

当事者訴訟の歴史的展開

春日 修

目次

- 1 はじめに
- 2 明治憲法下における講学上の「当事者訴訟」
- 3 行政事件訴訟特例法における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」
- 4 行政事件訴訟法における「公法上の法律関係に関する訴訟」の実定法化
- 5 2004年行訴法改正以前における実質的当事者訴訟不要論の定着
- 6 2004年行訴法改正における確認訴訟（当事者訴訟）活用論
- 7 おわりに

1 はじめに

2004年（平成16年）の行政事件訴訟法改正において、4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の」という文言が挿入された。その「立法意思は、抗告訴訟の直接の対象とならない行政の行為（通達や行政指導など）を契機として国民と行政主体との間で紛争が生じた場合を想定し、その法律関係・権利義務関係について、確認の利益が認められるような場合に、行政事件訴訟法上の当事者訴訟としての確認訴訟が活用できることを明らかにする」⁽¹⁾とあるとされた。2005年4月1日の施行から半年も経ない9月に、衆議院議員選挙小選挙区等において、在外邦人に選挙権行使が認められなかったことの適否を確認訴訟で争うことを認め、次の選挙において在外選挙人名簿に登録されていることに基づき小選挙区等

(1) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂，2004年）84～85頁。他に、小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務，2004年）203頁、高木光『行政訴訟論』（有斐閣，2005年）79頁なども参照。

において投票をすることができる地位にあることを確認した最高裁平成17年9月14日判決（民集59巻7号2087頁）が出され、その後、最高裁や下級審で、確認訴訟（当事者訴訟）にかかる裁判例が少なからず積み重ねられてきた。

筆者はこれらの裁判例を整理検討して、2004年行訴法改正以降、確認訴訟（当事者訴訟）がいかなる場面で利用されているかを明らかにした論考を公にした⁽²⁾。その際、当事者訴訟がどのような経緯で法定化され、2004年以前はほとんど利用されなかったのはなぜなのかという《歴史的側面》についても明らかにする必要があるのではないかと考えるに至った。本稿は、このような問題意識に基づき、2004年行訴法改正以前の当事者訴訟の歴史的展開につき検討することを意図したものである⁽³⁾。

その前提として、本稿における《当事者訴訟》が何を指しているのか、確認しておこう。行訴法4条は「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」と規定している。このうち、前段は《形式的当事者訴訟》と呼ばれるもので、本来は取消訴訟で争うべき行政処分の内容を当事者訴訟の形式で争う「例外的な訴訟形式であって……当事者訴訟の中、理論的に中心的な意味を持つ」のは、後段の「公法上の法律関係に関する訴訟」である⁽⁴⁾。

この「公法上の法律関係に関する訴訟」という言葉を文字通りにとれば、

(2) 春日修「確認訴訟（当事者訴訟）の利用場面と確認の利益」愛知大学法学部法経論集199号（2014年）109頁以下。

(3) 当事者訴訟の歴史的展開に関する近年の先行研究としては、中川丈久「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史—学説史の素描」行政法研究9号（2015年）1頁以下があり、本稿もこれに多くを負っている。中川論文が、当事者訴訟の概念やこれに関する学説の展開に焦点をあてたものであるのに対して、本稿は、行訴法の立法経緯や2004年改正行訴法立案における《行訴法4条後段の訴訟》の扱いに焦点をあてたものである点で異なる。

(4) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）393頁。

「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」たる抗告訴訟も、これに含まれると解することができる。①まさにこのような意味、すなわち、《主観訴訟たる行政訴訟全体》の意味で《当事者訴訟》という言葉が用いられることもある⁽⁵⁾。

他方、②行訴法4条後段における「公法上の法律関係に関する訴訟」とは、①の意味における《主観訴訟たる行政訴訟全体》から抗告訴訟（と形式的

- (5) 例えば、「ある行政処分不服をもつ者……は、行訴法三条二項以下の法定抗告訴訟と実質的に同じ請求の趣旨（つまり同じ内容の救済が得られる判決本文）の訴えを、行訴法四条の定義に従った当事者訴訟としても構成することができ、かつ、いずれであっても本案審理（裁量審査、判断基準時を含む）に違いない……。それゆえ抗告訴訟とは、理論的には、『公権力の行使に関する不服』（行訴法三条一項）という紛争を取り扱う当事者訴訟に、行訴法が、抗告訴訟という別名を付しているだけ」であるという見方（中川丈久「行政訴訟の基本構造(1)―抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について―」民商法雑誌150巻1号(2014年)3頁）がこれにあたる。他に、黒川哲志「公法上の当事者訴訟の守備範囲」芝池古稀記念『行政法理論の探求』所収（有斐閣、2016年）も「被告適格が行政主体に統一された結果、抗告訴訟も主観的な法的利益を巡って原告と行政主体とが争う当事者訴訟になった」（419頁）とした上で、「民事訴訟の中で公法上の法律関係に関するものが公法上の当事者訴訟となり、公法上の当事者訴訟の中で公権力の行使に関する不服の性質を有するものが抗告訴訟になる構造（民事訴訟と公法上の当事者訴訟と抗告訴訟）(423頁)であるとしている。
- (6) 実質的当事者訴訟は「広く『公法上の法律関係に関する訴訟』とされているが、もとより、行政庁の公権力の行使の効果そのものを争うものは、別に抗告訴訟としてここから除かれることは言うまでもない」（藤田前掲注(4)・398頁）。『公法上の法律関係に関する訴訟』という表現は、文字通りには、『行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟』たる抗告訴訟を包含するようにも見えるが、「同法の用語法がそうでないことは明らかであって、抗告訴訟は当事者訴訟の概念から除かれることになる」（小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎他編『現代行政法大系4 行政争訟Ⅰ』（有斐閣・1983年）所収162頁）。「現行法の組立てからみて、4条後段の当事者訴訟は文字どおり『公法上の法律関係』に関する訴訟すべてではなく、そこから『公権力の行使に関する不服の訴訟』を控除した残りであることが確認できる」（高木前掲注(1)・140頁）。この他、雄川一郎『行政争訟の理論』（有斐閣、1986年）245頁、鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎他編『現代行政法体系5 行政争訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）所収80頁もこの趣旨をいう。

当事者訴訟の定義には《対等》という言葉が用いられることもある。例えば、原田尚彦『行政法要論 全訂第7版 [補訂2版]』（2013年）378頁は、当事者訴訟を「権利主体が対等な立場で権利関係を争う」ものとしている。しかし、抗告訴訟でも、裁判手続における原告と被告は対等であり、したがって、当事者訴訟における対等性とは、「行政処分以外の法律関係に関するものは対等性を有すると考えられてきたもの」と解さざるを得ない（園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』〔鈴木庸夫〕（1989年、有斐閣）64頁）。だとすると、《対等》という言葉を用いた当事者訴訟の定義も、行政訴訟から《対等ではない行政処分》にかかる訴えを除外したものということになる。

当事者訴訟)を除いたものを指すという捉え方⁽⁶⁾もあり,このような行訴法4条後段の訴訟は《実質的当事者訴訟》《公法上の当事者訴訟》と呼ばれる。2004年行訴法改正時の《確認訴訟活用論》は,「抗告訴訟の直接の対象とならない行政の行為」にかかる権利侵害の救済についてのものであるから,②の意味における《実質的当事者訴訟》としての確認訴訟であり,本稿における検討対象も,この《実質的当事者訴訟》である。

2 明治憲法下における講学上の「当事者訴訟」

2-1 美濃部学説における当事者訴訟

行政訴訟の類型としての当事者訴訟の概念は,明治憲法下においても認められていたといわれる⁽⁷⁾。美濃部達吉は,行政訴訟のうち,「争の目的となるものが,結局に於いて行政行為の当否に在る場合には,これを抗告訴訟(……)と称する」のに対し,「争の目的となるものが,結局に於いて二の権利主体相互の間の公法関係の存在又は形成に関する争である場合には,これを当事者訴訟(……)と称する」(引用部分の旧字体については新字体に改めた。以下同様)としている⁽⁸⁾。

しかし,明治憲法下における当事者訴訟は,講学上の概念に過ぎず,実定法的には,抗告訴訟のみが存在していた。すなわち,「唯わが国法上は当事者訴訟の性格を有するものでも,其の前審として先ず行政庁の裁決を申請せしめ,其の裁決に不服のある場合に初めて行政訴訟を提起することを得せしめるもので,形式上は其の裁決に対する抗告訴訟の形を取らしめ,裁決庁を以つて其の被告と為し,真に争の相手方たる権利主体は,訴訟手続上には当事者たるものではないから,性質上当事者訴訟たるものでも形式上は普通の抗告訴訟と区別せられず,唯其の実質に依つてのみ両者を区

(7) 例えば,豊水道祐「当事者訴訟」田中二郎他編『行政法講座 第3巻』(1965年)179頁。中川前掲注(3)・4頁も参照。

(8) 美濃部達吉『日本行政法上巻』(有斐閣,1936年)892,894頁。

別し得るに止まる」⁽⁹⁾ものに過ぎなかった。

そして、このような〈当事者訴訟の実質を有する抗告訴訟〉として、(a) 確認訴訟＝「現に存立せる権利義務の範囲が争はれて居る場合に、其の権利義務の確認を求むるが為にする訴訟」と、(b) 形成訴訟＝「権利範囲の確認を求むるが為にするものではなく、当事者間に於ける公法上の合意の不成立の場合に於いて、其の合意に代るべき判決を求むるが為にするもの」があり、前者としては「市町村の境界に関する争議」「行政区画の境界に係る道路の費用負担に関する争」「漁業権に関する争」があり、後者としては「鉱業の実施又は掘進に関する争」「鉱区と砂鉱区と重複する場合に於ける争」「土地収用又は使用に関する争」⁽¹⁰⁾があるとした。そして、このような訴訟が、通常の抗告訴訟と区別される所以は「行政訴訟の手續上の当事者としては、普通の抗告訴訟と同様に、裁決を為した行政庁を被告と為すべきものとして居るけれども、それは唯手續上の相手方たるに止まり、真に争い相手方たる者は別に存する」⁽¹¹⁾ところに求められた。

すなわち、美濃部は、

- (1)(a) 当事者（公共団体、私人）の間に公法上の法律関係に関する争いがある場合、または(b) 当事者間で法律関係の形成に必要な合意が成立しない場合において、
- (2) 一方の当事者からの裁決の申請に基づき、(a) 当事者間の紛争を裁断し、あるいは(b) 法律関係を形成する行政処分を経て、
- (3) それに対して不服のある当事者が、行政裁判所に抗告訴訟を提起して、これを争う

ものであるときに、この訴訟を当事者訴訟（＝当事者訴訟の実質を有する抗告訴訟）と呼んだのである。

美濃部学説における当事者訴訟が、《当事者》訴訟と呼ばれる所以は、

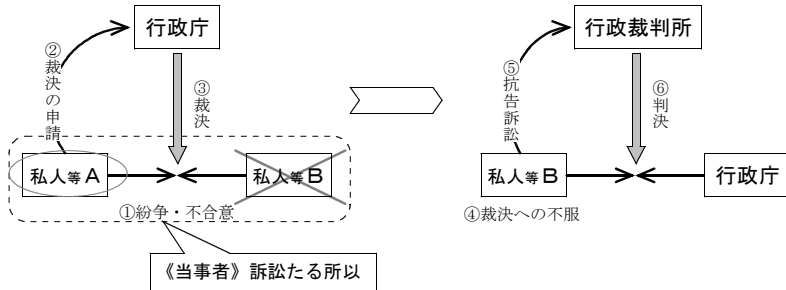
(9) 美濃部前掲注(8)・894頁。

(10) 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）182～185頁。

(11) 美濃部前掲注(10)・187頁。

(1)のレベルにおける《当事者》的性格にあった。

美濃部学説における《当事者訴訟》



2-2 形式的当事者訴訟との近似性

このような意味での当事者訴訟は、現在の形式的当事者訴訟に近似している。

(a) 当事者間の法律関係に関する紛争がある場合、一方の当事者による申請に基づく紛争裁断的行政処分を経て、それに不服のある当事者が提起する訴訟としては、漁業法（明治43年4月21日法律58号。以下、「旧漁業法」という。）54条に基づく訴訟があった。これは、「漁場ノ区域、漁業権若ハ入漁権ノ範圍又ハ漁業ノ方法ニ付漁業者ノ間に争アルトキ」に、裁決の申請を経て、その裁決に不服のある者が「違法ニ権利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」ることとされていたものである。

この訴訟は、現在の特許法123条所定の無効審判の審決取消訴訟に類似している。無効審判は、「自己が実施している技術（製品）に対して、特許権者から『特許権の侵害である』と警告を受けたり、侵害訴訟を提起されたりした場合」⁽¹²⁾に、利害関係人の請求に基づいて行われ、特許の有効無効についての審決がなされる。これに不服がある当事者は、同法178

(12) 特許庁『審判制度の概要（制度・運用編）』http://www.jpo.go.jp/torikumi/ibento/text/pdf/h26_jitsumusya_txt/09.pdf（2016年6月2日閲覧）81頁

条所定の審決等に関する訴えで争うこととなるが、特許無効審決等に対する訴えにおいては、「その審判……の請求人又は被請求人を被告としなければならない」（同法179条ただし書）こととされている。

旧漁業法上の訴訟が行政を相手とする抗告訴訟であり、現行特許法の訴訟が私人を相手とする当事者訴訟⁽¹³⁾かという違いはあるものの、①私人間の法的紛争—②当事者の申請に基づく紛争裁断の行政処分—③処分に不服がある当事者からの訴訟提起という枠組みは変わらない。

次に、(b)法律関係形成に要する当事者間の合意が得られない場合等に、一方の当事者による申請に基づき行われる法律関係形成的処分を経て、それに不服のある当事者が提起する訴訟としては、鉱業法（明治38年3月8日法律45号。以下、「旧鉱業法」という。）90条に基づく訴訟があった。旧鉱業法36条によれば、鉱業権者は隣接鉱区の鉱業権者の承諾があればその鉱区に掘進するために増区等の出願ができるものとされていた。そして、同法90条は承諾が得られない場合等は、行政へ承諾に代わる裁決の申請をすることができ、さらに、その裁決は違法であり、それにより権利を侵害されたとする者は、行政訴訟を提起することができるものとしていた。

旧鉱業法36条及び90条の流れを汲む規定が、現在の鉱業法（昭和25年12月20日法律289号。以下、「現鉱業法」という。）にも存在する。現鉱

(13)ただし、無効審判の審決取消訴訟については、形式的当事者訴訟ではなく、（相手方当事者を被告とする特殊な）取消訴訟（抗告訴訟）であるとの説がある。大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』（有斐閣、2003年）238頁以下は、抗告訴訟説と形式的当事者訴訟説を紹介し、論点を検討した上で、「形式的当事者訴訟説は、採るのが理論上困難であるのに対して、取消訴訟（抗告訴訟）説の方は、無効審判審決の取消訴訟の本質的性格に、より合致しており、格別の問題もなく、明確であると解される。ただし……形式的当事者訴訟説を採る論者も、結局は、その実質は抗告訴訟であるとしているのであるから、いずれの説を採るかで……特に差異を生ずるものではない」（248頁）としている。私人間の紛争裁断の行政処分の内容について、私人—行政間ではなく、私人（＝当事者）が原告被告となって争うという形式が問題になるので、これが（相手方当事者を被告とする特殊な）取消訴訟（抗告訴訟）であるとしても、本稿の論旨に特段の影響をあたえるものではない。

業法89条2項は「一般採掘権者は、同種の鉱床中に存する鉱物の採掘鉱区が隣接する場合において、鉱区の位置形状が鉱床の位置形状と相違し、その鉱区の位置形状を変更しなければその鉱床の完全な開発ができないときは」他の一般採掘権者に対し、鉱区相互の間に鉱区の増減の出願の協議をすることができるものとしている。そして、この協議が不調の場合、経済産業大臣の決定を申請することができ（同法90条）、これを受けて、大臣は一般採掘権の変更と対価並びにその支払の時期及び方法を内容とする決定をする（同法93条）。この「決定のうち対価について不服のある者は、その決定書の謄本の交付を受けた日から六箇月以内に、訴えをもつてその額の増減を請求することができ」（同97条1項）、その「訴えにおいては……決定の申請をした者又は当該一般採掘権者を被告とする」（同条2項）とされている。

