

平成23年 5月10日現在

機関番号：15301
 研究種目：基盤研究（C）
 研究期間：2008～2010
 課題番号：20530019
 研究課題名（和文）確認訴訟の日独比較研究
 研究課題名（英文）The comparative study on action for declaratory judgment
 (Feststellungsklage) between Japan and Germany
 研究代表者
 小山 正善 (KOYAMA MASAYOSHI)
 岡山大学・大学院社会文化科学研究科・教授
 研究者番号：00144907

研究成果の概要（和文）：公法上の当事者訴訟の一種である確認訴訟の活用のため、より活発に利用されているドイツの一般的確認訴訟に関わる判例および学説を考察し、わが国との比較検討を行った。その結果、ドイツでは、確認対象を法律関係に限定するのが判例・学説の大勢であり、個別行為の違法確認を主張するわが国学説と異なること、反面法律関係を相当広く理解する結果、一般的確認訴訟の対象も広範なものとなるとともに、一般的確認訴訟の及び得ない訴訟請求については一般的給付訴訟が代替しうることなどを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：I studied the judicial precedents of the Federal Administrative Court and the theory on general action for declaratory judgment in Article 43 (1) of Administrative Court Act in Germany in order to make good use of action for declaratory judgment prescribed in Article 4 of Administrative Case Litigation Act in Japan. As a result I can tell that the object of action for declaratory judgment is limited to confirming the existence or not of legal relationship in Germany and this is different from the theory in Japan, for the illegality of individual actions by administrative organ is able to be confirmed with action for declaratory judgment in Japan. However the concept of legal relationship is grasped widely in Germany and therefore the object of this action is wide-spreading, and general action for future performance can partially take the place of the function of action for declaratory judgment further.

交付決定額

(金額単位：円)

| | 直接経費 | 間接経費 | 合計 |
|--------|-----------|---------|-----------|
| 2008年度 | 900,000 | 270,000 | 1,170,000 |
| 2009年度 | 500,000 | 150,000 | 650,000 |
| 2010年度 | 500,000 | 150,000 | 650,000 |
| 年度 | | | |
| 年度 | | | |
| 総計 | 1,900,000 | 570,000 | 2,470,000 |

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：一般的確認訴訟、確認対象、法律関係、確認の利益、行政事件訴訟法、ドイツ行政裁判所法

1. 研究開始当初の背景

(1) 行政手続法の制定（1993年）の結果、すでに従来から議論されてきた手続法規定に違背する行政庁の処分を法的にどのように取り扱うのか、とりわけ手続規定の違背のみを理由として実体上瑕疵のない行政処分を取り消すべきかどうかの問題に対する関心が高まった。

これとほぼ同様の問題に関して、ドイツでは、行政手続法46条が、手続規定への違背が事案における決定に影響を与えなかったことが明らかである限り、かかる違背のみを理由に当該行政行為を取り消すことは請求できない旨を定め、また、これを受けて行政裁判所法44条のaも、「行政庁の手続行為に対する法的救済は、実体決定に対してと同時にのみ主張されることができる」と規定し、手続規定の違背のみを理由とする取消訴訟を制限したために、他の訴訟方法による手続違背の法的追求が論じられるなかで、行政裁判所法113条1項4文の定める事後的違法確認訴訟を援用して、手続規定に違背する行政行為の違法確認訴訟を主張する学説に注目するようになった。

(2) 上記のような主として個人的な研究関心とは別に、国レベルの行政改革、わけても行政規制の撤廃または極小化に対応するための司法制度改革の一環として行政事件訴訟法の改正問題も検討され、その成果として2004年に改正行政事件訴訟法が成立した。この改正におけるいくつかの注目点の一つとして、これまでほとんど活用されることのなかった行政事件訴訟法4条の定める公法上の当事者訴訟（実質的当事者訴訟）について、積極的な活用を意図する趣旨で文言整備が図られたことである。すなわち、従来の文言の上に、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という一節を加えることにより、公法上の当事者訴訟の活用、確認訴訟の活用を打ち出したのである。

これを受けて学説は、一部では消極論もあるものの、おおむね好意的に受け止め、確認

訴訟の活用方についての議論をし始めてきている。その際、まず議論になったのが、確認訴訟による確認対象が（公法上の）法律関係または権利義務（の存否）に限られるのか、あるいはこれに加え、行政の行う個々の行為を対象としてその違法等を確認する訴えも許されるのか否かということである。

この点、学説のレベルでは肯定説が支配的であると認められるのに対して、実務に携わる裁判官の側には法律関係（権利義務関係）に引き直すべきことを求めるものが多いように解される。

(3) 最高裁判所平成14年7月9日判決は、パチンコ店等の建築につき市長の同意を規定する市条例に違反して同意を得ないでパチンコ店を建築する者に対し、市長が建築工事中止命令を発したが、これに応じないために建築工事続行禁止を求めて民事訴訟を提起したという事案において、財産権の主体としての行政主体（市）と行政権の主体としての行政主体（市）との区別に基づき、本件の市の立場を行政権の主体としての市と見なし、市が国民に対し行政上の義務履行を求める訴えを、自己の権利利益を保護するためのものとはいうことができず、したがってまた、「法律上の争訟」に当たるとはいえないことを理由として、不適法な訴えであるとした。

この見解は、ひと言でいえば、財産権の主体としての行政主体と行政権の主体としてのそれとの峻別のもとで問題を捉えることを特徴とするものである。

これと似たような議論は、「全能」の国家主権と限定のある「権利」とは相容れないとして、行政権の主体に関わる部分で権利の成立を否認した見解を改めてきたドイツ行政法理論においても見られる。この変遷を考察・検討することは、上記の最高裁のような見解を再検討することへの有力な手がかりを提供しうるものと思われる。

2. 研究の目的

(1) わが国の行政事件訴訟法 4 条後段の定める公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の活用方を検討するために、より豊富な判例と理論の蓄積のあるドイツ行政訴訟上の一般的確認訴訟をめぐる議論を参考にしながら、考察することとする。

(2) まず、ドイツ行政訴訟の諸類型において確認訴訟ならびに一般的確認訴訟が占める位置を明らかにすることにより、わが国の当事者訴訟としての確認訴訟とドイツの一般的確認訴訟との近似性ないし同質性に基づいて 2 つの確認訴訟の比較検討を行うことの妥当性を裏づける。

(3) つぎに、ドイツ行政訴訟における一般的確認訴訟に関する論点を、さしあたり、①一般的確認訴訟の確認対象、②一般的確認訴訟の対象としての法律関係概念、③一般的確認訴訟における権利保護利益（確認の利益）、④行政訴訟上の形成訴訟および給付訴訟に対する確認訴訟の補充性、の 4 点に分けて、それぞれにつき連邦行政裁判所の判例と学説の考察に基づいて現在の理論的到達点を明らかにする。

(4) 上記①に関しては、一般的確認訴訟の確認対象として、法律関係（の存否）のほか、行政の個々の行為の違法等の確認が含まれるか否かの問題を取り上げる。

同様に上記②に関しては、どのみち一般的確認訴訟の主たる確認対象が法律関係であることから、法律関係とは何かを明らかにすることを課題とする。

上記③については、原告が「即時確定につき正当な利益を有する」とき、確認が請求されうることから、正当な利益とは何か、延いては確認の利益とはどういう場合に認められるかを、連邦行政裁判所の判例の検討を中心としながら明らかにする。

更に、上記④に関しても、原告がその権利を形成訴訟または給付訴訟によって追求でき、または追求し得たときは、確認は請求できないとされ（行政裁判所法 43 条 2 項）、これの解釈如何によっては一般的確認訴訟の利用可能性も低くなりうることから、その帰趨を確認することを課題とする。

(5) 以上のほか、関連性を有する問題として、国・地方公共団体による確認訴訟の提起可能性がある。ドイツの一般的確認訴訟に関する判例・学説を検討素材として、この問題についてのわが国の確認訴訟への示唆を得ることを課題とする。

3. 研究の方法

(1) 2 の(1)から(5)に掲げた諸課題を果たしていくために、連邦行政裁判所判例集、行政法に関する雑誌、憲法・行政法などの公法に関する雑誌などに収録されたドイツ連邦行政裁判所の判例を考察の素材として、連邦行政裁判所の基本的立場を明らかにしていく。

(2) 上記(1)の雑誌類や連邦の行政裁判所法に関する注釈書、研究論文等を手がかりとして、行政訴訟上の一般的確認訴訟に関する学説の現況を明らかにしていく。

(3) 上記のような考察・検討の中から、わが国における当事者訴訟としての確認訴訟の活用方についての示唆なり、方向性を見出していく。

4. 研究成果

(1) わが国における当事者訴訟としての確認訴訟の確認対象につき、学説の多くは法律関係（権利義務）のほか行政の個々の行為の違法確認も確認対象に加えるのに対して、ドイツでは一般的確認訴訟の確認対象を法律関係のみに限るものの方が多数説であり、また、判例でも行政の行為の違法確認を認めた連邦行政裁判例を 1 例見出すことができるだけであり、これらからすると、日独の間では明らかな相違があるものといわざるを得ない。

(2) 行政の個々の行為の違法確認を排するドイツでは、連邦行政裁判所および学説とも、法律関係の概念を相当広く捉える傾向にある。つまり、連邦行政裁判所の標準的な定義によると、法律関係は、「人の相互関係または人の物に対する関係につき公法規範に基づいて具体的な事実関係から生ずる法的関係」であって、この「法的関係は、既に見通し可能な事実関係への法規範の適用が争われるとき、確認可能な法律関係に濃縮している」、とされる。

この定義は、わが国の「法律上の争訟」概念を想起させるが、ドイツの学説は基本的に支持するものようである。とはいえ、批判的に対処するものも少なくなく、この間の連邦行政裁判例と諸学説を明らかにする。と同時に、連邦行政裁判例を通してどのようなものが法律関係と判断されたかの具体例を提示する。

更に、過去の法律関係、将来の法律関係の

確認可能性についての議論（判例および学説）も明らかにしている。

(3) 即時確定についての「正当な利益」は、確認の利益のことをいうが、それはいわゆる法的利益に限られず、経済的利益、観念的利益等を含むものとされ、比較的広く捉えられてきている。ただ、この問題は上記(1)および(2)以上に具体例を通して考察する必要のある問題であり、裁判例を通じて具体的に明らかにする。

(4) 2の研究の目的で掲げた課題のうち、(4)の④および(5)は、現時点で成果を報告するほどには十分果たされておらず、引き続き作業を進めていく。ただ、補充性に関しては、行政裁判所法によって所期されるほどに厳密に適用されているわけではなく、その点では一般的確認訴訟の活用という方向を確認することができる。

また、国家・地方公共団体等の行政主体の権利観念の成立については、1（研究開始当初の背景）の(3)で示唆したように、行政権の主体としての国家等の「全能」のゆえに排除された国家等の権利が行政権の主体と観念される領域でも成立すると考えられてきており、これを手がかりとして国家等の行政主体による確認訴訟の提起可能性を説くものも少なくない。この点も引き続き考察し、その成果を問うことにする。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 2件）

小山正善、産廃施設の使用につき許可を要しないことが争われた事例、岡山大学法学会雑誌、査読無、59巻2号、2009年、49-54頁

（掲載予定）

小山正善、一般的確認訴訟の対象としての法律関係、岡山大学法学会雑誌、査読無、61巻1号、2011年（8ないし9月公刊）、頁数未定

〔学会発表〕（計 0件）

〔図書〕（計 1件）

小山正善、有斐閣、法学と政治学の新たなる展開、2010年、419頁（1-28頁）

6. 研究組織

(1) 研究代表者

小山 正善 (KOYAMA MASAYOSHI)
岡山大学・大学院社会文化科学研究科・教授
研究者番号：00144907

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし