



抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史—学説史の素描

中川, 丈久

(Citation)

行政法研究, 9:1-50

(Issue Date)

2015-08-06

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

当該論文は、信山社出版株式会社の許諾を得て公開しております。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100485264>



◆ 1 ◆

抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史

——学説史の素描

中川 丈久

- I はじめに
- II 原風景：昭和初期
- III 受容と反撥：昭和20年代～30年代
- IV 区別の法定化：昭和37年
- V 区別の相対化：昭和40年代～昭和64年頃
- VI 区別への懐疑：平成16年改正の前後
- VII 3つのスタンス：戦後70年間の学説分布
- VIII おわりに

I はじめに

1 なぜ概念史か

行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という）2条は、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟を総称して、「行政事件訴訟」と呼ぶ。このうち高い汎用性をもつものが、抗告訴訟と当事者訴訟である。以下、「行政訴訟」というときは、この2つに限定する。

行政訴訟として適切な訴えの方法を選び取るためには、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を避けて通ることはできない。本稿は、行政法学説がその区別をどう捉えてきたのかに焦点をあてて、抗告訴訟と当事者訴訟の概念の変遷を描き出そうとするものである。

戦前に遡る歴史的観察を試みる理由は、わたし自身が、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に根本的な疑問を感じており、なぜこの区別を導入する必要があるのかを知る必要があると考えているからである。

行訴法における抗告訴訟と当事者訴訟の区別についてのもっともよく知られた説明は、次のものである。「抗告訴訟は、……『行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟』として、通常の民事訴訟とは全く異なる訴訟類型であるのに対し、当事者訴訟は、通常の民事訴訟と同じ類型の訴訟で、ただ、その訴訟物が公法上のものである点において異なるに過ぎない」（田中二郎）⁽¹⁾。これはいまでも、行政法学説では標準的な説明の仕方である。

しかし、「通常の民事訴訟」や当事者訴訟に比べて、抗告訴訟にいかなる特徴があるのかを丹念に調べてみると、上記のような定式化をすることがはたして可能であるのか、非常に大きな疑問が生じる。むしろ、両者は理論的には同じ訴えであって、当事者訴訟のうちの特定の場面を抗告訴訟と呼んでいる——あるいは、同じ訴訟のある場面を抗告訴訟と呼び、それ以外の場面を当事者訴訟と呼んでいる——に過ぎないのではないかと考えられるのである⁽²⁾。

わたしのこのような疑問は、従来の学説から大きく乖離していると思われる

(1) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）310～311頁。同358頁も同旨。

(2) 詳細は、中川丈久「行政訴訟の基本構造（1）（2完）」民商法雑誌150巻1号（2015年）1頁、同2号（2015年）171頁で述べている。

かもしれない。しかし、抗告訴訟と当事者訴訟の区別についての戦後の学説史をみると、むしろ区別の相対化、そして懐疑へという大きな流れが生じていることがわかる。そしてさらに遡ると、戦前と戦後の間に、抗告訴訟や当事者訴訟の概念内容に断絶と連続の両面があることもわかる。学説における抗告訴訟と当事者訴訟の概念は、時代背景に応じてその意味をかなり自在に変えてきたとみられるのである。概念史が、現在の行訴法の解釈論にとっても有益であると考えられる次第である。なお、最高裁判例がこの区別を重要視してこなかったことについては、すでに別稿で述べたとおりである⁽³⁾。

2 本稿の構成

戦後の行政訴訟制度は、民事訴訟法応急措置法を別とすると、1948年（昭和23年）制定の行政事件訴訟特例法（以下、「行特法」という）に始まり、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をはじめて法定した1962年（昭和37年）の行訴法を経て、2004年（平成16年）の行訴法改正（以下、「平成16年改正」という）に至るという経過を辿った（以下、平成16年改正で変更される前の行訴法条文を指すときには、とくに「昭和37年行訴法」と呼ぶ）。

まずは、戦前期に講学上の概念として登場した抗告訴訟と当事者訴訟の区別が、どのような経緯を経て、昭和37年行訴法の3条と4条へ結実したのかを辿っておく。昭和初期の用語法をごく簡単に見たのち（「Ⅱ 原風景」）、日本国憲法の制定がこの講学上の概念に及ぼした影響を探り（「Ⅲ 受容と反撥」）、昭和37年行訴法の制定によって、はたしてこの区別が確立したといえるのかどうかを探る（「Ⅳ 区別の法定化」）。このⅡからⅣまでで扱う戦前から戦後にかけての時期においては、抗告訴訟も当事者訴訟も、相当に可変的な概念であったことを指摘する。

次に、本稿の後半では、昭和37年行訴法のもとでの行政法学説が、処分性拡大論であれ抗告訴訟負担加重論であれ、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を相対化する作業を続けていたと評価できること（「Ⅴ 区別の相対化」）、さらに平成16年改正の立法作業を機縁として、行政法学説において区別そのものを疑問視する見解が登場し始めたこと（「Ⅵ 区別への懐疑」）を指摘する。

(3) 中川丈久「行政訴訟の諸類型と相互関係——最高裁判例にみる抗告訴訟と当事者訴訟の関係」岡田正則ほか編『現代行政法講座第2巻（行政手続と行政救済）』（日本評論社、2015年）71頁。

VとVIで扱う時期は、次のようにも描写することができる。「抗告訴訟と当事者訴訟の間の線をどこで引くか」という問題（以下、「線引き」問題という）は、行特法時代にすでに存在していたが（無効確認訴訟や不作为訴訟はどちらなのかという問い）、昭和37年行訴法のもとでも、形を変えながらさかんに論じられた（処分性の拡大論、および抗告訴訟の負担過重論）。しかしこうした「線引き」問題に論理的に先行するはずの「そもそも抗告訴訟と当事者訴訟を何のために区別するのか」という問題（以下、「区別の意義」問題という）について、学説は、ごく少数の例外を除き正面からは取り組んでこなかった。行政法学説は、「線引き」問題を様々に論じる一方で、「区別の意義」問題については、いわば決め打ちのごとく、これを棚上げし続けてきたのである。

そうした状況を意図せずして変えてしまったのが、平成16年改正である。平成16年改正が行政法学説にもたらしたおそらくは最大のインパクトは、差止訴訟等の法定と当事者訴訟（確認訴訟）の活用を通じて、「区別の意義」問題をそれ以前の時期とは比較にならないほどくっきりと意識させたことである。抗告訴訟と当事者訴訟を区別することにいったいどれほどの意義があるのかという問題に、正面から取り組むことができる——また、そうせざるをえない——判例環境や心理状況が、平成16年改正後から突如として出現したのである。

以上の観察を踏まえて、最後に、戦後70年間の行政法学説における抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」および「線引き」の各問題に対するスタンスが、峻別論、修正論、同質論の3つに分かれていたと考えられることを述べる（「Ⅶ 3つのスタンス」）。

Ⅱ 原風景：昭和初期

まずは、時計の針を戦前に戻し、昭和初期において、講学上の概念として抗告訴訟と当事者訴訟がどのように用いられ始めたのかを振り返っておこう。

美濃部達吉は、当時の実定法における行政訴訟制度を説明する（分類する）便宜のために、抗告訴訟と当事者訴訟の語を用い始めた。もっとも、この概念が当時の他の学説にどの程度の影響力を持ったのかは詳らかでない⁽⁴⁾。

美濃部は、列記主義に基づき規定されていた当時の行政訴訟を分類するために、権力行使の正当性に関する争いを扱う訴訟かどうかという基準を用いつつ、覆審のか始審のか——つまり不服申立型か否か——という手続的な基準も絡ま

せて、両概念を定義した。1929年（昭和4年）の書物では、当事者訴訟が「國家以外の他の當事者雙方の間に争が有って、國家は公平なる第三者として雙方の主張の成否を判斷するものなることに於いて、民事訴訟と全く性質を等しくするもの」である（確認訴訟と形成訴訟に分かれる）のに対し、抗告訴訟は、「刑事裁判と同様に、國家又は公共團體が人民に對して或る權力を行ふに當たり、訴訟手續を以て如何に其の權力を行ふのが正當であるかを判斷する」ものであるとしつつ、「刑事裁判に比較すれば、控訴審の裁判に該當するのを通常とする」としていた。また、1936年（昭和11年）の書物では、「行政訴訟に於いて争の目的となるものが、結局に於いて行政行為の當否に在る場合には、これを抗告訴訟（……）と稱する」としたうえで、さらにこれを二分し、「抗告訴訟は通常は處分又は裁決に依り違法に權利を毀損せられたりと主張するものであることを要する。一般法に依って認めらるる行政訴訟は唯此の種の行政訴訟のみで、これを權利毀損に基づく抗告訴訟（……）と稱し得る。それは純然たる權利保護の行政訴訟たる性質を有する」という類型と、それとは別に、「併し抗告訴訟の中にも特別法に依って認めらるるものには、例外として權利毀損を要件としないものが有る。それに二種が有る。一は……機關爭議……と稱し得る。……一は選舉人名簿又は選舉若しくは當選の効力に關する訴訟で、……民衆的訴訟……の性質を有する」という類型に分ける。他方、「行政訴訟に於いて争の目的となるものが、結局に於いて二の權利主體相互の間の公法關係の存在又は形成に關する争である場合には、これを當事者訴訟……と稱する」としたうえで、「我が現行の行政裁判制度は形式上には當事者訴訟を認めず、性質上二の權利主體相互の間に公法上の法律關係に付き争ある場合でも、先づ行政廳の裁決を申請せしめ、其の裁決に對する抗告訴訟の形式を以て、行政裁判所に訴を出すことを得せしめて居る」と述べていた⁽⁵⁾。

では、当時の実定制度はどのようなものであったのだろうか。日本における行政訴訟の出発点は、日本帝國憲法61条「行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷

(4) たとえば、同時代の織田萬『日本行政法原理』（有斐閣、1934年）、佐佐木惣一『改訂日本行政法論總論』（有斐閣、1924年）はもちろんのこと、渡邊宗太郎『改訂日本行政法上』（弘文堂書房、1937年）にも、抗告訴訟や當事者訴訟という語は登場しない。なお、斎藤浩「抗告訴訟物語」水野武夫先生古稀記念論文集『行政と國民の權利』（法律文化社、2011年）52頁は、美濃部が生んだ抗告訴訟という概念に対する戦後學說の様々なスタンスを批判的に觀察したものである。

害セラリタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」という規定に基づく行政裁判制度である。

そして、1890年（明治23年）に制定された行政裁判法の「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」（15条）という列記主義の方針のもと、個別の法律や勅令に行政裁判所へ出訴しうる事項が規定された。また、概括的な列記をする規定が、同年制定の法律第106号「行政廳ノ違法處分ニ關スル行政裁判ノ件」に置かれた。ここではたとえば、「一、海關稅ヲ除ク外租稅及手數料ノ賦課ニ關スル事件」を掲げて、当該の事件について、「行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」と定められた。

この時期の「行政廳ノ違法處分ニ關スル行政裁判」は、「行政処分取消訴訟に限られ、かつ行政裁判所に出訴し得る事項は、法律勅令によって出訴を認められる事項（行政訴訟事項）に限られていたため、公法上の紛争でも行政訴訟として提起し得ないものが当然生じて来る」⁽⁶⁾という状況であった。たとえば、「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」⁽⁷⁾のである。

(5) 本文に引用したのは、美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）7～8頁、181～187頁の記述と、美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、1936年）892～894頁、916～918頁の記述である。

なお、美濃部の分類方法は微調整を繰り返している。『行政裁判法』97～193頁における「權利毀損に基づく抗告訴訟」「訴願の裁決に対する不服の訴訟」「選挙に関する訴訟」「當事者訴訟」「機關爭議」「先決問題の訴訟」という分類の一方で、美濃部達吉『行政法撮要上巻（第3版）』（有斐閣、1931年）480～492頁は、「一般法ニ依ル行政訴訟」（明治23年法律第106号によるもの）から区別される「特別法ニ依ル行政訴訟」だけを、「權利毀損ニ基ク抗告訴訟」「民衆的訴訟」「機關訴訟」「當事者訴訟」「先決問題ノ訴訟」に分けている。さらに本文に示したとおり、『日本行政法上巻』に登場する分類では、權利毀損を要件としない抗告訴訟という上位概念が立てられており、そこに「民衆的訴訟」と「機關爭議」が位置付けられている。美濃部の抗告訴訟・當事者訴訟の概念は晩年さらに変化したことにつき、田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」同『行政争訟の法理』（有斐閣、1954年）151頁（初出1948年）、159～164頁を参照。その概念作りの背景にあったであろうドイツ法の状況については、山本隆司「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）——ドイツとの比較」自治研究79巻6号（2003年）27頁、31～37頁を参照。

(6) 雄川一郎「行政訴訟の動向」同『行政争訟の理論』（有斐閣、1986年）142頁（初出1965年）、146頁。

(7) 田中二郎「行政争訟の法理」同『行政争訟の法理』3頁（初出1949～1951年）、28～30頁。

そのため、改正論議は何度も浮上していたが、「現行行政裁判法は明治23年に制定せられて以来、……斯く今日〔＝昭和16年〕に至るまで50年の長きに亘って殆ど改正が加へられることがなかった……。寧ろ現行の行政裁判制度には缺陷が少なく、規定の不備な點も多いので、今日まで度々其の改正が問題になり、議會でも殷に10回近くも論議の對象とせられながら、……遂に實現を見るに至らずして終わって居る」(田中二郎)⁽⁸⁾という結果であった。

旧憲法下で最後に現れた改正法案が、臨時法制審議會から政府に答申された改正綱領に基づく1932年(昭和7年)の行政裁判所法案と行政訴訟法案である⁽⁹⁾。これは、「行政裁判制度の全般に對する根本的な批判の上に、其の全面的改正を目論んだ」⁽¹⁰⁾法案であり、旧憲法下における行政訴訟論の到達点とみることができよう。いずれも立法されずに終わったが、とくに行政訴訟法案のほうは戦後の行政訴訟立法に大きな影響を与えたとされる⁽¹¹⁾。

この行政訴訟法案が拠り所としたのが、「旧行政裁判制度の下において講学上構成された抗告訴訟および公法上の当事者訴訟の概念」⁽¹²⁾である。

同法案は、抗告訴訟と当事者訴訟の語を条文に登場させており、それぞれの射程をきわめて具体的に示すものであったが、いずれも現在のものと相当に異なっている。抗告訴訟は、処分の取消訴訟を含んでいたが(同法案8条)、それにとどまらず、行政庁の違法処分によって公共団体が「其ノ公共ノ利益ニ重大ナル侵害ヲ被リ因リテ其ノ權利ヲ毀損セラレタリ」として提起する処分取消訴訟(同法案9条)、「公共用營造物ノ施設ニ依リ違法ニ權利ヲ毀損セラレタリトスル者」が、当該施設の撤廃や現状変更等を求める訴訟(同法案10条)、さらに

(8) 田中二郎「行政裁判制度の改正案及改正意見」同『行政争訟の法理』389頁(初出1931年)、393頁、461頁、498～499頁のほか、田中・前掲注(7)「行政争訟の法理」10～11頁も参照。

(9) その全文は、たとえば田中二郎『行政争訟の法理』464～496頁に掲載されている。

(10) 田中・前掲注(8)「行政裁判制度の改正案及改正意見」498頁。

(11) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」同『行政争訟の理論』184頁(初出1983年)、197頁、雄川一郎「行政訴訟の形態」同『行政争訟の理論』238頁(初出1973年)、240頁。

(12) 雄川・前掲注(11)「行政訴訟の形態」239～240頁。この法案に対する美濃部の影響を垣間見させる資料として、美濃部・前掲注(5)『行政裁判法』の序2頁および「第一附録行政裁判法及訴願法改正綱領解説」を参照。他方で、同法案の形成において行政裁判所自身や弁護士が果たした重要な役割を指摘する注目すべき論稿として、小野博司「1920年代における行政裁判制度改革構想の意義」法制史研究58号(2009年)47頁がある。

は、選挙訴訟（同法案11～12条）にも及ぶ概念であった。他方、当事者訴訟は、公共団体間の権利義務に関する紛争（同法案18～21条）、および現在という形式的当事者訴訟（同法案23～24条）から成るものであった。なお、処分の取消訴訟や、公共団体間の当事者訴訟をはじめとして、すべての行政訴訟が列記主義の方針のもとに規定されていた。

このように、戦前の抗告訴訟と当事者訴訟の概念は、現在のものとは部分的に重なるに過ぎない。とくに当時の実定制度では、「当事者訴訟というのは、……殆ど認められなかった。双方の当事者間に争いのある場合においても、一應、行政廳の判断を求め、それに不服ある者からその判断の取消又は変更を求める抗告訴訟の形式をとるのを通例とした」⁽¹³⁾から、「旧憲法下においては、対等者間の公法上の法律関係の紛争についても、訴訟形態としては、抗告訴訟だけが許され、原則として、当事者訴訟は、認められなかった（……）。したがって、旧憲法下においては、当事者訴訟について論議する実益が少なかったので、講学上も、余り論ぜられなかった」⁽¹⁴⁾とされている。「行政裁判の制度は、その沿革上違法の行政處分の効力を争ふ抗告訴訟に主眼が置かれ、当事者訴訟の形態は原則として特定の場合に例外的に認められるに止った」⁽¹⁵⁾のである。

Ⅲ 受容と反撥：昭和20年代～30年代

1 日本国憲法をめぐる受容と反撥

（1）列記主義廃止の受容

日本国憲法は、2つの面で、こうした原風景を大きく変えた。第1の影響は、列記主義がはぎ取られたことである。新憲法を受けて制定された裁判所法3条1項によって、「一切の法律上の争訟」が裁判所の権限とされたからである。

おおかたの学説は、列記主義の廃止を、憲法上の要請であるとして全面的に受け入れた。たとえば次のとおりである。「抗告訴訟というのは……、行政廳の違法な處分の取消又は変更を求めるためにする訴訟で、……新憲法の下においては、新憲法の趣旨に基き、裁判所法により、『一切の法律上の争訟』につ

(13) 田中・前掲注(7)「行政争訟の法理」29頁。

(14) 豊水道祐「当事者訴訟」田中二郎ほか編『行政法講座第3巻』(有斐閣, 1965年)170頁。

(15) 田中二郎「行政裁判制度改正に關する諸論點」同『行政争訟の法理』371頁（初出1933年）、384頁。

いて裁判所がその裁判権を有することとなったのであって、別段の法律の定めを俟つことなく、違法な行政処分により権利を毀損せられたとする者は、当該行政廳を被告として、裁判所に、處分の取消又は變更を求めることができることになった。……当事者訴訟というのは、双方の当事者の間の公法上の權利關係についての訴訟で、新憲法の下においては、双方の当事者の間に、公法上の權利關係について争のある場合には、その一方から他方を被告として、その争の裁判を裁判所に求めることができることとなった。……従来¹⁶⁾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、國を相手方として、これを訴求するものと解すべきであろう」(田中二郎)⁽¹⁶⁾。ここに、戦前の抗告訴訟や当事者訴訟の概念——美濃部の定義や行政訴訟法案のそれ——からの連続と断絶の両方をみることができる。抗告訴訟はもっとも狭義の意味に限定されている一方で、当事者訴訟は、換骨奪胎¹⁷⁾といってよいほど変容させられている(もともと想定されていなかった使われ方が前面に出てきている)のである。

こうした受容態度に強く反対したのが、美濃部であった。列記主義を外すことは、「行政權の公の權威を無視するものと爲さねばならぬ。……人民の側からこれを違法として争ひ得るのは、唯法律に特別の規定ある場合に限るべきもの」⁽¹⁷⁾であると批判したのである。

美濃部のこの見解が多数の賛同を得ることはなかった⁽¹⁸⁾。とはいえ、戦後すぐの行政法学説——すくなくとも田中二郎と雄川一郎の説——は、美濃部の発想(「行政權の公の權威」)を全面的に否定したわけではなかったように思われる。列記主義廃止を受け入れつつも、「行政權」に対する司法裁判所の介入を強く抑制することとし、それを實現するべく抗告訴訟の概念にさらなる操作を加えることによって、美濃部の発想との連続性を保った可能性があるからで

(16) 田中・前掲注(7)「行政争訟の法理」28～30頁。

(17) 田中・前掲注(5)「美濃部先生の行政争訟論」155頁。美濃部は、抗告訴訟について、民事訴訟法応急措置法等の規定をもって、「法律に特別の規定ある場合」とみなすが、当事者訴訟についてはなおそのような規定がされたとはいえないとして、列記主義で運用すべきだとする。同162～166頁。さらに、田中二郎「行政事件に關する司法裁判所の權限」同『行政争訟の法理』129頁(初出1949年)、135頁注(1)も参照。

(18) 美濃部の見解に対する当時の批判の様子として、田中・前掲注(7)「行政争訟の法理」19～22頁、田中・前掲注(17)「行政事件に關する司法裁判所の權限」134～136頁、田中・前掲注(5)「美濃部先生の行政争訟論」154～159頁を参照。

ある。

その継受の成果こそが、戦後のかなり長い間、行政法学説や判例に君臨した「司法権の限界」論である。他の学説から批判されつつも常に議論の出発点たる地位を占めるという、絶大な影響力を持ち続けたこの見解の論理構造は、次のように定式化することが許されるであろう。すなわち、(1)行政と司法が峻別されるべきことを理由に、(2)抗告訴訟を民事訴訟や当事者訴訟とは異質なものと位置付けたうえでその概念を包括化し、(3)同時に抗告訴訟を抑制的に運用すべきことも導く（たとえば、申請に対する不作為の違法確認訴訟は認めるが、義務付け訴訟は否定するというように）というロジックである⁽¹⁹⁾。

この「司法権の限界」論は司法裁判所の抑制を求めるものであるから、その勃興は、次項で述べるように、日本国憲法がもたらした第2の影響への反撥ないし反作用として誕生したものであったと推測される。

（2）行政裁判所廃止への反撥

日本国憲法の第2の影響は、行政裁判所の廃止である（裁判所法附則により行政裁判法は廃止）。これにより行政訴訟は、司法裁判所において、民事訴訟法に則って取り扱われることとなった。

もっとも、行政訴訟の特例を定めようとする様々な工夫が直ちに試みられた。1947年（昭和22年）制定の民事訴訟法応急措置法は、「〔その8条に〕行政庁の違法な処分取消又は変更を求める訴について出訴期間を取り敢えず定めたが、もちろんこれのみでは不十分であった」（雄川一郎）⁽²⁰⁾と述懐されており、かくして1948年（昭和23年）には行特法が制定された⁽²¹⁾。

行特法は、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の

(19) 宮崎良夫『「司法権の限界」論についての一考察』同『行政訴訟の法理論』（三省堂、1984年）1頁（初出1982年）を参照。同論稿は、「司法権の限界」論が、戦後すぐに現れ、やがて、行訴法制定の前後に、「包括的かつ演繹的理論体系」へと独自の展開をみせた様子を、田中二郎説を中心に跡づける。

「司法権の限界」論については、平成16年改正後の次のような独白が注目される。「田中二郎先生がたいへん力をいれた『司法権の限界』（1976年）という論文集があります。私などもそれをずっと勉強してきたわけですが、しかし、その田中先生のおっしゃっているのはあまり普遍的ではない。非常に説得性があるのですが、よその国を見てみるとあまり見当たらないような議論です」（塩野宏「改正行政事件訴訟法の課題と展望」同『行政法概念の諸相』〔有斐閣、2011年〕272頁〔初出2004年〕、284頁）。

(20) 雄川一郎「行政事件訴訟特例法」同『行政争訟の理論』85頁（初出1948年）、86頁。

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」と定めた（1条）。そして、とくに「行政庁の違法な処分取消又は変更を求める訴え」については、訴願前置主義を定め、被告を行政庁としたうえ、出訴期間（6ヶ月）、執行停止制度（内閣総理時大臣の異議を含む）、処分に対する民事仮処分の禁止、事情判決などを定めた（2条～11条）。当時の学説が、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」を抗告訴訟または取消訴訟と呼び、「公法上の権利関係に関する訴訟」を当事者訴訟と呼んだことは、よく知られているとおりである。

そして現れたのが、「本法は抗告訴訟を公法上の当事者訴訟と区別して取り扱っている」と理解し、「抗告訴訟を当事者訴訟及び通常の民事訴訟と区別するを要するが、その区別は、訴訟の形式ないし原告の請求名義によらず、訴が実質的に対象としている所によってなされねばらぬ。原告が当事者訴訟の形式をとって出訴しても、それが実質的に一応有効になされた行政処分の適法性を争うものである場合は、抗告訴訟として、出訴期間その他の制限に服する」（雄川一郎。下線は筆者）⁽²²⁾とする見解である。訴訟の「実質」に違いがあるとして抗告訴訟と当事者訴訟の峻別の重要性を強調するのである。

この見解が「実質」を強調する背景にあったのが、行政裁判所廃止への危機感である。行政裁判所の廃止後であっても行政と司法の峻別は維持されるべきであり、そのためには行政訴訟における司法審査の抑制的運用が必要であり、さらにそのためには、司法裁判所が扱う訴訟のなかに、抗告訴訟＝取消訴訟という“砦”を築くことが必要であるから、「実質」によって抗告訴訟を、民事訴訟や当事者訴訟からしっかりと区別する必要があるとするのである。田中二郎説にこの思考は顕著であるが⁽²³⁾、以下では、雄川一郎の所説から、同じ思考方法をよく示す箇所を抜き出してみる。

(21) 行特法の立案過程につき、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』（東京大学出版会、1975年）291頁、同「行政国家制から司法国家制へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論下Ⅱ』（有斐閣、1977年）2194頁、2277～2347頁、角松生史「憲法『改正』動向をどう受け止めるか——行政法との関係」法学セミナー50巻12号（2005年）33頁、33～34頁を参照。

(22) 雄川・前掲注(20)「行政事件訴訟特例法」90～91頁。

(23) 行特法の制定に至る「戦後行政訴訟法制改革」における田中説について、高柳・前掲注(21)「行政国家制から司法国家制へ」2311頁～2346頁（田中説にみられる行政と司法の峻別、司法による行政介入への強い戒めを指摘）を参照。

第1に、「行政権と司法権の分立」は重要であり、「行政裁判所と司法裁判所とではその性格を異にする」という認識に立ち、行政裁判所の廃止によって、「英米流の司法国家体制」すなわち「国家権力の発動と人民との関係を規律する特別の法体系としての公法の概念を認めない建前」の制度が、日本に導入されたわけではなく、「大陸法的な『行政制度』は——その中核ともいべき行政裁判制度は消滅したが——、なおすべてが清算されているのではない」とし、「公法の適用の対象となるべき行政権の存在」を『『行政行為』として捉え、これに特別の効力をみとめていく概念構成につながる」と述べる⁽²⁴⁾。

第2に、行政と司法の峻別ゆえに、行政訴訟における司法権の抑制的運用が必要であり、行特法1条の「違法な処分⁽²⁴⁾の取消又は変更に係る訴訟」という条文にいう「変更」とは、一部取消しのみと解されるべきだとする。すなわち、「裁判所が行政行為を変更するというのは、行政行為を違法の限度で取り消すことを意味するのであると解するのであって、これが司法の本質から由来する制約であ[る]……。司法裁判所は、行政裁判所とその性格を異にすることは前に述べた所で、原行政行為に積極的変更を加えることは、その限度で、行政行為を創設することに帰着するのであるから、それは、行政権の機関としての行政裁判所ならばともかく、司法裁判所には一般的にその権能はなく、行政権の行為の合法性の判定に止るべきもの」であり、それこそが「司法権と行政権のバランスを維持するゆえん」(下線は筆者)⁽²⁵⁾というのである。

第3に、このような防御的ロジックが展開される抗告訴訟＝取消訴訟とは打って変わって、当事者訴訟の叙述は非常にあっさりとしたものである。「公法上の確認訴訟は、行政権の発動に直接関係しない場合は、通常の公法上の当事者訴訟になる訳であって(例えば、公共団体相互間における公法上の法律関係

(24) 雄川一郎「行政救済制度」同『行政争訟の理論』33頁(初出1957年), 38～40頁。

(25) 雄川・前掲注(24)「行政救済制度」42～43頁。司法権の限界という理由で、「変更」をこのように狭く解する見解は、つとに、兼子一「新行政訴訟の基礎理論」同『民事法研究第Ⅱ巻』(酒井書店, 1962年) 70頁(初出1948年), 78～79頁、田中・前掲注(17)「行政事件に関する司法裁判所の権限」143頁で示されていた。

これに対する明確な反対見解として、渡邊宗太郎『全訂日本国行政法要論上巻』(有斐閣, 1956年) 444頁は、「裁判所が処分を取消すのみならず、正しい法の適用として、それを變更して自ら新しい決定を與へ得ることについては、特例法が處分の取消の訴えの外に、變更の訴えを認めることから、争われない。例へば、違法の納税額の決定を取消して自ら適法なる納税額を決定」することは、「違法関係を整理しなければならない裁判権の作用として、その當然の要求に屬する」と述べる。

の確認の訴訟のごとし), ここで特に論すべき問題を生じない」(下線は筆者)⁽²⁶⁾ といつて済ませるのである。

この頃, 当事者訴訟として認知されていたのは, 「第1に本来の公法上の当事者訴訟としては, 市町村の境界画定の訴訟(……), 公務員の俸給請求の訴訟, 租税過誤納の返還請求訴訟等があり, 第2に農地買収対価の増額請求の訴訟(……), 土地収用補償金額の不服の訴訟或いは当選の効力に関する訴訟(……)は, その実質は行政処分の変更を求め又はこれに準ずるものであるが, 形式的に当事者訴訟の形をとっている。第3に機関争議(……)」⁽²⁷⁾であった。戦前の当事者訴訟概念から昭和37年行訴法の当事者訴訟概念への移行期の姿を見ることができよう。

以上の3点が「司法権の限界」論へと育っていくわけであるが, しかしこうした抗告訴訟と当事者訴訟の峻別は, 当時必ずしも支配的な潮流であったわけではない⁽²⁸⁾。そこで当時の見解の分かれ方をみておこう。

2 行特法時代における3つのアプローチ

(1) 最初期の当事者訴訟活用論(渡邊宗太郎・山田準二郎)

行特法制定前後の時期の学説は, 抗告訴訟と当事者訴訟の関係について, おおよそ3つのアプローチを見せていた。

まずは最初期の当事者訴訟活用論が登場する(以下, 「第1期当事者訴訟活用論」という)。当時の判例上形成された処分無効確認訴訟が, 「抗告訴訟(取消訴訟)の変形として取り扱われるべきもの」か, それとも, 「一種の当事者訴訟として取り扱われるべきもの」かの論争が, その舞台であった⁽²⁹⁾。

また, 許可申請に対する応答がないときに, 許可処分をするよう求める訴訟や何らかの応答をするよう求める訴訟(「不行為訴訟」などと呼ばれた)の可否

(26) 雄川・前掲注(24)「行政救済制度」44頁。

(27) 雄川・前掲注(20)「行政事件訴訟特例法」88～89頁。

(28) たとえば, 『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣, 1957年)の座談会では, 雄川の主張する司法国家・行政国家の区別論, 行政裁判所・司法裁判所の峻別論, 抗告訴訟・当事者訴訟の峻別論, 司法権の抑制論に対し, 民事訴訟法学者や裁判官から, 少なからぬ戸惑いの発言がみられる(同書3～23頁)。

(29) 田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』303頁および306頁。雄川一郎「行政争訟制度の改革に関する諸問題」同『行政争訟の理論』104頁(初出1958年), 112頁も参照。たとえば, 渡邊・前掲注(25)『全訂日本国行政法要論上巻』445頁は, 無効確認訴訟を「行政事件訴訟特例法のその他公法上の権利関係に関する訴」に分類している。

が論じられるときも、当事者訴訟が登場した。行特法1条の条文を文言通りに解するならば、「不行為訴訟などは、そこにいう『公法上の権利関係に関する訴訟』の一種と考えることは自然であり、……当初は、この不行為訴訟も、当事者訴訟の一種とみるのが当然のように考える傾向があった」⁽³⁰⁾とされ、当事者訴訟に位置付ける見解が発表されていたのである（渡邊宗太郎や山田準次郎など）⁽³¹⁾。

しかし、第1期当事者訴訟活用論は、大きな潮流にはならなかった。旧憲法下において当事者訴訟の実例がほとんど無かったことに鑑みると、当事者訴訟を行政訴訟のなかでどう位置付けるのか、確たる理解が共有されなかったためではないかと推測される。

（2）抗告訴訟概念の包括化論（田中二郎・雄川一郎）

これに対して、Ⅲ1（2）で述べたように、行政裁判所廃止に反撥して、司法権の行使から峻別されるべき「行政権の発動」（雄川一郎）を取り扱う場として——いわば囲い込む場として——抗告訴訟ないし取消訴訟の存在意義を理解しようとする田中二郎および雄川一郎は、いちはやく、抗告訴訟＝取消訴訟という概念をおおきく変容させ始めた。ここに、抗告訴訟の「実質」的把握に基づく「包括」概念化の作業が始まるのである。

まず、「取消訴訟のみが抗告訴訟の唯一の形態であるという観念自体が、旧行政裁判制度という実定制度上の観念であること」に鑑みると、「そのような観念は、新制度の下において、旧制度においては生じ得なかった多種多様の行政訴訟が現実に提起されるに及んで、深刻な反省を必要とすることになった。

(30) 雄川一郎「行政訴訟の動向」同『行政争訟の理論』142頁（初出1965年）、155～156頁。

(31) 渡邊・前掲注(25)『全訂日本国行政法要論上巻』445～446頁（「公法上の権利関係に関する訴えを提起して……判決が行政処分を行ふべき行政主體の義務の存在を確認するときには、その判決は行政廳に行政処分を行ふことを命ずる給付判決ではないが、確定判決は行政廳を拘束するから、當該行政主體の權限行政廳は確認せられた義務を履行するものとしての行政処分を行はねばならない。その意味において給付判決があつたこととその結果を同じくするものである」）。また、当事者訴訟として義務付け訴訟を許容しようとした山田準次郎説について、村上義弘「不作為に対する抗告訴訟」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4行政争訟I』（有斐閣、1983年）307頁、329～330頁の分析を参照。村上論文はさらに、昭和37年行訴法の制定以降において、法定外抗告訴訟として義務付け訴訟を許容しようとする説も結局は、山田準二郎説（当事者訴訟説）に似ることを指摘する。

それは、とりわけ、行政行為の無効確認訴訟によって意識させられることになった」⁽³²⁾とする。

「通常の抗告訴訟」である「いわゆる取消訴訟……の本質は、行政権が優越的地位においてなすところの行政作用に対する不服の訴訟であると考えれば、その不服の対象たるべき行政作用は、論理的には積極的に行政行為として発動される場合に限られず、行政権のなす消極的な作用即ちその不行為の場合にも存在すると見ることができる。そこでこの不行為に対する不服の訴も、抗告訴訟の概念を拡張すれば、これを考えることができる」⁽³³⁾のであり、「抗告訴訟即ち取消訴訟という前提がとり去られると、義務づけ訴訟や不行為訴訟も、範疇的には抗告訴訟の系統に属することが明らか」⁽³⁴⁾だというのである（下線は筆者）。行政処分に関する裁判審理は、処分がされた後であろうと、される前であろうと、同じような訴訟手続において取り扱われるべきだというロジックを用いて、「抗告訴訟の概念を、取消訴訟から解放し、公権力の行使に対する不服の意味をもつ訴訟という実質的概念として拡張」⁽³⁵⁾したのである（下線は筆者）。

次に、このように包括的な抗告訴訟概念で囲い込まれた訴えを、裁判所は抑制的に運用するべきことも主張する。前述のとおり、行特法1条（ないし2条）の取消訴訟規定が限定的に解釈されるべきであるように（変更の訴えは一部取消しに限るとの解釈），“取消訴訟プラス α ”としての包括的抗告訴訟もまた、行政と司法の峻別ゆえに抑制的方針に服せしめられるべきだというのである。義務付け訴訟等の否定論である。

「行政権の発動に関係のある法律関係の確認を目的とする場合には、司法権と行政権の関渉の問題を生ずることになる。特に、行政庁が或る行政行為をなすべき義務（……）又はなすべからざる義務の確定を目的とする場合や、将来行政行為によって形成されるべき法律関係の事前の確定を目的とする場合などがこれである」ため、「この問題は、やはり、行政・司法両権の分立の意味と、裁判所の地位・構造及び訴訟制度の構造の実質的な分析から答えられなければ

(32) 雄川・前掲注(30)「行政訴訟の動向」156頁（行特法時代の回顧）。

(33) 雄川・前掲注(24)「行政救済制度」40～41頁。

(34) 雄川・前掲注(30)「行政訴訟の動向」157頁（行特法時代の回顧）。

(35) 雄川一郎「行政争訟」同『行政争訟の理論』172頁（初出1967年）、176頁（行特法から昭和37年行訴法立法にかけて時期の回顧）。

ならない……〔から〕……司法権の判断に行政権を全面的に服従せしめることは、司法・行政両権の分立、均衡の上から言って許されないところであろう」⁽³⁶⁾（下線は筆者）と結論する。なお、こうした行政と司法の峻別に基づく司法権の抑制という立論に対しては、当時から、強い反対が表明されていた（渡邊宗太郎，山田準次郎，磯崎辰五郎）⁽³⁷⁾。

以上のように、包括的抗告訴訟概念は、歴史に深く根付いたものなどではなく⁽³⁸⁾，日本国憲法による行政裁判所廃止に反撥して，一部の行政法学説が新たに作った概念であったといえる。

その背景に何があったのかといえは，行政裁判所から司法裁判所への管轄移行に伴うなんらかの混乱が懸念されたのであろうと推測するほかないが，具体的に何が懸念されたのかは詳らかでない。「行政事件の司法審査をめぐって，政府と裁判所との間にさわだった意見の対立をきたした」（田中二郎）⁽³⁹⁾と述懐される平野事件（1948年〔昭和23年〕）の記憶が論者に強く——もしかすると必要以上に強く——作用していたのかもしれない⁽⁴⁰⁾。

いずれにせよ，田中＝雄川説は，なんらかの混乱が懸念されることを理由と

(36) 雄川・前掲注(24)「行政救済制度」44～46頁。また，雄川・前掲注(29)「行政争訟制度の改革に関する諸問題」114頁は，義務付け訴訟について「行政裁判制度をとっていないわが国では，原理的にも技術的にも多くの難点を包蔵しているものであって，にわかに採用し難い」とする。

田中・前掲注(7)「行政争訟の法理」74頁も，「許可又は特許の処分を求めるための訴訟を提起するや否や」，つまり義務付け訴訟の可否について，これを否定し，「行政庁に対して処分を申請し，拒否されて始めてこれに対する抗告訴訟としての訴訟を提起しうべきもの」と述べる。

(37) 行特法時代におけるこの3名による批判の様子について，今村成和『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣，1972年）179～188頁（初出1965年）を参照。

(38) なお，雄川一郎説に対するメンガー学説の影響を推測するものに，高木光『行政訴訟論』（有斐閣，2005年）143～168頁（初出1990年）があるが，高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ—行政救済法』（有斐閣，2008年）47頁，52頁は，その推測について「雄川博士の真意とは必ずしも一致するものではなかったと思われる」と述べている。メンガーについては，さらに山本・前掲注(5)「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）」35～37頁を参照。

(39) 田中二郎「平野事件」同『日本の司法と行政』（有斐閣，1982年）160頁（初出1980年），179頁。その意見の対立とは，「政府は，行政権の独自性を主張し，その立場から，司法審査には当然一定の限界が認められるべきもの」とし，他方，「裁判所は，司法国家体制をとる日本国憲法下においては，法律に別段の手続規定を設けていない限り，行政処分の効力を争う行政事件も原則として民事訴訟法の定める手続によるべきもの」としたことであったとする（同書179～180頁）。

して、「行政権の発動」を行政処分の前（積極的発動・消極的発動）にわたり包括的に捉えたうえで、これに関する司法審査の抑制的運用を論じうる特別の場が必要と考えた。包括的抗告訴訟が、民事訴訟や当事者訴訟から、意図的に切り離された異質のフォーラムとして概念化されたのは、そのような特別の場たる役割が期待されたからであろうと思われる。

（3）白石健三「公法上の義務確認訴訟について」

ここで、第1期当事者訴訟活用論や、抗告訴訟包括化論とは別の第3のアプローチとして、白石健三の日本公法学会報告「公法上の義務確認訴訟について」（1954年〔昭和29年〕）⁽⁴¹⁾に注目したい。

白石健三は、行特法1条（ないし2条）の取消訴訟の性質を、処分権限存否の確認訴訟と性格付ける主張で知られている。これは、行政処分とそれに対する取消訴訟というシステムを、徹底して民事訴訟の概念を用いて理解しようとしたときの回答例のひとつであったと理解することができる⁽⁴²⁾。白石説は、上記の雄川説とともに、抗告訴訟の包括的理解に寄与したと位置付けられることがあるが⁽⁴³⁾、その見解はむしろ、雄川説とはおよそ相容れないものであり、まったく異なる抗告訴訟の理解の仕方を示すものであったと評価されるべきで

(40) 田中二郎「平野問題と裁判権」同『司法権の限界』（弘文堂、1976年）95頁（初出1948年）、103～104頁は、「本件を契機として行政事件に対する司法的コントロールに重大な転換がもたらされる傾向を生ずるに至った」とし、田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』281頁は、「平野事件を契機として、行政権の特殊の地位を保護しようとの考慮が強く働いた」と述べる。

しかし、高柳・前掲注(21)「行政訴訟法制の改革」336～355頁の叙述をみるならば、平野事件の影響は、執行停止制度のあり方に止まり、行政訴訟の全体にまで及ぶものではなかったはずではないかとの印象も受ける。

(41) 白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究11号（1954年）46頁。白石説に対する高い評価を示す例として、今村・前掲注(37)『現代の行政と行政法の理論』205～208頁を参照。また、山本・前掲注(5)「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）」37頁は、「行訴法を別の筋から読む」例として白石説を挙げる。

(42) 中川・前掲注(2)「行政訴訟の基本構造（1）」33～36頁を参照。なお、前掲注(28)『行政事件訴訟特例法逐条研究』22頁の座談会においても、抗告訴訟と当事者訴訟の間に「訴訟の構造の上で」の「実質的な区別」は無いのではないかという指摘がたびたびなされていたこともあわせて参照されたい（小沢文雄、田中真次、三ヶ月章の各発言）。

(43) 今村・前掲注(37)『現代の行政と行政法の理論』218頁注(11)は、「行政権の作用に対する不服の訴訟という立場から統一的にとらえているもの」としては、「白石＝雄川説以外にこのような立場を明確に把握していた学説は存しなかったように思われる」と指摘する。

ある。抗告訴訟と当事者訴訟の区別を意に介しないで論じるという著しい特徴が随所に見られるからである。

雄川説が、「行政権の発動」を司法権から峻別するがゆえに、その積極的発動(作為)か消極的発動(不作為)かを問わず、すべて取り込んで抗告訴訟を包括化したのに対し、白石説は、行政処分に関する訴えを民事訴訟と同じ観点で捉えるがゆえに、処分後の取消訴訟と処分前の義務付け訴訟等は、紛争の成熟性の違いに過ぎず、カテゴリーカルに区別する必要がないというアプローチの仕方をしている⁽⁴⁴⁾。

白石説は、行政と司法の峻別を理由とする義務付け訴訟否定論を、次のように一蹴する。取消訴訟であっても「司法の判断により行政上の結果の実現が阻止される」のであるから、「裁判所が争いのある双方当事者の主張立証に基いて裁判手続により法の適用を宣言する」限りは、「司法による行政の統制の機構は無意味な屋上屋」となる危険はないというのである⁽⁴⁵⁾。そうしたことから処分前の段階であっても、行政庁が「特定人の特定農地を買収する権限を有するかどうかということ、特定人の特定の営業許可申請に對し許可を與えない権限を有するかどうかということは、それ自體、一の具體的權利義務に關する争いにほかならない。従つて、公法上の法律關係に關する訴訟につき廣く出訴を認めたわが國法の下では、かような權限の存否を訴訟の對象とし得ない理由はなく、ことに抗告訴訟自體が同じ權限の存否を争う訴訟にほかならないとすれば、なおさらそうである」(下線は筆者)⁽⁴⁶⁾とする。ここで白石説が、行特法1条の「公法上の權利關係に關する訴訟」という語を、下線部のように補強材料として用いていることに注目したい。

このように民事訴訟の概念を用いた理解を徹底するアプローチに対しては、予想通り、「白石健三氏は、通常の抗告訴訟といわゆる公法上の義務確認訴訟

(44) 白石・前掲注(41)「公法上の義務確認訴訟について」50頁は、「わが國法〔＝行特法のこと〕は、事後の段階において權限の存否が争われる場合を豫想して、特別の手続の規定(行政特例法中の抗告訴訟に關する規定〔＝取消訴訟のこと〕)を設けているが、それは、この種の争いのうち争いの成熟の認められる典型の場合について規定を設けたというにとどまり、これにより、事前と事後との間に一線を畫して、事前の段階において權限の存否を訴訟の對象とする可能性を全く否定するものとは考えられない」と述べる。それはあたかも、民事訴訟において給付の訴えには当然に權利保護の利益が認められるが、確認訴訟は確認の利益を個別的に検討するのとは異なるものではないとも指摘する(同54頁)。

(45) 白石・前掲注(41)「公法上の義務確認訴訟について」52～53頁。

とを、行政庁の処分権限の存否を争う訴訟として統一的に見ようとされる」(雄川一郎)⁽⁴⁷⁾という批判的評言が残されているところである。

IV 区別の法定化：昭和37年

行特法のもとで生じた様々な疑義(上記の問題を含む)を立法的に解決するべく、その改正が法制審議会で検討され、1962年(昭和37年)に行訴法が制定された。同法は、日本の法制上はじめて抗告訴訟と当事者訴訟を法令上の用語として用いたものである。そして行訴法3条1項は、公権力の行使に「ついで」の不服」の訴訟ではなく、「関する不服」の訴訟という文言とされ、取消訴訟に限定されない抗告訴訟概念を採用することが明示された⁽⁴⁸⁾。

行訴法3条1項の規定振りだけを見ると、抗告訴訟を訴えの「実質」に鑑みて包括化しつつその運用を抑制しようとする田中＝雄川ラインの见解が、立法過程で採用された結果であるかのように見える。しかも行政法の研究者は、昭和37年行訴法を理解するにあたり、田中二郎教科書(『新版行政法』)や雄川一郎教科書(『行政争訟法』)を出発点とすることが多いため、ともすれば両者の学説的见解(行政と司法の峻別に基つき、当事者訴訟と「実質」を異にするものとして抗告訴訟を捉えてその概念を包括化しつつ、その抑制的運用をも求める立場)⁽⁴⁹⁾をもって、行訴法の立法者意図と同視しがちである。

しかしながら、昭和37年行訴法の立案には、兼子一などの民事訴訟法学の委員、そして裁判所からの委員(白石健三も一時期ではあるが関わった)も、それぞれに強力な存在感をもって関わっていたことに留意する必要がある。昭和37年行訴法の立法過程は「ドイツの学者がかつて、『学理は絶対であるが、立法は妥協である』といったように」(入江俊郎)との感慨が示されたごとく、様々

(46) 白石・前掲注(41)「公法上の義務確認訴訟について」50頁。この趣旨を繰り返して、同54頁は、「わが國法が行政處分の取消、變更の訴訟を認めると共に、ひろくその他の公法上の法律關係に關する訴訟を認めているのは、行政廳が處分を發動すること若しくは發動しないことの適否について判斷を経た後においては、争いの成熟の度合が訴訟に適するものとして、當然に權利保護の利益を認めるとともに、事前の段階については、權利保護の利益の有無を具體的、個別的事件の判斷に任せているものと解される」(下線は筆者)と述べる。

(47) 雄川・前掲注(24)「行政救済制度」50頁注(15)。

(48) 田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』308頁。同様の規定振りは、行政不服審査法にも見られる。同書235頁を参照。

な妥協の産物であったとされている⁽⁵⁰⁾。そのような立法過程を反映してか、昭和37年行訴法は、抗告訴訟と当事者訴訟を並べて法定した趣旨がどこにあるのか、実にわかりにくい立法であったといわざるをえない。

もしも昭和37年行訴法が、田中＝雄川ラインの見解のごとく、「行政権の発動」に関する裁判を抑制的に運用することを目的として、それを主題とする訴訟をすべて抗告訴訟に取り込む（抗告訴訟を包括化する）という戦略を採用したのであれば、抗告訴訟を、当事者訴訟や民事訴訟から明確に分離して、「抗告訴訟の排他的管轄」という取扱いをするよう——これは「取消訴訟の排他性」とはまったく異なる取扱いであることに留意されたい⁽⁵¹⁾——求めているはずである。

ところが、そうした趣旨を昭和37年行訴法から読みとることは非常に難しい。同法3条において抗告訴訟の類型がごくわずかしき規定されなかったため、抗告訴訟を包括化する目的が極めて曖昧になっていること、当事者訴訟や民事訴

(49) 田中二郎も雄川一郎も、昭和37年行訴法の制定後の時期においても引き続き、行政と司法の峻別を出発点として、当事者訴訟と峻別されるべき抗告訴訟の包括化と抑制的運用を主張している。田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』290頁（「裁判は、行政とはその本質的性格を異にする」）、292頁注(1)、293頁、296頁（「司法権が行政権に代わって一定の処分をするとか、行政権に対して具体的な特定の処分を義務づけることは、行政権の第一次的判断権を侵し、行政権に不当に介入するものとの非難を免れない」）、299～300頁（「行政権との関係における司法審査の限界」）、310頁（「行政権と司法権の調和を図るため」義務付け訴訟は認められない）、田中二郎「司法権の限界」同『司法権の限界』1頁（初出1974年）、16頁「行政の第一次判断権を無視し、行政について責任を負うべき立場にない者が、これに代わる最終的判断を下すような制度を採用することは許されない」、田中二郎「抗告訴訟の本質」同『司法権の限界』73頁（初出1967年）、80頁（「行政庁の明示的又は黙示的な判断を前提として、原則として事後的に、司法権の介入によってこれを是正すべきものとするところに、……抗告訴訟という名称を用いているゆえんもある」）など。

雄川・前掲注(30)「行政訴訟の動向」157～158頁は、「行政庁が行政行為によってこれを規制する権限を有するということは、一般的には、そのような行政上の法律関係が生じるまで裁判所の判断によって形成されたり確認されるべきではなく、行政庁がまず行政行為によってこれをなし——これが行政庁の第一次の権限の原則と言われていたものである——、しかる後に裁判所がその行政行為が適法であるかどうかを審査するのが、行政権と司法権との合理的な権限の分配であるべきだ」とする。同159頁は、不作為違法確認訴訟について、「いわば違法な不作為の取消を求めるものに外ならない」とか、「行政権の第一次の権限の原則に反するものでない」と述べる。

(50) 塩野宏編著『日本立法資料全集5行政事件訴訟法(1)』（信山社、1992年）5～14頁（高木光執筆）。

(51) 「抗告訴訟の排他的管轄」と「取消訴訟の排他性」の違いについて、中川・前掲注(2)「行政訴訟の基本構造(2・完)」185～193頁を参照。

訟において処分の無効事由を主張・審理することを積極的に認容する36条を置いていること、そして3条と4条の定義が相互に排他的でないことのゆえである。順にみてみよう。

第1に、昭和37年行訴法は3条1項で抗告訴訟の包括化を示唆しておきながら、2項以下ではその類型として、取消訴訟以外にはわずかに無効等確認訴訟と不作为違法確認訴訟しか法定しなかった。議論が分かれた義務付け訴訟等については何も規定できなかったのである。

行特法時代の田中＝雄川説によると、Ⅲ2(2)で述べたとおり、包括化された抗告訴訟のうち、義務付け訴訟などは、行政と司法の峻別論にかんがみ抑制的に運用されなければならないはずであった。しかし、昭和37年行訴法の立法過程における「部会の議論はこの種の訴訟〔＝義務付け訴訟等〕の許容性について積極消極の議論に分かれた。……積極消極両論の妥協として不作为の違法確認の訴えまでの訴訟類型を明示し、それから先の義務づけ訴訟等の許容性については、積極消極いずれにも割り切ることなく将来の学説判例の発展に委ねることとなったのである。ただ、この場合もし義務づけ訴訟等の訴訟形式が将来において許容された場合……〔を見据えて〕、包括的な『公権力の行使に関する不服の訴訟』といういわば拡張された抗告訴訟概念を法定することになった」(雄川一郎)⁽⁵²⁾と述懐されている。

このように、昭和37年行訴法の3条が義務付け訴訟や差止訴訟を規定しなかったのは、議論の棚上げに過ぎず、決して、義務付け訴訟等への消極的評価を示そうとしたものではなかった。その結果同条は、なぜ抗告訴訟の概念を、行特法とは異なって取消訴訟以外にも拡大するのかを示していない非常に曖昧なものに止まったという事実が、ここで確認されるべきである。義務付け訴訟等の規定の欠落をもって立法者による消極的評価の現れと見立てて、田中＝雄川説に適合的な解釈を試みることは、立法過程に照らす限りは根拠のないことというほかない。

第2に、立案関係者自身が認めているとおり、抗告訴訟と、民事訴訟・当事者訴訟との間の峻別が、行訴法36条において徹底されていない⁽⁵³⁾。

行訴法36条は、処分が無効か否かを前提問題とする民事訴訟や当事者訴訟を許容することを正面から認めている。処分の無効事由とは、処分の違法事由に

(52) 雄川・前掲注(11)「行政事件訴訟立法の回顧と反省」189頁。

関して特別の事情が認められる場面（重大な違法事由であって、かつ、それが明白であったり、不可争力を甘受させるべきではない特段の事情があったりする場面）であるから⁽⁵⁴⁾、行政処分が当然無効であるためには、少なくとも違法な処分でなければならない。たとえば、もんじゅ原子炉設置許可処分無効等確認訴訟事件（差戻分）の最判平成17年5月30日民集59巻4号671頁は、「本件処分に違法があるということはできないから、上記違法があることを前提として本件処分に無効事由があるということはできない」と判示し、無効等確認訴訟においてもっぱら処分が違法かどうかの審理をおこなっていた。

ということは、田中＝雄川説においては抗告訴訟でのみ扱われるはずの問題（処分は違法であるがゆえにその効力は否定されるべきか）が、民事訴訟や当事者訴訟でも取り扱われることを、行訴法自身が認めてしまっていることになる⁽⁵⁵⁾。そのような同条は、抗告訴訟と当事者訴訟を別ルートとして分断するはずの「抗告訴訟の排他的管轄」という方針から大きく逸脱しているといわざるをえないのである（「取消訴訟の排他性」との関係でのみ、行訴法36条は合理的に理解可能である）。

第3に、そもそも行訴法3条と4条を素直に文理解釈すると、抗告訴訟が当事者訴訟に吸収されてしまう関係にある。行政処分は法効果をもつ行為（名宛人や準名宛人に個別具体的な法律関係を生じさせる行為）であるから、行訴法3条の「公権力の行使に関する不服」という紛争も、行訴法4条の「公法上の法律

(53) 雄川・前掲注(29)「行政争訟制度の改革に関する諸問題」112頁（「現在の法律関係の主張に関する訴訟において、その前提問題として、行政行為の無効を主張し得ることは、従前から認められていた」ところ、今後はこれを許さずすべて行政行為の無効確認訴訟に統一化することも、「制度を明確にする見地からは考え得られるけれども、それは却って制度を全体として煩瑣にする嫌があり、この点は従来通りでよいと思われる」）。

(54) 最判昭和36年3月7日民集15巻3号381頁（「重大かつ明白な瑕疵」）、および、最判昭和48年4月26日民集27巻3号629頁（「当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであつて、……不可争的效果の発生を理由として被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合」）を参照。

(55) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』147頁（初出1990年）は、昭和37年行訴法が「必ずしも全面的には『雄川理論』に沿ったものとはならなかった。その典型例が同法36条である。同条は……同一の行政処分に起因する紛争であっても、争い方によって取消訴訟になったり（……）、民事訴訟又は当事者訴訟になったりすることを認めること、すなわち、抗告訴訟が当事者訴訟かは、いわゆる『紛争の実質』とは直接関係しないとする立場を示している」と指摘する。

関係に関する」紛争にあたるはずである⁽⁵⁶⁾。このように文言上明らかな重複が生じているのに、昭和37年行訴法はその点についてなんら文言上の手当てをしていない。

いうまでもなく、ある補助線を引くならば一応の区分けはできる。すなわち、「公法上の法律関係に関する訴訟」(行訴法4条)は、あらゆる公法上の法律関係に関する訴訟を指すのではなく、対等者間の公法上の法律関係に限定されると解することは、一応可能である(その場合、行訴法3条1項にいう公権力の行使つまり行政処分によっては、対等者間の公法上の法律関係は生じないと理解しなければならないこととなる)。公法関係を権力関係と対等関係に分割することができるという世界観を共有できる者にとっては、抗告訴訟と当事者訴訟は、それぞれに排他的独占的な所管事項があり、「実質」を異にする訴えであるとして重複はないこととなる。

よく知られているように、行訴法の制定当時、まさにこの補助線を引いて行訴法3条と4条の関係を理解することを前提として、当事者訴訟を受皿とした

(56) 戦前期ではあるが、美濃部・前掲注(5)『日本行政法上巻』790頁は、「行政争訟とは行政法上の法律関係に關する争訟を謂ふ」としていた。戦後も田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』291頁は、「行政事件とは、……狭義においては、行政法規の適用に関する法律上の争訟——権利義務に関する訴訟——事件を指すが、広義においては、民衆訴訟や機関訴訟のように法律上の争訟の性質を有しないものも包含する」と述べる。

また、雄川・前掲注(11)「行政訴訟の形態」245頁は、行訴法4条が「『公法上の法律関係に関する訴訟』と定義しているが、この定義は……、それ自体としては積極的に当事者訴訟の標識を示すものではない。換言すれば、公権力の行使に関する不服の訴訟としての抗告訴訟を除いた行政事件訴訟というに等しいのである」と述べる。ここでも、抗告訴訟が、文言的には、「公法上の法律関係に関する訴訟」の一部であることが認められている。行特法時代のものであるが、前掲注(28)『行政事件訴訟特例法逐条研究』130頁の雄川一郎発言も参照。

小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4行政争訟Ⅰ』(有斐閣, 1983年)135頁, 162頁注(29)も、「『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。しかし、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」と述べ、浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正編『行政救済法1』(有斐閣, 1990年)47頁, 54頁も、「当事者訴訟の定義……〔を〕文字どおりに解せば、公権力の行使に起因する法律関係に関する訴訟も含まれる」とする。

このほか、室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ(行政事件訴訟法・国家賠償法)』(日本評論社, 2003年)56~57頁(浜川清執筆)や、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4・5号(2004年)640頁, 658頁(「取消訴訟も、一種の『公法上の法律関係』に関する訴訟と見ることが可能」)も参照。

新たな法理の展開を期待する見解があった。たとえば田中二郎は、この対等者間の法律関係を管理関係と呼んで法理の展開を期待し⁽⁵⁷⁾、山田幸男も、「当事者訴訟が概括的に許容されるに至った今日においては」公法契約をはじめとする非権力的公法の進展の受皿としての役割が期待できるとした⁽⁵⁸⁾。かくのごとく、「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待され……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」⁽⁵⁹⁾と理解する立場があったのである（これを以下、「第2期当事者訴訟活用論」と呼ぶ）。

しかし、もしもこうした補助線を引いて当事者訴訟を限定的ないし控除的に理解すべきことが立法過程で確立していたのであれば、行訴法4条の規定振りは、現在のような素朴なものではなかったはずである。抗告訴訟については、行訴法3条1項で「関する」という周到な文言を置いて包括的抗告訴訟化への布石としたのであるから、それに対峙する当事者訴訟についても、なんらかの修飾語が付されておかしくないと思えるのが自然ではないだろうか。にもかかわらず、行訴法4条（後段）は、「公法上の法律関係に関する訴訟」というばかりで、限定的文言はなにも置かれなかった。昭和37年行訴法の立案に深く関わった杉本良吉の解説にも、そうした補助線は登場しないのである⁽⁶⁰⁾。

そうすると、行訴法の解釈としては、上記のような補助線を引く説だけでなく、そのような補助線を引かない説、すなわち行訴法3条と4条の間に重複があっても差し支えないとする解釈もまた、同等に尊重されて然るべきではないだろうか。実は最高裁判例自身、こうした重複を容認しているようにみえるのである⁽⁶¹⁾。

以上の3点に鑑みると、次のようにいうことができる。昭和37年行訴法は、包括的に読みうる抗告訴訟概念と、抗告訴訟とは異なる独自の法世界の展開を

(57) 田中二郎の管理関係説の発生と学説史的意義について、塩野宏「公法・私法概念の展開」同『公法と私法』（有斐閣、1989年）56頁（初出1976年）、82～86頁を参照。

(58) 山田幸男『行政法の展開と市民法』（有斐閣、1961年）238～242頁（引用箇所は241頁）。

(59) 鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎ほか編『現代行政法大系5行政争訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）77頁、77～78頁。

(60) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説（1）』法曹時報15巻3号（1963年）27頁、48～50頁（当事者訴訟の説明の箇所）には、当事者訴訟の対象が対等者間の法律関係に限られるなどといった限定は登場しない。

(61) 中川・前掲注(3)「行政訴訟の諸類型と相互関係」73～95頁を参照。

期待する向き（第2期当事者訴訟活用論）もあった当事者訴訟概念という、ふたつの柱を掲げた。しかし、そもそも両者をどう線引きしどう使い分けるのかを規定することができなかった。なんのための抗告訴訟の包括化なのか、なんのための抗告訴訟と当事者訴訟の区別なのかという根幹的なところが何も明らかにされていない昭和37年行訴法は、その未完成さが際立っており、あたかも建設途上の建物の感さえ漂うほどである。

にもかかわらずその後の多くの行政法学説は、昭和37年行訴法が3条と4条を並行して規定したという外形を根拠に、抗告訴訟と当事者訴訟は峻別されるべきであるとする、いわば決め打ち的な解釈を続けた。それが「抗告訴訟の排他的管轄」論である。しかし同時に様々な修正も加えていった。その様子を次章でみておく。

V 区別の相対化：昭和40年代～昭和64年頃

1 昭和37年行訴法の制定後における学説動向

昭和37年行訴法成立後の行政法学説は、田中＝雄川説の大枠を用いつつも、その期待とは違う方向への軌道修正を試み始めた。

第1に、抗告訴訟の抑制的運用（義務付け訴訟等の原則否定）に対する強力な批判が開始された。これは、Ⅲ 1（1）で述べた「司法権の限界」論の定式(3)への批判である。

雄川説に対しては、1965年（昭和40年）に、「訴訟要件についての十分な省察を欠いた初期の学説に対してならば兎も角、今日このような大げさな表現を用いて、行政作用に対する事前の裁判的統制を全面的に否定しようとするのは、どういう理由に基づくことなのか」（今村成和）⁽⁶²⁾という批判が現れた。田中説に対しては、1977年（昭和52年）に、「義務づけ訴訟とは〔田中の憂慮するようなものではなく〕行政庁の第一次的判断権を十分に尊重し、事後審査の原則もみださないものなのである」（阿部泰隆）⁽⁶³⁾という反論が現れた。そして、程度

(62) 今村・前掲注(37)『現代の行政と行政法の理論』221～226頁（初出1965年）。

(63) 阿部泰隆「義務づけ訴訟論」同『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）223頁（初出1977年）、275頁。その後の学説と判例状況について、阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」同『行政訴訟改革論』305頁（初出1985年）を参照。

の差はあったものの、法定外（無名）抗告訴訟の活性化——包括的抗告訴訟の完成ないしフルメニュー化——を求めるという方向性は、学説全般で共有されるところとなっていた⁽⁶⁴⁾。

第2に、抗告訴訟と当事者訴訟の「線引き」の仕方を見直そうとする見解も発表されるようになった。処分性拡大論であり、さらにはそれに対抗する抗告訴訟負担加重論である。これらは、抗告訴訟の「実質」的把握（民事訴訟・当事者訴訟に対する独自性）を希薄化させるか、それとも、当事者訴訟（抗告訴訟とは異質とされてきたはずの訴え）の抗告訴訟化を促進させるかという違いはあるが、いずれにせよそうした操作を容認する点で、共通した発想を持っている。こうした発想が学界において少なくない者によって共有されたことは、とりもなおさず、包括的な抗告訴訟概念を立てて当事者訴訟と対峙させようとした田中＝雄川説の構想自体のぐらつきを意味し、Ⅲ 1(1)で述べた「司法権の限界」論の定式(2)への意図せざる批判という役割を果たしたといえよう。

その結果、「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が、管理関係や給付行政の理論づけ自体が疑問視されているのが現在の状況であろう」（鈴木庸夫）⁽⁶⁵⁾とか、『『権力関係』と『管理関係』という捉え方が現代においてそのままでは妥当しないことは確かである』（高木光）⁽⁶⁶⁾などと指摘されるに至ったのである。かくして、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、なし崩し的に相対化されていったと考えられる。項を改めてこの相対化現象について敷衍する。

2 処分性拡大論と抗告訴訟負担加重論

まずは、1970年前後（昭和45年頃）から、いわゆる処分性の拡大論が学説内部で勢いを示すようになった。できるだけ多くの行為を抗告訴訟で争わせるのが適切であるとする見解である（原田尚彦，兼子仁，山村恒年，阿部泰隆など⁽⁶⁷⁾）。

たとえば、「権力的手段と非権力的手段の複雑に混合した現代行政において

(64) 代表的な文献として、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」同『行政過程とその統制』（有斐閣，1989年）305頁（初出1983年）がある。

(65) 鈴木・前掲注(59)「当事者訴訟」77～78頁。

(66) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』143頁（初出1990年），158頁。同頁では、1980年代の鈴木庸夫や高木光による「『当事者訴訟活用論』は必ずしも、田中理論における『管理関係』に対応した訴訟形態として『公法上の当事者訴訟』を想定するものではない」という。

は、権力行政と非権力行政を峻別し、＜権力行政→抗告訴訟、非権力行政→当事者訴訟＞といった類型的二分論を絶対視していたのでは、国民生活を左右する公役務活動の適法性を司法的に確保することが困難になった……。非権力行政の統制手段として抗告訴訟を利用することが考慮されるのは、このためである」(原田尚彦)⁽⁶⁸⁾というように論を進める。そして、「抗告訴訟の対象についても、それは抗告訴訟として取り上げるべきかどうかという観点から決めればよいのであって、実体法上の行政行為概念と関連付ける必要はない」(阿部泰隆)⁽⁶⁹⁾とするのである。そのなかには様々なバリエーションがあり、抗告訴訟と民事訴訟の併用を認める見解や、処分性を拡大したうえで、取消訴訟の出訴期間や排他性を外す運用も認められるとする見解もある。

処分性拡大論は、田中＝雄川説のいう意味での抗告訴訟らしさ（権力的関係における不服を扱うという「実質」）を希薄化させることを、正面から容認する動きであったといえる。拡大論は、「抗告訴訟機能論」（小早川光郎）⁽⁷⁰⁾であると評され、「抗告訴訟と当事者訴訟ないし民事訴訟との違いをも相対化しうるもの」（高木光）⁽⁷¹⁾と評されるとおりである。

(67) 原田尚彦「行政行為の『権力性』について」同『訴えの利益』（弘文堂、1973年）89頁（初出1969年）、107～108頁（「現在では、取消訴訟の対象は、実体法上の行政行為概念より広いとみるべきであろう」）、原田尚彦「抗告訴訟の対象について」同『訴えの利益』136頁（初出1971年）、山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分（11・完）」民商法雑誌61巻3号（1969年）426頁、439頁、兼子仁『行政争訟法』（筑摩書房、1973年）273～296頁（「もっぱら救済の必要上から取消訴訟の対象とされる『形式的行政処分』」）、室井力「形式的行政処分論について」田中二郎先生古稀記念『公法の理論下Ⅰ』（有斐閣、1977年）1727頁（形式的行政処分論ないし形式的行政行為論と呼ばれる見解のバリエーション）、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983年）228頁、阿部泰隆「抗告訴訟の守備範囲」同『行政訴訟改革論』43頁（初出1983年）、46～56頁、阿部泰隆「相対的行政処分概念の提唱」同『行政訴訟改革論』87頁（初出1982年）など。

(68) 原田・前掲注(67)「抗告訴訟の対象について」140頁。また、原田尚彦「行政訴訟総説」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4行政争訟Ⅰ』（有斐閣、1983年）103頁、117頁は、「かつてのように、統治権の発動をもって営まれる行政領域（権力関係ないし本来の公法関係）と、国家が統治権の座から下り、一般の市民と対等の立場で実施する非権力的行政領域（私経済関係）とを截然と区別することは困難」とする。

(69) 阿部泰隆「公法上の当事者訴訟のあり方」同『行政訴訟要件論』（弘文堂、2003年）261頁（初出1989年）、272頁、277頁。

(70) 小早川・前掲注(56)「抗告訴訟の本質と体系」152～154頁が対比する「行政作用性質論」と「抗告訴訟機能論」は、当時の通説と処分性拡大論の描写である。

(71) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』116～120頁（初出1987年）は、原田尚彦および兼子仁の見解をそう評価する。

ある裁判官は、当時の議論状況を次のように描写していた。「通説と対象拡大説の根本的な差異は、取消訴訟の本質、目的をどうとらえるかにある。通説は……取消訴訟は行政庁の行為に公定力がある場合にそれを消滅させるための特別例外的な訴訟制度と考えるものである。これに対し、対象拡大説は、取消訴訟を違法な行政（権力的であると非権力的であるとを問わず）によって国民が不利益を被っている場合にその結果の除去を求める原則的な訴訟制度と位置づけようとするものであり、その背後には、行政機関の行為については権力性の有無にかかわらずその救済及び司法統制の手段として現在のところ抗告訴訟が最も適切なものである、との考え方がある」（越山安久。下線は筆者）⁽⁷²⁾。

他方、1980年代後半（昭和60年代前半）になると、処分性拡大論に対抗して、抗告訴訟の概念が負担過重になっていると指摘し、代わりに当事者訴訟を活用しようとする論陣が張られた（以下、「第3期当事者訴訟活用論」という）。その論者によれば、「行政手法・行政の行為形式の多様化という広く指摘されている現象との関係で、……取消訴訟中心の体系的枠組みのみでは不十分な場面があり、従たる受皿として当事者訴訟を活用することが必要」（高木光）⁽⁷³⁾と考えられるので、「『当事者訴訟＝対等関係』という伝統的観念にしばられる必要はなく、当事者訴訟にはく抗告訴訟に近いものから民事訴訟に限りなく近いものまで>ありうることになる」（同。下線は筆者）⁽⁷⁴⁾というのである。

このように対比させるならば、処分性拡大論も、これに対抗しようとする抗告訴訟負担加重論（第3期当事者訴訟活用論）も、行政過程から広く行政訴訟の対象とすべき局面を取り出して、漏れの無い裁判救済を目指そうという点では、完全に方向性が一致していることがわかる。抗告訴訟負担過重論者が自らの立場について、「『処分性拡大論』の実質的なねらいを『公法上の当事者訴訟』の活用によって果たさせようとするものである」（高木光）⁽⁷⁵⁾と説明し、処分性拡大論者も、「この問題は、無名抗告訴訟と当事者訴訟の取合いの観を呈する」（阿部泰隆）⁽⁷⁶⁾と評したことは、まさにそのことをよく示している。

両者の対立点は、処分性概念を希薄化させて抗告訴訟の利用可能性を極大化

(72) 越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一・三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座9（行政訴訟Ⅰ）』（日本評論社、1983年）27頁、37頁。このほか、小早川・前掲注56）「抗告訴訟の本質と体系」152～154頁（「行政作用性質論」対「抗告訴訟機能論」）も参照。

(73) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』146頁（初出1990年）。

(74) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』140～141頁（初出1990年）。

させようとする戦略をとるべきか、それとも、処分性概念を従前のまま（つまり実体法上の行政行為ないし行政処分概念）に維持したまま、当事者訴訟のほうを抗告訴訟に類似する機能まで含むものに理解しなおすという戦略をとるべきかにある。どちらが解釈論的に無理が少ないかについての考え方の違いである。処分性拡大論にとって、当事者訴訟の概念を従前のものから変えるのは、「解釈論を超えた新たな立法論」⁽⁷⁷⁾に映るのに対し、抗告訴訟負担過重論からは、処分性拡大論こそが、抗告訴訟概念（処分性概念ないし抗告訴訟概念）の負担加重、つまり解釈論を超えた操作に映るのである⁽⁷⁸⁾。

それゆえ両陣営の間では、抗告訴訟の概念が異なっており、その裏返しとして、当事者訴訟の概念も異なっている。処分性拡大論の側における当事者訴訟は、対等者間の関係として身分や給与を争うだけの訴えというイメージである⁽⁷⁹⁾。当事者訴訟の利用価値は低いという前提から出発しているため、抗告訴訟を広く活用せざるをえないとするのである。これに対して、抗告訴訟負担加重論の側が想定する当事者訴訟概念は、いわば“準・抗告訴訟”と表現できそうなものまでも含むとされているのである⁽⁸⁰⁾。

このように、田中＝雄川式の抗告訴訟概念（行政権を扱う特別なフォーラム）と当事者訴訟概念（対等者間の法律関係を扱うフォーラム）のどちらかを守ったうえで残ったほうの訴訟概念を操作可能としている以上、解釈論として、処分性拡大論と抗告訴訟負担加重論が対立するのは当然の成り行きである。そして、容易に決着をみないこともまた、当然である。

(75) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』126頁（初出1987）年。ほかに同書139頁（初出1990年）は、「抗告訴訟の重視を徹底すると当事者訴訟はネグリジブルなものとなり、逆に抗告訴訟の限界を意識すると当事者訴訟への期待が高まるという関係にある」と述べる。さらに、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、1988年）342頁（初出1985年）は、処分性拡大論者である「阿部教授のきわめて柔軟な発想は実質的には公法上の当事者訴訟活用論と紙一重であると思われる」と指摘する。

(76) 阿部・前掲注(69)「公法上の当事者訴訟のあり方」274頁。

(77) 阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟」同『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）63頁（初出1982年）、97頁。

(78) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』159頁（初出1990年）（処分性拡大論は「戦略的に疑問である」）。

(79) 阿部・前掲注(77)「空港供用行為と民事差止訴訟」77頁は、「もともと行政上の法律関係には権力関係と対等関係があり、前者は抗告訴訟、後者は当事者訴訟ないし民事訴訟の領域と解されてきたので、当事者訴訟と抗告訴訟の間には架橋すべからざる距離があると考えられてきた」ことを重視する。

本来ここでは、そのような論争を生み出すだけの価値が、抗告訴訟と当事者訴訟の区別にあるのかというように、「区別の意義」問題へと議論が深められるべきであったと思われる。しかし残念ながら、当時はそのような論争に発展しなかった。ほぼ唯一の例外が、1990年（平成2年）に「抜本改革なら」という立法提案として、「民事訴訟と抗告訴訟の区別の廃止」や「行政行為に違法があれば、その違法確認でも、その違法を前提とする現在の法律関係の確認でもよい」（阿部泰隆）⁽⁸¹⁾という提案がなされたことであった。

3 回避される「区別の意義」問題

（1）学説における回避現象

処分性拡大論と抗告訴訟負担加重論（第3期当事者訴訟活用論）の対立は、行政法学説が、抗告訴訟と当事者訴訟の「線引き」を問い直すことによってその区別を相対化することを正面から認めてきた証左であると考えられる。しかし、その対立の解消を求めて、さらに一步分析を深め、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」そのものにまで立ち入った検討がなされることは、皆無に近かった。

実はこのほかにも、行政法学説が、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を相対化して認識しておきながら、「区別の意義」問題への立入を回避してきた場面がある。

第1に、取消訴訟の訴訟要件を考えるにあたり、それと峻別されているはず

(80) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』158頁（初出1990年）は、「『当事者訴訟活用論』は必ずしも、田中理論における『管理関係』に対応した訴訟形態として『公法上の当事者訴訟』を想定するものではない」とし、同書157頁は、抗告訴訟に対して「当事者訴訟もまた依然として一種の残余概念であることを素直に認め、これを生かす方向で解釈論を展開すべきであろう」と述べる。そして、当事者訴訟活用の具体例として、同書141頁は、「今後は、従来から当事者訴訟と想定されてきた類型ないしその周辺類型（損失補償、国籍関係、公務員関係等）に加えて、従来は法定外抗告訴訟として検討されてきた予防的訴訟の類型をはじめ、行政指導を争う類型、金銭ないし行政サービスの給付を求める類型、情報開示を求める類型、……公共事業の差止めを求める類型、……法令・計画を争う類型、行政上の義務の裁判所による履行確保の類型等をひろく考慮」するべきだと述べる（下線は筆者）。同145頁も同旨。

芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ—行政救済法』（有斐閣、2008年）29頁、34～35頁は、当事者訴訟活用論——本稿でいう第3期のもの——における当事者訴訟理解を「限定控除説」と呼び、「抗告訴訟の対象にならない行政処分以外の行為に関する争いは当事者訴訟として把握される。むしろ、当事者訴訟には行為訴訟が含まれるということになる」と指摘する。同43頁注(28)も参照。

(81) 阿部泰隆「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」同『行政訴訟改革論』1頁（初出1990年）、30～31頁。

の民事訴訟との共通性が指摘されるようになった。遅くとも1980年代前半（昭和50年代後半）以降の行政法学説は、「民事訴訟においては必要とされる訴訟利益——とくにいわゆる権利保護の利益——の要件は、……抗告訴訟についても原理的に妥当するものと考えられる」⁽⁸²⁾と指摘するようになった。たとえば民事訴訟でいうところの「紛争の成熟性」という視点が、処分性の判定において有効であることは、指摘されて久しいことがらである⁽⁸³⁾。

このように、「取消訴訟についても、従来の学説はあえて当事者訴訟的に理解しようとしてきた」⁽⁸⁴⁾のであるが、抗告訴訟と民事訴訟が訴訟要件のもっとも重要な部分で共通性をもつのであれば、もう一步ふみこんで、そもそも両者がどれほど異質の訴えでありうるのかと「区別の意義」を疑うことがあってよかつたはずである。しかし学説が正面からそのように論じることにはなかつた。

第2に、昭和37年行訴法のもとで2つの最高裁判決が、抗告訴訟なのか当事者訴訟なのかを明らかにしないまま、訴えの利益の見地から訴えを却下するという結論を示した。長野勤評事件の最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁（被告は長野県）と、横川川事件の最判平成元年7月4日判例タイムズ717号84頁（被告は高知県知事）である⁽⁸⁵⁾。

最高裁判決がとったこのような論法は、行政法学説にとって、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」問題を検討するよい素材であつたはずである。しかしこうした訴えを法定外（無名）抗告訴訟とすべきか、当事者訴訟とすべきかの逡巡は、行政法学説においてほとんど見られなかつた⁽⁸⁶⁾。学説はこれらを法定外（無名）抗告訴訟の判決であるとしたうえで、抗告訴訟にも民事訴訟と

(82) 小早川・前掲注(56)「抗告訴訟の本質と体系」146頁。

(83) たとえば、白石健三「抗告訴訟」山田幸男ほか編『演習行政法（下）』（青林書院新社、1979年）18頁、28頁脚注（12）（「行政作用のどの段階で争いの成熟を認めて出訴を許すべきか」という問題としてとらえることができ、処分性の問題は、争いの成熟ないし訴えの利益の概念の中に吸収されることとなる」）、伊藤真「訴えの利益」雄川一郎ほか編『現代行政法大系4行政争訟Ⅰ』（有斐閣、1983年）237頁、251～258頁がある。なお、高円寺駅付近土地画整理事業計画事件の最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁は、土地区画整理事業計画決定の取消訴訟が「争訟の成熟性ないし具体的事件性を欠く」、また「事件の成熟性を欠く」と指摘して、訴えを却下していた。

(84) 仲野武志『公権力の行使の概念の研究』（有斐閣、2007年）2頁。同書5頁は、そのような学説は、本来、「抗告訴訟と当事者訴訟を一体化する行訴法の再改正を提案するべきである」と述べる。

(85) この最高裁判決の論法をどう理解すべきかについては、中川・前掲注(3)「行政訴訟の諸類型と相互関係」73～74頁、94頁を参照されたい。

同様の「紛争の成熟性」や「できるかぎり紛争の全面的解決をもたらさうような訴訟形態が選択されるべきであるという原則」⁽⁸⁷⁾が妥当すると論じるに止まったのである。

このような学説状況に対する批判として、「公権力の行使か当事者的な法律関係か明らかでないグレーゾーンが、無名抗告訴訟として吸収される傾向にある。そしてこのような便宜的な無名抗告訴訟論によって、無名抗告訴訟と当事者訴訟はどのように区別されるのか、あるいはそこに連続性はあるのか（例えば当事者訴訟的な義務づけ訴訟など）といった生産的な議論の為される余地が著しく狭められていったといえよう」（鈴木庸夫）⁽⁸⁸⁾との指摘がなされた。しかしこうした指摘は例外的であり、「区別の意義」を正面から問い直す動きは広がらなかったのである。

第3に、同じ個別法のもとの類似の紛争でありながら、立法上の偶然に左右されて、抗告訴訟と当事者訴訟が使い分けられることが実際によく起きている。

たとえば、損失補償額に関する訴えは、直接に憲法29条3項に基づく請求をする場合や、国等が補償をする旨だけを定める規定に基づく場合は、当事者訴訟が用いられるであろう。しかし、補償額の決定権限（行政処分）が規定されていると、それに対する取消訴訟が用いられるであろう（さらに立法次第でいわゆる形式的当事者訴訟にもなる）⁽⁸⁹⁾。また、国籍法のもとで自分には日本国籍

(86) では、裁判実務はどうであったかをみると、興味深い対比が見出される。長野勤評事件最判の調査官解説は、「訴訟形式としての適否の問題と訴えの利益問題とは、理論上区別されるにしても、行政活動への介入のタイミングの問題として考えれば、実際には両者は共通の面をもつ」から、最高裁は訴訟形式の別を示すことなく、訴えの利益の面からだけ結論を出したのだと指摘する（『最高裁判例解説民事篇昭和47年度』363頁〔佐藤繁執筆〕）。これに対して、横川川事件最判においては、法廷意見の沈黙の一方で、伊藤正己補足意見がこの訴えを「講学上いわゆる『無名抗告訴訟』に当たるもの」と述べ、その調査官解説も「無名抗告訴訟の許可ないし許容要件につき1つの検討材料を与えるもの」（ジュリスト増刊『最高裁時の判例Ⅰ（公法編）』227頁（増井和男執筆））と呼び応じていた。

しかるにこの2件の最高裁判決について、司法研修所編『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）317～318頁は、最高裁判例が「公法上の当事者訴訟であるのか無名抗告訴訟であるのかの振り分けいかにによって、訴えの適否の判断が実質的に異なることになるのは相当ではないことを示唆する」と指摘している。

(87) 小早川・前掲注(56)「抗告訴訟の本質と体系」151～158頁、160～161頁。

(88) 鈴木・前掲注(59)「当事者訴訟」78～79頁。遠藤博也『講話行政法入門』（青林書院、1978年）87頁、91～94頁も参照。

があるはずだと考えて提訴するにあたり、出生や認知等に関する具体的事実に国籍法を適用して結論が得られるのであれば、国籍確認の当事者訴訟を提起し、その者が帰化申請をしたが不許可決定をされたというのであれば、当該決定の取消訴訟を提起するのが通例である⁽⁹⁰⁾。公務員が、国家公務員法や地方公務員法の自動失職規定（有罪判決の確定などの場合に適用される）により、また日々雇用職員として、職を失ったときは当事者訴訟で身分確認の訴えを提起するが、免職処分によるときはその取消訴訟などの抗告訴訟を提起するのが通例である⁽⁹¹⁾。

そうすると、両訴訟の間にはたして異質の訴えというほどの「実質」の違いがあるのか、むしろ、たまたま行政処分権限が立法されたかどうかによって左右されるだけのきわめて形式的な差に過ぎず、質的な差は見当たらないのではないかと疑問が生じてよいはずであると思われる。しかし学説が特段、そのようなことを探求してきたわけではない。

以上のように、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を問い直してしかるべき現象はあちこちで見られた。にもかかわらずいったいなぜ行政法学説は、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」問題への深入りを、常に回避し続けてきたのであろうか。

最大の理由は、いうまでもなく、行訴法が3条（抗告訴訟の定義規定）と4条（当事者訴訟の定義規定）を並列的に規定しているため、その区別そのものを否定することは（相対化はともかく）、解釈論として論外だと考えられてきた

(89) 憲法29条3項に直接基づく損失補償請求の訴えが認められることについては、傍論であるが、最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁（名取川砂利採取事件）を参照。また、もしも、土地収用法133条に3項が存在しなかったり、文化財保護法41条に、3項と4項が無かったりしたならば、補償額を争うときに、形式的当事者訴訟ではなく、収用裁決の取消訴訟、そして文化庁長官決定の取消訴訟を提起することになるはずである。さらに、文化財保護法41条が1項（「修理又は措置によつて損失を受けた者に対しては、国は、その通常生ずべき損失を補償する」）しか無かったならば、国側が提示する補償額に不服な者は、国に対する当事者訴訟を提起して、増額分（差額）の支払を求めるほかないはずである。

(90) 国籍確認の当事者訴訟の例として、最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁があり、帰化申請不許可決定の取消訴訟の例として、広島高判昭和58年8月29日行裁例集34巻8号1429頁がある。

(91) 最判平成元年1月17日判例時報1303号139頁（自動失職規定の合憲性を争う地位確認訴訟）、最判平成6年7月14日判例時報1519号118頁（非常勤職員の地位確認訴訟）、最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁（神戸税関事件。懲戒免職処分の取消訴訟）。

ことにある。しかも平成16年改正以前においては、抗告訴訟の被告適格が法主体ではなく、処分庁という機関に認められていたため、抗告訴訟は、当事者訴訟や民事訴訟よりもむしろ、行政不服審査制度との親近性が際立っていた（戦前と同様に、両者をあわせて「行政争訟」と呼ぶのが通例であった）。さらに、行訴法の改正などとうてい期待することのできない時期が長く続いていた。

こうした事情は、行政法学説が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を正面から問い直すことへの大きな心理的支障になったと推測される。これらをいわば外在的要因とするならば、このほかに行政法学説における内在的要因として、次のふたつの事情を指摘することができるのではないかと考えられる。学説自身も、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」を論じにくい環境を生み出していたように思われるのである。

（２）“行為訴訟の機能的優位性”という通念の存在

まずは、行政処分についての訴訟方法として、行為訴訟（抗告訴訟）—— 提訴対象行為と提訴資格を組み立てる不服申立型の訴訟。いわゆる「原因行為を叩く」訴訟—— は、法律関係訴訟（当事者訴訟）よりも機能面で利用価値が高いという通念が、ある時期から行政法学説の間に形成されたことを挙げることができる。この定式が、田中＝雄川式の「実質」論（権力関係か否か）を、いわば「機能」論（より効果的な司法審査ができるか）に置き換えることにより、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」を—— 少なくとも取消訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」を—— 説明した観を呈したのではないかとと思われる（なお、わたし自身は、このような定式化は誤りであると考えているが、ここでは取り上げない⁽⁹²⁾）。

旧憲法下で取消訴訟制度が生まれた歴史的経緯はともかくとして⁽⁹³⁾、この定式においては、行政処分という行為の違法を直接に主題とする抗告訴訟（少なくとも取消訴訟）が、法律関係を主題とする当事者訴訟よりも機能的に優れていると考えるべき理由として、法適合性審査機能と第三者救済機能を挙げる。前者は、抗告訴訟だからこそ裁量審査や手続違反審査が可能なのではないか、

(92) そもそも、行為訴訟と法律関係訴訟を区別することが不可能であり、それゆえ両者の間に機能的な差を認めることも不可能であると考えている。中川・前掲注(2)「行政訴訟の基本構造(1)」7頁注(2), 56～58頁を参照。

また、処分の一部の違法を指摘して取消判決をすることで、案件を行政庁に事実上差し戻すことができるのではないかというのである。後者は、抗告訴訟だからこそ第三者による提訴が可能なのではないか、当事者訴訟では第三者の権利利益の保護は難しいのではないかというのである⁽⁹⁴⁾。

もしもこうした機能的優位が認められるならば、「行政の活動……〔を〕裁判所の統制に服〔させる〕……」場合の制度設計の問題としては、特定当事者相互間における権利義務の如何ということよりも、行政の任務である利益調整が適法に行われているか、そこでの行政庁の行動・態度に違法はないかということを中心にして、私人間の民事訴訟とは異なる制度の訴訟を組み立てることに合理性があると言える。行訴法の定める抗告訴訟は、そのようなものと見ることができる」(小早川光郎)⁽⁹⁵⁾という高い評価につながる。

かくして、みなが異口同音に便利だという道具——抗告訴訟——が眼の前にあり、かつその傍らに、利用方法のよくわからない道具——すぐ後で述べるように当事者訴訟——が転がっているとき、ひとは、両者を区別することの意義などわざわざ論じたりしないであろう。そのようなことを論じる気になるのは、どちらの道具も有用だとわかったときだけである。片方だけが有用な道具だという意識のもとでは、その道具の使い道を拡大できないかを考えるのが常識的な反応である(処分性拡大論)⁽⁹⁶⁾。また、拡大しきれないと思う者は、有用でないとされている道具を、有用な道具に似た姿に近づけるべく改善を試みるという戦略をとってみることもあるだろう(抗告訴訟負担加重論=第3期当事者訴訟活用論)。いずれにせよ、当事者訴訟が現状のままできわめて有用であるという認識がない限りは、「区別の意義」問題を掘り下げるインセンティブが働かなかつたのは、当然のことであつたと思われる。

(93) 塩野宏『行政法Ⅰ(第5版補訂版)』(有斐閣, 2013年)146頁は、「行政行為が介在するときには、原因行為である当該行政行為を攻撃せよというシステム……は明治憲法の下での行政裁判所以来のことであるが、なぜこのような制度がとられたかは明らかではない」ものの、単純明快な方法であることを指摘する。そのような「システム」がかなり普遍的にどの国でも見られるのは、争える行為が限定されているときにはそれを争う方法を、当該行為を叩くという不服申立ての体裁で組み立てることが、きわめてわかりやすい常識的な発想だからであろうと推測される。中川・前掲注(2)「行政訴訟の基本構造(2・完)」194頁を参照。

- (94) このような指摘をした最初期の例が、高柳信一「公法と私法」同『行政法理論の再構成』(岩波書店、1985年)25頁(初出1963年)、63～66頁、および高柳信一「行政の裁判所による統制」同『行政法理論の再構成』153頁(初出1966年)、184～190頁である。後者は、「抗告訴訟という訴訟形態がきわめて合目的性をもって要請されてくる」理由として、対世効、刑事処罰前の争訟機会の提供、裁量審査などを挙げている。

高柳は、行政行為が本来的には法律関係を主題とする訴訟でも争えるところ、実定法があえて抗告訴訟を利用させるのは、機能的な利点を求めてのことのはずであると論じるのであり、抗告訴訟と当事者訴訟・民事訴訟の同質性から出発するとともにその大きな特徴がある。

他方、1980年(昭和55年)頃以降の行政法学説は、高柳とは異なり、非同質性を語る。すなわち、法律関係を主題とする当事者訴訟や民事訴訟の利用価値の低さを強調したうえで、抗告訴訟(少なくとも取消訴訟)の利用価値の高さを示すことに関心を集中させているのである。

たとえば、抗告訴訟の利点を包括的に指摘するものとして、阿部・前掲注(67)「抗告訴訟の守備範囲」61頁は、「法規適合性の統制」(とくに裁量審査)と「第三者救済機能」の点で、抗告訴訟は民事訴訟より有用だと指摘する。ほかに、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)62～66頁(民事訴訟ないし当事者訴訟では、手続違反を争う場合のほか、「裁量が広い場合や第三者に影響を及ぼす行為を争う場合では必ずしも適切ではない」)、芝池義一「行政訴訟制度改革に関する覚え書き」原野翹ほか編『民営化と公共性の確保』(法律文化社、2003年)69頁、74頁(取消訴訟は、適法性統制機能、予防機能、紛争の一举解決機能、第三者救済機能に優れる)などがある。

とくに、行為規範適合性の審査には、抗告訴訟(行為訴訟)の形態こそがふさわしいという指摘が、非常に多く見られる。浜川・前掲注(56)「行政訴訟の諸形式とその選択基準」68～70頁(抗告訴訟の形態が「裁量権行使に適合的な審理判断であることや、現代行政における争訟機会の確保(または制限)としての意味をもつ」)のに対し、「一定の行政活動によって生じる国民の被害を通常訴訟によっては効果的に争いえない」、前掲注(56)『コンメンタール行政法Ⅱ』56～57頁(浜川清執筆)(「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には、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……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」)、亘理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト1234号(2002年)8頁、9～10頁(「民事法規に対比しての行政法規の特質」に照らすと、「行政機関に課せられた行為規範との整合性を審査すること」が求められ、抗告訴訟はそれにフィットする)、大貫裕之「行政訴訟類型の多様化と今後の課題」ジュリスト1310号(2006年)25頁、27～28頁(「国民は、この処分の段階で行政に対して行為規範に基づいたコントロールを容易に行うことができ(対象の判別が比較的明確にでき、処分前後に存する実体法上の権利義務に引きなおして請求を構成する必要はないという点で容易である)、抗告訴訟はこの段階に着目した特別の救済の形態である」)など。

なお、ややトーンを落とした記述も見られる。浜川清「司法裁判制度下の行政訴訟改革」法律時報76巻1号(2004年)103頁、105頁(「行政庁の第1次判断を直接攻撃させるか、それとも直接権利義務関係を争わせるかは立法政策の問題である。……当事者訴訟(民事訴訟)によることも可能であるし、[そのほうが]より直裁的で効果的であることも多い。……処分に対しては取消訴訟が一般的に可能な訴訟形態であるが、常に効果的であるわけではない」)を参照。

- (95) 小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』(弘文堂、2005年)141～142頁。

（３）当事者訴訟に対する理解の貧弱さ

ということは、「区別の意義」問題が詮索されなかった最大の要因（学説内在的要因）は、当事者訴訟についての行政法学説の理解が、非常に貧弱であったことに求められる。

すで見たように、戦前において当事者訴訟は実例に極めて乏しい存在であった。戦後も、一時的な活用論に止まった（第１期や第２期の当事者訴訟活用論）。このような当事者訴訟観は、1970年（昭和45年）頃からの処分性拡大論においてもそのまま引き継がれ、当事者訴訟は、「ほとんど実際上はネグリジブルな存在」(原田尚彦)⁽⁹⁷⁾、「あまり重視するに当たらない類型」(兼子仁)⁽⁹⁸⁾、「死に体」(阿部泰隆)⁽⁹⁹⁾という評価が下された。なぜ当事者訴訟は、ここまで軽視され続けたのだろうか。いくつか原因が考えられる。

第１に、“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、(わたしからみると誤った)命題が広く共有されたことである。

法の文言の意味が公法（行政法）か私法（民事法）かによって機械的に左右されるわけではない——これが行政法学説にいういわゆる「公法私法二元論の克服」の意味である。そのことが、行政訴訟と民事訴訟の区別の要否につながるならまだしも（それさえも疑わしいが）、そこを飛びこえて当事者訴訟（だけ）の無用論を帰結するわけではないことは、明らかであると思われる⁽¹⁰⁰⁾。

第２に、行政法学説が認知した当事者訴訟の実例が、極めて乏しかったという事実である。学説における当事者訴訟像は、長らく、“身分確認か、俸給請求か”という程度に止まっていた⁽¹⁰¹⁾。

しかし実は、昭和37年行訴法の制定とほぼ同時期に最高裁はすでに、当事者訴訟についてこのイメージを大きく超えた判決をしていた。それは、「許可又

(96) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊（2005年）102頁の小早川光郎発言（「今あるものとしては抗告訴訟の制度がある。当事者訴訟というのは頼りにならなかったわけですから、抗告訴訟をもりたてていくのがいいのではないかと、私も考えていたときがありました」）、および小早川・前掲注(56)「抗告訴訟の本質と体系」153～154頁（『抗告訴訟機能論』の立場からは、論理的には、いかなる不服であっても抗告訴訟の対象領域に取り込まれる可能性がないとはいえない）を参照。

(97) 原田・前掲注(68)「行政訴訟総説」118頁。

(98) 兼子・前掲注(67)『行政争訟法』258頁。同頁はまた、「あえて当事者訴訟の制度を援用せず訴訟一般に通則的な民事訴訟の制度を用いれば足りる」とする。

(99) 阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」同『行政訴訟要件論』234頁（初出1984年）、240～242頁。

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頁である。学説は、第3期当事者訴訟活用論でさえ、この判決——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——を文字どおり、素通りしたのである。

第3に、行政法学説の思考パタンの影響も無視できない。1980年(昭和55年)頃からの行政法学説は、行政過程から様々な行為形式——委任立法、行政処分、契約という法的行為にとどまらず、指導や計画、公表なども行為形式とする——を析出していった⁽¹⁰²⁾。行政過程の現実をより細やかに理解することができ、法令違反(実体的・手続的違法事由)を見つけるうえで非常に有益だからである。

しかし、このアプローチを訴訟方法の組み立て方にも持ち込むと、行為の違法性を直接の主題とする訴えが構成されるべきだという発想になりやすく、抗告訴訟ないし行為訴訟になじむ思考が支配的になる。逆にいうと、行為形式と

(100) 公法私法二元論の否定は、「公法と私法の区別は法解釈上の有用性」をもつかという問題として論じられたものである(塩野・前掲注(93)『行政法Ⅰ』31頁)。そして、「わが国における公法・私法二元論議が、法解釈論上の有用性批判として展開したために、公法・私法の二区分の基準それ自体が粗上に上らなかった」(塩野宏「公法・私法二元論」同『行政法概念の諸相』83頁(初出2009年)、85頁)ということ、および小早川光郎・阿部泰隆・芝池義一「鼎談・行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって」ジュリスト1263号(2004年)30頁(小早川光郎発言)を参照。この点については、中川丈久「行政法における法の実現」佐伯仁志編『岩波講座現代法の動態 2法の実現手法』(岩波書店、2014年)111頁、117～118頁でも述べたので参照されたい。

(101) 平成16年改正以前において、当事者訴訟の例として挙げられていたのは、「法令又は処分の無効等を前提とする公法上の法律関係、公法上の地位・身分(国立学校の学生、職員その他公務員の地位身分等)等の確認訴訟、公法上の金銭債権(公務員の給与、公法上の損失補償)の支払請求訴訟等」であった。田中・前掲注(1)『新版行政法上巻』311頁。このうち、「法令…の無効等を前提とする公法上の法律関係…の確認訴訟」こそが、本文で述べる昭和41年最判の訴訟(薬局の開設ができる権利の確認訴訟)なのであるが、同書にはなんの言及もない。

(102) 塩野宏「行政過程総説」同『行政過程とその統制』3頁(初出1984年)、5～6頁、25～31頁。これは、小早川光郎「行政の過程と仕組み」高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』151頁、153～154頁が指摘する「いわゆる“行為形式論”」のことである。行為形式アプローチの具体例として、塩野・前掲注(93)『行政法Ⅰ』87頁(「行政の活動の基本単位(行為形式)が考察の対象となる」)、高木・前掲注(75)『事実行為と行政訴訟』273～275頁(「行政の行為形式論」)などを参照。

無関係に、行政上の実体的法律関係を捉えるという意識が希薄になる傾向が否めない⁽¹⁰³⁾。実際、法令によってただちに生じる個別具体的な法律関係に関する紛争——たとえば、自分が作ろうとする工作物に建築基準法6条の建築確認は不要であると考え、念のため市役所に確認したところ、市の職員は建築確認が必要だというのが不服である、どうすればいいのかという紛争——の受皿となる訴訟もまた必要であるという発想は希薄であった⁽¹⁰⁴⁾。行為形式アプローチもまた、学説における当事者訴訟の理解を貧弱にした遠因であったと思われる所以である。

VI 区別への懷疑：平成16年改正の前後

1 環境変化

流行の後には反動が来る。行政法学説における抗告訴訟論の流行は、1980年代、すなわち昭和55年からの昭和時代最後の10年間をピークとして、その後、平成に入る1990年（平成2年）頃からは急速に退潮した。学説が提唱する処分性拡大も原告適格拡大も、判例の受け入れるところにならなかったとして、「学説と実務の乖離」が嘆かれるようになったためである⁽¹⁰⁵⁾。

そうした冷却期間を経た2001年（平成13年）末に、突如、司法制度改革の一環として、行訴法改正がテーマのひとつとして浮上した。そしてその翌年から

(103) 塩野宏「改正行政事件訴訟法の諸問題」同『行政法概念の諸相』308頁（初出2005年）、328頁（「これまで日本の行政法学は、私もそうだったのですが、どちらかという行為形式論に比重を置いてきました。行政行為の効力論、行政指導論、行政立法論、それぞれ行為形式論に多少比重が置かれていて、行政法の実体的な法律関係についての個別研究も包括的な理論研究も、必ずしも十分ではなかったところがあることは認めなければなりません」）。

(104) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室370号（2011年）60頁、61～65頁、および中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）59頁、77～78頁で述べたところを参照。

(105) 象徴的なこととして、日本公法学会は、1989年（昭和64年＝平成元年）開催の学会において「現代型争訟」というテーマで行政訴訟を取り上げたことを最後として（公法研究52号〔1990年〕を参照）、ついに1990年代の10年間、一度も行政訴訟をテーマとして取り上げなかった。それが破られたのは実に、2000年（平成12年）開催の公法学会であった。その学会については後掲注(128)および(129)を参照。

司法制度改革推進本部に設置された行政訴訟検討会における2年半以上に及ぶ議論を経て成立した平成16年改正は、「国民の権利利益のより実効的な救済」を実現するべく、抗告訴訟の新類型を導入すると同時に、当事者訴訟(確認訴訟)の活用も促すという、いわば二正面作戦をとった。行訴法3条に6項及び7項を新設して、処分義務付け訴訟と処分差止訴訟を法定するとともに、行訴法4条に当事者訴訟としての確認訴訟を明文化したのである。

このうち、処分差止訴訟と処分義務付け訴訟という新たな抗告訴訟類型の導入は、昭和37年行訴法のもとで育まれた法定外(または無名)抗告訴訟論の実定化であった。他方、当事者訴訟(確認訴訟)の活用メッセージは、処分性を拡大すべきかどうかについて行政訴訟検討会で方向性が得られなかった代わりに、それまで等閑視されていた当事者訴訟に一脈の光をあてようとする試みであった⁽¹⁰⁶⁾。あわせて、抗告訴訟の被告適格を、「原告負担の軽減という原告の便宜への配慮」(塩野宏)⁽¹⁰⁷⁾に基づき、従前の「処分庁」(機関)から「国又は地方公共団体等」(法主体)へと変更した。

平成16年改正自体はこのように、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を変更することをおよそ意図するものではなかった。しかし、その二正面作戦が結果的には、大きな環境変化——意図せざる大変革——を判例と学説に生じさせたのである。

(106) 塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』(有斐閣, 2013年)233頁(義務付け訴訟), 247～248頁(差止訴訟), 260頁(「改正法があえて確認の規定を置いたのは、……従来ともすれば、積極的に利用されずにきた確認訴訟の活用が有効であることを示すためのものである」)。小林久起『行政事件訴訟法』(商事法務, 2004年)202頁, 斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』(三省堂, 2007年)320～321頁も参照。

(107) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」同『行政法概念の諸相』258頁(初出2004年), 267頁。

このことはすでに行訴法時代に指摘されていた。兼子一「行政事件の特質」法律タイムズ7号(1948年)16頁, 19頁は、「司法裁判所が行政事件を裁判する場合には、……訴訟当事者間の関係は、私人と国との関係となるわけである。……行政事件も、その効果が私人と国との間に生ずる点に鑑み、行政庁を被告とすることは理論上疑問であり実際上も不便である」と述べていた。また、前掲注(28)『行政事件訴訟特例法逐条研究』8頁, 27頁, 213～214頁の指摘も参照。

被告適格の変化が便宜の問題に止まるのか、それ以上の意味をもつのかについて、塩野・前掲注(19)「改正行政事件訴訟法の課題と展望」294頁(被告適格の変更は、「実際上はたいへんな変革である」)、および黒川哲史「被告適格の統一と公法上の当事者訴訟の蘇生」早稲田法学81巻3号(2006年)31頁, 53頁(被告適格規定の改正により「抗告訴訟の特殊性が希薄化されるとともに」「思考の出発点が、訴訟類型から国民の権利救済や紛争の解決へと変わるべき」)を参照。

第1に、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれについても、その可能性を目一杯に追求する判決が雨後の筍の如く立ち現れた。そのような変化が生じた背景要因として忘れてならないのは、政府（内閣）による1999年（平成11年）の司法制度改革審議会の設置と相前後して、すでに2000年（平成12年）頃から「最高裁の変化」が始まっていたことである。ちょうどそのタイミングで平成16年改正がなされたことを追い風として、最高裁は、当事者訴訟や差止訴訟の可能性を積極的に追求する判決を出したのである⁽¹⁰⁸⁾。下級審も迅速にそのような志向を共有するようになった。

第2に、その結果として、行政法学説に次のような変化が現れた。

まず、次々と出された最高裁判決を通じて、行政法学説が当事者訴訟への理解を急速に深めはじめた。当事者訴訟への関心とその活用容認論がこれまでに

(108) 平成16年改正と「最高裁の変化」の関係について、「藤田宙靖先生と最高裁判所(1)」法学教室400号(2014年)59頁、61～66頁（藤田宙靖発言）を参照。

(109) 平成16年改正の直後に、当事者訴訟の活用方法を予想したものとして、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)963頁、986～997頁、小早川光郎・高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規，2004年）93～113頁（黒川哲史執筆），行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（加除式書籍，第一法規）逐条解説第4条（黒川哲志執筆・2014年6月現在のもの），山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号（2005年）47頁，村上裕章「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣，2007年）300頁（初出2005年），321～322頁，黒川・前掲注(107)「被告適格の統一と公法上の当事者訴訟の蘇生」49～53頁がある。

また、平成16年改正前のものを中心に当事者訴訟の判決例を分析した斎藤・前掲注(106)『行政訴訟の実務と理論』336～346頁がある。

平成16年改正後に現れた当事者訴訟の判決例を検討したものとして、次のものがある。人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報749巻9号（2007年）4頁，芝池・前掲注(80)「抗告訴訟と法律関係訴訟」41～46頁，碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向(1)(2)」自治研究85巻3号（2009年）17頁，4号（2009年）3頁，南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法第3版補正版』（弘文堂，2009年）126頁（山田洋執筆），野口貴公美「『確認の利益』に関する一分析」法学新報116号9・10号（2010年）1頁，春日修「規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済」法経論集186号（2010年）109頁，石井昇「行政事件訴訟法4条後段に定める当事者訴訟」甲南法務研究7号（2011年）1頁，村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』733頁，占部裕典「税務訴訟における当事者訴訟の活用可能性」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』607頁，西村淑子「公法上の法律関係に関する確認訴訟の動向」判例タイムズ1360号（2012年）60頁，興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（日本評論社，2012年）171頁，山田洋「実質的当事者訴訟の復権？」論究ジュリスト3号（2012年）109頁，春日修「確認訴訟（当事者訴訟）の利用場面と確認の利益」法経論集199号（2014年）109頁など。

なく拡がりをみせていくのである⁽¹⁰⁹⁾。

次に、新たに導入された処分差止訴訟を素材に、抗告訴訟と当事者訴訟の関係への学説の関心が高まった。抗告訴訟の守備範囲であると思われた場所に、当事者訴訟が不意に顔を覗かせることに気づいたからである。それはたとえば、公立学校職員が学校行事において国歌斉唱をしなかったことを理由とする懲戒処分の差止訴訟と、国歌斉唱義務の不存在確認など処分事由に関する当事者訴訟の関係をどう捉えるのか(後者は却下されるのか、両方適法でありうるのか、どちらにするかによって訴えの適法性に差があるのか等)という問題である⁽¹¹⁰⁾。

実はこの重複問題は、かつて法定外(無名)抗告訴訟が議論されたときにも学説の一部で指摘されていたが、(V 3(1)で述べた鈴木庸夫の指摘である)、既述の事情で、大きな潮流にはならなかった。「このような形での抗告訴訟と当事者訴訟の関係は、従前はあまり意識されてこなかったところ」(塩野宏)⁽¹¹¹⁾と評されたのは、そのためである。

こうして、平成16年改正の前と後では、風景が激変した。抗告訴訟と当事者訴訟は、いまやともに有用性を主張しうる道具となった。そうすると両者を区

(110) 平成16年改正直後にこの問題を検討した論稿として、山本隆司「差止めの訴えの法定」小早川光郎＝高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』(第一法規、2004年)59頁、77～78頁、山本隆司「新たな訴訟類型の活用のために」法律のひろば57巻10号(2004年)40頁、中川・前掲注(109)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」980～985頁、村上・前掲注(109)「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」305～320頁、亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号(2006年)2頁、4～5頁、大貫・前掲注(94)「行政訴訟類型の多様化と今後の課題」29～31頁などがある。

その後、平成16年改正後の判例を素材にこの問題を扱った論稿として、次のものがある。稲葉一将「処分性の拡大と権利益救済の実効性」法律時報82巻8号(2010年)8頁、村上裕章「多様な訴訟類型の活用と課題」法律時報82巻8号(2010年)20頁、濱和哲「処分差止訴訟との交錯が生じうる場面における当事者訴訟(確認訴訟)の活用について」水野武夫先生古稀記念論文集『行政と国民の権利』(法律文化社、2011年)113頁、斎藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命館法学338号(2011年)1頁、湊二郎「差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係」立命館法学342号(2012年)96頁、大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点覚書」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』629頁、山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号(2012年)117頁、春日修「確認訴訟(当事者訴訟)と差止訴訟(抗告訴訟)の関係について」法経論集191号(2012年)1頁、石井昇「処分差止訴訟(行訴法3条7項)の訴訟要件と本案要件、実質的当事者訴訟としての確認訴訟(行訴法4条後段)の訴訟要件(確認の利益)について」甲南法務研究9号(2013年)1頁など。

(111) 塩野・前掲注(107)「行政事件訴訟法改正と行政法学」269頁。

別することにいかなる意味があるのか、そもそも区別できるのかという「区別の意義」問題への意識が生まれるのは、自然の成り行きである。

こうした問題意識を背景にする平成16年改正後の当事者訴訟活用論は、抗告訴訟と当事者訴訟の間の機能的重複を正面から見据えるものである。かつての処分性拡大論・対・抗告訴訟負担加重論（第3期当事者訴訟活用論）が、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を大前提にして、陣地の取り合いをしていたのに対して、平成16年改正後の当事者訴訟活用論は、相互に入り合い、重複しさえする抗告訴訟と当事者訴訟の入り組んだ関係を視野に入れたものである。この点で、現在わたしたちが目にはしているのは、第4期の当事者訴訟活用論というべきものである⁽¹¹²⁾。

2 平成16年改正直後の指摘

抗告訴訟と当事者訴訟を区別することの意義に、多かれ少なかれ懐疑的な見方を示す論稿は、平成16年改正の直前にすでに立法論として現れていたのであるが（Ⅶで述べる）、解釈論としては平成16年改正のまさに直後から現れた。行政訴訟検討会における作業に関わった研究者によって、いまからみると見事なほど同時かつ齊一的に指摘され始めたのである。

まずは、平成16年改正をもって、「開放的抗告訴訟観に立脚したものということが出来る。この点をさらに進めるならば、抗告訴訟という上位の類型を立てることそのことの理論的・実用的意義が改めて問われることを意味する」（塩野宏）⁽¹¹³⁾という今までにない指摘がなされた。すなわち、ひとつには、抗告訴訟の法定類型として、義務付け訴訟や差止訴訟を導入したことにより、抗告訴訟全体を「内容的に統一的に把握する要因が希薄化し」、「訴訟の性質、訴訟物、判決の効力などの基本的カテゴリーに関し、異質なものが混在しているのでは

(112) 中川・前掲注(109)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」972～973頁では、従来の当事者訴訟活用論（本稿でいう第3期当事者訴訟活用論）が、確認の訴えの活用にさほど熱心ではなかったこと、および抗告訴訟と当事者訴訟の区別を前提としていたことを指摘し、平成16年改正後の当事者訴訟（確認訴訟）の活用論は、その両面で、改正以前とは異なるものになるであろうと予想した。

(113) 塩野・前掲注(107)「行政事件訴訟法改正と行政法学」267頁。このほか、塩野・前掲注(19)「改正行政事件訴訟法の課題と展望」292～293頁、塩野・前掲注(106)『行政法Ⅱ』82～83頁（「開放的抗告訴訟観は……抗告訴訟について、……訴訟法上の特別のカテゴリーとして存在意義を有するかどうかの問題を含んでいる」）も参照。

ないか」ということ⁽¹¹⁴⁾、もうひとつには、被告適格を法主体に変更したことや、当事者訴訟としての確認訴訟の意識化が、「抗告訴訟と公法上の当事者訴訟の訴訟上の壁を著しく低くする」であろうとの予想が示されたのである⁽¹¹⁵⁾。また、平成16年改正作業の過程では、民事訴訟理論と行政訴訟理論の関係について「40年前の行政事件訴訟法制定時と同じというよりは、むしろ民事訴訟依存性がより強くなった」(下線は筆者)⁽¹¹⁶⁾ことも指摘された。

次に、平成16年改正が目指した「行政訴訟類型の多元化・多層化という状況下では、それぞれの訴訟類型を相互排他的と考え、並行訴訟性を否定した解釈をするべきではな [い]」(橋本博之)という指摘も現れた。すなわち、「行政決定につき適法性を担保しようとする方向性と、法律関係という側面から行政決定に起因する紛争に着目し……訴訟類型を再構築しようとする方向性について、両者を排他的に捉えるのではなく、複合的・重層的に考えることこそ重要」であり、「処分性を前提とする抗告訴訟と、そうでない当事者訴訟・民事訴訟とを相互排他的に振り分けなければならないとする考え方そのものを転換しなければならず、抗告訴訟・当事者訴訟・民事訴訟の配分は多元的・多層的なものであるべきであって、原告の救済の便宜から機能的に解釈すれば良い」(下線は筆者)⁽¹¹⁷⁾というのである。

さらに、「取消訴訟も、一種の『公法上の法律関係』に関する訴訟と見ることが可能」であること、「抗告訴訟も行政行為が規律する法律関係に関する訴訟であり、公法上の当事者訴訟と共通性を持つ」という認識は従来から存在したこと、「差止めの訴えも、あるいは例えば、自己の所有地についていわゆるみなし道路指定処分が存在しないことの確認を求める訴えも(……)、公法上の当事者訴訟から峻別できない」こと(山本隆司。下線は筆者)⁽¹¹⁸⁾が指摘された。

わたし自身も、「行政訴訟(抗告訴訟と当事者訴訟)を全体としてひとつの統

(114) 塩野・前掲注(107)「行政事件訴訟法改正と行政法学」266頁

(115) 塩野・前掲注(107)「行政事件訴訟法改正と行政法学」267頁。

(116) 塩野・前掲注(19)「改正行政事件訴訟法の課題と展望」288頁。

(117) 橋本博行「処分性論のゆくえ」同『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009年)61頁、90～93頁。また、同書23頁(2008年の講演録)は、「現在の行政法学説は、……抗告訴訟と民事訴訟・当事者訴訟という訴訟類型間の垣根を低下させることを是とするものが主流となっています」と述べる。

(118) 山本・前掲注(56)「訴訟類型・行政行為・法関係」658～659頁。このほか、山本・前掲注(110)「差止めの訴えの法定」77～78頁の指摘も参照。

合された訴訟であると捉え、かつそれは民事訴訟と通約可能な構造を持つものとして捉え直す素地がすでに現れている」と考えて、平成16年改正により、『抗告訴訟中心主義』から『統合的に理解される行政訴訟』への変化の萌芽が生じているのではないかと述べた⁽¹¹⁹⁾。

以上はいずれも平成16年改正作業に関わった者による観察であるが、それ以外の論者もまた、抗告訴訟と当事者訴訟の区別について、以前の学説に比べると、格段に踏み込んだ解釈論的指摘を始めた。

たとえば、「訴訟類型の峻別・排他性の強化でなく、訴訟類型の相対化と訴訟類型の様々な組合せ可能性を発展させる方向性が目指されるべき」（太田匡彦）⁽¹²⁰⁾との提案がみられる。また、「抗告訴訟における『訴えの利益』（広義）の存否の判断と確認訴訟における『確認の利益』の存否の判断……間に本質的差異があるとは考えられない」ことなどを挙げて、「抗告訴訟と公法上の確認訴訟との間には、元来、異質性より共通性のほうが遙かに上回るのではないかと」（巨理格）⁽¹²¹⁾とも指摘される。さらに、「抗告訴訟と当事者訴訟とがその守備範囲を拡張し、類似する機能を営むこととなる結果、両訴訟類型の相互関係をどのように整理するかという問題が学説に突きつけられることになった」として、「理論的には、訴えの利益のレベルでは抗告訴訟と当事者訴訟とで判断要素に違いが生じると考えるべきではなく、それをクリアした紛争について抗告訴訟と当事者訴訟のいずれの枠組みで受け取るのがもっとも適しているかという観点から訴訟ルートの振り分けを判断するほうが、より柔軟で合理的な解決を得ることができる」（興津征雄）⁽¹²²⁾と提案されている。

平成16年改正以降、こうした指摘が頻繁になされていることが如実に示すように、行政法学説はもはや、抗告訴訟と当事者訴訟の間の「線引き」問題ではなく、より根本的に、「区別の意義」問題を正面から取り上げないわけにはいなくなつたのである。

(119) 中川・前掲注(109)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」997～1017頁（本文の引用は998頁と1016頁）。

(120) 太田匡彦「行政行為」公法研究67号（2005年）237頁、246頁。

(121) 巨理格「行政訴訟の理論」公法研究71号（2009年）65頁、77頁。

(122) 興津征雄『違法是正と判決効』（弘文堂、2010年）334頁、344頁。

Ⅶ 3つのスタンス：戦後70年間の学説分布

以上の歴史的観察をふまえると、終戦後間もない行特法の制定時から、平成16年改正後10年を経た現在までの合計70年近くの間、抗告訴訟と当事者訴訟の「区別の意義」および「線引き」の各問題について学説がとってきたスタンスを、3種類に分けて捉えることができると思われる。峻別論、修正論、同質論である。

第1に、抗告訴訟と当事者訴訟はその「実質」に即して峻別されるべき訴訟形式ないし訴訟類型であり、択一的関係にあると考える立場がある（並行する2本のルートとみる説）。昭和37年行訴法立案に関わった田中二郎＝雄川一郎の提案になる「司法権の限界」論に基づく見解であり、その背後には、美濃部達吉の「行政権の公の權威」論が見え隠れしている。

司法と峻別されるべき行政の判断——「行政庁の第一次的判断」（田中二郎）、「行政権の発動」（雄川一郎）——を扱うための包括的な受皿とされた抗告訴訟（包括概念化された抗告訴訟）と、そうではない当事者訴訟は、権力的法律関係を扱う訴訟か、対等者間の法律関係を扱う訴訟かという「実質」の違いという補助線を引くことによって峻別され、所管事項が截然と異なる異質の訴訟類型とされる。当事者訴訟や民事訴訟が「通常の訴訟」とされるのとは異なり、抗告訴訟は、特別な訴訟としてこれらに対置されるのである。

第2のスタンスは、上記に対する修正的立場であり、平成16年改正前の時期においては行政法学説の多数が採ってきた見解である。行訴法3条と4条が抗告訴訟と当事者訴訟を並列して規定する以上、その区別を解釈論としては前提にせざるを得ないと考えて、「区別の意義」については深入りしない。しかし、両者の「線引き」のしかたは柔軟に考えるという立場である（近接化する2つのルートとみる説）。線引きにあたっては、もはや権力関係と対等関係という補助線をそのまま維持することはなく、そのどちらを操作するかによって、処分性拡大論と抗告訴訟負担加重論（第3期当事者訴訟活用論）に分かれる。そしてしばしば、「行為訴訟と法律関係訴訟」という新たな枠組みで、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を語ろうとも試みる。

この時期の学説が「区別の意義」に立ち入ろうとしない様子は、たとえば、「違法確認訴訟を抗告訴訟として提起するのか、それとも当事者訴訟として提

起するののかという問題がある。こうした区別を無用とする見解もあり得るが、抗告訴訟と当事者訴訟では行政事件訴訟法上の取扱いに区別があるので、いずれの訴訟に当たるのかを区別せざるを得ない」(芝池義一)⁽¹²³⁾とする論の進め方によく現れている。また、取消訴訟の訴訟物を検討するにあたって「現行の行政訴訟制度の下では、行政訴訟と民事訴訟の差異を拡大する発想よりも、むしろ権利保護制度としての両者の同質性を高める方向での発想が必要と思われるが、しかし、両者の差異を完全に無視することもまた誤りであろう」(宮崎良夫)⁽¹²⁴⁾とする記述も同様である(ここでいう民事訴訟は当事者訴訟を含意すると考えられる)。

第3のスタンスは、第1のスタンスの対極にある考え方である。抗告訴訟と当事者訴訟は訴訟として本来的に同じものであり、歴史的経緯によってその一部を抗告訴訟と名付け、それ以外のものを当事者訴訟と呼ぶに過ぎないと考える立場である(単一ルートとみる説)。それゆえ行訴法の解釈論としては、両者を統一的に運用しなければならないとする。

平成16年改正以前の時期には、この第3のスタンスを明示する学説は、きわめて稀であった。その嚆矢とみられるのは(むろん明示的にそう述べたわけではないが)、行特法のもとで白石健三が示した見解である(Ⅲ2(3))。

昭和37年行訴法のもとでは、高柳信一が1968年(昭和43年)開催の日本公法学会の報告において、「実定制度の立て方如何によっては、行政行為によって変動せしめられた権利関係に関する利益的主張の提示たる民事訴訟として出てこさせてもよいものであり、ただ、出訴の便宜の見地から、実定法上、訴えの形式を画一化しているにすぎないのであるから、抗告訴訟制度の運用に当たっては、請求の実質的内容如何により弾力的にこれを行うことが必要だと考えられる」⁽¹²⁵⁾と喝破したことを忘れてはならない(ここでいう「実質」が田中=雄川説のそれとまったく異なることはいうまでもない)。このような観点から、「裁判所が釈明権を行使して訴えを変更させる等若干の手続法的措置をとらなければ

(123) 芝池・前掲注(80)「抗告訴訟と法律関係訴訟」46頁。

(124) 宮崎良夫「取消訴訟の訴訟物」同『行政争訟と行政法学(増補版)』(弘文堂、2004年)181頁(初出1987年)、185頁。「両者の差異」として指摘されるのは、「抗告訴訟なかなづく取消訴訟」を行政法3条1項が「不服」の訴訟として規定していること等である。

(125) 高柳信一「公法・行政行為・抗告訴訟」同『行政法理論の再構成』71頁(初出1969年)、145～147頁。

ならない場合はあるであろう」⁽¹²⁶⁾とも指摘した。

鈴木庸夫の主張も第3のスタンスにあたる(V3(1))。鈴木は、「取消訴訟において真に行政庁の優越性が問題となるのかそもそも疑問がある」こと、「取消訴訟にしてもその実体法上の法律関係が考えられないわけではない」ことから、「取消訴訟のような場合であっても当事者的な法律関係に還元できるとすれば、行訴法は全体として公法上の法律関係に関して、定型的な訴訟類型と非定型的な訴訟類型を区別し、後者を当事者訴訟に配したと考えるのが妥当である」と述べていた⁽¹²⁷⁾。

その後、1999年(平成11年)に開始された司法制度改革のテーマに行訴法改正も含まれるのではないかという期待が行政法学界に生まれたあたりから、立法提案というかたちをとってではあるが、学説の論調が急速に変わってきた。

たとえば2000年(平成12年)開催の日本公法学会では、以前の阿部泰隆提案(V2で取り上げた1990年[平成2年])の「行政活動の違法を争う訴訟」への一本化提案に関連して、「抜本的改正をするのであれば、『抗告訴訟』と『当事者訴訟』の区別を見直し、また包括的抗告訴訟概念を廃止することによって理論的混乱の原因を取り除くことを考慮すべきであろう」(高木光)⁽¹²⁸⁾との指摘が現れた。わたしも同じ公法学会で、「抗告訴訟と公法上の当事者訴訟の区別は、そして抗告訴訟と狭義の民事訴訟との区別は、紛争の主題をどう構築するかという技術的な違いに過ぎず、それ以上に本質的な違いはない」と述べ⁽¹²⁹⁾、これをもとに2002年(平成14年)に、違法是正の実体法理を用いて「行政活動一般を対象とする(もはや権力性をもってその対象を画すことをしない)新たな行政訴訟」を創設し、これに、私法上の法理(不法行為、契約等)の受皿となる民事訴訟を対比させるという構想を述べた⁽¹³⁰⁾。

(126) 高柳・前掲注(125)「公法、行政行為・抗告訴訟」145頁。

(127) 鈴木・前掲注(59)「当事者訴訟」79～80頁。なお、同82～84頁に、無効確認訴訟の当事者訴訟的理解、無名抗告訴訟の当事者訴訟的構成が試みられている。中川・前掲注(2)44～62頁も、法定の抗告訴訟類型について同様の作業をおこなうものである。

(128) 高木・前掲注(38)『行政訴訟論』26頁(初出2001年)、34頁。

(129) 中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究63号(2001年)124頁、135頁。このような考え方への平成16年改正直後の時点での反応として、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊(2005年)154頁(小早川光郎、鶴岡稔彦、中川丈久の各発言)を参照。

(130) 中川丈久「環境訴訟・紛争処理の将来」淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念『環境法学の挑戦』(日本評論社、2002年)188頁、200～201頁。

同じ2002年（平成14年）の行政法研究フォーラムでは、民事訴訟（国賠請求訴訟など）と行政訴訟を区別したうえで、法定の抗告訴訟（取消訴訟・無効等確認訴訟・義務付け訴訟）以外の行政訴訟すべてを取り扱う「包括的行政訴訟」（高橋滋）の提案がなされ⁽¹³¹⁾、2003年（平成15年）には、行政訴訟を「是正訴訟」に一本化しようとする日本弁護士会連合会の改正提案が登場した⁽¹³²⁾。同年の行政法研究フォーラムでは、立法提案として「統一の行政訴訟型を採用してもあるいは抗告訴訟維持型を採用しても、……、両者の違いは、単に抗告訴訟という存在を取り出すかどうかの違いに過ぎない」（北村和生）⁽¹³³⁾との指摘もあった。このように、抗告訴訟と当事者訴訟を峻別することに積極的な意義を認めないで行政訴訟の全体像を描く立法論が、次々と現れたのである。

そして既述のとおり、2004年の平成16年改正以後は解釈論としても、抗告訴訟と当事者訴訟の同質性を強く示唆する見解が、より明示的に公表されつつあるという現状にある（Ⅵ2）。

VIII おわりに

行政法学説史の流れをみると、抗告訴訟と当事者訴訟の概念は、戦前から戦後にかけての時期のみならず、それが確立したかに見える昭和37年行訴法の時期においてさえ、相当に可變的なものであったことがわかる。

昭和37年行訴法のもとで唱えられた「通常の民事訴訟とは全く異なる訴訟類型」としての抗告訴訟と「通常の民事訴訟と同じ種類の訴訟」としての当事者訴訟という区別（田中二郎）は、そうした可變的な概念についての約束事の一例であったが、その後の学説の支持を得るには至らなかったといわざるを得ないように思われる。そして平成16年改正がもたらした影響に鑑みると、抗告訴訟に特殊性や独自性を見出すことは、当事者訴訟を視野の外におくことでのみ

(131) 高橋滋「訴訟類型論」ジュリスト1234号（2002年）23頁、29～30頁。

(132) 日本弁護士会連合会編『使える行政訴訟へ』（日本評論社、2003年）70～133頁。もっともこの日弁連提案は、抗告訴訟の拡大ないし改善という発想にたつものであり、当事者訴訟をどう位置付けようとしたのかは判然としない。新たな行政訴訟（是正訴訟）を民事訴訟からは区別したうえで（同75頁、106～109頁）、当事者訴訟を民事訴訟に含めて捉えているようにも見える（同108頁〔水野武夫発言〕）。この是正訴訟論に関しては、交告尚史「訴訟類型と判決態様」ジュリスト1263号（2004年）54頁を参照。

(133) 北村和生「行政訴訟制度改革と訴訟類型論」法律時報76巻1号（2004年）98頁、99頁。

成立しえた幻想であり、いわゆる公定力と同じく、そう捉えるだけの内実を欠いていたと考えられる。

他方、平成16年改正前後の時期に、立法論と解釈論の双方において急速に生じた学説上の変化——抗告訴訟と当事者訴訟を区別することに積極的意義を認めないというスタンスの明言——は、あたかもそのような伏流水がもともとあって、自噴を始めたかのごとく、きわめて自然に生じているように思われる。もはや、抗告訴訟と当事者訴訟の概念についての新たな約束事を模索するよりも、行政処分を争う方法として両者は理論的に同義であることを正面から認めるべき時期に至っているのではないかと考えられる。