論　説

実質的当事者訴訟の活路に関する一試論

駒澤大学大学院法曹養成研究科　趙　元　済

目次

1　はじめに　―問題の所在―
2　従前の状況と「公法上の確認訴訟」の明示
3　実質的当事者訴訟の射程範囲に関する解釈試論
4　おわりに　―抽象的規範統制としての実質的当事者訴訟―

1　はじめに　―問題の所在―

故・室井先生は、早くから、「行政救済法のあり方または成否は、現代社会にあっては、文字どおり、民主主義国家または民主的な法治主義の運命にかかわっている」と力説していた(1)。これは、行政法たるものが行政機関に行政活動の権限を授権し、同活動を正当化づける一方で、他方では行政活動を統制する法の体系でもあるという行政法の二面性の故に、法治主義を確保し、行政活動を民主的に統制する方法の一つとしての行政救済法、とりわけ行政訴訟法の重要性を指摘するものであろう。

ところが、社会・経済構造の複雑・多様化に伴って、現代行政・行政法現象が複雑・多様化し、肥大化する現状のなかで、行政訴訟法は、行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）に代わって、1962年５月16日に制定されてから、2004年４月に至るまでに改正されることがなかった。やがて、政府は第159回国会に行政訴訟法改正案を提出し、同改正案が全会一致で可決成立し、同改正法は翌年４月１日から施行された。このことは、政府も現代行政・行政法現象における行政

(1)　室井力「行政救済法序論」室井力編『行政救済法〔基本法コメンタール〕』法学セミナーNo.73（1986年）12頁。

救済法、とりわけ行政訴訟法の重要性についてそれ相応認識していたということになろう。

同改正法は、行政処分を不服とする私人が行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくし、国または公共団体を訴えやすくするための新たな仕組み[(2)]を作るためのもの（11条、12条および14条、46条）を含め多くの規定を新設・改正し、そのうえ、取消訴訟中心主義からの脱却を意図するものとして、義務付け訴訟（３条６項）と差止め訴訟（３条７項）を新たに設け、さらに実質的当事者訴訟の定義規定（４条）のなかに「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を挿入し、実質的当事者訴訟の一つとして「公法上の確認訴訟」を新たに強調した。

行政訴訟検討会の「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処分性の拡大がこれ以上大幅に見込めないという前提の下で、処分性を有しないとされる行政決定ないし作用を公法上の確認訴訟の対象とし、同決定ないし作用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[(3)]。これを受けて、公法上の確認訴訟の活用論が唱えられている[(4)]。

(2) 行政訴訟法の改正の意義などについては、第159回国会衆議院法務委員会会議録23号平成16年５月11日・塩野宏教授発言、高橋滋「行政訴訟手続の改善」ジュリスト1277号28頁（2004年）参照。

(3) 「考え方」では、公法上の確認訴訟活用の必要性について、「行政の活動・作用が複雑多様化したことに伴い、典型的な行政を前提として行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為を対象としてきた取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応の必要性が指摘されている。行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる。」と述べられている。

(4) 実質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟の活用化論については、斉藤浩『行政訴訟の実務と理論』320頁（三省堂、2007年）以下参照。他の論者によれば、「考え方」の述べる「確認訴訟の活用」論の趣旨について、「民事事件（民事訴訟）における確認訴訟は、原告の権利または法律的地位にかか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、原告・被告間の法律関係の確認を求める訴訟である。そして確認訴訟は、給付や形成という定型化された訴えにうまく載らない紛争について、いわばバスケットクローズ（包括条項）的な、不定形かつ最後の手段という機能を果たす（それゆえ、その補充性が言われる。）」として、民事訴訟における確認訴訟の有効性から倣い、「行政事件においても、原告私人の法的地位を不安におとしめる立場にたつ行政機関（その属する国・地方公共団体）に対して、一定の法律関係の確認を求める訴えを提起することが、現行の行訴法上否定されているとは考えられないのではないか、そしてその訴えが、行政事件として裁

従来、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟は、取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益を十全に救済保護することが困難であったという反省から、処分性の理論的枠組みから弾き出されるさまざまな行政決定ないし作用を当該訴訟の対象としており、これらの行政活動を不服として、実際に当該行政活動から権利利益の救済保護を求める私人に対して、実質的当事者訴訟を提起させ、私人の権利利益を救済保護する途の拡大を図るといった意味において、包括的な救済方法とされている(5)。このように、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟は、「処分性を有しない行政決定ないし作用を行う（あるいは、行った）行政主体と、私人といった当事者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」（以下、とくに断らない限り、これを「公法上の権利義務ないし法律関係の存否」という。）をめぐる法的紛争に対する「法的確認・給付などの判決」を通じて、紛争の解決を図るルートとして、一般に処分性を有しないとされる行政決定ないし作用をその対象としているところに、最大の特徴があるのである。この特徴が活かされるとすれば、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟の活用＝活性化論は、いうまでもなく、傾聴に値する。

さて、主観訴訟として分類される抗告訴訟の場合は、抗告訴訟の対象たる処分性の概念が行政事件か民事事件かを画するもっとも重要なメルクマールであることは、周知のとおりである。つまり、ある行政決定ないし作用が処分性を有するとされれば、当該行政決定ないし作用に対する不服の訴えは、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処分性の範囲を狭く解し、原告である私人の請求を斥けていることを除けば、処分性の概念は、抗告訴訟の射程範囲を画するものとして、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ってよい。

判の対象とされるべき紛争を幅広く拾う手段となるのではないか。これが検討会で（給付や形成ではなく）「確認訴訟の活用」が提案されるに至った発想である」（中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌130巻６号969～970頁（2004年））と述べられている。

(5) 高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川一郎先生献呈論文集『行政法の諸問題（中）』364頁（有斐閣、1990年）以下参照、同『行政訴訟論』132頁（有斐閣、2005年）、同「公法上の当事者訴訟」行政法の争点（新版）226頁以下参照。

ところが、実質的当事者訴訟の場合に、その前提条件として処分性の有無が訴訟要件とされていないが故に、ここで、検討すべき第一の理論上の課題として、実質的当事者訴訟は、如何なる場合に、法律上の争訟という要件をクリアし、そのうえ、公法・私法の区別を前提としない場合に如何なるメルクマールをもって民事事件ではなく、行政事件となるかに関する検討が必要であろう。さらに、検討すべき第二の理論上の課題としては、如何なるメルクマールをもって、抗告訴訟とりわけ義務付け訴訟・差止め訴訟と実質的当事者訴訟のなかのいずれの訴訟類型の選択が原告にとってより実効性のある救済方法となるかについての検討がそれである。最後に、裁判実務上、原告に訴訟類型選択のリスクを負わせず、全く原告に訴訟類型の選択が委ねられているという前提が維持されているとして、民事事件か行政事件かという区別や、さらに抗告訴訟と実質的当事者訴訟との間における訴訟類型の選択は争点とならないとして必要でない(6) とされた場合でも、かりに原告が公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟を実効的な救済のルートだと判断し、同訴訟類型を選択したときに、実定法や法解釈論上、訴訟の入り口の問題として公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟が裁判実務上、如何に適法にされうるかどうか、それに加えて、とくに、公法上の確認訴訟の場合には確認の利益ないし紛争の成熟性が如何に充足されうるかに関する検討が少なくとも必要と考えられよう。

一般に、実定法が国民の権利利益の新たな救済のルートを明示しているとすれば、その活性化の途を探るのは、当然のことと考えられる。だが、いやしくも公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟の活性化論に対する懐疑的な見解があるとすれば、同見解は、とりもなおさず、実質的当事者訴訟の活性化を図るために、実定法上十分な装置がつくられているかどうかの検討を求めるものであり、かりにそれがつくられていないとすれば、解釈論上、如何なる具体的な装置を必要と

---

(6) 現在、公法上の確認訴訟と差止め訴訟の二つの厳密な使い分けは生産的でないとする見解（亘理格「「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号５頁（2006年）や、公法上の確認訴訟と差し止め訴訟の両者を排他的なものとしてとらえ、一方が他方に優先すると考える必要がないとして、個々の訴訟の要件が充たすのであれば、原告の選択により、どちらか片方または両方の提起が認められて差し支えないとする見解（山田洋「確認訴訟の行方」法律時報第77巻第３号47～48頁（2005年））がある。

するかどうか、さらに活性化を阻害する理論的な要因＝ハードルがあるとすれば、同阻害要因を除去するための理論の再構築を問うものといってよい。何故なら、以上の理論構築があって初めて、実質的当事者訴訟の活性化が可能となり、実質的当事者訴訟の法定化もその意義を有することになるからである。

ところが、本稿では、以上のこれらの問題を検討する前に、その基礎作業として、まず、実質的当事者訴訟を法定化した理論的状況や背景について一瞥し、次に公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争について実質的当事者訴訟が及ぶ射程範囲を抗告訴訟との関係において如何に画することができるか、そのうえ、実質的当事者訴訟が活性化されないとすれば、その要因の特定を試みる。

最後に、本稿は、いうまでもなく、如何なる法解釈論ないし立法論が違法な行政活動から権利利益の救済保護を求める私人にとってより救済の途を拡大させ、そして、如何なる訴訟類型の選択が私人にとってより実効性のある救済ルートとなるかを目指すものであることを断っておきたい。

2　従前の状況と「公法上の確認訴訟」の明示

⑴　実質的当事者訴訟の法定化をめぐる賛否両論

1948年６月25日に成立した行政事件訴訟特例法は、訴訟類型について、「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟」（１条）と定めていた。これは、抗告訴訟と実質的当事者訴訟を内容としているものと解されていた。その後、1962年制定の行政訴訟法は、同法３条において抗告訴訟の種類を定め、そして同法４条においては、行政事件訴訟特例法１条の定めた公法上の当事者訴訟を細分化させ、実質的当事者訴訟とともに、形式的当事者訴訟をも法定した。

当初、行政事件訴訟特例法の制定の際に、一部の論者らは、戦前の行政裁判所の実績に対する消極的評価とともに、戦後の司法国家制への方向転換が行われたことなどを理由に、同特例法が抗告訴訟を定めるにしても、民事訴訟手続によりえない必要最小限の特則を定めるものとし、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て理解していた。したがって、抗告訴訟のルートにのらない

法的紛争は、当然、民事訴訟手続によることになると考えられていた[7]。言い換えれば、以上の考え方が尊重されたとすれば、実質的当事者訴訟にのる法的紛争は、民事訴訟手続によればよいわけで、行政事件訴訟特例法上、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」として明記されるはずがなかったであろう。

しかしながら、行政事件訴訟特例法１条は、実質的当事者訴訟に関して、初めて明文の規定をおいたのである。これは、第２次「行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」＝「民訴特例法案」（1946年９月１日）に対する行政裁判所の批判・修正意見をそのまま受け入れて、明文化されたものである[8]。

---

(7) この点について、ある論者は、「行政庁の権限行使（行政行為）を司法裁判所の監督統制の下に服せしめることを阻止しようという明治憲法の立場を仮に承認しても、抗告訴訟に止まらず公法事件訴訟一般を司法裁判所の管轄から取り去らなければならないという結論は出て来ない。」（高柳信一「公法と私法―わが国行政法諸原理の批判的考察―」高橋勇治・高柳信一編『政治と公法の諸問題』33頁所収（東京大学出版会、1963年））と述べ、また、行政事件訴訟特例法の起草当事者が「過去における行政裁判所の実績に対する消極的評価とあいまって、来るべき新憲法時代において、司法国家制の建前を直截に反映する法制を実現しようとする意識が強い雰囲気のなかで、民事裁判所が行政事件を審理判断する場合、どうしても一般民事訴訟手続法によりえない最小限度の諸点を析出し、これを特則として規定する」とし、さらに、「…抗告訴訟を行政訴訟特有の訴訟形態として民訴の特則によって設けられることまでは理解承認できるが、当事者訴訟という一般の民事訴訟との区別限界もはっきりしない訴訟類型を特則的に設ける必要はないのではないか、さらにいえば、このような訴訟は一般民訴法どおりに処理してなんら不都合はないのではないかとする趣旨であった」（高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革４―司法改革』304～305頁所収（東大出版会、1975年））と述べている。以上のことからすれば、公法上の当事者訴訟（いわゆる実質的当事者訴訟）を内容とする旧行政事件訴訟特例法１条は、規定されるはずがなかったのであろう。

(8) 行政事件訴訟特例法１条が実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・修正意見の影響力によるものとされている（高柳信一前掲論文「行政訴訟法制の改革」320頁）。すなわち、行政裁判所は、「公法上の権利は、私法上の権利とことなり、“本来公益の見地から必要であるとして権利者に認められたもの”であり、その抛棄は許されず、その行使が公益上から要請される場合があり、また、その侵害に当たっては、“救済を求めることが公益上から要請される場合”もある。公権と私権とのこのような相違にもとづき、“公法上の権利に関する訴訟”と“私法上の権利に関する訴訟”とにつき、適用される手続きにも相違を来すのが“当然”かつ“必要”であって、後者が“当事者主義を根幹とする民事訴訟法”によって審理判断されるべきであるのに対して、前者は“職権主義を根幹とする訴訟手続によって審理判断されるべきである。」とし、民事訴訟の特例として当事者訴訟を提案し、そして当該当事者訴訟に適用される特則規定をも提案したのである。これらの提案は、―その理由づけはともかく―結果的に採用され、〔第二次〕「民訴特例法案」末条として、新たに「当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟については、第10条から第14条までおよび第18条の規定を準用する」（19条）との定めが設けられ、抗告訴訟の職権参加、訴訟代理人、当事者不出頭等の場合の口頭弁論終結、公共福祉の弁護、

つまり、司法法制審議会第一小委員会における法案審議の段階において理由付けもされることなく、第６次「民訴特例法案」（1947年２月19日）を経て、最終的に行政事件訴訟特例法案として成立し、抗告訴訟のみに適用される規定を除き、同特例法の実質的当事者訴訟への準用を定める規定がおかれるようになったのである。

実質的当事者訴訟の明文化は、行政裁判所の影響力によるものであって、これには、審議会のある委員が、行政訴訟と民事訴訟との関係について、「憲法改正案の下で行政訴訟がなくなると考えるのは誤りで、…〔中略〕…行政訴訟を民事訴訟ときめて了うことは問題と思う」とする意見(9) がその下敷きになっていると考えられよう。言い換えれば、当時、同特例法に実質的当事者訴訟が法定されることになったのは、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が生じた場合に、同紛争が行政処分を対象とする抗告訴訟の射程外であり、しかも、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ことになり、したがって、同紛争を解決するための救済手続を定める実定法が存在しないとすれば、同紛争に対する救済手続が欠如しているという問題が生ずると、一部の学者らによって認識されたことによるものであろう。同認識によれば、行政事件訴訟特例法１条ないし行政訴訟法４条が実質的当事者訴訟を法定したことは、この救済手続の欠如という問題を立法論的に解決したことになる。

要するに、実質的当事者訴訟は、公法と私法という実体法上の区別をその前提として、行政主体と私人との間に形成される権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争が私法上のものではなく、公法上のものである場合に、これらの法的紛争の解決をその射程範囲とするものといってよい。

職権審理及び判決の拘束力についての定めが当事者訴訟に準用されるべきものとされたと述べられている（前掲高柳信一「行政訴訟法制の改革」論文320頁）。そして、数次にわたる検討が行われ、法制局の審査を得て、〔第六次〕「行政事件訴訟特例法案」（1947年２月19日）が作られ、同特例法案第１条は、「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他の公法上の権利関係に関する訴訟については、民事訴訟法によるほか、この法律の定めるところによる。」と規定するのである。

(9) 高柳信一前掲論文「行政訴訟法制の改革」313頁。

駒澤法曹第６号（2010）

⑵　実質的当事者訴訟の活性化積極論と消極論

行政事件訴訟特例法制定に際して、「総司令府は、従前、行政事件の特殊性を強調することについて警戒的であり、行政事件も、一般民事訴訟法によって処理できるし、原則としてそれによって処理すべきであるという態度であったのであるが、平野事件以後、行政事件の特殊性を強く意識し、その審理判断は、若干の点において、一般民事訴訟法とことなる原則によって処理されるべきであると考えるようになったのである」[10] と述べられているように、実質的当事者訴訟の法定化は、総司令府の考え方の変化という外圧と結びつけ、これをその直接的な原因の一つとすることもできよう。だが、総司令府の考え方の変化という外圧がなかったとしたら、実質的当事者訴訟が法定化されることはなかったであろうか。明らかなことは、同訴訟の法定化が学説の到達点として結実したものでないことである。また、公法と私法の区別を前提とする実質的当事者訴訟の法定化は、一方の学説が他方の学説に比べて優れているとか、明瞭であるという決着がついたことによるものではない。制度設計の際に学界や検討会内における意見が分かれていたにもかかわらず、意見が分かれていた事項について、法案化の際にその一方の学説を採用し、公法と私法という実体法上の区別に基づく実質的当事者訴訟を法定化したとすれば、これには違和感を覚える[11]。

以上のような事情を有する実質的当事者訴訟の法定化に関しては、その当時から、公法と私法という実体法上の区別を前提とすることに疑問が提起され、実質的当事者訴訟の実益ないし活用の可能性を疑問視する見解が多く出されていた[12]。

⑽　高柳信一「行政訴訟法制の改革」前掲論文339～340頁。

⑾　たとえば、2004年の行政訴訟法改正の際に、行政活動によって侵害された国民の権利利益の救済と、行政の適法性の確保という行政訴訟の二つの目的が条文上明記されることがなかった。目的規定の新設が見送られた理由としては、行政訴訟検討会の議論で以上の二つの目的を定める規定を設けるべきかどうかについて、意見の一致に至らなかったことがあげられていた（小早川光郎「改正の経緯と基本趣旨」小早川光郎ほか編『改正行政訴訟法』所収（第一法規、2005年）５頁参照）。

⑿　すなわち、実質的当事者訴訟は、公法と私法という実体法上の区別があることを前提とするものであるが、この前提に関しては、旧行政事件訴訟特例法制定当時から疑問を呈示し（高柳信一「行政訴訟法制の改革」前掲論文305頁）、民事訴訟との対比において実質的当事者訴訟に適用される特殊な訴訟手続がなく、したがって、実質的当事者訴訟の実益がないことや実質的当事者訴訟という特殊の判例法形成の可能性もないことを理由に、

その後、ア・プリオリに公法関係か私法関係かという実体法上の区別があることを前提とするのではなく、行政主体と私人との権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争を「実質的当事者訴訟」によらしめるべきかどうかは、行政事件訴訟特例法の定める職権証拠調べとか職権による訴訟参加、関係行政庁に対する判決の拘束力等（なお、現行行政訴訟法は実質的当事者訴訟につき同法第23条、第24条、第33条第１項、第35条の準用を規定している）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現れる。つまり、以上のような特則の適用のある実質的当事者訴訟が、行政主体と私人との権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争を法的に解決するための紛争処理手続として「適切」か否かという判断を経た上で、「紛争処理上適切」であるとするならば、当該紛争を実質的当事者訴訟によらしめることを決める権限を裁判所に委ねられていると解して、同訴訟の活用の可能性を示唆する「機能的見解」が提唱されたのである[13]。

実質的当事者訴訟活用の可能性を否定する見解（高柳信一「公法と私法」前掲論文39頁）や、当事者訴訟の制度は実体法上の公法と私法の区別から一つの必然性をもって導き出されたというより、この区別をア・プロオリに前提とすることにより、演繹的に構成されたにすぎないとした上、実質的当事者訴訟は実質的に無内容とならざるを得ないとして、実質的当事者訴訟を厳しく批判する見解（今村和成『現代の行政と行政法の理論』22～23頁（有斐閣、1966年））、さらに、実質的当事者訴訟を創設したことの意義は行政訴訟法23条の定める職権証拠調べの規定（23条）にあるとしつつも、しかしこれがほとんど行われていないことなどを理由とする同訴訟の消極論（原田尚彦『訴えの利益』38頁（弘文堂、1973年）も同時に主張されていた。以上のこれらの見解は、阿部泰隆「実質的当事者訴訟の蘇生？」季刊実務民事法六（1984年７月）９頁以下で詳細に紹介されており、同論文を参照されたい。

⒀　公法・私法一元論に対して、私法と同一視しえない当事者関係が存在するとしたうえ、行政作用ないし決定には処分と契約関係が複合的に混在している場合に、契約関係と処分を分けて、契約関係については公法上の当事者訴訟で争わせるとするのが行訴法の解釈として妥当ではないかとし、一定の場合に職権証拠調べは義務的ものとなると解しなければならないとする見解もあった（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巻第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巻第４号（1969年１月号）125頁参照））。東京地裁は、「…対等な当事者間の訴訟形式として民事訴訟と実質的当事者訴訟とがあるのに後者によるべきであるとの理由を示すことは、本訴の適否についての判断を左右するものではないが、…〔中略〕…その紛争について実質的当事者訴訟によらしめるべき法律関係と民事訴訟によらしめるべき法律関係を区別する基準をどこに求めるべきかはきわめて困難な問題であるが、右両訴訟形式の差異に照らし、当該法律関係が行政事件訴訟特例法の定める職権証拠調べとか職権による訴訟参加、関係行政庁に対する判決の拘束力等―なお、現行行政訴訟法は実質的当事者訴訟につき同法第23条、第24条、第33条第１項、第35条を準用している―を認めて

駒澤法曹第６号（2010）

他方で、実質的当事者訴訟の実益を否定する代表的な見解として、実質的当事者訴訟を創設したことの意義は行政訴訟法23条の定める職権証拠調べの規定（23条）にあるとしつつも、しかしこれがほとんど行われていないことなどを理由とする同訴訟の消極論が提起されていたのである[14]。ある論者は、実質的当事者訴訟の法定化の理論的背景が旧憲法61条の文理に反する解釈に由来するとし、また、行政事件訴訟特例法の立案関係者の頭が旧憲法型から現憲法型へと切り換えられたならば、旧憲法61条に由来する実質的当事者訴訟が導入されることはなかったであろうと論じている[15]。

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国営空港の供用行為は、運輸大臣が空港管理権と航空行政権とをその総合的判断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、一定の時間帯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権の行使の取消変更ないしその発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。」とする最高裁判決（昭和56年12月16日）その他を契機として、実質的当事者訴訟の活用

審理するのが相当か否かを基準とし、前者を実質的当事者訴訟によらしめるべきものとし後者を民事訴訟によらしめるべきものと考えるのが相当である。そうすると、現業国家公務員の懲戒免職等は、先に述べた公務員法規等、強行法規たる行為規範である公法規範の運用に関するものであるから、その効力の審査は右公法規範の運用すなわち行政の法適合性の審査を意味し、単なる被免職者等の個人的利益に関するのみならず公益に関するものというべきであって、実質的当事者訴訟によらしめるのが相当である。」と判示した（昭和45年12月26日・昭和36年（行）第97号東京郵政局長事件）。そのほか、園部逸夫「行政事件訴訟と民事訴訟」ジュリスト法学教室二期第２号82頁（1973年）。

