

二項道路一括指定を争う訴訟形式

—— 新司法試験・公法系科目論文式第2問に寄せて ——

晴山 一穂

- | | |
|--|--|
| <p>I 新司法試験の実施と公法系科目論文式第2問</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 第1回新司法試験の実施 2 公法系科目論文式第2問の評価 3 本稿の内容 <p>II 一括指定無効確認訴訟</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 想定しうる3つの訴訟 2 Aが抱く2種類の不服 3 無効事由の構成 <p>III 最高裁平成14年判決</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 平成14年判決の意味 2 事件の概要と判旨 3 訴訟形式 | <p>IV 不存在確認訴訟</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 本問における基本的訴訟形式 2 無効「等」確認訴訟の趣旨 3 無効「等」確認訴訟への疑問 4 不存在確認訴訟の位置づけ 5 不存在確認訴訟への疑問 6 小括 <p>V 当事者訴訟との関係</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 当事者訴訟の可能性 2 平成12年東京高裁判決 3 一括指定の存否確認訴訟と当事者訴訟 4 小括 |
|--|--|

おわりに

I 新司法試験の実施と公法系科目論文式第2問

1 第1回新司法試験の実施

司法制度改革の一環として2006年から新たに導入されることとなった新司法試験は、同年5月19日～23日の4日間（21日を除く）にわたり、全国6会場において2091名の法科大学院修了者の受験のもとで行われた。その最終結果は、同年9月21日に発表され、1009人が合格、最終的な合格率は48%となった。

新司法試験制度の趣旨は、「法科大学院において充実した教育が行われ、かつ厳格な成績評価や修了認定が行われることを前提として、新司法試験は、法科大学院の教育内容を踏まえたものとし、かつ、十分にその教育内容を修得した法科大学院の修了者に新司法試験実施後の司法修習を施せば、法曹としての活動を始めることが許される程度の知識、思考力、分析力、表現力を備えているかどうかを判定することを目的とする」という司法制度改革審議会意見書「21世紀の日本を支える司法

制度」(最終意見書)の提言に示されている。もとより、こうした新司法試験制度の趣旨ないし理念がどこまで現実に実現され、それにもとづく新たな法曹養成制度のねらいがわが国社会のなかにどれほど定着しうることになるかは、少なくとも今後数年間にわたる法科大学院教育の経験と新司法試験制度の運用をみなければ、軽々しく判断できることではないであろう。⁽¹⁾しかし、第1回新司法試験の出題内容が上記の新司法試験の趣旨とのかかわりにおいてどのように評価すべきものであるかは、今後の新司法試験のあり方を考えるうえでも、重要な検討課題のひとつであることはいうまでもない。

2 公法系科目論文式第2問の評価

ところで、公法系科目の論文式試験は、第1問が憲法分野から、第2問が行政法分野から出題され、このうち、行政法分野の第2問は、建築基準法42条2項にもとづくいわゆる2項道路をめぐる争いをテーマとするものであった。今回の論文式試験の出題内容については、すでに2、3の雑誌で特集が組まれ、各法分野における具体的検討が加えられつつあるが、公法系科目第2問については、筆者の知る限り、これまで、司法試験予備校関係者による解説を除いて、①曾和俊文「公法系科目(第2問)の解説と解答例」法学セミナー増刊『新司法試験の問題と解説2006』(2006年)、②同「論文式試験問題・第2問の検討」法学セミナー620号(2006年)(内容は①とほぼ同じであるが、後半に曾和俊文、松本和彦、三宅弘の3氏による座談会が掲載されている)、③野呂充「新司法試験『論文式』問題を読んで<公法系・行政法>」受験新報2006年8月号、④米丸恒治「公法系科目(2)〔行政法〕」ロースクール研究3号(2006年)、の4つの解説と論評がみられる(以下、これらの解説を、順に「曾和解説①」、「曾和解説②」、「野呂解説」、「米丸解説」という)。そして、これらの解説においては、今回の問題に対して、「相当の難問」ではあるものの「決して奇問、悪問の類ではな」く、「基本的には、よく工夫された、考えさせる点の多い問題ではないか」(曾和解説②44頁)、「受験生にとってはかなり歯応えがあっただろうが、概ね適切な出題であったと思われる」(野呂解説58頁)、「基礎的な知識を素直に積み重ねて解決に導けるような状態であれば、対応可能な出題内容および形式」で「基本的な傾向としては歓迎されるべきもの」(米丸解説29頁)、とする好意的な評価が加えられている。

しかし、今回の行政法関係の問題に対しては、少なからぬ受験生が戸惑いを感じ、与えられた資料の膨大さと時間の制約もあって、解答に当たって相当苦慮したと伝

えられている（この点は曾和解説①40頁・曾和解説②44頁でも指摘されているところである）。現に、筆者のところにも、何人かの受験生から、問題の趣旨や解答のポイントについての質問が寄せられ、そのなかには、新司法試験の趣旨や理念にもかかわるかなりクリティカルな内容のものも含まれていた。筆者自身、これらの質問に答えるべく問題の検討を試みたが、いまだにこれらの質問に対して、受験生が納得できるような形で十分な答えを用意できていないというのがいつわらざる現状である。その原因の一端が筆者自身の能力不足にあることは十分自覚するところではあるが、それと同時に、今回の行政法関係の出題内容に対しては、ロースクールを修了した直後の受験生にとって果たして適切なレベルと内容の問題であったのだろうか、との率直な疑問を提起せざるをえないことも事実である。

3 本稿の内容

今回の行政法関係の出題に関しては、上記のように、すでにいくつかの解説が加えられており、その内容は、解答に当たって触れるべき論点を整理し、出題内容に即した解答の方向を指示するものとして、要を得た適切な解説と思われる。しかし、もともと、この出題には、学説においてもこれまで十分に論じられてこなかった論点や、学説・判例の展開を踏まえて今後明らかにしていかなければならない未解明の論点が深く絡んでおり、これらの論点については、上記解説においても必ずしも明解に論じられているわけではない。法科大学院において行政法をしっかりと学習し行政法に関する基本的素養を十分に身につけた受験生でさえ、これらの解説を通してもお戸惑いを拭い去ることはできていないのではないかと思われる。

以下、本稿では、2項道路を争う訴訟形式の問題に焦点をあてながら、筆者が上記のような疑問を抱くに至った理由を述べてみたいと思う。なお、公法系科目第2問は、2項道路に該当しないことを確定させるための訴訟の方法及び主張を問う〔設問1〕と、土地の価格評価の下落による損害に関する市に対する損害賠償の主張の仕方を問う〔設問2〕の2つの小問からなっているが、本稿で問題とするのは、もっぱら〔設問1〕についてであることをあらかじめ断っておきたい。

II 一括指定無効確認訴訟

1 想定しうる3つの訴訟

建築基準法42条2項にもとづく一括指定の制度的仕組みについては、すでに詳細な紹介がなされており、問題文のなかでも受験生に理解しやすい形で要領のよい説

明が加えられているので、ここで繰り返すことはしない。問題文の〔設問1〕においては、合併に伴って、新市長が、新細則によって、旧乙山町を含む新甲川市全域について旧甲川市に適用されていたのと同じ基準での一括指定を行ったことに対して、これに不服を有する旧乙山町住民であるAが、自己所有の土地の一角にある通路（以下、「本件通路」という）が「2項道路に該当しないこと」を「訴訟によって確定させるためには、どのような訴訟を提起し、どのような主張をすべきか」を問うものである（以下、この〔設問1〕のことを「本問」という）。

本問の解答として想定しうる主な訴訟は、一括指定の不存在確認訴訟、一括指定の無効確認訴訟、当事者訴訟の3つである⁽³⁾。受験生としては、さまざまな角度から問題を考察したうえで、設問に対する解答として、この3つの訴訟を導き出すことが求められることになろう。しかし、受験生のなかでこの3つの訴訟をすべて（少なくとも可能性のある訴訟として）思い浮かべることができる者は、きわめて限られているのではないと思われる。なぜならば、この3つのなかでも本問において最も重要な地位を占める不存在確認訴訟について正確な知識をもっている受験生はごく一部にすぎないと推測されるうえ（その理由は次章以下で明らかにされる）、この不存在確認訴訟というものの性質をどのように解するかは、学説においても掘り下げた検討が加えられてこなかった未解明の問題だからである。

このように、不存在確認訴訟という訴訟形式は、本問の解答に当たって最大の難関をなすものであるが、この点については次章以下で詳しく検討することとし、本章では、比較的問題の少なそうに見える無効確認訴訟からとりあげることにしたい。

2 Aが抱く2種類の不服

問題文を読んで受験生が最も先に思いつく訴訟は、上にも触れた無効確認訴訟であろう。問題文では、平成14年1月17日の最高裁判決（以下、「平成14年判決」という）が一括指定の処分性を認めていることが紹介されているので、行政処分に関する原則的訴訟形式である処分取消訴訟がすぐ頭に浮かぶことになるが、右の紹介の直後に「しかし、取消訴訟の出訴期間は既に経過しています」とされているので、出訴期間経過後に例外的に提起できるもうひとつの抗告訴訟である無効確認訴訟が容易に想起されることになる。そして、無効確認訴訟では、単なる違法事由ではなく、処分の無効事由の主張が必要となるので、受験生としては、これまで学んできた行政行為の無効と取消しの区別に関する学説と判例を踏まえて、与えられた問題文を素材にしながら、いかにして無効事由を主張するかの検討に入ることになろう。

ここまでは、行政法に関するごく基本的な知識さえあれば誰にでも容易に対応できる事柄である。

問題は、Aが一括指定に対して抱いている不服との関係で、無効事由をどのように構成するかという点にある。この点で留意すべきことは、問題文のなかで、Aが一括指定に対して抱いている不服に2種類のものが含まれていることが示唆されていることである。ひとつは、本件通路が2項道路に指定されたこと（正確にいうと、新甲川市建築指導課が、Aの照会に対して、本件通路が2項道路に該当すると判断してAに通知したこと）に対する不服であり、具体的に本件通路が2項道路に当たらない理由としては、①本件通路と本件長方形部分を一体的にとらえて判断していること、②「建築物が立ち並んでいる」の要件に該当しないこと、の2点が、資料2のなかで弁護士Lの話として紹介されている（以下、この不服を「不服A」という）。もうひとつは、旧乙山町を含む新甲川市全域について旧甲川市に適用されていたのと同じ基準での一括指定を行ったことに対する不服であり、この不服の理由としては、③事情の違う旧乙山町に旧甲川市の基準を一方向的に押し付けたこと、④選挙で有力者の支持を取り付ける目的で指定基準の緩和を約束していたとの証言があること、などの事情が、問題文のなかで紹介されている（以下、この不服を「不服B」という）。

不服Aは、それ自体としては、一括指定そのものに対する不服ではなく、本件通路が一括指定の要件に該当するとする新甲川市の判断に対する不服であって、仮に訴訟で本件通路が一括指定の要件に該当しないことが認められればこの不服は解消されることになる。これに対して、不服Bは、一括指定そのものに対する不服であり、この不服は、本件通路が2項道路に該当しないことが確定されただけでは本来満足されない筋合いの不服であり、この不服を解消するためには、一括指定そのものの瑕疵を主張してその効力を問題とせざるをえないことになってくる。

3 無効事由の構成

さて、ここで、次章でとりあげる一括指定不存在確認訴訟という訴訟形式を思いつかない受験生は、Aが有する上記2種類の不服の違いにさほどこだわることなしに、双方の不服を無効確認訴訟の無効事由として構成しようとするのではないかと推測される。なぜならば、不存在確認訴訟という訴訟形式の存在を知らなければ、平成14年判決による一括指定の処分性の承認と出訴期間の経過という問題文の紹介に誘導されて、想定される唯一の抗告訴訟である無効確認訴訟においてAが抱く

諸々の不服を違法事由（無効事由）として主張しようとすることになると思われるからである（ただし、不服Aを当事者訴訟において主張しようとする場合は除く）。

しかし、注意を要するのは、これまでの一括指定をめぐる争いのほとんどすべてが、不服Aと同様の不服にもとづいて特定の道路が一括指定の要件に該当しないこと（いいかえると当該道路について一括指定が存在しないこと）の確認を求める「一括指定不存在確認訴訟」という形で争われてきたという事実である⁽⁴⁾。この不存在確認訴訟は、後にも見るように、同じ抗告訴訟とはいっても無効確認訴訟とは大きく性質を異にする訴訟であり、不服Aは、まさにこの不存在確認訴訟において主張されるにふさわしい不服ということが出来る。これに対して、不服Bは、一括指定そのものの効力を問題としようとするものであり、この種の不服に対応するための訴訟としては、一括指定自体の違法・無効を主張してその取消し・無効確認を求める取消訴訟・無効確認訴訟（問題文の場合は出訴期間が経過しているので無効確認訴訟）が最もふさわしい訴訟形式ということになる（ただし、筆者のみた限り、この種の訴訟はこれまで見当たらない）。

このように、一括指定をめぐる抗告訴訟は、何を不服にして何を目的に争うかによって、その訴訟形式が不存在確認訴訟と無効確認訴訟の2つに分かれることになる。この区別を前提とすると、無効確認訴訟における無効事由は、不服Bにもとづいて構成されるべきことになる。すなわち、前記不服③にもとづく一括指定の恣意性・不合理性、信頼保護違反、前記不服④にもとづく他事考慮などをあげて裁量権の濫用を主張し、同時にそれが重大かつ明白な瑕疵に当たることを主張すべきことになる。しかし、先にも述べたように、不存在確認訴訟を思いつかない受験生は、不服A＝不存在確認訴訟、不服B＝無効確認訴訟と2つに区別して論じること自体ができないことになるため、本来不存在確認訴訟において主張すべき不服Aも——それを当事者訴訟における不服として構成する場合は別として——無効確認訴訟における無効事由として主張することになると思われる。こうして、一見最も解答しやすいと思われる無効確認訴訟においても、違法事由（無効事由）の構成の段階になると、不存在確認訴訟の存在を明確に認識していなければ正確な解答を導き出すことが難しくなる、といういわば“不存在確認訴訟の壁”に突き当たることになるのである。

さらに、本問の場合には、この2つの訴訟を明確に区別し、主張すべき不服ないし違法事由もそれぞれに対応させながら論じることが求められているかどうか自体が、問題文からすぐには読み取りにくいという問題がある。たとえば、設問1の「本件通路が2項道路に該当しないことをAが訴訟によって確定させるためには、

どのような訴訟を提起し、どのような主張をすべきか」(下線は晴山。以下同じ)という設問の仕方は、特定の道路の2項道路非該当の確認を目的とする不存在確認訴訟(および当事者訴訟)のみを答えとして求めているように読めないこともない。しかし、他方で、Aの不服に異なった2種のものが含まれていることが示唆されていることからすると、不存在確認訴訟とは別に、一括指定そのものを争う無効確認訴訟も想定されているとみることもできる。とりわけ、資料2において、弁護士Lが不服Aにかかわる違法事由を整理したのをうけて、弁護士Kが、「ところで、Aさんは、そのほかに旧甲川市の基準を旧乙山町の区域にも及ぼすという新市長の措置そのものにも御不満なのですよね」と述べたうえで、「本件の場合、新市長が執った措置は、建築基準法施行細則による2項道路の一括指定というわけでした、これ自体が抗告訴訟の対象となる行政処分当たることは、平成14年1月17日の最高裁判決で認められています。しかし、取消訴訟の出訴期間は既に経過しています」と続けているくだりは、かなり濃厚に無効確認訴訟を想定しているとみるべきであろう。そうすると、本問への解答としては、やはり不存在確認訴訟と無効確認訴訟の2つを区別し、それぞれに対応する不服ないし違法事由を主張すべきことになる。

なお、無効確認訴訟においては、行訴法36条の原告適格が必要となり、問題文の事案においてこれが認められるかどうかの問題となるが、これは、Ⅳ章でみる不存在確認訴訟との関係で後に改めて触れることとしたい(Ⅳ5(5)参照)。

Ⅲ 最高裁平成14年判決

1 平成14年判決の意味

平成14年判決による一括指定の処分性の承認と出訴期間の経過という問題文の紹介に誘発されて受験生がまず想定する訴訟が無効確認訴訟であることは、以上にみた通りである。とくに、平成14年判決は処分性に関する代表的判例のひとつとしてよくとりあげられるものであるから、このことを知っている受験生は、無効確認訴訟こそ本問における基本的な訴訟方法であるとの思いを強くするものと思われる。しかし、平成14年判決には、単に一括指定の処分性を認めたというだけではなく、問題の通路について一括指定が存在しないことの確認を求める原告の訴えを行訴法3条4項にいう不存在確認訴訟ととらえたうえでその適法性を認めた、という点にもうひとつの重要な意味があるのであり、本問の解答に当たっては、この点こそ決定的な意味をもってくることになる。そこで、本章では、この点も含めて平成14年判決について少し立ち入ってみておくこととしたい。

2 事件の概要と判旨

(1) 第1審判決

この事件（以下、「本件」という）は、問題となっている通路部分に面する土地及び同通路部分の一部を所有する原告が、昭和37年の奈良県告示により一括指定された2項道路（基準時において「現に建築物が立ち並んでいる幅員4m未満1.8m以上の道」）に当たるかどうかを県に照会したところ、県から該当する旨の回答を得、その後、原告が有する上記土地上にある塀の撤去是正の指示・勧告を受けたため、主位的に、2項道路に該当する旨の建築主事の回答の無効確認を求め、予備的に、当該通路部分につき県知事を被告に2項道路の指定処分が存在しないことの確認を求めて訴えたものである。

第1審判決（奈良地判平成9・10・29判タ994号144頁，判自178号103頁，訟月44巻9号1624頁）は、主位的請求について、建築主事の回答の処分性を否定して訴えを却下したが、予備的請求については、本件通路部分が基準時において幅員1.8m以上あったとは認められず、また「現に建物が立ち並んでいる」という要件にも該当しないことを理由に、当該通路部分につき「建築基準法四二条二項の規定に基づく被告の指定処分が存在しないことを確認する」として、原告の請求を認容した。

ここで問題となるのは、予備的請求の趣旨とその訴訟形式であるが、判決は、予備的請求の趣旨について、「被告の二項道路の指定処分自体の公定力を排除しようとする趣旨の訴えではなく、本件二項道路の指定が一定区域内にある指定要件を充たす道について一括して指定する方式（以下「一括指定方式」という）によって行われていることから、原告が自己所有の土地について、本件指定処分の効果として道路内の建築制限等（法四四条）の義務を負わないことの確認を求める趣旨の訴えであると解される」とした。そして、このような訴えの許容性について、「なるほど、本件指定処分それ自体は、不特定多数者に向けられた処分であって、内容的に抽象性をもつ処分であるといえることができる。しかし、このような処分であっても、それにより受ける拘束が現実的、具体的であって、原告に、当該拘束を排除することについての訴えの利益が認められる場合には、当該処分の効果として生じる義務の存在を争うことが認められてしかるべきである」としたうえで、訴えの利益について、「原告には、是正措置命令が出された後で、その取消訴訟等の中で、二項道路該当性を争う途もあるけれども、二項道路の指定処分の主体である被告との間で本件通路部分に属する原告の所有土地全体について二項道路の制限を受けないことの確認を求めることの方が、より直接的かつ抜本的な解決が図られることからすれば、原告の予備的請求には、訴えの利益があり、適法性が認められる」とした。

(2) 第2審判決

これに対して、第2審判決（大阪高判平成10・6・17判タ994号143頁，判自189号103頁，訟月45巻6号1072頁）は，控訴人敗訴部分を取り消し，予備的請求について，一括指定の処分性を否定したうえで訴えを却下した。一括指定の処分性を否定した理由は，「包括的指定処分によっては具体的にどの道路が二項道路に当たるかも不明であり，告示自体によって，直ちに建築制限等の私権の制限が生じるものと認めることはできない。すなわち，包括指定方式により二項道路の指定がされた場合に，右指定が当該道路部分に適用があるかについては，個別具体的に当該道路部分に法及び告示に指定されている要件が備わっているかどうかを検討・確認することが必要であるが，現実には，これは右指定後において，道路内建築制限違反に対する建物除却措置命令や建築確認等の手続の中でされることになるのであり，その結果，右建物除却措置命令等の行政処分を通じて，初めて右指定が現実具体的に個人に対する権利義務に影響を及ぼすか否かが判然とするのである」というものである⁽⁵⁾。

(3) 最高裁判決

こうして，最高裁では第2審で否定された一括指定の処分性が争点とされることとなった。この点につき，最高裁判決（最判平成14・1・17民集56巻1号1頁，判時1777号40頁，判タ1085号173頁，訟月49巻1号303頁，判自233号88頁）は，本件告示の法的効果について，「これによって，法第3章の規定が適用されている幅員4m未満の道のうち，本件告示の定める1.8m以上の条件に合致するものすべてについて2項道路としての指定がされたこととなり，当該道路につき指定の効果が生じるものと解される。……そうすると，特定行政庁による2項道路の指定は，それが一括指定の方法でされた場合であっても，個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり，個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる」として，一括指定の処分性を肯定し，事件を原審に差し戻した。

3 訴訟形式

(1) 一括指定の処分性

以上の経過を経て，従来議論が分かれていた2項道路一括指定の処分性の問題は最終的な決着をみることになり，以後，平成14年判決は，処分性に関する重要判例のひとつに数えられることとなる。この判決に対して，学説は，これを支持する見解とこれに否定的・消極的な見解とに分かれているが，問題文においては，一括指

定の処分性自体はこれを前提に解答を考える方向が示されているので、ここでは、一括指定の処分性そのものの問題については立ち入らない（ただし、平成14年判決が一括指定の処分性を認めたことと訴訟形式との関係については後述Ⅴ5（4）を参照）。

（2）第1審判決

むしろ、本問を考えるに当たって重要なことは、一括指定の処分性は一応前提としたうえで、平成14年判決における予備的請求（以下、「本件訴え」という）の訴訟形式をどのように理解するかという点にある。この問題について、第1審判決は、本件訴えの適法性を認めながらその訴訟形式について明言しなかったことから、この点の理解をめぐって、いくつかの疑問が提起されることとなった。たとえば、第1審判決を収録した訟務月報誌の解説は、「本判決には、本件訴えが公法上の義務の存否を争う訴えであるとの判示部分がある」が、「仮に本件訴えを公法上の義務の不存在確認と理解するのであれば、それは公法上の当事者訴訟（行訴法四条）であるから被告を誤った訴えとならざるを得ない」ので「本判決の右判示もそのような趣旨のものと理解することはできない」とし、「仮に、本件訴えが、将来の不利益処分の防止のために公法上の義務の不存在の確認を求める法定外抗告訴訟と解しようとしても、法定外抗告訴訟においては、一義明白性、緊急性、補充性の要件によりその適法性を検討するのが一般的であるが、本判決は、まったくそのような要件の吟味をしていない」との疑問を呈している⁽⁸⁾。また、第2審判決を解説した『平成10年度行政関係判例解説』においては、「一審判決のように、一括指定の当否自体を訴訟で争えるとした場合、……訴訟の形態として、処分不存在確認の訴えでよいのかなどの疑問が残るところである⁽⁹⁾」としつつ、「一審判決は、『当該処分の効果として生じる義務の存在を争うことが』認められるべきであると判示しているところからして、一種の法定外抗告訴訟ないし実質的当事者訴訟と考える余地もありそうである⁽¹⁰⁾」と指摘されている。

（3）平成14年判決

このように、第1審判決においては本件訴えの訴訟形式は不明確であり、上記批評においては当事者訴訟又は法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）との理解も示されていたところであるが、この点につき、平成14年判決は、一括指定の処分性を前提としたうえで、「本件訴えは、本件通路部分について、本件告示による2項道路の指定の不存在確認を求めるもので、行政事件訴訟法3条4項にいう処分の存否の確認を求める抗告訴訟であり、同法36条の要件を満たすものということができる」として、本件訴訟が行訴法3条4項の法定抗告訴訟としての不存在確認訴訟である旨を明言した。

ここで改めて確認しておく必要があるのは、上記訴えが、一括指定そのものの瑕疵を主張してその効力を争おうとするものではなく、一括指定そのものの適法性・有効性はこれを前提としたうえで（原告は、この点については問題としていない）、原告所有の本件通路部分が告示の定める一括指定の要件に該当しないこと（当該部分について一括指定が存在しないこと）の確認を求める訴えである、ということである。この点を踏まえて、最高裁判決は、これを行訴法3条4項の「処分の存否」の確認を求める訴えのうち、処分の不存在の確認を求める訴えととらえたものと理解することができる。

しかし、本件訴えの訴訟形式については、第1審判決に関する上記批評にもみられるように、当事者訴訟や法定外抗告訴訟という理解も存在しうるところであるが、平成14年判決がなぜ（法定抗告訴訟としての）処分不存在確認訴訟ととらえたのかについて、判決自身は理由を述べていない。また、不存在確認訴訟には行訴法36条の原告適格が必要になるが、この点についても、平成14年判決は全く理由を付すことなしに簡単にそれを肯定している。このため、平成14年判決の理解をめぐってさまざまな解釈の余地が生じることになるが、以下では、それに言及している2、3の解説を紹介しておくこととし、平成14年判決そのものの検討は次章で改めて行うこととしたい。

（4）平成14年判決に関する解説

ア 調査官解説

平成14年判決に関する調査官解説は、本件訴えの訴訟形式について、次のように述べている。

「本件請求は、本件通路部分についてのみなし道路指定処分不存在確認を求めるものであり、行政事件訴訟法3条4項が規定する処分の存否の確認を求める法定抗告訴訟であると解される（処分不存在確認訴訟には、対物的処分において、ある一定の土地についての処分不存在確認を求めることも含まれると解される。）。

本件においては、本件通路部分がみなし道路に該当するか否かが問題なのであって、所有権確認や境界画定等の通常民事訴訟によることは考えられず、行政訴訟によるべき場合といえる。そして、行政事件訴訟法が公権力行使に対する不服について抗告訴訟中心主義を採っている趣旨からすれば、まず、法定抗告訴訟の可否を検討すべきであろう。」

「本件の場合には、公法上の法律関係を直接訴訟物とする実質的当事者訴訟（X所有地につき建築基準法上の義務を負わないことの確認を求める訴え又は本件通路

部分がみなし道路でないことの確認を求める訴え)を提起することができるか否かが問題となり得るところである。みなし道路指定の処分性を肯定する以上、ここで問題とされるみなし道路につき生ずる建築基準法上の義務は、行政処分である道路指定の効果としての義務そのものであり、その排除を目的とする上記のような訴えは、結局、公権力行使に関する不服の実体を有するものといえ、建築基準法上の監督権限不存在確認訴訟や監督権限を行使してはならない不作為義務確認訴訟など同様、いわゆる無名抗告訴訟として理解せざるを得ず、これを実質的当事者訴訟として構成することは困難ではないかと考えられるところである。

したがって、本件のような紛争については、民事訴訟によっても公法上の当事者訴訟によっても、その目的を達することが困難というべきであり、行政事件訴訟法36条の要件を満たすものということができよう。また、Yは、本件通路部分がみなし道路指定の対象となっているとして、本件指定の不存在を争っているのであり、確認の利益を肯定することができる場所である。本判決が、本件請求に係る訴えを処分不存在確認訴訟として適法としたのは、このような趣旨によるものということができよう。⁽¹¹⁾

イ 判例タイムズ誌「平成14年度主要民事判例解説」

「特定の土地が一括指定に係る一定の条件に合致することにより、当該土地につき一括指定の効果が発生しているかどうかは、当該一括指定の瑕疵の存否の問題ではなく、右条件により客観的に決まっている行政処分の客体の範囲が具体的にどこまであるかという問題であるから、これを確定するための訴訟類型として、処分不存在確認の訴えによることは適切な選択であることとなる。……この指定不存在確認の訴えは、一括指定の効力が発生したときにおける客体の具体的限界を争うものであるから、これを認めることは抗告訴訟と相容れない性格の混入のおそれは存在しない。この意味において、客体又はその範囲が一定の表示ないし条件によって画される行政処分において、特定の者や物件がその客体に含まれるものであったかどうかを争う訴訟は、行政処分の不存在確認訴訟の本来の存在意義に適う類型といえよう。

このように考えると、本件訴えの適否について残る問題は、行政事件訴訟法36条の法律上の利益の存否、なかでも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いう補充性の要件を満たすかどうかにあることになる。二項道路の指定については、特定の土地について特定行政庁の属する行政主体との間で現在指定の効力が及んでいないことの確認を求める実質的当事者訴訟を提起し得るので、一見これによって目的を達することが可能なようにも思われる。しかし、二項道路の一括指定に関しても、その条件の定め方などのいかんによっては、法律

関係の基点である指定の存否を確定する処分存否確認訴訟がより直接的で適切な争訟形態であるといえる紛争を客観的に想定する余地もなくはないであろう。

本件訴えが行訴法36条の要件を満たすと判示した理由を本判決は述べていないが、以上のような説明も可能であろうか。⁽¹²⁾」

ウ 訟務月報誌コメント

「以上のように解すると、特定の土地が告示の条件に合致していたものであり、これについて指定の効果が発生しているか否かは、行政処分としての一括指定の瑕疵の有無の問題でなく、一般的な条件により客観的に決まっている処分の客体の範囲が具体的にはどこまでであるかという問題であるから、これを確定するための訴訟類型は、まさに、本件のような処分の存否の確認の訴えによるべきこととなり、行政事件訴訟法36条所定の法律上の利益も肯定されよう。⁽¹³⁾」

IV 不存在確認訴訟

1 本問における基本的訴訟形式

以上のように、本問の解答に当たっては、訴訟形式を含めた平成14年判決に関する正確な知識が不可欠の前提となってくる。そして、このことを踏まえるならば、本問の解答として、本件道路について2項道路の一括指定が存在しないことの確認を求める行訴法3条4項にもとづく一括指定不存在確認訴訟を最も基本的な訴訟形式として提示し、その主張内容として、Ⅱ章の2であげた、①本件通路と本件長方形部分を一体的にとらえて判断していること、及び②「建築物が立ち並んでいる」の要件に該当しないこと、の2点をあげるべきことになる。

しかし、平成14年判決は、一般に一括指定の処分性を肯定した判例としてはよく知られているが、その訴訟形式まで含めて法科大学院でしっかりと学ぶ機会、時間の関係もあってきわめて限られているのではないかと思われる。しかも、訴訟形式に関する平成14年判決の内容を理解するためには第1審判決の内容をおさえておくが必要になるが、処分性を否定した第2審判決が平成14年判決との対比でとりあげられることはあっても、第1審判決まで含めて詳しく目を通す機会に恵まれる受験生はほんの一握りといってよいであろう。問題文には、平成14年判決について、一括指定の処分性を認めたものである以上の説明はなされていないので、訴訟形式の問題についての知識を欠く受験生は、一括指定不存在確認訴訟という本問の解答にとって最も重要な論点を書き落とすことになってしまう。この点で、すでに、⁽¹⁴⁾本問はきわめて難易度の高い問題であったのではないかと思われる。

しかも、さらに踏み込んで、この不存在確認訴訟という訴訟形式をそもそもいかなる性質の訴訟と考えるべきなのか、Ⅱ章でとりあげた無効確認訴訟との関係をどう理解したらよいのか、さらには当事者訴訟との理論的關係をどのように考えるべきなのか、といった問題に立ち入ろうとするならば、そこには、学説においても十分論じられてこなかったさまざまな未説明の問題が涌出してくることになる。

2 無効「等」確認訴訟の趣旨

行訴法3条4項は、「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「無効等確認訴訟」と定めている。そこには、処分（以下、裁決も含め
ていう）の存在確認訴訟、処分の不存在確認訴訟、処分の有効確認訴訟、処分の無
効又は失効確認訴訟の4つが含まれるとされ、このうち、最も重要なものが行政処
分の無効（又は失効）確認訴訟であり、差押処分の無効確認訴訟、農地買収処分の
失効確認訴訟等がこれに属し、そのほか、有効確認訴訟の例として徴収猶予処分の
有効確認訴訟、存在確認訴訟の例として差押取消処分の存在確認訴訟、不存在確認
訴訟の例として差押処分不存在確認訴訟が、それぞれあげられている⁽¹⁵⁾。同項が無効
等確認訴訟をこの4つの訴訟に区分していることの趣旨については、立案関係者によ
る次のような説明がなされている。

「このように行政庁の行為の存否を争うものと効力の有無を争うものとを区別
するのは、処分や裁決についてその成立と効力（関係人に対する拘束力）とを区
別すべきものとする考え方を基礎とし、その態様を明らかにしたものにすぎず、
それ以上の意味をもたない（本法は、この区別によって訴訟上の取扱いを異にし
ていない）。⁽¹⁶⁾」

つまり、従来の行政法理論においては、実体法上、行政行為の成立要件と効力発
生要件とが区別され、「法の定める行政行為の成立要件を全く欠き、外観上にも行
政行為に相当するものが全く存在しないとき」は、行政行為は「不存在」とされ、
この行政行為の不存在は、行政行為としては一応成立しているがその瑕疵を理由に
無効とされる行政行為の「無効」とは理論上区別して扱われてきた。そして、行政
行為の不存在は、争訟の対象としてとりあげるに値する行為そのものが外観上にも
存在しない場合であるから、行政庁又は裁判所は争訟の提起があっても却下してよ
いのであるが、行訴法3条4項が無効等確認訴訟のなかに「処分又は裁決の存否」
の確認を求め訴えを含めているのは、「行政行為の無効と不存在との限界が明瞭
でないことを考慮し、それによって脅威を覚える者に救済の途を開くことを趣旨と

するもので、この規定に基づき、処分又は裁決の不存在の確認を求める訴えが適法として許されることはあるであろうが、外観上行政行為としての存在を肯定するに足りる表象を全くそなえていない場合にまで、常に右の確認の訴えを許容する趣旨と解すべきではない⁽¹⁸⁾」、とされている。

このように、行訴法3条4項が、無効確認訴訟と区別して不存在確認訴訟という訴訟類型を定めたのは、実体法上の行政行為の無効と不存在の理論的区別に対応するためのものであって、訴訟法上の取扱いを異にするためではない、とされている。他方で、同項は、不存在確認訴訟だけでなく、存在確認訴訟と有効確認訴訟をも無効等確認訴訟に含めている。その理由は、不存在確認訴訟の場合以上に不明瞭な点があるが、これについては、「察するに無効確認訴訟を規定するついでに、確認訴訟として考へうるものを一括して並べ上げたに過ぎないと思われ⁽¹⁹⁾(る)」との指摘がなされている。

3 無効「等」確認訴訟への疑問

以上みたように、行訴法3条4項が、無効確認訴訟のほかに3つの確認訴訟をあげ、これらを一括して無効「等」確認訴訟に含めたことは、立法過程からみても十分な議論を経たものではなく、理論的にみても必ずしも明確な根拠にもとづいてのことではなかったことがうかがわれる。そして、こうして十分な議論のないまま無効等確認訴訟に4つの種類の確認訴訟を一括して規定したことは、これらの各訴訟の性格づけともかかわって、以後、次のような重大な疑問を生み出すこととなる。

(a)「あたかも、民事訴訟の分野において、売買契約無効確認、遺言無効確認、調停無効確認、解雇無効確認等を求める訴えの適否をめぐり、それが過去の事実状態の確認を求めるものであるのか、個別的な権利義務の集約的な表現としての現在の法律関係の確認を求めるものであるのかが論議されてきたのと同様に、『効力の有無の確認』(行訴三条四項)といい無効確認訴訟という表現には、現在の法律関係の確認をいうものと解されやすい基盤があることは確かであり、それが、明文の規定を欠いた行特法下にあつて、実務上、比較的無理なく無効確認訴訟を当初は当事者訴訟に属するものとして肯認しえた理由でもあると考えられるのであるが、現在においては、かえって行政処分の瑕疵の存否という過去の事実状態を訴訟物とするものとしての無効等確認の訴えの抗告訴訟性を再度確認しておく必要があるように思われる。また、学説が一般にこの訴えの態様として無効確認訴訟のほか『有効確認訴訟』『存在確認訴訟』『失効確認訴訟』を挙げていることについても、それら

がどのような意味で抗告訴訟性を肯定しようとするのかを改めて問い直されなければならないように思われる。⁽²⁰⁾」

(b) 「通説が無効等確認訴訟の訴えの一類型として認める有効確認訴訟および不存在確認訴訟（存在確認訴訟の誤りと思われる——晴山注）がいかなる意味で抗告訴訟性を肯定しようとするのかの疑問については、先に述べたところである（上記（a）の末尾の指摘のこと——晴山注）。仮にこのような形態での救済方法を認める必要があるとしても、それは当事者訴訟なり無名抗告訴訟としてであって、これを無効等確認の訴えの一類型とすることは、その基本構造に反するように思われる。行訴法三条四項が『処分若しくは裁決の存否』、『効力の有無』と規定するのは、無効確認訴訟及び不存在確認訴訟を攻撃、防御の両側面から表現したものにすぎず、有効確認訴訟や存在確認訴訟を無効等確認訴訟の一類型として認める趣旨のものではなからう。⁽²¹⁾」

(c)（存在確認訴訟，不存在確認訴訟，有効確認訴訟という無効確認訴訟以外の訴訟について）「現実にこの種の訴訟の事例は殆どないようである。……そうとすれば、かかるあまり実益のない訴訟類型を、現に非常に重要な無効確認訴訟とともに列挙して、それを不分明にし、かつ、またそうすることによって民訴の確認訴訟理論を呼び込んで、結果的にはその実用性を減殺しているのは必ずしも賢明な立法方法とはいえない。理論的には考えられるが、現実にはまだ見られない訴訟類型は、それこそ無名抗告訴訟の一つとして予定ないし予想しておくだけで十分であったように思われる。⁽²²⁾」

これらの批判は、行訴法3条4項の中心をなすのは本来無効確認訴訟だけであって、それ以外の確認訴訟は、むしろ当事者訴訟又は無名抗告訴訟として整理すべきである、とする見解にたつものである。行政事件訴訟特例法のもとにおいて無効確認訴訟が当初当事者訴訟と考えられていたことは上記（a）に指摘されているところであるが、これらの見解は、行訴法が無効確認訴訟を抗告訴訟と位置づけたことを踏まえて、無効確認訴訟の抗告訴訟としての性格を重視し、他の確認訴訟を無効「等」確認訴訟に含めることは、無効確認訴訟の抗告訴訟性をあいまいにするおそれがある、との考えにもとづくものといってよい。そして、（b）においては、このことが単なる立法論としてだけでなく、有効確認訴訟と存在確認訴訟の独立の訴訟形式としての存在を否定する方向で、行訴法3条4項の解釈論としても説かれることとなっている。

4 不存在確認訴訟の位置づけ

上記の見解をどう考えるかは、行訴法の定める訴訟類型の全体構造とのかかわりも含めて多角的な検討を必要とする重要な問題であり、ここで軽々しく立ち入ることはできない。むしろ、本稿のテーマとのかかわりで重要なことは、上記の見解においても、以下のように、不存在確認訴訟だけは無効確認訴訟と並んで無効「等」確認訴訟に含めることに一定の意味があるとされている点である。

「行政処分不存在とは、その瑕疵が成立要件を欠くほどに重大であることであり、行政処分の瑕疵の極限状態としてとらえることができるものであり、それにもかかわらず行政庁が当該処分が存在すると主張しているようなとき、それによって権利ないし法的地位の侵害状態をもたらされている者の救済の必要があることは、行政処分に無効原因たる瑕疵がある場合となんら異なるところがないからである。⁽²³⁾」

（無効確認訴訟以外の確認訴訟を無効「等」確認訴訟に含めたことへの疑問を述べた前頁（c）の指摘に続けて——晴山注）「ただ、以上のうち、行政処分不存在確認訴訟は別である。行政処分不存在確認訴訟についても、その可能性に疑問を抱く有力な学説があったが（略）、判例においてもこれを認めたものがあり（略）、また現実の行政を見ても、その必要性が感ぜられる。……（不存在確認訴訟が必要となるいくつかの具体例をあげたうえで——晴山注）いずれにせよ、現実には上記のような全く無権限の公権力の行使が行われる事例は、しばしば見聞するところであり、行政処分不存在確認訴訟は、無効確認訴訟ほど重要ではないにしても、当然認知されてしかるべき訴訟形式であろう。⁽²⁴⁾」

これらの見解においては、行政処分不存在確認訴訟は、無効確認訴訟と同一の（またはそれに準じる）訴訟とみなされており、その限りにおいて無効「等」確認訴訟のひとつに位置づけられるものとされている。すなわち、行政行為の不存在は、行政行為の瑕疵の極限形態であって、そこでは、無効事由と同程度の（あるいはむしろそれ以上の）瑕疵の存在が前提とされているのである。もともと、行政処分の無効は、行政処分の効力を争うための原則的訴訟形式である取消訴訟の排他的管轄の例外として、出訴期間の制限と審査請求前置の適用を受けない無効確認訴訟（及び処分の無効を前提とする民事訴訟・当事者訴訟）によってその無効であることの確認を求めることを可能とするために存在する観念である。そして、この無効確認訴訟を中心に構成される行訴法3条4項の無効「等」確認訴訟のなかに不存在確認訴訟を整合的に位置づけようとするならば、不存在確認訴訟を上記のような性格の訴訟と解するほかない、ということになってこよう。そしてまた、このような理解

がさきにみた無効と不存在の実体法上の区別と照応するものであることも、容易に理解しうるところであろう。

5 不存在確認訴訟への疑問

先にみたように、平成14年判決における2項道路一括指定不存在確認訴訟は、問題となっている通路について（だけ）一括指定が存在しないことの確認を求める訴訟である。そして、そこでは、第1審判決にもみられるように、当該道路が一括指定の要件に該当しないことが確認されるならば請求は認容されることになる。すなわち、ここでは、無効確認訴訟の場合とは違って、重大かつ明白な違法（通説）という無効確認訴訟における無効事由の存在は必要ないだけでなく、処分（一括指定）の違法それ自体が問題とされてないといってもよいのである。しかし、このことを行訴法3条4項の枠内でどう理解するについては、当然のことながら、つぎにあげるようなさまざまな疑問が生じてくることになる。

（1）2つの不存在確認訴訟？

一括指定不存在確認訴訟に関する平成14年判決の理解（以下、この理解による不存在確認訴訟を「不存在確認訴訟A」という）は、上記4でみた不存在確認訴訟の理解（以下、この理解による不存在確認訴訟を「不存在確認訴訟B」という）とは明らかに異なるものである。もしこの双方の理解がいずれも成り立つものとするならば、行訴法3条4項の不存在確認訴訟には、性格の異なる2つの不存在確認訴訟が含まれていることになる。平成14年判決は、特段の理由を付すことなく簡単に原告の請求を同項の不存在確認訴訟であるとしているが、そこでは、同項の不存在確認訴訟をめぐって、平成14年判決が理解するような不存在確認訴訟Aとは別に不存在確認訴訟Bという類型が存在し、むしろそれこそが同項が想定する本来の不存在確認訴訟であるという理解が有力に唱えられていることについて、どこまで自覚されていたのであろうか。あるいは、そこでは、行訴法3条4項の不存在確認訴訟には不存在確認訴訟Aの類型しか存在しないという理解が当然の前提となっていたのであろうか。

（2）無効確認訴訟との関係

前述のように、不存在確認訴訟Bは無効確認訴訟と同一の訴訟であるから、訴訟形式としては無効確認訴訟と同視してよいであろう（無効の確認と不存在の確認を訴訟上区別して扱う実益もないと思われる）。そこで、いま、一方の極に不存在確認訴訟Aを、他方の極に無効確認訴訟と不存在確認訴訟Bを置き、これら2つの類型の訴訟を対比してみた場合、両者の間には、次にあげるような大きな違いを見出

すことができる。そうすると、同じ行訴法3条4項の規定する無効「等」確認訴訟の枠内でこれらの違いを合理的に説明することが果たして可能なのであろうか、という根本的な疑問が生じてくることになる。

(a) 不存在確認訴訟Aは、処分そのものの違法を主張してその効力を争うものではなく、処分（2項道路一括指定）それ自体の効力はこれを前提としたうえで、特定の道路が一括指定の要件に該当しないことの確認を求める訴訟であるのに対して、無効確認訴訟・不存在確認訴訟Bは、処分自体の違法（無効・不存在）を理由にその無効又は不存在の確認を求める訴訟である。

(b) 無効確認訴訟・不存在確認訴訟Bにおいては、処分の無効事由（重大・明白な瑕疵）又は不存在事由の存在が必要になるが、不存在確認訴訟Aの場合は、当該道路部分が一括指定の要件に該当しないことが認められれば請求自体は認容されることになる。ここで当該道路が一括指定の要件に該当しないということ（その意味での当該道路についての一括指定の不存在）の法的意味をどう考えるかについては、①当該道路が当初から一括指定されていたとみたうえで、実際にはその要件を満たしていないのであるから当該道路を一括指定した限りにおいてその部分の一括指定は違法であると考えer見方と、②当該道路は当初から一括指定されておらず（一括指定された2項道路には含まれておらず）、裁判ではそのことが確認されるにすぎないのであるから、①のように一括指定の違法を問題とする必要はないと考える見方、の2つの見解が成り立ちうる。これらのいずれの見解をとるかは、ある意味では説明の仕方の違いといってもよいが、いずれにしても、無効確認訴訟・不存在確認訴訟Bにおいて違法事由（無効事由・不存在事由）が問題となるのと同じような意味で一括指定の違法性が問題となるわけではないことは、明らかである。

(c) 無効確認訴訟・不存在確認訴訟Bは、処分の効力を争う通常の訴訟である取消訴訟を提起できなくなったときに利用できる例外的な救済方法であり、ここでは、取消訴訟に伴う出訴期間の制限と審査請求前置の適用が排除される代わりに、勝訴するための違法事由は限定され、処分の無効事由・不存在事由が必要とされるのに対して、不存在確認訴訟Aでは、出訴期間の制限や審査請求前置が問題とならない点は無効確認訴訟・不存在確認訴訟Bと同様であるが、勝訴するために違法事由が限定されるということはなく、さらにいえば処分の違法を主張する必要さえないということになる（とくに上記(b)の②の理解に立った場合）。

(3) 当事者訴訟との関係

一括指定をめぐる争いは、他方で一括指定の「存在」確認訴訟という形で提起さ

れることもあり、これについては、V章でみるように、当事者訴訟と解する裁判例があり、学説においてもそれを支持する見解がみられる。もしそうだとするならば、平成14年判決における一括指定「不存在」確認訴訟は法定抗告訴訟としての処分不存在確認訴訟となり、一括指定「存在」確認訴訟は当事者訴訟としての処分存在確認訴訟ということになる。つまり、同じ処分の存否の確認訴訟でありながら、不存在確認訴訟と存在確認訴訟とでは訴訟の性質が異なる類型に属することになってしまっただけでなく、処分存在確認訴訟のなかに、行訴法3条4項が定める（「処分の存否」の確認を求める訴えのひとつとしての）処分存在確認訴訟と行訴法4条の当事者訴訟としての処分存在確認訴訟が並存するという事態が生じてしまうことになる。この難点を避けるためには、処分存在確認訴訟も行訴法3条4項にいう法定抗告訴訟とみて（当事者訴訟としての処分存在確認訴訟は否定する）、不存在確認訴訟と存在確認訴訟を抗告訴訟として統一的にとらえる見方がありうるが、この場合には、前にも述べたように、処分存在確認訴訟という訴訟形式を無効確認訴訟を中核とする同項の枠内に果たして整合的に位置づけることができるのか、という基本問題に逢着することになってしまう。

（4）一括指定の処分性との関係

平成14年判決が一括指定の処分性を認めたことと同判決における訴訟形式の把握との関係をどのようにみるかも、ひとつの問題である。すなわち、一般に処分性の問題は、取消訴訟又は無効確認訴訟を念頭において、これらの訴訟によって攻撃されている行為がこれらの訴訟の対象としての適格性を有するかどうかという形で問題とされる。したがって、処分性が承認されれば、当該行為は違法事由又は無効事由を理由に取消し又は無効確認の対象となってくるのである。ところが、（平成14年判決のいう）一括指定不存在確認訴訟の場合には、求められているのは、特定の道路部分につき一括指定が存在しないことの確認であって、一括指定それ自体は攻撃の対象となっているわけでもなく、また、その違法が主張されているわけでもない。したがって、一括指定不存在確認訴訟は、一般に処分性の有無が議論の対象となる場合とは問題状況を異にしているのであり、あえて取消訴訟・無効確認訴訟と同じ仕方で処分性を問題としなくてもよいという考え方も成り立ちうるのである（この点はV4で改めて触れる）。にもかかわらず、平成14年判決を始めとする一連の一括指定不存在確認訴訟において処分性の有無が一貫して問題とされてきたのは、結局のところ、提起されている不存在確認訴訟を行訴法3条4項の抗告訴訟ととらえたためにほかならないと思われる（抗告訴訟である以上処分性が前提となるという発想）。ここにも、不存在確認訴訟を無効「等」確認訴訟の一形式としたこ

とに起因する問題の一面があわわれているとみることができよう。

(5) 行訴法36条の原告適格

一括指定不存在確認訴訟を行訴法3条4項の抗告訴訟ととらえた場合、そこには同法36条の原告適格が要求されることになる。Ⅲ章でみたように、この点につき平成14年判決が理由を付さずに同条の要件を満たすとの結論だけを述べたことから、その理解をめぐるⅢ3(4)であげたようなさまざまな解釈が試みられているが、いずれも明快さを欠くものであり、その内容は推測の域を出ていないといつてよい。

もともと、同条は、行訴法3条4項の定める典型的抗告訴訟である無効確認訴訟と処分の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴えとの関係を念頭において定められたものである。すなわち、原則として取消訴訟によってしか処分の効力を否定することができないという取消訴訟の排他的管轄の例外である無効確認訴訟においては、処分の無効を前提とする現在の法律関係に関する訴訟においてもその目的を達することができることが少なくないことから、両者の関係を整理するために、無効確認訴訟の原告適格を限定するという考え方にもとづいて設けられた規定である。⁽²⁵⁾同条の解釈をめぐる⁽²⁵⁾は、一元説・二元説の対立を始めとするさまざまな議論がこれまで展開されてきたことは周知のところであるが、いずれにしても、同条の上記趣旨からすると、無効確認訴訟と同視できる不存在確認訴訟Bは別として、無効確認訴訟と異質の訴訟である不存在確認訴訟Aについて、無効確認訴訟と同様の見地から同条の原告適格を問題にすることが果たして妥当なのか、ということ自体が問題となってくる。たとえば、Ⅴ章で述べるように、不存在確認訴訟Aを実質的に当事者訴訟に近いものとみる立場にたった場合には、無効確認訴訟の場合とは全く問題の局面が異なってくることになろう。

平成14年判決は、一括指定不存在確認訴訟を行訴法3条4項の不存在確認訴訟ととらえたため行訴法36条の原告適格を問題とせざるをえなくなり、理由づけを欠いたままそれを認めることとなったが、ここにもまた、十分な議論を欠いたまま不存在確認訴訟を無効「等」確認訴訟のなかに一括規定したことの問題の一端が示されているといえるのではないかと思われる。

6 小括

以上に列挙してきた諸々の問題は、現行行訴法の全体構造ともかかわる大きな問題であり、ここでこれらについて逐一検討を加え一定の見通しを示すことは、もとより筆者の能力を大きく超えるものである。もともと、これらの問題が、行訴法3

条4項のなかに多様な訴訟を無効「等」確認訴訟として一括して規定したことに起因するものであることを考えるならば、これらの問題は、結局のところ、それぞれの訴訟形式の位置づけを再検討し、当事者訴訟との関係も含めて、行訴法の訴訟類型全体のなかでそれを位置づけ直すことが必要となるという立法論上の課題ということになるのかもしれない。その際には、行訴法3条4項は無効確認訴訟に純化し（不存在確認訴訟Bは無効確認訴訟に吸収する）、その他の訴訟は当事者訴訟として位置づけ直すという方向も考えられよう。他方で、3の（b）の指摘にみられるように、現行法の枠内での工夫を通して、これらの問題にどこまで解釈論として対応できるかということも、同時に検討しなければならない課題であるのかもしれない。

いずれにしても、平成14年判決の一括指定不存在確認訴訟には、もともと以上にあげたようなきわめて厄介で複雑な問題が伏在していたのである。このことを考慮に入れるならば、少なくとも、この点について、問題文のなかで何らかの説明や示唆があってもよかつたのではないかと思われる⁽²⁶⁾。

V 当事者訴訟との関係

1 当事者訴訟の可能性

最後に、当事者訴訟との関係について簡単に触れておきたい。ここでもまた、議論はかなり錯綜した様相を呈することになる。

当事者訴訟との関係は、本問においては、平成14年判決が一括指定不存在確認訴訟を行訴法3条4項の法定抗告訴訟ととらえたことから、これとは別に行訴法4条の当事者訴訟を提起することができるかどうか、という形で問題になってくる。これまで出された解説においても、この角度から当事者訴訟の可能性の問題がとりあげられ、本件通路が2項道路に該当しないことの確認や2項道路にかかる義務を負わないことの確認を求める（当事者訴訟としての）確認訴訟の可能性について論及がなされている。しかし、これらの解説においては、そもそも本問において当事者訴訟に触れる必要があるのかどうか（出題者が当事者訴訟に触れることを要求しているのかどうか）という最も肝心な点についてさえ、必ずしも見解が一致しているわけではない。曾和解説①は、平成14年判決があるので当事者訴訟は検討するまでもないということになりそうだとしながらも、「新司法試験では、可能性のある訴訟についてはすべて検討することが要請されているのではないか」として当事者訴訟にも触れたほうがよいとし（43頁）、野呂解説も、行訴法改正の趣旨に鑑みると「当事者訴訟の可能性も検討すべきであろう」（59頁）とするが、米丸解説は、抗告訴訟

としての無効等確認訴訟が可能である以上非権力関係に関する訴えの性質を有する当事者訴訟を提起することはできない、との一般的見解を踏まえて、「本件事案ではあえて当事者訴訟の可能性を探る必要も一般的にはない」(25頁)とする。さらに、当事者訴訟の可能性を検討すべきであるとする前2者においても、実際にそれが可能かどうか、またいかなる要件のもとで可能となるかについては、不存在確認訴訟と当事者訴訟との関係や当事者訴訟の確認の利益の有無などをめぐってさまざまな考え方がありうる事が指摘されるにとどまり、明確な結論は示されていない。

このほか、学説における平成14年判決の解説においても、当事者訴訟の可能性については、多くの者が今後の検討課題として指摘するにとどまり、当事者訴訟が可能かどうか、またいかなる要件のもとで可能かについて明示的な見解を示すものは管見の限りほとんど見当たらない。⁽²⁷⁾

2 平成12年東京高裁判決

ここで、一括指定存在確認訴訟の当事者訴訟としての適法性を認めたとされる東京高判平12・10・19(判時1732号73頁,判タ1054号116頁)を紹介しておきたい。これは、原告が一括指定による2項道路であると主張する道路(私道)について被告浦和市がそれを争うので、当該道路が2項道路であることの確認を求めて出訴した事案であるが、原判決が2項道路に当たらないとして請求を棄却したのに対して、本判決は、当該道路について、「浦和市長の道路位置指定処分が存在する建築基準法四二条二項の規定に基づく道路であることを確認する」として、原判決を取り消して請求を認容したものである。この訴訟は、2項道路であることの確認を求めて公法上の法律関係に関する当事者訴訟として提起されたものとされており、本判決は、その適否を問題とせず本案について判断しているところから、当事者訴訟としての適法性を認めたものと一般に解されている。⁽²⁸⁾そして、判決自身は一括指定の処分性について言及するところはないが、判決が当事者訴訟としての適法性を認めたことは、その前提として一括指定の処分性を否定したものであるとする理解が、これらの解説のなかで示されている。

3 一括指定の存否確認訴訟と当事者訴訟

上記判決をめぐっては、さまざまな理解が成り立ちうるところであるが、その際の論点として、まず、IV 5(3)で述べたように、上記東京高裁判決が一括指定存在確認訴訟を当事者訴訟として扱ったことと、平成14年判決が一括指定不存在確認訴訟を

抗告訴訟ととらえたこととの関係をどう考えるか、という問題がある。これについて、金子正史氏は、「二項道路確認訴訟は、二項道路指定処分存在確認訴訟のことで、二項道路指定処分不存在確認訴訟と表裏の関係にあるだけである。両者は、訴訟形式としては同じでも良いと考えられないのだろうか」と指摘し、同じ一括指定の存否の確認を求める訴訟であるにもかかわらず、一括指定不存在確認訴訟は抗告訴訟、一括指定存在確認訴訟は当事者訴訟というように、その訴訟形式が分かれてしまうことへの疑問を提起している⁽²⁹⁾。この点をどう考えるべきかについて、金子氏自身は結論を留保しているが、近田正晴氏は、平成14年判決が一括指定の処分性を認めて以降は（上記東京高裁判決は平成14年判決以前のものである）「本判決（東京高裁判決のこと——晴山注）のような特定行政庁が代表者である地方自治体に対する二項道路の確認請求は不適法なものとなるから、このような場合には、特定行政庁を被告として道路位置指定処分の存在又は不存在確認を求める訴えを提起することになる⁽³⁰⁾」として、平成14年判決以降は、一括指定存在確認訴訟も一括指定不存在確認訴訟と同様に抗告訴訟として統一的に扱うべきことになるとの見解を示している。

