

# 義務づけ訴訟の一考察

乙 部 哲 郎

## 目次

- 一 はじめに
- 二 戦後初期の学説の展開
- 三 第一次判断権論の登場
- 四 制限的肯定説・肯定説の台頭
- 五 補論
- 六 おわりに

## 一 はじめに

一 義務づけ訴訟とは、特定の行政処分発動を行政庁に命ずることを請求する訴訟をいう。給付訴訟とか義務確認訴訟（正確には作為義務確認訴訟のことであるが、以下、単に義務確認訴訟という）の別名で呼ばれることもある。一般に、義務づけ訴訟と給付訴訟とはとくに区別する実益はないが、義務づけ訴訟・給付訴訟と義務確認訴訟

訟とは区別の実益を認めるものもある。<sup>(1)</sup>ここでは、支配的見解<sup>(2)</sup>にならって、もっぱら義務づけ訴訟といい、給付訴訟の語は使わないこととし、また、特定の行政処分<sup>(3)</sup>の発動を行政庁に命ずる判決をするためには、行政庁に当該処分を発すべき義務のあることが前提要件となることなどの理由から、義務確認訴訟も義務づけ訴訟の中に含めて理解することにする(ただし、学説の紹介の場合は除く)。

義務づけ訴訟の許容性については、今日に至るまでこれを明規する法令の規定がなかったために、判例・学説の議論に委ねられてきた。明治憲法下において、行政裁判所は、許可・免許の拒否処分を取り消すとともに許可・免許を発すべきことを命ずる判決をすることもあったが、行政庁の不作為状態が継続しているだけの場合には、行政処分の不存在を理由に行政処分<sup>(4)</sup>の発動を命ずる判決をすることはできないと判示してきたようであり、美濃部達吉博士をはじめとする学説もまた同様の傾向にあったようである。<sup>(3)</sup>もっとも、当時は、義務づけ訴訟の許容性については活発な議論は行われなかつた。<sup>(4)</sup>

日本国憲法の施行後、司法裁判所が行政事件の裁判をするようになってくると、義務づけ訴訟の許否について活発な議論が行われるようになる。当初は、学説・判例ともに否定説が多数であり、その後、肯定説や制限的肯定説が台頭してきた。現在では、判例はもっぱら制限的肯定説をとるが、学説上は肯定説も有力である。<sup>(5)</sup>ここで、否定説とは、全面的否定説と呼ばれることもあるが、義務づけ訴訟の許容性を否認するものである。制限的肯定説とは、義務づけ訴訟の許容性は少なくとも法定抗告訴訟または取消訴訟によっては救済不可能な場合に限定されるというものである。義務づけ訴訟を補充的のみ許容するから、補充説と呼ばれることもある。肯定説は、全面的肯定説と呼ばれることもあるが、法定抗告訴訟または取消訴訟の提起が可能であるかどうかを問わず、義務づけ訴訟の提起は許されるとするもので、独立説ともいわれる。否定説、制限的肯定説、肯定説は、それぞれ、その主張時期ま

たは論拠の差異により、二、三の説に細別することができるように思われる。

二 このたび、修士論文の作成指導にさいして、改めて義務づけ訴訟の許否に関する文献に接する機会を得て、筆者なりにこの問題についていろいろと考えることができた。公害行政などにおける行政介入請求権<sup>(6)</sup>、給付行政や給付的・授益的決定など現代型の行政活動や権利の登場に伴って、旧来の取消訴訟を中心とする法定抗告訴訟制度では権利保護に欠ける<sup>(8)</sup>ところが、義務づけ訴訟の必要性は否定しがたいように思われる。義務づけ訴訟の必要性の理由は、右の諸点のほか、交換契約や行政上の確約の履行請求手段としての重要性にも求めることができる<sup>(10)</sup>。このようなわけで、本稿は、義務づけ訴訟の許否に関する戦後の主要な学説を中心に若干の検討を試みようとするものである。

(1) その代表例は最高裁事務総局編・行政事件訴訟年鑑であろう(後記九頁参照)。なお、村上義弘「行政庁の不作為に対する抗告訴訟(上)、(下)」法曹時報三五卷七号、八号(昭五八)、ここでは、同八号一五五九頁注(83)。

(2) 最高裁事務総局編・行政事件訴訟十年史(昭三六)六〇頁、同・続行政事件訴訟十年史(昭四七)五三頁以下、市原昌三郎「抗告訴訟の類型」行政法講座三卷(昭四〇)一五七頁、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」田中古稀・公法の理論下Ⅱ(昭五二)二一一頁。

(3) 村上「前掲」法曹時報三五卷七号一三〇七頁以下参照。

(4) その理由も含めて、原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」(昭四七)訴えの利益(昭四八)六三頁以下、岡田春男「無名抗告訴訟に関する一考察」法と政治二三卷二号(昭四七)六六頁参照。

(5) 戦後初期の学説の分析については、今村成和「行政事件と司法の機能——司法権の限界」に関する諸学説の検討——(昭四〇)現代の行政と行政法の理論(昭四七)一七二頁以下がくわしい。なお、吉川仁「司法権の限界——義務づけ訴訟の可否をめぐる論議とのかかわり——」中大社会科学研究八卷二号(昭六三)八三頁以下、濱秀和「無名抗告

(法定外抗告) 訴訟」ジュリスト九二五号(昭六四)一一四頁以下など参照。

(6) 原田・前掲書八一頁以下、阿部「前掲」二二三二頁。

(7) 福家俊朗「行政訴訟における『給付訴訟』(一)〜(四)・完」民商法雑誌六六巻三号、五号、六号、六七巻一号(昭四

七)、ここでは同六七巻一号八二頁。

(8) 南博方「行政事件訴訟法の軌跡と展望」(昭六四)紛争の行政解決手法(平五)六一頁。

(9) 西ドイツにおいても、義務づけ訴訟の必要性の理由については同様に考えられていたようである。野村武司「西ドイツ

義務づけ訴訟と現代行政(一)〜(四)・完」自治研究六四巻一一号(昭六三)、六五巻二〜四号(平元)、ここでは同六四巻一

一号一二二頁以下参照。

(10) 乙部・行政上の確約の法理(昭六三)一三五、一四五、二三一頁以下参照。

## 二 戦後初期の学説の展開

### 一 否定説・三権分立説

1 昭和二三年、行特法の立案関係者は、同法一条の「違法な処分<sup>(1)</sup>の取消又は変更に係る訴訟」の中には義務づけ訴訟は含まず、「変更」というのも一部取消の意味であるとしていた。同年、兼子博士も、行政は意欲活動、司法は判断作用という性質上の差異や、司法裁判所は行政裁判所と異なり行政権に対する一般的監督権をもたないことなど、行政事件の裁判については司法権に限界があることを理由に、義務づけ訴訟の許容性を否認し、同法一条の「変更」も一部取消の意味であるとした。翌年、田中博士も、肯定説をとる渡辺博士(後記七頁参照)への批判のかたちで、「三権分立の原則を否定して、司法裁判所が行政権に対する一般的監督権を有する」と理解すべきではないこと、具体的処分権限は「三権分立の趣旨からいって、これは行政権の判断に専属する」ことなどを理由に、

義務づけ訴訟の許容性を否認した<sup>(3)</sup>。具体的処分権限は「行政権の判断に専属する」という部分には、その後の行政庁のインシヤチブ論を経て、行政庁の第一次判断権論（以下、単に「第一次判断権論」という）が前面に出てくる契機がみられ、また、この点で田中説の兼子説に対する特色がみられよう。

その後、判例・学説の多くは、三権分立・司法権の限界を論拠に義務づけ訴訟の許容性を否定する見解に迫随することになる<sup>(5)</sup>。

2 否定説が三権分立・司法権の限界論を根拠とする点には、当時、肯定説からの反論がある<sup>(6)</sup>。三権分立主義は抽象的多義的であり、具体的問題について司法と行政の分立から相反する結論も導かれるのであり、この意味で、右の肯定説からの反論もうなづけるものがある。義務づけ訴訟の許否の問題は、実定抗告訴訟制度の具体的な解釈を主眼に解決する必要がある。そこで、田中博士らも、後には、義務づけ訴訟の許容性を否認する主な論拠を第一次判断権論に求めることになるのである。

なお、義務づけ訴訟の許否を憲法レベルで議論する場合でも、憲法七六条の司法権の観念・本質を法律上の争訟の裁判と捉え、そこに義務づけ訴訟の裁判も含めうるから、司法権の観念・本質から義務づけ訴訟の否認を導くのは疑問がある。しかし、逆に、司法権の観念・本質から義務づけ訴訟の憲法的保障を説くのも無理があるように思う。主観訴訟としての義務づけ訴訟の憲法的保障が導かれうるとするならば、むしろそれは、包括的権利保護・裁判上の権利保護の要請（憲法三二条の裁判を受ける権利がこれに相当しうるか）に求めるべきであろう<sup>(8)</sup>。ただ、そこから、ストレートに義務づけ訴訟の保障を導くのも無理があるように思われる。法律がそこに定める訴訟類型以外のものは許さないとする結果、包括的権利保護・裁判上の権利保護に欠けることになれば、この法律は憲法違反の疑いがあるが、これを解消する方法としては、既存の訴訟類型の改善や義務づけ訴訟以外の訴訟類型の新設、さ

らには裁判外の権利保護手段の充実ということも考えうるからである。

ところで、田中博士は、当時、例外的に「法律に別段の定めのある場合」には義務づけ訴訟の提起も許されるところ<sup>(10)</sup>、その例として地方自治法の旧一四六条（現一五一一条の二）の職務執行命令訴訟をあげていることから、これを許容しても三権分立主義に違反しないとするかのようにもみえる。司法権が行政権に介入する結果になっても、それは立法府が明認するところであり、国会の最高機関性（憲法四一条）からみても違憲ではないとするのである。しかし、このような論法によれば、否定説、制限的肯定説、肯定説も、もっぱら行特法一条または行訴法三条一項の解釈論として抗告訴訟の一種としての義務づけ訴訟が許容されないかを論じているわけであり、これが許容される場合の義務づけ訴訟もやはり立法府が容認するところであり、違憲ではないということになる。なお、法律の別段の定めにより、法律上の争訟にはあたらない事件の裁判権を司法権に与えること自体は必ずしも憲法違反ではないように思われる。<sup>(11)</sup>

- (1) 奥野健一「行政事件訴訟特例法の解説」法律タイムズ二巻一〇号（昭二三）二九頁、岡本元夫「行政事件訴訟特例法について」自治研究二四巻一二号（昭二三）四一頁。
- (2) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」（昭二三）民事法研究二巻（昭二九）六九頁以下。
- (3) 田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限」（昭二四）行政争訟の法理（昭二九）一三四頁。
- (4) その端緒は、すでに行政裁判資料七号（昭二四）二頁以下にみられ、その後、大阪地判昭和二六年七月七日行裁集二巻九号一四〇三頁や田上博士の見解などにも現れている。後に、田中二郎「司法権の限界」（昭四九）司法権の限界（昭五〇）一三頁も、「行政主体のイニシアチブすなわち、行政の第一次的判断権」と述べている。
- (5) 判例については、行政事件訴訟十年史五八頁以下参照。雄川一郎「行政救済制度の基本原理解」（昭二四）行政争訟の理論（昭六一）一四頁は兼子説に近い。

- (6) 否定説に属する村上「前掲」法曹時報三五卷八号一五二三、一五四〇頁注(四八)も、義務づけ訴訟の許容性を否認する理由として行政裁判所の一般的行政監督権限をあげることには反対である。
- (7) 雄川一郎「行政訴訟の動向」(昭四〇)行政争訟の理論一五七頁、室井力「行政法の解釈」(昭四九)現代行政法の展開(昭五三)二四頁。なお、今村・前掲書一七〇頁、原田・前掲書六九頁など参照。
- (8) 阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」田中追悼・公法の課題(昭六〇)一三頁。
- (9) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」(昭五八)行政過程とその統制(平元)三二〇頁。
- (10) 同旨、奥野「前掲」二九頁、前注(4)掲記の大阪地裁判決、雄川一郎・行政争訟法(昭三三)九九頁。
- (11) ただし、佐藤幸治「現代における司法権の観念と機能について」公法研究四六号(昭五九)四一〜四二頁参照。

## 二 肯定説・司法目的説

1 昭和二四年、渡辺博士は、行政裁判所も法律上の争訟の裁判をつうじて給付判決をするのであり、行政監督権を行使しているわけではないこと、給付判決をするのが三権分立・司法権の限界に反するのであれば取消判決とするのも同じ結果になること、判決一般の種類として確認判決、形成判決、給付判決があり、行政事件訴訟においても別異に考える必要はないことなどを理由に、肯定説をとる。<sup>(1)</sup>その後、三権分立・司法と行政の抽象的類型的區別を前提にするのであっても給付訴訟は可能とするなど類似の見解をとるものに、山田博士<sup>(2)</sup>、磯崎博士<sup>(3)</sup>がある。

右の学説は、給付訴訟の要件を提示していないことや、<sup>(4)</sup>三権分立主義も義務づけ訴訟を否認するものではないといった抽象的な論拠<sup>(5)</sup>、民事判決の種別論の単なる援用などにもとづいて給付訴訟の許容性を認めるなどの点でもの足りないものがある。このために、当時の通説である否定説への痛撃とはならず、裁判実務に大きな影響を与え

ることもなかったようである（なお、前記五頁参照）。

2 その後、三権分立・司法と行政の抽象的類型的区別を前提におく点では右の肯定説と共通しながらも、給付訴訟等が許容される論拠をある程度具体的に探ろうとするものが現れる。昭和二八年、田上博士は、司法は判断作用であるから「処分庁に裁量の余地が全くない」場合には給付訴訟・義務確認訴訟を提起しうるとするが、「法律が行政処分の要件について一義的な規定を設ける場合でも、これに該当すべき事実の認定については裁量の余地がある」、<sup>(7)</sup>「法規裁量の処分についても行政庁のイニシアティブを尊重する必要がある、かかる処分を行うにつき給付訴訟を提起することが権力分立に反するのである」とい、<sup>(6)</sup>結局は否定説とほとんど変わりはない。昭和二九年、浅賀判事も、司法は判断作用であり、給付判決は公法上の請求権の存在を確定するにすぎないことなどを理由に、給付訴訟の許容性を導くが、実際には、ほとんど公法上の請求権は存在しないとい、結局は否定説と同一の結論になることを自認する。<sup>(7)</sup>同年、大西博士は、三権分立主義の目的は国民の権利擁護にあってその制限にあるのではないこと、国民には裁判を受ける権利もあること、抗告訴訟では救済不可能な場合がありうることを、給付判決は行政庁に一義的義務がある場合にのみ行われうるから、これにより行政庁の自由や活動を拘束するとか行政責任の遮断もないことなどの理由をあげて、給付訴訟も可能とい、<sup>(8)</sup>

田上説・浅賀説は、結局、否定説と同一の結論になる点でも疑問がある。このために、やはり否定説への痛撃とはならず、裁判実務に大きな影響を与えることもなかった。大西博士の見解には、その後の肯定説にひきつがれる論拠もより多く含まれている。

(1) 渡辺宗太郎・日本国行政法要論上（昭二四）四〇九頁以下。

(2) 山田準次郎「行政事件訴訟における行為要求訴訟」（昭二六）行政行為を要求する訴訟（昭三六）二三五頁以下。



- (3) 磯崎辰五郎「違法処分を変更する裁判所の判決について」公法雑誌一二巻二号(昭二五)二頁以下、同「裁判所の違法処分変更の判決」公法研究五号(昭二六)三八頁以下。
- (4) 今村・前掲書一八六頁。
- (5) 原田・前掲書七〇頁。
- (6) 田上讓治「司法権に対する行政権の独立」公法研究八号(昭二八)一〇五頁。
- (7) 浅賀栄・行政訴訟の諸問題(昭二九)二七頁以下。
- (8) 大西芳雄「行政事件訴訟の給付判決」(昭二九)憲法と行政争訟(昭五二)六五頁以下。

### 三 肯定説・争いの成熟説

1 最高裁事務総局編・行政事件訴訟年鑑の昭和二四年度版は、行政庁が特定の行為をなすべき義務を負う場合にも、当該行為の発動を行政庁に命ずる裁判は許されないとしながら、行政庁を被告に当該行為をなす義務があることの確認判決(declaratory judgment)を求めることが許されるであろうかと問題提起をしている<sup>(1)</sup>。その二五年度版も、同旨のほか、行政事件についての義務確認判決も裁判所の判断作用の域をでるものではないこと、具体的な法律関係についての争いや確認の利益も存在することなども主張している<sup>(2)</sup>。これらは、三権分立主義や司法と行政の抽象的類型的な区別からではなく、義務確認訴訟の提起のための実質的な要件を模索するものといえるが、年鑑が義務確認判決と異なり、給付判決や形成判決には否定的であることについては、前記の山田・田上・浅賀・大西の各論者から批判を受けることになった。

昭和二九年、白石判事は、右の年鑑の見解を理論的に基礎づけて、司法と行政はともに判断作用であるとの前提

のもとに、行政庁の作為・不作為義務の確認訴訟を処分を發動しまたは發動しないことの適否を争う訴訟として、取消訴訟と統一的に捉えて、ただ、両者には事前審査か事後審査かという相違すなわち争いの成熟の相違があるにすぎず、争いの成熟前の司法審査は行政権への過剰介入となり三権分立に反するが、取消訴訟等の場合は争いの成熟が当然にあり、また、争いの成熟が取消訴訟の場合と同程度に達すれば義務確認訴訟も許されるといい、この場合、行政庁の「第一次的判断」を経る必要はないという。<sup>(3)</sup>

その後、とりわけ昭和三〇年代に入って、右の年鑑や白石説の影響を受けて、同旨の立場にたつて義務確認訴訟の許容性を認める裁判例も現れることになった。<sup>(4)</sup>

2 白石説は、三権分立主義や司法と行政の抽象的類型的な区別からではなく、抗告訴訟の構造・手続から義務確認訴訟の許否を論ずべきという方向を示し、かつ、肯定説の具体的論拠を与えたことから、その後の判例・学説に大きな影響を及ぼした(後記二四頁参照)。ただ、争いの成熟が実際には第一次判断権の行使や法律上の争訟等の言換えにすぎないのであれば、否定説に対する反論としては不充分である。この点、白石判事は、争いの成熟とは「概していえば、事実に関して当事者間に争いがなく専ら法の解釈適用に争いがある場合を念頭におく。<sup>(5)</sup>後

- (1) 最高裁事務総局編・行政事件訴訟年鑑二四年度版一〇頁注二。
- (2) 同二五年度版一三頁注四。
- (3) 白石健三「公法上の義務確認訴訟」公法研究一一号(昭二九)四六頁以下、五四〜五五頁。
- (4) 行政事件訴訟十年史六〇頁以下、続行政事件訴訟十年史五四頁以下参照。
- (5) 田中・司法権の限界二四頁参照。

## 三 第一次判断権論の登場

### 一 第一次判断権論

1 三権分立論・司法権の限界論を論拠に義務づけ訴訟の許容性を否認する見解は、その後、主要な論拠を第一次判断権論に求め、このほか実定抗告訴訟制度上の論拠をも提示することになる。

第一次判断権論の萌芽的なものは、すでに、行政処分<sup>(1)</sup>の現存することが行政訴訟の提起の前提要件であるとして義務づけ訴訟の許容性を否認する見解にもみられるように思う。ところで、昭和三二年、雄川博士は、「行政上の法律関係を新たに形成することは、原則として行政権の第一次的権限に属せしめられている」ことを理由に、行特法一条の「違法な処分の取消又は変更に係る訴訟」にいう「変更」は一部取消の意味であるといい、また、司法裁判所は一般的行政監督権をもたないことと三権分立などにも言及しつつ、「或る行政行為を<sup>(2)</sup>するかしないか」ということの決定を、先ず行政的判断によってなさしめるといふのが、その行政行為をなす権限を行政機関に法が与えていることの実質的意味であり、羈束行為についても同様であることなどを理由に、義務づけ訴訟の許容性を否認している。ここでは、第一次判断権の尊重という言葉こそ使われていないものの、内容的には同旨のことが主張されている。昭和三九年、田中博士は、抗告訴訟とは「行政庁の公定力をもった第一次的判断（法が認めた優越的地位に基づき法の執行としてする意思活動といってもよい）を媒介として生じた違法状態を否定又は排除し、相手方の権利利益の保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟形態」をいうとし、「行政庁の第一次的判断に代えて、司

法権自らが判断する」ことは許されぬことを理由に、義務づけ訴訟の許容性を否認する。<sup>(3)</sup> 昭和五八年、村上教授も、否定説をとるが、その理由として、まず第一次判断権論を基本においている。<sup>(4)</sup>

さきに、田中博士が行政庁の具体的処分権限は「三権分立の趣旨からいって、これは行政権の判断に専属する」ということや雄川博士の右の見解をみると、第一次判断権論の背後には三権分立主義のもとでの司法と行政の機能分担があるようにもみえる。右の田中博士の「第一次的判断権」論も憲法への言及があること<sup>(5)</sup>から、このように捉える余地もないではないが、直接には実定抗告訴訟制度の趣旨目的の解釈から導かれるものとして捉えられていると解すべきであろう。雄川博士も、後に、第一次判断権論は実定抗告訴訟制度の趣旨目的の解釈から導かれるものと明言している。<sup>(6)</sup> これにより、さきの肯定説・司法目的説からの三権分立・司法と行政の抽象的類型的区別に立脚した反論も、第一次判断権論に対しては必ずしも有効ではないことになろう。

2 たしかに、第一次判断権論自体は、司法権の過剰介入の防止や抗告訴訟の観念・性格を理解するために重要な意味をもつように思われる。義務づけ訴訟の許容性について制限的肯定説や肯定説をとるものも、なんらかのあたりで第一次判断権論の克服をまず迫られることになるのである。しかし、第一次判断権論の通用性を承認する場合でも、第一次判断権を侵害しないかぎりには、義務づけ訴訟を許容しても差し支えはないことになるはずである。そして、第一次判断権の観念・要件は、右の主唱者がいうよりも拡大解釈が可能であるように思われる。たとえば、行政庁が拒否処分を発した場合、申請について相当期間なんらの応答もしなかった場合でも、行政庁は申請にかかると許認可等について事実認定や法的判断の機会を与えられ、かつ、実際に相手方に対して前者の場合にはこれを明示的に否認、後者の場合もこれに近いかたちによりその結論を示しているのであるから、いずれの場合も、当該許認可等自体についての第一次判断権の行使はあったものと解しうるであろう。なお、義務づけ訴訟も抗告訴訟の一種

であり、抗告訴訟が行政処分をその対象とするかぎり、第一次判断権も当該行政処分との密接な関連において示される必要があるが、第一次判断権は必ずしもなんらかの処分形式により行使される必要はない。

実質は、第一次判断権論の主唱者自身も、後には、制限的肯定説や肯定説の台頭に直面して、例外的に義務づけ訴訟の許容の余地を認めることになるのである。<sup>(7)(8)</sup>ただし、この場合でも、右の主唱者は、旧来の意味の第一次判断権とおそらく救済の必要等とを比較考量して、例外的に義務づけ訴訟が許容されるかぎりでは第一次判断権を侵害する結果となってもやむをえないとみるのではないかと解され、この点では、私見と差異もある。右の主唱者が例外的に義務づけ訴訟を許容するのは、具体的にどのような場合であるかは必ずしも明確ではないが、もし、行政庁が特定の行政処分を発すべき義務が一義的明白である場合とか、法定抗告訴訟では救済が困難である場合とかを想定しているのであれば、制限的肯定説や肯定説との差異は微妙になってくるであろう。

(1) 前記二頁参照。このほか、静岡地判昭和二六年九月六日行裁集二卷一〇号一六〇三頁など。無名抗告訴訟との関連で第一次判断の用語が現れたのは、白石判事の前記論文が最初である。

(2) 雄川・行政争訟法六一〜六二、九八頁以下。なお同旨、雄川一郎「行政救済制度」(昭三三)行政争訟の理論四四頁以下。

(3) 田中二郎・新版行政法上〔全訂一版〕(昭三九)二八八、二八四頁。

(4) 村上「前掲」法曹時報三五卷八号一五六〇頁注(八五)。

(5) 田中・新版行政法上〔全訂一版〕二九三〜二九四頁、同・司法権の限界一六頁注(一)参照。

(6) 雄川・行政争訟の理論一五七〜一五八頁。なお、原田・前掲書七二〜七三頁、塩野・前掲書三一五頁参照。

(7) 雄川・行政争訟の理論一五八頁、田中二郎「抗告訴訟の本質」(昭四二)司法権の限界八一頁注(5)、同・司法権の

限界二九、四〇～四二頁。

(8) このために、(全面的) 否定説といわずに「例外説」と呼ぶものもある。千葉勇夫「無名抗告訴訟」杉村編・行政救済法1(平二)二八三頁参照。

## 二 不作為の違法確認訴訟の法定

1 田中博士は、否定説をとる理由として、行政権と司法権の分立や事後審査を本則とする行政事件訴訟の特質を考慮すれば、行政庁の不作為に対する救済を広く認めるのは疑問があることから、行訴法は、不作為の違法確認訴訟をおき、かつ、これにより救済目的は達成しうることにしたという<sup>(1)</sup>。その後も、同旨のことのほか、不作為の違法確認訴訟も「行政庁の黙示的又は消極的な第一次的判断が下されている」ことを前提とするから抗告訴訟の類型に属すると述べる<sup>(2)</sup>。雄川博士も同旨の見解のようである<sup>(3)</sup>。これらの理由も、第一次判断権論から派生しうるものとみてもよいであろう。村上教授は、義務づけ訴訟はより直截的な救済手段であるから、これを許容すれば不作為の違法確認訴訟の存在価値が著しく失われるが、行訴法がこれを許すとは解されないことを指摘している<sup>(4)</sup>。

行訴法の制定過程において、義務づけ訴訟などの許否について見解の対立があり、いわば両者の妥協の産物として不作為の違法確認訴訟が導入されたこと、義務づけ訴訟等が許容されるかどうかは将来の判例学説の展開に委ねたことなどを考えれば、不作為の違法確認訴訟の法定をもって、あるいは同訴訟の機能を十分に發揮させるために、義務づけ訴訟の許容性を否認するのは適切ではないと思われる<sup>(5)</sup>。なお、行政庁の不作為状態が継続している場合に、義務づけ訴訟の本案審理の結果、特定の行政処分を発すべき一義的義務がないことが判明したときは、義務づけ判決ではなく不作為の違法確認判決をする余地もあり、このかぎりでは不作為の違法確認訴訟の存在意義があるとも

いえる。

2 村上教授は、實際上、不作為の違法確認判決の判決理由に行政庁の応答内容がある程度指示することが多く、判決の拘束力により行政庁はこの判決理由に則して行動せざるをえず、実質的には義務づけ判決に近い効果が得られることから、義務づけ訴訟を認める実益がないことも指摘している。<sup>(7)</sup>しかし、不作為の違法確認判決の判決理由に行政庁の応答内容がある程度指示することが同判決の本来の趣旨に合致するかは疑問があり、<sup>(8)</sup>このため、行政庁がこの判決理由に拘束されるかは理論的には疑わしい。

3 結果的に権利救済が得られさえすればよいというわけではなく、早期の権利救済ということも包括的権利保護・裁判上の権利保護の内容に属すべきである。この意味では、行政庁の不作為の場合、不作為の違法確認訴訟と拒否処分取消訴訟という二つの訴訟の提起を経て初めて権利救済が可能というのは、迂遠にすぎるのである。

以上の理由から、不作為の違法確認訴訟を提起しうる場合にも、義務づけ訴訟の提起は許されると解すべきである。

- (1) 田中二郎「行政訴訟制度の改正」(昭三七)司法権の限界六四頁、同・新版行政法上〔全訂一版〕二九一頁以下。
- (2) 田中・司法権の限界二八、二九頁。
- (3) 雄川・行政訴訟の理論一五九〜一六〇頁。
- (4) 村上義弘「不作為に対する抗告訴訟」現代行政法大系四卷(昭五八)三四五頁以下。
- (5) 阿部「前掲」田中追悼二三頁。
- (6) 福家「前掲」民商法雑誌六六卷六号九九〇頁。
- (7) 村上「前掲」法曹時報三五卷七号一三二二〜一三二三頁。制限的肯定説に属する原田・前掲書七九頁もすでに同旨の指

摘をしていた。

(8) 塩野・前掲書三二一、三二四頁注(27)。なお、阿部「前掲」田中古稀下Ⅱ二二二頁以下参照。

### 三 法律上の争訟性の否認、行政手続の尊重

1 かつて、義務づけ訴訟の許容性を否認する理由として法律上の争訟の不存在をあげる判例があり、戦後初期の田中博士、昭和三二年の雄川教授、最近の村上教授の各見解にも同旨のごとく読みとれる部分がある。これも第一次判断権論から派生するものと解することもできる。

しかし、行政庁が拒否処分を発し、相当期間、不作為状態を継続したりするなど、第一次判断権の行使後においては、法律上の争訟が存在し、義務づけ訴訟の提起を認めてよい場合がありうる。<sup>(4)</sup>

2 村上教授は、否定説をとる理由として、このほかに、食品衛生法に基づく魚市場開設許可・魚介類せり売り営業許可については県条例により魚市場審議会の諮問を経る必要があることを例示しながら、一般論として、義務づけ訴訟の対象となる行政処分について行政手続が法定されている場合、裁判所が義務づけ判決を行うことは行政手続の要請を無視する結果となることも指摘している。<sup>(5)(6)</sup>

行政庁が許認可等そのものについては拒否処分を発し、または、相当期間不作為状態を継続している場合に、①審議会の諮問等の手続も履践しているときは、第一次判断権の行使があるから義務づけ訴訟の提起は許され、実体的にも許認可等の発付義務があるときは義務づけ判決を得ることができる。②これに対して、審議会の諮問等の手続を履践していない場合には、第一次判断権は実体的側面では行使されていても手続的側面では行使されていないために、義務づけ訴訟の提起は許されないとみる余地もないではない。ただ、第一次判断権の行使の意味を行政



処分と密接に関連づけて考えるときは、審議会の諮問や利害関係人の参加方式などの手続要件を履践していなくても、許認可等そのものについての実体的判断は行われているわけであるから、いちおう、第一次判断権は行使されているとみて、義務づけ訴訟の提起は許されるが、手続的義務の不履行を理由に、実体的には許認可等の発付義務があっても、義務づけ判決を得ることはできないと解する方が適切であるようにも思われる。

他方、行政庁が許認可等そのものについては拒否処分を発し、または、相当期間継続の不作為状態を継続している場合に、義務づけ訴訟の対象となる処分について不服申立前置が法定されこれが履践されていないときは、許認可等そのものについての実体的判断に匹敵しうる性格をもつ裁決もでていないために第一次判断権の行使はないと解すべきであるように思う。したがって、この場合、義務づけ訴訟の提起は許されないと考えられる。<sup>(7)(8)</sup>

(1) 行政事件訴訟十年史五八頁参照。なお、福家「前掲」民商法雑誌六六卷三号四〇七、四一七頁、五号七八一〜七八二頁参照。

(2) 雄川・行政争訟法一〇三頁。

(3) 村上「前掲」現代行政法大系四卷三四六頁。

(4) 肯定説はもとより法律上の争訟性を認める。たとえば、前記の渡辺・山田・磯崎・浅賀・大西の各氏のほか、今村・前掲書二二四頁、福家「前掲」民商法雑誌六六卷五号七八一〜七八二頁、阿部「前掲」田中追悼一二頁、佐藤幸治「現代国家と司法権」(昭六一〜六二)現代国家と司法権(昭六三)一二五〜一二六頁。なお、行訴法制定前後の肯否の議論については、田中二郎ほか「研究会・行政事件訴訟法(二)」ジュリスト二六〇号(昭三七)一一頁以下参照。

(5) 村上「前掲」法曹時報三五卷七号一三二五〜一三二六頁。

(6) 阿部「前掲」田中追悼一九〜二〇頁は、行政手続の順守は行政庁の裁量が零に収縮するかどうかという本案の問題であるから、この場合でも義務づけ訴訟の提起は許されるといい、本文に例示の事案でも、魚市場審議会への諮問は行政手続の

名に値しないから正式の答申がなくても義務づけ判決は可能とみるようである。なお、義務づけ判決の一種として「裁判所が行政庁の裁量権を侵害しない範囲で審理して法的見解を表明し、行政庁はこの見解に従って決定をすべき義務を負う」という指令判決 (Bescheidungsurteil) が可能であるともいう。野村「前掲」自治研究六五巻二号一六六頁は、西ドイツでは、給付行政においては指令判決が第一次的な請求形態になるといふ。

(7) 同旨結論、阿部「前掲」田中追悼四四頁。

(8) 否定説は、その論拠として、このほか、弁論主義的訴訟構造のもとでは行政行為の発動権限・義務の存否を裁判所が事前に確定するのは難しいことをもあげるが(市原昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」一橋大八〇周年記念下(昭三〇)二四六頁、雄川・行政争訟法一〇四、一〇六頁、同・行政争訟の理論一六〇頁)、必ずしも適切な論拠とはいえないように思う(今村・前掲書二二五、二二六頁、福家「前掲」民商法雑誌六七巻一号七七頁、阿部「前掲」田中古稀下II二二六九頁)。

#### 四 制限的肯定説・肯定説の台頭

##### 一 制限的肯定説

1 法定抗告訴訟補充プラス説 近時の判例は大体、制限的肯定説をとり、法定抗告訴訟では適切な救済方法にはならないという補充性のほかに、義務づけ訴訟の許容要件として、行政庁の作為義務が一義的に明白であり、第一次判断権を重視する必要があるかまたはこの必要がきわめて少ないこと、義務づけ訴訟を許さなければ回復しづらい重大な損害を被るおそれがあることを付加しており、<sup>(1)</sup> 制限的肯定説をとる学説の主流である後記の他の二説よりも厳しい要件を課している。昭和四六年の金子教授、<sup>(2)</sup> 同六二年の大島氏も、<sup>(3)</sup> 右の判例と同旨の主張をしている。

行政庁の作為義務の一義的明白性は義務づけ訴訟の本案要件であり、回復しがたい重大な損害を受けるおそれがあるという要件は義務づけ訴訟の訴えの利益の問題としても重すぎ、<sup>(4)</sup> いずれも義務づけ訴訟に特有の訴訟要件と理解すべきではない。なお、法定抗告訴訟補充プラス説をとる最近の判例の中には、三権分立主義を根拠に義務づけ訴訟の原則的不許容をいうものや、第一次判断権を三権分立主義と結びつけて考えるものもあるが、<sup>(5)</sup> これが適切な論拠や理解でないことはすでに述べた。

2 法定抗告訴訟補充説 昭和四七年、原田教授は、<sup>(6)</sup> ①まず、第一次判断権論は、とりわけ「法の執行についての行政責任を実証的に明確にする」ものであるから、「行政の責任体制の保持と、国民の救済の緊急性との比較考量を通じて」義務づけ訴訟の許容の余地を与えるものであると評価する。第一次判断権論の評価として、従来の三権分立論といちおう切り離すこと、義務づけ訴訟の許容の余地を認める論拠を提供しようとするには同感である。ただ、第一次判断権の意味をその主唱者が理解するよりも正当に拡大解釈することにより、義務づけ訴訟の提起はやはり第一次判断権の行使を前提とすると解すべきであるように思う。②つぎに、「法定の抗告訴訟によってはどうしても救済の実効が得られない場合」に義務づけ訴訟は認められるといい、申請の部分的拒否処分の場合を除いて、拒否処分の場合はその取消判決の拘束力により実質的には義務づけ判決に近い効果が得られるとして、義務づけ訴訟の実益を否定する。また、行政庁の不作為状態の場合も、不作為の違法確認判決の判決理由に行政庁の応答の内容をある程度指示することが多く、判決の拘束力により行政庁はこの判決理由に則して行動せざるをえず、実質的には義務づけ判決に近い効果が得られることから、義務づけ訴訟を認める実益がないという。

結局、原田教授は、給付行政領域では義務づけ訴訟を認める実益がないのに対して、規制行政領域において第三者に対して規制権限の発動を求める請求権（実体法上の請求権）が相手方に認められる場合には義務づけ訴訟を認

める実益があるというのである。ただ、行政の便宜主義の支配する場合に、実際に、相手方にはたして右の実体法上の権利が認められるかが問題である<sup>(7)</sup>。①もし、相手方に実体法上の権利が認められれば、これに基づき行政庁に申請、行政庁の拒否処分または相当期間の不作為状態の継続により第一次判断権の行使があったものとみて、義務づけ訴訟の提起は可能となろう。もっとも、この場合、取消訴訟または不作為の違法確認訴訟の提起が許されるから、結局、原田教授によれば、義務づけ訴訟の提起は許されないということになるのである<sup>(8)</sup>。②相手方に実体法上の権利もなく、このほか申請権もないときでも、規制処分発動の要望を明確に認容する行政庁の行為や行政庁が自発的に規制処分を発動する旨の表示をすれば—これらは「行政上の確約」に相当するであろう—そこに当該処分についての事実認定や法的判断の機会が与えられ、かつ、実際に当該処分を発動するというかたちで第一次判断権が行使されるとみることができ<sup>(9)</sup>。問題は、単に行政庁の不作為状態が相当期間継続するにすぎないとき、そこに第一次判断権の行使をみることができかどうかである<sup>(9)</sup>。

昭和五八年、小早川教授は、①まず、不作為の違法確認訴訟の法定により、第一次判断権論は義務づけ訴訟を排除する論拠としては正当でなくなったという。第一次判断権の行使を義務づけ訴訟の許容要件とみないかぎりでは、肯定説・争いの成熟説と共通するものがあり、原田説とは微妙な差異があるが、不作為状態が相当期間継続する場合にも第一次判断権の行使があったものと解しうるから、小早川説には疑問がある。②つぎに、小早川教授は、行訴法は取消訴訟中心主義をとることを論拠に、拒否処分の場合は取消訴訟により救済可能なこと、行政庁の不作為の場合にも、不作為の違法確認判決を経てなお拒否処分が発せられたときは取消訴訟を提起しうるから、いずれの場合にも、義務づけ訴訟の提起は許されないとする。不作為の違法確認訴訟の実際上の救済機能の評価に差異はあるが、基本的には原田説と同旨とみてよい。ただし、小早川教授は、義務づけ訴訟の提起が許される具体的場合を

明示していないため、むしろ否定説に属するようにもみえるが、取消訴訟により「現実的な救済が可能な限度では」義務づけ訴訟は不適法であるといい、必ずしも義務づけ訴訟の許容の余地を否定していないことから、いちおう、制限的肯定説としてここにあげておく。

3 取消訴訟・民事訴訟補充説 昭和五八年、塩野教授は、<sup>(11)</sup>①まず、第一次判断権については、ほぼ原田説と同様の見方をしている。②つぎに、補充性に関しては、「法定抗告訴訟の途をとることによって、原告に非合理的な負担を負わせる場合には、申請満足型義務づけ訴訟」が認められるべきであり、申請の一部認容処分不足部分について行政庁の不作为が違法である場合には申請満足型の義務づけ訴訟、他方、申請・行政処分のシステムがとられていない場合には、第一次的判断権の介在というシステムはなく、また、取消訴訟の機能する余地もないから、私人に公権力の発動を求める実体法上の請求権があるかぎり、直接型の義務づけ訴訟が認められるとしている。これらの点では、ほぼ原田説と同旨とみてよく、このかぎりで原田説について述べたことが妥当であるであろう。塩野説の特色は、不作为の違法確認訴訟で「勝訴したとしても、違法確認↓取消判決↓申請認容決定という極めて迂遠な方法を取らねばならない」ことを理由に、不作为の違法確認訴訟を提起しうる場合にも義務づけ訴訟の提起は妨げられないこと、逆に、民事訴訟により救済が得られる場合は義務づけ訴訟の提起は許されないとすることなどの点にある。

4 付言 制限的肯定説は、法定抗告訴訟または取消訴訟との関係で義務づけ訴訟の補充性を説く点で共通するが、これについてはつぎのように考える。明治憲法および現行憲法下の行政訴訟制度を通じて、今日にいたるまで、法律は取消訴訟中心主義をとっている。<sup>(12)</sup>このことは、行訴法もまず取消訴訟について規定を整備、このなかの若干の規定をその他の抗告訴訟や行政訴訟に準用することからも分かる。また、取消訴訟についても処分の取消の

訴えと裁決の取消の訴えを区別して原処分主義をとること、取消訴訟と無効確認訴訟とが実体法上の行政行為の取消と無効の区別に対応すること、無効等確認訴訟と現在の法律関係に関する訴えとを区別することを考えても、行訴法は、訴訟類型の相互の交通整理を行い、内容の重複する訴えの提起を避けようとしていると解される。また、拒否処分の場合には、取消判決の拘束力により実質的には義務づけ判決に近い効果が得られ、実際の運営のうえで、取消判決の拘束力によりほほ救済は図られているようである<sup>(13)</sup>。ただ、行政庁が取消判決後も別の拒否事由をみつけて再度、拒否処分を発する余地のないように、取消判決の拘束力の範囲を明確にする必要がある<sup>(14)</sup>。結局、拒否処分の場合は、取消訴訟が原則的な訴求手段であり、義務づけ訴訟の提起は、申請の部分的拒否など例外的場合にのみ許されると解すべきであるように思われる。

これに対して、不作為の違法確認訴訟と義務づけ訴訟との関係については、前者の導入の事情を考慮すれば、後者の補充性や両訴訟間の厳格な交通整理を行うのが行訴法の趣旨であるように思われる。このほか、不作為の違法確認訴訟が権利救済手段としては迂遠であることなどを考えれば、不作為の違法確認訴訟を提起しうる場合にも義務づけ訴訟の提起を認めるべきである(前記一四頁以下参照)。また、無効等確認訴訟の特殊例外的性格などを考慮すれば、無効等確認訴訟との関係で義務づけ訴訟の補充性を説く必要はないであろう。結局、塩野説が適切であると思うが、申請・行政処分というシステムがとられていない場合にも第一次判断権の行使を認めうることもあること(前記二〇頁参照)、民事訴訟との補充性は不要であるように思われることなどを付記しておきたい。なお、義務づけ訴訟の補充性の要件は、単に一般抽象的に取消訴訟の提起が可能であるというだけでなく、当該事案の具体的状況のもとで取消訴訟による救済が現実的に可能であるという場合に初めて充足されず、したがって、義務づけ訴訟の提起は許されないとみるべきであろう。

- (1) 最高裁事務総局編・続々行政事件訴訟十年史(昭五六)四一頁、濱「前掲」一一八頁参照。
- (2) 金子芳雄「無名抗告訴訟の諸問題」(昭四六)住民訴訟の諸問題(昭六〇)一七八頁。
- (3) 南編・条解行政事件訴訟法(昭六二)一三四頁〔大島崇志〕。
- (4) 肯定説も一般にこのように考えている。浜秀和「行政事件訴訟法施行後における行政裁判例の傾向(1)」判例評論一三三号(昭四三)一〇四頁参照。
- (5) 熊本地判平成三年八月八日行裁集四二巻八〇九号一三五六頁。
- (6) 原田・前掲書七二頁以下。
- (7) 西ドイツでは、行政介入請求権は一応、手続上の権利として扱われるという。野村「前掲」自治研究六五巻二号一一三～一四四頁参照。
- (8) 阿部「前掲」田中追悼四三頁は反対であろう。
- (9) 不作為の違法確認訴訟でも「行政庁の黙示的又は消極的な第一次的判断が下されて」おり(前記一四頁参照)、かつ、申請権者でなくてもこの訴訟を提起することができる(田中・新版行政法上〔全訂一版〕三三九頁)という理解によれば、この場合にも第一次判断権の行使はあるとみて、義務づけ訴訟の提起は許されると解しうるであろう。
- (10) 小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」現代行政法大系四巻一五九～一六一、一六六～一六七頁注(59)。
- (11) 塩野・前掲書三一六、三二〇頁以下。なお、塩野・前掲書三〇八～三〇九頁は、義務づけ訴訟の種別として、①機能的側面からみて、申請満足型と直接型があるといい、前者は、給付行政や規制行政の一部で機能しうるもので、後者は公害発生源である企業に対する行政庁の規制権限の発動を求めると私人の申請と行政庁の決定というシステムを予定しない場合に機能するという。②また、私人の利益状況からみて、利益享受型と妨害排除型とがあり、大体、前者は申請満足型に、後者は直接型に対応するという。
- (12) 反対、阿部「前掲」田中追悼二二～二三、二六頁。もっとも、行訴法が取消訴訟の対象となる処分についてのみ不服申

立前置を定めたこと、または、取消判決の拘束力を定めたことをもって、取消訴訟中心主義の決定的な論拠とみることは問題がある。阿部「前掲」田中追悼二六、四四頁参照。

(13) 阿部「前掲」田中古稀下Ⅱ二一一四頁参照。

(14) 義務づけ判決は、特定の行政処分発動義務を明確にして再度の訴訟提起の時間を省きうる点でもすぐれており、立法論としては、取消訴訟との関係でも補充性は否定すべきであろう。

(15) 阿部「前掲」田中追悼三〇頁以下。

## 二 肯定説

1 争いの成熟説 前記の白石説は、争いの成熟の観点から義務づけ訴訟を許容するための具体的論拠を与えたことなどから「卓見」であると評価され、その後の学説等に大きな影響を及ぼし、平峯判事<sup>(2)</sup>、今村教授<sup>(3)</sup>、浜判事<sup>(4)</sup>、山内判事<sup>(5)</sup>、兼子教授<sup>(6)</sup>、西岡教授<sup>(7)</sup>などが基本的にはこれに同調している。

白石説にいう争いの成熟の意味は必ずしも明確ではないが、兼子教授は、アメリカの宣言判決の訴訟要件として争いの成熟の意味などを参考に、争いの成熟とは行政庁の行為義務の法的羈束をいうものと理解する。<sup>(8)</sup>①ドイツでは、争いの成熟は義務づけ訴訟の訴訟要件ではあるが、第一次判断権の行使はそうではないこと、<sup>(9)</sup>②行政庁の行為義務の法的羈束の有無は、客観的に定まっており、拒否処分や相当期間継続の不作為状態など第一次判断権の行使の有無を問わず、変わりはないことからみて、これらの学説は、いずれも、第一次判断権や司法の事後審査原則の尊重をいうことなく、争いの成熟を要件に義務づけ訴訟を許容する点で共通するであろう。<sup>(10)</sup>争いの成熟説が、行政庁の行為義務の法的羈束が存在すれば、行政庁の処分権限が実体法レベルでいかなる意味でも示されなくても義



