

## 行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点（補充）

### 1 行政の作為の給付を求める訴え

#### (1)行政の作為の給付を求める訴えの認められる場合についての考え方

法令に基づく申請に対し、行政庁が相当の期間内に処分又は裁決をしない場合及び行政庁が全部又は一部拒否処分をした場合に、一定の処分又は裁決を求める場合に限られるとする考え方

違法建築物の隣地居住者が違反者への是正命令を行政庁が発することを求める場合など、申請権がないことを前提として、行政庁が第三者に対して処分を求める場合に限られるとする考え方

及び のいずれの場合にも認められるとする考え方

#### （補足説明）

の考え方は、不作為の違法確認の訴え又は拒否処分の取消訴訟のいわば延長として行政の作為の給付を求める判決をすることを認めるものである。この考え方による場合、不作為の違法確認の訴え及び拒否処分の取消訴訟と行政の作為の給付を求める訴えとの関係について、ア）前者と後者をそれぞれ独立の訴えの形式と捉えるのか、それとも、行政の不作為の違法を争う場合を一つの訴えの形式とした上で、その訴えに対してなし得る判決の一つとして行政に対して作為の給付を命ずることができるかと捉えるのか、イ）それぞれ独立の訴えの形式であるとする場合、訴えの形式相互間の関係を全く並列的に考えて原告の選択に委ねるのか、それとも、訴えの形式の間に何らかの序列を認めるのか、さらには、取消訴訟の排他的管轄との関係についてどのように考えるか、などについて検討する必要がある。

の考え方は、不作為の違法確認の訴え又は取消訴訟による救済を求めることができない場合にこそ行政の作為の給付を求める訴えが認められるとするものである。この考え方による場合、どのような範囲で行政の作為の給付を求める訴えが認められるのかについて

は、実体法上作為の給付を求める請求権が認められるかどうかの問題に尽きるのか、それとも、実体法上の請求権の存否の問題に加えて、訴訟法上の問題としても何らかの考慮が必要なのか、などについて検討する必要がある。

の考え方による場合は、及びのそれぞれの考え方による場合に検討が必要な点のいずれも検討する必要がある。

## (2)行政の作為の給付を求める訴えの要件についての考え方

ア) 行政庁が特定の処分をなすべきことについて法律上羈束されており、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないなど、第一次判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要でないこと(明白性の要件)、イ) 裁判所による事前審査を認めないことによる損害が大きく、事前救済の必要性が顕著であること(緊急性の要件)、ウ) 他に適当な救済方法がないこと(補充性の要件)の3つが充たされることが必要である、とする考え方

固有の要件としては、明白性の要件を満たす必要があるが、その他には一般的な訴えの利益があれば足り、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方

行政の作為の給付を求める訴えとして、特定の作為のみならず、抽象的な作為を求めることも認め、行政庁が特定の処分をなすべきことが一義的に明白であることを必ずしも要件とする必要はなく、緊急性の要件及び補充性の要件についても、一般的な訴えの利益があれば足り、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方

### (補足説明)

の考え方は、従来の下級審の裁判例の多くに見られる考え方である。この考え方については、作為の給付を求める訴えが明示的に定められておらず、取消訴訟について中心的に規定をおいている現行法の解釈として採られていた考え方であり、作為の給付を求める訴えについて何らかの規定を置く可能性を含めて検討するにあたって、同様に考えるべきかについて検討する必要がある。

の考え方は、の考え方の3つの要件のうち、明白性の要件は、行政と司法との役割

分担の在り方として必要であるが、緊急性の要件及び補充性の要件は、作為の給付を求める訴えが明示的に定められていなかったことに由来するものであり、立法論としては、権利利益の救済の実効性を保障するため、作為の給付を求める訴えの活用される場合を実質的に拡大する観点から、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方である。

の考え方は、行政の作為の給付を求める訴えが認められるためには、実体法上の要件として、行政の作為の給付を求める請求権の発生要件と一般的な訴えの利益を考えれば足りる、とする考え方である。この考え方では、明白性の要件に関して、実体法上、特定の作為のみならず、抽象的な作為を求める請求権が認められる場合もあり得る場合には（当該請求を行うための実体法上の要件がすべて充足されていることを前提とする）、行政庁が特定の処分をなすべきことについて法律上羈束されていて行政庁に自由裁量の余地が全く残されていない場合に限らず、行政庁に一定の裁量の余地があっても、抽象的な作為を求める請求権が発生する限りにおいて、この訴えが認められると考えることとなる。また、緊急性の要件及び補充性の要件については、と同様に不要とする考え方である。

### (3) 判決の執行についての考え方

行政に対して作為を命ずる判決の執行についても、民事執行法第 171 条ないし第 173 条の定める方法によるものとし、判決により命ぜられる作為が意思表示の方法による行政庁の処分の場合には、民事執行法第 173 条により、判決の確定の時に意思表示をしたものとみなすこととする考え方

行政に対して作為を命ずる判決の執行については、民事執行法第 172 条の定める間接強制の方法のみが許されるとする考え方

行政に対しては強制執行は必要ないとする考え方

#### (補足説明)

の考え方は、行政に対して作為を命ずる判決の執行についても、民事訴訟における作為を命ずる判決の執行と同様に、命ぜられる作為の性質に応じ、直接強制（民事執行法第 171 条、民法第 414 条第 2 項本文）、間接強制（民事執行法第 172 条）、意思表示の擬制（民事執行法第 173 条）が許されるとする考え方である。この考え方により、判決により命ぜ

られる作為が意思表示の方法による行政庁の処分の場合に、民事執行法第 173 条により、判決の確定の時に意思表示をしたものとみなすこととすると、裁判所が行政処分をする形成判決をしたのと同じ効果を生ずることになると思われるが、そのような方法で問題はな  
いか検討する必要がある。

の考え方は、司法と行政の役割分担の在り方として、直接強制や意思表示の擬制の方法を採ることは妥当でなく、行政に対して作為を命ずる判決の執行については、民事執行法第 172 条の定める間接強制の方法のみが許されるところの考え方である。

の考え方は、行政に対して作為を命ずる判決については、その既判力ないし拘束力により判決の内容は実現されるとして、強制執行の必要性はないとする考え方である。

## 2 行政の不作为の給付を求める訴え

### 差止めの要件の考え方

ア) 行政庁が特定の処分をなすべからざることについて法律上羈束されており、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないなど、第一次判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要でないこと(明白性の要件)、イ) 裁判所による事前審査を認めないことによる損害が大きく、事前救済の必要性が顕著であること(緊急性の要件)、ウ) 他に適当な救済方法がないこと(補充性の要件)の3つが充たされることが必要である、とする考え方

固有の要件としては、明白性の要件を満たす必要があるが、その他には一般的な訴えの利益があれば足り、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方

明白性の要件及び補充性の要件は不要であるが、緊急性の要件として、「回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合」(株主による取締役の違法行為の差止めの請求に関する商法第272条参照)であることや、「著しい損害を生じ、または生ずるおそれがあるとき」(侵害の停止又は予防の請求に関する私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第24条参照)が要件として必要であるとする考え方

行政の不作为の給付を求める訴えとして、特定の行為をしないことのみならず、抽象的な不作为を求めることも認め、行政庁が特定の処分をなすべからざることが一義的に明白であることを必ずしも要件とする必要はなく、緊急性の要件及び補充性の要件についても、一般的な訴えの利益があれば足り、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方

と同様の考え方を基礎とし、の3つの要件はいずれも不要であるが、「差止めは、当該行為を差し止めることによつて人の生命又は身体に対する重大な危害の発生の防止その他公共の福祉を著しく阻害するおそれがあるときは、することができない」(住民訴訟としての差止めの請求に関する地方自治法第242条の2第6項参照)という消極要件が必要である、とする考え方

(補足説明)

の考え方は、従来の下級審の裁判例の多くに見られる考え方である。この考え方については、不作為の給付を求める訴えが明示的に定められておらず、取消訴訟について中心的に規定をおいている現行法の解釈として採られていた考え方であり、不作為の給付を求める訴えについて何らかの規定を置く可能性を含めて検討するにあたって、同様に考えるべきかについて検討する必要がある。

の考え方は、の考え方の3つの要件のうち、明白性の要件は、行政と司法との役割分担の在り方として必要であるが、緊急性の要件及び補充性の要件は、不作為の給付を求める訴えが明示的に定められていなかったことに由来するものであり、立法論としては、権利利益の救済の実効性を保障するため、不作為の給付を求める訴えの活用される場合を実質的に拡大する観点から、緊急性の要件及び補充性の要件は不要である、とする考え方である。

