

## 取消訴訟(その8)

橋本 勇 弁護士

### 13 訴訟の完結

#### (1) 裁判によらない訴訟の完結(訴えの取下げと和解)

訴えは、原告の申立て(訴状の提出)によって開始され、判決が確定して完結するのが通常である。したがって、原告が訴えを維持する意思を失ったときまで、訴訟を継続する必要はないので、原告は、判決が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができるのが原則である(民事訴訟法(以下「民訴法」という)261条1項)。しかし、訴えが提起されて、それへの対応をした被告には、その訴えに対する裁判所の判断を得て、紛争の最終的な解決を図るといふ利益が生ずるので、被告が本案について準備書面を提出し、弁論準備手続において申述をし、又は口頭弁論をした後にあっては、被告の同意が必要とされている(民訴法261条2項本文)。訴えの取下げは、口頭弁論等の期日にする場合を除いて、書面でしなければならず、被告がそのことを知った日から2週間以内に異議を述べないときは、その取下げに同意したものとみなされる(民訴法261条5項)。

また、当事者が当該紛争について和

解をしたときは、訴訟を継続する意味がなくなるので、それによって訴訟は終了する。和解については、裁判所は何時でも和解を試みることができ(民訴法89条)、当事者が提示された和解案を受諾したときは和解が調ったものとみなされる(民訴法264条、265条)。しかし、処分の適法性が争点となっている訴訟において和解ができるかは問題であり、一般的には、処分の取消訴訟や民衆訴訟における和解はできない(法律の解釈・適用を当事者が自由に決めることはできない)と考えられている。ただ、いわゆる東京都銀行税条例(資金の量が5兆円以上の銀行等に対し、各事業年度の課税標準を従来の「所得」から「業務粗利益」に変更することを内容とするものであり、この条例の制定が現行地方税法72条の2が定める法人事業税の外形課税導入の直接のきっかけとなった)が地方税法に違反するかどうか争点となった訴訟(東京高裁平成15年1月30日判決(判例時報1814号44頁))について、上告審である最高裁は、東京都が徴収済みの税の一部を返還し、当該条例を廃止し、銀行側はその余の請求を放棄するという内容の和解を成立させているので、この和解ができないという考え方は法

律論ではないのかもしれない。このような中で、懲戒免職処分を受けた公務員に対する退職手当の全部不支給の処分の取消しを求める訴訟においても、不支給の割合を全部から一部に変更する和解がなされているようである。

#### (2) 裁判による訴訟の完結

「裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする。」とされており(民訴法243条1項)、終局判決によって当該審級における訴訟は完結する。終局判決というのは、独立した攻撃若しくは防御の方法その他中間の争い又は請求の原因及び数額について争いがある場合におけるその原因についてなされる中間判決(民訴法245条)に対応する用語であり、中間判決については独立した上訴ができない(民訴法281条1項本文参照)のが終局判決との違いである。

終局判決には、却下、棄却、認容の3つの種類があるが、民訴法及びその例によることとされている行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)には明確な定義規定がないが、比較的新しい法律である行政不服審査法(以下「行服法」という)は、裁決の種類について次のように定めており、これは行政事件訴訟や民事訴訟における判決につい

ても、当てはまる。

「処分についての審査請求が法定の期間経過後にされたものである場合その他不適法である場合には、審査庁は、裁決で、当該審査請求を却下する。」(行服法45条1項)

「処分についての審査請求が理由がない場合には、審査庁は、裁決で、当該審査請求を棄却する。」(行服法45条2項)

「処分……についての審査請求が理由がある場合……には、審査庁は、裁決で、当該処分の全部若しくは一部を取り消し、又はこれを変更する。」(行服法46条本文)

すなわち、却下というのは当該訴えが不適法である場合になされる判決であり、棄却というのは当該訴えに理由がない場合になされる判決であり、当該訴えが適法であり、かつその理由がある場合は、当該訴えで申し立てられている事項の全部又は一部を認める判決(これを「認容判決」という)がなされるのである。なお、「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない。」(民訴法246条)とされていることから、裁判所が当事者の申し立てている以外に適当な解決法があると考えるときは、釈明権の行使(民訴法149条1項、2項)によって、当事者にその旨の申立てを促すことがある。

「判決は、その基本となる口頭弁論に参与した裁判官がする。」(民訴法249条1項)ことは前回(第12回)説明したところであり、このことは判決をするためには口頭弁論を開かなければならないことを意味するのであるが、これには次の例外がある。

① 訴えが不適法でその不備を補正することができないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる(民訴法140条)。

② 控訴が不適法でその不備を補正することができないときは、控訴裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、控訴を却下することができる(民訴法290条)。

③ 上告裁判所は、上告状、上告理由書、答弁書その他の書類により、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)。

