

論 説

法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(4) ——台湾と日本との比較研究を通じて

林 孟 楠

目次

序章

第一部 台湾法

第一章 公法上の争訟と確認訴訟の登場 (以上 252 号)

第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則 (以上 253 号)

第三章 確認訴訟の現状と問題点 (以上 256 号)

第二部 日本法

第四章 司法国家と確認訴訟の登場

第一節 二つの司法国家観

第二節 確認訴訟原型観と司法権

第三節 義務確認訴訟説の展開と挫折 (以上本号)

第五章 違法宣言訴訟と権利確認訴訟

第六章 確認訴訟の新展開

第三部 総括

第二部 日本法

第一部では、台湾法を素材として、法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性について、これを検討し、その特徴と課題を明らかにした。そこで、第二部では、第一部の台湾法の検討を踏まえて、日本法における法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性を検討する。

第四章 司法国家と確認訴訟の登場

本章においては、確認訴訟原型観を手掛かりとして、行政事件訴訟特例法（昭和 23 年法律 81 号、以下「特例法」という）における法律関係確認訴訟の生成を分析し、特例法をめぐる二つの司法国家観に関する学説と判例を検討する。行政訴訟の歴史から見ると、確認訴訟を中心に行政訴訟を捉え直す契機は特例法の時代にあったが、行政事件訴訟法（昭和 37 年法律 139 号、以下「行訴法」という）制定の際に、取消訴訟中心主義を採用することによって、封じ込まれていた。その意味で、取消訴訟中心主義の脱却を目指す 2004 年の行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成 16 年法律 84 号、以下「改正行訴法」という）が確認訴訟を明記したことは、歴史の文脈において一度見失われた契機を取り戻したと解されるべきであろう¹⁾。

本章においては、まず二つの司法国家観の対立点を明らかにし（第一節）、兼子説を中心に確認訴訟原型観の意義と限界を取上げ（第二節）、確認訴訟原型観を抗告訴訟で応用した義務確認訴訟説を中心に、その展開と挫折を分析する（第三節）。

第一節 二つの司法国家観

第一款 司法権の範囲の拡大

明治憲法によって司法裁判所から独立した行政裁判所が設置された。行政裁判法（明治 23 年法律 48 号）は、訴訟類型について取消訴訟だけを認め、出訴事項については列記主義を定めた。これに対して、1947 年に制定された日本国憲法 76 条で、一切の行政事件を裁判する権限は司法裁判所に属し、司法裁判所は、従来の民事事件および刑事事件に加えて行政事件をも審理できるようになった。これは英米流の司法国家に転換したことを意味し、英米法の例に倣って民事訴訟による司法審査が可能になった。ところが、平野事件をきっかけに、1948 年に特例法が

1) 中川丈久は、確認訴訟の歴史的な文脈に言及しないが、改正行訴法について、1965 年頃までの行政訴訟全体の創造性を取り戻す必要性と指摘した（「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号（2004 年）1011 頁）。その創造性の一翼を担うのが確認訴訟原型観ではないかと考える。

制定されたことで、行政事件に対して特別の手續による審理が必要となった。

ただし、行政事件の裁判が司法権に属する以上、憲法 32 条の「裁判を受ける権利」および裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」により、行政法規の適用に関する紛争を裁判所に訴えることができる。司法権の範囲は、従来の行政処分取消訴訟のみならず、一切の公法上の権利に関する紛争にまで広がることとなった。したがって、特例法 1 条には、取消訴訟のほかに「その他公法上の権利関係に関する訴訟」という文言が定められた。

とはいえ、司法権の発動について「なんらかの制約がなければ、司法権の不当な拡大と立法権および行政権に対する司法権の不当な侵害を結果するおそれがある」²⁾。すなわち、司法権の範囲の拡大とともに、その権限行使の限界は戦前より強く意識された³⁾。この点で、特例法の時代において、解釈論上で問題となるのは、義務付け訴訟と差止訴訟の許容性であった。司法権の限界に関する理論は、司法国家に対する観点の違いによりその構成が大きく異なることから、その許容性をめぐって議論が分かれていた。以下では、この議論をめぐる司法国家観の対立を中心に整理する。

第二款 司法国家観の対立

一 行政権による法秩序形成——田中・兼子理論

戦後の「標準的行政訴訟観」を形成した「田中・兼子理論」⁴⁾は、行政権を行政法関係の形成主体と位置づけ、その優越性を強調した上で、取消訴訟中心主義に帰結した司法権の限界を次のように画定している。

第一に、司法権に内在する制約がある。これは「法律上の争訟」であることからくるものであり、裁判所法 3 条 1 項で「当事者間における具体的な権利義務に関する争いがあり、具体的な法律の適用が争いになっている」⁵⁾ものであることを要求されていることに帰因するものである。

2) 最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』(1961年)49頁。

3) 兼子仁「行政事件訴訟特例法の実態」鶴飼信成編『行政手続の研究』(有信堂、1961年)296頁。

4) 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(有斐閣、1983年)246頁。

5) 田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限——司法権の限界について」

したがって、例えば、法律、政令、条例など抽象的法規範の効力または解釈について裁判を求める訴訟は、具体的な権利義務関係ではないので否定された。抽象的法規範を争う訴訟は、原則としてそれに基づく行政処分の取消訴訟の際にあわせて争うべきである。また、具体的行政措置は具体的な法律関係の変動をもたらさない限り法律上の争訟にも当たらないことになることとされた。その結果、訴訟対象は行政行為および一部の事実行為に限られたのである。

第二に、行政の第一次的判断を待たずに司法の判断を直ちに求めることができない、いわゆる「行政の第一次的判断権」⁶⁾という理論がある。処分がなされない場合に、処分の作為不作為を訴えることはできないとされた。

第三に、司法と行政の本質の峻別からの制約がある。行政は積極的意思活動であって、司法は消極的判断作用である。処分をするか否かはもっぱら行政の意思活動である以上、司法は処分の作為不作為を命じる給付判決または新たな法律状態を決める形成判決を下すことができない⁷⁾。そこで、処分の事後訴訟の範疇においても取消判決または無効確認判決しか認められないということになった⁸⁾。

以上の見解は、「形式的権力分立論」により、一定の訴訟対象、訴訟形態、判決の種類を司法権からカテゴリー的に排除する限界論である⁹⁾。ここでは、裁判所は私人に対する救済の必要性と行政権限行使の効率性との利益衡量を行う余地が完全に否定されている。そして、この限界論が行政事件に関する法律上の争訟を既存の取消訴訟の枠内に限定したこ

(初出 1949 年)『行政争訟の法理』(有斐閣、1954 年) 137 頁。

6) 1949 年の時点に、田中説においては、「行政の第一次的判断権」という用語はまだ使われなかったが、事前訴訟を否定する理由として、その原型がすでに見られる(田中・前掲注(5) 143 頁)。この点について、小早川光郎「行政の第一次的判断権・覚え書き」原田尚彦古稀『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、2004 年) 220 頁参照。

7) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」(初出 1948 年)『民事法研究二卷』(酒井書店、1954 年) 74 頁以下、田中・前掲注(5) 143 頁。

8) 田中二郎「行政争訟の法理」(初出 1949-1951 年)前掲注(5) 書 121-122 頁。同時代に取消訴訟の判決形態をめぐる論争があり、京都学派は、取消判決のほかに、変更判決と給付判決もできると主張している(渡邊宗太郎『日本国行政法要論』(有斐閣、1949 年) 410 頁、磯崎辰五郎「違法処分を変更する裁判所の判決について」公法雑誌 11 卷 2 号(1950 年) 17 頁以下参照)。

9) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」(初出 1983 年)『行政過程とその統制』(有斐閣、1989 年) 314 頁。

とで、法律上の争訟の範囲が行政処分の存否判断に左右されることになる。処分性が法律上の争訟性の判断に先行している図式である。こうした取消訴訟を中心とする司法国家観は、行政権の一方法秩序形成権限を広く認めようとするものである（以下「行政権優越の司法国家観」と略する）。

二 司法権による法関係確認——白石説

一方、最高裁判所事務総局行政局も司法権の限界を検討していた。この時期、白石健三は行政局第一課長として局の見解の形成に強い影響力を及ぼしていた。白石説は確認訴訟を行政訴訟の原型として、司法国家における行政訴訟のもう一つの姿を描いている。

まず、問題の背景について、行政国家から司法国家への制度転換は、決して出訴事項の概括主義と裁判制度の一元化だけにとどまらない。むしろ強大な行政権を行政訴訟制度で真に統制できなかつたことは日本の歴史において克服されるべき課題だと白石は考える¹⁰⁾。司法権強化のために、法律上の争訟を行政処分とは異なる基準で理論的に見直す作業が必要であるとする白石は、田中・兼子理論の問題点を次の通り指摘している。

第一に、法律上の争訟については、抽象的法規範だからといって、それを具体的法律関係にあわせて争う可能性が全くないわけではない¹¹⁾。第二に、司法による行政の包括的適法性統制を認める以上、事前に国民の権利を救済する必要性は一般的に存在する¹²⁾。第三に、給付判決および形成判決が否定されたが、確認訴訟を認める余地はなお残されてい

10) 位野木益雄ほか「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題(1)(2)」判例タイムズ 15 卷 13 号 (1964 年) 33 頁 (白石発言)、16 卷 1 号 (1965 年) 3 頁 (白石発言)。なお、鶴飼信成の古典的な指摘もこの文脈においてあげることができる。すなわち、「我が国では、もともと官僚的行政国家として、統制権力の過剰に悩んでいたために、そこへわずかに国民の基本的権利の尊重を基調とする司法的権利保障の制度が採用されはじめたのである」(『行政法の歴史的展開』(有斐閣、1952) 264 頁)。

11) 最高裁判所事務総局行政局『英米法上における宣言的判決〔行政裁判資料第 7 号〕』(1947 年) 4 頁。

12) 最高裁判所事務総局行政局『行政事件担当裁判官会同概要〔行政裁判資料第 12 号〕』(1951 年) 13 頁以下 (白石発言)、同『行政事件担当裁判官会同概要〔行政裁判資料第 14 号〕』(1952 年) 15 頁以下 (白石発言)。

る¹³⁾。

白石は、以上の問題について、具体的法律関係を訴訟法においてどのように把握するかということに帰結すると考えている。概括条項として特例法1条の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の規範的意義を重視すると、「公法上の法律関係についても確認訴訟を従来よりももっともっと広く活用する余地がある」¹⁴⁾ことになる。そこで、この概括条項を適用する際に、司法権の対象、すなわち行政処分¹⁵⁾の作為不作為に対する請求の許容性について、これを訴えの利益（確認の利益）によって判断するアプローチを白石が打ち出した。さらに、訴えの利益を司法の内在的制約と解した上で、行政法関係に対する司法の法判断権限を確保できることになる。そうすると、裁判所は事件性を処分性から離して独自に判断し、訴えの利益を通じて国民の権利救済の必要性和行政運営の効率性との比較衡量を行うことが可能となる。ここでは、法律上の争訟性が処分性に先行する図式が浮かび上がり、すなわち「図地 (figure ground)」のパラダイムが転換し、司法権の優越的法関係確認権限を広く確保する司法国家観が登場する（以下「司法権優越の司法国家観」と略する）。

三 問題点——確認訴訟の位置づけ

ところで、この二つの司法国家観の対立は、特例法において確認訴訟をいかに位置づけるかという観点から把握することができる。すなわち、田中・兼子理論は取消訴訟を法律上の争訟の中心に据えることで、確認訴訟の可能性を軽視しているが、白石説はむしろ確認訴訟を法律上の争訟を中心にして強調している。一方で、これから検討するように、兼子説および白石説はいずれも確認訴訟原型観を前提にした法律上の争訟に理解を示していることに留意すべきである。この共通点から、両説が対立する原因をもっと掘り下げることができると思われることから、以下で検討の課題を敷衍する。

周知の通り、法律上の争訟という概念は、この概念を定義した裁判所

13) 最高裁判所事務総局行政局『行政事件訴訟年鑑（昭和二五年度）』（1951年）13頁注4。

14) 最高裁行政局・前掲注（11）5頁。

法の制定に深く携わった兼子一の影響を受けて形成された¹⁵⁾。今日では、法律上の争訟はあまりにも民事法的権利義務関係をモデルとしている点において、しばしば憲法訴訟と行政訴訟の特徴を強調する学者からの批判に晒されているものである¹⁶⁾。もっとも、兼子説の根幹をなす確認訴訟原型観と法律上の争訟との関連は、あまり検討されていない。例えば、兼子説は行政訴訟の本質を確認訴訟原型観で見直しながらも、確認訴訟の可能性を論じていないのである。また兼子説を援用した田中説も、確認訴訟の可能性を示したものの、それを追究することはなかった。彼らがなぜ確認訴訟の可能性を排除したのかという点は、検討すべき課題である。

一方、白石説は、確認訴訟原型観を用いて行政訴訟の本質に迫るという点で注目を集め、後の学説および判例の発展に大きな影響を及ぼしている。その影響力は改正行訴法に向けた議論にも見られる¹⁷⁾。しかしながら、田中・兼子理論に対抗するために、白石が確認訴訟を特に強調する理由は必ずしも明確ではないと言われているため¹⁸⁾、白石説の理論は再検討する必要がある。

そして、兼子説も白石説も行政訴訟の本質を確認訴訟原型観で見直しているが、司法国家に対する理解の差異によりまったく異なる結論を得た点については興味深いところである。確認訴訟の運用は論者の司法国家観に左右される以上、訴訟技術論を展開する前に、その訴訟法思想を詳しく検討する必要がある。そこで、まず訴訟法史において確認訴訟と

