

無名抗告訴訟の問題点

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2012-01-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 緒方, 章宏 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/11197

無名抗告訴訟の問題点

Die Frage der Anonymität —Anfechtungsklage

法学研究科 公法学専攻 3年

緒 方 章 宏

OGATA Akihiro

(一)

行政事件訴訟法第3条は、第1項で抗告訴訟とは「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟を言う」と定義づけ、同条2項以下において具体的に抗告訴訟の典型的な類型として「処分の取消の訴え」「裁決の取消しの訴え」「無効等確認訴訟」「不作為の違法確認訴訟」を規定している。

しかし、ここに規定された抗告訴訟の類型は、あくまでも典型的な訴訟形態と考えられるものをあげたにすぎないのであって、ここに規定された訴訟形態に限られるものではないとされている。すなわち、現行行政事件訴訟法の立案者の見解によれば、「ここで行政事件の種類として挙げておりますのは、比較的典型的な訴訟形態と思われるものをとり上げて定義したという趣旨にすぎないものでありまして、これ以外の訴訟を許さないという趣旨ではないことであります。……そういった趣旨ができるだけ現われるように第1項で『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関する不服の訴訟をいうものとする』というものにいたしまして、その他に考えられるような、いわゆる抗告訴訟的なものも、この法律がそれを許さない趣旨のものではないということを明らかにしているつもりである。つまり、そういった訴訟の形態が、許されるかどうか、また、どの程度において許されるかは、裁判例の発展にまとう¹」ということである。すなわち、本条以外の訴訟形式を総括して、いわゆる「無名抗告訴訟」とよばれる訴訟形態も許されるのであり、それは、今後の判例ないしは学説の発展にゆだねられているということであった。

そこで、ここにいう、いわゆる「無名抗告訴訟」の形態としていかなるものが考えられるかをみてみると、一応次のような類型があげられよう。すなわち、この点に関し、杉本良吉氏は、「処分の違法確認訴訟」「義務づけ訴訟」「特定処分の禁止を求める訴訟」（予防的不作為命令訴訟）「処分変更訴訟」「行政に代って処分を行うことを求める訴訟」「積極的形成訴訟」「公法上の義務確認訴訟」「行政庁の処分権存在確認訴訟」「訴えの提起前に処分の効果が失われた場合の処分違法確認訴訟」「法令の効力に関する訴訟」などをあげておられる²。

これら、いわゆる「無名抗告訴訟」の現行法下での許容性およびその範囲については、学説・判例ともに賛否両論に分かれており、現行行政事件訴訟法の立案過程においても、委員相互の間にはかなりの意見の相違がみられるようである。

たとえば、立案者の一人である杉本良吉氏は、次のように述べておられる。「不作為の違法確認訴訟といった程度の訴訟形態ならば、法律上の紛争という枠内で考えられるが、これ以上にいわゆる義務づけ訴訟といった格好の訴訟形態を認めることになりますと、法律上の紛争にはたして当るかどうか。また、ある特定の行政処分をなすべき義務あることの確認あるいは、給付訴訟というようなものは、裁判権の限界といったような角度からも疑義がある³。」とされており、無名抗告訴訟を認めることについては、かなり消極的に解しているようである。

これに対し、同じ立案者の一人である田中真二氏は、積極的に解されて次のように述べておられる。

「裁判所法第3条で裁判所はすべての法律上の争訟を裁判するとあるのは、憲法の趣旨を受けているものとすれば、法律上の争訟に当たるものを裁判所が裁判できないということは、憲法違反だということにもなる可能性がある。

行政事件訴訟法に規定するところ以外の訴訟形態でも、それが法律上の争訟であるならば裁判所は、裁判できると解すべきである。……義務づけ訴訟についても、裁判所が命令するという風に解釈するから権力分立に違反するよう見えるのであり、この場合、法律の規定が、行政庁がある特定の行為をする義務があることを命じているということを裁判所が宣言するにすぎない⁴。」と解釈すれば良いのではないかとおられる。

