

附論（二）

日本行政事件訴訟法中

有關暫時權利保護新規定之介紹

（賴宇松 執筆）

行政事件訴訟法

（暫時權利保護）

第三條第七項 第三十七條之四

第三條

VII 本法中之要求不作為訴訟為行政機關不應為特定之處分或裁決而為之時，要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決之訴訟。

第三十七條之四 要求不作為訴訟之要件

I.要求不作為訴訟僅限於因特定之處分或裁決將產生重大損害之虞始可提起，但為避免該損害之適當方法存在時不在此限。

II.法院於判斷是否會產生前項規定之重大損害之際，應考慮損害恢復困難度、此外並應考量損害之性質程度及處分或裁決之內容或性質。

III.要求不作為訴訟僅限於對於要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決有法律上利益者始可為之。

IV.前項規定中有關否有法律上利益者之判斷，準用第九條第二項¹規定。

V.要求不作為訴訟 若該當於第一項及第三項規定要件時，關於該要求不作為訴訟之處分或裁決若從該處分或裁決之依據法令可明確認定行政機關不應為該處分或裁決；或行政機關為該處分或裁決乃逾越其裁量權範圍或濫用裁量權時，法院可以判決命行政機關必須為該處分或裁決。

由於本研究案初步研究成果將置重於公務人員競爭訴訟中暫時性權利保護

制度之運用，日本法上有關暫時性權利保護至度的新設計，可提供本研究重要

¹ 第九條（原告適格）

II.法院關於處分或裁決相對人以外之人於判斷是否有前項規定法律上之利益時 不僅該當處分或裁決之根據之法律規定 更應考慮該當法律之旨趣及目的，再者於該當處分中應被考慮利益之內容及性質。於此情形下，於考慮該當法律之旨趣及目的時與該當法令有共通目的之相關法令存在時，也須同時斟酌該相關法令之旨趣及目的。於考慮該當利益之內容及性質時，也應斟酌該當處分或裁決違反其依據法令時將遭受損害之利益之內容及性質、以及遭受損害之態樣及程度。

參考，故介紹如下。

壹、修正行政訴訟法三條七項之解說

首先先簡單說明要求不作為訴訟之性質之後，再區別要求不作為訴訟與其他訴訟類型並說明其關係。

〈1〉 訴訟之性質

修正行政訴訟法三條七項要求不作為訴訟究竟該當於給付之訴、確認之訴、形成之訴？若將要求不作為之訴認定為排除行政機關第一次判斷權或公定力之訴訟的話，將無法將其解釋成改變法律關係之形成之訴。再者從「請求法院命行政機關不得為一定之處分或裁決」之請求內容來看，修正行政訴訟法三條七項之訴訟應該不是確認之訴而應為給付之訴。但於日本法中關於公權力行使並未設計有強制執行之制度，修正行政訴訟法三條七項之請求肯認判決與民事訴訟不同並無執行力，因此將修正行政訴訟法三條七項歸類為給付之訴或確認之訴並無太大實益²。

〈2〉 作為要求不作為訴訟對象之處分

要求不作為訴訟以處分或裁決為對象。關於處分到目前為止一般認定為行

² 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003年）74頁以下。

政處分及公權力之事實行為³。新法基本上也無必要將其範圍加以擴張。

但以下仍有三點要注意之處：

ㄣ 從處分之構成轉變為預防性訴訟

第一點 到目前為止，針對行政機關之行政解釋〈通達〉起訴之案例中，其中有些案例倒不如說是有關於法律關係之訴訟。因此此種訴訟應以「處分之重複型或者法律關係處分並行型」之預防型訴訟較為適當。相對地，到目前為止可推測法院因意識到行政機關之第一次判斷權以及事後訴訟中心主義，將難以被定位為處分之行為，而無法特地以取消訴訟方式加以處理。但於此次修法下可透過預防性訴訟達到權利保護目的。於最高法院昭和 43.12.23 民集 22 卷 13 號 3147 頁中，即是否定墓地埋葬法行政解釋之處分性而且駁回針對該當行政解釋所提之取消訴訟。但在新法中倒不如說原告可以對其他宗教團體之信徒提起拒絕埋葬之確認之訴，今後應可被認定有其合法性⁴。

ㄤ 公權力之事實行為之要求不作為

第二點 關於即時強制等公權力之事實行為，行政事件訴訟法之立法階段以及到目前為止之學說，皆對於將其當作取消訴訟之對象以及限制其起訴期間等

3 塩野宏『行政法Ⅱ』有斐閣 85 頁以下。

4 南=高橋編・条解 54 頁〔高橋滋〕

提出相當強烈之質疑⁵。但在現行法解釋論下將所謂公權力之事實行為認定不該當於抗告訴訟之對象之「公權力之行使」，而將其從行政訴訟事件法 44 條有關假處分規定⁶加以除外，並非完全沒理由。關於此點於新法中將要求不作為訴訟與取消訴訟並列並將要求不作為訴訟加以法定。因此若公權力之事實行為只要持續進行下或許可認為「行政機關不應為特定之處分或裁決而為之」狀態持續，而依修正行政訴訟法三條七項即可。但此情形下行政機關因為已經著手進行，所以不需要第三十七條之四第一項第二項之要件。因為暫時權利保護沒有理由課予如三十七條之五第二項般嚴格要件（「無法補償之損害」），再者暫時之要求不作為應和執行停止同樣依二十五條⁷要件認定。

□ 公共設施之設置營運之要求不作為

第三 針對公共設施之設置營運要求不作為，行政訴訟事件法起草時雖經討論，結果認為若無設定特別之法制度即不算該當於「有關於公權力行使不服之

5 關於取消部分，南=高橋編・条解 54 頁〔高木光〕關於起訴期間部分塩野宏『行政法 I』225 頁『行政法 II』96 頁。

6 第四十四條 假處分之排除

行政機關之處分以及其他該當於公權力行使之行為 不能行使民事保全法中有關假處分之規定。

7 第二十五條

處分之取消之訴之提起不妨礙處分之效力、處分之執行或手續之進行。

2 於提起處分之取消之訴之情況下，若為避免因處分處分之執行或手續之進行所產生重大損害而有緊急之必要時，法院可經由聲請以決定停止處分之效力處分之執行或手續之進行。但處分之效力之停止若因處分之執行或手續進行之停止而可達到該目的時不可為之。

3 法院於判斷是否前項規定重大損害之時，應考慮損害之回復困難之程度再者也須斟酌損害之性質及程度、處分之內容及性質。

訴訟」。另外判例也基本上認為其不該當於抗告訴訟之對象（最判昭 39.10.29 民集 18 卷 8 號 1089 頁）。

但是最大判昭和 56.12.16 民集 35 卷 10 號 1369 頁將要求國營機場之使用要求不作為之民事訴訟以公權力行使為理由認定訴之不合法。但是以公權力行使來調整機場之使用及噪音公害之法制度及手續並未完備時，將作為公權力行使之「航空行政權」歸屬於同一行政機關為理由排除有關機場管理權之所謂民事訴訟之「一體性構成」論理，實欠缺說服力並引起學界之強烈批判⁸。

但有見解認為若不得已必須以此大法庭判決為前提的話，只好認定作為法定外抗告訴訟之權利性妨礙排除訴訟⁹。依此見解依照修正行政訴訟法之三條七項將變成請求「航空行政權」與「不可分之一體」之國營機場之營運使用要求不作為。但此次行政訴訟法修正並未對於如航空法般特別法之大法庭之特異見解作特別考量，因此必須強調本次修正法並非積極支持大法庭之見解積極地將三條七項作為解決該問題之設計。再者最判平成 5.2.25 民集 47 卷 2 號 643 頁雖然同樣對於基地週遭居民請求自衛隊之起飛降落之要求不作為之民事訴訟認為不合法，但此案中究竟何種行為被認定為公權力行使從判決中無法判別。

〈3〉 與公法上當事者訴訟之關係

抗告訴訟之定型化、特殊化及當事者訴訟之概括化

⁸ 山本・法關係 407 頁以下。高木・事實行為 18 頁、48 頁以下。

⁹ 塩野・統制 332 頁以下。塩野・『行政法Ⅱ』206 頁以下。

到目前為止廣義上關於處分之預防性訴訟究竟該當於無名抗告訴訟或公法上當事人訴訟未必明確。依照修正行政事件訴訟法似乎將三條七項之訴訟作為公法上當事人訴訟。首先一方面三條七項中將請求內容及訴之利益之要件明確地制式化，再加上三十七條之五第二項以下將三條七項之訴被提起時之暫時要求不作為加以制度化。另一方面四條¹⁰將作為公法上當事者訴訟之「關於公法上法律關係確認之訴」加以列舉規定。其結果要求不作為訴訟等法定抗告訴訟關於行政訴訟之一部分，為了於必要範圍內關於暫時權利保護等以特例規定而設計了特定類型。相對於其他的行政訴訟則被認定為公法上當事者訴訟，其結果所謂傳統之「法定外抗告訴訟」之可能性將極度縮小¹¹。因此在一方面若適當地運用作為暫時權利保護之三十七條之五之第二項以下之暫時要求不作為的話今後將主要以三條七項之訴訟為主，如此一來另一方面也不須擴充解釋三條之七、三十七條之五作為其他的公法上訴訟之公法上當事人訴訟之確認之訴，也符合新法之架構¹²。

具體而言「法關係處分重複型」預防訴訟為三條七項之訴訟，「法關係處分並行型」預防訴訟則為私人義務不存在確認訴訟等公法上當事者訴訟。關於

10 當事者訴訟

本法之當事者訴訟 為關於確認法律關係或形成處分與裁決之訴訟，依據法令之規定將其法律關係之當事者之一方為被告之訴訟以及關於確認公法上法律關係之訴訟、其他公法上法律關係之訴訟。

11 南編・条解 40 頁〔高木光〕、高木光「処分性の概念」ジュリスト 1234 号(2002)12 頁以下。

12 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）77 頁。

後者之訴訟中之暫時權利保護，於申請之時或許根本無法確定究竟何種處分將被提出、再者該當處分將對原告會產生何種損害，因此無法直接適用三十七條之五第二項規定。此時倒不如依據民事保全法二十三條二項認定其有暫時權利之假處分。當然若依照此方式將與行政事件訴訟法四十四條規定有衝突，但依據修正行政訴訟法三十七條之五將處分直接暫時承認其要求不作為之後，於法關係處分並行型預防訴訟中因處分之要求不作為並非其目的，其結果不過處分被阻卻而已，因此只要承認假處分即可¹³。再者有關保全之必要性以將要被課與之現在義務所生之不利益為基準判斷之。暫時權利保護被認定與否因個別案件內容有很大之差異，因此不可認為依據三十七條之五之暫時要求不作為將比依民事保全法進行之假處分容易認定。

貳、行政事件訴訟法三十七條之四之解說¹⁴

到三十七條之四為止主要關於要求不作為訴訟之合法要件。換言之，規定即時確定利益之存在、否定即時確定利益不存在、請求對象確定且適當、被承認有原告適格等要件，以上要件若缺任何一項即被認為不合法，再者第五項則規定要求不作為訴訟本案勝訴要件與判決。

一 即時確定之利益〈一項本文、二項〉

¹³ 塩野宏「無効確認訴訟における訴えの利益」(1970)、塩野・統制 342 頁以下。

¹⁴ 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）74 頁以下

規定容許要求不作為訴訟之積極要件三十七條之四第一項本文及第二項，乃以最高法院長野勤評判決為例所作定性之規定。長野勤評判決對於訴之利益，特別關於即時確定利益之判斷架構採用「行政機關之第一次判斷權」以及「事後訴訟中心主義」。雖然本次修法與長野勤評判決同樣呈現訴之利益之判斷架構，但並未採用行政機關之第一次判斷權以及事後訴訟中心主義，而是要求需考慮行政作用、行政過程之特性與多樣性。再者於本法中也對要求不作為訴訟三條之七之一部分即為認定即時確定利益所須之要件加以定義，也就是所謂「行政機關不應為特定之處分或裁決而為之時」之部分。

ㄣ 作為準執行停止之要求不作為訴訟¹⁵

於解釋三十七條之四第一項本文、二項之際，首先可發現其規定與二十五條二項三項¹⁶相同格式。從此點而言將解決不同問題之兩個條文作同一解釋是飛躍性聯想。但兩條文間或許有平行式規範部分。首先要求不作為訴訟可認為準備或者代替執行停止之設計。換言之假使要適時申請執行停止時必須要符合「為避免重大損害」之執行停止必要性要件。但實際上於接受行政機關之處分

¹⁵山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003年）79-80頁。

¹⁶第二十五條

2 於提起處分之取消之訴之情況下，若為避免因處分處分之執行或手續之進行所產生重大損害而有緊急之必要時，法院可經由聲請以決定停止處分之效力處分之執行或手續之進行。但處分之效力之停止若因處分之執行或手續進行之停止而可達到該目的時不可為之。

3 法院於判斷是否前項規定重大損害之時，應考慮損害之回復困難之程度再者也須斟酌損害之性質及程度、處分之內容及性質。

後提起取消訴訟、申請執行停止到執行停止決定下來為止過程中，若有發生「重大損害」之可能性時應該可認定要求不作為訴訟之提起。或者要件加重之暫時要求不作為即使不被承認〈無法賠償之損害之要件須成立〉，若有處分存在時應立即將訴訟改為取消訴訟，使其獲得執行停止決定〈當然實際上是否申請暫時要求不作為及執行停止為原告任意之行為〉。適用三十七條之四第一項本文、二項考慮損害回復困難程度，探討損害之性質及程度以及處分或裁決之內容及性質時①首先如同判斷執行停止之必要性般，判斷是否有要求不作為之必要性 ②再者探討損害之性質及程度。換言之必須判斷是否處分後於得到執行停止決定為止是否無足夠時間以預防損害發生。①②兩方之條件具備之際才可認定「處分或裁決將產生重大損害之虞」。總而言之，取消訴訟與執行停止訴訟之制度皆有事前防止處分之執行之機能，因此於在更先前之階段為了要獲得要求不作為訴訟的話，必須保持取消訴訟、執行停止制度之整合性。再者於取消訴訟執行停止部分尚須不得有欠缺權利保護事由。

另外關於公權力事實行為，在此所述之替代取消訴訟以及執行停止設定條文為適用無三十七條之四第一項、二項要件之要求不作為訴訟，以及依據二十五條要件之暫時要求不作為。具體而言若執行為立即完了之行政處分即符合②之條件。另外基於管制監督權所為之行政處分若進行並公佈時將對於名譽及信用產生重大損害，即符合②之條件。再者即時強制等公權力事實行為之情形，於現行法上並未確保行政機關為該當行為之前必須向私人為意思表示，並賦予

私人依照自己判斷並確保所要行動之時間，因此一般而言只要②之要件即可，關於①之要件則有爭議。例如強制剃髮以及懲戒之執行往往侵害人格權時該當①之要件。但相對地如移動不法棄置船舶般之輕微財產權之侵害之案例很難說符合①之要件。再者若制度上規定有於即時強制前須事先進行勸告或指導時，接受指導或勸告之私人便可依據自己的判斷確保行動時間，因此若有勸告或指導的話應可解為不須三十七條之四要件，私人可逕行提起訴訟。

ㄣ 因處分過程行為處分代替行為所引起之損害以及風險¹⁷

於ㄣ敘述因處分之法效果以及執行所生損害之防止為根據，認定要求不作為訴訟之訴之利益。但構成訴之利益之「損害」，主要為到處分為止過程中行政主體之行為以及例如種種行政立法及行政指導所引起之損害等具有代替機能之行政機關之行為。若採此見解則要求不作為訴訟被承認之範圍將明顯地比到目前為止較為廣泛。

〈a〉 現實之損害

首先行政主體之行為特別因及於第三人，並讓其現實地產生損害之情形，如銀行稅條例事件一審判決中認定因條例制定導致銀行信用之低下，請求營業上之損失之國家賠償案件，在此情形下為預防損害發生之持續，應肯認預防性訴訟。另外東京地判昭和 46.11.8 行裁判例集 22 卷 11＝12 號 1785 頁通商產業省

¹⁷山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）81 頁。

工業局長對都道府縣知事發佈原告所製造之函數尺違反度量法並要求為一定事務處理之行政解釋，相關行政機關對於度量器販賣業者針對該函數尺為中止販賣之勸告案件中，認定行政機關解釋之取消訴訟合法，此案例為對於原告所為之行政機關處分權並未法定之案件，因此不能稱為「預防」訴訟，但可作為參考。

〈b〉 現實之風險

另外雖未發生明顯之損害，但行政機關之處分權限、或者私人之權利義務之有無之法律狀態不明確導致私人須負擔經濟上風險之例。例如關於民事訴訟「某種製作方法計畫生產工廠建設之公司遭受來至其他公司主張侵害該公司之專利權時，或許可承認特許權侵害不存在確認之訴」之見解¹⁸，依此類推若行政機關認定公司所欲使用之製作方法違反行政法規時，於工廠建設計畫之階段因無法進行改善命令，應可允許於警告該公司製作方法違反行政法規時，提起改善命令之要求不作為訴訟。

另外將被課與刑事罰明顯之風險也屬於重大之損害。一般而言行政法規中若對於義務違反行為除改善命令等行政處分之外，尚規定有不帶有處分之刑事罰之直接處罰制度。於此情形對主張行政法規所定之構成要件之違憲性，或行政機關所表示行政機關之解釋錯誤者，不應強求該人故意違反法規或行政機關

¹⁸ 高橋・重点 328 頁、山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報 76 卷 (2004 年)108 頁以下。

之解釋，而於行動後遭刑事追訴後以增加其風險。倒不如此時應承認該人可提起預防性訴訟。當然此種明顯之風險若不存在時，只因單純想測試某種行為是否該當於構成要件而提起之預防性訴訟，基本上不被允許。

再者行政機關故意迴避不利益處分，雖然私人表明反對意思行政機關仍持續進行行政指導時，原本行政機關應進行明確之判斷，停止對私人進行之行為，或應依行政程序法規定採行不利益處分程序。不應讓私人處於不知何時將被處分之不明確狀態，於此種情形下應不管損害本身是否該當於回復困難之要件，認定該個人有提起處分要求不作為訴訟之權。

二 請求對象之特定及是否合適

ㄣ 特定性 特定處分要求不作為訴訟 處分概括要求不作為訴訟

對於私人之民事要求不作為請求之際，為避免過分限制該當私人行為必須限定要求不作為之要件及對象。但行政機關不同於私人，並不享有作為人權之行為自由，同時負有適用以及實踐法律之責，因此於行政訴訟中不需要有特別之限制¹⁹。於三條七項三十七條之四之要求不作為訴訟，若確認有即時確定之利益，再者若能統括地認定其違法性時，允許無法完全特定處分內容但將一定範圍之處分作為要求不作為之對象。同條項所謂「特定之」處分並不限於內容完全特定之處分，而是能統括地判斷違法性以及即時確定利益之處分。以下將

¹⁹山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報 76 卷(2004 年)110 頁以下。

可特定內容之處分為對象稱為「特定處分要求不作為訴訟」，將處分統括為對象之處分稱為「特定概括要求不作為訴訟」。

這些論點於地方自治法 242 之 2 條 1 項 1 號之住民訴訟雖與特別法所定之民眾訴訟之性格有別。但考慮與私人性質不同之行政機關對應之要求不作為訴訟之可能性時值得參考。過去之自治法 242 之 2 條 1 項「1 號請求限於依該當行為對普通地方自治團體產生回復困難之損害之虞之情形」，但 2002 年修法此規定被刪除，關於要求不作為訴訟之容許性基本上依照訴之利益來判斷²⁰。另外關於 1 號請求住民訴訟對象之特定，最高裁作了以下判斷：「於事前之要求不作為請求，除判斷該行為之適當與否之外，更進一步若必須依相當之確信該當行為將被進行與否為判斷時，對於相關之判斷必須於可能之程度內，判斷對象之行為之範圍必須要加以確定，才可認為該當」²¹。

如上所述若認定將處分統括為對象之預防訴訟，主要爭點與其說是個別案件事實認定，倒不如為立法基準等之違憲性、違法性及解釋。因此行政事件訴訟法於起草過程中，關於法令效力之訴訟以及預防訴訟宣言性訴訟之制度，即使將其判決效果限定於當事人間也被認為可能不該當於法律上之訴訟。但會產生上述問題，主要因行政機關與私人不同，以執行法律之方式或自行事先設定基準，對於私人將其判斷過程以階段性說明並採取相關行動。預防訴訟倒不如

20南編・条解 118 頁〔山本隆司〕。

21 最高平 5.9.7 民集 47 卷 7 号 4755 頁。

說可對應此種行政過程之特性並根本地解決紛爭，因此只要確定即時確定之利益與請求對象之特定性的話即可防止預防訴訟超出法律爭訟之問題產生。

ㄡ 適性

如上所述將請求對象以統括方式掌握，相反地所謂限定請求對象之妥當性，於民事訴訟以確認對象之選擇妥當與否為問題之重點²²。關於三十七條之四要求不作為訴訟實際上應不會產生問題。但如同以東京都收用委員會之權限不存在為由要求收用裁決之要求不作為訴訟般，僅以處分形式乃至於手續之瑕疵為由所提起之要求不作為訴訟，今後仍有討論之空間。

三 特別消極要件〈一項但書規定〉

三十七條之四第一項但書於關於即時確定之利益規定之後緊接者規定「若有其他為避免損害之方法存在時」不能提起要求不作為訴訟。在此所謂其他方法，首先可想到公法上當事人訴訟，但因公法上訴訟與要求不作為訴訟實質上可互換，因此若如此認定的話要求不作為訴訟被承認之範疇將極度縮小。其次考慮到的是取消訴訟，但是要求不作為訴訟原本因取消訴訟無法足夠有效地保護權利情形，也就是取消訴訟不適用之局面要求不作為訴訟才有其存在意義。因此三十七條之四第一項本文第二項之規定為將取消訴訟無法足夠有效地保護權利情形以個別具體判別之規定。因為若以較簡略方式於第一項但書中將消極

²² 高橋・重点 314 頁以下。

要件作為例外規定，再重新檢討取消訴訟之適當與否，將不符合條文結構²³。

因此三十七條之四第一項但書中所謂其他適當方法應限於以法律特別規定權利保護制度之範疇；例如取消訴訟之起訴期間及取消訴訟係屬中，不讓行政處分生效（國家公務員法 108 之 3⑧）或停止其執行（自治法 231 之 3⑩），或因訴訟之提起而停止執行者（國稅徵收法 90③）等行政事件訴訟法第二十五條之例外，也就是所謂絕對停止制度。此制度於特定情況作為準執行停止之要求不作為訴訟之利益當然否定三十七條之四第一項但書之意旨。但行政事件訴訟法第二十五條例外規定因仍屬少數，關於行政處分若允許作為執行停止之要求不作為訴訟之情況下，即使依照三十七條之四第一項本文第二項之規定因原本是例外情形，所以一項但書規定否定訴之利益之意義不是很大。

四 原告適格三項四項〈訴之利益效滅〉

ㄣ 原告適格與主張限制

三十七條三項四項如同取消訴訟九條一項、二項般為有關要求不作為訴訟之原告適格規定（括弧但書除外）。因此與九條一項、二項並無特別做不同解釋之必要。關於九條規定經常討論的是處分之第三人之原告適格，此次雖新增設第二項但關於要求不作為訴訟對於第三者承認其即時確定利益之情形不多，因此第三人之原告適格如同取消訴訟般並不構成太大問題。即使如此關於九條

²³山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）87 頁以下。

之十條一項不能準用要求不作為訴訟（行政事件訴訟法 38 條），其原因主要在於與取消訴訟間欠缺均衡。

ㄨ 訴之利益之消滅

另外關於取消訴訟九條括號問題，關於請求要求不作為之訴之利益之消滅之問題，若以公權力事實行為為對象之訴訟時，則訴之利益之消滅為該當事實行為完了之時。其他關於「特定處分要求不作為訴訟」之情況，則訴之利益之消滅為該當行政處分完了時。相對地於「處分統括要求不作為訴訟」之情況，訴之利益之消滅則為該當處分將被進行之蓋然性消滅之時。

「特定處分要求不作為訴訟」於處分後可將訴訟變更為取消訴訟，相對地「處分統括要求不作為訴訟」之係屬中若個別處分被進行時，若無提起取消訴訟將無法否定個別處分之效力。

再者相反地，處分取消訴訟之訴之利益消滅後，為防止以共通根據法所為之處分重複地進行，應可允許將訴訟變更為「處分統括要求不作為訴訟」或公法上當事者訴訟。例如依據河川法上監督處分被命除去工作物之人，其主張設置工作物自己之土地並非河川區域而提起取消訴訟，但訴訟係屬中若因行政代執行導致訴之利益消滅時，應可允許該人請求變更訴訟為確認自己之土地並非河川區域之公法上當事者訴訟。此時為了承認後訴之訴之利益，再次需要私人為同種行為，行政機關為同種處分之蓋然性存在，但為了不要浪費前訴手續之

經費基於訴訟經濟考量應該緩和蓋然性之程度²⁴。

五 本案勝訴要件判決²⁵

三十七條之四第五項〈主要規定本案勝訴要件以及判決〉

ㄣ 本案勝訴要件

本案勝訴要件為①若從該處分或裁決之依據法令可明確認定行政機關不應為該處分或裁決②或行政機關為該處分或裁決乃逾越其裁量權範圍或濫用裁量權時。

①之要件過去於下級審雖被作為法定外抗告訴訟之容許要件，但與意義不明白之明白性要件不同，其性質為本案勝訴要件。再者新法中與②之要件作並列規定，因此①之要件中所謂「從依據法令可明確」乃指法規命令不承認行政機關有裁量，並拘束對於不進行處分之行政機關之意含。①②之規定將要求不作為訴訟與公法上當事者訴訟作區隔之訴訟類型，為了於條文上完整地表現因此只要是行政訴訟當然應本案審理之要件加以訂定而已，換言之此規定並非特別限制本案勝訴要件，例如處分之根據法若為違憲時或根據條例牴觸法律時，依照條文文字敘述雖不該當於①②之要件但並非否定要求不作為之可能。

24 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ(下)」ジュリスト 1239 号[2003]108 頁以下。

25 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）89 頁以下。

ㄣ 請求容許判決

要求不作為訴訟之請求容許判決為「命行政機關須為……之處分或裁決」之形式。形式上為給付判決。其後行政機關之行動將受到要求不作為判決之既判力所拘束。相對地關於行政處分取消判決，依通說見解，行政機關爾後被禁止對同一處分之反覆進行，並非因判決之既判力而是作為特殊效力之拘束力所賦予。但若考慮要求不作為訴訟可變更為取消訴訟之可能性，今後為考慮整合兩者之既判力及範圍，學說理論上須重新檢討。再者要求不作為判決之拘束力其固有之機能為何，也須再檢討。

再者因要求不作為訴訟並沒有對世效，因此由第三人所為要求不作為之訴中若非依照行政事件訴訟法三十八條準用二十二條，讓處分接受人參與訴訟並於判決中承認參加之效力的話，即使是要求不作為訴訟有無法禁止對於處分接受人提起要求其為特定處分之課與義務之訴可能性。

ㄥ 請求棄卻判決

關於處分統括要求不作為訴訟之請求棄卻判決，要注意以下幾點：處分統括要求不作為訴訟之審理對象限於能概括判斷之違法事由，因此請求棄卻判決也僅限於以概括判斷處分之違法性為理由以遮斷事後原告向法院主張處分之取消，而法院將處分加以取消之情形。相對地概括無法判斷、個別處分中固有之違法性為理由，於今後原告對於處分加以爭訟，法院加以取消處分等事由處分

統括要求不作為訴訟請求判決之既判力所不能遮斷的。