

政策実現における「訴訟」の機能

はじめに

横田先生が執筆中の論文「義務付け訴訟の機能—時間の観点からみた行政と司法の役割論」をもとに、行政訴訟を中心に研究する立場から「政策」という観点ではどのように捉えられるかをお話いただきました。

1 政策法務における行政訴訟の意義

『自治体政策法務』（有斐閣、2011）第4章、鈴木潔先生の論文「20 行政事件訴訟法と訴訟法務」において次の2点が述べられている。

1-1 政策評価として

執行法務や立法法務に違法・不当性が無かったかどうかを評価すること

本来、不当性審査は裁判所ではなされないが、裁判所という独立した裁断機関が違法性の観点から検証・評価する仕組み。

1-2 説明責任の履行方法として

自治体が法廷の場で裁判所及び住民等に行政活動の適法性について説明責任を履行する

「法的対話」としての訴訟

自分の主張が正しいと言い切るだけでなく、相手の言い分も聞くという一連の流れが企図されている。

2 政策と訴訟が交錯する場面

大きく分けて次の3つの訴訟を考える。

2-1 抗告訴訟（行政事件訴訟法3条）

公権力の行使に対しての訴訟として挙げられている。

【代表格】取消訴訟

何らかの処分（侵害処分・拒否処分など）がなされることに対し、その処分の取り消しを求める訴訟。平成16年改正前までの行政事件訴訟法では取消訴訟中心で考えられてきた。（例 租税賦課行為・営業停止処分・給付の拒否など）

→これだけでは行政と裁判所の関係はよろしくない。もっと裁判所にできることがあるということで改正。

【平成 16 年改正後】義務付け訴訟（申請型・非申請型）、差止訴訟

・申請型

給付の拒否を取り消すだけだった訴訟が、さらにその給付自体を認めなさいという義務付け訴訟ができるようになった。

→申請を前提としているので申請型義務付け訴訟と呼ばれている。

・非申請型

違法な操業をしている工場や産業廃棄物処理業者に対して、行政は何らかの是正措置を命令する権限があるが命令していないことに対し、平成 16 年改正前は何もできなかったが、改正後は、この権限を行使せよという義務付け訴訟ができるようになった。

→申請を前提としないので非申請型義務付け訴訟、または権限行使型と呼ばれる。

また、まだ処分されていないが、されそうだからやめて欲しいという訴訟がある。（例 保険医指定の解除など）

○ポイントは単に本案の訴訟でこれらができるようになっただけでなく、仮の権利保護（仮の義務付け、仮の差止め）ができるようになり、裁判所の権限が広がった。

平成 16 年改正では原告適格の拡大、つまり訴えられる人の範囲が拡大したことが画期的であると言われたが、このように訴訟の種類が増えたことにより出てくる場面も増えてくるだろうと言われている。

とくに住民の立場から考えると、工場や産業廃棄物業者に対して民事の差止め（人格権に基づく差止め）を求めるだけでなく、行政に対しても同時に許可取り消しを求めることができるようになった。

2-2 国家賠償訴訟（国家賠償法 1 条）

【通常】違法な行為がなされたときに賠償を請求する

侵害処分が違法であった場合、それを取り消すという効果の面をとらえるのが抗告訴訟。それによって生じた金銭的な損害を請求するのが国家賠償訴訟である。また、処分は取り消せなくても金銭面は違法であるから請求するというのも国家賠償訴訟である。

【近年】規制権限や立法の不作為を違法とする国家賠償訴訟

行為がなされた場合だけではなく、なすべきことをしなかったから損害が生じたという不作為の違法確認の国家賠償版とでもいうべき判決が近年著名になっている。

（例 薬害関連訴訟）

2-3 住民訴訟（地方自治法 242 条、242 条の 2）

地方公共団体が行った公金の支出等について違法であると考えられる場合、住民であれば誰でも、監査委員による監査を経た上で裁判所に訴えることができる種類は 4 つ（①行為の差止め②行政処分 of 取消・無効確認③怠る事実（不作為）の違法確認④執行機関や職員に対する損害賠償等の請求を求める※）

