

[講義2 (行政訴訟)]

海賊版サイトブロッキングの行政法上の諸問題

弁護士 大島 義 則

【事例】

2018年、インターネットの発達に伴い、漫画、アニメ、映画等の違法コピーを配信する海賊版サイトによる著作権侵害等の被害が深刻化した。政府は、著作権侵害等の権利侵害拡大を防止するため、特に悪質な海賊版サイトに対しインターネット・サービス・プロバイダ（ISP）による閲覧防止措置（ブロッキング）を実施し得る環境を整備する必要があるとの認識に至った。そこで、政府は、海賊版サイトのブロッキングは「通信の秘密」（憲法21条2項後段、電気通信事業法4条1項）を形式的に侵害する可能性はあるものの、諸般の事情に照らせば緊急避難（刑法37条）の要件を満たす場合には違法性が阻却されるとの考え方をとりまとめた。

これに対して、法律関係者からは、「海賊版サイトのブロッキングは緊急避難の要件を充足する余地がない」などの反対意見があがった。

〔設問1〕

総務省は、上記考え方にに基づき、複数のISPに対して、特定の悪質な海賊版サイトを名指ししてブロッキングするように口頭により行政指導を行った。X社は、当該指導に対して、どのような法的措置を採ることができるか。

〔設問2〕

政府の要請に基づき、X社は海賊版サイトに対するブロッキングを実施した。一般国民Yは、総務大臣に対して、業務改善命令（電気通信事業法29条1項1号）としてブロッキング中断措置を採るよう求めたい。Yは、訴訟以外の方法で、どのような手段を採ることができるか。

〔設問3〕

一般国民Yは、業務改善命令（電気通信事業法29条1項1号）を出してもらうために、行政事件訴訟法に基づく抗告訴訟を提起することができるか。Yは抗告訴訟の各要件についてどのように主張すべきかについても、併せて検討せよ（仮の救済措置については検討することを要しない）。

第1 問題意識

2018年4月6日、政府がISPに対して、「一時的な緊急避難」として海賊版サイトへのアクセスを遮断する「サイトブロッキング」の要請を検討しているとの報道がなされた⁽¹⁾。これに対して、有識者や関係団体から反対声明が出されたが⁽²⁾、同月13日、知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議は、「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」⁽³⁾を決定した（以

-
- (1) 高橋克哉「海賊版サイト：政府、遮断要請へ 著作保護に『緊急避難』」毎日新聞東京朝刊2018年4月6日、1頁。
- (2) 弁護士ドットコム「海賊版サイト『ブロッキング要請は法的に無理筋』東大・宍戸教授、立法を議論すべきと批判」2018年4月6日 (https://www.bengo4.com/internet/n_7683/,2018年12月21日最終閲覧)、一般財団法人情報法制研究所情報通信法制研究タスクフォース「著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言」2018年4月11日 (<https://www.jilis.org/proposal/data/2018-04-11.pdf>,2018年12月21日最終閲覧)等。
- (3) 知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」2018年4月 (<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/honpen.pdf>,2018年12月21日最終閲覧)。

下「政府決定」という。)。政府決定は、特定の海賊版サイトを名指ししながら、ブロッキングについて、緊急避難の要件を満たす場合には違法性が阻却される、との考え方を示した⁽⁴⁾。政府決定の直後においても、同月22日、一般財団法人情報法制研究所主催の「著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言シンポジウム」⁽⁵⁾が開催され、また、第二東京弁護士会会長による声明が出されるなどの反対論が出された⁽⁶⁾。

本問は、このような現実には社会問題となっている海賊版サイトのブロッキング問題を下敷きにしつつも、いくつかの仮想の条件を付加しながら、行政法の観点⁽⁷⁾から分析を求めるものである⁽⁸⁾。

*以下では「行政事件訴訟法」を「行訴法」、行政手続法を「行手法」、電気通信事業法を「事業法」と略す。

第2 〔設問1〕

1 行政指導に従った場合の法的リスク

-
- (4) 本稿では、海賊版サイトのブロッキングが刑法37条の緊急避難に該当するかの否かの論点には深入りしない。児童ポルノサイトと海賊版サイトを比較しながら緊急避難の成否を検討するものとして、深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』(弘文堂, 2018年) 256～257頁。
- (5) 著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言シンポジウムの様子については、拙稿『著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言シンポジウム』参加レポート」NBL1122号84頁(2018年)、拙稿「短報 著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言シンポジウム」情報法制研究第4号146頁(2018年)。
- (6) 第二東京弁護士会会長笠井直人「政府による海賊版サイトへの緊急対策を受けての会長声明」(18(声)第4号)。
- (7) 海賊版のサイトブロッキングに関する法的問題を全体的に概観するものとして、成原慧「海賊版サイトのブロッキングをめぐる法的問題」法学教室453号45頁(2018年)。
- (8) 本稿は、2018年7月28日に広島大学法科大学院で実施した「公法実務基礎」科目の講義内容に基づき執筆したものである。

設問1は、総務省が海賊版サイトブロッキングを行うように行政指導を行った場合におけるISPの法務対応を問うものである。現実の政府決定は「行政指導」ではないと整理されていたようであるが、本問では総務省が行政指導(行手法2条6号)に該当する行為を行った場合を念頭に置いている。

X社は(緊急避難の要件を充足しない場合でも)行政指導に従ったことを理由として、事後的に通信の秘密侵害罪(事業法179条1項・同法4条)⁽⁹⁾の免責を主張できるかについて検討しておく必要がある。石油カルテル事件(最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁)は、「価格に関する事業者間の合意が形式的に独禁法に違反するようにみえる場合であつても、それが適法な行政指導に従い、これに協力して行われたものであるときは、その違法性が阻却される」と判断している。そこで、X社としては、石油カルテル事件に照らして、総務省による適法な行政指導に従っていることを理由に通信の秘密侵害罪に関する違法性阻却がされると考え、行政指導に従う選択をすることも考えられる。

石油カルテル事件については、「行政指導が、行政指導に従って行われたのでないならば違法となるような企業の行為を違法でなくする、という法的な意味を持たされている」と評価する見解もあるが⁽¹⁰⁾、「本判決にいう違法性阻却とは、刑法総論にいうそれではなく、独禁法に違反するように見えて実は違反しないという現象を指している」と評する見解⁽¹¹⁾もある。また、

(9) 事業法179条2項は「電気通信事業に従事する者」も刑事罰の対象としており、従業員にも刑事罰リスクが発生する点には留意が必要である。

(10) 藤田宙靖『行政法入門〔第7版〕』(有斐閣, 2016年)164頁。木谷明「判解」刑事篇昭和59年度143頁は、石油カルテル事件が刑法35条を援用していない点からすると、事業者の行為の違法性は刑事上のみならず民事上(独禁法上)も阻却されると考える余地がある、と指摘する。

(11) 白石忠志「判批」宇賀克也=交告尚史=山本隆司編『行政判例百選I〔第7版〕』(有斐閣, 2017年)195頁。

仮に行政指導に従ったことが刑法上の違法性阻却事由になるとしても、石油カルテル事件も「適法な行政指導」⁽¹²⁾が前提とされている点には留意が必要である。そのため、X社としては、総務省の行政指導に従った場合の刑事罰リスクを十分に回避できない可能性がある。

2 行手法上の法務対応

(1) 行政指導の中止等の求め

刑事罰リスクを十分に回避できないと考えた場合、X社は行政指導を拒絶する方法を検討することになる。

まず、行政指導の中止等の求め（行手法36条の2）については「法令に違反する行為の是正を求める行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」との要件があるため、法律の根拠に基づかない設問1のような非法定の口頭の行政指導の場合にこれを利用することはできない。

(2) 行政指導に従わない旨の意思表示

行手法32条1項は「行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない」とし、同2項は「行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」として、行政指導の一般原則を定めている。そこで、X社としては、総務省の行政指導に任意の協力により従う意思（任意性）はなく、行政指導の不服従に対しての不利益取扱いは禁止

(12) 石油カルテル事件が、①必要性、②手段・方法の相当性、③目的の正当性という行政指導の適合に関する判断要素を示したものと理解するものとして、木谷・前掲注10) 141頁。

されることを主張する書面を提出することが考えられる。

行政指導の任意性に関しては、品川マンション事件(最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁)、武蔵野市給水拒否事件(最決平成元年11月8日判時1328号16頁)及び武蔵野市開発負担金事件(最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁)の3つの判例が存在する。

品川マンション事件は「建築主において建築主事に対し、確認処分を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるときには、他に前記特段の事情が存在するものと認められない限り、当該行政指導を理由に建築主に対し確認処分の留保の措置を受忍せしめることの許されないことは前述のとおりであるから、それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となる」として、任意性の判断基準に関して、真摯かつ明確な意思表示というメルクマールを用いており、この基準については武蔵野市給水拒否事件への影響が見られる。もっとも、武蔵野市開発負担金事件では、真摯かつ明確な意思表示の有無のみならず、(開発負担金を定める)指導要綱の内容・性質等、運用実態、行政指導に当たる職員の対応等の諸般の事情を具体的な事案に即して総合的に検討し行政指導の強制性を判断している⁽¹³⁾。

そこで、X社は、真摯かつ明確な意思表示として行政指導を拒絶することを示しつつ、さらに政府のとりまとめた「考え方」の正当性・合法性、不服従の場合にX社に想定される事実上の不利益、行政指導に当たる職員の対応等の具体的事実に基づき、行政指導が強制⁽¹⁴⁾に至っていることを主

(13) 水上敏「判解」民事篇平成5年度(上)249頁。

(14) 橋本博之『行政判例ノート〔第3版〕』(弘文堂、2017年)132頁は、武蔵野市給水拒否事件について「行政指導に従わないという意思の表明を問題にすることなく、負担金を求める行政指導について、任意か強制かという観点からその違法性が判断されている」と位置づける。

張ることが考えられる。

(3) その他の法務対応

行手法 35 条 1 項は「行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない」と定めており、同条 3 項は「行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前二項に規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない」と定めているため、X社は総務省に対して、行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を書面で示す書面の交付を求めることが考えられる。

また、同法 36 条は「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関は、あらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない」と定めているので、X社を含む複数社への行政指導がなされていることを理由として、同条の行政指導指針を定める義務があることを主張することも考えられる。

第3 〔設問2〕

行手法 36 条の 3 第 1 項は「何人も、法令に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分又は行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）がされていないと思量するときは、当該処分をする権限を有する行政庁又は当該行政指導をする権限を有する行政機関に対し、その旨を申し出て、当該処分又は行政指導を求めることができる」として、処分等の求めの制度を定めている。同条 3 項は「当該行政庁又は行政機関は、第一項の規定による申出があったときは、必要な調査を行い、その結果に基づき必要があると認めるときは、当

該処分又は行政指導をしなければならない」としているの、処分等の求めがなされた場合には、「必要な調査」に基づく処分又は行政指導がなされることが期待される。

そこで、一般国民Yは、事業法 29 条 1 項 1 号に基づく業務改善命令としてブロッキング中断措置⁽¹⁵⁾を要請するよう、処分等の求めをすることが考えられる⁽¹⁶⁾。

第一に、処分等の求めは「何人も」することができるため、一般国民Yでも行うことができる。

第二に、「法令に違反する事実がある場合」とは、「法令に規定されている義務又は要件に反する事実が認められる場合」をいい、将来における法令違反の事実を未然に防止する場合には「法令に違反する事実」は不存在とされる⁽¹⁷⁾。そこで、これから ISP によりブロッキングが実施されることを未然に防止することはできず、実際にブロッキングが実施された段階において当該ブロッキングが通信の秘密侵害であり、事業法 4 条 1 項及び 2 項に違反していることを主張することになる。

第三に、「その是正のためにされるべき処分又は行政指導（その根拠となる規定が法律に置かれているものに限る。）」に、事業法 29 条 1 項 1 号に基づく業務改善命令が該当することを主張する必要がある。ここで「される

(15) 事業法 29 条 1 項の「業務の方法の改善その他の措置」にブロッキング中断措置が含まれるかは必ずしも明らかではないが、「その他の措置」という文言からここでは方法に特別な限定はないものと解する。

(16) 2018 年 4 月 25 日に公表された主婦連合会 = 全国地域婦人団体連絡協議会「NTT グループ『インターネット上の海賊版サイトに対するブロッキングの実施について』に対する意見書」(<http://www.chifuren.gr.jp/180425opinion.pdf>, 2018 年 12 月 21 日最終閲覧)では、「今後、四社が実際にブロッキングを行うこととし、さらに行った場合には……行政手続法第 36 条の 3 に基づいて総務大臣に対し電気通信事業法上の改善命令等（電気通信事業法第 29 条第 1 項）を求め」との意見が述べられている。

(17) 一般財団法人行政管理研究センター『逐条改正 行政手続法〔改正行審法対応版〕』（ぎょうせい、2016 年）274 頁。

べき」とは、「申出人により摘示された事実が、法令に違反する事実を是正するための処分又は行政指導の要件を充足していることを意味する」⁽¹⁸⁾ので、事業法29条1項1号の要件充足を主張する必要がある。まず、ブロッキングは「通信の秘密」(憲法21条2項後段、事業法4条1項)を侵害するものであるから、「電気通信事業者の業務の方法に関し通信の秘密の確保に支障があるとき」(事業法29条1項1号)に該当する、と主張できる⁽¹⁹⁾。次に、「通信の秘密」侵害状態を除去するためにはブロッキング中断措置が必要不可欠であって、「利用者の利益又は公共の利益を確保するために必要な限度」の措置であり、「命ずることができる」という文言からすると行政庁の効果裁量が認められるようにも解しうるが、通信の秘密の重大性に照らしてブロッキング中断の業務改善命令を出さないことは効果裁量の逸脱・濫用になることを主張することが考えられる。

第4 〔設問3〕

1 非申請型義務付け訴訟の提起

設問2のとおり処分等の求めを行ったとしても、業務改善命令が出され

(18) 一般財団法人行政管理研究センター・前掲注17)。

(19) 通信の秘密には知得、窃用、漏洩の禁止が含まれると解され、海賊版サイトのブロッキングは「当該サイトにアクセスしようとする利用者も含めすべての利用者の通信の宛先を監視する点で秘密を知得した上で、それを用いて当該サイトへのアクセスを遮断する点で秘密を窃用する」ために通信の秘密侵害であると主張されている(成原・前掲注7)47頁)。ここで多賀谷一照ほか編著『電気通信事業法逐条解説』(財団法人電気通信振興会、2008年)131頁は「電気通信事業者の業務の方法に関し通信の秘密の確保に支障があるとき」とは「例えば、機械室への入退室の記録の管理を怠るなど設備の管理運営がずさんであり、通信の秘密が漏えいしているときをいう」として通信の秘密のうち漏洩行為を中心に例示的に解説しており、積極的知得行為の禁止又は窃用行為の禁止が問題とされる違法なブロッキングが当該要件を充足するかについては議論がありうるが、事業法29条1項1号は単に「通信の秘密」という文言を用いており、漏洩行為に限定されていないと解釈することも可能である。

ない可能性がある。そこで、Yは業務改善命令(事業法29条1項1号)を出してもらうために、非申請型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)を提起することが考えられる。本問では、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件として原告適格(行訴法37条の2第3項)、「重大な損害」(同条1項)、「損害を避けるため他に適当な方法がないとき」(補充性。同項)の各要件が問題となり、訴訟要件を充足する場合にはさらに本案勝訴要件(同条5項)を充足するかが問題となる。

2 訴訟要件

(1) 原告適格

Y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」(行訴法37条の2第3項)に該当すれば原告適格は肯定され、「法律上の利益の有無の判断」については取消訴訟に係る同法9条2項が準用される(同法37条の2第4項)⁽²⁰⁾。ここで「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のであり、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専ら一般的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と解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」と解され、この判断に当たって同法9条2項の解釈準則が考慮されることになる(小田急高架下訴訟・最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁)。

この原告適格の定式の下でYに原告適格が認められるかについての先例

(20) 非申請型義務付け訴訟の原告適格は、取消訴訟の原告適格と同様に考えるものと解される。小林久起『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』(商事法務,2006年)160頁。

は存在しないので、Yは処分根拠法規である事業法29条1項の解釈を行い、自らに原告適格が認められるように主張を組み立てる必要がある。

第一に、事業法29条1項1号の「法令の趣旨及び目的」は「通信の秘密」や「利用者の利益」の確保の点にあること、憲法21条2項後段の通信の秘密は、個人の私生活の自由を保障し、自由なコミュニケーションの手段を保障するために必要不可欠な重要な権利であり、このような憲法の趣旨を踏まえ、電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密について事業法4条及び179条により罰則付きの保護が与えられていることに照らせば、事業法29条1項1号はYを含む個々人の通信の秘密という個別的利益を保護することを趣旨・目的としているものと解すべきことを主張することが考えられる。

第二に、被侵害利益である通信の秘密を中心として「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」(行訴法9条2項)を主張する必要がある。当該文言の立案にあたってはもんじゅ訴訟判決(最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁)が参考とされているので⁽²¹⁾、もんじゅ訴訟判決における「原子炉施設の近くに居住する者」の「生命、身体等に直接的かつ重大な被害」という表現を参考にしながら、生命、身体等に比肩しうる優越的法益に関する直接的かつ重大な被害の存在を主張していく戦略がありえよう。例えば、通信の秘密はプライバシー権(憲法13条)や表現の自由(同法21条)という重要な憲法上の権利であることに加えて⁽²²⁾、ブロッキングは「受信者一般の通信一般を検知し特定の通信を遮断」するものであり、「他の遮断措置と共通の問題点に加えて、」「不特定多数の無辜の利用者の」「海賊版サイトの閲覧と関わりのない多数の通信を検知し、」「大量監視(massive surveillance)につながる」こと⁽²³⁾を主張していくことも考

(21) 最高裁判所事務総局行政局『改正行政事件訴訟法執務資料』(法曹会, 2005年)25頁(注1)。

えられる。

(2) 重大な損害及び補充性

「重大な損害」の判断では「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」ものとされており(行訴法37条の2第2項)、この検討は原告適格における通信の秘密に関する主張と重なる部分が多い⁽²⁴⁾。

補充性の要件との関係では、通信の秘密侵害を理由とする海賊版のサイトブロッキングを差し止める民事訴訟⁽²⁵⁾が提起できるのではないかが問題になるが、民事上の請求が可能であったとしても、直ちに補充性の要件を欠くものとは解されていない⁽²⁶⁾。補充性の要件に関しては、救済の必要性

(22) 通信の秘密条項の制度趣旨については、表現の自由との密接的な関わり合いを認めながらも、私生活の秘密又はプライバシー保護の一環として理解する見解が強い(芦部信喜『憲法学Ⅲ〔増補版〕』(有斐閣、2000年)540頁以下、佐藤幸治『通信の秘密』芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権(1)』(有斐閣、1978年)635頁以下)。通信の秘密の制度趣旨を再考するものとして、宍戸常寿「通信の秘密について」企業と法創造9巻3号(2013年)25頁以下、曾我部真裕「通信の秘密の憲法解釈論」Nextcom16号(2013年)19頁以下。

(23) 宍戸常寿「ブロッキングの法制度整備に関する憲法上の論点の検討」(2018年7月25日)インターネットの海賊版対策に関する検討会議資料4・7頁。

(24) 2017年3月22日、弁護士伊藤建氏が行政機関の保有する情報の公開に関する法律14条2項に基づき行政文書開示請求を行い、2004年行訴法改正時の内閣法制局の資料の開示を受けており(平成29年3月17日付け行政文書開示決定通知書。文書番号法務省民制第20号。受付番号第688号)、これにより開示された平成16年2月20日付け「義務付け訴訟の法定について」(以下「開示資料」という。)6頁によれば、原告適格の要件は、重大な損害及び補充性の「要件と相まって、非申請型の義務付け訴訟を適法に提起できる場合を合理的な範囲に十分に限定しているもの」とされている。また、小林・前掲注17)(注4)も参照。

(25) 2018年4月26日、海賊版3サイトにブロッキングを実施すると決めた企業に対して、中澤佑一弁護士が民事訴訟を提起している。

(26) 小林・前掲注17)163頁。

の観点から判断される問題であり、「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、権利利益の実効的救済の観点」から判断される⁽²⁷⁾。そこで、Yは、国(処分行政庁：総務省)を相手方とする業務改善命令の非申請型義務付け訴訟を提起することが通信の秘密を確保する上で抜本的解決になり、権利利益の実効的救済に資することなどを主張することが考えられよう。

3 本案勝訴要件

(1) 基本的な主張

裁量処分の場合⁽²⁸⁾、本案勝訴要件は「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」(行訴法37条の2第5項)である。この要件の意義について判例・学説は固まっていないが、規制権限不行使型の国家賠償請求(国家賠償法1条1項)の議論が参照されることがある⁽²⁹⁾。規制権限不行使がどのような場合に国家賠償法上、違法になるかについては、裁量権収縮論や消極的権限濫用論等が唱えられており、非申請型義務付け訴訟の裁量処分に関する本案勝訴要件についても同様に裁量権収縮論や消極的権限濫用論により説明するものが見られる⁽³⁰⁾。