しかし、もし上記近田解説のように両者をともに抗告訴訟としてとらえたならば、IV 5(2)で述べたように、無効確認訴訟を中核とする行訴法3条4項のなかにこの2つの存在・不存在確認訴訟をいかにして整合的に位置づけうるかという困難な問題がでてくることになる。そこで、このことの問題性を踏まえるならば、むしろ、上記の理解とは反対に、両者をともに当事者訴訟としてとらえるべきであるという見解も十分に成り立ちうることになる。この立場からするならば、平成12年東京高裁判決が一括指定存在確認訴訟を当事者訴訟として扱ったことはもとより正当であるうえ、一括指定不存在確認訴訟も本来は当事者訴訟としてとらえるべきものであるということになってくる。学説においても、平成14年判決について、「本来は、確認訴訟によって紛争を解決すべき事案であったと考えられる」とする有力な見解が示されている⁽³¹⁾。

くりかえし述べてきたように、一括指定不存在確認訴訟は、一括指定そのものの違法性を攻撃するものではなく、一括指定の適法性・有効性は前提としたうえで特定の道路が一括指定の要件に該当しないことの確認を求める訴訟である。この点で、特定の行為（行政処分）をその瑕疵を理由に攻撃の対象とする本来の抗告訴訟（取消訴訟・無効確認訴訟）とはその性格・構造を異にするものであり、現行の抗告訴訟と当事者訴訟の区別を前提とする限り、実質的にはむしろ当事者訴訟に近い性格のものともみることができるとも、一括指定不存在確認訴訟を無効「等」確認訴訟の枠内に位置づけることの難点を避けるためには、もうひとつの見方として、

一括指定不存在確認訴訟を法定外抗告訴訟ととらえる見解もありうるが、この種の確認訴訟を抗告訴訟と位置づけて法定外抗告訴訟のなかに取り込んでいくことには、さまざまな問題がでてくることが予想され（一括指定不存在確認訴訟を法定外抗告訴訟ととらえると、処分の存在確認訴訟、有効確認訴訟など無効確認訴訟以外のさまざまな確認訴訟も法定外抗告訴訟に入り込んでいく可能性がある）、他方で、「確認訴訟の活用」という改正行訴法の趣旨を考慮するならば、抗告訴訟と当事者訴訟という現行行訴法の区分を前提とする限り⁽³²⁾、本来的にはやはり当事者訴訟に位置づけていくことが望ましいのではないかと思われる⁽³³⁾。平成14年判決は、全く理由を述べることなく一括指定不存在確認訴訟を行訴法3条4項の法定抗告訴訟ととらえたが、このことによって、上記のような一括指定不存在確認訴訟の本来の性質が変わるものではないし、同判決によってそこに実質的な抗告訴訟性が付与されることになるわけでもないであろう。

もし、以上のように考えることができるとするならば、本間における当事者訴訟の可能性如何という問題設定は、一方で、実質的には当事者訴訟に近い性格の一括指定不存在確認訴訟を形式上は抗告訴訟の側に置きながら、他方で、それとの対比で別途当事者訴訟としての確認訴訟の可能性も問う、という解答困難な問題設定ということにもなつてこよう⁽³⁴⁾。

最後に、一括指定存在・不存在確認訴訟を当事者訴訟ととらえた場合、必ずしも一括指定の処分性の否定を前提とするものとも考える必要はないということを付け加えておきたい。特定の道路が一括指定の要件を満たすか満たさないかの確認を目的とする一括指定存在・不存在確認訴訟は、一括指定の処分性を肯定しても成り立ちうるものであり、必ずしも一括指定の処分性と矛盾するものではないと考えられるからである⁽³⁵⁾。このように考えることによって、一括指定を争うための訴訟形式として、一括指定の処分性を前提として一括指定そのものの瑕疵を争う抗告訴訟（一括指定の取消訴訟・無効確認訴訟）と一括指定への該当・非該当の確認を求める当事者訴訟（一括指定存在・不存在確認訴訟）の双方の成立可能性を視野に入れた議論が可能になると同時に、一括指定の処分性の有無を理由とする一括指定存在・不存在確認訴訟の否認の論理⁽³⁶⁾を回避することができると思われる。

4 小総

いずれにしても、現行行訴法の体系のなかで当事者訴訟という訴訟形式を理論的にどのように位置づけるべきか、とりわけ抗告訴訟と当事者訴訟の相互関係をどの

ように考えるべきかという問題は、当事者訴訟の活用に向けて確認訴訟を明示した今次行訴法改正の評価とも絡んで、学説においてもようやく検討の緒についたばかりのテーマであり、これらの問題について、学説はいまだ定説の形成をみていないというのが現状である。加えて、本問においては、行訴法3条4項の不存在確認訴訟というこれまであまり論じられてこなかった特異な訴訟形式との関係で当事者訴訟の可能性が問われるという点において、受験生にとっては二重の意味で困惑させられた問題だったのではないかと思われる。

おわりに

本稿では、新司法試験・公法系科目論文式第2問を素材にして、2項道路一括指定を争う訴訟形式の問題に焦点を当てて検討を加えてきた。問題について必ずしも十分に掘り下げた考察ができたわけでもなく、また、自身の見解を明確に提示できたわけでもない点で、本稿が多々不十分な点を残していることは、筆者自身がよく自覚するところである。しかし、今回の公法系科目第2問の出題内容が受験生にとって必ずしも適切な問題とはいえなかったのではないかという筆者が最初に抱いた疑問は、本稿での検討を通してある程度裏づけられたのではないかと思われる。本問については、曾和解説②47頁が「完璧な答案を書こうとすればとても書けない難問」と指摘し、三宅弘氏が、「問題自体が袋小路ですが、袋小路に入っている問題だといわざるをえないのではないか⁽³⁷⁾」とのきわめて的を射た疑問を呈しているように、上記の疑問は決して筆者だけのものではないと思われる。

新司法試験の趣旨に見合った問題を、しかも、受験生にとって適切な水準と内容で出題することは、おそらく想像を超える困難事ではないかと推測される。この点で、今回の出題に当たって関係者が払われた労苦と努力には並々ならぬものがあったと思われ、この点については、法科大学院教育の末席を汚す者として大きな敬意を表するものである。そのことを重々承知のうえで、いささかでも新司法試験制度の今後の発展に資することができればとの思いから本稿の執筆を思い立ったことを、最後に付け加えておきたい。

【追記】

脱稿後、法務省より『平成18年新司法試験論文式試験問題出題趣旨』が公表された。そのなかで、公法系科目第2問の訴訟形式に関する出題趣旨については、「判例の動向及び行政事件訴訟法の改正を踏まえて、市長の規則制定行為と、規則を前

提とした2項道路該当性について、抗告訴訟及び当事者訴訟等の可能性を検討」することにあるとされ、「訴訟方法に関しては、2項道路の一括指定について処分性は認められているが、出訴期間が経過していること（この点は資料に明示されている。）を前提として、いかなる形態の抗告訴訟が考えられるか（一括指定の無効確認訴訟等）、及びセットバック義務不存在確認訴訟等の公法上の当事者訴訟は可能か、などを検討していることが求められる」とされている。そして、最後に、尚書きとして、「本問は、問題文に引用された2項道路の一括指定に関する最高裁判決そのものについて詳しく知っていることを、不可欠のものとして要求する趣旨ではない」と付け加えられている。

以上の趣旨説明について、ここで論じることは控えたい。ただ、本稿での考察を踏まえるならば、最後の尚書きの指摘についてだけは、本当にそういえるのであろうかという率直な疑問を呈さざるをえないことだけ述べておきたい。この尚書きは、上記趣旨において想定されている抗告訴訟として「無効確認訴訟等」があげられるにとどまり一括指定不存在確認訴訟は明示されていないこと（「等」に含まれているのか？）と合わせ考えると、本問においては一括指定不存在確認訴訟にはあえて触れる必要がないという趣旨であるようにもとれる。しかし、本文で述べたように、「本件通路が2項道路に該当しないことをAが訴訟によって確定させるため」という本問の設問に最もふさわしい訴訟形式は、平成14年判決を前提とする限り、一括指定無効確認訴訟ではなく一括指定不存在確認訴訟（その実質的性質をどう解するか、また、無効等確認訴訟の一類型として抗告訴訟に位置づけることが妥当かどうかについては、本文でみたように大いに議論の余地はあるが）であり、一括指定をめぐる従来の争いのほとんどがこの訴訟形式に集中してきたことからするならば、この点を脇において、本問における基本的な訴訟形式が一括指定無効確認訴訟（及び当事者訴訟？）であるとするには少なからぬ疑問が残る。

最後に、米丸解説30頁も強調しているように、上記出題趣旨に加えて、採点基準の公表もこの機会にあわせて要望しておきたい。現在、各法科大学院では、第三者評価の一環として、各授業科目についての成績評価基準の提出が求められており、とりわけ、筆記試験については、出題趣旨に基づいて論点ごとの配点も含めてできるだけ具体的な採点基準を明確化し学生にもフィードバックすることが要求されている。こうした法科大学院教育の最終集約点であるはずの新司法試験において採点基準が公表されないという現状は、新司法試験制度に対する受験生の信頼を大きく揺るがすことにならないか、大いに危惧される場所である。

注

- (1) 法科大学院の創設と連動した今回の司法試験制度改革が、わが国の法曹養成制度のあり方として本当にふさわしいものであるかどうかについては、司法制度改革全体の評価ともかかわって、これまでもさまざまな議論が行われてきた。試験問題の内容を含めた新司法試験のあり方も、このような司法制度改革全体の評価とのかかわりを抜きにして評価しえないことはいまでもないが、この点については、今後、さまざまな立場・観点からの多角的な検討・検証が求められていくことになるであろう。
- (2) 金子正史「二項道路に関する二、三の法律上の問題（上）（下）」自治研究78巻2号、3号（2002年）参照。
- (3) このほか、新甲川市建築指導課の回答・通知の取消訴訟、将来Aに対してなされうる建築確認拒否等の処分取消訴訟が考えられるが、前者については現在の判例からみて処分性が認められる可能性はほとんどなく、また、後者については、一括指定の不存在確認訴訟・無効確認訴訟の方がより直接的な救済方法であることを指摘すれば足りると思われるので、本稿では省略する。
- (4) 一括指定をめぐる従来の判例は、金子注（2）に詳しく紹介されているので、ここで逐一あげることはしない。
- (5) 第2審判決の批評として、山村恒年「みなし道路指定処分取消訴訟」判例地方自治196号（2000年）57頁、岩倉広修「建築基準法四二条二項に定めるみなし道路の指定に対する抗告訴訟の可否（消極）」『平成10年度行政関係判例解説』（2000年）178頁、杉山正巳「いわゆる一括指定の告示の方式によって県知事がした建築基準法四二条二項の規定に基づく『みなし道路』の指定について処分性が否定された事例」平成11年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1036号）（2000年）342頁がある。
- (6) 久保茂樹「みなし道路の一括指定と抗告訴訟の対象」ジュリスト1246号（2003年）33頁、松戸浩「公法判例研究」法学67巻4号（2003年）174頁、伴義聖・小安政夫「2項道路指定をめぐる攻防、第二ラウンドへ」判例地方自治238号5頁（2003年）10頁。
- (7) 金子正史「2項道路一括（包括）指定の処分性」法学教室264号（2002年）131頁、荏原明則「告示により一括して指定する方法でされた建築基準法四二条二項所定のいわゆるみなし道路の指定と抗告訴訟の対象」民商法雑誌127巻2号121頁（2002年）288頁、田村泰俊「行政事件訴訟法における訴訟ルート選択の混乱と処分性の問題——建築基準法上の『包括指定』たる二項道路を契機として——」明治学院論叢法学研究68号（2003年）141頁以下。
- (8) 小野昭男「道路判定処分無効確認請求事件」訟月44巻9号1629-1630頁。
- (9) 岩倉注（5）185頁。
- (10) 同上188頁注（14）。
- (11) 竹田光広「告示により一括して指定する方法でなされた建築基準法42条2項所定のいわゆるみなし道路の指定と抗告訴訟の対象」『最高裁判所判例解説民事編』平成14年度（上）（2005年）13頁。なお、ここで調査官は、本件訴訟を行訴法3条4項の法定抗告訴訟であるとしながら、他方で、建築基準法上の義務を負わないこと又は本件通路部分が2項道路に当たらないことの確認を求める訴えを無名抗告訴訟としているが、両者の関係は明らかでない。
- (12) 長屋文裕「最高裁第一小法廷平成14年1月17日判決」平成14年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1125号）（2003年）272頁。
- (13) 立川淳一「道路判定処分無効確認請求上告受理事件」訟月49巻1号307-308頁。

- (14) 曾和解説①42頁も、平成14年判決の訴訟形式の問題が、「今回の問題の検討において避けて通れない論点であるが、従来あまり論じられてこなかった点であり、おそらく多くの法科大学院の授業でも、十分な説明ができてこなかったのではなからうか」とし、このことが「受験生を大いに悩ませるところとなったと思われる」と指摘している。
- (15) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963年）15頁。
- (16) 同上15頁。
- (17) 田中二郎『行政法（上）全訂第二版』（弘文堂、1974年）132頁。
- (18) 同上136-137頁。
- (19) 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）39頁（村上義弘）。
- (20) 村上敬一「無効等確認の訴え」雄川一郎ほか編『現代行政法大系（4）』（有斐閣、1983年）275頁。
- (21) 同上299-300頁。
- (22) 園部編注（19）39頁（村上義弘）。
- (23) 村上注（20）299頁。
- (24) 園部編注（19）40頁（村上義弘）。
- (25) 杉本前掲注（15）118-119頁。
- (26) 曾和解説①42頁も、「2項道路に関する知識は資料によって得ることはできるが、平成14年判決についての正確な知識は問題文と資料には含まれておらず、受験生を大いに悩ませるところとなったと思われる」とする。
- (27) 以下に、学説において、平成14年判決との関連で当事者訴訟の可能性に言及しているいくつかの指摘を紹介しておこう。

「処分の存否確認訴訟が可能であるとき、あえて（当事者訴訟としての——晴山注）2項道路確認訴訟を認める意味はあるのだろうか。この点については、今後さらに検討を加える必要があるものと思われる。」（久保注（6）33頁）

「最近、この点について、訴訟形式として、2項道路であることの確認を求める当事者訴訟（行訴法4条）が提起され（東京高判平成12・10・19判時1732号73頁）、請求が認容された。この種の訴訟の訴訟形式の選択も検討の余地があろう。」（金子注（7）131頁）

「建築確認申請に対して確認が認められなかったときのその拒否行為の取消訴訟であれば、問題なく処分性は肯定されるが、本件のような一括指定行為の不存在等を争わせるため特定性に疑問が残る行為に処分性を認めることには躊躇せざるをえない。このように解しても金子正史教授の見解によれば、公法上の当事者訴訟として構成して権利救済は可能とされる。この点は今後の課題である。」（荏原注（7）288頁）

「特定行政庁の所属する地方公共団体に対して、当該道路が2項道路であることの確認を求める訴え（行訴法4条後段の実質的当事者訴訟）、通路等敷地所有者に対して、2項道路であることを前提とした通行妨害排除等の請求（行訴法45条の争点訴訟）、あるいは特定行政庁が是正命令等の処分を行わない場合の無名抗告訴訟としての義務付け訴訟などが提起できるのかというむずかしい問題があります（ここでは問題の指摘にとどめておきます）」（伴・小安注（6）10頁）

「本判決において最高裁は一括指定を争う方法を示したが、さらに確認訴訟によって争うことが認められる余地はあるのか。また、確認訴訟が認められる場合、どういったときに即時確定の利益（訴えの成熟性）が認められるのか（略）。これらの点については今後の検討が期待

される。」(洞沢秀雄「建築基準法42条2項の道路指定」行政判例百選(5版,2006年)337頁)

以上にみられるように、一括指定を争う訴訟方法としての当事者訴訟の可能性については、ほとんどの学説において、断定的な言及はさけられ、今後の検討課題として留保されている。

- (28) 判時1732号73頁コメント,判タ1054号116頁コメント,近田正晴「私道について建築基準法四二条二項に規定するみなし道路であることの確認請求が認容された事例」平成13年度主要民事判例解説(判タ1096号)(2002年)260-261頁,金子正史「二項道路指定処分不存在確認訴訟等判決(三件)」法令解説資料総覧236号(2001年)148頁。
- (29) 金子注(28)148頁。
- (30) 近田注(28)261頁。
- (31) 高木光『行政訴訟論』(有斐閣,2006年)80頁。もっとも、これは、行政立法や行政計画等と同様に、一括指定そのものを争う訴訟も「行為の違法確認」という形での当事者訴訟が許容されるとする趣旨のようであり、平成14年判決がいう一括指定不存在確認訴訟のような訴訟形式を想定したものであるかどうかは定かでない。
- (32) 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)は、抗告訴訟・当事者訴訟という現行の区別を超えて両者を統合した行政訴訟の全体像を構想し、そのなかに確認訴訟を位置づけていこうとする考え方を提示している。「ひとつの思考実験」(998頁)とされているように、現行法のもとでどこまでこの見解が現実性をもちうるかは定かではないが、将来の行政訴訟のあり方としては注目すべき見解と思われる。
- (33) 一括指定不存在確認訴訟を当事者訴訟ととらえるには、平成14年判決の時点では被告資格の問題があったが、行訴法改正によって抗告訴訟の被告は行政主体に改められたことから、現時点では当事者訴訟にいつそう位置づけやすくなったともいえる。
- (34) 曾和解説①43頁も、無効等確認訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟について、「そもそも両訴訟は実質的にみれば同一の内容を求めるものである」から、前者か後者か「という選択をあれこれ論じることの実益がどれだけあるのかも問題である」とする。
- (35) 松戸注(6)175頁も、「公法上の当事者訴訟が許容されることから問題となっている行政活動の処分性が否定されると論定することは出来ないと思われる」と指摘する。なお、田村注(7)143頁以下は、平成14年判決のもとでも当事者訴訟の可能性は排除されていないとする。
- (36) 一括指定の処分性の有無と訴訟形式の問題を直結させようとする従来の考え方においては、一方で、一括指定の処分性を理由に当事者訴訟としての一括指定存在・不存在確認訴訟の適法性を否認しながら(たとえば近田注(28)261頁)、他方で、一括指定の処分性の否定を理由に抗告訴訟としての一括指定存在・不存在確認訴訟の適法性を否認する(神戸地判平成13・10・17判自229号77頁は、一括指定の存在確認訴訟を行訴法3条4項の抗告訴訟と解したうえで、一括指定の処分性を否定して訴えを却下した)という論理が通用することになる。
- (37) 法学セミナー620号(2006年)47頁における三宅弘氏の発言。