

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論日本行政訴訟法制之「當事者訴訟」

Public Law-Related Actions

in Japanese Administrative Litigation

黃傑

Jie Huang

指導教授：林明昕 博士

Advisor: Dr. iur. Ming-Hsin Lin

中華民國 102 年 12 月

Dec, 2013





獻給

父親 黃源財

母親 陳玉花



謝辭



執筆謝辭之此刻，在論文書寫過程間，雖已想像過數千次，每次心中總是一陣酸楚；但現實到來時，卻異常平靜。九年，目前人生的三分之一，窩在這所學校的時間，它扎扎实實形塑了關於我的一切。這本論文，正好呈現了兩個階段的學習歷程，或可作為一個暫時的句點。

能有這本論文，由衷感謝林明昕老師之指導與照顧。從論文題目、架構、內容、格式，無一不受到老師的恩惠。是老師將我引入公法學，更鼓勵我嘗試結合兩個求學階段之所學，才能有這本論文。在艱困的研究所階段，是老師細心的安排，才能將學業、國考、論文順利完成，無數次伸出援手，學生銘感五內。容學生再說一聲：謝謝老師。

非常感謝三位口試委員：陳立夫老師、林素鳳老師、程明修老師，對本文的指正與意見，在修改能力範圍內，學生已盡量於內文中回應，或許仍有不足之處，尚請老師見諒。謝謝陳立夫老師在論文架構上的建議，以及論點構成之提醒，學生受益良多。謝謝林素鳳老師無私分享文獻，以及對學生的鼓勵，倍感溫馨。謝謝程明修老師給予本文更進一步的思考可能，讓學生有繼續深究的動力。

此外，十分感謝我的母系 — 臺灣大學日本語文學系與各位老師。師長們在日文課程上的縝密安排、細心教學，除了學習到語文能力、研究精神，更學習到對於社會、文化的觀察能力。感謝臺大法律學院豐富的資源，尤其是各位老師的學養，在研究所的學習過程中如沐春風，更讓學生學習到，如何以更宏觀的視野看待社會。其中特別感謝：李茂生老師、許宗力老師、詹森林老師、黃銘傑老師、王兆鵬老師、張文貞老師、蔡英欣老師、吳從周老師的教導與關心。

沒有周遭環境的支持，本論文幾乎不可能完成。在日文文獻蒐集上，特別要感謝臺灣大學圖書館與政治大學圖書館豐富的館藏，使本文節省了很大心力，提供論文撰寫上諸多幫助。學生意涯中，財團法人台北國際婦女協會教育基金會以及財團法人勇源教育發展基金會，提供長期的資助與關愛，讓我在求學過程中，經濟上能夠無後顧之憂；也促使我在能力所及之處，盡力回饋社會。



感謝萬才館 2417 研究室的夥伴們，依翎、正剛、品安、穆儀、益先、士權、可筠、小婉婷、芸蒨、緯誠，科法所的同學，學長姐、學弟妹們：利真、筱維、大婉婷、立岡，還有大大學姐與小蔣學長、嘉琪學姐與明翰學長、小柯與慧甄，認識你們真的是我人生中最寶貴的資產，也從你們身上學習到很多很多。法律學習的路上，有你們的陪伴真的是件很美好的事。沒有你們，科法所如此艱辛的學習之路是不可能完成的。我想，這本論文當應歸功於你們。我們相互扶持、聆聽、爭辯、對飲、同享人生階段中的喜怒哀樂，是我永遠無法忘卻的記憶，謝謝你們。

謝謝跨領域人權計畫的諸位師長，瑤華老師、嵩立老師、妙芬老師、俊宏老師、晉芬老師、怡碧，以及各位 NGOs 夥伴們：逸翔、Echo、俊達、Savungaz、Yuli、廷卉、Yapasuyongu Akuyana、Pasang、Valagas Gadeljeman，還有 Mona Awi 老師、淑雅老師，在論文撰寫期間給予我鼓勵、關心，包容我閉關撰寫論文。從師長夥伴們投入人權事務議題的姿態，讓我充分學習到，將所學知識回饋社會的方式與可能，謝謝你們。

感謝認識已逾 N 年的同學們，宜泰、老姜、智仁、怪頭，你們總是如此包容我的任性與閉關；我想，對你們的感謝，已非在此道感謝所能交代；謝謝你們一直在我身邊。謝謝 LULU、小雞、劉不不、阮小嗨、張普、祐宣麻麻、小黃、鄭尾椎，謝謝你們總是帶給我無數的歡笑與陪伴，以及超展開與高效率、無限可能之行程。感謝可愛又團結的律訓第五組全體成員，謝謝你們在我口試、離校、律訓完全分身乏術的時候，給我如此多的歡笑、協助與關心，能與你們一同律訓，絕對是我很大的福氣。

謝謝 Page One 書店在大學時期給予我這麼好的工作環境，在我遭逢事故時，同事們如此貼心，協助我度過一次又一次的難關。對我而言，Page One 即代表大學時期的縮影，那段時間所學到經驗，彌足珍貴。謝謝 Page One 的大家。

非常感謝視我如己出的張爸爸、張媽媽、外公、外婆、舅舅、阿姨、姨丈、張凱，你們如此信任我、照顧我、愛惜我，研究所求學的大半日子能有如此完美的棲身之處，讓我可以專心準備考試、思考論文與研究，若能有若干成果，絕對應屬你們的功勞，真心感謝你們無私的愛護。



感謝妳，一路陪我歷經至今人生中的高低起伏，我的怪脾氣也讓妳受了很多苦。論文書寫的過程中，時常讓妳承受許多負面情緒，謝謝妳的包容。要對妳說的，已超越文字所能表達，此也絕非推託之詞，相信妳一定能理解。謝謝妳。

最後，感謝我的爸爸、媽媽、我的家人，以及我在台東的外婆、舅舅玉成、阿姨玉香、姨丈俊彥，沒有你們，絕不可能有現在的我。弟妹們，感謝你們如此乖巧、懂事、不埋怨。謝謝爸媽放手讓我完成自己所願之事，我總是在外奔波而疏忽你們，你們卻少有怨言，已是對我絕對的信任與支持。在我們一家多苦多難的路上，你們如此的堅強、努力維持這個家，堅持對的事與原則，一切的一切都是最好的身教。兒子若能有任何成就，必定是你們的。

撰寫這本論文的理念精神，正如美國詮釋人類學家 Clifford Geertz 所述：

*It is the “very great deal more” that will absorb me. The intent is to evoke outlooks, not to anatomize codes, to sketch, at least, something of the if/then's within which the as/therefores are set in each of these particular case ... and gain a sense thereby of what the fact-law issue comes to in them as against what it comes to for us.**

這本論文所關注者，正是那些被認為是「其他」(very great deal more) 之事物，也希望論文只是關注的開始。

「物と物のあいだにできる影にこそ、美がある」

～谷崎潤一郎 『陰翳礼讚』

黃 傑 2013.12.10.

於萬才館 2417 研究室

* Clifford Geertz, *Local knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, in LOCAL KNOWLEDGE: FURTHER ESSAYS IN INTERPRETIVE ANTHROPOLOGY 167, 183 (1983).



摘要



日本行政訴訟法制之訴訟類型中，繼受自德國戰前制度，嗣後日本自行發展出獨特內涵之「當事者訴訟」，屬較鮮為人知之者。長年以來，由於日本學說與實務，常以抗告訴訟為中心進行討論及運作，當事者訴訟一直扮演若有似無之角色。在司法一元制之背景下，廢除當事者訴訟之聲浪不斷。然而，西元 2004 年日本修正行政事件訴訟法，卻於當事者訴訟之條文中，明示「確認公法上法律關係之訴訟」，使得當事者訴訟有了全然不同的發展可能。修法者嘗試透過此修正，解決日本以抗告訴訟為中心，所導致之權利救濟缺陷，希望擴大之權利救濟之可能性。

本文觀察到日本此次修正之重要性，故以當事者訴訟作為研究考察之焦點。一方面釐清其真實樣貌，另一方面，透過屬於邊緣地位之當事者訴訟，嘗試從不同角度，一窺日本行政訴訟制度之特色。本文首先探尋歷史脈絡中之當事者訴訟，究竟如何變遷，其邊緣化之緣由與背景又為何？以此為基礎，進而討論當事者訴訟之兩下位類型：「形式當事者訴訟」與「實質當事者訴訟」，其分別之爭議與發展。當中尤其關注 2004 年當事者訴訟之修法，帶給日本行政訴訟整體制度之影響，以及現行實務之操作與發展。

透過考察當事者訴訟在日本行政訴訟制度之意義，希冀可拋磚引玉，提供我國學界進一步理解日本行政訴訟制度，乃至於日本公法學之基礎。

關鍵字：日本行政訴訟制度、當事者訴訟、抗告訴訟、日本行政事件訴訟法、確認公法上法律關係之訴訟、形式當事者訴訟、實質當事者訴訟。



要 旨



日本行政訴訟法制において、「当事者訴訟」は戦前ドイツの制度の引き継ぎ、戦後日本独自な内容を発展してきた行政訴訟の類型の一つと考えられる。長い間、抗告訴訟を中心とした日本行政訴訟制度には、当事者訴訟が常に外側に位置され、「司法国家」の背景の下で、廃棄しようという動きが盛り上がっていた。しかしながら、2004年日本行政事件訴訟法の一部を改正する法律が公布され、同法4条の定める当事者訴訟の中に、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が例示され、当事者訴訟には新たな意義がもたらされた。法改正の目的は、抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応のため、公法上の確認訴訟の明示により、国民と行政主体の間の多様な法律関係に応じた国民の権利利益の実効的救済のためのアイテムとして、有効に機能させることになる。

本論文は、極めて重要な意味をもつ改正行政事件訴訟法について、当事者訴訟を中心として考察し、その内容を明らかにしながら、長年に無用のものとして扱われている当事者訴訟を研究し、異なる視点から、日本行政訴訟法制の特色と全体像を眺めようと試みたいと考えられる。本論文はまず、当事者訴訟の史的成立と発展の過程を詳しく調べたり、歴史的脈絡を明らかにした。特に、当事者訴訟の変遷、周辺化の原因と背景について、中心として考察した。これに基づき、当事者訴訟の二亜型：「形式当事者訴訟」と「実質当事者訴訟」それぞれの論争と今後の発展、また改正後、学界と裁判実務にどのような影響を与えたかのを紹介した。

当事者訴訟が日本行政訴訟法制において、どんな意義を持つかを考察することにより、わが国学界には、日本行政訴訟法制、乃至日本公法学の研究に関して、多少とも裨益するところがあれば幸いである。

キーワード：日本行政訴訟制度、当事者訴訟、抗告訴訟、日本行政事件訴訟法、公法上の法律関係に関する確認の訴え、形式当事者訴訟、実質当事者訴訟。



簡目



第一章 前言	1
第一節 研究動機	1
第二節 本文架構	9
第二章 歷史脈絡中之當事者訴訟	13
第一節 當事者訴訟之繼受	13
第二節 當事者訴訟之明文	24
第三節 當事者訴訟之論爭	62
第三章 當今發展中之當事者訴訟	77
第一節 「形式」當事者訴訟之實像	77
第二節 「實質」當事者訴訟之修法	96
第三節 當事者訴訟之解／重構	131
第四章 當事者訴訟對我國之啟示 — 代結論	157
第一節 混淆「行政處分之認定」與「訴訟權能」？	159
第二節 針對「法規命令」為爭訟之可能？	166
第三節 確認公法上法律關係訴訟：作為法規命令爭訟途徑之可能？	172
參考文獻	177



詳目



謝辭	I
摘要	V
要旨	VII
凡例	XVII
第一章 前言	1
第一節 研究動機	1
第二節 本文架構	9
第二章 歷史脈絡中之當事者訴訟	13
第一節 當事者訴訟之繼受	13
壹、美濃部達吉之引介	13
貳、美濃部學說之內涵	15
一、當事者訴訟之性質	15
(一) 問題意識：當事者訴訟僅為確認訴訟？	15
(二) 當事者訴訟實兼具三種訴訟請求類型	16
二、「相對立」之當事者	18
(一) 問題意識：「補遺概念」 vs. 「獨立概念」	18
(二) 「覆審之爭訟」 vs. 「始審之爭訟」	19
參、美濃部學說之意義	22
第二節 當事者訴訟之明文	24
壹、概述	24



一、問題提出	24
二、新憲法下之司法權與行政訴訟制度	26
(一) 司法權之本質與「法律上之爭訟」	26
(二) 行政法院之廢除	28
貳、行政事件訴訟特例法：行政訴訟本質之論爭	31
一、當事者訴訟之存在必要	31
(一) 特例法之立法討論過程	31
(二) 公／私法二元論之爭議	33
二、當事者訴訟之定位？	34
(一)「其他公法上權利關係之訴訟」？	34
(二) 特例法時期之「確認處分無效」之訴	39
參、行政事件訴訟法：抗告訴訟與當事者訴訟之關係	44
一、訴訟類型之建構	45
(一) 立法前史：小委員會之立案過程	45
(二) 立案過程中之訴訟類型	47
(三)「程序法思考」之引導	50
二、「抗告訴訟中心主義」	52
(一) 混淆「處分認定」與「權利救濟」	55
(二) 歷史的幽靈：「公定力」	58
(三) 對當事者訴訟之影響	60
第三節 當事者訴訟之論爭	62
壹、概述	62



貳、當事者訴訟之「死亡論」	63
一、公／私法區分無用說	63
二、質疑當事者訴訟獨立存在意義	64
三、疫苗接種訴訟	65
參、當事者訴訟之「活用論」	70
一、程序機能論	72
(一) 大阪機場案	72
(二) 學界之評價	73
二、從實體法理論嘗試重新定位	74
第三章 當今發展中之當事者訴訟	77
第一節 「形式」當事者訴訟之實像	77
壹、概述	77
貳、形式當事者訴訟之適例	80
一、日本土地收用法：土地徵收補償額之訴	80
(一) 徵收當事人間之關係	80
(二) 徵收補償額訴訟之歷史脈絡	81
二、日本特許法：撤銷審決之訴	85
(一) 制度簡介	85
(二) 訴訟類型之爭議	86
參、形式當事者訴訟之存在意義	89
一、制度轉型之歷史遺緒	89
二、反思兩事例	93



第二節 「實質」當事者訴訟之修法	96
壹、行政事件訴訟法 2004 年修法緣由	96
一、「日本司法制度改革」	96
二、1980 年以降制度修正之學說討論	98
三、行政訴訟制度修正方向芻議：權利救濟實效化	100
貳、「實質當事者訴訟」與「確認訴訟」之關係	103
一、芻議內容：無涉實質當事者訴訟	104
二、檢討會過程：「補遺概念」再現	107
三、明文化「確認訴訟」之遲疑	111
參、「確認訴訟」作為權利救濟實效化之手段？	114
一、檢討會過程：「包括式」適法性監督功能	114
二、「確認訴訟」與抗告訴訟間之關係	118
三、著眼於個案預防／即時性救濟	123
第三節 當事者訴訟之解／重構	131
壹、歷史遺緒之整理：形式當事者訴訟之存在意義	132
貳、法院實務之發展：實質當事者訴訟之修正影響	134
一、以預備合併解消「處分性判定」之爭議？	137
(一) 解消處分性認定爭議：以行政立法為例	137
(二) 未解消處分性認定爭議：以「市地重劃」為例	138
(三) 小結：仍侷限於「補遺」功能	142
二、確認訴訟與禁制訴訟之緊張關係	143
(一) 修法前：欠缺具體爭訟性	144



(二) 修法後：即時性救濟之必要.....	145
(三) 小結：漠視緊張關係	147
三、給付訴訟優先於確認訴訟？	149
(一) 事實行為之排除	150
(二) 針對行政指導之救濟	151
(三) 小結：仍受「包括性處分概念」支配	153
參、當事者訴訟之未來展望	154
第四章 當事者訴訟對我國之啟示 — 代結論.....	157
第一節 混淆「行政處分之認定」與「訴訟權能」？	159
第二節 針對「法規命令」為爭訟之可能？	166
第三節 確認公法上法律關係訴訟：作為法規命令爭訟途徑之可能？	172
參考文獻	177



凡例



1. 本論文內文與註腳，中文部分以新細明體，日文部分以 MS Mincho (明朝体)，西文與數字則以 Times New Roman 書寫。內文與註腳中，法律條文或直接引用部分，中文以標楷體呈現，日文則不另異字型。
2. 本論文所使用之法律條文，臺灣部分法規條文皆是以「全國法規資料庫」網站(<http://law.moj.gov.tw/Index.aspx>)所提供之條文為準，日本部分則以「e-Gov 電子政府の総合窓口（イーガブ）法令データ提供システム」(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>)為準。
3. 本文註腳方式採用「單章引註」，格式上中文部分以《臺大法學論叢》格式範本（2012）為準，日文部分以由日本法律編集懇話會所作成之「法律文獻出處表示方法」:(<http://www.law.kobe-u.ac.jp/citation/02.htm>)為主（法律編集者懇話會「法律文献等の出典の表示方法」）。

但由於該「表示方法」並未完整規範所有引用類型，故本文就特定部分有作修正與新增。例如同一作者之專書篇章，本文如下方式引用：

塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」『法治主義の諸相』308-327 頁（有斐閣、2001）。

此外，由於本文亦有參考日文網路資料，惟該「表示方法」亦無就網路資料部分為格式規範，本文將另外於註解中另行說明。

4. 原則上，日文法律條文與直接引用部分皆由本文自行翻譯，如有字詞上擇選問題，於註腳中一併說明理由。





第一章 前言

第一節 研究動機

臺灣作為一個法律繼受國，在公法領域中，除了德國法制以外，日本制度亦屬重要參考對象之一。千禧年左右，許多重要的行政法規，如行政執行法、行政程序法、行政訴訟法、行政罰法…等相繼施行，雖然體系上大多主要師事德國制度，但內容上不乏存有日本制度。其中，「行政訴訟法」亦復如此¹。我國現行行政訴訟法第3條規定：「前條所稱之行政訴訟，指撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟」，相較於民事訴訟法之規範模式，行政訴訟法在整部法律之初就以「訴訟類型」為規定，可謂獨特。若以法規體系而言，此種立法方式，其實與日本制度完全相同²。日本現行「行政事件訴訟法」第2條規定：「本法所稱『行政訴訟事件』者，謂抗告訴訟、當事者訴訟、民眾訴訟以及機關訴訟³」（粗體為本文所加）亦可窺知。然而必須注意，實際上兩國在訴訟類型之規範模式以及內容上，則是完全不同。簡言之，日本是以「抗告訴訟」與「當事者訴訟」二分法作為規範架構，我國則與德國現行制度相同，以「撤銷、確認、給付」三分法為之。

¹ 最為明顯者，當屬我國行政訴訟法第198條之「情況判決」，係繼受日本現行行政事件訴訟法第31條之規定。我國相關評介文獻，參看：林素鳳（2000），〈情況判決制度〉，氏著，《行政爭訟與行政法學》，頁123-157。桃園：中央警察大學。林素鳳（2007），〈情況判決制度之研究〉，《東吳公法論叢》，1卷，頁33-48。日本方面，較全面之文獻，以註釋書為例，參看：南博方、高橋滋編『條解 行政事件訴訟法』129-130頁〔石井昇〕（弘文堂、3版、2009）。2004年日本行政事件訴訟法討論修法之際，亦有爭論是否應廢除之，但仍未有共識，故放棄刪除；就此參看：宇賀克也『改正行政事件訴訟法：改正法の要点と逐条解説』129-130頁（青林書院、2006）。

² 實際上，日本之所以會在整部法律之初，便以「訴訟類型」為規範對象，最主要的原因，就本文之所見，其實是「司法一元化」之緣故。正如下文所述（第二章、第二節、「壹」與「貳」部分），當戰後日本之行政法院遭到廢除，行政訴訟法制之存在必要性便遭受到質疑。為突顯那些「事件」需要適用行政事件訴訟特例法或行政事件訴訟法，規範模式上很自然會於開頭部分明示所謂的「行政訴訟事件」係指為何。

³ 本條列舉之四種類型，應為「訴訟類型」之規定。就此，參看：杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報15卷3号33頁（1963）。此外，關於日本行政訴訟類型之概述，早期文獻參看：田中二郎『新版行政法上卷』303-313頁（弘文堂、2版、1998）。近期文獻參看：塙野宏『行政法II行政救濟法』80-81頁（有斐閣、5版、2011）。芝池義一『行政爭訟法』14-26頁（有斐閣、3版、2006）。就此，詳參本文後述「第二章、第二節、參、一」之說明。



本文所主要關切者—「當事者訴訟」，正如前所示，係日本行政訴訟法制中訴訟類型之一。而「當事者訴訟」為本文自行依照日文漢字轉用而來，國內並無統一之翻譯⁴。實際上日文「當事者」一詞即指中文之「當事人」，如果直譯當事者訴訟之發源國—德國之名稱，或許應譯為「當事人訴訟」；惟本文為凸顯當事者訴訟已在日本形成一個具有在地性與獨特意義的訴訟類型，而與原先繼受自德國的概念內涵，發展至今已顯有不同，故本文遂譯為「當事者」而非「當事人」。

「當事者訴訟」在日本行政訴訟法制中，相較於另一個訴訟類型—「抗告訴訟」而言，自始即非學說討論之重心。長期以來除了不受學界青睞外，實務之操作亦僅限於特定的案件類型⁶，宛如「為了存在而存在」於行政訴訟法制中，自然遭受部分學說之批評，以及指稱應加以廢除。

然而，西元 2004 年（本章以下年份皆指「西元」年）6 月日本行政事件訴訟法修正，2005 年 4 月施行，針對當事者訴訟之條文規定部分卻有重大變革。截至 2012 年之統計數據顯示，當事者訴訟之案件數明顯逐年增加⁷。雖然相較抗告訴訟而言，比例上仍有差距；但仔細比較數據後便會發現，行政訴訟整體案件數有幅度增加，相較於抗告訴訟，當事者訴訟個案數增加幅度呈現「倍數成長」⁸。

⁴ 譯為當事「人」訴訟者，例如：林素鳳（2011），〈日本行政訴訟法制之特色與實務現況：併觀察我國十年來之實務統計〉，《警大法學論集》，21 期，頁 196-197。桃園：中央警察大學。以及：闕銘富（2012），《行政訴訟權保障之現代意義：以 2004 年日本行政事件訴訟法修正為中心》，頁 64。台北：台灣法學。譯為當事「者」訴訟者，例如：程明修（2013），〈國家賠償回歸行政訴訟審判權之日本法制經驗：原則性問題〉，發表於：《國家賠償訴訟變革研討會》。東吳大學法律學系公法研究中心（主辦），東吳大學城中校區。頁 4-8。林明昕（2006），〈論行政訴訟法上之訴訟類型〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 339-377。台北：元照。林氏文中，於日本法部分譯為當事「者」訴訟，德國法方面則譯為當事「人」訴訟，翻譯上做不同之處理。

⁵ 就此參看：林明昕，本章前揭註 4，頁 351-352。

⁶ 若為 2004 年修法前，以 1986 年至 1990 年為例，抗告訴訟與當事者訴訟之比例分別約為 85% 與 3% 之比例；就此參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 2 年度行政事件の概況」法曹時報 43 卷 8 号 151 頁〔第 7 表〕（1991）。

⁷ 以 2012 年日本各地方法院所受理案件之統計資料為例，抗告訴訟占 80.6%，當事者訴訟占 12.0%；就此參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 24 年度行政事件の概況」法曹時報 65 卷 9 号 48 頁〔第 7 表〕（2013）。

⁸ 以 2008 年為例，總體個案數為 2180 件，僅看撤銷訴訟約有 1075 件，當事者訴訟有 129 件；再以 2012 為例，總體個案數為 2425 件，撤銷訴訟有 1275，當事者訴訟有 280 件。就此參看：

當事者訴訟宛如變成「擴大訴訟權保障」之利器，而其存在價值與意義又再次受到學說之關注。自現時點而言，當事者訴訟或許未能衝擊原有制度與現狀，但就其「未來發展可能性」而言，的確值得時常參考日本法制之我國加以關注。其實，正是這種曲折離奇的發展脈絡，引發本文欲進一步研究當事者訴訟之動機。

在日本學界中，至今仍未有研究當事者訴訟之專論，篇幅較短之專述論文則略有數篇⁹，此反映了學界對當事者訴訟研究之欠缺；對照到 2004 年之修法，隨著日本實務逐漸的運作，相關討論其實略有不足。至於我國部分，由於兩國訴訟類型規範模式完全不同，當事者訴訟之內涵與構造也十分令人費解，日本實務亦少運作，對我國而言似乎毫無直接參考之必要，因此幾乎沒有當事者訴訟之相關文獻¹⁰。

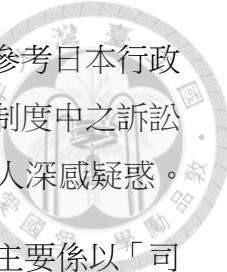
最高裁判所事務總局行政局・本章前掲注 (7) 48 頁〔第 7 表〕。這僅是一審法院受理之統計數量，何況此統計方式是以原告之聲明為準，暫不論判斷上與法院認定有異，或是實際上應為何種訴訟類型，數據上比較來看，的確具未來發展性。

⁹ 本文所謂「專述」，係指整篇論文皆以當事者訴訟為中心之文獻，並不包括體系（大系）類之書籍，因該文獻較屬於現存制度而必須論及當事者訴訟之文獻。

早期專述文獻例如：藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について (1) ~ (3)」六甲台論集 15 卷 2-4 号 1-11 頁 (1 号)、25-35 頁 (2 号)、124-131 頁 (3 号) (1968-1969)。加藤幸嗣「公権力の行使と当事者訴訟」雄川一郎先生獻呈論集『行政法の諸問題 下』177-205 頁(有斐閣、1990)。除此之外，便是長期主張應廢除當事者訴訟之學者，阿部泰隆教授一連串之著作，參看：阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』234-260 頁 (弘文堂、2003)。阿部泰隆「公法上の実質当事者訴訟と予防接種禍訴訟」同注書 283-315 頁。阿部泰隆「公法上の当事者訴訟のあり方：法律・判例の不合理性の狭間で解釈学はどう対応すべきか」同注書 261-282 頁。阿部泰隆「形式的当事者訴訟制度の検討：土地収用法一三三条の定める損失補償請求について」同注書 316-348 頁。

晚近文獻：碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（一）～（二）：最近の裁判例を中心として」自治研究 85 卷 3-4 号 17-37 頁 (3 号)、3-31 頁 (4 号) (2009)。此兩篇文獻是在 2004 年修法後，初次整體性整理當事者訴訟實務判決之重要文獻。大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点 覚書」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』629-654 頁(有斐閣、2012)。以下兩篇係從「違憲審查」之意識出發，研究當事者訴訟之著作：猪股弘貴「公法上の当事者訴訟—『人権救済訴訟』研究序説—」明治大学社会科学研究所紀要 49 卷 2 号 265-305 頁 (2011)。鈴木眞澄「公法上の当事者訴訟の展開：憲法訴訟への架橋として」龍谷法学 45 卷 4 号 453-480 頁 (2013)。從日本行政訴訟學界之總體著述量來看，專述文獻數量確實過少；但有趣的是，2004 年修法後之文獻數量增加，討論面向也明顯變得多元。

¹⁰ 國內有提到當事者訴訟之文獻，大部分是介紹整體日本行政訴訟制度或徵收補償訴訟時，附帶提及，例如：林素鳳，本章前掲註 4，頁 196-197。林素鳳（2002），〈日本損失補償之研究〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會（編），《當代公法新論（下）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文



實際上，就「訴訟類型」而言，我國立法史料中的確有明言係參考日本行政事件訴訟法第 2 條之規定¹¹。然而，正如本文前述，日本行政訴訟制度中之訴訟類型規定，其基本架構與我國大有不同，又何以參考日本規定？令人深感疑惑。

若以立法史之解釋而言，我國行政訴訟法第 3 條之立法史上，主要係以「司法院版本」以及「謝啟大委員」兩版本¹²進行討論，於朝野協商以及二、三讀會審查過程中，並無特別針對同法第 3 條，亦即「訴訟類型」之實質內容為深入探討¹³；再者，謝啟大委員版本中，並無另外針對同法第 3 條提出不同草案條文¹⁴，故該條關於訴訟類型之規定，可謂完全依循司法院版本。

既然如此，在立法史之討論上，自不能遺漏司法院版本之「形成歷史」，亦即所謂「立法前史¹⁵」的討論。實際上，司法院版本之前身，其實是「司法院行政訴訟制度研究計畫」，經過長達十年之研修討論後，所得出來之成果¹⁶，就立法

集》，頁 350-351。台北：元照。林明昕，本章前揭註 4，頁 344-351。至於實際上提到「當事者訴訟」定義之我國文獻，例如：翁岳生（2006），《行政法（下）》，3 版，頁 362（劉宗德、彭鳳至執筆部分）。台北：元照。該書中則是以行政訴訟類型之古典分類觀點介紹之。另外，較為深入探討日本 2004 年修法後之當事者訴訟，即屬：闢銘富，本章前揭註 4，頁 106-110、132-140、172-174。

¹¹ 就此，參看：司法院編印（1988），《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（五）》，頁 2235（附錄二之部分）。台北：司法院秘書處。以及：翁岳生（編）（2006），《行政訴訟法逐條釋義》，頁 54（盛子龍執筆部分）。台北：五南。

¹² 立法院公報處（1998），〈院會紀錄（五、立法院司法、法制兩委員會報告併案審查司法院函請審議及謝委員啟大等擬具「行政訴訟法修正草案」案）〉，《立法院公報》，87 卷 36 期，頁 140 頁。特別是「說明」部分。

¹³ 立法院公報處，本章前揭註 12，426、464 頁。

¹⁴ 立法院公報處，本章前揭註 12，152 頁。

¹⁵ 關於行政訴訟法之「立法前史」說明，參看：林明昕（2009），〈論行政訴訟法第四十一條訴訟參加類型之適用範圍與功能〉，《臺大法學論叢》，38 卷 3 期，頁 90-92。

¹⁶ 相關文獻參看：司法院編印（1985-1993），《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（一）～（六）》，台北：司法院秘書處。



前史之研究上，自深具參考價值。有趣的是，在立法前史之文獻中卻屢屢可見「當事者訴訟」之蹤跡¹⁷。

就「訴訟類型」的部分，該委員會經由第 5 次至第 7 次之會議，初步作成結論。除了擴大訴訟類型（給付之訴、確認之訟），以期改善我國行政訴訟向來僅有撤銷訴訟之缺陷；此外，各委員皆認為，亦應參照日本行政事件訴訟法中之「當事者訴訟」制度，擬定相應草案條文¹⁸。

在討論過程中，王甲乙委員於第 5 次會議時發言提到：「依行政訴訟法（按：指修法前之規定）第 9 條之規定，被告幾乎為行政機關，並無當事者訴訟，使得很多案件，有利害關係之人無法獲得救濟，因此，本席主張應增列當事者訴訟」¹⁹，接續在第 6 次會議中多數委員皆贊成此項見解。從第 7 次會議時深入討論內容上來看，委員多數將當事者訴訟理解成，訴訟當事者屬「平等關係」者，尤其著眼於行政機關亦可成為行政訴訟原告之觀點上。從討論內容上觀察，實難歸納出一個當事者訴訟的面貌²⁰。

當時委員間並非明確掌握當事者訴訟之實質內容²¹，而僅是作為草擬條文上，比較法制度參照之例²²。因為，各委員對於當事者訴訟之認識，實際案例上

¹⁷ 實際上，依據該委員會所做為的草案，嗣後亦有整理出比較法上之依據，其中現行第 3 條之規定，便有明文係參考日本行政事件訴訟法第 2 條之規定。就此，參看：司法院編印（1988），《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（五）》，頁 2235（附錄二之部分）。台北：司法院秘書處。

¹⁸ 就此，詳見：司法院編印（1985），《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（一）》，頁 411-449。台北：司法院秘書處。另外，歷經三次會議討論後所作出之結論，可參照第 7 次會議結論（同註，頁 449），而該三次會議中，其實僅係從立法論之觀點，針對行政訴訟類型，做「原則性方針」之討論，並非以草擬完成之條文為基礎討論。

¹⁹ 司法院編印，本章前揭註 18，頁 416（第 5 次會議紀錄，王甲乙委員發言部分）。

²⁰ 司法院編印，本章前揭註 18，頁 433-444（第 7 次會議紀錄）。。

²¹ 委員間稍微清楚交代當事者訴訟之歷史脈絡者，即屬吳庚委員。就此參看：司法院編印，本章前揭註 18，頁 437-438（第 7 次會議紀錄，吳庚委員發言部分）。但吳庚委員亦表達出可新增當事者訴訟之意見，只是範圍應如何規定，仍待研究。

²² 例如：司法院編印，本章前揭註 18，頁 422-423（第 6 次會議紀錄，林紀東召集人、吳庚委員發言部分）、頁 439-444（第 7 次會議紀錄，翁岳生召集人發言部分）。



似僅限於地方自治團體間之權限爭議²³，另外則為擴大行政訴訟救濟範圍。至於擴大之原因，多基於為擴張至非行政處分，但為公法上爭議之事件²⁴。而討論過程中對於當事者訴訟之定義與內涵陳述，其實有所不足。至此，從訴訟類型三分法與當事者訴訟間究竟為何關係皆未能釐清之下，便直言應研擬新增「當事者訴訟」，頗耐人尋味。

然而，嗣後於第 77 次會議討論時，楊建華委員從民事訴訟法之角度，建議從「訴之內容」來區分行政訴訟類型，亦即區分為「形成之訴、確認之訴、給付之訴」。並進而以此為基礎，續行針對撤銷訴訟、確認訴訟、給付訴訟，做進一步之要件規定²⁵。嗣後，此方向亦落實於我國現行行政訴訟法第 3 條以下之規範模式中²⁶。本文認為，當時楊建華委員採取此看法，完全是以民事訴訟法之角度出發，與德國（當時為西德）與日本在研擬訂定行政訴訟法制時，背後之脈絡發展完全不同²⁷，必須加以留意。

嗣後於第 83 次會議時，討論於確認訴訟之條文內，草擬當事者訴訟之規定（給付訴訟亦有之），規定「確認『當事者間』法律關係之訴訟」。然而，一來受到肯定見解之部分委員質疑，此僅在確認訴訟中規定是否妥適？二來，否定見解的委員也直指，給付、確認、形成訴訟之分類模式，與抗告訴訟、當事者訴訟之區分方式不同，必須重新研擬²⁸。後續幾次討論，僅是就此項中是否需要「當事

²³ 例如：司法院編印，本章前揭註 18，頁 437-438（第 7 次會議紀錄，吳庚委員發言部分）、頁 439（第 7 次會議紀錄，翁岳生召集人、城仲模委員發言部分）。

²⁴ 如：司法院編印，本章前揭註 18，頁 442-444（第 7 次會議紀錄，古登美委員、張劍寒委員、楊建華委員發言部分）。

²⁵ 就此，參看：司法院編印（1986），《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（三）》，頁 61-62（第 67 次會議紀錄，楊委員建華發言部分），台北：司法院秘書處。實際上，我國行政訴訟類型之形成過程中，除了民事訴訟的觀點外，亦參有德國、日本之制度。就此參看：林明昕，本章前揭註 4，頁 344。

²⁶ 討論過程中意見很多，大多數是認為硬性區分公法上之爭議係指撤銷訴訟、確認訴訟、給付訴訟，是否有必要，並且認為如果第 4 條以下規定完備時，第 3 條反而略顯多餘，參看：司法院編印，本章前揭註 25，頁 85-89（第 78 次會議紀錄）。

²⁷ 德國部分參看：林明昕，本章前揭註 4，頁 352-362。

²⁸ 司法院編印，本章前揭註 25，頁 85-89（第 83 次會議紀錄）；頁 354（所附之參考資料）。



者中」四字做斟酌而已。就本文之理解，從史料之解讀來說，難謂委員間有積極表示排除當事者訴訟存在於確認訴訟以及給付訴訟中之意²⁹。

本文於此特別提及我國行政訴訟法之立法前史，與日本當事者訴訟間的關聯，並非為了證明當事者訴訟與我國現行條文連結何在，進而帶出特定的研究動機，抑或是據以證立本文論點。反而是希望透過立法前史中所呈現出來之「法律繼受過程」，凸顯我國法制常有「盲目繼受」之現象。

尤其，我國時常直接以「點狀」方式習得特定制度，卻往往忽略或漠視該制度在歷史脈絡中的「定位與變遷」，即「面向」觀察方式，甚至是加上歷史脈絡之「立體觀察」。正如我國行政訴訟法第3條之立法史料中，在尚未釐清日本整體行政訴訟制度脈絡與歷史變遷前，便直接言明係參考日本行政事件訴訟法第2條之規定，可說是突兀之立法參考。

雖然，我國現行行政訴訟類型，自立法前史中所呈現者，實際上係深受民事訴訟法理論之影響。與德、日兩國制度發展過程中，有「抗告訴訟與當事者訴訟」之磨合、轉變期，大有不同，也正好跳過了日本延續至今之制度磨合期。但在我國學說理論之討論上，若承襲德、日兩國之理論加以發展時，其實難以避免掉那段發展歷史。然而，我國就行政訴訟類型之立法前史討論中，卻未能有機會深思歷史脈絡之重要性。

在我國，關於整體「日本行政訴訟制度」之研究，一直以來都不受重視，相關的研究並不充足，相應於我國與日本在法制上之密切關係，可說是仍待開發的領域。「當事者訴訟」在我國與日本之行政訴訟學界中，多被視為研究實益低，而受到之關注較少。但本文認為，其作為一訴訟類型，在制度上必然有她存在的脈絡。嘗試釐清邊緣領域之議題，往往能夠帶給行政訴訟之「結構整體」新的觀點。對於我國理解日本行政訴訟法學，這個看似熟悉卻又陌生之法制，或許更具實益。

因此，就本文研究之切入點而言，日本2004年行政事件訴訟法之修正，對於「當事者訴訟」所帶來之變革，確實為研究動機之出發點。然而，引發本文更進一步深入研究之中心關懷，其實就是在於：探尋當事者訴訟究竟為何？若其於

²⁹ 司法院編印，本章前揭註25，頁338（第85次會議紀錄）。

日本法制上僅存法制史上之意義，又何以在 2004 年修法時有所修正？此外，做為一個「邊緣」訴訟類型，吾人便會感興趣者，即在於其邊緣化之「緣由」究竟為何？

事實上，行政訴訟類型之變遷，與「審判權」之範圍大小息息相關，而其背後往往涉及到對於「司法權本質」以及「行政訴訟制度之定位與功能」，乃至於權力分立、權利救濟…等面向。從而，本文認為，透過理解在日本行政訴訟制度中，屬於邊緣以及特別令人感到疑惑之當事者訴訟，或許是一窺日本行政訴訟制度最具立體感之路徑。2004 年日本行政事件訴訟法之修正，對於當事者訴訟帶來的變革，可謂不小。鑑於日後觀察當事者訴訟之發展可能性與動向，為避免點狀性繼受他國法制，本文不揣謬陋，追溯自歷史之源頭，探究背後之脈絡，藉以俯瞰當事者訴訟在日本行政訴訟法制之面貌、地位與變遷。





第二節 本文架構

為理解行政訴訟之「訴訟類型」，乃至於其歷史變遷與脈絡，「審判權範圍」之考察可以說是無法忽略。而其背後，往往又涉及到對於「司法權本質」以及「行政訴訟制度之定位與功能」，乃至於權力分立、權利救濟…等考量，所以「歷史性、脈絡性」之研究方法，有其重要之處。

正如論者所言：

「按現在的社會，乃過去歷史之產物，故須先探究『是』應由怎樣的歷史過程而形成現在的法律條文、法學理論、實務見解、法律生活，再本於一定的理念進行評價，以判斷現狀『應』否延續至未來³⁰」。

本文以「當事者訴訟」此一特殊之行政訴訟類型為中心探討，最終目的並非提出一個新的詮釋以解決我國法上特定的爭議問題；而是希望從「當事者訴訟」本質內涵之釐清，提供吾人在日本行政法制之討論上，一個更全面的視野。申言之，本文主旨並非在於深入探究不同法秩序之間雷同與差異形成的原因，或其背景究竟為何，並據此進一步協助國內法秩序問題的深入理解與解決³¹。換言之，本文在法學方法上毋寧稱為「描述性的比較法」，提供學界未來後續作為「真正的比較法」研究時之基礎³²。

從而，本文將藉由以下脈絡，依序剖析當事者訴訟之面貌，同時窺看日本行政訴訟制度特徵之所在：

首先，從歷史脈絡中，探究當事者訴訟角色之變遷。主要以釐清當事者訴訟在日本行政訴訟法制整體結構中，究竟扮演「何種」角色，以及「為何」扮演。而本文所謂之「歷史脈絡」，其實是以 2004 年日本行政事件訴訟法修法為基準，

³⁰ 王泰升（2010），〈法學研究為何需要歷史思維〉，氏著，《具有歷史思維之法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁 34。台北：元照。

³¹ 黃舒芃（2009），〈比較法作為法學方法〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 248。台北：元照。

³² 關於「描述性的」比較法與「真正的」比較法，後者相較於前者最大的不同在於，其係為了「解決」國內法秩序之爭議問題，進行「功能性」之比較法研究。就此，參看：黃舒芃，本章前揭註 31，頁 250-260。



因而探究 2004 年「修法前」當事者訴訟之歷史變遷。雖謂「歷史」中之當事者訴訟，看似討論已非現存制度之內容，但本文最主要的目的在於了解當事者訴訟在歷史「脈絡」中的「變遷」；換言之，並非將其視為法制史之制度，而是歷史背景、脈絡之探究、考察。

透過釐清早期日本行政法學，究竟是如何理解原為德國制度之當事者訴訟，進而觀察日本於繼受過程中有無理解上之落差？所謂的落差，係指日本學說一脈相傳，而相互間是否有所理解落差的問題。其間又正好經歷日本公法學上的重大變革，即「憲法」之變更。作為國家根本大法之憲法有所更迭，勢必會對於「司法權定位」以及「行政訴訟制度本質」有所影響。當事者訴訟又與行政訴訟之本質有很密切之關聯，自應當一併加以探究，藉此建立對於日本行政訴訟制度，大環境之初步基礎認識。

進而，當事者訴訟又基於何種背景下，從學理討論轉向明文化成為實定法條文？在明文化之過程，「當事者訴訟」與「抗告訴訟」兩者間之關係最為重要。實際上，了解自己，時常需要透過與他人比較，始有發端。從辨明當事者訴訟內涵較具實益的觀點來說，抗告訴訟下的「撤銷處分訴訟」及「確認處分無效訴訟」，自為主要考察對象。本文透過異於多數論者之觀點，從當事者訴訟的角度，切入探討兩訴訟類型間之關係。一方面釐清時常與當事者訴訟有區辨上疑義之「撤銷處分訴訟」及「確認處分無效訴訟」，另一方面，更是釐清當事者訴訟內涵，最為聚焦之路徑（以上為第二章）。

整理完歷史脈絡，接續再從現行條文切入，嘗試理解現今仍在發展中之當事者訴訟，其功能與意義何在？本文分別從當事者訴訟中之兩下位類型：「形式當事者訴訟」及「實質當事者訴訟」進行討論。

先探所謂之「形式」當事者訴訟之意義究竟何在？又其為何稱為「形式」？本文從現行制度下，形式當事者訴訟主要運作之案件類型出發，嘗試進一步理解，其為何成為當事者訴訟之下位類型之一？而此是否又凸顯出當事者訴訟的何種特性？接著，再轉向本文的重心之一：「實質當事者訴訟之修正」。整理日本行政事件訴訟法於 2004 年討論修法之背景脈絡，其中尤其著重在實質當事者訴訟為何修正？如何修正？具體之內容為何？為主要論述中心。

延續前述之討論成果，本文除了嘗試勾勒出，現今當事者訴訟持續發展中之面貌，作為本文研究「當事者訴訟」之初步結論，亦希望可作為將來理解日本行政訴訟整體制度之基礎（以上為第三章）。

日本行政訴訟制度與我國制度，歧異度不小。若直接做為制度解釋、設計上參考之論點，現階段可能不多。但本文認為，他國整體制度之發展脈絡中，仍有些許觀點或線索，可供我國未來近一步反思，並作為本文之「代結論」。

從當事者訴訟俯瞰整體日本行政訴訟制度後，本文從當事者訴訟之歷史變遷、發展過程之中，擷取若干心得啟示，以我國行政法學或行政訴訟法學中之幾個爭議問題，作為反思的初步嘗試。本文於此必須強調，所提出之爭議問題，本文用意「並不在於解決」各該爭議問題。從解決問題之觀點而言，各該爭議問題或有其他方式或研究路徑，更具解決實益。然，本文之核心關懷與研究實益在於，透過考察當事者訴訟在日本行政訴訟制度之意義後，希冀可拋磚引玉，提供我國學界進一步理解日本行政訴訟制度之基礎，乃至於得以一窺整體日本公法學。立基於此，提供若干考察後之啟示，作為日後反思之始，便是本文之幸。







第二章 歷史脈絡中之當事者訴訟

第一節 當事者訴訟之繼受

壹、美濃部達吉之引介

現行日本行政事件訴訟法第 2 條規定：「本法稱『行政訴訟事件』者，謂抗告訴訟、當事者訴訟、民眾訴訟以及機關訴訟¹」；同法第 4 條規定：「本法稱『當事者訴訟』，謂關於確認或形成當事人間法律關係之處分或裁決，依法令規定應以其法律關係當事人一方為被告之訴訟，及確認公法上法律關係之訴訟與其他公法上法律關係之訴訟²」（粗體為本文所加）。

上開兩條文中所指稱「當事者訴訟」之用語，在日本行政法學文獻中初次出現之時點，就本文所見，應為西元 1910 年（本章以下年份皆指「西元」年），出現於奠定日本公法學之美濃部達吉教授所著之『日本行政法：第二卷』中³。美濃部教授有別於先前論者，如織田萬（後任京都帝國大學教授）與穗積八束（後任東京帝國大學教授）僅從簡介外國（主要以法國和德國為主）行政爭訟⁴制度，以及日本之現況出發⁵，而是開始注意到行政訴訟「訴訟類型」之意義⁶。

¹ 條文為本文所自譯，參看日本行政事件訴訟法第 2 條原文：「この法律において『行政事件訴訟』とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう」。

² 參看日本行政事件訴訟法第 4 條原文：「この法律において『当事者訴訟』とは、当事者間の法律關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關係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律關係に関する確認の訴えその他の公法上の法律關係に関する訴訟をいう」。

³ 美濃部達吉『日本行政法：第二卷』814 頁（有斐閣、1910）。

⁴ 本文在此所稱之「行政爭訟」係指行政訴訟制度與訴願制度而言。日本關於行政訴訟與行政爭訟之概念區分，參看：塩野宏『行政法 II 行政救濟法』1-3 頁（有斐閣、5 版、2011）。芝池義一『行政爭訟法』8-9 頁（有斐閣、3 版、2006）。芝池教授認為，所謂的「行政爭訟」係指，行政上之紛爭，透過裁決機關（法院或行政機關）之審理而解決者。另外，併參看：雄川一郎『行政爭訟法』7-8 頁（有斐閣、2 版、1968）。雄川教授認為，透過「合法性」與「合目的性」監督，使行政符合法治國原則，進而保護人民權利；此種透過特定機關所為「合法性」與「合目的性」監督之制度即是「行政爭訟」制度。

至於「行政救濟」，大體而言，是指人民權益因違法或不當之行政作用，而受到侵害之一切紛



美濃部教授提到，雖然行政訴訟類型之標準尚未定論，但大體而言可以區分成「不服之訴」、「給付之訴」、「確認之訴」三類。「不服之訴」是指，國家或地方自治團體因違法之行政處分⁷而侵害到人民權利時，人民請求「撤銷」或「變更」行政處分之訴訟。而美濃部教授亦以 *Anfechtungsklage* 一詞指稱不服之訴，即代表其所謂之不服之訴，係指德國行政法學上之「抗告訴訟」。至於「給付之訴」(*Leistungsklage*)，則是指國家或地方自治團體違法未為行政處分時，人民起訴請求國家或自治團體為行政處分，或是請求給付金錢或是其他物品之訴訟。

最後一個類型為，人民起訴請求確認公法上法律關係存在或不存在之訴訟，亦即「確認訴訟」(*Feststellungsklage*)。而在此確認訴訟之下，美濃部教授又認為有數種下位類型。其一為私人起訴請求確認其有無公法上之權利，如：確認選舉權存在之有無。其二即是本文所關切之「當事者訴訟」。其被定義為：「相對立的兩當事人就公法上法律關係有所爭執之情形下，請求法院確認系爭法律關係」（相対立スル両当事者間ニ於テ公法上ノ法律關係ニ付キ争アル場合ニ於テ其ノ権利ノ確認ヲ求ムルモノ）⁸。第三類則是，行政機關或地方自治團體間，對其權限有爭議時，確認相互之權限。

爭，透過法律而可獲得權利救濟，因此討論上更包含國家賠償與損失補償。參看：塙野・本注4-7頁。芝池・本注2-5頁。宇賀克也『行政法概說II行政救濟法』2-3頁（有斐閣、2版、2009）。我國亦有論者持相似見解，參看：吳庚（2012），《行政爭訟法》，6版，頁1-3，台北：自刊。

