

不作為の違法確認の訴え（第3条第5項、第37条関係）についての 検討課題

（参照条文）

（抗告訴訟）

行政事件訴訟法第3条第5項 この法律において「不作為の違法確認の訴え」とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう。

（不作為の違法確認の訴えの原告適格）

行政事件訴訟法第37条 不作為の違法確認の訴えは、処分又は裁決についての申請をした者に限り、提起することができる。

これまでの議論及びさらに検討すべき課題

現行の不作為の違法確認の訴えについては、司法が不作為の違法を判断して行政の判断を待つという形をとっていることから、司法と行政の役割分担の一つの在り方として評価する見解もある反面、法令に基づく申請をした場合に限り認められ、判決の効力も何らかの処分をする義務が生ずるのみで、改めて拒否処分がされるおそれがあるなど、行政の違法な不作為に対する国民の権利利益の救済として不十分であるとの見解がある。

行政の不作為が違法である場合については、特定の処分などの作為義務が実体法上認められる場合を考慮した訴訟法の規定はどうあるべきか、不作為の違法確認の訴えを規定していることは作為の給付の訴えを認めない趣旨と解されて実体上の権利の実現を訴訟法が制限する危険を生じさせる弊害があるのではないか、などの指摘があった。

検討の基本となる考え方

A（現行の規定を存続）

不作為の違法確認の訴えについては、現行の規定を維持する考え方

B（作為を命ずる判決を求める訴えを確認的に規定）

不作為の違法確認の訴えに関する行政事件訴訟法第3条第5項及び第37条の規定に代えて、処分又は裁決をすべきことを命ずる判決を求める訴えを提起することができるものとする考え方

C（みなし拒否処分の取消訴訟）

不作為の違法確認の訴えに関する行政事件訴訟法第3条第5項及び第37条の規定に代えて、一定の期間（例えば三箇月）が経過したときは、当該申請により求められた許認可等（行政手続法にいう許認可等をいう。）を拒否する処分がされたものとみなして、取消訴訟を提起することができることとする考え方

（補足説明）

Aは、行政の不作為に対する救済方法として、現行の不作為の違法確認の訴えを、司法と行政の役割分担の一つの在り方として積極的に評価し、現行の規定を維持する考え方である。この考え方は、現行法は必ずしも処分又は裁決を命ずることを求める給付訴訟を排除するものではないという解釈を前提としている。

Bは、行政庁の不作為が違法であって処分又は裁決を求める実体法上の請求権が生ずる場合には、現行の行政事件訴訟法に基づいても、処分又は裁決を命ずることを求める給付訴訟を提起することができるとの考え方を前提とし、不作為の違法確認の訴えの規定があるために、このような処分又は裁決を求める

実体法上の請求権が発生しないか、またはそのような請求権が発生したとしても訴訟でこれを求めることができないかのように解されるおそれがあるとの見解に立って、不作為の違法確認の訴えに関する規定を削除した上で、行政庁の不作為が違法であっても、処分又は裁決については、実体法又は訴訟法上、これを求める請求ができないとの解釈がされることをさけるため、確認的にこのような訴えが可能であることを規定する考え方である。この考え方は、処分又は裁決を命ずることを求める給付訴訟において、裁判所が一部認容として不作為が違法であることを確認することができるとの解釈を前提としている。

Cは、不作為の違法確認の訴えにおいては、判決の拘束力としては、何らかの処分をすべき義務が生ずるのみにとどまるため、申請に対する拒否処分がされたものとみなして取消訴訟を提起することができることを規定して、一回の訴訟で処分の内容についても判決の拘束力を及ぼすことができるようにする考え方である。

検討が必要と思われる問題点

1 不作為の違法確認の訴えの規定を存続することの弊害の有無

不作為の違法確認の訴えに関する規定を維持した場合に、処分又は裁決を命ずることを求める給付訴訟が実体法上又は訴訟法上およそ許されないと解釈されるおそれはないか。

2 処分の内容を特定しない作為義務の給付判決の可能性

特定の内容の処分をする義務が生じていない場合であっても、申請に対する応答をする義務など何らかの処分をすべき義務が生じている場合には、不作為の違法確認の訴えに代えて、「当該申請に対する処分」というような形で包括的に特定した処分を命ずることを求める給付の訴え又は何らかの処分をする義務があることの確認の訴えを提起することが、現行の行政事件訴訟法におい

ても可能であると解釈してよいか。

3 拒否処分とみなす期間及びその実体上の効果

申請に対する不作為を拒否処分とみなしてこれに取消訴訟の規定を適用する考え方を取り、一般法である行政事件訴訟法に規定する場合、許認可等を拒否する処分がされたものとみなす期間を定める必要があるが、多様な行政活動のすべてに共通する期間を定めることが实际的に可能か、また適当かどうか、また、訴訟法上拒否する処分があったとみなすことと実体法上の効果などについて検討する必要がある。