

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 8 日現在

機関番号：34315

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2014

課題番号：25780021

研究課題名(和文)ドイツにおける行政活動に対する不作為訴訟の研究

研究課題名(英文)A research of injunctions to prevent unlawful administrative activities in Germany

研究代表者

湊 二郎(MINATO, Jiro)

立命館大学・法務研究科・教授

研究者番号：00362567

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 600,000円

研究成果の概要(和文)：ドイツでは、違法な行政活動による権利侵害の危険がある場合には、その権利の主体は不作為請求権を有する。ただし行政行為に関しては、取消訴訟制度が法定されていることから、原則としてこれを利用すべきものとされる。他方、単純行政活動と呼ばれる法的拘束力のない行政活動に関しては、不作為訴訟の提起が比較的容易に認められている。

日本でも、違法な行政活動による権利侵害の危険がある場合には不作為請求権が成立すると考えられる。事後的救済の仕組みを整備して原則としてこれを用いるべきものとするは許されるが、そうでない限り、不作為を求める訴訟の提起を制限すべきではない。

研究成果の概要(英文)：In Germany, a person whose rights are likely to be violated by unlawful administrative activities has a right to prevent such violation. However, an injunction to prevent an administrative act is an exceptional remedy, because an action for the rescission can be filed pursuant to the provisions of the Code of Administrative Court Procedure. In contrast, to prevent administrative activities without legal effects, injunctions are relatively easily available. In Japan, also, a person may have a right to prevent unlawful administrative activities. Unless otherwise provided by law, an injunction should be available, if the plaintiff's rights are likely to be violated.

研究分野：行政法学

キーワード：行政訴訟 不作為請求権 ドイツ

1. 研究開始当初の背景

2004年の行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)改正前においては、行政処分(以下単に処分という)の差止めを求める訴えは法定されていなかった。処分の差止訴訟が禁止されていたわけではなかったものの、当時においては、処分に不服がある者はその処分がなされた後で出訴すべきであること(いわゆる事後救済原則)が強調されたため、実際に処分の差止訴訟の提起を認めた裁判例はわずかであった。最高裁の判例に限定すれば、処分の差止訴訟を認めたものは全くなかった。

2004年の行訴法改正で、差止訴訟が法定された。この改正が、差止訴訟の活用を意図することは明らかである。下級審裁判例においては、差止請求を認容するものもみられるところであり(例えば広島地判平成21・10・1判時2060号3頁)、最高裁判例にも、差止訴訟の提起を適法としたものがある(最判平成24・2・9民集66巻2号183頁)。

しかしながら、従前において差止訴訟の提起を制限した事後救済原則は、消滅していない。法定された差止訴訟は、「重大な損害」を生ずるおそれがある場合に限り提起することができるものとされており(行訴法37条の4第1項本文)、立案関係者および裁判例は、処分がなされた後で取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けること等により救済されるような損害は「重大な損害」には当たらないとする立場をとっている。「重大な損害」が認められないことから、差止訴訟を不適法とする裁判例もなお存在する(例えば大阪地判平成25・7・4判例集未掲載)。

差止訴訟の活用を図る見地からは、「重大な損害」要件や事後救済原則の要否ないし正当性に関して、検討が加えられなければならない(2004年の行訴法改正前およびそれ以降の裁判例の展開を整理し、事後救済原則を過度に強調するべきでないことを主張した論稿として、湊二郎「差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係——救済ルート選択の問題を中心に」立命館法学342号(2012年)96136頁)。

2. 研究の目的

本研究は、ドイツにおける行政活動に対する不作為訴訟を対象として、その意義・特質を明らかにしようとするものであり、それによって、日本におけるより実効的な救済手段の整備に貢献することを目指している。

ドイツでは、行政に不作為を求めるための特別の訴訟形式は法定されていないのであるが、一般的な給付訴訟が利用可能であり、被告(行政)に不作為を求める給付訴訟が不作為訴訟と呼ばれている。不作為訴訟の対象となる行政活動は多様で、行政行為(日本という処分に含まれる)だけでなく、法律よりも下位の法規範(条例・法規命令)の発布の予防が求められることもあれば、単純行政活

動と呼ばれる法的拘束力のない行政活動(行政機関による情報の公表や、公的施設の運営に伴う騒音等の排出等)に対して不作為訴訟が提起されることもある。

本研究では、行政行為の不作為ないし予防が求められる場合のみならず、法律より下位の法規範の発布や、単純行政活動が問題になる場合のそれぞれについて、不作為訴訟がどのように活用されているのか、特に争いとなっているのはどのような事項かという観点から検討を加えることとする。また本研究は、不作為訴訟の提起が適法とされるのはどのような場合かという点(訴訟法上の論点)だけでなく、不作為請求が認容されるのはどのような場合かという点(本案の論点)も検討対象に含む。