ここで規制権限不行使型の国家賠償請求に関する最高裁判例を通覧すると、最高裁は、①規制権限を定めた法が保護する利益の内容及び性質、②

(27) 小林・前掲注17) 165頁(注4)。

(28) 事業法29条1項は「利用者の利益又は公共の利益を確保するために必要な限度」という規範的・抽象的要件を含み、「命ずることができる」という効果裁量を認める規定ぶりを行っていることなどから、ここでは業務改善命令が裁量処分であることを前提としたが、現実の訴訟においては羈束処分性を主張していくことも考えられる。

(29) 例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第6版〕』(有斐閣、2018年)343頁注3)。

被害の重大性及び切迫性, ③予見可能性, ④結果回避可能性, ⑤現実に実施された措置の合理性, ⑥規制権限行使以外の手段による結果回避困難性(被害者による被害回避可能性), ⑦規制権限行使における専門性, 裁量性などの諸事情を総合的に検討して違法性を判断しているものと解されている⁽³¹⁾。非申請型義務付け訴訟においてもこれと同様の判断要素に基づき判断されるかは必ずしも明らかではないが, 例えば原告は①～⑦に基づき裁量権逸脱・濫用を主張していくことが考えられよう。具体的な主張内容に関しては, 原告適格における通信の秘密に関する主張に重なる部分も多くなる。

(2) 本案勝訴要件と手続的要件の関係性

非申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件については「特定の処分をするための実体的要件を具備しているものと判断できることを意味し, 行政庁が履行すべき手続的要件をすべて具備していることまでを求めるものではない」とされているが, ①審議会に諮るなどの一定の手続を経ることが処分要件になっている場合, ②不利益処分の名宛人である第三者に対する告知・聴聞の手続を経ることが行手法又は個別法により必要な手続として規定されている場合には, 本案勝訴要件である一義性の要件を欠くことになるの

(30) 開示資料3頁は「裁量のある行為」について「具体的な事実関係のもとで裁量が収縮し, 特定の処分をしないことが裁量の逸脱又は濫用である場合に限り, 裁判所が特定の処分をすべきことを命ずることができる」として裁量権収縮論的な説明を行っている。これに対して, 橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』(弘文堂, 2004年)66頁は「不作為の違法に関する裁量権消極的濫用論を想起させる規定ぶり」となっていることを指摘する。

(31) 角谷昌毅「判解」民事篇平成26年度420頁。宅建業者事件(最判平成元年11月24日民集43巻10号1169頁), クロロキン事件(最判平成7年6月23日民集49巻6号1600頁), 筑豊じん肺訴訟(最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁), 関西水俣病訴訟(最判平成16年10月15日民集58巻7号1802頁), 大阪泉南アスベスト訴訟(最判平成26年10月9日民集68巻8号799頁)参照。

が「通例」と指摘されることがある⁽³²⁾。

そして、業務改善命令(事業法29条1項1号)は電気通信事業紛争処理委員会⁽³³⁾への諮問事項とされており、(同法160条2号)、また聴聞の特例(同法161条)⁽³⁴⁾が定められているので、上記①②に照らして本案勝訴要件を欠く、との反論が想定される。

この点については、「当該不利益処分に関する行政手続をスキップしてよい(処分の相手方の手続的権利に配慮しなくて良い)という程度まで、裁判所の判断が熟していることが必要になる」との見解がある⁽³⁵⁾。原告は裁判所の判断が熟するように主張・立証活動を展開しつつ、聴聞手続をスキップするために処分の名宛人に対する訴訟告知(民事訴訟法53条1項)又は第三者の訴訟参加(行訴法22条)の制度を利用して裁判手続の中で聴聞手続に代替する手続保障を確保すべく訴訟活動を展開する必要がある⁽³⁶⁾。

以上

(32) 開示資料4頁。

(33) 電気通信事業紛争処理委員会は総務省設置法8条2項の「審議会等」の一つであり、諮問事項については法施行型審議会の性格を持つ。藤田潔＝高部豊彦監修・高嶋幹夫著『実務 電気通信事業法』(NTT出版, 2015年)726頁。

(34) 通常の業務改善命令であれば行手法13条1項2号により弁明の機会の付与で足りるが、事業法29条1項に基づく業務改善命令では聴聞を要することになる。

(35) 橋本・前掲注30)。

(36) 告知聴聞手続は訴訟告知や第三者の訴訟参加の制度で代替しうるとする説が多数であることを指摘する見解として、最高裁判所事務総局行政局・前掲注21)38頁。