

Title	無名抗告訴訟の諸問題
Sub Title	Some problems on the possible forms of proceedings for judicial remedies in administrative law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.5 (1971. 5) ,p.1- 27
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710515-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710515-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 無名抗告訴訟の諸問題

金子芳雄

## 一、序

二、無名抗告訴訟にかんする判例の変遷——特例法下および行訴法下における

三、学説の検討

四、抗告訴訟の性質および無名抗告訴訟の類型の検討

はしき

本稿は、伊藤・津田・宮崎三先生の退職記念号に掲載しようと思ひ、執筆していた。日本国憲法が制定されてより二十有余年。この時期は、三先生が学問的にも円熟の域に達せられ、御専攻の各分野でおいに御活躍を続けられてきた時期である。そのとき、行政法の分野では、どのような研究成果があらわれていたか。行政訴訟のうち、無名抗告訴訟に焦点を絞る。その変遷過程を追つてみた。

ただ、心残りなのは、筆者の不勉強と、年末特有の雑事に追われ、筆は遅々として進まず、十二月下旬の記念号執筆締切

日までに完成することができなかつた。三先生に対しては礼を失し、編集委員各位に対しては、大変ご迷惑をかけたことをおわびし、併せて三先生がこれからもますますご活躍なさることをお祈りする。

## 一

行政事件訴訟法(以下、行訴法)は、その第三条第一項に、この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に關する不服の訴訟をいう、と規定し、第二項以下に抗告訴訟の類型とし、「処分の取消しの訴え」・「裁決の取消しの訴え」・「無効確認の訴え」・「不作為の違法確認の訴え」を掲げる。この規定は、旧行政事件訴訟特例法(以下、特例法)時代に、同法が、行政事件を、行政庁の違法な処分<sup>(1)</sup>の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利關係に關する訴訟と規定したことにより生じた、無効確認訴訟等の性質をめぐる争を立法的に解決する役割をはたす。

しかし、一方において、行訴法は、抗告訴訟にかんする一般的定義規定と、抗告訴訟の四類型を掲げるため、同法のいう抗告訴訟とは、はたしてこの四類型に限定せらるべきか否か、疑問がないわけでない。この点、抗告訴訟は、一般的定義規定(三条一項)により決定せらるべきで、四類型は典型的な例をしめしたにすぎない。換言すれば、四類型のほかに、無名抗告訴訟ともいふべき訴えの形式を、同法は否定していないとするのが、多数の見解である。<sup>(1)</sup>

しからば、無名抗告訴訟として、いかなるものが、行訴法の下でみとめられるか。この点の検討のため、まず、無名抗告訴訟と考えられる類型をあげ、ついで、これ等のうちの、はたしていずれが行訴法の下で是認せられるかを吟味する必要がある。

さて、現在、一応、無名抗告訴訟と考えられうるものは、以下のごとくである。

## ① 処分の違法確認訴訟

- ② 義務づけ訴訟
- ③ 特定処分の禁止を求める訴訟（予防的不作為命令訴訟）
- ④ 処分の変更を求める訴訟——行政庁に代って処分をおこなうことを求める積極的な形成訴訟
- ⑤ 公法上の義務確認訴訟
- ⑥ 行政庁の処分権の存在確認訴訟
- ⑦ 訴えの提起前に処分の効果が失われた場合における、処分の違法確認の訴訟
- ⑧ 法令の効力に関する訴訟<sup>（2）</sup>

つぎに、これらの現行法制下における許容性についての吟味にうつらなければならないが、ここに一つの難しい問題が存在する。すなわち、抗告訴訟の訴訟物について、学説・判例は、必ずしも一致した見解に到達していない。したがって、訴訟物について、その基本的見解が異なる以上、許容せらるべき無名抗告訴訟もまた、その立場により差異が生じてくる。

本稿では、まず判例の変遷をたどり、ついで学説の推移を、そして、最後に右の基本的立場を考慮しながら、現行法制下における無名抗告訴訟の許容性の問題を検討する。

- (1) 例えは、杉本良吉・行政事件訴訟法の解説・九頁以下。
- (2) 市原昌三郎・抗告訴訟の類型（行政法講座三卷）一五六頁以下。杉本・前掲書一〇頁、なお、ここに掲げる無名抗告訴訟の類型は、従来の判例・西独の立法例等を網羅的にならべられたものであるから、相互における性質の共通性等より、人によりのべるところに若干の差異のあるのは当然といわねばならない。

## 二

無名抗告訴訟は、行訴法において定型化された、典型抗告訴訟にたいする用語であることはいうまでもない。また、無名

抗告訴訟の名で包括される諸類型は、行訴法の制定により、突如として現われいではたない。特例法時代の初期より、多くの形の訴えが提起され、裁判所の検証、あるいは学問的分析をへながら、今日にいたり、かつ、将来へと展開していく。このため、現行法制下において、ある程度類型化された無名抗告訴訟が、如何なる過程をへてここにいたったかを、尋ねることも決して無駄ではあるまい。

さて、特例法第一条は、「行政庁の違法な処分、取消又は変更に係る訴訟」(民事訴訟法応急措置法第八条も同旨)を行政事件の一としてみとめる。そして、学説・判例は、右の変更を処分の一部取消しと解してきた。しかし、これに対する例外とし、変更を積極的変更(≡新処分)と解した例がある。

[1] 青森地・昭二四・三・二二判決(行裁月報一九号三〇頁)

本件判決主文は、「被告(村農地委員会)が昭和二十三年四月二十二日自作農創設特別措置法により青森県三戸郡留崎村大字目時字畑福十五番地畑一段二畝十三歩についてした売渡計画決定中売渡の相手方同県同郡同村大字岩見の下一番地西野末次郎を原告に変更する。」というものである。その理由は必ずしも明瞭でないが、売渡しの相手方が原告でないということのみを確定したのでは(すなわち、通常の形の取消判決では)、事件の最終的解決にならない。形式的な三権分立論にとらわれず、本件のごとき判決をなしてこそ、国民の権利救済の実をあげ、かつ、迅速的確を生命とする画期的農地改革の目的を達成できるという。

この判決は、国民の権利救済のため、敢て権力分立の壁を破り、行政権に属する事項を裁判所が行使した最初の例である。ただ、極めて初期におけるものであるため、その説明は十分意をつくしていないのは已むをえないが、その後の判例は、次第にその立論を精密化していく。