また、田中二郎裁判官は、普通にいわゆる、義務づけ訴訟とか、給付訴訟とかの問題は、不作為の違法確認の訴えを確認することにより十分に救ってゆけるのではないかとしており⁵、これらの意見に代表されるように無名抗告訴訟の範囲と許容性については、種々様々な見解が出されて議論の多いところである。ある人は、行政庁の不作為については、せいぜい不作為違法確認訴訟が限度であるとし、さらに、極言すれば、憲法に違反するのではないかとする者、また、逆に、広く義務づけ訴訟も認めるべきであるとする見解、また、義務づけ訴訟を認めることは、望ましいけれども、現状では、そこまで明確に規定するわけにはいかないから、将来の判例にまつべきであるとする考え方などがあり、かくして、終局的には、かかる無名抗告訴訟の許容性とその範囲については、今後の判例・学説の発展にゆだねられることに結論づけられたのである。といっても明文の規定をもってそれらの形態を認めたものでもないので、今後とも議論のあるところとなるであろうと思われる。事実、下級裁判所では、後に検討するようになり多くの判例が、無名抗告訴訟の範ちゅうに属すると考えられる訴訟形態を認めており、学説においても、結論や理論は、種々雑多であり、現状では、その傾向を明らかにすることは困難である。しかしながら、行政分野の拡大化と複雑化は、人権侵害の危険性を常に伴っており、権利救済の面からは、かかる無名抗告訴訟も明文をもって認めるべきではなかったか、少なくともその方向へ向けて現行行政事件訴訟法を解釈してゆくべきであると考えてるのである。

本稿は、かかる点に問題の視点をおいて検討をすすめてゆこうとするものである。

以下、具体的に学説・判例について検討をすすめる。

- 注 1 座談会「行政事件訴訟法特例法改正要綱試案をめぐる諸問題」における杉本発言、ジュリスト209号38頁、杉本、「行政事件訴訟法の解釈」10頁、
なお、ドイツにおいても同様の問題があった。Ule, *Verwaltungsgerichtsbarkeit kommentar*, 2. Aufl. 1962 S. 9
- 2 杉本、前掲書10頁、
市原教授も同様の類型をあげておられる（市原「抗告訴訟の類型」行政法講座3巻156頁）
また、田中（二）裁判官は、この他に、「違法な処分が正に行なわれようとする明白な、
且つ差迫った危険のあるような場合に、いわゆる宣言的判決を求める訴訟のごとき」も
含まれるとする。（田中「新版行政法」上（39年6月）292頁。）
和田「行政法」371頁も同様。
- 3 研究会「行政事件訴訟法」における杉本発言、ジュリスト260号11頁。）
- 4 同研究会、田中（真）発言、ジュリスト 260号 13頁。
なお、直接の立案者ではないが、橋本教授も同様の立場に立って発言しておられる。す
なわち「あまり司法権と行政権の限界という点に固執するために、かえって国民の権利
救済に実効があがらない」としている。
- 5 同研究会、260号 15頁。

（二）

行政事件訴訟特例法（以下、旧特例法という）の時代から、現行行政事件訴訟法の今日に至るまで義務づけ訴訟（*Verpflichtungsklage*）や予防的不作為命令訴訟（*Vorbeugende Unterlassungsklage*）、公法上の義務確認訴訟法、および、行政庁の処分権不存在確認訴訟等のいわゆる無名抗告訴訟に関しては、学説・判例ともに否定的見解と肯定する見解とが並存したが、否定的見解が優勢であった¹。そこで、本章では、これら否定的見解について検討してゆきたい。

学説上において否定的な立場をとる代表者は、田中二郎裁判官である。すなわち、田中（二）裁判官は、三権分立制度と司法の特質について「司法は、具体的事件についての法適用の保障的機能を果たすことをその本来の認務とするものであるから、法律に特別の定めのない限りは、この本来の任務に照して司法権の限界を認めなければならない。行政事件について裁判を行なう場合にもこの限界を越えて行政権の内容に干渉しこれを指導することはできない。

従来、この点に関し司法裁判所が行政事件の裁判を行なうことになった当然の結果として三権分立の原則の存在そのものを看過し、司法裁判所が法適用の保障という司法権の地位および権限をもつに至ったように考え、三権分立の原則上、当然行政権の範囲に属すると考えられるべき事項についてまで立ち入って司法裁判所が活動し……自ら行政権に代るべき判断をなしうると解する者が少くない。しかし、行政事件について裁判する場合においても、司法裁判所は、あくまでも司法機関でありその権限

には、一定の限界がある。言い換えれば、法律上に別段の定めのない限り当然の制約のあることを認めなければならない²」。従って「法律上に別段の定めのない限り、裁判所に対し、新たな行政処分を求めるための訴えを提起することを得ず、また、違法の行政処分の取消・変更を求める訴訟についても、その訴えに理由のある時にのみ、その処分を取消し、または、一部取消しの意味でその変更をなしうる」と解すべきであるとしている³。

また、同様の趣旨に立って考えられる雄川教授は、義務づけ訴訟について次のように述べておられる。すなわち、「裁判所が、行政庁に対し作為・不作為を命ずることは、三権分立の建前に反することを理由に通説・判例はこれを否定もしくは、消極的に解しており、私も、この結論を正当とするものであり、特別の規定のない限り、このような訴訟は、認められないと解する。

その理由は、第一に、行政行為をすることが制度上、行政機関の所管とさせているということは、その行政行為をなすこと、または、なさないことの権限が行政権に分配されているということの意味なのであって、その権限行使を裁判所が命じ得ることを一般的に承認することは、裁判所が行政権の上に立って、これを一般的に監督することと同一に帰することになると考えられる。すなわち、ある行政行為をするかしないかというこの決定をまづ、行政的判断によってなさしめるということが行政行為をなす権限を行政庁に、法が与えていることの意味であり、司法権は、その行政的判断に違法の点があるか否かを審査して、違法であれば、その効力を否定する（取消す）ことに止まるのが原則である。

第二に、裁判所が、右のような判決をなし得るためには、行政庁がある行為をなすべき、または、なさざるべき法律上の義務を具体的場合において負っていることを裁判手続で確定しなければならないが、裁判手続でそのような義務を一義的に確定し得るか否かについて問題がある⁴。」

無名抗告訴訟に対して否定的な見解をとる学説については、これらを代表的見解と考えてよいだろう。

このような否定的見解に共通していることは、三権分立制度における司法と行政との質的な差を強調し、司法・行政権の相互独立、特に、行政権の独立に重点をおいていることである⁵。

すなわち、行政と司法との本質について、およそ一致した見解は、「行政権は、あくまでも公共の目的や政府の政策を実現する意思活動であり、その結果を積極的に意欲するものである。行政は、法に拘束されるということも、法が行政活動の枠を定めその自由を制限する意味においてであり、また、法を執行するというということも、法に盛られた実質的な国家目的を実現するための事実上の行動をとることが主眼である。……これに反し、司法は、具体的な事件に対して法を適用し、適法・違法や権利関係を確定する冷静な判断作用であり、最初から、結果を意欲するものではない。……司法は、この判断作用だけをとり上げて、目的実現の必要性や結果の適当不適當の考慮をはなれて、専ら法律的な見地から反省を行なうものである。⁶」とするものでかなり行政国家的権力分立制概念に立った概念規定といえることができる。

かかる行政国家的権力分立制に立ったところの司法権の範囲が、英米法的な司法型行政訴訟制度を建前とする現行憲法の下では、矛盾することは明らかであろう。

権力分立制は、元来、権力の集中から人民の権利と自由を保障するために去年出された法的原理であり、国民の具体的権利に関して法律上の争いが生じている以上、国民は、裁判所に対して判断を求めるための訴えを提起できるのでなければ、人民の権利自由の実質的保障はなし得ないことになる。

このような結果を導くものが権力分立制の概念であるとするならば、正に行政国家的権力分立制は本末転倒な考え方であり、かかる考え方は結局は、行政権の専横強化を助けることになるのではないか、まことに、あまりにも司法権と行政権との限界に固執したために、かえって、自から、国民の権利救済の道を閉ざしてしまうことになるものと考えられる。⁷