⁵ 織田萬『日本行政法論』815-829頁（六石書房、1895）。穗積八束『行政法大意』81-87頁（八尾書店、1896）。

⁶ 美濃部・本章前揭注（3）812-814頁（有斐閣、1910）。

⁷ 美濃部教授文中係使用「行政行為」一詞，請參見：美濃部・本章前揭注（3）812頁。但本文認為，美濃部教授所指涉者，似為現時意義下的「行政處分」，故文中使用「行政處分」一詞。因為，一來當時學理上對於行政處分的概念，仍在變動中；二來，美濃部教授於不服之訴之介紹中，則不用行政行為一詞，而用「處分」一詞。美濃部教授早期對於行政行為的認知，約略介紹參看：美濃部達吉『日本行政法：第一卷』101-103頁（有斐閣、1909）。實際上，我國文獻上亦多將日本行政實體法學理上之「行政行為」視為我國與德國之「行政處分」。就此，參看：程明修（2005），〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2版，頁105（尤其是註56之說明）。台北：自刊。以及：林明晰（2006），〈行政處分之「撤銷」〉，氏著，《公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁137。台北：自刊。

⁸ 完整原文：「相対立スル両当事者間ニ於テ公法上ノ法律關係ニ付キ争アル場合ニ於テ其ノ権利ノ確認ヲ求ムルモノ 是レ索遜威天堡等國法ニ於テ当事者訴訟（Parteistreitigkeiten）ト称ス



從上開在章節論述體系上可以發現，美濃部教授是將當事者訴訟放在「確認訴訟」的脈絡下進行討論。再者，美濃部教授亦於書中舉數例說明當事者訴訟，如：地方自治團體之境界爭議、公法上求償權之有無、公法上義務分擔之比例，以及其他公法上法律關係之爭訟。

貳、美濃部學說之內涵

前述美濃部教授對於「當事者訴訟」概念之初次引介，其實對於日後日本行政法學上之討論，帶來極為深遠的影響。日本的行政訴訟制度本來就是繼受戰前德國與法國所發展出來的學理，而初次「系統性」大量引介德國與法國學理之學者，即為美濃部達吉教授。因此，美濃部教授對於當事者訴訟具體內涵之理解，自深具研究意義。本文以下，就上開美濃部教授對於當事者訴訟之引介內容，從「性質爭議」與「當事人間關係」兩問題意識切入觀察。

以下分別詳述之：

一、當事者訴訟之性質

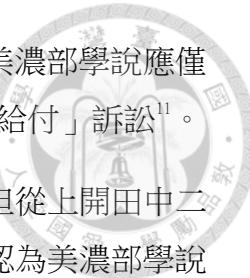
(一) 問題意識：當事者訴訟僅為確認訴訟？

民事訴訟於訴訟類型上，「給付、確認、形成」的三分法，若從現今觀點，不服之訴應可對應到「形成」訴訟，而與後兩類型「給付、確認」訴訟，形成如同民事訴訟之「三分類型」。從而，由上段引介中可以發現，美濃部教授將當事者訴訟置於「確認訴訟」下進行論述，如此一來是否表示美濃部教授所認為的當事者訴訟「僅具」確認訴訟性質？

再者，美濃部教授之學生，亦為日本行政法學上重量級之學者：田中二郎教授曾為文指出，美濃部學說之當事者訴訟，並不包含給付訴訟⁹。其指出，美濃部教授在其晚年論著中提到「行政訴訟中之當事者訴訟，僅在特別法有規定始得

ルモノニシテ」，參看：美濃部・本章前掲注（3）814頁。而當中的「索遜威天堡」應是指「索遜」以及「威天堡」兩地，現皆位於德國境內。索遜，即「ザクセン」，德文為「Sachsen」，當時應為ザクセン王國，現今大約是位於 Freistaat Sachsen 邦境內。至於，「威天堡」應指德文之「Württemberg」，當時應為ヴュルテンベルク王國，現今位於 Baden-Württemberg 邦境內。

⁹ 田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」『行政争訟の法理』162頁（有斐閣、1969）。



提起，並無一般概括性規定肯定得提起」¹⁰。田中教授據此認定美濃部學說應僅包含「確認」與「形成」訴訟，進而主張當事者訴訟亦應包含「給付」訴訟¹¹。

本文已於前述指出，美濃部學說是否僅屬確認訴訟之疑義，但從上開田中二郎教授之批評中，卻又直指不包含給付訴訟，所以代表田中教授認為美濃部學說亦包括「形成訴訟」？上述種種，在在顯示美濃部學說中之當事者訴訟，若以「給付、確認、形成」三分法的觀點而言，究竟屬何性質，爭議複雜。

（二）當事者訴訟實兼具三種訴訟請求類型

首先，美濃部教授於 1929 年『行政裁判法』一書中主張，行政訴訟與民事訴訟之差異僅在訴訟之標的為私法關係或公法關係，意即站在「公私法區分」之前提下討論。所以，「當事者訴訟」僅是訴訟標的為「公法上」權利義務之爭議，當事人請求之內容與民事訴訟幾乎相同¹²。再者，由美濃部達吉主筆¹³，1932 年日本政府向國會所提出的「行政訴訟法草案¹⁴」第 24 條即採取「概括主義¹⁵」，並沒有僅侷限於確認訴訟。據此，本文認為美濃部學說中之當事者訴訟並不侷限於「確認」訴訟，亦應包含「形成」與「給付」訴訟。

¹⁰ 美濃部達吉「憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ 9 號、12 頁（1948）。原文為：「行政訴訟としての当事者訴訟は、特別の法律の定ある場合にのみ提起し得べきもので、一般的に其の提起を認めて居る規定は存在しない」。

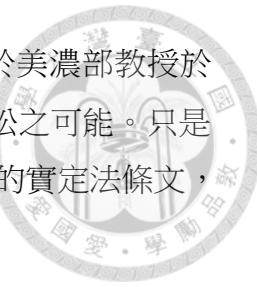
¹¹ 田中・本章前掲注（9）162 頁。

¹² 美濃部達吉『行政裁判法』7、182 頁（千倉書房、1929）。

¹³ 當時對於本草案的解說，即是由美濃部教授主筆，參見：美濃部達吉「行政裁判法改正綱領」美濃部達吉『行政裁判法』1-81 頁（第一付録部分）（千倉書房、1929）。

¹⁴ 日本「行政訴訟法草案」全文請參見，南博方編『條解 行政事件訴訟法』955-978 頁（弘文堂、1987）。因為當時貴族院對於行政裁判權的擴張反彈力量很大，導致無法完成立法程序，相關說明請參見：田中二郎「行政裁判制度の改正案及改正意見」『行政争訟の法理』461-499 頁（有斐閣、1969）。另外，本草案在日本行政法學上的地位也十分重要，日後也對於現行行政事件訴訟法立法有很大的影響，請參見：雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究 45 号 134 頁（1983）。

¹⁵ 關於本草案採行「概括主義」，除了從條文上可窺知外，於美濃部教授自己之解說文獻中亦有強調，參看：美濃部・本章前掲注（13）64 頁（第一付録部分）。



至於田中教授之見解，本文認為似乎過於文意解釋。相較於美濃部教授於1929年『行政裁判法』一書中之主張，其並無明確排除給付訴訟之可能。只是因當時於行政裁判法與其他特別法等實定法中，並無當事者訴訟的實定法條文，而「當事者訴訟」其實僅是出現在美濃部教授的學說理論中。

1890年之「行政裁判法¹⁶」，主要是針對行政法院的組織與權限作規定，其中完全沒有訴訟類型之規定與區分。真正與訴訟類型較為相關者，應是基於大日本帝國憲法第61條¹⁷所制定之「行政廳違法處分之行政裁判案件¹⁸」（行政庁ノ違法処分に關スル行政裁判ノ件、1890年）中，臚列出五種類型¹⁹。但嚴格上來說，該五種類型並不是以「訴訟類型」之方式呈現，毋寧僅是列出何種事件屬於行政法院之審判權。

況且當時日本就行政訴訟之訴訟類型理論仍在萌芽發展，美濃部教授僅是整理了當時各類特別行政法規中之當事者訴訟類型，說明當事者訴訟於實定法中有確認與形成兩種類型。其並強調，有許多本質上應屬當事者訴訟之行政訴訟案件，由於現行法制下未明文當事者訴訟，所以當事人仍需向行政機關請求為行政處分，依該處分「確認或形成」爭訟雙方當事人間之法律關係。雙方當事人對該處分不服，再依抗告訴訟的方式進行訴訟²⁰。

綜上所述，本文認為美濃部教授所認為的當事者訴訟，係指當事人就其間「公法上權利義務」為爭訟之行政訴訟類型。換言之，當事者訴訟僅是訴訟標的為公

¹⁶ 完整條文參看：南博方、高橋滋編『條解 行政事件訴訟法』822-825頁（弘文堂、3版、2009）。室井力ほか編『コンメンタール行政法II 行政事件訴訟法・國家賠償法』596-600頁（日本評論社、2版、2006）。

¹⁷ 大日本帝國憲法第61條法條原文：「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」。此外，關於大日本帝國憲法下「行政爭訟」之意義，參看：美濃部・本章前掲注（12）75、77-82頁。美濃部認為，大日本帝國憲法第61條並不應解釋為憲法對於行政爭訟本質的闡述，而僅是指行政爭訟最主要的目的而已。

¹⁸ 南博方、高橋滋・本章前掲注（16）821頁。室井力ほか・本章前掲注（16）606頁。

¹⁹ 關於各該類型之詳情，參看：美濃部・本章前掲注（12）75、79-92頁。

²⁰ 美濃部達吉『日本行政法 上卷』916-918頁（有斐閣、3版、1941）。



法上爭議，當事人請求之內容與民事訴訟幾乎相同。因此，當事者訴訟在性質上當然包括「給付與形成」訴訟，而不侷限於確認訴訟。

然而，本文整理了美濃部學說對於當事者訴訟內涵之見解，但也因為美濃部教授認為當事者訴訟與民事訴訟之不同，僅在於訴訟標的為「公法上」爭議。而此在日本國憲法（新憲法）通過，行政法院（行政裁判所）制度廢除後，關於「公／私法區分」之論爭逐漸朝向無區別實益時，美濃部所提出來的學說也必須接受艱難的挑戰²¹。

二、「相對立」之當事者

（一）問題意識：「補遺概念」vs. 「獨立概念」

第二個觀察重點，即美濃部教授所謂「相對立」之當事者關係，究竟何所指？因為若從民事訴訟的觀點出發思考，只要是訴訟當事人，其間當然是屬於「相對立」關係；而美濃部教授於此特別以「相對立」一詞說明，是否有其特殊意義？

此爭議問題之所以值得關注，其實是因為日後學說發展上，包括美濃部教授²²、田中教授²³及部分論者²⁴皆有指出，當事者訴訟即是指雙方當事者之關係為「對等關係」。惟，其實亦有學者並無特別強調當事人間之關係屬對等者，如雄川一郎教授²⁵。

²¹ 就此請參見後述本章「第二節、貳、一、(二)」之說明。

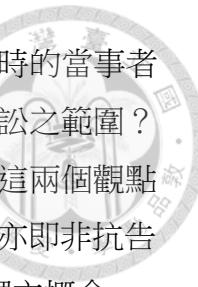
²² 美濃部・本章前掲注 (12) 7 頁 (第一付録) 71 頁。美濃部達吉「行政上の争訟」國家協會雜誌 62 卷 7 号 5 頁 (1948)。

附帶一提，第二篇文章「行政上の争訟」，係美濃部教授於辭世前最後一篇文稿。日本新憲法定後，美濃部教授旋即著手著述新憲法之體系書；反之，行政法之體系書卻因時勢動盪不安、晚年身體微恙，而無法完稿。「行政上の争訟」則是原本新行政法體系書的部分內容，當時為了紀念美濃部教授對於日本公法學界之卓越貢獻，便於國家協會雜誌之追憶特別號中，特此刊登此未完稿之部分。

²³ 田中二郎「行政争訟の法理」『行政争訟の法理』28 頁 (有斐閣、1969)。

²⁴ 阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』236 頁 (弘文堂、2003)。高木光『行政訴訟論』137 頁 (有斐閣、2005)。

²⁵ 雄川・本章前掲注 (4) 53-54、107-110 頁。



然而，是否屬「對等關係」所衍生出來之爭論，其實就是觀察當時的當事者訴訟，是否是指基於公權力、服從力以外之公法上爭訟皆屬當事者訴訟之範圍？抑或，當事者訴訟核心內容是針對「公法上權利義務關係」為爭訟？這兩個觀點其實具完全不同之意義，前者是將當事者訴訟定位為「補遺概念」，亦即非抗告訴訟範圍之公法上爭訟即屬當事者訴訟；反之，後者則是立基於「獨立概念」，換言之，當事者訴訟是一種「公法上權利義務關係」之爭訟類型。

在美濃部學說的論述體系上，當事者訴訟亦被放置於「始審之爭訟」此一概念下方²⁶，而與屬「覆審之爭訟」的抗告訴訟分立。因此，為進一步探討上述爭議，本文認為必須從美濃部學說受到早年德國行政訴訟學說中「覆審之爭訟」（nachträgliche Verwaltungsstreitsache）與「始審之爭訟」（ursprüngliche Verwaltungsstreitsache）兩概念意義之影響談起²⁷。

（二）「覆審之爭訟」vs. 「始審之爭訟」

美濃部教授所認為的「爭訟」，係指對於某法律關係的存在或是形成有爭執；而「行政之爭訟」即是針對行政上事項為爭執²⁸。因此，行政上之爭訟與民事上之爭訟的區別前提，就在於實體法規上有「公／私法」區分²⁹。進而，行政爭訟中所謂的「覆審之爭訟」，則不同於民事或刑事事件般，自始即於法院進行第一

²⁶ 美濃部達吉『行政法撮要 上卷』549-552 頁（有斐閣、5 版、1938）。

²⁷ 而此區分概念顯與與德國早年行政訴訟制度發展有關，從美濃部達吉於 1903 年翻譯德國公法學者 Otto Mayer 的 Deutsches Verwaltungsrecht 一書中亦有相同之概念，顯見美濃部受到 Otto Mayer 此種區分方式的影響，請參見：オットー・マイヤー（美濃部達吉訳）『獨逸行政法：第一卷』318 頁（東京法學院、1903）。而這種影響我國亦有學者指出此一事實，參見：林明昕（2006），〈論行政訴訟法上之訴訟類型〉，氏著《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 350-352，台北：元照。

此外，近期亦有日本學者，從法制史的觀點研究日本明治時期繼受歐陸法律制度的過程中發現，其實日本的行政訴訟制度更是受到「奧地利」制度的影響，相較之下戰前德國乃至於普魯士的影響反而較小，當中關鍵性的人物便是 Hermann Roesler。就此參看：山田洋「プロイセン型行政裁判制度の継承？— 明治期日本における継承と受容」高橋滋、只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』93-103 頁（國際書院、2012）。本文認為該論者所述，的確值得吾人進一步探究；但本文認為，就本文所關注之當事者訴訟本身，其發展緣由應與戰前德國之影響較為深厚，至於行政訴訟整體制度乃至於其他細部制度，可能須進一步再行研究。

²⁸ 美濃部・本章前揭注（26）545-546 頁。

²⁹ 美濃部・本章前揭注（12）7 頁。



審程序，而是先透過行政機關運用「處分」處理此類紛爭。當事人認為該處分有違法或不當之情形時，即向行政法院起訴請求「再次審查」³⁰，故稱為「覆審之爭訟」。

其實「覆審之爭訟」即為抗告訴訟的原型。抗告訴訟之所以稱為「抗告」訴訟，就是因為當時認為，行政機關所為之行政處分，就是對於公法上之法律關係做出裁決或判定。而人民對此表示不服所提起之訴訟，即是對於行政機關所為的第一次裁決或判定，進行「覆審」或「抗告」之動作，故稱為「抗告訴訟」³¹。

反之，所謂的「始審之爭訟」，就是指對於某法律關係有爭議，而不同於前述未先經由行政機關決定該法律關係之內容，而直接請求法院為裁判。民事訴訟就是「始審之爭訟」的適例，雙方當事人對其間之權利義務關係有爭執，便向法院請求裁判。所以，行政爭訟中的「始審之爭訟」，就是指雙方當事者對於其間之行政法上權利義務有爭執，未先由行政機關做出裁決或決定，而是直接向法院起訴請求裁判³²。

早期美濃部教授曾提及，所謂的「始審之爭訟」，係指針對「行政處分的前提要件事實」為爭訟³³。其實所謂的「行政處分的前提要件事實」，就是將行政機關當成爭訟處理機關的一種，因此「始審之爭訟」與「覆審之爭訟」之差別，簡單來說，就是前者未經過行政機關裁決，反之後者則是已經裁決或決定。

當然，上述種種概念與現在對於行政處分、行政爭訟的概念的理解，有很大程度的落差。本文認為最大的差異在於，當時美濃部教授對於行政處分的概念，

³⁰ 於美濃部教授之自身著作中首次出現「覆審之爭訟」，參看：美濃部達吉『日本行政法總論』518 頁（有斐閣、1919）。至於戰前（舊憲法時期）美濃部教授對於此概念的說明，參看：美濃部・本章前掲注（20）792-793、892-893 頁。美濃部・本章前掲注（26）『行政法摘要 上卷』547 頁（有斐閣、5 版、1938）。戰後請參見：美濃部・本章前掲注（22）「行政上の争訟」3 頁。

³¹ 請參見：美濃部・本章前掲注（12）8-9 頁。美濃部・本章前掲注（26）547 頁。美濃部・本章前掲注（20）793 頁。

³² 美濃部・本章前掲注（26）549 頁。戰後請參見：美濃部・本章前掲注（22）「行政上の争訟」4 頁。

³³ 原文：「始審的争訟ハ行政行為ノ前提要件タルモノニシテ、其ノ争訟ヲ経ルニ依リテ始メテ行政処分ガ行ハルモノヲ謂ヒ」，請參見：美濃部・本章前掲注（30）『日本行政法總論』516 頁。



其實是有所變遷的。申言之，教授早期認為，行政處分是一種「行政機關單方面對於實存之事件，定性其法律關係」之行為；亦即行政機關適用抽象的法規，針對特定事件作為其認定之權利義務關係³⁴。反之，晚期則較細緻地認為，行政處分是行政機關透過意思表示對外發生單獨法律效果之行為³⁵。

本文認為美濃部教授早期這種行政處分的概念，或許是受到德國行政法學者 Otto Mayer 的影響。依據日本行政法學者塙野宏的研究，Otto Mayer 在形成行政處分的概念時，曾經將行政處分定義為：「如同行政基於法律所作出的宣言，告訴人民，法之具體內容究竟為何」，「就如同法院之判決般」³⁶。因此，在美濃部學說中，之所以會有「覆審之爭訟」與「始審之爭訟」，從其對於行政處分的概念的繼承與再形成，亦有關係。

無論如何，本文透過「覆審之爭訟」與「始審之爭訟」應得以進一步釐清抗告訴訟與當事者訴訟在日本的原型。質言之，覆審之爭訟（抑或抗告訴訟）是指向法院請求對於行政作用的再次審查；而「始審之爭訟」下的當事者訴訟，本文認為可以視作「沒有經過行政處分介入之行政上權利義務關係」，雙方當事人對於該權利義務關係有爭執，便向行政法院起訴，請求法院判決其權利義務關係。

因此，所謂的「相對立」其實是指系爭行政上之權利義務關係未經行政機關先行介入裁決，所以紛爭當事人雙方屬「相對立」關係，與系爭權利義務關係需不需要透過行政機關先行介入無涉。從而，屬始審之爭訟的當事者訴訟，並不代表當事者間之關係一定要是「對等」，僅代表沒有先經行政機關介入便將權利義務關係之爭議向法院起訴而已。

³⁴ 美濃部・本章前揭注（7）145-146 頁。

³⁵ 美濃部・本章前揭注（20）157、167 頁。

³⁶ 塙野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』123 頁（有斐閣、1962）。



參、美濃部學說之意義

本文認為早期美濃部學說中之當事者訴訟，其重點並不在於當事人是否為對等關係；而係在於當事人所爭執者，是未經過行政機關介入之行政法律關係上。故核心要素在於兩點，一為行政法律（權利義務）關係，其二為，且該權利義務關係沒有經過行政機關先行介入。

日本學者人見剛，研究對於現行德國行政訴訟法制影響深遠之德國行政法學者 Walter Jellinek，其提到，雖然戰後初期南德各邦行政法院法中之當事者訴訟規定（第 85 條第 1 項第 1 句），明文「稱當事者訴訟者，謂『對等』權利主體間公法上之爭議³⁷」，但 Walter Jellinek 認為此處的對等，毋寧是指其間之權利關係爭議，行政機關並未以行政處分先行介入而已。因此，在這種行政處分未先介入之行政權利義務關係，有爭執而向法院起訴時，就如同民事訴訟之原／被告般，處於對等的關係³⁸。

當時學說思潮認為，行政訴訟「不同於」民事訴訟與刑事訴訟之特質，即是「覆審之爭訟」，而此特質其實也一直支配了後來的制度發展。但該特質，其實是與當時的行政處分（抑或是高權性）概念定義之變遷，以及行政訴訟整體制度，皆具有高度的相關性。

相對的，行政訴訟中之「始審之爭訟」與一般的民、刑事訴訟之差別，僅在於其爭議事件為「行政事件」，本質上三者都是當事人間之爭議直接經由法院裁決，而美濃部學說所引介之「當事者訴訟」即屬「始審之爭訟」類型下³⁹。在理解美濃部學說中之當事者訴訟，是必須要同時參照到其他面向，而不應單獨過度強調「對等」之面向。

³⁷ 條文之中文翻譯，係參考：林明昕，本章前揭註 27，頁 353（尤其是註 35 之部分）。

³⁸ 人見剛『近代法治國家の行政法学：ヴァルター・イェリネック行政法学の研究』335-336 頁（成文堂、1993）。

³⁹ 美濃部・本章前揭注（20）894 頁。戰後請參見：美濃部・本章前揭注（22）「行政上の争訟」4-5 頁。



由此可知，在當時所認知之「行政處分」概念定義⁴⁰下，行政訴訟中之「始審之爭訟」其間並沒有行政機關高權性的先行介入。意即，非先經由行政高權（行政處分）行為來裁決當事人間公法上之權利義務關係，而是當事人間有爭議就直接透過法院來裁決。因此，本文認為美濃部學說下之當事者訴訟，其爭訟當事人間「相對立」⁴¹或是「對等」⁴²關係的概念可以呈現出，限於當時對行政處分或是行政高權行為概念定義仍處於發展中狀態，所以對於處分以外之行政行為或者是公法上事件，有爭議時多認為兩者即是權利義務的相對方，自屬相對立之關係。

這種行政作用對於公法上權利義務關係之介入，除了以行政處分的方式，嗣後當然也慢慢發展成許多方式。行政機關與司法機關的權力分配與制衡，也逐漸改變。對於「始審之爭訟」下之當事者訴訟的概念，也不應侷限於「對等的」，因為它其實只是「相對」於覆審之爭訟（即公法上權利義務關係有先經由行政機關介入）的這一面而而已。當覆審之爭訟此一概念，隨著對於行政處分、權力分立等整體概念的變遷，在理解上應有改變時，自不應過度強調概念中的單一面。

⁴⁰ 美濃部・本章前揭注（20）157-166 頁。

⁴¹ 美濃部・本章前揭注（3）814 頁。

⁴² 美濃部・本章前揭注（22）「行政上の争訟」5 頁。

第二節 當事者訴訟之明文

壹、概述

日本行政訴訟法制度的變遷，戰前舊憲法時期，最主要之法律即為「行政裁判法」（1890 年），然其係以行政法院的組織與權限為規範重心。此外，當時還有美濃部教授所起草之「行政訴訟法」（1932 年）草案，該草案詳細規定了訴訟類型、訴訟程序…等等，但因政治氛圍、壓力而未能成為真正的法律⁴³。

戰後初期，新憲法之制定過程由於受到美國強烈之介入，日本國憲法第 76 條之規定揭示，「司法權」僅得由日本最高法院及其所隸屬之各下級法院所行使，以及禁止設立特別裁判所。因此，戰前舊憲法時期之行政法院便走入歷史。為符合新憲法之規定，日本便制定了「民事訴訟法應急法律⁴⁴」（1947 年），其中關於行政訴訟事件僅於第 8 條規定：「撤銷或變更行政機關違法處分之訴，除其他法律有特別規定外，當事人須於知悉處分之時起六個月內起訴。但處分之日起逾三年者，不得提起⁴⁵」。

簡要瀏覽「戰前」以及「戰後初期」之行政訴訟法制，可以發現皆未有涉及到「訴訟類型」之規定，當時當事者訴訟其實僅出現在學說的討論上，並未能真正出現於實定法中。



⁴³ 關於此「行政訴訟法」草案為何未能通過，以及之前幾次行政訴訟法制改革之停滯與缺漏，詳細論述，參看：高柳信一「行政國家より司法國家へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論（下 II）』2215-2225 頁（有斐閣、1977）。

⁴⁴ 「日本國憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」，該法律僅有 8 個條文。全文參看：南博方、高橋滋・本章前掲注（16）818-819 頁。室井力ほか・本章前掲注（16）603-604 頁。

⁴⁵ 條文原文：「行政庁の違法な処分の取消又は変更を求める訴は、他の法律（昭和二十二年三月一日前に制定されたものを除く。）に特別の定のあるものを除いて、当事者が処分があったことを知った日から六箇月以内に、これを提起しなければならない。但し、処分の日から三年を経過したときは、訴を提供することができない。」



1948年7月「行政事件訴訟特例法⁴⁶」(以下簡稱「特例法」)正式施行，日本行政訴訟法制才是真正將行政訴訟類型明文化。雖然，相較於1962年施行的「行政事件訴訟法」旋即於第2條臚列行政訴訟之訴訟類型，特例法在立法技術上仍然不夠明確⁴⁷。特例法僅於第1條規定：「撤銷與變更行政機關違法處分之訴及其他公法上權利關係之訴，除本法之規定外，適用民事訴訟法之規定⁴⁸」，其他條文中亦無訴訟類型之用語，但日本學說討論上仍將該法第1條區分成「抗告訴訟」(撤銷或變更違法處分)與「當事者訴訟」(其他公法上權利關係之訴)⁴⁹。

「當事者訴訟」從戰後初期「特例法」時期之發展，乃至明確明文化於行政事件訴訟法第4條，過程中其實有幾點值得觀察。

其一：如前所述，戰後新憲法施行，廢除行政法院，所有訴訟事件皆歸日本最高法院審理。在制度上已偏離戰前所效法之法國與德國制度，而是受英美法系影響。本文認為，此變革對於當事者訴訟，最大影響應在於「存在必要性」。

申言之，戰前美濃部教授引介之當事者訴訟，係基於認為行政訴訟有其獨特之制度需要，且當時亦設有獨立之行政法院。當行政訴訟一律回歸普通法院時，除本來即屬行政訴訟特徵之抗告訴訟較易辨別外，「當事者訴訟」就顯得難以明確區分。在此背景下，當事者訴訟是為何繼續留在行政訴訟法制中？宏觀而言，本文認為從此問題意識出發，應可釐清新憲法下行政訴訟制度，究竟是何面貌。

其二，雖然特例法時期對於當事者訴訟之去留，爭議很大；但時序來到行政事件訴訟法制定前後，吾人可發現當事者訴訟仍舊存在於行政訴訟法制中。從2004年修正前之原始規定而觀，其反卻更加明確化當事者訴訟之存在必要。基

⁴⁶ 條文全文參看：南博方、高橋滋・本章前揭注(16) 816-818頁。室井力ほか・本章前揭注(16) 605-607頁。

⁴⁷ 關於立法技術上之評價，參看：雄川・本章前揭注(4) 55頁。

⁴⁸ 日本行政事件訴訟特例法第1條原文：「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる」。

⁴⁹ 就此見解，參看：雄川一郎「新憲法関係法令の解説（一）行政事件訴訟特例法」國家協會雜誌62卷8号47頁（1948）。關於行政事件訴訟特例法中訴訟類型之說明，參看：田中二郎ほか『行政事件訴訟特例法逐條研究』21-35頁（有斐閣、1957）。



於此事實，本文嘗試，從日本行政事件訴訟法的立法過程中，探究「訴訟類型」是如何被建構出來。進而了解當事者訴訟之所以繼續存在的理由，以及其運作之樣貌。

本文以下，先介紹新憲法下之司法權，以便於作為後續論述之基礎，以及整體背景脈絡之理解。依時序，從特例法時期談起，釐清當事者訴訟於當時，是否有存在必要性，進而探究日本新憲法下行政訴訟制度之定位為何。接著談，行政事件訴訟法立法當時，是如何建構「訴訟類型」。據此理解，當事者訴訟為何會留在制度中，以及其與抗告訴訟間之關係，進而辨明日本當時行政訴訟制度之特色。

二、新憲法下之司法權與行政訴訟制度

(一) 司法權之本質與「法律上之爭訟」

關於司法權本質之討論，本文認為對於行政訴訟制度之定位與功能有一定程度的釐清作用；再者，亦與建構行政訴訟之「訴訟類型」有很深的關係。

民事訴訟制度，係因原告主張其「權利」受到侵害，而向法院起訴。原則上，民事訴訟的原告適格其實是與「權利」概念息息相關⁵⁰。反觀行政訴訟制度，比較法上，德國行政訴訟制度將其本質定位在「權利救濟」（德國基本法第 19 條第 4 項第 1 句），而此係根基於該國公法學歷史上重要之發展結晶——「公法上權利」⁵¹。

回頭審視日本行政訴訟制度，其並非同德國般，直接將行政訴訟制度之主要目的揭示出來。日本國憲法第 76 條第 1 項規定：「一切司法權屬於最高法院及依

⁵⁰ 在日本，關於民事訴訟上「訴權」之演變，以及近年來將訴權轉化為「訴訟要件」之一，亦即轉化成訴訟要件中之訴えの利益（訴之利益）或當事者適格（當事人適格）內涵。相關說明參看：新堂幸司『新民事訴訟法』241-247 頁（弘文堂、5 版、2011）。我國亦有學者討論，參看：林明暉（2006），〈淺論行政訴訟法上之實體裁判要件〉，氏著：《公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 329。台北：自刊。而該文中，該作者所使用之用語為「實體裁判要件」，應可對應於將本文上開所使用之日文「訴訟要件」。

⁵¹ 關於德國「公法上權利」學理之發展，以及近年來受歐盟法之影響，我國文獻參看：陳柏霖（2011），《論行政訴訟中之「公法上權利」—從德國法與歐盟法影響下觀察》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

法律規定而設置之下級法院」，但憲法並未明確指出「司法權」為何。日本「法院法」（裁判所法）第3條第1項規定：「除日本國憲法另有規定者外，法院有裁判一切法律上爭訟之權限，及依其他法律所特別規定而擁有之權限⁵²」（粗體為本文所加），此規定即將法院之權限定調於「裁判一切法律上之爭訟」。因此，釐清何謂「法律上之爭訟（法律上の争訟）」，應為辨明日本司法權本質之重要前提⁵³。

從上述亦可很清楚發現，日本戰後新憲法受到美國很大的影響。關於司法權之界線而言，與美國聯邦憲法第3條第2項所呈現的「案件（cases）」「爭訟性（controversies）」⁵⁴幾乎相去不遠。而日本學說多認為，所謂的法律上之爭訟係指「當事人間具體權利義務或法律關係存在與否之紛爭」，並且該紛爭「得透過法律之適用而獲得終局之解決」⁵⁵。而司法權就是立於公正獨立第三方的地位，適用法律，透過訴訟審理程序，針對具體之紛爭作出判決。因此，司法作用存在的前提是必須有紛爭存在，沒有紛爭，抑或是無法透過法律適用而獲得終局解決者，司法權運作之前提及不存在，此乃為權力分立之誠命使然。

然而「何種」紛爭始可起訴請求「司法權」發動？尤其在行政訴訟制度中，此設問更為重要。如前所述，民事訴訟制度之存在與權利保護有很深之關係，應無疑義；但在日本，行政訴訟並非同德國，係以公法上權利之救濟作為「制度之前提」，換言之，日本行政訴訟制度之目的或本質是「開放性」的，只要符合「法律上之爭訟」，就可起訴請求法院進行裁判。

本文認為，上開討論對於理解日本行政訴訟制度有很重要的前提意義。我國是因為行政訴訟法第1條之規定，乃至於行政訴訟類型之各規定，皆一再明言「權利受侵害」與「司法救濟」之關係。而此又係完整繼受德國學理而來，故有主觀訴訟與客觀訴訟之區分，亦即我國亦是以主觀訴訟（以己身公法上權利受侵害為由起訴）為主，另以法律規定時之客觀訴訟為輔。

⁵² 法條原文：「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」

⁵³ 同此觀點，參看：佐藤幸治『憲法』296-297頁（青林書店、3版、1999）。

⁵⁴ 關於美國憲法中司法權權限介紹之中文文獻，參看：呂緯武（2010），《行政訴訟原告適格之研究：以美國法之比較為中心》，頁12-14，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁵⁵ 佐藤・本章前揭注（54）297頁。雄川・本章前揭注（4）49頁。



反觀日本，其行政訴訟制度中卻無明確之規定，雖通說將抗告訴訟與當事者訴訟劃歸為「主觀訴訟」，民眾訴訟與機關訴訟劃歸為「客觀訴訟」⁵⁶，但本文認為此分類方式應有疑義。質言之，本文透過前述整理可以發現，從解釋日本憲法規定出發，其實只要是「法律上之爭訟」就可以進入法院進行審理。而以行政訴訟制度來說，法律上之爭訟並不一定等同於「公法上權利」，兩概念間其實有所不同。

本文並無意深究日本行政訴訟上「法律上之爭訟」的理論內涵或學說論理⁵⁷，於此論及之目的僅是在於指出，日本行政訴訟制度並不同於德國係以權利救濟為主要目的；亦即日本在行政訴訟之實定法建構上，或是學說討論上，由於日本國憲法之開放式規定，使得行政訴訟制度之功能與定位更顯得見解分歧⁵⁸。

（二）行政法院之廢除

日本戰後新憲法（日本國憲法）第 76 條規定：「一切司法權屬於最高法院及依法律規定而設置之下級法院。（第 1 項）不得設置特別法院。行政機關不得為終審之審判機關。（第 2 項）所有法官應依良心獨立行使職權，僅受本憲法及法律之拘束。（第 3 項）」。從文義上即可發現，本條規定明顯受到英美法制度影響，同時亦反映第二次世界大戰後之脈絡背景。然而，從「行政訴訟制度」之角度切入思考，日本第一個碰到的問題即是：「行政法院」的去留問題；但新憲法第 76 條第 2 項之規範意旨究竟為何？

公法學界之代表，美濃部達吉教授主張，縱使同條第 2 項後段規定：「行政權不得作為終審之審判機關」，戰前以來的行政法院仍可存在。其認為，司法權

⁵⁶ 雄川・本章前揭注（4）11-12 頁。杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報 15 卷 3 号 33 頁（1963）。在我國，亦有學者曾批評此區分方式。參看：林明昕・本章前揭註 27，頁 347-350。

⁵⁷ 近期經典文獻參看：亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか『行政法の新構想 III 行政救済法』1-27 頁（有斐閣、2008）。；早期經典文獻參看：田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限—司法権の限界について」『行政争訟の法理』129-150 頁（有斐閣、1969）。

⁵⁸ 關於日本行政訴訟制度之目的，從法制史的觀點加以深入考察者，參看：高柳・本章前揭注（43）2233-2252 頁。



應如同向來之見解，僅包含民事與刑事訴訟事件。若認為行政訴訟事件亦須向普通法院起訴，其實就是無視於行政權之權威⁵⁹。

民事訴訟法學界之代表，兼子一教授則認為，雖然向來學理多將司法權限定於民事與刑事之審判，但在新憲法之解釋下，只要是可以透過法律之適用，判定具體的紛爭事件是否合於法律（甚至憲法），確定權利義務關係者，就是實質意義的司法權。此無必要區分公法或私法關係，縱使是行政機關亦須受到法之拘束，因此行政機關的權力行使，自無法從前述實質意義之司法權中排除⁶⁰。學者田中二郎亦同此見解⁶¹，其認為除非是憲法別有規定之情形外，行政訴訟之審判權才可能由非普通法院為之；何況，從日本新憲法第 76 條以及同法第 81 條（日本國憲法第 81 條：「最高法院為決定一切法律、命令、規則以及處分是否合於憲法之終審法院⁶²」）之解釋而言，就已言明司法權是包含行政訴訟。

學說討論上，是以上述兼子一、田中二郎等教授之見解為通說，而戰後初期如火如荼之法制建構中，即是以此為基礎。

新憲法施行後，為了整頓相關法律制度，設置了「臨時法制調查會」，在此之下並設置有「司法法制審議會」，此會設有三個小委員會，其中負責行政訴訟法制相關者為第一小委員會⁶³。該委員會討論過程中，除了原本行政法院之代表贊成應可設置外，其餘委員則站在反對之立場上，再分成兩大派別。其一為忠實符合憲法之規定，認為不應設置行政法院，縱使作為前審亦不應設置；其二則為部分委員所主張（如田中二郎），其認為，行政訴訟是有其特殊之本質，只要在普通法院之下，依其性質做不同之事務分配，並無不可⁶⁴。

⁵⁹ 參看：美濃部達吉「新憲法に於ける行政と司法」法律時報 20 卷 4 号 4 頁（1948）。

⁶⁰ 兼子一『新憲法と司法』44-46 頁（國立書院、1948）。

⁶¹ 田中・本章前掲注（9）156-159 頁。

⁶² 法條原文：「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」。

⁶³ 其中較為著名之學者委員有兼子一教授、田中二郎教授，其他成員大多為行政官與行政法院之法官。參看：高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大學社會科學研究所戰後改革研修會編『戰後改革 4 司法改革』294 頁（東京大學出版會、1975）。

⁶⁴ 高柳・本章前掲注（63）294 頁。



但最後仍在多數見解認為不予設置行政法院，因此日本戰前之行政法院制度終告廢除⁶⁵。

延續著反對委員之見解，雖然初步結論是贊成在普通法院下，如同人事案件般，設置行政事件部門。但仍有多數委員認為必須先確認，是否需要對於行政訴訟事件另設程序法，再決定是否設置行政事件部門。惟，嗣後多數委員皆認為行政訴訟事件並無獨立設計特別法的必要，認為僅在部分情形下有自己之程序規定，大部分皆準用民事訴訟法之規定⁶⁶。

上述多數意見，幾乎定調日後行政訴訟法制之初期發展，即行政訴訟事件作為民事訴訟之「特別法」，行政事件訴訟並沒有自身之本質，而「行政事件訴訟特例法」由此而生。因為多數意見不考量設計「獨立法案」，故設置行政事件部門之初步結論即遭否決。

⁶⁵ 進一步法制史上之討論，參看：高柳・本章前揭注（43）2195-2225 頁。

⁶⁶ 高柳・本章前揭注（63）297-298、300-301 頁。



貳、行政事件訴訟特例法：行政訴訟本質之論爭

一、當事者訴訟之存在必要

(一) 特例法之立法討論過程

特例法之立法過程中，早期版本⁶⁷之草案皆由學者田中二郎所執筆，且亦多受 1931 年由美濃部達吉教授主筆之「行政訴訟法」草案影響⁶⁸，因此當事者訴訟即伴隨抗告訴訟而存在⁶⁹。相反的，晚期另外由民事訴訟法學者兼子一教授所起草之版本——「行政訴訟適用民事訴訟法之特例法律案」，延續其對於行政訴訟事件之一貫見解，認為僅有「請求撤銷或變更行政機關違法命令與處分之訴訟」始為行政訴訟之特徵，因此該草案中即無當事者訴訟之存在⁷⁰。

對於當事者訴訟之存在必要，在田中二郎教授與兼子一教授兩方之論爭下，向來一直被認為屬當事者訴訟類型之「土地徵收補償費不服之訴」，即引發了爭議。兼子一教授認為，僅需先將徵收處分依行政訴訟程序撤銷後，再合併民事訴訟程序向土地需用人請求補償金。田中教授認為，此時並不涉及徵收處分之效力，而僅是補償費數額有爭執，此時爭執者為公法上權利關係，當然應依當事者訴訟進行⁷¹。何況，若認為應先提起撤銷處分之訴訟，此時就必須受到起訴期限之拘束。

雖然兩大學者間之論爭仍舊不斷，但是兼子一教授對於起訴期限之拘束部分並未能有妥適之解決方案，因此當事者訴訟即在田中二郎教授之力倡，以及行政

⁶⁷ 大體而言，版本有三個時期，第一個時期是「行政訴訟法案要綱」，第二個時期是「行政訴訟特則要綱」（共有 4 個版本），第三個時期則是「行政訴訟（行政事件）適用民事訴訟法之特例法律案」（共有 6 個版本）。參看：高柳・本章前揭注（63）301 頁。大致上看得出來行政訴訟之特殊性越來越不受關注。

⁶⁸ 高柳・本章前揭注（63）301-302 頁。

⁶⁹ 如第一次「行政訴訟法案要綱」條文中之「一」即列舉：「以行政機關為被告，請求撤銷或變更違法之命令與處分之訴訟」與「當事者間公法上權利關係之訴訟」，參看：內藤賴博『終戰後の司法制度改革の経過：一事務当局者の立場から 第4 分冊』353 頁（司法研修所、1960）。

⁷⁰ 內藤・本章前揭注（69）364 頁。

⁷¹ 高柳・本章前揭注（63）315-316 頁。



法院實務的支持下⁷²，重新出現在「行政訴訟適用民事訴訟法之特例法律案」之第二次案中，其亦為於之後「行政事件訴訟特例法」草案⁷³之前身⁷⁴。

從上開立法討論可知，當事者訴訟與特例法之定位有很大的關係。特例法的草案過程顯現了，行政訴訟事件究竟與民事訴訟程序有何不同？而特例法在新憲法、美國、民訴法學者之壓縮下，呈現了極小程度的行政事件特殊性。當中，當事者訴訟之存在必要性，亦屢屢被提及。但就本文之所見，兩方見解皆未能釐清當事者訴訟究竟如何被看待。

首先，當事者訴訟原本是應然般存在於草案中，後來遭受民訴法學者質疑後短暫消失於草案中，但由於完全不規定又無法解決「土地徵收補償額」之案件，而又再次出現於草案中。本文認為，田中二郎教授在此將日後學說所謂之「形式當事者訴訟」拿來質疑兼子一教授之立場，其實只是用新問題去回擊舊問題。當事者訴訟究竟是「獨立」概念的「權利義務關係之訴訟」，還是「補遺」概念的「其他訴訟」，皆未能受到近一步討論。雖然，論證上必須先行論證有無存在必要，也才有下一層次的「何樣貌」之爭論，但利用爭議更大的形式當事者訴訟⁷⁵來論證當事者訴訟之存在必要，本文認為深植商榷。

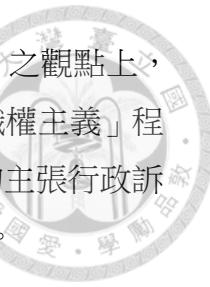
⁷² 高柳・本章前揭注（63）319頁。

⁷³ 內藤・本章前揭注（69）384頁。

⁷⁴ 雖然此草案後來因為不明原因而未遭美國認可，以至於流案。但因新憲法施行在即，所以才有「民事訴訟法應急法律」的出現。之後其實仍有幾次草案之提出，但是從觀察「當事者訴訟」定位之角度而言，之後的草案變遷，並無改變，本文認為無再行深究之必要。但是，若研究「暫時權利保護」制度而言則有討論之必要，因為1948年2月「平野事件」之發生，美國對於此部分之妥協，造成日後特例法對於行政處分「假處分」之規定，與先前草案之內容大有不同，自有深入研究之必要。關於「平野事件」之介紹，中文文獻參看：蕭于哲（2009），《論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護：以暫時課予義務與暫時禁制為中心》，頁46-47，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文。

附帶一提，本文初步也發現到，日本現行行政事件訴訟法第31條之情況判決（事情判決），其乃是源自於特例法第11條之規定。而特例法第11條之規定其實是在1948年3月才明確修改成特例法第11條之文字，因此特例法後期的草案亦應有討論之必要。再者，若再追溯至戰前，其實本文一再提及，由美濃部教授所主筆之「行政訴訟法」草案中，第174條與第175條亦有情況判決之影子，併請參照美濃部教授之解說：美濃部・本章前揭注（13）58-59頁（第一付錄部分）。

⁷⁵ 參看本文後述「第三章、第一節」之說明。



再者，實務界的主張，其實也只是站在堅定的「公／私法區分」之觀點上，而認為「公法上權利」之訴訟，有公益之色彩必須考量，所以有「職權主義」程序適用之必要。相同的，就本文的觀點，依舊認為其論點僅是泛泛的主張行政訴訟程序之必要，然後就有職權主義之適用，論證之欠缺，昭然若揭。

(二) 公／私法二元論之爭議

在行政訴訟事件被定調為民事訴訟之「特別法」後，戰前由美濃部教授所引介進入日本的「當事者訴訟」，即在特例法的立法過程中，遭到部分論者指摘，應無存在之必要。

其爭議之緣由在於，如前述概述中所言，美濃部學說中之當事者訴訟，其存在前提是因為有「公／私法區分」之存在。戰前，美濃部教授等學者認為，私法領域中所注重者，係私人相互間權利利益的公平調整；反之，公法領域則是國家高權意思，以及公益考量所支配。公、私法領域所關注之重點不同（私法自治 vs. 高權、公益），因此在訴訟制度設計上自有不同考量之必要。

但另有部分學者認為，戰後訴訟制度隨著新憲法實行，已經一元化，無普通法院與行政法院之區別，只要是法律上之爭訟，即屬普通法院管轄。所以戰前基於「權力關係」（公權力介入）與「管理關係⁷⁶」（國家與人民立於對等地位），而在行政法院制度下，為了針對「管理關係」而有當事者訴訟此一訴訟類型之必要⁷⁷。如今已無獨立之行政法院，亦無獨立一般法性格之行政訴訟法制，當事者訴訟自無存在之必要。

本文認為，對於公／私法二元論抱持質疑之論者，進而反對當事者訴訟此一訴訟類型之存在，論理上並不夠充足。如本文前述介紹美濃部教授之當事者訴訟，其實是從對應於覆審之爭訟之「始審之爭訟」開始發展出來，其內容上並沒有一定的內涵，其目的也非僅針對所謂的「管理關係」。在對於當事者訴訟之意

⁷⁶ 關於「權利關係」與「管理關係」之說明，參看：田中二郎『公法と私法』245、254頁（有斐閣、1955）。

⁷⁷ 主要批評之論者，參看：原田尚彦「行政訴訟総説」雄川一郎ほか『現代行政法第4卷：行政争訟I』113-119頁（有斐閣、1989）。阿部・本章前掲注（24）236-237頁。



義未能清楚掌握之前，便以「結果論」回推並充實當事者訴訟之內涵。就本文之所見，仍難脫循環論證。

保守而言，本文認為當事者訴訟之存在與否，在戰後初期的確是有討論空間，但也必須先釐清並確認當事者訴訟之實質內涵，才有討論之前提與實益。就如同前述特例法之立法過程，很清楚的，兩方論者皆未能先提出具體之論證來說明當事者訴訟之內涵，而僅是一種戰前美濃部學說的盲目延續。

再者，行政法院之廢除，僅是「實體」存在的法院廢除，與訴訟紛爭事件是否應延續戰前公私法區分之理論而為不同之制度設計，兩者並無必然關係。換言之，難謂司法一元化就勢必在實體法上或訴訟法上完全不區分，英美法制有其歷史脈絡使然，自不應貿然跟進。

學理上多因為對於公權力以及公益考量的注重，所以認為行政訴訟有必要獨立於民事訴訟而存在。雖然實體法上的確仍有「公／私法」之區別；但在程序法上，當事者訴訟是否真有必要，僅因其為「公法上」權利關係之訴訟而有程序上特殊之要求？再者，縱使有必要，其範圍又何在？何況，前述審議會既已定調不特設行政事件部分，在所有案件皆由普通法院審理之情形下，更顯得「當事者訴訟」之存在必要性遭受種質疑⁷⁸。

二、當事者訴訟之定位？

(一)「其他公法上權利關係之訴訟」？

從前述特例法的立法過程中，很清楚可以發現，美濃部學說之當事者訴訟概念，在廢除行政法院、放棄獨立之行政訴訟法制的大環境下，雖然遭到部分學者的質疑，但其仍以應然之姿出現在特例法中，而未能進一步深究其本質。

當事者訴訟「大體上」而言，是呈現在特例法第 1 條：「撤銷或變更行政機關違法處分之訴訟以及其他公法上權利關係之訴訟，除依本法規定者外，適用民

⁷⁸ 高柳・本章前揭注（63）305 頁。

事訴訟法⁷⁹」(粗體為本文所加)。之所以稱「大體上」，其實仔細觀察特例法第1條之規定可以察覺到，就「訴訟類型」之規範模式是區分為「兩大區塊」。

第一區塊係指「撤銷或變更行政機關違法處分之訴訟」(下簡稱前段)，此很明顯是抗告訴訟的規定，雖然法條文字上沒有明文「抗告訴訟」，但從本文前述一脈相承對於抗告訴訟的討論，並無太大的出入⁸⁰。第二區塊則是後段「其他公法上權利關係之訴訟」(下簡稱後段)，但此區塊所指涉之訴訟類型，是否就是指當事者訴訟？本文認為應有進一步討論之必要。

雄川一郎教授認為，特例法第1條後段所稱之「其他公法上權利關係之訴訟」是指除了「撤銷或變更行政機關違法處分之訴訟」以外之其他各類訴訟⁸¹。換句話說，其實就是「抗告訴訟以外之所有訴訟」都是此第二區塊之範圍，其亦認為後段所指涉者為何，並不明確⁸²。但其實此觀點是為了要將戰前行政訴訟之訴訟類型利用「目的性擴張解釋」的方式，將除抗告訴訟以外之訴訟類型，利用第1條後段的規定「偷渡」進來。

申言之，雄川教授認為，新憲法已明確採「概括主義」，只要是「法律上之爭訟」就屬於司法權之權限，當事人皆可起訴請求法院裁判，僅是適用民事訴訟法或特例法之不同而已。進而主張，向來的「民眾訴訟」與「機關爭議訴訟⁸³」因為性質上不宜運用民事訴訟法進行訴訟程序，透過擴張解釋特例法第1條後段的方式，而得以適用特例法。

⁷⁹ 條文原文：「行政庁の違法処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」

⁸⁰ 雄川一郎・本章前掲注(49) 47頁。

⁸¹ 雄川・本章前掲注(49) 49頁。

⁸² 雄川・本章前掲注(4) 55頁。

⁸³ 在當時，「機關爭議訴訟」是否屬於法院法第3條所稱之「法律上之爭訟」，雄川教授認為可能有問題。所以透過將機關爭議訴訟解釋成包含在特例法第1條後段之內，縱使不符合法律上之爭訟，亦可成為「依法律特別規定」而納入司法權權限內之訴訟事件。參看：雄川・本章前掲注(49) 49頁。本文認為，此種法解釋方式是否符合「例外解釋從嚴」原則，似有商榷餘地；但此亦為制度欠缺所導致「不得不」的法解釋學方法。



反之，學者田中二郎教授也稱特例法第 1 條後段之規定，「大體上」所指涉對象即為當事者訴訟⁸⁴，但本文認為，其實田中教授就是將同條後段視為當事者訴訟，理由有二。

其一，田中認為特例法的特色在於：擺脫當事者訴訟僅存在於特定學說與實定法中，而是將當事者訴訟視為一般性之訴訟類型⁸⁵。其二，不同於前一論者之見解，該論者認為「民眾訴訟」與「機關訴訟」因為不具「權利義務關係」之紛爭性⁸⁶，換言之，即認為沒有權利救濟之必要，所以不屬於「法律上之爭訟」要件；然其不排除透過特別法規定（如：地方自治法），將其劃為特例法之適用範圍⁸⁷。

本文認為，田中教授之見解，將同條後段視為僅包含當事者訴訟，其實只是忠實地承襲了美濃部學說的觀點，並沒有太大的不同。因為依照該論者之說明，其眼中之當事者訴訟係指：「雙方當事者間權利關係」之訴訟，而且其認為「法律上爭訟」即是代表當事者間必須要有權利義務之爭執，所以沒有「權利」者就不屬於「法律上爭訟」。

申言之，該論者認為，「機關訴訟」因為是屬於行政權內部之爭議，有權限爭議時，由上級監督機關決定即可，不應向法院起訴⁸⁸，此處無所謂權利義務之爭執問題。此外，「民眾訴訟」則是認為其僅是「反射利益」，而非法律上之爭訟⁸⁹。從「民眾訴訟」的論證，可以清楚看出其將德國法理與美國法理混同討論⁹⁰，是否適切，本文認為似值商榷。

於上述爭論之中，雄川一郎教授曾經對於當事者訴訟與抗告訴訟兩者間關係提出了一個不同於以往的見解。其認為廣義上而言，抗告訴訟亦可視為公法上權

⁸⁴ 田中・本章前揭注（23）28 頁。

⁸⁵ 田中・本章前揭注（23）29-30 頁。

⁸⁶ 田中・本章前揭注（23）40-41 頁。

⁸⁷ 參看：田中・本章前揭注（23）40-42 頁。

⁸⁸ 田中・本章前揭注（23）40 頁。

⁸⁹ 田中・本章前揭注（23）42 頁。

⁹⁰ 就此，請併參看本節前述「壹、二、（一）」段落之說明。

利關係訴訟之一環，而抗告訴訟只是因為其性質而特別提示出來為規定⁹¹，若以圖可呈現如下：

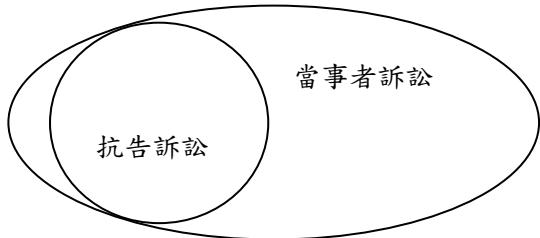


圖 1（法律關係訴訟觀點）



反之，自美濃部以來之多說學說討論則是下列圖示：

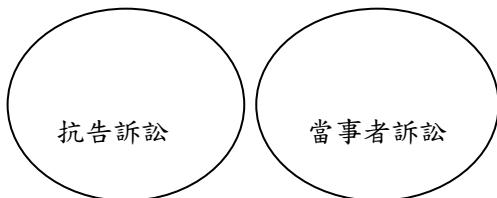


圖 2（相斥觀點）

從上開二圖可以發現，其各自對於解讀當事者訴訟之出發點有很大的不同。

圖 1 就單純從「法條文義」切入理解，法條稱「其他公法上權利關係之訴訟」，故將當事者訴訟定位成「法律關係訴訟」，而有別於「行為訴訟」。所謂的行為訴訟，簡單才說就是行政行為形式化後，針對「行政行為」進行訴訟。例如針對「行政處分」進行訴訟，針對「行政事實行為」進行訴訟…等等。所以，雄川教授的發言，或許可以解釋為「法律關係訴訟觀點」。然而，此種解釋方式，本文認為的確是突破了戰前以來美濃部教授立基於「覆審／始審之爭訟」，區分成抗告訴訟與當事者訴訟之見解，雄川教授上開見解是立基於「公法上之權利義務訴訟」作為前提，進而與向來的區分方式不同。

惟，上開雄川教授之見解，本文僅在座談會之發言紀錄中尋獲，於雄川教授自身之著作中，本文卻無法找到相應的見解，其往後著作中反而一再強調當事者訴訟是指「非抗告訴訟」者，即採「相斥觀點」（圖 2）。甚至將抗告訴訟對應於「對公權力之行使不服」，所以對於「公權力」之解釋，自會影響當事者訴訟之內涵⁹²。

⁹¹ 兼子一ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究 第二回」 ジュリスト 67 号 26 頁〔雄川発言〕（1954）。田中ほか・本章前掲注（49）22 頁。

⁹² 雄川一郎「行政訴訟の形態」 ジュリスト 527 号 47 頁（1973）。雄川・本章前掲注（4）51-57、108 頁（有斐閣、2 版、1968）。



前述圖 1 之「法律關係訴訟」觀點，其實也不是毫無影響力，因為日後日本學說發展上的確有此類見解⁹³，而且甚至於 2004 年行政事件訴訟法修正時更為明顯⁹⁴。至於向來傳統通說所採之「相斥觀點」（圖 2），很明顯的，其出發點是源自於美濃部教授之「覆審／始審之爭訟」。因此誠如本文前一節所述，之所以有「覆審」之概念，其實就是因為行政已經透過行政作用（抑或行政處分）介入，確認系爭法律關係應為何。故，當事人對於該初次之行政作用不服，而請求法院「再次」審查。反之「始審」之爭訟，就是沒有行政機關先行介入作用，而將系爭法律關係直接提出於法院，請求法院裁決。所以「覆審／始審之爭訟」在前開觀點下，是完全相斥的關係。

但是「覆審／始審之爭訟」是以「行政作用」存在與否為前提，簡言之，或可謂「公權力」。隨著「公權力」態樣越來越多，從行政作用乃至於各種行政行為，甚至行政處分有其概念獨立的意義時，再加上，行政與司法的關係，在日本新憲法下有了全盤的改變，「覆審／始審」的區分更顯得捉襟見肘。也就是因為如此，縱使是採取「相斥觀點」（圖 2）之論者，相互間也有歧異，而有下位類型出現。有採擴張解釋抗告訴訟，而限縮當事者訴訟範圍者⁹⁵（如下圖 2-1）；亦有採固定抗告訴訟之內涵，擴大彈性運用當事者訴訟者⁹⁶（如下圖 2-2）⁹⁷。但歧異之緣由正在於「公權力」態樣越來越多，面對「公權力」在訴訟類型之建構上所採取之基礎觀點不同而已⁹⁸。

⁹³ 例如：芝池・本章前掲注（4）23 頁。原田尚彦『行政法要論』377-378 頁（学陽書房、7 版、2012）。

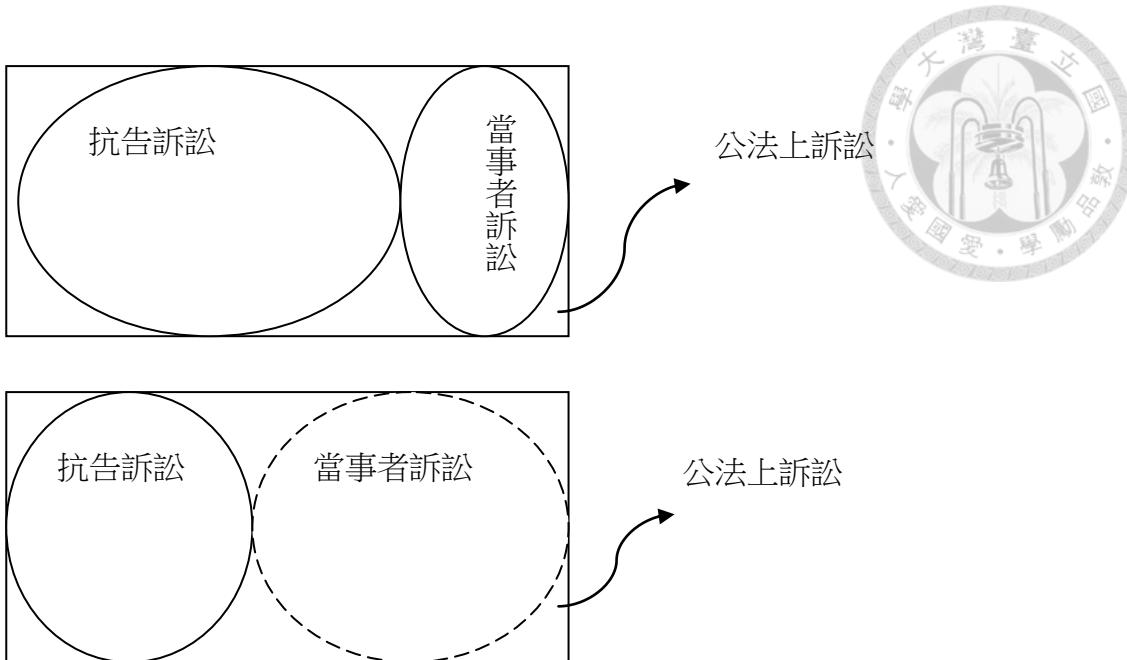
⁹⁴ 參看本文後述「第三章、第二節」之說明。

⁹⁵ 例如雄川一郎教授就是此類型的代表。

⁹⁶ 例如本文後述之當事者活用論者（如高木光教授）就是採取此觀點。

⁹⁷ 圖中當事者訴訟之標線以虛線呈現，主要是為了凸顯此見解下對於「彈性運用」之立場。

⁹⁸ 進一步論述，參看本節後述「參、二」之說明。



無論如何，總結上述，本文認為，特例法第1條後段之「其他公法上權利關係之訴訟」，應不只包括當事者訴訟，而是概括到只要不屬於同條前段抗外訴訟者，皆屬之。但，此結論並不代表本文已釐清當事者訴訟之真實面貌，亦即「當事者訴訟」是否是指除抗告訴訟以外之訴訟，還是有獨立意義之訴訟，在當時其實仍未明確。

(二) 特例法時期之「確認處分無效」之訴

特例法第1條規定：「撤銷與變更行政機關違法處分之訴及其他公法上權利關係之訴，除本法之規定外，適用民事訴訟法之規定」，除了同條前段的「撤銷與變更行政機關違法處分之訴」在實務運用上較為明確外，其實也出現了一些特殊的爭議問題。之所以特殊，係指該問題從法條文義來說，很難直接運用前段之抗告訴訟進行訴訟。如此一來，便有運用同條後段「其他公法上權利關係之訴」之空間，進而使得同條後段的而出現了其他內涵之可能。

同法第1條前段之「撤銷與變更行政機關違法處分之訴」，即學理上稱之抗告訴訟，其實自文義上而言，僅有「撤銷與變更」之作用。簡言之，當時日本抗告訴訟僅具有「撤銷」訴訟之功能。因此，關於行政處分「無效」應如何進行訴訟，其實在特例法時期是個極富爭議之問題。而此爭議問題之所以與當事者訴訟有關係，其實就是因為無法使用同條前段之抗告訴訟，因此就落入了當事者訴訟之範疇。



在討論是否屬於當事者訴訟範圍之前，針對無效之行政處分究竟可否透過特例法為行政訴訟，雖然實務已透過判例肯認⁹⁹，但學說上不是沒有爭議¹⁰⁰。

首先，原告請求「確認」行政處分無效，此處便會碰到確認「對象」的問題。亦即原告係針對「行政處分」本身確認其無效？（下簡稱前者）還是以行政處分無效為前提，而請求確定當事人間之權利義務關係？（下簡稱後者）特例法時期，實務多廣泛肯認得以「確認訴訟」提起，但沒有明確的說是以抗告訴訟或是當事者訴訟之途徑提起，而此模糊正是因為特例法第1條不明確之立法技術¹⁰¹，讓實務有了彈性的操作空間。

由於前者與「確認行政處分無效」之訴較為相關，本文僅簡單論述如下。在當時學說發展上，多是討論此類「單獨」針對無效行政處分確認其無效之訴，因為不符合條文「撤銷與變更」之文義，是否應肯認此類訴訟？日本當時對於無效行政處分之效力為何，其實也有爭議。雄川一郎教授曾提到，行政處分的無效與不存在的差別在於，無效之行政處分仍有行政處分的「外觀」¹⁰²，所以仍需要確認其無效才可以杜絕行政機關持無效的行政處分，進行執行或是主張其效力¹⁰³。

但對於確認行政處分無效，在訴訟上應以何途徑提起，雄川教授認為，基於前述所提及，無效行政處分仍有處分外觀，如果不將外觀之效力去除的話，其實

⁹⁹ 最2小判昭和29年1月22日民集8卷1号173頁〔173-174頁〕。然此判例就本文之所見，其實沒有說明為何得以肯認之理由。

¹⁰⁰ 詳參看：雄川・本章前揭注（4）87頁。田中二郎ほか・本章前揭注（49）26-31頁。

¹⁰¹ 立法技術上之評價，參看：雄川・本章前揭注（4）55頁。

¹⁰² 其實就是行政處分之「拘束力」使然。關於行政處分之拘束力，我國方面參看：陳敏（2013），《行政法總論》，8版，頁398。台北：自刊。自於日本方面，參看：田中二郎『新版 行政法 上卷』133頁（弘文堂、2版、1998）。芝池義一『行政法總論講義』146頁（有斐閣、4版、2007）。然而亦有論者用「規律力」來說明，參看：塙野宏『行政法I 行政法總論』126頁（有斐閣、5版、2009）。宇賀克也『行政法概說I 行政法總論』294頁（有斐閣、3版、2009）。關於日本學說上的「規律力」與「拘束力」乃至於對於「公定力」之反省，進而延伸到對於行政訴訟之訴訟類型之檢討，近來之經典論著參看：大田匡彥「行政行為：古いからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号237-251頁（2005）。

¹⁰³ 雄川・本章前揭注（4）74-75頁。本文認為，若從現今之觀點，主張行政處分不存在其實也會有相同的疑慮。行政機關仍是可以主張行政處分存在並具有效力，況且無效與不存在其實並不好區分，

仍有效力。故其主張應類同「抗告訴訟」（當時的抗告訴訟其實僅有撤銷訴訟之功能）之方式處理，但其基於無效行政處分與違法行政處分之不同，認為不應全盤適用抗告訴訟之規定¹⁰⁴。例如：訴願前置與起訴時間限制不應適用…等等，原則上當時司法實務之運作模式與雄川教授之見解相同¹⁰⁵。嗣後，於行政事件訴訟法時期，便明文化成無效確認訴訟（無効等確認の訴え），成為抗告訴訟之下位類型。

反觀後者，由於涉及到針對「權利義務關係」進行訴訟，與本文所主要關心的當事者訴訟，關係相當深厚。但實際上來說，所謂針對「權利義務關係」其實也有兩種不同態樣。其一，當原告所爭執的權利義務關係是以該行政處分無效作為「前提」時，從當時的觀點，應會區分成系爭權利義務關係是私法還是公法關係。

本文認為，若為前者，則是屬於「爭點訴訟」的問題；若為後者，則是關係到「補充性」的問題。以下分別討論之：

前者的部分，本文之所以不用「先決問題之訴」而是以「爭點訴訟」指稱，意義就在於：日本嗣後在行政事件訴訟法討論立案之時，原本有將先決問題之訴納入訴訟類型做為討論¹⁰⁶，後來就是因為體認到「確認處分無效之訴」應獨立明文化之必要性，以及新憲法下的司法一元化，其實沒有必要規定先決問題之訴。

換言之，若系爭法律關係以行政處分有無效作為前提，雖然同一受訴法院亦可審理，不生審判權區分之問題，但是在審理行政處分效力時，程序上卻適用民事訴訟法可能會有問題。因此，日本嗣後在行政事件訴訟法第 45 條規定「爭點訴訟」（処分の効力等を争点とする訴訟），用來明確化審理程序。所以，嚴格上

¹⁰⁴ 因為當時有論者主張應全盤適用抗告訴訟之規定，就此參看：園部敏『統行政法の諸問題』144-156 頁（有信堂、1955）。此外，值得一提的是，園部敏教授除了是曾任日本最高法院法官之園部逸夫的父親外，其與台灣之關係也相當深厚。園部敏教授曾任台北帝國大學之教授外，於日治時期亦著有關於台灣行政法之著作，請參考：園部敏『行政法概論：特に臺灣行政法規を顧慮して』（有斐閣、1940）。

¹⁰⁵ 雄川・本章前揭注（4）92 頁。

¹⁰⁶ 第一次案（行政事件訴訟特例法改正要綱草案第一次案）條文參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（1）日本立法資料全集 5 別冊付録』1-23 頁（信山社、1992）。關於行政事件訴訟法立案過程之簡介，參看本節後述「參、一、（一）」段落之說明。



而言，僅是給予此類案件在審理程序上適用法律時之依據，其實與訴訟類型毫無關係¹⁰⁷。

特例法時期有見解認為，行政處分既然無效，就自始沒有任何效力，原告針對行政處分確認無效，自然是屬於無確認利益。採此脈絡為主之見解，便會認為這裡是屬於民事訴訟之爭議。所謂的民事訴訟之爭議，係指行政處分所形成的法律關係是「私法上」的法律關係，因此若行政處分無效，所以當然是對於現存之私法上法律關係做爭訟，而不是對於無效的行政處分做確認其無效，因此無確認利益¹⁰⁸。此見解，其實是戰前行政裁判法時期之作法¹⁰⁹，再者，如前所述，基於雄川教授之見解，無效行政處分仍有處分外觀，如果不將外觀之效力去除的話，其實仍有效力。因此，仍是要去面對行政處分外觀存在之事實，所以就透過上開爭點訴訟的方式處理。

反之，後者所謂的「補充性」其實就是彰顯在，當原告所爭執者是公法上之權利義務關係，而前提是行政處分無效。例如，原告被行政機關以行政處分免職，當其主張該免職處分無效，進而得確認其公務員職務地位仍存在。在這種情況下，其實原告應該要先直接針對該行政處分做爭執，無論是以違法或無效作為主張。但因為這無效與違法難以區辨，實際上用先備位聲明即可處理，問題不大。然而必須注意，思考上若是無效處分則無補充性之問題，只有違法時才有補充性的問題。但無論如何，其實原告仍應先對行政處分本身做爭執。

反之，何時會有確認處分無效屬於公法上權利義務關係之前提者？本文認為殊難想像，但縱或有，本文認為必須先區分是不是必須先針對該行政處分做爭

¹⁰⁷ 相反的，我國有學者認為我國行政訴訟法第 12 條之爭點訴訟，可解釋「法定訴訟類型」（獨立之行政處分違法確認訴訟）之必要。就此，參看：劉宗德（2009），〈行政訴訟法第 12 條、第 177 條解說〉，氏著《制度設計型行政法學》，頁 465-466，台北：元照。本文此段落並不是在說明我國爭點訴訟之規定，畢竟日本與我國在行政訴訟法制上差異甚大；但若從日本在特例法時期，關於「確認處分無效」此一訴訟類型之爭議出發思考，其實不難看出爭點訴訟自始即非訴訟類型之規定，而僅是程序規定。此從日本行政事件訴訟法嗣後立法完成之條文規定，體系上來說亦非訴訟類型規定。特例法時期的爭議出現在「確認處分無效」，若是確認處分違法，自應先適用撤銷訴訟，確認處分違法其實就是只有在撤銷之客體已不存在之時，就如同我國行政訴訟法第 6 條第 1 項後段之規定。

¹⁰⁸ 田中二郎ほか・本章前掲注（49）33 頁。

¹⁰⁹ 雄川・本章前掲注（4）86 頁。

執，若非必須時（本文認為其實殊難想像，但就思考邏輯上而言），其實也是確認處分無效與當事者訴訟之「訴之合併」之訴而已。

本文行文至此，其實就可發現，爭點訴訟、先決問題訴訟、確認處分無效之訴、當事者訴訟之間的差別。簡單來說，在日本司法一元化之前提下，先決問題訴訟已被爭點訴訟取代，而只是適用行政事件訴訟法審理程序的依據而已。至於爭點訴訟、確認處分無效之訴、當事者訴訟三者之間，首先必須先區分當事人所爭執者是權利義務關係本身，還是針對行政處分而來，若是後者，本來就應該是用確認處分無效之規定。若是前者，則就是區分該權利義務關係是屬私法或公法；若屬私法，那就是爭點訴訟的問題。若屬公法者，首先上述已將本質上是針對行政處分者剔除在外，因此剩下的本文認為似乎只是邏輯上存在的確認處分無效以及當事者訴訟，兩者的訴之合併而已。





參、行政事件訴訟法：抗告訴訟與當事者訴訟之關係

戰後日本本身為戰敗國，受美國壓力逐漸朝向英美制（司法國家）之現實下，面對行政法院之廢止及行政裁判法之失效，其仍受到戰前德國、法國制（行政國家¹¹⁰）根深蒂固之影響，一時之間難以改變，而在折衝之下產出日本行政事件訴訟「特例」法，已如前述。

嗣後，隨著司法實務繼續運作，特例法中的缺陷即一一凸顯出來。缺陷之存在，或許部分的確是特例法本身規範上之問題，但本文認為，真正問題的根源，其實是德國、法國制（行政國家）之影響仍在。當時尤其是實體法制上，日本一直都是與德國、法國相仿，行政法學理亦同。

因此，在實務運作上，作為民事訴訟法之「特例」之行政訴訟事件特例法自然難以處理日漸膨脹的事件類型與程序難題¹¹¹，作為行政訴訟制度之獨立法典，即有需求。就事件類型而言，最明確者即是「確認行政處分無效」之訴¹¹²；程序難題上即為訴訟參加與處分停止執行之爭議。在解釋論上已經出現上限，立法論上自應加以解決，故現行行政事件訴訟法立法之引信，其實自始就是為了解決特例法以來，層出不窮的實務問題¹¹³。

本文於此段，之所以要爬梳「當事者訴訟」於行政事件訴訟法立法過程中之面貌，除了本章主要目的——釐清當事者訴訟於歷史脈絡中之變遷，其實亦希望將焦點聚焦於，「抗告訴訟」與「當事者訴訟」間之關係究竟為何？

¹¹⁰ 關於日本行政法學理上，所謂「司法國家」與「行政國家」與行政訴訟制度之說明，參看：雄川一郎「行政救濟制度の基本原理」國家協會雜誌 63 卷 6 号 42-56 頁（1949）。

¹¹¹ 雄川一郎「行政争訟制度の改革に関する諸問題」公法研究 45 号 93 頁（1958）。田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報 34 卷 10 号 6 頁（1962）。

¹¹² 田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報 34 卷 10 号 6 頁（1962）。

¹¹³ 雄川・本章前揭注（14）122 頁。田中・本章前揭注（112）9 頁。



本文認為，特例法時期是因為大環境所使然，「當事者訴訟」於折衝過程中存留了下來；但嗣後，立法者希望將行政訴訟法制「一般法」化之基礎上¹¹⁴，如何重新看待（抑或詮釋）當事者訴訟的概念，極具研究性。

然而，即是因為立法基礎（或態勢）之轉變，向來作為行政訴訟法制核心之「抗告訴訟」，自然倍受重視。申言之，特例法時期，本文是站在公／私法區分與否以及行政訴訟制度之存廢，來檢討當事者訴訟的面貌；反之，在行政事件訴訟法的時期，隨著抗告訴訟概念的擴大，當事者訴訟的定位以及功能即有變遷之可能。因此，要釐清行政事件訴訟法時期當事者訴訟之面貌，自然必須將觀察角度聚焦於，「抗告訴訟」與「當事者訴訟」間之關係。

本文以下先從行政事件訴訟法立法過程中，探究當時是如何建構「訴訟類型」，進而釐清當事者訴訟之面貌此外，關於「形式」當事者訴訟的部分，由於本文站在質疑的立場，另於下一章進行討論。因此以下關於立法過程之討論，所稱之「當事者訴訟」主要係以「實質」當事者訴訟（行政事件訴訟法第4條後段）之部分為主。

一、訴訟類型之建構

（一）立法前史：小委員會之立案過程

日本行政事件訴訟法之條文立案過程，是由法務省自行發動，法務省即於「法制審議會¹¹⁵」下針對行政訴訟制度之建立，而設置了「行政訴訟部會」。成員為20位委員、10位幹事。1955年6月3日招開第一次部會會議，決議於部會之下再行設置「小委員會¹¹⁶」，有10名委員、若干名幹事¹¹⁷。

¹¹⁴ 杉本・本章前揭注（56）32頁。

¹¹⁵ 「法制審議會」是日本法務省依據「法務省組織令」，在其隸屬之下所設置之合議制諮詢性機關。依據「法務省組織令」第58條規定，其主要功能在於接受法務大臣之諮詢，以及審議調查法律制度建置之事項。

¹¹⁶ 值得一提的是，小委員會的主席是「入江俊郎」（時任日本最高法院法官），而其有兩項至今仍無人突破之記錄。其一，1952年就任日本最高法院法官時，僅有51歲，係史上最年輕就任者；其二，1971年卸任，前後總共擔任18年最高法院法官，任期亦為史上最長。除此之外，其早年當任過法制局長官，而成為日本新憲法立案背後之統籌負責人。關於行政事件訴訟法之立法回顧，



而此「小委員會」其實才是行政事件訴訟法「立案¹¹⁸」之重要組織，其所提出的各版本草案，雖然仍需經「行政訴訟部會」之總會通過，但實際上真正重要的內容皆是由小委員會做成。

「小委員會」於 1955 年 7 月 8 號招開第一次會議，至 1961 年 2 月間共招開了 57 次會議，主要產出六個版本的草案¹¹⁹。據會議記錄，原先安排之立案時程，其實只有一年到一年半。但同時間，行政不服審查法正好也在立法，因此延長了行政事件訴訟法之立案時程¹²⁰。第一次案與第二次案，主要多針對特例法時期之實務爭議，因此聚焦於「撤銷訴訟」程序面之技術性事項，從該二次草案的內容亦可看出¹²¹；此外，訴願前置在討論上亦多著墨。

入江俊郎自身亦於期刊發表過文章，參看：入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過：法制審議会の論議を顧みて」法律時報 34 卷 10 号 26-30 頁（1962）。

¹¹⁷ 「小委員會」成員之中，委員方之學界代表就屬田中二郎與兼子一教授二人屬要角，幹事方則為雄川一郎與三ヶ月章教授。正好分屬民事訴訟學界（兼子一、三ヶ月章）與行政法學界（田中二郎、雄川一郎）之對立關係。至於幹事中扮演最重要角色者為「杉本良吉」，時任法務省官員，之後於東京地方法院擔任法官，主要負責行政訴訟事件。在任期間審理過之著名之案件，其一即為「家永教科書裁判」第二次案（多簡稱杉本判決）的一審審判長，其劃時代宣判國家審查教科書之行為，違反日本憲法第 21 條 2 項及教育基本法第 10 條之規定，故撤銷原處分。該次判決參看：東京地判昭和 45 年 7 月 17 日行集 21 卷 7 号別冊 1-110 頁〔1 頁〕。

¹¹⁸ 因此，本文以下不稱「立法者」，而主要以「立案者」來指稱小委員會之見解。

¹¹⁹ 分別是第一次案（1956.9.20）、第二次案（1958.5.20）、第三次案（1958.6.20）、第三次整理案（1959.5.13）、第四次案（1960.4.15）、第五次案（1960.7.1），共五個版本的草案，相關條文內容與出處待後文直接相關處再行引用。嚴格上來說，其實還有第六次案，也就是小委員會向「行政訴訟部會」報告的版本（1961.3.3），該部會幾乎沒有修改便成為送交國會審議之最後版本（行政事件訴訟法案〔法務省〕），而當時日本國會幾乎沒有更改條文內容即通過立法，所以與其說是草案，倒不如將其視作現行法。該版草案參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（5）日本立法資料全集 39』29-39 頁〔資料 121〕（信山社、1994）。

¹²⁰ 塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（1）日本立法資料全集 5』頁 155-169（信山社、1992）。高木・本章前揭注（24）173 頁。

¹²¹ 第一次案（行政事件訴訟特例法改正要綱草案第一次案）條文參看：塩野・本章前揭注（106）1-23 頁。第二次案參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（4）日本立法資料全集 38』161-171 頁〔資料 61〕。



就訴訟類型而言，從第二次案到第三次案與第三次整理案¹²²間之變動很大，容本文於下段詳述。第四次案之內容，大致上與現行法相去不遠，2004 年修法前第 4 條當事者訴訟之條文，就是在本次草案中底定¹²³。第五次案則是學說上俗稱之「小委員會案」，因為該次草案係第一次對外公開發表並募集意見之草案，別具學理上意義。但就本文所研究之當事者訴訟而言，因已於第四次草案底定條文內容，故前期之草案較具重要性。

而在各草案之前，其實還有類似「討論要綱」（改正の問題点、問題点の所在，中文為本文意譯）的討論資料¹²⁴，其中就已提及當事者訴訟。而草案前之「討論要綱」與之後各次草案中，本文發現前後對於訴訟類型之建構，有很大的歧異，以下即從「討論要綱」談起。

（二）立案過程中之訴訟類型

從「討論要綱」呈現之安排可以發現，當事者訴訟之所以出現，其目的是為了討論「要不要為此規定」¹²⁵；並且在此之下，被劃歸為當事者訴訟下位討論者，即有「以行政處分無效為前提之訴訟」及「確認行政處分無效之訴」¹²⁶，其他則

¹²² 第三次案參看：塩野・本章前掲注（121）172-182 頁〔資料 62〕。第三次整理案參看：塩野・本章前掲注（121）209-222 頁〔資料 65〕。第三次案與第三次整理案之對照參看：塩野・本章前掲注（121）223-262 頁〔資料 66〕。

¹²³ 第四次案參看：塩野・本章前掲注（121）277-312 頁〔資料 77〕。尤其第四次案在文獻中並沒有獨立的資料建檔，因此本文只好選擇用第三次整理案與第四次案之對照表，作為第四次案之參考資料。

¹²⁴ 係指「行政訴訟に関する法令改正の問題点—行政事件訴訟特例法を中心として」（1955 年 5 月 25 日、法務省訟務局案），詳細內容參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（3）日本立法資料全集 37』151-156 頁〔資料 12〕。依照小委員會之主席入江俊郎所言，此討論要綱為各幹事們於小委員會招開前，預先書寫好，因此小委員會的討論內容，其實深受幹事之影響。參看：入江・本章前掲注（116）27 頁。

¹²⁵ 原文為：「『その他公法上の権利関係に関する訴訟』を特例法において規制する可否」。（粗體為本文所加）參看：塩野・本章前掲注（124）153 頁。

¹²⁶ 關於這兩類訴訟與當事者訴訟間的關係，參看本節前述「貳、二、（二）」之說明。



多屬請求財產之訴訟（如：徵收補償費之訴、公務員薪資給付訴訟…等），最後則為「國家賠償訴訟」¹²⁷。

若再將觀察視野拉高到行政訴訟之「各訴訟類型」，在「討論要綱」與之後的各版草案間，本文發現有一個很大的不同。嗣後之各草案，係與現行法之立法模式相同，亦即將「行政事件」劃分為「抗告訴訟、當事者訴訟…」；但在草案形成之初期所使用的「討論要綱」，卻是以「是否涉及到行政處分」之爭訟為上位類型，緊接著再細分為「形成訴訟、確認訴訟、給付訴訟」¹²⁸。

申言之，上位概念係涉及到行政處分者，其「形成訴訟」即包含撤銷訴訟及變更行政處分內容之訴；「確認之訴」則包含確認行政處分存在與否之訴及確認行政處分無效之訴¹²⁹；最後，「給付訴訟」包含請求為行政處分及不為行政處分。反之，若非涉及到行政處分者，立案者並不是用「非行政處分」者，嚴格上說起來，其係利用「公法上權利關係之訴」，作為另一個類型，至於此類型是否有涵蓋除行政處分之爭訟以外的所有行政事件，自文獻中，並不可考。

上開「公法上權利關係之訴」之下，該討論要綱，亦是依據「確認、給付訴訟」再行區分下位類型，其中並無「形成之訴」之下位類型。但其討論目的核心聚焦於，「公法上權利關係之訴」的意義及範圍是否有明確化之必要？再者，關於「公法上權利關係之訴」在立法論上，是否可以另行以民事訴訟法之「特則」方式規定？最後是希望討論此類訴訟如何適用關於撤銷訴訟之相關程序規定。

從上開草案立案初期（1955 年）來看，其實與我國所繼受之德國制度十分相近¹³⁰，也就是與德國 1960 年通過的聯邦行政法院法十分接近。但從時間序來

¹²⁷ 塩野・本章前揭注（124）153 頁。

¹²⁸ 塩野・本章前揭注（124）337 頁。尤其是〔資料 31〕問題点の所在（二），其為 1955 年 8 月 20 日做成。

¹²⁹ 原文所使用者為「無効確認訴訟（無効宣言を求める訴訟）」，其所指之「無効宣言を求める訴訟」，本文認為應指「確認行政處分無效」，其在比較法上之參考者即為當時德國北方英軍占領區之 Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung，其中的第 23 條第 1 項與 75 條第 1 項。參看：塩野・本章前揭注（124）351 頁。尤其是〔資料 31〕問題点の所在（二）。

¹³⁰ 本文所稱之「德國制度」，主要係指以針對行政處分之訴訟類型（如：撤銷行政處分、課予義務訴訟、確認行政處分違法、無效）與針對非行政處分之「一般」性訴訟類型（如：一般給付之訴…等）。詳細說明參看：林明晰，本章前揭註 27，頁 352-362。



看，可發現日本與德國在行政訴訟法制的立法上，時間是「平行」的。日本在立法當時，雖有受到德國影響，但不諱言，受到 1960 年通過之聯邦行政法院法影響較少¹³¹。

再將視野向後移到各版草案：

第一次案 ¹³²	抗告訴訟、先決問題訴訟、當事者訴訟、規範統制訴訟、機關訴訟。
第二次案 ¹³³	抗告訴訟、當事者訴訟、無效等確認訴訟、民眾訴訟、機關訴訟。
第三次案 ¹³⁴	抗告訴訟、當事者訴訟、效力等確認訴訟、民眾訴訟、機關訴訟。
第三次整理案 ¹³⁵	抗告訴訟、法令效力之訴訟、當事者訴訟、民眾訴訟、機關訴訟。
第四次案 ¹³⁶	抗告訴訟、當事者訴訟、民眾訴訟、機關訴訟。

¹³¹ 就本文之所見，討論過程中其實偶有出現德國（當時為西德）當時的立法例，其中又以抗告訴訟下之「確認訴訟」，最為明顯。就此參看：塩野・本章前揭注（124）351 頁〔資料 30〕。此外，當時為幹事之三ヶ月章，亦參考了當時德國各地區關於行政處分無效之立法例，做成初步的試案，以供討論。就此參看：塩野・本章前揭注（121）158-161 頁〔資料 60〕。然而當時德國聯邦行政法院法仍在草案階段，小委員會則多是受到各地區立法各異之行政訴訟法影響，當時仍是依循當事者訴訟與抗告訴訟為主要之訴訟類型模式；就此參看：塩野・本章前揭注（124）239-333 頁〔資料 29〕。如果是以行政訴訟類型的比較法參考資料的話，甚至參考了德國（當時是西德）、美國、英國之立法例，至於是否有影響立案內容，可能需要再進一步的研究。就此，參看：塩野・本章前揭注（124）390-397 頁〔資料 38〕。嗣後，於小委員會一系列討論結束後，法務省亦有翻譯德國聯邦行政法院法的全文，參看：塩野・本章前揭注（119）409-458 頁〔資料 151〕。但正如本文於內文中所言，實際上受到此法之影響甚小，尤其是訴訟類型的部分。

¹³² 塩野・本章前揭注（106）1 頁。

¹³³ 塩野・本章前揭注（121）162 頁〔資料 61〕。

¹³⁴ 塩野・本章前揭注（121）172 頁〔資料 62〕。

¹³⁵ 塩野・本章前揭注（121）209 頁〔資料 65〕。

¹³⁶ 塩野・本章前揭注（121）278 頁〔資料 77〕。



從上表可以清楚發現，與前開「討論大綱」在訴訟類型之處理模式大相逕庭。一直以來都存在之類型即為抗告訴訟與當事者訴訟；其次，亦相當值得深入研究之「規範統制訴訟」、「效力等確認訴訟」、「法令效力之訴訟」則主要涉及到，對於「法規命令」應如何進行訴訟，以及「確認行政處分無效」與「撤銷訴訟」間，應如何區分適用之爭議。

(三)「程序法思考」之引導

在行政訴訟法制中，日本所建構出來的「訴訟類型」，之所以與德國制度逐漸背道而馳，本文認為最重要的原因其實在於，立案者對於行政訴訟事件「範圍」的定義仍舊有爭議，故利用訴訟類型來定性行政訴訟事件¹³⁷。從對於「範圍」之爭議，更可發現到其仍未脫特例法時期之爭論，即「行政訴訟之本質」究竟為何？

其中參與立案之田中二郎教授，於立法通過之初即已表明，立案委員們大多係針對，行政訴訟事件在程序上，應與民事訴訟如何區分進行討論。立案過程中，雖然亦有針對本質定位進行討論，但是並沒有結論；原因之一，田中教授認為是立案者爭執不下，於是就將問題委由司法實務運作與學說發展後，再行討論¹³⁸。對於行政事件訴訟法之立案，另一位影響力不下於田中教授者，即為雄川一郎教授，其亦於晚年之回憶中，提到與田中教授相同之見解¹³⁹。

本文認為，在司法一元化之制度下，日本新憲法將司法權之意義定調於「法律上之爭訟」，在行政爭訟制度上，如本文前述，並不完全等同於以「權利救濟為主」的德國制度。據此，若認為以權利救濟為行政訴訟主要目的時，其實在司法一元制之基礎下，其實日本是沒有必要一定要設計一個「獨立的」行政訴訟法制，自立於民事訴訟之外。因為在訴訟法上「給付、確認、形成」之訴訟類型區

¹³⁷ 這也就是為何立案者一開始原本是以獨立的一般法進行設計，但嗣後囿於行政訴訟之本質、範圍有所爭議，規範模式上只好以訴訟類型反定義行政訴訟，進而使得法規名稱歷經數次變更，最後只好以「行政事件」訴訟法，而非「行政」訴訟法。就法規名稱之變遷爭議，概要說明參看：入江・本章前揭注（116）29-30頁。

¹³⁸ 田中・本章前揭注（112）10頁。

¹³⁹ 雄川・本章前揭注（14）122頁。



分，是以有「實體權利」存在為前提，民事訴訟如此¹⁴⁰，行政訴訟上，德國則是透過「公法上權利」理論的建構為之。

從而，自法條解釋上，日本行政訴訟之定位仍有解釋空間時，自然不一定以權利救濟為前提¹⁴¹，加上對於行政訴訟制度之本質定位，立案者未能積極面對之情形下，便首先是以「行政訴訟」之審理程序在何情形下是必須要「不同於」民事訴訟；換言之，「程序法思考」便會帶領一整個制度的形成。

其實本文上開見解亦可從立案過程之討論安排，看出端倪。小委員會初期之會議多以「訴願制度」、「撤銷訴訟之爭議」為主進行討論。「撤銷訴訟之爭議」部分即是先行整理實務於特例法時期所面臨到的問題，其中最具爭議性者即是對於「行政事實行為」應如何進行救濟，以及對於「行政不作為」如何進行救濟¹⁴²。

為了整頓上開實務上所面臨到的問題，於是對於「抗告訴訟」自然特別關注，且「抗告訴訟」亦是與民事訴訟相異程度高之訴訟事件，在程序整備上自然而然就以抗告訴訟為「中心」。此種「處理既存問題」以及「司法一元制」，兩者相互作用下，「抗告訴訟中心主義」抑或是「包括性處分概念」油然而生。

以外，這種「程序法思考」為制度建構之核心，亦即以行政訴訟事件有何不同於民事訴訟之觀點，其實亦可說明為何雄川一郎教授會覺得僅用「給付、確認、形成」三分法會不夠涵蓋行政訴訟之訴訟類型¹⁴³。因為其所認為的行政訴訟制度係以針對行政高權之作用為核心，此所謂的行政高權或可謂行政處分是有公定力、拘束力，行政訴訟必須先處理處分之效力，與權利受到侵害便直接向法院起

¹⁴⁰ 高橋宏志『重點講義 民事訴訟法 上』70頁（有斐閣、2版、2012）。

¹⁴¹ 雖然學說通說皆如此認為，但近年來不是沒有學說從批判性角度切入檢視。例如參看：仲野武志『公權力の行使概念の研究』頁1-20（有斐閣、2007）。

¹⁴² 就此，請參見第34回會議記錄：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(2) 日本立法資料全集6』1055-1106頁（信山社、1992）。

¹⁴³ 雄川・本章前揭注(4)50頁。相反的，學者塩野宏教授則是認為是分類的出發觀點不同，但行政事件訴訟法的四種訴訟類型亦可以對應到給付、確認、形成訴訟，參看：塩野・本章前揭注(4)80頁。近年來，日本民事訴訟學界中，亦有討論「給付、確認、形成訴訟」，三種類是否真的可以涵蓋所有的請求類型，相關討論請看：高橋・本章前揭注(140)75-76頁。



訴請求不同。此觀點亦為本文前述¹⁴⁴戰前美濃部教授對於「覆審之爭訟與始審之爭訟」概念的延伸，但雄川教授或田中教授在「程序法思考」的引領下，過度強調處分效力的單一面向，當然與行政訴訟制度建置遭受質疑之壓力有密切相關。

因此，本文認為，日本行政事件訴訟法對於訴訟類型之設計會延續德國戰前之二分法（抗告／當事者訴訟），而不採德國現行制（三分法），並不是單純的德國戰前制度繼受。而是先從「司法一元制」為基礎，以及不單僅以權利救濟作為行政訴訟法制之前提，觸發了「程序法思考」所為導引之制度設計模式。再加上，以解決特例法時期之實務爭議為主之立案模式，自然將討論重心放置於「抗告訴訟」中，進而在無法充分解決抗告訴訟中之各問題點時，「包括性處分概念」就被提出來作為解決方案。而此，亦埋下日後日本行政訴訟制度運作不彰之伏筆，終究引來 2004 年之修正。

二、「抗告訴訟中心主義」

前段中，本文藉由日本行政訴訟類型的建構過程中，發現到這種「程序法思考」引領著日本行政訴訟制度的建構，並且嘗試勾勒出其制度背後的整體結構性。這種「程序法思考」就是為了將行政訴訟不同之處凸顯出來，使行政訴訟制度得以在司法一元化之大環境下存留下來。

從而，以向來做為行政訴訟制度重點之「抗告訴訟」做為核心，設計新的行政訴訟制度自不難想像。但是，就本文關懷的「當事者訴訟」而言，意義在於，觀察歷史脈絡中之當事者訴訟，其實無法自外於對於抗告訴訟之觀察。因此，探究當時立案者或眾學說對於「抗告訴訟」概念之理解，自可釐清當事者訴訟為何會「邊緣化」。

仔細觀察整體行政事件訴訟法，自體系而觀，「抗告訴訟」為整部法律的重心。而在此重心中之核心，始為「撤銷訴訟」。因為就連抗告訴訟下之其他下位訴訟類型，在訴訟程序上都準用撤銷訴訟之規定。所以必須釐清，在日本抗告訴

¹⁴⁴ 就此，參看本章前述「第一節、貳、二、(二)」之說明。



訟並不一定等於撤銷訴訟，抗告訴訟中心主義與撤銷訴訟中心主義，在層次上並不宜劃上等號¹⁴⁵。

首先，立案過程中「抗告訴訟」本身條文變遷，幾乎就已清楚反映，以抗告訴訟做為中心之思考，且其中又以「撤銷」之型態為核心。單純從立法技術上之理由而言，可以觀察對於「事實行為」不服，以及行政機關「不行為」不服時，立案者所設計之訴訟模式，就可以發現其對於「撤銷」訴訟的重視以及爭論。

以第一次案、第二次案、第三次案、第三次整理案，以及第四次案之條文變遷來看，對於事實行為應如何處理，一開始是以「排除」事實行為所造成之違法狀態¹⁴⁶，但其並未明確化所謂的「排除」究竟何所指。後來明確轉向以「撤銷」的方式處理¹⁴⁷。由於事實行為以撤銷訴訟為之，爭議實在太大¹⁴⁸，後來妥協之結果則是吸收至原本的撤銷行政處分之條文中，以「其他公權力之行使」指涉之¹⁴⁹，這便是學理上所謂「包括性處分概念」之濫觴¹⁵⁰。

其次，關於「不作為」部分，一開始是以「申請」為前提之處分，若行政機關於相當期間內未為處分，將此不作為「視為」一種否准處分，撤銷該否准處分¹⁵¹。後來這種「視為否准處分」之處理方式，卻又轉變成「確認違法訴訟¹⁵²」，即確認不作為違法之訴。

¹⁴⁵ 高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救済法』48頁（有斐閣、2008）。

¹⁴⁶ 參看第二次案條文「第三、三」：塩野・本章前揭注（121）162頁。

¹⁴⁷ 參看第三次案條文「第三、三」：塩野・本章前揭注（121）225頁。

¹⁴⁸ 詳參本段下述「（二）歷史的幽靈：公定力」之說明。

¹⁴⁹ 參看第三次整理案條文「第三、一」：塩野・本章前揭注（121）225頁。尤其注意欄位下方的「備考」一欄，明確提到第三次案中之撤銷事實行為之訴，吸收至撤銷行政處分之訴中。之後便如此定調下來。

¹⁵⁰ 詳參本段下述「（一）混淆處分認定與權利救濟」之說明

¹⁵¹ 參看第一次案條文「第三、四」：塩野・本章前揭注（106）2頁。第二次案與第三次案皆相同。

¹⁵² 參看第三次整理案條文「第三、四」：塩野・本章前揭注（121）226頁。之後便定調為違法確認訴訟。



從立案者對於「事實行為」與「不行為」的訴訟類型建構可以發現，當法院對於行政權之合法性監督意識越來越強時，日漸多態樣的行政行為，就逐漸難以用「抗告訴訟」單一手法進行制度設計。本文此處所謂之「抗告訴訟」係指前述¹⁵³一開始提到的抗告訴訟的概念，即「對於公權力的發動」不服。但必須注意，當時對於「公權力」之態樣，嚴格上說起，其實就僅指「行政處分」而已，所以透過將處分「撤銷」，便最適合解決處分所「形成」的權利義務關係，抑或是「去除」掉處分所「確認」的權利義務關係¹⁵⁴。

但是對於行政事實行為以及不行為，究竟是要用「撤銷」訴訟達到什麼目的呢？反過來問，撤銷真的可以解決這兩種類型所不服之事物？若從德國學理的觀點思考，其實這兩個行為最涉及到要求「給付或不給付」的問題。

然而當時日本學界，尤其是學者田中二郎教授認為，對於法院透過判決要求行政機關「作為」，可能有「權力分立」的考量。因而，其主張應先尊重「行政機關的優先判斷權¹⁵⁵（行政機関の第一次の判断権）」，而當時實務亦接受此見解。在這種延續日本自來對於行政機關的特權觀點，請求行政機關「作為」之訴，在範圍上便大幅限縮¹⁵⁶。此外，從「視為否准處分」之觀點而言，就是立案者希望有「處分」存在，以便「撤銷」之。後期草案雖轉為「確認不作為違法」，但無論是撤銷還是確認違法都沒有辦法真正達到要求「給付」之目的。

至於事實行為之爭議在於，當時認為事實行為與行政處分實在是難以區分。難以區分的原因之一，其實就是「公定力」理論使然，其二，也牽涉到行政法學理上對於行政處分定義的方式。進一步來說，就是認為公權力透過事實行為之方式作用，而人民對之不服。

¹⁵³ 詳參本章「第一節、壹」之說明。

¹⁵⁴ 這兩種觀點涉及到對於行政處分「規制力」的不同觀察角度。亦即行政處分是依法律，進而「形成」權利主體間之法律關係；抑或是行政機關將法之意旨，透過機關之意思表示，「確認」權利主體間之法律關係。

¹⁵⁵ 關於「行政機關優先判斷權」，學說上歷史的考察與批判之經典文獻參看：小早川光郎「行政の第一次の判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念『法治國家と行政訴訟』217-245頁（有斐閣、2004）。

¹⁵⁶ 就此，在行政事件訴訟法制定之前，就已有論者提出批評，參看：白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究 11 号 46-55 頁（1954）。



然而，早期學說卻將著眼點放在事實行為所造成的「侵害」，並且將此「侵害」與行政處分的「規制力」乃至於「法效性」混淆後¹⁵⁷，以「公定力」的姿態再現¹⁵⁸。兩者交互作用下，便形成將「實體法」中之行政處分概念擴大解讀，透過撤銷其認為事實行為所具有之公定力，因此立法政策上就運用「關於其他公權力行使」，將事實行為何時屬「訴訟法」意義下之「處分」，交由實務透過個案加以發展。

將事實行為與屬於法律行為的行政處分劃歸在一起，這種處理方式除了彰顯立案者無法針對兩者的區別妥適處理外，有論者認為，立案者透過擴大將抗告訴訟的概念，進而體系化針對關於行政活動之行政訴訟¹⁵⁹。但是擴大抗告訴訟概念的涵蓋範圍，除了歷史脈絡上「程序法思考」之引導，以及立法技術上之困難外，其實應該還牽涉到：將「處分性」等同於「公權力行使」。換言之，當然普遍將撤銷訴訟對象的「處分」擴大解釋成「公權力行使者」，因此抗告訴訟與撤銷訴訟的關係變得難以釐清。本文整理日本學說上的討論，認為與以下幾個觀點密不可分，分述如下，並且釐清抗告訴訟中心主義的真正意義。

（一）混淆「處分認定」與「權利救濟」

自條文文義切入，行政事件訴訟法第3條第1項將抗告訴訟的對象指向「公權力行使」，依據核心立案者：杉本良吉之解說，其將抗告訴訟定位在「排除公權力對於人民的權利侵害¹⁶⁰」。換言之，判斷原告適格之其中一種方式，便是以「有無權利侵害」。但是同條第2項又將撤銷訴訟之對象除了指向處分外，更指向「其他該當公權力行使之行為」。

在此如此的安排下，「其他該當公權力行使之行為」同時成為撤銷訴訟的對象外，亦符合抗告訴訟的對象，因此「處分」與「公權力行使」就可能出現難以區分的情形。進而，學說與實務上多會將「公權力行使」等同於「處分」，故出現

¹⁵⁷ 高木光『事實行為と行政訴訟』26-30頁（有斐閣、2001）。

¹⁵⁸ 今村成和「事實行為の取消訴訟」北大法学論集 16卷2・3号 10-18頁（1966）。

¹⁵⁹ 小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか『現代行政法第4卷：行政争訟I』144頁（有斐閣、1989）。

¹⁶⁰ 杉本・本章前揭注（56）35頁。



「處分性」概念，又將「有無權利侵害」作為處分性有無的認定方式¹⁶¹。基於行政訴訟是保護人民權利之途徑，擴大認定「處分」的範圍就是實現人民權利保障的方法¹⁶²。

在這樣的思考脈絡下，可以發現上開擴大「處分性」，亦即，持「包括性處分概念」之論者，其背後的目的在於擴大人民權利救濟之可能。但是此說法其實有一個很大的盲點，申言之，日本國憲法已經將司法權的範圍定調為「概括主義」，所以只要符合本文前述之「法律上爭訟」¹⁶³法院就應審理，自無須透過「處分性」之擴大認定來保障人民權利救濟之可能¹⁶⁴。因此，「處分性」作為原告適格之認定，本身就是沒有意義的理論基礎。此外，學者小早川光郎亦清楚的指出，行政事件訴訟法第3條第2項所謂「撤銷處分之訴」，只不過是謂「處分」這個行政實體法上之概念（即指行政處分），在訴訟法上需要利用「撤銷」來獲得解決；非「處分」者，有其他的訴訟途徑可以處理，與有無權利受侵害自無關係¹⁶⁵。

如前所述，這種擴大處分性的起源，便是為了解決「事實行為」的行政訴訟設計。依據日本學者高木光之研究，其認為早期學說之所以會嘗試以撤銷訴訟的方式處理「事實行為」，最大的原因在於「行政執行」上有許多行政事實行為造成人民的權利損害，而許多論者便將事實行為所造成的權利損害或干預視為一種「忍受義務」（受忍義務）¹⁶⁶，而將此種受忍義務的性質即與行政處分的法效性相同。但高木光教授認為，這種情形就是將「下命處分」與「執行行為」混淆的結果，進而為了讓混淆後所認定的「忍受義務」的公定力解消，便透過「撤銷訴訟」的方式進行訴訟¹⁶⁷。

¹⁶¹ 原田尚彦「抗告訴訟の対象について：処分性の拡大要因と縮小要因」判例タイムズ263号3頁（1971）。

¹⁶² 原田・本章前掲注（161）2-13頁（1971）。尤其是第13頁「むすび」之段落。

¹⁶³ 就此，參看本節「壹、二、（一）」段落之說明。

¹⁶⁴ 遠藤博也「取消訴訟の原告適格」『行政訴訟法』116頁（信山社、2011）。

¹⁶⁵ 小早川光郎『行政訴訟の構造』284-286頁（東京大学出版会、1983）。

¹⁶⁶ 就此，詳細論述情參看：高木・本章前掲注（157）83-85頁。

¹⁶⁷ 高木・本章前掲注（157）27頁。



除了訴訟法之緣故外，處分概念的擴大其實也深受行政「實體法」學理影響。高木光教授認為，擴大的開端便是田中二郎教授對於實體法上之行政處分（行政行為）¹⁶⁸，過度擴大解釋之緣故。其進一步提到，雖然田中二郎教授的行政處分觀點是承繼於美濃部達吉教授之學說¹⁶⁹，但田中二郎教授將美濃部學說中「準法律行為之行政行為¹⁷⁰」¹⁷¹亦視為行政處分¹⁷²。

但實際上而言，本文亦發現自美濃部教授整體學說而言，其並不認為行政處分包括準法律行為，而僅限於法律行為，亦即須以意思表示為核心。其清楚提到，行政事實行為之所以不是行政處分，最大的原因係因法律效果的來源不是基於行政機關的意思表示，而是事實行為所造成的權利損害結果，依據法律規定有損害賠償之責任。此外，準法律的行政行為（如通知…等）因為其法律效果是基於法律本身之規定，而非行政機關之準法律行為本身¹⁷³。高木光教授便直指，田中二郎教授將行政實體法概念上的行政處分定義為「行政機關優越意思之發動以及公

¹⁶⁸ 田中二郎教授對於實體法上行政處分（行政行為）的見解參看：田中・本章前揭注（102）116-127頁。

¹⁶⁹ 關於美濃部教授與田中教授兩者對於行政處分的觀點，深刻分析之經典文獻，參看：遠藤博也「なぜか行政行為の諸分類」『行政法スケッチ』139-162頁（有斐閣、1987）。尤其是文中頁157-158的部分，遠藤教授認為田中二郎教授在概念構造上過於統合，而容易使人誤解。我國亦有文獻討論，參看：程明修，本章前揭註7，頁102-105。

此外，關於德國戰前行政處分概念的變遷對日本的影響，近年來亦有日本學者深入探討。就此參看：人見剛「ドイツ「行政行為」概念の日本行政法学への影響について — 第二次大戰前まで —」高橋滋、只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』65-91頁（國際書院、2012）。

¹⁷⁰ 本文此處所稱之行政行為是一種上位概念，即指行政的各種行為之總稱，並非指日文用語之行政行為。之所以用中文意義的行政行為，係高木光教授以「準法律行為の行政の行為」（粗體為本文所加）做說明，其認為美濃部學說中的「準法律行為の行政行為」，從現在的觀點來看，其實是指「準法律行為の行政の行為」。參看：高木・本章前揭注（24）113頁。

¹⁷¹ 美濃部・本章前揭注（20）155-156頁。

¹⁷² 田中・本章前揭注（102）121頁。

¹⁷³ 美濃部・本章前揭注（20）158-162頁。就此而言，本文見解與高木光教授相同，亦即應將準法律行為之行政行為視為行政各類行為之一種下位類型，但其本身並非屬行政處分。



權力之行使¹⁷⁴」，即是將以意思表示為核心要素的行政處分，擴張到包含非意思表示的準法律行政行為，甚至是事實行為¹⁷⁵。

綜上所述，當時持「包括性處分論」之學者，其共通點就是將實體法行政處分（行政行為）的概念，基於是否有權利救濟之必要而擴大認定為訴訟法意義上的處分（処分），並且認為訴訟法上的處分沒有必要與實體法上之行政處分概念作相同解釋。但是正如本文前述，在理論基礎上其實是相當薄弱。

（二）歷史的幽靈：「公定力」

抗告訴訟自始的概念雖然是「對於公權力之不服」，因此透過「撤銷」之手法排除公權力之介入；但是當初的公權力其實僅指涉到現今概念中的「行政處分」。反過來說，當時認為可以透過「撤銷去除」行政公權力之介入，其實就是基於「撤銷去除」行政處分的「規制力」而言。暫先不論對於行政處分的規制力的性質，亦即行政處分是依法律，進而「形成」權利主體間之法律關係，抑或是行政機關將法之意旨，透過機關之意思表示，「確認」權利主體間之法律關係，總之就因為有此規致力，所以才需要透過撤銷訴訟去除之。

但是行政機關透過各種行為進行行政活動，漸漸發展成不僅限於行政處分，而是有許多不同可能手段。這些都是行政機關公權力的展現，但不代表這些各式各樣的行政活動都需要用（或可以用）撤銷訴訟來達到行政訴訟的目的，因為其等並無「規制力」之存在，自無須運用撤銷訴訟。

然而，為何日本在撤銷訴訟的發展上，將非行政處分者亦以撤銷訴訟為之？本文整理日本學說後，發現其中一個最大的原因即在於「公定力」理論。

日本行政法學中之「公定力」，亦係奠定日本公法學之美濃部達吉教授自德國引介而來¹⁷⁶，戰後由田中二郎教授所承繼。所謂公定力，美濃部教授認為：「行

¹⁷⁴ 田中・本章前揭注（102）114頁。

¹⁷⁵ 高木・本章前揭注（24）114頁（有斐閣、2005）。更詳細的論述，請參照：高木・本章前揭注（157）111-112頁。

¹⁷⁶ 限於篇幅，本文無法在此詳細說明戰前日本公定力理論的繼受過程，以及美濃部學說中公定力理論之全貌，就此參看：宮崎良夫「行政行為の公定力（その一）：戦前における形成と展開」『行政争訟と行政法学』220-222頁（弘文堂、1991）。



政處分除經爭訟撤銷或有權者撤銷外，任何人皆不得否定其效力¹⁷⁷」，但不得不否認的是，當時公定力理論仍在變遷中¹⁷⁸。戰後經過實務與學理的之熱烈爭論，學界重要之代表學者田中二郎認為：「縱使係違法之行政行為，除當然無效者外，在有正當權限之機關撤銷前，皆受適法之推定¹⁷⁹」。

上開對於公定力概念的界定，係最為簡潔，卻也最為混亂。日本學者宮崎良夫便直指，這種效力的概念將處分相對人、利害關係人、處分機關、所有行政機關、法院…等等，皆納入此概念下，容易使許多理論概念難以清楚區分、界定，而造成混亂¹⁸⁰。進而言之，公定力理論其實涵蓋了許多現時點下對於行政處分效力概念，最令學者詬病者，其實是公定力本身時常以「應然之前提」出現於理論論證中，但持此見解之學者卻都不質疑公定力此一前提的正確性乃至於適法性¹⁸¹。再者，公定力概念的原型，便有學者認為是自行政機關立於裁決者¹⁸²之戰前概念發想而來¹⁸³。在行政行為乃至於行政處分已類型化之現時點，自無存在之必要¹⁸⁴。

在此理論基礎大有問題之上，公定力卻成為撤銷訴訟的理論基礎，即透過撤銷訴訟來達到排除公定力之目的¹⁸⁵。撤銷訴訟與確認處分無效訴訟，也以公定力之存在有無進行區分；行政處分縱使經起訴撤銷，判決確定前執行力並不停止，亦以公定力為依據。

¹⁷⁷ 美濃部・本章前揭注（20）257頁。

¹⁷⁸ 宮崎・本章前揭注（176）220-225頁。

¹⁷⁹ 田中・本章前揭注（102）133頁。

¹⁸⁰ 宮崎・本章前揭注（176）200頁。

¹⁸¹ 宮崎良夫教授即以「構成的」一詞說明這種現象。

¹⁸² 這種立於裁決者的觀點，參看本章第一節中「貳、二、（二）」段落之說明。

¹⁸³ 高木・本章前揭注（157）354頁。

¹⁸⁴ 學者宮崎良夫即持此觀點，參看：宮崎良夫「行政行為の公定力（その二）：戦後における展開」『行政争訟と行政法学』321頁（弘文堂、1991）。

¹⁸⁵ 田中・本章前揭注（102）133頁。



從而，為何事實行為會以撤銷訴訟進行處理，當然也是因為有學者認為事實行為也具有公定力¹⁸⁶，甚至連核心立案者杉本良吉之解說中，亦持相同見解¹⁸⁷。其等多認為，事實行為所強加人民之忍受義務，即屬公權力之行使，為了排除這種公權性（公定力），自應肯認其屬撤銷訴訟之範圍¹⁸⁸。

綜上所述，這種持續以歷史中之幽靈：公定力，作為制度建構或論證之前提，在行政各種作用都具有公定力之觀點下，自然都需要透過撤銷訴訟撤銷公定力，亦促使抗告訴訟成為制度之中心。

（三）對當事者訴訟之影響

以抗告訴訟為制度中心之發展，凸顯了一個本文於此最核心要觸及的問題。意即：當抗告訴訟被立案者或是學說定位為「對於公權力不服之訴訟」時，當事者訴訟又是以何種功能或定位，出現在行政事件訴訟法中？

當抗告訴訟作為對於公權力不服之訴時，反過來看當事者訴訟便會發現，非屬於公權力之事項，當事者間又是相對立的概念，亦即行政機關非處高權性時，許多論者便會開始主張，此類事件幾乎與民事訴訟事件相同，進而質疑當事者存在的意義究竟何在¹⁸⁹。

再者，抗告訴訟過度受到重視時，自統計數據上亦可清楚看到，實務運用的數量亦相當少。大部分的案型其實都是行政事件訴訟法第4條前段的類型（即學理上稱之形式當事者訴訟），即徵收補償額度之爭議、損失補償之爭議；縱使有同條後段的類型（即實質當事者訴訟），幾乎也都是立案者當時所設想的類型，如確認公法上地位、公務員薪資給付…等¹⁹⁰。以抗告訴訟為中心下的實務發展而言，當事者訴訟幾乎是限縮在戰前實務的類型。

¹⁸⁶ 今村・本章前揭注（158）17頁。

¹⁸⁷ 杉本・本章前揭注（56）38頁。

¹⁸⁸ 田中・本章前揭注（102）305頁。

¹⁸⁹ 反對論者如一直以來即站在否定當事者訴訟存在意義之阿部泰隆教授。就此，參看：阿部・本章前揭注（24）259-260頁。

¹⁹⁰ 若以 1986 年為例，日本各地地方法院受理之案件，屬抗告訴訟佔 84.5%，當事者訴訟僅佔 3%。參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 2 年度行政事件の概況」法曹時報 43 卷 8 号 151

學說上雖有論者約略劃出當事者訴訟的適用範圍，即作為「管理關係」與「給付行政」中紛爭之訴訟途徑¹⁹¹。但所謂「管理關係」係相對於權力關係所存在的概念，當權力關係被擴大解釋時，管理關係之範圍自然限縮；再者，權力關係與管理關係，已被學說質疑¹⁹²，當事者訴訟自然沒有作為管理關係之訴訟類型之必要，反而使反對當事者訴訟存在之論者作為批評之論據。至於「給付行政」中，是否全無前述公權力的存在，自有爭議，有爭議時又基於權利救濟的目的，劃歸為具處分性之事項，而又成為抗告訴訟之範疇。

從上述種種，皆可清楚明瞭，以抗告訴訟，乃至於撤銷訴訟為中心之行政訴訟制度，大幅度壓縮當事者訴訟的存在空間。更甚者，質疑當事者訴訟之論者以此現存結果，進而質疑當事者訴訟的存在意義。有趣的是，反而因為當事者訴訟若有似無的存在感，令學界與實務開始省思當事者訴訟的真實意義、定位、作用究竟何在，而此其實也反饋至抗告訴訟中心之思考中，使當事者訴訟之論爭於1980年代以降愈發激烈。

頁〔第7表〕(1991)。本文在此是舉表中昭和61年(1986)之數據，同表中亦可略見前後幾年，數量差距不大。

¹⁹¹ 關於權力關係與管理關係，參看：田中・本章前揭注(102) 80-81頁。

¹⁹² 學說上論爭之整理，參看：芝池・本章前揭注(102) 23-25頁。至於芝池教授自己之見解，參看：芝池・本章前揭注(102) 26-35頁。



第三節 當事者訴訟之論爭

壹、概述

從上一段之討論可清楚發現到，當事者訴訟在日本行政訴訟法制中，除了立案時並未深入討論外，定位也越來越不明確。除此之外，在「抗告訴訟中心主義」與「包括性處分概念」之潮流下，當事者訴訟之功能更顯得渺小。

歷史脈絡中之當事者訴訟不是沒有受到質疑，尤其是行政事件訴訟法具體明文化後，反而爭論更多。爭論之出現，除了是延續向來之質疑外，更重要者其實是隨著現代化，行政之形式亦多樣化，進而出現了一些別具意義之實務案件，更加引發了學界之論爭。

本文以下先從考察「否定」論者之觀點出發，日本學界亦稱之為「當事者訴訟之死亡宣告說」，檢視其見解是否確實打擊到當事者訴訟之存在意義。此外，亦透過一實務個案：「疫苗接種補償案」進行說明。接著，本文嘗試以「肯定」論者皆會援用之實務個案，即「大阪機場案」，帶出當事者訴訟活用論者所主張之「程序機能論」，一併說明否定論者之反駁意見。

在活用論之下，除了上開「程序機能論」外，另有論者是從質疑「包括性處分概念」出發，認為爭訟意義的行政處分概念，其本身於理論上難以整合，故應釐清行政處分概念，接著重新定位抗告訴訟與當事者訴訟間之關係。而此一見解，就本文之所見，成為當事者訴訟得以繼續存在之重要理論基礎，亦影響了2004年日本行政事件訴訟法之修正。



貳、當事者訴訟之「死亡論」

一、公／私法區分無用說

主張當事者訴訟已無存在意義之論者，多從「司法一元化」的前提切入，進而質疑「公／私法區分」之必要。因此認為，作為「公法上」法律關係訴訟之當事者訴訟，其「公法上」已失去區分意義¹⁹³。

仔細檢視上開見解，本文認為，將「司法一元化」等同於「公私法區分無實益」此一觀點¹⁹⁴，似有疑義。所謂的「司法一元化」如前所述，在制度上其實只是審判權一元化，是否連訴訟法，甚至實體法都一元化，其實都是在變遷、發展中，難謂「訴訟法、實體法」也隨同一元化。本文對於日本是否應該藉由「司法一元化」，進而放棄對「公／私法區分」之論爭¹⁹⁵，並無意見；惟事實上，「司法一元化」與公私法不區分之狀況與英美法制度發展有很深的關係，日本自從引入西方法律制度時，其就與歐陸（大陸）法系關係密切，實體法乃至於訴訟法之制度，皆為如此，行政訴訟制度亦不外乎。

然而，新憲法「司法一元化」之精神其實只是在於將審判權一元化，至於實體法或訴訟法之走向，都皆有開放的可能。如果在論證上直接認為「司法一元化」就是要拋棄向來「公／私法區分」之論爭，緊接著於解釋制度上，也是逕朝不區分，本文認為似乎過於武斷，亦不符合實情。因此本文認為，以「公／私法」在日本已無區分之必要，作為當事者訴訟「死亡宣告」之依據，並不妥適。

惟否定論者中，亦非全無意識到「公／私法區分」之爭議核心，其係直接針對「公／私法區分」此一前提質疑¹⁹⁶，非如前述部分否定論者直接以司法一元論逕自連結到區分無用論。此質疑之出發點，就本文之所見，多與當時（1970 年

¹⁹³ 阿部・本章前揭注（24）237-238 頁（弘文堂、2003）。

¹⁹⁴ 相對於相同見解之今村成和教授較為客觀之論述，阿部泰隆教授似較為直觀地認定司法一元化即表示無須區分公私法。

¹⁹⁵ 例如學者宇賀克也便是主張公私法區分已是過去式，參看：宇賀・本章前揭注（102）63-64 頁。

¹⁹⁶ 今村成和「現代の行政と行政法の理論」公法研究 30 号 123 頁（1968）。



代左右)「給付行政」之風潮有關。當時認為給付行政相對於干預行政，而認為給付行政係屬於「非權力關係」。因此，除了基於公益考量者外，原則上多適用私法；但是實務學理上出現許多難以區分之類型時，部分學界論者便主張不應區分公／私法¹⁹⁷。

二、質疑當事者訴訟獨立存在意義

另有論者從「實益面」切入思考，即認為當事者訴訟僅在「職權證據調查」此一訴訟程序上是屬於行政事件訴訟法，其他完全與民事訴訟相同¹⁹⁸。再者，論者從實務上運作上發現，縱使原告是主張公法上權利義務爭議，其以民事訴訟起訴，實務據此駁回訴訟之案件很少，進而質疑當事者訴訟之存在¹⁹⁹。以外，亦認為當事者訴訟之定位，幾乎與位於附則中之爭點訴訟（行政事件訴訟法第 45 條）相同²⁰⁰。

就此點而言，本文認為實務上甚少運用當事者訴訟，以及所適用之訴訟程序僅為職權證據調查上，其實與立法者所設想之當事者訴訟不夠具體有很大的關係。如前所述，行政事件訴訟法立法當時之討論，除形式當事者訴訟外，對於實質當事者訴訟之具體內容應為何，立案者並沒有很認真面對²⁰¹。在沒有認真面對當事者之前提下，所規定出來的訴訟類型與其所適用之訴訟程序，當然也是容易使人質疑。但否定當事者訴訟之論者，依據此點便直指當事者訴訟無存在意義，就本文之所見，其實也僅是見樹不見林之批評。

本文深切認為，對於當事者訴訟在日本行政訴訟制度中沒有清楚釐清前，站在爭議點上續行質疑，恐怕不是妥適的作法。這也就是為何當事者訴訟至今仍能

¹⁹⁷ 參看：今村・本章前揭注（196）123-126 頁。

¹⁹⁸ 原田尚彥「行政法における公権論の再検討：公権を論ずる意義に關連して」民商法雜誌 58 卷 2 号 15 頁（1968）。論者認為，當事者訴訟準用抗告訴訟之條文，大多是為了形式當事者訴訟而規定，真正為了實質當事者訴訟之部分，其實只有職權證據調查而已。

¹⁹⁹ 原田・本章前揭注（198）15 頁。尤其是註 7 提到的實務個案。

²⁰⁰ 今村・本章前揭注（196）125 頁。原田・本章前揭注（198）15 頁。

²⁰¹ 相同見解，參看：山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雜誌 130 卷 4・5 号 645 頁（2004）。山本隆司教授亦清楚的指出，立案者並沒有清楚的說明「法律關係」究竟何所指。



繼續存在的重要原因。反觀下述，「部分」活用論者所持之觀點²⁰²，便是認真思考當事者訴訟在日本行政訴訟上可能應有之定位，進而賦予當事者訴訟新的意義。

三、疫苗接種訴訟

疫苗接種訴訟其實是 1960 年代以降，日本陸續發生因疫苗接種，而導致幼兒疾病及副作用，甚至死亡之事件。由於疫苗接種在醫學上，的確是可能因為體質不同，而有不同的接受反應或副作用，在「國家賠償」之因果關係認定上，著實困難，因此也影響了「過失」之認定，使得國家賠償責任不成立。當然，實務上有些個案是不符合相關的接種要件規定，例如同時接種兩個以上疫苗，劑量過高...等等，此時在過失的認定上較無爭議。

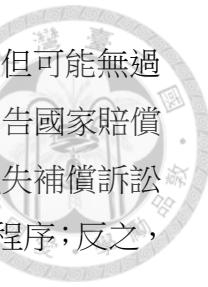
在訴訟策略上，國家賠償不成立，符合要件下仍可轉向主張「損失補償」。然依日本國憲法第 29 條第 3 項規定之文義²⁰³，卻僅明文「私有財產」，即發生了如本案這種「生命、身體等之損害」，其並不符合憲法第 29 條第 3 項之規定，而不構成損失補償。疫苗接種訴訟中，便有實務肯認疫苗接種所造成之損害，可類推適用憲法損失補償之規定²⁰⁴，並據此肯定原告的主張²⁰⁵。

²⁰² 就此參看本節後述「參、二」段落之說明。

²⁰³ 條文原文參看：「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる」。此外，日本關於損失補償是否需有法律明文規定為前提，亦即得否直接援引憲法規定作為請求權基礎，乃是透過日本最高法院實務判例肯定，不同於我國仍處論爭之現況。該判例詳情參看：最判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷第 12 号 1402 [1404-1407 頁]。學說上之討論，參看：宇賀克也『國家補償法』394-399 頁（有斐閣、1997）。

²⁰⁴ 東京地判昭和 59 年 5 月 18 日判タ 527 号 165 頁。當然，本案中法院是肯定在傳染病預防之公共利益下，要求幼兒接種疫苗，嗣後受有生命或身體上之損害，而認定是「特別犧牲」的一種。關於類推適用部分，法院之論述如下：「救濟制度が法制化されていても、かかる救濟制度による補償額が正当な補償額に達しない限り、その差額についてなお補償請求をなしうるのは当然のことであると解される」。

²⁰⁵ 此案中（東京地判昭和 59 年 5 月 18 日判タ 527 号 165 頁），原告所主張的請求權基礎一共有三個，分別是民事債務不履行責任、國家賠償責任，以及依據憲法第 29 條第 3 項之損失補償。本案係肯定原告得直接援引憲法之規定，但實際上，當時在實務間仍未形成共識，例如本案作出前即有判決否定此見解。否定見解參看：高松地判昭和 59 年 4 月 10 日判タ 521 号 264 頁。裁判節錄：「右救濟制度以外あるいはそれを上回る損失補償請求を許さない趣旨であるというべきである」。對照上一註中所提及之肯定見解，可以發現疫苗接種訴訟最具爭議性者，不是在得否



本文並無意繼續深論有關國家責任法制上，關於這種有損害結果但可能無過失之情形，究竟應以何種解釋論，甚至是立法論加以解決²⁰⁶。若是原告國家賠償與損失補償皆主張之情形下，馬上會發現到一個問題。即在日本，損失補償訴訟實務幾乎多是經由行政事件訴訟法第4條之「當事者訴訟」進行訴訟程序；反之，國家賠償訴訟而是以「民事訴訟」程序進行訴訟。

在此損失補償與國家賠償實務所採行之訴訟法規不同，若原告要以合併其請求，便會遭遇到適用不同訴訟程序之訴訟請求，是否得以在同一個訴訟中合併，由此便引發了當事者訴訟之存廢論爭。

認為可以合併之肯定見解認為²⁰⁷，公／私法並無區分之必要，損失補償請求訴訟與民事訴訟並無實質上的差異，請求基礎是同一，故無不能合併之理由。否定見解則認為，損失補償訴訟是行政事件訴訟法第4條之當事者訴訟，相較於同法中之撤銷訴訟有規定得合併損害賠償之請求（同法第19條第1項，以有「關聯」為前提）；反觀當事者訴訟，縱使有同法第41條第2項之規定，實際適用起來，也難以解釋當事者訴訟與國家賠償訴訟得以合併，據此否定訴之合併。再者，縱使依據同法第41條第2項準用同法第13條後，再適用同法第19條第2項規定，依據日本民事訴訟法第143條規定，否定論者認為民事訴訟與行政事件訴訟是「異種」之請求，故結論仍是不得合併²⁰⁸。

從上開實務歧異見解各立，學說見解互有立場之情形下，的確會使當事者訴訟的存在，成為原告權利保障之絆腳石。因為，若損失補償作為當事者訴訟之命題加以否定後，國家賠償與損失補償便皆屬民事訴訟審理，符合訴訟經濟及保障原告之權利。然而，正因上開紛雜的論爭，更讓本文發現到論證前提上的問題：

直接援引憲法規定，而是特別法（予防接種法）中已有相關的國家責任之特別規定，在此之上，是否可以再援用憲法損失補償之規定。

²⁰⁶ 相關討論參看：宇賀・本章前揭注（203）498-501、510-511頁。

²⁰⁷ 以下肯定與否定見解主要整理自：宇賀・本章前揭注（203）383頁。

²⁰⁸ 程序上相關規定之適用說明，參看：南博方、高橋滋・本章前揭注（16）720-721頁。室井力ほか・本章前揭注（16）439-440頁。



爭論是否得合併之前提，也就是以國家賠償與損失補償所適用之訴訟程序不同為前提。當然，否定當事者訴訟之論者如前所述，便是直接質疑公／私法區分之必要；但從另一個觀點來檢視，為何不說國家賠償是適用行政事件訴訟法？而是一面倒地認定損失補償不應以當事者訴訟進行訴訟程序？而此問題的背後便浮現了真正的問題：為何在日本國家賠償訴訟是以民事訴訟程序進行？而損失補償訴訟是以行政訴訟事件法進行？若國家賠償訴訟其實應該是委由行政訴訟審理時，前開主張否定當事者訴訟之論者，是否能有相同結論，似有疑義。

要回答上開核心問題，所需篇幅恐怕不小，為免失焦，本文以下相當概略式的提出觀察心得。

日本戰前人民與國家間若有「金錢財產」上之爭訟，由於當時行政法院之制度與現在所認知之「法院」在概念上有落差，再加上「行政裁判法」本身規定，以及對於訴訟類型過於限縮。於是，擴大民事法院審理國家與人民間之金錢紛爭，係不爭之事實，便有學者稱之為「形式上」之民事事件²⁰⁹。意即，紛爭事件本身實質上是公法事件，但因為制度使然，不得不交由普通法院以民事訴訟程序審理。

然上開所稱之「形式上」之民事事件，其實在學說上多僅認為僅限於「損失補償」之爭議²¹⁰。至於「損害賠償」之國家賠償訴訟，學說之所以認為應以民事訴訟審理，雄川一郎教授認為最主要的原因其實在於：「損害賠償請求權，與公權力違法行使之法律效果沒有直接關係，僅是私益之保護²¹¹」。換言之，雄川教授認為損失補償之請求權是公法上之權利，反之國家賠償之請求權則為私法上權利。

為何雄川教授會認為國家賠償請求權為私權？其實如同前述，其認為損害賠償請求權與違法行政處分之法律效果沒有直接關係。換言之，損害賠償之請求權是否成立，係以評價該「造成損害之行為」本身，即依據國家賠償法之法理去判

²⁰⁹ 雄川・本章前揭注（4）109頁。田中二郎ほか・本章前揭注（49）141頁〔雄川発言〕。

²¹⁰ 雄川・本章前揭注（4）109頁。田中二郎ほか・本章前揭注（49）141頁〔雄川発言〕。

²¹¹ 雄川・本章前揭注（4）109頁。



斷造成損害之行為是否具「違法性」。所謂的依據國家賠償之法理，就是指依據民法侵權行為之觀點。

但本文認為，此觀點並沒有深刻了解到，國家賠償之違法性與民法損害賠償之違法性，兩者之間是否具有完全同質性，其實是有很多爭議²¹²。再者，所謂「造成損害之行為」又如何與公權力行使之違法性區分？如此一來，真的單純為私權益之保障？本文認為雄川教授之見解應有再商榷之餘地。

實際上，日本行政事件訴訟法立案當時，的確有將國家賠償訴訟劃歸為當事者訴訟之痕跡²¹³，雖然自嗣後討論過程中，未能窺見為何立案者無明確表示；但本文猜想，或許是與實務運作已定調有很大關係。

實務之所以認為國家賠償法不是依循行政事件訴訟法，應與一判例²¹⁴息息相關，以下簡單說明該判例：

判例事實為，上訴人（一審原告）一開始請求法院撤銷處分，撤銷外務大臣（原審被告一）所為之否准發給護照（旅卷）處分，嗣後上訴人變更主張損害賠償，依據國家賠償法，債務人應為「國家」，因此上訴人便變更被告為國家（被告二）。法院依據當時之民事訴訟法以及行政事件訴訟特例法之規定，論證說明後，認為上訴人變更被告之主張係不合法。當中上訴人曾主張，無論是以外務大臣為被告抑或是國家為被告，實質上不都是以國家為被告？因此其主張本案情形非被告變更。

法院否定上訴人主張之論理，便是本文認為值得深思的出發點。法院認為：「行政機關所為之行政處分的主體是國家，請求撤銷該行政處分之訴，訴訟當事人理論上是國家；惟基於撤銷訴訟之特質，訴訟程序上以做出處分之行政機關為被告較為妥適，故立法政策上便使處分機關有該訴訟上之當事人能力。從而，於撤銷訴訟中，處分機關便具有訴訟當事人之地位，自處分之實體權利義務最終之歸屬者為國家來說，亦不應無視法律之制度。據此，本件之被告依據特例法第三

²¹² 關於日本國家賠償法與民法侵權行為制度，在違法性上的討論，參看：宇賀・本章前揭注（203）42-68 頁。

²¹³ 塩野・本章前揭注（124）153 頁。

²¹⁴ 東京高判昭和 29 年 3 月 10 日行集 5 卷 3 号 632 頁〔632-639 頁〕。



條規定，應為外務大臣而非國家，故本件變更被告為不合法，上訴人之主張並不足採²¹⁵」。

簡單來說，本判例其實是因為制度使然，從而做出國家賠償不得以行政訴訟程序進行審理。換言之，本判例其實並沒有真正觸及到理論爭議，而僅是從各該條文的規定解釋出，原告之主張係不合法。就國家賠償應循民事訴訟之理由，本判例也僅是以結論告知的方式陳述，並無具體論述。雄川一郎教授²¹⁶及實務多依循此判例而佐證國家賠償應為私權爭議，而循民事訴訟之見解，論證上頗值商榷。

實務之所以會將損害賠償訴訟劃歸為民事訴訟程序，除了有上開學界認為屬私權之支持外，當然也與戰前行政訴訟審判權過狹，以至於多交由普通法院以民事訴訟審理，有深切的關係。本文認為，理論上國家賠償之審判權，就是因為要去判斷「造成損害的行為」是否具有違法性時，實在是難以與公權力行使之違法性區分，基於訴訟經濟，自宜以同一訴訟程序，即行政事件訴訟程序審理，較為妥適。如此一來，也不會發生如上開判例一樣怪異之結論，且實務上幾乎都以此判例結論為依據，認為國家賠償訴訟應以民事訴訟審理，但是卻忽略了該判例事實上，其實僅與「被告當事人變更」之爭議息息相關。

綜上所述，本文粗略釐清後認為，國家賠償訴訟其實由行政訴訟審理較為妥適。主張由民事訴訟審理之論理，無論是在雄川教授之「私權」理論上，以及實務判例上，就本文之所見，其實都有商榷之餘地。從而，認為當國家賠償與損失補償處於其一可能成立時，在訴訟合併上，基於國家賠償訴訟屬民事訴訟審理，若損失補償屬不同訴訟程序時（即屬當事者訴訟時），即無法合併，將形成不利

²¹⁵ 原文：「なるほど行政庁の行政行為の主体は国であるから、その行為の取消変更を求める訴の当事者は理論上國であるが、この種の訴訟の特質からして、訴訟手続上においては处分行政庁を被告とするのが適當であるとして、政策上特に行政庁に当事者能力を与えたのが特例法第三条の規定である。従つてこの種の訴訟で行政庁は国とは別に訴訟当事者としての能力と地位を有するのであるから、行政行為による実体上の権利義務は結局國に帰するからといつて、この法律上の制度を無視することは許されない。よつて外務大臣のした行政行為の取消を求める訴訟の被告は、特例法第三条によりあくまで外務大臣であり國ではない。されば、本訴の被告の外務大臣を國にすることは当事者の変更でない、との考え方もこれを採用することができない」。參看：東京高判昭和29年3月10日行集5卷3号632頁〔638-639頁〕。

²¹⁶ 雄川・本章前掲注(4)113頁。田中二郎ほか・本章前掲注(49)141頁〔豊水發言〕。請注意其發言部分註二所引用之判決，即為本判決。



後果，據此主張損失補償其實也應屬民事訴訟。此一主張，從國家賠償以行政訴訟審理較為妥適之觀點，或許合併爭議與當事者訴訟之存廢爭議，應有再度檢視之空間。

參、當事者訴訟之「活用論」

活用當事者訴訟之見解，其實自 1960 年代末期就有學者藤原淳一郎提出，有趣的是，其在論述上所參考之比較法研究對象，除了德國的當事者訴訟外²¹⁷，更比較法國行政訴訟法制之「全面審判訴訟」(recours de plein contentieux²¹⁸)。就本文之所見，其之所以會以全面審判訴訟作為比較法參考的對象，原因應在於「給付行政」上，以及在日本因應而生之「二階段說」。所謂的二階段說，其實與我國的雙階理論「部分」相仿²¹⁹，之所以說部分係因日本當時的二階說是行政處分與「私法」契約的構造。這樣的行政活動模式與法國的行政契約的運作模式相似，而法國的行政契約原則上²²⁰多是以「全面審判訴訟」進行審理。該學者便是認為日本行政訴訟法制中之當事者訴訟或許可以對應到「全面審判訴訟」²²¹。

然而，該論者卻認為無論是行政事件訴訟法第 4 條前段之形式當事者訴訟，還是後段之實質當事者訴訟，都無法將行政處分與契約一同處理。因此認為要以

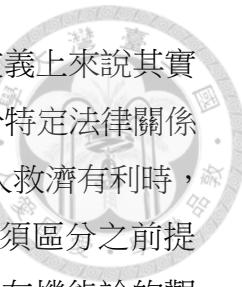
²¹⁷ 該學者特別有提及到德國聯邦行政法院法 1960 年制定施行後，仍不能完全排除當事者訴訟的存在。參看：藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について（1）六甲台論集 15 卷 2 号 7-8 頁（1968）。然而這種觀點並不是日本學者才有的觀點，而是德國聯邦行政法院法施行初期也是有類似的論爭，爭議之起源在於同法第 40 條之規定：「權利保護，得以形成、確定及給付之訴請求之」，在聯邦議會審查時遭到刪除，只不過現今通說已採同法第 40 條意旨之見解，參看：林明暉，本章前揭註 27，頁 356-361。

²¹⁸ 該學者文中以「完全審理訴訟」一詞翻譯，在法文上其使用「recours de plein contentieux」，參看：藤原・本章前揭註（217）2 頁。另有日本學者翻譯為「全面審判訴訟」或「完全裁判訴訟」，參看：橋本博之『行政訴訟改革』62 頁（弘文堂、2001）；橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査：フランス（上）」ジュリスト 1236 号 87 頁（2002）。本文採「全面審判訴訟」係參考學者張惠東之翻譯，參看：張惠東（2012 年 11 月），〈法國公私協力契約之紛爭解決〉，發表於：《行政管制與行政爭訟學術研討會》，頁 10。

²¹⁹ 關於雙階理論，我國部分之經典論著參看：程明修（2005），〈雙階理論之虛擬與實際〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2 版，頁 43-82。台北：自刊。

²²⁰ 近年來亦有行政契約以越權訴訟審理之傾向，參看：張惠東，本章前揭註 218，頁 17-19。

²²¹ 藤原・本章前揭註（217）2 頁。



行政訴訟制度來處理這種給付行政衍生而出的二階段說，從條文文義上來說其實是不符合當事者訴訟之規定²²²。但其又跳躍式地於文末提出，基於特定法律關係是不適宜以民事訴訟處理，而是從「機能論」的觀點主張，於對私人救濟有利時，應可適用當事者訴訟之審理程序²²³。換言之，其係站在公私法無須區分之前提上，但又認為不是所有法律關係都適宜以民事訴訟審理，而應站在機能論的觀點，彈性運用當事者訴訟²²⁴。

這種「機能論」的觀點，是在公私法不區分論下的選擇，的確也符合當時大環境的背景，但是要說是「活用」當事者訴訟之論點，倒不如說是替當事者訴訟找到一個狹窄的暫時棲身之所，學說上對於當事者訴訟之質疑，以及實務之漠視，其實有增無減。

但是這種「機能論」的觀點潛伏了許久，直到 1981 年「大阪機場案²²⁵」時，才備受學界討論，從而當事者訴訟之定位又被再次討論。以下先從「大阪機場案」的介紹談起，接著說明學界的態勢；最後從機能論跳脫出來，介紹對於 2004 年修正有很大影響之見解，其等主要是立基於質疑抗告訴訟為中心之訴訟制度，從行政實體法理出發，重新定位當事者訴訟的功能。

²²² 藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について（3）」六甲台論集 15 卷 4 号 125 頁（1969）。

²²³ 藤原・本章前掲注（222）126、131 頁。

²²⁴ 但其實藤原教授這種觀點，就本文觀察應受學者高柳信一之影響。高柳信一之見解參看：高柳信一「公法と私法：わが国行政法諸原理の批判的考察」高橋勇治、高柳信一編『政治と公法の諸問題』39 頁（東京大学出版会、1963）。高柳教授係主張公私法一元論之主要代表人物，其便於該文中提到，其亦不排除有法律關係是不適宜透過民事訴訟程序處理，但究竟是何種法律關係，高柳教授則主張應透過實務判例運作來累積，當事者訴訟之審理程序始有意義。從此觀點而言，很明顯是英美法系的觀點，高柳教授早期亦有留學美國（Columbia University）的經驗。

²²⁵ 最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁〔1369-1403 頁〕。



一、程序機能論

(一) 大阪機場案

大阪機場（大阪國際空港、伊丹空港）自 1970 年轉型成為國際線機場後²²⁶，起降率逐漸增加，附近居民時常抗爭噪音以及空氣之汙染，甚至有時至晚上 9 點過後仍有班機起降，著實影響附近居民之生活起居。

本案爭點之一即是原告居民依據民事訴訟法，起訴請求禁止機場於夜間起降，日本最高法院大法庭多數意見在判決中指出，「飛機之起降涉及到運輸大臣之行政權限²²⁷，故本請求非屬民事訴訟之審判事項，屬對於公權力不服之訴，即課予其行使權力之義務；再者，對於公害（噪音、空氣汙染等）的處理方式有多種，運輸大臣在處理手段上有裁量空間，就被上訴人（即原告）之請求而言，可能侵犯到行政機關的優先裁量權，而有違權力分立之虞。故原審判決就此之判斷自有判決違背法令之情事，應予廢棄²²⁸」。

就此爭點而言，13 個日本最高法院法官中，便有 3 個法官²²⁹提出協同意見，4 個法官²³⁰提出不同意見，13 位多數意見法官皆認為本案不應以民事訴訟請求，而應屬行政訴訟事件。雖然協同意見中伊藤正己法官即認為應以抗告訴訟為之²³¹但多數意見並沒有言明應以何訴訟程序提起²³²。

²²⁶ 嗣後又因 1994 年關西國際機場之啟用，大阪國際機場便又逐漸轉型成為國內線機場。

²²⁷ 就此，多數意見之論述，詳細參看：最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁〔1376-1379 頁〕。

²²⁸ 最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁〔1374 頁〕。

²²⁹ 橫井大三、伊藤正己、宮崎梧一法官。

²³⁰ 团藤重光、環昌一、中村治朗、木下忠良法官。

²³¹ 就此就參看伊藤正己法官協同意見書：最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁〔1406 頁〕。

²³² 最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁〔1379 頁〕。



(二) 學界之評價

學者園部逸夫認為，在公私法區分困難，或是難以分割認定之事件中，對於現代型行政紛爭事件（如大阪機場案），法制上缺乏因應時，其認為從解釋學上可以活用當事者訴訟。理由在於，向來對於公私法區分之論述，總是以先驗性的認定公私法分別的標準何在，但卻未能了解為何要區分，並且亦未能了解到最初對於公私法區分的論點是有其當時歷史上所對應的特定項目²³³。如今環境已大不如前，自應積極面對一些極端個案，但並不是重蹈公私法區分與否的對立，而是立基於「公益」的觀點，將個案利益衡量的功能交由法院。透過彈性運用行政事件訴訟法中當事者訴訟之程序規定，如訴訟參加、職權調查、判決效力、訴之合併，妥適解決人民與國家間之紛爭²³⁴。

然而上開機能論之見解，學者阿部泰隆認為有以下幾點問題：

其一，當事者訴訟的審理程序中，其認為僅有職權證據調查有意義²³⁵。但是行政事件訴訟法第 41 條第 1 項所準用之同法第 24 條規定：「法院認有必要時，得職權調查證據。但就調查之結果應聽取當事人之意見」，本意上其實是僅限於當事人所提出之證據無法使法院獲得心證時，法院可以就此職權調查證據，所以並不包含當事人沒有提出來的證據²³⁶。再者，本條規定在實際上效用並不大，因為在訴訟舉證過程中，若機關方未能積極提供資料，一來法院沒有能力自己調

²³³ 在當事者訴訟活用論者中，亦有論者從「公權力」行使的觀點切入，認為當事者訴訟應有作為「與公權力行使相關聯」之訴訟之可能。惟就本文之所見，該論者就此並無明確論證為何相關聯之訴訟需要以當事者訴訟進行，而非以其他種類之訴訟，論證上似乎較為薄弱。參看：加藤幸嗣「公權力の行使と当事者訴訟」雄川一郎先生獻呈論集『行政法の諸問題 下』192-194 頁（有斐閣、1990）。

²³⁴ 園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」鈴木忠一、三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座 9：行政訴訟 1』22-24 頁（日本評論社、1983）。

²³⁵ 阿部・本章前揭注（24）247 頁。

²³⁶ 雄川・本章前揭注（4）210-212 頁。而所謂法院亦可職權調查當事人並無提出之事證，則屬「職權探知」，學者芝池義一即認為日本行政事件訴訟法並未採職權探知，參看：芝池・本章前揭注（4）87 頁。宇賀克也教授一同此見解，參看：宇賀・本章前揭注（4）205-207 頁。塩野宏教授則是認為，雖然戰前行政裁判法的規定與現行法規定相去不遠，但戰前美濃部教授之見解卻採職權探知主義；司法一元化後，若要採職權探知主義應有特別規定較為妥適，參看：塩野・本章前揭注（4）152-153 頁。



查，二來法院其實可以透過同法第 7 條準用日本民事訴訟法第 149 條闡明權（釈明權）²³⁷來促使機關方舉證²³⁸。所以，僅持職權調查證據就認為應該要活用當事者訴訟似乎不太足夠²³⁹。

其二，高舉「公益」為名主張活動當事者訴訟也大有疑問。其認為被告機關所持之見解或陳述，原則上就是「公益」，如果機關不為公益那又為何稱為機關²⁴⁰？再者，大阪機場案縱使是以公法上當事者訴訟審理，也不一定會肯認其請求，實際是與公益不公益無涉²⁴¹。

本文認為，「機能論」的確會使當事者訴訟受到重視，但仍會侷限於訴訟程序上的特別規定，就如同爭點訴訟般，而無必要成為「訴訟類型」。再者，此派論者多會基於「權利救濟」的觀點認為應該要活用當事者訴訟，仔細思考此論點，便會發現其係認為認為此類事件原屬行政事件，但因為不符合「抗告訴訟」的規定，或是是否屬之有爭議，進而利用民事訴訟進行審理時，會對於當事人不利。本文認為，一來適用民事訴訟程序真的必定會有所不利嗎？二來，其潛意識中認為本件應屬公法事件，但不符合抗告訴訟時即侵害其權利？就後者而言，便是將爭議再度聚焦到公私法區分論，使得對立性更強，各持所見。

二、從實體法理論嘗試重新定位

前述程序機能論的觀點，實際上仍舊無法使當事者訴訟有真正的功能定位。在訴訟法觀點之外，其實另有論者是從質疑「以抗告訴訟為中心」之行政訴訟制度出發，發現到抗告訴訟中心主要其時是過度過大其適用範圍，並且混淆行政處

²³⁷ 嗣後 2004 年行政事件訴訟法之修正，於同法第 23 條之 1(23 条の 2) 規定了「釋明處分」(釈明処分) 的規定，相較於日本民事訴訟法第 149 條與同法第 151 條之規定更為具體。但本段落所論及之年代，屬修法之前。

²³⁸ 芝池・本章前揭注(4) 86 頁。塩野・本章前揭注(4) 153 頁。

²³⁹ 阿部・本章前揭注(24) 250 頁。

²⁴⁰ 阿部・本章前揭注(24) 251 頁。

²⁴¹ 阿部泰隆「公法上の当事者訴訟のあり方：法律・判例の不合理性の狭間で解釈学はどう対応すべきか」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』267 頁（弘文堂、2003）。



分的性質與權利救濟間的關係…等等²⁴²，進而從實體法的觀點，重新審視抗告訴訟以及撤銷訴訟之訴訟客體，據以釐清當事者訴訟之定位。

持此觀點之日本學者，即為高木光教授²⁴³。正如本文前述所提及，日本學說與實務過度擴大抗告訴訟與撤銷訴訟之範圍，高木教授認為最大的問題出現在，通說實務將非屬典型行政處分概念之其他公權力行為，皆劃歸於抗告訴訟的範圍，甚至反過來影響行政實體法對於行政處分概念之建構。因此其主張應先釐清行政事實行為與行政處分之概念，進而將抗告訴訟定位為針對行政處分之訴訟類型後，「當事者訴訟」即為符合法律上爭訟要件之其他公法上爭議之訴訟類型。將抗告訴訟與當事者訴訟兩者間關係與功能定位完後，「公權力」之意涵乃至於「公私法區分爭議」也會適度獲得緩解²⁴⁴。

從此定位方式²⁴⁵，可發現是屬於「相斥觀點」²⁴⁶。即非從「法律關係訴訟」之觀點出發定位當事者訴訟，而是確立好抗告訴訟是針對行政處分之訴訟類型後，其他就是屬於當事者訴訟之範疇²⁴⁷。

²⁴² 參看前述本章第二節「參、二」之段落說明。

²⁴³ 就當事者訴訟之研究而言，高木光教授之論著幾乎不可忽視。高木光教授現任京都大學法學研究科教授（行政法），東京大學助手時期（1977年）指導教授為塙野宏教授。早年高木教授的研究重心在實體法上，即行政「事實行為」之研究，其多以德國文獻為主要比較法對象。近年則以實體法之研究成果為基礎，將研究重心轉移至行政訴訟制度。

²⁴⁴ 高木・本章前揭注（24）133頁。此外，高木光教授雖被學界劃歸為主張活用當事者訴訟之論者，教授亦不否認；惟其亦陳明其與其他活用論者之出發觀點與論證（即程序機能論）並不相同，就此參看：高木・本章前揭注（24）138頁。

²⁴⁵ 由於本文在此段落的主要之目的在於呈現高木光教授重新定位當事者訴訟之論點，所以其他涉及到高木教授對於持當事者訴訟死亡論學說之批評，本文限於篇幅，並不深論，詳細論點參看：高木・本章前揭注（157）334-341頁。

²⁴⁶ 就此，參看本章前述第二節「貳、二、（一）」段落之說明。

²⁴⁷ 高木教授使用「殘餘概念」（殘余概念）指稱，然內文中，本文統一使用「相斥概念」稱之。實際上，亦有論者以「相斥概念」（控除）稱之，「控除」日文本意雖是「扣除」，但或可從「非黑即白」之觀點詮釋之。因此本文將日本學說中稱「控除說」與「殘余概念」皆譯為「相斥概念／說」。關於當事者訴訟作為「殘餘概念」之說明，參看：高木・本章前揭注（24）140頁。至於「控除說」之用詞，參看：芝池義一「抗告訴訟と法律關係訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救濟法』33-36頁（有斐閣、2008）。



第三章 當今發展中之當事者訴訟

第一節 「形式」當事者訴訟之實像

壹、概述

從現行日本行政事件訴訟法第 4 條之規定，發現日本實定法中所明文之「當事者訴訟」，大致可區分為兩種類型：其一為同條前段：「關於確認或形成當事人間法律關係之處分或裁決，依法令規定應以其法律關係當事人一方為被告之訴訟¹」；其二則為同條後段：「確認公法上法律關係之訴訟及其他公法上法律關係之訴訟²」。

日本多數學說將前段稱為「形式當事者訴訟」（形式当事者訴訟），後段則稱為「實質當事者訴訟」（實質当事者訴訟）³。而「形式當事者訴訟」可說是日本繼受戰前德國行政訴訟學理後，「在地化」自身發展出來的訴訟類型。

西元（本章以下皆省略西元）1948 年「行政事件訴訟特例法」（本章以下皆簡稱「特例法」）甫通過之際，同法第 1 條既已揭示：「關於撤銷或變更行政機關違法處分之訴，以及其他公法上權利關係之訴，除本法規定者外，適用民事訴訟法⁴」。本條後段所稱之「其他公法上權利關係之訴」，早於 1948 年即有日本學者雄川一郎主張此類訴訟係包含「非前段（抗告訴訟）」之其他行政訴訟事件。

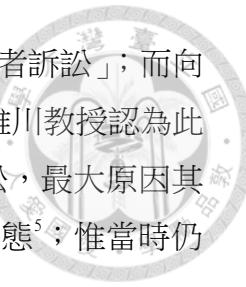
¹ 條文原文：「当事者間の法律關係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律關係の当事者の一方を被告とするもの」。

² 條文原文：「公法上の法律關係に関する確認の訴えその他の公法上の法律關係に関する訴訟」。

³ 此區分在學說討論上，以現時點之教科書類為例，如：塩野宏『行政法Ⅱ行政救濟法』254 頁（有斐閣、5 版、2011）芝池義一『行政爭訟法』22-23 頁（有斐閣、3 版、2006）。宇賀克也『行政法概說Ⅱ行政救濟法』343-348 頁（有斐閣、2 版、2009）。

另外有註釋書類，如：室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・國家賠償法』61 頁〔浜川清〕（日本評論社、2 版、2006）。南博方、高橋滋編『条解 行政事件訴訟法』115 頁〔山田洋〕（弘文堂、3 版、2009）。

⁴ 條文原文：「行政庁の違法処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利關係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる」。



在「其他公法上權利關係之訴」中，就包含學理上所謂之「當事者訴訟」；而向來被當作當事者訴訟之適例者，就屬「土地徵收補償額之訴」。雄川教授認為此訴訟「實質上」是抗告訴訟，之所以向來一直被視為當事者訴訟，最大原因其實是立法上，將其設計成原／被告「形式上」為當事者訴訟之型態⁵；惟當時仍未明確指出「形式當事者訴訟」此一名詞。

嗣後，1954 年於「行政事件訴訟特例法逐條研究」之研討會上，雄川教授以相同之說明，明確將此類訴訟稱為「形式當事者訴訟」⁶；此外，雄川教授關於日本行政爭訟法制之經典之論著「行政爭訟法」一書中，便再次提到「形式當事者訴訟」之概念，並且將當時特許法中之「特許無效審判之訴」亦納入形式當事者訴訟之範圍下⁷。

依據雄川教授之說明，「形式」當事者訴訟實質上是針對行政處分做爭訟，但個別法律⁸之立法者認為，系爭爭訟所爭執者，其實為相對立雙方當事者間之權利義務（法律）關係，故不以「形成或確認系爭權利義務關係之行政處分」為爭訟對象，直接設計成針對「相對立雙方當事人間之權利義務關係」為對象。

⁵ 參看：雄川一郎「新憲法關係法令の解説（一）行政事件訴訟特例法」國家協會雜誌 62 卷 8 号 49 頁（1948）。相較於美濃部達吉教授，於戰後日本新憲法制定通過（1947）後，旋即著手撰寫之相關公法學論著中，於生前最後執筆未完成之「行政上の争訟」一文中，並未有相應之見解，請參見：美濃部達吉「行政上の争訟」國家協會雜誌 62 卷 7 号 5 頁（1948）。故本文推測，「形式當事者訴訟」之概念，應為雄川一郎教授首先提出。

結論上相同見解者，參看：南博方編『條解 行政事件訴訟法』148 頁〔碓井光明〕（弘文堂、1987）。在此必須附帶說明，這本由南博方教授所編之行政事件訴訟法註釋書，其實目前最新版為第 3 版之補定版（2009）；但關於當事者訴訟段落之執筆者有所不同，初版由碓井光明執筆，最新的第 3 版補定版則是由山田洋執筆；再者，時序上亦有意義，初版為行政事件訴訟法 2004 修正前所著，反之第 3 版（2006、2009）則為修法後所著，所以學說上其實將其分別視為獨立意義的參考文獻。就此觀點，參看：芝池義一「抗告訴訟に関する若干の考察」原田尚彥先生古稀記念『法治國家と行政訴訟』65 頁（有斐閣、2004）。尤其該文獻是註 5 部分之說明。因此，本文以下就此註釋書依初版（1987）與第 3 版（2009）分別視之。

⁶ 兼子一ほか「行政事件訴訟特例法逐條研究 第二回」ジュリスト 67 号 25 頁〔雄川発言〕（1954）。之後收錄於：田中二郎ほか『行政事件訴訟特例法逐條研究』21 頁（有斐閣、1957）。尤其注意，雄川一郎發言部分。

⁷ 雄川一郎『行政爭訟法』108 頁（有斐閣、2 版、1968）。

⁸ 特別法條文之整理，參看：齋藤浩『行政訴訟の実務と理論』319-320 頁（三省堂、2007）。當中大致整理現今法律中，立法設計上採取形式當事者訴訟之法規名稱。



因此，可謂「形式上」採取當事者訴訟的模式，而「實質上」為抗告訴訟，故稱為「形式當事者訴訟」。

然而，此種本質上是針對行政處分為爭訟對象之訴訟，為何需要以當事者訴訟的模式進行爭訟？其背後之制度歷史脈絡與立法者之目的究竟何在，即是本節所欲釐清之主要對象。

本節以下先行介紹，具有形式當事者訴訟之個別法規，尤其以日本「土地收用法」與日本「特許法」為例介紹。之所以挑選這兩部法律，係因日本行政事件訴訟法立法當時，立法解說⁹中明示將上開兩法作為形式當事者訴訟之適例¹⁰，之後多為行政訴訟法學說上所承襲。本文希望藉由該二制度之介紹，進一步剖析形式當事者訴訟之實像。

⁹ 此處所提之「立法解說」，主要是指杉本良吉法官（時任行政事件訴訟法立案小委員會之幹事）於 1963 年，在「法曹時報」第 15 卷第 3、第 4 兩號連續刊載之「行政事件訴訟法解說（一）、（二）」。此資料可說是日本行政事件訴訟法立法通過之初，條文「立案者」針對所有條文的逐條釋義。請參見：杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報 15 卷 3 号 27-102 頁（1963）。杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報 15 卷 3 号 10-86 頁（1963）。

¹⁰ 立法解說中關於形式當事者訴訟之部分，參看：杉本・本章前揭注（9）「行政事件訴訟法の解説（一）」49 頁。



貳、形式當事者訴訟之適例

一、日本土地收用法：土地徵收補償額之訴

(一) 徵收當事人間之關係

日本土地收用法¹¹第133條¹²第3項規定，大意為：被徵收之土地，若其所有權人或土地權利人（土地所有者又は關係人，以下合簡稱為「被徵收人」），對於土地徵收補償數額有所爭執，應以需用土地人（起業者）¹³與土地權利關係人為訴訟之當事者。其中，關於土地徵收與否以及補償價額之認定，是由「收用委員會」¹⁴以裁決（行政處分）的方式做出¹⁵。

¹¹ 該法定位上類同於我國法中之「土地徵收條例」。

¹² 條文原文：「收用委員會の裁決に関する訴え（次項及び第三項に規定する損失の補償に関する訴えを除く。）は、裁決書の正本の送達を受けた日から三月の不変期間内に提起しなければならない（第1項）。

收用委員會的裁決のうち損失の補償に関する訴えは、裁決書の正本の送達を受けた日から六月以内に提起しなければならない（第2項）。

前項の規定による訴えは、これを提起した者が起業者であるときは土地所有者又は關係人を、土地所有者又は關係人であるときは起業者を、それぞれ被告としなければならない（第3項）。」

¹³ 土地徵收之當事人有三：其一為徵收人（徵收權人，在我國為國家）；其二為需用土地人，亦稱興辦事業人，係指興辦公益事業需使用土地之人；其三則為被徵收人，即被徵收土地權利之人。日本土地收用法中所稱之「起業者」，在土地徵收當事人關係之中便屬於「需用土地人」之地位；雖然日文所使用之「起業者」與我國所使用之「興辦事業人」在意譯上較為相通，但鑑於我國土地徵收條例用語上以「需用土地人」為準，故本文譯為「需用土地人」。關於我國土地徵收程序以及相關當事人，參看：陳立夫（2007），〈我國土地徵收制度上若干爭議問題之探討〉，氏著《土地法研究》，頁213-243。台北：新學林。尤其是頁217註13部分之說明。

¹⁴ 日本法上，此「收用委員會」之組織、功能、裁決審理程序等規定，併參看：日本土地收用法第51條至67條。日本土地徵收制度，程序面上有所謂「事業認定」與「收用委員會」二階段程序；前階段是判定有無公共利益，後階段是決定應給付之補償金額。就此，參看：陳立夫（2005），〈日本土地徵收制度之研究－以二〇〇一年修正之土地收用法為中心（國科會專題研究計畫成果報告）〉，頁1。

我國的土地徵收，依據土地徵收條例第14條及第15條規定可知，一律為中央之權限，地方僅是執行機關（同法第17條參照）。就此，參看：陳立夫（2007），〈土地徵收與損失補償－我國土地徵收制度之現況與重要課題一〉，氏著《土地法研究》，頁257-259。台北：新學林。陳立夫（2011），〈我國土地徵收制度相關爭議問題之探討－以近年行政法院裁判為中心素材一〉，氏著，《土地法研究（二）》，頁202。台北：新學林。

而日本土地收用法中之「收用委員會」，則是隸屬於地方自治團體下之獨立機關，就此參看：

若從收用委員會係「裁決徵收補償金額」之行政機關來說，被徵收人對於「徵收補償價格」有所不服，原則上應可直接針對收用委員會的裁決處分進行爭訟，亦即以「抗告訴訟」之方式進行。然而，日本土地收用法就此卻明定以「需用土地人」為此類訴訟之被告，並以補償數額作為訴訟標的，而不以收用委員會的裁決處分作為爭執的對象。此外，同法第 132 條第 2 項亦明文，關於補償金額之裁決，不得依循日本行政不服審查法救濟¹⁶。

這樣的立法設計，即是雄川教授所稱之「形式」當事者訴訟。換言之，「實質上」本可針對裁決處分為抗告訴訟，但立法上卻「形式上」設計成以需用土地人與被徵收人為徵收補償額訴訟之原、被告。

然而這樣的立法設計究竟是為何目的？本文認為應與制度上歷史發展有很大的關係，以下便簡要爬梳土地徵收補償額訴訟案件，在日本之所以會被視為形式當事者訴訟之可能緣由。

（二）徵收補償額訴訟之歷史脈絡

戰前，在美濃部達吉教授之著作中，土地徵收相關訴訟便出現在當事者訴訟之段落中，作為其一適例¹⁷。

日本土地收用法第 51 條，日本地方自治法第 202 條之 2 第 5 項。兩國在制度上並不完全相同，閱讀、理解上為避免誤會，內文以「收用委員會」譯之，而不譯為我國土地徵收條例第 30 條 2 項之「地價評議委員會」。

¹⁵ 就此，參看：日本土地收用法第 58 條之 2。

¹⁶ 附帶說明，在我國，若土地權利關係人對於徵收處分或是補償價額有不服，「得」依據我國土地徵收條例第 22 條向地方主管機關，以書面提出異議，由該管機關先行「查明處理」；若權利關係人對於查處結果仍有不服，「地方主管機關」得提請「地價評議委員會」復議；若仍不服得依法提請行政救濟。如此繁瑣之前置程序，便有學者直指「徒增無謂之爭議，亦使人民權利保護受到阻延」。就此參看：陳立夫（2011），本章前揭註 14，頁 231-239。而行政訴訟是提起撤銷處分之訴，至於法院可否對於數額自為裁判則有爭議。有論者認為應依行政訴訟法第 197 條之規定，逕為裁判。就此參看：張永健（2013），《土地徵收補償：理論、實證、實務》，頁 135-136。台北：元照。

¹⁷ 美濃部達吉『行政裁判法』185 頁（千倉書房、1929）。美濃部達吉『日本行政法 上卷』918 頁（有斐閣、3 版、1941）。



當時土地徵收之制度，係需用土地人欲取得糾爭土地時，必須先與該地之土地所有權人以及權利關係人協議。若協議不成時，需用土地人必須向收用審查會¹⁸請求「裁決」其間之公法上權利義務關係。在此制度下，其實反映了國家雖然是決定是否可徵收之主體（收用高權），但徵收所形成的權利義務歸屬主體是「需用土地人與被徵收人」。換言之，即與「徵收權人（收用權人）」究竟是何者，有很大的關係¹⁹。美濃部教授認為，徵收權人其實不是國家，因為國家並不因徵收而取得該地之權利，除國家同時也是需用土地人之情形外。

因此，對於徵收裁決（即國家之行政行為），美濃部教授便將其視為如同法院的形成訴訟般，對於需用土地人與被徵收人之間之權利義務關係，立於公正第三者之地位作出判定²⁰。進而，對於該裁決有不服，雖可向行政法院起訴，但美濃部教授並不認為兩者有太大不同，而認為收用裁決其實就是第一審，向行政法院起訴即是第二審，故為抗告訴訟。

基於上述制度背景與觀點，所以美濃部教授認為，在土地徵收之紛爭關係中，真正的紛爭當事人為需用土地人與被徵收人，而本質上應是屬於當事者訴訟的類型²¹。又其之所以在當時將此類訴訟以抗告訴訟處理，其實只是因為戰前並無明文肯認當事者訴訟此一訴訟類型，故必須先向行政機關請求「裁決」，有不服時再以抗告訴訟對該裁定爭訟。所以當戰後「特例法」施行，同法第 1 條後段之「其他公法上權利關係之訴訟」無論是否「等同」於當事者訴訟抑或「包括」當事者訴訟²²，都使得土地徵收案件為當事者訴訟之觀點，更有實定法之依據。

而上開觀點，可發現其係將土地徵收紛爭視為「需用土地人與被徵收人」雙方間之權利義務爭議，行政機關並不在此爭議當中。而這種觀點有兩個面向

¹⁸ 當時之名稱為「審查會」而非委員會。美濃部・本章前揭注（17）185 頁。

¹⁹ 美濃部達吉『公用收用法原理』81-90、頁（有斐閣、1936）。尤其是頁 81-82 之「備考」部分。就此，其實美濃部教授係立基於「收用權」以及「收用高權」必須加以區別之觀點出發。

²⁰ 美濃部・本章前揭注（19）126 頁。

²¹ 美濃部・本章前揭注（17）日本行政法 上卷 916、918 頁。

²² 就此參看本文「第二章、第二節、貳、二、（一）」之說明。



的背景前提，其一便是前述之「徵收權」與「徵收高權」之區分外。其二則是當時對於行政機關的在權力分立上之地位並不明確。行政機關在土地徵收上之「裁決」，其實並不單純是行政處分，而是具有某種程度的司法裁判性質。所以行政機關在此所為之「裁決」，也並不單純是以行政上公益之考量為主，更多時候反而是著眼於需用土地人與被徵收人間之權利義務紛爭，進而以近似司法權意義之地位，裁決出需用土地人與被徵收人之紛爭應如何處理²³。

然若此時雙方當事人所爭執者為「補償數額」，亦即屬於「金錢給付之訴」時，囿於戰前日本行政裁判法審判權之狹隘，此類訴訟則多在普通法院以民事訴訟方式處理²⁴；但戰後特例法施行，學者雄川一郎教授便認為，關於徵收補償金額之訴，其實應改屬於同法第1條後段之範圍²⁵。因為，當事人所爭執之徵收補償爭議，其實是基於行政機關之裁決所具以形成或確認之權利意義關係而生，但就數額之紛爭實屬需用土地人與被徵收人間之爭議。

從而，行政事件訴訟法之立案者²⁶便認為，此時雙方當事人所爭執者，實際為雙方之權利義務關係，亦即「補償數額」的爭議，所以「形式上」立法設計成當事者訴訟的模式進行訴訟。但本文認為，雄川教授以降學說所持之觀點，似乎過於忽略戰前日本土地徵收裁決制度下行政機關之角色，以及戰前、戰後日本權力分立上的變革與行政訴訟制度之定位。因此導致了日本法院實務見解上的混亂。

此種訴訟模式之設計，法院實務上，日本最高法院至今，尚未針對此類訴訟之訴訟表示明確之見解，導致下級審形成意見分歧。就此，下級審見解多分成兩大派別，其一方認為應屬「給付、確認」之訴，亦即原告之聲明應為其所欲之補償數額；另一方則認屬「形成」之訴，換言之，原告必須先起訴主張「變更」關於補償金額部分之裁決處分，獲得勝訴後，始得進而主張被告必須給付

²³ 美濃部・本章前揭注（19）126-127頁。

²⁴ 美濃部・本章前揭注（17）日本行政法 上卷 918 頁；本章前揭注（19）124 頁。

²⁵ 雄川・本章前揭注（5）50 頁。

²⁶ 之所以稱為「立案者」而不稱立法者，參看本文「第二章、第二節、參、一、（一）」之說明。



其所欲之數額。雖然實務見解分歧，但實際上當事人為免起訴不合法，多以先、備位聲明同時主張兩種類型。

然而，認屬「形成之訴」之個案，細究其裁判理由，其實多未詳加論證，而逕以結論告知之方式，高舉處分「公定力²⁷」，進而認定當事人之先位聲明是否合法²⁸；如此理由，論證上是否充足，不無檢討之餘地，無怪乎原告皆以先、備位方式聲明其請求。

另一方面，認屬「給付之訴」之個案，曾有法院認為：損失補償之金額，實際上僅為土地權利關係人與土地需用人間，財產利益之紛爭而已，與公益無涉，故訴訟之當事人自無須以收用委員會為被告。再者，補償金額係客觀上得以確立者，行政機關應無判斷餘地，單純屬於當事人間利益紛爭；基於此理由，立法政策始設計為，以土地權利關係人與土地需用行為原／被告之訴訟構造。所以，法院以上開兩理由，認為日本土地收用法第 133 條第 3 項之訴訟，其並非在要求變更收用委員會之裁決，而是請求法院認可其所主張之「給付」數額²⁹。

本文以下先接著討論另一個形式當事者訴訟之適例：日本特許法中之「特許無效審判」，再於「參」之段落中，一併考察日本行政事件訴訟法關於形式當事者訴訟之立案討論後，綜合分析形式當事者訴訟之本質與意義究竟為何？

²⁷ 關於日本學理上所謂行政處分之「公定力」，參看：宮崎良夫「行政行為の公定力（その一）：戰前における形成と展開」『行政爭訟と行政法学』200-206 頁（弘文堂、1991）。此文於該段落中，立基於批評之角度，相當精要地說明公定力之概念意涵；此外，亦從歷史考察之研究方法，詳實論證介紹從戰前至現時點，日本學說中「公定力」之理論發展。關於公定力對於日本行政訴訟之影響，參看本文前述第二章第二節「參、二、(二)」部分之說明。

²⁸ 例如：東京地判平成 2 年 3 月 7 日行集 41 卷 3 号 379 頁〔385-386 頁〕。本案原告因為不服收用委員會所裁定之補償金額，而以「給付訴訟」為先位聲明請求其認為適當之金額，備位聲明則為「形成訴訟」之請求，請求變更裁決金額。法院認為先位聲明不合法，因為其認為應先排除裁決處分之公定力，始為適法；由此推知法院在本案中，對於此類訴訟採「形成訴訟」說。另外亦請參照：高松高判昭和 59 年 12 月 24 日行集 35 卷 12 号 2333 頁〔2348 頁〕。

²⁹ 例如：大阪地判平成 4 年 6 月 26 日行集 43 卷 6、7 合併號 847 頁〔899-900 頁〕。

本案例事實略為，被徵收之原告土地上，建有原告所擁有的製藥工廠，雖然收用委員會已就系爭工廠之補償費用為裁決，其以完全相同之價值予以補償；惟原告主張，涉及製藥工廠之相關行政法規剛修正，若要重新再另地蓋製藥工廠，必須符合相關行政法規之要求，而成本花費上確實會增加，故起訴主張應增加此部分之補償數額。



二、日本特許法：撤銷審決之訴

(一) 制度簡介

在說明何謂日本特許法中之「撤銷審決之訴」，必須先從同法中之「特許無效審判」制度談起。日本特許法³⁰第 123 條³¹所規定之「特許無効審判」，係指請求權人（相當於我國專利法中的「舉發人」）向日本特許廳（相當於我國智慧財產局）舉發某專利無效，經由日本特許廳審判部做出「審決」（相當於我國的舉發「審定」³²）。嗣後若請求權人或被請求人（相當於我國專利權人）對於該「審決」不服，得向行政法院提起「撤銷審決」之訴（無効審判の審決の取消訴訟）。

然而，撤銷審決之訴的原告為對審決不服之人，並無疑義；但就本文而言值得關注者係「被告」究竟為何人？依日本特許法第 179 條但書³³規定可知，在撤銷審決之訴中，其訴訟之被告為「被請求人」或「請求人」，而非做出審決之特許廳為被告。

本文之所以翻譯上與日文使用相同漢字，亦即上文譯為特許無效「審判」，最主要的原因是為了凸顯日本特許廳「審判部」在專利舉發案中，其所進行的審定行為，其實具有一定程度的「準司法」性質。然此性質並不是近年來所發

³⁰ 日本特許法所規範的客體大致上與我國專利法第 2 章之「發明專利」相當。

³¹ 法條原文：「特許が次の各号のいずれかに該当するときは、その特許を無効にすることについて特許無効審判を請求することができる。この場合において、二以上の請求項に係るものについては、請求項ごとに請求することができる（第 1 項）。（以下各款省略）。

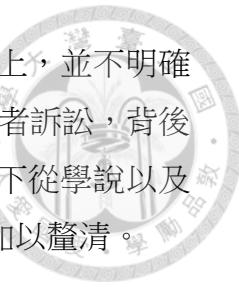
特許無効審判は、何人も請求することができる。ただし、特許が前項第二号に該当すること（その特許が第三十八条の規定に違反してされたときに限る。）又は同項第六号に該当することを理由とするものは、当該特許に係る発明について特許を受ける権利を有する者に限り請求することができる（第 2 項）。

特許無効審判は、特許権の消滅後においても、請求することができる（第 3 項）。

審判長は、特許無効審判の請求があつたときは、その旨を当該特許権についての専用実施権者その他その特許に関し登録した権利を有する者に通知しなければならない（第 4 項）。

³² 關於特許無効審判與我國制度之對應說明，參看：劉國讚（2008），《專利舉發之行政程序與訴訟制度研究》，頁 22-27，國立政治大學法學院碩士論文。

³³ 法條原文：「ただし、特許無効審判若しくは延長登録無効審判又はこれらの審判の確定審決に対する第百七十一条第一項の再審の審決に対するものにあつては、その審判又は再審の請求人又は被請求人を被告としなければならない」。



展出來，其實也是延續了戰前對於特許廳，在行政、司法之定位上，並不明確之後果³⁴。而此亦涉及到，撤銷審決之訴之所以會被視為形式當事者訴訟，背後很重要的原因。大致簡介完日本特許法上之撤銷審決之訴後，以下從學說以及實務之爭議談起，將撤銷審決之訴與形式當事者訴訟間的關係，加以釐清。

(二) 訴訟類型之爭議

相較於本節前段討論之「土地徵收補償額之訴」，日本特許法中之「撤銷審決之訴」，是否屬行政事件訴訟法中的「當事者訴訟」，卻有相當大之爭議。如前所述，日本行政事件訴訟法之「立法解說」中，直接將「撤銷審決之訴」歸類為當事者訴訟。但細究其內容，實際上亦無說明任何理由³⁵，進而引發了學說上之論爭。

認為撤銷審決之訴應屬「當事者訴訟」類型者，即是將「審決」視為「形成或確認」舉發人（請求人）與專利權人（被請求人）間法律關係之「裁決」，從而符合行政事件訴訟法第4條前段之條文文義³⁶。除此文義解釋以外，並無其他論證上之理由³⁷。

相對的，認為撤銷審決之訴非屬於當事者訴訟之見解，其則是認為，從文義解釋之觀點，「審決」的確符合行政事件訴訟法第4條前段所稱之「處分或裁決」，惟其是否屬於「確認或形成當事人間法律關係」則不無疑問。更何況特許權具有「對世效」，自非屬形成或確認「當事者間」法律關係之處分或裁決。再者，行政事件訴訟法第41條第1項（當事者訴訟準用抗告訴訟之規定）並未準用第32條第1項（撤銷處分判決之對世效），將使得專利權之效力在爭訟當事者間與他人（其他第三人）間效力並不相同。據此從行政訴訟制度之觀點而言，

³⁴ 關於日本戰前特許法制史上研究與特許廳之歷史，參看：大渕哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』132-136頁（有斐閣2003）。

³⁵ 杉本・本章前掲注(9)「行政事件訴訟法の解説(一)」49頁。

有論者提到，行政事件訴訟法立案當時，身為立案主要角色的杉本良吉（時任法務省訟務局參事官），嗣後於東京高等法院任職法官期間，曾表示過立案當時，其將撤銷審決之訴歸類為形式當事者訴訟，似有商榷餘地，參看：大渕・本章前掲注(34)249頁。

³⁶ 雄川・本章前掲注(7)108頁。小早川光郎『行政法講義〔下III〕』327頁（弘文堂、2007）。

³⁷ 認為屬形式當事者訴訟之學說整理，參看：大渕・本章前掲注(34)239-240頁。



「撤銷審決」之本質，其實就是直接針對「審決」本身爭執，故應屬「抗告訴訟」類型³⁸。

觀察日本法院實務，其見解並無明確的定見，但從法律適用方式可以推測其真意。例如日本最高法院第 3 小法庭 1992 年 4 月 28 日「撤銷再次審決案³⁹」，該案事實略以：本案被上訴人（即舉發人）先前已經就同一個案提起過撤銷審決之訴（下稱前案），被上訴人於前案勝訴，因此前案系爭審決被撤銷。前案判決確定後，日本特許廳之審判官便依據日本特許法之規定，再次審理系爭個案，審決舉發人之主張無理由（下稱後審決）。故本案便是被上訴人（舉發人）對於後審決不服，而再次提起之撤銷審決之訴的上訴審（即本案）。

在本案中所爭執之焦點便是，在「後審決」中，特許廳之審判官究竟需不需要受到「前案」之確認判決的效力所拘束？之所以會有此爭議，就如前述，撤銷審決之訴之雙方當事人為舉發人與專利權人，而非做出審決之特許廳。日本最高法院便在本案中揭示，撤銷審決之訴之判決效力，依據日本行政事件訴訟法第 33 條 1 項（撤銷訴訟判決效力），應及於涉及該訴訟之行政機關⁴⁰。

依據本案適用法律之方法，若法院認為撤銷審決之訴為當事者訴訟時，關於判決效力正確之法律適用，應該依據同法第 41 條第 1 項（當事者訴訟準用抗告訴訟內容之規定）「準用」同法第 33 條第 1 項，如此才可得出判決效力及於涉及該案之行政機關。但是，上開日本最高法院判決卻逕以同法第 33 條第 1 項為依據，直接得出結果；因此，即有認採撤銷訴訟之學者，以此為論據主張，日本最高法院亦將特許無效審判劃歸為「撤銷訴訟」之類型下⁴¹。

關於此爭論，時任日本最高法院法官之園部逸夫，曾於判決之協同意見書⁴²提到：系爭各該法規制度上並沒有一致性的法律適用途徑，從行政機關非為被告此點，可以認為其與一般的撤銷訴訟不同；另一方面，審決亦非形成或確認當

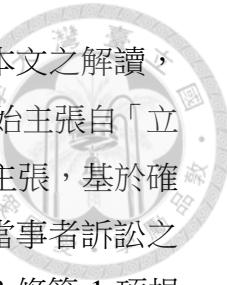
³⁸ 參看：大渕・本章前揭注（34）239-240 頁。

³⁹ 最 3 小判平成 4 年 4 月 28 日民集 46 卷 4 号 245 頁〔245-260 頁〕。

⁴⁰ 最 3 小判平成 4 年 4 月 28 日民集 46 卷 4 号 245 頁〔253 頁〕。

⁴¹ 就此，參看：大渕・本章前揭注（34）248 頁。

⁴² 最 3 小判平成 4 年 4 月 28 日民集 46 卷 4 号 245 頁〔257-260 頁〕。



事人間法律關係之行政處分，就此而言亦與當事者訴訟不同。就本文之解讀，認為圓部法官係立基於撤銷審決之訴屬「當事者訴訟」之前提下，始主張自「立法論」而言，應於特許法中為特別規定，以解決爭議⁴³。再者，其主張，基於確保行政機關受到法院判決之拘束力，雖然撤銷審決之訴基於其屬當事者訴訟之性質，但本於日本行政事件訴訟法第 41 條第 1 項有準用同法第 33 條第 1 項規定之精神，在解釋論上應力求同抗告訴訟之處理。

本文認為，綜上所觀，可發現撤銷審決之訴之論據似乎僅係基於訴訟之原、被告一方，並不是做出審決之特許廳，以及行政事件訴訟法之立法解說中，杉本法官之解說。實際上，從前揭實務個案判決書中所呈現之審理過程，呈現一種很奇特的現象。亦即，若不服審決之人（即訴訟之原告）是專利權人時，他造（舉發人）就必須立於特許廳之角色，說明審決之內容並無違法…等等；反之，若原告為舉發人，他造（專利權人）也必須立於特許廳之角色，立證系爭審決並無違法。僅就此訴訟進行模式，便可發現法院所審理的訴訟標的物（即審決），維護審決立場之人卻非特許廳本人⁴⁴，而是舉發人或專利權人，這在舉證責任與心證形成的過程中是否妥適，似有商榷之餘地。

⁴³ 就此，有論者批評圓部逸夫法官之論證似有混淆立法論與解釋論之虞，參看：大渕・本章前掲注（34）250 頁。尤其是註 106 之部分。

⁴⁴ 鈴木庸夫「當事者訴訟」雄川一郎ほか『現代行政法大系第 5 卷：行政争訟』102-103 頁（有斐閣、1989）。



參、形式當事者訴訟之存在意義

一、制度轉型之歷史遺緒

從上開二例之介紹，可發現形式當事者訴訟最主要之特徵在於：雖然本來應是直接爭行政處分，但卻非以處分機關為被告。在土地徵收補償額訴訟中，是以需用土地人與被徵收人為原／被告；在撤銷審決之訴則為舉發人與專利權人為原／被告。實際上，兩例在實務上皆有一定程度之爭議。土地徵收補償額訴訟之爭議在於，系爭訴訟雖是形式當事者訴訟實務並無歧見，但是其請求方式究竟是形成訴訟還是給付訴訟實務並無定見，使得原告必須以訴之客觀預備合併提起訴訟，權利救濟才不致落空。另外，實務對於撤銷審決之訴雖然沒有直接言明其究竟屬抗告訴訟還是當事者訴訟，但實際上在許多訴訟審理程序與判決效力上對於非訴訟當事者之審決機關，究竟有何種規範效力？

前述種種爭議其實都清楚指向，形式當事者訴訟中之行政機關為何會被置於訴訟原／被告外？當立法者希望透過形式當事者訴訟之方式，讓真正的權利義務雙方當事人得以解決紛爭時，行政機關確實與系爭權利義務關係無涉？由於 2004 年日本行政事件訴訟法修法時，形式當事者訴訟之條文完全沒有修正，修法過程中其實也完全沒有觸及到形式當事者訴訟⁴⁵，因此要釐清形式當事者訴訟之所以具體明文化，本文認為應從行政事件訴訟法 1962 年之立案過程中探尋較為妥適。

日本行政事件訴訟法立案之初，「形式」當事者訴訟中著名之兩種下位類型，其一為「損失補償」之類型（土地收用法之例），其二則為「審決」類型（特許法之例），立案者認為兩者皆具有條文所稱之「有關於確認或形成當事人間法律關係之處分或裁決」。若從「行政行為」之角度看待此類訴訟，可以發現爭訟似應以「裁決或處分」為對象，提起撤銷訴訟；但立案者認為，真正的爭議存在於行政處分所形成之「法律關係」上，因此該「法律關係」才是真正的訴訟標的。進而，立案者據此而將訴訟原／被告設計為，爭執該法律關係之權利關係人，於是，「行政機關」便從此類爭訟退出⁴⁶。

⁴⁵ 就此，參看本章後述「第二節、壹與貳、一」之說明。

⁴⁶ 杉本・本章前揭注（9）「行政事件訴訟法の解説（一）」48-49 頁。



然而，既然是以「法律關係」為訴訟標的，學說上便有論者直指，如此一來又如何與同法第 4 條後段「實質當事者訴訟」區分⁴⁷？本文認為此爭議已無法從立法解說中得到答案，必須回到日本行政事件訴訟法草案形成之討論過程中⁴⁸，進一步探求答案。

觀察「形式當事者訴訟」之草案研擬過程，最早立案者認為，行政機關此時具有「形成或確認當事人間之法律關係」之作用，亦即行政機關於此所扮演的角色比較近似「裁決者」，而基於此角色所作出之行政處分往往具有形成或確認當事人間「法律關係」之作用，此類「裁決」與一般之行政處分具有不同性質，立案者認為此時爭執往往出現在各該當事人間，而非當事人與行政機關間，所以希望藉由此觀點，進而一般化形式當事者訴訟的內涵，並明文於條文中⁴⁹。

然而，上述觀點不是沒有反對意見。討論當時部分委員認為，有時行政處分所形成之法律關係，不一定僅有公法上法律關係，亦有「私法上」法律關係。如此一來，將導致原屬民事訴訟審判之案件，轉變為公法事件，範圍似乎過廣。再者，行政機關於此類案件中，亦有基於其行政目的、公益考量而為「裁決」，此時是否僅為「當事者間」之紛爭，不無疑義⁵⁰。此外，對於此種「裁決者形式」

⁴⁷ 小早川・本章前掲注（36）327-328 頁。

⁴⁸ 關於日本行政事件訴訟法立案過程之歷史簡介，參看本文「第二章、第二節、參、一、（一）」之說明。

⁴⁹ 第 28 回小委員會會議紀錄（1957 年 11 月 8 號），尤其注意杉本幹事發言說明部分。參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（2）日本立法資料全集 6』844-845 頁（信山社、1992）。從委員會討論過程可以發現，主要支持形式當事者訴訟應制訂者，為杉本良吉與雄川一郎，實際上兩人對於日本行政事件訴訟法之形成，扮演十分重要之角色。

該次討論以「行政事件訴訟特例法改正要綱試案」為中心，學說討論上亦稱「第一次案」，其中形式當事者訴訟係規定於第 5 條第 1 項，草案條文可參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（1）日本立法資料全集 5 別冊付録』3 頁（信山社、1992）。該項草案有 A、B 兩案，A 案原文：「当事者間に争のある場合に、法令により、行政庁に対し、裁決、裁定、審決その他の決定（以下単に行政庁の決定という。）の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟（以下この訴を行政上の法律関係の訴といふ）」。B 案原文：「法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他の決定にかかる訴訟であつて、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの」。該次會議初步結論，以 B 案為基礎，展開後續討論；由 B 案文字亦可看出與現行法之高度相似性。

⁵⁰ 塩野・本章前掲注（49）行政事件訴訟法（2）846-845 頁。第 28 回小委員會會議記錄。

之行政處分與一般類型的行政處分難以劃分，也無區分之實益因此未能成為一般性的條文⁵¹，而於條文後加上「依法令規定應以其法律關係當事人一方為被告之訴訟」，讓個別法規自行設計、發展。

就本文所見，雖然條文研擬過程中有上開質疑，但是立案者對於此種「裁決者形式」之行政處分，認為應該要特別規定之觀點，卻沒有根本的改變，頂多只是在本條文「規範範圍」之大小上做調整。本文認為，此種「裁決者形式」之行政處分是否真的有獨立出來規定之必要，深值商榷。

因為，立案者之所以會認為行政機關「外於」系爭紛爭中，其實就是把立於「裁決者」之行政機關，視為一種司法者。而之所以會有此觀點，係因戰前在土地徵收案件與特許權認定上，行政機關（收用委員會與特許廳審判部）其實就是作為司法機關，處理此類紛爭。此當然與當時行政、司法在權力分立上之定位並不明確有關；再者，戰前早期對於行政處分之觀念，本來就蘊含著一種「裁決者」之概念⁵²。當戰後權力分立之理論逐漸完備，行政訴訟制度與行政活動之定位當然也隨之變遷，但形式當事者訴訟卻是替戰前行政機關立於司法者地位所為之行政行為，找到一個安身立命的所在。

⁵¹ 關於「以特別法另行規定」之定調，乃於第 35 回會議之初步結論，該次會議是以「第三次案」為中心討論，其實也幾乎決定了接下來的討論，乃至於最終版本草案之形成，參看：塩野・本章前揭注（49）行政事件訴訟法（2）1122-1134 頁。第三次案之條文內容，請一併參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（4）日本立法資料全集 38』172-182 頁〔資料 62〕（信山社、1994）。尤其注意 173 頁當事者訴訟之草案內容。

第三次整理案中關於形式當事者訴訟之條文，與現行條文完全一致，相較於第三次案的版本，其實只是更明確了立案者所認定之形式當事者訴訟，其所謂的「裁決或處分」究竟為何而已。關於第三次整理案之條文內容參看：塩野・本注『行政事件訴訟法（4）』210 頁〔資料 65〕。

嗣後，「第四次案」（1960 年 4 月 15 日做成）則將向來歷次討論上分成「形式當事者訴訟」與「實質當事者訴訟」兩項之條文，整理為「不分項」，也就是現行條文之原型。參看：塩野・本注『行政事件訴訟法（4）』281 頁。然而，為何原本分項之規定，轉化成合併規定，是否有其他考量？而此議題似乎是在第 47 回會議討論，但由於該次會議與之前詳細之紀錄紀錄不同，而僅有紀錄概要，所以本文無法得知其背後考量。就此，參看：塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和 37 年〕（3）日本立法資料全集 37』104 頁〔法制審議會行政訴訟部會小委員會第四十九回會議概要〕（信山社、1994）。主要立案之小委員會最後向法務省下之行政訴訟部會提出的確定版本，其中關於形式當事者訴訟之條文內容，參看：塩野・本注『行政事件訴訟法（4）』471 頁〔資料 117〕。

⁵² 就此，參看本文「第二章、第一節、貳、二、（二）」之說明。



如從現今之觀點審視此類帶有裁決者意義之行政活動，本文不是認為行政機關不可以做裁決行為，而是裁決之考量基礎當然是以行政（公益）目的做為出發點。正如同立案過程中反對意見之委員所言，行政機關此處所為之裁決是立基於行政目的，從而當事人有所不服時，其必定是不服行政機關對其與對方間權利義務關係之「認定」，就該「認定」為爭執。反之，若沒有涉及到行政機關的認定，其實就表示了，此類事件本來就可以直接向法院起訴，戰前行政機關所為者其實就是只有法院才可以做的司法審查行為，也就是宛如「前一審級」之觀點；在戰後權力分立的觀點而言，此類裁決行為當然不屬行政權之範疇。

因此，形式當事者訴訟條文中所謂「形成或確認當事人間之法律關係」，綜上所述，便是清楚呈現了戰前行政與司法權力分立發展過程中，不明確的那段歷史。行政處分本身就原有「形成或確認當事人間之法律關係」的作用，若認為讓該法律關係之雙方當事人就紛爭為原、被告，反而其實讓行政機關之認定立於無用之地；換言之，有沒有該行政處分（裁決、審決）皆無妨。那為何在當時會有意義，其實就是因為當時制度將行政機關（收用委員會、特許廳審判部）視為準司法機關。

此外，若為如此，那為何此類訴訟會被明文在向來被視為「始審之爭訟」的當事者訴訟類型下？如前述，既然認為宛如「前一審級」，為何不是屬於「覆審之爭訟」的抗告訴訟下？就此，其實就如同美濃部教授所認知，此類紛爭是屬於權利義務雙方當事人間之爭議，因為其所爭執的對象是公法上法律關係，戰前早期並無當事者訴訟之明文，此類訴訟本來是可以直接向行政法院提起，但囿於無實定法之依據，所以只好先向行政機關請求裁決後，再以抗告訴訟的方式進行⁵³。戰後行政事件訴訟特例法有了實定法上之依據，學說便主張此類訴訟得直接向法院提起當事者訴訟，可是制度上行政機關仍繼續扮演「裁判者」的角色，所以形成了行政機關仍繼續以「裁判者」地位作出「裁決或審決」，而雙方當事人又以此向法院提起形式當事者訴訟，這般奇特之制度樣貌。因此，當然難以避免前開二例之爭議點與困境。以下，回過頭反思前開二例。

⁵³ 美濃部・本章前揭注（17）日本行政法 上卷 916 頁。



二、反思兩事例

本文認為，日本戰前由於權力分立與行政訴訟制度仍在發展中，行政機關立於司法裁決者地位，對於雙方當事人間之權利義務關係做出裁決之行為，在戰後必須重新加以定位。而「形式當事者訴訟」便是未能重新審視整體制度，所產出之結果。

申言之，首先爭議便在於，行政機關所為之「裁決、審決」，在形式當事者訴訟之程序中，究竟有何意義及效力？如前文所述，對於土地徵收補償額不服，認為應以「給付之訴」請求之論者或實務見解，多認為此處單純為法律關係雙方之爭訟，無涉公益性，故認為關於價額部分爭訴「無涉」行政處分之效力，亦即無須先行撤銷裁決處分。

就此說法本文認為並非妥適。因為土地收用委員會所做出之裁決，本身就蘊含了公益性的考量，縱使日本通說與日本最高法院認為行政機關沒有判斷餘地，所以法院並非審查收用委員會對於補償額決定是否合法，而是基於裁決時之客觀事實，做出合法價額之判決⁵⁴。有論者認為，最高法院其實是從反面消極肯定此類訴訟的抗告訴訟性質，其認為最高法院只是說因為紛爭的癥結點在於價額，為了實現當事人正當之補償價額，因此不得不說此類訴訟與「單純就徵收處分撤銷之訴訟」有本質上的差異⁵⁵。但真正問題之本源仍在於，有無判斷餘地其實與系爭行政決定是否具有公益性無涉；更何況，之所以其等會以行政機關無判斷餘地，進而認為行政處分就此無須排除效力，其實仍是在為了解決行政處分效力的問題⁵⁶。

⁵⁴ 最3小判平成9年1月28日民集51卷1号147頁〔150頁〕。

⁵⁵ 參看：大渕・本章前揭注（34）248頁。

⁵⁶ 有趣的是，此問題在我國卻有很大的爭議。最主要是因為我國法院仍認為應「相當之補償」即可，且地價評議委員會之決定應認「享有判斷餘地」；就此參看：最高行政法院102年判字211號判決：「有關地價及徵收補償地價加成補償成數之判斷，係經由委員會所作成，而其特性在於經由不同屬性之代表，根據不同之見解，獨立行使職權，共同作成決定，應認享有判斷餘地。在判斷餘地範圍內，行政法院祇能就行政機關判斷時，有無遵守法定秩序、有無基於錯誤之事實、有無遵守一般有效之價值判斷原則、有無夾雜與事件無關之考慮因素等事項審查，其餘有關行政機關之專業認定，行政法院應予尊重」。就「相當補償」部分，便有論者批評違反憲法對私人財產權之保護，認應採「完全補償原則」；就此參看：陳立夫（2007），本章前揭註14，頁276-282。陳立夫（2011），本章前揭註14，頁223-226。關於判斷餘地部分，有學者從認為行政



本文認為，土地收用委員會之「裁決」作為一個行政決定，提起行政訴訟便是針對此一決定不服。既然其中有行政機關作行政決定，自難忽視其存在。若認行政機關之決定無效力，其實大可不必讓行政機關繼續為此決定，直接讓當事人依據法律所設定之補償方式，提起訴訟即可。

特許法中之「審決」之爭議點，則更是與「裁決者形式」之行政處分，密切相關。亦即，從前段之討論可以發現，若認為「撤銷審決之訴」為形式當事者訴訟時，依據日本行政事件訴訟法 41 條規定並未準用第 32 條之情形下，將會形成對於訴訟當事人是一種基於確定判決而來之相對效力；反之，因為非以撤銷訴訟方式提起訴訟，審決處分仍舊存在，故對於其他人則仍受原審決處分所拘束，如此一來造成效力混亂之情形。縱使，如同前段圓部逸夫法官之協同意見書所述，得對於此類訴訟，在立法論上特別規定其判決效力應有行政事件訴訟法第 32 條之效力，又或是解釋論上應朝撤銷訴訟效力解釋，似乎仍未解決真正的問題點。

本文認為，從兩適例衍生之許多學理論爭，其實都與「行政機關此裁決、審決之地位本質究竟為何？」有很大的關係。從而，戰前行政機關單純以裁決者之觀點為此決定（裁決、審決），其或許無意識到，行政機關的決定是否運含有公益性。戰後隨著權力分立理念之逐漸落實，自然必須先釐清，行政機關在其中究竟有沒有公益性的決定。若無，其實就代表行政機關本來就無須為此事，而有爭議時，便循司法途徑爭訟。反之，若有，則代表行政訴訟就必須要針對該決定為爭訟，行政機關自然就是被告。

機關過度利用判斷餘地，以致於訴願以及行政訴訟形成對於徵收補償額之棄守。就此，參看：張永健，本章前揭註 16，頁 103-112、130-137。台北：元照。

本文認為，關於補償內容而言，與學者陳立夫之見解相同，應採完全補償始符合憲法意旨。如採完全補償時，現行土地徵收條例第 30 條修正後採按「市價」補償，是否會改善向來問題，仍值得觀察；就此參看：陳立夫（2013），〈評二〇一二年土地徵收條例修正條文〉，《月旦法學雜誌》，212 期，頁 97-99。最重要者是，縱使地價評議委員會對於金額有判斷餘地，仍不能免除行政法院之合法性審查，尤其在於需用土地人即為直轄市、縣（市）政府之時，更顯重要。



釐清此整體制度變遷之脈絡後，前開二例所延伸出來的爭議，例如要不要先行排除裁決之效力，始可聲明補償額度；抑或是，撤銷審決之訴的判決效力究竟及不及於審決機關…等等，就本文之所見，或許只是徒生爭議⁵⁷。

從而，日本學說並未能體察整體行政訴訟制度之變革，卻欲進一步將個別法中之「歷史遺緒」統合起來，晉升成為一般性規定。因此，本文認為，形式當事者訴訟的存在價值，應有近一步檢討之必要。換言之，觀察未來日本行政事件訴訟法第 4 條「當事者訴訟」之發展，或許可將重心放在下文將開始討論之「實質」當事者訴訟」上，並重新思考現今當事者訴訟之定位與功能。

⁵⁷ 與本文完全相反見解之論者，認為形式當事者訴訟具有撤銷行政處分之功能，亦有滿足當事人之實質請求之功能。就此請參見：鈴木・本章前揭注（44）103-104 頁。



第二節 「實質」當事者訴訟之修法

壹、行政事件訴訟法 2004 年修法緣由

一、「日本司法制度改革」

日本行政事件訴訟法自 1962 年制定通過以來，期間歷經了 42 年皆未重大修正⁵⁸，總算於 2004 年做了整體性的修正。促發該次修正之大環境因素，其實為 1999 年「改革司法制度」⁵⁹之潮流。

日本該次之司法改革，是由設置於內閣下之「司法制度改革審議會」於 1999 年至 2001 年進行一系列的研討會議。此審議會後來做出「審議會結論性意見（司法制度改革審議會意見書）」，當中亦有涉及到「行政訴訟制度」之改革，研討會議主要集中於第 21 次、第 41 次、第 42 次第 58 次會議⁶⁰。前開審議會結論性意見書中，明確提及「應強化司法權對行政權的監督」⁶¹，行政訴訟法制之改革，便在此脈絡下展開熱烈討論。

⁵⁸ 日本行政事件訴訟法於 1962 年制定後，僅於 1989 年與 1996 年分別針對「日本民事保全法」以及「新民事訴訟法」做技術上的修正，並未真正涉及到行政訴訟之內容。

⁵⁹ 就此「改革司法制度」整體之背景說明，參看：松永邦男『司法制度改革概說 1：司法制度改革推進法／裁判の迅速化に関する法律』（商事法務、2004）。從民間社會的觀點，併參看：日弁連司法改革実現本部編『司法改革：市民のための司法をめざす』14-30 頁（日本評論社、2005）。另外，關於日本該次司法改革之評述，參看：佐藤幸治ほか『司法制度改革』3-34 頁（有斐閣、2002）。這本書的三位作者（佐藤幸治、井上正仁、竹下守夫）正好都是「司法制度改革審議會」的學界代表。

⁶⁰ 相關的會議紀錄參看，司法制度改革審議會網站：司法制度改革審議會議事錄 <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/gijiroku-dex.html>（最後瀏覽日：11/18/2013）。嗣後，基於「司法制度改革審議會意見書」而制定之「司法制度改革推進法」，該法規定於內閣下設立「司法制度改革推進本部」，本文前述的「行政訴訟檢討會」即是屬於「本部」下的一個委員會。

⁶¹ 就此，參看：司法制度改革審議會編『司法制度改革審議會意見書：21 世紀の日本を支える司法制度』39-40 頁（未出版、2001）。橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』142-143 頁（弘文堂、2005）。網路資源參看：「司法制度改革審議會意見書」（pdf 版），載於司法制度改革審議會網站：<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-2.pdf>（最後瀏覽日：11/18/2013）。尤其是頁 39-40，「II 国民の期待に応える司法制度」、「9. 司法の行政に対するチェック機能の強化」之部分。



「結論性意見書」中提到兩點面向，第一面向為「重新審視行政訴訟制度」。其提到：基於司法權作為保障權利之重要角色，提出三點檢討方向：

第一：檢討「以抗告訴訟為中心」導致行政訴訟機能低落。

第二：隨著現代化發展，行政訴訟制度如何面對日漸多樣化的行政作用。

第三：是否應設立行政法院。

進而，此三點方向為基礎，在制度細部設計上，認為應檢討「原告適格、處分性、訴之利益、訴訟之提起期間、管轄、執行不停止原則」，此外亦應檢討是否需「增訂訴訟類型」…等等⁶²。

第二面向則為「多面向檢討司法權與行政權之角色」。此則是觸及到整體行政法制，各法規間如何相互配合之問題。尤其在「權力分立」、「權利救濟之實效化」之考量下，如何符合「法治」（法的支配⁶³）之要求。由於日本行政程序法（行政手續法）於 1993 年制定通過後，就「行政實體法」層面之法制⁶⁴便逐漸發

⁶² 司法制度改革審議會・本章前揭注（61）39 頁。

⁶³ 結論性意見中是使用「法的支配」一詞，本文認為實際對應之中文用語為「法治（Rule of Law）」較為妥適。關於「法治國原則」與「法治（Rule of Law）」的區別與討論，參看：黃舒芃（2009），〈法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在台灣之繼受〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 283-290。台北：元照。在日本學說上，則是呈現「法治主義」、「法の／的支配」、「法律による行政／法律留保／法治行政」、「法治國原理」…等等主要用語，但是實際上卻是相互包含、甚至同義、混用的情形；就此相關的整理參看：中川丈久「議會と行政、法的支配と民主制；権力の抑制から質の確保へ」磯部力ほか『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』135-138 頁（有斐閣、2011）。日本學者塙野宏便提到，早期的法治主義其實多是以限制或侵害到人民的權利，必須要有法律規定，換言之比較接近「法律保留」的概念。但是「法治主義」是不是只有法律保留的意義，塙野宏教授認為似值商榷。因為行政應依循何種程序為行政活動，就無法單從法律保留的觀點推導而出。就此，參看：塙野宏「法治主義の諸相」『法治主義の諸相』117-119 頁（有斐閣、2001）。日本的「法治主義」其實包含過多概念，確實難以精確運用，而本文認為「法の／的支配」與「法治（Rule of Law）」的意義同質性較高，故本文選擇譯為「法治」；反之亦有論者以「法治國」指稱之，就此參看：中川・本注 165-166 頁。

⁶⁴ 其他行政實體法，有如：環境影響評價法（1998 年）、行政機關情報公開法（1999 年）、行政機關個人情報保護法（2003）…等等，相關簡要整理參看：大橋洋一「行政法総論から見た行政訴訟改革」原田尚彦先生古稀記念『法治國家と行政訴訟』3 頁（有斐閣、2004）。



展完備，行政訴訟方面卻仍裹足不前；再者，具有準司法性質的「行政委員會⁶⁵」與行政訴訟的關係為何？行政訴訟制度與國家賠償制度、行政不服審查法，又應有何角色分工…等等，皆是行政訴訟法制度改革上，須一併加以處理之議題。

綜觀審議會結論性意見書，可發現改革檢討之範圍相當廣泛全面。從現時點回顧，改革是否成功或許見仁見智；但就成果上而言，大致約有涵蓋「結論性意見書」所提及之內容。然而，「結論性意見」中關於行政訴訟制度之內容部分，其實亦非僅藉由審議會之研討會議而討論出來，毋寧是整合了 1980 年代以降，學說對於行政訴訟制度改革之討論與發展。為求進一步了解，本文以下簡單回顧 1980 年以降學說之討論。

二、1980 年以降制度修正之學說討論

雖然，前述 1990 年代末期之司法改革浪潮，促發日本行政訴訟制度大幅修正，但在學說討論上，其實自 1980 年代起，就已逐步展開討論⁶⁶。尤其是 1982 年日本公法學會所舉辦的「行政爭訟法制二十年之回顧」研討會中，即初次大幅度面對行政訴訟制度修正之議題⁶⁷。

在當時的學說討論，延續著「解釋論」上之爭議，亦即「抗告訴訟」本身是否足以面對現時點及未來所可能出現之各種行政作用？如同本文前述第二章所介紹，日本行政事件訴訟法在「抗告訴訟」之立法技術上，利用上「包括性處分概念」希望暫時擱置對於「行政不作為」、「事實行為」、「法規命令」等救濟途徑之爭論，進而委由學說與判例就內涵紹加以發展⁶⁸。

⁶⁵ 關於日本行政委員會的介紹，參看：田中二郎『新版 行政法 上卷』271-273 頁（弘文堂、2 版、1998）。塩野・本章前揭注（3）42-53 頁。

⁶⁶ 1980 年代此一時點，除了本文自身之觀察外，亦有論者從法社會學之觀點，切入探討日本行政事件訴訟法修法過程，其亦以 1980 年代為學說討論上之轉向，並認為 1980 年代以前之日本學說，多以條文法釋義學之釐清為重點。參看：飯考行「行政事件訴訟法改正過程の法社会学的分析」早稻田大學教育學部學術研究 54 号 12 頁（2006）。再者，日本行政法學界亦有相同看法，就此參看：塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」『法治主義の諸相』309 頁（有斐閣、2001）。

⁶⁷ 就此，研討會討論紀錄與相關論文，參看：公法研究 24 号（1983）。

⁶⁸ 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究 45 号 126-128 頁（1983）。

但實務實際上卻消極面對，抑或是混亂適用⁶⁹，導致訴訟駁回率居高不下（約六成⁷⁰）。雖然學說發展了許多論述，希望補足當時制度上的缺憾，但不可否認的是，解釋論仍然有其界限。再者，本文發現，學界論爭與其說是解釋學上之各持己見，毋寧是各方對於制度解釋之前提，亦即「立基點」各有不同。因此，一舉在立法論上加以解決，可謂當時學界的共識，當然也間接促使了修正之進行。

除了抗告訴訟中心主義所引發之解釋學上論爭外，當時對於「現代型訴訟⁷¹」則較屬於直接促求立法上之加以解決者。所謂的「現代型訴訟」，於行政訴訟範圍內，當時係指「環境訴訟」、「行政計畫之訴訟」、「大型公共工程紛爭⁷²」、「給付行政之訴訟」、「科學訴訟」…等等。初次發起對於現代型訴訟之論爭者，實為時任東京大學教授之雄川一郎教授。其認為現代型行政作用往往是「行政計畫」之型態，雖然亦可將行政過程中之各作用分視為各個行政行為，進而依據各個行為進行行政訴訟；但立法論上似乎可將對象指向「行政活動之整體」進行制度設計之思考⁷³。再者，於環境訴訟中常常涉及到多數當事人，甚至是多個訴訟相繼提起之情形，立法論上應如何檢討制度，亦值關注⁷⁴。

⁶⁹ 就此參看：山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雜誌 130 卷 4・5 号 641 頁 (2004)。

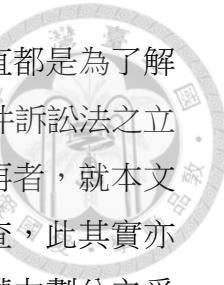
⁷⁰ 若以日本行政事件訴訟法 2005 施行前的統計數據來看，第一審無理由駁回佔 46.3%，不合法駁回佔 14.5%，總體而言駁回率已佔六成比例，第一審法院認為原告之主張有理由者，比例僅有 13.8%。參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 16 年度行政事件の概況」法曹時報 57 卷 9 号 111 頁〔第 9 表〕(2005)。2000 年之駁回率為亦約六成 (45.4% + 14.3%)，參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 12 年度行政事件の概況」法曹時報 53 卷 9 号 60 頁〔第 9 表〕(2001)。1990 年之駁回率亦約六成 (42.5% + 15.6%)，請參照：最高裁判所事務總局行政局「平成 2 年度行政事件の概況」法曹時報 43 卷 8 号 152 頁〔第 9 表〕(1991)。

⁷¹ 參看：塩野宏「行政裁判の課題」『法治主義の諸相』301-306 頁 (有斐閣、2001)。一併參看：遠藤博也「現代型行政と取消訴訟」公法研究 45 号 163-173 頁 (1983)。後收錄於：遠藤博也「現代型行政と取消訴訟」『行政救濟法』5-20 頁 (信山社、2011)。

⁷² 如本文第二章第三節「參、一、(一)」段落中所提到的「大阪機場案」，便是此類訴訟之代表。

⁷³ 此與向來日本學界一直持續關注之「行政過程論」亦有很大關係。就行政過程論之論著，學者遠藤博可謂最為關注，參看：遠藤博也『行政過程論・計劃行政法』(信山社、2011)。本書為遠藤教授逝世後由後輩集結教授之生前論著而成。此外，並參看：塩野宏「行政過程總說」『行政過程とその統制』3-34 頁 (有斐閣、1989)。

⁷⁴ 雄川・本章前揭注 (68) 140 頁。



本文認為，日本行政訴訟制度從戰前至戰後之發展，其實一直都是為了解決制度上、法院實務操作上的問題⁷⁵。質言之，1962年日本行政事件訴訟法之立法，討論上其實多在解決特例法時期，以及法院所面臨之問題；再者，就本文之所見，如對於各種行政作用，應如何透過行政訴訟進行司法審查，此其實亦僅是面對當時學說上解釋論之論爭，以及行政與司法之間應如何權力劃分之爭議而已。

因此，日本對於其行政訴訟制度之本質、定位、功能，遲遲未能能從「權利救濟」的觀點出發思考。前述「司法制度改革」中提及「權利救濟實效性」，雖然於評價上，或可謂具有政治性之意涵，但自學界的觀點而言，其實正是反映了學界累積已久對於行政訴訟制度本質之思考動能，自然突破向來論爭的範圍，而轉向「權利救濟」之觀點。雖然如此，本文仍舊認為日本行政訴訟制度之改革，實際上仍未真正觸及「基本構造」的改革，亦即未有全新之進展，毋寧是從「權利救濟實效性」之觀點，在現有的架構下，進行大幅度的調整⁷⁶。

三、行政訴訟制度修正方向芻議：權利救濟實效化

「司法制度改革」之初步階段性結論既已定調為「權利救濟實效化」，如前所述，在此基礎之上應如何整頓行政訴訟制度，則為下一層次的問題。基於「審議會結論性意見」所制定之「司法制度改革推進法」，於是在內閣下設立「司法制度改革推進本部」。而密切涉及行政訴訟制度之部分，則是在此本部下設置一委員會：「行政訴訟檢討會」⁷⁷（下簡稱「檢討會」）進行研討、立案。

⁷⁵ 雄川・本章前掲注（68）122頁。

⁷⁶ 同此見解，參看：塙野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学：訴訟類型論から見た」民商法雜誌130卷4・5号602頁（2004）。櫻井敬子、橋本博之『現代行政法』219頁（有斐閣、2版、2006）。

⁷⁷ 開於該會成員，參看：小早川光郎編『ジャリスト増刊 改正行政事件訴訟法研究』198頁（有斐閣、2005）。在立法技術上，有論者認為，相較於行政事件訴訟法1962年制定時，其實是在法務省下之「法制審議會」進行，2004年修正時則是直接在內閣下設置，其優點在於容易與其他相關連改革事項一同進行、整合，此種立法方式應給予較好之評價。參看：齋藤・本章前掲注（8）392頁。



該檢討會自 2002 年 2 月起至 2004 年 10 月止共召開 31 次會議⁷⁸，其間於 2004 年年初提出了「行政訴訟制度修正方向芻議（行政訴訟制度の見直しのための考え方）⁷⁹」（下簡稱「芻議」）。此「芻議」雖然非以條文方式呈現，而是以「原則性概念、要點」之方式呈現，但其範圍幾乎與日後修正條文之範圍相同⁸⁰。因此，日本學說在論述行政事件訴訟法修法史時，必定會探究此「芻議」，以進一步了解修正條文形成之過程，自深具學術上之參考意義。

於基本原則上，「芻議」開門見山就將目標定位在「為增進國民權利救濟之實效化」，基此目的，手段上則進一步具體呈現在「擴大權利救濟範圍」、「充實、促進審理程序」、「訴訟利用之簡易化」、「暫時權利保護制度之健全」、「其他」⁸¹。而在「擴大權利救濟範圍」之手段中，主要是以「新增訴訟類型」、「擴大原告適格」、「暫時權利保護制度之整備」三方向為主要相關。「新增訴訟類型上」，立法者明文化向來被學說稱為「法定外抗告訴訟」的「課予義務訴訟」（義務付け訴訟）和「禁制訴訟⁸²」（差止訴訟），作為擴大訴訟類型的手段。

⁷⁸ 討論進程與議題之表格整理，參看：小早川・本章前揭注（77）200-210 頁。簡介檢討會整體之討論過程，參看：橋本・本章前揭注（61）7-10 頁。

⁷⁹ 內文中所稱之「行政訴訟制度修正之方向芻議」為本文自譯。關於此「芻議」，紙本資料參看：小早川・本章前揭注（77）235-241 頁（有斐閣、2005）。橋本・本章前揭注（61）144-153 頁。網路資料參看司法制度改革推進本部網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangaekata.html>（最後瀏覽日：11/18/2013）。

⁸⁰ 就此，參看：櫻井、橋本・本章前揭注（76）219 頁。芝池義一「抗告訴訟に関する若干の考察」原田尚彦先生古稀記念『法治國家と行政訴訟』57 頁（有斐閣、2004）。

⁸¹ 小早川・本章前揭注（77）235-238 頁。

⁸² 關於日本行政事件訴訟法第 3 條第 7 項的「差止めの訴」，本文中譯為「禁制訴訟」，不同於國內部分論者所採取之「禁止訴訟」之中譯，本文必須在此說明理由。「差止めの訴」在日本行政訴訟制度中，是被定位成「預防不作為訴訟」，而且是預防「公權力行為」之訴訟。本文認為，既然是「預防」，除了禁止行政機關為公權力行為外，在判決效力之範圍內，若無新事證之情事下，亦「制約」嗣後的公權力行使。因此，譯為「禁制訴訟」可能更符合日文原意，以及制度意涵。翻譯上採取「禁止訴訟」之我國文獻，略有：闢銘富（2012），《行政訴訟權保障之現代意義：以 2004 年日本行政事件訴訟法修正為中心》，頁 98-106，台北：台灣法學。林素鳳（2011），〈日本行政訴訟法制之特色與實務現況：併觀察我國十年來之實務統計〉，《警大法學論集》，21 期，頁 196。林明昕（2006），〈論行政訴訟法上之訴訟類型〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 346，台北：元照。至於採取同本文之「禁制訴訟」者，亦有，但其並



然而，遍尋「芻議」，就本文所關切之「當事者訴訟」，其實完全沒有提及。但富饒趣味者係，修法後眾多文獻中皆指出：

「當事者訴訟的修正，即展現在『確認訴訟』之途徑明確化，藉此作為『增進國民權利實效救濟』的手段⁸³。」

然而，首先令本文感到困惑者，究竟「當事者訴訟」與「確認訴訟」有何關係？再者，為何確認訴訟得以做為權利救濟實效化之手段？本文以下嘗試釐清此兩問題意識，認為除了可以更清楚理解 2004 年「確認訴訟」修正之真實樣貌外，同時亦對「當事者訴訟」之現時面貌，能有更深一層的呈現。以下，本文便針對此分別進行討論。

以外，本節雖然是以「實質當事者訴訟之修正」作為標題，但以下內容用詞上提到「當事者訴訟」時，則多是與「實質當事者訴訟」為同義詞。一來，「形式當事者訴訟」在 2004 年時並未有任何修正；二來，正如本文於前一節中對於形式當事者訴訟之消極態度，因此本文以下提到「當事者訴訟」時，實際上僅指稱「實質」當事者訴訟。若特別以「實質當事者訴訟」為用詞，則多是為了

未特別交代理由，參看：蕭于哲（2009），《論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護：以暫時課予義務與暫時禁制為中心》，東吳大學法學院法律學系碩士論文。

⁸³ 由於幾乎大部分討論到當事者訴訟修正之文獻，皆有提起此觀點，本文在此僅舉數例。參看：塙野・本章前掲注（76）609-610 頁。塙野宏教授為 2004 年修法之主要中心人物，其於該文中雖然並未直接論及，但其認為透過彈性化類型間之區別，可達到權利救濟實效化之目的，而當事者訴訟之修正即有「彈性化」之作用。

高木光「行政事件訴訟法改革」ジュリスト 1217 号 66 頁（2002）。之後收錄於：高木光『行政訴訟論』46 頁（有斐閣、2005）。如本文第二章最後所述，高木光教授是日本國內著名的「當事者訴訟活用論」的力倡學者，其雖非檢討會之成員，但本文發現其於檢討會第 5 回會議時所發表的意見，幾乎日後皆落實於修正法中，就此參看司法制度改革推進本部網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/dai5/5gaiyou.html>（最後瀏覽日：11/18/2013），尤其是第五回議事概要中的「(3) 高木教授からの説明」之部分。

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」民商法雜誌 130 卷 6 号 963-1017 頁（2004）。中川丈久現任神戶大學法學院教授，在 2004 年修法過程中，主要擔任引介美國行政訴訟法制之角色。該文則為 2004 年修法通過前，學界中關於「確認訴訟」之經典文獻，其亦提到「確認訴訟」作為權利救濟實效性之手段。

其他略為：齋藤・本章前掲注（8）320-321 頁。櫻井、橋本・本章前掲注（76）226 頁。橋本・本章前掲注（61）84-86 頁。宇賀克也『改正行政事件訴訟法：改正法の要点と逐条解説』32 頁（青林書院、2006）。

凸顯修法時僅針對實質當事者訴訟之部分為修正。再者，本節以下所使用之「確認訴訟」一詞，原則上皆指新增於實質當事者訴訟中之確認訴訟，特此說明。

貳、「實質當事者訴訟」與「確認訴訟」之關係



檢討會中所擬定之芻議，確立了「權利救濟實效化」之目標，手段上則呈現於訴訟類型之新增上。訴訟類型之新增部分，主要是以「課予義務訴訟」及「禁制訴訟」為中心。反觀本文所主要關注之訴訟類型—「當事者訴訟」，卻在「芻議」中隻字未提，已如前所述。

若相較於嗣後日本行政事件訴訟法修正通過之條文，則更顯得有趣。申言之，同法第 4 條：「本法稱『當事者訴訟』，謂關於確認或形成當事人間法律關係之處分或裁決，依法令規定應以其法律關係當事人一方為被告之訴訟，及確認公法上法律關係之訴訟與其他公法上法律關係之訴訟⁸⁴」，本文以粗體所強調之部分，即是 2004 年修正時於當事者訴訟條文中所新增之部分。

實際上，正如後文所述，芻議內容上其實僅於「其他」之段落中，附帶提及希望透過確認訴訟之功能，以增進權利救濟實效化之目標⁸⁵。但嗣後修法成果卻是在當事者訴訟中，尤其是後段之「實質當事者訴訟」條文中，插入「確認公法上法律關係之訴訟」之文句。自文意表面可窺知，修法者係透過「實質當事者訴訟」來實踐前開芻議所提供之確認訴訟。如本文前段最後所述，究竟「當事者訴訟」與「確認訴訟」有何關係？再者，為何確認訴訟得以做為權利救濟實效化之手段？

就此，本段以下先釐清「實質當事者訴訟」與「確認訴訟」間之關係。換言之，先探究為何修法者會以實質當事者訴訟作為實踐確認訴訟之「客體」。接著，立基於本段討論，再於下段討論「確認訴訟」在日本行政訴訟法制中，尤

⁸⁴ 參看日本行政事件訴訟法第 4 條原文：「この法律において『当事者訴訟』とは、当事者間の法律關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關係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律關係に関する確認の訴えその他の公法上の法律關係に関する訴訟をいう」。（粗體部分為本文所加）

⁸⁵ 就此，參看本段以下所述。



其是 2004 年之修正，為何會被當作為「權利救濟實效性」之手段，以及其在制度上的定位點。

一、芻議內容：無涉實質當事者訴訟

前揭「芻議」之最後一部分——「其他檢討結論⁸⁶」(その他の検討結果)之段落中，提及了「確認訴訟之活用」之意見，行政訴訟檢討會之委員們認為：

「伴隨著行政活動與作用之多樣化，以『行政機關之處分以及其他相類於處分之公權力行為』作為撤銷之對象，此僅利用『以撤銷訴訟為核心之抗告訴訟』，對於國民權利救濟之實效化，有其困難之局面，自有因應之必要。面對行政活動與作用之複雜多樣化，從國民權益救濟之實效性觀點而言，『確認訴訟之活用』可說是有益且重要的。藉由活用確認訴訟，確認權利義務等之法律關係，而不局限於作為撤銷訴訟客體之行政行為，以此因應人民與行政間之多樣化關係，使權利救濟實效化成為可能⁸⁷」。

從上開結論內容可知，檢討委員們其實是著眼於「抗告訴訟中心」與「撤銷訴訟中心」⁸⁸之現況，無益於修法指針——「權利救濟之實效化」，反而更可能帶來困境，因此希望透過「確認訴訟」之方式來跳脫向來的「結構困境」。

⁸⁶ 紙本資料參看：小早川・本章前掲注（77）238 頁。橋本・本章前掲注（61）149-150 頁。網路資料參看司法制度改革推進本部網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangaekata.html>（最後瀏覽日：11/18/2013）。

⁸⁷ 內文中「芻議」之內容，皆為本文自譯。原文為：「行政の活動・作用が複雑多様化したことにより、典型的な行政を前提として『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』を対象としてきた取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応の必要性が指摘されている。行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる」。

⁸⁸ 就此，參看本文第二章第二節「參、二」段落之說明。簡言之，「抗告訴訟中心」（抗告訴訟中心）與「撤銷訴訟中心」（取消訴訟中心）之概念，兩者其實是有差別的，故本文在此分開呈現。因為「抗告訴訟中心」是立基於「整體」行政訴訟制度而言；反之，後者則為在抗告訴訟中，又再以「撤銷訴訟」為中心。相關討論請參見：高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救済法』47-53 頁（有斐閣、2008）。

再對照修法成果，行政事件訴訟法第 4 條：「本法稱『當事者訴訟』，謂關於確認或形成當事人間法律關係之處分或裁決，而依法令規定應以其法律關係當事人一方為被告之訴訟，及**確認公法上法律關係之訴訟與其他公法上法律關係之訴訟**」。（粗體為本文所加）。兩相對照，可清楚發現修法者似有意透過「實質當事者訴訟」來落實（抑或明文化）前開芻議結論中所認知之確認訴訟。簡言之，修法者基於上開芻議，選擇了「當事者訴訟」，尤其是「實質當事者訴訟」作為實踐「確認訴訟」之手段，以期權利救濟實效化。

本文深感興趣者為，若單從「芻議」出發理解，若欲實踐「確認訴訟」之手段，方法其實有很多種。例如：可在抗告訴訟中新增，亦可在抗告訴訟與當事者訴訟以外，另行新增全新之訴訟類型⁸⁹。惟，修法者卻採取了在「實質當事者訴訟」中，新增「**確認公法上法律關係之訴訟**」之文句。這個轉變，本文認為，除了對於行政事件訴訟法 2004 年「確認訴訟」之修法可以有更進一步的理解，應更可從中探究，修法者所認為的「實質當事者訴訟」究竟有何面貌？其實就當事者訴訟之研究而言，深具學理上之意義。

若細譯芻議之內容，其實芻議後方亦附有部分委員之「補充意見（委員の意見）」。在檢討會之委員中，做為唯一律師界代表之水野武夫⁹⁰律師，在其所提出的補充意見中即直指⁹¹：芻議並未針對「確認訴訟之活用」此點，做出任何的修法或立法指引，又如何能期待實務妥適運用「確認訴訟」來達到修法目標？

⁸⁹ 相同見解，請參照：中川・本章前揭注（83）971 頁。該論者也發現，若從芻議希望活用確認訴訟之觀點，其實不一定等同於要活用當事者訴訟，抗告訴訟亦是可運用之一途徑。

⁹⁰ 水野武夫律師早年以稅務訴訟為其專業，之後重心轉向環境訴訟案件。在稅法訴訟領域與環境訴訟領域上，皆獲注目。行政訴訟檢討會運作之時，正好時任日本律師聯合會副會長（2001~2002）。

⁹¹ 其實就活用確認訴之部分，另一委員福井秀夫委員亦有提及反對意見。惟本文從其意見書中，僅得出其認為應明文化之主張，但並沒有明確表示應明文化於當事者訴訟中，故本文於內文中無提及。福井委員之補充意見參看：小早川・本章前揭注（77）240 頁。橋本・本章前揭注（61）152 頁。網路資料參看司法制度改革推進本部網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangaekata.html>（最後瀏覽日：11/18/2013）。



因此，其建議或許可以利用「當事者訴訟」，作為確認「非屬抗告訴訟範圍」之行政行為，是否違法之訴訟⁹²。

水野律師於日後針對修法以及再修法⁹³所著之評論文獻中，亦可發現到最後明文於當事者訴訟的遊說歷程⁹⁴。當中水野律師回憶提到，其實是部分有力之國會議員，對於芻議之成果感到不滿，因此特地私下邀約「司法制度改革推進本部⁹⁵」之事務局長（或可謂幕僚長）山崎潮局長⁹⁶一同討論，水野律師則是臨時被邀約參加。席間事務局成員與議員間對於「明文化確認訴訟」並無共識，甚至有拍桌相向之過程。事務局方式所持見解，正如本文前述檢討會多數委員之消極態勢，對於「活用確認訴訟」認為無須明文，應從現行法中即可進一步實踐、運作。反觀議員方，則是認為「若現行法中可以實踐，寫出來如何實踐有何不妥之處」？

嗣後，自芻議作成（2004年1月6日），以及前述遊說過程（同年1月21日）後，「司法制度改革推進本部」於同年2月2日之「本部顧問會議」上所發

⁹² 參看：小早川・本章前掲注（77）241頁。橋本・本章前掲注（61）153頁。

網路資料參看司法制度改革推進本部網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangaekata.html>（最後瀏覽日：11/18/2013）。

⁹³ 「再修法」之部分主要係2009年之後，修法滿五年之際學界之討論。相關討論參看，例如：橋本博之ほか「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題：行政法研究フォーラム—第二次行政訴訟制度改革の必要性（4）」自治研究86卷10号3-37頁（2010）。齋藤浩ほか「行政事件訴訟法第二次改正シンポジウム」判例時報2159号3-42頁（2012）。

⁹⁴ 參看：水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60卷8号25-26頁（2009）。以下過程皆自水野律師之文章所出。

⁹⁵ 如本文前述，依據審議會之結論性意見書所制定之「司法制度改革推進法」，該法規定關於本次司法改革於內閣下設置「司法制度改革推進本部」，作為統籌司法改革之任務型機關。雖然行政訴訟制度之改革，原則上是由隸屬於「本部」之下的「行政訴訟檢討會」自行擬定原則、方針，但是真正草擬條文者是「司法制度改革推進本部」，而作為幕僚機關之事務局自為主要負責單位。

⁹⁶ 山崎潮局長出身法官，歷任東京地方法院法官、東京高等法院法官、千葉地方法院院長。其雖身任法官之職約有30多年，但將近有一半的時間多任職於政府，其中又以法務省為主，參與相當多法律或政策之建置。當年其任職於司法制度改革推進本部事務局長時，大力推動「裁判員制度」及「新司法試驗制度」。



放之討論資料：「關於行政訴訟制度之修改（概要）」中，便一改芻議中之態勢，直接在「救濟範圍之擴大」之議題下，明確言及：「明示確認訴訟作為當事者訴訟之一類型」⁹⁷。行政事件訴訟法修正法案便在此基礎之下，續行立案，成為現今之法條⁹⁸。

從而，自上開討論中可以發現，芻議所定調之「活用確認訴訟」與嗣後明文化於當事者訴訟中，並沒有直接的關聯⁹⁹。反而其關聯在於表示明文於當事者訴訟之水野委員，其見解究竟有何所本？若跳脫出水野委員個人之意見，將視野拉大至「行政訴訟檢討會」會議過程中觀察，是否能有其他線索？本文以下即就檢討會之討論過程，接續觀察之。

二、檢討會過程：「補遺概念」再現

「檢討會」自 2002 年 2 月 18 日招開至 2004 年 10 月 29 日止，共進了 31 次會議。初期（第 1 次至第 5 次）會議主要是在整合論點與檢討方向，並邀請行政法學者¹⁰⁰以及日本律師聯合會舉行聽證會。接著，第 6 次會議則是討論後續進行程序為何，並以由芝池義一委員做成之「檢討會之論點整理（行政訴訟檢討會の論点整理に向けて，下簡稱「論點整理」）」¹⁰¹為中心討論，安排時程。由

⁹⁷ 就此，「關於行政訴訟制度之修改（概要）」（日文：「行政訴訟制度の見直しについて（概要）」）之資料，參看：橋本・本章前揭注（61）154 頁。

⁹⁸ 就「活用確認訴訟」嗣後明文化於當事者訴訟之過程，除水野律師特別也介紹到遊說過程外，另亦有學者發現到真正的轉變在於「關於行政訴訟制度之修改（概要）」的出現，就此，參看：中川・本章前揭注（83）968 頁。櫻井敬子「行訴法改正について」學習院大學法學會雜誌 40 卷 2 号 347 頁（2005）。

⁹⁹ 櫻井教授便直指，此種態度之轉變，根本是核心思想的轉變（コペルニクス的転回）櫻井・本章前揭注（98）347 頁。

¹⁰⁰ 東京大學宇賀克也教授、神戶大學阿部泰隆教授、京都大學高木光教授。

¹⁰¹ 此「論點整理」係由芝池義一委員整理，對於限縮接下來的討論有相當大的影響力，資料參看：行政訴訟檢討會第 6 回會議事務局配布資料 3「行政訴訟檢討會の論点整理に向けて（芝池義一委員作成）」5-7 頁（2002 年 7 月 11 日作成）。

本文以下註腳部分，關於各次的議事錄與發布資料，為閱讀方便，並不一一提供網頁 PDF 版檔案連結，相關連結皆可在「行政訴訟檢討會」之網站上點閱。至於引註方式，本文以「第 X 次會議議事錄」或「第 X 次會議事務局發布資料 X」作為區別，並且後方註記作成日期。議事錄部分由於日本並未有紙本化，故非屬 PDF 檔格式，而無明確之頁數；但若有必要時，本文會摘錄重要發言內容，以供參照。再者，發布資料有表明撰寫者時，亦一併加以陳明，若未陳明

此可知，日後檢討會之討論範疇幾乎不脫芝池義一委員所草擬之「論點整理」。第7次與第8次會議則是請學者就外國法制（美國、法國、德國、英國、歐盟）發表報告；此外國法制之介紹與討論¹⁰²，係本次修正之一大特色¹⁰³。至芻議作成（第27次會議）前，由於檢討會後期漸漸發現確認訴訟的可行性¹⁰⁴，因此為了瞭解民事訴訟中確認訴訟之學理，故特定安排與民事訴訟學者對話之時間¹⁰⁵（第19次會議）。此外，畢竟行政訴訟制度之部分功能是對於行政機關之司法審查與合法性監督，所以亦安排與各行政機關溝通、諮詢之機會（第20-22次會議）¹⁰⁶。

特定撰寫者時，即代表該資料係由行政訴訟檢討會之幕僚單位「事務局」所作成。各連結參看「行政訴訟檢討會」網站：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosyou.html> (最後瀏覽日：11/18/2013)。

¹⁰² 相關的比較法資料，可參照ジュリスト雑誌一系列之文獻：

中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（上）」ジュリスト1240号90-106頁（2003）。
中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（中）」ジュリスト1241号78-85頁（2003）。
中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-1」ジュリスト1242号90-102頁（2003）。中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-2」ジュリスト1243号80-112頁（2003）。中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-3」ジュリスト1248号80-90頁（2003）。橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査：フランス（上）」ジュリスト1236号85-92頁（2002）。橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査：フランス（下）」ジュリスト1237号226-232頁（2003）。山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査：ドイツ（上）」ジュリスト1238号86-106頁（2003）。山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査：ドイツ（下）」ジュリスト1239号108-128頁（2003）。榎原秀則「行政訴訟に関する外国法制調査：イギリス（上）」ジュリスト1244号238-251頁（2003）。榎原秀則「行政訴訟に関する外国法制調査：イギリス（下）」ジュリスト1245号168-180頁（2003）。中村民雄「行政訴訟に関する外国法制調査：EU」ジュリスト1247号136-147頁（2003）。

¹⁰³ 就本次修正與外國法制之參考，相關之評述參看：村上裕章「行政事件訴訟法の改正と外國法制調査」法律時報77卷3号34-38頁（2005）。該文分別從行政與司法的關係、訴訟類型、原告適格、暫時權利保護之面相，切入比較。

¹⁰⁴ 就此，容本文於本節下段「參」部分詳述。

¹⁰⁵ 本次修正與1962年不同者是，行政訴訟檢討會之成員，除了本來是相關事務之主管機關外，學者代表都為行政法學界之人，就連律師代表水野武夫亦為稅務爭訟與環境爭訟之專長，席間並無民事訴訟學界之代表。

¹⁰⁶ 關於行政訴訟檢討會之整體會議時程安排與討論內容，以表格呈現介紹，參看：小早川・本章前揭注（77）200-210頁。



概觀檢討會之會議過程後，緊接著切入本文之重心「當事者訴訟」。就本文之所見，與行政訴訟類型相關之幾次會議中，當事者訴訟一開始就如同向來之命運般，一開始被提出來就是為了討論其要「如何修改」，並且亦無任何的方向指引¹⁰⁷。後續會議中雖有陸續談論到當事者訴訟，其中又以第 10 次會議¹⁰⁸最重要，部分法官出身之委員都認為當事者訴訟與抗告訴訟其實具有「連續性」。亦即，在審理模式上，當事者訴訟確實是以類似抗告訴訟之審理程序進行較為妥適。

此外，值得關注者另有兩點。其一，主席塙野宏教授便提到了雄川一郎教授之見解，即「補遺性概念（受け皿）¹⁰⁹」。申言之，在抗告訴訟之外，只要與「公益」有關者，當事者訴訟就作為其他爭訟事件之訴訟途徑（受け皿）；席間，芝池義一委員亦附和此觀點。其二，山本隆司教授亦提到，日本的當事者訴訟與德國法上之「確認公法上法律關係訴訟¹¹⁰」較為類似。

¹⁰⁷ 短短提及：「当事者訴訟の見直しをすべきであるとの考え方があるがどうか」，資料參看：行政訴訟檢討會第 6 回會議事務局配布資料 1「第 6 回行政訴訟檢討會フリートーキング參考資料」6 頁（2002 年 7 月 11 日作成）。

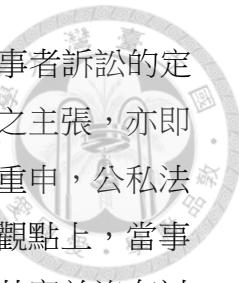
第 1 次至第 5 次會議內容中，提及當事者訴訟者僅有一直以來的死亡宣告論者阿部泰隆教授，以及活用論者高木光教授。阿部教授主張當事者訴訟應及早廢除為好，高木光教授則沒有明確說明就此參看：行政訴訟檢討會第 6 回會議事務局配布資料 2「行政訴訟檢討會における意見の概要（第 5 回検討会まで）」16-17 頁（2002 年 7 月 11 日作成）。

至於在第 10 次會議中，事務局所發放之資料上所提及之當事者訴訟，亦無明確的修法指示，僅是草草言及，就此，參看：行政訴訟檢討會第 10 回會議事務局配布資料 1「行政訴訟の類型に関する検討資料（補充）－フリートーキング参考資料第 2 の 2 参照－」10 頁（2002 年 11 月 21 日作成）。

¹⁰⁸ 會議記錄資料參看：行政訴訟檢討會第 10 回議事錄。本段以下關於當事者訴訟部分之會議內容，主要係以本次會議為主。

¹⁰⁹ 本文係意譯「受け皿」之意，為凸顯其補充性，故譯作「補遺性概念」而不同於前述之「相斥概念」。

¹¹⁰ 山本教授並未舉出條號，但本文推測應為德國聯邦行政法院法第 43 條第 1 項之第 1 種類型。由於本文的重心不在於比較德國與日本兩國法制間之關係，故僅於此說明本文之初步看法。本文認為，山本教授將當事者訴訟與德國法上的確認公法上法律關係訴訟，做相類比的作法並不太妥適，因為兩者間其實是完全不同觀點下所形成的概念（或訴訟類型）。準確來說，德國法上的確認公法上法律關係訴訟，可能具有日本當事者訴訟部分之功能，亦具有無名抗告訴訟的功能。然而，這種部分交集之關係，應源自於日本對於抗告訴訟與當事者訴訟之相互關係，一直未能清楚釐清所致。



總而言之，當事者訴訟在討論會過程中，仍未觸及討論到當事者訴訟的定位與功能。但是可以發現的是，多數委員並不同於死亡宣告論者之主張，亦即仍是站在較積極的觀點看待當事者訴訟。尤其是核心委員皆再度重申，公私法區分之論爭並無意義，重要在於基於公益考量與人民權利保障之觀點上，當事者訴訟確實可以做為「補遺概念」存在。但是作為何者之補遺，其實並沒有討論清楚。

反之，「確認訴訟」則是在擴大行政訴訟「對象」之議題上，尤其是針對「通達（行政規則）、行政內部行為（如：職務命令等）」之紛爭時，屢屢被提及。其背後之原因似為此類訴訟向來都幾乎不被視為具有「處分性」，但並不代表其無權利侵害之情事，討論會上多認為或許可以利用確認訴訟來進行訴訟，透過「紛爭成熟性」來讓法院在具體個案中判斷當事人是否有確認利益，即是否有權利保護之必要性¹¹¹。

本文認為，從整體討論過程中，可以發現確認訴訟也是時常以「補遺概念」出現。而這種「補遺概念」的出現，其實是委員們依循「審議會結論性意見書」中之「權利救濟實效化」觀點，希望從認定處分性之困境跳脫出來。例如對於行政立法、行政計畫、行政指導…等，應如何進行救濟的觀點出發思考。一開始或許沒有明確的方式¹¹²，但是受到比較法的影響，尤其是德國法¹¹³（確認公法

¹¹¹ 參看：行政訴訟檢討會第 8 回會議事務局配布資料 5「行政訴訟の対象及び類型に関する検討資料」8 頁（2002 年 10 月 21 日作成）。另外併參看：行政訴訟檢討會第 25 回會議事務局配布資料 4「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」8 頁（2003 年 11 月 7 日作成）。從事務局所草擬的這份文件中可以很清楚地發現，檢討會中所認知的確認訴訟是以補足行政處分以外之

¹¹² 參看：行政訴訟檢討會第 6 回會議事務局配布資料 3「行政訴訟検討会の論点整理に向けて（芝池義一委員作成）」5-7 頁（2002 年 7 月 11 日作成）。

¹¹³ 行政訴訟檢討會第 25 回會議事務局配布資料 5「ドイツにおける確認訴訟の実例（山本隆司 東京大学助教授作成）」1-4 頁（2003 年 11 月 7 日作成）。



上法律關係訴訟) 與美國法¹¹⁴ (宣言判決、Declaratory Judgment)，而逐漸定調希望透過確認訴訟來處理¹¹⁵。

由上述可知，當事者訴訟與確認訴訟在「補遺概念」上具有類似性。嚴格上說起來，本文認為兩者所指涉的對象並不相同。首先，若對於當事者訴訟採取正面態度者，多會認為當事者訴訟是對於「非抗告訴訟之其他爭訟」皆具有補遺功能。但是，確認訴訟的補遺性並不一定針對抗告訴訟，而是對於行政立法、行政指導、行政規則…等行政活動（行為）作為一種最後手段，或是依據紛爭而屬最適切之方法。

三、明文化「確認訴訟」之遲疑

因為兩者所指涉的對象有些許重疊與落差，導致檢討會討論上有意見分歧。當時討論過程中（以第 25 次、第 26 次會議為主），主要是認為擴大處分概念已經是不可行的，所以朝向其他方向，但不一定是當事者訴訟。之所以不一定是當事者訴訟，本文推測即是因為多數委員認為，就是為了要擺脫以是否處分而異其路徑之爭論，所以先不以是否屬處分而預設立場。進而以「行政行為的類型」進行討論，故將行政立法、行政計畫、通達（行政規則）、行政指導等以確認訴訟的方式處理，進行妥適性與否之討論¹¹⁶。

於第 26 次會議時，針對透過「確認訴訟」來擴大權利救濟之意旨，是否需要明文化、明文於何處，檢討會意見相當分歧¹¹⁷。正如芻議之各委員補充意見中

¹¹⁴ 參看：行政訴訟檢討會第 26 回會議事務局配布資料 10「アメリカにおける確認訴訟(宣言判決)について(中川丈久神戸大学教授作成)」1-11 頁（2003 年 11 月 28 日作成）。

¹¹⁵ 參看：行政訴訟檢討會第 8 回會議事務局配布資料 5「行政訴訟の対象及び類型に関する検討資料」12 頁（2002 年 10 月 21 日作成）。

¹¹⁶ 特別是第 25 次會議與第 26 次會議對於確認訴訟部分之討論紀錄。併參看：行政訴訟檢討會第 25 回會議事務局配布資料 4「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」1-11 頁（2003 年 11 月 7 日作成）。

¹¹⁷ 這個分歧在日後「行政事件訴訟法修正研究會（改正行政事件訴訟法〈研究会〉）」的討論中仍清晰可見。就此參看：小早川・本章前掲注（77）151-153 頁。此研究會是行政事件訴訟法修正通過後（2004 年 6 月修正案通過）尚未施行前（2005 年 4 月施行）之期間，由日本行政訴訟學界與實務界共 7 名之成員，以討論會的方式，針對修正方針與內容進行對話，其中亦有「檢討會」之委員。



水野委員所主張，其即於該次會議上直言，若真要透過確認訴訟來達成改革，那應明文化使法院、人民以及行政機關知悉，如此才有意義。而明文化處其建議於當事者訴訟處最具可行性。甚至主張在行政事件訴訟法第 4 條後段之處，以括弧方式插入「含確認無法經由抗告訴訟訴訟之國家及公共團體、行政機關之行為違法之訴」¹¹⁸。

然而，就本文所觀察，多數意見之所以不願意直接明確明文於實質當事者訴訟處，最大的原因乃是排斥（抑或質疑）當事者訴訟之傳統脈絡與歷史意義。水野委員所主張者，本文認為兩者只是字面上文義相似，為了彰顯改革之明顯成果，明文於當事者訴訟中當然十分具有效果。但水野委員或許沒有深思，檢討會所認知之確認訴訟與當事者訴訟，兩者文義雖然相近，實際上背後所乘載的意義大有不同。多數見解並不願意走回頭路，意即不願意依舊在當事者訴訟是否要「對等關係」為前提？公私法區分無益論？無「處分性」者始屬之？… 等等爭議上打轉，不願背負許多本文前述當事者訴訟的歷史包袱¹¹⁹。

正如學者中川丈久所述，檢討會之多數意見，對於活用確認訴訟之明文化，其實態度是消極的。多數意見可能是考量到行政訴訟法制上，確認訴訟尚未具體開拓；為保其發展可能性，刻意避免過早明文化於現有的訴訟類型中，期待日後實務與學說之發展¹²⁰。

綜上所述，本文認為「實質當事者訴訟」與「確認訴訟」之關係，從上開討論過程中，可以發現檢討會成為對於當事者訴訟之本質，並無根本性的釐清，實際上仍是延續 1962 年立法時之意義。質言之，檢討會成員非基於當事者訴訟之特性而修法明確化其內涵；毋寧是先確立其目標—「權利救濟實效化」，再以「確認訴訟」作為手段，而當事者訴訟僅是在「補遺概念」上與確認訴訟有所重合。

¹¹⁸ 原文：「抗告訴訟によることができない国または公共団体若しくはこれらの機関の行為の違法の確認を求める訴えを含む」，就此參看第 26 次會議紀錄。

¹¹⁹ 於本文完全不同的觀點，參看：齋藤・本章前揭注（8）322 頁。該論者認為，之所以對於明文化「確認訴訟」感到猶豫，係因為仍欲維護「抗告中心主義」之緣故。

¹²⁰ 中川・本章前揭注（83）967 頁（2004）。



修法新增之「確認訴訟」與「當事者訴訟」間的關係，在修法委員之眼中，其實應該視為獨立意義的一種訴訟類型。然而，新增在當事者訴訟中，自文義解釋上勢必會使得「新增之確認訴訟」與「當事者訴訟」有所相互影響。申言之，學理上之「實質當事者訴訟」，在修法前之條文為「公法上法律關係之訴訟」，修法新增確認訴訟後條文成為「確認公法上法律關係之訴訟及其他公法上法律關係之訴訟（粗體為本文所加）」。修正後的實質當事者訴訟在文義上新增了「**及其他**」，若站在訴訟類型三分法的觀點下思考，或許會認為，修法後之實質當事者訴訟是否僅指「給付」以及「形成」兩種類型。

但從本文前述對於修正整體脈絡而觀，可以發現其實上開設想並不妥適。因為新增之確認訴訟有其自身意義，從行政行為訴訟的觀點而言，其是針對非行政處分之其他特定行政行為（活動）；反之，若從法律關係訴訟的觀點而言，就更需與修正前之實質當事者訴訟為進一步之釐清。種種概念上的困擾，更包括多數委員所體認到者，若將確認訴訟新增於當事者訴訟中，可能仍受到處分性判定之支配，但自修法結果上而言，卻難盡如人意。現階段而言，確認訴訟之意義將受當事者訴訟之歷史包袱牽連，相對的，當事者訴訟之本質仍難在日本行政訴訟制度中，找到一個妥適的定位。



參、「確認訴訟」作為權利救濟實效化之手段？

本文於上段釐清了 2004 年修法時，實質當事者訴訟中為何會插入「**確認公法上法律關係之訴訟**」之文句。簡言之，修法者並不是針對當事者訴訟進行修正，毋寧是將檢討會所認為之「確認訴訟」放入實質當事者訴訟之段落中。本文亦從檢討會會議紀錄中發現，多數委員係立基於當事者訴訟的歷史包袱，擔憂直接明文化於行政事件訴訟法第 4 條後段（實質當事者訴訟）或許會使人誤會，因此主張暫先不明文，委由日後學說與法院實務發展、充實之。然而，最後修法成果就如條文所示，仍然明文於當事者訴訟之條文中。

