改革審議会は、所掌事務（審議会設置法2条）として「審議会は、21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」とし、内閣に意見を述べるものとされた。つまり、国会が作った法律によ

り、内閣が司法の基本的施策を作る任務を負ったのである²⁶⁾。

2000年に発出された司法制度改革審議会意見書に基づき、その内容を各分野の法案にするための司法制度改革推進法が、2001年国会で制定され、司法制度改革推進本部が発足した。本部は、内閣のもとに置かれ、改革を施す司法に対し、独立した立場で活動することが前提とされた。

司法制度改革推進法では、司法改革推進本部には本部長、副本部長、本部長、事務局、事務局長が置かれたにとどまった。本部長は総理大臣、副本部長、本部長は大臣、事務局は基本的には国家公務員であるから、これでは国民の声は直接にはまったく反映されない。そこで日弁連は、法案段階の2001年8月30日、当時の久保井一匡会長が小泉総理に会い、幅広い意見を取り入れるための検討委員会の設置等とその議事、議事録の公開等を強く要望した。その結果、同法の成立後、政令である司法制度改革推進本部令で顧問会議が置かれ、運用として検討会が設置され、大半は公開された。顧問には法曹三者を除く各層の国民を代表する人士が選ばれ、座長には司法制度改革審議会の会長であった佐藤幸治氏が互選され、11の検討会が置かれ、法曹三者を含む各層の国民を代表する人士が選ばれた。

意見書が抽象的であった行政チェックの分野では、他の課題と同格で並ぶこのような体制こそが必要であり、改革において、このような場の設定が緒戦における重要な成果であった。それが行政訴訟検討会である。座長は塩野宏東大名誉教授、日弁連は水野武夫委員をおくった²⁷⁾。

しかし、最高裁はこの分野では、特徴ある組織体制を取った。それは、

26) 意見書提出時の審議会のメンバーは次のとおりであった。会長 佐藤幸治（京都大学名誉教授・近畿大学法学部教授）、会長代理 竹下守夫（一橋大学名誉教授・駿河台大学長）、委員 石井宏治（(株)石井鐵工所代表取締役社長）、井上正仁（東京大学法学部教授）、北村敬子（中央大学商学部長）、曾野綾子（作家）、高木剛（日本労働組合総連合会副会長）、鳥居泰彦（慶應義塾大学学事顧問＜前慶應義塾長＞）、中坊公平（弁護士）、藤田耕三（弁護士＜元広島高等裁判所長官＞）、水原敏博（弁護士＜元名古屋高等検察庁検事長＞）、山本勝（東京電力(株)取締役副社長）、吉岡初子（主婦連合会事務局長）。

27) このあたりの事情は、斎藤浩「司法による行政チェック」（『自由と正義』2004年12月号）81頁で述べている。

有能な司法官僚を表と裏で、司法制度改革推進本部、行政訴訟検討会に送り込むと言う方式である。表は行政訴訟検討会委員として市村陽典²⁸⁾判事を送り込んだこと、裏は司法制度改革推進本部事務局長に山崎潮判事、行政訴訟検討会事務局担当参事官として小林久起判事、企画官として村田斉志²⁹⁾判事を送り込んだことである³⁰⁾。この判事たちの役割は、司法の改革、行政事件訴訟法の改正という課題への枠はめであり、客観的に見れば改革に対する黒い霧散布者であったと言わざるを得ないものであった。もちろん黒い霧製造元は最高裁事務総局である。このことを具体的事実で以下において明らかにしていきたい。

2 そもそも論～問題にしなかった甘さ

司法、裁判所の上述の改革を推進するための実務的トリガーは、司法制度改革推進本部の事務局である。そのトップの事務局長に最高裁から派遣された本籍裁判官山崎氏が座り、行政訴訟検討会の担当責任者参事官に小林氏、企画官に村田斉志氏という本籍裁判官である組織体制が、そもそもおかしいと言わなければならない。

比較するに、司法制度改革審議会は、事務局長は検事の樋渡利秋氏で、

28) 最高裁事務総局で行政局付などを経て、行政訴訟検討会時は東京地裁部総括、その後東京高裁部総括、横浜地裁所長、仙台高裁長官、退官後はあさひ法律事務所オブカウンセル。市村判事の検討会委員としての発言は、行政事件訴訟法の改正の論点に渡る消極意見であり（被告適格の行政主体への改正には積極的に賛成した）、これが最高裁の同法改正に対する姿勢であったと考えざるを得ない。

29) 裁判官からの出向者。本籍裁判官。行訴法改正のための行政訴訟検討会の事務方副責任者。小林参事官と共に、前述の「行政事件訴訟法」（商事法務、2004年）を公開している。裁判所に戻ってからは東京高裁判事、名古屋高裁判事、最高裁家庭局長、総務局長、静岡地裁所長、東京家裁所長（現職）。

30) これらの本籍裁判官の経歴は前述のとおりであり、司法制度改革推進本部へは検事への出向の形である。この3人の推進本部での役割は、本心はともかく、最高裁から与えられた役割（全体の改革課題は行きすぎないように、行政事件訴訟法改正課題は、最高裁の判例の水準を超えないようにと言うものであったと考えられる）を果たすべきことであったに違いないだろう。

法務大臣官房審議官だった氏を1999年内閣官房内閣審議官兼で審議会事務局長にした人事³¹⁾だった。事務局には、法務のほか、大蔵、文部など6省庁の職員に弁護士、裁判官を加えた14名がいた。

意見書を具体化し、立法につなげるための司法制度改革推進本部を作るに際し、日弁連側は、前述のように、国民各層の意見が幅広く反映できる体制、検討会の組織を要求したのであり、そのこと自体は最も重要なことであつたし、一定の成果もあげた。しかし、本部で作業を進める事務局の構成についての要求が、今の時点で振り返ると、不十分であつたと言わざるを得ないように思われる。とりわけ、司法による行政チェック強化を担う行政訴訟検討会の事務局体制には、他の検討会課題とは異なる工夫が必要であるはずであつた。宮本康昭弁護士は、「司法制度改革立法化の体制づくり」を振り返り、行政主導（官僚主導）の立法としてはならないという立場から、日弁連が、立法過程への各界の意見の反映と立法過程の透明化の重視という2つの観点の重視を求めたと述べ、また事務局メンバーにも民間の人材をとの声があつたと述べている³²⁾。結果として、事務局は関係行政機関からの出向者のほか民間から弁護士5人、財界シンクタンクから1人が加わった。うち弁護士出身者の配置は、事務局次長1人、参事官1人、参事官補佐3人である。

しかし、事務局長に、本籍裁判官が座ることに、大きく異を唱えた覚えは、日弁連としても、私個人としてもなかった。推進本部の11の検討会を統括する事務局の長として、本籍裁判官の山崎氏を据えることは、一定の意義を見出すことはできる気も少しはするが、やはり、大局的には適切ではなかろう。特に行政訴訟検討会の事務局責任者が本籍裁判官で良いのかについて、議論もしなかった。ぬかったものである³³⁾。我々は最高裁の手

31) 樋渡利秋氏は、その後法務事務次官、検事総長、弁護士（TMI法律事務所）。

32) 宮本康昭「司法制度改革の立法過程」（現代法学12号、2007年）。

33) この点、行政事件訴訟法の立法当時、杉本良吉判事が法務省に出向し、民事局兼訟務局参事官として、法制審議会の行政訴訟部会・行政訴訟部会小委員会において幹事の身分で、中心的役割を果たしたことが、我々法曹人の脳裏をよぎり（日本立法資料全集「行

の内を深く読めなかったと言われても仕方がない。

3 臨時司法制度調査会（以下「臨司」という）の体制との比較

上記体制を評価するためには、1962年に臨時司法制度調査会設置法により、内閣に設けられた臨司と比較しておく必要もあろう³⁴⁾。

注記のようにメンバーは政治家を多数とし、学者、法曹三者、民間半官経営者であった。政治家が入っている点が、司法制度改革審議会との違いである。その意見書は、法曹一元制度を葬ったことを第一の特徴とし、他の司法制度、法曹三者に関わる改革があったが、裁判所、法務省に任せられ、改革推進本部のような国家レベル、内閣レベルの組織は作られていない³⁵⁾。

平成の司法の改革に際し、司法制度改革審議会、司法制度改革推進本部という改革手続・体制をとる以上、政治家の関与も考慮する必要があったのではないかと考えられる。また、推進本部の元に置かれた11の検討会の、それぞれの課題に合わせた適切な事務局体制が考慮されなければならなかったと考えられる。

ㄨ政事件訴訟法 全7巻」信山社、1992～5年参照）、あまり異論につながらなかったのかもしれないと思う。しかし、この時は法務省に出向した杉本本籍裁判官が、新法である行政事件訴訟法の立案実務にあたったといういわば単独の出来事であったのに対し、司法、裁判所を改革するための21世紀の司法制度改革推進本部の事務局長やそのもとに形成された行政訴訟検討会の実務責任者の参事官や企画官に本籍裁判官が座ったこととは、全く意味の違うことであった。

34) 1964年意見書提出時の構成メンバーは次のとおりである。会長 我妻榮（東京大学名誉教授）、委員 小島徹三（衆議院議員）、瀬戸山三男（同）、高橋禎一（同）、坂本泰良（同）、後藤義隆（参議院議員）、林田正治（同）、亀田得治（同）、五鬼上堅磐（最高裁判所判事）、鈴木忠一（東京高等裁判所判事）、山本謹吾（東京地方裁判所所長）、馬場義續（検事総長）、高橋一郎（最高検察庁検事）、渡部善信（東京地方検察庁検事正）、島田武夫（弁護士）、長野國助（同）、山本登（同）、今里廣記（日本精工株式会社社長）、阪田泰二（日本専売公社総裁）、鈴木竹雄（東京大学教授）。

35) 大内兵衛・我妻榮「日本の裁判官制度」（岩波新書、1965年）の全頁参照のこと。

4 第三者委員会の発想も

企業や官公庁、地方自治体、独立行政法人あるいは大学、病院等の法人組織において、犯罪行為、法令違反、社会的非難を招くような不正・不適切な行為等が発生した場合、現在では、それら企業等から独立した委員のみをもって構成され、徹底した調査を実施した上で、専門家としての知見と経験に基づいて原因を分析し、必要に応じて具体的な再発防止策等を提言するタイプの委員会、第三者委員会が注目を浴びている³⁶⁾。

本稿で論じている司法制度改革、とりわけ行政訴訟改革の分野は、この不祥事系とは異なるであろうが、行政訴訟が、行訴法や裁判所によるその運用によって、長年、国民や企業にとって本来の役割を果たしていない状態は、不作為、無策による社会規範違反の状態とも言えるのであるから、第三者委員会の発想を取り入れることも考える時期であったかもしれないのである。代表的なステークホルダー（法務省、総務省、経済団体、労働組合、女性団体、環境団体、消費者団体、知財関係団体、税金関係団体、情報系団体、市民オンブズマンなど）を構成員とする組織で、事務局はその構成員が推薦する研究者、弁護士が担当するようなことも考えるべきであったかもしれない。

第5 本部と検討会への人事配置の本質は、 プロパティ問題で早くから露見していた

1 プロパティ問題とは

平穏で友好的なムードで進んでいた行政訴訟検討会に、突然、反改革の動きが突出した。それは2003年（平成15年）4月25日の第16回検討会のことである³⁷⁾。直前に検討会事務局からメールで委員に送られてくる資料か

36) 日本弁護士連合会「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」（2010年12月17日改訂版）、國廣正「第三者委員会の歴史と将来」（『法の支配』2022年7月号131頁）参照。

37) 斎藤浩「『行政訴訟改革』突然、反改革の動きが突出」（Causa 7号98頁、2003年）参照。

ら、そのことが発覚した。

送られてきた資料の文書名は次の6個（枝番を入れて7個）であったが、それぞれの資料のプロパティには、それまでの資料には見られなかったような、次表で整理するメモがついていたのである。

文書名	見出し	作成者	更新回数	編集時間	前回印刷	日弁への送付
資料1 行政訴訟制度の見直しについて検討の方向性が概ね一致していると思われる事項	法制局修正	内閣府 情報管理課	58回	71時間35分	2003.4.16 19:57:20	2003.4.18 19:55:21
資料2 国及び公共団体への被告の一元化の具体的な制度内容の案及びこれに関連して派生する問題	最高裁意見 +法制局見え消し	同上	28回	45時間10分	4.16 12:51:13	同上
資料3 管轄の拡大についての主な論点	最高裁案で 確定	同上	17回	30時間16分	4:14 22:00:56	同上
資料4 出訴期間等の教示についての主な論点	最高裁修正 で確定	同上	21回	29時間19分	4:14 21:03:34	同上
資料5 行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点	法制局修正	同上	19回	32時間57分	4:11 10:46:03	同上
資料6 行政訴訟検討会における意見の概要—各項目・各委員毎のまとめ—		同上	249回	223時間49分	4:16 15:03:39	同上

これの意味することは重大であった。第一に、司法、裁判所の改革を任務とする推進本部事務局が、検討会資料を何度も長時間、最高裁と打ち合わせながら作っていたことが明らかになった。

第二に、資料1で整理された「行政訴訟制度の見直しについて検討の方

向性が概ね一致していると思われる事項」だけを第一トラックとして立法化作業をし、それ以外の、それまでの検討会で議論してきた諸項目を第二トラックとして、検討会日程の制限にかからしめようとする意図が明確になったものである。立法化は、この時点の案では、1 被告適格者の見直し、2 行政訴訟の管轄裁判所の拡大、3 出訴期間等の教示だけが具体化され、4 訴訟の早期の段階で処分又は裁決の理由を明らかにするための方策であり、5 仮の救済でさえも抽象的なものに過ぎなかった。

第三に、法案段階でないのに内閣法制局と打ち合わせしていたことは、行政主導（官僚主導）の立法となるおそれが大きいものであった。もちろん内閣法制局にも本籍裁判官は派遣されている。

このことに塩野座長がどれほど関与していたのかは明確でない。水野武夫、福井秀夫検討会委員が、4月25日の検討会当日、この動きを批判したのに対し、座長は、「私としては事務局の責任において今日の案をお出ししていただいていると理解しております。そしてその事前の、誰かと相談してそこで確定したとかなんとか言って、それは検討会の今後の検討に何らかの全く影響を及ぼすものではない」と訳のわからない発言をして、議論を深くはさせなかった³⁸⁾。

日弁連は、この事態を重く見て、本部宛に抗議し、同年5月1日、大川真郎事務総長名で「行政訴訟検討会における運営上の問題点（申し入れ）」³⁹⁾を行ったが、事務局の対応は固いものであった。

このプロパティ問題の本質は、本籍裁判官である事務局長や検討会事務局責任者は、最高裁と綿密に連絡しながら本部運営をしてきており、司法制度改革推進本部事務局は最高裁の指導、指示のもとに活動していたことが、少なくとも行政訴訟改革の分野で明らかになったことであった。黒い

38) https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihou_suishin/kentoukai/gyouseisouyou/dail6/16gijiroku.html

39) 全文は、日本弁護士連合会「行政事件訴訟法改正に関する資料集」（2004年3月）96頁に収録されている。

霧は製造され、入念準備されていたのである。

2 改善したかに見えて、黒い霧の本質は変わらなかった

プロパティ問題が起こった次の17回検討会（同年5月23日）では、日弁連の抗議などを受けて、事務局は第一トラックを広げるかのような資料作成をし審議を実施したが、上述の第一トラックと他の重要論点を区別しようとする傾向はなお続いた⁴⁰⁾。

検討会の議論が進む中で、この傾向を克服させつつ、重要論点を改正課題に取り込む努力を、日弁連や多くの団体が総力で行った結果、次に述べる「行政訴訟制度の見直しのための考え方」へと辿り着いた。それにより、最高裁の黒い動きは相当程度封じられたかに見えたし、この内容で改正する方がしないよりも良いであろうと、私を含む改正推進勢力⁴¹⁾は一定の評価をした⁴²⁾。

しかし、以下に検証していくように、改正から20年経った今の時点で振り返ると、その一定の評価は甘いものであり、最高裁の意図は、深く貫かれていたことを発見するのである。プロパティ問題で露見したやり方を検討会の最後まで貫徹し、改正法の内容を決定づけたものと断ぜざるを得ない。

第6 市村陽典裁判官（検討会委員）の発言の本質

最高裁が作り出した表と裏の組織体制のうち、表が、市村検討委員検討

40) 斎藤浩「予断を許さない新法または改正案の内容——小改革が胸を張れる改革か」(Causa 8号102頁、2003年) 参照。

41) 日弁連、学会、自民党を含む各政党、経済人、労働団体、消費者団体、女性団体など。

42) この間の検討会議論の詳細は https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihou_suishin/kentoukai/05gyouseisoshou.html の第17回からの議事録、資料を見られたい。それらを簡潔にフォローしたものとして、斎藤浩 Causa 8号から11号の「検討会議論を追う」を参照されたい。

会でのエネルギーシフトな発言であった。最高裁事務総局とともに色々シミュレーションをしたことを明らかにしながら、重要な論点で市村委員が強調したことを整理してみると次のとおりである。最高裁のこの検討会の位置付けがよくわかるものである。異常に長い引用になるが、重要なので掲載する。

1 行政訴訟の対象（処分性）

市村意見は、次のように、今以上の処分性拡大には反対ということを明確に打ち出していた。

・実際の発言

「国民の権利義務という観点から見ますと、直接それに影響を与えないような範囲まで、その訴訟の対象として広げていくかという問題に関しては、司法権の本来の範囲を超えないかどうかという点から、慎重に考えてみる必要がある（9回議事録）」。

2 原告適格

市村意見は、次のように、原告適格の判断基準は法令で明確にしなければならない、その基準は、判例が積み重ねられており、実務上確立していると述べ、法的安定が重要だと強調した。事実判断をした上でないと、原告適格評価ができないというのでは原告適格の役目は半分損なわれていると述べた。また、事実上の利益説、保護に値する利益説を否定し、第三者利益や公益を含めるべきでないと述べた。行訴法のような一般法でなく、個別法で定めるべき法分野もあるとも述べた。その上で、改正案は、これまでの最高裁判例を抽出せよと勧め、それを実行した事務局作成の改正案は明確であり解釈の幅を広げることになるとするものと積極的に賛成した。マッチポンプとも言える様相を呈している。

・実際の発言

「原告適格については、今の考え方について狭過ぎるという御意見もあ

と思うんですが、やはり裁判の規範、特に入り口の問題ですので、明確でなければならない。調べてみなければ分からないというのでは逆さまだろうと思うんです。さんざん事実調べをしないと、原告適格があるやなしやが分からないというのは、原告適格の意味をなさないんだらうという気がするんです。そういう意味で、訴訟の入り口に立って、その主張を見て、あるいは後は法令をよく調べてみれば結論が出てくるという方向のものというのが、非常に司法としては使いやすいわけです。

そういう観点から見ますと、例えば事実上の利益というふうなものがある場合にも原告適格を広げるべきだという有力な御意見があることは承知しているんですが、そうした場合には、果たして訴訟の入り口において、事実上の利益の存否をどう判断していくんだらうかということなど、その規範を適用して存否を判断する側になると、なかなか難しいことだなという気がします。

ただもう一つ、そうは言っても、今、救済すべきなのにこぼれ落ちているんじゃないかと言われている部分ですが、そういうものについては、できるだけ個別の法律で拾っていく、例えば計画行政であれば、それについて定めた法規において、ここから争えるようにしようと、それを明確にしていこうというのが1つの考え方だと思うんです。その場合、まず1つ明瞭であるということと、それから事案においた適切な原告適格の拡大ができるという意味で優れているんじゃないかなというふうな気がいたします。これが、例えば訴訟法規、一般訴訟手続の一般法でやってしまうと、非常に難しい書き方になると思うんです。そうすると、逆に取り込み過ぎになって混乱する。やはり、人的なエネルギーも限られた中で、できるだけ裁判所の持っている機能を有効に使おうとすると、効果的なもので中身の濃いものをやりたいという気があり、また、規範として明確なものであってほしいというのが、実務をやっている人間の要望になるかと思います（9回議事録）。

「できるかぎり明確であるべきで、その範囲が、何かを調べなければわ

からない、というのでは、欠陥があるといわざるを得ません。……現在の原告適格の定義である『法律上の利益を有するもの』というのは、これまでの積み重ねられた判例の中で法律上保護された利益ということの意味するのだ、ということが、実務上確立していて、そうしたところから、原告適格に関するたくさんの裁判例というのは積み上がっているわけです。その具体的な適用範囲というのは、その積み上がった裁判例も含めて、そういうものの判断の資料にはなっている、という状況がある。これはやっぱり前提とすべきであろう、と思います。……法的安定性というのをできるだけ考える必要があるし、単に言葉だけを変えたことによって、無用な混乱というのがないようにしなければいけないと思います。それで、法的保護に値する利益というのは、そういう意味では、判断の基準としての、客観性とか、あるいは予測可能性という意味で、問題が生まれますし、また、利害関係を有するもの、という基準は、それでは今までの法律上保護された利益という概念と比べてみて、どこが引っ込んでどこが増えたのか、ということ、言葉の上で、明瞭にできるのかという疑問があります。……原告適格というのは、最終的に事実判断をした上でないと、その評価ができない、というのでは、やはり、原告適格の役目は、半分損なわれているというふうに思います。そういう意味で、なるべく、法律的な要件なりなんなり、今のようなことに触れずに判断できるというところが必要なのではなかろうかと思います (13回議事録)。

「ある種の偶然によって、獲得した地位というか、偶然に近い地位で獲得した人に、そういうことを代表させて争わせるのが本当にいいのかという点が引っ掛かるのです。

もっぱら第三者の利益である、かつそれは公益であるから、違法事由として主張できるとなるとやはり、私はこの性格は客観的な性格を持ってしまうのではないかと、つまり自己の法律上の利益に関係がない、今芝池先生がおっしゃられたのは、むしろそこは自己の法律上の利益に関係がある部分だということで、そこを間違った解釈をするなという御指摘だと思

うのです。そういう意味で、文言をそういう間違われないように、適切な文言に改めていこうという方向であれば、基本的には賛成でございます。ただ、その中に水野先生がおっしゃられたところの最後の、もっぱら第三者であり、かつ公益であるから私が言う、というところは主観訴訟からはやっぱりはみ出ていると思います。その部分だけは、文言を変えるというのではなくって、性格を変えることになろうかと思います（18回議事録）」。

「私は、もう前々から何回もここで発言しているので、運用する立場からは、『明確に、明確に』と、同じことを繰り返しているのです。ただ、今のように議論の中身ですね、例えば判断するに当たっても、恐らく個々具体的に検討していかなければいけないのは分かるのですが、今までと違って何を、もう一つ取り込むなら取り込む指標にするのかということについて、ここで十分御議論いただかないと指標がないものですから、いろんな考え方のままでは実務が混乱するだろうと思います（23回議事録）」。

「新潟空港訴訟の話が出ておりますが、新潟空港訴訟の考え方というのは、他にこれらの関する原告適格を認めた裁判例を並べてみますと、少し最高裁の判例の中では、張り出している部分なんです。そこを全部つかまえていきましょうということですから、恐らくそれと伊達火力の今の例ともんじゅとを全部並べていくと、並べてこれを全部取り込んで、仮に要件化出来るとすると、結果的に見れば、今の原告適格を一般的に認めている範囲よりは、私はかなり広がるのではないかと思います（25回議事録）」。

「私が、新潟空港訴訟の判例を正確に理解しているかどうかは自信がありませんが、ただ判例ですから、当然それまでの判例との整合性という枠を超えられないわけで、その中でどうやって説明出来るかというやり方でやった結果、今の小早川先生の御指摘のように、航空法に反映させる形で説明したと思います。ただ、私どもがそれまでの裁判例から読み取るところですと、このように目的を共通する関連法規の規定というのをこのように跳ね返らせるという例は、それまでほとんどなかったのだろうと思いま

す。それを航空法そのものの中に、もう一回戻してきたというところでは、それは解釈のテクニックだと思いますけれども、少なくとも目的が共通する関連法規まで目を向けて、そこに手掛かりを見出だしたという点では、やはり私はそれまでのものと違うもので、もしこの裁判例というものがなければ、例えば下級審の我々の考え方でいけば、なかなか思い切ってそこまで踏み出せない、そういうものを手掛かりに出来ないというところだったと思います。そういう意味で、私は、この判例はその後の判例と比べてもかなり張り出していると思っています (25回議事録)」。

「例えば『法律上の利益』という言葉を何かに置き換えるという一発で全部変えるということはそもそも難しいことだろうと思います。そうした点で、一つのアイデアとして、今までの先端的な裁判例の中で出てきたものを、そこから抽出してきたというのが解釈規定なのだろうと思います。先ほどから指摘がありますように、それらは、その裁判例においても、一つのドグマのようなものを立てて、それに当てはめたというのではなくて、むしろそのときの解釈の中でやっぱり見なければいけないというところは何だったかということをやってきて出てきたものだろうと思います。『法律上の利益』というものを解釈するときにどういうファクターに注目すべきなのかを示すということは、これから非常に有益だろうと思います。……今回の4つの事務局が挙げられたファクターというのは、一つ一つの事例に当てはめようとする、考えざるを得ないのだろうと思います。そうしたことで、これらのファクターを全部示すということはこれからの裁判実務において、恐らく解釈の幅をかなり広げてゆくのに役立つだろうと思います。3つの判例と再三言われますけれども、3つの判例で全て同事件でこれらのものが並べられたわけでもありません。実務の中で広がる可能性があるのかと言われると、私はそういうものの十分なきっかけになるし、先ほど来、おっしゃっていただいています裁判官にオープンスペースが与えられたものだというふうに理解して、きっとそういう発展が遂げられるのではないかと考えております (27回議事録)」。

3 取消訴訟中心主義

市村意見は、三権分立を振りかざし、取消訴訟中心主義を擁護し、行政への信頼を臆面もなく打ち出し、行政の第一次判断権が重要であると強調している。早くから改正法37条の3第3項、6項を先取りしたような発言をしている。逆に言えば、検討会事務局がこの市村意見に合わせて、改正法案を作ったということである。つまり、義務付けに行く前に行政に再検討させれば良いと強調し、義務付けに行く場合は例外であるので厳しい要件にすべきであると述べたものである。

・実際の発言

「行政の場合に、行政の持っている行政裁量的なものが尽くされた、尽きたというところから判断するなら楽なんです、そういうものが留保されたまんまの段階で、司法権がある仮定的な対象というものを持って、ある仮定的な前提を置きながら判断するということは技術的に難しい、という気もしますので、やはり現行のこうした取消訴訟中心主義という形で言われているこの考え方というのは私は原則的な形態としては非常に合理的なものではないかというふうに思います。

例を出せということでしたら、年金なんかの訴訟なんですけどね、年金の額が少ない、そうするとある要件について、その人にある要件が存在しているかどうかについては行政庁側の認定と当事者の言い分が食い違って、仮に行政庁側の認定が間違っていると、裁判所がそこは判断できる。それでそうでない前提をもって計算すべきだとなったときに、今度は後にまたさらに積み重ねていろいろと計算しなければいけません。これをそれから先、それじゃ正しい額が出るまでにどうするのか、というのは裁判所がその資料を貰って、その計算をするというのはあんまり意味がないことだと思うのです。それはその点だけを指摘して、そこで間違っていますよ、ということをやってこの処分を取り消せば、あとは正しい計算を社会保険庁はやります。だから、そういうところで、原則、全部、給付型にしないで、取り消すというところ、要のところをきちっとやれば、実際の

行政は動いてくるということが多いということです (10回議事録)』。

「村田企画官が読まれた裁判例の中で、伊藤正巳判事の補足意見のところに端的に書いてあったと思います。やはり国の仕組みというのは、司法、行政、立法と分立している。たとえば本来なら、行政に何か、こうやってくださいというべきものを、そこをパスして、いきなり司法の方で行政をお願いしてやってもらうべきことを司法に代わってやってくださいということは許さない、これがしきりとと言われる三権分立という中で何回か出てきている部分だと思います。この辺りは本来は行政作用であって、行政府がまず判断するという建前になっている事項ではないか、そういう事項について、裁判所が行けるというのは先に行政庁より先に判断できる、そこで第一次判断権という言葉が出てきたのだと思いますが、行政庁が少なくとも判断する、そこが先に判断できるというのが建前で、それもやらないで、なおかつ、司法の方が先行して判断することが、許されるというのは、やはり三権分立から言うと例外的なことなのでしょう。そういう中で、そういう例外的な場合に当たるというのはこんな要件が必要なのですよという、何でも求めてくれればいいということではなく、やはり例外は例外として、どんな場合に許容するか、だから、たとえば緊急性だとか、明白性だとかそういうことを言って、裁判では要求しているのです (16回議事録)』。

4 義 務 付 け

市村意見は、次のように、非申請型については、一義性、明確性を強調し、裁量がある処分については否定的である。申請型については、取消判決で行政に任せればよく、義務付けまでは不要であると述べている。また意見聴取などの手続きがある処分であれば、義務付ではなく確認くらいでやっていくのが良い、専門機関の関与が必要な場合の義務付けには疑問を述べる。そして改正案が具体化していく段階では、審理の仕方 (申請型は取消訴訟審理を徹底して先行してやるべきだなど) に言及している。

・実際の発言

「義務付け訴訟の三要件というふうに、下級審の方で、どんどんどんどん一人歩きしていると、こう言われますが、やっぱりそういう意味で、なかなか、一義的なものでないと、裁判所は、行政に代わるということは、基本的にはできないんだ、という認識でやっております。

基本的にはやはり、義務付けができるというのは、つまり、司法が、積極的に行政行為を、他のいくつかの選択肢の中から一つ選び得る、そういう前提がないとなかなかできない、やっぱり一義性というところに来るんだろうと思います。我々、一義性、明白性あるいは緊急性というふうなことっていますが、緊急性という要件が要るかどうかはちょっと置いておいて、少なくとも、裁判をするときに、行政裁量のようなものが残っているような場合には、裁判所は行政には、そういう意味ではとって代われない（10回議事録）」。

「それで方向性の問題なのですが、現在同じものが取消しの段階で止まっていることが問題であって、さらに取消しに止まらずもっと実質的な救済、給付なりなんなりそこまで踏み込む、そういうふうに奥に踏み込んでいくというところに問題があるのではないかという御指摘については賛成しかねます。ちょっと私は前にも意見を申し上げたことがあるのですが、つまり現在の取消訴訟によって取り消されるようなタイプの事件については、拘束力の問題として、現実には行政庁は対応してきているので、例えばそれを給付判決の形にするということに審理の手間暇をかけるほどの意味はないと考えております（15回議事録）」。

「結局、義務づけまでする、あることが違法であるということを確認することと、さらに具体的にその行為をする、すべきであるということの間には、やはり明白性だとか、例えばあることをするときには意見聴取だとか、そういうことをしなければいけない、こういうことが入りますので、私はベースは違法の確認辺りからやっていって、そしてここまではダメですよという宣言を司法の方がする。だから行政はそれを前提にもう一回考

えなさい、あるいは急いで考えなさい、そういうことをやっていく方が役割分担というところが上手に機能するのではなかろうかと考えますので、そういう順番で使われる仕組みの方がいいのかなと思っています (24回議事録)」。

「この義務付け訴訟をどういうふうに考えていくかということで、我々は本当に乏しい経験しかないものですから、もしやるということになれば、どういうふうなものかと、いろいろなシミュレーションをやってみました。その中で、これはどうやって解決していったらいいだろうという難問が幾つか考えられているので、ちょっとお伺いしたいのです。その1つは、まさに今出ていましたように、審議会などに諮るという手続的なことが設けられている場合どうするかということです。その他に、例えば難民認定申請のような場合は、行政庁であれば必要ならば難民認定調査官の調査をするというふうなことで補っていけるわけですが、裁判所で、原告と被告という立場になってしまった状態のときに、今のように調査権能というのはどうするのでしょうか。特に裁判所が例えば義務付けをせよと、もし言われることになると、そういうふうな適切な専門官を使ってやるということで、実体的な処分要件の判断に至るということが予定されている手続などは、どうしたらいいだろうと。それなら裁判所が代わってやりますといっても、道具がないという場合があると思うのです。審議会の意味もいろいろあって、専門的な御意見を伺うというふうなものもあって、それがあることによって、より慎重ならしめると言うか、妥当な処分を引き出すという部分があると思いますが、そういう場合であっても、例えば裁判所としては、今の資料から見ると、こういうことは考えられるとは思っても、やはり今のようなことで仕組まれているときに、たまたま裁判所にダイレクトに来たようなものは、それをバイパスしてしまっているのだからかということもちょっと疑問になると思います。

今のは第三者の場合ですが、申請の拒否処分が既にあるという場合、これは、まず理屈の問題として拒否処分があるのですから、その拒否

処分、今までだったら取消訴訟でそれをなくしていくというプロセスがあります。そのパターンの処分を義務付けるということになる时候にも、やはり思考の順序としては取消事由があって、まず取り消されるべきなのか。そして、その次に正しい処分は何だったのだろうと、こういう順番になると思うのです。しかし、そういうふうに整理していくと、取消訴訟のところに、まず集約的に恐らく審理をして、そういう事由があると思ったものにやっていくということになると思いますが、もしそれをやらないで、例えば、これは義務付け訴訟で来ているものだから、被告行政庁としては取消事由だけでとどまらず、もし取り消されたら、この処分要件があるのか、ないのか答えなさいということになると、例えば手続的な意味で、この資料を出さないときは判断出来ないという拒否処分をしているような場合には、背反することを要求するということになりますし、取消事由自体が認められないという結果に終わったものについては、労力の点でもかなり無駄な部分の攻防をやったということになってしまいます。その辺りをどうやって整序していくかということもあろうかと思ひます。

拒否処分の方ですが、話の順序としては、やはり前にした処分が間違っているのかどうかということからまず入っていくだろうと思うのです。これが審理の過程で、これは間違っているというふうにしたら、それを切り離して、一旦そこで取消判決のようなことをするかどうかというのは議論があるでしょうが、整序するためには何らかやらなければいけないだろうと思うのです。そういうことをして、行政庁がなるほど仕方がないと思ったときに、こうこの義務付け訴訟の中で争うのではなくて、行政庁自身がそれまでの調査の結果に基づいて、例えば認める処分だったらさっさとしまえばいいということもあり得るのだろうと思うのです。

行政がやったらすつと終わってしまうのに、裁判所が下手にその真似事をするという形で、時間ばかり掛かるのでは、足を引っ張ることになります。それがどういうふうにやったら効率的かということ、あるいは先ほどのように当面並走させるということも1つのアイデアだ（25回議事録）。

5 確 認 訴 訟

市村意見は、次のように、明文改正をしなくても、確認訴訟を使いましょうというのは大きな転換で、インパクトがあると言っている、

・実際の発言

「確認訴訟にはいろいろな議論があると思うのですが、確認訴訟をこんなふうに積極的に使おうと言われたことはないと思います。むしろ、これまでは、確認訴訟というのは極めて限られた場合、公法上の当事者訴訟というと、国籍確認とか、ごく限られた場合しか使えないという呪縛のようなものがあつたのだと思います。そういうものに対して今、こうした議論をさんざんやった後に確認訴訟というのに目を向けて、確認訴訟を使いましょうというのは、私は本当に大きな転換だと受けとめています。行数が3行しかないということを言われればそうかもしれませんが、こういう方向性をこうした場で言ったということは、非常にインパクトのあることではないでしょうか (27回議事録)」。

6 仮 の 救 済

市村意見は、次のように、一義性を必要とし、裁量的な処分の場合難しいと述べている。また緊急性では厳しい要件を求めている。また公共性も重視すべきで、立法化では、細かい要件を設定すべきだとしている。

・実際の発言

「具体的にどういう場合が考えられるかということ、まず要件としては、やはり私は権利利益が明確であることが大前提になるのではないかと思います。先ほど、小早川委員がご指摘なされましたけれども、裁判所といえども、その法律を適正に執行すれば、処分のようなものに至れないということはないというお話でしたが、一義的なものであれば、つまり法律をずっと詰めていけば、結論が出るというものであれば、それはできることだろうと思います。しかしながら、その一方において、やはり裁量的なもの、専門性というか、全体を見渡してやらなければいけないという、そう

いう行政専門的なものについて、それを裁判所にやれと言われると、それはかなり難しいことではないかな、という気がいたします。

それから、もう一つの要件としては、「著しい損害とか急迫の危険を避けるため」というような要件、これが厳しすぎるかどうかという議論がありますけれども、その辺については、やはり程度をどうするかはさて置き、やはりもう一つの事前救済でやるわけですから、そういう要件というものを設けることが必要だろうと考えております。

そして最後に、やはり公共の福祉に対する重大な影響を与えないということ、こういうものを消極要件として入れることはやはり止むを得ないのではないかと考えます。例えば営業免許について、公衆の衛生とか、あるいは交通関係で全体の抽象的危険が増加する、そうしたことを配慮する必要は、当然あるだろうと思います。

ちょっと付言しますと、今の制度の中で、要件としてある公共の福祉ということについて、消極要件でこれを判断するということは実際にこれを運用していくと非常に難しいという気がいたします。実際の決定例をご覧いただくと分かると思うのですが、随分前には執行停止の部分についてはこの公共の福祉に対して重大な影響があるという消極要件の存在を根拠に執行停止決定を排斥するといったものがありましたけれども、最近それは少なくなっていると思います。むしろ、多かれ少なかれ、公共の福祉への影響があるわけですが、やっぱり最後は比較衡量になってくと思うのです。そういう使い易い要件というのは、もう少し細かく考えていただけないかな、というのが現場の意識です。つまり、大きな包丁1本を持って、これを包丁でみんな料理せよと言われているようで、使い勝手が悪い。使えばすばっと全部切れてしまうようなもので、適宜に使うのが難しいという気がします（11回議事録）」。

7 釈明義務の強化

市村意見は、次のように、消極的発言をしている。

・実際の発言

「釈明の問題として、どこまで答えるかという問題は、皆さんおっしゃるとおり違うと思います。ただ、釈明の問題と、一方では立証責任という問題があるわけですから、当事者としての立証責任の問題とが、実際は釈明といって、それが入れ替わってしまうようなものでも困るわけで、だから、それが本来の釈明義務なり、あるいは行政庁としての義務なりとして、どこまでやるべきかという議論は、それだけ独立にもう少しやった方がいいのではないかという気がいたします (17回議事録)」。

8 裁量 30 条

市村意見は、次のように、行政の裁量権に顧慮するために30条は残した方が良いとしている。また新設規定である義務付け、差止めでは裁量がかぎだたと述べている。

・実際の発言

「私がこの規定を残した方がいいのではないかと申し上げているのは、行政庁にとっては、司法が、行政機関とまったく同じような頭で判断するというふうな形で判断し、行政の裁量権を顧慮しないということがあっては困るという危惧感はあるのではないかと思います。やはり行政側に対しては、そんなところは前提はちゃんと押えるところは押えていますよという意味でこの規定はあるのではないのでしょうか (14回議事録)」。

「今度条文化されました改正行政事件訴訟法を実務でどういうふうに運用するかということを考えていくと、いろいろな難しいところがあると思うのですが、そのひとつとして、今までより、行政の裁量に対する審査の重要性が、より高くなったことが挙げられるかと思います。というのは義務付け訴訟では、規制権限発動型も、あるいは申請拒否処分型のいずれも、裁量権の範囲を超え若しくは濫用となると認められるといったものが大きな要件として入っており、実務ではこれから、ここがかぎになると考えます。差止訴訟でも同じです (28回議事録)」。

第7 最高裁を代表しての大竹昭彦裁判官（最高裁判所事務総局行政局第二課長）⁴³⁾のヒアリング内容と市村裁判官発言との共同性

1 ヒアリングでの発言

私が検討会で水野委員に随行したように、大竹裁判官は市村検討委員に随行し、第21回検討会が、行政各省庁からのヒアリングに加えて最高裁からもヒアリングした時に、最高裁を代表して改正にあたっての考えを次のように述べた。

「制度の運用者としての立場から」、「改正法の解釈適用に当たって、戸惑うことのないよう、要件、効果をできる限り明確に規定していただきたい」、「本日、お話しいたします内容も極言すれば、この点に尽きる」とした。

各論点については、「東京、大阪の高等裁判所の裁判官、それから全国の行政事件専門部、集中部のある地方裁判所の裁判官、それから高等裁判所所在地の地方裁判所で行政事件を担当しておる裁判官による意見交換や、これらの裁判官などからのヒアリングにおきまして出された意見の概要」として、次のような意見を紹介した。

原告適格については「客観的で明確な判断基準を設定して、できれば実務の運用に混乱を生じることがないように御配慮いただきたい」。

処分性については「取消訴訟の対象となる処分の範囲の拡大につきまして、例えば行政指導1つを取り上げましても多種多様であって、これを一律に取消訴訟の対象とすることによる裁判実務上の混乱は避け難いのではないかという意見がございました」。

43) この当時は行政局第二課長であったが、若くして総務局付、訟務検事を経験し、この検討会発言の後、行政局第一課長、人事局給与課長、仙台地裁所長を経て、現在は横浜地裁所長である。

他方、行政立法や行政計画、行政指導などについて司法的なコントロールを及ぼすため、どの範囲のものが、いかなる段階で、どのような形で争えるとするのか、よく御議論をいただいて、要件、効果をお決めいただければ、あとは裁判現場でいたします」。

義務付け訴訟については、「一定の金額の支払いまでを義務づける判決をなし得ることが法定された場合。例えば、原告としては、年金不支給処分がされたことに対して、一定の金額の支払いを請求し得るということになりましょうが、裁判所が支給額の計算などまでを適切に行い、併給禁止規定の存在などを精査して、誤りのない判決をするということとなりますと、制度としては重いものになりかねないということであり、迅速な救済とどのような折り合いを付けていくんだらうかといった疑問が生じるといふ意見もございました。

他方、もう一つの義務づけとして議論されております、処分の名宛て人以外の第三者が、行政に対して規制権限の発動を求める方の義務づけ訴訟についてであります。人格権に基づく差止訴訟との関係を十分検討すべきであるといった意見や、処分の名宛て人の手続保障をどうするか、どの範囲で原告適格を認めるかといった要件面及び執行手続をどうするんだらうかといった効果面の両面について十分御検討いただきたいという意見が出されました」。

2 大竹発言の根幹と市村意見、事務局の具体化との一体性

冒頭の、改正法を解釈適用する裁判官が、戸惑うことのないよう、改正法は要件、効果をできる限り明確に規定せよというところに尽きるであろう。そして、その各論は、すでに整理した市村発言がその内容であることは明らかである。大竹のこの発言自体は至極当然のことを言っているように見える。市村もその種のことを、すでにみたように随所で発言していた。しかし、それらの具体的当てはめは複雑であり、その巧妙さを当時の私は読み解けていなかった。つまり、結果としてみれば、そのことが実践

されたのは義務付け、差止め、仮の義務付け、仮の差止めの条文であり、法文の要件、効果は厳しく明確にされた。そのことが変化球的に実践されたのは原告適格の条文であり、法文の要件が曖昧にされた。その双方を担保したのが、行政訴訟検討会の事務局の本籍裁判官たちであって、原告適格の新設9条2項は、それまでの最高裁判例の整理であり、現行法よりも広がるとのムードを作り、結果としてそれでまとめられることとなった。このことはもう一度後に触れる。

第8 行訴法改正の概要と意見の分かれ

1 事務局による整理

検討会での検討を経て、改正内容の概要は検討会事務局により、次のように上述した「行政訴訟制度の見直しのための考え方」として整理された⁴⁴⁾。

I 救済範囲の拡大

ア 取消訴訟の原告適格の拡大

原告適格の判断において、法律の趣旨・目的や処分において考慮されるべき利益の内容・性質などを考慮すべき旨を規定する。

イ 義務付け訴訟の法定

一定の要件の下で行政庁が処分をすべきことを義務付ける訴訟類型として義務付け訴訟を法定する。

ウ 差止訴訟の法定

一定の要件の下で行政庁が処分をすることを事前に差し止める訴訟類型として差止訴訟を法定する。

エ 確認訴訟を当事者訴訟の一類型として明示

44) https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihou_suishin/kentoukai/gyouseisoyou/dai28/28siryou4.pdf

確認訴訟を当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する訴訟の一類型として明示する。

II 審理の充実・促進

裁判所が、釈明処分として、行政庁に対し、裁決の記録や処分の理由を明らかにする資料の提出を求めることができる制度を新設する。

III 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

ア 抗告訴訟の被告適格の簡明化

訴訟手続を簡明にするため、被告を行政庁から、処分をした行政庁の所属する国又は公共団体に改める。

イ 抗告訴訟の管轄裁判所の拡大

国を被告とする抗告訴訟は、原告住所地を管轄する高等裁判所所在地の地方裁判所にも訴え提起を可能にする。

ウ 出訴期間の延長

「処分があったことを知った日から 3 か月」とされている取消訴訟の出訴期間を 6 か月に延ばす。

エ 出訴期間等の情報提供（教示）制度の新設

処分をする際、その相手方に対し、取消訴訟の被告、出訴期間、不服申立前置等に関する情報提供をする制度を新設する。

IV 本案判決前における仮の救済制度の整備

ア 執行停止の要件の緩和

執行停止の要件について、損害の性質のみならず、損害の程度や処分の内容及び性質が適切に考慮されるように「回復の困難な損害」の要件を「重大な損害」に改める。

イ 仮の義務付け・仮の差止めの制度の新設

一定の要件の下で、裁判所が、行政庁に対し、処分をすべきことを仮の

義務付け、又は処分をすることを仮に差し止める裁判をすることができる制度を新設する。

2 最重要課題での議論の分かれ

「原告適格」拡大のために考慮事項が9条の条文に挿入されるが、これは最高裁判例を整理したものであるのもので、そもそも現行法にある「法律上の利益」の文言を変えなければ、最高裁判例以上には拡大しないのではないかと批判、疑問を水野委員、福井委員が述べたが、原案は変わらなかった、ただ現行法よりは前進するという感覚が検討会及び改革推進勢力には広がった。

新設の「義務付け訴訟」については、我々は、要件の厳しさを指摘したが、検討会事務局や座長は、「多様な救済方法の指摘については、具体的な場合にどのような救済方法を工夫すべきかということについてはなお、具体的な事例を踏まえた、今後の解釈の発展や、裁判所の運用に委ねるべき部分もあり、現時点でこういう場合にはこういう救済方法というようなことを典型的に詰めてしまうことは困難であり、あるいは、将来の解釈運用の発展を制約することにもなりかねないのではないか」、「こうした類型を実際の場面で適用に当たるのは裁判所だが、裁判所が具体的な事例において、真に救済の必要性があると判断される場合について、そういった実効的な救済を図る裁判所の運用は十分に可能な要件になっているものと考えている」（27回検討会議事概要）などという議論で乗り切った。

「仮の救済」については、執行停止の要件が「回復困難な損害」が「重大な損害」に変更されることになったことは前進であったが、仮の義務付け、仮の差し止めでは、「償うことができない損害」という要件はあまりにも厳格すぎるという非常に常識的な意見が水野、福井、芝池義一委員から出たが、座長及び事務局は、「本当に必要がある場合には、適切な運用が可能な、十分に実効的な救済が可能な道筋が付けられるのではないか。今まで、こういった救済方法が全くなかったことに比べると、そういった

道筋がつけられている要件になっているのではないかと考えている」(27回検討会議事概要)と述べて、事務局案で押し通した。

「確認訴訟」については、事務局、座長は次のように述べて、法文化しなくても現行法のままでやれるという結論を変えなかった。「行政の行為の違法確認の訴えを、例えば公法上の当事者訴訟に例示してはどうかという考え方の提示もあった」。「こういった行政の行為という非常に幅広いものを対象として、それが包括的に訴訟の対象として取り上げられることになると、そこは行政の適法性の確保における政治の役割などとの関係で、一体裁判所がどれだけの役割を果たすものなのかというところで、問題が生ずる可能性もあり、また、現実には、そこでは適切な確認の対象を選んで、確認の利益がある、訴えの利益があるという場合に訴えが認められるということであるとする、例示をしても、かえって訴訟対象となる行政の行為とは何かというような形で、従来の処分性の議論のような訴訟対象論ばかりが先行してしまうことになるのではないか」。「行政の行為の違法の確認を広く認めるという趣旨であるとする、むしろこれまで確認訴訟が活用されてきた権利義務の確認を通じて、直接的に国民の権利を確定していくという裁判所の役割が果たされてきた部分との繋がりにおいて、実効的な権利救済のために機能する確認訴訟と行政の違法の確認という権利救済の機能を超えるような非常に幅広い確認訴訟が今後どういう位置付けを持つのかという点で、大きな疑問が生ずる可能性があるのではないか。現行法でも、確認訴訟が可能であって、国民の権利義務の確認というものを中心に、これは検討会の資料でも提示したように現実に活用された事例があるのに、一般的には取消訴訟という処分中心の訴訟類型があったために、処分性の議論が発展した一方で、多様な権利救済のための、この資料に書いた、国民と行政との間の多様な関係に応じた実効的な権利救済という観点からの確認訴訟の活用が論じられてこなかったという経緯も踏まえると、その行政の行為というものをとらえた抽象的な新しい違法確認という訴訟類型を明示することには問題があるのではないか」(27回検討会議事

概要)。この立場が、本稿冒頭に述べた深夜の赤プリ事件で覆されたのである。

3 議論は分かれたまま事務局提案で法案が出来上がった

2のように分かれながらも、調整は行われず、ただ一つの点をのぞいて、事務局提案のまま改正法案が作られた。ただ一つの点とは、本稿冒頭で述べた確認訴訟に関するものである。

第9 私の改正直前、直後、5年見直し時の発言等

1 改正法案の国会審議での参考人としての発言

平成16年（2004年）6月1日、参議院法務委員会で参考人として公述した⁴⁵⁾。法案賛成の立場である。

最初の総括発言では、確認訴訟、原告適格、義務付け訴訟について、歴史的な名判決や私が扱った優れた判決・決定を具体的に挙げて、一般的に行政事件の裁判所の判断は冷凍的で国民に冷たいものだったが、これらの積極的な判決等の判断姿勢は、今回の改正を先取りしたようなもので、改正後は、裁判所は、改正法を活用して国民的期待に答えてほしいという内容であった。弁護士、弁護士会の責任にも触れた。

議員各位からの質問には、次のように答えた。今回の改正は、日弁連の行政訴訟法案（是正訴訟法案）と比べると、遜色は否めないが、しかし、ないよりはある方がいいというような改正ではない。また釈明処分の特則の新設は、本来真面目な裁判官に発信されれば、期待できる。また、この改正の後の課題としては、行政立法、行政計画を直接争える方策、裁判所以外の争訟方法の重要性を挙げた。裁判所が冷凍的判断をしてきた原因としては、昭和40年代の司法の危機の影響が大きい。さらに、訴訟要件却下

45) <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=115915206X02120040601¤t=1>

はやめて、実体判断で国民の裁判を受ける権利を保障すべきだ。

これらの公述内容を今の時点で総括すると、改正法が、裁判官の行政訴訟判断に良い影響を与えるであろうとの期待が前面に出ていたものであったと言えよう。誤った公述内容であったとは思わないが、我が国の裁判官、とりわけ行政事件を扱う裁判官の分析が、やはり足りなかったと言えるであろうか。

2 改正直後のジュリスト増刊の研究会⁴⁶⁾での発言

研究者（小早川光郎、芝池義一、中川丈久、亙理格各教授）と実務家（鶴岡稔彦判事、前述の村田企画官と弁護士の私）での研究会であったので、私はもっぱら、改正法の問題点を指摘し議論に参加した。

原告適格については、かなり詳しい報告と意見を述べたが、要旨は次のようなことであった。従来、改正の下敷きになったいくつかの最高裁判決が出されていたのに、それらにはなお本質的弱点があり、下級審裁判官に、最高裁は本格的に原告適格を広げようとしているとのメッセージになっていなかった。改正法の9条2項の考慮事項が、結局当該行政法規の解釈に収斂してしまうということでは、違法性判断に連動せず、改正法があっても広がらない。関連法規も含めて、法律上の利益の意味を当該行政法規に収斂させないことが重要である。例えば環状6号線訴訟の原告適格を考える時、公害健康被害の認定を受けているかどうかではなく、公害被害の態様程度を勘案することで足り、また公害健康被害の補償等に関する法律1条の目的を関連法規として取り入れることが重要である。

処分性については、その拡大問題では、検討会は行政からのヒアリングを受けてトーンダウンさせたと批判した。取消訴訟中心主義からの脱却問題の論点は、研究者諸氏とあまり問題意識が共通にならなかった。確認訴訟が広がっても、例えば行政計画についてそれが使えないのであれば、処

46) 小早川光郎編「改正行政事件訴訟法研究」（ジュリスト増刊、2005年）。

分性を拡大しなければ意味がないとの問題意識を披瀝した。

確認訴訟については、検討会のまとめかたと、その後本稿で取り上げている「政防～深夜の赤プリ」により政治の力で当事者訴訟の確認訴訟として明文化されたことの齟齬が、研究者のみなさんによく理解されていないことを強調した。ダイレクトアタックとこの確認訴訟とは関係ないのだという発言もした。確認の利益を広く認める必要性、仮処分の必要性などを発言した。

義務付け訴訟については、解釈規定に「回復の困難」と入れたことが、損害要件を重くし過ぎていると批判した。

差止訴訟については、明文化された以上は、「重大な損害」や「他に適当な方法」も厳格解釈するのではなく、使う方向で解釈することが重要であると述べた。

3 5年見直し時期での発言⁴⁷⁾や日弁連の第二次改正法案

注47で引用した文献で、改正法の問題点と第二次改正の必要を述べているわけだが、それらを総合して、日弁連では第二次改正法案を作った。

その内容は次のとおりである。

日弁連の行政事件訴訟法第二次改正法案（2012年6月15日理事会決議）の全文は、日弁連のホームページに掲載されているが⁴⁸⁾、本稿で重要論点として取り上げてきた項目に絞ってみると次のとおりである。

1 原告適格の拡大 現行法9条1項の「法律上の利益」を「法律上保護に値する利益」に変更するとともに、同条2項に個別的利益を要求しない旨の解釈指針を規定し、確実に原告適格を拡大する（改正法案9条）。

2 義務付け・差止めの訴えの要件緩和 いわゆる非申請型義務付け訴

47) 斎藤浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」（自由と正義2009年8月号9頁）。同「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題」（自治研究86巻7号2010年3頁）、橋本博之・斎藤浩・大橋洋一・見上崇洋「座談会」（自治研究86巻10号2010年3頁）参照。

48) https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2012/120615_2.html

訟については、活用を阻害している「重大な損害」要件を削除し、申請型義務付け訴訟と一本化するとともに、差止めの訴えについては、「重大な損害」要件を削除し、活用しやすくする（改正法案37条の2、37条の4）。

3 仮の救済の要件緩和 仮の義務付け・仮の差止めについては「償うことのできない損害」要件を、普通の「損害」要件に緩和する⁴⁹⁾。いずれの場合も本案訴訟の提起を不要とする（改正法案37条の5）。

第10 5年後見直しの準備も実践もしなかった 法務省の本籍裁判官

本稿のテーマとの関係で重要なのは、5年後見直しに消極的だった法務省団藤審議官⁵⁰⁾の対応である⁵¹⁾。

2009年（平成21年）5月20日に、もうすぐ改正後5年が経つので、法律に従って、5年後見直しの準備にかならなければならないですねと、行政事件訴訟法の所管官庁である法務省に団藤氏を訪ねた。

5年後見直しの根拠となるのは「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」の附則50条の「政府は、この法律の施行後5年を経過した場合において、新法の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする」である。新法とは、2004年改正後の行政事件訴訟法のことで、改正を施した部分と既存の部分を含めた全体の施行の状況についての検討と所要の措置をおこなうこととさ

49) 「償うことのできない損害」を単に「損害」とする意味である。

50) 団藤文士裁判官。法務省への出向期間が長い本籍裁判官。私たちが最初に5年後見直しを申し入れたのは2009年（平成21年）5月以後2回であったが、同氏は法務省審議官。その後東京高裁や地裁に戻り、また2014年（平成26年）から3年以上法務省に移り、2017年（平成29年）に裁判所に戻って以降は広島地裁所長、横浜地裁所長、名古屋高裁長官をつとめ退官した。

51) この点は、注53で引用するシンポジウムのパネルディスカッションでの私の報告が、直接触れている。

れているのである。

しかし、団藤氏は、予想外の反応を「堂々と」した。云く、法務省としては、予算上の手当ては難しい、概算要求もしていない、与党の意向が重要だ、最高裁の協力が必要だ、と。

ことは予算の問題ではなかろう。法律に、必要があれば所要の措置を講ずると定められているのだから、必要があるかどうかを判断する何らかの検討体制を作るのが当然である。しかも、予算などしれたものである。

団藤氏は上のように述べて、時間稼ぎをしたものと思われる。次に我々が要請に訪ねた時には、来年（つまり平成22年）春くらいから、商事法務研究会という場で、改正部分のみの検討を始めたい、それ以上のことは法務省の力では無理だ、政治の力が必要だと述べたのであった。時間を稼いで、出版社の予算で、改正部分に絞って、これ以上の改正は今必要ないと研究会を開こうとしたものである。

この本籍裁判官団藤審議官の対応は、行政全体を代理する法務省の意向とも考えられはするが、発言全体を見れば、行訴法の改正はこれ以上必要ないとする最高裁の立場を表したものであろう。本稿で順次述べてきた、司法制度改革推進本部、行政訴訟検討会に対する最高裁の黒い霧の延長である。

第11 検証研究会とその評価

1 検証研究会

(1) 三輪裁判官⁵²⁾の発言

注15で引用した検証研究会は、行政訴訟検討会と異なり、議事録がないので、前掲「改正行訴法の施行状況の検証」（商事法務）掲載の議事要旨と弁護士委員のメモに依拠することとなる。三輪裁判官の、特徴的な発言だ

52) 三輪方大裁判官は、最高裁事務総局刑事局付、経理局、民事局付を経て、行政局第二課長、第一課長ののち、現在は司法研修所教官。

けを紙幅の関係もあるので取り上げると、次のようなものである。基本的スタンスは、「現状はうまく行っているので、それを変えるなら、変えたいと主張する側に立証責任がある」というものであった（第2回研究会など）。

原告適格については、9条を変えても明確な基準が作れないこと、問題は訴訟法ではなく実体法であり、主観訴訟たる行政訴訟を変更する必要があるのか、と述べた（第3回）。相場からしても驚くほど広がっている例がある、原告適格判断には一義的明確性が必要なこと、平成16年改正は根拠法令ごとに原告適格の判断が異なる前提であり、処分によって結論が異なりうることは織り込み済みであった、と述べた（第4回）。サテライト判決は、その事例の周辺住民の不利益を判断したにとどまるので、他の法令の場合の生活環境不利益については個別の検討がなされるので、サテライト判決をこの種判断の典型として限定的に読むべきではないと述べた（第11回）。

非申請型義務付け訴訟については、重大な損害要件は適切に判断されているという認識で、却下が多いというのに猛反発し、却下と言ってもほとんどはおよそ無理筋の訴訟か、本人訴訟によるものであり、施行状況の検証にはかえって役立たないとの反論し、日弁連委員のあげる例が特殊であると述べた（第5回）。司法と行政の適切な役割分担の観点から裁判所が出張する必要はないとの認識が語られた（第6回）。重大な損害について判断の蓄積はないので様子を見るべきではないか（第8回）と述べた。

差止め訴訟については、日弁連委員が、東九州自動車道判決をもとに、取消訴訟+執行停止により救済されない損害という解釈が差止訴訟の活用を阻害していると指摘したのに対し、事業認定は計画訴訟の問題で、特殊な事案ではないかと反論した（第8回）。

仮の差止めについては、日弁連委員が、健康保険法81条に基づく保険医登録の取消処分の仮の差止め事例について、償うことのできない損害要件について、取消訴訟プラス執行停止で救済されるような損害は該当しないと判断している決定があるが、それは本案訴訟の差止訴訟の重大な損害要