※ ④について「住民訴訟に関する検討会報告書について（概要）」を参照
http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyosei01_02000051.html
総務省ホームページ（平成 25 年 10 月 18 日閲覧）

この検討会は④の職員に対する損害賠償等の請求があまりにも過大になってしまったために、何らかの責任制限が必要なのではないかという問題意識で開催された検討会である。つまり 4 号訴訟において市が行った違法行為の責任を最終的に個人に帰属してしまうのはどうかという議論が出ている。

○このように行政法において、訴訟と政策とが交錯する場面は大きく分けて 3 つあり、近年そのどれもが変化している。とくに行政法に詳しくない実務家の多かった時代と比べて、現在のロースクールでは行政法が必修であるので、ますますこの現象が顕著に表れると考える。

3 横田先生著「義務付け訴訟の機能—時間の観点からみた行政と司法の役割論」から

「義務付け訴訟の機能（一）—時間の観点からみた行政と司法の役割論—」国家学会雑誌 126 巻（2013 年）9・10 号 1 頁（以下、全 6 回連載予定）

大阪の個人タクシー運賃値下げ事件（申請型義務付け訴訟）を例に挙げ、他にも生活保護、障害者の介護給付、外国人の在留特別許可などについて、平成 16 年改正後はいろいろな事件が出ている。

これらの下級審裁判例をとおして検討し、申請型義務付け訴訟はどのような機能になっているのだろうか、またその機能があるとすれば現在の解釈は追いついていないのはいかを考える。

3-1 要旨

特に申請型義務付け訴訟について、改めてその機能を考察し、担っている機能と整合的な制度理解及び解釈指針を導き出すことを目指した

本論部分は 4 章構成

改正後生じた問題点を下級審裁判例の分析を踏まえて整理する第 1 章

ドイツ義務付け訴訟制度の変遷を最初期の占領期法制から現代まで概観する第 2 章

日本の行政事件訴訟法改正前後の議論を検証する第 3 章

違法確定とは正措置（救済）を切り離す先行研究を踏まえて義務付け訴訟と時間との関係を考察した第 4 章

本論の結論：義務付け訴訟の機能は、判決後の円滑な行政過程の遂行を実現するための方向付け、嚮導であると理解し、それにそった個別論点の解釈がなされるべきであるということ

→行政訴訟の過程は、行政へ申請があつて処分（拒否）され、裁判所で判決される。これが控訴されないで確定すると、また行政に戻る。いままでの義務付け訴訟は、訴訟できるかできないかを議論していたが、平成 16 年改正以降の論点は、義務付け訴訟確定後の戻し方にポイントがあるという結論になった。なぜなら、日本は取消訴訟と義務付け訴訟は同時に起こるが、いつも一緒に起こるわけではなく、裁判所が取消訴訟のみ先に判決（単独取消判決）したり、一方、義務付け訴訟の判決においても行政の裁量に幅をもたせる判決が出るという結果になっている。

3-2 違法確定と是正措置（救済）の切離し

従来の抗告訴訟の各判決類型の中に、違法判断と是正措置（救済）の二重構造を見出した先行研究

興津征雄『違法是正と判決効』（弘文堂、2010）、曾和俊文「権利と救済（レメディ）－行政法における権利の特質」高木光・交告尚史・占部裕典・北村喜宣・中川文久（編著）『行政法学の未来に向けて－阿部泰隆先生古希記念』（有斐閣、2012）543 頁

今までの取消訴訟だけで動いていた弊害が出ているのではないか、実際には取消よりも違法であると言ってほしいのではないか、もしくは違法であると言えるがどういう結論に至るかは裁判所が本当に決められるだろうかという疑問が出てくる。

- ・取消訴訟＝処分の違法確定+取消（という法効果）
- ・義務付け訴訟＝処分がなされないことの違法確定+処分をなすことを命じる（という法効果）

3-3 政策実現の観点からみたポイント

取消訴訟と義務付け訴訟の関係を再定義→「取消訴訟加重負担」からの脱却
救済内容は裁判所だけでは決めることができない、という諦念
行政過程への「差戻し」に対し積極的評価

