

論 説

法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(5) ——台湾と日本との比較研究を通じて

林 孟 楠

目次

序章

第一部 台湾法

第一章 公法上の争訟と確認訴訟の登場 (以上 252 号)

第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則 (以上 253 号)

第三章 確認訴訟の現状と問題点 (以上 256 号)

第二部 日本法

第四章 司法国家と確認訴訟の登場 (以上 257 号)

第五章 違法宣言訴訟と権利確認訴訟

第一節 最高裁判所における確認訴訟の軌跡

第一款 取消訴訟と違法宣言訴訟

第二款 予防的確認訴訟

第三款 小括

第二節 二つの確認訴訟観

第一款 現代行政国家における行政訴訟

第二款 違法宣言訴訟——高柳説

第三款 権利確認訴訟——下山説

第四款 小括 (以上本号)

第三節 訴訟対象と訴えの利益

第一款 訴えの利益論の展開

第二款 行政実体法への転回

第三款 小括

第六章 確認訴訟の新展開

第三部 総括

第五章 違法宣言訴訟と権利確認訴訟

行訴法制定以後、訴訟類型をめぐる議論は取消訴訟を中心に行われた。ただし、行政法学は、未だ達成されていない司法国家の実現という憲法上の課題だけでなく、現代行政国家の展開に伴って肥大化する行政をいかに統制すべきかという課題にも直面しており¹⁾、行政訴訟法学も同様の状況にあった。そこで、行政訴訟の対象を拡大するために、確認訴訟を議論する学説は多くないが、義務確認訴訟説が示したアプローチ、すなわち訴訟対象を訴えの利益に還元することについては、盛んに論じられていた。本章においては、このような学説と確認訴訟との関係を明らかにし、この学説の意義および射程を検討する。まず最高裁判所が訴訟対象を訴えの利益に還元するアプローチを排斥した上で、法律上の争訟を取消訴訟中心主義の枠内に矮小化したが、この軌跡を描き、その問題点を明らかにする（第一節）。次に、現代行政国家の展開において、行政訴訟のあり方を確認訴訟から抽出した高柳説の違法宣言訴訟と下山説の確認訴訟原型観を対比して、二つの確認訴訟観を明らかにし（第二節）、訴訟対象を訴えの利益に還元する観点から、処分性拡大論および当事者訴訟活用論を検討する（第三節）。

第一節 最高裁判所における確認訴訟の軌跡

第一款 取消訴訟と違法宣言訴訟

一 違法宣言訴訟の可能性

1 特例法時代に、講学上の行政行為に当たらない条例を行政処分と解することは、すでに学説判例において認められていた²⁾。行訴法制定以後も、同様に認められていた³⁾。しかし、通説ではこのように便宜上救済の例外の可能性が認められたが、訴訟構造の問題については深く論

1) 日本の現代行政法学が憲法原理の転換と現代行政の展開という二つの「重畳的課題」に直面していることについて、室井力「現代行政法の課題」（初出1970年）『現代行政法の原理』（勁草書房、1973年）4頁。

2) さしあたり、雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、1957年）69頁。

3) 田中二郎『新版行政法（上）〔全訂第2版〕』（弘文堂、1974年）326頁。

じられることはなかった。そして、本来の行政行為でないものについて、これを取消訴訟の対象と解することで不都合がないのかという疑問も生じたのである。例えば、事実行為に対する取消判決の効力が問題となった。

事実行為について、特例法時代にこれを民事訴訟または当事者訴訟のいずれで争うべきかという論争はあったが⁴⁾、行訴法では公権力の行使にあたる事実行為を取消訴訟の訴訟対象と解された。しかしながら、法効果を持たない事実行為を取消するのはまったく無意味なものだと批判されていた⁵⁾。今村成和は、取消訴訟の中核をなすものを違法宣言と解すれば、判決の効力の中から形成力を外すことができることを指摘した。

「事実行為の取消判決は、その違法宣言判決と解することができる。したがって、それは、何らの形成的効果を生み出すものではないけれども、取消判決に附着せしめられた拘束力により、行政庁は、判決の趣旨に従って行動するのを要するから、当該事実行為の違法なことを認め、それを廃止しなくてはならぬことと」なる⁶⁾。

2 訴訟の入り口からみると、取消訴訟を、違法宣言判決を求める訴訟形式として運用する発想もある。すなわち、法効果を有しない事実行為は、私人の権利利益に事実上の重大な影響を及ぼした場合に、取消訴訟を通じてその違法宣言を求めることが可能になるということである。その際に、訴訟対象は、処分性の法効果要件によらず、訴えの利益によって判断される。特例法時代に、例えば次の下級審判決は、精神的事実行為について訴えの利益があれば出訴を認めるというアプローチを採っている。

①登記官吏のなす土地台帳付属地図の記入およびその訂正行為について、
「その内容が誤っている場合には、正しい記載を利用すべき当該土地の

4) さしあたり、岡垣学「行政庁の事実行為について」判例タイムズ 6 巻 7 号(1955 年) 495 頁以下。

5) 柳瀬良幹「事実行為の取消訴訟」(初出 1963 年)『自治法と土地法』(有信堂、1973) 187 頁以下。柳瀬説に反対する意見として、広岡隆「行政上の即時強制の法的構造とその取消訴訟——事実行為の取消訴訟の解明のために」法学論叢 75 巻 3 号(1964 年) 66 頁以下。

6) 今村成和「事実行為の取消訴訟」(初出 1966 年)『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣、1972 年) 238 頁。

所有者等の利益を侵害する効果を有し、かかる利益は権利または法律上の利益とはいえないにしても、なお行政訴訟による保護を受けるに値する利益と認めるのが相当である」(盛岡地判昭和30年10月11日行集6巻10号2343頁)。

- ② 都道府県知事の保険医に対する注意および戒告について、それは「観念の通知たる事実上の行為にすぎないが、医療担当者にとっては、指定の取消と同様その名誉および信用などに事実上重大な影響を及ぼすおそれのあること明らかである」(宇都宮地判昭和32年5月28日行集8巻5号901頁)。
- ③ 海難審判庁の海難原因解明の裁決について、訴えの利益は海難について過失があるとされた者の原告適格の問題として論じられている。「あるものにその原因ある旨を裁決の主文で明にした場合においては、その衝突事故によって損害を被ったものからその原因ありとされた者に対し、民事上の損害賠償を請求されたような場合においては、……、その民事々件において、その裁決の主文に現われた内容は一応尊重されるということは、むしろ当然のことと思う。このような関係は……この海難事件の発生に伴う刑事々件においても考えられるのである。」(東京高判昭和27年12月16日行集3巻12号2581頁)。

以上の判決法理について、義務確認訴訟説の影響を受けた当時の最高裁事務総局行政局は次のようにまとめている。

「このような訴訟は、実は、取消訴訟ではなく、単純な違法宣言訴訟にすぎない。しかし、その判決は、関係行政庁を拘束するばかりでなく、かかる違法宣言によって、原告の受けた利益侵害がある程度まで事実上回復され、あるいは将来原告に対してなされるべき不利益処分を防止しうという効果をもつ場合がある」⁷⁾。

ここで注目に値するのは、権利利益への影響または不利益を判断する

7) 最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史』(1961年)96頁注11。引用文献および記述手法からすると、白石説の影響を受けた中村治郎が執筆した箇所だと思われる(中村治郎「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)43頁参照)。

にあたって、処分性の法効果と訴えの利益とが区別されているところである。すなわち、裁判所は、直接かつ具体的法効果を有しない行為形式に対しても、権利利益への影響を具体的に判断した上で、訴えの利益の次元で司法的救済をはかる実益と必要性を決めている。しかしながら、行訴法制定以後、最高裁は一連の判決を通じて違法宣言訴訟の可能性を否定した上で⁸⁾、いわゆる「処分性の公式」⁹⁾を1964年に確立し、法律上の争訟性の判断について、独立して判断されるべき訴えの利益は処分性の具体的法効果の中に埋没した¹⁰⁾。そして、取消訴訟中心主義の下で、具体的法効果を有しないものの、訴えの利益については認められうる行為形式に関して、その違法性を直接対象とする出訴可能性は、同時に否定されることになった。その意味で、具体的法効果のない事実上の影響または不利益については、裁判所の保護から一律に排除されることとなったのである。

二 訴えの利益のアプローチの拒否

1 訴訟対象について、最高裁が訴えの利益のアプローチを考えたことがないわけではない。とりわけ白石説が一部の裁判官に大きな影響力を与えた点は看過できないところであるが、いわゆる青写真判決¹¹⁾(1966年)が分岐点となり、これ以後最高裁は、訴訟対象について訴えの利益の観点から判断し、あるいは私人の利益状況を具体的に利益衡量するという考え方は採用されなかった¹²⁾。

土地区画整理法に基づく土地区画整理事業計画の決定を無効確認訴訟で争う本件判決において、田中二郎を始めとする大法廷の意見は、行政

8) ①の上告審判決ではないが、公証行為の処分性を否定したものとして、最判昭和39年1月24日民集18巻1号113頁(家賃台帳に家賃の認可統制額を記入する行為)。②の上告審判決として最判昭和38年6月4日民集17巻5号670頁、③の上告審判決として、最大判昭和36年3月15日民集15巻3号467頁。

9) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁(ゴミ焼却場設置事件)。なお、「処分性の公式」は藤田宙靖の造語である(藤田補足意見・最判平成17年10月25日判例時報1920号32頁)。

10) この点を指摘するのは、興津征雄「抗告訴訟における第三者の出訴可能性と処分性」阿部泰隆古希『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012年)663頁。

11) 最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁。

12) この点を指摘するのは、越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』(弘文堂、2008年)468頁注23。

行為の定義に依拠し本件計画の処分性を否定した。計画自体まだ青写真であるし、建築制限等についてこれらが直接かつ具体的法効果を有しないというのが理由である（いわゆる付随的效果論）。訴えの利益の観点から検討すれば、なお法律上の争訟として認められる余地があるだろうが、これについても次の論旨により否定されている（いわゆる後続行為論）。

「具体的な処分の行なわれた段階で、前叙のような救済手段を認めるだけで足り、直接それに基づく具体的な権利変動の生じない事業計画の決定ないし公告の段階では、理論上からいっても、訴訟事件としてとりあげるに足るだけの事件の成熟性を欠く」と言わざるをえない。

すなわち、後に建築許可申請拒否その他処分がなされた時に、事業計画を争えばよいという事後訴訟中心主義である。しかし他方、白石説の影響を受けたと思える入江俊郎裁判官は、一連の行政過程における中間的決定の処分性を訴えの利益で判断し、その意義を次の反対意見で強調した。

「訴の利益を欠くか否かの問題は、人権保障の上からも、憲法 32 条の精神からも極めて重大な事柄で、その判断は慎重を要すべきであり、訴の利益を欠くといえるためには、当該法律にその旨の明文の規定があるか、または、立法の趣旨に照らし、そのように解し得るものであると同時に、それが憲法 32 条の裁判請求権を不当に制約するものでない合理的根拠のある場合でなければならない。」

「訴の利益を認めるか否かは、……それは人権保障をその責務とする裁判所が、具体的各個の事案ごとに、その根拠法令の規定および憲法 32 条の法意を、実体に即して勘案した上、ケース・バイ・ケースで判断すべきものである。そしてそのように考えると、この種の行政訴訟を認容する場合は将来次第に増加することになるかもしれないが、それが人権保障の上で必要なものであれば、裁判所としては徒らに消極的になる必要はない。」

したがって、入江反対意見は、事業計画そのものが個人の権利利益に対し個別的具体的制約を及ぼす点を考え、個人の権利利益を早期かつ包

括的に救済するために、訴えの利益を認めようとしたものである¹³⁾。そして、取消判決は「上告人らの当該権利、利益に関する限度において取り消されるもの」だと解されるべきである。つまり、個々人の利益状況を衡量してその救済の必要性を決めるなら、当該個人に対する義務不存を確認判決だけで十分であろうという意見である。

入江反対意見によれば、行政訴訟の対象については、もっぱら憲法32条に照らして「権利救済の要否をもって行政処分に当たるかどうかを判断の基準」¹⁴⁾とするものである。その際に、処分性を訴えの利益に還元して、法律上の争訟であれば出訴を認めるべきである。この主張の背景には白石説の司法国家観がうかがえる。しかし、多数意見は、「第一次的判断を媒介として生じた違法状態」を作る法効果を排除するために、個別の行政処分を訴訟対象とし、形成力を必要とする取消訴訟観を堅持している。しかも、行政権優越の地位を維持するために、処分に該当しない行政活動に対する抗告訴訟を排除すると同時に、将来の不利益処分を防ぐために求められる訴訟についても、法律上の争訟に当たらないと考えこれを排除しているのである¹⁵⁾。

2 1970年までの判例分析を踏まえて、南博方は、「処分の概念は、歴史的に訴えの利益と不可分一体のものとして構成されてきたのであり、最高裁判所も、この伝統的見解に立って、直接具体的法効果の発生を処分概念の重要な標識と解している」¹⁶⁾と指摘している。その後、橋

13) 入江反対意見においては、訴えの利益について、「法律により規制を受ける個人の権利、利益には所有権以外のものも存在する」と述べられた。

14) 渡部吉隆(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53頁。渡部は、1949年から1954年まで最高裁事務総局行政局付になったことから(渡部吉隆(園部逸夫補訂)『行政訴訟の法理論』(一粒社、1998年)257頁)、当時の義務確認訴訟説の影響を受けた裁判官であると思われる(例えば、前掲45頁、58頁、61頁、241頁注10参照)。そこで、彼は、法的保護に値する利益説を唱えて(前掲67-69頁)、裁判長として有名な歩道橋事件判決(東京地判昭和45年10月14日行集21巻10号1187頁)を下した。なお、訴訟対象と訴えの利益について、渡部吉隆・園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』(西神田編集室、1985年)79頁以下、257頁以下(渡部吉隆執筆)も参照。

15) 下級審判決として、東京地判昭和41年2月24日行集17巻2号175頁(換地処分等をしてはならないことを求めた事案につき、具体的争訟性を有しないことで不適法と判示した)。

16) 南博方「取消訴訟の対象としての行政処分」(初出1970年)『行政手続と行政処分』(弘文堂、1980年)137頁。その後、2004年まで、裁判実務の基本的

本博之の整理によると、最高裁は処分性の判断にあたって、「係争行為に関連する法令の仕組み全体を解釈し、これを柔軟に認めようとする傾向を示している」¹⁷⁾。すなわち、「仕組み解釈」によって、具体的法効果を決する手法を最高裁はとっているのである。行訴法が改正された前には、例えば、次の事例がある。

- ①写真集の輸入申告をした業者に対して、税関長が関税率法 21 条に定めた輸入禁制品に該当する旨の同法 21 条 3 項の通知をした。「同条 5 項の規定による決定及びその通知をした場合においては、貨物につき輸入の許可の得られるべくもないことが明らかとなった……と同時に、……、輸入申告者は、当該貨物を適法に輸入する道を閉ざされるに至ったものといわなければならない」。この通知は、「法律の規定に準拠してされたものであり、かつ、これにより上告人に対し申告にかかる本件貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすものというべきであるから」、取消訴訟の対象となると解する（最判昭和 54 年 12 月 25 日民集 33 卷 7 号 753 頁）。
- ②食品を輸入しようとする業者に対して、検疫所長がした食品衛生法違反通知書は、「法 16 条に根拠を置くものであり、……、法 6 条の規定に違反すると認定し、したがって輸入届出の手續が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のもの」である。そして、関税法 70 条 2 項、3 項により「輸入の許可も受けられなくなるのであり」、したがって、本件通知は、「法的効力を有するものであって、取消訴訟の対象となると解する」（最判平成 16 年 4 月 26 日民集 58 卷 4 号 989 頁）。

この二件について、処分性の公式に従うと、通知に具体的法効果があるかどうかは救済を与える判断の決め手となる。この点で、通知そのものは輸入不許可ではないので、原告の経済的自由を具体的に制限する法

な考え方はほとんど変化がみられない。この点について、さしあたり、越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 9 行政訴訟 I』（日本評論社、1983 年）49 頁、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第 3 版補正版〕』（弘文堂、2009 年）58 頁（高橋滋執筆）。

17) 橋本博之「処分性のゆくえ」（初出 2006 年）『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009 年）63 頁。

効果を有しないはずである。ただし、行政過程において通知がされると輸入許可が実際に得られない。したがって、処分性の公式を機械的に適用すると、あまりにも原告の実際の不利益状況を無視するという問題が生じる。

この問題を解決するために、まず考えられるのが訴えの利益のアプローチである。これによると、原告は、物品を輸入できないことにより、経済的自由を現実には制約されて経済的不利益（貿易利益の逸失や投資リスク）が生じ、①の事例について、通知が表現の自由の制約（憲法上の検閲該当性）にも関わっている。しかも、このような制約を除去するために、輸入不許可処分の前に争わなくてはならない。したがって、「むしろ端的に、原告が物品を輸入しない義務の存否を訴訟物として争う現実の利益があった事案というべきであろう」¹⁸⁾。したがって、訴えの利益のアプローチは、義務不存在確認訴訟を通じて個々人の主観的な利益状況を衡量しその救済を可とする判断基準である。

しかしながら、訴えの利益のアプローチを拒否した最高裁は、これらの事案においては、仕組み解釈というアプローチを採っている。これによると、判断基準は客観的な根拠法令全体を解釈して行政実務をも参照し、係争行為の法的効果を広く見出すものである。訴えの利益は、処分性の具体的法効果として論じられると、各事件の特殊性に応じた個別具体的な評価を回避してしまうという問題が生じるが¹⁹⁾、最高裁は、やはり何らかの具体的法効果を必要とするのみならず、処分性をカテゴリー的に画定するという立場からも離れていない。そのため、両判決は処分性の公式を逸脱するものではないと言われている²⁰⁾。言い換えれば、改正法前に、最高裁は具体的法効果を前提にし形成力を必要とする取消訴訟観を崩しておらず、処分性を訴えの利益に還元する思考は、そこには

18) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）492頁注4（ただし、①の事例に対する意見である）。

19) 原田説を批判する文脈においてこの問題を指摘したものと、小早川光郎「紹介・原田尚彦著『訴えの利益』」（初出1975年）『行政訴訟の構造分析』（有斐閣、1983年）285頁。

20) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』（有斐閣、2010年）112-113頁。なお、②の判決について、「特に訴訟法固有の考慮を加えた論証をしていない」という指摘がある（山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012年）336頁）。

みられない²¹⁾。

なお、この二件については、訴訟対象の判断は、個別の行為形式の性質または法効果から行政過程における当該行為の位置（または法令の仕組みにおける影響された私人の法的地位）への移行が注目される。本来、行政処分は、私人の具体的な権利義務関係を明確なものとし、行政処分というこの関係性の結節点において救済を接合するものである。しかし、現代行政活動の多様化・複雑化により、動態的な行政過程において個別の行為形式を切り離してその性質だけを考察するのでは、必ずしもその性質から権利義務関係の結節点を見出して救済の必要性を判断することはできないだろう²²⁾。そのため、第三節で検討するように、学説においては、訴えの利益論が登場することとなる。

第二款 予防的確認訴訟

一 予防的訴訟 取消訴訟が将来の不利益処分や不利益措置を防止する予防的機能を有することは、つとに指摘されている²³⁾。処分性を拡大するのは、取消訴訟が有するこの予防的機能を利用するためでもある。例えば、市立中学校に対する丸刈校則無効確認訴訟は、その目的として生徒の丸刈を将来に強要されることを予め阻止しようとしたものである²⁴⁾。このような問題について、雄川一郎が次のように述べる。

「行政行為としての性質を持たない——例えば通達や行政指導としてなされる行為など——によって現実具体的な不利益が生じている場合には、これらの行為を行政行為と構成して取消訴訟の対象とすることも可能であろうが、これに続く行政行為が確実に予期される場合（……）には、その行政行為の不作為訴訟の形で、不利益状態の排除を求めることが考え得られるであろう。逆に、右のような意味での不利益状態は抽象的一般的のものであってはならない。例えば、自己の法的地位に不利益をもたらすような法令が制定されたからといって、ただちに当該法令に基づいてなされるべ

21) 南＝高橋編・前掲注（16）58頁（高橋滋執筆）。

22) この点について、行政過程論者の問題意識とそれに対する批判に関する分析として、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）134頁以下。

23) 最高裁事務総局編・前掲注（7）98頁注13。

24) 最判平成8年2月22日判例時報1560号72頁（処分当たらないとされたが、義務不存確認訴訟について判断されていない）。なお、阿部泰隆『行政訴訟要件論』（弘文堂、2003年）20頁以下も参照。

き行政行為の不作为を訴求することは許されないだろう」²⁵⁾。

雄川説は依然として訴えの利益のアプローチを拒否し、もっぱらなされた行政行為を救済の基準と考えている。すなわち、具体的行政措置によりあたかも特定の行政行為がなされたような不利益状態が生じなければ、救済を与えることができないのである。法令の違法性を直接争うために、将来の特定できる行政行為が確実になされなければ、予防的不作為請求訴訟は認められないのである。また、通達や法令が私人の法的地位に及ぼす不利益態様は、必ずしも行政行為に帰因する不利益に限られないが²⁶⁾、雄川説によると、不利益処分以外の不利益処遇や社会的経済的不利益は予防の目的には入らないのである。

次に、この雄川説に同調した最高裁判決を検討する。

二 長野勤務評定事件

1 事件および判決の概要 原告である X (長野県立高等学校教諭) は Y (長野県) を被告として、「長野県立学校職員の勤務評定実施要領」(昭和 34 年教育長通達) 等により勤務評定に自己観察表示を記載する義務が設けられたことは、教師個人の内心の自由その他の権利利益を侵害するもので、憲法に違反するとして、上記義務の不存在確認請求を求めた。X は、通達によって直接かつ具体的に負担した毎年の自己観察表示義務が現に存在し、義務違反を理由として県教委から懲戒処分、不利益転任、その他の制裁的処分を受けるおそれがあると主張した。

一審判決は、特例法の下で提起された本件訴えを当事者訴訟として、

25) 雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」(初出 1974 年)『行政争訟の理論』(有斐閣、1986 年) 278 頁、283 頁注 12。ただし、雄川は長野勤務評定事件最高裁判決を前提として自説を展開している。

26) 行政行為に帰因しない不利益について、例えば、東京地判昭和 46 年 11 月 8 日行集 22 卷 11・12 号 1785 頁(計量法通達事件)。本件は、特定の業者の製造にかかる函数尺を販売し、または販売のため所持することは計量法第 10 条に違反する旨を明示した通達の処分性を認めた事例である。判決によると、通達が製造業者に及ぼす具体的不利益は、販売「業者らから右函数尺の買入れを解約されるに至ったこと」である。つまり、契約の解除により生じうる経済的損害である。具体的法効果を論じない本件判決はその実質が違法宣言訴訟であろう。なお、最高裁事務総局編・前掲注(7) 93 頁注 7 においては、すでにこの方向性が示されている。

通達を職務命令と解してそれによる現在の法律関係および確認の利益を簡単に認めた上で、本件訴えを適法とした²⁷⁾。二審判決は、本件通達を抽象的法規範と解し、法令の無効確認を実質的に求める訴えが法律上の争訟に該当しないことから、本件の訴えを不適法とした²⁸⁾。最高裁は、本件の訴えを将来の不利益処分に対する予防訴訟と解して、次のように判示した²⁹⁾。

「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然許されるわけではなく、当該義務の履行によって侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである。」

「よって、本件通達によって記載を求められる事項が、上告人らの主張するような内心的自由等に重大なかかわりを有するものと認めるべき合理的根拠はなく、上告人らがこれを表示しなかったとしても、ただちに義務違反の責めを問われることが確実であるとは認められず、その他、上告人らにおいて不利益処分をまって義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情の存在は、いまだこれを見出すことができないのである。」

2 検討 最高裁調査官の分析によると、将来の不利益処分を予防するために本件通達を争う訴訟形式には、①当事者訴訟としての確認訴訟（本件一審判決）、②無名抗告訴訟としての義務確認訴訟、③法令の無効確認訴訟（本件二審判決）または処分の無効確認訴訟がある。しか

27) 長野地判昭和39年6月2日行集15巻6号1107頁。

28) 東京高判昭和41年2月7日民集26巻9号1787頁。

29) 最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁。

し、「訴訟形式としての適否の問題と訴えの利益問題とは、理論上区別されるにしても、行政活動への介入のタイミングの問題として考えれば、実際には両者は共通の面をもつ」。したがって、最高裁は訴訟形式を明言せず、もっぱら「具体的・現実的な争訟」に着目して、訴えの利益の側面から判断を行ったのだと指摘されている³⁰⁾。また、通達を行政処分と解して取消訴訟で争うこともできるが、上記の論旨からは、訴えの利益について、この最高裁判決と異なる判断を導くことはできない。

そうすると、個々の訴訟形式に関する要件論というよりも、法律上の争訟に即した訴えの利益をどのように決するかが重要な問題である。この点で、最高裁判決においては、確認訴訟原型観に近い発想があるといえるが、争点の設定と取消訴訟の位置づけが問題となる。一審判決は取消訴訟との距離を考えず、もっぱら通達による義務不存在（またはその違法性）を争点として確認の利益を判断したものである。これに対して、最高裁は、行政の第一次的判断権や例外三要件という概念を用いないが、争点を不利益処分の予防に絞って、これを取消訴訟で争うことを原則とすることで、訴えの利益を厳格に画定した。「この原則は、仮定的、未必的、抽象的紛争への介入を避けようとするすぐれて司法政策的な考量に基づく建前である」³¹⁾と評されており、それは、まさに司法審査の対象を原則として行政処分に限定するという司法政策にほかならない。すなわち、法律上の争訟を導く具体的な権利義務関係は原則として行政処分により生じるということである。

本来ならば、訴えの利益は、違法な通達が教員 X の法的地位および良心の自由にどのように影響を及ぼしたか、そしてこの影響に対して司法的救済の必要性を認めるかということから判断されるべきである。本件において、通達が X の行動を現実に毎年拘束している以上、X の良心の自由に対する不安ないし危険は現に存在している。将来、不利益処分を受けると、侵害の危険性はより高まるが、包括的な義務不存在確認は、現実的な不利益はもちろん、潜在的な不利益についても救済の対象

30) 佐藤繁（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47年度363頁。佐藤は②義務確認訴訟を支持している。それは白石説からの影響だと思われる。

31) 同上365頁。

に含めて、紛争を一挙に解決することが可能となるメリットに注目するならば、訴えの利益を広く認めるべきだろう。ところが、残念ながら、最高裁はこの点について論じていない³²⁾。一方、一定の将来の不利益処分を争点とすると、確かに不利益処分がこれから行われるかどうかは、仮定の問題であり、取消訴訟との役割分担を配慮する必要もあり、訴えの利益は慎重に検討されるべきである。しかし、最高裁は予防的不作為訴訟を例外としてのみ許容したため、訴えの利益を実際に吟味しなかったと批判されている³³⁾。

したがって、本件において、最高裁はもっぱら行政処分を念頭に置いて本件義務確認訴訟を不利益処分に対する予防的不作為訴訟と解し³⁴⁾、あくまで取消訴訟中心主義を逸脱しないという厳格な姿勢を示した。

三 横川川事件

1 事件および判決の概要 原告 X は河川管理者 Y (高知県知事) を被告として、X の土地が河川法上の河川区域に該当しないことの確認を求める訴えを提起した。

現状主義をとった同法 6 条 1 項 1 号により、「河川の状況を呈している土地」であれば、Y の指定など公権力の行使を介在せずに当然に「河川区域」になるものと解されている。そして、河川区域に該当すれば、一定の行為（盛土や土石等の採取など）を行うには事前に Y の許可を要し（法 25 条から 27 条）、一定の行為が禁止し制限され、または許可を要する（法 28 条、29 条）。これらの義務規定に対する違反行為には刑罰の担保があり（法 102 条、107 条、109 条）、Y が河川管理者として監督処分を行うことができる（法 75 条）。なお、Y はすでに「河川区域」に該当すると主張し、X の盛土を行政代執行により、除却している。

本案の争点は、X の土地が「河川の状況を呈している土地」であるかどうか、言い換えれば X が土地利用についての河川法上の義務を負う

32) その原因としては、最高裁は、通達が「内心的自由等に重大なかかわりを有するものと認めるべき合理的根拠」を否定しているため、本案判断を先取りしたことがあげられる（阿部泰隆「公権力の行使に対する差止訴訟」(初出 1984 年)『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993 年) 390 頁)。

33) 山本・前掲注 (18) 491 頁。

34) 松本博之「判批」民商法雑誌 69 卷 1 号 123 頁。

かどうか、という法解釈の違いをめぐる紛争である。Xの主張は、①Yが河川法上の処分をしてはならない義務があることの確認、②河川法上の処分権限がないことの確認及び③本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認である。①②は二審から追加された請求である。

一審判決は、「土地所有者にとっては、自己所有土地が河川区域でないことの確認を河川管理者に対して求めることが、将来の紛争を予防するための最も適切な方法である」とし、③を無名抗告訴訟と解して適法な訴えを認めた³⁵⁾。二審判決は、①②を将来の不利益処分を防ぐ無名抗告訴訟と解し、補充性について、③は「より紛争の実態に即した抜本的な解決が図られるというべき」ことから、①②をいずれも不適法な訴えとした。そして、③を実質的当事者訴訟と解し、Yを被告とする点において不適法な訴えとした³⁶⁾。

最高裁は①②③を区別せずに、次の理由でいずれも法律上の利益を有しないことから、不適法な訴えとした。

Xが「河川法75条に基づく監督処分その他の不利益処分をまっぴら、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということとはできない」³⁷⁾。

2 検討 まず、Xの法的地位を確認しておく。それは自己所有地を自由に使用収益する財産権の地位である。当時、Xの財産権の地位は河川法上の義務を負うかどうかについて不明確な状況にあり、Yの法認識によりその義務を負う可能性があった。河川法上の義務を実効的に担保するため、監督処分と刑罰が定めている。なお、不動産登記法43条によれば、Yの嘱託により土地登記簿の表題部に河川区域内の土地であることが記載されることになるので、土地の経済価値が低下することもある。したがって、Xの法的地位は著しく不安定なものとなっていた。

さて、ここでは、まず、訴えの利益をどのように判断すべきかについて

35) 高知地判昭和59年4月26日行集35巻4号559頁。

36) 高松高判昭和63年3月23日行集39巻3・4号181頁。

37) 最判平成1年7月4日判時1336号86頁。なお、伊藤正己の補足意見によると、無名抗告訴訟として例外三要件を適用した結果、緊急性を欠いて不適法となる。

て、判決を整理すると、二つのタイプのものがある。一つは、争点を河川法上の義務の有無に限定し、民事訴訟における確認の利益に準じて判断するタイプである。すなわち、確認の利益があれば、Xの法的地位に関する不安を抜本的に除去する確認訴訟の適法性を認めるべきという当事者訴訟的構成である³⁸⁾。本件一審判決および二審判決の論理は、③の請求についてこのように構成されたものである³⁹⁾。

もうひとつは、争点を将来の不利益処分の予防に絞って、取消訴訟とのバランスを重視する立場から訴えの利益を民事訴訟より限定するタイプで、抗告訴訟的構成である。本件二審判決は①②の請求について、そして、最高裁判決は①②③の請求についてこのように構成されたものである。

問題は最高裁判決が①②③の請求を同一視したことにある。

まず、③において、本案審理の争点となるのは、「河川区域」という河川法上の要件を充足する事実（土地の形態）があるかどうかということであった。YがすでにXの盛土を除去したことで、この争点についての紛争は現実に成熟していた⁴⁰⁾。③の請求が認められれば、結果的に将来の不利益処分を防ぐことができるだけでなく、刑罰や経済上の不利益をも防ぐことができた。そして、何よりも法的地位に対する種々の不利益を早期かつ包括的に除去することもできた。しかし、最高裁判決は、あくまでも取消訴訟中心主義の考え方をとり、訴えの利益を厳しく限定したのである。したがって、この最高裁判決の論理にしたがうならば、Xはあえて河川法上の義務違反行為をしてから、不利益処分の取消訴訟において河川区域であるかどうかを争わざるをえないのである。そして、最高裁判決が言及していない刑罰の恐れについても、刑事裁判手続において、それを「争わざるを得なくなったとしても、やむを得ない」⁴¹⁾のである。そうすると、確認訴訟が守るべき財産権の法的地位は、実際に

38) 阿部泰隆「一審判批」法学セミナー 389号(1987年)124頁、「二審判批」判例地方自治 53号(1989年)47頁。

39) 一審判決において形式上は無名抗告訴訟とされているが、実質的な判断枠組みは民事訴訟または当事者訴訟における確認の利益と変わらない。

40) 阿部・前掲注(38)「一審判批」124頁、石川敏行「一審判批」判例時報 1145号(1985年)190頁。

41) 増井和男(当時の最高裁調査官)「判例解説」ジュリスト 953号(1990年)86頁。

「不利益処分を防ぐ法的地位」という局面に矮小化されてしまっていることがわかる。あるいは、不利益処分がなければ、そもそも河川法上の義務そのものを X の具体的な義務とするわけではない⁴²⁾、という発想が最高裁判決において潜んでいるとみることもできる。

一方、①②の請求において、本案審理の争点となるのは、河川区域該当性だけでなく、各種の不利益処分に関する法律上の要件を充足する事実があるかどうかであった。ここでは、将来の公権力の行使が直接阻止されるので、訴えの利益を慎重に検討すべきだとする考え方には理由がある。さらに、本案審理の結果について、二つの場面が想定されうる。ひとつは、河川区域でないとすれば、当然原告の請求が認容されることである。もうひとつは、河川区域であるとすれば、不利益処分の発動に関わる裁量を事前に争うかどうかという問題である。その際、河川法上の処分一般を対象とすると、本案審理は困難となるだろう⁴³⁾。

以上から考えれば、当時の「争いの根本的原因」を明確するために、二審判決の通り、①②と③を区別して適法性を判断したほうが妥当であったと考える⁴⁴⁾。しかし、最高裁判決は①②③を一律に判断した。最高裁の判断は、処分を事前に防ぐ実質を有する訴訟であれば、訴訟形態・請求の内容を問わず、訴えの利益を一元的に厳しく限定すべきと考えるものであった。

もちろん、取消訴訟中心主義を堅持する立場であれば、Y の何らかの「法判断」を行政処分として構成することは論理的に可能である⁴⁵⁾。しかし、紛争の実体が変わらない限り、訴えの利益は認められないことになる。

訴えの利益を一元的に厳しく限定する最高裁判決の思考様式は、2004年の改正行訴法まで裁判実務を支配していた。以下の事例もその典型例

42) 同上 86 頁。

43) 山本隆司「二審判批」自治研究 65 卷 7 号 (1989 年) 135 頁。

44) とところが、二審判決は、被告適格の欠如を理由に訴えを却下したことがキャッチボールの問題として評価が芳しくないものとなった。ただし、それは、原告が県知事を被告とすることに固執したからである (小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、2005 年) 39 頁 (村田斉志発言))。

45) 一審において、原告がこの主張をした。ほかにも、「黙示の処分」(石川・前掲注 (40) 188 頁) または「推断的指定処分」(川上宏二郎「三審判批」ジュリスト臨時増刊 957 号 (1990 年) 48 頁) がある。

である。

四 東京都外形標課税条例無効確認等請求事件

1 事案および判決の概要 原告 X は、Y₁（東京都）または Y₁ の知事 Y₂ を被告として、東京都外形標準課税条例が、憲法及び地方税法に違反して無効であると主張し、その確認を求める訴えを提起した。本件条例は、各事業年度の終了の日における資金の量が 5 兆円以上である銀行業等を行う法人に対し、制定日から 5 年以内に開始する各事業年度の法人事業税について、課税標準を業務粗利益とし、原則として税率 3 パーセントを課税するものである。

X は訴えの利益を次のように主張している。本件条例事業税の申告をしない場合には、Y₂ が X に対して更正処分または決定処分を行うことは確実で、「加算金」（条例 20 条）等が課されることになり、また、故意不申告罪の刑罰が課され（条例 14 条）、さらに金融再生委員会により、X の免許が取り消され、又は業務停止等が命じられる可能性が存在する（銀行法 27 条、長期信用銀行法 17 条）。一方、各種の不利益処分を回避するために事業税の申告をする場合、本件条例に従った新基準税額を納付するには莫大な資金を調達しなければならず、X の営業活動に対する影響は大きく、繰延税金資産及び当期利益の減少等の不利益が生じる。

したがって、X は、①行訴法 3 条 4 項の無効等確認の訴えとして、Y₁ または Y₂ に対し本件条例の無効確認、②無名抗告訴訟として Y₂ に対し本件条例に基づく更正処分及び決定処分の差止め、③同法 4 条後段の当事者訴訟又は民事訴訟として Y₁ に対し本件条例に基づく 2001 年度からの租税債務不存在確認を求めた。さらに、X が本件条例に基づき計算された 2000 年度分の事業税額を Y₁ に申告納付したことから、Y₁ に対し、④主位的に誤納金の還付及び本件条例を違法であるとする国家賠償の支払、⑤予備的に Y₂ に対し更正しない通知処分の取消し、Y₁ に対し過納金の還付及び国家賠償の支払を求めた。

一審判決は、法律上の争訟の基点を、「本件条例の課税要件を充足した納税義務者の申告又は行政庁の更正処分若しくは決定処分によって納付すべき税額が確定し、具体的な租税権利義務関係となる」ところ、前

述した最高裁判決の判断基準に従って次のように判示した⁴⁶⁾。

「その訴訟形態が、法定の抗告訴訟、無名抗告訴訟、公法上の当事者訴訟、民事訴訟のいずれであるかを問わず、法令違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分権限の発動を差し止めるため事前にその前提となる法令の効力の有無の確定を求めたり、当該処分権限の発動をしないことを命令したり、当該処分権限の発動により具体的に確定される権利義務関係につき同発動前にこれを差し止めるために当該権利義務関係の不存在の確認を求めることが当然に許されるわけではない。

よって、①②③の訴えはいずれも不適法であるとされた。具体的な理由としては、①について、本件条例の制定の処分性は認められない。②について、本件条例の適用さらには更正処分又は決定処分等が行われることが確実であるとは必ずしもいいきれない。③について、Xが各種の不利益処分の効力または刑罰の適用を争う中で、本件条例の効力を問題とすれば足りる。また、営業の活動についても、今後の事業年度についての申告納付による経済的不利益によって倒産の危機に直面するわけではなく、Xにとって回復し難い重大な損害ではない。

なお、本件条例の適法性について、一審判決は、④の請求の前提問題として、その適法性を判断した。結論として、本件条例は、本来は外形標準を課税標準として事業税を課することができる場合ではないのに、地方税法72条の19に反して、外形標準を用いて銀行業等に対し事業税を課することを定めた条例であると判示し、条例が違法かつ無効であると述べた。

二審判決も基本的に一審判決と同趣旨のものである⁴⁷⁾。

2 検討 まず、Xの法的地位を確認しておく。Xは資産を自由に利用する経済的自由を有する地位にある。ところが、Y₁の条例制定により、Xが条例上の納税義務を負うおそれが生じ、しかも納税義務を実効的に担保する不利益処分と刑罰からの脅威が現実化しつつある。した

46) 東京地判平成14年3月26日判例時報1787号42頁。

47) 東京高判平成16年1月30日判例時報1814号44頁。

がって、Xの資産を自由に運用するという法的地位は、新たな納税義務により、納税金額を確保しなければならないという制約を受けている。

ところで、①の請求については、最高裁の公式によると、処分性を認めることは困難である。②の請求については、特定の処分の差止を対象とする点で無名抗告訴訟そのものである。問題は、③の請求にある。

条例によると、毎年度の終了の日における資金の量が5兆円以上である銀行法人は納税義務者となる。Xは5兆円以上の資金を保有しないと、来年度から条例の適用対象にならないことになる。適用対象でない者にとって、債務不存在を確認する利益はない。この点で、③は将来の法律関係に関する確認ともいえる。あるいは原告適格の側面からすると、Xは現実に具体的な不利益を受けている者ではないとも考えられる。しかし、Xは提訴した時点で条例の適用対象となっており、また、これからも同等以上の事業規模を維持する見込みがあるため、現在の経済的自由という法的地位を守るために、条例の無効を前提とする③の請求について確認の利益を認めることは可能であると考ええる。

ところが、裁判所は、法令違反の結果、将来課されるであろう不利益処分を防ぐ訴訟であれば、訴訟形態および請求内容を問わないとして、一律に特殊な訴訟要件を用いて判断を行ったのである⁴⁸⁾。したがって、経済的自由という法的地位に対する制約は単なる事実上の不利益とされ、財産権に対する現実の侵害は取消訴訟や刑事手続で争えば十分だ、という取消訴訟中心主義の考え方による結論に帰結したのであった。

そして、本件裁判所の判断の趣旨によると、2000年4月の条例公布から2001年6月の誤納金還付訴訟までの期間、条例の違法無効という争点および規制対象・内容はすでに明確であったにもかかわらず、法律上の争訟はまだ存在しないということになったのである⁴⁹⁾。

第三款 小括

取消訴訟中心主義を前提とする最高裁は、行政処分を中心に法律上の

48) 同趣旨の判断を明示した判決として、東京地判平成14年2月14日判例時報1808号31頁、東京高判平成17年12月19日判例時報1927号27頁（国立市建築物高さ制限条例無効確認等請求事件の一審判決と二審判決）。

49) 高木光「行政訴訟の現状分析変容のきざし2001年」（初出2001年）『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）27頁以下。

争訟を限定的に把握している。というのは、「〔行政の第一次的判断権——引用者注〕を行使して具体的な決定を下す前に行政庁の行為を拘束するような形の裁判による救済を与えることは原則として許されるべきではないとの法則」⁵⁰⁾ からであり、これは田中・兼子理論の司法国家観の影響を受けたものであろう。したがって、法律上の争訟について、具体的法律関係が処分性の具体的法効果に置き換えられることにより、取消訴訟の対象限定と予防的訴訟の嚴格判断とは表裏一体の関係になっているのである。すなわち、取消訴訟の対象が拡大されれば、取消訴訟は将来の不利益処分に対する予防的訴訟の機能を有すると同時に、予防的確認訴訟の機能も有することになる。しかも、広く原因行為の違法性を実質的に争う訴訟も認められれば、取消訴訟中心主義をとると解される法制度を解体する恐れが生じるのである。

さて、義務確認訴訟について、最高裁はこれが当事者訴訟に当たるか、または、抗告訴訟に当たるかについて明言しない。というのは、「訴えの適否の判断が実質的に異なることになるのは相当ではない」⁵¹⁾ からであろう。確かに訴訟形式に拘らず原告に訴訟形式選択のリスクを軽減した点は評価できるが、予防的訴訟を例外と見る判断の仕組みができた結果、実際の運用は不利益処分に関する予防的訴訟を否定するものとなった。すなわち、訴訟形式を問わず、法律上の争訟は取消訴訟中心主義により一律に限定されている。さらに、紛争を早期かつ包括的に解決する確認訴訟は、一定の不利益処分に対する差止訴訟との区別が明確でないことから、確認の利益についても民事訴訟の判断枠組みが排斥されて、紛争の実態に即した柔軟な判断ができなくなっている。その結果、確認訴訟の可能性は完全に封印されたのであった。

結局のところ、改正法以前の最高裁は、取消訴訟であれ義務確認訴訟であれ、または、抗告訴訟、当事者訴訟であっても、すなわち訴訟形態・

50) 中村治朗反対意見・最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁(大阪国際空港夜間飛行禁止等請求事件)。最高裁事務総局行政局で勤務した中村は、アメリカ法の宣言的判決および司法審査制度を研究して、白石説の展開に大きく影響を与えた者であったが、行訴法の制定により取消訴訟中心主義を立法政策として採用したと解することから、行訴法制定後は、義務確認訴訟を消極視している。

51) 中込秀樹ほか『改訂 行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(法曹会、2000年)318頁。

種類を問わず法律上の争訟は、行政処分枠内で考えられており、処分性が法律上の争訟性に先行する図式が強固に維持されているのである。そのため、つとに憲法学者からは、「既存の訴訟法に全面降伏」⁵²⁾するものとか、「訴訟法の留保」⁵³⁾であるという批判に晒された。この問題を解決するためには、白石説の確認訴訟原型観がなお有効であり、行訴法の制定および現代行政国家の展開という新しい状況の中で、白石説の司法国家観を継承した学者たちは、白石説を発展させる議論を進めている。以下では、訴訟法の側面からこれらの学説を分析する。

第二節 二つの確認訴訟観

第一款 現代行政国家の展開と行政訴訟

侵害行政の防止を念頭に置く自由主義的法治国家に立脚した伝統的行政法学において、行政訴訟は主に行政行為という法形式からの侵害を排除するために運用されていた。前章に検討した二つの司法国家観は自由主義的法治国家の回復を共通の問題意識とした上で、行政行為に対する司法審査を中心に議論した点において一致している。しかし、1960年代に始める現代行政国家の展開に伴い、行政訴訟の新たな課題は、次の二点に集約することができる。

第一に、現代行政国家における行政過程は、「法のあらかじめ予定する法内容の忠実の具体化というよりも、むしろ公益実現に向けられた積極的な政策創造の過程というべきもの」⁵⁴⁾である。そこでは、法律に対して行政立法の比重が増加し、行政計画による行政が展開している。さらに、高度経済成長を急激に遂げた社会において、都市の発展、環境破壊や消費者被害をめぐって爆発的に出てきた社会問題に対処するために、場合によっては、行政が根拠法令がなくても政策的判断により非権力的手法で対策を講じる場面もしばしば見られる⁵⁵⁾。このように行政が政策作成の実質の担い手となることは、政策判断の中心が議会から行政

52) 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究 41号 (1979年) 101頁。

53) 棟居快行「基本権の司法救済」(初出1985年)『人権論の新構成』(信山社、1992年) 288頁。

54) 原田尚彦「行政事件訴訟への期待」(初出1973年)『訴えの利益』(弘文堂、1973年) 229頁。

55) 例えば、要綱行政の問題について、原田尚彦「要綱行政の法的性格と問題点」(初出1974年)『環境権と裁判』(弘文堂、1977年)。

へと移行していることを意味する。ここには、「議会制民主主義の空洞化」⁵⁶⁾ という問題が生じているのである。そこで、かつて田中・兼子理論が期待した議会による行政統制は実際に機能しなくなることから、議会に代わって司法的統制が一層求められるようになるのである。

第二に、現代行政国家における肥大化した行政は、行政行為のほか、行政計画や行政指導等の多種多様な形式による行政活動を通じて、私人の生活の細部まで浸透している⁵⁷⁾。私人の生活の行政依存が高まると同時に、行政行為以外の行政活動が違法に行われ、私人の権利利益を侵害する可能性は高くなっている。裁判所はすべての行政の侵害活動に対して私人に救済を受ける機会を与えなければ、違法な行政活動を放置することにより「法治主義の形骸化」⁵⁸⁾ をきたすことになるだろう。

こうした二つの課題に直面して、伝統的行政法学は、司法国家の実現という歴史的課題だけでなく、新たな行政現象にも対応できないことから、強い批判を受けることになった。伝統的行政法学を批判し、「抽象的公益のための抽象的・演繹的行政法学に対する決別」⁵⁹⁾ が必要であるという認識は、現代行政国家の展開とともに、広く共有されるようになる。訴訟法学においても、同様にこのような動向がみられ、行政事件に関する法律上の争訟を捉え直す必要性に注目が集まるようになる。ただし、行政法学者は、法律上の争訟をめぐる憲法論を直接論じることはなく、具体的な訴訟類型に即した解釈論を行っていた。したがって、確認訴訟の解明を課題とした本稿においては、さしあたり、英米の司法国家制度に関する歴史的な研究を通じて現代行政国家における行政訴訟のあり方を明らかにした高柳信一および下山瑛二の所説を取り上げる。両説を手掛かりとして、確認訴訟を通じて、処分性が法律上の争訟性に先行するという問題をどのように克服するかについて検討する。

56) 中川丈久「議会と行政」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』(有斐閣、2011年)152頁以下。

57) 原田・前掲注(54)221頁。

58) 室井力はつに「現実の法治主義の空洞化現象の展開のなかで、……行政計画、行政指導、補助金などによって特徴づけられる日本の行政手法は、その合理的根拠の具体的検討なしに法的権利義務関係の希薄化をもたらしつつある」という問題を指摘した(『行政の民主的統制と行政法』(日本評論社、1989年)2頁)。

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

第二款 違法宣言訴訟——高柳説

一 内容的整理

高柳は、現代行政国家における行政の量的質的变化に応じて、私人が刑罰や損害を早期に回避するために、法律関係の変動を原因付ける行為を直接攻撃する必要があると指摘している。伝統的な民事訴訟または刑事訴訟において行政活動の違法性を間接的に攻撃することはできるが、行政機関を直接の当事者とし、その裁量権行使を直接の審理判断の対象とすることはできない。こうした伝統的な訴訟では処理しきれない、新たな争訟形態をどのように取扱うかは、現代行政国家における行政訴訟の課題なのである。彼は、日本では取消訴訟制度がより私人に有利な救済制度として人為的に設けられたものであることを指摘し⁶⁰⁾、行政訴訟制度のあり方を次のように述べる。

「司法国家制であり、司法裁判所は、行政裁判所のように、行政行為の効力の判定だけしかできないわけではないのであるから、本来であれば、原告の現在の権利関係に関する利益的主張についても審理判断して、救済を与えてやることもできるはずである。それが特別の目的にもとづいて、行政行為の効力判定という形で救済を与えるように人為的に枠づけられているだけである。……原告の現在の権利関係に関する利益的主張の当否は、行政行為の法適合性の有無の判断によってほぼ全的にかたがつくのであり、また、後者に関して裁判所の法判断がくだされれば、被告たる行政庁は、私人たる当事者とことなり直ちに忠実にこれに従って権利関係・事実関係を是正すべきものだからである」⁶¹⁾。

すなわち、行政訴訟という実定法制度が設けられる前に、新たな争訟形態はすでに司法判断に適合する法律上の争訟として存在するはずである。法律関係の存否に関する権利主張、または法律関係変動の原因行為の効力の攻撃という訴訟形式を制度化することは、いずれも立法政策の

60) 高柳信一「行政の裁判所による統制」(初出1966年)『行政法理論の再構成』(岩波書店、1985年)172頁以下。

61) 同上196頁。ここでは英米法における宣言的判決が引き合いに出されている。

範囲内にある⁶²⁾。その意味で、法律関係の存否または違法性の有無を対象とする確認作用は、行政訴訟の本質であると考えられている。そのため、立法府が「行政行為の法適合性如何を判断する確認訴訟」⁶³⁾をより「合目的な制度」⁶⁴⁾へと変換して取消訴訟を設けたのは、法律上の争訟を限定するためのものと解されるべきではない。しかし、このような人為的な訴訟類型の使用を私人に押し付けると、不都合が生じることになる。この不都合については、立法者が解決すべき問題であるが、その前に「司法的法創造」による解決も必要である⁶⁵⁾。したがって、彼は、出訴を許す「技術性の契機」に過ぎない処分性については、訴訟の対象が「固定的基準によってではなく、行政の法律による枠付けを、どの段階で、だれに、いかなる訴訟形態で監視せしめることが合目的かを、法創造的見地より柔軟に構想してゆくことが必要」⁶⁶⁾だと主張している。

以上の整理からすると、高柳が「司法的法創造」を強調するのは、取消訴訟中心主義を支える行政の第一次的判断権論や立法政策論を「行政国家制的母斑」として、司法の法創造という実践を通して退けるためである。行政活動を律する行政法規が行為規範でありながら、紛争解決基準としての裁判規範であるという両面拘束性が強調されており、行政活動に関する「法の解釈適用によって当事者間の具体的利益の衝突を調整解決する作用は、決して政治や行政の任務に任されるべきではない」⁶⁷⁾

62) この点について、雄川一郎はつとに指摘していたところである。「実体法上行政行為によって形成された又はされるべき法律関係についても、その行政行為の当否そのものを訴訟の直接の対象とする抗告訴訟も可能であり、またその法律関係を直接の対象とする当事者訴訟も可能なのであって、その双方を認めるか、或いは一方のみを認めるかは立法政策の問題となると考えるべきであろう」(前掲注(2) 56頁注2)。

63) ここでは、高柳説は形成訴訟の理解を排斥する。ただ、訴訟法原理において取消訴訟を確認訴訟として理解すべきだと指摘するが、訴訟法技術上においては民訴のドクマの適用を排斥する(前掲注(60) 199-200頁、同「行政事件訴訟の特質の再検討」(初出1966年)前掲注(60)書513頁)。

64) 合目的性の理由が五つ挙げられる。第一に、行政行為の効力を対世的に確定すること、第二に、義務賦課行為の法適合性を義務違反に対する刑事処罰のリスクを冒さないで攻撃すること、第三に、行政庁の裁量権行使を直接の審理判断の対象とすること、第四に、審決に対する司法審査とすること、第五に、計画行政・開発行政のような総合行政に関わる権利義務関係を早期確定させることである(高柳・前掲注(60) 185頁以下)。

65) 同上196頁、198頁。

66) 同上212頁。

67) 同上206頁。

と主張された。したがって、私人と行政との間にはすでに議会制定法を通じて法律関係が予定されている。裁判所は未だ行政行為によって具体化されていない法律関係をめぐる紛争についても、法律関係を具体化する契機を自ら判断することができる⁶⁸⁾。その契機は、行政処分を介して抽象的な観念論で判断されるものではなく、具体的な利益状況を経験的に吟味した上で判断されるべきなのである⁶⁹⁾。

二 検討

高柳説の方法論については、すでに批判に晒されており⁷⁰⁾、イギリス法の実際の発展についても、彼の説とは一致していないという問題もある⁷¹⁾。しかし、ここでは、本稿の問題関心に即して、訴訟法の側面から高柳説の特徴を指摘しておく。

第一に、高柳説は、行政国家の取消訴訟制度を批判したが、民事訴訟と異なる、司法国家の取消訴訟制度を違法宣言訴訟として再構築した上でその正当性を擁護している。原因行為の違法性・効力を直接に攻撃する訴訟形式を何よりも重視し、また無効確認訴訟の制定にあたり、当時、民事訴訟のドクマが無反省に抗告訴訟に持ち込まれたことを批判している⁷²⁾。すなわち、民事訴訟における確認訴訟のドグマについて、確認の対象が現在の法律関係に限られること、および対世効が定められないことは、行政訴訟において排斥されるべきである。この点については、多くの学者の問題意識を覚醒するものとなった。例えば、白石裁判部の陪

68) 高柳信一「市民国家の行政法の問題」(初出1965年)前掲注(60)書422頁以下(ただし、原告適格を例とする説明である)。

69) 高柳・前掲注(60)206頁以下(原告適格を説明する箇所であるが、「違法な権利変動行為により、……なんらか特別な負の影響を被る」かどうかという判断手法は、訴訟対象性の判断にも通用するだろう)。

70) 藤田宙靖「裁判規範と行為規範」(初出1969年)『行政法学の思考形式』(木鐸社、1978年)19頁以下、室井力「行政法学方法論について」(初出1971年)『現代行政法の原理』(勁草書房、1973年)26頁以下。

71) 当時の批判として、下山瑛二・後掲注(79)宣言的判決(五)82頁以下参照。ただ、イギリス法の後の発展については、手続上の排他性を有する司法審査手続は1977年に民事訴訟に対する特殊な手続として定められた。その意味で、一元的サンクションから二元的サンクションへの分化は、公法私法の区別により行われていた。See generally, W. WADE & C. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 552-85 (8th ed. 2009)。

72) 高柳・前掲注(63)「行政事件の特質の再検討」510頁以下。

席裁判官、後に最高裁判事となった町田顕の違法宣言訴訟説⁷³⁾、次節で検討する原田尚彦の処分性拡大論である⁷⁴⁾。

第二に、司法的法創造により訴訟対象（処分性）を拡大することは可能だと指摘されているが、実体法のレベルで拡大するか、それとも訴えの利益のレベルで拡大するか、という点においては明確に論じられていない⁷⁵⁾。ただ、実体法関係を一方的に変動する「行政的決定に対する特別訴訟論」⁷⁶⁾だとすれば、やはり訴訟対象を行政決定の実体法的性質に即して判断するアプローチと位置づけられる⁷⁷⁾。

以上の二点により、取消訴訟の性質について確認訴訟説の影響を受けたと思われる高柳は、取消訴訟についてその形成訴訟的要素を取り除いたが、行政決定に対する違法宣言の形式は残して合理的運用を目指し、民事訴訟とは異なる独自の行政救済法理の形成を期待していたのである。

第三款 権利確認訴訟——下山説

一 内容的整理

高柳と問題意識を共有する下山瑛二は、現代社会において早期の権利保護・既成事実の発生の予防を行政訴訟の現代的課題としている⁷⁸⁾。だが、彼は、高柳説のように既存の訴訟形式を前提に議論するのではなく、憲法論に即した権利の有無の判断を先行させた上で、権利救済の方法としてどのような訴訟類型を認めるのがよいかを検討すべきだという方向性を示している。その前置作業として、彼は、イギリスの司法審査にお

73) 町田顕「抗告訴訟の性質」判例タイムズ15巻4号(1964年)634頁以下。町田は、白石説を支持した上で、「民事訴訟法理の不当な適用類推を拒み」、抗告訴訟における適法性統制の特徴を強調している。

74) 原田尚彦「行政争訟法二五年」(初出1987年)『行政判例の役割』(弘文堂、1991年)37頁。

75) 例えば、高柳・前掲注(60)197頁および213頁注6においては「要件効果規定を具体化する一方的行為」という実体法的定義が試みられているが、212頁の事例からすると、訴えの利益のような判断も混在している。

76) 室井・前掲注(70)36頁。

77) また、本案審理において、特殊な法原理がリネージュされることから(高柳「公法と私法」(初出1963年)前掲注(60)書66頁)、従来の行政行為を中心にする訴訟対象論と共通していると指摘されている(下山瑛二・後掲注(79)宣言的判決(五)82頁注6)。

78) 下山瑛二『現代行政法学の基礎』(日本評論社、1983年)5頁以下、214頁。

ける宣言的判決を中心に綿密な判例分析を通じて⁷⁹⁾、その訴訟対象の広範性と位置づけの補充性・代替性に注目している。そして、補充性・代替性が前提とする共通性について、兼子一の「確認訴訟原型観」を引用し、それが「法律問題についての法的判断」であることを指摘した上で⁸⁰⁾、行政訴訟としての確認訴訟原型観を提示している。さらに、英米法に倣い行政争訟制度を実体法、救済法、争訟法にわけて、行政の第一次判断権の尊重が必要だとしても、それは争訟法の次元で特別な訴訟手続きをとるべきか否かの問題だと指摘している⁸¹⁾。

「そもそも行政争訟法は主として手続法であるがゆえに、その存在以前に措定される実体法関係において、行為そのものの効力を抹消しうる国民の権利と、かかる国民のもつ権利・利益の保障が確保されるための救済方法とが本来的の明らかにされておらねばならなかったはずである。争訟手続というものは、まさにかかる救済方法実現するための争訟手続として存在すべきものであろう」⁸²⁾。

ここでは、訴訟類型の議論を、私人のもつ権利・利益の保障を確保する救済手法の問題に変換しながら、抗告訴訟制度の特徴を出発点とする思考様式を拒否する姿勢が見られる。さらに、英米の救済法を参考にすると同時に、物権法的な救済手法も引き合いにだされた⁸³⁾ことに留意すべきである。つまり、白石説と同様⁸⁴⁾、基本的人権を始めとする私人の実体法的地位を物権に例えて、法的地位が侵害された場合に、それに対する権利回復の救済方法が憲法 32 条により備えられるべきである。こ

79) 下山瑛二「イギリス行政法における宣言的判決 (declaratory judgment) をもつとめる訴 (一) — (五・完)」法学雑誌 (大阪市立大学) 9 卷 2 号 (1962 年) 51 頁以下、10 卷 1 号 (1963 年) 16 頁以下、10 卷 2 号 (1963 年) 79 頁以下、10 卷 4 号 (1964 年) 84 頁以下、11 卷 1 号 (1964 年) 1 頁以下。また、同時期に宣言判決を紹介するものとして、佐藤立夫「イギリス行政法における宣言的判決」早稲田政治経済学雑誌 182 号 (1963 年) 1 頁以下。

80) 下山・同上宣言判決 (五) 73 頁、75 頁。なお、下山瑛二「イギリス法における『行政訴訟』の若干の前提的要素とその類型にかんする一考察」(初出 1970 年)、「行政訴訟裁判と人権」(初出 1973 年)「人権と行政救済法」(三省堂、1979 年) 9 頁以下も参照。

81) 下山・前掲注 (78) 199 頁以下、224 頁以下。

82) 同上 203 頁。

83) 同上 202 頁、213 頁 (「違法行為の排除のための請求権」)。

84) 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) 47 頁。

の考え方を進めるならば、ドイツ法のように、「法的地位」を「原状回復」という物権法的観念に結びつけ、そこから実体的請求権としての「侵害排除請求権」を導いて請求権体系を築くことが可能であった⁸⁵⁾。しかし、下山説は請求権を中心とする思考様式も拒絶し⁸⁶⁾、確認訴訟を基底に置き、給付と形成訴訟を「確認」という共通項から導く定式として、「確認訴訟+付随的救済=給付あるいは形成訴訟」という確認訴訟原型観を打ち出した。

請求権体系を拒絶した一つの理由は、訴えの利益および救済の方法が予め一義的に決まらないことにある。

「現在の行政活動が現実には複雑な形でからみあっている場合に、違法行為の排除そのものは行政主体に委ね、裁判所では違法か否かだけをとりあえず『確認』しておきたいという考え方の生まれてくるのも、現代社会ではけっして不自然ではない。」一方、「保護法益を守る法的必要性がある程度存在していなければならぬことはいうまでもないが、それに関する問題は訴訟法上の問題となるだろう」⁸⁷⁾。

もう一つは、こうした確認訴訟原型観は、日本法の特異性、すなわち行政の第一次的判断権により封じられた裁判所の法判断権限を復権しようとするものでもある。つまり、確認訴訟を重視する根本的な理由は、法の支配からみた古典的な権力分立の構造における司法による法秩序形成への回帰願望にある。市民的法治国の理想的な構図は「法律→法違反→判決→強制行為」であり、行政権はもっぱら法律及び判決を忠実に執行するはずであった⁸⁸⁾。ところが、現実には現代行政国家の進展に伴う行政権のイニシアティブおよび裁量は不可避免的に拡大しつつある。とはいえ、司法審査を予め制限するという行政権に固有の法判断権はそもそも市民的法治国にはないという原則的立場に立つならば、法的問題を判断するのは依然として裁判所の本来の責務であり、判決に従って違法を

85) 例えば、山本・前掲注(18)198頁において紹介されたドイツ学説を参照。
86) ただし、下山瑛二は決して請求権を軽視しない。むしろ、基本人権の実効的救済のために実体法上の給付請求権や差止請求権を認めるべきだと主張している(『人権の歴史と展望〔増補版〕』(法律文化社、1980年)284-285頁)。

87) 下山・前掲注(78)212頁、216頁。

88) 同上37頁、53-54頁。

是正するのが行政権の義務なのである。この点においては高柳説と相違はないが、行政訴訟のあり方については、次のように決定的な違いがみられる。

「『確認の訴』形式をとるということは、単に侵害活動が『違法』だという否定的判断を求める訴訟形式にのみに限定されない。権利を保有しているものが、その権利の存在確認をしてもらうという肯定的判断を求める形式でもその目的は達成しうる。……救済方法という観点からみれば、権利の存在を肯定する道筋と権利を違法に犯しているとして否定しようとする道筋とは、一つの事柄の表裏として浮かび上がる。しかし、ともに同じ目的に奉仕するものであっても、権利の存在確認を求める方法はとかく一人歩きをして、侵害活動と結合しえない行政活動にまで利用される可能性をもつことも事実である」⁸⁹⁾。

すなわち、原因行為の違法性が法律関係の存否かは表裏一体であるが、具体的な紛争状況に応じた権利存在の確認が独自の意義を有する。権利の存否または範囲が確認できれば、確認判決は行政がこれから権利を侵害しないようにする行動指針となるだろう。そして、作為の違法性だけでなく、不作为の違法性も権利確認により明らかにすることができる。下山説では具体例があげられていないが、今日において在外邦人選挙権確認事件⁹⁰⁾や混合診療健康保険受給権確認事件⁹¹⁾はその好例であろう。

二 検討

実定法の枠組を超えた下山説は「我が国の行政法学の思潮、あるいは、裁判所のメンタリティからいえば到底許容され」⁹²⁾ず、1980年代の処分性拡大論と当事者訴訟活用論の論争の中にあっても影が薄いものであった。しかし、確認訴訟の発展史から考えると、下山説を正当かつ客観的に評価すべきなのではないか⁹³⁾。ここでは、訴訟法の側面から下山説の

89) 同上 216 頁。

90) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

91) 東京地判平成 19 年 11 月 7 日判例時報 1996 号 3 頁（最判平成 23 年 10 月 25 日賃金と社会保障 1557 号 19 頁の一番判決）。

92) 下山・前掲注 (78) 217 頁。

93) 行訴法改正以後、下山説の意義を指摘したものとして、高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、

特徴を指摘しておく。

第一に、救済法の歴史をもたない日本法においては、救済法を実体法または訴訟法のいずれかに対応させない限り、救済法の導入には困難が伴うだろう⁹⁴⁾。民事訴訟法において、確認訴訟を始めとする訴訟形態は、本来、権利保護の形式として把握されている。訴訟手続について、人事訴訟や手形訴訟という特別訴訟手続は別に設けられたが、訴訟形態の要件や運用には大差がない。そのため、民事訴訟に準じて、そもそも行政訴訟の類型は権利保護の形式として把握されなければならない、というのが下山説の出発点である。ゆえに、下山説は基本的に訴訟法の範疇に入るだろう。

第二に、下山説は確認訴訟原型観をもって、抗告訴訟、当事者訴訟および民事訴訟という各種の訴訟手続を横断する権利保護の形式として、統合的に把握している。概括的な救済手段としての確認訴訟は、入口から見れば、どの訴訟手続においても存在するはずであり、その本質は変わらない。権力作用・非権力作用とそれに対応する手続の割り振りは二次的問題となる。こうした発想は、抗告訴訟を確認訴訟と解した白石説より、行政事件に関する法律上の争訟を確認訴訟原型観で徹底的に見直すものである。

第三に、確認訴訟原型観の下で、訴訟対象を訴えの利益に還元するにとどまらず、訴訟類型の選択についても、訴えの利益の次元で判断するのである。

第四款 小括

高柳説も下山説も現代行政国家において行政が肥大化する現実を直視し、行政を実体法・訴訟法の両面から司法権の法創造によって囲い込もうとしている。行政活動の違法性と私人の法的地位との関係を法律関係として広く措定することで、裁判所は、事案ごとに具体的な利益状況に応じて法律関係が司法審査に適合するかどうかを自ら判断する権限を一

2008年) 62頁注42、曾和俊文「権利と救済(レメディ)——行政法における権利救済の特質」前掲注(10)阿部古希所収546頁。

94) 石川健治「文法と翻訳——『救済法』と『行政裁判権』の位置づけをめぐって」法学教室373号(2011年)97頁以下。

般的に確保する。そこでは、法律関係を通じて違法性または権利を対象とする確認作用が行政訴訟の本質となると把握した点で、両説は共通している。彼らが求めるものは、現代行政国家における司法権優越の司法国家観である。

詳しくいえば、現代行政国家の展開に伴い、行政と私人との法律関係の比重はますます前者に偏り、私人は、行政の作為、不作為あるいは適切な配慮を必要としている。しかし、その法律関係は常に明確なものではなく、強大な行政権の判断により左右され、変動している。それゆえ、私人の法的地位を確保するために、このような法律関係に関する議会制定法による規律が必要となるのみならず、裁判所は法律関係の不明確性を早期に除去し、司法的保護を私人に与えることも必要である。

ただし、高柳説は1960年代から急速に展開された開発行政・計画行政を念頭に置き、司法審査が行政主導の法秩序形成を後追いする形で発動する現実をやむをえず認めている。したがって、法的効果を発生させる制定法の根拠を有する法律関係を前提にし、法律関係を一方的に変動させるという特徴を有する行政決定を司法審査の対象とする必要性を強調している。法律関係の変動がないもの、外形的な行為を有しないもの、不作為に関するものに関しては、別途に検討されるべき課題とされた。

一方、1980年代に登場した下山説は、抗告訴訟制度の破綻および日本型福祉国家の挫折を問題視して、「官僚制の全面的支配」という基本的人権の危機および国民を疎外する資本主義の構造的危機は、司法権が克服すべき課題と位置づけ⁹⁵⁾、訴訟制度における私人の基本的人権の確保が何よりも肝心なものであるとしている⁹⁶⁾。基本的人権の規範的意義

95) 下山・前掲注(86)284頁。

96) この点について、1980年代以降、憲法論において、強い個人像を打ち出し司法権論を積極的に展開するのは、佐藤幸治『現代行政国家と司法権』(有斐閣、1988年)である。佐藤の救済法的司法権論(権利判定+救済)については、それだけを取り出してみるならば、確かに下山説に近いものである。しかし、両者が描く市民像と行政の役割は、大きく異なる。

なお、基本的人権から訴訟制度または救済方法を検討する憲法学の文献は1980年代以降多くなる。例えば、棟居・前掲注(53)「基本権の司法救済」(1985年)285頁以下、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み——基本的人権の法的含意(一)——(四・完)」国家学会雑誌101巻11・12号721頁以下(1988年)、102巻7・8号443頁以下(1989年)、103巻5・6号243頁以下(1990年)、105巻1・2号62頁以下(1992年)、井上典之『司法的人権救済論』(信山社、1992年)、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』(成文堂、1992年)、笹田栄司『実

を強調する目的は、まず権利救済について裁判所の消極的な姿勢を改めようとするところにあり、次に行為規範すら存しない場合に、権利そのものの存否確認判決を通じて行政の行為規範を形成することにある。このため、確認訴訟という法律関係はもっぱら基本的人権を始めとする法的地位を中心に考えられている。

両説は相互に排斥する関係にあると捉えるべきではない。論理的に言えば、特定の行政決定を中心ににおいて展開した高柳説は、下山説にいう「確認訴訟+付随的救済」の発展形態として位置づけることもできよう⁹⁷⁾。ただし、確認訴訟の発展史において高柳説と下山説を正確に位置づけると同時に、次の節で検討する処分性拡大論と当事者訴訟活用論との対比を行うために、彼らによる確認訴訟に関する二つの制度構想を提示しておく。

ひとつは、違法宣言訴訟モデル（高柳説）である。原因行為と法律関係とは表裏一体の関係にあるが、原因行為の違法性を直接攻撃すると、紛争が早期かつ抜本的に解決できる場合がある。これは、行政訴訟において行政の行為を中心に独自の確認訴訟を構築する思考方法であり、取消訴訟を違法宣言訴訟として改鑄するものといえる。しかし、訴訟対象は必ずしも高柳説のように法律関係の変動をもたらすものに限定する必要はなく、法的地位に影響を及ぼす原因行為を直接攻撃する必要もあるだろう。このモデルに該当する処分性拡大論では、訴訟対象を訴えの利

効的基本権保障論』（信山社、1993年）、松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993年）。

憲法の観点からではあるが、これらは「抗告訴訟という特定の訴訟類型を前提としてその枠内で訴訟要件の問題を考えた従来の行政法学の思考方法に対して大きな反省を迫るものとして注目される」（晴山一穂「司法権の限界」杉村敏正編『行政救済法1』（有斐閣、1990年）30頁）。この点について、村上裕章「憲法訴訟と行政訴訟——両者の関係についての一試論」（初出1995年）『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）2頁以下も参照。

97) とはいえ、結果的に取消訴訟制度の発展は高柳説の展望を裏切るものとなる。しかし、改正行訴法において、立法府が法律関係に関する確認訴訟を明記したことから、裁判所が取消訴訟に拘泥せず確認訴訟を創造的に活用できる道が改めて開かれたのである。この点について、高柳は予見したように、時代又は権利意識の変化とともに、新たな訴訟形態を創造する必要がある、しかも立法府が第1次的責任を負っていると述べた（高柳・前掲注（63）515頁）。なお、近年の最高裁判決を踏まえて、高柳説の現代的意義に注目するものとして、稲葉一将「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報 82 卷 8 号（2010年）12頁。

益に還元して論じられている。

いまひとつは権利確認訴訟モデル（下山説）である。確認訴訟原型観をベースとすると、多様な訴訟類型の役割分担が可能となる。権利存否の確認が強調されるのは、行為形式の思考様式を拒否して、私人の権利を中心に司法的救済の必要性を判断すべきだという理由からである。しかし、行政の適法性統制の視点からすると、確認訴訟の運用について如何なる判断をするかについては下山説では詳しく論じられていない。この点で、このモデルに該当する当事者訴訟活用論では、確認訴訟の運用について具体的に論じられている。