論　説

法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(3)
―― 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
　　第一節　学説の展開
　　第一款　確認訴訟の訴訟要件
　　第二款　原因行為に対する直接統制訴訟の発想
　　第二節　判例の動向
　　第一款　確認の対象限定
　　第二款　行為形式に拘る思考様式
　　第三款　予防的確認訴訟の否定
　　第四款　小括
　第一部のまとめ　（以上本号）
第二部　日本法
第三部　総括

第三章　確認訴訟の現状と問題点

第二章では、訴訟対象を請求権に還元するアプローチを取り上げて、その限界を明らかにし、また給付訴訟の活用を前提にした確認訴訟の補充性原則が強調されたために、このアプローチが確認訴訟に関する研究

の貧困さの一因となっていることを指摘した。しかし、仮に第一章で検討した最高行政裁判所判決が公法上の争訟を訴えの利益として把握するものであるとすれば、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟は、公法上の争訟をより明確に判断する原基的な訴訟形態として運用される可能性を秘めていると考えられる。この可能性を探究する前に、本章では、公法上の争訟との関係を中心に、確認訴訟の運用の現状と問題点を検討する。まず、学説を中心に現在の解釈論を分析して、確認訴訟を原因行為の適法性統制訴訟とする発想の意義とその射程を検討する（第一節）。次に、行政裁判所は依然として確認訴訟の対象となる具体的法律関係を行政行為の具体的法効果と解する傾向にあるが、このことが確認の利益を軽視する結果となっているという問題を指摘する（第二節）。

第一節　学説の展開

第一款　確認訴訟の訴訟要件

一　法律関係

確認の対象となる法律関係とは、公法上の規範に基づき、具体的な事実から生ずる二人以上の法主体の相互間の権利義務関係または法主体と物との間の利用関係である[1)]。すなわち、公法上の具体的な権利義務関係である[2)]。例えば、国籍、公立学校の学生の身分関係、公法上の社団法人の会員資格、特定の権利義務の存否、公物の利用関係などである。原則としては現在の法律関係でなければならないが、過去または将来の法律関係が確認の利益を有する場合にも認められる[3)]。なお、法律関係は必ずしも原告と被告の間に存在する必要はなく、被告と第三者間にお

1）　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）4 頁以下、翁岳生編『行政訴訟法逐条釈義』（五南、2002 年）104 頁 -105 頁（黄錦堂執筆）、翁岳生編『行政法（下）〔第 3 版〕』（元照、2006 年）447 頁（劉宗徳執筆）、陳敏『行政法総論〔第 7 版〕』（新学林、2011 年）1386 頁、呉庚『行政争訟法論〔第 6 版〕』（新学林、2012 年）181-182 頁、林騰鷂『行政訴訟法〔第 3 版〕』（三民、2008 年）139 頁。なお、最高行政裁判所はこの定義を採用している。例えば、最高行政法院 94 年裁字第 1214 号裁定（2005 年 6 月 23 日）。

2）　翁岳生編・前掲注（1）行政訴訟 106 頁（黄錦堂執筆）、林騰鷂・前掲注（1）142 頁。

3）　陳敏・前掲注（1）1386 頁、林騰鷂・前掲注（1）143-144 頁。

ける法律関係を確認することもできる[4]。

民事訴訟法学の通説によると、法律が特に定めない限り、確認訴訟の対象は法律関係に限られている[5]。行政訴訟においても、確認訴訟の対象が法律関係に限られていると解されている[6]。また、民事訴訟法247条に定められた法律関係の基礎となる事実の存否確認および証書の真否確認について、これらは行政訴訟法において準用する条文がないことから、一般的に否定されている[7]。

二　確認の利益と原告適格

確認の利益は法律上の利益に限られている。法律上の利益は、原告の権利または法的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として、原告被告間でその法律関係の存否の判断をすることが有効適切である場合に、認められる[8]。なお、公法と私法との区別を前提にする二元的裁判制度の下でも、行政裁判事件において私法上の利益が確認の利益として認められる[9]。また、確認の利益を判断する際には、時間的要素としての即時確定の利益が要求されている。というのは、裁判所の任務は現実の法律上の紛争を裁判することであって、抽象的法律問題を回答するものではないからである[10]。以上の整理からすると、台湾法における確認の利益の有無は、日本法と同じように、①確認対象の適否、②即時確定の利益の有無、③確認訴訟によることの適否から判断されている。

4）　立案当時にはこの点について意見の一致がみられた（司法院編『行政訴訟制度研究修正資料彙編㈢』（司法院、1986年）185頁（楊建華発言）、281頁（鄭有齡発言）、290頁（古登美発言）、338頁（陳瑞堂発言））。その後、学説の多くは支持している（林三欽・前掲注（1）7頁、陳敏・前掲注（1）1387頁、陳計男・前掲188頁、翁岳生編・前掲注（1）行政法下447頁（劉宗德執筆）、呉庚・前掲注（1）182頁）。

5）　民事訴訟における確認の対象に関する近年の研究として、劉明生「確認訴訟――評最高法院96年台上字第1478号民事判決」月旦裁判時報9号（2011年）31頁以下。

6）　翁岳生編・前掲注（1）行政法下447頁（劉宗德執筆）、呉庚・前掲注（1）182頁。

7）　陳清秀・前掲注（1）196頁、陳計男・前掲注（1）189頁、呉庚・前掲注（1）182頁。反対意見として、林三欽・前掲注（1）18頁以下。

8）　詳しくこの概念を説明した判決として、最高行政法院95年判字第1931号判決（2006年11月23日）。

9）　反対意見として、呉庚・前掲注（1）180頁。

10）陳敏・前掲注（1）頁。

民事訴訟における確認訴訟は、法的地位に生じた不安を除去することから、紛争の早期解決や抜本的解決の機能を有する予防的訴訟形態である。この点については、行政訴訟においても同様であり、そこにおける確認の利益は「権利に危害が生ずるおそれ」[11] の除去を中心に考えられている。確認の利益があれば、予防の対象となる行政作用は理論的に無制限である[12]。

ところで、確認の利益について、学説においては具体的に論じられていないが、ドイツの学説判例が引き合いに出されて次の例がよく挙げられている。すなわち、刑罰や行政上の秩序罰を回避するための予防的確認、特定の行為や経済活動をするための事前的確認、反復発生しうる危険を回避するための予防的確認、紛争の抜本的な解決を図るための確認、事後に救済しがたい権利に対する予防的確認である[13]。しかし、学説は、訴訟対象となる行政作用との関連において、確認の利益をいかに具体的に判断するかについては検討していない。

現在、学説において議論されていることは、確認の利益について、原告適格（訴訟権能）[14] が適用されるべきかどうかという問題である。民事訴訟の場合には、原告適格は確認の利益に吸収されることから、この問題は存在しない[15]。行政訴訟の場合は、少数説によると、民事訴訟に準じて原告適格を特に問題視する必要がないとされる[16]。しかしながら、多数説は、主観訴訟の枠組みの下で、正当の原告を選別しなくてはならないために、原告適格について、これを法律上の利益とは別に判断すべき要件だと主張している[17]。すなわち、この説によると、取消訴訟およ

11）陳清秀・前掲注（1）201 頁
12）林三欽・前掲注（1）23 頁。
13）学説について、林三欽・前掲注（1）23 頁以下、陳清秀・前掲注（1）199 頁、陳敏・前掲注（1）頁以下。
14）台湾法において、学説は原告適格のことを訴訟権能（Klagebefugnis）と呼んでいる。
15）民事訴訟法学の研究として、呂太郎「確認他人間法律関係之訴」（初出 1989 年）『民事訴訟之基本理論㈠〔第 2 版〕』（元照、2009 年）137 頁以下、同「確認利益之研究」（初出 2005 年）『民事訴訟之基本理論㈡』（元照、2009 年）147 頁以下
16）陳計男・前掲注（1）183 頁、翁岳生編・前掲注（1）行政法下 442 頁（劉宗徳執筆）、呉庚・前掲注（1）180 頁。民事訴訟法の議論として、王甲乙ほか『民事訴訟法新論』（三民、2003 年）278 頁。
17）陳愛娥「『訴訟権能』与『訴訟利益』」律師雑誌 254 期（2000 年）66 頁、林騰鷂・前掲注（1）65 頁、陳清秀・前掲注（1）221 頁、陳敏・前掲注（1）

び義務付け訴訟を起こすための権利毀損（Rechtsverletzung）という要件は確認訴訟にも類推適用されることになる。

三　検討

確認訴訟の補充性原則に関する議論と同様に、確認訴訟の要件論は、またドイツ法の学説判例に忠実に追随して行われている。台湾法の文脈においては、その実体法の要素が特に強調されている点に留意すべきである。すなわち、①確認の対象となる実体法上の具体的法律関係が厳密に定義されること、および②取消訴訟における実体法の要素である権利毀損が類推適用されることである。いずれにしても、主観訴訟の枠組みの下で強調されたドグマティッシュなものである。

とはいえ、①について、具体的法律関係を抽象的法律問題と区別するための判断基準は、実体法上も訴訟法上も議論されていないのが現状である。また、②については、ドイツ法を参考にした多数説には、次の通り検討の余地がある問題をはらんでいる。

ドイツ行政裁判所法 43 条 1 項においては、確認の利益を定める文言は「正当な利益」である。「正当な利益」はドイツ民事訴訟法 256 条 1 項にいう「法律上の利益」よりも広く、法的利益のほかにも、経済的利益や精神的利益が含まれると解されている。そこで、かかる包括的な定義が民衆訴訟化をもたらしかねないという問題を回避するために、取消訴訟の原告適格を定めた行政裁判所法 42 条 2 項が類推適用され、原告は権利毀損が存在することを主張しなければならないとされている。この見解はドイツ連邦行政裁判所においても支持されている[18]。

だが、台湾の新行訴法 6 条はドイツ行政裁判所法 43 条の文言と異なっており、ドイツ法と同じ解釈をする必要はない[19]。台湾の新行訴法の立

1369 頁、翁岳生編・前掲注（1）行政法下 471-472 頁（彭鳳至執筆）。

18）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、呉綺雲・葉百修『徳日行政確認訴訟之研究』（司法院、1991 年）22-26 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）425 頁、Hufen（莫光華訳）『行政訴訟法』（法律、2003 年）318-320 頁。

19）林三欽・前掲注（1）21 頁。

案当時において、立案関係者は、すでにドイツ法を参考にして「正当な利益」の範囲が広すぎると指摘した上で、確認の利益について民事訴訟法247条に準じて「法律上の利益」という文言を採用することにした[20]。また、取消訴訟を議論の前提としない民事訴訟法学においては、当然、取消訴訟における原告適格を準用するかどうかという議論が存在せず、法律上の利益を確認の利益と解するのが一般的である。そのため、行政訴訟においても、原告適格が特に問題となる三面関係を含めて[21]、立案関係者によると、確認の利益があれば出訴が認められるべきであるとされた[22]。

このような立法経緯からすると、正当な原告を選別するために、「法律上の利益」だけでも十分だということがわかる。ドイツの学説判例に依拠した多数説は、必ずしも台湾法の文脈においてその主張を厳密に論証していない。また、主観訴訟であるにもかかわらず、民事訴訟の確認訴訟においては原告適格が問題とならないのに対して、なぜ行政訴訟においては取消訴訟に準じた原告適格が必要となるのかについて、多数説はその理由を説明していない。これに対して、民事訴訟法学のドグマに依拠して原告適格を問題視しない学説も、多数説が提起した主観訴訟の問題を掘り下げていない。学説の議論は終始平行線にあるのが現状である。

さて、主観訴訟の問題を問い直せば、これは、新行訴法2条が定めた公法上の争訟という問題にほかならないだろう。そうすると、取消訴訟における原告適格の類推適用を主張した多数説は、取消訴訟、給付訴訟、確認訴訟の各種の訴えに共通する公法上の争訟において、実体法上の権利毀損という概念をこれらの争訟性の基底に据える思考様式であると考えられる[23]。だが、公法上の争訟をもっぱら実体法上の請求権的権利お

20）立案関係者の説明について、呉庚・前掲注（1）180-181頁。
21）例えば、李建良は二面関係において確認の利益があれば十分だと認めているが、三面関係において原告適格が求められるべきだと主張している（「保護規範理論之思維与応用」黄丞儀編『2010行政管制与行政争訟』（新学林、2011年）308頁）。
22）司法院編・前掲注（4）185頁（楊建華発言）、281頁（鄭有齢発言）、290頁（古登美発言）、338頁（陳瑞堂発言）。
23）給付訴訟について、権利毀損も請求権の要件をなす権利侵害として論じられている（本稿第二章第一節参照）。

よびその毀損によって論じることには、救済の必要性・適切性を具体的事情に照らして判断すべきとする訴えの利益を軽視する嫌いがある。そして、何よりも取消訴訟の原告適格に準じて判断すべきだという論法には、取消訴訟を公法上の争訟の中核に据える伝統的な思考様式が入り込むおそれがある、という問題がある。実際に、次に検討するように、台湾の裁判実務においては、このような問題が生じている。

一方、民事訴訟においては、具体的法律関係を権利義務存否の点から判断し、確認の利益を具体的事実関係における紛争の成熟性から判断するという二段階の判定が行われる[24]。権利義務の存否を争う現実の法的紛争である以上、主観訴訟であるかどうかを改めて問うという問題は存在しない[25]。この判定は、第一章で検討した公法上の争訟に照らすと、行政作用によって何らかの権利利益への影響が発生したまたは発生しうる場合に、権利義務の存否の確認という救済方法を具体的事実関係において与えるかどうかということになるだろう。

確認訴訟の要件論について、具体的法律関係とは何か、取消訴訟の原告適格が類推適用されるべきか、という問題は、本来、公法上の争訟に即して論じられるべきである。だが、台湾の学説はいまだドイツ法の継受を前提にして抽象的演繹的解釈論を行う状況にある。それゆえ、訴訟対象の問題についても、確認の利益を意識した考察が不十分である。次に検討する林三欽説も、原因行為の違法性を確認訴訟により直接争う発想を提示したが、確認の利益の意義を十分に認識しているとはいいがたいのである。

第二款　原因行為に対する直接統制訴訟の発想

一　林三欽説

訴訟対象について、行政行為および事実行為以外の行為形式の違法性を直接攻撃できないというのが現状である。行政立法や行政契約の違法

24）そこで、民事訴訟において、確認の対象を事実関係までに拡大すると、問題が生じる。関連文献として、呂太郎「確認他人間法律関係之訴」（初出 1987 年）『民事訴訟之基本理論㈠〔第 2 版〕』180 頁以下、曽華松ほか「確認訴訟実務問題之研究」（初出 1998 年）民事訴訟法研究基金会編『民事訴訟法之研討（八）』（三民、1999 年）1 頁以下、劉明生・前掲注（5）33 頁以下。

25）行政訴訟においても、そのままの解釈を行ったものとして、林三欽・前掲注（1）20 頁。

性を直接攻撃するために、ドイツ法を参考にして確認訴訟を本格的に研究した林三欽は、確認訴訟の可能性を次のように指摘している。

「原告は、確認訴訟の提起を通じて、行政裁判所に対して次の問題を間接的に審査してもらうことができる。それは、①行政立法の違法性、効力あるいは内容、②行政契約の違法性、効力あるいは内容である。なぜなら、法律関係確認訴訟の本質からすれば、法律関係の成立不成立であれ存在不存在であれ、いずれも法律関係の発生を原因づける事実の探求によって確認されるものからである。したがって、法律関係確認訴訟は、実際には法律関係の基礎となった行政立法または行政契約の違法性を確認する機能を有するのである。」[26)]

要するに、公法上の具体的法律関係が行政立法や行政契約により創設されまたは変更される場合には、法律関係の存否確認を通じてその原因行為の違法性を攻撃できることになる。だが、この意見は、当時の最高行政裁判所長官が座長を務めた民間の行政訴訟法研究会において批判されている。その批判は、①取消訴訟および給付訴訟を通じて原因行為の違法性を間接的に争うこともできること、および②確認訴訟の補充性原則の二点から、確認訴訟を通じて行政立法などの効力を間接的に争う可能性を強調することは何の意味もない、というものである[27)]。そのため、今日、林三欽説は学説にも裁判実務にも受け入れられていない。

林三欽は、以上の批判に対する反論または自説の精緻化を進めていない。なぜなら、彼の問題意識は多様な訴訟類型を体系的に運用することにあり[28)]、請求権体系の構築や補充性原則の強調は従来の学説と異ならず、確認訴訟を特に活用する意図がないからである。

二　検討

ここでは林三欽説の意義と射程を明らかにする。

26）予防的確認訴訟について、林三欽・前掲注（1）12 頁。
27）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（程明修発言）、174 頁（陳淑芳発言）、177 頁（当時の最高行政裁判所長官である彭鳳至発言）。
28）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『行政訴訟二級二審実施十週年回顧論文集』（司法院、2011 年）225 頁。

まず、確認訴訟を通じて原因行為の違法性を「間接的」に争う発想である。この発想は、行政立法や行政契約によって変動された具体的法律関係の存否確認を通じて、実際に原因行為の違法性を「直接」に攻撃することができる適法性統制訴訟のものである。すなわち、行政立法や行政契約の違法性は、後続の行政行為、事実行為あるいは派生する請求権（例えば不当利得請求権など）を通じて付随的に争うことができるが、それぞれ直接審理の対象となるのは、後続の行政行為の違法性、事実行為の違法性あるいは派生する請求権の存否である。また、行政立法や行政契約の撤廃請求権は理論的には可能であるが、実際には論じられていない。そして、後続の行政行為、事実行為あるいは派生する請求権が存しない場合には、確認訴訟は原因行為の違法性を争う唯一の訴訟形態なので、補充性原則に反することはない。そのため、前記の批判は当たらないように思われる。むしろその批判は、補充性原則を過度に強調しており、確認訴訟の可能性を軽視する嫌いがある、というべきであろう。

こうした法律関係の確認訴訟を通じて原因行為の違法性を直接に攻撃する発想は、訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチへと発展する道を開くことになるだろう。しかし、林三欽は、もっぱら実体法の具体的法律関係に変動を及ぼした原因行為を中心に論じていたため、原因行為をいかに直接争わせるか、という問題を確認の利益のレベルでは考えていない。しかし、確かに行政立法等を変更された具体的法律関係に引き直せば、その存否を確認の対象としても問題は生じないが、後述する裁判実務においては、抽象的法規範たる行政立法を法律関係に引き直しても、なお抽象的法律関係と解されている。行政立法を直接争うための争訟性の問題は、裁判実務においては実体法のレベルにおいて法律関係に還元するだけでは解決できないのである。

一方、法律関係に変動を及ぼさない行為形式（例えば法令の適用に関する意思通知）について、林三欽は後述の［事例 3-2］に対する判例評釈において、確認訴訟の許容性をもっぱら意思通知を争うための確認の利益によって判断している[29]。意思通知は、具体的法律関係に変動を及ぼさないものであり、したがって法律関係には引き直すことができない

29）同上 223-224 頁。

ため、この事例においては、意思通知と関わらない法律上の義務不存在確認訴訟として争われ、彼は、これに賛成している。

結局のところ、林三欽説には、訴訟対象について、具体的法律関係の変動、すなわち法効果の有無を基準とする行為形式的な判断が潜んでいるために、訴えの利益を通じて訴訟対象の争訟性を統一的に考察するものとはなっていない。しかし、第一章で検討した最高行政裁判所判決が示した公法上の争訟の検討からわかるように、法律関係の背後にある、行政作用がいかに権利利益に影響を及ぼすかという問題を前面に押し出して、救済すべきかどうかを訴えの利益のレベルでいかに判断するかがもっと重要な課題だろう。

以上の検討をまとめると、林三欽説は、行政立法や行政契約の違法性を法律関係の存否確認訴訟で直接争うアプローチを提示した点において、注目に値するものである。しかし、確認の利益について必ずしも関心を払っていないために、残念ながら、その射程は限られているのである。

第二節　判例の動向

現在、最高行政裁判所は確認訴訟を極めて限定的に運用している。確認訴訟が認められた主な事例は、旧行訴法時代において取消訴訟と民事訴訟によって救済されていた事例から取り出されたものおよび行政契約に関する紛争であり、新たな発展は特にみられない。例えば、取消訴訟から取り出された事例については、公用地役関係の存否を確認する訴えがある[30]。民事裁判所との裁判権の調整により取り出された事例については、行政機関との雇用契約に基づく雇用関係の存否を確認する訴え[31]、および土地収用処分の失効による収用関係の不存在を確認する訴

30）例えば、最高行政法院 95 年判字第 365 号判決（2006 年 3 月 23 日）、最高行政法院 97 年度判字第 1082 号判決（2008 年 12 月 4 日）、最高行政法院 98 年度判字第 1138 号判決（2009 年 9 月 24 日）。通説はこれらの判決を支持している（陳計男・前掲注（1）188 頁、陳敏・前掲注（1）頁、林騰鷂・前掲注（1）139 頁）。

31）改正法以前は、雇用契約を私法契約と解していたために、公法上の雇用関係の存否確認訴訟は却下されていた。例えば、行政法院 44 年判字第 28 号判決（1955 年 7 月 26 日）、行政法院 46 年裁字第 27 号裁定（1957 年 6 月 25 日）、行政法院 62 年裁字第 233 号裁定（1973 年 9 月 13 日）、行政法院 84 年判字第 2411 号判決（1995 年 9 月 30 日）。

改正法以後は、雇用契約を行政契約と解しているために、公法上の雇用関係

えがある[32)]。

以下では、このような現状にある最高行政裁判所判決の問題点を三款に分けて分析を進める。

第一款　確認の対象限定

一　確認対象についての「訴訟法の留保」

最高行政裁判所は、新行訴法 6 条が確認の対象を列記的に定めたと解して、行政行為および法律関係だけを確認の対象として認めている。行政行為以外の行為形式を直接確認の対象とする訴えの適法性は否定され

