義務付け訴訟の訴訟物について

石　崎　誠　也

はじめに

2004年の行政事件訴訟法改正により義務付け訴訟が法定され、それは非申請型義務付け訴訟（直接型義務付け訴訟）と申請型義務付け訴訟に分けられた。筆者は、申請に基づく処分と不利益処分（職権による処分）は、その行政手続及び訴訟手続の構造が基本的に異なっているので、両者を分けて規定したことは意味のあることだと考える[1]。また、両者を区別したことにより、それぞれの訴訟物も分けて考えることができる。すなわち、申請処分義務付け訴訟は法令による申請を前提としているため、個々の申請毎に訴訟物を分けて考えることが可能であるが、非申請型義務付け訴訟は前提となる申請が存在しないので、このような考慮をする余地がない。また、申請処分拒否処分に対する義務付け訴訟にあっては、同拒否処分の取消訴訟と併合され、かつまた勝訴要件が異なるために、申請拒否処分は取消されたが、義務付け請求が棄却された場合に、処分庁が申請に対する再審査で再び拒否処分をすることがありえ、あらためて義務付け訴訟を提起できるかということが問題となりうる。このような問題は非申請型義務付

1　申請型義務付け訴訟を、申請に対する拒否処分の取消訴訟等と併合させたことも、おこりうるいくつかの解釈問題を防いだことでも、きわめて巧妙な立法技術であったと考える。たとえば、併合義務がなかったら、拒否処分に対する出訴期間経過後の義務付け訴訟の可否ないし勝訴要件は相当困難な解釈問題を引き起こしたであろう。

け訴訟では生じない。

さらに、現在のところ、義務付け訴訟を給付訴訟と見るのか、形成訴訟と見るのかで見解が分かれており、この問題も、義務付け訴訟の訴訟物をどのように捉えるかということにかかわってくる。

そこで、本稿では義務付け訴訟について、その性質及び訴訟物の検討を試みたいと考えるものである。

1、義務付け訴訟の性質及び訴訟物をめぐる議論

(1) 給付訴訟説

①義務付け訴訟の性質につき、学説上はそれを給付訴訟説とする有力な見解がある。塩野宏は、「裁判所は、原告の請求を認めるときは、行政庁が処分すべき旨を命ずる判決をする（37条の2第5項・37条の3第5項）のであるから、まさに給付訴訟の性質を持つといえる。」と述べている[2]。また、塩野宏は、義務付け訴訟の訴訟物を実体法上の給付請求権と理解している[3]。この説だと、訴訟物が個々の処分（従って各申請）毎に異なるということにはならないと思われるが、塩野宏は、取消訴訟においても、既判力を拡張し、その射程を係争処分に限定しないので[4]、その考え方と平仄が合う考え方である。

そのほか、宇賀克也も「民事訴訟の分類に従えば、義務付け訴訟は給付訴訟になると思われるが、訴訟要件、原告本案勝訴要件についても法定している点に民事訴訟の給付訴訟とは異なる特色がある。」としている[5]。

2　塩野弘『行政法Ⅱ（第5版）』有斐閣（2010年）235頁。

3　塩野前掲注（2）237頁。

4　塩野前掲注（2）191-192頁。

5　宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第3版）』有斐閣（2011年）323頁。

(2) 形成訴訟説

①それに対して実務の多くは形成訴訟説をとっている[6]。その理由は、国民の行政に対する請求権は実体法上観念しにくいこと、判決の効果はあくまで義務付け効果であり執行力を有していないこと、給付訴訟説だと原告適格の制限を説明できないことをあげ、さらに住民訴訟4号請求が形成訴訟と理解されていることと平仄があうことをあげている。

また、民訴法研究者の山本和彦は、「(義務付け訴訟や差止め訴訟は—引用者附加—）表面的には民事の差止訴訟等と類似した面があるが、本来的には義務のないところに義務を創設する形成訴訟として把握される。」と述べ、形成訴訟説をとることを明示している。山本和彦は更に続けて「その結果、仮に一定の処分を義務づけられたとしても、判決によってその処分が擬制されることはなく、あくまで行政庁が処分を義務づけられる法的効果を生じるに止まる。義務違反の場合も、執行力は問題とならず、拘束

6　2004年10月に開催された行政事件担当裁判官協議会の概要を収録した最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』法曹会（2005年）32頁は、「義務付け訴訟の法的性質については、形成訴訟説及び給付訴訟説が述べられたが、形成訴訟説が多数であった」としている。また、同書は、形成訴訟説の理由として、「国民の行政に対する請求権は実体法上観念しにくく、これを前提とする給付訴訟は採りづらい。義務付け訴訟の規定は、訴訟手続を定めるのみならず、実体法に踏み込んで形成要件（形成権）を規定したものと理解すべきである。」という意見を紹介しており、さらに住民訴訟の新4号訴訟（地方自治法242条の2第1項4号の訴訟）も形成訴訟と考えられていることも同様の例としてあげている。また、行政訴訟実務研究会『行政訴訟の実務』ぎょうせい（2007年）94-95頁も「行政実体法上行政庁に対する実体上の請求権が国民に認められると解することに十分な理論的根拠があるとはいい難く、手続法に過ぎない行訴法の改正によってこれが新たに創設されたとも考え難い。そうである以上、取消訴訟と同様、抗告訴訟の一類型として位置づけられた義務付けの訴えは、給付訴訟ではなく、形成訴訟であるというべきである」として、山本和彦・ジュリスト1277号37頁と前掲の『改正行政事件訴訟法執務資料』32頁をあげている。

力の問題として処理されることになる。」としている[7、8]。

②形成訴訟説に立つと、訴訟物は形成要件としての不作為の違法性となるとされる。前掲『改正行政事件訴訟法執務資料』は、「義務付け訴訟を形成訴訟と解する見解からは、行政事件訴訟法上の義務づけ訴訟の規定が形成要件も規定していると解することになり、そうすると、義務付け判決の要件である一定の処分をしないことの違法（羈束処分においては、処分の根拠法規において規定された処分要件すべてを充足すること、裁量処分においては、それに加えて当該処分をしないことが裁量権の逸脱濫用に当たること）そのものが形成要件であり、かつ、それが訴訟物になるとの意見が述べられた。」としている[9]。

