

はじめに

平成16年4月、行政事件訴訟法の大改正が施行された。ちょうどその頃に法学部3年生に進学した筆者は、行政法学に出会った。市民と、行政と、司法とがそれぞれの役割を果たしながらより良い社会を作っていくためにはどうすればよいのだろうか？ 新しい法制度は、この関係に何をもたらすのだろうか？ 一人の学部生の素朴な疑問から、義務付け訴訟の機能をめぐる研究は出発した。

本書は、筆者の博士論文「義務付け訴訟の機能—時間の観点からみた行政と司法の役割論—」（平成25（2013）年3月7日博士（法学）授与）に大幅に加筆修正を加えたものである。その後、同年10月から平成26年8月までの間、国家学会雑誌126巻9=10号から127巻7=8号にかけて6回にわたり「義務付け訴訟の機能—時間の観点からみた行政と司法の役割論」というタイトルで同論文を若干訂正したものを連載した。また、同年には日本公法学会で同論文に関連する報告を行い、同報告の内容は、「申請型義務付け訴訟の『違法性判断の基準時』論」として公法研究76号に掲載された。

本書は、これらの研究の成果を踏まえ、序章以下は国家学会雑誌での連載をベースに、終章まで1本の論文となるように再構成している。多数の建設的な批判や提案をいただいたことや、学位論文執筆後に本分野に関し重要な著作・論文が発表されたことを踏まえ、第3章でこれらの議論を追加で参照した。さらに国家学会雑誌連載版における第4章については、本書においては第4章と第5章とに分割した上で、大幅な加筆修正を施していることに留意されたい。

ところで、本来「著者解題」にあたる要約はこの「はじめに」に含まれるのが通例である。しかし、本書は法学研究者だけでなく、実際の訴訟提起や訴訟遂行を担う法曹や行政実務を担う人々、そして公共政策の立案にかかわる方々にも読んでいただきたいと考えている。そこで、著者解題をあえて独立させ、本書の要旨をまとめるとともに、どの項目にどのような

内容が書かれているかを説明している。ここだけを読めば本書の趣旨が理解できるようになっている。巻末の索引と併せて利用していただければ、現在抱えている問題の解決のために、本書のどの部分が参考になるのかが一覧化されるであろう。

* * *

本書を刊行することができたのは、これまでの行政法学の研究蓄積、さらにお世話になった多くの方々の支えがあつてのことである。一人で黙考することが不得手で、誰かにアイデアを口頭で伝えようとするときによく思考回路が活性化する筆者にとって、多くの良き読み手・聞き手を得たことは望外の幸運であつた。その全てを記することはできないため、本書の成立および筆者が研究者の道を選ぶことになった経緯に特に関わりの深い方々のお名前を挙げ、謝意を述べたい。

まず、博士課程進学時以来、ご指導をいただいている交告尚史先生に心より御礼申し上げたい。興味が拡散しがちな筆者が、初めて研究室を訪ねた日に、その後の人生の指針となる「一人の人間が気になることは、根っこでは必ずつながっている」という言葉を贈ってくださった。そして思索の迷路に迷い込んでいるときに研究室を訪問すると、先生自ら淹れた挽き立てのコーヒーとともに、対話から研究構想を練ろうとする筆者を助けてくださった。いかにして地中でつながっている関連を見つけ、育て、大樹としていくのか——交告研究室での対話は、学問の苦しみを歓びへと変える時間であり、本書はその生き生きとした体験から花開いたものである。

塩野宏先生には、本書を弘文堂の行政法研究双書の一冊として出版することを強く薦めてくださったことに、心から厚く御礼申し上げたい。行政事件訴訟法改正を主導した「行政訴訟検討会」の座長であつた塩野先生から多くの励ましの言葉をいただけたことは、望外の喜びである。本書がこの改正をさらに進展させることに寄与できれば幸いである。

筆者に行政法学の険しさと楽しさを教えてくださったのは、太田匡彦先生の初回講義であり、本書の着想もまた、講義後の質問と、それに対する先生の熱心な御指導から生まれている。その後、本書のもととなった国家

学会雑誌連載版につき、公法研究会の書評会にて、綿密かつ根本的な批評を賜った。大幅な改訂の多くはその批判に答えるべくなされたものである。

山本隆司先生には、学部から法科大学院にかけての演習および研究論文において丁寧かつ温かくご指導いただいた。本書との関係でも義務付け訴訟に関する多くの示唆的な研究を先行して、または並行して実施されており、その豊富な知見に基づき、本書の内容面にわたり様々なアドバイスをいただいた。

東京大学大学院法学政治学研究科において、法曹養成専攻（法科大学院）から総合法政専攻博士課程（研究者養成）に進学することは、前例も少なく、とても心細いことであった。しかしそのおかげで、小早川光郎先生、宇賀克也先生、斎藤誠先生のご指導を法科大学院の対話型講義および演習で直接受けることができたのは大変幸運なことであった。また、ドイツ法の海老原明夫先生には、幾度となくご指導をいただいた。共に海老原先生の薫陶を受けた大西楠テア先生、金崎剛志先生、兼平麻渚生先生、藤川直樹先生には、本書のドイツ法に関する部分につき多大なご協力を得た。特に藤川先生には、学位論文提出段階の草稿を丹念に読んでいただき、多数の指摘をいただいた。また、同じ行政法を専門とする先輩・後輩からも折に触れて指摘をいただいた。特に、同門の後輩である異智彦先生には、公法学会での報告および改稿後の原稿につき目を通していただき、多数の的確なコメントをいただいた。

平成25年から同27年にかけては、冒頭で触れた日本公法学会だけでなく、複数の研究会・学会で本書に関する報告の機会が与えられた。それらの機会を与えてくださった守矢健一先生（ドイツ法フォーラム）、神橋一彦先生、鵜澤剛先生（北陸公法研究会）、鈴木庸夫先生（日本公共政策学会）、亘理格先生（北海道大学公法研究会）、仲野武志先生（関西行政法研究会）および各会でコメントをくださった先生方に厚く感謝申し上げる。行政判例研究会のメンバーからも、折に触れて多数のコメントを頂戴した。

平成25年5月から着任した千葉大学法経学部・法政経学部において、同じ行政法を専門とする下井康史先生、木村琢麿先生に格別のご配慮をいただいているほか、多数の分野にわたる同僚教員と交流することで、自身の

研究の幅を広げることができている。とりわけ、石井徹哉、皆川宏之、巻美矢紀、齋藤愛、北村賢哲、堀田佳文、大澤慎太郎、鳥山泰志、杉本和士、川瀬貴之各先生からは法学領域を横断して、後藤弘子、酒井啓子、石田憲、水島治郎、倉阪秀史各先生からは法と政治・政策の関わり方に関して、多数の示唆をいただいた。同じ東京大学法学政治学研究科の先輩・同輩・後輩でもある山口道弘、佐藤健太郎、佐伯昌彦、作内由子、佐藤輝幸各先生とは、研究の進め方や学生指導のあり方についてもご相談させていただき、理解ある同僚に囲まれたことで、良き研究生活を始めることができたことに感謝申し上げたい。

また、法科大学院を經由して博士課程に進学し、行政法学の研究者を目指すことができたのは、学部時代から多くの先達や同輩のアドバイスをいただいたからである。直近の先輩として真摯にアドバイスをくださった興津征雄先生、原田大樹先生、辻村亮彦先生、阿部和文先生、板垣勝彦先生、研究者の世界を見せてくださった木佐茂男先生、高木光先生、角松生史先生、田中孝男先生、そして「同期」として共に切磋琢磨した山口亮介先生をはじめとして、多くの方々との交流があつてこそ、イバラの道と思えた10年間を、希望を持って進むことができた。これらの交流の多くはインターネットを介した自発的でボランティアなものであり、時代の恩恵と心温かい人々の支えによってこの進路を選ぶことができた。

本書のもととなった博士論文を執筆する際、とりわけその第1章の下支えになった事例調査において、多数の実務家のご支援・ご配慮を受けた（各事件に関する箇所でご改めしてお名前を掲げさせていただくこととしたい）。このように、本書は、紙幅の関係でお名前を挙げる方ができない方も含めて多数の皆様に支えられて出版されるものであり、心からの感謝を申し上げる。

* * *

初めての単著である本書は、実をいえば、弘文堂編集部の登健太郎氏と、松尾剛行弁護士との「三人四脚」で出来上がった本である。

本書成立の直接の契機は、弘文堂編集部の登健太郎氏による熱い一言であった。知人を介して知り合ったのは博士号取得直後であり、「書籍化す

るときにはぜひ一緒に仕事がしたい」と強く後押しをしてくださった。その後、様々な事柄に興味向きがちな筆者に、それを取りまとめる機会を何度も与えてくださり、また遅筆な筆者を後押ししてくださった。

本書は東京大学への提出版から国家学会雑誌連載版への改稿、さらに本書執筆における改稿と二度の大きな書き直しを行っている。そのいずれにおいても、筆舌に尽くし難い多大な寄与をしてくれたのは松尾剛行弁護士である。議論の不備および混迷を的確に指摘し、大幅な修正を支えてくださった。東京大学法学部在学時から15年来の親友である氏に支えられて本書を公刊することができたことに、改めて御礼申し上げたい。

最後に、私事にわたり恐縮だが、研究者夫妻としての私たちを見守ってくれる家族に、感謝申し上げる。特に、学問への長い道のりを歩む娘を全力でサポートしてくれた父・横田仁、母・横田春代と、一足先に博士(理学)を取得し、先輩研究者としてもパートナーとしても執筆を支えてくれた夫・岡島元に、改めて感謝の意を表したい。

平成28年12月

横田 明美

* 本書は、研究遂行に日本学術振興会(JSPS)科研費(平成25年度第5回研究活動スタート支援・課題番号JP25885016「義務付け訴訟の動態と理論」)の助成を受け、出版に際し日本学術振興会(JSPS)科研費(平成28年度研究成果公開促進費(学術図書)・課題番号JP16HP5132「義務付け訴訟の機能」)の助成を受けたものです。

This work was supported by JSPS KAKENHI Grant-in-Aid for Research Activity Start-up (JSPS KAKENHI Grant Number JP25885016) and Grant-in-Aid for Publication of Scientific Research Results (JSPS KAKENHI Grant Number JP16HP5132).

目 次

はじめに	i
著者解題	x
序章 平成16年行訴法改正がつきつけた課題	1
I 義務付け訴訟の法定.....	1
1 平成16年改正行訴法による義務付け訴訟の法定	1
2 義務付け訴訟の機能	2
II 義務付け訴訟と取消訴訟の関係についての一般論.....	5
1 義務付け訴訟と取消訴訟の関係	5
2 基準時の問題	8
3 救済内容の特定	10
4 申請型義務付け訴訟と非申請型義務付け訴訟	12
III 行政手続・行政訴訟と時間.....	15
IV 本書の検討の方向性.....	17
第1章 義務付け訴訟に関する日本の裁判例の検討	19
I 義務付け訴訟の機能をめぐる裁判例の紹介.....	19
1 本書で取り上げる裁判例の特色	19
2 480円タクシー訴訟	20
3 障害者居宅支援費訴訟	31
4 新宿七夕訴訟	45
5 退去強制手続と在留特別許可に関する訴訟	53
6 情報公開に関する裁判例	60
7 その他の裁判例	66
II 問題点の整理.....	69
1 分離取消判決	69
2 基準時の問題	75
3 原告による救済内容の特定	83
4 裁判所による救済内容への言及	85
5 義務付け訴訟における審理の順序	87
第2章 ドイツにおける義務付け訴訟の成立と発展	91
I 本書におけるドイツ法研究の位置付け.....	91
II 決定義務付け判決の登場と変質.....	95

1	分割占領期の行政裁判法（米占領地区行政裁判法と軍令165号）	95
2	連邦行政裁判所法成立直後の議論状況	120
III	司法過程での完全審査（一回的審理）と行政過程への差戻し（段階的審理）……	135
1	「取消訴訟と義務付け訴訟の峻別」に逆行する動き	136
2	「事案解明のための取消し」の導入と限界	146
3	決定義務付け判決をめぐる議論の深化	157
IV	章 括……	170
1	差戻しの重要性	171
2	差戻しにおける裁判所の任務	173
3	判決効の拡張	174
4	複数の違法事由と「拒否・不作為の違法性」要件の解釈	175
5	原告の処分権	177
第3章 平成16年行訴法改正前後の議論 …………… 179		
I	平成16年行訴法改正による取消訴訟と義務付け訴訟の制度的関連性の創出……	179
1	平成16年行訴法改正前の義務付け訴訟論	180
2	義務付け訴訟導入以前からの取消訴訟の解釈論	187
3	平成16年行訴法改正時の議論	196
II	日本における基準時論……	215
1	取消訴訟の基準時	215
2	義務付け訴訟の基準時	219
III	補論：申請型・非申請型義務付け訴訟と当事者型・第三者型義務付け訴訟……	225
IV	章括：日独の比較から見る行訴法改正の特徴……	226
1	取消訴訟と義務付け訴訟との関係についての条文構造	227
2	「裁判所の事案解明義務」の不存在	229
3	「差戻し」の意義	229
4	差戻の判決が意味する内容	232
5	時間の観点、とりわけ違法性判断の基準時	236
6	差戻の判決の要因と時間の観点からの再検討	238
第4章 義務付け訴訟と取消訴訟の関係 …………… 239		
I	基準時論……	240
1	二分法とは異なる解決を模索する先行学説	240
2	近時の基準時論	242
3	基準時をめぐる下級審判決の検討	244
4	訴えの利益をめぐる下級審判決の検討	247
5	分離取消判決についての検討	248

II	救済内容の特定	250
1	原告の救済内容特定責任	251
2	義務付け判決後の行政過程への差戻し	255
III	「義務付け訴訟と取消訴訟の区別」に対する疑念	261
1	客観的接続関係論	261
2	違法判断と是正措置（救済）の二重構造論	263
3	レメデイ論	269
IV	救済のあり方を原告以外にも委ねる発想	269
1	是正訴訟論	269
2	抗告訴訟以外の訴訟における是正措置（救済内容）の漸進的特定	275
3	本書との関係	281
V	章 括	282

第5章 義務付け訴訟の嚮導機能 283

I	違法および救済における階梯論	283
1	階梯論を論じる意義	284
2	「違法の階梯」の内容	286
3	「救済の階梯」の内容	288
4	判決類型論との接続	289
II	義務付け訴訟の嚮導機能	292
1	義務付け訴訟と取消訴訟の区別の相対化	292
2	義務付け訴訟の嚮導機能	293
3	嚮導と協働の相互関係	296
III	嚮導機能から導かれる行訴法の解釈（解釈論）	297
1	分離取消判決	298
2	救済内容の特定再論	316
IV	嚮導機能を活かす訴訟運営のあり方（運用論・立法論）	321
1	嚮導機能が導く、義務付け訴訟の審理	321
2	分離取消判決と義務付け判決の選択における訴訟遂行のあり方	324
3	付言の活用	327
V	想定される批判への応答	331
1	はじめに	331
2	救済内容の特定と原告と裁判所の関係に関する批判	332
3	訴訟物論との関係	333
VI	章 括	335

終章 嚮導から協働へ 337

I	政策法務と義務付け訴訟の相互関係	337
---	------------------	-----

II	今後の検討課題……	339
	1 「申請権」の要件	341
	2 申請型義務付け訴訟が要求する併合すべき訴え	342
III	行訴法の第2次改正に向けて……	344

主要参考文献	347
事項・人名索引	353
判例索引	359

【図表一覧】

図表 1	取消訴訟と義務付け訴訟に対応する請求認容判決類型の一覧	134
図表 2	現行法における適法な訴訟類型選択の日独比較	160
図表 3	請求が認容された場合における判決類型の日独比較	160
図表 4	申請型義務付け訴訟を前提とした行政過程と司法過程の往復	260

著者解題

本書は、平成16年行訴法改正によって創設された義務付け訴訟が果たすべき機能を考察するものである。同改正前には、義務付け訴訟が法定されておらず、事実上機能していなかったことから、法による行政の原理を最終的に担保すべき行政事件訴訟において、いわゆる主観訴訟といわれる類型に関する限り、事実上取消訴訟のみが現実に運用されていた。その結果、取消訴訟は多くの機能を負っていた、いやむしろ「負わされていた」と評することもできる。

たとえば、遠藤博也の分類によれば、取消訴訟には(1) (単純な) 取消機能、(2) 減額機能、(3) やり直し請求機能、(4) 義務付け請求機能、(5) 差止請求機能、(6) 原状回復機能、(7) 違法確認機能という諸機能があるとされていた⁽¹⁾。このような機能の中には、取消機能や違法確認機能のような、取消訴訟の本来の機能と考えられるものも含まれているが、義務付け訴訟を含む他の訴訟類型が機能していれば、取消訴訟以外の訴訟類型が本来中心的に果たすべき機能が含まれているような印象も受けるところである。

平成16年行訴法改正により、義務付け訴訟が創設された。これによって、従前取消訴訟に期待されていた多くの機能のうち、義務付け訴訟がその一部を引き受け、一部を取消訴訟とともに担うことが想定される。それでは、義務付け訴訟が担当し、担当すべき機能とは何だろうか。このように、義務付け訴訟が果たすべき機能を検討することが、本書の最大の目的である。

その際には、義務付け訴訟制度と取消訴訟制度の関係が重要な問題となる。(申請型) 義務付け訴訟においては、原告の申請とそれに対する行政庁の応答(不作為を含む) が想定される。そこで、原告に対して与えられる救済手段としては義務付け訴訟以外に当該応答に対する取消訴訟(不作為の違法確認訴訟を含む) が当然に想定されるのであって、義務付け訴訟および取消訴訟の機能を考察する上では、両訴訟制度間の関係の理解が不可欠である。

ここで立法論をいえば、義務付け訴訟が利用可能な場合には義務付け訴訟に一本化し、取消訴訟の利用を禁止するという法制度もあり得るところである。また、取消訴訟制度を残した場合でも、当事者に取消訴訟を併合せず、義務付け訴訟だけを提起することを認める法制度も可能であったはずである。ところが平成16年行訴法改正において立法者は、原告に対し、取消訴訟のみの提起を認める一方で、義務付け訴訟を提起するのであれば必ず取消訴訟(不作為の違法確認訴訟) を併合提起することを強制した。このような平成16年行訴法改正後

(1) 遠藤博也『実定行政法』(有斐閣、1989) 366頁。

の我が国の行政訴訟制度下において、取消訴訟と義務付け訴訟の関係をどのように解すべきであろうか。この問題を検討することを通じて、義務付け訴訟の機能を炙り出したい。

本書においては、以上のような問題意識から、まず第1章において、平成16年行訴法改正以降に下された義務付け訴訟に関する裁判例を紹介し、その中で、義務付け訴訟と取消訴訟の関係に関する限りでどのような問題が生じているのかを検討する。改正行訴法の施行から12年が経過した今でも、義務付け訴訟が本案審理までされてから棄却あるいは認容された事例はあまり多いとはいえない。本章では、その中でも序章で述べた三つの問題、つまり取消請求と義務付け請求の関係、判決内容、違法性判断の基準時と関連の深い裁判例を取り上げる。ただし、論点と事例は一対一対応ではない。一つの事例に複数の問題点が含まれている上、同一の原告・被告の間で複数の判決が下されている事例もある。また、類似の事例がある場合には、相互に比較することが問題発見上適していると思われる。そこで、法的仕組みが類似するものをひとまとめとして取り上げつつ、裁判例の経緯と内容を紹介し、義務付け訴訟と取消訴訟の関係にかかわる限度で、これらの裁判例から浮き彫りになった問題点を整理する。

次に第2章において、改正前後を通じて参照されてきたドイツ法における義務付け訴訟制度⁽²⁾を分析する。ドイツにおいて、取消訴訟と義務付け訴訟の関係がどのように考えられてきたのか、そして日本法における義務付け訴訟の機能を考える上で興味深い、判決内容の特定が緩和されている判決類型の登場について、それぞれの歴史的経緯と理論状況を探る。本書においてドイツ法を取り上げる理由は二つある。一つは、ドイツにおいて、取消訴訟と義務付け訴訟という二つの訴訟類型の関係が重要な問題とされ、歴史的に発展してきた経緯があるからである。もう一つは、ドイツにおける義務付け訴訟制度の立法と運用の背景にある考え方を探ることによって、日本の義務付け訴訟制度を相対化して検討するための視座を得られると思われるからである。特にドイツ法が特定行為義務付け判決以外に、決定義務付け判決という制度を設け、裁判所が「ここまでは既に審理し判断された」ということを明確にした上で、その他の部分を裁判所の法解釈を前提に行政に差し戻し、行政により再度審理判断する制度を法定しているところ、この決定義務付け判決制度が日本法に対して何を示唆するかを検討したい。ドイツ法と日本法が義務付け訴訟に関し、異なる立法を行っていることから、日本法に対する示唆を得るという目的で行う本書の考察

(2) ドイツ法における義務付け訴訟の詳細な紹介と日本法との比較については既に、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために(上)(下)」自研81巻4号(2005)70-103頁、5号(2005)95-120頁がある。

の中では、当該議論がドイツにおいて主流を占めているかではなく、当該議論が日本の平成16年行訴法改正後の行政訴訟制度下において示唆的であるかという視点を重視し、比較法的検討を行うこととする。

さらに、**第3章**において、平成16年行訴法改正の前後においてどのような議論がなされていたかを検討する。まず行訴法改正以前において、学説が義務付け訴訟の機能についてどのような期待を抱いていたかを、当時学説が想定していた義務付け訴訟の内容（主に取消訴訟と義務付け訴訟の関係）に踏み込んで確認する。次に行訴法の立法過程において、義務付け訴訟と取消訴訟の関係や義務付け訴訟の機能についてどのような議論がされていたのかを考察する。その上で、平成16年行訴法改正後の新たな義務付け訴訟と取消訴訟の関係や義務付け訴訟の機能に関する議論を概観する。

これらの検討を踏まえ、**第4章**において、取消訴訟と義務付け訴訟の関係に関して検討する。まず最初に、義務付け訴訟と取消訴訟の基準時が問題となる（I）。取消訴訟においては違法性判断の基準時は処分時、義務付け訴訟においては違法性判断の基準時は判決時（事実審の口頭弁論の終結時）と考えるのが通説である。そして、取消訴訟と義務付け訴訟とが独立に存在する法制下においては、そのような基準時のズレは問題となりにくい。ところが、上述の通り、平成16年改正行訴法では取消訴訟と義務付け訴訟の併合提起が義務付けられ、しかも、取消訴訟に理由のあることが義務付け訴訟の本案勝訴要件となっている。そのため、たとえば処分時には適法であったが、その後の状況の変化により判決時に違法となったという場合（いわゆる「違法化」といわれる事案）において、本来義務付け訴訟の基準時論に関する通説から考えれば義務付け判決を下すべきであるにもかかわらず、取消訴訟との接合という制度設計のためにこれを棄却しなければならないという状況が生じ得る。そこで、そもそも義務付け訴訟と取消訴訟の関係を考える上では義務付け訴訟と取消訴訟の基準時についてどのように考えるべきか、を考察することが必要になるのである。

もう一つの問題は、救済内容の特定の程度である（II）。取消訴訟においては、既に行政処分が行われたことを前提に当該行政処分を取り消すとの判決を求めればよいのであるから、救済内容はある意味明確であり、特定の明確性は大きな問題とならない。しかしながら、義務付け訴訟においては様相を異にする。すなわち義務付け訴訟においては、一定の作為を裁判所が行政に命じることから、原告において一定程度具体的な行政のなすべき作為の内容を「一定の処分」という形で具体化して提示（特定）しなければならないのである。この点に関しては事案によってはあまり大きな問題が生じないのかもしれないが、第1章で見たような一定の類型においては原告によるそのような特定が容易でないことから、救済内容が特定されていないことを理由に訴えが却下され、請求が棄却

されることがある。そこで、義務付け訴訟において、原告の救済内容特定責任をどこまで要求すべきかが問題となる。また、裁判所自身も最終的に義務付け判決を下す場合には、行政がなすべき処分の内容を主文中に明記しなければならないところ、単に原告が特定した救済内容をそのまま主文中に示せば足りる場合もあるかもしれない。しかし実際には、程度の差はあれ抽象的な内容となるか、明示的に幅を認めてその範囲内で判断するよう命じるというような義務付け判決とせざるを得ない場合もある。

この点に関し、取消訴訟と義務付け訴訟の区別を相対化する考え方(Ⅲ)が参考になる。たとえば近時有力に主張されている、救済と違法を切り離す考え方においては、行訴法の抗告訴訟の各訴訟類型に共通の構造を見出し、訴訟類型間の相対化につながる考え方が示されている。この当否およびこのような考え方を義務付け訴訟に適用した場合の帰結について、検討の価値がある。

また、取消訴訟と義務付け訴訟の関係よりも広く行政訴訟制度ないしは司法制度という観点から、是正訴訟論のように、救済のあり方を原告以外に委ねる考え方(Ⅳ)も提示されており、本書の議論においても参照する価値がある。

以上のような検討から透けて見えるのは——現実には生起する問題のより良い解決という観点からいえば——取消訴訟と義務付け訴訟をドグマティカルに区別し、二つの間に基準時の相違や請求内容の特定上の相違を認めて厳格に峻別することの不当性である。むしろ、現実には生起する問題のより適切な解決のためには取消訴訟と義務付け訴訟を相対化することが望ましいのではないかと考えられる。

このような義務付け訴訟と取消訴訟との間を相対化する見解を前提に、義務付け訴訟の機能について検討するのが、**第5章**である。

上記の通り、義務付け訴訟と取消訴訟との間に明確な線引きをするのではなく、その二つが緩やかに連続している関係にあると理解すべきであるとすれば、このような緩やかな連続性は、違法と救済の両側面において想定し得る(Ⅰ)。すなわち、違法の面については、取消訴訟、特に義務付け訴訟と併合提起された取消訴訟においては、実際の訴訟の場面を見ると、手続違法のみが検討された場合、提示された理由に関する部分についてのみ実体違法事由が検討されたという状況のみならず、複数個の違法事由が検討されるという状況もあり得る。必ずしも「一つでも違法があればもはや取消訴訟の役割は終わり、後は取消判決を下すか、その他の違法事由を審査して義務付け判決を下すか」と考えるべきではなく、取消訴訟内において複数の違法事由を検討することもできる。このように考えれば、違法に関して取消訴訟と義務付け訴訟の相対化が認められるのである。

次に救済内容についてはどうか。取消訴訟の救済は行政処分を取り消すこと

だけであるが、問題は義務付け判決である。ドイツ法でいうところの特定行為義務付け判決、すなわち行政の行うべき内容を全て明確に特定し、そのような作為を命じるということも理論上可能と思われるが、実務上は行政の行うべきことの全て、特に附款を含めたその全てを命じることは困難である。むしろある程度まで煮詰まれば、裁判所は「ここまでは既に審理し判断された」ということを明確にした上で、その他の部分を裁判所の法解釈を前提に行政に差し戻し、行政により再度審理判断するというドイツ法でいうところの決定義務付け判決を認めるべきではないだろうか。このように考えれば、救済内容に関しても取消判決と義務付け判決の相対化が認められることになる。本書においては、この「違法に関する相対化」および「救済内容における相対化」を模式的に表現するため、「違法の階梯」「救済の階梯」という造語を用いた。

このような違法と救済の両側面における階梯の存在を認めることは、裁判所の果たすことのできる役割の限界を認め、その後の行政手続に委ねる必要があるという現実を直視しながら、その中で市民、行政、裁判所の最適な協働のあり方を模索するということである。

取消訴訟と義務付け訴訟の相対化を前提に、義務付け訴訟の機能を検討する(Ⅱ)。筆者は、義務付け判決後に行政による実質的な審理および再度の決定が必然的に伴うと考える。このように考えると、厳密な意味におけるいわゆる「完全義務付け判決」はほとんど存在せず、全ての義務付け判決は何らかの意味で行政への「差戻し」・再検討の余地を残す「決定義務付け判決」である。裁判所は、その後の行政の審理判断があることを当然の前提としながら、分離取消判決を下すか、それとも、決定義務付け判決のうち、「一定の処分」の抽象度の高いものとするのか、あるいは処分の内容を特定しえば「完全義務付け判決」に近いものとするのかを、既に行政・裁判所で行われた審理の内容、行政裁量の程度、必要とされる専門性の内容および程度等を考慮して判断し、適切な段階で行政に投げ返すことになる。このように、義務付け訴訟の役割が限定的であることを正面から認めることを前提に、義務付け訴訟の果たすべき機能を考えると、義務付け訴訟の「義務付け機能」といわれてきたものの内実は、行政と裁判所の協働の中で、義務付け判決を通して裁判所が行政に対してその後の行政が行うべき行為に関してメッセージを送ること、すなわち嚮導機能に過ぎないといえる。平成16年行訴法改正時に一部の論者が想定していたような、行政がなすことを全て明示し義務付ける機能を持つ「完全義務付け判決」はほとんど存在せず、全ての義務付け訴訟において共通する機能としては嚮導機能しか残らないということが、本書の義務付け訴訟観である。

このような義務付け訴訟が嚮導機能を持つ(ないしは、全ての義務付け訴訟に共通して当てはまる機能は嚮導機能しかない)という考え方にに基づき、現実の解釈論

(Ⅲ)と運用・立法論(Ⅳ)を再検討し、このような義務付け訴訟観が解釈と立法にどのような示唆を与えるかについて検討したい。

このように義務付け訴訟と取消訴訟の相対化を指向する議論に対しては反対論が存在すると思われる(Ⅴ)。たとえば、行訴法の条文を読む限り、「一定の処分」は訴訟要件であり、これを原告が特定して主張すべきは当然であって、本書のように、原告の救済内容特定責任を緩和し、原告によっては救済内容が特定されないという状況を認めることは解釈論としてあり得ないのではないかという批判が考えられる。また、取消訴訟は形成訴訟であるところ、通説によれば義務付け訴訟は給付訴訟であり、このような訴訟物が異なる訴訟の間で相対化を行うことは認められないという批判も想定できる。これらの批判に対し、本書の立場から応答を行う。

終章では、本書のエピローグとして、義務付け訴訟に関する「嚮導機能」観が示唆するものは何か、非申請型義務付け訴訟や政策法務等最近議論されている新しい問題についての示唆に関して、立法論も含めて若干触れる。

なお、本書は、従前取消訴訟の機能とされていたもののうち、義務付け訴訟が果たすべき機能を考察するものである。そこで、義務付け訴訟のうち、取消訴訟と関係が深い申請型義務付け訴訟のみを考察し、非申請型義務付け訴訟についてあえて主たる検討の対象から外すこととした。

図表1 取消訴訟と義務付け訴訟に対応する請求認容判決類型の一覧

米占領地区行政裁判法

拒否か不作為か		対拒否訴訟		対不作為訴訟	
事案の成熟性		事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり	事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり
訴訟 類型	抗告訴訟		取消し+ (特定行為) 義務付け判決	決定義務付け 判決	取消し+ (特定行為) 義務付け判決

※ほかに、裁判所から行政庁への事案の「差戻し」規定がある

英占領地区 軍令165号

拒否か不作為か		拒否か不作為の区別がない			
事案の成熟性		事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり	事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり
訴訟 類型	取消訴訟	(取消訴訟は侵害行政処分を想定しており、 拒否処分に対する取消しは用いない)			
	義務付け訴訟		特定行為 義務付け判決		特定行為 義務付け判決

※条文上、決定義務付け判決は存在しない

連邦行政裁判所法

拒否か不作為か		拒否か不作為の区別がない			
事案の成熟性		事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり	事案の成熟性 なし	事案の成熟性 あり
訴訟 類型	取消訴訟	(取消訴訟は侵害行政処分を想定しており、 拒否処分に対する取消しは用いない)			
	義務付け訴訟	決定義務 付け判決	特定行為義務 付け判決	決定義務 付け判決	特定行為義務 付け判決

※取消訴訟については、事案解明のための取消判決が1991年改正で追加された

参考：日本の行訴法（申請型義務付け訴訟）

拒否か不作為か		対拒否訴訟		対不作為訴訟	
事案の成熟性		〔事案の成熟〕という概念は条文上存在しない			
訴訟 類型	取消訴訟等	拒否処分取消訴訟・判決		不作為の違法確認訴訟・判決	
	義務付け訴訟	(37条の3第 6項による分 離→分離取消 判決確定後も 係属)	〔一定の処分〕 義務付け判決	(37条の3第 6項による分 離→分離不作 為違法確認判 決確定後も係 属)	〔一定の処分〕 義務付け判決

※取消（不作為違法確認）訴訟と義務付け訴訟は併合提起

について、日本の平成16年行訴法改正以降の状況と比較しつつ確認しておこう。

ドイツにおいて、単独取消訴訟は判例・通説では不適法とされているため、受益処分の拒否決定の場合でも、権限発動を求める場合でも提起されるのは義務付け訴訟だけである（図表2中心の四角）。そして、審理が進むうち、事案の成熟性の有無について判断がなされ、事案の成熟性があれば特定行為義務付け判決に、事案の成熟がなければ決定義務付け判決に至る。

図表2 現行法における適法な訴訟類型選択の日独比較

	ドイツ（連邦行政裁判所法～）	日本（平成16年改正行訴法～）
侵害処分への不服	取消訴訟	取消訴訟
受益処分の拒否決定	（※単独取消訴訟は判例・通説では不適法）	取消訴訟
権限発動を求める場合		取消訴訟；+義務付け訴訟（申請型）
	義務付け訴訟	義務付け訴訟（非申請型）

図表3 請求が認容された場合における判決類型の日独比較

	ドイツ（連邦行政裁判所法～）		日本（平成16年改正行訴法～）
侵害処分への不服	取消判決		取消判決
受益処分の拒否決定	事案の成熟性		取消判決
	なし ↓ 決定義務付け判決（指令判決）	あり ↓ 特定行為義務付け判決	取消判決；+「一定の処分」義務付け判決
権限発動を求める場合			「一定の処分」義務付け判決

上に見たように混迷した様相を呈し始めた決定義務付け判決について、その根拠を探る論考はあまり多くない。1990年代以降、決定義務付け訴訟（Beschwerdeklage）ないしは決定義務付け判決（Beschwerdsurteil）それ自体を表題に持つ単著を公刊した二人は、決定義務付け判決の理論的な位置付けを定位しようとした。以下では、まず両者の理論を概観した上で、決定義務付け判決の拘束力についての新判例をどのように説明したのかを見ていくことにする。

(a) 決定義務付け請求権説 ヘーデル＝アディックは、原告が持つ決

の差戻し後に付すべき条件についてまで裁判所で「決めきる」ことができず、その範囲では、行政裁量が残ることを認めているということである。

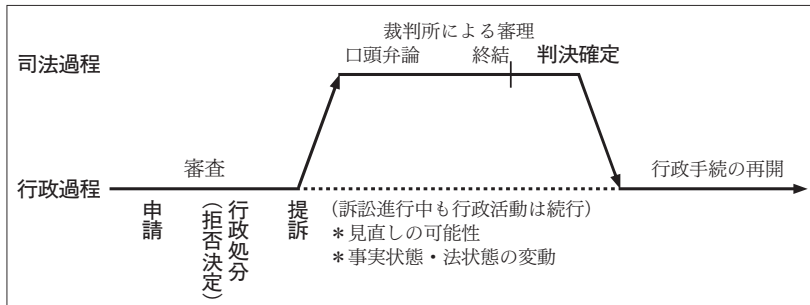
このように、一見「完全義務付け判決」に見える480円タクシー事件第2次訴訟第一審判決ですら、100%全てを決めきることができていないということは、現実には、行政が何ら裁量的判断を働かせる余地がなく、裁判所の命じる行政処分を行うのみという意味での本当の「完全義務付け判決」が存在しないことを強く示唆するものである。

なお、申請型だけではなく、非申請型義務付け訴訟においても、義務付け判決後に行政過程に差し戻す必要があるところ、特に非申請型の場合、「申請に対する応答」が前提となっていないので、この問題はより重要である。しかも、第三者型の義務付け訴訟の場合には、他に「当事者」、すなわち行政から義務履行を求められる者がいることから、当該「当事者」との調整が必要であり、訴訟内だけでは完結し得ないのである。

(5) 行政過程と司法過程の往復

行政訴訟の判決は、それ自体のみで捉えられるべきではない。市民と行政の間の紛争は、行政手続・行政訴訟手続・あり得る訴訟後の行政手続というプロセスにおいて引き続いているのであり、行政訴訟の審理過程において、裁判所がどのように事案を判断し、決定を進めることができるかについても、この行政手続と訴訟手続の連関構造が意識されるべきである⁽³⁵⁾ (また、図表4も参照されたい)。

図表4 申請型義務付け訴訟を前提とした行政過程と司法過程の往復



(35) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4=5号(2004)640-675(667)頁。