の存否確認訴訟は許容されている。例えば、最高行政法院 95 年判字第 19 号判決（2006 年 1 月 11 日、裁判官のアシスタント）、最高行政法院 95 年判字第 141 号判決（2006 年 2 月 9 日、国立大学の教員）、最高行政法院 96 年裁字第 3248 号裁定（2007 年 11 月 29 日、国立大学の図書館長）、最高行政法院 96 年判字第 943 号判決（2007 年 5 月 31 日、職業訓練校の教員）、最高行政法院 97 年裁字第 4962 号裁定（2008 年 11 月 6 日、高等専門学校の校長）。

なお、国公立学校の教員について、雇用契約に基づく身分変更を内容とする行政機関の意思表示は、2009 年に行政行為と解されたため、取消訴訟により争うこととなった（最高行政法院 2009 年 7 月第 1 次裁判長裁判官連合会議）。しかし、学説は、最高行政裁判所の新見解を批判している。すなわち、学説は、行政契約に基づく意思表示は、そもそも処分性を有するものと解する必要がなく、雇用関係の存否確認訴訟により争うべきだという主張である（呉志光「公立学校教師身分変更之行政救済程序」月旦法学雑誌 178 期（2010 年）208 頁以下、呉秦雯「公私立大学校教師遭学校予以解聘、停聘或不続聘之申訴途徑」月旦法学雑誌 182 期（2010 年）306 頁以下、陳淑芳「教師対学校変更与消滅聘約不服之救済」法令月刊 61 巻 6 期（2010 年）69 頁）。

32）これは、土地収用処分の失効を理由として、土地所有権を有することを確認する訴えである。土地法 233 条により、行政機関は、土地収用処分を公告してその公告期間を経過してから、15 日以内に損失補償金を土地所有者に支払わなければならない。支払わないと、収用処分の効力がなくなることになる。そこで、事後的に効力を失った処分に対して、どの訴訟類型で争うべきかが問題となる。改正法以前は、取消訴訟は現に効力を有する行政行為を取消すものであるため、不適切な訴訟類型と考えられていた。そこで、最高裁判所は、私法上の財産権の保護の見地から、かような事例に対して土地所有権の有無を確認する訴えを私法事件と解して認めていた（最高法院 80 年台上字第 627 号判決（1991 年 3 月 28 日）、最高法院 84 年台上字第 1649 号判決（1995 年 6 月 30 日）、最高法院 87 年台上字第 150 号判決（1998 年 1 月 21 日）。ただ、実際に争われるのは、失効した収用処分による公法上の法律関係の存否である。なお、学説について、史尚寛『行政法論』（自版、1953 年）256 頁参照。

改正法以後、この種の紛争は公法上の収用関係の不存在確認の訴えにより解決されるべきであると解されている。例えば、最高行政法院 93 年判字第 1670 号判決（2004 年 12 月 23 日）、94 年各級行政法院行政訴訟法律座談会（2005 年 6 月 21 日）。そして、最高裁判所も、行政行為の効力に関わる事件については、行政裁判所に訴えるべきであると判示した（最高法院 97 年台上字第 2274 号判決（2008 年 10 月 30 日）。この結果、通常裁判所は土地所有権の存否確認を通じて、公法上の収用関係の存否を判断することができなくなった。

ている[33]。いわば、「訴訟法の留保」である[34]。したがって、法規命令の無効確認[35]・適用範囲の確認[36]、行政規則の無効確認[37]・違法確認[38]、行政計画の無効確認[39]、事実行為の確認[40]、行政契約の一部無効確認[41]については、その訴えの許容性は認められていないのである。

行政裁判所が確認の対象を法律関係に限定する理由として、ひとつは、具体的法律関係を対象としないと、行政作用の違法性または効力の直接確認は抽象的法律問題と変わらないということにある[42]。いまひとつは、権力分立の原則により、行政立法の効力を直接確認することは、行政裁判所の裁判権の範囲に入らないということにある[43]。すなわち、行政立法の違法性または効力を直接確認する訴えは、抽象的規範統制訴訟と解されるため、その許容性が否定されることとなった。

理論的には、あらゆる行政作用を法律関係に還元することができ

33）最高行政法院 95 年裁字第 1652 号裁定（2006 年 7 月 31 日）、最高行政法院 99 年裁字第 3542 号裁定（2010 年月日）、最高行政法院 100 年裁字第 2345 号裁定（2011 年 9 月 22 日）。

34）確認の対象を法律の留保事項と解するものとして、最高行政法院 98 年判字第 346 号判決（2009 年 4 月 2 日）。本件において、裁判所は、民事訴訟法 247 条に定められた法律関係の基礎となる事実の存否確認または証書の真否確認の訴えが行政訴訟法において準用できない旨を判示した。

35）最高行政法院 93 年裁字第 1201 号裁定（2004 年 9 月 23 日）、最高行政法院 99 年裁字第 3542 号裁定（2010 年 12 月 23 日）。

36）最高行政法院 94 年裁字第 124 号裁定（2005 年 1 月 27 日）。

37）最高行政法院 92 年裁字第 609 号裁定（2003 年 5 月 15 日）、最高行政法院 94 年判字第 1373 号判決（2005 年 9 月 8 日）、最高行政法院 95 年裁字第 1893 号裁定（2006 年 8 月 24 日）、最高行政法院 95 年判字第 1014 号判決（2006 年 7 月 6 日）、最高行政法院 101 年裁字第 1855 号裁定（2012 年 9 月 13 日、争点は法律の解釈問題であるが、実際に争われたのは解釈基準である）、最高行政法院 102 年裁字第 382 号裁定（2013 年 3 月 28 日）。

38）最高行政法院 100 年判字第 1239 号判決（2011 年 7 月 21 日）。

39）最高行政法院 100 年判字第 1959 号判決（2011 年 8 月 11 日）。

40）最高行政法院 94 年裁字第 381 号裁定（2005 年 3 月 10 日）、最高行政法院 94 年裁字第 1214 号裁定（2005 年 6 月 23 日）、最高行政法院 100 年判字第 173 号判決（2011 年 2 月 17 日）、最高行政法院 102 年裁字第 841 号裁定（2013 年 6 月 20 日）。

41）最高行政法院 98 年判字第 346 号判決（2009 年 4 月 2 日）。

42）最高行政法院 93 年判字第 1063 号判決（2004 年 8 月 19 日）、最高行政法院 102 年裁字第 382 号裁定（2013 年 3 月 28 日）。

43）最高行政法院 96 年裁字第 3392 号裁定（2007 年 12 月 6 日）。また、原審である台北高等行政法院 96 年全字第 146 号裁定（2007 年 10 月 8 日）は、ドイツ行政裁判所法が定めた規範統制（Normen Kontrolle）という訴訟類型が台湾法において採用されていないことから、行政立法を公法上の具体的法律關係に引き直して解することはできないと指摘した。

る[44]。抽象的法律問題または抽象的規範統制であるか否かという問題は、原告の訴えの請求だけで判断されるべきではない。しかし、行政裁判所は、原告の主張を形式的に判断するにとどまり、原告の具体的な利益状況を衡量した上で、釈明権の行使により原告の権利保護の必要性を適切に汲み取ることは行っていない。殊に行政裁判所は、行為形式の性質ないし法効果を判断してそこから抽象的観念的に演繹して、行政行為の枠内に入るか否か公法上の争訟性を判断する嫌いがある。その結果、行政行為の枠内に入らなければ救済が与えられないことになっている。以下では、その具体例の一つを検討する。

二　事例検討

1　事例 3-1：薬品のネット販売禁止事件

薬事法は、薬品のネット販売を明文で禁じていないが、薬品の広告を許可制によって一般的に規制している（法 66 条）[45]。X（原告、上告人）は、薬品のカタログを自社のホームページに載せてインターネットによる通信販売をしていた。ところが、薬品の対面販売の政策を採っている Y（衛生署、被告、被上告人）は、2007 年に X のネット販売を営業許可外の営業活動と認定して X に対して過料を科した。X は過料処分に対して取消訴訟を起こして勝訴した。行政裁判所は、薬品のネット販売が法律により禁じられている営業活動ではないと判示した[46]。

2008 年に、Y は行政規則である「薬品ネット広告処理規程」（以下は「本件規則」という）を改正した。Y は、本件規則を通じて、ホームページに載せた薬品のカタログを広告と解した上で、広告規制を通じてネット販売の実質的禁止を狙った。本件規則によると、広告の許可申請について、申請者は薬品ごとに 1 件につき 3000 台湾元の手数料を支払わなくてならない。しかも許可は毎年更新されなくてはならない。X が販売する薬品数が 300 件であれば、毎年 90 万台湾元がかかることになる。また、

44）李建良「環評法所稱『目的事業主管機關』的意涵與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）19 頁。

45）日本の薬事法 66 条から 68 条は、誇示広告等、特定疾病用の医薬品の広告、承認前の医薬品等の広告を規制しているが、台湾の薬事法はすべての広告を許可制で規制している。また、司法院大法官第 414 号解釈（1996 年 11 月 8 日）は、薬事広告の一般的な規制について、その合憲性を認めている。

46）台北高等行政法院 97 年訴字第 418 号判決（2008 年 9 月 30 日）。

広告の許可なしにそのまま販売すれば、3 万以上、15 万以下の台湾元の過料に処せられる（法 92 条）。薬品ごと過料を処せられれば、最高 4500 万台湾元の過料に処せられることになる。

X は、Y に対して本件規則が過料賦課決定という行政行為の根拠法令ではないことの確認訴訟を提起した。原審である台北高等行政裁判所は、X の主張を本件規則の無効確認訴訟と解した上で、行政規則が行政行為でもなくそれに基づく法律関係でもないため確認の対象とならないという理由で、却下した[47]。そして、最高行政裁判所も原審判決を維持した[48]。

2　検討

本件事例において、最高行政裁判所は、X の主張を行政規則の無効確認訴訟と解した上で却下した。その理由としては、確認訴訟の対象は法律関係に限定されており、実際に行政規則の性質から行政規則の違法性を直接争点とする訴訟の争訟性は一般的に否定されていることを挙げている。けれども、次に分析するように、本件事例では訴えの利益を認めることが可能であると考える。

まず、本件事例の争点は、Y が薬品の対面販売の政策を遂行する際に、X がその政策に対抗するためのネット販売の権利を有するかどうかということである。薬品販売は、憲法 15 条に基づく営業の自由が保護する営業活動であるが[49]、一般販売業については許可制により規制されている。営業許可を取得した X は、法律の制限がなければ、販売方法を問わず営業活動をする法的地位を有する。本件事例では、ネット販売を規制する法的根拠が存しない限り、X は当然に薬品をネットで販売することができるのである。ところが、Y は対面販売の政策を遂行するために種々の規制手法を行っていることから、X のネット販売をする法的地位が極めて不安定な状況にある。ここで、問題となるのは、薬品広告の定義を拡大解釈して高額の手数料および行政上の秩序罰を通じて、ネット販売を実質的に禁止した本件規則の違法性である。すなわち、本件規則

47）台北高等行政法院 100 年訴字第 1499 号裁定（2011 年 11 月 3 日）。
48）最高行政法院 101 年裁字第 240 号裁定（2012 年 2 月 9 日）。
49）営業の自由は明文に定められていないが、憲法 15 条に定める財産権および職業選択の自由から導かれたものである。この点について、司法院大法官釈字第 414 号（1996 年 11 月 8 日）および第 514 号解釈（2000 年 10 月 13 日）参照。

が実際に法的根拠なくネット販売を一律に禁止する点において、法律の留保の原則に反しており、広告規制をネット販売規制に転用する点においても行政権の権限濫用の問題がある[50]。

次に、ネット販売をするためにホームページに載せた薬品のカタログを広告と解することができるかどうかについて、X と Y との間で意見の対立がある。薬品のカタログは広告と解されないと主張したXは、ネット販売をする法的地位を維持するために、確かに、広告規制に違反して科された行政上の秩序罰に対する取消訴訟において、行政規則の違法性を争うことができるが、取消訴訟で争うためには、高額の過料が科される危険を冒さなくてはならない。一方、X は、広告許可を申請しても、許可処分が想定されるため、これに対して取消訴訟を提起する訴えの利益が認められず、行政規則の違法性を間接的に攻撃する機会はない。したがって、X は、ネット販売を続けるためには、本件規則を直接争う必要があるだろう。

最後に、争う方法について、まず、X が主張した「本件規則が行政行為（過料賦課決定）の根拠法令ではないことの確認」は、本件規則の定義に基づいて広告規制違反行為に対する行政上の秩序罰を防ぐ予防的不作為給付訴訟と解することができる。もっとも、現段階では、Y が行政上の秩序罰を科すかどうかに関連して、事実を調査する手続すら行われておらず、行政上の秩序罰に関する紛争が顕在化していないことから、この訴えは通説判例に照らすと認められないだろう。予防的不作為給付訴訟を用いないとすると、本件規則の違法性を争う機会は確保できない。したがって、本件規則の違法性を直接争点として訴えるために、X の主張を、本件規則の定義により広告許可を受ける義務について、その不存在確認訴訟を提起するものと解した方が、紛争の直接かつ抜本的な解決に資するだろう。

このように確認訴訟が本件事例においては適切な訴訟類型だろう。しかし、行政裁判所は、訴えの許容性を確認の対象の適格性だけで判断し、法律が定めた訴訟対象でなければ審査しない姿勢を示しており、これは、訴訟対象の列記主義へ逆行するものである。とはいえ、仮に法律関係に

50）権限濫用の禁止という原則について、陳敏・前掲注（1）95 頁。

還元しても、行政裁判所は確認訴訟の適法性を容易に認めることはないだろう。というのは、次の分析が示すように、行為形式に拘る思考様式により公法上の争訟が限定されているからである。

第二款　行為形式に拘る思考様式

確認の対象となる法律関係については、最高行政裁判所は基本的に行為形式の性質ないし法効果に即して判断する傾向にある。すなわち、例えば、法規命令、行政規則あるいは行政行為に該当しない行政計画に関しては、抽象的法規範として具体的法律関係が発生しないため、法律関係に引き直してもそれらの違法性、効力あるいは適用範囲を争うことができない。また、行政の回答文書や意思通知については、法的効果が生じないために、具体的法律関係が認められないのである。総じて言えば、最高行政裁判所は具体的法律関係について、これを行政行為の具体的法効果と同じものとして解している。以下では、三つの裁判例を分析することにより、こうした問題点を明らかにする。

一　行政立法の適用範囲

法律または行政立法の適用範囲をめぐる紛争は、行政機関と私人との法解釈に関する見解が一致しない場合に生じる。行政機関の法解釈は解釈通知または意思通知のいずれかの形式を用いて行われており、この点で、通知の撤廃を求める給付訴訟より、法律または行政立法に基づく義務の存否確認訴訟の方が直接的な救済方法といえる[51]。しかし、行政裁判所はこの種の確認訴訟の運用には消極的である。

1　事例 3-2：レントゲン写真の現像液の規制事件

薬事法（以下「法」という）13 条 1 項は、規制対象である医療器材について、人の疾病の診断、治療、緩和若しくは予防に使用されること、又は人の身体の構造若しくは機能に影響を与える機器、器械若しくは用具並びにその附属品、配属品若しくは部品と定義している。医療器材であれば、その製造を業とする者は地方自治体の医療器材製造業許可を受けなければならない（法 27 条）。そして、医療器材の品目ごとにその製

51）陳敏・前掲注（1）1386 頁。ただし、ドイツの事例を引き合いに出される。

造についての衛生署の許可も受けなければならない（法 40 条 1 項）。いずれかの許可を受けず医療器材を製造した者は 3 年以下の懲役または 5 万台湾元以下の罰金に処すると定められている（法 84 条）。

ところで、法 13 条 2 項は、医療器材の範囲、種類、管理その他必要な事項を衛生署に委任している。そこで、衛生署は法規命令である医療器材管理規則（以下「本件命令」という）を定めた。本件命令 3 条 1 項 16 号および別表一の P1840 番はレントゲン写真用フィルムを放射線医学の医療器材と定めているが、レントゲン写真の定着液および現像液については明示的には定めていない。

X（原告、上告人）は、製造したレントゲン写真の現像液が医療分野にも使われているが、医療器材そのものではないと考えていた。ところが、2005 年 10 月および 2006 年 3 月に、Y（衛生署、被告、被上告人）はレントゲン写真の現像液および定着液を医療器材と解して訴外の会社の製造申請を許可したために、X は引き続きレントゲン写真の現像液を製造すると法に違反するおそれがあると考えていた。そこで、X はこの問題を Y に問い合わせた。Y は薬事法 13 条 1 項を引用して、「レントゲン写真の現像液はレントゲン写真を診断用のものにするための付属品であれば、医療器材として管理されることになる。したがって、その場合には法 40 条 1 項の許可を受けなければならない」という趣旨の通知を X に発した。X は、Y の通知が本件命令に定めのないものについて医療器材の品目を個別的に追加したものだと主張し、Y の通知を行政行為と解して取消請求を、予備的に通知の処分性がない場合として、レントゲン写真の現像液については薬事法 40 条 1 項の法律関係が存在しないこと（不存在）の確認を求めて提訴した。

台北高等行政裁判所は、取消請求については通知の処分性を認めず、また、予備的な確認請求についても本件命令の効力が確認の対象にならないとして、それぞれ却下した[52]。X は上告した。最高行政裁判所は次のように判示し、棄却した[53]。

> 法 40 条 1 項に定められた「行政法上の義務は、個別事案の具体的事実または製品が法にいう医療器材に該当することを前提として発生するもので

52）台北高等行政法院 96 年訴字第 3146 号判決（2008 年 6 月 26 日）。
53）最高行政法院 99 年判字第 621 号判決（2010 年 6 月 17 日）。

ある。医療器材に関する法律要件に該当しなければ、その製造をしようとする者の行政法上の義務（すなわち私人と国家との公法上の法律関係）は発生しない。」ところで、「Yは、Xの製品が法に定めた医療器材に該当するかどうかについていまだ判断していない。Xには、法40条1項に定められた行政法上の義務が発生することはなく、法的地位に不安が現に存在することもなく、またまもなく生じることもなく、確認判決を求めなければ不利益を被ることになるというべきではない。したがって、Xには確認判決を即時にうる法律上の利益がない。」

2　検討

本件について、まず学者の意見を取り上げてその問題点を明らかにしよう。

盛子龍は、本件通知を行政行為と解して取消訴訟の出訴を認めるべきと主張している。すなわち、本件命令がレントゲン写真の現像液を医療器材と定めていないにもかかわらず、Yの通知は、個別事案において現像液を医療器材と指定した上で、Xの薬事法上の義務を拘束的に判断した確認的行政行為であり、Xの営業の自由や財産権を現実的かつ具体的に侵害するものである。したがって、実効的な権利救済を図るためには、本件通知を行政行為と解されなければならない[54]。

一方、多様な訴訟類型の役割分担を意識した林三欽は、通知の処分性を否定して、法律関係の不存在確認訴訟を許すべきだと述べている。なぜなら、Yの通知は、法および本件命令に定めた規制対象の範囲を一般的抽象的な法解釈によって拡張したものであり、Xの製品に対して具体的に判断した行政行為ではないからである。しかしながら、Xが求めていることは、法および本件命令に則って、薬事法の規制を受けず医療分野にも使われる現像液を引き続き製造することができるということである。Yの違法な解釈により、Xは引き続き製造すれば、許可を受けない限り、薬事法上の刑罰に問われて、または医療分野において政府調達の競争入札参加資格を失うこともある。したがって、Xの権利侵害を防ぐために、予防的な確認訴訟が認められるべきであると主張した[55]。

54）盛子龍「専業法律意見書」本件原審判決附件の4。これは原告の依頼を受けて書かれた法律意見書であろう。
55）林三欽・前掲注（28）223-224頁。

両教授は、Y の通知がどの行為形式に当たるかについて意見を異にしたが、同じ争点を指摘している。それは、Y が医療器材の規制対象を法規命令で定める権限を有するにもかかわらず、個別の法解釈により規制対象の範囲を拡張したという問題である。そして、Y の法解釈は、許可権限および刑罰を通じて事実上法規命令と同様に機能し、現実に X の生産販売に大きな影響を与えている。X は、Y の通知において示された法解釈に従って許可を申請するか、それとも申請せず後続の刑罰や不利益のリスクを受忍するか、というジレンマに陥ることになる。したがって、本件の争点は、法規命令の適用範囲について、レントゲン写真現像液が法規命令に定めた医療器材に当たると解した Y の法解釈の違法性である。

こうした紛争の実態があるとはいえ、本件通知は、法令適用の事前確認に対する回答通知に過ぎず、それにより法的義務は発生しない。また、救済のために行政行為の概念を拡張する手法は今日支持されていない。したがって、最高行政裁判所と林三欽は、本件の場合、通知の処分性を否定して、義務不存在確認訴訟を適切な訴訟類型と判断している。すなわち、法規命令の適用範囲という争点を法律関係に引き直せば、X がレントゲン写真現像液の生産販売についての薬事法上の許可を申請する義務を負うかどうかということになる。

しかし、最高行政裁判所は、薬事法上の義務が許可申請の時点で発生すると解しており、この点で、X の主張を充分に理解したといいがたい。X が求めるのは、許可なしに生産販売できる法的地位の確認であり、許可によって形成される義務ではない。すなわち、X があえて許可を申請して、許可処分が出ても、もはや X の本来の主張に反した結果となり、許可処分を対象とする取消訴訟も訴えの利益がないために却下を免れない。本件判決によると、X は実際に Y の法解釈を直接争うことができないのである。なお、X は、刑罰に処される刑事訴訟、または政府調達の入札拒否処分に対する取消訴訟において、Y の法解釈を間接的に争うことが可能である。けれども、これらの場合、刑罰または経済上の不利益を冒さなくてはならず、訴訟の相手も Y ではない。したがって、林三欽が指摘したように、X の法的地位は憲法 15 条に基づく営業の自由により保障されている以上、営業の自由に生じた不安を除去するために、

X が提起した薬事法上の義務不存在確認訴訟は直接かつ抜本的な救済方法なのである。

ところが、最高行政裁判所は、薬事法上の義務が許可申請の時点で発生すると解しており、これは、行政行為がなければ具体的法律関係が存しないという立場をとっている。この問題は、次の行政計画に関する事例においても同様である。

二　行政計画

行政行為に該当しない行政計画の争い方については、これまで本格的に検討されてこなかった。したがって、行政計画の違法性は、通常、後続の行政行為に対する取消訴訟において争われるが、確認訴訟により争われる可能性もある。ここでは都市計画法の用途地域の指定をどのような方法で争うかについて検討する。

都市計画法 26 条および 27 条により、用途地域の変更決定は、個別の変更決定と全面的な変更決定とに分けられる。個別の変更決定（以下は「個別決定」という）とは、特別の事情に応じて特定の地域の用途を個別的に検討した上で、特定地域の用途変更を決定するものである。全面的な変更決定（以下は「全面決定」という）とは、5 年毎に自治体内の全地域の用途を見直した上で、全地域の用途計画（変更も変更なしもある）を一括して決定するものである。

個別決定および全面決定を争う方法について、旧行訴法時代において司法院大法官釈字第 156 号解釈（1979 年 3 月 16 日）は、具体的法効果の有無によって区別すべきと判示した[56]。この解釈によると、個別決定は、特定の地域に住んでいる私人に対して、権利利益を具体的に制限する一般処分であり、それに対して取消訴訟を提起することができる。全面決定は、具体的法効果を有しないために行政行為ではなく、それを取消訴訟により争うことができないとされた[57]。しかし、取消訴訟単一主義を廃した新行訴法の下では、この全面決定を確認訴訟で争う可能性が

56）なお、本解釈は「直接性」の言葉を用いて「具体的法効果」を判断した。この問題について、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）146 頁以下。

57）裁判例として、行政法院 82 年判字第 2260 号判決（1993 年 10 月 7 日）。ただし、行政法院 82 年判字第 190 号判決（1993 年 1 月 30 日）は処分性を認めた。

公法上の争訟に照らして検討されるべきである[58]。全面決定の争訟性については、以下の事例において争点となった。

1　事例 3-3：河川区域に関する法律関係不存在確認訴訟[59]

Y（高雄県、被告）は 1979 年に都市計画の第 1 回全面決定において、X（原告）の土地の用途地域を河川区域と決定したが、水利局が指定する河川区域に合わせて調整すべきという但し書きを付け加えた。1987 年に水利局が公表した「河川整備計画区域線」によると、本件土地が河川区域ではないことが明らかになった。ところが、Y は、1989 年に都市計画の第 2 回全面決定において、X の土地を含む河川区域決定を維持して、X をはじめとする河川区域内の住民が建築制限に関する法律上の義務を負うべき旨を明記した。そこで、X は、第 1 回および第 2 回の全面決定を違法無効として、X の所有地には河川区域に関する法律関係が存在しないことの確認を求めて提訴した。

原審である高雄高等行政裁判所は、司法院大法官釈字第 156 号解釈の判断基準を用いて、X の訴えを却下した[60]。そこで、X は上告した。最高行政裁判所は、同じ判断基準を用いて次のように判示した。

> 第 1 回および第 2 回の「全面決定は、X の土地を河川区域に変更したものであるが、それは行政機関が国民に対して行った一般的な規制として、法規命令に近い抽象的法規範であり、具体的法律関係ではない。また、……水利法 78 条など関連法令が河川区域に対して設ける制限も、具体的法律関係ではない。そこで、都市計画および水利法が定めた土地利用規制は、国家と国民との間に法律によって一般的な関係を設けているが、これを具体化するためには必要なものがなければ、法律関係は成立しない。……X は、他の具体的な請求事件において、本件全面決定による土地利用規制に基づいてその請求を Y によって拒否されており、このように X の権利を具体的に侵害する行政行為がなされた時に、救済を求めることが始めて可能となる。したがって、本件都市計画の全面決定は、不特定の者に対する抽象的

58）改正法以前に、林明鏘は、私人の権利利益が違法な全面決定により侵害された場合に、救済の必要性があると指摘した。ただ、取消訴訟単一主義の下で、救済が困難であるとも指摘している（「都市計画法与現代法治国家」（初出 1998 年）『国土計画法学研究』（元照、2006 年）50-51 頁）。

59）この事例は日本の盛岡用途地域指定事件判決（最判昭和 57 年 4 月 22 日民集 36 巻 4 号 705 頁）に相当するものであろう。

60）高雄高等行政法院 92 年訴字第 866 号判決（2005 年 1 月 12 日）。

法規範であり、救済を与える争訟性を有しないと言わなければならない。したがって、X が求める法律関係不存在の確認の訴えは不適法である。」[61]

2　検討

水利法（日本の河川法に相当するもの）によると、河川区域は、行政行為に当たらない河川整備計画または指定という行政決定によって画定される[62]。都市計画法の計画決定によって画定される河川区域は、基本的に水利法によって画定されたものと一致している[63]。河川区域内の土地所有者は、都市計画法 41 条が定める建物の新築・改築の禁止だけでなく、使用収益に関しても水利法上の禁止や権利制限を負うことになる。この法律上の義務を担保する監督処分として、行政強制および行政上の秩序罰が設けられている。したがって、河川区域の画定を争うには、違反行為に対する行政強制の措定が行われた段階、または行政上の秩序罰の賦課が行われた段階で、取消訴訟を提起するのが一般的である[64]。

本件では、水利法および都市計画法上の河川区域に関する法律関係不存在確認訴訟を通じて、都市計画の全面決定の違法性が直接攻撃されている点で注目に値する。しかし、最高行政裁判所は、具体的法律関係は必ず行政行為によって発生すると考えている。すなわち、法規命令や行政計画など抽象的法規範の違法性は、法律関係を具体化する行政行為を通じて争われるべきであるという解釈をとっている。この結果、法規命令や行政計画を法律関係確認訴訟で争うことは、具体的法律関係が存在しないために、一般的に否定されるのである。そして、具体的法律関係が一般的に否定された以上、確認の利益を判断する必要もないこととなる。

最高行政裁判所は、上記判断の理論的根拠を釈字 156 号解釈に求めている。この解釈は、旧行訴法の時代に全面決定の処分性を否定したが、新行訴法においてもこの全面決定の争訟性を否定する根拠とはならないだろう。そもそも最高行政裁判所は、基本的に行政行為に該当しない行

61）最高行政法院 95 年判字第 2147 号判決（2006 年 12 月 21 日）。
62）河川管理規則 6 条。
63）司法院大法官釈字 326 号解釈（1993 年 10 月 8 日）、河川管理規則第 7 条参照。
64）例えば、最高行政法院 89 年判字第 2700 号判決（2000 年 9 月 14 日）、最高行政法院 95 年判字第 2063 号判決（2006 年 12 月 14 日）。

政計画を「抽象的な政策宣言」[65] と解する傾向にあるため、全面決定の争訟性を新行訴法において見直すという問題意識を持っていない[66]。確かに都市計画に関する法律の規律密度が極めて低いという問題は、つとに指摘されているところである[67]。行政機関は、都市計画において最終的には法律関係を行政行為により明確化すべき問題を多く抱えている。しかしながら、行政行為と抽象的な政策宣言との間には、果たして救済すべき中間領域はないのだろうか。本件において、河川地域内の土地には、Y の全面決定により都市計画法および水利法上の義務が直接に課されている。X は、土地所有権を行使する際に、現実に各種の法的制限を受けて土地の経済価値の低下などの不利益を被ることになる。そこでは、土地所有権に基づく法的地位に不安が生じている。特に河川区域については、Y と水利局が決めた範囲が異なるために、X の法的地位は一層不明確な状況にある。このような不安を即時に除去すべきかどうかは、行政裁判所が憲法上の基本権に即して具体的な利益衡量を行うべき法領域ではないかと思われる。

ところが、最高行政裁判所は、X の利益状況を無視した形式論を用いて全面決定の争訟性を否定した。そして、全面決定の違法性は、法律違反行為に対する行政強制の措定や秩序罰の賦課、または建築許可の申請に対する拒否処分を争う際に、主張すればよいと判示した。このように、行政行為でなければ争えないという伝統的な判断枠組みを前提にしているため、行政行為に該当しない行政計画を確認訴訟で争うことはできないのである。

三　意思通知

行政機関の意思通知は、法効果を持たない精神的な事実行為であるが、私人の法的地位に不安を発生させることがある。ところが、以下の事例からみるように、行政裁判所は、伝統的な判断枠組みから脱却せず、依

65）最高行政法院 98 年判字第 512 号判決（2009 年 5 月 14 日、「都市計画における公共施設の保留地に関する取得および財務計画」に基づく収用関係存在確認訴訟）。

66）近年の事例においても、同様の判断基準が適用されている（最高行政法院 98 年判字第 132 号判決（2009 年 2 月 19 日）。

67）林明鏘「従大法官解釈論都市計画之基本問題」（初出 1998 年）『国土計画法学研究』（元照、2006 年）91-92 頁。

然として行政行為の具体的法効果に依拠して救済の必要性の有無を判断する傾向にある。

1　事例 3-4：支払催告通知書に対する債務不存在確認事件

原告である X は 1993 年から 1997 年までの自動車の燃料使用費[68] を支払わなかった。2004 年に被告である Y（高雄市）は X に対して支払催告通知を出した。X は、公法上の請求権に関する消滅時効期間である 5 年間を経過したことを理由として、燃料使用費に関する債務不存在を主張して支払いを拒否した。そこで、Y は、X が催告期間内に支払っていなかったことから、2005 年に公路法 75 条によって 3000 台湾元の過料を科した。X は、過料処分に対して取消訴訟を、支払催告通知に対して債務不存在確認訴訟をそれぞれ提起した。

原審である高雄高等行政裁判所は、支払催告通知を行政行為と解して、債務不存在確認請求が確認訴訟の取消訴訟に対する補充性原則に反すると判示して、訴えを却下した[69]。X は上告した。

最高行政裁判所は、確定された燃料使用費を納付していない者に対して、その支払いを催告するための通知が行政行為に該当しないと判示した。債務不存在確認訴訟の適法性について、催告通知を意思通知と解した上で、上告を次の理由で却下した。

> 「行政行為に該当しない『意思通知』は、直接かつ対外的に法効果を発生させることができないだけでなく、公法上の法律関係を創設、変更あるいは消滅させることもできない。そのため、通知に対して取消訴訟または確認訴訟を提起する必要がない」[70]。

2　検討

意思通知は、行政行為に該当せず具体的法律関係を生じさせないことから、旧行訴法において取消訴訟で救済できなかったものである。けれども、新行訴法においては、確認訴訟で救済できるはずである。また、一般的に、消滅時効の成立に関する債務不存在確認訴訟は、行政訴訟か

68）自動車の燃料使用費は、日本の揮発油税に近いものであるが、台湾法において燃料使用費は租税ではなく、道路特定財源を確保するための特別公課である（公路法 27 条参照）。この点について、司法院大法官釈字第 426 号（1997 年 5 月 9 日）、515 号（2000 年 10 月 26 日）、593 号（2005 年 4 月 8 日）解釈参照。
69）高雄高等行政法院 94 年簡字第 432 号裁定（2006 年 3 月 31 日）。
70）最高行政法院 96 年裁字第 1207 号裁定（2007 年 6 月 8 日）。

民事訴訟かを問わず訴えの適法性が認められる[71]。とりわけ本件において、Y の意思通知は、X の債務不存在の主張を否認するだけでなく、未払い行為に対する行政上の秩序罰の権限行使を予告するものでもある。そこで、債務不存在確認判決は、X の法的地位を直接かつ抜本的に安定化することができる。

しかし、本件判決には、公法上の法律関係が行政行為（納付金額の確定行為）により形成された以上、その法律関係の変更または消滅も当然に行政行為によるべきという発想が潜んでいる。そのため、最高行政裁判所は、依然として行政行為の法効果を基準として争訟性を決めており、確認訴訟の適用範囲を大幅に制限している。後に最高行政裁判所は催告通知に対する債務不存在確認訴訟の許容性を認めるようになったが[72]、旧行訴法の判断枠組みから完全に脱却したとはいいがたい[73]。そのため、新行訴法の判断枠組みの下でも、意思通知の違法性を確認訴訟により争うことは、依然として困難である[74]。

四　公用地役権の存否確認訴訟との対比

以上の事例をまとめると、最高行政裁判所は、国家と私人との具体的法律関係について、原則として行政法規により直接形成されていないことを理由に、行政行為の介在を必要と解している。その結果、行政行為

71）通常裁判所の判決として、最高法院 101 年台簡上字第 13 号（2012 年 6 月 27 日）がある。行政裁判所の判決として、最高行政法院 101 年判字第 448 号判決（2012 年 5 月 17 日）と最高行政法院 102 年判字第 201 号判決（2013 年 4 月 12 日）があり、いずれも行政契約に基づく請求権の時効消滅が争点となる事例である。

72）最高行政法院 100 年判字第 595 号判決（2011 年 4 月 28 日）。ただし、最高行政法院 100 年裁字第 2799 号裁定（2011 年 11 月 17 日）において、最高行政裁判所は実体法上の消滅時効と行政執行法上の執行時効と区別すべきと指摘した。すなわち、行政行為が確定した債務は消滅時効の対象ではないが、行政強制の執行時効の対象である。執行時効が成立すれば、確定した債務の内容を行政強制で実現することができないが、債務者が任意に履行した場合には、債権者は履行された給付を有効な履行として返還する義務を負わない。本件において、行政行為が確定した燃料費の債務が原告の支払いにより弁済されたことで、消滅時効を理由とする債務不存在確認訴訟は確認の利益がないから不適法として訴えの却下を免れない。この判決の趣旨によると、本文の事例では、行政強制または行政上の秩序罰を受ける義務不存在確認訴訟へ変更する必要があるように思われる。

73）例えば、最高行政法院 98 年判字第 40 号判決（2009 年 1 月 22 日）は、意思通知が具体的法効果を有しないことから、当然に国民の権利を侵害しないと判示した。

74）例えば、最高行政法院 102 年裁字第 510 号裁定（2013 年 4 月 18 日）。

以外の行為の違法性を直接争点とする法律関係確認訴訟は、ほとんど具体的法律関係が存在しないために、却下されている。この思考様式は、実際に旧行訴法における行政行為がなければ公法上の争訟が存在しないという図式にほかならない。また、この思考様式は市民訴訟（citizen suit）として設けられた環境公益訴訟においても強固に維持されている[75]。

一方、行政機関の意思通知を紛争の原因とする公用地役権の存否確認訴訟においては、最高行政裁判所が旧行訴法の思考様式を踏襲せず確認訴訟の適法性を認めている。公用地役権は、行政行為の介在を必要とせず[76]、慣習法上の時効取得により直接形成される法律関係である[77]。したがって、最高行政裁判所は、行政機関が公用地役権の存在を主張する通知を意思通知と解して、確認の利益も検討せず公用地役権の存否確認訴訟を簡単に認めている[78]。

なぜ最高行政裁判所は、この事例において行政行為の介在を必要としないのだろうか。その理由のひとつは、改正法以前に、公用地役権の存在を主張した通知を確認行為と解していた経緯があることである。現在、通知を行政行為と解する必要はないが、この通知に帰因する紛争には公用地役権の存否をめぐる争訟性を有するという結論は変わっていない。

75）環境影響評価法 23 条が定めた環境公益訴訟について、最高行政法院 100 年判字第 2263 号判決（2011 年 12 月 29 日）と最高行政法院 102 年判字第 165 号判決（2013 年 3 月 29 日）は、行政行為がなければ具体的法律関係が存在しないことから、環境公益訴訟における確認訴訟の適用を一般的に否定している。この問題について、李建良·前掲注（44）22 頁参照。なお、葉俊栄（徐行訳）「環境アセスメントにおける市民訴訟の運用――台湾における実践と検討」新世代法政策学研究 6 号（2010 年）29 頁以下は、「市民訴訟における訴訟要件の審査の厳格化が市民訴訟の制度趣旨を後退させることになる」という問題を指摘している。

76）ただし、行政行為を必要とする反対意見もある。例えば、張桐鋭「既成道路認定之法律救済問題」行政管制与行政争訟学術研討会系列之二（中央研究院法律所、2008 年）26 頁。なお、通知を確認的行政行為と解する可能性について、呉庚・前掲注（1）182 頁注 52a、李建良「行政訴訟実務十年掠影（2000 年―2010 年）」月旦法学雑誌 182 号（2010 年）44 頁。

77）司法院大法官釈字 400 号解釈（1996 年 4 月 12 日）。なお、本解釈に関する分析として、蔡宗珍「既成道路之徴収補償問題」林明鏘・葛克昌編『行政法実務与理論（一）』（元照、2003 年）174 頁以下参照。

78）最高行政法院 95 年判字第 365 号判決（2006 年 3 月 23 日）、最高行政法院 97 年判字第 1082 号判決（2008 年 12 月 4 日）、最高行政法院 98 年判字第 1138 号判決（2009 年 9 月 24 日）。多数説は判決を支持している（陳計男・前掲注（1）188 頁、陳敏・前掲注（1）1387 頁、林騰鷂・前掲注（1）139 頁）。

いまひとつは、物権の存否確認訴訟が通常裁判所で一般的に認められることである。そこで、物権の存否をめぐる紛争があれば、行政法規および行政行為との関係を問題にせずに争訟性が認められやすいのだろう。

しかし、公用地役権が存する土地は、公路法、道路交通管理処罰法、都市計画法により法律上の道路として使用収益が制限されているにとどまらず、土地法により収用の対象にもなる。そして、これらの行政法規には、法規制の実効性を担保する監督処分が設けられている。したがって、土地所有者が提起する公用地役権の不存在確認訴訟は、法律上の道路に該当しないことを理由として、関連行政法規による義務不存在確認訴訟に置き換えることが可能であり、将来何らかの不利益処分を防ぐこともできる。勿論、複数の法律関係をめぐる紛争は、公用地役権の不存在確認訴訟による方がより抜本的に解決される。ただし、こうした民事法的な紛争を装うものにおいても、行政法規の義務が発生しうる点に留意すべきである。公用地役権の不存在確認訴訟は、行政機関の通知において示された法判断がいかに土地所有者の財産権等の法的地位に影響を及ぼすかという視点から、確認の利益を検討することが可能である。

このように公用地役権の不存在確認訴訟は、実質的に関連行政法規による義務不存在確認訴訟にほぼ等しいと考えられる。この事例と前述した事例とを対比すると、最高行政裁判所の解釈が有する問題をさらに二点明らかにすることができる。一点目は、法律関係の具体性が実体法のレベルで一義的に判断されることである。すなわち、行政行為であれ慣習法であれ、いずれも実体法上具体化された法律関係だけが行政裁判所の審理対象となる。行政裁判所は、自ら法律関係の背後にある私人の権利利益が影響されるか否かという問題を前面に押し出して、救済すべきか否かを、訴えの利益の次元では判断しないのである。二点目は、行政法規の違法性や適用を直接争点とする訴訟において、基本的に行政行為の介在を必要と解していることである。他方で、民事法的な紛争を装うものについては、最高行政裁判所は行為形式に拘る思考様式によらず積極的に判断している。

第三款　予防的確認訴訟の否定

確認の対象および法律関係を行政行為の枠内において厳しく解する最

高行政裁判所は、さらに以下の事例において予防的確認訴訟の可能性を完全に否定した。

1　事例 3-5：農舎建築制限事件

2000 年 1 月 4 日に改正された「農業振興法（以下「法」という）」18 条 1 項は、法改正後に農業用地を取得した者が自家用農舎を持たない場合にそれを建てる必要があれば、農地所在地の直轄市（第一級の地方政府）または県（第二級の地方政府）に対して農舎建築許可を申請しなければならないと定めている。同法 18 条 6 項は、申請者の資格等に関する許可の拒否要件を内政部および農業委員会に委任しているが、農舎建築予定の農地の最小面積については、拒否要件として明確に委任していない。内政部および農業委員会は、法規命令に当たる「農業用地の農舎建築許可規則（以下「本件命令」という）」を共同で定めた。本件命令 3 条 1 項 3 号は、農舎建築予定の農地面積が 0.25 ヘクタールを超えるものでなくてはならないと定めている。

X（原告、抗告人）は、法改正後に取得した農地で農舎を建てる予定であるが、所有する農地が 0.25 ヘクタールを超えないことから、申請しても拒否されると思っていた。この状況を Y（農業委員会、被告）に問い合わせた。Y は、法および本件命令を適用した結果として、X が農舎を建てることができないと回答した。そこで、X は、本件命令に定めた 0.25 ヘクタールの要件が本件法律の委任を超えた無効のものであり、Y、内政部、県を共同被告として「本件命令 3 条 1 項 3 号を適用しないという法律関係の確認」を求めて出訴した。

原審である台北高等行政裁判所は、新行訴法 6 条 1 項に定めた法律関係確認訴訟の対象が行政法上の法律関係に限られる旨を強調して、X の請求を法規命令の無効確認と解して訴えを却下した[79]。X は最高行政裁判所に上告した。

最高行政裁判所は、X の請求を予防的訴訟と解したが、法律に定めた予防的不作為請求権がなければ、これを原則として認めない旨を判示した[80]。その理由は次の通りである。

「公法上の法律関係とは、抽象的法規範と特定の時空における具体的な事

79）台北高等行政法院 100 年訴字第 1080 号裁定（2011 年 12 月 22 日）。
80）最高行政法院 101 年裁字第 633 号裁定（2012 年 3 月 29 日）。

実とを結び付けて形成された具体的な権利義務関係である。法規範と事実との結合の有無を判断するための基準は、具体的な権利義務関係の内容を日常生活における営為および実践により客観的に把握できるかどうかである。」

「権利主体は、日常生活において特定の法規範により形成された法律関係に関わらず、単なる主観的な希望により、将来にその法律関係に従うまたは従わないために、その法律関係の存否について裁判所の判断を事前に求める場合には、基本的に予防的訴訟の領域に入ることになる。予防的訴訟は、性質上、確認訴訟により争えず（一般的には給付訴訟により争われる）、また法律が明文に認めない限り、原則としてこれを提起できない。」なぜなら、「司法資源の有限性に鑑みれば、司法を効率的に運用するために、訴訟は原則として現在に生じる争いに限られるべきであるからである。将来に生じうる争いについて、現に発生していないし、そして仮定の状況が変わると、争訟性がなくなることもある。司法審査を早めに発動すれば、司法資源は効率的に運用できないことになる。したがって、将来の争いについては、社会に重大な影響があるとか、事態が急迫するとか、という特殊状況がなければ、予防的訴訟を例外的にも認めるわけにはいかない」。

X は「農舎建築許可を申請していない基礎事実において、将来的に農舎を建てる際に、主管機関等が……公権力を行使し建築工事を阻止することがあるので、予め本件訴訟を提起した。この訴訟の本質は、予防的訴訟であった以上、確認訴訟で争えないだけではなく、実定法が特別に定めない限り、訴えの適法性を認めることができないのである」。

2　検討

台湾では、WTO の加盟をきっかけに、農業経営について小規模農家が分散する構造から、大規模生産者が経営する構造へと移行するために、農地の集約化という政策が進められている。そのため、農地法では、農地の細分化禁止の原則が定められた。本案の争点は、行政機関が農地の細分化禁止の原則を実現するために定めた本件命令が母法の委任の範囲を超えるものであるかどうかということである。

ところで、訴訟法の問題について、本判決は、具体的法律関係および予防的訴訟に関する訴訟類型の選択を明確に論じた点において、重要な先例である。ここでは判旨についての問題を三点指摘する。

第一に、判旨によると、確認の対象となるのは、原則として現在の法律関係である。すなわち、具体的事実関係において法規範の適用によって形成された法律関係である。本件事例では、最高行政裁判所は、「本件命令3条1項3号を適用しないという法律関係」について、いまだ法令が適用されていないことから、これを将来の法律関係と解した。

しかし、Xが求めるのは、農舎を建てるために、法規命令の違法即無効により、現に存する事実（土地の面積）が法律の許可要件（土地の面積制限が定められないこと）に該当するということである。この請求は、現在の法律関係の確認を通じて、将来の拒否処分をも予防することができるが、将来にある事実が発生すればある法律関係が形成されるという将来の法律関係の確認を求めるものではない[81]。したがって、最高行政裁判所が強調した現在の法律関係は、実際に行政行為により形成された具体的法律関係にほかならない。すなわち、建築許可の申請に対しては法律および本件命令が具体的に適用されることにより、現在の法律関係がはじめて形成される。法規範の適用については、行政行為（拒否処分または許可処分）がなければ、現在の法律関係が存しない。これはいままで検討した判決の意見と合致している[82]。

第二に、最高行政裁判所は、法規命令による義務不存在確認訴訟を実質的に否定したが、将来の拒否処分に対する予防的不作為給付訴訟の可能性を認めた。この点については、最高行政裁判所が抽象的法規範への直接審査を回避すると同時に、給付訴訟に対する確認訴訟の補充性原則を適用したと考えられる。すなわち、まず、最高行政裁判所がXの主張を拒否処分に対する予防的不作為訴訟と解して、法規命令の違法性を予防的不作為給付訴訟の前提問題として判断している。次に、予防的不作為給付訴訟が適用されうるために、補充性原則により確認訴訟の適用も完全に否定された。

しかし、本件においては、予防的不作為給付訴訟が否定されており、その結果、補充性原則の問題は生じていない。確認訴訟の適用は検討されるべきであったが、前記の判旨によると現在の法律関係は存しないことから、依然として却下を免れないと解されたのであった。

81）両者の区別について、林三欽・前掲注（1）23頁。
82）［事例3-1］、［事例3-3］参照。

第三に、予防的不作為給付訴訟の許容性については、法律がこれを定めないと、原則として認められない。最高行政裁判所が要求した法律の根拠は、訴訟法上の訴訟類型でなく、給付訴訟を提起するための請求権を定めるものである。この判旨は、近時の判決における請求権の制定法準拠主義と一致している[83]。一方、本件判決は、公法上の争訟を論じた裁判例からも影響を受けたと思える。そこで、本件判決は、「社会に重大な影響や急迫な事態」など極めて例外的な状況においてのみ、法律がなくても司法の利益衡量により予防的不作為給付訴訟が認められうると指摘している。とはいえ、いままで予防的不作為給付訴訟を認めた裁判例は皆無であるというのが現状である。

以上の三点から、本件判決は、確認の対象となる具体的法律関係の意義および予防的訴訟を抽象的演繹的に論じて、行政行為がなければ具体的法律関係が形成されないという旧行訴法の思考様式から脱却していない。そして、この思考様式により、権利に対する侵害が生じていない段階においても、権利についての不安を除去するという確認訴訟の紛争予防機能は、一般的に排斥されてしまっている。

確かに本件においては、X が争った農地の最小面積制限は、法規命令に定められた許可要件のひとつに過ぎないので、X が勝訴しても他の許可要件を満たすとは限らない。また、拒否処分に対する取消訴訟において本件命令の違法性を争うことが可能である。そこで、申請をする前に本件命令の違法性を直接争う必要性には、なお議論の余地があるだろう[84]。しかし、これは、訴えの利益のレベルで衡量されるべき問題であり、X の具体的な利益状況に即して現時点の不安を即時に除去すべきかどう

83）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）。なお、義務付け訴訟を提起するための請求権についても、行政裁判所は制定法準拠主義によって厳格に判断している（蔡秀卿「台湾行政訴訟法上の義務付け訴訟（上）（下）」行財政研究 55 号（2004 年）41 頁以下、56 号（2004 年）31 頁以下参照）。請求権の制定法準拠主義に対する批判として、廖義男「課予義務訴訟中所謂『「依法申請』之意涵」司法院編『行政訴訟二級二審実施十週年回顧論文集』（司法院、2011 年）6 頁以下。

84）同旨、本件判決の評釈として、林昱梅「食品安全、風険管理与確認訴訟之合法性――徳国禁止狂牛症風険飼料進口案判決評析」月旦法學雜誌第 224 期（2014 年）204 頁以下。ただし、この評釈は具体的法律関係があるかどうかについて詳しく検討しているが、X の財産権の制限及び確認の利益についてあまり注意を払っていない。

かを判断すべきである。決して一般論として予防的確認訴訟を完全に否定する理屈にはならないであろう。

第四款　小括

以上の通り、最高行政裁判所は確認訴訟の運用に対して消極的な態度をとっている。その原因としては、最高行政裁判所が新たな訴訟類型である確認訴訟の使い方を十分に理解していないことが指摘されているが[85]、さらに、より深刻な問題があると思われる。以下では、その問題の根源を指摘して解決の手掛かりを提示する。

一　問題の根源――旧行訴法理論の残渣

最高行政裁判所は、公法上の争訟について、基本として行政行為を中心に理解する傾向にある。そのため、取消訴訟単一主義の時代において、行政行為の具体的法効果を通じて理解した争訟性に関する判断枠組みは、依然として現在の行政裁判権の範囲を画定している。具体的には次の四点を指摘できる。

第一は、行為形式に拘る思考様式である。最高行政裁判所は、具体的法律関係を行政行為の具体的法効果に置き換えて判断する傾向にある。しかも、行政行為の構成要素である一方性、直接性、外部性、具体的法効果性に関して連鎖をなしている諸判断を通じて、行政行為とは異なる行為形式を切り分け、行政行為以外の行為の違法性を直接争う訴えの許容性を否定しがちである。したがって、抽象的法規範の違法性または効力を直接争点とする事例について、最高行政裁判所は、抽象的法規範が具体的法律関係を形成しないことを前提にして、それに対する直接審査を抽象的規範統制として回避し、または後続の行政行為の段階で争えばよいとしている。また、行政機関の回答文書や意思通知を争う事例において、これらは具体的事実行為であるが、具体的法効果が生じないことから、法律関係の具体性が認められないと解している[86]。ただし、公用地役権の存否通知に関わる紛争については、民事上の紛争と変わらないことから、行為形式に拘る思考様式によらずこれを容易に認めている。

85）林三欽・前掲注（28）225 頁。
86）［事例 3-2］、［事例 3-4］参照。

そこで、林三欽は行政立法等を法律関係に引き直せば争えると主張したが、法律関係の具体性を論じておらず、この説は裁判実務においては、残念ながら受け入れられていない。

第二は、訴えの利益の検討が欠落していることである。最高行政裁判所は、もっぱら実体法上の法律関係の具体性を形式的に判断して、訴訟法において司法的救済の必要性、即ち訴えの利益を個別事案ごとに衡量していないのである。したがって、最高行政裁判所は、確認訴訟の適法性を判断する際に、行為形式に拘る思考様式により法律関係の具体性を一義的に決めているために、確認の利益を個別具体的に検討する事例は皆無に近い[87]。これもまた、訴えの利益が具体的法効果により封じ込められた旧行訴法の理論構造に由来する問題である。

第三は、旧行訴法における争訟性に関する判断基準が、新行訴法の下で再検討されずそのまま適用されていることである。例えば、1979 年の司法院大法官釈字 156 号解釈は、都市計画の全面決定の処分性を否定したが、その理論的根拠は戒厳期の時代制約および取消訴訟単一主義という実定法構造を前提にしないと成り立たないものである。政治の民主化が実現されて法治国家が強固となった今日には、全面決定の争訟性について、これを新行訴法における給付訴訟または確認訴訟で争う可能性が見直されるはずであったが、最高行政裁判所は依然として従来の判断基準を踏襲している[88]。

第四は、事後的訴訟中心主義である。最高行政裁判所はなされた行政

87）［事例 3-1］、［事例 3-3］、［事例 3-5］参照。

88）［事例 3-3］参照。なお、旧行訴法の判例（［事例 1-1］）を引用して予防的訴訟を否定したものとして、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）。他には、特別権力関係の事例であるが、旧行訴法時代において司法院大法官釈字 382 号解釈（1995 年 6 月 23 日）は、退学など国立大学の学生身分に重大な影響を与えた行政措置を行政行為と解して、救済を与えるべきであると判示した。そのため、学生の身分に重大な影響を与えない教育的措置を行政行為に該当しないものと解されていたので、取消訴訟単一主義の下で救済できなかった。けれども、新行訴法の下で、教育的措置に対する救済の可能性は見直されるべきであるが、最高行政裁判所は一貫してその救済可能性を否定した。その後、釈字 684 号解釈（2011 年 1 月 17 日）は、学生の身分に重大な影響を与えない行政措置についても救済を与えるべきであると判示した。行政行為に該当しない教育的措置について、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。この事例において、最高行政裁判所は自ら私人の権利救済を積極的に行う姿勢をとっていなかった。

行為および事実行為に対する審査を中心に救済を原則として考えられている。言い換えれば、司法の役割は、行政行為または事実行為に対する事後的審査にとどまれば十分だと考えられていることである。そのため、予防的確認訴訟については完全に否定され、予防的不作為給付訴訟については制定法上の請求権がなければ認められないのである[89]。

結局のところ、最高行政裁判所の判決をまとめると、司法の役割は、旧行訴法が描き出した行政権優越の法秩序形成の図式を前提として制限された司法と大差がない。行政行為でなければ司法審査が発動しないという歴史的制約は、いまだ完全に克服されていないと言わなければならない。

二　問題解決の手掛かり――公法上の争訟と訴えの利益

以上の課題を克服するための手掛かりは、すでにいままでの学説判例に内在している。しかし、それは明確に主題化されず断片的に散在している。以下では、簡単に説明する。

まず、新行訴法の原点に戻ると、立案指導者である翁岳生が指摘するように、私法上の争訟との対称性をもつ公法上の争訟の創出が目指されるべきである。公法私法を問わず、侵害されまたは侵害されうる権利に与える救済手法および保護水準は等価でなければならない。したがって、本来、違法な行政作用の干渉により不利益を被る私人が司法的保護を求める際に、この行政作用が訴訟対象であるか否かは、司法的救済に値するかどうかという訴えの利益の問題として判断されるはずである。第一章で検討した最高行政裁判所判決[90]は、この点を正確に指摘している。

しかし、公法上の争訟という概念は、旧行訴法において行政行為の具体的法効果と不可分一体のものとして構成されていたのであり、最高行政裁判所は、現在においても具体的法効果の発生を公法上の争訟の標識と解し、訴えの利益を具体的法効果の問題に埋没させている。こうした行政行為を公法上の争訟の中心に据えた図式を正して反転するためには、私法上の争訟との対称性を徹底して、訴えの利益を中心に公法上の争訟を描き直すべきである。そこで、訴えの利益を中心に構成された確

89）［事例 3-5］参照。
90）［事例 1-2］と［事例 1-3］参照。

認訴訟の可能性は、いままでの実体法中心的な議論ではなく、訴えの利益を中心に検討されなくてはならないだろう。

次に、あらゆる違法な行政作用は、林三欽が指摘するように、法律関係の存否確認訴訟を通じて直接攻撃することができる。ただし、原因行為と私人の法的地位との法的関連性は、訴えの利益により検討される必要がある。すなわち、原因行為が憲法を始めとする法令における私人の法的地位に影響を及ぼすか、現に司法的救済を与えるべきかということを訴えの利益のレベルで判断すべきである。このアプローチにより、裁判所が法律関係の背後にある権利侵害または侵害されうる問題を前面に押し出して、救済すべきどうかを訴えの利益の次元で判断することが可能となるだろう。

以上の手掛かりをさらに発展させるためには、訴訟法思想および訴訟技術において、より精緻な理論構成が必要となる。そこで、第二部ではこの問題に関して議論が活発に行われている日本法の比較検討を通じてその示唆を得ることにしたい。

第一部のまとめ

ここで、これまでに検討してきた台湾法の特徴およびその問題点についてまとめるとすれば、以下の通りである。

一　公法上の争訟と訴訟類型の編成

台湾法においては、権威主義体制の時代における取消訴訟単一主義の下で、公法上の争訟が行政行為の取消に限定された行政裁判所は、強大な行政権に対して適法性統制を積極的に加えて私人の権利を保護することができなかった。しかし、開発独裁による経済発展に伴って、権威主義体制における行政機能にも変化と拡大への転回がみられるようになった。この変化は、これまでの行政訴訟のあり方に対しても大きな影響を及ぼすこととなる。経済発展による社会矛盾の顕在化にともなって、行政行為の取消に限られた行政裁判所においても、また通常裁判所においても救済されない問題があることが明らかとなった。こうした権利救済の空白領域の存在は、戒厳令撤廃の後にますます大きな問題となってい

た。

このような状況の中で登場した行政訴訟制度改革は、政治の民主化を背景にして真の司法国家を実現するために、通常裁判所と行政裁判所の二元的構成を有する裁判制度において、公法上の争訟は私法上の争訟との対称性をもつものと考えられるようになり、公権私権を問わずその権利保護形式を等価的なものにすることが目指された。したがって、行政訴訟改革の結果、行政訴訟類型は民事訴訟における三大訴訟形態に準じて編成され、確認訴訟が給付訴訟とともに公法上の争訟を直接に実現するものとして定められた。そこでは、行政行為を訴訟対象とする訴訟類型（取消訴訟や義務付け訴訟）は三大訴訟形態のいずれかに分類されて、手続的特則が設けられたが、公法上の争訟を意図的に限定するものではないとされた。

改革によって登場したこのような制度配置は、行政行為を公法上の争訟の中心に据えることを排斥するものであり、行為形式の性質ないし効果を公法上の争訟に関する判断基準とはしないというものであった。そこでは、行政行為を直接の訴訟対象とする場合には特別な訴訟類型があればそれが適用されるべきであるが、その以外の紛争は、訴えの許容性について、民事訴訟での出訴に準じて給付訴訟における請求権の存否または確認訴訟における訴えの利益の有無の問題として判断されることになった。

したがって、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」を創りだしてゆかねばならないことになる。実際に、台湾では、学説も裁判実務もこの傾向にある。そこで、確認訴訟についてみるならば、それは、基本として、民事訴訟における確認訴訟と同様に運用されており、給付訴訟が抜本的に解決できない紛争状況における救済手法として適用されるため、給付訴訟に対する補充性原則が強調されているのである。

二　訴訟対象と訴えの利益

しかしながら、行政行為を対象とする訴訟類型が法制度全体の中で占める地位が低くなったとはいえ、学説および判決を検討すると、なおも

行政行為以外の行為形式の争い方が解決済みのものといえない状況にある。この点については、大きく分けて三つの問題点が指摘できる。

第一に、公法上の争訟も、権利保護の概括主義に基づくものと解されるが、そこにおける争訟性の中身および訴訟形態との具体的な関係は、なお未解明のままである。そのため、行政行為以外の行為形式をめぐる紛争を訴訟法においていかに公法上の争訟として構成するかという点については、依然として、行政行為を判断基準とした伝統的思考様式により左右されるという問題がある。

この問題を解決するために、最高行政裁判所は、公法上の争訟について、これを訴えの利益と解するアプローチを提示したが、実際の運用においては、行政行為を公法上の争訟の中心に据える思考様式はなお克服されていない。したがって、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟の運用についても、最高行政裁判所は、確認の対象となる具体的法律関係を行政行為の具体的法効果に置き換えて判断する傾向にあることから、行政行為以外の行為形式に関する争訟性を、依然として行為形式の性質ないし効果により形式的に判断してそれを否定することになる。結局のところ、改革によって行政訴訟法は、公法上の争訟について行政行為を判断基準とする思考様式を排斥したが、裁判実務においてなお伝統的な判断基準により強く制約されているのである。

この問題について、残念ながら、台湾においては、学説が必ずしも正面から論じているとはいえない状況にあるが、行政行為以外の行為形式を争う受け皿としては、まず一般給付訴訟が措定されうる。すなわち、請求権体系の構築により、これは、訴えの許容性を行政実体法の平面において一般的に解決する企てである。とはいえ、行為形式ごとに請求権の有無を検討する学説は、主に事実行為に対する作為不作為請求権（特に結果除去請求権）を中心にして論じており、行政立法や行政計画の撤廃または改正を請求権に引き直して明確に論じるものではない。さらに、裁判実務においては請求権体系が定着したとはいいがたく、具体的な事例においてその適用にも限界があるという状況にある。そうすると、行為形式ごとに請求権の有無を検討するアプローチは、行為形式の性質に即して訴えの許容性を決めることになるため、問題を完全に解決するものではない。

さらに、第二の問題として、請求権ばかりに着目すると、公法上の争訟について、これを実体法のアプローチだけで理解することは不十分であるということも指摘できる。すなわち、私人に請求権が認められない事案においては、違法な行政措置が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[91)]。それと同時に、このアプローチは、守られるべき法的地位に対して訴訟法を柔軟に適応させる訴えの利益という重要な視点を見落とすことにもなりがちである。とりわけ、確認訴訟の給付訴訟に対する補充性を不当に強調することは、この問題を助長するといわねばならない。

最後に、第三の問題として、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟を手掛かりとして、再び第一の問題の検討にもどるとすると、確認訴訟をめぐる現時点の議論がこの問題に回答を与えることができるとはいいがたい状況もみえてくる。というのは、現在の議論が個別具体的に事案に相応しい問題解決のために行われるものでなく、民事訴訟の理論または母法国であるドイツ法のドグマを形式的に援用したものだからである。したがって、とくにドイツ法の影響が強い台湾においては、個別具体的な事案ごとに、確認の利益を通じて台湾における実際の生きた利益状況を吟味するよりも、ドイツのドグマーティシュな形式的演繹的判断が先行するのが、学説および裁判実務の大勢である。確認訴訟の給付訴訟に対する補充性や取消訴訟における原告適格の類推適用は、いずれにしても個々の訴訟要件論として断片的に論じられたが、確認訴訟によって公法上の争訟をいかに実現するのか、司法が行政に対して適法性統制をいかに加えて私人の権利を実効的に保護するのかという視点からの検討は、残念ながらなお欠けているのである。この点で、台湾においては、今日、訴えの利益に対する個別的具体的な事案に即した利益衡量論の本格的な展開は、アクチュアルな課題となっている。

要約するならば、台湾では、公法上の争訟について、これを訴えの利益の側面から考察するという問題意識が極めて希薄だということである。したがって、行政行為以外の行為形式の適法性をいかに統制するか

91）例えば、第二章において紹介された各事例参照。

という問題が主要な課題となっているにもかかわらず、訴えの利益を中心に構成された確認訴訟はほとんど実際には機能していないのである。訴訟類型の役割分担を図式的にいいかえれば、なおも行政行為を訴訟対象とする訴訟類型が公法上の争訟において中心的な位置を占めていることから、行政行為は依然として権利保護体系のかなめとなっている。その周辺にある事実行為は請求権が認められれば給付訴訟で争うことができるが、事実行為を含めて行政行為以外の行為形式を訴えの利益に還元して確認訴訟で争わせる領域は、残念ながら台湾では今なお、ほとんど創出されていない。そして、この創出されていない領域は、本来ならば公法上の争訟に属する、確認訴訟が活躍する空間となるはずのところである。

三　日本法を検討する視点

そこで、台湾法の今日の問題をよりラディカルに把握した上で、解決策を探るために、以下では、日本法を分析することになるが、この検討に入る前に、日本における次の論点に着目しておきたい。

第一に、日本では、行政国家から司法国家への制度変化に伴って登場した法律上の争訟は、行政事件訴訟において、どのように確認訴訟を通じて展開されてきたか。そして、訴訟対象を伝統的な行政処分に限定する取消訴訟中心主義は如何にして確認訴訟により相対化されてきたかという論点である。

第二に、2004 年の行政事件訴訟法の改正について、そこにおける確認訴訟の明記という意義は、訴訟対象を訴えの利益に焦点をあてる方向性を打ち出すことにあるとすれば、そのアプローチは、日本の訴訟法の歴史においてどのように変化して顕在化してきたか。そして、行政行為論を前提にする処分性に関する判断枠組みから生じる問題は、果たして訴えの利益によって克服できるかという論点である。