

コンメンタル行政法Ⅱ

行政事件訴訟法・ 国家賠償法

第2版

室井 力
芝池義一
浜川 清
[編著]



日本評論社

コンメンタル行政法Ⅱ【第2版】

行政事件訴訟法・国家賠償法

編者 室井 力・芝池義一・浜川 清
発行者 黒田 敏正
発行所 株式会社 日本評論社
〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4 振替00100-3-16
電話 03-3987-8621 (販売：FAX-8590)
03-3987-8631 (編集)
印刷 港北出版印刷株式会社
製本 松岳社
装幀 駒井佑二
© 2006 T. Muroi, Y. Shibaike, K. Hamakawa 検印省略

本書の内容の一部あるいは全部を無断で複写複製（コピー）することは、法律で認められた場合を除き、著作者および出版者の権利の侵害となります。その場合にはあらかじめ小社にて許諾を求めてください。

2004年1月10日第1版第1刷発行
2006年11月10日第2版第1刷発行
2012年10月10日第2版第5刷発行
ISBN4-535-00160-X

Printed in Japan

JCOPY (社) 出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社) 出版者著作権管理機構 (電話03-3513-6969、FAX03-3513-6979、e-mail: info@jcopy.or.jp) の許諾を得てください。
また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャニング等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められておりません。

に関わるものであって、これを行政事件訴訟の一類型と定めることには大きな疑問が残るところである。

また、一般的な訴訟類型として民衆訴訟や機関訴訟を定めることにも問題がある。民衆訴訟は、「選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」とされるが、ここでいう「自己の法律上の利益」に関わるかどうかは、学説や判例によって流動的であるといえる。たとえば、民衆訴訟の代表例とされる住民訴訟と同様の訴えを、住民が法律上の争訟として提起することも、場合によっては「自己の法律上の利益」に関わるものとして許容されることも理論的にはありうる。民衆訴訟の法定は、この点で「法律上の利益」の狭い解釈を固定化することになりかねない。同様のことは、前述の国の関与に対する地方公共団体の長による訴え等についても指摘することができる。学説の有力説に従ったものであるが、主観訴訟として同様の訴えを当然に適法とする見解もあったところである。

このように主観訴訟と客観訴訟の区別がいわれるほど明確でないとき、立法政策による特別の裁判については、本法のように一般法として制定するのではなく個別法で制定するにとどめ、その位置づけも学説や判例の展開に委ねるのが望ましいといえる。

本法は、民衆訴訟について、これを行政事件訴訟と位置づけ、取消訴訟や当事者訴訟の規定の準用を予定している。そのため、本法制定以前には民事訴訟とされていた選挙訴訟も行政事件訴訟とされたと説明されている（杉本・解説7頁）。しかし、これとは異なった解釈もありうる。たとえば、損害賠償請求が一般に民事訴訟とされていることからすれば、住民訴訟のうち第三者や職員に対する損害賠償請求を求める訴え（自治242条の2第1項4号）については、出訴資格や出訴期間については地方自治法上の特別の制限を受け、当事者訴訟の若干の規定の適用があるとしても、その他の手続は民事訴訟そのものとみることができる（実際の運用について、園部編・注解5頁・13頁〔園部〕参照）。選挙訴訟も同様であり、ただ取消訴訟や無効確認訴訟の規定が準用されるにとどまり、民事訴訟としての実質を失わないという理解も可能である。

したがって、民衆訴訟や機関訴訟が本条で行政事件訴訟として列挙されたとしても、それは本法の関係部分を適用するという意味にとどまり、行政事件訴訟の体系中に、これらの訴訟が組み込まれたとまではいえない（園部編・注解13頁

〔園部〕）。

〔浜川 清〕

（抗告訴訟）

第3条 この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。

- 2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう。
- 3 この法律において「裁決の取消しの訴え」とは、審査請求、異議申立てその他の不服申立て（以下単に「審査請求」という。）に対する行政庁の裁決、決定その他の行為（以下単に「裁決」という。）の取消しを求める訴訟をいう。
- 4 この法律において「無効等確認の訴え」とは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう。
- 5 この法律において「不作為の違法確認の訴え」とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきであるにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう。
- 6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。
 - 一 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（次号に掲げる場合を除く。）。
 - 二 行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき。
- 7 この法律において「差止めの訴え」とは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにもかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう。

1 本条の趣旨

本条は、本法が定める行政事件訴訟のうちでも中心的な行政事件訴訟である抗告訴訟について包括的な定義を与えるとともに、さらに、6種の具体的な抗告訴訟を法定し、その意義を明らかにしている。しかし、本法2条の規定の仕方との差異から明らかなように、抗告訴訟をこれら6種の具体的な抗告訴訟に限定していない。

2 抗告訴訟（本条1項）

(1) 概説

行政事件訴訟特例法は「抗告訴訟」という語を用いていなかったが、同法1条という「行政庁の違法な処分、取消又は変更に係る訴訟」を意味するものとして一般に抗告訴訟という語が用いられていた（雄川・争訟法51頁）。これに対し、本法は、実定法上の用語として「抗告訴訟」という語を採用し、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」との定義を与えている。

ここでの「行政庁」は、法令によって「公権力の行使」を行う権限を付与されたものを意味するが、立法作用を行う立場における国会や裁判作用を行う立場における裁判所は、およそ、この意味での「行政庁」に該当しない。他面、これらのものを除いては、このような権限を付与されたものであるならば、国、地方公共団体の行政機関に限られず、その他の公共団体も「行政庁」に該当する（杉本・解説9～10頁）。最高裁判所も裁判所職員に対し懲戒処分を行う場合には「行政庁」に該当するし（東京地判昭33.4.4行集9巻4号729頁）、議員に対し除名処分を行う地方公共団体の議会も「行政庁」に該当し（最大判昭35.10.19民集14巻12号2633頁）、場合によっては、国会の両院または一院も「行政庁」に該当しうる（行審4条1項1号、行手3条1項1号参照）。換地処分（区画整理103条）をする土地区画整理組合は「行政庁」であるし、また、馬主登録申請拒否処分を行う日本中央競馬会も「行政庁」である（東京地判平10.2.27判時1660号44頁参照）。さらに、公共団体でないものも「行政庁」に該当しうる。所属弁護士に対し懲戒処分を行う弁護士会、自ら弁護士に対し懲戒処分を行う日本弁護士連合会も「行政庁」に該当し（最大判昭42.9.27民集21巻7号1955頁参照。ただし、東京地判平14.1.22判時1809号16頁は、弁護士法旧30条3項に基づく営業許可申請に対する弁護士会の不許可決定は行政処分には該当しないとする）、また、民法34条により都道府県の区域を単位として設立された社団法人たる医師会も、母体保護法14条1項に基づき人工妊娠

中絶を行う医師を指定する立場においては「行政庁」となる（最判昭63.6.17判時1289号39頁）。このように、「公権力の行使」を行う権限を法令によって付与されたものが行政庁であるから、「公権力の行使」の概念を離れて、「行政庁」という言葉は、国会の立法作用や裁判所の裁判作用を排除するということを除いては、積極的な意義を有しない。

「公権力の行使」とは、「法が認めた優越的な地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的意思活動を指す」（杉本・解説9頁）などとされ、詳細は別にみるが、法令に基づき一方的に国民の権利や義務を変動せしめ、あるいは国民の身体や財産に実力を加える継続的な行為で、国や公共団体だからなしうる、あるいは国や公共団体でなければなしえない行為を中核とする概念と一応いうことができよう。

本項が、行審法1条1項が「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し」（また、同条2項）と規定しているのと同じく、抗告訴訟を公権力の行使に「関する」不服の訴訟としているのは、行政庁の積極的な行為のみならず、不作為の違法確認の訴えにみられるように処分等をしないという行政庁の消極的な状態をも抗告訴訟の対象に含める趣旨である（杉本・解説9頁）。

公権力の行使に関する「不服の訴訟」とは、単に公権力の行使に関して異議があるとする訴訟ということとどまらない。民衆訴訟と区別される抗告訴訟は、「自己の法律上の利益にかかわ」って異議があるとする訴訟である。また、「不服の訴訟」とは、公権力の行使を（その不行使をも含めて）直接的な形式で攻撃する訴訟を意味する（室井編・基本法コンメンタール救済法196頁〔小早川光郎〕）。収用委員会が行った収用裁決が無効であるとして土地の旧所有者が起業者を被告として提起するたとえば土地所有権確認訴訟や公務員に対して行われた懲戒減給処分が無効であるとして国や地方公共団体を被告として提起される減給分の給与支払請求訴訟は、いずれも、実質においては公権力の行使に異議があるとするものであるが、前者は民事訴訟（争点訴訟）であり、後者は、一般には、実質的当事者訴訟であり、いずれも抗告訴訟と区別されるものである（園部編・注解21-22頁〔山田洋〕）。

(2) 訴訟類型の法定とその位置づけ

本条は、2項以下に、処分の取消しの訴え（処分取消訴訟）、裁決の取消しの訴え（裁決取消訴訟）、無効等確認の訴え（無効等確認訴訟）、不作為の違法確認の訴え（不作為違法確認訴訟）、義務付けの訴え（義務付け訴訟）、および差止めの訴え

(差止訴訟)の6種の具体的な抗告訴訟の類型を法定している。本条も本法の他の規定も、抗告訴訟がこれらの6種の類型の抗告訴訟に限定される趣旨を示していないため、本法はこれらの類型以外の抗告訴訟、すなわち無名抗告訴訟(法定外抗告訴訟)の存在を排斥する趣旨のものではないと解されている。行訴法の平成16年改正前は、特に義務付け訴訟、差止訴訟が許容されるか、許容されるとすればいかなる場合かが問題とされた。

すでになされた処分に対する抗告訴訟としては、処分取消訴訟と無効等確認訴訟が法定されている。そして、行訴法は、取消訴訟を中心に規定している。このことから、行訴法は、処分が無効でないかぎり、処分の効力を争うには取消訴訟によらなければならない、その他の訴訟手続で処分の効力を争うことを許さないものとしているものと解されている(これは、「取消訴訟の排他的管轄」と呼ばれる)。これを処分=行政行為自体がもつ特殊な効力としてみたとき、それは、「行政行為がたとい違法であっても、無効でない限り、取消訴訟に基づいて裁判所によって取り消されるか、又は権限ある行政機関によって不服申立てに基づいて、若しくは職権で取り消されるまでは、何人に対してもそれが意図した法効果を生ぜしめる力(効力)を否定することを許さない力」、すなわち「公定力」として観念される。行訴法は、決して、明文で、取消訴訟の排他的管轄を規定しているわけではないが、次のような点から、これが肯定される。第1に、取消訴訟には短期の出訴期間が定められている(行訴14条)。他の訴訟手続で処分の効力を争うことができるなら、取消訴訟に出訴期間を定めた意義が没却されることとなる。第2に、処分が違法であるとき、処分の効力がないことを前提として現在の法律関係に関する訴えを提起できるとするなら、処分取消訴訟とそのような訴訟の関係を整理するため、処分が無効な場合についての36条のような規定があってもよいところ、そのような規定は存在しない。このことは、処分が違法であるというだけで、その効力がないことを前提として、現在の法律関係に関する訴えを提起することを許さない趣旨を示すものと考えられる。第3に、不服申立前置主義(審査請求前置主義)を規定する法律が、いずれも、取消訴訟は不服申立てに対する裁決または決定を経た後でなければ提起できないと規定している(例、国公92条の2、税通115条)ことは、これらは行訴法それ自体ではないものの、立法者は、処分の効力は原則として取消訴訟でのみ争われるものとし、その他の訴訟手続で争われることを許さない趣旨を示しているものと考えられる(小早川光郎「抗告

訴訟の本質と体系」行政法大系(4) 167頁注(62))。そして、不服申立前置の目的を考慮すれば、処分の相手方等が自己に対して提起された訴訟で抗弁として処分の効力を攻撃することも許さない趣旨を示していると考えられる。

(3) 抗告訴訟または行政事件訴訟と民事訴訟

国や公共団体の行為であっても、それが公権力の行使に当たらないなら、あるいは、それに係る法律関係に公権力の行使が介在していなければ、抗告訴訟による必要はないし、また、抗告訴訟によることはできない(ただし、後にみる「形式的行政処分」の問題がある)。たとえば、地方公共団体によるごみ焼却場の設置、操業を人格権の侵害等を理由に差し止めようとするときは、それらは公権力の行使に該当しないため、民事訴訟によるべきであり、法令に特段の規定のない以上、抗告訴訟によることはできない(最判昭39.10.29民集18巻8号1809頁参照)。

大阪国際空港訴訟では、空港周辺に居住する住民らが空港を管理する国を被告として、夜間における同空港の使用差止めと損害賠償を求めて民事訴訟を提起した。第1審判決(大阪地判昭49.2.27判時729号3頁)は、「本訴が空港管理規則の設定ないし変更を求める行政訴訟として提起されているのであれば格別、本訴は人格権が侵害されていることに基づき、空港の管理主体である被告に対し一定時間内の空港使用の禁止という不作為を求める民事訴訟であるから、被告主張の三権分立の建前とは何等関係がないというべきである」と判示して、原告らの請求を一部認容し、被告国に損害賠償の支払いを命じるとともに、国は「大阪国際空港を毎日午後10時から翌日午前7時までの間、緊急その他やむを得ない場合を除いて、航空機の離着陸に使用させてはならない」と判決した。第2審判決(大阪高判昭50.11.27判時797号36頁)も、「本件差止請求は、国が事業主体である本件空港の設置、管理上の瑕疵ないしその供用によつて生じている事実状態が、その周辺の住民である原告らの私法上の権利を侵害しているとして、その侵害状態の排除を求めるものであって、このような場合における国と原告らとの関係をもっぱら私法上の関係として把握し、原告らの請求を私法上の請求権の行使と解することに、何らの妨げはないというべきである」として、差止請求を適法とし、午後9時以後の差止めを命じた。

しかし、最高裁判決(最大判昭56.12.16民集35巻10号1369頁)は、本件訴えのうち民事差止請求に係る部分は不適法であるとした。多数意見は、本件空港のような営造物の「管理権の本体をなすものは、公権力の行使をその本質的内容としな

い非権力的な権能であつて、同種の私的施設の所有権に基づく管理権能とその本質において特に異なるところはない」としながらも、「空港についてはその運営に深いかかわりあいを持つ事象として、航空行政権、すなわち航空法その他航空行政に関する法令の規定に基づき運輸大臣に付与された航空行政上の権限で公権力の行使を本質的内容とするものの行使ないし作用の問題がある」としたうえで、「国営空港の特質を参酌して考えると、本件空港の管理に関する事項のうち、少なくとも航空機の離着陸の規制そのもの等、本件空港の本来の機能の達成実現に直接にかかわる事項自体については、空港管理権に基づく管理と航空行政権に基づく規制とが、……いわば両者が不即不離、不可分一体的に行使実現されているものと解するのが相当である」として、原告らの「請求は、事理の当然として、不可避免的に航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することとなるものといわなければならない。したがって、右被告（原告）らが行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして、原告（国）に対し、いわゆる通常の民事上の請求として前記のような私法上の給付請求権を有するとの主張の成立すべきいわれはないというほかはない」とした。この最高裁判決は、このように、包括的な「航空行政権」という概念を認め、そして、非権力的な権能である空港管理権がこのような「航空行政権」と不可分一体的に行使されるものとして、いわば、非権力的なものである空港管理権の行使を攻撃することは連動して「航空行政権」の行使をも攻撃することになるとするもので、はなはだ問題のある理論構成をとるものであったが、ともあれ、そこにおける「航空行政権」は航空運送事業者を対象とするものであった。

日本原演習場訴訟では、旧総理府（防衛庁）所管の国の行政財産である日本原演習場において防衛庁長官が行う射撃訓練、および防衛施設局長がする演習場への立入禁止の措置が「行政庁の公権力の行使に当たる行為」に該当するとしたうえで、これらの差止めを求める無名抗告訴訟が提起された。第1審判決（岡山地判昭58.5.25行集34巻5号696頁）は、射撃訓練も立入禁止措置も公権力の行使に当たる行為に該当せず、その相手方として航空運送事業者がいる航空行政権と異なり、これに対応する第三者がいらないもとは「防衛行政権」なるものは認めることはできないとして、訴えは不適法であるとした。第2審判決（広島高岡山支判昭60.5.30行集36巻5号696頁）も、同様に、公権力の行使たる防衛行政権というものは認めることができないとして、第1審判決を支持し、控訴を棄却した。そし

て、最高裁（最判昭62.5.28判時1246号80頁）も、「本件射撃訓練及び本件立入禁止措置はいずれも抗告訴訟の対象となる公権力の行使に当たる行為に該当しないとして、その差止請求に係る本件訴えをいずれも不適法とした原審の判断は、正当として是認することができ」として、上告を棄却した。

ところが、最高裁（最判平5.2.25民集47巻2号643頁）は、海上自衛隊機と米軍機が使用する厚木基地における自衛隊機等の夜間の離着陸等の差止め等を基地周辺の住民らが民事訴訟で求めた厚木基地訴訟で、自衛隊機の離着陸等の差止請求を求める訴えは不適法であるとした。最高裁は、自衛隊法の規定により、自衛隊機の運航については航空法の規定の適用が大幅に除外される一方、防衛庁長官は「航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じなければならない」（自衛107条5項）と規定されているところから、「防衛庁長官は、右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し、統括すべきものである」ところ、「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づけるものといわなければならない」とし、「そうすると、右権限の行使は、右騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において、公権力の行使に当たる行為といふべきであり、原告らの「請求は、必然的に防衛庁長官にゆだねられた前記のような自衛隊機の運航に関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものといわなければならないから、行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるかはともかくとして、右差止請求は不適法というべきである」とした。

厚木基地訴訟判決は、その後、福岡空港訴訟最高裁判決（最判平6.1.20判時1502号98頁）においても維持されているが、周辺住民への騒音等による影響を配慮して権限を行使するということが騒音等について住民の受忍を義務づけるという論理は容易には理解しがたいものである。周辺住民の生命、身体、安全等を保護すべく原子炉施設の構造等について審査して主務大臣が原子炉設置許可処分を行うことは人格権等に基づく当該原子炉の建設ないし運転の差止めを求める民事訴訟を排斥するものとはされていない（最判平4.9.22民集46巻6号1090頁参照）ことの対比から考えても、きわめて疑問のある理論構成である（金沢地判平14.3.6判時1798号21頁参照）。

3 取消訴訟（本条2項・3項）

(1) 処分取消訴訟と裁決取消訴訟

行政事件訴訟特例法は、「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟」（同法1条）に訴願等の行政上の不服申立てに対する裁決等の取消しを求める訴訟が含まれるものとし、これを裁決等を除く処分の取消しを求める訴訟と区別していなかった。これに対し、本法は、本条3項が規定する「裁決」を除く「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為……の取消しを求める訴訟」（本条2項）である「処分の取消しの訴え」（処分取消訴訟）と、「審査請求、異議申立てその他の不服申立て……に対する行政庁の裁決、決定その他の行為……の取消しを求める訴訟」（本条3項）である「裁決の取消しの訴え」（裁決取消訴訟）を、別個の種類の訴訟として区別している。これは、処分取消訴訟と裁決取消訴訟の関係を明確にする必要がある場合があるため（両訴訟の関係については、行訴法10条2項〔見上崇洋〕の解説を参照）、両訴訟を特に区別する必要がない場合には、本法は、両訴訟を包括して、単に「取消訴訟」と呼んでいる（行訴9条1項参照）。

処分取消訴訟の対象である「処分」の意義は次に別に見るが、裁決取消訴訟の対象である「裁決」は、行審法に基づく審査請求、異議申立て、再審査請求に対する裁決、決定のみならず、その名称のいかんを問わず、一般に、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に関する不服申立て（行審1条）に対する終局的応答行為を意味する（なお、最判昭61.2.13民集40巻1号1頁は、土地改良法96条の2第5項および9条1項に規定する「異議の申出」を棄却する都道府県知事の決定は本条3項にいう「裁決」にも本条2項にいう「処分」にも該当しないとし、また、東京地判平16.5.27判時1875号24頁は、出入国管理及び難民認定法49条1項に規定する「異議の申出」に対する同条3項の法務大臣の裁決は本条3項の「裁決」に該当しないとする）。

(2) 処分取消訴訟の対象——処分性

(イ) 総説

公的機関のある行為が処分取消訴訟の対象となりうるとき、その行為は「処分性」があるといわれる。処分取消訴訟が提起されたとき、取消しを求められる行為に処分性が認められなければ、その訴えは広義の意味での訴えの利益を欠くものとして不適法となり、却下される。行政機関等の行為に国民が不服を有することは多く、その結果、多種、多様な行為が取消しを求める対象として処分取消訴

訟が提起され、処分性は、原告適格と並んで、行政事件訴訟で最も争われる問題の一つである。

処分取消訴訟の対象たる処分の意義を明らかにしているとされてきたのは、最高裁判所第一小法廷の昭和39年10月29日判決（民集18巻8号1809頁）である。この判決は、直接には行政事件訴訟特例法1条にいう行政庁の「処分」の意義を取り扱ったものであるが、「行政事件訴訟特例法1条にいう行政庁の処分とは、……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうものであることは、当裁判所の判例とするところである」と判示した。行政行為のうち許可や認可等のいわゆる法律行為的行政行為がこの定義に該当することは明らかであるが、いわゆる準法律行為的行政行為は、その内容次第によるが、必ずこれに該当するかは疑問である。また、容易にはこの定義には該当しないものにも処分性が認められることがある。以下に見るように、行政行為以外の具体的な行為に処分性が認められるか否かは、当該行為自体の性質のほか、関係する国民の権利利益の性質、それが影響を受ける程度、当該行為が関係する一連の過程のなかでそれが占める位置、後の段階での訴訟提起の可能性等の諸般の事情にかかっている。この点で、この判示は、処分の概念の中核部分を記述したものであっても、それ以上のものではなく、これを演繹的に適用して、これのみをもって、問題となる具体的な行為の処分性を決定することはできないというべきである。したがって、何が処分であるかを述べ尽くすことは不可能であり、以下に見るのも、その外延の一部にしかすぎない。

なお、許可や認可の申請に対してこれを拒否する行為は、それ自体、国民の権利義務を具体的に直接変動せしめるものではないが、当然、処分取消訴訟の対象となるものとされている。それは本来国民が享受すべき事実上のまたは法律上の自由の行使を観念的とはいえ具体的に制限する行為であること、さらに、それは一般的に法令に基づく国民の申請権を侵害するものであることが、その理由として挙げられる。後者の点に着目した場合には、申請の対象たる行為によって国民の享受する利益が国民が自然に享受することのできないものであっても、申請の対象たる行為を拒否する行為は処分を構成する。したがって、特許の申請に対し、これを拒否する行為も処分である。最高裁は、職員による人事委員会または公平

委員会に対する勤務条件に関する措置要求を規定する地方公務員法46条は「実体法上具体的な措置の請求権を認める趣旨のものでない」としながらも、同条は「職員の措置要求に対し、適法な手続で、かつ、内容的にも、裁量権の範囲内における適法な判定を与うべきことを職員の権利乃至法的利益として保障する趣旨の規定と解すべきものであり、違法な手続でなされた棄却決定また裁量権の限界を越えてなされた棄却の決定は、同条により認められた職員の権利を否定するものとして、職員の具体的権利に影響を及ぼすわけであるから、右棄却決定が取消訴訟の対象とする行政処分に当る」としている（最判昭36.3.28民集15巻3号595頁。また、昭和40年法律71号による改正前の地方公務員法のもとでの地方公務員たる職員の職員団体の業務に従事するための専従休暇不承認処分につき、最大判昭40.7.14民集19巻5号1198頁、さらに、国籍法に基づく外国人の帰化申請不許可処分につき、東京高判昭47.8.9行集23巻8=9号658頁参照）。さらに、最近、最高裁は、登録免許税法に基づいて登記等を受けた者がした過誤納金の還付の請求に対する登記機関の拒否通知につき、「登録免許税法31条2項は、登録免許税の還付を請求するには専ら上記の請求の手続によるべきであるとする手続の排他性を規定するものということとはできない」としながらも、同項は、「登記等を受けた者に対し、簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができる地位を保障しているものと解するのが相当である。そして、同項に基づく還付通知をすべき旨の請求に対してされた拒否通知は、登記機関が還付通知を行わず、還付手続を執らないことを明らかにするものであって、これにより、登記等を受けた者は、簡易迅速に還付を受けることができる手続を利用することができなくなる。そうすると、上記の拒否通知は、登記等を受けた者に対して上記の手続上の地位を否定する法的効果を有するものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると解するのが相当である」として、取消訴訟の排他性に服さない処分であるとする注目される判断も示している（最判平17.4.14民集59巻3号491頁）。一般に、法令が行政機関の行為を求める手続を法定し、その行為が申請者の具体的・個別的な利益に係るものである場合には、原則として、法令に基づく申請権が存するものと解されよう。これに対し、申請手続が法定されていない場合は問題となりうる。その性質においては特許である国有財産法18条3項に基づく国有財産の目的外使用許可については、その申請手続を定める法令の規定がないところから、目的外使用許可を求める「申請」を拒否する旨の回答は処分に該当しないとするものがある（青森地

判平4.7.28行集43巻6=7号991頁、千葉地判平12.3.13判例自治206号84頁）。しかし、これを処分と解するもの（公害等調整委員会裁定平11.8.23判時1692号43頁）もある。後者が妥当である。

（イ） 対外的行為

処分性を認められるためには、それは行政組織等の外部に対して行われた行為であることを必要とする。行政組織等の内部で行われた行為は処分に該当しない。たとえば、農地法80条1項に基づく、買収した農地等について、自作農の創設または土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当とする「認定」は処分に該当しない（最大判昭46.1.20民集25巻1号1頁。しかし、出入国管理及び難民認定法47条に基づいて入国審査官がする容疑者が退去強制事由に該当する旨の認定は、容疑者の法的地位に影響を与えるということから、単なる内部的行為ではなく処分であるとされる〔広島地判昭50.12.9行集26巻12号1412頁、大阪地判昭59.5.30判タ534号161頁〕）。また、行政機関が行政機関に対して行った行為も、それによってただちに外部の者の権利義務等を変動せしめることはなく、内部的行為にとどまるため処分に該当しない。したがって、行政組織の内部で、下級行政機関の権限の行使を監督するために上級行政機関が下級行政機関に対して行う行為は、原則として、取消訴訟の対象とならない（通達につき、最判昭43.12.24民集22巻13号3147頁）。また、知事に対する建築許可の申請に関し、消防法7条に基づいて消防長が知事に対して行う同意、不同意は処分に該当しない（最判昭34.1.29民集13巻1号32頁）。このような内部的行為に処分性を認めなくても、内部的行為を経て後に行われる対外的行為、たとえば、上述の例では、知事が建築許可の申請者に対して行う許可処分または不許可処分を対象として取消訴訟を提起することが可能であり、不都合は生じない。この場合、処分をした行政庁は知事となるが、消防長は必要に応じ当該訴訟に参加せしめられうることとなる（行訴23条）。

しかし、内部的行為によって事実上国民が大きな影響を受けながら、これを争う適切な方法がない場合がある。このような場合に、内部的行為に処分性を認めた注目すべき事例がある（東京地判昭46.11.8行集22巻11=12号1785頁）。事件は、函数尺を製造、販売する原告が、原告の製造する函数尺は旧計量法12条に規定する計量器であり、これには非法定計量単位による目盛が併記されているので、これを販売または販売のため所持することは旧計量法10条に違反するとの、通商産業省重工業局長が国の機関としての地位にある各都道府県知事宛に発した通達に

ついて、この通達に計量法の解釈を誤った違法なものであるとして、その取消しが求められたものであった。原告は、この通達を受けて行われた各都道府県計量検定所長による函数尺の販売取扱業者らに対する販売中止勧告の結果、これら業者から函数尺の買入れを解約され、大きな損害を受けていた。しかし、原告は、函数尺は旧計量法12条にいう計量器ではないと考えていたので計量器の製造事業の許可を受けておらず、その結果、許可の取消しや事業の停止等の処分を受ける見込みはなかった。計量器販売業者が当該函数尺を販売等する場合には、販売業者が計量法に基づく登録の取消しを受け、あるいは事業停止命令を受けるのであるが、販売業者がそのような挙に出ることは期待できないところであった。このように、行政目的は実質的に達成され、原告が取消訴訟の対象としうる処分がなされる見込みのないもとで、判決は、「函数尺の製造業者である原告としては実際に右通達による不利益を受けながらそれを争う方法がないということでは甚だ不合理な結果をきたすといわざるを得ない」として、本件通達に処分性を認めた。

なお、厳密には行政組織の内部的行為ではないものが実質的に内部的行為であるとして処分性が否定されることがある。成田新幹線訴訟最高裁判決（最判昭53.12.8民集32巻9号1617頁）は、運輸大臣が、国からは独立した法人である旧日本鉄道建設公団に対してした、全国新幹線鉄道整備法に基づく、成田新幹線工事実施計画の認可は、「いわば上級行政機関としての運輸大臣が下級行政機関としての日本鉄道建設公団に対しその作成した本件工事実施計画の整備計画との整合性等を審査してなす監督手段としての承認の性質を有するもので、行政機関相互の行為と同視すべきものであ」として、その処分性を否定した。全国新幹線鉄道整備法に基づく新幹線建設の仕組みを踏まえれば、この結論は支持しえないわけではないが、その後、下級審の裁判例は、建設大臣が旧日本道路公団に対してした道路整備特別措置法旧2条の3に基づく自動車道路工事実施計画書の認可（広島高判昭53.4.12行集29巻4号532頁、大阪高判昭56.1.30行集32巻1号158頁）、さらに、建設大臣が旧首都高速道路公団に対してした道路整備特別措置法旧7条の4第1項に基づく料金額および料金徴収期間の変更の認可（東京地判平1.1.31判時1304号88頁）、建設大臣が旧日本道路公団に対してした道路整備特別措置法旧3条の2第1項に基づく、いわゆる関連道路プール制の許可（東京地判平1.1.31行集40巻1=2号82頁）についても、「行政上の決定に至る行政過程内における行政機関相互間の行為であ」として、比較的簡単に、処分性を否定している（その他、

東京地判平2.10.5行集41巻10号1597頁）。

（ウ） 具体的法効果を有する行為

（a） 処分性が認められるためには、それが対外的に行われるものであっても、具体的な法効果を有するものであることが必要である。国民の権利義務を具体的に直接変動せしめないものは処分性を認められない。

何らの法効果も有しないものは単なる事実行為であり、処分に該当しない。公務員の採用内定の通知は法令上の根拠に基づくものではなく事実上の行為にすぎず、したがってこの採用内定の取消しも処分に該当しないとされる（最判昭57.5.27民集36巻5号777頁）。また、都市計画法32条に基づく公共施設の管理者の同意は、この同意を得ることによってはじめて公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことができるものであるところから、その同意を拒否する行為はそれ自体開発行為を禁止または制限する効果を有するものではなく、したがって、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものではないから処分に該当しないとされる。

行政指導も、本来何らの法効果も有しないことから、一般には処分性を認められない（なお、秋田地判平5.4.23行集44巻4=5号325頁は、生活保護法27条に基づいて保護の実施機関が被保護者に対して行う指導指示は、同法62条によってこれに従う義務が課されており、この義務違反に対しては不利益処分を課する方法により指導指示の内容を強制的に実現する手段が予定されていることから、単なる行政指導ではなく、行政処分であるとする）。たとえば、保険医の監督機関としての都道府県知事が保険医に対して行う戒告は、法的効果が認められないところから、処分に該当しない（最判昭38.6.4民集17巻5号670頁）。なお、公務員に対して懲戒処分として行われる戒告処分については、その処分性を否定する趣旨のものもあったが〔広島地判昭41.7.12行集17巻7=8号792頁〕、戒告処分を受けると自動的に昇給延伸措置がとられること等から、処分性が肯定される〔札幌地判昭54.2.16判時926号123頁、東京地判昭61.3.25判時1189号115頁〕。最判昭55.12.23民集34巻7号959頁、最判昭58.9.30民集37巻7号993頁、最判平1.9.28判時1349号151頁も、処分性のあることを前提としていると思われる）。同様に、公務員に対して行われる訓告処分や嚴重注意処分等も、法的効果を伴わない事実行為であり、処分に該当しない（長野地判昭39.3.14行集15巻3号440頁、横浜地判平10.4.14判タ1035号125頁）。違法に訓告処分等を受け名誉等を害された場合には、損害賠償を請求するしかないこととなる。

また、海難審判法に基づき海難審判庁が行う懲戒裁決は処分に該当するが、原因解明裁決は、そのなかで関係者の過失が認定されていても、それが関係者の権利義務に直接関係しない以上、処分性は認められない（最大判昭36.3.15民集15巻3号467頁。また、最判昭53.3.10民集32巻3号176頁参照）。市町村長が住民票に世帯主との続柄を記載する行為も、何らの法的効果を有するものではないので、処分に該当しない（最判平11.1.21判時1675号48頁）。

しかし、最近、最高裁は、医療法30条の7の規定に基づき都道府県知事が病院を開設しようとする者に対して行う病院建設中止の勧告につき、その現実的效果に着目して処分性を認め、「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。そして、いわゆる国民皆保険制度が採用されているわが国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるをえないことになる。このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である」と判示した（最判平17.7.15民集59巻6号1661頁。また、最判平17.10.25判時1920号32頁の藤田裁判官の補足意見参照）。

また、これより先にもやはり厳密に考えれば単なる事実行為とも考えうるものに処分性が認められた例がある。昭和55年法律7号による改正前の関税定率法21条1項3号は、公安または風俗を害すべき書籍等は輸入してはならないと規定し、そして、同条同号に該当すると認めるのに相当な理由がある貨物が関税法第6章に定めるところに従い輸入されようとする貨物のうちにあるときは税関長は当該貨物を輸入しようとする者にその旨を通知しなければならないと関税定率法21条3項は規定していた。さらに、同条4項は、3項による通知を受けた者は税関長

に異議を申し出ることができると規定し、同条5項は、税関長はこの異議の申出に対する決定をし、これを異議の申出をした者に通知しなければならないとしていた。最高裁（最判昭54.12.25民集33巻7号753頁）は、関税定率法21条1項「に規定する輸入禁制品に該当する貨物は、……輸入の不許可、輸入禁止等の行政庁の特別の処分を要せず、法律上当然に輸入をすることができないものである」って、「輸入禁制品に該当する貨物については、税関長による輸入の禁止又は不許可等の処分を俟つてはじめて輸入禁止の効果が生ずるものではなく」、したがって、21条3項に基づく通知は「書籍、図画等が同条第1項第3号所定の輸入禁制品に該当すると認めるにつき相当の理由があるとの税関長の判断の結果を通知するもの、すなわち単なる観念の通知たるに止ま」る」とした原審（東京高判昭48.4.26行集24巻4=5号334頁）の判断を、まず是認した。しかし、それにもかかわらず、最高裁は、21条3項に基づく通知、そして、通知に示された判断を変更することなく維持する、同上5項に基づく決定とその通知がなされた場合には、「当該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ものということができると同時に……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」ず、「輸入申告者の被るこのような制約は……関税定率法21条3項の規定による通知又は同条5項の規定による決定及びその通知……によって生ずるに至った法律上の効果である」として、これらの処分性を肯定した。この論理は不明確であり、事実、最高裁は、後に、「通関手続の実際において、前記の税関長の（21条3項に基づく）通知は実質的な拒否処分（不許可処分）として機能しているものということができる」とした（最大判昭59.12.12民集38巻12号1308頁）。最高裁の判決は、税関長の通知が、法的には、輸入禁止の法効果をもつものではないことを認めながらも、税関実務上、これらの通知等を争わさせる以外には救済の方法がないという実際上の必要性から処分性を肯定したものとして注目される。さらに、最高裁は、最近、食品衛生法16条（現27条）に基づく厚生労働大臣への食品等の輸入届出をした者に対して厚生労働大臣の委任を受けた検疫所長が行う当該食品等が同法に違反する旨の通知について、これを同条に根拠を置くものであるとするとともに、通関実務のもとではこれにより輸入申告書を提出しても受理されず返却されることになり、輸入許可を受けられなくなるという「法的効力」を有するとして、処分性を肯定した（最判平16.4.26民集58巻4号989頁）。