平成 16 年改正以降、どこまでが裁判所が決められて、どこからが行政が決めたらいのかという発想の議論になった。

4 一步前へ：訴訟をきっかけとする新たな政策実現

4-1 出石稔「23 政策法務としての争訟法務」『自治体政策法務』298-310 頁、

300-302 頁 勝訴しても敗訴しても見直しが必要に

特に敗訴した場合は重要だが、実際には事務執行全体の見直しや条例の内容精査などは行われないことが少なくないようである。

303-309 頁 判決からではなく、訴訟提起を機に見直した例

愛知県東郷町 ラブホテル規制条例

神奈川県横須賀市 地下室マンション建築確認

横須賀市は裁判に負けたが、あえて控訴しない対応をとった

地下室マンションは脱法行為で、その建設は危険であると判断し、新たに規制する条例を並行して策定→訴訟になったものだけ別異に取り扱うことは矛盾が生じるから

○訴訟は争っている事件について判断するものであるが、差し戻された行政庁としては他のケース（利害関係者）のことも考えないといけない。全体の政策として考える必要がある。

4-2 住民訴訟検討会における「違法確認と義務付け」案

本検討会：過剰な負担を負わされうる長の責任制限のための検討会

「対応案Ⅲ 違法確認訴訟を通じた是正措置の義務付け

- i) 違法確認訴訟を通じた是正措置の義務付けの追加 現行の4号訴訟に加え、新たな訴訟類型として財務会計行為の違法確認訴訟を創設する。違法を確認する判決が確定した場合、長に、判決の趣旨を踏まえて、個人に対する懲戒処分、再発防止に向けた体制構築、違法が確認された行為の原因となる条例の改廃等の当該行為の是正又は将来における同種行為の抑止のために必要と認める措置を講ずるとともに、その旨を議会に報告することを義務付ける立法措置を講ずる。」

→違法確認と是正措置（救済）を切り離し、行政は違法判決確定後に是正措置を講じ、それを議会に報告するという案。

4-3 和解

訴訟において裁判所による判決ではなく、当事者同士の互譲（譲り合い）によって解決しようとするものである。民事上では当たり前のように行われるが、行政はそれができないと言われている。

- (1) 取消訴訟における和解をめぐる議論状況

通説：「法律による行政の原理」に反するため否定する

塩野宏『行政法Ⅱ第5版』（有斐閣、2010）180頁

一度出した処分をあくまで適法であると争うべし

通説の問題点：事実上の和解を許容（行政側の撤回と原告側の訴えの取下げとを引換えにしてしまう）

有力説1：処分の適法性を前提にし、公開される和解であれば禁止されるいわれはない

大橋洋一『行政法Ⅱ現代行政救済論』（有斐閣、2012）159頁

有力説2：裁判上の和解としたうえで、透明性と公正性を確保するための手続きを定めるような内容の立法で解決すべき

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009）275-277頁

（2） 訴訟過程と行政過程での意思決定プロセス

訴訟過程における意思形成と通常の行政過程における意思形成は同一か？

cf. 訟務体制の現状 鈴木潔・前掲 262-263頁

分業化の不徹底、不慣れな職員

自治体では訟務を担当する部局と原課が分かれていない場合は、不慣れな訴訟遂行がされる

→訴訟代理人弁護士への「丸投げ」、専門性が高まらない

逆に、過度な分業化では「原課の利益を代弁する全力主義」に

→分業化により訟務担当組織が確立すれば原課は訴訟遂行の判断を依存する行政の全体像に対する十分な配慮のないまま、とにかく勝訴を、という「下位目的の内面化」がおこる

つまり、本来の目的である行政全体の遂行よりも、下位で個別化されている原課の利益を確保することを目的としてしまう

～調整者としての行政が一当事者として扱われる現実～

（3） 違法確定と救済内容の分離

裁判所ができるのは違法確定まで、その先の救済内容はもう一度考える

和解の柔軟性は行政手続過程の適正な運営で可能なのでは（当事者間の利益だけを求めるような和解ではない）

5 終わりに

5-1 訴訟過程と行政過程の関係を改めて考えよう

5-2 「訴訟による政策実現」は誰のために？

違法な行政に対して声を上げること自体たいへんな中、そのようなところまで追い

込まれた原告が一定程度救済されなくてはならない。しかし、どのような救済をするかという観点に立ったときに、行政は政策の全体からみて提示される解決策は飲めない場合は、正面から政策実現として捉えられるべきである。

