



<論説>公法上の義務確認訴訟：
行政の不行為に対する司法的救済続

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00002418

公法上の義務確認訴訟

— 行政の不行為に対する司法的救済続 —

村 上 義 弘

一 序

先に「行政の不行為に対する司法的救済」と題して、主として比較法的に、本雑誌二号、三号においてこの問題を論じた。そこでは、わが国において不行為訴訟が可能か否かの問題は、行政法そのものの性格をどのように理解するかに関係がある点を指摘し、わが国現行法においてどのような解釈を為すべきかについては、若干の疑問を残しつつ、一応積極論を結論として述べた。

その後、この問題についての論稿は殆んど見なかつたが、ただ雄川教授が「行政争訟法」その他において、従来の反対説の立場に立つて、今までの積極論を批判しつつ、議論を展開しておられる。

雄川教授の反対論の根拠の一つは、行政法の本質に関連しているのであつて、以前に私が疑問の問題として残した点について多くの示唆が得られる。それ故ここでは、前稿の私の議論をも再検討しつつ、この反対論を参考として、この問題を再論してみたいと思う。

二 公法関係の特質と公権

前稿においては、不行為訴訟との関連において、公法関係の理解を、フランス法とドイツ法と比較して、このいずれの立場に立つかによつて、この問題に大きな差異が生ずるのではないかと最後に述べた。以下その点を要約すると次のようである。すなわち、フランス行政法においては、行政法規が、一義的にある行為を為すべきことを規定している場合にも、その法が行政庁に対してある行為を為すべき義務を課し、それに対応する国民の権利なるものを設定しているとは考えていない。これに対して、ドイツでは、行政法規が一義的にある行政行為を為すべきことを規定しているときは（反射的権利と解釈される場合以外は）国民は国家に対し、その行為を要求する権利があるとしている。これらの中わが国においては、いずれの立場をとるか、これは公法全体に亘る重大な問題で軽々しく決定出来ないと。以上のように述べながらも、前稿においては、美濃部博士の述べられる公権論を引用しつつ、わが国の行政法においては、ドイツ法の如き理解が行われるべきでないかと述べた。しかし、現在ではこの点に関しては疑問を持つ。この点に関しては考え方を改めたいと思う。

わが国の通説は公法関係従つて行政法関係の特質を、私法関係との比較において次のように考える。例えば田中教授は次の如く説明される。「公法関係は法律によつて規律される関係であるという点においては私法関係との間に本質的な差異はない。公法関係は、しばしば権力関係と呼ばれるが、それは単なる事実上の権力支配の関係であることを意味するものではなく、いわゆる本来的な公法関係において、行政権の主体に法律上優越せる地位が承認されていることを端的に表現するにすぎない。それは法律上に承認された関係、すなわち、法律関係であり、権利義務の関係

であることにおいて、私法の法律関係と別段の差異はない。ただ、私法関係においては、私的自治の原則が認められ、権利の発生・変更・消滅が原則として私人の自由な意思によつて決定されるのに対して、公法関係においては、権利義務の発生・変更・消滅が原則として、法律の定めるところにより、行政権の主体の一方的な行為によつてなされるところに実質的な差異が認められる¹⁾。白石氏はまたこのことを稍違つた表現で次のように説明されている。「(形式説は)法律関係の形式に着目し、その法律関係が権力服従の関係(Über und Unterordnung)であるか、対等の関係(Koordination)であるかによつて區別し、前者を公法関係、後者を私法関係とする説である。しかし、ここに権力服従の関係ということは、それは法律関係の性質としていわれる限り、単に事実上の関係として力が支配し、一方の当事者の要求に対し他方の当事者が事実上服従せざるを得ないという関係を意味するものでないことはいうまでもない。そこで権力服従の関係ということを経済上の関係としてとらえるいい現わし方として、しばしば公法関係とは、法律関係の一方の当事者(権力主体)の側に他方の当事者に対し、一方的に命令し、もしくは一方的にその法律関係を形成する権能が認められた法律関係であるということがいわれる。一方的命令行為(下命行為)とは、一方的に作為、不作為の法律上の義務を設定するという意味においてひつきよう、一方的形成行為の一態様にはかならないから、右のいい現わし方は、簡単にいつて、公法関係とは、一方的に法律関係を形成することが認められる法律関係であるということを用いつているものと解してよいであろう。」すなわち、このことは換言すれば、行政法は行政権に対して権能を与え、またその権能行使の手續乃至は要件を規定して、一方的に法律関係を形成せしめることを認めているということである。このことは公法関係においては、諸法規は、単に一般的抽象的に國家と國民の間の法律関係を規定しているものであつて、具体的直接的にその法律関係を規定しているのではないということである。従つて、このことは

行政法規がいろいろの要件を規定していても、その要件がみだされることによつてそれらの法規が直接法律関係を生ぜしめ、また法律効果を生ずるものでない。国家の具体的な形成行為(すなわち行政行為)があつて始めて法律関係乃至は法律効果を生ずるのである。更にまた雄川教授はこのことを次のように説明される「わが国法においては行政権の作用に特殊の法的地位を認める。すなわち行政権の作用を具体的な行為者である公務員個人の行為とは見ずに、それとは観念的に區別された、行為者たる公務員によつて代表されたる行政権の行為すなわち『行政行為』として概念構成し、これに私人の行政とは異つた特殊の効力を認め、この行政行為によつて、裁判所の介入を要することなく、行政上の法律関係を有権的に規律し、一応の通用力(有効に相手方を拘束しその内容を強制し得る効力)をもつて法律関係を許定することが一般に承認される。すなわち行政的意欲の発現たる行政行為に行政上の法律関係の第一次的な形成権が原則として与えられているのである。」³⁾ここでは行政行為の公定力乃至は執行力までも合せ含めて説明されているが、この論旨も亦、公法の体系においては、法律関係は行政官庁の一方的行為があつて始めて形成せられるのであつて、単に法律に規定する要件事実の存在することによつて、法律関係乃至は法律効果を生ぜしめるものではないということを説明している。私は結論において、この考え方を正しいと思う。というのは、私法関係にあつても、要件事実が存在することによつて、何らかの請求権を発生せしめるという場合は少いのであつて、私法関係にあつてはその私的自治の原則から、法律関係乃至効果は原則として私人間の合意(契約)によつて生ずるとされているのである。これに対して、公法関係にあつては、国家行政の本質的な必要性から、法律により、行政権に行政権能を与え、その権能行使に要件或は手続を規定し、そのような要件を具備し、手続に従つて行われた行政権の行為(行政行為)に法的効果を附与しているのである。すなわち行政法規は行政権に一般抽象的に行政権能を与え(その場合

には国家と国民の間の法律関係は未だ抽象的なものであつて、その間に行政庁の行為があつて始めてその抽象的潜在的な法律関係が具体化されるのである。

公法関係を以上のような理解の上に立つて前稿に述べた公権の觀念を批判してみよう。問題を明確にするために前稿に引用した公権論の概略を再びここに引用してみよう。勿論ここでは本稿の目的から、公権として説かれるものの中、国家的公権は除外し、更に個人的公権の中でも、受益係乃至積極的公権といわれた権利について論じてみたいと思ふ。美濃部博士は、この種の公権を次の如く説明される。「受益権または積極的公権は、国家から積極的の利益を受くることを内容とする権利である。専ら公益のために設けられた国家的の施設によつて、一般の人民が誰れでも等しく享有し得る利益は、唯所謂反射的利益または法の反射 (Reflex objektiven Rechts) であつて権利ではない。…積極的の公権または受益権は、国家が公益のためにすると共に個人的の利益を認め、各個人をして自己の利益のために国家に対し積極的に或る事を要求することを得せしむる場合においてのみ存するのである。…受益権は法令の定めある場合 (特別の慣習ある場合は慣習法は法律と同一の効力を有する) にのみ生ずるもので、法令の定むる内容の異なるに随つてその種類を分つことが出来る。その行政法上に關係のあるものは常に行政権の作用に対するもので、左の數種に分つことが出来る。

(イ) 特定の行政行為を要求する権利 或る行政行為を為すと否とが行政権の自由裁量に任かされている場合には、仮令人民の側からその行政行為を出願することを得せしめていても、それは單純な願であつて、権利としての要求ではない。随つてまた此の場合にはその出願が拒否せられても権利を毀損するものであり得ない。これに反して法令が一定の要件の下に個人の利益のために特定の行政行為を為すことを、行政権の義務として拘束している場

合には、その要件を具備した者は、その行政行為を要求する権利を有するもので、此の場合における出願は権利としての要求たる性質を有する。此の場合においては行政庁は唯その要件が備はつてゐるや否やを審査し得るのみで、それが具備している限りは、当然その出願に応じてその行政行為を為すべき拘束を受ける。

行政行為を要求する権利は、例えば許可を受くる権利、特許を求むる権利、行政上の登録を求むる権利、公の試験を受くる権利、公文書の閲覧を求めまたはその謄本の下付を求むる権利などを挙げることが出来る。異議申立権・裁決申請権・訴願権、行政訴訟権も、決定、裁決または判決を請求することを内容とするもので、同一の例に属する。請願権に至ると単に受理を求むることを得るに止まるのであるが、受理も一つの行政行為であるから、その限度においては等しく此の種の権利に数へ得べきものである。⁴⁾ その他同じく受益権または積極的公権に属するものとして、営造物利用権⁵⁾、公物使用权⁶⁾、特許企業権⁷⁾、公法上の金銭請求権⁸⁾、公法上の栄誉権等を例挙される。

田中教授も同じような立場に立つて「公権とは、公法上の関係において、直接、自己のために一定の利益を主張し得べき法律上の力をいう⁹⁾」とされ、矢張り公権を国家的公権と個人的公権に分ち、個人的公権として、参政権、受益権、自由権の三種を挙げられる。またその中、受益権については、「国家・公共団体から積極的な利益を受くることを内容とする権利で、法律の定めるところにより行政行為を求めるとして、権利、訴願訴訟等をなす権利、公物営造物を利用する権利、俸給・恩給・公法上の損失補償を請求する権利等がこれである¹⁰⁾」と説明される。

これらの説を前に述べた公法関係の特質に関する理論によつて検討すると、前には公法関係においては、国家と国民の間においては原則として、国家の具体的な形成行為（すなわち行政行為）があつて始めて法律関係乃至は法律効果を生ずるのである。行政法規が厳密に要件を規定していても、その要件がみたされることによつてそれらの法規が

法律關係を生ぜしめまた法律効果を生ずるものでないと理解した。このような観点に立つてみると、右の公物使用権、特許企業権、金銭請求権（美濃部博士はこの中に補助金を受くる権利を入れられるがこれは別として）等は、行政行為によつて設定された権利或は公法上の契約によつて生じた権利についていわれるものであつて、これらを権利と認めることは前に述べた理論と矛盾するものでない。しかし、行政行為を求むる権利を厳密な意味での権利とすることとは矛盾する。一方では法令が一定の要件の下に個人の利益のために特定の行為を為すことを行政権の義務として拘束している場合には、その要件を具備した者は、その行政行為を要求する権利を有しているとし、他方では行政法規が羈束的に要件を規定していても、その要件がみたされることによつてそれらの法規が直接法律關係を生ぜしめるものでもなく、また法律効果を生ぜしめるものでない、國家の具体的な形成行為があつて始めて法律關係乃至法律効果を生ずるのであるという考え方とは相入れない。従つて、ここでは従来の公権の理論がどのような観点から論じられたかを検討しなければならぬ。

美濃部博士は公権を右のように説明しながらもまた次の如く述べていられる。

「受益権の内容は國家に対する積極的の要求に在る。固より不平等關係において服従者の地位に在る者の権利であるから、要求権と謂つても、國家的公権のやうな強制力の無いことは勿論、必ずしも私権のやうに常に民事訴訟によつて國家の保護を求め得べきものでなく、その要求が容れられない場合には、唯法律または勅令の特別の規定ある場合には訴願または行政訴訟を提起するによつてその救済を求め得べきに止まり、その以外には唯行政権自身の承認によつてのみ保護せらるるものであるが、なお法令により各個人をして自己の利益のために行政権に対し或る特定の行為・給付またはその他の利益を要求することを得せしめている場合には、それは正当の意味において権利として認む

べきものである。¹¹⁾」

右のような説明を見ると、ここにおける公権の概念はすべてが私法における権利と比較し得るほどに法的に厳密な意味で権利と観念されていたものでないということが出来る。すべての法律上の概念はその時の実定国法を離れて観念されるものでないから、その時々々の具体的法律制度を考慮の外においては考えられない。このように考えて、右の公権論を見る時、ここに述べられているような公権特に行政行為を要求し得る権利としての公権が観念された一つの大きな要因は旧憲法下の行政訴訟制度と密接な関係を有していることが考えられる。すなわち、旧憲法下においては抗告訴訟提起の要件として、憲法(六一条)、行政裁判所に出訴し得る事項を規定していた明治二三年法律一〇六号、その他の法律において、「権利の侵害」あることを必要としていた。従つてそこでは、これらの法律の規定する権利は何かが問題とされ、このような制度の下に右のような公権が観念せられ発展せしめられたことが一つの推論として考えられる。この推論が正しいとすると、右のような公権論から直ちに新しい行政訴訟においては公法上の権利関係として、行政庁に行政行為を要求することを得る訴訟を認め得ると考えることは誤りである。

山田(準)教授や大西教授は行政庁の行為を求める訴えを給付訴訟とし可能であると論ぜられる。例えば山田教授は次の如く述べておられる。「わが国の行政事件の訴訟手続は行政事件訴訟特例法によるの外はすべて民事訴訟法で定めるところによる。判決についても特別の規定が設けられておらない。従つて民事事件に対する判決と同じ定めの下にあるとしなければならぬ。一般民事事件において義務不履行の場合義務の履行を命ずる給付判決が出来ることはもちろんである。そうすれば行政事件においても同様に義務違反の不作為に対し作為を命ずる給付判決は法の認めるところであるといわなくてはならない¹²⁾」と、また大西教授は「例えば有権者でありながら、選挙人名簿にその氏名

も登載されない者が、市町村選挙管理委員会を被告として選挙人名簿に記載を求める訴を提起するとか、或はまた旅券法に規定する一定の欠格条件に該当しないにも拘らず旅券の発給を拒否された者、もしくは旅券請求後相当の時日が経つにもかかわらず、理由なくして許否いずれの処分もないような場合には行政庁に対して確認または給付の訴を提起し得るのでなければならぬ¹³⁾と述べておられる。

私も前稿においては疑問を残しつつも、右のような考え方を正しいのではないかと考えていたが今はこの考え方を否定したいと思う。前述したようにわが国の行政法の伝統的な理論は原則として、公法上の法律関係は、行政庁の形成行為（行政行為）があつて始めて生ずるものと考えて来たし、実定法上の規定を見ても行政庁に一定の行為を為すことを規定し、それに対応する国民の請求権を設定しているという解釈は導き出し難い。更にまた従来の公権論も決して公権として私法上の権利に匹敵するような厳密に法的な意味における権利を觀念していたとはい得ない。それがわが国において、行政庁が一義的にある行政行為を為さねばならない義務を有すると解される場合でも、国民がこれに対する請求権を有し、給付の訴えとして行政行為を為すことを求め得ると考えることは困難と思う。

ここに詳論する余裕はもたないが、ドイツにおける不行為訴訟の理論についても、右のわが国の事情と本質的な差異はないと考える。ドイツにおける公権論はわが国におけるそれよりも遙かに広く、詳細に論じられている¹⁴⁾。而して不行為訴訟について有力な学説はこの公権の理論にその理論的根拠をおいているけうに見られる¹⁵⁾。しかもなお、ドイツにおいて、不行為訴訟が当事者訴訟と見做されず、且つ一定の期間の間に行政処分がない場合に申請に対して拒否処分があつたものと見做して不行為訴訟を認めている点がこのことを裏書きしていると考えられる。

〔註〕

- (1) 田中二郎「行政法総論」二一七—二一八頁
- (2) 白石健三「公法關係の特質と拡告訴訟の対象」(訴訟と裁判) 四二二頁
- (3) 雄川一郎「行政争訟法」(法律学全集9) 四六一—四七頁
- (4) 美濃部達吉「行政法」上一二五—一二七頁
- (5) 営造物利用権「国又は公共団体は公共の利益の爲めに諸種の事業を經營し、それを人民の利用に供し、其の利用者の爲めに役務を提供して居るものが多い。普通これらを公企業又は公の営造物と称しているが、其の役務が單純な經濟的内容のものではなく倫理的性質を有する場合、又其の利用關係が契約に依つて發生するのでなく法律上強制せられている場合には、其の間の關係は公法的の關係と見るべく、随つて此の場合には利用者が其の役務の提供を受くる権利は公権の性質を有するもので、公法上の営造物利用権は此の場合に生ずる」(美濃部、前掲一二七—一二八頁)。
- (6) 公物使用権「河川・道路・公園地・公共墓地・屠場等国又は公共団体に於いて公共の用に供して居る土地物件に付き、特定の人の爲めに特にこれを使用又は占有することを得せしめて居る場合には、其の者は其の使用又は占有に付き公法上の権利を有するもので、これを公物使用権と謂ふことが出来る。∴其の権利は其の内容から謂ふと有体物の占有使用であつて、私権に類して居るが、公共の用に供せられて居る土地物件は原則として私法規律の適用を受けないもので、其の物の上に存する使用権は公権として認めねばならぬ」(同一二八—一二九頁)。
- (7) 特許企業権「特許企業とは本来国家の権利に専屬する公共的の事業に付き他の者が特に其の經營の権利を与へられて居る事業を謂ふ。∴特許企業は特に其の権利を与へられた者のみがこれを営むことを得るもので、其の企業を經營する権利は公権の一種である」(同一二九頁)。
- (8) 公法上の金銭請求権「官吏・公吏・議員等の公務員が俸給・恩給・歳費・報酬等を受くる権利や、公法上の損失補償の請求権、公の補助金を受くる権利など其の例である。金銭債権であることに於いて最も能く私法上の債権に類似し、∴或る程度に於いて私法上の債権と同様な原則の適用を受くるものであるが、公法的な原因に基づく権利であつて公権の性質を有する」(同)
- (9) 田中二郎、前掲書二一八頁
- (10) 同 右 二二〇頁
- (11) 美濃部達吉、前掲書一二六頁

- (12) 山田進次郎「行政行為要求訴訟は西ドイツ行政裁判所に特別の制度であつて我法制において認められないか」(法律論叢二十九卷二・三号四六頁)
- (13) 大西芳雄「行政事件訴訟の給付判決」(立命館法学九号)二七頁
- (14) G. Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte; O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914; Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte in öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 287 ff. 等
- (15) Bachof: Die Verwaltungsergerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 15, f. und S. 86 ff.; Genger: System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 193 f.; Witten: Subjektives Recht und Ermessen. DV. 1949 S. 342.

三 義務確認訴訟

法令が一義的に行政庁にある行為を為すべきことを定めていると解釈される場合、行政行為を求める訴を一種の給付判決を求める訴として提起するということは、公法関係の本質からして困難であることは前述の通りである。そこで本節では行政行為が為されることに直接利害関係のあるものから、その義務の確認を求めることの訴の可否を検討したい。

雄川教授はこの種の訴訟についても反対の見解を示しておられる。その反対理由を四つ程列挙しておられるが、その一つに次のような見解を述べておられる。すなわち「右のような訴訟の対象となるべき公法上の権利関係は何かということである。国家と人民との間の法律関係は、理論的には法規によつて定められている訳であるが、しかしそれはまだ抽象的な法律関係であつて、その法律関係の具体化の様子は必ずしも一様ではなく、或る要件事実があれば、

法規によつて直接具体的な法律関係が発生する場合もあるが、ある要件事実の存する場合に、私人または行政庁の行為によつて、抽象的・潜在的な法律関係が具体化される場合もある。この後者の場合には、そのような行為がなければ、裁判の対象となるべき現実具体的な法律関係が存するとはいえないのではないかという疑がある¹⁾と。

右の考え方は行政行為を求める訴に対する批判と全く同趣旨のものである。しかしここにいう義務確認の訴は、決して行政庁の行為を為すことを求める権利を有することを意味するものではなく、法律が一義的に行政庁に一定の行為を為すことを規定している場合、法律上そのような義務が行政庁に存することを裁判所に確認してもらふことである。ただこの場合、右に指摘されるように、その行為の確認を求める者は、行政庁に対して実体法上の権利関係乃至法律関係に立つものでない²⁾。しかし、実体法上の権利乃至法律関係に立つものだけに訴権が与えられるという考え方には民事訴訟の理論からいつても既に疑問がある。

民事訴訟において確認の訴が認められて以来「確認の対象となる権利関係は必ずしも原告の権利或は当事者間の法律関係には限定されない。第三者に対する権利の存否でも、自分の立場から確認の利益が存するならば、確認の対象とすることが出来る。」³⁾ 正当な当事者は通常訴訟物たる権利または法律関係の存否に付き対立する利害関係の実質的帰属者でなければならぬ。しかしながら、これは訴訟物たる権利または法律関係の主体であることは必ずしも同義ではない。嘗て訴訟を以て私法上の権利者が義務者に対する権利行使の手段と考へた当時においては、当事者は当然私法上の権利者及び義務者たるべきものと為し、当事者適格とは訴訟物たる権利義務の帰属主体たるに過ぎぬと説かれたが、確認訴訟においてはその訴訟物は原告被告間の法律関係に限らないし、また給付訴訟でも特別の場合私法上の権利者以外の者が当事者たるべきこともあるから、この見解は採用されない⁴⁾。このことは要するに裁判所に確認の

訴を提起するには、必ずしもその法律関係の主体である必要はないということの意味する。

しかしながら一方、民事訴訟においては訴訟の対象として主張される訴訟物は、特定の権利乃至は法律関係の存否に関する主張でなければならぬといわれる。しかし、最近の学説では権利乃至法律関係といわれるのも左程厳密な意味でいわれるのではなく、「その原告側の解決案である請求は、法律的に当否の判定出来る具体的な権利の主張でなければならぬ。したがって単なる事実の存否や、法律問題であつても抽象的な法令の効力や解釈的意見などは請求とすることは出来ない」また「民事訴訟は、社会上私人間に発生する欲求の矛盾や利害関係の対立としての紛争を、法律的に、すなわち、係争事実に対する法規の適用に基く具体的法律効果の判断によつて、解決することを目的とするから、訴訟上の請求も、かかる法律的评价に適する内容・性質をそなえたものでなくてはならない。…単なる事実も、抽象的な法律問題も、それだけは切離しては、訴訟の対象にならない」といわれるように、裁判所は事実或は政策乃至は抽象的な法律判断を為さなまいという意味であつて、権利乃至法律関係という概念に明確にあてはまるものを要求しているのではないと考える。

公法関係においても法律が一義的にある行政行為を為すべきことを規定し、具体的事実直面してその義務が法的判断によつて確定される場合は、裁判所はこの義務を確認しても、その確認作用が必ずしも司法の本質と相入れないものと考えられることは出来ない。

更にまた、義務確認訴訟の訴の可否がある場合には訴の利益の問題とされる場合がある。従つてこの問題を訴の利益という点から検討してみよう。再び民事訴訟における確認の訴の利益について一般に説かれている所を見ると次のようである。「確認の訴は、このように請求内容である権利関係の性質種類の点では無制限である代りに、原告がそ

の存否について、判決によつて既時確定してもらふ現実の法律上の利益または必要のある場合に限つて許される¹⁰⁾」以上の説明の中、法律上の利益という点が問題となるであろう。この点については更に次のように説明される。「確認の利益は法律的なものでなければならぬというのは、その権利関係(殊に直接原告の権利義務でない場合に問題になる)の存否の確認と原告の利益や地位の安定との間に法律的関連のあることである(単に感情的とか経済的な因果関係があるだけで足りない)」と。このことは確認の利益というのは厳格な意味で実体法上の法的利益であることを必要とするものでないということの意味する。この点は、原告資格を有するものは必ずしも法律関係の主体である必要はないという考えと表裏を為すものである。兼子教授は更に次のように説明される。「本案判決を求めるには訴訟制度から見てその利用を許すだけの解決に値する紛争事件がある場合でなければならず、これを原告の立場からいえば、判決による解決を必要とする生活関係上の紛争利益を主張する場合に限つてできるのである。∴『利益がなければ訴権なし』との法諺のいう利益とは、この判決を求める利益若しくは必要を指すと理解することによつて、これを是認することが出来よう。この利益はブライの指摘するように、判決によつて確定さるべき対象、すなわち訴訟物としての権利または法律関係の内容としての利益と混同さるべきでない¹¹⁾」また「訴権の要件は簡単にいえば、当事者間の法律的紛争の解決の必要すなわち特定人が相手方に対する関係において特定の法律的主張(請求)の当否について、訴を提起するだけの具体的利益乃至必要の存することであり、この利益はまた国家が訴訟制度の目的に照らして是認すべき正当な利益たるべきである。∴随つてかかる正当なる利益乃至必要は∴訴訟物たる実体上の権利または法律関係の内容たる利益と同視し得ない¹³⁾」

このように考察して来ると民事訴訟の訴の利益の概念は必ずしも義務確認訴訟を訴の利益なしとして排斥するものではなく、行政法乃至行政訴訟制度の観点に立つて充分検討の余地を残すものといひ得るのである¹⁴⁾。

以上のような結論に立つてみると、行政行為を求めることの訴は行政法の本質からいつて否定せざるを得ないとしても、行政庁が具体的な事実面に面してある行為を為すべきことを法律上の義務として負い、その義務が法的判断により確定される場合であるならば、このような確認を裁判所に求めることは司法の本質からいつて必ずしも否定されるものでないし、また訴の利益に関しても、今述べたように理解するならば、決して法的利益なしとして、簡単に否定し去れるものでもない。

しかしここまで述べて来た議論は多分に理論的な問題である。しかしながら雄川教授が述べられるように「この問題を裁判作用の論理的性格と、対象となるべき法律関係の性質からのみ考えることは、恐らくは正当でない。」「従つて、この問題はやはり行政・司法両権の分立の意味と、裁判所の地位・構造及び訴訟制度の構造の實質的な分析から答えなければならぬ¹⁵⁾」これらの指摘は私にとつても全く異論のない所である、更に次のような反対理由も同じく傾聴すべきものである。すなわち「司法裁判所は行政権の判断ないし行政行為の適法性を審査する権限を有するけれども、司法権の判断に行政権を全面的に服従せしめることは、司法・行政両権の分立・均衡の立場から許されないとこゝろであろう」また「裁判所の機能は単に法律上の判断作用であるという論理的な性格だけで割切れるものでなく、裁判制度にはもつと實質的な意味があるのではないかと思われる。裁判所は、性質上独立の地位を有し、その具体的な権限行使については法的及び政治的な責任をどの機関にも負わないものであり、また、裁判所の判断は当該問題に関する限り、最終の権威をもつことになる。このことは反面において、裁判所の権能には自ら或る限界がなければならぬことを意味する¹⁶⁾」と。

これらの主張に対しては行政訴訟、特に行政権と司法権の問題全般に亘る充分な研究とその深い理解の上に立つて

始めて批判が可能であると思う。しかし現在では私にはその能力もないし、それだけ広範な研究に達していない。ただ一つの提言として現段階における私の考え方を述べてみたい。

行政庁が行政の不行為に対して何らかの司法的救済のなければならぬとする現実的必要性は、既に前稿において述べた如く米・仏・独等において、それぞれの法制に依じて救済が認められている点からも明らかである。従つてわが国においても画一的に如何なる場合にも義務確認訴訟は認められないとするような直截的な態度をとらず、具體的、實際的必要に依じて義務確認の訴を認め、その可否を *case by case* で決定して行くのが妥当な態度ではないかと考える。そして義務確認訴訟を認めることによつて起つて来る、雄川教授の述べられるような考慮は、司法権の限界の問題、政治問題、行政庁の自由裁量の問題、争の成熟性の問題、¹⁷⁾或は訴の利益の問題として、具体的事件について義務確認を認むべきか否かの評価の中に折り込んで考えるべきではないかと思う。そしてその *Standard* を判例法の形成にまてばよいのではないかと考える。

近代国家にあつてはディヴィスも指摘しているように、「今一つ容易に予見出来ることは、行政権の権限踰越をおそれるよりは、行政が行為しないということに関心が向けられるであろうということである。違法に国民に対して不利益を与える行政の不行為が、いつかは、違法に国民を侵害する行為と同じように重大な過誤 (*Fault*) となるであろう。¹⁸⁾」勿論、行政の適切な執行を保障する制度は司法審査にかぎられるものでない。極端に司法審査を拡大することは却つて行政の有効適切な執行を阻害することとなる。従つて司法権は行政権の監督に當つて充分自制しなければならぬ。しかし、司法審査はわが国においては最も信頼のおける行政監督の制度であることは否定出来ない。

既にわが国においても義務確認訴訟を認め或はまた認容する主旨と読まれる判例が若干存する。例えば登記を為す

義務あることの確認を求めた訴に対して、福島地方裁判所は次の如く判示している。

「憲法七十六条、裁判所法第三条、行政事件訴訟特例法第一条の各規定によれば、公法上の権利または法律関係を裁判事項といっ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というべきである」と（福島地方二八（行）三二九・一・二五例集五の一（150））。

また神戸地方裁判所は、差押処分取消請求に関連して、

「行政庁が自主的に裁量権にもとづいてなす行政処分については、これに司法権が介入することは許されないけれども、当該行政行為の内容事項が法規によつて定められて、行政庁に裁量の余地のない事項に関しては、実質上、行政庁に対し、公法上の作為または不作為義務を確認する趣旨の判決を訴求しても右確認の訴は司法権の限界内における判断事項として許容されるものと解すべきところ」（神戸地方二九（行）二九三十一・一六例集七の一（2802））と判示している。

また大阪高等裁判所は、訴願庁に対し訴願判決をなすべき公法上の義務あることの確認を求め訴に対して、

「一般に行政処分に対して異議訴願が認められている場合にあつては、当事者はかかる行政上の救済をうける権利を法律上保証されているというべきであつて、適法な異議・訴願を提起したにかかわらず行政庁がこれに対して何等の決定をしないというのは、右の法律上保証された権利を侵害する結果になり、当事者はかかる権利侵害に対する司法上の救済を求める利益を有するというべく、本件にあつては、まさに右の場合に該当し、控訴人は右の救済として被控訴人によるその決定を為すべき公法上の義務あることの確認を訴求し得るものといわねばならない」（大

阪高等三〇(ネ)七一四32・4・19例集八の四)と判示している。

わが国の行政訴訟が一般に民事裁判所の管轄に委ねられ、民事訴訟が前述のような訴訟理論をとるかぎり、当然あり得ることと思われる。これを行政法学の立場からどうみるべきか。私は前述したような厳格な制限の下に認めてよいのではないかと考える。

〔註〕

- (1) 雄川一郎、前掲書一〇三頁
- (2) ドイツに於てはこのような場合に法律関係が生ずると考えている。例えば H. Fenge : Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DöV 1956, S. 329 ff. ; R. Näumann : Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 391 ff. 等。しかしこのような考え方は前に述べた理由によつて賛同し難い。
- (3) 兼子一「民事訴訟法体系」一五六頁。
- (4) 法律学辞典(岩波書店)三卷二〇一六頁
- (5) 兼子一、前掲書一五三頁
- (6) 中田淳一「訴訟上の請求」(民事訴訟法講座)一卷一六六頁
- (7) 勿論我が国で今尚ほ有力な学説である具体的訴権説は、実体的権利保護要件として、訴訟外の私権の存在を前提として、これに対応する、判決を請求する訴権を認める。このような立場に立てば、この権利乃至法律関係の存在を非常に厳密な意味で要求すると考えられる。例えば雉本朗造「株主総会の無効決議の訴」(民事訴訟法論文集)九九五頁以下ではそのような趣旨がうかがえる。しかし具体的訴権説の考え方は、兼子教授が指摘されるように、「具体的訴権説が超克したと自負する私法的訴権を脱却していないことを示している」(兼子一、「実体法と訴訟法」(有斐閣)一一〇頁)。
- (8) 白石氏は同じ趣旨を次のように述べて居られる。「行政庁に作為・不作為を命ずるといふことの意味を行政庁に作為・不作為義務があることの確認と解するならば、かような意味で裁判所が行政庁に作為・不作為を命ずる判決をすることは、判断

作用としての裁判の本質と決して矛盾するものでない。従つて、行政庁に作為・不作為義務があることの確認訴訟が許されないということは、裁判の本質を判断作用であるということから説明し得ない。〔義務確認訴訟について〕公法研究第一一号四六頁)

(9) 田中二郎「行政争訟の法理」三〇—三二頁。静岡地裁、二三(行)二〇26・9・6例集二の一〇(219)。

(10) 兼子一「民事訴訟法体系」一五六頁。

同 一五七頁。

(11) 兼子一「実体法と訴訟法」(有斐閣)一一五頁。

(12) 兼子一「実体法と訴訟法」(有斐閣)一一五頁。

(13) 法律学辞典(岩波書店)一六九—一七〇頁。

(14) ここまで述べて来た民事訴訟の理論は、具体的訴権説の立場に立つ人には認容し得ない点があると考えられる。しかし、ブライの訴権説が我が国に紹介されてより、追々このような考えが我が国の通説となりつつあると見られる。更に批判の余地はあるが公法的訴権論を徹底する論者は「訴訟や裁判の目的をば、法の確定又は法規の具体化に求める。これは、抽象的な法規の要求を具体的に貫徹しこれに実効性を確保してその存在理由を全くさせることにあるとするのである。ブライが訴訟制度の目的を客観法の確証とするのも、この意味である」(兼子一、実体法と訴訟法一一二頁。E. Bley: Klagrecht und rechtliches Interesse (1923), 8 ff.) (同書小野木常訳・訴権と法的利益二三頁以下参照)。このように徹底した立場に立てば本文に述べた考え方は尚ほ一層強く支持し得るものと考ええる。

(15) 雄川一郎、前掲書、一〇二頁

同 一〇二頁及一〇三頁。

(17) ドイツにあつても義務づけ訴訟は「事件があらゆる関係において裁判に熟するとき」(バイエルン行政裁判法七九条三項)「事件がいかなる点においても判決に熟すると認めるとき」(命令一六五号七五条三項)に許されるとしている。

(18) Davis: Administrative Law. p. 138.