



白鷗大学大学院法学研究科  
法政研究会

研究報告論文 WP03/08（平成 20 年 7 月）

渡邊 亙

**行政訴訟における「処分性の拡大」と「確認訴訟の活用」の関係について**

白鷗大学 栃木県小山市

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h20houseikennkyuukai3.pdf>

無断複写・複製・転載を禁じます。

©渡邊 互

引用する場合は、以下のように記載してください。

渡邊互「行政訴訟における『処分性の拡大』と『確認訴訟の活用』の関係について」白鷗大学法政研究会報告 WP03/08（平成 20 年 7 月）、

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h20houseikennkyuukai3.pdf>

# 行政訴訟における「処分性の拡大」と「確認訴訟の活用」の関係について

## はじめに——問題の所在

行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）3条2項は、取消訴訟を「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（……以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟」と定義している。伝統的な判例によれば、本規定にいう「処分」は、「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」<sup>1</sup>と理解されてきた（以下「伝統的な処分概念」という）。しかし、学説では以前からこの考え方に対する批判が存在し<sup>2</sup>、後に見るように、判例においても、右の理解に当てはまらないような行政活動について、処分性を認める判決が出されていることが注目されている。

こうした「処分性の拡大」と呼ばれる動向がみられる一方、処分以外の行政活動について、これを行訴法4条が規定する当事者訴訟、つまり「公法上の法律関係に関する訴訟」によって争うという方法が脚光を浴びている<sup>3</sup>。これは、2004年の（実質的に初の）行訴法改正の一環として、同条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が付加されたことをきっかけとするもので、従来、取消訴訟の対象とされていなかった行政活動について、この方法によって争い得ることをメッセージとするものであると、言われている。もっとも、この「確認訴訟」がどのような行政活動を対象とするものであるかについても、やはり法令の規定はなく、本条の解釈に委ねられている。

以上のように、判例における処分性の拡大、そして立法による当事者

---

<sup>1</sup> 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁。

<sup>2</sup> いわゆる「形式的処分論」である。これについて概観した最近の文献として参照、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）101～136頁。

<sup>3</sup> 参照、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）984頁。

訴訟（確認訴訟）の活用が図られた結果、伝統的な処分概念に該当しないような行政活動について、抗告訴訟と当事者訴訟の両方が提起できるという可能性が指摘されるようになってきている<sup>4</sup>。しかし、両者の関係については、行訴法の改正までは当事者訴訟の存在意義が等閑視されてきたという事情もあって、十分に明らかにされているとはいえない。そこで本報告では、判例における処分性の拡大について検討を加えるとともに、当事者訴訟（確認訴訟）の活用の立法化の経緯やその行政訴訟における位置づけなどに関する議論を明らかにしたあと、抗告訴訟と当事者訴訟との関係についての議論を検討することにより、今後の展望を示すことを試みる。

## 一 処分性の拡大

### 1 広義および狭義の処分概念

行訴法 3 条 2 項の規定から明らかのように、処分という言葉には、①「行政庁の処分」（以下「狭義の処分」という）と、②これに「その他公権力の行使に当たる行為」を加えた、括弧書きにいう処分、すなわち公権力の行使と同義のもの（以下「広義の処分」という）、というふたつの意義がある<sup>5</sup>。行政訴訟において「処分」は広義で用いられていること、取消訴訟を提起するためには広義の処分の存在が前提とされており、これが「処分性」の要件といわれることは、周知のとおりである。

行政庁のいかなる行為が狭義ないし広義の処分に該当するのか、という問題について、法令は、まったく明らかにしておらず、もっぱら行訴法の解釈に委ねられている。この点、冒頭に掲げた最高裁判例は、行政事件訴訟特例法 1 条の「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。」という規定における行政庁の処分

---

<sup>4</sup> たとえば、塩野宏『行政法Ⅱ〔第4版〕』（有斐閣、2005年）237～238頁

<sup>5</sup> 参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ』（全訂第4版）』（青林書院、2003年）352～354頁。

について、次のような理解を示している<sup>6</sup>。

行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく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……。そして、かかる行政庁の行為は……仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである。従つてまた、行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない。

ここに述べられている処分の理解（以下では、「伝統的な処分概念」という）が、ほぼ伝統的な行政行為の概念に該当するものであるという指摘は、しばしば見られるところであり<sup>7</sup>、本稿でも、さしあたりこうし

---

<sup>6</sup> 最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁。

<sup>7</sup> 参照、藤田（註 4）362 頁。原田尚彦『行政法要論（全訂第 6 版）』（学陽書房、2005 年）371 頁。なお、室井ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ（第 2 版）』（日本評論社、2006 年）は、「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」としている。ここでいう「伝統的な行政行為の概念」の例としては、田中二郎『行政法 上巻（全訂第 2 版）』（弘文堂、1974 年）における、「広い意味での行政作用のうち……行政庁が、法に基づき、優越的な意思の発動又は公権力の行使として、人民に対し、具体的事実に関し法的規制をする行為」という理解があげられよう。これに対して、塩野宏『行政法Ⅱ〔第 4 版〕』（有斐閣、2005 年）96 頁は、「最高裁判所の判示するところは、法にいう行政庁の処分とは、規律力を有する行政の行為ということ」として、判例における処分概念を、

た立場にたって論述を進めて行く。この最高裁の見解の影響は大きく、今日に至るまで判例における処分概念として受け継がれているが、ここで問題としたいのは、行訴法のもとで、それが果たして狭義・広義のうち、いずれのものとして理解されているかということである。

最近の下級裁判所の判決を例にとると、大分地裁平成 19 年 5 月 21 日判決<sup>8</sup> は、住基ネットの住民票コードを住民票に記載した行為について、上記の最高裁判決における処分の定義を引用したうえで、当該行為によって「直接その住民についての権利義務を形成し又はその範囲を確定する効果が生じるわけではない」という理由で、「『行政の処分その他公権力の行使に当たる行為』には該当しないというべきである」との判断を示し、これに対する取消訴訟を却下している。また、東京地裁平成 20 年 1 月 22 日判決<sup>9</sup> は、同じ処分の定義を引用し、司法書士法 47 条 1 号の戒告について、「被戒告者の権利義務を形成し、又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はいえない」と指摘し、「したがって、司法書士法 47 条 1 号の戒告が取消訴訟の対象となる『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』には当たらないといわざるを得ない」という結論を導くことにより、やはり訴えを却下している。これらの判決では、最高裁判決の処分の定義は、広義の処分のそれとして理解されているようにも見える。

しかし、こうした見方は、おそらく適当ではなく、上記の定義は、やはり狭義の処分についてのものであると考えられる<sup>10</sup>。上記の判例では、これに加えて事実行為のみが広義の処分に含まれることが前提とされ

---

行政行為とはやや異なるものと理解しているようにも思われる。

<sup>8</sup> 大分地裁平成 19 年 5 月 21 日（判例集未登載）。

<sup>9</sup> 東京地裁平成 20 年 1 月 22 日判決（判例集未登載）。

<sup>10</sup> 「広義の処分＝行政行為」という理解に対しては、以下のような解釈上の問題点も指摘しなければならない。すなわち、このように理解された広義の処分は、結局、狭義の処分と同じものであり、その結果、「その他公権力の行使に当たる行為」の文言の意味が空白となってしまうのではないか、という疑問が生じる。なお、塩野宏『行政法Ⅱ〔第四版〕』（有斐閣、2006 年）が、「行政事件訴訟法（3 条）は行政庁の処分のほかにも公権力の行使に当たる行為のあることを前提としているが取消訴訟の場面では、実務的にも理論的にも、適切な働き場所が見出されていない。」としているのは、狭義の処分＝行政行為という理解を前提としたものであるうか。

ており、事実行為以外の行政活動については、それが「直接、権利義務を形成したその範囲を確定する効果が生じるわけではない」ことを指摘すれば、処分性の否定の論拠としては十分と考えられているのであろう。こうした推論は、行訴法の立法過程における、以下のような経緯とも合致する。すなわち、行政事件訴訟特例法における「行政庁の処分」（第10条第7項）については、当時、事実行為を含むか否かにつき解釈上の争いがあったため、行政事件訴訟特例法改正要綱試案第二次案では、抗告訴訟の一類型として「事実行為の訴」、第三次案では、「事実行為の取消しの訴」というものを認めていた。最終的には、しかし、これを抗告訴訟から独立した訴とすることなく、処分の取消しの訴の対象である「その他公権力の行使に当たる行為」のなかに事実行為を含めることにしたのである<sup>11</sup>。

さて、「狭義の処分とは行政行為のことであり、それに事実行為のみを加えたものが広義の処分である」という見方が、下級裁判所の判決のなかには多くみられるのに対して、後に見る最高裁判例のなかには、伝統的な処分概念にとくに言及することなく（つまり、それを変更することもなく）<sup>12</sup>、処分性の範囲を拡大していると考えられるものが複数みられる。これらの諸判例の動向と伝統的な処分概念を整合的に理解しようとするれば、最高裁判例における処分性の拡大は、「その他公権力の行使に当たる行為」に該当する行政活動の範囲を拡大しつつあるもの、と位置づけるほかないであろう。振り返って、行政事件訴訟特例法1条が、たんに「行政庁の違法な処分」と規定していたことにかんがみれば、本条について述べられた伝統的な処分概念は、狭義の処分のそれにほかならなかったと考えられる。行訴法は、これに加えて取消訴訟の対象となる行為を、——もっぱら事実行為を念頭に置きながらも——「その他公権力の行使に当たる行為」という抽象的な概念を用いて規定した。ここに処分性拡大の「場」が、見出されたのである。

---

<sup>11</sup> 参照、塩野宏編著『日本立法資料全集 38 行政事件訴訟法（4）』（信山社、1994年）138～153頁。

<sup>12</sup> 参照、芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、2006年）37頁。

もっとも、「狭義の処分とはなにか」という問題意識は、従来の「処分性の拡大」に関する議論においては、ほとんど取上げられることがなかった。というのも、この議論では、いうまでもなく「どこまでが（広義の）処分か」という問題に関心が集中していたのであり、その限りでは、いわば処分概念の「内訳」について考えることには、法解釈上の実益がなかったからである。しかし、冒頭に述べた、行訴法の改正による当事者訴訟としての確認訴訟の活用というメッセージは、それが実現した場合には、「狭義の処分の領域を確定させる」、という新たな課題が生じてくると思われる。この点については後に改めて検討に付すことにして、以下では、判例における処分性の拡大について分析を加えおくことにしよう。

## 2. 判例における「処分性の拡大」

判例における「処分性の拡大」の動向を検討する際には、まず、(1) 伝統的な処分概念に該当するか微妙な行政活動について、処分性が認められた判例があることが注目される。もっとも、この行政活動が、判例における処分概念の定義である「直接、権利義務を形成したその範囲を確定する行為」に当て嵌まるのであれば、これは正確には処分性の拡大の例とはいえないであろう。これに対して、(2) 厳密には、この定義に該当しないと考えられる行政活動についても、処分性が認められた事例があることには注意が必要である。これらの行政活動は、先にも述べたように、もはや狭義の処分ではない広義の処分に位置づけられる公権力の行使であると考えられる。以下では、(1)、(2)の例と考えられるものについて、それぞれ確認をしておくことにしよう。

### (1) 行政行為以外の行政活動の処分性

行政計画の決定については、有名な「青写真判決」<sup>13</sup>が、土地区画整理事業計画について、いわゆる青写真論、付随的効果論、未成熟論を展

---

<sup>13</sup> 最判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁。

開して処分性を否定している一方で<sup>14</sup>、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対する取消訴訟において、処分性が認められたことが注目される。本稿のテーマに関係のある部分のみ確認しておく、本事件の第一審判決<sup>15</sup>が、青写真判決とほぼ同様の理由から事業計画の決定の処分性を否定したのに対し、控訴審判決<sup>16</sup>では、「事業計画決定は、その公告時点において施行地区内権利関係者の権利、利益に対し直接かつ特定、具体的な影響を及ぼす性質を有する行政庁の行政行為」であるとして、その処分性を認めている。また、最高裁判決<sup>17</sup>も、事業計画の決定が、「その公告の日から、土地収用法上の事業の認定と同一の法律効果を生ずるものである」と指摘したうえで、「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あたる」という結論を導いている。

これらの判決における、事業計画の決定についての「直接かつ特定、具体的な影響を及ぼす」、「法的地位に直接的な影響を及ぼす」という指摘からは、それが伝統的な処分概念を変更することを意図されたものではないことは、明らかであろう。そこに「青写真判決」に対する何らかの批判が含意されているとしても、それは処分性の概念の理解の相違にあるのではなく、当該計画決定が伝統的な処分概念に該当するかという、あてはめのレベルでのものであることには注意が必要である。結局、控訴審判決がいみじくも述べているように、本件決定は行政行為にほかならないと考えられているのである。

一般処分の処分性については、「2項道路指定事件判決」が興味深い論点を提供してくれる。本事件では、通路を含む土地の所有者が、奈良県内の幅員 4m未満 1.8m以上の道を建築基準法上の道路に指定するという告示に対して、それにより当該通路が違法に道路に指定されることになるとして取消訴訟を提起したものである。

---

<sup>14</sup> 参照、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、2006年）153～155頁

<sup>15</sup> 大阪地判昭和 61年 3月 26日行裁例集 37巻 3号 499頁。

<sup>16</sup> 大阪高判昭和 63年 6月 24日行裁例集 39巻 5・6号 498頁。

<sup>17</sup> 最判平成 4年 11月 26日民集 46巻 8号 2658頁。

第1審判決<sup>18</sup>は、本件指定処分は、「不特定多数者に向けられた処分であって、内容的に抽象性をもつ処分」であるが、それに対する訴えは「原告に生じる義務が現実的、具体的であって、当該義務の存否の確認を求める利益がある限り、適法性が認められるものと解される」という立場から、後に見る最高裁判決と同様の指摘をして、その処分性を肯定している。しかし、控訴審判決<sup>19</sup>では、「告示自体によって、直ちに建築制限等の私権の制限が生じるものと認めることはでき」ず、それは「右指定後において、道路内建築制限違反に対する建物除却措置命令や建築確認等の手続の中でされることになるのであり、その結果、右建物除却措置命令等の行政処分を通じて、初めて右指定が現実具体的に個人に対する権利義務に影響を及ぼすか否かが判然とするのである」という理由で、処分性が否定されている。これに対して最高裁判決<sup>20</sup>は、「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)、私道の変更又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」と指摘し、「特定行政庁による2項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものといえることができる」という理由で処分性を認めている。

この最高裁判決の見解もまた、伝統的な処分性の概念を変更するものではなく、本件の2項道路の指定が正しく処分に該当する、という点を述べるものにすぎない。換言すれば、それは、一般処分が行政行為であることを明らかにしたものにほかならないのである。したがって、以上の事例は、正確には「処分性の拡大」の例とはいえないもの、ということになる。

## (2) 伝統的な処分概念からの離脱の例

---

<sup>18</sup> 奈良地判平成9年10月29日判タ994号144頁。

<sup>19</sup> 大阪高判平成10年6月17日判タ994号143頁。

<sup>20</sup> 最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁。

これに対して、伝統的な処分概念によれば「処分」には該当しないと  
思われる行政活動について、処分性が認められた判例の存在することが  
注目に値する。これは正しく、「処分性の拡大」というにふさわしいも  
のであり、以下、やや詳細に検討を加えておくことにしよう。

その第一は、いわゆる「通知」に処分性が認められた判例である。通  
知は、伝統的に単なる事実の伝達であり、それによって私人の権利・義  
務を形成することはないと考えられてきた。これに対して、平成 16 年 4  
月 26 日の最高裁判決<sup>21</sup>では、通知に処分性を認める判断が示されており、  
注目される。本件は、冷凍スモークマグロ切り身 100kg を輸入しよう  
とした X が、検疫所長 Y から食品衛生法 6 条（平成 15 年改正前のもの）  
に違反する旨の通知（以下「本件通知」）を受けたため、その取消しを  
求めた事案である。第一審<sup>22</sup>では、次のような判断が示され、処分性が  
否定されている。

税関長は……輸出入の条件が具備されているか否かの最終的な判断  
権限を有しており、本件通知のような検疫所長の判断は、輸入を許  
可するかどうかについての税関長の判断を法的に拘束する関係には  
なく（検疫所長が交付する届出済証は、税関に対する立証手段〔同  
法 70 条 2 項〕のひとつに過ぎない。）、法律上は、輸入者が、届出済  
証を提出することなしに、食品衛生法 6 条の規定する食品等に該当  
しないことを独自の手段によって証明して輸入しようとした場合、  
税関長が、輸入者の提出した資料等も考慮して、食品衛生法 6 条に  
規定する食品等に該当しないと判断すれば、輸入が許可される筋合  
であり、食品衛生法違反の通知によって検疫所長の判断が示された  
からといって、直ちに輸入の許可が得られないという法的効果が発  
生するわけではない。

---

<sup>21</sup> 最判平成 16 年 4 月 26 日民集 58 卷 4 号 989 頁。

<sup>22</sup> 千葉地判平成 14 年 8 月 9 日民集 58 卷 4 号 1017 頁。

控訴審<sup>23</sup>においても、これとまったく同様に、「食品衛生法違反の通知がなされたことにより、直ちに本件食品の輸入許可が得られないという法的効果が発生するわけではない」と指摘され、処分性が否定された。これに対して最高裁は、次のような見解を示し、本件通知の処分性を認める判断を示している。

食品衛生法違反通知書による本件通知は、法 16 条に根拠を置くものであり、厚生労働大臣の委任を受けた被上告人が、上告人に対し、本件食品について、法 6 条の規定に違反すると認定し、したがって輸入届出の届出が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のものといえることができる。そして、本件通知により、上告人は、本件食品について、関税法 70 条 2 項の「検査の完了又は条件の具備」を税関に証明し、その確認を受けることができなくなり、その結果、同条 3 項により輸入の許可も受けられなくなるのであり、上記関税法基本通達に基づく通関実務の下で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなるのである。

……したがって、本件通知は、上記のような法的効力を有するものであって、取消訴訟の対象となると解するのが相当である。論旨は理由がある。

この最高裁の見解を、伝統的な処分概念と比較してみよう。両者は、処分を公権力の主体たる国または公共団体が行う行為であり、法律に根拠をもつものと捉える点については、共通する。しかし、最高裁は「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（以下「直接性の要素」という）を処分性の要素と見ていないことは明らかである、と思われる（このことは、伝統的な処分概念に忠実に依拠している少数意見が、本件通知は、「国民の権利義務に直接影響するものではない」

---

<sup>23</sup> 東京高判平成 15 年 4 月 23 日民集 58 卷 4 号 1023 頁。

と指摘し、処分性を否定していることから伺えよう)。

このように最高裁は、本判決において伝統的な処分概念に該当しない行政活動について、処分性を認めたものと考えられる。ここでは、やはり伝統的な処分概念の定義が引用されていないが、これはそれを否定する趣旨ではなく、本件通知が、「狭義の処分ではない公権力の行使」に該当すると考えられたからだと思われる。ここでは「公権力の行使」についての定義は見られないが、それは、少なくとも上にみた直接性の要素を含まないものと考えることができよう。

「処分性の拡大」を図ったとみられる判例としては、さらに、行政指導である「勧告」に処分性を認めたことで注目される、勧告取消等請求事件最高裁判決<sup>24</sup>がある。本事件において、原告 X は病院開設を計画し、被告である県知事 Y に対して病床数を 400 床として許可申請をしたところ、Y は、医療法 30 条の 7 の規定に基づき、病床数が地域医療計画に定める必要病床数に達しているという理由で、病院開設を中止するよう勧告した。X は、本件勧告を拒否するとともに、本件申請に対する許可を求めた。これに応じて許可処分が行なわれたが、その際 X に対して、「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には、厚生省通知…において、保険医療機関の指定の拒否をすることとされている」との記載のある文書が送付された。これに対して X は、本件勧告は医療法 30 条の 7 に反するもので違法であると主張して、本件勧告の取消しなどを請求した。

第 1 審判決<sup>25</sup>は、伝統的な処分概念を引用しつつ、X が「本件勧告に従わなかったとしても、それにより必然的に保険医療機関の指定が拒否されるわけではない」という理由で、本件勧告の処分性を否定する判断を示し、控訴審判決<sup>26</sup>もこれを踏襲したが、これに対して最高裁判決<sup>27</sup>は、以下のような見解を述べている。

---

<sup>24</sup> 最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁。

<sup>25</sup> 富山地判平成 13 年 10 月 31 日民集 59 卷 6 号 1715 頁。

<sup>26</sup> 名古屋高判 平成 14 年 5 月 20 日民集 59 卷 6 号 1731 頁。

<sup>27</sup> 最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁。

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我が国においては、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、実際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。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、行訴法 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。

最高裁判決においては、やはり伝統的な処分概念は引用されていない。そして、中止勧告の効果についての「相当程度の確実さ」や「実際上」という言葉が示すように、そこでは、本件勧告が直接、権利義務を形成しないことを認めつつ、それにもかかわらず処分性をもつという判断が下されていることは明らかである。さきにみた通知の場合と同様、最高裁は、本件勧告を狭義の処分ではなく、「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ている、とみるほかないであろう。

### (3) 小括

以上に検討を加えてきた最高裁判例には、(1) 伝統的な処分概念に該当するか否か微妙な行政活動（例：事業計画の決定、一般処分）について、それに該当するとの判断が示されたものと、(2) 伝統的な処分概念には該当しないと考えられる行政活動について、それにもかかわらず、処分性が認められたものがあった。それぞれを、先に示した解釈の枠組

みに沿って行訴法 3 条にあてはめてみると、前者は、「行政庁の処分」、すなわち狭義の処分に該当するものであり、後者は、「その他公権力の行使に当たる行為」、すなわち狭義の処分ではないものの、広義の処分には該当するものである、ということになるろう。

このうち (2) の判例こそが「処分性の拡大」というにふさわしいものであるが、そこでは、ある行政活動の処分性の有無を判断するに当たって、伝統的な処分性概念にとらわれることなく、具体的な法制度のなかで、当該行政活動が果たす役割、とくに私人の権利義務に及ぼす影響を直截に検討したうえで結論を導いている、ということができよう。その背景には、「今日…行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が…相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっていく」<sup>28</sup> という事情があると考えられよう。

処分性の拡大にあっては、伝統的な処分概念における私人の権利・義務との関わりの「直接性」の要素が緩和されていることをみたが、このことは実は、「公権力の行使」の概念についての、同法の制定当時の理解とも——そこで、もっぱら事实现為を想定していたという主観的な事情を除けば——矛盾しない可能性があることには注目してよいであろう。すなわち、行訴法の立案に参画した杉本良吉によれば、「行政庁の公権力の行使」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」と理解されおり<sup>29</sup>、また田中二郎は、抗告訴訟を、「広く、行政庁の公定力をもった第一次的判断（法が定めた優越的地位に基づき法の執行としてする意思活動といってもよい）を媒介として生じた違法状態を否定又は排除し、相手方の権利利益の保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟形態」と把握しているのである<sup>30</sup>。このように、言葉がもつニュアンスに相当に忠実な理解を

---

<sup>28</sup> 最判平成 17 年 10 月 25 日判時 1920 号 32 頁。

<sup>29</sup> 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963 年）9 頁。

<sup>30</sup> 田中二郎（註 6）304 頁。

した「公権力の行使」の概念について、ここに上記の最高裁判例に見られるような処分性拡大の「場」を求めることは、決して無理なことではないと思われる。

## 二 「確認訴訟の活用」と抗告訴訟との関係

### 1. 確認訴訟の立法化の経緯

「公法上の法律関係に関する確認の訴え」は、2004年の行訴法改正の一環として付加されたものである。本改正の直接の契機は、司法制度改革審議会の「司法制度改革審議会意見書」(2001年6月)に遡る。そのなかで、当時の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、「行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争…が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要であること」、という言葉及がみられた。本意見書の趣旨をうけて、司法制度改革推進本部に設けられた「行政訴訟検討会」は、2002年1月に「行政訴訟制度の見直しのための考え方」<sup>31</sup>という結論となる文書を作成した。その全体意見のなかに「確認訴訟の活用」という項目が置かれ、「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」<sup>32</sup>という指摘がなされた。ここには確認訴訟について明文の規定を置くという考えは見られないが、これに対して、各委員の意見のなかには、その活用を図るために「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」というものが複数みられ<sup>33</sup>、

<sup>31</sup> 行政訴訟研究会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日)

(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisousyou/dai28/28siryou7.pdf>)。

<sup>32</sup> 行政訴訟研究会(註30)9頁以下。

<sup>33</sup> 「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、判例でも現実には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

両者の見解の間で調整が続けられた結果、行訴法4条における実質的当事者訴訟の「公法上の法律関係に関する訴訟」という定義の前に、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の」という文言が付加されることとなった。

## 2 「行政事件における確認訴訟の可能性」

ここで、確認訴訟とは、民事訴訟におけるそれと同様、原告の権利または法律的地位にかかる不安が現に存在する場合、その不安を除去する方法として、原告・被告間の法律関係の確認を求める訴えであるということができる<sup>34</sup>。

行政事件における確認訴訟の可能性については、かつては、ほとんど論じられることがなかったが、行訴法改正以後、これをテーマとした研究が現れてきている<sup>35</sup>。その代表的なものとして、中川丈久「行政事件における確認訴訟の可能性」<sup>36</sup>を挙げることができよう。そこでは、入札、届出不受理、行政指導、法規命令、通達、法律・条例、都市計画上の決定などにかかる紛争が確認訴訟の対象となる可能性が検討されているほか<sup>37</sup>、民事訴訟法と同様、確認訴訟が認められる要件として、①解決すべき紛争の成熟性、つまり、原告の権利や法的地位に、現実的かつ具体的な不安や危険が生じていること、②確認の訴えの補充性、つまり、給付・形成の訴えができない場合の最後の救済手段であること、③確認対象（訴訟物）の選択の適切さ、つまり、原告の求める地位の安定がもたらされる蓋然性が、法的に見て相当程度に確実でなくてはならな

---

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。」（福井秀夫委員の意見）。「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。」（水野武夫委員の意見）。

<sup>34</sup> 中川丈久（註3）969頁。

<sup>35</sup> その代表的なものとして、中川丈久（註3）984頁。

<sup>36</sup> 中川丈久（註3）。

<sup>37</sup> 中川丈久（註3）986～997頁。

いこと、の3点が必要であるとされている<sup>38</sup>。

これらの主張は、民事訴訟法学における確認訴訟の議論を、ほぼそのまま引写したものと考えられるが、本稿のテーマとの関わりで注目されるのは、抗告訴訟と当事者訴法の区別に関する次のような見方である<sup>39</sup>。すなわち、同論文によれば、抗告訴訟と当事者訴訟を本質的に異質なものと見る伝統的な学説に対して、「民事訴訟法と通訳可能な構造を有する行政訴訟」という見方から、「行政訴訟全体が……公法上の当事者訴訟……として統合的に捉えられ、立法政策的判断によるその一部変更として、行政処分との関わり方によって取消訴訟や無効確認訴訟等の抗告訴訟と形式的当事者訴訟とが、特例的訴訟方法として行訴法か個別法に規定されている」という位置づけが示されている。同論文は、こうした行訴法の把握は、その立案関係者の意図とは異なり、また、抗告訴訟と当事者訴訟を並列して規定する同法の体裁にも反しているものの、それにより具体的な不都合が生じないだけでなく、「『行政事件訴訟』を公法上の法律関係に関する訴訟とする学問上の定義と行訴法4条の実質的『当事者訴訟』の定義である『公法上の法律関係に関する訴訟』とがうり二つ」であるという「奇妙に符合するところもある」という。同論文では、これを「統合的行政訴訟論」と呼び、改正後の行訴法はそれへの移行中の姿であるとさえ、述べている。

### 3 確認訴訟の位置づけ——ドイツの場合との比較を通じて

以上のような、確認訴訟に関する一見すると新奇な見方は、興味深いことに、こんにちのドイツ行政訴訟における確認訴訟（Feststellungsklage）の理解とほぼ同じであるように思われる。すなわち、わが国の行訴法に相当する法規範を含むドイツの行政裁判所規則43条1項は、「法関係（Rechtsverhältnis）の存在または不存在、あるいは行政行為の無効について、原告は、それらが速やかに確認されることに正当な利益をもつ場合には、訴えによって確認を求めることができる（確

---

<sup>38</sup> 中川丈久（註3）976～977頁。

<sup>39</sup> 中川丈久（註3）1010～1012頁。

認訴訟)」、同条 2 項は、「前項の確認は、原告が自己の権利を形成または給付の訴えによって追求することができ、あるいは、そうすることができた場合には、これを求めることができない」と規定している。

ここにいう「法関係」とは、一般的に「ある（公法上の）法規範にもとづいて、具体的な事実関係から発生する、人と人、あるいは人と物との法的な関係」のことと理解されている<sup>40</sup>。ここで注目されるのは、こうした理解に基づく行政裁判所規則 43 条の次のような説明である<sup>41</sup>。

この概念〔法関係〕は、きわめて広範であり、また、権利・義務を形成する個々の行為をも含みうるので、行政行為により生じた権利・義務、給付や差止めに対する請求権も、「本来は」、そこに含まれ、あらゆる公法上の紛争は確認訴法によって解決され得る。したがって、立法者は、形成および給付訴訟の優先を明示的に規定しなければならなかったのである。

この説明からも知られるように、行政裁判所規則 43 条の「法関係」は、統合的行政訴訟論の理解する「公法上の法律関係」に対応するものといえよう。これを対象とする確認訴訟は、きわめて広範な行政活動を対象とすることができるため、それが活用され出した場合、処分性の拡大によって取消訴訟の対象とされるようになった行政活動について、訴訟類型の重複という問題が生じる可能性があることは否定できない。ドイツでは、これへの対応として確認訴訟の「補充性」が規定されているわけである。これに対してわが国の行訴法の解釈において必要となる対応は、「処分性の拡大」との関係を念頭に入れなければならないため、より複雑なものとなると考えられる。

第一は、処分性があると考えられる行政活動について確認訴訟が提起された場合、これにどのように対応するか、という問題である。この場合には、先にみた確認訴訟の補充性の要件との関わりが問題となる。つ

---

<sup>40</sup> Vgl. BVerwGE 40, 323, 325.

<sup>41</sup> Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl., 2005, S. 326.

まり、確認訴訟が、「給付・形成の訴えができない場合の最後の救済手段である」とすれば、処分性が認められる行政活動に対してこれを提起した場合、その訴えは却下されてしまうことになろう。そして、その可能性は、処分性が広く認められるほど高まっていくというという、現象が起こる可能性がある。この問題点に対応するためには、次の見解のように、一定の範囲で、抗告訴訟と確認訴訟の両方の提起が可能であると考える、いわば両者の重複を認めることが考えられよう<sup>42</sup>。

……抗告訴訟と当事者訴訟の関係について、相互に開かれたものでなければならず、裁判実務上、両者の垣根を柔軟に取り扱うことが必要となる。ある行政の行為が取消訴訟と確認訴訟のどちらか一方に配分されるという択一的解釈ではなく、憲法の保障する裁判を受ける権利を妨げることのないよう、両側から救済法可能性を拡大するようなかたちで解釈論が展開されなければならない。一方を利用したら別のルートで行くべしといった訴訟類型のキャッチボールになるような解釈運用は厳に戒めなければならず、国民の権利利益の実効的救済や、国民の裁判を受ける権利の保障という視点から、行政法令の仕組みの側に着目した実定法解釈では越えられない法定抗告訴訟の限界を越えるための訴訟法上の受け皿の拡大として受け止められるべきである。……訴訟類型の多様化により、原告たる国民にとって行政事件訴訟法の利用についてのハードルが逆に高まる事態を引き起こすような解釈方法は、新法の制度趣旨から決して許されない。

第二に、しかし、抗告訴訟と確認訴訟の重複を認めることによって、両者の関係にかかるすべての問題が解消するわけではないであろう。というのも、先にもみたように確認訴訟の対象は「公法上の法律関係」という包括的なものであり、この概念それ自体には、実は、行政処分の効

---

<sup>42</sup> 橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）94－95頁。

果も含まれていると考えられる。したがって、もしも確認訴訟を無限定に認めると、結局、すべての行政処分に対して確認訴訟を提起することが可能ということになり、抗告訴訟およびそれを前提とした訴訟制度（たとえば、出訴期間の制限）は、その存在意義を失ってしまうであろう。

第三に、以上のことからすれば、一定の範囲で抗告訴訟と確認訴訟の重複を認めるにしても、なんらかのかたちで、抗告訴訟のみしか提起できない、という場合も考えておかざるを得ない。もともと行訴法では、確認訴訟は当事者訴訟の枠内で認められたものであり、そうであるとすれば、それとは別の訴訟類型である抗告訴訟の対象をすべて取り込んでいる必要はないからである。このような限定を加える際に鍵となるのは、伝統な処分概念の理解、つまり「行政行為」に相当するものであると考えられる。

第四に、その一方で、明らかに抗告訴訟の対象とはなり得ず、確認訴訟だけが提起できるという行政活動もあることが確かであろう。その境界を考えるためには、いわば「拡大された処分性」の範囲というものを確定させる必要があると考えられる。その際には、行訴法が（拡大されたにせよ）処分性のメルクマールとして掲げている「公権力の行使」の概念の分析が重要になろう。

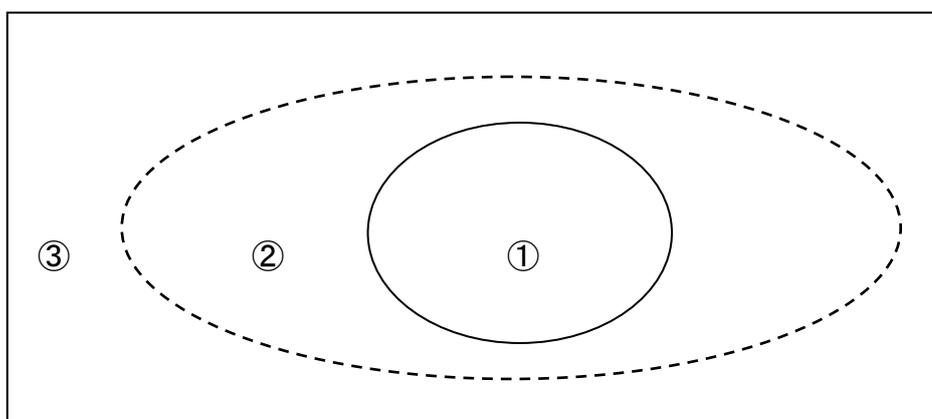
## おわりに

以上の議論の結論を要約すると、抗告訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の関係を構成するにあたっては、①抗告訴訟のみが提起可能な領域、②抗告訴訟と当事者としての確認訴訟の両者が提起可能な領域、③当事者訴訟としての確認訴訟のみが提起可能な領域、の3つを区別する必要があるということになる。そして、そのためには、①の領域に該当する「行政行為」の概念および②のそれに該当する「公権力の行使」の概念、それぞれの内容、とくにその範囲を明確にしておくことが不可欠となる（図表参照）。

行訴法改正以前の議論では、処分性の検討にあたり、おもにその拡大

が目指されていたという事情もあって、もっぱら「公権力の行使」の概念の分析に重点が置かれていたように思われる。これは今後も重要な意味を持ち続けることは疑いないが、本改正によって、新たに本報告で指摘したような「抗告訴訟のみが提起可能な領域」とはなにか、という論点が生じてきたと考えるならば、これに加えて「行政行為」の概念について改めて検討を加える必要が生じてくると考えられる。

図表：抗告訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の関係のイメージ



- ①抗告訴訟のみが提起可能な領域：「行政行為」が対象
- ②抗告訴訟と当事者としての確認訴訟の両者が提起可能な領域：「公権力の行使」が対象
- ③当事者訴訟としての確認訴訟のみが提起可能な領域：公権力の行使以外の行政活動が対象