上記①について、国家戦略特別区域法8条7項に基づく内閣総理大臣がした認定により決定及び変更がなされたものとみなされた第1種市街地再開発事業について、その認定をした内閣総理大臣及び決定及び変更の告示をした区長が所属する特別区を被告として、当該決定及び変更の取消しを求めた訴訟において、東京高裁平成29年1月25日の判決(平成28年(行コ)175号。判例集未登載)は、「民事訴訟法140条が適用できるのは、口頭弁論を開くことが、国民の裁判を受ける権利の保障の観点からも無意味なほど、不備が明白で、補正不能な場合に限られる。」として、第1種市街地再開発事業の決定が処分に該当せず、事件の成熟性(本連載第2回参照)がないことを理由に、原告の主張に理由がないことが明らかであるとして口頭弁論を開かないでした総理大臣を被告とする訴えを却下した原判決を取り消して(総理大臣の被告適格を認めたわけではなく、原告が控訴審で申し立てた被告の変更を許すか否かは差戻審が判断すべきことだとしている。被告の変更については本連載第9回参照)、原審に差し戻す一方、区長がした告示については、①それは内閣総理大臣の決定を一般に知らせるという伝達行為にとどまり、国民の権利義務ないし法的地位を変動させる効果を生じさせるものではない(処分性が無い)から、当該告示は処分の取消

しの訴えの対象となり得ないこと及び②処分をした行政庁(内閣総理大臣)とは異なる行政庁(特別区)を被告としたものとして被告適格がないことから、適法な訴えへの変更をするための補正の余地が見当たらないことが明らかであるとして、口頭弁論を開かないでした訴えを却下した原判決を維持している(控訴は棄却)。

なお、上告については、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を理由とするときその他特別の理由があるときに限ってすることができる(民訴法312条)、そのいずれかに該当することを上告理由として主張するのであるが、「所論は憲法違反をいうが、実質は単なる事実誤認をいうにすぎない。」等として、口頭弁論を開かないで棄却されることが多い。

### (3) 裁量処分の取消し

処分には羁束裁量と自由裁量があり、羁束裁量は、処分庁に裁量の幅がなく、その判断は司法審査の対象となるが、自由裁量は行政庁の裁量判断であるから司法判断の対象とならないということもいわれるが、これは誤解である。法律の表現をどのように厳密にしても、そこには解釈の余地=裁量の余地があり、行政庁の裁量に委ねると定めている場合であっても、その法律の目的に反したり、他の目的のために裁量権が行使されるようなことは許されない。このことについて、行訴法30条は次のように定めている。

「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。」  
裁量処分についての司法審査のあり方についてのリーディングケースは、次に引用する神戸税関事件として知られる最高裁昭和52年12月20日判決(判例時報874号3頁)であり、行訴法30条

は、その趣旨を条文化したものである。

「公務員に対する懲戒処分は、当該公務員に職務上の義務違反、その他、単なる労使関係の見地においてではなく、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務することをその本質的な内容とする勤務関係の見地において、公務員としてふさわしくない非行がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するため、科される制裁である。ところで、国公法は、同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をするときにいかなる処分を選択すべきかを決定するについては、公正であるべきこと（七四条一項）を定め、平等取扱いの原則（二七条）及び不利益取扱いの禁止（九八条三項）に違反してはならないことを定めている以外に、具体的な基準を設けていない。したがって、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない。それ故、公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権

者の裁量に任されているものと解すべきである。もとより、右の裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならないものというべきである。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同じ立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである。」

この判例の具体的な事案は、勤務時間内の職場集会、繁忙期における怠業、超過勤務の一斉拒否等の争議行為に参加しあるいはこれをあおりそそのかした者に対する懲戒免職処分に違法はないとしたものであるが、同じ判断基準に従いながら、裁量処分を違法としたものに最高裁平成19年12月7日判決（判例時報1992号43頁）がある。

「(1) 国が所有する一般公共海岸区域は国有財産法上の行政財産であるが、海岸法37条の4は、一般公共海岸区域の適正な保全を図るため、その占用について、国有財産法18条3項所定の行政財産の使用又は収益の許可に代え、海岸法7条の規定に倣い、海岸管理者の許可を要することとしている。同法には、一般公共海岸区域の占用の許可の要件に関する明文の規定が存在しないが、一般公共海岸区域が行政財産としての性

格を失うものではない以上、同法37条の4により一般公共海岸区域の占用の許可をするためには、行政財産の使用又は収益の許可の要件が満たされている必要があるというべきであって、一般公共海岸区域は、その用途又は目的を妨げない限度において、その占用の許可をすることができるものと解するのが相当である。したがって、一般公共海岸区域の占用の許可の申請があつた場合において、申請に係る占用が当該一般公共海岸区域の用途又は目的を妨げるときには、海岸管理者は、占用の許可をすることができないものというべきである。

また、前記の場合において、申請に係る占用が当該一般公共海岸区域の用途又は目的を妨げないときであっても、海岸管理者は、必ず占用の許可をしなければならないものではなく、海岸法の目的等を勘案した裁量判断として占用の許可をしないことが相当であれば、占用の許可をしないことができるものというべきである。（中略）

もっとも、一般公共海岸区域の占用の許可をしないものとした海岸管理者の判断につき、裁量権の範囲の逸脱又は濫用があつた場合には、占用の許可をしない旨の処分は違法として取り消されるべきものとなることはいうまでもない。

(2) 前記(1)の観点から本件不許可処分の適否についてみると、前記事実関係等によれば、①本件海岸は、一般公共海岸区域であつて、海岸保全施設を設置することによる積極的な防護が行われるものでなく、その自然の状態において公衆の自由使用に供されてはいるものの、現に公衆が具体的に利用し、あるいは海岸管理者以外の者が施設又は工作物を設けて占用しているものでもない、②

本件棧橋は、大規模で堅固かつ長期的なものではあるが、比較的容易に撤去することができ、これを設けることによって本件海岸の形質に重要な変更が加えられるものではない、というのであって、本件棧橋を設けて本件海岸を占用しても本件海岸の用途又は目的を妨げないということができる。

そして、前記事実関係等によれば、本件においては、以下の事情があるということができる。①(略)、②(略)、③本件採石場と既存の港を結ぶ林道は、岩石の搬出路として使用することが事実上困難なものであるところ、被上告人は、本件海岸に本件棧橋を設けることができなければ本件採石場における採石業の採算性は見込めないこと、本件海岸に本件棧橋を設けることができれば環境や交通に与える影響がほとんどないことなどを指摘し、本件海岸に本件棧橋を設けることは本件採石場において採石業を行うために不可欠であり、本件海岸の占用の許可がされなければ知事が認可した採石業を行うことができなくなるとしていたのであって、本件海岸の占用の許可がされなければ本件採石場において採石業を行うことが相当に困難になることがうかがわれる。④ところが、上告人は、環境や交通に格別の影響を与えることをうかがわせるような事情はみられないにもかかわらず、被上告人に対し、本件採石場から約600mの位置にある漁港の港湾区域内に岩石の搬出用の棧橋を設けるといふ実現の困難な手段によるよう繰り返し勧告して、本件海岸に本件棧橋を設けさせようとしなかった。これらの事情を考慮すると、本件海岸の占用の許可をしないものとした上告人の判断は、考慮すべきでない事項を考慮し、他方、当然考慮すべき

事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができ、本件不許可処分は、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである。」

なお、取消訴訟における主張立証責任が被告(行政庁)にあることは本連載第11回で述べたが、最高裁昭和42年4月7日判決(判例時報485号35頁)は、「行政庁の裁量に任された行政処分の無効確認を求める訴訟においては、その無効確認を求める者において、行政庁が右行政処分をするにあつ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、したがつて、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ものと解するのが相当である。」としている。

#### (4) 事情判決

行訴法31条1項は、特別の事情による請求の棄却として、「取消訴訟については、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、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へ、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。」と定める。

代表的な事情判決として引用されるものとして、最高裁大法廷昭和60年7月17日判決(判例時報1163号3頁)があるが、この判決は行訴法31条1項を適用したものではなく、同条の考え方が一般的な法の基本原則であるとしたものであり、そこでは、昭和58年12月18日に施行された衆議院議員選挙の定数配分が憲法に違反するとしながら、

次のように述べて、選挙の違法を宣言するにとどめ、右選挙は無効としないとされている。

「およそ公職選挙法二〇四条の訴訟において請求認容の判決がされたときは、当該選挙は無効となり、直ちに法定期間内の再選挙が施行されて違法状態が是正されることになるのであるが、議員定数配分規定の違憲を理由とする同条の規定に基づく訴訟においては、当該選挙を無効とする判決をしても、直ちに再選挙施行の運びとなるわけではなく、憲法に適合する選挙を施行して違憲状態を是正するためには、議員定数配分規定の改正という別途の立法手続を要するのである。その意味において、かかる訴訟の判決については、一般の公職選挙法二〇四条の訴訟のそれと別個の考慮を要するものというべきであり、かような見地からして、たとえ当該訴訟において議員定数配分規定が違憲と判断される場合においても、これに基づく選挙を常に無効とすべきものではない。すなわち、違憲の議員定数配分規定によつて選挙人の基本的権利である選挙権が制約されているという不利益など当該選挙の効力を否定しないことによる弊害、右選挙を無効とする判決の結果、議員定数配分規定の改正が当該選挙区から選出された議員が存在しない状態で行われざるを得ないなど一時的にせよ憲法の予定しない事態が現出することによつてもたらされる不都合、その他諸般の事情を総合考察し、いわゆる事情判決の制度(行政事件訴訟法三一条一項)の基礎に存するものと解すべき一般的な法の基本原則を適用して、選挙を無効とする結果余儀なくされる不都合を回避することもあり得るものと解すべきである(昭和五一年大法廷判決参照)。」<sup>28</sup>