さらに、その後は、右を契機としながら条文の文言をはなれ、行政上の作為、不作為を求める訴訟がみとめられるか、す

なわち、義務づけ訴訟・予防的不作為命令訴訟の許容性の問題にうつり、これらをめぐり消極的見解（多数・消極的見解（少数）をしめす多くの裁判例があらわれた。

以下、時代を追つて、これらにたいする裁判所の見解の推移をみてみよう。

昭和二四年度においては、予防的不作為命令訴訟をみとめた注目すべき例がある。

〔2〕旭川地・昭二四・三・五判決（行裁月報一七号五三頁）

「本件甲地に付いて……旭川地区農地委員会から北海道農地委員会に対し右買取計画に対し承認を求めた場合同委員会に於ては之に対し承認を与えるべきこと必至であり北海道知事は法規上之に基き買取書を発しなればならないものであるから買取処分が為されること必然であり原告の甲地に対する所有権は將に不法な買取処分に依り侵害せられ様として居ると謂うべきである斯る場合当然来るべき不法侵害行為を甘受し其処分あり権利を侵害せられた後でなければ之が救済を求めることが出来ないとするが如きは基本的人権の尊重を期する新憲法下に於て到底正当な解釈で人權の保護に欠けることが無いものと謂うことが出来ない……ので予め之が処分の禁止をしても何等不当なことを謂うことが出来ない」

なお、この判決は、行政処分が為されるや否や、また、為されるとしても其の程度方法が不明の場合、予め裁判所が特定の作為・不作為を命ずる如きは三権分立の精神よりしてみとめられない。また、特定行政処分のなされることが確定した場合でも、特例法が訴願前置主義を採用している以上、これを経る前に、予め裁判所が特定の作為・不作為を命じえない。しかし、これ等の条件以外の場合には、義務づけ訴訟や予防的不作為命令訴訟はみとめられるという。

なお、本件控訴審判決も同旨である（札幌高・昭二四・一一・八・行裁月報一七号六三頁）。また、本件上告審たる最高裁第三小法廷判決（昭三〇・四・五・民集九卷四号四一一頁）は、原審判決を維持しているが、一般論はそこにおいて展開されていない。

なお、当時の一部学説は、司法裁判所の審理する行政事件は、旧憲法下における行政裁判所の権限を承継した結果である。したがって、旧行政裁判所が行政庁に作為等を命ずる裁判をなしたと同様、司法裁判所もかかる裁判をおこないうる。と説く。また、旧行政裁判所が、行政庁に作為等を命ずる裁判をしえたのは、行政裁判所の行政庁に対し監督的地位にあつたからでなく、行政訴訟に対する裁判権の内容としてかかる権限をゆうしていたといひ、行政裁判所の権限承継の結果として、義務づけ訴訟・予防的不作為命令訴訟をみとめようとした。<sup>(1)</sup>

しかし、このような判例・学説にかかわらず、かかる訴えに対する裁判所の見解は、昭和二四・二五年度においてすでに固まつたといひうる。すなわち、裁判の本質は判断作用であるという点を根拠として、行政庁に対し作為・不作為を命ずる裁判をすれば、行政庁に対し監督作用を及ぼすような裁判となるから、かかる裁判は権力分立の建前からみとめられないという思想がその後の各判決の根底に存した。

しかし、このような見解は、たとえ論理的に筋のとつたものとしても、やはり権利侵害をみて、はじめて権利救済を求めうるとするのは、時として国民の権利救済を不可能にし、あるいは、不必要な権利侵害をうけさせる結果になることを否定できない。このため、義務づけ訴訟等の論理的欠点を克服した訴訟形式の探究が必要となつてくる。この点につき、昭和二十四年度の行政事件訴訟年鑑には、作為・不作為義務の確認訴訟についての問題提起がなされ、<sup>(2)</sup>その後の各年の年鑑は、年を追うごとに、強力にかかる訴訟形式の存在を主張するにいたつた。

一方、この種訴訟の実例は、年鑑の筆者の期待にも拘らず、二十四・二十五年度には現われず、二十六年度に一件、しかも消極の見解を示す例があらわれ、さらに、飛んで二十八年度にいたり、下級審の裁判例はほぼ消極の見解で統一されるにいたつた。

〔3〕静岡地・昭二六・九・六判決（行裁例集二卷一〇号一六〇三頁）

農業委員会に対し買取ずみの農地を自己に売渡すべき義務のあることの確認を求める請求につき、行政処分が現に存在しないときは権利保護の利益を欠く。また、作為・不作為を求める訴訟と同一視すべき確認訴訟はみとめられない、との理由で、消極的見解を示す。

〔4〕東京地・昭二八・九・九判決（行裁例集四卷九号二一七一頁）

旅券下付申請に対し被告外務大臣がなんらの決定をしないことを理由に、被告の旅券発給義務の確認を求める訴につき、ほぼ右と同様の理由により不適法な訴えとする。なお、福岡地・昭二八・三・一一判決（行裁例集四卷一〇号二四七七頁）は、確認訴訟を一般的に否定しながら、傍論において、「行政庁において、行政処分を認める申立てを受理しながら、荏苒日を空しうしてなんらの処分をしない如き、特殊外の場合）には、かかる訴訟もみとめらるべきことをほのめかしている。

このような消極的見解は、その後においても多数裁判例の支持するところであつたが、昭和二十九年には、積極的にこれを支持しようとする裁判例が一件報告されており、さらに翌三十年には、この本題を正面からとりあげ、確認訴訟を許容しようとする注目すべき二つの裁判例があらわれた。

ただ、二十九年判決（福島地・昭二九・一・二五判・行裁例集五卷一号一五〇頁）は、地方法務局長は、登記官がした立木保存登記につき、同登記官に対してその抹消回復登記をなすべき旨命ずる義務のあることの確認を求める訴えをみとめるが、その理由とし、憲法七十六条・裁判所法三条・特例法一条より公法上の権利又は法律関係を裁判事項としていることは明らかであるから、確認の訴えの提起は憲法の採用している三権分立の原則にもとるものでないというのみで、それ以上のコメントはない。また、同控訴審判決（仙台高・昭二九・六・二九判・行裁例集五卷六号一五二八頁）は、従来多数説にしたがい確認の訴えは、権力分立の原則に反するとし、原判決を取消し、訴えを却下している。

[5] 東京地・昭三〇・五・二六判決 (行裁例集六卷五号一一九三頁)

本件は、医療法人たる原告等に対し、同法人の設立は、相続税・贈与税の課税対象となるゆえ、課税を欲しないならば定款等の変更をなすべきよう勧告したのに対し、かかる相続税等の納税義務を争い、その不存在の確認を求めたものである。これに対し裁判所は、確認の訴えは、法規を適用実現して権利関係の存否を公権的に確定する純然たる判断作用である。さらに、かかる裁判の結果、行政処分がなされる前に、行政庁を拘束する結果が生じても、かかる拘束は関係行政庁の受忍すべき当然の法的拘束であつて、三権分立の原則に反するものでない、という。

横浜地・昭三〇・九・二三判決 (行裁例集六卷九号二一九三頁)

本件においても、司法審査は、違法な行政権の行使を矯正しようとするものによらず、これが行政権の発動前になされても、違法な行政権の発動を抑止する効果があるだけで、正当な行政権の行使を侵すものでないから、三権分立の原則に反するとはいえない、という。

従来この種訴訟にかんする見解は、積極に解するにせよ、消極に解するにせよ、安易に権力分立の原則を引用し、行政処分と同様の結果となるとし、あるいは、行政権を監督する結果になるから権力分立の原則に反するという議論の繰返しであつた。

しかし、前記二つの三十年判決は、確認判決は判断作用にとどまることを強調する。義務づけ訴訟は、すでにおこなわれた違法な行為を否定し、特定の処分を命ずる。しかし、確認訴訟においては、問題となつている違法な処分のおこなわれることのみを防止し、これ以外のいかなる処分がおこなわれるかは、なお行政庁の認定に委ねられている。したがつて、いわゆる第一次的認定権は、なお行政庁の掌中にあるから権力分立の原則に反するものでもない。また、権力分立の原則は、いづつ、いかなる場合においても、常に一切の第一次的認定権を行政庁が持たねばならないとまで要求しているものでないとするようである。したがつて、三十年判決は、従来議論を、一層精密化したものとして意義がある。そして、その後にお

いても、少数説ではあるが、かかる判決が散見されるにいたつた。

すなわち、訴願庁に対し訴願裁決をなすべき公法上の義務のあることの確認を求める訴えを許容した、大阪高裁・昭三二・四・一九判決（行裁例集八巻四号六五〇頁）もあるが、昭和三十三年には、従来の公法上の確認訴訟の議論を一段と深めた、大阪地裁の判決は注目に値する。

〔6〕大阪地・昭三三・八・二〇判決（行裁例集九巻八号一六六二頁）

死刑囚が拘留所長を相手とし作為・不作為の義務確認を求める訴えにつき、一般論として裁判所の審査は事後審査によるべきとしながら、事前審査をも認めなければならない特別の場合について分析をおこなっている。すなわち、この判決は、英米法における、いわゆる宣言的判決の法理を参考にしながら、「(イ)具体的な行政処分がなされない以前においても公法上の権利関係の存否について裁判によって確定するに適する法律的紛争（いわゆる権利保護の資格）が存在し、(ロ)その紛争が裁判によつて解決するに足る程度に現存する、いわゆる争いの成熟（権利保護の必要ないし利益）が存する限り、裁判所は右の争いのある権利関係の存否を確定し、当事者間の紛争を解決して司法救済を与えるべき職責を有する」という。

さらに、東京地・昭和三五・七・二〇判決（行裁例集一一巻七号二〇六九頁）は、原子力基本法一九条に相当する奨励金交付義務確認訴訟において、傍論ではあるが、「行政庁の不作為がその裁量の範囲を逸脱し、これによつて、現実に私権の侵害を受け、または、その危険がさし迫つていて、裁判所による事前審査のほか適切な救済の考えられない場合」には、これが認められるという。<sup>(3)</sup>

このように、作為・不作為義務確認訴訟をみとめる裁判例は、具体的にいかなる場合、行政庁のいわゆる第一次認定権を否定しうるかという問題の解明に進んでいった。

なお、昭和三十七年度にいたると、行政事件訴訟法の立法の影響をうけ、申請・申立等に対する行政庁の不作為につい

て、許否ならかの応答的処分をなすべき義務確認の訴訟を可能とする裁判例がとみに増加している。<sup>(4)</sup>

なお、この抽象的作為義務確認の訴え（不作為の違法確認の訴え）は、従来の、特定の作為義務確認の訴えをめぐる、積極・消極の両見解を折衷するものとし、一部より歓迎せられたようである。

〔7〕大分地・昭三七・九・二二判決（行裁例集一三卷九号一六〇三頁）

魚市場開設許可申請等に対し、知事が正当な理由がなく、許否の決定をなさず相当期間経過した場合、申請人は右知事を被告として、右の申請について許否の決定をする義務があることを確認する判決を求めようという。そして、「ただ行政庁が一定の行政行為をなさないことの違法に対する司法的救済がいかなる形で許されるかは先に述べた司法行政権の機能の点から別途考慮されなければならないのであつて、行政上の結果について政治的責任を負わない裁判所が、行政庁に対し積極的の作為、不作為を命じうるとするには躊躇せざるを得ないが、行政庁に申請に対する許否の決定をなすべき義務あることを宣言する程度においては、何ら行政の第一次的判断権を奪うことはなく、またいかなる点からみても三権分立の立前を侵すことはない」といつている。

義務づけ訴訟等については、昭和二四年に積極的見解を示す二例（前出四頁）が報告されているだけで、その後は全く消極的見解で統一されていた。<sup>(5)</sup>そして、義務づけ訴訟等に代る、既述のごとき、作為・不作為義務の確認という形式の訴訟が、少数説として存在するにすぎなかつた。しかし、昭和三三年には、一般的に行政庁の作為を求める訴訟を不適法としながら、特別の場合にこれを見とめようとする例があらわれた。

〔8〕福井地・昭三三・一二・二四判決（行裁例集九卷一二号二九三二頁）

本件は、第一次換地予定地をその後の事情により変更して、第二次換地予定地を指定し、原住地の建物等につき、第二次予定地への移転命令、代執行通知をなしたところ、これ等の取消し、ならびに第一次換地予定地への家屋の移転を求めた例である。そして、裁判所は、

「行政庁が或る行為を為すべきことを法律上義務づけられている場合であつても」、その履行を判決で要求することは、権力分立の原則上許されない。しかし、「本件原告の請求は、その主張の各移転命令及び代執行の通知が違法であること、従つてこれ等に基いて発生せしめられた状態が違法であることを主張してその違法な状態を排除するため、各移転命令及び代執行の通知の取消を求めると共に、原告の有する第一次指定地の使用権に基き原状回復を求めようとするものであるから、右請求は右各移転命令及び代執行の通知の各取消請求と関連する請求として行政事件訴訟特例法第六条第一項により裁判所の権限に属すると解せられる」とし、かかる訴えを許容する。

かかる訴訟において、第一次指定地への家屋の移転が果たして原状回復にあたるか、疑問のないわけではないが、一種の特別の要件を具備する場合、義務づけ訴訟もみとめられるとする例の一つといいえよう。

つぎに、昭和三七年には、義務づけ訴訟をみとめた例が、二件報告されている。

〔9〕東京地・三七・一一・二九判決（行裁例集一三卷一一号二二二七頁）

本件判決本文は、「被告は、原告に対し、戦没者……にかかる遺族年金及び弔慰金を受ける権利を有する旨の裁定をしなければならない」という。そして、法令に基づく申請に対する行政庁の拒否処分が取り消された結果、行政庁の作為義務の内容が一義的に明白である場合には、裁判所は、行政庁に一定の行為をなすべき義務があることを判断することができる。そして、この判断の結果、主文に宣言されたところに従つて行政庁が一定の行為をしなければならなくなつたとしても、それは、行政作用の適否が裁判所の判断に服すべきことの当然の結果であり、これを以て、裁判所が行政行為をしたのと同じ結果になるとはいえない。さらに、かかる場合、判決本文の表現形式として、行政庁に一定の作為を命ずる形式がとられたとしても、これによつて、裁判所が行政監督権を行使しまた行政行為をしたことにもならないと解すべきであり、しかも現行法上、かかる給付判決につき強制執行方法はないから、主文の表現形式が確認の形式をとつた場合と比較して判決の実質的効力は異ならず、いずれの方式をとるかは便宜上の問題にすぎない、とする。

なお、他の一件（東京地・昭三七・一二・二五判決・行裁例集一三卷一二号二三九三頁）も右と同一論旨を採用している。<sup>(6)</sup>

要するに、この二例は、確認訴訟と義務づけ訴訟とは、現行制度の下において同一、換言すれば、義務づけ訴訟の形式をとつても、確認訴訟として理解しようとしているといえよう。

旧特例法下における判決例の推移は、右のごとくである。そして、行訴法の制定にともない、「不作為の違法確認の訴え」が、明文上、抗告訴訟としてみとめられるにいたり、従来の諸種の訴えの相当数は、この形式により争われることとなつた。このため、現行制度の下においては、旧法制下に較べ、無名抗告訴訟形式の訴えが減少している。しかし、たとえ「不作為の違法確認の訴え」がみとめられたにせよ、なお、特殊の場合に、義務づけ訴訟・公法上の義務確認訴訟等の必要性を拒否することはできない。このため、現行法制下における、無名抗告訴訟をめぐる主要判例の概観をおこなう。

まず、行訴法下における、公法上の義務確認訴訟の例として、

〔10〕福岡地・昭四〇・一・一九判決（行裁判集一六卷一号一頁）

行政庁に対し行政処分をなす義務があることの確認を求める訴の適否について考えてみるのに、行政庁が裁量権に基いてなす行政処分に ついては、裁判所が事前にこれに介入し行政庁に対して行政処分をなすべき義務の存否を確認することは三権分立の立前上原則として許されないと解すべきであるけれども、行政庁のなす行政処分の内容が法律上羈束されていて、裁量の余地がなくしかも裁判所の事前審査によらなければ他に救済手段のないような場合には、行政庁の義務確認を求める訴は行政権の侵犯とならず、当然許される、という。そして、本件において、農業委員会は、不在地主の所有する小作地があると認めた場合、買収のため農地法八条による公示および通知をなすべき義務を負う旨判断している。

さらに、東京地・昭四〇・四・二二判決（行裁判集一六卷四号五七〇頁）は、農林大臣に対し、農地法八〇条による土地の売払いをなすべき義務があることの確認を求める訴えにつき、行政庁が一定の義務をなすことにつき法律上羈束され、行政庁の第一次的判断を重視する必要がある程一定の行為をなすべきことが明白であり、国民の権利救済は事前の司法審査によら

なければならず、かつ、これをなさなければ回復困難な損害が生ずるといふような緊急の必要のあるときは、公義務確認訴訟はもちろん給付訴訟もみとめられる旨のべる。

さらに、このような原則論を支持しながら、具体的事案は、各々、右の原則に該当しないとして却下した例に、東京地・昭四二・二・七判決（行裁例集一八巻一・二号六三頁）、東京地・昭四二・四・一一判決（行裁例集一八巻四号四五二頁）がある。

つぎに、義務づけ訴訟・予防的不作為命令訴訟に関連し、東京地・昭三八・七・二九判決（行裁例集一四巻七号一三一六頁）は、受刑者が、刑務所長を相手とし、原告の頭髪を、調髪の必要ある場合を除き、強制翦剃してはならないという請求にたいし、これを適法な訴訟形式としてみとめる。その理由とするところは、前掲〔10〕引用の理由とほぼ同様である。

さらに、東京地・昭四一・二・二四判決（行裁例集一七巻二号一七五頁）は、土地区画整理事業の施行者が補償金の支払い後でなければ、土地を収用または換地移転をしてはならない旨の判決を求める例である。そして、裁判所は、行政庁に対し作為・不作為を命ずる裁判のみとめられる要件に該当しないとし本件請求を斥けるが、右要件も前掲〔10〕同様と推測される。要するに、行政庁に対し作為・不作為を命ずる裁判またはその義務確認の裁判を求める訴えの許容される場合は、行政庁の一次的判断を重視する必要がなく、国民の権利救済とし事前の司法審査が必要不可欠の場合である。そして、かかる具体例とし、多くの判例の引用するところは、処分をまち、その処分の取消しを求めたのでは回復しがたい損害が発生し、これを避けるため緊急の必要のある場合をあげる。

(1) これ等につき、詳しくは、後出一六頁参照。

(2) 昭和二十四年度・行政事件訴訟年鑑の筆者は、いわゆる法規裁量に属する行政行為であっても、行政庁が裁量を誤つて処分をおこなえば違法となるから、これより直ちに私人が行政庁に対し違法な処分の不作為請求権を有すると結論するのは早計である。しかし、かかる場合には、行政庁を被告として、当該行政庁において一定の行為をなす義務のあること、又は、一定の行為をなす権限のないこと、の確認判決——一種の公法上の権利関係に関する確認判

決——を求めるとは許されるであらうかという。(同書二〇頁)

(3) 東京地・昭和三六・一一・九判決(行裁例集二二巻二二号三二五二頁)も、課税処分以前にその租税の納付義務の不存在を確認を求める場合、「原告が回復しがたき損害を受けるため、他に先だつて訴訟を許すことか、国民の権利保護のため強く要請される特別の場合」と特別の場合の具体例を示す。

(4) 抽象的義務確認訴訟の例は、従来、あまり報告されていないが、

訴願庁に対し訴願裁決をなすべき公法上の義務あることの確認を請求したことにつき、これを許容する神戸地・昭和三〇・五・二六判決・行裁例集六巻五号二二〇六頁、大阪高・昭和三二・四・一九判決・行裁例集八巻四号六五〇頁、また不適法とする静岡地、昭和二六・九・六・行裁例集二巻一〇号一六〇三頁がある。

しかし、一般の行政庁にたいする関係で抽象的義務確認を求めることにつき、東京高・昭和三五・四・二八判決・行裁例集一一巻六号一八〇二頁は、「一般に国家機関ができるだけ速かにその職務を遂行すべき義務を負うことは裁判による確認をまつまでもなく当然であり、審査の延引が怠慢によるとしても、その是正は行政上の監督によるべく、裁判によるべきでない」とするのが、判例の代表的見解といえよう。

ただ、なかには、特許出願に対し速かに査定すべき義務の確認を求めた訴訟につき、何時までに査定をするかは自由裁量事項とし乍らも、行政庁の不作為が裁量の範囲を逸脱したような特別の場合には、かかる訴訟もみとめられるごとき見解を示す例——東京地・昭和三五・二・三・行裁例集一一巻二五五五六頁——がある。

なお、異色な例とし、東京地・昭三六・八・二四判決・行裁例集二二巻八号一五八九頁は、行政上の作為または不作為義務の存在確認訴訟は、当該義務が法律上羁束され、行政庁に自由裁量の余地がまつたくなく、このため第一次的判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要でなく、しかも裁判所の事前審査を認めないことによる損害が大きく、事前の救済の必要が顕著である場合にかぎつてこれをみとめようとする。

(5) 最高三小法廷・昭三三・二・二五判決・最高民集二二巻二二号三四八頁は、定置漁業免許の存続期間を一定期間に変更することを求める訴は許されないとし、その理由とし以下のごとくのべる。漁業法二一条によると、知事は漁業調整のため必要な限度において五年より短い存続期間を定める。そしてこの期間の定めにつき、知事は裁量権をゆうする。したがつて、定置漁業の目的を達することが事実上不可能なような短い期間を定めることは、裁量権の限界を超え違法な行為とすることができるが、そのような場合においても、上告人の本訴請求のように存続期間を一定期間に変更することを求めるのは、裁判所に、行政庁に委された裁量権の範囲に立入ることを求めるものであつて許されないという。本件は、自由裁量事項について、義務づけ訴訟を求めるのであるから、この見解は当然といえよう。

(6) この二件は、陪席裁判官一名が異なるのみで、裁判所の構成はほぼ同一である。

昭四二・二・七事件は、駐留軍の用に供する土地の取用につき、都道府県土地収用委員会は、取用裁決申請を審理・裁決する権限がないとし、右申請の審理開始後、右権限のないことの確認を求めた例である。そして、裁判所は取消訴訟等と争つては、権利の救済を全うできず、回復しがたい損害を避ける緊急の必要性がないという、また、本件控訴審たる、東京高・昭四三・二・二八判決(高裁民集二二巻一号二二三三頁)も右の判断を維持する。

昭四一・四・一一事件は、いわゆる労音が旧法人税法二条二項の「法人でない社団で代表者の定があり、かつ、収益事業を営むもの」に該当しないか

ら、法人税を納付する租税債務を有しないことの確認をもとめた例である。これに対し、裁判所は、原告が、実質的当事者訴訟とし、あるいは、無名抗告訴訟とし訴求しているのか明らかでないとし、両者の訴訟形式につき判断を加えている。そして、後者の場合、税務署長の課税処分をまち取消訴訟を提起することができないほど緊急の必要性があるとはみとめられないという。

### 三

つぎに、学説の推移についてみてみよう。まず、初期における大勢としては、判例における傾向同様、無名抗告訴訟を否定する多数説と、これを肯定する二、三の少数説の対立という形をとった。

そこで、まず、少数説存在の前提となる、多数説中の指導的見解をみてみよう。たとえば、昭和二三年三月、行政事件担当裁判官会同において、当時の兼子一法務調査意見長官は、行政処分の取消・変更について、つぎのごとく見解を明らかにする。

「法文（特例法……筆者註）には、「処分の取消または変更」とあるが、この意味はいかなるものか。従来の行政裁判所は行政官庁の監督庁である地位によつて、その監督権に基き行政処分を取消すことができたのである。その取消は行政権に基づく本来の意思表示の取消しであり、反対の行政処分であり、取消権もある監督庁の権限行為であつた。そこで、司法権による裁判所において、果してこのような意思表示の意味の取消が可能であろうか。三権分立の建前からいえば、裁判所は、自ら行政権を行使することができない。したがつて、裁判所のなす取消は、意思表示的な意味のものでなく、判決によつて違法が確定する結果、行政処分の適法の推定が覆えられ、その自力執行性が消滅することを表明するに過ぎない。……したがつて法文に「行政処分の取消または変更」とあるけれども、いわゆる変更は、新たな処分でなく、一部取消をいうものと考えらる。一部を違法として取消し、別個の処分に置き換えることは、司法権のできないところである。」<sup>(1)</sup>

要するに、抗告訴訟としてみとめられるものは、行政庁の処分を前提とし、当該処分の適法・違法の判断作用にとどまる

べしとする。したがつて、義務づけ訴訟等は、そこにおいては、とうてい、みとめらるべきでなかつた。

かかる多数説を批判する形で提起された少数説も、法文の「取消・変更」の変更をいかに解すべきかを契機としてあらわれたが、その理論構成ならびに無名抗告訴訟とし許容さるべき訴えの種類は、論者によつて必ずしも同一でないが、その主要な流れは、次のごとくであつた。

①第一説は、旧憲法下における行政裁判所の判決が、違法処分の取消し、および積極的変更をみとめた処より、特例法の「違法な処分」の取消又は変更に係る訴訟」を右のごとく理解する。

この説の論旨は、処分の積極的変更判決も、権力分立の原則に反するものでない（すなわち、司法権による行政権の侵害でない）という。そして、これを証明する方法とし、行政作用か司法作用かは、行為そのものにより區別されるのではなく、その行為のおこなわれる目的によつて定まる。特定行政庁の処分に対し変更を命ずる場合、これが「法維持の目的のためにその行政処分に適用すべき法の宣言」としておこなわれるかぎり、裁判所が自己の権限に属する行為をおこなつている。裁判所が行政権を侵害するということは、裁判所が自己の権限に属しないところの行政権を行使してはじめておこりうることであるから、右は裁判所が自己の権限を行使したにすぎず、したがつて、行政権の侵害でない。また、処分変更判決が裁判所の権限に属することは、行政裁判所以来みとめられているところであるといふ。

したがつて、この論法によるかぎり、裁判所が「国家目的を達成すべき現実の状態をひき起すことに指し向けて行政処分を変更」する判決を下せば、行政権の侵害となるが、右のごとく法維持目的でなすかぎり、同一表現の判決でも行政権の侵害にならないことになる。そして、この説の特色はここにあると共に、この点が多くの理解・支持をえられなかつたところである。また、この説は、その論旨より推察し、一般的に義務づけ訴訟・予防的不作為命令訴訟等を積極的にみとめようとするものではない。

第二説は、行政訴訟を以て民事訴訟と同質のものとして理解、すなわち、「行政処分に対する裁判所の審理を認める以上、特例法が除外しない限り、裁判所は、行政処分の審理についても、民事訴訟法の認める種類の判決を与えうる」とし、処分の積極的変更判決をみとめる。そして、この説は、処分の変更は裁判権による行政権の侵害という批判に対し、処分の取消しもまた、かかる論理よりすれば、裁判権による行政権の侵害になる。そして、処分の取消しがみとめられる以上、特例法の「変更」は積極的変更と解する。<sup>(3)</sup>

第三説は、司法作用を以て、適法・違法の判断作用にとどまらず、違法を取り除き適法の処置をとりうることまでふくむものと解し、処分の積極的変更はもとより、義務づけ訴訟等にいたるまで、これをみとめようとする。<sup>(4)</sup>

しかし、その後の傾向は、現行憲法下における行政事件処理を、旧行政裁判所の権限の延長ないし承継とみる右の見かたに賛成せず、権力分立の原則より、司法権は法的判断作用にとどまるべきとするのが、殆んど一致した見解であつた。

ただし、司法権行使は、法的判断作用にとどまるから、あらたな処分を命ずるとき、給付訴訟はみとめられないとしても、行政庁の権限存否の確認を求め訴えは、なお、司法権の範囲内にあり、裁判所による行政権の侵害にならないとする説があらわれた。

この説は、通常の取消し訴訟を、事後的・消極的な形で提起された行政庁の具体的権限存否の確認訴訟と解する。そして、かかる訴訟がみとめられるかぎり、事前に積極的な形で行政庁の具体的権限の存否の確認訴訟を否定することはできない。両者は、その訴訟物が全く同一でないけれども、その本質的部分は共通するとし、公法上の義務確認訴訟の存在を許容しようとする（勿論、この説も、一般的・無制限に義務確認訴訟をみとめようとするわけではなく、権力分立制の下における裁判所の役割よりしてその範囲の限定をこころみる<sup>(5)</sup>）。

このような見解に対し、通説の立場をとる論者は、つぎのことき疑問を提出する。

a、行政庁の処分がないかぎり、そこに抽象的法律関係は存在しても、裁判の対象となる現実具体的な法律関係は存在しないのではないか。

b、行政庁に先立ち裁判所が行為をおこない、あるいは、行政庁の行為を裁判所が事前に阻止した場合、その行為に対する責任は誰がどうか。<sup>(6)</sup>

そして、通説は、結局、ある行為をなすか否かのいわゆる第一次認定権を行政庁にのみとめることが、権力分立制下における行政と司法の権限配分の核心をなすとみる。

このため、一般的にでないにせよ、如何なる特殊事情があるとき、この第一次認定権を行政庁より裁判所に移しうるかが、無名抗告訴訟許容の要件とし、以後の論議が展開される。そして、この点につき、若干の下級審判例は、前述のごとき要件の類型化をこころみた。また、学説も、行政事件訴訟法の制定を機として、従来の、どちらかという形式権力分立論ないし裁判所の形式論的判断作用論から、実質的論議へと移り変つていつた。換言すれば、裁判所の判断の結果が、たとえ行政庁の第一次認定権に先立つものであつても、当該認定権が法規の厳格な拘束をうけ、行政庁は形式的に第一次認定権を行使しうるにすぎないのならば、これを裁判所がおこなつても、行政権の侵害にならないとする。

したがつて、そこにおいては、公法上の義務確認訴訟または予防的確認訴訟は、一般的には、行政作用の事前統制的性格をもつから許容されないとしても、一般論で律しきれない問題、「例えば、明日にでも行政庁が具体的な行政行為をすることが明白であるような場合に、なおその行為がなされるのを待つて、そこで裁判所に救済を求めなければならないものであろうか、事後審査の原則は、それほど形式的に厳格なものであるか、という疑問」<sup>(7)</sup>がおこり、公法上の義務確認訴訟も許容の余地が生ずる。

また、義務づけ訴訟においても、特定行政行為につき、これをなすべき積極的要件のすべてが具わり、かつ消極的要件が

存しないことを訴訟手続で一義的に確定しうるかぎり、義務づけ訴訟もまた許容しうるはずである。ただ、現実には、行政庁が主張・立証しない一事を以て右の要件の存否を確定できないから、弁論主義を基本とする現在の訴訟構造の下では、これをみとめるためには多くの実質的困難がある。<sup>(8)</sup>

右の見解は、現行法下における無名抗告訴訟許容における通説的見解といえよう。しかし、訴訟実務上、釈明権の行使や実質上職権探知にも等しい訴訟指揮がおこなわれうるから、弁論の過程において、行政庁の第一次判断が訴訟資料の形態で明示されうる。したがって、右の説における義務づけ訴訟に対する危惧はなく、義務確認訴訟よりも、給付訴訟<sup>(9)</sup>（義務づけ訴訟・予防的不作為命令訴訟）の方が、理論上、より適切とする意見が対立する。

- (1) 行政裁判資料第二号（行政事件担当の裁判官合同概要）一四頁以下。
- (2) 磯崎辰五郎・裁判所の違法処分変更の判決・公法研究五号・三八頁以下、特に四二―四五頁。
- (3) 渡辺宗太郎・日本国行政法要論・上巻。
- (4) 山田準次郎・行政行為を要求する訴訟・二四八―五〇頁。
- (5) 白石健三・公法上の義務確認訴訟について、公法研究二一号・五〇頁以下。
- (6) 雄川一郎・行政争訟法一〇二頁以下。
- (7) 雄川一郎・行政訴訟の動向（現代の裁判―現代法5）一四二頁。
- (8) 同右、一四一―二頁。
- (9) 山内敏彦・無名抗告訴訟の問題点（実務民事訴訟講座8）一五九頁以下。

#### 四

さて、判例・学説の右のごとき推移を前提とし、無名抗告訴訟の各類型の整理をおこなわなければならない。

しかし、この整理・検討に先立ち、極めて困難な問題が存する。すなわち、抗告訴訟の本質をいかに理解し、またその訴

訟物を如何にみるか。さらに、抗告訴訟の各類型にあてはまる統一的訴訟物概念は形成せられるかという問題である。そして、これ等の問題にたいする見解の差異は、無名抗告訴訟の許容性に影響をおよぼしてくる。

訴訟物について、わが国の場合、行訴法成立の前後の時期に、諸家によりはなばなしく争われた。そして、当時までにおける西独の諸学説もかなり広く紹介された。しかし、西独においては、その後、実体法上の関係に訴訟物を探求することから、純粹の訴訟法上の問題（権利主張であり、実体権・事実関係は訴訟物の要素でなく、これの具象化に役立つにすぎない）と理解する傾向をたどる。そして、このような傾向にしたがい、旧説を改めた学者も二三に止まらない（訴訟物の本格的検討は別稿にゆずらざるをえない。また、わが国の場合、かかる傾向の見解は未だ示されていないようである）。

さて、わが国の場合、抗告訴訟を通説は形成訴訟とみることにたいし、これを確認訴訟と理解しようとする少数説の対立があつた。しかし、このような二説に大別するとしても、その両説に属する諸家の論理構成には、同視できない異質のものを含む。このため、これらにつき、以下、概観をこころみる。

A 抗告訴訟を民事訴訟における形成訴訟に準ずるものと考え、その訴訟物は、原告の形成権ないし形成要件の存否であり、これが行政行為の違法の問題であるとする。

抗告訴訟の性質についての理論的検討は、右のごとき考え方を出発点とし展開されたようにおもわれる。そして、このような考え方は、例えば、抗告訴訟の原型ともいべき取消訴訟において、つぎのごとき欠点をゆうすると指摘される。すなわち、民事訴訟において私人の意思表示に代る形成権に相当するものは、行政訴訟において存在しない。行政法関係においては、国民は、違法な行政行為の取消しを国家に要求する。請求権のみがあつて、国民が直接的に行政行為の取消しの意思表示をなしうるわけでない。本来、国民のなしうる意思表示にたいし、特別の理由から裁判所が代つて形成判決をおこなう民事訴訟と、この点において異なる。そして、このような差異に著目し、抗告訴訟を形成訴訟とみなしながら、理論構成を異

にする第二の見解が生じた。

B 抗告訴訟は、原告が有権的な行政行為の違法を主張し、その違法の確定とこれにもとづく行為の取消しを求めるものである。換言すれば、行政行為の違法によつて基礎づけられた形成権の存在を主張するのではなく、違法自体を主張する。ただし、これに対応する判決は、行政行為の違法を有権的に確定し、この確定にもとづき行政行為の効力を失わしめる形成判決となる。<sup>(1)</sup>

このような形成訴訟説に対し、確認訴訟説をとる若干の見解がある。

C 抗告訴訟は、処分時における行政処分の違法性の確認をもとめる一種の確認訴訟である。<sup>(2)</sup>

この説は、行政と司法の分立を強調し、違法行政行為の効力が消滅するのは、判決の直接的効果でない。裁判所は、当該行政行為の違法性を確認する。その結果、違法な行政行為は効力を有しえぬから、その効力は否定され、これが取消すという意味と考える。

D 抗告訴訟は消極的事後的な形で提起された行政庁の具体的権限存否の確認訴訟である。原告勝訴の判決によつて処分が適及的に失効するのは、制度自体のなかに初めから予定されたところで、判決自体の直接の効果と解すべきでない。また、判決がその主文において取消しを宣言するのは、単に便宜の意味をもつにすぎない。<sup>(3)</sup>

この両説において、前者が確認の対象を、権利侵害をともなつた行政行為の違法性とするのにたいし、後者はその対象を行政庁の具体的権限の存否とみる。なお、確認訴訟説を採用すると、違法な行政行為は当然に効力が否定されることになり、一切の違法行政行為は効力をゆうしえぬのかという点で疑問が提出されている。

E 抗告訴訟は、特定の具体的処分そのものの取消しまたは無効確認を求める訴訟として理解すべきでなく、その処分と不可分に結びついた処分の効果ないし事実上の結果が違法であるとして、その排除を求めることを訴訟の目的とする。すな

「わち、行政庁の明示的・黙示的な第一次的判断（公権力行使）を媒介として生じた違法状態の排除であるという。」<sup>(4)</sup>

この説は、先ず、行政訴訟をもつて、国民の権利救済のための制度と断定する。従来、抗告訴訟は、国民の権利救済と行政の適法性の保障を目的とするといわれてきたのにたいし、行政の適法性の保障は、国民の権利救済をおしてえられうる結果にすぎない。したがつて、そこにおいては、国民の訴訟を通じてもとめんとするものが強調される。確かに、出訴した者の立場よりすれば、訴訟をおして真にもとめんとする現実的直接的なものは、違法状態の排除であつて、これが実現の妨げとなる公定力の否定は、違法状態排除のための前提ないし手段であつて、原告の真にもとめているところではないといえよう。したがつて、この説は、従来の見解にたいし、より現実的、より直接的に訴訟の目的を把握しようとするところに特色があるとともに、筆者の臆測によれば、民事訴訟法における新訴訟物理論と共通する基盤に立つようである。

F 抗告訴訟は、裁判前の一定の効力を前提とし、これを覆す型の訴えであり、行政行為の公定力を覆すため形成的機能結びつかざるをえないが、これは、通常の形成訴訟理論を以て律しうるものでない。この種訴訟は、従来への訴えの三分類のいずれにも属さない特殊な型、すなわち、「救済の訴え」とも呼ぶべき類型である。<sup>(5)</sup>

これ等諸説のうち、E説は、論者が「説明の仕方や表現はともかく」といわれるごとく抗告訴訟が、形成訴訟か確認訴訟かを論ぜられるものでなく、従来の説全般にたいする警告と理解すべきものであろう。また、F説は、抗告訴訟の本質についての議論においては十分検討すべき説であつても、本稿の目的たる無名抗告訴訟の以下の研究には直接的な結びつきがない。したがつて、以下、形成訴訟説、確認訴訟説および田中博士の説を念頭におきつつ、現行法下において許容せられるべき無名抗告訴訟の検討をおこなう。

まず、①処分の違法確認訴訟について。抗告訴訟の一としてかかる訴訟の提起されるかぎり、そこで当該処分の効力が直接・間接問題となるはずである。そして、抗告訴訟（少なくとも取消訴訟）を確認訴訟とみるかぎり、処分の違法確認は取

消訴訟そのものないしこれが原型であり、当然許されるはずである。この点、既述C説については問題がない。D説によっても、通常、取消訴訟とは行政庁の具体的権限不存在確認訴訟の便宜的表現と解するから、処分の違法確認は、具体的権限不存在確認と同義であり、したがって、いずれの表現をとるかは、形式上の区別にすぎない。換言すれば、C、D説によると、処分の違法確認訴訟は、無名抗告訴訟というより、典型抗告訴訟たる取消訴訟となる。

これにたいし、形成訴訟説を採用すると、判決の「処分を取消す」という表現に意味があり、「処分の違法を確認」するのみでは、判決の効力を発生した時点において、当該処分の効力は存続している。この判決にもとづき行政庁が処分を取消して、はじめて処分の効力は消滅することになる。したがって、直接的にして、より有効な取消訴訟が存在するのに、あえて別個に処分の違法確認訴訟の存在する理由はなく、かかる訴訟形式は許容されないということになる。

②義務づけ訴訟・③予防的不作為命令訴訟（特定処分の禁止を求める訴訟）について。義務づけ訴訟とは、通常、積極的に特定処分をなすことを請求する訴訟の意に用いられ、予防的不作為命令訴訟は、未だ処分のなされない状態において、特定処分をなしてはならない旨請求する訴訟の意に用いられている。

義務づけ訴訟は、行政庁の処分にたいし、これを取消し、別個の特定処分をなすことを請求し、あるいは、未だ処分のなされる前に特定処分をなすことを請求する形をとる。いずれにせよ、本来、行政庁のなすべき行為を裁判所が代りにおこなうこととなる。したがって権力分立の建前より問題がおこってくるのは否定できない。そして、その問題の所在については、既にのべた（前出一五頁以下参照）。ただ、現在の段階においては、初期の見解のごとく権力分立論より全くこれを否定しきろうとはしない。特定の要件の下で、形式的司法と行政の対立を修正しようところをみる。そして、このような思考過程の結果、義務づけ訴訟（予防的不作為命令訴訟をふくむ）の許容せられる場合は、前出判例・学説の検討のべたごときである。すなわち、①行政庁の義務が一義的に確定されていること（行政庁に第一次的判断権留保の必要のない場合）、②行政庁の作為・