行政事件訴訟法

行政代執行の戒告（代執3条1項）や国税滞納処分に先立って行われる督促（税通37条）についても、それらが新たに義務を課すものともいえないことから、処分性があるか問題となるところであるが、最高裁は督促については、それは「滞納処分の前提となるものであり、督促を受けたときは、納税者は、一定の日までに督促に係る国税を完納しなければ滞納処分を受ける地位に立たされることになるから」処分性が認められるとしている（最判平5.10.8判時1512号20頁。ただし、厳密には、国税通則法75条1項にいう「国税に関する法律に基づく処分」に該当するとするものである。また、最判昭45.12.24民集24巻13号2243頁は、国税通則法36条に基づく源泉徴収所得税についての納税の告知は、「更正または決定のごとき課税処分の性質を有しない」としながらも、「国税徴収手続の第1段階をなすものとして要求され、滞納処分の不可欠の前提となるもの」であるところから、「徴収を防止するため」抗告訴訟の対象となしうとする）。これによれば、処分性を否定する下級審判例もあったところであるが、代執行の戒告にも処分性が認められることとなろう（例、大阪高決昭40.10.5行集16巻10号1756頁、横浜地判昭53.9.27判時920号95頁など）。滞納処分や代執行を受ける地位に立たせることが権利、義務を変動せしめるものと言いうるかは、厳密には疑問であるが、滞納処分や代執行の手続に入った後に初めて争うことを認めたのでは救済が十分でないため、早い段階で実効的な救済を求めることができるようにするためのものとして正当とされよう。なお、関税法138条に基づく税関長のする通告処分や道路交通法127条に基づく警察本部長のする反則金納付の通告、国税犯則取締法14条に基づいて税務署長等がする通告処分は、処分に該当しないとされる（税関長の通告処分につき、最判昭47.4.20民集26巻3号507頁、警察本部長の反則金納付の通告につき、最判昭57.7.15民集36巻6号1169頁参照）。

(b) 政令や省令のような法規命令は、抽象的、一般的には法効果を有するといえるが、国民の権利義務を直接に変動せしめるものではないので、処分性を認められない（最判昭56.4.24訟月27巻4号1344頁は、地代家賃統制令5条による地代および家賃の停止統制額または認可統制額に代わるべき額を定める建設省告示の改正告示は行政処分に当たらないとする。また、東京地判平7.8.18判時1547号60頁、東京地判平9.4.23判時1651号39頁参照）。通常は、法規命令に処分性を認めなくても、その法規命令に基づいて行われる具体的な処分を対象として抗告訴訟を提起して、そのなかで、当該法規命令の違法性を主張しうるところから、一応不都合は生じない。

しかし、例外的に、法規命令が施行されることによってただちに国民の権利義務に変動を与える場合があり、そのような場合には処分性が認められる。東京地決昭40.4.22行集16巻4号708頁は、健康保険法旧43条ノ9第2項に基づいて厚生大臣がした、健康保険法の規定による療養に要する費用の額の算定方法の一部を改正する告示は、立法行為としての性質を有するものの、「これに基づく行政庁の他の処分を待つことなく、直接に国民の具体的な権利義務ないし法律上の利益に法律の変動をひき起こす」ことから、行政処分に該当するとする（また、東京地判昭48.5.22行集24巻4=5号345頁参照）。

一般に告示にはさまざまな性質のものがあるが、建築基準法42条2項に基づき同条1項の道路とみなされる道路を一括指定する告示は、告示による「指定の効果が及ぶ個々の道は2項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（法44条）、私道の変更または廃止が制限される（法45条）等の具体的な私権の制限を受けることになる」ので、行政処分に当たるとされる（最判平14.1.17民集56巻1号1頁。なお、この告示は、告示に定められた条件に客観的に合致する場合のみ告示の効果が及ぶという点で特色がある）。他方、環境基準を定める旧環境庁の告示は、政府が公害対策を推進するための政策上の達成目標ないし指針を一般的、抽象的に定立する行為であって、直接に、国民の権利義務、法的地位または法的利益につき、創設、変更、消滅等の法的効果を及ぼすものではないから処分に該当しないとされる（東京高判昭62.12.24行集38巻12号1807頁）。

条例や規則についても同様に解され、一般的には処分性を否定される（大阪高判昭60.11.29判時1178号48頁、東京地判平14.3.26判時1787号42頁参照）が、処分性を認められる場合もある（参照、大津地判平4.3.30判タ794号86頁、東京高判平14.10.22判時1806号3頁）。

(c) ある行為が法効果を有すると認められる場合でも、それが一連の手続を経て行われる過程での中間段階の行為であり、後により直接的・具体的な法効果を有する行為が行われることが予定されている場合、あるいは、そのような中間段階の行為といえなくとも、やはりその後、より直接的・具体的な法効果を有する行為が行われる場合には、処分性が否定されることがある。

その顕著な例は、俗に「青写真判決」と呼ばれる最大判昭41.2.23（民集20巻2号271頁）の事例である。都知事が施行する土地区画整理事業について知事が決定した土地区画整理事業計画の無効確認を事業の実施区域内に居住する住民らが

求めたのに対し、この判決は、8対5の多数で、事業計画は「特定個人に向けられた具体的な処分」や「利害関係者の権利に直接変動を与える具体的な処分」ではなく、無効確認訴訟の対象とはなしえないとした。その理由は、①「事業計画自体ではその遂行によって利害関係者の権利にどのような変動を及ぼすが、必ずしも具体的に確定されているわけではなく、いわば当該土地区画整理事業の青写真たる性質を有するにすぎない」こと（「青写真論」）、②事業計画が公告されると、施行地区内での建築等が制限されること等となっているが、「これは、当該事業計画の円滑な遂行に対する障害を除去するための必要に基づき法律が特に付与した公告に伴う附随的な効果に止まるものであって、事業計画の決定ないし公告そのものの効果として発生する権利制限とはいえない」こと（「付随的效果論」）、さらに、③「事業計画の決定ないし公告の段階で、その取消又は無効確認を求める訴えの提起を許さなければ、利害関係者の権利保護に欠けるところがあるとはいいがたく、そのような訴えは、抗告訴訟を中心とするわが国の行政訴訟制度のもとにおいては、争訟の成熟性ないし具体的事件性を欠く」こと（「争訟の成熟性論」）であった。これによれば、土地区画整理事業の進行に伴い行われる仮換地指定や換地処分、あるいは事業の施行に対する障害を排除するために行われる原状回復命令や建築物等の移転、除却命令を抗告訴訟の対象として、そのなかで事業計画の違法を主張することとなる。しかし、前者については、仮換地指定や換地処分が行われる段階では事業は相当程度進捗しており、事業計画が違法と認められても事情判決（行訴31条参照）が行われる可能性が多分にあり、救済を得られるとは限らないこと、また、後者については、事業計画の違法性を争うためにあえてこれらの処分を引き出すことを求めることが妥当であるかは疑問であることから、この判決は多くの学説の批判の対象となってきた。

その後、最高裁は、土地区画整理組合の設立認可について、それは「単に設立認可申請に係る組合の事業計画を確定させる……だけのものではなく、その組合の事業施行地区内の宅地について所有権又は借地権を有する者をすべて強制的にその組合員とする公法上の法人たる土地区画整理組合を成立せしめ……これに土地区画整理事業を施行する権限を付与する効力を有するものである」ことから、その処分性を認め（最判昭60.12.17民集39巻8号1821頁）、また、市町村営土地改良事業の施行認可については、市町村営土地改良事業と特別性格を異にするものではない国営または都道府県営の土地改良事業の事業計画の決定について、土地改

良法はそれが行政処分として異議申立て、取消訴訟の対象となることを当然の前提として規定を置いており、この国営または都道府県営の土地改良事業の事業計画の決定と市町村営土地改良事業の施行認可は土地改良事業の一連の手続の中で占める位置・役割を同じくすることから、土地改良法は、市町村営の土地改良事業における施行認可についても、それが取消訴訟の対象となることを認めているものと解せざるをえないとした（最判昭61.2.13民集40巻1号1頁）。さらに、いわゆる全面買収方式で行われる都市再開発法に基づく第二種市街地再開発事業の事業計画の決定について、①再開発事業計画の決定は、その公告の日から、土地収用法上の事業認定と同一の法律効果を生ずるものであること、また、②「都市再開発法上、施行地区内の宅地の所有者等は、契約又は収用により施行者（市町村）に取得される当該宅地等につき、公告があった日から起算して30日以内に、その対償の払渡しを受けることとするか又はこれに代えて建築施設の部分の譲受け希望の申出をするかの選択を余儀なくされる」ことから、「公告された再開発事業計画の決定は、施行地区内の土地の所有者等の法的地位に直接的な影響を及ぼすものであって、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解するのが相当である」としている（最判平4.11.26民集46巻8号2658頁。なお、この判決は、土地収用法に基づく事業認定が処分性を有することを前提としていると思われる。また、福岡高判平5.6.29行集44巻6・7号514頁は、いわゆる権利変換方式で行われる都市再開発法に基づく第一種市街地再開発事業の事業計画の決定に処分性を認めている）。しかし、処分性を認めたこれらの判決の事例は、いずれも、青写真判決の事例と区別することが可能であり、事実、最高裁は、依然として、土地区画整理事業計画決定に処分性を認めていない（最判平4.10.6判時1439号116頁）。

後により直接的・具体的な法効果を有する行為が行われる場合には、それが必ずしも中間段階の行為といえないときでも、処分性が否定されることがあることを示しているのは、都市計画法に基づく地域地区の指定決定に関する判決である。最判昭57.4.22（民集36巻4号705頁）は、知事がした都市計画法8条1項1号に基づく工業地域指定の決定は「当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できない」としながらも、「かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直

ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があったものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない」とした（また、最判昭57.4.22判時1043号43頁は、同じく都市計画法8条1項3号に基づく高度地区指定の決定も処分性を有しないとす）。この判決は、この地域指定により建物の建築を妨げられることとなる者は建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、地域指定が違法であることを主張してその処分の取消しを求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、不都合は生じないとするが、地域指定により許容されることとなる建物の建築を好ましくないと考える者にとっては、訴訟提起の機会を得ることができるかは、原告適格の点で、問題がある。

(イ) 非権力的行為

行政機関が外部に対して行う行為であって、具体的な法効果を有するものであっても、それが私人と同じ立場に立つて行う行為であるときには、処分に該当しない。すなわち、国や公共団体だからないうる、あるいは国や公共団体しかなしえない行為であることを要する。したがって、国有普通財産の売払行為は、法令に特段の規定のないかぎり、私法上の売買であり、行政処分に当たらない（最判昭35.7.12民集14巻9号1744頁。また、最大判昭46.1.20民集25巻1号1頁参照）。一般に実務上処分という言葉が使われていても、ここでいう行政処分とは限らず、たとえば、指名停止処分は私法上の行為であり、行政処分に該当しない（宮崎地都城支判平10.1.28判時1661号123頁参照）。

(ロ) 実力の行使たる事実行為

行審法が、同法にいう「処分」には、「公権力の行使に当たる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの」である「事実行為」が含まれると規定する一方（同法2条1項）、同法40条、47条で、不服申立てに理由がある場合の裁決、決定について、事実行為を除く処分と事実行為とで書き分けているのに対し、本法は、このような行政機関による人または物に対する実力の行使たる事実行為について特別な規定は置いていない。しかし、このような事実行為も、本条2項にいう「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものと考えられるが、事実行為の取消訴訟の性質については問題がある。

この点、立法関係者と通説は、事実行為と通常の処分を同様に扱い、事実行為の取消訴訟も事実行為の公定力を排除することを求めるもの、すなわち、公権力の行使たる事実行為は一方的に相手方の受忍を強要する公定力を有するので、こ

の公定力を排除し、受忍義務を解除することを求める訴訟であるとする（杉本・解説12頁、田中・行政法II309頁注(1)）。そして、取消請求が認容されると、その事実行為はもはや公権力の行使たる事実行為ではなく、単なる私人がした行為と同一の取扱いを受け、行政庁がその実力の行使によって生じた結果を自主的に排除しないときは、国民は民事訴訟により妨害排除または原状回復を求めることができるとする。これに対して、事実行為についてその適法、違法にかかわらず受忍を強要することは疑問であるとして受忍義務を否定し、そして、事実行為については取消しによって否定されるべき法効果あるいは効力は他に存しないところから、事実行為の取消訴訟は、ありもしない事実行為の公定力の排除を求めるものではなく、事実行為の違法宣言を求める訴えと解すべきとの有力な見解がある（今村成和「事実行為の取消訴訟」同『現代の行政と行政法の理論』〔有斐閣、1972年〕233頁）。

(ハ) 形式的行政処分

抗告訴訟の対象たる行政処分たるためには、最高裁の昭和39年判決が述べるように、まず「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為」であることを要し、国または公共団体が行う行為であっても、それが私人もなしうる行為であるなら、すなわち、それが公権力性の実体を有しないなら、それは行政処分に当たらない。しかし、公権力性の実体を有しないにもかかわらず、法令の規定により行政処分と構成されているものがある。このような行政処分を形式的行政処分（なお、形式的行政処分の概念の多義性については、塩野・行政法II112頁注(4)参照）という。

たとえば、国家公務員に対する不利益処分については、国家公務員法は、行政不服審査法による不服申立てをすることができ（国公90条1項）、さらに取消訴訟が提起できるものとしている（国公92条の2）。公務員の勤務関係は特別権力関係ではなく民間会社における雇用労働関係とその実体は異なるものではないと考え、公務員の勤務関係は本来非権力関係であり、公務員に対して行われる不利益処分も民間会社において社員に対して行われるそれと性質を異にするものではない。すなわち、それは公権力性を有しないこととなり、それにもかかわらず、法令が「公権力の行使に当たる行為」に関してなしうるものである不服申立てや取消訴訟をなしうるとしているのは、法令はこれらの行為を「公権力の行使に当たる行為」と見立てているということになる。最大判昭45.7.15民集24巻7号771頁は、法令の規定が必ずしも明確でないものにおいて、弁済供託が民法上の寄託

行政事件訴訟法

契約の性質を有するとしながら、金銭債務の弁済供託事務が大量でしかも確実に迅速な処理を要する関係上、法律秩序の維持、安定を期するという公益上の目的から、供託法は供託官の行う供託物取戻請求の却下行為を行政処分として構成しているものとしている。さらに、最判平15.9.4判時1841号89頁は、労働者災害補償保険法23条1項2号（現29条1項2号）に基づく労働福祉事業として行われる労災就学援護費の支給に関して労働基準監督署長の行う支給または不支給の決定について、法律は単に政府の行う事業として被災労働者の「遺族の就学の援護」を規定したうえ、これらの「事業の実施に関して必要な基準は、労働省令で定める」とし、また、省令は「労働福祉事業のうち労災就学等援護費……の支給……に関する事務は、都道府県労働局長の指揮監督を受けて、事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長……が行う」と規定しているにとどまるにもかかわらず、通達是要綱において「労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を業務災害に係る事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長に提出しなければならない、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている」ことを指摘したうえ、「このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第3章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているものと解するのが相当である」として、その処分性を肯定した。この最高裁判決は、こうして、省令である「労災法施行規則は……労災法によって行政処分により支給を行うこととすることの委任を受けておらず、またそのような規定も何ら置いていない」として処分性を否定した原審判決を破棄して、処分性を拡大した点において、抗告訴訟に取り込む範囲を拡張していこうとするものとして注目されるが、「法」がそのような仕組みを構成しているとする解釈は説得的ではない。このようにこの判決には疑問が残るが、法令が本来公権力性を有しない行為を行政処分と構成するのは、その行為に関する法律関係を統一的に処理する必要性、あるいは法律関係を早期に安定させる必要性、さらには相手方たる国民や住民に簡易、迅速な救済を与える必要性等に基づ

くものであり、このように形式的行政処分と構成するか否かは基本的に立法政策の問題であり、法令が形式的行政処分と構成していると合理的に解される以上は、そのように取り扱われなければならない（札幌高判昭44.4.17行集20巻4号459頁、福岡高判支判平5.12.9判時1508号120頁参照）。

上のように、法令上行政処分と構成されている場合以外にも、広く行政機関の行為を抗告訴訟の対象とすることによって裁判所による統制に服せしめようという見地から、本来行政処分に該当しない行為を、法令の規定から離れて解釈上行政処分と構成しようとする考え方がある。上の行政処分を法令上の形式的行政処分と呼ぶのに対し、解釈上の形式的行政処分と呼ぶことができる。このような考え方に立った唯一の裁判例として、東京地決昭45.10.14行集21巻10号1187頁がある。この決定は、「横断歩道橋架設処分」の取消訴訟が提起され、執行停止が申し立てられたのに対し、「横断歩道橋の設置自体は、もとより、地元住民を名宛人としてなされる行為ではなく、これを構成する個々の行為もまた、行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場になつて締結する私法上の行為ないしは私人の右契約の履行行為にほかならず、いずれの点からみても、行政庁の住民に対するいわゆる高権的権力の行使に当たる行為といえないことは明らかである」としながらも、「横断歩道橋の設置は、もともと、道路の安全な交通の確保という地方公共団体に課せられた本来の行政目的を達成するため、地元住民に対して当該施設による利益を供与する行為であって、前記私法上の行為も、右の行政目的達成の手段たる意味を有するものであるから、利益の供与を受ける住民との関係においては、前記起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能である」としたうえ、「行政庁の一体的行為と把握して、公法的規制に服せしめるとともに、権利救済の面においても、行政事件訴訟法3条にいう『公権力の行使に当たる行為』と解してこれに抗告訴訟や執行停止の途を開くのが、高度に成長・複雑化した現代社会の実情に則して法治主義の要請を貫く所以であるのはもとより、同法が抗告訴訟なる特別の訴訟類型ないしは抗告訴訟を前提とする執行停止という特種の制度を設けた法意に適合するものというべきである」として、この申立てを適法とした（なお、裁判官の構成の変更のあった東京地判昭48.5.31行集24巻4号471頁は、原告適格を理由に本件訴えを却下し、控訴審の東京高判昭49.4.30行集25巻4号336頁は、さらに、処分性の欠如を理由に付け加えて控訴を棄却した）。このような解釈上の形式的行政処分を認めること

には、これを積極的に評価する見解がある一方、形式的行政処分と構成する以上は、それが取消訴訟の排他的管轄に服すること、すなわち公定力、そして不可争力、さらには仮処分の排除も認めざるをえず、したがって、必ずしも国民にとって有利とはいえないとして、これに慎重な見解も存する（池田敏雄「形式的行政行為」行政法争点（新版）62頁参照）。しかし、民事訴訟等では争えない場合において、当該行為を規律する規範が設定できるときには、有意義と思われる。

4 無効等確認訴訟（本条4項）

(1) 概 説

行特法は無効等確認訴訟というような訴訟類型を法定していなかったが、農地買収事件を中心に無効確認訴訟が提起され、裁判所もこれを許容した。しかし、行特法に規定がないため、どのような場合にこの種の訴訟が許容されるか、また、その性質を当事者訴訟と考えるか、それとも取消訴訟に準じるものとするかなどという問題があった（最高裁・十年史84頁）。

本法は、抗告訴訟の一類形として無効等確認訴訟を法定するとともに、取消訴訟に関する規定の準用を明らかにしている（行訴38条）。

無効等確認訴訟の典型例は、行政処分の無効確認訴訟であるが、処分等の存否の確認を求めるものとして処分の存在確認訴訟や不存在確認訴訟が、処分等の効力の有無の確認を求めるものとして、処分の無効確認訴訟のほか、有効確認訴訟や失効確認訴訟がある（杉本・解説15頁）。処分等の存否とその効力の有無とを区別しているのは、処分等の成立と成立を前提にしたうえでのその効力の有無を区別して、処分等の不存在と処分等の無効を区別する必要があるとの考え方を基礎としたものとされているが（杉本・解説15頁）、たとえば、処分の不存在確認訴訟と無効確認訴訟とで訴訟法上の取扱いは異なるのであるから、これらを厳密に区別する実益はない。むしろ、一私人が行った課税処分と称するようなものは、特段の事情のないかぎり、行政処分としては不存在であっても、救済の必要性を欠き、処分不存在確認訴訟の対象ともなりえないであろうから、不存在確認訴訟の対象となる不存在とそうでない不存在との区別が必要であるが、救済の必要性は個々の具体的な状況に係るものであって、抽象的、一般的には決定できない。

(2) 無効等確認訴訟の訴えの利益

処分等が違法ではあるが取り消しうべき瑕疵を有するにとどまる場合には処分等の取消訴訟が排他的な訴訟上の救済方法であるが、処分等が、たとえば重大か

つ明白な瑕疵を有するために無効である場合には、無効確認訴訟は排他的な救済方法でもなければ原則的な救済方法でもない。たとえば、国税に関する無効な課税処分に従って税金を納付した場合には、通常、納付した税金の返還を求めるには国を被告として不当利得返還請求訴訟を提起すれば十分であって、このような場合に課税処分の無効確認訴訟を提起することを本法は認めていない（行訴36条）。詳細は、行訴法36条の解説〔大田直史〕に譲る。

(3) 無効等確認訴訟と取消訴訟

無効等確認訴訟は不服申建前置の制約を受けず、また、出訴期間の制限も受けない（行訴38条は、8条、14条を準用しない）。無効等確認訴訟は、したがって、取消訴訟の及ばぬところで意義をもつのであり、無効な処分の取消訴訟も、それが取消訴訟としての要件を充たしているかぎり問題はなく、主張される違法が無効原因に該当するかそれとも取消原因に該当するかも、事情判決等が問題とならないかぎり（名古屋地判平9.12.25判例自治175号37頁参照）、訟争する必要もない。なお、取り消しうべき処分について無効確認訴訟が提起された場合には、それが取消訴訟としての要件を充たしているかぎり、「無効確認請求のうちには取消請求を含むものと解するのが相当である」（最判昭33.9.9民集12巻13号1949頁）とされている。

5 不作為違法確認訴訟（本条5項）

(1) 概 説

法令が国民に許可、認可等の処分の申請権を認めている場合、国民がこのような申請権を行使して現実に申請した以上、行政庁は、申請を認容するか否かはともかく、これに応答する義務を負う。しかし、申請から相当の期間を経過しても行政庁が申請に対して許可いづれとも判断を示さないということも時にはあることである。行特法は、このような場合に対応する訴訟類型を法定していなかった。そのため、国家賠償請求訴訟はともかくとしても、行政事件訴訟として、行政庁に申請を認容する処分を行うことを命じることを求める訴訟や、申請を認容する義務の確認を求める訴訟、あるいは許可等何らかの処分をするべき義務の確認を求める訴訟が許されるかが問題とされた（最高裁・続十年史53-56頁）。

そこで、本法は、このような場合について、国民が行政庁の不作為状態を打開することのできる手段として、本項の「不作為の違法確認の訴え」という訴訟類型を法定した。この訴訟における請求認容の判決は不作為状態が違法であること

を確認するにとどまり、行審法に基づく不作為についての審査請求を認容する裁決が行政庁に対し何らかの行為をすべきことを命じる（行審51条3項）のとは異なるが、本法38条1項によって33条が準用されている結果、行政庁は何らかの処分等をするを実質的に義務づけられることとなる。しかし、申請に適った処分等を申請人が得ることまで保障するものではない。これを求めるには、義務付け訴訟を併合提起することとなる（本法37条の3第3項）。なお、本訴訟は、あくまで法令に基づく申請権が存し、このような申請権を行使して申請がされた場合に対処するものであって、決して行政庁の不作為一般に対処するものではない。したがって、たとえば、行政庁が第三者に対して規制権限を発動しないという不作為が違法であると主張してする訴訟は、その規制権限の発動を申請する権利が法令により認められていない以上、本項の範囲外であり、もっぱら義務付け訴訟によることとなる（行訴37条の2参照）。

（2）法令に基づく申請

本訴訟が許されるためには、法令に基づく申請のあることが必要である（行訴37条の解説〔大田直史〕参照）。そして、法令に基づく申請であるためには、それに対して行政庁が応答義務を負うものであることが必要である。したがって、公正取引委員会に審査手続開始の職権発動を促す端緒を与える機能しか有さず、同委員会に応答義務を負わしめるものではない独占禁止法45条1項に基づく報告、措置要求は法令に基づく申請に該当しない（最判昭47.11.16民集26巻9号1573頁）。法令が明文で申請権を認めている場合のみならず、法令の解釈上申請権が認められていると解される場合にも、当然、本訴訟は可能である（横浜地判平14.8.7判例自治239号8頁）。

行手法と異なっていて、本法は「法令」の定義規定を置いていないところから、「法令」の意義をどのように解するかという問題がある。この点に関し、国立大学の学部内規（規程）に基づく履修科目受験申請は、学部内規は学生の試験に関する基本的権利を抽象的・一般的に規定する学校教育法旧63条1項を補充するとともに学生の上記権利を保障する具体的・手続的規程であって、まさしく法規たる性質を有するとして、法令に基づく申請に該当するものがある（金沢地判昭46.3.10行集22巻3号204頁）。また、要綱に基づく申請を法令に基づく申請と認めた例がある。大阪高判昭54.7.30行集30巻7号1352頁は、市長の制定した保育所児童に対する服装品および保育用品購入費用助成金支給要綱に基づき同和地

区内に居住する児童およびその保護者が市の民生局職員に対してした申請が法令に基づく申請に該当するとしたが、その理由として、「『法令に基づく申請』とされるためには、その申請権が法令の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上、該申請につき、申請をした者が行政庁から何らかの応答を受けうる利益を、法律上保障されている場合をも含むと解すべきである」とし、本件の「給付制度が同対法（同和対策事業特別措置法）に基づく同和対策事業の具体化された施策の一つであること、同法の立法趣旨等に鑑みれば、本件給付の実施に当り、その受給資格者の間における恣意的選択が許されないことなど……を総合して勘案すれば、本件給付制度によってその受給有資格者が享受する受給付利益は、法律上の保護に値する一個の法的利益と認められ、この「法的利益の実現は、受給を希望する者の申請に基づいてする被控訴人（行政庁）の支給決定によってはじめて遂げられるのであり、且つその支給要件の存否については……第一次判断権が被控訴人に留保されているものとみななければならない」のであるから、行政庁は受給申請者の持つ法的利益に対応して応答義務を負うとした（同旨、福岡高判昭56.7.28行集32巻7号1290頁）。

法令が申請権を認めていると解されない場合には、本項に基づく不作為の違法確認の訴えは不適法である。本項に基づく不作為の違法確認の訴えは、国民の行政庁の応答を求める行為に対する行政庁の不作為一般の適法、違法を問題にするものではないからである。問題があるのは、法令が申請権を認めているが、その申請権を有しない者が申請をしたうえで提起する不作為の違法確認の訴えの取扱いである。一つの考え方は、本法37条の規定から、現実申請をしている以上は原告適格が認められ、したがって訴えは適法であるが、原告に申請権がない以上行政庁に応答義務はなく、その不作為は違法とはならず、請求は棄却されるとするものである（田中・行政法(4)357～358頁、杉本・解説121頁）。もう一つは、このような訴えは不適法であり、訴えは却下されるとするものである（南編・条解104頁〔富田善範〕、南＝高橋編・条解70～71頁〔杉浦徳宏〕）。後者が妥当と思われる。不作為の違法確認の訴えは、「行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内に何らかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしないこと」（本項）についての違法の確認を求めるものであって、具体的な応答義務の存することを前提とするものであり、応答義務のないところにこの訴訟の成立する余地はないからである。請求棄却の判決は、「すべきにかかわらず、しないこと」を違法でない

とするものであって、そもそも「する義務のない場合」は本訴訟の対象外である。本法37条は、法令に基づく申請がなされて行政庁に具体的な応答義務が発生している場合に原告適格を制限するものと解するべきであろう。

不作為が違法とされるためには、申請が必ずしも適法なものであることを必要としない。法令により申請権を認められた者が現実申請と解される行為を行った以上、それが手続的に不適法だとしても、行政庁は応答する義務を負うからである（東京地判昭44.12.24行集20巻12号1743頁、東京地判昭48.9.10行集24巻8-9号916頁）。

（3）相当の期間

不作為は、相当の期間を経過したときには、特段の事情のないかぎり、違法となる。具体的な相当の期間は一概には決められず、処分等の種類や性質、事案の難易度等によって客観的に決まり、事務の輻輳や人出不足等の行政庁の主観的事情は考慮されるべきではないとされている。法令が行政庁の応答すべき期間を法定している場合には、特に別段の事情のないかぎり、それは相当の期間を意味すると解せられる（室井編・入門(1) 371頁〔室井力〕）。また、行手法6条に基づき定められた標準処理期間も、それはただちに相当の期間になるわけではないが、相当の期間を考える有力な一資料とはなる。

裁判例のなかには、相当の期間を経過していない場合でも、「(1)申請後ある程度の期間を経過したにもかかわらず、行政庁が将来いかなる時期に処分をなすかが全く不確定・不明であり、(2)かつ右処分に至るまでの期間が相当期間を経過することが確実であり、(3)しかも以上の状態が解消される見込みがない場合」には、「申請者らの地位の不安定は、既に相当の期間を経過した場合と異なることな」いとして、このような場合の不作為を違法とするものがある（熊本地判昭51.12.15判時835号3頁）。このような場合、あえて請求を棄却して、再度提起された訴訟において、相当の期間経過後に初めて違法を確認することが合理的とは思われない。

法令が一定の期間内に処分等がない場合に却下や棄却の処分があったものとみなすことができるという規定を置いている場合に、みなすに不作為の違法確認の訴えを提起することが許されるかという問題がある。これを消極に解する見解（杉本・解説17頁、南編・注釈53頁〔南博方〕）もあるが積極的に解するのが妥当と思われる（兼子・争訟法344-345頁、南編・条解116頁〔富田善範〕）。このような規定は、

不服申立前置主義がとられているもとにおいて不服申立ての提起を可能ならしめたり（例、弁護士24条4項、生活保護24条4項）、あるいは、本法8条2項1号と同趣旨で、取消訴訟等の提起を可能ならしめたりする（例、生活保護65条2項、弁護士16条2項——弁護士会による登録または登録換えの進達の拒絶についての日本弁護士連合会への審査請求に対して裁決してしない場合）にすぎないものであり、「できる」という文言が示すように、みなすことを強制するものではない以上、行政庁の応答を受ける権利は否定されるべきではないからである。消極に解する場合には、行政庁に裁量が認められている場合には、行政庁の適正な裁量の行使を受ける権利の保障を欠くことになる。

これに対し、申請後一定の期間内等に処分等のない場合には申請を認容する処分があったものとみなす旨の規定（例、所税147条、農協61条2項）があるときには、不作為の違法確認の訴えは不適法である。

（4）何らかの処分または裁決

不作為の違法確認の訴えは行政庁の不作為状態を打開して行政庁に申請に対する応答行為をなさしめることを目的とするものであるから、「何らかの処分又は裁決」とは、申請に応答する最終的判断を示すものとしての却下、棄却、または認容の処分または裁決を意味する。したがって、この訴訟における裁判所の審理も、端的に不作為が違法であるか否かであり、申請が認容されるべきものか否かはもちろんのこと、それが行政庁に応答義務を生ぜしめるものである以上は、申請がその他の点において適法であるか否かも問題とならない。

6 義務付け訴訟（本条6項）

改正前の本条は、2項以下で、処分取消訴訟、裁決取消訴訟、無効等確認訴訟、および不作為違法確認訴訟の4種の具体的な抗告訴訟の類型を法定しているにすぎなかったため、特に、行政庁に特定の公権力の行使たる行為をなさしめることを目的として、そのような行為を行う義務があることの確認を求め、あるいは直接そのような行為を行うことを義務づけるような訴訟（以下、包括して義務付け訴訟という）と、行政庁に特定の公権力の行使たる行為を行わしめないことを目的として、そのような行為を行う権限の存在しないことの確認を求め、あるいは直接そのような行為を行うことを差し止めるような訴訟（以下、包括して予防的訴訟という）とが許容されるか、許容されるとしていかなる場合かが問題とされてきた。

義務付け訴訟で求められる行政庁の行為には、現在の本条6項が類型化しているように、自らの申請に対応した直接に自らに授益的な行為と第三者に対して権限の発動として行われる行為とがあるが、まず、義務付け訴訟はそもそも許されないとする全面的否定説（田中・行政法（上）308～309頁）、田中二郎「司法権の限界」同『司法権の限界』（弘文堂、1976年）32頁）があった（学説の詳細については、差し当たり、萩野聡「行政処分を求める訴え」行政百選II478頁、大貫裕之「義務づけ訴訟・予防訴訟」行政法争点128頁参照）。これは、行政庁の第一次的判断権の尊重を主張し、法律が行政権の行使を規制している場合においても、行政権を行使するか否か、行使するとしても、いかなる条件のもとに、いかなる時点において、いかに行使するかは、行政庁の責任において判断されなければならないとした。そして、抗告訴訟は、明示的にしろ、黙示的にしろ、行政庁の第一次的判断が公権的に下されていることを前提として、これに抗議し、それによって生じている違法状態を排除することを目的とするものであり、したがって、無名抗告訴訟といえども抗告訴訟の一類型である以上、明示的にも黙示的にも行政庁の第一次的判断が下されていない状況では許されないとした。さらに、本法に4種の法定抗告訴訟が定められていた意義を重視し、本法は、これらを単に通常予想される類型であるという理由だけで掲げているのではなく、抗告訴訟はこれらの類型に準じて処理するのを妥当としていることを示すものであるとした。そして、行政庁が不作为にある場合について不作为の違法確認の訴えというような類型を特に要件を絞って認めているのは行政庁の第一次的判断権を侵すことになるおそれがあること等を十分に考慮し、これとの調整をはかる見地に出たものであることを示しており、それにもかかわらず義務付け訴訟を広く一般的に認めるようなことは法定抗告訴訟に関する定めを設けたことをほとんど無意味ならしめるとしていた。

これに対して、義務付け訴訟も許されるとする肯定説（代表的なものとして、参照、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」、同「義務づけ訴訟論再考」阿部・改革論所収）は、審理の結果行政庁のなすべきことが一義的に確定される限りにおいて、義務付け訴訟も許されるとし、行政庁のなすべきことが一義的に確定する以上、行政庁にはもはやそれ以外に自己の責任において行動する余地はなく、したがって、裁判所が義務付け判決を行ったところで行政権に対する侵害の問題は生じないとした。この立場に立って、「被告（厚生大臣）は、原告に対し、戦没者某にかかる遺族年金及び弔慰金を受ける権利を有する旨の裁定をしなければならない」とする義務

付け判決を行った下級審の裁判例が存した（東京地判昭37.11.29行集13巻11号2127頁。また、東京地判昭39.5.28行集15巻8号878頁参照）。

しかし、上のような全面的否定説は学説のうえでは少数で、また、肯定説もなお多数ではなかった。学説において有力で、また、下級審の裁判例において主流となっていたのは、制限的肯定説や補充説と呼ばれるものである。これは、ある下級審の判決の表現を借りれば、「①行政庁が当該行政権を行使すべきことまたはすべきでないことが一義的に明白であって、行政庁の第一次的判断権を尊重することが重要でない場合（一義的明白性の要件）、②事前審査を認めないと、行政庁の作為または不作为によって受ける損害が大きく、事前救済の必要性があること（緊急性の要件）、③他に適切な救済方法がないこと（補充性の要件）をいずれも満たしている」（東京地判13.12.4判時1791号3頁）ときには義務付け訴訟も許されるとしていた（その他、東京地判昭40.10.30判タ185号176頁、大阪高判昭50.11.10行集26巻10=11号1268頁など）。そして、これらの要件を充たしたとして、判決の主文で、行政庁が権限を行使しないことが違法であることを確認した最近の裁判例も存在した（上記東京地判13.12.4）。

諸外国においては義務付け訴訟が認められているところがあることを考えると、行政庁の第一次的判断権の尊重ということがそれらの国に妥当しないとはいえない以上説得力を欠くし、また、抗告訴訟は行政庁の第一次的判断が下されていることを前提としているということも、これは抗告訴訟が取消訴訟を中心としているところから説かれるものであるが、このような取消訴訟を前提として得られる観念を抗告訴訟全体に及ぼしめるべしとする論理もないように思われる。しかし、法定抗告訴訟が定められている意義を考えれば、制限的肯定説が妥当かと思われる状況にあった。

行政訴訟法の改正を推進した司法制度改革推進本部行政訴訟検討会は、平成16年1月の「行政訴訟制度の見直しのための考え方」において、「救済範囲の拡大」の一つとして、義務付け訴訟の法定を提言し、「給付行政など国民の行政に対する権利が拡充し、国民の権利利益の保護に行政が果たすべき役割も増大している現代行政に対応して司法による救済の実効性を高めるため、行政庁が処分をすべきことが一義的に定まる場合に、一定の要件の下で行政庁が処分をすべきことを義務付ける訴訟類型として義務付け訴訟を新たに法定する」とした。これを受けて、改正により追加された本項は、義務付け訴訟を、申請に対する処分を求める

義務付け訴訟（本項2号。「申請満足型」、「申請型」などと呼ばれる）とその他の義務付け訴訟（本項1号。「直接型」、「非申請型」などと呼ばれる）の2種に分けて抗告訴訟の一類型として法定し、それぞれの要件は本法37条の3と37条の2において規定されている。次の差止訴訟にも当てはまるが、規定された内容は、従前の学説の一般的傾向からみて画期的というものではないが、正式に認知されて法定化されたことの実務上の意義は大きく、積極的な活用が期待される（詳細については行訴法37条の3および37条の2の解説〔深澤龍一郎〕を参照）。

7 差止訴訟（本条7項）

義務付け訴訟と異なって、予防的訴訟については全面的否定説は見当たらなかった。義務付け訴訟について全面的否定説をとる者も、上の義務付け訴訟について制限的肯定説をとる裁判例が示すような3要件を充たす場合には、行政庁の第一次的判断が下されたものとして、予防的訴訟が認められてよいとしていた（田中・行政法(Ⅱ)308頁、田中二郎「司法権の限界」同『司法権の限界』32頁。学説の詳細については、差し当たり、原野翹「義務不存在確認を求める訴え」行政百選Ⅱ482頁、大貫裕之「義務づけ訴訟・予防訴訟」前掲参照）。このように、義務付け訴訟についての全面的否定説も予防的訴訟について制限的肯定説に立っていたのは、第1に、それが許されるとする状況においては第一次的判断が下されたものとみなすことができ、それがいう抗告訴訟の本質に反しないと考えられること、第2に、義務付け訴訟は現状の変更を求める攻撃的なものであるのに対し、予防的訴訟は現状の維持を求める防御的なものであることにあったと思われる。

これに対して、義務付け訴訟について肯定説をとるような立場は、行政庁の態度に照らして、近い将来になされる蓋然性の高い行政処分等の適法、違法が事前に判定されうるとみえるときにはすでに争いの成熟性があるとして予防的訴訟が許されるべきであるとしていた。

予防的訴訟に関しては最高裁の判例が存し、県教育委員会教育長の通達によって勤務評定書に自己観察の結果を表示すべきことを命じられた教員が、この義務を履行しなければ懲戒その他の不利益処分を受けるおそれがあるとして、この法律上の地位の不安定を除去するため、かかる義務を負わないことの確認を求めた、いわゆる長野勤評方式事件において、最高裁は、「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し止め

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」とし（最判昭47.11.16民集26巻9号1746頁）、また、河岸の土地の所有者が、その所有地について河川法上の河川区域に当たらないとして、河川管理者に対して、その土地につき、将来、同法上の処分を行ってはならない義務があることの確認、同法上の処分権限がないことの確認等を求めた事件においても、「監督処分その他の不利益処分をまって、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から」、これらの確認を求める法律上の利益を有するということはできないとして（最判平1.7.4判時1336号86頁）、予防的訴訟が許される一般的要件を示すことなく、いずれも、事前の救済を認めるべき特段の事情がないとして問題を処理していた。

司法制度改革推進本部行政訴訟検討会は、上記の「行政訴訟制度の見直しのための考え方」において、差止訴訟の法定を「救済範囲の拡大」の一つとして提言し、「行政の多様化に対応し、取消訴訟による事後救済のほかに行政に対する事前の救済方法を定めることによって司法による救済の実効性を高めるため、行政庁が特定の処分をしようとする場合で、その処分をしてはならないことが一義的に定まるときに、一定の要件の下で行政庁が処分をすることを事前に差し止める訴訟類型として差止訴訟を新たに法定する」とした。これを受けて、改正により追加された本項は、差止訴訟を抗告訴訟の一類型として法定し、その要件は本法37条の4において規定されている（詳細については行訴法37条の4の解説〔深澤龍一郎〕を参照）。

8 無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）

義務付け訴訟と差止訴訟が法定されたことにより、無名抗告訴訟をめぐって議論された問題の大部分は解決されたが、これらの法定化によっても抗告訴訟の類

型は閉じられたものとはなっておらず、本法はなお無名抗告訴訟（法定外抗告訴訟）の存在を許容しており、今後の状況の変化により、あるいは法定抗告訴訟の、さらには当事者訴訟の運用のいかんにより、新たな類型の抗告訴訟が認められ、あるいは法定される可能性は開かれている。

〔岡村周一〕

（当事者訴訟）

第4条 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう。

1 本条の趣旨

行政を相手方とする場合であっても、自己の法律上の利益の実現するために提起する訴訟（いわゆる主観訴訟）は、日本国憲法において司法裁判所の一元的な裁判制度が採用されたことにより、司法裁判所の管轄に属す。その訴訟手続については、本法および個別法が定める特別の手続（行訴1条）のほかは、民事訴訟手続に準じて行うこととなる（行訴7条）。本法3条は、このうち「公権力の行使に関する不服の訴訟」については、これを抗告訴訟とし、同条各号に取消訴訟その他の訴訟類型を定めるとともに、取消訴訟に関する特別の手続を定め、これらの手続は他の抗告訴訟にも準用される。本条の当事者訴訟は、この「公権力の行使に関する不服の訴訟」である抗告訴訟以外の行政事件訴訟を広く意味する。ただし、「当事者訴訟」と題する本法第3章は、出訴の通知、出訴期間、抗告訴訟に関する若干の規定の準用（行政庁の訴訟参加、職権証拠調べ、判決の拘束力）、訴えの併合の特則などわずかな規定をおくのみで、当事者訴訟そのものの具体的内容については特に定めがない（行訴39条～41条参照）。そのため、訴訟手続の詳細は、本法7条により準用される民事訴訟法によるほかなく、請求類型については給付・確認・形成の各訴えが想定される。すなわち、当事者訴訟とは、行政事件のうち、処分その他公権力の行使に関する訴えについて排他的な管轄が認められている3条に定める抗告訴訟によることなく、民事訴訟と同様に当事者間の現在の法律関係に関する訴訟として提起することができる訴訟である。

本条は、この当事者訴訟について二種を定めている。まず、「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの」である。処分または裁決という公権力の行使を不服とする訴訟であれば、3条により取消訴訟その他の抗告訴訟として提起されるべきであるが、個別法の定めにより例外的に「法律関係の当事者の一方を被告」として訴えを提起すべきこととされているものがあり、その実質からすれば抗告訴訟の管轄に属すべきものであるが、法律の定めにより形式的に当事者訴訟とされるという意味で、学説はこれを「形式的当事者訴訟」とよぶ。これに対して、本条後段の「公法上の法律関係に関する訴訟」は、処分その他の公権力の行使を争うものではなく、もともと抗告訴訟に属さない現在の公法上の法律関係に関する訴訟であるところから、学説はこれを「実質的当事者訴訟」とよぶ。そして、本条に基づく当事者訴訟は、処分によって確認または形成される法律関係を含めて、公法関係といえる法律関係に関するものであるところから、公法上の当事者訴訟と一般によばれている。

本条は、実質的当事者訴訟について、特に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（以下、「公法関係確認訴訟」という）を例示しているが、これは2004年改正による。当事者訴訟のうち個別法の定めによる形式的当事者訴訟はともかくとして、実質的当事者訴訟は、同じく当事者訴訟である私法上の法律関係に関する民事訴訟と、公法上の法律関係に関する訴訟であることにより区別されるが、それが公法関係と私法関係の区別を前提としていることに学説において批判が多く、行政事件訴訟類型としての存在理由が問われてきた。2004年改正が公法関係確認訴訟を例示したことは、実質的当事者訴訟を国民の救済の見地から活用する可能性を広げようとしたものであるが、公法・私法二分論との関係が問われるところである。

2 行政事件訴訟における当事者訴訟の位置

本項および次項では、当事者訴訟のうち本条後段の実質的当事者訴訟について説明し、形式的当事者訴訟については4で述べることにする。

戦前の行政裁判制度のもとでは、法令が特に認めた処分について行政裁判所に不服の訴え（抗告訴訟）を提起することのみが認められ（旧行政裁判法15条以下、行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件）、今日にいう公法上の当事者訴訟は存在しなかった（南編・条解143頁以下〔碓井光明〕参照）。戦後、日本国憲法により国民

の裁判を受ける権利が保障され、行政裁判所が廃止され一元的司法裁判制度となり、当初は、行政事件も原則として民事訴訟手続によって審判されることになった。そして、民事訴訟の特例として制定された旧行政事件訴訟特例法は、「行政庁の違法な処分又は取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟」（同法1条）を行政事件と捉えたうえで、処分取消訴訟とそれ以外の「公法上の権利関係に関する訴訟」とを区別した。ここでいう公法上の権利関係に関する訴訟の意義について、行政事件訴訟特例法時代の学説は、「相対立する当事者の間における公法上の権利関係に関する訴訟」（雄川・争訟法53頁。南編・注釈64頁〔園部逸夫＝藤原淳一郎〕参照）と捉え、行政庁の公権力の行使に関わらない法律関係に関する訴訟として、行政事件のうち公権力の行使を対象とする抗告訴訟以外の訴訟と解していた（いわゆる控除説的理解）。その後制定された本法における当事者訴訟について、「行政庁の処分その他の法律原因に基づく現在の法律関係を訴訟物として争う訴訟形態」として制定されたものとされ（杉本・解説22頁）、法律関係の法律原因が処分である場合を含めた広く現在の法律関係に関する訴訟とすることで、抗告訴訟とならぶ基本的な行政事件訴訟類型として当事者訴訟を位置づけたものといえる。しかし、処分に関する取消訴訟の排他的管轄が維持されたことにより、取消訴訟が優先されることには変わりがなく、処分を争って提起される現在の法律関係に関する訴訟としては、原則として個別法の定めによる本条前段の訴訟に限定される。

法令に基づき行政庁の処分により国民の権利義務が確定・形成される場合であっても、権利に基づく給付の訴えや権利義務の確認を求める訴えが、その法律原因である処分を攻撃して取消判決を通じて処分前の状態に戻すべきことを求める取消訴訟に比べて、ときにはより直截的な救済方法でありうる。特に処分として示される行政庁の判断をまつまでもなく、事実関係に基づいて国民の権利義務を決定することが可能な場合には、処分によって示された行政庁の判断にかかわらず裁判所が法令を適用して国民の権利義務を確定することができないわけではない。租税、社会保障、損失補償の分野などにそのような扱いが可能と考えられる例が多い。しかし、各種の許認可などのように、個別法令の定めからは、権利義務の確定が行政庁の判断（裁量）に委ねられていると解される場合が多く、認定された事実関係に法令を適用してもなお権利義務を確定することができず、裁判所としては適法違法の判断に基づいて処分の取消しの可否を決定するにとどめ

るをえない。ここに取消訴訟が処分一般に可能で有効な訴訟形態とされる理由がある。しかし、取消訴訟が、処分一般について可能な訴訟形態であることは、当然にそれが処分に関する排他的な訴訟となるべきことを意味するものではない。立法政策的には、取消訴訟と当事者訴訟の選択を原告に委ねるというのも一つの制度のあり方であるし、当事者訴訟が可能である場合に個別法令でそれを明示することが訴訟提起には便宜であるし、その場合に当事者訴訟をもって排他的な訴訟とすることもありうる。

しかし、本法では、法律原因が処分であるか否かを問わず広く現在の法律関係に関する訴えとして当事者訴訟を設けたとの指摘にもかかわらず、3条の抗告訴訟（特に取消訴訟）が処分について排他的であると解されているため（行訴法3条の解説〔岡村周一〕参照）、実際には当事者訴訟は限定された場合に可能となるにすぎない。すなわち、処分の効力を争わない現在の法律関係についての訴訟や排他的管轄の例外とされる処分の無効を前提にする現在の法律関係についての訴訟（この両者が本条後段に該当する）、そして取消訴訟の排他的管轄が個別法によって解除され当事者訴訟として提起することとされた訴訟（本条前段の形式的当事者訴訟）である。

処分の効力を争わない現在の法律関係に関する訴訟という場合、その法律関係がいわゆる権力関係か対等当事者関係かを論じる必要はなく（同旨、佐賀地判平5.2.19判例自治116号30頁）、契約に基づく法律関係と処分に基づく法律関係のいずれであるかも問わない。ここでいう法律関係は紛争の対象となっている権利義務そのものであり、もともと包括的に捉えられる権力関係（または非権力関係）とは次元を異にし、また、法律関係に関する争いは必ずしも法律関係を形成した処分の効力を争うものではない（例えば、公務員による超過勤務手当請求や過誤納金の還付請求などでは債務の不履行が争われる）。ただし、処分の効力を争うものであるかどうかが明確でない場合もある。課税権限不存在確認訴訟は無名抗告訴訟として限定的に認められるべきものとされた（東京地判昭42.4.11行集18巻4号399頁）が、勤評自己観察結果表示義務不存在確認訴訟について、最高裁は将来の不利益処分を防止することが訴えの目的であるとしながらも訴訟形式に触れることなく訴えの利益のないことを理由に不適法としている（最判昭47.11.30民集26巻9号1746頁。後述5(3)参照）。また、処分が介在することなく権利義務は客観的に決定されるとして、河川区域不該当確認請求（高松高判昭63.3.23行集39巻3号265頁）

行政事件訴訟法

や産業廃棄物処理施設設置権確認請求（長野地判平5.5.20判例自治128号103頁）は当事者訴訟とされている。

本法が抗告訴訟を処分に関する排他的な訴訟とした背景には、処分については取消訴訟が実体法論からも唯一の訴訟形態であるとの理解もあった。すなわち、処分（行政行為）には公定力すなわちその適法違法にかかわりなく関係当事者に有効であることの承認を求める力があり、処分が取り消されないかぎり処分の効力に抵触する現在の法律関係に関する主張は許されないとするものである。それによれば、本条前段の訴訟についても、個別法によって本法が定める排他的管轄が解除されるからではなく、本来認められない当事者訴訟が例外的に個別法によって可能とされたと解されることになる。「形式的当事者訴訟」という呼称には、このような理解が反映されているし、また、本条前段に該当する立法例のほとんどが損失補償請求または当事者間の費用負担紛争に限定されている（後述4参照）ことの一要もここにある。

3 民事訴訟との区別

同じく当事者訴訟である本条の当事者訴訟（公法上の当事者訴訟）と民事訴訟との区別は、訴訟における審判の対象（訴訟物）が公法関係であるか私法関係であるかによる。その判定基準について特例法時代に、いわゆる訴訟物説（請求の趣旨によって示された訴訟物、すなわち対象となる法律関係の性質によって決定するもの。形式説ともいう）と実質説（訴訟の対象となる法律関係のみならず、その前提である法律関係によっても判断する）との対立があり（雄川・争訟法108頁、豊水道祐「当事者訴訟」行政法講座(3)170頁以下）、たとえば農地買収処分の無効を前提とする私人間の争訟は、前説によれば民事訴訟となり後説によれば公法上の当事者訴訟となる。その後に制定された本法45条が「私法上の法律関係に関する訴訟において、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無が争われている」ものを明示的に民事訴訟としたことにより、論争は決着をみたとされる（南編・注釈67頁〔園部＝藤原〕、豊水・前掲行政法講座(3)178頁、南編・条解159頁〔確井〕）。ただ、いわゆる当事者訴訟活用論の立場から、いずれの訴訟手続が争われている行政過程に適合的かを基準として判断すべきであるとして、あらためて実質説を評価する学説もある（園部編・注解63頁〔鈴木庸夫〕。室井編・基本法コンメンタール救済法214頁〔中西又三〕はこれを手続的機能説とする）。

1960年代以後の学説においては、公法と私法または公法関係と私法関係の区別

を積極的に維持しようとする立場は少数にとどまる。そのため、この区別に基づいて一定の紛争が当事者訴訟と民事訴訟のいずれにより提起されるべきかを判定することは困難である。また、本法における当事者訴訟制度の存在が公法と私法の区別する実定法上の根拠ともされてきたが、本法に定めるいくつかの規定を除いて当事者訴訟は民事訴訟と同じく取り扱われるとき、この二つの訴訟をあえて区別する実益に乏しく、公法上の当事者訴訟の観念を厳密に確定する意義はないとする見解もある（塩野・行政法II236頁）。裁判例のなかには、不存在確認の対象が公法上の債権であるとしながらも事件番号に通常民事事件の符合が付き、判決中にも特に本条を援用していないものもある（高速道路料金債権不存在確認請求＝東京地判平4.8.27行集43巻8＝9号1087頁）。

ただ実際には、民事訴訟と当事者訴訟を区別する裁判例が少なくない。事件番号からみて公法上の当事者訴訟とされているものとして、改正薬事法を違憲無効として薬局開設の権利の確認を求めた訴え（東京地判昭37.10.24行集13巻10号1858頁。なお参照、最判昭41.7.20民集20巻6号1217頁）、日本国籍確認訴訟（最判平9.10.17民集51巻9号3925頁）があり、公法関係（公法上の権利）ないし公法上の当事者訴訟に該当することを明示的に言及する最近の事例として、長期勤続医師宅地給付請求権存在確認訴訟（長野地判平10.2.13判タ995号180頁）、国に対する在日韓国・朝鮮人地方参政権確認訴訟（大阪地判平9.5.28判タ956号163頁。原告は無名抗告訴訟として提起したが、裁判所は当事者訴訟とした）、譲渡認可の不存在を理由とする市中央卸売市場仲卸業者地位確認訴訟（高知地判平9.3.24判時1653号90頁）、法令違憲を理由とする選挙供託金返還訴訟（神戸地判平8.8.7判時1600号82頁。違憲法令審査権を有しない供託官の拒否処分に対して取消訴訟を提起することを要しないとしたもの。同旨、同控訴審＝大阪高判平9.3.18訟月44巻6号910頁）、東京都管理職試験外国人受験資格確認訴訟（東京地判平8.5.16判時1566号23頁）、市の廃棄物収集義務確認等訴訟（東京地判平6.9.9行集45巻8＝9号1760頁）、改訂高速料金債務不存在確認訴訟（東京地判平4.8.27行集43巻8＝9号1087頁）、土地改良区役員選挙無効確認訴訟（京都地判平4.6.29行集43巻6＝7号968頁）、農業委員会会長地位確認訴訟（京都地判昭63.8.3判タ690号177頁）などがある。