15) 兼子一が裁判所法の制定過程に深く関与したことについて、竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌 40 号 (1994 年) 8 頁。

16) 例えば、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室 322 号 (2007 年) 24 頁以下、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(有斐閣、2008 年) 18 頁以下。

17) 例えば、小早川光郎は、「白石判事の抗告訴訟についての考え方であり、取消訴訟だけではなく行政上の権限の存否の確認が抗告訴訟の本質であるということ」を述べていたものだ」と指摘した(司法制度改革推進本部「行政訴訟検討会(第 10 回)議事録」における発言)。また、芝池義一の「違法確認訴訟説」と白石説との類似性は指摘されている(交告尚史「訴訟類型と判決態様」ジュリスト 1263 号 (2004 年) 57 頁注 14)。日弁連の「是正訴訟」案も「確認訴訟」を基本形態とする点で、白石説の影響を受けたものと考えられる(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) 102 頁(水野武夫発言))。

18) 例えば、今村成和「行政事件と司法の権能」(初出 1965 年)『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣、1972 年) 208 頁。

いう訴訟形態の意義を検討し、確認訴訟原型観と法律上の争訟との関連を解明する。

第二節 確認訴訟原型観と司法権

第一款 司法権の概念形成における確認訴訟

一 確認訴訟の訴訟法史的意義

日本の民事訴訟法は、ドイツ法の強い影響を受けて展開してきた。確認訴訟も、また、ドイツ民事訴訟法理論に遡ることができる。確認訴訟は、ドイツ帝国の統一に伴って、1877年のドイツ民事訴訟法典231条（現行256条）において、独立した訴えとして定められている。一般的に確認訴訟は、資本主義経済の発展に伴い、原告の主張する法的地位について生じている危険・不安を早期に除去したいという社会的要求に応じて登場した。既判力によって紛争を観念的に解決する確認訴訟が認められたことは、法律秩序の整備と国民の法意識の水準の向上を意味するものである¹⁹⁾。確認訴訟は、権利侵害が生ずる前に裁判所の権利保護を与えることから、伝統的な紛争の概念を変えるものであった。

ところで、確認訴訟の登場の意義は、従来民事訴訟理論に対して、何よりも訴権論の再検討を迫ることにあった²⁰⁾。第一に、もともと訴訟類型には、給付訴訟しかなく、実体法と訴訟法との分離により、実体法の給付請求権が認められれば、常に出訴の可能性が明確に確保できた。ところが、請求権の主体と対象が実体法により明確に判断できる給付訴訟に対して、主体と対象が漠然とした確認訴訟においては、論理的にそれらは無制限となる。そこで、確認訴訟の運用にあたり、その輪郭を具体的かつ明確に描き出すために、確認の利益から生まれた権利保護の資格と利益という概念が登場するが、それは、確認訴訟を越えた一般的な概念となっていく²¹⁾。第二に、当時、自由主義的法治国家を樹立しようとした公法学の進展にともなって、訴権は国民の国家に対する公権と位

19) 三ヶ月章「権利保護の資格と利益」(初出1954年)『民事訴訟法研究 第一巻』(有斐閣、1962年)5頁。

20) 富樫貞夫「権利保護請求権説の形成」熊本法学4号(1965年)20頁以下、海老原明夫「公権としての権利保護請求権」法学協会雑誌108巻1号(1991年)23頁以下。

21) 三ヶ月・前掲注(19)7頁。

置づけられることとなった²²⁾。ところが、実体法上の請求権を前提としない確認訴訟が純粹に訴訟法上の制度となると、確認の利益は裁判所が裁量的に自ら決めるものとなる。このような状況の中であって、従前の訴権論に代わって通説となった権利保護請求権説は、確認の利益について、これを一義的要件として予め確定しようとした。すなわち、「確認訴訟においても、そこでいう『権利』が原告の自己の財産・信用・技能といった、いわば私法によって保護されているものの総体、という域にまで拡散」するのであるが、なお立法者が定めた実体法上の権利既存の観念に依拠して一義的にこれを確保しようとした²³⁾。

こうした経緯は、ドイツ法を受容した日本の民事訴訟法においても重視されてきた。そこで、兼子一は、確認訴訟の訴訟法史的意義に着目して、独自の確認訴訟原型観を展開し、法律上の争訟という概念の土台を築くことになる。

二 確認訴訟原型観

1 内容の整理 確認訴訟原型観の展開は民事訴訟の目的論に深く絡んでいる。兼子説は、まず従来の権利保護を民事訴訟制度の目的とする考え方を批判し、紛争解決を訴訟目的とすべきだと主張している。なぜなら、訴訟の前には権利が存在せず、紛争解決の要求があるだけで訴訟が開始し、その既判力によって権利は実在化し、それによって紛争の解決ができるからである²⁴⁾。つまり、民事訴訟制度の目的は、権利の観念的確定によって紛争を終局的に解決する既判力ある裁判を求めるものだという主張である。そこでは、裁判所は、社会意識を背景にして自由な法発見を行い、裁判を通じて実体法の形成を行うことができる²⁵⁾。そうすると、確認の利益は必ずしも実体法上の権利既存の観念に拘束されず、裁判所は利益衡量を通じて救済の可否を決める権限を有していると

22) 海老原・前掲注(20)5頁以下。

23) 山本弘「権利保護の利益概念の研究(3)」法学協会雑誌106巻9号(1989年)44頁。

24) 兼子一『民事訴訟法概論』(岩波書店、1938年)1-5頁、同『民事訴訟法体系』(酒井書店、1954年)25-29頁。ただ、戦前には、訴訟の目的を私法維持説と主張した。

25) この点を指摘したのは、鈴木正裕「兼子博士の既判力論について」兼子一還暦『裁判法の諸問題』(有斐閣、1969年)327-329頁。

考えられた。

そして、民事訴訟の訴訟類型は、原告の請求の性質と内容により、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟に分類されるが、これらを区別する実益は、請求の性質および内容に応じる請求認容の判決の効力にあり、裁判手続にあるのではないと考えられた²⁶⁾。訴訟の目的を、このように既判力ある裁判の取得にあるとするならば、すべての種類の判決は、当該権利関係を確定して紛争を終局的に解決する既判力をもつことになる。したがって、既判力だけを持っている「確認の訴が、理論上はあらゆる訴の基本を成すもので、給付の訴や形成の訴は、その特殊な場合というべきである」²⁷⁾と考えられたのである。このような発想は「確認訴訟原型観」と呼ばれている²⁸⁾。

ところで、この確認訴訟原型観から三種の訴えの類型をみると、裁判所の法的判断を第一次的に求める点においては、すべての訴えが確認訴訟と考えられる²⁹⁾。そうすると、三種の訴えの共通の分母をなす確認訴訟は、訴えの利益につき、確認の利益が最も広く、「利益がなければ訴権なし」といわれる訴権の要件の代表的なものとなる³⁰⁾。ただし、紛争の抜本的解決のために、判決の効力を第二次的に求める点においては、三種の訴えの種類の差異を無視することができないことにも留意すべきである³¹⁾。

2 司法＝判断作用 さらに、確認訴訟原型観は、次の二点で憲法論における「司法＝判断作用」というテーゼの土台にもなっている。

第一に、すべての訴訟類型における共通点として、具体的な法律関係の存否を判断する過程と、その判断内容の通用性を有する既判力がある。

26) 兼子・前掲注(24) 概論160頁、体系143頁。

27) 兼子・前掲注(24) 体系144頁。なお、戦前、兼子・前掲注(24) 概論161頁、163頁、355頁、385頁以下においては、すでにその考え方の萌芽が見られる。戦後、「確認の訴が、理論上はあらゆる訴の基本を成す」ことをはじめて言明するのは、兼子一『民事訴訟法(一)』(有斐閣、1949年)80頁。

28) 三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察——兼子一著『実体法と訴訟法』の立場をめぐって」(初出1958年)前掲注(19) 書264頁。

29) そこで、確認訴訟原型観が三種の訴えの類型を相対化して執行力と形成力を既判力に矮小化する危険性を持つという批判はある(三ヶ月・同上263頁)。

30) 兼子・前掲注(24) 体系177頁。

31) 例えば、給付訴訟を確認訴訟に変換することができるが、現状の変更を目的とする紛争を終局的に解決するために、執行力を有する給付訴訟を提起すべきである(兼子・前掲注(24) 概論178頁、体系157頁)。

このような共通の性格を純粹に保有する確認訴訟を原型とすれば、「司法＝法を適用する判断作用」という図式が浮上する。

第二に、さらに司法作用を「判断作用」として捉えると、判決内容を現実に実現する作用は、本来の司法作用ではないという結論が導かれる。そこで、司法判断の結果を実現させる執行力と形成力は、司法判断による権利関係または法律要件の確定を前提として、法律がこれに加えてさらに付与したものと解される³²⁾。

このように確認訴訟原型観と司法作用に関する憲法上の性格から、以下のように司法権の概念が形成されることとなる。

三 司法権の概念形成

1 兼子説の展開 司法権という概念を理論的に構成しようとした兼子の問題意識は二点ある。一点目は、戦前において行政裁判権を行政権に属させた行政国家から、それを司法権に属させた司法国家への所管移転である。二点目は、違憲法令審査権の性格づけである。彼は、民主法治国の憲法原理に基づいて「本来あるべき姿の実質的司法権」は、「あらゆる法律的争訟を裁判し、適法違法を決定する」ものと定義している³³⁾。このような「理論的な概念構成」は、戦前の宮沢俊義の司法権の「歴史的な概念構成」とは全く正反対にある。すなわち、宮沢は、司法の実質的概念をいかに理論的に構成しても、明治憲法における行政裁判権の所管移転に関する実践的意図を持たないため、司法の概念を歴史的に構成するにほかないと考えた³⁴⁾。それに対して、「理論的な概念構成」を取る兼子は行政裁判権と新たな違憲審査権を通常裁判所の中で確保する実践的意図を持ち、新憲法の下で司法権を民事および刑事に限定する美濃

32) 兼子・前掲注(24)体系147頁。

33) 兼子一「司法制度」国家学会雑誌60巻12号(1946年)11頁。

34) 宮沢俊義「司法作用権の概念」(初出1936年)『憲法と裁判』(有斐閣、1967年)40頁。この点を指摘したのは、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」塩野宏古希『行政法の発展と変革 上』(有斐閣、2001年)350頁。ただし、宮沢が検討素材として取り上げたフランスの学説は越権訴訟の性質にも絡んで論じたものである。この点には留意すべきである。当時フランスの越権訴訟をめぐる議論について、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」(初出1989年)『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣、2007年)119頁以下。

部達吉の「歴史的な概念構成」³⁵⁾に対抗して「見事に成功した」³⁶⁾。

ところで、司法権の発動条件について、兼子は民主主義と法治主義との調和を重要視している。つまり、立法・行政からなる政治過程と司法の裁判過程との役割分担である。司法の目的が個人の自由や権利利益を守ることにあるとすれば、まず司法の第一要件である「具体的な権利義務」（いわゆる事件性）の定義を通じて、憲法訴訟と行政訴訟を裁判過程として政治過程から区分させ、抽象的法規範は具体的な事件の先決問題として付随的な審査しか受けないと措定している。すなわち、法律、法規命令、規則、条例の効力を直接対象とする訴訟については、抽象的法規範が実体法上の具体的な権利義務関係を定めていないため、訴えの利益が存在しない³⁷⁾。そして、この見解が戦後の改革期の判例において付随的違憲審査権の確立とともに定着し³⁸⁾、「司法にとって防御的役割を果たしうるものであった」³⁹⁾。

次に、司法権の第二要件となる法的解決の可能性は、原則として確認判決の既判力により確保されている。その際に「判断作用」を強調して、行政事件に関して司法の権限を制限している⁴⁰⁾。すなわち、「行政はあくまで公共の目的や政府の政策を実現するための意思活動」に対して、「司法は具体的事件に対して、法を適用して、適法違法や権利関係を確定す

35) 美濃部達吉「新憲法と行政裁判」自治研究 23 卷 10 号 (1947 年) 2 頁以下、「新憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ 9 号 (1948 年) 11 頁以下、「新憲法に於ける行政と司法」法律時報 20 卷 4 号 (1948 年) 4 頁以下。これらの論文に対して、田中が兼子説を引用して批判した（「美濃部先生の行政争訟論」（初出 1948 年）前掲注 (5) 書 153 頁以下）。なお、美濃部説の関連文献と問題点について、村上裕章「憲法と行政訴訟」（初出 1995 年）前掲注 (34) 書 8 頁注 9 も参照。

36) 角松生史「憲法『改正』動向をどう受け止めるか：行政法との関係——行政訴訟をめぐって」法学セミナー 612 号 (2005 年) 35 頁。

37) 兼子一「違憲提訴における事件性の問題」（初出 1952 年）前掲注 (7) 書 126 頁。

38) 最大判昭和 27 年 10 月 8 日行集 3 卷 10 号 2061 頁（警察予備隊設置の違憲無効確認訴訟）、最判昭和 27 年 10 月 31 日民集 6 卷 9 号 926 頁（国家公務員の団体交渉権・争議権を否定した昭和 23 年政令の取消事件、当時は団体交渉中にもかかわらず、事件性が否定されて不適法となる）、最判昭和 28 年 11 月 17 日行集 4 卷 11 号 2760 頁（教育勅語の合憲性確認訴訟）、最判昭和 29 年 2 月 11 日民集 8 卷 2 号 419 頁（予算議決の無効確認訴訟）。

39) 笹田榮司「警察予備隊違憲訴訟」論究ジュリスト 1 号 (2012 年) 12 頁。

40) 兼子の司法国家観が特例法の制定に及ぼした影響について、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」田中二郎古希『公法の理論 下Ⅱ』（有斐閣、1977 年）2287 頁。

る冷静な判断作用」である⁴¹⁾。こうした形式的・厳格的な権力分立観により、行政訴訟にも憲法的限界が画定されている。裁判所は、判断作用を超えた、積極的形成訴訟たる処分変更判決と給付訴訟たる義務付け判決を下すことができず、取消判決を違法確認判決に、変更判決を一部の違法確認判決に、義務付け判決を義務確認判決に、それぞれ置き換えなければならない⁴²⁾。

2 京都学派との対照 一方、佐々木惣一を始めとする京都学派は、理論的な概念構成を取りながら、司法を「具体的な事実について、法を宣言して、法を維持する作用」と定義する。司法と行政はどちらも法規範を適用するものであり、その区別は作用の本質ではなく、目的にある、と考えている。司法は法規範の内容を宣言するのに対し、行政は法規範の内容を現実化するものであるということである⁴³⁾。そして、判決の内容を実現するのが行政作用であるとし、形成、確認、給付判決は、司法が法を宣言するという点に限り、判決の効力による形式的区別にすぎない。したがって、行政事件が司法権に属する以上、裁判所は行政事件の審理についても、民事訴訟法が認める種類の判決を与え得るのである⁴⁴⁾。

佐々木説と対比すると、兼子説の特徴がわかりやすくなる。まず、判断作用について両説は異なるように見えるが、佐々木説は司法の判断過程において法適用の三段論法（事実の認定、事実に対する法適用、その結果の法宣言）に着目しており、司法の法判断権限を確保する兼子説とは大差がない。とりわけ判決の効力論について、執行力および形成力は結果的に非司法作用であるという点において共通している。その意味で、両説は確認作用を司法の原型とする点で一致しているといえよう。しか

41) 兼子・前掲注(7) 74頁。

42) 同上 79頁、後掲注(56) 参照。

43) 佐々木惣一『日本国行政一般法論(一)』(有斐閣、1952年) 5頁以下、同『改訂日本国憲法論』(有斐閣、1952年) 279-280頁、342-343頁。渡邊宗太郎『日本国憲法要論』(有斐閣、1949年) 36頁以下、288頁以下、296頁以下。

44) 渡邊・前掲注(8) 410頁以下、大西芳雄「行政事件訴訟の給付判決」(初出1954年)『憲法と行政争訟』(有斐閣、1977年) 79頁以下、磯崎・前掲注(8) 17頁以下。なお、京都学派ではないが、類似の見解として、山田準次郎「行政庁の行為義務確認訴訟の適否」(初出1958年)『行政行為を要求する訴訟』(有斐閣、1961年) 231頁。

し他方、佐々木説においては、事実への法的適用は、行政と司法の区別をせず、司法権が行う限り当然に司法作用となる⁴⁵⁾が、司法審査の発動条件については論じられておらず、抽象的規範統制を許すことも可能である。これに対して、政治との距離を図るために、兼子説は判断作用を強調して行政訴訟類型を確認訴訟に限定すると同時に、事件性によって司法審査の発動条件を付けている。この結果、時代の需要に応じるものであるという点で、兼子説は支配的な学説判例において広く受け入れられるようになった。

上記の通り、兼子説における司法権の概念には確認訴訟原型観が潜んでいる。とりわけ、事件性と判断作用の二点はそれぞれ訴えの利益と既判力に対応すると考えられる。そこで、法律上の争訟はすぐれて訴訟法的なものであり、民事訴訟法学において、法律上の争訟を訴えの利益と把握している学者は今日においてもなお多いのである⁴⁶⁾。しかし、公法の領域においては、兼子説は訴えの利益の思考を徹底せず、むしろ実体法上の権利義務関係を厳格に要求した上で、抽象的法規範の直接統制訴訟を否定している⁴⁷⁾。これに対し、行政訴訟における抽象的法規範の直接統制訴訟では、例外でありながら、少なくとも条例を処分と同一視できれば、取消訴訟の出訴が認められている⁴⁸⁾。そうすると、兼子説は当時の行訴法理論に比しても狭隘にすぎることである。第二款では行政訴訟の文脈において兼子説の意義と問題を指摘する。

45) 塩野・前掲注(9) 313頁。

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

47) 兼子・前掲注(37) 126頁以下。確認の利益の問題が論じられているが、実体法のレベルで具体的権利義務関係が存在しないと措定されている(130頁以下)。

48) 下記の田中説・雄川説参照。

第二款 兼子説の意義と限界

一 司法としての行政訴訟

兼子説の行政訴訟観を示すために、まず次の文章を引用する。

「法治の要求は、法の遵守適用が確実に且統一的に行われなければ貫徹されない。……司法の存在理由をこう考えるならば、その法規が公法であるか私法であるか、又事件が私人間の紛争であるか、国家機関である官庁の人民に対する権力行使の関係であるかによって区別すべき理由はないといわなければならない。官庁も個人も共に法に支配を受けるものである以上は、その法の機関である法廷にも平等に立つべきははずである」。ただし、「司法権は行政権を一般に監督するものではなく、ただ行政処分の適法違法又は公法上の権利関係を確定する判断をするだけである」⁴⁹⁾。

法律上の争訟であれば、公法私法を問わず裁判所に出訴できるので、行政事件に関する特別法がない場合には、民事訴訟法で訴えることができるというのが英米流の司法国家のあり方である⁵⁰⁾。特例法は民事訴訟に対する特別手続として定められた。司法権の判断を求める点について、行政訴訟と民事訴訟との同質性からみると、確認訴訟原型観が行政訴訟にも通用することになる。けれども、行政訴訟、特に典型的な取消訴訟の存在について、その異質性を民事訴訟の枠内で克服しなければならない。

まず、取消訴訟における形成訴訟という性質である。民事訴訟において、形成訴訟のメルクマールは、形成判決の確定まで、法律関係の変動について誰も主張することができないという点にある⁵¹⁾。その点で形成訴訟における排他的管轄が導かれる。法律関係を変動させる形成力は、確認訴訟原型観によれば、形成要件の存在を確定する既判力によって法律

49) 兼子・前掲注(7) 78頁。なお、兼子説の影響を受けて取消訴訟を権利不存在確認訴訟と解するものとして、高根義三郎「行政裁判の性質に就て」法律タイムズ2巻10号(1948年)31頁。

50) 同上76頁。実際には、兼子が戦後に日本の法学界の代表としてGHQと接触したことがあるため、そもそもアメリカ法の影響を受けた可能性がある(高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』(有斐閣、2005年)6頁注12参照)。

51) 兼子一「行政処分の取消判決の効力——判決の形成力の主観的範囲」(初出1951年)前掲注(37)書106-107頁、同『実体法と訴訟法』(酒井書店、1957年)164頁。

が結びつけた効果である⁵²⁾。この法理を行政事件訴訟に应用すると、まず行政処分「の公定力」を民事執行手続の特則のような「自力執行力」と解した上で⁵³⁾、これを消滅させる取消訴訟は、形成要件たる処分の違法性を既判力で確定した上で、その判決において法律に結びつけられた形成力を求めるものである⁵⁴⁾。このように取消訴訟は処分の違法性の確認訴訟と捉えることができるが、それを形成訴訟とするメルクマールは、排他的管轄にはかならないであろう。

次に、「行政訴訟実務を支配した義務付け訴訟原則否定論の原型」⁵⁵⁾だといわれる兼子説であるが、実際には義務確認訴訟を一般的に否定していない。少なくとも羈束裁量の場合には、行政庁が処分をなすべき義務を確認する訴訟を認めている⁵⁶⁾。その理由として行政庁の義務を宣言する作用と、その義務を裁判所自らが実現させる作用は区別されるべきである⁵⁷⁾。あくまで判断作用にとどまる前者は、行政庁に代わって法律状態を変動させる意思表示ではないので、「司法＝判断作用」のテーゼに反することはない⁵⁸⁾。義務確認訴訟を国民の請求権の確認訴訟と解することができる⁵⁹⁾。したがって、確認訴訟原型観において義務確認訴訟は可能である。

52) 兼子・前掲注(24)体系147頁、同上「行政処分の取消判決の効力」113頁。

53) すなわち、「行政官庁は行政処分によって、その適法性の終局的確定は司法審査に留保されているが、一応自力によってこれを執行する権限をもっていることである」(兼子・前掲注(41)78-79頁)。「裁判所の判決による行政処分の取消というのは、司法権による違法の確定に伴って、これ以前に解除条件的に発生した行政処分の自力執行性が消滅する効果を言表わすものである」(兼子・前掲注(51)実体法160頁)。ここでいわれた自力執行性、すなわち公定力とは、行政処分が公権力の行使として国民を服従させる効力である。

54) 兼子・前掲注(24)体系165頁、同「上級審の裁判の拘束力」(1950年)前掲注(37)書90-91頁、前掲注(51)実体法161頁注(54)。ここでは、前掲注(41)論文における適法性推定の見解が改められた。

55) 角松・前掲注(36)36頁。なお、同じことを指摘する近年の憲法学の文献として、南野森「司法権の概念」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣、2009年)175-176頁。

56) 田中二郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、1957年)15頁、16頁、19頁(兼子一発言)。

57) なお、兼子(同上16頁発言)は、「強制執行というのは行政権の作用というところまで徹底してみれば、同じ行政権同志の問題なのだから、そういうものについては普通の強制執行を認めることは無意味」になると述べた。

58) 三ヶ月章(同上19頁発言)は、「その限度ではぜんぜん行政権を侵しているのでもないし、確認に止まっているのであって、給付判決はいけないという問題とはぜんぜん違う」と述べた。

59) 同上18頁(兼子一発言)。

このように兼子説は行政訴訟の類型を民事訴訟に準じて確認訴訟に置き換えると同時に、行政事件の特質（例えば公定力とそれを前提にする取消訴訟）をできるだけ除去している。そのため、行政事件において民事訴訟の救済法理（例えば請求権に対する義務確認訴訟）を応用することが可能となる。だが、既存の訴訟類型を前提にする変換作業は形式的なものにとどまり、行政事件に関する法律上の争訟を見直すことには関心が払われていない。そしてもっとも驚くべきことは、訴えの利益に関する議論がまったく行われておらず、かつ次のような問題点がある。

二 兼子説の限界

問題は行政実体法関係の具体性を訴訟法においていかに判断するかということにある。

兼子説において、民事実体法規は、単なる裁判規範として「裁判による紛争解決の基準として生成又は存在するもの」に対して、行政実体法規は「第一次的には行政行為に対する規律で、行政官庁によって執行される法規は、それが同時に評価規範として行政作用の適法違法を判定する基準」となる。そして行政は「法を離れても可能な又は法が存しない分野においても」自由に活動する作用である⁶⁰⁾。そのため、公法上の法律関係は裁判する前に明確な行政法規により定められ、主に行政処分により具体化される。そうすると、権力分立原則により行政の一般監督権を有しない司法は、法律がなければ、自らの法創造により行政を統制する法理を形成することができなくなり、法律関係の具体性を訴えの利益を通じて判断することも禁じられる。この点で、裁判所が民事訴訟において実定法上の権利がなくても訴えの利益を通じて自由な法発見ができるという主張とは対照的である⁶¹⁾。

したがって、兼子説において、行政立法や条例という行政法規の効力または解釈を直接争うことは法律上の争訟から予めカテゴリー的に排除されており、具体的行政措置に対しても、明確な行政法規がなければ、行政法上の具体的な権利義務が存在しないとされる。

60) 兼子・前掲注 (33) 4頁。

61) 違憲審査制の文脈において兼子の態度変化とその原因について、笹田栄司『裁判制度』（信山社、1997年）58頁以下。

皇居外苑使用不許可取消事件の第1審判決に対する兼子の評釈において、上記の問題が露骨になった。本件は日本労働組合総評議会(総評)が、厚生大臣に対して、メーデーにおける皇居外苑使用許可申請に対して不許可とした処分を取り消すことを求めて提訴した事案である。東京地裁は、皇居外苑が公共福祉用財産であり、厚生大臣の不許可が行政処分であることを認め、不許可処分は国民公園管理規則に反し違法であるとして、請求を一部認容した⁶²⁾。これに対して、兼子は法律がなければ、行政の国有財産管理が私人に準じて行われることから、申請者の締約請求権を否定した。その理由として、「許可申請に対する不許可通知は、ただ申込を承諾しないという事実上の意思通知に過ぎない」。「その拒絶によって申請者の権利が侵害されたとはいえず、行政監督なり、或は一般的な国会の監視によってその責任が追究されることがあるだけである。」⁶³⁾

通説判例は本件の使用許可・不許可を行政処分とする⁶⁴⁾。ここでの問題は兼子説において、処分でなければ司法審査ができないと断じたことにある。兼子の民訴理論によれば、実体法上の明確な請求権がなくても、まさに社会実態としての紛争を解決するための裁判規範を形成する契機がある⁶⁵⁾。しかし、兼子は、なぜ本件では法律上の争訟から当該紛争を極端的に排除したのか。まず、背景として、「血のメーデー事件」に帰結した本件は、また平野事件のように裁判所を政治の渦に巻き込むおそれがあるだろう。兼子によれば、政治責任を負わない裁判所がこの事件を審理するのは不適切だと考えられている。また、法理論として、兼子説には市民法的思考の限界があるが⁶⁶⁾、そもそもすでに「行政処分⇒取

62) 東京地判昭和27年4月28日行集3巻3号634頁。

63) 兼子一「メーデー皇居前広場使用不許可の取消判決について」季刊労働法5号(1952年)104頁以下。

64) 最大判昭和28年12月23日行集4巻12号3288頁。

65) 本件事例について考えると、本案審理において争点となるのは、原告が求める使用機会を否定した決定の違法性、または原告の使用権付与を合理的に期待する法的地位である。そのような違法性の判断または法的地位を支える法理は、平等原則や集会の自由から構成されることが可能である。そして、裁判所はその法理を裁判規範として言渡すれば、これから行政に対する第一次的な行為規範になるだろう。したがって、原告の利益状況を勘案すれば、確認の利益を有して、外苑を利用しうる地位の確認または拒否通知の違法確認は十分に可能だと考えられる。

66) 高柳・前掲(40)2298-2299頁。

消訴訟⇒公法の適用」というドグマの連鎖により制約されている。

結局のところ、兼子説において行政訴訟の類型を確認訴訟に置き換えることは、あくまでも既存の訴訟類型を追認した上での形式的作業である。そして、訴訟技術上、民事訴訟と行政訴訟との同質性を確保することには成功したが、特殊な権力分立観に基づいていたため、確認訴訟を適法性統制手段として司法的救済範囲を拡大するという実践的意図は見当たらない。その理由として、一つは古典的な自由主義的法治国家観の限界にある。すなわち、行政を統制する第一次的なものは議会制定法であり、司法は議会制定法に基づいて裁判しなくてはならないとされた。もう一つは、本来、訴訟法の次元で柔軟に考えられるべき訴えの利益は、実体法上の行政処分により一義的に規定されるとされた。そして、行政訴訟においては、個別的な事情ごとに訴えの利益による判断を行う必要はないとされたのである。したがって、民事訴訟法の歴史において確認訴訟の登場がもたらした訴えの利益論に関する問題意識は行政訴訟に及ばなかったのである。

そして、次款で分析するように、兼子説を土台として行政法学の通説を形成した田中説と雄川説は独自の理論を展開したが、基本的に同じ問題を抱えていた。

第三款 行政法秩序の形成主体

一 福祉国家における行政権——田中説

日本において、もっとも早く行政訴訟における確認訴訟の可能性に注意を払った者は田中二郎であろう。戦前、行政裁判法の改正に関する論稿において、ドイツのラント行政裁判法がすでに確認訴訟を定めていた動向に注目して、「確認訴訟を認めることは……行政裁判制度の本質に反省を加ふべき機縁となったことを否定し得ない」⁶⁷⁾と評した。ところ

67) 田中二郎「行政裁判制度改正に関する諸論点」(初出1933年)前掲注(5)書386-387頁。なお、Walter Jellinekは、1928年に確認訴訟の一般的な承認を「概括主義の完全形態」として次のように評価している。「確認訴訟に対する立法的反感のより深い理由を考えるならば、それは行政裁判を不必要に早期に活動させまいとする一般的な努力に存する。……立法者のかかる努力は、関係人が行政行為の発給前に行政裁判所に出訴することができることになれば、妨げられることになろう。ハンブルクとプレーメンは、この種の疑念が大して重要なものでないことを証明している」(人見剛『近代法治国家の行政法学』(成文堂、

が、司法国家体制となった新憲法のもとで、田中が確認訴訟の可能性に対してまったく関心を払わず、取消訴訟中心主義を極めて強く主張している。そして、義務付け訴訟の許容性を全面的に否定し、差止訴訟の適用余地も極めて限定している。それは何故だろうか。

田中説の基盤をなすのは、福祉国家における行政権論である。福祉国家の展開により行政権が広く公衆の利益を保護するようになった一方で、司法による権利保障が一般公衆の保護のために修正を受けることになったのは当然である⁶⁸⁾。そこで、行政の領域を確保することが必要となり、行政権を「法の下に法の規制を受けながら、現実には国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的な国家活動である」⁶⁹⁾と積極的に定義している。この定義の実践的意図は、司法の干渉を受けない行政権の固有領域の保全にもある⁷⁰⁾。すなわち、行政による法秩序形成というもの図式である。

この図式において、司法権の限界は行政の固有領域により確定されている。そして、議会制民主主義において、行政の政治的・行政的決断は議会を通じて民主的正統性を有している。そこで、司法は行政の第一次的判断権を尊重しなくてはならない。こうした政治領域の拡大に伴い、司法審査の対象となる具体的な権利義務は、原則として行政の第一次的判断権により形成されまたは確定されたものである。すなわち、処分性が具体的な事件性を嚮導することになる。司法は処分性がなければ、自ら法律上の争訟を判断して行政と国民との法律関係の存否を確認することができないのである。したがって、司法の判断権限を拡大する確認訴訟の可能性は田中説において排除されたのであった⁷¹⁾。

1993年) 216-217頁により引用)。

68) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣、1957年) 192頁。行政法の原理について、田中は民主主義の原理、法治主義の原理、福祉国家の原理、司法的保障の原理をあげている。特に福祉国家の原理と司法的保障の原理との衝突を問題視している(194頁)。この点を批判したのは、渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」(初出1964年)『現代国家と行政権』(東京大学出版会、1972年) 148頁。

69) 田中・同上 22頁。

70) 塩野宏「行政概念論議に関する一考察」(初出2000年)『法治主義の諸相』(有斐閣、1989年) 31頁注44。

71) なお、田中二郎『新版行政法(上)〔全訂第2版〕』(弘文堂、1974年) 295頁注1参照。

二 歴史的な概念構成——雄川説

福祉国家論を展開する田中説に対して、包括的抗告訴訟概念を完成した雄川一郎は、行政事件に関する法律上の争訟について、宮沢のいう歴史的な概念構成に似た手法を取り入れる。すなわち、司法作用は、「司法権ないし裁判制度の歴史を背後に負い、裁判所の組織・機能ないし裁判官の能力と密接に結合しているのであって、そこに自ら一定の内容が歴史的に形成されて来たのであり、わが憲法もこれを前提としているものと解される」としている⁷²⁾。法律上の争訟については通説の定義に従っているが、歴史的な概念構成からの制約を実質的に加えている。その制約は行政の第一次的判断権を前提にする取消訴訟中心主義にほかならない。したがって、白石説を批判する際にも、「裁判制度の意義は単なる争の法的判断につきるものではなく、裁判制度の歴史的発達を背景として」⁷³⁾ 把握しなくてはならないと強調した上で、行政権の発動に直接関係する法律上の争訟を、原則として、現在の行政行為の枠内に限定している⁷⁴⁾。それ以外は行政権の政策判断または自由活動の領域と考えたのである。

今村成和は、雄川説を「『行政権の独立』という明治憲法的伝統に、強く支配されている」⁷⁵⁾ ものだと批判した。だが、歴史的な概念構成によると、行政権の独立という法伝統は雄川説が求めるものである。そこで、後に行政処分に対する予防的不作為訴訟について、雄川はやや緩やかに認めるようになるが、なお取消訴訟に準じて「事後審査的性格を失わない」ことを基準とし、裁判所の権限を歴史的な概念構成により理解

72) 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957年)48頁。

73) 同上102頁。

74) その理由は四点あげられている。第一に、「或る行政行為をなすか否かは、行政権に制度上与えられた権能であり、これを裁判所によって強制され又は阻止されることは、……原則として制度の建前に反する」。第二に、「行政行為が行政権の権限に属せしめられているということは、行政行為をなすかなざるかを、一応は行政的判断の結果によらせしめることを意味する」。第三に、一般的に、行政「行為がなければ、裁判の対象となるべき現実具体的な法律関係が存するとはいえない」。第四に、裁判所は、「その具体的な権限については法的及び政治的な責任をどの機関にも負わないのであり、また、裁判所の判断は当該問題に関する限り、最終の権威をもつことになる」。したがって、裁判所の任務は「他の機関の行為の当否の事後審査に止まるべき」である(雄川一郎「行政救済制度」(初出1957年)『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年)44頁以下、同上101頁以下)。

75) 今村・前掲注(18)224頁。

すべきとのことを強調している⁷⁶⁾。

なお、取消訴訟の対象は原則として行政処分に限られている。ただし、条例を直接対象とする取消訴訟については、兼子説においては法律上の争訟に当たらないが、雄川説においては、明治の行政裁判例を引き合いに出して条例を行政処分と同一視しうる場合に処分性が例外的に認められる。これもまた歴史的な概念構成の手法であろう⁷⁷⁾。

ところで、歴史的な概念構成を前提にする行政訴訟は、理論的に、民事訴訟の確認訴訟、給付訴訟及び形成訴訟に分類されるが、「行政訴訟の特殊性」を考察する際に、行政権の発動の有無に直接関係するかどうかにより区別されるべきである⁷⁸⁾。すなわち、行政権が行政行為によって法律関係を第一次的に形成する権能を有する以上、行政行為を不服とする抗告訴訟は行政権の優越的地位を守るために構成されたものである。当事者訴訟は行政行為が存在しない権利関係を対象とするものである。雄川が「前法律的な生活基盤を要素とする権力観」を用いて抗告訴訟と当事者訴訟との区別を行うのも、また、制度の歴史的発達を背景とする歴史的な概念構成の手法であろう⁷⁹⁾。

したがって、行政訴訟は、取消訴訟ないし抗告訴訟を中心にして、再び民事訴訟と区別してその特殊性を確保することができる。抗告訴訟において、民事訴訟類型の三分類論は訴訟技術上に判決の効力や訴訟物を説明する際に一定の意義が認められるが、行政権の発動を争う訴訟要件については、行政訴訟の特殊性、即ち裁判所の権限の有無の問題として考えられるべきである。そこで、雄川説において請求権を前提にする給付訴訟と訴えの利益を中心に運用する確認訴訟との区別は抗告訴訟においては、もはや意義を失い、「形式的な問題」にすぎないと一蹴されている⁸⁰⁾。確認訴訟の可能性はこの歴史的な概念構成により放逐されたの

76) 雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」(初出1974年)前掲注(74)書270頁、277頁。

77) 雄川・前掲注(72)69頁、72頁注7。なお、原告適格について、法的保護に値する利益説を批判する際にも「歴史的制度的基礎」を強調した(同「訴えの利益と民衆訴訟の問題」(初出1976年)前掲注(74)書377頁)。

78) 雄川・前掲注(72)50頁。

79) この点の分析として、高木光「メンガー=雄川理論の意義」(初出1990年)『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)148頁以下。

80) 雄川・前掲注(72)257頁。なお、「行政訴訟の体系としては、給付・形成・確認の三種別に重要な意味があるかどうかは疑問である」と述べた(同「行政

であった。

第四款 小括

兼子説、田中説、雄川説を要約すると、行政による法秩序形成を重視している司法国家観となる。この行政権優越の司法国家観は、行政に対する議会制民主主義のコントロールに期待する一方で、「行政権に対する司法権の干渉を可及的に排除し、後者に対する前者の独立性を確保するという思想」⁸¹⁾であり、政治の領域を極大化すると同時に、法的領域を極小化している。したがって、行政事件に関する法律上の争訟は、行政が明確に形成または確定した法律関係という意味で、非常に限定された処分性という形式的厳格な判断基準により判断されている。そのため、法律関係の具体性を訴えの利益を通じて自律的裁量的に判断する司法の権限は排斥されており、行政法を司法審査で囲い込むという発想は見当たらないのである。

戦後の復興から高度経済成長の時代において、この司法国家観が行訴法の制定にも行政・裁判実務の運営にも大きな影響を及ぼしていた⁸²⁾。だが、当時、次節で検討するように、白石健三が敢然とこの司法国家観に挑戦していたことは、看過すべきではないだろう。

第三節 義務確認訴訟説の展開と挫折

第一款 アメリカ法における宣言的判決と司法権

一 司法権の概念——宣言的判決の登場前夜

白石が唱えた「義務確認訴訟説」は英米法上の宣言的判決をモデルとするものである⁸³⁾。白石説の理論背景を明らかにするために、まずアメ

訴訟の型態」(初出1973年)前掲注(74)書245頁注2)。

81) 宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学——『行政権の独立性保障』の系譜」(初出1990年)『行政争訟と行政法学 [増補版]』(弘文堂、2004年)3頁。

82) 特に「官主導のもとで……大いに歓迎される」(塩野宏「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」(初出2000年)『法治主義の諸相』(有斐閣、2001年)333頁)。

83) 兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)297頁、今村・前掲注(18)208頁。白石もこの点を認めた。1950年には、義務付けの給付判決はできないと言われているが、「公法上の権利関係に関する確認判決 (declaratory judgment) を求めることが許される」かという疑問を示した(最高裁判所事務総局行政局『行政事件訴訟年鑑 (昭和24年度)』(1950年)10頁注2)。1951年には、公法

リカ連邦憲法第3編第2節第1項の司法権の概念について、宣言的判決との関係を中心に上げる⁸⁴⁾。

英米法のいわゆる宣言的判決 (declaratory judgment) は、ドイツや日本、台湾の民事訴訟法の確認判決と同一の内容をもち、裁判所で争われた法律関係の存否を公権的に確定するものである⁸⁵⁾。権利の確認のみを目的とする訴訟については、この訴訟が伝統的に仮定的な問題を求めるものであると考えられていた⁸⁶⁾。それは、コモン・ローの救済法としての損害賠償であれ、エクィティの救済法としての特定履行や差止め命令であれ、いずれも給付判決に相当する執行的判決 (executory judgment) という歴史的理解があるからである⁸⁷⁾。したがって、裁判制度の存在理由が違法行為 (wrongs) に対する強制的是正にあるために、裁判理論が執行的判決を中心に構成されていた⁸⁸⁾。執行の可能性を持たない判決を下すことは、裁判所の権限に属するものではないと考えられていた。

そこで、司法権の概念について、アメリカ連邦憲法第3編第2節第1項に定める具体的事件性・争訟性 (case or controversies、以下は「事件性」と略する。) の中身は、執行的判決により規定されていた。例えば、「勸告的意見」を否定した *Muskrat v. United States* によると、司法権の概念は、①相対立する当事者間の現実の紛争が存在し、②その紛争に対して裁判所が終局的判決を下し執行できるものである⁸⁹⁾。②は、いうまでもなく執行力そのものである。①について、現実の紛争は、違法行為がすでに

上の権利関係の存否につき法律的紛争が存在し、確認の利益がある限り、裁判所が権利関係の存否を確認することは判断作用にとどまり、司法上の救済を与える権限を有する、ということを主張した (最高裁行政局・前掲注 (13) 13頁注4)。とりわけ1951年9月12日には、行政事件の処理に関する会議で、「宣言的判決の法理導入と現行法の抗告訴訟中心の建前との調和」という発想をはっきり打ち出した。また、本会議記録により、白石が前記年鑑の執筆者であることがわかった (最高裁行政局・前掲注 (12) 資料12号13頁以下)。

84) アメリカ憲法の司法権の概念と宣言的判決との関係を研究して、日本国憲法の司法権の概念に応用する先行研究として、斎藤秀夫「法律上の争訟について(一)(二)」法学 (東北大学) 17巻2号 (1953年) 155頁以下、4号11頁以下。

85) アメリカ側の指摘について、EDWIN BORCHARD, DECLARATORY JUDGMENT 101,109 (2d ed. 1941)。日本側の指摘について、三ヶ月・前掲注 (19) 6頁。

86) 田中英夫『英米法総論 下』(東京大学出版会、1980年) 566頁。

87) DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES 6-8 (3d ed. 2002)。

88) 高柳賢三『司法権の優位——理論と実際 [英米法講義第三巻]』(有斐閣、1948年) 103頁。

89) 219 U.S. 346 (1911)。

犯されており、現に損害が発生しているか、または回復困難な損害の発生が差し迫っているか場合に限定されており、それぞれ損害賠償または差止め命令が適用される。

ところが、19世紀後半に入ったイギリスでは、資本主義経済の発展や法律規制の増加に伴って法律関係の不明確性が増大したことを背景に、損害の発生そのものを事前的に防止すべきであるという社会的要求に基づいて、宣言的判決制度が認められるようになった。宣言的判決に期待されたのは、法律関係の不明確性に基づく不安を早期に解消し、法秩序全体の安定性や予測可能性を確保するという「予防的機能」である⁹⁰⁾。

アメリカにおいても、第一次世界大戦の影響を受けて、多くの契約上の法律関係が著しく不安定になり、争点となる財産権または法的地位の存否を早期に解決することを望む社会的要求が生じていた⁹¹⁾。そこで、宣言的判決を積極的に導入する立法運動が急速に展開された。しかし、これは、法理論上、宣言的判決をいかに構成するか、これを踏まえて司法権の概念をいかに見直すべきか、という問題を惹起した。

二 司法権の概念——Borchardの所説を中心に

イギリスの宣言的判決という法制度をアメリカに移植するに際しては、単純に訴訟技術の問題にとどまらない。司法の役割転換に関する訴訟法思想がより一層重要な役割を果たした。宣言的判決に関する最初の本格的な論文を書いたSunderlandは、宣言的判決の存在意義について、現代社会における司法の役割転換の中で理解すべきだと指摘した。つまり、現代文明社会において、国民が法律を遵守して生活を営むという遵法意識が従前より高まっているため、司法は常に実力を行使する必要はなく、法の宣言だけで紛争を解決することができる。とりわけ法律関係の不明確性に基づく紛争を解決するには、争点となった権利義務の存否だけが明らかになれば十分なので、司法は紛争を早期に解決することで、

90) 詳しくは、LORD WOOLF & J. WOOLF, THE DECLARATORY JUDGMENT 9-36 (4th ed. 2011)。日本における研究として、下山瑛二「イギリス行政法における宣言的判決 (declaratory judgment) をもとめる訴 (一)」法学雑誌 (大阪市立大学) 9巻2号 (1962年) 60頁以下。

91) BORCHARD, *supra* note 85, at 135.

法律関係の不明確性から生じた困難 (hardship) に陥った国民を救済すべきである⁹²⁾。

Sunderland 説に共鳴して、連邦および州の宣言的判決に関する立法に大きな影響を及ぼした Borchart は、司法の役割について「治療司法 (curative justice)」から「予防司法 (preventive justice)」への進化と説明している⁹³⁾。殊に現代国家の職能拡張に伴って、司法がもっと積極的に社会の秩序形成に寄与すべきことが期待されるが、従来の民事手続は煩瑣でエクイティの伝統的な要件制限によって阻まれているので、より迅速かつ効率的な紛争解決手法が望まれている。Borchart は当時の硬直したエクイティの要件論にこだわる司法の形式主義を非難し、宣言的判決の活用論を唱えたのである。彼の所説は次の二点に整理できる。

第一に、予防的権利救済 (preventive relief) である。エクイティの差止命令には予防的機能があるが、回復困難 (irreparable injury) および補充性 (adequacy test) という伝統的要件の制限があり、契約不履行や不法行為以外にあまり運用できない⁹⁴⁾。確かに執行力は権利救済にとって重要であるが、それが要件を厳しくする原因ともなっている。これに対して、既判力をもって法律関係の不明確性 (uncertainty) から生じた紛争を解決できる場面では、宣言的判決が認められるべきであるが、新たな紛争事件について、宣言的判決による救済が用いられるため、これは専属的な救済 (exclusive remedy) である⁹⁵⁾。そうすると、司法権の概念要素としての現実の紛争は、損害賠償や差止命令を通じて理解された、すなわち損害の発生が現実に存するまたは差し迫っている事件だけではなく、法律関係の不明確性に帰因する事件まで、実質的に拡張されるこ

92) Edson R. Sunderland, *A Modern Evolution in Remedial Rights—The Declaratory Judgment*, 16 MICH. L. REV. 69,69 (1917) ; *The Courts as Authorized—Legal Advisors of the People*, 54 AM. L. REV. 161 (1920). 比喩的に言えば、「司法は法律関係に対する事後的な修繕屋から事前的なサービスセンターへ進化している」。

93) BORCHARD, *supra* note 85, at xiv.

94) Edwin M. Borchart, *Declaratory Judgment a Needed Procedural Reform*, 28 YALE L. J. 1, 3 (1918). 従来の事件性の概念はもっぱら損害賠償や差止命令より形成されたものである。そして訴訟技術のレベルにおいて要求された訴訟原因 (cause of action) または実体法上の侵害 (wrong) の概念は極めて厳しい概念である。

95) BORCHARD, *supra* note 85, at 315-16.

とになる⁹⁶⁾。

第二に、既存の救済法の代替またはそれとの連携である⁹⁷⁾。コモン・ロー裁判所とエクィティ裁判所との統合過程を背景にして、コモン・ローによる救済もエクィティ救済によるも基礎的権利 (primary rights) を判断した上で、執行力を有する救済方法が決められるという法構造が形成されるようになった。この法構造において、権利判定の機能を最も純粹に保有するものは宣言的判決と解される。そこで、Borchard は、コモン・ローの令状手続の煩瑣さやインジャンクションの厳しい要件に比べれば、執行力を有しない宣言的判決は、最も簡潔なものだと指摘している。また、多様な救済法が併存し得る場合には、宣言的判決は一般的救済法として活用することもできる。「原告は〔訴訟の〕入り口の間違ひだけで裁判所に門前払いされること」を避けなくてはならず⁹⁸⁾、宣言的判決は既存の救済手法と連携して、または代替的に使えるものである。そのメリットは、宣言的判決が法の争点を明確にすること、および当事者間の信頼関係を傷つけないように紛争を解決することである。このため、宣言的判決ではなく他の訴訟形式が救済することが可能な場合であっても、もう一つの救済 (alternative Remedy) として使うことができる⁹⁹⁾。

上記の通り Borchard の所説を整理してみると、宣言的判決の活用論は、従来の司法権の概念要素について、現実の紛争および執行力の二点から再検討を促すものである。すなわち、彼によれば、憲法論の次元で把握すべき司法権の概念と、執行的判決により理解される司法権の概念とは、区別することができ、その間の空白を埋めるものとして宣言的判決が位置づけられたのである。さらに、Borchard は、宣言的判決があらゆる紛争場面において活用できるものとして、硬直したエクィティを超えた救

96) 当時の理解として、Legislation, *Declaratory Judgments in the Federal Courts*, 49 HARV. L. REV. 1351, 1352 (1936). Note, *Declaratory Judgments—Justiciable Controversy—Construction under State and Federal Statutes*, 15 N.Y.U. L.Q. REV. 266, 288 (1938).

97) Edwin M. Borchard, *Declaratory Judgment As an Exclusive or Alternative Remedy*, 31 MICH. L. REV. 180 (1932-1933).

98) Edwin M. Borchard, *Federal Declaratory Judgments Act*, 21 VA. L. REV. 35, 39 (1934). (Litigants should not be turned out of the courts on the excuse that they have come in through the wrong door.)

99) BORCHARD, *supra* note 85, at 316.

濟となることを期待していた¹⁰⁰⁾。しかし、連邦最高裁判所は、この宣言的判決の積極的な運用を警戒したのであった。

三 連邦最高裁判所の理解——宣言的判決の合憲性

1 アメリカ連邦最高裁判所は、憲法上の事件性と伝統的救済法の要件との区別を意識していなかった¹⁰¹⁾。あるいは、社会的要求に応じる司法機能の拡張にも躊躇したようである¹⁰²⁾。連邦最高裁は、司法権の概念について歴史的な概念構成を重視しており、以下の通り、イギリスからの法律移植に対して激しい排斥反応を示していた。

まず、連邦最高裁は、州の立法に対して消極的な態度を示し、司法権の領分を従来の訴訟形式の枠内で考えて、連邦の宣言的判決の立法運動に大きな打撃を与えた。例えば、*Liberty Warehouse Co. v. Grannis*¹⁰³⁾において、原告は、ケンタッキー州の宣言的判決法に基いて、同州の倉庫法の違憲宣言を求めている。連邦最高裁は宣言的判決を求めるこの訴訟について、その事件性を否定している。当時の判例法理によると、本件は法令執行の差止命令で訴えれば、事件性が認められたはずの紛争である¹⁰⁴⁾。また、*Willing v. Chicago Auditorium Association*において、連邦最高裁は、原告の司法判断を求める実質的利益を認めたにも関わらず、「原告が求めているのは宣言的判決のみである。……かかる救済を与えることは連邦司法権を越えることになり」、「原告が求めている手段は連邦憲法第3編に定めた事件性に該当しない」とは判示している¹⁰⁵⁾。

しかし、後に、連邦最高裁は、従来の判例を変更し、訴訟形式よりむ

100) なお、宣言的判決活用論を唱えた理由としては、当時のアメリカ民事訴訟手続の欠陥もある。したがって、1934年に連邦議会は、民事訴訟制度の近代化の一環をなす宣言的判決法を定めると同時に、連邦裁判所が単一の民事訴訟制度を設けることを認める授權法(Enabling Act)を制定した。その後、連邦民事手続規則が1938年に成立したため、民事訴訟制度の近代化がようやく完成した。

101) Note, *Developments in the Law: Declaratory Judgment—1941-1949*, 62 HARV. L. REV. 787, 792 (1949).

102) なお、連邦最高裁への入り口の拡大は違憲審査権の及ぶ範囲の拡張に繋がるだろう。この点について、連邦の宣言的判決立法に反対する意見として、Note, *Declaratory Relief in the Supreme Court*, 45 HARV. L. REV. 1089 (1932)。反論としては、BORCHARD, *supra* note 85, at 766-70.

103) 273 U.S. 70 (1927).

104) BORCHARD, *supra* note 85, at 176.

105) 277 U.S. 274 (1928).

しる原告の主張する権利に及ぼす影響に着目し、司法判断適合性 (justiciability) を備えれば宣言的判決による救済の合憲性を認め、*Nashville, Chattanooga & St. Louis Ry. v. Wallace*¹⁰⁶⁾ において、次のように判示した。

「事件または争訟が、執行的救済を求める憲法制定当初以来伝統的な手続の方式のみによって提起されることは、憲法の要求するところではない。司法権発動の究極的目的は、連邦憲法および制定法上の権利の保護であるから、事件が連邦法上の権利に関し、仮定的ではなく、現実の事件であって、対審手続の諸必須条件を充たし、下級審で終局的判断を受けたものである限り、単に手続の方式が変わっているからといって、当法廷の審査を受けないものではない」¹⁰⁷⁾。

要するに、ここには、歴史的に形成された司法権を前提に構成された事件性に関する概念に基いて、宣言的判決を一般的に否定する考え方を改め、具体的な事件における利益状況を衡量して宣言的判決の運用の許否を判断すべきという考え方への転換がある。ただし、本件の場合、伝統的な紛争の現実性がすでに認められ、差止命令の発出さえ可能になる状況に至っていた事件であった。確かに、連邦最高裁は、司法権の発動要件から執行力を取り除いたのであったが、伝統的な紛争の現実性の存在がわざわざ宣言的判決に相応しい属性である。紛争の現実性をより広く認める趣旨は読み取れないのである。

この判決により、連邦宣言的判決法 (Federal Declaratory Judgment Act) が翌年の 1934 年に成立し、「司法権をさらに発展させた」¹⁰⁸⁾ ののだと評価された。後に、連邦最高裁は、*Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*¹⁰⁹⁾ において連邦宣言的判決法の合憲性を認めた。本件は損害賠償または差止命令が適用されない事件、すなわち伝統的な紛争の現実性を欠く事件において、宣言的判決法に基づいて宣言的判決が適用された事例である。

106) 288 U.S. 249 (1933). 日本における紹介として、早川武夫「宣言的判決」田中英夫編『英米法判例百選』(有斐閣、1964年)44頁以下。

107) 訳文は早川・同上45頁から引用したものである。

108) BORCHARD, *supra* note 85, at 134.

109) 300 U.S. 227 (1937). 日本における紹介として、竹下守夫「宣言的判決」伊藤正己編『英米法判例百選 I』(有斐閣、1978年)249頁以下。

その後、紛争の現実性について、連邦最高裁は、緩やかに判断するようになった。

2 連邦最高裁判決をまとめれば、宣言的判決は憲法上の司法権の概念を変更しまたは拡大するものではないが、従来の執行的判決を前提にした司法権の概念を見直す契機を与え、現実の紛争の判断基準を修正し、執行力の必要性を相対化した。

ところで、連邦最高裁判決にいう司法判断適合性とは、三権分立の思想および連邦憲法3条2項に定める事件性という考え方に基いて、裁判所が司法作用として裁判できる紛争に当たるか否かという判断枠組みである¹¹⁰⁾。この判断枠組みにはいくつか下位概念が含まれているが、宣言判決の場合には、特に法律上の利益 (legal interest) の存在や当事者間における利害の対立 (adverse interests) や紛争の成熟性 (ripeness of issue) が問題とされる¹¹¹⁾。これらは、宣言判決という制度を司法権の範囲内で運用するための指標的概念として構成される。したがって、司法判断適合性はドイツや日本の民事訴訟法上の権利保護の資格とそれを求める利益に相当する概念であると考えられている¹¹²⁾。

一方、宣言的判決は行政作用に対する司法審査においても活用されてきた。法律関係の宣言を通じて、争点となる行政の違法性を明らかにすることができる¹¹³⁾ ことから、差止訴訟との併合提起が一般的に行われている。ただし、判例法上、司法判断適合性に関する特殊の判断基準が形成されたことで、司法審査における宣言的判決もまた、そのような基準により運用されている¹¹⁴⁾。

110) BORCHARD, *supra* note 85, at 33. 高柳・前掲注 (88) 89頁、最高裁行政局・前掲注 (11) 29頁。

111) *Id.* at 33-86.

112) 三ヶ月・前掲注 (19) 6頁、10頁、最高裁事務総局・前掲注 (11) 49頁。

113) Edwin M. Borchard, *Declaratory Judgments in Administrative Law*, 11 N.Y.U. L.Q. REV. 139 (1933).

114) すなわち、成熟性 (ripeness)、最終性 (finality)、終尽性 (exhaustion) である。See generally, R.J. PIERCE, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 965-1106 (4th ed. 2002). 日本における紹介として、義務確認訴訟説を念頭に置いたのは、最高裁事務総局行政局付であった中村治朗「米連邦行政訴訟における若干の訴訟要件の問題」岩松裁判官還暦『訴訟と裁判』(有斐閣、1956年) 549頁以下。改正行訴法における確認訴訟を念頭に置いた近年の文献として、越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』(弘文堂、2008年)。

四 宣言的判決と確認訴訟原型観

アメリカにおける宣言的判決の成立事情を見ると、宣言的判決が司法権の分野に入らないという問題はすでに克服されている。司法権の分野は、権利保護を任務とする裁判所が司法権の内在的制約、すなわち司法判断適合性により判断すべきである。白石説の出発点は、もしこの法理を日本に応用すると、司法権が及ぶ新たな分野を開拓する可能性が生まれてくる、という発想である¹¹⁵⁾。

一方、裁判官の白石は、当時の民事訴訟理論を熟知しており、かつ、憲法の司法権の概念を形成した兼子説の「確認訴訟原型観」の影響を受けたと考えられている¹¹⁶⁾。そして、彼は英米法の宣言的判決を日本に移植する際にして、確認訴訟原型観をその受け皿として行政訴訟の法構造を見直したのである。以下では、宣言的判決と確認訴訟原型観を比較しながら、白石説の問題意識およびその理論の背景を明らかにする。

第一に、確認訴訟原型観についてである。アメリカ法においては、救済法は基礎的権利 (primary rights) を判断した上で救済が決められるという法構造があり、これに基いて権利確認を中核とする宣言的判決が登場した。そして伝統的訴訟形式を前提にした司法権の概念も宣言的判決により見直された。アメリカ法から学ぶべき点は、訴訟の実体に迫りその本質的属性である宣言的判決を通じて、既存の訴訟の諸形式をこの本質的属性に基礎づけられた諸態様として捉え直される司法権の概念として再検討するということであろう。

ところで、兼子説は、すべての訴訟類型の目的が既判力を有する裁判の取得にあるという確認訴訟原型観を打ち出し、それを「司法＝判断作用」のテーゼの基礎とする。けれども、行政訴訟については取消訴訟中心主義の制約の中にあつて、確認訴訟の可能性を検討していない。この問題について、白石説は、確認訴訟原型観を踏まえ、抗告訴訟の本質は

115) 最高裁行政局・前掲注 (11) はしがき 2 頁。この本の署名はないが、はしがきを書いた者は白石であり、本文の執筆者は中村治朗である (中村治朗「最高裁行政局時代の回顧」(初出 1985 年)『裁判の世界を生きて』(判例時報社、1989 年) 8 頁以下)。

116) 訴訟類型論について、兼子説と白石説は類似しているとの指摘がある。今村・前掲注 (18) 206 頁、興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成——取消判決の既判力と拘束力」法学協会雑誌 121 巻 2 号 (2004 年) 100 頁。なお、兼子説との関係について、最高裁行政局・前掲注 (12) 資料 14 号 24 頁 (白石発言)。

行政の具体的な権限の存否を有権的に確定する確認訴訟だと解している¹¹⁷⁾。すなわち、抗告訴訟は全体として確認訴訟そのものであり、取消訴訟は確認訴訟の一態様にすぎない。さらに、抗告訴訟に関わる法律上の争訟は確認訴訟原型観により把握された以上、その一態様である取消訴訟は、確認訴訟の適用範囲を制限することができない。いわば、ここには、取消訴訟中心主義に対抗する確認訴訟中心主義がある。

第二に、抗告訴訟に関わる法律上の争訟と訴えの利益との関係である。宣言的判決法の合憲性をめぐる議論から見たように、裁判制度を利用するためには司法判断に相応しい紛争が現実存在しなくてはならず、その判断枠組みは日本でいうところの訴えの利益に当たる司法判断適合性である。ドイツ法においても、確認訴訟の登場は近代民事訴訟法史において訴えの利益を発見する契機となった。英米法もドイツ法も宣言的判決または確認訴訟の登場をきっかけにして、裁判制度を利用する正当な利益が求められているのである。そうすると、確認訴訟と解された抗告訴訟も例外ではなく、訴えの利益があれば訴えを提起することができる。したがって、例えば、事前訴訟の許容性についても、白石は、行政の作為不作為義務の存否確認を、訴えの利益をいかに判断するかという問題として考えている¹¹⁸⁾。

第三に、給付判決より確認判決の方を活用することである。英米法においては、行政に作為または不作為義務を命じる執行判決はあるが、その要件が厳格であり、執行力が行政権を抑えすぎるとおそれがあった。そこで、宣言的判決がしばしば執行判決の代替として求められてきた。これに対して、日本法では、「司法＝判断作用」テーゼによると、行政処分¹¹⁹⁾の作為不作為を対象とする給付訴訟が一般的に否定されているが、確認訴訟については、これを活用する余地があるといわれてきた¹¹⁹⁾。

さらに執行力付きの判決を下すことが司法作用の本質と考えられていた英米法に対して、確認訴訟原型観に基づく兼子説は執行力を司法権の外にあるものと考え、給付訴訟を即時給付義務確定の確認訴訟と解した

117) 白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」前掲注(114)岩松還暦所収438-439頁、同「抗告訴訟」比較法15号(1978)4頁。

118) 最高裁行政局・前掲注(12)資料14号19-20頁(白石発言)。

119) 同上16頁以下(白石発言)、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。

点で、給付訴訟と確認訴訟との区別を相対化する傾向にある。そのため、白石も給付訴訟を即時給付義務の確認訴訟と解した¹²⁰⁾。さらに行政処分に対する給付判決を下しても執行力がないことに着目し、判決の効力について給付訴訟と確認訴訟を区別する必要もないと考えた¹²¹⁾。判決の実効性は、行政の作為不作為義務の存在を確定する判決が出ると、行政が既判力及び拘束力を有する判決に従って行動すべきだということにより担保されている¹²²⁾。

以上、三点にわたる、白石説は、宣言的判決と確認訴訟原型観を結び付けて導き出されたものであった。そこで、次に、行政訴訟における具体的な解釈論について分析する。

第二款 解釈論としての義務確認訴訟説の確立

一 白石説の展開

1 取消訴訟の確認訴訟化

行政の適法性統制における司法権の役割を強調する白石説は¹²³⁾、司法の統制を認めた以上、国民の権利が違法な行政活動に侵害されれば、司法は事前事後を問わず違法の行政活動を審査しなくてはならず、そこでは司法の発動について訴えの利益以外の条件は存在しないと考えた。

このような解釈論を具体的に展開するためには、まず取消訴訟の特殊性を法技術において見直す作業が必要である。兼子説と同じ手法で、白石説は行政事件訴訟を民事訴訟の特例として解釈し、行政事件の特質を相対化する。まず、行政事件の特質は、行政の一方的判断に一応の妥当力（いわゆる公定力）を与える点にある。抗告訴訟は、民事訴訟の特別手続として公定力を保護するものである。ただ、公定力は行政庁の判断を手続法上、国民の判断に優越させる効果（排他性）にすぎないので、行政判断の適否を認めるか否かという問題の最終審級は、司法権であ

120) 最高裁行政局・前掲注(12)資料14号24-25頁(白石発言)。

121) 東京地判昭和37年11月29日行集13巻11号2127頁(裁判長は白石健三)。

122) 最高裁行政局・前掲注(12)資料14号25-26頁(白石発言)、最高裁行政局・前掲注(11)2-3頁。

123) 白石・前掲注(119)義務確認訴訟53頁。

る¹²⁴⁾。すなわち、形式的には国民が原告となるが、「実質的には、むしろ、行政庁の側が原告として訴訟を進行しなければならない地位に立たされるものということ」¹²⁵⁾である。一方、公定力が手続上の効果にとどまるならば、実体法上は具体的権限を越える処分や事実行為は始めから違法即無効である。形成訴訟のメルクマールの形成力について、取消訴訟は具体的権限の存否を確定した上で、その確定を解除条件として処分の効力を遡って失わせるものである。したがって、取消訴訟は違法性の有無を確定する確認訴訟である¹²⁶⁾。

こうした理解の前提には、行政と国民の対等な地位を認めるとい考え方がある。特例法は、行政の国民に対する手続上優越的地位を守るものであるが、決して司法審査の範囲を制約するものではない。

2 訴えの利益の一元化

抗告訴訟を確認訴訟と解するならば、その対象も統一的に画定されるべきである。訴訟対象は行政が判断をした際の具体的権限の存否というものである。すなわち、具体的な事件において、行政が法律を適用したときに国民の権利を違法で侵害するか否かということである¹²⁷⁾。そして、ここでは、訴えの利益も一元的に把握することができる。事前訴訟と事後訴訟とは紛争の成熟性の度合いに差があるにすぎない¹²⁸⁾。処分性の有無に関する問題も、確認の利益の問題と解することができ、処分性の存在が認められるのであれば、一応の確認の利益もまたそこにはある¹²⁹⁾。したがって、行政のどの段階における判断を処分性を有するものとして争うかという問題は、どの段階で確認の利益を認めるかという問題に等しい¹³⁰⁾。言い換えれば、「処分性の問題は、争いの成熟ないし訴

124) 同上 51 頁、前掲注 (117) 公法関係 425 頁、449 頁注(14)。

125) 白石・前掲注 (117) 公法関係 439 頁。

126) 白石・前掲注 (117) 公法関係 438-439 頁、抗告訴訟 4 頁。

127) 白石・前掲注 (119) 義務確認訴訟 48 頁。なお、白石説の訴訟物は、訴訟法技術のものというよりも、訴えの利益により司法権の対象を画定するものである。この点について、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 (白石発言) 参照。

128) 同上 54 頁。

129) 白石・前掲注 (119) 義務確認訴訟 54 頁、前掲注 (117) 公法関係 438-439 頁、抗告訴訟 4 頁。

130) 最高裁行政局・前掲注 (12) 資料 14 号 50-51 頁 (白石発言)。

えの利益の概念の中に吸収される」¹³¹⁾。他方、処分の事前段階においても、具体的権限の存否についての争いがありうる。ただ、処分の存在を前提とする事後訴訟に比べると、「[確認の利益]の有無を具体的、個別的事件の判断に任せているものと解される」¹³²⁾。

確認の利益は、「真に双方当事者の利害が対立し、相互の真剣な主張立証の活動」¹³³⁾を行う争訟の状況において、行政の第一次的判断権に配慮しながらも、なお個人の権利利益の救済必要性が高い場合に認められるべきである¹³⁴⁾。その際に、行政の第一次的判断がなくても、司法は、法律上の争訟に当たるかどうかを独自に判断することができる。

このように事前訴訟が認められれば、抽象的法規範が行政の第一次的判断によって具体化されなくても、その効力を直接攻撃することが可能である。例えば、法律が違憲であることを理由に処分の権限がないことの確認を要求する場合に、もし違憲であるか否かが唯一の争点で、他の争いがないとなると、行政庁の第一次的判断を経る意味はないので、確認利益が認められる¹³⁵⁾。白石説において確認訴訟は「顕在化しない規範統制訴訟」として運用する可能性があるといえよう。

二 判決の展開

1 白石説の影響

特例法の時代、通説に同調した判例がほとんどであったが、白石説の登場により義務確認訴訟を認めた判例が出現した。以下では、義務確認訴訟を認めた事例を検討する。

まず、納税義務不存在確認訴訟を認めた事例において、裁判所はそれ

131) 白石・前掲注 (117) 抗告訴訟 16 頁注 12。

132) 白石・前掲注 (119) 義務確認訴訟 54 頁。なお、最高裁行政局・前掲注 (12) 資料 14 号 18-19 頁 (白石発言) 参照。

133) 白石・前掲注 (119) 義務確認訴訟 53 頁。

134) 例えば、「行政庁に処分の具体的権限がないことが一義的に明白」である場合には、「行政庁が行政法規の適用・認定についてすでにその見解を公表しているとか、若しくはその見解に従って従来から処分を繰り返してきているというような」場合には、あるいは「憲法の保障する基本的人権の保障が問題となっている事案」において、「事前段階での救済を認めないことが回復すべからざる損害をもたらすような場合には」、行政の第一次的判断の機会を与えることが不合理ということで、確認利益が認められる (白石・前掲注 (117) 抗告訴訟 11 頁)。

135) 白石・前掲注 (119) 義務確認訴訟 55 頁。

を当事者訴訟として取り扱ったが、確認の利益の判断手法について白石説の影響を受けたようである¹³⁶⁾。この種の訴訟は、将来の課税処分に対する予防的訴訟であるので、白石説では抗告訴訟と位置づけられた¹³⁷⁾。しかし、裁判所は、処分がなされる前にそもそも租税債務を負わせないことで、「かかる場合は相対立する当事者間の公法上の権利関係の存否に関する訴訟」について、「いわゆる当事者訴訟によるべきもの」¹³⁸⁾である、と判断した。つまり、義務確認訴訟は当事者訴訟と解されたのである。

次に、薬事法5条を違憲として、同法上の許可を受けなくても「薬局を開設しうる権利を有すること」の確認を求める事例においては、地裁判決は次のように訴えの適法性を認めた。

「一般に行政庁のなんらかの処分をまつまでもなく、法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼすような場合には、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民は国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存在、不存在等の確認を求めて裁判所に提訴することは、許されるものと解すべき」¹³⁹⁾である。

本判決によると、訴えの利益があれば、基礎的権利の確認訴訟という形で法令の効力を直接に争うことができる。この判決は、まさに白石説を実践したものである。ただ、地裁判決では当事者訴訟として取り扱ったが、行訴法の下での高裁判決¹⁴⁰⁾および最高裁判決¹⁴¹⁾はいかなる訴訟形式に属するものかについては明言を避けた。ただし、最高裁調査官の

136)「更正または決定処分がなされない以前においても、納税義務者の法的地位そのものに争いがあり、租税債務の存否そのものが争われて、その紛争を解決する必要がある場合、いわゆる確認の利益がある場合、司法上の救済を拒絶することの根拠となるものではあり得ない。」(東京地判昭和30年5月26日行集6巻5号1193頁)。当時、この判例は宣言的判決の受容と位置づけられた(平峯隆「行政訴訟における宣言的判決の適憲性」税法学56号(1955年)17頁)。

137)白石・前掲注(117)公法関係434-35頁。なお、税法学者はこれを無名抗告訴訟と見るべきと主張している(金子宏ほか編『租税法講座3 租税行政法』(ぎょうせい、1975年)304頁(松沢智執筆))。

138)横浜地判昭和36年2月20日行集12巻2号275頁。

139)東京地判昭和37年10月24日行集13巻10号1858頁(裁判長は位野木益雄)。

140)東京高判昭和38年4月26日民集20巻6号1234頁。

141)最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁。

解説によれば、当事者訴訟と位置づけられたのであった¹⁴²⁾。その理由は、おそらく「国会の立法行為が即、行訴法上の公権力の行使とはいえない」¹⁴³⁾ ことにあるように思われる。

以上整理して見ると、白石説は判例に一定の影響を及ぼしたが、彼が主張した義務確認訴訟が抗告訴訟と当事者訴訟のどちらに属するかという問題が浮上したのであった。

2 白石コートの実践

白石が東京地裁民事第三部の裁判長を務めていたのは、行訴法制定後間もない時期である。行訴法は義務づけ訴訟や差止訴訟を定めていないことで、白石がどのように自説を実践するかが注目された。以下では、この実践であった白石コートの判決の特徴を検討する。

まず、作為義務確認訴訟について、遺族年金及び弔慰金支給請求事件¹⁴⁴⁾がある。本件は、戦傷病者戦没者遺族等援護法に基づく遺族年金および弔慰金の支給を拒否された原告が、不服申出棄却裁決の取消と、遺族年金および弔慰金を受け取る権利を有する裁定をしなければならないとの判決を求めて訴えた事例で、義務付けの給付判決が求められた事例である。本件においてはあわせて取消訴訟が提起されていたため、訴えの利益は問題とならず、勝訴判決の形式が問題となった。

裁判所は、原告にその受給資格があることを認めた上で、このような場合に「行政庁の第一次的判断をまつまでもなく、ただちに、行政庁に一定の作為義務がある旨を判断し得る」と判示した。さらに、勝訴判決の形式として給付判決または確認判決を採るべきかについて、「給付判決につき強制執行の方法は用意されていないので、主文の表現が確認の形式をとるか給付の形式をとるかによって、判決の実質的効力は異ならず、……確認の方式をとることが表現形式として妥当である。」すなわち、

142) 矢野邦雄 (当時の最高裁調査官) 「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度359頁注1。

143) 山本隆司 「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法学教室308号 (2006年) 28頁。

144) 東京地判昭和37年11月29日行集13巻11号2127頁。その他の同旨の判決として、検察官が起訴不起訴の決定をしないことに対する確認請求事件 (東京地判昭和37年12月25日行集13巻12号2393頁)、厚生年金保険被保険者資格確認請求事件 (東京地判昭和39年5月28日行集15巻5号878頁)。

給付判決にせよ確認判決にせよ、いずれも既判力を有することで、行政が判決の趣旨に従わなくてはならない。ただし、本件においては、裁判所が原告に請求権を認めて行政庁の作為義務を宣言したことから、判決の実質が執行力を有しない給付判決と解することができる。

次に、不作為義務確認訴訟について、強制剪剃差止請求事件¹⁴⁵⁾がある。本件は、刑務所において服役中の原告が、被告である刑務所長に対し、原告の頭髪を強制剪剃することに対して差止めを求める事例で、将来に行われうる事実行為に対する予防的訴訟である。

裁判所は、原告の請求を棄却したが、差止請求を無名抗告訴訟として次の理由によって適法な訴えと認めた。

「受刑者たる原告に頭髪の剪剃を強制することが基本的人権の保障に関する憲法の規定に違反するというのであって、……原告は被告に対しその不作為を要求する権利があることは当然であって、かような具体的権限の存否ないし不作為請求権……の存否に関する争いが個別的、具体的権利関係に関する争いであることは明らかである。……原告の入監以来約 20 日間に 1 回の割合で原告の意に反して剪剃……を実施して来ているというのであって、将来もこれを継続する意思であることは……明らかであるから、……被告の第一次的判断権はすでに行使されたに等しい状況にあるものということができる。……、現行法上、事前の差止めを訴求する方法以外に他に適切な救済方法も存在しない。……以上のような諸条件の下で、基本的人権の擁護のため必要であるかぎり、事前の差止めによる救済を与えるべきことを司法権に期待しているものというべきである。」

予防的訴訟について、白石は主に権利侵害の具体的状況を衡量し、訴えの利益を決めており、行政の判断権限の行使の有無についてはこれを衡量の一要素にすぎないと考えている。そして、白石説において訴訟物となる具体的権限存否は一般的には違法性と解されるが、本件においては、むしろ不作為請求権が訴訟物として把握されている。違法性の有無(具体的権限存否)と権利存否とは表裏一体の関係にあり、権利の侵害があれば、裁判所は権利の存否を確定して適切な救済手法を与えること

145) 東京地判昭和 38 年 7 月 29 日行集 14 卷 7 号 1316 頁。

ができる。ここには、権利中心の救済法の萌芽が見られる。また、その救済手法は、作為義務確認訴訟の場合と同じ確認を求めるものであるが、その実質は不作為請求権に基づく給付判決であった。

三 白石説の意義と限界

1 白石説の意義 白石説の功績は、司法権の限界を「紛争の成熟性（確認の利益）」に絞り、「訴訟法的な次元において問題を処理する」¹⁴⁶⁾点にあり、これを「卓見」¹⁴⁷⁾と評価されている。また、処分性について、これを訴えの利益の問題として判断する点については、処分性拡大論の先駆者と位置づけることもできる。しかし、白石説が、なぜ確認訴訟を特に強調するのかという疑問が提起されており¹⁴⁸⁾、しかも、「ある類型の訴訟が確認的作用をもつことと、それが確認訴訟であることは、全く別の事柄である」¹⁴⁹⁾という批判も有力である。

確かに、これらの批判はあるものの、白石説の意義が、次の点にあることをここでは確認することの方が意味があるだろう。繰り返しになるが、宣言的判決と確認訴訟原型観は重要な手掛かりとなる。まず、訴訟法の歴史からみると、確認訴訟は、訴えの利益を最も重視して考え、司法権の分野をできるだけ広く画そうとするものであった。そして、彼の司法国家観に関する理論からみると、行政訴訟制度は、確認訴訟をベースにして構築され、訴訟の対象は訴えの利益として把握されるべきものである。そこで、行政国家から司法国家へという憲法原理の転換を踏まえて、こうした歴史と理論からみるならば、司法権の中に通説がなおもみている行政国家の属性を排斥し、法律上の争訟を訴えの利益の側面から理論的に把握することが必要である。具体的にみるならば、訴えの利益があれば、司法権は自らの権限で行政活動の違法性を宣言すべきであり、司法権の限界は事件性に由来する内在的な制限にほかならないのである。したがって、取消訴訟を確認訴訟として見直す理由は、その特殊性を訴えの利益の次元において解消することにある。まさに、確認訴訟

146) 今村・前掲注 (18) 208 頁。

147) 兼子仁・前掲注 (83) 297 頁。

148) 例えば、今村・前掲注 (18) 208 頁。

149) 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造(-)」国家学会雑誌 97 卷 11・12 号 (1984 年) 40 頁注 1。

原型観はこのような結論を得るための鍵となるものである。

その上で、白石説は国家と国民との法律関係を広く捉えて、基本的人権の救済を重視している。彼の訴えの利益論は行政の判断権限と国民の権利救済との利益衡量を可能にする仕組みであり、司法における救済権能の伸長または具体的妥当性の判断を促す契機ともなる。司法は、違法な行政作用により事実上の不利益を被った者を救済するためにも、争いを具体的に煮詰めることで訴えの利益を自ら認めることができる¹⁵⁰⁾。いわゆる法的保護に値する利益説はその原型がここにある¹⁵¹⁾。法律関係の具体性を訴訟法の次元で判断するならば、違法な行政作用により悪影響を受けた私人の利益状況を衡量した上で、司法的救済を与えるかどうかということであろう。

2 白石説の問題点 以下では、白石説の問題点として二点を指摘しておく。

第一に、白石説は、理念的に確認訴訟が基本的な訴訟類型であることを説いたが、一定の行政処分に対する作為不作為を中心に議論を展開した。そして、白石コートの判決の本案審理においては、行政実体法上の処分の作為不作為請求権を判断し、確認判決を特定の作為不作為義務の給付判決の代用品とする傾向にある。そのため、紛争を抜本的かつ包括的に解決する確認訴訟が果たして白石説にはあるのかという疑問が残る。

第二に、公法私法二元論の影響を受け、白石説も抗告訴訟となるべき公法上の関係を権力説により画定している¹⁵²⁾。白石説は、包括的抗告訴訟の先駆者として評価されたが¹⁵³⁾、「あくまでも『公定力を有する行為』というカテゴリー的な判断によってその対象を限定」¹⁵⁴⁾する考え方をとるものである。訴訟の対象についてはやはり公権力の行使を中心にして考えているのである。しかし、もし徹底的に訴えの利益論を展開すれば、抗告訴

150) 原告適格について、白石健三「反射的利益と訴えの利益」田中二郎・雄川一郎編『行政法演習Ⅱ』（有斐閣、1963年）67頁。

151) 原田尚彦「訴えの利益」（初出1965年）『訴えの利益』（弘文堂、1973年）7頁、11頁注7。

152) 白石・前掲注（117）公法関係435-436頁。

153) 今村・前掲注（18）206頁。

154) 南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、1987年）82頁（高木光執筆）。

訟と当事者訴訟との通約可能性も導き出すことができただろう。したがって、この点で、白石説は、取消訴訟の特殊性を訴えの利益論の次元で解消するものではあったが、「行政訴訟をより統合的に理解する方向に向かうための、先駆的な、しかし過渡的な理論と位置づけられよう」¹⁵⁵⁾。

なお、白石説の影響を受けた当時の租税債務不存在確認事件や薬局開設権利確認事件に見られるように、訴えの利益の次元においては、当事者訴訟としての確認訴訟と抗告訴訟としてのそれとは区別がつかない。

第三款 義務確認訴訟説の挫折

一 行訴法の制定

行訴法の立案過程において、新たな訴訟類型を定めるか否かの議論は、抗告訴訟の枠内で予想される各種訴訟類型の必要性について、取消訴訟との距離を測りながら行われた。すなわち、取消訴訟を中心にして議論が行われたのである。この中で、義務確認訴訟説に基づいて、義務付け訴訟、差止訴訟、規範統制訴訟に関する案も検討されたが、これらの案は、取消訴訟の訴訟要件を前提にして、訴訟類型ごとに原告適格や訴えの利益を厳しく定めるものであった。そして、取消訴訟中心主義の下で、法律上の争訟に当たらないことや行政の第一次的判断権の尊重などを理由として採用されなかった¹⁵⁶⁾。そして、賛成多数を得なかった訴訟類型は、最終の法案に盛り込まれなかったことから、典型的訴訟類型を法定化する一方で、列記主義にならないように包括的定義規定が必要とされた¹⁵⁷⁾。

法定化されていない訴訟類型は将来の学説判例の発展に委ねられたために、立法上の手当てとして、第3条1項には「公権力の行使に関する

155) 山本隆司「差止めの訴えの法定」小早川光郎・高橋滋編『詳解 改正行政事件訴訟法』(第一法規、2004年)67頁。

156) 義務付け・義務確認訴訟については、塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(1)』(信山社、1992年)460頁以下、規範統制訴訟については、同編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(2)』(信山社、1992年)981頁以下、1152頁以下、同編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(3)』(信山社、1994年)100-101頁、103頁、差止訴訟については、同前行訴法(3)102-103頁)。なお、審議に関与した中村・前掲注(115)47頁以下の回想も参照。

157) 同上行訴法(3)101頁。

不服の訴訟」が定められた¹⁵⁸⁾。いわゆる「拡張された抗告訴訟概念」¹⁵⁹⁾が法定されたのである。法制審議会行政訴訟部会長として立案に当たった入江俊郎（後に最高裁判事）が述べたように、「例えば給付訴訟、義務付け訴訟、行政処分禁止訴訟、処分権不存在確認訴訟、行政処分変更請求訴訟、宣言訴訟等が」これからの学説判例に委ねられたのである¹⁶⁰⁾。

ところが、「行政庁の第一次的判断を媒介として生じた違法状態の排除を目的とした」¹⁶¹⁾意味を含む文言であるということで、「公権力の行使に関する不服の訴訟」は、必ずしも立法者の意図通りには発展しなかった。立案にも参画した柳瀬良幹は、覆審訴訟と同義で不正確な定義のみから無名抗告訴訟が当然に認められるとする解釈には疑問が残ると指摘した¹⁶²⁾。そして裁判実務も法定抗告訴訟の適用を優先し、無名抗告訴訟に消極的姿勢をとったため¹⁶³⁾、後年、「詐欺立法」¹⁶⁴⁾とさえ言われた。

さらに、抗告訴訟の仕組みは行政処分の取消を中心に構成されたので、行政処分以外の行為形式を取り扱うことができるか否かという点で問題が生じた。立案過程において訴訟対象に関する議論は少なく、田中説によれば、事実行為や条例についても、処分性に準じて処理されることになる¹⁶⁵⁾。しかし、行政活動の多様化に伴い、事実行為や条例だけでなく、行政計画や行政指導も「公権力の行使」にあたるかどうかという問題も

158) 田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報 34 卷 10 号 (1962 年) 11 頁、雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」(初出 1983 年)前掲注 (74) 書 189 頁。なお、小委員会第 46 回会議概要においては同じ趣旨が見られる。すなわち、「法令の効力の訴および処分権不存在確認の訴の削除については、この種の訴を排除する趣旨ではなく、真にその必要がある場合には第三の第一項の概括規定によりこれを認めることも可能とする余地を残すという条件の下にはほぼ了解された。」(塩野編・前掲注 (156) 行訴法(3) 103 頁)。

159) 雄川・前掲注 (158) 189 頁。

160) 入江俊郎「行政事件訴訟法の立案の過程」法律時報 34 卷 10 号 (1962 年) 30 頁。同旨、雄川一郎ほか「行政事件訴訟法研究会(二)」ジュリスト 260 号 (1962 年) 12 頁 (最高裁調査官であった田中真次発言)、法務省訟務局参事官であった杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(一)」法曹時報 15 卷 3 号 (1963 年) 36 頁。

161) 田中『新版行政法(上)』[全訂第 2 版] (弘文堂、1974 年) 294 頁、304 頁。

162) 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』(有斐閣、1969 年) 163 頁。そこで、作為義務確認訴訟を唱えた渡邊宗太郎も新版の教科書からその記述を削った(『新版日本国行政法要論上巻』(有斐閣、1963 年) 320 頁以下)。

163) 例えば、雄川一郎ほか「行政訴訟の実務と理論研究会」ジュリスト 529 号 (1973 年) 27 頁 (位野木益雄裁判官発言)。

164) 阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993 年) 7 頁。

165) 田中・前掲注 (161) 326 頁。

登場した。そして、排他的管轄、出訴期間の制限や仮処分排除が、果たして、これらの多様な行為形式に関わる紛争解決に相応しいかという疑問も生じた。

したがって、包括的抗告訴訟とはいえ、その適用範囲がはじめから公権力の行使という文言と取消訴訟中心主義の仕組みで限られたため、特例法の残余概念である「その他公法上の権利関係に関する訴訟」のような機能を果たすことができず、むしろ、白石が述べるように、「国民の権利主張に対して、多少ブレーキをかける」¹⁶⁶⁾ものになったといえよう。

二 無名抗告訴訟に対する例外三要件の形成

白石コートが義務確認訴訟を積極的に運用すると同時に、最高裁事務総局行政局は行訴法における取消訴訟中心主義を前提に無名抗告訴訟の許容要件を厳しく解釈した。義務付け訴訟(作為義務確認訴訟)の許容性については、①行政庁の義務が裁量の余地がないほど明白であって、行政庁の第一次的な判断権を留保する必要がそれほどない事柄に関する場合であり、②出訴を認めないことで損害がきわめて大きく、まず救済の必要性が顕著であることが要件である¹⁶⁷⁾。差止訴訟(不作為義務確認訴訟)については、③他により適切な救済方法がないことが加えられた¹⁶⁸⁾。後に作為不作為義務確認訴訟の要件が統合され、無名抗告訴訟の例外三要件として、①裁量の一義的明白性、②回復しがたい損害が差し迫っている緊急性、③補充性、が確立している¹⁶⁹⁾。

例外三要件は、行訴法の制定後、登場したわけではなく、特例法の時代に白石説の影響を受けた裁判例における確認の利益に関する考え方

166) 塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(6)』(信山社、1994年)138頁(白石健三発言)。ただし、白石は概括条項としての意義を評価している。

167) 最高裁判所事務総局行政局『行政事件担当裁判官会同概要〔行政裁判資料第28号〕』(1964年)51頁(行政局緒方節郎課長の発言、会同は1963年1月)。なお、同議事録を見る限り、裁判官の大勢は義務付け訴訟の運用を例外とする傾向にある。

168) 最高裁判所事務総局行政局『行政事件担当裁判官会同概要〔行政裁判資料第29号〕』(1964年)87頁(行政局緒方節郎課長の発言、会同は1963年11月)。

169) 最高裁判所事務総局行政局『続々行政事件訴訟十年史』(法曹会、1981年)41頁、司法研修所『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会、2000年)138-139頁

を、無名抗告訴訟の許容要件として変造したものである¹⁷⁰⁾。すなわち、義務確認訴訟は「あくまで例外的に認められるところのものであるから、通常の確認訴訟におけるようにいわゆる確認の利益が存する場合に許されるというのではなく、権限の分配及び行政処分の司法審査の趣旨からいって」¹⁷¹⁾、例外三要件を具備する場合に限って許されると解された。その理論根拠は、「司法裁判所の行政権に対する介入を行政庁の処分の事後審査に基づく取消という消極的是正の域内にとどめることが憲法の基本原理の一つをなす三権分立の原則から生ずる行政権の独自性の要請」¹⁷²⁾ということに求められた。要するに、例外三要件論は、行政権優越の司法国家観により訴えの利益を限定したものである。

行訴法の制定後、最高裁事務総局行政局の見解が明示された結果、白石コート判決に追随した裁判例はほぼ見られなくなった。「行政行為がなされるのをまたずに、その前に、訴訟手続で行政庁と国民との間の権利義務の存否を確定することはこれを原則的に許さず」¹⁷³⁾という考え方が行訴法の原則とされ、例外三要件は、下級審において定着した解釈となった。

確かに、行政の第一次的判断権を訴えの利益と等価のものと解する点からみると、例外三要件は白石説を受容したものとみることもできる。けれども、厳格に定式化された例外三要件は、白石説の主張した「事案ごとの判断に任せる」柔軟な判断基準とは異なるものであり¹⁷⁴⁾、さらに

170) 例外三要件の形成に関する判例として、神戸地判昭和31年11月26日行集7巻11号257頁（地方税に対する優先弁済権の確認請求事件、一義性、適法）、東京地判昭和35年2月3日行集11巻2号356頁（特許出願の早期査定義務の確認請求事件、一義性、不適法）、東京地判昭和35年9月28日行集11巻9号2753頁（死刑受執行義務不存在の確認請求事件、緊急性・補充性、適法）、東京地判昭和36年11月9日行集12巻11号2252頁（鉦区税の納付義務不存在の確認請求事件、緊急性、不適法）。

171) 東京地判昭和36年8月24日行集12巻8号1589頁（農地法第80条第1項による農林大臣の認定義務の存在確認請求事件、一義性・緊急性、不適法）。

172) 東京地判昭和37年6月20日行集13巻6号1031頁（農地法第80条第1項による農林大臣の認定義務の存在確認請求事件、適法）。ただし、本判決は行訴法の制定後、施行前のものであり、例外三要件をあげていないが、原告の請求を不作為違法確認訴訟に相当する決定義務確認訴訟と解した上で、適法とした。裁判長は位野木益雄。

173) 東京地判昭和40年4月22日行集16巻4号570頁（農地法第80条第1項による農林大臣の認定義務の存在確認請求事件、一義性・緊急性、不適法）。裁判長は位野木益雄。

174) 最高裁行政局編・前掲注（168）91-92頁（例外三要件に対する白石発言）。

行政権の優越性を強調して、事前訴訟の運用を大幅に制限している。この点について、福家俊郎は1972年までの判例を分析した上で、白石説に依拠した判決と例外三要件を適用した判決との間に、「司法国家体制に対する重大な観点の差異」があると指摘した¹⁷⁵⁾。すなわち、前者は司法権自体の内在的制限論であるが、後者は伝統的な行政権の独自性論である。例外三要件と行政の第一次の判断権とは表裏一体のものである。したがって、「確認の利益」に言及しなくなった裁判例の多くは、例外三要件を訴えの適法要件として、「紋切り型の判示をして却下している」¹⁷⁶⁾。請求を適法とした判例はわずかなものであり、本案まで認容した判例は稀だと言わざるを得ない。結局のところ、例外三要件は「やはり原則否定論」¹⁷⁷⁾であった¹⁷⁸⁾。

一方、田中・雄川説を継承した通説は、訴訟類型を導く実定法の構造を根拠にして、「取消訴訟中心主義」¹⁷⁹⁾または「事後訴訟中心主義」¹⁸⁰⁾を立法政策と解している。通説では、まず立法意思の優先をあげて取消訴訟中心主義を正当化し、それから取消訴訟中心主義との距離を測りながら、「事後審査」の原則を崩さない限り無名抗告訴訟を認めている。その際に、白石説については、無名抗告訴訟の許容性に対する独立説・成熟説として整理しているが、裁判実務の硬直化および立法政策を疑問としない通説の思考停止に伴い、白石説が示した司法国家観は忘れ去られたのである。

175) 福家俊郎「行政訴訟における「給付訴訟」(二)——判例理論の考察を中心に」民商法雑誌 66 卷 5 号 (1972 年) 91 頁。

176) 濱秀和「無名抗告(法定外抗告)訴訟」ジュリスト 925 号 (1989 年) 118 頁。
なお、1991 年までの裁判例の一覧について、最高裁判所事務総局行政局監修『主要行政事件裁判例概観 7 総論(手続法編 I)』(1995 年) 22 頁以下参照。

177) 小早川・前掲注 (6) 228 頁。

178) ただし、予防的不作為確認訴訟について、最高裁判所の判例は別として次章で検討される。

179) 塩野・前掲注 (9) 338 頁。

180) 小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 4 行政争訟 I』(有斐閣、1984 年) 167 頁注 63。