不作為により国民が権利・利益の侵害をうけ、あるいは、うける危険が明白にしてかつ切迫していること、③他に適切な救済方法がないこと(典型抗告訴訟にたいする例外)、かかる要件をみたす場合には、少くとも、義務づけ訴訟、予防的不作為訴訟はみとめられるべきである。

なお、裁判所の事後審査性の原則より、義務づけ訴訟と対比し、予防的不作為命令訴訟の許容性を否定ないし、より限定しようとする見解がある。<sup>(1)</sup>しかし、義務づけ訴訟は、行政庁にとり判決に指定された行為以外の一切の行為の執行が禁止される効果を生ずるのにたいし、予防的不作為命令訴訟は、判決により特定行為のみが禁止され、その余の行為をなすか否かは行政庁の判断に残される。換言すれば、前者は行政庁の判断権の否定にたいし、後者は判断権の一部の否定である。したがって理論的には(現実にとちらの訴訟が数量的に多くであろうかどうかは別として)、前者より後者の方が問題が少ないのではないだろうか。<sup>(2)</sup>

つぎに、訴訟手続の構造上弁論主義の採用という点より、義務づけ訴訟について疑念をもつ見解がある。<sup>(3)</sup>訴訟手続の現実的問題性をとらえた、すぐれた批判であるが、積明権行使、実質上職権探知に等しい訴訟指揮によりこの点を回避しようとすると見解もある。<sup>(4)</sup>これは、結局、行政庁側による主張・立証の不完全性、たとえば許可処分をめぐる争いにおいて行政庁側の欠格事由探求(不許可にするための)不足にもとづく場合におこるのである。しかし、かかる場合は、訴訟手続の過程ばかりでなく、行政庁がみずから処分をなす場合においても、行政庁による欠格事由の見落し等により同様におこりうる問題ではあるまいか。

なお、わが国において、無名抗告訴訟とし義務づけ訴訟等のみとめるためには、取消訴訟、不作為の違法確認訴訟と義務づけ訴訟等との関連が問題となる。

たとえば、公務員の解職処分にたいし、これを不服とする当該公務員は、通常、解職処分取消請求という形式で訴えを提

起するであろう。そして、この場合、取消訴訟に代えて、現在の地位を保有するという趣旨の義務づけ訴訟は、現行法制下において許容されないのはいうまでもない。しかし、取消訴訟と併せて、当該公務員が不服申立庁に解職処分をたいする不服の申立をおこない、これが裁決のおこなわれなるとき、義務づけ訴訟の許容性を、右のごとく簡単に排斥することはできない。ただし、現行法制下において、原処分と裁決の取消しの訴えにつき、行訴法一〇条Ⅱ項の規定があるが、この条文はしばらくおいて、次の場合を考えてみる。すなわち、取消訴訟を棄却する判決が確定した場合、不服申立てに関連して提起された義務づけ訴訟は、行訴法一〇条Ⅱ項がなくても、権利保護の適格を欠く訴えとなる。しかし、取消訴訟の判決後において事実関係に変動を生じた場合、取消訴訟の判決の効力は、後から提起された義務づけ訴訟を全面的に拘束してしまうのだろうか。この点は、西独において興味ある一つの問題とし論じられているようであるが、西独の義務づけ訴訟にたいし、わが国は不作為の違法確認を正面に打ち出すため、西独のごとく、直ちに義務づけ訴訟とはならず、不作為の違法確認訴訟を原則とし乍ら、特殊の場合義務づけ訴訟許容の余地ありということにならう。

また、取消訴訟との関連において義務づけ訴訟が最も期待される場合は、比喩的例とし、原告が十の利益を期待しているにもかかわらず、五の利益しか付与せられないごとき処分をうけた場合であろう。かかる場合、通常の取消訴訟を提起し原告勝訴の取消判決をうれば、行政庁が再びあらたな処分をなすまで、原告は五の利益さえ喪失する結果となる。また、行政庁が判決にしたがつて処分をしても、その処分は必ずしも十の利益をあたえる処分であるとの保障はない。もし、六の利益付与処分であれば、再び取消訴訟提起となりかねない。

もし、かかる場合義務づけ訴訟が許容されれば、原告側の不利・不服は相当程度回避されるとおもふ（ただ、現行法上かかる例は多くの場合行政庁の裁量処分とされ、この点で行政訴訟になじまないとされるが、立法論上再考の余地があろう）。

④ 処分の変更を求める訴について。処分の積極的変更が無名抗告訴訟の二に数えうるが、義務づけ訴訟の場合であるか

ら、ここでは特に論じない。

⑤公法上の義務確認訴訟、⑥行政庁の処分権の存在確認訴訟について。これらは、行政庁に作為、不作為を命ずると同様の結果を惹起するから、②・③と同一に論じうる。ただ抗告訴訟の性質につきC説を採用する論者(前出二頁)のなかには、現行制度上、行政庁にたいし執行権を行使しえぬから、義務づけ訴訟は、義務確認訴訟の便宜的表現と解することくおもわれる説もあるが、一方、義務づけ訴訟等が理論上適切であり、かつ、予防的不作為義務確認は将来の法律関係の確認になるから不適法であり、執行力のない予防的不作為命令訴訟を有意義とする見解もある<sup>(5)</sup>。しかし、一般論として予防的不作為義務確認は将来の法律関係の確認となり不適法としても、かかる形式の訴訟の許容せられる場合は、現在に密接した将来であり、現在の法律関係に準ずる場合と解してよいであろう。したがって、公法上の義務確認訴訟は②・③と同一に論じうる。

⑦訴えの提起前に処分の効果が失われた場合における、処分の違法確認の訴訟について。本例は、西独の連邦行政裁判所法一一三条I項の違法宣言に対応する。ただ、わが国の場合、行訴法九条による取消訴訟のみとめられるかぎり、取消訴訟と処分の違法確認訴訟との関係と同一に帰し、したがって、①にのべたところと異らなくなる。

⑧法令の効力に関する訴訟について。一般的に法令の効力を争うことは客観訴訟となりみとめられないが、法令が直ちに国民の権利・義務に変動をおよぼす場合は、これを処分と同一視し、取消訴訟の対象としうることは、すでに確立された通説である。したがって、本例のみとめられる場合は、取消訴訟で論ぜられる。

(1) 市原・前掲抗告訴訟の類型・一五九頁。

(2) たとえば、不許可処分にたいする義務づけ訴訟は、許可せよ、の形式となるが、予防的不作為命令訴訟は、不許可処分にはいけない、との趣旨となる。したがって、そこにおいては条件付許可という場合がないわけではなく、多様な処分可能性が残るのではなからうか。

(3) 雄川・前掲行政訴訟の動向・一四二頁。

- (4) 山内・前掲一五九頁。
- (5) 東京地・昭三七・一・二九判決・行裁例集二三卷一一号二二七頁。
- (6) 山内・前掲一六〇頁。