

平成 14 年 11 月 21 日

## 1 取消訴訟以外の抗告訴訟

### (1) 抗告訴訟という訴訟類型の意義

抗告訴訟は「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」をいう（行政事件訴訟法第 3 条第 1 項）。この点につき、立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」9 頁は、「元来、「抗告訴訟」という用語は、行政庁の処分自体をあたかも第一審の裁判のごとくみて、これを不服として争うのは、訴訟手続上の抗告に類似するところから造られたものであり、行政処分に対する不服の訴えを指すのであるが、従来の用例としては、大体において行政裁判所以来、行政庁の違法処分の取消変更の訴えの別称のごとく使用されてきた。しかし、抗告訴訟は、右に限らず、処分の効果としての個々の法律関係を対象とするものではなく、行政庁を被告としてその権限の行使、不行使を争う訴訟形態であり（第一条、第三八条参照）、その公権力性の排除によって原告の権利、利益の保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟を含むと観念することができる。本項で抗告訴訟を「公権力の行使に関する不服の訴訟」と定義したのは、右の趣旨である。」としている。

抗告訴訟の意義については、これを行政庁の第一次的判断権の尊重と関連させて論ずる見解（田中二郎「新版行政法上巻全訂第 2 版」294 ~ 296 頁）として、「抗告訴訟の抗告訴訟たるゆえんが、行政庁の第一次的判断が明示的にしる黙示的にしる公権的に下されていることを前提として、これに抗議し、それによって生じた違法状態を排除することにあるとすれば、単純に行政庁の第一次的判断を求める給付訴訟とか、行政庁に第一次的判断をすべき義務があることの確認を求める義務確認訴訟とか、さらに行政庁の権限の不存在の確認を求める訴訟のごときは、少なくとも抗告訴訟の範疇には属さないといわなくてはならぬ。（注 1）（注 1）行政庁の第一次的判断権の尊重（中略）行政権は、全体として、法のもとに国家公共の利益を実現することを本来の使命としており、十分にその使命を果たしうよう組織の仕組み（全体としての統一性・一体性、指揮命令等の監督手段）をととのえ、技術的・専門的な職員の訓練を行ない、かつ、具体的条件に応じて適切妥当な行政運営を図りうよう、あらゆる判断の材料たる資料等を蒐集整理し、それらをふまえて、政治的・行政的な決断を下すことを建前としている。時に、法律上、行政権にある程度の裁量の自由を認めているのも、行政がよりよく公共の目的に仕えるがためにほかならない。しかし、行政が法に違反することの許されないことはいうまでもなく、司法権は、まさに違法の行政を是正し、人民の権利利益を保障するための最後の手段にほかならぬ。とはいいいながら、司法権の性格からいって、その裁判権には自ら限界があることを反省しなければならない。すなわち、司法権は、その仕組みからいっても、裁判官の訓練のうえからいっても、具体的な諸々の条件のもとで、国家公共の利益をあらゆる観点から比較衡量して政治的・行政的決断を適切に下し、それについて人民に対し責任を負うような立場にあるとはいえない。この意味において、司法権は、行政権の第一次的判断権を尊重すべきものであって、ただ、それが違法に行なわれた場合に、これを取り消し変更し又はその無効の確認をするに止まるべきであって（行政庁はこれに拘束されて何らかの行為をすることになる）、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。それは司法権と行政権の本来の機能の差異を無視し、行政責任の原則を紛糾させ、ひいては、司法権万能に陥らせるおそれもないではない。」との見解がある。

他方、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用される規定（行政事件訴訟法第 38 条第 1 項）から当事者訴訟にも準用される規定（行政事件訴訟法第 41 条）を除いた抗告訴訟独自の規定をみる

と、訴えは行政庁を被告としなければならないこと(被告適格、行政事件訴訟法第 11 条)、行政庁を被告とする抗告訴訟はその行政庁の所在地の裁判所の管轄とすること(管轄、行政事件訴訟法第 12 条)、当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体に対する損害賠償その他の請求への訴えの変更ができること(行政事件訴訟法第 21 条)、訴訟の結果により権利を害される第三者の訴訟参加ができること(行政事件訴訟法第 22 条)の 4 つとなる。

は、取消訴訟以外の抗告訴訟の判決は第三者に対して効力を有することとされていないので、訴訟の結果について利害関係を有する第三者の補助参加(民事訴訟法第 42 条)のほかに、「訴訟の結果により権利を害される第三者」の訴訟参加について抗告訴訟一般にあえて規定する必要性について検討する必要がある。また、は、で行政庁を被告とすることと密接な関連を有する規定であり、被告を行政庁から行政主体(国又は公共団体)に改めるとすれば、その場合における規定の取扱いについて検討する必要がある(「取消訴訟に関する検討資料」(第 9 回検討会資料 1)15 頁参照)。

さらに、取消訴訟その他の訴訟類型の定め方いかんによっては、取消訴訟の上位概念である抗告訴訟という訴訟類型の要否についても検討の対象となると考えられる。

(注 1) わが国と同様に取消訴訟の制度を有するドイツでも、わが国のような取消訴訟を包括した「抗告訴訟」という訴訟類型は設けられていないことにつき、「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」(第 7 回検討会資料 3) 2 頁 6 項参照

## (2) 無効等確認の訴え

(抗告訴訟)

第三条 この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。

2 この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為(次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。)の取消しを求める訴訟をいう。

3 この法律において「裁決の取消しの訴え」とは、審査請求、異議申立てその他の不服申立て(以下単に「審査請求」という。)に対する行政庁の裁決、決定その他の行為(以下単に「裁決」という。)の取消しを求める訴訟をいう。

4 この法律において「無効等確認の訴え」とは、処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める訴訟をいう。

(無効等確認の訴えの原告適格)

第三十六条 無効等確認の訴えは、当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁決の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限り、提起することができる。

### 無効等確認の訴えの立法趣旨

無効等確認の訴えの立法趣旨につき、立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」14 ~ 16 頁は、「無効等確認の訴えとは、処分その他の公権力の行使に当たる行為および不服申立てに対する裁決、決定その他の行為の存否又は効力の有無の確認を求める訴えをいう。その確認を求める理由のいかんを問わない。前者に属するものとして、存在確認訴訟、不存在確認訴訟があり、後者に属するものとして有効確認訴訟、無効又は失効確認訴訟がある。・・・(中略)・・・特例法の下においては、無効確認訴訟についての規定がなく、

従来これを処分自体を対象とする訴えではなく、その処分によって確認あるいは形成される法律関係の存否を訴訟物とする当事者訴訟の一種とする説、取消訴訟と全く性質を同じくする形成訴訟であって、そこで争われる処分の瑕疵が取消原因に当たるものか無効原因に当たるものかの差異あるにすぎないとする説があり、その見解いかんによって取消訴訟に関する規定の準用について差異を生じ、混乱をみせていた。本法は、この種の訴えを抗告訴訟の類型として取り上げ、立法的に解決した。(2) この種の訴えは、取消訴訟と異なり、処分が無効又は不存在であるにかかわらず、あるいは処分が有効又は存在するにかかわらず、行政庁がそれにつづいて処分をする危険を防止するための予防訴訟的機能を営む訴訟である。また、取消訴訟と異なり、行為の効力の有無あるいは存否を主張する唯一の訴訟形態ではない。無効、不存在の確定判決によるまでもなく、行為の無効、不存在を主張し、これを前提として訴えをもって現在の法律関係を争うことが可能である。したがって、この種の訴えは、原告に特にかような訴えによらなければ十分な救済がえられないという特別な事由の認められる場合にかぎり許さるべき補充的訴訟である。かような考え方から本法は、後述のように、第三六条においてこの種の訴えの原告適格に制限を設けている。」としている。

#### 無効等確認の訴えの原告適格の立法趣旨

無効等確認の訴えの原告適格につき、立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」118・119頁は、無効等確認の訴えのうち「もっとも主要とみられる処分または裁決の無効確認訴訟は、既述のように、特例法の下において判例法として広く認められてきたのであるが、その根拠は多様であって必ずしも明瞭でなかった。(1) まず、行政処分はたとえ無効であっても、行政処分としての外形を備えている以上、行政庁は、それを有効であるとして、それに続く処分をする危険性があるから、この危険を防止するためにこの種の訴訟を認める必要があるとする見解で、この限りにおいては、この種の訴えを認めることについて異論はないのであるが、実際には、右の必要性を超えて認められてきた事例の方が多く、漸く次のような批判と反省が生じてきた。(2) 無効確認訴訟は、取消訴訟がいわゆる公定力をもつ行政庁の行為の効力を否定する唯一の訴訟手段として設けられているのとは異なって、多くは他の訴訟形態、ことにその処分の無効を前提又は理由として現在の法律関係の存否を争う訴えによっても、その目的を達することができるものである。たとえば、従来実例が多かった自創法による農地買収処分につき被買収者の提起する右処分の無効確認の訴えは、右処分の無効を前提として国あるいは農地の売渡しを受けた者に対する農地所有権確認、不動産登記抹消、土地明渡し等の訴えによっても目的を達成できる。しかもその方が個別的救済を本旨とする訴訟の目的に合致する適切な救済手段といいうる。そうだとすれば、かかる場合にまで重ねてこの種の訴えを認める必要はない。また、訴訟理論としても、過去の処分の無効の確認を求めることは許されない。したがっていわゆる無効確認訴訟なるものは、当該処分が無効であることによって生じている現在の法律関係の確認を求める訴え、たとえば右に述べた農地買収処分が無効であることを前提または理由とする農地所有権の確認訴訟、あるいは懲戒処分が無効であることを前提または理由とする公務員の地位確認訴訟にほかならないといわざるを得ない。」との行政事件訴訟特例法当時の無効確認訴訟に対する批判を紹介し、その上で、行政事件訴訟法第36条につき、「本条は、これらの批判を正当であるとし、無効等確認の訴えは、(1)当該無効な処分続く処分により損害を受けるおそれがある者、(2)又は当該処分の無効等の確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、右に例示したような現在の法律関係に関する訴えによってその目的を達することができないものに限って、認められるべきものであることを明文をもって規定したものである。この結果、

従来、判例上広く認められてきた行政処分の無効確認の訴えの大半は、今後、後に述べる処分の効力を争点とする私法上の権利関係に関する訴訟によることとなり、この訴えが許される場合は、少なくなったが、無効等の主張それ自体を制限する趣旨でないことはいうまでもない。」とし、無効等確認の訴えにつき原告適格を有する者を、（当該処分又は裁決に続く処分により損害を受けるおそれのある者）と（その他当該処分又は裁決の無効等確認を求めるにつき法律上の利益を有する者で、当該処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの）に区分し、については「この要件をみたす者は、それだけで無効等確認の訴えを提起する原告適格を有する。すなわち、当該処分に続く処分または裁決を防止する必要があるかぎり許されるのである。」とし、については、「処分、裁決などの存否または効力に関する行政庁との見解の相違に起因する紛争は、前記（一）の場合（注： の場合のこと）を除き、その大半が「現在の法律関係に関する訴え」によっては救済が達せられると考えられるから、その方法によるべきであり、無効等確認の訴えは、右の方法によって救済が達せられない場合における補充的な訴訟としてのみその提起を許す趣旨である。ここに「現在の法律関係に関する訴え」とは、公法上あるいは私法上の法律関係を訴訟物とする当事者訴訟あるいは民事訴訟であって、処分又は裁決の存否又は効力の有無を前提又は理由とする訴訟をさす（取消訴訟等抗告訴訟を含まないことはいうまでもない。）」としている。

無効等確認の訴えの限界及び問題点（別紙 1[11 頁]参照）

無効等確認の訴えの確認の対象は、「行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為又は裁決の存否又は効力の有無」に限られている。確認の対象を「処分又は裁決の存否又はその効力の有無」に限定した理由は、行政事件訴訟法第 3 条第 4 項により、無効等確認の訴えが「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」である抗告訴訟の一形態として定められたからであると考えられる。他方、行政の行為には、「処分又は裁決」に当たらない場合でも、法律上の効力を有するものがある。例えば、政省令や告示等いわゆる「一般処分」といわれる行為や少なくとも行政内部での効力を有する通達等のいわゆる「行政の内部的行為」、あるいは「行政計画」などである（「取消訴訟に関する検討資料」（第 9 回検討会資料 1）6～7 頁参照）。これらの行政の行為は「取消訴訟」の対象となる処分に当たらない場合もあるが、そのような行政の行為については、法律に違反していればその効力は当然に無効であると解され、確認を求める訴えの利益がある場合には、それらの行政の行為が無効であることの確認を求めることができ、そのような訴訟は、「公法上の法律関係に関する訴訟」として当事者訴訟となると考えられる。すなわち、現行の行政事件訴訟法は、処分又は裁決に当たらない行政の行為についてその存否や効力の有無の確認を求める訴えの可能性を排除しているのではない。

無効等確認訴訟について検討するに当たっては、確認の対象を「処分又は裁決の存否又はその効力の有無」に限定することの要否、すなわち、確認の対象をどの範囲に定めることが適切か、たとえば、行政指導のように、行政の行為でもおよそ法律上の効力がないものについて、無効等確認の訴えの対象とすることの適否並びにその存否又はその効力の有無の確認を求める訴えの利益が認められる場合があり得るのか（注 2）、確認の利益を通常の民事訴訟と同じと考えた場合には、訴訟類型を規定して確認の対象を法律で定めるとそれ以外の行政の行為は確認の利益があっても確認の訴えの対象とはならないという反対解釈を招くことにならないか、などの点について検討する必要がある。

無効等確認の訴えの原告適格について、行政事件訴訟法第 36 条は、(A)「当該処分又は

裁判に続く処分により損害を受けるおそれのある者その他当該処分又は裁判の無効等の確認を求めにつき法律上の利益を有する者」との要件に加えて、(B)「当該処分若しくは裁判の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」との要件を規定している。(A)の要件は民事訴訟の確認の利益と基本的に異なるものではないと考えられるが、(B)の要件が加えられることから問題が生ずる。すなわち、訴訟一般に必要な確認の利益を超えた訴えの提起の制約が課せられているのではないか、そうであるとすれば、そのような訴えの制限は適切といえるか、という問題が生ずる。この点に関して、最高裁平成4年9月22日第三小法廷判決(民集46巻6号1090頁)は、「処分の無効確認訴訟を提起し得るための要件の一つである、右の当該処分の効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない場合とは、当該処分に基いて生ずる法律関係に関し、処分の無効を前提とする当事者訴訟又は民事訴訟との比較において、当該処分の無効確認を求める訴えの方がより直截的で適切な争訟形態であるとみるべき場合をも意味するものと解するのが相当である。」としている。民事訴訟においては、現在の権利又は法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえって、それらの権利又は法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のためにもっとも適切かつ必要と認められる場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴えについて確認の利益があるものと認めている(注3)。無効等確認の訴えの原告適格については、民事訴訟の確認の利益との関係、民事訴訟の確認の利益と異なる特別の制限を課しているとするればその必要性、などの点について検討をする必要がある。

(注2) 行政手続法

(行政指導の一般原則)

第三十二条 行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない。

2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。

(申請に関連する行政指導)

第三十三条 申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。

(許認可等の権限に関連する行政指導)

第三十四条 許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する行政機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。

(注3) 戦死した者が自分の子であることの確認を求める母親の訴えにつき確認の利益を認めた最高裁昭和45年7月15日大法廷判決(民集24巻7号861頁)特にそのうち大隅健一郎裁判官の補足意見参照(本資料別紙2[12頁])。ほかに、遺言無効確認の訴えの確認の利益を認めた最高裁昭

和 47 年 2 月 15 日第三小法廷判決（民集 26 卷 1 号 30 頁）及び学校法人の理事会または評議員会の決議の無効の確認を求める訴えの確認の利益を認めた最高裁昭和 47 年 11 月 9 日第一小法廷判決（民集 26 卷 9 号 1513 頁）参照（「行政訴訟の対象及び類型に関する検討資料」（第 7 回検討会資料 3）別紙 2「民事訴訟の確認の利益に関する最高裁判所の裁判例」）。

### (3) 不作為の違法確認の訴えについて

(抗告訴訟)

#### 第三条

5 この法律において「不作為の違法確認の訴え」とは、行政庁が法令に基づく申請に対し、相当の期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにもかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める訴訟をいう。

(不作為の違法確認の訴えの原告適格)

第三十七条 不作為の違法確認の訴えは、処分又は裁決についての申請をした者に限り、提起することができる。

#### 不作為の違法確認の訴えの立法趣旨

不作為の違法確認の訴えの立法趣旨につき、立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」16・17 頁は、「不作為の違法確認の訴えとは、行政庁が私人から法令に基づく申請を受け、相当の期間内にその申請に対応する処分その他公権力の行使に当たる行為をすべきであるにもかかわらず、これをしない場合、あるいは、行政庁が法令に基づく不服の申立てを受け、相当の期間内にこれに裁決、決定その他の行為をすべきであるにもかかわらず、これをしない場合に、その行政庁の不作為(不行為)が違法であることの確認を求める訴えである。この訴えは、行政庁が法令に基づく国民の申請、たとえば許可、認可、免許、特許等の申請があった場合には、これに対し、相当の期間内に認容、却下、棄却等なんらかの処分または裁決をなすべき応答義務があり、これをしないときには、それは、法律上の争いとして違法の問題を生ずることを前提とする。この前提は、行政実体法上の解釈問題として、すでに国家賠償事件等において承認されてきたところであるが、特例法の下において、果してこの種の抗告訴訟が認めらるべきものであるか否かは、明らかでなかった。立法論としても議論のあるところである(注一 この点については、本法のような不作為の違法確認の訴えでは、救済の実効性がうすいから、行政庁の不行為の場合には、特定の処分を請求することを許すいわゆる義務付け訴訟を許すべきであるとする説と、国家賠償法による救済にとどめるべきであって、不作為の違法確認の訴えを明文化することも適当でないとする説とがある。なお、義務付け訴訟については、ドイツ連邦共和国行政裁判所法第四二条参照)。しかしながら行政事件訴訟は、事後審査を本則とするから、行政庁がいまだ処分をしないのに、これに先立って特定の処分を請求するが如き訴えを明文化することは、あるいは問題であるかもしれないが、この種の訴えは、行政庁の不作為(不行為)自体が違法であるか否かについて事後的に判断を求めるものであって、右の本則に反するものでない。のみならず、行政庁が処分をした後においてのみ、それに対する取消訴訟を許し、右のような行政庁の違法な不行為について救済の方法が十分でなく、明らかでもないというのでは、国民の権利救済制度としての行政事件訴訟としては欠けるところがあるといわなければならない。そこで本法は、この種の訴えを抗告訴訟の類型の一つとして、特に取り上げ、かつ、この請求が認めらるべき実体上の要件を明らかにしたのである。」

としている。

#### 不作為の違法確認の訴えの性質

杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」17頁は、不作為の違法確認の訴えの性質につき、「この訴えは、なんらかの処分をなすべきであるにかかわらず、これをしないことが違法であるというのであって、具体的にある特定の処分をなすべきことを請求することを許す趣旨のもの(いわゆる義務付け訴訟)ではなく、処分をしないことが違法であるということが判決によって確定されると、行政庁になんらかの処分をしなければならないという拘束力(第三三条参照)が生ずるにとどまるものである。したがって、審理の範囲も行政庁の不作為が違法であるか否かに限らるべく、判決が特定の処分をなすべき旨を理由中に示したとするも、その点について拘束力を生じない。」とし、「さらにまた、この訴えは、法令に基づき国民に申請権が認められ、かつ、その者がその権利を行使した場合にのみ許されるものであるから、行政庁が単に処分又は裁決をすべき公の義務を負っているにすぎないときは、この訴えによることができない。」としている。

#### 不作為の違法確認の訴えの原告適格

杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」122頁は、不作為の違法確認の訴えの原告適格につき、「処分又は裁決についての申請をしたとは、当該不作為の違法確認訴訟の対象となっている不作為の内容である処分又は裁決について現実に申請したことをいう。その申請が適法であると不適法であるとを問わない。」とし、「法令によって申請権が認められている者であっても、現実に申請をしなかった場合には、この訴えを提起することができない。これに反し、申請はしたが、法令によってその者に申請権が認められていないときは、すでに述べたとおり、たとえ行政庁は、これに対して応答しなくても違法とはならないから、結局、請求は理由がないとして棄却される。すなわち、この訴えが認容されるためには、少なくとも、法令によって申請権が認められていることと、その申請権を実際に行使して申請をしたことが必要な要件である。」としている。

#### 不作為の違法確認の訴えの限界

不作為の違法確認の訴えができる場合は、「法令に基づく申請」をした場合に限られる(行政事件訴訟法第3条第5項)。「法令に基づく申請」がない場合、行政の不作為が違法でも、不作為の違法確認の訴えによってその違法の確認を求めることはできない。例えば、違法建築に対して建築主事が建築工事の停止命令又は建築物の除却命令を発すべき義務を違法に怠っている場合であっても、何人も建築主事に対するこれらの命令を申請する権利が認められていなければ、違法建築物に隣接して居住する者を含む何人も不作為の違法確認の訴えによる救済を求めることはできない。

しかし、国家賠償では、行政の不作為が違法になるのは申請をした場合に限られない。そこで、行政の不作為が違法である場合に、「法令に基づく申請」がないときでも、現行法で救済が可能かどうか、現行法で救済が可能であるとすればどのような救済が考えられるか、新たな救済方法を認めるべきであるかどうか、また、その場合どのような救済方法が認められるべきか、などの問題点について検討する必要がある。

不作為の違法確認の訴えの救済方法は、「処分又は裁決をしないことについての違法の確認」に限られる(行政事件訴訟法第3条第5項)。判決で違法の確認がされても、「処分又は裁決をしないこと」の違法が確認されるにすぎず、特定の内容の処分をしなければならないという拘束力は生じない。したがって、判決後に行政庁が申請に対して拒否処分をすることは妨げない。不作為の違法確認の訴えで勝訴した原告でも、改めて拒否処分の取消しを求め

て処分の取消しの訴えを提起しなければならないことになる。しかし、特定の内容の処分をしなければならない法律上の義務が行政に生ずる場合もあり得るのではないかという問題がある。そうであるとすれば、その場合に、「特定の内容の処分をしないことが違法であることの確認」を求めたり、「特定の内容の処分をすることの給付」を求めたりする訴えを提起することが、現行法上可能であるかどうか、さらには、違法であることの確認をこえて給付を命ずる必要性があるかどうか、そのような訴えができることを法律上規定する必要があるかどうか、司法と行政との役割分担、さらには三権分立の観点から、そのような訴えについてどのように考えるか、規定する場合、とりわけ処分の給付を求める訴訟を明文化した場合の弊害の有無、「特定の内容の処分をすることの給付」を行政に対して求める訴えと不作为の違法確認の訴えとの関係をどのように整理するか（注4）などの問題点について検討する必要がある。

（注4）ドイツでは、不作为の違法確認訴訟ではなく義務付け訴訟が法定されていることにつき、「行政訴訟に関する外国法制調査結果 - ドイツ」（第7回検討会資料3）2頁6項参照

#### （4） その他の抗告訴訟について

（取消訴訟に関する規定の準用）

第三十八条 第十一条から第十三条まで、第十六条から第十九条まで、第二十一条から第二十四条まで、第三十三条及び第三十五条の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する。

立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」10頁は、第3条「第二項以下に規定する四つの類型の訴訟のほか、第一項の抗告訴訟に属するものとして行政処分の違法確認を求める訴え、特定の行政処分の給付を求める訴え、特定の行政処分の禁止を求める訴え、行政処分の変更を求める訴え、公義務の確認を求める訴え、処分権の不存在確認を求める訴え（注一 処分権不存在確認の訴え 「行政庁が無効な法令に基き処分又は裁決をするおそれが現に差迫っている場合に、その処分権がないことの確認を求める訴訟をいう。」（法制審議会行政訴訟部会小委員会第三次案整理案））、違法確認の訴え（注二 法令の効力の訴訟 「この法律において「法令の効力の訴訟」とは、行政庁の処分により生ずる効果と同様の効果を直接に生じさせる法令又は処分若しくは裁決に係る法令の効力に関する訴訟をいうものとする。」（同上））等いろいろな形態の訴えがある。本解説においては、これらの訴訟を無名抗告訴訟と呼ぶ。これら無名抗告訴訟は、各種の行政法規に特別の規定（注三 性病予防法（昭和二三年法律第一六七号。整理法による一部改正）第二五条 私的独占禁止法（昭和二二年法律第五四号）第二五条、第二六条、第八四条）のある場合を除いては、従来、一般に、果して許されるものであるかどうかについて判例学説上極めて疑義が多いものであり、これを取り上げてそれぞれ個々の適用又は準用される規定の範囲を明らかにすることが困難であるので、本法は、ただ、これらの訴訟が抗告訴訟として取り扱われるべきものであること並びにその包括的な準用関係を示すにとどめ、それが許されるべきものであるか否かは、なお判例学説に委ねることとしたのである。」としている。

なお、行政庁の違法な処分その他の公権力の行使に当たる行為の差止めを請求する訴訟に関連して、最高裁判所の判例は、義務の不存在の確認の訴えに関して「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然に許されるわけではなく、当該義務の履行によって



侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の実質性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである」としている（最高裁判所昭和47年11月30日第一小法廷判決・民集26巻9号1746頁[「行政訴訟の基本的な論点に関する判例」(第4回検討会資料3)判例11]参照)。

他の制度では、差止めの請求をすることができる場合につき、「回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合」(株主による取締役の違法行為の差止めの請求に関する商法第272条)あるいは「著しい損害を生じ、または生ずるおそれがあるとき」(侵害の停止又は予防の請求に関する私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第24条)などの条件を定めたり、あるいは、「差止めは、当該行為を差し止めることによつて人の生命又は身体に対する重大な危害の発生の防止その他公共の福祉を著しく阻害するおそれがあるときは、することができない」(住民訴訟としての差止めの請求に関する地方自治法第242条の2第6項)などの制限を設けたりしている。

行政庁の違法な処分その他の公権力の行使に当たる行為の差止めを請求する訴訟の類型を設けるかどうかについては、違法な行政による国民の権利利益の侵害に対する予防ないし差止めを求める方法としては、権利義務関係の確認や不作為の給付(行為の差止め)など様々な請求が考えられるが、どの請求について規定する必要があるのか、処分の取消訴訟や無効等確認の訴え、あるいは権利義務関係の確認など、現行の行政事件訴訟法でも可能な救済方法があるとするれば、それらの救済方法との関係をどのように考えるか、民事上の差止請求権と行政訴訟としての差止めの訴えとの関係をどのように考えるか、違法な行政処分の差止めを求める請求について、行政処分の違法性のほかに原告側の損害の重大性など差止めの要件を規定することについてどう考えるか、差し止めることによって公共の福祉を阻害するおそれがあるときについてどう考えるか、などの問題点について検討する必要がある。

## 2 当事者訴訟について

(当事者訴訟)

第四条 この法律において「当事者訴訟」とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する訴訟をいう。

(抗告訴訟に関する規定の準用)

第四十一条 第二十三条、第二十四条、第三十三条第一項及び第三十五条の規定は、当事者訴訟に準用する。

2 第十三条の規定は、当事者訴訟とその目的たる請求と関連請求の関係にある請求に係る訴訟とが各別の裁判所に係属する場合における移送に、第十六条から第十九条までの規定は、これらの訴えの併合について準用する。

### (1) 当事者訴訟の種類

当事者訴訟には、その実質を異にする二つの訴訟が含まれ、一つは、「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの」という形式的当事者訴訟で、損失補償の額等を争う訴訟である

土地収用法第 133 条第 2 項の訴訟(注：収用委員会の裁決のうち損失の補償に関する訴えは、収用委員会を被告として裁決の適法性を争うのではなく、起業者と土地所有者・関係人との間で損失補償の額を争う)や特許法第 178 条に基づく審決等の取消訴訟のうち特許無効の審判等に対するものがその例として挙げられる。

もう一つは、「公法上の法律関係に関する訴訟」であり、法令の無効、処分の無効、不存在を前提とする公法上の法律関係、公法上の地位、身分の確認訴訟、公法上の金銭給付の支払請求訴訟などがこれに属し、その例として、日本国籍の確認を求める訴え、国立学校の生徒であることの確認を求める訴え、公務員の給与の支払を求める訴え等が挙げられる。

## (2) 当事者訴訟の特色

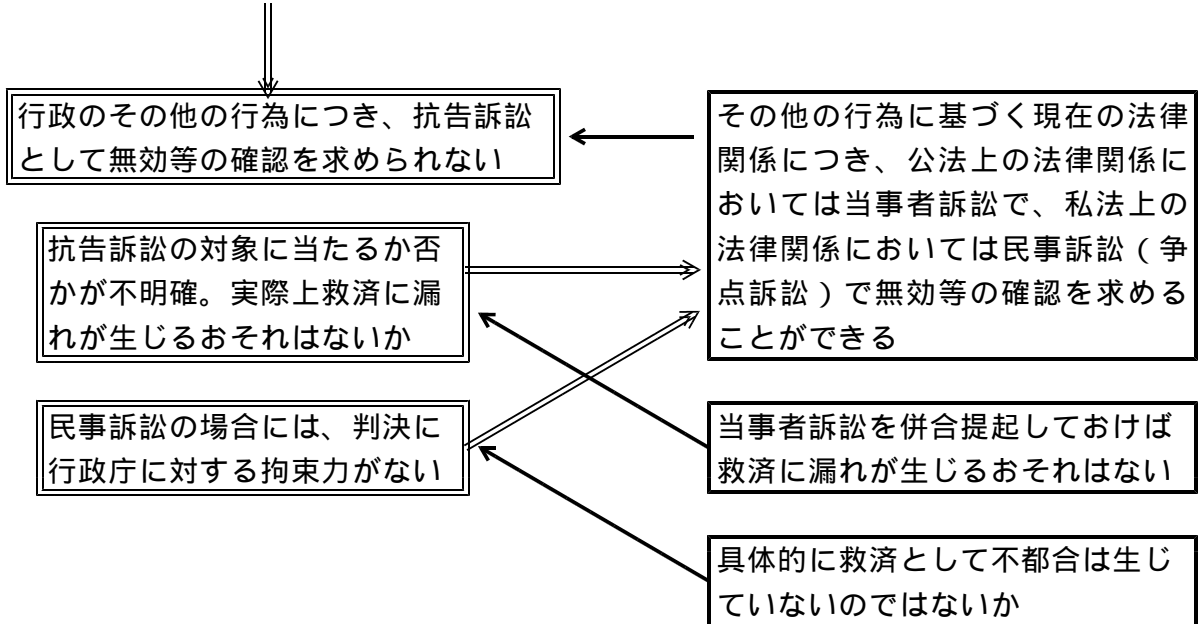
当事者訴訟の特色に関し、立法担当者の考えを示す杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」は、「当事者訴訟は、権利または法律関係を訴訟物とする点で民事訴訟と同様の訴訟形態をとり、したがって原則として、民事訴訟法が準用されるのであるが、なお訴訟物が公法関係に属し、その訴訟の結果は、公益に影響するところも少なくないので、若干の点で民事訴訟とは別個の取扱いが必要とされる。その主要点は、多少とも職権審理主義を加味した審理手続、判決の拘束力、関連請求の併合等であるが、このほか、いわゆる形式的当事者訴訟については、それぞれ特別法において出訴期間を定めているのが通常であるので、この点についても取消訴訟に準ずる取扱いをしている。・・・(中略)・・・行政庁の訴訟参加に関する第二三条、職権証拠調べに関する第二四条の準用は、訴訟物の公益性にかんがみ、その審理に職権審理主義を加味したものである。行政庁の訴訟参加のために、別に出訴の通知の規定が設けられていることは既述したとおりである(第三九条参照)。したがって、行政庁が訴訟参加した場合の訴訟費用の裁判について第三五条が準用されるのは当然である。またその原告請求認容の判決については、第三三条第一項の準用により関係行政庁に対する拘束力を認めている。これは、いわゆる形式的当事者訴訟のみならず、当事者訴訟には訴訟物たる公法上の権利または法律関係に関係をもつ行政庁の存する場合が多く、原告の救済のためにこれら関係行政庁に対する判決の拘束力を必要とするからである。・・・(中略)・・・当事者訴訟の当事者適格は、民事訴訟の一般訴訟理論による。もっともいわゆる形式的当事者訴訟については、特別法において被告適格を規定しているから、その者を被告としなければならないことはいうまでもない。」としている。

## (3) 当事者訴訟についての検討の視点

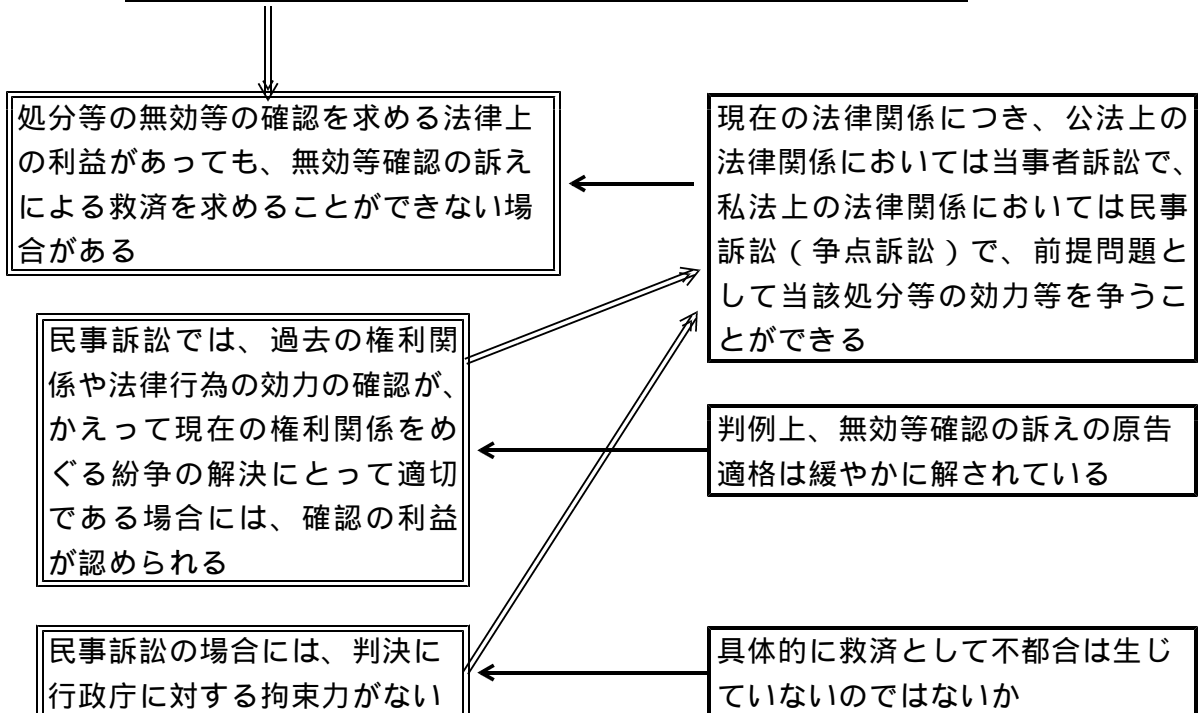
当事者訴訟の見直しをするかどうかについては、当事者訴訟のうち「公法上の法律関係に関する訴訟」に関する行政事件訴訟法の規定は、職権証拠調べの根拠を定めるなどしているものにすぎず、訴訟の可能性は排除したり、訴訟要件を限定したりしているものではないこと、したがって、当事者訴訟の可能性は訴訟の一般原則によって決まるものであること、当事者訴訟の特色と機能、などの点について検討する必要がある。

## 無効等確認の訴えの限界及び問題点

**対象：** 処分・裁決の存否・効力の有無に限定される



**原告適格：** 第 36 条による限定がある上、条文の解釈が分かれている



最高裁昭和 45 年 7 月 15 日大法院判決（民集 24 卷 7 号 861 頁）

判示事項：父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後も、生存する一方は、検察官を相手方として、死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起することができる。

「およそ、父母と子との間の親子関係存否確認の訴は、右三者がいずれも生存している場合はもとより、父母のいずれか一方が死亡した場合においても、その生存者と子との間において親子関係存否確定の利益がある以上、人事訴訟手続法、ことに第二章親子関係に関する手続規定を類推適用して右訴を認めるべきことは、当裁判所の判例とするところである（当裁判所昭和二四年（オ）第九七号、同二五年一月二八日第二小法院判決、民集四卷一三号七〇一頁参照）。

ところで、親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後も、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求め必要がある場合があることはいうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。人事訴訟手続法で、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後も、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴を提起し、これを追行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めている（人事訴訟手続法二条三項、二四条、二六条、二七条、三二条等）のは、右の趣旨を前提としたものと解すべきである。したがつて、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後も、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である。この点について、当裁判所がさきに示した見解（昭和二八年（オ）第一三九七号、同三四年五月一二日第三小法院判決、民集一三卷五号五七六頁）は変更されるべきものである。

ところが、原判決は、これと見解を異にし、上告人が訴外死亡宮内発との母子関係の存在の確認を求める本件訴を、過去の法律関係の確認を求めたものであるから不適法であり検察官を相手方として提起することは許されないとして、却下した第一審判決を、相当として、上告人の控訴を棄却しているのであつて、その判断の違法をいう論旨は、理由がある。

よつて、民訴法四〇八条、三九六条、三八六条、三八八条に従い、原判決を破棄し、第一審判決を取り消したうえ、さらに審理を尽くさせるため本件を第一審裁判所に差し戻すべきものとし、裁判官大隅健一郎の補足意見、同入江俊郎、同松田二郎、同岩田誠、同松本正雄、同村上朝一の反対意見があるほか、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

裁判官大隅健一郎の補足意見は、次のとおりである。

およそ確認の訴は、その対象とする法律関係につきいわゆる確認の利益がある場合においてのみ許されるものであるが、かかる利益は、当該法律関係に関して当事者間に法律上の紛争が存し、これがためその訴の原告の法律上の地位に不安、危険があり、判決をもつてその法律関係の存否を確定することが、右の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合におい

て認められる。そして、このような法律関係の確定は、事の性質上、右の目的のために最も直接的かつ効果的になされることを要するのであつて、通常は、紛争の存する現在の法律関係について確認を求めるのが適当であるとともに、それをもつて足り、その前提となる過去の法律関係に遡つてその存否の確認を求めることは、その利益を欠くものと解せられる。しかしながら、このことは、現在の法律関係において確認の利益が定型的に顕著に認められるから、それが確認の訴の通常の対象とされることを意味するものであつて、過去の法律関係であれば当然に確認の訴の対象として適格を欠くことを意味するものではない。過去の法律関係であつても、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求めることが必要かつ適切と認められる場合には、確認の訴の対象となるものといわなければならない。すなわち、現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえつて、それらの権利または法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合のあることは否定しがたいところであつて、このような場合には、過去の法律関係の存否の確認を求める訴であつても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である、と考える。

本件においても、このような見解に立つてのみ、本判決のとする理論が是認されうるものといわなければならない。けだし、親子関係は、親または子の一方もしくは双方が死亡した後は、過去の法律関係となるものと解せられるが、過去の法律関係は、とくに法の認める場合を除き、一般に確認の訴の対象となりえないとする従来判例のような見解をとるならば、たとえ人事訴訟手続法において、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後も、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴が認められていても、それは当該の訴にのみ関するものにすぎず、これに関する規定をみだりに本件における親子関係存否確認の訴のごとくに類推適用することは許されないものと解せられるからである。したがつて、本判決も、その前提において前記のような見解に立つものといわざるをえないが（もつとも、本判決が、過去の法律関係でも、これにつき確認の利益が認められる場合には、一般に確認の訴の対象となりうるとする趣旨であるが、それとも、本件におけるような場合に限つてこれを肯定する趣旨であるか、一見、必ずしも明らかでないようであるが、）そうであるならば、従来判例の見解に重要な変更を加えるものであつて、判決においてその点を明らかにしておくのが適当であると考えられる。

裁判官松田二郎の反対意見は、次のとおりである。

（一） 本件における原告（上告人）の主張によれば、戸籍上、宮内発は大正一〇年三月一六日高村チカの庶子として父宮内団之助より出生届出があり、同年三月二六日同人の子として入籍され、その後チカと団之助が婚姻したことにより、発は嫡出子となつたとされているが、発は団之助とチカとの間に出生した子でなく、実際は原告と原田証圓との間に出生した子であるところ、発は昭和一九年七月一日マリヤナ島において戦死したので、原告は人事訴訟手続法二条三項により検察官を被告として「宮内発は原告の子であることを確認する」との判決を求めるというのである。これに対し、第一審判決は「原告と発との母子関係は過去の法律関係に属しているから、その確認を求める訴はいわゆる確認の利益のない不適法な訴であり、かつ、かかる場合、検察官を相手として訴を提起し得る成法上の根拠に乏しく、その性質上からも人事訴訟手続法二条三項を準用ないし類推適用すべきものと解し得ない」として原告の訴を却下した。原審も亦同様の見解に立つものなのである。しかるに、多数意見は、原審判断を違法とし、原判決を破棄して第一審判決を取消し、本件を第一審裁判所に差戻すべきものとする。

多数意見はいう。「親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて、身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求める必要がある場合があることはいうまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。人事訴訟手続法で、婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後でも、生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴を提起し、これを追行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めている（人事訴訟手続法二条三項、二四条、二六条、二七条、三二条等）のは、右の趣旨を前提としたものと解すべきである。したがつて、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である。この点について、当裁判所がさきに示した見解（昭和二八年（オ）第一三九七号、同三四年五月一二日第三小法廷判決、民集一三巻五号五七六頁）は変更されるべきものである」と。

この多数意見は、広く過去の法律関係確認の訴を肯定する見解に立つて本件確認の訴を認めるのか、あるいは本件におけるがごとき場合に限つて過去の法律関係の確認を肯定するのか、必ずしも明らかではないが、いずれにせよ、本件におけるがごとき過去の法律関係につき存在確認の訴を認め、しかも、この訴につき人事訴訟手続法二条三項の準用を認めるものである。そして、この準用を認めることは、本件における原告勝訴の判決が単に当事者のみならず、広く第三者に対しても及ぶことを認めるものに外ならない。私は、以下述べる理由により、多数意見のとり本件の結論に賛成できないのである。

（二） 思うに、わが国の判例は、大審院以来今日に至るまで、過去の法律関係の確認の訴は許さないものとしている。このことは、余りにも顕著であつて、これについての判例を挙げる必要すらないのである。もつとも、近時は、右の判例に対し反対説を生じているのであるが、今や多数意見はこの点に関しいとも簡単に大審院以来の伝統的な見解を一挙に変更し、いわば百八十度的な転換を敢てし、過去の親子関係につき存在確認の訴をすら認めるに至つた。私は、このことに対して少なからざる疑をいだくものである。この多数意見によるときは、今後、裁判実務上、多くの混乱の生ずることなきを保し得ない。私は、このことを危惧して止まないものである。

いうまでもなく、人は裁判によつて真実が確定されることを求める。ことに親子関係のごとき身分関係についてはしかりである。したがつて、これに反する見解は、ややもするといわれなき形式論であり、真実の探究を拒否するものとさえ思われがちであろう。私は、心情として、このことを理解し得ないのではない。しかし、裁判上より見るとき、過去の法律関係、ことに過去の身分関係存否の確認の訴を許すべきか否かについては、慎重な考慮が要求されるのである。第一に、過去の事実関係、ことに、現在より時間的に距りのあるものほど、証拠は既に多く喪失し、かつ、証拠として訴訟上提出されるものについても、その信憑性を容易に決し得ないことが多いのである。これは、裁判実務上、われわれの常に経験するところである。もつとも、人事訴訟手続法による訴訟においては、裁判所が職権をもつて事実関係を調査するにしても、これのみに万全を期待し得ないといひ得よう。このように考えるとき、過去の身分関係の存否確認の訴については、そこに自ら制限があるべきことを感ずるのである。第二に、過去の事実関係に基づいて、今まで法律上認められていなかったところの新たな身分関係を新たに認

めるといふことは、きわめて微妙な問題を含むのである。ことに、その身分関係についての判決の効果が当該訴訟当事者以外の第三者にも及ぶものとするときは、第三者は、予期しない身分関係が生じたことにより当惑を感じ、さらに衝撃を受けることすらあり得よう。このように考えると、過去の身分関係の存否確認の訴については、そこに自ら一定の制限があるべきことを感ずるのである。かかる見地に立つとき、原判決、そして従来判例は、一見形式的の観を呈するが、その背後には叙上のごとき深い考慮が存するとして理解すべきものなのである。

(1) よつて、進んで、本件について人事訴訟手続法二条三項の準用ありや否やを考えるに、大別すると、同法は、同条同項に関して二つの種類の場合を規定しているものと解される。その第一種は婚姻の無効若しくは取消の訴について規定するごとく、相手方とすべき者が死亡し、又は訴訟繫属中被告が死亡した場合に関する。そして、本来、身分関係の設定、変更は当事者本人のみがなし得るところであり、右のごとき本人死亡の場合には、訴の提起は不可能となり、又は訴訟は当然終了すべきであるが(ドイツ民事訴訟法六四〇条一項、六二八条参照)人事訴訟手続法は身分関係の変更を目的とするかかる訴について、特に例外を認め、検察官をもつて相手方とするとしたのである(父を定めることを目的とする訴(同法三〇条)については、同法二条三項が準用されるが、これは二重の嫡出推定を受ける場合における一方の嫡出を否定するのであつて、身分関係の変更を目的とするものであり、右の第一種に属するものといえよう)。次に人事訴訟手続法の定める他の種類のもは子の認知の訴(同法三二条二項)におけるごとく、訴提起当時既に相手方が死亡しているのに拘らず、検察官を相手方として訴を提起し得る場合である。これは、相手方死亡後、相手方との間に従来認められなかつた身分関係を法律上新たに創設する場合に関する。しかし、注目すべきことは、この認知の訴は、父又は母死亡の日より三年内にこの訴を提起すべきものとし(民法七八七条)訴提起の期間が制限されていることである。すなわち、既に死亡した者の間に、証拠上、明白に父子、母子の関係が認められても、この期間を徒過すれば、もはやこの訴の提起により認知を求めることはできないのである。これは、一定の期間経過後においては、真実の身分関係も度外視されることを示すのである。このことは極めて注目すべきである。すなわち、法は、死亡した者との間に、法律上新たに身分関係を創設することにつき甚だ控目なのである。

しかるに、多数意見 - 既に引用したところであるが - は曰く、「父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟法手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを追行することができ、この場合における相手方は検察官とすべきものと解するのが相当である」と。多数意見は、かかる見解に立脚して、本件につき上告人が提起した訴、すなわち、昭和一九年七月一日死亡した宮内発が上告人の子であることの確認を求める訴を肯定しているのであるが、この訴は昭和四二年三月二六日の提起にかかり、発の死亡後既に二十数年を経過していることを看過すべきではないのである。すなわち、多数意見は、母より死亡した子に対して母子関係の存在の確認を求めることを認め、しかも、その訴提起につき何等期間の定めを必要としないものと思われる。しかれば、かかる多数意見の見解によるときは、本件、すなわち、母より死亡した子に対して確認を求めるとは逆に、子より死亡した母に対して母子関係の存在確認の訴を提起することも、同様の理由により肯定せざるを得ないわけである。しかし、このように解することは、明らかに民法七八七条の認知の訴の趣旨と矛盾し撞着するものといわざるを得ないのである。けだし、認知の訴については、父又は母の死亡後三年を経過したときは、この訴を提起することを得ないからである。

(2) さらに進んで、人事訴訟手続法二条三項の性質を考えるに、私の解するところによ

れば、前述の同条同項に関する二種類のうち第一種のもの、すなわち、婚姻の無効、取消や離婚の取消の訴ごとき身分関係の遡及的変更を目的とするものは形成の訴であり、第二種のもの、すなわち、認知の訴のごときは、身分関係を新たに創設する形式の訴であり、両者いずれも形成の訴なのである。判例上、認知の訴が形成の訴と解されるのは（当裁判所昭和二六年（オ）第八六六号同二九年四月三〇日第二小法廷判決、民集八巻四号八六一頁）このことを示すのである。そして、これらの訴につき言渡した判決が第三者に対してもその効力が及ぶとされるのは（同法一八条、二六条、三二条一項参照）これらの訴が形成の訴であるからである。

もとより、身分関係は、単に訴訟当事者間のみでなく、広く第三者との関係においても画一的に定められることが望ましいのである。しかし、既に述べたごとく、身分関係についての判決の効力が訴訟当事者以外の第三者にも広く及ぶものとするときは、第三者にとつては、全く自己の予期せざる身分関係が新たに認められるに至り、そのためにあるいは当惑し、あるいは衝撃を感ずることもあろう。この故に、人事訴訟手続法は同法の規定する身分関係についての形成判決に限つて、その効果が第三者に及ぶものとし、すなわち、その第三者に及ぶ場合を限定的に認めたものと解される。このように考えてくるとき、充分の合理性なく同法二条三項を他の場合に準用ないし類推適用するについては、きわめて慎重の態度が要求され、ことに身分関係の確認の訴に準用ないし類推適用する場合において、しかりであろう。したがつて、確認の訴である本件につき、形成の訴の規定である人事訴訟手続法二条三項を準用することは、充分の根拠なき限り、困難と思われる。しかも、多数意見は、この点を明らかにしていないのである。

もつとも、生存する者の間において、親子関係や夫婦関係の存否確認の訴を提起した場合、これらの訴訟は身分関係に関するから、その性質上、自白、裁判上の和解や請求の認諾のごとき行為は、そこでは行われるべきでなく、職権による調査を必要とする。この点において、これらの訴訟は民事訴訟法になじまずして、人事訴訟手続法によつて審理されるべきものなのである（人事訴訟手続法一〇条、一三条、三一条、三二条参照）。しかし、そのことは、これらの訴訟には、自白の規定などの適用なく、職権調査の行われるべき点において人事訴訟手続法によるべきことを意味するに止まり、同法の規定を全面的に準用することを意味するものではない。したがつて、かかる訴訟に同法二条三項を当然準用すべきこととはならないのである。このことは、既に述べたごとく、同条同項は形成の訴に関するものであつて、確認の訴に関するものでないことから理解し得よう。もつとも、この点に関し多数意見がその主張の根拠として援用する判例は、一見多数意見を支持するがごとき観を呈している。その判例の要旨は曰く、「父母一方の死亡後は生存者単独で嫡出親子関係不在存確認の訴訟を提起することができる」とし、この訴には人事訴訟手続法の各規定、ことにその第二章の規定の類推適用ありとしているからである（当裁判所昭和二四年（オ）第九七号同二五年一二月二八日第二小法廷判決、民集四巻一三号七〇一頁）。しかし、この判例は、私が右に述べた限度において、人事訴訟手続法の類推適用ありとしたものと解されるのである。このことは、最高裁判所の右の判例がその所論の根拠として引用する大審院判決（昭和一一年六月三〇日判決、大審院民事判例集一五巻一五号一二八一頁）が、判決要旨として「親子関係の確認を求める訴は人事訴訟手続法に依るべきものとす」としながら、その理由として、「前叙親族法上ノ権利関係ヲ訴訟物トスル確認ノ訴ハ之ヲ通常民事訴訟事件トシテ取扱フヘキヤ将タ人事訴訟ナルカト云ヘハ其ハ殆ント多言ヲ俟ツヘカラス蓋シ若シコレヲ前者ナリトセハ或ハ自白或ハ請求ノ拋棄認諾等カ其ノ効力ヲ生シ身分関係ヲシテ所謂処分権主義ノ下ニ立タシムルニ至ルハ免ルヘカラサル勢ナレハナリ豈スル理アラムヤ本訴ノ人事訴訟ヲ以テ之ヲ律スヘキハ疑ヲ容レス」といつて、人事訴訟手続法



によるべき理由を詳論していることから理解し得るのである。要するに、多数意見の引用する判例は、多数意見の根拠となり得ないものといいい得よう。

(三) 私のごとき見解をとつても、親子関係の存在を主張して特定の権利を主張し得るものとする。この点につき当裁判所の判例が「財産上の法律関係に関する紛争は、親子関係の存否を前提とする場合でも、人事訴訟事件ではなく、当該親子関係の存否に関する審理判断も民事訴訟法の定めるところに従つて処理すれば足りる」(当裁判所昭和三八年(オ)第一一〇五号同三九年三月一七日第三小法廷判決、民集一八卷三号四七三頁)としていることを想起すべきであろう。そして、本件において、原告が本訴によつて遂げんとするところは、必ずしも明らかではないが、あるいは財産権上の請求の前提として母子関係の存在の確認を求めるものであるかと窺われる。しからば、本件の上告人は親子関係存在確認の訴を提起せずとも、右の判例の示すごとき方法によつて、その目的を遂げ得るものといいい得よう。

(四) 今、叙上の見地に立つて本件を見るに、一審判決および原判決が原告の請求を認めなかつたのは、一見きわめて形式的であり、身分関係についての真実探究を軽視するがごとくでありながら、その背後に十分の合理性を有するものである。このことに思を致すとき、従来判例の態度は長い過去の間における裁判上の貴重な体験の積み重ねによつて生じたところの「裁判の知慧」とも称すべきものといいい得るものである。しかるに多数意見は、これを採用しないのである。そして、もし身分関係の真実を追求することに徹すれば、あるいは数代前の者の親子関係存在確認の訴さえ、訴としての利益ありということになりかねないであろう。そして、その判決は対世的効力を認められるに至るであろう。私は、かかることに到底賛し得ないのである。

叙上の理由により、私は多数意見に反対するものである。

裁判所入江俊郎、同岩田誠、同松本正雄は、裁判官松田二郎の反対意見に同調する。

裁判官村上朝一の反対意見は、次のとおりである。

婚姻無効の訴を身分関係の遡及的変更を目的とする形成の訴であるとする点を除き、かつ、戸籍訂正の点につき付加するほか、裁判官松田二郎の反対意見に同調する。

無効な婚姻は、裁判による無効宣言をまつて遡及的に無効となるのではなく、当然無効と解すべきであるから、婚姻無効の訴は形成の訴ではなく、確認の訴と解するのが相当である。しかし、婚姻無効の訴が確認の訴であるからといつて、多数意見のいうように、親又は子の一方が死亡した後の過去の親子関係の存否確認につき人事訴訟手続法二条三項の類推適用があるということにはならない。けだし、婚姻の有効無効は、婚姻当事者のみならず、当事者以外の第三者にも直接重大な影響を及ぼすのであるから、同法は特にそれ自体過去の事実である婚姻という身分行為の無効確認の裁判を求めることを許し、相手方となるべき者の死亡後は検察官を被告とする訴の提起追行を許容したものと解すべきであつて、婚姻無効の訴は、単なる身分関係存否の確認の訴とは性質を異にするものと解すべきだからである。

なお、多数意見は、「戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められる」とし、親子関係に関する戸籍の記載が真実と異なる場合には確定判決に基づいてのみ戸籍の訂正が許されることを前提としているようである。これは、訂正すべき事項が親族法又は相続法上重大な影響を及ぼすべき場合には確定判決によらなければ戸籍の訂正は許されないという旧戸籍法(大正三年法律二六号)の下における大審院判例(大正五年(ク)第一〇五号同年四月一九日決定、民録二二輯七七四頁)の趣旨を踏襲したものと解されるのであるが、現行戸籍法一一六条一項は、「確定判決によつて戸籍の訂正をすべきときは、訴を提起した者は、判決が確定した日から一

箇月以内に、判決の謄本を添附して、戸籍の訂正が申請しなければならない。」と規定し、確定判決によつて戸籍を訂正すべき場合の訂正申請の手続を定めているに過ぎない。いかなる場合に戸籍訂正につき確定判決を必要とするかは、同条の規定するところではないのである。しかるに、同法一一三条は、戸籍の記載が法律上許されないことを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる旨を規定しており、親子関係に関する戸籍の記載が真実と異なるときは、法律上許されない戸籍の記載であることは、いうまでもない。親子関係に関する戸籍の記載が真実と異なるにかかわらず、親又は子の一方が死亡したため親子関係存否確認の判決を得られない場合に、前記大審院判例の趣旨に従い戸籍訂正の道がないというのは不合理であるから、このような場合には、戸籍法一一三条による家庭裁判所の許可を得て戸籍の訂正を申請することができるものと解するのが相当である。したがつて、戸籍訂正のため確認判決が必要であることを前提として確認の利益があるとする多数意見は、この点からも失当であるといわなければならない。」