これらは、①私人間の合意の不調—②一方の当事者の申請に基づく合意に代わる行政処分—③処分に不服がある当事者からの訴訟提起という枠組みにおいては同一である。ただし、現鉱業法では、合意に代わる決定のうち、一般採掘権変更そのものについては抗告訴訟で、対価等については形式的当事者訴訟で争うものとされているのに対して、旧鉱業法では、このいずれもが抗告訴訟で争われるという違いがあるのみである。

現行法において、私人の土地や権利等について、所有者等の同意なしに、国・公共団体・他の私人がこれを取得使用することを、行政処分によって認め、処分への不服のうち、財産の取得使用を認める部分については抗告訴訟で、補償金等の部分については形式的当事者訴訟⁽¹⁴⁾で、これを争うという制度が設けられていることは少なくない。その中で最もよく知られているのは土地収用における収用裁決とその補償額に関する訴訟であるが、これについては、明治憲法下においても、現在と同じく、収用裁決の〈収用〉部分は抗告訴訟で、〈補償金〉部分は起業者と土地所有者等の間の訴訟により争うという制度が採用されていた。土地収用法（明治33年3月7日法

律29号。以下「旧土地収用法」という。)は、収用裁決にかかる訴えにつき、「収用審査会ノ違法裁決ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」(同法81条1項)とする一方で、「収用審査会ノ裁決中補償金額ノ決定ニ対シテ不服アル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得」(同法82条1項)「前項ノ訴訟ハ収用審査会ニ対シテ之ヲ提起スルコトヲ得ス」とされ、さらに、「本法ノ規定ニ依リ通常裁判所ニ出訴ヲ許シタル事項ニ関シテハ……行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス」(同法81条3項)と規定していた。

つまり、〈収用〉部分を争う訴訟が行政裁判所における《行政訴訟》であったのに対し、〈補償金〉部分を争う訴訟は行政裁判所ではなく、通常裁判所で行うこととされていたのである。これは行政裁判法16条の「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」との規定の「損害要償」の中に、公法上の補償を含む趣旨と解されてきたため⁽¹⁵⁾だが、〈補償金〉部分を争う訴訟は通常裁判所の管轄とされたため、《行政訴訟》ではなく、《形式的民事訴訟》として把握されていた⁽¹⁶⁾。このような補償にかかる《形式的民事

(14) この種の形式的当事者訴訟は、①私人の申請に基づき、当該私人に他の私人の土地や権利等の使用を認める行政処分がなされた場合において、その補償金額等について不服のある当事者（収用等の申請者、収用等の対象物の所有者等）が、他方当事者を被告として補償金等の増減を求めて訴訟を提起する場合と、②行政処分により権利を剥奪制限された私人が、当該処分により定められる補償金等の額に不服がある場合、当該処分をした行政庁の所属する行政主体を被告として補償金の増額を求める訴訟を提起する場合に細分できる。①の例としては、本文に示した鉱業権の増区にかかる対価に関する訴訟、収用裁決中の補償額に関する訴訟の他、著作権者不明等の場合における著作物につき文化庁長官がする利用裁定（著作権法67条）における補償金の額についての訴え（同法72条）などがある。また、②の例としては、文化庁長官による国宝の修理等の施行（文化財保護法38条）の際に生じた損失の補償額についての同長官の決定（同法41条1項2項）に不服のある者が国を被告として提起する増額を求める訴え（同法41条）、経済産業大臣による鉱業権取消し（鉱業法53条）における損失補償について同大臣がする決定に不服のある者が国を被告として提起する増額を求める訴え（同法53条の2）などがある。自衛隊の訓練のための漁船の操業の制限禁止にかかる補償について防衛大臣がする決定への異議申出に対する決定にかかる増額請求の訴え（自衛隊法105条）も、②に属するものと考えていだろう。

(15) 美濃部前掲注(8)・1031頁。

(16) 明治憲法下における収用裁決の補償金に関する訴訟については「其の性質

訴訟》は、当時の鉱業法92条、森林法29条、同法55条、瓦斯事業法10条2項、同法17条3項、電気事業法10条2項、同法29条5項などにおいても認められていた。

2-3 臨時法制審議会答申「行政裁判法改正綱領」における当事者訴訟

明治憲法下において、当事者訴訟という言葉が実定法化されることはなかったが、行政裁判法改革論議⁽¹⁷⁾の中で、実定法化が検討されたことはあった。例えば、1928年（昭和3年）の臨時法制審議会答申「行政裁判法改正綱領」⁽¹⁸⁾は、行政訴訟を、(甲)抗告訴訟、(乙)当事者訴訟、(丙)先決問題ノ訴の3種に分け、さらに、当事者訴訟は、(A)「公共団体間ノ訴訟」と、(B)「当事者ノ一方又ハ双方ガ私人ナル場合ノ訴訟」からなるものとしていた。

このうち、(A)「公共団体間ノ訴訟」は、(a)「境界ニ関スル件」「租税賦課ノ割当ニ関スル件」などにつき「公共団体ノ間ニ争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト」、(b)「公法上ノ契約ニ付公共団体ノ間ニ争アルトキハ其ノ一方ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト」などとされた。

さらに、(B)「当事者ノ一方又ハ双方ガ私人ナル場合ノ訴訟」としては、(a)「行政庁ノ処分ニ依リ設定スル公法上ノ権利ノ有無又ハ範圍ニ付争アルトキハ関係者ハ裁決ヲ申請シ其ノ裁決ニ不服アル者ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト」、(b)「土地ノ収用又ハ使用ニ関スル件」「公法上ノ損失補償ニ関スル件但シ法律ヲ以テ司法裁判所ノ権限ニ属セシメタルモノヲ除ク」などにつき「関係者間ニ協議調ハス

に於いては、行政事件であるが、我が国法はこれを行政裁判所の権限から除いて……形式上民事訴訟として通常裁判所に出訴し得べきものとして居る」(美濃部前掲注(8)・1031頁)ものとされていた。

(17) 明治憲法下における行政裁判制度の改革提案については、田中二郎『行政争訟の法理』(有斐閣、1954年)391頁以下を参照。

(18) 美濃部前掲注(10)・付録1～13頁に掲載。

又ハ協議ヲ為スコト能ハサル為法律勅令ニ依リ行政庁ノ裁定又ハ裁決ヲ申請シタル場合ニ於テ其ノ裁定又ハ裁決ニ不服アル者ハ相手方ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト」, (c)「公共組合ノ組合員トセラレ又ハ組合員ニ非ストセラレタル者之ヲ違法ナリトスルトキハ公共組合ヲ被告トシテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルコト」とされていた。

この案における当事者訴訟は

(1)(a) 当事者（公共団体，私人）の間に公法上の法律関係に関する争いがある場合，または(b) 当事者間で法律関係の形成に必要な合意が成立しない場合等において，

(2)(A) 公共団体間の場合には直接，(B) 当事者の一方又は双方が私人である場合には，原則として，一方からの裁決の申請に基づき，(a) 当事者間の紛争を裁断し，又は(b) 法律関係を形成する行政処分を経て，

(3) (裁決を経ている場合でも抗告訴訟ではなく) 当事者の一方が他方を被告とする訴えを，行政裁判所に提起して，これを争う

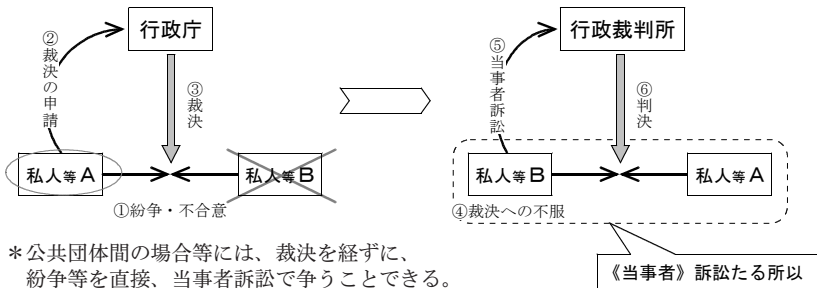
ものであるといえる。

この案と，先にみた当時の実定法上の制度を比べると，私人が一方の当事者である場合には，裁決の申請に基づく処分を経る点では同じであるが，その後の訴訟が，行政庁を被告とする抗告訴訟から，相手方当事者を被告とする訴訟に変更されている点で異なっている。立案に関与した美濃部は，このような制度変更の目的は「当事者訴訟を形式上に於いても一般の抗告訴訟と区別し……性質上の当事者訴訟は，訴訟手続上にも，裁決庁を被告と為さず，真に権利を争ふ所の当事者をして，其の原告及び被告の地位に立たしめようとする事」⁽¹⁹⁾にあるとしている。

(19) 美濃部前掲注(10)・付録63頁。

公共団体間が当事者となる場合は、裁決の申請一処分を経る必要がないことを考慮に入ると、行政裁判法改正綱領における当事者訴訟が、《当事者》訴訟と呼ばれる所以は、(3)のレベルにおける《当事者》的性格にあるといえよう。

行政裁判法改正綱領における当事者訴訟



*公共団体間の場合等には、裁決を経ずに、紛争等を直接、当事者訴訟で争うことができる。

2-4 小括

以上のように、明治憲法下における講学上の当事者訴訟も、立法化が検討された当事者訴訟も、(後者における公共団体間等の訴訟を除けば)、行政庁の処分を経て、その内容を(実定法上は抗告訴訟の形式で、「行政裁判法改正綱領」では当事者間の訴訟の形式で)争うものであって、現在の形式的当事者訴訟に類似するものであり、公法上の法律関係にかかる紛争につき、行政処分を経ることなく、当事者が直接裁判で争う訴訟(実質的当事者訴訟)は、実定法上は存在せず、「行政裁判法改正綱領」が公共団体間等の訴訟などにつき、このような訴訟を提言していたに留まる。

すなわち、戦前に「当事者訴訟」という言葉はあったが、それは行訴法における「公法上の法律関係に関する訴訟」(実質的当事者訴訟)とは全く異なったものだったのである。

3 行政事件訴訟特例法における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」

3-1 行政裁判法廃止と民事訴訟応急措置法の制定

太平洋戦争の敗戦により、日本国憲法が制定された。その76条1項が「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」、同条2項が「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」と、さらに、同32条が「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定したことで、司法裁判所とは別に行政権に属する行政裁判所が行政事件管轄権を有し、法令に行政裁判所に出訴を許された事項のみを審判することができるという列挙主義は、根本的な変革を迫られることとなった。

日本国憲法と同時に施行された裁判所法の附則で、行政裁判法は廃止されることとなった。これに代わる行政訴訟に関する一般法の立法化については、「憲法草案の発表の直後からその同時の施行をめざして……作業が開始された」ものの、「当時……立法化を担当した司法省の民事局が裁判所関係法に主力を集中した結果」、行政訴訟制度は後回しにされることとなった⁽²⁰⁾。日本国憲法施行時には、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」（民事訴訟応急措置法）8条に、「行政庁の違法な処分取消又は変更を求める訴は、他の法律……に特別の定のあるものを除いて、当事者がその処分があつたことを知つた日から六箇月以内に、これを提起しなければならない。但し、処分の日から三年を経過したときは、訴を提起することはできない」と定められるに止まった。

それでも、これらの改革により、行政訴訟の列記主義は撤廃され、公法上の法律関係に関する紛争についても、それが「法律上の争訟」に該当する限り、紛争の一方が原告となり、他方を被告として裁判所に対して訴訟

(20) 佐藤蘆「行政事件訴訟特例法の立法過程」鶴飼信成編『行政手続の研究』（有信堂、1961年）所収241頁。

を提起できるようになり、例えば「従来の制度の下においては、俸給請求権とか歳費請求権の如きは裁判所に出訴しえないものと考えられていたが、現行制度の下においては、国を相手方として、これを訴求しうるものと解すべきであろう」⁽²¹⁾とする理解が一般的になった⁽²²⁾。ここに、①法律の特別の規定がなくても、②公法上の法律関係についての紛争を、行政処分を経ることなく直接、裁判所で争う実質的当事者訴訟の可能性が一般に認められることとなったのである。

3-2 行政事件訴訟特例法における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」

日本国憲法の施行された1947年（昭和22年）5月3日の約1年後の、1948年（昭和23年）7月1日に行政事件訴訟特例法（以下、「行特法」という。）が制定され、同年7月15日に施行された。

行特法は、行政事件に関する民事訴訟の特例を定めるもので、わずか12条からなる短い法律である。その1条は「行政庁の違法な処分の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については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる」と規定している。すなわち、行特法は、行政事件を

- ①行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟、
- ②その他公法上の権利関係に関する訴訟、

(21) 田中前掲注(17)・29～30頁。

(22) ただし、美濃部達吉「新憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ通巻9号（1948年）14頁は、「新憲法の下に於いては裁判所法は『一切の法律上の争訟』に付き裁判所が其の裁判権を有するものとして居るのであつて、而も『行政庁の処分の取消又は変更の請求』は……地方裁判所が其の第一審裁判権を有することを明示し、且つ……民事訴訟法応急措置法に於いて行政庁の処分の取消又は変更の訴につき出訴期限を定めて居ることから見て、現行の国法に於いては事件の種類如何を問わず広く一切の行政処分に付き違法に権利を毀損せられたとする者は、法律に特別の規定ある場合その他其の取消又は変更を求むる為に地方裁判所に出訴し得べきことが認められて居ると解すべきである」としつつ、当事者訴訟については「特別の法律の定めある場合にのみ提起しうべきもので、一般的に其の提起を認めている規定は存在しない」（12頁）と解していた。

の2つからなるものとしており、①は講学上の抗告訴訟、②は講学上の当事者訴訟（＝当事者間における公法上の権利関係に関する訴訟）にほぼ相応するものとみなされていた。ただし、

「その他公法上の権利関係に関する訴訟」が「何を指すかは明瞭でない。その中に公法上の当事者訴訟が含まれ、或は主としてこれを指していることは略々確実であるが、その外の行政事件訴訟の形態をどう考えているのか明確でない。……本条の合理的な解釈としては、『その他公法上の権利関係に関する訴訟』を文字通り形式的に抗告訴訟以外の行政事件訴訟の包括的概念と解する外はない。」⁽²³⁾

『その他公法上の権利関係に関する訴訟』の意義及び範囲については、多少の疑義がある。『その他公法上の権利関係に関する訴訟』という観念が、抗告訴訟以外の公法上の権利関係に関する訴訟の一切を包含し、中でも対等の当事者間のいわゆる当事者訴訟を中心として考えていることは、疑いを容れない。⁽²⁴⁾

といわれていたように、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」と、講学上の当事者訴訟が完全に一致するとは考えられていなかった⁽²⁵⁾。

(23) 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣, 1957年) 55頁。なお、同書は、当事者訴訟を「優越的地位においてなされた行政権の作用の違法を主張してその是正を求めるのではなく、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」と定義している(53頁)。

(24) 田中二郎『行政法上巻』(有斐閣, 再版, 1961年) 317頁。なお、同書は当事者訴訟を「対等の当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟」と定義している(319頁)。

(25) 講学上の機関訴訟の位置づけについても、これは行特法における「公法上の権利関係に関する訴訟とやはり考えざるを得ない……。ただ機関訴訟の性質が、長が議会のした行為の効力を争うという意味での一種の抗告訴訟的性質を持つと考えられないこともない」(雄川一郎他『行政事件訴訟特例法逐条解説』(有斐閣, 1957年) [雄川一郎発言]・130頁) との見方がある一方で、機関訴訟は「違法な行政処分を取消変更を求める純粹の抗告訴訟とはいいいえず、また、『公法上の権利関係に関する訴訟』ともいい得ないのではないかと思われる」(田中前掲注(24)・318頁) との見方もあった。

なお、実定法上の概念と講学上の概念のずれは、「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟」と抗告訴訟とについてもみられる。例えば、雄川前掲注(23)は、「行政行為によって自己の権利を侵害されたとする者がこれを違法としてその取消変更を求める訴訟が、抗告訴訟の通常形態である。これを取消訴訟……ということもできる」とした上で、「抗告訴訟の系統に属するもので、いわばその変型ともいべき訴訟の類型」として、無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟をあげている(51～53頁)。

行特法は、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」については、訴願前置主義（2条）、被告適格（3条）、専属管轄（4条）、出訴期間（5条）、関連請求の併合（6条）、被告を誤った場合の救済（7条）、職権による訴訟参加（8条）、職権証拠調べ（9条）、執行停止命令（10条）、事情判決（11条）、判決の拘束力（12条）の規定を置き、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」については、このうち、職権による訴訟参加、職権証拠調べ、判決の拘束力の規定のみが適用されるものとしていた。

このように「その他公法上の権利関係に関する訴訟」は、行特法所定の若干の規定が適用されるに過ぎず、その手続は民事訴訟とほぼ変わらないものであった。実際、行特法の制定過程においても、当事者訴訟、あるいは、公法上の権利関係に関する訴訟といった訴訟形態は不要ではないかといった意見があり、これは「裏からいえば、抗告訴訟を行政訴訟特有の訴訟類型として民訴の特則によって設けることまでは理解承認できるが、当事者訴訟という一般の民事訴訟との区別限界もはっきりしない訴訟類型を特則的に設ける必要はないのではないか、さらにいえば、このような訴訟は一般民訴法どおりに処理してなんら不都合はないのではないかとする趣旨であった」⁽²⁶⁾のである。

しかし、当時は命脈を保っていた行政裁判所から、公法上の権利は公益の見地から権利者に認められたものであり、その行使についても私法上の見地のように権利者の任意に放棄が許されず、権利の行使が公益上要請される場合もあり、救済においてもこれと同様であって、「公法上の権利に関する訴訟は職権主義を根幹とする訴訟手続に依らなければならない」といった理由で「当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟に付ても……少くとも本法中訴訟参加、訴訟代理人、書面審理、公益弁護、職権審理、関係行政庁に対する判決の拘束力等に関する規定を適用するものとするを至

(26) 高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革4 司法改革』（東京大学出版会、1975年）所収305頁。

当と思ふ」⁽²⁷⁾との意見が述べられたこともあり、行特法に「その他公法上の権利関係に関する訴訟」という類型が設けられることとなった。

このような経緯をみると、「公法上の権利関係に関する訴訟」という制度については、私法とは異なる公法があるから、民事訴訟とは異なる「公法上の権利関係に関する訴訟」が必要であるという観念が先走り、その利用場面について具体的なイメージがない（あるいは、固まらない）ままで制度化されたように思われる。

3-3 「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の利用場面

行特法の制定過程において、「公法上の権利関係に関する訴訟」が民事訴訟と区別されるべき必然性のみならず、2つの訴訟の区別方法も、しっかりと詰められていなかった。そのため、行特法のもとで「公法上の権利関係に関する訴訟」の中心たる当事者訴訟と、民事訴訟との区別について

①訴訟物が公法上の権利関係か、私法上の権利関係かで区別すべき

例：公務員たる地位の確認訴訟は公法上の地位の確認なので当事者訴訟であり、所有権確認訴訟は、それが農地買収処分や収用裁決といった行政処分の無効を理由とするものであっても、民事訴訟

②訴訟物に加え、その前提である法律関係によっても区別すべき

例：農地買収処分や収用裁決といった行政処分の無効を理由とする所有権確認訴訟は、行政事件であり、当事者訴訟

という2つの見解が対立することとなった⁽²⁸⁾。

②の見解は「無効確認を求める訴訟と無効を理由とする不当利得に基く返還請求とか、所有権に基く返還請求とを一本にした形で争って来ると……これは純粹の民事事件だから、特例法は全然適用も類推適用もないと

(27) 「〔第二次〕行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案に対する行政裁判所の意見」内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過』(1959年～1961年)第4分冊(杉村章三郎他監修『日本立法資料全集』(信山社, 1997年)として複製)所収449頁。

(28) 豊水前掲注(7)・178頁。

言ってしまわないで、訴訟の実体に即して、特例法の規定を類推適用することを認めていいのではないか⁽²⁹⁾とか、当事者訴訟と民事訴訟の区別は「特例法の規律を適用することが争訟の処理にとって合理的であるか否かによって決せられなければならない……。請求において主張されている権利は私権（例えば所有権）であっても、それが行政権の主体としての国家に対する関係において主張されているとき、換言すれば、判決によって右の関係が確定されるべきときは、その請求は公法上の争訟と見なければならぬ⁽³⁰⁾」といった理由によるもので、後に行訴法における争点訴訟の制度化に結実することになる。

では、実務において、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」として扱われていたものとしては、どのようなものがあるのだろうか。「公務員の給料請求の訴、公法上の損失補償増減額請求の訴、行政処分の無効確認の訴」が「一応全国の裁判所で共通した取扱い⁽³¹⁾」であったという。

ただし、無効確認の訴えが「その他公法上の権利関係に関する訴訟」、ましてや「当事者訴訟」といえるかについては疑義がある。無効確認の訴えについては「戦後の早い時期から主として国籍関係事件および農地買収関係事件において、訴願を経由せず又は出訴期間経過後に、関係処分の無効の確認を求めるという形式の訴訟が多数提起され……下級審裁判例は、格別の論議を加えることもなく、当初からこのような訴訟形式を当然に許容されるものとして取り扱ってきた⁽³²⁾」といわれている。このような無効確認訴訟は「行政庁の違法な処分の取消し又は変更に係る訴訟」に含まれないのであるから、行特法においては「その他公法上の権利関係に関する訴訟」に該当するということになる。

しかし、無効確認訴訟が「その他公法上の権利関係に関する訴訟」にあ

(29) 雄川他前掲注(25)〔田中二郎発言〕・133頁。

(30) 雄川前掲注(23)・109～110頁。

(31) 雄川他前掲注(25)〔豊水道祐発言〕・26頁。

(32) 村上敬一「無効等確認の訴え」雄川一郎他編『現代行政法体系4 行政争訟Ⅰ』(有斐閣、1983年)所収279頁。

たるということの意味が「公法上の訴訟の一種というのであれば正当であるが、公法上の当事者訴訟の性質をもつというのであれば、それは行政行為の無効確認訴訟の本質を正しく捉えたものとは言い難い」のであって「基本的には抗告訴訟と同質の訴訟類型に属し、抗告訴訟に準ずる性質を有するものとするのが正当」であり、「抗告訴訟に関する規定は大体において準用を認めるべきであると同時に、無効確認訴訟の特殊の意義に照して若干の規定の準用を排除すべき」であって、「訴の提起の要件に関する規定(2条・5条)は準用されないが「当事者、管轄、審理等に関する規定(3条・4条・6条・7条)は、準用すべき」であり、「執行停止に関する10条の規定も準用すべきである」「事情判決に関する11条の規定は準用がない」⁽³³⁾とする説が唱えられるようになり、裁判例でも、次第にこのような説が支配的になっていった⁽³⁴⁾。

こうなると、無効確認訴訟は、行特法が「その他公法上の権利関係に関する訴訟」に適用するものと定めている規定を越えて、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」に関する規定の一部も準用される、特殊な「公法上の権利関係に関する訴訟」であるとみるのが妥当だということになる。このような見方によれば、無効等確認訴訟は「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」ではないから、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」であると単純にいえることもできず、まして講学上の「当事者訴訟」にあたるとはいえないことになる⁽³⁵⁾。

(33) 雄川前掲注(23)・90～92頁。

(34) 村上前掲注(32)・281頁。

(35) 村上前掲注(32)・282～283頁は、「行特法下における通説が無効確認訴訟を当事者訴訟と解していたとする記述はしばしばみられるが、そこにいる当事者訴訟とは行特法1条後段の訴訟のことにほかならず、必ずしも……現在の権利又は法律関係に関する訴訟を意味するとは限らない」という。ただし、注(5)のように、当事者訴訟を抗告訴訟も包含する概念であると解すれば、無効等確認訴訟も当事者訴訟にあたることになる。

3-4 小括

以上のように、日本国憲法の制定と行政裁判法の廃止により、公法上の法律関係につき、行政処分を経ることなく、裁判で直接これを争うという訴えが理論的に可能となり、行特法の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」という形で実定化されたものの、その利用場面や民事訴訟との相違については不明確なままであった。

行特法下における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の利用場面としては、①公務員の給与請求訴訟、②損失補償の増減額請求訴訟、③行政処分の無効確認訴訟があり、④訴訟物が私法上のものであっても、処分の無効を前提とする訴訟については、民事訴訟ではなく、行政訴訟（「その他公法上の権利関係に関する訴訟」）として扱うべきであるとする見解もあった。

ただし、②は、明治憲法下においても個別法に基づく〈形式的民事訴訟〉として認められていたものであり、行政裁判所の廃止による通常裁判所への一本化により、形式的当事者訴訟に転じたに過ぎない。③についても、これに適用される手続は行特法が「その他公法上の権利関係に関する訴訟」に適用すべきものと定めたものとは異なっており、抗告訴訟あるいはそれに類する訴訟とみなすべきものであった。④は行特法の下では通説となるにいたらず、後でみるように、行訴法においては、当事者訴訟とは分離されて争点訴訟として扱われることとなる。

したがって、行特法における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」で、後の《実質的当事者訴訟》に相応するものは、①の公務員の給与請求訴訟が残るに過ぎない。この種の訴訟は、これ以降一貫して、実質的当事者訴訟として扱われてきたものの、これを民事訴訟と区別して、実質的当事者訴訟として扱うことにどれほどの意味があるのか、疑問視されているものである⁽³⁶⁾。

(36) 後掲注(96)及び(97)とこれらに対応する本文参照。

このような《実績》(の乏しさ)にもかかわらず、行政事件訴訟法において「当事者訴訟」が法定化されることになるのである。

4 行政事件訴訟法における「公法上の法律関係に関する訴訟」の実定法化

4-1 行政事件訴訟法立案過程

行政事件特例法は、全文12条の簡単な法律であり、その運用の過程で多くの問題が発生したため、1955年(昭和30年)、法制審議会に行政訴訟制度の見直しが諮問された。審議会は行政訴訟部会を設置し、さらに、その中に小委員会・幹事会が設けられ、これらを実質的立案作業を担うこととなった⁽³⁷⁾。この作業は後に、行政事件訴訟法(1962年(昭和37年)5月16日制定、同年10月1日施行。以下、「行訴法」という。)に結実する。

小委員会の審議は合計57回に及び、これに5年10ヶ月を要している。これらは概ね

第1期(第1回～第14回)

当面の問題の全体的検討がなされ、これをもとにして幹事会で「行政事件訴訟特例法改正要綱試案」(以下、「第1次案」という。)が作成される。

第2期(第15回～第32回)

第1次案を基礎としてより突っ込んだ議論がなされ、第31回までの議論をもとに、「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第2次)」(以下、「第2次案」という。)が作成され、第32回での検討を踏まえて、「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第3次)」(以下、「第3次案」という。)が作成される。

第3期(第33回～第42回)

第3次案を基礎にした議論が約1年続けられる。

(37) 入江俊郎「行政事件訴訟法律案の経過」法律時報34巻10号(1962年)26頁。

第4期（第43回～第54回）

「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第3次案の整理案)」(以下、「第3次案整理案」という。)が作成され、これを基礎に議論を詰め最終的な要綱案にまとめ上げていく作業が行われ、「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(第4次案)」(以下、「第4次案」という。)を経て、「行政事件訴訟特例法改正要綱に関する報告書」中の「行政事件訴訟特例法改正要綱」(以下、「小委員会案」という。)が作成される。

第5期（第55回～第57回）

部会への報告の後、しばらくしてから3回だけ開催されたが、詳細は不明。

の5つの期にわけることができるという⁽³⁸⁾。

小委員会については、第1期から第3期については会議録が残され、後に刊行されており⁽³⁹⁾、第4期第5期については、「会議経過概要」が残されている⁽⁴⁰⁾のみだが、こちらも刊行されている。以下、これらをもとにして、行訴法の「当事者訴訟」にかかる規定が、どのような議論を踏まえて成立したものかを検討する。

4-2 第1次案における「当事者訴訟」

小委員会は、まず、第1回～第14回会議において、法務省訟務局の作成した「問題点の所在(1)」、幹事の作成した「問題点の所在(2)」「訴訟法改正の問題点」「抗告訴訟の問題点」を基礎として、行政上の不服申立てとの関係も含め、行政訴訟制度の全体的問題について検討した。議論の中

(38) 塩野宏「小委員会の審議過程」塩野宏編著『行政事件訴訟法(1) 日本立法資料全集5』(信山社, 1992年) 所収15～16頁。

(39) このうち、第1回から第25回までの会議録は塩野編著前掲注(38)に、第26回から第42回までの会議録は塩野編著『行政事件訴訟法(2) 日本立法資料全集6』(信山社, 1992年) に収録されている。以下、法制審議会行政訴訟部会小委員会会議録については「会議録(第??回)」として引用。

(40) 塩野宏編著『行政事件訴訟法(3) 日本立法資料全集37』(信山社, 1994年) 17頁以下に収録されている。

心となったのは抗告訴訟であり、当事者訴訟については、これと関連する範囲で言及されるにとどまった⁽⁴¹⁾。

当事者訴訟についての本格的な検討がなされるのは、第15回会議に第1次案が提出されて以降である。第1次案⁽⁴²⁾は、行政訴訟の種類につき

第二 行政事件は、抗告訴訟、先決問題訴訟、当事者訴訟、規範統制請求訴訟及び機関訴訟とすること。

とした上で、当事者訴訟につき、A案として

第五 当事者訴訟は、次の事件をいうものとする。

- 一 当事者間に争のある場合に、法令により、行政庁に対し、裁決、裁定、審決その他の決定（以下単に行政庁の決定という。）の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟（以下この訴を行政上の法律関係の訴という。）
- 二 行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟
- 三 公法上の権利関係に関する訴訟

との規定が提示された。その上で、第5の1号（B案）として、

第五の一号（行政上の法律関係の訴）を次のように訂正する。

- 一 法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他の決定にかかわる訴訟であつて、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの

さらに、第5の2号（B案）として、

(41) 例えば、第6回会議において、違法な事実行為の救済は民事訴訟、当事者訴訟、取消訴訟のいずれによるべきかということ（塩野編著前掲注(38)・134頁）、第8回会議において、被告を誤った場合の救済規定は、出訴期間の定めのある当事者訴訟にも必要ではないかということ（塩野編著前掲注(38)・204頁）、第14回会議において、判決の拘束力の範囲との関係で、境界確定のような抗告訴訟の方式で実質的当事者の権利等が問題となる場合、実質的当事者が当事者訴訟で争うようにしないと、実質的当事者が抗告訴訟の当事者ではないのに、判決の効力が及ぶことになり、問題ではないかということ（塩野編著前掲注(38)・408頁）が話題に上っている。

(42) 第1次案は、塩野編著前掲注(38)・巻末付録、又は、塩野宏編著『行政事件訴訟法(4) 日本立法資料全集38』（信山社、1994年）138頁以下に収録されている。

第五の二号（行政庁の処分が無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟）を削除し、第三の二（行政庁の無効処分に関する訴訟）の二号とする（……）。

第5の2号（C案）として、

（この案によるときは、この種の訴訟は、民事事件となる。）

との別案も提示された。

また、第1次案では、行特法のもとで、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の一部として扱われてきた行政処分無効確認訴訟は、第4「先決問題訴訟」の1号（A案）、第3「抗告訴訟」の5号（B案）⁽⁴³⁾、第3の2「（行政庁の無効処分に関する訴訟）の1号（C案）として、当事者訴訟とは別の系列の訴訟として把握されることとなった。

第1次案の第5の1号（A案）は、現行法の形式的当事者訴訟に相応するものである⁽⁴⁴⁾。幹事の説明によれば、第5の1号（A案）の対象となる『行政庁の決定』には……特許法の定める特許審決、土地収用法の定める収用委員会の裁決、地方自治法の定める関係市町村の境界に関する知事の裁定、農地法の利用権の設定に関する市町村農業委員会の裁定、それから鉱業法の鉱区の条件等についての通産局長の決定というようなもの⁽⁴⁵⁾とされており、現行法上でも形式的当事者訴訟の対象となっている行政処分が例としてあげられているが、A案では「処分」ではなく「決定」

(43) 正確には、B案の第3「抗告訴訟」の5号は、「行政庁の処分は無効確認訴訟及び不存在確認訴訟」である。A案とC案では、処分の存否確認の訴えは、それぞれ、A案の第4の3号、C案の第3の2の2号に位置づけられている。

(44) 第1次案第5の1号（A案）の文言からでは、行政庁の決定を経なければ出訴できないのかがわかりにくい。第1次案の第37に「行政上の法律関係の訴は、行政庁の決定及びこれに対し法律の規定により訴願をすることができる場合には、その裁決を経た後でなければ、これを提起することができないものとする」という規定があり、これに関する質疑の際に「紛争があってもそれをすぐ裁判所に持って行かないで、一応行政庁の決定を経て、その後決定に対する不服を当事者訴訟の形で裁判所に持って行く、という考え方」（会議録（第29回））〔田中二郎発言〕塩野編著前掲注（39）・858頁）であることが確認されている。この問題については、訴願前置の問題とも絡んで、後にも議論の俎上に上がっている（「会議録（第29回）」塩野編著前掲注（39）・866～870頁、876～882頁）。

(45) 「会議録（第28回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注（39）・844頁。

という文言が使われており、労働委員会の決定などについても、この方法によることが議論されているため、その対象は、現在の形式的当事者訴訟よりも若干広いものであった。

さらに、現行法の形式的当事者訴訟が、例えば、土地収用における収用裁決の収用部分を争う場合は抗告訴訟、補償部分を争う場合には当事者訴訟という使い分けをしているのに対して、第5の1号（A案）では、補償以外の部分（収用部分、利用権設定部分、鉦区条件変更部分……）も、行政庁を被告とする抗告訴訟ではなく、相手方当事者を被告とする当事者訴訟の形で争うという制度設計をしていた。当時の制度でも、明治憲法下の〈形式的民事訴訟〉を受け継ぎ、〈補償以外の部分—抗告訴訟、補償部分—当事者訴訟〉という使い分けがなされており、第5の1号（A案）は、これを「当事者訴訟にすべて考えてゆく、当事者間に争があって、行政庁がそれについて裁判的な判断を下しているというようなものは、本来当事者訴訟でくるべきものではないか、という考え方」⁽⁴⁶⁾に基づいて、当事者訴訟に一本化しようとしたものである。これは先に見た明治憲法下における「行政裁判法改正綱領」とおなじ制度設計であるが、従来の〈補償以外の部分—抗告訴訟、補償部分—当事者訴訟〉という制度を支持する意見も強く、どちらが適切かをめぐって、活発な議論がなされ⁽⁴⁷⁾、結局、第5の1号（B案）の方で行くという方向で決着することとなり⁽⁴⁸⁾、その後も、さまざまな問題について、議論が続いていった。

次に、第5の2号（A案）は、現行法の争点訴訟に相応するものである。A案が、これを当事者訴訟の一部としたのは、この種の訴訟の性質につき、民事訴訟か行政訴訟かの争いがあり、裁判例の大勢が民事訴訟と見ていることを認識しながらも、これを「立法的に解決することになると、また違った考え方なり見方なりが出てくるのではないか、むしろ立法的に

(46) 「会議録（第28回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注(39)・845頁。

(47) 「会議録（第28回）」塩野編著前掲注(39)・844～856頁を参照。

(48) 「会議録（第29回）」〔入江俊郎委員長発言〕塩野編著前掲注(39)・857頁。

は、こういう事件も行政処分が介在する限りにおいて一種の行政事件だというふうに理解する必要があるのではないか⁽⁴⁹⁾という考えに基づくものであった。第5の2号(B案)は、この種の訴訟を、行政訴訟としつつ、無効確認訴訟と同種の「先決問題訴訟」に、第5の2号(C案)は民事訴訟に位置づけようとするものである。この種の訴訟の位置づけに関しては、これを行政事件とみなすべきであるとする田中二郎委員と、民事事件とみなすべきであるとする兼子一委員との間で、活発な意見のやり取りがあり、「こういう特殊なものについては、純然たる民事訴訟でもなく、そこに何ものかを加えようとする、これについては異論のある人はないと思う」⁽⁵⁰⁾という取りまとめの結果、「特例法の中で規定するのか、それとも民法法の中で規定するのかという点は特例法の中で規定する」⁽⁵¹⁾という方向性が打ち出された。

第5の3号の「公法上の権利関係に関する訴訟」が、実質的当事者訴訟にあたるものである。杉本良吉幹事は、第5の3号につき、

行特法の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」の「解釈では無効確認訴訟とか或いは選挙に関する訴訟といったものもこの中に入れて考えているのでありますが、この案でいっているものは、そういったものを全部ひっくるめた意味のものではないのでありまして、つまり、抗告訴訟以外の公法上の権利関係訴訟という意味ではないのであります。例えば、行政庁に対して作為を請求する訴訟、公義務確認訴訟というようなものも、従来、多くの判決例では公法上の権利関係に関する訴訟と解しているのでありますが、そういうものは、ここにいう公法上の権利関係の訴訟とは考えない方がいいのではないか、従ってそういう訴訟が許されるかどうかということは、この問題とは別にむしろ抗告訴訟としてできるかどうかという裁判権の問題として考えるべき問題であるという考えでいるのであります」⁽⁵²⁾

(49) 「会議録(第30回)」[杉本良吉発言] 塩野編著前掲注(39)・899頁。

(50) 「会議録(第30回)」[入江俊郎委員長発言] 塩野編著前掲注(39)・911頁。

(51) 「会議録(第30回)」[杉本良吉発言] 塩野編著前掲注(39)・911頁。

(52) 「会議録(第30回)」[杉本良吉発言] 塩野編著前掲注(39)・900頁。杉本幹事は、さらに、義務付け訴訟や差止訴訟が可能かどうかは、「抗告訴訟許否の範疇に

と説明している。このように第1次案第5の3号は、行特法の「その他公法上の権利関係に関する訴訟」と類似の文言でありながら、これとは異なった、より対象が限定された訴訟として構想されているのである。

では、第5の3号の利用場面や目的としてどのようなものが想定されていたのか。再び、杉本幹事の説明によれば、

「三号は、具体的にどのような訴訟を考えているかということになりますが、これは余りないと思います。説明にならぬかも知れませんが、補償金請求権、公務員の俸給請求権の訴訟等が考えられます。そもそも、こういうものを行政事件として取扱う方がいいのか悪いのかという議論から申しますと、こういうものは、行政事件から落してしまっ、民事事件として扱った方がいいのだというような議論もあるかと思いますが、この他に考えられるものもあるかと思ひまして、ここで、公法上の権利関係訴訟というものを、一号、二号で洩れたような場合を予想して規定したわけでありませう。」⁽⁵³⁾

とされている。つまり、第5の3号（実質的当事者訴訟）は立案段階でも、あまり利用されないと思われるのであり、他の訴訟で漏れる事件をすくい上げる予備的・補完的な訴訟として構想されていたといえる。

以上の幹事からの説明に続き、小委員会以下のような質疑応答が行われた。

田中（二）委員 公務員の身分の確認などの訴訟は、これではありませんか。
杉本幹事 それもあります。その他にもいろいろあるかと思ひませう、一寸思い付きませぬ。

田中（二）委員 公務員の俸給請求権については、大審院が二回も連合部判決で、民事訴訟でないとして請求をはねているくらいで、典型的な公法事件とされているから……。

委員長 どうですか、この第三号は。このまま置いておいていいですか。第二号のような特例を認める必要はないですか。それでは、第三号はよろ

属するようなものであるという考え方に立つこととなります」(916頁)ともいつている。

(53) 「会議録（第30回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注(39)・916頁。

しいですね。これで第五は、終わったこととなります。(以下略)⁽⁵⁴⁾

第1次案の第5の3号(実質的当事者訴訟)に関する審議はこれだけである。同じ第5(当事者訴訟)でも、1号(形式的当事者訴訟)については、幹事からの説明を含め会議録55頁分の、2号(争点訴訟)についても、同じく会議録15頁分の検討が行われているのに対して、3号(実質的当事者訴訟)についての検討は、幹事からの説明を含めても会議録2頁にも満たない。つまりは、ほとんど検討がなされていないに等しいのである。

4-3 第2次案以降における当事者訴訟

この後、幹事を中心に、第2次案⁽⁵⁵⁾が作成され、小委員会に提示された。この案において当事者訴訟は

第四 当事者訴訟は、次の事件をいうものとする。

- 一 法律関係を確認または形成する行政庁の裁決、裁定、審決その他の決定にかかわる訴訟であつて、法令により、その法律関係の当事者を被告とするもの(以下この訴を行政上の法律関係の訴という。)
- 二 行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟
- 三 公法上の権利関係に関する訴訟

と改められた。第2次案が第32回小委員会で検討された後、すぐに第3次案⁽⁵⁶⁾が作成され、第33回小委員会以降は、この第3次案の検討に移っている。第3次案における当事者訴訟は、

第四 この法律において「当事者訴訟」とは、次の訴訟をいうものとする。

- 一 行政上の法律関係の訴 行政庁の処分又は裁決により確認され又は形成された法律関係に関する訴訟で、法令の規定によりその当事者の

(54)「会議録(第30回)」塩野編著前掲注(39)・916頁。

(55)第2次案は、塩野編著前掲注(42)・161頁以下に収録されている。

(56)第3次案は、塩野編著前掲注(42)・172頁以下に収録されている。

一方を被告とするものをいう。

二 公法上の権利関係の訴 公法上の権利関係に関する訴訟で行政上の法律関係の訴以外のものをいう。

とされた。第2次案までは、当事者訴訟の一部に位置づけられてきた争点訴訟は、分離されて第6章「補則」に移され、「処分効力等を争点とする訴訟」として第42に規定されることとなった。さらに、第4の1号の対象は、法令の規定に基づき「処分又は裁決」を当事者間で争う場合に限定され⁽⁵⁷⁾、現在の形式的当事者訴訟とほぼ同じものとなった。

第3次案の第4の2号（実質的当事者訴訟）についての幹事からの説明は

「第二号の公法上の権利関係の訴は、例えば、国家公務員、地方公務員の俸給請求権或は公法上の身分確認の訴訟というようなもの、それから一号に入らないような補償請求権というようなものが考えられるのでありますが、補償請求権に関するものは、多くの場合第一号の方へ行ってしまうので第二号としてはこういうものは除かれて来ることになるかと思えます。そしてその一号と二号との関係を明らかにするために二号の方で『公法上の権利関係に関する訴訟で行政上の法律関係の訴以外のものをいう』と定義することにしたわけであります。」⁽⁵⁸⁾

というものであり、こちらは第1次案の性格や位置づけに変化があったわけではない。

第3次案において、当事者訴訟は、1号の形式的当事者訴訟と2号の実

(57) 第4の1号がこのように変更された理由とその対象につき、杉本幹事は「漁業権の範囲の確定であるとか或いは鉱業権の範囲確定というようなものになりますと私法上の関係が入って来るわけであります。そういう私法上の私人間の争というものを行政事件訴訟で取り上げてゆくということ、これはどうもおもしろくない、やはりもっと狭めて考えなければならないということになりました……いわゆる実質上の抗告訴訟の範囲に狭ばまったのであります。……土地収用法の百三十三条、漁業法三十八〔九〕条八項九項、自作農創設特別措置法の第十五条の補償金訴訟等がここで考えられる」が「第二次案で考えておりましたような不当労働行為の判定を争うというようなもの、或いは特許処分を争うというようなもの、これらはここでいう行政上の法律関係に関する訴の中には入りません」（「会議録（第33回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注(39)・1026～1027頁）と説明している。

(58) 「会議録（第33回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注(39)・1027頁。

質的当事者訴訟によりなるとされたのであるから、現行の行訴法における当事者訴訟の枠組みは、ここでほぼ確立したといってよい。

第3次案の当事者訴訟に関する規定については、第35回小委員会で会議録12頁分の審議⁽⁵⁹⁾が行われた。議論の大半は、1号の形式的当事者訴訟についてのもので、2号の実質的当事者訴訟については、1号との対比や手続などに関係して付随的に言及されている箇所以外には、1号とあわせてではあるが、規定の仕方の根本的な変更を提案する

山内委員 私はこれは、非常に形式主義なのですが、この一号でも法律を捨て、訴訟法的に直す……という風に決めた方がよいのではないかと。……二号も、そういう風に解決した方がよいのではないかと思います。

中村委員 ……二号はできますか。

山内委員 二号も、もう少し限定的に、公務員関係とか何とかという風に拾わざるを得ないのではないかと感じるのです。

田中(二)委員 二号のようなものは、普通の民事事件としてしまってもよいのではないかとこの考え方ですか。

山内委員 そういう考え方です⁽⁶⁰⁾。

があるものの、後はその対象について確認する

雄川幹事 第一号と第二号とは、完全に分離しているわけではないでしょう。これは、何を公法関係というかによって違ってきますかね。

漁業権とか鉱業権とかを公法関係ではない、私法関係だと見てしまえばです。ね。第二号ではそういうものは入ってこない⁽⁶¹⁾。

小沢委員 第二号の適例は何でしょうか。

杉本幹事 俸給請求訴訟、公務員の身分確認訴訟……

小沢委員 公務員の身分確認訴訟ではだれが当事者となるか。公務員が原告となり、国又は公共団体が被告となるわけですか。当然身分失格の場合も入るし、免職処分が無効な場合も入る。

(59) 「会議録(第35回)」塩野編著前掲注(39)・1122～1134頁。

(60) 「会議録(第35回)」塩野編著前掲注(39)・1131～1132頁。

(61) 「会議録(第35回)」塩野編著前掲注(39)・1129頁。

当事者訴訟の歴史的展開

豊水幹事 結局訴訟物を何にするかということで、免職処分は無効を訴訟物にすれば第五〔春日注：第3次案における効力等確認の訴えのうちの無効等確認の訴訟〕に、……

小沢委員 身分関係の確認とすれば第四というわけですね。

杉本幹事 現在の法律関係でゆける場合には訴訟は起せないという建前ですから、第四の二号でゆかなければならない⁽⁶²⁾。

という発言がある程度である。第1次案の審議の際よりは発言量が多いものの、1号に比べれば、付けたりという印象をぬぐえない。その後、第42回の小委員会で、当事者訴訟の手續への抗告訴訟の規定の準用⁽⁶³⁾についての検討がなされているものの、それほど重要な議論は行われていない⁽⁶⁴⁾。

この後、第3次整理案から第4次案へ、さらに、小委員会案へと進んでいく中で、当事者訴訟に関する規定は、以下のように変遷していく。

第3次整理案

第五 この法律において「当事者訴訟」とは、次の訴訟をいうものとする
こと。

- 一 行政上の法律関係の訴 当事者間の法律関係を確認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をいう。
- 二 公法上の権利関係の訴 公法上の権利関係に関する訴訟で行政上の法律関係の訴以外のものをいう⁽⁶⁵⁾。

第4次案

第四 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権利関係に関する訴訟をいうものとする⁽⁶⁶⁾。

(62) 「会議録（第35回）」塩野編著前掲注（39）・1133頁。

(63) 第3次案は、当事者訴訟にかかる手續規定として、第33「行政庁に対する訴の提起の通知」（現行行訴法の39条に相応）、第34「抗告訴訟に関する規定の準用」（同41条に相応）を置いていた（塩野編著前掲注（42）・180頁）。

(64) 「会議録（第42回）」塩野編著前掲注（39）・1425頁。

(65) 塩野編著前掲注（42）・210頁。

(66) 塩野編著前掲注（42）・281頁。

小委員会案

第四 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訴訟をいうものとする⁽⁶⁷⁾。

第3次整理案は文言が若干修正されてはいるが第3次案とほぼ同じ内容であるが、4次案で後に立法化されたものと近い書きぶりになり、語句の若干の修正を経て、後の立法化の基となった小委員会案に結実していった。

4-4 小括

後に行政事件訴訟法に結実する法案の立案過程の当初から、当事者訴訟を明示的に規定すること、当事者訴訟の中に、形式的当事者訴訟に相応する訴訟と並んで、実質的当事者訴訟＝「公法上の権利関係（法律関係）に関する訴訟」が含まれることについては、一貫していた。

小委員会における審議過程において、形式的当事者訴訟や、後に当事者訴訟から分離される争点訴訟については、活発な議論があったが、実質的当事者訴訟については、審議はほとんどなされていないに等しい。

なお、実質的当事者訴訟の利用場面については「抗告訴訟を主としながら、これと並べて、なお、公役務観念を中心とする訴訟の形態を従として導入し、漸次発展せしめようとする意図であるのかもしれない⁽⁶⁸⁾」とか、「行訴法立法当時において、管理関係や給付行政の分野での学説・判例の発展とその訴訟的運用の展開が期され……公法上の当事者訴訟は管理関係や給付行政の実体法上の展開を期待する受け皿として定められた⁽⁶⁹⁾」との見解があるが、少なくとも小委員会での議論においては、そのような意図を

(67) 塩野編著前掲注(42)・471頁。

(68) 高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）65頁。

(69) 鈴木前掲注(6)・77頁。なお、同81頁は、「田中理論では管理関係の受け皿として公法上の当事者訴訟を考えていたといえる」というが、その論拠となる文献は提示されていない。

見出すことはできない。

むしろ、実質的当事者訴訟があまり利用されていないこと、今後も利用されない可能性が高いことは、立案過程で認識されており、それを覚悟した上での、予備的補足的な訴訟として位置づけられていたといえる。

5 2004年行訴法改正以前における実質的当事者訴訟不要論の定着

このようにして法定化された実質的当事者訴訟であるが、2004年行訴法改正前の行政法学では、この訴訟に対し、概して冷淡で批判的なまなざしが投げかけられていた。実質的当事者訴訟を批判的に検討した論考は、この訴訟の「有効活用の見通しは少なくとも目下のところはたたない」し、活用を図ることは「かえって有害になることもありうる」ので「いっそのまま用いないで安楽死させるのが解釈論としては適切」⁽⁷⁰⁾と結論づけ、当事者訴訟活用を唱える論考においてさえ「当事者訴訟に対し、わが国の学説・判例は極めて冷淡であり、その扱いは……ほとんど継子同様といっ
てよい」⁽⁷¹⁾という一文で始まっていたほどである。

このような評価が定着するに至った理由は、概ね以下のようなものに整理できる。

5-1 公法私法一元論からの批判

実質的当事者訴訟は、取消訴訟にかかる規定の一部が準用されるとはいえ「通常の民事訴訟と同型の訴訟形態によって、法律関係の当事者を訴訟当事者として争われるものであって、ただその訴訟物が、公法上のものである点において民事訴訟と異なる」⁽⁷²⁾に過ぎない。実質的当事者訴訟は、公法私法二元論を前提にした制度といえるのである。

(70) 阿部泰隆『行政訴訟要件論』(弘文堂, 2003年) 259頁。

(71) 鈴木前掲注(6)・77頁。

(72) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会, 1963年) 22頁

しかし、「行政事件訴訟法の下ではじめて、わが国法上、公法上の当事者訴訟は抗告訴訟と並ぶ行政事件訴訟の一類型として明示的に位置づけられることとなった」時期は「行政法学説において、公法・私法の実体法上の区別に対する疑問が提示されている」⁽⁷³⁾ 時期でもあった。

公法私法二元論とは、「一国の法は、行政に特殊固有の法たる公法と、私人間の関係を規律する法たる私法とに分れ、両者はそれぞれ独自の適用保障機構をもち、これによって、それぞれが法体系として独自の存在を保障されている」⁽⁷⁴⁾ とするものである。明治憲法下の日本では、通常裁判所とは別に、行政裁判所が設置され、行政と私人の紛争のうち、行政が私人と同様の立場で行う行政分野で生ずる紛争は、通常裁判所の管轄とされたのに対し、警察、租税など公権力の発動に当たる行政分野における紛争は、行政裁判所の管轄とされ、そこでは実定法にそれを認める規定が存在しなくても、行政の権力性や優越性が所与の前提とされ、行政の便宜と特権を尊重した事件処理がなされてきた。

しかし、国民主権と基本的人権の尊重という日本国憲法の基本原則のもとで、議会の制定した実定法とは無関係に、行政の権力性や優越性を認めることは妥当ではなく、実定法の規定と無関係に、特殊な原理が支配する公法の領域を措定したり、私法と別個の公法の体系を認めたりする必要はないとの見解が有力になってきた。行政裁判所が廃止され、裁判権が通常裁判所に一本化されたため、管轄権を確定するために公法と私法を峻別する必要もなくなったこともあって、公法私法二元論を否定し、公法私法一元論（私法と区別された公法の体系の存在を認めず、行政と私人の間の紛争につき特別の扱いが認められるのは、実定法が特別の規定を置いている（と解される）場合に限られるとする見解）が、行政法学の通説となっていったのである。

(73) 塩野宏『行政法Ⅱ 第5版補訂版』（有斐閣、2013年）254頁

(74) 高柳前掲注(68)・56頁。

そうなると、公法私法二元論を前提とした実質的当事者訴訟の制度も、その存在価値を失うことになる。取消訴訟（抗告訴訟）の対象となる「処分その他公権力の行使に関する行為」については、行訴法が原告適格（9条）出訴期間（同14条）などの規定を置いており、その限りで特別の扱いを認める必要はあるので、その対象を画定する必要がある。当事者訴訟のうち、形式的当事者訴訟についても、個別法にこれによるべき旨の規定があるので、その当否⁽⁷⁵⁾は別にして、その存在を否定することはできない。

しかし、実質的当事者訴訟は、ごく一部の、しかもあまり使われない規定が準用される（これについては後述）のみで、基本的に民事訴訟と変わらない。それならば、あえて当事者訴訟と民事訴訟を区別する必要はなく、民事訴訟として扱えばいいのではないかと考えられるようになった。

これに対し、公法私法二元論を擁護する立場から、行訴法が実質的当事者訴訟を、民事訴訟と別のもので規定していることを理由に、公法と私法の区別を明らかにする必要があるとの主張がなされた⁽⁷⁶⁾。しかし、「当事者訴訟の制度は、実体法上の公法と私法の区別から、一つの必然性をもって導き出されたというよりは、この区別をア・プリオリに前提とすることにより、演繹的に構成されたに過ぎないものといつてよい。従って、実体法上の区別に十分な根拠がないことの反映として、この制度も、実質的には無内容のものとならざるを得ないのであって、この制度を理由に、実体法上の公法・私法の別を主張するようなことは、もとより論理の逆転に過ぎない」⁽⁷⁷⁾といった反論がなされ、後者への支持が広がっていった。そ

(75) 形式的当事者訴訟の存在価値に疑問を投げかけるものとして、例えば、阿部前掲注(70)・316頁以下がある。

(76) 例えば、田中二郎『新版行政法上巻 全訂第2版』（弘文堂、1974年）74頁は、行訴法が「当事者訴訟として『公法上の法律関係に関する訴訟』をあげている（四条後段）が、これも公法と私法の区別を前提としていることを示すものということができる」という。行特法時代の同書は、より明確に、行特法の「適用を受けるべき事件の範囲を明らかにするためには、公法と私法の区別を明らかにする必要がある。何となれば……公法上の権利関係に関する訴訟が……行政事件訴訟として特例法の適用を受けるものとされているからである」（田中二郎『新版行政法上』（弘文堂、1954年）59頁）といっている。

して、「公法私法二元論が克服された以上、当事者訴訟も不要になるはずだという……命題が広く共有されたこと」⁽⁷⁸⁾で、公法私法一元論と共に、実質的当事者訴訟不要論が通説的見解となっていった。

5-2 手続的利点の乏しさ

実体法における公法私法二元論とは別の観点から、当事者訴訟と民事訴訟の守備範囲を画定しようとするものとして、いわゆる〈機能的アプローチ〉がある。これは、「当事者訴訟の適用の有無については、公権力の行使と私経済的作用とが複雑に混合している法律関係について、公法上の当事者訴訟手続によるのが公益の見地における紛争処理上適切か否かという利益衡量的判断を裁判所に委ねているものと解し……当事者訴訟に適用される行政事件訴訟法の規定……を適用することの具体的効果は、私人と行政主体又は行政庁との間の訴訟遂行上の便宜を図り、公益上の配慮をすることにあるのであって、これらの規定の適用は、より弾力的、便宜的に考えてよいように思われる」⁽⁷⁹⁾というものである。換言すると、当事者訴訟と民事訴訟の使い分けを、訴訟物が公法上のものか、私法上のものかによるのではなく、行政と私人の間の紛争解決にあたって、当事者訴訟手続によることが適切な紛争解決に資するのであれば、それを当事者訴訟として扱って、その手続によればよいとするものである⁽⁸⁰⁾。

立法当時の行訴法は、当事者訴訟につき、①出訴の通知（行訴法39条）、

(77) 今村成和『現代行政と行政法の理論』（有斐閣、1972年）23頁。同趣旨をいうものとして、例えば「有名無実な当事者訴訟という訴訟形式の存在のゆえに、公権と私権を区別する必要を認めることは、……『論理が逆』である。むしろ当事者訴訟という訴訟形式の存在そのものが無用な議論を招く無益な制度として立法論的批判の対象とされねばならないであろう。」原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、1973年）39頁。

(78) 中川前掲注(3)・37頁。

(79) 園部逸夫『現代行政と行政訴訟』（弘文堂、1987年）25頁。同じく、機能的アプローチを主張するものとして、鈴木前掲注(6)・85頁以下。

(80) 同様の発想は行特法時代にもあった。これについては前掲注(29)～(30)とそれに相応する本文参照。

②出訴期間のある当事者訴訟（同40条）の規定を定めると共に、同41条1項で抗告訴訟に関する規定のうち、③行政庁の訴訟参加（同23条）、④職権証拠調べ（同24条）、⑤判決の拘束力（同33条1項）、⑥訴訟費用の裁判の効力（同35条）の規定が、同41条2項で、⑦関連請求に係る訴訟の移送（同13条）、併合（同16～19条）の規定が準用されていた。

このうち、①は形式的当事者訴訟にのみ適用される規定であり、②も『実質的当事者訴訟』に出訴期間の定めが置かれている例は見当たらない⁽⁸¹⁾ので、同じく形式的当事者訴訟においてのみ問題となる規定である。

③については、「もともと被告が行政主体であることがほとんどであり、関係する行政庁は、当該行政主体の機関であるのが通例であるから」行政庁の訴訟参加が機能する場面は想定しにくい⁽⁸²⁾といわれていた。⑥についても、実質的当事者訴訟の被告は行政主体であるから、これが準用される余地はない。

⑦については、「13条の取消訴訟の場合に比べて、当事者訴訟の場合にこれが準用されても関連請求とされる訴えはわずかといえる」⁽⁸³⁾とされているので、移送や併合に関する規定の持つ意味はそれほど多くないものと思われる。

以上のようなことから、当事者訴訟の機能的アプローチにおいて、それを適用することのメリットが主張されたのは、主に、④の職権証拠調べと⑤の判決の拘束力である。

職権証拠調べについては、実務において職権証拠調べは行われておらず、民事訴訟法の文書提出命令制度によっているが、文書提出命令の対象範囲

(81) 南博方他編『条解行政事件訴訟法 第4版』（2014年）〔山田洋〕862頁。

(82) 南編前掲注(81)〔山田〕・865頁。「現代の行政組織は必ずしも上下の階層的な関係に統一されるものではなく、各々の専門の分掌において独立性を有しつつ且つ調整的な行動」をとっており、「訴訟によっては判決の拘束力によって自己の権限を発動しなければならない場合もある」ので、「当事者訴訟において行政庁を参加させる必要性は結構ある」（鈴木前掲注(6)・89頁）とする見解もあるが、2004年行訴法改正で、取消訴訟の被告が、行政庁から行政主体に変更されたことに鑑みても、この見解に説得力があるとは思えない。

(83) 室井力他『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法国家賠償法 第2版』（2006年、日本評論社）〔浜川清〕440頁。

は狭く、これを補うものとして、職権証拠調べの利用を考慮すべきである⁽⁸⁴⁾とする主張があった。職権証拠調べの規定は行特法の時代から存在したが、当時からほとんど活用されず、行訴法立案過程においても、「あっても邪魔にはならない」程度の認識であった⁽⁸⁵⁾。行訴法のもとでも、裁判官から

「釈明権の行使などで十分賄えるということで、実際問題として職権証拠調べまではする必要がないのです。ただ、これはやはり規定上はあって、それがいつも最後の伝家の宝刀として残っている、ということは必要だと思えます。」⁽⁸⁶⁾

「行政事件の場合には、やはりギリギリのときには、裁判所としてこれを調べたいということがあるかもしれないので、この規定はそれ自体働いていないけれども、残しておいてもいいのではないかと思います。しかし、残してなければ絶対に審理ができない、というほどの規定ではないという感じです。」⁽⁸⁷⁾

との感想が述べられており、この規定が存在するから、民事訴訟と比べて当事者訴訟に優位性があるともいいがたい。

判決の拘束力については、これを積極的に評価しようとする主張もあった。すなわち、公害等の事件において、裁判所が抽象的不作為命令を出した場合、その執行方法を特定することが難しいため、代替執行は困難であり、「一定の賠償金の強制の下で行政権限（行政処分を除く管理的行為であっても）の発動を強制することは一般の行政法規は予定していない」ため、このような場合の「調整原理として、司法権と行政権との権限分配を

(84) 鈴木前掲注(6)・88頁。同じく職権証拠調べの活用を説くものとして、藤原淳一郎『公法上の当事者訴訟』について(3・完)六甲台論集15巻4号(1969年)125～126頁。

(85) 「会議録(第11回)」〔青木義人発言〕(田中二郎、田中眞次も同趣旨の発言をしている)塩野宏編著前掲注(38)・294頁。

(86) 塩野宏他「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリスト925号(1989年)〔宍戸達徳発言〕89頁。

(87) 塩野他前掲注(86)〔鈴木康之発言〕・89頁。

考慮した拘束力=実体法上の行為義務の設定は、一つの法技術として十分に合理性⁽⁸⁸⁾があるというものである。しかし、これに対しては「被告側が判決に従わないという事態を想定するならば、拘束力を持ち出してきても、拘束力に従わないときも考慮に入れなければ一貫しないし、その際の手立ては拘束力説だけでは存在しない」⁽⁸⁹⁾との批判が妥当しよう。拘束力は判決の効力に過ぎず、原告たる私人の勝訴判決に被告が従わない場合の強制執行とは次元を異にするので、拘束力は執行方法がないことの代替物たり得ないのである。

ただし、「処分の無効を前提とする当事者訴訟については、取消訴訟と同様、判決の拘束力によって、同一処分の繰り返しを封ずる意味があるし、主文の内容を超えた行政庁による後始末を要求することが必要となる場合もあろう。……それ以外の実質的当事者訴訟についても、確認判決の場合などを中心に、判決の趣旨に従った行政庁による後始末が必要となることは少なくないと思われる。こうした要請は、拘束力の規定が準用されていることで、説明が容易となることは確か」⁽⁹⁰⁾である。しかし、これについても「当事者訴訟の被告たる行政主体の属する関係行政庁を拘束するためには行政主体敗訴判決で十分であって、判決の拘束力は不要である」⁽⁹¹⁾とも考えられるので、決定的な意味は持ち得ない。

以上のように、拘束力について、一定の意義が見出せるとしても、当事者訴訟と民事訴訟の手の差異はそれほど大きいものではなく、〈当事者訴訟と民事訴訟の区分は、訴訟物が公法上のものか、私法上のものかによる〉という立法意思に反してまで、〈機能的アプローチ〉を採用する誘因にはなり得なかった。

(88) 鈴木前掲注(6)・90～91頁。

(89) 塩野前掲注(73)・259頁。

(90) 鈴木前掲注(6)・89～90頁。

(91) 阿部前掲注(70)・248頁。同書はさらに、被告たる行政主体以外の行政主体に属する行政庁に判決の拘束力が及ぶことにメリットを見出そうとするのであれば、「関係行政庁が出訴の通知も受けず参加の機会もないのに拘束力を受けるとしたら不合理ではないかが問われるべき」(同頁)であるとす。

5-3 利用場面の乏しさ

民事訴訟との間に手続的な差異がほとんどないといっても、実質的当事者訴訟は行訴法4条後段に規定された実定法上の制度である。「当事者訴訟か民事訴訟かは、訴えを提起するときに明示するものではない。訴えを提起するときは、請求の趣旨として、単に、金をいくら払えとか、法律関係を確認するというだけであり、請求原因でも、その理由を述べるだけである。国家賠償請求は民事訴訟であり、損失補償請求は当事者訴訟であると言っても、それは請求の趣旨にも請求原因にも書く必要はない」⁽⁹²⁾としても、訴訟が提起されれば、裁判所で民事訴訟か行政訴訟かの判別が行われる。すなわち、実務において

「一般に訴状を受理したときは、まず、その事件が民事訴訟であるのか、行政事件訴訟であるのかを判定しなければならない。事件がそのいずれであるかによって、次の点において取扱いが異なることとなるからである。

- ① 管轄 簡易裁判所や地方裁判所の支部では行政事件訴訟に係る請求を取り扱えないこととされている（裁判所法33条1項1号，地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則1条2項）。
- ② 併合禁止……。
- ③ 適用される訴訟法規が異なってくる（行訴法が優先適用される。職権証拠調べ，出訴の通知，行政庁の訴訟参加等の特別の規定がある）。
- ④ 事件番号 民事訴訟は地方裁判所の場合「ワ」であるが，行政事件訴訟は，「行ウ」である。
- ⑤ 仮処分の排除……。」⁽⁹³⁾

(92) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣，2009年）314頁

(93) 司法研修所編『一改訂—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）1頁。ただし，このような判別は，裁判官がするわけではない。行政部のある東京地裁においては訟廷事務室書記官が，事件の受付をし，事件簿に登載し，事件番号をつける際に，書記官の判断で行政事件とみなしたものについて，（行ウ）の符号を付ける。当事者訴訟も行政事件なので（行ウ）の符号がつけられる。書記官が判断に迷う場合は，行政部の方に尋ねてくることもあるが，そういうことはめったにない。わかりにくいものだ，通常の民事事件の符号（ワ）がついてしまうことはあるが，事件番号は1回付けたら訂正されない（塩野他前掲注（86）〔鈴木康之発言〕・93頁）という。

と考えられていたのである。

実務において、当事者訴訟として扱われている訴訟は、現に存在しているのであり、民事訴訟との比較において手続的特長に乏しくても、ある程度の重要性を持った一群の事件が、当事者訴訟として処理されているのであれば、当事者訴訟はそのような事件を処理する《場》として認識され、「安楽死」を勧告されたり、「継子扱い」される⁽⁹⁴⁾ことはなかつただろう。

しかし、2004年行訴法改正前に行政法学において、実質的当事者訴訟の利用場面は、公務員の地位確認や俸給請求、損失補償請求、国籍確認などの例外的事例に限られているという認識が一般的であった⁽⁹⁵⁾。

このうち、免職処分は無効等を理由とする公務員の給与等の請求訴訟は、「行政事件として殆んど特色のない、普通の民事訴訟と同じような」⁽⁹⁶⁾ものであると考えられており、当事者訴訟活用論に立つ論者からも「公務員の給与支払請求訴訟や消防法や水防法上の損失補償請求などが、公法上の当事者訴訟とされることがあるが、単純な（あるいは定額化された）金銭の請求訴訟であるかぎり、民事訴訟と解してさしつかえなく、あえて当事者訴訟とする理由は存在しない」⁽⁹⁷⁾と評されている。また、行訴法立案過程で実質的当事者訴訟の例として言及されていた、公務員たる身分確認訴訟も、民間の会社員等の地位確認の訴えと本質的に違いはなく、あえて当事者訴訟として扱う実益に乏しい。これらが、民事訴訟ではなく、当事者訴訟とされているのは、公務員の給与や身分は、公法にかかるものであ

(94) 前掲注(70)及び(71)とこれらに対応する本文参照。

(95) 原田尚彦『行政法要論 全訂第5版』（学陽書房、2004年）351頁。阿部前掲注(70)・263頁も、「もともと、公法上の実質的当事者訴訟……が適用される例としては、公務員の給与請求とか過誤納租税の還付請求くらいが念頭におかれていた」とする。また、杉本前掲注(72)・24頁は、実質的当事者訴訟の例として、「法令の無効、処分の無効、不存在を前提とする公法上の法律関係、公法上の地位、身分の確認訴訟、公法上の金銭給付の支払請求訴訟などがこれに属する。たとえば日本国籍上の身分関係の確認を求める訴え、国立学校の生徒たる身分の確認を求める訴え、公務員の給与の支払を求める訴え等」をあげている。

(96) 「会議録（第13回）」〔杉本良吉発言〕塩野編著前掲注(38)・375頁。

(97) 鈴木前掲注(6)・95頁。

るとされてきた名残に過ぎない⁽⁹⁸⁾。

法律に損失補償の根拠規定がない場合に、憲法を直接の根拠としてなされる損失補償の請求は、民事法には見られない、行政法に特有の制度である。しかし、「当事者訴訟否定論者も、少なくとも直接憲法に基づく損失補償請求については『民事訴訟』であると主張するのではないと思われる以上、一応『公法上の当事者訴訟』というカテゴリーを想定し、その適切な役割分担をさぐるのが賢明であろう⁽⁹⁹⁾」という当事者訴訟活用論からの主張は、この種の訴訟がそれほど頻繁に提起されるわけではないことから、少々無理があるように思われる。

当事者訴訟の活用を促す主張は、大阪空港事件最高裁判決（昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）に対する対応という文脈でも唱えられた。この事件は、大阪国際空港の周辺住民が同空港に離着陸する航空機の振動、騒音等によって生活環境が破壊されたことを理由に、空港の設置及び管理者である国に対して、人格権あるいは環境権に基づき、午後9時から午前7時までの航空機の離着陸の差止めと損害賠償を請求したものである。これにつき、最高裁判所は、国営「空港の離着陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という2種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとみるべきである」ところ、本件差止請求は「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」ものであるから、「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……通常の民事上の請求として……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」と判示した。

この判決に対しては、①判決のいう「航空行政権の行使」の概念を批判

(98) 前掲注(54)とこれに対応する本文参照。

(99) 高木前掲注(1)・133頁。なお、このような見方に対して、阿部前掲注(70)・274頁は、直接憲法に基づく損失補償請求も「民事訴訟と解すべきで……損失補償なら公法上の問題だということも思い込みである」と批判している。

して、判例を変更し、民事訴訟による差止めを認めるべきであるとする説⁽¹⁰⁰⁾、②包括的な権力的作用に対し、生命・健康等の包括的人格的利益を基礎としてその排除を求める権力的妨害排除訴訟（無名抗告訴訟）により救済を求めるべきであるとする説⁽¹⁰¹⁾と並んで、③実質的当事者訴訟によるべきであるとする説が唱えられた。すなわち、大阪空港事件における受け皿として「次善の解決策を模索するとすれば、それは、公法上の当事者訴訟の活用にあるのではないか……抗告訴訟に該当しない場合は、実質的行政事件であっても通常の民事事件（争点訴訟に当たることも多い）として取り扱うことが多いが、このような訴訟を公法上の当事者訴訟として構成することができれば、抗告訴訟・民事訴訟の二者択一のジレンマにおちいることも少なくなるのではないか」⁽¹⁰²⁾、というものである。

しかし、このような当事者訴訟による救済論に対しては、「本判決が『航空行政権の行使』は公権力の行使であるから民事訴訟は許されないといつている点から推すと、当事者訴訟なら許されるというのは明らかに論理矛盾である」⁽¹⁰³⁾と批判され、厚木基地騒音公害訴訟上告審判決（最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁）は、さらに明確に「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は……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うべきである」と判示したこともあって、この分野における当事者訴訟活用論は、支持を広げるに至らなかった⁽¹⁰⁴⁾。

(100) 例えば、原田尚彦「判批」行政判例百選Ⅱ〔第四版〕別冊ジュリスト151号(1994年)339頁。

(101) 例えば、塩野前掲注(73)・252頁。

(102) 園部前掲注(79)・24頁。さらに、鈴木前掲注(6)・94頁も「裁判所は外部関係の面から現状のままでは違法であることを確認すれば足り、それ以上に内部的関係については基本的に容喙することは許されず、内部関係については行政側が判決の趣旨に拘束されてしかるべき措置をとるように考えるのが妥当である。公法上の当事者訴訟が判決の拘束力を準用している規定は、大阪空港訴訟のように司法権と行政権との接点となる事案でもっともよくその調整機能を果すものと考えられる」として、これに賛同する。

(103) 原田前掲注(100)・339頁。

(104) 横浜地判平成26年5月21日判時2277号38頁は、主位的請求であった無名

5-4 取消訴訟中心主義の影響

先に述べたように、実質的当事者訴訟は、主観訴訟たる行政事件訴訟から、公権力の行使に関する不服の訴訟である抗告訴訟(と形式的当事者訴訟)を除いたものであると解する⁽¹⁰⁵⁾ことができる。であるならば、抗告訴訟(と形式的当事者訴訟)の対象となる〈処分とこれに準ずる行為〉以外の行政活動に起因する紛争については、実質的当事者訴訟により解決を図るべきであるという考えが出てきてもおかしくないはずである。後でみるように、これこそが2004年行訴法改正の立案過程で浮上・採用された発想であった。

2004年行訴法改正以前に、このような発想を阻んでいたのが《取消訴訟中心主義》と《処分性拡大論》である。すなわち、「行訴法における取消訴訟中心主義」により、「行政救済は取消訴訟でなければならず、定型的な行政処分以外でも取消訴訟のルートにのせていこうとするから、処分性の拡大が叫ばれる」⁽¹⁰⁶⁾こととなったのである。

このような流れの中で力を得たのが、《形式的行政処分論》⁽¹⁰⁷⁾である。これは「本来行政行為とはいえないものについても、行政行為に準じた扱いをして抗告訴訟の対象性を認める」もので、「取消訴訟が公行政の違法性を国民が追求しそれによって蒙る不利益を免れるのに便利な訴訟形式で

抗告訴訟としての自衛隊機運航処分差止めの訴えを適法と認め、請求の一部を認容する一方で、予備的請求たる当事者訴訟は却下した。同判決の控訴審である東京高判平成27年7月30日判時2277号13頁は、自衛隊機運航処分差止めの訴えを、行訴法3条7項の差止めの訴えとして適法であると解し、一定期間の差止めを認容した。

(105) 前掲注(6)とその本文を参照。

(106) 鈴木前掲注(6)・78頁。

(107) 形式的行政処分論については、原田前掲注(77)・136～165頁、兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)273～296頁を参照。なお、室井力「形式的行政処分について」田中古稀記念『公法の理論 下I』(有斐閣、1977年)所収1730～1731頁は、形式的行政処分を、(a)社会保障などの給付行政において「現行法上、法律が明らかに形式的行政処分論を採用していると見られるもの」、(b)それ以外の分野において「その法律関係の基本的性格からすれば、もともと公権力の行使として把握することでも説明が可能であるのに、現行法が、なんらかの立法政策上、非権力行政を公権力の行使としている」もの、(c)「法律の明文上は必ずしも一義的に明確とはいえないとしても、各種事情を考慮しつつ、解釈論として、形式的行政処分とされている」ものに分類している。

あることに着目して、その利用範囲を拡げ、もって国民に適切で実効的な救済手続を与えることを狙い⁽¹⁰⁸⁾とするものである。この考え方は、実務にも一定の影響を与え、①歩道橋設置行為の処分性を肯定した東京地裁昭和45年10月14日決定（行集21巻10号1187頁）や、②ある函数尺が計量法に違反する旨の通達の処分性を認めた東京地裁昭和46年11月8日判決（行集22巻11=12号1785頁）のように、法律の規定や「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、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」という最高裁判所による処分性の定式から離れて、専ら救済の便宜の観点から処分性を肯定し、抗告訴訟の俎上に載せようとする裁判例も見られるようになった。

しかし、①の判断は控訴審において覆され（東京高判昭和49年4月30日行集25巻4号336頁）、②は原告が本案上の理由で敗訴したため、そのまま確定したが、これに追随して、通達の処分性を肯定する裁判例は現れなかった。これは実務家の間で「形式的行政処分論が……実定法の解釈の枠を超えて、本来非権力的な行為ではあるが国民を事実上支配しその法益に重大な影響を与えるものについては救済の便宜をはかるためにこれを抗告訴訟の対象と見立てて取消訴訟の利用を許すということであれば、それは、もはや解釈論の域を超えた立法論というべきであろう。単に国民を事実上支配するにすぎない行為については、それが行政庁の行うものであるにしても、……私人が事実上の支配を及ぼす場合と同様、これに民事訴訟（ないし当事者訴訟）以外の特別の訴訟制度を設けこれを利用させる合理的な根拠は、単なる便宜論ならばともかく、これを見出すことはできないと思われる」⁽¹⁰⁹⁾との批判が妥当すると考えられていたからであろう。

(108)原田前掲注(77)・139頁。

(109)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巻』（日本評論社、1983年）所収36頁。高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、1998年）339頁も、形式的行政処分論は「結論の妥当性を確保しようとするればするほど理論的整合性を犠牲にしなければなら」ず、「救済の便宜を正

他方、学説では形式的行政処分論は一定の支持を集め続けていたし、同じく処分性拡大論の系譜に位置づけることができる《相対的行政処分論》(処分性を客観的画一的なものではなく、原告の利益との関係で相対的に捉えるべきであるとする見解)⁽¹¹⁰⁾も唱えられた。『『処分性の拡大』による行政行為概念の内包の稀薄化がもたらされ、行為形式論上の不都合が生じる』ので「行為形式論上の不都合を避けつつ処分性拡大論者の実践的ねらいを尊重するためには……処分概念の限定と同時に……処分の所在を要件としない訴訟類型の活用が不可欠となる」として、『『公法上の当事者訴訟』の活用』を提唱する⁽¹¹¹⁾ような見解は少数説に留まった。

むしろ「行政の行為によって受けた不利益の救済には取消訴訟が便利である、あるいは取消訴訟以外には適切な救済の方法がないという判断を背景に……取消訴訟で救わなければ仕方がない、この考えに従わない判例が悪い、といて嘆くこと」で「それ以上には進まない。ある意味では、思考がそこで停止」し、「取消訴訟以外の救済ルートの開発にはそれほど積極的にはならない」⁽¹¹²⁾という事態を招いたのである。

さらに、取消訴訟(抗告訴訟)中心主義により、行政過程のどこかに行政処分が存在すれば、当該行政過程をその処分を中心に考えるという傾向があったことも、当事者訴訟の活用を阻害していたように思われる。

例えば、長野勤評事件は、長野県教育委員会教育長の通達により同通達の定める勤務評定書に自己観察の結果を表示することを命ぜられた教職員

面から掲げ、『抗告訴訟と民事訴訟の原告による選択』を認める解釈論、あるいは『形式的行政処分は公定力をもたない』という解釈論は、柔軟なだけに、『解釈論の域を超えた立法論』という印象を与えるのである」という。

(110) 相対的行政処分論については、阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993年) 87頁以下、阿部前掲注(92)・122頁以下を参照。なお、これに対しては、『相対的行政処分概念の提唱』は、従来の行政行為論の枠を超えるように思われる。これは『取消訴訟の負担過重』のゆきつく先であり、裁判救済になじむかという『法律上の争訟』概念のもとで検討されるべき事項を『処分性』の判断と重ねあわせるものであろう。(高木前掲注(109)・342頁)との批判がある。

(111) 高木前掲注(109)・277～278頁

(112) 塩野宏『行政法概念の諸相』(有斐閣、2011年) 313頁。

が、自己観察表示の義務を有しないことの確認を求めたものであるが、最高裁判所は

「通達の定める義務の履行を強制されるとすれば、憲法によつて保障された思想、良心、表現の自由等を害されることとなり、さりとて、そ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ので、本訴によつてこの法律上の地位の不安定を除去する必要がある」との原告の主張につき、「本訴の趣旨とするところを実質的に考察すれば、上告人らの過去もしくは将来における右義務の不履行に対し懲戒その他の不利益処分が行なわれるのを防止するため」のものであるとした上で、「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……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つ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」

として、訴えを却下した原審を支持し、上告を棄却している⁽¹¹³⁾。この判決で、最高裁判所は、自己観察表示義務を、専ら懲戒等の不利益《処分》の原因となるものとして把握し、義務不存在確認請求を不利益《処分》差止請求とみなしている。

同様の発想は、横川川事件判決⁽¹¹⁴⁾にもみてとれる。この事件は、横川川の右岸に土地を所有していた原告が、当該土地に盛土をしたところ、河川管理者である高知県知事が土地の一部が河川法6条1項1号の河川区域に該当すると判定して盛土を行政代執行により除去したため、同知事を被告として、当該土地が河川法上の河川区域ではないことの確認を求めて出訴したものである。最高裁判所は、

(113) 最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁。

(114) 最判平成元年7月4日判時1336号86頁。

「上告人が、河川法七五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から、上告人は、あらかじめ河川管理者たる被上告人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（第一次的訴え）ないし河川法上の処分権限がないことの確認（二次的訴え）及びこれらと同趣旨の本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認（第三次的訴え）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、訴えを却下した原審判決を支持し、上告を棄却した。この事件で、最高裁判所は、第3次的訴えの〈河川区域ではないこと＝盛土等をしてはならない義務に服さないこと〉の確認を、《処分》にかかる第1次的訴え及び第2次的訴えと同視している。

当事者訴訟活用論の立場から「義務づけ訴訟、規範統制訴訟、予防的不作為訴訟、不利益状態の妨害排除訴訟（権力的妨害排除訴訟）など」の「無名抗告訴訟も公法上の法律関係として、すなわち実質的当事者訴訟（公法上の義務確認訴訟や権限不存在確認訴訟など）として構成できないわけではない」⁽¹¹⁵⁾との指摘があったが、最高裁判所はむしろ、実質的当事者訴訟と解しうるものを無名抗告訴訟と構成していたのである。

5-5 小括

以上に述べたように、行訴法により実質的当事者訴訟が法定されたにもかかわらず、①公法私法二元論は批判され、公法私法一元論が、行政法学における主流になった結果、前者に基づく当事者訴訟と民事訴訟の区分も批判され、抗告訴訟以外の訴訟は、民事訴訟だけで足りると解されたこと、②当事者訴訟が、基本的に民事訴訟と同じ手続によるもので、行訴法の定める特則もほとんど利用されず、あるいは、それほど大きな意味を持たな

(115)鈴木前掲注(6)・84頁。

いものであったため、ある事件を民事訴訟ではなく当事者訴訟として扱う意義に乏しかったこと、③当事者訴訟として扱われた事件もそれほど多くないし、それらの中に当事者訴訟独自の意義をみいだしうるものがなかったこと、④取消訴訟中心主義により、行政にかかる救済手段として取消訴訟がクローズアップされ、当事者訴訟を活用しようとする機運がなかったことといった理由により、2004年行訴法改正以前において、実質的当事者訴訟はあまり利用されず、これを活用しようとする主張も少数に留まっていた。

これを一変させたのが、2004年行訴法改正における《確認訴訟（当事者訴訟）活用論》であった。次に、このような発想が浮上するに至った経緯をみていこう。

6 2004年行訴法改正における確認訴訟（当事者訴訟）活用論

6-1 司法制度改革と行政訴訟検討会の設置

行政事件訴訟法は、1962年（昭和37年）に制定施行された後、ごく技術的な改正があったのみで、基本的構造が変わらぬまま、40年以上が経過した。1980年代ごろから、行政法学界で行政事件訴訟法改正の論議がなされるようになり、法曹界でも行政訴訟の改革を求める声が出てきたが、これが立法過程に結びつくことはなかった。

行政事件訴訟法改正が現実味を帯びてきたのは、2001年（平成13年）6月12日の「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」⁽¹¹⁶⁾以降である。同意見書の「Ⅱ 国民の期待に応える司法制度」中の「第1 民事司法制度の改革」において、「民事裁判の充実・迅速化」「専門的知見を要する事件への対応強化」「知的財産権関係事件への総合的な対応強化」

(116) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>（2016年6月4日閲覧）

などと並んで、「司法の行政に対するチェック機能の強化」の必要性が指摘され、そこで「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検討を早急に開始すべきである」という方向性が打ち出された。

司法制度改革審議会の意見の趣旨に則った司法制度改革を実現するため、司法制度改革推進法が制定され、これに基づいて司法制度改革推進本部が設置され、「司法による行政のチェック機能の強化」について検討する機関として、行政訴訟検討会（委員11名）が設けられ、行政事件訴訟法改正についての議論に当たることとなった。

6-2 確認訴訟（当事者訴訟）活用論の登場

行政訴訟検討会は、2002年（平成14年）2月18日に第1回会合を開催し、塩野宏座長を互選した上で、それからほぼ1ヶ月1回のペースで31回にわたる会合を開き、さまざまな論点について審議検討を重ねていった⁽¹¹⁷⁾。

その中で、実質的当事者訴訟がクローズアップされはじめたのが、取消訴訟についての検討が行われた第9回会合（2002年（平成14年）11月7日）である。事務局の小林久起参事官による資料説明の中で

「具体的な行政の行為が取消訴訟の対象となるか否かを検討するに当たっては、他の訴訟類型による救済の可能性、つまり処分当たらないことによって、その行為が無効になる。その無効を確認する訴訟であれば通常の当事者訴訟による確認訴訟でできる場合もありうるでしょうから、そういったことも出来ないのかどうかというような他の救済の可能性についても検討する必要がある」

(117) 行政訴訟検討会の議事録などは、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosyou.html>より閲覧可能である（2016年6月4日確認）。以下、上記のウェブページを通じて閲覧可能な資料については、個別のアドレスは省略する。

との指摘がなされ、続いて、村田斉志企画官から

「例えば当事者訴訟で通達の違法、あるいは無効の確認を求めること、またより具体的な義務として異教徒の埋葬に応じるような墓地埋葬法上の義務はないんだということの確認を求める当事者訴訟といったものを、現行の法制の場合には、ということですがけれども、提起することも考えられることになるかと思えます。ただ、これらの確認訴訟のようなものが、適法なものとして認められるか否かというのは、法律上の争訟と言えるか、更には確認の利益があるのかないのか、といったことをどう考えるかということにより決まるということになるかと思えます。」

「当事者訴訟としての用途地域指定決定の違法、あるいは無効の確認訴訟、更には建築制限を受けないことの確認訴訟というようなことを提起することも理論的には考えられるのではないか。この場合には、勿論、ここで挙げられているような不利益が果たして確認の利益というものを基礎づけることになるのかどうかといったことを検討しなければいけないということになるかと思えます。」

として、過去に処分性が否定された事例につき、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を図りうる可能性があること、救済の可否が確認の利益の有無にかかわることが指摘された。

続く第10回会合（2002年（平成14年）11月21日）において、小林参事官から、

昭和38年以降は薬局経営には許可を要するとした改正薬事法の規定が違憲であるとして、申請義務が存在しないということの確認を求めた最高裁昭和41年7月20日（民集20巻6号1217頁）が「最高裁判決自体はその訴えは当然、適法だという前提で実体上の判断をしている。その場合の最高裁判決の考え方について、担当調査官の解説を見ますと、そういった薬事法上の申請義務がないということの確認というのが公法上の地位資格を保有することの確認を求める公法上の権利関係に関する当事者訴訟である、というようなことを言われて」いる

旨の説明がなされた。さらに、東京地方裁判所判事の市村陽典委員と弁護士の水野武夫委員を中心に、実務における当事者訴訟と民事訴訟の区分や

その要否について議論された。その中で、市村委員が

「当事者訴訟でやってるテーマというのは、取消訴訟と連続している部分がある」。

当事者訴訟で扱われている例としては「例えば国籍確認ですね。それから、公務員たる地位の確認とか、あるいは俸給の支払いとか、それから、補助金の交付請求とか、それから、社会保障関係はけっこう多いですね、給付自体を求めるもの、それから、あとは……納税義務の不存在確認の訴え、とか。そのほかは、形式的当事者訴訟になっていない形での、損失補償請求、こういうものが現実に係属事件で、ある程度の率ではあります」

との発言があった。これに対して、水野委員からは

「いわゆる公法上の当事者訴訟という類型をなくしてしまって、民事訴訟だと言っても、判断は私は一緒になるんじゃないか。」

「民事訴訟だといったからどう、公法上の当事者訴訟といったからどう、ということではなくて、行政庁、行政主体が訴えられている、という次元から来ている話なんですね。だからそれを民事訴訟と言ってみたって、当事者訴訟と言ってみたって、違いはないじゃないか」

という当事者訴訟不要論からの意見がでており、塩野座長が

「今日のところは、公法上の当事者訴訟として残せということではなくて、やっぱり両方の意見があるということで。全部、もう民事でもいいじゃないかというご意見もあった」

という形で取りまとめた。

6-3 《確認訴訟（当事者訴訟）活用論》と《処分性拡大論》とのせめぎ合い

第18回会合（2003年（平成15年）6月13日）に提出された「行政訴訟検討会において検討されている主な検討事項」（以下、「検討事項」という。）における「権利利益の救済を実効的に保障するための多様な救済」の部分で「行政の作為の給付を求める訴え」「行政の行為の差止めを求める訴え」

と並んで、「確認の訴え」が取り上げられ、その中で

「確認の訴えによる救済が必要とされるのは、どのような場合か。

例えば、行政立法、行政計画のうち、抗告訴訟の対象である『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』には該当しないとされるものに関し、その効力を争う者が当該行政立法又は行政計画の無効の確認を求める訴えについて、どのように考えるか。法律上効力がないとされる行政指導についてはどのように考えるか。」

との記述が盛り込まれた。注意すべきことは、この時点では、行政立法や、行政計画などにより生ずる〈法律関係〉にかかる確認ではなく、行政立法、行政計画などの〈行為の無効確認〉が考慮されていたことである。

さらに、「検討事項」の「取消訴訟の対象, 排他性, 出訴期間」の部分に、「行政立法、行政計画、通達、行政指導などへの取消訴訟の対象の拡大」という項目が設けられ、

「多様な行政活動に対する関係において国民の権利救済の機会を広く確保する観点から、行政立法、行政計画、通達、行政指導などを取消訴訟の対象とすべきであるとの考え方」

があることも記載されており、この段階では、処分性拡大論と確認訴訟活用論が拮抗していたといえる。

第19回会合（2003年（平成15年）7月4日）には、民事訴訟法を専門とする山本和彦教授が招かれ、民事訴訟法学から見た行政訴訟制度の改革についてのヒアリングが行われた。その中で、山本教授より「確認の対象」につき、

「民事訴訟の世界では、教科書的な説明ですが、原則として過去の法律関係の確認は許されず、現在の法律関係の確認を求めるべきであるというのが大原則であります。……ただし、例外的に過去の法律関係が現在の法律関係の基礎にあり、それを確定する方が現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要であると認められる場合には、例外的に確認

の利益が容認されるということでもあります。

例えば、これは判例も認めるところでありますが、遺言無効確認の訴訟でありますとか、法人の決議無効確認といったような、過去の法律関係についての確認を認めている判例は多くあります。学説も一致してそれを支持しているという状況にあります。

したがって、例えばここでの問題で言えば、行政立法などについては、その無効確認を求める方が、それから由来する現在の多数の法律関係の個別確認を求めるよりも、抜本的な紛争解決を可能にするという場合がもしあるとすれば、そのような場合については民訴的な観点からは、例えば行政立法の無効確認というものについて確認の利益を認めるということについては、違和感はないのではないかというふうに思います。」

との説明があった。

後に「検討事項」を基にした行政官庁等へのヒアリングと国民からの意見募集が行われ、その結果が、第22回会合（2002年（平成15年）9月5日）に提出された。「行政立法、行政計画、通達、行政指導などへの取消訴訟の対象の拡大」については、行政官庁等からこれに反対する（あるいは消極的な）意見やさまざまな問題を指摘する意見が多かった反面、国民からはこれを推進すべきとする意見が多く寄せられた。「確認の訴え」についても、行政官庁等からは消極的な意見が寄せられたが、反対のニュアンスは処分性拡大と比べると弱かったように思われる。国民からは積極的意見が目立ったが、とりわけ、

「行政処分以外の訴訟は確認訴訟とくに違法確認訴訟を当事者訴訟と位置づけ、判決の拘束力とも併せて考慮すべき。……処分以外の公権力の行使の観念は曖昧で当事者訴訟で整理すべき。」

との意見は、第22回会合において、小林参事官より読み上げられ、さらに、次の第23回会合（2002年（平成15年）9月17日）でも言及されている。

ヒヤリングや意見募集の結果を踏まえて、「行政訴訟制度の見直しのための考え方と問題点の整理（今後の検討のためのたたき台）」（以下、「問

題の整理」という。)が作成され、第24回会合に提出された。この中の「(3) 多様な救済方法による救済の拡大」でも、「① 義務付け訴訟の法定」「② 差止訴訟の法定」とならんで、「③ 確認訴訟による救済の可能性」が盛り込まれ

「国若しくは公共団体又はこれらの機関の行為であって『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（行政事件訴訟法第3条第2項参照）に当たらないものであっても、当該行為又はこれに後続する行為などによって損害を受け、又は損害を受けるおそれがある場合に、これらの行為に係る法律関係等の確認をすることにより救済を図ることの実効性についてなお検討する。」

こととされた。「検討事項」では、行政立法や行政計画の「無効の確認」が検討されていたのに対して、「問題の整理」においては「これらの行為に係る法律関係等の確認」へと方向転換がなされている。

また、「問題の整理」では、「④ 訴訟の対象」において、

「行政立法、行政計画、通達、行政指導等のうち、判例により取消訴訟の対象と認められていない行為について、訴訟類型の拡充を行ってもなお救済が不十分で行政訴訟による救済が必要とされるのはどのような場合か、そのような場合につき、確認訴訟による救済の可能性との関係についてどのように考えるか、立法により訴訟の対象を拡大する方法としては、一般法である行政事件訴訟法により訴訟の対象を拡大するのが適当か、それとも個別法により法分野ごとに争訟の方法を定めることが適当かなどについて、十分な検討を行う必要がある。」

とされている。処分性拡大の方向が完全に否定されたわけではないが、確認訴訟による方法が主たる解決策と位置づけられたのに対し、「確認訴訟による救済の可能性との関係についてどのように考えるか」「一般法である行政事件訴訟法により訴訟の対象を拡大するのが適当か、それとも個別法により法分野ごとに争訟の方法を定めることが適当か」といった言葉から、処分性拡大に消極的なニュアンスが感じられる。

実際、第24回会合において、複数の委員から、「問題の整理」に処分性の

拡大が盛り込まれなかったことに異議が唱えられた。例えば、水野委員は

「最初に希望を申し上げておきますが、『訴訟の対象』、つまり処分性の拡大の議論は『十分な検討』になっているのです。今回の行政訴訟の改革で、やはりどこを改革すべきかというときに、原告適格と処分性の拡大というのは、これはもう何か決まり文句のように出てくるわけでして、処分性の拡大について今回の検討会で実現できなかったということになると、かなりの失望感がそういうことを考えている人の間にはあるだろうと思うのです。ですから、今までの議論を踏まえてこれから議論を詰めていくわけですけれども、是非この訴訟の対象の拡大については、何らかの形で盛り込むように是非座長の御指導力をお願いしたいと思います。」

と述べ、これをうけて芝池義一委員も次のような発言をしている。

「今回の案で触れられていないのは、取消訴訟の対象の拡大であります。『④ 訴訟の対象』は、取消訴訟の対象の話ではないと読んだのですが、この検討会の最初のころに使った言葉で言いますと、取消訴訟の汎用性のようなもの、もちろん一定の限界はあると思うのですけれども、その汎用性を確保する。そういう方向での議論があったと記憶しておりますが、この『たたき台』では入っていないので、そこを、新しいバージョンが出るのでしたら、付け加えていただきたいと思います。」

しかし、全体としての議論は、確認訴訟による救済を志向する方向に徐々に傾いていった。例えば、塩野座長は

「要するに、初めに抗告訴訟ありきとか何とかではなくて、こういった場合に普通の取消訴訟には乗りそうもないというときに、それでは民訴ではダメだ、それでは放っておけということになるのか。それとも、この権利利益の実効的救済という見地からは、ここで救わなければいけないというような議論、それが抗告訴訟に入るかどうかというのはやや法制的な問題でございますので、もう少し後の方でもいいかなと思っております。」

と述べ、さらに、福井秀夫委員もこれをうけて次のように述べている。

「私も要するに処分性を与えるかどうかというよりは、実質的に救済されればよいという点で全く同感なのですが……少なくとも確認訴訟の典型的

な実益がある領域として、通達なり行政指導なりというのは明示的に議論していく。要するにそういうものが違法の確認の対象になり得るように少なくともするということは、是非出発点としていただきたいと思います。」

6-4 《確認訴訟（当事者訴訟）活用論》の採用と立法化

第25回会合（2003年（平成15年）11月7日）には、「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」「ドイツにおける確認訴訟の実例」の2つの資料が配付され、確認訴訟による救済の可能性について詳しい説明と議論が行われた。

さらに、第26回会合（2003年（平成15年）11月28日）には、「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料・補充）」「アメリカにおける確認訴訟（宣言判決）について」が提出され、この2回の議論で、処分以外の行政の行為により損害を受け、又は損害を受けるおそれがある場合の救済手段としての確認訴訟が、実質的当事者訴訟に当たるという認識が定着していった。

第27回会合（2003年（平成15年）12月22日）で、2004年行訴法改正の方針を確定した「行政訴訟制度の見直しのための考え方」（以下、「考え方」という。）の原案が示され、これについて議論がなされ、最終的に、これに委員の意見を付け加える形で「考え方」を作成することとなった。

2004年（平成16年）1月6日に「考え方」が公にされた。この中で、「その他の検討結果」の中に、「確認訴訟の活用」が盛り込まれ、

「行政の活動・作用が複雑多様化したことに伴い、典型的な行政を前提として『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』を対象としてき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をすることが困難な局面への対応の必要性が指摘されている。行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。確認訴訟を活用す

ることにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる。」

との考え方が打ち出された。さらに、「考え方」には、「委員の意見」として、

「行政計画、行政指導、行政契約、通達などの行政の活動や作用についての違法等の確認訴訟は、これまでの実務でも、判例でも現実にほとんど活用なされてこなかったことから、仮に確認的なものであるにせよ、その確認、是正などを求める必要性があるかぎり、違法等の確認等訴訟ができる旨の立法を明文で行うべきである。」(福井秀夫委員)、

「確認訴訟を積極的に活用していくべきであるという共通理解が得られているが、何も法改正を行わないのに、今後これが現実に活用されるかは、大いに疑問である。したがって、抗告訴訟の対象に該当しない行政の行為について、公法上の当事者訴訟として、その違法確認訴訟が可能であることを条文に明記する必要がある。法制化にあたっては、条文化について検討すべきである。」(水野武夫委員)

との意見が付された。

その後、2004年1月21日に、司法制度改革推進本部事務局と行訴法改革推進を目指す自由民主党国会議員との折衝が行われたが、その際、

「確認訴訟の明文化については、『現行法でも確認訴訟はできるのだから改正する必要がない』とする事務局に対し、議員らは、『できるというのならできると書いて何が悪い。できるとなぜ書かないのか』と詰め寄った。(中略)

その2日後の1月23日、推進本部は自民党の小委員会において、確認訴訟の活用を明文化することを表明し、さらに、2月2日に開かれた推進本部の顧問会議で配布された『行政訴訟制度の見直しについて』とする資料には、考え方とは一転して、『確認訴訟を当事者訴訟の一類型として明示する』ことが記載されており、顧問会議は、この方向で事務局が立案を行うことを了承した⁽¹¹⁸⁾

(118) 水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻8号(2009年)25～26頁。

こうして、行訴法4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の」との文言が付け加えられることとなったのである。

政府は、行政事件訴訟法の一部を改正する法律案を第159回国会に提出し、この法案は提案どおり、行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成16年6月9日法律第84号）として可決・成立し、2005年（平成17年）4月1日より施行された。

6-5 小括

以上のような経緯で、2004年行訴法改正において、処分以外の行政活動に起因する権利侵害について、実質的当事者訴訟としての確認訴訟により救済を図るべきであるという方向性が打ち出されることとなった。

若干の感想を付け加えるなら、行訴法4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が明記されたことは、非常に有意義であったと思われる。当事者訴訟に確認訴訟が含まれることは2004年行訴法改正以前から認められており、実際に確認訴訟も利用されていたのだが、諮問機関たる行政訴訟検討会の「考え方」の中に「その他の検討結果」として盛り込まれたに過ぎないものと、国会の審議可決を経た立法では重みが違うように思われる。文言自体にはあまり意味がなかったのかも知れないが、これが付け加えられることで、〈確認訴訟（当事者訴訟）の活用は立法者意思である〉ことが明確になった。このことが、その後の裁判例の展開に少なからぬ影響を与えたと推測できる。

反面、《行為の違法（無効）確認》が可能であることが明記されなかったのは、残念なことであった。違法な用途地域指定の変更により住環境の悪化が生ずるという不利益を被った当該地域の住民が救済を求める場合のように、法的地位や義務の存否の確認という形をとることが難しく、《行為の違法（無効）確認》が可能であれば、救済が容易（可能）になる状況があるように思われる。検討会議の議論の流れや「考え方」に付けられ

た福井秀夫委員の意見をみると、《行為の違法（無効）確認》が可能である旨を明らかにするための何らかの文言が改正法に盛り込まれる可能性が全くなかったわけでもない。結局、《行為の違法（無効）確認》の可否は、解釈と裁判例の展開に委ねられることになったわけだが、その際〈立法化に至らなかったのだから、行為の違法（無効）の確認は認められない〉というように考えられるおそれがないとはいえない。そのように考えるのではなく、民事訴訟における〈確認の対象については、現在の法律関係を基本としつつ、必要がある場合には、遺言無効確認や法人の決議無効確認行為の違法なども可能とされているところから、同様に、確認の利益があれば、行政立法等の無効確認も可能である〉という理解のもとに、明文化は見送られたと考えるべきであろう。

7 おわりに

以上述べてきたところを要約すると、「当事者訴訟」という言葉は、戦前の行政法学においても用いられていたが、それは現行法における《形式的当事者訴訟》に類するものであり、《実質的当事者訴訟》は、日本国憲法施行に伴う行政裁判所の廃止により、理論的に認められるようになったものであった。

行政事件訴訟特例法が、行政訴訟として、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」と並んで、「その他公法上の権利関係に関する訴訟」を規定したのは、実質的当事者訴訟を実定法において位置づけようとするものであったが、その利用場面は不明確であった。「その他公法上の権利関係に関する訴訟」は、①公務員の給与請求訴訟、②損失補償の増減額請求訴訟、③無効確認訴訟として利用され、④訴訟物が私法上のものであっても、処分の無効を前提とする訴訟については、民事訴訟ではなく、行政訴訟（「その他公法上の権利関係に関する訴

訟)として扱うべきであるとする見解もあった。

行訴法の立案過程で、③は抗告訴訟としての無効等確認訴訟、②は形式的当事者訴訟、④は民事訴訟としての争点訴訟に位置づけられることになった。行特法下における「その他公法上の権利関係に関する訴訟」のうち、《行訴法4条後段の訴訟》である「公法上の法律関係に関する訴訟」として残されるのは、①の公務員の給与請求訴訟など極めて限られたものに過ぎないこと、すなわち、実質的当事者訴訟があまり利用されないことは、行訴法の立案過程において既に想定されていた。

行訴法制定後も、行政法学で通説となった公法私法一元論の立場から、民事訴訟とは別に実質的当事者訴訟を設ける必要はないとみなされ、行訴法が実質的当事者訴訟に準用している手続規定（職権証拠調べ、判決の拘束力）も格別の意義が見出せず、実際に利用場面も乏しかったことから、当事者訴訟不要論が定着していった。

実質的当事者訴訟は、主観訴訟たる行政事件訴訟のうちから、抗告訴訟を除いたものと解することができるので、処分以外の行政活動に起因する紛争につき、実質的当事者訴訟で救済を図るという考えもあり得たはずである。行政法学界や裁判所に根付いていた取消訴訟中心主義と処分性拡大論が、このような発想を阻んでいたが、2004年行政事件訴訟法改正の立案過程において、このような発想が浮上し、処分性拡大論とのせめぎ合いの中で、処分以外の行政活動に起因する私人の権利利益の侵害に対する救済手段として、《(実質的当事者訴訟としての)確認訴訟》が位置づけられることとなった。

実質的当事者訴訟（行訴法4条後段の訴訟）が法定化されたのは、1962年（昭和37年）のことであるが、その時には、これがあまり利用されない予備的補足的な訴訟として位置づけられていた。すなわち、実質的当事者訴訟に明確かつ大きな役割が与えられたのは、2004年行訴法改正の際しての確認訴訟（当事者訴訟）活用論が初めてであった。実質的当事者訴

訟の歴史は形式的には50年以上あるものの、実質的には、義務付け訴訟や差止訴訟と同じく、10年少々の歴史しか持たないともいえるのである。

では、このような《歴史》を踏まえた上で、(実質的当事者訴訟としての) 確認訴訟の活用による救済の拡充を確かなものにするために、今、必要なことは何であろうか。2004年行訴法改正以前に、行政法学において当事者訴訟が軽視されたのは、当事者訴訟が利用されなかったからというより、「行政法学説が認知した当事者訴訟の実例が、極めて乏しかった」⁽¹¹⁹⁾ ことにあるとする見解もある。実質的当事者訴訟の数は非常に少ないといわれていた⁽¹²⁰⁾ が、2004年行訴法改正以前でも

- ・改定された高速料金にかかる債務不存在確認請求 (東京地判平成4年8月27日行集43巻8=9号1087頁)
- ・子供を区域外の小学校に通学させる権利の確認請求 (佐賀地判平成5年2月19日判自116号30頁)
- ・市に対するごみの収集義務の確認請求 (東京地判平成6年9月9日行集45巻8=9号176頁)
- ・東京都管理職試験外国人受験資格確認請求 (東京地判平成8年5月16日判時1566号23頁)
- ・没収された選挙の供託金の返還請求 (神戸地判平成8年8月7日判時1600号8頁)
- ・条例に基づく仲卸業者としての地位の確認請求訴訟 (高知地判平成9年3月24日判時1653号9頁)
- ・外国人の地方参政権の確認請求 (大阪地判平成9年5月28日判タ956号163頁)
- ・条例に基づく特別報償としての宅地の給付を請求する地位の確認請求 (長

(119) 中川前掲注(3)・37頁。同37～38頁は、その証左として、『「許可又は許可の更新を受けなくても昭和38年1月1日以降も薬局の開設ができる権利のあることの確認を求める」(理由は改正薬事法の違憲無効)という訴えの本案審理をした最判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁」が「平成16年改正において確認訴訟の活用が提案されたのはこの判決の再発見がひとつの契機であった」にもかかわらず「文字どおり素通り」されていたことを指摘する。

(120) 東京地方裁判所判事によれば「実質的当事者訴訟は非常に少ないのです。最近では国籍確認の事件がありました。……おそらく憲法の規定を直接引いて損失補償を求める事件は、実質的当事者訴訟だとも考えられますが、行政部には来ていません。」塩野他前掲注(86)〔鈴木康之発言〕・94頁。

野地判平成10年2月13日判タ995号180頁)

- ・「みなし道路」にあたることの確認請求（東京高判平成12年10月19日判時1732号73頁）

といった事例が当事者訴訟として処理されていた⁽¹²¹⁾。

しかし、これらの事例を羅列するだけでは、どのような場合に当事者訴訟による救済を求めることができるのかが明らかにならない。裁判例が整理され、当事者訴訟により救済を求めることができる場合が類型化・明確化されて初めて、当事者訴訟の活用可能性が開かれるようになるものと思われる。

さらに、抗告訴訟と当事者訴訟の関係についても、未だ曖昧な点が残っている。行政上の法的地位や義務の存否が確認されると、将来の処分が不可能になる場合、法的地位等の存否確認の訴えを抗告訴訟（差止訴訟）と解する見方がかつてあったことは、先に述べた。2004年行訴法改正以後、裁判例の大勢は、このような見方をせず、法的地位等の存否確認の訴えを当事者訴訟とみなし、それぞれの事案に応じて確認の利益の有無を判断しているものの⁽¹²²⁾、例外的とはいえ、大阪地裁平成26年12月4日判決（判例集未登載）⁽¹²³⁾のように、このような場合を抗告訴訟とみなしている裁判例も、未だ存在する⁽¹²⁴⁾。このように、当事者訴訟としての確認訴訟による救済を阻害しかねない論点についての検討も必要だろう。

(121) これらの事例は、南編前掲注(81)〔山田〕・125頁、室井他前掲注(83)〔浜川〕・65頁によった。

(122) 春日前掲注(2)・136～147頁を参照。

(123) この事件については、春日修「判例研究 再説：確認訴訟（当事者訴訟）と抗告訴訟の関係について—大阪地判平成26年12月4日判例集未登載市道負担不存在確認請求事件—」愛知大学法経論集204号（2015年）327頁以下を参照。

(124) 黒川前掲注(5)・435頁は、大阪地判平成26年12月4日のような見方が「定着するならばこれまで即時確定の利益があれば適法な訴えとして審理されてきた義務不存在確認の訴えの多くも、無名抗告訴訟と認定され、補充性要件に阻まれて不適法とされるおそれがある」とするが、これとは異なった判断をした裁判例は10例以上あり、さらに、国旗国歌訴訟最高裁判決（最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁）以降に限っても、7例が確認の利益を肯定している（春日前掲注(123)・334～338頁参照）ので、そのような心配は杞憂である（杞憂であって欲しいし、そうあるべきである）ように思われる。

2004年行訴法改正における，当事者訴訟としての確認訴訟活用論を実質化し，処分以外の行政活動による私人の権利利益の侵害に対する救済を拡充するために，以上のような課題に答えていくことが，現在の行政法学に求められているのではないだろうか。