7　山本和彦「行政事件訴訟法の改正について―民事法学者から見た感想」ジュリスト1277号（2004年）37頁。なお、仲野武志『公権力の行使概念の研究』有斐閣（2007年）34頁も「このように形成訴訟自体が（行政作用との間に明確な境界を持たない）非訟作用を母胎として発生した概念であるから、抗告訴訟が給付・確認・形成訴訟のいずれに当たるかという問題設定そのものが問題である。強いて答えるとすれば、義務付け訴訟であれ取消訴訟であれ、処分を目的とする限り、形成訴訟としかいいえないように思われる。」と述べている。

8　なお結論を保留するものとして、園部逸夫・芝池義一『改正行政事件訴訟法の理論と実務』166頁は、「新設された義務付け訴訟が、民事訴訟の類型論で言うところの給付訴訟に該当するのか、形成訴訟に該当するのかについては、議論の余地はありうる。法3条6項の文言を見るかぎりはドイツと同様に給付訴訟とする見方はあり得るものの、取消訴訟よりも踏み込んだ義務を裁判所が行政に課す意味において、形成訴訟と解することは可能であるとする立場もある」と述べている。ただし、上記引用に引き続き、「もっとも、上記の分類から義務付け訴訟に関する解釈論について具体的な帰結が直接に導かれるとは考えにくい。」と結論を保留している。

9　前掲注（6）33頁。行政訴訟実務研究会・前掲注（6）103頁にもほぼ同様に記述。

３、取消訴訟の性質と訴訟物

　さて、この問題を考えるにあたって、取消訴訟を素材に戦後の学説の状況を見ておきたい。もとより義務付け訴訟と取消訴訟を同日に論じることはできないが、我が国では取消訴訟の訴訟物を係争処分の違法性と捉え、取消請求権という構成が一般には行われていないこと及び取消訴訟は一般には形成訴訟と解されているが、その確認訴訟的把握を試みる見解も出されており、なにがしかの参考になるのではないかと考えるからである。詳しくは、末尾のノートに委ねるとして、筆者は、次の点が重要ではないかと考える。

①我が国の戦後の取消訴訟の訴訟物をめぐる議論では、形成権説ないし取消請求権説を観念せず、端的に係争処分の違法性を訴訟物とするという議論が主流であった。そこでは、行政訴訟の特質としての、行政処分の適法性確保機能が強調されていた。

②この見解と並んで、既に昭和30年代より、取消訴訟を確認訴訟と捉える見解も出されていた。これらの見解の背後には、①と同じく、取消訴訟の機能を行政処分の違法性排除に求める考えがある。それはさらに、公定力理解とも関係するが、取消判決の形成効をも消極的に見る見解につながる。

③それに対し、行政法学説の主流は、取消訴訟を形成訴訟と見つつも、取消請求権は観念せずに、端的に処分の違法性が訴訟物であるという見解を採り、さらに処分時における処分要件の存否の審査と拡張することにより、同一処分の反復禁止を取消判決の効果として捉えようとする傾向にある。また、公定力理論の進展に伴い、形成効についても実体的な効果ではなく手続法的効果として捉えようとする傾向にあるといえる。

④筆者も、取消訴訟の訴訟物は係争処分の違法性であり、本質的には係争処分が処分要件を満たしているものであるかどうか（実体的要件及び手続的要件）を裁判所は審査するのもあると考える。そして、行政処分は違法

であれば本来的にはその効力は否定されるべきものであると考えるので、取消判決を確認訴訟と捉える考え方に共感を持つ。もっとも取消訴訟制度があり、行政処分（いわゆる形式的行政処分を除く）は、その排他的管轄に服するので、形式的な意味での形成力は否定できないであろう。

この点は、更に検討するとして、本稿との関係では、戦後の行政法学説の基本的な考え方は、取消訴訟につき、形成権ないし取消請求権という権利論的構成は行わず、行政処分の違法性を訴訟物と捉えていること、その背景に、行政訴訟（取消訴訟）の目的が行政処分の違法性排除または適法性確保にあるという行政訴訟観があることが重要であると考える。

取消訴訟は、いわゆる直接攻撃型訴訟（ダイレクトアタック）であって、行政処分の違法性を審査し、それが違法であれば行政処分を取り消すという構造を有している[10]。これだけを見るならば、原告適格を制限しない制度選択も立法政策的には可能であろうし、いわゆる客観訴訟とすることも不可能ではない。

また行政の作用は法によって統制されるべきものであるという法治主義的要請を考慮するならば、取消訴訟の必要的機能が権利救済機能にあるとしても、ダイレクトアタックという行為形式のメリットを活かす訴訟物の理解が求められよう。

なお、取消訴訟の訴訟物を、係争処分の違法性ではなく、処分時の処分権限の有無に広げて解釈する見解にも教えられるところが少なくないが、

10　取消訴訟の行為訴訟としての特質を論じる最近の論稿として、芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』有斐閣（2008年）29頁以下（特に36頁以下）。また、このような構造であることから、処分を取り消すことの効果を当事者間に限定するのか、訴訟外の第三者にも及ぼすのかという問題が生じる。さらに、行為の効力の除去あるいは不存在の確認を直接の目的とするという争訟構造から、不服申立て制度及び無効確認訴訟との共通性ないし連続性を論じることができるのであろう。

筆者は不利益処分にあっては処分理由の追加変更を認めるべきではないという立場に立つし、また、申請にかかる処分の場合、後に述べるように、申請義務付け訴訟の訴訟物も当該申請にかかる処分要件と考えるので、それを平仄を併せるという観点から、取消訴訟の訴訟物は係争処分の違法性（申請に対する処分の場合は申請毎の拒否処分）であるという立場を支持したい[11]。

4、義務付け訴訟の性質及び訴訟物について

行政処分に対する特殊な訴訟類型として抗告訴訟が予定され、その中心的地位を占めていた取消訴訟が、上述のように、その訴訟物は係争処分の処分の違法性であり、取消請求権は観念しないという考え方は、義務付け訴訟にうまく応用できないだろうか。

①義務付け訴訟形成訴訟説の根拠の一つに、原告に給付請求権がないので、給付請求を捉える余地がないことが挙げられる。そして、この説は行政事件訴訟法が裁判所に処分義務付けの形成権を付与したものと考えている。

しかし、処分をなすべき義務は法律によって規定されているのであって、裁判所の判決が義務を形成するという考え方には違和感が残る[12]。むしろ法律上の処分義務の存在を法律規定と事実関係によって裁判所が確認し、その判断に基づいて行政庁の処分義務を宣言することを本質とすると理解すべきものであろう。ただし、立法者は、義務付け訴訟を義務確認訴

11　このように係争処分の違法性を確認し、その効力を取り消すという制度であるため、同一処分繰り返しを防ぐために、既判力とは異なる拘束力を観念しあるいは立法化する必要が生じる。

12　塩野前掲注（2）236頁の指摘参照。

訟の形式ではなく、裁判所が行政庁に処分を命じるという、形式的には給付訴訟の形式をとったことは否めない。

さて、裁判所がその判決によって行政処分を行うのであれば（たとえば、原告に漁業権を付与するという判決を書くのであれば）それは形成訴訟といえるであろうが、義務付け判決は、処分庁に処分をすべきことを命じるので、形としては、それは給付訴訟である。

では、処分請求権を観念し、実体的にも給付訴訟と構成すべきだろうか。しかし、申請に対する処分であっても、行政庁に裁量が認められる余地のあるものがあり、厳格な意味での給付請求権を観念することが困難な場合があり得る。また非申請型義務付け訴訟の場合、第三者への介入請求を実体的な介入請求権として構成しなければ義務付け請求は認められないのであろうかという疑問も生じる。

この点では、むしろ行政処分が本来自由なものではなく、法律によって統制されているものであるということが重要であろう。一定の要件が充足しなければ処分を行うことができない場合もあるし、一定の要件が充足すれば処分を行わなければならない場合もある。義務付け訴訟はある一定の事実関係のもとで、或る処分をしなければならないと解される場合に、当該要件が充足したら、その処分義務を課すべきものと解すればよいのではなかろうか。取消訴訟が取消請求権なるものを観念せずに、違法な処分であれば取り消すという仕組みにしたように、義務付け訴訟も一定の要件のもとで処分義務が認められるのであれば、介入請求権を観念せずとも処分を義務付けることができる仕組みと解することになる。

勿論、処分義務の発生要件を追究することは重要な法学的課題であろうが、それは個々の個別法（特殊法）の解釈を通じてなされるものであり、それによって処分（許可・生活保護決定・開示決定など）を求める権利を構成することは可能であろう。またその作業によって関連する処分の請求権を観念することも可能であろう。

しかし、裁量処分のように、直ちに処分請求権を観念することも困難な

場合もある。また不作為にかかる国家賠償請求では、処分根拠規定が原告の権利を個々人の個別的利益として保護する趣旨を持たない場合でも、損害賠償が認められる余地があり、かかる場合の介入請求権の構成は相当に困難な作業であるが、一定の事実関係のもとで権限行使義務が生じたかどうかは、介入請求権的構成を取らずとも、その論理構成は不可能ではない。これらはまさに行政権限の行使が、私人と違い、法律によって根拠づけられ、場合によっては制約され、場合によっては義務付けられているということの反映である。

なお、各個別法領域の研究の進展によって、処分を求める権利を追究する作業を否定するものではない。またかかる権利が存在するならば、それは義務付け要件充足性が認められることの十分条件であることはたしかである。しかし処分請求権なるものの存在を必要条件と解しなければならないわけではない。義務付け訴訟制度の制度設計にもよるが、客観的作為義務が生じているときに、原告の主観的権利侵害性に関わらず、義務付け訴訟を認める制度も観念的には可能であり、それは先ほど述べたように行政処分の法的統制の特殊性に求めるべきではなかろうか。たしかに、我国の行訴法は、原告適格要件を課し、主観訴訟としているが、本案勝訴要件に介入請求権を要求するものではない。

②義務付け訴訟も、取消訴訟と同様に処分要件の存否が審理の対象であると考えられる。

実体法的に処分義務要件が充足したら、実体法上、処分をしなければならない義務が行政庁にあるはずである。裁判所が新たに義務を課すものと擬製すべきものだろうか。義務付け訴訟は、裁判所がその義務の存在を確認することが本質的であるが、義務付け判決は確認判決ではなく、その確認にもとづき行政庁に処分を命じる形式となっており、申請にかかる処分の要件（義務付け要件であり、裁量処分にあっては、処分をしないことが裁量権の濫用となるべき要件）の存否が問われている。これが訴訟物であ

ると考えるべきであろう。従って申請型義務付け訴訟にあっては個々の申請毎に訴訟物が異なる。非申請型義務づけ訴訟は、口頭弁論終結時の処分義務の存否が訴訟物であると考える。

繰り返せば、取消訴訟は確認訴訟としての性質が本質的であって、それに公定力排除という意味での形成効が付せられたものと捉えるとする見解とパラレルに、義務付け訴訟も処分すべき要件の充足の確認が本質的であって、それに給付判決（義務付け判決）としての効力が付されたものととらえることが可能であるように思える。このように特殊な性質を帯びた訴訟であるので、原告適格等通常の給付訴訟にはない訴訟要件が立法上付されているものと考えることができるのではなかろうか[13]。

(2) 義務付け訴訟の訴訟物

以上述べてきたとおり、申請型義務付け訴訟の訴訟物は、処分義務の存否であり、申請にかかる処分の義務付け要件の存否が審理の対象である、と考えることができるのではないかと思う。これ自体は、形成訴訟説が義務付け訴訟の訴訟物を「処分をしないことの違法性」と言うことと[14]、実質は同じである。

さしあたっては、処分請求権という考え方はしていないが、取消訴訟で（それを形成訴訟と理解するにもかかわらず）その訴訟物を処分の違法性と捉える考え方にならったのである。なお、申請型義務付け訴訟の訴訟物は申請毎に分かれるという考え方をとると、一定の事実関係のもとで処分請求権が発生するという意味での処分請求権的構成はせずに、各申請にか

13　このように論じると、結局は確認訴訟が基本的な類型であって、その上に給付訴訟・形成訴訟があるという兼子一博士の見解に帰することになって、結局は何も論じていないのではないかという批判を受けることになるかもしれない。兼子一『実体法と訴訟法』有斐閣（1957年）37頁。

14　前掲注（6）『改正行政事件訴訟法執務資料』33頁。

かる処分義務要件の存否と捉える方が整合的ではないかと考える[15]。

ノート

資料　取消訴訟の性質に関する学説[16]

(1) 形成訴訟説

ア　違法性一般説

①戦後比較的早い段階での論考であるが、兼子一や瀧川叡一は、形成訴訟の訴訟物を形成要件とした上で、取消訴訟の訴訟物を係争処分の違法性の確定にあるとしている。

15　これに対し、高木光は、改正行訴法による義務付け訴訟の法定は、むしろ行政法の実体権的構成に好意的である。高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部他編前掲注（10）『行政法の新構成Ⅲ』47頁（特に65頁）参照。筆者は、取消訴訟の性質にかかる通説が取消請求権的構成をしていないのと同様に、義務付け訴訟においても、処分請求権的構成はしないで、直截に処分義務付け要件の存否の確認ととらえるべきではないかというものである。それは羈束行為であれば法律規定から導き出せるものであるし、裁量処分であっても法律規定と一定の事実関係から処分しないことが違法といえる（処分が義務付けられている）状態になっていることの確認である。その要件の解明は、行政法として一般的に論じられるものではなく、個々の個別法領域ごとに見定められるものであろうし、実体的権利はまさに個別法領域の問題として究明されるものであろう。また裁量処分を義務付ける要件も権利論的に基礎づけしうるものであろうが、それは権利の多層性を視野に入れた議論を踏まえてなすべきものであるように思われる。

16　取消訴訟の性質及び訴訟物に関しては、人見剛の整理が有益であり、参考にさせていただいた。南博方・高橋滋『条解　行政事件訴訟法（第3版補正版）』の「§7　特殊問題Ⅰ」弘文堂（2009年）201頁以下。また、岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望』成文堂（2000年）3頁以下も参照すべき文献である。

兼子一は、上訴の訴訟物について語るなかで、行政訴訟（取消訴訟）ついて、「当該行政処分に対する不服の主張一般が請求原因であって、その違法がどの点にあるかの主張は攻撃方法に止まり、訴訟中に新たな主張を提出しても訴の変更とはならないし、またその主張だけが出訴期間経過後のものとして排斥されるわけではない」と述べている[17]。

また、兼子一は、形成判決における確認的性格を強調しており、「行政処分の取消判決も、形成要件としての行政処分の違法確定に結びつけられた効果の宣言」としている[18]。これは「確認訴訟基底説」をとる兼子一説につながるものであろうが、同時にこれは形成効の対世効を否定する文脈で語っていることも指摘しておかなければならない。

瀧川叡一も取消訴訟の訴訟物を「法律効果の発生が違法であることが即ち形成要件になっている場合」として、上訴や株主総会議決取消訴訟と同様に捉えている[19]。それは、次のような文脈で語られる。すなわち「行政訴訟のうちその大部分を占める抗告訴訟は形成訴訟であるが、形成訴訟の訴訟物は通常形成権といわれる形成要件である。形成訴訟において裁判官のなすべきことは、他の訴訟におけると全く同様、形成要件の存否即ち法の適用の判断である。」（1439頁）…「形成要件は通常法律上限定的に列挙されているので、個々の形成要件が訴訟物をなす。例えば離婚の訴、再審の訴にあっては個々の離婚原因、再審事由が訴訟物になる。これに反し、或る法律効果の発生が違法であることが即ち形成要件になっている場

17　兼子一「上級審の裁判の拘束力」『民事法研究　第Ⅱ巻』酒井書店（1955年）91頁。初出は法学協会雑誌68巻5号（昭和25年）。原文は旧字である。

18　同「行政処分の取消判決の効力」前掲注（17）108頁。初出は法曹時報3巻9号（昭和26年）。さらに「形成訴訟の場合でも、原告の請求としての形成要件の存否を法律的に判断し、その結果が形成判決となるだけであって、形成判決も形成関係の確定という判断行為に止まり、裁判所が私人なり行政庁に代わって、法律状態を変動させる意思表示をするものではない。」と述べる。

19　瀧川叡一「行政訴訟の請求原因、立證責任及び判決の効力」『民事訴訟法講座　第5巻』有斐閣（昭和31年）1429頁以下。原文は旧字。

合、例えば、上訴や會社設立無効の訴においては原判決ないし會社設立行為の違法一般が訴訟物になる（但し、上訴の場合には第一審における訴訟物も第二次的に訴訟物となる。）行政処分取消訴訟においては、行政處分の違法一般が訴訟物になるのであって個々の違法事由が訴訟物となるのではない。…従って抗告訴訟の原告は請求原因として当該行政処分に不服であること即ちそれが違法であることを主張すれば足り、個々の違法事由の主張は請求原因の特定としては必要ではない。」（1440頁）

これらの見解は、取消訴訟の訴訟物は形成要件であるとしたうえで、行為の違法性が形成要件であるものとして取消訴訟を位置づけている。取消訴訟の形成要件は、離婚訴訟のように法律上列挙されているものではなく、その違法性一般であるという特殊性を有するが、しかしそれを取消訴訟固有のものとせず、株主総会議決取消訴訟を引き合いに出しながら、形成訴訟の訴訟物論の枠組みで説明しようとしている。

②それに対し、雄川一郎は、形成訴訟説に立ち、かつ訴訟物を行政行為の違法性と捉えつつも、民事訴訟に対する行政訴訟（取消訴訟）の特殊性に着目して、形成権説とは意識的に区別した違法性一般説を立てている[20]。

「（私法上の関係においては―引用者注）実体私法上の形成権が訴訟物となる訳であるが、抗告訴訟の場合にあっては事は同様ではない。実体法上私人には、公法上の法律関係特に行政行為の取消については、その取消原因たる事実の存否の認定の権限も、またこれを意思表示によって取消す権限も基本的に与えられていない。即ち、行政権は行政行為によって行政上の法律関係を規律する権限を有しその行政行為は私人に対し拘束力を有し、有権的な判断に基く行為によってのみその効力を失わしめうるのであるから、通常の形成訴訟における如き形成権の概念は存しない（そこに存するのは、一般的に国民が有する違法

20 雄川一郎『法律学全集 国家補償法・行政争訟法』有斐閣（昭和32年）59頁。

な行政行為の取消を国家に対して請求する権利ともいうべきものであって、私人の意思表示に代わる意味をもつ形成権ではないというべきうであろう―原文割注)。恰も、第一審判決に不服の当事者が上訴する場合にその判決の取消を求めるけれども、それは形成権の主張ではないように、行政行為の取消を求める訴訟においては、原告は右の如き有権的な行政行為の違法を主張しその違法の確定とこれに基く行政行為の取消を求めるのであり、換言すれば、行政行為の違法によって基礎づけられた形成権の存在を主張するのではなく、違法自体を主張するのである。これに対応する判決は、行政行為の違法性を有権的に確定し、この確定に基づき行政行為の効力を失わしめる形成判決となる。従って、抗告訴訟の訴訟物は、直接に行政行為の違法性自体にこれを求めなければならぬ（行政行為の違法性を形成要件の概念を通じて把えると、ベッターマンの所説に見るように、行政行為の違法性の問題は前提問題となるに止まり、訴訟物自体でなくなると思われる。この点は次に述べる白石氏の所説もほぼ同旨―原文割注)。」

このように雄川は、取消訴訟の訴訟物を形成権と捉えることを強く批判し、違法性の確定にあるということを意識的に強調する。雄川は、その根拠を、国民が行政行為の適法性判断権を有しないことに求めているのであるが、そのことが行政行為（あるいは公法関係）の本質的性質に求めているのか、それとも取消権を取消訴訟に制限した行政訴訟制度（立法政策）に求めたのかは定かではない。

なお、雄川は、取消判決の既判力については、それを係争処分の違法性の確定に止めず、同一人に対する同一内容の処分も取消判決の既判力によって禁止されるとする。雄川は取消判決の効力に関して次のように述べている[21]。

21　雄川・前掲注（20）220-221頁。

「請求容認の判決　当該行政行為の違法が確定されるが、その意義については異論がある。即ち、eadem res を当該行政行為の形式的な存在に見いだせば、同一内容の行政行為であっても形式上別個の行政行為である限り、既判力は及ばないこととなる（市原・「抗告訴訟の本質と判決の効力」（一橋論叢37巻3号）、Wacke, Archiv oeff, Recht, Bd. 79, S.175はこのように見える）。しかし、その結果は恐らくは既判力の意義を失わしめるものであって、当該行政行為の違法の確定の意義は、行政行為の具体的な内容の違法の確定にあると考えるべきであろう（既判力の範囲につき、主文の外に理由を参照すべき意義もここにある）。従って、全く同一の事情の下で同一理由に基づき同一の行為をなすことは、既判力によって妨げられると解すべきであろうと思われる（瀧川・民事訴訟法講座5巻1457頁）。」

③村上義弘も抗告訴訟の訴訟物を行政処分の違法性と捉えるものであるが、その際に抗告訴訟の訴訟物を形成権と捉えるベッターマンの見解を厳しく批判している[22]。

村上は、これを法治主義（法律による行政）の原理から説明している。

「一方では行政行為の効力にこのような強い通用力を認めると共に、他方では法治国原理の要求から、もしそのような違法な行政行為によって不利益を受ける者があった場合、その不利益を受けた者が裁判所に対してその違法性の確認を受けその効力を消滅せしめることにする。これが取消訴訟制度の本質であると考える。従って私の考え方からすれば取消訴訟の目的の主眼点はベッターマンがいうように行政行為による侵害の除去にあるのではなくて、違法な行政行為によって生ぜしめられた法律効果の消滅にあるのである。」（178頁）

22　村上義弘「抗告訴訟の訴訟物」大阪府立大学経済研究14号（昭和35年2月）164頁。

村上も、取消訴訟の訴訟物を形成権（ベッターマン）と捉える見解を批判する文脈において、上記の見解を示しているものである。

④これらの議論は昭和30年代になされたものであり、それらを通じて、取消訴訟の訴訟物が係争処分の違法性一般という見解が通説としての地位をいよいよ確固なものにしてきたと思われるが、むしろこの時点で重要なことは、取消訴訟の機能としてその違法性の確定を重視する考え方が見て取られることであり、この点で、民事訴訟との違いも強調されたことである。これは、後述するがこの時期に示された取消訴訟確認訴訟説とも共通する側面を有している。

⑤近年、塩野宏も取消訴訟が形成訴訟であるということを前提とした上で、取消訴訟の「行政行為の取消権なる実体法上の権利の存在は疑問であるので、訴訟物は端的に行政行為の違法性自体に求められる」として雄川一郎前掲書を指摘し、それに引き続いて、「かかる見方は、行政行為が違法であれば、法治主義の原則からしてそれは本来効力を有すべきでないという原則を直截に表現したものであろう」と述べる[23]。この点では、取消訴訟の訴訟物を形成権とは捉えていないように思われ、行政行為の違法性の判定こそが取消訴訟の対象であると理解しているように思われる。

しかし、塩野は、通常は取消判決の拘束力で説明される同一過誤反復禁止効を「取消訴訟において確定したのは形式的には、当該行政行為の違法であるが、それは、当該法律関係において、行政行為をする要件が存在しなかったことが確定することを意味する。」として、「反復禁止効を拘束力の効果ではなく、既判力の問題として考えると、同一事情、同一理由に限

23　塩野前掲注（2）90頁。なお、塩野宏は、取消訴訟の訴訟物を「行政行為の違法性自体」としているので、ここに書いたが、実質的には「イ　違法状態排除説」に近い。

定されることなく、同一事情の下で同種の処分の反復禁止を考える余地が出てくる。」としており[24]、取消判決の既判力を通常の理解よりは広く解しているようであり、その点では雄川の議論に似ている。塩野は「既判力が訴訟物の範囲全体に及ぶという民事訴訟の基本原則を、取消訴訟の場合に例外的に判決によって確定された具体的違法事由（判決理由中の判断）に限定するということを正当化するだけの根拠はないように思われる。したがって、反復禁止効は、判決で取り上げられた違法事由に限られず、同一事情の下での同一内容の処分の反復禁止効が既判力によって生ずるものと解すべきこととなろう」と述べる[25]。

イ　違法状態排除説

①取消訴訟につき形成訴訟説に立ちつつも、その訴訟物を個々の係争処分の違法性とするのではなく、処分時の処分権限の存否に求める見解も出されている。その代表的な見解は、田中二郎の違法状態排除説である。田中二郎が取消訴訟を形成訴訟と見ていることは次の記述から明らかである[26]。

> 「取消判決の形成力　　係争処分又は裁決の取消判決が確定したときは、処分又は裁決をした行政庁の取消しをまつまでもなく、当然に効力を失い、当初から処分又は裁決がされなかったのと同じ状態をもたらす（…）効果（形成力）を生ずることは、一般の承認するところである。形成訴訟たる取消判決の本質上、当然の結果である。」

しかし、別の論文で田中は次のように述べる[27]。すなわち、「抗告訴訟は、取消訴訟や無効確認訴訟を含めて、単に特定の具体的処分そのものの取消又は無効の確認を求める訴訟として理解すべきものでなく、その処分（時

24　塩野前掲注（2）191-192頁。
25　塩野前掲注（2）173頁。
26　田中二郎『行政法　上巻全訂第二版』弘文堂（1974年）351-352頁。
27　田中二郎「抗告訴訟の本質」『司法権の限界』弘文堂（昭和51年）73頁以下（82頁）。論文初出は1967年。

には不作為、以下同じ）と不可分に結びついた処分の効果ないし事実上の結果が違法であるとして、その排除を求めることを訴訟の目的としているものと解すべきであると思う。すなわち、抗告訴訟の訴訟物は、一定の事実関係を基礎とし、これについて行政庁が明示的又は黙示的に示した第一次的判断（公権力の行使）を媒介として生じた違法状態の排除であり、これこそ抗告訴訟によって求めている裁判にほかならないと考える。」

田中説が本稿によって意識的に形成権説を否定するものであったかどうかは必ずしも明示されているわけではないが、この見解の実践的な意味は、同一理由による処分の繰り返しを取消判決の既判力で阻止することにある[28]。

「右の抗告訴訟の訴訟物についての考え方の相違は、判決の既判力・拘束力についての考え方の差異につながる。例えば、従来の考え方によれば、取消訴訟によって処分そのものが取り消されても、行政庁は、改めて、公益上の必要等を名目として、内容的には同一の第二の処分をすることによって、確定判決の効力を無に帰せしめる可能性が生ずる。しかし、さきに述べた私の考え方に従えば、当初の一定の事実関係が変わらず、その同一性を維持する限り、確定判決の既判力が及び、同一内容の処分を繰り返すことは許されず、第二、第三の同一内容の処分は、当然に無効と解されるべきこととなる。かように解してはじめて、同一の事実関係のもとに、同一の処分が繰り返されることを阻止し、人民の権利利益の救済制度としての抗告訴訟の真の目的を達成することができるのである。」（84頁）

②宮崎良夫も、形成訴訟説に立ち、かつ訴訟物を処分の違法性一般としつつも、それを係争処分に限った違法性ではなく、「特定の具体的な行政処分とは一応切り離された「訴訟上の請求」として主張される「行政処分の

28　田中前掲注（27）84頁。

違法性」であると解すべきであろう。」としている[29]。

宮崎の議論の要諦の一つは形成権説の否定である。特に宮崎は我が国では取消理由において権利侵害が要件とされていないことを指摘している。また、取消訴訟では、民事形成訴訟と異なり、形成要件及び形成訴訟原告適格者が個別に法定されていないことを指摘し、民事形成訴訟に対する取消訴訟の特殊性をその立論の基礎においている。

宮崎の議論の特徴の第二点は（田中説と共通するが）、係争処分が職権によって変更された場合に、原告は改めて取消訴訟を提起する必要はないとするために、取消訴訟の訴訟物を、上述のように、特定の具体的な行政処分とは一応切り離された「訴訟上の請求」として主張される「行政処分の違法性」であるとしていることである。「したがって、事実状態・法律状態を同じくする限り、行政庁が処分理由を換えて同一内容の処分をしても、さらに内容に変更のある処分を重ねても、原告としては、もっとも権利侵害を大きくしている処分（処分内容に変更が加えられたときは、その残存する部分について）に対して一つの取消訴訟を提起していればよいと考える。」という結論になる。宮崎は次のように述べる。

「取消訴訟における原告の請求は行政庁の行為によって侵害された実体法上の権利・利益そのものの主張ではない。権利・利益の侵害が取消訴訟の訴訟要件として構成されるかそれとも本案勝訴要件（西ドイツの制度がそうである）は国の制度によって異なり、したがって取消訴訟の訴訟物の構成の仕方にも違いが生じうるが、現行のわが国の取消訴訟制度においては、原告は、本案の請求として、実体法上の権利・利益を主張するのでなく、行政庁の行為の適否、より正確に言えば、その違法性を主張しているのである。その意味では、取消訴訟における原告の請求、したがって訴訟物として概念構成されるべきもの

29　宮崎良夫「行政事件訴訟の訴訟物」南博方編『条解　行政事件訴訟法』弘文堂（昭和62年）238頁以下。

と原告の有する実体法的な権利・利益とは一応切り離さなければならないということである。」（243頁）

「取消訴訟を形成訴訟と考えるといっても、取消訴訟は民事訴訟における形成訴訟ともかなり異なっている。なぜなら、民事訴訟における形成訴訟では裁判所の判決による法律関係の変動を生じさせるための形成要件が法定され、形成訴訟を提起しうる原告適格も実定法上根拠づけられているのに対して、取消訴訟の場合には、行政処分の取消しを請求するための形成要件や形成権が実定法上与えられていないからである。しかし、現行のわが国の行政法制度の下では、行政庁が法律に基づいて有権的に行為をした場合、処分の相手方は取消訴訟で争わない限り、その法律効果を否定できない仕組みが採られているのであるから、取消訴訟は、そのような行政庁の行為の法律効果を否定して元の法律関係を復元するという意味で形成的な機能を有していることは否定し得ない。そのような意味で、取消訴訟を形成訴訟と理解しておくことができる。」（249頁）

　このように宮崎は形成権説はとらず、行政訴訟の固有の性質に求めているが、この点では、雄川の議論と共通の部分がある。

　また、宮崎は訴訟物を係争処分の違法性に限定することに疑問を提示し、次のように論を進めている。

「つぎに、取消訴訟の訴訟物を考えるとき、特定の行政行為と訴訟物を結びつけるのは妥当ではないだろう。訴訟物を、特定の行政処分そのものと考えたり、特定の行政行為の違法性と考えたり、行政処分の処分理由ごとに訴訟物を構成しようと考えたりするのは、これまで述べたように、行政庁が行政処分を幅湊させたときには、取消訴訟の提起が複雑となり、市民の権利・利益の保護が困難になる可能性もある。取消訴訟の訴訟物は、特定の具体的な行政処分とは一応切り離された「訴訟上の請求」として主張される「行政処分の違法性」であると解するべきであろう。したがって、事実状態・法律状態を同じくす

る限り、行政庁が処分理由を換えて同一内容の処分をしても、さらに内容に変更のある処分を重ねても、原告としては、もっとも権利侵害を大きくしている処分（処分内容に変更が加えられたときは、その残存する部分について）に対して一つの取消訴訟を提起していればよいと考えるべきである。」（251頁）

③最近では、山本隆司も取消訴訟の訴訟物を係争処分の違法性に限定するのではなく、違法性排除説に親近感を示している。

山本は、取消訴訟を公定力排除と見る見解を否定し、「取消判決に固有の意義は、裁判所が行政庁に代わって行政行為を取り消すことに尽きる、と見得る。」と述べており、その意味では形成訴訟説に立つものと見受けられる。しかし、山本の主眼は、「私人は原則として行政行為を承認せねばならないが、承認義務は取消判決により解除される、と考えるのではなく、……私人は原則として、上位規範に違反することを理由にすれば行政行為の効力を否認できるが（規律力）、その主張手続が出訴期間制限を伴う取消訴訟に限定される（公定力）、と考えるべきである。」とすることにあると思われる[30、31]。

山本は、取消訴訟の訴訟物につき、訴訟物を規律作用毎に分断する見解（訴訟物の対象を係争処分に限定する見解を批判し）、「行政庁は訴訟の

30　山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣（2000年）484頁。

31　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頁以下は、「法治国における行政機関は、段階的に法（律）を執行ないし具体化し私人の法的地位を明確化させる態様で行動すべきであり、また権力分立制度の元で、裁判所は行政機関が判決に従うことを前提にしてよい。法や法的地位を宣言する（に留める）確認判決は、こうした行政法関係の特質に対応する判決形式であり、行政法の分野では、確認判決を原型とみることに一定の理由があると思われる」として、「今般の行訴法改正で、確認訴訟が公法上の当事者訴訟として特に例示されたことも、その現れであろう」と述べている（661頁）。

前・間・後を通じて継続的に、規律作用をなす権限と責任を持つのであり、規律作用毎に訴訟物を分断する見方は、かかる行政庁の権限・責任の継続性と適合しないように思われる。「行政行為の違法性」という場合の「行政行為」とは、規律の内容とそれを決定する手続、換言すれば（1）で述べた実体法関係と手続法関係を意味し、訴訟の前・間・後を通じて連続しているものと解すべきであろう。取消訴訟の目的を、抗告訴訟一般と同様、違法状態の排除とする見解は、その限りで正当である。」と述べており、田中説と同じ立場に立つものと理解できる。山本は次のように述べる[32]。

「(a)（中略）私人は原則として、上位規範に違反することを理由にすれば行政行為の効力を否認できるが（規律力）、その主張手続が出訴期間制限を伴う取消訴訟に限定される（公定力）、と考えるべきである。そうだとすれば、取消判決は行政行為の何らかの「力」を「排除」するものと見る必要はない。むしろ取消判決に固有の意義は、裁判所が行政庁に代わって行政行為を取り消すことに尽きる、と見得る。そしていずれに考えるにせよ、取消訴訟の主要な意義は、「公定力」の「排除」ではなく、他の抗告訴訟と同様、行政機関が自己の判断の適法性を説明し、また訴訟手続によって違法な行政作用を是正することに求めるべきである。

(b) こうした理論上の問題と時に結びついて、取消訴訟の訴訟物を、規律作用としての行政行為毎に区切る見解がある。（中略）

しかし、行政庁は訴訟の前・間・後を通じて継続的に、規律作用をなす権限と責任を持つのであり、規律作用毎に訴訟物を分断する見方は、かかる行政庁の権限・責任の継続性と適合しないように思われる。むしろ、取消訴訟の訴訟物を「行政行為の違法性」という場合の「行政行為」とは、規律の内容とそれを決定する手続、換言すれば（1）

32　山本前掲注（30）485頁。

で述べた実体法関係と手続法関係を意味し、訴訟の前・間・後を通じて連続し得るものと解すべきであろう。取消訴訟の目的を、抗告訴訟一般と同様、違法状態の排除とする見解は、その限りで正当である。」（484-485頁）

ウ　取消請求権説

①他方、取消訴訟の訴訟物を形成権（取消請求権）であるとする見解も出されているが、少数説にとどまる。わが国でこの説を主張する代表的見解は、木村弘之亮の見解である。木村は最近の論攷で次のように述べている[33]。

「取消しの訴えの訴訟物は、行政処分（によって創定された法関係）の取消しを求める法的地位（これを「取消請求権」という）であり、そして、訴訟物の特定・識別のために必要なかぎりにおいて、（訴状に表示され枠づけられた）事実関係が招致される。取消請求権説は、私人原告自身が自ら行政処分を取り消しうる権利という意味において、取消権（取り消す権利または形成権）を訴訟物に据えていない。（取消請求権と取消権を区別している。）…行政処分の取消しは、原告の権利を違法に侵害しているということにのみ、その根拠を求めうる。…したがって、係争処分の違法性が、取消しの訴えの訴訟物でなく前提問題であることについては、何ら疑いの余地はない。なお、このような取消請求権説は、民訴法における形成権説にならっているのではなく、民事訴訟法における形成判決請求権説にならってその訴訟物概念を構築しているのであって、取消訴訟を民事訴訟法上の形成訴訟と同視するものではない[34]。」

33　実務公法学会編『実務行政訴訟法講義』民事法研究会（2007年）「第17章判決の効力」（木村弘之亮執筆）347頁。
34　木村はここで金子芳雄・木村弘之亮「抗告訴訟の訴訟物」法学研究45巻2

(2) 確認訴訟説

①まず市原昌三郎がベッターマンの形成権説を否定する形で、確認訴訟的性質を強調する見解を出していた[35]。

「既に述べたように司法裁判所が行政訴訟の裁判をするのは、あくまでも本来の司法権の行使としての、又その限界内での作用である。従って従来の行政裁判所の下での行政裁判所の場合とは異なり、司法裁判所は原処分庁（訴願裁決庁）に対する上級監督庁のような立場にあって自由に反対の行政処分として取消変更をなすことは許されないといわなければならない。この意味で裁判所の判決による行政処分の取消は、判決による当該処分の違法性確定にともなう効果とみなければならぬ。即ち裁判所による違法行政処分の取消は、取消権の主体としての裁判所の意思表示たる取消という意味において、それに法律行為的性質を認めることはできず、裁判所による当該行政処分の違法性の判断に法が結びつけた効果と見なければならない。従って行政処分取消の判決は恰も形成判決の一種と見ることができるようであるが、この意味で一種の確認判決と見なければならない。従って行政事件訴訟における取消判決は民事訴訟法上の形成判決のもつような当事者以外の第三者に対しても形成の効果を及ぼすところの形成力はこれを有しない。」（257頁）

号（1972年）81～104頁を注記している。

35　市川昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」一橋大学創立80周年記念論文集下巻（昭和30年）237頁。ただし、本論文は、取消判決の確認判決的性質から、取消判決の第三者効を否定するという文脈で論じられている。原文は旧字。

②確認訴訟説としては白石判事の見解が著名である。白石は次のように述べている[36]。

「抗告訴訟とは、すなわち、このような必要から、公定力を認めることに対応して認められた、具体的権限の存否を確定するための訴訟と解することが、最もよくその本質と存在理由とを説明するものというべきであり、公定力を認めることによって一応与えられた意思表示の形成効、事実行為の結果の適法性は、行政庁の側が、この訴訟において敗訴することを、いわば、解除条件として与えられているものと解さねばならない。

抗告訴訟を、このように、公定力を認めることに対応して認められた具体的権限の存否を確定するための訴訟と解するならば、それは、ひっきょう、消極的、事後的な形で提起された権限存否の確認訴訟―意思表示的行為についていうならば、消極的、事後的な形で提起された形成権限（形成要件）存否の確認訴訟ーにほかならないということになる。」（438頁）

「抗告訴訟の訴訟物は、実際上、行為時における具体的行為要件乃至具体的権限の存否であるといって妨げがなく、その訴訟物の本質的部分は、事前に、積極的な形で訴訟が提起された場合と同じものであるということができる。」（440頁）

（通説を示した上で）「けれども、公定力と抗告訴訟との合目的的関連を前述のように理解するならば、抗告訴訟における原告勝訴の判決によって処分が遡及的に失効する（事実行為については事実上の結果が遡及的に違法化する）のは、むしろ、処分の一応の形成効（事実行為については事実上の結果の一応の適法性）そのものが、初めから、

36　白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」垂水克己・兼子一編『岩松還暦記念　訴訟と裁判』419頁（昭和31年）但し、復刻版（昭和59年）を参照した。原文は旧字。

後の訴訟において行為時における具体的権限の不存在が確定された場合にはこれらと同時に失わるべきことを条件として与えられているため、抗告訴訟における原告勝訴の判決により右条件が成就することに基くものと解すべきことは、すでに詳述したとおりである。換言すれば抗告訴訟における原告勝訴の判決により処分が遡及的に失効し、事実行為の結果が遡及的に違法化するのは、行為時における具体的権限存否の確定手続を後に留保しつつ、一応行為の発動を許すこととした制度自体の内に初めから予定されているものと解すべきであって、抗告訴訟の訴訟物自体についてなされた判決自体の直接の効果と解すべきでない。」（445頁）

（反復禁止効について）「これに反し、筆者の見解では、処分当時における具体的権限の存否が訴訟物と考えられるが故に、処分を取り消す判決は、この権限の不存在を確定する効果を生ずることとなる。従って、処分当時と法律上、事実上の状態が変わらない場合には、同じ処分の再度の発動が許されないこととなるのは当然である。」（447頁）

(3) 救済訴訟説

①民訴法研究者においても、違法性一般説は形成権とは異なるという観点から取消訴訟の訴訟物を論じた見解もある。石川明は、取消訴訟の訴訟物を論じるに当たり、次のように述べていた[37]。

「取消訴訟にあっては、行政行為の取消原因の存在＝違法性＝行政庁の行政行為をなす権限（形成権）の不存在を確定することにより、同一行政行為の繰返しの禁止という原告の利益が発生する。したがっ

37　石川明・木川統一郎「行政訴訟における訴訟物」訟務月報22巻5号（1976年）1211頁。

て、原告は取消訴訟において行政行為の取消と同時に違法の確定を求めると構成することがむしろ自然といえる。」（1391頁）
「右に述べたとおり、取消訴訟に行政行為の違法の要素を含ませる必要があり、且つ形成訴訟説をもっては右の目的を達成しえないとすれば、行政行為の違法確認訴訟説ないしは救済訴訟説をとらざるを得ない。」（1391頁）
「一方で取消訴訟を形成訴訟であると解しながら、他方でその訴訟物を行政処分の違法性であると解することには矛盾があるといわなければならない。けだし後者は取消形成権の一要件にすぎないからである。仮に実体法的確認訴訟説をとるならば、処分の違法性が訴訟物になるといってよい。」（1411頁）