

行為の違法確認訴訟の可能性

一橋大学法科大学院修了

村松暁

目次

- I はじめに
- II 事例
- III 行為の違法確認訴訟の意義
- IV 行為の違法確認訴訟の適法性
- V 終わりに

I はじめに

本稿では、行為の違法確認訴訟の可能性をテーマとする。行為の違法確認訴訟は、行政上の行為の違法を確認する訴訟である。

行為の違法確認訴訟は議論が深まっていない訴訟類型である。当該訴訟について論じた代表的な論文としては、山下義昭教授の『行為の違法』確認の訴えについて¹が挙げられる¹。本稿では、これまでの論文であまり論じられてこなかった行為の違法確認訴訟の有する意義を明らかにしたい。

また、行為の違法確認訴訟が許容されるかについて肯定説²と否定説³とに分かれているが、肯定説が多数を占めるようである。肯定説と否定説の対立は、行為の違法確認訴訟に、確認の利益を肯定することができるか、という問題に帰着する⁴。実務では、行為の違法確認訴訟が提起された場合、確認の利益を始め、何かしらの訴訟要件を欠く不適法な訴えとして処理される事が多く⁵、否定説が多勢であろう。しかし、いくつかの事例においては、行為の違法確認訴訟を提起することが、行政上の法律関係における国民の実効的な権利救済手段たりうることを示したい。具体的には、まず、問題となりうる事例を紹介し、その後、

¹ 山下義昭『行為の違法』確認の訴えについて」公法研究 71号 227頁（2009年）。その他の論文として、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト——」民商 130巻 6号 976頁（2004年）が挙げられる。

² 前掲注1・山下 227頁以下。高木光『行政訴訟論』79頁（有斐閣，2005年）など。

³ 行政事件訴訟法実務研究会編『行政訴訟の実務』114頁（ぎょうせい，2007年）。

⁴ 前掲注1・山下 228頁。

⁵ 実際に提起された訴訟として、東京高判平成 17・12・19判時 1927号 27頁（地区計画及び条例の無効確認訴訟）、東京地判平成 20・12・19判タ 1296号 155頁（地区計画の変更決定及び第一種市街地再開発事業に係る都市計画決定の違法確認訴訟）、高松高判平成 19・11・29最高裁判所 HP（介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定に係る行政指導および勧告の違法確認訴訟）など。村上裕章「公法上の法律関係の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念「行政法学の未来に向けて」738頁以下（有斐閣，2012年）。

行為の違法確認訴訟の持つ理論的な意義ないし機能を検討した上で、具体的な事例において当該訴訟を提起したならば訴訟要件を充足するか等について検討する。

II 事例

行為の違法確認訴訟を提起する意義がある事例として、以下の 7 つが挙げられる。比較的最近の事例の中から恣意的に選択したものである。そのため、事例を網羅的に検討していないことから、理論的に詰め切れていない部分もある。この点は今後の課題としたい。

以下の事例では、実際に行為の違法確認訴訟が提起されたものもあるが、ほとんどの訴訟が行為の違法確認訴訟以外の争訟方法によって争われたものである。

①運転免許停止処分取消等請求事件(最判昭和 55・11・25 民集 34 卷 6 号 781 頁)

被告福井県警察本部長の処分によって免許停止処分となった原告が、被告本部長が行った本件処分は何らの違反行為がない行為を違反行為と認定した上でなされたものであり、また、被告福井県公安委員会が原告の審査請求を棄却する旨の裁決をなしたのは違法があるとして、被告らに対して本件裁決及び処分の取消などを請求した事案である。

裁判所は、自動車運転免許の効力停止処分を受けた者は、免許の効力停止期間を経過し、かつ、右処分の日から無違反・無処分で 1 年を経過したときは、右処分の取消によって回復すべき法律上の利益を有しないと判断し、本件訴えを却下した。

②都市計画変更決定取消等請求事件(東京地判平成 20・12・19 判タ 1296 号 155 頁)

原告らが、被告がした地区計画を変更する決定及び第 1 種市街地再開発事業に関する都市計画の決定について、主位的にこれらの取消しを、予備的にこれらの違法確認をそれぞれ求めた事案である。

裁判所は、都市計画法 12 条の 4 第 1 項 1 号の規定に基づく地区計画の決定及び都市計画法 21 条の規定に基づくその変更決定は、区域内の個人の権利義務に対して具体的な変動を与えるという法律上の効果を伴うものではなく、抗告訴訟の対象となる処分には当たらず、また、本件各決定の違法確認の訴えについては、確認の利益を認めることができないと判断し、本件訴えをいずれも却下した。

③裁決取消等請求事件(名古屋地判平成 18・11・30 判例地方自治 292 号 9 頁)

市立小学校に勤務する原告が、市教育委員会が「市立小中学校教職員等の学校施設等における通勤用自動車の駐車に関する要綱」を制定したことに関し、本件要綱によれば通勤用自動車を小学校校地内に駐車する場合は使用料を納入しなければならないとして、地方公務員法 8 条 2 項 3 号の規定に基づき苦情を申し立てたところ、受理できない旨の裁決がなされたことから、その取消しと本件要綱の無効確認等を求めた事案である。

裁判所は、苦情処理の申出を受理しないとする市公平委員会の行為は、抗告訴訟としての取消訴訟の対象となるべき行政処分に当たらず、また、本件要綱の制定行為も抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解することはできないなどとして、原告の訴えを却下ないし請求を棄却した。

④不作為の違法確認等請求事件（最判平成 7・3・23 民集 49 卷 3 号 1006 頁）

被上告人は開発行為をするために都市計画法 29 条所定の開発行為許可申請の事前準備として、上告人市長及び組合消防長に対して同意及び協議を求めたが不同意回答を受けたため、上告人らに対し 1 次的に不同意回答は処分に当たらないとして不作為の違法確認を求め、2 次的に不同意回答が処分に当たるとしてその取消を求め、3 次的に同意及び協議が義務であるとして履行を求めた事案である。

第 1 審判決は処分性を否定し、原判決は処分性を肯定したところ、上告人市に対して国家賠償請求した裁判の上告審は、同法 32 条所定の同意を拒否する行為は抗告訴訟の対象となる処分には当たらないとして、原判決中、上告人敗訴部分を破棄した。

⑤助成金支給決定等請求事件（東京地判平成 18・9・12 LLI/DB28131740）

原告が、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律等の規定に基づく本件助成金の支給申請に対する不支給決定の取消しと当該支給申請に係る本件助成金の支給決定の義務付けを求める〔1〕とともに、当該支給申請に係る本件助成金の支給を受けられる地位を有することの確認を求めた〔2〕事案である。

裁判所は、本件助成金の支給・不支給決定は抗告訴訟の対象となる「処分」に当たらないとして〔1〕に係る訴えを却下した上で、原告は同法 7 条 1 項各号に係る業務の実施についての実施要領 78 条 3 号の要件に該当するとして、〔2〕に係る請求を認容した。

⑥行政処分取消等請求事件（最判平成 23・6・14 裁判所時報 1533 号 24 頁）

被告（被控訴人、上告人）が設置し管理する老人福祉施設の運営を引き継ぐ事業者の公募に、社会福祉法人が応募したが、提案について決定に至らなかった旨の通知を受けたことから、上記法人の理事等である原告ら（控訴人、被上告人）が、その取消しを求めたところ、本件通知の取消請求が認容されたため、被告が上告した事案である。

裁判所は、市長がした本件通知は、上告人が、契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し、その者を相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず、公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないと解するのが相当であり、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとし、原判決中、被告敗訴部分を破棄し、同部分に

つき原告らの控訴を棄却した。

⑦給水条例無効確認等請求事件（最判平成 18・7・14 民集 60 卷 6 号 2369 頁）

被上告人らが、上告人の簡易水道事業給水条例の別表 1 は別荘給水契約者を不当に差別するものであると主張して、本件別表が無効であることの確認を求めるとともに、未払水道料金につき債務不存在確認を求めるなどしたところ、原判決が、請求を棄却した一審判決を変更し、請求を一部認容したため、上告人が上告した事案である。

裁判所は、本件改正条例は、町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとし、別表第 1 の無効確認請求に関する部分を破棄し、被上告人らの訴えを却下した。

Ⅲ 行為の違法確認訴訟の意義

1 行為の違法確認訴訟の性質

行為の違法確認訴訟の意義を論ずる前提として、行為の違法確認訴訟はどのような性質を持つかについて検討する。

行為の違法確認訴訟は、行為訴訟と位置づけることができる。行為訴訟とは、行政の行為を争う訴訟である⁶。それに対する訴訟類型は法律関係訴訟⁷であり、それは行政に関する法律関係（または権利義務）の存否などを争う訴訟である⁸。行為の違法確認訴訟が行為訴訟であることから、法律関係訴訟との対比を念頭に置きつつ、どのような性質を持つかを検討する。ここでポイントとなるのは、行為の違法確認訴訟と法律関係訴訟における審査の対象・範囲の違いである。

行為の違法確認訴訟は、「行政庁の当該行為が違法であることを確認する」旨の判決を得ることを目的とするものであり、訴訟の対象となるのは行政庁の行った行為である。ここで、行政庁の行為が違法であることを導く審査方法は多数考えられる。中でも、行為の違法確認訴訟においては、法律関係訴訟と異なり行政庁の裁量統制を行う事ができるため、本稿では裁量統制、とりわけ判断過程統制⁹に着目して検討したい。

⁶ 芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力ら編『行政法の新構想Ⅲ——行政救済法』31 頁（有斐閣、2008 年）。

⁷ 本稿では、法律関係訴訟は、行為の違法確認訴訟を含まないものとして考える。

⁸ 前掲注 6・芝池 31 頁。

⁹ 塩野宏『行政法 I ——行政法総論 [第 5 版]』136 頁（有斐閣、2009 年）は、判断過程の統制の方式として、最判平成 18・11・2 民集 60 卷 9 号 3249 頁の判示「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、

判断過程統制審査は、第三者的立場から行政庁の判断過程を審査するものであるが、その具体的な下位基準として、重視すべきでない考慮要素の重視（他事考慮）、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠くこと（評価の明白な合理性欠如）、当然考慮すべき事項を十分に考慮しないこと（考慮不尽）等が挙げられる¹⁰。このように、当該審査は、判断過程において考慮された事項、考慮されなかった事項、及び当該事項についての評価に着目して判断することができる。したがって、行為の違法確認訴訟において、判断過程統制審査によって裁量逸脱・濫用を導くにあたって、当該行政庁の判断過程において考慮された、あるいは考慮されなかった、原告らの実体法上の利益ないし手続的利益等に着眼して審査することができるのである。この手法により、原告らは、実体法上の利益や手続的利益等を、司法審査の範囲に含めることができる。

それに対して、法律関係訴訟はどうか。法律関係訴訟の訴訟物は、当該個人と行政主体の間における公法上の法律関係である。訴訟物は特定されることが要求されるから、原告が主張する法律関係は、個別具体的なものでなければならない。そうすると、当該訴訟における審査の対象は、原告が特定した個別具体的な権利利益に限られ、原告が有する他の実体的な権利利益や手続上の地位等は、当該訴訟においては審理の対象外である。行政庁は、ある決定を下すにあたって、原告の他の実体的な権利利益及び手続上の地位等を考慮したとしても、当該法律関係訴訟では、行政庁が当該行為を行うと判断するにあたって考慮した事項全てを審査することはできない。

たとえば、都市計画における制限区域内に原告の所有する土地がある場合において、原告の所有する土地が建築制限等の制限にかからないことの確認の訴えを提起した場合を想定する¹¹。行政庁は、当該都市計画の決定にあたっては、制限区域内に係る住民の所有する土地等の状況に加え、住民の手続保障をも考慮することが求められる。しかし、この訴訟の審理対象は、当該土地が制限にかかるか否かであって、原告の公聴会等による意見を述べられる地位といった、手続上の地位について審理することはできないのである。

以上より、法律関係訴訟との対比によって、行為の違法確認訴訟の性質を見て取ることができる。即ち、提起された訴訟において審査される範囲が異なるのである。

まとめると、行為の違法確認訴訟は、当該訴訟において争点となるものを当該訴訟に集積する性質を持つと言える。争点となるのは、たとえば、実体法上の利益、手続的利益等

判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法とならすべきものと解するのが相当である。」を挙げている。

¹⁰ 櫻井敬子＝橋本博之『行政法 [第3版]』127頁（弘文堂，2011年）。

¹¹ 確認の利益が肯定されたと考える。

が挙げられる。

2 行為の違法確認訴訟の意義

(1) 行為の違法確認訴訟の機能

以上の性質を踏まえた上で、行為の違法確認訴訟にいかなる機能が認められるか。行為の違法確認訴訟は、行政庁の行為について審査する「行為訴訟」という側面と、対象物の確認という争訟方法である「確認訴訟」という側面を持つ。したがって、行為の違法確認訴訟の機能は、「行為訴訟」としての機能と「確認訴訟」としての機能とに分類できる。

ア 「行為訴訟」としての機能

行為訴訟としての機能を分析するにあたって、取消訴訟がいかなる機能を有しているかが参考になる。たしかに、取消訴訟は形成訴訟であり、行為の違法確認訴訟は確認訴訟であることから、性質に違いがある。しかし、両者は、行政庁の行為を直接攻撃することによって、原告の権利救済を図ることを目的とする行為訴訟としての側面を有する。ゆえに、取消訴訟の機能が行為の違法確認訴訟においても妥当するケースがあると考えられる。

では、取消訴訟の機能はいかなるものか。塩野教授は、取消訴訟の機能として、原状回復機能、適法性維持機能、法律関係合一確定機能、差止機能、再度考慮機能、反復防止機能を挙げている¹²。

原状回復機能とは、勝訴判決によって、行政行為のなかった状態に復帰させるという機能である。

適法性維持機能とは、違法な処分を取り消す等違法状態を排除することにより、客観的な法秩序の維持に奉仕する機能である。

法律関係合一確定機能とは、取消判決の効力を第三者にも及ぼすことにより（行訴法 32 条 1 項）、判決の効果が原告以外の利害関係人にも及ばなければ意味がなくなるといった不都合¹³を防ぐ機能である。

差止機能とは、行政過程において処分の執行や予定されている次の処分に進むことを差し止める機能である¹⁴。

¹² 塩野宏『行政法Ⅱ——行政救済法 [第 5 版]』84 頁以下（有斐閣，2010 年）。

¹³ 前掲注 12・塩野 86 頁は、自作農創設特別措置法を例に挙げる。即ち、自作農創設特別措置法に基づく農地買取処分・売渡処分があったときに、旧所有者が取消訴訟の排他的管轄に即して買取処分の取消判決を求めても、その判決の効果が売渡しを受けた者にも及ばなければ、売渡しを受けた者は、「自分は、なお、国から農地の売渡しを受けた状態をそのまま維持している」と主張できてしまうのである。

¹⁴ 前掲注 12・塩野 86 頁は、以下の例を挙げる。違法建築物の除却命令の取消訴訟で取消判決があると、行政庁としては、もはや処分の執行を進めることができなくなることや、国税通則法に基づく税金の更正処分に対して取消訴訟が提起され、これについて勝訴判決があると、次の滞納処分に進むことが許されな

再度考慮機能は、取消判決が関係行政庁を拘束するという行訴法 33 条を根拠に、申請拒否処分、取消判決により行政庁は申請について判決の趣旨に従いながら再度考慮しなければならないという機能である。

反復防止機能は、同じ処分を同じ理由で繰り返されることにより訴訟をした意味がなくなる事態を防ぐため、同一理由に基づく同一処分の反復を禁止する機能である。塩野教授は反復防止機能を既判力の観点から説明する¹⁵。しかし、通説・判例によれば、反復防止機能は拘束力によって根拠付けられるものである¹⁶。ゆえに、反復防止機能は、再度考慮機能に包含されていると言える。また、行政側に再度考慮させるにあたって、同一理由による同一処分を下すことを許すのでは、再度考慮させた意味が無いということも根拠となろう。

以上が、取消訴訟の機能である。では、行為の違法確認訴訟に引き直したとき、行為の違法確認訴訟は、上記の機能を有すると言えるか。

第 1 に、原状回復機能について。原状回復機能は、取消訴訟の取消判決が持つ効果によるものであるところ、行為の違法確認訴訟は、確認訴訟であって行為を取り消す形成訴訟としての性質は有さない。したがって、原状回復機能を有しない。

第 2 に、適法性維持機能について。まず、行為の違法確認訴訟は、違法を確認するにすぎず処分を取り消すものではない。そのため、違法状態を直接排除するものではない。しかし、取消訴訟の事情判決（行訴法 31 条）の場合、違法な行政処分であっても取り消されないが、処分が違法であることが判決主文で宣言されるため、間接的に、適法性維持機能を持つとされる¹⁷。事情判決における判決主文と、行為の違法確認訴訟における判決主文は、当該行為が違法であることを確認するという点で同じであって、両訴訟における判決の持つ影響は同質である。したがって、行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能を有する¹⁸。

第 3 に、法律関係合一確定機能について。合一確定機能は、第三者効（行訴法 32 条 1 項）を有することから導かれるものであるが、同法 41 条は同法 32 条 1 項を準用していない。ゆえに、行為の違法を確認しても、その効果は当事者間にしか及ばない。したがって、合一確定機能を有しない。

第 4 に、差止機能について。まず、差し止める対象が行政庁の処分であれば、差止訴訟を提起することになる。そうすると、行政庁の処分を差し止めるという意味での差止機能

くなることである。

¹⁵ 前掲注 12・塩野 190 頁。

¹⁶ 田中二郎『行政法上巻 [全訂第 2 版]』354 頁（弘文堂、1974 年）、芝池義一『行政救済法講義 [第 3 版]』89 頁（有斐閣、2006 年）など。

¹⁷ 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法 [第 3 版]』127 頁（有斐閣、2011 年）。宇賀教授は、法治国原理担保機能と称する。しかし、その内実は、取消訴訟により違法な行政処分を排除し適法な状態を還元する機能としていることから、塩野教授の適法性維持機能と同視できる。

¹⁸ 山田健吾「行政関係紛争と確認訴訟」法律時報 85 卷 10 号 25 頁（2013 年）は、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟についても、行政決定を確認の対象とすることが認められる場合には、違法確認機能を備えることになる」としているが、これは、本稿でいう適法性維持機能と同旨のものと思われる。

は有しない。それに対して、行政庁の処分以外の行為を攻撃対象にして将来予想される不利益を未然に防止するという機能は、後述する予防的救済機能に吸収されると思われる¹⁹。その理由は次の通りである。まず、予防的救済機能は、将来予想される不利益を未然に防ぐ広い概念である。ここで、差止機能は、行政庁の処分を攻撃対象とすることで、上記不利益のうち行政庁の処分に端を発する不利益を未然に防ぐものである。このように、行政庁の処分以外の行為を差し止めるという意味での差止機能は、予防的救済機能に包含される関係にあるのである。以上からすると、行為の違法確認訴訟は、行政庁の処分以外の行為を差し止めるという意味での差止機能を有するが、それは後述する予防的救済機能のところで考えれば良く、別途取り上げて考える必要はないということになる。

第5に、再度考慮機能について。再度考慮機能は行訴法33条を根拠とする。行訴法43条1項は行訴法33条1項を準用するものであるから、行為の違法確認訴訟は、再度考慮機能を有する。

以上より、「行為訴訟」としての行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能を有するということになる。

イ 「確認訴訟」としての機能

私法上の法律関係に関する確認訴訟は、どのような機能を有するか。南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法 [第3版補訂版]』767頁 [竹下守夫] (弘文堂, 2009年)によれば、予防的救済機能、包括的救済機能、規制的救済機能を有するとされる²⁰。

予防的救済機能とは、権利侵害が発生しまたは権利侵害の危険が現在化する以前に、当事者間の実体的権利関係を確定し、確定された実体的権利関係に適合した行動を取ることが当事者に期待して、権利侵害ないし紛争を防止するという機能である。

包括的救済機能とは、その物権や包括的法律関係自体を対象とし、その存否を確定することで、紛争を包括的に解決するという機能である。相手方が判決の判断内容を尊重することを期待できることが条件となる。

規制的救済機能とは、団体関係等にあつては、その団体関係上の原告の権利・利益が守

¹⁹ 後述するが、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有することが前提である。

²⁰ その他の民事訴訟の機能・類型を論じたものとしては、ハンス・シュトル「民法の観点からの確認の利益の諸型」(佐上善和紹介) 法学論叢 93巻2号 87頁 (昭和48年) や、伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ 339頁 28号が挙げられる。ハンス教授の分類によれば、確認の訴えには、先取の確認の訴え、保全の確認の訴え、妨害排除の確認の訴えの3種に分けられる。伊藤教授は、紛争の根本的解決(優越的地位の確保を含む)を目的とした訴訟(中間確認訴訟など)、給付訴訟の代替的目的を持つ訴訟、確認訴訟によって紛争が全面的に解決することが法制度上保障されている場合(行政訴訟など)、裁判の波及的效果を求めて提起される場合、予防的目的を持つ確認訴訟、包括的解決を目的とする確認訴訟(身分関係訴訟など)、個人的利益よりも社会的利益の実現を目的とする確認訴訟、団体の内部紛争を目的とする訴訟の8種に分類する。このように、別の類型を論じた論文や確認訴訟の持つ機能と確認の利益を結びつけて論ずる論文があるが、詰めて検討していないため、今後の課題としたい。

られるには、取締役・株主等の内部関係者全員が一定の準則に従って行動する必要があるところ、判決の効力の拡張を伴って、全員に対し行動準則を設定し行動を規律するという機能である。

以上が、私法上の法律関係に関する確認訴訟が有する機能である。次に、行為の違法確認訴訟は上記確認訴訟の機能を有するか。

第 1 に、予防的救済機能について。行為の違法確認訴訟が民事訴訟と異なる重要な要素は、私人ではなく、行政主体が当事者となることである。行政主体は、民事訴訟における私人に比して、適法性の維持を期待できる。理由は次のとおりである。まず、法律による行政の原理により、行政活動が法律に基づき、法律に従って行われることが義務づけられ、実際に行われた行政活動が法律に違反した場合には、事後的に裁判所が法律違反と宣言することで適法性を回復する仕組みを整備することを要請されている²¹。したがって、行政側は、自身の行為が違法であると確認されると、当該行為を是正することが要請され、また、当該行為に基づく行為を行うことができなくなるのである。以上より、判決の効果に直接基づくものではなく、行政側に対する事実上の期待に基づくものではあるが、行為の違法確認訴訟は予防的救済機能を有する。

第 2 に、包括的救済機能について。行政庁の行う一つの行為が、一個人との法律関係を複数回形成あるいは変化させることがあり、場合によっては当該個人に対して複数の義務を課すことがある²²。このとき、たとえば、支払義務がないことを理由として、既払金の不当利得返還請求といった給付請求を起こすことも考えられる。しかし、給付訴訟では、請求権の基礎にある物権や包括的法律関係の帰属や存在に争う事案でも、当該請求権の内容に取り込まれた限度での不利益が救済されるにとどまる。それに対して、当該個人に対して複数の義務を課した行政庁の行為の違法を直接確認すれば、判決の内容を尊重することが期待できるから、当該行為から生じた個人の不利益について包括的に解決することができる。したがって、行為の違法確認訴訟は、包括的救済機能を有する。

第 3 に、規制的救済機能について、当該機能が発揮される場面として想定されているのは、団体内部における規律が求められる状況である。しかし、行為の違法確認訴訟は、一般に行政庁の行為が違法であることを確認するものであって、当該行為が違法であるとの判決が出されても、行政主体内部において規律される効果は持たない。たとえば、土地区画整理事業の土地区画整理組合を例に挙げてみる。当該組合の行為の違法を確認した場合を想定する。このような確認をしたところで、会社法 838 条のように判決の効力を伴う規定はないため、当該組合に属する住民に対して何らかの規律をすることはできない。このように、行政主体に対して行為の違法確認訴訟を提起したところで、団体内部を規律する

²¹ 前掲注 10・櫻井＝橋本 13 頁。

²² 具体例は後述する。

ものではないから、行為の違法確認訴訟は、規制的救済機能を有しない。

したがって、「確認訴訟」としての行為の違法確認訴訟は、予防的救済機能、包括的救済機能を有することになる。

以上をまとめると、行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能、予防的救済機能、包括的救済機能を有することになる。

(2) それぞれの機能が発揮されうる具体的場面の例示

以上の通り、行為の違法確認訴訟が有すると思われる機能を整理した。次に、それぞれの機能がいかなる場面で発揮されうるのかを、事案①～⑦に照らして検討する。

ア 適法性維持機能

この機能が発揮されうる場面としては、①～⑦の事例全てが考えられる。行為の違法確認訴訟が行政庁の行為の適法性を審理する訴訟という性質を持つため、その適法性維持機能は、すべての事案において認められると思われるからである。ただ、適法性維持機能を単独で検討するために、(イ)～(エ)の機能が発揮されないと思われる①運転免許停止処分取消等請求事件を検討したい。

①の事例において、訴訟要件を充足したとするならば、福井県公安委員会指揮下の福井県警本部長が行った運転免許停止処分についての適法性が審査されることになる。この審査により違法を確認する判決がされれば、当該訴訟は、行政庁の行為の適法性を間接的に維持することになる。

イ 再度考慮機能

この機能が発揮されうる場面としては、たとえば、④不作為の違法確認等請求事件、⑤助成金支給決定等請求事件、⑥行政処分取消等請求事件の事例が挙げられる。

④について。原告は、盛岡市の市街化調整区域の開発を計画し、都市計画法 32 条に基づき、既存の道路や下水道等の管理者である被告盛岡市長に同条所定の同意を求めたところ、被告は県の方針や計画に適合しないなどの理由で同意できないと回答した。このような事案において、原告は、被告の行った不同意行為の違法確認訴訟を提起する事が考えられる。当該行為の違法確認判決がされることにより、被告は、その拘束力から、再度同意するか否かについて考慮することが求められるのである。

⑤について。まず、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進のための情報の提供、相談その他の援助等実施要領にて、助成金の支給要件に関する定めがある。原告は、支給不許可とされた決定を不服としているため、支給不許可を取り消したいが、当該支給不許可は処分性を有しない。そこで、原告は、支

給不許可決定の違法確認訴訟を提起することが考えられる。違法確認判決がされることにより、被告は、その拘束力から、再度同意するか否かについて考慮することが求められるのである。

⑥について。この事案では、原告が、老人福祉施設の運営を引き継ぐ事業者の公募に応募したが、紋別市長から提案について決定に至らなかった旨の通知を受けた。この事案において、原告は、提案について決定に至らなかった旨の通知の違法確認訴訟を提起する事が考えられる。当該行為の違法確認判決を下されることにより、市長は、原告が行った応募に対して、契約を締結するかどうかについて再度考慮することになる。

ウ 予防的救済機能

この機能が発揮されうる場面としては、たとえば②都市計画変更決定取消等請求事件、③裁決取消等請求事件の事例が挙げられる。

②について。この事案では、原告は、処分性を有しない都市計画変更決定が違法であることの確認を求めることになる。この違法確認判決によって、その後に予定された計画決定に沿った具体的な処分が行われることを防ぐことができる。ここに、紛争を防止するとともに、当該不利益を未然に予防する機能を見て取ることができる。

③について。この事案では、要綱が制定されることにより、原告は駐車場を使用するにあたって使用料を支払わなければならなくなる。そこで、原告としては、当該要綱制定行為の違法確認判決を求めることになる。当該判決が下されることにより、当該要綱に沿った使用料の支払いを拒むことができる。ここに、紛争を防止するとともに、使用料の支払という不利益を未然に防止する機能を見出すことができる。

エ 包括的救済機能

この機能が発揮されうる場面としては、⑦給水条例無効確認等請求事件の事例が挙げられる。この事案では、簡易水道事業給水条例が改正されたことにより、原告らに対する水道料金が値上げされた。当該水道料金は月ごとに発生するものであるから、原告らは、月ごとに水道料金値上げ分の債務を負うことになる。そこで、原告としては、水道料金の値上げの発端となった給水条例の制定行為の違法確認を求めることになる。当該判決が下されると、条例制定行為から発生する個々の水道料金値上げ分の債務については、正当な根拠がなくなることになる。ここに、原告の負う多数の債務という不利益に関して、包括的に救済する機能が見て取ることができる。

