

抗告訴訟との關係における實質的當事者訴訟の活用と限界に関する一考察

趙元濟*

< 목 차 >

- I.はじめに
- II. 實質的當事者訴訟の法定理由と同訴訟をめぐる状況
- III. 公法上の確認訴訟の判決例
- IV. 抗告訴訟と實質的當事者訴訟の相關性
- V. 確認訴訟における確認の利益の有無に関する検討
- VI. 訴訟選択における原告の得失
- VII. おわりに

I.はじめに

1948年6月25日に成立した行政事件訴訟特例法(以下、「特例法」という。)は、訴訟の類型について、「行政廳の違法な處分の取消又は變更に係る訴訟その他公法上の權利關係に関する訴訟」(1條)と定めていた。前段にいう「行政廳の違法な處分の取消又は變更に係る訴訟」は、抗告訴訟にあたり、後段にいう「その他公法上の權利關係に関する訴訟」は、民事訴訟との對比における公法上の當事者訴訟にあたるものであった。その後、1962年制定の行政事件訴訟法(以下、「行訴法」という。)は、その3條において抗告訴訟を定め、その訴訟種類を列挙し、また同法4條において、形式的當事者訴訟を新たに法定したため、同特例法1條の定めていた「その

* 駒澤大學法學專門大學院 教授.

他公法上の権利関係に関する訴訟」は、實質的当事者訴訟と呼ばれることとなった。そして、行訴法は、取消訴訟を中心とする多くの規定(8條ないし35條)を置き、他の訴訟については取消訴訟に関する規定の準用を定めていた。これは、取消訴訟中心主義¹⁾と呼ばれるものであった。

かつて日本の多くの研究者は、行政訴訟制度の現状に關して、比較法的な観点からして裁判官による取消訴訟要件の厳格な審査、行訴法のとる取消訴訟中心主義から起因する行訴法制の欠陥の上で、日本の獨特な司法内在的要因(とりわけ行政の第一次判断權を尊重する裁判官の自制自肅のドグマチック)の故に、「破産状態の行政争訟」²⁾、または「行政訴訟の機能不全」³⁾という表現を用いて、現行の行政訴訟制度が國民の権利救済制度としてほとんど機能しないことをしばしば指摘し、行訴法の早急な改革を謳ってきた。とくに、その欠陥の1つとしては、行訴法上、取消訴訟の対象たる處分概念⁴⁾と原告適格の範囲⁵⁾が狭いことやこれらに對する厳格な運用がなされていることが指摘されて來たのである。

以上のような指摘に相まって、漸く、2004年の改正行訴法は、訴訟類型に關して、實質的当事者訴訟の定義規定に「公法上の法律關係に關する確認の訴え」という文言を流し込み⁶⁾、同確認訴訟を明示し、實質的当事者訴訟を「公法上の法律關係に關する確認の訴えその他の公法上の法律關係に關する訴訟」と改め、また抗告

-
- 1) 塩野宏『行政法Ⅱ[第5版]』62頁(有斐閣、2011年)。
 - 2) 木佐茂男「行政争訟の現状と改革の方向」自由と正義45巻6号(1994年)、そのほか、木佐茂男「人間の尊嚴と司法權」313頁(日本評論社、1990年)、同「行政訴訟と裁判官」公法研究52号192頁(1990年)参照。
 - 3) 阿部泰隆「行政訴訟改革の方向づけ」法律時報73巻4号(2001年)、阿部泰隆『行政訴訟改革論』27頁(有斐閣、1993年)参照。
 - 4) 立法により、處分性の擴大をする抜本的な改革を行う必要性を主張する文獻としては、宇賀克也「行政訴訟制度について」法學教室263号10頁(2002年)。これには、多くの文獻があるが、代表的なものとして、原田尚彦『訴えの利益』138頁以下(弘文堂、1973年)、兼子仁『行政法總論』228頁以下(筑摩書房、1983年)が参照に値する。
 - 5) これについては、原田尚彦『行政法要論[全訂第五版]』360頁(學陽書房、2004年)、同『訴えの利益』7頁以下(弘文堂、1973年)。
 - 6) 改正行訴法が従來の行訴法4條にいう「その他公法上の権利關係に關する訴訟」の前に「公法上の法律關係に關する確認の訴え」という文言を流し込み、これを明示した理由などについては、行政訴訟検討會の「行政訴訟制度の見直しのための考え方(2004年1月6日)」(以下、これを「考え方」という。)によると、公法上の確認訴訟は、抗告訴訟の対象たる處分性の擴大がこれ以上大幅に見込めないという前提の下で、處分性を有しないとされる行政廳の行爲を公法上の確認訴訟の対象とし、同行政廳の行爲をめぐる私人との法的紛争を解決する有効な方法とされている。以下の本稿「3 改正行訴法における公法上の確認訴訟の明示化とその意義」を参照されたい。

訴訟の新たな類型として義務付け訴訟(3条6項、37条の3)と差止め訴訟(3条7項、37条の4)を法定し⁷⁾、被告適格や出訴期間などに關する改正を行い、さらに、原告適格の擴大のために法9條2項を新設した。周知のように、同法9條2項は、これまでの最高裁判所が取ってきた原告適格擴大のための判例法理を踏襲して條文化されたものである。つまり、法9條2項の新設は、従来いくつかの裁判例がとる判断過程をそのまま踏襲し、あるいは沿うものにすぎない⁸⁾。

ところが、今回の改正行訴法における特筆すべきこととして、處分概念の定義に關しては、改正されることがなかった点を挙げられよう。取消訴訟の對象たる處分性の擴大問題(いわゆる處分性擴大論)に關しては、最高裁が幾多の裁判例においてとくに改正行訴法の施行を前後にして、「本来」處分のメルクマールを有しないとして「従来」處分ではないとしてきた行政の決定ないし作用(以下、「行政廳の行爲」という。)を取消訴訟の對象たる「訴訟法上の處分」とする處分性の擴大を行ってきたように⁹⁾、全く従来通りに判例法理の展開に委ねられることとなったのである。

さて、訴訟實務上、處分性擴大論とは、その一例として、先行行爲と後續行爲のいずれの行爲がなされた時点で争訟の提起を認めるのが原告にとって十全かつ

-
- 7) 義務付け訴訟および差止め訴訟の法定は、従前の取消訴訟中心主義から脱却するものであるとの評価がなされている(これについては、塩野宏参考人發言(第159回国會衆議院法務委員會議議録第23号)、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法學——訴訟類型論から見た」『行政法概念の諸相』(有斐閣、2011)266頁。
- 8) 桑原勇進「原告適格に關する最高裁判例」ジュリスト【特集】行政訴訟判例の展開 1310号 64~67頁(2006年 4月 10日号)。
- 9) 近年における處分性擴大の事例としては、①労働基準監督署長のした通達に基づく労災就學援護支援費の給付拒否決定について處分性を肯定した事例(最高裁平成15年9月4日判例時報1841号89頁)、②食品衛生法に基づき食品の輸入届出をした者に對して検疫所長の行った違反通知について處分性を肯定した事例(最高裁平成16年4月26日民集58卷4号989頁)、③登記を受けた者が登録免許税法31條2項に基づいてした登記機關から稅務署長に還付通知をすべき旨の請求に對する登記機關の拒否通知について處分性を肯定した事例(最高裁平成17年4月14日民集59卷3号419頁)、④医療法30條の7に基づき都道府縣知事が病院を開設しようとする者に對して行った病院開設中止勧告について處分性を肯定した事例(最高裁平成17年7月15日民集59卷6号1661頁)、⑤病床數削減勧告について處分性を肯定した事例(最高裁平成17年10月25日裁時1398号4頁)をあげられる。とくに、⑥土地區畫整理事業計畫決定の處分性を否定する昭和41年の最高裁判決を変更し、土地區畫整理事業計畫決定の處分性を肯定した事例(最高裁平成20年9月10日民集62卷8号2029頁)、⑦横浜市保育園廢止條例取消訴訟請求事件(最高裁平成21年11月26日民集63卷9号2124頁)、⑧土地の所有者等に土壤汚染狀況の調査及び報告の義務を生じさせる土地汚染對策法3條2項による通知に對して同通知の處分性を肯定した事例として土壤汚染狀況調査報告義務付け處分取消訴訟請求事件(最高裁平成24年2月3日民集66卷2号148頁)は参照に値する。

實効的な救済となるかといった争訟開始のタイミングの適否に關わるものとして、原告に對する十全かつ實効的救済のために、從來、處分ではないとされた先行行爲の處分性を肯定し、先行行爲が行われた早い段階で原告の法律關係早期確定の實益を認め、先行行爲の取消訴訟の提起を適法とする解釋技法の1つと整理することができよう¹⁰⁾。本稿では、以上のような裁判所における處分性擴大論および改正行訴法による抗告訴訟類型の新設とこれによる救済ルートが多様化を念頭に置きつつ、同改正行訴法によって明示化された公法上の確認訴訟を含むこれまでの實質的當事者訴訟をめぐる學說の狀況や裁判例を鳥瞰し、最高裁における處分性擴大論がその反射として同當事者訴訟における適法性要件の変容に如何なる影響をもたらしているか、また、處分性擴大論に伴う抗告訴訟全体(取消訴訟のみならず、義務付け訴訟・差止め訴訟)の活用と同當事者訴訟の活用との相關關係や、同相關性における原告の訴訟選擇の得失などについて一瞥し、これらを通じて同當事者訴訟の活用とその限界について雜駁な推論を試みる。以上のような推論が今後の行訴法の運用(とりわけ同當事者訴訟の運用)や法改正を考究される際に一定の参考になれば幸いである。

Ⅱ. 實質的當事者訴訟の法定理由と同訴訟をめぐる狀況

1. 實質的當事者訴訟法定の理論的狀況

特例法上、抗告訴訟とともに、法定された實質的當事者訴訟をめぐる理論的狀況として、一部の論者らは、戦前の行政裁判所とその實績に對する消極的評価とともに、戦後、行政事件をも含めて一切の事件を司法裁判所の管轄とする司法國家制への方向轉換が行われたことなどを理由に、当初、特例法上、抗告訴訟を定めるにしても、民事訴訟手續によりえない必要最小限の特則(違法な處分の取消)を定め、それ以外については民事訴訟法の準用を定めるものとし、したがってまた、抗告訴訟(處分の取消)のルートにのらない法的紛争については、民事訴訟手續によることになるという考え方を有していた。以上の抗告訴訟を必要最小限の

10) 最近の日本における處分性の擴大に關する理論的分析などに關しては、拙著「處分性論としての争訟開始タイミングの適否に關する一考察」駒澤法曹 第10号(2014) 参照。

特則とする考え方に徹するとすれば、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争は、民事訴訟法の定める民事訴訟手続によればよいわけであって、特例法上、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争を想定した救済のルートは法定化されることなく、明記されるはずがなかったのであろう¹¹⁾。

ところが、当初の占領軍總司令府が違法な處分を除く行政事件を一般民事訴訟法によって処理できるとし、原則的にそれによって処理されるべきであるとしていたが、平野事件¹²⁾を契機にして、行政事件の特殊性を強く意識し、その審理判断において、一般民事訴訟法と異なる手続や原理によって処理されるべきであるという考えに傾いて行った¹³⁾。理論上でも、一部の論者らは、特例法制定当時、抗告訴訟を必要最小限の特則とする以上の考え方に従うと、行政主体と私人との間に形成される公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争が生じた場合に、同紛争が行政處分を對象とする抗告訴訟の射程外であり、しかも、同紛争が行政事件であるため、民事訴訟による裁判的救済をも及ばないため、同紛争に對する救済手続の欠如という問題点を指摘し、同問題点を解消するためには、公法上の権利義務ないし法律関係の存否を争うための救済手続を必要とするという考え方を持っていた¹⁴⁾。同考え方に沿う形で、特例法1條は、處分の取消又は変更に係る訴訟とともに、公法上の当事者訴訟を法定することになった。つまり、公法上の当事者訴訟を法定したのは、救済手続の欠如という問題を立法論的に解決するためであったといえよう。

このように、公法上の当事者訴訟と民事訴訟との區別は、公法上の法律関係と

11) この点については、高柳信一「行訴法制の改革」東京大學社會科學研究所編『戦後改革4－司法改革』304～305頁所収(東大出版會、1975年)。

12) 平野事件の概要は、以下のとおりである。1948(昭和23)年1月14日に内閣總理大臣により、衆議院議員平野力三氏を公職追放の覺書該當者とする旨の指定が行われた。同指定の無効確認等の本案判決確定にいたるまで、同指定の効力の發生の停止を求める平野氏の申立てに對して、1948年2月2日に、東京地裁は、効力停止の仮處分決定を行ったのである。これに對して、連合國最高司令官の指令等により、同年2月5日に東京地裁は、仮處分決定を取り消し、申請を却下したという事件である。以上のことからすれば、当時は、行政事件訴訟特例法制定前であり、裁判所は、行政處分の効力や執行を停止するのも民事訴訟法上の仮處分によるべきものと考えられていたのである。このように、平野事件は、同年7月15日から施行された行政事件訴訟特例法の内容に大きな影響を及ぼしたのである。

13) 高柳信一「行訴法制の改革」前掲論文339～340頁。

14) 行政事件訴訟特例法1條が實質的当事者訴訟を明文化したのは、第二次「行政訴訟に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」(1946年9月1日)についての行政裁判所の批判・修正意見の影響によるものとされている(高柳信一「行訴法制の改革」前掲論文320頁)。

私法上の法律關係、公法と私法の峻別にパラレルするが、同特例法上、公法上の当事者訴訟の法定化は、學說の到達点として結實したものでなく、公法上の法律關係をめぐる法的紛争の解決が民事訴訟のルートに適していないという一部の考え方を取り入れた結果であったといえよう。ところが、後世の學者らが公法と私法の峻別論について疑問を呈することとなり¹⁵⁾、以上の特例法制定の当時には同疑問が公法上の当事者訴訟、いわゆる實質的当事者訴訟の行方に影響を及ぼすことになるとは予想だにできなかったことであろう。

2. 實質的当事者訴訟をめぐる状況として活用の消極論と積極論

1) 活用に關する積極論

行政法關係、いわゆる行政機關との權利義務ないし法律關係をめぐる紛争について、同紛争を解決するルートとして行訴法4條にいう「實質的当事者訴訟」によらしめるべきかどうかは、同法律關係の線引きとして、ア・プロオリに公法關係か私法關係かという實體法上の區別があることを前提とせず、行訴法の定める職權證據調べとか職權による訴訟參加、關係行政廳に對する判決の拘束力等を認めて審理するのが相当か否かを基準として決めるべきであるとする見解がある。つまり、以上のような特則の適用のある實質的当事者訴訟が、權利義務ないし法律關係をめぐる紛争を法的に解決するための紛争處理手續として「適切」であるか否かという判斷を経た上で、「紛争處理上適切」であるとするならば、当該紛争を實質的当事者訴訟によらしめることを決める權限を裁判所に委ねられていると解して、同訴訟の活用可能性を示唆する「機能的見解」が提唱されたのである¹⁶⁾。

こうしたなかで、夜間航空機の離着陸の差止めを求める民事訴訟、いわゆる大阪空港騒音訴訟において、「航空機の離着陸のためにする國營空港の供用行爲は、運輸大臣が空港管理權と航空行政權とをその總合的判斷に基づいて不可分一体的に行使する作用とみるべきであるから、一定の時間帶における同併用の差止めを求

15) 塩野宏『行政法 I [第5版]』27頁以下(有斐閣、2012年)、同『公法と私法』(有斐閣、1989年)參照。

16) 藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟について(2)」六甲台論集第15卷第3号(1968年10月号)35頁、同「公法上の当事者訴訟について(3・完)」六甲台論集第15卷第4号(1969年1月号)125頁參照)、園部逸夫「行政事件訴訟と民事訴訟」ジュリスト法學教室二期第2号82頁(1973年)。

める本件訴は、不可避免的に航空行政権の行使の取消変更ないしその發動を求める請求を包含することになり、民事上の差止請求としては不適法である。」とする最高裁昭和56年(1981年)12月16日大阪国際空港公害訴訟上告審判決を契機として、実質的当事者訴訟の活用論を唱える見解が再び登場することになる¹⁷⁾。すなわち、行政廳の行爲を、①公權力の行使、②公權力の行使と私經濟作用の複合、③純粹の私經濟作用という三つの法律関係に分け、②に對してはこれを「グレイ・ゾーン」として、この部分に生じた紛争の法的解決方法として実質的当事者訴訟の積極的な活用を示唆する見解が現れたのである¹⁸⁾。同見解は、行政處分を媒介として生じた違法状態の解消には抗告訴訟のルートが法定されており、行政處分以外の行政廳の行爲によって生じた行政の違法状態を解消する方法としては実質的当事者訴訟が位置づけられているというものであろう。

2) 活用に關する消極論

特例法上、実質的当事者訴訟の法定化以降における學説の状況を見てみると、まず、同訴訟が公法と私法という實體法上の區別、いわゆる公法と私法の峻別論を前提としていることに對して、同區別について疑問を呈することとなり、同疑問は、実質的当事者訴訟の実益ないし有効性をも否定することにつながっている。また、公法と私法の峻別論に對する疑問と相まって、訴訟實務上、民事訴訟のルートがあるにも拘らず、あえて実質的当事者訴訟を創設したことの意義についても、同訴訟には、取消訴訟に關する規定である行政廳の参加(法23條)、職權証據調べ(法24條)、判決の拘束力(法33條1項)、關連請求の移送、請求の併合等(法13條、16條ないし19條)の規定が準用されることとなっていが、これらの準用規定が訴訟實務上必ずしも活かされていないことを理由に、同創設の意義を疑問視し、重要な意味を有しないと見る見解があった¹⁹⁾。同様に、行訴法4條が「実質的当

17) 園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊實務民事法四所收(1983年)、同「行政訴訟と民事訴訟」新・實務民事訴訟講座所收9頁以下(日本評論社、1983年)、同「現代行政と行政訴訟」90頁以下(弘文堂、1987年)、鈴木庸夫「当事者訴訟」現代行政法大系五所收77頁以下(有斐閣、1984年)、高木光「事實行爲と行政訴訟」278頁・334頁以下(有斐閣、1988年)、同「抗告訴訟」南博方編『條解行訴法』68頁以下(弘文堂、1988年)、同「處分性の概念」ジュリスト1234号18頁以下(2002年)参照、同『行政訴訟論』49頁以下、55頁・62頁・94頁(有斐閣、2005年)。

18) 園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊實務民事法四所收(1983年)17～18頁。

19) 塩野宏『行政法Ⅱ』前掲書258頁。

事者訴訟を1つの訴訟類型として明文上明らかにし、そのうえ、第3章を設けて、同訴訟に関する特則規定をも定めているものの、これらの特則はわずかであって、この訴訟を民事訴訟とは質的に異なるものとして位置つけるべき必要性が乏しく、また、裁判實務上、民事訴訟との對比で、實質的当事者訴訟の固有な意義および獨自性が理解されておらず、必ずしも重要な意味をもつものではないとされてきた²⁰⁾。これらの見解は、行訴法上、實質的当事者訴訟が置かれていることの意義を消極的にとらえ、實質的当事者訴訟と民事訴訟との區別の實益を否定し、實質的当事者訴訟に代わって民事訴訟の活用にウェイトを置くものである。これらの見解は、總じて實質的当事者訴訟の活用消極論であろう²¹⁾。また、實質的当事者訴訟を民事訴訟に吸収させ、かつ形式的当事者訴訟に関しては個別法の規定に委ねるべきだとする立法論もあった²²⁾。

3. 改正行訴法における公法上の確認訴訟の明示化とその意義

前記の「1. 實質的当事者訴訟法定の理論的状況」で見ると、特例法(1條)において實質的当事者訴訟が法定されたのは、主に当時立法に関わった一部の行政法學者らが實體法上の「公法と私法の峻別論」を前提として、公法上の法律關係に関する裁判的救済の場合に、これを民事訴訟による裁判的救済手續によらしめることができないという理論的根據によるものであった。

以上の民事訴訟との關係で實質的当事者訴訟の活用積極論・消極論に對して、近年では、取消訴訟との關係において實質的当事者訴訟の積極的な活用を謳える見解が現れた。同見解は、「取消訴訟の負担過重」という現象を緩和するための「處分概念の純化」に基づく「實質的当事者訴訟の活性化論」が主張されてきたのである²³⁾。同見解は、公法と私法という實體法上の區別があることを前提とする従前の實質的当事者訴訟と違って、以下にみるように、實用的かつ便宜的な必要性か

20) 芝池義一『行政救済法講義[第3版]』23頁(有斐閣、2006年)。

21) 阿部泰隆「實質的当事者訴訟の蘇生？」季刊實務民事法六(1984年7月)6頁以下、同『行政救済の實効性』96頁以下(弘文堂、1985年)、同「實質的当事者訴訟論争のあり方」ジュリスト925号(1989年1月)参照、同『行政訴訟要件論』259頁(弘文堂、2003年)。

22) 浜川清「司法裁判制度下の行政訴訟改革—新行政事件訴訟特例法のすすめ—」法律時報76卷1号103頁(2004年)、同「行政訴訟改革について」法律時報73卷7号(2001年)66頁。

23) 高木光「行政訴訟論」49頁以下(有斐閣、2005年)、同「處分性の概念」ジュリスト1234号18頁以下(2002年)。

ら実質的当事者訴訟の活用を謳えるものであるとあってよい。すなわち、実質的当事者訴訟を活用すべきとする理由をまとめてみると、以下の通りである。まず、実質的当事者訴訟の活用を唱える見解の背景には、全体として裁判所が處分の定義に関する従來の公式²⁴⁾の下で、處分性の厳格な理論的枠組み(公權力性、直接法的効果性および紛争の成熟性など)を用いて、處分性の概念ないし範囲を狭く解しているなかで、とくに最高裁に對して處分性の擴大を期待することができないという現状認識の下で、実質的当事者訴訟が行政の行為形式の多様化に對する抗告訴訟の権利救済機能の限界を克服するルートとなるであろうという期待があった。このような期待故に、處分性擴大論に固執するよりは、当然、行訴法4條の定める「その他の公法上の法律關係に関する訴訟」の活用、いわゆる実質的当事者訴訟のルートによる救済の擴大に賭ける方が生産的な選擇だという現實論があったといえよう。また、実質的当事者訴訟の活用論者は、行政の行為形式の多様化に応じた権利救済の必要性を力説し、取消訴訟では人々の権利利益の救済保護が不十分であるという認識に立ち、處分性を要件とする取消訴訟のルートにうまくのらない、いわゆる公法上の権利義務ないし法律關係に関する紛争のすべてを持ち込んで争うことのできる包括的救済手段として実質的当事者訴訟を位置付けているのである。このため、実質的当事者訴訟の活用論は、處分性を要件とする取消訴訟の権利救済機能の限界を是正することを目的とし、取消訴訟の包括的権利救済機能の欠如を補うものとして主張されたものといつてよい。理論上、處分性の理論的枠組みから弾き出される行政廳のさまざまな行為によって私人の權益が侵害されているという疑いがあるときに、これに對する司法救済範囲の擴大を図ることを目的として、取消訴訟以外の新たな訴訟のルートを考究する際には、当然、行訴法4條の定める実質的当事者訴訟のルートによる救済保護制度の活用が必然的に台頭してくるのである。

裁判實務上、前掲の大阪國際空港公害訴訟上告審判決に見られるように、裁判所が民事訴訟と実質的当事者訴訟ないし抗告訴訟といった訴訟類型間のキャッチボールによって本案判斷を回避してきたという問題点があったにもかかわらず、同問題点を解消すべき特段の努力²⁵⁾がなされることのないまま、行訴法改正の方

24) 従來の公式とは、最高裁判決にいう「國民の権利義務を形成し、或はその範囲を確定することが法律上認められている」もの(最高裁昭和30年2月24日最高裁判所裁判集刑事102号923頁、最高裁昭和39年10月29日民集18卷8号1809頁)をいう。

向性に關わって、行政訴訟檢討會の「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日、以下、これを「考え方」という。)における全体意見(=多數意見)は、当初、實質的當事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟の活用必要性についてこれを容認しつつも、同確認訴訟を改めて條文として流し込み、明示することを予定していなかった。ところが、その後、改正行訴法は、法制化の立法實務過程において從來の實質的當事者訴訟の定義規定(4條)のなかに「公法上の法律關係に關する確認の訴え」というフレーズを流し込み、これを明示するという法技術を採用し、實質的當事者訴訟の1つとして「公法上の確認訴訟」を新たに明示した。この点について、当初、公法上の確認訴訟の明示化を求める「考え方」の少數意見が改正行訴法案の法制化の最終段階で採用されるという形での法制化が異常であったのか、やむを得なかったのかの是非やその経緯²⁶⁾については別論にして、同明示化をうけて、一層、同確認訴訟の活用論を積極的に主張する論者らがある²⁷⁾。從來から、學說上では、公法上の權利義務ないし法律關係の存否をめぐる紛争を解決する方法としての行訴法4條の定める實質的當事者訴訟には、給付の訴えと確認の訴えがあるとされていた²⁸⁾。このため、公法上の確認訴訟の明示化に關しては、公法上の確認訴訟の活用のための手がかりを設けることによってその活用を促進しようとする点²⁹⁾からすれば、これが新たな救済ルート of 模索の第一

25) 訴訟類型間のキャッチボールの弊害を防止するためのものとしては、日本弁護士連合會「行政事件訴訟法第二次改正法案」(2012年6月15日)第13條【説明】参照、「考え方」福井秀夫委員の意見参照。

26) 急遽、法制化の段階で、改正行訴法は、行訴法4條に「公法上の法律關係に關する確認の訴え」という文言を挿入し、「公法上の確認訴訟」を明示することとなる経緯、とくに少數意見が改正行訴法案の法制化の最終段階で採用されることとなった経緯に關しては、齊藤浩『行政訴訟の實務と理論』321頁(三省堂、2007年)参照、同「抗告訴訟物語」水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員會編『行政と國民の權利』所收52頁以下(法律文化社、2011年)参照、そのほか、拙著「實質的當事者訴訟の活路に關する一試論」駒澤法曹第6号(2010年)31頁。

27) 抗告訴訟が使えないときに確認訴訟の活用を主張するものとしては、齊藤浩『行政訴訟の實務と理論』前掲書322頁、そのほか、中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雜誌130卷6号966頁(2004年)。

28) 行政訴訟檢討會(第26回)議事録配付資料7(平成15年11月28日)によれば、「“行政廳の處分その他公權力の行使に當たる行爲”(行訴法第3條第2項参照)を訴訟の對象として取消訴訟その他の抗告訴訟の方法による救済を求めることができない場合であっても、公法上の法律關係に關する確認の訴えは、“公法上の法律關係に關する訴訟”(行訴法第4條参照)の一形態として可能な場合があるのではないか。公法上の法律關係に關する訴訟による救済の可能性は、法律上の争訟と認められる限り、確認の訴えに限らず、給付の訴えなどの訴訟の形態も、個々の事案によっては現行法の解釋上否定はされないのではないか。」と述べられている。

29) 芝池『行政救済法講義』前掲書168頁。

歩というよりも、むしろすでに訴訟の一類型として認知されてきた公法上の確認訴訟のより積極的な活用を促すものと評されよう。

他方では、改正行訴法における公法上の確認訴訟の明示化とは異なるベクトルとして、従来から、取消訴訟の対象範囲が狭いと、それを広げるべきであるという議論があり、法解釋論上においても、抗告訴訟の対象たる處分性の擴大が試みられてきたし³⁰⁾、立法により、處分性の擴大をする抜本的な改革を行う必要性を主張する見解もあった³¹⁾。こうした處分性擴大を支持する見解にもかかわらず、一方の主張たる公法上の確認訴訟の明示化は、處分性擴大に伴う理論的な問題などから来る行政訴訟検討會の内在的限界論³²⁾を理由に、處分性を擴大

30) これには、多くの文献がある。代表的なものとして、原田尚彦『訴えの利益』138頁以下(弘文堂、1973年)、兼子仁『行政法總論』228頁以下(筑摩書房、1983)。處分性の擴大に関する従来の議論については、付言することがないが、取消訴訟の權利救済機能が重要視されつつあるなかで、取消訴訟以外の方法では適切な救済が与えられない場合などのように、「取消訴訟による私人の權利救済」の必要性から、私人の權利救済の充實を期するために、處分性の擴大を目的とする理論上(=解釋論上)の形式的行政處分の積極的な是認が行政處分の範囲擴大を図る主要な要素となると考えられたのである。つまり、行政機能の擴大に伴う行政の行為形式の多様化が進むなかで、取消訴訟の權利救済機能に対する積極的な評価が理論上(=解釋論上)の形式的行政處分の積極的な是認の前提となっていた。このため、理論上(=解釋論上)の形式的行政處分の範囲確定論が行政處分の範囲確定論となるものであったと考えられよう(この点については、室井力『現代行政法の展開』50頁以下(頸草書房、1978)参照)。

31) 立法により、處分性を擴大し、これによる抜本的な改革を行う必要性を主張する最近の文献としては、宇賀克也「行政訴訟制度について」法學教室263号10頁(2002年)。

32) ある論者は、今回の改正行訴法において取消訴訟の対象となる處分の範囲を広げ、これによって取消訴訟の權利救済機能をより一層高めるといふ改正手法を採らなかった理由について、「取消訴訟という制度が、訴訟制度の利用者にとって都合のいい仕組みになっているだろうか、そこは實はそうではなく、取消訴訟の機能を擴大するという方向それ自体がおかしいのではないか、という議論があります。…[中略]…公定力のある行政廳の處分…[中略]…については取消訴訟でなければ争えない、しかもその取消訴訟には一定の出訴期間があるという、二重の縛りをかけることで國民の權利主張のルートを制限する、取消訴訟の制度というのはいくつか客観的な意味を持っているわけです。」という取消訴訟の「マイナス」機能を指摘し、同「マイナス」機能を解消すべき方向として、「行政廳の決定について裁判所が審査することは大事なことで、公定力や出訴期間や排他性などは言わずとにかく行政決定の違法性を審査して必要な是正措置を与えるような、そういう訴訟に作り直すべきではないか」といふ措置方法もあるとしつつ、同措置方法が「…司法制度改革という土俵の中に収まり切れない、日本の行政のシステム全体にかかわる話になりますので、以上のような問題を正面から取り上げて一つの解決を出すのは、検討會の場では難しかったのではないかと述べ、行政訴訟検討會の「限界論」をあげている(小早川光郎「行政訴訟改革」ジュリスト1281号76頁(2004年))。日本の改正行訴法が處分性の擴大をすることなく、それに代わるアイデアとして公法上の確認訴訟を採用したが、その理由としては、行政上の決定につき如何なる線引きで取消訴訟の排他的管轄=排他性と出訴期間の可否を認めるべきかどうかどうにか整理がつかないからだとされている(小早川光郎發言・小早川光郎ほか「〈研究會〉改正行訴法」小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、2005年)108頁参照)。これらの理論的な問題点については、拙著「韓國から見た日本の行政

するための条文上の文言の改正を行う代わりに、やむを得ない選擇であったという受け止め方も可能であろう³³⁾。このことについては、「鯛なくば狗母魚」といえば、言い過ぎであろうが、このことから、ドラマチックな変化を敬遠する日本の法文化の一面を垣間見ることができよう。むろん、最高裁が幾多の裁判例においてとくに改正行訴法の施行を前後にして、「本来」處分のメルクマールを有しないとして「従来」處分ではないとしてきた行政廳の行爲を取消訴訟の對象たる「訴訟法上の處分」とする處分性の擴大を行ってきたことに留意すべきであろう³⁴⁾。

以上のような改正行訴法における確認訴訟の明示化による實質的當事者訴訟の活用に対しては、訴訟實務上、「請求の趣旨にも判決主文にも公法上の當事者訴訟のことがわかる記載がなく、職權證據調べは使われていない」とし、「當事者訴訟と、處分の取消訴訟や差止訴訟などの抗告訴訟との境界をどうするのか、兩方提起できるのか、法律關係を争う形式を取っても、公權力の行使を争うのだから抗告訴訟なのか、處分性はない場合でも確認の利益なら認められるのか」という面倒な問題が起きた」ことなどを指摘し、従來通りの民事訴訟の活用や、立法論としての違法是正訴訟説を堅持しつつ、「やはり當事者訴訟は無意味」であり、訴訟類型間における「混亂に拍車」をかけ、中途半端な規定を置くという愚を犯したとの評価がなされている³⁵⁾。

少なくとも、改正行訴法のとる公法上の確認訴訟の明示化とこれによる公法上の確認訴訟の活用のためには、同明示化にとどまらず、行訴法上、同活用のための具体的な法的措置を講じる必要があったのではないかと考えられよう。この点については、かつての1948年成立の特例法(1條)によって實質的當事者訴訟が法定化される以前には、その法定化の意義については見解が分かれていたし、そして法定化以降にもその活用積極論と消極論の對立が顕在化し續けていたという事情

訴訟制度 —處分性の現代的展開を手掛かりにして— 紙野健二ほか編室井力先生追悼論文集『行政法の原理』所収127頁以下(法律文化社、2012年)参照。

33) 行政訴訟檢討會の議論の際に、取消訴訟の對象たる處分性の擴大を主張していた者も、公法上の確認訴訟の採用により、國民の權利救済が十分に行われることになれば、それでも結構なわけであるという研究會での發言からも、公法上の確認訴訟の採用は、同訴訟による救済の法的効果については別論としても、處分性の擴大による權益救済の範圍擴大と同じく、あるいはそれ以上の權益救済の範圍擴大をもたらすものと考えられているようである(この点については、芝池義一發言・小早川光郎ほか「〈研究會〉改正行訴法」小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、2005年)100頁参照)。

34) 處分性の擴大に関しては、前掲注・9を参照。

35) 阿部泰隆『行政法再入門(下)』62~65頁(信山社、2015年)。

もあり、1962年の行訴法上でも実質的当事者訴訟を活用させるべく法的措置が全く講じられていなかったため、当該訴訟が總じて活用されなかったのではないかと鑑みることができよう。このことからすれば、改正行訴法上では、公法上の確認訴訟の明示化が同訴訟の活用化を促すという立法趣旨であるとするならば、明示化のほかに何らかの形で法的措置が設けられても良かったのではないかと思われよう。

同訴訟を活用化させるための具体的な法的措置としては、その例として取消判決の第三者効による紛争の一挙解決の機能や取消訴訟における執行停止や釋明處分の特則規定の準用などがその例として考えられよう。たとえば、取消訴訟における確定判決の場合には、係争行為をめぐって第三者があるときに、取消判決の第三者効により、紛争の一挙解決が図られるというメリットがある。また、公法上の確認訴訟の場合に民事上の仮處分が否定される判決(東京高決平成24年(2012年)7月25日判例時報2182号49頁)からすれば、執行停止制度が採られる取消訴訟が公法上の確認訴訟より有効かつ適切であろう。さらに、公法上の当事者訴訟への抗告訴訟に関する規定の準用を定める行訴法41條によると、釋明處分の特則を定める行訴法23條の2の規定は当事者訴訟における處分又は裁決の理由を明らかにする資料の提出について準用すると定められている。この規定からすれば、公法上の確認訴訟の場合には處分がなされる前の段階、あるいは全く處分を介在しない法律関係をめぐっての訴訟提起が一般的であるため、同準用規定の通りに釋明處分の特則が使われる場面は少ないといえよう。これに對して、取消訴訟の活用バージョンである處分性擴大の場合は、處分ではない行政廳の行為が訴訟法上の處分として肯定されると、同行政廳の行為に對する釋明處分の特則が適用されることになり、同行政廳の行為の理由を明らかにする資料の提出が可能となり、原告の立証に有利となるというメリットがあると解することができよう。このように、いずれの訴訟が原告にとって有効かつ適切かという訴訟選擇の合目的性については、原則として原告の選擇に委ねられるべきであるが、現時点においては、以上のような取消訴訟判決の第三者効や仮權利救済の違い、そして釋明處分の特則が使われる場面の違いにより、その差別化が図られるため、取消訴訟が実質的当事者訴訟に比してより合目的であると位置づけられよう。だとすれば、少なくとも公法上の確認訴訟や同判決にも、前掲の取消訴訟における原告のメリットを享受させるための法的措置は講じられるべきであろう。

Ⅲ. 公法上の確認訴訟の判決例

1. 改正行訴法以前の公法上確認訴訟

周知のように、公法上の確認訴訟のさらなる活用のために、改正行訴法が行訴法4條の實質的当事者訴訟の定義規定に「公法上の確認訴訟」を流し込み、それを新たに明示したが、公法上の確認訴訟については、改正前の旧行訴法の下においてもその活用が可能であった。その具体例としては、首都高速道路の料金改定が違法であるとして高速道路の通行者が改定された料金の支拂い義務がないことの確認を求めた訴え(東京地裁平成4年(1992年)8月27日債務不存在確認請求事件)、ごみの収集場所をダストボックスに限定した廢棄物處理計畫が無効であるとして、從來の場所で市がごみを収集する義務があることの確認を求めた訴え(東京地裁平成6年(1994年)9月9日家庭廢棄物収集義務確認等請求事件)、出産後消息の知れない者を母として日本で出生した上告人が、國籍法2條3号に該当するとして日本國籍の確認を求めた訴え(最高裁平成7年(1995年)1月27日置き去り男兒國籍確認請求事件上告審判決)などがある。

以上の前記の2つの事例では、原告の請求が棄却となったが、最高裁平成7年(1995年)1月27日置き去り男兒國籍確認請求事件上告審事件の判決は、出産後消息の知れない者を母として日本で出生した上告人が、國籍法2條3号に該当するとして日本國籍の確認を求めた訴えにおいて、原判決を破棄し、上告人の請求を認容した第一審判決を是認したものである。東京高裁平成6年(1994年)1月26日の控訴審判決は、「父母がともに知れないことをうかがわせる事情が立証されたものの、相手方の反証により一応母と認められる者の存在することが立証されたとして、「父母がともに知れないとき」の証明がない」として、原判決を取消し、被控訴人(原告)の請求を棄却した。これに對して、最高裁は、「父母がともにしれないとき」とは、父及び母のいずれも特定されないときをいい、ある者が父又は母である可能性が高くても、これを特定するには至らないときも、同要件に当たるものとし、社會通念上、父及び母がだれであるかを特定することができないと判断される状況にあることを立証すれば、「父母ともに知れない」という要件に当たると一応認定できるもの」と解して、原判決を破棄し、上告人(原告)の請求を認容した第一審判決を是認した。以上の裁判例は、公法上の確認訴訟として適法とし、原告の請

求を認容しているものである。以上のほかに、如何なる行政活動が公法上の確認訴訟の対象として適法となり、公法上の確認請求が認容されることになり、活用されうるかについて、検討をしなければならない³⁶⁾。

2. 改正行訴法以降の公法上の確認訴訟の代表的な最高裁判決

1) 最高裁大法廷平成17年(2005年)9月14日在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件

本件は、上告人らに對して在外國民に國政選挙での選挙権行使の全部又は一部を認めないことが憲法14條等に違反するとして、主的に改正前後の公職選挙法の違法確認、予備的に上告人らが選挙権を有することの確認、及び立法府の改正懈怠により選挙権を行使することができなかったことを理由とする國家賠償を請求した事案である。

以上の最高裁大法廷平成17年(2005年)9月14日の判決は、同請求のなかで予備的請求について、上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることを確認しつつ、被上告人が上告人らに對し、各金5000円及びこれに對する1996年10月21日から支拂濟みまで年5分の割合による金員を支拂えと命じている。同判決によれば、「本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律關係に關する確認の訴えと解することができるところ、その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外國民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、今後直近に實施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。選挙

36) 拙著「處分性論としての争訟開始タイミングの適否に關する一考察」前掲論文63頁以下参照。

權は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の實質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求め訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。そうすると、本件の予備的確認請求に係る訴えについては、引き続き在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといえることができる。」と判示されている。

そして、同判決によれば、本件の予備的確認請求の当否については、「公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であって、別紙当事者目録1記載の原告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあるといべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。」と判示されている。

2) 最高裁平成18年(2006年)7月14日山梨縣高根町簡易水道事業給水條例無効確認等請求事件

(1) 條例の効力に対する民事訴訟としての無効確認訴訟

一般住民に比して、別荘所有者の「住民」への割高の基本料金を課し、差別的水道料金の徴収を定める高根町簡易水道事業條例の別表(以下「本件別表」という。)や、別荘については水道の一時的な休止が認められず、休止した後再開する場合

には再度加入金を課せられることを定める高根町簡易水道事業給水条例及び施行規則に関する内規(以下「本件内規」という。)が、別荘とそれ以外との間に不合理な差別措置をとり、別荘所有者を甚だしく不利益な地位に置くものであるため、平等原則を定める憲法14条1項、水道法14条2項1号・4号等に違反することを理由に、原告ら(別荘所有者)は、民事訴訟としての本件別表の無効確認請求と本件内規の無効確認請求を提起し、かつ本件別表が無効であることを前提として、行訴法38条、16条により関連請求に係る民事訴訟を併合して、本件別表の基本料金と従前の基本料金との差額について、いずれも民事訴訟により、未拂水道料金については債務不存在確認を、支拂済みの水道料金相当額については不当利得の返還又は不法行為に基づく損害賠償を求めたほか、未拂水道料金がある原告人らについて、被告(高根町)が簡易水道の給水を停止することの禁止を求めた事案である。

以上の事案において、甲府地裁平成13年(2001年)11月27日各給水条例無効確認等請求事件の判決は、「給水契約において、水道事業者である地方公共団体は、私法上の契約における一方当事者にすぎず、その行為は何ら権力的作用を有するものではないから、民事訴訟により約款たる条例の効力を争うことが許されるものと解される。したがって、原告らの訴えのうち本件別表の無効確認請求に係る部分は、民事訴訟による無効確認の訴えとして適法である。」と判示した。ところが、同判決は、本件訴えのうち本件内規の無効確認請求については、以下のように判示した。すなわち、本件内規の場合は、本件別表によって原告らに具体的な水道料金債務が発生しているのとは異なり、原告らは被告に對し具体的に給水の一時休止を求めたわけではないので、原告らの権利又は法的地位に對する不安ないし危険はいまだ抽象的なものにすぎず、本件内規の無効確認については判決によって解決すべきほどに紛争が成熟しているとはいえないとし、本件訴えのうち本件内規の無効確認請求に係る部分は、民事訴訟における確認の利益を欠くから、不適法として却下すべきであると判示した。

以上に事例において、甲府地裁平成13年11月27日の判決は、原告らの行政訴訟による本件別表の無効確認請求および本件内規の無効確認請求については、そもそも民事訴訟による無効確認請求ができないとされた場合における予備的な請求であるから、本件ではこれらを判断しないと判示した。

(2) 抗告訴訟として條例の無効確認訴訟

東京高裁平成14年(2002年)10月22日各給水條例無効確認等請求控訴事件では、控訴人(原告ら)により、本件別表は、憲法94條および地方自治法14條1項に基づいて制定された條例の形式を採り、水道の基本料金の額を確定金額をもって規定していること、控訴人らの大部分の水道使用量が基本料金の範囲内に収まっていること、水道事業者が地方公共団体である場合の水道料金が個々の給水契約により定まるのではなく、供給規程たる給水條例によって定まることなどからすれば、その施行によって、他に個別的行政處分を要せず、直接の効果として別荘所有者たる控訴人らの水道料金債務に影響を与えるものであり、特定個人の具体的權利義務に影響を与えるから、抗告訴訟の対象たる處分に当たるとする主張の変更がなされた。つまり、本件別表について、原審では主位的に民事訴訟、予備的に行政訴訟によるものとしていたが、当審では、民事訴訟を取り下げ、行政訴訟による無効確認を、本件内規について主位的に民事訴訟、予備的に行政訴訟による無効確認をそれぞれ求めることとしたのである。

本件改正條例により定められた本件別表について、民事訴訟としての本件別表の無効確認訴訟(第一審)から、行訴法3條4項にいう本件別表の無効等確認の訴え(抗告訴訟)への変更の理由としては、第一審判決が原告らの本件別表の無効確認請求を適法としつつ、その本案判断において、平等原則を定める憲法14條1項、水道法14條2項1号・4号等に違反しないとして、原告の請求を棄却したため、控訴審では、本件別表が地方自治法244條3項に違反することを主張するためであったと考えられよう。

以上の事案において、以上の東京高裁平成14年(2002年)10月22日の判決は、当該條例自体について、これが行政處分にあたるものとして、行政訴訟による無効確認請求の訴えの対象とすることができるとし、控訴人らの訴えのうち本件別表の無効確認請求に係る部分は、行政訴訟による無効確認の訴えとして適法というべきであるとしながら、本件内規については、これが被控訴人の簡易水道事業における内部の取扱方針を定めたものにすぎず、供給規程の一部として直接水道需用者の給水契約の内容となってこれに義務を課すものではないとし、控訴人らが被控訴人に對し具体的に給水の一時休止を申請したときにこれを拒絶された場合に、その拒絶處分の当否を争えば足りるものであることを理由に、控訴人らが、本件内規の定立自体によっては未だその權利又は法的地位に對する具体的不安な

いし具体的危険が発生したとはいえないから、その無効確認を求めることは民事訴訟としてはもちろん、行政訴訟としても不適法であると判示した。

(3) 条例の處分性を否定する最高裁の判決

以上の控訴審判決が原告の請求を棄却した第一審判決を変更し、請求を一部認容したため、高根町が上告した。最高裁平成18年(2006年)7月14日の判決は、「本件別表の無効確認を求める被上告人らの訴えは、本件改正条例の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政處分に当たることを前提に、行訴法3條4項の無効等確認の訴えとして、本件改正条例により定められた本件別表が無効であることの確認を求めるものである。しかしながら、抗告訴訟の対象となる行政處分とは、行政廳の處分その他公權力の行使に当たる行為をいうものである。本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に對してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政廳が法の執行として行う處分と實質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政處分には当たらないというべきである。」としつつ、「被上告人らは、当審において、本件別表の無効確認を求める被上告人らの訴えは抗告訴訟として不適法であるとしても行訴法4條の当事者訴訟として適法である旨新たに主張しているが、抗告訴訟としての無効確認の訴えと当事者訴訟としての無効確認の訴えは別個の訴えであるところ、被上告人らは、抗告訴訟として本件別表の無効確認を求める訴えを提起していたものであり、当事者訴訟としてこれを提起していたものではないから、被上告人らの主張はその前提を欠くものであって失当である。」と判示している。

だが、以上の上告審判決は、本件改正条例による別荘給水契約者の基本料金の改定は、地方自治法244條3項にいう不当な差別的取扱いに当たるといふほかはないとして、被上告人ら(別荘所有者)は別荘給水契約者に係る本件別表所定の基本料金と本件改正条例による改定前の基本料金との差額分について支拂義務を負うものではないから、同差額分に関する未拂水道料金の債務不存在確認及び支拂済みの水道料金相当額の不当利得返還並びに被上告人らのうち未拂水道料金がある者に對する簡易水道の給水停止の禁止を求める被上告人らの請求を認容した原審の判断は、結論において是認することができると判示した。

以上の判旨にいう訴訟選擇について見てみると、当該条例の中で本件改正条例

により定められた本件別表には、別荘所有者に對する割高の基本料金の適用による差別的な水道料金を課する部分と、それ以外の住民に對して普通の基本料金による水道料金を課する部分があることから、別荘所有者らは、同差別的な水道料金を課する部分を「普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない。」とする地方自治法244條3項に違反するとして、これを争うとするなら、同條例の本件別表に基づいてなされた水道料金賦課行爲を處分として、同賦課處分の取消訴訟を提起し、同訴訟の中で同條例の本件別表が地方自治法244條3項に違反していることを主張すべきであることを示唆し、当該條例の本件別表のままでは、本件別表が一般的・抽象的なものであるが故に、取消訴訟の對象たる處分ではないとされているようである。

條例全体ではなく、條例の一部が法律(地方自治法244條3項)に違反しているかどうかの可否が争点となる場合には、住民(以上の事件においては被上告人)が條例を處分としてとらえ、当該條例の無効確認を求める抗告訴訟を主位的に提起したことに對しては、上告審判決が條例の處分性を認める原判決の部分を破棄していることから、別荘の所有者に對して差別的な水道料金を課する部分、つまり條例の定める本件別表が無効であることの確認を求める公法上の確認訴訟を提起することの適法性を認めることを示唆するものであろうか。一般住民に比して、別荘所有者の「住民」への割高の基本料金を課し、差別的な水道料金の徴収を定める簡易水道事業條例の別表が、公の施設の利用について不当な差別的取扱いを禁ずる地方自治法244條3項に違反することを理由に、別荘所有者の「住民」らの未拂水道料金の債務不存在確認および支拂済みの水道料金相当額の不当利得返還ならびに別荘所有者の「住民」らのうち未拂水道料金がある者に對する簡易水道の給水停止の禁止を求める請求の場合に、最高裁が当該條例の處分性を認めない現状においては、條例が法律に違反しているかどうかなどの法律關係を容易に特定しうる場合に限って、公法上の確認訴訟が適合かつ有効な訴訟類型となり、こうした場合に原告の勝訴判決も導かれやすいのであろう。

3) 最高裁平成24年(2012年)2月9日教職員國旗國歌訴訟(予防訴訟)上告審判決

同上告審判決は、差止めの訴えの訴訟要件に關して行訴法37條の4第1項の定め

る「損害の重大性」について、「本件においては、本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に對し本件職務命令が繰り返し發せられ、その違反に對する懲戒處分が累積し加重され、おおむね4回で(他の懲戒處分歴があれば3回以内に)停職處分に至るものとされている。このように本件通達を踏まえて懲戒處分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒處分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒處分がされることにより生ずる損害は、處分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、處分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。」と判示し、また、行訴法37條の4第1項ただし書の定める補充性の要件についても、「原審は、本件通達が行行政處分に当たるとした上で、その取消訴訟等及び執行停止との関係で補充性の要件を欠くとして、本件差止めの訴えをいずれも却下したが、本件通達及び本件職務命令は…行政處分に当たらないから取消訴訟等及び執行停止の對象とはならないものであり、また、…本件では懲戒處分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではないと解される。以上のほか、懲戒處分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとは解されないから、本件差止めの訴えのうち免職處分以外の懲戒處分の差止めを求める訴えは、補充性の要件を満たすものということができる。」として、原告の差止めの訴えを適法と判示した。つまり、同判決は、免職處分がされる蓋然性があるとは認められないことを理由に、本件差止めの訴えのうち免職處分の差止めを求める訴えについては、これを不適法とし、免職處分以外の懲戒處分である停職、減給または戒告の各處分についてはこれらがなされる蓋然性があると認められ、これらの各處分の差止めを求める訴えについては、これを適法としたのである。

そして、本件において、通達と職務命令³⁷⁾が處分ではないことの理由として、以下のように判示されている。すなわち、上告審判決は、「本件通達は、…地方教

育行政の組織及び運営に關する法律23條5号所定の學校の教育課程、學習指導等に關する管理及び執行の權限に基づき、學習指導要領を踏まえ、上級行政機關である都教委が關係下級行政機關である都立學校の各校長を名宛人としてその職務權限の行使を指揮するために發出したものであって、個々の教職員を名宛人とするものではなく、本件職務命令の發出を待たずに当該通達自体によって個々の教職員に具体的な義務を課すものではない。…(省略)…したがって、本件通達をもって、本件職務命令と不可分一体のものとしてこれと同視することはできず、本件職務命令を受ける教職員に条件付きで懲戒處分を受けるという法的効果を生じさせるものとみることもできない。」とし、「本件職務命令も、教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立學校の儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に關する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって、教職員個人の身分や勤務條件に係る權利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の對象となる行政處分には当たらないと解される。」と判示した。

同時に、上告審判決は、「本件では、本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立學校の卒業式や入學式等の式典に際し、多數の教職員に對し本件職務命令が繰り返し發せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒處分の處分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政處分以外の處遇上の不利益が發生し擴大する危險の観点からも、都立學校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現實の危險を及ぼすものといふことができる。このように本件通達を踏まえて處遇上の不利益が反復繼續のかつ累積加重的に發生し擴大する危險が現に存在

37) 本件通達とは、東京都教育委員會の教育長が都立學校の各校長宛てに發した「入學式、卒業式等における國旗掲揚及び國歌齊唱の實施について(通達)」を指す。その内容は、上記各校長に對し、[1]學習指導要領に基づき、入學式、卒業式等を適正に實施すること、[2]入學式、卒業式等の實施に当たっては、式典會場の舞台壇上正面に國旗を掲揚し、教職員は式典會場の指定された席で國旗に向かって起立して國歌を齊唱し、その齊唱はピアノ伴奏等により行うなど、所定の實施指針のとおり行うものとする、[3]教職員がこれらの内容に沿った校長の職務命令に従わない場合は服務上の責任を問われることを教職員に周知すること等を通達するといふものをいう。そして、職務命令とは、都立學校の各校長が本件通達を踏まえ、…教職員に對し、國歌齊唱の際に國旗に向かって起立して齊唱することを命ずる旨の職務命令を發し、相当數の音樂科担当の教職員に對し、國歌齊唱の際にピアノ伴奏をすることを命ずる旨のものをいう。

する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように處遇上の不利益が反復継続かつ累積加重的に発生し擴大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在的の確認を求める本件確認の訴えは、行政處分以外の處遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律關係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである。」として、確認の利益を認め、被上告人東京都に對する本件確認の訴えを實質的当事者訴訟として適法と判示した。

以上の上告審判決は、都立學校の教職員に對する免職處分以外の懲戒處分(停職、減給又は戒告の各處分)の差止めを求める訴えの適法性について、重大性及び補充性の要件を満たす適法としつつ、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政處分以外の處遇上の不利益が発生し擴大する危険の観点から、同處遇上の不利益の予防を目的とする公法上の確認の訴えについて、その目的に即した有効かつ適切な争訟方法であるとして確認の利益を肯定し、公法上の確認訴訟を適法としている。このように、上告審判決が行政處分以外の處遇上の不利益につき確認訴訟を肯定しているが、これは、本件事案において差止め訴訟が適法とされる争点につき確認判決により紛争解決を図る必要はないということを示していることからすれば、處分性の有無は抗告訴訟と公法上の確認訴訟の線引きとなるものとするれば、最高裁による處分性の擴大は、いうまでなく、抗告訴訟活用のルートを積極的に示すものである。

4) 最高裁平成25年(2013年)1月11日一般用医薬品インターネット販賣禁止違憲訴訟判決

インターネットを通じた医薬品販賣を行う事業者が原告となり、一般用医薬品インターネット販賣禁止を定める省令たる薬事法施行規則が違法であることを前提に、原告(上告人ら)が第一類・第二類医薬品につき郵便等販賣をすることができる権利の確認等を求める訴訟において、東京地裁平成22年(2010年)3月30日の判決は原告の請求を棄却したが、控訴審たる東京高裁平成24年(2012年)4月26日の判決が原告の請求を認容したため、これを受けて、國(厚労省)が上告受理申立てをしたのである。

最高裁が上告を受理したものの、口頭弁論を開かず、上告を棄却し、一般用医薬品インターネット販賣禁止省令について、同省令が新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効とした。その理由は、以下のとおりである。すなわち、最高裁は、薬局の距離制限に関する最高裁大法廷昭和50年(1975年)4月30日民集29卷4号572頁の判決を参照し、「…憲法22條1項による保障は、狹義における職業選擇の自由のみならず職業活動の自由の保障をも包含しているものと解される」としつつ、「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販賣に対する新たな規制は、郵便等販賣をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。」とし、「これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販賣を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの(行政手続法38條1項)であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法36條の5及び36條の6を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販賣を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」とし、「しかるところ、新施行規則による規制は、…一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販賣を一律に禁止する内容のものである。…(省略)…これに對し、新薬事法36條の5及び36條の6は、いずれもその文理上は郵便等販賣の規制並びに店舗における販賣、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販賣又は授与の方法等の制限について定める新薬事法37條1項も、郵便等販賣が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から實質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販賣業者による一般用医薬品の販賣又は授与やその際の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販賣を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。…なお、検討部會における議論及びその成果である検討部會報告書並びにこれらを踏まえた新薬事法に係る法案の國會審議等において、郵便等販賣の安全性に懐疑的な意見が多く出されたのは上記事實關係等のおりであるが、それにもかかわらず郵便等販賣に對する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、その理由が立法過程での議論を含む上記事實關係等からも全くうかがわれなからすれば、そも

そも國會が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販賣を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販賣を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。」とし、したがって、新施行規則のうち、店舗販賣業者に對し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、①当該店舗において對面で販賣させ又は授与させなければならないとしている同規則159條の14第1項、2項本文、②当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を對面により行わせなければならないとしている同規則159條の15第1項1号、159條の17第1号、2号、③郵便等販賣をしてはならないとしている同規則142條、15條の4第1項1号は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販賣を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきであると判示した。

以上の薬事法仕組みにおいては、一般的行政法の仕組みと同様に、①薬事法による薬事施行規則への委任、②施行規則の制定・改正、③薬事法令違反に對する是正勧告、④同勧告の不服従や法令違反を理由とする不利益處分といった行政の行爲形式が講じられる行政過程を想定することができる。だが、最高裁は、是正勧告の先行行爲の段階よりも早い段階の施行規則改正というタイミングで、一般用医薬品インターネット販賣禁止省令(薬事法施行規則)の無効を前提に、店舗を開設して、それを販賣することができる地位の確認を求める訴えについて、それを適法としたのである。このことは、即時確定の現實的必要性、いわゆる争訟開始タイミングについて、抽象的規範たる施行規則改正のなされた時点を争訟開始タイミングとしていることにほかならない。だとすれば、以上の最高裁判決は、法令に基づいて行われた執行行爲のタイミングではなく、施行令や施行規則が制定された抽象的規範のタイミングで原告の訴え(確認訴訟)を適法としているため、裁判所における従來の嚴格な訴訟要件の審査、すなわち處分の定義に關する「従來の公式」³⁸⁾に基づいてなされる裁判所の要件審査に比すれば、抽象的規範統制を取り入れているもの、あるいは従來の具体的規範統制と抽象的規範統制の中間

38) 前掲注・24参照。

領域を創出したという評価も可能であろう。同判決の射程範囲は、法律の制定行為ではなく、法規命令の制定に起因する権利義務ないし法律関係の存否などについてその確認を求める紛争のみに及ぶものであり、また、本件に見るように、医薬品インターネット販賣事業者がインターネット販賣禁止省令たる施行規則に違反する行為となるインターネット販賣を停止したため、行政廳による後續行為を全く受けることのない状態、つまり法規命令をめぐる権利義務ないし法律関係の存否などの確認を求める原告が訴えの提起の時点においてはもちろんのこと、確定判決までに法令に違反する行為をなされていないため、行政廳の原告に対する是正勸告や不利益處分などの後續行為を受けない場合に及ぶものと考えられよう。もちろん、同最高裁判決の意義については、法規命令の果たす重要な役割とその及ぼす影響を考慮し、司法の行政に対するチェック機能を強化し、これによる國民の権利利益の實効的な救済を高めることを目的とするものと解することができよう。

Ⅳ. 抗告訴訟と實質的當事者訴訟の相關性

1. 具体的事案における請求の趣旨の立て方

従來、學説は、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争を解決する方法として行訴法4條にいう實質的當事者訴訟には、給付の訴えと確認の訴えがあることを明らかにしている³⁹⁾。旧行訴法の下では、義務付け訴訟および差止め訴訟、いわゆる給付訴訟が法定されていなかったため、さまざまな行政廳の行為によって私人の權益が侵害された場合に、同侵害に対する救済保護のルート⁴⁰⁾の擴大を追求するとすれば、義務付けまたは差止めを求める訴えは、學説上、處分に關わるものについては法定外無名抗告訴訟⁴⁰⁾として、あるいは處分に關わらない

39) 前掲注・28參照。

40) この点について、下級審の判決の中には、無名抗告訴訟としての義務付け訴訟の許容性については、一般的に、三權分立の制度上当然守られるべき司法權の限界を逸脱し、實質的には裁判所が行政廳に代って自ら行政處分をすることになることや、裁判所として行政廳の第一次的判斷權の行使があった事後において、これを契機として生じた違法状態の排除にとどまるべきであることから、許されないものと解すべきであるとされつつ、例外的に、「先行處分の取消判決の

ものについては、実質的当事者訴訟の1つである給付訴訟としてその活用を唱えてきたといえよう。

たとえば、縣が同職員の給与を抑制する条例を制定したことに對して、縣職員が原告となり、当該条例を無効として、縣を被告にして國家賠償法に基づく損害賠償を請求し、同賠償請求の提起後に同賠償請求に、行訴法4條の実質的当事者訴訟として減額されなければ得られたであろう給与の支拂を求める訴えを選擇的、追加的に併合して提起した事例にみるように、実質的当事者訴訟における請求趣旨の立て方は、給与の支拂いをすることを求める給付の訴え、いわゆる給与支拂いの義務付けの訴えとなろう(名古屋地裁平成17年(2005年)1月26日愛知縣給与抑制條例訴訟第一審判決)。

青梅市長が一般廢棄物處理計畫として策定した「青梅市宅地開發等指導要綱」及び「青梅市宅地開發等指導要綱細則」(以下、一括して「指導要綱」という。)によれば、同市は、適宜の區域毎に「ダストボックス」と称する可燃ごみ及び不燃ごみを投棄するための金屬製の收納容器を設置したうえ、ここからごみの収集を行うという方法をとっている。すなわち、指導要綱によれば、中高層建築物で二〇戸以上の住宅の建設事業等の事業主に對しては、建物に付屬するごみ収集施設を設置すべきものとされ、必要數のダストボックスおよびその置場スペースを確保することが求められている。指導要綱により市長と締結した協議内容に基づき事業主が設置したダストボックス(以下「協議締結済みダストボックス」という。)は、市長が設置したダストボックスと同等の扱いを受けるものとされ、同協議締結済みダストボックスからもごみを収集することになる。ところが、同市長と訴外吉野との間で指導要綱に基づく協議が成立していないことを理由に、市長がダスト

違法とした理由以外の理由をもって再び同一の拒否處分をなす余地がなく、申請に応じた處分をなすべき行政廳の作為義務の存在が一義的に明白であり、且つ事前の司法審査によらなければ、当事者の權利救済が得られず、回復しがたい損害を及ぼすというような緊急の必要性があると認められる場合には、行政廳に對する義務づけ訴訟も許されると解するのが相当である。」(大阪高裁昭和50年11月10日・昭和47年(行コ)第32号、昭和48年(行コ)第3号兒童扶養手当認定請求却下處分取消請求控訴事件)とされており、「行政廳がある行政處分をなすべきこと、或は、なすべからざることを法律上羈束されていて裁量の余地がなく、しかも、その處分の性質上右法律に基づく行政廳の行政處分をまって、事後的に司法審査を受けるという手續をとる必要性に乏しく、しかも行政廳の行政處分を待っていは多大の損害を蒙る虞れがある場合に限って、極めて、例外的に、行政廳に行爲もしくは不行爲を命ずる給付の訴えを提起することが許されるものと解すべきである。」(高松高裁昭和51年1月28日・昭和50年(行コ)第10号、昭和50年(行コ)第5号・船員保險遺族年金支給決定處分取消請求控訴事件)と述べられている。

ボックスの交付の申出を拒絶し、ダストボックスの交付を行わなかった。このため、一括賃借人として、本件建物を占有し、その共用部分等について管理すべき立場にある者が、既存のダストボックスでは不十分であることを理由に、市に対して整備されている置き場にダストボックスの設置と同場所からのゴミの収集を要請したが、市がこれに応じていなかった。そこで、以上の要請者が原告となり、市を被告にして、被告に対する本件収集義務の存在確認の訴えを提起したのである。下級審は、同訴えについて、ごみの収集義務という公法上の義務の存否に関する当事者訴訟と解し、本件建物の占有者である原告と被告との間に同義務の存否をめぐる紛争が存在しており、その確認を求める以外に紛争解決のための適切な手段がない以上、原告には、同義務の存在確認を求める法律上の利益があると解した(東京地裁平成6年(1994年)9月9日廃棄物収集義務確認等請求事件)。ここにみるように、実質的当事者訴訟における請求趣旨の立て方としては、義務存在の確認あるいは義務不存在の確認がその1つとなろう。

以上は、訴訟實務上、法定外無名抗告訴訟を許容せずに、旧行訴法の下で公法上の法律関係ないし権利義務の存否をめぐる紛争に關しては、同紛争に起因する行政廳の行爲が抗告訴訟の対象とならないため、実質的当事者訴訟を求める以外に当該紛争解決のための有効かつ適切なルートがないということを理由に、同紛争の解決のために提起された実質的当事者訴訟としての訴えを適法として、その活用を方向付けるものであろう。そして、改正行訴法の下においても、「いうまでもなく、実質的当事者訴訟は確認訴訟だけでなく給付訴訟も含まれる。」とされ、実質的当事者訴訟としての給付訴訟の許容性が唱えられている⁴¹⁾。

ところが、改正行訴法によって新たに法定された義務付け訴訟と差止め訴訟は、私人の権利利益の救済保護のルートの多様化を図り、これによって私人の権利利益の十全な救済保護、とりわけ実効性の確保をより一層實質的に行わせることを目的とするものである。このため、改正行訴法は、「取消訴訟中心主義からの脱却」を図るという趣旨をも含むものである。以上の趣旨を活かすために、裁判所が處分性の擴大による取消訴訟および義務付け訴訟、差止め訴訟を十分に活用することになれば、これらの訴訟の活用次第の如何によっては、私人の権利利益の十全な救済保護、とりわけ実効性の確保の程度が大きく変わってくるのである。言い換え

41) 齊藤浩『行政訴訟の實務と理論』前掲書346頁参照。

れば、裁判所における處分性の擴大による取消訴訟および義務付け訴訟、差止め訴訟の活用次第によっては、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟の射程範囲は狭められる結果となる。たとえば、従来、義務付け訴訟や差止め訴訟が法定されていなかった当時、抽象的規範である行政立法、行政計画、行政機関相互間の内部的行為、行政指導その他の事実行為などをめぐる紛争が存在する場合に、これらの行為形式に対して取消訴訟が提起された場合に、裁判所は、これらが處分性を有しないことを理由に、請求を却下してきた。このため、學説上、一定の要件(権利救済の実効性の確保など)の下でこれらの行為形式に対する處分性の擴大が求められて来ており、改正行訴法以降では、處分性を有しない行為形式をめぐる法的紛争の場合であっても、行政機関がこれらの行為形式を基礎として、これから行おうとする後續の「不利益處分」に対する差止め訴訟、あるいは行政機関が全く行おうとしない「授益處分」に対する義務付け訴訟を提起することになり、とくに、改正行訴法37條の5が新たに定める仮の権利救済制度として「仮の義務付け」と「仮の差止め」制度が積極的に活用されることになれば、これらの訴訟類型は、旧行訴法の欠陥とされてきた包括的救済保護制度の欠如を補うものとなり、行訴法による救済を十全なものとして位置づけられよう。だとすれば、改正行訴法の定める新たな抗告訴訟の種類としての義務づけ訴訟または差止め訴訟が私人の権益のより直截的かつ實効的な救済保護の手段となれば、これらの抗告訴訟の活用によって、同公法上の確認訴訟のみならず、実質的当事者訴訟としての給付訴訟の許容性は、従来よりもさらに一層狭くなるといえよう。

旧行訴法上、子どもを特定の小學校に就學させる権利の確認を求める訴えは、教育委員會による區域外就學の不承諾處分の取消訴訟によりその目的を達成することができることを理由に、訴えの利益を欠くものとして実質的当事者訴訟として不適法とされた(福岡高裁平成6年(1994年)3月7日)が、改正行訴法の下では、普通保育園への入園申込みに對する〇〇市福祉事務所長の不承諾をめぐる法律関係の場合に、東京地決平成18年(2006年)1月25日保育園入園承諾に關する仮の義務付け申立事件の決定、および東京地裁平成18年(2006年)10月25日保育園入園承諾義務付等請求事件の判決にみるように、保育園入園承諾を義務づけ訴訟の請求および仮の義務づけの申立てを行うことが紛争解決の方法として1つの選擇肢となろう。小學校への就學をめぐる法律関係は保育園の入園をめぐるそれとは法律関係などにおいて異なる事案であるが、前記の子どもを特定の小學校に就學させる權

利の確認を求める訴えの代わりに、解釋論上、抗告訴訟として子どもの特定小學校への就學を義務付ける請求も可能であろう。

訴訟實務上では、行訴法上、義務付け訴訟および差止め訴訟の法定化以降では、かつての河川區域の認定をめぐる法律關係の紛争に係る横川川事件(最高裁平成1年(1989年)7月4日河川區域でないことの確認請求事件)の場合には、權利義務の確認の可否が前提とされる場合には少なくとも、河川管理者が河川の區域と認定された当該土地について河川法上の處分をしてはならない義務があることの確認を求める公法上の確認訴訟(法4條)の提起と、これに併合して、必然的に如何なる處分をしてはならないことを求める差止め訴訟(法37條の4)を請求し、必ず仮の差止め(法37條の5)を申し立てることになろう。また、普通保育園への入園申込みに対する〇〇市福祉事務所長の不承諾をめぐる法律關係の紛争に係る前掲の保育園入園承諾事件の場合には、權利の確認が前提とされる場合には、同權利の確認を求める公法上の確認訴訟(法4條)の提起と、これに併合して、必然的に保育園入園承諾決定といった一定の處分をすることを求める義務付け訴訟(法37條の3)を請求し、必ず仮の義務付け(法37條の5)を申し立てることになると考えられよう。

もちろん、以上の義務付け訴訟および差止め訴訟を活用する場合は、義務付け訴訟や差止め訴訟の對象たる「一定の處分」を如何に解釋するかに關わるものである。このため、處分性の擴大論は、實質的當事者訴訟の活性化如何にかかわらず、改正行訴法の施行に伴って以前よりもっと強く要請されるものといえよう。また、いうまでもなく、義務付け訴訟および差止め訴訟の活用化のためには、改正行訴法37條の2第1項の定める義務付け訴訟の「重大な損害」の要件と、「補充性」の要件に關する柔軟な解釋が強く要請され、改正行訴法37條の4第1項の定める差止め訴訟の「重大な損害」の要件と「補充性」の要件に關する柔軟な解釋も強く要請されるといえよう。

他方では、現在における處分性の擴大を望めない行政廳の行爲に起因する法的紛争が生じた場合に、實質的當事者訴訟は、理論上、處分性を有しない行政廳の行爲に起因する法的紛争の解決をその射程範圍とするといわれても、改正行訴法37條の2の定める義務付け訴訟、同法37條の4の定める差止め訴訟ならびに同法37條の5の定める仮の權利救濟制度として仮の義務付けと仮の差止め制度が「處分性」、「重大な損害」および「補充性」の要件等を充たさないため、私人にとって有効かつ適切な救濟方法になりえないときに、果たして實質的當事者訴訟は、處分性を

有しない行政廳の行爲に起因する法的紛争において、如何に公法上の權利義務ないし法律關係の特定を可能にし、かつ紛争の成熟性をクリアし、最終的に同法的紛争を解決する有効かつ適切な救済方法となりうるかどうかについての疑問があり、これに関する検討も必要であると考えられる。

すでに、最高裁判決は、周知のように事實行爲に對しては古くから取消訴訟の對象たる處分としており⁴²⁾、そのほかのいくつかの事例においても、とくに改正行訴法の施行を前後にして、「本來」處分のメルクマールを有しないとして「從來」處分ではないとしてきた行政廳の行爲を取消訴訟の對象たる「訴訟法上の處分」とする處分性の擴大を行ってきた⁴³⁾。最高裁による處分性の擴大は、いうまでなく、取消訴訟のみならず、抗告訴訟ルート全体の活用を積極的に示すものである。このため、單なる差引でこの問題を考えると、公法上の確認訴訟を含む實質的当事者訴訟の活用される射程範圍を狭める結果となる⁴⁴⁾。

2. 處分性の擴大事由と確認利益との横斷性や規範統制仕組みの轉換

一般に、規範定立行爲、いわゆる抽象的規範は、處分性を有しないとされ、取消訴訟の對象にならない。これは、規範たる法令が制定され、公布施行されただけ、つまり 規範定立行爲だけでは、國民の權利義務が形成され、あるいはその範圍が確定されないからである。このため、同規範定立行爲を不服とする者は、法令や條例の制定後、これらの規範に基づく具体的な執行行爲、とりわけ處分がなされた段階において、同執行行爲をめぐる具体的な紛争についての訴え、とりわけ同處分の取消を求める取消訴訟を提起し、同訴訟において法令や條例という規範の憲法違反などを争うことになる。翻って、同執行行爲がなされない限りにおいては、同規範の憲法違反の可否が判斷されることはない。これは、具体的規範統制と呼ばれているものである。

さて、最高裁平成21年(2009年)11月26日横浜市保育園廢止條例事件の判決が保育園廢止條例を取消訴訟の對象として處分性を肯定した。同處分性を肯定する根據の1つとしてあげられている「兒童及びその保護者は、保育の實施期間が満了す

42) 最高裁昭和54年(1979)12月25日ボルノグラフィー税關長通知事件の判決が参照となる。

43) 近年における處分性擴大の事例に關しては、前掲注・9を参照。

44) 本多瀧夫「行政法判例の展開とその課題」法律時報82卷8号(2010)5頁。

るまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」という判断が堅持されている限りにおいては、公法上の確認訴訟も、確認の利益(即時確定の現実的必要性)を認められることになり、同確認の訴えを適法として本案判断に入る可能性は極めて高くなるといえよう。このことは、現象的に最高裁がいくつかの事例において、處分性の擴大によって、従來處分ではないとされてきた行政廳の行爲を、積極的に訴訟法上の處分と判断することになれば、最高裁による處分性擴大の相場勘がその反射として實質的當事者訴訟、とりわけ確認訴訟の適法性をも認められやすくするというところにほかならない。これは、處分性の擴大が公法上の確認訴訟における確認利益の柔軟な解釋を導く現象であり、處分性の要件と確認の利益という訴訟要件の横斷性を意味するものである。

他方では、保育園廢止條例が制定公布されたままであり、處分ではないという前提において條例の定める廢止期日の前に、同廢止條例をめぐる紛争の場合には、保育の開始あるいは解除という執行行爲を處分ととらえて、本件改正條例に基づく廢止準備行爲及び本件保育所における保育の實施の解除の差止めを求める訴え、いわゆる行訴法37條の4の定める差止め訴訟と、本件保育所における保育の實施の義務付けを求める訴え、いわゆる行訴法37條の2の定める非申請型義務付け訴訟を請求することも、解釋論上、可能であろう。こうした訴訟選擇の多様性も、最高裁が條例を訴訟法上の處分とする處分性擴大論を導出する際に何らかの影響を及ぼしているものと推論されよう。

また、處分性の擴大と、これに関連し付隨する公法上の確認訴訟における確認利益の柔軟な解釋が有する意味を見てみると、以下のような側面がある。すなわち、従來、行政事件においては、處分がなされたときに、事件性ないし成熟性を充足されたとして、当該處分の根據法は具体的規範として司法審査の對象となるのである。處分に至らない行政廳の行爲がなされた場合には、同行政廳の行爲を定める根據法ないし授權法が憲法などに違反し、あるいは行政の一般原則に反していると思われても、同行政廳の行爲は取消訴訟でこれを争うことができないため、憲法や行政の一般原則の違反を是正する方法、すなわち規範統制の方法は全く存在しない。同行政廳の行爲を定める根據法は、司法審査の對象となることがないのである。ところが、現在の最高裁における解釋論として、處分に至らない行政廳の行爲が處分性の擴大という解釋技法によって取消訴訟の對象たる訴訟法上の處分となると、實體法上、處分に至らない行政廳の行爲を定める根據法は、司法審査の對象となり、

具体的規範になってしまうのである。これは、處分性の擴大による抽象的規範の具体的規範への轉換という現象である。したがって、處分性の擴大をめぐる法解釋論は、結局のところ、事件性や成熟性を緩和する解釋論にほかならない。同様に、行訴法4條の定める公法上の確認訴訟が提起されたとき、確認の利益が柔軟に認められることになると、處分性の擴大と同様に、處分に至らない行政廳の行爲を定める根據法も、司法審査の對象となり、具体的規範となろう。このように、處分性の擴大、あるいは確認利益に関する柔軟な解釋論は、当該法規範に對する争訟開示のタイミングを訴訟要件でコントロールするための道具概念にすぎないといつてよい。周知のように、抽象的規範と具体的規範の區別の意味は、当該規範が司法審査の對象として事件性や成熟性を有しているかどうかによる區別であるにすぎない。このため、處分性の擴大、あるいは確認の利益に関する柔軟な解釋論は、争訟開始のタイミングを早めることになり、かつて抽象的規範として司法審査の對象にならなかった法規命令等が司法審査の對象となることを意味し、従來の司法審査における具体的規範統制と抽象的規範統制の中間領域をつくり、規範統制仕組みにおける具体的規範統制から抽象的規範統制への轉換を意味するものであろう。以上の推論からすれば、規範統制の点においては、處分性の擴大による取消訴訟と、確認訴訟のいずれかが原告にとってより有効かつ適切であるかといった原告の訴訟類型選擇の得失には差がないといえよう。

V. 確認訴訟における確認の利益の有無に関する検討

1. 確認の利益と争訟の成熟性

大阪府公安委員會より普通自動車免許の交付を受けている原告が、座席ベルト装着義務違反を告知され、同委員會から道路交通法71條の3第1項等に基づいて基礎点数1点を付されたことに對し、上記告知は取り締まりに当たった警察官の明白な誤認によるものであるとして、これによってなされた点数が無効であることの確認等を求め、点数の合計が5点ではなく、4点であることの確認を求める事案では、大阪地裁平成19年(2007年)8月10日基礎点数無効確認等請求事件の判決は、公法上の法律關係に関する確認の訴えにおいて確認の利益を肯定するためには、行政の活動、行

政廳の行爲によって重大な損害が生じるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないことが必要であると示し、違法な点数付加行爲によって免許の所有者が被る不利益自体を重大な損害と評価する現実的必要性は一般的には認めがたいとし、本件においてもその現実的必要性は認められないとして、被告人の累積点数が4点であることの確認を求める部分を却下した。

以上の大阪地裁判決によれば、「確認訴訟とは、原告の権利又は法律的地位に係る不安が現に存在する場合、その不安を除去する方法として、原被告間の法律関係の確認を求める訴えである。もっとも、確認の訴えは、いかなる事項を請求の内容として確認の対象とするか、いかなる具体的紛争状況で訴えが提起されるか等の点について制約がない。しかしながら、そもそも、法律上の争訟に係る訴えは、國家が設営する訴訟制度を利用して権利義務ないし法律関係についての裁判所の公権的判断(本案判決)を求める行爲であるから、そのような判断(本案判決)を求めるに値するだけの必要性及び实效性(廣義の訴えの利益)が存在していなければならぬのであり、このことは、具体的、現実的な争訟の解決を目的とする訴訟制度に必然的に内在する要請であるといえることができる。」とする一般論を示しつつ、「確認の利益の有無を判断するに当たっては、[1]確認の対象の適否(確認の対象として選擇した訴訟物が当事者間の具体的紛争の解決にとって有効、適切であるか否か)、[2]争訟の成熟性(即時確定の現実的必要性)の有無(原告の法律上の地位に現に不安、危険が存在し、それを除去するために確認判決をすることが必要かつ適切であるか否か)、及び[3]方法選擇の適否(当事者の具体的紛争の解決にとって種々の訴訟類型のうちから確認の訴えを選擇することが適切であるか否か)、の観点から検討することを要する。」とされ、「争訟の成熟性(即時確定の現実的必要性)を肯定するためには、原告の法的地位に對して被告が不安や危険を与えており、当該不安・危険を除去するため、一定の法律関係の存否を原被告間で判決手續により早急に確認することが必要かつ適切であり、かつ、当該手續によって危険や不安が除去されるべき原告の法的地位が、法的保護に値するだけの具体的現実性を備えたものである必要があると解すべきである。」とされた上、さらに、「改正行訴法が抗告訴訟の新たな類型として義務付けの訴え(3條6項)及び差止めの訴え(同條7項)を法定しており、このことが、公法上の法律関係に關する確認の訴えにおける確認の利益の考慮要素のうち、以上の[2]の争訟の成熟性、及び[3]の方法選擇の適否に影響するののかについて検討を加える必要があると判示された。

以上の判旨からすれば、義務付け訴訟や差止め訴訟を定めていない旧行訴訟の下で公法上の法律関係ないし権利義務の存否をめぐる紛争に関しては、これらが抗告訴訟の対象とならないため、実質的当事者訴訟を求める以外に当該紛争解決のための有効かつ適切なルートがないということを理由に、必然的にこれらに対する訴えを実質的当事者訴訟の活用の可能性を探ることになる。ただし、訴訟實務上、抗告訴訟、とりわけ取消訴訟の適法性について、裁判所が處分性の概念をもって紛争の成熟性を判断していることからすれば、実質的当事者訴訟の場合も、紛争解決のための有効かつ適切なルートであることのほかに、当該紛争が実質的当事者訴訟で争われるほどに行政事件として成熟しているかどうかによる適法性の要件を満たす必要があろう。たとえば、確認訴訟の場合には確認の利益として争訟の成熟性(即時確定の現実的必要性)が当該確認訴訟の適法性要件の1つとして充足される必要があろう。この場合に、確認の利益として争訟の成熟性(即時確定の現実的必要性)とは、處分性の概念をもってする紛争の成熟性の判断と如何なる違いを有するものか、あるいは同等のものかどうかが問われることになろう。この問題が、旧行訴訟の下において実質的当事者訴訟を活用する上でネックとなっているものであったが故に、同実質的当事者訴訟は、行政主体と私人との間に形成される公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争の解決のルートとして活用されなかったのではないかと思われよう。

ところが、學説上、處分性の拡大の必要性が議論されてから、最高裁判決においてもいくつかの事例において處分の概念を広げる解釋技法をとることになるにつれ、あるいはこれにパラレルして、以下の「2. 確認の利益に関する近年の最高裁判決」にみるように、裁判所は確認の利益として争訟の成熟性をも緩和することとなるという推論をすることができよう。

2. 確認の利益に関する近年の最高裁判決

最高裁平成24年2月9日教職員國旗國歌訴訟(予防訴訟)上告審判決は、確認の利益について、「本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立學校の卒業式や入學式等の式典に際し、多數の教職員に對し本件職務命令が繰り返して發せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒處分の處分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不

利益という行政處分以外の處遇上の不利益が発生し擴大する危険の観点からも、都立學校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現實の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて處遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し擴大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように處遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し擴大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政處分以外の處遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律關係に關する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものといえるべきである。したがって、被上告人東京都に対する本件確認の訴えは、上記の趣旨における公法上の当事者訴訟としては、適法といえるべきである。」と判示した。

以上に對して、最高裁平成25年1月11日一般用医薬品インターネット販賣禁止違憲訴訟上告審判決は、藥事法施行規則の違反があったとき、これに對する是正を求める勸告などがなされた段階ではなく、もっとも早い段階である藥事法施行規則の制定・施行時をもって、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販賣をすることができる権利ないし地位を有することの確認を求める販賣事業者らの請求を認容している。そして、同上告審判決は、本件訴えが適法であることを前提に本案判断を下しているため、控訴審のいう「營業活動の制限や同制限による継続的な營業上の損害の擴大(=將來の經濟的利益の逸失)」の事前予防を確認の利益としている。これは、前掲の在外國民選舉權制限違憲訴訟上告審判決や教職員國旗國歌訴訟(予防訴訟)上告審判決がこれらの訴訟における確認の利益とする「權利の重要性と回復困難な損害」とは大きく異なっている。以上の比較に限りにおいて確認利益が「權利の重要性と回復困難な損害」という要件から「將來の經濟的利益の逸失」へと変わっており、その緩和が図られているといえよう。市販藥インターネット販賣權訴訟上告審判決のいう争訟開始のタイミングの適否、および緩和された確認の利益に關する相場觀が一般的なものとして定着することになれば、行訴法改正の際に同法4條に確認訴訟を改めて條文として流し込み、明示したことの意義は最大限に活かされることとなろう。

VI. 訴訟選擇における原告の得失

1. 處分性の判定(處分性の擴大)の場面における取消訴訟と實質的当事者訴訟の得失

従来、一部の論者らによって、民事訴訟と實質的当事者訴訟との関係に関しては、民事訴訟に比して、實質的当事者訴訟には行訴法上、行政廳の参加(法23條)、職權證據調べ(法24條)、判決の拘束力(法33條1項)、關連請求の移送、請求の併合等(法13條、16條ないし19條)が準用されることにあるが、これらの制度が實務上必ずしも行われていないことなどを理由により、實質的当事者訴訟の活用は重要な意味を有しないこととされている。

取消訴訟との関係における實質的当事者訴訟の活性化に関しては、學說上、私人の權利救済の必要性はあるものの、どうしても處分性の擴大がこれ以上に望められないという前提の下で、私人と行政主体との權利義務ないし法律關係の存否などをめぐる紛争を、實質的当事者訴訟のルート、とりわけ公法上の確認訴訟の對象として、同訴訟の活用によって私人の權益の救済を十全に図るといった意味において實質的当事者訴訟の活性化論は唱えられてきたのも事實であろう。公法上の確認訴訟を含む實質的当事者訴訟は、取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは國民の權利利益を實効的に救済保護することが困難であったという反省から、處分性の理論的枠組みから弾き出される行政廳のさまざまな行爲を当該訴訟の對象としており、これらの行政活動を不服として、實際に当該行政活動から權利利益の救済保護を求める私人に対して、實質的当事者訴訟を提起させ、私人の權利利益を救済保護する途の擴大を図るといった意味において、包括的な救済方法と位置づけられてきたのである。

むろん、實質的当事者訴訟の場合は、その前提條件として處分性の有無が訴訟要件とされていないが故に、公法・私法の區別を前提とせず、如何なるメルクマールをもって民事事件ではなく、行政事件とするかに關する検討すべき理論上の問題を有する。それは、實質的当事者訴訟における原告の訴えが公法上の權利義務ないし法律關係の存否に關する訴えとして特定され、法律上の争訟という要件をクリアするのはいうまでなく、同法律關係の即時確定の現實的必要性(確認の利益)という適法性の要件を満たすことになるかに關する検討を指す。以上のように

な理論上の検討課題のゆえに、従来、訴訟實務上でも、当事者間で公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争があったとしても、まず行政機關の處分が出るのを待って、最終的に当該處分の違法性を訴訟物にして当該紛争の法的解決が図られてきたのが通例であった。

たとえば、スーパーマーケットを經營する私人が藥局開設許可基準の1つとして地域的制限を定めた藥事法6條2項、4項が憲法22條1項に違反し無効であると解していても、藥事法6條2項、4項に對する憲法違反の確認を行訴法4條に基づく公法上の確認訴訟を提起することなく、知事に對して、その店舗内での医薬品の一般販賣業の許可申請を行い、知事が同申請に對する不許可處分を下したところ、同不許可處分の取消しを求める取消訴訟を提起し、藥局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を裏付けるものとして藥局等の偏在、競争激化、一部藥局等の經營の不安定、不良医薬品の供給の危険又は医薬品亂用の助長の弊害という事由について、同事由が憲法22條1項に違反し無効であると主張し、藥局開設許可基準の1つとして地域的制限の憲法違反の可否を取消訴訟で争うという訴訟選擇を行ってきた(最高裁大法院昭和50年4月30日藥局開設の距離制限違憲判決参照)。

ところが、以上の訴訟選擇は、前掲の最高裁平成25年1月11日一般用医薬品インターネット販賣禁止違憲訴訟判決によって大きく変わることになる。なぜなら、同違憲訴訟判決は、法令に基づいて行われた執行行為のタイミング、つまり處分がなされたタイミングではなく、法規命令の制定という抽象的規範のタイミングで原告の訴え(確認訴訟)を適法としているからである。ただし、以上の一般用医薬品インターネット販賣禁止違憲訴訟判決の射程範囲は、法律の制定行為ではなく、法規命令の制定行為に對する違法の可否をめぐる紛争のみに及ぶものであり、かつ医薬品インターネット販賣事業者たる原告が本件にいうインターネット販賣禁止省令たる施行規則に違反する行為をしていない場合に及ぶものと考えられよう。言い換えれば、「医薬品インターネット販賣事業者たる原告が本件にいうインターネット販賣禁止省令たる施行規則に違反する行為をしていないこと」が法規命令の制定という抽象的規範のタイミングで原告の訴え(確認訴訟)を適法としうる要件としているように思われよう。だとすれば、これは、規範統制の仕組みにおける従来の具体的規範統制から抽象的規範統制へ移行ないし轉換を意味するものであり、注目すべき点であろう。

確かに、抗告訴訟の對象たる處分性の概念は、行政事件か民事事件か、行政事

件の場合にも抗告訴訟か実質的当事者訴訟かといったいずれのルートを利用させるべきかという訴訟類型を畫するもっとも重要かつ明確なメルクマールであることは、周知のとおりである。たとえば、かりに行政廳の行爲が處分性を有することになれば、当該行政廳の行爲に對する不服の訴えは、当然、「法律上の争訟」という要件をクリアし、かつ、行政事件として抗告訴訟を適法な訴訟ルートとするのである。かくして、裁判所が本案前の審理として要件審理の際に處分性の範圍を狭く解し、原告である私人の請求を斥けていることを除けば、處分性の概念は、抗告訴訟の射程範圍を畫するものとして、これによって民事訴訟と行政事件の仕分けをする最も有効な訴訟要件といてよい。行政目的の實現のための行政機關は、非權力的行政手法を先行行爲として、權力的行政手法を後續行爲として用いるか、あるいはこれらを並列的ないし重疊的に用いて、行政活動を行うという行政過程をとる中で、裁判所が處分の定義に關して、從來の公式⁴⁵⁾を採用すると、行政指導、行政計畫決定または抽象的規範である條例や法規命令などは、取消訴訟の對象ではない。このことは、以上の行政指導や行政計畫決定などという行政廳の行爲の先行行爲がなされてから、これらの先行行爲に續いて、後續行爲として私人に對して作爲あるいは不作爲を命じる行政廳の行爲(權利義務を形成し、その範圍を確定するもの)がなされた時点で、同行爲を處分として同處分の取消を求める訴えを提起し、處分の違法性を争うことになるということを意味する。これは、また、先行行爲のなされた時点での早期の法律關係の確定を図ることができず、處分がなされるのを待って、同處分なされた時点で同處分の取消訴訟を提起し、權利義務ないし法律關係の確定を図ることになることにほかならない。言い換えれば、以上のような處分の定義に關する「從來の公式」によると、行訴法の定める取消訴訟で私人が違法な行政活動から救済を受けられるための争訟開始のタイミングの1つとして紛争の成熟は、以上の行政過程からすれば、後續行爲の處分がなされた時点を指すことになろう。

以上に對して、取消訴訟との関係における実質的当事者訴訟は、學説上、私人の權利救済の必要性はあるものの、どうしても處分性の擴大がこれ以上に望められないという前提の下で、私人と行政主体との權利義務ないし法律關係の存否などをめぐる紛争を、実質的当事者訴訟のルート、とりわけ公法上の確認訴訟の對

45) これについては、前掲注・24参照。

象とし、同訴訟の活用によって私人の權益の救済を十全に図るといふことになる。確かに、實質的当事者訴訟には、先行行爲のなされた時点での早期の法律關係の確定を図ることにメリットがあろう。

他方で、従來、抗告訴訟の對象範圍が狭いとし、それを廣げるべきであるといふ議論があり、法解釋論上においても、抗告訴訟の對象たる處分性の擴大が試みられてきた。裁判實務上でも、いくつかの事例において取消訴訟の對象たる處分性の擴大が望められる行政廳の行爲については抗告訴訟のルートに適法として適切かつ有効な訴訟類型としてきたのは、周知の通りである。そして、處分性の擴大は、いうまでもなく、先行行爲のなされた時点で、同先行行爲を取消訴訟の對象とするものである。處分性の擴大とは、原告が、従來處分ではないとされた行政指導や行政計畫決定、抽象的規範たる條例の制定行爲などの先行行爲を處分として、後續行爲たる處分がなされるのを待つことなく、これらの先行行爲がなされた時点タイムリな争訟開始として、取消訴訟を有効かつ適切な訴訟類型として選擇している場面である。言い換えれば、處分性の擴大は、原告が處分性の擴大による取消訴訟のデメリットを十分に認識した上、あえて處分ではない先行行爲を訴訟法上の處分として主張し、先行行爲に對する取消訴訟を提起し、同訴訟による法律關係の早期確定の實益という紛争の解決に合理性を見出すことにメリットが多いという前提に立っていることを斷っておきたい。このため、處分性の擴大による取消訴訟にも、實質的当事者訴訟のメリットと同様に、先行行爲のなされた時点での法律關係の早期確定を図ることにメリットがあろう。このように、處分性の擴大による取消訴訟と實質当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟のいずれの訴訟類型が原告にとって得失となるかについては、兩訴訟がともに、先行行爲のなされた時点での法律關係の早期確定を図ることになるため、兩訴訟における得失の差がないのである。

取消訴訟と實質当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟との間に得失の差があるとすれば、取消訴訟の判決には仮の權利救済としての執行停止の決定や第三者効があるが、實質的当事者訴訟には第三者効に關する行訴法32條が準用されていないし、仮處分制度の準用が明示化されていないことが擧げられよう。このことから、實質的当事者訴訟に比して、取消訴訟には紛争の一舉解決の機能などというメリットがあることを勸案すれば、裁判實務上、處分が出るのを待つか、あるいは處分性の擴大を大幅に行い、これによる取消訴訟の積極的な活用がより望まれることにな

ろう。だとすれば、最高裁による處分性の擴大は、いうまでなく、取消訴訟活用のルートを積極的に示すものである。そして、裁判所が處分性の擴大を積極的に行い、これによる義務付け訴訟または差止め訴訟を十分に活用することになるというこれらの訴訟の運用次第によっては、私人の權益の救済保護の十全さ、とりわけ實効性の確保の程度が大きく変わる。したがって、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟の活路は、裁判所の義務付け訴訟または差止め訴訟の運用次第によっては、その範囲を狭められることにもなる。このため、單なる差引でこの問題を考えると、處分性の擴大による抗告訴訟の活用は、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟の活用される射程範囲を狭める結果となろう⁴⁶⁾。

要するに、実質的当事者訴訟も、後續行為たる處分がなされるのを待つことなく、行政指導や行政計畫決定などの先行行為がなされた時点をタイムリな争訟開始としているため、處分の擴大による取消訴訟の提起と同様の法律關係の早期確定のメリットを有するが、以上にみるように、取消訴訟には仮の權利救済としての執行停止の決定や第三者効があるが、実質的当事者訴訟の判決には第三者効がないところに、取消訴訟と実質的当事者訴訟の得失を見出すことができよう。

2. 抗告訴訟(とりわけ處分差止訴訟)と実質的当事者訴訟(公法上の確認訴訟)の得失

1) 2004年の改正行訴法による状況の変化

周知のように、従來の行訴法は、義務付け訴訟と差止め訴訟を法定せず、取消訴訟中心主義をとっており、その上、訴訟實務上、法定外無名抗告訴訟を認められていなかったため、行政廳のさまざまな行為から權益救済を求める私人にとって機能不全に陥っていたのである。改正行訴法以前における実質的当事者訴訟の積極的活用論とその消極的活用論とは、民事訴訟との關係において実質的当事者訴訟の可否が論じられたものであることに留意すべきである。改正行訴法の下では、以上の行訴法の機能不全を是正すべきものとして、抗告訴訟の新たな種類と

46) 本多瀧夫「行政法判例の展開とその課題」前掲論文5頁参照。

して義務付け訴訟と差止め訴訟が採用されたため、当然、抗告訴訟、おりわけ義務付け訴訟および差止め訴訟との関係において實質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟の活用性に關する検討が求められることになるのである。このように、義務付け訴訟および差止め訴訟の活性化論も、公法上の確認訴訟の活性化論と同じく、取消訴訟中心主義から脱却するという改正行訴法全体を貫く立法趣旨の1つであろう。改正行訴法全体を貫く趣旨に鑑みれば、義務付け訴訟および差止め訴訟の活性化のための解釋論上の展開が必要であることは、いうまでもない。

さて、處分の相手方は、後續行爲たる一定の處分がなされるべきであり、あるいはなされるべきではないことを前提として、先行行爲たる行政廳の行爲をめぐる私人と行政廳との間に見解の對立がある場合に、自らの公法上の權利義務ないし法律關係の形成ないし確定を求め、あるいは公法上の權利義務ないし法律關係の変動を予防することを目的として、同先行行爲たる行政廳の行爲がなされた時点で、同行爲の違法である確認を求める公法上の確認訴訟を提起することが可能である。以上に對して、行政廳が一定の處分をしないことを前提とする応答拒否という行政廳の行爲がなされた時点において、応答拒否の先行行爲に續いて、後續行爲としてなされうべき一定の處分(授益處分)を對象として、当該一定の處分の履行をすることを求める「義務付け訴訟」で、これを争うのがよいのか、あるいは將來なされうることになる一定の處分が不利益處分である場合には、当該一定の處分の予防的禁止を求める「差止め訴訟」で、これを争わせるのがよいのかという問題がある。

従來、大阪空港騒音訴訟において、「航空機の離着陸のためにする國營空港の供用行爲は、運輸大臣が空港管理權と航空行政權とをその總合的判斷に基づいて不可分一体的に行使する作用とみるべきであるから、一定の時間帶における右併用の差止を求める本件訴は、不可避的に航空行政權の行使の取消変更ないしその發動を求める請求を包含することになり、民事上の差止請求としては不適法である。」とする最高裁昭和56年12月16日大阪空港騒音訴訟上告審判決を契機として、實質的当事者訴訟の活用論を唱える見解が再び登場することになったのは、周知のとおりである⁴⁷⁾。しかし、現在、抗告訴訟の新たな種類として義務付け訴訟と差止め訴訟を採用した改正行訴法の下では、以上の最高裁にいう「本件空港の離着

47) これについては、前掲注・17参照。

陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という二種の権限」の中における「航空行政権」を航空機の發着に關する行政處分ととらえて、同處分がなされる前の段階において同航空行政権に基づく空港供用開始の差止めを求める訴え(行訴法37條の4の差止め訴訟)を提起し、これを本案訴訟として仮の差止めを申立てること(同法37條の5)により、航空機の離着陸による騒音發生の軽減ないし除去などといった紛争が法的に解決されうるルートとなろう⁴⁸⁾。以上のルートは、仮の差止めの申立てを用いることができるため、原告にとって實効性のある救済方法となろう。

かつての河川區域の指定をめぐる法律關係の紛争に係る横川川事件(最高裁平成1年7月4日河川區域でないことの確認請求事件)の場合には、河川區域の指定を受けた私人は、處分廳に對して權利義務の確認の可否を前提として、處分廳たる河川管理者が河川の區域と指定された当該土地について河川法上の處分をしてはならない義務があることの確認や、本件土地が河川法にいう河川區域でないことの確認を求める公法上の確認訴訟(法4條)等を提起することになる。これに相應するものとして、改正行訴法上では、同私人は、必然的に河川法75條に基づく監督處分その他の不利益處分をしてはならないことを求める差止め訴訟(法37條の4)と仮の差止めの申立て(法37條の5)を提起することになる。

公務員法および服務規程の違反を理由に、近い將來に当該公務員を懲戒處分に處することになるという注意ないし警告を處分權者が明らかにした場合に、当該公務員は、当該注意ないし警告が違法または無効であることの確認を求める公法上の確認訴訟と、將來なされうる懲戒處分の予防的禁止を求める差止め訴訟のいずれかを請求することができよう。

従來、處分の直接の相手方は、處分がなされるのを待って、当該處分がなされてから、處分の取消訴訟で争うこととなっていたが、差止めの訴え(法37條の4第1項)は、處分がなされる前の時点において、かりに將來に当該處分のなされることになれば、当該處分によって處分の直接の相手方に「重大な損害」を生じさせることを、適法要件として定めている。そして、かりに裁判所が處分を前提とする行

48) 論者によっては、大阪空港騒音訴訟にいう空港管理権と航空行政権という二種の権限を包括的權力作用の概念と称し、現在でも生きていることであれば、改正行訴法の下でまずもって、義務付け訴訟、差止め訴訟の法定抗告訴訟が用いられるべきものと考えられることはいうまでもないと述べられている(塩野宏『行政法Ⅱ』前掲書253頁)。

政廳の行爲の違法であることの確認を求める公法上の確認訴訟における確認の利益(法律關係の即時確定の現實的必要性)について、確認の利益を、行政廳の行爲がなされた現時点で法律關係を確定して置かないと、その後の處分によって處分の直接の相手方に「重大な損害」が生じられることに求められているとするれば、公法上の確認訴訟と差止め訴訟は、以上のような同様の事件性ないし紛争の成熟性という訴訟要件を持って、適法とされよう。この訴訟要件の適法性の認定において、兩者の使い分けには差、いわゆる得失が存在しないものと考えられよう。

以上に見るように、改正行訴法が差止め訴訟を明文化している現状において、公法上の確認訴訟の活性化に関する議論は、当然、改正行訴法が抗告訴訟の新たな種類として採用した差止め訴訟の活性化の如何に係わるものでもある。公法上の確認訴訟と差止め訴訟との使い分けに関しては、以上にみるように、兩訴訟の訴訟要件が事件性いわゆる紛争の成熟度という同じメルクマールをしているため、差止め訴訟の使い方が公法上の確認訴訟のそれと重なっていることが分かる。こうした場合に、訴訟類型間における明確な使い分け、あるいは役割分担論があれば別だが、これらがなくまま、曖昧かつ難解な使い分けは、かえって訴訟類型間の垣根となり、原告である私人が訴訟類型の適法性に関する立証責任を負われることなどにより、原告にとって使い勝手の悪いものとなることも十分にありうることに留意すべきであろう。また、差止め訴訟と公法上の確認訴訟のいずれかの訴訟選擇が原告にとってより實効的な權利救済手段となりうるかに關する検討は、訴訟實務では以上の兩者の訴訟が併合提起となるため、理論上の問題にすぎない。もっとも、差止め訴訟の使い方が公法上の確認訴訟のそれと重なっているところがあるとすれば、その使い分けとは、理論上、差止め訴訟と公法上の確認訴訟のいずれかが、原告にとってより實効的な權利救済手段となりうるかどうかの検討にほかならない。このため、以下では、差止め訴訟と公法上の確認訴訟との使い分け、つまりいずれの訴訟の提起が原告にとって有効かつ適切な訴訟類型となるかについて検討してみる。これらに對する十分な検討を待って、公法上の確認訴訟が行政廳のさまざまな行爲から私人の權利利益を十全に救済保護する有効かつ適切なルートの一つであるとして活性化されうるかどうかの可否も論じられることになろう。

2) 判決の拘束力と救済の直截性

抗告訴訟に関する規定の準用を定める行訴法41條1項により、判決の拘束力に関する規定33條1項は、實質的当事者訴訟に準用される。取消訴訟に関する規定の準用を定める行訴法38條1項により、判決の拘束力に関する規定33條は、義務付け訴訟および差止め訴訟に準用される。取消訴訟の判決の第三者効を定める法32條は、以上のいずれの訴訟にもその準用がない。判決の拘束力や第三者効の観点からすれば、實質的当事者訴訟と義務付け訴訟・差止め訴訟とのいずれの訴訟が提起されたとしても、これには得失がない。

そして、判決の拘束力によっては、公法上の確認訴訟と差止め訴訟の使い分けに得失がないというのは、以下のような考え方に起因するものであろう。すなわち、公法上の確認訴訟の場合は、確認の利益が認められ、そして原告である私人と、被告である行政主体との間の公法上の権利義務ないし法律関係をめぐる紛争がある場合に、裁判所が原告の欲する法律関係の確認をするという原告の勝訴判決を行ったときに、行政廳が当該判決の拘束力により、当該法律関係の確認に反する一切の後續の不利益處分をしてはならないことを意味し、同確認判決に反する一切の不利益處分の發動を予防しうることができるため、紛争の抜本的解決を図る方法となる。このように、公法上の確認訴訟における確認判決が後續の不利益處分をなされるのを予防的に禁止する機能を有し、紛争を抜本的に解決する方法となろう。これは、行政廳が確認判決という司法判断を尊重することを前提とするものである。だとすれば、原告が公法上の確認訴訟と差止め訴訟のいずれか訴訟を提起したとしても、これには得失がない。公法上の確認訴訟の判決は

しかし、公法上の確認訴訟の場合は、行訴法上、公法上の確認訴訟の活性化のための具体的な装置が法定されていないため、如何なる要件で原告の勝訴判決を行えるか、そして取消判決の拘束力に関する規定33條1項が實質的当事者訴訟に準用されるとはいえ、確認判決の効力が具体的にどこまで及ぶものかという点で、公法上の確認訴訟それ自体には理論上の不明な点がないわけではない。また、公法上の確認訴訟の場合に法律関係に関する確認の判決があり、同判決によって先行行為たる行政廳の行為が違法と確認されたとしても、全く別の理由で行政廳が後續の行政處分(不利益處分)を行われる可能性を排除することができないということになるか、あるいは全く司法判断を尊重されないことになると、法律関係の

一方の当事者である私人は、確認の勝訴判決の後に、再び後續の不利益處分を争うことになる。この点において、差止め訴訟の場合は、後續の行政處分(不利益處分)をしてはならないこと、いわゆる處分の予防的禁止を求めるものであるため、差止め訴訟が公法上の確認訴訟に比してより直截的な救済方法となろう。また、非申請型義務付け訴訟の場合は、原告が行政廳に對して原告にとって利益となる處分をすること、いわゆる授益處分の履行を直接求めるものである。これらのことからすれば、非申請型義務付け訴訟または差止め訴訟は、公法上の確認訴訟に比して、原告にとってより直截的な救済方法となる。

以上にみるように、判決の拘束力を如何に解するかを除けば、私人が原告となり、國または公共団体を被告にして、公法上の法律關係をめぐる紛争の解決を目的として公法上の確認訴訟と差止め訴訟との間にいずれかの訴訟を提起しても、原告にとって兩者の間には得失がなく、かつ、兩者の垣根も存在しないと解されよう。もっとも、公法上の確認訴訟に關しては、抗告訴訟に關する規定の準用を定める規定41條により、抗告訴訟の規定の一部が公法上の確認訴訟に準用されるが、その準用規定も少ない。そして、改正行訴法が公法上の確認訴訟を明示しているだけで、活性化のための具体的な措置が講じられていない。一例として、義務付け訴訟や差止め訴訟は、仮の義務付けや仮の差止めという仮の權利救済が定められているのに對して、公法上の確認訴訟は、仮の權利救済が定められておらず、全く解釋論に委ねられており、同確認訴訟による實効的救済の可否は同解釋の如何によらしめられている。このことからすれば、公法上の確認訴訟は、仮の權利救済を定めている義務付け訴訟や差し止め訴訟に比して、分かりやすい救済方法とはいえない。このため、裁判實務の支配的傾向である實定法準據主義からすれば、公法上の確認訴訟によって原告が實効的かつ十全な救済を如何に受けられるかに關しては、依然として定かでなく、これに關する理論的研究や判例蓄積が待たれよう。

VII. おわりに

本稿の「IV. 抗告訴訟と實質的當事者訴訟の相關性」の「2. 處分性の擴大事由と確認利益との横斷性や規範統制仕組みの轉換」でみるように、裁判所の處分性に關す

る柔軟な解釈は、原告に對して後續行爲として處分がなされることを待つことを要求せずに、行政指導や計畫決定などの處分ではない先行行爲たる行政廳の行爲を訴訟法上の處分とすることである。このことは、結局のところ、争訟開始のタイミングを早めることとなり、訴訟当事者にとって法律關係早期確定の實益を認めることはもちろんのこと、かつて抽象的規範として司法審査の對象にならなかった法規命令等が司法審査の對象となるという規範統制仕組みにおける具体的規範統制から抽象的規範統制への移行ないし轉換を意味する。以上の仕組みの轉換とは、当然、確認利益の柔軟な解釈による公法上の確認訴訟を活用することによってもたらされることになる。同様に、處分に至らない行政廳の行爲が處分性の擴大という解釋技法によって取消訴訟の對象たる訴訟法上の處分となると、實體法上、處分に至らない行政廳の行爲を定める根據法は、司法審査の對象となり、具体的規範になってしまうのである。これは、處分性の擴大による抽象的規範の具体的規範への轉換という現象である。

そして、訴訟實務上、抗告訴訟、とりわけ取消訴訟の適法性について、裁判所が處分の定義に關する「従來の公式」⁴⁹⁾に基づいて、いわゆる嚴格な處分性の概念をもって紛争の成熟性を判斷し、同成熟性を訴えの適法要件としているとすれば、かりに實質的当事者訴訟が、仮に處分ではない行政廳の行爲をめぐる法律關係の紛争につき、同紛争解決のための有効かつ適切なルートであるとされても、当該紛争が實質的当事者訴訟で争われるほどに行政事件として成熟しているかどうかによる適法性の要件を満たす必要があろう。つまり、確認訴訟の場合には確認の利益として争訟の成熟性(即時確定の現實的必要性)が当該確認訴訟の適法性要件の1つとして充足される必要があろう。この場合に、確認の利益として争訟の成熟性(即時確定の現實的必要性)とは、取消訴訟における處分性の概念をもってする紛争の成熟性の判斷と如何なる違いを有するものか、あるいは同等のものかどうか問われることになる。この問題が、旧行訴法の下において實質的当事者訴訟を活用する上でネックとなっているものであったが故に、同實質的当事者訴訟は、行政主体と私人との間に形成される公法上の權利義務ないし法律關係の存否をめぐる紛争の解決のルートとして活用されることがなかったのではないかとわれよう。

49) これについては、前掲注・24参照。

ところが、學說上、處分性の擴大の必要性が議論されてから、最高裁判決においてもいくつかの事例において處分の概念を広げる處分性の擴大という解釋技法をとることになり、これにパラレルして、以上の「V. 確認訴訟における確認の利益の有無に関する検討」の「2. 確認の利益に関する近年の最高裁判決」にみるように、裁判所は確認の利益として争訟の成熟性について柔軟な解釋をし、同適法の要件を緩和する判決を下しているという推論が可能であろう。そして、同推論とは、訴訟實務上、處分ではない行政廳の行爲を處分とする處分性擴大の事由が、公法上の確認訴訟における確認の利益を肯定しうるほどの充分なものとなることを意味するものであろう。このため、多くの事例における處分性に関する裁判所の柔軟な解釋は、確認利益の柔軟な解釋による實質的當事者訴訟の活用を方向付けるものとなり、逆に實質的當事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟が活用されることになれば、同状況は、處分性に関する柔軟な解釋へとフィードバックすることとなる。こうした意味において、抗告訴訟と實質的當事者訴訟の間には、互いに影響し合う相關關係があるという相關性のみならず、訴訟要件の充足の横斷性があることを指摘することができよう。したがって、公法上の確認訴訟の活用は、公法上の確認訴訟の活用のための手がかりを設けるために、明示化された改正行訴法4條の趣旨に起因しているというより、むしろ以上のような相關性および訴訟要件の充足の横斷性によるものが大きいのではないかと推論されよう。言い換えれば、公法上の確認訴訟が活用されているとすれば、それは、最高裁判決における處分性の擴大の傾向に起因するところが大きいといえよう。

また、訴訟實務においては、原告は、處分性の擴大による抗告訴訟の提起と、公法上の確認訴訟を併合提起することになる。このため、いずれの訴訟を活用するかという行政法學上の論点は、訴訟實務において、原告にとって特段の意味を有するものではない。ところが、處分性の擴大による取消訴訟と公法上の確認訴訟のいずれの訴訟が原告の得失となるかについては、取消訴訟判決の第三者効からすれば、處分性の擴大による取消訴訟が公法上の確認訴訟に比して原告の訴訟類型選擇における得となろう。

さらに、差止め訴訟と公法上の確認訴訟のいずれの訴訟が原告の訴訟類型選擇における得失となるかについては、改正行訴法上、差止め訴訟および仮の差止めの要件の法定化ないし明確化が図られているという観点からすれば、制度上、差止め訴訟が原告にとって分かりやすいという得があろう。義務付け訴訟において

同様なことをいえよう。このように、訴訟要件や実体的要件のみならず、仮の権利救済をも定めている義務付け訴訟や差し止め訴訟に比して、公法上の確認訴訟は、分かりにくいという点を否めず、実効的な救済方法とはいえない。

最後に、以上の「VI. 訴訟選擇における原告の得失」の「2. 抗告訴訟(とりわけ處分差止訴訟)と実質的当事者訴訟(公法上の確認訴訟)の得失」の「(2) 判決の拘束力と救済の直截性」の検討にもみるように、義務付け訴訟や差し止め訴訟の判決は、公法上の確認訴訟における確認判決に比して、原告にとってより直截的な救済方法となる。總じて、取消訴訟判決の第三者効、仮の権利救済の法定化ないし明確化、義務付け訴訟・差し止め訴訟における救済の直截性は、現行の行訴法上、これらを欠如している実質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟に比して、原告の訴訟選擇において抗告訴訟を優位に立たせるものであろう。

もちろん、最高裁平成25年1月11日一般用医薬品インターネット販賣禁止違憲訴訟上告審判決にみるように、法規命令たる薬事法施行規則が制定されてから、同規則に基づく後續行為として行政廳の行為または處分などが行われる可能性があるにもかかわらず、「医薬品インターネット販賣事業者たる原告が本件にいうインターネット販賣禁止省令たる施行規則に違反する行為をしていないこと」を理由に、最も先行行為たる施行規則の制定というタイミングで、確認訴訟における原告の確認の利益を容認するという訴えの適法性に關する相場勘が一般的なものとして定着することになれば、行訴法改正の際に同法4條に確認訴訟を改めて條文として流し込み、明示したことの意義は最大限に活かされることとなろう。

투고일 : 2016.04.29. / 심사완료일 : 2016.06.07. / 게재확정일 : 2016.06.20.

[참고문헌]

- 塩野宏, 『行政法Ⅱ[第5版]』(有斐閣、2011年)
阿部泰隆, 『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993年)
阿部泰隆, 『行政法再入門(下)』(信山社、2015年)
木佐茂男, 『人間の尊嚴と司法權』(日本評論社、1990年)
芝池義一, 『行政救濟法講義[第3版]』(有斐閣、2006年)
高木光, 『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)
齋藤浩, 『行政訴訟の實務と理論』(三省堂、2007年)
園部逸夫, 『現代行政と行政訴訟』(弘文堂、1987年)
拙著, 「處分性論としての争訟開始タイミングの適否に関する一考察」駒澤法曹第10号
(2014年)

[국문초록]

항고소송과의 관계에 있어서 실질적당사자소송의 활용과 한계에 관한 소고

조 원 제*

일본의 행정소송법4조가 정하는 실질적당사자소송에 대해서는 항공기 야간 이착륙 금지를 구하는 민사소송법상의 청구가 적법하지 않다고 하는 1981년 최고재판소판결을 계기로 해서 일부 학설이 실질적당사자소송의 활용을 주장하는 의견이 있었으나, 동 소송은 소송실무에서 그다지 활용되고 있지 않았다고 하겠다. 2004년 행정소송법 개정에 있어서 제4조의 실질적당사자소송 정의 규정에 공법상확인소송이라는 어구를 새로이 삽입하였다. 이는 실질적당사자소송의 하나인 종래의 공법상확인소송을 활용하게 함으로써 국민의 권리구제의 확대를 도모함에 있다고 하고 있다. 다른 한편으로 일본의 소송실무에서는 최고재판소 판결례에서 보는 바와 같이 취소소송의 대상인 처분 개념을 확대하는 해석 기법에 의한 취소소송의 활용을 또한 도모하고 있다고 하겠다. 본고에서는 1948년 행정사건소송특별법에서 실질적당사자소송이 항고소송과 함께 소송유형의 하나로서 범정화된 이유, 2004년 공법상확인소송이 조문상 명시된 이유, 실질적당사자소송에 관한 이론적 문제 및 판례를 조감하고, 특히 공법상확인소송 판결례의 검토를 통해서 항고소송의 활용과의 상관관계에 있어서의 실질적당사자소송 특히 공법상확인소송의 활용 가능성과 그의 한계에 대해서 추론을 해보고자 한다.

주제어 : 실질적당사자소송, 처분성 확대, 공법상확인소송, 확인의 이익, 항고소송의 다양화

* 일본 고마자와대학교 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

The Essay about a possibility of Public Law-Related Suit
and its limit

Jo, Won-Je*

In 1981 the Supreme Court ruled that a claim on the private law seeking to prohibit the takeoff and landing of the airplane at night was not lawful. From this case of the Supreme Court have been made, there was some of doctrinal opinions to assert the advantage of Public Law-Related Suit of Japanese Administrative Litigation Act 4. But it has not been used so much. Because it has not been utilized, Confirmation litigation of public law was inserted at the phrase of Article 4 in amending the Administrative Litigation Act in 2004. There is to be expanded in the citizen's right relief by utilizing the Confirmation litigation of public law. On the other hand, as having seen in the Supreme Court case examples it has been also tried to take advantage of the Cancellation action due to the expansion of the disposal in the litigation practice of Japan. In this paper, I would like to overview the theoretical issues related to Public Law-Related Suit, the reason of being set a Substantial party suit of Public Law-Related Suit as one of the action types in the Administrative Litigation special law in 1948, the reason of being inserted explicitly Confirmation litigation of public law at the phrase of Article 4 in amending the Administrative Litigation Act in 2004 and through the analysis of the case law, try to consider possibility of that suit and its limit.

Key words : Law-Related Suit, Subject of revocation suit, Confirmation litigation of public law, Profit of confirmation litigation, Diversification of appeal lawsuit

* Professor, Komazawa University Law School.