

行政事件訴訟の手引
(第三版)

法務省大臣官房行政訟務課

用 序

訟務資料 613-584

平成 18 年 3 月

行政事件訴訟の手引
(第3版)

法務省大臣官房行政訟務課

行政事件訴訟の手引 (第3版)

法務省大臣官房行政訟務課

は し が き (第3版)

行政事件訴訟法(昭和37年法律第139号)が行政事件訴訟法の一部を改正する法律(平成16年法律第84号)により改正され、平成17年4月1日に施行された。この制定以来40年ぶりの改正は、行政事件訴訟について、国民の権利利益のより実効的な救済手続を整備することを目的とした大改正であり、実務に大きな影響を与えるものと思われる。

本書は、訟務事務に従事する者が行政事件訴訟を担当する際の執務資料として作成されたものであるが、行政事件訴訟法の改正を踏まえ、新たに創設された制度の内容を補足したほか、第2版以降、言い渡された重要判例を紹介するなど、これを機にその内容を改めて見直すことにした。今後とも、訟務事務処理の執務資料として広く利用していただければ幸いである。

平成18年3月

法務省大臣官房行政訟務課

は し が き (第2版)

本書は、行政事件訴訟に係る訟務事務を担当する訟務官・事務官のための執務資料として作成されたものであるが、初版作成後の判例の集積、学説の発展、法令改正などが相次いだところから、それらを踏まえて改訂を加えたものである。

第2版においても、民事訴訟には見られない行政事件訴訟特有の問題に力点を置き、行政事件訴訟を進行するために必要な初歩的知識を記述したこと、行政事件訴訟を担当する上で修得しておくべき民事訴訟法についての基本的な説明も盛り込んであることなど、いずれも旧版の方針を踏襲している。

行政事件訴訟については、新たに検討すべき点が次々に生じており、また、従来からの問題点についても、実務界及び学界においてますます議論が深化している。

本書も、読者諸兄弟の高批を仰ぎ、また、行政事件の理論の進展を追って、今後も改訂していきたい。

平成14年3月

法務省大臣官房行政訟務課

は し が き

本書は、主として、訟務事務を担当する訟務官・事務官のための行政事件訴訟進行の執務資料として作成したものである。

行政事件訴訟には、訴訟要件、主張立証等さまざまな分野で民事訴訟には見られない特有の問題があり、本書は、もとよりこれらの行政事件訴訟特有の問題に力点を置いて記述している。ただ、行政事件訴訟を担当するには、民事訴訟についての理解も必要であり、折しも、平成8年6月に新しい「民事訴訟法」(平成8年法律第109号)が公布され、平成10年1月1日施行が予定されているため、新旧の民事訴訟法についての説明も織り込んだ。なお、本書は、主に当課所管の事件を念頭に置いて記述している。

本書については、今後、訟務職員各位の指摘を受け、また、新民事訴訟法の施行状況を見ながら、改訂をしていきたい。

平成9年3月

法務省訟務局行政訟務第一課

凡 例

1 本書で用いた法令等の略語は、次のとおりである。

(1) 法令名

行訴法	行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）
行審法	行政不服審査法（昭和37年法律第160号）
権限法	国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（昭和22年法律第194号）
民訴法	民事訴訟法（平成8年法律第109号）
民訴規則	民事訴訟規則（平成8年最高裁判所規則第5号）
旧民訴法	民事訴訟法（明治23年法律第29号）
民保法	民事保全法（平成元年法律第91号）
民訴費用法	民事訴訟費用等に関する法律（昭和46年法律第40号）

(2) 裁判例の登載資料名

民集	最高裁判所民事判例集
裁判集民事	最高裁判所裁判集民事
行裁例集	行政事件裁判例集
下級民集	下級裁判所民事裁判例集

(3) 裁判所名

最高裁	最高裁判所
高裁	高等裁判所
地裁	地方裁判所

2 裁判例を、括弧書きにおいて記載する場合は、次の例により略記した。

最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決・民集46巻6号571ページ
東京高裁昭和63年2月25日判決・訟務月報34巻10号1997ページ

3 本文で引用した裁判例の登載資料については、民集、訟務月報、判例時報に登載されている場合にはこれらをすべて掲げ、他の登載資料は必要な限りで掲げた。

4 本文で引用した文献・資料等について、次の例により略記した（ただし、書式中で引用した場合を除く。）。

小林・行訴法	小林久起・行政事件訴訟法
宇賀・解説	宇賀克也・改正行政事件訴訟法－改正法の要点と逐条解説－
橋本・解説	橋本博之・解説改正行政事件訴訟法
小早川・詳解	小早川光郎・高橋滋編・詳解改正行政事件訴訟法
中込ほか	改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究
藤田ほか・諸問題	行政事件訴訟法に基づく執行停止をめぐる実務上の諸問題
石川・権限法	石川和雄・抗告訴訟の被告適格と法務大臣権限法の改正について（法律のひろば57巻10号50ページ）

5 本書に掲げた書式は、本文に述べた訴訟手続の意味をより具体的に理解することができるようにするために、参考として添えたものである。必ずしも、書式中の記載内容が当課の見解と一致するわけではないので注意されたい。

目 次

第1 行政事件訴訟の意義・目的・機能と行訴法改正	1
1 行政事件訴訟の意義	1
2 行政事件訴訟の目的・機能	1
(1) はじめに	1
(2) 行政処分の効力	2
(3) 取消訴訟の目的・機能	3
(4) 主観訴訟と客観訴訟	5
3 行訴法の改正	5
(1) 背景と経緯	5
(2) 改正の概要	6
第2 行政事件訴訟の類型	9
1 抗告訴訟	9
(1) 意義	9
(2) 処分の取消しの訴え	10
(3) 裁決の取消しの訴え	11
(4) 無効等確認の訴え	12
(5) 不作為の違法確認の訴え	13
(6) 義務付けの訴え	14
(7) 差止めの訴え	17
(8) 無名抗告訴訟	18
2 当事者訴訟	19
3 民衆訴訟	21
4 機関訴訟	21
5 行政事件訴訟の類型のまとめ	23

第3 訴状の検討	24
1 訴状の送達	24
(1) 裁判所における訴状の受付及び訴状審査	24
(2) 訴状の送達	25
2 訴状の記載事項及び附属書類	26
(1) 訴状の記載事項	26
(2) 附属書類	29
書式[1] 訴状(都市計画法による市街化調整区域変更処分 取消請求事件)	29
書式[2] 訴状(遺族補償給付不支給処分取消請求事件)	32
書式[3] 訴状(行政文書不開示決定処分取消請求事件)	35
3 貼用印紙額の確認	37
(1) 訴状の貼用印紙	37
(2) 貼用印紙額の確認	38
(3) 訴訟上の救助	39
4 管轄の確認	40
(1) 事物管轄	40
(2) 土地管轄	40
(3) 専属管轄	42
(4) 管轄違いの場合の対応	42
(5) 特定管轄裁判所からの移送	42
書式[4] 移送の申立て	43
5 関連請求に係る訴訟の移送	45
(1) 意義	45
(2) 関連請求の内容	46
(3) 手続	49
6 指定代理人制度	49

(1) 訟務制度の意義	49
(2) 法務省への調査回報若しくは報告及び訴訟依頼	51
(3) 指定代理人制度	54
第4 答弁書の提出	56
1 答弁書の意義	56
2 行政事件訴訟における答弁書	56
3 答弁書の記載事項及び附属書類	57
(1) 答弁書の記載事項	57
(2) 附属書類	60
書式[5] 書式[1]の訴状に対する答弁書(都市計画法に よる市街化調整区域変更処分の取消訴訟において、 市街化区域及び市街化調整区域に関する都市計画 の変更決定が行政処分に当たらないと主張した事 例)	61
書式[6] 書式[2]の訴状に対する答弁書(労働者災害補 償保険法による遺族補償給付不支給処分の取消訴 訟において、原告の亡夫の死亡に業務起因性は認 められないと主張した事例)	63
書式[7] 書式[3]の訴状に対する答弁書(行政文書不開 示決定処分の取消訴訟において、開示請求文書に は不開示情報が記録されているとして処分の適法 性を主張した事例)	68
4 本案前の答弁	71
(1) 訴訟要件の意義	71
(2) 取消訴訟の訴訟要件	72
ア 被告適格	73
イ 出訴期間	75

ウ 不服申立前置	79
(3) 取消訴訟以外の抗告訴訟の訴訟要件	81
ア 無効確認訴訟の訴訟要件	81
イ 不作為の違法確認訴訟の訴訟要件	83
5 本案に対する答弁	84
(1) 請求の趣旨に対する答弁	84
(2) 請求の原因に対する認否	85
(3) 被告の主張	86
6 答弁書の提出	86
(1) 提出時期	86
(2) 提出部数	87
第5 処分性	88
1 処分性の定式	88
2 処分性に関する裁判例	90
(1) 私法上の行為	90
(2) 抽象的規律にすぎないか否かが問題となる行為	92
(3) 内部的行為	93
(4) 中間行為	94
(5) その他の、法律上の地位に直接具体的な影響を及ぼすか否かが問題となる行為	96
(6) 公権力の行使に当たる事実行為	101
第6 原告適格	104
1 原告適格の意義	104
2 「法律上の利益」の意義	104
3 行訴法9条2項の趣旨・解釈	108
4 原告適格に関する裁判例	109

(1) 地域住民又は近隣住民等	110
(2) 一般消費者	114
(3) 競業者・競願者	115
(4) 当該処分の名宛人と特殊の関係を有する第三者	115
(5) 行政文書に情報を記録されている者	116
(6) その他	116
5 原告適格の判断の基礎となる事実関係の主張立証責任	116
6 裁決の取消しを求める訴えの原告適格	117
第7 狭義の訴えの利益	118
1 狭義の訴えの利益の意義	118
2 訴えの利益が否定された事例	119
(1) 処分が取り消された場合	119
(2) 法令が改廃された場合	120
(3) 期間の経過により処分の法的効果が失われた場合	120
(4) 実質的に回復すべき利益又は目的が消滅した場合	120
(5) 工事が完了した場合	121
(6) 権利利益の侵害が解消された場合	122
3 訴えの利益が肯定された事例	122
4 裁決の取消しを求める訴えの利益	123
第8 義務付けの訴え	125
1 義務付けの訴えの類型	125
(1) 非申請型	125
(2) 申請型	125
2 非申請型の義務付けの訴えの要件	125
(1) 訴訟要件	125
(2) 本案要件	128

3 申請型の義務付けの訴えの要件	130
(1) 訴訟要件	130
(2) 本案要件	133
4 義務付け判決の効力	134
(1) 形成力	134
(2) 既判力	134
(3) 拘束力	134
(4) 第三者効はないこと	134
(5) 執行力はないこと	135
5 義務付けの訴えの特定といわゆる抽象的義務付け判決の許容性	135
(1) 問題の所在	135
(2) 義務付けの訴えの訴訟物	136
(3) 訴訟物と処分の関係	136
(4) 是正措置処分における処分の同一性の範囲	137
(5) いわゆる抽象的義務付け判決の許容性	138
6 その他の留意点	139
(1) 管轄	139
(2) 義務付けの訴えと併合提起された訴えの審理	139
第9 差止めの訴え	141
1 差止めの訴えの要件	141
(1) 訴訟要件	141
(2) 本案要件	144
2 差止め判決の効力	144
第10 公法上の法律関係に関する確認の訴え	146
1 はじめに	146
2 抗告訴訟中心主義（抗告訴訟優先の原則）	146

3 「公法上の法律関係」に関する訴えであること	148
4 法律上の争訟性	149
5 確認の利益	150
(1) 確認対象として選んだ訴訟物が原告・被告間の紛争の解決にとって有効適切であること	150
(2) 確認訴訟によることが適切であること	151
(3) 即時確定の現実的利益があること	151
6 確認判決の効力	154
第11 仮の救済制度	155
1 執行停止	155
(1) 執行停止の意義	155
ア 執行不停止の原則	155
イ 処分の執行停止の趣旨	155
ウ 平成16年法律第84号による行訴法の改正の概要・趣旨	156
(2) 執行停止の要件	157
ア 要件の内容	157
イ 本案訴訟の係属	157
ウ 重大な損害と緊急の必要性	158
エ 公共の福祉への重大な影響	161
オ 本案について理由がないとみえるとき	161
(3) 執行停止の手続	162
ア 申立て	162
書式〔8〕執行停止申立書	164
イ 審理	167
ウ 求意見への対応	168
書式〔9〕執行停止の申立てに対する意見書	168
エ 執行停止決定	176

書式 [10] 執行停止決定書	177
オ 事情変更による執行停止の取消し	183
カ 執行停止決定の失効	184
(4) 内閣総理大臣の異議	184
2 仮の義務付け及び仮の差止め	186
(1) 制度の概要・趣旨	186
(2) 要件	186
(3) 手続	190
書式 [11] 仮の義務付け申立書	190
書式 [12] 仮の義務付けの申立てに対する意見書	194
(4) 仮の義務付け・仮の差止め決定	197
(5) 仮の義務付け決定に従ってされた処分の性質	200
(6) 事情変更による仮の義務付け・仮の差止め決定の取消し	204
(7) 内閣総理大臣の異議	204
第12 計画審理と予告通知制度	205
1 裁判の迅速化について	205
(1) 迅速化法	205
(2) 裁判の期間	205
(3) 裁判の迅速化への具体的対応	206
2 計画審理	206
(1) 概要	206
(2) 計画審理における審理計画の内容	206
(3) 計画審理への対応	207
3 予告通知制度	208
(1) 概要	208
(2) 予告通知制度と提訴前照会	208
(3) 提訴前証拠収集処分の中立て	212

第13 口頭弁論とその準備	215
1 口頭弁論	215
(1) 口頭弁論の意義	215
(2) 口頭弁論の方法	216
(3) 口頭弁論における攻撃防御方法の提出時期	217
(4) 口頭弁論期日	219
2 準備書面	222
(1) 準備書面の意義	222
(2) 準備書面の作成	223
書式 [13] 準備書面 (処分の適法性についての主張例 - 厚生 年金保険法に基づく遺族厚生年金裁定取消処分の 取消訴訟)	226
(3) 準備書面の提出	229
(4) 準備書面の陳述	231
3 釈明権等	231
(1) 釈明権の行使及び釈明処分	231
(2) 当事者照会	238
4 争点及び証拠の整理手続	240
(1) 争点及び証拠の整理の意義	240
(2) 民訴法における争点及び証拠の整理手続	241
(3) 準備的口頭弁論	241
(4) 弁論準備手続	243
(5) 書面による準備手続	245
5 進行協議期日	247
(1) 意義	247
(2) 手続	248
6 専門委員制度	249

(1) 概要	249
(2) 専門委員の関与	250
(3) 専門委員の欠格事由	252
(4) 専門委員の関与の取消し	253
(5) 留意事項	253
第14 行政事件訴訟の審理上の諸問題	255
1 訴訟物と要件事実（主要事実）	255
2 弁論主義と主張責任	260
(1) 弁論主義	260
(2) 主張責任	261
(3) 裁判上の自白	262
3 立証責任（証明責任）	262
(1) 意義	262
(2) 行政事件訴訟における立証責任の分配	264
(3) 具体的な主張立証	265
4 裁量処分取消訴訟	268
(1) 裁量処分と違法事由	268
(2) 裁量処分と主張立証責任	270
5 主張に関する問題	271
(1) 取消訴訟における違法事由の主張の制限	271
(2) 違法性の承継	273
(3) 処分理由の差替え	277
(4) 違法判断の基準時	280
6 被告の変更	285
(1) 意義	285
(2) 要件	286
(3) 手続	288

(4) 効果	289
7 訴えの併合	289
(1) 行政事件訴訟における訴えの併合	289
(2) 請求の客観的併合	290
(3) 共同訴訟	291
(4) 第三者による請求の追加的併合	292
(5) 原告による請求の追加的併合	293
8 訴えの変更	294
(1) 行政事件訴訟における訴えの変更	294
(2) 民訴法143条の規定の例による訴えの変更	294
(3) 国又は公共団体に対する請求への変更	295
書式 [14] 訴え変更の申立書	296
書式 [15] 訴え変更の申立てに対する意見書	299
9 訴訟参加	303
(1) 行政事件訴訟における訴訟参加	303
(2) 第三者の訴訟参加	303
(3) 行政庁の訴訟参加	304
第15 証拠調べ	305
1 意義	305
2 職権証拠調べ	305
3 証拠調べの手続	306
(1) 証拠の申出	306
(2) 証拠申出の時期	306
(3) 証拠申出の方法	307
(4) 証拠申出の採否	307
(5) 証拠申出の撤回	307
(6) 証拠調べの運営に関する民訴法の規定	308

4 書証	308
(1) 申出の方法	308
書式 [16] 証拠説明書	311
(2) 書証の認否	313
(3) 証拠調べの実施	316
(4) 文書提出命令	316
書式 [17] 文書提出命令の申立てに対する意見書	329
(5) 文書送付嘱託	331
書式 [18] 文書送付嘱託の申立てに対する意見書	332
(6) 準文書の証拠調べ	334
5 調査の嘱託	334
6 証人尋問・当事者尋問	335
(1) 証人尋問	335
書式 [19] 証人尋問の証拠申出書	336
(2) 当事者尋問	344
7 鑑定	345
(1) 申出の方法	345
(2) 相手方の鑑定申出に対する対応	345
(3) 鑑定の実施	346
(4) 鑑定意見への対応	346
8 検証	347
(1) 申出の方法	347
(2) 検証の実施	348
(3) 検証物提示命令	348
9 証拠保全	349
(1) 証拠保全の意義	349
(2) 申立ての方法	350
(3) 申立ての採否に対する不服申立て	350

(4) 証拠保全の手続	350
(5) 証拠保全の効果	351
第16 弁論の終結	352
1 最終準備書面の作成	352
(1) 弁論終結前の検討事項	352
書式 [20] 処分行政庁の更迭があった場合の上申書	352
(2) 最終準備書面の作成	353
2 口頭弁論の終結	355
3 口頭弁論の再開	355
第17 判決による訴訟の終了	357
1 判決の種類	357
(1) 判決の種類	357
(2) 訴訟判決	357
(3) 本案判決	358
2 判決への対応	360
(1) 判決言渡期日前の準備	360
(2) 判決言渡期日の対応	361
(3) 判決書	362
書式 [21] 判決書	363
(4) 判決言渡期日後の対応	367
(5) 判決の確定	367
(6) 判決の更正	368
3 判決の効力	368
(1) 形成力	369
(2) 既判力	370
(3) 拘束力	373

第18 上訴	376
1 上訴の意義	376
2 控訴	377
(1) 控訴の意義	377
(2) 控訴の手續	377
書式 [22] 控訴状	379
書式 [23] 控訴理由書	381
書式 [24] 控訴状に対する答弁書	383
(3) 控訴審の審理	384
(4) 判決	386
(5) 控訴の取下げ	387
3 上告	387
(1) 上告の意義及び手續	387
書式 [25] 上告状	389
(2) 上告理由	391
書式 [26] 上告理由書	391
(3) 上告審の審理	392
(4) 上告受理申立て	394
(5) 上告受理申立ての審理	394
(6) 判決・決定	396
参考 1 [上告提起のフローチャート]	397
参考 2 [上告受理申立てのフローチャート]	399
4 抗告	401
(1) 抗告の意義と種類	401
(2) 抗告のできる裁判	402
(3) 抗告の手續	403
(4) 抗告審の審理	404

(5) 特別抗告	404
(6) 許可抗告	405
第19 判決以外の事由による訴訟の終了	406
1 判決以外の訴訟終了事由	406
2 訴えの取下げ	406
(1) 意義	406
(2) 要件	406
(3) 手續	407
(4) 訴えの取下げの効果	408
(5) 訴えの取下げの擬制	408
(6) 上訴の取下げ	409
3 請求の放棄・認諾	409
4 訴訟上の和解	410
5 当事者の死亡・消滅	411
行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成十六年法律第八十四号）	414
新旧対照条文	414
○ 行政事件訴訟法（昭和三十七年法律第百三十九号）	414
○ 国の利害に係るある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（昭和二十二年法律第百九十四号）	429
事項索引	433

第1 行政事件訴訟の意義・目的・機能と行訴法改正

1 行政事件訴訟の意義

行政事件訴訟ないし行政訴訟とは、訴訟物、すなわち、訴訟において裁判所の審理、判断の対象となる一定の権利又は法律関係が、公法上のものである訴訟をいう。行政事件訴訟には、行訴法が適用される（行訴法1条）。もっとも、行訴法は、民訴法のようなそれ自体で完結した訴訟法とはなっておらず（例えば、口頭弁論や証拠等についての規定はない。）、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」（行訴法7条）と規定している。「民事訴訟の例による」とは、行政事件訴訟の本質に反しない限りにおいて民訴法の規定を準用するという趣旨である。

なお、行政事件訴訟は簡易裁判所や地方裁判所支部では取り扱えないこととされており（裁判所法33条1項1号、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則1条2項）、また、地方裁判所における事件符号は、民事訴訟（通常事件）については「ワ」であるが、行政事件訴訟については「行ウ」である（したがって、訴状の送達を受けたとき、事件符号が「ワ」であるか、「行ウ」であるかは、その事件が民事訴訟か行政訴訟かについて裁判所がどのように理解しているかを表していることになるが、これにとらわれず、当該訴訟がいずれに当たるかを常に検討しなければならない。）。

2 行政事件訴訟の目的・機能

(1) はじめに

行訴法は、行政事件訴訟として、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟の4類型を定め（2条）、このうち抗告訴訟については、処分の取消しの訴え（3条2項）、裁決の取消しの訴え（3条3項）（2つ併せて「取消訴訟」という。9条1項参照）、無効等確認の訴え（3条4項）、不

作為の違法確認の訴え（3条5項）、義務付けの訴え（3条6項）及び差止め（3条7項）の6類型を定めている。これらのうち行政事件訴訟として最も典型的で圧倒的に例が多いのは、抗告訴訟のうちの取消訴訟（とりわけ処分取消しの訴え）であり、行訴法も取消訴訟を中心に規定している。

以下、取消訴訟を中心に行政事件訴訟の目的・機能等について述べるが、その前に、その基礎にある行政法の一般問題として、理論面からみた行政行為ないし行政処分について簡単に触れておく。

国や地方公共団体等、行政上の権利義務（法的効果）の帰属する主体を行政主体といい、行政主体の意思又は判断を決定し、これを国民等に対して表示する権限を有する行政機関を行政庁という。そして、行政庁が法令に基づき公権力の行使として国民等に対し具体的規律を行う法的行為を行政行為ないし行政処分という（その講学上の分類については、田中二郎・新版行政法上巻全訂第二版104ページ以下参照）。

(2) 行政処分の効力

ここにいう行政行為ないし行政処分は、一般に、次のような効力を有すると考えられる。

ア 公定力・・・行政処分が存在すると、当然無効の場合を除くほか、その不当、適法違法を問わず、何人も（相手方はもとより一般第三者も国家機関も）、それが取消権限のある機関（当該行政庁若しくは上級行政庁又は裁判所）によって取り消されるまでは、これを有効なものとして扱わなければならない効力

ここに「当然無効の場合を除くほか」というのは、行政処分の違法が重大かつ明白である場合、換言すれば、行政処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、当該行政処分は、当然に無効であって、公定力がなく、したがって、権限のある機関がこれを取り消すのを待たないで、直ちにその無効を主張することができる、という趣旨である。

イ 不可争力・・・不服申立期間が経過し、又は不服申立手段が尽きると、

もはや当該行政処分の効力を争えなくなる効力（第4・4(2)イ(ア)、75ページ参照）

ウ そのほか、次の効力の付与されている行政処分もある。

執行力・・・行政庁が、判決などの執行名義を得ることなく、行政処分自体を根拠として、自力でその内容を強制し実現し得る効力（行政代執行法参照）

(3) 取消訴訟の目的・機能

取消訴訟は、主として、行政処分の持つ上記の公定力を排除し、国民（ここにいう国民とは、固有の利益を有する法主体を意味する。日本国民としての要件の充足と必ずしも関係しない。また、当然に自然人に限られるものでもない。）の権利利益の救済を図ることを目的とする訴訟であるといえる。

以下、これを、土地収用法に基づき収用委員会が行う収用裁決（土地収用法47条の2）を例にとってみる。なお、土地収用の法律上の仕組みは、おおむね次のとおりである。

土地を収用することを必要とする公共の利益となる事業（同法3条各号の一に規定する事業）を行う者、すなわち、起業者は、当該事業のために土地を収用しようとするときは、国土交通大臣又は都道府県知事による事業の認定（同法16条、20条）を受けた上、収用委員会に対し、当該土地について収用裁決を申請する（同法39条1項）。収用裁決がされると、当該土地につき、当該裁決において定められた権利取得の時期において、起業者が所有権を取得し、土地所有者（被収用者）は所有権を失う（同法101条1項）。また、その占有者は、当該裁決において定められた明渡しの期限までに、当該土地を起業者に引き渡さなければならない（同法102条）、引渡しの義務が履行されないときは、都道府県知事が、起業者の請求により、行政代執行法の定めるところに従って引渡しを強制的に実現する（同法102条の2第2項）。

この収用裁決（ここでは、補償金額に関する部分はおく。）は、行政処

分であって（なお、収用裁決は、行訴法3条3項にいう裁決ではなく、同条2項にいう処分である。）、公定力を有し、たとえ違法であっても、取り消されるまでは、だれでもそれを有効なものとして扱わなければならない。したがって、当該裁決が違法であるからといって、被収用者が、当該土地について、引渡しを拒んだり、起業者を相手に所有権の確認を求めたり、返還を求めたりすることは、公定力に抵触し、許されない。すなわち、被収用者が、当該裁決は違法であるから効力を有しないと主張して、所有権確認や返還を請求する訴訟を提起しても、その「効力を有しない」との主張は、公定力に抵触し、それ自体失当であるとして、当該裁決が違法であるかどうかについて審理、判断をするまでもなく、請求を棄却されてしまう。

しかし、違法な収用裁決により権利利益を侵害された被収用者は救済されなければならないから、行訴法において、被収用者に対し、収用裁決の取消しを求める訴えを提起する途を開いている。取消訴訟において収用裁決が違法であるとして判決で取り消されれば、その公定力が排除されて、最初から当該裁決がなかった状態に復帰することになるから、被収用者は、当該土地について、前記引渡しを拒むことができ、また、起業者を相手に所有権の確認を求めたり、返還を求めたりすることができるようになる。こうして、ここに被収用者の権利利益が救済される。

もっとも、例外的に、収用裁決の違法が重大かつ明白である場合、換言すれば、収用裁決に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、当該裁決は、当然に無効であって公定力がなく、取り消されるまでもなく、だれでもその無効を主張することができるから、被収用者は、取消訴訟を待つまでもなく、当該裁決の無効を主張して、起業者を相手に土地の返還を求めることなどができる。

ところで、取消訴訟においては、当該処分又は裁決の適法違法の審理が中心となり、審理の結果、違法であると判断されると、処分又は裁決は取り消され、これがもたらした違法が取り除かれることになる。したがって、

取消訴訟は、前記で述べたように原告の主観的利益の保護に奉仕する機能とともに、客観的な法秩序の維持にも奉仕する機能（適法性維持機能）をも有する。

取消訴訟についても、行政法規の正しい適用を確保する訴訟、すなわち、行政法上の違法状態を除去し、行政法秩序を正す訴訟であるといわれることがあるが、このことをいうものである。

(4) 主観訴訟と客観訴訟

取消訴訟を始めとする抗告訴訟及び当事者訴訟は、いずれも、国民がその主観的な（換言すれば、自己の固有の）権利利益の救済を求めて提起する訴訟であり（これを、主観訴訟という。）、前記のように「主として・・・国民の権利利益の救済を図ることを目的とする訴訟」であるといえる。また、これらは、そのほかに適法性維持機能も有する。

これに対し、民衆訴訟及び機関訴訟は、いずれも国民の主観的な権利利益の救済のための訴訟ではなく、民衆訴訟は、まさにこの適法性維持そのもの又は公共の利益保護のみを目的とする訴訟であり、機関訴訟は、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争の解決を目的とする訴訟である。そのため、これらの訴訟は客観訴訟と呼ばれる。

3 行訴法の改正

(1) 背景と経緯

平成13年6月の「司法制度改革審議会意見書」及び平成14年3月の「司法制度改革推進計画」は、行政に対する司法審査の在り方に関し、「法の支配」の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行うこととした。これを受けて、司法制度改革推進本部事務局は、「行政訴訟検討会」（座長・塩野宏東京大学名誉教授・東亜大学通信制大学院教授。以下「検討会」という。）を開催するほか、国民からの意見募集を行い、「行政訴訟制度の見直しの考え方」を取りまとめ、平成16年1月

6日にこれを公表した。

これらの検討結果を踏まえ、第159回国会に提出された「行政事件訴訟法の一部を改正する法律案」は、平成16年5月18日に衆議院本会議で可決され、さらに、同年6月2日に参議院本会議で可決成立し、平成16年法律第84号として同月9日に公布され、平成17年4月1日に施行された。

(2) 改正の概要

上記行訴法改正は、国民の権利利益のより実効的な救済手続を整備する観点から、①救済範囲の拡大、②審理の充実・促進、③行政訴訟をより利用しやすく分かりやすくするための仕組みの整備、④本案判決前における仮の救済制度の整備を図るものである。以下、項目ごとにその概要を説明する。

ア 救済範囲の拡大

(ア) 取消訴訟における原告適格の拡大

裁判所は、取消訴訟における原告適格の判断に当たり、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するなどの事項が定められた（行訴法9条2項関係）。

(イ) 義務付けの訴えの法定

一定の要件の下で、行政庁が処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める「義務付けの訴え」の訴訟類型が法定された（行訴法3条6項、37条の2、3関係）。

(ウ) 差止めの訴えの法定

一定の要件の下で、行政庁が処分又は裁決をすることを事前に差し止める「差止めの訴え」の訴訟類型が法定された（行訴法3条7項、37条の4関係）。

(エ) 公法上の法律関係に関する確認訴訟

当事者訴訟の一類型として「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が例示された（行訴法4条関係）。

イ 審理の充実・促進（釈明処分の特則）

裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため必要があると認めるときは、行政庁に対し処分又は裁決の理由を明らかにする資料の提出を求めること等ができることとされた（行訴法23条の2関係）。

ウ 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の整備

(ア) 抗告訴訟における被告適格の簡明化

取消訴訟等の被告は、処分等をした行政庁から原則として処分等をした行政庁の所属する国又は公共団体に改められた（行訴法11条関係）。

(イ) 抗告訴訟の管轄裁判所の拡大

取消訴訟等につき、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所にも管轄を認め、また、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所にも訴えを提起することができることとされた（行訴法12条関係）。

(ウ) 取消訴訟の出訴期間の延長

取消訴訟の出訴期間は、処分又は裁決があったことを知った日から3か月とされていたのが6か月に延長された（行訴法14条関係）。

(エ) 出訴期間等の情報提供（教示）制度の新設

行政庁は、処分又は裁決をするときは、その相手方に対し、取消訴訟の被告とすべき者及び出訴期間等を書面で教示しなければならないこととされた（行訴法46条関係）。

エ 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

執行停止の要件である「回復の困難な損害」を「重大な損害」に改め、重大な損害を生ずるか否かの判断に当たっては、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された（行訴法25条関係）。

(イ) 仮の義務付け及び仮の差止め制度の創設

一定の要件の下で、裁判所は、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることができることとされた（行訴法37条の5第1項、第3項関係）。

また、一定の要件の下で、裁判所は、仮に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることができることとされた（行訴法37条の5第2項、第3項関係）。

第2 行政事件訴訟の類型

1 抗告訴訟

(1) 意義

抗告訴訟とは、行政の活動のうちの「行政庁の公権力の行使」に関する不服の訴訟をいう（行訴法3条1項）。

抗告訴訟の対象となるのは、主として国又は地方公共団体の機関の活動であるが、公権力の行使の要素を含む限りにおいて、地方公共団体（地方自治法1条の3）以外の公共団体、すなわち、公共組合（一定の地域を基礎とせず、一定の資格を有する組合員によって構成される公法上の社團法人をいう。土地改良区、土地区画整理組合等がこれに当たる。）及び営造物法人（国又は公共団体によって一定の公の目的のために供された物的設備及び人的設備の総合体で、法人格を認められたものをいう。公社、公団、事業団等がこれに当たる。）の活動が含まれ、さらに、職能団体等の活動も含まれる。換言すれば、公権力の行使の権限を有する機関が行訴法3条1項にいう行政庁に当たるのである。

行政庁の公権力の違法な行使又は不行使による国民の権利利益の侵害に対する訴訟としては、被った損害の賠償を求める国家賠償請求訴訟もあり（国家賠償請求は、職務行為が処分にあたる場合であっても、当該処分の違法を理由とするのみで、処分の効力を否定するものではないから、国家賠償請求に係る訴えを提起するにあたって、当該処分を取り消して公定力の排除をしておく必要はない。）、また、行政処分が無効である場合には、それを前提として現在の法律関係に関する民事訴訟を提起する方法もある。これに対して、抗告訴訟は、行政庁の公権力の行使又は不行使によって生じた、あるいは生じようとしている違法状態を排除することにより国民の権利利益の救済を図ることを目的とするものであるが、原則として処分等

をした、あるいは処分等をする権限を有する行政庁の所属する国又は公共団体を被告としてその公権力の行使又は不行使それ自体の適否を直接争うものである。

(2) 処分の取消しの訴え

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当たる行為（行訴法3条3項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。）の取消しを求める訴訟をいう（行訴法3条2項）。実務でよく見掛ける事例を挙げると、第1・2(3)で挙げた土地収用法に基づく収用裁決の取消訴訟のほか、懲戒処分の取消訴訟、難民と認定しない処分の取消訴訟、障害年金不支給処分の取消訴訟、情報公開法に基づく不開示決定の取消訴訟等がこれに当たる。

処分の取消しの訴えは、行政処分の持つ公定力を排除するために提起される訴訟であることは、既に述べたとおりである。また、取消訴訟の判決により、当該行政処分が取り消され、公定力が排除されるかどうかは処分が違法か適法かによって決まる。したがって、処分の取消しの訴えにおいては、処分が違法であるか否かが裁判所によって審理、判断される。これを、当該処分の違法性が審判の対象（訴訟物）であるというのが、処分の取消しの訴えの訴訟物については第14・1（255ページ以下）で説明する。

処分の取消しの訴えは、行政庁の法令に基づく行為であればどのような行為に対しても訴えを提起できるものではなく、その対象となるのは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」である。ここにいう「処分」とは、国民の法律上の地位ないし権利義務関係に直接何らかの影響を及ぼす行為であるということができ、また、「その他公権力の行使に当たる行為」には、公権力の行使としての性質を有する事実行為、すなわち、行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力行為が含まれる。行政庁の個々具体的な行為がここにいう処分等に当たるかどうかは、処分性の問題といわれる。

取消訴訟を提起した場合、その訴えが裁判所によって適法なものとして取り上げられ、請求について実質的な審判を受けるためには、いくつかの要件を具備していなければならない。請求について実質的な審判を受けるための要件を訴訟要件というが、取消訴訟の訴訟要件には、上記の処分性のほか、原告適格、狭義の訴えの利益、被告適格、管轄、出訴期間、不服申立前置がある。これらのうち管轄については、第3・4（40ページ以下）において、その他のものについては、第4・4(2)以下（72ページ以下）において詳しく触れる。

なお、行訴法は、取消訴訟を中心に規定しており、取消訴訟について詳細な規定を設け（同法8条から35条まで）、取消訴訟以外の各訴訟類型については、取消訴訟についての規定を一部準用するという体裁をとっている。

(3) 裁決の取消しの訴え

裁決の取消しの訴えとは、審査請求、異議申立てその他の不服申立てに対する行政庁の裁決、決定その他の行為（行訴法は、単に「裁決」ということとしている。）の取消しを求める訴訟をいう（行訴法3条3項）。例えば、国民年金法上の社会保険審査会の裁決（101条1項）の取消訴訟、国税通則法上の国税不服審判所長の裁決（98条）の取消訴訟等がこれに当たる。

行政庁の処分が違法であるというとき、それを争う方法として、訴訟による方法のほか、「国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的と」（行審法1条1項）して設けられた行審法による不服申立ての方法がある。行審法は、この不服申立方法として、「異議申立て」、「審査請求」、「再審査請求」の3つを掲げている（3条）が、異議申立てとは、処分をした行政庁（処分庁）又は不作為庁に対する不服申立てを、審査請求とは、処分庁又は不作為庁以外の行政庁（原則として直近上級庁）に対する不服申立てを、また、再審

査請求とは、審査請求の裁決に対する不服申立てをいう。

裁決の取消しの訴えの対象となるのは、この行審法所定の異議申立てに対する「決定」、審査請求及び再審査請求に対する「裁決」のほか、他の法令で定める特別の不服申立てに対する応答行為である。行審法に規定されたもの以外の不服申立てとしては、次のようなものがあり、応答行為の名称にも、裁決、裁定、審決などがある。

- ① 審査の申立て－公職選挙法202条2項、206条2項、地方自治法74条の2第7項
- ② 裁定の申請－鉱業法178条、森林法190条
- ③ 審判の請求－特許法121条、123条

行政庁に対する不服申立てをし、これを却下又は棄却する裁決があった場合に、裁決の取消しの訴えの提起のみを認める制度（裁決主義）が採られている例外的な場合を除き、処分の取消しの訴え、裁決の取消しの訴えのいずれをも提起することができる。しかし、この場合、行訴法10条2項により、裁決の取消しの訴えにおいては、裁決の手続上の違法その他裁決固有の違法しか主張することができない（第14・5(1)イ、272ページ参照）。

最終的には処分の取消しを求めるにもかかわらず、処分の取消しの訴えのほかに裁決の取消しの訴えをも認めたのは、裁決の手続上の違法を理由として裁決が取り消され、改めて適正な手続で行政上の不服申立てが審理されれば、不服申立手続で処分が取り消される可能性があることを考慮したものである。

(4) 無効等確認の訴え

無効等確認の訴えとは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう（行訴法3条4項）。

無効等確認の訴えには、処分等の存否の確認を求めるものとして、存在確認訴訟、不存在確認訴訟があり、効力の有無の確認を求めるものとして、有効確認訴訟、無効確認訴訟があり得るといわれているが、その中で最も

典型的で実務上例が多いのは、処分の無効確認訴訟である。例えば、土地改良法に基づく換地処分の無効確認訴訟、課税処分の無効確認訴訟等がこれに当たる。

第1・2(2)で述べたように、行政処分はそれがたとえ違法なものであっても取消権限のある機関によって取り消されない限り有効なものとして扱われるが、行政処分の違法が重大かつ明白である場合（行政処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合）には、当該処分は当然に無効であって（最高裁昭和30年12月26日第三小法廷判決・民集9巻14号2070ページ、判例タイムズ54号26ページ）、公定力がない。したがって、取消訴訟を経ずして、現在の法律関係に関する訴訟（実質的当事者訴訟又は民事訴訟）の中で、その無効を主張することができる。理論的には、国民の権利救済としては、これで必要かつ十分なものである。しかし、客観的には公定力を有しない行政処分であっても、その外形があることによって国民の法的地位が侵害されるおそれがあることもある。処分の無効確認訴訟は、処分の効力を否定せざるを得ないほどの著しい瑕疵があるために客観的には公定力を有しない行政処分について、その外形を除去することにより国民の法的地位が侵害されるおそれや不安を取り除くことを目的とする確認訴訟である。

無効確認訴訟の審判の対象（訴訟物）は、処分の無効事由一般であり、処分が無効であるか否かが裁判所によって判断される。

無効等確認の訴えにおいては、取消訴訟と異なり、出訴期間や不服申立前置という訴訟要件はない（行訴法38条）が、当該処分等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って目的を達することができないときに限り、提起することができる（行訴法36条）とされている。

(5) 不作為の違法確認の訴え

不作為の違法確認の訴えとは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう（行訴法3条5項）。

例えば、建築確認申請をしたにもかかわらず建築確認が留保されている場合の不作為の違法確認訴訟等がこれに当たる。

この訴訟は、申請に対し何らの処分、裁決もしないことが違法であるといふことの確認を求めるものであって、例えば、許可をせよと義務付けたり、許可をする義務があることの確認を求めるというものではない。したがって、例えば、「被告が・・・建築基準法9条1項に基づく除却又は移転命令を発しないことは違法であることを確認する」ことを求める訴えは、不作為の違法確認訴訟に当たらない。

不作為の違法確認の訴えにおいては、取消訴訟と異なり、その性質上出訴期間という訴訟要件は設けられていないが、それ以外の処分性等の訴訟要件は必要である（行訴法37、38条）。

不作為の違法を確認する判決が確定したときは、行政庁としては直ちに当該申請に対する何らかの処分、裁決をすべきことになるが、不許可処分や審査請求の却下裁決をすることが妨げられるものではない。したがって、この不許可処分等に不服があれば、改めてそれについての訴訟を提起しなければならないことになる。

(6) 義務付けの訴え

ア 義務付けの訴えとは、行政庁が一定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、その処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう（行訴法3条6項）。

平成16年法律第84号による改正前の行訴法下においても、①行政庁の作為・不作為の義務が法律上一義的に明瞭であって、もはや行政庁の第一次的判断権を留保する必要のない場合であって（一義的明白性）、②行政庁の作為又は不作為によって国民に重大な損害ないし危険が切迫しており（緊急性）、かつ、③他に救済を求める適切な方法がない場合には（補充性）、無名抗告訴訟としての義務付け訴訟ないし予防的不作為訴訟が適法に提起できるとされていた（原田尚彦・訴えの利益（昭和48年）73ページ、濱秀和・ジュリスト925号114ページ、東京地裁平成13年

12月4日判決・判例時報1791号3ページ）。

平成16年法律第84号による行訴法の改正では、国民の権利利益の司法的救済の実効性を高める観点から、救済方法を拡充するため、義務付けの訴えが差止めの訴えとともに、抗告訴訟の新たな訴訟類型として明文化された。

イ 例えば、公害防止などのための行政の規制・監督権限の発動として是正措置等の処分をすべきであるのにそれがされない場合、これを求める者には法令上の申請権がないため、拒否処分がされたとしてその取消訴訟を提起することも、不作為の違法確認の訴え（行訴法3条5項）を提起することもできない。また、年金等の申請について処分がされていない場合には、不作為の違法確認の訴えを提起することはできるが、その勝訴判決の効力では、申請を認める処分をすべきことが確定されるわけではない。申請を拒否された場合には、申請拒否処分の取消しを求める取消訴訟を提起することができ、その勝訴判決の効力により当該申請拒否処分は取り消されるが、この場合でも、判決で違法とされた拒否理由とは別の拒否理由に基づいて再び拒否処分をすることは可能である。このように、改正前の行訴法が抗告訴訟の態様として例示している取消訴訟等の訴訟類型のみでは適切な救済が得られない場合があることから、行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされない場合には、一定の要件の下で、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める義務付けの訴えを法定し、義務付けの訴えが事案に応じて活用されるようにしたものである。

ウ 義務付けの訴えの法的性質、すなわち訴訟類型をいかに解するかが問題となるが、以下のとおり形成訴訟と解される。

すなわち、仮にこれが一定の処分の発令を求める実体上の請求権があることを前提にする給付訴訟であるとすれば、請求が認められるための要件を行訴法に定める必要はないはずであり、また、請求権があると主張する者にすべからず原告適格が認められなければならないはずである。

しかし、行訴法は、義務付けの訴えが認められるための要件を法定し、原告適格に関する特別の定めを置いている（行訴法37条の2第3項、37条の3第2項）。また、行政実体法上行政庁に対する実体上の請求権が国民に認められると解することに十分な理論的根拠があるとはいい難く、手続法にすぎない行訴法の改正によってこれが新たに創設されたとも考え難い。そうである以上、取消訴訟と同様、抗告訴訟の一類型と位置づけられた義務付けの訴えは、給付訴訟ではなく、形成訴訟であるというべきである（山本和彦・ジュリスト1277号37ページ、法曹会発行・改正行政事件訴訟法執務資料32ページ。ただし、塩野宏・行政法Ⅱ第4版214ページは、給付訴訟の性質を持つとする。）。

エ 義務付けの訴えは、次の場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める抗告訴訟であり、2類型に大別される（行訴法3条6項）。

① 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（②に掲げる場合を除く。行訴法3条6項1号）……非申請型（又は直接型、規制権限発動型。以下「非申請型」という。）の義務付けの訴え

② 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（同項2号）……申請型（又は申請満足型、申請拒否処分型。以下「申請型」という。）の義務付けの訴え

オ 申請型の義務付けの訴えは、申請に対する行政庁の対応が不作為の場合と拒否処分の場合とに区別され、当該処分又は裁決に係る不作為の違法確認の訴え又は取消訴訟若しくは無効等確認の訴えを併合して提起しなければならない（行訴法37条の3第3項）。また、その弁論及び裁判は分離しないでしなければならない（同条4項）。

ただし、裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、不作為の違

法確認の訴え等についてのみ先に終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときには、これらの訴えについてのみ終局判決をすることができる。また、これらの訴えについてのみ終局判決をしたときは、当事者の意見を聴いて、これらの訴えに係る訴訟手続（上訴等）が完結するまでの間、申請型の義務付けの訴えに係る訴訟手続を中止することができる（行訴法37条の3第6項）。

カ 非申請型の場合には、申請権等がないため取消訴訟等との関係は問題とならないが、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないときに限り提起できるものとされている（行訴法37条の2第1項）。

キ 請求を認容する義務付け判決は、行政庁に対する拘束力がある（行訴法38条1項、33条1項）。したがって、認容判決の場合、行政庁は、判決の義務付けに係る処分又は裁決をしなければならないという拘束を受けることとなる。

(7) 差止めの訴え

ア 差止めの訴えとは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにもかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならないことを命ずることを求める訴訟をいう（行訴法3条7項）。

平成16年法律第84号による行訴法改正の際に抗告訴訟の新たな訴訟類型として明文化された。

行政の規制・監督権限に基づく制裁処分がされて公表されると名誉や信用等が著しく害され、生活や事業活動などに重大な損害が生ずるおそれがある場合には、そのような処分がされた後に処分の取消しの訴えを提起し、執行停止を受けたとしても、それだけでは十分な救済を得られないことがある。そこで、国民の権利利益のより実効的な救済を可能にする観点から、取消訴訟による事後救済のほかに事前の救済方法としてこのような差止めの訴えが法定されたのである。

イ 差止めの訴えの法的性質も、義務付けの訴えと同様、形成訴訟と解される。差止めの訴えについても、これが認められるための要件を法定し、原告適格に関する特別の定めを置いている（行訴法37条の4第3項）など、義務付けの訴えについての前記(6)ウの説明が差止めの訴えにもあてはまるからである。

ウ 差止めの訴えは、裁判所が事前に違法性を判断するものであるところから、事前救済を求めるにふさわしい救済の必要性があることが求められる。そのため、一定の処分又は裁決をすることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合であることを要し、また、損害を避けるために他に適当な方法があるときは提起できないものとされている。

差止めの訴えを認容する判決により、行政庁は、差止めに係る処分又は裁決をしてはならないという拘束を受ける（行訴法38条1項、33条1項）。

(8) 無名抗告訴訟

無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）とは、法定された抗告訴訟以外の抗告訴訟をいう。

改正前の行訴法下においても、一義的明白性、緊急性、補充性の要件を満たせば、義務付け訴訟ないし予防的不作為訴訟といった無名抗告訴訟を適法に提起できるとされていたことは、前記(6)のとおりである。例えば、東京地裁平成13年12月4日判決（判例時報1791号3ページ）は、高さ20メートルを超える建物の建築を制限した条例を制定した国立市において、これを超える建物が建築されたため、国立市民である原告が建築指導事務所長を被告として、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不作為が違法であることの確認を求め、これらの各命令を発することを求めた事案において、被告が建築基準法9条1項に基づく是正命令制限を行使しないことが違法であることの確認を求める請求の限度で、一義的明白性、緊急性、補充性の要件も満たしているとして、同請求を認容したところである（ただし、是正命令を発令することを求める義務付け

の訴えについては、いつ、どの範囲の者に対し、どのような手続を経て、いかなる是正命令を発すべきかの点で被告に裁量があり、一義的明白性の要件を欠くとして却下した。また、同事件の控訴審判決である東京高裁平成14年6月7日判決・判例時報1815号75ページは、本件の建物が建築基準法に違反する建物ではないとして、地裁判決が認容した請求に係る訴えについても却下した。）。)

行訴法の改正によって、義務付けの訴えと差止めの訴えが法定の抗告訴訟とされたことは、前記(6)、(7)のとおりである。したがって、少なくとも、一定の処分又は裁決を義務付け、あるいは差止めを求める無名抗告訴訟としての義務付け訴訟や差止訴訟については、法定の義務付けの訴えと差止めの訴えに整理されたというべきであり、なお無名抗告訴訟として残されるものがあるとは考え難い。しかし、上記東京地裁判決が認容したような訴えは、一定の処分を直接義務付けるものではなく、そのような処分をすべき義務が行政庁にあることの確認を求める公法上の義務確認訴訟というべきものであり、これについては、今回の行訴法の改正では法定されなかったところである。このような訴えが、改正行訴法下において、なお無名抗告訴訟として許容されるか否か、許容されるとして、その訴訟要件及び本案勝訴要件はどのように考えるべきかについては、今後の議論の展開を待つ必要がある。

2 当事者訴訟

当事者訴訟とは、①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②公法上の法律関係に関する訴訟をいう（行訴法4条）。当事者訴訟は、権利主体が対等な立場で当事者間の法律関係を争う行政事件訴訟である。

①は、当事者訴訟（当事者間の法律関係を争う訴訟）でありながら、実質的には公権力の行使を争うものであるところから、形式的当事者訴訟といわ

れ、例えば、土地収用法133条に基づく損失補償の額を争う訴えがこれに当たる。これに対し、②は、公法上の権利の主張を審判の対象（訴訟物）とすることから実質的当事者訴訟といわれ、例えば、公務員の給与支払請求、公務員の地位の確認の訴え等がこれに当たる。

実質的当事者訴訟は、通常の民事訴訟と基本的な構造を異にするものではないが、民事訴訟が私権をめぐる紛争であるのに対し、公権を主張する点で民事訴訟と相違する。

行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、行政立法、行政計画、通達、行政指導など様々な手法を用いて行政の活動が行われるようになってきているが、このような行政活動は、抗告訴訟の対象となる行政庁の公権力の行使に当たらないとされる場合が多く、行政庁の公権力の行使に関する不服を内容とする抗告訴訟のみでは、国民の権利利益の実効的な救済を図ることが困難との指摘もある。そこで、今回の行訴法の改正において、行訴法4条の「公法上の法律関係に関する訴訟」の中に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が含まれることを明示することにより、抗告訴訟の対象とならない行政の行為も含む多様な行政の活動によって争いの生じた権利義務などの公法上の法律関係について、確認の利益が認められる場合に、確認訴訟の活用を図るものとされた（小林・行訴法16、201ページ）。したがって、行訴法4条の改正は、新たな訴訟類型を創設するものではなく、同条の法規範としての意味は、現行法と変わっていないというべきであるが、処分性が認められないために抗告訴訟の対象とならない行政の行為の効力の有無や権利義務の存否などについても、公法上の法律関係に関する確認訴訟の活用によって救済が図られる場合があることを注意的に確認し、その利用の活性化を促す趣旨が含まれているというべきである。

この公法上の法律関係に関する確認の訴えの問題点については、後記第10を参照されたい。

3 民衆訴訟

民衆訴訟とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう（行訴法5条）。

この民衆訴訟と後記の機関訴訟とは、抗告訴訟や当事者訴訟とは異なって、国民の権利利益の救済を目的とするものではないから、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たらず、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる（行訴法42条）。

現行法上規定されている民衆訴訟としては、次のようなものがある。

- ① 地方公共団体の議会の議員及び長の選挙、衆議院議員及び参議院議員の選挙に関する選挙無効訴訟・当選無効訴訟（公職選挙法203条1項、204条、207条1項、208条1項）
- ② 住民監査請求に対する監査結果、勧告等に不服がある場合の住民訴訟（地方自治法242条の2）
- ③ 最高裁判所裁判官国民審査無効訴訟（最高裁判所裁判官国民審査法36条）

4 機関訴訟

機関訴訟とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう（行訴法6条）。

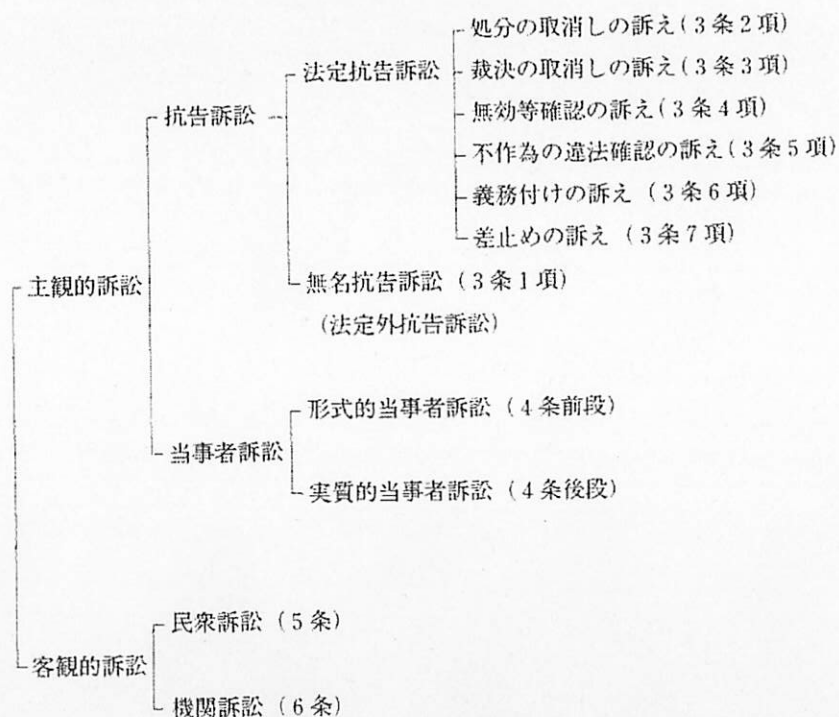
国又は公共団体の機関相互間の紛争は、原則として機関内部で解決すべきものであり（内閣法7条、地方自治法138条の3第3項）、場合によっては特別な機関による調停に付すことができ（地方自治法251条の2）、訴訟以外の方法によって解決される。しかし、その紛争の解決を公平な第三者機関である裁判所の判断にゆだねるのが適当なものについて、特に法律が機関訴訟を定めたものである。したがって、機関訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる（行訴法42条）。

現行法上規定されている機関訴訟としては、次のようなものがある。

- ① 普通地方公共団体の長その他の執行機関がその担任する事務に関する国の関与（是正の要求，許可の拒否その他公権力の行使に当たるもの）に不服があるとして，国地方係争処理委員会に対し審査の申出をし，その審査結果等に不服があるときに当該審査の申出の相手となった国の行政庁を被告として提起する違法な国の関与の取消又は国の不作為の違法確認訴訟（地方自治法251条の5）。
- ② 各大臣が都道府県知事の法定受託事務の管理若しくは執行が法令等に違反し，又は当該事務の管理・執行を怠るものがある場合に一定の期限までに勧告に依る事項を行わないときに当該都道府県知事を被告として提起する代執行訴訟（地方自治法245条の8第3項），普通地方公共団体の議会と長との間における議会の議決又は選挙に関する訴訟（地方自治法176条7項）

5 行政事件訴訟の類型のまとめ

以上に述べた行政事件訴訟の類型を図示すると，次のとおりである。



なお，行政事件訴訟でなく民事訴訟ではあるが，処分の効力等が前提問題として争われる訴訟として，争点訴訟（行訴法45条）があり，これには，行政庁の訴訟参加（同法23条1項，2項。第14・9(3)，304ページ参照）や行政庁への出訴の通知（同法39条）等，行訴法の若干の規定が準用される。

第3 訴状の検討

行政事件訴訟においては、①処分又は裁決をした行政庁が国又は地方公共団体に所属する場合には、「処分の取消しの訴え」は「当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体」を被告として（行訴法11条1項1号）、「裁決の取消しの訴え」は「当該裁決をした行政庁の所属する国又は公共団体」を被告として（同条1項2号）、②処分又は裁決をした行政庁が、国又は公共団体に所属しない場合は、処分又は裁決をした行政庁を被告として（同条2項）、それぞれ取消訴訟を提起しなければならない。また、行政事件に属するその他の抗告訴訟についてもこの規定が準用される（行訴法38条1項）。

したがって、国に所属する行政庁については、原則として、被告が「国」となり、被告が「国」とされる事件は、法務大臣が国を代表することになる（権限法1条）。そのため、通常、取消訴訟などの抗告訴訟の訴状には、被告として「被告国代表者法務大臣〇〇〇〇」と記載されることになる。

そこで、行政事件訴訟に係る訴状について、被告の立場から、その検討事項等を述べることにする。なお、行政事件訴訟特有の訴訟要件に関する事項については、第4・4「本案前の答弁」以下（71ページ以下）で述べる。

1 訴状の送達

(1) 裁判所における訴状の受付及び訴状審査

原告が裁判所に訴状を提出すると、受付係の裁判所書記官は、訴状に受付日付印を押捺して事件符号及び事件番号（毎年1月から事件の種別ごとに付される一連番号）を書き込み、訴状と附属書類に表紙を付けてとじ、表紙に事件名等を書き込む。その後、各事件（記録）は、特定の単独体の裁判官又は合議体に配付され、裁判長（単独体の場合は、裁判長とはその単独体を構成する単独の裁判官のことである。）は、訴状に必要的記載事項が記載されているか否か、民訴費用法所定の額の訴え提起の手数料が納

付されているか否かを審査する（民訴法137条）。

(2) 訴状の送達

ア 訴状審査によって、訴状に不備がないと認めたとき、又は不備が補正されたものと認めたときは、訴状（副本）を被告に送達する（民訴法138条1項。民訴規則58条1項参照）。送達に関する事務は、裁判所書記官が行う。通常は、訴状送達に先立ち、裁判長が第1回口頭弁論期日を指定し、被告には、訴状副本とともに第1回口頭弁論期日の呼出状が送達される（民訴法139条。第1回口頭弁論期日の指定について第13・1(4)イ、219ページ参照）。この口頭弁論期日呼出状は、答弁書催告状を兼ねていることが多い。

訴状の送達は、通常、郵便職員による特別送達（郵便法66条）によってされる。

被告が訴状の送達を受けることによって、原告と被告との間に訴訟当事者としての関係が発生する。この状態を訴訟の係属という。

なお、期日の呼出しは、期日呼出状の送達に限られず、相当と認める方法で足りることになっている（民訴法94条1項。第13・1(4)ウ、219ページ参照）。

イ 権限法1条が「国を当事者又は参加人とする訴訟については、法務大臣が、国を代表する。」と定め、民訴法4条6項が「国の普通裁判籍は、訴訟について国を代表する官庁の所在地により定まる。」と定めていることから、訴状において被告及びその代表者は、「被告国」、「代表者法務大臣」と表示され、訴状は、法務省（訴訟事務を分掌する法務局、地方法務局も送達場所となり得る。）に送達されるべきことになる（石川・権限法51ページ、54ページ、小林・行訴法333ページ）。しかし、処分又は裁決をした行政庁も、当該訴訟について、裁判上の一切の行為をする権限を有するため（行訴法11条6項）、当該行政庁に対して訴状が送達された場合に送達の効力を否定することはできないと解される。

2 訴状の記載事項及び附属書類

被告は、送達された訴状の記載内容を検討して原告の請求に係る処分等を特定し、所管行政庁に対してこれに関する事実関係の調査依頼した上で、応訴の方針を立てることになる。

訴状の記載内容の検討のため、まず、訴状の記載事項及び附属書類について述べる。

(1) 訴状の記載事項

ア 必要の記載事項

訴状には、当事者、法定代理人並びに請求の趣旨及び原因を記載しなければならない（民訴法133条2項）。これを必要の記載事項という。「必要の」というのは、その記載を欠くときは、訴状が却下される（民訴法137条1項、2項）という意味である。

(ア) 当事者及び法定代理人の表示

当事者の表示は、だれがだれに対して訴えを提起するか、すなわち、訴えを起こす者（原告）及びその相手方（被告）を明らかにするものである。したがって、自然人であれば住所及び氏名を、法人等の団体であれば主たる事務所（会社であれば本店）及び名称（商号）を記載し、法人等の団体の場合にはその代表者の氏名をも記載しなければならない（民訴法37条、133条2項）。国を被告とする抗告訴訟については、「被告国代表者法務大臣〇〇〇〇」と記載されることになる。

法定代理人については、住所及び氏名のほか、その資格が記載される例である。

また、訴訟代理人が選任されている場合は、当事者に並べて訴訟代理人の住所、資格及び氏名が記載されるのが実務である。これは、適法な権限のある訴訟代理人により訴訟進行がされることを示すためである。

(イ) 請求の趣旨

請求の趣旨とは、原告が当該訴訟においてどのような判決を求めるかの結論を明らかにするもので、原告の請求が認容されたときの判決主文に対応するものである。例えば、「〇〇収用委員会が平成〇年〇月〇日付けでした別紙物件目録記載の土地の権利取得裁決及び明渡裁決を取り消す。」「〇〇大臣が平成〇年〇月〇日付けで原告に対してした懲戒免職処分が無効であることを確認する。」「原告が平成〇年〇月〇日付けでした国民年金法16条に基づく裁定請求につき、〇〇大臣が何らの処分をしないことは違法であることを確認する。」「国土交通大臣は、河川法75条1項に基づき、別紙物件目録記載の工作物の除却を命ずる処分をせよ。」「〇〇大臣は、原告に対し、懲戒免職処分をしてはならない。」等と記載される。

また、請求の趣旨の記載は、明確かつ具体的でなければならない。

(ウ) 請求の原因

訴状の必要の記載事項である「請求の原因」とは、請求の趣旨とあいまって訴訟物（第14・1、255ページ以下参照）を特定するのに必要な事実関係をいう。すなわち、ここでいう請求の原因とは、請求の趣旨自体では訴訟物を特定することができないときに、これを補足して訴訟物を特定する役割を果たすものであって、訴訟上の請求を他の請求と誤認混同しないように特定識別せしめる事実である。もっとも、行政事件訴訟のうち取消訴訟は、基本的には、請求の趣旨により、取消しを求める処分が特定して表示されるので、これにより直ちに訴訟物が特定されるといってよい。

イ 実質的記載事項

訴状には請求の趣旨及び請求の原因（請求を特定するのに必要な事実をいう。）を記載するほか、請求を理由づける事実（主要事実）を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実（間接事実）で重要なもの及び証拠を記載しなければならない（民訴規則53条1項）。そして、訴状に事実についての主張を記載するには、で

きる限り、主要事実についての主張と間接事実についての主張とを区別して記載しなければならない（民訴規則53条2項）。

もっとも、これらの記載は、攻撃防御方法を記載するものであって、前記の必要的記載事項とは異なるから、これを欠いても訴状を却下されることはない。ただし、訴状補正の促し（民訴規則56条）、さらに、訴状送達後には期日外釈明（民訴法149条1項、民訴規則63条1項）の対象とされ得る。

なお、このように、準備書面の記載事項（民訴法161条2項）とされている攻撃防御方法が訴状に記載されたときは、その記載部分は、準備書面としての性格も有することになるので、準備書面を兼ねるものとされ（民訴規則53条3項）、準備書面としての規律を受ける。

ウ その他の記載事項

そのほか、訴状には、事件名の表示（事件名は、原告が求める請求に基づいて「土地収用裁決取消請求事件」、「療養補償給付等不支給処分取消請求事件」等の名称が付される。しかし、原告が付けた事件名がそのまま裁判所の事件名になるとは限らない。）、処分行政庁の表示（行訴法11条4項により、国又は公共団体を被告として取消訴訟を提起する場合には、訴状に処分等をした行政庁を記載するものとされた。ただし、同項は訓示規定であり、同記載がなくても、訴状に不備があることにはならない。）、附属書類の表示、作成年月日（実務上は裁判所への提出年月日ないし当該書面を陳述する期日が記載されることが多い。）、裁判所の表示が記載され、作成者である原告又はその代理人の署名押印又は記名押印がされる（民訴規則2条1項。準備書面の記載事項について第13・2(2)、223ページ以下参照）。

エ 送達場所の届出

当事者、法定代理人又は訴訟代理人は、送達を受ける場所を届け出なければならない（民訴法104条1項）、その届出は、できる限り、訴状等に記載してしなければならない（民訴規則41条2項）。

なお、訴状等には、原告又はその代理人の郵便番号及び電話番号（ファクシミリの番号を含む。）も記載しなければならない（民訴規則53条4項）。

(2) 附属書類

訴状に添付する附属書類として次のものがある。

ア 訴状副本

イ 資格証明書・・・原告が未成年者の場合の戸籍謄本（親権等の法定代理権を証する。）、原告が法人の場合の会社登記簿抄本、法人登記簿抄本（代表者の代表権を証する。）等

ウ 訴訟代理人が選任されている場合の訴訟委任状

エ 書証の写しで重要なもの（民訴規則55条2項）

オ 不動産に関する事件の場合は登記簿謄本（民訴規則55条1項）

カ 訴訟の目的たる物が不動産であるときの固定資産評価証明書（訴えの提起の手数料の額を定める標準となる「訴訟の目的の価額」（民訴費用法3条1項、別表第1、4条1項、民訴法8条1項、9条。いわゆる訴額）の算定資料となる。）

書式[1] 訴状（都市計画法による市街化調整区域変更処分取消請求事件）

訴 状 平成〇〇年〇月〇日 〇〇地方裁判所 民事部 御中 原告ら訴訟代理人弁護士	○ ○ ○ ○ 印 ○ ○ ○ ○ 印
--	--

原 告 別紙原告目録記載のとおり

〒○○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号

○○○法律事務所 (送達場所)

(電 話 ○○○-○○○-○○○○)

(FAX ○○○-○○○-○○○○)

原告ら訴訟代理人弁護士 ○ ○ ○ ○ ○

○ ○ ○ ○ ○

〒○○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号

被 告 ○ ○ ○ ○ ○ 県

上記代表者知事 ○ ○ ○ ○ ○

処分行政庁 ○ ○ ○ ○ ○ 県知事

○ ○ ○ ○ ○

都市計画法による市街化調整区域変更処分取消請求事件

訴訟物の価額 ○○○○○円

貼用印紙額 ○○○○○円

第1 請求の趣旨

- 1 ○○県知事が平成17年4月5日付け○○県告示第○○号をもって告示した○○都市計画市街化区域及び市街化調整区域の変更(以下「本件都市計画変更決定」という。)のうち○○県○○市○○町○○町全域に関する部分を取り消す

- 2 訴訟費用は被告の負担とする

との判決を求める。

第2 請求の原因

- 1 原告らは、いずれも○○県○○市○○町の住民である。
- 2 ○○県知事は、平成17年4月5日付け○○県告示第○○号をもって本件都市計画変更決定(甲第1号証)を告示したが、同決定のうち○

○町全域に関する部分は、以下のとおり違法である。

- (1) 原告らは、○○県知事が本件都市計画変更決定をなすに当たり、○○県知事に対して都市計画法17条2項に基づく意見書(甲第2号証)を提出した。意見書の内容は、○○町全域を都市計画区域から除外することを求めるものであったが、これを受理した○○県知事は、その要旨を独自に抜粋し、意見書とは異なる内容の意見書の要旨(甲第3号証)を作成し、都市計画法18条に基づいて○○県都市計画地方審議会に提出した。そして、意見書の要旨を受理した同審議会は、正当な審議をせず、○○県知事の都市計画変更案を認める議決(甲第4号証)をした。このように、本件都市計画変更決定のうち○○町全域に関する部分は、原告らが○○県知事に提出した意見書の趣旨を無視して決定されたものであるから、その手続に違法がある。

- (2) ○○県知事が本件都市計画変更決定に先立って縦覧に供した計画図面(甲第5号証)には、都市計画除外区域である○○町の一部を誤って都市計画区域と表示した部分があるから、本件都市計画変更決定の手続には違法がある。

よって、○○県知事のなした本件都市計画変更決定のうち○○町全域に関する部分の取消しを求める。

証 拠 方 法

- 1 甲第1号証 ○○都市計画市街化区域及び市街化調整区域の変更決定
- 2 甲第2号証 意見書

<以下省略>

附 属 書 類

- 1 訴状副本 1通
- 2 甲第1号証ないし第5号証の写し 各1通
- 3 訴訟委任状 2通

別紙

原告 目 録

1 〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

原告 〇 〇 〇 〇

2 <以下省略>

書式〔2〕 訴状（遺族補償給付不支給処分取消請求事件）

訴 状

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

原告 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号（送達場所）

（電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

（FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

原告訴訟代理人弁護士 〇 〇 〇 〇 印

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

被 告 国

上記代表者法務大臣 〇 〇 〇 〇 印

処 分 行 政 庁 〇〇〇労働基準監督署長

〇 〇 〇 〇

遺族補償給付不支給処分取消請求事件

訴訟物の価額 160万円

貼用印紙額 1万3000円

第1 請求の趣旨

- 〇〇〇労働基準監督署長が原告に対して平成16年6月29日付けでした労働者災害補償保険法に基づく遺族補償給付を支給しない旨の処分を取り消す
- 訴訟費用は被告の負担とする
との判決を求める。

第2 請求の原因

1 事案の概要

- (1) 原告の夫である〇〇〇〇（以下「被災者」という。）は、〇〇株式会社に勤務する労働者であったところ、平成16年1月19日、急性心筋梗塞により死亡した。

被災者は、死亡直前の平成16年1月10日から7泊8日の海外出張をするなど過酷な労働を続けていたものであり、被災者の死亡は、その心身ともに極めて過重な業務を遂行した結果に惹起されたものであり、業務に起因するものである。

- (2) 被災時の状況<略>

2 被災者の業務内容<略>

3 被災者の業務の加重性

- (1) 日常業務の加重性

会社の所定内労働時間は、午前9時30分から午後6時（実働7時間30分）であったが、被災者は恒常的に多忙を極めており、帰宅時間は、ほぼ連日午後11時前後であった。さらに、被災者は出張が多く、出社日には、たまった事務処理等に追われ、休日出勤を行うことを余儀なくされた。

また、取引先との打合せのための出張は、年間約90日にも及び、国内は問わず、海外へのお出張も行っていった。

被災者の業務は、新製品の開発、商品化であり、取引先からの商品発注を受けて初めて実績に結びつくところ、取引先から様々な注文が出され、その対応に苦悩するなど、精神的ストレスを常に伴うものであった。

被災者の発症前6ヶ月の業務内容、労働時間数等は、以下のとおりである。

<略>

(2) 被災者の症状等<略>

4 本件処分の存在と審査請求

被災者の妻である原告は、被災者の死亡が業務上の事由によるものであるとして〇〇〇労働基準監督署長に対し、遺族補償給付の請求を行ったところ、同労働基準監督署長は、平成16年6月29日、被災者の死亡は業務上の事由によるものとは認められないとして、不支給の処分（本件処分）をした。

原告は、本件処分の取消しを求めて、〇〇県労働者災害補償保険審査官に対し、平成16年7月9日付けで審査請求をしたが平成17年1月25日付けで請求を棄却する旨の決定を受けた。そこで原告は、労働保険審査会に対し、平成17年4月12日付けで本件処分につき再審査請求をしたが、同日から3ヶ月以上経過した現在に至るも審査官による決定がされていない。

第3 結語

被災者の死亡は、前述のとおり業務上の事由によるものであり、〇〇労働基準監督署長の行った本件処分は違法である。

よって、原告は、行政事件訴訟法第8条2項1号に基づき、〇〇労働基準監督署長のなした本件処分の取消しを求め、本訴訟を提起す

る次第である。

証 拠 方 法

<省略>

附 属 書 類

1 訴状副本	1 通
2 甲号証の写し<省略>	各1 通
3 訴訟委任状	1 通

書式[3] 訴状（行政文書不開示決定処分取消請求事件）

訴 状

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

原 告 〇〇市民オンブズマン

上記代表者代表〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号（送達場所）

（電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

（FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

原告訴訟代理人弁護士 〇 〇 〇 〇 ㊞

〒100-8977 東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

被 告 国

上記代表者法務大臣 〇 〇 〇 〇

処 分 行 政 庁 〇 〇 〇 〇 局 長

行政文書不開示決定処分取消請求事件

訴訟物の価額 160万円

貼用印紙額 1万3000円

第1 請求の趣旨

- 1 ○○○○局長が、原告に対し、平成17年4月5日付けで行った、「○○○○○に関する文書」の不開示決定処分を取り消す。
 - 2 訴訟費用は被告の負担とする。
- との判決を求める。

第2 請求の原因

1 事実経過

- (1) 原告は、平成11年に行政監視等を目的として設立された市民団体であり、権利能力なき社団である。
- (2) 原告は、平成17年3月1日、○○○○局長に対し、「○○○○○に関する文書」についての開示請求（甲第1号証）をした。○○○○局長は、決定期間を延長した上、同年4月5日付けで、「○○○○○に関する文書」は、国の機関が行う事務又は事業に関する情報であって、これを公にすることにより、当該事務の性質上、当該事務又は事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるとして、不開示決定（以下「本件処分」という。甲第2号証）をし、原告に通知してきた。原告は同年4月11日に右通知書を受領し、本件処分を知った。

2 本件処分の違法性

本件処分は、「○○○○○に関する文書」の公開が、国の事務事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれがあるとし、情報公開法（以下「法」という。）5条6号に該当する、という点を理由としている。

しかしながら、法5条6号に該当する、というためには、当該事務又は事業の本質的な性格、具体的には、当該事務又は事業の目的、その目的達成のための手法等に照らし、公益的な開示の必要性等の種々の利益を衡量した上での「適正な遂行」といえるものであることが求められており、「おそれ」の程度も単なる確率的な可能性ではなく、法的保護に値する蓋然性が要求されているものであるところ、本件処分は、公にすることによって事務事業の適正な遂行に支障を及ぼすおそれが生ずる理由について具体的説明を付さないし、本件文書にある情報自体が、「秘密に属する事項」とはいえないことから、これを公にしても、国の機関の事務事業の執行に支障を及ぼすことはあり得ない。

- 3 よって、請求の趣旨記載のとりの判決を求める。

証拠方法

- 1 甲第1号証 開示請求書
- 2 甲第2号証 行政文書不開示決定通知書

附属書類

- | | |
|----------------|-----|
| 1 訴状副本 | 1通 |
| 2 甲第1号証、2号証の写し | 各1通 |
| 3 訴訟委任状 | 1通 |

3 貼用印紙額の確認

(1) 訴状の貼用印紙

訴えを提起するには、訴訟の目的の価額（実務上、訴額と称することがある。）に応じて算定される額の手数料を納めなければならない（民訴費用法3条1項）。その手数料は、訴状に収入印紙をはって納めるものとさ

れている（同法8条）。

訴訟の目的の価額とは、訴訟物の価格ともいわれるもので、民訴法8条1項及び9条の規定により算定される（民訴費用法4条1項）。民訴法8条によれば、訴訟の目的の価額は、訴えで主張する利益によって算定し（同条1項）、これを算定することができないとき、又は極めて困難であるときは140万円を超えるものとみなされる（同条2項）。これを受けて、民訴費用法は、さらに、非財産権上の請求に係る訴え及び財産権上の請求に係る訴えで価額を算定することが極めて困難なものについては、訴訟の目的の価額は、160万円とみなすものとしている（同法4条2項）。訴えで主張する利益とは、原告の主張が認容されたときに原告が直接に享受する経済的利益を金銭で評価した額をいうと解されている。

行政事件訴訟についても以上の例による。訴訟物が処分等の違法性であるからといって、直ちに非財産権上の請求であるということになるわけではない（最高裁昭和35年4月5日第三小法廷判決・民集14巻5号738ページ、訟務月報6巻5号909ページ、判例時報219号23ページ）。原告が当該訴訟によって享受しようとする利益が経済的なものであれば財産権上の請求であり、そうでなければ非財産権上の請求と解されている。

多数の原告が提起した一個の処分の取消しの訴えの訴額は、各原告が主張する利益が原告各人につき個別のものであって、全員に共通するものでなければ、合算して算定すべきである（最高裁平成12年10月13日第二小法廷決定・訟務月報47巻10号3088ページ、判例時報1731号3ページ）。

(2) 貼用印紙額の確認

上記(1)に述べたところに従って、訴状の貼用印紙額が正当かどうかを確認し、不足があるときは、裁判所に上申書を提出して注意を喚起することが多い。これによって、裁判長から補正命令がされることを期待するわけであるが、このような措置が執られないまま審理が進んだ場合には、訴え提起の手数料の納付は、訴訟要件の一種であり、これを欠く訴えは不適法であるから、この点を主張して、訴えの却下を求めることもできる性質のも

のである。

(3) 訴訟上の救助

ア 訴訟上の救助の要件等

民訴法は、訴訟費用の支出ができない者のための救済手段として、裁判費用の支払を猶予することを主な内容とする訴訟救助の制度を設けている（民訴法82条）。

救助を受けようとする者は、訴訟の係属している裁判所（訴訟の係属前には管轄の裁判所）に訴訟上の救助を申し立てる。申立ては、通常、書面でされる。申立てが理由ありとされるためには、①訴訟の準備及び追行に必要な費用を支払う資力がない者又はその支払により生活に著しい支障を生ずる者であること、②本案の事件について勝訴の見込みがないとはいえないこと、の二つの要件を具備することが必要であり（民訴法82条1項）、申立人はこれを疎明しなければならない（民訴規則30条）。

救助の申立てがされると、通常は書面審理がされ、申立てに対する裁判は、決定で行われる（民訴法82条1項）。

救助決定を受けた当事者は、裁判費用の支払を猶予される（民訴法83条1項1号）ので、原告の場合には、訴状に訴え提起の手数料の印紙をはる必要がなくなり、送達や証拠調べに必要な費用も予納しなくてよいことになる。もっとも、救助決定は、費用を限って行うこともできると解されており、実務では、訴え提起の手数料に限って救助決定をする例も多い。

いったん救助決定を受けた当事者も、訴訟費用の負担を命じる判決が確定すれば、猶予された費用を支払わなければならない。

イ 訴訟上の救助の申立てに対する対応

裁判所から国に対して意見を求めるなどの方法により、国が本案に付属して訴訟上の救助の申立てがあることを知った場合には、訴状送達前であっても、指定書を作成した上、事件記録中の申立書及び疎明資料を閲覧するなどして、救助の要件を具備しているかどうかを検討し、要件

の存否につき裁判所に意見書を提出することを考慮することになる。

特に、無資力の要件については、相手方の疎明資料を点検し、必要があれば資力があることの疎明資料を添えて意見書を提出する。

救助決定がされた場合に、不相当な決定であると思料するときは、即時抗告（民訴法86条。第18・4、401ページ以下参照）による対応を検討しなければならない。

4 管轄の確認

(1) 事物管轄

行政事件訴訟においては、訴額にかかわらず、原則として地方裁判所（本庁）が第一審の管轄裁判所である（第1・1、1ページ参照）。

例外として、高等裁判所を第一審裁判所とするものがある（後記(3)）。

(2) 土地管轄

以下に述べる管轄を土地管轄というが、これらの土地管轄は、いずれも専属管轄ではないので、合意管轄（民訴法11条）、応訴管轄（民訴法12条）が成立し得る。したがって、移送を申し立てないで応訴すると応訴管轄が生じるので、注意を要する。

ア 原則的管轄裁判所

取消訴訟は、処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属する場合には、当該行政庁が所属する国又は地方公共団体を被告として提起するとされていることから（行訴法11条1項）、被告となる国又は公共団体の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所（国については、東京地方裁判所）に提起できるとされているが、処分又は裁決をした行政庁の所在地を管轄する裁判所も、管轄を有するとされている（同法12条1項）。

また、土地の収用、鉱業権の設定その他不動産又は特定の場所に係る処分又は裁決についての抗告訴訟は、その不動産又は場所の所在地の裁判所にも、提起することができる（行訴法12条2項、38条1項）。例え

ば、土地収用法の事業認定や収用裁決の取消訴訟は対象となった土地の所在地の裁判所に、航空法の飛行場設置許可処分の取消訴訟は飛行場が設置される土地の所在地の裁判所に、道路運送法の自動車運送事業免許の申請を却下する処分の取消訴訟（「特定の場所に係る処分」とは、このように特定の地域を対象とする事業免許をも含むと解されてきている。）は当該事業の対象となった場所の所在地の裁判所に、それぞれ提起することができる。

さらに、抗告訴訟は、当該処分又は裁決に関し事案の処理に当たった下級行政機関の所在地の裁判所にも、提起することができる（行訴法12条3項、38条1項）。「事案の処理に当たった下級行政機関」とは、当該処分に関し事案の処理そのものに実質的に関与した下級行政機関をいうものと解するのが相当であり、その認定については、当該処分等の内容・性質に照らして、当該下級行政機関の関与の具体的態様・程度、当該処分等に対する影響の度合い等を総合考慮して決すべきである。具体的には、当該下級行政機関において自ら積極的に事案の調査を行い当該処分の成立に必要な資料を収集した上意見を付けてこれを処分庁に送付をしたような場合はもとより、このような意見具申をしないときであっても、処分要件該当性が一義的に明確であるような場合などは、当該下級行政機関の関与の具体的態様、程度等によっては当該下級行政機関は当該処分に関し事案の処理そのものに実質的に関与したと評価することができる（以上につき、最高裁平成13年2月27日決定、民集55巻1号149ページ、判時1744号64ページ）。

イ 特定管轄裁判所

国又は独立行政法人若しくは改正行訴法別表に掲げる法人を被告とする取消訴訟は、原告の普通裁判籍（民訴法4条参照）の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所（以下「特定管轄裁判所」という。）にも提起することができることとされている（行訴法12条4項）。

原告の所在地に対応する特定管轄裁判所は、札幌、仙台、東京、名古屋、大阪、広島、高松及び福岡の各地方裁判所となる。

(3) 専属管轄

前述した事物管轄、土地管轄にかかわらず、個別の法律において行訴法1条の「特別の定め」として専属管轄の規定を置いている場合は、一般法である行訴法の管轄の規定は適用されない。

専属管轄の定めがある訴訟で、高等裁判所が第一審裁判所となるものの例として次のアの事件があり、東京高等裁判所が第一審裁判所となるものとして次のイないしエの事件がある。

ア 地方公共団体の議会の議員及び長、衆議院議員及び参議院議員等の選挙の効力又は当選の効力に関する訴訟（公職選挙法203条1項、204条、207条1項、208条1項、217条）

イ 公正取引委員会の審決に係る訴訟、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律25条の規定による損害賠償に係る訴訟（同法85条）

ウ 特許、実用新案登録、意匠登録、商標登録等の審決に対する訴え、審判請求書の却下決定に対する訴え等（特許法178条1項、実用新案法47条1項、意匠法59条1項、商標法63条1項）

エ 高等海難審判庁の裁決に対する訴訟（海難審判法53条1項）

(4) 管轄違いの場合の対応

管轄を有しない裁判所に訴訟が提起されることも考えられるので、訴状の送達を受けた場合には、受訴裁判所が当該訴訟の管轄を有するかを判断し、訴えが提起された裁判所に管轄権がない場合には、裁判所に対し、管轄違いに基づく移送（民訴法16条1項）の申立てをする。

(5) 特定管轄裁判所からの移送

特定管轄裁判所に取消訴訟が提起された場合、他の裁判所に事実上及び法律上同一の原因に基づいてされた処分又は裁決に係る抗告訴訟が係属している場合には、当該特定管轄裁判所は、判断の統一を期するため、当事者の住所又は所在地、尋問を受けるべき証人の住所、争点又は証拠の共通

性その他の事情を考慮して、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、訴訟の全部又は一部を当該他の裁判所又は行訴法12条1項から3項までに定める裁判所に移送することができる（行訴法12条5項）。

本項による移送は、現に他の訴訟が係属している裁判所であれば、移送される訴訟について管轄を有しない裁判所に訴訟を移送することが可能である。

また、行訴法12条1項から3項までの規定によって管轄を有する裁判所であれば、他の訴訟が現に係属していない裁判所にも訴訟を移送することができることとしているのは、他の訴訟が係属している裁判所からも同じ裁判所に訴訟を移送して、併合審理することを想定している（小林・行訴法248ページ）。

移送の決定及び移送の申立てを却下した決定に対しては、即時抗告をすることができるので（民訴法21条）、これらの決定があった場合には、速やかに即時抗告の要否を判断する必要がある。

書式〔4〕 移送の申立て

平成17年（行ウ）第6号 ○○○○棄却判定取消請求事件
原告○○○○○
被告 国

移 送 申 立 書

平成17年6月1日

○○地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

〒〇〇〇-〇〇〇〇 △△市〇〇町〇丁目〇番〇号
 〇〇法務局訟務部（送達場所）
 （電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）
 （FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）
 部 付 〇 〇 〇 〇
 訟 務 官 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 東京都千代田区霞が関〇丁目〇番〇号
 〇〇〇〇省〇〇局〇〇部
 〇 〇 部 長 〇 〇 〇 〇
 〇〇課参事官 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号
 〇〇〇〇省〇〇地方〇〇局〇〇課
 課 長 〇 〇 〇 〇

第1 申立ての趣旨

本件訴訟を△△地方裁判所に移送する。

第2 申立ての原因

- 1 本件訴訟は、原告が原告からの〇〇審査の申立て（以下「本件申立て」という。）を棄却した〇〇大臣の判定（以下「本件判定」という。）は誤りであるなどとして、同判定の取消しを求めている行政処分取消訴訟であるが、本件訴訟の管轄は、〇〇地方裁判所（御庁）ではなく、△△地方裁判所及び東京地方裁判所にある。
- 2 行政処分取消訴訟の管轄について定めた行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）12条は、1項において、「行政庁を被告とする取消訴訟は、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所又は処分若しくは裁決をしたその行政庁の所在地を管轄する裁判所の管轄に属する。」と、3項において、「取消訴訟は、当該処分又は裁決に関し事案の処理に当たった下級行政機関の所在地の裁判所にも、提起することがで

きる。」と、さらに4項において「国又は独立行政法人通則法（平成十一年法律第百三十三号）第二条第一項に規定する独立行政法人若しくは別表に掲げる法人を被告とする取消訴訟は、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所（次項において「特定管轄裁判所」という。）にも、提起することができる。」と規定している。

しかるに、被告の普通裁判籍の所在地及び本件判定をした〇〇大臣の所在地を管轄する裁判所は、東京地方裁判所であり、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所は、△△地方裁判所である。

また、本件申立ては、申立書が被告あてに郵送されて受理された後、被告が設置した〇〇〇〇審査委員会（東京都所在）の審理に付され、同委員会の意見を付した調書に基づいて被告が判定したものであり、〇〇地方〇〇局は、本件判定の成立には何ら関与していないのであるから、同局が行訴法12条3項にいう「当該処分又は裁決に関し事案の処理に当たった下級行政機関」に該当するとは到底認められず、同条項によっても、本件訴訟は〇〇地方裁判所（御庁）の管轄に属するものではない。

- 3 以上のとおり、本件訴訟は、御庁の管轄には属しないものであるから、行訴法7条及び民事訴訟法16条1項に基づき、△△地方裁判所への移送を求めるものである。

附 属 書 類

指定書

2 通

5 関連請求に係る訴訟の移送

(1) 意義

行政庁のした処分に不服がある場合、その処分を対象とした取消訴訟を

提起するほか、その処分に関連して国又は地方公共団体、その他の第三者を被告として原状回復請求や損害賠償請求等の民事訴訟を提起することがある。また、同一の処分又は裁決を対象として、複数の原告から別々に複数の取消訴訟が提起されることもある。これらの訴訟が別々に提起された場合、競合的管轄裁判所の選択による土地管轄の相違、合意管轄や応訴管轄の成否の相違から、相互に関連する訴訟が異なった裁判所に係属するといった事態が生じ得る。このような場合に、裁判所が各別に審理をすることは、同一の紛争について審理を重複させ、判断の矛盾抵触を起こすおそれがあり、また、当事者にとっても訴訟追行上負担となる。

そこで、行訴法は、取消訴訟に一定の関連がある訴訟（関連請求に係る訴訟）を、当該取消訴訟の係属する裁判所に移送することができることとしている（同法13条）。なお、この規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用され（同法38条1項）、当事者訴訟とその目的たる請求と関連請求の関係にある請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における移送、民衆訴訟又は機関訴訟と関連請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における移送に準用されている（同法41条2項、43条）。

(2) 関連請求の内容

行訴法13条は、取消訴訟の「関連請求」として次のものを規定している。なお、「関連請求」は、請求の客観的併合（行訴法16条）、共同訴訟（同法17条）、第三者による請求の追加的併合（同法18条）、原告による請求の追加的併合（同法19条）でも要件とされている（第14・7、289ページ参照）。

なお、以下において改正前の行訴法下における裁判例を紹介しているが、被告は処分行政庁として提訴、判決されたものであるため、適宜、改正行訴法による読替えを必要とする。

ア 当該処分又は裁決に関連する原状回復又は損害賠償の請求（1号）

処分又は裁決の結果として国又は公共団体その他第三者が取得した不動産その他の財産権についての抹消登記請求や返還（明渡）請求等、処分又は裁決の取消し、変更を先決問題とする国又は公共団体その他第三

者を被告とする不動産等についての抹消登記請求や明渡請求等、被処分者の被った損害に関する損害賠償請求等がこれに当たる。例えば、農地賃貸借解約申入不許可処分取消請求と賃借人に対する土地明渡請求とは、後者の請求が右処分の取消しを先決問題とするものとして関連請求に当たるとされている（東京高裁昭和37年1月25日判決・行裁例集13巻1号7ページ）。

イ 当該処分とともに一個の手続を構成する他の処分の取消しの請求（2号）

一定の行政目的を実現するため、数個の処分によって構成される手続が踏まれることがあるが、この場合、その一連の手続を構成する各処分についての取消請求は互いに関連請求に当たる。例えば、土地収用手続における事業認定取消請求と収用裁決取消請求（東京高裁昭和48年7月13日判決・行裁例集24巻6・7号533ページ、訟務月報19巻13号71ページ、判例時報710号23ページ）と、知事を被告とする都税滞納処分としての公売処分の取消請求と税務事務所長を被告とする差押処分の取消請求（東京地裁昭和39年9月30日・行裁例集15巻9号1732ページ）とは、互いに関連請求に当たるとされた。

ウ 当該処分に係る裁決の取消しの請求（3号）

エ 当該裁決に係る処分の取消しの請求（4号）

処分取消請求と当該処分についての行政不服審査手続における裁決の取消請求とは互いに関連請求に当たる。

行訴法10条2項が原処分主義（第14・5(1)イ、272ページ参照）を採用しているため、裁決の取消訴訟で原処分の違法を理由として主張することはできないが、処分又は裁決の一方の取消請求は他方に影響を与えることが考えられるからである。

オ 当該処分又は裁決の取消しを求める他の請求（5号）

一個の処分又は裁決によって数人の者がその権利利益を侵害された場合、数人の者が別々に提起した処分又は裁決の取消請求は互いに関連請

求に当たる。

各人の取消請求を個別に審理することは、各人の主張する違法事由には共通するものがある場合が多いので訴訟経済に反するのみならず、請求を認容する判決は第三者効（行訴法32条。第17・3(1)イ、369ページ参照）、拘束力（同法33条。第17・3(3)、373ページ参照）を有するので、判断の矛盾は法律関係の混乱を生じるからである。

カ その他当該処分又は裁決の取消しの請求と関連する請求（6号）

処分又は裁決の取消しの請求と併合して審理することが相当であると認められる請求を関連請求として認めようとするものである。

関連請求の関係にあると認められた裁判例として、厚生大臣を被告とする皇居外苑使用不許可処分取消請求と国を被告とする皇居外苑使用権確認請求（東京地裁昭和29年4月27日判決・行裁例集5巻4号922ページ）、優生保護法に規定する指定医師の指定取消処分の取消請求と指定申請に対する却下処分の取消請求（仙台地裁昭和57年3月30日判決・行裁例集33巻3号692ページ、訟務月報28巻7号1422ページ、判例時報1039号36ページ）がある。関連請求の関係にないものとして、土地使用権者の知事を被告とする建物建築不許可処分の取消請求と当該土地の所有者の国を被告とする建物建築ができないことを理由とする損失補償請求（最高裁昭和59年3月29日第一小法廷判決・訟務月報30巻8号1455ページ、判例時報1122号110ページ）がある。

実務では比較的緩やかにこの関係を肯定する例もみられるようである。

無効確認訴訟の「関連請求」に関する裁判例についてみると、農地買収処分の無効確認請求と売渡処分の無効を理由とする被売渡者を被告とする所有権移転登記抹消登記請求（福岡地裁昭和29年5月12日判決・行裁例集5巻5号980ページ）とは、後者の請求が関連請求（1号）に当たるとされ、農地買収処分の無効確認請求及びその無効を前提とする所有権取得登記抹消登記請求と農地法80条の売払申請に対する不作為違法確認請求（名古屋地裁昭和41年11月22日判決・訟務月報13巻2号200ページ）とは、関連請求の関係にないといわれた。

（1）とは、関連請求の関係にないといわれた。

(3) 手続

取消訴訟と関連請求に係る訴訟とが異なる裁判所に係属するときは、関連請求に係る訴訟の係属する裁判所は、申立てにより又は職権で、その訴訟を取消訴訟の係属する裁判所に移送することができる。取消訴訟を関連請求に係る訴訟の係属する裁判所に移送することはできない（大阪高裁昭和48年7月17日決定・行裁例集24巻6・7号617ページ、訟務月報19巻13号99ページ参照）。なお、この移送は、関連請求に係る訴訟を取消訴訟の係属する裁判所で併合審理することを目的とするものであり、その例が多いが、移送先の裁判所の裁量に任されており、必ず併合されるとは限らない。

移送決定は、裁判所が「相当と認めるとき」にされ、関係人の便宜や審理促進の見地等が考慮される。

訴状の内容等から、当該請求が既に他の裁判所に係属している取消訴訟等と関連性を有すると判明したときは、移送の申立てをすべきかどうかを検討する。

6 指定代理人制度

(1) 訟務制度の意義

国の利害に関係のある争訟について、国の立場から裁判所に対して申立てや主張立証等の活動を行う事務を訟務事務といい、このような訟務事務を専門的に所掌する行政機関を特別に設けて、各省庁の所掌事務に関する訟務事務をそこに集中させ、国として統一的、一元的に処理する制度を訟務制度という。

現行の制度では、国の利害に関係のある争訟に関する事項は法務省の所掌事務とされている（法務省設置法3条、4条31号）。

ア 国を当事者又は参加人とする訴訟（調停事件及び非訟事件を含む。以下同じ）については、法務大臣が国を代表し（権限法1条）、法務大臣

は、所部の職員でその指定する者に右の訴訟を行わせることができる（同法2条1項、9条）。

なお、国を当事者又は参加人とする訴訟について法務大臣が、弁護士を訴訟代理人に選任することは妨げられない（同法3条）。

イ 行政庁は、所部の職員でその指定するものに、当該行政庁の処分又は裁決に係る同法11条1項（同法38条1項（同法43条2項において準用される場合を含む。）又は同法43条1項において準用する場合を含む。）の規定による国を被告とする訴訟又は行政庁を当事者若しくは参加人とする訴訟を行わせることができる（権限法5条1項）。そして、法務大臣は、その訴訟について当該行政庁を指揮する権限を有する（同法6条1項）とともに、法務大臣が直接に指揮、命令をすることができるその所部の職員を指定してその訴訟を行わせることができる（同条2項）。

なお、国を被告とする訴訟又は行政庁を当事者若しくは参加人とする訴訟について、法務大臣が弁護士を訴訟代理人に選任することを妨げられない（同法6条2項）。

ウ 地方公共団体を当事者とし又は地方公共団体の行政庁を当事者若しくは参加人とする第一号法定受託事務に関する訴訟については、法務大臣は、国の利害を考慮して必要があると認めるときは、地方公共団体に対して指示をすることができる（同法6条の2第3項）とともに、地方公共団体の長に協議して、法務大臣が直接に指揮、命令をすることができるその所部の職員を指定してその訴訟を行わせることができ、また、弁護士を訴訟代理人に選任することができる（同条第4項）。

エ 独立行政法人又はその行政庁を当事者又は参加人とする訴訟については、法務大臣は、国の利害を考慮して必要があると認めるときは、独立行政法人に対して指示できる（同法6条の3第3項）とともに、独立行政法人の長に協議して、法務大臣の所部の職員を指定してその訴訟を行わせることができ、また、弁護士を訴訟代理人に選任することができる（同条第4項）。

以上のとおり、現在我が国では、訟務事務を法務大臣の下で統一的、一元的に処理するという制度が採られている。

このような制度が採られた理由は、行政部門の内部に特別の専門機関を設けることによって、自律的に、法律による行政の原則を確保しようとするところにある。法務省には、訟務組織として、法務大臣を頂点に、本省訟務組織として大臣官房訟務部門、地方支分部局として全国8の法務局に訟務部、42の地方法務局に訟務部門が設置されている。なお、法務局及び地方法務局の支局も、訟務事務を取り扱うことがある。

(2) 法務省への調査回報若しくは報告及び訴訟依頼

ア 処分又は裁決をした行政庁への通知及び調査回報依頼

法務大臣が訴状を直受した場合は、事件を処理すべき法務局又は地方法務局（以下「法務局等」という。）に移送し（大臣官房訟務部門訟務処理準則（平成6年12月5日訟総第822号訟務局長通達）14条）、それと同時に、所管行政庁等に対して事件を受理した旨及びその事件の担当局を通知し、併せて調査回報を依頼することになる。この場合の「所管行政庁等」とは、通常、事件の処理を担当し、又は事件に係る事務を処理する行政庁等をいうが（上記準則2条3号）、例えば、税務署長の処分に係る事件については国税局が処理を担当するなど、処分又は裁決をした行政庁と異なることもある（法務局及び地方法務局訟務処理規程等の解説（第4版）25ページ参照）。しかしながら、その場合でも、当該行政庁の関知しないところで手続が進行するのは適当でないので、行訴法第11条第1項（同法において準用する場合を含む。）の規定による国を被告とする訴訟においては、必ず処分又は裁決をした行政庁に通報することとされている。

訴状の記載から処分又は裁決をした行政庁が明らかでない場合には、調査の上、所管行政庁と思われる行政庁に通知及び調査回報の依頼をすることになる。移送を受けた法務局等は、通常の場合、答弁書で行政庁を明らかにすべきであるので（行訴法11条5項）、答弁書を提出するま

でに行政庁を確定させる必要がある。また、審理が進み請求の趣旨が明らかにされた時点で必要と認められる場合は、さらに他の行政庁に通知及び調査回報の依頼をすることもあり得る（処理細則34条1項後段、3項）。

法務局等が訴状を直接受理した場合には、本省に受理報告をする一方（処理細則23条）、当該局から処分又は裁決をした行政庁への通報や所管行政庁に対する通知をするとともに、いずれかの行政庁に調査回報を依頼する必要がある（処理細則34条1項前段、3項）。

イ 被告を国とする抗告訴訟の訴状が法務省等に送達された場合について

改正前は、訴状が直接被告行政庁に送達されていたため、行政庁から法務大臣に対する訴訟係属の報告及び実施依頼がされてきたが、改正行訴法下においては、国が被告とされ、法務省に訴状が送達された場合には、行政庁の同報告等は必要ではない。

ウ 国が被告となるべきところ、被告を処分行政庁と表示した抗告訴訟の訴状が処分行政庁に送達された場合について

訴状が行政庁に送達された場合は、行政庁は、訴状が送達されたときに法務省に対し訴訟の係属（1(2)、25ページ参照）を通報すべきことになる。さらに、改正前の取扱いに準じて、法務省に対し、その実施を依頼することになる。

なお、法務省の訟務部局の職員が指定代理人（(3)ア、54ページ参照）とならない事件についても、行政庁は、法務大臣の指揮を受けることから訴訟の経過を法務省に報告しており、法務省において必要な範囲の指導、助言を行っている。

エ(ア) 地方公共団体を被告とする又は地方公共団体の行政庁を当事者とする第一号法定受託事務に関する訴訟が提起されたときは、当該地方公共団体は、法務大臣に対し、直ちに、その旨を報告しなければならない（権限法6条の2第1項）。

地方公共団体の行政庁が訴訟に参加しようとする場合において、当

該訴訟の争点が第一号法定受託事務の処理に関するものであるときは、当該地方公共団体は、法務大臣に対し、あらかじめ、訴訟に参加する旨を報告しなければならない（同法6条の2第2項）。

なお、地方公共団体を当事者とし又は地方公共団体の行政庁を当事者若しくは参加人とする訴訟に係る当該地方公共団体の事務については、法務大臣は当該地方公共団体に対し、助言、勧告、資料提出の要求をすることができるほか、国の利害を考慮して必要があると認める場合は指示をすることができる（同法6条の2第3項）。

イ) 独立行政法人又はその行政庁を当事者とする訴訟が提起されたときは、当該独立行政法人は、法務大臣に対し、直ちに、その旨を報告しなければならない（同法6条の3第1項）。

独立行政法人が訴訟を提起しようとするとき、又は独立行政法人若しくはその行政庁が訴訟に参加しようとするときは、当該独立行政法人は、法務大臣に対し、あらかじめ、その旨を報告しなければならない（同法6条の3第2項）。

なお、独立行政法人又はその行政庁を当事者又は参加人とする訴訟に係る当該独立行政法人の事務については、法務大臣は、国の利害を考慮して必要があると認めるときは、当該独立行政法人に対し、指示をすることができる（同法6条の3第3項）。

ウ) 地方公共団体、独立行政法人その他政令（国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律第7条第1項の公法人を定める政令）で定める公法人は、その事務に関する訴訟について、法務大臣にその所部の職員でその指定する者に当該訴訟を行わせることを求めることができ（同法7条1項）、この請求を受けた法務大臣は、国の利害を考慮して必要があると認めるときは、所部の職員を指定してその訴訟を行わせることができる（同条3項）。このため、法務省に対しては、地方公共団体、及び同政令で定める公法人からも、訴訟の実施の請求がある。

(3) 指定代理人制度

ア 指定代理人の地位

(ア)国を当事者又は参加人とする訴訟について法務大臣が訴訟の追行のため指定する法務省の訟務部局（権限法2条1項）又は所管行政庁（同条2項）の職員、(イ)当該行政庁の処分又は裁決に係る国を被告とする訴訟又は当該行政庁を当事者若しくは参加人とする訴訟について当該行政庁が訴訟の追行のため指定する当該行政庁の職員（同法5条1項）及びその上級行政庁の職員（同条2項）、さらに法務大臣が必要と認めるときに指定する法務省の訟務部局の職員（同法6条2項）、(ウ)地方公共団体の行政庁を当事者又は参加人とする第1号法定受託事務に関する訴訟について、法務大臣が国の利害を考慮して必要があると認めるときに地方公共団体の長に協議して訴訟の追行のため指定する法務省の訟務部局の職員（同法6条の2第4項）、さらに当該法定受託事務に係る各大臣を含めて協議して法務大臣がその訴訟を行わせるために指定する当該各大臣の所部の職員（同条第5項）、(エ)独立行政法人又はその行政庁を当事者又は参加人とする訴訟について法務大臣が国の利害を考慮して必要があると認めるときに独立行政法人の長に協議して訴訟の追行のため指定する法務省の訟務部局の職員（同法6条の3第4項）、さらに当該独立行政法人を所管する大臣の意見を聴いた上で法務大臣がその訴訟を行わせるために指定する当該大臣の所部の職員（同条第5項）、(オ)地方公共団体その他政令で定める公法人の事務に関する訴訟について法務大臣が訴訟の追行のため指定する法務省の訟務部局の職員（同法7条3項）を、「指定代理人」と呼んでいる。

指定代理人は、訴訟代理人であるから、指定代理人がその権限内でした行為は当事者本人が行ったと同じ効果を生じ、その効力は当事者（取消訴訟でいえば、国（行政庁））に及ぶこととなる。また、数人の指定代理人が指定されている場合には、各自が本人を代表する権限を有する（民訴法56条1項）。

イ 指定代理人の権限

指定代理人は、当該訴訟について、代理人の選任以外の一切の裁判上の行為をする権限を有する（権限法8条本文）。地方公共団体の事務に関する訴訟について法務大臣が指定した者に関しては、民訴法55条2項（5号を除く。）の規定が準用されており、権限には一定の制限がある（権限法8条ただし書）。

ウ 代理権の証明及び代理権の消滅

訴訟代理人の権限は、書面で証明しなければならない（民訴規則23条1項）。指定代理人の場合は、指定権者が作成する「指定書」をもってその権限を証明する。したがって、指定代理人がその代理権に基づいて訴訟行為をしようとする場合には、事前に指定書を裁判所に提出しておかなければならない。

指定代理人は、代理人の選任以外の一切の裁判上の行為をする権限を有しており、この中には控訴、上告も含まれるので、指定代理人の権限は本来審級制限を受けない。しかし、実務上は、審級ごとに指定書を提出している。

指定権者は、いつでも指定代理人の指定を解いて代理権を消滅させることができる（権限法6条2項後段参照）。代理権の消滅事由のうち、代理人の死亡、資格喪失の場合は代理権の消滅と同時に効力を生ずるが、それ以外の消滅事由の場合は、相手方に通知しない限り、その代理権は消滅しない（民訴法59条、36条1項）。実務上は、指定代理人の代理権が転動等により消滅したときは、原則として「代理権消滅通知書」を裁判所に提出するとともに相手方に直送するが、代理権消滅の有無及び時期が問題になる可能性のある事件については、例外的に「代理権消滅通知書」を裁判所に提出し、裁判所から通知書が相手方に送られるようにすべきである。

第4 答弁書の提出

1 答弁書の意義

答弁書は、被告が口頭弁論のために裁判所に提出し、被告の主張の準備をする最初の準備書面である。

訴状の送達を受けた場合、被告は、訴状に記載された原告の請求について、被告として対応する必要がある。答弁書は、これに記載した事項について相手方が準備をするのに必要な期間において、裁判所に提出しなければならない（民訴規則79条1項）。通常、訴状の副本と共に送達される答弁書催告状には、答弁書の提出期限（民訴法162条）が記載されているので、答弁書を作成し、指定された日までに提出する。

答弁書も、性質上準備書面の一つに違いないが、この書面の標題を「第1準備書面」とするのではなく、特に「答弁書」としているのは、この書面に原告の請求の趣旨に対する被告の応答、すなわち、答弁が記載されているからである。充実した内容の答弁書が提出されると、裁判所は、原・被告間の紛争の実態や基本的な争点を把握し得ることになる。

答弁書を提出せず、口頭弁論の期日に出頭しないと、被告が、原告が訴状に記載して主張した事実（請求原因事実）を争うことを明らかにしないものとしてこれを自白したものとみなされ（同法159条3項本文、1項本文）、原告の請求を認容する判決が下されることもあるので、注意しなければならない。

2 行政事件訴訟における答弁書

行政事件訴訟の答弁書であるからといって、通常の民事訴訟と特段に異なる点はない。

答弁書を作成するに当たっては、まず、訴状に記載してある原告の請求の

趣旨及び請求の原因を正確に理解し、これに対する事実関係の確認、実体法、訴訟法上の法律問題の検討等を行う必要がある。

処分の取消訴訟においては、取消しの求められている処分を特定することにより、請求が特定されることになるから、特にその対象とされている処分を正確に把握することが重要である。当該処分を明確にし、根拠法条を確認することによって、初めて、それが取消訴訟の対象としての処分性を有するものか、その処分の取消しにつき原告が法律上の利益を有するものか等の訴訟要件の検討が可能となり、また、実体法上の処分要件の有無についても十分な認否、主張が可能となる。

訴状の記載からでは処分の特定をすることができない場合には、原告に釈明を求め、この点を明らかにさせた上で答弁をする必要がある。

特に原告に対してされた処分が複数存在するような場合に、被告が釈明を求めず、取消しを求める処分が十分に特定されないまま審理が進められると、結果的に審理を混乱させることがあるので、注意すべきである。

3 答弁書の記載事項及び附属書類

(1) 答弁書の記載事項

ア 形式的記載事項

答弁書は、準備書面の一種であるが、その独自の形式的記載事項としては、被告又はその代理人の郵便番号及び電話番号（ファクシミリの番号を含む。）を記載しなければならないとされている（民訴規則80条3項、53条4項）。また、裁判所に提出すべき書面の一般的な記載事項として、(イ)当事者の氏名又は名称及び住所並びに代理人の氏名及び住所、(ロ)事件の表示、(ハ)附属書類の表示、(ニ)年月日、(ヘ)裁判所の表示をし、被告又は代理人が記名押印しなければならない（同規則2条）。そして、被告送達場所等の届出（民訴法104条）は、できる限り答弁書に記載してしなければならない（民訴規則41条2項）。なお、答弁書、準備書面その他の裁判所に提出する書類は、それが複数枚であるときは、ページ数を付すなど適宜な方法で文書の連続性が容易に認識できる措置を講ず

べきである。

また、行政事件訴訟法では、被告は、遅滞なく、裁判所に対し、処分又は裁決をした行政庁を明らかにしなければならない(行訴法11条5項)。これを受け、被告としては、通常の場合、答弁書において、処分又は裁決をした行政庁を記載すべきであり、この記載により、当該行政庁を「遅滞なく」明らかにしたことになると考えられる。被告が行政庁を明らかにしない場合に、被告が何らかの不利益を受ける旨を定めた規定は置かれていないが、抗告訴訟のように行政庁の処分又は裁決をした行政庁を明らかにすることは、迅速に訴訟手続を進めるために欠かせないというべきである。

イ 実質的記載事項

(ア) 請求の趣旨に対する答弁

答弁書には、請求の趣旨に対する答弁として、訴え却下の申立て又は請求棄却の申立てを記載する。

原告が関連請求として金銭等の給付請求をもした上で、仮執行の宣言を申し立てている場合(原告が申立てをしていなくとも、必要がある場合には裁判所は職権により仮執行宣言をすることができる(民訴法259条1項)が、原告の申立てがないのに裁判所が職権で仮執行宣言をすることは、実務では少ない。)、答弁書の請求の趣旨に対する答弁においては、「なお、本件につき仮執行の宣言を付することは相当でないが、仮に原告の請求を認容し、仮執行の宣言を付される場合には、担保を条件とする仮執行の免脱宣言及びその執行開始時期を判決が被告国に送達された後14日経過した時とすることを求める。」などと記載して、仮執行の宣言を相当としない旨の主張をし、かつ、担保を条件とする仮執行免脱宣言(民訴法259条3項)の申立てをする。

以上は、「請求の趣旨に対する答弁」と題する項目において記載するのが例である。

(イ) 請求の原因に対する認否及び被告の主張

訴状の検討の項(前記第3、24ページ以下参照)で述べたとおり、答

弁書においては、訴状に記載された事実に対する認否及び抗弁事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない(民訴規則80条1項前段)。

ここにいう訴状に記載された事実の認否及び抗弁事実の意義については、次のとおりである。

一般に、民事訴訟においては、原告は、被告が請求を認諾しない限り、請求を理由づける事実を主張立証しなければならない。請求内容(訴訟物)たる権利の存否の判断は、当該権利の発生、その障害、消滅、行使の阻止という法律効果の判断の複合によって行われるから、原告が当該権利の存在を主張するには、その権利の成立、取得という法律効果を生じさせる実体法の法律要件(構成要件)に当たる具体的事実(要件事実、主要事実)を主張しなければならない。これに対して、被告は、上記事実の存在を否定することもできるし(この場合には、自白が成立しないので、当該事実立証されない限り判決の資料とはならないこととなる(民訴法179条。))、また、その上記事実を認めた上で、当該権利の発生を障害したり、当該権利を消滅させたり、当該権利の行使を阻止したりする法律効果を有する法律要件に当たる具体的事実(要件事実、主要事実)を主張することもできる。これらは、被告の防御方法としての事実の提出であるが、前者が否認であり、後者が抗弁である。すなわち、防御方法として、原告に主張立証責任がある事実を争うのが否認であり、被告に主張立証責任がある事実で、請求原因事実によって理由づけられる権利の発生を障害し、当該権利を消滅させ、又は当該権利の行使を阻止する別の事実を主張するのが抗弁である。原告は、抗弁に対し、その事実を否認することもできるし、抗弁事実によって理由づけられる法律効果の発生を妨げる別の事実を更に主張すること(再抗弁)もできる。訴訟物とされた権利の存否の判断が当該権利の発生、その障害、消滅、行使の阻止という法律効果の判断の複合によってされるとは、このよう

な意味である。以上の理は、行政事件訴訟においても当てはまる（行訴法7条）。

答弁書に記載すべき事実の認否及び抗弁事実の記載の意義は、このような理を基礎として理解される。すなわち、事実の認否とは、相手方の主張した事実に対し、自白、否認、不知のいずれかの態様の陳述をすることであり、一方当事者の主張事実について他方当事者がどれを争い、どれを認めるのかを明らかにし、立証すべき事項を見いだすために必要なものである。抗弁事実、上記のとおり訴訟物とされた権利の発生を障害し、消滅させ、又はその行使を阻止する事実である。これは、被告が主張立証責任を負う事実であるから、被告の最初の準備書面である答弁書に記載すべきものとされたのである。

なお、一般に、相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならない（民訴規則79条3項）。

以上のような民訴規則80条1項の規定は、争点を早期に確定するため、被告側の訴訟資料等が早期に提出されるようにするため設けられたもので、訴状に関する同規則53条の規定と対応するものである。もっとも、代理人のつく時期が期日の直前となり、第1回期日までの準備期間が短いという場合も考慮して、やむを得ない事由によりこれらを記載することができない場合には、答弁書の提出後速やかに、これらを記載した準備書面を提出しなければならないとされている（同規則80条1項後段）。

さらに、答弁書には、上記と同様の趣旨から、立証を要する事由につき、重要な書証の写しを添付しなければならないこと、やむを得ない事由により添付することができない場合には、答弁書の提出後速やかに、これを提出しなければならない（同条2項）。

(2) 附属書類

答弁書に添付する附属書類としては、前記の重要な書証の写しのほか、指定書を提出し、また、原告への答弁書送達費用として郵券を予納する。

書式[5] 書式[1]の訴状に対する答弁書（都市計画法による市街化調整区域変更処分の取消訴訟において、市街化区域及び市街化調整区域に関する都市計画の変更決定が行政処分に当たらないと主張した事例）

平成〇〇年（行ウ）第〇〇〇号

都市計画法による市街化調整区域変更処分取消請求事件

原告 〇〇〇〇ほか〇〇名

被告〇〇県（処分行政庁 〇〇県知事）

答 弁 書

平成〇〇年〇〇月〇〇日

〇〇地方裁判所民事部御中

被告指定代理人

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

〇〇法務局訟務部（送達場所）

（電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

（FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

部 付 〇 〇 〇 〇 ㊟

訟 務 官 〇 〇 〇 〇 ㊟

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号〇〇合同庁舎

〇〇地方法務局訟務部門

上席訟務官 〇 〇 〇 〇 ㊟

法務事務官 〇 〇 〇 〇 ㊟

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇1丁目〇番〇号

〇〇県〇〇部〇〇〇課

課 長 ○ ○ ○ ○ 印

第1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 本件訴えを却下する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。
との判決を求める。

第2 本案前の答弁の理由

- 1 ○○県知事は、○○都市計画市街化区域及び市街化調整区域の変更を決定し（以下「本件都市計画変更決定」という。）、平成17年4月5日付け○○県告示第○号をもって本件決定を告示した。
- 2 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条2項所定の処分の取消しの訴えの対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、行政庁の法令に基づく行為すべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又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（最高裁昭和30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217ページ、最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809ページ）ところ、都市計画法21条に基づきされた本件都市計画変更決定は、これによって、原告らに対し、法律上何らの影響を及ぼすものでないから、右にいう「処分」には当たらない。

すなわち、本件都市計画変更決定によって、市街化調整区域内においては、開発行為等をするには都道府県知事の許可を受けなければならない（都市計画法29条）など、その限度で一定の法律状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、このような効果は、あたかも新たに法令が制定された場合におけると同様、当該地域の不特定多数の者に対する一般的抽象的なものにすぎずこのような効果を生ずるということだけから直ちに同区域内の個人に対する具体的な権

利侵害を伴う処分があったものということとはできない。したがって、本件都市計画変更決定は、行訴法3条2項にいう「処分」には当たらないことは明らかである。

- 3 以上のとおり、本件訴えは不適法であるから、速やかに却下されるべきである。

附 属 書 類

指定書

3 通

書式〔6〕 書式〔2〕の訴状に対する答弁書（労働者災害補償保険法による遺族補償給付不支給処分の取消訴訟において、原告の亡夫の死亡に業務起因性は認められないと主張した事例）

平成○○年（行ウ）第○○○号遺族補償給付不支給処分取消請求事件
原告 ○○○○
被告国（処分行政庁 ○○○労働基準監督署長）

答 弁 書

平成○○年○○月○○日

○○地方裁判所民事部御中

指定代理人

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○○丁目○番○号

○○法務局訟務部（送達場所）

（電 話 ○○○-○○○-○○○○）

(FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

部 付 〇 〇 〇 〇

訟 務 官 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇〇〇番地

〇〇地方方法務局訟務部門

上席訟務官 〇 〇 〇 〇

訟 務 官 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

〇〇労働局労働基準部

労災補償課長 〇 〇 〇 〇

労災補償訟務官 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

〇〇〇労働基準監督署

課 長 〇 〇 〇 〇

第1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の請求を棄却する。
 - 2 訴訟費用は原告の負担とする。
- との判決を求める。

第2 請求の原因に対する認否

1 1について

(1) (1)について

原告の夫である〇〇〇〇（以下「甲」という。）は、〇〇株式会社に勤務していたこと、平成16年1月19日急性心筋梗塞（以下「本件疾病」という。）により死亡したことは認める。

甲が、平成16年1月10日から7泊8日で海外出張したことは認める。

その余については争う。

(2) (2)について<略>

2 2について<略>

3 3について

(1) (1)について

会社の所定労働時間は、午前9時30分から午後6時で、実働労働時間が7時間30分であったことは認め、その余は知らないし争う。

甲は出張が多く、出社日には、たまった事務処理等に追われ、休日出勤を余儀なくされたものだったとの点は否認する。

甲の取引先との打合せのための出張延べ日数が、平成9年度96日、平成10年度82日、平成11年度102日であったこと及び出張先には国内のほか海外にも行ったことは認めるが、出張回数は週2回ではなく、月平均4回である。

甲の業務が精神的ストレスを常に伴うものであったとする点は知らないし争う。

発症直前の勤務状況、労働時間数として訴状別紙一覧表に記載された内容については否認する。

(2) (2)について<略>

4 4について

認める。

5 5について

甲の死亡が業務上の事由によるものであり、本件処分が違法であるとする点は争う。

第3 被告の主張

1 本件処分に至る経緯について

原告の亡夫甲は、〇〇株式会社の営業部に勤務していた。

甲の死亡当日である平成16年1月19日（金曜日）の行動は、12時10分から13時45分までの間、〇〇ホテル内のレストランにおいて部下の

Aと出張の打合せを終えた後、Aは帰宅したが、甲のその後の行動は午後7時ころまで不明である。

午後7時30分ころ、友人とレストランにおいて食事中気分が悪くなり同ホテルにて休養していた。その後トイレで倒れているところをホテル従業員に発見され（乙第1号証）、救急車で〇〇病院に運ばれたが、同日午後10時54分死亡が確認されたものである（乙第2号証）。

原告は、甲の死亡は労働基準法施行規則別表第1の2（以下「別表」という。）第9号に該当する死亡であるとして、平成16年3月27日、〇〇〇労働基準監督署長に対して、遺族補償年金支給請求書、遺族特別支給金申請書を提出した（乙第3号証）。

〇〇労働基準監督署長は調査の結果、甲の直接の死亡原因である虚血性心不全は、別表に定める疾病とは認められないとして、平成16年6月29日、不支給決定（本件処分）をし、同決定通知書を発送した（乙第4号証）。

原告は、本件処分を不服として、平成16年7月9日付けで〇〇県労働者災害補償保険審査官に審査請求したが、請求を棄却する旨の決定を受けたため、労働保険審査会に対し再審査請求をした。現在、同審査会において審査中であるが、原告は本件処分の取消しを求めて本訴を提起したものである。

2 業務起因性について<略>

3 本件処分に至る事実関係について

- (1) 甲の職務内容について<略>
- (2) 甲の勤務状況について<略>
- (3) 発症直前の甲の勤務状況について<略>
- (4) 死亡当日の業務について<略>
- (5) 甲の健康状態及び基礎疾患等<略>
- (6) 勤務環境<略>

4 虚血性心不全における医学的知見

- (1) 虚血性心疾患の病因<略>
- (2) 動脈硬化症の危険因子<略>
- (3) 高血圧と動脈硬化<略>

5 本件における業務起因性の有無

(1) 業務起因性の判断

ア 相当因果関係

労災保険における補償の対象となるためには、前記2において述べたように、疾病と業務との間には相当因果関係のあることが必要である。そして、本件のような心筋梗塞の事案においては、前記4の記載の知見からも高血圧症等の基礎疾患、喫煙、肥満、運動不足、性格、年齢等の業務以外の要因も重要な発症・増悪の原因とされているので、これら業務以外の要因と同等かそれ以上に寄与するなど重要な比重を占めていると評価できない限り、業務と疾病との間の相当因果関係はないのである。

イ 業務加重性の評価<略>

- (2) 甲における危険因子の存在<略>
- (3) 甲の死亡原因<略>
- (4) 結論

以上のように、甲において、発症前過重な労働を強いられていたと判断できる状況は存せず、発症当日の業務についても過重な精神的・肉体的負荷が特段大きかったとも認められず、当日の気象状況等も特に異常ではなかったのである。

そうであれば、甲の有していた基礎疾患が自然経過において増悪し、たまたま出勤後の私的勤務中に発症したものというべきであって、業務との関連性はまったく認められないのである。

6 結語

以上述べたとおり、甲の虚血性心不全による死亡は、冠状動脈の粥状性硬化症及び心筋梗塞の促進因子としてその体質的素因を中心とし

第4 答弁書の提出

て加齢、喫煙習慣その他の要因が競合していたことが認められるところ、冠状動脈の粥状（アテローム）硬化が徐々に進行・増悪し、遂には心筋梗塞の発症をみるに至ったとしても、甲に対する労働負荷がその主たる原因となったとは認められないから、業務上によるものとはいえず、〇〇労働基準監督署長がした処分は適法であるから、本件訴えは棄却されるべきである。

<略>

証拠方法

- 1 乙1号証 事情聴取書
- 2 乙2号証 死体検案書
- 3 乙3号証 遺族補償年金支給請求書
- 4 乙4号証 遺族補償給付等不支給決定通知書
- 5 乙5号証 <以下省略>

附属書類

- 1 乙1号証ないし乙12号証の写し 各1通
- 2 指定書 3通

書式〔7〕 書式〔3〕の訴状に対する答弁書（行政文書不開示決定処分の取消訴訟において、開示請求文書には不開示情報が記録されているとして処分の適法性を主張した事例）

平成〇〇年（行ウ）第〇〇〇号行政文書不開示決定処分取消請求事件
原告 〇〇市民オンブズマン
被告 国（処分行政庁 〇〇〇〇局長）

3 答弁書の記載事項及び附属書類

答 弁 書

平成〇〇年〇〇月〇〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

〇〇法務局訟務部（送達場所）

（電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

（FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

部 付 〇 〇 〇 〇 ㊟

訟 務 官 〇 〇 〇 〇 ㊟

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇1丁目〇番〇号

〇〇〇〇局〇〇部

部 長 〇 〇 〇 〇 ㊟

〇〇〇〇局〇〇〇部〇〇〇課

課 長 〇 〇 〇 〇 ㊟

第1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の請求を棄却する。
 - 2 訴訟費用は原告の負担とする。
- との判決を求める。

第2 請求の原因に対する認否

- 1 1の(1)について
不知

2 1の(2)について

認める。ただし、原告が平成17年4月11日に不開示決定通知書を受領し、本件処分を知ったとの点は不知。

3 2の1段目について

認める。

4 2の2段目について

後段部分については争う。

第3 被告の主張

1 不開示決定に至る経緯について

(1) 原告の行政文書開示請求

ア 原告は、平成17年3月1日、〇〇〇〇局長に対し、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「情報公開法」という。）の規定に基づき、行政文書の開示を請求した。

イ 本件開示請求の経緯は、以下のとおりである。

<略>

(2) 開示請求対象文書の特定<略>

(3) 不開示決定<略>

2 本件処分の適法性について

以下のとおり、本件文書には、情報公開法5条6号柱書に掲げる情報（以下「事務事業情報」という。）が記録されているから、不開示とすべきである。

(1) 本件文書の概要<略>

(2) 本件事務事業の概要<略>

(3) 当該事務の適正な遂行に支障を及ぼすおそれ<略>

3 結語

以上によれば、本件文書には情報公開法5条6号柱書の事務事業情報が記録されているものであり、本件処分は適法なものであるから、本訴請求には理由はないことは明らかであって、速やかに棄却される

べきである。

附 属 書 類

指定書

2 通

4 本案前の答弁

本案前の答弁とは、訴えが訴訟要件を備えておらず、不適法であることを主張して、当該訴えを却下する判決を求めることをいう。

(1) 訴訟要件の意義

訴訟要件とは、原告がその請求について実質的な審判を受けるために必要な要件をいう。

訴訟要件が具備されていない訴えは、不適法な訴えとして却下判決がされることになる。却下判決は、訴訟判決の一つである。訴訟要件が具備されている場合には、裁判所は請求に理由があるかどうかに関する審理（実体審理、本案審理）を行い、請求認容又は請求棄却の判決がされる。これを実体判決又は本案判決という。したがって、訴訟要件は、裁判所が本案判決をするための要件ともいえる。

訴えが訴訟要件を具備していない場合には、当該訴えは不適法であり、これを看過して本案審理に入るべきではないから、被告は、答弁書において、本案前の答弁として、当該訴えが不適法であることを理由に、その訴えの却下を求める申立てをすることになる。

行政事件訴訟においては、原告の当事者能力及び訴訟能力（民訴法28条）や二重起訴の禁止（同法142条）等の民事訴訟一般と共通の訴訟要件のほか、行訴法の定めるところにも従って訴訟要件を具備しなければならない。同法は、行政事件訴訟、とりわけ抗告訴訟について、これに特有の訴訟要件を定めている。実際の事件でも、抗告訴訟においては、訴訟要件を具備しているかどうか争点となるものが少なくない。

以下、行政事件訴訟のうち抗告訴訟において必要とされる訴訟要件についてみる。

(2) 取消訴訟の訴訟要件

処分の取消訴訟の訴訟要件として問題となるものを挙げると、おおむね次のとおりである。

- ① 処分性・・・取消しを求める行為が取消しの訴えの対象として適格を有すること（行訴法3条2項）
- ② 原告適格・・・当該処分につき原告が訴えにより取消しを求める適格を有すること（同法9条1項）
- ③ 狭義の訴えの利益・・・原告の権利保護のために具体的な状況に照らして本案判決を求める具体的利益が存すること（同法9条1項括弧書き参照）
- ④ 被告適格・・・被告とされた者に被告としての適格があること（同法11条1項ないし4項）
- ⑤ 管轄・・・管轄のある裁判所に訴えが提起されていること（同法12条1項ないし3項）
- ⑥ 出訴期間・・・訴えを提起することのできる期間内に訴えが提起されていること（同法14条）
- ⑦ 不服申立前置・・・訴えを提起する前に不服申立手続を経ることが必要であるとされている場合には、所要の不服申立手続を経ていること（同法8条1項ただし書）

また、裁決の取消訴訟においても、取消しの求められている行為が行訴法3条3項にいう「裁決」に当たること（上記①に対応する。）、②から⑥までの訴訟要件を具備することが必要である。

以下、④、⑥及び⑦の訴訟要件について、述べることで、①の処分性については、後記第5、②の原告適格については後記第6、③の狭義の訴えの利益については後記第7、⑤の管轄については、前記第3・4を参照されたい。

ア 被告適格

(ア) 概要

①処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属する場合、「処分の取消しの訴え」は「当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体」を被告として（行訴法11条1項1号）、「裁決の取消しの訴え」は「当該裁決をした行政庁の所属する国又は公共団体」を被告として（同条1項2号）それぞれ提起しなければならない。また、②処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属しない場合は、「処分又は裁決をした行政庁」を被告として提起しなければならない（同条2項）。なお、③同条1項又は2項の規定により被告とすべき国若しくは公共団体又は行政庁がない場合（例えば、処分又は裁決後に当該行政庁が廃止され、その権限を承継する行政庁がない場合等）、取消訴訟は、当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体を被告として提起しなければならない（同条3項）。

取消訴訟以外の抗告訴訟（行訴法38条1項）、処分又は裁決の取消し又は無効確認を求める民衆訴訟及び機関訴訟（同法43条1項、2項）にも取消訴訟の被告適格に関する規定が準用される。

改正前の行訴法11条1項本文は、処分の取消しの訴えは、処分をした行政庁を、裁決の取消しの訴えは、裁決をした行政庁を被告として提起しなければならないとしていたが、行政の高度化、複雑化に伴い、権限が他に委任されたり、専決による処理がされたりすることもあることから、被告の特定が困難な場合が少なくなかったため、被告適格を有する行政庁を特定する原告の負担を軽減し、さらに抗告訴訟から当事者訴訟への訴えの変更や訴えの併合の手続を行いやすくすることをも目的として、被告適格について改正がされた（小林・行訴法227ページ）。

したがって、国に所属する行政庁については、原則として、被告が「国」となる。

ただし、個別法に特別の定めがある場合は、それぞれの規定で定められた被告適格者を被告として訴えを提起しなければならない（行訴法1条。特別の定め例として、特許法179条、海難審判法54条、独禁法78条等がある。）。

(イ) 国又は公共団体に所属する行政庁の意義

行政庁の「所属」の意義は、行訴法35条において用いられている「所属」と同義であり、問題となっている事務の帰属関係とは関係なく、その行政庁が組織法上どの行政主体の機関であるかという組織法上の所属関係をいう。処分又は裁決をした行政庁が国又は公共団体に所属しない場合（行訴法11条2項）とは、処分又は裁決をした行政庁が指定法人などの場合である（弁護士法56条参照）。

(ウ) 権限の承継があった場合

a 処分後に権限の承継があった場合

処分又は裁決があった後に行政庁の権限が他の行政庁に承継された場合、「行政庁が国又は公共団体に所属する」かどうか、あるいは、どの行政主体に所属するかの判断は、「権限を承継した行政庁」を基準とする（行訴法11条1項柱書中の括弧書き）。すなわち、処分又は裁決をした行政庁が指定機関であるなど国又は公共団体に所属しない行政庁であるため行訴法11条1項の規定の適用がないときでも、「権限を承継した行政庁」が国又は公共団体に所属する場合には、第1項の適用により「権限を承継した行政庁の所属する国又は公共団体」が被告となる。

b 訴訟係属中に承継があった場合

行訴法11条1項は、「取消訴訟は、・・・提起しなければならない」としているから、文面上、この規定は、取消訴訟の係属中に処分庁の権限の移管があった場合について定めるところではない。

この点につき、改正前の行訴法下での裁判例の大勢は、取消訴訟の係属中に権限が移管された場合にも、権限の移管を受けた行政庁

は訴訟法上の地位を当然承継し、移管を受けた行政庁が被告適格を有すると解している（東京高裁昭和26年6月28日決定・行裁例集2巻12号2216ページ・郵便局長が行った郵政局勤務雇員の懲戒解雇処分の取消訴訟の係属中に、免職処分の権限を有する者が郵政大臣に変更された場合、郵政大臣が本訴を承継する。福岡高裁昭和29年12月28日判決・行裁例集5巻12号3088ページ・県教育委員会が市教育事務の一時的所管者として行った市立小学校教員の休職処分の取消訴訟の係属中に、市教育委員会が設置された場合、被告たる適格は市教育委員会に移り、訴訟の当然の承継を生ずる。）。行訴法の改正後も同様に解するべきであろう。

なお、この場合、訴訟手続が中断するか否かも問題であるが、この点は民訴法124条1項2号、2項の準用により、法務大臣によって指定された訴訟代理人のある限り訴訟手続は中断しないと解される（高松高裁昭和54年5月25日中間判決・行裁例集30巻5号1035ページ、松務月報25巻10号2635ページ）。

(エ) 独立行政法人や特殊法人のような公共団体の場合

法人そのものが行政庁として処分をする場合には、法人それ自体が法人格を有し、国又は公共団体に所属していないので、行訴法11条2項により、その独立行政法人等の法人を被告とすることになる。これに対して、理事長など独立行政法人等の一定の機関が行政庁として処分をする場合には、理事長等の機関が行政庁となり、その行政庁が所属する独立行政法人等の法人を行訴法11条1項にいう「行政庁の所属する公共団体」として被告とすることになる。このように、いずれにしても、独立行政法人等の法人を被告とすべきことになる。

イ 出訴期間

(ア) 出訴期間の意義

行政処分は、その処分を受ける者の権利利益に関係するだけでなく、公共の利害にも大きななかりを持つものであるから、瑕疵のある行

政処分であっても、いつまでもこれを取消訴訟が提起できる状態とし、その処分の効力を不安定にしておくことは、公共の利益を損なうことになる。そこで、行訴法は、行政処分を争うことができる期間を定めて、その期間経過後は、当該処分の違法性を主張してその取消しを求めることができないとする立法政策を採用した

(イ) 出訴期間の内容

取消訴訟は、処分又は裁決があったことを知った日から6か月を経過したときは提起することができず（行訴法14条1項本文、「主観的出訴期間」と呼ばれる。）、処分又は裁決があったことを知らず、あるいは、それを知った日から6か月を経過していなくても、処分若しくは裁決の日から1年を経過したとき、提起することができない（同条2項本文、「客観的出訴期間」と呼ばれる。）。

改正前の行訴法14条1項では、処分又は裁決があったことを知った日からの期間は、6か月ではなく3か月としていた。しかし、行政事件訴訟は、通常の民事訴訟に比べ、訴訟要件が複雑で多岐にわたっており、実体要件の問題においても裁量に係る処分の審査方法など特有のものがあるため、改正前の行訴法の3か月の主観的出訴期間は短すぎるとして、6か月に延長された。

(ウ) 処分又は裁決につき審査請求をすることができる場合等における例外

処分又は裁決につき審査請求をすることができる場合又は行政庁が誤って審査請求をすることができる旨を教示した場合において、審査請求があったときは、その審査請求をした者については、同条1項及び2項の規定にかかわらず、これに対する裁決があったことを知った日から6か月を経過したとき、又は当該裁決の日から1年を経過したときは、訴訟を提起することはできない（同条3項本文）。

改正前の行訴法14条は、同じ条文の中で、1項及び3項においては初日を算入せず、4項では初日を算入することになるという不統一な

規定振りをしていたため、原告の誤解を招きやすく、誤解に基づいて出訴期間を経過し、訴えが却下される事例がみられた。そこで、審査請求があった場合の原処分の取消訴訟の出訴期間について、「裁決があったことを知った日から6箇月を経過したとき又は当該裁決の日から1年を経過したときは、提起することができない。」と定め（行訴法14条3項）、同条項の中の起算日をすべて同様な規定振りに改め、初日を算入しない扱いに統一することとした。

(ク) 出訴期間の徒過の救済

上記(イ)及び(ウ)の各出訴期間については、「正当な理由」があれば、その期間を経過しても出訴ができる（行訴法14条1項ただし書、同条2項ただし書、同条3項ただし書）。

改正前の行訴法14条2項では、取消訴訟における主観的出訴期間は、不変期間とされる一方で、客観的出訴期間は、不変期間とされず、「正当な理由」があれば1年の出訴期間を経過しても出訴できるとされていた。しかし、個々の事案に応じて訴訟の途を確保する観点から、主観的出訴期間についても、不変期間とせず、正当な理由により出訴期間を遵守できなかった場合には救済されることとされた。また、同様の趣旨から、処分又は裁決につき審査請求をすることができる場合等に関する出訴期間の徒過についても、同条3項ただし書により、救済規定が置かれた。

行訴法14条1項ただし書の「正当な理由」とは、処分又は裁決があったことを知った日から6か月の出訴期間内に取消訴訟を提起できなかったことについての正当な理由をいい、民訴法97条1項の「当事者がその責めに帰することができない事由」より広い概念であると考えられる。例えば、処分の際に、処分行政庁から、出訴期間について、行訴法46条に基づく教示がされなかった場合や、処分行政庁から誤って長期の出訴期間が教示され、当事者が他の方法でも出訴期間を知ることができなかったような場合などには、正当な理由があると考えら

れる。

また、行訴法14条2項ただし書の「正当な理由」に関する裁判例をみると、海外居住によって処分を知ることができなかった場合に「正当な理由」が認められた（福島地裁昭和29年12月6日判決・行裁例集5巻12号2831ページ）が、会社あての異議決定書が代表者の留守宅に送達され、右代表者の妹がこれを受領して婚家に持ち帰ったため代表者が送達の事実を知らなかったというような主観的な事情によっては、正当な理由は肯定されていない（金沢地裁昭和34年11月20日判決・行裁例集10巻11号2179ページ）。

(カ) 経過措置

改正行訴法施行前（施行日：平成17年4月1日）にその期間が満了した処分又は裁決に関する訴訟の出訴期間は、なお従前の例によるものとされている（改正行訴法附則4条）。この規定の趣旨は、改正行訴法の施行前にその期間が満了した処分又は裁決に関する訴訟の出訴期間が不変期間とされていた場合には、改正前の行訴法14条2項等の規定により、なお不変期間とする趣旨をも含む。

(キ) 主張及び立証における留意点

被告としては、訴えが出訴期間を1日でも経過して提起されたものである場合は、却下を求めることになる。

共同訴訟においては、出訴期間を遵守しているかどうかは各原告ごとに判断されなければならない。

出訴期間の遵守に関し、行訴法14条1項の「処分又は裁決があつたことを知つた」ことについては、原告に立証責任があるとした裁判例として、神戸地裁昭和40年12月2日判決（行裁例集16巻12号2027ページ、訟務月報12巻3号392ページ、判例時報437号24ページ）、横浜地裁昭和57年3月31日判決（訟務月報28巻6号1260ページ）がある。

しかし、原告がいつ処分を了知したかの認定は微妙な場合があるから、立証責任の有無にかかわらず、被告としても、事案に応じ、「処

分又は裁決があつたことを知つた日」の指摘や、郵便物の配達状況等に着目した立証を考慮すべきであろう。

ウ 不服申立前置

(ア) 行政不服審査

行政不服申立てとは、行政庁の行為に不服のある者が、その行為の違法又は不当を理由として、当該行政庁やその上級行政庁等に対して不服を申し立てる制度である（行審法1条、3条、5条）。

不服申立ての種類には、

- ① 異議申立て……処分庁又は不作為庁に対してするもの
- ② 審査請求……上級行政庁等の、処分庁又は不作為庁以外の行政庁に対してするもの
- ③ 再審査請求……審査請求の裁決に不服がある者がさらに不服を申し立てるもの

の3つがある（行審法3条1項、2項）。

(イ) 処分の取消訴訟と不服申立てとの関係

行訴法は、処分の取消訴訟は、審査請求（ここにいう審査請求は、審査請求、異議申立てその他の不服申立てのことである。行訴法3条3項）をすることができる場合でも、審査請求を経ないで直ちに提起することができるのを原則とした（行訴法8条1項本文、自由選択主義）。すなわち、審査請求と取消訴訟の提起とのいずれをも自由に選択でき、また、同時に並行してすることもできるとされたものである。

例外として、特に法律で審査請求に対する裁決を経た後でなければ処分の取消訴訟を提起することができないと規定されているときは、審査請求を経ないで直ちに取消訴訟を提起することはできないとされている（行訴法8条1項ただし書）。これを不服申立前置主義、審査請求前置主義（又は裁決前置主義）という。審査請求前置主義が採られている処分につき、前置を欠いた訴えは不適法である（最高裁昭和35年3月4日第二小法廷判決・民集14巻3号335ページ、判例時報218

号18ページ)。

個別法規で審査請求前置主義を採用するものとしては、次のものがある。

- ① 租税、年金関係など大量反復処分で審査請求によって行政の統一を図る必要があるもの
 - ・ 国税通則法115条（国税に関する法律に基づく処分）
 - ・ 健康保険法192条（被保険者の資格、標準報酬又は保険給付、保険料の賦課徴収に関する処分）
 - ・ 厚生年金保険法91条の3（同上）
 - ・ 児童手当法25条（児童手当の支給、拠出金又は徴収金に関する処分）
 - ・ 労働者災害補償保険法40条（保険給付に関する決定）
 - ・ 地方税法19条の12（道府県又は市町村の徴収金に関する更正処分等）
 - ・ 地方自治法229条6項（地方公共団体の分担金等の徴収に関する処分）
- ② 専門技術性のある処分
 - ・ 外国為替及び外国貿易法57条（同法の規定による処分）
 - ・ 核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律70条2項（同上）
- ③ 審査請求が第三者機関によって処理されるもの
 - ・ 建築基準法96条（同法の規定による特定行政庁、建築主事等の処分）
 - ・ 国家公務員法92条の2、地方公務員法51条の2（任命権者の懲戒その他の不利益処分）

したがって、被告としては、処分の根拠法令が審査請求前置を定めているにもかかわらず、審査請求に対する裁決を経ないで、直ちに処分の取消訴訟が提起されているときは、却下を求めることになる。

ただし、次の場合には、裁決を経ないで、又は審査請求を申し立てないで、処分の取消訴訟を提起することができるとされている（行訴法8条2項）ので、この場合に該当するとの主張があるときは、その該当性

の有無も検討する。

- ① 審査請求があった日から3か月を経過しても裁決がないとき。
- ② 処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき。
- ③ その他裁決を経ないことにつき正当な理由があるとき。

(3) 取消訴訟以外の抗告訴訟の訴訟要件

ア 無効確認訴訟の訴訟要件

ア 無効確認訴訟においては、取消訴訟のような出訴期間、不服申立前置という訴訟要件は存しないが、それ以外の、処分性、原告適格、狭義の訴えの利益、被告適格、管轄という訴訟要件を満たしていることが必要である（行訴法3条4項、36条、38条1項による11条及び12条の準用）。

とりわけ、無効確認訴訟における原告適格については、行訴法36条が、①「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」、②「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」（以上を併せて「積極要件」という。）、③「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って目的を達することができない」（これを「消極要件」という。）ものに限り、訴えを提起することができるとし、取消訴訟よりも更にこれを限定している。

上記要件については、③の消極要件は、①及び②の積極要件のいずれにもかかり、結局、③の要件を充足しなければ訴えを提起することができないことになるという見解（一元説）と、③の消極要件は、②の積極要件のみにかかり、①の要件を充足すればそれだけで訴えを提起できるとする見解（二元説）とがある。

さらに、③の消極要件（「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」）の意義については、見解が分かれている。代表的な見解としては、a、現在の法律関係に関する訴えに還元

する(引き直す)ことができないものに関し、原告適格を認める「法律関係還元説」は、現在の法律関係に関する訴えに還元することができる場合であっても、なお、その訴えによっては「目的」を達成することができないときには原告適格を認める「目的達成不能説」が挙げられる。

- (イ) 最高裁昭和51年4月27日第三小法廷判決(民集30巻3号384ページ、訟務月報22巻5号1206ページ、判例時報814号107ページ)は、課税処分を受け、当該課税処分に係る税金をいまだ納付していないため滞納処分を受けるおそれがある納税者は、当該課税処分の無効確認の訴えの原告適格を有するとした。この判決の結論は、一見、前述の二元説の立場によるかのようにあるが、一元説に立った上で、③の消極要件につき、現在の法律関係に関する訴えに還元することが可能であっても、それによっては後続の処分を予防することができないときには原告適格を認めるという説によっても、説明することができるとされている。

その後、最高裁昭和62年4月17日第二小法廷判決(民集41巻3号286ページ、判例時報1240号64ページ)は、土地改良事業の施行に伴い土地改良区から換地処分を受けた者について、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によってはその目的を達することができないとして、当該換地処分の照応の原則違反を理由とする無効確認の訴えの原告適格を肯定し、もんじゅ原子炉訴訟(最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決・民集46巻6号1090ページ、訟務月報39巻6号1102ページ、判例時報1437号44ページ)では、行訴法36条にいう「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って目的を達することができない」とは、当該処分に基づいて生ずる法律関係に関し、処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟によっては、その処分のため被っている不利益を排除することができない場

合はもとより、当該処分に起因する紛争を解決するための争訟形態として、右の当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求める訴えの方がより直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合をも意味すると判示した。

上記のような最高裁判例からすると、最高裁判所は、一元説を前提とした上で、③の消極要件(「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」)について、処分の無効等確認を求める訴えの方がより直截的で適切な争訟形態であるときはこの要件を満たすものとみていると解される。

イ 不作為の違法確認訴訟の訴訟要件

不作為の違法確認訴訟においては、取消訴訟のような出訴期間という訴訟要件は存しないが、それ以外の、処分性、原告適格、狭義の訴えの利益、被告適格、管轄、不服申立前置という訴訟要件を満たしていることが必要である(行訴法3条5項、37条、38条1項による11条、12条の準用、38条4項による8条の準用)。とりわけ、問題となるのは、原告適格及び訴えの利益である。

ア 原告適格

不作為の違法確認訴訟について、行訴法37条は、不作為に係る処分又は裁決についての「申請をした者」に限り原告適格を認めることとし、第三者による訴えの提起は認めていない。

また、申請が「法令に基づく」(行訴法3条5項)ものであることを訴訟要件とみるか否かについては、見解が分かれている。すなわち、法令に基づく申請か否かは本案の問題であるか、訴訟要件の問題であるかがまず問題となる。後者の見解を採ると、これを原告適格の問題とする見解と、訴えの対象の問題とする(行訴法3条5項の規定からして、法令に基づく申請に対する行政庁の不作為、換言すれば、行政庁が申請に対し応答義務を負うにもかかわらずこれをしない不作為だけが、不作為の違法確認の対象となり得るとするものであり、原告適

格については、当該「申請をした者」であれば足りるとする) 見解とに、更に分かれることとなる。

裁判例の大勢は、これを訴訟要件の問題と解しているが、そのうち、原告適格の要件と解することを明示しているものとして、市道の路線廃止処分については、道路法その他の法令上、私人に申請権が認められていないから、原告適格がないとしたもの(大阪地裁平成4年4月3日判決・行裁例集43巻4号565ページ)等があり、一方、訴えの対象に関する訴訟要件とするものとして、法令に基づかない申請に対する行政庁の不作为は訴えの対象にならないとしたもの(東京地裁昭和60年11月25日判決・判例時報1178号62ページ、名古屋高裁昭和55年11月5日判決・訟務月報27巻4号686ページ、判例時報997号101ページ)等がある。そのほか、本案の問題と解する立場から、電気事業規則による指定法人の指定について申請権を付与した規定はないから、法令に基づく申請とは認められないとして、請求を棄却したもの(東京高裁平成2年9月19日判決・行裁例集41巻9号1485ページ)もある。

(1) 訴えの利益

不作为の違法確認訴訟は、行政庁の不作为状態の違法を確認するものであるから、訴訟係属中に、行政庁が申請に対して何らかの処分をすれば訴えの利益は失われる(神戸地裁昭和45年9月8日判決・訟務月報17巻4号613ページ)。

ウ 義務付けの訴え及び差止めの訴えの訴訟要件

後記第8及び第9を参照されたい。

5 本案に対する答弁

(1) 請求の趣旨に対する答弁

訴えが、以上述べた訴訟要件を具備していて、本案審理がされる場合には、請求認容又は請求棄却の判決(本案判決)がされることになるから、被告としては、これを想定すべき場合には、請求の趣旨に対する答弁とし

て、請求棄却の申立てをすることになる。

もっとも、本案前の答弁をした場合においても、これが裁判所に採用されない場合に備えて、本案に対する答弁をしておく例が少なくない。とはいえ、訴えが不適法であることが自明である場合に、被告が本案について詳細に主張すると、いたずらに争点が拡散し審理が混乱する場合もあるので、その対応は、個々の事案において慎重に検討すべきであろう。

(2) 請求の原因に対する認否

答弁書においては、争点を早期に確定し、訴訟進行の迅速化に寄与するため、請求の原因に対する認否をすることができるよう努力する必要がある。そのためにも、訴状の送達を受けた場合には、遅滞なく事実調査等を開始する必要がある。

訴状の請求原因事実に対する認否は、各記載項目ごとに、さらにその中に複数の事実関係が記載されている場合にはその事実ごとに細かく分けて行う。粗略な認否をし、本来否認すべき事実をうかつに認め、自白を成立させるようなことがあってはならない。

請求原因事実の存在を認めるときは「認める」、否定するときは「否認する」、知らないときは「知らない」又は「不知」と記載する。請求原因の記載には、事実の主張と原告の意見や解釈にわたる部分が混在するものが少なくないが、後者の部分については「争う」と記載することもある。認否に当たっては、被告自身の行為については、被告自身が一番よく知っているものであるから、事実関係を十分調査した上で「認める」か「否認」かのいずれかの答弁をすべきである。安易に不知としてはならない。また、否認した事実関係については、そのような事実関係が全く存在しないという趣旨なのか、又は、日時、当事者等が異なるという趣旨なのか、評価的な事実主張に対し主として原告の評価を争うという趣旨なのか等、否認の趣旨、理由が明らかになるように、民訴規則79条3項に従い、被告が主張する事実関係等の否認の理由を同時に明らかにするように努めるべきである。

被告が原告に主張立証責任（第14・2(2)、261ページ参照）のある原告主張の事実を認めるとき、又はその事実を争うことを明らかにしないため当該事実を自白したものとみなされる（民訴法159条1項）ときは、原告はその事実について立証する必要がなくなり、裁判所はその事実をそのまま判決の基礎としなくてはならなくなるので、認否は慎重に行うことが肝要である。

被告が原告に主張責任のある原告主張の事実を争うとき、又は知らないと認否したため、この事実を争ったものと推定される（民訴法159条2項）ときは、原告はその事実について立証する必要がある。

(3) 被告の主張

請求の原因に対する認否とともに、抗弁等の被告の事実上、法律上の主張をし、請求棄却を求める根拠を明らかにする。

行政事件訴訟における主張立証責任については第14・2(2)（261ページ）及び同3（262ページ）で述べるが、行政処分には、被告に、処分が適法であること、すなわち、処分行政庁の行った処分の根拠法規の定める要件に適合する事実があることについて主張立証責任があるものが多い。したがって、このような処分の場合には、被告が行政処分に至る経緯を含め処分の根拠法規に適合する事実を主張することが必要であり、また、そうでない処分の場合であっても、処分の根拠となった事実は積極的に主張すべきことが多いであろう。その際、当該処分に至る事実関係の要点等も併せて明らかにしておくのが争点の的確な把握に役立つ場合が多いと考えられる。

そのため、答弁書においても、できる限り、認否欄と分けて「被告の主張」欄を設けて主張を記述すべきである。

6 答弁書の提出

(1) 提出時期

答弁書催告状が訴状とともに送達されることは、既に述べたとおりであ

る。答弁書催告状に記載されている答弁書の提出時期については、おおむね第一回口頭弁論期日の2週間前から1週間前までとされている例が多いようである。この期間は、裁判所と原告の準備期間と考えられる（民訴法162条、民訴規則79条1項）。

提出時期までに答弁書を裁判所に提出することが大切なことはいうまでもないが、可能な限り準備を尽くしても間に合わない場合には、原告の請求の趣旨に対する答弁のみを記載し、請求の原因に対する認否は「おって準備書面で明らかにする。」等と記載して、請求の原因に対する認否等を留保した答弁書を提出することを考慮せざるを得ない場合もないわけではない。

(2) 提出部数

答弁書の提出部数は、裁判所に提出する正本1通と原告の人数分の副本である。

複数の原告に共通の代理人が選任されている場合には、その代理人に送達がされるので、副本は1通で足りる。

第5 処分性

1 処分性の定式

行訴法3条2項は、処分の取消訴訟とは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。）」の取消しを求める訴訟をいうと規定している。したがって、原告が取消しを求める対象は、行政庁の処分（行政処分）その他公権力の行使に当たる行為でなければならない。

「行政庁の処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が法令の規定に基づき行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又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（最高裁昭和30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217ページ、判例タイムズ47号46ページ・農業委員会がした農地の境界に関する通知の行政処分性を否定。最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809ページ、判例時報395号20ページ・ごみ焼却場設置行為は、行政庁の処分に当たるとはいえない。もっとも、いずれも行政事件訴訟特例法下のものである。）。したがって、行政庁の公権力の行使に関わる行為であっても、国民の法律上の地位ないし権利義務関係に何ら直接的な影響を及ぼすことのないものは、取消訴訟の対象となる行政処分には該当しない。

「その他公権力の行使に当たる行為」には、公権力的事実行為（公権力行使性を有する事実行為）、すなわち、行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力行為が含まれる（行審法2条1項参照。ただし、継続的性質を有するものに限られるかどうかは議論がある。）。

抗告訴訟の中心をなす取消訴訟は、公定力を生ずるような行為について公定力を排除するために設けられた特別の訴訟制度であるから、ある行政行為

に処分性があると認めることは、その行為によって生ずる効果について、対世的に通用力を認め、重大かつ明白な瑕疵があつて当然無効とされる場合を除き、取消訴訟によらなければその効力が否定されるものでないことを承認することである。してみると、ある行政行為が行政処分性を有するか否かは、処分の根拠法規が当該行為を抗告訴訟の対象とするという立法政策を採用しているか否かという解釈問題に帰着するというべきである。

したがって、当該行為の性格自体を取り出して観察すると、一般的、抽象的性格が強く、あるいは権力性が薄いものであっても、根拠法規が政策的に処分性を付与する場合がある（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771ページ、訟務月報597号55ページ・供託官が供託規則38条に基づいてした供託金取戻請求の却下決定について行政処分性を肯定、最高裁昭和45年12月24日第二小法廷判決・民集24巻13号2243ページ、訟務月報17巻1号140ページ、判例時報616号28ページ・源泉徴収義務者に対する税務署長の国税通則法36条に基づく納税の告知の行政処分性を肯定、最高裁昭和61年2月13日第一小法廷判決・民集40巻1号1ページ、訟務月報32巻10号2243ページ、判例時報1185号99ページ・土地改良法96条の2第1項に基づき県知事が事業の施行者である町に対してした市長村営土地改良事業の施行認可の行政処分性を肯定。）

また、処分性の要素である公権力性や法律上の地位に対する影響は、法規の規定によって基礎づけられることが必要であるから、処分性を付与する立法政策が、法律その他の法規によって採用されているものであることが必要となる。したがって、公権力性や法律上の地位に対する影響が付与されるようにみえる行為であっても、それが、要綱や通達などの法的拘束力のないもののみを根拠とする場合には行政処分性は否定される（最高裁昭和38年6月4日第三小法廷判決・民集17巻5号670ページ、訟務月報9巻6号717ページ、判例時報343巻25ページ・社会保険医療担当者監査要綱（厚生省保険局長の都道府県あて通達）に基づく県知事の開業医に対する戒告の行政処分性を否定、福岡高裁那覇支部平成5年12月9日判決（確定）・訟務月報41巻

1号1ページ、判例時報1508号120ページ・地域雇用特例奨励金の支給制度は行政庁内部の通達により創設的に規定されたものとして、不支給決定の行政処分性を否定)。なお、この点については、後記(5)ウで述べる最近の最高裁判例の傾向について注意する必要がある。

このように、処分性の判定は、その行為の根拠法規がその行為に公権力の行使としての性質を付与しているかどうか、その行為に国民の法律上の地位に対する直接具体的な影響を結び付けているかどうかという立法政策の探究にほかならず、その意味で各個の実定法規の解釈に尽きる。根拠法規の定めを離れて、行為の法理論的な性質や実際上の重要性から当然に処分性の有無が決まるというものではない。

2 処分性に関する裁判例

以下、行政庁のした行為が「行政庁の処分その他公権力の行使」として抗告訴訟（取消訴訟の事案に限らず、その他の抗告訴訟に関する事案もここで掲げる。）の対象となるか否かが問題となった裁判例について、(ア)私法上の行為、(イ)抽象的規律にすぎないか否かが問題となる行為、(ウ)内部的行為、(エ)中間行為、(オ)その他の、法律上の地位に直接具体的な影響を及ぼすか否かが問題となる行為、(カ)公権力の行使に当たる事実行為の項目に分類して、処分性肯定例と処分性否定例とを掲げる。

(1) 私法上の行為

国又は公共団体の機関が私人と同様の立場で行う行為は、私法法規の適用を受ける私法上の行為と同様に位置づけられるべきものであって、通常は、公権力の行使としての性質を付与されているとは解し難いから、これに処分性を付与する立法政策を根拠法規が採用しているといえるだけの根拠がない限り、処分性が否定される。

[処分性否定例]

- ① 国有財産法20条1項に基づく国有普通財産の払下げ（最高裁昭和35年7月12日第三小法廷判決・民集14巻9号1744ページ）

- ② 農地法80条に基づく農林大臣の土地売払い（最高裁昭和46年1月20日大法廷判決・民集25巻1号1ページ、判例時報617号21ページ）

- ③ 郵便局長が郵便法55条の2にいう「高層建築物」の居住者らあての普通取扱いの通常郵便物を郵便規則76条の5第1項2号等に基づき郵便局に留め置き、各住戸への配達を停止した措置（東京地裁昭和58年8月30日判決（確定）・行裁例集34巻8号1551ページ、訟務月報30巻2号245ページ、判例時報1097号3ページ）

[処分性肯定例]

- 供託官が供託規則38条に基づいてした供託金取戻請求却下処分（最高裁昭和45年7月15日大法廷判決・民集24巻7号771ページ、訟務月報16巻12号1430ページ、判例時報597号55ページ。）

この判決は、供託事務を取り扱うのは国家機関である供託官であり、供託官が弁済者から供託物取戻しの請求を受けた場合にその請求を理由がないと認めるときは、これを却下しなければならないなどと定められており、実定法は、供託官のこの行為につき、特に「却下」及び「処分」という字句を用い、さらに、供託官の却下処分に対しては特別の不服審査手続を設けているとし、このことから考えると、もともと、弁済供託は、民法上の寄託契約の性質を有するものであるが、公益上の目的から、法は、国家の後見的役割を果たすため、国家機関である供託官に供託事務を取り扱わせることとした上、供託官が弁済者から供託物取戻しの請求を受けたときには、民法上の寄託契約の当事者的地位にとどまらず行政機関としての立場から、当該請求につき理由があるかどうかを判断する権限を供託官に与えたものと解するのが相当であるとし、このような実定法が存する限りにおいては、供託官が供託物取戻請求を理由がないと認めて却下した行為は行政処分であると判示している。この判決は、行政庁と相手方との関係が私法上のものとされる場合に、その関係における特定の行為について、実定法規が立法政策上これを公法的規律に服させ、公権力の行使としての性質を付与し、行政処分として構成する場

第5 処分性

合の典型的な考え方と実例を示したものといえる。

(2) 抽象的規律にすぎないか否かが問題となる行為

ア 行政庁の行為が一般的な規範の定立、すなわち立法行為としての性質を有するものであるときは、国民の法律上の地位に対して直接具体的な影響を及ぼさないから、これが同時に、特定の者の具体的な権利義務ないし法律上の利益に直接的な影響を及ぼすものでない限り、処分性が否定される。

[処分性否定例]

- ① 地代家賃統制令5条による地代及び家賃の停止統制額又は認可統制額に代わるべき額を定める建設省告示の改正告示（最高裁昭和56年4月24日第二小法廷判決・訟務月報27巻7号1344ページ）
- ② 区立小学校の廃止を含む条例の制定（最高裁平成14年4月25日第一小法廷判決・判例地方自治229号52ページ）
- ③ 二酸化窒素に係る環境基準を従来のもより緩和する旨の環境庁長官告示（東京高裁昭和62年12月24日判決・行裁例集38巻12号1807ページ）
- ④ 寺院の有償拝観者に対し「文化観光税」を課す条例の制定（奈良地裁昭和43年7月17日判決・行裁例集19巻7号1221ページ、訟務月報14巻8号954ページ、判例時報527号15ページ）
- ⑤ 都市計画下水道事業に要する費用の一部を土地所有者から徴収する条例の制定（東京地裁昭和51年1月29日判決・行裁例集27巻1号158ページ）

[処分性肯定例]

- 料金変更を内容とする簡易水道事業給水条例（東京高裁平成14年10月22日判決（上告）・判例時報1806号3ページ）
- イ 一定の地域内の者に新たな制約を課す行為であっても、法令が制定された場合におけると同様に当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的な制約にすぎないときは、個人に対する具体的な権利侵害ではな

いとして、処分性が否定される。

[処分性否定例]

- ① 都市計画法8条1項1号に基づく県知事の用途地域（工業地域）の指定（最高裁昭和57年4月22日第一小法廷判決・民集36巻4号705ページ、訟務月報28巻7号1454ページ、判例時報1043号41ページ）
- ② 都市計画法7条1項に基づき県知事がした市街化区域及び市街化調整区域に関する都市計画変更決定（広島地裁平成2年2月15日判決（確定）・訟務月報36巻6号1134ページ）

[処分性肯定例]

- 告示によって一括にされた建築基準法42条2項所定のいわゆるみなし道路の指定（最高裁平成14年1月17日第一小法廷判決・民集56巻1号1ページ、訟務月報49巻1号303ページ、判例時報1777号40ページ、判例タイムズ1085号173ページ）

(3) 内部的行為

ア 行政機関相互間における行為のように、直接国民に向けられたものでなく、行政組織内の内部的な行為にすぎないものは、国民の法律上の地位に対する直接具体的な影響が付与されていないわけであるから、処分性が否定される。

[処分性否定例]

- ① 消防法七条に基づく消防長の知事に対する建築許可についての同意拒絶ないし同意取消し（最高裁昭和34年1月29日第一小法廷判決・民集13巻1号32ページ）
- ② 農業委員会が国有農地についてした農地法38条に基づく県知事に対する関係書類の進達（最高裁昭和37年7月20日第二小法廷判決・民集16巻8号1621ページ）
- ③ 厚生省公衆衛生局環境衛生部長から都道府県等衛生主管部局長にあてた墓地埋葬に関する通達（最高裁昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3147ページ、訟務月報15巻4号496ページ、判例時

報548号59ページ)

④ 全国新幹線鉄道整備法9条1項に基づく運輸大臣の日本鉄道建設公団に対する新幹線工事実施計画の認可(最高裁昭和53年12月8日第二小法廷判決・民集32巻9号1617ページ、訟務月報25巻4号1019ページ、判例時報915号39ページ)

⑤ 内閣総理大臣の防衛庁長官に対する海上自衛隊の掃海艇等をベルシャ湾に派遣するとの指揮命令(大阪高裁平成3年10月29日決定(確定)・訟務月報38巻4号761ページ)

イ また、外部に表示されるなどして成立した段階では、国民の法律上の地位に対する直接具体的な影響を及ぼすものとする立法の下では、いまだ外部に表示されず行政庁の内部的な意思決定の段階にとどまっている行為は、これによって国民個人がその権利義務について直接の法的効果を受けることは原則として考えられないから、処分性が認められない。

[処分性否定例]

① 農業委員会が国有農地についてした農地法36条に基づく売渡決議(最高裁昭和37年7月20日第二小法廷判決・民集16巻8号1621ページ)

② 海上自衛隊の掃海艇等をベルシャ湾に派遣するとの閣議決定(大阪高裁平成3年6月6日決定(確定)・訟務月報37巻12号2197ページ、判例時報1408号70ページ)

(4) 中間行為

一連の行政過程の一環をなす決定や、中間段階の判断については、これを行政処分として取消訴訟の対象とするだけの事件の成熟性が否定されることがある。法律上の地位に対して何らの影響も及ぼさないとされるか、あるいは、一応何人かの法律上の地位に対する影響と見得るかのようなのかが認められるとしても、それが直接具体的な影響と位置づけるには足りないと言われるわけである。

このようなものとして、土地区画整理法66条に基づき都知事がした土地区画整理事業計画の決定につき処分性を否定したいいわゆる背写真判決(最

高裁昭和41年2月23日大法廷判決・民集20巻2号271ページ、訟務月報12巻4号518ページ、判例時報436号14ページ)がある。

もっとも、中間段階の行為であっても、それぞれの根拠法規における当該行為の位置づけや規定の仕方により、当該行為が法律上の地位に対し直接具体的な影響を及ぼすものとされている場合には、処分性が肯定されることはいうまでもない。このため、背写真判決後の裁判例においても、中間段階の行為について処分性を肯定するものと否定するものとの両方がある。

[処分性否定例]

① 都市計画法18条1項に基づき県知事がした土地区画整理事業に関する都市計画決定(最高裁昭和50年8月6日第一小法廷判決・訟務月報21巻11号2215ページ)

② 住宅地区改良法5条1項に基づく建設大臣の事業計画認可(最高裁昭和50年11月28日第三小法廷判決・裁判集民事116号735ページ、訟務月報24巻2号317ページ)

③ 都市計画法18条1項に基づき県知事がした都市再開発法による第一種市街地再開発事業に関する都市計画決定(最高裁昭和59年7月16日第二小法廷判決・判例地方自治9号53ページ)

④ 都市計画法21条1項に基づき県知事がした都市計画道路(同法11条1項1号の道路)の変更をする旨の都市計画変更決定(最高裁昭和62年9月22日第三小法廷判決・裁判集民事151号695ページ、判例時報1285号25ページ)

⑤ 土地区画整理法52条1項に基づき県知事が事業の施行者である市に対してした土地区画整理事業計画の設計の概要の認可(最高裁平成元年2月16日第一小法廷判決・訟務月報35巻6号1092ページ)

⑥ 土地区画整理法66条に基づき市長がした土地区画整理事業計画の決定(最高裁平成4年10月6日第三小法廷判決・裁判集民事116号41ページ、判例時報1439号116ページ)

〔処分性肯定例〕

- ① 土地区画整理法14条1項に基づき大阪市長がした土地区画整理組合の設立認可（最高裁昭和60年12月17日第三小法廷判決・民集39巻8号1821ページ、判例時報1184号59ページ）
- ② 土地改良法96条の2第1項に基づき県知事が事業の施行者である町に對してした市町村営土地改良事業の施行認可（最高裁昭和61年2月13日第一小法廷判決・民集40巻1号1ページ、訟務月報32巻10号2243ページ、判例時報1185号99ページ）
- ③ 都市再開発法51条1項に基づき地方公共団体により定められ、同法54条1項に基づき公告された第二種市街地再開発事業の事業計画の決定（最高裁平成4年11月26日第一小法廷判決・民集46巻8号2658ページ、判例地方自治108号59ページ）
- (5) その他の、法律上の地位に直接具体的な影響を及ぼすか否かが問題となる行為

ア 公証行為や一定の意思を表示する行為等にすぎず、相手方の法律上の地位ないし権利義務に直接具体的な影響を及ぼさない行為は、処分性が否定される。このような例として、次のものがある。

〔処分性否定例〕

- ① 農業委員会法6条2項に基づき農業委員会がした農地の境界に関する通知（最高裁昭和30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217ページ）
- ② 海難審判法4条1項に基づき高等海難審判庁がした海難原因解明に係る裁決（最高裁昭和36年3月15日大法廷判決・民集15巻3号467ページ、訟務月報7巻4号870ページ、判例時報253号5ページ）
- ③ 社会保険医療担当者監査要綱（厚生省保険局長の都道府県あて通達）に基づく県知事の開業医に対する戒告（最高裁昭和38年6月4日第三小法廷判決・民集17巻5号670ページ、訟務月報9巻6号717ページ、判例時報343号25ページ）

- ④ 地代家賃統制令14条に基づき市町村長がした家賃台帳に家賃の停止統制額等を登載する行為（最高裁昭和39年1月24日第二小法廷判決・民集18巻1号113ページ、判例時報368号26ページ）
- ⑤ 関税法138条1項に基づく税関長の犯則事件における通告処分（最高裁昭和47年4月20日第一小法廷判決・民集26巻3号507ページ、訟務月報19巻1号73ページ、判例時報670号26ページ）
- ⑥ 自動車損害賠償保障法72条に基づく損害てん補請求に対する運輸大臣のてん補しない旨の通知（最高裁昭和50年6月27日第二小法廷判決・訟務月報22巻2号529ページ）
- ⑦ 道路交通法127条1項に基づく警察本部長の反則金の納付通告（最高裁昭和57年7月15日第一小法廷判決・民集36巻6号1169ページ、判例時報1053号82ページ）
- ⑧ 国税徴収法82条1項に基づく税務署長の破産管財人に対する交付要求（最高裁昭和59年3月29日第一小法廷判決・裁判集民事141号523ページ、訟務月報30巻8号1495ページ）
- ⑨ いわゆる公図の訂正行為（最高裁昭和59年11月6日第三小法廷判決・法曹時報37巻10号131ページ）
- ⑩ 未墾地につき入植許可を受けた親から子への入植名義の変更を県知事が許可した措置（最高裁昭和59年11月29日第一小法廷判決・民集38巻11号1195ページ、訟務月報31巻7号1624ページ、判例時報1139号35ページ）
- ⑪ 土地の地目更正登記処分（最高裁昭和61年7月14日第二小法廷判決・判例集未登載、第二審の名古屋高裁昭和57年7月13日判決につき行裁例集33巻7号1495ページ、訟務月報29巻1号138ページ）
- ⑫ 農地の競売買受適格証明書の交付行為（最高裁平成8年10月8日第三小法廷判決・訟務月報44巻5号759ページ）
- ⑬ 登記官が行う登録免許税額の納付の事実の確認（最高裁平成10年2月24日第三小法廷判決・裁判集民事187号169ページ）

- ⑭ 金融再生法72条4項に基づき金融再生委員会が行う資産判定（東京高裁平成12年11月15日判決・訟務月報48巻11号2747ページ）
- ⑮ 労働基準監督署長がする解雇予告除外申請（労働基準法20条3項、19条2項）に対する認定行為（東京高裁平成14年7月30日判決・訟務月報49巻11号3176ページ、同判決を維持した最高裁平成15年5月30日決定<公刊物未登載>）
- ⑯ 財団法人が理事会決議を踏まえて申請した解散及び残余財産の処分についての主管官庁の認可ないし許可（東京地裁平成13年9月28日判決（確定）・訟務月報49巻3号1050ページ）
- ⑰ モーテル類似旅館規制条例に基づき町長がした旅館の建築に同意しない旨の決定（前橋地裁平成2年9月27日判決（確定）・判例時報1378号64ページ）
- ⑱ 国会の立法作用に基づく一般的、抽象的な規範である法律自体及びその定立である立法行為（東京地裁平成13年8月31日判決〔犯罪捜査のための通信傍受に関する法律無効確認等事件〕・判例時報1787号112ページ、同判決は東京高裁平成14年1月30日判決及び最高裁で維持<いずれも公刊物未登載>）
- ⑲ 不動産表示登記の変更登記行為（横浜地裁平成15年3月5日判決（確定）・訟務月報50巻8号2297ページ）

イ 一方、通知、公報等の性格の行為であっても、その根拠法規が個人の具体的権利ないし法律上の地位に直接具体的な影響を及ぼすものと当該行為を位置づけているなどの理由から、処分性が認められた例として次のものがある。

〔処分性肯定例〕

- ① 地方公務員の人事委員会に対する地方公務員法46条に基づく措置要求の申立てについての棄却決定（最高裁昭和36年3月28日第三小法廷判決・民集15巻3号595ページ、訟務月報7巻4号892ページ、判例時報257号13ページ）

- ② 源泉徴収義務者に対する税務署長の国税通則法36条に基づく納税の告知（最高裁昭和45年12月24日第一小法廷判決・民集24巻13号2243ページ、訟務月報17巻1号140ページ、判例時報616号28ページ）
- ③ 関税定率法21条3項に基づく税関長の通知（最高裁昭和54年12月25日第三小法廷判決・民集33巻7号753ページ、訟務月報26巻2号288ページ、判例時報951号3ページ、最高裁昭和59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308ページ、訟務月報31巻7号1667ページ、判例時報1139号12ページ）
- ④ 土地が海面下に没したとしてされた登記官による土地の滅失登記（最高裁昭和61年12月16日第三小法廷判決・民集40巻7号1236ページ、訟務月報33巻8号2099ページ、判例時報1221号3ページ）
- ⑤ 登記官がした持分全部移転登記申請の却下処分（最高裁平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1220ページ、訟務月報36巻5号836ページ、判例時報1332号30ページ）
- ⑥ 国税通則法37条1項に基づく税務署長の督促（最高裁平成5年10月8日第二小法廷判決・裁判集民事170号1ページ、訟務月報40巻8号2020ページ、判例時報1512号20ページ）
- ⑦ 国税通則法57条に基づく税務署長の還付金の充当（最高裁平成6年4月19日第三小法廷判決・裁判集民事172号363ページ、判例時報1513号94ページ）
- ⑧ 登記官がした土地台帳からの移記の方法による不動産登記簿の表題部への記載（最高裁平成9年3月11日第三小法廷判決・訟務月報44巻10号1776ページ、判例時報1599号48ページ）
- ⑨ 行政代執行法3条1項に基づく市長の戒告（大阪高裁昭和40年10月5日決定・行裁例集16巻10号1756ページ、判例時報428号53ページ）
- ⑩ 公共職業安定所長がした特定失業者を紹介対象者から除外する行為（横浜地裁平成2年12月27日判決・労働判例579号6ページ）
- ⑪ 地方公共団体の公文書公開条例所定の公文書に該当しないとして公

開請求は受理しないとした回答（名古屋地裁平成10年12月21日判決（控訴棄却・確定）・判例タイムズ1061号83ページ）

- ⑫ 国有財産法18条3項の使用許可を求める申請を拒否する行為（富山地裁平成11年12月13日判決・判例タイムズ1064号141ページ。名古屋高裁金沢支部平成15年3月26日判決で維持，上告及び上告受理申立て）
- ⑬ 労働者災害補償保険法（平成11年法律第160号による改正前のもの）23条に基づき，労働基準監督署長がした労災就学援護費を支給しない旨の決定（最高裁平成15年9月4日第一小法廷判決（原判決破棄，1審判決取消し，差戻し）・訟務月報50巻5号1526ページ，判例時報1841号89ページ，判例タイムズ1138号61ページ，労働判例858号48ページ。）
- ⑭ 食品衛生法（平成15年法律第55号による改正前のもの）16条に基づき検疫所長が食品等の輸入の届出をした者に対して行う当該食品等が同法に違反する旨の通知（最高裁平成16年4月26日第一小法廷判決・（原判決破棄，1審判決取消し，差戻し）民集58巻4号989ページ，判例時報1860号42ページ，判例タイムズ1152号112ページ）
- ⑮ 医療法（平成9年法律第125号による改正前のもの）30条の7の規定に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行う病院開設中止の勧告（最高裁平成17年7月15日第二小法廷判決・判例時報1905号49ページ，訟務月報登載予定）

ウ 処分性に関する最近の最高裁判例（上記⑤イ⑬ないし⑮）の傾向をみると，以下の点を指摘することができる。

処分性に関する判例の定式に照らし，法律の根拠に基づかない行政庁の行為を処分に当たるとした最高裁の判例は見当たらないところ，⑬の判例は労災保険法（平成11年法律第160号による改正前のもの）23条1項2号，⑭の判例は食品衛生法（平成15年法律第55号による改正前のもの）16条を法律の根拠としており，これらの判例も，処分性を認めるに当たって，当該行為に法律の根拠が求められることを否定するものでは

ない。しかし，文理上は，そのように解釈することは困難であったり，抽象的であったりする場合であっても，通達や要綱も含めた仕組みを検討し，実際に上記条項に基づき行政庁の行為（支給決定，違反通知）がされているという事実に着目し，その実態に合う解釈を導き出しているものと評価することができる。

すなわち，国民の権利義務，法律上の地位に及ぼす影響の有無の判断方法についてみると，⑬ないし⑮の判例は，根拠法令のみならずその解釈を示す通達，要綱，運用も含めて，実際に行われている手続全体の仕組みを認定し，それを前提に，行政庁の当該行為によって，どのような影響・効果が生じるか（当該申請者についていかなる利益若しくは不利益があるか，当該申請者がいかなる行為をすることが可能若しくは不可能になるか）を考察した上，処分性の有無を検討し，これを肯定しているものと解される。

処分性の有無は，その根拠となった個別の行政実体法の解釈問題であり，上記最高裁判例も，労災保険法，食品衛生法，医療法の個別的な解釈を示したにすぎないが，いずれも，処分性についての従前の定式を前提としつつも，「当該行為の公権力性の有無」及び「法律上の地位への影響の有無」について，実際に行われている制度の仕組みの実態に合う解釈をしたものと理解することができる。

(6) 公権力の行使に当たる事実行為

行訴法3条3項にいう「その他公権力の行使に当たる行為」は，公権力の行使に当たる事実行為と呼ばれ，行政庁の一方的意思決定に基づき，特定の行政目的のために国民の身体，財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力行為をいい，直接強制，即時強制（例えば，伝染病予防法7条に基づく患者の強制収容，関税法79条に基づく貨物の収容，出入国管理及び難民認定法39条1項に基づく収容及び同法52条によって行われる退去強制）や行政代執行がこれに当たる。

