

法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(2) ——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 252 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

第四款 本稿の考え方

第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則

第一節 請求権体系の指向と行政裁判所の逡巡

第一款 請求権体系の継受

第二款 裁判実務における結果除去請求権への排斥反応

第三款 予防的不作為請求権

第四款 小括

第二節 補充性原則

第一款 立案経緯

第二款 補充性原則の強調

第三款 検討 (以上本号)

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

(2) 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

第二款 最高行政裁判所における公法上の争訟の展開

一 最高行政裁判所の問題意識

最高行政裁判所は、公法上の争訟について、これを権利救済の概括条項と理解しているが¹⁾、従来、その中身を明確に検討してこなかった。しかし、近年、最高行政裁判所判決の一部は公法上の争訟の規範的な意義を積極的に論じている。その見解は行政裁判所の全体に広く受け入れられたものではないが²⁾、公法上の争訟を訴訟法上どのように把握するかについて明確な判断枠組みを示した点において注目に値する。

ところで、最高行政裁判所の問題意識および判旨を検討する前に、まず判決の前提となった事実の概要を整理しておく。

【事例 1-2：学校の改名と行政指導・行政規則】

X2（私立北台科学技術学院、原告）は 2006 年に学校名を「北台湾科学技術学院」と改名しようとして、学校名変更の申請を行った。Y2（教育部、被告）はその申請を許可したが、「これから科学技術大学に昇格すると、『北台科学技術大学』または『北台湾科学技術大学』は校名として使用できなくなる」とあわせて指導した（以下「本件指導」という）。その理由としては、行政規則である「高等教育機関の命名に関する規程」により、同じ教育段階において使われた学校名と同じ校名または類似の校名は使用禁止とされていた。そして、現に「台湾科学技術大学」が存在する以上、類似の学校名の使用、すなわち「北台科学技術大学」または「北台湾科学技術大学」の命名は禁じられることになる。

X2 は、「高等教育機関の命名に関する規程」は法律の根拠を有しないと主張した。したがって、改名を予定する X2 は、学校の命名の自由が法律の

1) 例えば、新行訴法 2 条を用いて、行政行為に対する予防的不作為給付訴訟を認めた最高行政法院 96 年裁字第 2183 号裁定（2007 年 9 月 26 日）。

2) 最高行政裁判所は 7 法廷および 35 名の裁判官からなるものである。各法廷の判決は最高行政裁判所全体の意見といえない。なぜなら、各法廷は同じ争点に対しては違う判断を行うことがしばしばあるからである。また、裁判官の法廷間の配置転換も行われるので、同じ法廷においても裁判官の入れ替えによって判断が変わってくる。したがって、重大な法律問題に対して、最高行政裁判所は各法廷の判断の一致を図るために、各法廷の裁判長と裁判官を集めて連合会議を開催して、法律問題に対して一致した見解を採る決議を行い、あるいは特定判決の要旨を判例と認定することができる。台湾法における判例は最高行政裁判所判決の要旨を抽象化して決議により認定されたものである。判例および決議は抽象的法規範としてすべての行政裁判所を拘束しており、いわば裁判所の立法的法創造の産物である。

根拠なしに制限されていることから、本件指導を行政行為の附款と解して取消訴訟を起こした。原審である台北高等行政裁判所は本件指導が行政行為に該当しない旨を判示して本件訴えを却下した³⁾。

【事例 1-3：上海蟹の輸入規制と行政規則】

Y3（行政院衛生署、被告）は2007年に經濟部標準検査局宛の「中国藻屑蟹（上海蟹）の輸入許可に関する検査基準」という行政規則（以下「本件規則」という）を出し、また本件規則の内容を通知文書として水産販売業者であるX3（原告）に知らせた。標準検査局は、上海蟹の輸入許可の申請を審査するにあたって、本件規則に従って上海蟹に関する衛生検査を行っている。そして、本件規則は中国政府が発行していない「動物衛生証明書」を要求することから、上海蟹の輸入を事実上禁止するものである。したがって、X3は、本件規則が比例原則や信頼保護原則に違反し違法となると主張し、本件規則を記載した通知文書を行政行為と解して取消訴訟を起こした。原審である台北高等行政裁判所は通知文書が行政行為に該当しない旨を判示して本件訴えを却下した⁴⁾。

以上の事例において、争点は行政規則の違法性または将来の拒否処分
の違法性であるにもかかわらず、原審は行政行為に該当するかどうか
にばかり関心をもって判断し取消訴訟を却下した。しかし、取消訴訟は不
適切な訴訟類型だとしても、新行訴法の下で給付訴訟または確認訴訟で
救済できるかどうかという問題について、原審はまったく検討してい
ない。そして、台湾ではこのような紋切り型の裁判手法は決して異例では
なく、むしろよくあることである。

しかし、最高行政裁判所の問題意識は原審のそれとは異なり、次の二
点にあった。一点目は、旧行訴法における取消訴訟単一主義の影響の下
で、下級審は新行訴法においても公法上の争訟を行政行為の枠内に矮小
化する傾向にある、という問題である。すなわち、訴訟対象は具体的法
効果を有するものに限られないはずであるが、下級審は依然として具
体的法効果にのみ着目して救済の必要性を判断し、行政行為に該当しない
行為形式に起因する紛争に関して、その救済の必要性を積極的に検討す

3) 台北高等行政法院 96 年訴字第 3985 号裁定（2008 年 7 月 7 日）。

4) 台北高等行政法院 97 年訴字第 35 号裁定（2008 年 9 月 18 日）。

〈4〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

べきであるということ意識していない。

二点目は、訴訟類型の選択のリスクという問題である。新行訴法は紛争の種類に応じて多様な訴訟類型を設けているが、原告が訴訟類型を正確に選択することは困難である。そのため、行政裁判所は、原告が訴訟類型の選択を誤ったと指摘する際に、訴えを正確な訴訟類型に変更することを、釈明権を用いて原告に求めるべきである。しかし、現実には、下級審は紛争の実態を直視せず、争訟性を原告の提起した訴訟類型だけに依拠して形式的に判断している。その結果、提起された訴訟類型の適法性を形式的な審査により却下したが、なお公法上の争訟である場合には、紛争を解決するためにその訴訟類型を適切に選択すべきであるということは検討されない。

以上の問題を解決するために、最高行政裁判所は、個々の訴訟類型の土台となる基本概念として公法上の争訟に着目して、それを訴えの利益を判断する枠組みとすべきだと判示した。判旨は次のように述べている。

「ここで先に指摘しなくてはならないのは、行政訴訟制度が原則として国民の主観的公権（公益のための訴訟は例外である）を守るためのものである、ということである。したがって、個人の権利が公権力の行使により違法な侵害を受ける場合には、行政訴訟において〔その権利の〕侵害に対して救済が与えられるべきである。救済手法としての訴訟類型の選択は二次的な問題にすぎない。そして、裁判所は釈明権の行使により原告が間違えて選択した訴訟類型を訂正することができる。したがって、本件の訴えの適法性は、本件通知が行政行為に当たるかどうかとは関係がない。実際に、『行政行為』というものは、我が国の現行法制度の下で、基本として『行政作用が司法審査を受けるかどうか』を判断するための機能的技術的な概念である。すなわち、行政行為はすぐれて『道具』の性質を有するものであり、行政行為に該当しないことは、司法救済を求める国民に対して救済を拒否する理由にはならないのである。真に注目すべきことは、原告の主観的公権の有無および求める救済手法が法規範の体系に符合するかどうかという問題である。」

「しかしながら、現在までの下級裁判所は、行政作用が『行政行為』に該当するかどうかということを媒介とした手法によって、国民の公法上の権利侵害を判断している。その手法はまったく必要がない。制度の原点に立

ち戻ると、行政裁判所は行政事件の裁判権の有無を実体的に決める際には、『国民の公法上の権利を行政作用によって違法に侵害されたかどうか』という問題を中心として判断すべきなのである⁵⁾ (下線および〔 〕内の文字は引用者による)。

最高行政裁判所は、新行訴法2条が定めた公法上の争訟という用語を使っていないが、行政事件の裁判権が公法上の争訟にほかならないと考えていることは明らかである。そこで、判旨が指摘したように、公法上の争訟について、個々の訴訟類型の訴訟要件に先して判断すべきものである。それは行政機関の用いた行為形式の性質ないし法効果によらず、①権利を違法に侵害されたか否か、②求められる訴訟類型が権利を保護するために適切なものか、という観点により判断されるべきである。したがって、最高行政裁判所が行政行為を「司法審査のための技術的な概念」と解するのは、行政行為が訴訟法上もはや救済の有無を決めるものではないと考えているからである⁶⁾。

公法上の争訟を判断する枠組み②については、本判決は詳しく論じていないが、公法上の争訟を論じた関連判決からみれば、正確な訴訟類型の選択および法定前置手続の優先適用が挙げられる⁷⁾。いずれにしても判断枠組み①に付随する二次的な問題であり、本節の関心ではない。そこで、以下は判断枠組み①を中心に分析を進めることにする。

二 権利とその侵害

まず、権利について、判決は次のように指摘した。

『『権利』については、以下の二点について説明し解釈しなくてはならない。

-
- 5) [事例1-2]は最高行政法院97年裁字第4845号裁定(2008年10月30日)。「事例1-3」は最高行政法院97年裁字第5164号裁定(2008年11月27日)。両判決の判旨はほぼ同じであるが、ここでは[事例1-2]の判旨を主として訳した。
- 6) この判旨について、林明鏞は、行政手続法、行政執行法、行政実体法において、行政行為が法令を具体化して執行する機能を有して、決して技術的ものではないと批判した(『論行政処分法制之演變』葉俊榮編『法治的開拓与傳承』(元照、2010年)256頁)。ただし、批判の対象は同じ判旨を示した下級審判決である)。行政行為の意義についての批判は正当であるが、この判旨を訴訟対象の文脈において理解すると、行政裁判所が実体上も訴訟法上も行政行為の概念を変更する意図は読み取れないと思われる。
- 7) 最高行政法院97年裁字第4593号裁定(2008年9月25日)。

(6) 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

一点目は、個人が関心をもつ「実質的な利益」(経済上の利益に限らず、感情上、宗教上、社会関係上などの利益が含まれている)があること。二点目は、『このような利益の実現は法律により保証されている』こと、すなわち権利の根拠となる法規範が存することである。

行政訴訟を提起するための権利の有無について、現在、通説および判例は一貫して新保護規範理論によって判断している。そして、主観訴訟の原則を維持するために、学説判例は訴訟類型を問わず権利利益の有無を同一の基準で決める傾向にある⁸⁾。すなわち、関連法規範が特定人の個別的利益を(も)客観的に保護すると解される場合には、法律上の権利利益が認められている⁹⁾。本判決は従来¹⁰⁾の学説判例に従うものだろうが、行政作用の根拠法令によって守られた請求権的権利に限定していない点に特徴がある。

ところで、「侵害」という概念の意義を訴訟法上詳しく説明するのは、本判決の特徴である。判旨は次のように述べている。

「(1) 行政作用は国民の公法上の権利に対して多少にかかわらず影響を及ぼしている。ただ、影響は大なり小なり程度の差がある。行政作用が権利に及ぼした影響には、『顔を撫でた微風』のような場合もあるが、国民の関心を持つ法律上の権利が明確かつ即時の影響を受けて、国民の法的地位

8) 李建良「保護規範理論之思維与応用——行政法院裁判若干問題举隅」黄丞儀編『2010行政管制行政』(中央研究院2011年)249頁以下。

9) 新保護規範理論は司法院大法官积字469号解釈(1998年11月20日)により導入された。その内容は次の通りである。「法規範の保護目的は、個別的具体的な事案において判断されなければならない。法律は、特定人の権利を明確に定め、または行政主体もしくは機関に対する一定の作為請求権について、これを法定要件に該当しかつ特定可能な者に与えれば、その規範目的は、個人の権利を保障することにあるに違いない。また、法律が公益または一般的な国民福祉を保障するために定められたものであっても、法律の全体的な構成、適用対象、規範効果、社会発展の要素等を総合的に判断し、特定の人をも保障する趣旨が読み取れる場合には」、当該個人には法律上の権利利益が存在すると認められるべきである。なお、台湾法における新保護規範理論はドイツのEberhard Schmidt-Aßmannの学説の影響を大きく受けたものである(呉庚『行政争訟法』[第6版]』(元照、2012年)164頁)。Schmidt-Aßmannの学説について、日本における紹介としては、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)250頁以下参照。

10) 公法上の争訟を展開する関連判決において、権利の不存在を理由として却下したものとして、最高行政法院100年裁字第1261号裁定(2011年5月19日)、最高行政法院100年裁字第1537号裁定(2011年6月23日)がある。

に重大な不安をもたらす『狂風暴雨』のような場合もある。前者は立法者がこれを権利の侵害としないように定めることができるが、後者は権利の侵害である。ただし、両極の間に、極めて多くの中間事象が存在する。裁判所は常に個別の事案ごとに侵害の有無を判断しなければならない。また、立法者または準立法者である司法院大法官¹¹⁾は、行政裁判所が従うべき抽象的な判断基準を定めている。

(2) ところで、行政裁判所が、行政作用が主観的公権に影響する度合いを判断して『侵害』の要件に該当するかどうかを決める際に——殊に行政作用の権利に対する影響が将来に発生する場合に——用いる判断基準は、基本として個別的な利益衡量である。すなわち、次の対立利益を衡量して、個別的な事案において利益が大きい方が重視される。ひとつは、これから生じる影響は現在の国民の法的地位に対して『重大な不安』をもたらすかどうかということである。国民の現在の重大な不安はその程度が強くなればなるほど、行政裁判所は権利を保護する時点を前倒する可能性が高くなる。いまひとつは、行政裁判所の処理能力である。司法の資源が限られているので、供給の量が需要の量に及ばない。そこで、行政裁判所は、権利への影響が発生したばかりの事件に対して、早すぎる介入を行い実体的な保護を与えると、判決後の事情の変化のため、[判決を行うための] 努力が無駄に終わることになる。[そうすると]、限られる司法資源はもっとも効率的に配分されたとはいえないのである。

(3) 以上の衡量は一貫して対立利益を『相対的』な程度の問題として比較することである。そこで、その判断基準には『一刀両断』にするような明確な区切りがなく、一貫して個別的な事案ごとに衡量することになる。なお、将来の何らかの行政作用に関する予告が特定の主観的公権に対する現実の侵害に当たるかどうかについて、行政裁判所は〔これを判断する際に〕基本として慎重な立場にある。このような予告の結果が国民の法的地位に対して重大かつ明確な不安であると考えられない限り、司法資源の有限性を衡量した上で、本案審理の時点をできるだけ後にのばすべきである。す

11) 公法上の争訟を展開する関連判決において、司法院大法官が救済の判断基準を決めた場合にはその基準に従った判決として、最高行政法院96年裁字第4012号裁定(2007年12月27日)、最高行政法院97年裁字第3344号裁定(2008年6月27日)がある。

(8) 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

なわち、予防的訴訟の許容性は、裁判実務においては原則ではなく、例外的なものである。」〔〕内の文字は引用者による。

判旨によると、権利を違法な行政作用により侵害された場合における救済の必要性が三つのレベルに区別されている。第一に、一律に救済すべき侵害である。行政行為による侵害はこのレベルに位置づけられるだろう。第二に、もっぱら立法政策により決められるものである。すなわち、立法者は司法的救済を禁止しても憲法 16 条に定められた訴訟権に反しないレベルがある。第三に、第一のレベルと第二のレベルとの間に、裁判所は個別的な利益衡量によって司法的救済の必要性を決めるものがある。すなわち、訴えの利益を通じて救済の必要性を決めるレベルである。その利益衡量の要素としては権利保護の必要性和司法資源の有限性が挙げられる。判旨が特に指摘したように、権利への侵害がいまだ不確定なものであれば、仮の事実に基づいて審理を行う判決は必ずしも紛争を終局的に解決できない。権利への悪影響は時間が経過するにつれて救済の必要性が明確になることがあるので、利益衡量にはどの時点で原告の権利を保護しなくてはならないかというタイミングに関する判断が含まれるだろう。

第三のレベルについて、通説は訴えの利益があれば出訴を許すべきだということを一般的に論じているが、訴訟対象に関連付けて明確に展開するものは見当たらない。したがって、本判決は公法上の争訟を訴えの利益と結び付けて、訴訟対象に関する判断基準を明らかにした点に特徴があるのである。

三 具体的な判断結果

まず、〔事例 1-2〕と〔事例 1-3〕について、最高行政裁判所はこの新たな判断枠組みを用いて具体的な紛争をどのように解決したかについて紹介する。

〔事例 1-2 の判旨：学校の改名と行政指導・行政規則〕

学校名の命名の自由は憲法に基づいて導かれたものである以上、本件につき主観的公権の存在は疑いない。X2 はこれから学校名を「北台湾科学技術大学」に変更しようとするれば、拒否されると予想している。そのため、

X2の将来の権利行使に影響を及ぼした本件指導について、X2の法的地位に重大な不安が生じる場合には、救済を与えることができるだろう。しかし、X2は不安の内容（例えば学校昇格のための投資に躊躇うこと、または改名計画を立ててこれを実行すること）を具体的に釈明していない。したがって、本件につきX2の訴えは却下を免れない。

【事例 1-3 の判旨：上海蟹の輸入規制と行政規則】

X3は上海蟹を輸入してもたらず経済的利益を主張したが、その利益を法的に保護する実定法の根拠を示していない。そこを譲って仮に実定法の根拠があれば、将来の財産上の損害を避けるために本件規則を輸入拒否処分の前に争う場合に、Xは少なくとも法的地位に生じる重大な不安について「上海蟹を購入して運送する計画を立てたこと、または購入費用を支払ったこと」を釈明しなくてはならない。裁判所はその釈明に基づいて救済を与えるかどうか（例えば予防的不作为給付訴訟）を判断できるようになる。本件につき、X3は公法上の争訟の要件を満たしていることを釈明していないので、訴えの却下を免れない。

取消訴訟の適法性だけで判断した原審判決と違って、最高行政裁判所はより広い視野から紛争の実態を将来の拒否処分に関する予防的訴訟として把握した。判旨が指摘した訴えの利益を決める重大な不安というものは、原告が訴訟を遂行するための訴えの利益にほかならない。ところが、最高行政裁判所は公法上の争訟を積極的に認めるが、いずれの事例においても訴えを却下した。その理由としては、原告が訴えの利益を釈明しないことにあると指摘した。だが、行政裁判所は原告が提起した不適切な訴訟類型を適切なそれへ変更することを促すために、訴えの利益の存否に関する釈明を求めるべきである。にもかかわらず、最高行政裁判所は単なる訴えの利益の可能性を示したにとどまり、訴えの利益について原告に釈明を求めていなかった。そして、いずれの判決において最後に加えられた傍論は、この判断が「従来の裁判例における判断結果にも一致している」というものである。そうすると、最高行政裁判所は、行政行為を中心に理解されてきた公法上の争訟について、これを積極的に拡大する意図がないように思われる。

結局のところ、いずれの事例においても、問題となる行政規則の違法

〈10〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

性が司法審査を受けないままであり、紛争は実際に解決されなかったのである。[事例 1-2] について、Y2 は 2009 年に命名に関する行政規則を廃止したが、敗訴した X2 は Y2 の行政指導を受け入れて「北台湾科学技術大学」の命名を断念し、2012 年に大学への昇格に伴い「台湾城市科学技術大学」に改名した。また、[事例 1-3] の上海蟹は 2012 年 9 月まで事実上輸入を禁止されていた。

第三款 最高行政裁判所判決の意義と問題点

一 意義

以上の二件最高行政裁判所判決は公法上の争訟を正面から取り上げて、訴訟対象を広く把握しようとしたものである。まず、その意義を指摘しておく。

第一に、訴訟類型間の選択に伴うリスクを私人に負わせないようにするために、具体的事件において特定の訴訟類型を正確に適用することは、一次的に行政裁判所の任務である。とはいえ、すべての紛争をあらゆる訴訟類型の要件に逐一当てはめることは裁判実務において無理であろう。したがって、これらの判決が公法上の争訟を用いて現実の紛争の有無および訴えの利益を予め把握する可能性を示した点は重要である。

第二に、訴訟対象を訴えの利益に引き直して判断する方向性を示したことは、公法上の争訟を行政行為の枠内に限定するという問題を克服する契機を与えている。殊に権利への「侵害」の程度や態様を訴えの利益として判断するアプローチは重要である。なぜなら、訴えの利益の判断にあたって、最高行政裁判所は、具体的な事案における利益状況を衡量しながら、救済すべきかどうかを柔軟に決めることができるようになるからである。

第三に、利益衡量の要素としては、違法な行政作用によって影響される私人の利益状況および本案審理に関する司法の資源分配が挙げられている。そこでは、最高行政裁判所は、行政権の政策領域に介入することを特に問題視せず、訴えの利益をもっぱら司法の内在的制約論として展開している。なぜなら、最高行政裁判所においては、司法院大法官の解釈が示した「権利あるところに救済方法あり」ということが強く意識されて、権利保護を行政裁判所の中心的な任務とする司法国家観が浸透し

たからであろう。ただし、なおも行政行為を救済基準としている点からすると、これらの判決に対する過大な評価は控えるべきであろう。

二 問題点

最高行政裁判所において、公法上の争訟という新たな判断枠組みを実際に運用した結果は、従来の判断枠組みを用いた場合と大差がない。すなわち、この判断枠組みにより従来の救済範囲を特に拡大する動向はみられないのである。それは次の問題があるからだろう。

第一に、公法上の争訟は現在までなおも曖昧な概念であり、学説判例が十分に展開されていないという問題がある。最高行政裁判所は権利侵害と救済手段の妥当性を提示したが、それを具体的な判断枠組みとして運用する点で不透明なところが多い。また、新行訴法3条によると、公法上の争訟であれば、取消訴訟、給付訴訟、確認訴訟のいずれかにより提起されなければならない。したがって、行政行為を対象とする取消訴訟で救済できない紛争について、その救済の必要性は一般的にそれぞれ請求権の存否（給付訴訟）または確認の利益の有無（確認訴訟）によって判断されることになる¹²⁾。そのような判断をせず、曖昧な公法上の争訟を用いて争訟性の有無を判断することは、果たして法的紛争を包括的に把握することへと繋がるかという点において疑問が禁じられないのである。

第二に、公法上の争訟を訴えの利益の側面から把握すると、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟との関係が問題となる。殊に公法上の争訟を判断するにあたって用いられる「法的地位に生じる重大な不安」という概念は、確認の利益における「法的地位に生じる不安」より文言上厳格なものようである¹³⁾。しかし、最高行政裁判所が確認訴訟の適用範囲を意図的に限定しない限り、「重大な不安」は「不安」と解せばよいだろう。実際には、[事例 1-2] と [事例 1-3] において、最高行政裁

12) 訴訟類型の適用に関する判断の順番について、翁岳生編『行政訴訟法逐条釈義』（五南、2002年）63頁以下（盛子龍執筆）、翁岳生編『行政法（下）』（第3版）（元照、2006年）364頁以下（劉宗徳執筆）、呉庚・前掲注（9）202頁以下。

13) 関連判決について、「重大な不安」を「即時かつ明確な侵害」に置き換えた判決として、最高行政法院97年裁字第139号裁定（2008年1月17日）があるが、これらの事例において具体的な判断が行われていない。

〈12〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

判所が指摘した「重大な不安」の具体例は、確認の利益においても不安または危険として認められるものである。そして、関連判決の中には「不安」という文言を用いたものが存する¹⁴⁾。そうすると、「重大な不安」の「重大」は単なる訴えの利益の必要性を強調する修飾語だと考えられるが、なお今後の展開は最高行政裁判所の判決次第である。

また、救済手段の妥当性の問題に、原告の権利を保護するために必要かつ適切な訴訟類型の選択の問題および法定前置手続の問題が含まれている。いずれにしても、従来は訴えの利益として論じられたものであり、確認訴訟の場合には確認の利益として判断されることになる確認訴訟選択の適否という問題である。したがって、最高行政裁判所が提示した公法上の争訟という判断枠組みは、確認訴訟を提起するための確認の利益の判断枠組みに極めて近いものであるが、両者の関係はなお明確に説明されていない。

第三に、公法上の争訟を正面から検討した最高行政裁判所は、依然として行政行為を中心に形成された救済範囲を維持する傾向にある。すなわち、行政行為があれば必ず救済を与えるが、行政行為に関する予防的訴訟は例外としてのみ許容されるのである。さらに、[事例 1-2] および [事例 1-3] において争点となるのは、原告の具体的な権利行使を制限する行政規則の違法性である¹⁵⁾。行政裁判所は、行政規則を適用した拒否処分に対する予防的不作為給付訴訟において行政規則を争うことができる旨を指摘したが、行政規則の違法性を直接審査の対象とするという問題意識に欠けている。そのため、救済方法について、行政裁判所はもっぱら行政行為を中心に訴訟類型の選択を判断したが、原告が求める早期救済の具体的な利益状態を吟味した他の訴訟類型の適用についてはまったく検討していないのである。

結局のところ、最高行政裁判所は公法上の争訟についてこれを明確に

14) 最高行政法院 97 年裁字第 1930 号裁定 (2008 年 3 月 20 日)、最高行政法院 97 年裁字第 2270 号裁定 (2008 年 4 月 10 日)、最高行政法院 97 年裁字第 3344 号裁定 (2008 年 6 月 27 日)。ただし、これらの事例において具体的な判断が行われていない。

15) [事例 1-2] の本案争点は、法律の根拠なしに命名の自由を制限する行政規則が法律の留保の原則に反するかどうかということである。[事例 1-3] の本案争点は、上海蟹の輸入を事実上禁止する行政規則が比例原則に反するかどうかということである。

論じたが、行政行為を公法上の争訟と重ね合わせて判断する伝統的な思考様式から脱け出せない。そのため、訴えの利益について、確認訴訟の適用を具体的に検討しないまま、公法上の争訟を狭く限定するきらいがあるのである。

第四款 本稿の考え方

最高行政裁判所判決の意義と問題点を踏まえて、本稿においては次の考え方を提示するとともに、本章のまとめとする。

旧行訴法においては、行政行為を対象とする取消訴訟しか設けられていなかったことから、公法上の争訟が行政行為を争うものに限定されていたと同時に、行政裁判所における民事法的な救済及び通常裁判所による民事救済が排斥されていた。したがって、請求権であれ訴えの利益であれ、いずれの理論も発展していなかった。行政訴訟の対象に関する判断が一貫して行政行為の具体的法効果の有無に集約されていたのである。この問題を解決するために、私法上の争訟とその対称性をもつ公法上の争訟の創出を目指した新行訴法は、請求権を前提にする給付訴訟および訴えの利益を中心に構成された確認訴訟を定めることで、民事法的な救済の導入をはかることになった。したがって、行政訴訟の対象についてみるならば、これを請求権または訴えの利益に引き直せば、実践的には解決できる問題である。この点では、行政訴訟の対象と公法上の争訟との関係について、学説が十分に検討してこなかったことの一因となった。

ただし、行政訴訟特有の文脈からすると、訴訟対象の判断、訴訟類型の選択、法領域の画定に関して、公法上の争訟が一定の規範的な意義を有することを確認することができるだろう。そして、いずれの点にしても公法上の争訟の問題を行政行為の問題と同一視するという旧行訴法に由来する問題が、新行訴法においてもなお解決されないまま繋がっている。そのため、最高行政裁判所は確かに公法上の争訟を訴えの利益の側面から明確に描き出したのであるが、行政行為を争訟性の中心におく思考様式が依然として支配的であったがゆえに、問題を解決できず、公法上の争訟の範囲を不当に制限することになったのである。

このような限界があるとはいえ、最高行政裁判所判決については、行

〈14〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

政訴訟の対象をいかに判断するかという問題解決に向けて次の二点に留意すべきである。第一に、訴訟対象についてこれを訴えの利益に絞って包括的な判断枠組みを作った点である。最高行政裁判所が提示した判断枠組みにおいて重要な点は、要するに原告の法的地位の存在と訴えの利益である。この判断枠組みは確認訴訟の訴訟要件とほぼ変わらないし、また公法上の争訟であれば、救済のために必ず特定の訴訟形態を用意すべきだということからすれば、確認訴訟を基本的な訴訟形態として考えることが可能であろう。第二に、最高行政裁判所の思考には行政行為の存在を救済の基準点とする問題があるが、法的地位に影響を与える原因行為の違法性は、訴えの利益があればそれを直接に争う可能性も認められている点に注目すべきである。すなわち、公法上の争訟という概念を打ち出した以上、救済の必要性について、行為形式の性質を問うことなく、①違法な行政作用が原告の法的地位に影響を及ぼしたか否か、②現時点で司法的救済がこの法的地位を保護するために必要なものであるか、により判断されることになる。

以上の二点に立脚してみるならば、確認訴訟をまずは手がかりとして行政訴訟の対象を画定するという問題を解決することができるだろう。しかし、訴訟対象について、学説においては、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性原則が強調されているため、給付訴訟の方が重視されている。つまり、訴訟対象をまずは請求権に絞るというアプローチである。そこで、確認訴訟について検討する前に、次章では、まず請求権体系と確認訴訟が有する補充性原則を検討する。

第二章 請求権体系および確認訴訟の補充性原則

最高行政裁判所は、訴訟対象をいかに画定するかという問題について、これを公法上の争訟に照応して訴えの利益によって判断するアプローチを提示したが、このアプローチは学説においては軽視されている。そして、そこには訴訟対象を訴えの利益に還元するという視点から、確認訴訟の可能性を検討する文献は皆無である。なぜなら、公法上の請求権体系を前提とする台湾法においては、給付訴訟が優先的に適用されるべきという考え方が支配的であるからだろう。そこで、学説は、行政作用の

作為または不作為を内容とする請求について、これを請求権と解して給付訴訟を受け皿と考えている。他方、執行力を有しない確認判決は、それを有する給付判決より救済の実効性が劣っているため、給付訴訟に対する補充性が強調されている。その結果として、確認訴訟の適用範囲は予め狭く限定されているという問題がある。

本章では、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟が学説において重視されていない原因および問題点を明らかにする。そのため、まず請求権体系を前提にする給付訴訟の運用の現状を分析し、訴訟対象を請求権に還元するというアプローチの意義と限界を検討する（第一節）。次に、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性原則を強調する学説の議論状況を分析し、その問題を指摘する（第二節）。

第一節 請求権体系の指向と行政裁判所の逡巡

第一款 請求権体系の継受

ドイツでは、公法上の争訟について、これを請求権を前提とする給付訴訟がもっとも活用されている私法上の争訟に対応させると、行政実体法においても、常に「私法上の請求権体系」と区別される「公法上の請求権体系」を創りだす傾向にある¹⁶⁾。行政訴訟における一般給付訴訟は、行政上の多種多様な紛争を請求権に引き直すことで、公法上の争訟の「受け皿」となるため、「訴訟法上の多目的武器」と呼ばれている¹⁷⁾。訴訟対象の問題について、ドイツ法の影響を受けた台湾の学説の多くは、必ずしもこの問題を正面から検討しているわけではないが、行政作用の違法性またはそれに関する作為不作為を請求権に引き直すことで、一般給付訴訟で争う道が開けることと示している。すなわち、行政行為に当たらない行為形式についてその作為または不作為の請求および新行訴訟に定めがない行政行為の差止請求は、給付訴訟で争うことができるのである¹⁸⁾。これは、いわば、訴訟対象を請求権に還元するアプローチである。

16) 高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、1988年）280頁、山本・前掲注（9）167頁以下。

17) 呉綺雲『德国行政給付訴訟之研究』（司法院、1995年）119頁以下、李建良「試論一般給付訴訟之適用範圍」律師雜誌254期（2000年）31頁。

18) 李建良・同上31頁、翁岳生編・前掲注（12）行政法下449頁（劉宗徳執筆）。また、一般給付訴訟を「受け皿の訴訟類型」として強調するのは、翁岳生編・前掲注（12）行訴法63頁（盛子龍執筆）。

〈16〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

しかし他方、台湾法における一般給付訴訟創設の立法理由によると、非財産上の給付訴訟は、事実行為を対象とするものと想定されていた。立案関係者も、事実行為以外の訴訟対象、例えば行政行為の差止請求権や法規命令の制定請求権を明確に否定している¹⁹⁾。殊に学説の一部は、請求権の対象を具体的な行政措置に限定しており、抽象的法規範、例えば行政立法の違法性を直接に争うことについては一般的に否定している²⁰⁾。この説によると、請求権の対象は具体的な行政措置に限られているのである。

以上の議論は、行政実体法における請求権体系がドイツから継受されたとはいえ、抽象的演繹的な解釈論にとどまっていることを示している。行政行為と事実行為以外の行為形式に関する請求権を台湾における具体的な事案に即して明確に検討する学説は見当たらない。すなわち、学説は、依然として行為形式ごとに請求権の有無を抽象的に判断する傾向にあり、行政行為と事実行為に関して、その作為ないし不作為の請求権を中心に論じている。したがって、台湾法においてはドイツから請求権体系が継受されたが、行政行為と事実行為以外の行為形式の争い方については、請求権による解決をいまだみていないのである。

さらに、裁判実務においても請求権体系は受容されているが、具体的な運用についてはなお不透明な状況にある。そして、ドイツ法を継受して構築された学説は必ずしも裁判実務において容易に受け入れられるものではなく、また訴訟対象について、これを請求権だけの問題として取り扱えない事例もある。以下では、結果除去請求権と予防的不作為請求権を検討して、裁判実務において生じた問題を明らかにする。

第二款 裁判実務における結果除去請求権への排斥反応

一 行政裁判所の逡巡

結果除去請求権とは、違法な行政措置により私人が不利益を被ったとき、その違法の状態である事実上の結果を除去して過去のあるべき状態

19) 呉庚・前掲注(9) 190頁、193頁。ただし、行政行為の予防的不作為訴訟について、国会審議において参考人として出席した学者の反論として、陳清秀『行政訴訟法〔第3版〕』(元照、2009年) 189頁注97も参照。

20) 翁岳生編・前掲注(12) 行訴法 123頁(董保城執筆、ドイツの学説に依拠した点に留意すべきである)。

を回復させることを求める権利である。学説において、結果除去請求権は行政行為と事実行為に分けて論じられている²¹⁾。行政行為については、新行訴法 196 条に、行政行為の取消判決により行政機関が原状回復義務を負う「執行結果除去請求権」が規定されたため、特に問題になることはない²²⁾。事実行為については、行政指導の撤回、名誉を毀損した公表の撤回、即時強制に対する原状回復請求などは「一般的結果除去請求権」として論じられている。これは法律上の明文規定がないので、不文法上の請求権としてドイツから継受されたものであるが、次の三つの問題がある。

第一に、一般的結果除去請求権を継受する必要性という問題である。ドイツ法の結果除去請求権は国家責任法の一環として捉えられたものであるが、ドイツでは、国家責任法の制定が挫折したことで、もっぱら判例学説により発展してきた不文法上の請求権である。そして、国家の不法行為責任においては、損害賠償の方法が金銭賠償に限定されているために、結果除去請求権は原状回復という賠償方法を補完するものである。これに対して、台湾法における原状回復請求権は、国家賠償法 7 条において金銭賠償の原則に対する例外的な損害賠償方法として定められている。そこで、下級審判決の一部は原状回復請求権が結果除去請求権と同等に機能していると指摘して、ドイツ法の直輸入の必要性を否定した²³⁾。一方、台湾の学説は、結果除去請求権の適用が、違法だが有責ではない公権力の行使の結果にまで及んでいるという点で、有責性を前提とする公務員職務責任における原状回復請求権より広い範囲にあると反

21) 台湾におけるドイツ法の結果除去請求権に関する研究として、劉淑範「公法上結果除去請求権之基本理論」政大法学評論（2002 年）第 72 期 1 頁以下、林三欽「公法上『結果除去請求権』之研究」（初出 2002 年）『行政争訟』与「信賴保護原則」之課題』（新学林、2008 年）49 頁以下、程明修「公法上結果除去請求権在國家責任體系中的地位」台湾行政法学会編『國家賠償責任與徵收補償 / 公共任務與行政組織』（元照、2007 年）143 頁以下。日本の文献として、山本・前掲注（9）394 頁以下、太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』（有信堂、2008 年）。

22) 日本法においては、この原状回復義務が拘束力の問題を絡めて論じられている。この点で、さしあたり、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第 4 版〕行政救済法』（有斐閣、2013 年）275 頁参照。

23) 台北高等行政法院 95 年訴字第 1859 号判決（2007 年 2 月 7 日）。なお、最高行政法院 93 年裁字第 1433 号判決（2004 年 11 月 11 日）、最高行政法院 94 年判字第 1608 号判決（2005 年 10 月 20 日）はすでに類似の意見を示した。

〈18〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

論した²⁴⁾。現在、この点についての論争は終息したようであるが、国家賠償法との関連はいまだ明確ではない²⁵⁾。

第二に、結果除去請求権の法的根拠をいかに導き出すかという問題である。結果除去請求権がドイツ法において定着したものとはいえ、不文法上の権利としての法的根拠は学説または判例ごとに構成が異なるのが実状である。特に結果除去請求権を台湾に移植させると、当然に学者により法的根拠が異ってくる。法的根拠について、正義、法治国、基本権理論、物権の排除請求権の類推適用などが挙げられているが、実定法構造も法文化もドイツと異なる台湾法において、いずれにしてもそのまま援用できるかどうかが問題となる。この点について、最高行政裁判所は躊躇っているところがある。極端な場合、実定法上の根拠がなければ結果除去請求権を認めない判決があるが²⁶⁾、それを認めた判例であっても法的根拠に関する説明は分岐している²⁷⁾。また、「我が国において結果除去請求権を定めた行政法規がないので、これを認めるかどうかには議論の余地があるだろう。仮に結果除去請求権を公法上の一般給付訴訟の請求権として認めるとすれば、次の要件を満たさなければならない」という留保を付しながら、本案審理を行った判決もある²⁸⁾。

したがって、第三に、結果除去請求権の要件が問題となる。ここでも、また台湾の学説はドイツの学説判例の取舍選択により分岐が生じている。一般的に、高権的行政作用の違法性、権利への直接かつ持続的侵害、および、結果除去の可能性が要件として挙げられているが、私人が寄与

24) 洪家殷「公法上結果除去請求権——簡評台北高等行政法院 95 年訴字第 1859 号判決」台湾本土法学第 94 期 (2007 年) 287 頁以下、程明修「国家責任体系之漏洞：結果除去請求権——最高行政法院 98 年度判字第 334 号判決」台湾本土法学第 136 期 (2009 年) 191 頁。

25) 程明修・同上 192 頁以下。ただし、林三欽・前掲注 (21) 75 頁以下参照。

26) 最高行政法院 95 年裁字第 2083 号裁定 (2007 年 9 月 21 日)、最高行政法院 99 年判字第 742 号判決 (2010 年 7 月 29 日)、最高行政法院 99 年裁字第 2249 号裁定 (2010 年 9 月 30 日)、最高行政法院裁定 100 年裁字第 1229 号裁定 (2011 年 5 月 19 日)。

27) 民法の物権の妨害排除請求権の類推適用を認めたものとしては、最高行政法院 97 年判字第 374 号判決 (2008 年 4 月 30 日)。憲法上の基本権を根拠とするものとしては、最高行政法院 101 年判字第 983 号判決 (2012 年 11 月 15 日)。法的根拠を論じなく本案審理を行ったものとしては、最高行政法院 98 年判字第 814 号判決 (2009 年 7 月 23 日)。

28) 最高行政法院 94 年判字第 1708 号判決 (2005 年 11 月 3 日)、最高行政法院 96 年判字第 2245 号判決 (2007 年 9 月 28 日)。

した重大な過失の有無を要件とすることについては、学説も判例も分かれている²⁹⁾。したがって、その運用はますます不安定になるという問題がある。

要するにドイツ法の結果除去請求権は台湾の裁判実務において定着したもとはいえないのである。ただし、所有権の事例に限ってではあるが、次の事例において認めた判決がある。

二 所有権の妨害排除請求権

結果除去請求権を認めた最高行政裁判所判決は、私有地に設置された街灯の除去を求める事件において、その請求が民法 767 条に定めた物権の妨害排除請求権と性質上異ならないことから、民法 767 条の類推適用により請求権を認めた³⁰⁾。設置物の物理的排除を求めた本件事例は、民事事件であれば通常裁判所においても民法 767 条により訴えられることから、民法上の妨害排除請求権に対応する公法上の妨害排除請求権が認められやすい事例だろう。一方、所有権が精神作用としての事実行為により侵害される場合には、民法の請求権を容易に引き合いに出せないために、行政裁判所は請求権の承認に躊躇っており、例えば、次の最高行政裁判所連合会議において議論となっている。

〔事例 2-1：土地登記簿注記の消去請求事件〕³¹⁾

台中県にある土地は土地登記簿に記載された地目が「田」であるが、土地所有者の申請により「宅地」に変更された。ところが、後に登記官は地目変更の要件適合性を疑って、県の指示により「宅地」の地目を維持しながらも「本土地は違法に地目変更されたものであるため、土地利用は従来『田』により制限される」という注記を記載し、またその旨を土地所有者に通知した。そこで、この注記に関する争い方について問題となった。

この問題について、旧行訴法の下では、救済のために注記の具体的法効

29) 私人の寄与した重大な過失がないことを要件とするのは、呉庚・前掲注(9) 196 頁、最高行政法院 96 年裁字第 2245 号判決(2007 年 9 月 28 日)、最高行政法院 101 年判字第 983 号判決(2012 年 11 月 15 日)。

30) 最高行政法院 97 年判字第 374 号判決(2008 年 4 月 30 日)。ただ、公用地役権があることから、本案審理において街灯設置の違法性は否定されている。

31) 最高行政法院 2010 年 3 月第 1 次裁判長裁判官連合会議(司法院公報第 52 卷 6 期 185 頁)。

〈20〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

果をできるだけ広く認めて注記を行政行為と解するアプローチがあった³²⁾。連合会議における少数意見もこのアプローチを支持した。これに対して、多数意見は、まず注記から土地利用を制限する法効果が生じることを否定して、注記を事実行為にあたる公示情報と判断した。というのは、新行訴法の下では、取消訴訟以外も一般給付訴訟で争えるため、行政行為を無理に拡大解釈する必要がないからである。次に、本件注記により、土地所有者は、第三者との取引に際して、この土地が実際に農地とみなされるといふ不利益を被る。したがって、本件注記は「土地所有権の円満なる状態に事実上の影響を及ぼして土地所有者の所有権を侵害したもの」である。土地所有者は、憲法 15 条の財産権に基づく防御請求権を有するために、注記の消去を給付訴訟で求めることができる³³⁾。連合会議はこの多数意見を是として決議した。

本件決議について、最高行政裁判所は、まず多様な訴訟類型の役割分担を強く意識したために、行政行為の拡大解釈論を退けた。次に、行政行為の法効果との区別を明確にしておくために、将来の土地売買に生じうる不利益を「事実上の影響」と解した上で、その影響を所有権への持続的な侵害と判断して、この侵害を排除する請求権を認めた。

ところで、最高行政裁判所は結果除去請求権という文言を慎重に避けたが³⁴⁾、学者³⁵⁾および下級審判決³⁶⁾は本件決議を結果除去請求権の受容

32) 新行訴法においても、本件注記により土地の利用制限という具体的法効果が新たに発生したと判示した下級審判決として、台中高等行政法院 94 年訴字第 678 号判決 (2006 年 5 月 12 日)。

33) 本件決議に従って、最高行政法院 100 年判字第 2114 号判決 (2011 年 12 月 8 日) は、注記の違法性を認めて消去を命じる判決を下した。

34) 対照的に、注記の消去請求について結果除去請求権の可能性を明確に認めたものとして、最高行政法院 93 年判字第 1340 号判決 (2004 年 11 月 21 日)。ただし、この判決は、結果除去請求権の根拠や適用範囲をまったく論じなかった。

35) 程明修『「公法上結果除去請求権」之突破性發展——簡析最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議』台湾法學講座第 2 期 (2010 年) 200 頁以下、李建良・前掲注 (8) 292 頁、陳敏『行政法総論 [第 7 版]』(新学林、2011 年) 1395 頁。

36) 台北高等行政法院 101 年訴字第 180 号判決 (2012 年 5 月 17 日)。本件は土地登記簿の記載事項に書いてある「訴訟係属中」の注記の消去を求めた事例である。裁判所は注記の適法性を審査した上でそれを適法として棄却した。ただし、判旨において「訴訟係属中」の注記が所有権の侵害に当たらないとも指摘した。

と考えている。ただし、本件決議を結果除去請求権の受容するものと位置づけられると、訴訟対象について決議の意義が狭く捉えられてしまうという問題がある。なぜなら、いままでの結果除去請求権をめぐる判決の流れにおいて、私人の法的地位は民法に基づいて明確な実体法構造および救済方法を有する所有権でなければ、結果除去請求権が認められた事例は皆無だからである。本件決議も所有権への侵害があるかどうかを中心に判断したものであり、この実体法の文脈の中に射程が限定されている。

ここでは、むしろ最高行政裁判所が「将来の土地売買に生じうる不利益」を「事実上の影響」と解した点に留意すべきである。この点を、[事例 1-2] および [事例 1-3] において示された公法上の争訟の判断枠組みとあわせて考えると、この事実上の影響は、訴訟法上、所有権に生じる不安と解することができる。すなわち、本件決議には、訴訟対象の判断にあたって、行政作用がどのように私人の法的地位に悪影響を及ぼすか、そして訴訟法上これを救済すべきか、という枠組みに基いて判断される訴えの利益の考え方がある。ここでは、請求権を認めるかどうかは、給付訴訟という救済方法を選択するための二次的問題である。けれども、残念ながら、請求権ばかりを強調する学説は、この点を見落としている。学説は、例えば次の問題が生じても、それは認識されていないのである。

三 限界

仮に結果除去請求権が裁判実務において定着したとしても、その要件である持続的かつ確実な侵害がなければ請求権の成立は認められない。以下の二件の事例の検討により、この要件が持つ限界を明らかにする。

1 事例 2-2：行政指導の撤廃請求事件³⁷⁾

(1) 事実と判決の概要

37) 訴訟対象はともかく、行政指導を受けた訴外者により契約が解除されうるといふ不利益の排除に限っては、本件は日本法における函数尺通達事件（東京地判昭和46年11月8日行集22巻11・12号1785号）に類似した問題点があるだろう。また、函数尺通達事件の判例評釈において、小早川光郎はドイツ法の妨害排除請求権を適用する可能性を指摘した（「判批」自治研究48巻11号（1972年）195頁）。

〈22〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

原告である X は金融機関が有する金融債権の管理や回収を業として行う株式会社である。被告である Y (金融監督管理委員会) は X に対する行政調査により、X の債務者を脅迫したという事実がわかった。銀行法 45 条の 1 によると、金融機関は、債権回収を外部の業者に委任する際に、業者の回収作業を監督してその適正性を確保しなければならない。この監督の内容については、法規命令である「金融機関の外部委任に関する規則」により定められている。Y は、前記の調査結果により、X の脅迫行為を「金融機関の外部委任に関する規則」が定める禁止事項に該当すると判断した。そこで、Y は、X の契約相手である金融機関に対して、銀行同業組合が X による改善を確認する前に、X との委任契約を中止することを求める行政指導 (以下「本件指導」をいう) を行った。X は、憲法上の営業の自由を違法の本件指導により侵害されたとして、結果除去請求権により本件指導の撤廃を求めて給付訴訟を提起した³⁸⁾。

原審である台北高等行政裁判所は、ドイツ法の結果除去請求権の直輸入を拒否して、国家賠償法 7 条により損害賠償方法としての原状回復を求めるべきであると判示した³⁹⁾。仮処分の請求についても、最高行政裁判所は、原審判決の意見を支持して結果除去請求権の適用を否定した⁴⁰⁾。一方、本案審理において、最高行政裁判所はドイツ法の直輸入についてはこれを保留しつつ、「仮に結果除去請求権が適用できれば」、本件指導が Y の職権による法令遵守の注意喚起にすぎないもので、違法性がなく、また X が本件指導の相手でないことおよび金融機関が本件指導を拒否することができるために、X にとって直接かつ持続的な侵害がないとして、訴えを棄却した⁴¹⁾。

(2) 検討

本件判決については、次の二点を指摘しておく。第一に、最高行政裁判所は本案審理によって訴えを棄却したが、X が主張した事実の誤認や契約中止の要求についての比例原則違反についてはまったく審理してい

38) なお、本件事例における公表の撤廃を請求内容とする給付訴訟に関する検討は省略する。

39) 台北高等行政法院 95 年訴字第 1859 号判決 (2007 年 2 月 7 日)。

40) 最高行政法院 95 年裁字第 2083 号裁定 (2007 年 9 月 21 日)。

41) 最高行政法院 98 年判字第 334 号判決 (2009 年 3 月 31 日)。

ない⁴²⁾。それは、最高行政裁判所が請求権の不成立を前提にして適法性審査を詳しく行わなかったからではないだろうか。

第二に、救済手法について、仮に本件指導を違法と判断しても、直接かつ持続的な侵害に該当するものだとはいいがたい。というのは、Xが本件指導に対して法的にも事実上も従わなければならないという問題は生じず、また金融機関は行政指導を拒否する法的地位を有するからである。すなわち、原因行為である本件指導と契約中止との直接関連性は、金融機関がこれからする契約中止の意思表示により切断されている。Xは、金融機関との契約上の地位を本件指導により直接に侵害されたと主張することは困難である。そのため、最高行政裁判所が判示したように、結果除去請求権は本件事実関係において成立しないのである。

しかしながら、Xを救済する必要性は果たしてないと言い切れるだろうか。確かにXは個々の金融機関と交渉をして契約中止を撤回してもらうことができる。けれども、監督機関の公式の認定が極めて大きな影響力を与えた以上、Xの交渉の難航が想像できる。さらに、すべての金融機関との契約が一旦中止されると、債権回収を業とするXの経営が事実上停止の状況に陥ることになる。後に銀行同業組合の改善確認を得ても、金融機関がこの間に他の回収業者と契約を結べば、Xが元の契約上の地位に回復することはできなくなる⁴³⁾。したがって、結果除去請求権が成立しなくても、違法の行政指導が及ぼした事実上の影響からXの法的地位を守るために、別途にその救済方法を検討すべきだろう。

2 事例 2-3：解釈通知の撤廃請求事件

(1) 事実と判決の概要

Y（被告、公共工事委員会）は、政府調達法の適用について、中央お

42) 確かに、Xが脅迫行為をした嫌疑に関する事実について、Yは職権に基いてこれを情報提供として金融機関に知らせることができる。ただし、本件指導はXの行為を違法と判断した上で、金融機関に対してXとの契約を一律に中止するように要求するものである。それはXの行為に対して法的評価を加えて事実上の制裁を行うものであり、少なくとも比例原則による適法性審査が行われるべきと思われる。この適法性審査について、さしあたり、陳敏・前掲注（35）612-613頁を参照。

43) 本件について、全国規模の新聞紙である中国時報においては、Yの行政指導がXにとって死刑宣告のようなものであると報道されている（2006年3月18日B2版）。

〈24〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

よび地方機関（以下「調達機関」をいう）に対して解釈通知を出すことができる（政府調達法6条、10条）。2006年11月20日付通知は、營造業法8条が定めた專業工事に関する競争入札参加資格について、專業工事業者を優先するべきであると解釈した。実際の運用においても、專業工事である防水工事に関する入札参加資格を防水の專業工事業者に限定する事例は多い。ところが、全国において総合工事が9191業者であるのに対して、防水の專業工事はわずか13業者であり、この解釈通知の適用により、市場競争を不当に制限するという問題が指摘された。そこで、2008年12月9日付通知（本件通知）は、專業工事の業者数が少なく競争不足になる場合に、入札参加資格を專業工事業者に限定しないようにすることを求めた。X（原告、台湾防水專業工事同業組合連合会）は、本件通知が憲法上の営業の自由を侵害する事実行為として、結果除去請求権に基づいて本件通知の撤廃を求める給付訴訟を起こした。

台北高等行政裁判所は、「仮に結果除去請求権が適用されたとしても」と述べて、訴訟を受理したが、本案審理により請求権の成立については否定した。その理由として、本件通知は、政府調達作業を効率的に行うための抽象的一般的な参考意見であって、調達機関が具体的な事案において入札参加資格を決める権限をもっているために、Xの入札と落札の権利を直接に侵害するものではないと判示した⁴⁴⁾。最高行政裁判所は、原審判決を支持して、本件通知が公共工事委員会の権限内で職権により出されたものであり、そこに違法性はないと付け加え上告を棄却した⁴⁵⁾。

(2) 検討

ここでは二つの問題点を指摘しておく。第一に、解釈通知の位置づけである。原審も最高行政裁判所も解釈通知を事実行為と解したが、解釈通知はYが政府調達法上の権限に基づいて出したものであり、政府調達法に関する解釈適用について、調達機関を事実上拘束するものである。そこで、本件通知は前の解釈通知を修正するために出されたのである。そのため、本件通知は、上級行政機関が発する行政規則としての解釈基

44) 台北高等行政法院99年訴字第810号判決（2010年6月24日）。

45) 最高行政法院100年判字第1305号判決（2011年7月28日）。

準に準じてその適法性統制が行われるべきであろう⁴⁶⁾。

第二に、本件通知は、具体的な判断基準を決めず抽象的な取り扱いだけ示すもので、Xの入札や落札に対して直接影響を及ぼさず権利侵害に当たらないものである。ただし、本件通知は実際に防水専門工事の業者数の少なさを問題として発せられたものである。すなわち、本件通知は具体的に想定される状況にどう対処すべきかを調達機関へ指導するものであり、また調達機関は現に本件通知を機械的厳格的に適用する傾向がある。そのため、防水専門工事業者は、専門業者として有利に競争する経済上の利益を失うおそれがある。政府調達法が求める市場の競争性と業者の専門性とのバランスからすると、業者の経済上の不利益は、営業の自由への悪影響として司法的救済に値するかどうかが重要な争点であり、これを検討する余地はなおあるだろう。

3 小括 以上の事例からすると、問題は次の二点に整理できる。

第一に、行政措置から生じる具体的な不利益が第三者の任意の判断により発生しうる場合、結果除去請求権の要件である持続的な権利侵害に該当する不利益とはいえないということである。また、実定法の根拠を明確に有する所有権と異なり、影響される原告の法的地位は予め明確なものでなく、具体的な利益状況において個別的に判断されるべきものである。したがって、このような権利侵害の有無が判断しにくい事例においては、結果除去請求権の適用は困難であると言わざるをえない。

第二に、司法的救済の必要性は、学者が結果除去請求権に関する法継受論争にその関心を集中した煽りを受けて、十分に検討されず放置されているという問題がある⁴⁷⁾。最高行政裁判所は、結果除去請求権の適用を条件付きで認めたが、具体的な運用に当たっては、その要件を抽象的演繹的に判断した。そして、結果除去請求権の不成立を導き出した結果、違法の行政措置がどのように原告の法的地位に影響を及ぼすかの問題については、具体的に吟味することはなかったのである。けれども、果た

46) 解釈通知の位置づけについて、さしあたり、陳敏・前掲注(35)541頁以下。

47) 学者は主に結果除去請求権を受容する必要性を中心に判決を評釈したが、原告の具体的な利益状況および救済の必要性については検討していない。例えば、[事例2-2]の判例評釈について、洪家殷・前掲注(24)287頁以下、程明修・前掲注(24)190頁以下。

〈26〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

して結果除去請求権が成立しない場合には、司法的救済の必要性もないといえるだろうか、という問題がある。

なお、訴訟対象についてみるならば、結果除去請求権は、行政行為と事実行為からの違法な侵害結果を排除するものであるとされるため、行政立法や行政計画そのものからの侵害を排除する請求については、その対象とは考えられていない⁴⁸⁾。行政立法や行政計画の違法性を争うためには、行政立法等に基づいて将来発せられるであろう後続の行政行為または事実行為に対する予防的不作為給付訴訟を提起して、これを通じて行政立法等の違法性を争うのが一つの方法である。次に、これに関する事例と限界を検討する。

第三款 予防的不作為請求権

一 学説

予防的不作為請求権とは、違法の行政措置が将来になされるおそれがある時に、それにより差し迫った権利侵害を防御する権利である。その適用の領域は結果除去請求権と異なっているが、これもまたドイツ法の学説を継受したために、基本権に基づく防御請求権がその法的根拠として考えられている⁴⁹⁾。

予防的不作為給付訴訟の対象について、学説判例において一般的に論じられているものは、一定の行政行為または事実行為である。通説によると、事実行為については、予防的不作為給付請求権が成立すれば、原則としてこれに対する訴訟は許される。行政行為については、新行訴訟法が取消訴訟を行政行為に対する特別の訴訟類型として定めたため、予防的不作為給付訴訟は原則として認められない。なぜなら、行政行為に対する仮の権利救済制度として執行停止が十分な権利保護の機能を与え、また予防的不作為給付訴訟の適用範囲を広く認めると、訴願前置制度および取消訴訟の利用強制（日本法における取消訴訟の排他的管轄に相当するもの）を回避することになるからである。ただし、完全否定説もあ

48) 都市計画の用途地域指定について、結果除去請求権の成立を否定したのは、最高行政法院 100 年裁字第 1229 号裁定 (2011 年 5 月 19 日)。

49) 陳敏・前掲注 (35) 1237 頁。なお、最高行政法院 98 年判字第 1515 号判決 (2009 年 12 月 24 日) もこの趣旨を示した。

るが⁵⁰⁾、多数説は、憲法 16 条および新行訴法 2 条により、「実効的な権利救済」に基づいて行政行為に対する予防的不作為給付訴訟を例外的に認めるべきであると述べている⁵¹⁾。

ここで留意すべきは、多数説は必ずしも行政行為に対する不作為請求権を明確に要求していないことである。訴えの許容性は、訴願前置制度および取消訴訟の利用を待つことができない訴えの利益が具体的に存するかどうかにより、判断されるべきである。その例として、回復しがたい損害や事後に救済しがたい権利利益が挙げられる⁵²⁾。ただし、こうした議論は、ドイツ法の学説判例が引き合いに出すが、台湾の具体的な事案に即した本格的研究はいまだ見当たらない⁵³⁾。

二 裁判実務

1 最高行政裁判所はいままで一致した見解を示していない。完全否定説を支持した判決は、[事例 1-1] の判決を根拠として行政訴訟における事後的訴訟中心主義を宣言した上で、予防的不作為給付訴訟を完全に否定した⁵⁴⁾。これに対して、判決の多くは予防的不作為給付訴訟の許容性を一般的に認めている。ただし、許容性を認める論理は判決ごとに異なっている。権利保護の必要性について、これを「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に他に適当な方法がない」という基準で判断した判決は存在するが⁵⁵⁾、権利保護の必要性を実定法上

50) 完全否定説は、新行訴法 8 条 1 項の文言が明確に「行政行為以外の給付」を定めた以上、行政行為の不作為を命じる給付訴訟を認めることができないと主張する（呉庚・前掲注（9）193 頁）。

51) 陳敏・前掲注（35）1398 頁、翁岳生編・前掲注（12）行政法下 450 頁（劉宗徳執筆）、陳計男『行政訴訟法釈論』（自版、2000 年）199 頁、陳清秀・前掲注（19）188 頁、林騰鶴『行政訴訟法〔第 3 版〕』（三民、2008 年）158 頁。

52) さしあたり、陳敏・前掲注（35）1398 頁。

53) なお、日本の改正行訴法に関する研究として、蔡茂寅「予防性不作為（差止）訴訟の研究——以 2004 年日本行政事件訴訟法之修正為中心」司法院編『行政訴訟制度相關論文彙編 第 7 輯』（司法院、2010 年）311 頁以下。この論文は、日本法に倣って差止訴訟の承認とその要件を新行訴法で明確に定めるべきと主張している。

54) 最高行政法院 97 年裁字第 3476 号裁定（2008 年 7 月 10 日）、最高行政法院 97 年裁字第 3826 号裁定（2008 年 7 月 31 日）。

55) 最高行政法院 96 年裁字第 2183 号裁定（2007 年 9 月 26 日、徴税処分）。裁判官の経歴から考えると、この判決の論理は日本法からの影響を受けたかもしれない。

〈28〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

の請求権の有無の問題と解した判決が近年は多数である⁵⁶⁾。だが、いずれの論理をとるにしても、これまで請求権が本案審理において認められた事例は皆無である。

一方、民事訴訟法上の予防的不作為給付訴訟は、実定法の妨害予防請求権が定められておれば許される。例えば、人格権（民法18条1項）、物権（民法767条）、特許権（特許法84条1項）、商標権（商標法61条1項）などである。法律が定めたもの以外、妨害予防請求権が解釈論上認められた事例は極めて少ない。というのは、請求の対象を事前に特定することは困難であるし、また請求権の法的根拠が見当たらないからである⁵⁷⁾。民事訴訟法のこうした状況を考えると、近年の最高行政裁判所は、請求権の実定法の根拠を必要とする考え方を示した以上、恐らく予防的不作為給付訴訟を容易には認めないだろう。

このように、一定の行政行為または事実行為に対する予防的不作為請求権は、裁判実務においては容易に認められない。行政立法ないし行政計画の違法性を争うために、迂回して後続の行政行為または事実行為に対する予防的不作為訴訟を用いて、それらを攻撃することができるが、予防的不作為請求権が認められることは一層困難になる。このような事例として、台北市の統一教科書選定計画事件がある。

2 事例 2-4: 台北市の統一教科書選定計画事件

(1) 事実と判決の概要

国民教育法によると、国民教育の教科書制度については、民間の教科書発行者による教科書の作成や編集が基本となる。教育部は学習指導要領によって教科書を検定する（法8条、8条の2第1項）。学校で使用される教科書の決定権限は学校にあり、教師や保護者代表からなる校務運営会議は教科書の採択規則を予め決めて採択手続を公開で行わなければならない（法8条の2第2項）。一般的には、教科書の採択は教師お

56) 最高行政法院 97 年裁字第 3645 号裁定（2008 年 7 月 17 日、[事例 2-4]）、最高行政法院 98 年判字第 1515 号判決（2009 年 12 月 24 日、ハンセン病院の取り壊し工事）、最高行政法院 101 年裁字第 633 号裁定（2012 年 3 月 29 日、[事例 3-5]）。

57) 陳石獅「不作為請求之特定」（初出 1988 年）民事訴訟法研究会編『民事訴訟法之研討（三）』（三民、1990 年）44 頁、陳榮宗・林慶苗『民事訴訟法（上）〔修訂 7 版〕』（三民、2009 年）275 頁。

よび保護者代表からなる教科書採択会議において決められる⁵⁸⁾。

ところが、2007年にY（被告、台北市）、台北県、基隆県は統一教科書選定計画を共同で定めた。本件計画により、北部三県（市）は、2008年度から中学校の統一教科書を合同会議で選定して北部の中学校に薦め、また2011年度から新たに行う高等学校の入学共通試験としての北部基礎学力試験において、入試問題を統一教科書から出す予定である。そこで、各中学校は、入学試験に対応するために統一教科書を用いることになり、教科書採択の権限が実質的に奪われることになる。したがって、中央政府の教育部は、北部三県（市）に対して出した通知において、本件計画が国民教育法に反して学校の採択権限および教師の教育の自由を侵すものなので、そのような違法の政策推進を中止するように要求した。一方、台北市のある中学校の教師および生徒の保護者であるXらは、本件計画の違法性を争うために、①統一教科書の選定、②その選定結果の公告、③基礎学力試験の入試問題に用いる教科書の指定、④中学校に対する教科書採択の指定または指導について、それぞれの差止を求めて給付訴訟を提起した。

原審である台北高等裁判所は、事実行為に対する予防的不作為請求権について厳しく判断した。まず、新保護規範理論により、国民教育法がXらに対して教科書選択権を与えていないために、Xらの原告適格を否定した。次に、教科書の採択手続に参加する法的地位について、Xらが校務運営会議において教科書を自由に決めることができるために、この法的地位に対する侵害または侵害するおそれが見当たらない旨を判示し、請求権の成立を否定した⁵⁹⁾。Xらの上告に対して、最高行政裁判所は原審判決を維持して上告を却下した⁶⁰⁾。

その後、北部三県（市）は、統一教科書の選定政策を強行したが、2011年度の基礎学力試験において生じた大混乱をきっかけに、2012年度から政策の中止を決定した。しかし、2008年からの4年間、中学校は基礎学力試験に対応するために、統一教科書の採択を余儀なくされて

58) 許育典「教科書選用程序の主体検討——兼評台北高等行政法院96年度訴字第3797号判決」月旦法学雑誌188期（2011年）225-226頁。

59) 台北高等行政法院96年訴字第3797号判決（2008年3月27日）。

60) 最高行政法院97年裁字第3645号裁定（2008年7月17日）。

〈30〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

いた⁶¹⁾。

(2) 検討

本件からわかることは、学者が指摘したように、法律の規律密度が低い教育法制度において、国民教育法8条の2第2項だけからXらの実体法上の請求権を導くことは極めて困難であるということである。しかしながら、少なくともXらは教科書の採択手続に参加して教科書を自由に選択する手続法的地位を有すると考えられている⁶²⁾。したがって、国民教育法が教科書の多元化原則および教師の手続参加の法的地位を定めている以上、行政裁判所は、教科書の多元化原則を否定した本件計画の違法性を法的争点として審査することができると思われる。

しかしながら、本件計画は、法律に定めた教科書多元化原則を否定して各中学校における教科書の採択権限を侵しているが、その実施行為がXらの法的地位を直接に侵害するものとはいえない。すなわち、Xらは教科書採択の会議で統一教科書の採択に反対できるため、常に統一教科書が採択されるとは限らない。仮に統一教科書が採択されたとしても、それは会議による自主選択の結果となる。そうすると、本件計画またはその実施行為はXらの法的地位について、これを侵害する行為が現実に存在するもの、またはこの侵害が差し迫っているものではないのである。

とはいえ、教科書採択手続において、Xらの教科書を自由に選択する法的地位は、本件計画における統一教科書の選定とその入学試験との連動によって大きく影響されている。すなわち、本件計画の実施に伴い、教師は、教科書の採択について、学歴偏重の台湾社会において進学を重視する保護者の意思を無視することができなくなる。Xらは、試験に対応するために統一教科書を選ぶか、それとも試験対策を別に講じた上で他の教科書をあえて選ぶか、というジレンマに陥るだろう。いずれを選択するにしても、統一教科書の選定は違法であり、教科書の採択の自由

61) 本件計画をめぐって、台北市はいろいろな手段で政策の実現を確保した。例えば、本件原告の教師の1人は訴訟を提起してから1ヶ月後、曖昧な「師道を損なったこと」を理由に突然解雇された。この解雇事件について、司法院法官釈字702号解釈(2012年7月27日)において、李震山大法官は、裁量について他事考量の問題があると指摘した(一部反対意見注2参照)。

62) 許育典・前掲注(58)232頁。ただし、許育典は、給付訴訟を適用するために、教科書選択に関する手続上の参加権を憲法に基づく請求権と解している。

を侵すものである。Xらの法的地位には不安が生じている所以である。

本件計画がもたらした不安を解消するためには、計画を実施する各事実行行為に対して予防的不作為給付訴訟をそれぞれ提起するより、計画の違法性そのものを直接に争う方が抜本的である。まして教科書の採択は、毎年反復して行われる行事であるがために、紛争の長期化を防ぐためにも本件計画の違法性を直接に争う必要性があるだろう。けれども、行政裁判所は、実施行為に関する請求権の存否だけを判断しており、本件計画の違法性をめぐる救済の必要性をXらの具体的利益状況をみて衡量していないのである。

第四款 小括

以上からみたように、請求権体系に関する理論をみても台湾においてはなお支配的である。ここでは、現在の運用状況における問題点を三点指摘しておく。

第一に、台湾における実定法令の規律密度はドイツ法に遥かに及ばないために、請求権の制定法上の根拠を見出すことが困難であると指摘されている⁶³⁾。不文法上の請求権について、行われた事実行為に対する結果除去請求権をめぐる論争からわかるように、ドイツ法の学説の継受は必ずしも裁判実務において容易に定着していない。そのため、まったく議論もされていない行政立法または行政計画の撤廃ないし改正を求める請求権が裁判実務において認められる可能性は高くないといえよう⁶⁴⁾。

第二に、[事例 2-2]、[事例 2-3]、[事例 2-4]の共通点は、具体的不利益が第三者の任意の判断により発生しうるが、実体法上は現時点における権利侵害とはいえないということである。すなわち、争われた行政作用は原告の法的地位に対して現実に存在する侵害行為、または差し迫っている侵害行為ではない。そして、後続の侵害行為があるかどうか、どのような侵害行為があるかどうかは現時点に特定できない。こうした

63) この問題はつとに指摘されている。教育法について、許育典・前掲注(58) 232頁。都市計画法について、林明鏘「従大法官解釋論都市計畫之基本問題」(初出1998年)『国土計画法学研究』(元照、2006年)91-92頁。

64) この点について、ドイツ法における法規命令制定請求権の導入を主張した学者も、抽象的法規範を対象とする請求権が成立しがたいと指摘している(盛子龍「行政訴訟法上『請求法規命令制定之訴』初探」翁岳生古希『當代公法新論(下)』(元照、2002年)213頁)。

〈32〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

事例においては、そもそも請求権が容易に認められるものではないだろう。

しかしながら、第三に、このような事例において違法な行政作用は、すでに原告の法的地位に対して一定の悪影響を与えている。この悪影響を実体法上の侵害と判断して、これを排除する請求権は直ちに成立しないが、この悪影響を訴えの利益の側面から具体的利益状況に即して衡量すると、そこには、なお公法上の争訟に該当する争いを認める可能性がある。すなわち、行政指導であれ行政計画であれ、私人が求めるのは、その違法性を明らかにする判決により、生じる不利益を回避するということである。そうすると、何らかの請求権を想定するのではなく、訴えの請求を、違法な行政作用により法的地位に生じる不安を除去する確認訴訟として構成し直す手法は検討に値するだろう。例えば、[事例 2-2]の X は、銀行との個々の委任契約上の地位を一括に守るために、行政指導の違法確認または金融機関の行政指導に従う義務不存在確認訴訟を提起することにより、行政指導の違法性を攻撃することができる。そして行政指導の違法性を明らかにした勝訴判決により、X は委任契約を中止される不安を除くことができるだろう。残念ながら、台湾の学説判例においてはこの点についてまったく論じられていない。

以上の三点から、司法的救済の必要性を訴えの利益によって判断する確認訴訟の利用は一考する価値があるだろう。ところが、学説において確認訴訟の可能性は次の補充性原則によっても軽視されている。

第二節 補充性原則

第一款 立案経緯

確認訴訟の補充性原則とは、形成訴訟または給付訴訟を求めることができる場合に、確認訴訟を求めることはできないというものである。というのは、判決の効力からすると、精神上の効果にとどまる既判力より、法律関係を直接的に変動させる形成力または判決の内容を物理的に実現させる執行力の方が、紛争を終局的に解決することができるからである。そのため、既判力だけを求める確認訴訟は、形成訴訟および給付訴訟より劣後に位置する関係にある。補充性原則は民事訴訟法学における確認の利益に由来するものであるが、行政訴訟法立案当時においてはむしろ

忠実にドイツ行政裁判所法 43 条 2 項 1 文⁶⁵⁾に従って次の案が作られていた。

行政訴訟法案第 6 条第 3 項 「法律関係の成立もしくは不成立を確認する訴訟は、原告が取消訴訟または給付訴訟を求めていることができる場合には、求めることができない」(取消線はのちに削除された部分である)。

この案における確認訴訟の取消訴訟および義務付け訴訟に対する補充性は、訴願前置および出訴期間の制限からの潜脱を防ぐためのものであり、異論はなかった。しかし、一般給付訴訟に対する補充性については立案に参画した民事訴訟法学者によって否定されたのである。というのは、民事訴訟における確認訴訟は必ずしも給付訴訟に対して補充的なものではないからである。むしろ紛争の実態により、確認訴訟で解決できれば給付訴訟を提起する必要はなくなるため、補充性の問題は、確認の利益の問題として考えるべきだと指摘された⁶⁶⁾。そのため、給付訴訟に対する補充性は、原案から削除されたのである。

だが、そこには二つの問題が生じる。第一に、原案が定めた「給付訴訟」という文言は義務付け訴訟および一般給付訴訟の両方を含んでいる。「給付訴訟」が削除されたことから、確認訴訟には一般給付訴訟に対する補充性がなくなるが、義務付け訴訟に対しては、補充性があるか否かという解釈上の問題が生じる。第二に、削除の理由が民事訴訟法学者からの主張であるため、行政訴訟においては別の配慮が必要なのではないか、という意見がある⁶⁷⁾。実際に、原案における一般給付訴訟が財産上の給付を想定しており、そこでは、主に財産上の給付訴訟を念頭において考えられていた。ところが、非財産上の給付訴訟が国会審議において追加されたことから、補充性を否定した理由は非財産上の給付訴訟にも

65) ドイツ行政裁判所法 43 条 2 項 1 文「確認訴訟は、原告が形成訴訟もしくは給付訴訟により、その権利を追求することができる場合、もしくはこれを追求することができた場合には、求めることができない」(訳文は宮田三郎『行政訴訟法〔第 2 版〕』(信山社、2007 年) 360 頁により)。

66) 司法院編『行政訴訟制度研究修正資料彙編Ⅲ』(司法院、1986 年) 399 頁(王甲乙発言)、420 頁(陳瑞堂発言)、423 頁、425 頁(楊建華発言)。なお、曾華松「行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究(上)」法令月刊 48 卷 5 期(1997 年) 7 頁参照。

67) 司法院編・同上 424 頁(呉庚発言)、呉庚「行政訴訟中各類訴訟之關係」法令月刊 49 卷 11 期(1998 年) 634 頁。

〈34〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

通用するか、という問題が生じている。

第二款 補充性原則の強調

法改正以後、ドイツ法を参照した学説は、補充性原則と確認の利益とでは、その次元が異なることを指摘した上で、次の三点において補充性原則の意義を強調している。

第一に、私人の権利保護の観点からみると、既判力のみを有する確認訴訟は、形成訴訟または給付訴訟ほど直接的な救済ではなく、そのため最も直接的かつ効果的な権利保護手段とはいえない。第二に、訴訟経済原則によると、裁判所は直接的かつ効果的な権利保護手段が利用される審理に集中すべきである。そこで、不必要な確認訴訟を回避することにより、司法資源がより効率的に運用できる。第三に、取消訴訟および義務付け訴訟について訴願前置や出訴期間などの特別の規定が設けられていることから、確認訴訟によりその規定が潜脱されることを防ぐために、補充性が認められるべきである⁶⁸⁾。したがって、義務付け訴訟および一般給付訴訟に対する補充性について、新行訴法6条3項がそれを定めていないのは立法の不備だと批判された⁶⁹⁾。

しかしながら、一般給付訴訟に対する補充性を強調する学説はドイツ法の通説に従ったものであるが、ドイツ連邦行政裁判所は必ずしも補充性原則には拘っていない。連邦行政裁判所の判決によると、行政機関に対する請求権の存在確認の訴えさえ、一般給付訴訟により排除されていないのである。というのは、行政機関が法と法律による拘束のゆえに、執行力のない確認判決であっても、行政機関は、これを遵守しなければならないからである。すなわち、ドイツの裁判実務では、補充性原則は絶対視すべきものだとは考えられていない。重要なことは、むしろ確認訴訟が適切な権利保護を提供するかどうか、ということだろう。ただし、ドイツ法の通説は、法律上の文言を強調し、行政裁判所のこうした判決

68) 劉淑範「論確認訴訟之備位功能」人文及社会科学集刊15卷1期(2003年)80頁以下、陳淑芳「確認訴訟之補充性」月旦法学教室74期(2008年)22頁以下、張文郁「確認訴訟之補充性」月旦法学教室80期(2009年)12頁以下。

69) 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)295頁、劉淑範・同上87頁、林三欽「行政法律關係確認訴訟之研究」(初出2008年)前掲注(21)書34頁以下。

を批判している⁷⁰⁾。

ところが、ドイツ法の通説に追随する台湾行政法学者は、具体的事案において議論を深めることなく法改正を提案している。学者の意見を受け入れた司法院は、新行訴法6条3項を次のように改めることを提案し、2009年12月に立法院はこの改正案を可決している（2010年5月施行）。

行政訴訟法案6条3項「確認訴訟は、原告が取消訴訟、義務付け訴訟もしくは給付訴訟により、その権利を追求することができる場合、またはこれを追求することができた場合には、求めることができない」（下線は改正部分である）。

第三款 検討

本来、法律の改正は何らかの実際の問題を解決するために行われるはずである。この点で、2009年の法改正の前に、確認訴訟の濫用という問題が実際に起きていたかどうかをまず確認しておく。

取消訴訟および義務付け訴訟に対する補充性について、最高行政裁判所は補充性原則を確認の利益として考えており、さらに法秩序の安定性を強調して行政行為に関わる法律関係を早期に確定させるために、確認訴訟の提起を通して出訴期間を回避することを認めないと判示していた。すなわち、義務付け訴訟に対する補充性は定められていなかったが、最高行政裁判所はその補充性を認めた⁷¹⁾。また、一般給付訴訟に対する補充性についても、訴訟経済の観点からその補充性を認めていた⁷²⁾。そして、行政裁判所は請求権を認めたものの確認判決を下した事例は皆無であった。

したがって、今回の法改正は、訴訟類型の適用の順番について、忠実

70) ドイツ法の紹介に関して、次の文献を参照した。日本における文献としては、小山正善「確認訴訟に関する一考察」高田敏古希『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）500頁（本稿の叙述が特に依拠したものとして）、湊二郎「行政立法・条例をめぐる紛争と確認訴訟（ドイツ）」鹿児島大学法学論集42巻1＝2号（2008年）74-76頁。台湾における文献としては、劉淑範・前掲注（68）77-78頁、呉綺雲・葉百修『徳日行政確認訴訟之研究』（司法院、1991年）32-33頁、Eyermann/Fröhler編（陳敏ほか訳）『徳国行政法院法逐条釈義』（司法院、2002年）444-445頁、Hufen（莫光華訳）『行政訴訟法』（法律、2003年）313-316頁。

71) 最高行政法院95年判字第1734号判決（2006年10月30日）。

72) 最高行政法院98年裁字第1777号裁定（2009年7月16日）。

(36) 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

にドイツ法の継受を行い、それを明記したものであるが、台湾の裁判実務において実際に起きている問題を解決するものとはなっていない。そして、ドイツ法の直輸入がどれほど盛んに行われているかを改めて認識する例でもあった。しかし、そこには、次に掲げる三点にわたる問題がある。

第一に、手続上の特則を有する取消訴訟および義務付け訴訟に対する補充性に関する問題である。これは、行政行為を直接の訴訟対象とすれば、特別の訴訟類型を適用すべきだという訴訟類型の選択の問題である⁷³⁾。したがって、一般給付訴訟は取消訴訟および義務付け訴訟に対する補充性がある場合に許容されないものである。新行訴法8条が定めた一般給付訴訟の対象について、「行政行為以外」という文言を用いたのはその趣旨を示すためである⁷⁴⁾。ただし、学説は、給付訴訟の補充性原則を強調せずその適用の順番を訴訟類型の役割分担⁷⁵⁾または権利保護の必要性⁷⁶⁾として論じている。確認訴訟の場合にも同じアプローチで検討するならば、これは、確認の利益の問題にはほかならないだろう。

第二に、一般給付訴訟に対する補充性が強調されたのは、請求権体系を前提にする行政訴訟の基本形態が給付訴訟だという前提があるからだろう。すなわち、請求権体系が明確に構築されれば、行政訴訟においても民事訴訟のように給付訴訟が最も活用される訴訟形態となる。なお、行政と司法との役割分担については、信頼・協働関係というより、不信・対抗関係にあると想定されているようである。殊に行政権に対する強い不信感ゆえに、実効的な権利救済を担保する給付判決の執行力に拘るの

73) 台湾法において、取消訴訟および義務付け訴訟に対する補充性原則はもっぱら訴訟類型を正確に選択するための判断基準であり、日本法において行政の第一次的判断権の意味合いを有する補充性と異なる点に注意すべきである。ただ、呉庚によると、この補充性は南ドイツ諸ラントの旧行政裁判法における抗告訴訟と当事者訴訟との区別の歴史に由来した残渣として位置づけられるものである(前掲注(9)184-185頁)。

74) 陳清秀・前掲注(19)139頁注195。なお、彭鳳至・前掲注(69)297-298頁。

75) 呉志光「一般給付訴訟與其他行政訴訟類型之關聯——以行政法院実務見解為核心」輔仁法學33期(2007年)45頁以下、程明修「課予義務訴訟與一般給付訴訟間選擇之爭議問題分析」台灣法學88期(2008年)50頁以下、李建良・前掲注(17)43頁以下。なお、最高行政裁判所は、確認訴訟の補充性原則に倣って、取消訴訟および義務付け訴訟に対する一般給付訴訟の補充性原則を強調している。例えば、最高行政法院98年裁字第2317号裁定(2009年9月24日)。それは、彭鳳至・前掲注(69)298頁の影響を受けたと思われる。

76) 呉庚・前掲注(9)147頁以下。

である⁷⁷⁾。

しかしながら、台湾法においては請求権体系が受容されたとはいえ、十分に発展しているといいがたい状況にある。判例学説が試行錯誤している際に、結果除去請求権の論争からわかるように、請求権を認めるかどうかに関わらず、本当に何を救済すべきかについては、具体的な事案において検討されていないという状況さえある。また、公権力の作為または不作為義務を命ずる給付判決について、台湾の不行訴法では、ドイツ行政裁判所法 172 条が定めた強制金を行政機関に科すことにより執行できるという明文規定もない。強制方法の欠如ゆえに、給付判決は実際に執行力をもたないものである⁷⁸⁾。こうした現状認識からすると、本来、給付訴訟に対する補充性原則をはじめから厳格に適用すべき意義はないだろう⁷⁹⁾。

第三に、補充性原則の前提は、取消訴訟または給付訴訟の適用が確認訴訟の救済機能を完全に包含しているということである。反面から言えば、補充性原則を強調する学者もつとに指摘したように、取消訴訟または給付訴訟が確認訴訟よりも救済に資するものでなければ、補充性原則は適用されないのである⁸⁰⁾。すなわち、訴えの利益のレベルで確認訴訟の選択当否は私人の具体的利益状況に即して判断されるべきである。にもかかわらず、補充性原則を強調する風潮において、学説の一部には、

77) 台湾の行政機関は最高行政裁判所の終局判決に対抗したことがある。いわゆる中部科学園區三期事件において、環境保護署は、開発案の環境アセスメントの取消判決を確定した最高行政法院 99 年判字第 30 号判決 (2010 年 1 月 21 日) を公然と批判して、判決の趣旨を意図的に曲解している。この事件については、行政機関が行政裁判所の判決を無視することが、法治国家における異常事態であるという批判がある (李建良「中環評的法律課題——台湾法治國的淪喪與危機」台湾法学雜誌 149 期 (2010 年) 17 頁以下)。

78) 立法過程において、強制金制度は否定される方向で議論されていた。立法者の意思を強制金制度の不採用と解したものとして、吳庚・前掲注 (9) 367 頁、翁岳生編・前掲注 (12) 行政法下 1319 頁 (彭鳳至執筆)。これに対して、ドイツ法を参考にして、強制金の導入を主張したものとして、李建良「論行政訴訟強制執行之基本体系」台北大學法學論叢 49 期 (2001 年) 61 頁以下、陳敏・前掲注 (35) 1550 頁。

79) 実際に、取消判決においても強制方法の欠如ゆえに、強制金の問題が生じる。裁判実務においては、取消判決について行政機関に対する強制金が否定された (台北高等行政法院裁定 99 年執字第 39 号 (2010 年 5 月 3 日))。そうすると、判決の実効性を確保するためには、行政機関における判決の執行に関する実証研究がまず行われなければならないべきであろう。そして、必要があればすべての判決に対して強制金を設ける方向で検討されるべきであろう。

80) 劉淑範・前掲注 (68) 85 頁以下、林三欽・前掲注 (69) 31 頁以下。

〈38〉 法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性 (2) (林)

補充性原則により確認訴訟の適用可能性を抽象的演繹的に排除するきらいがある⁸¹⁾。そして、それは確認訴訟に関する研究の貧困さの一因にもなっている⁸²⁾。

以上の検討を踏まえて、本稿では、具体的請求権の実現を目的とする給付訴訟に対して、法的地位の裁判所による保障宣言を目的とする確認訴訟は、具体的請求権とは別個の訴えの利益を中心に構成された権利保護形式として原告の権利利益を救済するものである、ということを強調しておきたい。殊に、公法上の争訟、すなわち行政訴訟の対象を判断するには、請求権だけでなく、訴えの利益からの検討は無視できないのである。確認訴訟の補充性についても、判決の効力ばかりで判断されるのではなく、訴えの利益においていかなる救済を与えるかという問題解決の視点から考えるべきなのではないだろうか。そこで、確認訴訟の可能性を探るために、次章ではその現状と問題点を考察する。

81) 例えば、台湾の学者は、ある行政作用の争い方に関するドイツ法の議論を分析する際に、確認訴訟の適用を唱えたドイツの有力説を紹介するが、補充性原則によりこの確認訴訟説を台湾法において否定する（例えば、法規命令の制定請求について、盛子龍・前掲注（64）210頁以下、程明修「請求行政機関訂定法規命令之行政訴訟」司法院編『行政訴訟制度論文彙編 第4輯』（司法院、2005年）171頁以下）。なお、特別権力関係論が否定された今日において、国立大学と学生との紛争については、確認訴訟の適用を補充性原則によって一般的に否定した上で、給付訴訟で争うべきであると主張するものとして、許育典「打開大学生救済之門」月旦裁判時報8号（2011年）89頁。さらに、厳格に解釈するものとして、国籍確認訴訟は旅券申請に関する義務付け訴訟に対して補充的なものと解されると述べる見解もある（呉庚・前掲注（67）5-6頁）。

82) 林三欽・前掲注（69）3頁も類似の意見を指摘した。