注 1 戦後初期の判例は、その殆んどが否定的立場に立っていた。すなわち、行政処分をなすべきや否やは自由裁量に属するもので裁判所はなし得ないとするもの（東京地判、昭和25年11月15日、行政例集1巻10号、190頁）あるいは、「裁判所は、行政事件訴訟において……原則として法の具体的適用を保障するという限定的消極的な機能を有するに止まり、行政上のある目的を実現する任務を有するものではない。故に法令上別段の定めのある場合を除いて、裁判所は行政庁に代って自ら処分したのと同様の効果を生じる判決をしたり、行政庁に処分を命じたりすることはできない。もし、裁判所がそれらの行為をなすことができるとするならば、ひっきょう、裁判所が行政権を行使し、あるいは、行政庁を監督する結果となり三権分立に違反することになる。」（高松高判、昭和26年1月16日、高民集4巻1号1頁）さらに、行政庁が何等処分をしない、いわゆる不作為の間は、権利保護の利益がないので行政庁に対し作為・不作為を合することはできない。（静岡地判、昭和26年9月6日、行政例集2巻10号219・219頁・東京地判、昭和28年9月9日、行政例集4巻9号233頁）などがその代表例である。

村上「無名抗告訴訟」渡辺古稀記念論文集「行政救済の諸問題」所収 136頁

2 田中「行政争訟の法理」134頁

3 田中、前掲論文 143頁

4 雄川、「行政争訟法」99—100頁

5 今村、「行政訴訟」（官沢還歴記念論文集「日本国憲法体系」6巻、42頁）

6 兼子、(一)、「新行政訴訟の基礎理論」（自治研究24巻12号「民事法研究」2巻所収、74頁）

7 今村、前掲書、42頁

橋本、前章 注4参照、

兼子（仁）教授は、次のように言われる。

「通説・判例があげている否定説の論拠は、『権力分立における司法権の限界である。…

……旧行政裁判制度・行政国家が一気に司法審査制・司法国家に転換されたため、かえって、司法権の限界が強く意識されるに至ったのである。そしてその際、司法権と行政権の相互独立という権力分立制におけるフランス以来の伝統的ニュアンスがもちだされ、行政権のイニシアチブと、司法権の消極性が強調されたのである……これは、あまりにも大陸法における古い権力分立原則の形式面に固執するきらいがあったのではないだろうか。」（兼子（仁）「行政事件訴訟特例法の実態」鶴飼信成編、行政手続の研究、297頁）大西「行政事件訴訟法の給付判決」（立命館法学、9号、26頁以下）

（三）

前章において、無名抗告訴訟法に対する否定的見解と判例の代表的なものをみてきたが、次に、これを肯定する学説と判例についてその代表的なものを取り上げ検討してみたい。先に述べた通り、戦後から昭和30年頃までの判例は、その殆んどが義務づけ訴訟や義務確認訴訟など、いわゆる無名抗告訴訟に対して否定的な立場を採り通説もまた然りであった¹。

ところが、昭和30年頃から行政処分に対する義務づけは許されないとしても、処分の権限に対する公法上の作為・不作為義務の確認を求める訴訟であれば、これを許容する判例が漸次現われるようになり行政訴訟上に新しい傾向を生み出すに至った²。

その若干を掲げると

福島地判昭和29年1月25日行政例集5巻1号150頁

登記官のなした立木保存登記の抹消登記につき、同登記官に対し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た訴えにつき、

「憲法76条、裁判所法第3条、行政事件訴訟特例法第1条の各規定によれば、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、これが存否について私人が確認の訴えを提起することは、憲法の採用している三権分立の原則にもとるものではない」

東京地判昭和30年5月26日行政例集6巻5号134頁

相続税納税義務の不存在確認訴訟を適法とする中間判決、

「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き法律的紛争が存在し、その紛争を解決する必要がある場合、すなわち、確認の利益がある限り裁判所は右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上の救済を与える職責を有するものと解しなくてはならない。このことは、……日本国憲法の採用する三権分立の大原則にいささかも相反するものではない。裁判所が、争いある公法上の権利関係の存否を確定する裁判は、……純然たる判断作用にとどまるのである。……従って行政庁の行政作用の発動を不当に侵害するものでもなく、また争いのある権利関係を前提とする限りにおいて司法の行政に対する事後審査の建前を崩すものではない。」

大阪地判昭和33年8月20日行裁例集9巻6号1662頁。

死刑囚の請求により、拘置所々長は、通信文に対して抹消を加えてはならない義務、新聞の閲読を許可しなければならない義務を確認した判決、

「行政庁がある行政行為をなすべきこと、またなすべきでないことが、法律上羈束されている時に、裁判所が法律を適用して行政庁の右の義務のあることを判断することは、……裁判作用の論理的性格からいって可能なものといわねばならない。(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が存在し、(ロ) その紛争が裁判によって解決するに足る程度に現存する。いわゆる争いの成熟が存する限り裁判所は、右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職責を有するものと解する」

東京地判昭和42年2月7日行裁例集18巻1, 2号63頁。

土地権用委員会に対して裁決をする権限のないことを確認を求めた訴訟。

「行政庁の一時的判断を重視する必要がなく、しかも国民の権利、利益を行政権の違法な侵害から守るために事前の司法審査が必要不可欠な特別の場合、例えば当該行政庁においてその処分をなす権限を有しないことが行政庁の一次的な判断をまつまでもなく明白であり、しかも右行政庁が、その有しないことの明らかな権限を、有するものとして行使して処分することが差し迫っているため、事前に裁判所の判断を求めるのでなければ、国民の権利救済が全うされず、回復しがたい損害を避ける緊急の必要性が肯定されるような場合には、行政庁の処分がなされる前に、行政庁の処分権限の有無につき確認を求める訴訟形式によって司法による権利救済を求めることもここに例外的に許される。」しかし、この事例は、回復しがたい損害を避ける緊急の必要性は認められないとして却下されている。

東京地判昭和42年4月11日行裁例集18巻4号452頁。

税務所長が労音に対し法人税を課する権限のないことを確認を求める訴訟で、いわゆる労音訴訟である。「行政庁が一定の行為をなすまたなすべからざるものが法律上羈束されていて、係争の処分権限を行使すべきか否かが行政庁の第一次的判断を重視する必要のない程度に明白であり且つ……緊急の必要がある」時にかかる確認訴訟を求めることはできるが、本件では、労音が人格のない社団であるか、またその事業が収益事業に概当するかが「行政庁の第一次的判断を重視する必要のない程度に結論が明白」でないとして却下されている。

以上が、作為・不作為義務の確認訴訟に対してこれを認めた判例の代表的なものである。次に学説の主なものについて触れてみたい。まず、このような問題に対して深く研究されていた山田準次郎教授の見解について触れることにする。教授は次のように述べられる。

「元来、行政作用と司法作用の区別は、作用の内容によるものではない。同じ内容の行為が公共の福祉の増進の目的で行なわれれば行政行為であり、法の適用を直接の目的として行なわれれば司法行為となるものである。

法の適用の手段として公共の福祉を増進する目的で許可が行なわれれば行政処分であるが、同じ許可が争

訟の目的となり、司法裁判で審理の結果、不許可は違法であるとして取消され、これに反して許可が法の要求するところと認められて許可すべしという判決が行なわれたとすれば司法作用なのである。

かくのごとく争訟事件を審判し、法の適用確定の目的で行なわれる行為は、その事件の内容は行政事件であっても、司法作用に属するとみなくてはならない。かく解すれば、司法裁判所が、その権限に属する行政事件訴訟において、審理の結果行なう判決で、行政庁に一定の行為・不行為を命じても、必要と認める処分を自ら行なつても、それは、裁判所が司法権を行使するものであり、三権分立に反するものでないといふことができる。

事件が争訟事件となり裁判の客体となつた以上、その事件の内容は、行政事件であつてもその審理判決は司法作用である。

判決によつて処分が行なわれれば司法権の行使である司法処分である³。」

要するに山田(準)教授は、争訟事件を審判し法の適用、確定の目的で行なわれる行為は、たとえ、それが行政事件であつても司法作用とみるべきであり、判決で行政庁に対して作為・不作為を命じても、それは司法作用であり、三権分立には向等違反しないとされているのである。

次に山田(準)教授と同様、通説に対して批判的立場をとれる、大西教授の見解をみると、教授は次のように言われる。すなわち、まづ行政作用と司法作用の区別について、

「行政は、大きく言えば、公共の福祉を実現する目的をもって、こまかく言えば、それぞれの行政目的をもって、具体的な、ある特定の事実状態を実現する作用であるのに対して司法は、そのような公共の福祉を直接目的とせず、なお、法秩序の維持・法律の忠実な解釈と適用を目的として……法の要求するところを判断するに過ぎない⁴。」従つて、行政事件の裁判は、明らかに司法作用というべきであつて、さらに、行政庁に対して行政処分をなすことを求める訴えについては、「行政処分を求める権利があるか否かは、法律問題として確定しうる。裁判所が、この訴訟を受理して行政庁に特定の処分をなすべき法律上の義務ありと判断しても、それは、決して行政権を犯したことはない。法律上の義務は、本来、行政庁の意思によって左右されるものではなく、その履行を命ぜられても、行政庁の自由な意思活動が拘束され、その責任が壟断したとすることはできない。」とされている。ところで、判例において無名抗告訴訟、特に行政庁に対して行政処分をなすべきことを命ずる義務づけ訴訟、あるいは、不作為を命ずる予防的不作為命令訴訟を認めたものは極めて数少い。これを是認した判決としては次の二判例が代表的なものである。すなわち、

東京地判昭和37年11月29日行裁例集13巻1布号2127頁。

戦没者の妻に対して、遺族年金、弔慰金を受ける欠格事由ないし受給権の喪失事由がないと認定し、被告厚生大臣のなした、戦傷病者戦没者遺族等援助法に基づく不服申立の棄却裁決を取消し、原告に対し戦没者にかかる遺族年金、弔慰金を受ける権利を有する旨の裁定せよとの判決である。

「本件のように、拒否処分の違法が、行政庁に一定の作為義務があるにもかかわらず行政庁がこの義務を履行しないことに基づくものであり、従つて拒否処分が取消された結果、申請に対し行政庁のなすべき行為の内容が一義的に明白である場合には、取消しの結果、いかなる行為のなされるべきかの点について改めて行政庁の判断を経る必要性も合理性もないことは明らかであるから、かような場合には、裁判所は行政庁の第一次の判断をまつまでもなく、直ちに行政庁に一定の作為義務があ

る旨を判断し得るものといわねばならない。」

東京地判昭和38年7月29日行裁例集14巻7号1316頁。

刑務所長を被告として、原告（受刑者）の頭髪を、必要ある場合を除いて強制剃髪してはならない旨の予防的不作為命令訴訟を訴えたものである。

「将来、強制剃髪を実施すべきか否かについて改めて被告の判断を経由するまでもなく……被告の第一次的判断は、すでに行使されたに等しい状況にある。……他面、頭髪の剃髪は、いったん実施されれば原状に回復することは、不可能であり、その意味において事前の差止を認めないことによる損害は回復すべからざるものであり、現行法上、事前の差止めを請求する方法以外に他に適当な救済方法も存在しない」から、かかる予防的不作為訴訟は許される（但し、本件は、結論では、受刑者の頭髪剃髪は必ずしも違法ではないから行政庁に対する実態法上の不作為請求権はないとしている）

以上、みてきたとおり、通説に対する批判的見解は、行政事件のもつ争訟性に重点をおき、当該行政事件において、争訟性がある限りにおいて、たとえ裁判所が行政庁に対して処分をなすべきや否やを判断し命令しても、それは、司法作用の一環としての作用であり、何等権力分立制に違反するものではないとしている。

旧特例法時代より一貫して通説的な立場に立っておられた雄川教授も、最近の著書では、

「実質的な理由によって、裁判所の事後審査の原則を考えてゆくとすれば、その実質的趣旨に反しなれば、裁判所が形の上では、行政庁に対し行政義務を課すような場合でもそれは、必ずしも権力分立制の名によって一概に否定するべきものではないであろう⁶。」と述べておられ、ここにおいて、従来の通説のもっていた三権分立の原則違反論は、ほぼ克服されたといつてよいのではなからうか。少なくとも、（1）行政庁の第一次判断権（たとえば、行政庁の作為・不作為義務が一義的に裁量の余地のないほどに明瞭であり裁判所の判断に適する事項である場合）を留保する必要がなく、（2）重大な損害と危険が著しく切迫している場合、（3）他に救済方法のない場合、等の要件が備わっている場合には、義務づけ訴訟、予防的不作為命令訴訟等のいわゆる無名抗告訴訟を一般的と認めてもよいのではないかと思われる⁷。

注 1 兼子（仁）前掲論文 285頁

2 業子（仁）前掲論文 292頁

3 山田（準）「行政事件訴訟法における行為要求訴訟」（「行政行為を要求する訴訟」所収 250頁）

4 大西「行政事件訴訟の給付判決」（「立命館法学」9号 18頁）

5 大西、前掲論文 28頁

6 雄川「行政訴訟の動向」（「現代法」5巻所収 140頁）

7 山内「無名抗告訴訟の問題点」（「実務民事訴訟法講座」8巻所収 157頁）平峯「行政事件訴訟法に対する2, 3の疑問」法律時報34巻10号23頁

(四)

以上、無名抗告訴訟に関する肯定説と否定説について検討を行ってきた。そこで、最後に、今後その必要性と重要性が要求されるであろう訴訟形態である義務づけ訴訟と予防的不作為命令訴訟について検討し、むすびとしたい。

私は、義務づけ訴訟、予防的不作為命令訴訟ともに、(1) 行政庁の作為・不作為が法律上明白に規定されている場合(事案の成熟性—die Sache spruchreif ist) (2) 個人の権利、利益が明白に侵害されている場合には許されるべきであると考えられる¹。(西ドイツ行政裁判法、VWGO 113 Nは、事案が成熟していれば裁判所は義務づけ訴訟を行なうとしている)。なるほど、行政庁がなした処分の結果について争う事後審査に比べ事前審査の場合には、行政庁のもつ権限、争いの成熟性、訴えの利益等について微妙な問題を含んでおり、より詳細な検討を必要としよう。しかし、先に述べた要件を満たす限りにおいてこれらの訴訟形態を認めてゆくべきであろう²。

義務づけ訴訟、予防的不作為命令訴訟などの新しい訴訟形態が最もその機能を果す領域は、従来の侵害行政の領域ではなく給付行政の領域であると考えられる。

現代のように、給付行政の観念が発達し、それが国民の権利救済の点で実効性をもつものであれば、単に行政庁の処分権限の存在、あるいは不存在を確認するいわゆる確認訴訟よりも給付訴訟としての義務づけ訴訟や、予防的不作為命令訴訟を確立させた方が有効であろうと考える。特に個人に対して作為・不作為の請求権が認められている領域についてはなおさらのことである。

現代における行政の任務は、極めて広汎であるといわれている。現代行政は、単なる秩序維持のための権力機構の処分形態ではなく、社会経済生活へ、権力を用い、あるいは非権力的作用で、あるいは法行為により、あるいは事実行為により、あるいは計画策定、あるいは、具体的処分で種々様々の活動を行っており³、それだけ国民の権利、利益を侵害しがちであると言える。

かかる状況から、真に国民の権利・利益を保護し、救済するためには、義務づけ訴訟や、予防的不作為命令訴訟を明確な訴訟形態として確立してゆくべきであろうし、広く言えば無名抗告訴訟といわれる訴訟形態それ自体を確立してゆくべきである。

注 1 平峯、前掲、23頁

2 高柳教授は、義務づけ訴訟につき、裁量行為以外ならば、法治主義の原理から許されるべきであるとしている。

「公法・行政行為・抗告訴訟」(公法研究 31号、155頁)

3 高柳、「行政の裁判所による統制」(現代法講座4巻 308頁以下)