



法と経済学研究

Law and Economics Review

Jan 2021 **16** 卷 1 号

法と経済学会

Japan Law and Economics Association

目 次

◆ 法と経済学会・第 18 回全国大会講演報告

□シンポジウム 1 (校正作業中)

『消費者法の作り方』

モデレーター	丸山 絵美子 (慶應義塾大学法学部)
司会	得津 晶 (東北大学大学院法学研究科)
報告	西内 康 (京都大学大学院法学研究科)
	吉政 知広 (京都大学大学院法学研究科)
	松田 貴文 (名古屋大学大学院法学研究科)
コメンテーター	室岡 健志 (大阪大学大学院国際公共政策研究科)
	田中 亘 (東京大学社会科学研究所)

□会長講演 (校正作業中)

『イノベーションの法と経済学』

青木 玲子 (公正取引委員会)
司会 : 太田 勝造 (明治大学法学部)

□シンポジウム 2 (校正作業中)

『企業結合ガイドラインの新展開』

モデレーター	荒井 弘毅 (共立女子大学ビジネス学部教授)
パネリスト	岩下 生知 (公正取引委員会事務総局企業結合課長)
	林 秀弥 (名古屋大学大学院法学研究科 / アジア共創 教育研究機構教授)
	久保 研介 (慶應義塾大学商学部准教授)

『行政訴訟はどのような社会的役割を果たすべきか

－ 法と経済学が示唆する行政法理論と立法の改変』

モデレーター	福井 秀夫（政策研究大学院大学）
パネリスト	板垣 勝彦（横浜国立大学）
	興津 征雄（神戸大学）
	鶴田 大輔（日本大学）
	平田 彩子（岡山大学）
	湯川 二郎（弁護士）

◆法と経済学会・第18回全国大会 講演報告◆

□シンポジウム 3

**『行政訴訟はどのような社会的役割を果たすべきか
- 法と経済学が示唆する行政法理論と立法の改変』**日時：2020年10月4日（日）16：00～17：30
(Zoom によるオンライン開催)

モデレーター	福井 秀夫 (政策研究大学院大学)
パネリスト	板垣 勝彦 (横浜国立大学)
	興津 征雄 (神戸大学)
	鶴田 大輔 (日本大学)
	平田 彩子 (岡山大学)
	湯川 二郎 (弁護士)

【福井】： 「行政訴訟はどのような社会的役割を果たすべきか-法と経済学が示唆する行政法理論と立法の改変」というテーマで議論を行います。本日は行政訴訟に明るい実務家、研究者、経済学専門家等、多彩なメンバーにお集まりいただきました。行政訴訟の実態や法理論がどのような課題を抱えているのか、将来的な改変あるいは改善はどうすべきか、等々について議論ができればと思います。

私から問題提起をさせていただきます。簡単な自己紹介ですが、私自身は法学部出身、学部卒業後、建設省の法律官僚になり、その後、土地収用に関する成田空港事業認定取消訴訟、長良川河口堰差止訴訟、長良川水害訴訟などで被告国側指定代理人を多く務めました。

その際、塩野宏氏の学部時代の講義-当時まだ教科書が出ておりませんでしたので手書きの膨大なノートを文字通り座右の書として異動の都度持ち歩き参照していました-が、有力な武器になりました。少なくとも私が経験した訴訟では、常に塩野理論に依拠していましたが、敗訴はその後も含め1件もありませんでした。大学で習った行政法がそのまま国側の主張と

して格別に有益、完璧だったという強烈な原体験がありました。

その後研究者に転じてからは、原告住民側からの意見書等の執筆依頼を多く受けてきています。今度は行政側と対峙する側で意見書を書く、苦勞が多い。訴訟要件もそうですし、本案で勝訴するための裁量の壁を乗り越えるのも簡単ではない。立場が異なれば、他方の立場では無敵の理論が、強大な壁になるという両極端の印象を持っています。そういった経験も踏まえ、現在の制度や運用にどのような論点、問題があるかについて概略を述べます。以下は最近公表した論文の問題意識でもあります(福井秀夫「行政訴訟の機能と限界(一)、(二)、(三)」自治研究96巻3、4、5号、2020年)。

まず行政訴訟の問題点です。行政法は、憲法的価値の実現の技術に関する法であると言われる。しかし、果たして権利侵害が適切に救済されているのかどうか、という点から不断の見直しが必要と考えています。日本の行政訴訟制度は、明治憲法の翌年、1890年の行政裁判法が、現在の行政事件訴訟法に至るまで原型になっています。

これは伊藤博文が主導し、外遊の成果を踏まえ、英知を傾け、天皇の君権制約にならないよう、オーストリア、プロイセン、フランスなどの法律を参考にして、特殊な形で練り上げられました。例えば、行政裁判は1回限り、法律に特に定めがある場合でないと出訴できない、すなわち今の用語で言えば、処分性があっても、裁判で争えない領域が多数ある、など人民の権利をより弱めるべく換骨奪胎された特異な法令でした。しかも、この法の下での判例も踏まえ、美濃部達吉が、行政法理論を大きく発展させていますけれども、やはりプロイセン理論が原型となりました。今に続く公定力と呼ばれる効力が典型です。基本的に、裁判所で取消訴訟の取消判決が固まるまでは、何人もその効力を承認しないといけない。いきなり民事訴訟には行けず、取消訴訟で原因行為を叩くという特殊なルートを通らないといけない。これが今も原則です。

不可争力という効力もあります。今は少し延びて半年になりましたけれども、違法でない限り半年経つと取消訴訟では争えなくなる。めったにはない、重大明白な無効の事由がなければ争えなくなります。非常に短期で行政処分の効力を確定させる特殊な効力です。

執行力という、行政の命令については、代執行で行政自身が自力救済できる強大な効力もあります。民事では、履行を求める側による自力救済はあり得ません。

また、処分の宛名でないが周辺に居住して事業許可などによる被害を被る者が、処分を争うには、原告適格というきわめて難解で不明確な資格を満たす必要があります。そもそも公定力などが発生する前提となる「処分」であるか否かも、同様に不明確です。これらが満たされないと、訴訟要件を欠くとして、違法かどうかすら判定してもらえず、どの裁判所でも、不適法却下といういわゆる門前払いとなります。

そもそも行政処分には、私人の対抗を容易に阻むことのできる強大な力があるのに加え、訴

訟要件にかなり高いハードルがある。違法審理に運よく入れても、行政の裁量は非常に広い。司法審査では、裁量権の逸脱濫用がない限り違法判断ができないのです。

このように、日本行政法は、プロイセン由来の行政法理論のドグマと実定法が一体化したままという特徴があります。厳然と民事と行政は違うという前提に立っていますので、一定の権利侵害、不利益について争う場合に、行政訴訟で行くのか民事訴訟で行くのかはっきりしないという領域も随分あります。後ほど湯川さんからもお話があると思いますけれども、裁判所は、それこそ英知を傾けて、何とかして訴訟要件で却下しようとする。本案審査に入っても、裁量の逸脱濫用はなかなか認定しない。裁量の範囲内とする審査が多い。事件処理は、その方が圧倒的に楽で速くなる。負担を減らして処理件数を伸ばす行動様式が広く見られます。

特に、ある類型で出てきた訴訟を、そうではない、別の類型だと持っていく傾向がある。この典型が大阪空港周辺の騒音が争われた大阪空港訴訟です。訴訟提起から十数年かかって最高裁まで行き、もともと民事訴訟で差止めが争われていたのに、そもそも民事訴訟として不適法だった、航空行政権の侵害だから当該侵害に関する処分について取消訴訟を起せばよかった、という不親切な門前払いでした。要するに、地裁や高裁判事ですら難しすぎてわからなかった、あなたの訴え方は間違っていましたよ、というだけのことを最高裁が十数年かかってやっと教えてくれたという次第です。その頃には、仮に行政訴訟が正しいとしても、処分に既に不可争力が発生していますから、そんな遅くに教えてもらっても救済の役には立たない。

しかも、ではそもそもどの行為を捉えて取消訴訟を起すべきだったのか、まったく判決で明示されませんでした。その後も同様の新潟空港訴訟最判などがありますが、現在に至るまで、ではどうして争えばいいのか、混沌としたままになっています。民事と行政のキャッチボール

が起きて、難解なドグマ論争の果てに実際上空港騒音の司法統制はないに等しい状況です。

2004年の行政訴訟法の改正で、公法上の当事者訴訟という、取消訴訟以外に、もう少し争える類型を増やす趣旨の例示が入ったことになっていますけれども、これも実際上は必ずしも活用されず、またどのように使い分けるのか、最判も混沌としています。興津さんが抗告訴訟と当事者訴訟の訴えの利益の判断要素に違いがない旨鋭い分析をしておられます（興津征雄『違法是正と判決効』弘文堂、2010年344頁）。橋本博之さんも、訴訟類型を相互排他的に振り分ける考え方を批判しています（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』弘文堂、2009年93頁以下）。国旗国歌起立斉唱義務違法確認等訴訟最判2012.2.9民集66巻2号183頁のわかりにくさに関し、宇賀克也さん、大貫裕之さんの分析も示唆に富みます（宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第六版〕』有斐閣、2018年380頁、大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点覚書」阿部泰隆古希記念『行政法学の未来に向けて』有斐閣、2012年646頁以下）。

公定力、処分性、原告適格といった特殊な専門概念の解釈のバリエーションが行政法の大きなシェアを占めているわけでありまして、公定力が発生する特殊なルートを通らせるためには処分じゃないといけない。それは誰かの権利義務関係を決定して法的に拘束する行為でなければならない。したがって、例えば、土地利用規制では、都市計画決定や用途地域指定などは争えないけれども、区画整理事業計画や都市計画の事業認可は争える、という境界線があります。しかしこれも、段階的な行政決定では、よほどの専門家でも、どの段階で境界線を越えるのか、よくわからないのが実態です。板垣さんが、技巧的な処分性が救済を図る趣旨で実はそれを阻むパラドックス持つ旨的確に指摘しておられます（板垣勝彦『住宅市場と行政法』第一法規、2017年279頁）。

差止訴訟も2004年改正で設けられましたが、

要件が厳しくて、重大な損害がある、損害を避ける他の適当な方法がない、といった取消訴訟にはない要件が付加されており、どの段階の、どのような行為なら、この要件に該当して差止めが適法にできるのか、はっきりしないわけです。

原告適格も、これだけで膨大な判例や論文があるわけですがけれども、例えば、廃棄物処理場や原子力発電所ができる場合に周辺の住民が安全性や環境の阻害を理由に、設置の許可を争うことがよくあります。そういう資格がどういう場合に備わるのか、という基準は、これもはっきりしない。判例も変なものがあります。周辺環境に対して重大な影響があっても、例えば、区画整理事業の認可取消しに関する地裁判例で、周辺の環境に配慮して認可をしないとけないという要件にも拘らず、これは一般的抽象的利益を守るもので周辺住民の利益を守るものではないから、周辺住民は自分の環境悪化を理由として争えないとするものまであります。住んでいる人におよそ関係ない一般的な環境とは何でしょう。しかも、手間暇かけて審査するのに誰も争えない要件をなぜ立法者がわざわざ書くのでしょうか。理解に苦しむ裁判官がいます（福井秀夫「行政判例研究552」自治研究85巻12号）。

暴力団員であるとか、事業の経理的基礎がないといった場合には、事業認可を与えてはいけない、という廃棄物処理場等の法要件が多くあります。これらも、周辺住民本人の利益を守るものじゃないから争えない、とする判決もあります。暴力団が経営していたり、経理基礎がないような処理場は、処理が杜撰になって周辺の汚染を招きやすいのではないのでしょうか。周辺住民の利益とおよそ関係のない、暴力団や乏しい経理基礎はだめである、とする理由など、そもそも存在しうるのでしょうか。こういった極端に制約的な原告適格運用のため、結果的に行政訴訟を使って環境統制するのは困難になっているのです。

仮に本体審査に運よく入れても、適正かつ合理的、公益上の必要とか、客観性が乏しい要件、不確定概念が法には多くありまして、裁判所は、技術的・専門的・政治的な裁量を広く認める傾向があります。

自治体などでは、行政手続法無視の違法な行政指導や、いわゆるガイドラインに基づく許認可規制などの法要件にない要件の付加も多い。これらも多くが野放しで、ほとんどの市民、事業者は泣き寝入りと言われています。勝てる保証がなく、江戸の仇を長崎で討たれたくないから委縮するのです。

しかも、本体審理に入ると、事実関係の資料やデータはほとんど行政が独占しています。原告側はほとんど持っていない。所有情報に極端な落差があり、行政が独占し、隠しているが、原告が有利となる情報について、存在自体も含め、私人が挙証するのは至難の技です。

仮に運よくデータを入手できたとしても、専門的、技術的な事項について、適法であると正当化するため、行政では事実上無尽蔵の財源や人員を投入して、徹底的に証拠を作成、提出します。いわば、原告を含む納税者の負担で処分を容易に正当化できるのに対し、原告には一般的に財力がない、専門知識もない。武器の対等性が備わっていないのです。

しかも、自治体ですと、違法不当な財務会計上の支出行為について地方自治法の住民訴訟で争えますが、国については、仮にどれほどひどい違法不当支出であったとしても、およそ司法で争う術がない。いかにも片務的な状況です。

法と経済の観点から見ても、行政の活動が立法目的通りに行われる限りは、一定の市場の失敗は正活動として有意義な場合も多いはずですが、違法行政が蔓延することは資源配分の歪みをより強くもたらします。

違法だが是正されない行政のままでは、憲法的価値、人権保障は画餅になります。人権の貫徹、資源配分の効率性の双方の観点で弊害を生んでいると思われま

行政の早期確定、法的安定という行政法のドグマに一定の合理性はあるわけですがけれども、一方で、違法な行政権限が行使されたとき、それを私人の側が安い取引費用で争い、是正できるか、と問われれば、そうなっていない。

コースの定理には、権利が明確で、その実現費用を小さくする初期の権利配分は、事後的な効率性の改善に資するというインプリケーションがありますが、必ずしもこの趣旨に即した行政訴訟制度になっていない。しかも、公定力と不可争力の双方が、処分だったら自動的に同時に発生し、出訴期間も走り出す。しかし、本来趣旨目的の違うものをセットにしてよいのか、という問題もあります。

こういった状況を踏まえ、立法や判例上の工夫の余地がないだろうか、というのが本シンポジウムの趣旨です。それでは最初に、湯川さんから現場の実態等についてご報告をお願いします。

【湯川】： 今日はおつぱら原告側弁護士の立場でお話をさせていただきます。

原告側の弁護士から見た行政訴訟の問題点としては、まず1番目は、福井さんもお話ありましたが、訴訟要件の壁の厚さということです。二つ事例をご紹介します。一つ目は、浜松の土地区画整理事業計画の取消訴訟（最判2008（平成20）.9.20民集62巻8号2029頁）です。これは非常に有名な事件でして、私がロースクールで行政法を教えていたときも、これは非常に画期的な判決だからぜひとも勉強なさいと言ってきたのですが、実はこれが、区画整理事業の周辺住民からすると、全然救済の手段になっていないのです。土地区画整理事業というのは土地区画整理事業計画から入り、その次に仮換地指定があり、それから工事がなされ、工事が終わってから換地処分をして終わるという流れになります。本件では、周辺住民が土地区画整理事業の入口の事業計画の取消しを求めた。そうしたところ、事業計画が違法か

どうかという本体の問題には入らず、そもそも事業計画というのが取消訴訟の対象となる処分に当たるかどうかという訴訟の入口で、さんざんばら問題になりました。この事件は、2004年の訴訟提起ですね。最高裁の判決が出るのが2008年ですから、4年間、ずっと土地区画整理事業計画に対して訴訟が起こせるかという処分性の議論のみで費やされて本案審理なし。そして、ようやく最高裁で処分性ありと判断されて、本案審理に入るのですが、訴訟提起して4年後にやっと1審地裁の審理が始まった。地裁の判決が出るのが3年後の2011年2月。周辺住民が問題にしたのは事業計画の違法性ですが、この事業計画は、浜松の遠州鉄道上島駅高架事業—これは連続立体交差事業です—とあわせて行う上島駅周辺整備事業を土地区画整理事業で行うものだったのですが、どうして区画整理事業をするかという、国庫補助金が交付されるからだった。周辺住民からすると、遠州鉄道高架事業のためになんで区画整理事業するんだ、そもそもおかしいだろう、ということから始まりました。事業計画の内容についても、今まで道のなかったところに幅員30m道路を作って、30m道路を渡ったところに公園を造るとか、それもその公園は高架下にあるとか、あるいはその街路の配置も特段交通の利便性を向上させざるようなものになってないじゃないか、ということで本案審理をするのですが、結局判決は原告の請求棄却です。そして、地裁判決の出た翌2012年11月には、高架工事が完了しまして、駅は竣工して、新駅舎供用を開始される。こんな事件でございました。処分性なんていうくだらないことをやってる間、工事は全然止まらず、やっと地裁判決が出た頃にはもう工事がほとんど完成してたと、こういう話でございます。

それから、二つ目は、私が担当した事件で、小浜市の一般廃棄物処理業許可取消事件（最判2014（平成26）.1.28民集68巻1号49頁）です。これは福井県の小浜市で、私の依頼者は一般廃

棄物（ゴミ）の収集運搬の許可業者でした。あるとき、ふと町を見ますと、今までは一社、自分のところだけでやってたのが、見慣れない会社の車が、1車2車走ってる。これはどういうことなんだろうということで、相談に来られました。そこで、市に情報公開請求をすると、実はその他にも許可が出ていて、自分のところ以外に2社新規許可が出ていたということで、その新規許可の取消しの訴えを起こした。これが2006年。それから、1審、2審ともずっと原告適格、すなわち既存業者に新規業者の許可の取消しを求める法律上の利益があるのかについてさんざんばら訴訟になりました。2006年に訴訟提起して、ようやく2014年1月に最高裁から原告適格ありとの判決が出ます。ところが、ようやく最高裁から弁論を開く通知が来たのが2013年7月でしたが、原告の業者はそのわずかひと月ちょっと前の2013年5月には、もう疲れた、いつまでたっても訴訟の展望も開けないし、もう私は廃業するということを決めた。廃業届を出したその1か月後に弁論の指定の通知が来て、弁論が開かれるわけですけども、最高裁は、原告適格を認めるけれども訴えの利益なしということで、取消しの訴えは却下されたという話です。

ところで、この事件の新規許可の1社は会社を作ったばかりで、今までまったく廃棄物処理業の経験も会社としての事業実績もありません。保有車両は何と軽トラ1台でした。他の1社は、会社としての廃棄物処理業の実績はあるけれども、他府県の業者で、小浜市には事務所もなければ、保有車両もない。しかも、許可申請書を出すときは、添付書類として事業計画書を出したり、経理の基礎を証明するものを出したりするのですが、この業者の場合は、許可申請書のみで添付書類は一切なし。しかも、法律では一般廃棄物処理業の許可要件として市の一般廃棄物処理計画に適合してないといけないのですが、小浜市では、その計画の中で一般廃棄物処理業の許可業者として認められてい

るのは既存業者1社のみで、この新しい新規許可業者の2社はいずれも計画の中に入っていなかったため、一般廃棄物処理計画にも適合しておらず新規許可の違法は明らかなのですが、原告適格を争っている間に、業者はもう廃業して原告適格は認められるが、訴えの利益なしということで救済されず行政の違法も是正されなかった。訴訟要件の壁が極めて厚くなっています。

それから、行政訴訟の2番目の問題は、裁量の壁の厚さということです。その例として紹介するのは小田急線の連続立体交差事業計画認可の取消しを求めた事件の最高裁判決（最判2006（平成18）.11.2民集60巻9号3249頁）、これはそれまでの判例を変更して周辺住民の原告適格を認めた非常によい判決だと言われているのですが、それは2005（平成17）年12月7日言渡しの大法廷判決（民集59巻10号2645頁）でして、この2006年11月2日言渡しの小法廷判決は、「（都市計画の決定又は変更が）裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」と判断したものです。訴訟要件の厚い壁をようやく突破しても、次にさらに厚い裁量の壁で潰されるのです。浜松の土地区画整理事業計画の事件です。最高裁でせつかく処分性が認められたのに、差戻審では、原告の主張する事業計画の違法、例えば補助金目当ての区画整理の必要性がないとか、道路とか公園の配置がおかしいとか、そんなものはまったく広範なその裁量の中に、埋もれてしまっただけで裁量の逸脱濫用なしとされてしまいます。

土地区画整理事業計画や連続立体交差事業

都市計画では政策的技術的な裁量ということが言われているのですが、他方、医療事件、これは極めて医学的科学的な問題が扱われますが、医療事件では医師の裁量というのはそれほど重視されず、中身に踏み込んだ判断が裁判所によってされている。行政訴訟だけ、裁判所によって行政の裁量が極めて重視・尊重されるとするのはおかしい。

そこで、最後に、私の結論です。憲法の予定する裁判所は、裁判所が具体的事件を審理する中で、違法な行政による国民の権利利益の侵害を救済する、また、行政権・立法権と司法権の三権分立の見地、あるいは法の支配の徹底という見地から、行政の適法性をチェックすることです。また、国民が期待する裁判所は、これとはちょっとずれているのかもしれませんが、行政過程の中でまったく果たされなかった行政の説明責任、それも行政には何を言っても行政からは何も返ってこない、法的な対話が成立しないから、その対話を求めて訴訟を起こすのです。行政の説明責任と法的対応が裁判所であれば果たされると期待して訴訟を起こすんです。ところが、現実はどうなってるかというと、裁判所は処分性や原告適格や訴えの利益という訴訟要件を持ち出して本案審理に入らない。やっと本案審理に入っても、原告には細かく徹に入り細を穿つような主張の特定を求めるのに、行政には広範な裁量を認めて、よほどのことがない限り違法としない。

結局、裁判所は行政に説明責任を果たさせるどころか、原告に多大な時間を割かせてしかも、何ら納得できる理由を示さず、ただ訴えを退けて、つまり、裁判所への国民の期待を打ち砕いて、国民を疲労困憊させて、暴動を起こす気力も起こさせない、そんな存在になっているのではないか。これが私からの問題提起です。

【福井】： ありがとうございます。続きまして、興津さんからお願いします。

【興津】： 神戸大学の興津と申します。どうぞよろしくお願ひいたします。

初めに自己紹介を兼ねて、私のスタンスについてお話をいたします。私は行政法の研究者ですが、法と経済学については、関心は学生の頃から持っていますが、方法論を自分で習得するには至らず、研究手法としては伝統的な法解釈論の立場に立っております。本日もその観点から話題提供をいたします。

法解釈論者の中でも、概念分析とか論理的整合性を重視するスタイルの議論を旨としていると自己認識しており、周りからも多分そう見られているのではないかと思います。逆に言うと、利益考量論とか実体的な政策論議はあまり得意ではありません。

ただし、私自身思っているのは、法解釈論の概念や論理は、現実の制度を合理的に説明し、また必要な改善を行うために用いられるべきだということです。制度の目的や機能から乖離した概念や論理の一人歩きはよろしくないという立場で立論を行っているつもりですので、本日もその観点からお話をしたいと思ひます。

福井さんから私に割り当てられたテーマは、行政行為の効力論です。福井さんのお話の中にも出てきましたが、公定力と不可争力という概念について、まず教科書的なところを確認いたします。公定力とは行政処分（「行政行為」という言い方もありますが、以下「行政処分」に統一します）が、たとえ違法であっても、取り消されるまで効力を有するという現象を表す言葉です。そのような現象が認められるとき、行政処分は公定力を有すると言ひます。また、違法な行政処分の取消しを求めるには、特別の手續、すなわち、行政不服審査法に基づく審査請求か、行政事件訴訟法に基づく取消訴訟によらなければならないとされています。

このことは、他の訴訟で行政処分の効力を否定する主張をすることはできないことを意味します。他の訴訟が行政訴訟または民事訴訟であるときは、その結論は異論のないところで

刑事訴訟について若干議論がありますが、本日は立ち入りません。本日は、他の訴訟が行政訴訟である場合のうち、後続の行政処分の取消訴訟で先行する行政処分の違法性を主張できるかという論点についてお話をします。

不可争力の概念についても触れておきます。行政処分の取消しを求める手續である審査請求及び取消訴訟には、期間制限が設けられており、その期間を過ぎると行政処分の効力を争うことができなくなるという現象を捉えて、行政行為に不可争力が生じるという言い方をします。

公定力また不可争力の限界あるいは例外として、違法性の承継という論点があります。二つの処分AとBが、先行・後行の関係にあるとします。先行処分Aがされ、取消訴訟を提起せずに、後行処分Bがされてから、Bの取消訴訟を提起するとします。すると、Bの取消訴訟において主張できるのは、処分Bの違法性であり、処分Aの違法性に基ついてAの効力を否定したりBの取消しを求めたりすることはできないとされています。つまり、Aの違法性はBに承継されないということです。よく例に挙げられるのが、課税処分と滞納処分であり、課税処分の取消訴訟を提起せずに滞納処分——具体的には差押処分とか公売処分——の取消訴訟を提起して、課税処分の違法性を主張し、自分には納税義務がないのだから、滞納処分を受けるいわれはないと云って、滞納処分の取消しを求めることはできないとされています。課税処分の違法性を主張したければ、課税処分の取消訴訟を提起しておくべきであった、ということです。

この例外として、違法性の承継という現象が認められることがあります。一定の条件を満たした場合には、先行する処分Aの違法性が後行処分Bに承継され、処分Bの取消訴訟において処分Aへの違法性を主張し、それが同時に処分Bの違法性を構成すると解されて、処分Bの取消訴訟で勝訴できる、ということです。

例としてよく挙げられるのは、土地収用法における事業認定と収用裁決です。事業認定の違法性は収用裁決に承継され、収用裁決取消訴訟で先行する事業認定の違法性を主張できると解する学説や裁判例が、かなり多いと思います。ただし、反対説も有力であり、まさにこの福井さんが事業認定の違法性は収用裁決に承継されないという説を主張されています（福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』、有斐閣、1998年）。ただ、福井さんのご議論は、公定力概念から演繹的に結論を導くのではなくて、土地収用法における事業認定と収用裁決のそれぞれの位置づけ、また現実において事業認定や収用裁決の際にどのような手続がとられているか、といった法制度の機能や実態を考察した上での議論ですので、公定力論からの議論とは一線を画しており、傾聴すべきものであると私自身は感じております。

違法性の承継が問題となった具体的なケースをご紹介します。これは私自身が裁判所に意見書を提出し、それをもとに論文（興津征雄「違法性の承継に関する一事例分析——労災保険給付支給処分と労働保険料認定決定処分との関係」滝井繁男先生追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』、日本評論社、2017年、http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/90005759）を書いているケースですので、立場上中立的ではないということはお断りしておきます。このケースは、先行処分として労災保険支給処分が行われ、後行処分として労働保険料認定処分の取消訴訟が提起され、前者から後者への違法性の承継が認められるかどうかの問題になったものです。先行する労災保険支給処分とは、労働者災害補償保険法に基づいて、被災労働者又はその遺族に対してされる処分であり、労災保険法に基づく給付が受けられるという処分です。

後行する労働保険料認定処分は、労働保険料徴収法という法律に基づいて、その労働者を雇

用している事業主に対してされる処分です。労災保険も保険の一種ですので、事業主が保険料を支払う必要があり、その額を確定するのがこの処分です。事業者は自分の雇用している労働者に労災が発生すると、それに応じて納めるべき保険料が増額されるという、メリット制と呼ばれる仕組みが法律上取られています。一般の民間の保険について考えてみればわかりやすいことですが、例えば自動車保険では、自動車事故を起こした場合には、次の契約更新のときに保険料が高くなるわけですが、リスクの高い人には、リスクに連動して保険料が高くなるという仕組みになっているのは、労災保険も同じです。ただ、保険料の確定が法律に基づく行政処分を使って行われているのが、労災保険の特徴です。

保険料を支払う事業主の立場に立ってみると、労災保険支給処分がなされた場合には、それに連動して保険料が上がってしまうので、事業主が労災保険支給処分は違法だと考える場合に、これを争う方法が必要となります。事業者は、労災保険支給処分がされないことに利益を持つからです。しかし、具体的にどのような方法で争えるかというのが、実ははっきりしておりませんでした。

一つの方法としては、労働者に対して労災保険支給処分がされた場合、その支給処分に対して取消訴訟を提起するということが考えられます。しかし、労災保険支給処分の名宛人は被災労働者であって、事業主はこの処分については第三者の立場に立ちます。第三者である事業主は、原告適格を有しないから、労災保険支給処分の取消訴訟を提起できないというのが、従来の実務上の解釈でした。なぜ提起できないのか、理論的な理由ははっきりしないのですが、どうやら労基署が、労災保険の支給判断に事業主にかかわってほしくないと考えて、こういう解釈を昔から唱えてきたようです。

それに対し、後行の労働保険料認定処分は、事業主自身に対してなされる処分なので、その

取消訴訟は確実に提起できます。そこで、労働保険料認定処分に、先行する労災保険支給処分の違法性が承継され、その違法性を主張できるかが問題になりました。しかし、東京地裁(2017(平成29)・1・31判例タイムズ1442号82頁)と東京高裁(2017(平成29)・9・21労働判例1203号76頁)で判決が出ておりますが、いずれも否定されています。

私はこれに対して違法性の承継を認めるべきであるという主張をし、意見書を書きました。その主たる理由は、労災保険支給処分は労働者に対する処分であって、事業者に対する通知がされるとは限らないので、先行処分段階で取消訴訟を提起する手続保障がないということです。事業主は自己を名宛人とする労災保険料認定処分を受けて初めて自分に対する不利益な効果に気付くので、先行処分の取消訴訟を提起できなかったとしても、それを理由に違法性の承継を否定すべきではないということです。かつ、実務上は、先ほど申した通り、先行処分である労災保険支給処分の取消訴訟について、事業主の原告適格が消極的に解されてきたため、先行処分段階で取消訴訟を提起することは想定できなかったとも言えるわけです。

それに対して、裁判所が違法性の承継を否定した論拠を分析しますと、一般的な判断枠組みのレベルでは、公定力とか不可争力という概念を駆使して、一見したところ非常に精緻に見える解釈論を唱えています。

しかし、私の分析するところ、判断の決め手になったのは、もっと実地的な考慮です。この判決は、先行処分である労災保険支給処分の取消訴訟の原告適格を事業主も有していたと判示してします。つまり、先ほどの実務上の解釈とは異なる解釈をとったわけです。その上で、事業主は先行処分段階で訴訟を提起しようと思えばできたはずであるのに、それをしなかったのは、事業主の自己責任であって、後行処分違法性の承継を認めなくても、事業主の権利保護に欠けるところはないと言っているよう

に、私には読めます。やや乱暴なまとめ方かもしれませんが、判決が違法性の承継を否定した理由は、ほぼこの一点に集約されるのではないかと私は見ております。

この判決に対する私の評価は以下のとおりです。複雑な法的仕組みの中で行政処分が何段階にもわたってなされると、誰に対するどのような不利益がどの段階で現実化するかが極めてわかりにくくなります。通知などの手続保障があればまだしも、このケースではそれが法令上は明確ではありませんでした。そのような手続を整備するとともに、不利益が現実化した段階で、このケースですと後行処分である労働保険料認定処分の段階で、訴訟提起を認め、先行処分の違法性の主張を認めるべきではないかと考えております。

こうした法令や解釈論の不備を、「公定力論のようなすぐれて思考省略的なドグマ」(安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造」(1)国家97巻11=12号、1984年、716頁注(9))で糊塗すべきではないと思います。もっと実質論を踏まえて解釈論を構築すべきではないかというのが私の立場です。

以上雑駁ではございましたが、私からの話題提供に代えさせていただきます。どうもありがとうございました。

【福井】: ありがとうございます。それでは板垣さん、お願いします。

【板垣】: 板垣です。どうかよろしく願いいたします。私からは、行政訴訟はなぜ作法が厳格なのかについて、お話をさせていただきます。具体的には、処分性、原告適格、訴えの利益といった訴訟要件が課せられる理由です。行政訴訟において厳格な訴訟要件が課せられる趣旨は、一般には、濫訴の防止であると言われます。これについては、合理的と思われる部分もあり、最近行政実務において問題となっている情報公開の大量請求のような事案を見ますと、誰に

でも取消訴訟の原告適格を付与することは考え物だと思われるのですが、それも程度問題であると思います。

といいますのも、ここまでの先生方の話の通り、処分性や原告適格など訴訟要件を厳格にしたところで、門前払い判決を増やすだけだからです。あるいは、数年間も最高裁まで訴訟要件をひたすら争った上に、本案審理はさっぱり行われず、その間執行不停止の原則で、事業自体はどんどん進み、最終的には事業完成によって取消しを訴える訴えの利益はなしと判断されることが多々ある。行政訴訟は、違法行政を是正する手段として機能不全を起こしているのです。

そればかりではなく、一部自治体等の法治国原理を無視した実務について、適切に行政訴訟（行政事件訴訟法が想定する訴訟）の中で争うことができていないという現実が加わります。例えば、高度経済成長期からマンション開発に対して行われてきた違法な行政指導が典型です。あまりにも執拗な行政指導となりますと、マンション事業者の開発利益を侵害するものであって違法です。この点が争われた品川マンション事件では、最高裁1985（昭和60）年7月16日判決が、相手方が行政指導にはもはや従えないという意思を真摯かつ明確に表明した場合、それ以後の行政指導の継続は違法となるという法理を示していますし、武蔵野マンション事件では、最高裁1989（平成元）年11月8日決定が、水道供給契約の締結拒否を背景に行政指導に応じることを強要することは、やはり違法であるという判断を下しています。しかし、これら一連の判決は国家賠償訴訟であったり、水道法違反の刑事事件です。行政事件訴訟法が想定する取消訴訟では、処分性を有しない行政指導については、これを取り上げることが認められていないためです。

行政が恣意的権限を発動した事案として有名な個室付浴場事件においては、最高裁1978（昭和53）年5月26日判決が、個室付き浴場の

適法な営業を妨げることを主たる目的としてなされた児童福祉施設の設置認可処分は権限の濫用であって違法であるという判断を下しておりますが、この法理も、国家賠償訴訟や刑事事件の中で示されたものでした。近年でも、例えば国立マンション事件において、国立市長が執拗な行政指導であるとか、あるいは給水拒否の働きかけなどを行った行為について、こうした手法は、かなり以前の品川マンション事件や武蔵野マンション事件で違法であると判断されて、その後行政手続法や各地の行政手続条例でそのような行政指導はしてはいけないということが明示されていたにも拘らず行われた行政指導なのですが、東京高裁2005（平成17）年12月19日判決などで、国家賠償請求が認容されています。

ただし、これもまた国家賠償事件であって、その後住民訴訟事件でも違法が争われていますが（東京地裁2010（平成22）年12月22日判決で違法性が認定された）、行政訴訟の典型、つまり取消訴訟の方式でないことだけは確かです。近年、国分寺市が条例で、パチンコの出店を阻止するために、駅前に図書館を新しく開設した行為につきましても、東京地裁2013（平成25）年7月25日判決で数億円の損害賠償が命じられていますが、これも国家賠償の事件です。

他方で、行政が違法な権限を発動する事案ではなくて、（本来行われるべき）権限の不行使が問題となる事案もあります。例えば、違法な占有、建築、あるいは廃棄物不法投棄の野放しなどです。かつて、比例原則の眼目は「過剰禁止」、すなわち行政権限の過剰な行使の禁止にありました。近年では、これとは対照的に、「過少禁止」と言って、行政が公共の利益に関わる不利益な状況に適切に介入せず、違法状態を放置しておくことの違法性が叫ばれています。いわゆる「行政介入請求」として、周辺住民に行政介入請求権と言われるある種の請求権を付与して、行政に対し、そのような違法状態を是正することを求める法理が組み立てられて

いるところです。例えば、近年の行政手続法改正で導入された同法36条の3の「処分等の求め」は、申出資格は無制限であって原告適格のように制限はされないのですが、それと引き換えに、申出には法的な拘束力はありません。これに対し、行政事件訴訟法の2004年改正で導入された非申請型義務付け訴訟では、出訴資格が取消訴訟の原告適格と同様に極めて厳格に求められます。そのかわり判決には拘束力があるとされています。ただし、本案審理で勝訴判決をもらうためには行政裁量の壁をクリアする必要がありますので大変です。となりますと、結局のところ、被害が生じた後で、国家賠償法1条に基づいて行政の規制権限不行使の責任を追及するしかないのですが、この責任は損害賠償責任である以上は被害が生じた後でしか追及することはできません。被害が生じた後の、まさに「後の祭り」となってしまって、実効的な権利救済という意味では他に何かしら手当が必要とされるわけです。

私の意見を簡単にまとめますと、行政権限が適法に行使されるべくコントロールするのが行政訴訟の役割です。他方で、行政権限が適切に行使されていないときに、それを促すのも行政訴訟の役割なのですが、国民にとって使いやすい制度とはなっておりません。現状では国家賠償訴訟や住民訴訟のような門戸の広い制度が代替的役割を果たしているといえます。

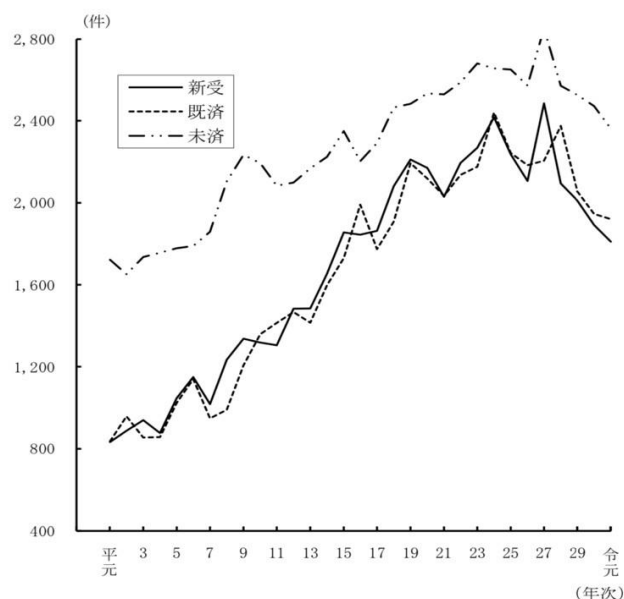
【福井】: ありがとうございます。それでは、法社会学の観点から平田さんお願いします。

【平田】: はい。岡山大学の平田と申します。よろしく申し上げます。私は、法社会学の視点に少々の法と経済学の考え方をスパイスとして振った、そういった観点からの話題提供という風にさせていただきたいと思っております。

まず、では行政訴訟ですけれども、全体像を見るべくまず司法統計をお示ししたいと思います。

図1が、行政訴訟第一審、地裁だけですけれども、その件数の推移を表したものです。高裁も第1審を受け付けることもありますごく僅かです。地裁第1審訴訟だとだいたい新受で2,000件前後で推移をしています。控訴などを含めた全国地裁の行政事件の総数は約4,000件前後になっています。

図1 行政訴訟の件数の推移（第一審・地方裁判所）
裁判所データブック 2020 より

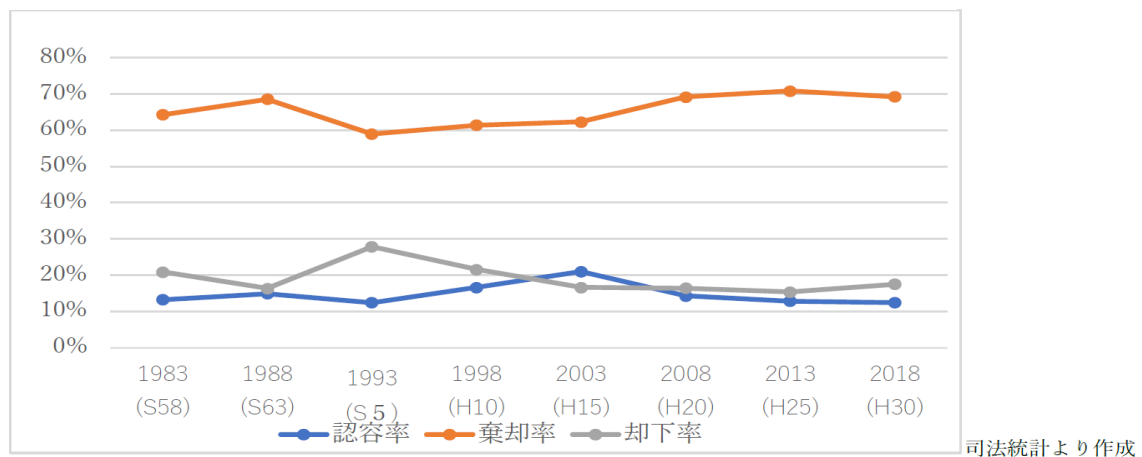


この図1の傾向からもおわかりいただけます通り、だいたい1990年代から行政訴訟は、増加傾向になってきました。2015年あたりをピークに、近年はちょっと減少に転じているところであります。しかし、Y軸である行政訴訟件数の数字をご覧いただければわかる通り、目が細かいといえますか、たかだか2,000件前後なんですね。一方で民事事件総数は、近年60万件弱で推移していることから考えると、行政訴訟の件数はそもそも少ない、ということは司法統計を見ても明らかです。

では、次に実際に行政訴訟を起こし、判決までいったと、その場合に原告が勝った認容率、そして負けた棄却率、門前払いの却下率について、司法統計からグラフ化したのがこちらの図2でございます。

ご覧いただければわかります通り、このオレンジの折れ線が棄却率でして、これが圧倒的に

図2 行政第一審訴訟判決（地裁・高裁）内容別割合の推移



多いです。だいたい60%から70%の辺りを推移しております。そして、これは時代が下ってもあまり変化がないです。逆に、青い折れ線で示された認容率はだいたい10から20%、却下率も、だいたい10、20の辺りを推移しているということでございます。

行訴法の大改正が2004年になされ、先ほど来からお話がありました通り、訴訟要件を緩和、処分性の要件を少し上げたいとか、原告適格の幅を少し上げたいというような思いの詰まった改正が2004年にありましたが、このグラフを見る限り全体の統計の数字からは、2004年の行訴法の改正の影響はまったく見られないということがここからわかります。

このように、要は、原告側が勝つということはいだいたい10から20%で、それ以外は被告行政側が勝っているわけです。そのような行政訴訟ですけれども、ではなぜ行政機関は行政訴訟にそもそも強いのか、というところを考えてみたいと思います。訴訟において行政機関が強いという傾向は、実は日本のみならず日本以外の国でも見られるものです。

なぜ行政機関は強いのか、について2点指摘したいと思います。一つは、行政訴訟は訴訟のリポート・プレイヤーであるから、という点です。Galanter (“Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change” Law & Society Review 9 (1) 1974)

は、法システムは、そもそもリポート・プレイヤーが訴訟に強い構造となっていると論じています。要は、行政機関は、訴訟経験が豊富で、また訴訟に費やすことができるリソースが断然大きいという訴訟のリポート・プレイヤーである一方、原告側はその訴訟1回限りのプレイヤーでしかないので、訴訟経験も乏しく、またその訴訟に投入できるリソースにもリミットがあります。相対的な訴訟経験の豊富さとリソースの豊富さによって、行政機関は訴訟に強い、といった構造を指摘できる。これが一点目です。

もう一点は、そもそも、訴訟事件で対象となっている法律や条例といったルールは、行政機関側が作っているルールである、という点です。この点は盲点になりがちですが、重要な点だと思います。もちろん、立法機関と行政機関は別ですけれども、日本においては国会への提出法案は内閣提出法案が大多数ですし、地方自治体の条例の制定においても、大多数が執行機関、すなわち行政機関側からの条例案を、議会に提出しているという実態から見ても、自分たちが主にデザインしたルールで争うわけなので、自分たちが訴訟で負けないようにルールを作成できるという強力な立場を、行政組織側は当然行使するはずであろうと考えられます。そもそもそのゲームのルールを自分たちが決めるのだから、負けるようなゲームのルールは作らな

いということが言えるのではないかと思います。

では、行政訴訟について、原告側及び被告側から見て、どういうふうな景色が広がっているか、というところを見たいと思います。法的な議論については、先ほどから先生方が非常にわかりやすいご説明をなさっておられますので、私は法社会学的な観点から申し上げます。まず、原告側についてです。原告側にとって、行政訴訟を行うに当たり最も困難な点の一つが、弁護士へのアクセスだと思えます。

そもそも日本の弁護士はその存在が地域によってかなり偏りがありまして、具体的には都市圏、特に東京に日本の弁護士全体の約半分弱がいるということからもおわりの通り、都市圏と地方の差、地域偏差というものが非常に激しくなっています。弁護士が比較的少ない地域で、かつ行政訴訟ができる行政分野に明るい弁護士を探すというのは、さらに困難が予想されます。これが第1点目の原告側の困難さです。もちろん経済的な負担というものもあります。訴訟費用ですとか弁護士費用も当然負担しなければならぬし、時間的費用もかかります。平均だと統計を見ると、だいたい第1審で1年前後の審議期間がかかるわけですが、その1年前後の時間経過コストに耐えられるような人でないと訴訟はできないということです。

では、一方、被告側、行政現場から見ると行政訴訟はどのように見えるのでしょうか。行政機関と一口で言っても、とても多様性があるものです。国と地方自治体、また大規模自治体なのか中小規模なのかによって、おそらく大きく違うというふうに思われます。国は訟務検事をはじめとして精鋭たちがそろっているところなので、それこそ訴訟の経験も豊富ですし人材も優秀な人材が揃っているということで、かなり強いですが、地方自治体だと訴訟経験や法的知識やリソース等、自治体によって差があると思われます。

以下では、特に地方自治体についてももう少し

見てみたいと思います。といいますのも、地方分権が進み、法の解釈適用は、その自治体はその責任を持って行うという自治事務が増えたからです。例えば、各種規制法、環境法ですとか建築関係、許認可、福祉、教育等々、自治体が行うものが多いので、以下では、簡単にではありますが、自治体の現場の状況について見たいと思います。

先ほどからお話がありますように、実際に訴訟が起こるといことは非常に稀なので、訴訟は彼らにとっては非日常です。その結果どういことが起こっているかという、まず第1点として法的考察を行うというよりも、むしろ先例や慣例というものをより重要視して判断するといった思考様式があるということが挙げられます。

第2点は、その一方で、訴訟は起こらないけれども、むしろ起こらないからこそ、訴訟忌避の傾向があります。私の乏しい行政法の知識でも、これは多分、どんなにがんばっても原告は負けるんだらうなど、行政裁量の範囲内だろうというふうに思う事例についても、それでもやはり訴訟を起こしてほしくない現場の職員の方は考える場合が珍しくはありません。

第3点目は、第2点目と似ていますが、法的考慮よりも、法的な考慮以外のファクターをより重視するといったようなことも当然現場の行政機関では見受けられることです。例えば相手方の理解を得るとか、納得してもらいたいなどです。これは別に彼らが非合理的なわけではなくて、おそらく繰り返しゲームをプレーしている、そういった状況だからなのだというふうに理解すれば、必ずしも彼らの行動が非合理的であろうというふうには言えないと思います。

例えば、将来にわたり円滑に行政活動を行いたい、あるいは、実際に規制の内容を遵守してほしいといったような場合には、要は相手方とは長く付き合っていかなければならないので、別に1回限りのゲームで戦って勝ってもいいん

ですけれども、それで自分たちが実質的に目的を達成できたかという点、必ずしもそうではないのが繰り返しゲームですから、そうなると、訴訟を起こされて勝ってもそこまでうれしいものでもない、ということもあります。

さて、色々と申し上げましたが、ここで、行政訴訟の機能についても触れたいと思います。まず第1点目としては、法律による行政の原理を担保するという点です。先ほど板垣さんがおっしゃった通り、2つの方向性がここでは指摘できます。1つの方向性は行き過ぎた行政活動へのブレーキとして使うもの、取消訴訟に代表されるようなものです。もう一方は、過少な行政活動へのアクセルとして、使われるべきもの。義務づけ訴訟などです。ですので、法律による行政の原理といいますのも、両方の面から考えなければいけないであろうと思います。

では、重要な点ですけれども、何が行き過ぎで何が過小なのかという点を、いつ誰が決めるのか、というのが次に問題になってくるわけです。この判断基準は、法と経済学の観点からですとこれは社会的公正ということになるのですが、いつこの判断をするかといった点で、その判断の主体が大きく変わります。行政訴訟という場面ですと、判断する主体は裁判所の裁判官です。ですので、最後にこの裁判官について少し見てみたいと思います。

裁判官は、行政訴訟を取り扱う際に一体どのようなインセンティブを持ちうるのか。当然、裁判官自身の心の中身を見ることはできませんので、私がこれから申し上げることは、制度的に、裁判官はどういった状況に置かれているか、ということを経験者のインセンティブにつ

いての傍証としてお話できるということになります。

第一に、裁判官は過重な担当事件件数の負担を負っているという点が指摘できます。裁判官の数に対して、事件の担当数は多く、重いです。1人当たり何件ぐらいなのか、というのは、なかなか計算は難しいんですけども、例えば衆議院法務委員会での委員会の法務省側の受け答えを参考にすると、だいたい190件持っているというふうに彼らは回答していました。200弱で高止まりしているということらしいです。

その一方で、審理期間は大幅に改善されていて、諸外国と比較して長いわけではありません。表1をご覧ください。表1は諸外国と比較した裁判官の数です。人口を10万人に対してアメリカは連邦と州を総合して10人程度、イギリスは5人、ドイツ25人、フランス8人で、一方日本は2.4人というふうになっているので、日本の裁判官は数が少ないのは明白です。そのような中で、審理期間を迅速化するようにがんばって処理をしなければならないというような職場環境があるのが一点です。

もう一点が、裁判官の出世といいますか、評価についてです。裁判官の人事制度について一連の有名な研究がありまして（例えば、ラムザイヤー「日本における司法権の独立：実証研究の結果と意義」『司法の国家的基盤：日米の司法政治と司法理論』p. 189-206, 2009年）、実際の裁判官のデータや数々の変数を取り込んだそれら実証研究によると、効率的に事件件数をこなせる勤勉で優秀な裁判官が出世するということが指摘されております。

組織で働く人間であれば誰しも出世に興味

表1 諸外国と比較した裁判官数

	アメリカ	イギリス	ドイツ	フランス	日本
裁判官(対人口 10万比)	9.99 (連邦 0.55, 州 9.44)	5.27	25.13	8.54	2.42

*イギリスはイングランド及びウェールズ

裁判所データブック 2018

はあるでしょう。出世したいと思えば、やるべきことの一つは、効率的に事件を裁かなければならないということです。先の研究の引用ですが、「裁判官の経歴にとって重要な点は、どれほどうまく裁判官としての日常の仕事を済ませることができるかである」、こういうふうにとまとめることができると思います。このような状況の中で、裁判官は実際に仕事を行っていらっしゃるという話です。

では、最後ですけれども、第2点目の行政訴訟の機能として、交渉段階の威嚇値としての機能が指摘できるだろうということです。つまり、訴訟に至る前の段階で、原告側と被告側の行政で、非公式な交渉、話し合いとか協議とかが行われるわけですが、そこで威嚇値として機能するものが訴訟になるわけです。

行政訴訟のあり方が、通常時の法実施や解釈適用にとってどのような影響を威嚇値として持つのか、ということも考慮に入れておくべきであろうというふうに考えます。もちろん、訴訟を提起するというだけで、行政側が多大なコストを負うのであれば、訴訟結果がどうであれ、訴訟を起こすということ自体が、一つの交渉の武器にはなりうるんですけれども、しかし、原告は当然訴訟提起のコストは負担しなければならないですし、先ほど見たように確率的には原告側は負ける可能性の方が高いので、単に「訴訟を起こすぞ」と言うだけでは、ブラフになるというか、ハッターにしかならないわけです。

ですので、次の話題にもつながるんですけれども、行政訴訟を機能させるためには、訴訟以前に交渉時にどれだけの武器として原告側が使えるかどうか、という観点も指摘しておきたいと思いますし、それは必ずしも訴訟の勝利には限らないのではないかと、というふうに個人的には考えている次第でございます。

とりあえず私の話はここで一旦切りたいと思います。

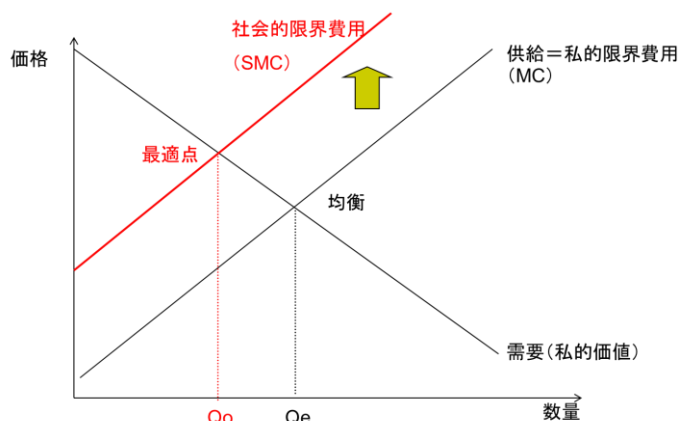
【福井】: ありがとうございます。それではミクロ経済学の観点から鶴田さんお願いします。

【鶴田】: 私は、経済学の大学院を出て、経済学の分野で研究していますが、行政法に関してははっきり言って素人です。おそらく、経済学の研究者の中で、行政法に詳しい方はあまりいらっしゃらないと思います。その中で、私の役割としては、行政法や行政訴訟の問題を考えるときに、経済学がどのような役割を果たせるのかということ、素人ならではの視点で考えるという話だったので、経済学の分野から、お話ししていきたいと思います。

経済学で考えると非常に教科書的な話ではありますが、政府がなぜ介入するかというと市場がうまくいかないからです。例えば、外部性や情報の非対称性の問題が深刻なときです。どういふことを政府がするのが最も望ましいのかということ、これは本当に教科書的な話で経済学の分野の先生方には、釈迦に説法ではございますけれども、まず整理していきたいと思います。

例えば、需要曲線と供給曲線があって、負の外部性、例えば公害を発生させているというようなケースだと、社会的限界費用と私的限界費用が乖離して、市場に任せておいたら、 Q_e のところまで生産が行われてしまう。ただし、一番社会的に望ましいのは、最適点ということで Q_0 まで生産を行う、というケースがあるわけですね。

こういうようなケースにおいて、政府は何をしなければいけないかというと、社会的限界費用



用と私的限界費用の差だけピグー課税をすれば、望ましい生産量が達成されるわけです。これは、課税ではなく補助金でも同じ効果が得られます。ただし政府が Q_0 のところまで、例えばピグー課税というものを課すことができるかどうかというのはなかなか微妙なわけですよ。なぜかという、最適なピグー税の水準というのを政府がわからないということがあるし、あとは、政治的な要因とかがあって、本当は Q_e のところが一番いいのですが、先ほど過剰に規制してしまうとか、過少に規制してしまうという話もありましたけれども、生産量を0にしてしまうとか、ものすごく過小に生産規制をしてしまうというケースもあるわけですよ。逆のケースもあって、すごく公害が発生していて社会的な限界費用というのが、私的な限界費用と乖離しているけれども、まったくピグー課税をしないとか、そういうケースもあって、過少な規制っていうのもありうるわけですよ。ですので、こういう教科書的なグラフ一つにとっても、政府が完全であれば望ましい状態が達成されるのですが、現実的には政府というのは完全ではないのだと。つまり政府が間違える可能性ってすごくいっぱいあるわけです。ですから、そういうことを前提として、政府というのを考えていかなければいけないというのが、一つの経済学的な考え方ではないかと思えます。

今の話をちょっとまとめますと、例えば市場が完全ではないというとき、これは理論的に完全というのは非常にピュアな状態でありまして、そういう観点で言えば、世の中にはいろんな市場の失敗というのが存在しているわけです。ただし、これは程度問題ですので、そもそも政府の介入が必要なほど市場が失敗しているのかというのが、政府が間違える一つの可能性として挙げられるのではないかと思えます。

もう一つが、今の話に関係するのですけれども、政府は市場を是正する能力を持っているのだろうかという問題です。ピグー税一つ取っても、ものすごく過少であったりものすごく過剰

であったりする可能性は大いにありうるわけですよ。ですので、そういう能力を政府が持っているのかということ、やっぱりちょっと疑問だよって話があるわけです。

では、これも教科書的な話で大変恐縮なのですが、市場の最適点が達成しない場合、コースの定理という考え方があるわけです。コースの定理というのは、政府が介入しなくても望ましい状態が達成されるという話です。これはどういう話かということ、民間の当事者たちが資源配分について費用をかけずに交渉できるのであれば、どちらに法的な権利を配分しても、外部性の問題というのは常に民間市場で解決される、という考え方です。その結果、資源が効率的に配分される、と言われるわけです。

これが実現可能なのかということ、これも教科書的な話ですけども、実現は困難であるといえるわけです。この問題ですが、政府が実現を困難にしているケースが結構あるのではないかと考えたのが次のスライドになります。

今の話ですが、権利が確定していること、取引費用が0に近いということが、コースの定理が成立する条件です。これがあれば、不完全な政府がわざわざ出てこなくても、世の中はうまくいくという話なのです。ただし、取引費用が0で、権利が確定しているというのはなかなか難しい。また、権利の確定を人為的に妨げているケースが結構あるのではないかなと思っています。

一つの例ですが、例えば建築基準法が適法であっても、日照権が侵害されているから建築が認められないというケースがあると思います。日照権とは、受忍限度を超えた場合は違法になるという話だと思うのですが、受忍限度って何なのだろうかをちょっと考えると、意外とこれがよくわからない。これを学生のレポートみたいで申し訳ないのですが、日照権とは何だろうと思って、Webでいろいろ調べてみました。春風亭柳昇さんの「日照権」っていう落語があって、これはコースの定理の限界点についてい

て、なかなかおもしろいなと思ったのです。これはどういう話かというと、町内にビルが建つ際に、日照権を主張して、ビルを建てるのをやめさせようという話になった。そのときに、住民の中に色々なこと言い出す人がいるわけですよ。受任限度という話で言うと、例えば一つ目の点ですけども、「どうせ私は夜勤なので、昼は暗い方がありがたい」とか言ったり、他にもいろんなこと言ったりする人がいるわけですよ。なので、そういう意味で、日照権という権利を一つの例として考えたときに、いろんな方がいらっしゃるので、この権利というのを明確にするというのは、すごく難しいのだなっていうのが、感想として思いました。

もう一つは、取引費用という話があって、色々な人がいるので、取引費用がすごく莫大になるよね、という話です。ですので、こういうふうにコースの定理っていうのが成立しづらいところあるので、やっぱり、政府が出てこなければいけないっていうようなことになるのかなど。

以上から、私からの提言として、行政訴訟を考える際に、そもそも政府っていうのは完全ではない。そういう意味では、行政訴訟を起すにくいという話がずっと先生方から言われていましたけども、そういうことを前提として、政府も間違いを認めるということが必要なのかなとは思っています。それが一つ目です。

もう一つは、権利の確定というのを、曖昧なものは明確化するっていうような制度設計にした方がいいのかなっていうふうに思っています。すみません、早口で申し訳ないですけども以上です。

【福井】: ありがとうございます。それでは行政訴訟の改善課題、さらに法と経済学は、行政訴訟、行政法の解釈論と立法論にどういう貢献ができるのかについて議論したいと思います。まず、板垣さんお願いします。

【板垣】: もともと行政訴訟は政策に関係する話ですので、「法と経済学」を駆使した費用便益分析であるとか、コースの定理といった要素を取り入れていく契機が十分にあると思います。ただし、現実には取引費用が非常に大きいので、それがなかなか生かされない事情があり、国立マンション事件などはその最たる例です。

かつては、非常に取引費用が大きい例として日照権紛争が挙げられていました。しかし、日照権の場合、冬至の日に、建物の北側について、日中何時間以上日が当たるかという明確な基準を立てることができると、建築基準法の55条の2で立法化された次第です。日照権を巡る幾次の判例法理を踏まえて立法（裁判規範）が行われたという、オイゲン・エールリッヒ的に言うと、「生ける法」が裁判規範となり、裁判規範が制定法へと昇華した典型的な事例だと思います。これに対し、国立マンション事件で提起された「景観権」ないし「景観利益」というのは、人によってその価値、感じ方、考え方がまちまちであり、その主張の内容も論者によって異なる利益であったため、当事者間での取引費用の大きさと相まって、話がぐちゃぐちゃになってしまった経緯があります。

取引費用を少なくする一つの方法としては、行政の苦情処理であるとか、あるいは2014年法改正でだいぶ改善された行政不服審査法の審査請求のように、裁判に行く以前の段階で簡易迅速に権利救済を図る仕組みを整備することが先決かつ実効的ではないかと考えています。

【福井】: ありがとうございます。それでは興津さん、お願いします。

【興津】: 私の報告では公定力の解釈論的な側面の話ばかりして、そもそも何のために公定力が必要なのか、存在するのかというところをお話しませんでしたので、その部分を法と経済学っぽく説明してみたいと思います。所詮は素人談義だということをご承知おきください。

行政処分の公定力によって、法律関係を確定するという制度は、同意や交渉によらずに、社会的な制度を作っていくというところに意味があるのではないかと考えております。鶴田さんのお話で、政府の権威によって権利を設定するということが出てきましたが、まさにその権威を用いて、個別のケースにおいて、権利関係のベースラインを確定するところに公定力の機能が認められるのではないかと思います。板垣さんもおっしゃっていましたが、それによって個々の交渉コストや取引費用を節減するという意味ももしかしたらあるのかもしれない。

ただ、それはあくまでも仮のものとして政府が一方的に行うものですので、当然それについて争った上でより適切な水準に是正をしていく手続が必要です。そのための手続が、行政不服審査であったり行政訴訟であったりするわけです。公定力という概念を論じるに当たっても、概念が実際に社会の中で果たしている機能を正面から見据えて解釈論を作っていく必要があるのではないかと考えた次第です。

簡単ではございますが、以上で私のコメントとさせていただきます。

【福井】: ありがとうございます。湯川さん、お願いします。

【湯川】: 私は、あまり経済学的な部分はよくわからないので、とにかく行政訴訟を使いやすくするように改善するためにはどうするか、というお話をしたいと思います。

まずは人の問題です。人と言っても、裁判官をここでは考えています。

要は裁判官がやる気になれば、行政訴訟は機能します。古くは昭和年代に白石コートというのがありました。個人タクシー事件判決（東京地判1963（昭和38）.9.18）とか、行政手続法もない時代に公正な行政手続保障を重視する判決をいくつも打ち出した裁判体でした。それ

から平成になりますと、「国破れて3部あり」と言われた、東京地裁第3民事部の藤山コートがありました。あるいは、最高裁でも、滝井繁男判事や藤田宙靖判事がおられたときは、いくつもの先進的な行政訴訟判決が言い渡され、行政訴訟が非常に機能しました。ですから、裁判官をどれだけやる気にさせるかということが重要です。そのためにはどうするか。行政法を理解する裁判官を増やすとか、行政事件は行政法に堪能な裁判官に委ねるとか、行政裁判所とか行政事件集中部を作るとか考えられるのではないかと。私はこれらは一つの有効な方法だと思ってるんですが、しかし、判検交流—裁判官に訟務検事として行政職の経験を積ませる人事交流制度—をみると、裁判官が行政や行政法を理解するのですが、ミイラ取りがミイラになるというか、裁判官としての姿勢がかえってよくなるんじゃないかという評価も多く聞かれます。また、東京地裁に行政事件だけを扱う行政部がありますが、白石コートや藤山コートの時代はよかったです。今はどうなのか。あるいは、行政法が司法試験で必修科目になって、行政法を理解している裁判官が増えているはずなのに、一向に国民の権利を救済するいい判決は出てこない。そうすると、行政法を理解する裁判官を増やしても、それだけでは行政訴訟は機能しない。

それでは、裁判官に行政事件を考える時間の余裕を与えるのはどうか。一つは先ほど平田さんのお話もありましたけど、裁判官、非常に過重な負担にあけてくれていますので、なるべく余裕を与える。そのためには裁判官を増やすのが一番かなと思います。ただ増やすとなるとお金がかかるというのであれば、安く専門的知見を補充するとすれば、専門委員という制度が民事訴訟法の中でありまして、あるいは付調停—調停に回付するということにして、調停委員として行政法の研究者とか弁護士とか、あるいは行政のOBとかを指名する。そうすると1日来てもらっても8,000円で済む。こういうことをいろいろ

ろ試してみる。

それから、その次に実定法の問題。実定法—個別行政法規は国民の権利を保護するものになっていない。冒頭に福井さんがお話になった通り、行政が使いやすいように実体法ができていたので話にならない。だから、実定法を変える。例えば、法令審査の段階で、国民の権利利益に配慮しているか、許認可の基準を定めているか、委任の範囲は明確か、権利救済手続・苦情処理手続は定められているか、そういったことをチェックしなければならないものとする。制定済みの法令についても、それらの視点からレビューをする。条例も同じようにする。国民からそういったレビューを求めることができることにしてもいいのではないか。

最後に、行政事件訴訟法の問題。私としては行政訴訟法の建て付けがそもそも間違っているのではないか。行政訴訟は公権力から国民の権利救済を図り、行政の適法性統制を図ることが目的であるのに、どうして対等な当事者の私的紛争解決のための民事訴訟の枠組みなのか。むしろ、取消訴訟なのだから、被告は第1回期日までに行政処分の根拠とした証拠資料に基づいて処分の適法性を主張・立証しなければならないこととしてしまえばいいのではないか。

あるいは、行政に主張立証責任を課する。現実の裁判所は、行政を対等の当事者として扱って、主張立証するかどうかをその自由に委ねたあげく、行政が何も主張立証しなくても行政の主張を認める。そうではなく、逆に、裁判所が行政に主張立証を命じ、主張立証がなければ原告を勝たせるべき。原告には事実も法律もわからない。裁判所による職権審理主義が重要だと思います。

それから、取引費用の話がありましたけれども、原告の弁護士費用は行政負担にする。今でも、住民訴訟は、原告勝訴の場合は自治体負担となっていますから、勝敗に関わらず行政負担するというのでいいのではないか。そうすれば、行政も訴訟提起されることのないように処分

の時点から訴訟を提起されないように準備するだろうと思います。

また、訴訟費用—訴えの手数料は無料とする。訴えの手数料を無料とすると濫訴のおそれがあるという人もいますが、行政不服審査法に基づく審査請求も申立手数料は無料なのに、審査請求の件数は多くありません。それに、今でも住民訴訟は一律に訴えの手数料は13,000円となっていますが、濫訴にはなっていません。

さらに申し上げたいのは、特にこれが一番大きいのですが、行政が意思決定するに当たっては、その判断過程を記録として残しておくことを義務付ける。そして、訴訟における適法性の立証は、当該記録によってのみ行うこととする。そういうことをすれば、原告の証拠収集の限界もクリアできるし、訴訟も短期間で終結し応訴費用も軽減できる。法の支配のためには不可欠であろうと思うわけです。

以上でございます。

【福井】： ありがとうございます。私からコメントします。まず、行政訴訟は私人にとって障害物競争的な意味合いが大きく、不毛なパズルを解くような要素があります。しかも答えがはっきりしないパズルを無理矢理解かされるに近い。これは、法治国家としてはなはだ不健全と感じます。

民事、行政、当事者訴訟のいずれによるか、という形式的な訴訟の分類論が、相互に排他的で裁判所ですら確たる答えを持っていない。しかも上訴審で別類型だと言われたら泣き寝入りです。法治国家としてまずい。違法を是正する観点から、訴訟の分類はどれで提起してもかまわないと立法で明記して、裁判官にも釈明をさせ、とにかく違法是正に専念させる。門前払いにエネルギーを注がせないような仕組みに改変することが重要だと思います。

原告適格も、ある処分の一定の法の要件のパッケージが、実質的な不利益を周辺の人に強いるのを許しているのか、という観点で判断すれ

ばよいと思います。民事の受忍限度論と同等の基準で、一連の処分要件のパッケージ具備に伴い、その処分と具体的な因果関係を持ち、受忍限度を超える不利益がある限り原告適格ありと判断するなら、民事ともパラレルになるし、不毛で消耗する「法律により保護された利益」かどうかの要件文言の詮索論に逃げなくて済むと思います（福井秀夫「行政事件訴訟法10条1項による自己の『法律上の利益』に関係のない違法の主張制限（上）、（下）-2004年改正法による原告適格の『法律上の利益』概念との関係を踏まえて」自治研究84巻9、10号、2008年）。

現在は、処分なら公定力が発生し、取消訴訟のルートを通れと整理される。処分だったらついでに必ず半年間の出訴期間を走らせるぞ、というパッケージでもあります。しかし、権力性の契機から争い方で特殊な扱いをする公定力の問題と、行政処分を早期確定させようとする出訴期間、不可争力の問題とは、まったく関係なく、独立ものです。処分性がなくても計画統制訴訟で出訴期間を設け、一定の基準で確定させて何の不都合があるのか。処分でも処分権者と相手の二人しか当事者がいないときすら、なぜ6か月の不可争力がないといけないのか。すぐ確定しなくても困る第三者はどこにもいないのに誰を守りたいのか。およそ処分なら公定力を与え、同時に出訴期間を走り出させねばならない、という思い込みと決別することが重要だと思います。

差止訴訟や義務付け訴訟では取消訴訟よりも加重要件があります。これはいらないと思います。本来、一定の出訴期間は設けるとしても、抗告訴訟という特殊なルートの訴えを止めて、米国がそうですが、民事訴訟の中で一定の出訴期間や職権審理などを整備する工夫がありうる。有害なパズル性が少なくなってより適切と考えています。

湯川さんもおっしゃいましたが、適法性の挙証責任を行政に負わせるはっきりした挙証責任の分担原則が必要だと思います。明ら

かに行政の中に所在し、公共財たる情報なのに、行政の恣意を隠し、訴訟で負けられないために出さない対応を、裁判所が追認する構造になっているのははなはだよろしくない。基本的に適法な処分を行うべきことは、法治国家なら当たり前ですから、適法性やその根拠となる情報の提出、挙証は行政に責任を持たせる。住民側、処分を受けた側としては、その主張に本当に理屈があるのか、厳正な事実と証拠に基づいているのか、容易にレビューできるようにすることが重要だと思います。

これも湯川さんがおっしゃいましたが、行政訴訟の判決には、勝っても負けてもいづれにしる、公共財、ないし強い正の外部性があるので、出訴をもっと奨励して、少なくとも勝った場合は訴訟費用、報奨金を差し上げるぐらいのことをしてよいと思います。

証拠調べが当事者主義というのはおかしい。職権で適法性の確認を裁判所が積極的に行うことも重要だと思います。せめて住民訴訟並みの国レベルの違法不当支出の統制訴訟も必要です。

また、かなりの規制や行政処分は外部性を理由に行っているわけです。こういった外部性について、本当に適切に、鶴田さんがおっしゃったような最適点の権力行使を担保できているのかどうか、ということは優れて実証問題ですから、科学的な原理の下に、実証的な根拠を持って、裁量権行使も含め的確な処分要件が定められるよう、訴訟法の問題だけでなく、行政実体法の問題としても立法を改変していくことが重要だと思います。

プロイセンの理論の代表であったオットー・マイヤーの「憲法は滅ぶ。されど行政法は残る」という有名な言葉があります。さも、明治憲法から日本国憲法に変わっても、行政法理論は不滅だという趣旨から誇らしげな文脈で語られることが多いのですけれども、これは有害な迷える言辞でありまして、人権を貫徹する日本国憲法にふさわしい行政法理論になってい

ないことをむしろ直視して、憲法に合わない行政法理論は減ぼさないといけないはずです。

皆様の議論に、国家賠償法が代替的になっているっていう議論ありましたが、実は国家賠償法には非常に大きな制約があります。公務員の過失要件です。公務員が過失でもって違法な行政処分、違法な行政指導したことを、原告側が挙証することなど、状況によってはほとんど不可能に等しい。違法だったら当然に賠償と、無過失責任を国家賠償法に導入することも大きな立法課題だと思います。

裁判官の評価は、判決の水準を一定とすれば処理スピード最優先だそうですが、トリッキーな門前払い判決などを乱発せず、きちんと違法是正に努めたかどうかを、裁判官評価の基準に取り入れる必要がある。平田さんがおっしゃったように裁判官を増やすためには、法曹一元により、弁護士からベテランの方をどんどん任用して、裁判官の数を劇的に増やすことも重要だと思います。

最後に、私も両方の立場を経験し覚えがあるのですが、行政庁が、行政実定法も、訴訟法も起案する以上、その主体に都合がいいように法改正する傾向があるのは否めないと思います。2004年の行訴法改正に私も検討会で関わりましたが、原案はほとんど最高裁と法務省が書いており、微修正以外は何をどれだけ精密に議論しても文字通り聞き置くだけに終わっている。そういう形じゃなく、国民目線で訴訟法も実体法も変えていく仕組みを導入する、泥棒が刑法を作るに近い仕組みは止めるという、立法過程のコントロールも重要じゃないかと思います。

それでは鶴田さん、お願いします。

【鶴田】： はい。私から簡単になんですけども、やっぱり、政府っていうのが間違える可能性があるっていう話はしました。今、福井さんがちょっとおっしゃった話なんですけども、その何が間違いかというのを、ちゃんと実証分析に

基づいて明確しなければいけないなと思っています。最近Evidence-based Policy Making、E B P Mということが盛んに言われていますけども、こういう分野もやっぱりエンピリカルなものを基準にして、さっきの需要と供給の話ではないですけども、最適点からこれだけずれているというのを、数量的に科学的に、今後明らかにしていかなければいけないのだろうな、って思っています。そういうのがどっちかといえば経済学者の役割かなと思っています。ですから、われわれもそういうことを意識して研究していきたいなと思います。以上です。

【福井】： ありがとうございます。平田さんお願いします。

【平田】： はい。まず第1点目についてですけども、どうすれば行政法を使いやすく、権利侵害があるときに原告が勝訴できるようにするか、ということですが、私は先ほども申しました通り、行政訴訟の一つの機能として、紛争が起こったときの当事者間の交渉時の威嚇値として機能するというような側面を重視しており、そもそも行政訴訟以外に強力な威嚇値となるような武器を導入すれば、もうそれでいいのではないかと、いうふうに考えました。

例えば一つの案としては、先ほど湯川さんもおっしゃいましたけれども、情報公開の徹底ですとか、特に行政機関から情報を吐き出させる仕組みというものを作る。そうすると、これも紛争の交渉段階で威嚇値としても原告側が使えるのかな、というふうに想像しました。例えば訴訟の場面になったら、その行政の判断過程、何を根拠にその判断をしたのか、あるいはしなかったのか、ということについて証拠開示を行わせるような、アメリカのディスカバリー制度の類似のようなものを考えるのも一考に値するのではないかと、そうすれば、行政側が証拠開示を嫌がるのであれば行政は事前の交渉に応じやすくなるでしょうし、また仮に裁判まで至

っても原告が知りたい情報が訴訟において開示されますから、権利侵害があるときに原告が救済され、また違法状態が正されるといった、行政訴訟の本旨が達成できるのではないかと、というふうなことを、ぼんやり想像した次第です。

2点目の、法と経済学の分析は、行政法や訴訟の行政訴訟の改善発展にどのような寄与ができるかということですが、行政の判断は外部性がとても強いものですから、それは正であれ負であれ、社会全体の効用を考える際に、経済学のツールは有効なものになるであろうという点がまず考えられます。あとは、プレーヤーのインセンティブを正面から考察することができる、というのは、経済学的な視点を持つときの一つの強みなので、そこは有効活用できるのかというふうに思っています。また、行政法分野は、政策提案や政策設計の場面でもありますから、経済的な思考様式にもなじみやすい分野なのかなとも考えました。以上です。

【福井】： ありがとうございます。私も平田さんのおっしゃる通りだと思います。実は威嚇値に関して、例えば、私人の裁判を起こすよという言葉や動きが、自治体の一部の職員などにはかなりの圧力になることを感じます。国では、システマチックに処理する体制として、訟務部門が行政庁の内部にあって、さらに訴訟指揮に当たる法務省訟務局は、裁判官、検察官出身の俊秀職員を揃え、出先も含めて万全の応戦態勢を取っています。訴訟がウェルカムという要素もある。私の経験ですが、大口需要者だった建設省の訴訟件数が多少減り気味になったとき、ある法務省地方法務局訟務部幹部からもっと事件を増やせないだろうか、予算、人員が減りかねないので、という相談を受け、行政はどこも同じだと変に同情したことがあります。提起を抑制してもいけません、訴訟業務自身が自己目的化して維持継続を図るのも困るので、悩ましいところです。

関西大学の座主さん、お願いいたします。

【座主 祥伸（関西大学経済学部准教授）】： 私は、政府の失敗、経済学の教科書に出てくる政府の失敗を是正する手段として、行政訴訟があるのかなと理解したのですが、そういう理解でいいのでしょうか。

もう一つ、地方自治体では法的リソースが少ないので、行政訴訟に行かずに、その当事者間で解決が行われるということでした。言い換えれば、コースの定理が成り立ちやすいような環境なのかなあ、と直感的に思ったのですが、そういう比較的、当事者が望んでいる解決はあるのでしょうか。

【福井】： 行政法の役割である憲法的価値の実現は、訴訟で争われる局面では、人権価値を損なう行政処分が発動されたとき、それを排除して、侵害を受けた人を救済することが役割です。人権は、思想良心の自由、営業の自由、財産権保障など、いずれも経済的厚生を高めるものでもありますので、おっしゃった通り、人権侵害が行われるような処分の発動の多くは、市場の失敗の是正がうまくいかず、政府が失敗したケースだと思いますので、行政訴訟は、元の法が適切に仕組みられている限り、政府の失敗の是正策の一つと理解できると思います。

【平田】： はい。ご質問ありがとうございます。当事者同士が満足できるような例というのは、実際に地方自治体の現場ではありうる例はあるのか、コースの定理が成り立ちそうだがいかがか、というご質問でした。実際の自治体においては、おそらく当事者間で、何回も会合を重ねているでしょう。その過程で、両者が納得できるようないわゆる落としどころを見つけるといった例は多いでしょうし、これはコースの定理が適用できそうです。また、継続的な関りの過程で行政指導も行われますし、何回も話し合いを重ねるうちに、私人の方の選好・利得の認識を変えるようにするといったこともあるかと思います。

ただ、ここで気を付けておくべきは、上記の非公式的な交渉とみられる過程は、あくまで行政判断の対象者と行政の一対一の二者関係であって、当該行政判断が影響を及ぼす第三者は交渉のテーブルにはついていないので、行政判断が外部性があることを考慮すると、そこは結構問題かなというふうに思います。

【座主】: ありがとうございます。

【福井】: それでは、千葉大学の横田さん、お願いします。

【横田 明美（千葉大学大学院社会科学研究院准教授）】: はい。私今マインツで行政情報法について研究してるんですけども、もともとの博士論文は義務付け訴訟の機能というタイトルでありまして、今日の報告、大変興味深く聞かせていただきました。

ちょっと全体を横断するようなコメントをしたいです。まず訴訟法上の問題は常々議論されている通りで、私も非常に憤っているんですが、改善提案の中に出てきている議論が、実は相互に関連をしているのではと思います。例えば、「裁判官の評価軸を変えるべき」であるとか、あるいは「行政が一方的に決めている法令の審査をすべきだ」という議論が出てきましたけれども、そのための前提として、実は日本ではそもそも判決を全件公開されていないことから、どのように裁判官が議論しているのか、ということが調査できないという限界があります。あるいは法令についても、下位の規則になればなるほど、存在すら外部から確認できないものが非常に増えています。

そもそも、情報の非均衡が是正されるために公開性を高めるというのは、裁判の現場ではない時点ですでに必要なことであり、それに加えてさらに裁判の当事者として原告適格を有する者に対しては、独自に開示する仕組みを作るべきかどうかなど、その辺の整理もかなり必要

なのではと、今回強く感じております。

また、和解で終結している場合についてもメリットデメリットがあると思うんですけども、和解結果が公開されるかどうか論点になりえます。「繰り返しゲーム」として参加している行政側だけに知見が蓄積されるのではなく、全体の知識として共有されるためにはどうしたらよいかということについても、おそらく議論をしていかないと、この不均衡性はちょっと解消できないではと思いました。ここまであまり訴訟法的な話はしていないんですけども、実は制度設計論は実定法、訴訟法だけじゃなくて、そういう情報を取り扱う枠組み自体から見直さないと、かなりきついのかなって言うのは、今日の議論からも感じたところです。以上です。

【板垣】: 行政事件において行政側に証拠が偏在しているというのは、その通りでしょう。例えば、行政処分を行う場合に理由の付記が不十分だと処分を取り消すという有名な判例法理がありますが、あれはやっぱり行政がきちんと審査をしたことを、しっかり「理由の提示」という形で示せないといけないという、極めて証拠法的な発想が原点にあると考えます。それと同じことで、行政は訴訟の中でも十分に自らが下した処分の適法性を主張立証できないときは、行政の負けとなるというぐらい厳しいことをやってもいいのではないかと。それが湯川さんもおっしゃった、行政にきちんと証拠を残させる、手続過程を残しておくということにもつながるのではないかと感じました。

【福井】: ありがとうございます。興津さんから座主さんへのコメントの補足とあわせてお願いします。

【興津】: 横田さんのコメントについては板垣さんの応答に付け加えることはありませんので、座主さんのご質問と合わせて申し上げます。

座主さんのご質問の1点目、行政訴訟は政府の失敗を是正するためにあるのかという点ですが、行政訴訟における判断の基準は、福井さんから応答がありました通り、憲法上の人権を筆頭とする、予め定立された法です。法にかなっているかどうかは基準になるわけです。法の内容が経済合理性にかなった内容であれば、行政訴訟によって市場の失敗が是正されると言えるかもしれませんが、必ずしも現実はそうではないかもしれません。そうだとすると、行政訴訟を通じて社会厚生が最大化が達成されているとは限らないように思います。横田さんのコメントについてもその観点から申し上げますと、行政訴訟の被告である行政側は、あくまでも自分の行動が法にかなっていたかどうかという観点から主張立証を行いますので、政策自体が経済学的に合理的だったかどうかという主張は常にされるとは限らないかもしれません。法と経済学の観点からは、その辺りも考慮することになるように思いました。

【福井】: ありがとうございます。横田さんからもう一点どうぞ。

【横田】: 興津さんの今の発言にまさに関連することで、最善の価値の探求というのをどこまで追求するかというのが、なかなか難しいです。義務付け訴訟、今日は特に非申請型義務付け訴訟が話題になっていますが、そうではない申請型義務付け訴訟でも問題になる視点として、何か最善解なのかがわからないまま、それがわからないままに訴訟が進行してしまい、要件が、ハードルが高かったりであるとか、それゆえに原告側が負けてしまったりということは、非常に不合理です。訴訟の中では、行われた行政価値が最善ではないということ、何か観点を落としているということの主張までが訴訟で行われて、その後、最善の方策は何かって考えるフェーズが必要だというように考えているのですが、法と経済学はまさにそのようなところ

で生きるものではないのでしょうか、というちょっと素朴な疑問があります。これについて福井さんは何かコメントおありでしょうか。

【福井】: おっしゃる通りと思います。最適点探索のためにこそ行政訴訟があるのに、そこに辿り着けないのは問題ですね。また、行政自身、行政処分の発動のときにあまり最適点を意識しないように感じます。例えば収用法は、法と経済学的な要件の規定ぶりで、適正かつ合理的な土地利用と事業に公益上の必要があるのか、という部分が決め手になります。20条の条文にもそう書いてあって、これが憲法29条3項の施行法のゆえんたるところだとよく言われるんですが、端的に言えば、費用便益分析そのものなんです。判例でも、土地の適正かつ合理的な利用とは、収用することで得られる利益が失われる利益を上回ることだ、と固まっています、文字通り費用便益分析基準です。ところが、裁判所で収用事業について費用便益分析をやったり、証拠として求めたりすることはほぼありません。実際には行政が作った結構適当な、事業は公益にとっていかに必須であるかという定性的な主張と、他によい案はないとする架空の代替案との比較などを、なんとなく説明させ、納得したことにして判決を出すことがほとんどです。とても経済分析まで至っていない。そういう審査をされないのが、弁護士もそういうことを全然勉強する必要がない。ここがアメリカの行政訴訟の統制と大きく違うところです。本当は、定性的直観で外部性がわかるわけがない以上、最適値が計算できるものについては、原理的実証的根拠を持って最適値であることを、行政に確認させた上で処分を発動させる。その実体的な基準が重要という印象を持っています。

それでは、以上を持ちまして閉会させていただきます。長時間貴重なご議論をいただきありがとうございました。