の考え方は、の考え方の3つの要件のうち、緊急性の要件と同様の要件を必要とする考え方である。この考え方では、明白性の要件に関しては、実体法上、特定の行為の差止めのみならず、抽象的な不作為を求める請求権が認められる場合もあり得る場合には(当該請求を行うための実体法上の要件がすべて充足されていることを前提とする)、行政庁が特定の処分をなすべからざることに法律上羈束されていて行政庁に自由裁量の余地が全く残されていない場合に限らず、行政庁に一定の裁量の余地があっても、抽象的な不作為を求める請求権が発生する限りにおいて、この訴えが認められると考え、一義的な明白性の要件は不要であるとするものである。さらに、補充性の要件については、これを必要とする考え方は不作為の給付を求める訴えが明示的に定められていなかったことに由来するものであって、立法論としては、権利利益の救済の実効性を保障するため、不作為の給付を求める訴えの活用される場合を実質的に拡大する観点から、補充性の要件は不要である、とする考え方である。他方、緊急性の要件については、行政の行為の差止めは、社会的に影響のある行為を停止させるなど差止めの効果が重大であること等を理由として、緊急性の要件は必要である、とする考え方である。

の考え方は、行政の不作為の給付を求める訴えが認められるためには、実体法上の要件として、行政の不作為の給付(差止め)を求める請求権の発生要件と一般的な訴えの利益を考えれば足りる、とする考え方である。この考え方は、明白性の要件に関しては、

の考え方と同様に一義的な明白性の要件は不要とし、緊急性の要件及び補充性の要件に関しては の考え方と同様にいずれも不要とするものである。

の考え方は、 の考え方を基礎としつつ、行政の行為を差し止める場合には公共の福祉に対する重大な影響があり得ることから、公共の福祉を著しく阻害するおそれがあるときは差し止めをすることができないものとする考え方である。

### 3 確認の訴え

確認の訴えによる救済の求められる場合はどのような場合か。

例えば、行政立法、行政計画のうち、抗告訴訟の対象である「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には該当しないとされるものに関し、その効力を争う者が当該行政立法又は行政計画の無効の確認を求める訴えについて、どのように考えるか。法律上効力がないとされる行政指導についてはどのように考えるか。



## 別紙

民事執行法第 171 条、172 条、173 条

( 作為又は不作為の強制執行 )

第一百七十一条 民法第四百十四条第二項 本文又は第三項 に規定する請求に係る強制執行は、執行裁判所が民法 の規定に従い決定をする方法により行う。

2 前項の執行裁判所は、第三十三条第二項第一号又は第六号に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める裁判所とする。

3 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。

4 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、申立てにより、債務者に対し、その決定に掲げる行為をするために必要な費用をあらかじめ債権者に支払うべき旨を命ずることができる。

5 第一項の強制執行の申立て又は前項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

6 第六条第二項の規定は、第一項の決定を執行する場合について準用する。

第一百七十二条 作為又は不作為を目的とする債務で前条第一項の強制執行ができないものについての強制執行は、執行裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる方法により行う。

2 事情の変更があつたときは、執行裁判所は、申立てにより、前項の規定による決定を変更することができる。

3 執行裁判所は、前二項の規定による決定をする場合には、申立ての相手方を審尋しなければならない。

4 第一項の規定により命じられた金銭の支払があつた場合において、債務不履行により生じた損害の額が支払額を超えるときは、債権者は、その超える額について損害賠償の請求をすることを妨げられない。

5 第一項の強制執行の申立て又は第二項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

6 前条第二項の規定は、第一項の執行裁判所について準用する。

( 意思表示の擬制 )

第一百七十三条 意思表示をすべきことを債務者に命ずる判決その他の裁判が確定し、又は和解、認諾若しくは調停に係る債務名義が成立したときは、債務者は、その確定又は成立の時に意思表示をしたものとみなす。ただし、債務者の意思表示が、

債権者の証明すべき事実の到来に係るときは第二十七条第一項の規定により執行文が付与された時に、反対給付との引換え又は債務の履行その他の債務者の証明すべき事実のないことに係るときは次項又は第三項の規定により執行文が付与された時に意思表示をしたものとみなす。

- 2 債務者の意思表示が反対給付との引換えに係る場合においては、執行文は、債務者が反対給付又はその提供のあつたことを証する文書を提出したときに限り、付与することができる。
- 3 債務者の意思表示が債務者の証明すべき事実のないことに係る場合において、執行文の付与の申立てがあつたときは、裁判所書記官は、債務者に対し一定の期間を定めてその事実を証明する文書を提出すべき旨を催告し、債務者がその期間内にその文書を提出しないときに限り、執行文を付与することができる。

#### 民法第 414 条

第四百十四条 債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

- 2 債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作為ヲ目的トスルトキハ債権者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ為サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但法律行為ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得
- 3 不作為ヲ目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其為シタルモノヲ除却シ且将来ノ為メ適當ノ処分ヲ為スコトヲ請求スルコトヲ得
- 4 前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス