

## 論 説

# 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(8・完) ——台湾と日本との比較研究を通じて

林 孟 楠

### 目次

#### 序章

#### 第一部 台湾法

第一章 公法上の争訟と確認訴訟の登場 (以上 252 号)

第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則 (以上 253 号)

第三章 確認訴訟の現状と問題点 (以上 256 号)

#### 第二部 日本法

第四章 司法国家と確認訴訟の登場 (以上 257 号)

第五章 違法宣言訴訟と権利確認訴訟

第一節 最高裁判所における確認訴訟の軌跡 (以上 259 号)

第六章 確認訴訟の新展開

第一節 確認訴訟の明記 (以上 261 号)

第二節 裁判例の展開

第一款 最高裁判所における展開

第二款 下級審裁判所における展開 (以上 262 号)

第三款 判例のまとめと展望

#### 第二部のまとめ

#### 第三部 総括

第七章 日本と台湾との比較法的検討

第一節 法律上の争訟と権力性

第二節 訴訟対象性と訴えの利益

第三節 救済手法の多様化と確認訴訟の特性

第四節 司法の救済権能

## 第八章 展望

### 第一節 台湾法の展望

### 第二節 今後の課題 (以上本号)

## 第六章 確認訴訟の新展開

### 第二節 裁判例の展開

### 第三款 判例のまとめと展望

#### 一 法律上の争訟と確認訴訟

近時、実効的な権利救済を掲げる最高裁は、確認訴訟を通じて法律上の争訟を見直す傾向にある。在外邦人選挙権確認事件においては、確認の利益を認めたことにより、法律の違憲性を直接争点とする訴訟を法律上の争訟として認めた。君が代斉唱義務不存在確認事件においては、取消訴訟中心主義を前提にした長野勤評事件最高裁判決の判断基準からの離脱を示して、確認の利益を通して法律上の争訟を従来よりも広く認めた。

一方、改正行訴法の趣旨を受け止めた下級審判決では、この動きはより顕著になっている。特に「法令の効力又は解釈に関する紛争」は、従来、具体的な権利義務に直接関係のないものとしてほぼ却下されていたが、現在では確認の利益を通して広く認められている。「行政立法に関する紛争については、確認訴訟が意外によく機能している印象がある」と評されているのである<sup>1)</sup>。また、点数付加の事例のように、裁判所は、処分性に当たらない行為をめぐる紛争について、法律上の争訟に立脚した確認の利益を通して私人の具体的な利益状況を丁寧に衡量してその出訴を認めている。

かくして、法律上の争訟はその定義自体は変わっていないが、確認訴訟の活用により、これまで処分性の枠内に限定された「法律上の争訟」は、救済の必要性を重視する観点から拡大されたとみることができる。ただ、法律上の争訟の拡大と言うよりも、むしろ法律上の争訟性が処分性に先行して判断される図式が浮上して、司法権優越の司法国家観が復権する

---

1) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』（商事法務、2013年）215頁。

兆候がみえるというべきだろう。この文脈において、訴訟対象を判断する際に、司法は、行政行為に準じる行為形式を追求する判断基準から離脱して、違法の行政作用が行政過程における私人の法的地位に及ぼす影響を多角的に考察し、その救済を柔軟に判断しているのである。以下では、その特徴を指摘する。

## 二 行政訴訟の前提となる法的地位

最高裁判決は、取消訴訟における処分性拡張も確認訴訟における利益判断も、私人の法的地位の存在を前提にして訴えの利益を判断している。確認訴訟の事例において、例えば、選挙権や教員の法的地位が取りあげられている。ただし、最高裁は、法的地位に基いて、実体法上の具体的な権利義務関係や請求権を演繹的に導きだすことはしない。ここでの法的地位は、救済の対象として訴えの利益の有無を具体的事情に即して嚮導するものと考えられているからであろう。

一方、改正行訴法の趣旨を踏まえた下級審判決も、具体的な権利義務関係を実体法の側面から厳密に要求せず、もっぱら救済の対象となる私人の法的地位に対して、行政の法判断が、いかに影響を及ぼしているかを確認の利益の次元において判断している。法的地位は、必ずしも行為形式の根拠法令により具体的に守られたものではないが、憲法（営業の自由）、法律（被保険者の地位や教員の地位）、契約法（債務者の地位）、行政法の一般原則（平等取扱原則）を通して広く把握されている。規制の新設や改正で私人の従来の行動が制約される場合には、私人は少なくとも新たな義務を負わない法的自由という地位を有すると考えられている。また、点数付加の事例から、同じ点数付加行為についても、争う人及び争う理由により法的地位が異なると判断されている。

ただし、法的地位を要求する場合に、確認訴訟は、消費者、環境、文化財保護等が問題となる場面で機能しにくいという指摘もある<sup>2)</sup>。健康権、環境権、文化財享有の利益等を法的地位として判断することはできるが、ここには、取消訴訟における原告適格と共通する問題がある。したがって、この問題の解決を含めて、「公法上の権利（憲法上の権利を

2) 越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』（弘文堂、2008年）427頁（なお、処分性を拡大しても同じ問題となると指摘された）。

含む) ないし実体法の彫琢」<sup>3)</sup> や団体訴訟制度の創設、そして行政訴訟全体としての原告適格の統一的な見直しをすべきであるという課題に、日本の行政訴訟は直面している。

### 三 訴えの利益——紛争の現実性

訴えの利益、すなわちあるべき法的地位への影響は、原告が行政の法判断に従うと法的地位を制約されたり、従わないと法的地位を脅かされたりするという危険が現実的なものでなければならない。すなわち、行政の法判断を現に否認するためには、即時確定の利益が必要となる。しかし、どの程度の争いがあれば、即時確定の利益を認めるに足る紛争があるといえるのかについては、最高裁判決にはいまだ明確な基準がない。ただ、取消訴訟中心主義から離脱した下級審判決をまとめると、法的地位を巡る利益状況を衡量する際に、以下の要素が重要となっていることがわかる。

第一に、権利行使の困難性である。将来の不利益処分や刑罰の可能性が行政の法判断によって高くなければなるほど、私人が自ら法的地位に基づいて権利行使を行うことができない可能性も高くなる<sup>4)</sup>。また、不利益処遇の可能性も私人の行動を左右することがある。したがって、法的地位が現実には制約されているかどうかを検討する場合、将来の不利益処分や処遇の可能性も衡量の要素である。そして、その可能性について厳しい判断をしていない。一方、私人の法的地位（例えば混合診療給付受給権）が行政により実現されるべき場合には、行政の法判断がその実現を否定する際に、法的地位が現実には失われていると判断された。

第二に、社会的経済的損害である。私人が法的地位に基づいて具体的に行動すること（例えば社会的行動や経済的計画）により社会的経済的な利益を得ることができる。例えば、営業上の収益、経済的負担軽減、契約履行の信用などである。しかし、行政の法判断による妨害により、利益が現実には失われ、または失われるおそれがある。そのため、社会的経済的な損害を除去することは救済に関する衡量要素となる。

3) 宍戸常寿「司法権の概念」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）346頁。

4) 規制行政領域における関連事例の一覧表について、春日修「規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済」愛知大学法学部法経論集186号（2010年）22頁。

第三に、早期かつ直接救済の必要性である。「特段の事情」がなければ、権利行使の困難性または社会的経済的損害を現に除去する必要性がある場合に、救済の必要性が認められている。とりわけ取消訴訟や差止訴訟が提起できない場合には、確認訴訟が唯一の救済手法となる。

このように、司法的救済の必要性については、行政の法判断と私人の法的地位との法的関連について、確認の利益の有無を通して判断されている。行政の法判断を直接争うことを志向するアプローチは、処分性拡大論を通して訴えの利益の問題に接近している。なかでも、権利行使の困難性は原田説の「他律」または兼子説の「事実上の支配力」に、そして、社会的経済的損害は事実上の不利益にほぼ対応すると考えることができる。そうだとすれば、処分性化拡大論およびその前提となる法的保護に値する利益説は、行訴法の独自の確認の利益論として、なお検討する意義があるだろう。

#### 四 行為形式の比重低下

訴訟対象の適格性について、取消訴訟中心主義を前提にする伝統的行政法学説および判例は、行政行為を中心に、権力性、外部性、具体性、法効果性という指標を通じて訴訟対象を判断していた。一定の例外も認めたが、これらの指標を前提に行為形式の性質や法効果に即してある程度の偏差について、これを容認していた。これが、行為形式に着目する訴訟対象論であった。

一方、確認訴訟において、訴訟対象を訴えの利益に絞ると、私人が被る不利益が、訴えの利益の有無の判断における中心となる。その際に争点となるのは、私人と行政との法判断が対立する点であり、私人が被る不利益は、特定の行為形式の性質や法効果によらず、行政過程における私人の利益状況および現実に影響を受ける程度によって判断されている<sup>5)</sup>。例えば、法解釈・法判断に係る紛争において、争いのきっかけと

5) 訴えの利益について、民事訴訟法学者である伊藤眞はつとにこの点を指摘している。いわく、訴訟対象についての判断は、「当該行政庁の行為の一般的性格だけでなく、原告の地位、予想される不利益などを総合的に考慮してされなくてはならない」（「訴えの利益」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4 行政争訟Ⅰ』（有斐閣、1983年）253頁）。取消訴訟中心主義の時代に書かれたこの論文は、取消訴訟における訴えの利益を中心に論じているが、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟の機能を基盤とする点には留意すべきである（伊藤眞

なるのは、法規命令や行政指導という行為形式であるが、争点は行為形式において表明された行政の法解釈・法判断であり、外形的な行為が存在しなくても、争いの中には行政の法判断があると考えられている。そのため、法解釈・法判断を表明する行為形式を変えても、争点と訴えの利益に関する行政の判断は変わらないのである。また、法令の効力を争う事例においても、訴えの利益を判断する際に、法令の規律的效果よりも、むしろ私人に対する現実の不利益が重視されている。そうすると、行政行為以外の行為形式に起因した違法な危険・不利益の除去に対する救済の必要性について、行為形式の性質または法効果の有無を問わず同質の訴えの利益により判断されていると解することができる。このように考えるのであれば、行為形式は、行訴法上の権利保護の有無および訴えの利益判断を左右することにはならないため、訴えの利益の判断において、行為形式の比重は、低下するといえよう。

さて、訴えの利益について、行為形式にとらわれず、実体法的または手続法的な違法事由の有無に対する行政の法判断を争点として、これを判断することは可能だろうか。アメリカにおける司法審査の訴訟対象性を参考にした越智敏裕は、行為形式において示された行政の法判断について、法律関係に関する争点を設定し、当該争点について訴えの利益を判断するというアプローチを提示している。このアプローチには、個々の違法事由（争点）に対する是正要求を請求権として構成する遠藤博也の説を想起できよう<sup>6)</sup>。請求権体系を受容しない日本法において、確認訴訟の活用に伴い、越智が指摘したように、「行為に着目する訴訟対象理論から、争点に着目するタイミング理論への移行が徐々に始まりつつある」<sup>7)</sup>だろうか。越智が主張するこのタイミング理論の開始について、確定的に述べることは現状においてはなお時期尚早であると考えるが、今後の学説判例の動向が注目される。

---

「確認訴訟の機能」判例タイムズ 339 号（1976 年）28 頁以下、同「判決の機能と訴えの利益——抗告訴訟を手がかりとして」判例タイムズ 346 号（1977 年）11 頁以下参照）。

6) 本稿第五章第三節第二款二参照。

7) 越智・前掲注（2）464 頁。

## 第二部のまとめ

ここでは、これまでの考察によって、日本法における確認訴訟が特殊な歴史的文脈において展開されてきたものを浮彫りにすることができたと考える。その特徴は次の二点に集約することができる。

第一に、確認訴訟は、行政権から司法権の固有な領域、すなわち法律上の争訟を確保しながら、取消訴訟中心主義を相対化ないし否定した上で、独自性を有する適法性統制手法として確立されたものである。

第二に、確認訴訟は、訴えの利益を中心に構成された訴訟形態として、訴訟対象を訴えの利益に絞る方向性を導き出すとともに、訴えの許容性に対して具体的個別的な利益衡量を可能とするものである。

以下では、この二点を中心に、本稿で明らかになった日本法における確認訴訟の発達史をまとめる。

### 一 司法国家と確認訴訟

まず、行政国家から司法国家への制度移行において、兼子一は、確認訴訟原型観を通じて形成した法律上の争訟に関する考え方に基いて、行政事件に対する裁判権限を司法権として位置づけた。そして、司法としての行政訴訟の原型を確認訴訟と解している。ところが、司法権を理論的に構成したとはいえ、兼子説、そして当時の行政法通説を築き上げた田中説・雄川説は、行政権の固有な法判断権限を残したうえで、行政事件に関わる法律上の争訟についても、取消訴訟中心主義を前提にした日本の歴史を踏まえるという経路依存性を重視して構成を行なっている。彼らの司法国家観は処分性が法律上の争訟性に先行するという行政による法秩序形成の図式であり、戦後の復興期および高度成長以後の現代国家の展開期という新しい時代において、明治以来の強大な行政権を維持することに寄与したものとなった。

一方、行政事件に関する法律上の争訟を確認訴訟によって理論的に再構成するのは、白石説である。訴訟法の歴史からみたように、確認の利益を判断することが司法の固有の権限であるとすれば、本来、司法は訴訟類型・訴訟手続を問わず、権利救済のために、自ら確認の利益を判断した上で、権利または違法性の存否を確認することができる。したがっ



て、抗告訴訟全体を確認訴訟と考えた白石説は、取消訴訟もまた確認訴訟の一類型に過ぎないと解して、訴訟対象を訴えの利益に還元する義務確認訴訟説を唱えていた。その背後には、法律上の争訟性が処分性に先行するという司法による法関係確認の図式をもつ徹底した司法国家観が存在したのである。

両者の司法国家観は、解釈論としては、義務付け訴訟および差止訴訟の許容性をめぐって対立することとなったが、白石説はさらに処分性を訴えの利益に吸収させる方向性も打ち出していた。この点に着目するならば、後に 2004 年の改正行訴法が義務付け訴訟および差止訴訟を定めるとともに、確認訴訟を明記した基点は、白石説にあるといえる。ところが、1962 年の行訴法の制定にあたって、取消訴訟中心主義が定められたことで、白石説による確認訴訟の発展の道は挫折した。その後、通説は取消訴訟中心主義を立法政策と解した上で、訴訟対象・訴訟類型を積極的に拡大することはなかった。そして、最高裁も、処分性の判断にあたって、訴えの利益の要素を排除し、予防的確認訴訟についての訴えの利益を厳格に限定することになる。全体として訴訟対象・訴訟類型の拡大について、最高裁判例は極めて消極的な姿勢を見せた。

結局のところ、この時代における通説および裁判例を図式的にみれば、行政事件に関する法律上の争訟は、行政行為の取消を中心に据えたと考えられており、その周辺に事実行為の一部を訴訟対象と認めに留まるものであった。いわゆる「拡張された抗告訴訟概念」<sup>8)</sup>は、訴訟対象・訴訟類型の側面からすると、実際に法律上の争訟を限定した上で、行政行為に準じて僅かな拡張を認めたものであった。これは、本来、法律上の争訟性が処分性に先行すべき図式を逆転し、逆立ちしたものであった。

## 二 訴訟対象と訴えの利益

行訴法の制定後、司法国家の歴史的課題は、高度成長以後の現代行政国家の展開において、司法権が行政権をいかに統制すべきかという問題を絡めて「二重の重疊的課題」<sup>9)</sup>として論じられていた。まず、この時

8) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」(初出 1983 年)『行政争訟の理論』(有斐閣、1986 年) 189 頁。

9) 室井力「現代行政と行政法の理論」(初出 1968 年)『現代行政法の展開』(有



代の背景をみると、行政官僚主導の高度経済成長の時代に、急速に展開された開発行政・計画行政、給付行政・社会保障行政、環境行政・消費者行政に対する適法性統制について、実体法上も訴訟法上もその対応が喫緊の課題となり、行政の肥大化に伴って議会による行政統制の空洞化および法治主義の形骸化という問題も生じる。一方、行政法学においては、伝統的行政法学を批判した上で、「抽象的公益のための抽象的・演繹的行政法学に対する決別」<sup>10)</sup>が必要であるという認識が広く共有されるようになる。訴訟法学においても、このような動向がみられる。

そこでは、白石説の確認訴訟原型観は取消訴訟中心主義に対抗する訴訟法思想として、次の学説に影響を及ぼしている。たとえば、その影響を受けた高柳説および下山説は、複雑化した行政法関係において紛争の早期かつ抜本的解決の必要性を説くことで、改めて司法の法判断権限を確保する確認訴訟の重要性を指摘した。ただし、訴訟法上に訴訟対象を拡大するための具体的構成は論者の着眼点により異なっていた。

ひとつは、1960年代に登場した違法宣言訴訟である。これは、白石説の影響を受けた上で、取消訴訟における確認訴訟的な機能を活用する発想として位置づけることが可能である。高柳説は原因行為に対する直接的統制訴訟という理論モデルを提示し、後の処分性拡大論に影響を及ぼしたと考えられる。各論者の理論構造は一致していないが、取消訴訟の対象となる処分性を訴えの利益に還元して、具体的法効果の枠内において収まりきれない付随的法効果や事実上の不利益をも救済すべき対象とする点においては、論者の主張は、共通していた。そして、法律上の争訟を厳密な実体法上の権利義務関係と解する裁判所の姿勢に対して、行為の違法性を中心に訴えの利益を積極的に認めようとした。これは、処分性そのものを訴えの利益の中に解体・吸収して、それを法律上の争訟性に近づける手法であり、いわば、取消訴訟の内部から処分性を相対化するアプローチであった。

もう一つは、1980年代に登場した権利確認訴訟である。下山説は、この頃から登場する当事者訴訟活用論に直接の影響を与えていないが、

斐閣、1978年）4頁。

10) 室井力「行政法学方法論議について」（初出1978年）『行政改革の法理』（学陽書房、1982年）200頁。

公正な立場に立つならば、権利確認訴訟の理論モデルを提示した先駆者として位置づけることができる。彼は、抗告訴訟全体を確認訴訟と解した白石説をさらに一步進めて、行政事件に関する法律上の争訟全体を確認訴訟と解し、権利確認訴訟の重要性を指摘した。基本的人権を前面に押し出すのは、消極的な判例政策の転換を求めるためである。この点で、当事者訴訟活用論者も、もともと基本的人権を中心に請求権体系を築き上げようとする立場であったが、日本におけるこの追究が困難であることから、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟に転回する修正を行っている。この論法は、法律上の争訟から出発して多様な訴訟類型の役割分担を重視するものであり、いわば、取消訴訟の外部から処分性を相対化するアプローチであった。

以上の両説は、いずれにしても複雑化した行政法関係および多様化した行政の行為を統制するために、行政行為を中心に据える権利保護体系の硬直性を糾弾し、司法の法創造および紛争実態に即した利益衡量を要求するものである。そして、行政事件に関する法律上の争訟を訴えの利益によって広く把握する点においては共通するものである。すなわち、訴訟対象は、権力性、直接具体性、外部性、法効果性という基準に基いて行為形式的に判断されるものでなく、違法の行政活動が私人の法的地位に及ぼした実際の悪影響を衡量したうえで決められるべきものである。しかし、当時の日本では残念ながら、取消訴訟中心主義を堅持していた裁判実務において、いずれの主張も受け入れられないものであった。

### 三 確認訴訟の明記の意義

1980年代からの一連の行政改革により、行政主導の事前規制から事後監視・救済型社会への転換を図るという政策への移行は、行政訴訟制度の見直しを求めることとなった。この現代行政国家の変容に伴い司法統制の増強を求める主張がこの時代の支配的なイデオロギーとなったことが追風となり、戦後改革以来の司法国家の実現という課題は、2004年の改正行訴法により取消訴訟中心主義が立法上に否定されたことで、ようやくその実現に向かう可能性を開いた。とくに、改正行訴法が、実効的権利救済という指導理念を前提にして、確認訴訟を明記したことは、その橋頭堡となるだろうという期待を生んだ。

確認訴訟を明記するか否かを議論したプロセスにおいて、訴訟対象を拡大するために、訴訟技術上において違法宣言訴訟が権利確認訴訟かという論争があったが、確認の対象選択の問題として確認の利益に収斂されている。そして、立法過程の議論によると、確認訴訟は法律関係確認訴訟として明記されたが、厳密な実体法的権利義務関係の構成が求められてはいない。そうすると、確認の明記は、訴訟対象を訴えの利益に焦点をあてるという訴訟法史の発展と、軌を一つにするものと考えられる。

ところで、確認訴訟を明記した意義は、一般的に、当事者訴訟の地位向上として把握されている。ただし、これまでの確認訴訟原型観を通じた考察からこれをみるならば、確認訴訟は、行政事件に関する法律上の争訟を確保するために、取消訴訟ないし抗告訴訟の特殊性について、訴えの利益の次元において、これを相対化することで、発展してきたものと位置づけられる。そのため、確認訴訟の理論的意義については、当事者訴訟活用論に限定する必要はなく、複数の訴訟形式の編成からなる一つの行訴法という構成体にも大きな変化をもちうる可能性を有すると考えられる。すなわち、司法国家の実現という課題から見ると、取消訴訟中心主義を徹底的に克服するためには、法律上の争訟について、確認訴訟からこれを見直すと同時に、抗告訴訟と当事者訴訟との種差は訴えの利益により止揚されており、行政の特殊権力性は、まずは訴えの利益の判断のレベルにおいては排斥されるべきである。そうすると、抗告訴訟と当事者訴訟との関係は、法律上の争訟を取消訴訟に押し込んだ取消訴訟中心主義の図式から、法律上の争訟を土台として並立する抗告訴訟と当事者訴訟を事案に即して有機的に組み合わせる運用ができるようになるトリアーデの図式へと変化してゆく可能性が展望できる。

最高裁も、改正行訴法の下で、法的地位に対する実効的権利救済を重んじて、法律上の争訟を確認の利益に着目してこれを見直す傾向がみられる。確認の対象および訴訟タイプの役割分担について、訴えの利益の次元で柔軟に調整する姿勢がみられるのである。処分性についても、訴えの利益の側面から拡大する判例が登場している。そうすると、最高裁には、前述した法律上の争訟を土台とするトリアーデの図式へ変化してゆく兆候も読み取れるだろう。さらに、下級審判決の中には、より積極的に行政の法判断が法的地位に及ぼす悪影響を確認の利益として位置づけ

る利益衡量を行い、それに対する救済の必要性の有無を判断している。

最後に、学説判例の動向をまとめるならば、近時の訴えの利益論の特徴について、これを行政訴訟における行為形式思考の比重の低下傾向として集約すると指摘できる。すなわち、すべての違法な行為形式において生じた不利益・危険について、これらはすべて確認訴訟により争うことができる同じ性質の訴えの利益であると構成される。行為形式の性質又はその法効果は、行訴法上の権利保護の有無について、これを左右することにはならない。したがって、日本法においては、訴えの利益に関するこうした構成によって、あらゆる行為形式を一般に訴求できる可能性を確保し、とりわけ、行政処分以外の行為形式を争う場合の受け皿として確認訴訟を指定する傾向にあるといえよう。そうすると、法律上の争訟性が処分性に先行するという長年の課題であった司法国家の図式が、ようやく日本において確立するだろう。

#### 四 給付訴訟との関係

このように、日本法で、行政訴訟において確認訴訟が登場することに伴ない、訴訟対象を訴えの利益を中心に決めるアプローチが生成し展開し始めた。そこで、後の総括において台湾法との比較研究を行うために、ここでは、請求権を前提にする給付訴訟との関係についても若干の予備的考察を行うことにする。

日本の行訴法の歴史において、確認訴訟の活用論はしばしば給付訴訟の代替品としても登場していた。その理由として、ひとつは、司法権に対して、行政処分の作為不作為を命ずる権能を否定する司法権の限界論というドグマが存在したからであった。それゆえに、権力分立への配慮をしながらも権利救済を行うために、判決の効力について既判力だけ有する確認訴訟が注目を浴びたのであった。いまひとつは、取消訴訟中心主義の下で、行政と私人との法関係を行政実体法において整序する請求権体系の発展が遅れているということである。そのため、請求権を前提にする給付訴訟の代わりに、行政の法判断と私人の不利益との法的関連性について、これを訴えの利益のレベルで考察するアプローチが強調されたのである。

ただし、確認訴訟の運用を通じて、特定の紛争類型に関する争訟性お

よびその解決方式は、学説判例の発展につれて、徐々に訴えの利益から請求権へと結実した場合もあり、これを請求権に引き直して給付訴訟として構成されるようになったものもある。その好例として、義務確認訴訟から発展した義務付け訴訟および差止訴訟が挙げられよう。これらの訴訟類型は、最初に裁判所において、訴えの利益を通じて法定外訴訟類型として登場したが、後に立法者によって訴えの利益および救済方法を確定して法定訴訟類型として実定化した。今日、この定型化された訴訟類型について、これを行政処分に対する作為不作為請求権が認知される徴憑として位置づけて、これを給付訴訟と捉える学説が有力となっている<sup>11)</sup>。

したがって、民事訴訟法学においては、本来、訴訟の起源をなす給付訴訟の中にすでに内在している確認作用について、これを取り出し、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟として登場が比較的遅いという歴史的経緯があるが、日本の行訴法の歴史においては、給付訴訟から確認訴訟という発展ではないという逆立ちした発展方向に帰結していることにも注目すべきである。というのは、行政事件に関する法律上の争訟について、これを日本において理論的に構成するためには、確認訴訟の方が給付訴訟より日本の現状に照応した訴訟類型であるからである。この点で、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性という原則についても、行政訴訟においてははまだ問題として顕在化していないが、請求権体系が遅れた日本における訴えの利益と請求権との動態的な生成関係を考えると、当面は、厳しく判断する必要はないだろう<sup>12)</sup>。

- 
- 11) 高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、2008年）57頁、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版〕行政救済法』（有斐閣、2010年）236頁注1、原田尚彦『行政法要論 全訂第7版〔補訂2版〕』（学陽書房、2012年）375頁。ただし、形成訴訟と解する見解もある。例えば、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（ぎょうせい、2007年）94頁、108頁、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）34頁注22。
- 12) なお、実体公法を前提とする当事者訴訟における給付訴訟の必要性を疑う意見としては、橋本博之「平成16年行政事件訴訟法改正後の課題」自治研究86巻9号（2010年）17頁。また、そもそも公法上の請求権を実体法上想定しにくい場合が多いという意見としては、越智敏裕「訴訟実務から見た「処分性」拡大の傾向——実効的な司法救済のタイミング」法律時報1064号（2013年）18頁注9。

## 第三部 総括

### 第七章 日本と台湾との比較法的検討

憲法論の次元における法律上の争訟は、行政訴訟類型を論じる際に予め押さえるべき基本概念であるが、現実には法的紛争を特定の訴訟類型で争わなければならないことから、法律上の争訟を特定の訴訟類型の要件該当性または選択の当否の問題と、同時に処理することがむしろ通常である。その際に、法律上の争訟を訴訟法上においてもれなく包摂するために、既存の訴訟類型の適用範囲を広げたり<sup>13)</sup>、新たな訴訟類型を考案したりできたし<sup>14)</sup>、または特定の訴訟類型の特徴を強調してから法律上の争訟を見直す手法<sup>15)</sup>が、解釈論においても立法論においても考えられている。

ところで、民事訴訟の歴史において、訴えの利益の発見をもたらした確認訴訟が法律上の争訟に関する理論を発展させたものだとすれば、行政訴訟類型論においても、確認訴訟を基盤として同じ軌跡を開くことができるだろうか。本稿において日本法の検討を通じて、行政訴訟の特殊な文脈においても、そのような軌跡を開くことができると指摘した。ところで、総括においてかかる軌跡を開いた日本法から台湾法への示唆を得るために、日本法の確認訴訟と台湾の確認訴訟との類似点および相違点を明らかにして比較を行うと同時に、日本法が有する特殊性をも浮彫りにする。

#### 第一節 法律上の争訟と権力性

一 日本および台湾においては、司法国家の実現を目指して行政訴訟法を改正する際に、法律上の争訟をもれなく包括するために訴訟類型を整備することが、一貫して主要論点となった。両者の行政訴訟法における訴訟類型に関しては、それぞれの制度設計により具体的な制度配置が

13) 越智・前掲注(2) 427頁(なお、処分性を拡大しても同じ問題となると指摘された)。

14) 例えば、無名抗告訴訟論がこれにあたる(本稿第四章第三節参照)。

15) 例えば、取消訴訟の訴訟物をなす違法性に着目して、提訴要件について権利義務関係性は問わない解釈論がこれにあたる(亘理格「行政訴訟の理論——学説的遺産の再評価という視点から」公法研究 71号(2009年) 72頁)。



異なっているが、行政行為・行政処分一般を対象とする取消訴訟以外にも、行政関係紛争の実態に応じて多様な訴訟類型を設けることに共通点がある。また、民事訴訟法の法理論および法制度によることを基本としつつ、行政訴訟の類型を定めた点においても両国の法制度は一致しているところである<sup>16)</sup>。したがって、民事訴訟における確認訴訟が行政過程で生ずる紛争解決においても活用できるという発想は、かかる文脈において、自然に登場するのである。

けれども、本稿の分析が示したように、確認訴訟は法律がこれに関する定めをおいたとしても、決してそのまま活用されるわけではない。というのは、法律上の争訟について、これを行政行為・行政処分という概念に重なり合わせて判断してきた伝統的観念は、容易に克服できない課題であるからである。この点に関連して、日台において、それぞれの制度設計によりこの問題に対して異なる様相を呈していることに、留意する必要がある。ここでは、まず日本法において訴訟対象を判断する際に、権力性が過剰に配慮されているという問題を指摘しておく。

二 日本において行訴法の立法者は、公法と私法との区別があることを前提に、公権力の行使を基準として公法上の争訟を抗告訴訟と当事者訴訟に区別しており、それぞれの訴訟形式において、さらに具体的な訴訟類型を定めている。ただし、行訴法は民事訴訟の分類、すなわち確認、給付、形成という三大訴訟形態を排斥するものではない<sup>17)</sup>。したがって、確認訴訟という訴訟形態は本来抗告訴訟にも当事者訴訟にも存在するはずである。また、後に公法私法二分論を否定する考え方が一般化することにより、当事者訴訟の存在意義が消極視されたとはいえ、その代わりに民事訴訟における確認訴訟が活用できるようになるはずであった。ところが、長い間、抗告訴訟の特殊性を前提にしてきた訴訟類型論は、取消訴訟を中心に訴訟対象を処分性の枠内において判断し、無名抗告訴訟

16) 日本において行政訴訟と民事訴訟との同質性を否認する学説もあるが、少なくとも戦後の行政訴訟制度改革史をみる限り、特例法と行訴法は民事訴訟制度を土台として制定され改正された。この点について、雄川・前掲注（8）197頁以下、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」（初出2005年）『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）262頁以下。

17) 学説において反対意見もあるが、法定抗告訴訟は民事訴訟の三大訴訟形態のいずれかに分類することができるというのが、支配的な考え方である（雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、1957年）50頁、塩野・前掲注（11）80頁）。



についても特殊例外的な要件論を論じていた。そして、最高裁判所には、訴訟類型・訴訟形態を問わず、公権力の行使に含まれた行政の第一次的判断権の尊重を根拠として、行政事件に関する法律上の争訟を法定抗告訴訟の枠内に限定したという問題があった。その結果として、確認訴訟は抗告訴訟と当事者訴訟（民事訴訟）のいずれにおいても、行政の適法性統制のために活用されなかったのである<sup>18)</sup>。

かくして公法私法二分論が否定されても、公権力の行使を対象とする抗告訴訟の排他的存在というドクマがなお維持された故に、制度上は、法律上の争訟から切り離された公権力の行使をめぐる争訟というカテゴリーが強固に作られ、確認訴訟を含めた民事訴訟の救済法理が排斥されたのである。しかしながら、確認訴訟原型観を手掛かりとして、いままでの学説を分析すると、抗告訴訟と当事者訴訟という訴訟形式の区別よりも、確認訴訟を理念的モデルとして法律上の争訟を確保しようとする共通点を見出すことができる。すなわち、訴えの利益を判断する際に、公権力の行使の有無を問わないで、まず訴えの利益が認められれば、法律上の争訟に当たることから論ずるのである。これは、確認訴訟を通じた民事訴訟の救済法理の導入により、公権力の行使を法律上の争訟より先に判断するという本末転倒の論理を正すものである。この文脈において、改正行訴法において確認訴訟を明記した意義については、単なる当事者訴訟活用論としてのみ捉えるべきでなく、公権力性というバリアを低くして確認訴訟に含まれる確認訴訟原型観が示唆した訴えの利益論に注目することとなる<sup>19)</sup>。そこには、訴訟類型の体系的編成について、形成訴訟と位置づけられた取消訴訟中心主義から確認訴訟原型観に基づくトリアーデの再編成へ移行する兆候を見出すことができる。ただし、残念ながら、現在の最高裁には、君が代斉唱義務不存在確認事件において、確認訴訟を抗告訴訟と当事者訴訟に分けて、訴えの利益をそれぞれ判断しているという問題がある。そこでは、抗告訴訟か当事者訴訟かという

18) 詳しく言えば、日本法の訴訟類型論においては、まず抗告訴訟か当事者訴訟（民事訴訟）かという問題を論じてから、抗告訴訟であれば特殊な訴訟要件をどのように決めるかを検討するという傾向にある。したがって、この段階において、民事訴訟の三大訴訟形態に対する関心は、当然薄くなる。

19) いわゆる「開放的抗告訴訟観」（塩野・前掲注（16）267頁）もこの文脈において把握できる。

区別は、依然として、裁判官を悩ませる問題でありつづけており、訴えの利益の判断において公権力の行使について、これを配慮しすぎると、結果として確認訴訟の運用を阻害することになるという問題構造から脱することはできないだろう。

三 台湾法においては、公法私法二分論に照応する二元的裁判制度の下で、行政訴訟の基盤は実体公法により制度上に確保されており、訴訟類型は民事訴訟に倣って三大訴訟形態に依拠して定められている。行政行為を対象とする訴訟類型には、三大訴訟形態のいずれかを土台として、手続上の特則を有する取消訴訟や義務付け訴訟が設けられているが、これらを包括する公権力の行使という基本概念を持たないことから、抗告訴訟と当事者訴訟とを区別するという考え方は、実定法上も学説上も存在しない。したがって、公権力性の有無を問うことなく行政行為以外の行為態様は公法上の争訟であれば給付訴訟または確認訴訟で争うことができる<sup>20)</sup>。この結果、確認訴訟も公法上の争訟を直接に実現する訴訟形態として、明確に行訴法において位置づけられている。したがって、日本法と比較すると、台湾法における確認訴訟は、日本法において厳格に区別されている抗告訴訟と当事者訴訟という二つの訴訟形式について、これらを総合する確認訴訟として、体系的かつ包括的構成されたものであると考えられる<sup>21)</sup>。

興味深いことに、以上の制度設計のあり方をみると、台湾法の訴訟類型論は、日本法より民事訴訟制度に近いという特徴を有する<sup>22)</sup>。そして、日本法と異なり、行政行為を対象とする訴訟類型の特殊性または優越性

20) ただし、行政行為に対する差止訴訟が法定されないことで、その差止請求を給付訴訟として争われることになる。

21) 詳しく言えば、日本の行訴法における当事者訴訟としての確認訴訟および無名抗告訴訟としての行政立法・行政計画違法確認訴訟や義務確認訴訟は、理論的には台湾法における総合的な確認訴訟に含まれるものである。なお、取消訴訟の対象を行政行為に限定してそれ以外の行為形式を給付訴訟または確認訴訟で争う点について、これを見る限り、日本学説における当事者訴訟活用論が描いた図式に、台湾法も近いものがある。この相似性は、日台の行訴法が歴史的にドイツ法の影響を強く受けたことに帰因すると考えられる。

22) この点について、台湾出身の蔡秀卿は、日台の訴訟類型の比較を通じて、同様の結論を示している（『行政事件訴訟の類型の再構築——台湾の行政訴訟類型の改革の経験から』室井力追悼『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）182頁以下）。ただ、この論文は日本においても民事訴訟と相並ぶ行政訴訟の類型の再構築を提案したが、日台のそれぞれの歴史的な要因および独自の課題に触れていない。

について、台湾法がこれに留意することなく議論を進めていることから、給付訴訟または確認訴訟の運用が民事訴訟に準じて行われていることは、当然のことである。また、理論的にみても、本来、ある事件に関する法律上の争訟性はその事件に係る権力性と区別して判断されなくてはならないものであり、したがって権力性については、すなわちこのあり方に応じて特則を置いた訴訟類型の適用は第二次的な問題である。台湾法は、この点を明確に意識した上で体系的な制度配置を行っており、最高行政裁判所も、権力性を問うことなく、まず訴えの利益があれば公法上の争訟に当たると認め、その上で訴訟類型の選択を行なっている。

四 日台法を比較すると、行政事件を通常裁判所で取り扱う日本においては、本来ならば行政事件に関する法律上の争訟についても、民事訴訟によって処理することが可能である。他方、行政裁判所を設けた台湾においては、私法上の争訟と切断されて、異なる要素と構成されているとはいえ、私法上の争訟との対称性を有するものとして位置づけられている公法上の争訟を作り出したことで、日本法よりもいっそう民事訴訟に準じて処理することを目指しているのである。すなわち、日台において、法律上の争訟を判断するに当たっては、権力性を排斥して、民事訴訟の救済手法を基本とする紛争処理形式とすることを、その程度差は大きいとはいえ、いずれも指向している。というのは、両者とも、実質的な司法国家およびその中核をなす裁判を受ける権利の実現という憲法上の規範的要請があるからである。さらに、公法私法二元論を前提にして行政訴訟と民事訴訟が截然とわかれていた時代から、実体法関係が複雑に入り組んで錯綜する現代への転換という行政法が機能している場の変化は、訴訟法において、改めて民事訴訟の救済法理を必要とする時代となっているという点も看過できない。

したがって、日本法は、戦後、歴史的には遠回りとなったが、改正行訴法による確認訴訟の明記を通じて、ようやく戦後の司法制度改革が掲げた司法国家の理念にもう一度回帰しながら、時代の新たな状況にも対応するプロセスが始まっている。そうすると、日本法においては、これまで訴訟形式の選択について、抗告訴訟と当事者訴訟との区別に腐心しなくてはならなかったが、法律上の争訟の次元において、少なくとも行訴法の改正以後は、制度上、公権力の行使に拘泥する必要はなくなるだ

ろう。したがって、当事者訴訟のみならず、抗告訴訟においても民事訴訟においても、広く確認訴訟全体が活用できるように解する考え方<sup>23)</sup>には、正当な根拠があり、このような考え方に立って、処分性の拡大路線を歩き始めた近時の最高裁判決についても、取消訴訟の確認訴訟化の流れとして位置づけ直した評価をすべきだろう。だとすれば、将来的に、日本においても、確認訴訟は、権力性が法律上の争訟性に先行するという逆立した論理をもう一度逆転することで正常な論理へと正すことによって、法律上の争訟を直接に実現する道を開くことになるだろう。このことを通して、司法国家を目指した日本において、ようやく確認訴訟の本来のあるべき姿は展望できるようになるだろう。

しかしながら、この日本における近時の新しい動向と比較すると、権力性の課題を日本より一歩早く乗り越えたはずの台湾法において、訴訟対象の判断・訴訟類型の選択と公権力の行使との関係を歴史的に問題としないとはいえ、実際に確認訴訟は活用されていないという状況にある。その原因としては、主に訴えの利益の問題があり、この点について、日本法を踏まえて検討を次に行う。

## 第二節 訴訟対象性と訴えの利益

一 具体的かつ現実的な争訟の解決を目的とする裁判制度の下で、裁判所が訴訟対象を無制限に認めるわけにはいかない点は、日本法および台湾法に共通するところである。行政訴訟の対象について、行政行為を鑄型に嵌めるという歴史的 premise により、問題となる状況における訴訟対象性をいかに法律上の争訟という原則に照応させて拡大すべきかという課題をも共有している。

詳しく言えば、伝統的判断仕組みによると、結晶化した行政行為という法概念が定立され、その構成要素である一方性、直接具体性、外部性、法効果性の有無に関して連鎖をなしている判断の過程を通じて、行政行為とは異なる行為形式を切り分け、これを排除すると同時に、訴訟対象性の中心を行政行為に画一的に限定することになった。すなわち、この

23) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報 77 巻 3 号（2005 年）48 頁、芝池義一『行政救済法講義〔第 3 版〕』（有斐閣、2006 年）170 頁。このような主張は、結果的に下山瑛二の確認訴訟原型観と大差がない。

枠に嵌められない訴訟対象を法律上の争訟から放逐したのである。しかしながら、現代行政国家の展開ないし変容に伴い、このような伝統的判断仕組みが多様化した行為形式をめぐる紛争にますます対応しえなくなる。さらに、行政の活動の過程を段階的に、かつ部分的に分解して特定の行為形式を見出した上で、その行為形式の性質の判断から救済の可否を決めるアプローチは、実際には容易ではなく、したがって、また、紛争の適切な解決に向かない場合も多い<sup>24)</sup>。したがって、殊に法律上の争訟の原則に照応して行政訴訟の対象を拡大する動きが登場する。ただ、いわば、なおも星雲状態にある争いから<sup>25)</sup>、行政行為と異なる明確な判断の仕組みをいかに定立するか、また、行政上の特殊な紛争状況にどのように照応するかという問題が生じるのである。

この点について、民事訴訟法学においては、確認訴訟の登場をきっかけに訴訟対象判定の問題について、これを訴えの利益の問題として解決するアプローチが台頭している。行政訴訟法学においても、訴えの利益に関するアプローチを用いて訴訟対象を判断することは、閉塞状況にある行政訴訟に新たな道を開くものであると考える。以下では、日本と台湾においてそれぞれの状況を踏まえて確認訴訟の可能性について、検討する。

二 日本法においては、第二部の分析によると、法律上の争訟の概念の形成に際して、確認訴訟原型観が強く影響を及ぼした。法律上の争訟について、実体法よりも訴訟法的理解が一般的である<sup>26)</sup>。したがって、

24) 日本において、藤田宙靖の分析によると、行政過程論を唱えた学者がすでにこの問題に関心を払っている（『行政法総論』（青林書院、2013年）134頁以下）。なお、原告である私人の視点からすると、争いの対象について最も適切な行政の行為を特定するのは、訴訟の利用者である私人にとって過剰な要求だという指摘がある（土井眞一「法律上の争訟と行政事件訴訟の類型」法学教室 371号（2011年）87頁）。

25) ただ、少なくとも当事者間では特定の法的問題の答えに関する公権的な確定が求められる、という「争訟の状況」は必要である。この点について、長谷部恭男「司法権の概念」（初出2010年）『憲法の円環』（岩波書店、2013年）228頁。

26) さしあたり、小島武司『民事訴訟法』（有斐閣、2013年）225頁以下、川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社、2013年）136頁以下、伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）168頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2001年）216頁以下、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、2009年）160頁以下。また、訴えの三形態の相互関係について、これを確認訴訟原型観により説明するものも少なくない（例えば小島・前掲217頁以下、川嶋・前掲203頁以下）。

法律上の争訟を処分性に矮小化する取消訴訟中心主義に対抗するために、確認訴訟原型観を通じて訴えの利益に関する考え方を導入する発想は自然である。そこでは、取消訴訟を違法宣言訴訟として運用する処分性拡大論は、訴訟対象を特定の行為形式に限定しながらも、むしろ訴えの利益の判断に当たって私人の被害の実態および即時救済の必要性を重視すべきという点を強調している。その上で、当事者訴訟活用論は、さらに、行為形式に焦点をあてる思考様式から脱却して、もっぱら確認訴訟を通じて、行政による私人側の権利利益への悪影響という関連性に着目すべき方向を示している。いずれにしても、このアプローチは、行政行為論を中心にする判断仕組みを否定しており、訴訟対象について訴えの利益を判断基準とする方向へ収斂するものである。この文脈において、確認訴訟の明記は、訴訟対象性を、行為形式を中心とする思考様式から訴えの利益を中心とする思考様式へ転換するものだと考えられる<sup>27)</sup>。

したがって、確認訴訟の明記以降、学説および裁判例の変化について、次の三点の方向を指摘することができる。

第一に、権利救済の必要性を左右するものは、行為形式の性質または法効果だけではなくなったということが指摘できる。裁判所は、行為形式が私人の法的地位へ実際にどんな悪影響を及ぼしているか着目して、司法的救済を与える必要性を検討するという柔軟な判断を行いはじめた。一方、処分性拡大の判例について、伝統的に公権力の行使の特徴と目された「一方性と担保力（違反行為に対する罰則、実力の行使）」<sup>28)</sup>は、訴訟法の次元において訴えの利益の問題（私人の法的地位への影響の程度および司法的救済の必要性）として把握し直される可能性が開かれたのであった。

第二に、司法審査の時機、すなわち救済のタイミングに関する利益衡量は、行政の行為の違法性を早期に判断すべきかどうかという問題として裁判所において重視されるようになる。その際に、当事者訴訟と取消訴訟及び差止訴訟との役割分担という問題も救済の実効性という観点から確認の利益の問題として考慮されるようになった。言い換えれば、抗

27) 橋本博之「行政事件訴訟法改正と行政法学の方法」（初出 2004 年）『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009）205 頁以下。

28) 塩野・前掲注（11）103 頁。



告訴訟と当事者訴訟との役割分担という問題は、公権力性の有無だけでなく、訴えの利益の角度からも検討されることとなったのである。

第三に、訴訟対象の問題を訴えの利益の問題に引き直すという文脈において、行為形式について、これを直接確認の対象とすることを認めるかどうかという問題については、学説の多くが訴えの利益の観点から認めており、最高裁もそのような可能性を示している。そうだとすれば、行為形式の問題は、結局、訴えの利益の問題に吸収されて、かつて有した重要性はますます低下するだろう。

三 台湾法において、取消訴訟単一主義を克服するために登場した公法上の争訟の下で、学説は、行政行為の形式に拘泥せず請求権または訴えの利益があれば、行政行為以外の行為形式を給付訴訟または確認訴訟で争うことができると指摘していた。また、最高行政裁判所は、行為形式の性質を問わず、私人の法的地位に影響を及ぼした行為形式について、訴えの利益があれば、その訴訟対象性を認めるべきだと判示していた。そうすると、理論的には、公法上の争訟に該当するかどうかは、行政機関の用いた行為形式を基準にしてはいないと解することができよう。

ところが、学説上は、行為形式ごとに訴えの許容性を検討する手法がなお主流であり、まして行政裁判所も依然として行為形式の性質ないし法効果に焦点をあてて、訴えの許容性を決めている。そのため、裁判実務においては、確認訴訟は機能していないという現状にある。その原因を分析すれば、ひとつは、伝統的行政行為論に依拠した形式的判断手法がなお支配的であるという点をあげることができる。したがって、裁判所は、公法上の争訟性について、法律関係の具体性を行為形式の性質から抽象的かつ演繹的に論じており、行政行為を中心に判断するというアプローチが埋め込まれることになる。この結果、行政裁判所は、確認訴訟を適用する際に、行政行為の具体的法効果性という尺度を用いて法律関係の具体性を判断することとなって、たとえ行政行為に当たらない行為形式を法律関係に引き直したとしてもその法律関係の具体性は容易に認められないことになっている。いまひとつは、行為形式の争訟性について、これを訴えの利益に引き直す思考が欠如している点である。その結果、紛争の実態に即して司法的救済の必要性を判断するという問題意識も存在しない。



この二点に注目すると、裁判実務において、日本と台湾との差異は、例えば、医薬品のインターネット販売事件からこれをはっきりと見ることができる。日本においても台湾においても、憲法が保障した営業の自由があるため、行政機関が法律による明確な授権がなければ、医薬品のインターネット販売行為を規制することができない。そこでは、共通して、明確な授権がなされないまま販売行為を規制する行政立法について、これを早期に確認訴訟で争えるかどうかが争点となった。日本の裁判所は、薬品販売業者の被害の実態を確認の利益の問題として吟味し、ネット販売を規制する法規命令の違法を主張する権利存在確認訴訟について、これを適法な訴訟であると認めた<sup>29)</sup>。台湾の裁判所は、インターネット販売の規制を目的と解される行政規則について、これを抽象的法規範と判断して、これに基づく法律関係の具体性を否定し、義務不存在確認訴訟を不適法とした<sup>30)</sup>。この事例を比較すると、行為形式を中心とする思考様式から訴えの利益を中心とする思考様式への転換がみられる日本において、台湾より救済範囲を柔軟に拡大する道を開けていることをみることができる。

四 日本と台湾における近時のそれぞれの発展方向をまとめると、共通の課題としてみえてくることは、法律上の争訟を前提にする行政訴訟の対象性が、違法な行政作用によって私人の権利利益がどれだけ具体的に影響を受けるかを判断した上で、司法的救済の必要性を決めるという問題である。確認の利益を中心とするアプローチは、この課題の解決を目指す要となるものである。このアプローチによれば、具体的判断にあたって、裁判所は私人の「被害の実態」<sup>31)</sup> から出発して救済の必要性を事案ごとに判断すべきであり、行為形式の性質や効果は「被害の実態」を判断するための衡量要素の一つにすぎず、必ずしも権利救済の決め手

29) 東京地判平成 22 年 3 月 30 日判例時報 2096 号 9 頁、東京高判平成 24 年 4 月 26 日判例タイムズ 1381 号 105 頁、最判平成 25 年 1 月 11 日判例時報 2177 号 35 頁。

30) 台北高等行政法院 100 年訴字第 1499 号裁定（2011 年 11 月 3 日）、最高行政法院 101 年裁字第 240 号裁定（2012 年 2 月 9 日）。

31) この用語は、南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、1987 年）63-64 頁（高木光執筆）から借用したものである。高木は、事実行為の違法性をめぐる紛争について、「そのような被害が、不法行為法、物権的請求権の枠組あるいは『行政の法適合性』の原理に照らして」判断すると考えている。本稿では、行政の行為の違法性をめぐる紛争について、訴訟法の次元で訴えの利益の枠組みに照らして争訟性を判断することを指摘する。

となるものではない。このように「いかなる救済が可能か」という問題解決に関する訴訟法の視点からみると、行為形式を中心とする判断よりも、このアプローチは、柔軟に権利を救済することができる。

しかしながら、裁判所は伝統的な判断仕組みを容易に克服することができない状況にある。日本の最高裁判所は行為形式を中心とする思考様式から訴えの利益行為を中心とする思考様式への転換をはじめたが、現時点においても、なお完全にこれから脱却したとは言いがたい。台湾の最高行政裁判所はこの問題を意識してはいるが、いまだ行為形式を中心とする思考様式に陥っている。なぜならば、台湾では、行政行為を対象とする取消訴訟及び義務付け訴訟があるため、行為行為の判断が依然として訴訟類型の選択・適用を左右しているからである。その際、法律上の争訟を先に判断しないため、裁判官は、行為形式に関する判断を先行させるという考え方に、なおも支配されているのである。

したがって、立法論としては、裁判所のこの内の強固な経路依存性に正面から向き合って、訴訟対象のカatalogにおいて行為形式をできるだけ広く列挙し、または、問題となる行為形式の争い方を特別の訴訟類型として整備することも、将来の解決として考えられるだろう。だが、そのような立法を待たず、本稿が明らかにしたように、確認の利益を柔軟に判断するならば、十分にこの課題に対応する可能性を有することに留意すべきなのではないだろうか。

### 第三節 救済手法の多様化と確認訴訟の特性

一 民事訴訟において形成訴訟の形成力または給付訴訟の執行力に比べると、確認訴訟は判決の効力について既判力しか有しないことで補充的に適用されることになる。これが、いわゆる確認訴訟の補充性である。一方、確認訴訟は紛争の抜本的解決および予防的解決のために独自の救済機能を有する手法としても確立している<sup>32)</sup>。日本と台湾では、一般的に行政訴訟における確認訴訟も、また、このような性質を有するものと解されているが、そこでは、異なる状況もある。以下では、訴えの役割分担について訴訟対象を中心に、日本と台湾におけるそれぞれの状況

32) 小島・前掲注(26) 193頁以下、川嶋・前掲注(26) 136頁以下、伊藤・前掲注(26) 159頁。

を踏まえた検討を行う。

二 日本の場合、取消訴訟中心主義の歴史的経緯により、訴訟対象について確認訴訟と取消訴訟との役割分担に焦点に当てる議論が現在においても主流である。その際に、処分性拡大論の立場をとる学者の一部は、法規命令や行政計画の違法判決ならば、当然に対世効を必要とするため、それらを取消訴訟で争う必要性を唱えている<sup>33)</sup>。そこでは、行為形式を中心とする思考様式が判決の効力を考える際にも影響を及ぼしている。

しかしながら、裁判実務においては、判決の効力を行為形式のあり方から一律に画定しているというよりも、紛争の実態をみて、それを決めていく傾向にある<sup>34)</sup>。すなわち、具体的事案において対世効による紛争解決または権利救済を必要としない場合には、確認訴訟の方が適切な訴訟類型であると考えられるのである<sup>35)</sup>。これは、訴訟対象について、訴えの利益の問題として考え、被害の実態から判断する動向に呼応するものといえよう。

一方、確認訴訟に注目する学者は、確認判決について、これを行政に対する拘束的行動指針として運用する可能性を指摘している<sup>36)</sup>。すなわち、違法宣言または権利確定の確認判決は行政に対して特定の行動を要求しないが、既判力（および拘束力）を通じてこれからの行動指針として行政に対する行為規範となると考えている<sup>37)</sup>。そこでは、行政が判決

33) 例えば、「行政訴訟検討会（第25回）議事録」、「行政訴訟検討会（第29回）議事録」において、この点について対世効をめぐる議論がある。

34) 例えば、条例の処分性を認めた最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁は、条例という行為形式よりも、行政の「実際の対応に困難を来す」という問題に着目して、対世効を有する取消判決について、これを紛争の適切な解決手法と認めている。

35) 例えば、東京地判平成22年3月30日判例時報2096号9頁。なお、山岸敬子は、抽象的行為形式に関する紛争について、「個々人の個別的利益に関わる法令の個別的適用」に対する行政の裁量の判断が必要となる場合には、むしろ対世効が認められていない確認訴訟の方が適切であると指摘している（『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004年）163頁）。

36) 例えば、最高裁判所事務総局行政局『行政事件担当裁判官会同概要〔行政裁判資料第14号〕』（1952年）25頁以下（白石健三発言）、渡邊宗太郎『全訂日本国行政法要論上巻』（有斐閣、1956年）445頁以下、下山瑛二『現代行政法学の基礎』（日本評論社、1983年）212頁以下、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）64頁（鈴木庸夫執筆）。

37) 改正行訴法に関する主張として、大橋洋一は「確認判決の持つ拘束力は、違法な行政活動の抜本的解決を有効に図りうるもの」だと指摘している（『行政法総論から見た行政訴訟改革』（初出2004年）『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年）374-375頁）。

の趣旨に沿って、是正の措置を自主的、かつ、裁量的に取るべきことが想定されることから、最終的に私人の権利実現または侵害防除が可能であると指摘されている。裁判例においても、こういう可能性を示したものがある<sup>38)</sup>。そうすると、確認訴訟は、行為規範を確認することにより、私人の権利を広く保護する可能性を有することになるだろう。

なお、行政訴訟においては、日本では残念ながら現在なお請求権体系の発展が遅れていることから、請求権を前提とする給付訴訟について、これに対する確認訴訟の補充性という問題が本来ならば当然存在するが、顕在化していないことも、ここで付言しておく。

三 他方、処分性拡大論が存在しない台湾法の場合、訴訟対象については、主に給付訴訟と確認訴訟との役割分担が理論的に問題となる。ただし、確認訴訟への関心は、実際は高くないのが現状である。その原因として、ひとつは、公法上の請求権体系に関する議論を前提にすれば、当然に給付訴訟がもっとも活用すべき訴訟形態だと考えられているからである。もう一つは、既判力による権利救済の意義が必ずしも明確に認識されていないからである。すなわち、確認訴訟による権利救済の実効性が疑われているのである。したがって、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性原則が強調され、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟の救済範囲は狭いものになっている。

しかしながら、訴えの役割分担について、これを判決の効力から抽象的演繹的に決める視点に立つと、紛争の実態に即して権利を柔軟に救済することができない。そして、確認訴訟は、特定の能動的内容を要素としない純然たる権利の存否確認を中心に構成されたものであり、訴えの利益も、権利存否に関する既判力の取得を中心に判断されることになる。理論的に言えば、確認の利益は、執行力を求める請求権より広く紛争を拾い上げることができるのである。殊に、ドイツ法の請求権体系が継受されたにも関わらず、裁判実務において定着したと言いがたい台湾の現状をみるならば、当面、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性が厳格に判断される必要はないと考える。この点については、日本法は大いに参考となるだろう。

38) 例えば、名古屋地判平成21年2月19日判例タイムズ1313号148頁、福岡地判平成21年7月17日判例集未登載。

四 以上検討したように、確認訴訟について、日本では取消訴訟、台湾では給付訴訟との役割分担が問題となっている。さらに一般的に言えば、日本であれ台湾であれ、行政訴訟類型の多様化により、紛争の性質に即して適切な訴訟類型の選択がますます困難になっているという問題を共有している。この問題について、もし「被害の実態」から訴えの利益を判断して、それに対する具体的救済を決める方向へと移行するならば、日本の学説が主張した確認訴訟原型観は、今日においても依然として示唆に富んでいる。すなわち、確認訴訟について、これを基本的包括的救済手法として位置づけ、違法性判断または権利確定は、これとは異なる救済手法との分離を可能にするという発想である。これは、確認の利益が、まず、第一次的に判断され、行政に対して特定の作為不作為義務を命じるか、法律関係を対世的に確定するかという問題については、むしろ具体的事案において、権利をより実効的に救済するため、第二次的に決められるものとする発想である。そうすると、各種の訴えの融通性が確認訴訟を媒介として確保され、訴訟類型選択のリスクも、確認訴訟を土台に位置づけることで軽減されるだろう<sup>39)</sup>。

#### 第四節 司法の救済権能

一 確認訴訟については、日台の制度面において共通点が多い。しかし、日本法における確認訴訟は、台湾法のそれより活用されるようになった。しかも、日本法における確認訴訟は、改正法前後において、その判断枠組みが変わっていないにもかかわらず、改正法以後は、活発的に運用されている。それはなぜだろうか。より根本的な理由としては、司法が自らの救済権能を行使する際に、形式的な要件判断から実質的な利益衡量へと移行している点が指摘できる。そして、このような移行には、行政権優越の司法国家観から司法権優越の司法国家観へ転換する兆候がみられる<sup>40)</sup>。その点で、今日における日本法と台湾法との間の差異を見

39) 民事訴訟法学において、同様の方向性を示したのは、川嶋・前掲注（26）206頁、同「公法紛争における事実行為と民事訴訟——『公共施設に対する民事差止訴訟の活用可能性』に関する一素描」法律時報1064号（2013年）51-52頁。

40) この点について、法適用作用としての近代法的司法観から法創造機能を認める現代法的司法観への転換をみることもできるだろう（例えば、芦部信喜「司法における権力性」（初出1983年）『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）36

ることができる。以下では、まず日本法の状況をまとめることにする。

二 日本法において、田中・兼子理論が示した行政権優越の司法国家観は、訴訟制度において取消訴訟中心主義に帰結した。司法は、訴訟対象を行政処分に限定した上で、硬直した要件で形式的機械的に判断すればよく、したがってまたなされた処分の取消で十分だとすれば、それ以外の救済手法を勧案する必要もないとされた。訴訟対象の拡大であれ無名抗告訴訟の許容性であれ、いずれにしても、それらを認める司法の救済権能は極めて限定されていた。

しかしながら、この形成訴訟たる取消訴訟を法律上の争訟の中心に据える司法国家観は、必ずしも憲法に基づく司法の救済権能を正しく認識するものではなかった。憲法が採用する司法の救済権能に立脚して、司法の法判断権限に着目するならば、確認訴訟を法律上の争訟の中心に据える司法権優越の司法国家観が登場することになる。この考え方からすると、司法は、違法の行政作用と私人の権利利益との関連性を広く法関係として把握した上で、訴えの利益を通じて救済の必要性を利益衡量によって自ら判断することが可能となる。この系譜において、司法の救済権能について、行政の適法性統制を強調する違法宣言訴訟モデル（処分性拡大論）、または、基本的人権の権利保護を強調する権利確認訴訟モデル（当事者訴訟活用論）は、その関心を置くところは異なるとはいえ、いずれも、司法自らの救済権能の拡大を図るものであった。

改正行訴法は、政治過程・行政過程における司法の役割を見直した上で、義務付け訴訟と差止訴訟の訴訟要件について、これを緩く定める一方で、確認訴訟について、訴訟要件を何も定めないまま、その運用を判例政策に委ねることになる。国民の権利を違法の行政活動から実効的に保護するために、法定抗告訴訟の訴訟要件の緩和が、取消訴訟中心主義に縛られた判例政策を明確に否定するものだとすれば、確認訴訟の明記は、司法の救済権能の柔軟な運用を促す意味を有するものだといえよう<sup>41)</sup>。そして、今回の改革に影響を及ぼしたオープンスペース論もまた、憲法上与えられた司法の救済権能を柔軟に行使できる制度の整備を行うとともに、

---

頁以下)。ここでは、この視点から検討する余裕はないため、今後の研究に委ねることにしたい。

41) 橋本・前掲注(27) 204-206 頁。



司法の救済権能の消極的行使を否定するものだと考えられる<sup>42)</sup>。

改正行訴法の趣旨を受け止めた最高裁判所は、紛争の実態に即して訴えの利益を柔軟に衡量するようになるが、その際、権利救済の「実効性」に関しては、なおも慎重に判断する傾向がみられ、いまだ安定していない状況にある<sup>43)</sup>。ただし、あらゆる行政作用の違法性について、これを権利保護の「実効性」の下で審査すること自体は、行政権限の恣意的行使をコントロールすることを目指して、かつ、行政による公益実現と私人の権利保護との利益衡量を可能にする訴えの利益論を形成するだろう。また、行政の活動態様を問わず私人の被害の実態から判断した上で、訴えの利益の有無を決める手法を採用するとすれば、訴訟対象をいかに拡大するか、紛争をどのように解決するかということは、必然的に司法の広範な利益衡量に頼らざるを得ないものとなる。そこで、訴えの利益を通じて法律上の争訟の判断権限を確保することを考える最高裁判所は、現在、救済権能を緩慢だが、しかし、確実に拡大しようとする傾向にある。このように、司法権優越の司法国家観へ移行する兆候がみられるため、司法の救済権能が徐々に伸長するにつれて、確認訴訟は、今後一層、活用されるようになるだろう。

三 台湾法においては、行政と司法との役割分担または司法の救済権能という問題が意識されず、訴えの許容性をもっぱら個々の訴訟要件の解釈論として検討する考え方が主流である。というのは、ドイツ法継受を背景にして、多様化した訴訟類型について、これをドイツ法のドグマティックによって正しく運用することが、当面の急務と考えられているからであろう。また、実体法上の請求権を前提にする給付訴訟を強調する議論は、訴求可能性を実体法規範の解釈論ないし要件論の次元で把握した上で、救済の可否と手法とが、一義的に決めるものである。それゆえ、司法自らが、訴えの利益を通じて原告に対する不利益の程度・態様や救済の必要性について、事案ごとに衡量する視角は、見落とされている。

42) 塩野宏「行政訴訟改革の動向」（初出 2004 年）前掲注（16）書 240 頁。なお、橋本博之「行政訴訟改革といわゆる『オープンスペース』論」（初出 2008 年）前掲注（27）書 225 頁以下も参照。

43) この不安定の状況を指摘した近時の文献として、下井康史「『処分性』拡張と処分性概念の変容」法律時報 1064 号（2013 年）16 頁、越智・前掲注（12）18-19 頁、湊二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法律時報 1064 号（2013 年）33-34 頁。



では、日本法と比較すると、台湾の旧行訴法は、行政行為を対象とする取消訴訟単一主義をとることから、それは、実際に、行政権優越の司法国家観を前提にしたものであった。台湾には、司法の救済権能を制限する司法権の限界論のようなドグマは存在しないが、制定法準拠主義の通説判例は、訴訟対象の拡大または法定外の訴訟類型の創設を完全に立法論に委ねたことからわかるように、司法が自らそれらの救済を与える権能については、これをほぼ全否定することとなったのである。しかしながら、新行訴法の下で、司法による概括的実効的権利救済という考え方が一般的な理解となり、仮にこれを司法権優越の司法国家観に転換したものと解するならば、台湾においては、司法自らが公法上の争訟を広く判断して救済を与える権能を有することになろう。

にもかかわらず、行政裁判所においては、立法者が特に定めた訴訟類型または明記した請求権が存在しない場合に、一般的救済形式としての確認訴訟を運用する意欲は高くない。すなわち、立法者からの明確な指示がなければ、行政裁判所には、行政の違法な権限行使から私人の法的地位を保護するために、行政に対して広く裁判的統制を及ぼす領域を十分に確保すべきであるという認識に欠けるという問題がある。このような保守的な態度には、前述した行為形式を中心とする思考様式に由来するものであるが、違法の行政作用と私人の権利利益との法的関連性について、これを訴えの利益として柔軟に判断して、救済を与える権能を行政裁判所は有するという問題意識が欠落しているように思われる。

残念ながら、この問題に無頓着な台湾の学説は、恐らく司法権の限界論に対抗する必要もなければ、司法の救済権能を強調する必要もないことから、依然として、個々の訴訟要件や請求権に関する解釈論にばかり関心を払い、ドイツ法の直輸入を行なっているのである。それゆえに、台湾では、司法的救済に値する公法上の争訟という全体像は、まおも明確に認識されることはなく、しかも、しばしば前述した行為形式を中心とする思考様式に左右されているのが現状である。行政権優越の司法国家観は、台湾では、依然として通説判例に影響を及ぼしているのである。

この問題を抜本的に解決するために、日本法における確認訴訟の発展史から得られた示唆は極めて重要であり、台湾において公法上の争訟の全体像を確認訴訟を中心にもう一度見直すべきである。

四 結局のところ、国民の権利利益をもれなく救済するという課題は、法律上の争訟を包括する訴訟類型の整備や実体法理・訴訟法理の構築によって実現される。しかし、その前に求められた司法国家観とは何かが、まず問われねばならないだろう。

確かに司法権優越の司法国家観における司法の救済権能に着目するならば、まず国家権力である司法権の恣意的な行使を防ぐためにこれをいかに律するかという問題に注意を払わなくてはならない<sup>44)</sup>。そして、司法の救済権能拡大は、裁判所が私人の欲求の掃き溜めと化する危険や、法的領域を越えて政治的論争に曝される可能性が高くなることから、救済権能の適正な行使をいかに統制するかという問題についても、常に慎重な検討を必要とする。ただし、司法の救済権能について、これを法定抗告訴訟（台湾では取消訴訟及び義務付け訴訟）の枠内において制限するという、かつてとっていた道がないとすれば、この問題は、法律上の争訟に基づく行政の適法性統制<sup>45)</sup>または実効的な権利救済<sup>46)</sup>という新たな視点から議論を深めることが期待されるのである。

## 第八章 展望

### 第一節 台湾法の展望

#### 一 日本法から台湾法への示唆

日本法から台湾法への示唆を得る際には、社会的背景および実定法制度の仕組みが両国では大きく異なっていることを無視することができな

44) 民事訴訟法学において、この問題を指摘する文献として、山本弘「権利保護の利益概念の研究（1）」法学協会雑誌 106 巻 2 号（1989 年）163 頁以下。

45) 例えば、亘理は、前掲注（15）72 頁においては、法律上の争訟について、権利義務性を抜き取り適法性を中心にこれを再構築すべきと主張すると同時に（同「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編・前掲注（11）書 27 頁も参照）、84 頁においては、裁判官が法適用において普遍性を有する解釈基準を示す必要性について、これを強調している。また、亘理は、「国民の法的地位論の拡充」の必要性についても指摘している（「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究 65 号（2003 年）195-196 頁）。

46) 例えば、憲法上の基本的人権を中心に行政救済法を全面的に再構成する必要性については、下山瑛二と室井力がつとにこの必要性を指摘している（下山・前掲注（36）199 頁以下、室井力「現代行政と行政救済法」杉村敏正編『行政救済法 1』（有斐閣、1990 年）1 頁以下）。また、近時、権利をいかに実効的に救済すべきかという救済法の観点から研究する文献として、さしあたり、曾和俊文「権利と救済（レメディ）——行政法における権利の特質」阿部泰隆古希『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012 年）543 頁以下。

い。ただし、その相違点を留意しながら、前章の比較検討により、日本法から台湾法への示唆を次の二点に集約することができる。

第一は、法律上の争訟と確認訴訟原型観である。台湾における通説と行政裁判所は、公法上の争訟であれば、民事訴訟に準じて給付または確認訴訟のいずれかの訴訟形態で出訴できる点で一致している。そして、司法院大法官は、憲法解釈を通じて包括的かつ実効的な権利救済を強調し、行政裁判所に対して強い影響を与えている<sup>47)</sup>。そうすると、行為形式の性質を問わず権利救済を与えるべきことは、明確であるはずであったが、行政裁判所の思考様式は、依然として公法上の争訟と行政行為の具体的法効果とを同時に判断しがちである。そのため、行政裁判所は、訴訟対象の拡大と予防的訴訟の運用について消極的に考えている。

しかしながら、私法上の争訟との対称性をもつ公法上の争訟の創出を目指す台湾における司法国家の下では、公法上の争訟について、行政行為を中心にその範囲を画定する必要はない。むしろ、民事訴訟の救済法理、すなわち訴えの利益があれば出訴できるという点を徹底し、訴えの利益を中心に公法上の争訟を画定すべきであろう。その際に、日本法から得られる示唆は、法律上の争訟について、確認訴訟を通じて訴えの利益のレベルにおいて見直すべきという点にある。確かに、法律上の争訟と確認訴訟の要件とは、論理的には別のものであるが<sup>48)</sup>、確認訴訟の登場の経緯および日本法における発展の歴史から見ると、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟は、法律上の争訟を見直す際には、原基的な訴訟形態である<sup>49)</sup>。

第二は、訴訟対象を訴えの利益に絞るアプローチである。ドイツ法を

47) 例えば、釈字 684 号解釈 (2011 年 1 月 17 日) は、学生の権利利益に影響を及ぼす教育的措置について、救済を与えるべきだと判示した。行政行為に該当しない教育的措置の出訴について、その受け皿は給付訴訟または確認訴訟のいずれかであると想定されている。

48) 台湾法の母法であるドイツ法においては、「争訟性」と「訴訟類型適合性」が論理的に区別されるべきであるとされている。この点について、日本における紹介として、高木光『行政訴訟論』(有斐閣、2005 年) 56 頁。

49) あらゆる訴訟類型が公法上の法律関係を確定する点で確認訴訟の性質を有するという指摘はあるが (李建良「環評法所称『目的事業主管機関』的意涵与一般確認訴訟的制度本質——中科三期確認訴訟案 (下)」台湾法学雑誌第 180 期 (2011 年) 20-21 頁)、公法上の争訟と訴えの利益との関係について論じられていない。

継受した台湾法において、学説も行政裁判所も請求権体系を前提にして、訴訟対象の争訟性に関して、これを請求権の有無の問題として考える傾向にある。本稿では、請求権体系のアプローチを否定するつもりはないが、確認訴訟の意義を見落とすと、公法上の争訟を狭く理解するという問題を生み出すのではないかと指摘したい。まず、台湾では結果除去請求権の論争から見たように、ドイツ法の請求権体系は、裁判実務において必ずしも容易に定着しないことが明らかになった。請求権が成立しない場合には、違法な行政作用が行われても、それは現実に私人の法的地位に干渉しないように見せかけるおそれがある。次に、そもそも給付訴訟がすべての紛争を解決するわけがないことから、確認訴訟は給付訴訟と異なる権利保護形式として確立したものであった。訴訟法固有な観点からすると、確認の利益が仕えるべき任務は、裁判所自らが救済権能を行使して、守られるべき権利利益に訴訟法を柔軟に対応させることにより、救済を可能とするものである。こうした確認訴訟の目的に着目して、このように請求権体系が公法上の争訟を完全に包摂するものでないことを踏まえるならば、確認訴訟による救済に道を開く訴えの利益の検討が不可欠となる。

この点について、日本法では、請求権体系の発展が遅れているが、訴訟対象を訴えの利益に絞る議論は盛んに行われている。確認訴訟の明記はその議論の成果とも考えられる。現在、学説も裁判所も、守られるべき法的地位について確認の利益を柔軟に判断して救済を与える方向で議論しており、一定の成果を上げている。そこで、台湾において、請求権体系の発展が十分でない現在、日本法の発展を参考にして、公法上の争訟を確認訴訟のレベルにおいて見直すと同時に、訴訟対象を訴えの利益に絞るアプローチも採用すべきであろう。そして、台湾法において喧伝されている確認訴訟の給付訴訟に対する補充性は、給付訴訟の可能性が限定されているという現状を踏まえて、厳しく適用される必要がないだろう。

## 二 解釈論の方向性

以上の二点を踏まえて、台湾法においては公法上の争訟からみた確認訴訟の可能性を活かす手掛かりとして、具体的にいえば、以下の三点をあげることができる。

第一は、最高行政裁判所は、公法上の争訟を正面から捉えて、法的地位に重大な不安があれば、出訴を認めるべきという判断枠組みを提示したということである。これは、訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチであり、確認の利益を公法上の争訟の原型とする確認訴訟原型観に近い発想であろう。そこで、確認訴訟を公法上の争訟の中心に据えて考えれば、これまで行政行為を公法上の争訟の中心にする思考様式は、まず排斥されなければならない。次に、公法上の争訟であれば、裁判所は原則として救済を与えなくてはならないことから、確認訴訟について、これを基本的救済手法と措定するべきである。そして、請求権を前提にする給付訴訟の適用有無については、最高行政裁判所判決も説示したように、訴訟類型の選択の問題として第二次的なものである。

第二は、林三欽が提示した原因行為に対する直接攻撃訴訟である。林三欽説は、法律関係の変動を原因づける行政作用（行政立法や行政契約）について、これを法律関係に引き直すと、確認訴訟でその違法性を直接争点として争うことができるものである。この主張は、法律関係を通じて行政の多種多様な活動を攻撃できる点に限って、日本の改正行訴法において確認訴訟が明記された趣旨に近い発想であろう。しかし、林三欽説が実体法関係の具体性の有無または変動を中心に判断しており、これは、まず行為形式の思考様式を前提にした裁判実務は受け入れられておらず、また、この説には、具体的状況において私人の不利益の内容、程度あるいは態様を事案ごとに衡量して救済の必要性を決めるという訴えの利益の視点は見落とされている。したがって、行政作用を形式的に法律関係に引き直すというよりも、むしろ行政作用が私人の法的地位に及ぼした悪影響について、その救済の必要性こそが訴えの利益のレベルにおいて具体的に判断しなければならない。

第三は、確認の利益である。これについて、台湾法における議論は多くはないが、少なくとも刑罰や不利益処分予防、特定の社会的行為や経済的活動をする前の確認、反復発生しうる危険の回避、紛争の抜本的な解決、事後に救済しがたい権利に対する予防的救済の必要性は、学説において一般的に認められている。これらは、私人の法的地位について、行政作用がいかに影響を及ぼすか、救済を現に与えるべきかという視点から個別的事案ごとに衡量されるべき要素であり、決して演繹的機械的

な要件判断の問題ではない。この点で、裁判所の多面的な検討、柔軟な判断が今後求められることになるだろう。

## 第二節 今後の課題

### 一 行政訴訟における確認の利益

本稿において、司法国家の実現という課題の克服および訴訟対象を訴えの利益に絞るアプローチの二点から確認訴訟の意義を検討したが、確認の利益に関する具体的解釈論は詳しく検討しなかった。しかし、訴訟対象を訴えの利益に還元すれば、確認の利益をいかに判断するかが最も重要な問題となる。そして、現在、日本においても台湾においても一般的に民事訴訟における確認の利益に関する考え方が判断の指針となるが、日本では、確認の利益について「行政訴訟に特有の事情」<sup>50)</sup>を反映させる必要性が指摘されている。

この点について、本稿が指摘したように、日本では、広義の訴えの利益を判断する法的保護に値する利益説は、義務確認訴訟説と同時に登場し、処分性拡大論と表裏一体の関係にあり、実際に民事訴訟の確認の利益を行政訴訟において改鑄したものともいえる。そうだとすれば、法的保護に値する利益説と確認の利益との関連を検討することは、行政訴訟の確認の利益論を解明することにも繋がることになろう。他方、「ドイツとの対比で見る限り、特殊日本的」<sup>51)</sup>法的保護に値する利益説は、ドイツ法を受容した台湾において紹介されているが<sup>52)</sup>、まったく影響力をもたず無視されている。だが、仮に法的保護に値する利益説が確認の利益を母胎としたものであれば、台湾法においても日本法の研究から示唆を得ることができると考えられる。したがって、今後、台湾においても、原告適格の問題を含めて法的保護に値する利益説を確認訴訟の展開に併せて検討する意義があるだろう。

50) 小早川光郎『行政法講義 下Ⅲ』（弘文堂、2007年）341頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第4版〕行政救済法』（有斐閣、2013年）370頁。なお、塩野・前掲注（11）260頁も、「行政過程の特色を反映」すべきと主張している。

51) 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造四」国家学会雑誌99巻7・8号（1986年）35頁注6。なお、同論文39頁以下、確認の利益に関する論述も併せて参照。

52) さしあたり、陳清秀『行政訴訟法〔第3版〕』（元照、2009年）232頁以下。



## 二 憲法に基づく実効的な権利救済

日本および台湾は、行政訴訟制度改革を行う際に、いずれも実効的な権利救済を指導理念として強調している。それは憲法上の裁判を受ける権利に由来したものであるが、行政訴訟において具体的に適用される際に、規範的機能をどのように果たすのかは、必ずしも明確に検討されていない。

日本においては、憲法 32 条の裁判を受ける権利に基づく実効的な権利救済の要請は、「実体的基本権のみならず、裁判上保護に値する利益の貫徹機会が保障されることを導く」<sup>53)</sup> ものだとすれば、この視点から検討することが、法的保護に値する利益説についても新たな可能性を開くことになるだろう。また、「実効性」について、これを救済のタイミングの問題と解すると、取消訴訟、執行停止制度、差止訴訟、確認訴訟は、どのようにそれぞれの制度特性に即して配置されるのかが課題となる。本稿では、この問題に関する解釈論の提示を控えるが、確認訴訟の可能性と法定抗告訴訟の可能性との適切な守備範囲を画して運用することを目指すために、訴えの利益の次元で基本的人権に対する実効的な権利救済の視点からの調整が必要となる。そうであるならば、本稿はこの課題を手付かずのまま残していることになる。他方、台湾では、ドイツ連邦基本法 19 条 4 項の実効的な権利救済という理念が受容されているが、台湾法の具体的文脈において、訴えの利益や訴訟類型の選択について、これを台湾憲法 16 条の訴訟権に関連づけて据えて検討するものは多くない。ドイツ法の継受を相対化するためにも、比較法の角度からみた日本法のこれからの発展状況も参考となるだろう。そのため、憲法に基づく実効的な権利救済から訴えの利益を検討することが不可欠であろう。

## 三 継受法国家における司法としての行政訴訟

もともと日本および台湾において、国の近代化・現代化の過程は、行政を中心に遂行されたものである。また、第二次世界大戦の前にドイツ法を受容した行政法学も、「後進資本主義国家の強力な行政権の自由な活動・形成領域を正当化し担保するごときものとして生成し体系づけられたものであった」<sup>54)</sup>。その意味で、社会・経済秩序と行政法の形成は、

53) 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993 年）336 頁。

54) 室井力「現代行政法の課題」（初出 1970 年）『現代行政法の原理』（勁草書房、



必然的に行政を中心に行われた。とりわけ、取消訴訟中心（単一）主義が行政の特権を守るための防波堤として、司法の権限を抑止した歴史的経緯があることから、司法は、行政に対する適法性統制について、必ずしも十分に発展させることができなかったのである。また、外国法の継受の伝統によって、行政法学の発展は、主に学説および立法により行われており、行政法学が判例法によって形成されるという法伝統は弱かった。そのため、通常裁判所で行政事件を処理する日本であれ、司法としての行政裁判所を設けた台湾であれ、結果として、司法が行政の適法性統制を消極視するという類似の問題に遭遇した。したがって、こうした歴史的制約、とくに取消訴訟中心（単一）主義について、これを克服するためには、訴訟類型の整備だけではない。継受法国のこうした歴史的な共通現象を比較分析し<sup>55)</sup>、行政ではなく司法を中心におき、判例が形成する行政法学の可能性を見出す必要性もそこにある。この可能性の探究は、本稿の結論を踏まえた今後の研究課題である。

なお、司法が行政と対峙できるようになれば、行政と司法の両方からの視点を併せもって、行政法学を見直し、その新たな発展の契機を獲得することができよう。すなわち、本稿の問題関心でいえば、行政過程を中心にする利益調整ばかりに注目するものでもなく、司法過程を中心にする権利保護だけ関心を寄せるものでもなく、行政過程と司法過程からなるより大きなプロセスの中で、法問題に関する意見の対立およびそれをめぐる諸利益の衝突を措定し、いかに法的規律へと弁証法的に転回させるかという観点から、行政手続と訴訟手続におけるコミュニケーションを通して行政法の創造的な形成が可能となるだろう。

1973 年) 3 頁。

55) See, e.g., John Ohnesorge, *Administrative Law in East Asia: A Comparative-Historical Analysis*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 78-91 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2010).