質疑応答

(質問 1)

和解は当事者主義に基づくものであるが、それを行政訴訟に（当事者間の利益を求めただけにならないように）引きなおす手法は？

(回 答)

現行法制では難しい。その点、有力説 2 として紹介した阿部泰隆先生は、和解の透明性と公正性を確保する手続として、議会の関与やパブリックコメントなどに似た制度を導入するという立法論を展開している。つまり、「このような和解をするが、みなさんご異議はありませんか」と先の手法で合意をとり、裁判所で和解する、というような手続きを新たに設けてはどうか、という提案である。

(質問 2)

行政訴訟において弁護士は被告である行政に偏らずに、原告にもフェアな立場をとるのか？

(回 答)

民事において弁護士はクライアントの味方であるのは法曹倫理上当然のこと。しかし、和解において、弁論準備手続で当事者の代理人を呼び出し意見聴収する場合、これ以上紛争が起きないように当事者同士が損をしないための議論がされることがある。さらに、行政訴訟では、弁護士は違法であるかないかを争うが、不当であるかないかは分からないので原課による判断が大きい。

(質問 3)

政策形成過程の行政訴訟において事前解決はできないのか？

(回 答)

判決まで行かなくても、行政側が途中で自主的に撤回できる。そのまま争えば地裁で判決が出て高裁へ上告、取消判決が出て控訴できるので、訴訟が長引くよりもみんなが納得するような和解ないし取下げは重要である。

(質問 4)

政策実現における行政訴訟は行政過程の PDCA サイクルと考えてよいのか？

(回 答)

判決をどう読むかは「Check」にあたり、裁判所による外部監査手段とも言えるのではないかと。しかしながら、外部チェックにおいて違法性は指摘できるが不当性についてはわからないので、行政機関の内部での判断によるところである。裁判の判決だけで

なく訴訟の中で出てきた考慮や市民の反応などを踏まえ結論が出るがあってもよいのではないかと考える。

(質問5)

行政における訴訟体制の「分業化の不徹底→原課職員の専門性が高まらない」は逆の場合もあるのではないか？

(回答)

自治体によってはしっかりとした法律知識のある政策法務担当部局が存在し、原課のリーガルチェック機能を果たして原告に配慮しながら訴訟に臨む場合もあるし、原課が原告に配慮のないまま全力で勝ちにこだわる場合もある。しかし、大切なのは当該案件の処分を踏まえて、ほかの諸案件についてもきちんと内部チェックが行われ、見直しされることである。

(質問6)

訴訟の中で「適法であるが不当である」とみられるケースのシュミレーションについて

(回答)

裁判所の判決をよく読めば不当ではないかと思受けられるものであっても、違法まで至ってなければ請求棄却になる。この場合は判決の内容をよく読んで不当性のチェックすることが必要である。出石先生が言われるように「勝って兜の緒を締めよ」ということ。訴えられることは必ず理由があるので、訴訟に勝ったとしても内部チェックと見直しは必要である。

(質問7)

講義中に話された、「住民訴訟に関する検討会」においての、行政の個人に対する損害賠償責任についての議論を詳しく聞きたい。

(回答)

住民訴訟において高額な損害賠償は市長に酷だから議会で請求放棄しようという流れがあったが、最高裁がそれについて一定の範囲で釘を刺したため、「住民訴訟に関する検討会」においてそれを解決するための案を提示した。案VIにおいて「監査委員が意見を述べること」とされているが、お金だけで解決するのではなく、立法などの条例化などの民意が現れるものが必要であるのではないか。

議事録担当：西野 繁治