件の中で判断されているのではないかと問うたのに対し、この判断が特殊だと答えた（10回）

2 評 価

これらの主張は、最高裁事務総局の現役の行政局第一課長の発言として、最も最高裁の立場をよく説明するものである。

これに対しては、日弁連はシンポジウム⁵³⁾を開き検討した。

阿部泰隆教授による逐条的批判が重要である。

パネルディスカッションでコーディネーターを務めた私の総括発言は「検証研究会報告書の内容は、……、ああ言えばこう言うというまとめ。……ずーっと循環的になって方向性が出ていくようにまとめている。まとめた方は非常に優秀な方であることを私はよく知っていますから、これが議論の反映であったことは確かでしょう。しかし、当面再改正の必要はないとの結論を先に決めての研究会運営であったので、そのような議論となったものだと思います」というものであった。

検討会委員であった岩本安昭弁護士は、同シンポの中で次のように述べた。「研究会前には、法務省サイドが言っていたのは、最高裁判所から改正のシグナルが出ないとなかなか前にいかないと。実際、最高裁から出ておられた委員からは判例の集積を待つんだと。判例を動かしているから今は改正は時期尚早だという意見は常に出されていました。これが最終的な法務省の結論に今つながっているということだと思っています。

それ自身は一つの見解なのですが、裁判所の判例をいくら待っても解決しない問題というのは……多々ありまして、個々の裁判が解決しない問題をそのまま放置しておくのかという問題が多数残されたという点では私自身が反省しております」。

53) 2013年1月21日、日弁連行政訴訟シンポジウム「法務省検証報告書を検証するー改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書の問題点を徹底検証する」。この全文は、阿部泰隆・斎藤浩編「行政訴訟第2次改革の論点」（信山社、2013年）に収録している。

3 政治の風は吹かなかった

民主党政権下であり、志賀櫻弁護士とともに、仙谷由人大臣などに会って申し入れをしたが、何の効果もなかった。

第12 貫いた最高裁の意図（黒い霧）と現場裁判官への影響

1 改正作業

行訴法改正作業に臨んで最高裁がしたことは、「表」の内容としては、市村裁判官、大竹裁判官により、本稿第6第7でまとめたように、改正法の要件、効果をできる限り明確に規定せよという総論発言に基づき、例えば義務付け、差止め、仮の義務づけ、仮の差止めという新しい訴訟類型については、非常に厳しい要件の規定⁵⁴⁾として、司法の行政への介入をほとんど不可能とさせ⁵⁵⁾、原告適格では曖昧な要件にして、改正までに出ていた最高裁判例の線に、国民の行政への出訴権を限定づけるものであった。

「裏」の内容としては、司法制度改革推進本部事務局、行政訴訟検討会事務局に派遣した本籍裁判官をして、改正内容を上述のような水準になるよう、組織的にまとめ上げたことであった。

最高裁にとって一つの失敗は、本稿冒頭で述べた確認訴訟の明文化であり、政治の力がこのように力を発揮することを予想しなかったものであったであろう。確認訴訟は、大いに活用されるツールとなり、行政訴訟に定

54) この点、本稿第9の2で述べた、ジュリスト誌上研究会において、小早川教授や私が、要件が非常に厳しくなっていることを指摘すると、村田企画官は、そのあたりのボキャブラリーが少ないのでこうなったとし、あとは裁判所の判断だが、「償うことができない損害といっても、およそ金銭賠償が可能なのはすべて除くというような趣旨ではないと考えています。むしろ社会通念に照らして、金銭賠償のみによることが著しく相当と認められるような場合というのは当然含まれるだろうと考えている」と答えている（注46で引用した文献184～5頁）。しかし、このような発言は、本当の目的を隠す、無責任な発言であったと言わざるをえないであろう。

55) 濱秀和「行政訴訟の回顧と展望——中東の笛備忘録」（信山社、2014年）172頁は、改正法の死文化の恐れを指摘していた（初出論文は2004年のものである）。

着した。

2 検証作業

改正内容の検証を行なった検証研究会では、最高裁事務総局の立場は三輪裁判官によって、強力に主張された。

3 最高裁の意向の現場への浸透

これらを通じての最高裁の意向とは、行政への配慮、既存の最高裁判例の水準の墨守、改正法への曖昧と厳格の調整をした上で、国民が有効に行政訴訟を使える状態にはしないこととまとめられると思う。このことは、私の前稿の末尾で引用した待鳥聡志の、内閣への最高裁の意識評価⁵⁶⁾がそのまま出ているものと考えられる⁵⁷⁾。

56) 待鳥聡志「政治改革再考」（新潮選書、2020年）204頁。云く、「独立性が憲法で保障されているとはいえ、たとえば最高裁判所の判時任用には内閣が関与するのであり、国家予算の制約がある限り『相当額の報酬』の具体的水準など裁判官の経済的処遇を最高裁のみの判断で決めることができない。国会や内閣、各行政省庁の決定や行動に対して頻繁に介入することは、裁判所に対する逆介入を招来し、独立性を弱めてしまうことを、司法部門としては意識せざるを得なかったのである」、「政治的対立には関与しないことで、独立性を保つことが最も合理的になる」。なお泉徳治「最高裁の『総合的衡量による合理性判断の枠組み』の問題点（石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路口』弘文堂、2019年）374頁は、「裁判所全体としては、自らも統治機構の一部であるという意識が強くなる。そして、立法・行政府との軋轢は可能な限り避けるのが賢明であるという思考が働き、立法・行政府の裁量をできるだけ尊重し、公権力による規制が著しく不合理であることが明白な場合でない限り、違憲の判断を避けるべきであるという傾向になる」と述べており、この指摘は重い。

57) この点で、我が国における司法消極主義の政治的要因との関連も深いというべきであろう。1960年代末から70年代初頭にかけての、自民党などからの圧力のような「あからさまな制度改悪や人事介入がないとしても、長期一党優位の政権に保険をかける誘因がないことは、司法部から見て自明であり、大胆な判決を下す戦略の可能性は狭められていると言わざるを得ない」（網谷龍介「比較司法政治から見た平成司法改革と日本の最高裁判所」岩波書店『平成司法改革の研究』2023年、92頁）のである。なお、中谷実「我が国における司法消極主義と積極主義」（南山法学25巻2号、2001年）をはじめ、中谷教授のこの分野の豊富な業績は、常に参照すべきである。また、前稿で取り上げた、裁判所、司法の立ち位置について、渡辺千原「訴訟における政策形成と法形成」（立命館法学387、388号、✕

そして重要なことは、本稿で最大字数を使ってまとめた行政訴訟検討会における市村裁判官の発言、そしてのちの検証検討会における三輪裁判官の発言は、行政事件を担当する現場の裁判官にとって、最高裁事務局の意向を知るためのマニュアルである。これらのマニュアルからはみ出さない判決を書くことによって、裁判官は、最高裁事務局からマイナスの評価を受けない保証を取り付けることとなる。

第13 この黒い霧を晴らすための方策

1 本件黒い霧とは

行政に配慮し、裁判所（判例）がその法（ノリ）を超えないように、改正作業には、表では行政訴訟検討会に最高裁事務局行政局の元幹部、現幹部裁判官を派遣し、裏では司法制度改革推進本部と行政訴訟検討会の事務局責任者に法務省幹部、最高裁事務局行政局の元幹部であった本籍裁判官を派遣し、見直し作業（否、再改正防止作業）には、最高裁事務局行政局の現職幹部裁判官を派遣し、万全を期した動きが、黒い霧の発生ということになる。

2 霧晴らしに必要な要素

万全を期した黒い霧発生体制に綻びが生じたのは、赤ブリ事件、確認訴訟の明文化であった。

主な論点のうちのそれ以外の点では、原告適格条文を曖昧なままにし、義務付け、差止め、仮の義務づけ、仮の差止め条文を厳格すぎるものにしたままにして黒い霧を発生させ、その後の担当裁判官を縛って、国民の悪い勝手の悪い行政訴訟のままにした。

この分水嶺は、二つである。

↘2019年）、市川正人「司法審査の理論と現実」（日本評論社、2020年）399頁以下が貴重な視座を提供する。

第一は、我々弁護士も、研究者も、日本の裁判官の特質を徹底して分析できていなかったのだと言わざるを得ない。この程度の条文でも積極的解釈は可能だとの思い込み、ないものねだりに依拠していたのではないか。いや、逃げていたのではないか。我が国の裁判官が置かれている状況についての認識が、まだまだ甘かったのではないか。

第二は、政治勢力と、周到に、賢く共闘することが足りなかったのではないか。

これらの欠陥修理こそが、本件霧晴らしに必要な要素である。