義務づけ訴訟の提起は許されるとするのであれば、これは、司法権の行政権に対する時期尚早の介入となり、実定抗告訴訟制度の趣旨を損ない、行政庁に具体的処分権限を与える個別の法律の規定にも反するように思われる。なお、行政庁の行為義務の法的羈束は、義務づけ訴訟の本案要件と解すべきであり、争いの成熟説がこれを義務づけ訴訟の訴訟要件でもあると捉えることにも疑問がある。

2 第一次判断権尊重説 第一次判断権・司法の事後審査原則を尊重しつつ、肯定説をとる見解があり、いずれも、第一次判断権論の主唱者が説くそれよりも第一次判断権の要件を緩和して捉える点で共通する。ここでは、かりに第一次判断権尊重説とよぶことにする。この見解は、昭和四七年の岡田氏<sup>(11)</sup>にもみられるが、代表的論者は阿部教授であろう。昭和五二年、阿部教授は、まず、義務づけ訴訟は、行政庁が積極的不利益処分や拒否処分を発した後または相当期間、不作為状態を継続したのちに、提起されるものであるから、第一次判断権・司法の事後審査原則を侵すことにはならないと主張するが、この点には同感である。

阿部教授は、このほか、義務づけ訴訟の審理の過程において行政庁がいわば初めて当該処分の要件の存否などについての判断を迫られる場合にも、行政庁は法廷において第一次判断権を行使することができるというが、第一次判断権の同調者からは、第一次判断権は実体法レベルで行政処分などにより行われることを看過するものであるとの反論が可能であろう。同教授もこのような反論を想定して、取消訴訟における処分理由の追加の場合、行政庁が処分当時には判断しなかったことが訴訟の場で審理され、したがって第一次判断権の侵害の余地があるにもかかわらず、判例通説はなんらの疑問も表明しないで処分理由の追加を許しているではないかと再反論している。しかし、この場合は、処分理由は不備であるとしても、ともかく行政処分のかたちにより第一次判断権は行使されているとみることもでき<sup>(12)</sup>、右の再反論は必ずしも有効とはいえないように思う。なお、第一次判断権の行使の要件を右のよ

うに拡大解釈するときは、第一次判断権論と表裏の関係にある司法の事後「審査」の要件の充足には欠けるところがある。

3 司法積極説 昭和五八年、戸松教授は、いわゆる司法積極説の立場にたつて義務づけ訴訟は「司法審査権の機能から認められる」といい、「権力分立の原則に源をおく行政権の独自性、すなわち行政の第一次判断権の尊重ということから論じられることではない」という<sup>(14)</sup>。同教授は、義務づけ訴訟を許容する理由を争いの成熟の観点にも求めうるかのような説明をしているが、むしろ、司法積極説の立場にたつて憲法にいう司法権の本質・機能から義務づけ訴訟の許容性を導くものと解される。昭和六一年、佐藤教授も、司法積極説にもとづく司法権の本質・機能から義務づけ訴訟の許容性を主張する<sup>(15)</sup>。

これらの見解は、第一次判断権論に対する有効な反論にはなりえないように思う。戸松教授の第一次判断権の理解にも明確でないものがあり、佐藤教授には第一次判断権論についての直接の言及はみられない。義務づけ訴訟の許否については、司法権の本質・機能など憲法的視点からの議論も必要ではあるが（前記五頁参照）、重要なのは、実定抗告訴訟制度との関連でより具体的な論拠を示すことにある。

4 付言 肯定説に共通していえる疑問は、それが取消訴訟中心主義や抗告訴訟相互・行政訴訟相互の訴訟類型の交通整理をとる行訴法の規定に適合しないのではないかということにある。実際には、法定抗告訴訟や取消訴訟では救済に欠けることが肯定説の立論の背景にあるように解される<sup>(17)</sup>。ただ、取消訴訟により救済可能とか不可能とかをあらかじめ一般的に決めるのではなく、現実具体的に判断する必要がある。この判断は容易ではない場合がありうるにしても、現実具体的に取消訴訟で救済可能と判断しうる場合に、なお義務づけ訴訟の提起を許容する<sup>(18)</sup>は、右の行訴法の規定にてらして、理論的には疑問の余地があるように思われる。

- (1) 兼子仁「行政事件訴訟特例法の実態」鵜飼編・行政手続の研究(昭三六)二九五、二九七頁、原田・前掲書七一頁。なお、原田・前掲書七四頁注(8)参照。
- (2) 平峯隆「行政事件訴訟法に対する二、三の疑問」法律時報三四卷一〇号(昭三七)二三頁以下。
- (3) 今村・前掲書一九三、二二四、二二五頁。
- (4) 浜「前掲」判例評論一一三号一〇六、一〇七頁。
- (5) 山内敏彦「無名抗告訴訟の問題点」実務民事訴訟講座八卷(昭四五)一五八、一五九頁。
- (6) 兼子仁・行政争訟法(昭四八)三五六、三五八頁。
- (7) 西岡久頼「行政訴訟論の一断面——『義務確認訴訟・給付訴訟』の許容性について——」岡追悼・現代の裁判と裁判官(昭五一)一一六、一一七頁。
- (8) 兼子仁・前掲書三五三、三五四頁。
- (9) 藤田宙靖・新版行政法Ⅰ(総論)(昭六〇)二八九頁。
- (10) このほか、第一次判断権の尊重ということをいわずに肯定説をとるものに、市原「前掲」行政法講座三卷一五八頁、福家「前掲」民商法雑誌六七卷一号八七頁以下、宮崎良夫「司法権の限界」論についての一考察(昭五七)行政訴訟の法理論(昭五九)四八頁。
- (11) 岡田「前掲」六七頁以下。
- (12) 阿部「前掲」田中古稀下Ⅱ二一五四頁以下。
- (13) なお、阿部「前掲」田中古稀下Ⅱ二一五五、二一五八頁。
- (14) 戸松秀典「裁判権の限界」現代行政法大系四卷一七七、一七八頁。
- (15) 戸松「前掲」一七三頁。
- (16) 佐藤・前掲書一二三頁以下。

(17) 前記の大西博士、阿部「前掲」田中古橋下Ⅱ二二二頁。

(18) 福家「前掲」民商法雑誌六六卷六号九九二〜九九三頁は、取消訴訟において取消判決ができた場合には、取消判決の拘束力により行政庁の行為義務はより明確になっているわけであるから、この場合にも義務づけ訴訟の提起は許されるという。

## 五 補 論

### 一 義務づけ訴訟の訴訟要件

1 田中博士による前記の抗告訴訟の観念は(一頁参照)、基本的には適切であり、義務づけ訴訟についても妥当する。したがって、義務づけ訴訟の訴訟要件として、まず、第一次判断権の行使をあげなければならない。どのような場合に第一次判断権の行使があったとみるべきかはすでに述べたから(一一、一七、二〇、二五頁参照)、ここでは、交換契約や行政上の確約との関連で付言することにする。

第一次判断権は行政処分形式で行われるべきことを求めるときは、交換契約を形式的行政処分にあたるとしないかぎり、この場合に、義務づけ訴訟の提起を許すのは第一次判断権を侵すおそれがあるようにもみえる。しかし、前述のように、第一次判断権は、行政処分との密接な関連において示さなければならないが、必ずしも処分形式により行われる必要はない。右の場合でも、第一次判断権は、交換契約自体ではなく、交換契約の締結によりその対象である行政処分の発付が現実具体性を帯びてきたことにみられるのであり、すくなくとも相手方による反対給付の履行があった時点では、さらに行政処分発付の現実具体性は強くなり、第一次判断権の行使があったとみてよいように思う。ただ、行政処分の発付を相手方の反対給付にからしめることには法律による行政の原理等からみても問題があり、実際には交換契約はあまり行われたいのではなからうか。そうすると、交換契約との関係で義務

づけ訴訟の許容性を説く実益もそれほど大きくはないことになる。

これに対して、行政上の確約は実際にも多用されているように思われる。典型的な例でいえば、確約の発付時とその対象である行政処分発動時という二度にわたり包摂が行われるとはいえ、確約のかたちで行政処分は前倒しの状態になり、この場合、確約の対象である行政処分自体の重要性は劣ることになる。しかも、確約は行訴法三条一項にいう「処分」にあたるとみてよく、<sup>(1)</sup>すでに確約自体により第一次判断権は行使されているとみてもよい。もとより、確約の発付時には確約が内容とする相手方による具体的事実の実現はないけれども、義務づけ訴訟の提起は確約の発付時ではなく、相手方による具体的事実の実現以後に行われるのが通例であり、この段階では、拒否処分や相当な期間経過後の不作为状態よりも、第一次判断権はより積極的、濃密に行使されていると考えられる。

なお、第一次判断権の行使後、少なくとも交換契約の締結や確約の発付があり、相手方による契約義務の履行後や確約が内容とする具体的事実の実現後においては、法律上の争訟が存在するといつてよい。

2 このほか、取消訴訟・法定抗告訴訟と同様に、義務づけ訴訟においても、原告適格や訴えの利益が必要であり、行政処分の不発付により権利利益の侵害を受けたことがその要件となる。ただ、この要件は、当該処分の不発付それ自体により充足されるであろう。最後に、取消訴訟によっては救済の目的を達することができないことが必要であり（補充性）、これは、義務づけ訴訟の特有の訴訟要件ということになる。この存否の判断は、一般抽象的ではなく、現実具体的にみる必要がある。授益的行政行為の発付を約束する交換契約や行政上の確約に違反して、行政庁が不作为状態を相当期間継続している場合には、不作为の違法確認訴訟の提起は許されないときでも、当該授益的行政行為の発付を求める義務づけ訴訟の提起は許されることがある。これに対して、交換契約や確約に違反して侵益的行政行為が発せられた場合、侵益的行政行為の取消訴訟を提起することにより救済が可能であれば、義

務づけ訴訟の提起は不可能と解するほかはない。<sup>(2)</sup>

(1) 菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」(昭五二)行政行為の存在法(昭五七)一五七、一七七頁、乙部・前掲書一四四頁以下。

(2) この場合、約束された授益的行政行為の発付を求める義務づけ訴訟がもっとも適切な救済方法であるといつてよく、立  
法論としては、取消訴訟だけでなく、義務づけ訴訟の提起の道を開くべきであろう。

## 二 義務づけ訴訟の本案要件

1 行政庁の作為義務が一義的に明白であることは、義務づけ訴訟の訴訟要件かそれとも本案要件か。法定抗告訴訟補充プラス説や争いの成熟説は、訴訟要件でもあり本案要件でもあると解することになる。<sup>(1)</sup>しかし、従来の裁量一般についての司法審査論からいえば、裁量の零への収縮など裁量の有無の判断は本案要件であることは明らかであり、結局、本案要件説が妥当であろう。<sup>(2)(3)</sup>また、行政庁の行為義務の一義的明白の判断を「法律」の規定だけを基準に行うべきとするかのようにもみえるものが、制限的肯定説にも肯定説にもある。法律の規定によれば、行政庁の裁量が認められるものについても、たとえば、交換契約の締結や行政上の確約の発付により裁量が零に収縮する結果、行政庁の作為義務が導かれることにも留意すべきである。

2 行政庁の作為義務が一義的に明白である場合には、第一次判断権の侵害はないとかこれを重視する必要はないとして、義務づけ訴訟は許容されるという見解が、法定抗告訴訟補充プラス説や肯定説にも広くみられる。この見解は、第一次判断権は行政庁の判断余地が認められる行為や裁量行為だけにみられることを前提におくものであるといえるが、<sup>(4)</sup>第一次判断権は羈束行為にもみられることに注意すべきである。<sup>(5)</sup>また、第一次判断権の行使は義

務づけ訴訟の訴訟要件であり、作為義務の一義的明白性は義務づけ訴訟の本案要件として、両者は区別して理解すべきであるように思われる。

(1) たとえば、兼子仁・前掲書三五八頁。

(2) 多数説である。たとえば、阿部「前掲」田中古稀下Ⅱ二二六二頁以下。

(3) このほか、便宜主義の支配する行政領域において、実体法上の請求権の存在を認めるのは困難であり、他方、行政介入請求権などの手続的権利の伸長、行政手続的規律の増大などにみあう新しい訴訟や判決が必要であることなどからみて、義務づけ判決の一種として指令判決の採用の是非を検討すべきであろう。

(4) 市原昌三郎「憲法からみた行政事件訴訟法」法学教室一期八号(昭三八)三〇頁、山内「前掲」一五九頁、金子・前掲書一七八頁、兼子仁・前掲書三五七頁、福家「前掲」民商法雑誌六六卷六号一〇〇二〜一〇〇三頁、六七卷一号八四〜八五頁、浜「前掲」判例評論一一三号一〇五頁。

(5) 前記の田上博士、雄川博士。田中・司法権の限界四〇頁も同旨であるが、同八〇頁は、第一次判断権は羈束処分については認められないかのようにも述べている。

### 三 義務づけ訴訟の種別・性格

1 交換契約や行政上の確約の対象である行政行為の発付を求める義務づけ訴訟は、塩野教授による種別法(1)にそくしていえば、申請満足型でも直接型のいずれでもありうるし、利益享受型の場合もあれば妨害排除型の場合もあるということになる。このような意味で、この種の義務づけ訴訟は「履行請求型」とでも名づけることができよう。なお、交換契約や確約は給付行政でも規制行政でも行われうるから、この場合の義務づけ訴訟もいずれの行政領域でも可能となりうる。たとえば、行政の便宜主義の支配する領域においても、行政庁が自発的にまたは相手方

の要望等の結果、第三者に対して規制処分を発する旨の確約を行った場合には、相手方に規制処分の発動を求める実体法上の権利が発生し、義務づけ訴訟の提起と義務づけ判決が可能となる。

2 義務づけ訴訟の裁判の性格が事前審査的なのか事後審査的なのかをめぐっては争いがあり、肯定説はもとより、制限的肯定説や肯定説でも争いの成熟説などは一般に事前審査説をとっているように思われる。肯定説の中でも阿部教授などは事後審査説をとる。第一次判断権の行使を前提に義務づけ訴訟の許容性を認める立場では、事後審査説をとることになる。

(1) 前記二三頁注(11)参照。

## 六 おわりに

一 行訴法三条一項の「公権力の行使に関する不服の訴訟」の中に無名抗告訴訟の許容性を求める立法そのものに不備があり、二項以下の条項などと相まって無名抗告訴訟に抑制的に働くことになったといえなくもない。現行の行訴法のもとでは、第一次判断権論・司法の事後審査原則および取消訴訟中心主義・行政訴訟相互の交通整理を考慮すれば、義務づけ訴訟の許容性は、第一次判断権の行使後で、かつ、取消訴訟によっては救済が現実具体的に不可能な場合に限られるであろう。なお、行訴法三八条一項は「取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する」規定をあげており、無名抗告訴訟にもこの規定の適用があると考えられているが、現行実定法の解釈論により義務づけ訴訟が許容されるにしても、具体的にはどの規定を適用・準用すべきか、必ずしも明確でないものもある。

二 新たな行政活動・行政手法や権利の登場に伴い、旧来の行政活動・行政手法や権利をもっぱら念頭に構想されたとみられる取消訴訟中心主義そのものが、包括的権利保護・裁判上の権利保護の要請に適合しているかについ



ては、検討を要するであろう。<sup>(2)</sup>立法論としては、義務づけ訴訟を法認するとともに、取消訴訟中心主義・行政訴訟相互の交通整理を緩和する必要があるであろう。また、別に、包括的な訴求手段を定める一般条項をおくことが望ましいようにも思われる。

(1) 塩野・前掲書三三六頁。なお、阿部「前掲」田中追悼四二頁以下参照。

(2) 塩野・前掲書三四〇頁、南・前掲書六三〜六四頁。昭和四八年、日本弁護士連合会の提唱する環境保全に関する三つの法律案は、義務づけ訴訟を明認している(北野Ⅱ兼子編・市民のための行政争訟(昭五五)三二九頁以下〔牛山積〕参照)。