

# 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(1) ——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

###### 第一節 公法上の争訟の登場

###### 第一款 旧行政訴訟法の概要

###### 第二款 具体的法効果と訴えの利益

###### 第三款 行政裁判権の再構築

###### 第二節 公法上の争訟と行政訴訟の対象

###### 第一款 現状と問題点 (以上本号)

###### 第二款 最高行政裁判所における展開

###### 第三款 最高行政裁判所判決の意義と射程

##### 第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則

##### 第三章 確認訴訟の現状と問題点

#### 第二部 日本法

#### 第三部 総括

## 序章

日本法においても台湾法においても、今日、同様に、現代行政の展開・変容に対応する行政訴訟を再構築することが目指されており、その中で、確認訴訟については、いかに法律上の争訟に即してこれを位置づけ運用するかが焦眉の課題となっている。この点で、司法国家であれば、当然、

民事訴訟におけるそれと並んで、確認訴訟は、行政訴訟においてもそれに相応しい地位を占めるべきものであるにもかかわらず、長年にわたり、日台において、行政訴訟の周辺に位置づけられる存在でありつづけたことは、いかなる理由からだろうか、そして、なぜ、今日、行政訴訟における確認訴訟が日台において注目を集めるようになったのだろうか。この問題を探求することが本稿の課題である。本稿の問題意識としてあるこの問題解明のための指針は、訴訟法思想のレベルでは司法国家に関する既存の支配的な法観念が転換したことであり、そして、訴訟法技術のレベルでは複雑化した現代行政活動を統制するため、訴えの利益が有する柔軟な適応性が再認識されたことである。以下、この指針に導かれて台湾法と日本法における行政訴訟法学の問題状況を、具体的に検討するが、ここではその前提として、まず民事訴訟法学における確認訴訟について、行政訴訟法学からみたその特徴を明らかにすることから始めよう。

## 一 法律関係の不明確性

民事訴訟における確認訴訟の特徴は、不明確な法律関係の存否が早期に確定されれば、当事者が確認判決を基礎に自己の行動を律することにより、紛争を抜本的に解決できるということにある。とりわけ変化が激しく、高度化・複雑化した現代社会においては、その時々において不明確な法律関係が生じやすく、確認訴訟は、法律関係の予測可能性を確保し、社会的・経済的な損害を早期に回避することを可能にするものとして有用である<sup>1)</sup>。そして、確認判決は一定の法的行動指針を示すことで、多数の当事者に対してそれを基礎に紛争を統一的に解決する契機を与えることができる<sup>2)</sup>。かかる予測可能性の確保と自主的紛争解決の二点は、行政訴訟法においても決して無縁なものではない。「とりわけ行政の活動においては、相手方私人の予測可能性を担保する必要が大きく、かつ、確認判決の判断について行政庁の任意の遵守を期待できるとすれば」<sup>3)</sup>、

---

1) 竹下守夫「救済の方法」芦部信喜ほか編『基本法学8 紛争』（岩波書店、1983年）207-208頁。

2) 伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ339号（1976年）30頁。

3) 山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報76巻1号（2004年）113頁。

行政訴訟における確認訴訟は民事訴訟より活用する可能性が十分あるのである。

ところで、行政法において予測可能性は、法治主義により根拠づけられている<sup>4)</sup>。法治主義によれば、行政権は内容の確定した法に従って権限を行使すべきである。すなわち、私人は、行政権の権限行使が予測可能なものとして法律において規定されることにより、法的生活を安定的に営み、それぞれの権利を計画的に行使することができる。とりわけ、現代行政国家の展開・変容に伴い私人の生活の細部にまで行政法規制が浸透する現代社会においては、行政権は、多種多様な手法を用い、公法私法を跨いで私人の法的地位に対して多かれ少なかれ影響を与えている。そのうち、行政権のある作為または不作為をきっかけに不利益を蒙るおそれがある私人は、行政権の作為または不作為の違法性について、これを自ら判断できないことから、例えば、それを受忍すべきかどうか分からないまま不安定な法的地位に陥りやすく、その不安について、早期に除去する必要が生じる。

したがって、行政権の権限行使により法律関係について不明確な問題が生じるとき、司法は法の予測可能性を確保するために、行政権が適用すべき法の内容を確定し宣言しなくてはならない。そして、行政権は法律に基づいた行動をしなければならぬことを原則としていることから、判決が示した法的判断に従い、私人の法的地位に危険を及ぼす作為または不作為を取り除くことになる<sup>5)</sup>。この点で注目すべきことは、日本の行政事件訴訟法33条1項と台湾の行政訴訟法216条1項がそれぞれ、判決の拘束力に関する規定を置くことで、行政権が判決の趣旨に従って行動しなければならぬことを民事訴訟以上に強く要求しているのである。

ところが、日本も台湾も、確認訴訟に関しては、行政訴訟法学の議論

4) さしあたり、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論』（有斐閣、2009年）27頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第5版〕』（有斐閣、2013年）27頁。なお、Carl Schmittの市民法治国の配分原理によれば、「個人の自由は原理的に無限定で、これに反して、一切の国家の権能は原理的に限定され、したがって可測的である」（同（尾吹善人訳）『憲法理論』（創文社、1972年）164頁）。

5) 高柳信一「行政の裁判所による統制」（初出1966年）『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）196頁、下山英二『現代行政法学の基礎』（日本評論社、1983年）212頁。

### 〈130〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (1) (林)

がすごぶる冷淡なものであったという歴史があった。なぜなら、取消訴訟を中心に発展した行政訴訟制度においては、行政行為が法律関係を明確化・安定化する以上、裁判所は行政行為が形成または確定した法律関係を事後的に審査すればよいと考えてきたという歴史的経緯があるからである<sup>6)</sup>。しかし、今日において、行政行為に対する司法審査だけでは、複雑化した行政法関係および多様化した行政手段から生じる法的不明確性を解消しきれない状況が登場している。そして、裁判所は、本来ならば、法律上の争訟に即した訴訟の対象を自ら判断する権限を有しているのであり、この点で、法的紛争があればその法律関係を確定することは司法の譲れない任務であるはずである。この裁判所の本来の使命に着目するならば、日本と台湾は、近年の行政訴訟法改正により確認訴訟を明記または制定しているということは、現在、そして、将来の制度変化を促すシンボリックな要因となっている。次では、台湾法の問題状況の整理を行う。

## 二 台湾法における問題状況

台湾の行政訴訟法は2000年6月まで取消訴訟単一主義をとっていた。出訴事項は概括主義であるが、訴訟類型は行政行為を対象とする取消訴訟に限られていた。訴訟類型を立法政策と考えた当時の学説判例において、確認訴訟が発展する制定法の条件は存しなかった。そこで、私人の包括的実効的権利救済を図るために、1998年の行政訴訟法の全部改正(2000年7月施行)において、公法上の争訟であれば出訴を許すべきだという法原則が盛り込まれ、訴訟類型が原則として民事訴訟に準じて給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟の三形態に分類される。確認訴訟は行政訴訟においてはじめて運用できるようになった。ところが、確認訴訟は形成訴訟または給付訴訟に対する補充性があると考えられていることから、学説判例においてはあまり重視されていない。殊にドイツ法の影響を強く受けた学説は請求権を前提にする給付訴訟を優先的に適用すべき

6) なお、日本法の場合には、公法私法二元論に対する批判を前提として、当事者訴訟に対する否定的態度が支配的な考え方となったこともその一因となっていた。

と解している。

ただし、近年、確認訴訟の可能性は、以下の二点の問題状況において、学説および裁判実務からの注目を集めている。第一に、訴訟類型の多様化に伴い、訴訟類型選択のリスクを私人に負わせないために、何らかの共通基準で一応の判断を行う必要がある<sup>7)</sup>。第二に、裁判実務において、訴訟対象は依然として行政行為を中心に画定されている。行政立法や行政行為に該当しない行政計画は抽象的法規範として直接に争えない一方で、具体的な行政措置についても、警告、行政指導、回答文書、公務員法上の職務命令は、しばしば行政行為に該当するかどうかという形で救済の必要性が論じられている<sup>8)</sup>。直接に適法性統制の訴訟対象となるのは、実際に行政行為および一部の事実行為に限られている。したがって、公法上の争訟に即して訴訟対象を広く把握するために、行政行為と異なる、別の判断基準を立てる必要がある。

以上の問題状況を前提に、最高行政裁判所は、公法上の争訟であれば救済を与えるべきだということを改めて宣言した。公法上の争訟を判断する枠組みについて、私人の権利利益において重大な不安が生じれば、行政の行為形式の性質を問わず出訴を認めなくてはならないと判示した<sup>9)</sup>。確認の利益を判断枠組みとする点において、これは注目に値するべきものである。ところが、この判断枠組みを適用した最高行政裁判所は、行政行為を中心に理解した従来の救済範囲を越えることはないため、確認訴訟の運用場面は、依然として極めて限定されている。

また、確認訴訟を本格的に研究する林三欽は、行政立法や行政契約の効力を直接に攻撃できる訴訟類型について、確認訴訟の可能性を指摘している<sup>10)</sup>。すなわち、法律関係の変動の原因となる行為を法律関係に引

7) 最高行政裁判所長官であった彭鳳至は、立法論として多様な訴訟類型を公法上の争訟に一本化することが可能であって、むしろ一本化した方が私人の訴訟利用のために便利だと指摘した(彭鳳至ほか「課予義務訴訟と一般給付訴訟間選択之争議問題分析」台湾法学 88 期(2006 年) 95 頁(彭鳳至発言)。また、同じ方向性を示したものとして、林明鏘『欧盟行政法』(新学林、2009 年) 251 頁。

8) この問題について、さしあたり、蕭文生「行政処分之変種与異型——擬制行政処分与形式行政処分」台北大学法学論叢 73 期(2010 年) 33 頁以下。

9) 例えば、最高行政法院 97 年裁字第 4845 号裁定(2008 年 10 月 30 日)、最高行政法院 97 年裁字第 5164 号裁定(2008 年 11 月 27 日)。

10) 林三欽「行政法律関係確認訴訟之研究」(初出 2008 年)『「行政争訟」与「信頼保護原則」之課題』(新学林、2008 年) 12 頁。ドイツ法を参考にしたこの論

〈132〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (1) (林)

き直して、その違法性を確認訴訟で直接に攻撃することができると主張するのである。しかしながら、彼は具体的な理論展開を行っておらず、また、取消訴訟および給付訴訟に対する補充性があることから、確認訴訟の可能性を強調する意味はないと批判されており<sup>11)</sup>、残念ながら、学説の支持を得ていない。

結局のところ、最高行政裁判所および林三欽は、確認訴訟について、それぞれその可能性を提示はしたものの、いずれも、訴訟対象を広く把握するまではできなかった。詳しく言えば、最高行政裁判所は、訴訟対象を訴えの利益に還元して判断する方向性を示したものの、行政行為以外の原因行為を直接攻撃する必要性については、これをまったく意識していない。これに対して、林三欽は行政行為以外の原因行為に対する直接攻撃の可能性を示したものの、確認の利益については、これを深く検討していない。

ところで、最高行政裁判所判決および林三欽説を合わせて考えると、ごく単純な結論を獲得できることになる。すなわち、訴えの利益があれば、確認訴訟を通してあらゆる原因行為の違法性を直接に争うことができるということである。本研究では、最高行政裁判所判決および林三欽説を踏まえて、公法上の争訟に即して訴訟対象の受け皿を確認訴訟とする可能性をさらに追求する。確認訴訟をこの方向で活用するために、訴訟法思想および訴訟法技術からみて、更なる理論的な展開が図られるべきだろう。そして、台湾法においては、現在、これ以上の議論が見当たらないことから、外国の法制度を検討することにより、台湾法への示唆を得るという手法を用いることとしたい。この示唆のための手掛かりとして、次に日本法を比較検討の対象と選定する。