3. 研究の方法

(1)平成25年度においては、行政行為および法律より下位の法規範に対する不作為訴訟に関する研究を行う。研究遂行に当たっては、当該年度を第1期(4月~7月)、第2期(8月~10月)、第3期(11月~12月)、第4期(1月~3月)に区分する。第1期では、まとまった研究時間をとることが困難であるので、資料収集のための期間とする。資料収集の方法としては、電子データ(オンラインデータベース等)を活用することにより効率化を図る。第2期では、夏休み期間を利用して、中間報告の元となる原稿を作成する。中間報告は9月または10月に学内で実施する。第3期では、中間報告の結果を踏まえて、本年度の研究の仕上げを行う。遅くとも年度内に刊行される学内紀要(立命館法学)の締切日までに原稿を完成させ提出する。第4期は成果発表の時期であり、2月または3月に関西行政法研究会にて成果発表を行う。この期間に、成果である論文が掲載された学内紀要(立命館法学)が公刊される。

(2)平成26年度より、単純行政活動の不作為訴訟に関する研究を行う。不作為訴訟の対象となる単純行政活動は多様であるが、特に行政機関による情報の公表と、公的施設の運営に伴う騒音の排出に注目する。平成26年度の研究は、前年度の研究と内容上重なる部分があるため、資料の収集および分析に要する時間を前年度ほど必要としないと考えられる。そこで平成26年度においては、資料の収集は6月末までに完了させ、学内紀要への原稿提出は9月末までに行うものとする。成果である論文が掲載された学内紀要は12月末までに刊行される。関西行政法研究会における成果発表は年度内に実施する。

4. 研究成果

(1)平成25年度では、立命館法学351号に「ドイツ行政裁判所法における不作為訴訟に関する一考察——行政行為・法規範に対する予防的権利保護」を掲載し、関西行政法研究会(2014年3月23日・大阪学院大学)に

て、「行政行為・法規範に対する予防的権利保護(ドイツ)」と題する研究報告を行った。平成 26 年度では、立命館法学 356 号に「ドイツにおける単純行政活動に対する不作為訴訟」を掲載し、関西行政法研究会(2015 年 1 月 25 日・同志社大学)にて「ドイツ行政裁判所法の不作為訴訟の意義・特質」と題する成果報告を行った。

(2) ドイツの行政裁判所法は、すべての公法上の紛争について行政裁判所への出訴を認めているが、行政に不作為を求めるための特別の訴訟形式は法定されていない。このような場合には一般的な給付訴訟が利用されており、被告(行政)に不作為を求める一般的な給付訴訟が不作為訴訟と呼ばれている。

(3) 不作為訴訟の本案においては原告が不作為請求権を有するか否かが審理される。ドイツでは、行政行為やその他の行政活動に対する私人の不作為請求権が成立し得ることが一般的に承認されている。違法な行政活動による権利侵害が差し迫っている(あるいはその反復の危険がある)場合には、その権利の主体は不作為請求権を有すると考えられている。

(4) 行政行為の相手方が出訴する事例では、その行政行為が違法である場合には同人の権利も侵害されると考えられている。第三者が出訴する事例では、その行政行為が第三者保護規定に違反するかどうかが問題とされている。法律より下位の法規範の発布の予防が求められる事例では、侵害される権利の存在を否定する等により、不作為請求権の成立を限定しようとする裁判例もみられる。行政機関等による情報の公表の不作為が求められる場合には、憲法上の権利(信教の自由、営業の自由等)が侵害される危険があるかが問題とされている。公的施設の運営に起因する騒音の防止が求められる場合には、原告の被害が受忍限度を超えるかが基準になっている。

(5) ドイツの学説・判例は、少なくとも行政行為や法律より下位の法規範に対する権利保護については、権利侵害がなされた後でその排除を求めること(事後的権利保護)が原則であり、侵害の予防を目的とする権利保護(予防的権利保護)は例外であるという立場をとっている。行政裁判所法では、行政行為の取消訴訟や、裁判所に法律より下位の法規範の効力の有無の確認を求めることのできる仕組み(規範統制)は法定されているものの、これらの予防を求める訴訟を定めた明文の規定はない。したがって、予防的権利保護が例外であるという考え方が生ずることも無理からぬところがある。

(6) ドイツの判例によると、事後的権利保護を選択させることが関係者にとって受容できない場合には、予防的権利保護の必要性があるものとして、不作為訴訟を利用することが認められる。行政行為が問題となる事例では、(ア)一旦行政行為がなされると法律

上それを取り消すことができない場合、(イ)行政行為が即時に執行されることにより回復困難な結果が生ずる場合、(ウ)同種の行政行為が繰り返される場合に、不作為訴訟の利用が認められている。また、ある自治体が一定の地域で住宅開発を行うことを内容とする条例(地区詳細計画)を制定しようとしている事例で、隣接自治体の不作為訴訟を提起することを認めた裁判例もある。

(6) 単純行政活動の不作為訴訟は、将来の権利侵害の予防目的とする訴訟であるものの、訴えの適法性は比較的容易に認められている。訴えの適法性が全く争点にならないことも少なくない。その要因として、単純行政活動については、事後的な権利保護の仕組みが特に法定されているわけではないという点を指摘することができる。

(7) 単純行政活動の不作為が求められる事例では、既にその活動が行われていることも少なくない。しかしながら、単純行政活動による権利侵害の反復の危険があるならば、不作為請求が成立するのであって、不作為訴訟の提起が妨げられることはない。また裁判例においては、単純行政か都合による権利侵害の危険もかなり緩やかに認定される傾向がある。単純行政活動により権利を侵害される者にとって、不作為訴訟は基本的な権利保護の形式であるといえる。

(8) 日本の行政法では、違法な行政活動に対して私人が不作為請求権を有するという考え方は一般的ではないが、「権利が違法に侵害される危険がある場合には不作為請求権が成立する」ということ自体が否定される理由はない。もっとも、特別な訴訟形式(差止訴訟)を法定してこれを用いるべきものとしたり、事後的な権利保護の仕組み(取消訴訟・執行停止)を整備して原則としてこれによるべきものとするのは許される。反対に、そのような仕組みが整備されていない場合には、不作為請求権の成立可能性(違法な権利侵害の可能性)がある限り、給付訴訟を用いることが認められるべきである。

(9) 日本の差止訴訟に関しては、取消訴訟・執行停止により救済を受けられるような場合には「重大な損害」要件は充足されないと考えられている。ドイツにおける行政行為の不作為訴訟と共通する部分もあるが、ドイツ法では損害の重大性は必須の要素ではない。この点で、日本の差止訴訟の訴訟要件には改善可能な部分がある。処分については取消訴訟による救済が原則であるという立場をとるとしても、上記(ア)~(ウ)のような場合には、日本でも差止訴訟による救済の必要性があるものと考えられるべきである。

(10) 処分以外の行政活動のうち、行政機関による情報の公表に関しては、日本においても情報の公表によって利害関係者の基本的人権が侵害されることはあり得ると考えられる。そのような人権侵害の危険がある場合には、当該人権の主体は行政に対して情報の

公表の不作为を請求することができるのでなければならない。

5. 主な発表論文等
(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計2件)

① 湊 二郎, ドイツにおける単純行政活動に対する不作为訴訟, 立命館法学, 査読無, 356号, 2014, 41-83
<http://www.ritsumeilaw.ac.jp/acd/cg/law/lex/14-4/minato.pdf>

② 湊 二郎, ドイツ行政裁判所法における不作为訴訟に関する一考察 行政行為・法規範に対する予防的権利保護, 立命館法学, 査読無, 351号, 2014, 1-47
<http://www.ritsumeilaw.ac.jp/acd/cg/law/lex/13-5/minato.pdf>

[学会発表](計2件)

① 湊 二郎, ドイツ行政裁判所法の不作為訴訟の意義・特質, 関西行政法研究会, 2015年1月25日, 同志社大学(京都府京都市)

② 湊 二郎, 行政行為・法規範に対する予防的権利保護(ドイツ), 関西行政法研究会, 2014年3月23日, 大阪学院大学(大阪府吹田市)

[図書](計0件)

[産業財産権]
出願状況(計0件)

名称:
発明者:
権利者:
種類:
番号:
出願年月日:
国内外の別:

取得状況(計0件)

名称:
発明者:
権利者:
種類:
番号:
出願年月日:
取得年月日:
国内外の別:

[その他]

ホームページ等
<http://www.ritsumeilaw.jp/personal/personal000233.html>

6. 研究組織

(1) 研究代表者

湊 二郎 (MINATO, Jiro)
立命館大学・法務研究科・教授
研究者番号: 00362567

(2) 研究分担者

()

研究者番号:

(3) 連携研究者

()

研究者番号: