

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 2 日現在

機関番号：13101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2012～2015

課題番号：24530021

研究課題名(和文) 抗告訴訟の性質及び訴訟物の再検討 - 確認訴訟説に立脚した統一的把握の試み

研究課題名(英文) The nature of the new administrative actions in Japan and their subject-matter

研究代表者

石崎 誠也 (ISHIZAKI, SEIYA)

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：20159718

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,900,000円

研究成果の概要(和文)：2004年行政事件訴訟法改正により、抗告訴訟に義務付け訴訟と差止め訴訟が新たに法定されたが、これらの訴訟の性質及び訴訟物(裁判所の審査の対象となる事項)については、見解が分かれている。そのため、我が国における抗告訴訟の中心的存在である取消訴訟の性質及び訴訟物に関する議論を踏まえ、またドイツにおける議論も参考にして検討した結果、これらの訴訟がいずれも行政処分としての作為・不作為の違法性の審査を訴訟物とする訴訟であって、民事訴訟のような請求権に基づく訴訟ではないとの構成が可能であり、これによって取消訴訟・義務付け訴訟・差止め訴訟の性質及び訴訟物の統一的把握が可能であるとの結論を得た。

研究成果の概要(英文)：In 2004, the obligation lawsuit and the action for injunction against an administrative act were introduced in Japan by the law amendment. But until now there is no common understanding about the nature and the subject-matter of these new types of action. After researching this problem based on the development of theory and case-law in Japan concerning the action for the revocation of administrative disposition, I have achieved the following result: The subject-matter of the actions for the revocation of administrative dispositions is according to the prevailing view only the illegality of the administrative act and the challenge claim is not required to revoke an administrative act. The subject-matter of the obligation lawsuit and injunction may be the same as the illegality of inaction or issuance of an administrative act. The concept of a right is also not necessary. Thus we can get the common understanding of nature and the subject-matter of three types of administrative actions.

研究分野：行政法

キーワード：抗告訴訟 取消訴訟 義務付け訴訟 差止め訴訟 訴訟物 既判力 確認訴訟 形成訴訟

1. 研究開始当初の背景

(1)

2004年に行政事件訴訟法が改正され、抗告訴訟の一類型として義務付け訴訟と差止め訴訟が法定された。これらは抗告訴訟であるから、その対象は行政処分(公権力の行使その他行政庁の処分)である。この差止め訴訟の性質及び訴訟物をどのように理解するかについては、まだ十分な議論ができていない。

(2) 学説の状況

法曹実務家(裁判官・弁護士)で有力な見解は、義務付け訴・差止め訴訟のいずれも、取消訴訟と同じく形成訴訟であり、訴訟物は係争処分の処分要件充足性であるという。すなわち、義務付け訴訟にあつては行政庁への処分を判決が創設的に付与する効果を持ち、差止め訴訟は不作為義務を創設するものと理解された(最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』法曹会(2005年)、西川友一郎編著『行政関係訴訟』青林書院(2009年)など)

それに対し、有力な行政法学説として給付訴訟説が唱えられていた(塩野宏『行政法(第五版)』有斐閣(2010年)。この説の特徴は、義務付け訴訟も差止訴訟もその訴訟物を給付請求権と捉えることにある。

他方、行政法学説の中には、義務付け訴訟及び差止訴訟を本質的に確認訴訟であると捉える見解も出されていた(大濱啓吾『行政裁判法』岩波書店(2011年)ら)。この見解は、抗告訴訟の本質的機能が行政処分の違法性の有無を審査し、違法な行政処分を排除するという違法性排除機能であるという見解と共通性を持つものである。

2. 研究の目的

研究代表者は、本研究の準備作業として、取消訴訟の訴訟物に関する我が国の戦後の理論状況及び義務付け訴訟に関する性質に関する研究を行ってきたが、そこでは取消訴訟の訴訟物を民事訴訟のように請求権の存否と捉えるのではなく、直截に係争処分の違法性と捉える方向に学説が進展しており、それが取消訴訟の訴訟物を係争処分の違法性と捉える今日の実務通説の基礎となっていることを踏まえ、義務付け訴訟及び差止訴訟においても、行政庁の処分の作為・不作為の違法性を訴訟物と捉えることが可能であり、それによって抗告訴訟の訴訟物及び抗告訴訟の性質の統一的把握ができるのではないかと考えた。その可能性の検証が本研究の目的である。

3. 研究の方法

研究方法は、我が国及びドイツにおける学説及び判例の文献を中心とし、ドイツの学説及び判例実務については、行政法研究者及び

裁判官・弁護士等の行政訴訟実務家のヒアリングを行うこととした。

4. 研究成果

(1) 取消訴訟における訴訟物論の形成

明治憲法下での行政裁判所における権利毀損に対する訴訟(美濃部達吉『行政裁判所法』末広巖太郎編『現代法学全集 第九巻』日本評論社(昭和3年)はこれを抗告訴訟と総称しており、本報告でもこの用語を用いる。)は、行政処分に対する取消の訴え、給付の訴え、当事者訴訟を含むものとしている。その訴訟の性質もこの区別によって異なるものであると考えられるが、美濃部前掲書281頁は、行政庁の違法な処分の取消にとどまる判決を消極的形成判決としている。

行政裁判所における訴訟について、その訴訟物を論じたものは見いだせなかった。しかしながら、行政裁判所判決には、既判力(確定力)につき、恩給請求権が棄却された後に、別の訴訟で同一の請求をすることは別個の処分に対して被告(恩給局長)が、前訴の確定力を援用することはできないとした事例があり(行政裁判所大正14年7月16日判決)、これは行政裁判所が取消訴訟の訴訟物を係争処分に限定して、その違法性及び権利侵害としていたことを推測させるものである。とはいえ、その後、行政裁判所判決の既判力は、その主文の範囲で生ずる理由をも包含するものとするという趣旨の判決があり(行政裁判所昭和4年2月9日判決)、必ずしも現在の実務通説の既判力の理解とは同一ではない。行政裁判所時代の行政処分取消訴訟における訴訟物の観念はさらに研究が必要である。

戦後の新しい司法制度における取消訴訟の訴訟物については、民事訴訟法学説の形成権説を踏まえた形成権説が提示された。しかし、そこには行政処分取消訴訟の特質に着目した見解も出されていた。例えば、瀧川叡一判事は「行政処分取消訴訟においては、行政処分の違法一般が訴訟物となるのであって個々の違法事由が訴訟物となるのではない」としている(「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」『民事訴訟法講座 第五巻』有斐閣、昭和31年、1429頁)。これは、形成訴訟においては通常は形成要件が法律に限定して列挙されているのに対し、行政処分の取消訴訟は違法性一般が取消原因となるということに着目したものである。いずれにせよ、戦後初期に、取消訴訟の訴訟物が行政処分の違法性一般であるという見解がだされていることを押さえておく必要がある。

最高裁も取消訴訟の訴訟物が係争処分の違法性一般であるという立場を昭和27年1月25日判決(民集6-1-22)で示し、その後も最高裁昭和49年4月18日判決(訟務月報20巻11号175頁)、最高裁昭和49年7月19

日判決（民集 28 卷 5 号 897 頁）で、この立場を踏襲している。

昭和 30 年代に入ると、行政法研究者から、取消訴訟の訴訟物につき、それを請求権的に構成することを批判し、行政処分の違法性自体に求めることを強調する見解がだされている（雄川一郎『法律学全集 国家補償法・行政争訟法』有斐閣（昭和 32 年）、村上義弘「抗告訴訟の訴訟物」大阪府立大学経済研究 14 号（昭和 35 年）など）。これらの見解は取消訴訟を形成訴訟と性格付けたうえで、その訴訟物を行政処分の違法性ととらえ、取消訴訟による適法性確保機能を重視する見解である。これが今日の取消訴訟の訴訟物論の実務通説につながるものである。

ところが、この時期に既に取消訴訟を確認訴訟として捉えるべきであるという見解が出されていることにも注意すべきである。代表的なものは、白石健三判事の「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」『岩松還暦記念 訴訟と裁判』有斐閣（昭和 31 年）である。この見解は、当時の通説であった取消訴訟を公定力排除訴訟（形成訴訟に含まれる）と捉える見解に対する深刻な批判を含むものであった。

今日の実務通説は、取消訴訟の訴訟物を「係争処分の違法性一般」と捉え、取消判決によって、係争処分の違法性が一般的に確定するとする。他方、同一人に対し、同一理由で同一内容の処分が為されたとしても、それは既判力に反するものではないとする（通説は同一処分繰返禁止効果を取消判決の拘束力によるものとする）。これは形成訴訟説に立脚しているが、請求権説をとるものではない。

それに対し、有力な学説は、その訴訟物を処分時の処分権限の有無と捉え、その訴訟物を係争処分の違法性に限定しない見解に親近感を持っている。これによれば処分取消後の同一事実関係下での同一処分の繰返しは、取消判決の既判力によって遮断されることとなる。

（2）ドイツにおける行政訴訟性質論と訴訟物

我が国の行政訴訟制度はドイツを範にしたものであり、とりわけ行政行為取消訴訟・義務付け訴訟・差止め訴訟の訴訟物に関するドイツの議論状況は我が国の同テーマの考察にあたって参照されるべきである。なお、ドイツ行政法学説では、取消訴訟は形成訴訟、義務付け訴訟及び差止め訴訟は給付訴訟と理解することでほぼ学説上の一致を見ている。

ドイツでは取消訴訟の訴訟物は行政行為の違法性と権利侵害性であるとするのが一般的である（Eyermann, VwGO, 13. Aufl.,

2010, S. 769; Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 3. Aufl., 2010, S. 2371）。よく知られているように、ドイツ行政訴訟は主観訴訟であり、権利侵害要件は本案要件として必須であるし、これは行政裁判所法 113 条 1 項によるものである。最近の若手研究者による研究も、行政訴訟における権利救済の意義を重視している（Nicolai Kaniess, Der Streitgegenstandsbegriff in der VwGO, Duncker & Humblot, 2012）。

これに対し、我が国行政事件訴訟法は本案要件として原告の権利侵害性を要求するものではない。この点につき、ドイツ行政法研究者との意見交換を行ったが、ドイツ行政裁判所法 113 条 1 項に相当する明文規定の存否の重要性が指摘されるとともに、我が国の行政訴訟制度がドイツの同制度を基礎にしたものであるにも拘わらず、現在の行政事件訴訟制度が本案要件として権利侵害要件を明定しなかったことの立法史的背景を研究することの重要性も指摘された（パイロイト大学 Wolff 教授）。

我が国において差止め訴訟は 2004 年行政事件訴訟法改正で義務付け訴訟と並んで導入されたものである。差止め訴訟は、原告からみれば、差止め対象処分と取消訴訟の対象となる係争処分と連続性・共通性がある。すなわち、差止め訴訟で原告が敗訴した場合（請求棄却の場合）、差止め対象処分を行政庁が行なう蓋然性が高く、そうすると当該処分に対する取消訴訟の可否が問題となる。この論点に関しては、既に差止め訴訟が存在するドイツでの議論が参考となるが、文献でこの論点を明示したのを見いだすことができなかった。

そのため、この問題点についてのドイツ行政法学での考え方及び行政訴訟実務の考え方を調査することも本プロジェクトの課題の一つであったが、この点については、インタビューをした行政法研究者（ミュンスター大学 Ehlers 名誉教授、シュパイヤー行政法学院 Ziekow 教授ら）も行政裁判官（コプレント行政裁判所 Fritz 判事、Pluhm 判事）も一致して、差止め訴訟原告敗訴の既判力は差止め対象処分がなされた場合の取消訴訟には及ばないとするものであった。その主たる理由は、訴訟物が異なるというものである。

（3）義務付け訴訟の訴訟物及び既判力

義務付け訴訟の訴訟物について、大きく分けて 3 つの見解がだされていることは既に述べたとおりである。

本研究では、取消訴訟における理論的到達点、すなわち権利侵害要件が本案要件ではなく係争処分の違法性が訴訟物となること、及び取消請求権的構成はとらないということ、これらを踏まえると、義務付け訴訟において

も処分給付請求権的構成を採用しない可能性が考えられる。

我が国行政事件訴訟における非申請型義務付け訴訟の本案要件は、「義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又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」(37条の2第5項)である。それは申請型義務付け訴訟においてもほぼ同じである。つまり、本案要件は行政処分(処分及び裁決)を規律する法令が当該行政処分をすることを義務付けているかどうかであり、換言すれば、当該行政処分をしないことが直截に違法となるか、あるいは裁量濫用として違法となることが当該処分をすることが義務付けられる理由である。ここでは、係争処分をしないことの客観的違法性が審理の対象であり、判決は係争処分をすることが義務付けられているかどうかを義務付け訴訟では判断される。

なお、形成訴訟説もほぼ同様の訴訟物観に立つが、判決主文が行政庁に新たに処分義務を形成するものと捉えている点が特徴的である。しかしながら、行政処分の作為義務は法令により確定するものであって、裁判所が作為義務を創設するという思考は行政処分法定主義に合致しないと考えられる。むしろ、この点は法令に基づく行政処分作為義務の存否を裁判所が判断し、確認するという思考が法律に基づく行政の原理に合致している。このように、義務付け訴訟を行政処分作為義務の存否を確認する訴訟であるというところえ方は、行政法研究者のなかに広く見られる見解である。

以上を踏まえると、義務付け訴訟の訴訟要件は、請求に係る行政処分を行わないことの違法性(不作為の裁量濫用による違法を含む)であり、その訴訟の性質は違法性の確認を本質とするものと考えべきである。

我が国では、義務付け訴訟は申請型義務付け訴訟と非申請型義務付け訴訟に分けられるが、申請型義務付け訴訟にあっては申請の対象となる処分が特定されるので、申請毎に訴訟物の対象となる行政処分が特定されることができると考えることができる。同一人が同一内容の行政処分を求めるものであっても、申請が異なればその訴訟物も変わると考えられる。

非申請型義務付け訴訟においては、一定の事実が処分の根幹的要件となるものであるため、口頭弁論集結時における事実関係のもとでの義務付け対象処分の作為義務の存否であると考えられるが、この点はさらに研究を要する。

(4) 差止め訴訟の訴訟物と既判力

差止め訴訟においても、義務付け訴訟と同様に形成訴訟説、給付訴訟説、確認訴訟説が出されているが、その概要は上述の通りであ

る。

差止め訴訟においても、その訴訟物を差止め請求権として構成するのではなく、係争処分(差止めの対象となる一定の処分)の違法性と捉えることが可能である。

差止め対象処分は、それが申請に対する処分である場合は、申請毎に対象となる処分が特定される。非申請型処分(職権による処分)は、当該処分の根幹的要件となる事実(既に発生した事実である場合と将来発生する蓋然性の高い仮定的事実である場合がある)によって差止め対象処分が特定されることができると考えることができる。当該事実が原告が主張する義務があると考えられるが、これは通常の民事訴訟における訴訟物の特定が原告の責任に帰することと同様である。そのため、差止め請求を認容する場合には、差止め対象処分の理由となる事実を特定することとなる。例えば、東京地裁平成18年9月21日判決(日の丸君が代第一審判決)。

なお、上述のように差止め訴訟にあっては請求棄却判決の事後効果を検討しなければならない。この点につき、検討した結果、差止め訴訟請求認容判決は差止め対象処分が違法であることを一般的に確定するが、請求棄却判決は適法な処分が存在することを示すものであって、差止め請求棄却後に行政庁により処分がなされたとしても、その適法性までを確定するものではないと論じることの可能性を示し得た。すなわち、取消訴訟では既になされた処分の適法性を審査するので、いわば命題論理で当該処分が適法であるか、違法であるかを確定するが、差止め訴訟にあっては、述語論理で考えるべきであって、請求認容判決はすべての処分が違法であるが、その否定である請求棄却判決はある処分が適法である(適法な処分が存在する)ことを示すものであって、請求棄却判決後になされた処分の適法性を論理必然的に保証するものではない。従って、差止め訴訟請求棄却判決後に差止め対象処分がなされたとしても、当該処分に差止め訴訟請求棄却判決の既判力は及ばず、当該処分によって法律上の不利益を受ける者は当該処分に対する取消訴訟によって当該処分の違法性を全面的に主張しうるとの結論を得た。

(5) 結語

本研究は、確認訴訟説に基づく抗告訴訟の統一的把握を試みるものであったが、研究をすすめるなかで、本テーマの本質的問題は訴訟の種別(給付訴訟・形成訴訟・確認訴訟)の区別の問題ではなく、その訴訟物をどのように理解するかという問題であると考えに至った。特に重要な問題は、抗告訴訟の訴訟物を行政処分の作為・不作為の違法性の審査と把握することであって、通常の民事訴訟のような請求権的構成を採用しないことである。これは取消訴訟の訴訟物について請求

権的構成ではなく、直截に行政処分の違法性を訴訟物と捉える我が国の議論を新しく法定された義務付け訴訟、差止め訴訟に拡張するものであり、この点において抗告訴訟の訴訟物についての統一的把握の一視点を得ることが可能となる。

有力な民事訴訟法研究者からも抗告訴訟につき請求権的構成をしないで、抗告訴訟（取消訴訟、義務付け訴訟、差止め訴訟）の訴訟物を行政行為（作為・不作為）の違法性の主張ととらえるべきであるとの見解が主張されるようになってきている（例えば、竹下守夫「行政訴訟と『法律上の争訟』覚書」論究ジュリスト13号（2015年4月）118頁以下、特に122頁）。もっとも竹下守夫は行政処分の義務付け又は差止めにつき、国民が請求権を有しているとはいえないとして、裁判所が義務を課す形成訴訟であるとしている。

形成訴訟説に対しては、行政実体法規が国民の行政団体に対する請求権を法定することは否定できないのであって（例えば情報公開法は情報開示請求権を国民に付与したと考えるのが行政法学界の一般的な見解である）このような場合、当該請求権に基づき行政処分（例えば情報公開決定）を行うことが義務付けられると観念することが可能であると考えられる。このように国民が行政団体に対し具体的な請求権を有している場合は、当該行政処分を行わないことが直ちに違法となりえ、義務付け判決を出すことが可能である。ここでは判決は上述のように法令上生じている行政処分作為ないし不作為義務を確認するものと理解することが可能であると考えられる。

請求権的構成をしないとしても、国民が行政団体に対し請求権を有している場合は、行政庁は実体法上行政処分義務を負うので、義務付け請求は認容されるであろうし、かかる請求権の存在は請求認容のための必要条件ではなく、十分条件と考えるべきである。

他方、法令が行政庁に裁量権を認めているため、国民に具体的な請求権が認められない場合であっても、請求にかかる行政処分の不作為が裁量濫用となる場合は、当該義務付け請求は認容されるものであるが、これも裁判所による義務の創設と考えるべきものではなく、法令の解釈として、行政処分の不作為が裁量濫用となる状態にあることの確認と捉えることが可能である。

ところで形成訴訟説の根拠の一つに行政事件訴訟法9条（義務付け訴訟、差止め訴訟でも準用される）の存在があげられる。原告適格の根拠となる規定の存在は給付訴訟あるいは確認訴訟の性質と合致せず、個別の根拠規定を必要とする形成訴訟に合致するという考え方である。しかし、ここでは行政事件訴訟法9条の意義を検討する必要がある。

行政処分に対する訴訟は、取消訴訟であれ、

義務付け訴訟・差止め訴訟であれ抗告訴訟に限定されている。行政処分によって権利利益を害された者には当然に訴訟による救済が認められなければならない、それは行政事件訴訟法9条1項に関係なく、取消訴訟の提起が認められなければならない。もし、行政処分に対する訴訟が取消訴訟に制限され、なおかつ出訴資格が法律によって付与されたとしたら、憲法上の疑義が生じかねない。しかし、取消訴訟は自己への給付を求める訴訟ではなく違法な行政処分の取消し（すなわち遡及的失効）を求めるものであるため、制度上は給付請求権の有無に関係なく誰でもが出訴しうる形態の訴訟である。そこで訴訟の主観性を維持するためには、原告適格者の範囲を立法的に限定する必要が生じる。その制限効果に行政事件訴訟法9条1項の存在意義があると考えられる。それは義務付け訴訟・差止め訴訟にあっても同じであって、行政処分の義務付け・差止めを求める訴訟が抗告訴訟に限定されるものであるとすれば、行政処分の作為・不作為によって権利を侵害される者は、行政事件訴訟法9条1項の存否に関係なく当然にこれらの訴訟を提起することが認められるべきものであって、同法9条1項は訴権付与規定ではなく、法律上の利益を有しない者の出訴資格排除規定と理解すべきこととなる。

なお、本研究の成果は、新潟大学法学会誌『法政理論』48巻で公表する予定である。

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 石崎誠也、「行政処分差止訴訟についての若干の考察」、法政理論（2015年5月）83-110頁、査読なし
- 2 石崎誠也、「行政訴訟の判決」、高木光・宇賀克也編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ8 行政法の争点』有斐閣（2014年9月）130-131頁、査読なし（執筆依頼による）

6. 研究組織

(1) 研究代表者

石崎 誠也 (ISHIZAKI SEIYA)
新潟大学人文社会・教育学系教授
研究者番号：20159718

(2) 研究分担者

()
研究者番号：

(3)連携研究者 ()

研究者番号：