この点が裁判例上問題となるのは，公共工事の実施行為等に関する事案

が多い。公共事業のうち「公権力の行使に当たる事実行為」に該当するのは、その根拠法規において当該事業の実施につき、単なる公共性・公益性を超えた公権力行使性を付与されていると解されるものに限定されと考えられる。この観点から、公共工事の実施行為等は公権力の行使に当たる事実行為に該当しないとされるのが、今日では通常である。そのような例として、次のものがある。

[処分性否定例]

- ① ごみ焼却場設置行為（最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809ページ、判例時報395号20ページ）
- ② 横断歩道橋の設置に関する一連の手続（東京高裁昭和49年4月30日判決・行裁例集25巻4号336ページ、判例時報743号31ページ）

[処分性肯定例]

もっとも、次のように、公共工事等を公権力の行使に当たる事実行為とした裁判例が一時期現れたが、いずれも、民事訴訟法（当時）上の仮処分の申請がされたのに対し、公権力の行使に当たる行為であるとして、仮処分が認められなかったものであり、上記の点についての十分な吟味がされていないくらいがある。

- ① 都市計画法に基づく道路開設工事（大津地裁昭和40年9月22日判決・行裁例集16巻9号1557ページ、訟務月報11巻11号1598ページ）
- ② 県営土地改良事業計画に基づく土地改良事業の施行行為（名古屋高裁金沢支部昭和41年6月15日判決・行裁例集17巻12号1315ページ、訟務月報12巻7号1090ページ）
- ③ 都市計画決定等を経て実施する高速自動車国道の建設工事（神戸地裁尼崎支部昭和48年5月11日判決（訟務月報19巻12号33ページ、判例時報702号18ページ）
- ④ 道路区域決定を経て実施する道路建設工事（広島高裁昭和54年3月3日判決・判例タイムズ382号105ページ）

なお、自衛隊の活動に関する事案においても、公権力の行使に当たる

事実行為に該当するか否かが問題となることがあり、①処分性否定例としては、自衛隊演習場内においてされる実弾射撃訓練及び防衛施設局長の自衛隊演習場内への立入禁止措置（最高裁昭和62年5月28日第一小法廷判決・裁判集民事151号61ページ、訟務月報34巻1号87ページ、判例時報1246号80ページ）があるのに対し、②処分性肯定例としては、自衛隊機の飛行の差止めの訴えにつき民事上の請求としては不適法であるとの判断を示した例（最高裁平成5年2月25日第一小法廷判決・民集47巻2号643ページ、最高裁平成6年1月20日第一小法廷判決・判例時報1502号98ページ）を挙げることが可能である（ただし、②については、処分性を飛行という事実行為の前提となる防衛庁長官の職務命令について述べたものと考えらるならば、事実行為についての判例ではないということになる。）。②においては、自衛隊法の規定を根拠に、自衛隊機の飛行により騒音に関して周辺住民に受忍義務を課しているとの解釈が可能であるのに対し、①においてはそのような解釈の根拠となる規定がなかったことが判断の分かれた理由であると考えられる。

第6 原告適格

1 原告適格の意義

原告適格とは、その訴訟における原告となり得る法的資格をいい、取消訴訟の原告適格とは、対象となる行政庁の行為（処分又は裁決）が存在する場合に、その取消しを求めるのに、だれがその資格を認められるのかの問題である。

行訴法9条1項は、取消訴訟の原告適格を有する者を、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき「法律上の利益」を有する者に限ると定め、平成16年法律第84号による行訴法の改正で付加された同条2項は、「裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」と定めている。

2 「法律上の利益」の意義

当該処分の相手方（名宛人）のように、処分の法律上の効果として、直接権利益を侵害され、義務を課される者は、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有することは明らかである。

問題は、当該処分の相手方以外の第三者が、その処分の取消しを求める「法律上の利益」を有するかどうかである。取消訴訟の制度の目的の一つには、行政の適法性の確保が含まれることは否定できないが、主要な目的は、

権利益の侵害に対して被害者となる立場の者の救済にあるので、「法律上の利益」もこの観点から考察していかなければならない。

したがって、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おそれがある場合に訴えを提起できるというべきである（法律上保護された利益説）。法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益の保護を目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益をいい、行政法規が公益の実現等他の目的のために行政権の行使に制約を課している結果、たまたま一定の者が受けることとなる「反射的利益」ないし「事実上の利益」とは区別される。

これに対し、「法的保護に値する利益説」とは、権利又は法律上保護された利益ではない事実上の利益でも、それが法的救済に値する利益であれば、これを侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある場合に訴えを提起することができるとする見解であり、実定法解釈に拘泥せず、原告が現実には被る不利益の性質、程度等に着目し、それが司法救済を与えるにふさわしいかを検討するものであるとされる。しかしながら、「法的保護に値する利益説」は、法的保護に値するか否かの判断が極めて主観的となり、その範囲が不明確となる。また、要するに、抗告訴訟を民衆訴訟として機能させることを意図するものであって、行政訴訟を原則的には主観訴訟として構築している我が国の現行行訴法の趣旨とは相いれないものである（藤田市靖・第4版行政法Ⅰ（総論）403ページ参照）。

判例は、公正取引委員会が不当景品類及び不当表示防止法（以下「景表法」という。）によってした果実飲料等の表示に関する公正競争規約の認定の取消しを一般消費者らが求めたジュース表示訴訟（最高裁昭和53年3月14日第三小法廷判決・民集32巻2号211ページ、判例時報880号3ページ）において、不服申立ての利益についてであるが、「法律上の利益を有する者」とは、「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」とし、また、そこにいう「法律上保

「保護された利益」とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であって、それは、行政法規が公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果、たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきであると判示している。また、農林水産大臣がした森林法による保安林指定解除処分取消しの付近住民が求めた長沼ナイキ基地訴訟（最高裁昭和57年9月9日第一小法廷判決・民集36巻9号1679ページ、訟務月報29巻3号411ページ、判例時報1054号16ページ）において、判例は、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もっぱら一般の公益の中に吸収させるにとどめず、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、上記にいう「法律上保護された利益」に当たるとする。そして、ジュース表示訴訟においては、景表法の規定は、一般消費者の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課したものではないとして、このような者の不服申立適格を否定し、長沼ナイキ基地訴訟においては、保安林の指定につき直接の利害関係を有する者については、森林法がその個人的利益をも保護しているとして、これに該当する者の原告適格を肯定した。

さらに、飛行場の付近住民が定期航空運送事業免許の取消しを求めたいわゆる新潟空港訴訟（最高裁平成元年2月17日第二小法廷判決・民集43巻2号56ページ、訟務月報35巻6号1095ページ、判例時報1306号5ページ）において、判例は、上記の行政法規の保護法益の判断方法について、「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、当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によって形成される法体系の中において、当該処分の根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているとみることができるかどうかによって決すべきである。」と判示して、上記の保護法益の判断に当たり、当該処分の根拠規定以外の法規の規定をも参照すべき場合があることを明らか

にした上、騒音被害を根拠に付近住民の原告適格を肯定している。

そして、無効確認訴訟における原告適格についてであるが、原子炉施設の周辺に居住する住民が原子炉設置許可処分の無効確認を求めたもんじゅ原子炉訴訟（最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決・民集46巻6号571ページ、訟務月報39巻6号1073ページ、判例時報1437号29ページ）において、判例は、「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」と判示し、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律は、「原子炉施設周辺に居住し、右事故がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体、安全等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」として、当該原子炉施設から約29キロメートルないし約58キロメートルの範囲内の地域に居住している住民の原告適格を認めた。

以上の判例によれば、最高裁判所も「法律上保護された利益説」を採用し、処分の根拠法規の立法政策を探求するという態度を堅持しつつ、被侵害利益の性質等をも考慮に入れて処分の根拠法規の解釈を行っているといえる。

今般の行訴法の改正において、原告適格の拡大が課題として取り上げられ、この改正過程においては、原告適格の判断基準というべき「法律上の利益」という文言自体の変更も検討された。しかしながら、結論としてこの点は従前の規定振りを維持することとされたのであり、原告適格の判断基準として、「法律上保護された利益説」によることを改める必要はない。新たに定められた行訴法9条2項の考慮要素の内容をみても、「法律上保護された利益説」を前提にするものといえる（平成16年5月7日第159回国会衆議院法務委員会における政府参考人答弁・同委員会議録第22号10ページ）。

したがって、同条に基づき処分の相手方以外の第三者の「法律上の利益」の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般の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ものか否かを検討することになる。具体的には、当該法令の規制内容や規制基準に具体性があるか否か、第三者の保護につながる手続規定があるか否か、被侵害利益は、公益に吸収解消し得ない程度に重大なものか否かなどが判断のメルクマールとなる（中込ほか91ページ）。

3 行訴法9条2項の趣旨・解釈

行訴法の改正によって新設された9条2項の前段は、処分又は裁決の相手方以外の者について同条1項の定める「法律上の利益」の有無を判断するに当たっては、処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、①当該法令の趣旨及び目的、②当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するとの基本的考え方を示すとともに、同項後段は、上記①の「法令の趣旨及び目的」を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌すべきこと、また、上記②の「処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案することを定めている。

行訴法9条2項がこのような考慮事由を定めた趣旨は以下のとおりである。

すなわち、第三者の原告適格の問題に関して、最高裁判所の判例は、前記2のとおり、改正前の行訴法9条（現9条1項）における「法律上の利益」について、通説と同様「法律上保護された利益説」に立った上、処分又は裁決の根拠となる法令の趣旨・目的や当該処分において考慮されるべき利益の内容・性質等を考慮して、原告適格の有無の判断を柔軟に行っていた。

しかしながら、こうした判例は、個別具体的な事例に則して原告適格の有無を判断しているものであるから、判例があるからといって、それぞれの判例で考慮された事項が必ずしもすべての事案において十分に考慮され、第三者の原告適格の判断が適切にされることが一般的に確保されているとはいえ

ない（小林・行訴法213ページ）。

また、今日の複雑多様化した立法や行政の在り方を原告適格の判断に十分反映するためには、行政過程における利益調整の在り方において関連性を有する他の法令の趣旨及び目的をも十分に参酌することが必要かつ適切である（小林・行訴法218、219ページ）。

さらに、処分の根拠となる法令においては、その処分において考慮されるべき第三者の利益の内容及び性質に配慮した手続や要件などに関する規定が簡略なものであったり、抽象的な規定にとどまることもあることから、具体的な事案における第三者の原告適格の判断に当たっては、問題とされている処分がその根拠となる法令に違反してされた場合に想定される被害の内容・程度並びにその態様・程度についても十分に勘案されるようにすることが必要である（小林・行訴法220、221ページ）。

そこで、法律の明文でこれらの事項を考慮すべきこと等を定めることにより、すべての事案において、これらの事項が適切に考慮されることが一般的に担保され、行政過程における利益調整の在り方が適切に考慮されて第三者の原告適格が実質的に広く認められることを期したものである（平成16年5月7日第159回国会衆議院法務委員会における山崎潮政府参考人答弁〔同委員会会議録第22号10、11ページ〕、小林・行訴法213ページ）。

なお、行訴法9条2項によれば、規定の文言のみによる解釈を行うことは慎まなければならないが、個別の行政実体法を解釈するに当たり、立法者の意思に基づいて定められた法文の文理が手がかりになることは、法の解釈である以上当然のことであり、当該法令の趣旨及び目的を判断する上でも、下位法令を含めて根拠法令の規定の文言が非常に大事なものであることは当然である（座談会「新行政事件訴訟法の解説」・判例タイムズ1147号24ページ・市村発言。）。

4 原告適格に関する裁判例

以下、原告適格が問題となった主な裁判例を次に掲げる。

(1) 地域住民又は近隣住民等

以下において、一般論として、当該処分につき地域住民又は近隣住民等に原告適格が認められることがあるとした裁判例を原告適格肯定例として掲げ、地域住民又は近隣住民等には原告適格が認められることはないとした裁判例を原告適格否定例として掲げる。

[原告適格肯定例]

- ① 航空法100条に基づく定期航空運送事業免許処分（新潟空港訴訟、最高裁平成元年2月17日第二小法廷判決・民集43巻2号56ページ、訟務月報35巻6号1095ページ、判例時報1413号27ページ）は、「当該免許に係る路線を航行する航空機の騒音によって社会通念上著しい障害を受けることとなる者は、当該免許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」と判示
- ② 核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律23条に基づく原子炉設置許可処分（もんじゅ行政訴訟（無効確認訴訟）、最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決・民集46巻6号571ページ、訟務月報39巻6号1073ページ、判例時報1437号29ページ）
設置許可に係る原子炉施設の周辺に居住し、原子炉事故等がもたらす災害により生命、身体等の安全等に直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民につき肯定。当該事件では、設置許可に係る電気出力28万キロワットの原子炉（高速増殖炉）施設から約29キロメートルないし約58キロメートルの範囲内の地域に居住している住民につき肯定
- ③ 都市計画法29条に基づく開発許可処分（最高裁平成9年1月28日第三小法廷判決・民集51巻1号250ページ、訟務月報44巻8号1292ページ、判例時報1592号34ページ）は、都市計画法（平成4年法律第82号による改正前のもの）33条1項7号に関し、開発区域内の土地のかけ崩れ等により生命、身体等に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につき、原告適格を肯定した。なお、当該事件については、原告らの原告適格の有無を判断するため、第一審裁判所に差し戻された

が、当該差し戻後第一審（横浜地裁平成11年4月28日判決・判例地方自治191号97ページ）において確定した。）

- ④ 森林法（平成11年法律第87号による改正前のもの）10条の2に基づく開発行為許可処分（最高裁平成13年3月13日第三小法廷判決・民集55巻2号283ページ、判例時報1747号81ページ、判例タイムズ1060号148ページ。当該事件については、開発行為により土砂の流出又は崩壊・水害等の災害による被害が直接的に及ぶことが想定される範囲の地域に居住する住民の原告適格を肯定し、その周辺の土地の所有権等の財産権を有する者及び良好な環境の保全に関する権利を侵害すると主張する者の原告適格を否定した。）
- ⑤ 建築基準法59条の2に基づく容積率等の緩和の許可処分（最高裁平成14年1月22日第三小法廷判決・民集56巻1号46ページ、判例時報1781号82ページ、最高裁平成14年3月28日第一小法廷判決・民集56巻3号613ページ、判例時報1781号90ページ）
- ⑥ 都市計画法59条に基づく都市計画事業認可処分（小田急事件、最高裁平成17年12月7日大法廷判決・裁判所時報1401号2ページ。なお、次の要旨中の東京都環境影響評価条例における「関係地域」の定義がその後改正により変更されていることに注意を要する。）
都市計画法に基づく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（この点についての原告適格を否定していた最高裁平成11年11月25日第一小法廷判決・裁判集民事195号387ページ、判例時報1698号66ページを判例変更した。）。

鉄道事業の連続立体交差化を内容とする都市計画事業認可につき、東京都環境影響評価条例（平成10年条例第107号による改正前のもの）に基づいて定められた「関係地域」内に居住している者は、その住所地と

同事業の事業地との距離関係や、同条例にいう「関係地域」の意義を考慮すれば、同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に当たると認められるから、同事業の認可の取消しを求める原告適格を有する。

鉄道の連続立体交差化に当たり付属街路を設置することを内容とする都市計画事業認可については、事業地の周辺に居住する住民は、その実施により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があるとはいえないから、付属街路事業の事業地内の不動産につき権利を有する者が当該事業の認可の取消しを求める原告適格を有するほかには、同事業の認可の取消しを求める原告適格を有しない。

- ⑦ 建築基準法6条に基づく建築確認処分（東京高裁昭和59年4月16日判決・行裁例集35巻4号517ページ、判例地方自治10号88ページ）
- ⑧ 河川法23条、24条に基づく各水利使用許可処分（名古屋高裁平成8年9月25日判決・行裁例集47巻9号849ページ、訟務月報43巻12号3282ページ）
- ⑨ 航空法38条に基づく飛行場等の設置許可処分（静岡空港訴訟、静岡地裁平成12年12月22日判決・訟務月報48巻9号2167ページ。東京高裁平成14年9月26日判決及び最高裁平成16年3月11日第一小法廷判決で維持（いずれも公刊物未登載））

飛行場の敷地部分の土地又は制限区域内の土地についてその所有権を有する者の原告適格を肯定

- ⑩ 核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律23条に基づく原子炉設置許可処分（東海第二原発訴訟、東京高裁平成13年7月4日判決・訟務月報49巻3号911ページ、判例時報1754号35ページ、判例タイムズ1063号79ページ。最高裁平成16年11月2日第三小法廷判決で維持）
- 原審口頭弁論終結時には施設から20キロメートル以内に居住していたが、その後約100キロメートル余り離れたところに転居した1審原告について否定

- ⑪ 核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律13条に基づく核燃料物質の加工事業許可処分（六ヶ所ウラン濃縮訴訟、青森地裁所平成14年3月15日判決（控訴）・判例タイムズ1102号79ページ）

核燃料物質の加工事業において、安全審査に過誤、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範囲の住民につき肯定。その範囲については、原告らの居住する地域と本件施設の位置との距離関係を中心として、社会通念に照らし合理的に判断すべきであるとして、原告らのうち施設所在地（六ヶ所村）及び隣接する横浜町に居住する14名のみにについて肯定

[原告適格否定例]

- ① 農地法5条に基づく転用許可処分（最高裁昭和58年9月6日第三小法廷判決・訟務月報30巻3号529ページ、判例時報1094号21ページ）
- ② 公有水面埋立法（昭和48年法律第84号による改正前のもの）2条に基づく埋立免許及び同法22条に基づく埋立工事の竣功認可（最高裁昭和60年12月17日第三小法廷判決・裁判集民事146号323ページ、訟務月報32巻9号2111ページ、判例時報1179号56ページ）
- ③ 里道の建設省所管国有財産取扱規則17条に基づく用途廃止処分（最高裁昭和62年11月24日第三小法廷判決・裁判集民事152号247ページ、訟務月報34巻4号700ページ、判例時報1284号56ページ。当該里道が原告に個別的具体的な利益をもたらして、その用途廃止により原告の生活に著しい支障が生ずる特段の事情は認められないとして、当該原告につき原告適格を否定した。）
- ④ 消防法11条1項に基づく移送取扱所設置許可処分（最高裁平成5年11月12日第二小法廷判決・訟務月報41巻3号345ページ）
- ⑤ 都市計画法43条1項6号ロに基づく既存宅地確認処分（最高裁平成9年4月25日第二小法廷判決（判例集未登載）は、予定建築物の近隣住民の無効確認訴訟の原告適格を否定した原判決（大阪高裁平成8年10月25日判決・訟務月報43巻4号1225ページ）を維持した。）

- ⑥ 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律3条1項に基づくパチンコ屋の営業許可（最高裁平成10年12月17日第一小法廷判決・民集52巻9号1812ページ、判例時報1663号82ページ）
- ⑦ 都市再開発法11条1項に基づく市街地再開発組合の設立認可（東京高裁昭和58年11月16日判決・行裁例集34巻11号1992ページ・判例地方自治4号126ページ）
- ⑧ 土地収用法20条に基づく建設大臣の事業認定及び公共用地の取得に関する特別措置法2条に基づく特定公共事業の認定（東京高裁平成4年10月23日判決・行裁例集43巻10号1275ページ、訟務月報39巻7号1345ページ、判例時報1440号46ページ）
- ⑨ 都市計画法29条に基づく開発許可処分（東京高裁平成5年9月30日判決・訟務月報41巻3号331ページ（原告適格を基礎づける根拠として、大気汚染、土壌汚染、煤煙、悪臭、騒音被害、交通上の被害が主張された事例））
- ⑩ 建築基準法42条2項に基づくみなし道路の指定（東京高裁平成14年10月31日判決・公刊物未登載）
基準時（法施行時）において現に存在する建築物の所有者等の原告適格を肯定するが、法43条1項の要件を充足する敷地上の建築物の周辺住民の原告適格は否定した。
- ⑪ 宅地造成等規制法8条の宅地造成許可（横浜地裁昭和59年4月25日判決・判例地方自治6号114ページ）
- ⑫ 航空法96条による航空交通の指示（東京地裁平成4年3月18日判決・行裁例集43巻3号418ページ、訟務月報38巻8号1511ページ、判例時報1413号27ページ）
- ⑬ 鉄道事業法28条1項に基づく鉄道事業の一部廃止許可処分（東京地裁平成10年5月13日判決・訟務月報44巻12号2184ページ）

(2) 一般消費者

[原告適格否定例]

- ① 不当景品類及び不当表示防止法10条1項に基づき公正取引委員会がした公正競争規約の認定の取消しを求めた一般消費者（最高裁昭和53年3月14日第三小法廷判決・民集32巻2号211ページ、判例時報880号3ページ・前掲ジュース表示訴訟）
- ② 地方鉄道法21条に基づく特急料金変更認可処分の取消しを求めた当該鉄道の利用者（最高裁平成元年4月13日第一小法廷判決・裁判集民事156号499ページ、訟務月報35巻9号1793ページ、判例時報1313号121ページ）

(3) 競業者・競願者

[原告適格肯定例]

- ① 第三者に対する公衆浴場法2条に基づく公衆浴場営業許可処分の取消しを求めた既存の公衆浴場営業者（最高裁昭和37年1月19日第二小法廷判決・民集16巻1号57ページ、訟務月報8巻2号333ページ、判例時報290号6ページ）
- ② 競願者に対する電波法8条に基づく免許処分の取消しを求めた放送局の開設について同一周波数をめぐって競願関係にある者（最高裁昭和43年12月24日第三小法廷判決・民集22巻13号3254ページ、訟務月報15巻1号42ページ、判例時報542号28ページ）

[原告適格否定例]

- 第三者に対する質屋営業法2条に基づく質屋営業許可処分の取消しを求めた既存の質屋営業者（最高裁昭和34年8月18日第三小法廷判決・民集13巻10号1286ページ）

(4) 当該処分の名宛人と特殊の関係を有する第三者

[原告適格肯定例]

- ① 文部大臣が教科書とすべき図書の発行者に対してした教科書の検定不合格処分の取消しを求めた右図書の著作者（最高裁昭和57年4月8日第一小法廷判決・民集36巻4号594ページ、訟務月報28巻11号2184ページ、判例時報1040号3ページ）

- ② 国税の滞納処分として行った債権の差押処分における第三債務者（東京地裁平成12年12月21日判決・判例時報1735号52ページ）

(5) 行政文書に情報を記録されている者

〔原告適格否定例〕

- 那覇市情報公開条例の実施機関である那覇市長が、条例に基づく開示請求に対し、海上自衛隊司令部庁舎の建築工事計画通知書及びその添付図面を公開する旨の決定をしたとして、当該決定の取消しを求めた国（ASWOC訴訟、最高裁平成13年7月13日第二小法廷判決・訟務月報48巻8号2014ページ、判例地方自治223号22ページ。本件の一審那覇地裁平成7年3月28日判決（訟務月報42巻9号2189ページ、判例時報1547号22ページ）及び二審福岡高裁那覇支部平成8年9月24日判決（訟務月報44巻7号1103ページ、判例時報1581号30ページ）は、本件取消訴訟は裁判所法3条の「法律上の争訟」に当たらないとしていたが、最高裁は、「法律上の争訟」に当たるとした上で、同条例は国の主張に係る利益を個別の利益として保護する趣旨を含まないとして、原告適格を否定した。）

(6) その他

〔原告適格否定例〕

- 静岡県教育委員会が文化財保護法に基づく静岡県文化財保護条例により行った指定史跡の指定解除処分について、当該処分の取消しを求めた当該史跡の学術研究者（最高裁平成元年6月20日第三小法廷判決・判例時報1334号201ページ、判例タイムズ715号84ページ）

5 原告適格の判断の基礎となる事実関係の主張立証責任

原告適格は、当事者に取消訴訟制度を利用することを許容するための要件であり、公益的意義を有するから、裁判所は、その存否について職権で調査をすべきであるが、その判断の基礎となる資料の収集については、弁論主義の適用があり、原告は、自己の原告適格を基礎づける事実を主張、立証すべ

きである。

6 裁決の取消しを求める訴えの原告適格

行審法に基づく審査請求をしたが、審査請求適格がないとしてこれを却下された審査請求人が、当該裁決の取消しを求める法律上の利益を有するかにについては、最高裁判所平成8年12月6日第二小法廷判決は、これを積極的に解した原審（東京高裁平成6年8月8日判決・行裁例集45巻8・9号1696ページ、訟務月報41巻12号3041ページ）の判断を維持した。すなわち、原告は、当該裁決の名宛人であり、当該裁決が取り消されれば原処分について行政庁の実体審査を求めることができるのであるから、当該裁決の取消しを求める法律上の利益（原告適格）を有するのであり、裁決の取消訴訟は、原告の審査請求適格の存否を本案とするものであるから、原告に審査請求適格が認められなければ、請求棄却の本案判決をすべきであるというのである。

第7 狭義の訴えの利益

1 狭義の訴えの利益の意義

「訴えの利益」というとき、広義では、前述の原告適格の問題と狭義の訴えの利益の問題とを含む。

訴訟制度を利用するためには、それを利用する正当な利益ないし必要性が要求されるのは制度上当然のことであり、このような利益ないし必要性がなければ訴訟を提起してこれを維持する意味はないことになる。上記のような利益ないし必要性を訴えの利益（広義）という。そのうち、原告適格は、当該原告が訴訟を進行する正当な資格を有するかどうかという特定の原告の主観的な側面からみた利益の問題であるのに対し、狭義の訴えの利益は、取消しの求められている処分を取り巻く周囲の具体的な状況という側面からみて当該訴訟を維持、進行する法律上の利益があるかどうかという問題である。

取消訴訟は、違法な行政処分の法的効果により自己の権利利益を侵害されている者が、その法的効果を除去することによって、その法的利益を回復することを目的とする訴訟である。したがって、その狭義の訴えの利益（以下、特に断らない限り、「訴えの利益」というときは狭義の訴えの利益を指すこととする。）は、当該行政処分が有効なものとして存在することから生じている法的効果を除去することにより、法的利益が回復されるかどうか、という観点から検討すべきである。

行政処分の法的効果が失われれば、通常は、取消判決によって除去すべき対象がなくなるのであり、訴えの利益は否定される（もっとも、この場合、法的利益が回復されていることもあれば、実質的に回復すべき利益が消滅していることもある。）。しかし、行政処分は、その本来的な法的効果以外にも、派生的又は付随的な法的効果を付与されていることがある。例えば、自動車運転免許の効力停止処分は、一定期間運転免許の効力を停止するという本来

的な法的効果を有するが、それ以外にも、上記の停止期間経過後、一定期間は当該効力停止処分のされたことが将来の処分の加重原因となるという派生的又は付随的な法的効果を有する。このように、本来的な法的効果がなくなった後においても、派生的又は付随的な法的効果が存在しており、当該行政処分を取り消す（この派生的又は付随的な法的効果を除去する）ことによって回復すべき法的利益が認められる場合には、訴えの利益は失われないといふべきである。行訴法9条1項括弧書きはこのことを明らかにしている。

一方、処分の名宛人以外の者に取消訴訟の原告適格を認めるときは、行政処分が本来的な法的効果をなお有していても、当該原告にとってはこれを除去することによって回復される法的利益、すなわち、原告適格の根拠となった処分の根拠法規が個別的利益としても保護しているといえる具体的利益が存しなくなっている場合が考えられる。このような場合には、訴えの利益は否定される。後掲2(6)（122ページ参照）の裁判例はそのようなものと解することができる。

2 訴えの利益が否定された事例

訴えの利益の存否が問題とされ、これが否定された裁判例は、次のような類型に分けると理解に便宜である。

(1) 処分が取り消された場合

処分が処分庁や上級行政庁によって取り消された場合には、判決で取り消された場合と同様に、最初から当該処分がなかった状態に復帰することになるから、その取消しを求める訴えの利益も当然失われる。

- ① 農地買収計画の無効確認訴訟において、処分庁により右計画が取り消された場合（最高裁昭和36年4月21日第二小法廷判決・民集15巻4号850ページ、判例時報266号16ページ）
- ② 所得税の更正処分に対する取消訴訟において、増額の再更正処分がされた場合（最高裁昭和55年11月20日第一小法廷判決・裁判集民事131号135ページ、訟務月報27巻3号597ページ、判例時報1001号31ページ。た

だし、当初の更正処分は増額更正処分に吸収されてその外形が消滅するという理由によると解される。)

(2) 法令が改廃された場合

法令が改廃されて、処分の前提となる制度が廃止又は変更され、訴訟を追行する意味がなくなった場合、訴えの利益は消滅する。

① 保険医指定取消処分の取消訴訟の係属中に、保険医指定制度が廃止された場合（最高裁昭和41年11月15日第三小法廷判決・民集20巻9号1792ページ、訟務月報13巻2号198ページ、判例時報468号3ページ）

② 教科書の検定不合格処分の取消訴訟提起後に、学習指導要領の改正があった場合（最高裁昭和57年4月8日第一小法廷判決・民集36巻4号594ページ、訟務月報28巻11号2184ページ、判例時報1040号3ページ）

(3) 期間の経過により処分の法的効果が失われた場合

一定期間の経過によって処分の法的効果が失われた場合には、なお回復すべき利益が特に存在している場合を除き、当該処分の取消しを求める訴えの利益は消滅する。

① 自動車運転免許の効力停止処分を受けた者が、停止期間を経過した後、無違反、無処分で1年間経過した場合（最高裁昭和55年11月25日第三小法廷判決・民集34巻6号781ページ、訟務月報27巻2号352ページ、判例時報987号28ページ。この場合は、効力停止処分を理由に不利益な取扱いを受ける法令の規定はないことを理由とする。）

② 医業停止処分を受けた者が、停止期間を経過した場合（最高裁昭和56年12月18日第二小法廷判決・裁判集民事134号599ページ）

(4) 実質的に回復すべき利益又は目的が消滅した場合

行政処分が執行され、その執行も終了したことなどにより、実質的に回復すべき利益又は目的が消滅した場合も、訴えの利益は消滅する。

① 違反建築物の除却命令及び代執行令書発付処分の取消訴訟において、当該違反建築物について代執行による除却工事が完了した場合（最高裁昭和48年3月6日第三小法廷判決・裁判集民事108号387ページ）

② 在監者に対する懲罰処分の取消訴訟において、既に当該処分の執行が終了した場合（最高裁昭和50年10月9日第一小法廷判決・訟務月報21巻11号2238ページ）

③ 難民不認定処分を受けた者が退去強制令書の執行により本邦から出国した場合（最高裁平成8年7月12日第二小法廷判決・訟務月報43巻9号2332ページ、判例時報1584号100ページ）

④ 再入国の許可申請に対する不許可処分を受けた者が再入国の許可を受けないまま本邦から出国した場合（最高裁平成10年4月10日第二小法廷判決・民集52巻3号677ページ、訟務月報45巻5号999ページ、判例時報1638号63ページ）

(5) 工事が完了した場合

処分に関する工事が完了した場合、その処分の性質から処分の法的効果が消滅したとみるべきこと等から、訴えの利益が消滅するとされることがある。

① 建築確認処分の取消訴訟において、確認を受けた建物の建築工事が完了した場合（最高裁昭和59年10月26日第二小法廷判決・民集38巻10号1169ページ、判例時報1136号53ページ）

② 都市計画法29条に基づく開発許可処分の取消訴訟において、許可に係る開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた場合（最高裁平成5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号4955ページ、訟務月報41巻3号303ページ、判例時報1514号62ページ）

③ 都市計画法附則4項に基づく開発行為の許可処分及び森林法10条の2第1項に基づく開発行為の許可処分の取消訴訟において、開発許可に係る工事が完了し、検査済証の交付もされた場合（最高裁平成7年11月9日第一小法廷判決・訟務月報43巻9号2259ページ、判例時報1551号64ページ）

④ 建築基準法施行令（平成5年施行令第170号による改正前のもの）131条の2第2項に基づく認定処分の取消訴訟において、都市計画道路が完

成して供用が開始された場合（最高裁平成14年3月28日第一小法廷判決・民集56巻3号613ページ、判例時報1781号90ページ）

(6) 権利利益の侵害が解消された場合

権利利益の侵害が代替施設等の設置によって解消された場合には、当該処分取消しを求める訴えの利益は消滅する。

周辺住民による保安林指定解除処分の取消訴訟において、当該処分後、代替施設が設置された場合（最高裁昭和57年9月9日第一小法廷判決・民集36巻9号1679ページ・訟務月報29巻3号411ページ、判例時報1054号16ページ）

3 訴えの利益が肯定された事例

訴えの利益が問題となり、これが肯定された主要な裁判例として、次のものがある。

- ① 免職処分の取消訴訟において、免職処分を受けた公務員が当該訴訟中に公職の選挙に立候補したことによりその届出の日に公務員の職を辞したとみなされる場合でも、免職処分が取り消されない限り、その免職期間中の給料請求権を行使することができないから、その取消訴訟の利益は失われない（最高裁昭和40年4月28日大法廷判決・民集19巻3号721ページ、訟務月報11巻6号906ページ、判例時報406号12ページ）
- ② 弁護士に対する懲戒に係る裁決の取消訴訟において、業務停止処分を受けた弁護士が、業務停止期間経過後においても、日本弁護士連合会会規により同会会長選挙における被選挙権を有しない場合には、当該業務処分に係る裁決の取消しを求める利益を有する（最高裁昭和58年4月5日第三小法廷判決・裁判集民事138号493ページ、判例時報1077号50ページ）
- ③ 土地改良法96条の2第1項に基づく土地改良事業の施行認可の取消訴訟において、訴訟係属中に事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、原状回復が社会通念上不可能な場合であっても、当該土地改良事業の施行認可の取消しを求める訴えの利益は消滅しない（最高裁平成4年

1月24日第二小法廷判決・民集46巻1号54ページ、訟務月報38巻7号1300ページ、判例時報1425号53ページ）

- ④ 公文書の非公開決定の取消訴訟において、当該文書が審証として提出された場合であっても、所定の手続により公文書を閲覧すること等を求める法律上の利益を有するから、当該文書の非公開決定の取消しを求める訴えの利益は消滅しない（最高裁平成14年2月28日・民集56巻2号467ページ、判例時報1782号3ページ）

4 裁決の取消しを求める訴えの利益

原処分の取消しを求める訴えの利益が消滅した場合には、この原処分に関する審査請求を棄却又は却下した裁決の取消しを求める訴えの利益も消滅する。なぜならば、審査請求は、原処分が違法又は不当であるとしてその取消しを求めるものであるから、裁決の取消しを求める訴えの目的も、究極的には原処分の取消しを求めることにありと解される。したがって、原処分を取り消すことについて実益がなくなった以上、裁決の取消しを求める実益もなくなったとみるべきであるからである。

この点について、最高裁平成5年9月10日第二小法廷判決（民集47巻7号4955ページ、訟務月報41巻3号303ページ、判例時報1514号62ページ）は、都市計画法29条に基づく開発許可等について、その取消しを求める訴えの利益が消滅したことを理由に、当該開発許可等に係る審査請求を棄却又は却下した裁決の取消しを求める訴えは、その利益がなく、不適法であるとした原審の判断を是認したが、この判決も、上記のような考え方に立つものと解される。

原処分の取消しの訴えとこれを維持した裁決の取消しの訴えとが併合提起された場合に、原処分の取消しの訴えにおいて原処分の取消判決がされたときには、裁決の取消しの訴えは訴えの利益を欠き、却下される。これに対し、原処分の取消しの訴えにおいて原処分は適法であるとして請求棄却判決がされた場合には、裁決が取り消されれば、原告は原処分について改めて審査を

第7 狭義の訴えの利益

受ける利益があるから、裁決の取消しの訴えの利益は失われない（中込ほか200ページ）。

2 非申請型の義務付けの訴えの要件

第8 義務付けの訴え

1 義務付けの訴えの類型

行訴法が定める義務付けの訴えは、一定の要件の下において、行政庁が処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める抗告訴訟であり、以下の(1)及び(2)の2類型に大別され（行訴法3条6項）、(2)はさらに二つの場合に区別されて、各類型ないし場合ごとに要件が定められている。

(1) 非申請型

行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（(2)に掲げる場合を除く。行訴法3条6項1号）

(2) 申請型

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（同項2号）

申請型の義務付けの訴えは、さらに、申請に対する行政庁の対応が不作為の場合（行訴法37条の3第1項1号）と拒否処分の場合（同項2号）の二つに区別される。

2 非申請型の義務付けの訴えの要件

(1) 訴訟要件

ア 訴訟類型に関する要件

ア 当該処分を行う権限が行政庁にあること

行政庁に当該処分をする権限がなければ、当該処分を「すべきである」（行訴法3条6項1号）ということもできないから、当該処分を行う権限が行政庁にあることが当然の前提となる。

また、このような場合には、後記イの原告適格ないしは狭義の訴え

の利益がないということもできるであろう。

(イ) 処分性

義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるものであるから（同項同号）、義務付けを求める行政庁の行為に処分性が認められることが当然の前提となる。

イ 原告適格に関する要件

提訴した者が、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき、法律上の利益を有する者であること（行訴法37条の2第3項）。

非申請型の義務付けの訴えにおいては、申請権を有するか否かで原告適格を有する者を画することはできず、原告適格が認められる者の範囲を合理的な範囲にとどめる必要がある。第三者に対する行政庁の規制権限の発動を求める訴えの場合については、行政庁が当該第三者に対してした処分の取消訴訟と同様の利害状況になると考えられる。こうした点から、取消訴訟と同様の趣旨で、「行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」に限り原告適格を認めることが合理的と考えられ、原告適格の要件が規定されたものである。

その際の考慮事項について、原告適格に係る行訴法9条2項が準用される（行訴法37条の2第4項）。

ウ 救済の必要性に関する要件

法令上、申請権がない者が一定の処分を求めることはその分野の行政実体法が予定していないことであって、非申請型の義務付けの訴えは例外的な救済方法であることから、救済の必要性が高い場合に限り提起することができる趣旨で以下の各要件が定められた（小林・行訴法156ページ）。

(ア) 損害の重大性

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ること（行訴法37条の2第1項）

裁判所は、「重大な損害」を生ずるか否かを判断するに当たっては、

損害の回復の困難の程度を考慮すべきことを定めるとともに、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質を勘案すべきものとされる（同条第2項）。

この「重大な損害」の要件は、改正行訴法25条2項が規定する執行停止の要件である「重大な損害」と同旨のものであり、この要件の解釈に当たっては、同条項の改正の趣旨等が参考となろう。

(イ) 補充性

損害を避けるため他に適当な方法がないこと（行訴法37条の2第1項）

a 趣旨

非申請型の義務付けの訴えが例外的な救済方法である以上、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っても、その損害を避けるために他に適当な方法が制度として保障されているのであれば、あえて行政実体法の予定していない救済手段である義務付けの訴えを認める必要はない。

この要件に該当するかどうかについては、救済の必要性の観点から、個別の事案に応じて判断されるべきものである。事実上又は法律上他に救済を求める方法があり得るとしても、その相手方の選択やその方法についての法令上の根拠の有無、要件、効果の違いなどを踏まえ、権利救済の実効的救済の観点から、その方法が、義務付けの訴えとの対比において「適切な」方法であるか否かという観点から判断すべきである。税額の減額を求める更正の請求の制度（国税通則法23条、地方税法20条の9の3等）がある場合に更正の請求をしないで（職権による）更正処分の義務付けを求める場合のように、損害を避ける方策が個別法で特別に法定されている場合に、当該方策を採らずに義務付けを求める場合などは、この補充性の要件を欠くことが明らかである。

b 民事上の請求と補充性の要件

一方、損害を生じさせ又は生じさせるおそれのある直接の原因が行政庁以外の第三者の行為にあるため、その第三者に対して直接民事上の請求をすることによってある程度の権利救済を図ることが可能であるという場合であっても、直ちにそのことだけで一般的に「他に適当な方法」があるとして義務付けの訴えによる救済が排除されるということにはならないとされている（小林・行訴法74、162ないし165ページ）。

しかし、そうはいつでも、およそ民事上の請求は、「他の適当な方法」に当たらないという根拠もないというべきであり、このことは、既に、第三者に対して提起した妨害排除請求訴訟について認容された確定判決を得ているにもかかわらず、同じ内容の是正措置処分義務付けを求める訴えが提起された場合を想定すれば明らかである。民事上の請求が「他の適当な請求」に当たるか否かについても、その相手方の選択や、その方法についての法令上の根拠の有無、要件、効果の違いなどを踏まえ、国や公共団体を被告とする義務付けの訴えと対比しても、権利利益の実効的な救済を図れるものといえるか否かを検討すべきである。

すなわち、①民事上の請求権が法令上の根拠を有するなど法的権利として確立されたものであり、民事上の請求が認容されるための要件は、義務付けの訴えが認容されるための要件と対比して同じかより緩やかであること、かつ、②民事上の請求により実現できる効果は、義務付けの訴えにより得られる効果と対比して同じかより大きいことが認められる場合には、当該民事上の請求は、「他に適当な方法」に該当するものと考えられる。

(2) 本案要件

行政庁がその処分をすべきであることが、その処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分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（一義性

の要件。行訴法37条の2第5項）

ア 趣旨

これは、改正前行訴法下の無名抗告訴訟としての義務付け訴訟又は差止訴訟の要件として「一義的明白性」と呼ばれていたものを（前記第2の1(6)参照）、本案要件として法定したものであり、申請型の義務付けの訴えや差止めの訴えについても、同様の定めが置かれている（行訴法37条の3第5項、37条の4第5項）。

前段は羈束処分、すなわち、義務付けの訴えによって求められている処分が、その要件の認定、手続の選択、行為の選択等について、その処分の根拠となる法令により羈束されている場合について、後段は裁量処分の場合について定めるものである。

イ 羈束性説と一見明白性説

前段をみると「明らかである」という文言が入っているが、前段の趣旨については、当該処分について、行政庁の裁量の余地がないため、法令の規定に事実を当てはめることによって明白かつ当然に処分をすべきであると認められる場合であると説明されている（小林・行訴法166ページ）。これを単に法拘束の一義性をいうにすぎないとみるか（羈束性説）、法拘束の一見明白性とみるか（一见明白性説）は、必ずしも明らかでない（塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」・新・実務民訴講座9巻134ページは、無名抗告訴訟時代において2通りの見方があり得たことを指摘する。）。

行政庁がいまだ第一次的判断権の行使をしていない段階において差止判決や義務付け判決をし、司法が行政に一定の行政上の作為、不作為義務を課することが正当化されるとすれば、その作為、不作為が単に違法と判断されるだけでは足りず、その違法が一見して明らかであることが求められ（一见明白性説）、この点は現行の行訴法下においても同様と解する余地もある。塩野宏・行政法Ⅱ第4版219ページは、現行法下において一见明白性は求められていないとするようであるが、なお検討を要

するところである。

一見明白性説に立った場合、裁量処分の義務付け判決をするためには、当該裁量処分が裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると明らかに認められる必要があろう。

ウ 判断基準時

本案要件は、義務付け判決をするための要件とされていることからすると、事実審の口頭弁論終結の時点において、本案要件を満たしていると認められる必要がある（小林・行訴法166ページ）。

3 申請型の義務付けの訴えの要件

(1) 訴訟要件

ア 訴訟類型に関する要件

㉞ 申請権等に基づいて、一定の処分又は裁決を求める申請又は審査請求がされたこと

申請型の義務付けの訴えは、申請権等に基づいて申請等がされなければ、当該処分等を「すべきである」（行訴法3条6項1号）ということもできないから、そもそも申請権がない場合はもちろん、申請権はあっても申請等もされない段階において、申請型の義務付けの訴えが提起された場合には、およそ不適法というべきである（非申請型の義務付けの訴えとしても許容されるべきではない。）。法令等に基づく申請等をしていない者は、後記のとおり原告適格が認められないが、そもそも改正行訴法に定められた義務付けの訴えの定義に照らし、義務付けの訴えとはなり得ないものである。

(イ) 処分性が認められること

申請型の義務付けの訴えも、行政庁が一定の処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求めるものであるから（同項2号）、義務付けを求める行政庁の行為に処分性（行訴法3条2項）ないし裁決性（同条3項）が認められることが当然の前提となる。

イ 原告適格に関する要件

申請型の義務付けの訴えは、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をした者に限り、提起することができる（行訴法37条の3第2項）。

これは、申請型の義務付けの訴えは、行政実体法上、申請権を有する者に限って許容されるものであることを明らかにしている。

ウ 救済の必要性に関する要件

㉞ 不作為の場合

当該法令に基づく申請又は審査請求に対し相当の期間内に何らの処分又は裁決がされないこと（行訴法37条の3第1項1号）

(イ) 拒否処分の場合

当該法令に基づく申請又は審査請求を却下し又は棄却する旨の処分又は裁決がされた場合において、当該処分又は裁決が取り消されるべきものであり、又は無効若しくは不存在であること（同項2号）

申請型の義務付けの訴えは、非申請型の義務付けの訴えの場合とは異なり、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、これに対し、行政庁において適法な応答をすべき義務があるにもかかわらず、その申請又は審査請求が違法に放置され又は拒否されている場合を前提としていることから、上記の違法に放置され又は拒否されているという事実があれば、それだけで救済の必要性があると認めることができる。

したがって、後記エのとおり併合提起される不作為の違法確認の訴え、取消訴訟又は無効確認訴訟が認容されない場合には、当該義務付けの訴えは不適法となる（市村陽典「行政事件訴訟法の改正と訴訟実務」法律のひろば57巻10号27ページ）。

エ 取消訴訟等との併合提起の必要性に関する要件

㉞ 不作為の場合

処分又は裁決にかかる不作為の違法確認の訴えを併合提起している

こと（行訴法37条の3第3項1号）

(イ) 拒否処分の場合

処分又は裁決にかかる取消訴訟又は無効等確認の訴えを併合提起していること（同項2号）

この要件は、救済の必要性に関する要件の存在を訴訟上明らかにするという観点から設けられたものであり（小林・行訴法170ページ参照）、これらの訴えの判断と義務付けの訴えの判断が直接関係するため、後記のとおり、その弁論及び裁判は、原則として分離しないで行なければならないとされた（同条4項）。

「併合して提起しなければならない」とは、既に取消訴訟等が提起されて係属している場合に、義務付けの訴えを事後的に追加併合して提起することも許される趣旨である（行訴法19条1項）。もっとも、取消訴訟が出訴期間を経過して提起された場合など不適法なときは、適法な取消訴訟と併合して提起されたことにならず、義務付けの訴えは不適法な訴えとして却下すべきこととなる。不作為の違法確認の訴えを義務付けの訴えに併合提起したが、その係属中に行政庁が処分又は裁決をした場合、不作為の違法確認の訴えは、訴えの利益が消滅するが、原告は、訴えの変更として、当該処分又は裁決の違法を主張して取消訴訟又は無効等確認の訴えを追加提起することができ、このような訴えの変更がされた場合には、義務付けの訴えと取消訴訟又は無効等確認の訴えが併合して提起されたものとして取り扱うことができる（小林・行訴法79, 172, 173ページ）。

なお、高裁係属中の申請拒否処分の取消訴訟において、一番原告が行訴法19条に基づき申請型の義務付けの訴えの追加的併合の申立てをしても、一番被告の同意を得なければ追加的併合は許されない（行訴法19条1項後段、16条2項）。

- オ 行政庁が一定の裁決をすべき旨を命ずることを求める場合の限定
行政庁が一定の「裁決」をすべき旨を命ずることを求める義務付けの

訴えは、処分についての審査請求がされた場合において、当該原処分に係る処分の取消しの訴え又は無効等確認の訴えを提起することができない場合に限り提起することができる（行訴法37条の3第7項）。

不利益処分に対して審査請求をした場合であっても、原処分について、取消訴訟又は無効等確認の訴えを提起することができるときは、審査請求に対する裁決をすべき旨を命ずる義務付けの訴えを提起する必要性がなく、また、利益処分を求める申請を拒否した処分に対する審査請求をした場合も、取消訴訟又は無効等確認の訴えを提起することができるのは、これに併合して利益処分の義務付けの訴えを提起することができるので、この場合も審査請求に対する裁決をすべき旨を命ずる義務付けの訴えを提起する必要性はない。そこで、このような処分の義務付けの訴えに対する裁決の義務付けの訴えの補充性を明らかにする趣旨で同項を規定し、行政庁が一定の裁決をすべき旨を命ずることを求める義務付けの訴えは、当該裁決に係る原処分について処分の取消しの訴え又は無効確認の訴えを提起することができない場合、要するに裁決主義がとられている場合に限り、提起できるとされた（小林・行訴法81, 82, 168, 176, 177ページ）。

(2) 本案要件

併合提起した不作為の違法確認の訴え又は取消訴訟若しくは無効等確認の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（一義性の要件。行訴法37条の3第5項）

この要件の位置付け等については、前記2(2)のとおりである。

4 義務付け判決の効力

(1) 形成力

前記第2の1(6)のとおり、義務付けの訴えを形成訴訟と解した場合、義務付け判決が確定すると、行政庁において処分又は裁決をすべき義務を創設する形成力が生ずることになる。

(2) 既判力

義務付けの訴えに係る請求を棄却する判決、形成力を有する義務付け判決が確定すると、既判力が生ずることは、通常民事事件の確定判決と同様である。

(3) 拘束力

請求を認容する義務付け判決には、処分又は裁決をすべき行政庁その他の関係行政庁を拘束する効力があるから（行訴法38条1項、33条1項）、認容判決の場合、行政庁は、判決の趣旨を十分に尊重し、その事件について、裁判所の判決の内容を遵守する義務を負う。

(4) 第三者効はないこと

一方、第三者に対する判決の効力についての行訴法32条は準用されていないから（行訴法38条1項）、義務付けの訴えの判決は、第三者に対しては、効力を有するものではない。したがって、例えば、第三者に対する行政庁の規制権限の発動としての処分をすべき旨を命ずる義務付け判決がされ、行政庁がその判決の趣旨に従って処分をした場合、その第三者は、当該処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することができ、その場合、裁判所は、義務付けの訴えの判決があるという理由のみで処分が適法であるという判断をすることはできず、当該取消訴訟における当事者の主張立証に基づいて、改めて処分の適法性を判断することとなる。このような事態を避けるため、第三者を前訴の審理に関与させる方法としては、訴訟告知（民訴法53条）、補助参加（民訴法42条）あるいは行訴法22条による第三者の訴訟参加が考えられ、これらによる参加的効力により、義務付け判決が

第三者に対しても効力を有することとなる場合、義務付けの訴えにおいて主張することができた違法事由を取消訴訟において主張することは、義務付け判決の効力により許されない（小林・行訴法182ページ）。

(5) 執行力はないこと

義務付け判決に執行力はなく、強制執行手続も設けられていない。

5 義務付けの訴えの特定といわゆる抽象的義務付け判決の許容性

(1) 問題の所在

義務付けの訴えの請求の趣旨は、例えば、「国土交通大臣は、河川法75条に基づき、訴外〇〇に対して別紙物件目録記載の工作物の除却を命ずる処分をせよ。」（非申請型）というものが想定される。義務付けの訴えにおいて求められる処分は、このように特定されているのが通常であるが、行訴法が義務付けの訴えの対象を「一定の処分」（行訴法3条6項）としていることからすると、一定の幅のある処分であっても許容する趣旨と解される。

すなわち、例えば、河川法75条1項や建築基準法9条1項のような是正措置処分には、行政庁が行うべき是正措置処分の具体的な内容が法定されているが、それは多岐にわたるものであり、選択する方法いかんによって是正される内容も左右される。仮に、行政庁がすべき処分の内容をその具体的な方法まで厳格に特定しなければならないとすると、そのような方法を選択しなければならないか否かは行政庁の裁量の範囲内にあるとして、一義性の要件（行訴法37条の2第5項）を満たさないことになり、このような義務付けの訴えが認容される場合は極めて限定されることになる。

しかし、是正措置命令の根拠法令を特定すれば足りるとし、例えば、河川法75条1項所定の何らかの監督処分をせよとの極めて抽象的な内容の義務付けの訴えでも許容されとした場合、どのような処分をすべきかという点はおよそ争点とはならず、当該是正措置処分によって利益を受けようとする原告が望む内容は是正措置処分かどうかはさておいて、規制権限の

ある行政庁が全く何もしないのは不合理であるとの理由のみで義務付けの訴えが認容されることにもなりかねない。このような趣旨でされた義務付け判決に従い、行政庁が必要最低限の是正措置処分をしても、結局、原告の満足する内容ではないとして、再び紛争が蒸し返されるおそれもある。また、何らかの処分をせよとの義務付けの訴えが1個の訴訟物として許容されるならば、このような請求が棄却され、これが確定した場合には、その後、特定の処分を対象とする義務付けの訴えを提起しても、前訴確定判決の既判力による制約を受けることになるが、このようなことは、原告の意図するところではないであろう。さらに、原告があえて特定の処分の義務付けの訴えを求めているにもかかわらず、このような抽象的な内容の義務付け判決が一部認容判決として許容されるとすれば、被告の防御権が不当に侵害されるという懸念も生ずる。

そこで、原告としては、求める是正措置処分の内容をどの程度まで特定しなければならないかが問題となる。訴え提起の段階において、裁判所の判断が可能な程度に請求の趣旨が特定されなければならないことは、行政訴訟に限らず、民事訴訟一般について妥当することであるが、請求の趣旨の特定は、審判の対象である訴訟物を特定し得るか否かという観点から問題となるため、そもそも義務付けの訴えの訴訟物はどのようにとらえられるべきかという点が問題となろう。

(2) 義務付けの訴えの訴訟物

前記第2の1(6)のとおり、義務付けの訴えが形成訴訟であるとする、形成訴訟の訴訟物は、形成要件そのものとされているから、義務付けの訴えの形成要件、すなわち訴訟物は、一定の行政処分をしないことの違法一般であり、その具体的な内容は、竊束処分においては、処分の根拠法規において規定された処分要件すべてを充足すること、河川法75条1項に基づく監督処分等の裁量処分においては、それに加えて当該処分をしないことが裁量権の逸脱濫用に当たることとなる。

(3) 訴訟物と処分の関係

取消訴訟の訴訟物が行政処分の違法一般という場合の「行政処分」は、取消しの対象とされる特定の行政処分の意味であるから、訴訟物の同一性は、処分の同一性により画されることになる(中込ほか154ページ)。義務付けの訴えは、「一定の処分」(行訴法3条6項1号及び同法37条の2第1項)をすべき旨を命ずることを求める訴訟であり(小林・行訴法158ページ参照)、「一定の処分」というある程度幅のある処分も、義務付けの訴えの対象として許容されるというべきであるが、このような義務付けの訴えの訴訟物の同一性も、処分の同一性により画されることに変わりはなく、処分の同一性が認められる「一定の処分」の範囲で訴訟物が画されるというべきである。

(4) 是正措置処分における処分の同一性の範囲

是正措置処分は、河川法75条1項をみても分かるように、その内容は、甚だ多岐にわたる。同じく、河川法75条1項に基づく監督処分であり、同項に定める処分要件自体は同じであっても、工作物の一部の除却命令があれば、工作物の全部の改築命令もある。前者の処分をすることが適法であるからといって、後者の処分をすることも適法となるとは限らないのである。このように処分の効果を大きく異にするものについても、処分の同一性の範囲内にあるとすることは考え難い。

他方、現実にはされることになる特定の具体的処分ごとに処分の同一性が画され、工作物の一部の除却につき、それがどの部分の除却かといった細部の事実ごとに処分の同一性を異にするというのでは、「一定の処分」の範囲を画する処分の同一性の範囲としては狭すぎるともいえる。そこで、処分要件を共通にする上に、少なくとも、処分の目的、効果、あるいは当該処分によって得られる利益に一定の共通性が認められる場合には、行政庁の行う行為の間に同質性・類似性が認められ、行政庁が行うべき処分の範囲も合理的に限定され得るのであるから、処分の同一性の範囲内にあるというべきである。

そうすると、一定の幅のある内容の是正措置命令を対象とする義務付け

の訴えであったとしても、当該是正措置処分の目的や効果、あるいはこれによって得られる結果が特定されることによって、行政庁が行うべき同処分の範囲が合理的に限定され、上記のような意味の処分の同一性の範囲内にある1個の処分と評価し得る場合であれば、そのような義務付けの訴えも、「一定の処分」をすべき旨を命ずることを求めるものとして、訴訟物が特定することになるから、許容されるというべきである。

(5) いわゆる抽象的義務付け判決の許容性

これに対し、「一定の処分」の解釈として、上記のような意味の処分の同一性を異にする複数の処分を「一定の処分」に含めることができ、いずれの処分を行うかを行政庁の裁量にゆだねる趣旨の抽象的な内容の義務付け判決を行うことも可能であるとする解釈は、採り得ないというべきである。そのような判決を許すならば、前記(1)のとおり、紛争の蒸し返しが予想され、原告の意図しない結果ともなりかねない上、行政庁が行うべき処分の範囲が合理的に限定されず、裁判所の判断が可能な程度に特定されているとも到底いえないからである。「一定の処分」については、「裁判所の判断が可能な程度に特定される必要」があるが、「一定の幅のある処分の義務付けを求める訴えであっても、根拠法令の趣旨等に照らし、義務付けの対象となる「一定の処分」としてその対象が特定されていると解することができるときは、適法な義務付けの訴えとして認められる」と解説されている(小林・行訴法158ページ)が、この解説も、上記のような処分の同一性が認められる範囲内で義務付けの対象が特定される必要があるとの理解を前提にしていると解すべきであり、複数の処分を含む抽象的な内容の義務付け判決を求める訴えは、義務付けの訴えとしては不適法というべきである。さらに、複数の処分を含めて義務付け訴訟の訴訟物としてとらえるならば、前記(3)の訴訟物のとらえ方と異なる新たな訴訟物の概念を認めることになるが、今回の改正で新たな訴訟物概念までもが認められたとする根拠は見当たらないのである。

河川法75条1項に基づく監督処分を例に挙げると、根拠法令のみを示し

て何らかの監督処分をせよとするだけでは、訴訟物としても特定しているとはいえず、原告としては、処分の同一性が認められる範囲内で、更にもどのような内容の処分を求める趣旨かを明らかにしなければならないというべきである(行政訴訟検討会においても議論の対象となった東京地裁平成13年12月4日判決・判例時報1791号3ページは、行政庁の公権力の不行使の違法を確認する無名抗告訴訟の例ではあるが、対象となった建築物について、「建築基準法68条の2、国立市地区附画の区域内における建築物の制限に関する条例7条に違反する部分を是正するために、建築基準法9条1項に基づく是正命令権限を行使しないことが違法であることを確認する」との判決をしており、行政庁が行うべき処分の目的が明らかにされている点が参考にされるべきである。))。

6 その他の留意点

(1) 管轄

義務付けの訴えの管轄については、取消訴訟の管轄に関する12条の規定が準用される(行訴法38条1項)。

ただし、申請型の義務付けの訴えについては、併合提起しなければならない取消訴訟等に係る訴訟の管轄について他の法律に特別の定めがあるときは、義務付けの訴えに係る訴訟の管轄は、その特別の定めに従うこととされている(行訴法37条の3第3項後段)。

(2) 義務付けの訴えと併合提起された訴えの審理

申請型の義務付けの訴えについては、前記3(1)エのとおり、当該処分又は裁決に係る不作為の違法確認の訴え又は取消訴訟若しくは無効等確認の訴えを併合して提起しなければならないとされている(行訴法37条の3第3項)が、その審理について、以下のように定められている。

〔原則〕

その訴えに係る弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない(同条4項)。同条1項1号又は2号に定める義務付けの訴えの要件の

判断は、併合提起された不作為の違法確認の訴え、取消訴訟又は無効等確認の訴えに理由があるかどうかの判断と一致すべきであるからである。

〔例外〕

併合提起されている不作為の違法確認の訴え、取消訴訟又は無効等確認の訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるときは、裁判所は、これらの訴えについてのみ終局判決をすることができる（同条6項前段）。

具体的に、どのような場合が「不作為の違法確認の訴え、取消訴訟又は無効等確認の訴えについてのみ終局判決をすることがより迅速な争訟の解決に資すると認めるとき」に当たるかは、個別の事案ごとに、裁判所が審理の状況その他の事情を考慮して判断すべきものである。求められている処分の専門的技術的な性質等から義務付けの訴えの要件の審理には相当の時間を要する見込みであるけれども、それまでの審理の過程で処分の違法が明らかであり、取消訴訟についてのみ終局判決をすることで、義務付けの判決をするよりも早く、行政庁がその判決に従ってもともと義務付けの訴えにおいて求められている処分又は裁決をすることが見込まれるような場合がこれに当たるであろう。（小林・行訴法81、171、172ページ）。

この規定に基づき不作為の違法確認の訴え、取消訴訟又は無効等確認の訴えについてのみ終局判決をしたときは、当事者の意見を聴いて、当該訴えに係る訴訟手続が完結するまでの間、義務付けの訴えに係る訴訟手続を中止することができる（同条6項後段）。

第9 差止めの訴え

1 差止めの訴えの要件

(1) 訴訟要件

ア 処分性

差止めの訴えも、行政庁が一定の処分又は裁決をすることを差し止めるよう求める訴訟（行訴法3条7項）であるから、差止めを求める行政庁の行為に処分性（行訴法3条2項）ないし裁決性（同条3項）が認められることが当然の前提となる。

イ 行政庁が一定の処分又は裁決をする蓋然性

行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしているという行訴法3条7項の定義からも明らかなように、行政庁が一定の処分又は裁決をする蓋然性があることが前提となる。このような蓋然性がない場合には、狭義の訴えの利益がないということもできよう。

法令上、処分の前提として一定の事前手続を行うことが求められているにもかかわらず、いまだそれがされていない場合には、一定の処分がされる蓋然性がないとして訴えが却下されることもあろう。

ウ 原告適格に関する要件

提訴した者が、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者であること（行訴法37条の4第3項）。

差止めの訴えは、事前救済である点で事後救済手段である取消訴訟と異なっているが、いずれも処分又は裁決の効力によって生ずる不利益の排除を求める訴えである点で共通の性格を有しているから、処分の差止めを求めることができる者の範囲は、当該処分が仮にされたならば、そ

の取消しを求めることができる立場にある者の範囲と同様に考えることができる（小林・行訴法188ページ）。そこで、差止めの訴えは、行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる（行訴法37条の4第3及び4項）。

その際の考慮事項について、原告適格に係る行訴法9条2項が準用される（行訴法37条の4第4項）。

なお、差止めの訴えが提起された後、当該処分が行われたとき又は公権力的事実行為が完了したときは、狭義の訴えの利益が失われることになる。この場合、これらの処分等に対する取消訴訟が提起されることが考えられる（小早川・詳解（山本隆司）88ページ参照）。

エ 救済の必要性に関する要件

① 損害の重大性

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こと（行訴法37条の4第1項本文）

① 裁判所は、「重大な損害」を生ずるか否かを判断するに当たっては、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されている（同条2項）。

② 差止めの訴えは、事後救済の原則に対する例外であることから、事前に救済すべき必要性が認められる場合に限ってこれを認めることが合理的である。このような救済の必要性が要件となることやその程度いかにについては、民事訴訟における差止訴訟が認められるための要件との均衡や、行政権の第一次判断権との関係からの説明が可能である。

すなわち、対等な私人間を前提とする民事訴訟においても、差止訴訟は例外的な事前救済の方法であり、損害の重大性、回復の困難性などが要件とされているのであるから、法律により処分をすべき

権限が与えられている行政庁との関係が問題となる差止めの訴えにおいて、民事訴訟の差止訴訟よりも緩和された要件で足りるとすることは妥当でない。また、差止めの訴えは、司法権が行政権の第一次的判断を待たずして事前に一定の処分を差し止めることを認める例外的なものであることから、処分をされることにより原告の受ける不利益の程度が極めて大きい場合に限られる。「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とき」という要件が定められたのは、このような理由によるものと解される。

③ そうであるならば、行政処分がされる前に差止めの訴えを提起するのか、具体的な処分が行われた後に取消訴訟等を提起し、執行停止を申し立てるのかという選択の際においては、後者が原則的であるということになり、差止めの訴えの提起が許容されるには、事後的な処分取消訴訟・執行停止という方法でまかなえないような「重大な損害を生ずるおそれ」が要求される（小林・行訴法189ページ）。

④ この「重大な損害」は、行訴法25条2項が規定する執行停止の要件である「重大な損害」と同旨のものであり、この要件の解釈に当たっては、同条項の改正の趣旨等が参考となる。

(イ) 補充性

損害を避けるため他に適当な方法があるときではないこと（行訴法37条の4第1項ただし書）

① この補充性の要件は、他の訴訟で実効的な救済が得られることが制度として保障されている場合にあって事後審査の原則の例外に当たる差止訴訟によるべき必要性は認められないことから規定されている。

② 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おける救済方法としては、これを差し止めることによる救済が、一般的には最も直接的かつ実効的な救済方法と考えられるため、差止めの訴えにおいて、損害の重大性の要件を満たす場

合には、補充性の要件を満たすのが通常であると考え、いわゆる非申請型の義務付けの訴えの場合とは異なり、「他に適当な方法がないこと」を積極要件とはしないで、「他に適当な方法があること」を訴えを不適法とする消極要件としている。

差止めを求める処分的前提となる処分があつて、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（国税徴収法90条の3、国家公務員法108条の3第8項、地方公務員法53条第8項等）には、「他に適当な方法があるとき」に当たるとされる（小林・行訴法191ページ）。

(2) 本案要件

行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでない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する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こと（一義性の要件。行訴法37条の4第5項）

差止めの訴えについても、義務付けの訴えと同じく、一義性の要件が本案要件とされており、その文言も義務付け訴訟についての行訴法37条の2第5項、同条の3第5項と同じであるため、基本的にはこれらの解釈と同様に解釈されることになろう（小林・行訴法192、193ページ）。

差止事由の判断基準時については、差止事由のあることが差止め判決の要件であることから、事実審の口頭弁論終結時と考えられる（小林・行訴法193ページ）。

2 差止め判決の効力

差止め判決の効力は、前記第8の4の義務付け判決の効力で述べたところが当てはまり、形成力、既判力、拘束力が認められる。

行訴法38条は32条を準用していないから、義務付け判決と同様、差止め判決には、第三者効が認められない。したがって、例えば、第三者に対する利

益処分の差止めが認容されたとしても、その第三者が当該差止めの訴えに参加するなどし、同人に参加的効力が及ぶというときでなければ、その第三者は差し止められた処分の義務付けを求めることも可能となる。

第10 公法上の法律関係に関する確認の訴え

1 はじめに

行訴法4条の実質的当事者訴訟，すなわち公法上の法律関係に関する訴訟の一類型として，公法上の法律関係に関する確認の訴えが例示されたが，これが新たな訴訟類型を創設するものでないことは，前記第2のとおりであり，これに該当する典型的なものとしては，日本国籍を有することの確認を求め訴えなどがあるとされてきた。そして，行訴法の改正により，上記のとおり，公法上の法律関係に関する確認の訴えが例示された趣旨が，国民の権利利益のより実効的な救済を図る観点から当事者訴訟としての確認の訴えの活用を企図したものとしてされていることも，前記第2の2のとおりである。

確認の訴えは，確認の対象として様々なものが考えられ，無限定な広がりを見せる可能性もある。確認の訴えが「オープンスペース」であるとしてその活用を訴える論者が存在するゆえんでもあるが（高木光・「行政訴訟制度改革の意義と評価」法律のひろば57巻10号18ページ），確認の対象が「公法上の法律関係」とされていること，確認の訴えという訴訟類型が有する制約，抗告訴訟との優先関係などからすると，果たしてそのようにいえるものかについては慎重な検討が必要であろう。

以下，公法上の法律関係に関する確認の訴えについて問題となる点を指摘する。

2 抗告訴訟中心主義（抗告訴訟優先の原則）

旧行政事件訴訟特例法1条が行政事件を「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟」と定義づけしていたことからもうかがわれるように，本来，行政訴訟の中心は抗告訴訟であり，「その他公法上の権利関係に関する訴訟」は，その文旨からして抗告訴訟に

当たらない公法上の訴訟全体を補完的に引き受けるものであった。

行訴法下においても，「公法上の法律関係に関する争い」であっても，公権力の行使によって形成された法律関係に関するものは，抗告訴訟によるべきことが予定されているというべきである。高木光・行政法の争点（新版）226ページは，行政事件訴訟での大きな特徴は，「取消訴訟中心主義」ないし「抗告訴訟中心主義」であり，抗告訴訟と当事者訴訟の関係は，立法の背景となった我が国のそれまでの判例学説，更にそれらが相当程度依拠したドイツにおける理論の傾向に従って，抗告訴訟を主とし当事者訴訟を従とするものとなっていると指摘している（ただし，高木光は，当事者訴訟を「公法上の法律関係」に関する訴訟から「公権力の行使に関する不服の訴訟」を控除した残余概念であると定義づけた上（同227ページ），その活用を唱えるものである（高木光・事実行為と行政訴訟334ページ以下）。）。また，芝池義一・「抗告訴訟に関する若干の考察」法治国家と行政訴訟75ページも，「行政事件訴訟法は，抗告訴訟によるべき争いの範囲を当事者訴訟のそれに優先させている」と明言し，これを抗告訴訟優先の原則というとしている（鈴木庸夫・「当事者訴訟」現代行政法体系〔5〕80ページは，「当事者訴訟の補充性原則」という。）。

行訴法の改正によって，一定の行政処分を義務付け又はその差止めを求める類型の抗告訴訟が法定されたが，このような場合に，当該処分を義務付ける地位，当該処分の差止めを求める地位の確認を求める訴えを提起することは，確認の利益がないものとして不適法とされる。

また，改正行訴法下においても，一定の処分をすべき義務があることの確認，一定の処分をする権限の不存在の確認を求める無名抗告訴訟の存在も想定されるところであるが，このような義務の確認，権限の不存在の確認を求める訴えは，抗告訴訟として提起されるべきであるのか，当事者訴訟として提起されるべきであるかという点も問題となり得る。当事者訴訟としての確認の訴えとの振り分けについては，抗告訴訟が行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟とされている以上，基本的には，処分の義務付け，処分権限の

発動禁止等の行政処分が発動をめぐる訴訟は抗告訴訟、それ以外は当事者訴訟という基準によって判定されることになろう（中込ほか317ページ参照）。この点は、改正行訴法の下においても、抗告訴訟優先の原則が維持されていることの現れということができよう。

3 「公法上の法律関係」に関する訴えであること

行訴法4条は、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を「公法上の法律関係に関する訴訟」の一類型として例示したものであるから、行訴法が想定している公法上の当事者訴訟としての確認の訴えは、公法上の法律関係の存在を前提とし、これに基づいて生ずる権利義務の存否、法的地位の有無の確認を求めるものでなければならない。

この点、高木光・前掲「行政訴訟制度改革の意義と評価」18ページは、「行為の違法確認」という形でも当事者訴訟を活用すべきであるとし、行政立法、行政計画、行政指導等を直接攻撃する「違法確認訴訟」が許容されるとする。これは、民事訴訟における確認の訴えについても、紛争の抜本的解決に必要な場合は、過去の法律関係や過去の事実の確認も例外的にできるとされていること、公法の世界においては、裁判所の介入を控える理由として指摘される当事者自治の原則への配慮が妥当せず、「確認の利益」をより広く認めるべきと考えられることを根拠とするものである。

しかしながら、行訴法が想定している公法上の当事者訴訟としての確認の訴えは、上記のとおり、公法上の法律関係の存在を前提とし、これに基づいて生ずる権利義務の存否、法的地位の有無の確認を求めるものでなければならないから、行政立法等それ自体を違法確認の対象とすることは許されず、公法上の法律関係に関する確認の訴えを提起することは不適法である。違法な行政立法等によって生ずべき負担や義務がないことの確認を求めるなど、公法上の法律関係に関し確認の利益が認められる場合に初めて確認の訴えが可能になるというべきである（小林・行訴法204ページ参照）。

4 法律上の争訟性

- (1) 裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であり、かつ、②法令の適用により終局的に解決することができ、③事柄の性質上司法審査に適しないような事情の存しないものに限られる（篠田省二・最高裁判所判例解説民事篇昭和56年度219ページ、223ページ）。特に、①の要件は、①当事者間に具体的な紛争が存在すること、②それは、権利義務ないし法律関係の存否に関するものであること、以上二つの要素に分けることができるとされている（福岡右武・最高裁判所判例解説民事篇平成3年度247ページ）。公法上の法律関係に関する確認の訴えも、個人の権利義務に関する主観訴訟の一種である以上、法律上の争訟に当たらないものは、不適法といわざるを得ない。

したがって、当事者の具体的権利義務とかかわりなく、抽象的に法令の違憲・無効の確認を求める訴えは、法律上の争訟には当たらない（最高裁判昭和27年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783ページ）。

- (2) この点、最高裁平成17年9月14日大法廷判決（判例時報1908号36ページ、判例タイムズ1191号143ページ）は、国外に居住する日本国民に対して選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法14条1項、15条1項、3項、43条、44条並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約25条に違反するとして、上告人らが、主的に、①平成10年法律第47号による改正前の公職選挙法が上告人らに両議院議員選挙における選挙権の行使を認めていなかった点において、違法（憲法及び条約違反）であることの確認、並びに②同改正後の同法が上告人らに衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙権の行使を認めていない点において、違法（憲法及び条約違反）であることの確認を、予備的に、上告人らが衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員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等を求めた事件において、このような確認の訴えは、法律上の

争訟に当たらないとして、これを却下した東京高裁判決を破棄し、上告人らが、次の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、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票できる地位にあることを確認する旨の判決を言い渡した。

同大法廷判決は、公職選挙法が違憲違法であることの確認を求めた主位的請求に係る訴えについては、確認の利益がないと判断したにとどまり、法律上の争訟に当たるか否かの明示的な判断をしていない。この点をどのように理解すべきかを検討すると、まず、同大法廷判決が上記予備的請求に係る訴えについては、法律上の争訟に当たすることは「論をまたない」としていることから明らかなとおり、選挙権の行使を原告らに認めるか否かという具体的な紛争が、被告国と在外国民である原告らと間に存在するとみることができること、主位的請求に係る訴えも、単に、抽象的、一般的に公職選挙法の違憲性あるいは違法性等に関する判断を求めるものではなく、選挙権の行使を認めていなかった点、あるいは選挙権の行使を認めていない点において、それぞれ違法であることの確認を求めているものであり、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否についての紛争であると解し得ること等からすれば、同大法廷判決は、主位的請求に係る訴えが法律上の争訟に当たすることを当然の前提にしていると思われる。

5 確認の利益

公法上の法律関係に関する確認の訴えが法律上の争訟に当たるとしても、なお当該事件における具体的事実関係に照らして、原告の請求について本案判決をすることが紛争解決に適するものかどうかの判断がされなければならない。

(1) 確認対象として選んだ訴訟物が原告・被告間の紛争の解決にとって有効適切であること

まず、確認の対象となる権利関係は、原則として現在の権利関係でなけ

ればならない。訴訟物たる権利関係には変動があり得るのであり、変動の結果として権利関係が消滅したのであれば、それをめぐる紛争も存在しないとみられるし、新たな権利関係が形成されたのであれば、新たな権利関係を確認の対象とする方が紛争の解決につながるからである。例えば、東京地方裁判所昭和56年11月19日判決（行裁例集32巻11号2002ページ）は、過去の特定の年月日以降国家公務員共済組合の組合員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として、また、津地方裁判所昭和46年8月7日判決（訟務月報17巻10号1612ページ）は、過去の特定の日に等級号俸の受給権利者となったことの確認について、過去の法律関係の確認を求めるものとして、いずれも確認の利益がないとしている。前記最高裁平成17年9月14日大法廷判決も、主位的請求①に係る訴えについては、「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。」としている。

(2) 確認訴訟によることが適切であること

確認の利益が認められるためには、他の法的手段ではなく確認の訴えを選択したことが適切であることが必要である。したがって、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ないというべきである。同様に形成訴訟が認められる場合には、それによるべきであり、その形成権の確認の利益はない。

前記最高裁平成17年9月14日大法廷判決も、主位的請求②について、「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いうべきところ」、本件においては、予備的請求に係る選挙権確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえるから、不適法であると判示した。

(3) 即時確定の現実的利益があること

ア また、確認の利益があるといえるためには、原告の法的地位に危険や

不安定が現存し、これを解消するために、当該請求につき確認判決を得ることが必要かつ適切であることを要する（最高裁昭和30年12月26日第三小法廷判決・民集9巻14号2082ページ）。

法令や一般処分により賦課された公法上の義務を争う訴訟類型においては、争訟の成熟性の存否が問題となることが多い。法令や一般処分により賦課された公法上の義務の存否を争う訴訟が争訟の成熟性を有するといえるためには、義務違反の効果として、将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけでは足りず、当該不利益処分を受けてからこれに関する訴訟の中で事後的に義務の存否を争ったのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合に限り、その適法性が認められる（申込ほか318ページ）。

いわゆる勤務評定長野方式における自己評定義務の不存在確認の訴えについて、最高裁判所昭和47年11月30日第一小法廷判決（民集26巻9号1746ページ）は、実質的にみれば、懲戒その他の不利益処分が行われるのを防止するため義務の不存在を確定しておく趣旨の請求であるととらえた上、処分を受けてから事後的に義務の存否を争ったのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、あらかじめ義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないとしている。

処分がされなければ具体的な権利が発生しない場合、そのような具体的な権利が発生しない段階において当該権利の存在を確認する訴えを提起しても失当であることは、給付の訴えの場合と同様であり、確認の訴えの場合には確認の利益がないとして不適法とされる。

イ 前記最高裁平成17年9月14日大法廷判決は、選挙権を行使する権利を有することの確認を求めていた予備的請求に係る訴えを、次の選挙において、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

になると判断した。すなわち、最高裁は、本件選挙権確認請求に係る訴えにつき、「今後直近に実施されることになる・・・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」とした上、選挙権は「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」こと、及び「その権利の重要性」を考慮して、「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」として、上記訴えにつき確認の利益を肯定し、さらに、請求の趣旨を上記地位確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えとした。ここでは、まず、上記訴えにつき、「今後直近に実施されることになる」「具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無」という具体的な法的権利についての紛争であり、上記地位確認を請求する趣旨であれば有効適切な手段であるとみることができるとの理解が示されている。また、それは将来行われる選挙であり、帰国等によって確認を求める必要性が消滅することも考えられるが、「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できない」こと及び「権利の重要性」を考慮して、上記のような法的地位の確認として適法性を肯定したものということができる。

すなわち、大法廷判決は、抽象的、一般的に法令の違憲、違法をいうものと解され得る請求の趣旨であっても、①それが直近に生ずる具体的な法的権利についての紛争を有効適切に解決する請求であると理解でき、②侵害後の事後的な権利行使の回復が不可能で、かつ③それが重要な法的な権利である場合には確認の利益を肯定し、将来その権利を行使できる地位にあることの確認の請求であると理解した上で、その請求に係る訴えにつき適法とすることができるとしたものである。確認の訴えの対象となる権利義務関係ないし法律関係は無限定な広がりをもつおそれがあることから、確認の訴えが適法とされるとしても、何がその対象とさ

れるべきかについては十分な検討が必要になるものと思われるが、少なくとも、大法廷判決においては、上記のような検討を経た上で訴えの適法性を認めていることに注意をする必要がある。

6 確認判決の効力

公法上の法律関係に関する確認の訴えには行訴法33条1項の規定が準用される（行訴法41条1項）。そのため、同訴訟の判決には同条項による拘束力が認められ、行政庁は、判決の判断内容を尊重し、受忍し、その趣旨に沿って行動しなければならないという拘束を受ける。

第11 仮の救済制度

1 執行停止

(1) 執行停止の意義

ア 執行不停止の原則

行訴法25条1項は、処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げないと規定する。すなわち、ある処分について取消訴訟が提起されても、その処分の効力は何らの影響も受けることなく、その処分が執行を伴うものである場合にも当然にその執行が停止されることはない。これを執行不停止の原則という。

取消訴訟の提起により処分の効力等が当然に停止されることとするかどうかは、行政処分の効力といった理論的観点からおのずと決まるというものではなく、立法政策に任されている。行訴法が上記のとおり、執行不停止の原則を採ったのは、処分の取消しの訴えの提起のみで処分の効力、処分の執行等を停止すると、行政権の作用に重大な影響を及ぼし、行政の円滑な運営を妨げるほか、濫訴の弊害を生じるおそれもあるという政策的判断による。

イ 処分の執行停止の趣旨

処分の執行停止の制度は、執行不停止の原則が採られている法制において、処分の執行によって、申立人が行政事件訴訟の本案訴訟で勝訴判決を得ても無意味に帰することがないように、暫定的措置として申立人の権利利益を保全するために設けられる制度である。

行訴法25条2項は、処分の取消しの訴えの提起があった場合において、一定の要件があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（執行停止）をすることができる旨を規定している。

執行不停止原則を採ると、本案判決が言い渡される前に回復困難な事実が積み重ねられ、取消判決が原告にとって実効のある権利利益の保障をもたらさない場合が必然的に生ずることになる。したがって、行政処分に対しても、民事上の権利に対してと同様に、暫定的な権利利益の救済が必要となる。民保法の下においては、例えば、競売手続停止の仮処分や建築続行禁止の仮処分のように一定の法的手続ないし事実行為の停止を内容とする仮処分が認められている。行政処分に対しても、性質上、その執行又は手続の続行の停止を内容とする仮処分を発することが理論的には可能であるはずである。しかし、行訴法44条は、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民保法に規定する仮処分をすることはできないと規定し、民保法の仮処分を排除するという立法をした。そこで、行訴法は、これに代わるものとして同法25条2項の執行停止制度を創設したものである。

ウ 平成16年法律第84号による行訴法の改正の概要・趣旨

執行停止制度は、前記のとおり執行不停止の原則が採用され、安易に執行停止を認めることは適法な行政の停滞を招くものとして避けなければならないことから、改正前の行訴法25条2項は、「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」を執行停止の要件として、申立人側の損害について事後的な救済では回復できないものであることを要求していたが、回復の困難性という損害の性質に専ら特化した概念で要件が規定されているという点で硬直的な面があることはなお否定し難い。

そこで、改正行訴法は、損害の要件の文言について、損害の要件の判断において損害の性質のみならず損害の程度をも同等に重視すべきことを明らかにする観点から、「回復の困難な損害」を、損害の「重さ」（性質）と「大きさ」（程度）の双方を含んだ概念である「重大」性を基準とする「重大な損害」に改めたものとされている。

その上で、改正行訴法は、「重大な損害」を生じさせるか否かを判断するに当たって考慮する要素及び勘案する要素に関する規定として、新

たに3項を新設し、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、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。」との条項を置いた。これにより、個々の事案ごとの事情に即した適切な判断が確保されるようになることが期待されている。

(2) 執行停止の要件

ア 要件の内容

執行停止の申立てが認容されるためには、次の要件が満たされなくてはならない。

すなわち、①本案訴訟が適法に提起されて裁判所に係属していること（行訴法25条2項）、②重大な損害を避けるため緊急の必要があること（同項）、③公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと（同条4項）、④本案について理由がないとみえるときでないこと（同項）の各要件を充足することが必要である。

そのほか、⑤申立ての利益、申立ての手数料の納付等の執行停止申立てそれ自体に関する手続的要件も存する。

①の要件は、⑤の要件とともに申立ての適法性に関する要件（手続的要件）であり、②ないし④の要件は申立ての理由があるかどうかに関する要件（実体的要件）である。また、①の本案訴訟の係属と②の緊急の必要性の要件は、それがあることが必要であるという意味で積極的要件と呼ばれ、③の公共の福祉への重大な影響と④の本案について理由がないとみえるときの要件は、それがあると執行停止の決定ができないという意味で消極的要件と呼ばれる。

イ 本案訴訟の係属

行訴法25条2項が「処分の取消しの訴えの提起があった場合において」と規定していることからして、適法に執行停止の申立てをするためには、本案訴訟が係属しており、かつ、その本案訴訟が適法なものでなければならない。

通常は、本案訴訟を提起すると同時に執行停止の申立てをすることが多いが、申立ての時には本案訴訟が提起されていなくても、決定時まで本案訴訟が係属すれば、申立ては適法となると解されている。

さらに、執行停止は、本案の勝訴判決確定まで原告の法的地位を暫定的に保護すること又は本案の勝訴判決確定による原告の権利ないし法的利益の保護を実効的なものとするを目的としているものであるところ、本案訴訟が訴訟要件を欠き不適法であるときは、およそ原告の勝訴判決がされる見込みがないのであるから、執行停止を認める余地はない。この理由から、係属している本案訴訟が適法であることも、執行停止申立ての適法要件であると解されている。

なお、行訴法25条2項は、無効等確認訴訟、処分若しくは判決の取消し又は無効の確認を求める民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（行訴法38条3項、43条1項、2項）ので、執行停止の本案訴訟となり得る訴訟類型は、取消訴訟、無効等確認訴訟、処分若しくは判決の取消し又は無効の確認を求める民衆訴訟及び機関訴訟ということになる。

ウ 重大な損害と緊急の必要性

（ア）概要

執行停止は、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場合でなければ認められない。「重大な損害」を生ずるか否かを判断するに当たっては、「損害の回復の困難の程度」を考慮するとともに、「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した（行訴法25条3項）。

（イ）「重大な損害」の意義

「回復の困難な損害」が「重大な損害」に改められた趣旨は、前記のとおりであり、これにより、処分等により生ずる損害について、その回復の困難の程度が著しいとまでは認められない場合であっても、具体的な処分内容及び性質をも勘案した上で、損害の程度を勘案して「重大な損害」を生ずると認められるときは、執行停止を認めるこ

とができるとされている。

もっとも、改正前の行訴法25条2項の「回復の困難な損害」の要件下における裁判例を見てみると、執行停止が認められる場合を、必ずしも回復の困難の程度が著しいものに限られると解してきたわけではなく、損害の程度を、執行停止の必要性を判断するに当たっての重大な考慮要素とする裁判例も見受けられた（藤田ほか諸問題52ページ）。

社会通念上金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないものについては行訴法25条2項の「回復の困難な損害」には当たらないと判示する判例（最高裁平成16年5月31日第一小法廷決定・判時1868号24ページ、最高裁平成14年4月26日第二小法廷決定・訟月49巻12号3080ページ等）も、その判断に当たって、損害の程度やその前提として損害の性質を考慮していたものと解される。執行停止の要件を「重大な損害」に改めたのは、これらの裁判例を踏まえ、いずれの事件においても、損害の性質及び程度が執行停止の必要性を判断する際に検討されるべきことを明文をもって明らかにしたものというべきである。

（ウ）「損害の回復の困難の程度」を考慮すること

改正行訴法においても、損害の回復の困難性は、本案判決による救済を待たずに司法が行政に直接的に介入することを正当化する差し迫った必要性を基礎づける重要な概念であり、執行停止の要否の判断に当たって必ず考慮されるべき事項であることに変わりはない。そこで、改正行訴法においても、「損害の回復の困難の程度」は、一般的な損害の性質及び程度の概念とは別個独立の重要な考慮要素であると規定され、執行停止の必要性が認められるためには損害の回復の困難性が一定程度認められなければならないことが明らかにされている（25条3項）。

（エ）「損害の性質及び程度」を勘案すること

損害の要件の判断において損害の性質のみならず損害の程度をも同

等に重視すべきことを明らかにする観点から、改正行訴法は、執行停止に特有の考慮要素である「損害の回復の困難の程度」に加えて、より一般的な概念である「損害の性質及び程度」を勘案要素とすることを明らかにした。

これにより、損害の性質において損害の回復の困難の程度が著しいとまでは認められないときであっても、損害の程度が著しい場合、「重大な損害」を避けるため緊急の必要があるとして、執行停止が認められることもあり得ることになる。例えば、経済的損害について、金銭賠償が不可能ではないためその回復の困難の程度は著しいとまでは認められない場合でも、その経済的損害が著しいために事業の継続が事実上不可能となるようなときは、「重大な損害」を生じる場合に該当することもあり得ることになる。もっとも、このような場合は、改正前の行訴法下においても、社会通念上金銭賠償による回復をもって満足することができない損害に該当すると説明されてきたところでもあるが（藤田ほか諸問題45ページ、室井力ら編・行政事件訴訟法・国家賠償法236ページ参照）、改正行政法により、明文上、回復の困難の程度が著しいものでなくとも執行停止が認められる余地があることが明らかになったということである。

(ウ) 「処分内容及び性質」を勘案すること

また、改正行訴法は、執行停止の要件につき、一定の利益衡量による判断を含み得ることを明確にする趣旨で、損害の要件に関する勘案要素の一つとして当該「処分内容及び性質」という事項を加え、損害の「重大性」の概念の相対性を明らかにした。

この当該「処分内容及び性質」という勘案要素を法文上明記することは、①申立人の観点からは、「損害の性質及び程度」のみならず当該処分の申立人に与える影響一般を勘案することを可能とすると同時に、②行政側の観点からは、当該処分により一般に国民に通常生ずべき権利利益の制限の範囲等との関係で当該事案の具体的な損害がい

わば特別の犠牲的な損害に当たるか、行政処分の執行等により維持されるべき行政目的達成の必要性を一時的に犠牲にすべきものかという視点をも勘案することを可能とするものであり、個別具体的な事案に応じてより妥当な結論を導くことを法制的に可能にするものと考えられている。処分内容及び性質をも勘案することは、執行停止の必要性を肯定する事情にも否定する事情にも作用するのであるが、例えば、損害の回復が著しく困難であるとしても、損害の性質や程度とともに、当該処分により一般に国民に通常どのような権利利益の制限が及ぶか、行政目的達成の必要性を犠牲にすべきかなどといった処分の内容及び性質をも併せて勘案し、そのような視点を含めた相対的な評価として「重大な損害」といえないと認められる場合には執行停止が認められないこともあり得る。

(カ) 緊急の必要性の意義

「緊急の必要性」とは、損害回避のために本案判決を待ついとまのないことをいうと解されるが、その存否は、「重大な損害」が認められれば緊急の必要性も認められるとして、一体として判断されることが多い。

また、処分の効力の停止は、処分の執行の停止又は手続の続行の停止によっては目的を達成することができない場合でなければ許されない（行訴法25条2項ただし書）。

エ 公共の福祉への重大な影響

執行停止は、これによって公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときにはすることができない（行訴法25条4項）。

この要件の判断に際しては、執行停止が及ぼす公共の福祉への影響を、申立人が処分の執行によって受ける損害と比較して、後者を犠牲にしても前者を擁護しなければならないかどうかという見地から相対的に判断すべきものとされている。

オ 本案について理由がないとみえるとき

執行停止は、「本案について理由がないとみえるとき」はすることができない（行訴法25条4項）。本案について理由がなく、原告の勝訴判決がされる見込みが認められない場合は、原告に暫定的な救済すら与える必要がないからである。

行訴法25条4項にいう「本案について理由がないとみえるとき」とは、「本案について理由がないことが明らかなき」とは異なり、本案訴訟において申立人（原告）敗訴の見込みがあることを意味するものではなく、執行停止の申立てを審理する段階において、双方から提出された疎明方法に照らして、本案に関する申立人の主張が一応理由なしと認められるときを意味すると解されている（藤田ほか諸問題59ページ参照）。



(3) 執行停止の手続

ア 申立て

- (ア) 執行停止の手続は、申立人の執行停止の申立てによって開始される（行訴法25条2項）。裁判所の職権による執行停止は認められていない。申立ては、通常、書面によってされている。
- (イ) 執行停止の申立人となるべき適格を有する者は、本案訴訟の原告であり、相手方となるべき者は、処分の効力の停止を求める申立てについては本案訴訟の被告であり、処分の執行の停止を求める申立てについては当該執行をすべき行政庁、手続の続行の停止を求める申立てについては当該続行をすべき行政庁のそれぞれ所属する各行政主体（それがなきときは各行政庁）である。これ以外の者から、又はこれ

ら以外に対してされた申立ては、前記(2)ア⑤の要件を欠き、不適法であるから、却下される。もっとも、本案訴訟の原告がした申立てであっても、当該原告が行訴法9条1項にいう「法律上の利益を有する者」に当たらず、原告適格を有しない場合には、本案訴訟が適法でないこととなるから、その理由により（前記(2)ア①）、当該申立ては、不適法となる。

(ウ) 執行停止の申立てにおいて求めることのできる事項は、処分の効力の停止、処分の執行の停止、手続の続行の停止とされている。処分の効力の停止とは、処分の効力それ自体が存続しない状態とすることであり、処分の執行の停止とは、いわゆる処分の執行力、すなわち、処分の内容の実現を強制し得る効力を奪い、その内容を実現する行為を差し止めることである。手続の続行の停止とは、処分が有効であることを前提としてその法律関係を進展させる他の行為が行われる場合に、後続する法律関係の発展を差し止めることであって、例えば、滞納処分としての差押処分がされた場合において、これに続いて行われるであろう公売処分の続行を差し止めることなどをいう。

(エ) 執行停止は、原告の権利利益に仮に救済を付与することを目的とする手続であるから、申立人に執行停止決定を求める法律上の利益の存することが必要である。これを欠く申立ては、申立ての手続的要件（前記(2)ア⑤）を具備しないものとして不適法とされる。もっとも、申立人（原告）が処分の取消しを求める訴えの利益（狭義の訴えの利益）を有しない場合には、執行停止決定を求める利益の有無を論ずるまでもなく、適法な本案訴訟の係属（前記(2)ア①）がないのであるから、この理由により、そのような者のした申立ては不適法となる。

この観点から、いわゆる申請拒否処分、例えば営業許可等の申請に対する不許可処分の場合、仮にその効力の停止がされると、申請のされた状態が仮に回復されるが、執行停止決定には行訴法33条2項は準用されていないので（同条4項）、取消判決とは異なり、行政庁は、

当該申請につき改めて審査すべき義務を課せられるものではない。そうすると、申請拒否処分について効力の停止決定を得ても、認容処分を受ける可能性（これが申請拒否処分取消訴訟の狭義の訴えの利益にほかならない。）を得ることにはならない。

したがって、申請拒否処分については、原則として、その執行停止を求める利益はない。

ただし、申請の拒否と称されていても、例えば、集団示威行進の申請拒否処分については、集団示威行為の許可制度は、実質的には届出制度を定めたものとして初めて憲法上許されるのであるから、許可申請に対する拒否処分について執行停止がされれば、届出が適法にされたと同じ状態、すなわち、集団示威行進が適法にできる状態が回復するから、執行停止を求める利益があると解される（東京地裁昭和42年11月27日決定・行裁例集18巻11号1485ページ参照）。

(オ) 執行停止の管轄裁判所は、本案訴訟である取消訴訟等が係属している裁判所である（行訴法28条）。

書式〔8〕 執行停止申立書

執 行 停 止 申 立 書

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所民事部御中

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

申 立 人 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号（送達場所）

（電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇）

(FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

申立人訴訟代理人弁護士 〇 〇 〇 〇 ㊦

〒100-8977 東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

相 手 方 国

上記代表者 法務大臣

〇 〇 〇 〇

処分行政庁 〇〇入国管理局主任審査官

〇 〇 〇 〇

退去強制令書執行停止申立事件

貼用印紙額 2000円

第1 申立ての趣旨

1 相手方が平成〇〇年〇月〇日付けで申立人に対して発付した退去強制令書に基づく執行は、本案事件（御庁平成〇〇年（行ウ）第〇〇号）退去強制令書発付処分取消等請求事件）の判決が確定するまで停止する

2 申立費用は相手方の負担とする
との決定を求める。

第2 申立ての理由

1 事案の概要

申立人は、〇〇〇〇〇共和国（以下「〇〇〇〇〇」という。）国籍を有する外国人であり、在留資格がない申立人が、日本人と婚姻関係にあることを理由として、法務大臣に出入国管理及び難民認定法49条1項に基づき異議の申出をしたところ、法務大臣は異議の申出に理由がないとの裁決をし、それに基づいて申立人に対して退去強制令書を発付したため、申立人が、上記裁決等の取消しを求める訴訟に伴って、退去強制令書に基づく執行の停止を求めた。

2 来日前及び来日後の申立人の状況<略>

3 本件裁決及び本件退去強制令書発付処分

- (1) 平成〇〇年〇月〇日、法務大臣は、申立人に対して、異議の申出は理由がない旨の裁決（以下「本件裁決」という。）をした。
- (2) 同日、相手方は、本件裁決を申立人に通知するとともに、申立人に対して、送還先を〇〇〇〇〇とする退去強制令書を発付（以下「本件退令発付」という。）した。

4 「本案について理由がないとみえるとき」に該当しないことについて

(1) 本件裁決の違法性

<前略>

以上のとおり、本件裁決は、裁量権の範囲を超え又は濫用があったものとして、違法とされるべきである。

(2) 本件退令発付の違法性

<中略>

(3) よって、本案については十分に理由がある。

5 重大な損害を避けるための緊急の必要性について

<前略>

以上、申立人については、本件退去強制令書に基づく収容及び送還により、重大な損害を避けるための緊急の必要性が認められる。

6 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」に該当しないことについて

<前略>

以上のとおり、申立人の収容ないし送還の停止によって、公共の福祉に与える個別・具体的な事情は存在せず、本件は、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」に該当しない。

7 結語

以上の次第であるので、申立ての趣旨記載の決定を求める。

第3 疎明方法

- | | | |
|----------|------|----|
| 1 疎甲第1号証 | 訴状写し | 1通 |
| 2 疎甲第2号証 | 戸籍謄本 | 1通 |
| 3 疎甲第3号証 | 陳述書 | 1通 |
- (以下<略>)

第4 添付書類

- | | |
|----------|-----|
| 1 申立書副本 | 1通 |
| 2 疎甲号証写し | 各1通 |
| 3 訴訟委任状 | 1通 |

イ 審理

- (ア) 執行停止の申立ての審理について口頭弁論を開くかどうかは、裁判所の裁量による（行訴法25条6項本文）。しかし、執行停止は、急を要する場合がほとんどであることから、実務上は書面審理が原則となっている。

口頭弁論を開かないで書面審理により決定する場合には、裁判所は、あらかじめ、当事者の意見を聴かなければならない（行訴法25条6項ただし書）。これは、相手方たる行政庁に事前に執行停止に関する意見陳述と疎明資料提出の機会を与えるなどの趣旨によるものである。したがって、申立てが不適法で補正不可能であることが客観的に明白な場合や申立人の主張がそれ自体理由のないことが明白であるような場合には、法律上は相手方行政庁の意見を聴かないで却下決定をすることもできると解される。

裁判所が行政庁に意見を求めるには、通常、執行停止の申立書及び疎明資料の各副本と求意見書の送達による。

- (イ) 執行停止の要件は、疎明される必要がある（行訴法25条5項）。疎

明は、民訴法188条に従い、即時に取り調べるができる証拠によってしなければならない。

ウ 求意見への対応

裁判所からの求意見書には、意見書の提出期限が記載されているが、執行停止をすることの緊急性を考慮して、求意見書送達後3日程度から長くても2週間程度と定められることが少なくない。

したがって、裁判所から行政庁に対し執行停止の申立てに対する求意見書が送達されたときには、求意見書に記載された提出期限内に意見書を提出することができるよう迅速かつ適正な対応が必要となる。口頭弁論を開かない場合であるから、これを逃すと、行政庁側の意見を述べる機会を失うことになる。

意見書においては、前記(2)に述べたところなどを踏まえ、執行停止の積極的要件及び消極的要件の有無について検討し、主張すべきことになる。

意見書には、必要な疎明資料を添付する。

書式【9】 執行停止の申立てに対する意見書

平成〇〇年（行ク）第〇〇号

申立人 ○ ○ ○ ○

相手方 国（処分行政庁 〇〇入国管理局主任審査官）

意 見 書

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所民事部御中

相手方指定代理人

○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印

○ ○ ○ ○ 印

第1 申立ての趣旨に対する答弁

- 1 本件申立てを却下する
- 2 申立費用は申立人らの負担とする
との決定を求める。

第2 事案の概要と相手方の主張の骨子

<略>

第3 本件は「本案について理由がないとみえるとき」に該当すること

<略>

第4 「重大な損害を避けるための緊急の必要性」がないこと

1 はじめに

本件申立ては、前記のとおり行訴法25条4項にいう「本案について理由がないとみえるとき」に当たるものであり、その余について検討するまでもなく却下されるべきであるが、本件申立てのうち、少なくとも収容の執行停止を求める部分については、行訴法25条2項所定の「重大な損害を避けるための緊急の必要性があるとき」との要件も満たさないものである。以下、念のため、この点についても明らかにする。

2 重大な損害の意義

(1) 行訴法25条2項は、「処分、処分の執行又は手続の執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」を執行停止の積極的要件とし、同条3項は、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、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。」と規定している。

平成16年法律第84号による行訴法の改正は、執行不停止の原則（同条1項）は維持しつつ、従前の「回復の困難な損害」との文言を、上記のとおり、「重大な損害」と改め、併せて、この「重大な損害」を生じるか否かを判断するに当たっての考慮事項を定めた規定（同条3項）を新設したが、これは、個々の事案ごとの事情に即した適切な判断が確保されるようにするために、執行停止の要件に該当するか否かの判断に当たって、損害の回復の困難性を重要な判断要素としつつも、その要件に当たるか否かは、回復の困難性という損害の性質のみによって判断するのではなく、損害の程度並びに処分内容及び性質をも勘案して、総合判断すべきことを明らかにしたものである。

これにより、処分等により生ずる損害について、その回復の困難の程度が著しいとまでは認められない場合であっても、具体的な処分内容及び性質をも勘案した上で、損害の程度を勘案して「重大な損害」を生ずると認められるときは、執行停止を認めることができる（小林久起・行政事件訴訟法279ページ参照）。

- (2) もっとも、改正前の行訴法25条2項の「回復の困難な損害」の要件に関する裁判例をみると、執行停止が認められる場合を、必ずしも回復の困難の程度が著しいものに限られると解してきたわけではなく、損害の程度を、執行停止の必要性を判断するに当たっての重大な考慮要素とする裁判例も見受けられた（藤田耕三ほか・行政事件訴訟法に基づく執行停止をめぐる実務上の諸問題52ページ）。近時の最高裁判所の決定例をみると、社会通念上金銭賠償による回復をもって満足させることが相当か否かとの観点から「回復の困難な損害」の要件該当性を判断しており（最高裁平成14年4月26日第二小法廷決定・訟務月報49巻12号3080ページ、最高裁平成16年5月31日第一小法廷決定・判例時報1868号24ページ参照）、また、最近

の高等裁判所の決定を例に引けば、「回復の困難な損害を避けるための緊急の必要があるか否かについては、処分の執行等により処分の相手方が被るおそれのある損害が、その執行等により維持される行政目的達成の必要性を一時的に犠牲にしてもなお救済しなければならぬ程回復が困難であり、かつ、緊急の必要性があるか否かの観点から検討すべきである」としている（東京高裁平成15年11月4日決定・訟務月報50巻5号1647ページ）。

このような裁判例では、「回復の困難な損害」の要件に該当するか否かを判断するに当たって、損害の性質及び程度を、処分内容及び性質に応じた行政目的達成の必要性との対比において相対的に考慮し、社会通念に照らして判断してきたものといえることができる。

そもそも、行政処分の根拠を定める行政実体法は、行政目的達成のために行政処分をする権限を行政庁に付与するものであり、その立法に当たって、当該処分の相手方に生じる損害を十分に想定し、それでもなお当該行政目的達成のために行政処分をすることが必要であるとされたものであり、行訴法も、処分の取消しの訴えが提起されても、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げないとの執行不停止の原則を採用している以上（行訴法25条1項）、本案の理由について十分な審理がされないままに発せられる執行停止において、常に行政目的を犠牲にして、損害を回避することは社会通念上相当とはいえないと解されてきたのである。

- (3) してみると、今回の行訴法25条の改正は、上記のような裁判例の動向をも踏まえ、社会通念上金銭賠償による回復をもって満足させるのが相当か否かの判断が、損害の性質のみによって行われることなく、損害の程度並びに処分内容及び性質をも総合考慮して相対的に行われるべきことを明らかにするため、文言を「回復の困難な損害」から「重大な損害」に改め、上記のような考慮事項を明文で定めることにより、財産的な損害も含めた様々な損害について、

個々の事案ごとの事情に即し、社会通念上金銭賠償による回復をもって満足させるのが相当か否かについての判断が適切に確保されるように配慮したものと解することができる。

3 退去強制令書発付処分内容及び性質

- (1) まず、退去強制制度が達成しようとしている行政目的について考えると、退去強制手続は、我が国に好ましくない外国人を強制力をもって国外に排除するという国内秩序維持のための手続に伴うものであり、国家の有する主権の本質的な一作用として高度な公益性を有するものである。その中で退去強制令書の執行による収容は、法24条各号所定の退去強制事由に該当する外国人に対して行われるものであって、単に送還のために身柄を確保するのみならず、退去強制令書の発付を受けた者を隔離し、その者の我が国におけるこれ以上の在留活動を禁止する趣旨を含むものであり（東京高裁昭和52年12月13日決定・訟務月報23巻13号2274ページ）、これは退去強制令書の執行による収容が継続されることによって達成される性質のものである。退去強制令書の執行による収容は、このような行政目的を念頭において設けられた制度であるから、法は、同収容により、被収容者の移動の自由が制限され、それに伴って精神的苦痛等の不利益が生ずることを当然に予定しているというべきである。

一方、法自体は、本邦において、在留資格を有せず、入国管理局の管理下になような外国人の存在を予定していないことにも留意する必要がある。退去強制令書の発付を受け、その執行により収容された外国人について、その収容を継続することが妥当性を欠くなどの事態に至った場合のために仮放免の制度が設けられているが、同制度は、入国者収容所長又は主任審査官が、300万円を超えない範囲内で保証金を納付させるなどし、かつ、住居及び行動範囲の制限、呼出しに対する出頭の義務、その他必要と認める条件を付して在留活動を制限し、期限付きで行われる例外的措置にすぎないもの

である（法54条2項）。それにもかかわらず、行訴法25条によって、退去強制令書発付処分の収容部分の執行が停止された場合には、在留資格を有しない外国人が上記のような条件もないまま我が国において活動するという、本来、法の予定しない状態が発生するのであるから、「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」として、行訴法25条に基づく執行停止をせざるを得ない場合があるとしても、その要件は、おのずと厳格に解さなければならない。

- (2) 他方、退去強制令書に基づく収容は、入国者収容所又は収容場の保安上支障がない範囲内において、できる限りの自由が与えられるべきものであり（法61条の7第1項）、処遇内容を定めた法61条の7第2項ないし5項並びに第6項に基づいて定められた被収容者処遇規則の規定をみても、その処遇の内容は、上記の趣旨に従ったものとなっている。もとより、収容されている以上、収容所外における自由な活動を行うことは許されないが、すべての外国人が在留資格を有して在留することを予定した我が国の在留資格制度の下では、在留資格を有しないまま本邦に在留している外国人に自由な活動が保障されないという事態もやむを得ないものである。その上、収容の継続が妥当性を欠くなどの事態に至った場合に対応するため、前記のとおり、仮放免の制度が設けられているところ、この仮放免も退去強制令書の収容部分の執行の一内容であって、要するに、退去強制令書に基づく収容の執行は、それ自体に損害回避の手段を内在しているのである。

4 収容によって申立人に生ずる損害の性質及び程度

次に、本件の退去強制令書発付処分にに基づく収容によって申立人に生ずる損害の性質及び程度についてみると、申立人は、収容によって身柄を拘束されて自由を失い、家族との交流が妨げられるとして、これが重大な損害に当たる旨主張する。

しかしながら、前記3(2)のとおり、収容所等においては、保安上支

障がない範囲内において、できる限りの自由が与えられるべきであるとされ、〇〇入管収容場においても、午前又は午後の2時間30分の間、各居室、廊下、ホール及び運動場の自由な往来を認め、シャワー、洗濯機及び乾燥機、戸外運動場、国際・国内兼用電話機の利用を認めている。各居室にはテレビが設置されており、午前9時15分から午後9時まで視聴が可能である。被収容者は、同収容場の居室内において朝及び夜に点呼の必要がある場合を除き、着座していなければならない等の規則はなく、横臥していることも自由である。被収容者が居室内でストレッチ体操などの運動をすることについても制限はなく、自ら軽い運動を行うことも自由にできる。所定の手続を経れば、菓子類・清涼飲料水等の飲食物を購入して居室に持ち込んで飲食することも可能であり（被収容者処遇規則35条・36条参照）、当然のことながら、被収容者相互間の会話も自由に行うことが許されている。

また、被収容者には、収容所等の保安上又は衛生上支障がないと認めるときは、家族等との面会も許可されるほか（被収容者処遇規則34条1項）、収容所等の保安上支障があると認められない通信文の発受（同規則37条）等の権利が認められているから、申立人は、これらの権利を行使して、家族等と面会したり、電話、手紙等で連絡をとることも可能である。

5 申立人に収容による重大な損害が生ずるとはいえないこと

損害の回復の困難の程度を考慮し、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案して、本件の退去強制令書発付処分にに基づく収容により生ずる申立人の損害が行訴法25条2項にいう「重大な損害」といえるかについて検討すると、申立人において生ずる損害は、「重大な損害」とはいえない。

すなわち、処分内容及び性質については、そもそも、退去強制令書発付処分は、単に送還のために身柄を確保するのみならず、退去強制令書の発付を受けた者を隔離し、その者の我が国におけるこれ以上

の在留活動を禁止する趣旨を含み、その一方で、収容の継続が妥当性を欠くなどの事態に至った場合に対応するため、仮放免の制度が設けられているのである。

また、損害の性質及び程度については、収容によりある程度の損害が申立人に生ずることは否定できないが、収容所外に出ることが許されない点を除いては、できる限りの自由が認められていることは前記4のとおりであり、その他、申立人の主張を検討しても、退去強制令書発付処分により維持される行政目的達成の必要性を一時的に犠牲にしてもなお救済しなければならないほど重大といえるものは認められない。

最高裁判所も、被収容者が、収容自体が事後的に回復困難な損害を生じさせるものであり、かつ、精神的健康面において収容に耐えられないなどとして、「重大な損害」が生じている旨主張した退去強制令書発付処分の執行停止申立事件において、収容部分の執行停止の申立てを却下しており（最高裁平成17年4月12日第三小法廷決定・公刊物未登載）、収容部分の執行により被収容者が受ける損害は、最高裁判所により、行訴法25条2項の「重大な損害」に当たらないと判断されたというべきであるから、本件の申立人において生ずる損害も、行訴法25条2項にいう「重大な損害」といえないことは明らかである。

第5 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれの存在<略>

第6 結語

以上のとおり、申立人の本件申立ては、執行停止の各要件を欠くものであるから、速やかに却下されるべきである。

陳明方法

1 疎乙第〇号証
(以下<略>)

1 通

添 付 書 類

1 意見書副本	1 通
2 疎乙号証写し	各 1 通
3 指定書	2 通

エ 執行停止決定

執行停止の申立てに対する裁判は、決定によって行われる（行訴法25条2項）。

執行停止の申立てが不適法である場合、理由がない場合、又は決定をする前に内閣総理大臣の異議申述があった場合（同法27条1項。後記4参照）は、申立ては却下される。申立てが理由があるときは、執行停止の決定がされる。

執行停止の内容としては、前記のとおり、処分の効力の停止、処分の執行の停止及び手続の続行の停止がある。これらのうちから、申立人の権利、利益を保全するために必要な限度において、停止が認められることになる。処分そのものを存続しない状態に置く処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によって目的を達成できる場合には認められず、また、執行停止は、前記の三つの内容において、処分又は手続が可分なものとして根拠法規上構成されているときは、その一部分についてもすることができる（行訴法25条2項）。

執行停止の申立てに対する決定は、裁判所から申立人、相手方双方に送達され、認容、却下のいずれの決定に対しても、即時抗告をすることができる（同条7項）。この即時抗告は、停止決定（原決定）の執行を停止する効力を有しない（同条8項）。

執行停止決定は、第三者にも効力を及ぼし（行訴法32条2項）、また、当事者である行政庁その他の関係行政庁を拘束する（同法33条4項、同条1項）ので、執行停止決定がされれば、行政庁としては、決定の趣旨

に反する行動をしてはならないという義務を負うこととなるが、同条4項は、同条2項、3項は準用していないから、取消判決とは異なり、決定の趣旨に添う積極的な事後処理を行うことは義務付けられていないと解される（同法33条2項、3項）。

書式 [10] 執行停止決定書

平成〇〇年（行ク）第〇〇号 執行停止申立事件（本案・平成〇〇年（行ウ）第〇〇号退去強制令書発付処分取消等請求事件）

決 定

〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

申立人 ○ ○ ○ ○

同代理人弁護士 ○ ○ ○ ○

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

相手方 国

処分行政庁 〇〇入国管理局主任審査官

同指定代理人 ○ ○ ○ ○

○ ○ ○ ○

○ ○ ○ ○

上記当事者間の執行停止申立事件（本案・当庁平成〇〇年（行ウ）第〇〇号退去強制令書発付処分取消等請求事件）について、当裁判所は、相手方の意見を聴いた上、次のとおり決定する。

主 文

- 1 〇〇入国管理局主任審査官が申立人に対して平成〇〇年〇月〇日付で発付した退去強制令書に基づく執行は、その送還部分に限り、本案事件（当庁平成〇〇年（行ウ）第〇〇号退去強制令書発付処分取消

等請求事件)の第一審判決の言渡しまで停止する。

2 申立人のその余の申立てを却下する。

3 申立費用は、これを2分し、その1を申立人の負担とし、その余を相手方の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 申立て

〇〇入国管理局主任審査官が申立人に対して平成〇〇年〇月〇日発付した退去強制令書に基づく執行は、収容部分及び送還部分につき、当庁平成〇〇年(行ウ)第〇〇号退去強制令書発付処分取消等請求事件の判決が確定するまで、これを停止する。

第2 事案の概要

本件申立ては、法務大臣が、出入国管理及び難民認定法(以下「法」という。)49条3項に従って、〇〇入国管理局(以下「〇〇入管」という。)特別審理官の判定に対する申立人からの異議の申出に理由がない旨の判決をし、〇〇入国管理局主任審査官が、同条6項に従って、申立人に対して退去強制令書を発付したため、申立人が上記判決及び退去強制令書の発付処分の取消しを求める当庁平成〇〇年(行ウ)第〇〇号退去強制令書発付処分取消等請求事件(以下「本案事件」という。)を提起した上、上記退去強制令書の執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主張して、行政事件訴訟法25条2項本文に基づき、上記退去強制令書の収容部分及び送還部分の両方につき、本案事件の判決確定まで執行の停止を求める事案である。

1 前提となる事実<略>

2 争点

本件の争点は、①本件が「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」(行政事件訴訟法25条2項本文)に該当するか、②本件退去強制令書の収容部分の執行停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるか(同条4項)、③本件本案について理由がないとみえる

か(同項)である。

3 当事者の主張<略>

第3 当裁判所の判断

1 本件が「重大な損害を避けるための緊急の必要があるとき」に該当するかについて

(1) 行政事件訴訟法25条2項は、「処分、処分の執行又は手続の執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」を、執行停止の積極的要件とし、同条3項において、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、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。」と規定している。そうすると、「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」とは、処分の執行を受けることによって申立人の被る損害が、原状回復ないし金銭賠償による填補が不能であるか、又は社会通念上、そのような原状回復金銭賠償等で損害を回復させるのが容易ではないか、ないしは相当でないとみられる程度に達して、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性が存在することをいい、この必要性は、申立人が処分の執行によって被る損害が、その性質・内容・程度等に照らし、行政目的を達成する必要性との関連において、やむを得ないものと評価することができず、行政目的の実現を一時的に犠牲にしてもなお申立人を救済しなければならない緊急の必要性があるか否かという観点から判断すべきである。そして、退去強制令書に基づく執行の場合、その判断の際には、申立人が損害を被るに至った原因、違法に損害を被る可能性、申立人の健康状態、家族の状況、本案判決その他の手段による救済の有無等諸般の事情を考慮し得ると解するのが相当である。

(2) 本件退去強制令書の収容部分の執行について

ア 申立人は、①申立人を収容することは、生命に次いで人格の発現、展開に絶対的に不可欠な条件ともいべき身体的自由を奪うこととなり、その回復は困難である

＜中略＞

旨主張する。

イ 確かに、退去強制令書に基づく収容による身体的拘束自体は、被収容者に肉体的、精神的に相当な負担を生じさせ得るものではある。しかし、前記前提となる事実のとおり、申立人は、短期滞在の在留資格により上陸許可を受け、在留期限を超えて残留していた者であるから、法24条4号ロ（不法残留）所定の退去強制事由に該当することは明らかというべきである。

そうすると、法が、退去強制事由に該当する者について、所定の手続を経て発付された退去強制令書に基づき収容して送還することを定めていること、及び退去強制令書の執行による収容が単に入国管理センター等に身柄を留置しておくにとどまることにかんがみれば、このような申立人が、本件退去強制令書の執行による収容に伴い、身体的自由の制限を受けることは、送還のために身柄を確保して出入国管理行政を遅滞なく行うという行政目的の実現のため、原則として、社会通念上やむを得ない損害といい得るものである。このことは、仮に本件本案のある程度の長期化が予想されとしても、異なるところではない。

ウ また、前示のとおり、退去強制令書の執行による外国人の収容は、送還のために身柄を確保して出入国管理行政を遅滞なく行うという行政目的の実現のためであるが、退去強制令書の執行により収容中の外国人が収容されなくても逃亡してその行方をくらますおそれがあるか否かは、収容中の外国人について収容を継続することが当該外国人について行政事件訴訟法25条2項にいう「重大な損害」に当たるか否かを判断する際の一つの事情にすぎない。

したがって、仮に、申立人の在留中の行状に照らし、申立人が収容されなくても逃亡してその行方をくらます可能性が極めて低いとしても、そのことのみから直ちに、申立人の収容の継続を否定することはできない。

エ さらに、被収容者は、その訴訟代理人である弁護士と面会することが可能であり（被収容者処遇規則33条1項本文、2号参照）、当該通信文の内容に収容所等の保安上の支障があると認める部分があるときを除き、通信文の発受をすることもできるのである（同規則37条1項、2項参照）。したがって、本件退去強制令書の収容部分の執行が申立人の訴訟活動に著しい制限を加えているとまでいうことはできない。

＜中略＞

以上によれば、本件退去強制令書の収容部分の執行停止の申立てについては損害の回復の困難の程度、損害の性質及び程度、処分内容及び性質等を総合勘案しても、「重大な損害を避けるための緊急の必要があるとき」に当たると認めることはできない。

(3) 本件退去強制令書の送還部分の停止について

ア 我が国の法令上、退去強制令書の送還部分の執行により送還され、その後、退去強制令書発付処分取消請求訴訟において勝訴判決を得た者に対し、送還前におかれていた原状を回復すること保障する制度は設けられていない。

したがって、申立人が、本件退去強制令書の送還部分の執行により〇〇〇〇〇に送還された場合には、その後、もし、本件本案訴訟において勝訴判決を得たとしても、送還前の原状を回復することができず、違法な損害を甘受せざるを得ない結果となる可能性が高い。このような損害は、その性質上、金銭賠償により満足させることが容易でない損害といえるべきである。

また、一件記録によると、本件退令発付処分の適法性を審理す

るに当たっては、申立人における婚姻関係の有無が争点となる可能性があり、本件本案審理を進めていく上で、この点に関する申立人自身の説明や供述を得ることが必要となる事態も予想される。そうすると、本件退去強制処分に基づいて申立人が〇〇〇〇〇に送還された場合、申立人が訴訟代理人を選任していること及び現代において通信手段が相当程度発達したことを考慮に入れても、申立人は、証拠資料の収集や訴訟追行のための訴訟代理人との打合せが格段に困難になるなどの不利益を被ることは明らかである。したがって、本件退去強制令書の送還部分の執行は、申立人が本件本案の訴訟追行をする上で、相当な障害となるというべきである。

イ さらに、申立人は、既に本件退去強制令書の発付を受けて、収容されているのであるから、その送還部分の執行を停止することについての緊急性も肯定することができる。

ウ もっとも、申立人は、本件退去強制令書の執行を本件本案判決が確定するまで求めているが、違法に損害を受けるか否かは、本件本案について理由があるか否か、すなわち、本件本案の審理の結果やその第一審判決の結論いかんにより影響を受けるものである。これに加え、時の経過により申立人をめぐる諸事情の変化も当然にあり得ることであろうことも考慮すると、本件執行停止申立てにつき、本件本案の第一審判決確定後にも本件退去強制令書の送還部分の執行により生ずる回復の困難な損害を避けるために緊急の必要があると現段階において判断することは、困難であるといわざるを得ない。

そうすると、現段階においては、本件本案第一審判決の言渡しまでに限り、本件退去強制令書の送還部分の執行を停止するのが相当である。

<以下、略>

- 2 本件退去強制令書の収容部分の執行停止が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は、前示のとおり、収容部分の執行停止の要件が認められない以上、判断を要しない。
- 3 本件本案について理由がないとみえるかについて

<前略>

以上によれば、本件本案審理を尽くしていない現段階において、本件執行停止の申立てが「本案について理由がないとみえるとき」に該当するとまで断定することはできない。

第4 結語

以上によれば、本件申立ては、本案事件の第一審判決の言渡しがあるまでは本件退去強制令書に基づく送還部分の執行停止を求める限度で理由があるから、この限度で認容し、その余は理由がないからこれを却下することとし、申立費用の負担につき、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法61条、64条本文を適用して、主文のとおり決定する。

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所民事部

裁判長裁判官	〇	〇	〇	〇
裁判官	〇	〇	〇	〇
裁判官	〇	〇	〇	〇

オ 事情変更による執行停止の取消し

行訴法26条は、執行停止決定確定後の事情変更による取消制度を規定している。すなわち、執行停止決定の確定後、原告に執行停止を与えておくべき理由がなくなったときは、執行停止を存続する必要がないので、執行停止決定の取消しの制度を設ける必要があるのである。

執行停止決定の取消しの要件は、執行停止決定の確定後に、①執行停止の理由の消滅（積極的要件の消滅又は消極的要件の発生）、②その他

の事情の変更、のいずれかの理由が生じたことである。例えば、重大な損害を避けるための緊急の必要の消滅、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれの発生、本案について理由がないとみえるに至ったこと、訴えの取下げ等による本案訴訟の係属の消滅などが挙げられる。

しかし、本案訴訟で原告敗訴の判決があった場合でも、当該判決の確定前は、上訴審で当該判決が取り消され、又は破棄されることも考えられるので、直ちに本案について理由がないとみえるようになったとは即断できない（もっとも、上訴審で取り消される蓋然性が低いときは、執行停止の取消しの申立てをすることを検討すべきである。）。

執行停止の取消しの手続は、相手方の申立てにより、本案訴訟の係属している裁判所が決定することになるが、この決定及び不服申立てについては、執行停止決定についての行訴法25条5項から8項までが準用される（同法26条2項）から、取消決定に対して即時抗告をしても、取消決定の効力は停止されない。

カ 執行停止決定の失効

実務上は、執行停止決定の主文で第一審判決の言渡しに至るまで執行を停止するなどの趣旨が明示されている場合が多く、この場合に、第一審判決の言渡しによって停止決定が当然効力を失うことに問題はない。しかし、その旨が明示されていなくても、原告敗訴の判決が確定したときには、執行停止制度の趣旨から、執行停止決定の取消しを要せず、本案判決確定によって停止決定が当然に効力を失うと解されている。

なお、執行停止の手続は、申立ての取下げによっても終了する（相手方の同意を必要とするとの規定はない。）が、取下げは、執行停止決定の発せられた後においても可能であり、停止決定後に申立ての取下げがあったときは、それによって執行停止決定が当然に失効すると解されている。

(4) 内閣総理大臣の異議

執行停止の申立てがあった場合、内閣総理大臣は、裁判所に対し、執行

停止の決定の前後を問わず、異議を述べることができる（行訴法27条1項）。内閣総理大臣の異議があれば、裁判所は執行停止をすることができず（却下決定をしなければならない。）、また、既に執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない（同条4項）。

内閣総理大臣の異議申述は、執行停止の申立てがされている裁判所又は執行停止決定をした裁判所に対してされるのが原則であるが、当該決定に対する抗告が抗告裁判所に係属しているときは、抗告裁判所に対してされる（行訴法27条1項、5項）。

内閣総理大臣の異議申述は、「やむを得ない場合」に限るものとされている（行訴法27条6項）。また、異議には理由を付さなければならないとされているところ（同条2項）、この理由においては、執行停止を回避しなければ「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情」を示さなければならない（同条3項）と規定されている。

裁判所は、当該異議申述に理由が全く付されていないか、又は付された理由が法の要求する公共性の要件に関するものでない場合には、当該申述を不適法と判断してこれに従わないことができる。その意味において、いわゆる形式的審査権を有するが、公共性の要件の充足の有無や「やむを得ない場合」に該当するか否かといった実質的審査をする権能は有しない。

内閣総理大臣の異議申述の実例としては、集団示威行進の不許可処分や進路の一部を変更する旨の条件付き許可処分の条件に対する執行停止申立事件について異議が申述されたことがある。

内閣総理大臣は、異議申述を行ったときは、次の通常国会で報告をしなければならない（行訴法27条6項）。これは異議申述権の行使を慎重ならしめ、かつ、国会に対する内閣総理大臣の政治責任を定めたものであるとされている。

2 仮の義務付け及び仮の差止め

(1) 制度の概要・趣旨

仮の義務付けは、一定の要件の下で、裁判所が、行政庁に対し、処分又は裁決をすべきことを仮に義務付ける決定をするものであり、仮の差止めは、一定の要件の下で、裁判所が、行政庁に対し、処分又は裁決をしてはならない旨を仮に命ずる決定をするものであって、いずれも新たな仮の救済制度である。

この制度は、今般の行訴法改正により新設されたものであるが、その趣旨は、以下のとおりである。すなわち、今般の行訴法改正により義務付け・差止めの訴えが法定されたが（3条6、7項）、公的扶助の給付を認める処分の義務付けの訴えを提起する場合等、本案判決を待っていたのでは生活を維持できなくなる場合や、営業停止などの制裁処分の差止めの訴えを提起する場合等、本案判決を待っていたのでは名誉や信用が害され、生活や事業活動に償うことのできない損害が生ずる場合など、義務付け又は差止訴訟の本案で勝訴したとしても実効的な救済が得られないおそれがあることも起こり得る。そこで、義務付け・差止めの訴えの本案判決を待っていたのでは償うことができない損害を生じるおそれがある場合に迅速かつ実効的な権利救済を可能にするため、仮の義務付け・仮の差止めの制度が新設された（小林・行訴法39ページ）。

(2) 要件

ア 概要

仮の義務付け・仮の差止めの申立ての要件は、次のとおりである。

すなわち、①適法な義務付けの訴え・差止めの訴えが提起されたこと（行訴法37条の5第1項、第2項）、②①の本案訴訟を提起した原告による申立てであり、被告を相手方としていること、③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こと（行訴法37条の5第1項、第2項）、④本案について理由があるときであること（行訴法37条

の5第1項、第2項）、⑤公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときではないこと（行訴法37条の5第3項）の各要件を充足することが必要である。

①及び②の要件は、申立ての適法性に関する要件（手続的要件）であり、③ないし⑤の要件は、申立ての理由があるかどうかに関する要件（実体的要件）である。また、①ないし④の要件は、それがあることが必要であるという意味で積極的要件と呼ばれ、⑤の要件は、それがあると仮の義務付け・仮の差止めの決定ができないという意味で消極的要件と呼ばれる。

イ 本案訴訟の係属

仮の義務付け・仮の差止めの申立てが適法であるためには、本案訴訟としての適格性を有する訴訟が係属しており、かつ、その訴訟が訴訟要件を満たす適法なものであることが必要である（37条の5第1、2項）。この点は、執行停止の場合と同様であり、本案訴訟を提起することなく申し立てることができる民保法上の仮処分と異なるところである（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」87ページ、民保法37条1項参照）。

したがって、仮の義務付けであれば、適法な義務付けの訴えが提起されていること、仮の差止めであれば、適法な差止めの訴えが提起されていることが必要である。対象とされている処分又は裁決に同一性が認められる必要があるのはいうまでもない。執行停止の場合と同様、実務上は、本案訴訟の提起と同時に申し立てられるのが通常であろう。

ウ 当事者適格

仮の義務付け・仮の差止めの申立人適格を有するのは、本案訴訟の原告適格を有する原告、申立ての相手方となる適格を有するのは、本案訴訟の被告適格を有する被告である。本案訴訟を提起していない者が申立てをしても、本案訴訟の被告とされていない者に対して申立てをしても、そのような申立ては不適法であるとして却下される。

エ 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こと

仮の義務付け・仮の差止めの申立てが認められるためには、義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより、あるいは、その差止めの訴えに係る処分又は裁決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ことが必要である。

「償うことのできない損害」の要件は、行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）における執行停止の規定及び強制執行の停止の要件を定めた民訴法398条1項1及び2号の規定に見られる。前者については、原状回復不能の損害のみを指すものでなく、金銭賠償不能の損害を意味する場合もあるとされ（最高裁昭和27年10月15日大法廷決定・民集6巻9号827ページ）、後者については、単に賠償が困難であるにとどまらず、それが不能又はそれに近い場合をいい（斎藤秀夫ほか編・第2版注解民事訴訟法011201、208ページ）、金銭にて償うことができない損害、又は債権者の財産状態では償うことができない巨大な損害を生じるような場合を指すとされている（石川明ほか編・注釈民事訴訟法9367ページ）。

昭和37年に行訴法が制定される際、執行停止の要件を緩和する趣旨で、「償うことができない損害」が「回復の困難な損害」と改められ、「回復の困難な損害」とは、社会通念上それを被ったときはその回復は容易でないとみられる程度のものと解されてきたのであり（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」88ページ、藤田ほか・諸問題39ページ）、「償うことができない損害」の程度がこれを上回ることは明らかである。

また、今般の改正によって、仮の義務付け・仮の差止めの実体的要件として、「償うことができない損害」が採用されたのも、「行政権と司法権の権能分担に配慮し、厳格な要件のもとでこれを運用しようとする立法者意思が反映したもの」（橋本・解説133ページ）である。

そうであれば、「償うことができない損害」の要件は、相当限定的なものと解釈せざるを得ず、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不合理と評価される程度の損害である必要がある（宇賀・解説161ページ、小林・行訴法290ページ）。

「償うことができない損害」の要件が認められる場合には、通常、「緊急の必要」があるということができ、両者は一体として判断されるのが通常であるが、申立人の個別的な事情いかんによっては、直ちには償うことのできない事態が生ずることはなく、「緊急の必要」がないとされる場合もあり得よう。

個々の事案における判断は、裁判所が個別具体的な事例に則して判断することであるが、本案訴訟による救済の可能性の有無及び程度、財産的なものか非財産的なものかなどといった損害の性質及び程度並びに対象となる処分内容及び性質をも勘案して判断されるものと思われる。しかし、申立人以外の者が受ける損害については考慮することはできない。

オ 本案について理由があるとみえるときであること

仮の義務付け・仮の差止めでは、執行停止の場合（行訴法25条4項）と異なり、「本案について理由があるとみえるとき」が積極的要件とされた。これは、本案判決と同等の地位が仮の救済手続において実現されるため、本案について勝訴する見込みがある場合を対象とすべきであると考えられたからである。民訴法398条1項1号や民事執行法36条1項にも「理由があるとみえ」ときの要件が用いられているが、そこでは、確実に原告の勝訴となることが認められることまでは要求されないが、勝訴の見込みがあること、その蓋然性のあることが要求されているとされている（前掲注解民事訴訟法011200ページ、鈴木忠一ほか編・注解民事執行法11642ページ）。

執行停止の場合は、消極的要件である「本案について理由がないとみえるとき」に当たるとの理由で申立てが却下されることは少なかったようである（藤田ほか・諸問題64ページ参照）。仮の義務付け・仮の差止めにおいては、「本案について理由があるとみえるとき」が積極的要件とされた以上、申立人においてこれを基礎づける事実関係について十分な疎明をし、論拠のある法律上の主張を行う必要がある。この点、処

分の性質に応じて、疎明の程度を変えることができ旨の説明をするものもあるが（小早川・詳解248ページ）、正当ではない。処分内容及び性質は、前記「償うことのできない損害」の要件において考慮されるべき事柄であろう。

カ 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときではないこと

当該処分が義務付けられることにより、又は当該処分が差し止められることによって公共の福祉、すなわち、公共の利益ないし公益に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、仮の義務付け・仮の差止めをすることができない。この点は、執行停止の場合（行訴法25条4項）と同じである。公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあることを基礎づける事実は、相手方である行政庁側が疎明しなければならない。

(3) 手続

ア 申立て

(ア) 仮の義務付け・仮の差止めの手続は、申立人の仮の義務付け又は仮の差止めの申立てによって開始される（行訴法37条の5第2項）。裁判所の職権による執行停止は認められていない。

(イ) 仮の義務付け・仮の差止めの制度を新設する改正に伴う民事訴訟費用等に関する法律の規定の整備により、執行停止の場合に準じ、仮の義務付け・仮の差止めの申立ての手数料の額が2,000円（同法律8条、別表第1の11の2の項のハ）、仮の義務付け・仮の差止めの決定の取消しの申立てが500円（同法律8条、別表第1の17の項のホ）と、それぞれ定められている。

(ウ) 仮の義務付け・仮の差止めの管轄裁判所については、執行停止の規定が準用されており、本案訴訟である義務付け・差止めの訴えが係属している裁判所となる（行訴法37条の5第4項、28条）。

書式 [11] 仮の義務付け申立書

仮の義務付け申立書

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所民事部御中

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

申立人 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号(送達場所)

(電話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

(FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

申立人訴訟代理人弁護士 〇 〇 〇 〇

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

相手方 〇〇市

上記代表者 〇〇市長

〇 〇 〇 〇

処分行政庁 〇〇福祉事務所長

生活保護費支給仮の義務付け申立事件

貼用印紙額 2000円

第1 申立ての趣旨

- 1 相手方は、平成〇〇年〇月〇日付けで申立人に対してした生活保護申請却下処分に伴う本案事件（御庁平成〇〇年（行ウ）第〇〇号・生活保護申請却下処分取消等請求事件）の判決が言い渡されるまでの間、申立人に仮に生活保護費支給処分をせよ
- 2 申立費用は相手方の負担とする

との決定を求める。

第2 申立ての理由

1 事案の概要

申立人は、〇〇市内において〇〇株式会社の社員として勤務し、生計を立てていたところ、平成〇〇年〇月〇日、体調不良のため稼働不能となったことから、同社を退職した。申立人は、これにより、一切の収入を失い、貯蓄も使い果たしたことから、同年〇月〇日、〇〇福祉事務所に赴き、生活保護の開始を申請したが、同所長がこれを却下とする決定をしたため、申立人が同決定の取消し及び生活保護費支給処分の義務付けを求める訴訟に伴って、生活保護費支給処分の仮の義務付けを求めるものである。

2 退職前及び退職後の申立人の生活状況

<略>

3 本件却下決定

平成〇〇年〇月〇日、〇〇福祉事務所長は、申立人には就労の可能性が認められることを理由として、申立人の生活保護申請を却下する決定（以下「本件却下決定」という。）をした。

4 「本案について理由がないとみえるとき」に該当しないことについて

(1) 本件却下決定の違法性

<前略>

以上のとおり、本件却下決定は、〇〇福祉事務所長が申立人に係る事情を考慮せず、申立人に就労能力がなく、要保護性の要件が認められるにもかかわらず、就労の見込みがあると判断をしたものであるから、違法な処分であることは明白である。

(2) よって、本案については十分に理由がある。

5 償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があること

<前略>

以上のとおり、申立人については、現在、収入を得る一切の手段がなく、生活保護費が支給されないことにより、憲法25条に規定されている健康で文化的な最低限度の生活ができないばかりか、十分な食事もとることができないのであるから、償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性が認められる。

6 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」に該当しないことについて

<前略>

以上のとおり、申立人に対する生活保護費支給処分の仮の義務付けによって、公共の福祉に与える個別・具体的な事情は存在せず、本件は、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」に該当しない。

7 結語

以上の次第であるので、申立ての趣旨記載の決定を求める。

第3 疎明方法

1 疎甲第1号証 訴状写し	1 通
2 疎甲第2号証 婚姻届	1 通
3 疎甲第3号証 陳述書	1 通

(以下<略>)

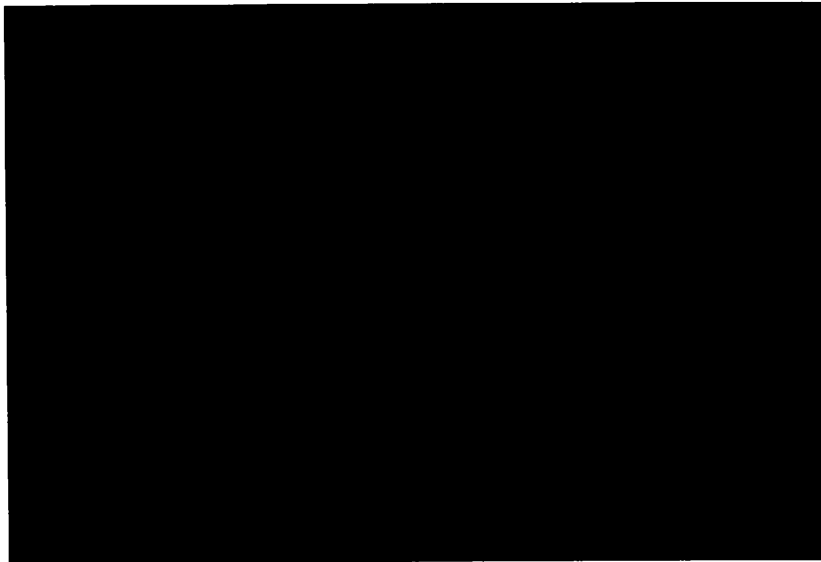
第4 添付書類

1 申立書副本	1 通
2 疎甲号証写し	各1 通
3 訴訟委任状	1 通

イ 審理

仮の義務付け・仮の差止めの審理に関しても、執行停止の規定が準用されており（行訴法37条の5第4項）、執行停止の申立ての審理につい

て口頭弁論を開くかどうかは、裁判所の裁量により（行訴法25条6項）、口頭弁論を開かないで書面審理により決定する場合には、裁判所は、あらかじめ、当事者の意見を聴かなければならず（行訴法25条6項）、仮の義務付け・仮の差止めの要件は、疎明によって行われる（行訴法25条5項）。



書式 [12] 仮の義務付けの申立てに対する意見書

平成〇〇年（行ク）第〇〇号

申立人 ○ ○ ○ ○

相手方 ○〇市（処分行政庁） ○〇福祉事務所長

意 見 書

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所民事部御中

相手方指定代理人

○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印

第1 申立ての趣旨に対する答弁

- 1 本件申立てを却下する。
- 2 申立費用は申立人の負担とする。

との決定を求める。

なお、仮に仮の義務付け決定をする場合は、同決定の終期を本案事件の第1審判決言渡しのときとすることを求める。

第2 事案の概要と相手方の主張の骨子

<略>

第3 本件申立ては「本案について理由があるとみえるとき」には当たらないこと

<略>

第4 償うことのできない損害を避けるための緊急の必要性がないこと

- 1 はじめに

本件申立ては、前記のとおり、行訴法37条の5第1項にいう「本案について理由があるとみえるとき」には当たらないものであり、その余について検討するまでもなく却下されるべきであるが、同項所定の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があることという要件をも満たさないものである。以下、念のため、この点についても明らかにする。

- 2 償うことのできない損害の意義

仮の義務付けの申立てが認められるためには、義務付けの訴えに係

る処分等がされない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ことが必要である。

「償うことのできない損害」とは、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不合理と評価される程度の損害である必要がある（宇賀克也・改正行政事件訴訟法161ページ，小林久起・行政事件訴訟法290ページ）。強制執行の停止の要件を定めた民事訴訟法398条1項1，2号でも「償うことのできない損害」との用語が用いられているが，これは，単に賠償が困難であるにとどまらず，それが不能又はそれに近い場合をいい（斎藤秀夫ほか編・第2版注解民事訴訟法42201，208ページ），金銭にて償うことのできない損害，又は債権者の財産状態では償うことのできない巨大な損害を生じるような場合を指すとされており（石川明ほか編・注釈民事訴訟法9367ページ），行訴法の仮の義務付けの申立てにおいても同様に解されるべきである。

3 申立人に償うことのできない損害が生ずるとはいえないこと

<略>

第5 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること

<略>

疎明方法

- 1 疎乙第○号証
(以下<略>)

1 通

添付書類

- 1 意見書副本
2 疎乙号証写し
3 指定書

1 通
各1 通
2 通

(4) 仮の義務付け・仮の差止め決定

ア 概要

仮の義務付け・仮の差止めの申立てに対する裁判は，決定によって行われる（行訴法37条の5第1項，第2項）。

仮の義務付け・仮の差止めの申立てが不適法である場合，理由がない場合，又は決定をする前に内閣総理大臣の異議申述があった場合（同法27条1項。前記第4，4参照）は，申立ては却下される。申立てが理由があるときは，仮の義務付け・仮の差止めの決定がされる。

イ 決定の内容

仮の義務付け・仮の差止めの申立てが認容されると，仮に〇〇の処分をせよ，又は，仮に〇〇の処分をしてはならない（差し止める）旨の決定がされることになる。仮の義務付け・仮の差止めは，本案判決確定（決定で別の時期を定めたときは，その時）までの間の仮の救済制度であり，暫定的に行政庁に対して当該処分をすべきことを命じ，又は，当該処分をしてはならない旨を命ずるものである。

処分の一部について，仮の義務付け・仮の差止めの決定をすることができるかについては，当該処分が可分か否かにかかわる問題であり，執行停止の場合と同様に考えることができるであろう。仮の義務付けでは，例えば，本案訴訟が認容された場合には月額20万円の給付をする処分が命じられる場合に，仮の義務付けとして月額10万円の給付を内容とする処分を命ずることが可能かが問題となる。仮の義務付け決定に基づいてされる処分の性質が，本来的な処分であるのか，仮の処分というべきものかの問題にもかかわるが，後記(5)アのとおり，内容的には前者であると解さざるを得ない以上，給付額は，根拠となる個別の行政実体法令によって一義的に定まるはずのものであり，そうであれば，仮の義務付けとしても，裁判所が任意に定める給付額の給付を内容とする処分を命ずることはできないというべきである。

ウ 決定の効力

(1) 拘束力

行訴法37条の5第4項は、同法33条1項の規定を仮の義務付け又は仮の差止めに関する事項に準用する旨を定めているから、仮の義務付け・仮の差止めの決定は、その事件について、仮に当該処分をすべき旨を命じられ、又は、仮に当該処分をしてはならない旨を命じられた行政庁その他の関係行政庁を拘束する。その結果、行政庁は、仮の義務付け・仮の差止めの決定内容を尊重してその趣旨に即して行動し、これに反する行為をしてはならないという義務を負うことになる。具体的には、命じられた内容に従って、当該処分をし、又は、当該処分をすることを控えなければならない。

仮の義務付け決定に従って当該処分した場合、行政庁は、当該処分とは両立し得ない別の処分を、不整合処分であるとして取り消す義務を負うかが問題となるが、仮の義務付け決定の保全的暫定的な性格にかんがみると、そのような拘束力を行政庁に及ぼすことには疑問がある（執行停止における藤田ほか・諸問題85ページの議論参照）。したがって、行訴法3条6項2号の申請型の義務付けの訴えが提起されている場合においても、前提となった拒否処分を取り消す義務はないというべきである。

(2) 形成力

仮の義務付け・仮の差止めの決定に、形成力が認められるかは、本案である義務付けの訴え・差止めの訴えの訴訟類型論にかかわる問題であるところ、前記第2の1(6)のとおり、これを形成訴訟と解するとすると、その仮の救済制度である仮の義務付け・仮の差止めも、形成裁判と考えるのが自然というべきであり、その決定には、仮に当該処分をすべき、又は、仮に当該処分をすべきではないとする行政庁の義務を創設する形成力があるということになる。

(3) 対世効はないこと

執行停止決定は、第三者に対しても効力を有するとされているが

（行訴法32条2項）、仮の義務付け・仮の差止めの決定には同条項が準用されていないため、非申請型の義務付けの訴えを本案とする仮の義務付け決定に基づいて一定の規制処分がされたとしても、その名宛人である第三者には同決定の効力は及ばない。このため、この者が、別途その取消訴訟を提起するとともに、その執行停止を求めることや、あるいは、事前に差止めの訴えを提起するとともに、その仮の差止めの申立てをすることも想定される。

したがって、このような場合には、第三者も審理に参加させるなどして統一的一面的な事件処理を行う工夫が必要とされるであろう。

エ 決定の効力の終期

仮の義務付け・仮の差止めの決定には、決定の効力の終期を定めることができ、執行停止の場合に倣って「第1審判決の言渡しまで」、「第1審判決言渡しの日から14日を経過する日まで」などと決定に明示すれば、その時点において決定の効力は失われるから（藤田ほか・諸問題71ページ）、行政庁は、仮の義務付け決定に従ってした処分を職権で取り消し、仮の差止決定のために控えていた処分をすることが理論上は可能になる（第1審判決で行政庁側が敗訴した場合には、行政庁がこのようなことを実際にすることはないであろう。）。

一方、決定においてその終期を明示しなかった場合、当該決定は、本案判決の確定によって当然に効力を失うとする肯定説と当然には効力が失われないとする否定説が考えられる。否定説は、仮の救済手続は、本案訴訟とは別個の手続であることを論拠とし、本案判決で原告が敗訴し確定した場合には事情変更による取消制度（行訴法37条の5第4項、26条）によって結末をつけることになるとする。しかしながら、本案訴訟で原告が敗訴し確定した場合に、いちいち事情変更による取消しの申立てをしなければならないというのでは余りに迂遠であり、迅速な行政の実現の妨げとなって、ひいては公益にも反する。一方、本案訴訟で原告が勝訴し確定すれば、その時点で仮の義務付け・仮の差止めの決定の存

在意義は失われるのである。本案訴訟とは別個の手続とはいっても、仮の義務付け・仮の差止めは、本案訴訟の提起を前提とする付随的な手続であり、何より、暫定的な仮の救済制度という趣旨に照らしても、仮の義務付け・仮の差止めの決定自体は、本案判決の確定によって当然に効力を失うと解すべきである（仮の義務付け決定が効力を失うとしても、これに従ってされた処分自体は当然に効力を失うものでない）。いずれにしても、混乱を避けるためには、執行停止における実務上の取扱いに倣って、仮の義務付け・仮の差止めの決定の主文に決定の終期が明示されることが望ましい。

オ 不服申立て

仮の義務付け・仮の差止めの申立てに対する決定は、裁判所から申立人、相手方双方に送達され、認容、却下のいずれの決定に対しても、即時抗告をすることができる（行訴法37条の5第4項、25条7項）。

しかし、この即時抗告は、停止決定（原決定）の執行を停止する効力を有しないので（行訴法37条の5第4項、25条8項）、即時抗告をしないのいかにかわらず、仮の義務付け・仮の差止めの決定が出されれば、当該処分をし、又は、当該処分を控えなければならない。

また、抗告審において、仮の義務付けの決定が取り消された場合には、当該行政庁は、当該仮の義務付けの決定に基づいてした処分又は裁決を取り消さなければならない（行訴法37条の5第5項）。これは、仮の義務付けの決定が効力を失ったからといって、それに基づいてされた行政庁の処分等の効力が当然に失われるものではないことを確認した規定とすべきであろう。

(5) 仮の義務付け決定に従ってされた処分の性質

ア 本来の処分か仮の処分か

仮の救済制度である仮の義務付け決定に拘束されて行政庁がなした処分の性質については、検討会や国会等においても十分な議論がされた形跡はない。行政処分の公益性を考慮し、行政運営に混乱を来さないよう

な解釈が求められる。

前提となる仮の義務付けの決定は、仮定的・暫定的なものであり、本案訴訟において、これと異なる判断の判決が言い渡される可能性もあるから、その意味で仮の義務付け決定に基づく行政庁の処分も、確定的なものではなく仮定的・暫定的な性質を帯びているということもできる。

しかし、問題は、仮定的・暫定的な性質という場合の中身である。

仮の義務付け決定を不服とする即時抗告の裁判又は事情変更による取消決定により、仮の義務付け決定が取り消されたときは、当該行政庁は、当該仮の義務付け決定に基づいてした処分を取り消さなければならないとされていること（行訴法37条の5第5項）からもうかがわれるように、行訴法は、いったん行政庁が処分をした以上、当該処分は、当該行政庁自身による取消手続を経なければ、当然にその効力を失うものでもないことをその前提としている。したがって、本案訴訟において、原告の敗訴が確定して、仮の義務付け決定が効力を失った場合にも、仮の義務付け決定に基づいてされた処分が当然に失効するということはないといふべきである。

処分の内容をみても、それは、個別の行政実体法が定めるところであり行訴法の改正に伴って、仮の処分を制度化するような個別法の改正はされていない。手続法である行訴法の改正により、新たな類型の処分が創設されたとみるのも困難である。仮の義務付け決定に基づいてされた処分は、行政庁が自ら判断権を行使して処分要件を認定したわけではなく、裁判所の決定に義務付けられたものであるが、そうであっても、本来の処分と同じ個別実体法上の処分であることに違いはない。したがって、給付を求める義務付けの訴えにおける仮の義務付け決定においても、給付額は、根拠となる個別の行政実体法令によって一義的に定まるものであるから、裁判所が任意に定めた給付額の給付を内容とする処分を命ずることはできない。

このようなことから考えると、仮の義務付け決定に基づいてされた処

分は、将来、本案訴訟で敗訴すると、行政庁によって取り消される余地を残したものであるという意味において暫定的なものといえることができるが、本案判決が確定したり、仮の義務付け決定が失効したからといって、当然に効力を失うものでもないし、特に処分の内容面においては、本来的な処分と変わるところはないといえるべきであろう。そうであれば、本案訴訟において原告の勝訴が確定した場合に、改めて当該処分をし直す必要もないと解することができるであろう（注1）。

イ 本案訴訟の帰すう

仮の義務付けの申立てが認容され、仮の義務付け決定に基づいて行政庁が当該処分をした場合、当該処分の性質が本来的な処分と変わるところがないとすれば、原告としては、その時点でもはや目的を達したことになり、本案訴訟の訴えの利益が失われることになるのであろうか。しかし、仮の義務付けは、行政庁に対し、本案判決の確定まで当該処分をすべきことを拘束力をもって義務付ける制度にすぎないから、結局のところ、本案である義務付けの訴えにおいて勝訴しなければ、行政庁によって当該処分自体を取り消され、あるいは撤回されるおそれがあるといえるべきであり、これを阻止するためにも本案訴訟の訴えの利益が失われることはないといえるべきであろう。

したがって、原告としても、本案訴訟において勝訴しなければ終局的な目的は達せられないといえるべきであり、仮の義務付け決定に基づいて処分がされたからといって、本案訴訟を取り下げ、仮の義務付け決定が効力を失えば、行政庁によって当該処分を取り消されることになる。

一方、本案訴訟が特定の日に公共施設の使用許可等の処分を求める義務付けの訴えの場合に、仮の義務付け決定がされ、使用許可がされて原告が当該公共施設の使用を終えた場合には、原告としては完全にその目的を達したことになり、この場合には、本案訴訟の訴えの利益は失われ、原告としても本案訴訟を続ける意味はないであろう。処分の内容によっては、民事保全の場合と同様、仮の救済手続の本案化という事態が生じ

得る。

なお、本案である義務付けの訴えは、暫定的な仮の義務付け決定に基づく拘束力を確定させる意味があるといえるべきであるから、本案である義務付け訴訟の請求の趣旨も、「〇〇の処分をせよ。」のままで変更する必要はないといえるべきである（仮処分の執行により仮の履行状態が作り出されたとしても、裁判所はかかる事実を斟酌しないで本案の請求の当否を判断すべきであるとする最高裁昭和35年2月4日第一小法廷判決・民集14巻1号56ページ、仮執行宣言付の第一審判決に対して控訴があったときは、その執行によって弁済を受けた事実を考慮することなく、請求の存否を判断すべきであるとする最高裁昭和36年2月9日第一小法廷判決・民集15巻2号209ページ参照）。

ウ 本案訴訟において原告の敗訴が確定した場合の当該処分の帰すう

本案訴訟において原告の敗訴が確定して、仮の義務付け決定が効力を失ったとしても、仮の義務付け決定に基づいてされた処分が当然に消滅するものでないことは、前記(3)のとおりであり、その効力を失わせるには行政庁自身による行政法の一般法理としての取消しないしは撤回を要するといえるべきである。その場合、仮の義務付け決定に基づく給付処分によって年金等の支給をしていたような場合には、原状回復の問題が生ずることになる。行政庁としては、原告敗訴の本案判決の結果、実体上の処分要件が存在しなかったことが明らかになったとして、処分時にさかのぼって当該行政行為を取り消すことができるといえるべきであろう。授益的行政行為の取消しには信頼保護の見地から一定の制約があるとされているが（塩野宏・行訴法I第4版155ページ）、仮の救済制度によって給付を受けた者は、本案訴訟において結論が覆ることもあることを承知しているといえるべきであり、処分時にさかのぼって当該処分を取り消すことが妨げられることはないであろう。では、仮の義務付け決定により、営業免許処分をしていた場合はどうか。この場合にさかのぼって無許可営業となるとすることは不合理であろう。処分要件がないことが明

らかになったとして、将来に向かって効力を失わせる撤回をすることができるとは当然であるとしても、処分時にさかのぼって営業免許を取り消すことが制限されることもあるというべきである（藤田ほか・諸問題90ページ参照）。

(6) 事情変更による仮の義務付け・仮の差止め決定の取消し

仮の義務付け・仮の差止めの決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもって、仮の義務付け・仮の差止めの決定を取り消すことができる（行訴法37条の5第4項、26条）。本案の一審判決によって原告が敗訴し、「本案について理由があるとみえるとき」とはいえなくなった場合、その後の事情変更により、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるとはいえなくなった場合、新たに公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれが生じた場合等が想定される。

(7) 内閣総理大臣の異議

仮の義務付け・仮の差止めの申立てがあった場合にも、執行停止における内閣総理大臣の異議制度が準用されている（行訴法37条の5第4項、27条）。異議があったときは、裁判所は、仮の義務付け・仮の差止めの決定をすることはできず、既に、決定をしているときは、これを取り消さなければならない。

（注1）この点、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」ジュリスト増刊改正行政事件訴訟法研究15ページは、仮の義務付けの決定に基づいてされた仮処分は、「従来の行政法の用語を借りるならば法定附款付き処分に類似したものになるのではないか。」とした上、「原告敗訴の場合には、当然に仮の処分の効力がなくなる。」「原告勝訴の場合でも、もう一度改めて行政庁としては処分をすることになる。」とする（塩野宏・行政法Ⅱ第4版224ページを参照されたい。）。

第12 計画審理と予告通知制度

1 裁判の迅速化について

(1) 迅速化法

裁判の迅速化に関する法律（以下「迅速化法」という。）が、平成15年7月16日に公布、同日施行されたことにより、第一審の訴訟手続を2年以内のできるだけ短い期間内に終局させるという数値目標を設定し、関係者に対し、そのための努力を求めることとなった。行政事件訴訟法もその例外ではない。

迅速化法は、裁判の迅速化に関し、その趣旨、国の責務その他の基本となる事項を定めることにより、第一審の訴訟手続をはじめとする裁判所における手続全体の一層の迅速化を図り、もって国民の期待にこたえる司法制度の実現に資することを目的とするものである（1条）。

(2) 裁判の期間

迅速化法は、具体的に、①2年以内のできるだけ短い期間内に第一審の訴訟手続を終局させること、②その他の裁判所における手続についても、それぞれの手続に応じてできるだけ短い期間内にこれを終局させることを目標として掲げている（2条）。

また、迅速化法は、裁判の迅速化に関する国の責務について、「国は、裁判の迅速化を推進するため必要な施策を策定し、及び実施する責務を有する。」（3条）と規定し、当事者等の責務についても、「当事者、代理人、弁護人その他の裁判所における手続において手続上の行為を行う者は、可能な限り裁判の迅速化に係る第2条第1項の目標が実現できるよう、手続上の権利は、誠実にこれを行使しなければならない。」（7条）と規定していることから、訟務事務に携わる国又は所管行政庁等の職員（以下「訟務担当者」という。）は、訴訟の一方当事者として迅速化法7条の責務を負

らかになったとして、将来に向かって効力を失わせる撤回をすることが
できることは当然であるとしても、処分時にさかのぼって営業免許を取
り消すことが制限されることもあるというべきである（藤田ほか・諸問
題90ページ参照）。

(6) 事情変更による仮の義務付け・仮の差止め決定の取消し

仮の義務付け・仮の差止めの決定が確定した後に、その理由が消滅し、
その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定を
もって、仮の義務付け・仮の差止めの決定を取り消すことができる（行訴
法37条の5第4項、26条）。本案の一審判決によって原告が敗訴し、「本案
について理由があるとみえるとき」とはいえなくなった場合、その後の事
情変更により、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があ
るとはいえなくなった場合、新たに公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそ
れが生じた場合等が想定される。

(7) 内閣総理大臣の異議

仮の義務付け・仮の差止めの申立てがあった場合にも、執行停止におけ
る内閣総理大臣の異議制度が準用されている（行訴法37条の5第4項、27
条）。異議があったときは、裁判所は、仮の義務付け・仮の差止めの決定
をすることはできず、既に、決定をしているときは、これを取り消さなけ
ればならない。

（注1）この点、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」ジュリスト増
刊改正行政事件訴訟法研究15ページは、仮の義務付けの決定に基づい
てされた仮処分は、「従来の行政法の用語を借りるならば法定附款付
き処分に類似したものになるのではないか。」とした上、「原告敗訴の
場合には、当然に仮の処分の効力がなくなる。」「原告勝訴の場合で
も、もう一度改めて行政庁としては処分をすることになる。」とする
（塩野宏・行政法Ⅱ第4版224ページを参照されたい。）。

第12 計画審理と予告通知制度

1 裁判の迅速化について

(1) 迅速化法

裁判の迅速化に関する法律（以下「迅速化法」という。）が、平成15年
7月16日に公布、同日施行されたことにより、第一審の訴訟手続を2年以
内のできるだけ短い期間内に終局させるという数値目標を設定し、関係者
に対し、そのための努力を求めることとなった。行政事件訴訟法もその例
外ではない。

迅速化法は、裁判の迅速化に関し、その趣旨、国の責務その他の基本と
なる事項を定めることにより、第一審の訴訟手続をはじめとする裁判所
における手続全体の一層の迅速化を図り、もって国民の期待にこたえる司法
制度の実現に資することを目的とするものである（1条）。

(2) 裁判の期間

迅速化法は、具体的に、①2年以内のできるだけ短い期間内に第一審の
訴訟手続を終局させること、②その他の裁判所における手続についても、
それぞれの手続に応じてできるだけ短い期間内にこれを終局させることを
目標として掲げている（2条）。

また、迅速化法は、裁判の迅速化に関する国の責務について、「国は、
裁判の迅速化を推進するため必要な施策を策定し、及び実施する責務を有
する。」（3条）と規定し、当事者等の責務についても、「当事者、代理人、
弁護士その他の裁判所における手続において手続上の行為を行う者は、可
能な限り裁判の迅速化に係る第2条第1項の目標が実現できるよう、手続
上の権利は、誠実にこれを行使しなければならない。」（7条）と規定して
いることから、訟務事務に携わる国又は所管行政庁等の職員（以下「訟務
担当者」という。）は、訴訟の一方当事者として迅速化法7条の責務を負

うとともに、司法制度の一翼を担う国の機関に属する者として同法3条の責務を負うことになる。

(3) 裁判の迅速化への具体的対応

迅速化法は、審理を担当する裁判所にも迅速化に向けた努力を求めている（6条）、裁判を迅速に進行するための具体的な措置として、平成15年法律第108号により民事訴訟法が改正され、計画審理（後記2）の規定が置かれ、予告通知制度（後記3）が導入された。行政事件訴訟に関し、行訴法が定めない事項については、民事訴訟の例によるとされているため（行訴法7条）、これらの規定が行政事件訴訟法として適用されることになる。

2 計画審理

(1) 概要

民訴法は、適正かつ迅速な審理の実現のため、裁判所及び当事者は訴訟手続の計画的な進行を図らなければならないとしており（147条の2）、このような一般的な規定に加えて、複雑困難な事件など一定の事件については、審理計画を作成して計画的な審理を行うことを義務付けている。

すなわち、裁判所は、審理すべき事項が多数であり又は錯そうしているなど事件が複雑であることその他の事情によりその適正かつ迅速な審理を行うため必要があると認められるときは、当事者双方と協議をし、その結果を踏まえて審理の計画を定めなければならないこととしている（民訴法147条の3第1項）。

(2) 計画審理における審理計画の内容

複雑困難な事件等の審理に際して、民訴法147条の3の規定に基づき審理計画が策定される場合には、

- ① 争点及び証拠の整理を行う期間
- ② 証人及び当事者本人の尋問を行う期間
- ③ 口頭弁論の終結及び判決の言渡し of 予定時期

を定めなければならない（同条2項）。

また、特定の事項についての攻撃又は防御の方法を提出すべき期間その他の訴訟手続の計画的な進行上必要な事項を定めることもできる（同条3項）。したがって、特定の争点についての主張をいつまでに終わるとか、証人申請はいつまでにするというように具体的な日時で提出期限を決めることができることになる。

なお、裁判所は、審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況その他の事情を考慮して審理の計画を変更することができる（同条4項）。

(3) 計画審理への対応

民訴法147条の3の規定に基づく審理計画を立てる事件については、しっかりと国側の審理計画案を持って、裁判所の協議に臨む必要がある。

また、この規定が適用されない場合であっても、前述のとおり、民訴法は、計画的な審理によって裁判の適正かつ迅速な審理を実現しようとしているのであるから、国としては、当然にこのような審理がされるものとして、訴訟係属の初期の準備段階から、終結までの審理の進行を見通し、必要な証人等も想定するなどした上で訴訟に対応しなければならない。

裁判所において定めた審理計画の中で、特定の事項についての攻撃防御方法の提出期限が具体的に定められた場合には、その期限を経過した後に当該事項についての攻撃防御方法を提出しても取り上げてもらえないおそれもあるため（民訴法157条の2）、攻撃防御方法の提出時期等については、十分に検討しておき、確実に提出できる時期を答えられるようにしなければならない。

3 予告通知制度

(1) 概要

訴訟手続の計画的な進行を図り、裁判の一層の充実及び迅速化を図るためには、当事者が訴えの提起前において必要な証拠や情報の収集ができるようにするとともに、訴えが提起された場合、その早い段階から裁判所及び当事者がその後の審理の見通しを立てられるようにすることが必要とされるため、証拠収集手続のひとつとして、訴えを提起しようとする者は、訴えの被告となるべき者に対し書面により訴えの提起の予告を通知する（以下「予告通知」という。）制度が定められている。そして、この予告通知をすれば、民訴法163条と同様に、被告となるべき者に対して一定の事項について照会することができることとなり、後記(3)で説明するとおり、予告通知をした場合には、訴えが提起された場合の立証に必要な事項について、訴え提起前に裁判所に対して、証拠収集処分の申立て（以下「提訴前証拠収集処分の申立て」という。）をすることができ（民訴法132条の4）、必要な文書の送付の囑託等の申立てをすることができ、訴え提起前であっても、当事者が訴えの提起後に必要となる証拠や情報を収集することができることとされている。

また、予告通知をされた者（以下「被通知者」という。）も、予告通知に対する返答をしたときは、予告通知をした者（以下「通知者」という。）に対して予告通知者と同様の証拠収集手続を利用することができる。

なお、訴え提起前の手続としては、証拠保全手続がある（民訴法234条以下）が、これは、証拠調べを前倒して行うものである。

(2) 予告通知制度と提訴前照会

通知者は、被通知者に対し、その予告通知をした日から4か月以内に限り、訴えの提起前に、訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するため

に必要であることが明らかな事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会（以下「提訴前照会」という。）をすることができることとされている（民訴法132条の2第1項）。

なお、4か月以内という期間制限が潜脱されないように、既にした予告通知と重複する予告通知に基づく提訴前照会は、することができないこととされている（民訴法132条の2第4項）。

この予告通知には、提起しようとする訴えに係る請求の要旨及び紛争の要点を具体的に記載しなければならない（民訴法132条の2第3項、民訴規則52条の2第2項）。そして、予告通知においては、できる限り訴えの提起の予定時間を明らかにしなければならないとされている（民訴規則52条の2第3項）。

被通知者は、通知者に対して、予告通知の書面に記載された請求の要旨及び紛争の要点に対する答弁の要旨を記載した書面でその予告通知に対する返答をすれば、通知者に対して、提訴前照会をすることができる。この被通知者から通知者に対する提訴前照会も予告通知がされた日から4か月以内に限られている（民訴法132条の3第1項）。

なお、この返答は、具体的に記載しなければならない（民訴規則52条の3第2項）。

提訴前照会及び回答は、相手方に代理人があるときは、当該代理人に送付するものとされ（民訴規則52条の4第1項）ており、提訴前照会の書面及び回答の書面における記載事項等は、民訴規則52条の4第2項及び第3項にそれぞれ定められているところ、照会事項は、項目を分けて記載し、照会事項に対する回答は、できる限り、その項目に対応させて、かつ、具体的に記載するものとされている（同条4項）。

ア 提訴前照会が許されない場合

提訴前照会は、次の事項についてはすることができない。

(ア) 民訴法163条各号のいずれかに該当する照会

① 具体的又は個別的でない照会

- ② 相手方を侮辱し、又は困惑させる照会
- ③ 既にした照会と重複する照会
- ④ 意見を求める照会
- ⑤ 相手方が回答するために不相当な費用又は時間を要する照会
- ⑥ 民訴法196条又は197条の規定により証言を拒絶することができる事項と同様の事項についての照会

- (イ) 相手方又は第三者の私生活についての秘密に関する事項についての照会であって、これに回答することにより、その相手方又は第三者が社会生活を営むのに支障を生ずるおそれがあるもの（ただし、相手方が回答することを第三者が承諾した場合を除く。）
- (ウ) 相手方又は第三者の営業秘密に関する事項についての照会（ただし、相手方が回答することを第三者が承諾した場合を除く。）

(3) 提訴前証拠収集処分の申立て

ア 提訴前証拠収集処分

裁判所は、予告通知をした者又は予告通知に対する返答を行った被通知者の申立てにより、当該予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要であることが明かな証拠となるべきものについて、申立人が自ら収集することが困難であると認められるときは、予告通知又は返答の相手方の意見を聴いて、訴えの提起前に、その収集に係る一定の処分をすることができる（民訴法132条の4）。

ただし、その収集に要する時間又は囑託を受けるべき者の負担が不相当なものとなることその他の事情により相当でないと認められるときは、この処分をすることはできない。

この収集に係る処分として、以下の4件がある。

- ① 文書の所持者にその文書の送付を囑託すること
- ② 必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体に囑託すること
- ③ 専門的な知識経験を有する者にその専門的な知識経験に基づく意見の陳述を囑託すること
- ④ 執行官に対し、物の形状、占有関係その他の現況について調査を命ずること

これらの処分も、予告通知から4か月以内に裁判所に対して申し立てなければならないが、相手方の同意がある場合は4か月を過ぎてもすることができる（民訴法132条の4第2項）。

イ 管轄裁判所及び手続

証拠収集処分の申立ては、裁判所にすることとなるので、管轄裁判所

が定められている。

管轄裁判所は、それぞれの処分ごとに法定されており（民訴法132条の5）、上記アの①ないし③の処分の申立てについては、申立人又は相手方等の住所地等を管轄する地方裁判所を管轄裁判所と定めているが、④については、調査の対象となっている物の所在地を管轄する地方裁判所のみを管轄裁判所としている。

具体的な処分の手続については、民訴法132条の6に定められており、これらの手続については、提訴後の証拠調べ手続についての規定が必要な限度で準用されている。

例えば、これらの処分を申し立てるときは、証明すべき事実を特定していなければならない（民訴法132条の6第5項、民訴法180条1項）。また、専門家の意見の陳述の囑託をする場合は、具体的にだれに囑託するかは裁判所が指定する（民訴法132条の6第5項、民訴法213条）等となっている。

ウ 不服申立ての不許及び費用

提訴前証拠収集処分の申立てについての裁判に対しては、不服申立てはできない（民訴法132条の8）。

また、この処分の申立てについての裁判に関する費用は、申立人の負担とされており（民訴法132条の9）、申立人において、あらかじめ予納しなければならない。



第13 口頭弁論とその準備

1 口頭弁論

(1) 口頭弁論の意義

ア 口頭弁論の意義

訴訟の審理をどのような方式で行うかは、憲法82条の定めるところのほかは、立法政策にゆだねられている。現行法は、審理の方式として、口頭弁論と呼ばれるものを採用している。

口頭弁論とは、訴訟について裁判所が公開の法廷で当事者双方から口頭による弁論を直接聴取する手続をいう。

裁判所は、訴訟について、原則として、裁判の中で最も重要な形式である判決をもってその判断を示すことになっており（民訴法243条1項）、当事者が訴訟資料を提出する手続にも、審理手続の中で慎重厳格な形式である口頭弁論が採用されている（同法87条1項本文）。

裁判をするためにその前提として必ず口頭弁論を開かなければならず、その口頭弁論に現れたもののみが訴訟資料となるという場合の口頭弁論を必要的口頭弁論というが、訴訟についてはこの必要的口頭弁論主義が採られているわけである。これに対し、口頭弁論を開くかどうかは裁判所の裁量にゆだねられている場合の口頭弁論を任意的口頭弁論といい、決定や命令をもって裁判所の判断が示される事件では、この任意的口頭弁論主義が採られている（同項ただし書）。

口頭弁論は、公開主義（訴訟の審理・裁判を公衆が傍聴することができる状態で行う原則）、双方審尋主義（当事者双方に主張の機会を対等に与えた上で裁判を行う原則）、口頭主義（訴訟の審理に関する当事者及び裁判所の訴訟行為を口頭で行う原則。憲法82条にいう「対審」とは口頭弁論を指しており、公開主義は、同条による憲法上の要請である。）、

直接主義（弁論の聴取や証拠調べを判決をなすべき受訴裁判所自身が行う原則）を満たす手続として構成されたものである。

イ 「口頭弁論」の多義性

民訴法上、「口頭弁論」はさまざまな意味で使われており、狭義では、アのとおり、当事者が期日に裁判官の面前において口頭で申立てや攻撃防御方法についての陳述をいう（民訴法87条1項本文、161条）。同法152条1項（口頭弁論の併合等）、同法249条1項（直接主義）にいう口頭弁論は、広義の意味の口頭弁論であり、当事者の弁論及び裁判所の証拠調べ双方を含んでいる。さらに、同法148条1項（裁判長の訴訟指揮権）、同法160条1項（口頭弁論調書）の口頭弁論は、最広義のもので、裁判所及び当事者が期日においてする一切の訴訟行為をいい、この意味において、判決言渡期日も口頭弁論期日の一種である。

ウ 受訴裁判所と受命裁判官

行政事件にかかわらず民事事件一般において、判決手続が過去に係属した、現在継続中の、又は将来係属する裁判所を受訴裁判所といい、1人の裁判官による単独体と複数の裁判官による合議体がある。口頭弁論の手続は受訴裁判所において、受訴裁判所の構成員である裁判長の指揮によって進行する（民訴法148条1項）。

また、受訴裁判所が争点の整理を進めるための弁論準備手続（後記4(4)）を行うこともできるが、合議体の裁判所は、裁判長の指名により、受訴裁判所において合議体を構成する構成員の一部、又は全部を受命裁判官として選任し、受命裁判官に弁論準備手続を行わせることができる（同法171条1項）。

(2) 口頭弁論の方法

ア 口頭主義と書面による補完

口頭主義は、公開主義や直接主義と密接に結び付き、また、当事者、証人等の新鮮活発な陳述によって事案の真相を究明するのに適し、当事者の陳述に不明瞭な部分がある場合その場で釈明して明確にすることが

できるなどの利点があるとされているが、一方で、当事者の陳述の内容が複雑であるときは、陳述に時間がかかり、これを聴取して直ちに理解したり、正確に記録したりすることが困難であるなどの欠点もある。

民訴法は、先に述べたとおり訴訟について必要的口頭弁論とし、当事者の主張の陳述につき口頭主義を採用しているが、口頭主義のこのような欠点を補うため、口頭弁論は、書面で準備することが必要であるとしている（161条1項）。当事者が口頭弁論期日において行おうとする陳述を記載した書面が、準備書面である。

イ 直接主義と口頭弁論の更新

直接主義からして、判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官に限ってすることができる（民訴法249条1項）。

しかし、事件によっては、訴えが提起されてから口頭弁論が終結されるまでに相当期間を要し、その間、裁判官の交代等によって受訴裁判所の構成に変更がある場合がある。このとき、証拠調べを含む口頭弁論を最初からやり直さなければならないとすると、訴訟進行に遅延を来し、訴訟経済に反することになる。そのため、裁判官が代わった場合には、当事者は、新しい構成の受訴裁判所の面前において従前の口頭弁論の結果を陳述すれば足りることとしている（民訴法249条2項）。

これを「弁論の更新」といい、この限りでは、直接主義の要請は緩和されている。

(3) 口頭弁論における攻撃防御方法の提出時期

ア 口頭弁論の一体性

口頭弁論は、数回にわたる場合でも、各期日ごとに別個独立したものではなく一体をなすものとしてとらえられる。したがって、後の期日では前回までの弁論を前提として弁論を続行すればよく、どの期日で行われる弁論でも同一の効果をもつ。これを「口頭弁論の一体性」という。

イ 攻撃防御方法を提出すべき時期（適時提出主義）

攻撃防御方法を提出すべき時期について、民訴法は、訴訟の進行に

じ適切な時期に提出しなければならないと規定し（156条）、適時提出主義を採用している。これは、口頭弁論の終結に至るまでの間、攻撃防御方法を随時提出することができるという随時提出主義の下では、当事者が攻撃防御方法を小刻みに提出することが可能となり、審理を長期化させる原因の一つとなるため、充実した無駄のない審理を実現することを企図したものである。

攻撃防御方法を提出すべき「適切な時期」がいつであるかは、「訴訟の進行状況に応じ」個別具体的かつ客観的に定まる。例えば、原告がある期日で新たな主張をした場合には、一般的には、次の期日が、その主張に対して被告が認否・反論をすべき適切な時期になる。また、裁判長が、民訴法162条により、ある事項に関する主張を記載した準備書面を提出すべき期間を定めた場合には、当該事項に関する主張を記載した準備書面を提出すべき適切な時期は、一般的には、当該期間ということになる。

適切な時期を経過した後に提出された攻撃防御方法が却下されるかどうかは、時機に後れた攻撃防御方法の却下（民訴法157条1項）の制度の適用による。その意味で、この制度も適時提出主義と関連付けて理解すべきものといえる。この却下の制度は、攻撃防御方法が当事者の故意又は重大な過失により時機に後れて提出されたもので、それにより審理をすると訴訟の完結を遅延させることとなると認められるときは、裁判所は、相手方の申立てにより又は職権で、その攻撃防御方法を決定で却下することができるとするものである。このことなどに照らすと、「適切な時期」を経過した後に提出された攻撃防御方法が直ちに「時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法」に当たるのではなく、「適切な時期」から相当程度後れて提出した攻撃防御方法が「時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法」に当たることになるかと解される。

また、攻撃防御方法の趣旨が不明瞭であるため、釈明権を行使され、又は釈明処分をされたにもかかわらず、当事者が必要な釈明をせず、又

は釈明をすべき期日に出頭しないときも、時機に後れた攻撃防御方法が提出された場合と同様、裁判所は、その攻撃防御方法を決定で却下することができる（民訴法157条2項）。

(4) 口頭弁論期日

ア 期日の意義

期日とは、裁判所、当事者その他の訴訟関係者が一定の場所に集合して訴訟行為をするために定められた一定の時間をいい、当該期日にされるべき訴訟行為の種類に応じて、口頭弁論期日、証拠調期日、和解期日等と呼ばれる。

もっとも、裁判所内において口頭弁論とともに証拠調べや和解が行われるときは、その口頭弁論期日は、通常「口頭弁論期日」としてのみ指定される。

イ 期日の指定

期日は、申立てにより又は職権で裁判長が指定する（民訴法93条1項）。単独体の場合は、裁判長とはその裁判官のことである。

訴えが提起されたときは、裁判長は、原則として、訴えが提起された日から30日以内に第1回口頭弁論期日を指定しなければならない（民訴法139条、民訴規則60条）。

もっとも、民訴規則60条1項ただし書により、事件を弁論準備手続に付する場合（付することについて当事者の異議がないときに限る。）又は書面による準備手続に付する場合には、口頭弁論期日を指定しなくてもよいこととされているが、実務上、行政事件訴訟については、1回も口頭弁論の期日を開くことなく直ちに弁論準備手続又は書面による準備手続に付される事件はさほど多くはないと考えられる。

ウ 期日の呼出し

期日が指定されると、当事者その他の訴訟関係人に対する期日呼出状の送達、当該事件について期日に出頭している者に対する、口頭の期日の告知、その他相当と認める方法（「簡易な呼出し」という。）によって、

期日の呼出しがされる（民訴法94条1項）。実務上、期日呼出状を郵便で発送する方法、裁判所書記官が電話、ファクスで連絡する方法等が採られていることが多い。

また、第一審における第1回口頭弁論期日の呼出しは、訴状とともに期日呼出状を送達することによってされるのが通常である。第二審については、実務上、控訴状送達前に原審指定代理人として第二審係属裁判所の書記官との間で、第1回口頭弁論期日の調整を行うことが一般的であり、その際に期日の呼出しを受けた旨を記載した書面（いわゆる期日請書）を提出する場合がある。

第2回以降の口頭弁論期日の呼出しは、期日に出頭していればその場において告知されることによってされ、それ以外の場合には、前述した相当な方法でされることになる。

なお、簡易な方法によって呼出しをしたときは、期日に出頭しない当事者、証人等に対しては、法律上の制裁その他期日の不遵守による不利益を拂うことができない（民訴法94条2項本文）。ただし、これらの者が期日請書を提出したときは、この限りではない（同項ただし書）。

エ 期日の変更

（ア）期日の変更の要件

期日の変更とは、期日が開始される前にその期日を取り消し、新たに別の期日を指定することをいう。期日の指定は、訴訟指揮上の裁判であるから、本来裁判長が自由に取消し又は変更をすることができる性質のものであるが、訴訟の遅延を防ぐため、民訴法により、期日の変更には厳格な制限が加えられている。

第1回口頭弁論期日の変更は、顕著な事由がある場合又は当事者の合意がある場合に限り許される（民訴法93条3項）。当事者間の合意がある場合にも許されるのは、第1回口頭弁論期日は、当事者の都合を開かないで指定されるからであるとされている。これ以外の口頭弁論期日の変更は、顕著な事由がある場合に限り許される（民訴法93条

3項）。「顕著な事由」とは、やむを得ない事由よりは広い事由と解されている。

そのほかに、民訴規則は、期日の変更について具体的な制限を設け、次のような事由に基づいては、やむを得ない場合を除き、期日の変更を許してはならないものとしている（民訴規則37条）。

- ① 当事者の一方につき代理人が数人ある場合において、その一部の代理人について変更の事由が生じたこと。
- ② 期日指定後にその期日と同じ日時が他の事件の期日に指定されたこと。

（イ）期日の変更の手續

期日の変更は、申立て又は職権により行われる。当事者による申立ては、通常、期日変更申立書を提出することによってされるが、申立書には、期日の変更を必要とする事由を記載し（民訴規則36条）、かつ、必要事由を証する書面を添付しなければならないとされている。

実際に期日変更の申立てをするに当たっては、申立てをする前にあらかじめ裁判所に期日の変更ができるかどうか、当方の希望日に指定することができるかどうかを確認すべきである。それとともに、相手方に無駄な訴訟準備をさせないため、相手方の同意を得た上、変更後の期日の調整をし、申立書には、変更後の希望日を数日記載しておくことが望ましい。

裁判所は、申立てに理由があると認めるときは、決定をもって口頭弁論期日を変更する。

オ 第1回口頭弁論期日

期日は、事件の呼上げにより開始され（民訴規則62条）、まず、原告が訴状に基づいて請求の趣旨及び原因を陳述し、ついで被告が答弁書に基づき請求の趣旨に対する答弁、請求原因に対する認否等を陳述する。いずれも陳述によってはじめてその記載内容が訴訟資料となる。

実務においては、通常、訴状の陳述は「訴状のとおり陳述します。」、

答弁書の陳述は「答弁書のとおり陳述します。」というような簡易な方法で行われる。もっとも、社会の耳目を集める事件や集団訴訟等では、原告側が訴状をそのまま読み上げることもあり、また、当事者の意見陳述が行われることもある。

このほか、第1回口頭弁論期日では、裁判長から釈明権の行使がされたり、当事者が基本的な書証を提出したりするすることも多い。

カ 第2回以降の口頭弁論期日

第1回口頭弁論期日における訴状、答弁書の陳述によって、当該訴訟のおおまかな争点が明らかにされる。しかし、行政事件においては、法律上の問題点の複雑な事案が多いから、その後何回か口頭弁論期日を開いて、双方の主張を重ねなければ、争点を明確にすることができないのが通例であり、争点の単純な一般の民事事件においても数回の口頭弁論を経るのが通例である。

第2回以降の口頭弁論期日においては、通常、準備書面の陳述、証拠の申出がされ、争点が明確になった段階で人証等の申出の採否の決定（いわゆる証拠決定）がされ、証拠調べが実施される。

2 準備書面

(1) 準備書面の意義

行政事件訴訟でも、民事訴訟と同様、口頭主義の原則が採られており、当事者の主張は、口頭弁論期日において口頭で陳述されなければ訴訟資料とならない。しかし、極めて単純な事件を除いて、口頭陳述のみでは、陳述及び聴取に時間がかかり、主張の正確な理解も困難である。このため、当事者が弁論で主張すべき事項をあらかじめ書面に記載して裁判所に提出し、その書面に基づいて陳述することにすれば、裁判所も相手方もしもあらかじめ主張の内容を了知した上、釈明、応答の準備をすることができ、弁論の時間も短縮することができる。これが書面によって口頭弁論の準備をすることの意義であり、上記の予告的な記載をする書面を準備書面という。

以上の見地から、民訴法は、一般に口頭弁論は準備書面によって準備すべき旨を規定した（同法161条1項）。

(2) 準備書面の作成

ア 準備書面の記載事項

民訴規則は、総則において、訴状・答弁書、準備書面など、当事者が裁判所に提出すべき書面すべてに記載すべき形式上の事項として、次のとおり掲げ、当事者又は代理人が記名押印するものとしている（民訴規則2条1項）。

- ① 当事者の氏名又は名称及び住所並びに代理人の氏名及び住所（1号）
- ② 事件の表示（2号）
- ③ 附属書類の表示（3号）
- ④ 年月日（4号）
- ⑤ 裁判所の表示（5号）

なお、①について、当事者又は代理人からその住所を記載した訴状等の書面が提出されているときは、以後裁判所に提出する準備書面等には住所を記載することを要しない（同条2項）。

準備書面には、提出の順序に従って「第1回準備書面」、「準備書面(1)」などの表題を付けるのが、引用等に便宜である。

イ 準備書面の実質的記載事項

民訴法161条2項は、準備書面の記載事項について、「攻撃又は防御の方法」、「相手方の請求及び攻撃又は防御の方法に対する陳述」を記載しなければならないと規定している。これらの事項が準備書面の実質的記載事項である。

（ア）攻撃又は防御の方法

攻撃方法とは、原告が訴訟上の請求を根拠付けるためにする事実上、法律上の主張及び証拠の申出をいい、防御方法とは、被告が原告の訴訟上の請求を否定するためにする事実上、法律上の主張及び証拠の申

出をいう。

a 事実上の主張

事実上の主張は、自己が主張立証責任を負う主要事実（要件事実）についての主張と、主要事実を推認させる間接事実や証拠の証明力に関する補助事実の主張とに分けられる（第14・2(2)、261ページ及び同3(3)ウ、267ページ参照）。主要事実の主張は最も重要であり、関係法規、判例等を十分に検討して、自己が主張立証責任を負う法律要件が何かを正確に把握し、必要な主張を尽くすように努める必要がある。また、間接事実やその他の事情の主張も、これによって主要事実を推認させるという本来の意味からだけでなく、裁判官に事案の個性を理解してもらうための意味にも持ち得る。

また、事実の主張については、ある事実上の主張が採用されない場合に備えて、他の事実を仮定的に主張することもある（仮定的主張）。

なお、訴訟書類は、簡潔な文章で整然かつ明瞭に記載しなければならず（民訴規則5条）、事実上の主張を記載するには、できる限り、請求の原因又は抗弁たる事実についての主張とこれらに関連する事実についての主張とを区別しなければならない（民訴規則79条2項）。

相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならず（同規則79条3項）。また、事実についての主張を記載する場合には、立証を要する事由ごとに、証拠を記載しなければならない（同4項）。

b 法律上の主張

法律の適用は、裁判所の職権に属し、当事者の主張に拘束されるものではない。しかし、行政事件訴訟においては、裁判所が問題となっている行政法規についての知識を下位法令に至るまで常に十分有しているとは限らないから、法律上の争点についてはもちろんの

こと、当該行政法規の制度趣旨等について一般的な説明をすることも重要である。訴訟に関係する行政法規の解釈について裁判官の十分な理解を得ることは、行政事件訴訟における最重要課題といつてよい。

(イ) 相手方の請求及び攻撃又は防御の方法に対する陳述

相手方の請求に対する陳述とは、訴えの却下又は請求棄却の申立てをいう。これらは答弁書に記載されるのが通常であるが、答弁書では訴え却下だけを求めている、準備書面で請求棄却を求めることがあり、答弁書では請求棄却だけを求めている、準備書面で訴え却下を求めることもある。このように、準備書面には、相手方の請求に対する陳述を記載すべき場合もある。

攻撃又は防御の方法に対する陳述は、相手方の主張事実に対する認否の陳述であるが、これについては答弁書について説明したところ（第4・3(1)イイ、58ページ）を参照されたい。

(ウ) その他

答弁書において記載すべき事項（民訴規則80条1項前段）を、やむを得ない事情により記載することができなかった場合、当該事項を記載した準備書面を提出しなければならない（同項後段）。また、相手方の答弁、主張により反論を要することとなった場合には、速やかに、答弁書に記載された事実又は相手方準備書面に記載された事実に対する認否、及び再抗弁事実を記載し、かつ、立証を要することとなった事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載した準備書面を提出しなければならない（同規則81条）。

さらに、文書を準備書面に引用した当事者は、裁判所又は相手方の求めがあるときは、その写しを提出しなければならない（民訴規則82条）。

書式[13] 準備書面（処分適法性についての主張例—厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金裁定取消処分の取消訴訟）

平成17年（行ウ）第19号 遺族厚生年金裁定取消処分取消請求事件

原告 ○○○○

被告 国（処分行政庁 社会保険庁長官）

準備書面（2）

平成17年12月10日

○○地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

○○○○ ㊟

○○○○ ㊟

○○○○ ㊟

○○○○ ㊟

第1 総論

遺族厚生年金の支給を受けるためには、「配偶者要件」と「生計維持要件」をともに満たしていることが必要である（法59条1項）。

しかしながら、原告は、上記の各要件をいずれも満たしていないのであるから、平成17年1月19日付けの遺族厚生年金の支給裁定の取消処分は適法である。

すなわち、本件のように、重婚的内縁関係が存する場合においては、原則としては戸籍上の配偶者に「配偶者要件」の充足を認めるべきではあるが、内縁関係にある者が、社会通念上、夫婦としての共同生活

を営んでおり、かつ、届出による婚姻関係が、その実態を失い形骸化していると認められる場合にあっては、内縁関係にある者に「配偶者要件」の充足を認めることこそが、遺族厚生年金の制度趣旨に合致し、判例及び行政実務の採用する立場であるところ、本件においては、被告補助参加人が社会通念上○○と夫婦としての共同生活を営んでいた事実が認められ、かつ原告と○○との届出による婚姻関係は、事実上の離婚状態にあり、その実態を失い形骸化していると認められるため、戸籍上の配偶者である原告は、「配偶者要件」を欠いており、加えて、原告は、○○の死亡当時、○○によってその生計を維持していたと解することもできず、「生計維持要件」も欠いている。

被告は、既に、答弁書及び被告準備書面(1)において、事実上及び法律上の主張を行ってきたところであるが、この主張が正当であることは、原告本人尋問及び被告補助参加人の証人尋問の結果等によって、より明確になったというべきである。

第2 本件処分の適法性

1 原告が「配偶者要件」を欠いていることについて

(1) 法の趣旨

法3条2項は、「この法律において、『配偶者』、『夫』及び『妻』には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含むものとする。」と規定するが、ここにいう「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」とは、婚姻の届出を欠くが、社会通念上、夫婦としての共同生活を営んでいる者をいい、①当事者間に社会通念上、夫婦の共同生活と認められる事実関係を成立させようとする合意があること、②当事者間に、社会通念上、夫婦の共同生活と認められる事実関係が存在することが必要であると解すべきである。

他方、「戸籍上届出のある配偶者であつても、その婚姻関係が実態を失つて形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消さ

れる見込のないとき、すなわち、事実上の離婚状態にある場合には、もはや右遺族給付を受けるべき配偶者に該当しないものというべきである」(最高裁昭和58年4月14日第一小法廷判決・民集37巻3号270ページ)。

(2) 本件の検討

<前略>

以上述べたことから明らかなように、原告と〇〇は、事実上の離婚状態にあったと認められ、他方、〇〇は原告との約25年にわたる別居期間中、一貫して被告補助参加人と同居し、同人らは社会通念上、夫婦としての共同生活を営んでいたものである。

したがって、被告補助参加人が、法59条1項の「配偶者」に該当すると認められ、他方、原告はこの「配偶者要件」を満たしていないのであって、この点に関する原告の主張は理由がない。

2 原告が「生計維持要件」を欠いていることについて

(1) 法の趣旨

法59条4項は、「被保険者又は被保険者であつた者によって生計を維持していたことの認定に関し必要な事項は、政令で定める。」旨規定し、この規定を受けて、厚生年金保険法施行令3条の10は、「生計を維持していたもの」とは、「当該被保険者又は被保険者であつた者の死亡の当時その者と生計を同じくしていた者(後略)」と規定している。

(2) 本件の検討

<前略>

以上述べたとおり、〇〇の死亡当時、同人によって生計を維持していたのは被告補助参加人であり、原告でないことは明らかなである。

したがって、原告は「生計維持要件」を満たしていないのであるから、この点に関する原告の主張も理由がない。

第3 結語

したがって、平成17年1月19日付けの遺族厚生年金の支給裁定の取消処分は適法であり、原告の主張は理由がないことが明らかなであるから、原告の請求は速やかに棄却されるべきである。

(3) 準備書面の提出

ア 準備書面の提出方法

準備書面は、前述のとおり、当事者が弁論で主張すべき事項を記載したもので、裁判所や相手方にその内容を予告し、期日における釈明、応答の準備をさせることを目的とするものである。

したがって、準備書面は、準備書面に記載した事項につき相手方が準備をするのに必要な期間をおいて裁判所に提出しなければならないものとされている(民訴規則79条1項)。

また、裁判長は、準備書面を提出すべき期間を定めることができる(民訴法162条)。

準備書面は、裁判所に対しては、正本のみを提出しなければならない。ただし、正本のほか、裁判官の手控等に用いるため若干部数の提出を求められることもあるので、担当書記官に確認しておく必要がある。

イ ファクシミリの利用

裁判所に提出すべき書面は、次のものを除き、ファクシミリを利用して送信することにより提出することができる(民訴規則3条1項)。

- ① 民訴費用法の規定により手数料を納付しなければならない申立てに係る書面
 - ② その提出により訴訟手続の開始、続行、停止又は完結をさせる書面(上記①に該当する書面を除く。)
 - ③ 法定代理権、訴訟行為をするのに必要な授權又は訴訟代理人の権限を証明する書面その他の訴訟手続上重要な事項を証明する書面
 - ④ 上告理由書、上告受理申立て理由書その他これらに準ずる理由書
- また、ファクシミリを利用して書面が提出されたときは、裁判所が受

償した時に、当該書面が裁判所に提出されたものとみなされる（民訴規則3条2項）。

ウ 準備書面の直送

当事者は、準備書面を、これに記載した事項について相手方が準備をするのに必要な期間をおいて、直送（当事者の相手方に対する直接の送付をいう。）しなければならないとされている（民訴規則83条1項）。

これは、現行民訴規則によって採用されたところであるが、準備書面を相手方に受領させるについては、常に裁判所の送達によらなければならないとするまでの必要性はないと考えられたこと、双方が私人である民事訴訟においては、従前から実務でも準備書面を当事者間で直接授受することが常態化していた上、準備書面のファクシミリによる裁判所への提出が明確に認められたことから、同時に、相手方にもファクシミリを利用して送付することとすれば、直送による当事者の負担も大きくなると考えられたことによる。

準備書面の直送を受けた相手方は、当該準備書面を受領した旨を記載した書面（受領書）を準備書面の直送をしてきた者に直送するとともに、裁判所に提出する（民訴規則83条2項）か、準備書面の直送をした者が裁判所に提出する準備書面に当該準備書面を受領した旨を記載しなければならない（同条3項。いわゆる「副本直送済み」印のある準備書面）。

一方、当事者が直送をしなければならない書類について、直送を困難とする事由その他相当とする事由があるときは、当該当事者は、裁判所に対し、当該書類の相手方への送付（準備書面については、送達又は送付）を審判官に行わせるよう申し出ることができる（民訴規則47条4項）。

準備書面の直送は、もともとは当事者間で準備書面が直接授受されているという実務を法制化したものであること、直送が当事者の負担にはならないことを前提としていることからすれば、当事者としては、事案等にかんがみ、直送がかえって手続の円滑を害し、訴訟の遅延をもたらしかねないようなときは、直送に固執しないで、裁判所に対し相手方へ

の送達又は送付を申し出るのが相当である。

(4) 準備書面の陳述

準備書面を提出しても、口頭弁論期日に口頭で陳述されなければ、その記載内容は、訴訟資料とはならない。準備書面の陳述も、通常の場合は、「〇年〇月〇日付け準備書面のとおり陳述いたします。」というような方法で行われるが、その一部又は全部を朗読する場合があることは、訴状の陳述について述べたとおりである。

相手方が在廷していない口頭弁論においては、相手方に送達された準備書面（相手方に送達された準備書面又は相手方から受領書が提出された準備書面に限る。）に記載した事実でなければ主張することができない（民訴法161条3項）。このためにも、準備書面は、口頭弁論期日の当日に裁判所に提出するのではなく、事前に提出する必要がある。

3 釈明権等

(1) 釈明権の行使及び釈明処分

ア 裁判長による釈明権の行使

裁判長は、口頭弁論期日において、弁論における当事者の陳述に矛盾や不完全な部分がある場合、訴訟関係（審理の対象となる事件の事実・争点）を明らかにするために、当事者に対して、それらの瑕疵を指摘して訂正・補充を求め、立証を促すことができる（民訴法149条1項。単独体の場合は、裁判長とはその裁判官のことである。また、合議体の陪席裁判官も、裁判長に告げて裁判長と同様の処置をすることができる（同条2項））。これを「釈明権の行使」といい、書面によってされることも、口頭でされることもある。

当事者は、相手方に対し直接釈明のため発問することはできず、裁判長に対し発問することを求めることができるだけである（民訴法149条3項）。この当事者の権利を求問権という。当事者が裁判長の相手方に対する釈明権の行使を求め、口頭弁論期日において口頭で釈明を求めた

い事項を述べたり、「求釈明書」と題する書面を提出したりするのは、この求問権に基づく。当事者が裁判長に対し発問することなどを求めても、裁判所が釈明権を行使しなければ、他方の当事者が釈明に応じなかったからといって、必要な釈明をしなかった（同法157条2項）ことになるわけではない。

裁判長は、口頭弁論の期日においてのみならず、口頭弁論の期日外においても釈明権を行使することができる（民訴法149条1項）。したがって、訴状の送達とともに釈明を求めることもあり得る。

裁判長又は陪席裁判官は、口頭弁論の期日外において、民訴法149条1項又は2項の規定による釈明のための処置をする場合には、書記官に命じて行わせることができる（民訴規則63条1項）。

裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃防御方法に重要な変更を生じ得る事項について釈明権を行使したときは、その内容は相手方に通知される（民訴法149条4項）。これは、相手方が攻撃防御の準備をすることができるようにするための措置である。なお、この釈明権の行使の内容は、書記官によって訴訟記録上明らかにされる（民訴規則63条2項）。

イ 釈明処分

裁判所は、釈明権の行使のほか、その準備ないし補充として、訴訟関係を明瞭にするため、次の措置をとることができる（民訴法151条）。この措置のことを「釈明処分」という。

- ① 当事者本人又はその法定代理人に対し、口頭弁論期日への出頭を命ずること。
- ② 口頭弁論期日において、当事者の事務を処理し、又は補助する者で裁判所が相当と認める者（いわゆる準当事者）に陳述させること。
- ③ 訴訟書類、訴訟において引用した文書・物件を提出させること。
- ④ 提出文書・物件を留め置くこと。
- ⑤ 検証・鑑定

⑥ 調査の囑託

これらは、当事者の弁論の内容を明らかにしようとするものであって、事実認定のために証拠資料を収集する手続である証拠調べとは異なる。したがって、釈明処分で得られた資料が証拠資料とされることはない。ただし、「弁論の全趣旨」（民訴法247条）の内容として斟酌されることはある。

なお、行政事件訴訟においては、当該行政処分に直接関わった公務員は、ここにいう準当事者に当たることになる。

ウ 釈明処分の特則

（ア）趣旨

平成16年法律第84号による行訴法の改正により、行政訴訟における審理の充実・促進を図るため、裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、必要があると認めるときは、行政庁に対し裁決の記録や処分又は裁決の理由を明らかにする資料等の提出を求めることができることとされた（行訴法23条の2）。

これは、行政庁の専門的・技術的判断や裁量判断を伴う行政処分について争われる行政訴訟においては、迅速かつ充実した審理のため、行政庁が判断の根拠とした資料を早期に訴訟資料とすることが必要であるとの観点から、民訴法151条の釈明処分の特則として新設されたものである。

（イ）釈明処分の対象文書

① 行訴法23条の2第1項の釈明処分

対象文書は、「処分又は裁決の内容、処分又は裁決の根拠となる法令の条項、処分又は裁決の原因となる事実その他処分又は裁決の理由を明らかにする資料（次項に規定する審査請求に係る事件の記録を除く。）」である。

ここで対象となる文書は、民訴法151条1項3号に規定する「訴訟書類又は訴訟において引用した文書その他の物件」より広い範囲

のものであり、訴訟の対象となっている当該処分的一件記録のようなものが通常想定されるが、それに含まれないものであっても、行政手続法5条1項が定める審査基準、同法12条1項が定める処分基準、その他裁量基準を明らかにする資料等、処分又は裁決に際して行政機関相互間の連絡調整の過程で調査又は参照されたり、処分又は裁決に当たって依拠されたものも対象となる（宇賀・解説101ページ、橋本・解説99ページ）。

しかし、この釈明処分は、新たに訴訟審理用の資料を作成して提出させるというものではない（橋本・解説100ページ）。また、行政庁が作成・収集した資料であっても、例えば、処分をした行政庁の関知しないところでその処分に関係する事実について犯罪捜査が行われていたことが処分後に事後的に判明した場合の捜査記録など、処分又は裁決とは全く無関係に作成・収集された資料については、「処分又は裁決の理由を明らかにする資料」に当たらない。要するに、釈明処分の対象となる文書は、あくまで当該処分又は裁決をする際に依拠し又は参考にした資料に限定される。

② 行訴法23条の2第2項の釈明処分

対象文書は、処分についての審査請求に対する裁決を経た後に取消訴訟の提起があったときの当該審査請求に係る事件の記録である。

1項と同様、新たに訴訟審理用の記録を作成して提出させるというものではない。

㊦ 釈明処分の必要性

① 行訴法23条の2第1項の釈明処分

1項の釈明処分の要件とされる「訴訟関係を明瞭にするため、必要があると認めるとき」とは、例えば、裁判所が当事者双方の主張を前提として判断した結果、当該事件の争点を明らかにし、円滑かつ迅速な訴訟進行を図るためには、処分又は裁決に係る一件記録のような資料の提出を求めて、その内容を把握する必要があると認め

る場合をいうとされる（小林・行訴法268ページ）。処分又は裁決に係る一件記録のような資料については、定型的にみてその必要性を認めることができると考えられるが、そうでない場合には、その必要性について十分検討する必要がある。争点とはおよそ無関係な文書の提出等が求められた場合には、必要性があるとはいえず、対象文書にも当たらないというべきである。

② 行訴法23条の2第2項の釈明処分

2項の釈明処分には、1項のような「訴訟関係を明瞭にするため、必要があると認めるとき」との要件はない。これは、審査請求に対する裁決によって処分の内容に変更を加えられた場合など、裁決の記録が訴訟の審理に不可欠であることも多く、また、一般的に、審査請求に係る事件の記録を参照することによって、事案の内容を早期に把握し、訴訟関係を明瞭にすることに資すると考えられるためである（小林・行訴法269ページ）。そこで、裁決記録について裁判の資料とすることの必要性を受訴裁判所が個別に判断するまでもなく原則としてその全部又は一部の提出を求めることができることとした。

もっとも、事件によっては、裁決記録を見るまでもなく訴訟要件等の判断が可能な事件もあるものと考えられ、そのような事件についてまで裁決記録を常に開示させることは、行政庁及び裁判所にとって無用のことである。明らかに必要性がないと認められる場合には、裁判所に対してその旨の指摘をすることも許されるであろう。

㊦ 釈明処分の相手方

行政法23条の2は、1項、2項とも、1号は、「被告である国若しくは公共団体に所属する行政庁又は被告である行政庁」に対し、保有する当該資料又は記録の「提出」を求めることができ、2号はそれ以外の行政庁に対し、保有する当該資料又は記録の「送付を囑託」することができるとしている。条文の文意上、行政主体である被告に所属

するが、実質的な当事者ではない行政庁が資料等を保有している場合に1号と2号のいずれが適用されるかは必ずしも明らかではない。しかし、「第1号と第2号は、資料を保有する行政庁の訴訟上の立場の違いに応じて、釈明処分の方法について、提出を求める方法（第1号）と送付を囑託する方法（第2号）を分けたもの」（小林・行訴法66ページ）と説明されている。すなわち、「提出」を求めることができるというのは、当該行政庁が訴訟に関与していることを前提としたものというべきであり、当該訴訟において裁判上の一切の行為をする権限が付与され（行訴法11条6項）、実質的な当事者というべき行政庁に限られ、それ以外の行政庁は、同じ行政主体である被告に所属するものであっても、2号の送付囑託の対象とされるべきであろう（石川・権限法56ページ。小早川・詳解129、130ページ参照）。

このような区別は、実際には、指定代理人が、実質的な当事者ではない行政庁の保有する資料又は記録の「提出」を求められた場合に、その対応に窮することとなることを想定しての議論であった（石川・権限法57、58ページは、このような場合に、法務大臣権限法の解釈から、指定代理人は、「対応する権限がない」との対応をすべきことを明らかにしていた。）。しかし、行政事件担当裁判官協議会の協議結果によると、むしろ、「指定代理人は、被告の訴訟代理人であり、訴訟当事者である被告が訴訟当事者として行う行為を代理して行うことができるものであるにすぎない。法23条の2による釈明処分は、訴訟当事者である被告を名あて人とするものではなく、行政庁を名あて人とするものであり、行政庁は、訴訟当事者としての立場ではなく、資料の保有者としての立場で関与するものであるから、釈明処分の告知の受領権限が被告国の訴訟代理人たる指定代理人の権限に含まれると解することは困難であろう。このような考えに立てば、釈明処分の告知は、直接行政庁に対して行うべきこととなろう。」（最高裁判所事務総局行政局監修・改正行政事件訴訟法執務資料57、58ページ）とされて

いるところからすると、釈明処分の告知は、裁判所から行政庁に対して直接されることになるであろう。そうであれば、1号によって「提出」を求められても、2号によって「送付を囑託」されても、実質において変わるところはないであろう。

㊦ 釈明処分の効果

釈明処分の効果については、民訴法による一般の釈明処分と同様であり、資料等の提出等を求められた行政庁は、裁判所に対する一般的な協力義務を負い、提出に応ずべき義務の有無及び提出に応ずべき資料等の範囲は、釈明処分を受けた行政庁において、法令に即して判断されることになる（小林・行訴法271ページ）。行政庁が正当な理由がないにもかかわらずこれに従わないときの罰則等の制裁的措置は規定されていない。

この点、行政庁側が正当な理由もなく資料・記録の提出・送付を拒むような場合、口頭弁論の全趣旨として、他の証拠の証明力の評価に影響を及ぼすなど、裁判所の心証形成の面で不利益になる可能性があるとの指摘もある（小林・行訴法272ページ、宇賀・解説102ページ、橋本・解説100ページ）。しかしながら、正当な理由もなく行政庁が拒むこと自体が想定され難いし、仮にそのような場合があるとしても、釈明処分制度の趣旨からすると、直ちに訴訟の結論に影響を及ぼすものではないであろう。そうはいっても、このような指摘がある以上、釈明処分に対しては、慎重な対応が求められるというべきである。

㊦ 釈明処分に対する拒否理由

行政庁が、裁判所の釈明処分に従って資料等を裁判所に提出し、その資料等が訴訟記録となった場合には、何人も、その閲覧を請求することができる（民訴法91条1項）。

したがって、釈明処分の対象文書が、公務員の職務上の秘密に関する文書であったり、第三者の営業秘密や個人のプライバシーにかかわる情報のように、その資料を提出して訴訟の資料とされることにより、

第三者の利益を害するおそれがあるときなど、資料等の提出等を拒む正当な理由があるときは、釈明処分を受けた行政庁は、資料等の提出等を拒むことができる。どのような場合に資料等の提出等を拒む正当な理由があるかについては、文書提出命令制度における文書提出義務の例外を定めた規定（民訴法220条4号イないしホ）、開示請求に対する不開示情報を定めた規定（行政機関の保有する情報の公開に関する法律5条等）、不利益処分をする際の聴聞手続における文書等の閲覧の拒否について定める規定（行政手続法18条1項）、処分についての審査請求の手続において処分庁から提出された物件等の閲覧の拒否について定める規定（行政不服審査法33条2項）等の解釈運用が参考になる（小林・行訴法271ページ）。

(2) 当事者照会

ア 意義

民訴法は、当事者は、訴訟の係属中、相手方に対し、主張又は立証を準備するために必要な事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会することができるものとした（民訴法163条本文）。すなわち、当事者が主張・立証に必要な情報を相手方から直接入手することができるようにするため、当事者照会の手続を設けたのである。

この制度の設けられた理由は、次のとおりである。旧民訴法の下では、相手方当事者からの情報収集の機能を営み得る制度は、民訴法149条3項（旧民訴法127条3項）の発問権のほかになかったが、これは、前述のとおり、訴訟関係を明瞭にするため必要があるときに限って裁判長に対し相手方への釈明権の行使を求めることができるというものである。しかし、相手方に情報の提供を求めることができる場合を訴訟関係を明瞭にするため必要がある場合に限ったのでは当事者が準備をする上で不十分であるし、当事者間で直接やりとりをする方が当事者にとっても裁判所にとっても便宜であると考えられる。このような見地から、主張立証に必要な事項についての情報を相手方当事者から直接入手する方法と

して創設された制度が、当事者照会である。

イ 要件

当事者照会をすることができるのは、「訴訟の係属中」、すなわち、訴状が被告に送達された後である。

当事者照会の対象は、「主張又は立証を準備するために必要な事項」である。主張又は立証を準備するために必要がある事項であれば、他の方法によって情報を入手する余地があるかどうかにかかわらない。

なお、当事者照会を行うことができない照会として、次のものが挙げられている（民訴法163条ただし書）。

- ① 具体的又は個別的でない照会
- ② 相手方を侮辱し、又は困惑させる照会
- ③ 既にした照会と重複する照会
- ④ 意見を求める照会
- ⑤ 相手方が回答するために不相当な費用又は時間を要する照会
- ⑥ 民訴法196条又は197条の規定により証言を拒絶することができる事項と同様の事項についての照会

ウ 手続

照会及びこれに対する回答は、照会書及び回答書を相手方に送付してするが、相手方に代理人があるときは、照会書は、当該代理人に対し送付する（民訴規則84条1項）。

照会書には次に掲げる事項を記載し（民訴規則84条2項）、当事者又は代理人が記名押印する（同規則2条）。照会事項は、項目を分けて記載するものとする。

- ① 当事者及び代理人の氏名
- ② 事件の表示
- ③ 訴訟の係属する裁判所の表示
- ④ 照会年月日
- ⑤ 照会事項及びその必要性

⑥ 民訴法163条の規定により照会をする旨

⑦ 回答すべき期間

⑧ 照会をする者の住所、郵便番号及びファクシミリの番号

また、回答書には、上記の①ないし④（ただし、回答年月日）の各事項及び照会事項に対する回答を記載し、当事者又は代理人が記名押印する。照会事項中に民訴法163条各号に掲げる照会（イの①ないし⑥）に該当することを理由としてその回答を拒絶するものがあるときは、その条項も記載する（民訴規則84条3項）。照会事項に対する回答は、できる限り、照会事項の項目に対応させて、かつ、具体的に記載するものとする（同条4項）。

なお、照会に応じない場合の制裁等は設けられていない。

4 争点及び証拠の整理手続

(1) 争点及び証拠の整理の意義

訴訟は、訴訟物とされた権利又は法律関係の存否を、証拠に基づき認定された事実の組合せによって判定するという構造を持っているから、理論的には、①当事者の主張する要件事実（第14・1、255ページ参照）及びその存否に影響を与える重要な間接事実の確定、②そのうち当事者間に争いがない事実と立証が必要な争いがある事実の確定、③争いがある事実について立証計画の策定、④争いがある事実について必要な証拠調べ、という順序で進行する性格のものである。①から③までが争点及び証拠の整理と呼ばれるものといえる。争点は、当事者双方が主張を述べ、それらを突き合わせるだけで明らかになるように見えるが、そうではなく、実質的な争点（具体的事実の争いを含んでおり、それを指向して立証活動が行われるべき真の争点）を見定めなくては争点整理の意味がない。そのために、書証を提出し、場合によっては、当事者本人等が裁判官に対し直接説明することなどによって、真の争点が明らかになる。

また、このようにして明らかになった争点につき、人証等の証拠調べを

集行的に行うためには、当事者から人証等の申出がされた上で、最適な立証方法や立証計画について協議し、できる限り共通の認識を形づくる必要がある。この作業を証拠の整理と呼ぶことができるが明確でないなどの指摘があった。

(2) 民訴法における争点及び証拠の整理手続

民訴法は、より適正で迅速な民事裁判を実現するためには、まず争点を早期に明確にし、その上で、これに焦点を当てた効率的な証人尋問等を行うようにする必要があるとの基本的な考え方の下に、準備的口頭弁論、弁論準備手続、審判による準備手続という争点及び証拠の整理手続を整備している。

これらの争点及び証拠の整理手続は、行政事件訴訟にも用いられるものである。

(3) 準備的口頭弁論

ア 意義

準備的口頭弁論は、公開の法廷で争点等の整理を行う手続として規定されている。準備的口頭弁論であっても、口頭弁論であることに変わりはないので、法廷で行われる。もっとも、裁判官が法壇上に着席し、当事者は法壇の下にあって発言するときは起立して行うというような方式ではなく、いわゆるラウンドテーブル方式（裁判所と当事者が円卓を囲んで座って議論をする方式）により行われる場合が多い。

イ 手続

裁判所の準備的口頭弁論を開始する旨の決定により開始される（民訴法164条）。準備的口頭弁論には、争点及び証拠の整理のために必要がある限りにおいて、一般的口頭弁論に関する規定がすべて適用される。したがって、書証の取調べはもちろん、争点及び証拠の整理のために必要な限度で証人尋問又は当事者本人尋問もできると解されている。和解の試みや訴えの取下げをすることもできる。

通常は、当事者本人や準当事者の出頭も求め、当事者双方が互いに自

己の言い分と相手方の主張に対する反論を述べるとともに、裁判所が問に入って、提出された書証を閲読するなどしながら、双方の主張が充分に噛み合うように整理されることになる。

準備的口頭弁論の結果、証拠調べによって立証すべき事実が何であるかが明確になった場合には、裁判所の準備的口頭弁論を終了する旨の決定により、準備的口頭弁論は終了する。裁判所は、準備的口頭弁論の終了に当たり、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認することになっており（民訴法165条1項）、この場合、確認した事実を明確にしておくため、相当と認めるときは、裁判所は、書記官にその事実を準備的口頭弁論の調書に記載させる（民訴規則86条1項）。

また、裁判所は、当事者に準備的口頭弁論における争点及び証拠の整理の結果を要約した書面（要約書面）を提出させることもできる（民訴法165条2項）。この場合、裁判長は、要約書面を提出すべき期間を定めることができる（民訴規則86条2項）。

ウ 準備的口頭弁論終了の効果

準備的口頭弁論の終了後に攻撃防御方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、準備的口頭弁論の終了前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならない（民訴法167条）。

これは、争点等の整理のための特別の手続を実施し、その手続が終了したにもかかわらず、何ら特別の効果が生じず、その後も攻撃防御方法の提出を自由にすることができるというのでは、争点等の整理のための努力が無に帰することになり、手続を設ける意義が損なわれることになるから、一定の説明義務を課することによって、準備的口頭弁論における争点等の整理の実効性を確保するため規定されたものである。

民訴法は、前述したとおり、攻撃防御方法の提出につき、適時提出主義を採用したが、準備的口頭弁論が設けられた趣旨等からすれば、争点及び証拠の整理手続において争点等の整理が完了した後にその整理の結

果に反する攻撃防御方法を提出することは、原則として、時機に後れた攻撃防御方法の提出に当たると解される。そして、当該攻撃防御方法の提出をした当事者が説明要求に応じず、又は適切な説明をすることができなかったときは、そのことは当該攻撃防御方法の提出が時機に後れたことにつきその当事者に故意又は重過失があるかどうかの判断の一資料となろう。したがって、原則として、準備的口頭弁論に臨むに当たっては、終了後には攻撃防御方法を提出する機会がないものとして主張、証拠の提出を尽くすべきであるし、万が一、終了後に提出の必要が生じたときは、準備的口頭弁論の終了前にこれを提出することができなかった理由について適切に説明した書面を作成する必要がある。

(4) 弁論準備手続

ア 意義

弁論準備手続は、法廷以外の準備室等を利用して行われる必ずしも公開を要しない争点等の整理を行う手続として規定されている。弁論準備手続は、旧民訴法における準備手続を改正して、その問題点を解消し、利用しやすい争点及び証拠の整理手続にしようとするものであると説明されているが、その実質において、弁論兼和解の法制化の色彩も有している。

弁論準備手続は、口頭弁論とは異なる手続であるから、受訴裁判所のみでなく受命裁判官が行うこともでき（民訴法171条1項）、その結果は口頭弁論で陳述されなければ裁判の基礎とはならない（民訴法173条）。また、弁論準備手続であることができる訴訟行為は法定されている。

イ 手続

弁論準備手続は、裁判所の弁論準備手続に付する旨の決定により開始されるが、事件を弁論準備手続に付するには、当事者の意見を聴くことが必要である（民訴法168条）。

弁論準備手続の傍聴について、裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができるが、当事者が申し出た者については、手続を行うのに支

障を生ずるおそれがあると認める場合を除き、その傍聴は許される（民訴法169条2項）。「手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認める場合」とは、その者が傍聴していたのでは、相手方当事者等が威圧されて十分な陳述をすることができないと認められる場合や、相手方当事者が裁判所及び当事者以外には秘密にしておきたい事項につき争点整理のために話をする必要がある場合、部屋の都合で傍聴席が足りない場合等と説明されている。

弁論準備手続は、受命裁判官も行うことができるが、弁論準備手続においてすることができる行為は、受訴裁判所が手続を主宰するときと受命裁判官が手続を主宰するときとは異なる。そのいずれの場合にも、準備書面の陳述、証拠の申出、裁判所の釈明権の行使、釈明処分、和解の試み、訴えの取下げ、請求の放棄及び認諾、文書の証拠調べ、調査囑託、鑑定囑託、文書送付囑託（民訴法170条1項、2項、5項、171条2項、3項、261条、266条）ができるとされている。ただし、受命裁判官が手続を主宰するときは、受訴裁判所ができる証拠の申出に関する裁判その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判、異議についての裁判、却下についての裁判はすることはできない（同法170条2項、171条2項。ただし、文書を提出してする書証の申出についての裁判は、受命裁判官もすることができる（同法171条3項））。

弁論準備手続の結果、証拠調べによって立証すべき事実が何であるかが明確になった場合には、裁判所（又は受命裁判官）の弁論準備手続を終了する旨の決定により、弁論準備手続は終了する。裁判所（又は受命裁判官）は、弁論準備手続の終了に当たり、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認すること等は、準備的口頭弁論の場合と同様である（民訴法170条5項による同法165条の準用、民訴規則90条による同規則86条、87条の準用）。

ウ 電話会議の方法の利用

裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認める

ときは、「裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法」、いわゆる電話会議の方法によって、弁論準備手続の期日における手続を行うことができる（民訴法170条3項。この点は、受命裁判官が弁論準備手続を主宰する場合も同様である（同法171条2項））。これは、弁論準備手続の期日への出頭に要する当事者の負担を軽減し、円滑に手続を進めることができるようにするため、導入されたものである。

電話会議の方法によることができる要件のうち「その他相当と認めるとき」とは、訴訟代理人が遠隔の地に事務所を有するとき、当事者や訴訟代理人が傷病等の理由で当該期日に裁判所まで出頭することは困難であるが、自宅や事務所で電話会議の方法で手続に加わることはできるとき等がこれに当たると解される。

弁論準備手続における電話会議の方法の利用は、期日に当事者の一方が出頭した場合に限られる（民訴法170条3項ただし書）。このような限定が置かれたのは、当事者双方に出頭の支障がある場合には、むしろ書面による準備手続を活用する方が適切であると考えられること等に基づく。また、電話会議の方法を利用するには、当事者の意見を聴く必要がある（同項本文）。

期日に出頭しないで電話会議の方法によって行われる手続に関与した当事者は、その期日に出頭したものとみなされる（民訴法170条4項）ため、当該期日に出頭した当事者と同様の訴訟行為をすることができる。

エ 弁論準備手続終了の効果

弁論準備手続の終了後に攻撃防御方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、弁論準備手続の終了前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならない。その趣旨等は、準備的口頭弁論の場合と同様である（民訴法174条による同法167条の準用、民訴規則90条による同規則87条の準用）。

(5) 書面による準備手続

ア 意義

書面による準備手続は、当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点等の整理をする手続として規定されている。

当事者が遠隔の地に居住しているとき等には、当事者が手続の期日に毎回出頭することは時間的にも費用の面からも相当の負担となり、また、期日の調整が困難でそのために審理が遅延することも少なくない一方、事件によっては、準備書面の交換や電話会議の方法の利用等によって、当事者が裁判所に出頭しなくても出頭した場合と同様に手続を進めることが可能である。書面による準備手続は、このような見地から創設された争点及び証拠の整理手続である。

イ 手続

書面による準備手続は、裁判所の書面による準備手続に付する旨の決定により開始されるが、事件を書面による準備手続に付するには、当事者の意見を聴くことが必要である（民訴法175条）。

書面による準備手続は、原則として裁判長が行うが、高等裁判所では受命裁判官も行うことができる（民訴法176条1項）。

書面による準備手続では、期日を聞かないで、準備書面や書証となるべき文書の写しの提出等によって争点等の整理を進めることになるので、裁判長等は、特定の事項に関する主張を記載した準備書面の提出又は特定の事項に関する証拠の申出をすべき期間を必ず定めなければならない（民訴法176条2項）。当事者は、その期間内に準備書面等を提出しなければならない。

準備書面等の提出による争点等の整理を補完するものとして、裁判長は、電話会議の方法の利用によって、争点及び証拠の整理に関する事項その他口頭弁論の準備のため必要な事項について、当事者双方と協議をすることができる（民訴法176条3項）。この協議に当たっては、裁判長が協議の日時を指定し（民訴規則91条1項）、協議の結果は、書記官が調書を作成して記録する（民訴法176条3項、民訴規則91条2項）。

また、裁判長は釈明権を行使することができるが、これについては電話又はファクシミリの利用される場合が多いとみられる。

書面による準備手続の結果、証拠調べによって立証すべき事実が何であるかが明確になった場合には、裁判長等の書面による準備手続を終了する旨の決定により、書面による準備手続は終了する。裁判長等は、書面による準備手続の終了に当たり、当事者に書面による準備手続における争点及び証拠の整理の結果を要約した書面（要約書面）を提出させることができる（民訴法176条4項による同法165条2項の準用。なお、民訴規則92条は、要約書面を提出すべき期間を裁判長が定めることができる旨の同規則86条2項を準用している。）。

書面による準備手続では、裁判所は、書面による準備手続の終結後の口頭弁論の期日において、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認することになり（民訴法177条）、当該事実は調書に記載される（民訴規則93条）。

ウ 書面による準備手続終了の効果

書面による準備手続を終結した事件について、口頭弁論の期日において、要約書面に記載した事項の陳述がされ、又は裁判所と当事者間でその後の証拠調べによって証明すべき事実が確認された後に攻撃防御方法を提出した当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、その陳述又は確認の前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならない（民訴法178条）。その趣旨、説明の方式（民訴規則94条）等は、準備的口頭弁論の場合と同様である。

5 進行協議期日

(1) 意義

進行協議期日とは、口頭弁論の期日外において、裁判所及び当事者が口頭弁論における証拠調べと争点との関係の確認その他訴訟の進行に関し必要な事項についての協議を行うための期日である。裁判所は、口頭弁論の

期日外において、その審理を充実させることを目的として、当事者双方が立ち会うことができる進行協議期日を指定することができるものとされている（民訴規則95条1項）。

訴訟の節目ごとに、裁判所と当事者が審理の進め方等についての協議をすることは、これに関する裁判所と当事者の理解を共通にすることにより、適切な準備を遂げることを可能にし、口頭弁論期日における審理を充実させるために必要であり、旧民訴法下の実務においても、裁判所と当事者との間で、口頭弁論の期日とは別に、訴訟の進め方についての打合せや、専門技術的な問題についての説明会等が開催されている。そこで、民訴規則が、そのような実務の工夫に明文の根拠を与え、独立の制度として規定したものである。

(2) 手続

進行協議期日は、裁判所が指定するが、当該期日における手続は、受命裁判官も行うことができる（民訴規則98条）。

進行協議期日における手続は、電話会議の方法を利用することによって行うことができるが、当事者の一方が期日に出頭していなければならず、あらかじめ当事者の意見を聴くことが必要である（民訴規則96条1項）。これは、電話会議の方法による弁論準備手続に関する民訴法170条3項に対応する規定である。そのほか、電話会議の方法による進行協議期日に関しては、電話会議の方法による弁論準備手続に関する民訴法170条4項に対応する規定が置かれている（民訴規則96条2項）。

また、進行協議期日における手続は、裁判所外において行うこともできる（民訴規則97条）。事件現場等、裁判所以外の場所において、訴訟の進め方についての打合せ等を行うことが有益なことが少なくなく、実務においても、そのような打合せが現地見分（事実上の検証）の名の下に行われていることを踏まえたものである。

訴えの取下げ、請求の放棄及び認諾は、進行協議期日においてもすることができる（民訴規則95条2項）が、これは、和解期日において訴えの取

下げ、請求の放棄及び認諾ができることを認めていること（民訴法261条3項ただし書、266条1項）、裁判所の面前で行われることから弊害はなく、むしろ当事者の便宜であること等から規定された。和解のための協議は進行協議期日で行うことが可能と考えられるが、和解を成立させる場合には、裁判所等が即時に和解期日を指定した上で、手続をこれに切り替えることになると思われる。

なお、電話会議の方法による進行協議期日に出頭していない当事者については、訴えの取下げ、請求の放棄及び認諾は、これをするとはできない（民訴規則96条3項）。

6 専門委員制度

(1) 概要

近年、医療関係訴訟、建築関係訴訟等専門的知見を必要とする訴訟が増加傾向にある。このような専門的な知見が問題となる訴訟において、専門家を専門委員として訴訟手続に関与させ、訴訟手続の中で、当該専門委員から必要な説明を聴くことができることとする専門委員制度が、民事訴訟法等の一部を改正する法律（平成15年法律第108号。同年7月16日公布、平成16年4月1日施行）により新設された。

この制度は、例えば、争点整理の段階において、裁判官が当事者の主張を的確に理解し、争点を整理することなどを可能にするために、専門家により裁判官の知見を補う方法として導入されたものである。

専門委員は、専門的な知見に基づく説明をするために必要な知識経験を有する者の中から、最高裁判所が任命することとされている。

専門的知見が必要な場合の手続として、鑑定があるが、これは証拠調べ手続の一つで、より慎重な手続であることから、専門的な知見を必要とする訴訟において裁判官を補助するものとして、専門委員制度が導入された。専門委員の関与は、訴訟関係を明瞭にする等のために認められるもので、それ自体は証拠となるものではない。

なお、専門委員の関与は、次の3つの場合があるが、関与の在り方及びその要件は、これらのどの段階で関与するかによって異なる（民訴法92条の2）。

- ① 争点若しくは証拠の整理又は訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため必要があると認めるとき（1項）
- ② 証拠調べをするに当たり、訴訟関係又は証拠調べの結果の趣旨を明瞭にするため必要があると認めるとき（2項）
- ③ 和解を試みるに当たり、必要があると認めるとき（3項）

(2) 専門委員の関与

ア 争点・証拠整理等の段階

裁判所は、争点若しくは証拠の整理又は訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、決定で、専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる。

この場合、専門委員の説明は、裁判長が書面により又は口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日において口頭でさせなければならない（民訴法92条の2第1項）。

専門委員の関与の決定があった場合には、専門委員の説明は、裁判長が進行協議期日において口頭でさせることもできる（民訴規則34条の2）。

この場合、専門委員が遠隔地に居住しているなどの事情があるときは、音声の送受信により同時通話できる方法によって、進行協議期日において、専門委員に説明又は発問をさせることができる（民訴法92条の3、民訴規則34条の2第2項）。

裁判長が期日外において専門委員に説明を求めた場合で、説明を求めた事項が訴訟関係を明瞭にする上で重要な事項であるときは、裁判所書記官は、当事者双方に対して、当該事項を通知しなければならない（民

訴規則34条の3第1項）。

また、専門委員が期日外において説明を記載した書面を提出したときは、裁判所書記官は、当事者双方に対して、その写しを送付しなければならない（民訴規則34条の3第2項）。

イ 証拠調べの段階

裁判所は、証拠調べをするに当たり、訴訟関係又は証拠調べの結果の趣旨を明瞭にするため必要があると認められるときは、当事者の意見を聴いて、決定で、証拠調べの期日において専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる。

ただし、訴訟関係又は証拠調べの結果の趣旨を明瞭にするために説明をさせるだけでなく、専門委員が証人、当事者本人又は鑑定人に対し直接に問いを発するためには、当事者の同意が必要である（民訴法92条の2第2項）。

この場合、裁判長は、証人尋問の期日において専門委員に説明をさせるに当たり必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、専門委員の説明が証人に影響を及ぼさないための証人の退廷その他適当な措置を採ることができるし、当事者は、裁判長に対して、これを求めることができる（民訴規則34条の4）。

したがって、証人尋問期日において、専門委員の説明が予定されている場合は、あらかじめ当該専門委員の説明が証人の証言に影響を及ぼすおそれがないかどうかを検討し、そのおそれがあると認められるときは、裁判長に証人の退廷を求めることも必要となる。

ウ 和解の段階

裁判所は、和解を試みるに当たり、必要があると認められるときは、当事者の同意を得て、決定で、当事者双方が立ち会うことができる和解を試みる期日において専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる（民訴法92条の2第3項）。

通常の和解協議は、当事者の一方が交互に入れ替わり裁判官と個別に

協議する方法が採られることが多い。この場合、「当事者双方が立ち会うことができる和解を試みる期日」に当たるかどうかという問題があるが、これについては、交互面接をすることについては、当事者は同意していることから、解釈としては、同意の下で交互面接をしているときは、専門委員がそこで説明をすることは可能であるとされている（「民事訴訟法の改正と民事裁判の充実・迅速化（下）」ジュリスト1258号103ページ以下）ので、この点にも留意して専門委員の関与の是非を検討する必要があるだろう。

(3) 専門委員の欠格事由

次に該当する者は専門委員に任命できない（専門委員規則2条）。

- ① 禁錮以上の刑に処せられた者
- ② 公務員として免職の懲戒処分を受け、当該処分の日から2年を経過しない者
- ③ 裁判官として裁判官弾劾裁判所の罷免の裁判を受けた者
- ④ 弁護士、土地家屋調査士、公認会計士、税理士、弁理士、建築士又は不動産鑑定士若しくは不動産鑑定士補として除名、業務禁止、登録抹消、免許取消又は登録消除の懲戒処分を受け、当該処分に係る欠格事由に該当する者
- ⑤ 医師として医師法7条2項の規定により免許を取り消され、再免許を受けていない者

また、次の場合は、最高裁判所は、専門委員を解任しなければならない（専門委員規則6条）。

- ① 専門委員が欠格事由に該当することとなったとき
- ② 心身の故障のため職務の執行ができないと認められるとき
- ③ 職務上の義務違反その他専門委員たるに適しない行為があると認められるとき

専門委員の関与について意見を求められたときは、このような点についても留意する必要がある。

(4) 専門委員の関与の取消し

当事者は、専門委員の関与が適当でないと判断したときは、専門委員の関与の取消しを求めることができる（民訴法92条の4）。この申立ては、期日においてする場合を除き書面で行わなければならない（民訴規則34条の8第1項）。

民訴法92条の4の専門委員の関与の取消しは、専門委員の関与の決定そのものを取り消すという意味であり、具体的な専門委員の指定の取消しは、この規定によらないで取り消すことが可能であるとされている（「民事訴訟法の改正と民事裁判の充実・迅速化（下）」ジュリスト1258号106ページ以下）。したがって、現在関与している専門委員は適当ではないから、別の専門委員にしてほしいというときには、運用上は、当事者の申出を受けて、職権で指定の取消しがされることもあると思われる。

専門委員の関与の決定の取消しの申立ては、申立ての理由を明らかにしなければならないが、当事者双方が同時に申立てをするときは、理由は問われない（民訴規則34条の8）。

なお、専門委員の活用が予想される事件として、医療関係事件、建築関係事件、知的財産権関係事件、労働関係事件、金融関係事件などが考えられている。

(5) 留意事項

専門委員は、裁判所の非常勤職員である（民訴法92条の5第3項）。その関与は、上記のとおり、争点・証拠の整理及び証拠調べにおいて、専門的な知見に基づき説明をさせる場合には、当事者の意見を聴いて裁判所が判断するが、証拠調べにおいて専門委員に証人等への発問を許したり、和解に関与させるためには当事者双方の同意が必要とされている。

第14 行政事件訴訟の審理上の諸問題

1 訴訟物と要件事実（主要事実）

- (1) 民事訴訟による紛争の解決は、裁判所が、原告の具体的な権利又は法律関係の存否の主張（これを訴訟上の請求という。）の当否について審理を行い、判断（判決）をするという方法で行われる。この原告が主張し、裁判所が審理、判断をする対象である具体的な権利又は法律関係を、訴訟物という。審判の対象ということもある。例えば、金銭の支払を求める給付訴訟では、売買契約に基づく代金請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権などであり、特定の不動産が自己の所有に属することの確認を求める確認訴訟では、当該不動産の所有権である。離婚を求める形成訴訟では、民法770条1項各号に列挙された離婚の形成要件（形成権）である。

裁判所は、訴えが適法である限り、当該訴えに係る請求については必ず審判しなければならない一方（民訴法258条1項参照）、その請求の範囲を超え、又はこれと異なる権利関係について判決することは許されない（同法246条）。訴訟の客体である訴訟物（請求）が何であるかということは、訴訟の主体である当事者がだれであるかということと並んで、訴訟における基本的事項である。そして、訴訟物の同一性は、原告の主張の変更が訴えの変更（同法143条）に当たるかどうか、訴訟において請求の併合（同法136条）があるか、その訴えが二重起訴の禁止（同法142条）に触れるかどうか、すなわち、係属中の訴訟と同一事件に関するものであるか、その訴訟の確定判決の既判力の客観的範囲（同法114条1項）はどうか、すなわち、当該確定判決はどのような権利関係を確定したことになるのか（同法143条）を判定する上で、常に問題となる重要な事項である。

- (2) このように、訴訟物は具体的な権利又は法律関係ではあるが、これは観念的なものであるため、直接その存否を認識することはできず、立証の対

象とすることができない。そこで、実体法は、このような権利又は法律関係を法律効果として発生させるような事実を規定し、訴訟では、それに該当する具体的事実の存否をめぐって攻撃防御を行うこととなる。このような法律効果（権利の発生、障害、消滅、阻止）を発生させる法律要件（構成要件ともいう。）に該当する具体的事実を要件事実という。これは、主要事実と間接事実との区別（後記2(2)、261ページ及び3(3)、265ページ参照）にいう主要事実と同義である。例えば、売買代金請求権の発生という法律効果についてみると、その要件事実、売主と買主がある物件について一定の代金で売買契約を締結したこと（民法555条）であり、この売買代金請求権の消滅という法律効果については、例えば売主が買主に対して売買代金債務を免除する旨の意思表示をしたこと（同法519条）である。また、離婚の形成権の発生という法律効果については、例えば、配偶者に不貞行為があったこと（同法770条1項1号）である。

行政事件訴訟における訴訟物は、行政事件訴訟の中で最も例が多い取消訴訟についてみると、処分（又は裁決）の違法性である。すなわち、取消訴訟の対象である処分は、原則として、請求認容判決によって取り消されない限りは有効なものとして扱われ、判決によって初めてその効力が遡及的に消滅し、処分がなかった状態に復帰するのであるから、取消訴訟は形成訴訟に分類される。そこで、形成訴訟についての民事訴訟法の理解をここでも用いれば、その訴訟物は、形成原因（取消原因）であることになり、それは、個別の実体法規によって定まるということになる。ところが、行政実定法には、行政処分の取消原因を定める明文の規定は存在せず、行訴法も、法律による行政の原理に立って、違法な処分は取り消されるべきこと、行政処分の不当は取消原因とならないことをそれぞれ前提とする規定（10条、30条）を置くにとどめているので、現行法秩序は、行政処分が違法であることが当該行政処分の取消原因であるとしているということになる。そうすると、処分が取り消されるべきものであるかどうか（取消しの形成判決がされるべきものであるかどうか）は、その処分に、法律が規

定する処分の要件があったか否か、換言すれば、処分の要件を欠く違法性がなかったかどうかによって決まる。このようにして、取消訴訟の訴訟物（審判の対象）は、一般的には、処分の違法性であると理解されている。

取消訴訟の訴訟物についての一般的な理論は、上記のように考えられているが、これを具体的な事実関係の下でどのようにとらえるか、すなわち、例えば、処分の同一性や個数をどう認識するかも、これに劣らず重要な問題である。この点は、処分理由の差替えの許否（後記5(3)、277ページ）や既判力の客観的範囲（第17・3(2)ウ、371ページ）等を検討する際等にも重要な意味を持つので、そこで述べる。

なお、違法性の承継（後記5(2)、273ページ参照）の認められる場合があるとすると、先行行為の違法は、後行行為の違法ではないが、後行行為の取消原因となるものということになり、そのような意味において後行行為の取消訴訟の審理、判断の対象となる。仮にこのような現象まで取り入れて考えると、取消訴訟の訴訟物は行政処分の「違法」であるという一般論は完全には維持し難いものとなり、厳密には、当該行政処分が「取り消されるべきものであるかどうか」（取消原因一般）が訴訟物であるといわなければならないこととなる。

- (3) 処分の違法性が訴訟物であるといっても、違法性の根拠と主張される事由は、複数にわたることがあり得るから、主張に係る違法事由ごとに訴訟物が複数になるとみるのか、主張に係る違法事由が複数あっても訴訟物は一つとみるのかという問題がある。この問題は、基本的には、当該処分について、原告の主張する違法事由によって根拠づけられる違法性の存否だけが裁判所の審理判断の対象になるのかどうかという問題にほかならない。

この問題については、次のように考えられる。

行政処分は、処分要件を満たして行われたものであって初めて適法なものとなる。処分要件をどのように定めるかはその処分の根拠法規の立法政策による。したがって、行政処分の要件が何であるかは、その根拠法規の解釈によって明らかにされるものであり、根拠法規を離れて理論的

に決まるものではない。

もっとも、行政処分の要件は、複数の処分要件から構成されている場合が少なくなく、この場合、行政庁は、すべての処分要件を審査し、すべての要件が満たされていると認定判断したときに限り当該処分をすることができることとなる。すなわち、すべての要件を満たしているときに限り、このような処分は適法であり、一つの要件を欠いてもその処分は違法となる（訴訟においては、取消請求が認容される。）。例えば、土地収用法に基づく収用裁決（47条の2）には、起業者が法の規定する書類を添付して裁決申請書を提出すること、申請が法の規定する期間内にされたこと、裁決申請書等の公告縦覧がされたこと等の手続的要件と同法47条の各号に該当しないことの実体的要件とがあるが、そのいずれかを欠いても収用裁決は違法となる。

このような場合、違法事由ごとに訴訟物が複数になると考えるのは、処分要件ごとに処分を分断することになる結果、要件のすべてを満たされて初めて行政庁の権限行使を適法なものとするとして根拠法規の立法政策に適合し難いから、相当でない。この処分の根拠法規の要件の定め方からすれば、訴訟物は、取消しを求める処分（通常、これは、処分日時、当事者、処分対象等の要素で特定される。）によって画され、当該処分につきすべての処分要件を満たしているかどうかを裁判所の審理・判断の対象となるとみるべきである。複数の違法事由は、それぞれが攻撃防御方法をなすものとなる。取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般であるということの意味は、以上のようなものである。

したがって、原告としては、取消しの対象たる行政処分を先のように特定し、これが「違法である」と主張すれば、請求（訴訟物）の特定としては十分であり、この特定さえされれば、裁判所は、当該処分につき、すべての処分要件を満たしているかどうかについて審理判断し得ることになる。

- (4) 一方、行政処分の根拠法規の中には、とりわけ実体的要件について、複数の要件を掲げ、行政庁は、このうちのいずれかの要件を満たしていると

認定判断したときは当該処分をすることができることとするという立法政策を採ることがある。そして、このような立法政策が採られているかどうかは、当該根拠法規の解釈問題であり、このような観点を離れて理論によって決められるものではない（既していえば、行政実体法上被処分者に一定の法的地位が与えられていることを前提として、一定の事由の発生によりそれを剥奪するような処分や国民の申請に応じてその権利利益の拡張を是認する制度においてその申請を拒否する処分について、このような立法政策の採られていることが多い。）。このような処分について、それぞれの要件の定められた趣旨が共通か別個かという観点からの検討が必要であり、後者の場合には、行政庁がどの要件に該当すると判断して処分をしたのかを無視するわけにはいかず、行政庁がこれを満たす事実があると認定判断した要件につき、真実これを満たす事実があったのか、すなわち、当該要件を欠く違法性がなかったかということのみが、違法性一般として審判の対象（訴訟物）になると解するのが相当である。例えば、国家公務員法78条は、職員が「左の各号の一に該当する場合においては」分限処分をすることができる旨規定し、1号から4号までを掲げているが、そのうち1号から3号までは、その官職に必要な適格性を欠くという職員の状態を分限事由とする趣旨であるから、一応選択的な定め方の要件にはなっているが、その趣旨は共通であり、各号の要件ごとに訴訟物が異なるものではないと考えられる。これに対し、4号は、廃職又は過員の発生という客観的事実を分限事由とするものであり、1号から3号までの要件とは趣旨を全く異にし、その意味において全く別個の要件を選択的に定めたものと解される。そうすると、1号から3号までの要件のいずれかの充足を認めてされた処分と4号の要件の充足を認めてされた処分とは訴訟物が異なる。

- (5) 以上のとおり、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性であるが、これは、逆からいうと、当該処分の要件該当性の欠如ということになる。したがって、その要件事実、被告が行政処分の適法性を主張立証すべき場合についていえば、根拠法規が規定する個々の処分要件を充足する具体的事実であり、

反対に、原告が処分の違法を主張立証すべき場合についていえば、処分要件を充足する事実の不存在（反対事実）が要件事実となる。いずれも根拠法規の解釈によって決まることである。

- (6) なお、無効確認訴訟の訴訟物については、処分又は裁決の無効事由（処分の重大かつ明白な違法）一般である。同一の処分について、その取消訴訟の訴訟物と無効確認訴訟の訴訟物とは、処分の違法という面で重なり合う部分がある（この点については、既判力の項で再度触れる。第17・3(2)、370ページ参照）。

2 弁論主義と主張責任

(1) 弁論主義

弁論主義とは、裁判の基礎となる資料（事実と証拠）の収集を当事者の権能かつ責任とする建前をいう。これに対し、この資料の収集を裁判所の権限にゆだねるのが職権探知主義である。

民事訴訟では、弁論主義が採用されている。その内容は、裁判所は、①当事者の主張した事実のみを判決の基礎としなければならない、②当事者間に争いのない事実そのまま判決の基礎としなければならない、③原則として、当事者が申し出ない証拠を取り調べるができない、というものである。行訴法も、弁論主義を原則としており、ただ、補充的に職権証拠調べ（行訴法24条）をすることができる旨を規定したものと解されている。すなわち、行政事件訴訟では、弁論主義のうち、③の点だけが職権証拠調べの制度が採用されている限度で異なっている。

なお、弁論主義とは、広義では、処分権主義を含む言葉として用いられることがある。処分権主義は、当事者が訴えの提起によって訴訟を開始させ、請求によって審判の対象を特定し、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解によって終局判決を待たずに訴訟を終了させる権能を有する建前をいう。民事訴訟では、原則的に処分権主義が採用されているが、行政事件訴訟においては、訴訟の終了に関し、処分権主義は一定の範囲で排除される

と解されている。この点については、第19（406ページ以下参照）で述べらる。

(2) 主張責任

弁論主義のうち、裁判所は、当事者の主張した事実のみを判決の基礎としなければならないとの建前（前記(1)・①）の下では、当事者は自己に有利な事実を主張しないと自己に不利益な裁判を受けるおそれがある。すなわち、裁判所は、証拠から当該事実が認定される場合でも、当事者が主張しない限り、これを裁判の基礎にすることはできない。このように、当事者は、自己に有利な事実を主張しないと不利益を受けるが、このことを指して、当該事実についてその当事者に主張責任があるという。

ところで、弁論主義の適用される事実とは、法律効果の判断に直接必要な事実（法律効果を発生させる要件に該当する具体的事実）、すなわち主要事実（要件事実）に限定され、主要事実を推認させる間接事実や証拠の証明力に関する補助事実については、裁判所は当事者の主張がなくとも判決の基礎にすることができると解されている（主要事実と間接事実との区別については、後記3(3)ウ、267ページ参照）。また、ある主要事実とは、いずれかの当事者の主張に現れていればよい。すなわち、相手方に主張責任がある事実を他方の当事者が主張した場合（このような主張を「不利益陳述」という。）でも、（当該事実が証拠上認められれば、）裁判所は、これを裁判の基礎とすることができる。

立証責任の概念等については、後記3にみるとおりであるが、ある事実についての主張責任と立証責任とは、原則として同一当事者に帰属するものと解されている。したがって、ある要件事実（主要事実）についていずれの当事者が主張責任を負うかの問題も、立証責任の分配に関する考え方によって解決される（立証責任分配の考え方について、後記3(2)、264ページを参照されたい。）。

なお、訴訟要件が具備されているか否かは、当事者の主張ないし指摘を待たずに、裁判所が自ら進んで調査し判断すべき事項（職権調査事項）で

あるが、その判断の基礎となる資料の収集については、職権探知主義によらず、弁論主義の適用があり、例えば原告適格を基礎づける事実については原告に主張立証責任があると解されている。もっとも、訴訟要件のうちでも、管轄のように、殊に公益性の強いものについてはこれを基礎づける事実につき職権探知主義を採るべきものとされている。

(3) 裁判上の自白

裁判上の自白とは、当事者が口頭弁論又は準備手続において相手方の主張する、自己に不利益な（相手方に利益な）事実を認めることをいう。裁判上の自白が成立した場合、立証の必要がなくなるのみならず、必ずこれを裁判の基礎としなければならない（民訴法179条）。以上のような裁判所に対する拘束力のほか、当事者に対しても、自白の撤回が自由に認められないという拘束力が生じる。当事者が自白を撤回することができるのは、相手方が撤回に同意する場合、又は、自白が真実に反し、錯誤に基づくものであることを自白をした当事者が証明した場合に限られる。なお、自白の拘束力は、主要事実（要件事実）に限定され、間接事実、補助事実には及ばないと解される。

3 立証責任（証明責任）

(1) 意義

一定の法律効果の発生が認められるためには、その要件事実（前記1・(1)参照）、すなわち当該法律効果を発生させる要件に該当する具体的事実が存在すると認定される必要があるから、訴訟上、当該要件事実が証明されなかったときは、裁判所は、当該要件事実が存在するとは認められないものとして、当該法律効果は発生しないものと判断することになる。このように、訴訟上、ある要件事実の存在が認められないために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険を、立証責任ないし証明責任という。例えば、売主Aが買主Bに対して売買代金の支払を請求する民事訴訟においては、売買代金請求権発生要件事実たる売買契約の締結とい

う具体的事実の存在が認められないと、売買代金請求権の発生は認められず、結局、Aは敗訴することになるが、この場合、売買契約の締結という要件事実についてAに立証責任（証明責任）があるという。

この不利益ないし危険をいずれの当事者に負担させるかを立証責任の分配というが、これについて、民事訴訟においては、法律要件分類説が通説である。すなわち、立証責任は、当該法律効果の発生によって利益を受ける側の当事者に帰属することになるが、法律効果の要件は、すべて客観的に実体法の各法条が規定するところであり、これらの要件を定める実体法の規定は、その法律効果に着目して、権利（法律関係）の発生要件を定めた権利根拠規定、その権利発生の障害要件を定めた権利障害規定、その権利行使を一時的に阻止する要件を定めた権利阻止規定、その権利の消滅要件を定めた権利滅却（消滅）規定の4つに分類されると考え、当事者は、それぞれ自己に有利な法律効果の発生要件事実について立証責任を負うとするものである。例えば、原告Aが被告Bに対し、AがBに売ったとする物の代金を請求する前記の訴訟では、次のとおりとなる。

売買契約の締結が売買代金請求権の発生の要件事実であり（民法555条－権利根拠規定）、これについてはAが立証責任を負う。この売買契約締結についてBに要素の錯誤があるときは、同契約は無効であり、売買代金請求権の発生が障害されるから（同法95条本文－権利障害規定）、これによって利益を受けるBが同条本文の要件に当たる具体的事実について立証責任を負う。A・B間に売買代金の支払時期について合意があるときは、期限の到来まで売買代金請求権の行使が阻止されるから（同法135条1項－権利阻止規定）、これによって利益を受けるBに同項の要件に当たる事実（合意）についての立証責任がある。売買代金を弁済した事実があるときは、売買代金請求権の消滅という法律効果が発生するから（明文の規定はないが、同法第3編第1章第5節第1款の各規定によってその要件が定まるものと解されている－権利滅却規定）、これによって利益を受けるBが弁済の要件事実について立証責任を負う。

(2) 行政事件訴訟における立証責任の分配

ア 行政事件訴訟（抗告訴訟，とりわけ取消訴訟を念頭に置く。）における立証責任の分配については，主として次の3つの考え方がある（これらの考え方は，主張立証責任の所在を定める観点を提示するものであり，これら三者が互いに相入れないものとして対立しているわけではない。）。

① 民事訴訟における法律要件分類説の考え方をそのまま採り入れる説。

例えば，処分権限行使を許す要件を定めた規定の要件事実について，当該処分の取消訴訟においては，行政庁が立証責任を負い，行政庁の権限の障害，阻止又は消滅の規定の要件事実については，原告が立証責任を負うなどとする。

② 行政処分内容に着目し，国民の権利自由を制限し，又は国民に義務を課す処分（侵害処分。例えば，収用裁決や課税処分）の取消訴訟においては，行政庁が，その処分が適法であることについて，すなわち処分の根拠法規の定める要件を充足する事実について立証責任を負い，国民の自己の権利利益の拡張を求める申請に対する却下処分（授益の拒否処分。例えば，社会福祉，社会保障の給付に関する申請に対する却下処分）の取消訴訟においては，原告が当該権利利益の拡張を求める請求を基礎づける事実についての立証責任を負うとする説。

③ 一般的，一義的な分配基準を定めるのは困難であるとして，当事者の公平，事案の性質，事物に関する立証の難易等により，具体的な事案について，いずれの当事者に不利益に判断するかを決するという説。

イ 取消訴訟の主張立証責任分配の基準について一般的な指針となるような最高裁判例はいまだ存在しないが，最近の裁判所の実務では，①と②の考え方を基本にして，立証責任の分配を決定しているようである。

なお，②の考え方においても，次のようなことに注意しなければならない。許可処分のうち，理論上警察許可の性質を有するもの，すなわち，本来国民が自由に行うことができる事項（営業等）を，ある警察目的から一般的に禁止し，個別的にこれを解除する性質のものについては，そ

の解除によって自然の自由が回復されるものであるから，その解除を拒否する処分，すなわち許可の拒否処分は，国民が本来的に有する自然の自由を制限するものであり，侵害処分に当たる。したがって，このような拒否処分は，前者の類型に当たるものであり，被告が拒否事由について立証責任を負うことになる。

ウ 無効確認訴訟においては，処分又は裁決に重大かつ明白な違法があることについて原告に主張立証責任があると解されている（最高裁昭和42年4月7日第二小法廷判決・民集21巻3号572ページ，判例時報485号35ページ）。

不作為の違法確認訴訟においては，相当の期間を経過したことを正当とするような特段の事情がある場合には不作為が違法となることを免れと解されているが，この特段の事情があることについて被告に主張立証責任があると解されている。

(3) 具体的な主張立証

ア これまでに述べてきた立証責任は，審理の最終段階においてなお要件事実が認められない場合（いわゆる真偽不明の場合）の不利益ないし責任のことであった。

この意味における立証責任（客観的立証責任という。）は，当然ながら，審理の過程における当事者の主張立証活動の在り方も規定する。すなわち，ある要件事実について被告に立証責任があるとすると，被告としては，審理の過程において，当該要件事実を主張し，立証する必要がある。このように自己が立証責任を負う事実を立証することを本証という。本証の程度については，要件事実につき裁判官に積極的に確信を抱かせることが必要である。

もっとも，ある要件事実について原告に立証責任があるとしても，審理の過程において，原告が当該要件事実の存在につき裁判官にある程度確からしいとの心証を得させるだけの立証活動をしたときは，被告としても，その要件事実の存在を疑わしめるような反対の立証活動をする必

要が生ずることに注意すべきである。このように相手方が立証責任を負う事実を否定する立証を反証という。反証は、本証と違い、否定する事実についての裁判官の心証を、当該事実が存在するとも存在しないとも分からないという状態に至らせれば、その目的を達成する。

イ　ところで、例えばa, b, cという3個の要件がすべて充足されたときに初めて侵害処分をすることができる旨を定めた行政法規があるとして、これに基づく侵害処分の取消訴訟における具体的な主張立証についてみる。

本来、原告としては、処分を特定し、それが「違法である」と主張しさえすればよく、その処分の違法性を構成する要素である適法事由のすべてが理論的には審判の対象となっていると考えられるので、被告において、a, b, cすべての要件を充足する事実について具体的に主張立証をする必要があるはずである。しかし、実務的には、原告がa, b, cのうちのどの要件の不充足を問題にするかを指摘し、被告としては、原告が指摘した要件（例えばa）については、これを充足する事実を具体的に主張立証するが、その余の要件（b, c）については、例えば「b, cの要件も充足している」といった程度の概括的な主張をするだけで、立証はほとんどしない、という例が少なくない。そして、裁判所も、具体的な主張がなく、立証もほとんどないにもかかわらず、b, cの要件は充足されているとの判断をしている。

これは、b, cの要件の充足性については特に争っていないという原告の訴訟進行態度に着目して、このような概括的な主張だけでも右充足についての要件事実の主張はあるものとみなし、また、弁論の全趣旨（民訴法247条）によってこの事実の存在を認定しているものである。

このことからすると、原告には、現実に審理の対象とすべき処分要件ないし違法事由を指摘する事実上の負担が負わされているといってもよい。

しかし、主張立証責任はあくまでも被告が負っていることに注意すべ

きであり、特にb, cが当該処分にとって主要かつ重要な要件である場合には、実務でも、上記のような運用はされず、本則に戻って、被告が具体的に主張し立証しており、裁判所も、それを要求している。

ウ　前記2・(2)で述べた主要事実と間接事実との区別についても、具体的な主張立証活動に即して説明をふえんしておく。

前述のとおり、主要事実とは、法律効果を発生させる要件に該当する具体的事実であり、間接事実とは、主要事実を推認させる事実である。

しかし、主要事実と間接事実との区別は、必ずしも明確でない場合がある。すなわち、法律効果を発生させる要件について、法律が、評価的要素のある規範的な概念や包括的・抽象的な概念を用いて規定しているような場合、主要事実としてどこまで具体的な事実を主張しなければならないかという問題が生ずる。例えば、土地収用法20条は、事業認定という処分の要件の一つとして、「土地を収用し、又は使用する公益上の必要があるものであること」（4号）を掲げているが、この要件につき、その主要事実としては「公益上の必要がある」と主張しさえすればよいのか、それとも、公益上の必要があることを基礎づける具体的事実こそが主要事実であり、これを主張しなければならないのか、また、後者であるとしても、その具体的事実とはどこまで具体的な事実でなければならないのか、という問題である。

この点については、一般に、主要事実とは、本来、事実認定の目標となるべきものであるから、第1に、少なくとも、裁判所が事実審理を進める上で手続を混乱させることがない程度に具体的な事実でなければならない。第2に、相手方にとっても防御活動を十分に行うことができ、不意打ちのおそれのない程度に具体的でなければならない、とされる。先の例でいえば、単に「公益上の必要がある」と主張するだけでは到底足りないことは明らかであり、公益上の必要があることを基礎づける具体的事実（それがあれば公益上の必要があると認められるに足るだけの具体的な事実）をもって主要事実とすべきである。そして、ここにいう

「具体的」とはどこまで具体的でなければならないかについては、先に述べた2つの観点から、事案に応じて検討すべきものというほかない。

なお、判例理論は、行政処分の無効原因の主張について、「単に抽象的に処分に重大・明白な瑕疵があると主張」するだけでは足りず、その瑕疵が「重大・明白であることを具体的事実・・・に基いて主張」すべきであるとしている（最高裁昭和34年9月22日第三小法廷判決・民集13巻11号1426ページ、訟務月報5巻9号1260ページ、判例時報202号24ページ）。これも上記の理から理解することができよう。

4 裁量処分の取消訴訟

(1) 裁量処分と違法事由

ア 行政処分は、法律に基づき法律に従って行われるが、処分要件が一義的に規定されている場合（羁束処分）のみならず、処分要件がある程度抽象的に規定されていて、①処分要件に関するあてはめの判断や②処分要件が存すると判断した場合に採るべき処分の内容の選択につき、行政庁に裁量権が付与されている場合がある（①における裁量を要件裁量、②における裁量を効果裁量という。）。このような裁量処分については、行訴法30条は、裁量権の範囲を超え、又はその濫用があった場合に限り、裁判所がこれを取り消すことができる旨を規定している。処分の根拠法規が行政庁に何らかの範囲で裁量権を付与している場合、その範囲内における行政庁の判断ないし選択は、当該根拠法規がこれを許容しているものであるから、違法の問題を生じない。その範囲を超えた場合及び形式的にはその範囲にとどまっているが、裁量権を濫用して行使した場合に初めて違法となることになる。同条も、この理を前提として、従来の解釈を明文化した規定と説明されている。

ところで、古典的な見解では、裁量行為を、行政庁の自由な判断にゆだねられる自由裁量と裁判所の審査に全面的に服する法規裁量（羁束裁量）とに区別していたが、今日では、そのような形式的な区別はせず、

裁量の広狭があるにすぎないものと考えられている。

イ どのような場合に裁量権の逸脱・濫用があるとみるかについて、判例例では、「裁量権の行使が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかな場合である」と言い換えるものがしばしばみられるが、裁量権の付与は、処分の根拠法規によってされるものであるから、その範囲も、当該根拠法規がその立法政策によって決定しているのであり、当該根拠法規の解釈問題に帰着する。したがって、各個の実体法規を離れて裁量権の逸脱、濫用を論ずることは意味を持たない（文献上は、重大な事実誤認、目的違反、動機の不正、平等原則違反、比例原則違反、他事考慮などが裁量権の逸脱、濫用とされる場合の説明として挙げられるが、これも当該法規との関係により決まるものである。）。

ウ 処分の根拠法規が行政庁に裁量権を付与する実質的な理由は様々であり、いまだ網羅的な類型化はされていないが、政治的、政策的判断の必要から裁量が付与されるべき場合のあることは、異論なく認められている。そのほか、専門技術的判断の必要から裁量権の付与が肯定される場合があることも、判例は認めているのではないと思われる。

例えば、政治的、政策的判断の必要から裁量性が認められる行為としては、外国人の在留期間の更新を不許可とした処分の取消訴訟において、出入国管理令21条3項に基づく法務大臣の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断につき、政治的、政策的裁量がかなり大幅に認められている（最高裁昭和53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223ページ、訟務月報24巻11号2391ページ、判例時報903号3ページ。いわゆるマククリーン事件判決）。

専門技術的な判断を要する行為に関し、当該判断に裁量性を認めるべきかどうかについては議論のあるところである。この点について、最高裁は、原子炉設置許可処分の取消訴訟において、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律23条1項（24条1項、2項）の許可につき、「規制法24条2項が、内閣総理大臣は、原子炉設置の許可をする

場合においては、同条1項3号（技術的能力に係る部分に限る。）及び4号所定の基準の適用について、あらかじめ原子力委員会の意見を聴き、これを尊重してしなければならないと定めているのは、右のような原子炉施設の安全性に関する審査の特質を考慮し、右各号所定の基準の適合性については、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う内閣総理大臣の合理的な判断にゆだねる趣旨と解するのが相当である。（中略）裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべき」であるとしている（最高裁平成4年10月29日第一小法廷判決・民集46巻7号1174ページ、訟務月報39巻8号1546ページ、判例時報1441号37ページ。いわゆる伊方原発訴訟判決）が、これは、①実質的には、被告行政庁の規制法24条1項3、4号の要件該当性の判断として専門技術的な裁量を認めたものであるが、②その裁量の内容、範囲は、一般的にいわれる政治的、政策的裁量と同様の広範なものではないとする趣旨であると解する見解が有力である。

(2) 裁量処分と主張立証責任

裁量処分の取消訴訟においては、行訴法30条の文言に即して、裁量権の範囲を超えていること又はその濫用があったことを基礎づける具体的事実について原告が主張立証責任を負うものと解されている。

もっとも、前掲伊方原発訴訟判決は、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」

として、主張、立証の必要（訴訟の具体的局面において裁判所の心証に依拠して生じ、また、移動する主張又は立証をすべき現実の必要性をいう。）を被告に負わせ、原告の主張立証の実質的な軽減を図っている。

なお、裁量処分の無効確認訴訟においては、原告が、「行政庁が右行政処分をするにあたってした裁量権の行使がその範囲をこえまたは濫用にわたり、したがって、右行政処分が違法であり、かつ、その違法が重大かつ明白であることを主張および立証することを要する」とされている（最高裁昭和42年4月7日第二小法廷判決・民集21巻3号572ページ、判例時報485号35ページ）。

5 主張に関する問題

(1) 取消訴訟における違法事由の主張の制限

取消訴訟の訴訟物（審判の対象）は、取消しの対象となる行政処分の違法性一般であって、原告は、取消しを求める行政処分についてのすべての違法事由を主張できるのが原則であるが、行訴法は、取消訴訟に特有の主張制限を次のア、イのとおり設けた。両者の制限の実質的な立法趣旨には共通性がないが、その効果、すなわち、これらの制限にかかるものについては、取消原因たる違法事由であってもその主張を許さず、これを失当なものとする点では同じである。

一方、被告行政庁も、別異に解すべき特別の理由のない限り、当該処分の適法性を維持するための一切の法律上及び事実上の根拠を主張することができると解される（最高裁昭和53年9月19日第三小法廷判決・裁判集民事125号69ページ）。そして、この特別な制限の問題として、「処分理由の差替え」の問題があるが、これについては後記(3)で述べる。

ア 自己の法律上の利益に関係のない違法の主張の制限

取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法事由を主張して取消しを求めることはできないとされている（行訴法10条1項）。取消訴訟が主観訴訟であって、国民の固有の権利利益の救済を目的とす

る訴訟であることから、自己の法律上の利益に関係のない違法事由の主張を制限したものと解される。

「自己の法律上の利益に関係のない違法」とは、行政庁の処分存する違法のうち、原告の権利利益を保護する趣旨で設けられたのではない法規に違反したにすぎない違法をいう。まず、法規の面のみからみて、①そもそも個人的な利益と無関係に、一般的な公共の利益のみを保護しようとする趣旨の法規や、②個人の利益を保護しようとする趣旨の法規ではあるが当該個人が原告以外の者である法規については、その違反は、上記の違法に当たり、主張を制限されることになる。なお、①の法規に当たるかどうかについては、侵害処分に関し、その本来的效果を受ける者の個人的利益は、公益保護を趣旨とするようにみえる処分要件においても原則として保護されているものとみるべきであるとする有力な見解が現れており、裁判例の動向に注目する必要がある。

次に、法規そのものの趣旨においては、原告の法律上の利益に関係があるといえる規定であっても、その違反事由のすべてが原告の個人的利益に関係する違法に当たるというわけではない。違反事由として主張される具体的事実からみても、原告の法律上の利益に関係がなければ、主張が制限されることになる。

イ 原処分主義

処分の取消しの訴えとその処分についての審査請求を棄却した裁決の取消しの訴えとを提起することができる場合には、裁決の取消しの訴えにおいては、処分の違法を理由として取消しを求めることができない（行訴法10条2項）。これは、原処分の取消訴訟の判決と裁決の取消訴訟の判決において示される原処分の適否に関する判断との間の矛盾抵触を避けるために創設された規定であり、原則として原処分主義を採用することとしたものである。これに対し、原処分の取消訴訟が許されず、審査請求を経た上、その審査請求についての取消訴訟のみが許されている場合には、裁決の取消訴訟で原処分の違法事由を主張することが許される

（裁決主義）ということになる。このような仕組みが採用されている立法例として、電波法96条の2、土地改良法87条10項などがある。

原処分主義が採られている一般の場合、裁決取消訴訟において違法事由として主張することができるのは、裁決固有の瑕疵に限られ、仮に原処分の違法のみを主張しているような場合は、主張自体失当として請求が棄却される。ここで、裁決固有の瑕疵とは、裁決の違法事由のうち、原処分の違法についての判断に関する部分を除くもので、裁決の主体、手続、形式等の違法に関する事由を指す。例えば、合議体の裁決機関において欠格者が加わっていたこと、法定の審理方式を採らなかったこと、理由の付記が要求されている裁決書において理由の付記がないこと等が挙げられる。

(2) 違法性の承継

ア 違法性の承継とは、先行する処分が違法であることを理由として後行処分を取り消すことができるかという問題である。この問題を積極的に解するときは、後行処分の取消訴訟において、先行処分の違法事由を主張することが許されることになる。

行政処分は、その根拠法規によってその要件と効果が定められているものであり、ある行政処分に違法があるとしてその効力を争う者は、当該行政処分につき取消訴訟を提起し、取消判決を得ることによってのみその効力を否定することができるものとされ、かつ、その訴えについては出訴期間の制限を設けて、行政上の法律関係の早期確定を図っている。このことからすると、一般的には、行政法規のこれらの規定は、先行処分の適法性をめぐる争いは、その段階で終了させ、後行処分への影響を遮断させることにより当該行政過程の法的安定性を確保しようとしているものと解される。そうすると、行政処分相互の間において、他の処分の違法を理由に当該処分が取り消されるという関係は原則的に成立しないと考えるべきことになる。

イ 裁判例を見ると、例えば、土地収用法に基づく事業認定と収用裁決と

の間にについては、収用裁決の取消訴訟では、事業認定自体に違法があることを主張して裁決の取消しを求めることはできないとの裁判例（福岡高裁平成6年10月27日・訟務月報42巻9号2127ページ、東京高裁平成15年12月25日決定・判例時報1842号19ページ）もあるが、事業認定と収用裁決とは相結合して事業に係る起業地の収用等という一つの法律効果の発生を目指す一連の行為である等の理由から、収用裁決の取消訴訟において事業認定の要件は審理判断の対象となるとの裁判例もある（東京高裁平成5年8月30日判決・行裁例集44巻8・9号720ページ、訟務月報40巻8号1899ページ、ただし、公共用地の取得に関する特別措置法に関する事案）。

一方、租税の賦課処分と滞納処分との間（京都地裁昭和31年5月23日判決・行裁例集7巻5号1132ページ）、第一次納税義務者に対する課税処分と第二次納税義務者に対する納付告知との間（最高裁昭和50年8月27日第二小法廷判決・民集29巻7号1226ページ、判例時報789号25ページ）などは、相互に関連性を有する処分とはいえようが、裁判例上違法性の承継が否定されている。

ウ 違法性の承継論の発祥は、訴訟事項が制限列举されていた行政裁判時代にまでさかのぼる。美濃部達吉博士は、訴訟を許す規定のなかった土地収用法上の事業認定と、訴訟を許す規定のあった収用裁決との関係を例に挙げ、「違法性の承継」という問題提起を行い、それを「争の目的となった処分それ自身に違法の痕があるのではないが、其の前に行はれた之と関連する他の行為が違法である場合に、其の違法性が争の目的たる処分にも承継せらるるや否やの問題」と観念し、「それ等の行為が或る単一な効果を目指して行はるる連続した行為であり、其の双方の結合に依つて或る法律上の効果を完成する場合であれば、前の行為の違法性は当然後の行為にも承継せられ、随つて前の行為が違法であることを理由として、後の行為に対して行政訴訟を提起することが出来る」という違法性承継の理論を提唱し、事業認定と収用裁決は、正しく、ある単

一の効果を目指して行われる連続した行為であるとして、承継を否定する判例に対して厳しい批判を加えたとされている（美濃部達吉・公法判例大系上巻630ないし633ページ、岡田春男・「行政行為における違法性の承継」民商法雑誌111巻1号5、6ページ）。

このような考え方については、「戦前においては、内務大臣の事業認定に対しては行政訴訟が許されなかったので、当事者の権利救済の必要から、承継肯定説を採られたのではないかと推測される。」と評されているところである（南博方・「私法と公用収用」自治研究81巻4号48ページ）。

ところが、戦後、訴訟事項が制限列举されていた行政裁判制度が廃止された後においても、「処分がそれに先行する処分の違法性を承継するかどうかの問題がある。」、「先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合には、原則として、積極に解すべきであり、先行処分と後行処分とが相互に関連を有するとはいえ、それぞれ、別個の効果を目的とするものである場合は、消極に解すべきであろう。」（田中二郎・新版行政法上巻全訂第2版327、328ページ）とされ、これが通説的見解であるともいわれるようになった。

しかしながら、このような見解に対しては、「美濃部説におけるような切迫した必然性を十分に認識しないまま、行政訴訟制度が完全に転換された後にも、漫然と形式的基準としてこれを継承し、違法性の承継理論という実定法的根拠のない独自の理論を打ち立ててしまった」（福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」成田吉希・政策実現と行政法257、258ページ）と批判されているところである。

違法性の承継に関する最近の学説は、「違法性の承継理論の実質的な意義は、先行行為に対する直接の争訟手段を利用することができなかった私人の権利利益の保護を充実させることにこそあるというべきであるから、違法性の承継を認めるべきか否かの判断に際しては、先行行為に対する争訟手段、いいかえれば先行行為の段階における私人の救済手段

がどの程度充実しているかということが重要な要素になる」(前掲福井255ページ)、「違法性の承継を否定するには、先行行為を争えるという制度が、逆にそれを争わない者に失権効を生じさせても不合理ではないようにできているか、という救済制度上の観点、後行行為の適切な処理を図るには先行行為の早期安定が必要であるという観点も重要である」(阿部泰隆・「違法性の承継」行政判例百選Ⅰ[第3版]174ページ)などとするものであり、違法性の承継の可否を権利救済の実質的な保障の観点から考慮すべきとする考え方が有力になっている。

最近でも、宇賀克也教授は、「取消訴訟の排他的管轄が原則である以上、その例外を明文の規定なく解釈上認めるためには、先行する行政行為を取消訴訟の排他的管轄に服せしめることが国民の実効的権利救済の面から不合理であり、先行する行政行為の法効果の早期安定という要請を犠牲にしても、なお国民の実効的権利救済の要請を優先すべきことが原告によって立証されなければならないであろう。」「収用裁決の取消訴訟において、先行する事業認定の違法を主張することを認めるとするならば、その根拠は、事業認定が起業者の申請認容処分でありながら、事業区間内の土地所有者および関係人に大きな影響を与える二重効果的処分であるのに、当該行政行為が土地所有者および関係人にもたらす不利益に対する手続的権利保障が十分とはいえないことに求める以外ないと思われる」とした上、「土地収用法の一部を改正する法律」(平成13年法律第103号)において、事業認定前の事業説明会の開催の義務付け(土地収用法15条の4)などの改正がされ、相当な改善がなされたことから、「裁判所がこの点を斟酌して、収用裁決の取消訴訟における事業認定の違法の主張を認めることに、より消極的になる可能性があらう。」(宇賀克也・行政法概説Ⅰ行政法総論288、289ページ)と指摘している。

してみると、違法性の承継を認めるべきか否かの判断に際しては、先行行為に対する争訟手段、いいかえれば先行行為の段階における処分の相手方の救済手段がどの程度充実しているかということが重要な判断要

素になると解される。そして、一般的には、先行処分に引き続いて後行処分がされた場合であっても、原則的には、先行処分を巡る争いはこの段階で終了させ、後行処分への影響を遮断するというのが、行政訴訟制度の予定するところであるから、違法性の承継が認められる場合があるとしても、個別の行政実体法規が、行政処分の公定力、取消訴訟の排他的管轄、出訴期間の制限といった行訴法の趣旨を後退させてでも、個人の権利保護を優先すべきことを予定していると解釈し得るような極めて例外的な場合に限られると解すべきである(中込ほか186、187ページ参照)。

(3) 処分理由の差替え

ア 処分理由の差替えとは、行政庁が係争の行政処分をする際に根拠とした理由又は根拠として示された理由と異なる理由を訴訟において、追加的又は交換的に主張することができるかという問題であり、被告側の主張制限の問題として議論される。

これに関しては、取消訴訟の訴訟物(審判の対象)が、処分(又は裁決)の違法性一般であると解されることの帰結として、単一の処分を正当化する個々の処分理由は、攻撃防御方法としての意味しか有せず、かかる攻撃防御方法の提出は当事者の自由な権能に属するのが民事訴訟の建前であるから、被告は、特別の根拠のない限り、取消しの求められている行政処分の一切の事実上の根拠を主張することができるとされている。したがって、被告は、当該行政処分それ自体の適法要件を充足する事実といえるものは、常にこれを主張することができ、特別の理由がなければ、それは制約されないこととなる。このような意味において、処分理由の差替えは原則的には許されるといわれている。

もっとも、上記のように解されることを前提としても、取消しの求められている行政処分の根拠法規の定める処分要件に一般的に該当し得る事実であっても、取消しの求められている当該行政処分それ自体の適法性の根拠とならない事実は、当該行政処分の取消訴訟においてこれを主

張する意味がなく、そのような主張はそれ自体において失当である（このことを指して、当該主張は、訴訟物ないし行政処分の同一性を害し許されないというように表現することがあるが、それは、「主張する意味がない」、当該「主張が真実であっても、当該行政処分は適法とならない」という趣旨であり、「論理的には主張する意味・実益があるが、立法政策上又は法解釈上主張が禁止ないし制限される」という意味ではない。）。このような主張には、①その主張事実をもってしたのは、処分日時、処分対象、当事者が異なる別個の行政処分の適法性しか根拠づけられない（その主張事実をもってすると、行政処分のいわば主文が変わってしまう）という場合のほか、②処分日時、処分対象、当事者という各点のみからみる限りは同じでも（いわば行政処分の主文には変わりがなくとも）、その主張事実をもって根拠づけられる行政処分と、取消しの求められている行政処分との間に、法的評価として類型的な同一性がない場合とがある。

前記1(4)にみたとおり、特定の職員に対する同じ結論の分限処分となるようにみえても、国家公務員法78条1号ないし3号に基づく処分と同条4号に基づく処分とでは処分の類型を異にする。この関係は、上記の②の場合の一例である。

また、公務員に対する懲戒処分の取消訴訟においては、国家公務員法89条1項所定の説明書に記載された処分の事由と同一性のない事実を主張することが許されるかどうか問題とされている。この問題については、同法は、懲戒処分の同一性は、説明書記載の事由及びそれと基本的事実関係において同一性を有する事実の範囲によって画されるものとする立法をしていると解されるところから、懲戒処分の取消訴訟においては、説明書記載の事由と基本的事実関係において同一性を有するといえない事実を主張しても失当であるとする裁判例が優勢であるが、これも、懲戒処分を上記②のような類型の処分と解釈しているわけである。

イ 従来、処分理由の差替えが問題とされた典型的な事例は、主として、

課税処分取消訴訟の場面であった。最近は、情報公開条例に基づく非公開決定の取消訴訟及び情報公開法に基づく不開示決定の取消訴訟についても理由の差替えが議論されている。

なお、公務員の懲戒処分の取消訴訟における処分理由の主張についても、議論がされ、処分説明書記載の処分の事由によって主張を制限する解釈が有力であるが、それは、上記アに述べたとおり、懲戒処分の同一性が処分説明書記載の処分の事由によって限界を画されることから、その限界の外にある主張は、当該処分の適法性を根拠づけ得ず、主張する意味がないこととなるという理由に基づく。他方、理由の差替えは、取消しの求められている処分の適法性を根拠づける主張として意味のあるものであるが、処分理由の提示が法律上要求されるなどのことから、その主張を許されないのではないかという問題であり、両者は問題の所在を異にする。

課税処分の取消訴訟では、白色申告の更正処分については、その根拠規定である国税通則法24条ないし26条では、「調査により・・・課税標準等及び税額等」について処分をするだけ定められていること、すなわち、更正処分の同一性は、それによって確定された税額の同一性によってとらえられること（総額主義）などから処分理由の差替えを認めるのが判例（最高裁昭和50年6月12日第一小法廷判決・訟務月報21巻7号1547ページ）・通説である。一方、青色申告の更正処分については、理由附記（所得税法155条2項、法人税法130条2項）が要求されていることをよりどころにして、理由の差替えを厳しく限定しようとする見解もあった。しかし、最高裁昭和56年7月14日第三小法廷判決（民集35巻5号901ページ）は、いかなる処分理由の差替えであっても一般的に許されると解すべきかどうかについては判断を留保した上で、当該事案における追加的主張は、被処分者に「格別の不利益を与えるものではないから」、許されるとの判断を示した。この判決の射程については議論があるが、①処分理由の差替えを一切認めないとの立場を採らないものであ

ること、②少なくとも被処分者に格別の不利益を与えない場合には差替えが許容され得るとするものであることは明かである。

情報公開条例に基づく非公開処分に関しては、最高裁判平成11年11月19日第二小法廷判決（民集53巻8号1862ページ、判時1696号101ページ）は、市監査委員が、市情報公開条例に基づく住民監査請求の一件記録の公開請求に対して非公開決定をするに当たり、「争訟の方針に関する情報」であることを理由としたが、取消訴訟の段階で「意思決定過程における情報」にも該当する旨を追加して主張したという事案につき、条例の定める理由通知は、非公開の理由の有無について実施機関の判断の慎重と公正妥当とを担保してその恣意を抑制するとともに、非公開の理由を公開請求者に知らせることによって、その不服申立てに便宜を与えることを目的としていると解すべきであるところ、そのような目的は非公開の理由を具体的に記載して通知させること自体をもってひとまず実現されたとした上、条例の規定をみても、理由通知の定めが、上記趣旨を超えて、通知書に付記した以外の理由を取消訴訟において主張することを許さないものとする趣旨をも含むと解すべき根拠はないとみるのが相当であるとした。この判決は、非開示処分に付記された理由が具体的に記載されていれば理由付記の規定の目的は達成し得るという理を示し、当該規定の趣旨は非開示処分の理由の差替えを否定する根拠とならないことを明らかにしたものと理解される。そして、このような理由付記の趣旨は、当該情報公開条例のみのものではなく、広く一般的なものであるから、この理は、行政手続法の定める理由の提示（8条1項本文、14条1項本文）を含めて、理由の付記を必要とする諸種の行政処分の根拠法規についても推し及ぼすことができるのではないかと考えられる。

(4) 違法判断の基準時

ア 取消訴訟の審判の対象は一般的には、処分（又は裁決）の違法性一般であるが、その処分の適法、違法の判断の基礎となる法規及び事実として取消訴訟の審理判断の対象となるものは、どの時点において存在する

ものかという問題がある。これは、違法判断の基準時の問題と呼ばれている。処分がされてから裁判所の判決が出るまでの間に、事実状態が変動したり、法令の改廃があるなどして、処分時における法規及び事実によれば適法であった処分が判決時における法規及び事実によれば適法といえない処分であるという場合や、処分時における法規及び事実によれば適法といえない処分が判決時における法規及び事実によれば適法な処分であるという場合に、この問題が具体化する。

イ この違法判断の基準時の問題については、係争の行政処分がされた時における法規及び事実によるべきであるとする考え方（処分時説）が、判例理論であるとされている。

以下、処分時説の意味について、法令が改廃された場合と事実が変動した場合とに分けていまいし具体的に検討する。

(ア) 法令が改廃された場合の問題は、行政処分がされてから取消訴訟の口頭弁論終結の時までの間に、当該処分の要件、効果等を定める法令が改廃された場合に取消訴訟においてどの時点における法令を適用すべきかということである。

この点は、当該改廃を定める法令の規定の解釈による。具体的には、当該法令が経過措置をどのように定めているかをみる必要がある。当該法令が経過措置について何らの定めも置いていない場合には、施行日より前に生じた事実について改廃後の規定を適用する趣旨を含んでいるとは通常解し得ないから、当該改廃がされる前の規定を適用すべきことになる。このように、法規の面における処分時説、すなわち、係争の行政処分がされた時における法規によるべきであるとする考え方は、改廃を定める法令に経過措置を定める明文の規定がない場合の解釈の指針を示したにすぎないと理解される。最高裁判例（最高裁昭和27年1月25日第二小法廷判決・民集6巻1号22ページ）も、以上のような観点から改正法の趣旨を検討して結論を導いている。

(イ) 事実が変動した場合の問題は、行政処分がされてから取消訴訟の口

頭弁論終結の時までの間に新たに生じた事実（以下「事後的な事実」という。）で、当該行政処分の適法性又は効力に影響を与えるようにみえるものは、取消訴訟の審理、判断の対象となるか、裁判所は、これを判決の基礎とすることができるか、という問題となって現れる。

これについては、厳密には、次の2つの問題点を区別して検討する必要がある。一つは、①当該行政処分の根拠となる実定法規が、事後的な事実が処分の適法性又は効力に影響を与えることを認めているかどうかという実体法上の問題である。いま一つは、②、①が肯定される場合であっても、国民がそれを主張して権利利益の救済を求めるための争訟手段としては何を利用すべきものとされているかという争訟制度上の問題である。

a 行政処分の根拠となる実定法規が、事後的な事実が処分の適法性又は効力に影響を与えることを認めているかどうか（①）は、当該根拠法規が、事後的な事実によって充足されるような取消事由ないし失効事由を設けているかどうかということに帰着する。

行政処分の根拠法規において、処分要件その他の行政処分の適法性や効力に影響を与える事由としていつの時点の事実を取り上げて立法するかは、本来、立法政策に任された事柄である。しかし、一般的に言えば、行政処分は、その時点での行政庁の公権力行使に関する判断の結果という性格を持つから、処分要件は、通常、当該行政処分がされる時点までに生じた事実によって充足されるように構成されている場合がほとんどであろう。しかし、それにとどまらず、事後的な事実によって、行政処分が違法となり、あるいは失効するという制度が特別に設けられている場合もないわけではない。

そこで、取消しの求められている行政処分の根拠法規がそのような場合であるかどうかを論ずる必要が生ずるのである。

一般に、行政処分の失効事由としては、終期の到来（道路交通法92条の2）等が立法されている例がある。事後的な事実によって行

政処分が処分要件を欠くものとなるような制度については、これまであまり論じられておらず、この点に関連する裁判例としては、わずかに、青色申告承認取消処分がされたことに基づき繰越欠損金の損金算入を否認する趣旨の法人税の更正がされた後に、上記青色申告承認取消処分が取り消されるという事後的な事実が発生した事案に関する最高裁昭和57年2月23日第三小法廷判決（民集36巻2号215ページ）があるのみである。

これと異なり、そのような制度が設けられているといえない通常の場合には、どのような事実の変動であろうと、不当の問題はともかく、行政処分の適法性や効力の問題は生じ得ない。そうである以上、この場合に関しては、それ以上争訟制度の面の問題（後記b）などを論ずる必要もない。処分時説を採った先例とされている最高裁昭和34年7月15日第二小法廷判決（民集13巻7号1062ページ）は、この面を検討し、当該事案において問題となる農地法の規定は、事後的な事実によって充足されるような要件を定めたものではないことを判示したものと解される。

b 次に、実体法が、事後的な取消事由や失効事由を設けている場合であっても、国民がそれを主張して権利利益の救済を求めるための争訟手段として何を利用すべきものとされているか（②）は、さらに論ずる必要がある。

この点に関しては、まず、個別の実定法規によってそのための特別の救済制度が設けられていれば、専らそれによるべきであるとするのが当該法規の趣旨であると考えられる。

問題は、そのような制度が設けられていない場合であるが、ここでは、抗告訴訟の事後審査性に注意する必要がある。すなわち、行訴法は、①抗告訴訟をもって、原則として、行政庁の第一次判断権が留保されている事項のみを対象とし、第一次判断権が行使されたことを前提として、その結果に対する事後的審査をする訴訟制度と

するとともに、②行政庁の第一次判断権の行使の適否については、その無効を前提とする当事者訴訟及び民事訴訟を提起し得ることを除くと、抗告訴訟以外の訴訟でこれを論ずることは認めないこととしておりと解されている。抗告訴訟のこのような性質に照らすと、事後的な取消事由や失効事由を抗告訴訟で争うことは、通常は予定されていないと考えられる。事実の面における処分時説、すなわち、抗告訴訟の性質論を根拠として、係争の行政処分がされた時における事実によるべきであるとする考え方は、主としてこのことを指摘するものと解される。

ウ もっとも、処分時には違法であっても判決時には適法と認められ、かつ、当初の瑕疵ある行政行為を取り消して同じ処分をするよりは当初の行政処分の効力をそのまま維持することの方が法的安定性や行政経済の見地から望ましいという場合には、瑕疵の治癒を認め、当該処分を違法としないことが許されると解されているが、実際に瑕疵の治癒が認められた裁判例は極めて少ない。

エ なお、前掲伊方原発訴訟判決（最高裁平成4年10月29日第一小法廷判決）は、前記4(1)ウで述べた判示に続き、「現在の科学技術水準に照らし、右調査審議（注・原子力委員会又は原子炉安全専門審査会の調査審議）において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には」原子炉設置許可処分は違法である旨判示している。この判決が、被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かは現在の科学技術水準に照らして判断すべきであるとした趣旨は、次のように理解されよう。すなわち、どの時点の科学技術水準により判断すべきかは科学的経験則の問題であり、違法判断の基準時論で律するのは適当でない。従来の科学的知識の誤りが指摘され、従来の科学的知識に誤りがあることが現在

の学会における通説的見解となったような場合には、現在の科学的知識を科学的経験則として用いて判断すべきである。上記判示の趣旨はこのようなものと考えられる。

オ 不作為の違法確認訴訟においては、処分が存在せず、判決により、その時における行政庁の不作為状態の違法を確認するものであるから、違法判断の基準時は、口頭弁論の終結の時となるほかはない。義務付けの訴え及び差止めの訴えも同様である。

6 被告の変更

(1) 意義

取消訴訟の訴訟要件として被告適格（行訴法11条）が要求されることは、既に述べたところである（第4・4(2)ア、73ページ参照）。

この点、改正前の行訴法下では、取消訴訟は、処分又は裁決をした行政庁を被告として提起しなければならなかったところ、行政法規の中には複雑なものがあり、行政庁の権限が委任されることもあるし、また、行政処分の通知書等によっても処分をした者が誰であるかが一義的に明白とはいえない場合も少なくはなかった。そのため、例えば、軽油引取税の賦課処分等の取消しを求めて訴えを提起するに際し、被告を「県財務事務所長」とすべきところを「県知事」とするように、原告が被告を誤って訴えを提起することがあった（この事例につき、神戸地裁昭和53年7月3日決定・行裁例集29巻7号1247ページ）。

被告を誤った訴えは、訴訟要件を欠き不適法なものとして却下されるべきこととなるが、取消訴訟には出訴期間の制限があり、原告が改めて正しい行政庁を被告として訴えを提起しようとしても、出訴期間を過ぎていることが考えられる。

そこで、行訴法15条は、原告が故意又は重大な過失によらないで被告とすべき者を誤った場合には、被告を変更することを認め、原告の救済を図っている。

同条は、今般の行訴法の改正においても変更されていないが、同改正に

より、原則として、行政主体が被告適格を有することとなったため（11条1項）、従前よりも同条の適用が問題となる場面は少なくなるのではないと思われる。

なお、行訴法15条は、被告の変更に関する規定であり、請求内容の変更を伴う場合は、同条の規定するところではない。

この制度は、新たな訴えの提起が出訴期間の経過によって排斥されることを救済しようとするものであるから、行訴法15条は、出訴期間の定めがある当事者訴訟（土地収用法上の損失補償に関する訴え等）、民衆訴訟又は機関訴訟で処分又は裁決の取消しを求めるもの、民衆訴訟又は機関訴訟でその他の出訴期間の定めがある訴訟に準用される（行訴法40条2項、43条1項、43条3項）。

原告が被告とすべき国又は公共団体を誤って訴えを提起した場合、すなわち、例えば、独立行政法人や地方公共団体を被告とすべき場合に誤って原告が国を被告として訴えたような場合には、誤って訴えられた被告に対して行訴法11条5項が適用されることはないから、被告としては、単に、その訴えにより被告とされた者に被告適格がないことを主張することになる。もっとも、実際上は、処分又は裁決をした行政庁を明確にすることが被告適格がないことを主張するためにも効果的な場合が多いと思われる。

(2) 要件

取消訴訟において、被告の変更が認められるには、①被告とすべき者を誤ったときであること、②原告に故意又は重大な過失がないことが必要である。申立てに係る変更後の被告が被告適格を有することは、要件ではないとの見解が有力である。

①の「被告とすべき者」とは、行訴法11条により取消訴訟の被告適格を有する者を指し、「被告とすべき者を誤ったとき」とは、当該取消訴訟につき、客観的に被告適格を有さない者を被告として訴えたことをいう。したがって、客観的に被告適格を有する場合であれば、原告が主観的にこれを誤ったと認識していても、「被告とすべき者を誤ったとき」には当たらない。

一般に、訴状の被告の表示だけから判断すれば「乙」を被告としているように読める場合でも、訴状の記載全体から「甲」を被告としていると理解できる場合には被告の記載につき表示の訂正を求めて「甲」を被告とする趣旨を明瞭にすれば足りるとされる（中込ほか266ページ）。

改正前の行訴法11条1項は、処分の取消しの訴えは処分をした行政庁を被告として提起しなければならないとしていたため、行政庁を被告とする処分の取消訴訟が提起されることもあり得る。しかし、現行の行訴法では、処分又は裁決をした行政庁は、それが国又は公共団体に所属しない場合でない限り、被告適格を有さず、国又は公共団体である行政主体に被告適格があるとされたのであるから、被告として当該行政庁が表示されていれば、改正行訴法下においては、それが所属する国又は公共団体を被告としているものと理解することができる。したがって、原告においても正当な被告を表示する意思であるときには、行訴法15条1項の「被告とすべき者を誤ったとき」には当たらず、表示の訂正で足りるとして差し支えない。

実際には、訴状を受理した裁判所も、行政庁を被告とする記載は要は国を被告とする趣旨と理解した上、被告に送達する前に被告の表示を訂正させることも多いと思われる。

この場合、上記のとおり、当該被告の表示が明らかな誤りであると考えられる以上、事後的にせよ、被告がその訂正に異議を申し立てる必要はないであろう。

次に、②の故意がある場合とは、原告が被告適格を有さない者に対する訴えであることを認識しつつ当該訴えを提起した場合であり、重大な過失がある場合とは、ごくわずかな注意を払えば被告適格を有する者が判明するのにこれを怠ったような場合又は故意に匹敵する程度に非難可能な過誤があることをいうとされる。

一般的には、被告となる者が法令の規定上一見して明らかな場合、処分の通知書等行政庁から交付された書類に処分行政庁が誤解の余地のないように明示してある場合、行政庁が訴訟の被告適格を有する者を教示（行訴

法46条)している場合等には、被告を誤ったとしても、そのことについて、原告に重過失が認められるべき場合が多いであろう。

これに対し、改正前の行訴法下においてであるが、法令の規定からみても、行政庁から交付される書面からみても被告適格を有する者を把握しにくく、また、法解釈上も争いがあるというような場合があった。例えば、土地収用法133条によれば、収用委員会の裁決のうち損失補償に関する訴えは、起業者が当事者となる場合、例えば、国の行う国道建設工事のための土地収用の場合、収用委員会の裁決書には起業者として国土交通大臣が表示されるが、損失補償に関する訴えの被告適格を有する起業者は、権利義務の帰属主体である国である。この場合、法令の規定や実際の処分における表示からみて、法律家でも関係の行政官でもない者にとって、当該訴訟において被告適格を有する「起業者」が明白であるというのはやや苛酷ともいえよう。他方、弁護士である訴訟代理人として訴えを提起した場合には、法律専門家としての弁護士の職責にかんがみると、より重い注意義務が課されていることを前提に重過失の有無が判断されることになる。

(3) 手続

被告の変更は、原告の申立てに基づいて行われる(行訴法15条1項)。通常は、書面によって申し立てられ、裁判所から現在の被告に対し意見書の提出が求められることが多い。

裁判所は、要件の有無を審査し、被告の変更を許す要件があると認めたときは、書面によってこの変更を許可する旨の決定をする。決定正本は、新たな被告に送達される(同条2項)。原告と従前の被告に対しては相当な方法で告知される(民訴法119条)。

変更を許す決定に対しては不服申立ては認められない(行訴法15条5項)が、原告の申立てを却下する決定に対しては即時抗告が許されている(同条6項)。

上訴審に訴訟が係属した後に、被告の変更が認められたときには、新たな被告の審級の利益を保護するため、訴訟は管轄権を有する第一審裁判所

に移送される(同条7項)。

(4) 効果

裁判所によって被告の変更が認められると、新たな被告に関する手続が一から始まることになる。出訴期間の遵守については、新たな被告に対する訴えが、最初に訴えを提起した時に提起されたものとみなされる(行訴法15条3項)。

従前の誤った被告に対する訴えは、取下げがあったものとみなされる(行訴法15条4項)。従前の被告の同意は、必要とされないと解されている。

新たな被告に対しては、訴状の副本と期日呼出状が送達され、審理が開始されることになるが、従前の訴訟資料が承継されるかどうかについては、承継を否定する見解が有力である。この見解によると、書証は改めて提出し、従前の人証調べの結果は供述調書の写しを書証として提出するなどのことが必要となるが、実務上は、新たな被告に異議がなければ、当事者が従前の証拠資料を援用することによって、従前と同一の性質のまま証拠資料となるとする扱いがされている。

7 訴えの併合

(1) 行政事件訴訟における訴えの併合

最も単純な訴訟形態は、一人の原告が一人の被告に対し一個の請求をする訴えである。しかし、訴訟形態としてこのような訴訟しか許されないとすれば、当事者にとって訴訟追行の負担が増すばかりでなく、訴訟経済にも反する。

そこで、民訴法は、同一当事者間で複数の請求を併合すること(請求の客観的併合)は、同種の訴訟手続による限り、各請求の間になんらの関連の有無を問わず認め(136条)、複数の者が共同訴訟人として訴え、又は訴えられること(共同訴訟、請求の主観的併合)は、訴訟の目的である権利又は義務が共通であるとき等の一定の要件を満たす場合に限り認めている(38条)。

これに対し、行訴法は、16条において請求の客観的併合の要件を、17条において共同訴訟の要件を、「関連請求」の概念を中心として規定しているから、独自の立法政策により併合を認めるべき場合を完結的に定めているのであって、民訴法136条、38条の例によって行政事件を併合する余地はないと解される。

また、行訴法は、民訴法が規定する以外の併合形態として、18条において第三者による請求の追加的併合を、19条1項において原告による請求の追加的併合を規定している。

併合の時期を基準として分類すると、行訴法16条と17条は訴えの提起時からの併合（原始的併合）であり、18条と19条1項は当初の訴えの係属後の併合（追加的併合）である。

これらの規定においては、いずれも「関連請求」に係る訴えであることが併合の要件となっているが、そこにいう「関連請求」は、行訴法13条にいう「関連請求」と同義であると解されるから、その意義については、第3・5「関連請求に係る訴訟の移送」（45ページ以下）を参照されたい。

(2) 請求の客観的併合

ア 意義

行訴法16条は、原告が取消訴訟を提起するに際し、同一の被告に対し関連請求に係る訴えを併合して提起することができることを規定している。

民訴法上の客観的併合と異なり、同種の訴訟手続による場合に限られないが（民事訴訟手続による損害賠償請求を取消訴訟に併合することも、当該処分等に関連していれば認められる。）、関連性が必要とされている。

なお、行訴法16条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、41条2項、43条）。

イ 要件

訴えの併合が認められるためには、①取消訴訟が適法な訴えであること、②併合して提起する訴訟が関連請求の要件（行訴法13条）を具備し

ていること、③関連請求に係る訴えが適法なものであることが必要である（なお、行訴法13条6号所定の関連請求に当たかどうかについては、本件訴訟に係る各請求の基礎となる社会的事実是一体としてとらえられるべきものであって密接に関連しており、争点も同一であることを理由にこれを肯定するものとして、最高裁平成17年3月29日第三小法廷決定・民集59巻2号477ページがある。）。

ウ 手続

上記イの要件が客観的に具備されている場合には、有効な併合がそれによって生じており、裁判所は、そのことを前提として審理すれば足りると解される。上記イの要件が具備されていない場合には、併合は発生していないこととなる。裁判所は、併合が生じていないことを外形上も明らかにするため分離決定し、併合に係る訴えにつき、管轄権があれば別個に審理を進め、管轄権がなければ、管轄裁判所に移送することになる。

高等裁判所を第一審裁判所とする旨の専属管轄の定めがある取消訴訟の場合にも、地方裁判所又は簡易裁判所を第一審裁判所とする関連請求に係る訴えを高等裁判所に併合して提起することができる。この場合には、関連請求に係る被告の審級の利益が害されるので、被告の同意を得る必要がある（行訴法16条2項）。

(3) 共同訴訟

ア 意義

行訴法17条は、一人又は数人の原告が取消訴訟を提起するに際し、関連請求であるならば、当該取消訴訟の被告以外の者を被告とする訴えを当該取消訴訟に併合して提起することができることを規定している。

民訴法上の主観的併合と異なり、同種の訴訟手続による場合に限られず、取消訴訟の被告以外の者を被告とすることができる。

なお、行訴法17条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、41条2項、43条）。

イ 要件

訴えの主観的併合が認められるためには、①取消訴訟が適法な訴えであること、②併合して提起する訴訟が関連請求の要件（行訴法13条）を具備していること、③関連請求に係る訴えが適法なものであることが必要である。

ウ 手続

上記イの併合要件の具備又は不具備に応じて裁判所の執るべき処置については、請求の客観的併合につき前述したところと同じである。

高等裁判所を第一審裁判所とする専属管轄の定めがある取消訴訟の場合にも、地方裁判所又は簡易裁判所を第一審裁判所とする関連請求に係る訴えを高等裁判所に併合して提起することができる。この場合には、関連請求に係る被告の審級の利益が害されるので、被告の同意を得る必要がある（行訴法17条2項、16条2項）。

(4) 第三者による請求の追加的併合

ア 意義

行訴法18条は、取消訴訟の係属中に、当該取消訴訟の当事者以外の第三者が、当事者の一方を被告として、関連請求に係る訴えを、当該取消訴訟に追加的に併合して提起することができることを規定している。

民訴法は、第三者が係属中の訴訟に参加する方式として、独立当事者参加（47条）と共同訴訟参加（52条）を規定している。これに対し、行訴法18条による追加的併合は、片面的な参加であり、同種の訴訟手続による場合に限られないが、関連請求であることが必要とされている。

なお、行訴法18条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、41条2項、43条）。

イ 要件

請求の追加的併合が認められるためには、①口頭弁論の終結の時までに追加に係る訴えを提起すること、②取消訴訟が適法な訴えであること、③追加に係る訴えが関連請求の要件（行訴法13条）を具備していること、

④追加に係る訴えが適法な訴えであることが必要である。

ウ 手続

上記イの併合要件の具備又は不具備に応じて裁判所の執るべき処置については、請求の客観的併合について前述したところと同じである。

取消訴訟が高等裁判所に係属しているときは、関連請求に係る被告の審級の利益が害されるので、被告の同意を得る必要がある（行訴法18条後段、16条2項）。

(5) 原告による請求の追加的併合

ア 意義

行訴法19条1項は、原告が、取消訴訟の係属中に、関連請求に係る訴えを当該取消訴訟に追加的に併合して提起することができることを規定している。取消訴訟の被告と関連請求に係る訴えの被告とが同一である必要はない。

取消訴訟の被告以外の者に対する請求を追加的に併合することができる点で、民訴法上の追加的併合とは異なる。

なお、行訴法19条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、41条2項、43条）。

イ 要件

請求の追加的併合が認められるためには、①口頭弁論の終結の時までに追加に係る訴えを提起すること、②取消訴訟が適法な訴えであること、③追加に係る訴えが関連請求の要件（行訴法13条）を具備していること、④追加に係る訴えが適法な訴えであることが必要である。

ウ 手続

上記イの併合要件の具備又は不具備に応じて裁判所の執るべき処置については、請求の客観的併合について前述したところと同じである。

取消訴訟が高等裁判所に係属しているときは、関連請求に係る被告の審級の利益が害されるので、被告の同意を得る必要がある（行訴法19条1項後段、16条2項）。

ただし、処分に対する不服申立てに対し棄却判決があったのを不服として判決の取消しの訴えを提起した原告が、当該処分の取消訴訟を追加的に併合して提起する場合には、判決取消訴訟が高等裁判所に係属しているときであっても、追加して提起する処分取消訴訟の被告の同意を得る必要はないとされ、また、出訴期間の遵守については、処分取消訴訟の提起は判決取消訴訟の提起があったときにされたものとみなされる（行訴法20条）。同条は、行訴法が原処分主義を採り、判決取消訴訟においては原処分の違法を争うことができないにもかかわらず、原処分の違法を理由として判決取消訴訟を提起する者のあることが予想されたため、そのような者を救済する趣旨で設けられたものである。

8 訴えの変更

(1) 行政事件訴訟における訴えの変更

訴えの変更とは、訴えを提起した後にその訴訟手続を維持しながら訴訟上の請求（訴訟物）を変更することをいい、従前の請求に代えて新請求を提起する交換的変更と、従前の請求を維持しつつ新請求を追加する追加的変更とがある。行政事件訴訟においては、行訴法19条1項によって、取消訴訟について請求の追加的併合が認められているが、これとは別に、民訴法143条の規定の例による訴えの変更（交換的変更）が認められている（行訴法7条、19条2項）。また、民訴法においては同一当事者間における請求の変更のみが認められるが、抗告訴訟においては、一定の場合に異なる当事者に対する請求へ変更することが許されている（行訴法21条）。

なお、民訴法143条の規定の例による訴えの変更をすることができる旨の行訴法19条2項は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、41条2項、43条）。

(2) 民訴法143条の規定の例による訴えの変更

ア 要件

民訴法143条の規定の例による訴えの変更は、①旧請求と新請求との

間の請求の基礎に変更がないこと、②著しく訴訟手続を遅延させないこと、③口頭弁論の終結前であることが、同条の明示する要件であるが、さらに、行訴法21条の規定による訴えの変更の場合を除いて、④当事者の変更を伴わないこと、⑤異種の訴訟手続（例えば、行政事件訴訟から民事訴訟への変更）にならないことを要するものと解される。なお、訴えの追加的併合の場合と異なり、関連請求であること、旧訴が適法であることは要せず、基本事件が高等裁判所に係属中の場合でも被告の同意を要しないと解される。

イ 手続と効果

訴えの変更は、書面によって行い、これを相手方に送達することを要する（行訴法7条、民訴法143条2項、3項）。裁判所は、訴えの変更の申立てが要件を欠くときは変更を許さない旨の決定をすることを要する（行訴法7条、民訴法143条4項）。訴えの変更の申立てが客観的に要件を具備しているときは、追加的変更又は交換的変更の効果が当然に生ずるので、裁判所は、そのことを前提に審理を進めれば足りると解される。

要件を満たす訴えの変更がされると、従前の訴訟資料、証拠資料は、そのまま新たな請求の資料となる。

訴えの変更における新請求は、新訴の提起であるから、それ自体独立した訴訟要件を満たさなければならず、出訴期間についても、訴え変更の時点を基準として判断するのが原則である。しかし、出訴期間の遵守について、変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴え提起の時に提起されたものと同視し、出訴期間の遵守において欠けるところがないと解すべき特段の事情があるときは、例外として、不適法ではないとされる（最高裁昭和61年2月24日第二小法廷判決・民集40巻1号69ページ、判例時報1184号65ページ参照）。また、訴えの交換的変更は、旧訴の取下げを含むので、相手方の同意を必要とする。

(3) 国又は公共団体に対する請求への変更

ア 意義

取消訴訟においては、訴えの係属中に訴えの利益が消滅するなど、取消訴訟を維持し難い事由が生じる場合があるが、このような場合に、処分の違法を理由とする損害賠償請求等に訴えを変更し、従前の訴訟資料を利用することができるようにすることが訴訟経済等の上から望ましい。ところが、このような場合には、当事者の変更を伴うことがあるので、民訴法143条の規定の例による訴えの変更によってはこれを行うことができないと考えられる。そこで、行訴法21条は、このような場合にも訴えの変更をすることができることとしたものである。

行訴法21条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、処分又は裁決の取消し又は無効等の確認を求める民衆訴訟及び機関訴訟に準用されている（同法38条1項、43条1項、2項）。

イ 要件

行訴法21条による訴えの変更は、①取消訴訟が係属していること、②当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体に対する損害賠償その他の請求に変更するものであること、③請求の基礎に変更がないこと、④裁判所が変更を相当であると認めることが要件である。

ウ 手続

行訴法21条による訴えの変更の申立ては、書面によって行う（行訴法7条、民訴法143条2項）。裁判所は、訴えの変更を許す決定をするには、あらかじめ当事者及び新被告となるべき者の意見をきかなければならない（行訴法21条3項）。裁判所は、必ず許否の決定をしなければならない（同条1項）。

書式 [14] 訴え変更の申立書

平成18年（行ウ）第36号
申立人 ○○○○

相手方 国

東京都千代田区霞が関1-1-1

被告 国

代表者 法務大臣○○○○

訴え変更の申立て

平成18年7月9日

原告訴訟代理人弁護士 ○ ○ ○ ○ ㊟

○○地方裁判所 民事部 御中

上記当事者間の御庁平成18年（行ウ）第36号事件について、原告は、次のとおり、行政事件訴訟法第21条に基づき、請求の趣旨を交換的に変更する。

第1 訴え変更後の請求の趣旨

- 1 被告は原告に対し、金100万円及びこれに対する平成18年7月10日から支払済みに至るまで、年5分の割合による金員を支払え
- 2 訴訟費用は被告の負担とする
との判決並びに仮執行の宣言を求める。

第2 請求の原因

1 当事者

原告は、西暦1964年4月6日、○○○○○で出生した○○○国籍の女性であり、2000年10月5日、観光目的の短期滞在資格で日本国に入国し、同年11月ころ、訴外Aと知り合い、その後2001年5月に婚姻し

た。

2 在留特別許可願いの経緯

原告は、婚姻前の2000年12月下旬（在留期間内）、Aとともに〇〇入国管理局へ、婚姻の手続をするための短期滞在期間の更新を申請したが、受理されなかった。

しかし、原告は日本において婚姻の届出をするために、そのまま日本に滞在し、その結果超過滞在となった。

その後、2001年5月に夫Aとの間の子を懐胎し、同年5月31日に、〇〇市役所に婚姻届を提出し、受理され、夫の戸籍にその旨が記載された。そこで、2001年7月4日（超過滞在から5か月後）、〇〇入国管理局に超過滞在の申告及び在留特別資格許可願いを申し出て、必要とされる書類を提出した。その後、以下のとおり、求めに応じその都度書類を送付したり、問合せをしたが、違反検査のための調査は全く行われなかった。原告は月に一度〇〇入国管理局へ出頭していたが、2003年8月22日、同担当官より不法残留に該当する旨の認定通知書を受領したため、原告は、この認定に不服があるので、特別審理官に対し、口頭審理の請求を行った。

2003年10月、感情のもつれからAが家を出てしまったため、特別審理官に夫婦別居の事実手続を申し出たところ、その後、翌11月、同審理官から、口頭審理期日通知書及び「不法残留に該当する旨の認定は誤りがない」という判定要旨記載の判定通知書を受領した。原告は直ちに法務大臣に対して異議を申し立て、後は法務大臣の裁決を待つばかりとなった。

通常最後の口頭審理終了後、10日間ほどで法務大臣の裁決が下りるはずであるが、それ以降法務大臣の裁決を待ったが何も連絡はないままであった。

3 訴訟提起

原告は、2006年6月29日付けで法務大臣を被告として不作为の違法

確認の訴え及び速やかに原告に対しての在留特別資格の裁決を下すよう求める訴訟（本庁 平成18年（行ウ）第36号）を提起したところ、2006年7月9日、在留特別資格を付与する旨の裁決を得た。

以上の経過により、原告は在留特別許可を得たが、2001年7月の超過滞在の自主申告による出頭及び在留特別許可願いから、約5年間を必要とした。

原告は、入国警備官及び法務大臣等による一連の手続の放置により在留特別許可を得るのが遅れ、後記第3記載の損害を被ったので、その損害の賠償を求めるため本訴に及ぶものであるが、本訴は、平成18年（行ウ）第36号事件と請求の基礎を同じくする損害賠償請求に係るものであるため、行政事件訴訟法21条に基づき、同事件の訴え変更手続の方法により申し立てるものとする。

第3 損害<略>

書式【15】 訴え変更の申立てに対する意見書

平成18年（行ク）第11号

申立人 〇〇〇〇

相手方 国

意 見 書

平成18年8月8日

被告指定代理人

○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印

〇〇地方裁判所 民事部 御中

第1 意見の趣旨

平成18年（行ウ）第36号不作為の違法確認請求事件の訴えを国を被告とする損害賠償請求の訴えに変更することを許可しない旨の決定を求める。

第2 意見の理由

本件訴えの変更の許可の申立ては、以下のとおり、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）38条1項により準用される21条1項に定める要件を具備しない不適法な申立てであるので、速やかに却下されるべきである。

1 行訴法21条1項の規定の趣旨及び適用要件について

- (1) 行訴法21条1項は、「裁判所は、＜中略＞許すことができる。」旨規定している。
- (2) 同条の趣旨は、取消訴訟においては、その係属中に往々、その対象たる処分又は裁決が法令の規定、解除条件の成就、期間の満了、目的物件の滅失その他の事由により失効し、その訴えの利益が消滅することや、その他取消訴訟を維持し難い事由が生じる場合があるが、この場合には、処分等の違法を理由とする損害賠償請求等に訴えを変更し、その訴訟に現われた資料をそのまま利用できるようにすることが、原告の権利救済上も訴訟経済上も望ましいことから、取消訴訟を国又は地方公共団体に対する損害賠償請求等の通常の民事訴訟又は当事者訴訟に変更することができる旨を明文をもって規定したものである（園部逸夫編「注解行政事件訴訟法」313、314ページ（疎乙第1号証））。
- (3) 本件は、原告が不作為の違法確認の訴えから、国を被告とする損害賠償の訴えに変更することを申し立てているものであるが、行訴

法21条1項は、行訴法38条1項により不作為の違法確認の訴えにも準用されることから、以下に行訴法21条1項の要件を具備するものかどうかについて検討する。

2 訴えの変更が相当であるとは認められないことについて

- (1) 前記1(2)で述べたとおり、行訴法21条1項の趣旨が、訴えの変更を認めてその訴訟に現われた資料をそのまま利用できるようにすることが原告の権利救済上も望ましいことにある以上、訴えの変更を認めた場合における取消訴訟の訴訟資料及び証拠資料の利用可能性が生じておらず、訴えの変更を認めるべき基盤がいまだ存在しないときは、同条項の「変更することが相当である」場合に該当しないものと解すべきである（東京地裁昭和44年11月25日判決・行政事件裁判例集20巻11号1498ページ・疎乙第2号証）。
- (2) 御庁平成18年（行ウ）第36号（以下「旧訴」という。）は、当事者双方が準備書面及び答弁書を1度交換したのみであり、しかも被告答弁書においては、裁決がされた結果不作為が存在しなくなったとして訴えの利益を欠く旨主張するのみのものである。裁判所の訴訟経済の観点から考えると、少なくとも当事者双方が口頭弁論期日において準備書面を交換し、取消訴訟（本件においては不作為の違法確認訴訟）の本案に関する争点がある程度明らかになった段階に至って初めて訴訟資料の利用可能性が生じるものというべきであり、行訴法21条1項の趣旨にかんがみると、本件は同条所定の「変更することが相当である」場合には該当しないものと解すべきである。
- 3 「請求の基礎に変更がない」ことの要件を欠いていることについて
 - (1) 「請求の基礎に変更がない」ことの意義について

行訴法21条1項の「請求の基礎に変更がないこと」については、行政訴訟の性質上、新請求の主張の基礎となる権利・利益と取消訴訟（本件では不作為の違法確認訴訟）で救済を受けようとした権利・利益とに同一性が認められる場合を意味すると解される（前掲

園部逸夫編「注解行政事件訴訟法」317ページ)。

- (2) 本件申立てが請求の基礎の同一性を欠くことについて

申立人は、旧訴においては法務大臣が原告の行っ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する裁決を行わなかったことから不作為の違法確認の訴えを提起したものである。

これに対し、新訴は、法務大臣及び入国警備官が一連の手続を合理的期間を逸脱して行ったことにより、在留特別許可を取得するのが遅れたとして、損害の賠償を請求しているものである。

本件申立てにおける請求の基礎の同一性の要件すなわち旧訴において救済を受けようとした権利・利益と新訴における主張の基礎となる権利・利益との同一性が認められるかについて検討するに、新訴は、法務大臣の裁決の不作為に係る違法性について主張している点については旧訴と共通している。しかしながら、原告は新訴において、異議申立前の事実関係である入国警備官の違反調査の合理的期間を逸脱した手続も不法行為として主張している点、入国管理局を最初に訪れた際の窓口担当者の対応について精神的苦痛を覚えたとしている点などをも損害賠償請求の基礎事実としており、旧訴に係る請求とは別個の事実関係が争点となるものである。

よって、本件申立ては、行訴法21条1項所定の請求の基礎の同一性を欠くといわざるを得ない。

第3 結語

以上のとおり、申立人の本件申立ては、行訴法38条1項により準用される同法21条1項に定める要件を具備しない不適法なものであることが明らかであるから、速やかに許可しない旨の決定がなされるべきである。

疎明資料

疎乙第1号証	「注解行政事件訴訟法」(抜粋)
疎乙第2号証	行政事件裁判例集20巻11号(抜粋)

9 訴訟参加

(1) 行政事件訴訟における訴訟参加

訴訟参加とは、係属する他人間の訴訟に第三者が自己の名で訴訟行為をするために加入することをいう。行訴法は、第三者の訴訟参加(行訴法22条)と行政庁の訴訟参加(行訴法23条)を創設している。このほか、民訴法上の訴訟参加の制度である補助参加(民訴法42条)、独立当事者参加(民訴法47条)、共同訴訟参加(民訴法52条)の例による参加をすることができるかどうかについては議論が分かれている。ここでは、行訴法固有の訴訟参加の制度について説明する。

(2) 第三者の訴訟参加

取消判決については、第三者効が認められており(行訴法32条1項)、また、取消判決の拘束力(行訴法33条)に従って行政庁が行政処分をすることにより第三者の権利が害されることがあり得る。そこで、行訴法22条は、第三者の訴訟参加を認めることによって、第三者の保護を図ろうとしたものである。

行訴法22条に基づく、第三者の訴訟参加の要件は、①他人間に取消訴訟に係属していること、②当該訴訟の結果により参加をする者の権利が害されることである。

行訴法22条に基づく参加は、当事者若しくは第三者の申立て又は職権による(同条1項)が、裁判所はあらかじめ当事者及び第三者の意見を聴いた上(同条2項。申立人については意見聴取は不要)、参加の可否を決定する。

参加人となった者には、民訴法上の必要的共同訴訟における共同訴訟人に準じた地位が与えられ(行訴法22条4項、民訴法40条)、参加人の行為

は、被参加人の利益となるものについてのみ効力を生ずる。

なお、行訴法22条は義務付けの訴えや、差止めの訴えなど取消訴訟以外の抗告訴訟にも準用される（行訴法38条）。これらの訴訟では、取消訴訟における第三者効が認められていないため（行訴法32条が準用されていない。）、義務付けないし差止めの対象となる処分の相手方が原告ではなく第三者である場合には、その第三者に判決の参加効力を及ぼすため、行訴法22条による参加の申立てを行うことが考えられる（134ページ参照）。

(3) 行政庁の訴訟参加

行政事件訴訟においては、処分行政庁以外の行政庁が、上級庁や不服審査庁となって当該行政処分に関与するなどして当該行政処分に関する知識や資料を有していることが少なくない。行訴法23条は、こうした行政庁を訴訟に参加させて、訴訟資料を豊富にし、適正な審理を実現することを目的とする。

行訴法23条に基づく参加の要件は、①他人間に取消訴訟が係属していること、②参加行政庁が、当該取消訴訟の処分行政庁以外の行政庁であること、③参加させることが必要であると認められることである。

行訴法23条に基づく参加は、当事者若しくは参加しようとする行政庁の申立て又は職権による（同条1項）が、裁判所はあらかじめ当事者及び当該行政庁の意見を聴いた上（同条2項。ただし、申立人自身については意見聴取は不要である。）、参加の可否を決定する。

参加人した行政庁には、民訴法上の補助参加人に準じた地位が与えられ（行訴法23条3項、民訴法45条）、参加行政庁は、被参加行政庁の行為と抵触しない限り、一切の訴訟行為をすることができる。

第15 証拠調べ

1 意義

行政事件訴訟の証拠調べについて、行訴法は、裁判所は必要があると認めるときは職権で証拠調べをすることができるとの規定（24条）のみを置き、それ以外は民事訴訟の例によることとしている（7条）。したがって、行政事件訴訟の証拠調べについては、職権証拠調べができることを除くほか、その性質上、民事訴訟のそれと異なるところはなく、民訴法の証拠調べに関する規定がそのまま準用されると考えられている。

ところで、判決の基礎となる事実、当事者間に争いのない事実及び裁判所に顕著な事実を除き、すべて証拠によって証明されなければならない（民訴法179条）、そのために証人尋問、当事者尋問、鑑定、書証、検証という証拠調べが必要となる。

証明を要しない事実の一つである裁判所に顕著な事実には、公知の事実と裁判所に特に顕著な事実とが含まれ、前者は、世間一般の人が信じて疑わない程度に知れわたっている事実（例えば、歴史上の事件、天災地変、報道で社会の耳目をしよう動させた出来事等）をいい、後者は、当該裁判所の裁判官にとって職務上の経験から既に明白な事実（例えば、当該裁判官が以前にした判決の内容、破産宣告等）をいう。

2 職権証拠調べ

行政事件訴訟についても、弁論主義、すなわち判決の基礎となる資料の収集を当事者の権能かつ責任とする原則が支配し、証拠の提出は当事者の責任である。ただ、行政事件訴訟においては、その結果が公益に影響することが少なくないことから、行訴法は、弁論主義を補充するものとして、裁判所が、当事者の提出した証拠のみでは心証を採り得ず、必要と認めるときは、職権

で証拠調べをすることができる旨を規定している（24条、38条1項、41条1項、43条）。しかし、それは、職権証拠調べを許容するにとどまり、裁判所に積極的に職権証拠調べをすることを義務付けたものではない。

実務では、職権証拠調べはほとんど行われていない。裁判所は、証拠により十分な心証が得られないと認めたときは、当事者に対して立証を促し、当事者もこれに応じて証拠を提出するのが通常である。

3 証拠調べの手続

(1) 証拠の申出

証拠の申出とは、裁判所に対し、特定の証拠方法の取調べを求める申立てをいう。この証拠方法には、人を尋問してその供述を証拠とする人的証拠（人証）と、文書の意味内容、事物の性状、現象を取調べの対象とする物的証拠（物証）とがあり、証人、鑑定人、当事者本人が人証であり、文書、検証物が物証である。

(2) 証拠申出の時期

民訴法は、前述のとおり適時提出主義を採用しているところ（民訴法156条）、証拠の申出も、攻撃防御方法の1つであるから、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない。証拠の申出も、当事者の故意又は重大な過失により時機に後れて提出され、これにより訴訟の完結を遅延させることになると認める場合には、民訴法157条1項により却下されるべきものとなる。

重要な書証については、その提出が的確な争点及び証拠の整理のため必要であるから、できるだけ早い段階で申出をすべきであるし、人証の申出も、合理的な立証計画の策定が可能となるよう早期にすべきであろう。

なお、裁判所は、審理すべき事項が多数であり又は錯そうしているなど事件が複雑であること等によりその適正かつ迅速な審理を行うため必要があると認められるときは、審理計画を定める（民訴法147条の3）ところ、この場合、裁判長は、当事者の意見を聴いて、特定の事項についての攻撃

又は防御の方法を提出すべき期間を定めることができ（民訴法156条の2）、当事者がその期間を経過後に攻撃又は防御方法を提出したときには、その攻撃又は防御方法は却下されることがあり得る（民訴法157条の2）。

証拠の申出は、口頭弁論期日及び準備手続期日のほか、口頭弁論期日の前にもすることができる（民訴法180条2項）。ただし、民訴法219条の解釈上文書を提出してする書証の申出は、期日外にこれを行うことはできないと解されるが、書証の申出をする時までには文書の写しを提出すべきものとされている（民訴規則137条1項本文）。

(3) 証拠申出の方法

証拠の申出は、証明すべき事実を特定し（民訴法180条1項）、かつ、証明すべき事実及びこれと証拠との関係を具体的に明示して（民訴規則99条1項）これをしなければならない。なお、各証拠方法についての具体的な申出の方式は、それぞれの箇所において説明する。

(4) 証拠申出の採否

当事者からの証拠の申出に対して裁判所が採否の決定をすることを、証拠決定という。これには、証拠の申出を認容する証拠調べの決定と排斥する却下決定とがある。実務上は、証拠申出の採否は、口頭弁論期日において裁判所が口頭で採否の判断を明らかにすることにより行っていることが多く、決定書を作成して行うことは少ない。また、裁判所は、人証の採否については判断を明らかにすることが通例であるが、書証については明示的には決定をしないのが普通である。しかし、この場合でも、取調べをした場合、観念的には黙示の証拠決定があったものと解される。なお、裁判所が証拠申出の採否を明示せず、取調べをしないまま弁論を終結したときは、黙示的に当該証拠申出に対し却下決定があったものと解することができる。

(5) 証拠申出の撤回

証拠の申出は、証拠調べの前であれば自由に撤回又は放棄することができる。

しかし、証拠調べがされた後は、裁判官の心証形成に影響を与えた後である以上、証拠共通の原則によって、その証拠調べの結果を相手方は自己の利益のために利用できるから、撤回を許すことになるとその利益を害するおそれがあるため、その証拠の申出を撤回することは許されない。ただし、実務上、審証については、相手方の同意があれば、いったん取り調べたものの撤回を認めている例がある。

(6) 証拠調べの運営に関する民訴法の規定

民訴法の下では、主張の提出と同様に、証拠の申出にも適時提出主義(156条)が採られ、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に申出がされなければならない。

また、争点及び証拠の整理手続が整備されたのに伴い、証人及び当事者本人の尋問は、できる限り、争点及び証拠の整理が終了した後に集中して行わなければならない(182条)。この集中証拠調べは、必要な証人及び本人の取調べを一回又は継続した期日に集中して実施する方法である。

集中証拠調べの円滑な実施のため、民訴規則では、証人及び当事者本人の尋問の申出は、できる限り、一括してしなければならないと規定され(100条)、争点及び証拠の整理手続を経た事件については、裁判所は、争点及び証拠の整理手続の終了又は終結後における最初の口頭弁論の期日において、直ちに証拠調べをすることができるようにならなければならないと規定されている(101条)。

4 審証

(1) 申出の方法

ア 審証とは、裁判官が文書を閲読して、それに記載されている意味内容を証拠資料とする証拠調べである。ただし、実務では、証拠方法としての文書自体も審証と呼ぶことがある(民訴規則55条2項参照)。

審証の申出の方法には、①文書の提出(民訴法219条)、②文書提出命令の申立て(同法221条)、③文書送付嘱託の申立て(同法226条本文)

の3種がある。通常、当事者が自ら所持する文書であればそれを提出し、相手方又は第三者の所持する文書については、文書提出命令の申立てをし、協力の得られる見通しがあるときは文書送付嘱託の申立てをする。

イ 文書の提出は、文書の原本、正本(謄本の一形式であるが、特に権限ある者が原本に基づいて作成し、外部においては原本と同一の効力をもって通用するものをいう。民訴法255条2項参照)又は認証ある謄本を裁判所に提出することによって行う(民訴規則143条1項)。

原本の存在及びその成立に争いがなく、かつ、相手方が写しをもって原本の代用とすることに異議がない場合は、原本の提出に代えて写しを提出することも許される(大審院明治37年10月19日判決・大審院民事判決録10輯1276ページ)。この場合は、あくまでも原本自体が証拠となる。このような提出方法は、他事件の証人尋問調書や公刊物等の場合にみられることがある。これと異なり、写しそれ自体を原本として提出することもできる。この場合は、写しそれ自体が当該写しの「原本」として証拠となるのであり、実務上、その例は多い。

ウ 裁判所に提出する文書とは、これらの原本等のことであるが、これらは証拠調べ終了後提出者に返却される。そこで、証拠調べの結果を裁判所の記録にとどめるため、これらの写しを裁判所に提出することが必要とされている。その提出部数は、裁判所用1通(これを「正本」と呼んでいるが、もとより前記意味での正本ではなく、裁判所用という趣旨である。)及び相手方の数と同数通(これを「副本」と呼んでいる。)である(民訴規則137条1項)。ただし、相手方が複数であっても、訴訟代理人が選任されている場合(すべての相手方について同一の訴訟代理人が選任されている必要がある。)は、訴訟代理人の員数にかかわらず1通の副本で足りる。

実務においては、特に大型訴訟において訴訟代理人の員数が多人数になる場合などは、副本以外に事実上相当部数の写しを相互に交換する方法が採られている。この方法は、当事者双方にとって、再度コピーする

ことを省略できる、複数の訴訟代理人が口頭弁論期日において同時に閲覧できるなどの利点があり、事案によっては、あらかじめ相手方訴訟代理人と合意をしておくことで円滑な訴訟進行を図ることができる。

裁判所に提出する写しには、それぞれ第一葉表右肩上部余白に「正本」又は「副本」の表示を朱書するのが実務の取扱いである（さらに、正本の表示の下部に「副本領収」のゴム印を押印しておくことが望ましい。）。エ

争点を指向した審理を実現するためには、重要な書証が早期に提出されることが必要である。そこで、民訴規則は、書証の早期提出を促進し、又は書証が早期に提出されることを前提とした規定を置いている。例えば、民訴規則137条1項は、期日に提出される書証の内容を事前に吟味して、立証趣旨との関連性、取調べの必要性等を判断することができるようにし、書証の整理を可能にするため、書証の写しの早期提出を促すべく、文書を提出して書証の申出をするときは、当該申出をする時までに、写しを提出しなければならないと規定している。

同様に書証の早期提出に関連する趣旨の規定としては、既に述べた訴状への重要な書証の写しの添付（民訴規則55条2項）、答弁書への重要な書証の写しの添付（同規則80条2項）のほか、答弁に対する反論の準備書面への重要な書証の写しの添付（同規則81条）、証人等の尋問に使用する予定の書証（弾劾証拠を除く。）の写しの尋問開始時の相当期間前までの提出（同規則102条）、特定の事項に関する書証の写しの裁判長が定めた期間の満了前までの提出（同規則139条）がある。

そして、当事者は、これらの書証の写しについても直送をすることができる（民訴規則137条2項）。

また、書証に関する証拠説明書は、書証の内容やその証拠価値の評価、取調べの必要性の検討等のために有益なものである。この観点から、民訴規則は、文書を提出して書証の申出をするときは、文書の記載から明らかでない場合を除き、文書の標目、作成者及び立証趣旨を明らかにした証拠説明書2通（当該書面を送付すべき相手方が2以上であるときは、

その数に1を加えた通数）を提出しなければならないものと規定している（民訴規則137条1項）。

オ 通常、原告の提出する文書の写しには、甲第1号証、甲第2号証のように甲という符号と番号を、また、被告の提出する文書の写しには、乙第1号証、乙第2号証のように乙という符号と番号を付する。その他、参加人の提出する文書の写しには丙第1号証というように符号と番号を付する。

審証は、一文書ごとに一つの審証として申出をするのが原則であるから、例えば新聞記事の場合は、一つの記事ごとに審証とすべきであり、立証事項が同一であっても、複数の記事を併せて一つの文書として提出すべきではない。また、本来一体となっている文書、例えば、封筒と手紙のようなものでは、甲第1号証の1、甲第1号証の2のように枝番号を付し、その関連性を明らかにすることがある。ただし、審証番号は、裁判所が付すのが建前であるから、裁判所において当事者の付した符号や番号を変更することもある。立証事項が多岐にわたり、かつ、書証が多くなる場合は、文書の提出前に審証番号の付し方について、担当書記官と協議しておくといふ。なお、控訴審における審証番号については、第一審で提出したものに連続した番号を付する取扱いとなっている。

カ 審証の申出は、必ず期日に当該文書を提出しなければならない。したがって、前記のとおり、民訴規則137条1項本文に従い、期日前に裁判所に写しを提出すべきであるが、口頭弁論期日に文書の原本等を提出し、その取調べを受けなければ、当該文書の記載内容は証拠とならない。

書式 [16] 証拠説明書

平成〇〇年（行ウ）第〇〇〇号 遺族補償給付不支給処分取消請求事件
原告 〇〇〇〇

被告 国

証拠説明書

平成〇〇年〇〇月〇〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

○ ○ ○ ○ 印
 ○ ○ ○ ○ 印
 ○ ○ ○ ○ 印

略語の使用については、被告の準備書面の例による。

号証	標 目	原本・写	作成者	立証趣旨等
乙1	事情聴取書	写し	被告	〇〇〇ホテル従業員から、倒れていた甲を発見した状況を聴取した記録である。
乙2	死体検案書	写し	〇〇〇監察医務院 監察医〇〇〇〇	死亡時刻及び死亡原因を立証する。
乙3	遺族補償年金支給請求書	原本	原告 (なお、不支給との印は被	原告が〇〇労働基準署長に対して行った遺族補償年金支給請求書である。

			告作成)	
乙4	遺族補償給付等不支給決定並びに通知について	原本	〇〇労働基準署長	〇〇労働基準署長が不支給と決定し、通知したことを立証する。
乙5	(以下省略)			

(2) 書証の認否

ア 書証は、文書に記載された作成者の意思、感想、見聞等を証拠資料とするものであるから、文書を証拠とするためには、その文書の成立（成立の真正）が認められること、すなわち、その文書が、提出当事者が作成者と主張する者の意思に基づき作成されたものであると認められること（形式的証拠力）を要する。

私文書の成立について争いがあるときは、その真正であることが立証されなければならない（民訴法228条）。このため、文書が提出されると、裁判所は、相手方に対し、その成立の真否について答弁（認否）を求める。認否の態様は、理論的には、その文書が提出当事者が作成者であると主張する者の意思に基づいて作成されたものであることを認める趣旨の「成立を認める。」との答弁、これを否定する趣旨の「成立を否認する。」との答弁、分からないとする趣旨の「成立は不知」との答弁のいずれかとなる。しかし、相手方が理由を明確にして成立を否認した場合以外は、文書の成立の認否は、事実認定上さほど大きな意味を持っていない。このような観点から、民訴規則は、文書の真否をめぐる審理を実質的なものとするため、当事者は、文書の成立を否認する場合その理由を明らかにしなければならないものとしている（145条）。この規定を受けて、裁判所が当事者に対し、文書の成立を積極的に争うかどうかを確認し、成立を争う場合には、争う理由を具体的に主張するよう訴訟指揮

するが、反対に、明示的に成立が争われなかった文書については、特段の立証を待つまでもなく、その真正を認定するという運用も行われている。

なお、この形式的証拠力に対し、文書に記載された内容の証拠としての価値を実質的証拠力という。

文書が写しで提出された場合、実務上、原本の存在及びその成立についても認否がされることがある。これは、(1)イで述べたとおり、「原本の提出に代えて写しを提出する」場合には、原本の存在及びその成立に争いがないことが要件となっていることに基づく。一方、「写しそれ自体を原本として提出する」場合には、原本である当該写しの成立（提出当事者の主張に係る者が写したかどうかの点）についての認否があれば、当該書証の成立の認否としては論理的には十分であるともいえるのであるが、複写機の発達した現在においては、写し自体の成立は實際上あまり問題とならない。それよりも、原本の存在（正確には、もと存在したこと）及びその成立が認められれば、当該写しには原本と同じ内容の実質的証拠力が認められるため、実務上、原本の存在及びその成立についても認否を求められるのである。

書証の成立についての認否は、口頭で行ってもよいが、特に、多数の書証を同時に認否する場合などは、裁判所や相手方に誤解が生じないよう、書証認否書の提出によって認否の内容を明確にしておくことが望ましい。

イ 前記アで述べたとおり、相手方が文書の成立を争ったときは、提出者においてその成立、すなわち、その文書が自己の主張する作成者の意思に基づいて作成されたものであることを立証する必要があるが（民訴法228条1項）、私文書の場合、作成者と主張された本人若しくは代理人（以下「本人等」という。）の意思に基づいてされた署名又は本人等の意思に基づいて押捺された印影が当該私文書にあるときは、その文書は本人等の意思に基づいて作成されたこと（真正であること）が推定される

（同条4項）。この推定は、厳密な意義の法律上の推定ではなく、それによって一応の心証が得られるという経験法則を言い表したものであると説明されている。したがって、文書に作成者と主張された本人等の氏名の記載があるときは、これが本人等の意思に基づいてされた署名であることについて争いがないか、又はそれが証明されれば、反証のない限り文書全体の真正な成立が推定される。

また、文書に作成者と主張された本人等の印影があるときは、その印影は、本人等の意思に基づいて押捺された印影であることが事実上推定（推認）される。その結果、この事実上の推定（推認）と旧民訴法326条（現行法228条4項）の推定規定との2段階の推定によって、文書に作成者と主張された本人の印影があるときは、文書全体の真正な成立が推定される（最高裁昭和39年5月12日第三小法廷判決・民集18巻4号597ページ、判例時報376号27ページ）。

そのため、相手方が書証の認否において、提出者が作成者と主張する者の氏名の記載又は印影がある文書の成立を否認したときは、裁判所は、さらに、相手方に対し、この氏名の記載が本人の署名であるかどうか、この印影が本人の印章と同一の印影であるかどうかを尋ねる。ここで、氏名の記載が本人の署名であることや印影が本人の印章と同一の印影であることを相手方が認めると、当該文書は真正に成立したものと推定される。また、相手方がこれを否認したときは、提出者は、氏名の記載が本人の署名であること、又は印影が本人の印章と同一の印影であることを証明すればよいことになる（なお、同一の印影であることの証明のために、印鑑登録証明書が用いられることが多い。）。

一方、公文書の場合、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正な公文書と推定される（民訴法228条2項）。

ウ 既に述べたとおり、文書の成立を否認するときは、その理由を明らかにしてしなければならないとされている（民訴規則145条）。その趣旨は、

準備書面で相手方の主張する事実を否認する場合にはその理由を記載しなければならないこととされた（同規則79条3項）のと同様に、審理の実質化を図ることにある。

(3) 証拠調べの実施

文書についての証拠調べは、口頭弁論期日において裁判官が提出された文書の原本等の閲読を行うことによって実施される。また、その際には、原本と写しとが照合され、裁判官が証拠調べをした原本と記録につづられる正本及び相手方が所持する副本との同一性が確認される。したがって、証拠調べ期日には、当方が書証の申出をする文書の原本を必ず持参する必要がある。もっとも、成立に争いのない文書の証拠調べは実務上簡略な形で行われることが多い。

なお、平成16年民事訴訟法改正により、弁論準備手続を行う受命裁判官が、書証の申出（文書提出命令の申立てを除く。）についての裁判を行い、文書の証拠調べをすることができることとされた（民訴法171条3項、2項）。

(4) 文書提出命令

ア 文書提出命令の意義及び文書提出義務

当事者は、相手方及び第三者が所持する文書につき、裁判所に対し、文書の所持者に当該文書の提出を命じることを申し立て、もって書証の申出をすることができる（民訴法219条）。裁判所は、文書提出命令の申立てを理由があると認めるときは、決定で、文書の所持者に対し、その提出を命ずる（同法223条1項）。文書提出命令の申立てに「理由がある」というのは、当該文書の証拠調べをする必要があり、かつ、その所持者に当該文書の提出義務（文書提出義務）があることをいう。

イ 文書提出命令制度の改正経緯及びその趣旨

文書提出命令に関する規定については、旧民訴法312条1号から3号までにおいて、文書提出義務の対象となる文書を限定列举し、文書の所持者はこれに該当する文書に限って提出義務を負うものとしていたが、

証人義務が一般義務と呼ばれているのに対し、文書提出義務は限定義務であるといわれ、証拠が一方の当事者に偏在している事件において当事者の実質的対等を確保するための証拠収集の手段として十分でないとの指摘もされていた。

そこで、民訴法220条においては、旧民訴法312条の1号から3号までの規定をそのまま踏襲したほか、4号を追加し、1号から3号までの各規定とは異なり、当事者と文書との間に特別な関係等があるかどうかということを問題にしないで、4号イからホまでに掲げる文書を除き、訴訟に協力する国民一般の義務として、文書の所持者は提出義務を負うものとした。これは、争点の整理に向けて当事者が十分な訴訟準備をすることができるようにするとともに、争点についての審理を充実させるためには、当事者が自分の手持ち証拠だけでなく、相手方や第三者の手中にある証拠に対しても、もう少しアクセスすることができるようにする必要があると考えられたことによる。ただし、この改正に当たっては、公務員の職務上の秘密に関する文書の取扱いについては、行政機関の保有する情報を公開するための制度の検討と並行して、総合的な検討を加え、その結果に基づいて、必要な措置を講ずることとされた（平成8年改正民訴法附則27条）結果、4号による提出義務の対象文書から「公務員又は公務員であった者がその職務に関し保管し、又は所持する文書」（以下「公務文書」という。）が除外された。

この検討課題を受けて、公務文書を一般義務としての提出義務の対象とすることを内容とする「民事訴訟法の一部を改正する法律」（平成13年法律第96号）が平成13年6月27日成立し、同年12月1日から施行された。同改正法によって、公務文書の提出義務の範囲及びその提出義務の存否を判断するための審理手続について、所要の規定（220条4号、223条3号～6号）が整備された（これらの規定の趣旨等については、深山卓也ほか「民事訴訟法の一部を改正する法律の概要（上）、（下）」ジュリスト1209号102ページ、1210号173ページ参照）。

ウ 文書提出義務の対象文書

民訴法220条は、文書提出義務がある場合として、①当事者が訴訟において引用し、自ら所持する文書（1号・引用文書）、②挙証者が所持者に対し引渡し又は閲覧を求めることができる文書（2号）、③挙証者の利益のために作成された文書（3号前段・利益文書）及び④挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成された文書（3号後段・法律関係文書）の4類型の個別限定文書のほか、この個別の関係を問題としない一般文書（公務文書を含む。）をも対象とする（4号）。

そして、行政事件訴訟においても、民訴法220条各号によって画された範囲内においてのみ文書提出義務を認めるべきであり、行政事件訴訟の特質というような観点から直ちに民訴法の規定を離れて提出義務を拡大する解釈を採るべきものではない。

以下、各類型の要件について概観する。

(ア) 引用文書

当事者が訴訟において引用した文書とは、当事者によってその存在と趣旨とが訴訟で引用された文書を指すと解されている（福岡高裁昭和52年7月12日決定・下級民集28巻7号796ページ、判例時報869号22ページ）。もっとも、その引用の態様については解釈上問題がある。例えば、東京地裁昭和43年10月15日決定（訟務月報14巻10号1185ページ）は、旧民訴法312条1号（現行法220条1号）にいう訴訟において引用した文書というのは、当事者が準備手続や口頭弁論等において自己の主張の助けとするためその内容と存在を明らかにした文書を指すのであって、当事者が証拠として提出した文書の中に更に他の文書の内容と存在が引用されているにすぎない場合はこれに含まれないと判示する。そして、後の点については、他の審証や当事者尋問の中で引用された文書も含まれるとする裁判例（浦和地裁昭和54年11月6日決定・訟務月報26巻2号325号）もある。

(イ) 挙証者が所持者に対し引渡し又は閲覧を求めることができる文書

挙証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができる文書とは、その文書について、契約に基づいてか、法規に基づいてかを問わず、申立人が所持者に対して当該文書の引渡し又は閲覧を求める権利を有するものをいうと解されている。この権利が私法上の請求権に限定されるか、公法上のものを含むかについては争いがあるが、規定の沿革から一般に消極に解されるとし、あるいは、申立人が根拠とする公法上の閲覧等請求権は、行政庁の第一次判断権行使を待って発生するものであるなどとして消極に解するのが、裁判例の大勢である。

(ウ) 利益文書

従来の通説・裁判例は、利益文書とは、それによって直接挙証者の地位や権利、権限を証明し又は基礎づける文書であって、挙証者のそのような利益を証明し又は基礎づけることを目的として作成されたものと解していた。しかし、大阪高裁昭和53年6月20日決定（高等裁判所民事判例集31巻2号199ページ、判例時報904号74ページ）は、「法律上の利益を明らかにする文書とは法律上の利益を直接に明らかにするものに止まらず間接に明らかにするもので足り、」「作成の目的は作成者の主観的意図に止まらず、文書の性質から客観的に認められれば足りる」と判示し、医師の診療録の提出義務を肯定した。これ以後、利益文書とは、直接又は間接に挙証者の法的地位や権利関係を明確にするため作成された文書で、所持者又は挙証者以外の者が専ら自己の利益のために作成した内部文書は除かれるものの、それ以外の文書であれば、挙証者の利益にのみ資する文書ばかりでなく、挙証者と文書所持者等との間の共通の利害に関係する文書をも包含するというように範囲を拡大する裁判例（東京高裁平成元年6月28日決定・判例時報1323号64ページ）が増えており、学説も要件を緩やかに解すべきであるとする傾向が強い。

(エ) 法律関係文書

従来の通説によれば、挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成された文書とは、挙証者と文書の所持者との間の法律関係自体を記載した文書又は法律関係の構成要件事実の全部若しくは一部を記載した文書であって、内部文書を除いたものと解されている。近時の裁判例には、「法律関係」の意味を緩やかに解し、法律関係の形成過程において作成された文書を含むとするもの、挙証者と文書の所持者との間に訴訟提起という法律関係があり、これに関連して作成された文書であれば足りるとするもの等が現れている。

(イ) 4号該当文書

民訴法220条4号は、「前3号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。」を掲げ、イとして民訴法196条の証言拒絶事由に相当する文書、ロとして公務文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生じるおそれがあるもの、ハとして民訴法197条1項2号、3号の証言拒絶事由に相当する文書、ニとして「専ら文書の所持者の利用に供するための文書(国又は地方公共団体が所持する文書で公務員が組織的に用いるものは除く。)(自己使用文書)、ホとして刑事事件若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収された文書を掲げている。

ところで、4号ロの規定は、公務文書を公にした場合に公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの等が記載されている場合があり、このような事項は公務員が守秘義務を負っている実質秘に相当するものであるから、このような公務文書を一般義務としての文書提出義務の対象とし、その提出を強制することは相当ではないという趣旨に出たものである。その意味において、この規定は、同号ハが、公務員が証人として証言を求められた場合に証言を拒絶することができ(民訴法197条1項1号参照)、かつ、当該監督官庁が証人尋問をすることの承認を拒むことができる(同法191条2項参照)としていることと同様の趣旨に基づくものである。なお、公務秘密該当性の有無に

ついては、証人尋問の場合とは異なり、終局的には裁判所が判断するものとされている(同法223条3項ないし5項)。

この点、最高裁判所平成17年10月14日第三小法廷決定(判例時報1914号84ページ、判例タイムズ1195号111ページ)は、労災事故について労働基準監督官等が作成した災害調査復命書の文書提出命令が申し立てられた事案において、民訴法220条4号ロの「公務員の職務上の秘密」には、「公務員の所掌事務に属する秘密だけでなく、公務員が職務を遂行する上で知ることができた私人の秘密であって、それが本案事件において公にされることにより、私人との信頼関係が損なわれ、公務の公正かつ円滑な運営に支障を来すこととなるものも含まれる」とし、「その提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの」とは、「単に文書の性格から公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずる抽象的なおそれがあることが認められるだけでは足りず、その文書の記載内容からみてそのおそれの存在することが具体的に認められることが必要である」と判示した。その上で、再発防止策等についての調査担当者の意見等の行政内部の意思形成過程に関する情報(判決では「②の情報」とされている。)については、「これが本案事件において提出されると、行政の自由な意思決定が阻害され、公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれが具体的に存在することが明らかである」として提出義務を否定する一方で、調査担当者が職務上知ることができた事業場の安全管理体制、労災事故の発生状況、発生原因等の情報(判決では「①の情報」とされている。)については、「(ア)本件文書には、被告会社の代表取締役や労働者から聴取した内容がそのまま記載されたり、引用されたりしているわけではなく、本件調査担当者において、他の調査結果を総合し、その判断により上記聴取内容を取捨選択して、その分析評価と一体化させたものが記載されていること、(イ)調査担当者には、事業場に立ち入り、関係者に質問し、帳簿、書類その他の物件を検査

するなどの権限があり（労働安全衛生法91条、94条）、労働基準監督署長等には、事業者、労働者等に対し、必要な事項を報告させ、又は出頭を命ずる権限があり（同法100条）、これらに応じない者は罰金に処せられることとされていること（同法120条4号、5号）などにかんがみると、①の情報に係る部分が本案事件において提出されても、関係者の信頼を著しく損なうことになるということとはできないし、以後調査担当者が労働災害に関する調査を行うに当たって関係者の協力を得ることが著しく困難となるということもできない。また、上記部分の提出によって災害調査復命書の記載内容に実質的な影響が生ずるとは考えられない。したがって、①の情報に係る部分が本案事件において提出されることによって公務の遂行に著しい支障が生ずるおそれが具体的に存在するということとはできない。」として提出義務を肯定した。

また、4号ニでは、自己使用文書が除外文書の一つとされている。この自己使用文書とは、個人の作成したメモや備忘録、私法人の内部決裁のための稟議書のように、およそ外部の者に開示することを予定していない文書を意味すると解される。ここで、「国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。」との除外規定が設けられているが、この趣旨については、公務員が組織的に用いる文書につき自己使用文書に該当し得ると解される余地を認めることは、行政機関の保有する情報の公開に関する法律の定める制度との関係等にかんがみて相当でないと考えられるためであると説明されている。

エ 文書提出命令の申立ての手続

(ア) 文書提出命令の申立てにおいては、提出を求める文書の表示、文書の趣旨（その記載事項の概略）、文書の所持者、証すべき事実及び文書提出義務の原因（民訴法220条各号のいずれに該当するのか）を明らかにしなければならない（同法221条1項）。

文書の表示及び文書の趣旨の記載の程度については、文書の所持人にとって個別具体的に特定できる程度には記載する必要があるとともに、裁判所にとっても、申立ての対象となっている文書の証拠としての必要性（民訴法181条）及び文書所持者の提出義務（同法220条各号）の存否を判断することができる程度には記載することが必要である。

(イ) 文書提出命令の申立てをする場合において、文書の表示又は文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難であるときは、申立ての時にいては、これらの事項に代えて、文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りるとされている（民訴法222条1項前段）。この場合においては、申立人は、裁判所に対し、文書の所持者に当該文書についての文書の表示又は文書の趣旨を明らかにすることを求めるよう申し出なければならず（同法222条1項後段）、この申出があったときは、裁判所は、文書提出命令の申立てに理由がないことが明らかな場合を除き、文書の所持者に対し、文書の表示及び文書の趣旨を明らかにすることを求めることができる（民訴法222条2項）。

これは、拳証者が文書の表示や趣旨を具体的に知ることができないという場合、常に文書の所持人を証人として尋問し、文書を特定した上でなければ文書提出命令の申立てをすることができないとすると、訴訟経済に反し、文書の所持者に対しても余計な負担を強いることになるので、証人尋問に代わる簡易な手続として設けられたものである。

なお、文書提出命令の申立ては書面でしなければならない（民訴規則140条1項）、また、相手方は、文書提出命令の申立てについて意見があるときは、意見を記載した書面を裁判所に提出しなければならない（同条2項）。

(ウ) 行政訴訟において、「文書の所持者」、すなわち、文書提出命令の申立ての相手方については、これを当該文書を現実に所持する行政庁であるとする考え方と、公法上の提出義務の主体である国又は地方公共

団体であるとする考え方があり得る。この点、改正前行訴法下においては、行政庁に取消訴訟における被告適格が与えられ、行政庁が取消訴訟における当事者であったところ、当事者が文書提出命令に従わない場合の制裁（民訴法224条）を機能させるためにも、行政庁を文書の所持者とするのが相当であると解されてきた（中込ほか218ページ）。

改正行訴法11条1項は、被告適格を有する行政庁を特定する原告の負担を軽減することを目的として、被告適格者を当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体に改めた。そこで、被告を国とする改正行訴法施行後の取消訴訟において文書提出命令が申し立てられた場合、文書の所持者も、行政庁から国に改められることになるのが問題となるが、新設された釈明処分（改正行訴法23条の2）の相手方が行政庁とされていることからしても、改正行訴法は、文書の所持者を行政庁と理解する立場を維持しているものと考えられ、被告を国とする改正後の取消訴訟において文書提出命令が申し立てられた場合の文書の所持者も行政庁と理解するのが相当であろう（橋本・解説111ページは反対か。なお石川・権限法58ページ参照）。このことは、改正行訴法下において訴訟手続上の被告適格者が行政主体に変わっても、処分又は裁決をした行政庁が、その処分又は裁決について権限と責任を有する立場にあることに変わりはなく、訴訟に直接の利害関係を有する処分又は裁決をした行政庁が、訴訟において自ら裁判上の一切の行為を行う権限を有すること（改正行訴法11条6項）からもいえることであり、処分又は裁決をした行政庁が文書提出命令に従わない場合には、当該処分行政庁の所属する国が従わないものとして、民訴法224条の適用を認めても差し支えないであろう。

また、この場合、処分又は裁決をした行政庁が文書の所持者であれば、第三者であるとしてこれを審尋する必要はないが（民訴法223条2項参照）、処分行政庁以外の国に所属する行政庁が文書の所持者である場合には、第三者であるとして民訴法223条2項に基づく審尋が

されるべきであろう。

したがって、改正行訴法下において文書提出命令の申立てがされた場合にも、当該文書の所持者となる行政庁を特定することが肝要というべきである。

オ 文書提出命令の許否の決定

(ア) 文書提出命令の申立てがあった場合、文書の所持者が処分行政庁又は当事者であるときは、実務上、裁判所は、文書提出義務の存否についての心証を形成する以前に、任意に当該文書を提出する意思があるかどうかを確認することが少なくない。この場合、その所持者が、提出の意思のない旨を答弁して初めて、申立てについて審理を尽くし、許否の決定をするのが普通である。文書提出命令の申立ての審理に当たっては、当該申立ての相手方当事者から、文書提出命令の申立てについて意見書が出されることも多い。

文書の所持者が第三者であるときは、裁判所は、第三者を審尋しなければならないが、申立てを却下する場合には、その必要はないとされている（民訴法223条2項）。また、第三者を審尋するときは、文書提出命令の申立ての相手方当事者に対しても審尋の機会を与えなければならないと解されている。

裁判所は、文書提出命令の申立てを理由があると認めるときは、所持者に対し決定をもってその提出を命令する（民訴法223条1項）。文書提出命令の申立てが所定の方式を具備していなかったり、申立人の主張する提出義務が認められないときは申立てを却下する。また、証すべき事実が、当事者間に争いがない事実、主張自体失当な主張に係る事実、不適法な訴えに係る請求に理由があるかどうかに関する事実、争点と関係のない事実、主要事実を推認することのできない事実などであるときは、当該文書を証拠とする必要はないから、これらの場合も申立ては却下される。

裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が同法220条4号のイ

から二までに掲げる文書のいずれかに該当するかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、文書の所持者にその提示をさせ、裁判所だけがそれを見ることができる（民訴法223条6項、「イン・カメラ審理手続」と呼ばれることがある。）。これは、秘密等が漏えいすることを防止しつつ、文書の記載内容を裁判所が確認し、秘密の有無・程度等の判断を迅速かつ的確にすることができるようにするため設けられたものである。

- (イ) 裁判所は、公務文書については、文書提出命令の申立てに理由がないことが明らかなきを除き、当該文書が民訴法220条4号ロに掲げる文書に該当するかどうかについての当該監督官庁の意見を聴かなければならず、また、この場合において、当該監督官庁は、当該文書が同号ロに掲げる文書に該当する旨の意見を述べるときは、その理由を示さなければならないものとされている（同法223条3項）。これは、当該監督官庁が「公務員の職務上の秘密」に該当するか否かについて最もよく知る立場にあるから、当該監督官庁の意見を聴取することで、裁判所が公務員の職務上の秘密に該当するか否かを適正に判断するようにするためである。

そして、裁判所は、民訴法223条3項により、当該監督官庁が「国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ等」又は「犯罪の予防、捜査、公訴の維持その他公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれ等」があることを理由として220条4号ロに掲げる文書に該当する旨の意見を述べたときは、その意見が相当であると認めるに足りない場合に限り、文書の所持者に対し、その提出を命ずることができる（同条4項）。このような「おそれ」の有無の判断は、その性質上、高度の政策的判断を伴うこと、対外関係上の又は犯罪等に関する将来予測としての専門的・技術的判断を伴うことなどの特殊性が認められるから、裁判所がこれを行うに当たっても、当該監督官庁の判断を尊重し、それが合理性を持つ判断と

して許容される限度内のものであるかどうかを審理・判断することとするのが相当であると考えられている（行政機関の保有する情報の公開に関する法律5条3号、4号参照）。

最高裁平成17年7月22日第二小法廷決定（判例時報1907号33ページ、判例タイムズ1188号229ページ）は、法務省がバキスタン公機関に照会を行った際に外務省に交付した依頼文書の控え（本件依頼文書）、上記照会に関して外務省がバキスタン公機関に交付した照会文書の控え（本件照会文書）及びこれに対する回答文書（本件回答文書）について、文書提出命令の申立てがされた事件において、「原告人らの主張によれば、本件依頼文書には、本件逮捕状等の写しの真偽の照会を依頼する旨の記載のほか、調査方法、調査条件、調査対象国の内政上の諸問題、調査の際に特に留意すべき事項、調査に係る背景事情等に関する重要な情報が記載されており、その中にはバキスタン政府に知らせていない事項も含まれているというのである。そうであるとすれば、本件依頼文書には、本件各調査文書によって公にされていない事項が記載されており、その内容によっては、本件依頼文書の提出によりバキスタンとの間に外交上の問題が生ずることなどから他国との信頼関係が損なわれ、今後の難民に関する調査活動等の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるものと認める余地がある。」、「また、原告人らの主張によれば、本件照会文書及び本件回答文書は、外交実務上「口上書」と称される外交文書の形式によるものであるところ、口上書は、国家間又は国家と国際機関との間の書面による公式な連絡様式であり、信書の性質を有するものであることから、外交実務上、通常はその原本自体が公開されることを前提とせずに作成され、交付されるものであり、このことを踏まえて、口上書は公開しないことが外交上の慣例とされているというのである。加えて、原告人らの主張によれば、本件照会文書及び本件回答文書には、発出者ないし受領者により秘密の取扱いをすべきことを表記した上で、相手国に対する伝達事

項等が記載されているというのである。そうであるとすれば、本件照会文書及び本件回答文書には、本件各調査文書によって公にされていない事項について、公開されないことを前提としてされた記載があり、その内容によっては、本件照会文書及び本件回答文書の提出により他国との信頼関係が損なわれ、我が国の情報収集活動等の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるものと認める余地がある。」と判示し、文書の提出を命じた東京高裁決定を破棄し、差し戻す旨の決定をした。

なお、裁判所が監督官庁の意見を聴取する場合において、当該文書に文書の所持者以外の第三者の技術又は秘密に関する事項が記載されているときは、当該監督官庁は、当該文書が220条4号ロに掲げる文書に該当しない旨の意見を述べようとする場合には、あらかじめ、当該第三者の意見を聴くものとされている（民訴法223条5項）。これは、公務員がその職務を遂行する過程で収集した第三者の秘密に関する事項が記載されている文書は、当該監督官庁は当該秘密の重要性・秘匿の必要性につき十分な基礎資料、知見を有しないため、その判断を誤って意見を述べることがないようにし、この点についての適正な判断がされることを制度的に担保する必要があるという理由に基づくものである。

(ウ) 文書提出命令に対しては所持者から、申立てを却下する決定に対しては申立人から即時抗告をすることができる（民訴法223条7項。第18・4、401ページ参照）が、証拠調べの必要性の判断は受訴裁判所の専権にゆだねられているから、証拠調べの必要性を欠くことを理由として文書提出命令の申立てを却下した決定に対しては、その必要性があることを主張して独立に不服の申立てをすることはできないと解されている（最高裁平成12年3月10日第一小法廷判決・民集54巻3号1073ページ、判例時報1711号55ページ）。

(エ) 提出された文書は、裁判所が口頭弁論期日に提示する。この文書は当然には証拠とならず、これを証拠としたい当事者（申立人とは限ら

ない。）が謄写し、審証の申出をすることが必要である。審証としての申出の方法は、通常の、文書を提出して行う申出の方法と変わるところはない。

書式 [17] 文書提出命令の申立てに対する意見書

平成〇〇年（行ウ）第〇〇号 〇〇不認定処分取消請求事件

原告 〇〇〇〇

被告 国

文書提出命令申立てに対する意見書

平成〇〇年〇月〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

○ ○ ○ ○ ㊟

○ ○ ○ ○ ㊟

○ ○ ○ ○ ㊟

被告は、原告の平成〇〇年〇月〇〇日付け文書提出命令の申立てに対し、次のとおり意見を述べる。

第1 意見の趣旨

原告の平成〇〇年〇月〇〇日付け文書提出命令の申立てを却下するとの決定を求める。

第2 意見の理由

1 原告は、上記申立書において、被告が平成〇〇年〇月〇〇日付けで提出した乙第〇号証「〇〇〇工事実施計画認可申請書」の別添書類の提出を求めているが、以下に述べるとおり、原告の申立ては、民事訴訟法221条1項の要件を欠く不適法なものであり、かつ理由がないから、速やかに却下されるべきである。

(1) 「文書の提出義務の原因」(民事訴訟法221条1項5号)について
上記申立書には、「文書の提出義務の原因」の記載がない。原告は、被告の主張立証責任について主張するが、主張立証責任の所在は、文書提出義務の存否には何ら関係がない。

(2) 「証明すべき事実」(民事訴訟法221条1項4号)について
上記申立書の記述によれば、原告は、本件認可の違法性を基礎づける事実として、本件工事の支障となる物件が存在することを「証明すべき事実」とであると主張するもののようである。

しかしながら、本件工事の支障となる物件が仮に存在するとしても、甲公団は、当該物件の所有者等との交渉によって除去を行うことができ、万一、交渉によって除去についての合意が得られなかったとしても〇〇〇法〇〇条〇項に基づいて、当該物件の権利者に対し、通常生ずべき損失を補償して、支障となる部分を除去すべきことを求めることができるのであり、本件工事の支障となる物件が存在することをもって、〇〇〇工事実施計画認可が直ちに違法となるものではないから、「証明すべき事実」に係る原告の主張はそれ自体において失当である。よって、本件申立てに係る文書については、証拠調べの必要性がない。

カ 文書提出命令に対する不提出の効果

当事者が文書提出命令に従わない場合は、裁判所はその文書に関する

相手方(文書提出命令の申立てをした当事者)の主張を真実と認めることができるとの制裁を定めた規定(民訴法224条1項)が置かれている。この「相手方の主張」とは、文書の形式・内容に関する相手方の主張と解する説と証すべき事実と解する見解が有力である。

また、相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失等させ使用することができなくしたとき(同法224条2項)についても、民訴法は、相手方が、当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる(同法224条3項)とし、制裁を強化した。

以上を、金銭消費貸借の事実を証明すべき事実として借用証書の提出命令が発せられた場合を例にとりて説明すれば、「当該文書の記載に関する相手方の主張」(同法224条1項、2項)、すなわち文書の形式・内容に関する相手方の主張を真実と認めることができることは、①借用証書が存在すること、②申立人が作成者であると主張する者がその文書を作成したこと及び③その文書に、誰から誰あて、金額、弁済期、利息等、申立人が主張するおりの記載がされていることを真実と認めることができることを意味する。これに対し、「当該文書により証明すべき事実に関する相手方の主張」(同法224条3項)を真実と認めることができることは、当該文書により申立人が証明しようとした事実、すなわち、金銭消費貸借の事実を真実と認めることができることを意味する。

なお、第三者が文書提出命令に従わない場合は、裁判所は、決定により過料に処することができる(同法225条1項)。

(5) 文書送付嘱託

文書送付嘱託は、当事者が、書証の申出の一方法として、民訴法220条に規定する文書提出義務の有無にかかわらず、文書の所持者に対し、その任意の提出を期待して行うものである(同法226条)。送付嘱託を受けた所持者がこれに応じなかったとしても、その者に対し特別の制裁を課すこと

を定めた規定はない。

文書送付嘱託の申立ては、文書の表示、文書の所持者及び証すべき事実を明らかにして行わなければならない。嘱託先は官公署に限られない。

文書送付嘱託が採用されると、裁判所から嘱託先に対し、嘱託書が送付される。

嘱託先から裁判所に送付された文書は、裁判所が口頭弁論期日に提示する。この文書は当然には証拠とならず、これを証拠としたい当事者（申立人とは限らない。）が右文書を謄写し、審証として申出をすることが必要である。審証としての申出の方法は、通常の、文書を提出して行う申出の方法と変わるところはない。

嘱託先の官公署等が送付嘱託に応じられないという場合には、理由を記載した回答書を裁判所に提出することが多い。

受訴裁判所や同じ国法上の裁判所の他の裁判体に保管されている事件記録は、受訴裁判所に対し、その使用の申出をすれば足りると解されている。この申出を「文書提示の申出」と通称している。

書式〔18〕 文書送付嘱託の申立てに対する意見書

平成〇〇年（行ウ）第〇〇号 〇〇〇設置計画許可処分取消請求事件
原 告 〇〇〇〇
被 告 国

文書送付嘱託の申立てに対する意見書

平成〇〇年〇〇月〇〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印
○ ○ ○ ○ 印

被告は、原告の平成〇〇年〇〇月〇〇日付け文書送付嘱託の申立てに対し、次のとおり意見を述べる。

第1 意見の趣旨

原告の平成〇〇年〇〇月〇〇日付け文書送付嘱託の申立てを却下するとの決定を求める。

第2 意見の理由

本件申立ては、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法226条にいう文書送付嘱託の申立てであり、裁判所が行うこの嘱託は、証拠調べの手續の一環としてされるものであるところ、本日付け被告準備書面において詳述したとおり、原告は、本案前の問題としての原告適格を基礎づける具体的な主張をなすべきであり、かつ、それが可能であるから、裁判所が本件申立てに対する採否を決定するのは時期尚早というべきである。

また、裁判所が本件申立てに対する採否を決定する場合、本件申立てに係る文書は、次のとおり本件訴訟における証拠調べとして必要ではないから、本件申立ては却下されるべきである。

- 1 文書目録記載の各文書は、本件許可処分の後続の処分である〇〇施設の設計及び工事の方法の認可に係る文書である。したがって、当該各文書は、本件訴訟において、その審理の対象である本件許可処分には関係のない文書であり、本件訴訟において、これらを証拠として調べる必要はない。

- 2 文書目録記載の報告書等は、〇〇県知事が〇〇〇連合会から〇〇施設の〇〇県への立地協力要請に対する諸否の参考に資するために、専門家に委嘱して作成され、〇〇県知事に提出されたものであり、〇〇法上の手続とは全く無関係になされたものである。したがって、当該文書は、本件訴訟の対象である本件許可処分とは全く関係がなく、およそ証拠調べの対象とはならないものである。

(6) 準文書の証拠調べ

文書は、文字又は記号によって思想を表現するものである。このような意味での文書とはいえないものの、文字又は記号によって一定の意味を表現するもの、例えば、図面、写真、録音テープ、ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件で文書でないものについては、準文書として、その証拠調べには審証の規定が準用される（民訴法231条）。これにより、例えば、写真を甲第〇号証などとして提出するときは、提出者は、その関連性を明らかにするため、撮影年月日及び撮影対象を主張することが必要である（その他撮影者が主張されることも多く、必要に応じて撮影位置も主張される。）。相手方は、提出した当事者が主張する撮影年月日及び撮影対象等について認否することになる。

5 調査の嘱託

裁判所は、官公署、学校・会社等の法人など公私の団体に対して、判断に必要な事実の調査の嘱託をすることができる（民訴法186条）。例えば、労働基準監督署に対し訴訟上の争点となっているある時期の特定の事業に係る労働者数の調査を嘱託したり、気象台に対し訴訟上の争点となっている日時の気象状況の調査を嘱託するような場合である。

調査嘱託は、官公署等の意見を求めるものではなく、そこにおける取扱い、記録など手元の資料で得られる客観的な事項の報告を求めるものである。ある事実の報告を求めるものは証人尋問に代わる場合があり、経験則・法規な

どに関する知識の報告を求めるものは鑑定に代わる場合もある。

調査の嘱託は、当事者の申立てによるだけでなく、裁判所の職権でもすることができる。

裁判所から調査の嘱託があれば、嘱託先の団体は、それに応ずべき一般公法上の義務を負うと解されているが、嘱託に応じなかったからといって、制裁を課することを定めた規定はない。嘱託先が調査の嘱託に応じないときは、他の団体に嘱託するなどの方法を講ずるほかない。

裁判所が、調査の嘱託によって得られた回答書等の調査結果を証拠とするには、これを口頭弁論に提示して当事者に意見を述べる機会を与えればよく、当事者がその調査結果を記載した文書を審証として提出する必要はないと解されている。

6 証人尋問・当事者尋問

(1) 証人尋問

ア 申出の方法

証人尋問とは、第三者（当事者及び法定代理人を除くが、訴訟代理人を含む。）に、その者の体験により知っている事実についての認識を訴訟の場において裁判所に報告させ、これを証拠とする証拠調べのことである。

証人尋問の申出は、書面をもって行うことが要件とされているわけではないが、通常、申出書を提出してこれを行っている。また、証人尋問の申出をするときは、尋問事項書をも提出しなければならないものとされている（民訴規則107条）。

証拠申出書には、証人として証言させる者を特定するためのその者の住所・氏名、主尋問に要する見込みの時間、証すべき事実、証すべき事実と証人との関係を記載しなければならない（民訴法180条1項、民訴規則106条、99条1項）。また、それ以外の記載事項として、証人を呼び出すことの可否（呼出状の可否。公務員が証人となる場合は同行するこ

とに支障がなくても勤務管理上呼出状を必要とすることがある。)、証人に対し旅費・日当を支給する必要があるか否かを記載する。主尋問の所要時間をあらかじめ記載しておくのは、裁判所が具体的な立証計画を策定したり、期日を決定したり、通訳人を手配したりするなどの必要上からである。したがって、当事者が証人尋問の申出をするに当たっては、証言に要する時間を十分に検討しておく必要がある。

証人尋問書の提出部数は、準備書面の提出部数と同じであるが、尋問事項書は、証人への呼出状に添付するので、そのために1部余分に提出することになっている(民訴規則107条1項)。なお、証人に対し旅費・日当を支給する必要があるときは、申出人において裁判所に相当額を預納しなければならない。

書式[19] 証人尋問の証人尋問書

平成〇〇年(行ウ)第〇〇〇号 遺族補償給付不支給処分取消請求事件
原告 〇〇〇〇
被告 国

証 人 尋 問 書

平成〇〇年〇月〇〇日

〇〇地方裁判所 民事部 御中

被告指定代理人

〇 〇 〇 〇 印
〇 〇 〇 〇 印
〇 〇 〇 〇 印

1 証人の表示

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇〇番〇〇号

証 人 〇 〇 〇 〇

呼 出 不要

尋 問 時 間 90分

旅費・日当 要

2 立証の趣旨

証人は、〇〇医科大学名誉教授であり、本件事件について、平成〇〇年〇月〇〇日付け鑑定意見書を提出している者である。本証人により、虚血性心疾患の発生の機序、原告の夫〇〇〇〇の心筋梗塞発症の原因について立証する。

3 尋問事項

別紙尋問事項記載のとおり

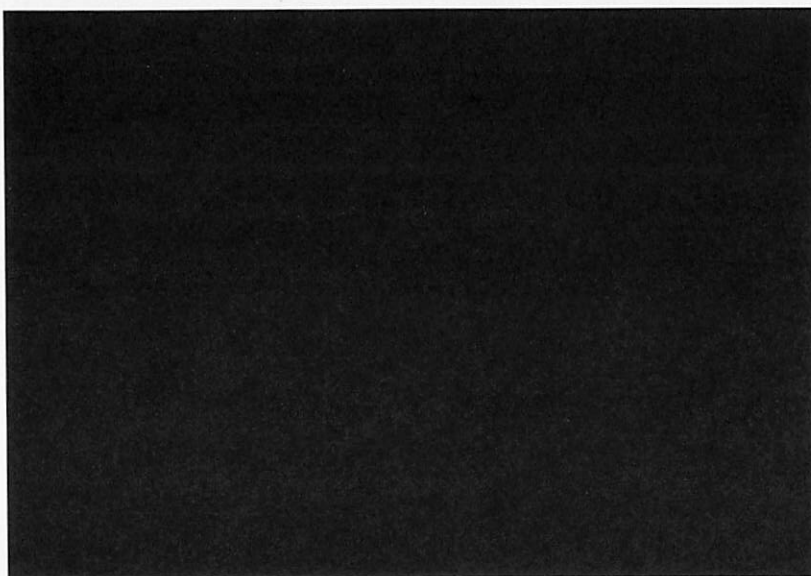
(別紙)

尋 問 事 項

証 人 〇 〇 〇 〇

- 1 証人の職業、資格、経歴
- 2 虚血性心疾患の発生の原因と機序
- 3 虚血性心疾患の危険因子及びそれが及ぼす影響
- 4 業務による精神的・肉体的負荷の虚血性心疾患への影響
- 5 本件において考えられる発症の原因、機序
- 6 その他本件に関する事項

イ 申出に対する意見



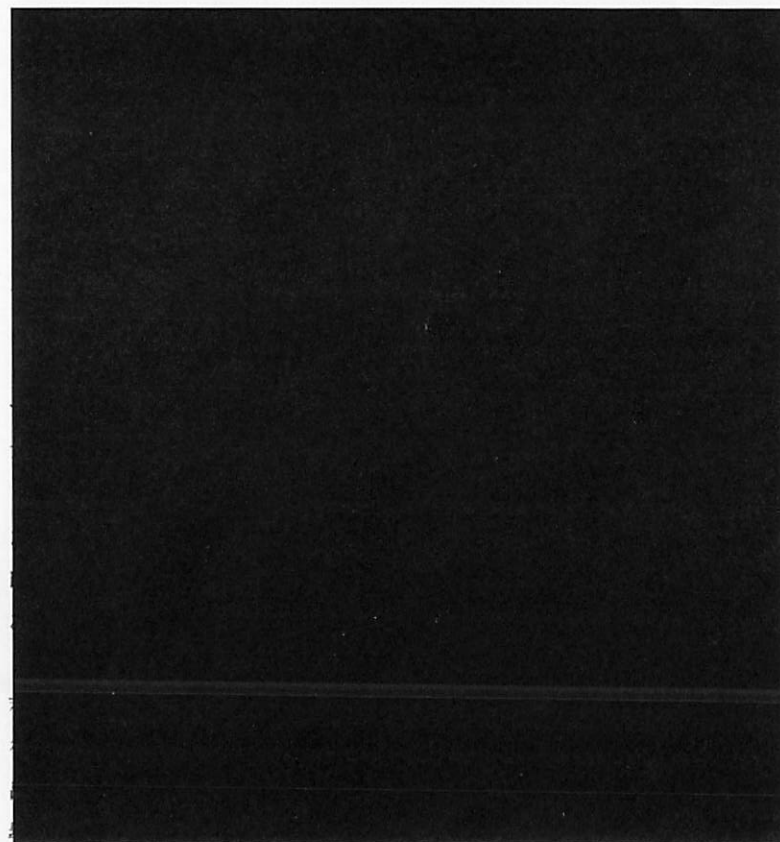
このような観点から、証人尋問は、原則として、当事者双方の主張が尽くされ、争点となる事実が明らかになった後に実施されるべきである。また、争点となっていない事項に関する証人や立証事項とのかかわりの薄い証人を証拠調べの対象とすべきではない。したがって、相手方から証人申請があった場合には、その立証事項が訴訟上争点となっているか、その証人が立証事項との関係で適当な証人といえるか、現在の段階で証拠調べを実施することが相当かなどの観点から十分に検討する必要がある。その結果、当該証人尋問の申出を採用すべきでないと考えられるときは、その旨の意見を述べるべきである。

ウ 証人尋問の準備

主尋問として証人尋問を行う場合、証人尋問の準備には、①証人によって明らかにすべき事実の選別、②証人の選定、③尋問事項書の作成、④尋問事項の整理、⑤証人との打合せ等があるが、これらのうち①、②、

③は申出前に行う必要がある。

証人尋問の申出をするときは、立証すべき事実の選択を行い、次にその事実を立証するのに最も適した者の選定をすることになる。申出が採用されれば、尋問事項書に記載した内容をどの程度詳細に質問するのかを検討するとともに、可能な限り証人との事前の打合せを行うべきである。



エ 尋問の実施

(ア) 証人尋問を含め、一般に、証拠調べは、直接主義の要請から受訴裁

判所が法廷内で口頭弁論期日にするのが原則である。もっとも、相当と認めるときは、裁判所外で証拠調べをすることができ、この場合は、受命裁判官（命を受けた合議体の構成員たる裁判官）又は受託裁判官（嘱託を受けた他の地方裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官）に証拠調べをさせることができるとされている（民訴法185条1項）。その上で、証人尋問につき、受命裁判官又は受託裁判官に裁判所外でこれをさせる場合として、①証人が受託裁判所に出頭する義務がないとき、又は正当な理由により出頭することができないとき、②証人が受託裁判所に出頭するについて不相当な費用又は時間を要するときのほか、③現場において証人を尋問することが事実を発見するために必要であるとき、④当事者に異議がないときが定められている（民訴法195条）。

これは、審理の充実・促進を図るためには、受命裁判官等による証人尋問が認められる場合を拡充する必要があると考えられたことによる。

大規模訴訟に関しては、当事者に異議がないときは、受命裁判官に裁判所内で証人又は当事者本人の尋問をさせることができるの特則（民訴法268条）が設けられている。

(イ) 証人尋問は、次の順序で行われる。

① 人定尋問

裁判長が、出頭者に対し、証人として採用した者と同一人物であるか否かを確認するため、住所・氏名等を質問する。

② 宣誓

裁判長が証人に対し、宣誓の趣旨を説明し、偽証の罰（刑法169条）を告げた後、証人に宣誓書を朗読させて宣誓させる（民訴法201条1項、民訴規則112条1項、3項、5項）。なお、宣誓は、起立して厳粛に行う（民訴規則112条2項）。

③ 主尋問

宣誓が終了すると、最初に、尋問を申し出た当事者から尋問を実

施する（主尋問、民訴法202条1項、民訴規則113条1項）。同一証人につき、当事者双方が証人申請をし採用されたときは、あらかじめ裁判所が当該証人との親疎等を考慮して順序を決めておくのが、実務の取扱いである。主尋問は、立証すべき事項、具体的には、事前に提出してある尋問事項書に記載されている尋問事項及びこれに関連する事項について行われる（民訴規則114条1項1号）。尋問を担当する代理人は争点を正確に把握した上、裁判官がよく理解できるよう筋道を押さえて、個別的かつ具体的に、落ちついて一問一答式で進めていかなければならない（民訴規則115条1項参照）。証人の身分・経歴や明らかに争いのない事項については適宜誘導してよいが、事実の存否が争点となっている場面では、誘導尋問はすべきでない（民訴規則115条2項2号）。

尋問内容は調書に録取されるので、専門用語や人名・地名等については事前又は事後に書記官・速記官に用字を伝えておく必要がある。また、証人が動作で表現した場合は、言葉に置き換えて質問し直すなどの工夫が必要である。

④ 反対尋問

主尋問後、相手方が尋問を実施する（反対尋問）。反対尋問は、主尋問に現われた事項及びこれに関連する事項並びに証人の証言の信用力に関する事項について行われる（民訴規則114条1項2号）。反対尋問は常に行わなければならないものではなく、反対尋問を行う場合、有利な証言を引き出すことができるとの見込みなしに不用意に質問すると、かえって主尋問の内容を固めてしまうことがしばしばあるので、注意する必要がある。また、証人の答えを何通りか想定しておいて、どのような答えに対しても適切な質問が続けられるよう準備しておくことも、有効な反対尋問を行うためには必要である。

⑤ 再主尋問等

再主尋問は、反対尋問に現われた事項及びこれに関連する事項について行われる（民訴規則114条1項3号）。

当事者は、裁判長の許可を得て、更に尋問することができる（民訴規則113条2項）。

⑥ 裁判官による尋問

当事者の尋問が終わった後、裁判長が尋問する（民訴法202条1項）。もっとも、裁判長は、必要があると認めるときは、いつでも尋問することができる（民訴規則113条3項）。陪席裁判官も裁判長に告げて尋問することができる（民訴規則113条4項）。



(ウ) 遠隔の地に居住する証人の尋問をする場合には、「隔地者が映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法」（いわゆるテレビ会議の方法）によって尋問をすることができる（民訴法204条）。この方法による尋問は、当事者を受訴裁判所に出頭させ、証人を当該尋問に必要な装置の設置された他の裁判所に出頭させて行う（民訴規則123条1項）。

また、裁判所が相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、書面の提出をさせることができる（民訴法205条）。

(エ) 証人及び当事者本人の陳述は、口頭弁論調書の実質的記載事項であるが（民訴規則67条1項）、裁判所書記官は、裁判長の許可があったときは、証人又は当事者の陳述を録音テープ又はビデオテープ等に記録し、調書の記載に代えることができる（同規則68条1項）。これは、集中証拠調べが実施された事件等では、裁判所も当事者も判決書の作

成や次回期日の準備のためなどに、証人等の陳述の記録を使用する必要性が乏しくなるなどの理由で設けられたものである。なお、訴訟が完結するまでに当事者の申出があったとき等一定の場合には、証人等の陳述を記載した書面が作成される（同規則68条2項）。

この録音テープやビデオテープは記録の一部となるため、当事者は、これらの複製を得ることができる（民訴法91条4項）。したがって、控訴審等において必要が生じた場合、当事者が複製された録音テープを反訳し、書証として提出する取扱いも考えられる。

オ 尋問の制限

裁判長は、証人尋問において、重複する質問、争点に関係のない質問その他特に必要があると認めたときは、質問を制限することができる（民訴規則114条、115条）。

具体的には、主尋問、反対尋問、再主尋問における質問が、前述したそれぞれの尋問すべき事項以外の事項に関するものであって相当でないものについては、裁判長は、職権でこれを制限することができる。また、反対当事者は、裁判長に対し、その質問の制限をすべき旨を申し立てることができる（民訴規則114条2項）。

また、質問が次に掲げるものその他これに準ずるものであって相当でないときも同様である（民訴規則115条2項、3項）。

① 具体的又は個別的でない質問

② 誘導質問（反対尋問の場合には、証人との間に友好関係がないので証人に対し誘導の危険ないし不当な暗示を与える危険がないため、誘導尋問は許されている。主尋問、再主尋問の場合にも、当事者間に争いのない事実、争点に関する尋問の前提となる事項、証人の記憶を喚起するとき、敵意を持っている証人に対しては、誘導尋問が許されることが多い。）

③ 証人を侮辱し、又は困惑させる質問

④ 既にした質問と重複する質問

⑤ 意見の陳述を求める質問

⑥ 証人が直接経験しなかった事実について陳述を求める質問

カ 公務員の証人尋問

裁判所は、公務員又は公務員であった者を証人として採用し、職務上の秘密について証言を求めるときは、その秘密を所管する監督官庁の承認を得なければならない（民訴法191条1項）。監督官庁は、公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるような事情がない限り、拒むことができない（同条2項）。

監督官庁がその承認をしないときは、当該公務員を証人として採用し、又は当該事項について証言を求めることはできないが、監督官庁は、承認の拒絶には理由を示す必要はなく、裁判所としてはその可否を判断することはできない。なお、裁判所が監督官庁の承認を得ることなく、証拠調べの決定をし、公務員を呼び出した場合、その公務員は、尋問事項が職務上の秘密に属するときはその旨を疎明して証言を拒絶することができる（民訴法197条1項1号、198条）。

(2) 当事者尋問

当事者尋問とは、当事者又はその法定代理人に、自己の経験により知り得た事実についての認識を供述させ、それを証拠とする証拠調べである（民訴法207条1項）。証人と当事者本人の尋問を行うときは、当事者尋問は、証人尋問の後に行うこととされているが（民訴法207条2項）、当事者本人は、事実関係を最もよく知悉している場合が多く、また、我が国においては、当事者本人の供述の信用性が証言のそれに比べて劣っているとは必ずしもいえないとの認識が一般的であるので、民訴法では、「ただし、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、まず当事者本人の尋問をすることができる。」とされている（207条2項）。

当事者尋問は、当事者の申立てによるほか裁判所の職権により行われるが、当事者の申立てや尋問の具体的な要領は、証人尋問の場合とほぼ同様である（民訴法210条、民訴規則127条）。

7 鑑定

(1) 申出の方法

鑑定とは、特別の学識経験を有する第三者に、その者の有する専門的知識やその知識を利用した判断を報告させることにより、裁判官の認識、判断能力を補うことを目的とする証拠調べである。

鑑定の申出は、証人尋問の申出と同様に、鑑定によって証すべき事実等を記載した鑑定申出書を提出してするのが通例である。鑑定の申出をするときは、同時に、鑑定を求める事項を記載した書面を提出しなければならないとされている（民訴規則129条1項）。鑑定人は裁判所が指定するものとされている（民訴法213条）ので、鑑定の申出に当たって、鑑定人を指定する必要はないが、実務上、裁判所の選定の便宜のため、事前に内諾を得た鑑定人候補者を推薦している例が多い。

(2) 相手方の鑑定申出に対する対応

相手方から鑑定の申出があったときは、まず立証事項について鑑定の必要があるか否かを検討するとともに、相手方が申し出た鑑定人候補者がいるときは、その者が適切な学識経験者であるか否かを検討した上、鑑定が不要であると思われる場合又は鑑定人の人選が適切でない場合は、その旨を記載した意見書を提出する。

また、実務上、鑑定事項は裁判所が双方の意見を聴いた上で自ら決定することが多いので、鑑定事項につき十分に検討し、提出される鑑定書の内容が、立証事項との関係で的確なものとなるようにする。

なお、鑑定の申出をする当事者は、鑑定を求める事項を記載した書面を相手方に直送しなければならない（民訴規則129条2項）、また、相手方はこの書面について意見があるときは、意見を記載した書面を裁判所に提出しなければならないとされている（同条3項）。裁判所は、鑑定の申出をした当事者の提出した書面に基づき、相手方の意見も考慮して、鑑定事項を定めることになる（同条4項）。

(3) 鑑定の実施

鑑定の申出が採用されると、裁判所は、口頭弁論期日に鑑定人候補者を呼び出し、鑑定人に宣誓をさせた上、鑑定事項を示して鑑定を命じる。これを鑑定人尋問と呼んでいる。

鑑定人の意見陳述がその場でされることはまずなく、後日書面又は口頭でされる（民訴法215条1項）が、実務上、書面（鑑定書）でされるのが通常である。鑑定書が提出されても、口頭弁論期日において更に鑑定人に補充説明を求めることもある（これも鑑定人尋問と呼ばれる。）。

鑑定人の宣誓の方式について、宣誓書を裁判所に提出する方式によってもさせることができる（民訴規則131条2項）。

鑑定人に対する質問については、平成16年民事訴訟法改正前は、証人尋問の規定が準用されていたが、専門家が専門的に知見に基づいて意見を述べるのにふさわしい形とするため、「鑑定人尋問」が「鑑定人質問」に改められ、鑑定人に対する質問の順序が次のように改められた（民訴法215条の2、民訴規則132条の3）。

- ① 鑑定人の意見の陳述
- ② 裁判長の質問
- ③ 鑑定の申出をした当事者の質問（当事者双方が鑑定の申出をした場合は、裁判長が決める。）
- ④ 相手方の質問
- ⑤ 鑑定の申出をした当事者の再度の質問

また、裁判所は、鑑定人に述べさせた意見の内容を明瞭にし、又はその根拠を確認するために必要があると認めるときは、申立て又は職権により鑑定人に更に意見を述べさせることができる（民訴法215条2項）。

なお、鑑定人が鑑定を拒む場合、鑑定人に宣誓をさせる場合等については、証人尋問の規定が準用される（民訴法216条）。

(4) 鑑定意見への対応

鑑定結果の証拠価値をどのように評価するかは、裁判所の自由心証にゆ

だねられているが、鑑定結果に不服があるときは、①鑑定理由を検討し、鑑定意見の不当性を意見書などで指摘して、裁判所にその鑑定結果に従って判断すべきではないことを主張する、②鑑定人に疑問点などについて詳細な説明を求めるため、裁判所に対し、鑑定人に更に意見を述べさせる旨の申立てをし（民訴法215条2項）、鑑定意見の証拠力の減殺を試みる（特別の必要があれば、鑑定人を証人として申請し、証人尋問をする例もある。）、③相手方の申出による鑑定であったときは、この結果を弾劾するため当方からの鑑定申出が必要かつ有効かを検討し、これが肯定される特別の場合については当方から新たに鑑定の申出をする（このような鑑定の申出をするときは、鑑定事項について、単に従前の繰返しとしないで、十分な検討を経たものとする必要がある。）、④鑑定意見と相反する論文、私的鑑定書を書証として提出するなどの対策を講ずべきである。

8 検証

(1) 申出の方法

ア 検証とは、裁判官が直接五官の作用により事物の形状・性質を認識してその結果を証拠資料とする証拠調べである。

検証の申出は、検証の目的を表示して行わなければならない（民訴規則150条）が、検証の申出には、書証の申出についての規定（民訴法219条、226条）が準用されている（民訴法232条1項）ので、検証の申出の方法には、①検証物の提示、②検証物提示命令の申立て、③検証物送付囑託の申立ての3種があることになる。もっとも、実務上、検証物の提示が圧倒的に多く、検証物送付囑託の申立てはまずみられない。

また、検証の目的には、法廷で提示することが可能なものと、工事現場のように法廷での提示は不可能又は困難なものがある。

イ 検証の目的が法廷で提示することが可能なもの場合は、検証物を法廷に提示して検証の申出をする。

検証の目的が工事現場のように法廷での提示が不可能又は困難なもの

であるときは、検証物の所在地で検証が行われる。この場合は、通常、証すべき事実、検証の目的、検証によって明らかにしようとする事項等を記載した検証申出書を提出することにより検証の申出をしている。

ウ 検証物の所在地で検証が行われるときは、一般に、検証の申出の採用に前後して、裁判所、申出人、相手方の三者間で、検証の具体的な実施方法について打合せをすることが多い。その内容には、例えば、物理的な量を測定するための測定機、距離を計測するための計測機器などの使用器具の機種の種類や検証現場での具体的な予定、裁判所及び当事者双方の検証に立ち会う員数、移動方法、第三者に対する協力依頼の要否等の確認などがある。

(2) 検証の実施

ア 法廷において実施される検証の場合は、口頭弁論期日において裁判官が提示された検証物の形状・性質を認識することによって実施される。

その結果は、書記官によって検証調書に記載される（民訴規則67条1項）。

イ 法廷外において実施される検証の場合は、検証の目的を特定して裁判所に提示するために検証現場における指示説明が必要となる。指示説明は、原則としてまず検証を申し出た者が行い、その後相手方が行う。しかし、指示説明は、裁判官に検証物について正しい理解をしてもらう役割も果たしているから、指示説明事項をあらかじめ検討した上で、その内容を書面にした指示説明書を事前に提出することが望ましい。なお、相手方の指示説明に不適當なものがあつた場合、その都度、意見を述べるとして裁判所の注意を喚起すべきである。

(3) 検証物提示命令

ア 当事者は、相手方又は第三者が所持する事物につき検証の申出をした場合、裁判所に対し、事物の所持者にその提示を命じることを申し立てることができる（民訴法232条1項、219条）。裁判所は、検証物提示命令の申立てを理由があると認めるときは、決定で、事物の所持者に対し、その提示を命ずる（民訴法232条1項、223条1項）。検証物提示命

令の申立てに「理由がある」というのは、当該事物の証拠調べをする必要があり、かつ、その所持者に当該事物の提示義務がある場合である。

検証物提示義務については、文書提出義務のような明文の規定はなく、何人も正当の事由がある場合以外はこれを負うという一般義務であると解されている。

イ 検証物提示命令に関しては、民訴法232条1項により、文書提出命令に関する同法223条、224条が準用されている。したがって、例えば、目的の所持者が第三者であるときはその者を審尋しなければならない（223条2項）。また、決定に対して即時抗告をすることができる（223条7項）。さらに、当事者が検証物提示命令に従わないときは、裁判所は検証の目的に関する相手方の主張を真実と認めることができる（224条1項）。当事者が相手方の使用を妨げる目的で、提出義務のある検証物を毀損し、その他これを使用不能としたときも同様である（224条2項）。なお、提示命令を受けた第三者が正当な事由なく命令に従わないときは、過料の制裁がある（232条2項）。

9 証拠保全

(1) 証拠保全の意義

裁判所は、将来行われるべき証拠調べを待っていたのでは、その証拠を使用することが不可能又は困難となる事情のあるときは、当事者の申立てにより、あらかじめその証拠調べをすることができる（民訴法234条）。これを証拠保全という。例えば、証人予定者が重病であつて将来証言をすることが不可能になることが予想されるような場合の証人尋問、建築物などの現況が問題となるときに、その建築物が増改築されるので現況を証拠化しておくための検証、訴え提起後の改ざん・保存期間の満了による廃棄等により生ずる証拠価値の低下・証拠自体の消失などを防ぐための当該文書の検証などがある。

なお、裁判所は、訴訟の係属中であれば、必要があると認めるときは、

職権で証拠保全の決定をすることができるとされている（民訴法237条）。

(2) 申立ての方法

証拠保全は、訴え提起前にも訴え提起後にも申し立てることができる（民訴法235条1項、2項）。管轄裁判所は、訴え提起前においては、尋問を受けるべき者若しくは文書を所持する者の居所又は検証物の所在地、すなわち証拠方法の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所であり、訴え提起後においては、原則として、その証拠を使用すべき審級の裁判所である。しかし、訴えの提起後であっても急迫の事情がある場合には、証拠方法の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所に申し立てることができる（同法235条3項。なお、最初の口頭弁論の期日が指定されるなどした後口頭弁論の終結に至るまでの間は、受訴裁判所に申し立てなければならない（同条1項））。

証拠保全の申立ては、書面で行わなければならない（民訴規則153条1項）。申立書には、①相手方の表示、②証明すべき事実、③証拠、④証拠保全の事由を記載しなければならないとされている（同条2項）。そして、証拠保全の必要性、すなわち、あらかじめ証拠調べをしておかなくては、将来訴訟においてその証拠を本来の証拠価値あるものとして使用することが不可能又は困難となる事情はこれを疎明しなければならないとされている（同条3項）。

(3) 申立ての採否に対する不服申立て

証拠保全の申立てを認容する証拠保全の決定に対しては、不服を申し立てることができないとされている（民訴法238条）が、申立てを却下する決定に対しては、同法328条1項の原則により、申立人は、抗告をすることができる。

(4) 証拠保全の手続

証拠保全の手続における証拠調べは、民訴法第3章（証拠）の規定に従い、すなわち、通常の証拠調べと同様に行われる（民訴法234条、民訴規則152条）。もっとも、証拠調べの期日に申立人及び相手方を呼び出すこと

が特に求められているが、これも、急速を要する場合はこの限りでないとされている（民訴法240条）。

(5) 証拠保全の効果

証拠保全に関する記録は、本案の訴訟記録の存する裁判所（本案の受訴裁判所）に送付される（民訴規則154条）。これにより、証拠保全に関する記録が本案訴訟の口頭弁論に提出されると、証拠保全のための証拠調べは、本案訴訟における証拠調べの結果と同一の効力を有することになると解されている。なお、証拠保全の記録の送付の便のため、訴えの提起前に証拠保全のための証拠調べが行われたときは、訴状には、その証拠調べを行った裁判所及び証拠保全事件の表示を記載しなければならないとされている。

第16 弁論の終結

1 最終準備書面の作成

(1) 弁論終結前の検討事項

訴えの提起により始まった口頭弁論は、裁判所が判決をするに熟したと判断したときに終結されることになる。行政事件訴訟の場合、争点が複雑で審理に長期間を要し、そのため、多数の準備書面や証拠が提出されている事件も少なくない。そこで、そうした事件において、弁論終結が近くなったときは、主張及び証拠関係を整理するため、事件記録を改めて精読し、次の事項につき最終的に検討して確認をする必要がある。

- ① 主張、立証に漏れがないか。
- ② 相手方の主張事実について認否漏れがないか。
- ③ 準備書面の陳述漏れがないか。
- ④ 審証の整理ができているか。
- ⑤ 審証の認否漏れがないか。
- ⑥ 成立が争われた審証について成立の立証がされているか。
- ⑦ 指定代理人の代理権消滅等について整理されているか。
- ⑧ 法務大臣、行政庁の長に更迭があった場合の裁判所への上申漏れがないか。
- ⑨ 裁判官の更迭があった場合のいわゆる弁論更新の手続がされているか（民訴法249条）。

書式 [20] 処分行政庁の更迭があった場合の上申書

〇〇地方裁判所平成〇〇年（行ウ）第〇〇〇号
障害補償給付不支給処分取消等請求事件

1 最終準備書面の作成

原告 〇〇 〇〇
被告 国（処分行政庁 〇〇労働基準監督署長）

上 申 書

平成〇〇年〇〇月〇〇日

〇〇地方裁判所民事部 御中

被告指定代理人 〇〇 〇〇 ㊦

頭書の事件につき、処分行政庁〇〇労働基準監督署長は、異動により、下記のとおり変更となったので上申します。

記

(旧) 〇〇労働基準監督署長 〇〇 〇〇
(新) 〇〇労働基準監督署長 〇〇 〇〇

(2) 最終準備書面の作成

ア 最終準備書面の意義

最終準備書面とは、口頭弁論の終結前に当事者が最終のものと意図して提出する準備書面であり、「最終」とは慣行上の名称であって、一般の準備書面と法律上の性質に違いがあるわけではない。最終準備書面は、口頭弁論の最終段階において、従前の主張を整理し、主張漏れがあればそれを補充するとともに、証拠調べの結果を踏まえて自己の主張事実が認定されるべきことを説明するなどを目的として提出する。また、これが裁判官を説得する最後の機会であるから、事実関係に争いのある事件であれば、双方の証拠の信用性等についても十分な論述を行い、法律問題がある事件では、判例や学説を引用しながら、自己の主張の正当性を

論述する。

なお、争点が単純な事件で、従前提出した準備書面に付加する内容がない場合には、最終準備書面を提出しないこともある。

イ 作成の要領

最終準備書面であっても、その体裁は基本的に通常の準備書面と同じである。表題については、「最終」準備書面とせず、提出の順序に従い、単に「第○準備書面」又は「準備書面（○）」とすることもある。最終準備書面の内容については、今までの主張、立証の総集編ともいえるべきものであるから、次の点に注意すべきである。

- ① 今まで行った主張、立証を、主張立証責任等を考慮しながら体系的に整理して述べる。
- ② 各争点に関する事実の主張については、証拠を引用して主張と立証とを一体化した論述をする。例えば、主張する部分の後ろに括弧書きで書証番号や証人調書又は検証調書及び鑑定書の下数を引用する。例えば「……（乙第○○号証、証人○○調書○丁○表○行目）。」と記載する。
- ③ 当方の主張のみではなく、相手方の主張もよく分析し、これに対する反論と併せて体系的、論理的に整理し、裁判官が論争の真の要点を的確に把握することができるように作成する。
- ④ 最終準備書面を作成するには、通常かなりの時間がかかるので、裁判所への提出時期から逆算して、最終決裁時期、準備書面作成期間、検討期間等を記載した作業日程表を作成すると、作業の目安が分かると同時に事件管理にも役立つ。

ウ 提出時期

準備書面は、準備書面に記載した事項につき相手方が準備をするのに必要な期間をおいて裁判所に提出しなければならない（民訴規則79条1項）、また、裁判長によって提出時期を定められることがある（民訴法162条）が、最終準備書面は、前述のとおり通常の準備書面の作成より多くの時

間を要するので、提出日の約束は、これらの準備期間を考慮してする必要がある。

提出日の約束がない場合であっても、裁判官は、最終準備書面の内容を見て弁論を終結するか否かを判断することもあるから、そのための期間も見込んで適当とされる時期に提出することが望ましい。

2 口頭弁論の終結

口頭弁論の終結は、審理が終局判決ができる状態まで尽くされたと認めるときに、口頭弁論期日における裁判官の弁論を終結する旨の宣言によりされる。裁判官の裁量に基づく訴訟指揮権の行使である。

「訴訟が裁判をするのに熟したとき」（民訴法243条）とは、釈明権も適切に行使され、攻撃防御方法の機会が与えられるなどして、終局判決をするに必要な情報が収集された状態にあることをいう。

弁論終結の宣言と同時に、判決の言渡期日が指定されるが、判決の言渡期日については、その場で指定せずに「追って指定」として、後日指定されることもある。後日判決言渡期日が指定された場合は、期日呼出状が送達されることもあるが、通常は、期日呼出状が郵送されるか、裁判所書記官から電話で連絡がされる（民訴法94条）ので注意を要する。なお、判決言渡期日の日時は、あらかじめ、裁判所書記官が当事者に通知することとされている（民訴規則156条）。

3 口頭弁論の再開

- (1) 口頭弁論の終結後に、裁判所が当事者の主張や立証が不十分であったと考えるに至る場合、あるいは訴訟手続の瑕疵を発見した場合、その他判決内容の確定前に口頭弁論に関与した裁判官が異動し弁論更新をしなければならなくなった場合等には、終局判決前に、裁判所は、いったん終結した口頭弁論の再開を命ずることができる（民訴法153条）。

また、当事者の側でも、新たに証拠が発見されたような場合など、裁判

所に弁論の再開を申し立てることがある。

- (2) 弁論の再開は、裁判所の職権で決定をもってされ、再開するかどうかは、裁判所の裁量にゆだねられている。これは、裁判所の訴訟指揮権の行使に属するものであって、当事者に申立権はなく、当事者が申立てと称するものをして、それは職権の発動を促すものにすぎない。再開申立てに関する手続は、法定されているものではないが、裁判所の係属部の書記官に対し、事前に、口頭弁論再開及び期日指定申立書を提出するので裁判所の判断を求めたい旨を連絡した上、口頭弁論再開及び期日指定申立書を速やかに提出するとともに、申立理由等を十分説明すべきである。

裁判所は、これについて裁判をする義務はなく、弁論が再開されない場合は、裁判所が職権を発動しないだけのことであるから、これに対して、不服申立ての余地はない。

弁論が再開されると、その訴訟は、弁論終結前の状態に戻るから、当事者は、新たな攻撃防御の方法を提出することができるようになる。しかしこの場合も、再開を要する事情に基づき、例えば、新たな証拠等が発見されたような場合は、その立証方法（証拠調べの申出）、主張の補充（準備書面）等を、速やかに準備、提出する必要がある。

第17 判決による訴訟の終了

1 判決の種類

(1) 判決の種類

判決は、終局判決と中間判決とに分類することができ、終局判決は、さらに、全部判決と一部判決とに分類できる。

終局判決（民訴法243条1項）とは、訴え又は上訴によって係属している訴訟の一部又は全部について、その審級の審理を完結させる判決をいう。一方、中間判決（同法245条）とは、審理を整理するため、訴訟の進行中に当事者間で争点となった事項で終局判決の前提となる問題について、あらかじめ判断を下す判決をいう。

全部判決は、事件全部について裁判に熟したと認めるときに行う判決であり（民訴法243条1項）、一部判決は、事件の一部について他と切り離せば裁判できる場合に、当事者のためになるべく早い解決を示すために行う判決であるが、一部判決が可能な場合でも、これをするか否かは裁判所の裁量に任されている（同法243条2項、3項）。

終局判決は、これらの分類とは別に、判断内容に着目して、訴訟判決と本案判決とに分けることができる。これを、以下、第一審の終局判決についてみる（上訴審における終局判決については、第18・2(4)（386ページ以下）及び3(6)（396ページ以下）参照）。

(2) 訴訟判決

訴訟判決とは、その訴えが訴訟要件を具備しておらず、その訴えが不合法であると裁判所が判断した場合に、これを却下するものである（俗に、門前払いの判決などと呼ばれることがある。）。訴訟判決は、訴訟物自体について、すなわち、取消訴訟の場合でいえば処分又は裁決が違法であるか否かについては判断していない。

(3) 本案判決

本案判決とは、訴訟物について、すなわち、訴訟上の請求の当否につき判断した判決である。実体判決ともいう。本案判決は、その内容に従い、請求認容判決、請求棄却判決、事情判決（行訴法31条）に分けることができる。

ア 請求認容判決

請求認容判決とは、原告の請求を理由ありとして認める判決をいい、取消訴訟の場合でいえば、当該処分又は裁決の違法性を認めて、これを取り消す判決である。

イ 請求棄却判決

請求棄却判決とは、原告の請求を理由なしとして排斥する判決をいい、取消訴訟の場合でいえば、当該処分又は裁決について取り消し得べき違法性を認めなかった判決である。

ウ 事情判決

(ア) 意義

取消訴訟で争われている処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、裁判所は、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮した上、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときに、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言した上で、その取消請求を棄却することができる（行訴法31条1項）。この判決が事情判決である。

取消訴訟は、違法な処分を取り消し、その公定力を排除する性質のものであるから、そこにおいて争われている処分が違法であると判断された場合には、その処分は取り消されるべき筋合いである。しかし、いったん処分がされると、それを前提にして法律上・事実上の種々の事実が積み重ねられていくため、判決時には、処分が違法であっても、その処分を取り消してこれを覆すことが社会経済的に見て著しい損失

を招き、かえって公共の福祉に反する場合があるから、事情判決の制度が設けられたのである。これは、処分等が違法かどうかの判断とその処分等を取り消すべきかどうかの救済の判断とを分離し、前者は純粹な法的判断としての性質を維持した上で、後者については裁判所に事情に即した裁量的判断の権限を行訴法が付与したものである。

なお、行訴法31条は、取消訴訟以外の抗告訴訟、当事者訴訟には準用されていない。

(イ) 要件

事情判決は、取消訴訟で争われている処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、①処分により原告が受ける損害の程度、②その損害の賠償又は防止の程度及び方法、③その他一切の事情を総合考慮して下されるのであって（「一切の事情」には、違法性の程度及び取り消すことにより公の利益に障害が生ずる程度も含まれる。）、事情判決をするか否かは個別具体的に判断される。事情判決がされた事例としては、関係者が広範囲に及ぶ土地区画整理法、土地改良法に基づく換地処分の取消訴訟（長崎地裁昭和43年4月30日判決・行裁例集19巻4号823ページ）等がある。そのほか、公職選挙法に基づく選挙の効力に関する訴訟については、同法219条1項により行訴法43条にかかわらず、行訴法31条を準用しないものとされているが、公職選挙法の定数配分規定の違憲又は違法が理由とされる選挙無効においては、行訴法31条に含まれる法の基本原則の適用により、請求を棄却し、選挙が違法であることを主文で宣言するにとどめることができるとするのが判例（最高裁昭和51年4月14日大法院判決・民集30巻3号223ページ、最高裁昭和60年7月17日大法院判決・民集39巻5号1100ページ、訟務月報32巻5号1003ページ）である。

(ウ) 効果

事情判決がされる場合は、判決の主文において、①取消訴訟の対象

となった処分又は裁決の違法が宣言される（行訴法31条1項後段）とともに、それにもかかわらず、②原告の請求は棄却される。原告の請求は棄却されているが、処分又は裁決が違法であると宣言されているので、③訴訟費用は被告の負担とされるのが通常である。

事情判決に不服な原告は、処分又は裁決の取消しを求めて上訴を提起することができることは当然である。被告も、違法宣言に不服があれば、これに対し上訴を提起できると解される。この判決が確定すれば、当該処分又は裁決が違法であることに既判力（後述3(2)、370ページ参照）が生ずる。

[事情判決の主文例]

1 原告の請求を棄却する。

ただし、被告が原告に対して平成〇年〇月〇日付けでした別紙物件目録記載の土地に係る権利取得裁決及び明渡裁決は違法である。

2 訴訟費用は被告の負担とする。

(イ) 中間違法宣言

中間違法宣言は、事情判決という終局判決をする前の準備として行われる中間判決の一種で、独立してこれを上訴の対象とすることはできないが、行政庁及び利害関係人に対して処分、裁決の取消しの警告を発するとともに、損害の除去等について原告との間の協議を促すという、警告・和解的機能をもつ判決である（行訴法31条2項）。

なお、中間違法宣言のされた実例はほとんど見当たらない。

2 判決への対応

(1) 判決言渡期日前の準備

口頭弁論終結後、判決言渡期日までの間は、当事者としては訴訟上特段の対応はないが、予想される判決の内容及びその判決への対応について、事前に検討、準備しておくことが重要である。特に、上訴の提起は、判決の送達を受けてから2週間内にすることを要する（民訴法285条、313条）

から、敗訴判決を受けてからおもむろに関係行政庁等と上訴の要否について検討を始めるようでは時間的余裕がない。

そこで、敗訴判決が予想される場合には、記録を今一度読み直し、裁判所の訴訟指揮の様子や当事者双方の主張・立証経過等から、どんな判決がされる可能性があるかの見通しを、冷静な視点で立てるとともに、漫然と判決言渡しを待つことなく、所管行政庁との打合せを行い、敗訴判決が言い渡された場合にも、迅速かつ適切に対応できるように準備する必要がある。

なお、当事者訴訟以外の行政事件訴訟では、仮執行の宣言（民訴法259条1項）が付されることは考えられないが、取消訴訟が提起されている際に、その取消訴訟に関連する財産権上の訴えが併合された（行訴法16条）場合や、取消訴訟の目的たる請求が当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体に対する損害賠償の請求に変更された場合（行訴法21条）等、損害賠償等の請求がされている場合には、これらの請求については、仮執行宣言が付される可能性がある。この場合には、強制執行に対する対応が必要になる。これについて行政事件訴訟固有の問題点はない。

(2) 判決言渡期日の対応

ア 判決は、口頭弁論期日（判決言渡期日）に判決の言渡しが行われることによって効力を生ずる（民訴法250条）。言渡しは、公開の法廷において、判決原本に基づき、裁判長が主文を朗読して行う（憲法82条、民訴法252条、民訴規則155条）。なお、判決書の原本に基づかないで判決の言渡し（調書判決）をすることができることを定めた民訴法254条1項については、行政事件訴訟法においても同項の例によることに規定上はなる（行訴法7条）が、これは、実質的に当事者間に争いがないものと評価できる事件の場合であって、行政事件訴訟においてこれに該当する事案はほとんどないと思われる。

判決の言渡しは、当事者が在廷しない場合にも行うことができる（民訴法251条2項）。その場合でも判決の効力が生ずることはもちろんであ

る。実際の裁判では、判決言渡期日に当事者が出頭しない場合も少なくないが、訟務事件の担当官は、仮に勝訴判決が確実に見込まれる事件であっても、必ず期日に出頭して判決結果を確認すべきである。

イ 実務においては、通常、判決言渡時には判決正本が作成されているため、通常、判決言渡しを確認後、直ちに書記官室において判決正本の送達を受けている（民訴法100条）。

なお、民訴法254条1項に従い判決書の原本に基づかないで判決の言渡しが行われたときは、判決書に代わり主文等を記載した調書が作成される（同条2項）ので、この調書の正本の送達を受ける（民訴規則159条2項）。

(3) 判決書

ア 判決書の記載事項は次のとおり法定されており（民訴法253条1項）、裁判官が署名押印する（民訴規則157条1項）。

① 主文

判決の結論を簡潔に表示する部分であり、既判力の及ぶ範囲を明らかにするものである（民訴法114条1項）。

② 事実及び理由

「事実」とは、裁判所が当事者の弁論に現れた事実主張を要約して記載する部分であり、これによって争点も明らかにされる。理由における事実の認定及び法律の適用の基礎になるものである。

事実の記載においては、請求を明らかにし、かつ、主文が正当であることを示すのに必要な主張を摘示しなければならない（民訴法253条2項）。ここにいう「請求」とは審判の対象である訴訟物のことであり、また、主文が正当であることを示すのに必要な主張を摘示することは、主文を導き出すのに論理的に必要となる事実主張を示すということである。逆に言えば、当該訴訟における当事者の主張のすべてを記載することは必ずしも必要なものではないことを意味している。

「理由」とは、当該事件の訴訟資料に基づいて主文に達する結論を出した経過についての、事実上、法律上の根拠を説示するものである。

③ 口頭弁論の終結の日

この項目は、判決の既判力の標準時が口頭弁論の終結の時であることにかんがみ、これを判決書において明確にする趣旨で、記載事項とされたものである。

④ 当事者及び法定代理人

通常、訴訟代理人の資格及び氏名も記載されている。訴訟の追行者を明らかにするためである。

⑤ 裁判所

判決をした裁判所（受訴裁判所）の所属する裁判所（国法上の裁判所）が記載される（部名まで表示されるのが慣例である。）。

書式 [21] 判決書

平成〇〇年〇〇月〇〇日判決言渡し 同日原本領収 裁判所書記官〇〇〇〇

平成〇〇年（行ウ）第〇〇号 遺族補償給付不支給処分取消請求事件

口頭弁論の終結の日 平成〇〇年〇〇月〇〇日

判 決

〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号

原 告 〇 〇 〇 〇

訴訟代理人弁護士 〇 〇 〇 〇

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

被 告 国

同代表者法務大臣 〇 〇 〇 〇

処分行政庁 〇〇労働基準監督署長

同 指 定 代 理 人

○ ○ ○ ○
○ ○ ○ ○
○ ○ ○ ○

主 文

- 1 原告の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由

第1 請求の趣旨

〇〇労働基準監督署長が原告に対して平成〇〇年〇〇月〇〇日付け
でした労働者災害補償保険法に基づく遺族補償給付をしない旨の処分
を取り消す。

第2 事案の概要

本件は、原告が、〇〇労働基準監督署長（以下「〇〇労基署長」という。）に対し、原告の夫である亡〇〇〇〇（以下「〇〇」という。）が急性心筋梗塞で死亡したのは同人の従事していた業務に起因するものであるとして、労働者災害補償保険法（以下「労災保険法」という。）に基づく遺族補償給付の申請をしたところ、〇〇労基署長がこれを支給しない旨の決定をしたので、その取消しを求める事案である。

1 争いのない事実

(1) 当事者等

- ア 原告は、〇〇（昭和〇〇年〇〇月〇〇日生）と昭和〇〇年に婚姻した。
- イ 〇〇は、昭和〇〇年に〇〇株式会社に入社後、死亡に至るまで、〇〇の製品開発、販売の職務に従事した。
- ウ 〇〇は、平成〇〇年〇〇月〇〇日午後〇〇時〇〇分、〇〇県立

〇〇病院において、急性心筋梗塞で死亡した。

(2) 原告の遺族補償給付請求と〇〇労基署長の不支給処分

ア 原告は、〇〇の死亡が業務上の事由によるものであるとして、〇〇労基署長に対し、遺族補償給付（遺族補償年金、遺族特別支給金、遺族特別年金）を請求したが、〇〇労基署長は、平成〇〇年〇〇月〇〇日付けで原告に対し、〇〇の死亡は業務上の事由によるものであるとは認められないとして、原告の前記請求に係る遺族補償給付を不支給とする旨の処分（以下「本件処分」という。）をした。

イ そこで、原告は、本件処分を不服として、〇〇県労働者災害補償保険審査官に対し、同年〇〇月〇〇日付けで審査請求をしたが、平成〇〇年〇〇月〇〇日付けで請求を棄却する旨の決定をしたので、労働保険審査会に対し、平成〇〇年〇〇月〇〇日付けで本件処分につき再審査請求をしたが、同日から3か月を経過しても裁決がなかった。

このため、原告は、平成〇〇年〇〇月〇〇日、本訴を提起した。

2 関係法令の定め概要<略>

3 争点

〇〇の死亡が業務上の死亡、すなわち業務に起因した死亡といえるか。

4 争点に関する当事者の主張

（原告の主張）

- (1) 業務と疾病との因果関係についての判断の在り方<略>
- (2) 原告の業務と疾病との間の因果関係について

ア 日常業務の加重性<略>

イ 死亡直前の業務の加重性<略>

ウ 〇〇の健康状態と生活状況<略>

エ 医学的知見<略>

オ まとめ

<前略>

よって、〇〇の死亡は業務に起因するものである。

(被告の主張)

(1) 業務と疾病との因果関係についての判断の在り方<略>

(2) 原告の業務と疾病との間の因果関係について

ア 原告の業務について<略>

イ 〇〇の健康状態及び基礎疾患等<略>

ウ 医学的知見<略>

エ まとめ

〇〇は、心筋梗塞の危険因子とされるもの（特に高コレステロール血症、高血圧、喫煙（習慣））のほとんどが認められ、しかも、それらが長期間存在していたのであるから、同人は、基礎疾患である冠状動脈の粥状効果による狭窄が長年の間に進んでいたことが推認され、(中略)、〇〇の心筋梗塞による死亡については、これを業務に起因するものであるということとはできない。

第3 争点に対する判断

1 業務と疾病との因果関係についての判断の在り方<略>

2 事実関係<略>

3 〇〇の死亡と業務起因性

(1) 〇〇の死因及び病状の推移<略>

(2) 業務の加重性の有無<略>

(3) 治療機会の喪失の有無<略>

(4) 結論

以上のとおり、〇〇の業務の内容・性質、作業環境、労働状況からすると、同人の業務は、同僚と比べても、加重なものでなかったし、急性心筋梗塞を発症させるほどの強いストレスを同人に与えた

ともいえない。また、〇〇には、冠動脈硬化症の3大危険因子といわれる高血圧、高脂血症、喫煙が存在し、それぞれ重いものであって、(中略)、〇〇の急性心筋梗塞による死亡は同人の業務に起因したものとはいえないから、これを業務上の疾病とは認められないとした本件処分が違法であるとはいえない。

第4 結論

以上の次第であるから、本件請求は理由がないから棄却することとし、訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法7条、民事訴訟法61条を適用して、主文のとおり判決する。

〇〇地方裁判所民事第〇部

裁判長裁判官	○	○	○	○
裁判官	○	○	○	○
裁判官	○	○	○	○

(4) 判決言渡期日後の対応

敗訴判決を受けた場合は、判決の内容をよく検討し、関係行政庁と協議の上、上訴するか否かの方針を決定する。

(5) 判決の確定

上告審の判決は、言渡しと同時に確定するが、第一審及び控訴審の判決は、判決正本が上訴権のある当事者（敗訴当事者）に送達された後当該当事者から2週間内に上訴の提起がないことにより確定する（民訴法116条）。判決が確定するのは、上訴期間の満了の日の翌日である。

いったん上訴しても、上訴人が上訴期間経過後に上訴を取り下げた場合

又は上訴却下の判決を受けた場合は、さかのぼって上訴がなかったことになるから、上記と同じ日に確定したこととなる。

勝訴判決を受けたときは、裁判所の当該係属部の担当書記官に問い合わせ、相手方への判決正本の送達日を確認し、その送達日の翌日から2週間が経過し次第、担当書記官に上訴の提起がされたか否かを照会すべきである。

(6) 判決の更正

判決書に計算違いや誤記等の表現上の誤びゅうがあった場合など、その誤りが明白な場合において、判決の内容を実質的に変更しないときは、裁判所は、決定でこれを変更することができる（民訴法257条1項）。これを更正決定という。

ただし、この表現上の誤びゅうは、判決の全趣旨から明白に読み取れる場合でなければならない（最高裁昭和30年9月29日第一小法廷判決・民集9巻10号1484ページ、判例タイムズ53号35ページ）。

更正決定は、当事者の申立て又は職権によって、判決確定後でもすることができる。更正決定をするのは原則として判決をした裁判所であるが、事件が上訴審に係属した場合、当該上訴裁判所に対して申立てをする。

更正決定に対しては、即時抗告をすることができる（民訴法257条2項本文）。

3 判決の効力

判決が確定すると、判決の効力として定められているものが生ずることになる。

取消訴訟は、行政処分の効力をめぐる紛争に対する裁判所による終局的解決方法として設けられたのであるから、その判決は、一定の通用力を有するものとされなければ、取消訴訟制度の実効性が失われる。その主な効力である形成力、既判力、拘束力について述べる（義務付け判決及び差止め判決の効力は、第8の4、第9の2を参照されたい。）。

(1) 形成力

ア 形成力の内容

処分の取消判決が確定すると、その処分の効力は遡及的に消滅し、初めから当該処分がされなかったと同様の状態がもたらされる。行政庁がその処分を取り消すまでもない。この効果を形成力という。

この形成力は、行政処分に取消原因となる瑕疵が存在したとしても、それだけではその効力を否定することはできず、そのためには、所定の行政上の不服申立てを経由して取消判決を得る以外には、行政処分の効力を争うことはできないということを前提とし、このような行政処分の特殊な効力（公定力）を排除するために設けられた取消訴訟の性質、目的から、行訴法が取消判決に付与した効力である。

行訴法には形成力を認めるとの明文の規定は置かれていないが、同法32条1項は、「処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する。」と規定し、取消判決に形成力が生じることを当然の前提として、その効力の及ぶ範囲について規定したものと解される。加えて、法の一般原則からすれば、実体上又は手続上の瑕疵があると判断された処分は、本来はその効力を認められるべきでないものであり、その効力を存続させることは、法治主義原理に照らして許されないから、この観点からも、行訴法が、取消判決により処分が遡及的に消滅するとの立場によっていることは明らかである。

イ 形成力の第三者効

取消判決の形成力は、当該訴訟の原告及び処分行政庁に及ぶとともに、訴訟外の利害関係を有する第三者に対しても効力が及ぶ（行訴法32条1項）。同法がこのように規定した趣旨は、行政処分の効力をめぐる争いを画一的に処理して、行政処分を起点として展開される法律関係の法的安定を図ることにある。例えば、農地買収処分の取消判決を得た土地の所有者は、その形成力により、買収処分の時にさかのぼって当該農地を所有していたこととなるが、この場合に、その所有者である原告は、判

決の形成力を処分行政庁に対して主張し得るだけで、当該農地の売渡しを受けた者にはこれを主張することができないとすると、この原告は、取消判決によっては完全に救済されないことになる。そこで、勝訴した原告の保護を完全にするため、行訴法32条1項は、取消判決の形成力を訴訟当事者のみならず、訴訟外の第三者にも及ぼすこととし、原告の救済を確実なものとしたのである（最高裁昭和42年3月14日第三小法廷判決・民集21巻2号312ページ、訟務月報13巻5号534ページ参照。なお、この判決では、無効確認判決についても取消判決と同様に第三者効を肯定しているが、この判断は旧行政事件特例法下のものであり、現行法上の無効等確認の訴えについては、直ちにそういえるものではないとされていることに注意を要する。）。

ウ 第三者の訴訟参加及び第三者の再審の訴え

取消判決の形成力が第三者に及ぶことになると、訴訟当事者となっていない利害関係人は、不測の不利益を受けるおそれがある。そこで、このような者は、訴訟に参加させて攻撃防御の機会を与え、自己の権利利益を守るための手続を保障する必要があるので、行訴法は、訴訟の結果により権利を害される第三者は訴訟に参加することができるものとしている（22条、第14・9(2)、303ページ参照）。また、適正手続の保障等の要請から第三者が再審の訴えを提起することが認められている（同法34条1項）。

(2) 既判力

ア 意義

既判力とは、終局判決が確定した場合、その確定判決の判断内容が当事者及び裁判所を拘束し、当事者の一方が同一事項につき再度訴えを提起した場合、当事者及び裁判所は確定判決と矛盾する主張、判断をすることができなくなる効力をいう。確定判決にこのような効力が認められるのは、紛争の繰返しを防止するため、あるいは矛盾した裁判を防止するためである。

行訴法は、既判力について直接規定を置いていないが、民事訴訟の例により（行訴法7条、民訴法114条1項）、行政事件訴訟法においても、確定判決には既判力が生じる。なお、既判力は、取消判決（請求認容判決）のほか、請求棄却判決、訴え却下判決、事情判決（違法宣言の部分）のいずれにも生ずる。

イ 既判力の主観的範囲

既判力はどのような範囲の人に及ぶか、という問題である。

行政事件訴訟においても、民事訴訟と同様、確定判決の既判力の及ぶ主観的範囲は、当事者及びこれと同視することができる者に限定される（行訴法7条、民訴法115条）。

したがって、処分の取消訴訟において請求棄却の判決がされても、その既判力は、当事者間にしか及ばないため、例えば、収用委員会を被告とする土地収用裁決の取消訴訟において敗訴した原告が、当該収用裁決の無効を理由として起業者に対し土地明渡請求訴訟を提起することも可能である。また、原子炉設置許可処分の無効確認訴訟において、ある原告が請求棄却の判決を受け、これが確定しても、他の住民が同一の処分の無効確認訴訟を提起することは、上記判決の既判力には抵触しない。

ウ 既判力の客観的範囲

既判力は判決が示した判断のどの部分に生じるか、という問題である。

既判力は、「主文に包含するものに限り」生じる（民訴法114条1項）。すなわち、本案判決の場合には、判決主文に示された訴訟物に関する判断についてのみ生じ、判決理由中の判断には及ばない（同項）。そして、取消訴訟における訴訟物は当該処分の違法性一般であるから、既判力は処分の違法性一般に及ぶのであって、個々の違法事由ごとに生じるものではないと解される。したがって、例えば、農地買収処分取消訴訟において、不在地主でないのに不在地主であると誤認されて買収処分がされた旨を主張して処分の取消しを求め、請求を棄却された者が、さらに、そもそも買収の対象となった土地は小作地ではなかった旨、別の違法事

由を主張して同一の農地買収処分取消しを求めて訴えを提起した（出訴期間の問題は一応おく。）としても、既判力に抵触するから、その請求は棄却される。なお、取消訴訟においては、民事訴訟と異なり、処分後に生じた事情により処分が違法となることは特別の根拠のない限り考えられないから、前の訴訟の口頭弁論終結の時より後に生じた事情の存否を問う余地はないことに注意すべきである。

一方、行政処分が異なれば訴訟物の同一性がないことになるのであるから、ある行政処分についての判決の既判力は、違法事由を共通にする他の行政処分についての抗告訴訟には及ばない（名古屋高裁昭和46年1月26日判決・行裁例集22巻1・2号6ページ参照）。

なお、数個の行政処分が相結合して一つの効果の実現をめざしているような密接な関係にあるとして、いわゆる違法性の承継（第14・5(2)273ページ）が認められるとの見解が採用される場合でも、例えば、事業認定の取消しの訴えが棄却されて確定したときには、当該事業認定は取り消されるべき違法のないものであることが確定されているのであるから、その違法を取用裁決の取消訴訟において違法事由として主張することは許されない（熊本地裁昭和43年11月14日判決・訟務月報14巻12号1373ページ）。

同一処分について、その取消訴訟の訴訟物と無効確認訴訟の訴訟物とは、処分の違法という面で重なり合う部分があり、取消訴訟で敗訴の確定した原告が改めて無効確認訴訟を提起しても、既判力に抵触することになる。すなわち、取消請求を棄却する判決が確定すると、当該処分は違法でない（適法である）ことについて既判力が生じるから、それが無効である、すなわち、重大かつ明白な「違法がある」と主張することは、この既判力に抵触し、許されないことになる。

また、訴訟判決の場合には、訴えを不適法とした個々の訴訟要件の欠缺に関する判断に既判力を生じる。したがって、訴え却下の判決確定後に再び同一の訴訟要件を欠いたまま同じ訴えを提起しても、既判力に

抵触し、この場合は、再度却下判決がされる。

(3) 拘束力

ア 意義

処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する（行訴法33条1項）。これは取消判決の拘束力といわれる。前述のように、取消判決がされると、その形成力により、原告に不利益を及ぼしていた処分の効力が遡及的に消滅する。しかし、形成力は、その不利益処分の効力を遡及的に消滅させるだけであるから、取消判決の確定後でも、行政庁がこれに従わないで同一の行為を繰り返す行なうなどすれば、原告の救済が図られず、取消判決は、その意義を失うこととなる。そこで、行訴法は、取消判決に拘束力を認め、処分が違法として取り消された場合には、処分庁やその他の関係行政庁は、判決の趣旨を十分に尊重し、以後その事件について、裁判所の判決の内容を遵守する義務を負うこととし、取消判決の実効性を担保しようとしたのである。

イ 拘束力の具体的内容

(1) 消極的效果

取消判決が確定したときには、行政庁は、同一過誤の繰返しを禁止され、同一の事情の下で、同一の理由によって、同一人に対し、同一の内容の処分を再び行ってはならないという消極的義務（不作為義務）を負う。例えば、農地買収計画の取消訴訟において、当該農地が原告の所有に属しないと理由で買収計画を取り消す旨の判決が確定したときは、農業委員会は、再び当該農地が原告の所有に属するとの認定の下に買収計画を定めてはならないという拘束を受ける（最高裁昭和30年9月13日第三小法廷判決・民集9巻10号1262ページ、判例時報60号6ページ）。

しかし、取消判決の拘束力は、判決理由中に示された具体的な違法事由についての裁判所の判断に生じるものと解されており、既判力の

ように当該処分の違法性一般について生じるものではないから、例えば、法廷の聴聞手続への違背を理由として処分が取り消された場合に、行政庁が法定の手続を履行した上で、改めて同一の結果をもたらす処分をすることや、取消訴訟で明示的に攻撃防御の対象となり裁判所の違法との判断が示された処分理由とは別の処分理由によって同一の処分を行うことは、判決の拘束力に触れるものではない。

(イ) 積極的効果

申請を却下し、若しくは棄却した処分又は審査請求を却下し、若しくは棄却した裁決が判決によって取り消されたときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は審査請求に対する裁決をしなければならない（行訴法33条2項）。すなわち、処分又は裁決が取り消されたときは、申請又は審査請求に対する応答がされないままの状態（申請状態）が回復されることになるから、行政庁は改めて処分又は裁決をしなければならない。その際に(ア)の義務を負うことはもちろんである。

また、申請に基づいてした処分（申請を認めた処分）又は審査請求を認容した裁決が、手続に違法があることを理由として取り消された場合は、行訴法33条2項が準用され（同条3項）、当該行政庁は、改めて法定の手続を履踐して審理し直した上で処分又は裁決をしなければならない。これは、認容処分又は認容裁決につき、その内容の違法を理由として判決で取り消されたときは、その拘束力の関係上、再び処分又は裁決をやり直しても認容処分又は認容裁決がされる見込みがないが、手続の違法のみを理由として判決で取り消されたときは、なお、改めて適法な手続が履踐されることにより、当該申請又は審査請求が認容される可能性があるため、申請人又は審査請求人にとってやり直しの利益があることが根拠となっている。この「手続の違法」には、処分庁の構成に関する瑕疵、他の機関の同意・承諾等の欠けつ、行為の方式・表示に関する瑕疵等が含まれる。

なお、処分が判決により取り消されたとき、行政庁は、拘束力の効果として当該処分に関連して生じている違法状態を除去すべき義務を負うかどうかという問題がある。これを肯定する立場は、例えば、①処分の取消しに関連する原状回復義務（農地買収処分が取り消されたときの国の所有権移転登記抹消義務）や②一個の手続を構成する複数の処分（租税滞納処分と差押処分、農地の買収計画と買収処分など）のうち先行処分が取り消された場合の違法性を共通にする後行処分の取消義務を挙げる。これに対しては、①は、実体法上の当然の効果であり、②も、後行処分はその前提要件を欠くことになって当然無効となるものであり、いずれにせよ、拘束力を持ち出すまでもないと考えられる見解もある。

(ウ) 拘束力の主観的範囲

取消判決の拘束力を受ける行政庁は、取消訴訟の「処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁」である。「その他の関係行政庁」とは、処分行政庁と同一の行政主体に属する行政庁や法定受託等により同一の行政事務系統をなす上下の関係にある行政庁に限られず、取り消された処分又は裁決に係る事務に関係して何らかの処分権限を有する行政庁、すなわち、取り消された処分又は裁決を基礎又は前提として、これと関連する処分又は付随する行為を行う行政庁をいうと解される。例えば、知事が消防法7条に基づく消防長の不同意により建築不許可処分をした場合に、知事を被告とする当該不許可処分の取消判決において当該不同意が違法であるとされたときは、同取消判決の拘束力は消防長にも及び、消防長は、上記不同意を撤回して同意をすべき義務を負うとされている（福島地裁昭和29年5月10日判決・行裁例集5巻6号1214ページ）。

第18 上 訴

1 上訴の意義

(1) 上訴とは、裁判の確定前に、その取消し又は変更を求めて上級裁判所に不服を申し立てる制度をいう。上訴によって裁判の確定が妨げられ、当事者がこのような不服申立てをすることができなくなったときに、裁判は確定する。

民訴法上、終局判決に対する上訴として控訴（281条1項）と上告（311条）が設けられ、決定及び命令に対する上訴として抗告（328条）が設けられている。

上訴制度の目的は、裁判の適正を確保して紛争の正しい解決を図ることにあるが、同時に、法令の解釈・適用の統一を図るという目的もある。しかし、裁判の早期の終局的確定の必要のように、上訴に対して制限的な作用を及ぼし得る立法上の要請もあり、その見地から、上訴権の濫用の防止や、迅速処理の要請も重要である。上訴制度をいかなるものとするかは、このような諸種の要請を考量してされるべき立法政策にゆだねられた事柄であり、憲法81条の要請に反しない限りは違憲の問題を生じない。

行訴法は、上訴に関する規定を置いていない。したがって、行政事件訴訟における上訴については、民事訴訟の例による（行訴法7条）こととなり、基本的には、民訴法の上訴に関する規定がすべて準用されと考えてよい。

(2) 上訴は、確定前の裁判に対する不服申立てであるが、確定した裁判に対する不服申立てとして再審（民訴法338条、349条）がある。

また、憲法問題についての判断権限を行使する機会を保障するため、通常の不服申立方法が認められない裁判又は不服申立方法が尽きた裁判に対する最高裁判所への不服申立てとして特別上訴がある。特別上訴は、裁判

の確定を妨げない点で本来の上訴とは異なる。特別上訴には、対象となる裁判の種類に応じて、終局判決に対する特別上告（民訴法327条1項）と決定・命令に対する特別抗告（同法336条）とがあるが、いずれも、裁判に憲法の解釈の誤りその他憲法違反があることを理由とするときに限ってすることができる。

2 控訴

(1) 控訴の意義

控訴は、第一審の終局判決に対して第二審裁判所に不服を申し立てるものである（民訴法281条1項）。

不服申立ての理由については、制限はなく、事実認定の不当、法令違反のいずれも理由となる。この点で、憲法、法令の違背を理由とするときに限り提起できる上告と異なる。こうしたことから、第一審及び控訴審は、ともに事実審と呼ばれ、上告審は、法律審と呼ばれる。

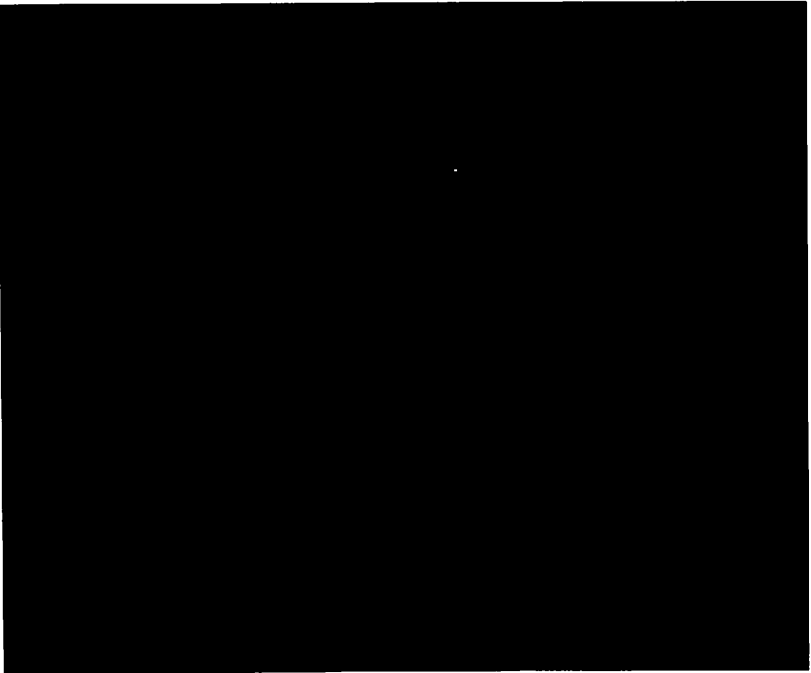
控訴には控訴の利益が必要であり、原告の請求を全部認容した第一審判決に対しては、原告から控訴することはできず、原告の請求を全部棄却した第一審判決に対しては、被告から控訴することはできない。また、被告が原告の訴えは不適法であって却下されるべきであると主張していた場合に、被告の本案前の主張を退け、原告の請求を棄却した第一審判決に対して、被告から控訴することはできない。被告にとって、訴え却下判決よりも請求棄却判決の方が、訴訟物とされた権利の不存在（取消訴訟に即して言えば、行政処分の適法性）が確定されるという意味において有利とされるからである。

事情判決（行訴法31条）については、双方から控訴することができる。

(2) 控訴の手続

控訴期間は、判決の送達があった日から2週間（初日不算入）である（民訴法285条）が、控訴期間は各当事者ごとに別個に、すなわち共同原告でも、当事者双方の間でも各別に進行する。

控訴期間の末日が日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律に規定する休日、1月2日、同月3日又は12月29日から同月31日までの日に当たるときは、それら休日等の翌日が期間満了日となる（民訴法95条3項）。



控訴状には、①当事者及び法定代理人、②第一審判決の表示及びその判決に対して控訴をする旨を記載することを要する（民訴法286条2項）。なお、不服の理由まで記載することは少ない。

控訴提起の手数料の額は、請求について判断をしなかった判決（訴え却下の判決等）に対する控訴の提起を除き、訴え提起の手数料の額の1・5倍である（民訴費用法3条1項、別表第1）。

さらに、控訴状の正本のほか、被控訴人の数に相当する控訴状の副本を提出し、控訴状の送達に要する費用の概算額を予納する必要がある（民訴費用法12条1項）。

控訴状は、第一審の裁判所に提出することを要する（民訴法286条1項）。

控訴が不適法でその不備を補正することができないことが明らかである場合には、第一審裁判所は、決定で控訴を却下しなければならない（民訴法287条1項）。

控訴状に第一審判決の取消し又は変更を求める事由の具体的な記載がないときは、控訴人は、控訴の提起後50日以内に、これを記載した書面を控訴裁判所に提出しなければならないとされ（民訴規則182条）、裁判長は、被控訴人に対し、相当の期間を定めて反論書の提出を命ずることができる（同規則183条）。

書式 [22] 控訴状

控 訴 状				
平成〇〇年〇月〇〇日				
〇〇高等裁判所民事部 御中				
控訴人指定代理人	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
〒100-8977 東京都千代田区霞が関1丁目1番1号				
控 訴 人 国				

代表者法務大臣 ○ ○ ○ ○
 処分行政庁 ○○労働基準監督署長
 ○ ○ ○ ○

指定代理人

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号
 ○○法務局訟務部（送達場所）
 （電 話 ○○○-○○○-○○○○）
 （FAX ○○○-○○○-○○○○）
 部 付 ○ ○ ○ ○
 上席訟務官 ○ ○ ○ ○
 訟 務 官 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○○○番地
 ○○地方法務局訟務部門
 上席訟務官 ○ ○ ○ ○
 訟 務 官 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号
 ○○労働局労働基準部
 労災補償課長 ○ ○ ○ ○
 労災補償訟務官 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号
 ○○労働基準監督署
 課 長 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○○○番地
 被控訴人 ○ ○ ○ ○

遺族補償年金不支給処分取消請求控訴事件

訴訟物の価額 160万円

貼用印紙額 1万9500円

上記当事者間の○○地方裁判所平成○○年（行ウ）第○○号遺族補償年金不支給処分取消請求事件につき、平成○○年○月○○日判決の言渡しがあり、控訴人は、同日判決正本の送達を受け、同判決は、全部不服であるから控訴を提起する。

第1 原判決の表示

- 1 ○○労働基準監督署長が原告に対し平成○○年○○月○○日付けでした労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金給付及び葬祭料を支給しない旨の処分を取り消す。
- 2 訴訟費用は被告の負担とする。

第2 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 被控訴人の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人の負担とする。

第3 控訴の理由

おって、準備書面をもって明らかにする。

附 属 書 類

- | | |
|-------------|-----|
| 1 控 訴 状 副 本 | 1 通 |
| 2 指 定 書 | 3 通 |

書式 [23] 控訴理由書

平成○○年（行コ）第○○号 遺族補償年金不支給処分取消請求控訴事件
 控訴人 国（処分行政庁 ○○労働基準監督署長）

被控訴人 ○○○○

控 訴 理 由 書

平成○○年○月○○日

○○高等裁判所民事部 御中

控訴人指定代理人 ○ ○ ○ ○ ㊟
 ○ ○ ○ ○ ㊟
 ○ ○ ○ ○ ㊟
 ○ ○ ○ ○ ㊟
 ○ ○ ○ ○ ㊟

原判決には、以下に述べるとおり、業務起因性に関する法令解釈に誤りがあり、かつ、その判断は、業務の過重性に関する事実の誤認に基づくものであるから、取消しを免れない。

なお、略語の使用については、特に断らない限り、原審における控訴人準備書面のとおりである。

第1 業務起因性の判断基準について

(以下省略)

原告から原判決を不服として控訴された場合には、控訴裁判所から控訴状の副本と期日呼出状及び答弁書催告状が被控訴人（被告）である国、地方公共団体の行政庁、独立行政法人又はその行政庁などに送達される（民訴法289条1項）。その後、地方公共団体の行政庁を当事者又は参加人とする第一号法定受託事務に関する訴訟、独立行政法人又はその行政庁を当事

者又は参加人とする訴訟について、地方公共団体又は独立行政法人から権限法7条の請求を受けて法務省が第一審において訴訟を実施していた場合には地方公共団体又は独立行政法人から法務局又は地方法務局に訴訟の実施依頼がされることになる。

もっとも、法務局又は地方法務局の担当官は、第一審判決が確定したか否かを確認することとなっているので、通常であれば、地方公共団体、独立行政法人からの訴訟実施依頼がされる前に、法務局には控訴されたことが判明している。したがって、控訴された場合には、そのことが判明した時点で、地方公共団体の行政庁、独立行政法人又はその行政庁に連絡をし、早めに法務局又は地方法務局に訴訟の実施依頼をするよう促し、答弁書の作成等、その後の事務処理の迅速に努めるべきである。

答弁書の作成は、第一審のそれに準ずる。

書式〔24〕 控訴状に対する答弁書

平成○○年（行コ）第○○○号 行政処分取消等請求控訴事件

控訴人 ○○株式会社ほか○○名

被控訴人 国（処分行政庁 ○○大臣）

答 弁 書

平成○○年○○月○○日

○○高等裁判所第○○民事部 御中

被控訴人指定代理人

〒○○○-○○○○ ○○市○○区○○町○丁目○番○号 ○○合同庁舎
 ○○法務局訟務部（送達場所）

(電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

(FAX 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)

部 付 〇 〇 〇 〇 ㊦

訟 務 官 〇 〇 〇 〇 ㊦

〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇市〇〇区〇〇町〇丁目〇番〇号

〇〇省〇〇地方〇〇局〇〇課

〇〇事務官 〇 〇 〇 〇 ㊦

第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

第2 被控訴人の主張

原判決の判断は正当であり、本件控訴は理由がないから、速やかに棄却されるべきである。

なお、被控訴人の主張及び立証は、原審における口頭弁論の結果のとおりであるからこれを援用するほか、当審における控訴人らの主張を待つて必要に応じ適宜主張・立証する。

(以下省略)

(3) 控訴審の審理

控訴審の訴訟手続については、特別の定めがある場合を除き、第一審の訴訟手続の規定が準用される（民訴法297条）。

当事者は、第一審における口頭弁論の結果を陳述することを要し（民訴法296条2項）、第一審の訴訟資料を口頭弁論に上程する手続をする。これは、通常、第1回口頭弁論期日において行われるが、実務では、「原判決の事実及び理由のとおり」（原判決が当事者の主張としての「事実」と判

決理由としての「理由」とを画然と区別して記載している場合は「原判決事実摘示のとおり」とするのがよりの確である。）と陳述することが多い。この場合、原判決に摘示された主張だけが控訴審の口頭弁論に上程されたことになるから、原判決の事実摘示が当方の主張を十分に取り入れているものであれば問題ないが、そうでない場合は、単に「原判決の事実及び理由のとおり」とするのでは十分でない場合もある。その場合は、「原審記録に基づき原審の口頭弁論の結果陳述」とするか、原判決の事実摘示を訂正した上で陳述する。

控訴審の審理は、第一審の訴訟資料を基礎とし、これに控訴審で新たに収集した資料を加えて、自ら事実認定をし、その上で原判決のうちの不服を申し立てられた部分が正当か否かを検討する。このような審理の方式を続審主義という。第一審においてした訴訟行為は控訴審においてもその効力を有する（民訴法298条1項）。控訴審で提出する審証の番号は、新たに甲、乙第1号証から付すのではなく、第一審で提出したものに連続した番号を付す。

口頭弁論における攻撃防御方法の提出時期については、適時提出主義が採られており（民訴法156条）、争点等の整理手続として準備的口頭弁論、弁論準備手続、書面による準備手続がされた後に、攻撃又は防御の方法を提出した当事者は、相手方の求めに応じて、事前にこれを提出できなかった理由を説明しなければならないという制限が課せられている。この制限は、控訴審においても存続され（民訴法298条2項、167条、174条、178条）、控訴審において新たに攻撃又は防御の方法を提出した当事者は、第一審における準備的口頭弁論等の終結の前にこれを提出できなかった理由を説明する義務を負う。

また、控訴審の裁判長は、当事者の意見を聴いて、攻撃若しくは防御の方法の提出、請求若しくは請求の原因の変更、反訴の提起又は選定者に係る請求の追加をすべき期間を定めることができるとし、その期間の経過後にこれらの訴訟行為をする当事者は、裁判所に対し、その期間内にこれを

することができなかった理由を説明しなければならないとされている（民訴法301条1、2項）。これも訴訟の遅延を防止する方策として設けられた制度である。

(4) 判決

控訴審の終局判決にも、第一審の終局判決と同様に訴訟判決と本案判決とがある。

訴訟判決は、控訴が不適法であるとして控訴を却下する判決であり、本案判決は、第一審判決に対する不服の当否についての判断を示すものである。したがって、訴え却下の第一審判決の取消しを求める控訴においては、第一審裁判所が訴えを却下したことの当否が控訴審の本案になるから、これについての判断を示した判決も、本案判決である。

ア 控訴却下

控訴期間を経過してされたとか、不控訴の合意があるなど、控訴が不適法である場合、控訴却下の判決をする。控訴が不適法であり、その欠缺が補正することができないものは、口頭弁論を経ないで却下判決をすることができる（民訴法290条）。

イ 控訴棄却

控訴裁判所は、控訴に理由がなく、第一審判決を相当とするときは、控訴棄却の判決をする（民訴法302条1項）。また、第一審判決の理由が不当な場合であっても、他の理由により結論において正当であるときは、控訴は棄却される（同法302条2項）。

ウ 控訴認容（自判、差戻し、移送）

控訴裁判所は、控訴に理由があり、第一審判決を不当とするときは、これを取り消す（民訴法305条）。また、第一審判決の手続が法律に違背するときも、第一審判決を取り消す（同法306条）。この場合、控訴裁判所は、第一審判決を取り消し、自ら裁判することが原則とされ、これを取消自判という。

事件につきなお弁論を要する場合には、第一審判決を取り消し、事件

を第一審裁判所に差し戻す（民訴法308条1項）。これを任意的差戻しという。

また、訴えを不適法として却下した第一審判決を取り消す場合は、自判をすることはできず、必ず事件を第一審裁判所に差し戻す（民訴法307条本文）。控訴裁判所が自判をすると、本案に関する審級の利益を害するからである。これを必要的差戻しという。

なお、必要的差戻しの場合であっても、更に弁論をする必要がないときは、控訴裁判所自ら判決をすることができる（民訴法307条ただし書）。これは、第一審で実体につき十分審理が尽くされている場合、当事者間で事実関係に争いがいない場合、原告の請求が主張自体理由のないことが明白である場合等においては、自判しても実質的に審級の利益を害することはなく、紛争の迅速処理に資することから、そのように規定されたものである。

専属管轄に関する規定に違背していることを理由として第一審判決を取り消すときは、事件を第一審専属管轄裁判所に移送する（民訴法309条）。

(5) 控訴の取下げ

控訴の取下げとは、控訴の申立てを撤回することであり、訴えそのものを撤回する訴えの取下げとは異なる。控訴する権利を消滅させる控訴権の放棄（民訴法284条）とも異なる。

控訴の取下げは、控訴提起後、控訴審の終局判決の言渡しがあるまですることができ、控訴人の意思表示だけで足り、相手方の同意は必要とされない（民訴法292条）。

控訴が取り下げられると、第一審判決が確定する。

3 上 告

(1) 上告の意義及び手続

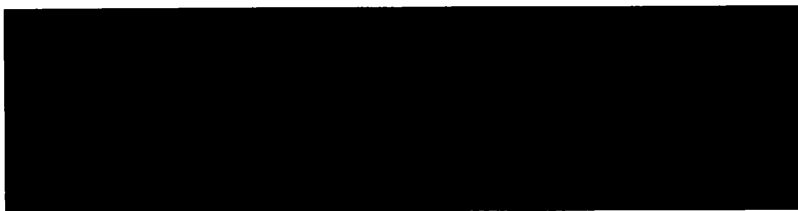
上告とは、控訴審の終局判決に対する法律審への上訴である（民訴法

311条1項)。

最高裁判所への上告事件は、原判決に憲法の解釈の誤りその他の憲法違反があることを理由とする場合及び絶対的上告理由に限定する。従来からあるいわゆる上告(提起)事件(民訴法312条)と、それ以外の法令違反、すなわち原判決に最高裁判所の判例に相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について上告審として審理する上告受理(申立)事件(同法318条)とに分かれる。

上告及び上告審の訴訟手続については、特別の定めがある場合を除き、控訴の規定が準用される(民訴法313条)。なお、選挙の無効確認訴訟、特許庁の審決取消訴訟などの特殊な行政事件訴訟で高等裁判所が第一審裁判所となるとき(第3・4(1)、40ページ参照)や、当事者双方が飛越上告の合意をしたとき(民訴法281条1項ただし書)は、例外的に第一審の終局判決に対してされる(同法311条1項、2項)。

上告期間は、判決書の送達を受けた日から2週間である(民訴法313条、285条本文)。



上告状の記載事項については、控訴状に関する規定(民訴法286条2項)が準用される(同法313条)。

上告提起及び上告受理申立ての手数料の額は、請求について判断しなかった判決(例えば、訴え却下の第一審判決を取り消して差戻しをした判決)に対する上告の提起を除き、訴え提起の手数料の額の2倍である(民訴費用法3条1項、別表第1)。請求について判断しなかった判決に対する上告の提起の場合は、前記「訴え提起の手数料の額の2倍」の2分の1(訴状の貼用印紙の額と同額)である。また、訴訟費用として、上告状、上告

提起通知書、上告理由書及び裁判書の送達並びに上告裁判所が訴訟記録の送付を受けた旨の通知に要する費用の概算額を予納する(民訴規則187条)。

上告状は、原裁判所に提出することを要する(民訴法314条1項)。

書式 [25] 上告状

上 告 状				
平成〇〇年〇月〇〇日				
最高裁判所 御中				
上告人指定代理人	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
	○	○	○	○ 印
〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号				
上 告 人	○	○	○	○ 県
代表者知事	○	○	○	○
指定代理人	○	○	○	○
〒100-8977 東京都千代田区霞が関1丁目1番1号				
法務省大臣官房(〇〇〇〇課・送達場所)				
(電 話 03-〇〇〇〇-〇〇〇〇)				
(FAX 03-〇〇〇〇-〇〇〇〇)				
	○	○	○	○ 課長
〒〇〇〇-〇〇〇〇 〇〇県〇〇市〇〇町〇丁目〇番〇号				
〇〇法務局訟務部				
(電 話 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇)				

(FAX ○○○-○○○-○○○○)

部 長 ○ ○ ○ ○

部 付 ○ ○ ○ ○

訟 務 官 ○ ○ ○ ○

〒100-8916 東京都千代田区霞が関1丁目2番2号

厚生労働省○○○局○○○○課

課 長 補 佐 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○○丁目○番○号

○○県○○部○○課

課 長 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○○番地

被 上 告 人 ○ ○ ○ ○

児童扶養手当受給資格喪失処分取消請求上告事件

訴訟物の価額 160万円

貼用印紙額 2万6000円

上記当事者間の○○高等裁判所平成○○年(行コ)第○○号児童扶養手当受給資格喪失処分取消請求控訴事件につき、平成○○年○月○○日判決の言渡しがあり、上告人は、同日判決の送達を受けたが、同判決は、全部不服であるから上告を提起する。

第1 控訴審判決の表示

- 1 原判決を取り消す。
- 2 ○○県知事が、控訴人に対し、平成○○年○月○○日付けでした、児童扶養手当受給資格喪失処分を取り消す。
- 3 訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人の負担とする。

第2 上告の趣旨

原判決を破棄し、さらに相当の裁判を求める。

第3 上告の理由

おって、上告理由書をもって明らかにする。

附 属 書 類

- | | |
|---------|-----|
| 1 上告状副本 | 1 通 |
| 2 指 定 書 | 3 通 |

(2) 上告理由

上告審は法律審であるから、上告理由とすることができるのは、最高裁判所に対する場合、①原判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、②重大な手続法違反の場合(判決への影響を問わないもので、絶対的上告理由という。)に限られており(民訴法312条1項、2項)、高等裁判所に対する場合は、①、②のほか、原判決に影響を及ぼすことが明白な法令違背を上告理由として認めている(同法312条3項)。なお、上告制度の趣旨・目的、訴訟経済等の観点から、上告理由該当性についての判断は、相当厳格にされている(最高裁平成11年6月29日第三小法廷判決・判例時報1684号59ページは、上告理由としての理由不備とは、主文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けていることをいい、原判決自体がその理由において論理的に完結していれば、理由の不備があるとはいえないとした。))。

書式[26] 上告理由書

上告提起事件番号 ○○高等裁判所平成○○年(行サ)第○○○号
児童扶養手当受給資格喪失処分取消請求上告事件

上告人 ○○県
被上告人 ○○○○

上 告 理 由 書

平成○○年○月○○日

最高裁判所 御中

上告人指定代理人	○	○	○	○	㊟
	○	○	○	○	㊟
	○	○	○	○	㊟
	○	○	○	○	㊟
	○	○	○	○	㊟

上告人は、以下のとおり上告の理由を明らかにする。

第1 事案の概要<略>

第2 原判決の判断の要旨<略>

第3 上告理由

<前略>

以上のとおり、原判決には憲法○○条の解釈の誤りがあるから、破棄を免れない。

(3) 上告審の審理

ア 原裁判所は、上告が適法であると認めたときは、上告人には上告提起通知書を、被上告人には上告状及び上告提起通知書を送達する（民訴規則189条1項、2項）。

上告人が上告状に上告理由を記載しないとき（通常そうである。）は、上記上告提起通知書の送達を受けた日から50日以内（民訴規則194条）に、上告理由書を原裁判所に提出しなければならない（民訴法315条1項）。上告の理由は、具体的に記載しなければならない（民訴規則193条）。上告理由書は、正本のほか、被上告人の数に6を加えた数の副本を提出する（民訴規則195条）。

イ 上告が不適法でその不備を補正することができないときや、上告人が上告理由書を提出せず、又は上告の理由の記載が最高裁判所規則の定める方式に違反しているときは、原裁判所は、決定をもって上告を却下する（民訴法316条1項）。

上告理由書の提出を受けた原裁判所は、上告状却下の命令（民訴法314条2項、288条、137条）、上告却下の決定があった場合を除き、訴訟記録を上告裁判所に送付し（民訴規則197条1項）、上告裁判所の書記官は訴訟記録が到着すると当事者に上告訴訟記録到着の通知をする（同規則197条3項）。

なお、相手方が上告した場合は、上告状及び上告提起通知書は国、地方公共団体の行政庁、独立行政法人又はその行政庁に送達され、上告訴訟記録到着通知も国、地方公共団体の行政庁、独立行政法人又はその行政庁にされるので、これらの送達等があったときは速やかに訟務部局に報告するよう、事前に連絡しておくことが適当である。

ウ 上告審では、職権調査事項（行政事件訴訟における処分性、原告適格、狭義の訴えの利益等の訴訟要件は、職権調査事項である。）のほかは、提出された上告理由に基づいた不服申立ての限度度のみ、原判決の当否を審査し、原判決の手続の経過及び判断の経過を事後的に審査するととどまり、原判決が適法に確定した事実拘束される。また、当事者は、原審の事実認定について、新たな主張や証拠を提出して、これを争うことはできない（民訴法320条、321条1項、322条）。

エ 上告審においては、後に述べるとおり、民訴法上、口頭弁論を経ない

で判決をすることができる場合が多く、実際上も口頭弁論を経ないで判決がされる事件が大部分である。

また、答弁書は、裁判長の提出命令（民訴規則201条）がない限り通常提出されていないが、口頭弁論が開かれない限り、答弁書提出命令がされることはないといえる。

(4) 上告受理申立て

上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合には、当事者は、最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件（例えば、これまで最高裁判所の判断がない解釈問題について判断を示すべき場合、最高裁判所自ら従前の判断を変更すべき場合、高等裁判所の誤った法令解釈を高等裁判所の判決として確定させることが適当でない場合等が考えられよう。）について、上告審として事件を受理することを申し立てること（上告受理の申立て）ができ、最高裁判所は、これに該当すると認めるときは、上告審として事件を受理する旨の決定をすることができる（民訴法318条1項）。

なお、事実認定につき、高度の蓋然性ないし必然性をもって一定の事実を推論させる経験則の無視あるいは誤用がある場合は、法令違背に当たるものとして、上告受理申立ての理由になると解される。

上告受理の申立ては、上告の提起と別個の申立てとして、これと同時にすることができるし、一通の書面ですることも許されるが、この場合には、その書面が上告状と上告受理申立書を兼ねるものであることを明らかにしなければならない（民訴規則188条）。上告受理申立て理由書の記載事項は、民訴規則199条に規定されている。

(5) 上告受理申立ての審理

上告受理の申立てには、民訴法313条から315条まで（控訴の規定の準用、

上告提起の方式等、上告の理由の記載）、316条1項（原裁判所による上告の却下）の規定及び民訴規則186条（控訴の規定の準用）、187条（上告提起の場合における費用の予納）、189条（上告提起通知書の送達等）、192条から198条まで（判例の摘示、上告理由の記載の仕方、上告理由書の提出期間、上告理由を記載した書面の通数、補正命令、上告裁判所への事件送付及び上告理由書の送達）の規定が準用されている（民訴法318条5項、民訴規則199条2項）。

このため、原裁判所は、上告受理申立てが適法であると認めたときは、申立人には上告受理申立て通知書を、相手方には上告受理申立書と上告受理申立て通知書を送達する。

申立人が上告受理申立書に上告受理の申立ての理由を記載しないときは、上告受理申立て通知書の送達を受けた日から50日以内に、上告受理申立て理由書を原裁判所に提出しなければならない。

上告受理申立てが不適法でその不備を補正することができないときや、申立人が上告受理申立て理由書を提出せず、又は上告受理申立ての理由の記載が最高裁判所規則の定める方式に違反しているときは、原裁判所は、決定をもって上告を却下する。

上告受理申立て理由書の提出を受けた原裁判所は、上告受理申立書却下の命令、上告受理申立書却下の決定があった場合を除き、訴訟記録を上告裁判所に送付し、上告裁判所の審記官は訴訟記録が到着すると当事者に上告訴訟記録到着の通知をする。

上告受理の申立ての手続は決定手続であるから、もともと任意的口頭弁論（民訴法87条1項ただし書）である。

最高裁判所は、当該事件が「法令の解釈に関する重要な事項」を含むものであると認めるときは上告受理決定をし、当該事件が「法令の解釈に関する重要な事項」を含むものであると認められないとき、又は上告受理の申立てが要件を欠き不適法であると認めるときは上告不受理決定をする。上告受理決定があったときは、上告があったものとみなされ、上告受理の

申立ての理由が上告の理由とみなされる（民訴法318条4項）。

(6) 判決・決定

ア 上告却下

上告裁判所は、上告が不適法でその不備を補正することができないとき、上告人が上告理由書を提出せず、又は上告の理由の記載が最高裁判所規則の定める方式に違反しているときは、決定で上告を却下することができる（民訴法317条1項）。

原裁判所においても、この場合、上告却下の決定ができるが、上告が不適法であることが明らかでない場合や原裁判所がその判断を上告裁判所にゆだねる場合等には、上告が客観的に不適法であっても、事件が上告裁判所に送付されてくることがあるからである。

なお、上告受理申立てに係る事件が民訴法318条1項の事件に当たるか否かは、上告裁判所である最高裁判所のみが判断し得る事項であり、原裁判所は、当該事件が同項の事件に当たらないことを理由として当該上告受理申立てを却下することはできないと解される（最高裁平成11年3月9日第一小法廷決定・判例時報1672号67ページ）。

イ 上告棄却

(ア) 上告裁判所である最高裁判所は、上告の理由が明らかに憲法違反及び重大な手続法違反（民訴法312条1項、2項）に該当しない場合には、決定で上告を棄却することができる（同法317条2項）。

(イ) 上告裁判所は、審面（上告状、上告理由書、答弁書その他の書類）の審理により上告を理由がないと認めるときは、口頭弁論を経ないで、判決で上告を棄却することができる（民訴法319条）。なお、上告理由の内容が法定の上告理由には当たらないが、形式的に上告理由の一つが主張されている場合の上告については、上告裁判所である最高裁判所が決定で棄却することができ、原裁判所又は上告裁判所が民訴法316条1項又は317条1項によって却下することはできないと解される（最高裁平成11年3月9日第三小法廷決定・判例時報1673号87ページ）。

ウ 原判決の破棄（破棄差戻し、破棄自判）

上告裁判所は、上告を理由があると認めるときは、原判決を破棄し（控訴審での「取消し」という用語と区別される。）、事件を原裁判所に差し戻し、又はこれと同等の他の裁判所へ移送しなければならない（民訴法325条1項、2項。移送は、同条3項の制約上、原裁判所に裁判させるのが適当でない場合等に行われる。）。上告を認容して原判決を破棄する場合は、必ず口頭弁論を開かなければならない（民訴法313条、297条、87条1項）。

上告裁判所は、原判決を破棄する場合、事件が確定した事実に基づき裁判をするのに熟するときや、事件が裁判所の権限に属しないことを理由に破棄するときは、事件について自ら裁判をしなければならない（民訴法326条）。上告審においては、自判とは、原判決である控訴審判決に代わる裁判であり、控訴申立てに対する応答であるので、訴え又は請求に対して直接応答することになるとは限らず、自判でも、事件を終局的に終了させないこともある（例としては、第一審判決が訴えを却下し、原判決がこれを維持して控訴を棄却しているとき、最高裁判所が訴えを適法と解し、原判決を破棄し、控訴を認容して、第一審判決を取り消し、事件を第一審裁判所に差し戻すという場合などがある。）。

参考1 [上告提起のフローチャート]

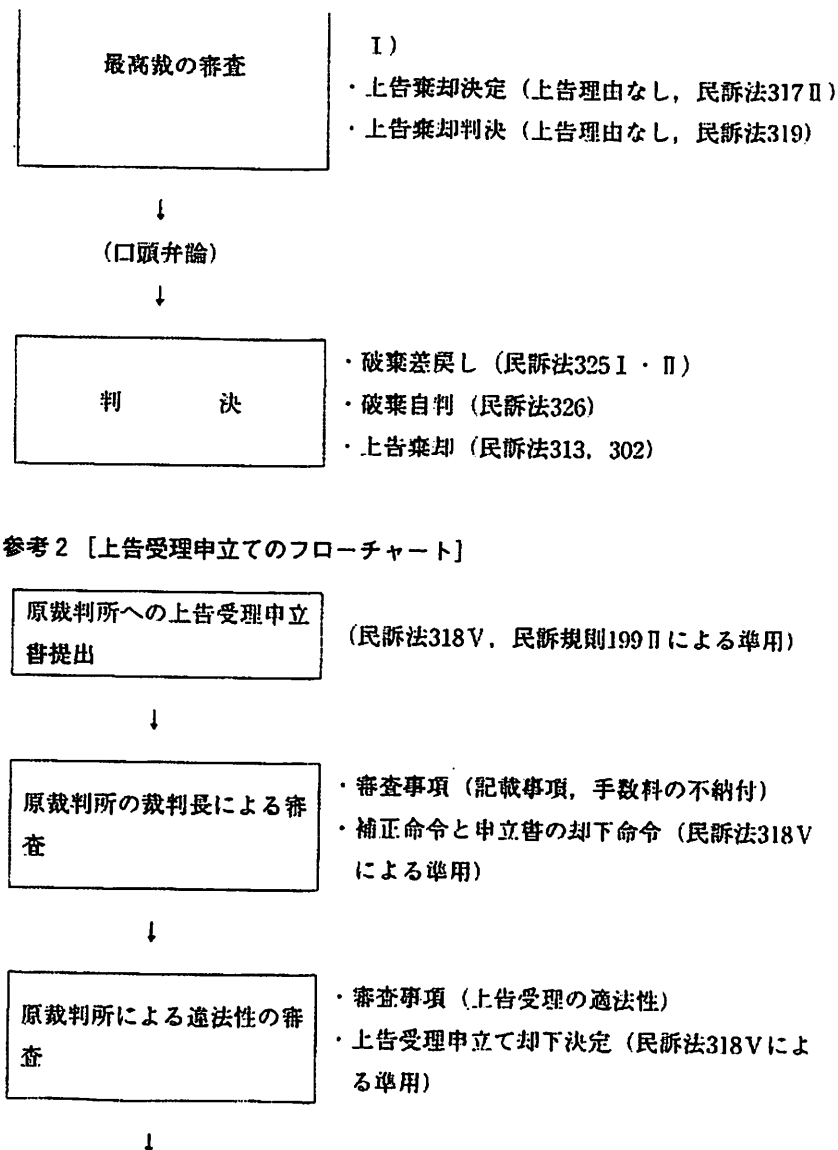
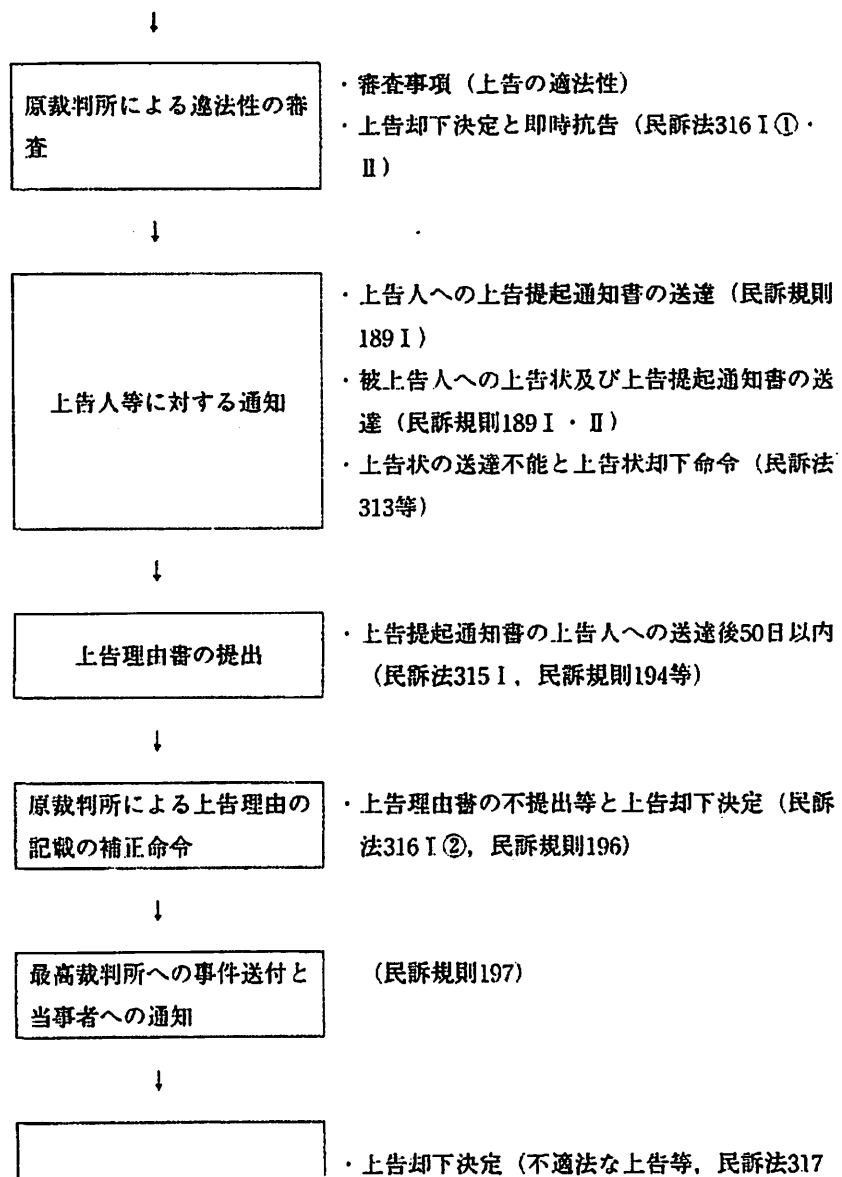
原裁判所への上告状の提出

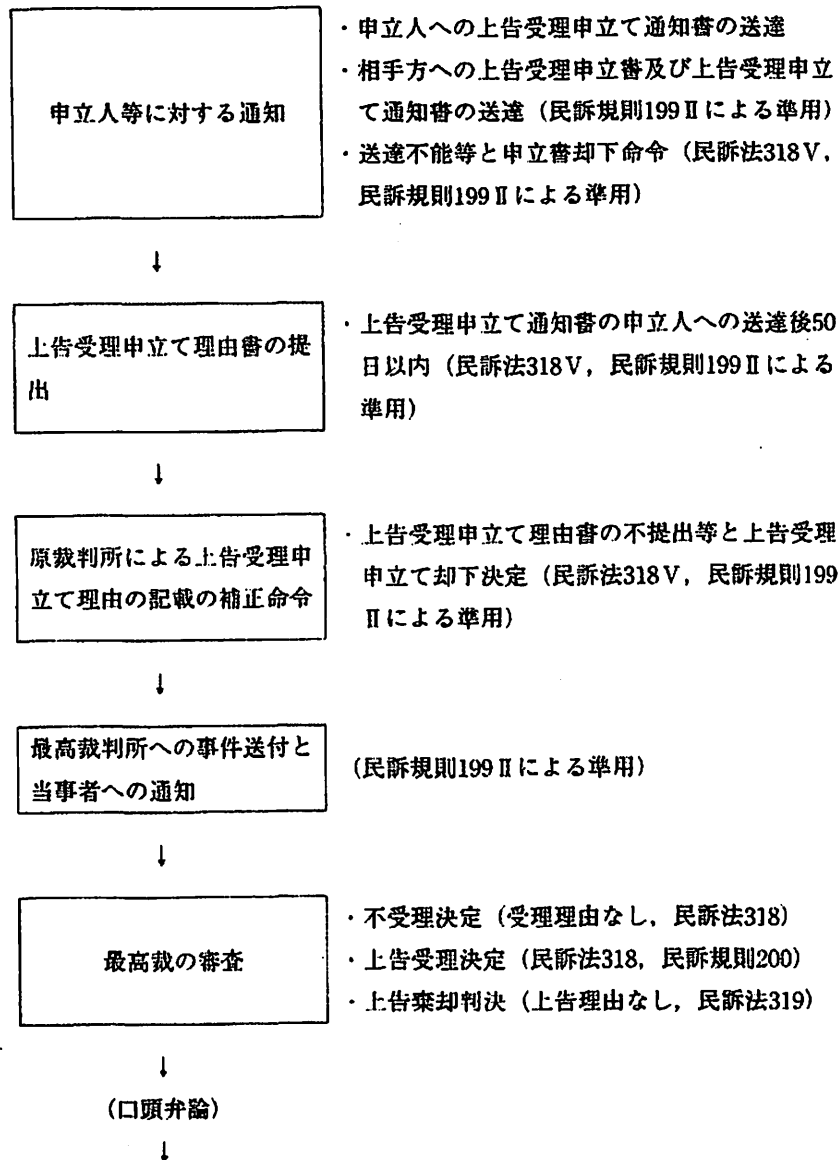
- ・憲法違反及び絶対的上告事由（民訴法312）
- ・費用の予納（民訴規則187）



原裁判所の裁判長による審査

- ・審査事項（必要的記載事項、印紙の貼用等）
- ・補正命令と上告状却下命令（民訴法314Ⅱ，288，137）





判 決	・ 破棄差戻し・移送（民訴法325Ⅰ・Ⅱ） ・ 破棄自判（民訴法326） ・ 上告棄却（民訴法313，302）
-----	---

4 抗告

(1) 抗告の意義と種類

ア 抗告とは、判決以外の裁判である決定及び命令に対する上訴であり、終局判決に対する上訴とは独立したものである。すなわち、裁判所又は裁判長が決定、命令により判断を示す事項の中には、本案と密接な関係があり、その誤りが終局判決に影響を及ぼすもの（例えば、訴えの変更を許さないとする決定や証拠の申出を却下する決定）と、本案との関係が薄いものや事件を判決によらずに終了させるもの（例えば、移送の決定や訴状却下命令）とがある。このうち前者の決定、命令については、本案の終局判決に対する上訴がされたときに、上訴審で終局判決とともに上訴裁判所の判断を受けることがふさわしい（民訴法283条本文、313条）が、後者の決定、命令については、終局判決に対する上訴審の審理を複雑化せず、また、その当否をめぐる争いを簡易迅速に解決するため、終局判決に対するものとは独立した不服申立方法を設けることが望ましい。このために設けられた不服申立方法が抗告である。

したがって、抗告はすべての決定、命令に対して抗告が許されるのではなく、法が定めた要件を満たす場合に限り許される。

イ 地方裁判所を第一審とする事件の決定、命令についての抗告には、通常抗告と即時抗告とがある。両者には、次のような相違がある。

- ① 通常抗告には、特に、抗告提起の期間の定めがなく、原裁判の取消しを求める利益がある限り、いつでも提起することができる。一方、即時抗告には、裁判の告知を受けた日から1週間という提起期間の定

めがある（民訴法332条）。

- ② 即時抗告は、特に、その提起を許す旨の個別の規定がある場合に限り提起することができる。
- ③ 即時抗告は、その提起に原裁判の執行を停止する効力があるが、通常抗告にはこの効力は付与されていない（民訴法334条1項）。ただし、行訴法25条7項による執行停止の申立てに対する決定についての即時抗告には、原決定に対する執行停止の効力はない（同条8項。第11・1(3)エ、176ページ参照）。

通常抗告では、抗告裁判所又は原裁判をした裁判所若しくは裁判官は、決定があるまでは、原裁判の執行の停止その他の処分を命じることができる（民訴法334条2項）。

- ウ 抗告裁判所がした決定に対し、その決定に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること又は決定に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときに限り、再抗告することができる（民訴法330条）。しかし、最高裁判所には特別抗告以外の抗告を裁判する権限がない（裁判所法7条2項）ので、高等裁判所が抗告裁判所である場合、その決定に対しては再抗告ということはない。

(2) 抗告のできる裁判

民訴法が、抗告を許している決定、命令は次のとおりである。

ア 通常抗告をすることのできる裁判

- ① 口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを却下した決定及び命令（民訴法328条1項）

民訴法328条1項によって抗告が許されるものとしては、例えば、証拠保全の申立て（同法235条）を却下する決定等が挙げられる。

「口頭弁論を経ないで」とは、必要的口頭弁論が要求されない場合のことであり、必要的口頭弁論が要求される場合は、本案の審理と密接不可分な関係がある場合であるから、その際の決定、命令は、終局判決とともに不服を申し立てさせることが相当であるものとして、抗

告は許されない。例えば、請求又は請求原因の変更を許さない旨の決定や証拠決定は、必要的口頭弁論（民訴法87条1項）に基づきされるものとして、これに対する抗告は許されない。

なお、一般的には抗告が許されるものに当たる決定、命令でも、特に不服申立てが禁止されている場合がある。例えば、管轄裁判所の指定（民訴法10条3項）、除斥又は忌避の決定（同法25条4項）がそれである。

- ② 決定又は命令で裁判をすることができない事項についてされた決定又は命令（民訴法328条2項）

イ 即時抗告をすることのできる裁判

法律が個別的に認めている場合に限られる。これに当たるものとして、移送の決定及び移送の申立てを却下した決定（民訴法21条）、訴訟救助の決定（同法86条）、訴状却下命令（同法137条3項）、文書提出命令の申立てに関する決定（同法223条7項）等がある。

(3) 抗告の手続

抗告をすることのできる決定、命令に対しては、決定・命令によって不利益を受ける当事者又は第三者（例えば、文書提出命令の場合の文書の所持者）が抗告を提起することができる。

抗告は、原裁判所又は抗告裁判所（原裁判をした裁判所又は裁判長の直近上級裁判所）に対し、書面で提起する（民訴法331条、286条）。抗告期間は、即時抗告についてのみに1週間の定めがある（同法332条）。

抗告には、その性質に反しない限り、控訴の規定が準用される（民訴法331条）ので、抗告状の記載事項は、控訴状の記載事項（同法286条2項）に準ずる。抗告状に原裁判の取消し又は変更を求める事由の具体的な記載がないときは、抗告人は、抗告の提起後14日以内に、これらを記載した書面を原裁判所に提出しなければならない（民訴規則207条）。

抗告の手続に特有のものとして、抗告が原裁判所に提起された場合又は抗告裁判所に提起され抗告裁判所から原裁判所に事件が送付された場合、

原裁判をした裁判所又は裁判長は、自ら抗告の可否を審査し、もし抗告を理由があると認めるときは、その裁判を更正しなければならない（民訴法333条）。これを再度の考案という。

原裁判所は、抗告を理由がないと認めれば、その旨の意見を付して、事件を抗告裁判所に送付する（民訴規則206条）。

(4) 抗告審の審理

抗告審の審理は任意的口頭弁論により行われ、決定で裁判がされる（民訴法87条1項）。口頭弁論を開かない場合には、抗告裁判所は、抗告人その他の利害関係人を審尋することができる（民訴法335条）。したがって、抗告審の審理手続としては、口頭弁論、審尋、書面審理の3通りがあることになるが、実際には書面審理がされることが多い。

抗告裁判所の訴訟手続にも、その性質に反しない限り、控訴の規定が準用される（民訴法331条）。

抗告裁判所の裁判は、控訴審の裁判に準じ、抗告が不合法であれば却下決定、抗告に理由がなければ棄却決定、理由があれば原判決を取り消した上、差戻しか自判の決定をすることになる。

(5) 特別抗告

1・(2)で述べたように、特別抗告は、本来の抗告ではないが、通常の上訴によっては最高裁判所の判断を受ける機会のない決定・命令について最高裁判所の違憲審査の機会を保障したものである。特別抗告が許される決定・命令は次のとおりである（民訴法336条1項）。

① 地方裁判所及び簡易裁判所の決定・命令で不服を申し立てることができないもの（明文で不服の申立てが禁じられている決定・命令と裁判の性質上不服の申立てが認められていない決定・命令とがある。）

② 高等裁判所の決定・命令

特別抗告は、決定・命令に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするものでなければならない。

特別抗告の提起期間は裁判の告知を受けた日から5日である（民訴法

336条2項）ので、特に注意を要する。

特別抗告及びこれに関する訴訟手続には、その性質に反しない限り、特別上告及びその上告審の訴訟手続に関する規定が準用される（民訴法336条3項）。

(6) 許可抗告

高等裁判所の決定及び命令に対して、その高等裁判所が、その裁判について、最高裁判所の判例（これがない場合は、大審院又は上告裁判所若しくは抗告裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある、又はその他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認めて許可したときには、特に最高裁判所に抗告をすることができる（民訴法337条）。

許可抗告の申立ては、裁判の告知を受けた日から5日以内（この期間は特別抗告の申立期間と同じである。民訴法337条6項、336条2項）に書面により原決定をした高等裁判所に対してする。抗告状に抗告の理由の記載がないときは、抗告人は、抗告許可申立て通知書の送達を受けた日から14日以内（民訴規則207条）に抗告理由書を提出しなければならない。その他、許可抗告の手続には、上告、上告受理申立ての規定が準用される。

第19 判決以外の事由による訴訟の終了

1 判決以外の訴訟終了事由

民事訴訟では、訴訟当事者の意思によって、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解といった手段を採ることにより、訴訟を終局判決によらずに終了させることができる。しかし、行政事件訴訟では、民事訴訟の例による（行訴法7条）ものの、行政事件訴訟の性質から、民事訴訟とは異なる取扱いが必要となる場合もある。また、原告の死亡により当然に訴訟が終了する場合もある。

2 訴えの取下げ

(1) 意義

訴えの取下げとは、原告がその提起した訴えの全部又は一部を撤回する旨の裁判所に対する一方的意思表示をいう。訴えの取下げにより、取下げの範囲において、訴訟が初めから係属していなかったものとみなされる（民訴法262条1項）。

行訴法は、訴えの取下げについて直接規定していないが、行政事件訴訟においても、民事訴訟の例により、訴えの取下げが可能であることについては、争いがない。

(2) 要件

訴えの取下げは、判決の確定前であればいつでも可能である（民訴法261条1項）。したがって、判決言渡し後でも、控訴審、上告審係属中でも、また、訴状送達前でも可能である。

しかし、被告が、本案につき、答弁書や準備書面を提出した場合、弁論準備手続において申述をした場合、又は口頭弁論で陳述をした場合には、その後の訴えの取下げには被告の同意を要する（民訴法261条2項）。これ

は、被告が応訴した以上、被告としても訴訟において法律関係の確定を図る利益を有し、これを一方的に消滅させることは不公平であるからである。

(3) 手続

訴えの取下げは、原則として書面によってしなければならないが、口頭弁論、弁論準備手続又は和解の期日に口頭ですることもできる（民訴法261条3項）。進行協議期日においても同様である（民訴規則95条2項）。なお、これらの各期日において訴えの取下げが口頭でされた場合には、書記官は、その旨を調書に記載する（同規則67条1項1号）。

被告の同意についても、書面又は口頭ですればよいが、訟務においては、同意の有無が後に争いにならないように、所管行政庁から訴え取下げの同意に関する明確な意思確認を行い、原則として書面によって同意をしている。

被告が訴えの取下書の送達を受けた日から2週間以内に異議を述べないときは、訴えの取下げに同意したものとみなされる。また、訴えの取下げが口頭弁論等の期日において口頭でされた場合、被告がその期日に出頭したときは訴えの取下げがあった日から、出頭しなかったときは当該期日の調書の謄本の送達があった日から2週間以内に異議を述べないときも同様である（民訴法261条5項）。したがって、訴えの取下げに同意しないときは、この期間内に、訴えの取下げに同意しない旨又は訴えの取下げに異議がある旨の書面を裁判所に提出することが必要である。

前記のとおり、訴えの取下げにつき、相手方の同意を必要とした趣旨は、いったん相手方が本案について応訴の態度を示した以上、相手方としても請求棄却の判決を得て請求の理由のないことを確定してもらうとする、いわゆる消極的確定の利益を保護することにある。したがって、相手方が本案についての答弁をする以前はもとより、訴訟要件の欠缺を主張して訴えの却下を求め、予備的に本案について弁論をしているにすぎないときは、訴えの取下げに対する相手方の同意は要しないとされている（千葉地裁昭和32年3月26日判決・判例時報108号12ページ、山形地裁昭和35年6月27

日判決・行裁例集11巻6号1856ページ)。

(4) 訴えの取下げの効果

訴訟は、訴えの取下げがあった部分については、初めから係属しなかったものとみなされる(民訴法262条1項)。原告は、再び、同一の請求について提訴することを妨げられない(ただし、取消訴訟の場合、出訴期間を経過していることが多いと考えられる。)が、本案についての終局判決があった後に訴えの取下げをした者は、同一の訴えを提起することは禁止される(同条2項)。この趣旨は、終局判決を得た後に訴えを取り下げることにより裁判を徒労に帰着させたことに対する制裁的なものであると解されている。

なお、訴えの取下げにより訴訟係属の効果は遡及的に消滅するので、原審で国側が勝訴した場合でも、上訴審で相手方の訴えの取下げに同意をすると、原審の勝訴判決も遡及的に消滅してしまう。このような事案では、訴えの取下げに同意するかどうかを、殊に慎重に検討することを要する。

(5) 訴えの取下げの擬制

第一審の審理において、当事者双方が口頭弁論期日又は弁論準備手続期日に出頭せず、又は出頭しても弁論、申述をせずに退廷、退席し、1か月以内に当事者のいずれからも期日指定の申立てがないときは、その期間満了の時に訴えの取下げがあったものとみなされる(民訴法263条前段)。これを、訴えの取下げの擬制という。また、当事者双方が連続2回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をしたときも同様であり(同

条後段)、不熱心な訴訟進行に対処する方法が設けられている。

訴えの取下げの擬制は、上記のいずれかの要件を満たすことにより、その効力が生ずる。

(6) 上訴の取下げ

ここで、訴えの取下げに関連して、上訴の取下げについて触れておく。

上訴の取下げとは、上訴裁判所における審判の申立てを撤回すること(民訴法292条、313条)をいう。上訴の取下げが、上訴期間経過後にされた場合であれば上訴期間満了日の翌日にさかのぼって、上訴期間中にされた場合であれば通常上訴期間満了日の翌日をもって原判決が確定し、訴訟は終了する。上訴の取下げにより原判決が確定する点で、訴訟が初めから係属していなかったことになる訴えの取下げとは異なる。

上訴の取下げには、訴えの取下げの方式、効果、訴えの取下げの擬制の規定が準用される(民訴法292条2項)。原判決が確定するのであるから、被上訴人の利益は考慮する必要がないので、上訴の取下げには、被上訴人の同意は必要とされていない。

3 請求の放棄・認諾

請求の放棄とは、原告が訴えをもって主張している請求の全部又は一部を、原告自ら理由のないものであることを認める訴訟上の陳述をいい、原告の一方的意思表示である。一方、請求の認諾とは、被告が、原告が訴えをもって主張している請求の全部又は一部を、理由のあるものと認める訴訟上の陳述をいい、被告の一方的意思表示である。請求の放棄・認諾は、裁判所に対して陳述されると調書に記載され(民訴規則67条1項1号)、この記載は、確定判決と同一の効力を有する(民訴法267条)。

行政事件訴訟においては、処分権主義(第14・2(1)、260ページ参照)が完全には妥当しないことから、請求の放棄・認諾をすることが可能かどうかの問題がある。しかし、私人が原告となる通常の行政事件訴訟において、請求の放棄を認めないとする根拠は全くない。これに対し、行政庁が請求の認

諾をできるかどうかについては、行政庁に訴訟物に関する処分権能が認められないことを理由に否定する説と、行政庁に実体法上の処分権能がある場合には支障がないとして肯定する説に分かれており、定説はない。ただし、取消訴訟において、請求の認諾をすべきような事案であれば、行政庁が職権で処分を取り消すことで対応できるから、実務的に議論の実益は大きくない。

4 訴訟上の和解

訴訟上の和解とは、訴訟物たる権利又は法律関係につき、互いにその主張を譲歩して争いを解決する旨の期日における当事者の合意をいう。訴訟上の和解は、調書に記載され（民訴規則67条1項1号）、この記載は、確定判決と同一の効力を有する（民訴法267条）。

取消訴訟において訴訟上の和解をすることが可能か否かにつき争いがある。行政処分は、その要件や効力が法定されており、処分庁がその意思で処分したり、譲歩したりすべき性質のものではない。また、行政庁が一方的に国民に対して行うことが予定されているから、訴訟当事者の互いの譲歩によって行政処分の内容を決定することは、行政処分の法的性質になじまない。これらの理由から否定説が有力である。しかし、行政処分の効力を左右しない和解（例えば、原告に訴えの取下げ又は請求の放棄をさせ、訴訟費用の負担のみを定める和解）については、特にこれを否定する理由は見当たらない。

もっとも、訴訟上の和解の可否について争いがある以上、実務上は、特に慎重に対応すべきであろう。

なお、訴訟上の和解とは別に、実務においては、いわゆる「事実上の和解」などと称される処理の仕方がある。これは、訴訟上の和解ではなく、裁判所が間に入り、例えば、行政庁側が争われている処分を職権で取り消し、原告は訴えを取り下げるなどのように、訴訟外の合意を成立させ、訴訟自体は訴えの取下書等により事件を終了させるものである。このような処理は、実務上も少なからず行われている。

5 当事者の死亡・消滅

民事訴訟においては、訴訟当事者が死亡又は消滅（法人の場合など）した場合に、実体法上、訴訟物に関する権利義務を承継した者があれば、訴訟法上もその者が訴訟を承継して当事者になると解されている（民訴法124条1項）。しかし、訴訟当事者が死亡・消滅した場合でも、訴訟物たる権利義務が一身専属的なものであれば、実体法上、その権利義務は承継されることはないから、訴訟は当然に終了すると解される。

行政事件訴訟においても、民事訴訟の例により、例えば、取消訴訟の係属中に原告が死亡した場合には、処分の取消しを求める法律上の利益（原告適格を基礎づける法律上の利益）を実体法上承継する者は、訴訟を承継することになる。しかし、行政事件訴訟の場合には、このような法律上の利益は、一身専属的なものも少なくなく、その場合には、訴訟は当然に終了する。

まず、上記の法律上の利益ないしこれを発生させる行政法上の地位の承継の可否が明文で規定されている場合には、これによる。承継を可能とする明文の規定があれば、その地位が実体法上承継されることは明らかであるから、この地位によって行政事件訴訟の原告適格が基礎づけられているとすれば、これによって訴訟も当然に承継され、訴訟が終了することはない。例えば、電波法20条1項では、免許人の地位の承継について定めている（「免許人について相続があつたときは、その相続人は、免許人の地位を承継する」）ことから、仮に免許人に対する監督処分の取消訴訟中に原告が死亡したとしても、訴訟は終了しない。同様の例として、ガス事業法11条1項、漁業法62条1項等がある。

一方、上記の利益ないし地位の承継について明文で規定されていない場合には、その地位の性質を踏まえ、当該利益ないし地位の根拠となる行政法規の立法政策を探求して、承継がされるか否かを個別具体的に判断する以外はない。ただ、一般的にいえば、行政庁の処分が、私人の能力や性質等その特性に基づいてされる場合は、それによって私人に発生した行政法上の権利義

務は、一身専属的であり、承継されないという立法がされているものといえよう。例えば、自動車運転免許、医師免許、教職員免許は、それぞれの個人の特性に着目して与えられるもので、人的な要素が強いから、その行政処分を受けた者が死亡すると、その権利義務は、当然に消滅し、相続されることなく、その者が当該行政処分について提起した訴訟は終了すると解される。

各種の社会保障の不支給決定の取消訴訟においても原告の死亡による訴訟承継が問題となることが少なくない。未支給の支給請求権が相続の対象となる場合もあり、又は法の規定により相続とは別の立場から一定の遺族に対して支給請求権の承継が認められている場合もあるなど、当該訴訟が一定の者によって承継されるかどうかを判断するに当たっては、各根拠法規がどのような立法政策を採るものであるかを検討する必要がある。

一方、不利益処分の名宛人が死亡した場合や名宛人たる法人に合併が生じた場合において、処分の法的効果として生じた義務が相続や合併による承継の対象となるときは、訴訟も承継される。例えば、課税処分がこのような場合に当たる。最高裁昭和49年12月10日第三小法廷判決（民集28巻10号1868ページ）は、公務員の免職処分の取消訴訟の事案において、「原告である当該公務員が訴訟係属中に死亡したとしても、免職処分の取消しによつて回復される右給料請求権等が一身専属的な権利ではなく、相続の対象となりうる性質のものである以上、その訴訟は、原告の死亡により訴訟追行の必要が絶対的に消滅したものとして当然終了するものではなく、相続人において引き続きこれを追行することができるものと解すべきである。けだし、免職処分を取り消す判決によつて給料請求権等を回復しうる関係は、右取消しに付随する単なる法律要件的效果ないし反射的效果ではなく、取消訴訟の実質的目的をなすものであつて、その訴訟の原告適格を基礎づける法律上の利益とみるべきことは前記のとおりであるから、右利益が相続によつて承継されるものであるときは、これに伴い原告適格も相続人に継承されると解するのを相当とするからである。」と判示した。

処分の名宛人以外の第三者が原告となって提起した取消訴訟においても、

その取消しを求める法律上の利益、すなわち、その原告適格を基礎づける法律上の利益の性質に応じて判断することになる。例えば、それが生命、身体の安全であれば、一身専属的なものであることが明らかであるから、承継は認められない（都市計画法29条に基づく開発許可処分の取消訴訟についての最高裁平成9年1月28日第三小法廷判決）。

以上の場合を通じ、死亡又は消滅した当事者に訴訟代理人がある場合には、訴訟手続の中断は生ぜず（民訴法124条2項）、したがって、訴訟手続の受継も問題とならない（同条1項）。この場合には、訴訟が客観的には承継されているのか終了しているのか、承継されているとすれば、だれが承継により当事者となっているのかを、手続上明確にしておくのが適当であるというだけのことである。前者の点に疑義があれば、承継を肯定する中間判決又は訴訟終了宣言がされるべき場合があろう。後者の点については、死亡等に係る当事者の代理人から戸籍謄本等の資料を提出して承継人を明らかにすることが通常であるが、万一このような処理がされなくても、法律上は特段の問題が生ずるわけではない。

- 416 -

することである。 7 上訴審において第一項の決定をしたときは、裁判所は、その訴訟を審判部に移送しなければならない。	(請求の客體的併合) 第16条 取消請求には、関連請求に係る訴えを併合することである。 2 前項の規定により訴えを併合する場合において、取消請求の第一審裁判所が審判部であるときは、関連請求に係る訴えの被告の同意を得なければならぬ。被告が同意を述べないで、本審について併合をし、又は非訟事件手続において申立てをしたときは、同意したものとみなす。	(共同訴訟) 第17条 数人は、その数人の請求又はその数人に対する請求が処分又は最終的取消しの請求と関連請求とである場合に限り、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる。 2 前項の場合には、前条第二項の規定を準用する。	(第三者による請求の追加的併合) 第18条 第三者は、取消請求の口頭弁論の開始に至るまで、その訴訟の当事者の一方を被告として、関連請求に係る訴えをこれに併合して提起することができる。この場合において、前条第四項の規定が準用される。第16条第二項の規定を準用する。 2 前項の規定は、取消請求について民事訴訟法（平成八年法律第九号）第四百十三条の規定の例によることを初めない。	(原告による請求の追加的併合) 第19条 原告は、取消請求の口頭弁論の開始に至るまで、関連請求に係る訴えをこれに併合して提起することができる。この場合において、前条第四項の規定が準用される。第16条第二項の規定を準用する。 2 前項の規定は、取消請求について民事訴訟法（平成八年法律第九号）第四百十三条の規定の例によることを初めない。	第二十條 前条第一項前段の規定により、処分の取消しの訴えをその処分についての審査請求を前提とした裁決の取消しの訴えに併合して提起する場合には、両項後段において準用する第16条第二項の規定にかかわらず、処分の取消しの訴えの被告の同意を得ることを要せず。また、その提起があつたときは、出訴期間の遵守については、処分の取消しの訴えは、裁決の取消しの訴えを提起した時に提起されたものとみなす。	(図又は公共団体に對する請求への訴えの変更) 第二十一條 裁判所は、取消請求の目的たる請求を当該処分又は裁決に係る利害の関係を有する図又は公共団体に對する損害賠償その他の請求に変更することが相当であるとするときは、請求の基礎に要しない限り、口頭弁論の開始に至るまで、原告の申立てにより、決定をもつて、訴えの変更を許すことができる。 2 前項の規定は、第15条第二項の規定を準用する。 3 裁判所は、第一項の規定により訴えの変更を許す決定をするには、あらかじめ、当事者及び利害関係者その他の請求に係る訴えの被告の同意を得なければならぬ。即時裁判手続において申立てをしたときは、同意したものとみなす。 4 訴えの変更を許す決定に対しては、即時裁判手続をすることである。 5 訴えの変更を許さない決定に対しては、不服を申し立てることができる。
---	--	---	--	--	---	--

(第三者の訴訟参加) 第二十二條 裁判所は、訴訟の結果により権利を害される第三者があるときは、当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その第三者を訴訟に参加させることができる。 2 裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び第三者の意見をきかなければならぬ。 3 第一項の申立てをした第三者は、その申立てを却下する決定に対して即時裁判をすることができる。 4 第一項の規定により訴訟に参加した第三者については、民事訴訟法第四十條第一項から第三項までの規定を準用する。 5 第一項の規定により第三者が参加の申立てをした場合には、民事訴訟法第四十五條第三項及び第四項の規定を準用する。	(行政府の訴訟参加) 第二十三條 裁判所は、他の行政庁を訴訟に参加させることが必要であると認めるときは、当事者若しくはその行政庁の申立てにより又は職権で、決定をもつて、その行政庁を訴訟に参加させることができる。 2 裁判所は、前項の決定をするには、あらかじめ、当事者及び当該行政庁の意見をきかなければならぬ。 3 第一項の規定により訴訟に参加した行政庁については、民事訴訟法第四十五條第一項及び第二項の規定を準用する。	(訴訟参加の特別) 第二十四條 裁判所は、訴訟関係を明確にするため、必要であると認めるときは、次に掲げる処分をすることができ、 一 被告である図若しくは公共団体に所属する行政庁又は被告である行政庁に対し、処分又は裁決の内容、処分又は裁決の理由となる法令の条項、処分又は裁決の理由となる事実その他の処分又は裁決の理由を明らかにする資料(次項に規定する審査請求に係る事件の記録を除く。)であつて当該行政庁が保有するもの全部又は一部の提出を求めること。 二 前号に規定する行政庁以外の行政庁に対し、同号に規定する資料であつて当該行政庁が保有するもの全部又は一部の提出を確保すること。 2 裁判所は、処分についての審査請求に対する裁決を経た後に取消請求の提起があつたときは、次に掲げる処分をすることができ、 一 被告である図若しくは公共団体に所属する行政庁又は被告である行政庁に対し、当該審査請求に係る事件の記録であつて当該行政庁が保有するもの全部又は一部の提出を求めること。 二 前号に規定する行政庁以外の行政庁に対し、同号に規定する事件の記録であつて当該行政庁が保有するもの全部又は一部の提出を確保すること。	(裁決の提起) 第二十五條 裁判所は、必要であると認めるときは、職権で、裁決の提起をすることができ、ただし、その提起への結果について、当事者の意見をきかなければならぬ。 (執行停止) 第二十六條 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の執行を妨げない。 2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、	(裁決の提起) 第二十七條 裁判所は、必要であると認めるときは、職権で、裁決の提起をすることができ、ただし、その提起への結果について、当事者の意見をきかなければならぬ。 (執行停止) 第二十八條 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の執行を妨げない。 2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、	(裁決の提起) 第二十九條 裁判所は、必要であると認めるときは、職権で、裁決の提起をすることができ、ただし、その提起への結果について、当事者の意見をきかなければならぬ。 (執行停止) 第三十條 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の執行を妨げない。 2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、	(裁決の提起) 第三十一條 裁判所は、必要であると認めるときは、職権で、裁決の提起をすることができ、ただし、その提起への結果について、当事者の意見をきかなければならぬ。 (執行停止) 第三十二條 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の執行を妨げない。 2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、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、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下「執行停止」という。）をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない。

3 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、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。

4 執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない。

5 第二項の決定は、説明に基づいてする。

6 第二項の決定は、口頭弁論を経ないですることができる。ただし、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない。

7 第二項の申立てに対する決定に対しては、即時抗告をすることができる。

8 第二項の決定に対する即時抗告は、その決定の執行を停止する効力を有しない。

（事情変更による執行停止の取消し）

第二十六条 執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる。

2 前項の申立てに対する決定及びこれに対する不服については、前条第五項から第八項までの規定を準用する。

（内閣総理大臣の異議）

第二十七条 第二十五条第二項の申立てがあつた場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする。

2 前項の異議には、理由を附さなければならない。

3 前項の異議の理由においては、内閣総理大臣は、処分の効力を存続し、処分を執行し、又は手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情を示すものとする。

4 第一項の異議があつたときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない。

5 第一項後段の異議は、執行停止の決定をした裁判所に対して述べなければならない。ただし、その決定に対する抗告が抗告裁判所に係属しているときは、抗告裁判所に対して述べなければならない。

6 内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、第一項の異議を述べた後、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない。

（執行停止等の管轄裁判所）

第二十八条 執行停止又はその決定の取消しの申立ての管轄裁判所は、本案の係属する裁判所とする。

（執行停止に関する規定の準用）

第二十九条 前四条の規定は、裁決の取消しの訴えの提起があつた場合における執行停止に関する事項について準用する。

処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下「執行停止」という。）をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない。

（新設）

3 執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない。

4 第二項の決定は、説明に基づいてする。

5 第二項の決定は、口頭弁論を経ないですることができる。ただし、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない。

6 第二項の申立てに対する決定に対しては、即時抗告をすることができる。

7 第二項の決定に対する即時抗告は、その決定の執行を停止する効力を有しない。

（事情変更による執行停止の取消し）

第二十六条 執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる。

2 前項の申立てに対する決定及びこれに対する不服については、前条第四項から第七項までの規定を準用する。

（内閣総理大臣の異議）

第二十七条 第二十五条第二項の申立てがあつた場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする。

2 前項の異議には、理由を附さなければならない。

3 前項の異議の理由においては、内閣総理大臣は、処分の効力を存続し、処分を執行し、又は手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情を示すものとする。

4 第一項の異議があつたときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない。

5 第一項後段の異議は、執行停止の決定をした裁判所に対して述べなければならない。ただし、その決定に対する抗告が抗告裁判所に係属しているときは、抗告裁判所に対して述べなければならない。

6 内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、第一項の異議を述べた後、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない。

（執行停止等の管轄裁判所）

第二十八条 執行停止又はその決定の取消しの申立ての管轄裁判所は、本案の係属する裁判所とする。

（執行停止に関する規定の準用）

第二十九条 前四条の規定は、裁決の取消しの訴えの提起があつた場合における執行停止に関する事項について準用する。

（裁量処分の取消し）

第三十条 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。

（特別の事情による請求の棄却）

第三十一条 取消訴訟については、処分又は裁決が違法であるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい被害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない。

2 裁判所は、相当と認めるときは、終局判決前に、判決をもつて、処分又は裁決が違法であることを宣言することができる。

3 終局判決に事実及び理由を記載するには、前項の判決を引用することができる。

（取消判決等の効力）

第三十二条 処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する。

2 前項の規定は、執行停止の決定又はこれを取り消す決定に準用する。

第三十三条 処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する。

2 申請を却下し若しくは棄却した処分又は審査請求を却下し若しくは棄却した裁決が判決により取り消されたときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は審査請求に対する裁決をしなければならない。

3 前項の規定は、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合に準用する。

4 第一項の規定は、執行停止の決定に準用する。

（第三者の再審の訴え）

第三十四条 処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかつたため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかつたものは、これを理由として、確定の終局判決に対し、再審の訴えをもつて、不服の申立てをすることができる。

2 前項の訴えは、確定判決を知つた日から三十日以内に提起しなければならない。

3 前項の期間は、不変期間とする。

4 第一項の訴えは、判決が確定した日から一年を経過したときは、提起することができない。

（訴訟費用の裁判の効力）

第三十五条 国又は公共団体に所属する行政庁が当事者又は参加人である訴訟における確定した訴訟費用の裁判は、当該行政庁が所属する国又は公共団体に対し、又はそれらの者のために、効力を有する。

第二節 その他の抗告訴訟

（裁量処分の取消し）

第三十条 行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。

（特別の事情による請求の棄却）

第三十一条 取消訴訟については、処分又は裁決が違法であるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい被害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない。

2 裁判所は、相当と認めるときは、終局判決前に、判決をもつて、処分又は裁決が違法であることを宣言することができる。

3 終局判決に事実及び理由を記載するには、前項の判決を引用することができる。

（取消判決等の効力）

第三十二条 処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する。

2 前項の規定は、執行停止の決定又はこれを取り消す決定に準用する。

第三十三条 処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、当事者たる行政庁その他の関係行政庁を拘束する。

2 申請を却下し若しくは棄却した処分又は審査請求を却下し若しくは棄却した裁決が判決により取り消されたときは、その処分又は裁決をした行政庁は、判決の趣旨に従い、改めて申請に対する処分又は審査請求に対する裁決をしなければならない。

3 前項の規定は、申請に基づいてした処分又は審査請求を認容した裁決が判決により手続に違法があることを理由として取り消された場合に準用する。

4 第一項の規定は、執行停止の決定に準用する。

（第三者の再審の訴え）

第三十四条 処分又は裁決を取り消す判決により権利を害された第三者で、自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかつたため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかつたものは、これを理由として、確定の終局判決に対し、再審の訴えをもつて、不服の申立てをすることができる。

2 前項の訴えは、確定判決を知つた日から三十日以内に提起しなければならない。

3 前項の期間は、不変期間とする。

4 第一項の訴えは、判決が確定した日から一年を経過したときは、提起することができない。

（訴訟費用の裁判の効力）

第三十五条 国又は公共団体に所属する行政庁が当事者又は参加人である訴訟における確定した訴訟費用の裁判は、当該行政庁が所属する国又は公共団体に対し、又はそれらの者のために、効力を有する。

第二節 その他の抗告訴訟

- 423 -

本書について理由があるとき、裁判所は、申立により、決定をもつて、假に行政官がその処分においてしてはならない旨を命ずること（以下この条において「原の禁止処分」という。）ができる。 3 仮の裁判官又は仮の禁止処分は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができな。 4 第三十三条及び第三十三条第一項の規定は、仮の裁判官及び仮の禁止処分に関する事項について準用する。 5 前項において準用する第三十五条第七項の即時抗告についての裁判又は抗告において適用する第三十六條第一項の規定により仮の裁判官の決定が取り消されたときは、当該行政官は、当該裁判の審判官の決定に基づいてした処分又は処分を取り消さなければならない。 (取消訴訟に関する規定の適用) 第三十八條 第十一條から第十三条まで、第十六條から第十九条まで、第二十一條から第二十四条まで、第三十三條及び第三十五條の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する。 2 第十條第二項の規定は、処分が最終的確定の訴えとその処分についての審査請求を要しない裁判に係る抗告訴訟とを提起することができる場合に、第二十條の規定は、処分が無効的確定の訴えをその処分についての審査請求を要しない裁判に係る抗告訴訟に併合して提起する場合に準用する。 3 第二十五條の二、第二十五條から第二十九条まで及び第三十三條第二項の規定は、無効的確定の訴えについて適用する。 4 第八條及び第三十條第二項の規定は、不作為の違法確認の訴えに準用する。 第三章 当事者訴訟 (出訴の通知) 第三十九條 当事者間の法律関係を確定又は形成する処分又は判決に関する訴訟で、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が提起されたときは、裁判所は、当該処分又は判決をした行政官にその旨を通知するものとする。 (出訴期間の定めがある当事者訴訟) 第四十條 法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟は、その法令に別段の定めがある場合を除き、正当な理由があるときは、その期間を超過した後であっても、これを提起することができ。 2 第三十五條の規定は、法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟について準用する。 (法律訴訟に関する規定の適用) 第四十一條 第二十三條、第二十四條、第三十三條第一項及び第三十五條の規定は当事者訴訟における処分又は判決の理由を明らかにする資料の提出について準用する。 2 第三十三條の規定は、当事者訴訟とその目的たる請求と関連請求の關係にある請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における訴訟に、第十六條から第十九条までの規定は、これらの訴えの併合について準用する。	(取消訴訟に関する規定の適用) 第三十八條 第十一條から第十三条まで、第十六條から第十九条まで、第二十一條から第二十四条まで、第三十三條及び第三十五條の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する。 2 第十條第二項の規定は、処分が最終的確定の訴えとその処分についての審査請求を要しない裁判に係る抗告訴訟とを提起することができる場合に、第二十條の規定は、処分が無効的確定の訴えをその処分についての審査請求を要しない裁判に係る抗告訴訟に併合して提起する場合に準用する。 3 第二十五條から第二十九条まで及び第三十三條第二項の規定は、無効的確定の訴えに準用する。 4 第八條及び第三十條第二項の規定は、不作為の違法確認の訴えに準用する。 第三章 当事者訴訟 (出訴の通知) 第三十九條 当事者間の法律関係を確定又は形成する処分又は判決に関する訴訟で、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が提起されたときは、裁判所は、当該処分又は判決をした行政官にその旨を通知するものとする。 (出訴期間の定めがある当事者訴訟) 第四十條 法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟は、その法令に別段の定めがある場合を除き、正当な理由があるときは、その期間を、不変期間とする。 2 第三十五條の規定は、出訴期間の定めがある当事者訴訟に準用する。 (抗告訴訟に関する規定の適用) 第四十一條 第二十三條、第二十四條、第三十三條第一項及び第三十五條の規定は、当事者訴訟に準用する。 2 第三十三條の規定は、当事者訴訟とその目的たる請求と関連請求の關係にある請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における訴訟に、第十六條から第十九条までの規定は、これらの訴えの併合について準用する。
--	--

第四章 民衆訴訟及び懲罰訴訟 (訴えの提起) 第四十二條 民衆訴訟及び懲罰訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる。	第四章 民衆訴訟及び懲罰訴訟 (訴えの提起) 第四十二條 民衆訴訟及び懲罰訴訟は、法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる。
(被告訴訟又は告訴者訴訟に関する規定の適用) 第四十三條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、処分又は裁決の取消しを求めるときは、第九條及び第十條第一項の規定を準拠し、取消訴訟に関する規定を適用する。 第四十四條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、処分又は裁決の無効の再審を求めるときは、第三十六條の規定を準拠し、無効の再審の訴えに関する規定を適用する。 第四十五條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、第二項に規定する訴訟以外のものについては、第三十九條及び第四十條第一項の規定を準拠し、告訴者訴訟に関する規定を適用する。	(被告訴訟又は告訴者訴訟に関する規定の適用) 第四十三條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、処分又は裁決の取消しを求めるときは、第九條及び第十條第一項の規定を準拠し、取消訴訟に関する規定を適用する。 第四十四條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、処分又は裁決の無効の再審を求めるときは、第三十六條の規定を準拠し、無効の再審の訴えに関する規定を適用する。 第四十五條 民衆訴訟又は懲罰訴訟で、第二項に規定する訴訟以外のものについては、第三十九條及び第四十條第一項の規定を準拠し、告訴者訴訟に関する規定を適用する。
第五章 補則 (処分の種類) 第四十四條 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事訴訟法（平成元年法律第九十一号）に規定する既決分をすることができない。	第五章 補則 (処分の種類) 第四十四條 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事訴訟法（平成元年法律第九十一号）に規定する既決分をすることができない。
(処分の効力等を争点とする訴訟) 第四十五條 民法上の法律関係に関する訴訟において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無が争われている場合には、第二十三條第一項及び第二項並びに第三十九條の規定を適用する。 2 裁明の規定により行政庁が訴訟に参加した場合においては、民事訴訟法第四十五條第一項及び第二項の規定を適用する。 3 第一項の規定により行政庁が訴訟に参加した場合において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無に関する争いがないとなつたときは、裁決所は、参加の決定を取り消すことができる。 4 第一項の場合には、当該争点に關し第二十三條の第二項及び第二十四條の規定を、訴訟費用の裁割に關し第三十五條の規定を適用する。	(処分の効力等を争点とする訴訟) 第四十五條 民法上の法律関係に関する訴訟において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無が争われている場合には、第二十三條第一項及び第二項並びに第三十九條の規定を適用する。 2 裁明の規定により行政庁が訴訟に参加した場合においては、民事訴訟法第四十五條第一項及び第二項の規定を適用する。 3 第一項の規定により行政庁が訴訟に参加した場合において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無に関する争いがないとなつたときは、裁決所は、参加の決定を取り消すことができる。 4 第一項の場合には、当該争点に關し第二十三條の第二項及び第二十四條の規定を、訴訟費用の裁割に關し第三十五條の規定を適用する。
(訴訟)	(訴訟)

《新說》

- 426 -

（斜）組

校一條 この法律は、公布の日から起算して一年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。ただし、次の各号に掲げる規定は、それぞれ当該各号に定める日から施行する。

附第三十八人系第三号及び第四十五条の規定 行政機関の保有する個人情報に関する法律等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成十五年法律第六十一号）の施行の日又はこの法律の施行の日（以下「

互い日
附罰則四十八条中如立行政法人等の保有する情報に公
開に関する法律（平成十三年法律第四百四十号）第二十三
条第二項の改正規定、行政機関の保有する個人情報に関す
る法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律の施行の口

第二条 この法律による改正後の規定は、この附則に特別の定めがある場合を除き、この法律の施行期に生じた事項にも適用する。ただし、この法律による改正後の規定により生じた効力を妨げない。

[illegible]

(出訴期間に関する経過措置)

第四條 この法律の施行前にその期間が満了した処分又は裁

決に関する訴訟の申立期間については、なお従前の例による。

(取消訴訟等の提起に関する事項の指示に関する経過措置)
第五条 この法律の施行期にされた処分又は裁決については、新法第四十六條の規定は、適用しない。

第六條一第四十九條 (省略) (関係法律について所要の整備及び所要の経過措置)

(検討)

第五十條 政府は、この法律の施行後五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。

○国の利害に關係のある訴訟に関する法律 (昭和二十二年法律第九十四号)

改正後	改正前
第一章 国を當事者又は参加人とする訴訟については、法務大臣が、国を代表する。	第一章 国を當事者又は参加人とする訴訟については、法務大臣が、国を代表する。
第二章 法務大臣は、所部の職員でその指定するものに附添の訴訟を行わせることができる。	第二章 法務大臣は、所部の職員でその指定するものに附添の訴訟を行わせることができる。
① 法務大臣は、行政庁 (国に所属するものに限る。第五條、第六條及び第八條において同じ。) の所管し、又は監督する事務に關する附添の訴訟について、必要があるとき、又は監督する事務に關する附添の訴訟について、必要があるとき、法務大臣の指定するものにその訴訟を行わせることができる。この場合には、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指揮を受けるものとする。	① 法務大臣は、行政庁 (国に所属するものに限る。第五條、第六條及び第八條において同じ。) の所管し、又は監督する事務に關する附添の訴訟について、必要があるとき、又は監督する事務に關する附添の訴訟について、必要があるとき、法務大臣の指定するものにその訴訟を行わせることができる。この場合には、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指揮を受けるものとする。
② 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第一号法定受託事務 (以下「第一号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。	② 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第一号法定受託事務 (以下「第一号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。
③ 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第二号法定受託事務 (以下「第二号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。	③ 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第二号法定受託事務 (以下「第二号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。
④ 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第三号法定受託事務 (以下「第三号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。	④ 法務大臣は、附添の訴訟の争点が地方自治法 (昭和二十二年法律第六十号) 第二條第九項第一号に規定する第三号法定受託事務 (以下「第三号法定受託事務」という。) の処理に關するものである場合において、特に必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合においては、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。
第三章 前條の規定は、法務大臣が弁護士を訴訟代理人に選任し、第一條の訴訟を行わせることを妨げない。	第三章 前條の規定は、法務大臣が弁護士を訴訟代理人に選任し、第一條の訴訟を行わせることを妨げない。
第四章 法務大臣は、国の利害又は公共の福祉に重大な關係のある訴訟において、裁判所の許可を得て、裁判所に対し、自ら意見を述べ、又はその指定する所部の職員に意見を述べさせることができる。	第四章 法務大臣は、国の利害又は公共の福祉に重大な關係のある訴訟において、裁判所の許可を得て、裁判所に対し、自ら意見を述べ、又はその指定する所部の職員に意見を述べさせることができる。
第五章 行政庁は、所部の職員でその指定するものに、当該行政庁の処分 (行政事件訴訟法 (昭和二十七年法律第三十九号) 第三條第二項に規定する処分をいう。) 又は裁決 (同法第三條第三項に規定する裁決をいう。) に係る同法第十一條第一項 (同法第三十八條第一項 (同法第四十三條第二項において準用する場合を含む。)) 又は同法第四十三條第一項において準用する場合を含む。) の規定による国を被告とする訴訟又は当該行政庁を當事者若しくは参加人とする訴訟を行わせることができる。	第五章 行政庁は、所部の職員でその指定するものに、当該行政庁の処分 (行政事件訴訟法 (昭和二十七年法律第三十九号) 第三條第二項に規定する処分をいう。) 又は裁決 (同法第三條第三項に規定する裁決をいう。) に係る同法第十一條第一項 (同法第三十八條第一項 (同法第四十三條第二項において準用する場合を含む。)) 又は同法第四十三條第一項において準用する場合を含む。) の規定による国を被告とする訴訟又は当該行政庁を當事者若しくは参加人とする訴訟を行わせることができる。
① 附添の訴訟に係る行政庁の上級行政庁の職員は、同項の規定の適用については、当該行政庁の所部の職員とみなす。	① 附添の訴訟に係る行政庁の上級行政庁の職員は、同項の規定の適用については、当該行政庁の所部の職員とみなす。
② 第一項の規定は、行政庁が弁護士を訴訟代理人に選任し、同項の訴訟を行わせることを妨げない。	② 第一項の規定は、行政庁が弁護士を訴訟代理人に選任し、同項の訴訟を行わせることを妨げない。
第六章 前條第一項の訴訟については、行政庁は、法務大臣の指揮を受けるものとする。	第六章 前條第一項の訴訟については、行政庁は、法務大臣の指揮を受けるものとする。
① 法務大臣は、附添の訴訟について、必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合には、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。	① 法務大臣は、附添の訴訟について、必要があるとき、附添の訴訟を行わせる者に附添訴訟を行わせることができる。この場合には、指定された者は、その訴訟については、法務大臣の指示を受けるものとする。

よる改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。
4 この法律の施行の際現に係属している訴訟の管轄については、当該管轄を専属管轄とする旨のこの法律による改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。
5 この法律施行の際現にこの法律による改正前の規定による出訴期間が進行している処分又は裁決に関する訴訟の出訴期間については、なお従前の例による。ただし、この法律による改正後の規定による出訴期間がこの法律による改正前の出訴期間より短い場合に限る。
6 この法律の施行前にされた処分又は裁決に関する当事者訴訟で、この法律による改正により出訴期間が定められることとなつたものについての出訴期間は、この法律の施行の日から起算する。
7 この法律の施行の際現に係属している処分又は裁決の取消しの訴えについては、当該法律関係の当事者の一方を被告とする旨のこの法律による改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。ただし、裁判所は、原告の申立てにより、決定をもつて、当該訴訟を当事者訴訟に変更することを許すことができる。
8 前項ただし書の場合には、行政事件訴訟法第18条後段及び第21条第2項から第5項までの規定を準用する。

よる改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。
4 この法律の施行の際現に係属している訴訟の管轄については、当該管轄を専属管轄とする旨のこの法律による改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。
5 この法律施行の際現にこの法律による改正前の規定による出訴期間が進行している処分又は裁決に関する訴訟の出訴期間については、なお従前の例による。ただし、この法律による改正後の規定による出訴期間がこの法律による改正前の出訴期間より短い場合に限る。
6 この法律の施行前にされた処分又は裁決に関する当事者訴訟で、この法律による改正により出訴期間が定められることとなつたものについての出訴期間は、この法律の施行の日から起算する。
7 この法律の施行の際現に係属している処分又は裁決の取消しの訴えについては、当該法律関係の当事者の一方を被告とする旨のこの法律による改正後の規定にかかわらず、なお従前の例による。ただし、裁判所は、原告の申立てにより、決定をもつて、当該訴訟を当事者訴訟に変更することを許すことができる。
8 前項ただし書の場合には、行政事件訴訟法第18条後段及び第21条第2項から第5項までの規定を準用する。

事項索引

あ行

寄写真判決	94
伊方原発訴訟判決	270
異議申立て	11, 79
移送	42, 45, 49, 51, 289, 386, 397, 401, 403
管轄違いに基づく	42
関連請求に係る訴訟の	45, 290
一部判決	357
一定の処分	135
違法確認訴訟	14, 22, 83, 84, 148, 265, 285, 301
違法事由の主張制限	271
違法性の承継	257, 273, 274, 275, 276, 277, 372
違法判断の基準時	280
不作為の違法確認訴訟の	285
イン・カメラ審理手続	326
引用文書	318
訴えの交換的変更	294
訴えの主観的併合	292
訴えの追加的変更	295
訴えの取下げ	406
——の擬制	408
——の効果	408
——の同意	407
訴えの併合	73, 289, 290
訴えの変更	294
国又は公共団体に対する請求への	295
民訴143の規定の例による	294, 296
訴えの利益	72, 118
狭義の	118, 142, 393
広義の	118
裁決の取消しを求める	123

取消訴訟の	118, 164, 296, 300
不作為の違法確認訴訟の	84, 301
期間の経過と	120
権利侵害の解消と	122
工事の完了と	121
処分の執行終了と	120
処分の取消しと	119, 163
法令の改廃と	120
本案訴訟の	202
営造物法人	9
応訴管轄	40, 46
小田急訴訟大法廷判決	111

か行

回復の困難な損害	158, 188
確認の訴え（訴訟）	12, 13, 20, 146
確認の対象	146, 150, 151
確認の利益	147, 148, 150, 151, 152, 153
瑕疵の治癒	284
仮定的主張	224
仮執行免脱宣言	58
仮の義務付け	7, 186
仮の救済制度	6, 7, 155, 186
仮の差止め	7, 186
簡易な呼出し	219
管轄	40
管轄裁判所	7, 40
管轄違いに基づく移送	42
間接事実	27, 224, 256, 261, 267
鑑定	345
——の申出	345
鑑定審	346
鑑定人尋問	346

関連請求	45, 290
——に係る訴訟の移送	45, 290
機関訴訟	5, 21, 23
起算日	77
期日	219
——の指定	219
——の変更	220
——の呼出し	219
羁束処分	129, 136, 268
既判力	370
——の客観的範囲	371
——の主観的範囲	371
義務付け(の訴え)	14, 125
——の要件	125, 130
——の類型	125
——判決の効力	134
——の訴えの特定	135
客観訴訟	5
客観の出訴期間	76, 77
求釈明書	232
求問権	231
狭義の訴えの利益→訴えの利益	
教示	7, 76, 77
行政行為→行政処分	
行政事件訴訟	
——の意義	1
——の目的・機能	1
——の類型	9, 23
行政主体	2
行政処分	2
——の効力	2
——の無効原因の主張方法	268
——の無効の判断基準	13
抗告訴訟の対象となる——	89
——と民保法の仮処分	156
行政訴訟→行政事件訴訟	

行政庁	2, 7
その他の関係——	375
行政庁の処分	10, 88
行政庁の訴訟参加	303, 304
行政庁の第一次判断権	283
行政不服審査	79
行政不服申立て	79
共同訴訟→請求の主観的併合	289
許可抗告	405
緊急の必要性	161, 187
警察許可	264
形式的証拠力	313
形式的当事者訴訟	19
形成訴訟	15, 18, 134, 198
形成力	134, 198, 368
——の内容	369
——の第三者効	369
権限	9, 10
指定代理人の——	54
——の不存在の確認	147
——の移管	74
——の承継	74
原告適格	72, 104
一般消費者の——	114
競業者・競願者の——	115
裁決の取消しを求める訴えの——	117
処分の相手方の——	104
第三者の——	108
地域住民・近隣住民の——	110
取消訴訟の——	104, 119
不作為の違法確認訴訟の——	83
無効確認訴訟の——	81
現在の法律関係に関する訴え	13, 81
検証	347
事実上の——	248
——の指示説明	348

——の実施	348
——の申出	347
検証物提示命令	348
原処分主義	272
原判決の破棄(破棄差戻し、破棄自判)	397
原本の存在及びその成立の認否	314
権利根拠規定	263
権利障害規定	263
権利阻止規定	263
権利減却規定	263
合意管轄	40
公開主義	215
効果裁量	268
公共組合	9
公共団体	9, 73
地方——	9
攻撃防御方法	223
時機に後れた——	218
——の提出時期(適時提出主義)	217
公権力的事実行為(公権力の行使に当た る事実行為)	88, 101
公権力の行使	9
抗告	401
通常——	402
即時——	403
——期間	403
抗告訴訟	9
——中心主義	146
控訴	377
——期間	377
——提起の手数料	378
——の利益	377
——の取下げ	387
控訴棄却判決	386
控訴却下判決	386
控訴認容判決	386

拘束力	373
義務付け判決の——	134
仮の義務付け決定の——	198
——の消極的効果	373
——の積極的効果	374
——の主観的範囲	375
公定力	2
口頭主義	215, 222
口頭弁論	215
——の意義	215
——の一体性	217
狭義の——	216
——の結果陳述	217
広義の——	216
——の再開→弁論の再開	355
最広義の——	216
——の終結→弁論の終結	355
口頭弁論期日	219
——の呼出し	219
——の変更	220
——の指定	219
公法上の法律関係に関する確認の訴え	146
公法上の法律関係に関する訴訟	20
公務文書	317
国家賠償請求訴訟	9

さ行

裁決	10, 11
収用——	3
——の定義	11
裁決固有の瑕疵	273
裁決主義	12, 133, 273
裁決の取消しの訴え	11
最終準備書面	352, 353
再主尋問	341
再審	376

第三者の——の訴え	370
再審査請求	11
再度の考案	404
裁判上の自白→自白	262
裁判所に顕著な事実	305
裁判長	216
——の訴状審査	24, 25
——による釈明権の行使	231
——の質問	346
——の提出命令	394
裁量権の逸脱・濫用	136, 268
裁量処分	129, 136
——の取消訴訟	268
——と違法事由	268
——と主張立証責任	270
差止め（の訴え）訴訟	6, 17, 84
——の訴えの要件	141
——判決の効力	144
差戻し	386, 397
時機に後れた攻撃防御方法	218, 243, 306
事件の成熟性	94
自己使用文書	320
自己の法律上の利益に関係のない違法	271
事実上の和解	410
事情判決	358, 371
事情変更	
——による執行停止決定の取消し	183
——による仮の義務付け・仮の差止め決定の取消し	204
執行停止	7, 155
——の意義	155
——の要件	157
——の手続	162
——の審理	167
——の内容	176
——の申立て	162

——の申立書	164
——の申立てに対する意見書	168
申請許可処分と——	163
執行停止決定	176
——審	177
——の失効	184
——の取消し	183
執行不停止の原則	155
執行力	3, 135, 163
実質的証拠力	314
実質的当事者訴訟	13, 20, 146
指定審	55
指定代理人	49, 53, 54
自白	56, 59, 60, 85
裁判上の——	262
——の拘束力	262
——の撤回	262
自判	386, 397, 399, 401
事物管轄	40
私法上の行為	90
釈明権の行使	222, 231
釈明処分	231, 232, 324
——の特則	233
——の対象文書	233
——の必要性	233
——の相手方	235
——の効果	237
——に対する拒否理由	237
終局判決	357
自由裁量	268
自由選択主義	79
重大かつ明白な瑕疵	2, 4, 13, 89
重大な損害	7, 14, 17, 127, 142, 158
集中証拠調べ	308, 339, 342
住民訴訟	21
授益処分	264

主観訴訟	5, 105, 149, 271
主観的出訴期間	76, 77
主尋問	338, 340, 341
主張責任	86, 261
主張立証責任→立証責任	59, 116, 224, 262, 270, 354
出訴期間	75
——の延長	7
——の例外	76
訴えの変更と——	295
原告による請求の追加的併合と——	294
被告の変更と——	285
主要事実	27, 59, 224, 261, 267
準当事者	232, 233
準備書面	217, 222, 229
——の記載事項	223
——の直送	230
——の陳述	231
——のファクシミリによる提出	230
準備的口頭弁論	241, 385
準備手続	241
準文書	334
証言拒絶事由に相当する文書	320
証拠	305
——決定	307, 403
——の申出	306, 401
——の申出の撤回	307
——方法	306
——申出の時期	306
——申出の方法	307
証拠共通の原則	308
証拠調べ	305
証拠説明書	310
証拠保全	349, 402
証拠申出書	335
上告	387

——期間	388
——理由	391, 395
上告棄却判決	396
上告却下決定	396
上告受理決定	395
上告受理申立て	388, 394
——の審理	394
上告受理申立て通知書	395
上告審の審理	392
上訴記録到着の通知	393, 395
上告提起通知書	392
上告提起（上告受理申立て）の手数料	388
上告理由書	391
上訴の取下げ	400
証人尋問	305, 335, 338, 339, 340, 344
——の申出	335
公務員の——	344
情報公開訴訟	10
訟務	393
——事務	49, 51
——制度	49
証明責任→立証責任	262
審証	308
——の写しの提出	310
——の認否	313, 352
——の申出の方法	308
——番号	311
書証認否書	314
職権証拠調べ	260, 305
職権探知主義	260
職権調査事項	261
処分	10
——の執行停止→執行停止	155
——の同一性	137
行政庁の——	88
処分行政庁	28

処分権主義	260
処分性	88, 126, 141
処分の取消しの訴え	2, 10, 23
処分の無効確認訴訟	13
処分理由の差替え	277
書面による準備手続	246
侵害処分	264
進行協議期日	248
審査請求	79
審査請求前置主義（裁決前置主義）	79
申請型の義務付け（の訴え）訴訟	16, 130
——の訴訟要件	130
申請拒否処分	16, 132
人的証拠（人証）	306
審判の対象→訴訟物	
尋問の制限	343
随時提出主義	218
請求棄却判決	358
請求認容判決	358
請求の客観的併合	290
請求の原因	27
請求の趣旨	26
請求の追加的併合	290
原告による——	293
第三者による——	292
請求の認諾	409
請求の放棄	409
政治的、政策的裁量	269
正当な理由	
出訴期間の経過に対する——	77
審査請求前置に関する——	81
釈明処分に関する——	237
絶対的上告理由	391
説明義務	243
専属管轄	42
全部判決	357

専門技術的裁量	269
送達	
——場所の届出	28
争点及び証拠の整理手続	240
争点整理	240
争点訴訟	23
双方審判主義	215
訴訟（訴訟の目的の価額）	37
即時抗告	401
——のできる裁判	403
統審主義	385
訴状	
——却下命令	26
——の送達	24
——の陳述	221
——の実質的記載事項	27
——の必要的記載事項	26
——の附属書類	29
訴訟救助	39
訴訟参加	303
行政庁の——	304
第三者の——	303
訴訟上の救助→訴訟救助	
訴訟上の請求	255
訴訟上の和解	410
訴訟の係属	25
訴訟物	
——の概念	255
——の特定	27, 258
取消訴訟の——	257
無効確認訴訟の——	260
訴訟要件	71
取消訴訟の——	72
不作為の違法確認訴訟の——	83
無効確認訴訟の——	81
疎明	162, 194, 344, 350

損害の性質

義務付けの訴えの——	126
差止めの訴えの——	142
執行停止の——	158
仮の義務付け、仮の差止めの——	189

た行

第一号法定受託事務	50, 52
第一回口頭弁論期日	221
大規模訴訟	340
中間違法宣言	360
中間行為	94
中間判決	357
抽象的規律にすぎない行為	92
調査の囑託	334
聴聞手続	374
貼用印紙	37
直接主義	217
通常抗告	401
——のできる裁判	402
償うことのできない損害	187
適時提出主義	217, 306, 385
手数料	
訴え提起の——	37
テレビ会議の方法	342
電話会議の方法	245, 246, 249
当事者照会	238
当事者尋問	344
当事者訴訟	19
当事者の死亡・消滅	411
当事者の表示	26
答弁書	56
——の記載事項	57
——の陳述	221
——の附属書類	60
特定管轄裁判所	41

——からの移送	42
特別抗告	404
特別上訴	376
土地管轄	40
取消訴訟	

——の訴えの利益（狭義）	118
——の関係行政庁	375
——の原告適格	104
——の訴訟物	257
——の訴訟要件	72
——の定義	2
——の適法性維持機能	5
——の被告適格	73
——の目的・機能	3
取消訴訟中心主義	2
取消判決の拘束力→拘束力	

な行

内閣総理大臣の異議	184, 204
内部的行為	93
内部文書	319
長沼ナイキ基地訴訟判決	106
新潟空港訴訟判決	106, 110
任意的口頭弁論	215, 395, 404
任意的差戻し	387

は行

判決	357
——の言渡し	361
——の確定	367
——の更正	368
——の効力	368
判決書	362
反射的利益	105
反証	266
反付尋問	339, 341, 343
被告適格	7, 11, 72, 73, 81, 83, 187, 285, 324

被告の変更	285
被告を誤った訴え	285
非申請型の義務付け（の訴え）訴訟	125, 130, 131, 144, 199
必要的口頭弁論	215, 217, 402, 403
必要的差戻し	387
不可争力	2
不作為の違法確認の訴え	1, 13, 15, 16, 131, 132, 133, 139, 298
普通裁判権	7, 25, 40, 41
物的証拠（物証）	306
不服申立前置	11, 13, 72, 79, 81, 83
不変期間	77, 78
不利益処分	80, 133, 152, 238, 373, 412
不利益陳述	261
文書	
——の写し	246, 307, 309, 311, 314
——の正本	309
——の副本	309
——の成立	313
——の成立の推定	315
——の成立の立証	314
——の提出	308, 309
文書送付囑託	208, 212, 244, 308, 331
文書提示の申出	332
文書提出義務	238, 316, 331, 349
文書提出命令	238, 308, 316, 325, 330, 349, 403
文書の原本	309
文書の証拠調べ	316
文書の所持者	323, 325, 331, 350
釈明処分の対象文書	233
文書の所持者に対し引渡等を求めることができる文書	318
文書の表示及び趣旨の特定	322
弁論	

——の更新	217
——の再開	355
——の終結	355
——の全趣旨	233, 237, 266
弁論和解	243
弁論主義	116, 260, 305
弁論準備手続	243
法規裁量（羅東裁量）	268
法定外抗告訴訟→無名抗告訴訟	14, 18, 19, 129, 139, 147
法的保護に値する利益説	105
法務大臣の指揮	50, 52
法律関係文書	318, 319
法律上の争訟	21, 116, 149, 150
法律上の利益	81, 104, 108, 126, 141, 163, 319, 411
——を有する者	81, 104, 105, 126, 141, 163
法律上保護された利益説	105, 107, 108
法律要件分類説	263, 264
法令に基づく申請	13, 16, 83, 84, 125, 131
補充性	14, 18, 127, 133, 143, 147
——の要件	18, 127, 143
補助事実	224, 261, 262
本案判決	7, 71, 186, 358, 371, 386
本案前の答弁	71
本証	265
ま行	
マクリーン事件判決	269
民事事件	134, 216, 222
民事訴訟の例による	1, 206, 305, 376, 406
民衆訴訟	21
無効等確認の訴え	1, 12, 13, 16, 132, 133, 139, 140, 370
無名抗告訴訟	14, 18, 19, 129, 139, 147
——の意義	18

——の要件	18
もんじゅ原子炉訴訟判決	82, 107, 110

や行

要件裁量	268
要件事実	224, 256, 261, 263
要約書面	242, 247
予防的不作為訴訟	18

ら行

ラウンドテーブル方式	241
利益文書	319
立証責任（証明責任）	262
客観的——	265
——の分配	261, 263, 264
原告適格の——	262
裁量処分の取消訴訟の——	270
裁量処分の無効確認訴訟の——	271
出訴期間の——	78
取消訴訟の——	264
不作為の違法確認訴訟の——	265
無効確認訴訟の——	265