### 三 日本法から得られる示唆

日本法においては、取消訴訟中心主義の下で、裁判所は基本として行政処分および公権力の行使に当たる事実行為しか直接に審査してこな

---

文は、専ら解釈論的な研究である。

11) 彭鳳至ほか「行政法律關係確認訴訟之研究」台湾法学 107 期 (2008 年) 158 頁 (程明修發言)、174 頁 (陳淑芳發言)、177 頁 (彭鳳至發言)。

かった。そこで、「実効的な権利救済」を図るために、2004年の改正行政事件訴訟法は、取消訴訟中心主義からの脱却を目指して、多種多様な行政作用を争う包括的救済手法と位置づけられる確認訴訟を明記した。そして、その運用実態は、確認訴訟の提起について、「これまでの裁判例を概観すると、おおむね適法性を緩やかに認めたものが多」く<sup>12)</sup>、また行政立法をめぐる紛争について「意外によく機能している印象がある」<sup>13)</sup>と評価されている。

ところで、台湾および日本においては、包括的かつ実効的な権利救済を図るために、行政訴訟法における確認訴訟が制定または明記されている。しかも、ドイツ法を母法とするため確認訴訟の法構造は両国において大差がない。けれども、日本法における確認訴訟は台湾法のそれより活用されている。本研究の問題関心および日台の法制度の違いを念頭に置くと、次の二点において、日本法における確認訴訟の活用について、これを検討することに意義があると考ええる。

第一に、司法国家の実現と確認訴訟原型観との関係である。戦後、兼子一は、行政国家から司法国家への制度移行を理論的に正当化するために、確認訴訟原型観を前提にして、行政事件を法律上の争訟に組み込むと同時に、抗告訴訟の訴訟類型を確認訴訟に引き直して解釈した<sup>14)</sup>。さらに、白石健三は、行政権優越の司法国家観を前提とする取消訴訟中心主義に対抗するために、法律上の争訟に対する司法の固有な判断権限を強調して司法権優越の司法国家観を打ち出した上で、確認訴訟を抗告訴訟の原型と解して訴訟対象を確認の利益によって広く把握すべきであると唱えた<sup>15)</sup>。いずれも、司法国家の実現について司法の固有な判断権限を確保するために、確認訴訟を法律上の争訟の原基的な訴訟形態とする点で日本における古典的な考え方となっている。その後、現代行政国家の展開・変容に伴って、司法国家の実現という課題がそれぞれの時代の

12) 村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」阿部古希『行政法学の未来にむけて』(有斐閣、2012年)751頁。

13) 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。

14) 兼子一『新憲法と司法』(国立書院、1948年)8頁以下、同「新行政訴訟の基礎理論」(初出1948年)『民事法研究二巻』(酒井書店、1954年)74頁以下。

15) 白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究11号(1954年)46頁以下。

課題と二重螺旋のように絡みあうことになるが<sup>16)</sup>、司法権優越の司法国家観を追求する者は、なお確認訴訟の原基的な性質に着目して、これを訴訟類型および訴訟要件に関する解釈論の指針としている<sup>17)</sup>。さらに、取消訴訟中心主義からの脱却を目指す行政事件訴訟法の改正にあたって、日弁連の是正訴訟案が確認訴訟を基本形態とし<sup>18)</sup>、行政訴訟検討会においても訴訟対象について確認訴訟が議論の中心となった<sup>19)</sup>、ということとは、司法国家の実現という観点からみると、決して偶然ではない。すなわち、その背後には、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と移行するという歴史的な発展方向が存在しており、この点には留意すべきである。そこで、日本法における確認訴訟が明記された意義を検討するにあたって、まず司法国家の実現という歴史的な課題から確認訴訟原型観の系譜を掘り起こして分析し、その現代的意義を探りたい。

この点については、行政国家から司法国家への移行を経験していない台湾法とは対照的である。台湾法では、戦前の中華民国時代から行政裁判所が司法権に属すると定められており、司法国家の実現は解決済みの問題と考えられているため、司法国家に関する問題意識は極めて希薄である。ただし、台湾法では、取消訴訟単一主義を支える訴訟法思想が支配的で行政権優越の司法国家観がそこにはあったが、しかし、今日、確認訴訟が導入された背景にはこれを原型とする発想があり、司法権優越の司法国家観が台湾法においても兆候的に登場しつつあると解することができる。この意味で、台湾法においても、政治の民主化を背景に法治国家の一層の発展を図るために行われた1998年行政訴訟法改正により、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と移行するという道を開く制度改革がそこにはあったということもできよう。このよう

16) 日本の現代行政法学が憲法原理の転換と現代行政の展開という二つの「重畳的課題」に直面していることについて、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』(有斐閣、1978年)4頁。

17) 例えば、高柳・前掲注(5)196頁以下、下山・前掲注(5)213頁以下。なお、町田顕「抗告訴訟の性質」判例タイムズ15巻4号(1964年)634頁以下も参照。

18) 日弁連編『使える行政訴訟へ——「是正訴訟」の提案』(日本評論社、2003年)101-103頁(水野武夫発言、斎藤浩発言)、104頁(白石説について、小早川光郎発言)。

19) 水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻8号(2009年)26頁。



に考えるならば、日本法との比較研究を行うことは、公法上の争訟を確認訴訟を中心に理解しはじめた最高行政裁判所判決について、訴訟法思想の側面からその意義を明確にし、理論的に根拠付けることも可能となるだろう。

第二に、訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチである<sup>20)</sup>。訴えの利益を中心に構成された確認訴訟に着目すると、訴訟対象の判断については、これを確認の利益の有無の問題として考えることになる。とりわけ、日本では、民事事件と並んで行政事件も一元的に処理する裁判制度が採用され、また公法私法二元論が相対化されているため、民事実体法における請求権体系に並ぶ行政実体法における請求権体系の発展は遅れているとはいえ、訴訟法上は、民事訴訟と異なる行政訴訟の存在意義が学説において強く意識されており、このことから訴えの利益に関する議論が盛んに行われている。その中であって、例えば、処分性拡大論は原因行為の違法性を直接に攻撃できるようにするために、訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチを唱えていた<sup>21)</sup>。これに対して、当事者訴訟活用論は、当初、訴訟対象を実体法上の請求権に還元するアプローチを主張していたが、訴えの利益に還元するアプローチに接近する軌道修正がこの説にもみられる<sup>22)</sup>。この点で、まず、今回の法改正についても、処分性拡大論に基づく処分性概念の拡張を採用せず、当事者訴訟における確認訴訟を明記しているが、実体法上の請求権を重視する当事者訴訟活用論の採用というより、むしろ訴えの利益のアプローチを採用したというべきである。そして、法改正後の確認訴訟をめぐる裁判例をみると、その中には、原因行為の違法性とそれによって影響された私人の法的地位との法的関連性に着目して、これを訴えの利益の問題として判断するものが増えており、確認の利益に関する判断枠組みは処分性拡大論と共通の法構造を有するものになっているといえよう。そうすると、確認訴訟の運用にあたっては、実体法上の具体的法律関係の有無を厳密に判断

20) 訴えの利益は、原告適格、訴訟対象、狭義の訴えの利益の三つの側面を有しているが、本稿では、訴訟対象に限って論じることにした。

21) 原田尚彦『訴えの利益』(弘文堂、1973年)136頁以下、兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)273頁以下。

22) 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)、高木光『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)158-159頁。

するというより、むしろ法的地位に影響を及ぼす原因行為の違法性を直接争うことを通して、訴えの利益を柔軟に構成することがますます重要となっているだろう。これもまた、改正法以後、「実効的な権利救済」を掲げた裁判例のアプローチである。

この点でも、台湾法においては、行政事件と民事事件との管轄を分ける二元的な裁判制度を採っているため、前述した日本法の状況とは対照的である。公法私法二元論を前提として民事実体法に並ぶ行政実体法の構築を目指す台湾法においては、行政実体法における請求権または具体的法律関係に関する議論は、訴えの利益に関する議論より多く行われている。たとえ確認訴訟の可能性を見出す林三欽も、原因行為を法律関係に還元すればよいと主張するにとどまっている。このような台湾法の現状を見ると、訴訟対象について訴えの利益の問題に着目しはじめた日本法の議論状況から多くの示唆が得られるだろう。

なお、日本において行政事件訴訟法の改正以後、まだ日が浅い状況において、確認訴訟の運用状況を評価することは時期尚早であろう。まして確認訴訟の運用は最高裁判所においてまだ明確ではなく、その動向には不透明なところも多い。しかし、前述した日本法の二つの特徴を明らかにする本稿は、日本法における現在の議論に示唆を与えることができるだろう。すなわち、抗告訴訟か当事者訴訟かという伝統的な問題設定を前提として、多様な訴訟類型の役割分担をいかに決めるかという問題は、学説上も裁判実務上もなお解決されていない。この問題について、まず訴訟類型の共通性を見出すために、訴訟技術の次元で訴訟物論から検討するアプローチは、もとより重要である<sup>23)</sup>。ただし、裁判所の審理判断の対象となるものを決める訴訟物論というよりも、司法権の対象をいかに確保するかが、ここでは根本的な問題であろう<sup>24)</sup>。したがって、

23) このアプローチについて、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) 78 頁、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 4。ただし、訴訟物について、行為の違法性を強調する亘理説には、抗告訴訟優位の方向で解釈する傾向がある (亘理・前掲 71-72 頁)。

24) 白石健三ほか「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題(5)」判例タイムズ 16 巻 6 号 (1965 年) 42 頁以下 (白石健三発言) 参照。白石は訴訟物を具体的権限の存否と定義しているが、実際に訴えの利益により司法権の対象を画定している。

本稿では、確認訴訟原型観の意義を探究することにより、日本法において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と移行するという方向性を明らかにした上で、確認訴訟原型観に立脚して訴訟類型の共通性を示したい<sup>25)</sup>。次に、当事者訴訟における確認訴訟の明記は、実体公法の復権を当然に導くものではないとすれば<sup>26)</sup>、その運用は、訴えの利益の問題をその中心に据えることになる<sup>27)</sup>。そして、確認の利益について、民事訴訟の判断枠組みによりつつも、いかに「行政訴訟に特有の事情」<sup>28)</sup>をそこに反映させるかという問題が提起されている。そこで、訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチを中心に分析する本稿では、従来の学説には「行政訴訟に特有の事情」を見出す手掛かりがある、ということを明らかにすれば、今後の議論にも寄与するだろう。

#### 四 本稿の構成

以上の問題関心により、本稿では、台湾法における確認訴訟の現状と問題点（第一部）を検討し、日本法における確認訴訟の生成と展開を分析し（第二部）、日本法と台湾法との比較研究を行って台湾法への示唆を探り出したい（第三部）。

第一部の台湾法の検討に際しては、まず、公法上の争訟と訴訟対象との関係を考察するために、私法上の争訟との対称性を有する公法上の争訟が創出された意義を改めて確認し、訴訟対象を公法上の争訟に照応し

25) 近年、確認訴訟の原基的な性質に着目する研究が登場している。例えば、抗告訴訟を違法是正訴訟と解する興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』(弘文堂、2010年)および救済法を主張する曾和俊文「権利と救済(レメディ)——行政法における権利救済の特質」前掲注(12)阿部古希543頁。ただし、これらは本稿と問題関心が異なっている。

26) 実体公法のアプローチについて、当事者訴訟活用論を唱える高木・前掲注(22)がある。一方、抗告訴訟の優位性を強調する仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年)も対照的な意見としてあげられる。

27) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学——訴訟類型論から見た」(初出2004年)『行政法概念の諸相』(有斐閣、2011年)268頁、同「改正行政事件訴訟法の諸問題」(初出2004年)同前書327-328頁。ただし、塩野は、「実体法上の権利義務関係についての究明」も重要だと指摘している(同前328頁)。

28) 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、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』(有斐閣、2010年)260頁も、「行政過程の特色を反映」すべきと主張している。

て訴えの利益によって判断するというアプローチを打ち出した最高行政裁判所判決の意義とその射程を明らかにする(第一章)。次に、このアプローチが学説において軽視されている原因および問題点を明らかにするために、訴訟対象を請求権に還元するというアプローチを前提とする給付訴訟に焦点をあてて、その運用と限界を中心に検討する(第二章)。最後に、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟の運用に関する解釈論および関連判決を分析して、そこにおいて確認訴訟の対象となる具体的法律関係が強調される一方、確認の利益に関する検討が行われていないという問題状況、および公法上の争訟を行政行為の具体的法効果に矮小化する考え方の問題背景を明らかにする(第三章)。

第二部の日本法の検討に際しては、まず田中・兼子理論と白石説について、確認訴訟原型観を切り口として、法律上の争訟に関して行政権優越の司法国家観と司法権優越の司法国家観との対立的な理解を抽出し、後者に属する白石説の展開と挫折を中心に分析を進める(第四章)。次に、司法権優越の司法国家観を求める学説において、高柳説と下山説との検討を通じて、違法宣言訴訟と権利確認訴訟との二つの制度構想を抽出した上で、処分性拡大論と当事者訴訟活用論との論争について、当該論争がほとんど無視するこの二つの制度構想との関連を踏まえた検討を行う(第五章)。最後に、行政事件訴訟法改正以後、確認訴訟に関する学説および裁判例を分析することにより、確認訴訟原型観の復権とその現代的な意義を明らかにする(第六章)。

第三部の比較検討について、日本法と台湾法との比較を通して明らかとなる共通の問題状況は、行政訴訟の対象に関して行政行為を中核領域としてこれを画定したということである。そこで、現代行政の展開・変容に対応しつつ、かかる共通の問題状況に対して、行政訴訟の対象を法律上の争訟の次元で判断すべきという同一の理論状況が展開するようになる。このような共通点に着目して比較しながら、相違点についても明らかにする(第七章)。こうした比較分析を通して、日本法から台湾法への示唆を獲得して、台湾法における解釈論の進化を方向づけることができるだろう(第八章)。

## 第一部 台湾法

### 第一章 公法上の争訟と確認訴訟の登場

台湾の行政訴訟法第2条が定めた「公法上の争訟」は、通説判例によると権利救済の概括主義を定めたものと解されているが、従来の議論は抽象的演繹的な性格が濃厚であった。しかし、近年では、この条文は、行政訴訟の対象判定に関する具体的かつ実践的な問題関心を惹起している。それは、行政訴訟の対象を行政行為の枠内に矮小化して判断している下級審判決に対して、最高行政裁判所が訴訟対象を公法上の争訟に照応して判断すべきだと強調しているところにあらわれている。そして、最高行政裁判所は、公法上の争訟を訴えの利益と解して、確認の利益の判断枠組みに倣って、「法的地位に重大な不安があれば救済を与えるべきである」と判示している。ところが、最高行政裁判所は、このように新たな判断枠組みを提示したにもかかわらず、具体的な事例においては、依然として行政行為を中心とする判断枠組みに縛られているという問題が存在する。

本章では、公法上の争訟を明確に論じた最高行政裁判所判決の意義と問題点を検討して、確認訴訟との関係を中心に考察する。まず旧行政訴訟法において、公法上の争訟を行政行為の具体的法効果に限定したことの問題性を明らかにし、公法上の争訟の再構築を目指した行政訴訟制度改革の意義を確認する（第一節）。次に、公法上の争訟をめぐる学説の議論状況を分析して、最高行政裁判所の関連判決を検討する（第二節）。

#### 第一節 公法上の争訟の登場

##### 第一款 旧行政訴訟法の概要

###### 一 取消訴訟単一主義の確立

台湾では、公法私法二元論を前提にして、通常裁判所のほかに行政裁判所が設けられた。1947年から2000年にかけて施行されていた行政裁判制度について、行政裁判所は司法院に置かれる一審制の特別裁判所とされ、行政権から完全に分離して司法権を行使する地位が与えられ

た<sup>29)</sup>。行政訴訟法（以下「旧行訴法」という）は、出訴事項の概括主義を定めたが、訴訟類型について、行政行為を対象とする取消訴訟しか設けていなかった。また、訴願前置主義により、取消訴訟は、訴願を経た後でなければ提起できなかった。

法定外の訴訟類型を認めるかどうかという問題については、通説および判例は制定法準拠主義により、その可能性を完全に否定していた<sup>30)</sup>。そして、憲法裁判所に当たる司法院大法官は、どのような訴訟類型を具体的に設けるかということ立法政策の問題と解した上で、取消訴訟単一主義の制度を合憲としていた<sup>31)</sup>。したがって、訴訟対象は講学上の行政行為に限られ<sup>32)</sup>、その救済手法は行政行為がなされた後の取消にとどまることになった<sup>33)</sup>。行政行為に対する予防的訴訟<sup>34)</sup>や法律関係確認訴訟<sup>35)</sup>は認められず、行政行為の無効確認さえ取消訴訟で争われていた<sup>36)</sup>。なお、行政行為の不作为に関する訴訟は、1970年の改正訴願法2条2項が定めた「その不作为を行政行為とみなし」（いわゆるみなし拒否処分）により、これも訴願および取消訴訟で争われるようになって

---

29) 司法院および行政訴訟制度の沿革については、劉宗徳「中華民國における行政訴訟改革」室井還暦『現代行政法の理論』（法律文化社、1991）518頁以下、木佐茂男・林素風「台湾における行政争訟制度の改革」ジュリスト1081号（1995年）97頁。

30) 林紀東『行政法』（三民、1993年）327-328頁、管欧『中國行政法總論〔修訂第26版〕』（自版、1989年）539頁、吳庚『行政法之理論與實用〔増訂4版〕』（自版、1998年）498-499頁。なお、行政法院75年判字第79号判決（1986年1月21日）は「行政訴訟については、取消訴訟でしか争えないことから、確認訴訟が認められない」と判示した。

31) 予防的訴訟について、司法院大法官釈字第423号解釈（1997年3月21日）、財産権に関する給付訴訟について、司法院大法官釈字第466号解釈（1998年9月25日、ただし通常裁判所への出訴を例外的に認めている）。

32) 行政法院27年判字第18号判例（1938年8月31日、行政規則が行政行為ではないとされた）、行政法院39年判字第3号判例（1950年8月31日、法規命令が行政行為ではないとされた）、行政法院44年判字第18号判例（1955年8月31日、事実を説明する通知が行政行為ではないとされた）、行政法院57年判字第178号判例（1968年8月31日、内部行為が行政行為ではないとされた）。

33) 行政法院48年判字第96号判例（1959年12月17日）。

34) 行政法院41年判字第9号判例（1952年9月1日）、44年判字第62号判例（1955年11月22日）、48年判字第96号判例（1959年12月17日）、59年判字第211号判例（1970年6月2日）。

35) 行政法院46年裁字第34号判例（1957年7月23日）。

36) 行政法院23年判字第61号判例（1934年1月1日）。なお、林紀東・前掲注(30) 327-328頁参照。

た<sup>37)</sup>。

このように出訴事項については概括主義が採られているが、訴訟類型については取消訴訟に限られていたということで、「限られた概括主義」<sup>38)</sup>と批判された。本稿においては旧行訴法の訴訟類型を「取消訴訟単一主義」と呼ぶことにする。

## 二 制度の背景

取消訴訟単一主義の下で、行政裁判所は、行政活動の違法性を取消訴訟の枠内においてしか審査できなかったことから、完全に事後審査にとどまっていた。したがって、権利保障の面においては、狭隘に過ぎて私人の権利保護を十分に果たすことができず<sup>39)</sup>、権力分立の観点からみると、極小化した司法が行政の権限行使を実際にチェックしないことになり、行政権の恣意的行使を防ぐことができないという問題が生じていた。

ところで、この制度が台湾において53年間にわたって存続した原因は、当時の時代背景および行政法学のあり方が挙げられる。まず、時代背景についてみるならば、1946年に国民党政権と共産党政権との内戦が勃発し、総統に緊急大権を与えるために、戦時憲法と呼ばれる「反乱鎮圧臨時條款（動員勸乱時期臨時條款）」が1948年に制定された。さらに、内戦に負けた国民党政権は、台湾に移り、1949年に戒嚴令を宣告した。その結果、蒋介石は台湾で一党支配の権威主義体制を確立した。かくしてこの権威主義体制の下で、行政権は立法権と司法権を凌駕したものとして法律の留保の原則さえ無視して<sup>40)</sup>、極めて強力なものとなり、

37) 日本における文献として、蔡茂寅「台湾における行政権限の不行使と司法審査」名古屋大学法政論集146号（1993年）307頁以下。同論文を元にした台湾における文献として、蔡茂寅「論行政不作為之救済問題——以行政争訟形式之検討为中心」司法院編『行政訴訟論文彙編』（司法院、1998年）245頁以下。

38) 李震山『行政法導論【修訂版】』（三民、1998年）412頁。これに関連して、日本でも、取消訴訟中心主義の問題を「隠された列記主義」と呼ばれたことが想起される（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）49頁）。

39) 翁岳生「行政訴訟制度現代化之研究」（初出1974年）『行政法と現代法治国家』（自版、1976年）390頁以下。

40) したがって、民主化に伴う台湾行政法の発展はまず法律の留保を確立することから始まったといっても過言ではない。翁岳生が行政立法に対する裁判所の違法審査権を強調する理由はここにあるだろう（翁岳生「論命令違法之審査」（初出1975年）前掲注（39）書115頁以下）。

コントロールをほとんど受けることなくその政策を遂行した。したがって、行政権の運営をチェックする行政訴訟制度はこうした政治的状况においては、当然に重視されなかったのである。

一方、行政法学説についてみるならば、戦前、北洋政府時代（1912年-1928年）の白鵬飛や南京国民政府時代（1928年-1938年）の范揚は、美濃部達吉の行政法学からの影響を大きく受けて中華民国（台湾）の行政法学の基盤を作り上げた<sup>41)</sup>。戦後、代表的行政法学者であって司法院大法官を務めた林紀東は、田中二郎の行政法学を摂取して台湾の行政法学の通説を作り出した<sup>42)</sup>。美濃部・田中行政法学の継受を通じて、行政行為論および取消訴訟を中核とする行政法体系は台湾行政法学において確立されたのであった<sup>43)</sup>。また、この時期における行政法学の特徴といえ、もっぱら制定法準拠主義による解釈論を中心とするものであった。そのため、取消訴訟単一主義をとる実定法構造と並んで、取消訴訟以外の訴訟類型を認める必要性は当時の行政法学の理論としても論じられなかったのである。なお、取消訴訟単一主義の下で、司法権の対象を限定する必要性が乏しかったことから、田中説における司法権の限界論は、法理論としても法解釈指針としても、台湾法には継受されなかったのである<sup>44)</sup>。

1970年代から権威主義体制の弱体化とともに、行政法学も変化した。しかし、旧行訴法が改正される前、法制度およびその解釈は変わることはなかった。こうした法理論と制度・実践との矛盾の時期にあって、行政裁判権の理解、すなわち公法上の争訟の行政行為の枠内における理解

---

41) 二人とも東京帝国大学に留学して美濃部から行政法を教わった。なお、戦前の中華民国の行政法学について、当時の行政法教科書を紹介するものとして、陳新民「行政法学的拓荒者——淺介幾本我国早年的行政法教科書」(初出1991年)『公法学割記〔3版〕』(新学林、2005年)。

42) 林紀東の著作(前掲注(30))『行政法』と『訴願及行政訴訟』(正中、1976年))において、主に参考にされた文献は、田中二郎『行政法総論』(有斐閣、1957年)と『行政争訟の法理』(有斐閣、1954年)である。

43) 劉宗徳「日本行政法学之現状分析」(初出1996年)『行政法基本原理』(学林、1998年)85頁以下。

44) 例えば、林紀東の著作において、司法権の限界論や行政の第一次的判断権を説明する箇所は見当たらない。ただし、行政訴訟法改正の立案過程において、義務付け訴訟に対して、行政の第一次的判断権ないし司法権の限界論を用いて反対した意見がある。この反対意見は田中説の影響を受けたものであろう。この点について、詳しくは蔡茂寅・前掲注(37)319頁以下。



については、動揺が始まった。そして、この理解をめぐる動揺は、現在まで裁判実務に影響を及ぼすこととなっている。

## 第二款 具体的法効果と訴えの利益

### 一 具体的法効果と確認訴訟

前述のように、取消訴訟の対象は講学上の行政行為に限られていた。ただし、具体的事件において救済を与えるために、行政裁判所および司法院大法官は、行政行為の定義を維持しながら、争われている行為の中に具体的法効果を見出すための拡張解釈を許すようになった。例えば、歩道橋の建設決定<sup>45)</sup>、段階的な行政行為<sup>46)</sup>、都市計画法における用途地域の個別変更<sup>47)</sup>、私人に対して義務を実質的に課すものと解される意思通知<sup>48)</sup>である。学説においても、法制度の不備への対処のために、事実行為または行政契約に関する意思表示を行政行為と解する便法が唱えられたが<sup>49)</sup>、支持されなかった。なお、裁判実務においても学説においても、行政行為の拡張解釈は、もっぱら実体法上の行政行為の要件論、すなわち具体的法効果の解釈問題として行われていた。そこで、行政行為と解されれば、公定力や出訴期間の制限は当然に適用されたのであった<sup>50)</sup>。

したがって、法律関係確認訴訟で争うべきだと思われる事例についても、取消訴訟で争うことが必要となるため、何らかの具体的法効果

45) 行政法院 74 年裁字第 491 号判決 (1985 年判決日付不明)。劉宗徳によると、これが日本の歩道橋事件判決 (東京地判昭和 45 年 10 月 14 日行集 21 卷 10 号 1187 頁) に相当する事例である (「行政裁量之司法審査」(初出 1988 年) 前掲注 (43) 書 147 頁)。

46) 行政法院 1994 年 3 月 16 日裁判長裁判官連合会議 (司法院公報第 36 卷 9 期 125-126 頁)。呉庚・前掲注 (30) 316-317 頁によれば、この法概念はドイツ学説に由来したものである。なお、ドイツ学説の日本における紹介として、高木光『事執行為と行政訴訟』(有斐閣、1988 年) 268 頁以下。

47) 司法院大法官釈字第 156 号解釈 (1979 年 3 月 16 日、一般処分と解された)。ただし、日本の盛岡用途地域指定事件判決 (最判昭 57 年 4 月 22 日民集 36 卷 4 号 705 頁) に相当する、用途地域の指定替えは、依然として行政行為に該当しないと解されている。

48) 司法院大法官釈字第 423 号解釈 (1997 年 3 月 21 日)。本解釈によると、日本法における輸入禁制品該当の通知 (最判昭 54 年 12 月 25 日民集 33 卷 7 号 753 頁) は台湾法においても行政行為と解されるだろう。

49) 呉庚・前掲注 (30) 400-401 頁 (行政契約)、411-412 頁 (事実行為)。

50) したがって、日本法における実体法上の行政行為と訴訟法上の処分性を別々にする思考方法は台湾法において生じていない。

〈144〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (1) (林)

が争われている行為の中に見出さなければならない<sup>51)</sup>。すなわち、法律関係の存否について、行政機関と私人との見解が対立している場合には、まず私人の主張を否認した行政機関の通知文書または回答文書について、私人の法的地位を現実に規制する具体的法効果があるものと判断されれば、この通知文書または回答文書を「確認的行政行為」<sup>52)</sup>と解したのである。事例については以下のものがある。

まず、公用地役権の存否を判断する通知文書が行政行為として解された事例がある。公用地役権とは、私人の土地を公衆の通行の用に供するためにその土地の利用を法律上の道路に準じて制限するものである。そして、その土地は公路法、道路交通管理処罰法、都市計画法の規制により法律上の道路とみなされて、使用収益が制限されるのみならず、土地法により収用の対象にもなる。ただ、公用地役権は慣習法上の取得時効により直接に形成された法律関係であり<sup>53)</sup>、行政機関が行政行為を用いてその存否を確定することは不要と解されている。すなわち、取得時効が完成すれば、行政機関は公用地役権のある土地をただちに道路として管理するために、土地収用を行うべきである。したがって、公用地役権の存否をめぐる争いは民法上の物権の存否の争いと同様に、直接、裁判所に確認訴訟を用いて訴えることができるはずであった<sup>54)</sup>。とはいえ、取消訴訟単一主義の下で、行政裁判所は、行政機関の公用地役権の存否を判断した通知文書を、道路としての当該土地の利用を具体的に制限する法効果を有する行政行為と解して、取消訴訟の出訴を許したのである<sup>55)</sup>。

次に、公法上の自治団体の会員資格を否認する通知が行政行為として

---

51) 司法院編『行政訴訟制度研究修正資料彙編(三)』(司法院、1986年)306頁(呉庚発言)。

52) 日本において、これは法律関係を確定させる「確定行為」である(塩野宏『行政法I〔第5版〕行政法総論』(有斐閣、2009年)121頁)。

53) 司法院大法官釈字400号解釈(1996年4月12日)。なお、本解釈に対する批判意見として、蔡宗珍「既成道路之徵収補償問題」林明鏞・葛克昌編『行政法実務与理論(一)』(元照、2003年)174頁以下参照。

54) なお、通常裁判所が公用地役権の存否確認を公法事件と解したことから、行政裁判所は取消訴訟の枠内でその存否を取り扱わざるを得ない。通常裁判所の判決について、最高法院78年台上字第197号判決(1989年2月2日)、最高法院86年台上字第1174号判決(1997年4月30日)。ただし、いずれも土地所有者と土地利用者との紛争である。

55) 行政法院85年判字第2575号判決(1996年10月30日)。

解された事例がある。農業水利会は、法律により設立された公法上の自治団体である。私人は、法律の定めた要件を満たすと、行政行為を介せず直接かつ強制的に会員になり、会員として会長の選挙権および被選挙権を有し、会費を支払う義務を負うことになる<sup>56)</sup>。したがって、会員資格の存否、すなわち会員資格をめぐる法律関係の存否について、法人と会員との間に争いがあれば、直接に裁判所に訴えることができるはずであった<sup>57)</sup>。しかし、通常裁判所がこれを公法事件と判断したことから<sup>58)</sup>、行政裁判所は、農業水利会の監督機関が会員資格の存在を否認した通知文書について、会員としての選挙権および被選挙権を具体的に剥奪する法効果を有すると解した上で、これを行政行為と解したのである<sup>59)</sup>。

以上の二件の事例について、そもそも判例のように取消判決ではなく、確認判決を下すことができるかという問題がある。しかし、行政裁判所は、取消訴訟において権利を確認する判決を下したこともあるとはいえ<sup>60)</sup>、それは例外にとどまっていた<sup>61)</sup>。すなわち、法律関係を確認する判決という救済手法は、一般的には否定されていたのである<sup>62)</sup>。それは、通知文書を行政行為と解した以上、その公定力を打ち消すために形成力を有する取消判決が必要であると解されたからだろう。

そこで、ここでは取消訴訟の対象拡大による救済手法について、実体法および訴訟法の側面から問題点を指摘しておこう。

まず、実体法の側面においては、公法上の法律関係について、行政行為を媒介として理解せざるをえないという問題がある。具体的法律関係は、行政行為によってのみ具体的個別的に形成されるものと解されることになる。権利救済は、行政行為の具体的法効果が見出されて、はじめて与えられる。そのため、訴訟法の側面においても、訴えの利益の視点が欠落するという問題が生じる。本来ならば、司法的救済に値するかど

56) 農田水利会組織通則 14 条、15 条。

57) 呉庚『行政争訟法〔第 6 版〕』（元照、2012 年）183 頁注 53 において、この事例を確認訴訟の好例として挙げられている。

58) 台湾高等法院台南分院 49 年判字第 1852 号判決（1960 年判決日付不明）。

59) 行政法院 50 年判字第 21 号判例（1961 年 4 月 4 日）。

60) 行政法院 28 年判字第 6 号判例（1939 年判決日付不明、灌漑の権利を確認した）。

61) 陳瑞堂「給付確認訴訟」司法院行政訴訟及懲戒庁編『行政訴訟研究資料彙編』（司法院、1996 年）87 頁。

62) 行政法院 46 年裁字第 34 号判例（1957 年 7 月 23 日）。

うかということは、裁判所がこれを訴えの利益の問題として判断するべきものである。けれども、もっぱら行政行為の具体的法効果に着目すると、訴えの利益が具体的法効果の問題に吸収されると同時に、裁判所が争訟性に関する司法の判断権限を実質的に放棄するという問題が生じると言わざるを得ない。したがって、具体的法効果性の射程を解釈論において拡大しても、実体法上も訴訟法上もそこには限界があるのである。そして、さらに次の問題も、そこにはある。

## 二 訴訟対象の限定および予防的訴訟の否定

行政裁判実務において、訴訟対象を限定し、予防的訴訟を否定すると、それは、行政行為の具体的法効果の有無の問題に帰結することを意味し、その結果、狭義の訴えの利益の問題さえ、法効果の問題として判断されるという問題がある<sup>63)</sup>。ここでは、中国語(北京語を基礎とする共通語)を国語とする普及政策に関する事例を取り上げる<sup>64)</sup>。

### 1 事例 1-1: ローマ字聖書の使用禁止事件

Y(行政院、被告)は、1946年に国語普及政策を台湾において遂行するために、台湾方言や日本語の使用禁止を決めた。そして、台湾省は、1953年、法律の根拠なしに職権命令(本件命令)によって台湾方言をローマ字で表記した聖書(以下「ローマ字聖書」という)の使用を全面的に禁じた。また、1957年、教育部および台湾省は、ローマ字聖書の使用を国語普及政策に反するものと認定して、本件命令により取締りを積極的に行うことを決定した。この決定を受けて、同年、台湾省は通達を発し、各県は、本件命令に基いて、各地で大規模な取締りを行った。しかし、1958年、教育部と台湾省は、Yの指令を受けて、猶予期間を置くことなくローマ字聖書の使用を一時的に許す方針を決めた。そして、Yは教育部と台湾省が政策実施に向けた調整を行うことに同意した(本件

63) 司法院大法官积字 213 号解释(1987年3月20日)は、この文脈において具体的法効果と狭義の訴えの利益との区別を明確にしようとしたものである。

64) 国語普及政策は国民党政権が1950年代から台湾社会を中国化する政策の一環をなすものである。すなわち、先住民の言語や台湾方言の使用をできるだけ排除するという言語的同化政策により、先住民や本省人に中国意識を注入すると同時に、旧植民地時代から残された日本の影響をも排除する。この政策について、若林正文『台湾の政治——中華民国台湾化の戦後史』(東京大学出版会、2008年)78頁以下。

同意)。X（原告、各県の長老教会）は、本件命令が変わらない限り、将来、ローマ字聖書に対する取り締まりがまた行われるおそれがあることから、本件同意を将来の行政行為を予告するものと解して、本件同意に対する取消訴訟を提起した。行政裁判所は、次の理由で訴えを却下した<sup>65)</sup>。

まず、①訴訟の対象について、「ローマ字聖書の使用を禁止する措置が本件同意により変更されたことで、聖書の使用は一時的に許されるようになる。そして、取締りの一時停止には期限が設けられていないので、禁止措置から生じた使用禁止の法効果はもはや存在しない。したがって、[本件同意は——引用者注]原告の権利を直接に侵害するものではないと言わなければならない」。次に、②「権利を将来に侵害する行政行為がなされることを予防する場合も、その行政行為がなされない限り、訴願および行政訴訟の提起を許すことはできない」。

## 2 事例 1-1 の検討

本件において、国民党政権は国語普及政策を遂行するために、法律の根拠なくローマ字聖書の使用を禁止していた。まず、行政院（日本の内閣相当）の政策方針を受けた教育部（日本の文部科学省相当）が国語普及政策を具体的に決め、台湾省（第一級の地方政府）は本件命令を定めて教育部の政策執行を決定し、県（第二級の地方政府）は台湾省の本件命令に関する通達に従って、行政強制としての事実行為に当たる聖書の没収を現場で行っていた。この一連の行政のプロセスをみると、本件は、行政行為が存在しないため、取消訴訟で争えない事例である。そして、どの機関のどの行政措置の違法性を攻撃するかがポイントとなるが、この問題を解決して、被告および訴訟対象を選択することは困難である。

行政裁判所は、本件同意が行政行為に該当するかどうかについて明確に判断はしていないが、行政行為の具体的法効果を中心に論じた。まず、判旨①において、狭義の訴えの利益の視点から、取締りが本件同意により中止された以上、本件紛争において現実の争訟性が失われたことを指摘するとともに、本件同意における現在の法効果を否定した。すなわち、訴えの利益と法効果は同一の問題として判断されたのである。次に、現

65) 行政法院 48 年判字第 96 号判例（1959 年 12 月 17 日）。

在の法効果を否定したことから、判旨②は一般論として予防的訴訟についても、これを否定した。

本件以後、行政裁判所は、いつも判旨①②を併せて判断しており、ここでは、訴訟対象の限定と予防的訴訟の否定について、行政行為の法効果の有無から帰結するものとして理解し、訴えの利益の問題を法効果の問題として判断した。すなわち、行政行為の法効果が「現に存在し、国民の権利利益を直接に侵害したものでなければならない」という判断は、将来行われる行政行為に関する警告や通知の処分性を否定すると同時に、行政行為に対する予防的訴訟についても、これを許さないこととなった<sup>66)</sup>。

ところで、本件の実態をみると、県の取締活動は教会の反発を受けて一時的に中止されたが、本件命令が撤廃されない限り、取締活動が再開される可能性は極めて高いと言わざるをえない。実際に、台湾省は1958年2月に別の通達で取締活動の猶予期間を三年間と決め、その後、ローマ字聖書の使用を1980年代まで弾圧した<sup>67)</sup>。行政裁判所は現在の行政行為が存在しないという形式的判断で予防的訴訟を一般的に否定したが、この種の紛争は未解決のままに20年以上争われ続けたのであった。

ところが、本件は批判されることなく、予防的訴訟を否定するリーディングケースとして2000年まで学説判例において支配的な見解であった。そして、司法院大法官も憲法16条が定める訴訟権（日本国憲法における裁判を受ける権利に相当するもの）に基いて本件の合憲性を審査したが、「訴願法および行政訴訟法に関する規定を解釈した点について、憲法に反するものではない」と判示して、本件の合憲性を認めている<sup>68)</sup>。なるほど、取消訴訟単一主義を定めた旧行訴法を合憲と解する限り、行政裁判所が法律を忠実に解釈する判例を違憲と判断するわけにはいかなかったのである。この結果、訴訟対象の限定および予防的訴訟の否定は、立法政策においても司法政策においても容認されることになった。

要するに、取消訴訟単一主義の下で、行政裁判所には、訴訟対象の限

66) 例えば、行政法院78年判字第1997号判決（1978年9月21日）、行政法院84年判字第2095号判決（1995年8月25日）。

67) 黄宣範『語言、社会与族群意識』（文鶴、1995年）110-111頁

68) 釈字第423号解釋理由書（1997年3月21日）。

定、予防的訴訟の否定、訴えの利益の判断、の三つの問題について、これらをあわせて行政行為の具体的法効果として処理するという問題があった<sup>69)</sup>。すなわち、公法上の争訟について、これを行政行為の具体的法効果に置き換えなければ救済が与えられないことになった。この結果、こうした厳格かつ形式的な判断枠組みの下では、権利救済の空白領域が生じることとなった。この問題を解決するために、次に紹介する、憲法論および立法論から公法上の争訟に照応して行政裁判権を再構築する学説が登場することになる。

### 第三款 行政裁判権の再構築

#### 一 行政訴訟改革

1 改革の背景 1970年代以降、台湾においては、開発独裁と呼ばれる権威主義体制の下で、経済が飛躍的に発展した。経済発展にともなう政治・社会も急激に変化した。とりわけ中国に対する「法統（支配者としての正統性）」の喪失が国民党政権に民主化、法治化、本土化（中華民国を台湾の政権と位置づける概念）の改革を迫った<sup>70)</sup>。蔣経国政権の下で、法治国家を目指す行政法制度の整備が進められ、1979年の国家賠償法の立案をきっかけに、行政争訟制度を含む一連の行政法制度改革が始まった<sup>71)</sup>。1981年から行政訴訟法、行政裁判所組織法および訴願法の改正作業が相次いで本格化した。この間に、戒厳令が1987年に撤廃され、反乱鎮圧臨時條款が1991年に廃止されたことで、台湾は政治の民主化を進め憲政の常道を歩くようになった。この過程で、行政争訟制度に関する改正草案が1993年に完成し、さらに行政訴訟法（以下「新行訴法」という）、行政裁判所組織法および訴願法の改正案が1998年に可決され、2000年に施行された。そして、行政手続法および行政執行改正法も行政争訟改革法案と同時期に可決され、2001年に施行された。要するに、行政争訟制度改革は、政治の民主化を背景に法治国家を実現

69) なお、請求権の有無も具体的法効果として判断されている。非申請型の義務付け請求について、行政裁判所は義務付け請求権の有無を拒否処分 of 具体的法効果の問題として解していた。この問題を指摘したものとして、林明鏘「検査函覆之研究」月旦法学雑誌 26 期（1997 年）72-73 頁。

70) 若林・前掲注（64）109 頁以下。

71) この時期における時代背景と行政法制度改革との関連について、翁岳生「翁岳生教授榮退演講」葉俊榮編『法治の開拓与伝承』（元照、2010 年）8 頁以下。

する行政法制度改革の一環をなすものとして行われたのであった。

一方、開発独裁による経済発展に伴って、行政機能にも変化と拡大へ向けての転換が起こった。この転換は、これまでの行政訴訟のあり方に対して大きな影響を及ぼすこととなる。殊に、非権力的活動の増加に伴う行為形式の多様化が生じて、行政契約や事実行為に関する法的紛争が増え、かつ、その役割が大きくなったにもかかわらず、これらを取消訴訟で争うことができず、また、私法上の争訟と解されないために通常裁判所においても争えないという問題が顕在化する。こうした権利救済の空白領域において、紛争は政治部門へと向かい、その非法的解決が求められるという社会現象が生じたのである。いみじくも「法律上の争訟が司法により解決できないと、……法治国家の原則に反することとなるだろう」と、翁岳生は述べている<sup>72)</sup>。

こうした現実と制度との矛盾に直面して、当時、ドイツまたはオーストリアに留学した学者は、ドイツ法の研究を通じて台湾の行政訴訟制度の改革を全面的に検討するようになる<sup>73)</sup>。学者は、行政訴訟の対象の拡大を目指す立法政策へと転換することを求めて、行政訴訟改正法の立案過程に参画した。したがって、行政訴訟法の改正について、理論的構成という面では、ドイツの行政裁判所法（1960年）が主として参考にされることとなった<sup>74)</sup>。このように、ドイツ法に関する研究が盛んに行われるようになった反面、日本の美濃部・田中行政法理論をモデルとした台湾における伝統的行政法理論はその影響力を徐々に失っていったのである<sup>75)</sup>。

2 公法上の争訟と確認訴訟の法定 公法私法二分論を前提にする二元的裁判制度において、公法上の争訟を行政行為に限定すると、行政

---

72) 翁岳生・前掲注(39) 392頁。

73) その嚆矢は、元司法院大法官である呉庚『行政法院裁判権之比較研究』（嘉新水泥公司文化基金会、1967年）であろう。ただ、本書は留学前に書かれたものである。

74) 立案関係者によると、「(台湾の)行政訴訟法の研究といえは、ドイツ法を参考にしなくてはならない」と語るほどである（呉庚・前掲注(57) VII頁）。

75) 例えば、林紀東を指導教授とした呉庚は、『行政法之理論與實用』という教科書において、ドイツ法理論を旧理論体系に上書きしている。この教科書は1992年の初版から、支配的な学説となったとともに、伝統的行政法理論の駆逐に成功した。この結果、台湾における行政法学説の主な参照対象は日本法からドイツ法へ移ったのであった。



裁判所においても通所裁判所においても訴えられないという権利救済の空白領域が生じる。この問題について、行政訴訟制度改革を唱えた翁岳生は次のように主張している。

まず、憲法 16 条に定められた訴訟権によると、私人は権利を侵害されたまたは侵害されうる場合には、権利救済のために裁判所に訴えることができる。ここでいう権利は、公法私法を問うことなく、裁判所により等しく守られるものでなくてはならない。そのため、公法私法二分論とそれに対応する二元的裁判制度を前提に、すべての私法上の争訟を通常裁判所に訴えることができるならば、すべての公法上の争訟を行政裁判所に訴えることができるはずである。いわば、権利救済の面において、私法上の争訟との対称性をもつ公法上の争訟という法概念を設定する考え方である。しかし、旧行訴法の下で、公法上の争訟はその一部のみが取消訴訟によって取扱われていた。その状況を打開するために、民事訴訟に倣って、公法上の争訟について、これを形成、確認および給付という三つの訴訟形態で訴えることができるように、行政裁判権を再構築しなくてはならないと考えられたのであった<sup>76)</sup>。

このような主張には、国家と私人との関係を権利義務関係として把握し、私人の権利救済を司る裁判所を法治国家の担保と考える司法国家観が存在する。そして、公法が私法と異なるものとして構成されているとはいえず<sup>77)</sup>、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る公法上の争訟という概念を構成することによって、行政実体法に民事法の請求権体系、そして、行政訴訟法に民事訴訟の訴えの利益の導入を図るものであるという点においては留意すべきである。

司法院大法官を務めた翁岳生のこうした主張は、司法院の立案活動および行政訴訟法改正案の基本構想に大きな影響を与えた<sup>78)</sup>。彼の主張において、確認訴訟の必要性は、二元的裁判制度の下で民事訴訟に並ぶ包括的救済手法として認識されたのである。しかし、当時の問題関心は主

76) 翁岳生・前掲注 (39) 392-395 頁。

77) なお、翁岳生は実体法においても公法と私法との区別を相対化している（同「論行政処分之概念」（初出 1970 年）前掲注 (39) 書 19 頁以下）。

78) 司法院の調査報告書として、陳秀美『改進黨行政訴訟制度之研究』（司法院、1982 年）88 頁以下。改正法の立案過程について、司法院編『行政訴訟制度研究修正資料彙編(一)』（司法院、1985 年）412 頁以下。

に、私法上の争訟に対応する公法上の争訟に即した包括的行政裁判権を再構築することにあつたため、立案過程において、公法上の争訟の中身については実際に詳しく議論されなかつたのである。また、確認訴訟の機能や運用に関する本格的な検討も行われておらず、立案過程において想定された運用例としては、国籍の存否、公法人の会員資格の存否、土地収用関係の存否などだけであつた<sup>79)</sup>。

以下では、新行訴法の訴訟類型を紹介して、確認訴訟の体系的な位置づけを明らかにする。

## 二 新行訴法の訴訟類型の特徴

公法上の争訟を包括的に審理する行政裁判権は新行訴法第2条により定められた。すなわち、公法上の争訟であれば、これを争うことができるのである<sup>80)</sup>。公法上の争訟を具体的に争う訴訟形態として、第3条は、取消(形成)訴訟、確認訴訟および給付訴訟の三つの訴訟形態を定めた<sup>81)</sup>。この三大訴訟形態は民事訴訟に倣って請求内容の差異および判決の効力に基づく最も基本的な分類である<sup>82)</sup>。したがって、行政行為を訴訟対象とする取消訴訟および義務付け訴訟は、出訴期間および訴願前置に関する手続上の特則が定められているが、なおそれぞれ形成訴訟と給付訴訟と位置づけられたのである。取消訴訟は、行政行為の法効果を失わせて、元の法律状態に戻すことを求める訴えであるため<sup>83)</sup>、形成訴訟

79) 司法院編・前掲注(77) 彙編(→)440-441頁(鄭有齡發言、ただし、發言記録のミスだろうか、ここでいう収用無効は収用失効と訂正すべきだろう)、司法院編・前掲注(50) 彙編(⇨)306-307頁(吳庚發言)。

80) 第2条「公法上の争訟については、法律に別段の定めがある場合を除き、本法により行政訴訟を求めることができる。」なお、本稿における行政訴訟法の訳文については、玉国文敏「台湾の新行政訴訟法」山田古稀『税法の課題と超克』(信山社、2000年)518頁以下の訳文を引用したが、一部の修正を行った。

81) 第3条「前条にいう行政訴訟とは、取消訴訟、確認訴訟および給付訴訟をいう。」なお、条文上には「取消」という文言が定められているが、それは形成訴訟の例示と解されている(張文郁「行政訴訟之形成訴訟」吳志光ほか『月旦法学教室別冊・公法学編』(元照、2011年)218頁)。

82) 三大訴訟形態のほかに、第4の訴訟形態の存在についてその可能性を否定することができないが、確認訴訟または給付訴訟が活用されれば、第4の訴訟形態を見出さなくても概括主義に反することはない。この点について、ドイツの問題状況を含める検討として、林明昕「論行政訴訟法上之訴訟類型——從日德比較法制觀察」(初出2005年)『公法学的開拓線』(元照、2006年)367頁。

83) 第4条第1項「国民は、中央または地方行政機関の違法な行政行為により権利または法律上の利益に損害を受けたと認める場合で、かつ訴願法による訴願

と解されている。これに対して、一定の行政行為を求める義務づけ訴訟は、給付訴訟に分類される<sup>84)</sup>。

作為不作為を問わず行政行為以外のものを求める訴訟は、一般給付訴訟である<sup>85)</sup>。具体的な運用について、新行訴訟法は三つのタイプを列挙している。第一は財産上の給付訴訟である。例えば、公務員の給与や退職金の支給、公法上の不当利得返還請求、損失補償などである。第二は行政行為以外の非財産上の給付訴訟である。行政行為に当たらない行為形式はこれで争われる。また、行政行為の差止訴訟も非財産上の給付訴訟として位置づけられている。第三は行政契約に基づく給付訴訟である。これは行政契約に関わる給付請求権の実現を請求内容とする訴訟である。財産上または非財産上を問わず、また契約に基づく行政行為の義務付けも一般給付訴訟により訴えられる。

一方、確認訴訟は三つの類型に分けられている<sup>86)</sup>。第一に、行政行為の違法確認訴訟は、取消訴訟を提起するための狭義の訴えの利益はないが、なお違法性の確認について確認の利益があれば、提起できる訴訟である<sup>87)</sup>。第二に、行政行為の無効確認訴訟は、行政行為の無効確認を通

---

の提起を経て下された決定に不服があるとき、または訴願を提起して三ヶ月を過ぎても決定がなされないとき、または延長された訴願決定期間を二ヶ月過ぎても決定がなされないときは、行政裁判所に対して取消訴訟を提訴することができる。」

- 84) 第5条「①法律により申請された案件につき、所定の期間内に中央または地方行政機関が何らかの行為をすべきにもかかわらず不作為である場合、国民は、それによって権利または法律上の利益に損害を受けたと認めるときは、訴願手続を経た後、当該行政機関が行政行為をなすべきこと、あるいは特定の内容の行政行為をなすべきことを請求する訴訟を、行政裁判所に対して求めることができる。②法律により申請された案件につき、申請にもかかわらず中央または地方行政機関が拒否した場合、国民は、それによって権利または法律上の利益に損害を受けたと認めるときは、訴願手続を経た後、当該行政機関が行政行為をなすべきこと、あるいは特定の内容の行政行為をなすべきことを請求する訴訟を、行政裁判所に対して求めることができる。」
- 85) 第8条第1項「国民は、中央または地方行政機関との間で公法上の原因により財産上の給付関係が生じたとき、または公法上の原因により行政行為以外のその他の非財産上の給付を請求したときは、給付訴訟を求めることができる。公法上の契約により発生する給付についても同様である。」
- 86) 第6条第1項「行政行為の無効確認訴訟および公法上の法律関係の成立または不成立の確認訴訟は、確認判決によって原告が直ちに法律上の利益をうけるのでないならば、求めることができない。すでに執行が終了かつ原状回復が不可能となり、またはその他の事由により行政行為が消滅した場合の違法確認訴訟についても同様である。」
- 87) 例えば、食品衛生法に基づいて店を1週間営業停止させる行政行為は、出訴

じて、当該行政行為により表見的に形成される法律関係の不存在を明らかにする訴えである。第三に、法律関係の存否確認訴訟は、法律関係の存在または不存在を確認する訴えである。法律関係であれば確認対象はほぼ無制限であるがゆえに、一般確認訴訟と呼ばれている。

まとめると、新行訴法の特徴は、公法上の争訟という概括主義の下で、訴訟の入口は請求の内容に応じて、形成、給付、確認の三大訴訟形態を民事訴訟に準じた基本的な分類として整理していることである。さらに各訴訟形態には行政行為を直接の訴訟対象として特則を置いた訴訟類型が設けられているが、一般的訴訟類型の適用範囲が特則を有する訴訟類型により当然に制限されるわけではない。むしろ公法上の争訟であれば、必ず適切な訴訟類型を用意しておくということに、新行訴法の意義がある<sup>88)</sup>。したがって、行政行為に対する予防的訴訟または行政行為以外の行為形式を争うには、それぞれの請求の内容に応じて一般給付訴訟または一般確認訴訟を提起することができるのである<sup>89)</sup>。すなわち、公法上の争訟の「受け皿」の役割を果たすのは一般給付訴訟と一般確認訴訟である。そうすると、公法上の争訟を行政行為に限定したという問題は、請求権を前提にする給付訴訟または訴えの利益を中心に構成された確認訴訟により克服されるはずである。次の節では、改正法以後、公法上の争訟に関する議論を分析する。

---

前または訴訟中に期間の経過によって行政行為の効果が終了してしまう。この場合、行政行為の法効果を取り消す必要性がなくなる。すなわち、取消訴訟をするための訴えの利益がなくなる。しかし、名誉回復、国家賠償の請求、将来に繰り返される同種の行政行為の予防について確認の利益が認められれば、行政行為の違法性を明らかにする違法確認訴訟を求めることができる。そのため、違法確認の訴えは取消訴訟の延長線上にある訴訟類型といえよう。この訴訟類型のモデルは、ドイツ行政裁判所法 113 条 1 項 4 文の継続的確認訴訟 (Fortsetzungsfeststellungsklage) である。なお、日本では、皇居外苑不許可事件 (最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1561 頁) をきっかけに、ドイツの継続的確認訴訟が注目を集めた (高根義三郎「不適法宣言」(初出 1954 年)『行政訴訟の研究』(一粒社、1957 年) 141 頁以下、市原昌三郎「西独における行政行為の違法宣言制」一橋論叢 50 卷 4 号 (1963 年) 21 頁以下、松本博之「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法学雑誌 19 卷 3・4 号 (1973 年) 229 頁以下)。

88) 彭鳳至「行政訴訟種類理論与適用問題之研究」台湾行政法学会編『行政命令、行政処罰及行政争訟之比較研究』(翰蘆、2001 年) 291 頁。

89) 形成訴訟は形成力を有するために、法律の特段の定めがない限り、認めることができない。張文郁・前掲注 (81) 218 頁。

## 第二節 公法上の争訟と行政訴訟の対象

### 第一款 現状と問題点

#### 一 公法上の争訟

新行訴法2条が定めた公法上の争訟という概念は、行政訴訟の対象および訴訟類型が限定されない概括主義を意味するという理解が一般的である<sup>90)</sup>。ところが、改正法以後、公法上の争訟の規範的内容は必ずしも十分に検討されていない。現在、行政法学説は主に裁判権の配分を中心に公法上の争訟を説明している<sup>91)</sup>。すなわち、「公法」をめぐる解釈論を中心に、公法を行政法と解した上で、憲法上の争訟を司法院大法官に、行政法ではない民事法および刑事法上の争訟を通常裁判所に割り振るということである<sup>92)</sup>。そうすると、もっぱら「公法」を中心に論じているが、「争訟」を正面から定義してその規範的な意義を明らかにするものは極めて少ない<sup>93)</sup>。

だが、概括主義とはいえ、行政訴訟の対象を具体的事案においていかに判断するかは、それほど問題ではないといえない。というのは、公法

90) 立法院司法委員会編『行政訴訟法修正案(下)』(立法院公報処、1999年)696頁。

91) 陳計男『行政訴訟法』(三民、2000年)152頁以下、翁岳生編『行政訴訟法逐条釈義』(五南、2002年)40頁以下(盛子龍執筆)、翁岳生編『行政法(下)〔第3版〕』(元照、2006年)359頁以下(劉宗徳執筆)、林騰鶴『行政訴訟法〔第3版〕』(三民、2008年)51頁以下、陳清秀『行政訴訟法〔第3版〕』(元照、2009年)11頁以下、呉庚・前掲注(57)43頁以下。

92) 通常裁判所との役割分担は、常に公法私法の区別の問題として論じられている。現在、公法私法の区別については明確かつ一義的な標準が存在しないが、主体説や利益説を組み合わせるケース・バイ・ケースで判断されている。そのため、行政裁判所と通常裁判所との権限が衝突する場合には、司法院大法官が権限衝突裁判所として裁判権限の配分を決めることができる。また、法律が行政裁判権の配分を特に定めることもある(陳敏『行政法総論〔第7版〕』(新学林、2011年)36-37頁、1351頁)。

93) その稀な一例であるが、元司法院大法官である陳計男は、日本法における法律上の争訟の定義に倣って、争訟を、①当事者間に具体的法律関係または法律上の利益をめぐる紛争について、②法令の適用により紛争を解決することができるものと定義する(前掲注(91)151頁以下)。けれども、その中身については、①抽象的規範統制訴訟の排除、②政治問題や国会の自律事項などの排除が挙げられており、行政訴訟の対象を争訟の問題として正面から具体的に論じるものではない。また、その定義は学説判例に受け入れられていない。なお、日本で行政法を学んだ劉宗徳もこのような定義を試みている(「憲法解釈与訴訟権之保障——以行政訴訟為中心」憲政時代30巻4期(2005年)402頁注33)。

上の争訟、殊に「争訟」に関する理解が、訴訟対象の判定を左右することになるからである。この点については、学説において明確に論じられていないが、三つの論点から分析してこの問題をより明らかにしたい。

1 新たな救済基準 公法上の争訟の下で、行政行為は、訴訟対象となる行為形式の一種に過ぎず、救済の必要性を決めるものではない。行政行為に当たらない行為形式は給付訴訟または確認訴訟で争うことができる。また、行政手続法案と行政争訟改革関連法案を同時期に合わせ可決したことは、行為形式の整理とそれに対応する訴訟類型の多様化とが関連することを意味している<sup>94)</sup>。例えば、行政手続法 92 条および訴訟法 3 条が行政行為を講学上の定義に従って定めたことにより、救済の便宜を図るための行政行為拡大論は一般的に否定され<sup>95)</sup>、その結果、行政行為については、訴訟類型論と行為形式論が強く結びつけられたのである<sup>96)</sup>。

94) 陳愛娥「以行政行為類型为中心的行政訴訟類型」萬國法律 112 期 (2000 年) 26 頁以下、廖義男「行政処分之概念」(初出 2000 年)『行政法之基本建制』(三民、2003 年) 172-173 頁。行政裁判官の著作として、彭鳳至・前掲注 (88) 317 頁、徐瑞晃『行政訴訟法』(五南、2009 年) 72 頁。なお、行政手続法は、行政行為、行政指導、行政契約、法規命令および行政規則、行政計画を定めている。

95) 日本法のように、取消訴訟のメリットを強調して訴訟法上の処分性を拡大する発想は台湾法に存しない。フランスの越権訴訟を研究して、分離しうる行為理論を導入しようとする陳淳文は、実体法上の行政行為拡大論を唱えているが、彼の理論は、原田・兼子説のように訴えの利益を中心に構成した形式的行政処分論ではない(陳淳文「行政契約与撤銷訴訟——以法国行政訴訟實務为中心」司法院行政訴訟及懲戒庁編『行政訴訟制度相關論文彙編 第 4 輯』(司法院、2005 年) 505 頁以下)。

96) なお、台湾には、行政行為に当たらない行政措置が違法でも原則として有効とされる場合には、一般形成訴訟で争うべきだと主張する学説がある。すなわち、取消訴訟以外にも一般形成訴訟は認められるべきか否かという議論である。例えば、公務員法の職務命令について、その法効果を取消すために、形成力を有する一般形成訴訟が必要となる(林明昕「一般形成訴訟——德国行政訴訟法上之爭議問題」(初出 2002 年)前掲注 (82) 書 415 頁以下、程明修「論一般撤銷(形成)訴訟——以對公務員懲戒処分之救済出發」曾華松古希「論權利保護之理論与实践」(元照、2006 年) 655 頁以下)。

だが、一般形成訴訟は通説により否定されている。その理由として、第一に、法律關係を対世的に変更させるのは極めて強い効力である。そこで、民事訴訟および行政訴訟においては、法律の特段の定めがない限り、それを認めることができない。いわば、形成訴訟の列記主義である。第二に、職務命令が違法即無効だとすれば、給付訴訟または確認訴訟により、実効的な権利救済が与えられる。第三に、新行訴訟法の立案当時、立案者は、形成訴訟について取消訴訟のみを想定した上で、第 3 条において形成訴訟という言葉を使わず取消訴訟を定めた。したがって、通説および行政裁判所においては、一般形成訴訟説は受け

しかし、行政行為以外の行為形式に関する争訟性をどのように解するかということは明確に論じられていない。一般的に、学説は行為形式ごとにその訴訟類型を分析しているが、次の二点について特に問題となることを指摘できるだろう。

第一に、抽象的規範統制訴訟が定められていないが、裁判所は具体的事件において行政立法を付随的に審査する権限を有する<sup>97)</sup>。ただし、具体的事件とは何かについては、従来から詳しく検討されていない<sup>98)</sup>。最高行政裁判所長官（当時）は訴えの利益があれば行政立法を直接に争うことができるという考え方を前向きに示したが<sup>99)</sup>、訴えの利益の中身および適切な訴訟類型については言及していない。一方、行政立法またはそれに相当する行政計画の直接審査は、抽象的規範統制訴訟になりかねないことから、法律の特別規定がなければ直接審査が禁じられると考える意見もある<sup>100)</sup>。

第二に、具体的な行政措置は私人の権利利益に一定の影響を与えることがあるが、その影響はどの程度に達すると司法的救済に値するかという問題がある。例えば、回答文書、意思通知、行政指導、公務員法にお

---

入れられていない。以上の批判について、盛子龍「公務員對調整職務不服之行政争訟」法学講座 25 期（2004 年）130-131 頁、張文郁・前掲注（81）217-218 頁。また、通説について、陳敏・前掲注（92）1352 頁、翁岳生編・前掲注（91）行政法下 363 頁（劉宗徳執筆）、翁岳生編・前掲注（91）行訴法 62 頁（盛子龍執筆）、吳庚・前掲注（57）200 頁以下、陳計男・前掲注（91）156 頁、陳清秀・前掲注（91）145 頁、林騰鶴・前掲注（91）69 頁、蔡志方『行政救済法新論』（元照、2000 年）169 頁。

97) 司法院大法官积字第 216 号解释（1987 年 6 月 19 日）。なお、古典的文献として、翁岳生・前掲注（40）124 頁以下。

98) 一般的に行政立法の違法性は取消訴訟または義務付け訴訟において付随的に審査されている。改正法以後の関連研究として、葉俊榮・張文貞「転型法院与法治主義——論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢」人文及社会科学集刊 14 卷 4 期（2002 年）515 頁以下、同「司法積極主義——論行政法院改制之後對於違法行政命令審查的積極趨勢」林明鏘・葛克昌編・前掲注（53）書 39 頁以下、陳淳文「現行行政命令合法性審查之檢討——以不利益処分所引發之司法審查為中心」黃舒菀編『2007 行政管制与行政争訟』（2008 年）105 頁以下、黃舒菀『行政命令』（三民、2011 年）94 頁以下。

99) 彭鳳至「台湾行政訴訟之功能与角色」司法院編『新制行政訴訟实施 10 周年國際學術檢討會 會議論文集』（司法院、2010 年）126 頁。

100) 吳庚・前掲注（57）183 頁、翁岳生編『行政法（上）〔第 3 版〕』（元照、2006 年）460 頁（葉俊榮執筆）。そのため、行政立法に対する直接審査は立法論として論じられることもある。例えば、フランスの越権訴訟を参考にする立法論として、王必芳「行政命令的抽象司法審査——以法國法為中心」中研院法学期刊第 11 期（2012 年）129 頁以下。

ける職務命令は行政行為に該当しないものであるが、その争訟性をいかに判断するかという問題がある<sup>101)</sup>。

この二つの問題はそれぞれの独自の論点があるが、公法上の争訟に照応して行政訴訟の対象をいかに判断するかという点において共通する問題である。すなわち、新行訴法の下で、当該行為の争訟性を判断し、そこからいかに新たな救済基準を形成するかという問題である。

**2 訴訟類型の選択のリスク回避** 新行訴法においては、権利をより適切に救済するために多様化した訴訟類型が設けられたが、原告が適切な訴訟類型を予め選択しなければならないことを意味するものではない。行政裁判所は原告が提起した不適切な訴訟類型を釈明権の行使により適切な訴えへ変更することを促すべきであると考えられている<sup>102)</sup>。だが、現実には、正確な訴訟類型が釈明権の行使により常に選択することは困難であり、キャッチボールの問題が生じている。その理由として三つ挙げることができる。第一に、行政行為は救済の必要性を決めるものではないが、訴訟類型の選択を決めるものとしてなお中心的な位置を占めているということにある。すなわち、行政行為を訴訟対象とする取消訴訟および義務付け訴訟は、依然として優先的に適用されるべきであると考えられている。そこでは、公法上の争訟を行政行為の具体的法効果に矮小化する伝統的な考え方がなお維持されているという問題がある<sup>103)</sup>。第二に、行政行為以外の行為形式の争い方について、行政裁判所が必ずしも給付訴訟または確認訴訟を適用する可能性を具体的に検討しないという問題がある<sup>104)</sup>。第三に、提訴するときに事実の主張だけで十

101) 蕭文生・前掲注(8) 77頁以下。

102) 最高行政裁判所は、「行政訴訟における訴訟類型の選択と適用は、行為形式および原告の行政裁判所に対して救済を求める目的に深く関わることから、一般的な生活経験で判断できないものである。したがって、国民は専門代理人に依頼せず行政訴訟を提起する際に、原則として事実の主張だけで十分である。裁判長または受命裁判官は必要に際し、訴訟関係を釈明して、国民が事実の主張に基づいて正確な訴訟類型を選択するように促すべきである」と判示した(最高行政法院 98年裁字第 3077号裁定 (2009年 12月 10日))。

103) 例えば、一部の学説および裁判例は具体的な行政措置をできるだけ行政行為と解する傾向にある。その結果、権利利益に影響を与える事実行為も行政行為と解されるという問題がある。この問題に関する整理および批判について、程明修・前掲注(96) 663頁以下。

104) 確認訴訟について、この問題を指摘するものとして、林三欽『『行政処分概念』与『行政訴訟類型』 関聯性之探討』司法院編『行政訴訟二級二審實施十週年回顧論文集』(司法院、2011年) 225頁。



分であると言われているが、具体的な争点が示めされない限り、行政裁判所は訴訟類型の選択について具体的な判断を行うことが困難であるという問題がある。

したがって、最高行政裁判所長官（当時）は、立法論として多様な訴訟類型を公法上の争訟に一本化することが可能であって、むしろ一本化した方が私人の訴訟利用のために便利だと指摘した<sup>105)</sup>。この意見は、包括的権利救済の確保のために、各訴訟類型に共通する公法上の争訟を明確しなければならないという考え方が反映されている<sup>106)</sup>。

**3 法領域と政策領域との区別** 以上の論点に関連して、公法上の争訟を紛争の成熟性と解した上で、通信放送法の分野で、その特殊性に応じて判断すべきであるという意見が近年登場した。

通信放送法の分野において、独立行政委員会である国家通信放送委員会の規制対象となる通信業者は全国においてもわずかな数である。行政立法または行政立法の性質を有する行政計画は抽象的法規範でありながら、同時に規制の対象や事項は明確かつ具体的なものもある。そこで、行政行為との区別が曖昧なため、通信業者が行政立法または行政計画を行政行為と解して取消訴訟を提起した事件は少なくない。

一例として、最高行政裁判所は、国家通信放送委員会が策定した「固定電話発携帯電話着の料金設定に関する行政計画」<sup>107)</sup>を行政行為と判断した。その理由としては、本件計画が「料金の設定権者、収益の帰属、経過措置期間における費用の負担、実施の日程や方法など具体的な事項を明確に定めたことから、固定電話事業者と携帯電話事業者との権利又は義務に影響を及ぼした」ということを挙げている。すなわち、本件計画は具体的法効果を有する公権力措置と解されている。その上で、裁判

105) 彭鳳至ほか・前掲注(7) 95頁(彭鳳至発言)。ただし、法律上に訴訟類型が細分化された以上、裁判所は適切な訴訟類型を決めなくてはならないとも述べている(彭鳳至・前掲注(88) 317頁)。なお、彭鳳至女史は、ドイツのミュンヘン大学法学博士で、新行政訴訟制度の運用に深く携わった人物である。

106) なお、ドイツ行政訴訟法学の直輸入を反省した上で、同じ方向性を指摘したものとして、林明鏞・前掲注(7) 251頁。

107) 固定電話発携帯電話着の利用者料金の設定については、2010年まで携帯電話事業者側が料金設定を行っていた。本件計画は2011年から料金設定の権利者を固定電話事業者に変更する政策方針を示したものである。また、日本法の問題状況について、総務省「料金設定の在り方に関する研究会報告書」(2004年6月17日)参照。

所は、都市計画法の計画確定裁決制度を参考にして、「この種の計画確定裁決を行政行為と解さなくてはならない」<sup>108)</sup>と判示した。

だが、石世豪<sup>109)</sup>の批判によると、料金の設定は、基本的には事業者の間で私法上の契約の締結または改訂により行われている。そして、国家通信放送委員会は、本件計画を実施するために、関連の法規命令や行政規則を改正しなくてはならず、また事業者間の紛争があれば料金設定に関する争いを行政行為により裁決する必要もある。本件計画は直ちに事業者の営業の自由または料金設定に関する私法上の権利行使を規律するものではない。この点においては、土地所有権に基づく使用収益権を明確に拘束する都市計画法の計画確定裁決と大きく違うところである。したがって、本件計画は規制の対象や事項が明確だとしても、事業者に対して直接の法効果を有しないものであり<sup>110)</sup>、本件判決は実体法上の行政行為の概念を不当に拡大したものであると、彼は述べている<sup>111)</sup>。

さらに、石世豪は、訴訟類型の前提となる公法上の争訟の意義を強調して、救済のために行政行為という法概念を安易に拡大する必要はないと指摘している。行政訴訟を提起するための要件は、行政行為ではなく、「訴訟の対象が客観的かつ明確なものであり、その適法性めぐる争点が具体化して司法審査に相応しい」<sup>112)</sup>という紛争の成熟性にあると考えている。そして、権力分立の視点からすると、紛争の成熟性を重視することは行政における政策形成プロセスへの過度な司法介入を防ぐものである。したがって、石世豪の考え方には、独立行政委員会の政策形成空間を確保するために、本件計画を政策方針と解して、行政行為の拡大解釈を拒否するだけでなく、その訴えが公法上の争訟に当たることまで否定する意図がある。

要するに、石世豪の主張は行政行為の有無と救済の必要性とを別々に

---

108) 最高行政法院 98 年裁字第 1159 号裁定 (2009 年 5 月 14 日)。

109) 石世豪は国立東華大学教授である。彼は、2006 年から 2008 年まで、国家通信放送委員会の副主任委員を務め、2012 年から主任委員を務めている。彼は、独立行政委員会における政策形成プロセスを特に重視している。

110) 原審である台北高等行政法院 97 年訴字第 1968 号 (2008 年 11 月 28 日) はこの立場にある。

111) 石世豪「行政計画提前争訟的必要性」台湾法学 139 期 (2009 年) 235 頁以下、同「目標導向之網路互連管制及其違法審査」法令月刊 61 卷 6 期 (2010 年) 37 頁以下。

112) 同上行政計画争訟 236 頁。

判断すべきと考えるものである。この点では通説と異ならないが、法領域と政策領域との区別の視点から公法上の争訟を紛争の成熟性の問題と解しており、ここには、重要な問題が提起されているのである。しかし、石世豪は、通信放送法領域において公法上の争訟を限定することを志向しており、争われた行政立法や行政計画について、その行政行為の性質を否定すると同時に、その訴えが公法上の争訟に当たることをも否定したのである<sup>113)</sup>。そこには、訴訟対象を行政行為を狭く解することで限定し、行政裁判権を制限する意図がある。

以上の三点をまとめれば、学説においては公法上の争訟を正面から詳しく検討するものは皆無に近いが、訴訟対象の判断、訴訟類型の選択、法領域の画定の三つの論点から、公法上の争訟が法概念として一定の規範的な意義を有することが確認できるだろう。そして、これらの論点において共通する問題は、行政行為以外の訴訟対象に関する争訟性をいかに判断するかということである。

## 二 司法院大法官の解釈からみた公法上の争訟

ところで、公法上の争訟という概念は憲法論を踏まえて展開されるものである以上、司法院大法官の解釈を整理することによって、この概念の一定の輪郭を浮彫にすることができるだろう。

1 権利侵害 まず、新行訴法2条に定めた公法上の争訟という概念は、ドイツの行政裁判所法40条1項に由来するものである。そして、その憲法的根拠についても、ドイツ連邦基本法19条4項に定められた「公権力により権利を侵害された者に出訴の途を保障すべきである」という理念に由来するものであり、司法院大法官の解釈によれば、台湾の憲法16条が定めた訴訟権の規範内容において受容されていると解されている<sup>114)</sup>。そうすると、公法上の争訟は訴訟権の保障を意味することになる。

113) 石世豪は、別の判例評釈において、法規命令を直接の訴訟対象とすれば、行政裁判所が政策領域に入り込みすぎることから、その訴えが公法上の争訟に当たらないことになると指摘している（「適用少数特定対象的法規命令」台湾法学151期（2010年）181頁）。また、翁岳生編・前掲注（100）459-460頁（葉俊榮執筆）も類似の意見を示した。

114) 陳愛娥「『有効権利保障』与『行政決定空間』对行政訴訟制度的影響」司法院編『行政訴訟論文彙編』（司法院、1998年）54頁以下。なお、司法院大法官

そこでは、憲法 16 条が定めた訴訟権は、司法院大法官により「権利あるところに救済方法あり」という含意だと解され、すなわち実体上の権利利益への侵害に対して訴訟法上の権利保護を与えなくてはならず<sup>115)</sup>、そして与えられる救済は「実効的な権利救済」でなくてはならないのである<sup>116)</sup>。そのため、改めて確認することになるが、公法上の争訟は権利を違法に侵害されたまたはされうる者に対して救済を与えなくてはならないという権利保護の概括主義と解されている<sup>117)</sup>。

憲法上の基本権を中心に構築された公法上の争訟は、行政訴訟の中心的機能を私人の権利保護にあるとみている<sup>118)</sup>。したがって、行政訴訟を提起するためには、行政の作為不作為により権利を侵害されまたは侵害されうるという要件が要求されている<sup>119)</sup>。その意味で、権利利益への侵害があれば、侵害をした行政の行為形式を問わず、行政行為のほか、行政立法、行政計画、行政契約、事実行為、行政の内部措置などの作為または不作為の違法性についても、私人が行政訴訟において救済を求めることができるだろう。

2 訴えの利益 「利益なければ訴権なし」と言われるように、裁判制度を利用するためには、原告の請求が、権利を保護する利益ないし

---

は憲法解釈においてドイツ連邦基本法を援用したことがないが、個別の意見においてドイツ連邦基本法を援用したことがある。一例として、釈字第 653 号解釈 (2008 年 12 月 26 日) の林錫堯および陳春生大法官は、一部反対意見において、ドイツ連邦基本法 19 条 4 項および行政裁判所法 40 条をそれぞれ台湾の憲法 16 条および新行訴法 2 条に対応するものだと解している。

115) このことを判示したものとしては、行政訴訟に限ってみるならば、司法院大法官解釈第 546 号解釈 (2002 年 5 月 31 日、被選挙権について、選挙に立候補する資格を否定した拒否処分)、533 号解釈 (2001 年 11 月 16 日、契約法上の地位について、行政契約に係る紛争)、466 号解釈 (1998 年 9 月 25 日、公務員法における財産上の請求権について、公務員保険金の未払い)、462 号解釈 (1998 年 7 月 31 日、教師の法的地位について、教師の昇任拒否処分)、459 号解釈 (1998 年 6 月 25 日、兵役義務について、徴兵の体格判定処分) などがある。

116) 司法院大法官釈字第 418 号解釋理由書 (1996 年 12 月 20 日) 参照。

117) 劉宗徳・前掲注 (93) 402 頁。

118) 新行訴法 1 条は行政活動の適法性統制機能を掲げたが、それは原則として裁判所が権利救済任務を遂行すると同時に適法性統制任務を果たすということである。さらに、新行訴法 9 条の趣旨によると、権利救済と直接に関与しない客観訴訟または公益訴訟は特別の立法がなければ行政裁判所が審理できないことから、公法上の争訟の中核をなすのは私人の権利保護である。この点について、陳敏・前掲注 (92) 1257 頁参照。

119) そこでは、実体法上の権利侵害の有無は訴訟法上の訴権と重なりあっている (林三欽「論基本権利之侵害」(初出 2000 年) 前掲注 (10) 書 282 頁以下)。

必要性を有するものと認められうるものでなければならない。この必要性が一般的に「権利保護の必要性」または「訴えの利益」と呼ばれるものである。行政訴訟について、司法院大法官釈字 546 号解釈は「行政争訟を提起するためには、争訟について権利保護の必要性、即ち争訟の利益が求められるべきである」と判示した<sup>120)</sup>。

行政訴訟法学において、権利保護の必要性は、訴訟類型を問うことなく求められる一般の権利保護の必要性と訴訟類型の性質に応じて求められる特別の権利保護の必要性とに分けられている。一般の権利保護の必要性は、①訴訟手続による解決を要すること、②正確な訴訟類型を選択すること、③求められる権利保護が実益を有すること、④訴訟手続を利用する目的が達成できること、⑤訴訟手続の利用が濫用ではないこと、などが挙げられている<sup>121)</sup>。これらは、訴訟経済の追求または訴訟濫用の予防のために発展してきた訴訟要件であり、裁判制度を利用する正当な利益を判断するものである。したがって、形成訴訟または給付訴訟の場合には、その権利保護の必要性が形成権または請求権の存在により明らかにされることから、一般の権利保護の必要性は例外的に審査されている。これに対して、確認訴訟の場合は、訴訟対象が無制限なので、確認の利益という特別の権利保護の必要性が要求されている<sup>122)</sup>。

司法院大法官の解釈を整理することによって、公法上の争訟について、権利侵害と訴えの利益を有するとされるその輪郭が得られた。この輪郭を訴訟法上明確にするものは、次に紹介する最高行政裁判所の判決である。

---

120) 司法院大法官釈字 546 号解釈 (2002 年 5 月 31 日)。本件評釈として、林三欽「試論『行政争訟実益』之欠缺」(初出 2003 年)前掲注 (10) 書 4 頁以下

121) 陳計男・前掲注 (91) 360 頁、林騰鶴・前掲注 (91) 66 頁、吳庚・前掲注 (57) 145 頁以下。

122) 陳計男・前掲注 (91) 360 頁。