IV 行為の違法確認訴訟の適法性

上記3の検討を通じて、行為の違法確認訴訟の有する機能が発揮されうる場面を検討し

た。しかし、前述の通り、実務では行為の違法確認訴訟が否定されることが多い。また、現実においても行為の違法確認訴訟の提起が許容されなければ、行為の違法確認訴訟の機能は発揮されない。したがって、上記3で紹介した事案において行為の違法確認訴訟を提起した場合、確認の利益が肯定されるかを検討する必要がある。

1 確認の利益

民事訴訟では、確認の利益の有無は、次の3つの観点から判断される²³。(a) 解決手段として確認の訴えを選ぶことの適否（方法選択の適否）、(b) 確認対象としてどのようなものを選択するか²⁴の適否（確認対象の適否）、(c) 解決すべき紛争の成熟性の観点（即時確定の利益）である。

(a) 方法選択の適否について。

確認訴訟以外の紛争解決形態が存在する場合には、原則として確認の利益は否定される。その意味で、確認の訴えは補充的（他の手段がない時に用いられる）と言われる²⁴。ゆえに、給付の訴えが可能な請求権について、その請求権自体の確認を求める利益はなく、本案判断の前提をなす手続問題の確認を別訴で求める利益も原則として存在しないとされている。

(b) 確認対象の適否について。

どのような対象を訴訟物に据えて確認判決をすると紛争解決の実効性を高めることができるか、という観点のものである。この観点に関しては、①事実の確認は許されず、法律関係の確認を求めべき、②過去の（事実はもちろん）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べき、③何々でないことの確認という消極的確認よりも何々であることの確認という積極的確認を求めべき、という3つの原則がある。この3つの原則は、事実の確認よりも法律関係の確認をする方が、過去の法律関係を確認するよりも現在の法律関係を確認する方が、消極的確認よりも積極的確認をする方が、それぞれ紛争解決の実効性が高いことを根拠とする。しかし、高橋教授が「ドグマ」²⁵と表現している通り、それぞれの原則は一応の筋は通っていても、いずれも一応のものにすぎず、絶対的なものと考えべきではない²⁶。ゆえに、事実の確認、過去の確認及び消極的確認は、各事案において、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である場合、確認の利益を肯定して良いと思われる²⁷。

(c) 即時確定の利益について。

²³ 以下、確認の利益の検討にあたっては、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上 [第2版]』358頁以下（有斐閣、2011年）を参照した。

²⁴ 前掲23・高橋360頁。

²⁵ 前掲23・高橋362頁。

²⁶ 前掲23・高橋368頁。

²⁷ 前掲23・高橋362頁以下参照。

確認の利益が認められるためには、原告の権利・地位に不安・危険が生じていなければならず、かつ、その不安・危険は現実的なものでなければならない。原告の権利・地位に不安・危険がないのであれば訴訟をさせる意味がなく、不安・危険が抽象的ないし想像的なものに過ぎないのであれば具体化ないし現実化した段階で訴訟をさせれば足りるからである²⁸。

2 事例分析

3つの観点を中心に、確認の利益の有無について判断する。この判断にあたっては、それぞれの機能が確認の利益に結びつくかは問わない。結びつかなくとも、確認の利益が肯定されれば、実際の事案において、当該機能が発揮される事になると考えられるからである。

①運転免許停止処分取消等請求事件(最判昭和 55・11・25 民集 34 卷 6 号 781 頁)

この事案で、運転免許停止処分の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

即時確定の利益はどうか。この事案では、運転免許の停止処分が下されることに起因する名誉、感情、信用等を損なう可能性の存在が、原告の不利益として捉えられていた。しかし、これは事実上の効果であることから、原告らが本件裁決取消訴訟によって回復すべき法律上の利益を有しないとされた。そうすると、原告の権利・地位に不安・危険が生じていないことになる。したがって、上記名誉等の不利益では即時確定の利益が認められず、結果として確認の利益がないと判断されると思われる。

では、適法性維持機能から何かアプローチできないか。上述の通り、理論的には適法性維持機能が認められるが、この適法性維持機能は、第一次的には行政庁の行為の適法性を担保するという公益的性質を有する。このことから、適法性維持機能をもって、原告が自身の私的利益であると主張することは困難である。ゆえに、行政庁の行為の適法性を維持するという公益を、原告の権利・地位に含めることはできないため、結局即時確定の利益は認められない。つまり、適法性維持機能は、確認の利益を肯定する要素としては働かないということが分かる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が適法性維持機能を有していても、①の事例においては、当該機能は発揮されない。また、上述の通り、適法性維持機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

②都市計画変更決定取消等請求事件(東京地判平成 20・12・19 判タ 1296 号 155 頁)

この事案で、都市計画変更決定の違法確認訴訟を提起したと仮定する²⁹。

²⁸ 前掲 23・高橋 373 頁。

²⁹ ②の事例では実際に提起されている。

まず、即時確定の利益はどうか。実際の事案において、変更決定の法的効果は一般的抽象的なものである。そうすると、本件の行為の違法確認訴訟を提起したとしても、不安・危険が抽象的ないし想像的なものに過ぎないとされ、即時確定の利益がないと判示されるように思われる。

しかし、具体的に計画の変更に伴い土地が売れにくくなる等といった具体的な事情によっては、現に原告の権利利益が不安にさらされ、即時確定の利益が認められる場合も想定される。ただ、この場合、原告の所有する土地に制限がかからないことの確認の訴えを提起することもできるように思われる。当該法律関係確認訴訟も確認訴訟であることから、予防的救済機能を有する。このような事例では、当該法律関係を確認することが紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であることになり、行為の違法を確認することは紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるとはいえない。したがって、確認対象の適切性の観点から、確認の利益が否定されることになる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有していても、②の事例においては、当該機能は発揮されない。また、当該機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

③ 裁判取消等請求事件（名古屋地判平成 18・11・30 判例地方自治 292 号 9 頁）

この事案で、本件要綱制定行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

まず、即時確定の利益はどうか。本件要綱によれば、江南市立小中学校教職員等が通勤に自家用車を利用し、これを学校施設内に駐車する場合は使用料を納入しなければならない（地方自治法 225 条）。しかし、本件要綱は一般的な規定であって、特定の者に対してのみ適用されるものではない。したがって、原告の有する不安・危険は抽象的なものにすぎないことから、即時確定の利益がないと判示されるように思われる。

また、仮に、権利利益に対する具体的な不安・危険を肯定した場合を想定する。この事案では、要綱が制定されることにより、原告が駐車場を使用するにあたって使用料を支払わなければならない。したがって、原告としては、当該要綱制定行為の違法確認を求め、当該要綱に沿った使用料の支払いを拒むことができる。ここに、実際に原告が駐車場を使用して使用料を請求される等の紛争が起きる前に、未然に予防することができる。そのため、行為の違法確認訴訟は、事前に無益な争いを産まないようにする手段として適切のように思われる。しかし、このような効果は、自家用自動車の駐車にあたって使用料を支払う義務がないことの確認の訴えなど、法律関係確認訴訟を提起することによっても導くことができる。そうすると、行為の違法を確認することは紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるとはいえないから、②と同様、確認対象の適切性の観点から、確認の利益が否定されることになると思われる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有していても、③の事例においては、当該機能は発揮されない。また、②と同様、当該機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

④不作為の違法確認等請求事件（最判平成 7・3・23 民集 49 卷 3 号 1006 頁）

この事案で、不同意行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性の観点からどうか。この事案における紛争の発端は、都市計画法 32 条所定の同意を拒否したことに求められる³⁰。仮に不同意行為の違法確認の判決が出た場合、公共施設の管理者である盛岡市長に、当該同意をするかどうかについて、再度考慮させることができる。これは、紛争の発端である不同意行為について再度考慮させることを意味する。そうすることで、当該不同意行為に起因する、適法に開発許可の申請ができないといった不利益³¹が解消することになる。そのため、当該不同意行為の違法確認は、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。したがって、対象の適切性は充足する。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、④の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑤助成金支給決定等請求事件（東京地判平成 18・9・12 LLI/DB28131740）

この事案で、助成金支給決定の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性はどうか。本件助成金支給決定の可否が一番の争点であり、紛争の発端である。そして、当該訴訟に勝訴することができれば、当該争点につき、行政庁に再度考慮させることを求めることができる。このことから、行為の違法確認訴訟は、紛争の根本的原因を取り除く作用を有する。したがって、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑤の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑥行政処分取消等請求事件（最判平成 23・6・14 裁判所時報 1533 号 24 頁）

この事案で、市長が原告に対して行った、原告の提案について決定に至らなかった旨の通知の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性はどうか。この事案において、原告の提案を拒否したことの是非が、⑥における一番の争点であり、紛争の発端である。その後、原告の提案を拒否したことを前提

³⁰ 都市計画法 30 条 2 項より、開発許可の申請書に、当該同意を得たことを証する書面の添付が要求されているため、同意が得られないと、原告が開発行為の許可申請をしても不許可とされる蓋然性が高かった。

³¹ 綿引万里子「判解」最判解刑事篇平成 7 年度（上）395 頁（1998 年）。

として法律関係が進行したため、当該判断は現在に至るまで続く紛争を生じさせるものからである。このような事例において、行為の違法を確認する判決が出された場合、市長は再度当該判断をしなければならない。これは、市長が、本件の一連の紛争発生の本来的原因について考えなおす機会が与えられることを意味する。ゆえに、当該行為の違法確認訴訟は、紛争の本来的原因を取り除く作用を有すると言える。したがって、市長の当該行為の違法を確認することは、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるため、対象の適切性の観点から、確認の利益は肯定される。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑥の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑦給水条例無効確認等請求事件（最判平成 18・7・14 民集 60 卷 6 号 2369 頁）

この事案で、給水条例の制定行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

まず、対象の適切性かどうか。当該水道料金は月ごとに発生するものであるから、給水条例制定行為は、原告らに対して、多数の水道料金値上げ分の債務を負わせることになる。条例制定行為が違法であるとするれば、無効であることを前提に、支払い分の債務に関して不当利得返還請求、また、未払い分の債務に関して債務不存在確認請求を提起する方法も考えられる。しかし、債務が複数考えられることから、それぞれ複数の訴訟を提起しなければならない、当該権利義務が多数になるにつれて、紛争を抜本的に解決することが困難となる。それに対して、給水条例の制定行為の違法を確認すれば、当該行為から発生する個々の水道料金値上げ分の債務については、正当な根拠を欠くことになる。行政庁は、違法確認判決を尊重するため、給水条例の制定行為から派生した不利益に関する紛争を抜本的に解決することができる。したがって、対象の適切性は認められる³²。

即時確定の利益の有無も問題となるが、既に当該水道料金値上げによって、原告らに具体的な財産侵害が発生しているため、即時確定の利益も認められる。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑦の事例において、包括的救済機能が発揮されることになる。また、包括的救済機能は、確認の利益の肯定に結びつくものといえる。

3 まとめ

以上より、①～⑦の事案において、行為の違法確認訴訟を提起した場合、訴訟要件を充足するのは、④⑤⑥⑦だと思われる。

³² 山田洋「判批」自治研究 81 卷 1 号 137 頁（2005 年）は、「二審判決は、『給水契約という継続的供給契約においては、日々料金債務が発生しているのであるから、個々の水道料金について債務不存在確認を求めることは迂遠であり、より抜本的な紛争解決のためには、約款的性格を有する供給規程自体の無効確認を求めることも許される』とし、一審判決も、ほぼ同旨を述べている……本件紛争の解決のためには、直截に条例の効力を争うことが最も適切であることについても、異論は少ないのではないか。」と指摘する。

①の事例分析からすると、適法性維持機能は確認の利益の肯定に結びつくことはないように思われる。しかし、①は、原告の名誉等の侵害は事実上の利益であるから確認の利益が肯定されない事例であったが、行為の違法確認訴訟は、行政庁の行為の違法を確認する訴訟である以上、他の事例においても発揮される。ゆえに、訴訟要件を充足すると思われる④～⑦においては、適法性維持機能が発揮されている。ただし、適法性維持機能は公益を保護するものであるから、他の機能とは異なり、原告らに対して直接利益をもたらすものではない。すなわち、適法性維持機能は、訴訟を考えている個人に対して、行為の違法確認訴訟を選択する動機付けを持たない。結局、適法性維持機能は、行為の違法確認訴訟が提起されたことによる副次的な産物でしかなく、訴訟を考えている個人にとって実際上の意義を有しない。

②③は、確認の利益がないと判断される可能性が高い。これには2つの理由が考えられる。1つ目は、紛争がまだ起きていない段階で提起するものであるから、紛争の成熟性に欠けるという判断がされやすいことにある。これは、確認訴訟一般において問題になるものであるが、本稿では検討を省略する。2つ目は、個別具体的な権利義務を確認するといった法律関係訴訟を提起できるため、対象の適切性の観点から否定されることにある。これは、予防的救済機能が行為の違法確認訴訟固有の機能ではないことを示すものである。

④⑤⑥では、確認の利益が肯定されると判断しうる。これらの事案において、原告の実体的利益・地位に引き直したところで、勝訴することは難しいように思われる³³。このことは何を意味するのか。まず、このような場合においては、法律関係訴訟の提起を求めることは困難であって、行為の違法を確認することが紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。ゆえに、対象の適切性の観点からも確認の利益を肯定でき、行為の違法確認訴訟の訴訟要件を充足するのである。このことから、行為の違法確認訴訟は、原告の実体上の権利・利益の肯定が難しい事案においても、手続の違法等諸般の事由を理由に違法判決を下すことで、行政庁に再度考慮させることができることが分かる。つまり、実体法上の地位の存在等を直接確認することまではできない事例でも、再度考慮させることにより、行政庁の判断を変更しうるのである。ここに、行為の違法確認訴訟の固有の意義が認められる。このような機能は、紛争の受け皿という当事者訴訟の在り方と整合する。まとめると、裁量が広く認められる事案において、原告の救済に向けて、最低限、行政庁の行為に影響を与えうるという点において、行為の違法確認訴訟固有の意義がある。

⑦について。行為の違法確認訴訟以外の救済方法として、たとえば、個別具体的に不当利得の返還を求める訴えを提起する方法も考えられる。しかし、行為の違法を確認する方法によれば、原告の不利益について包括的に救済することができる。ゆえに、行為の違法

³³ ⑤の事例では、判示中に「原告が確認を求める「支給を受けられる地位」なるものが本件助成金に係る具体的な給付請求権を意味するものであるとすれば、存在しないことの明らかな権利の存在確認を求めるものとして、確認の利益ないし確認の対象の適格性を欠く不適法な訴えと扱われるか、そうでないとしても請求棄却を免れない。」という指摘がされている。

確認訴訟は、現在の法律関係訴訟では達成できない紛争の抜本的解決を可能にする。これは、現在の法律関係訴訟を提起することが可能なケースにおいても、行為の違法確認訴訟が、現在の法律関係訴訟が有しない機能を発揮しようということを意味する。ここに、行為の違法確認訴訟の固有の意義を見て取ることができる。

V 終わりに

行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能、予防的救済機能、包括的救済機能を有する。具体的な事案に照らして検討すると、再度考慮機能、包括的救済機能は、確認の利益を肯定付ける要素となる。適法性維持機能はその他の事情により確認の利益が肯定されたときに当該機能を発揮するが、確認の利益を肯定付ける要素とはならない。予防的救済機能は、確認の利益を肯定付ける要素とならず、同機能が発揮されうる場面にて行為の違法確認訴訟を提起しても当該訴えは不適法となると思われる。したがって、行為の違法確認訴訟の存在意義は、再度考慮機能及び包括的救済機能を有することに求められる。また、再度考慮機能及び包括的救済機能が発揮されうる場面では、法律関係訴訟は同機能を有しないことが多いように思われる。このことから、行為の違法確認訴訟は、そもそも法律関係訴訟を提起できない場面で同機能を発揮できることは勿論、法律関係訴訟を提起できる場面でも法律関係訴訟が有しない同機能を発揮できることが分かる。これらは、行為の違法確認訴訟が有する固有の意義である。

以上の通り、本稿では、取消訴訟や私法上の法律関係に関する確認訴訟の性質を参考に、行為の違法確認訴訟の意義を検討し、事例分析により当該機能を具体的に明らかにした。加えて、行為の違法確認訴訟を適法に提起できる可能性を、多少なりとも示すことができたように思う。しかし、事例検討を十分に行えていないため、行為の違法確認訴訟の意義や可能性について今後の裁判例の集積と議論の発展に期待したい。

以上

※本稿の執筆に際して、一橋大学法学研究科薄井一成准教授には終始ご指導いただき、大変お世話になった。この場をお借りし、心よりお礼申し上げます。