逆に、民事訴訟であって当事者訴訟に当たらないと明示的に言及されたものとして、旧河川法44条ただし書に基づく公用廃止後の河川敷地の下付請求訴訟（東京高判平4.5.28判時1442号106頁）、宅地開発協定に基づく負担金にかかる不当利得

返還請求（東京高判平1.10.31判時1333号91頁）などがある。

4 形式的当事者訴訟

(1) 形式的当事者訴訟の性質

本条前段の訴えは、処分または裁決に関する不服の訴えとして抗告訴訟により提起すべきであるにもかかわらず、立法政策的により本法3条の抗告訴訟ではなく本条の当事者訴訟とされることから、一般に形式的当事者訴訟といわれている。「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分」とは、判例が取消訴訟の対象である処分を「公権力の主体たる国または公共団体の行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判昭39.10.29民集18巻8号1809頁）と説明してきたことと同様といえるが、「当事者間の法律関係」とされていることから、当事者間の相互的な権利義務関係を対象とするものに限定され、国民の権利義務のみを確認・形成する処分（下命・禁止や許可・免除など）は除外される。この場合、処分庁が属する行政体以外の当事者（私人相互）間の法律関係（土地の収用・使用に伴う損失補償をめぐる起業者と土地所有者、収用133条）のみならず、国民と行政体の法律関係（自衛隊の演習による漁業者の損失、自衛隊105条9項・10項）も含まれる。また、「裁決」とは不服申立てに対する裁決・決定をいう（本法3条3項かつ本書）。ここでいう「裁決に関する不服の訴え」は原処分主義（行訴10条2項）の制限を受けないと解されるが、実際に裁決に対する不服の訴えを形式的当事者訴訟とする法令はわずかにとどまる（自衛隊105条6項以下）。

これらの処分等に関する「訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告」とされているものが形式的当事者訴訟に該当する。2004年改正で、抗告訴訟についても処分・裁決をした行政庁が属する行政体を被告とすべきことになった（行訴11条）が、形式的当事者訴訟は、処分において確認・形成される「法律関係の当事者の一方」が法令によって被告とされている訴えである点でなお異なる。ただ、法令が「当事者の一方を被告」としていれば、すべて当事者訴訟といえるかどうかについては争いがある。当事者訴訟そのものは、本来、請求内容および訴訟物の点において民事訴訟とかわるところがなく、処分や裁決を争うことなく現在の法律関係そのものを争い、給付または確認を請求するものと解される。土地収用に伴う損失補償金の増額請求（収用133条）などがその典型である。ところが、多くの学説（杉本・解説23頁、南編・条解154頁以下〔確井〕）が

形式的当事者訴訟のなかに含めている特許無効審判等の審決に対する取消訴訟（特許178条・179条）では、請求は審決（処分）の取消しであり、訴訟物はしたがって審決の違法性の存否であり、ただ、被告が審判に現れた当事者とされることだけが抗告訴訟と異なることになる。同訴訟について、訴訟物は抗告訴訟であるが訴訟形態（訴訟当事者）において当事者訴訟であるとの説明（豊水・前掲行政法講座(3)170頁）があるが、当事者訴訟は給付・確認・形成の訴えに限られ、特許審判訴訟は抗告訴訟そのものとする学説もある（金子芳雄＝広岡隆＝山本徳栄編『行政法(7)』（法学書院、1975年）515-516頁〔高林克巳〕）。抗告訴訟と当事者訴訟のいずれに該当するかで条文の適用関係が異なるが、下級審では抗告訴訟の一種とするもの（東京高判平3.7.30判時1402号110頁）と当事者訴訟とするもの（東京高判平2.10.29判時1385号119頁、同平1.4.26判時1316号119頁）とがあり、最高裁（最判平4.4.28民集46巻4号245頁）は同訴訟に本法33条の適用があるとするもののいずれ訴訟であるかには言及していない（同判決の園部裁判官の補足意見は、典型取消訴訟と異なるが形式的当事者訴訟とも性格を異にするとする。なお、塩野・行政法II234頁は「沿革的、形式的には」形式的当事者訴訟であるが、法の解釈・運用においては「抗告訴訟の実質」を考慮すべきであるとする）。

また、「形式的」に当事者訴訟とされるということの意味についても、学説・判例は様々な理解を示している。処分・裁決の効力を争う当事者訴訟において、処分・裁決の取消しまたは変更を請求しないまま現在の法律関係について給付請求を行うことができるかどうかには争いがある。土地収用法133条による増額（減額）補償請求訴訟においても、まず収用委員会の裁決の取消請求が必要であるとする形成訴訟説によれば、当事者訴訟をあわせて提起できるにすぎず、取消訴訟の排他的管轄が維持され、取消し・変更請求が訴えに示されなければ却下される（高松高判昭50.12.24行集35巻12号2333頁、東京地判平2.3.7行集41巻3号379頁。この立場は実務家に多い。豊水・前掲行政法講座(3)174頁、村上敬一「損失補償関係訴訟の諸問題」新実務民訴講座(10)151頁、戸田達徳「公用負担関係事件の審理における二、三の問題」新実務民訴講座(10)105頁）。これに対して、同法に基づく請求は、裁決の取消しを要することなく増額（減額）の請求を認めたものとする給付（確認）訴訟説（下山・補償法329頁以下、塩野・演習行政法193頁、塩野・行政法II233頁）および増額請求の訴えは裁決の取消請求も含むものとする併有説（藤井典「損失補償の訴えに関する若干の問題」判タ243号〔1970年〕42頁、渡部吉隆「行政訴訟における被

告適格、被告の変更」実務民訴講座(8)57頁、南編・条解157頁〔碓井〕も同旨か)がある。現在の判例の多数は、給付訴訟または併有説により、取消請求を不要とする(名古屋高判昭52.8.18判時873号26頁、大阪地判平4.6.26判タ793号98頁。なお同大阪地判の控訴審である大阪高判平6.11.29行集45巻10=11号1900頁も同旨であるが、上告審である最判平11.1.22判例自治203号77頁は原判決を維持したのみで特にこの点について言及していない)。本法により処分について一般的に取消訴訟の排他的管轄が導入されたことが立法政策によるものであれば、個別法で当事者訴訟によることとするのも立法政策として十分可能であり(雄川・争訟法54頁)、その意味でも給付訴訟説が妥当といえる。なお、増額請求を「形式的」当事者訴訟ではなく当事者訴訟そのものとする学説(塩野・行政法Ⅱ233頁、下山・前掲329頁以下)があり、それは取消訴訟が必ずしも排他的でないことを示唆するものであるが、本法上の取消訴訟の排他的管轄を排除するためには個別法による「形式的」当事者訴訟化を要するのが現行法の仕組みであろう。

(2) 形式的当事者訴訟の具体例

土地収用法は公共事業のための土地の強制使用・収用に伴う損失補償額の裁決に対する不服は起業者または損失補償を受ける者を被告として提起すべきことを定めている(同法133条)。同法は、また、起業者による測量・公共事業の廃止等に伴う損失補償について別に収用委員会への裁決の申請手続を定めるとともに出訴期間および管轄裁判所について特別の規定をおく(94条以下)が、同法133条2項により当事者が被告とされる。海岸法12条の2・19条、都市計画法28条3項、土地地区画整理事業法73条3項、河川法22条5項、道路法69条3項などは、いずれもこの土地収用法94条(または同条2項)により損失補償について裁決の申請ができるのみ定めるが、その場合も同法133条の適用があり、当事者を被告とすべきものと解される(南編・条解159頁〔碓井〕)。公有水面埋立に伴う水利権等の補償についても当事者を被告にすべきこととされている(公水44条)。

行政規制によって生じた損失の補償額に関する行政庁の決定に対する増額請求について、国や地方公共団体を被告とすべきことを定めているものに、文化財保護法41条、港湾法41条4項、自然公園法53条、漁業法39条7項・8項、自衛隊法105条9項・10項などがある。

事業者の公益活動により土地等に生じた損失の補償に関する行政庁の裁決・裁定を不服とする訴えについて、当事者を被告とすべきことを定めているものに、

航空法49条6項・7項、道路運送法69条、鉄道事業法22条、電気事業法31条・62条・63条、ガス事業法45条、電気通信事業法82条などがある。

事業活動(権利)の調整のための行政庁の命令のうち事業者(権利者)間の費用負担に関する不服の訴えについて、事業者(権利者)の一方を被告として提起すべきことを定めているものに、電気事業法33条、電気通信事業法39条、鉱業法97条、河川法42条5項・6項などがある。

特許実施権等の対価に関する裁定に対する訴訟(特許183条・184条。これらの規定を準用するものとして、実用新案48条、意匠60条)や著作物利用の補償金に関する裁定に対する訴訟(著作権72条)も、当事者間で争うべきものとされている。

個別の法令が形式的当事者訴訟とする理由については、原処分が対立する当事者の参加する審理でなされた(特許訴訟)ことや当事者間の財産上の紛争で行政庁の関与が必要ない(損失補償)ことなどがあげられている(豊水・前掲行政法講座(3)174頁、南編・注釈65頁〔園部=藤原〕)。たしかに、公用負担に伴う損失補償に関する事例以外は、実質的な対立当事者である私人に訴訟を迫行させる趣旨の立法例にとどまっている。立法論としては、当事者訴訟が取消訴訟よりも適切な救済方法である場合として、税務や社会保障分野なども想定することができる。

処分等について個別法により当事者訴訟が法定されても、必ずしも取消訴訟が排除されることにならないが、被告を法律関係の当事者と限定する各法令の規定からは当事者訴訟が排他的な訴訟とされたと解するほかない。

5 公法上の確認訴訟

(1) 2004年改正の趣旨

実質的当事者訴訟の請求類型としては、民事訴訟の例により、給付、確認、形成の各訴えがありうる。このうち、形成の訴えについては特別の法律の規定が必要であり、3条2項および3項が定める処分取消訴訟および裁決取消訴訟は一面において形成訴訟の例といえるが、法により抗告訴訟とされているため当事者訴訟から除外される。給付の訴えとしては、不当利得返還請求や給与等支払請求などがあり、処分の効力の有無が争点となる場合には、処分が無効であることが前提となる。

本条は、2004年改正で実質的当事者訴訟の例として特に確認訴訟を明定することとなった。確認の訴えといっても、処分の存否、効力の有無、行政庁における処分の作為・不作為の義務の存否等の確認を求める訴えは、いずれも処分に関わ

る訴えとして3条により抗告訴訟とされているため、当事者訴訟からは除かれる。また、処分存否や効力の有無そのものではなく、処分によって確認・形成される法律関係(権利・義務)の確認の訴えは当事者訴訟として認められるが、処分の効力の否認を前提としてなされる訴えでは、給付の訴えと同様、処分が無効であることが前提となる。このような留保があるとはいえ、公法上の確認訴訟は、特に明文の規定をまつまでもなく、3にあげた例が示すように、これまでも各種の訴えがなされてきたところであり、2004年改正が特にこれを明文で実質的当事者訴訟の例として示したことの意味が問われる。

立法の趣旨としては、行政訴訟検討会(「行政訴訟制度の見直しのための考え方」2004年1月6日)が示した「取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済することが困難な局面への対応」を図るため「確認訴訟を活用する」という改正の立場に依拠して、「国民の実効的救済の途を拡大」あるいは「裁判的救済の可能性を拡大」するところにあるとする者が多い(橋本・解説91頁以下など)。たしかに、改正にあたっては、各方面から行政事件訴訟の新しい手続の提案が相次ぎ、確認訴訟の定めはそれらの提案を吸収する形で立法化された事情がある。改正は、その意味で、行政機関の行為によって不利益を受けながら、当該行為の処分性が認められないため抗告訴訟によって争えないとされてきた事案について、当事者訴訟に誘導しようとしたものといえる。ただ、もともと可能であった訴訟類型について法改正で明文の規定においても、利用可能であることが「確認的に明示」されたにすぎず(小早川・高橋編・詳解108頁(黒川哲志))、裁判的救済の可能性が拡大することにならない。いわゆる処分性は処分取消訴訟を選択するからこそ訴訟要件として問題となるのであって、処分性が認められないものについては、給付または確認の当事者訴訟または民事訴訟を選択することで回避できる。その意味で、改正は当然ともいえる訴訟選択の途を明確化したにすぎないといえる。

しかし、確認訴訟特有の事情を考慮する必要がある。民事訴訟において確認訴訟は学説・判例を通じて確立してきたものであり、民事訴訟法そのものにこれを一般的に定めた規定はなく(民訴134条参照)、確認の対象や確認の利益なども1970年代に以降に次第に緩和されてきたところである(高橋宏志『重点講義民事訴訟法(新版)』[有斐閣、2000年]311頁以下、松尾卓憲「確認の利益」民事訴訟法の争点(3版)126頁)。行政事件訴訟法が、このような確認訴訟を一般的な訴訟類型

として明文で定めた意義は小さくない。特に、確認訴訟の訴えの利益についての判断が安定性を欠くところから、民事法上に訴えの利益を認める特別の規定がおかれることもあるが、これらの明文規定がない場合でも確認の利益が認められるべきであるとされている(新堂・新民訴法254頁)。改正法が一般的な例示的规定であれ確認訴訟に明文で言及したことは、行政事件についても確認の利益を広く解すべきことを促すものであるが、それは行政事件訴訟あるいは公法上の当事者訴訟であることのゆえに立法政策的に拡張されたわけではなく、確認訴訟一般の民事訴訟法理に適合的であるかぎりにおいてこの拡張が肯定される(塩野宏「行政訴訟改革の動向」法曹時報56巻3号(2004年)12頁)。

改正に伴うもう一つの問題は、確認訴訟を公法上の当事者訴訟として例示したことを公法・私法二分論の復活とみる立場があることである(高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号(2004年)19頁)。後述(8 当事者訴訟の存在理由)のとおり学説によってほとんど否定されてきた公法上の当事者訴訟について本条が確認的に新たに訴訟類型を明示してその活用を促しているためであり、また、確認訴訟の運用において少なくとも公法関係と私法関係の区別があらためて問題となるとの指摘もある(小早川・高橋編・詳解10頁(小早川光郎))。公法関係確認訴訟は、立法の経緯からは、処分性が認められない行政の権力的行為ないしこれに準じた特定の類型の行為に着目して、これらの行為そのものを争う訴え(抗告訴訟)によるのではなく、それによって脅かされる法律関係の確認の訴えを通じて国民の権利・法的位置の安定を図ることが想定されている。違法な行政立法(法規命令・通達)や行政計画によって権利義務に変更がないことの確認を求めるというのが一般的なパターンである。そこでは、権利義務が訴訟物であっても、実質的な争点は行政立法や行政計画の違法性ないし効力の有無にある。この点は、取消訴訟と同様であり、処分取消訴訟は処分の違法性を理由にその効力を取り消す判決を求めるものであり、公法関係と私法関係の区別を前提として必要としない。確認訴訟も、行政機関の当該行為の違法・無効を理由として法律関係の確認を求めるものであり、出訴期間および公定力という制限の働かない行政の行為について、取消訴訟に準じた救済機能を果たすものである。すなわち、国民の権利に影響を生じはするが処分性が認められない行政特有の諸行為にかかわる確認の訴えであることが認められれば、本条に基づく確認訴訟に該当するといえるのであって、それ以上に、確認の対象たる法律関係が公法関係か私法関係のい

ずれであるかの判断を必要としない（同旨、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商法雑誌130巻4・5号〔2004年〕11頁）。改正の意図は、もっぱら処分以外の行政に特有な行為に関する訴えの活性化を図ることにあり、公法上の当事者訴訟という行政訴訟類型および公法関係の語が維持されたが、公法・私法二分論の問題には手をつけなかったといえる（塩野・前掲民商法雑誌3頁は、今回の改正全体が学説に対しては中立的であるとする）。

（2）確認の訴えの対象

民事訴訟理論では、確認の対象は訴えの利益の一つとされるが、公法上の当事者訴訟特有の問題があるところから、ここで取り上げることとし、その他の訴えの利益は後述する（6 当事者訴訟の訴訟手続と訴訟要件参照）。確認の対象は、通常、現在の法律関係ないし権利となる。そして、処分の存否・効力の有無に関わる確認の訴えが抗告訴訟に属することは、1962年の行政事件訴訟法制定時に決着がついている。ただし、処分が無効であるとき、処分の無効確認の訴えは抗告訴訟であるが、処分の無効を前提とする法律関係・権利義務の確認を求める訴えまたは給付の訴えは当事者訴訟（または民事訴訟）と解されている。

2004年改正で明定された公法上の確認訴訟については、立法趣旨からは、国民の権利が行政の行為（非処分）によって脅かされているときに、自己の権利の確認または義務の不存在確認を求めることが想定されている（前掲・行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」、同「今後の検討のためのたたき台」第2（3）③④、小林・行訴法204頁参照。改正後の確認の訴えの対象については、中川丈久「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〕24頁以下が詳しい）。そのような行政の行為とは、法規命令、行政計画、通達、行政指導などである。行政機関の法規命令だけでなく、法律を違憲として薬局営業の権利の確認の訴えを適法とした判例が改正前からあり（前掲大阪高判9.3.18訟月44巻6号910頁、最判昭41.7.20民集20巻6号1217頁）、改正後では、公選法を違憲として在外日本人の次回の総選挙における小選挙区選挙等について投票できる地位の確認の訴えを本条に基づき適法としたうえ請求を認容した判例（最大判平17.9.14判時1908号36頁）がある。行政計画の場合、処分性が認められるものについては抗告訴訟で争うことになり、処分性が認められない土地区画整理事業計画や都市計画制限などが確認訴訟の対象になりうる（計画の処分性については、行訴法3条の解説〔岡村〕参照）。通達については、たとえば法令解釈を変更した通達によって

事業者の活動に一定の制約が生じる場合に、義務不存在確認の訴えがありうる（取消訴訟で争われて不適法とされた墓地埋葬法解釈通達事件で、権利確認または義務不存在確認訴訟で争うのがその例である）。行政指導についても同様であり、一定の作為・不作為を指導された場合に、その作為・不作為義務の不存在確認を求めるということになる（その他、これまでの判例の見直しについて参照、塩野・行政法II 238頁、高木・前掲論文18頁）。もっとも、行政計画、通達および行政指導の場合には、それぞれ抽象性、内部性または任意性を理由に処分性が否定されてきたところであり、確認訴訟では訴えの利益、特に紛争の成熟性としてあらためて問題となる（次項（3）参照）。

確認訴訟の対象は、民事訴訟理論によっても、原則として現在の法律関係ないし権利であるとされているが、「それによって生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求める必要がある場合」（最判昭45.7.15民集24巻7号861頁）には、過去の基本的な法律関係（法律行為の効力など）や事実関係も対象になりうる（新堂・新民訴法253頁など）。公法上の確認訴訟においても、場合によって、直裁に行政立法や行政計画、行政指導などの行政がした過去の行為そのものの違法・無効の確認の訴えが認められることは2004年改正において射程におかれていたことであり（塩野・前掲法曹時報12頁）、解釈としてもこれを肯定的に解するものが多い（橋本・解説90頁、小早川・高橋編・詳解110頁〔黒川〕、高木・前掲論文。消極的に解するものとして参照、座談会「新行政事件訴訟法の解釈」判タ1147号〔2004年〕38頁〔市村陽典発言〕）。たとえば、法令に基づかず要綱等による地方公共団体の補助金不交付決定については、処分性を拡張する説や給付の訴えを認めるべきとする説があるとはいえ、処分性が認められる国の補助金等に比してこれまでのところ効果的な救済手段が確定していないとき、要綱に基づき申請できる地位または平等権等を侵すものとして、不交付決定の違法確認の訴えを認めることが適切であるといえる（前田雅子「行政作用と行政訴訟改革」ジュリスト1277号〔2004年〕34頁、橋本・解説89頁参照）。この場合、確認訴訟は訴訟物において取消訴訟に近づき、処分性の認められない行政の行為について取消訴訟の代替物として機能し、しかも出訴期間の制限や公定力を伴うことがない。そうすると、場合によっては処分性の範囲をあえて拡張して取消訴訟で争おうとする必要がなく、確認訴訟によって十分かつ有効な救済が得られるといえ、処分性判断について新しい視角をもたらす可能性がある。もっとも、そ

行政事件訴訟法

これは確認訴訟が今後どのように定着するかにかかっているものであって、法令に基づく一方的法行為であっても公定力や出訴期間の制限を要せず取消訴訟の排他的管轄を強制する必要のない行為（公証、通知、勧告など）について、判例が処分性を認めるものを含めて取消訴訟の対象から除外すべきであるとの解釈（たとえば、高木・前掲論文参照。そこであげられている判例のほか、病院開設中止勧告に処分性を認めた最判平17.7.15判時1909号25頁も再検討の対象になる）は、非処分の行政の行為について違法確認訴訟が定着してはじめて説得力をもつ。

もう一つの問題は、本条の訴えと民事訴訟との関係である。水道料金を定める条例を給水契約の約款にすぎないとして民事訴訟による無効確認の訴えを適法とした裁判例がある（甲府地判平13.11.27判時1768号38頁）が、本条が確認訴訟を例示した趣旨からは、法律関係が公法関係であるか私法関係であるかにかかわらず、条例の無効確認は本条に基づく訴えが優先するとの解釈もありうる。他方、行政の行為を契機として私人間の紛争が生じる場合には、事案の解決として最も適切な訴えが選択される。たとえば、通達の取消訴訟が却下された墓地埋葬法解釈通達事件では、国を被告として埋葬・納骨の拒否権（義務の不存在）の確認または通達の違法の確認を求める本条の訴えとともに、埋葬・納骨を求める墓地の権利者を被告にして通達の違法を理由に拒否権（または債務不存在）の確認を求める訴えが可能である。後者の訴えは私人間の権利義務関係を訴訟物とするものであり民事訴訟に該当し、場合によってはより直截的な解決方法となりうるが、埋葬・納骨拒否に対する刑事制裁や監督処分を防止する効果はなく、他方、前者の訴えの認容判決には第三者効がないため墓地の権利者に対抗することができず、紛争の局面に応じて訴えを選択する必要がある（なお、墓地の使用権者が改宗したことが墓地埋葬法13条に定める埋葬等の拒否の「正当の理由」にならないことは、下級審ではおおよそ確定したものであり、使用権者との間の民事紛争で寺院が敗訴する例がほとんどである。たとえば、寺院側の墓地明渡請求を退けた仙台高判平7.11.27判時1565号115頁、権利者による妨害排除請求を認めた東京高判平12.5.16判時1713号53頁など）。

6 当事者訴訟の訴訟手続と訴訟要件

当事者訴訟の訴訟手続について、本法は39条ないし41条に若干の規定をおくのみである。すなわち、形式的当事者訴訟が提起された場合の裁判所による行政庁への通知（39条）、出訴期間の定めがある場合について、同期間を不変期間とす

ることおよび被告を誤った場合の救済に関する15条の準用（40条）、取消訴訟に関する規定のうち行政庁の訴訟参加（23条）・職権証拠調べ（24条）・行政庁等に対する判決の拘束力（33条1項）・訴訟費用の裁判の効力（35条）・関連請求との関係における訴訟の移送（13条）および訴えの併合（16条～19条）の準用を定めている。これらの定めのほか、訴訟手続の基本的な部分は民事訴訟の例による（7条）。本法に定めるこれらの各手続については該当条文の解説によることとし、ここでは訴訟要件だけを取り上げる。

（1）対象事件の性質（訴訟類型の選択）

（ア）抗告訴訟との関係

訴えが処分・裁決の効力を争うものであるとき、取消訴訟の排他的管轄により当事者訴訟は原則として不適法とされる（航空行政権を理由に航空機の飛行差止請求を不適法とした大阪高判平12.2.29判例自治203号43頁もある）。ただ、処分等の無効を主張するときは、取消訴訟の排他的管轄は及ばず、当事者訴訟が適法となる。学生・公務員に対する懲戒処分の無効を理由とする地位確認等の訴え（現業公務員に対する不利益処分が不当労働行為によるものであるときは、無効を主張する場合でなくても当事者訴訟ができるとする学説や裁判例〔東京地判昭45.12.26行集21巻11＝12号1473頁〕もあるが、最高裁は不服申立て前置を要しないとするとどめている〔最判昭49.7.19民集28巻5号897頁〕）、課税処分の無効を理由とする不当利得返還請求がその例である。処分の無効を主張するとき無効確認訴訟との選択が問題となりうるが、本法36条からは当事者訴訟が優先する。

当事者訴訟が適法となるのは、係争法律関係に処分が関わっていない場合（退職手当請求について鳥取地判昭31.7.26下民集7巻7号2033頁、自己の所有地が河川区域に該当しないことの確認請求について高松高判昭63.3.23行集39巻3＝4号181頁、改訂高速料金債務不存在確認訴訟について東京地判平4.8.27行集43巻8＝9号1087頁、長期勤続医師による条例に基づく宅地給付請求権存在確認請求について長野地判平10.2.13判タ995号180頁）のほか、処分が関わっていても係争法律関係にその効力が及ばない場合（源泉徴収の納税告知確定後の受給者による支払者に対する金銭支払請求を適法とする最判昭45.12.24民集24巻13号2243頁）や処分の前提である法律関係が消滅している場合（還付金の充当に対して還付請求が可能であるとする最判平6.4.19判時1513号94頁）などである。

現在の権利義務を争う当事者訴訟が内容的に将来の処分の作為・不作為を求め

るものであるとき不適法とされることが多いが、訴訟選択ではなく訴えの利益を理由とすることが多い（後述(3)参照）。

当事者訴訟の余地があるとして提起された無名抗告訴訟を不適法とした裁判例（廃棄物処理施設設置権確認請求について長野地判平5.5.20判例自治128号103頁）がある一方、抗告訴訟を裁判所が当事者訴訟と善解して適法とするものがある（土地改良区における役員選挙無効確認訴訟を当事者訴訟として適法とした前掲京都市地判4.6.29、国に対する在日韓国・朝鮮人地方参政権確認請求について大阪地判平9.5.28判タ956号163頁）。

(イ) 民事訴訟との関係

民事訴訟との区別を重視すべきでないとする立場からは、民事訴訟と当事者訴訟の選択を誤って訴えを提起してもこれを不適法とすべきではないことになる（南編・条解164頁〔碓井〕）。ただ、その場合でも、原告の選択のままとするのか、裁判所が職権で適切と判断する訴訟として審理するのか、また、上級審で訴訟選択が誤っているとされた場合に、差し戻すべきか、それとも適切な訴訟類型に変更して自判できるかという問題もある。

裁判例には、開発協定による負担金にかかる不当利得返還請求について、実体法の問題として協定が公法契約か私法契約かを論じながら、訴訟手続の適否をまったく問題にしていないもの（千葉地判平1.1.25判時1333号94頁、東京高判平1.10.31判時1333号91頁）や、当事者訴訟に関する特別の手続に実際上の意味がなく、またそれによらないことで被告行政側に特段の不利益がないことなどを理由として民事訴訟である損害賠償請求への当事者訴訟と解される損失補償請求の追加的併合を適法とするもの（名古屋地判昭60.10.31判時1175号3頁）などでは、民事訴訟との差異は相対的に理解されているといえるが、損害賠償請求（福岡高判昭63.5.26判時1474号74頁）や借地権確認請求（東京地判平1.10.30訟月36巻5号39頁）など私法上の請求への損失補償請求の併合を不適法とする裁判例は民事訴訟との選択を厳格に解しているといえる。

(ウ) 他の訴訟手続や法定手続との関係

その他の訴訟手続との関係では、死刑執行受忍義務不存在確認請求は刑訴法所定の手続で争うべきもので許されないとする判例がある（最判昭36.12.5民集15巻11号2662頁）。また、権利主張につき行政上の手続が法定されている場合も、当事者訴訟が制限されることがある（納税申告に過誤があるとき、更正の請求なしに

申告の無効を主張するためには申告に明白かつ重大な瑕疵があることを要するとする福岡地判昭59.9.28判時1149号96頁）。

(2) 当事者適格

原告適格については、取消訴訟のような特別の制限（行訴9条）はなく、民事訴訟の例による。被告適格も基本的に同様であり、行政体（国・公共団体等）など当事者適格を有する者を被告としなければならない（札幌地決平3.3.18判タ773号102頁。行政庁を抗告訴訟の被告とした旧法下では被告適格を誤る事例が少なくなかった。たとえば、知事を被告とする河川区域でないことの確認の訴えを不適法とした最判平1.7.4判時1336号86頁＝横川川事件、運輸大臣を被告とする国営空港の供用差止訴訟を不適法とした東京地判平4.3.18行集43巻3号418頁）。

2004年改正によって明示的規定がおかれた公法上の確認訴訟も同様であり、権利の確認や義務の不存在確認訴訟のほか、行政立法や行政指導の違法確認訴訟においても、行政体を被告とすべきである。行政上の法律関係における権利や義務については、民事法的な意味での相手方が存在しないことがある。自由権の確認を求める場合や自由権制約として法令上に課せられた義務の不存在確認を求める場合がそうである。法律の定め、国の行政機関がした行政立法や行政計画（それらの解釈を含む）および行政指導などを不服として権利（義務）の確認（不存在確認）の訴えでは国が被告となる（前掲東京地判昭37.10.24、前掲大阪地判平9.5.28、長野地判平5.5.20判例自治128号103頁）が、地方公共団体がこれらの行為をした場合には、国の法令に基づく権利・義務に関しては国が被告になり、条例に基づくものに関しては地方公共団体が被告になる。

ただ、本条前段の形式的当事者訴訟として提起される土地収用法133条に基づく損失補償請求のうち、市長・知事など行政庁を執行者として行われる事業については、行政庁を被告とすべきとする裁判例（鹿児島地判昭45.6.4訟月16巻10号1191頁、名古屋地判昭45.7.14行集21巻7＝8号1024頁）、行政体を被告とする説（村上・前掲新実務民訴講座⑩153頁、矢野・前掲新実務民訴講座⑩103頁。裁判例は東京地判昭47.2.29行集23巻2＝3号69頁など多数）、さらに行政庁と行政体（費用負担者）のいずれを被告としてもよいとする説（下出義明「損失補償に関する訴における訴訟上の諸問題」実務民訴講座⑨37頁、南編・条解158頁〔碓井〕。戦前に大判昭51.1.29民集9巻78頁がこの立場をとり、戦後も名古屋高判昭51.11.30判時857号71頁、広島高松江支判昭49.7.31行集25巻7号1039頁が同旨である）があった。このような混乱の原

因は土地収用法上の「起業者」の規定の不明確さにある（南編・条解158頁〔確井〕）ともされるが、本条の趣旨からも（前掲東京地判昭47.2.29）行政体を被告とすることで解釈を統一すべきであり、誤って行政庁を被告とした訴えについては被告の変更で対応すべきである（前掲札幌地決平3.3.18は出訴期間のある当事者訴訟に準用される本法15条により被告の変更を認める）。ただ、この点は、2004年改正で抗告訴訟についても行政体を被告とすることで解釈上の疑義が生ずることはなくなった。

（3）訴えの利益

当事者訴訟のうち、給付の訴えではほとんど問題にならないが、確認の訴えについては確認の利益が、民事訴訟と同様に訴訟の適法要件として必要とされる。確認の対象は無限に存在することから、特に裁判を必要とする紛争の現実性や確認判決による救済の有効性などが問われるためである（新堂・新民訴訟法249頁）。確認の利益は、対象選択の適否、紛争の現実性（即時確定の必要性）、訴訟選択の適否、被告適格の適否などの視点から判断される（新堂・新民訴訟法249頁）が、対象選択および当事者適格はすでに述べたので、以下では、その他の論点を取り上げる。

（ア）紛争の現実性 紛争の現実性について、公法上の確認訴訟においては将来の処分との関係で特に厳格に解されることがある。通達によって命ぜられた勤務評定（自己評価の記載）義務の不存在確認訴訟について訴えの利益を欠くとした判例（長野勤評事件＝最判昭47.11.30民集26巻9号1746頁）は、不利益処分が確実であって、しかも処分に対して「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」でないかぎり、義務の存否の確定を求める法律上の利益は認められないとしている。同判決の論理は、確認の利益というより2004年改正前の無名抗告訴訟の許容性についてのものであり、そのことは、同旨の論理から河川法に基づく監督処分の差止めの訴えとともに河川区域でないことの確認の訴えについても不適法とした判例（前掲横川川事件＝最判平1.7.4。ただし当事者訴訟としては被告適格に誤りがあるとともに、無名抗告訴訟と併合提起された事件であり確認の利益に関する先例的意義は乏しい）においてさらに明確である（同旨の裁判例として、生徒の校内集会参加義務不存在確認の訴えを不適法とした神戸地判平9.7.14判例自治171号77頁がある）。このように、確認訴訟が処分の義務付け訴訟または差

止め訴訟の代替的機能を果たすものとみなされるかぎり、訴えの利益は厳格なものとならざるをえず、同改正で確認訴訟を明定したことの意味が発揮されないおそれがある。実際、法規命令や通達、行政指導および行政計画を違法として義務不存在の確認を求める訴えの多くは、義務違反を理由とする将来の不利益処分や刑事訴追から免れることをその利益としているからである。

上記の判例のうち、長野勤評事件は、他方で自己評価の記載をしなかったとしても不利益処分が行われることが確実でないとしていたが、もともと一定の義務の不存在確認は将来の不利益処分のありうる要件の一部を否定するにすぎず、不利益処分そのものを差し止める効果はない。訴えの利益として将来の不利益処分を免れることを原告もあげているが、不利益処分以前に行政（同事件では人事権者）によって法的地位を脅かされているかどうかが問われるべきであった（通達が保護されるべき相手方の法的地位を脅かすものであるかどうかは訴えの利益に関する実質的な論点であったことは、最高裁判決そのものが示唆するところである）。横川川事件についていえば、河川区域であるか否かの確認は行政庁の第一次的判断をまつまでもなく司法的判断が可能であり、河川区域に該当しないことが確認されることで将来の監督処分を免れるとしても、それは法律上当然の帰結であって、行政庁の第一次的判断権を侵すものではない（薬事法改正後に薬局開設の権利の確認を求める訴えが事前に処分の適否を争うものではないとしたものとして、前掲東京地判昭37.10.24）。いずれも無名抗告訴訟にとられすぎた判断である。

2004年改正で確認訴訟の活用が予定されている法規命令、行政計画、通達および行政指導については、それぞれ抽象性、内部性、任意性から処分性が消極に解されてきた。「直接かつ具体的に権利・義務を形成・確認する」ことが処分性判断の基準とされてきたためである。しかし、確認訴訟においては、紛争の成熟性といっても被告が原告の地位に不安を与えている、すなわち被告が原告の法的地位を否認したり、その地位と相容れない地位を主張したりする場合で足りると解されている（新堂・新民訴訟法256頁）。取消訴訟における処分のように権利義務の変動を生じている必要がなく、権利・法的地位に不安を生じることで足りる（中川・前掲論文16頁以下は、公法上の確認訴訟について、不利益処分からの解放を確認の利益として重視する）。これまでも、法令改正によって既存の事業者の営業の自由が制約を受けるとき（前掲東京地判昭37.10.24）、公選法および地方自治法により外国人が選挙人名簿への登録が妨げられているとき（前掲大阪地判平9.5.28）、市

が一般廃棄物処理計画で特定のダストボックスのみからのごみ収集を定めるとき（前掲東京地判平6.9.9）、それぞれ訴えの利益が認められている。2004年改正の趣旨からは、長野勤評事件では、通達が自己評価の記載を命じたことが原告らの内心の自由を脅かすとははいえないことで判決の結論が維持される可能性があるが、横川川事件では、所有権に対する制限を取り除くために自己の土地が河川区域に該当するか否かの確認を求める利益があるものと解すべきである（参照、同事件第1審である高知地判昭59.4.26行集35巻4号559頁）。

（イ）訴訟選択の適否 その補充的性質から、他の給付または形成の訴えが可能な場合には原則として確認訴訟が認められないことは民事訴訟におけると同様であるが、公法上の確認訴訟では、形成訴訟である取消訴訟その他の抗告訴訟（行訴3条）との優劣関係が問題となる。処分に関する排他的（優先的）訴訟と解されている取消訴訟（行訴法3条の解説〔岡村〕参照）との関係では、改正に伴い確認訴訟の対象の拡大が予想されるなかで、取消訴訟との並行提起の可能性に言及する学説（橋本・解説88頁）もあるが、訴訟物における同一性（確認の対象となる法律関係を争点の一つとする場合を含む）が認められるかぎりにおいて、公法上の確認訴訟は不適法とされる。たとえば、区域外の小学校への修学を拒否した処分について取消訴訟とともに提起された慣習法上の修学権の確認訴訟の訴えの利益は認められない（福岡高判平6.3.7判タ859号136頁。同種事案として、福岡高判平1.7.18判タ721号139頁）。処分無効確認訴訟（行訴3条4項）に対しては、後続処分等を予防する利益が認められる場合を除き、「現在の法律関係に関する訴え」として本条に基づく確認訴訟が優先すると解される（行訴36条参照）が、抗告訴訟とされる処分無効確認訴訟も実質において当事者訴訟としての確認訴訟と変わるところがないといえ、具体的な事案について救済手段としての優劣が判断されるべきである。2004年改正によって明文化された処分の義務付け訴訟（非申請型）および差止訴訟については、いずれも「重大な損害を生ずるおそれ」と「他に適当な方法」がないことが訴えの要件とされている（行訴37条の2第1項、37条の4第1項、行訴法37条の2～4の解説〔深澤龍一郎〕参照）。確認訴訟は、将来の処分との関係では、行政庁の判断の一要素である法律関係または事実関係を対象にするのに対し、処分そのものの義務付け訴訟または差止訴訟では他の要素を含めた総合的な判断が必要であるため、確認訴訟とは訴訟物を異にするといえ、また、訴えの利益が認められるかぎり一般的には確認訴訟の提起がより容易である（両者

の選択を柔軟に解すべきであるとするものとして、橋本・解説88頁、高木・前掲論文18頁。なお、改正前に確認訴訟が可能であることを理由に無名抗告訴訟を不適法としたものとして、長野地判平5.5.20判例自治128号103頁）。申請に対する利益処分の不作為に対しては抗告訴訟として不作為違法確認訴訟（行訴3条5項）と義務付け訴訟（申請型。行訴37条の3）があり、処分の不作為のみで訴えの提起が可能であるため、処分要件の一部である法律関係の確認の訴えを選択する合理性はみあたらないが、原告適格が申請者に限定されているところから、第三者による確認訴訟が考えられないわけではない。

そのほか、訴訟間の選択ではなく、他の有効な紛争解決手段との関係で確認の利益が否定された事例もある。行政体である土地区画整理組合が被告の所有地が施行地区内に属することの確認を求める訴えは、同組合が事業上に必要な行政処分を行う権限を有するため特段の事情がないかぎり訴えの利益が認められない（東京高判平2.6.28判時1356号85頁）。

（4）裁判管轄

当事者訴訟についての裁判管轄は本法では特に定めがなく、行政事件訴訟すべてに共通する簡易裁判所および地方裁判所支部の管轄の除外（裁33条1項1号、地方裁判所及家庭裁判所支部設置規則1条2項。行訴法12条の解説〔村松勲〕参照）のほか、民事訴訟の例によって土地管轄と事物管轄が決定されることになる。ただし、本条前段の形式的当事者訴訟については、法令が特別の管轄を定める場合がある（土地管轄につき、収用94条9項、東京高等裁判所の特別管轄につき、特許178条1項など）。なお、当事者訴訟と取消訴訟が関連請求（行訴13条）として併合提起される場合の土地管轄について、学説は民事訴訟法7条（旧21条）によりいずれかの管轄権を有する裁判所とするが（杉本・解説47頁、南編・注釈360頁〔園部＝藤原〕）、取消訴訟について管轄権を有する裁判所のみが管轄権を有するとする裁判例もある（東京地判昭55.7.11行集31巻7号1486頁）。

7 当事者訴訟と仮の救済

本法44条は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については民事保全法……に規定する仮処分をすることができない」と定めている。44条は7条の特則であり、行政庁の処分を仮処分の「対象とすることができない」ことは、行政事件訴訟および争点訴訟を含む民事訴訟のすべてに及ぶ。すなわち、処分に対して民事保全法に基づき仮処分を求めることは、44条の規定をまつまでもなく、

本法が執行停止制度を含めて制度化した取消訴訟の排他的管轄に反することになる。他方、無効の処分については取消訴訟の排他的管轄は及ばず、7条の「民事訴訟の例による」ことからすれば、民事保全法による仮処分も活用できることとなる。しかし、本法は、無効確認訴訟についても取消訴訟の執行停止制度を準用することとして（行訴38条3項）、無効の処分であっても直接これを争う場合は仮処分をすることが制限されるとともに、さらに44条によって、処分の無効が争われる他の訴訟手続、すなわち処分の無効を前提とする民事訴訟や当事者訴訟、および単独の仮処分申請についても仮処分を排除することとしたものである。

この結果、処分を無効として争う訴訟において、無効確認訴訟には執行停止制度があるにもかかわらず、他の訴訟の場合には仮処分に代わる仮の救済制度がまったくないことになる。しかし、無効確認訴訟に執行停止制度が準用されたのは処分そのものを直接争うためであり、他の訴訟において処分そのものではなく現在の権利義務関係が争われるとき、そこで主張される現在の権利の保全を求める仮処分は44条によって制限されないと解することもできる。

すなわち、処分の効力そのものを否定する仮処分（禁止命令に対する自由な地位を定める命令、人や物の留置に対する退所・返還の命令）、処分の執行・後行手続の阻止を内容とするもの（課税処分に基づく徴収の差止め）、処分を義務づけるもの（申請認容処分や第三者に対する規制処分の命令）、処分を義務づけこれにより形成されるべき法律関係を原因とするもの（補助金申請拒否処分に対する仮の支払命令）は、いずれも処分自体を否定するまたは義務づける仮処分であり、44条により申し立てることができない（杉本・解説139頁、南編・条解898頁以下〔横山匡輝〕）。

他方、処分そのものに対してではなく、処分の無効主張を前提に、現在の権利義務関係を原因としてなされる仮処分の申立ては44条によって妨げられない。たとえば、懲戒処分の無効を前提にする公務員・学生の地位・身分の保全命令や生活保護費・年金の減額処分の無効を前提にする支払命令などは適法と解される（塩野・行政法Ⅱ206頁は、無効確認訴訟における執行停止と同程度の仮処分は排除されていないとする）。

なお、学説には、処分が無効であるとき、処分そのものに対しても仮処分を求めうとする説（今村成和「執行停止と仮処分」行政法講座(3)323頁、利光大「仮の救済」行政法大系(5)219頁・231頁、南編・条解169頁〔碓井〕。兼子仁「無効等確認訴訟の範囲」公法研究26号〔1964年〕171頁は無効と当然無効を区別して、後者に限定し

て肯定する）がある。

仮処分の申立てにおいては、「権利又は権利関係」について疎明する必要がある（民保13条）ため処分の無効主張に「理由がないとみえるとき」（行訴25条3項）は認められず、また、「債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがある」ことを要し（民保23条1項）、また、行政側は仮処分により行政目的上「償うことができない損害を生ずるおそれがある」ことを主張して対抗することができる（民保27条1項）など、その要件は無効確認訴訟の執行停止とそれほどかわりがないといえる。いずれにせよ、無効を主張して仮の救済が認められる事例はごく例外的でしかないが、同じく処分の無効を主張しながら、無効確認訴訟と他の訴訟手続で仮の救済の対象（内容）と手続が異なる現行制度は、不自然といえる。

民事保全法に基づく仮処分は、本法の執行停止の申立てと異なり本案訴訟を要しないため、裁判例でも仮処分申請のみで民事訴訟（争点訴訟を含む）または当事者訴訟としての本案がない事例がほとんどである。そして、仮処分の可否は、申請された仮処分が行政庁の処分（公権力の行使）に及ぼす影響により判断されている。したがって、仮処分申請とは別に本案の訴えがあったとしても、それが民事訴訟か当事者訴訟のどちらかであるかは、仮処分の可否とそもそも無関係であり、裁判例においてこのことが論じられることはほとんどない。もっとも係争の法律関係が公法関係（＝当事者訴訟）と私法関係（＝民事訴訟）のどちらであるかは問題となりうる。本法制定後の初期の裁判例には、実体法上の公法と私法の区別により仮処分の可否を論じたものがある。現業国家公務員の勤務関係の労働契約関係との同質性から時間外勤務命令の処分性を否定して同命令の禁止を求める仮処分を適法としたもの（静岡地浜松支決昭48.1.6訟月19巻3号1頁）、学校教諭の勤務関係は私法上・労働法上の規律を受けるとして仮処分を適法としたもの（静岡地判昭39.11.30行集15巻11号2158頁）などがあり、逆に、勤務関係に国家公務員法等の適用があることを理由に不適法としたもの（東京高判昭48.1.23判時696号231頁など）がある。ただ、その場合でも、実体的な公法と私法の区別はもっぱら行政庁の行為について処分性を判断するために論じられているにすぎない。

このため、学説の多くは争点訴訟と当事者訴訟を区別することなく仮処分の適否を論じている。ただ、本案訴訟が当事者訴訟である場合には、仮処分を適用すべきでなく執行停止の制度が準用されるべきであるとの見解もある（園部・注解

66頁（鈴木）など）。裁判例にも、退学処分に対する地位確認の当事者訴訟を本案としてなされた処分の効力の執行停止申立てを無効確認訴訟に準じて適法としたもの（高知地決平4.3.23判タ805号66頁。ただし、積極要件のみについて判断のうえ申立てを却下）がある。しかし、当事者訴訟について仮処分を排除することには疑問があり、同事案では地位保全を求める仮処分も可能であるとの学説も有力である（参照、塩野・行政法II208頁。詳細については、行訴法44条の解説〔村上博〕参照）。

8 当事者訴訟の存在理由

本法が当事者訴訟という行政事件訴訟の類型を定めたことについて、従来から強い疑問が示されてきた。一つは、当事者訴訟に関する本法上の規定が乏しく、抗告訴訟と民事訴訟のいずれとも区別されるべき訴訟類型としての独自性に欠け、これを維持する実益のないことである（塩野・行政法II235頁以下）。より強い批判は公法と私法の区別を否定する学説によって、訴訟手続としての当事者訴訟の存在が実体法における公法と私法の区別を前提とするのみならず、その区別を支える制度上の根拠となっていることに向けられてきた（原田尚彦「行政訴訟総説」行政法大系(4)116頁以下）。実際、裁判例の多くは現在もなお、訴えが当事者訴訟に該当するか否かを、争われている法律関係が公法関係であるかどうかによって判断するものの、公法関係であるとされ訴訟が当事者訴訟であるとされても、実体法上の差異についてはほとんど有意義なものがないのが原状である。結局、当事者訴訟か民事訴訟かを判断するために、公法関係か私法関係を区別しているにすぎない。当事者と裁判所は無意味な判断を強いられているのであり、実体法上に公法と私法の区別する意義のないとき、本条にもかかわらず、公法上の当事者訴訟という概念を厳密に確定する意義はないと説かれている（塩野・行政法II236頁）。

ただ、解釈論として無視することができるのは本条後段のいわゆる実質的当事者訴訟であり、前段の形式的当事者訴訟はなおも維持せざるをえない。形式的当事者訴訟は、個別法令によって、処分を争うためには処分取消訴訟によらず現在の権利義務関係そのものを争うべきこととされたものである。したがって、どのような処分についての紛争を当事者訴訟として争わせるかは立法政策によるのであって、解釈論の対象ではない。それでも、現在の形式的当事者訴訟とされた事例は極めて限定的であることは指摘されてよい。本法を維持しながらも、国民の権利救済の実効性を高め、また裁判所の司法審査を活性化するうえで、より広範な処分に関する紛争について当事者訴訟の手続を個別法によって導入すべきこと

は、本法の解釈論として指摘することができる。租税や社会保障（年金、労働災害補償）分野は訴訟件数も多いが、取消訴訟のみによって終局的な解決を図ることはできず、行政の裁量的な判断がほとんどないことからしても、税額確定訴訟や給付訴訟が適切な訴訟形式である（遠藤・スケッチ115頁参照）。また、法定当事者訴訟を導入しても、処分に関する一般的な訴訟として、訴訟提起の容易さや事件の斉一的解決の機能を有する取消訴訟を排除する必要はなく、出訴期間等の制限を共通化したうえで、訴訟形式の選択を認めるなどの方策も、本法をそのまま維持したうえ個別法によって可能である。その意味で、形式当事者訴訟については、解釈論としてなお存在理由が認められよう。

上に述べたのは、処分に対する司法審査を裁判所の審判権が制限された取消訴訟から解放するという意味であって、民事訴訟で解決できる（すべき）事件をことさらに当事者訴訟の対象としようとするものではない。ただ、この方向の主張も、ときに「当事者訴訟活用論」として説かれている（園部逸夫「グレイ・ゾーンと行政訴訟」季刊実務民事法4号〔1984年〕20頁、園部編・注解65頁〔鈴木〕など）。それは、伝統的な意味での行政行為や即時強制を超えて処分性が拡大し、したがって抗告訴訟の対象もまた拡張されることに対して、処分性と抗告訴訟の守備範囲の両者を限定し、公益判断や行政過程上の考慮が必要な事件を管轄する受け皿として実質的当事者訴訟を構想するものである。その際、訴訟手続の差異に応じて係争事件にとって適切な訴訟形式を決定すべきであるとするため、これまで軽視されてきた当事者訴訟特有の若干の特例があらためて注目されることになる。

活用論でいわれている処分概念の拡張は、一方で、形式的行政処分論を念頭に置くが（高木光「事実行為と行政訴訟」〔有斐閣、1988年〕72頁以下・278頁以下）、同論は一部の裁判例や学説において説かれたものの、いずれにおいても支配的となることなかった。他方で、大阪空港訴訟最高裁判決以来の公権力行使観念の拡張による民事訴訟の排除への対応としても説かれた（園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」新実務民訴講座(9)22頁以下）が、これに対しては、新たな類型の無名抗告訴訟によって対応すべきとする見解（塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」新実務民訴講座(9)142頁）があるとともに、判例自体が、国道43号線事件最高裁判決に示されるように民事訴訟の可能性も部分的に認めつつある。むしろ、同説を手続的機能説とする評価（室井編・基本法コンメンコ民法214頁〔中西〕）にもかかわらず、活用論では、当事者訴訟の管轄を係争法律関係の非私法的特色（新しい公法関係）

によって導くことになり（園部編・注解66頁〔鈴木〕）、その意味では、本法制定当初の学説上のドグマであった公法と私法の区別論に基づいて制度化されたものとされる当事者訴訟について、その存在自体を根拠にしてあらためて実体公法の構築を説くことになる（この点を批判するものとして、塩野・行政法II236頁以下。そのほか活用論を批判するものとして、遠藤・スケッチ21頁、阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」季刊実務民法6号〔1984年〕6頁以下、原田尚彦「行政訴訟類型の多様化論争」法学教室52号〔1985年〕47頁）。

2004年改正は確認訴訟を公法上の当事者訴訟として例示する規定をおくことで、公法上の当事者訴訟（実質的当事者訴訟）を訴訟類型として維持したが、そのことが必ずしも公法と私法の区別論の復活という意味をもたないことはすでに指摘した。たしかに、行政上の紛争については民事事件と異なる実体法および救済手続上の特質があり、右の改正をめぐる様々な立法論において民事訴訟理論の限界が指摘され行政特有の訴訟手続構想が提案されてきたところである。改正が、訴訟類型については、結果として若干の抗告訴訟類型の追加と確認訴訟の明示的規定をおくにとどまったことからすれば、行政特有の訴訟類型を追い求めるのではなく、抗告訴訟（取消訴訟ではない）の排他的管轄論や無名抗告訴訟論的な司法審査限界論など行政事件訴訟法の解釈論そのものが維持してきた過剰な行政法の独自性論から解放されるべきである。そのうえで、行政に特有な実体法や手続構造に関する解釈論を、変化しつつある民事訴訟理論とあらためて調和的に深化させることで、効果的な救済の現実的な拡大が期待される。

〔浜川 清〕

（民衆訴訟）

第5条 この法律において「民衆訴訟」とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう。

1 本条の趣旨

本条は、民衆訴訟の定義を定めたものである。旧行政事件訴訟特例法には、民衆訴訟についての定めはなかったが、本法では、行政事件訴訟の類型を明らかにするため、抗告訴訟、当事者訴訟および機関訴訟と並ぶ一つの訴訟類型として、

民衆訴訟が定められた（2条）。しかし、この民衆訴訟の訴訟類型の意味については、つとに「民衆訴訟という独立かつ排他的な訴訟類型があるのではな」く（園部編・注解72頁〔園部逸夫〕、「抗告訴訟のうち取消訴訟、無効（無効に限られる）確認訴訟及び当事者訴訟について、訴訟の対象に関する一般概括主義と原告適格について特例を認めたものにすぎず（43条）、行政事件訴訟法の体系的区分ではない」（同書13頁）という理解があったところである。

本条は、民衆訴訟の定義を定めたものにすぎず、これによって民衆訴訟を一般的に許容する趣旨ではない。本法42条が訴えの提起について定めており、さらに同43条が抗告訴訟または当事者訴訟に関する規定の準用について定めている。

2 民衆訴訟の性質

民衆訴訟の呼称は、「民衆的訴訟」（美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1930年）180頁、田中・法理41頁）などと称されてきたことに由来する。民衆訴訟は、そもそもローマ法の *actio popularis* に由来し、諸外国で実定法化されている *Popularklage*、*action populaire* などと呼ばれる訴訟に相当する。これらは、文字どおり、民衆の誰もが提起しうる訴訟の意味で使われてきたが、必ずしも民衆一般に無限定に出訴権が認められるわけではなく、出訴権の範囲はしばしば立法政策によって限定される。本法42条では、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」という限定が付されている。

本条では、「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう」と規定される。したがって、民衆訴訟は、「当事者間の具体的な権利義務に関する紛争であって、法律の適用によって解決されるべき」（雄川・争訟法49頁）「法律上の争訟」（裁3条）には該当せず、「その他法律において特に定める権限」規定（同条）に基づき、特に法律が定めた場合に限って裁判所の権限に属することになる。このような「法律上の争訟」に当たらない訴訟で、国または公共団体の機関の行為について、行政法規の適用に関する適正の確保と客観法的秩序を維持する目的、または一般公共の利益の保護を目的とする特殊な訴訟は、一般に、客観訴訟と呼ばれる（「非主観的訴訟」のほうが適切とするものがある。小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室158号〔1993年〕98頁）。抗告訴訟および当事者訴訟が、「法律上の争訟」にかかる訴訟で、個人の権利利益の保護救済を目的とするという意味で主観訴訟と呼ばれるのに対する概念である。このような