⑭　原田尚彦「行政訴訟総説」現代行政法大系四所収118頁～119頁（有斐閣、1983年）。

⑮　この点について、ある論者は、「実質的当事者訴訟制度が戦前から提案されてきた理由は旧憲法61条の文理に反する解釈に由来する。戦後英米流の司法国家一元制度が導入されたとき、行政事件訴訟特例法の立案関係者の頭が旧憲法型から現憲法型へと切り換えられたならば、旧憲法61条の文理に反する解釈に由来する実質的当事者訴訟は導入されなかったであろう。」（傍点筆者）と述べており（阿部泰隆「実質的当事者訴訟の蘇生？」前掲論文８頁）、なぜ旧憲法61条の文理に反する解釈であるかについては、「旧憲法61条の趣旨は、その文理からすれば、すべての行政事件を司法裁判所の権限外とするのではなく、たんに行政訴訟のなかで行政裁判所の裁判に属するもののみが司法裁判所の権限外とするように見える」が、戦前の通説的見解によると、この旧憲法61条は公法上の法律関係に関する紛争を含むすべての行政事件に関する訴訟を司法裁判所の権限外とする点にあると解されており、同解釈は、旧憲法61条の文理に反する解釈と指摘されているのである（阿部泰隆前掲論文23頁）。

論を唱える見解が再び強調されることになる[16]。

以上の実質的当事者訴訟の活用論ないし蘇生論を分析し、当該訴訟に関して、「蘇生術は失敗し、患者も死んだ」[17] として、その後も「あってもなくてもよい制度」として同制度の安楽死といった無用論を唱える見解[18] もある。

他の論者からも、行政訴訟法４条が実質的当事者訴訟を一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づけるべき必要性は乏しく[19]、また、裁判実務上、民事訴訟との対比で、実質的当事者訴訟の固有な意義および独自性が理解されておらず、実務上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]。立法論としては、実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提案[21] もあった。

以上にみるように、実質的当事者訴訟の積極的活用論とその消極論ないし無用論があるなかで、実質的当事者訴訟が活用されなかったとすれば、それは、公法

---

⑯　これについては、園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊実務民事法四所収（1983年）、同「行政訴訟と民事訴訟」新・実務民事訴訟講座所収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収77頁以下（有斐閣、1984年）、高木光『事実行為と行政訴訟』278頁・334頁以下（有斐閣、1988年）、同「抗告訴訟」南博方編『条解行政訴訟法』68頁以下（弘文堂、1988年）、同「処分性の概念」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）。

⑰　阿部泰隆「実質的当事者訴訟の蘇生？」季刊実務民事法六（1984年７月）６頁以下、同『行政救済の実効性』96頁以下（弘文堂、1985年）、同「実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）。

⑱　その後も、実質的当事者訴訟について、「…有効活用どころか、かえって有害になることもありうる」として、解釈論として「安楽死」をすすめていた（阿部泰隆『行政訴訟要件論』259頁（弘文堂、2003年））。そして、公法上の確認訴訟の明文化に対しては、「今まで…実質的当事者訴訟を死刑にせよと言っていました。こういう制度はほとんど意味がない…〔中略〕…と主張していたが、生き返ったのですね。」（座談会「新行政訴訟法の解釈」判例タイムズ1147号（2004年）41頁の阿部泰隆の発言）と述べている。そして、同論者は、行政訴訟法32条の適用されない当事者訴訟など大きな意味がないと述べられている（鼎談「行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって」ジュリスト1263号（2004年）30頁の阿部泰隆の発言）。

⑲　芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』23頁（有斐閣、2006年）。

⑳　塩野宏『行政法Ⅱ〔第四版〕』236頁（有斐閣、2005年）。

㉑　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巻１号103頁（2004年）、同「行政訴訟改革について」法律時報73巻７号（2001年）66頁。

上の法律関係と私法上の法律関係の区別の困難さ[22]のうえで、1962年成立の行政訴訟法が実質的当事者訴訟を明示したといえ、わずかな特則を定めているだけで、活性化させるための法的装置（たとえば、判決の第三者効を定める行訴法32条の準用、仮処分制度の準用の明示化など）が十分につくられておらず、その展開を将来の学説・判例に委ねる立場を採ったという一種の行政訴訟法の法的不備あるいは不十分さに多く起因しているといえよう[23]。これらの結果として、裁

---

(22) 公営住宅などの使用関係にみられるように、同使用関係が公法上の法律関係にあるのか、あるいは私法上の法律関係にあるのかの区別が困難であって、同公営住宅などの利用関係をめぐる権利義務ないし法律関係の存否に関する法的紛争を解消するための訴えは、実務上、民事訴訟として扱われてきたのである。たとえば、第一審（東京地判昭和54年５月30日）は、公営住宅の使用関係を基本的に私法上の賃貸借であると捉えたのに対して、第二審（東京高判昭和57年６月28日）は、「一般私人間の建物賃貸借においては、当事者は互いに自己の信頼に値する者のみを相手として選択する自由があり、かつ自己の財産保全のためにはその必要があるから、当事者間に信頼関係の存することが建物賃貸借契約の存続の要件であり、かつ信頼関係が破壊されない限り、一方的に契約が解除されることはないと考えることができるが、公営住宅の賃貸借において、事業主体が入居者を決定するには、法16条ないし18条等の規定に基づき、もっぱら住宅に困窮する低所得者のなかからこれを定めるのであって、もともといわゆる信頼関係の相手方にふさわしい者を賃借人（入居者）として選択する自由はないのであるから、公営住宅の使用関係に、私人間の賃貸借関係に用いられる信頼関係理論を持ち込むことは相当ではない」としている。同様に、地位確認の訴えにおいても、民事上の地位確認と公法上の地位確認との区別が困難な場合がある。たとえば、飛騨市長が一旦原告を新増島保育園の運営事業者とする旨の決定をした後、これを解除したことが違法であるとして、原告が、被告・飛騨市長に対し、主位的に上記解除の取消しを求めるとともに、予備的に原告が保育園の運営事業者の地位にあることの確認を求めた事案において、岐阜地裁は、「飛騨市長が原告を保育園の運営事業者とする旨の決定によって、「当然に委譲契約が成立するものではなく、原告と被告は、引き続き、新増島保育園運営についての基本的事項や土地・建物の使用貸借契約等に関し、細部について協議し取り決めた上で、最終的に委譲契約を成立させる必要がある以上、その過程において、両者が真摯な協議を行ったにもかかわらず、相当な事由によって合意に達せず、委譲契約が不成立に終わることも当然予想されるところであり、原告が本件決定によって取得した法的地位も、そのようなおのずから限られた範囲のものであるといえる。したがって、委譲契約成立のための協議の継続を実際上不可能ないし著しく困難にするような相当な事由があるときは、当事者の一方は、本件決定によって相手方が取得した法的地位を消滅させることができるものと解するのが相当である。」（岐阜地方裁判所平成17年（行ウ）第９号・平成19年８月29日判決）と判示している。この判決は、私法上の契約締結の準備過程における紛争として、公法上の当事者訴訟ではなく、民事訴訟と見ているものとされ、かくして、地位確認請求訴訟に関しては、民事上の地位確認と公法上の地位確認との限界が微妙な場合が少なくないとされている（碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向㈠」自治研究第85巻第３号29頁（2009年））。

(23) 公法上の確認訴訟の活用に関して、ある論者は、「…これまで本当に使えたのか。少しは使える場合があったと思うのですが、どこまで使えるのかよくわからない。このまま、公法上の確認訴訟の活性化に関する具体的な規定を置かないで済ませるというのはひど

判実務上、民事訴訟との対比で、実質的当事者訴訟はその固有な意義および独自性が理解されておらず、実務上必ずしも重要な意味をもつものではないとされてきたし、学界を含む法曹界による実質的当事者訴訟の活性化のための努力が足りなかったことに求めることも可能であろう。その結果として、国などの行政主体に対する私人の権利ないし義務の不存在や地位の確認を求める訴訟などのように、一部の定型的な事例[24]を除けば、実際に、実質的当事者訴訟の形式をとって行

い立法作業だなと思います。」（傍点筆者）と論じており、本案審理入りのための要件審理の一つとしての確認利益が如何に認められるかどうかに関しても、「…結局すべて将来に丸投げしてしまって、何も解決していない立法ではないか。…〔中略〕…少なくとも確認の利益は利害関係があれば認める。民事訴訟一般に丸投げしない、という立法政策が必要だったのではないか。」（阿部泰隆・鼎談28頁）と評している。ここで、「鼎談」とは、小早川光郎ほか編「鼎談行政訴訟検討会の「考え方」をめぐって」ジュリスト1263号（2004年）を指す。そのほか、論者によって、従来の行政訴訟法４条が当事者訴訟を定めている以上、確認請求ができるのは当たり前であって、現状は何も変わっていないとして、確認訴訟が法定されたことが目新しいものではないとの指摘があるように（座談会「改正行政訴訟法は、国民・住民の包括的・実効的な権利利益救済を可能にするか」法律時報77巻３号（2005年）13頁の安念潤司発言）、公法上の確認訴訟の活性化に対する懐疑的な見解もある。論者によっては、「確認訴訟が活用されることのなかった分野においても、これを積極的に活用することを促し、行政立法、行政計画、行政指導など、取消訴訟を中心とする抗告訴訟による解決が困難な行政活動をめぐる紛争の解決のために、この訴訟を活用しようとする」ところに、立法者の意図があるとされつつも、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟の明示（法４条後段）は、今回の改正のなかでも、表面上の変化の小ささと隠れた期待の大きさと乖離のもっともはなはだしい例」であるとされ、「法全体の仕組みをそのままにして、一片の確認規定を挿入することのみによって、新たな分野での積極的活用に期待するといわれても、ある種の“戸惑い”を禁じえないのではないか」（山田洋「確認訴訟の行方」法律時報第77巻第３号45頁（2005年））と述べられている。以上は、改正法が公法上の確認訴訟を活用させるための法的装置を講じていないことを理由に、改正法の法的不備あるいは不十分さを指摘する見解であろう。他の論者は、今回の行政訴訟法の改正について、「従来からの行政訴訟法のあり方を抜本的に改革しようという立法者（後述の検討会関係者など）の強い期待が込められている」としつつ、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟の明示（法４条後段）は、今回の改正のなかでも、表面上の変化の小ささと隠れた期待の大きさと乖離のもっともはなはだしい例」であるとの指摘を行っている（山田洋「確認訴訟の行方」前掲論文45頁）。

(24) 実質的当事者訴訟の事例としては、〔一〕処分等の無効を原因とする法律関係に関する訴訟として公法上の金銭支給請求訴訟（たとえば、租税過誤納返還請求訴訟、議員の歳費・公務員報酬・年金の支給請求訴訟、公法上の事務管理費用請求訴訟）、〔二〕公法上の身分・地位等の確認を求める訴訟（たとえば、公務員たる地位の確認の訴え、国籍確認の訴えなど）が考えられる。第159回国会法務委員会（平成16年４月27日）でも、公法上の確認訴訟について、改正前の旧行政訴訟法の下においても可能であるとの指摘がなされている。その具体例としては、薬局の開設を登録制から許可制に改めた薬事法の改正が憲法22条１項違反であることを理由に、すでに登録を受けている者は改正後でも許可を受けずに引き続き薬局の営業をすることができることの確認を求めた訴訟（最高裁大法廷昭和50年４月

われた訴訟は、まれであって、活用されることはなかったと評価せざるをえない。翻って、行政訴訟法上、実質的当事者訴訟を活性化させるための法的装置（特則規定を含む。）が十分につくられていたとすれば、これらの法律関係の区別が困難であることを理由にせずに、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実質的当事者訴訟に持ち込まれ、法的に解決されるはずであろう。

以上の実質的当事者訴訟の活路に関する行政訴訟法の法的不備あるいは不十分さを十分に承知した上で、実質的当事者訴訟の活用化のための制度的装置について具体的に提言しているとすれば、これは解釈論上のみならず、これからの立法論としても十分に傾聴に値する。かりに行政訴訟法の改正に関わった立法関係者が実質的当事者訴訟の活性化のための法的装置をあえて提供せず、あるいはつくることができずに、単にその展開を将来の学説・判例に委ねる立場を採り、あたかも現行法の下でその活性化がされうるごとく、活性化論を積極的に唱えているとすれば、それは、そもそもの制度設計の観点からすれば、立法関係者が活性化のために本来有すべき緻密な立法的装置をつくることなく、その責任を裁判実務に丸投げしているといった意味における責任転嫁であるという批判を受けることになるかも知れない。この批判は、立法関係者に限らずに、同様に活性化のための具体的な法的装置を言及することなく、単に活性化の主張をする行政法学者にも同然に当てはまることになろう[25]。

30日・薬局開設の距離制限違憲判決）、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払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８月27日、東京高裁平成５年12月22日・債務不存在確認請求控訴事件）、ごみの収集場所をダストボックスに限定した廃棄物処理計画が無効であるとして、従来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７年11月28日・家庭廃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、国籍法２条３号に該当するとして日本国籍の確認を求めた訴え（最高裁平成７年１月27日・置き去り男児国籍確認請求事件上告審判決）、在外邦人の選挙権の確認（最高裁大法廷平成17年９月14日・在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件、在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決）、これらのいずれの事例は、いわゆる法定外当事者訴訟の一類型として公法上の確認訴訟として適法なものと認められている。

(25) 1962年に行政訴訟法が制定されてから、学説上、無名抗告訴訟の活用が期待されていた。しかし、無名抗告訴訟は、実際に「さしたる判例法による展開はされていない。」と指摘され、その理由としては、「典型抗告訴訟の法定」が挙げられていた（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究45号（1983年）136頁）。他方では、「明文の規定のない訴訟方式の開拓を裁判所にゆだねるということが、行政事件訴訟の立法政策として果たして賢明であったかどうか一考を要するところであろう。」（園部逸夫「現代行政と行政

(3) 改正法における公法上の確認訴訟の明示とその経緯

新たな立法措置が講じられることなどによって、実質的当事者訴訟をめぐる状況が具体的に改善されることのないまま、改正法は、従来の実質的当事者訴訟の定義規定（４条）のなかに「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を挿入し、実質的当事者訴訟の一つとして「公法上の確認訴訟」を新たに明示した。そして、これをうけて、実質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟の活用論を積極的に主張する論者らがある[26]。つまり、公法上の確認訴訟の明示に対しては、これが新たな救済ルートの模索の第一歩というよりも、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。

ところが、以上の公法上の確認訴訟を明示し、したがってまた、公法上の確認訴訟を積極的に活用すべしとする意見に対しては、かつての1948年成立の行政事件訴訟特例法（１条）と1962年成立の行政訴訟法（４条）によって実質的当事者訴訟が法定化されてからも、実質的当事者訴訟を活性化させるための法的装置が十分につくられていなかったため、その活性化積極論と消極論の対立が顕在化し、当該訴訟は総じて活用されることがなかったのではないかという実態ないし評価が相対的に正しいとすれば、改正法上、公法上の確認訴訟の明示化とともに、何らかの形で同訴訟を活性化させるための具体的な法的装置がつくられるべきではなかったのかと思われる。

当初、「考え方」における全体意見（＝多数意見）は、公法上の確認訴訟の必

訴訟」公法研究45号（1983年）157頁））と述べられている。以上は、無名抗告訴訟の活用に関するものであるが、無名抗告訴訟が活用されなかったのは、裁判所の実定法準拠主義の傾向に起因するものといえよう。ある論者は、公法上の法律関係に関する訴訟を漸次発展せしめるためには、公法私法の区別や公法一般の法原理を構想することではなく、行政領域ごとの独自の法原理を形成・構築し、それに関する特殊の判例法を形成させる明確な志向が必要だと述べられている（高柳信一「公法と私法―わが国行政法諸原理の批判的考察―」高橋勇治・高柳信一編『政治と公法の諸問題』33頁所収（東京大学出版会、1963年）が、裁判所の実定法準拠主義の傾向が是正されない限りにおいては、2004年の改正法が公法上の確認訴訟を明示化しただけでは、判例法上、公法上の確認訴訟の活性化は期待されないのではないかと思われる。

(26) 抗告訴訟が使えないときに確認訴訟の活用を唱えるものとしては、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』322頁（三省堂、2007年）、そのほか、中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌130巻６号966頁（2004年）参照。

要性についてはこれを容認しつつも、確認訴訟を改めて条文として流し込み、明示することを予定していなかった。その後、法制化の立法実務過程において確認訴訟を実質的当事者訴訟の定義規定（４条）のなかに挿入し、これを明示するという法技術が採用されたのである。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」の少数意見が今回改正法案の法制化の最終段階で採用されるという「急転直下」の「事件」が起こったとして、急転直下事件の発生の理由やその経緯が不明のままで、少数意見が改正法案の法制化の最終段階で採用されるのは、おそらく法制史上、以上の限りではないかと思われていた。だが、その後、公法上の確認訴訟が当事者訴訟の定義規定（４条）のなかに挿入され、明示されることになった経緯が明らかになり[27]、こうした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については別論にして、公法上の確認訴訟の明示は、1948年制定の旧行政事件訴訟特例法（１条）と1962年制定の行政訴訟法（４条）が実質的当事者訴訟を明文化した当時と異なる理由によるものであることを断っておきたい。

すなわち、1948年制定の行政事件訴訟特例法（１条）と1962年制定の行政訴訟法（４条）によって実質的当事者訴訟が法定化されたのは、主に、当時立法に関わった一部の行政法学者が実体法上の「公法と私法の峻別論」を前提として、公法上の法律関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続によらしめることができないという解釈論がその理論的根拠になっていたのである。

以上に対して、2004年の改正法による「公法上の確認訴訟の明示」とその活用論は、公法と私法という実体法上の区別があることを前提とする従前の実質的当事者訴訟と違って、私人の権益救済の実用的かつ便宜的な必要性に基づいて主張されているものといってよい。私人の権益救済の実用的かつ便宜的な必要性とは、

---

(27) 急遽、法制化の段階で、改正法は、行政訴訟法４条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」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、とくに少数意見が改正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関しては、斉藤浩『行政訴訟の実務と理論』321頁（三省堂、2007年）参照、そのほか、拙著「改正行政訴訟法に関する一考察（三・完）～韓国の改正法案を手掛かりに～」平成法政研究第11巻第１号27頁以下参照（2006年10月）。

裁判所が処分性の厳格な理論的枠組み（公権力性、直接法的効果性および紛争の成熟性など）を用いて、処分性の範囲を狭く解しているなかで、現行の抗告訴訟の訴訟類型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の下で、私人の権益の十全な救済保護のためには、行政の行為形式の多様化に応じた権利救済の必要性が当然に求められるということを意味する。この視点からすれば、実質的当事者訴訟は、処分性を要件とする抗告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関係の存否をめぐ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のルートとして位置付けられるのである。理論上、かりに処分性の理論的枠組みから弾き出されるさまざまな行政作用によって私人の権益が侵害されたという疑いがあるときに、これに対する裁判的救済保護の途の拡大を図ることを目的として、新たな訴訟のルートを考究する際には、公法上の確認訴訟による救済保護制度に限らず、当然、行政訴訟法４条の定める「その他の公法上の法律関係に関する訴訟」、いわゆ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求められるであろう。

他方では、救済の必要性とその実効性などの観点から、本来に処分性を有しない行政決定ないし作用が処分性の拡大の操作（たとえば、解釈論上の形式的行政処分論）によって取消訴訟の対象とされる場合には、これらの行政決定ないし作用にも定型的行政行為に存在する効力である公定力、また出訴期間の制約などが付着してしまうという理論的難問を回避するために、処分性の拡大という方法をとらずに、実質的当事者訴訟の活性化を唱えているという側面をも否定できない。言い換えれば、実質的当事者訴訟の活用論は、処分性の拡大によって生じうる理論的な難問を避ける方法として、かつ処分性を要件とする抗告訴訟の権利救済機能の限界を是正することを目的とし、行政訴訟法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ってよい。

しかし、処分性の拡大によって生じうる理論的な難問のなかで、公定力の問題は、「行政訴訟は民事訴訟の提起を妨げないとして、国民は民事訴訟と行政訴訟のいずれをも提起することができるとした日本弁護士連合会・行政訴訟法案第３条（2003年３月13日）」の立法化によって解決されるべきである。また、公定力とは、申請に対する処分ではなく、もっぱら不利益処分がなされ、さらに後続の

不利益処分が法定されており、かなり高い確率で課されることになっているとき、初めて問題となり、この場合にも仮の権利救済制度である執行停止が柔軟に活用されるとすれば、処分性の拡大による公定力の問題は部分的なものにすぎない。そして、本来に処分性を有しない行政決定ないし作用が処分性の拡大によって取消訴訟の対象とされる場合に、これらの行政決定ないし作用にも出訴期間が付着してしまうという出訴期間の制約の問題は、私人が裁判所に取消訴訟による権利救済を求める以上、紛争の早期の解決や法的安定性の確保という観点からすれば、一理のある必要な制度であり、出訴期間が私人の訴訟準備に十分なものであるかどうかで議論すべき問題である[28]。このため、2004年改正法による出訴期間の延長が図られた点を考慮すれば、これらの行政決定ないし作用が処分性の拡大によって取消訴訟の対象とされ、これらの決定ないし作用に対して出訴期間の制約があるとしても、これは、何ら問題にならないのではないかと考えられよう[29]。

かりに実質的当事者訴訟の活用論が処分性の拡大によって生じうる理論的な難問を回避する有効な方法だとしても、実質的当事者訴訟の活用論における理論上最大のハードルは、公法と私法の区別にとどまらず、「権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争の成熟性」の可否を如何にとらえられるかにあるのではないかと思われる。特定の行政決定ないし作用が処分性を有しないとされたのは、そもそも、これらの決定ないし作用が「直接国民の権利義務を形成しまた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」ではないこと（最一小判昭和39年10月29日・ごみ焼場設置条例無効確認等請求上告事件）を理由としているのに、実質的当事者訴訟においてはこれらの決定ないし作用に対する不服の訴えが、如何なる理由により、行政主体と私人といった当事者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法的紛争として成熟しうるのか、という疑問点がある。つまり、実質的当事者訴訟における権利義務ないし法律関係の存否

---

(28) この点については、拙著「2004年行政訴訟法の改正に関する一考察～韓国の行政訴訟法改正案を手掛かりに」早稲田法学81巻３号（2006年）参照。

(29) ほかに、処分性の拡大による抗告訴訟がカバーする範囲の拡張や、処分性の承認と取消訴訟の排他性および出訴期間の制限の適用とを切り離す形式的行政処分論を支持する見解については、亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号（2006年４月15日）８～９頁参照。

をめぐる紛争とは、かりに「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」ことまでの成熟性を要するものではないとすれば、如何なる程度の「紛争の成熟性」を求められるかどうかを具体的に明らかにしなければならない。さらに、実質的当事者訴訟における「紛争の成熟性」の程度が具体化されたとすれば、その具体化に対しては、抗告訴訟類型の明示と、これらにおける処分性を媒体概念とする「紛争の成熟性」を定める行政訴訟法の趣旨、とりわけ同法37条の２・37条の４の定める「重大な損害」との関係から、その合理的な根拠が提示されなければならないのではないかと思われる。

以上のような理論上のハードルがあるにせよ、1948年の行政事件訴訟特例法による実質的当事者訴訟の法定化と、2004年の改正法による公法上の確認訴訟の明文化は、その背景および理論的根拠において以上のような相違点を有するものの、両者は、学説の到達点として採択されたわけでなく、立法検討過程において意見の不一致があったにもかかわらず、最終的に採択されたという点において共通点を有するのである。

そして、改正法上、公法上の確認訴訟が明示化された以降、現状認識として公法上の確認訴訟が活性化されたとすれば、私人の権利利益の救済保護の途を広げるものとして一定の評価をすることができよう。だが、改正法上、公法上の確認訴訟の明示化とともに、何らかの形で同訴訟を活性化させるための具体的な法的装置がつくられてしかるべきではなかったか、あるいは「紛争の成熟性」の程度が解釈論上具体化されるべきではなかったのかという観点からすれば、程度の問題になるにせよ、公法上の確認訴訟の活性化に対する期待ないし肯定的な評価をすることは時期尚早であることはもちろんのこと、そもそも活性化には限界が内在しているのではないかと考えられよう。

いずれにしても、改正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、民事訴訟との関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。現在、改正法の施行の故に、実質的当事者訴訟の積極的活用論とその消極的活用論は、当然、抗告訴訟（義務付け訴訟および差止め訴訟）との関係において実質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟の可否に関する検討が求められているといってよい。これらに対する十分な

検討を待って、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟がさまざまな行政決定ないし作用から私人の権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として活性化されうるかどうかの可否は論じられるべきであろう。

3　実質的当事者訴訟の射程範囲に関する解釈試論

⑴　射程範囲の処分性基準説

周知のとおりに、私法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争につき、同紛争の法的解決を求める訴えが民事訴訟である。そして、民事訴訟の類型としては、形成訴訟、給付訴訟および確認訴訟がある。これらに倣い、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争については、これらの紛争が行政訴訟法４条の定める実質的当事者訴訟の管轄事項となり、とくに、これらの関係に関する確認の訴え（以下、これを「公法上の確認訴訟」という。）が行政訴訟法４条のなかに新たに明示されたのである。

行政訴訟検討会の配付資料でも、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の行政訴訟法４条の定める実質的当事者訴訟には、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[30]。

かつて、行政決定ないし作用を、①公権力の行使、②公権力の行使と私経済作用の複合、③純粋の私経済作用という三つの法律関係に分け、②に対してはこれを「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[31]、および行政行為を媒介として生じた違法状態という形に吸収しえない行政の違法状態を解消する方法として、しかも「取消訴訟の負担過重」という現象を緩和するための「処分概念の純化」

⑶⓪　配付資料では、「“行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為”（行政訴訟法第３条第２項参照）を訴訟の対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、公法上の法律関係に関する確認の訴えは、“公法上の法律関係に関する訴訟”（行政訴訟法第４条参照）の一形態として可能な場合があるのではないか。公法上の法律関係に関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釈上否定はされないのではないか。」（行政訴訟検討会（第26回）議事録配付資料七（平成15年11月28日））と述べられている。

⑶①　園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊実務民事法四所収（1983年）17～18頁。

に基づく「実質的当事者訴訟の活性化論」[32] が主張されてきた。

とくに、旧行政訴訟法の下では、義務付け訴訟および差止め訴訟、いわゆる給付訴訟が定められていなかったが故に、さまざまな行政決定ないし作用による私人の権利利益の侵害に対する救済保護のルートの拡大を追求するとすれば、義務付けまたは差止めの訴えは、当然、処分に関わるものについては法定外無名抗告訴訟[33] として、あるいは処分に関わらないものついては、実質的当事者訴訟としてその活用が謳われた。

以上のことを踏まえれば、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、これらに対する訴えを実質的当事者訴訟の射程範囲としてその活用の可能性を探る「抗告訴訟と実質的当事者訴訟の線引き」が考えられているようである。言い換えれば、「実質的当事者訴訟の射程範囲」は、抗告訴訟の対象性たる処分性の有無によって決まるという処分性を基準とするものである。これは、比較的に単純であるが故に、分かりやすい基準として、「射程範囲の処分性基準説」と称することができる。

---

(32) これについては、高木光『行政訴訟論』49頁以下、55頁・62頁・94頁、同「処分性の概念」ジュリスト1234号18頁以下（2002年）。

(33) 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、三権分立の制度上当然守らるべき司法権の限界を逸脱し、実質的には裁判所が行政庁に代って自ら行政処分をすることになることや、裁判所として行政庁の第一次的判断権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、「先行処分の取消判決の違法とした理由以外の理由をもって再び同一の拒否処分をなす余地がなく、申請に応じた処分をなすべき行政庁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、当事者の権利救済が得られず、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、行政庁に対する義務づけ訴訟も許されると解するのが相当である。」（大阪高判昭和50年11月10日・昭和47年（行コ）第32号、昭和48年（行コ）第３号児童扶養手当認定請求却下処分取消請求控訴事件）とされており、「行政庁がある行政処分をなすべきこと、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、その処分の性質上右法律に基づく行政庁の行政処分をまって、事後的に司法審査を受けるという手続をとる必要性に乏しく、しかも行政庁の行政処分を待っていて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、行政庁に行為もしくは不行為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。」（高松高判昭和51年１月28日・昭和50年（行コ）第10号、昭和50年（行コ）第５号・船員保険遺族年金支給決定処分取消請求控訴事件）と述べられている。

こうした「射程範囲の処分性基準説」に立って考えると、実質的当事者訴訟の入り口問題としてその許容の範囲はきわめて広くなる。したがって、この説は、実質的当事者訴訟の活性化論につながるものといってよい。

また、同説は、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争が生じた場合に、同紛争を行政事件として理論構成した上、これを行政訴訟法４条の定める実質的当事者訴訟の射程範囲とする点において、従前の公法と私法という実体法上の区別があることを前提として、民事訴訟と区別される行政訴訟の存在意義や行政事件の特殊性を強調し、それ自体独立した自足完結的な法典を目指すものと考えられよう。言い換えれば、行政訴訟法は、民事訴訟法の特則として民事訴訟法の準用を受けるという必要最小限の行政訴訟法ではなくなるのである。そして、同説は、当然のこととして、実質的当事者訴訟を抗告訴訟に並ぶ権利救済の重要なルートとして位置づけるものといってよい。つまり、実質的当事者訴訟は、確認の利益を必要とする公法上の確認訴訟を除き、決して抗告訴訟の補充的なもの（継子）ではなく、その活用如何によって取消訴訟中心主義を緩和するものとして、抗告訴訟に劣らず、行政活動から私人の権利利益を救済保護しうる包括的な訴訟類型としてとらえられるものであろう。

最後に、実質的当事者訴訟の一類型として公法上の確認訴訟のさらなる活性化を図るために、あえて同訴訟を行政訴訟法４条のなかに流し込んだのも、当然、「射程範囲の処分性基準説」をその理論的下敷きにしていると思われよう。

⑵　判決の法的効果基準説

１）実質的当事者訴訟としての形成訴訟の許容可否について

いうまでもないが、実質的当事者訴訟としての形成訴訟は、許容されない。行政訴訟法は、財産権の行使を含む私経済活動をめぐる行政主体と私人の紛争を除いて、行政事件の紛争の場合に、同紛争を法的に解決する方法の一つとして、行政主体を被告に、処分性を要件とする形成訴訟、とりわけ取消訴訟を定めている（３条）。このため、同法３条はその解釈から、私人が行政処分を不服とする当該取消訴訟以外に一切の形成訴訟を排除するものだということになれば、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争が生じた場合に、私人が裁判所に対

して同紛争の法的解決を図る方法として形成的効果の判決を求める訴えは、以上の同法３条により、却下されることになる。つまり、抗告訴訟としての形成訴訟を除き、実質的当事者訴訟としての形成訴訟は、行政訴訟法上、排除されるものと解されることになる。

以上のように解することのできる理由としては、かりに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法的に解決する方法の一つとして形成訴訟を実質的当事者訴訟として許容することになれば、これが取消の訴え＝形成訴訟に関して、取消訴訟の対象として「行政処分」を要件とする行政訴訟法３条に悖り、同処分に対してのみ判決の形成効＝形成の法的効果を定める行政訴訟法の仕組みを反故にするものと考えられるからである。言い換えれば、判決の形成効を求める訴えは、抗告訴訟としての取消訴訟のみにおいて許容されるので、実質的当事者訴訟には許容されないということになる。

以上のような意味において実質的当事者訴訟の射程範囲論は、処分性という抗告訴訟の対象性を基準とする「処分性基準説」でなく、行政訴訟法が如何なる訴訟類型を定め、そして同訴訟類型のなかで如何なる判決の法的効果を定めているのかという判決の法的効果を基準として線引きすることも解釈論上可能となろう。これは、「判決の法的効果基準説」と称することができよう。

以上の「判決の法的効果基準説」という解釈は、処分性の理論的枠組みから弾き出される、いわゆる処分性を有しない行政決定ないし作用に対する裁判的救済保護の必要性を主張し、処分性を有しない行政決定ないし作用に対しては包括的訴訟類型としての実質的当事者訴訟を求める以外に当該紛争解決ための適切な手段がないことを前提に、実質的当事者訴訟を許容すべしとする「実質的当事者訴訟の射程範囲の処分性基準説」を正面から否定するものといってよい。

２）実質的当事者訴訟としての給付訴訟の許容可否について

改正法の下においても、「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[34]。

---

(34) 斉藤浩『行政訴訟の実務と理論』346頁（三省堂、2007年）。

駒澤法曹第６号（2010）

かつて、県職員の給与を抑制する条例を制定したことが違法であるとして、被告＝県に対して減額されなければ得られたであろう賃金の支払を求める訴えが、行政訴訟法４条所定のいわゆる実質的当事者訴訟として許容された（名古屋地裁判決（第１審）平成17年１月26日平成11年（ワ）第4085号など）。

ところが、改正法が「義務付け訴訟」（３条６項、37条の２・３）および「差止め訴訟」（３条７項、37条の４）を新たに設けている。このため、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法的に解決する方法としては、給付訴訟としての実質的当事者訴訟の活用を検討する前に、行政訴訟法の仕組みから、まず、一定の処分を行うことを求める義務付け訴訟および「差止め訴訟」の可能性について詮索する必要があるのではないかと考えられる。なぜなら、以上の事例の場合に、差額給与の支払決定といった一定の処分を行うことを求める義務付け訴訟（３条６項、37条の２）の活用も改正法の予定するところであることはもちろんのこと、いずれの訴訟類型による救済がより直截的な救済となり、より実効的な救済となるかどうかの検討が求められるからである。もちろん、義務付け訴訟や差止め訴訟の射程範囲は、「一定の処分」の解釈如何に密接な関わりを有しているため、ここでも、処分性の拡大論は避けて通れない主要な論点となる。

さらに、改正法の下で、「判決の法的効果基準説」に即して考えると、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、同紛争を法的に解決する方法の一つとして給付効を求める実質的当事者訴訟が許容されないことになる。これは、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争の法的解決方法の一つとしての形成効、とりわけ取消の判決を求める実質的当事者訴訟が許容されないことと同様に、行政訴訟法の仕組みの解釈によるものである。なぜなら、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、行政決定ないし作用が処分性を有しないという理由だけで、同紛争を法的に解決する方法の一つとして給付訴訟が実質的当事者訴訟として許容されることになれば、これは、義務付け訴訟および差止め訴訟の対象として「一定の処分」を規定する行政訴訟法３条６項・７項や、「重大な損害を生ずるおそれがあり」という「重大な損害の可否」および「その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」という「補充性の有無」を定める同法37条の２第１項・37条の４第１項や、法令に

基づく申請権の有無を前提として義務付け訴訟を定める同法37条の３第１項・第２項に悖り、かつ、これの要件を満たした場合に初めて判決の給付効＝給付の法的効果（いわゆる義務付けないし差止めの判決効）を定める行政訴訟法の仕組みを反故にするものと考えられるからである。

以上の解釈は、行政訴訟法が処分性を抗告訴訟の要件として、形成効を定める形成訴訟や給付効を定める給付訴訟を訴訟類型として定めているため、かりに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としても、これらの紛争を法的に解決する方法として形成または給付の法的効果を求める実質的当事者訴訟を許容しないとする考え方である。むろん、これは、行政訴訟法の仕組みの厳格な解釈として、私人の権利利益の救済保護のルートを狭めるものと批判されよう。

しかし、以上の厳格な解釈は、行政訴訟法が給付訴訟に関して前掲のような要件を定めていることによるものである。そして、以上の批判は、さまざまな行政決定ないし作用から私人の権利利益を十全に救済保護するためには、義務付け訴訟および差止め訴訟の対象たる「一定の処分」を取消訴訟の対象たる処分性の拡大よりも、さらに一層の拡大を図り、また、「重大な損害」および「補充性」の要件を緩やかに解することにより、回避できるものと考えられよう。

従来、訴訟実務上でも、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、まず行政機関の処分が出るのを待って、最終的に当該処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。「法律上の争訟」という要件をクリアすることや、取消訴訟には適法性統制機能、早期権利保護・既成事実発生予防機能、紛争の一挙解決の機能、第三者救済機能というメリットがあること[35]を勘案すれば、裁判実務上、処分性の拡大を大幅に行い、これによる取消訴訟とその他の抗告訴訟の積極的な活用がより望ましいといえよう。

３）実質的当事者訴訟としての確認訴訟の許容可否について

行政訴訟法の仕組みの解釈から、処分性を有しない行政決定ないし作用が抗告

---

(35) 芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』28～29頁（有斐閣、2006年）。

訴訟の対象にならないという理由のみでは、これらの行政決定ないし作用に対する形成または給付の法的効果を求める実質的当事者訴訟は許容されないとすれば、行政訴訟法４条のなかに新たに明示された公法上の確認訴訟が最後として残ることになる。だが、確認訴訟の場合にも、実質的当事者訴訟の射程範囲を画するものとして「射程範囲の処分性基準説」ではなく、「判決の法的効果基準説」に立つと、行政訴訟法３条が無効等確認訴訟（４項）および不作為違法確認訴訟（５項）を定めているため、かりに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としても、これらの紛争を法的に解決する方法の一つとして「確認」という判決効を求める実質的当事者訴訟、とりわけ公法上の確認訴訟は、行政事件として許容されないことになる。だとすれば、改正法４条による公法上の確認訴訟の明示は、当然、「判決の法的効果基準説」に齟齬を来すものとなる。以上の「判決の法的効果基準説」を貫くとすれば、行政訴訟法４条の定める給付訴訟としての実質的当事者訴訟のみならず、改正法４条が新たに明示した「公法上の確認訴訟」も、訴訟の類型として無意味のものになってしまい、活用される余地がなくなるのではないかと思われよう。

ところが、出訴期間の徒過の故に、行政処分を不服とする者が取消訴訟を提起できなかった場合にも、当然無効の行政処分については、無効等確認訴訟を提起することができるという意味において、無効等確認訴訟が取消訴訟の補完として位置づけられており、かつ無効の原因となる瑕疵が取消の原因となる瑕疵と区別されているという無効等確認訴訟の性質や、また不作為違法確認訴訟が本来、改正法３条６項によって新たに設けられた「義務付け訴訟」に吸収されるべきものだと考えれば、解釈論上、「判決の法的効果基準説」に立ったとしても、行政訴訟法４条のなかに新たに明示された公法上の確認訴訟が最後として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法的に解決する実質的当事者訴訟の一つとして残ることになる。こうした解釈は、公法上の確認訴訟が改正法４条によって新たに明示されたことの趣旨に符合するものであろう。

しかし、公法上の確認訴訟の許容性は、確認の利益や紛争の成熟性をメルクマールとして、他の訴訟類型との関係において論じられるべき問題である。義務付け訴訟および差止め訴訟の対象として「一定の処分」を規定する行政訴訟法３

条６項・７項や、「重大な損害を生ずるおそれがあり」という「重大な損害の可否」および「その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」という「補充性の有無」を定める同法37条の２第１項・37条の４第１項や、法令に基づく申請権の有無を前提として義務付け訴訟を定める同法37条の３第１項・第２項の趣旨などからすれば、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても、確認の利益ないし紛争の成熟性を肯定するためには、行政決定ないし作用（不作為を含む。）により私人の法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、少なくとも、行政決定ないし作用により私人に重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必要であると解すべきである[36]。むろん、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいて確認の利益な

---

[36] 下級審の判例の中には、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、大阪府公安委員会から道路交通法71条の３第１項等に基づいて基礎点数１点を付されたことに対し、上記告知が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、大阪地裁平成18年（行ウ）第144号・平成19年８月10日第２民事部判決は、「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択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〕方法選択の適否（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択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。」とし、「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、原告の法的地位に対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続により早急に確認することが必要かつ適切であり、かつ、当該手続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。」とした上、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条６項）及び差止めの訴え（同条７項）を法定しており、このことが、公法上の法律関係に関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〕の方法選択の適否に影響するのかについて検討を加える必要があるとし、義務付けの訴えの要件を定める行訴法３条６項１号や差止めの訴えの要件を定める行訴法３条７項の文言および趣旨からすれば、行訴法３条６項１号の義務付けの訴えないし同条７項の差止めの訴えのような類型の訴訟について、争訟の成熟性、すなわち、そのような訴訟類型による救済を認める現実的必要性等が存在するものとして、訴訟制度に必然的に内在する要請としての（広義の）訴えの利益を肯定することができるための要件を当該訴訟類型に即して具体的に明らかにしたものと解されるのであり、このような訴えの利益の内実を政策的観点から限定、拡張等する趣旨を読み取ることはできないとし、「そうであるとすれば、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても、確認の利益を肯定するためには、行政の活動、作用等（不作為を含む。）により国民の法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、少なくとも、行政の活動、作用等により国民に重

いし紛争の成熟性のメルクマールとして重大な損害の要件ではなく、事実上の損害で足りるとする立法論を主張することは、全く問題とならない。

従来、裁判実務上、土地区画整理事業計画などの行政計画によって公法上の権利義務ないし法律関係が形成されたとしても、現時点において処分の特定が困難であるときには、当該公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争に対しては公法上の確認訴訟を含む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適切な手段がないため、実質的当事者訴訟が許容されるはずであるにもかかわらず、行政計画そのものに対する確認訴訟の訴えが法律上の利益を有しないことを理由に、不適法とされていた(37)。

他方では、横川川事件において、「本件河川の管理主体である国を被告として、控訴人が本件箇所について河川法第６条第１項第１号の河川区域である場合に負担すべき同法上の義務を負わないという公法上の法律関係の確認を求める当事者訴訟（実質的当事者訴訟）を提起することが可能であり、当事者間の争いの根本的原因が行政庁の公権力の行使そのものにあるのではなく、その前提たる公法上の法律関係の存否の認識の対立にある本件のような場合においては、むしろ、右の方法によることの方がより紛争の実態に即した抜本的な解決が図られるというべきである。」（高松高等裁判所（控訴審）昭和63年３月23日昭和59年（行コ）第６号・河川区域でないことの確認請求控訴事件）とされ、裁判実務上、公法上の確認訴訟の活用について言及されている。

以上に対して、横川川事件の上告審は、「上告人が、河川法75条に基づく監督処分その他の不利益処分をまって、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復しがたい重要な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということはできないから、上告人は、あらかじめ河川管理者たる被上告人が河川法上の処分をしてはならない

大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必要であると解すべきである。」と判示している。

(37)　東京高判昭和56年11月30日判時1030号25頁、東京地判平成10年11月25日訟務月報45巻７号1397頁など参照。ちなみに、最高裁大法廷（裁判長･島田仁郎長官）は土地区画整理事業計画決定の取消請求訴訟において、2008年９月10日に、42年ぶりに土地区画整理事業決定をめぐる昭和41年の最高裁判決（昭和41年２月23日）を変更し、「訴えることができる」との判断を示した。

義務があることの確認（第一次的訴え）ないし河川法上の処分権限がないことの確認（第二次的訴え）及びこれらと同趣旨の本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認（第三次的訴え）を求める法律上の利益を有することはできない。」ことを理由に、本訴はいずれも不適法として却下を免れないと判示した（最高裁平成１年７月４日昭和63年（行ツ）第92号）。

以上のような最高裁の判旨を踏まえ、そして、改正法が新たな訴訟類型として「義務付け訴訟」（３条６項）および「差止め訴訟」（３条７項）を設けていることに鑑みれば、前掲の横川川事件にみるような公法上の確認訴訟が提起された場合に、かりに裁判所が河川法75条に基づく監督処分その他の不利益処分をまって、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復の困難な重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるといった確認の利益を認め、当該公法上の確認訴訟を適法なものと判断したとすれば、改正法の下では、原告は被告に対して公法上の確認訴訟にとどまらず、改正法の定める「重大な損害の可否」を訴訟要件とする差止め訴訟（37条の４）を用いて、被告に対して直截的に河川法75条の定める「一定の処分」をしてはならないことを事前に求める差止め請求を行うことも十分可能である。そして、改正法37条の５の定める仮の差止めが活用されることになれば、差止め訴訟は公法上の確認訴訟に比して、より実効性のある救済ルートとなるものといえよう[38]。

---

(38)　公法上の確認訴訟と、行政訴訟法３条７項の差止め訴訟との関係について、ある論者は、「改正法のもとでは、行政処分差止訴訟と、確認訴訟（それが抗告訴訟と当事者訴訟のいずれかに位置付けられるかを問わない）は、それぞれ固有の領域を持って役割分担する関係にあり、その限りでは、差止訴訟の要件規定が確認訴訟に影響を及ぼすことはないと考えるのが、改正法の適切な解釈である」（中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌130巻６号981頁（2004年））と論じられている。他の論者も、「一定の不利益処分が当然に予測されるような場合については差止訴訟がふさわしく、どのような不利益処分がされるのかが予測しにくい場合や不利益処分以外にも不利益が予測される場合などには、確認訴訟がふさわしいということになろう。」として、その対象による差し止め訴訟と確認訴訟の使い分けを提示しつつ、「給付訴訟である差止訴訟が可能であれば確認訴訟は許されないと考えるなど、両者を排他的なものととらえ、一方が他方に優先すると考える必要もない。要は、個々の訴訟の要件が満たされていればよいわけであって、両者の要件を満たすのであれば、原告の選択により、どちらか片方または両者の提起が認められて差し支えあるまい。」（山田洋「確認訴訟の行方」法律時報第77巻第３号45頁（2005年））と論じている。また、ある論者は、「裁判実務上、抗告訴訟（差止訴訟を含む）

駒澤法曹第６号（2010）

同様に、かつて、子どもを特定の小学校に就学させる権利の確認を求める訴えは、教育委員会による区域外就学の不承諾処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（福岡高裁判決（控訴審）平成６年３月７日平成５年（行コ）第５号）が、こうした場合に、保育園入園承諾に関する仮の義務付け申立事件決定（東京地裁判決（第１審平成18年１月25日平成17年（行ク）第277号）および保育園入園承諾義務付等請求事件（東京地裁判決（第１審）平成18年10月25日平成17年（行ウ）第510号）にみるように、原告が子どもを特定の小学校に就学させる権利の確認を求める訴えではなく、保育園入園承諾義務付け訴訟の請求および仮の義務づけの申立てを行うことも一つの選択肢となるであろう。

このように、「判決の法的効果基準説」によらずに、「処分性基準説」に立ったとしても、公法上の確認訴訟に比して、改正法の定める新たな抗告訴訟としての義務付け訴訟または差止め訴訟がより直截的かつ実効的な権利救済のルートということになれば、これらの抗告訴訟の活用によって、公法上の確認訴訟の許容性は、従来よりもさらに一層狭くなるといえよう。

訴訟実務上では、以上の横川川事件の場合に、少なくとも、義務不存在の確認が前提とされる場合には、同義務不存在の確認を求める公法上の確認訴訟（４条）の提起と、これに併合して、必然的に如何なる処分をしてはならないことを求める差止め訴訟（37条の４）と仮の差止めの申立てを提起することになり[39]、また、保育園入園承諾事件のように、権利の確認が前提とされる場合には、同権

と当事者訴訟とは、相互排他的なものと扱うべきではない。新しい行政訴訟法において、新しい訴訟類型が法定されたのは、国民にとって救済のツールを増やすという趣旨なのであって、国民に訴訟類型選択のリスクを増やすようなかたちでの運用がなされてはならない。」（橋本博之『解説改正行政訴訟法』前掲書81頁）としており、「公権力の行使の予防という局面においては、差止訴訟と確認訴訟が相互補完的に活用されていくことが望ましい。両訴訟の適用範囲を形式的かつ排他的に区分することは、確認訴訟の適用範囲が明らかではない以上、“差止訴訟と確認訴訟のキャッチボール”、すなわち、差止訴訟においては、実質的当事者訴訟で争いうるとの理由で訴えを却下しておきながら、確認訴訟で争った場合には、確認の訴えの欠如等を理由に訴えが門前払いされるという事態を招くおそれがある。国民の権利利益の実効的救済という観点からは、両訴訟間における権利救済の隙間を生じさせるような解釈は、厳に慎まれるべきである。」（高安秀明「差止訴訟」前掲論文219～220頁）と論じている。

(39) これには、東京地裁判決平成18年９月21日平成16年（行ウ）第50号などが参照になる。

利の確認を求める公法上の確認訴訟（４条）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処分をすることを求める義務付け訴訟（37条の３）を提起することになると考えられよう。

⑶ 小　括

以上のように、理論上、「処分性基準説」によると、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、きわめて広いものとなる。同説は、行政の行為形式の多様化に応じて私人の権利利益の包括的な救済ルートが講じられるべきであるという趣旨にもっとも符合するものであろう。ところが、学説上・裁判実務上、処分性基準説が支持されることになれば、何の問題もないが、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、これらの行政決定ないし作用が処分性を有しないという理由だけで、同紛争を法的に解決する方法の一つとして、とくに給付効の判決を求める訴えが実質的当事者訴訟として許容されるとは思われないのである。これは、行政事件訴訟特例法が実質的当事者訴訟を初めて定めた以降、行政訴訟法上、実質的当事者訴訟が明示されているだけで、活性化させるための法的装置が全くつくられておらず、その展開を将来の学説・判例に委ねる立場を採ったという行政訴訟法の法的不備あるいは不十分さにもその原因を求めることができる。

これに対して、実質的当事者訴訟の射程範囲を、判決の法的効果にその基準とする「判決の法的効果基準説」に立つと、行政訴訟法３条が抗告訴訟のなかで形成効の判決および給付効の判決を有する訴訟類型定めているために、これらと同様の判決の効果を求める実質的当事者訴訟は許容しえなくなるということになる。このため、同説は、結果として私人の権益救済のルートの拡大を図ることを目的とする実質的当事者訴訟の活用論を抛棄するものであるとして批判されよう。

むろん、行政訴訟法が給付訴訟（義務付け訴訟および差止め訴訟）を定めていなかった当時には、実質的当事者訴訟は、学説上その活用が唱えられた無名抗告訴訟をも内包するものとしてその一定の有用性があったといえよう。

したがって、本稿では、公法上の権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争が生じた場合に、同紛争を法的に解決する方法の一つとして実質的当事者訴訟の

許容性ないし活性化を論ずる際には、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きといった実質的当事者訴訟の射程範囲に関する一定の整理が必要ではないかと考える。言い換えれば、実質的当事者訴訟の活性化は、具体的な事例ごとに、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あるかどうかについて、改正法の定める他の訴訟類型との関係において、いかなる訴訟類型の選択が原告にとって有効かつ適切な紛争解決のルートとなるかどうかを十分に精査したうえで、論じられるべきである。むろん、有効かつ適切な紛争解決のルートとは、行政決定ないし作用による権利利益の侵害から救済を求める私人にとってより直截的、実効的、抜本的な救済保護となるものとして権利利益のより十全な救済保護となるルートのことをいう。そして、実質的当事者訴訟の活性化を阻害する理論的な要因があるとすれば、まず、それは、たとえば「処分性基準説」にみるように、実質的当事者訴訟の射程範囲が広すぎるため、実質的当事者訴訟の射程範囲に関する有効なメルクマールが確立されず、これに対して、その極端となる「判決の法的効果基準説」のように実質的当事者訴訟の射程範囲が狭すぎるという点であり、実質的当事者訴訟の射程範囲に関する明確かつ有効な基準が確立されていないことにほかならない。

ちなみに、実質的当事者訴訟の射程範囲を画するものとして「判決の法的効果基準説」は、処分性の拡大を唱えるものや、かつて立法論において実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提案[40]、改正法の以前の実質的当事者訴訟に関して、「あってもなくてもよい制度」として同制度の安楽死ないし死亡宣言といった実質的当事者訴訟の活性化消極論[41] に相通ずるものといってよい。

また、判決の法的効果基準説は、公法と私法という実体法上の区別に疑問を呈し、処分性を有しない行政決定ないし作用を行う（あるいは、行った）行政主体

---

(40)　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巻１号103頁（2004）、同「行政訴訟改革について」法律時報73巻７号（2001年）66頁。

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

と私人との間に形成される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、これらの紛争が公法上のものか、私法上のものかを問わずに、対等な当事者間の訴訟としてとらえ、民事訴訟法の救済手続によらしめるべきであるとするものである。したがって、同説は、行政訴訟法を民事訴訟法の必要最小限の特則としてとらえるものといってよい。

4　おわりに ―抽象的規範統制としての実質的当事者訴訟

従来、抗告訴訟の対象範囲が狭いとし、それを広げるべきであるという議論があり(42)、法解釈論上においても、抗告訴訟の対象たる処分性の拡大が試みられてきた(43)。裁判実務上でも、取消訴訟の対象たる処分性の拡大が望められる行政作用については抗告訴訟のルートによらしめてきたというのは、一般的な評価であろう。だが、学説上、私人の権利救済の必要性はあるものの、どうしても処分性の拡大がこれ以上に望められないという第一の前提の下で、私人と行政主体との権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争を、公法上の確認訴訟を含む実質的当事者訴訟のルートによらしめて、私人の権利利益の救済を十全に図るといった意味において実質的当事者訴訟の活性化論は唱えられてきたと思われる。

以上の第一の前提は、実質的当事者訴訟の射程範囲に関して、処分性の有無という抗告訴訟の対象性を基準とする「処分性基準説」たるものをその理論的下敷きにしているようである。そのうえ、最終的に裁判所が実質的当事者訴訟におい

---

(42)　立法により、処分性の拡大をす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」法学教室263号10頁（2002年）。

(43)　これには、多くの文献があるが、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『行政法総論』228頁以下（筑摩書房、1983年）が参照に値する。処分性の拡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、取消訴訟の権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権利救済」の必要性から、私人の権利救済の充実を期するために、処分性の拡大を目的とする理論上（＝解釈論上）の形式的行政処分の積極的な是認が行政処分の範囲拡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、行政機能の拡大に伴う行政の行為形式の多様化が進むなかで、取消訴訟の権利救済機能に対する積極的な評価が理論上（＝解釈論上）の形式的行政処分の積極的な是認の前提となっていた。このため、理論上（＝解釈論上）の形式的行政処分の範囲確定論が行政処分の範囲確定論となるといって過言ではない。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年）、芝池義一『行政救済法』20頁（有斐閣、2004年）、塩野宏『行政法Ⅱ』94頁〔注･3〕（有斐閣、2004年）参照。

て給付効または確認効の確定判決を下すという第二の前提によって、初めて実質的当事者訴訟の活性化論はその意味を有することになる。したがって、行政訴訟法４条の解釈論上、これらの前提が維持されるかどうかに関する検討なしに、実質的当事者訴訟の活性化を論ずることは、空論になりかねない。

第一の前提に関する検討としては、まず、以下のような問題点を指摘しうる。改正法の成立以降も、裁判所は、いくつかの事例において処分性の拡大を行い続けている[44]。この現象からすれば、「私人の権利救済の必要性はあるものの、どうしても処分性の拡大をこれ以上に望めない」という第一の前提の成立の可能性よりも、むしろ、かりに裁判所が私人の権利救済の必要性を認めるとすれば、裁判実務上、処分性の拡大を容易に行うことができるのではないかという可能性がより高いと思われる。つまり、従来は、抽象的規範である行政立法ないし条例、行政計画の決定、勧告などの行政指導、いわゆる処分性を有しない行政決定ないし作用がなされた現段階で、私人から裁判所に対して権利利益の救済保護が求められた場合に、その必要性が認められるかどうかに関係なく、裁判所は、後続の「行政行為」を争う可能性があれば、後続の「行政行為」を争えば、私人の権利救済が尽くされるという紛争の未成熟を理由に、私人の訴えは却下されてきた。しかし、現在は、処分性を有しない行政決定ないし作用がなされた現段階においても、私人の権利救済の必要性が認められる場合には、行政の全過程において後続の「行政行為」を争うことができるとしても、後続の「行政行為」を争ったのでは、私人の権利救済の実効性を確保できないなどの不合理な結果が生じる

---

(44) 最近における処分性拡大の事例としては、①労働基準監督署長のした通達に基づく労災就学援護支援費の給付拒否決定について処分性を肯定した事例（最高裁第一小判平成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対して検疫所長の行った違反通知について処分性を肯定した事例（最高裁第一小判平成16年４月26日民集58巻４号989頁）、③登記を受けた者が登録免許税法31条２項に基づいてした登記機関から税務署長に還付通知をすべき旨の請求に対する登記機関の拒否通知について処分性を肯定した事例（最高裁第一小判平成17年４月１日民集59巻３号419頁）、④医療法30条の７に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行った病院開設中止勧告について処分性を肯定した事例（最高裁第二小判平成17年７月15日判例時報1905号49頁）、⑤病床数削減勧告について処分性を肯定した事例（最高裁第三小判平成17年10月25日裁時1398号４頁）をあげられる。とくに、⑥土地区画整理事業計画決定の処分性を否定する昭和41年の最高裁判決を変更し、土地区画整理事業計画決定の処分性を肯定した事例（最高裁大法廷平成20年９月10日裁時報1467号１頁）は参照に値する。

おそれがあるときには、私人の権利救済の実効性などから、行政計画の決定、勧告などの行政指導は処分性の拡大によって取消訴訟の対象とされたのである。だとすれば、第一の前提が成立する可能性は、より低くなる。それでも、処分性の拡大を望めない場合に、公法上の確認訴訟の活用という方向性が残ることになるが、同確認訴訟の場合において、なお公法上の権利義務ないし法律関係の特定を含む確認の利益や紛争の成熟性は如何に満たされるかが大きな課題となる。

以上のように、処分性の拡大論に関しては、これが従来の抗告訴訟類型において権利利益の救済保護範囲の拡大を図り、これにより私人の権益の十全な救済保護を実質的に行わせることにその意義があるのはいうまでもない。

ところが、改正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途の多様化を図り、これによって私人の権益の救済保護の十全さ、とりわけ実効性（「取消訴訟中心主義からの脱却」）の確保をより一層実質的に行わせることを目的とするものである。このため、裁判所が義務付け訴訟または差止め訴訟を十分に活用され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、私人の権益の救済保護の十全さ、とりわけ実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、これらが処分性を有しないことを理由に、請求を却下してきたきらいがあった。このため、学説上、一定の要件（権利救済の実効性など）の下でこれらの行為形式に対する処分性の拡大が求められたのであるが、改正法以降では、処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続の「不利益処分」に対する差止め訴訟、あるいは行政機関が全く行うとしない「授益処分」に対する義務付け訴訟を提起することになり、とくに、改正法37条の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、かつての権利利益の包括的救済保護の欠如を補うものとして十分条件となるのではないかと考えられる。だとすれば、従来一部の論者によって唱えられてきた実質的当事者訴訟の活用化論の立地はますます狭まってくるのではないかと考えられる。

もちろん、以上の義務付け訴訟および差止め訴訟の活性化のためには、義務付け訴訟や差止め訴訟の対象たる「一定の処分」そのものに関する解釈如何に関わるものであるから、処分性の拡大論は、従来学説上唱えられてきた処分性の拡大論や裁判実務上行われてきた処分性の拡大をめぐる状況とは次元を異にするものの、実質的当事者訴訟の活性化如何にかかわらず、改正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性化のためには、改正法37条の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」の要件に関する柔軟な解釈が強く要請され、改正法37条の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」の要件に関する柔軟な解釈も強く要請されるといえよう。

他方では、現在における処分性の拡大を望めない行政決定ないし作用に起因する紛争が生じた場合に、実質的当事者訴訟は、理論上、処分性を有しないこれらの行政決定ないし作用をめぐる紛争の解決をその射程範囲とするといわれても、改正法37条の２の定める義務付け訴訟、同法37条の４の定める差止め訴訟ならびに同法37条の５の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「処分性」、「重大な損害」および「補充生」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済方法になりえないときに、果たして実質的当事者訴訟は、如何に公法上の権利義務ないし法律関係の特定を可能にし、かつ紛争の成熟性をクリアし、これらの関係をめぐる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、これに関する検証も必要であると考えられる。

そして、第二の前提に関しては、「処分性基準説」に対する批判として「判決の法的効果基準説」を持ち出すこともなく、以下のような疑問が解消される必要がある。

古くから、学説上ないし判例上、「形式は立法行為であっても直接に個人の具

体的権利義務に変動をもたらす場合には、訴訟の対象となし得ることは、行政裁判所時代から認められていた」[45] のである。以上の一例として、公の施設の廃止を定める条例の場合は、法令に基づく具体的な執行行為がなされないまま、時間の経過とともに、これらの公の施設は廃止となる。こうした条例に基づく公の施設の廃止は、私人の具体的権利義務関係、すなわち公の施設の利用関係に変動をもたらす場合となり、私人は、訴訟類型として条例を処分として、当該条例の取消を求める取消訴訟を提起し、当該条例の違法性を争うことができれば、同取消訴訟は抜本的な救済方法となるのである。

しかし、条例の処分性に関しては、一部の地裁は、おおむね、これを肯定的に判断しているが、最高裁は、これを否定しているという状況にある[46]。一般に、裁判実務上、具体的な規範統制がとられているのは周知のとおりである。すなわ

---

(45) 雄川一郎「行政訴訟の形態」ジュリスト527号（1973年３月号）44頁、同「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究45号（1983年）127頁。

(46) 地裁は、「条例の施行によって当然に直接特定の者の具体的権利義務に法律上の効果を生じ、これに基づいて更に行政処分が行われることを要しない場合には、右の条例は具体的な処分的意味を持ち、直接に行政訴訟を提起することができる。」（盛岡地方裁判所昭和31年10月15日昭和30年（行）第３号・岩手県条例第20号市町村立学校職員の給与等に関する条例の臨時特例に関する条例取消等請求事件）と判示し、また、「町立小学校の分校を廃止して本校に統合する旨の条例について、その制定・公布行為は抗告訴訟の対象とならないが、条例そのものは就学中の児童の保護者との関係では抗告訴訟の対象たる処分と解される。」（大津地方裁判所平成４年３月30日平成２年（行ウ）第８号・廃校処分取消等請求事件）と判示している。これに対して、最高裁は、区立小学校の統廃合のため区内に設置されていたすべての区立小学校を廃止し、新たに８校を設置すること等を内容とする条例の制定につき、区立小学校に通う児童の保護者らが区を被告として、同条例の制定が廃校処分に当たるとしてその取消を求めた事案において、本件条例は一般的規定にほかならず、上告人らは具体的に特定の区立小学校で教育を受けさせる権利ないし法的利益を有するとはいえないから、本件条例が抗告訴訟の対象となる処分に当たらないとした原審の判断を相当として上告を棄却した（最高裁第一小法廷平成14年４月25日平成９年（行ツ）第60号（小学校廃校処分取消・損害賠償請求事件）。最近の地裁の判決例について見てみると、高石市立東羽衣（ひがしはごろも）保育所廃止処分取消等請求事件（大阪地裁平成16年５月12日）においては、保育所の廃止を定める条例は行政処分にあたると解されている。これと同様の判決としては、横浜市保育園廃止条例事件（横浜地裁平成18年５月22日）がある。ところが、横浜市保育園廃止条例事件の場合は、本件改正による横浜市保育園廃止はその裁量の範囲を逸脱、濫用したものであり、違法であると認めるのが相当であるとされつつ、本件改正条例を取り消すことは、公共の福祉に適合しないとし、本件改正条例の制定が違法であることを宣言するにとどめ、請求を棄却し、損害賠償請求のみを一部認容したという事例である。また、大東市保育所廃止処分取消等請求事件（大阪地裁平成17年１月18日）では、保育園の利用関係を公法上の契約関係としてとらえ、したがって、本件は、公法上の契約関係における債務不履行に基づく損害賠償請求として解されている。

ち、法律に基づいて具体的な執行行為がなされることがない限りにおいては、私人が行政主体との権利義務ないし法律関係の存否を争うため、当該法律＝抽象的規範を対象に、訴えを提起しても、裁判所は、かりに公法上の権利義務ないし法律関係が特定されたとしても、同訴えには法令に基づく具体的な執行行為がなされていないなどの「紛争の未成熟」として「事件性」がないことを理由に、同訴えを裁判所法３条の定める「法律上の争訟」にあたらないとして、同訴えを却下し、これらの訴えの却下判決を通じて、具体的な規範統制という命題を固守してきたといえよう。抽象的規範のほかに、私人が行政主体との権利義務ないし法律関係を法的に明確にし、確定するため、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の行為形式を違法として、これらの行為形式の行政決定ないし作用を処分として、これらに対する取消訴訟を提起した場合に、裁判所はこれらの行政決定ないし作用が私人の権利義務に直接具体的な法律上の効果を形成し、確定していないこと、あるいはこれらの行政決定ないし作用の後に続く後続行為＝処分を取消訴訟の対象として争うことができることを理由に、これらに対する取消の訴えを却下してきた。

かりに私人の権利救済の必要性と救済の実効性などの理由により、処分性を有しないとされた行政決定ないし作用が「処分性基準説」によって実質的当事者訴訟の対象となるとしても、最終的にこれらの行政決定ないし作用に対する形成効・給付効あるいは違法確認の確定判決が導かれる際には、改正法が義務付け訴訟および差止め訴訟の訴訟要件について具体的に明示していることの衡平性の観点からすれば、実質的当事者訴訟の訴訟要件も、解釈論上、少なくとも明確にされるべきであろう。これの訴訟要件の明確化を前提としない実質的当事者訴訟の活性化論は、具体的な規範統制から逸脱し、新たに抽象的規範統制の採択を促すものといってよい。これは、私人の権利利益の十全な救済の必要を第一義的に勘案するものとして、訴訟の爆発ないし濫訴の弊害を憂えることなく、行政訴訟法の運用を大きく変える画期的なものと評されよう。ところが、以上のような実質的当事者訴訟の活性化論は、すでに行政訴訟法の解釈論の範疇をこえるものではないかという疑問があり、解釈論としては無理がある。実質的当事者訴訟の活性化の意味するところは、以上のような性格を有するが故に、その要件に関する具

体的な論証がこれまで以上に必要となってくると考えられる。以上の論証なしに、実質的当事者訴訟の活性化論は、机上の空論になりかねない。

立法論としては、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法的に解決するために、新たな訴訟類型を創出することが究極的な方法となる。たとえば、あらゆる行政作用ないし決定によって私人の権利利益が侵害された（あるいは将来されうるおそれがある）ことを理由に、抽象的規範統制を可能とする「憲法訴願審判」を含む憲法裁判のための憲法規定の見直し[47]という形で全く新たな訴訟類型を創出することも究極的な方法の一つとなろう。これが不可能とすれば、少なくとも行政立法ならびに行政計画および行政指導などを抗告訴訟の対象とする行政訴訟法を改正するか、あるいは現在の学説の一定の到達点として、少なくとも処分性の拡大を望めない行政立法ならびに行政計画および行政指導などを争うための方法としての公法上の確認訴訟の活用が望まれる。しかし、公法上の確認訴訟の活用の場合には、実定法上、改正法37条の２・37条の４の定める「重大な損害」に至らない「事実上の損害」で足りるとする確認訴訟の要件の明示化ならびに取消訴訟に関する規定の確認訴訟への準用規定の拡大などという立法措置が必要不可欠の前提条件となろう。ある論者が「新たに主役に準ずる役割を果たしつつある義務付け訴訟や差止め訴訟に囲まれて、実質的当事者訴訟とりわけ公法上の確認訴訟は、名わき役の働きをする可能性をもっている」（傍点筆者）と指摘しているが[48]、名わき役の働きをするためにも、以上のような立法措置は必要ではないかと思われる。そして、こうした方向性は、結局のところ、行政訴訟がその実体として客観訴訟化の傾向[49]を目指すことを意味するものになりかねない。

---

(47) 韓国の憲法訴願審判制度は、1987年10月29日に憲法全文の改正が行われ、公布された第六共和国憲法（111条）および1988年８月５日の憲裁法（68ないし75条）の制定によってはじめて採択されたものである。韓国の憲法裁判所法68条１項の定める憲法訴願審判については、拙著『行政救済―日韓の制度と現状―』297頁以下（2003年、信山社）参照。

(48) 碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（二・完）」自治研究第85巻第４号26頁（2009年）。

(49) 行政訴訟の展望としては、すでに古くから、「行政訴訟の実体は事実として客観化する傾向にある。」と述べられていた（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究45号（1983年）143頁）。

駒澤法曹第６号（2010）

〔付記〕拙稿は、私の恩師である故室井力先生追悼論文集への掲載のために、2008年10月頃に脱稿したものであり、その後若干の修正を経たものである。諸般の事情により、未だ先生の追悼論文集刊行のめどが立たないなかにある。この故に、昨年３月末日をもって本学をご退職なされた佐久間弘道先生の退職記念駒澤法曹第６号に掲載させて頂くことになった。佐久間弘道先生には、これまで通りに法曹教育の一層の発展のために、何時もお元気でご活躍・ご指導下さるよう心から祈念してやまない。