本文感到疑惑者是，檢討會或是芻議中之「確認訴訟」到底是何所指？因為修正前之行政事件訴訟法中就已有「確認不作為違法之訴」（同法第 3 條第 4 項）以及「確認處分無效之訴」（同法第 3 條第 5 項），如今其等所謂之「確認訴訟」又是為何？再者，多數意見不加以明文的原因除了當事者訴訟之歷史包袱外，是否與此「確認訴訟」之性質本身有關係？亦即，其等稱之「確認訴訟」是否與抗告訴訟及當事者訴訟之傳統區分無涉？

本段以下先跳脫出與實質當事者訴訟性質是否相符之爭議，僅就芻議與檢討會討論過程中所認知的「確認訴訟」進行釐清。接著討論，新增之確認訴訟與其他訴訟類型間的關係，尤其是關注此種確認訴訟明文於當事者訴訟中是否妥適，以及若欲明文化與抗告訴訟中是否可能？然此當然也涉及到 2004 年修正時，又是如何思考抗告訴訟的本質？最後，檢討會所設想的確認訴訟具有一定度的「預防性」救濟功能，惟延續前開兩問題意識後，便可發現此功能又如何新增之禁制訴訟區分？再者，此預防機能與暫時權利保護制度的關係又為何？以下分別說明之。

一、檢討會過程：「包括式」適法性監督功能

如本文第二章所述，行政事件訴訟法 1962 年立案當時，之所以會將抗告訴訟的爭訟對象設定的如此廣泛，其實是立案委員們對於事實行為應如何進行救濟，並未能達成共識。再加上，當時學說對於「公定力理論」的堅持，以及所謂的「行政機關之優先判斷權（行政機關の第一次的判断権）」理論，使得撤銷訴訟形構成消除公定力之訴訟途徑，並基於「行政機關之優先判斷權」，所以對



於課予義務訴訟相當消極¹²¹。前開種種，其實都反映了日本法制上對於行政機關的過度尊重，以至於依法行政原則，乃至於法治國原則，司法權皆難以發揮其應有之監督功能。

因此，檢討會便將設計行政訴訟制度之前提定位為，對於行政權的適法性監督。換言之，訴訟對象並不侷限於行政處分，而是「正視」所有的行政活動都屬於司法適法性監督之對象¹²²。正因為如此，對於向來被處分性爭議糾纏已久的許多行政活動，例如：「行政計畫」、「法規命令」、「行政指導」、「行政規則」等，應如何進行訴訟，變成檢討會討論之一部分¹²³。

檢討會第 3 次會議所邀請之學者代表：宇賀克也教授便提到¹²⁴，未修法前之抗告訴訟，其實是立基於行政作用之公定力的古典理論，為了消除行政作用的公定力有抗告訴訟之存在。但是行政作用隨著歷史發展，也不單僅有行政處分之類型，而是有各式各樣的行政行為、活動。向來學說為了解決各式各樣的行政行為、活動，故利用「包括性處分概念」來處理日益膨大的行政行為、活動，如歷史資料、文獻所示，此方法並沒有太大的成效，反而造成人民權利救濟之阻礙。更甚者，對於抗告訴訟之對象---處分，在暫時權利保護制度上，除了停止執行外，無法為假處分，將處分性概念擴大的結果，反而造成暫時權利保護制度之萎縮，對於人民權利保護亦有影響。

¹²¹ 然而，在行政事件訴訟法制定前，就已有學說大力批評當時日本通說對於課予義務訴訟的消極態度。學說認為縱使基於權力分立的觀點，行政機關的不作為已儼然形成違法時，司法權自然可以透過判決確認之；雖然行政與司法在「認事用法」的構造是具有共通性，但兩者個目的完全不相同，完全沒有扞格之處。參看：白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究 11 号 46-47 頁（1954）。

¹²² 相同觀點，參看：中川・本章前揭注（83）966-967 頁。

¹²³ 就此，參看檢討會初期之討論，尤其參看：行政訴訟檢討會第 2 回會議事務局配布資料 4「行政訴訟改革の基本的考え方と諸論点・レジメ（小早川光郎委員作成）」1-2 頁（2002 年 3 月 19 日作成）。「行政訴訟制度の改革の視点と論点（芝池義一委員作成）」1-3 頁（2002 年 3 月 19 日作成）。

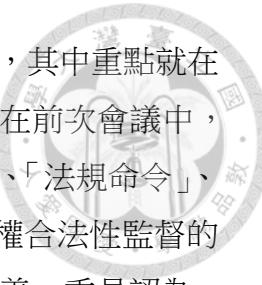
¹²⁴ 以下關於宇賀克也教授之見解，皆為檢討會第 3 次會議之發言紀錄，參看：行政訴訟檢討會第 3 回議事錄。



而前述各類型之行政活動，宇賀教授則從美國制度發想，認為其實很多時候是整個行政過程中的一環，如果不從針對個別行政行為為訴訟制度設計，其實可以從原告所主張之「紛爭是否成熟」加以判斷，而於個案中基於人民權利救濟實效化的觀點，完備對於行政權之適法性監督。如此並不是將制度完全拉向權利義務訴訟，而直接針對各行政行為爭訟之模式（以下則以宇賀教授之用語，稱此類型訴訟為「直接審查訴訟¹²⁵」）仍有存在意義。但宇賀教授亦直指，承認「直接審查訴訟」並不代表制度設計上就是以撤銷訴訟獨尊，甚至具有排他性。所謂的排他性是指，必須先將公定力加以排除，因此必須以撤銷訴訟為之。然而，學說上其實並不是因為行政行為具有公定力而應先循撤銷訴訟為之，反而是倒果為因，認為撤銷訴訟就是要去除公定力，所以撤銷訴訟的爭訟客體即具有公定力。換言之，撤銷訴訟的排他性並非「必定」，而僅是立法政策的選擇，不是不能更改。因此，確認行政作用違法即有存在空間，而此其實亦是強調行政必須服膺於「依法行政原則」，始無違法治國原則，而此即是行政訴訟存在的意義。

檢討會第 9 次會議之討論議題為「撤銷訴訟」制度，席間委員們便對撤銷訴訟之對象範圍產生的對立見解，一方認為應擴大撤銷訴訟的對象範圍，以涵蓋所有的行政活動；但他方認為，撤銷訴訟有起訴期間之要求，一律擴大撤銷訴訟之對象，相關訴訟程序之配套會出現問題。小早川光郎委員便提到：撤銷訴訟之所以有起訴期間之限制，其實反映出行政機關所為之該種行政行為，正是在為「利益調整」。當此種利益調整侵害到了一方的權利利益，自應賦予其救濟之途徑，但另一方面也就必須顧及到，行政行為之所以為此利益調整，其背後所彰顯的公共利益。起訴期間之限制，便是在此兩方之折衝間，所採取了立法政策。至此，檢討會多數意見定調不擴大撤銷訴訟的對象，甚至有縮小至「行政處分」之現象。

¹²⁵ 關於宇賀教授所稱之「直接審查訴訟」究竟何所指，本文從其發言內容文脈中認為其所指者應為「直接對各行政行為為攻擊目標之訴訟」。而「直接審查訴訟」亦有論者使用「直接攻擊型訴訟」，相對於「權利義務（法關係）型訴訟」；就此，參看：橋本博之ほか「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）：第二回行政法研究フォーラム」自治研究 79 卷 6 号 17-18 頁〔中川丈久〕（2003）。



檢討會第 10 次會議之討論議題為「行政訴訟之訴訟類型」，其中重點就在於「確認處分無效訴訟」與「不作為違法確認訴訟」之討論上。在前次會議中，多數委員已定調不擴大撤銷訴訟的對象，因此上述「行政計畫」、「法規命令」、「行政指導」、「行政規則」應如何進行訴訟，便有委員從行政權合法性監督的觀點出發，認為或許可以從「確認處分無效訴訟」著手。但芝池義一委員認為，確認無效訴訟本質上仍是屬於抗告訴訟的範疇下，如果不是行政處分，又如何確認無效？塩野宏主席亦認為，確認處分無效訴訟其實是作為撤銷訴訟的例外，因此兩者的對象應相同。

從而，大致可以勾勒出檢討會對於「確認訴訟」的想像。簡單來說，檢討會是從擴大對於各類行政活動的適法性監督出發，以不擴大撤銷處分訴訟之範圍為前提，便以指正行政活動之「違法性」作為訴訟手段，因此「確認行政違法訴訟」即成為一種「包括式」司法權對行政權的監督手段。然而這種確認訴訟究竟是屬於抗告訴訟之範圍下還是其他範圍，乃至於當事者訴訟，檢討會並沒有定見¹²⁶；甚至關於請求的內容、方式、要件、限制等都未能具體做出決議，而希望進一步參考外國法制以及民事訴訟對於確認訴訟的討論。

¹²⁶ 甚至席間塩野宏主席與小早川光郎委員認為，抗告訴訟與當事者訴訟的區分，對於立法論上的討論，其實只是會使得問題依舊被侷限著。就此參看：行政訴訟檢討會第 10 回議事錄。以下節錄部分發言內容，小早川光郎委員：「抗告訴訟という言葉ないし概念がいらないかどうかっていうことがあります、当事者訴訟という言葉も、これもどうかな、と。むしろこちらの方こそ、どうかな、という感じがします。これは逆に、抗告訴訟というのは公権力の行使の、上下関係の訴訟である、ということを裏返して言っているわけですね。だから、先ほどまさに座長も言わされたように、対等関係だとして抗告訴訟との区別を強調するのではなくて、その前に何故行政訴訟かといえば、それは権限の行使について立法者が規範を課している、そこでの行動の適法性判断である、というふうに考えれば、むしろ、抗告訴訟と言われてきたものとの連続性が出てくるわけでして、そこを当事者訴訟という言葉を使うと、むりやりぶつたぎることになる」；塩野宏主席：「私はもともと、上下関係とは思ってないもんですから、権限行使で、こちらは当事者訴訟というのは、普通の民事訴訟の審理の、それこそ、当事者、武器対等のところだ、ということですが、取消訴訟はむしろ私は、武器不対等なので、行政の方にそれだけ説明責任が課せられているという訴訟であるということであれば、何もその、上下関係のものでも何でもないということになると思います。呼び方は確かに、問題があると思いますね」。



二、「確認訴訟」與抗告訴訟間之關係

2004 年修法新增「確認訴訟」，雖然真正的發端確實是為了擴大對於各類行政活動、行為之適法性制衡，以期走出「包括性處分概念」以及「撤銷訴訟中心」之泥沼。

暫且不論現在已明文於當事者訴訟中之事實，若先從「立法論」的觀點思考，檢討會所認知之確認訴訟與其他訴訟類型間，究竟有何關係？換言之，當事者訴訟是否是最適合明文的地方嗎？抑或是抗告訴訟中亦有可能？本文嘗試從此問題意識出發，嘗試剖析抗告訴訟之本質，進而探尋釐清當事者訴訟之可能。

依循向來之見解，抗告訴訟作為針對「公權力行為」之爭訟途徑時，原則上，其他各類行政行為之違法性乃至於無效，不是沒有可能明文於抗告訴訟中。誠如日本學者芝池義一教授所言，日本學界中，其實甚少有論者針對抗告訴訟之「公權力行使」一詞，做進一步的釐清。大部分學者多是關心到撤銷訴訟之對象，此時剖析「處分」之意義便顯得更為重要，因為必須先將處分一詞釐清後，其他該當處分之其他公權力行為便會現形。在這樣的狀況下，芝池教授便認為抗告訴訟定義中之「公權力行使」概念，其實是被學理忽視¹²⁷。

然而，就本文之所見，芝池教授在該文獻中並無明確提出其對於「公權力行使」之見解，反而多是在思考法定抗告訴訟與法定外抗告訴訟間的關係，藉此提出對於行政立法或是行政計畫爭執其違法時，或許在立法論上可以以抗告訴訟做為明文處。從此脈絡來看，芝池教授仍無明確將抗告訴訟之守備範圍定義清楚。

教授嗣後又在另一篇論著中進一步深化此意見，主張撤銷訴訟的「撤銷」應可實踐「違法確認訴訟」的目的，而將當事者訴訟定位為「法律關係訴訟」，排除當事者訴訟中有行為訴訟的存在；意即，當事者訴訟並非針對個別行政行為爭訟，而是回歸法條文句，以法律關係訴訟為其守備範圍¹²⁸。然而，這種觀點

¹²⁷ 芝池義一「抗告訴訟の可能性」自治研究 80 卷 6 号 6 頁（2004）。

¹²⁸ 芝池義一「抗告訴訟と法律關係訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救濟法』29-46 頁（有斐閣、2008）。



學界中並不是沒有其他意見。日本學者中川丈九教授便認為，「法律關係訴訟」與「行為訴訟」並不是在同一個區分觀點下而存在的兩種對立類型，毋寧是各自有其意義，只是從不同的角度切入觀察而已¹²⁹。

從學說爭議出發便可知道，檢討會一味希望擴大對於行政行為的適法性監督，其中尤其是以「行政立法」、「行政計畫」、「行政指導」之違法確認訴訟為主要對象，就此點而言，芝池教授之見解與檢討會的意見並無二致；只是到底是抗告訴訟還是當事者訴訟則有歧異。芝池教授是以抗告訴訟為之，檢討會雖未有共識，但若從修法結果來說，其實是以當事者訴訟為之。

但若從本文於第二章所述，歷史中之當事者訴訟與抗告訴訟間的關係，除了不應過度看重當事者訴訟中，當事者之「對等」與否，此外最重要的就是，制度對於「行政處分」的變遷有何因應。申言之，抗告訴訟自始就是針對學理上的「行政處分」為爭訟對象，但是當行政行為越來越多樣化的時候，日本戰後並無行政法院，在所有訴訟都屬普通法院審理之時，自然而然很容易會將所有行政行為都納入抗告訴訟當中進行思考，否則將會無法透過行政訴訟程序審理。在此背景之下，日本行政訴訟法制本身欠缺完備體系時，當然會使得特定訴訟類型（即撤銷訴訟）必須要承擔它原先不應承擔的部分。

在未能清楚釐清抗告訴訟與當事者訴訟間之關係前，實際上很容易使檢討會希望透過此確認訴訟，達到包括性適法性監督之目的，變成僅侷限於特定的行政行為，即行政立法、行政計畫、行政規則、行政指導，而無法適切因應未來更多樣性可能的行政活動，使得修法本意落空。然而檢討會委員們卻認為，應該把此種違法確認訴訟的運用空間交由法院實務進一步充實¹³⁰，而迴避掉了立法論上根本上應處理的問題。

立法論上，本文並不反對此確認訴訟增訂於抗告訴中，因為從抗告訴訟形式上的文義而言，即從「公權力之行使」一詞而言，上開各類行政行為（活動）不是不可能以抗告訴訟明文。但是，前提應先一併釐清現行抗告訴訟下許多程

¹²⁹ 橋本ほか・本章前掲注（125）17-18頁〔中川丈久〕。

¹³⁰ 至於關於修正後法院實務之發展，本文於下節中「貳」之部分討論。



序規定都是以撤銷訴訟為準用對象的框架，否則只是回到原點而已，亦即大部分之行政行為皆以撤銷訴訟為中心思考，然後限縮乃至於扼殺其他發展可能。

既然檢討會未能有此共識，而在遊說等情況下明文於當事者訴訟之現實，接下來，吾人應該處理「解釋論」？本文認為，在解釋論上，如果為顧及體系一貫，自然而然必須將抗告訴訟限縮解釋為對於行政處分之爭訟，否則將會與修法後的當事者訴訟難以區分，形成適用上的混亂。

暫先不論檢討會對於此確認訴訟應明文於何處仍未定論之事實¹³¹，從修法結果而言，當事者訴訟的內涵經歷了前所未有的轉變。換言之，當事者訴訟同時乘載了修法前原有之實質當事者訴訟之內容，以及修法後之「確認訴訟」。本文認為，關於此問題應該要進一步釐清修法前原本以實質當事者訴訟進行爭訟之案件類型，是否與修法後新增部分之意旨相同。如果性質上有所不同的話，自應進行調整或重新定位。

本文認為，修法後之當事者訴訟應有之面貌，若從「行為訴訟」的觀點而言，其實已經成為非行政處分的爭訟途徑；反之，若從權利義務（法律）關係訴訟的觀點而言，如果沒有其他對於原告權利救濟或請求更有益的請求方法時，當事者訴訟自然可以作為請求的途徑¹³²。

¹³¹ 就本文之觀察而言，檢討會的幕僚單位事務局其實自始便默默地以當事者訴訟作為以確認訴訟之明文處，就此，參看：行政訴訟檢討會第 10 回會議事務局配布資料 1 「行政訴訟の類型に関する検討資料（補充）」10 頁（2002 年 11 月 21 日作成）。尤其是「別紙 1」的表格部分。以及：行政訴訟檢討會第 25 回會議事務局配布資料 4 「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」1 頁（2003 年 11 月 7 日作成）。尤其注意當中「第 1、⑤」之說明。此外還有：行政訴訟檢討會第 26 回會議事務局配布資料 7 「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料・補充）」1-2 頁（2003 年 11 月 28 日作成）。此份由事務局所撰寫的資料其實就可以清楚看得出來，幕僚單位是將抗告訴訟原則上作為對於行政處分為爭訟對象，有處分認定之疑義或是非行政處分時，或許可以將檢討會所稱之確認訴訟，明文作為確認公法上法律關係訴訟（當事者訴訟）之一類型。

¹³² 本文在此便是認為所謂的行為訴訟與法律關係訴訟並不是截然二分的，有時對於原告的請求，依循行為訴訟模式（例如撤銷訴訟、課予義務訴訟…等）的確是最有效益的方法。然而在行為訴訟出現瓶頸時，由其是在行為訴訟確實不能達到原告的請求時，自然不應一味要求原告必須要以行為訴訟進行訴訟。



申言之，當事者訴訟在修法後確實成為一個協助原告得以主張其權利之訴訟途徑，適度地解決了抗告訴訟中心主義下所產生的問題，當然也使得修法者可以不去面對抗告訴訟中又以撤銷訴訟為中心之程序設計是否妥當一事。因此當事者訴訟與抗告訴訟的關係在修法後，應如下圖：

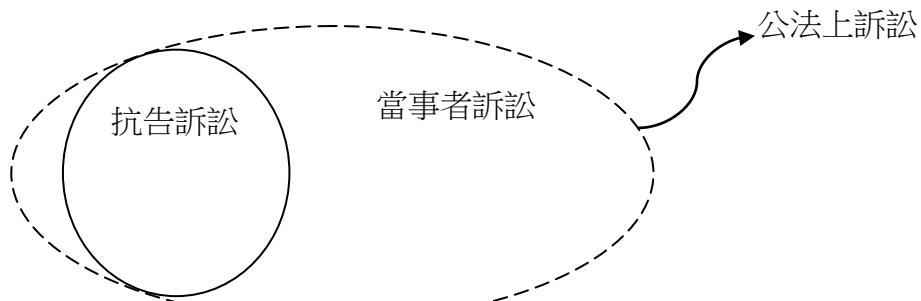


圖 3

而此新增之確認訴訟，其實只不過是將這種包括性權利救濟概念凸顯出來。換言之，實質當事者訴訟中，若從原告請求方式來看訴訟類型，確實有「給付、確認、形成」之可能¹³³。從此點出發思考，本文便認為確認訴訟的新增或許可以做為將當事者訴訟當作包括性權利救濟以及行政適法性監督之途徑，而其中特別明文的確認訴訟其實只是凸顯了這種包括性訴訟途徑中，確認行政違法乃至於無效，往往是此包括性訴訟最主要的機能。

當然，此種包括性並不是代表適切性，換言之，為了達到原告請求之目的，或許有其他可較具有效益性的請求方法時，在具期待可能性之觀點下，自然而然會認為原告不具權利保護必要性。從這視角來看，法院自然必須扮演「個案認定」原告有無權利保護必要性之角色，而此亦應是本次修正具正面意義之處。

以上，本文從立法論切入觀察後發現，此確認訴訟不是不可能新增與抗告訴訟中；惟法體系現狀仍是以撤銷訴訟為核心時，立法論上若不重整此結構，此確認訴訟自不宜新增於抗告訴訟中，以免包括性處分概念仍繼續存在。從修正結果切入討論，解釋論上，必須要將抗告訴訟限縮解釋為行政處分之爭訟，否則難以與新增與當事者訴訟中之確認訴訟區分。因為，新增之確認訴訟雖然

¹³³ 就此，本文已於前述第二章、第一節之「參」之段落中簡單說明過。當然於此討論到的是實質當事者訴訟，第二章是討論當事者訴訟，但由於本文對於形式當事者訴訟抱持著消極態度，因此將實質當事者訴訟與歷史脈絡中的當事者訴訟，視為一脈相承之關係。



是包括性訴訟類型，但其例示以行政立法、行政計畫…等等向來在處分性認定上有所爭議之行政行為作為對象的同時，自然形塑成「非行政處分」作為其守備範圍。

若不限縮解釋，為何會造成新增之確認訴訟與抗告訴訟難以區分？以下，本文簡要以抗告訴訟下之「確認處分無效之訴」，討論之。至於「不作為確認訴訟」則是與課予義務訴訟較為相關，性質上較不相同，故本文並不討論。

在日本學說討論上，有學者認為「確認處分無效訴訟」係行政事件訴訟法之立案者，為了處理以處分無效作為前提，而以現在之法律關係作為爭訟對象¹³⁴。但正如本文於第二章所述¹³⁵，其實立案者最初的出發點是沒有考量到，此類確認處分無效訴訟所針對者，係「行政處分本身」或是針對行政處分「所衍生的法律關係」。但是從爭點訴訟的制定，可以發現所衍生的法律關係若屬私法之法律關係，即屬爭點訴訟；反之，若屬公法之法律關係其實真正的問題點應該才在於「補充性」上。

換言之，當爭執之對象究竟是「行政處分所衍生的法律關係」還是「行政處分」難以區分時，當然不應該一味以當事人可以提起確認處分無效訴訟而逕行訴訟不合法駁回，而是應該視原告的起訴內容究竟是否可以透過確認處分無效就可以達成目的，如果難以區分，自然應肯認原告之起訴合法。而處分無效與違法之區分對於原告之起訴其實沒有意義，首先無效與違法難以一概而論，無效與違法亦可透過訴之客觀預備合併聲明之。如果真的認為原告利用確認處分無效訴訟或是當事者訴訟所規定之確認訴訟，來規避起訴期限之限制，自然可以以「無權利保護必要性」，以訴訟不合法駁回之。

從而，關於確認處分無效訴訟的範圍，本文認為應是僅針對「行政處分本身」。若是難以區分與「行政處分所衍生的法律關係」之間的關係，自不應將此判斷負擔強加在原告身上，換言之，縱使法院與原告的認定不同時，法院自應善用訴訟指揮權，若認為原告利用確認無效訴訟或是當事者訴訟之確認訴訟來估規避起訴期限，那也只是沒有權利保護必要性的問題，而非一味認為可以提

¹³⁴ 南博方「無効確認訴訟の訴えの利益」鈴木忠一、三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座 9：行政訴訟 1』152 頁（日本評論社、1983）。

¹³⁵ 詳見前文第二章、第二節「貳、二、(二)」段落之說明。



起確認處分無效訴訟而一味否認提起確認公法上法律關係訴訟。當然，本文在此係指究竟針對處分本身或衍生之法律關係有所歧異之時。

由上簡要的討論可知，確認處分無效訴訟在日本行政事件訴訟法立案時，因為對於處分無效認為應該要以撤銷訴訟為爭訟之特殊見解，使得現行確認處分無效訴訟之原告適格顯得相當突兀。換言之，現行確認處分無效之爭訟客體其實已經不是行政處分本身，反而是權利義務關係（即當事者訴訟），以及禁制訴訟所欲達到的功能。因此，回過頭來看新增之確認訴訟與抗告訴訟中之確認處分無效訴訟，若不將抗告訴訟下之確認處分無效訴訟限縮在針對「行政處分本身」，將會使得新增之確認訴訟僅被限縮在檢討會例示之各行政行為，其他包括性訴訟的可能性則會遁入抗告訴訟中，並且更混淆抗告訴訟之各下位類型。

三、著眼於個案預防／即時性救濟

上述提到檢討會所指之「確認訴訟」，其本質究竟是屬抗告訴訟還是當事者訴訟，檢討會中未能有共識。在學界中爭議仍大的情況下，正如本文前述，若未能妥適區分抗告訴訟之守備範圍，很容易將新增之確認訴訟限縮為針對「特定行政行為」之「違法確認」訴訟，而失去了檢討會原先所設想之目的。

從結果面上來看或許是以特定之行政活動（行為）作為對象，但實際上是站在一個「行政流程（過程）」的角度，意即立法者制定出「法律」，行政機關依據此制定出「法規命令」或「行政規則」，最後便由執掌機關針對個案作出「行政處分」或「行政指導」。在這樣的流程上，修法前之日本行政事件訴訟法其實只有針對「行政處分」或「行政指導」之階段，有直接的制度上因應，明顯有其缺漏。尤其是在「預防性」的觀點上，制度上未能針對前階段進行合法性監督，對於人民權利保障甚有不足¹³⁶。

這種預防性的觀點，係啟發自「確認處分無效訴訟¹³⁷」以及「民事確認訴訟」之學理。而「確認處分無效訴訟」為何具有預防性，本文認為是源自於特例法

¹³⁶ 行政訴訟檢討會第 6 回會議事務局配布資料 3「行政訴訟檢討會の論点整理に向けて（芝池義一委員作成）」3-5 頁（2002 年 7 月 11 日作成）。

¹³⁷ 關於確認處分無效之預防性意義，參看：南・本章前揭注（134）156-160 頁。



時期之「制度性缺漏」。特例法時期由於條文並未明文「確認無效」訴訟¹³⁸，實務透過判例肯定此類訴訟¹³⁹，但是對確認無效訴訟之「確認對象」卻是沒有明確的指示。因此，在特例法時期之確認無效訴訟，其確認無效之客體其實很廣，但也因此產生下級審實務的混亂¹⁴⁰。

嗣後行政事件訴訟法立案當時便有鑑於此問題，而嘗試想要釐清確認無效訴訟之確認客體，然而各版草案爭論極大¹⁴¹。參與當時立案的雄川一郎教授便在其回顧立案之論著中提到，當時所認為的「確認處分無效」之原告適格規定（行政事件訴訟法第 36 條）之所以會規定成「無法依現在法律關係訴訟達成目的者，始可提起」，其著眼者是，直接針對處分爭執無效，在當時立案委員的多數見解下是認為應循撤銷訴訟為之。所以，若爭執者是行政處分無效所衍生的權利義務關係爭議，應先依循當事者訴訟之途徑；反之若該權利義務爭議屬私法事件，而應依爭點訴訟處理之。為了避免掛一漏萬，故將確認處分無效的定位成無法經由撤銷訴訟、當事者訴訟、爭點訴訟達成目的的訴訟類型¹⁴²。

在上述的脈絡之下，此種確認處分無效訴訟實際操作上很容易變成「預防未來行政機關再為此處分」之功能¹⁴³。然而這種解釋其實必須注意到，確認無效訴訟的爭訟客體是「行政處分」，但是此處分又不是學理上的行政處分，而是「包括性概念」下的處分，更何況本文與前段亦討論到確認處分無效訴訟本身

¹³⁸ 就此詳見本文第二章「貳、二、(二)」段落之說明。

¹³⁹ 最 2 小判昭和 29 年 1 月 22 日民集 8 卷 1 号 172 頁〔173-174 頁〕。

¹⁴⁰ 杉本・本章前揭注 (9)「行政事件訴訟法の解説 (一)」41 頁。

¹⁴¹ 行政事件訴訟法立案當時 (1950 年代)，從第一次草案至第三次整理案都甚至將法規命令作為無效確認訴訟的客體。

¹⁴² 雄川・本章前揭注 (68) 125-126 頁。當時的「立法解說」其實也是這種看法，參看：杉本・本章前揭注 (9)「行政事件訴訟法の解説 (一)」41-42 頁。

¹⁴³ 杉本・本章前揭注 (9)「行政事件訴訟法の解説 (一)」41 頁。但關於此種「預防性無效確認訴訟」是否亦須符合「無法經由現在法律關係訴訟（即當事者訴訟）達到目的」此一要件，學理上有所爭論。有學者認為，立案當時其實沒有想到這樣的法條文字會造成論爭，就此參看：塙野・本章前揭注 (3) 216-220 頁。另外，亦有學者引據認為立案者所思考的應該是二元說（即不須符合後段要件）。詳細參看：芝池・本章前揭注 (3) 120 頁。此外，關於當時實務上見解之整理與分析，參看：南・本章前揭注 (134) 156-164 頁。



之爭議。再者，這種「預防性」確認訴訟，亦涉及到日本當時對於行政處分的暫時權利保護思考相當侷限，因而本文認為此種功能在 2004 年新增禁制訴訟後，似乎已無意義了¹⁴⁴。

縱使關於確認無效訴訟涉及到許多糾葛，已如前述。但不可否認的是，日本行政訴訟制度自特例法時期就已注意到「預防性」訴訟之必要，而這種功能其實真正是透過「確認訴訟」而來的，並不是只在確認處分無效訴訟才有。因此自然而然會去參照到民事訴訟的法理¹⁴⁵，以及外國法制關於確認訴訟的發展¹⁴⁶。

如前所述，檢討會是著眼於整體行政過程中，只要「紛爭成熟」，原告有「權利保護必要」，不應將訴訟對象僅聚焦於個別行政行為。當然，有時對於個別行政行為爭訟確實有其必要性與實益性，此時自然可運用確認利益來篩選個案。這種近似於美國法利用「紛爭成熟性」，來取代類似日本以個別行政行為為對象的訴訟容許性的觀點¹⁴⁷，可說是非常受到檢討會的注意。因為這種彈性的方式，正好可以做為擴大權利救濟實效化的手段。至此而言，本文認為與其說是「預防性」，毋寧是亦具備「即時性」救濟，始為此類違法確認訴訟所關切之重心。否則，將會與其他具預防性功能的訴訟類型，如禁制訴訟乃至於暫時權利保護制度產生適用上的問題。

首先，從抗告訴訟與當事者訴訟的區分來看，最明顯之爭議點就是在於新增之確認訴訟與禁制訴訟應如何區分¹⁴⁸。若從本文前段所持見解，將抗告訴訟限

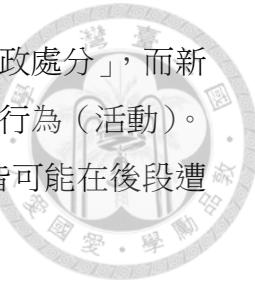
¹⁴⁴ 就此本文認為，在日本確認處分無效訴訟大部分真正的功能，其實被撤銷訴訟所涵蓋，因此確認處分無效訴訟在所謂一元說、二元說的論爭下，其實意義不大。因為確認無效訴訟在預防性機能的展現，實際上絕大部分會被當事者訴訟（及爭點訴訟）還有禁制訴訟所涵蓋，更何況還有暫時權利保護機制之存在。

¹⁴⁵ 山本和彥「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報 76 卷 1 号 108-114 頁 (2004)。

¹⁴⁶ 就此，參看：行政訴訟検討会第 25 回会議事務局配布資料 5 「ドイツにおける確認訴訟の実例 (山本隆司東京大学助教授作成)」 1-4 頁 (2003 年 11 月 7 日作成)。以及：行政訴訟検討会第 26 回会議事務局配布資料 10 「アメリカにおける確認訴訟(宣言判決)について (中川丈久神戸大学教授作成)」 1-11 頁 (2003 年 11 月 28 日作成)。

¹⁴⁷ 就此，參看：橋本ほか・本章前掲注 (125) 8 頁。

¹⁴⁸ 關於此項爭議，遲至 2010 年後始被日本學說加以討論。就此，參看：濱和哲「処分差止訴訟との交錯が生じ得る場面における当事者訴訟（確認訴訟）の活用について」水野武夫先生古稀記念『行政と国民の権利』 113-129 頁 (法律文化社、2011)。湊二郎「予防訴訟としての



縮解釋為針對處分之訴訟時，禁制訴訟與應該是針對將來之「行政處分」，而新增於當事者訴訟中之確認訴訟，則是針對非行政處分之其他行政行為（活動）。看似無太大問題，但若從「行政過程」的觀點而言，若個案中皆可能在後段遭受到不利處分，這樣一來大部分情形又會被壓縮到差止訴訟中。

檢討會中討論新增確認訴訟時，特別關注的實務個案－「長野教職員職務自我評鑑案¹⁴⁹」便是涉及到上開問題。本案簡要事實為，日本長野縣教育主管機關下達一職務命令，要求縣轄內的公立學校之教職員必須自我評鑑執行之職務。原告等便認為此項職務命令要求教職員自我評鑑違反了憲法所保障的思想自由、表現自由、學術自由，以及平等自由，故主張其無自我評鑑之義務。若僅觀察訴訟要件法院之判斷，一審時，法院認為原告等依據「當事者訴訟」所提起的義務不存在訴訟屬合法¹⁵⁰；二審時，法院改認為上訴人（一審原告）雖然是主張確認其等無自我評鑑義務，但實際上僅是因系爭職務命令違反法律或憲法，確認系爭命令無效其紛爭並不具體，而非屬法律上之爭訟，故判定上訴人上訴不合法¹⁵¹。當事人上訴到日本最高法院，最高法院第 1 小法庭認為：上訴人主張若違反被課予之自我評鑑義務嗣後將受到懲戒處分之虞，僅因此便請求確認其等無自我評鑑義務，為了防止受懲戒處分就提起確認無該義務，其訴訟並非一律合法，必須參酌上訴人履行該義務時將會受到何種、何程度權利之侵害，違反時將會受到懲戒處分之確實性與處分之內容與性質，以及受懲戒處分後再行爭執該義務之違法性時，是否會有受重大不可回復損害之虞，不許其事前救濟顯不相當，若無上述情事便預先確認系爭義務之存否難認有法律上之利益，故認定上訴人不符合行政事件訴訟法第 36 條之要件，認定上訴不合法¹⁵²。

從長野教職員自我評鑑案之歷審便可發現，三個審級所認定的訴訟合法性要件皆不相同。如前所述，縱使修法後在當事者訴訟中新增了確認訴訟，若將

確認訴訟と差止訴訟」法律時報 85 卷 10 号 29-34 頁（2013）。石田秀博「民事訴訟法研究者からみた公法紛争における確認訴訟」法律時報 85 卷 10 号 35-40 頁（2013）。

¹⁴⁹ 最 1 小判昭和 47 年 11 月 30 日民集 26 卷 9 号 1746 頁〔1746-1756 頁〕。

¹⁵⁰ 長野地判昭和 39 年 6 月 2 日行集 15 卷 6 号 1107 頁〔1118 頁〕。。

¹⁵¹ 東京高判昭和 41 年 2 月 7 日民集 26 卷 9 号 1787 頁〔1789 頁〕。

¹⁵² 最 1 小判昭和 47 年 11 月 30 日民集 26 卷 9 号 1746 頁〔1746-1756 頁〕。



焦點放置於嗣後之懲戒處分，何況大部分行政流程皆以行政處分作結，當事者訴訟之確認訴訟仍為無用之物。

然而，修法前另有一實務個案有不同的看法，亦為檢討會討論時所專注的核心個案－「藥事法更新許可義務案¹⁵³」。本案事實略為：原告依據舊藥事法所獲得之藥局許可（登錄致），若未依循新修正之藥事法獲得更新許可（核准制），原先之開設許可在新法所設定的期限以後將會失效，原告便喪失開設藥局之權利，故主張新藥事法之系爭規定違法憲法（平等權）而無效，確認其具有開設藥局之權利。本案最高法院就訴訟合法性問題雖然沒有明確的意旨，但是其採納了一審判決之見解。一審法院係認為藥事法本身直接涉及到人民以及原告的權利義務，原告應得提起訴訟確認系爭法令無效，即確認依據無效之系爭法令其有無權利／義務¹⁵⁴。

從上開兩實務便可發現其所關注的焦點不同，且藥事法更新許可義務案更凸顯了一個重要觀點。申言之，嗣後因未為更新許可便遭受行政罰已經是必然的結果，此時待至該裁罰處分做出後再來爭執原告有無義務其實已無實益，由此可知系爭法規本身便具有事實上規制權利義務效力，雖然形式上嗣後或許仍有處分，但真正的癥結點在於「系爭法令」，此時透過確認訴訟確實可以達到權利救濟之目的¹⁵⁵。

¹⁵³ 最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 卷 6 号 1217-1222 [1217-1222 頁]。

¹⁵⁴ 最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 卷 6 号 1217 頁 [1231-1232 頁]。

¹⁵⁵ 然而，本文就此衍生另一個問題意識，即「判決效力」的問題。個案中提起確認訴訟若確實合法且有理由之情形，即系爭法令違反上位法（法規命令違反法律、憲法；法律違反憲法）而無效時，就判決效力而言其實是對於個案當事人無效，抑或是有對世效？在日本，違憲審查權並非專屬於最高法院，最高法院僅是就違憲與否之意見，具有終審之地位；此外，性質屬於具體個案審查，換言之，系爭法令之無效並不是最高法院有廢棄權，而是透過其屬終審法院（故原則上，下級審會加以依循），以及權力分立之憲政機關間相互制衡尊重之緣故。關於日本違憲審查之效力問題，參看：長谷部恭男『憲法』418-422 頁（新世社、5 版、2012）。本文目前認為，新增之確認訴訟，其判決效力應僅具相對效，進而再透過行政機關的執法尊重即立法機關的適時修正，而始有對世效。在法令未修正前，行政機關若仍是依據違反憲法或法律之法令為行政決定，勢必將會再受到人民起訴挑戰，在此環環相扣的關係下，或許可以在互動過程中，形成權利保障之可能。

實際上，日本學說並未就此有近一步的討論，大多僅止於點出問題，非常值得未來繼續觀察；例如：齋藤・本章前揭注（8）347-348 頁。



這種透過個案「確認利益」之訴訟要件進行把關，可能是包括性救濟途徑的必然。前段已提及檢討會希望透過法院實務之「個案認定」來，便是著眼於「視角轉換」的可能。並不是所有案件都必須要緊盯處分之結果，才來思考權利救濟之可能，透過確認利益來彈性調節個案認定，或許是當事者訴訟之確認訴訟的存在意義。換言之，如果視野緊盯處分，當然所有權利救濟都會成為禁制訴訟之範圍，但或許在特定個案中將處分視為標的並不妥適時，不應逕行否定當事者訴訟之可能¹⁵⁶。

接下來，必須進一步釐清當事者訴訟與「暫時權利保護制度」間之問題，因為如果視野不在於處分時，自然非屬對於行政處分之暫時權利保護，那是否可適用假處分？向來關於當事者訴訟之暫時權利保護制度的運作討論，幾乎是跟隨爭點訴訟一起討論，換言之，是著眼於爭訟對象是由行政處分所衍生之權利義務關係（私法關係時屬爭點訴訟；公法關係時屬當事者訴訟¹⁵⁷）時，吾人到底應該如何看待日本行政事件訴訟法第 44 條之規定？但正如本文前述，對於當事者訴訟在 2004 年以後已有全然不同的內涵，如果仍依循修法前之見解，其實會形成對於當事者訴訟之暫時權利保護的制度缺漏。然而有趣的是，2004 年修正時，並未配套處理當事者訴訟暫時權利保護機制應該如何處理，2010 年以降逐漸成為學說討論的另一重點¹⁵⁸。

1962 年行政事件訴訟法制定之時，便於同法第 44 條直接規定：「對於行政機關之處分以及其他該當公權力行使之行為，不適用民事訴訟法假處分之規定」，當時立案者認為對於行政權是無法為假處分，亦即，法院無法暫替行政機

¹⁵⁶ 相同見解，參看：濱・本章前掲注（148）127 頁。湊・本章前掲注（148）34 頁。石田・本章前掲注（148）40 頁。相似見解（因非從當事者訴訟與禁制訴訟之關係切入，而是直接從對於法令之權利救濟觀點而言）：參看：橋本博之「平成十六年行政事件訴訟法改正後の課題：行政法研究フォーラム 第二次行政訴訟制度改革の必要性(3)」自治研究 86 卷 9 号 17 頁（2010）。尤其是該文註 28 之說明。

¹⁵⁷ 就此觀點，參看本文前述第二章、第二節「貳、二、（二）」段落之說明。

¹⁵⁸ 就此，參看：齋藤浩ほか「行政事件訴訟法第二次改正シンポジウム」判例時報 2159 号 27-28 頁〔阿部、斎藤、中川発言〕（2012）。齋藤浩「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題：行政法研究フォーラム 第二次行政訴訟制度改革の必要性（1）」自治研究 86 卷 7 号 12-14 頁（2010）。



關為處分或禁止其不為處分¹⁵⁹。雖然是將自特例法時期以來的通說加以明文，但學說爭論很大¹⁶⁰。

由於當事者訴訟並未準用停止執行的規定，如果依據同法第 44 條之規定，當事者訴訟便完全沒有暫時權利保護制度之適用¹⁶¹。雖然，依據行政事件訴訟法之立法解說，當事者訴訟是可能適用民事訴訟之假處分¹⁶²；但實際上同法第 44 條的文義，幾乎已將不適用假處分之範圍鎖定在「處分與公權力行使行為」，所以只要在包括性處分概念下，幾乎會認為不得適用假處分。然而，亦有論者認為只要將無效確認訴訟的適用範圍擴大，縱使所爭執者係由行政處分所衍生之「權利義務關係」，雖然原則上是要循當事者訴訟途徑，但亦可擴大無效確認訴訟之適用範圍，則仍可適用停止執行的制度；抑或是將此類當事者訴訟與確認處分無效訴訟視為同一性質，而可類推適用停止執行之規定¹⁶³。

本文認為，至今關於當事者訴訟應如何運作暫時權利保護，前開之見解實不足採。首先涉及到確認處分無效訴訟與當事者訴訟的區分問題，本文已於前述交代問題點，不再贅述，故透過擴大解釋確認處分無效的適用範圍來達成停止執行的目的，或是將兩訴訟類型視為相似類型，而可類推適用，皆顯得突兀。因為，往往此時所真正需要者，可能並非停止執行，而是假處分（定暫時狀態等暫時權利保護措施），故前段之解釋只是在錯誤的區分上，利用解釋論來達到一個無實益的暫時權利保護措施。

因此，若依循本文之見解，將抗告訴訟之適用範圍限縮至針對行政處分之爭訟，利用相同的解釋方法，自然亦可將同法第 44 條之適用範圍限縮至行政處分，故當事者訴訟仍適用假處分。解釋論上雖可如此說明，但真正的關鍵仍然

¹⁵⁹ 杉本・本章前掲注（9）「行政事件訴訟法の解説（二）」72-73 頁。

¹⁶⁰ 就此，參看：南、高橋・本章前掲注（3）762-763 頁。芝池・本章前掲注（3）158-161 頁。

¹⁶¹ 就此，行政事件訴訟法立案時，小委員會亦有討論到此問題，就此參看第 41 回、第 42 回小委員會會議紀錄：塩野・本章前掲注（48）『行政事件訴訟法（2）』1387-1452 頁。

¹⁶² 杉本・本章前掲注（9）「行政事件訴訟法の解説（二）」73 頁。尤其是註 2 部分之說明。

¹⁶³ 內文中所述僅是部分見解，其他各說參看：南、高橋・本章前掲注（3）762-763 頁。芝池・本章前掲注（3）158-161 頁。

在於，司法權基於權利保護或是適法性監督的觀點，對於行政權為暫時權利保護措施時，如何擺脫日本向來對於行政權的過度尊重。

綜上所述，本文認為，雖然當事者訴訟在新增確認訴訟之同時確實是較著眼於特定的行政行為（活動），但實際上更是關注在行政過程中，只要紛爭成熟、有確認利益，自然可以提起。因其視角的不同，而可與禁制訴訟有所區分；雖然或許會認為視角不同，但是目的相同（意即目標在於行政處分），在這種情況下，應可透過確認利益之權利保護必要性，來加以排除，不至於會有適用上的問題。由此觀點衍生，便可釐清當事者訴訟與暫時權利保護制度的問題。換言之，或許會認為當事者訴訟的即時性（預防性）訴訟性質，會不會與暫時權利保護制度在功能上有所重疊；然而，正是因為視角不同，當「當事者訴訟之確認訴訟」有其自身意義時，就不會成為針對行政處分的暫時權利保護，反而更需要自己的暫時權利保護制度。2004 年修正時漏未配套修正，當事者訴訟之暫時權利保護雖形成立法上的漏洞，惟依循檢討會之本意，在解釋論上不是不可能適用假處分，近幾年已有討論修正同法第 44 條之呼聲，值得後續觀察。





第三節 當事者訴訟之解／重構

本章前述討論了日本行政訴訟之當事者訴訟中，兩個被實務、學理定義為下位類型之「形式」當事者訴訟，以及「實質」當事者訴訟。本文最初所持的問題意識很單純，便是以探究此兩下位類型「究竟為何」？一般來說，邏輯上會被放置在同一上位概念下的事物，應該於特定部分具有同質性，抑或是有區分之實益、必要。然而，本文從形式當事者訴訟之討論中發現，形式與實質的區分或許有商榷之餘地，就此與下文「壹」之部分加以統整說明。

釐清了形式與實質的區分後，在 2004 年的修正過程中可以很明顯看得出來當事者訴訟有了很不同的面貌。向來的當事者訴訟（不包括形式當事者訴訟），其實在日本行政事件訴訟法之抗告訴訟中心主義下，被視為一個歷史的殘留物，甚至被質疑其存在必要，此在修正前的歷史脈絡中有其特殊的意義。

本文於第二章中嘗試將該歷史脈絡凸顯出來，可以知道當事者訴訟在修正前存在於行政事件訴訟法中，表面上來看似乎僅具傳承意義。然而，從她的存在，本文認為或許可以進一步觀察，日本在司法一元化之制度現狀底下，是如何延續戰前以來的行政法學傳統。以及，一直未能給予當事者訴訟一個妥適的功能定位，其實對於抗告訴訟本身，也帶來肥大化的衝擊。

在這樣的歷史背景之下，2004 年於當事者訴訟中新增確認訴訟的文句，最初的本意，其實並沒有要觸碰到抗告訴訟與當事者訴訟之關係爭議，反而是想要避免掉兩訴訟類型區分的爭議。但明文化的結果，將使得此爭議成為解釋論上無可避免的議題。本文經過前一節之討論後認為，如果不直接面對此議題，其實只是會讓新增之確認訴訟限縮至特定的行政行為類型中，而失去了原先修法所持之包括性行政適法性監督以及權利救濟實效化的本意。

本文認為，唯有明確將抗告訴訟限縮解釋為對於行政處分之訴訟，而將當事者訴訟定位為如同修法本意般之包括性訴訟途徑，才可能達到修法原先目的。就此而言，本文希望透過修法後法院實務於具體個案中之運作，來觀察新增之確認訴訟如何被落實，以及法院實務是如何直接面對抗告訴訟與當事者訴訟間之關係，此將於下文「貳」之部分說明。

最後，解構了形式與實質當事者訴訟，本文將於下文「參」之部分以未來展望的方式，嘗試提供若干視角，供未來觀察「當事者訴訟」之發展。

壹、歷史遺緒之整理：形式當事者訴訟之存在意義

於本章第一節中，本文討論了「形式當事者訴訟」之意義。雖然，形式當事者訴訟在實務以及學理上，僅於特定案型中有所適用，深入研究之實益或許不大。但若從當事者訴訟之整體而言，未能釐清形式與實質兩個下位訴訟類型之區分實益前，自然難以認識，乃至於探討當事者訴訟之本質，故本文認為仍有探究之必要。以下，本文嘗試統整第一節之論述，一一解構形式當事者訴訟之本質。

首先，「形式」當事者訴訟之所以稱為「形式」，其實是日本學者雄川一郎認為此類訴訟本質上是抗告訴訟，但是個別法中將此類紛爭設計成由權利義務關係之雙方當事人互為原／被告，因此稱「形式」當事者訴訟。

但雄川教授認為「實質上屬抗告訴訟」之觀點，本文認為其實深值商榷。申言之，若追溯此類訴訟之發展，就可發現其在美濃部達吉時代就已被定義為當事者訴訟；然而囿於當時行政訴訟制度之闕漏，當事者訴訟僅是部分學說繼受德國學理後加以主張，而非實定法。

因此，在戰前制度上才會將此類紛爭設計成，先交由行政機關「裁決」。而此裁決外觀上，雖是屬行政處分，但實際上正反映了，當時行政權與司法權的關係未臻明確，而有「實質上屬抗告訴訟」之錯誤認知。再者，此類紛爭就戰前的觀點而言，本質上就是屬雙方當事者間之權利義務訴訟，因此，所謂實質上是抗告訴訟，形式上為當事者訴訟之定義，應有疑義。

進一步思考上一層次之問題，亦即，此類紛爭是否僅屬雙方當事人間之權利義務爭議？本文也認為頗值得討論。簡言之，現行形式當事者訴訟之定義下，行政機關確認或形成雙方當事者間之法律關係後，便從法律關係中跳脫出來，此明顯仍是延續戰前將行政機關視為「裁決者」之觀點。

戰後，日本逐漸實際運作起權力分立，行政機關之角色亦有變遷，確認或形成此權利義務關係之行政機關，卻可以自外於紛爭之外，其實甚難想像。或許戰前行政機關未扮演調節社會間各利益之角色，但戰後既然已形成行政機關

基於行政公益目的而做出行政決定，自然必須就該決定加以負責，而應成為紛爭當事人。

綜上所述，本文認為，形式當事者訴訟本身其實是一個在制度轉型過程中所遺留下來的歷史遺緒。背後涉及到戰前、戰後對於行政以及司法在權力分立上之問題，以及行政訴訟制度戰後變革；再者，行政機關之角色，還有行政處分意義之變遷，當然也是形成此制度之因素。

實際上，戰前的確是將此類紛爭認定為私人間之公法上權利義務關係，本質上或許與實質當事者訴訟有所同質性；但戰後行政機關已透過行政處分介入此關係中，有所紛爭自非循當事者訴訟，而應針對行政處分爭執行政機關之決定。在未能釐清上述種種背景上之糾葛前，僅從各種解釋方式爭執後續細部訴訟程序上應如何適用，或許只是徒增困擾？因此本文認為，形式當事者訴訟應如上加以認識，於立法論上即早檢討，較為妥適。





貳、法院實務之發展：實質當事者訴訟之修正影響

實際上，關於當事者訴訟修正後，其中新增之「確認訴訟」與「抗告訴訟」究竟應如何區別？2004 年修正前，通說認為抗告訴訟是對於公權力行使不服之訴訟，而（實質）當事者訴訟則是針對「對等」之雙方當事人，就「非屬公權力行使」之權利義務紛爭表示不服。本文已於第二章第一節討論當事者訴訟本身的定義問題，認為向來日本學說過度強調「對等」與「非屬公權力行使」此兩要件，而忽略了戰前行政訴訟制度之特質（即審判權狹隘、具上訴審性質），以及行政行為乃至於處分之內涵變遷、細緻化，使得抗告訴訟肥大化，並且以撤銷處分訴訟為體系中心。

2004 年修法時，雖然檢討會並未明確認知當事者訴訟定位，但結果仍在其中新增了確認訴訟。本文初步的問題意識，如前所述，從法條體系安排與文義上，勢必要去解決其與抗告訴訟間之關係。從新增之確認訴訟的功能出發思考，在當事者訴訟與抗告訴訟的區分爭議上，最明顯的問題點就出現在與確認處分無效訴訟，以及禁制訴訟的區分上。進而，再衍生到是否會與暫時權利保護制度功能重疊的問題。實際上，亦應思考，新增之確認訴訟與原本之當事者訴訟間的關係

由於日本學說至今仍未從上開觀點做深入的討論，因此，本文不揣謬陋，希望從法院實務¹⁶⁴所實際面對到之個案¹⁶⁵，嘗試觀察新增之確認訴訟如何被落

¹⁶⁴ 以 2012 年日本各地方法院所受理案件之統計資料為例，撤銷訴訟占 54.7%，當事者訴訟占 12.0%，看起來仍有差距；就此參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 24 年度行政事件の概況」法曹時報 65 卷 9 号 48 頁〔第 7 表〕（2013）。但若將觀察視角轉向歷年，自 1988 年以來至 2012 年，撤銷訴訟都約莫在五成至六成左右的比例，變動不大。當事者訴訟自 2004 年修正後，施行當年（2005 年）占 5.3% 成效較不明顯，然而自 2010 年以後皆占 9% 至 12% 不等，明顯有增加；就此參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 17 年度行政事件の概況」法曹時報 58 卷 9 号 120 頁〔第 7 表〕（2006）。最高裁判所事務總局行政局「平成 24 年度行政事件の概況」法曹時報 65 卷 9 号 48 頁〔第 7 表〕（2013）。

若從比例的消長來看，雖然並未影響到抗告訴訟的比例，但從當事者訴訟比例的增加可以發現，新增加的案件數有絕大部分是屬於當事者訴訟的類型，自數量上亦可看到明顯的差距；修正前（2004 年）受理總數有 1895 件，其中當事者訴訟有 90 件；反之 2012 年受理總數有 2425 件，其中當事者訴訟有 280 件，明顯有所差別；就此參看：最高裁判所事務總局行政局「平成 16 年度行政事件の概況」法曹時報 57 卷 9 号 110 頁〔第 7 表〕（2005）；最高裁判所事務總局行政局「平成 24 年度行政事件の概況」法曹時報 65 卷 9 号 48 頁〔第 7 表〕（2013）。



實，以及法院是如何直接面對抗告訴訟與當事者訴訟間之關係。進而，其與抗告訴訟之各下位類型間之關係為何¹⁶⁶。

從檢討會討論過程中可以看出，其深受民事訴訟法學理中之「確認利益」的影響；再者，日本司法一元化的現況下，關於新增之確認訴訟在要件上的開放，自然會參酌民事訴訟法之學理。日本民事訴訟法學中關於確認訴訟的訴訟要件討論，主要是集中在「訴之利益」中，民事訴訟學界所認為之確認（訴之）利益為：

「原告之權利或法律地位，現在存有危險或不安，若透過原告請求確認其與被告間之權利或法律關係是否存在，係屬有效適切排除權利或法律上地位不安之方法時，即具有確認利益¹⁶⁷」。

從而，民事確認訴訟主要訴訟要件之一的確認（訴之）利益，原則上可從以下三點判定：第一：「以確認訴訟作為請求手段是否適切」，此主要設計到「手段適切性」的問題。第二：「選擇之確認對象是否妥適」，即「訴訟標的之選擇妥適性」。第三為欲解決之「紛爭是否已成熟」，換言之，即為是否有「即時確認之必要性」。本文認為，就行政訴訟制度之觀點，上開要件中尤其是第一「以確認訴訟作為請求手段是否適切」最具爭議性。然而在檢討會討論過程，其實

¹⁶⁵ 就此，已有從修正後當事者訴訟之觀點，切入分析實務判例之經典論著，參看：碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向(一)：最近の裁判例を中心として」自治研究 85 卷 3 号 17-37 頁 (2009)。碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向(二)：最近の裁判例を中心として」自治研究 85 卷 4 号 3-31 頁 (2009)。但本文在論述安排上有不同之著重點，因此以下原則上是以本文自己搜尋到之最新實務見解為主，並不打算地毯式介紹實務發展。

除本文有討論到的部分，該文中更是關注到幾個有意義的實務發展，例如：以行政機關為原告的當事者訴訟，尤其是公法上不當得利以及（行政契約）請求義務履行，而此也涉及到與機關訴訟間之關係。參看：碓井・本注「公法上の当事者訴訟の動向(二)」16-21 頁。

¹⁶⁶ 至於暫時權利保護制度的部分，由於學說上討論甚少，實務更是保守，故本文在此無法深究實務在此部分的發展，而僅於前段以論述方式說明。

¹⁶⁷ 就此參看：新堂幸司『新民事訴訟法』270-281 頁（弘文堂、5 版、2011）。高橋宏志『重點講義 民事訴訟法 上』358-385 頁（有斐閣、2 版、2012）。我國民事訴訟法學界也多同此定義，就此參看：邱聯恭口述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（二）》，頁 112-113，台北：自刊。



比較關注於上述第三部分，反而第一與第二較少關注，實際上在法院實務運作上該二者是首先會碰到的問題。

首先，芻議中所稱之確認訴訟，新增在實質當事者訴訟之脈絡下，其實就是彰顯了行政事件訴訟法第 4 條後段之意義在於：系爭紛爭非屬抗告訴訟所能處理者，但又不適宜以民事訴訟處理，所以落入實質當事者訴訟中進行審理¹⁶⁸。這種「補遺觀點」即代表，修法者並非將實質當事者訴訟獨立賦予意義或定位，而仍是依附在抗告訴訟之下。此在學理上便會出現難以明確定義實質當事者訴訟之困境，反應在實務上則是讓原告必須要以「訴之合併」（尤其是預備合併）的方式提起訴訟，才可以避免起訴不合法而喪失權利救濟之結果。（就此詳參下文「一」）。

接著，前開類型其實是屬於系爭法令直接規制原告權利義務之情形，運用確認訴訟時只是消除了處分性認定有爭議時的備位聲明，較不涉及到訴訟類型「補充性」的問題。而補充性之爭議就如同民事訴訟法般，則是出現在確認訴訟與「給付訴訟」間修先順序的問題¹⁶⁹。

此外，本文亦觀察到，運用當事者訴訟請求法院確認其有一定權利義務或地位之訴訟，其中不少是以主張「違反憲法」作為論據，而此亦成為日本最高法院具體運用當事者訴訟之主要類型，本文於此簡單說明。其實，確認訴訟（當事者訴訟）之所以成為違憲審查之媒介，最主要的原因應該是針對法律、法規命令提起確認公法上法律關係訴訟時，多數原告之目的在於確認其有無系爭權利、義務。尤其是針對法律以及自治條例之案型，其所持理由幾乎是以系爭法律、自治條例違反憲法。因此確認訴訟（當事者訴訟）在實務上之發展，另一個很有趣的現象，就是各級法院（故不限於最高法院）在具體個案中直接面對司法違憲審查之情形，越來越多。近年來日本最高法院審理違憲案件之機會大幅增加之背後，便有論者發現到，此現象或許是與當事者訴訟之修正，有很大關聯¹⁷⁰。

¹⁶⁸ 就此觀點參看：小早川・本章前揭注（36）332 頁。

¹⁶⁹ 就此，詳參看本段下文「二」、「三」之部分。

¹⁷⁰ 猪股弘貴「公法上の当事者訴訟—『人權救濟訴訟』研究序説—」明治大學社会科学研究所紀要 49 卷 2 号 265-305 頁（2011）。鈴木眞澄「公法上の当事者訴訟の展開：憲法訴訟への架



一、以預備合併解消「處分性判定」之爭議？

芻議中所稱之確認訴訟，新增在實質當事者訴訟之脈絡下，其實就是彰顯了行政事件訴訟法第4條後段之意義在於，系爭紛爭非屬抗告訴訟所能處理者，但又不適宜以民事訴訟處理，所以落入實質當事者訴訟中進行審理。這種「補遺觀點」即代表，修法者並非將實質當事者訴訟獨立賦予意義或定位，而仍是依附在抗告訴訟之下。

簡單說來，就是以系爭行政行為是否具處分性為分界點，所以先位請求撤銷系爭處分，備位請求確認系爭行政行為違法或無效，利用這種「訴之客觀預備合併」方式主張。因此，作為備位請求的確認訴訟（當事者訴訟），其意義就僅在於避免法院認定系爭行政行為非具處分性時，一種擴大救濟可能的方式。但有趣的是，這種預備合併的方法卻不是普遍性現象，以下分別觀察之：

（一）解消處分性認定爭議：以行政立法為例

名古屋地方法院2013年5月31日「限制旅客運送業者里程數案¹⁷¹」之原告便是先位聲明主張撤銷處分，備位聲明以行政事件訴訟法第4條當事者訴訟請求確認其有一定之地位；此外，原告聲明請求禁止將來行政機關基於系爭規則之違反，而為不利處分。

本案事實略為：依法律（道路運送法）授權所制定之法規命令¹⁷²（旅客自動車運送事業運輸規則、昭和31年運輸省令第44號）中有規定為確保旅客運送業之安全，故授權地方行政機關依各地不同之考量，自行訂定旅客運送業者營

橋として」龍谷法学45卷4号453-480頁（2013）。近年來著名的案件例如：（剝奪在外日本國人選舉權案）最大判平成17年9月14日民集59卷第7号2087頁〔2087-2110頁〕。

¹⁷¹ 名古屋地判平成25年5月31日Lexis AS ONE（一般乗用旅客自動車運送事業の乗務距離の最高限度を定める公示処分の取消等請求事件）。以下內文中出現之案名，為閱讀方便皆為本文所自行取名（以楷體呈現）；內文中案例裁判日之年分亦以西元年標示以便閱讀。此外，大阪地方法院近期亦有類似判決，參看：大阪地判平成25年7月4日Lexis AS ONE（一般乗用旅客自動車運送事業の乗務距離の最高限度を定める公示処分の取消等請求事件）。

¹⁷² 系爭法規雖然日文用語稱為「規則」，但是本質上與我國行政程序法中之「行政規則」不同。在日本，法律授權行政機關制定法規命令時，亦可能以「規則」稱之。就此，參看：芝池義一『行政法總論講義』9頁（有斐閣、4版、2007）。



運之最高里程數。從而，地方主管機關便訂定出單日運送營運之最高里程數，並公告之（下稱糾爭公告），違反規定者依情節可能會受有種類不一行政制裁。

原告於先位聲明主張撤銷糾爭公告，但法院認為糾爭公告非針對特定人所為之，而是對不特定多數人具有效力，屬行政立法（法規命令），故並不該當行政事件訴訟法撤銷處分之訴所稱之處分，先位聲明不合法。備位聲明方面，原告主張，其無法超過糾爭公告所規定之最高里程數營運載客；再者，其亦須一再確認是否有逾越標準，反而造成駕車上安全有疑慮；此外，若逼近標準值，其必須拒絕欲搭乘之旅客，明顯對其不利。所以在法院不認為糾爭公告為處分時，則必須透過確認訴訟，確認其有無逾越糾爭公告所訂之標準進行營運之地位，否則無法得到權利救濟，本案紛爭亦已成熟，故應有確認利益。法院則是認為本案具有確認利益，並且糾爭公告亦不合法，所以確認原告有逾越糾爭公告所訂之標準進行營運之地位。

由本實務案例可以發現，修法前之「抗告訴訟中心」觀點下，依據是否具有「處分性」來判定原告起訴是否合法之問題，甚至以應否讓原告救濟權利來認定處分性之有無，在法規命令（行政立法）的類型下，透過訴之客觀合併已相當程度的解決了；但是這解決的前提則是建立在當事者訴訟的新增之上。從而，法規命令與一般處分之區分縱有爭議或區分困難的現象，亦無限制原告權利救濟之問題。重點反而落在原告針對法規命令（行政立法）提起確認訴訟（當事者訴訟）時，其紛爭是否已成熟，抑或是有於預防保障原告權利救濟之必要…等。

（二）未解消處分性認定爭議：以「市地重劃」為例

雖然透過訴之客觀預備合併將處分性之爭議問題解消掉，但反過來說，論證主軸上仍是圍繞在處分性與否之問題。就此而言，清楚發現檢討會多數意見對於明文於當事者訴訟中之顧慮，的確部分反映在實務運作中。換言之，確認訴訟仍須服膺在處分性判定與否後，才有運作空間。而這個問題在原告針對「行政計畫」爭訟時，展露無遺。檢討會所認知的確認訴訟，事實上亦將「行政計畫」作為對象之一，但實務在修法後卻逐漸將行政計畫認定為具有「處分性」，而屬抗告訴訟的範疇。

例如日本最高法院大法庭 2008 年 9 月 10 日「土地區域整理事業計畫案¹⁷³」主要爭點之一為「土地區域更新事業計畫」(下簡稱系爭計畫)，即所謂「市地重劃」之計畫行為是否為行政處分，進而屬於抗告訴訟的範疇，意即「處分性」的認定。本案變更了先前的判例¹⁷⁴，向來判例多認為系爭計畫僅是「一般性、抽象性」的決定，難謂對於利害關係者的權利義務有具體的影響。再者，系爭計畫公告後，產生對於建築上種種的限制，並非系爭計畫所形成，而是法律規定附隨系爭計畫公告而生。況且，僅是整體計畫之初，難謂利害關係人間之紛爭已具成熟性。從而，向來判例即認為系爭計畫不具有處分性。

本案中，日本最高法院大法庭則是一致認為¹⁷⁵系爭計畫為行政處分，因此得提起撤銷訴訟。法院認為，經由系爭計畫之公告，便形成對於利害關係人在建築上的限制；再者，若無特殊情事，原則上便依循系爭計畫內容運作，故利害關係人便有極高蓋然性將受權利變換（換地処分）。況且，嗣後才針對權利變換之處分進行爭訟時，很有可能會因為整體計畫的成熟運作，而認為縱使系爭計畫有違法之虞，原告已無法撤銷權利變換處分（情況判決）。從而，本案法院一致認為，基於「權利救濟實效化」之觀點，系爭計畫確實對於計畫區域內之土地房屋等所有權人之權利義務，有變動之法律效果，據此認定系爭計畫應為抗告訴訟對象之行政處分。

本文認為，從法院的論理來說，完全看不出來 2004 年之修法，對於支配行政訴訟制度的「處分性」有多大的撼動。檢討會以及芻議對於處分性的態度已經相當明確，不願再透過擴大「處分性」來處理原告到底可不可以起訴之認定。暫先不論本案系爭計畫在行政法學理上究竟屬不屬於行政處分，但法院的理由卻是認為「系爭計畫對於原告的權利義務有具體的影響，從權利救濟實效化的觀點，應該肯認系爭計畫為行政處分」，以便以抗告訴進行爭訟。從前開論述可以發現本案為 2008 年，且為最高法院大法庭之一致見解，其實是與向來的「包

¹⁷³ 最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 卷第 8 号 2029 頁〔2029-2050 頁〕（行政処分取消請求事件）。附帶說明，依據日本土地区画整理法（昭和 29 年法律第 119 号）所為的土地區域整理事業計劃（土地区画整理事業）廣義而言，是類似都市更新的一種。

¹⁷⁴ 最大判昭和 41 年 2 月 23 日民集 20 卷第 2 号 271-284 頁〔271〕（区画整理事業設計等無効確認請求事件）。

¹⁷⁵ 本案雖有協同意見，但僅是論據上不同，結論上皆認為系爭計畫具處分性。



括性處分概念」完全相同。從本案原告的主張可以清楚發現，其認為系爭計畫並不符合法律所規定的公共目的，因此希望撤銷系爭計畫。但原告自始便無主張預備合併，亦即自始便沒有將確認訴訟作為請求之手段，而是直接針對計畫是否具有處分性作為爭點。這樣與修法意旨背道而馳之大法庭見解是否妥適¹⁷⁶，仍待後續觀察。

實際上，關於行政計畫之態樣，會隨著其內容的不同，而千變萬化。因此，針對行政計畫之行政爭訟途徑，當應審酌實體法上各種計劃之性質不同，而有更細緻之設計。近年來，日本學界已有學者觀察到此爭議，並試圖從行政計畫，尤其是土地法制中各式各樣，性質互異的計畫中，先行釐清實體法之效用，再進一步討論行政計畫之爭訟途徑¹⁷⁷。相較於其他效力、目的、對象較為單一的其他行政行為，行政計畫之爭訟途徑應要考量之事物更為複雜，難一概而論。

除了行政計畫外，關於「自治條例（条例）」是否屬抗告訴訟對象之行政處分，在修法後日本最高法院亦有表示意見。首先，本文於此所謂的「自治條例」係指地方「議會」所制定並通過的地方法規。在日本行政法學理上，對於自治條例是否為抗告訴訟的對象，其實有爭議。採否定說之論者認為，自治條例的制訂行為本身是一種立法行為，與行政行為有本質上的差異，自非屬處分；若系爭自治條例直接影響到原告的權利義務時，應可依（實質）當事者訴訟進行爭訟¹⁷⁸。肯定說為田中二郎教授所採，其認為縱使是自治條例的制訂行為，若無待行政機關的執行，對人民的法律上地位已產生具體的法律效果時，非不得視為具有處分性¹⁷⁹。

¹⁷⁶ 與本文相同見解，認為此類案件應該循確認訴訟（當事者訴訟）之途徑，而非走擴大處分概念之回頭路，參看：高木・本章前掲注（83）行政訴訟論 90-91 頁。

¹⁷⁷ 大橋洋一「都市計画の法的性格：行政法研究フォーラム 第二次行政訴訟制度改革の必要性（2）」自治研究 86 卷 8 号 3-30 頁（2011）。

¹⁷⁸ 杉本・本章前掲注（9）「行政事件訴訟法の解説（一）」35-36 頁。文中並提到將法律或自治條例作為「前提問題」，爭執其效力。本文就此見解感到不解，因為既然作為前提問題存在，所以其實系爭標的應為處分，而該處分所依據之法律或自治條例有違法或違憲之虞。然在此情形之下，亦無必要針對系爭法令為爭訟。

¹⁷⁹ 田中・本章前掲注（65）326 頁。學理上或稱為「限定肯定說」，亦即不是所有的自治條例都是處分，而是系爭自治條例無待行政機關的執行，對人民的法律上地位已產生具體的法律效果時，始認定為處分，故稱為「限定」肯定說。



本文認為，田中教授之所以認為自治條例可以做為處分，而可循抗告訴訟救濟，其最主要的原因無他，便是為了擴大處分概念，以利人民救濟。出發點值得肯定，但從學理上而言殊難肯認。縱使自治條例本身即創設或形成了人民的權利義務，但是其本質上仍是為立法行為，而非行政行為，自無成為處分之可能。若換個角度詮釋田中教授之見解，倒不如說就算是自治條例，亦可成為行政訴訟的對象¹⁸⁰。

日本最高法院於 2004 年修法後，便有與田中教授見解相同之裁判，例如日本最高法院第 1 小法庭 2009 年 11 月 26 日「橫濱市立幼稚園廢止案¹⁸¹」，案例事實略為：橫濱市制定一自治條例（下稱系爭自治條例）預計在期限屆至時，公立幼稚園便廢止進而轉由民間機構經營。原告等認為系爭自治條例的制訂行為，侵害了其等受幼稚園育兒之權利，故主張撤銷系爭自治條例，並請求國家賠償。本案原告亦是從第一審便僅針對系爭自治條例主張撤銷，而無預備合併之聲明。法院則認為系爭自治條例之制定，無待行政機關之執行，便直接影響到仍在公立幼稚園就讀的兒童以及其監護人之權利，應屬於抗告訴訟對象之處分。換言之，法院同田中教授之見解，認為只要系爭自治條例之制定直接形成人民的權利義務，便屬於處分。

反之，同院亦有認為不屬於處分之裁判，例如：同院第 2 小法庭 2006 年 7 月 14 日「引水自治條例確認無效案¹⁸²」，本案便是認為系爭自治條例僅具一般性，並非針對特定人所為，難視同行政處分，而不屬抗告訴訟之對象，因此上訴人（原告）主張請求確認處分無效，自屬不適法。然而本件上訴人（原告）並未以預備合併的方式主張以當事者訴訟之方式確認系爭自治條例無效，因此法院便以訴訟不合法駁回。

¹⁸⁰ 嚴格上來說，自治條例若成為行政訴訟的對象時，應該以確認公法上法律關係訴訟，主張系爭條例違反憲法，在「特定」情形時違反法律，而違憲、違法而無效。當然此情形亦應符合確認（訴之）利益始可提起，自不待言。

¹⁸¹ 最 1 小判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 卷第 9 号 2124 頁〔2124-2130 頁〕（橫濱市立保育園廢止處分取消請求事件）。

¹⁸² 最 2 小判平成 18 年 7 月 14 日民集 60 卷 6 号 2369 頁〔2369-2378 頁〕（給水條例無効確認等請求事件）。



但近期地方法院已有原告直接以確認訴訟提起者，法院亦認為適法，而不以系爭自治條例是否具處分性為爭論重心。例如：名古屋地方法院 2009 年 2 月 19 日「遠端臉部辨識販賣機案¹⁸³」（上訴審為名古屋高等法院 2009 年 10 月 23 日¹⁸⁴），兩審級法院皆認為原告提起確認訴訟是有助於根本性解決期間之紛爭，亦可避免將來的不利之行政處分（行政罰）。

從上開「自治條例」是否屬於抗告訴訟對象之處分，實務上則是爭執系爭自治條例是否直接形成當事人權利義務關係而無待行政機關執行，據此判斷系爭自治條例是否具處分性。其實很明顯仍受到「包括性處分概念」之支配，甚至將立法行為與行政行為混為一談。就此而言，行政立法或行政計畫是否具有處分性之爭議，反而問題較小。回過頭來說，若係基於擴大原告權利救濟之可能，其實在自治條例的案型中，完全沒有必要以混淆行政行為與立法行為的方式為之。而是應站在行政事件訴訟法修法之意旨，透過其他訴訟途徑為之，本文所關注的當事者訴訟應是最適合的爭訟途徑。

（三）小結：仍侷限於「補遺」功能

從上述個案介紹可以發現，實務上讓原告必須要以「訴之客觀合併」（尤其是預備合併）的方式提起訴訟，才可以避免起訴不合法而喪失權利救濟之結果¹⁸⁵。然而，此卻多出現在「行政立法」的案型中，同樣是修法者希望透過確認訴訟來救濟之「行政計畫」，卻依舊侷限在處分性與否之爭議上。從修法後實務之發展來看，仍強烈受到「處分性認定」之支配，並且也限制了「確認訴訟」的

¹⁸³ 名古屋地判平成 21 年 2 月 19 日判夕 1313 号 148 頁（撤去義務等不存在確認請求事件）。

本案簡要事實為：原告設置一販賣機，該販賣機販賣之物為與性有關（例如書籍、光碟等），由於涉及到未成年人亦可能透過該販賣機買到系爭販賣物，故原告利用先行設置好的錄影機，使得遠端的工作人員透過畫面辨別買受人是否為成年人，據此再連接電源以陳列系爭販賣物。就是因為其販賣之物品與性有關，所以依據設置所在地之自治條例（愛知縣青少年保護育成条例）規定，若自動販賣機欲販賣書籍必須先向主關機關提出申請始可為之，以及若系爭販賣機內存放「有害」物品，應下架之。原告便主張系爭販賣機非自動販賣機，故請求法院確認其無申請之義務；再者，其販賣之物品並非「有害」物品，亦請求法院確認其無下架義務。

¹⁸⁴ 名古屋高判平成 21 年 10 月 23 日 Lexis AS ONE。

¹⁸⁵ 2004 年修法將被告適格修改為行政主體而非行政機關，因此被告不會變更，消除了過去訴之合併可能會遇到的困境，就此參看：小早川・本章前揭注（77）38-40 頁。芝池・本章前揭注（3）60 頁。宇賀・本章前揭注（3）125 頁。橋本・本章前揭注（61）106-110 頁。



發展可能性。換言之，實務所認定的確認訴訟（當事者訴訟），某種程度上只是抗告訴訟的附屬品，只是為了擴大救濟途徑而存在。

然而，此種擴大救濟之「補遺定位」，從前述兩種類型便可以發現，其功能上很特別者是，僅出現在「預防性」上。亦即，法規命令（行政立法）之所以有預備合併的必要，除了處分性判定有爭議外，其實多是涉及到原告的權利義務有極高之蓋然性會受到侵害。相反的，行政計畫亦有處分性之爭議，但是為何少以預備合併的方式請求？本文認為最大的原因在於，系爭計畫已「現時」侵害到原告的權利，所以實務一再運用向來判例的見解，而認定系爭計畫具有處分性。原告方之主張亦緊扣處分性之爭議，而未能以確認訴訟為備位請求。

從而，修法者希望讓各式各樣的行政行為皆能夠透過確認訴訟，進行司法審查，但是實際操作起來的成果，就本文所見似乎僅侷限於行政立法的類型上。而其他行政行為類型則仍然是透過現時點有無權利受到侵害，據此認定是否屬抗告訴訟對象之處分，確認訴訟（當事者訴訟）的適用範圍便受到侷限。

惟，本文進而發現到，若是以行政立法為中心操作確認訴訟（當事者訴訟）時，確認（訴之）利益判斷要件之一：「手段適切性」便會出現問題。亦即，在民事訴訟上多會認為，原告若能以給付訴訟的方式請求是最為適切的，因此其以確認訴訟提起訴訟自屬無確認（訴之）利益。若從行政訴訟之觀點思考時，原告針對系爭法規命令爭執，究竟是為了將來受處分權利侵害之高度可能性？還是別有目的？此便涉及到禁制訴訟與確認訴訟（當事者訴訟）兩者的緊張關係，於下段說明之。

二、確認訴訟與禁制訴訟之緊張關係

上述實務個案透過確認「法規命令」所規制之權利義務屬違法，從而原告有一定之權利義務或地位之案例，自修法後層出不窮¹⁸⁶，一改修法前實務判決之

¹⁸⁶ 東京高判平成 25 年 2 月 14 日 Lexis AS ONE (飲料水販売目的での地下水採取権存在確認請求控訴事件)。東京地判平成 24 年 9 月 5 日 Lexis AS ONE (再通報義務不存在確認請求事件)。大阪地判平成 19 年 10 月 18 日判タ 1273 号 159 頁 (手数料納付義務不存在確認請求事件)。東京地判平成 22 年 3 月 30 日判タ 1366 号 112 頁 (医薬品ネット販売の権利確認等請求事件)。東京地判平成 23 年 11 月 18 日判地 366 号 94 頁 (建物使用権確認等請求事件)。東京地判平成 24 年 9 月 5 日 Lexis AS ONE (再通報義務不存在確認請求事件)。



否認見解。但是有趣的是，透過預備合併，看似解決了處分性認定對於限縮權利救濟之爭議，但本文認為真正的問題在於確認訴訟（當事者訴訟）與禁制訴訟的緊張關係。之所以謂「緊張」，係因本文認為在此兩者的功能有難以區分之可能，而有「手段適切性」的問題出現。

（一）修法前：欠缺具體爭訟性

修法前實務認為，必須思考原告針對法規命令進行爭訟時，是否具有「具體爭訟性」？換言之，系爭法規命令並不僅規制原告之權利義務，係一般性之規制，系爭紛爭並不僅為當事者間之紛爭，而是單純的法規命令違憲、違法之審查。

例如：東京地方法院 2002 年 3 月 26 日「銀行課稅案¹⁸⁷」，以及同院 2002 年 2 月 14 日「限制建築物建築高度案¹⁸⁸」都認為原告之請求欠缺具體爭訟性，不符合「法律上爭訟」之要件，故不論以何種訴訟類型提起，皆不合法。換言之，原告之請求無疑是要求法院就抽象一般規範之法規命令進行有／無效之審查。再者，同院 2002 年 2 月 14 日「限制建築物建築高度案」的上訴審判決¹⁸⁹中亦提到，上訴人應該於行政處分之爭訟過程中主張系爭法規命令之合法性與效力問題即可。

然而，前開「限制建築物建築高度案」的一審見解，法院其實是援引日本最高法院大法庭 1952 年 10 月 8 日「行政行為違憲案¹⁹⁰」、同院第 2 小法庭 1989 年 9 月 8 日「宗教團體內部懲戒處分案¹⁹¹」、以及同院第 2 小法庭 1991 年 4 月 19

¹⁸⁷ 東京地判平成 14 年 3 月 26 日判タ 1099 号 103 頁（東京都外形標準課稅條例無効確認等請求事件）。本案之上訴審維持原審之見解，上訴審判決請看：東京高判平成 15 年 1 月 30 日判タ 1124 号 103 頁。

¹⁸⁸ 東京地判平成 14 年 2 月 14 日判タ 1113 号 88-112 頁（建築物の高さ制限に関する条例の無効確認事件）。

¹⁸⁹ 本案之上訴審維持原審之見解，上訴審判決請看：東京高判平成 17 年 12 月 19 日判時 1927 号 27 頁。。

¹⁹⁰ 最大判昭和 27 年 10 月 8 日行集 3 卷 10 号 2061 頁〔2061-2064 頁〕（日本國憲法に違反する行政処分取消請求事件）。

¹⁹¹ 最 2 小判平成元年 9 月 8 日民集 43 卷 8 号 889 頁〔889-895 頁〕（建物明渡、代表役員等地位確認請求事件）。



號「撤銷最高法院規則案¹⁹²」，共三案例作為法院不得抽象審查法規命令是否違法、違憲之論據¹⁹³。但就本文之所見，實際上法院不是不得審查法規命令是否違法、違憲，而是囿於日本司法權僅能針對「具體爭訟事件」，亦即符合「法律上爭訟」之事件進行司法審查。所以「宗教團體內部懲戒案」其實是與法規命令之司法審查無涉，而是與宗教內部事務不適宜透過司法權加以解決，亦即「法律上爭訟」之問題點。

綜上所述，修法前實務其實是基於「欠缺具體爭訟性」而認為原告請求確認系爭法規命令違法、無效屬不合法之訴訟。但反過來說，法規命令是否得以司法審查之事務，並未明朗。

（二）修法後：即時性救濟之必要

修法前後實務之見解變遷，吾人可以發現，實務將具體爭訟之判斷轉化到確認（訴之）利益中，而最重要的評價對象就展現在「即時性」上。換言之，修法後實務對於法規命令的行政訴訟，其實幾乎多透過確認（訴之）利益之操作，來具體認定原告是否有必要一定要透過確認訴訟來救濟權利，而非一再駁回訴訟。此一觀點亦落實了修法者希望透過確認訴訟，進而擴大訴訟途徑以實效化救濟。

從原告請求之構造切入觀察，法院與當事人多會先針對系爭行政行為（可能是法規命令，亦可能是行政／一般處分）主張撤銷，若該行政行為非屬於處分時，撤銷訴訟便會被駁回，此時便進行到確認系爭法規命令所規制之權利義務並不存在。再者，原告亦多會針對違反系爭法規命令而做出的不利處分，另行主張禁制訴訟。在這樣的主張架構下，除了前述的處分性爭議外，另一個爭議便是當事者訴訟之確認訴訟與禁制訴訟的關係，雖然兩者所指涉的對象並不相同（前者為系爭法規命令，後者為將來之不利處分），但本文認為兩者間難道真無「補充性」之考量？

¹⁹² 最2小判平成3年4月19日民集45卷4号518頁〔518-521頁〕（最高裁判所規則取消請求事件）。

¹⁹³ 就此參看：東京地判平成14年2月14日判夕1113号103頁。



例如：日本最高法院第 1 小法庭 2012 年 2 月 9 日「公立學校教職員合唱國歌案¹⁹⁴」便極具代表性。本案事實略以：東京都教育委員會之教育長下達一行政規則（入學式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について，下簡稱系爭規則），要求公立學校之教職員必須在始業式或結業式上，起立朝向國旗合唱日本國國歌，並且以鋼琴伴奏之。據此，許多公立學校之校長便向校內之教職員發出「職務命令」（下簡稱系爭命令）。東京都教育委員會之委員長便依據地方公務員法，向不依循命令者為懲戒處分。進而按其不依循之次數，分別處以申誡、減俸、停職，甚至可能會遭受免職處分。受處分之教職員便依行政事件訴訟法請求確認其等並無義務起立朝向國旗合唱國歌及以鋼琴伴奏，亦請求不得再據此分別為各類懲處，最後主張系爭規則與命令違憲、違法，並依據國家賠償法請求損害賠償。

原告等係從「預防性」的觀點，希望避免累計到一定次數後會遭到不利處分（免職、停職、減俸），便依據行政事件訴訟法主張禁制訴訟，以及「定位不明」的確認訴訟。原審認為，系爭規則與命令係不可分之整體關係，因此原告等應依循撤銷訴訟或確認處分無效訴訟，即可達到原告之目的，故原告等主張禁制訴訟以及確認訴訟並不符合手段適切性（即有其他更有效之訴訟類型），訴訟屬不合法而駁回原告等之請求。

日本最高法院首先便直指系爭規則並不具備處分性。其認為，系爭規則仍需透過各校校長之職權命令始得具體化，不能認為系爭規則直接形成對於各公立學校教職員之權利義務。再者，系爭命令也並非直接形成，亦非確定各教職員權利義務之範圍，亦不能視為行政處分。因此上開兩行為皆不能以撤銷處分訴訟進行爭訟¹⁹⁵。既然不符合處分性，日本最高法院便開始判斷原告（上訴人）

¹⁹⁴ 国歌斉唱義務不存在確認等請求事件，最 1 小判平成 24 年 2 月 9 日判夕 1371 号 99 頁。

¹⁹⁵ 就此點而言，本文認為日本實務在判斷「訴訟法稱之處分」與「行政實體法之行政處分」，概念上仍有混淆之處。若嚴格依循德國法學理之行政處分，就是行政機關就公法上具體事件，以意思表示對外直接發生法律效果之單方行政行為。本案涉及到職務命令，換言之是在行政主體「內部」之個別職務指令，而非「對外」，因此自始即非屬行政處分。本案之所以會討論是否屬處分，最大的原因即在於受到向來「包括性處分概念」之支配，以及混淆權利救濟與處分認定兩者的層次不同。如果依據此判例認為日本實務已肯認公務員得對職務命令爭訟，毋寧僅是因為系爭職務命令可能侵害到原告（公務員）之權利，而非系爭職務命令為行政處分，本文認為必須在此加以補充說明。



等對於禁制訴訟的合法性，以及「定位不明」之確認訴訟的合法性。法院認為，系爭規則與命令的確可能因為次數的累計，使其等受不利處分之蓋然性很高（除免職處分，因並無高度蓋然性¹⁹⁶），進而認定禁制訴訟之提起合法，進入實體審理後則認為無理由。

至於確認訴訟，本文之所以一直以「定位不明」稱之，係因為上訴人所主張的確認訴訟是以抗告訴訟脈絡下之確認無效訴訟作為先位聲明，而當事者訴訟之確認訴訟作為備位聲明。這種聲明方式亦可看出「處分性」之有無仍然支配了抗告訴訟與當事者訴訟的區分，而並非本文於前節所述之視角轉變¹⁹⁷。再加上，對於處分性定義的流動性，修法後的實務操作可看出訴訟類型的呈現「相對化」的現象。原審係認為原告（上訴人）等已可透過撤銷訴訟進行爭訟，自無需要基於基於預防性的觀點提起確認訴訟。最高法院則係認為，系爭規則與命令並不是行政處分，所以無法依循抗告訴訟範圍下之撤銷訴訟與確認訴訟，從而當然可依循當事者訴訟尋求預防性之救濟。申言之，透過當事者訴訟，確認依據系爭規則及命令之公法上義務是不存在的，進而達到預防處分以外之不利益，自為有效適切的方法，而具備確認（訴之）利益。然而，多數意見在實體理由上則是認為無理由，就此亦有反對意見¹⁹⁸。

（三）小結：漠視緊張關係

本文大膽猜想，法院為了迎合修法者之意旨，所以表面上大幅放寬了訴訟類型的合法性要件，但是實際上進入實體內容審查時，多會認為原告之主張無理由。從上開各案例可發現，此現象在當事者訴訟之確認訴訟尤其明顯。從針對法規命令主張違反法律或憲法，進而「確認」無系爭命令所規制之權利或義務乃至於一定地位時，法院多數都難以接受原告所主張的實體理由。然而，這樣實體無理由之見解趨勢，讓確認訴訟與禁制訴訟間之「補充性」抑或「手段

¹⁹⁶ 就此，原審之事實中提到，實際上並沒有因此而免職之例，所以實際上蓋然性很低。

¹⁹⁷ 就此，請詳參：本章第二節「參、三」段落之說明。

¹⁹⁸ 反對意見之詳細書說明，參看本判決宮川光治法官之不同意見。而其最主要的出發點是站在違憲審查的觀點，主張本案涉及到言論自由、思想自由等基本權利，故必須以嚴格審查標準審查之。而合唱國歌與向國旗敬禮其實涉及到各教職員本身的信念，以及對於歷史的評價，國家透過不利益處分之手段強制要求各教職員為一定的行為，其實是違反了日本國憲法第 19 條之精神。



適切性」的討論，消失在一方無理由駁回之結果中。這樣了發展是否妥適，本文無法妄下斷言。

實際上目前實務個案上幾乎沒有認真論證確認訴訟與當事者訴訟的區分究竟何在？甚至從上開案例中可以發現法院是同時認為禁制訴訟與當事者訴訟皆合法，乍看之下會認為法院對於確認訴訟與禁制訴訟兩者之訴訟標的（抑或請求目的）之認定不同，所以可以分別成立。但就本文目前所見，該案中實際上法院並未意識到這個問題。再者，其他大多數的案例其實自原告請求之目的出發點而言，往往是相同的，只因兩者看似訴訟標的不同（法規命令與行政處分）而異其途徑。

目前日本學說上仍未就此爭點有完整論述之文獻，而多是以研究禁制訴訟之角度切入，附帶提到禁制訴訟與確認訴訟（當事者訴訟）的關係。其中，以「彈性」態度看待兩訴訟之擇取者似乎較為多數¹⁹⁹，並且認為在確認訴訟（當事者訴訟）有根本解決紛爭之功能時，應認定確認訴訟之提起為合法²⁰⁰；反之，亦有論者認為從機能論、確認利益之要件、抗告訴訟優先性之觀點，認為就訴訟合法性要件而言，應僅由禁制訴訟提起始為合法，確認訴訟之部分因為可以聲請暫時權利保護、不符合補充性（即手段適切性）、禁制訴訟（抗告訴訟）優先之理由，提起確認訴訟並不合法²⁰¹。

綜上所述，本文認為，當行政訴訟之紛爭客體涉及到法規命令時，原告分別進行確認訴訟（當事者訴訟）與禁制訴訟時，兩者間具有一定的緊張關係。在透過預備合併解消處分性判定之爭議時，上述緊張關係並未因此而獲得緩解，而從此衍生出新的問題。意即實務並未謹慎看待禁制訴訟與確認訴訟（當事者訴訟）間，是否具有補充性關係，甚至有沒有相異之處。反而是認定系爭標的非屬處分性時，便以確認訴訟（當事者訴訟）為之，寬認訴訟合法性，但

¹⁹⁹ 關於此態勢之整理，參看：大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点」 覚書」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』 647 頁（有斐閣、2012）。

²⁰⁰ 高木・本章前掲注（83）行政訴訟論 91 頁。

²⁰¹ 山本隆司「差止めの訴えの法定」小早川光郎、高橋滋編『詳解 改正行政事件訴訟法』73-74 頁（第一法規、2004）。大貫・本章前掲注（199） 648 頁。

卻嚴格審視實體理由。本文認為，此應是吾人未來觀察當事者訴訟之確認訴訟在實務上發展的重要爭點。

三、給付訴訟優先於確認訴訟？

縱使擴大權利救濟之功能獲得某程度之落實，除了本文前述確認訴訟（當事者訴訟）與禁制訴訟之緊張關係外，就手段適切性上仍有其他問題存在。申言之，在未涉及到處分之「給付訴訟」²⁰²在日本行政訴訟制度上到底定位於何處？而此亦牽涉到確認訴訟之訴訟要件合法性判定，即確認（訴之）利益中手段適切性的判斷。

民事訴訟法學理上，對於確認（訴之）利益的判斷，在手段適切性上係認為，若原告得以「給付訴訟」請求時，確認訴訟「原則上」並不是對於原告權利救濟最適切之手段²⁰³。上段所提及之實務案例多係屬「系爭規定直接規制不特定多數人之權利義務」，並無以給付訴訟請求之必要，手段適切性的判斷上較無疑義。反之，若是涉及到原告其實得以給付訴訟請求之類型時，「金錢給付」紛爭亦較無疑義，例如大阪地方法院 2008 年 1 月 16 日「職災公務員家屬補償金受領權確認案²⁰⁴」，則清楚指出原告等已可依給付訴訟請求補償金，故其等主張以行政事件訴訟法第 4 條當事者訴訟，確認有受領補償金之權利自屬無確認利益。

若非屬金錢給付之其他給付，則更是凸顯了「處分性」之爭議仍在。換言之，在我國或是德國行政法學上時常提及之「結果除去請求權」，若涉及到「事實行為」時，主要透過要求行政機關「為」（給付）一定行為，排除該行為所造成之侵害。

²⁰² 亦即我國法所認知的「一般給付訴訟」。

²⁰³ 就確認訴訟與給付訴訟之手段適切性，日本部份參看：新堂・本章前揭注（167）272 頁。高橋・本章前揭注（167）360-361 頁。臺灣部分參看：陳榮宗、林慶苗（2010），《民事訴訟法（上）》，7 版，337-339 頁。台北：三民。

²⁰⁴ 大阪地判平成 20 年 1 月 16 日勞判第 958 号 21 頁（國家公務員災害補償を受ける地位にあることの確認請求事件）。





(一) 事實行為之排除

日本實務上就事實行為之侵害排除，似乎仍未有定見。例如：大阪地方法院 2009 年 10 月 2 日「計程車違規點案²⁰⁵」，個案事實略以：原告為一計程車司機，某日在一路口之斑馬線處與行人發生擦撞事故，行政機關便依據「道路交通法」所授權制定之「道路交通法施行令」（法規命令）中之規定，「註記」違規點數。因系爭註記使原告無法獲得計程車營運許可，故原告以無系爭違規行為，先位聲明主張撤銷該註記，備位主張以行政事件訴訟法第 4 條當事者訴訟，請求確認無該註記。

法院在認定系爭註記是否屬處分時，又再度搬出日本最高法院之判例²⁰⁶，認為撤銷處分訴訟之處分係指：「公權力主體之國家或地方自治團體依法所為之行為中，若該行為係直接形成人民權利義務，或確定權利義務之範圍者，即屬行政處分」。而本件系爭註記必須達到一定的累積數量始會影響原告之權利義務，故本件之註記非屬處分，自不得依循撤銷訴訟請求撤銷註記。至於備位聲明，原告主張，請求確認其該註記違法，進而可向主關機關申請計程車營運許可，若仍要讓其在明知必定被駁回之情形下前去申請，嗣後於撤銷駁回申請處分之訴時，還是必須爭執系爭註記之違法性，如此一來不是過於迂迴。法院採信原告之主張，據此認為原告之確認之訴具有確認利益，起訴合法。但是進入到本案審理時，法院認定原告違反系爭法規命令之事實屬實，故認為原告之主張無理由。

換言之，從本案中可看出法院並沒有從給付訴訟優先的觀點，認為原告之訴無確認（訴之）利益。但本文認為真正的問題其實是出現在，這種排除「非行政處分」之行政行為所帶來的侵害，在日本仍會落入「處分性」的爭議中。因為實際上日本多會將「非行政處分所帶來的侵害」也認定成行政事件訴訟法上作為抗告訴訟對象之「處分」，從而又落入到抗告訴訟的脈絡下，以修法新增的課予義務訴訟或禁制訴訟，甚至以撤銷訴訟為之。就本文之所見，學說上似

²⁰⁵ 大阪地判 21 年 10 月 2 日 Lexis AS ONE (反則点数处分取消請求事件)。

²⁰⁶ 最 1 小判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁〔1810 頁〕。原文：「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しましたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうものであること」。



乎有學者隱約有發現問題，但並未言明²⁰⁷。該作者指出，要排除這種公權力造成的權利干預或侵害，依其行為不同可能循抗告訴訟或當事者訴訟為之，但是基於否定包括性處分概念之觀點下，似乎解釋上可以妥適運用當事者訴訟。換言之，就本文之解讀，其應認為非行政處分之行政行為所造成的權利干預或侵害，或許可循當事者訴訟進行爭訟。

但是，上開「計程車違規記點案」中之法院見解實為異數，亦即並未擴大認定註記係處分，而採用了原告備位聲明之確認訴訟（當事者訴訟）。但本文認為，其實在此類型個案之中，亦有可能透過付訴訟尋求救濟，從而確認訴訟就屬手段不適切，而訴訟不合法。申言之，多數學說並沒有發現，在非行政處分的行政行為所造成的權利干預或侵害，其實依循向來解釋，包括性處分概念仍有相當高的可能會在此情形下產生作用²⁰⁸，造成各訴訟類型之定位間產生紛亂。若以上實務個案為例，若原告之主張有理由，亦即係爭註記確為違法註記時，縱使法院確認其無效，註記現實上仍然存在。因此最有效的請求方式是塗銷註記，即給付訴訟，故原告之訴應無確認利益。但是實際上，日本行政訴訟難以定位「塗銷註記」之訴訟類型，或許賦予當事者訴訟除了確認之訴外，應可有此類給付訴訟之適用²⁰⁹。

（二）針對行政指導之救濟

修法者對於確認訴訟（當事者訴訟）之爭訟對象，亦包含對於「行政指導」之爭訟。然而實務究竟是如何看待以確認訴訟對行政指導之救濟？首先，本文於此簡單釐清「行政指導」與「處分性」間之關係。

行政指導與行政處分之差別，就理論上而言最大差別即是兩者分屬事實行為與法律行為。然而，日本行政法學上有所謂的「規制性」行政指導，有論者便指出，規制性行政處分其實就是學理上之行政處分²¹⁰。另外一方面，由於「包

²⁰⁷ 高木・本章前揭注（83）行政訴訟論 197 頁。

²⁰⁸ 例如：塩野・本章前揭注（3）252-253 頁。

²⁰⁹ 實際上，日本對於當事者訴訟中給付訴訟之想像，僅及於給付金錢而已。就此，參看：村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件：裁判例を手がかりとして」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』746 頁（有斐閣、2012）。塩野・本章前揭注（3）260 頁。

²¹⁰ 林明侖（2011），《論行政指導》，頁 14-25，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



括性處分概念」之影響，使得各類型行政指導在日本實務上，多會認為其對於原告之權利影響甚大，故具有「處分性」。因此，實體法上把應是行政處分者以行政指導稱之；把不應以撤銷處分訴訟為之者，亦當作處分為之。這樣交錯複雜的關係，難說是何方影響何方，本文認為是交互作用下的結果。換言之，行政指導會具有「處分性」，一方面是實務與學說混淆處分認定與權利救濟之關係，一方面也是行政機關其實以行政指導之名為行政處分之實。種種跡象使得分析對於行政指導的爭訟途徑，更加困難。

從而，先不論個案中之「行政指導」實際上或理論上是否具處分性之爭議，況且這的確是要透過具體個案認定。若系爭行政行為的確沒有法效性，而屬典型行政指導，即屬事實行為時，雖然芻議中希望透過活用確認訴訟，解決行政指導在包括性處分概念下，混亂認定處分性所導致的訴訟救濟限制。但若排除掉所謂的規制性行政處分，所謂真正意義的行政指導，往往並非課予他方義務，縱使未來有受不利處分之可能，也是循禁制訴訟救濟，而非確認訴訟²¹¹。

因此，修法者認為要透過確認訴訟，來處理行政指導的行政訴訟；但實際上可以發現到，以確認訴訟（當事者訴訟）處理之實務上案件，數量並不多。一方面是因為，影響原告權利義務之行政指導，都會被認定具有處分性（如日本最高法院第2小法庭2007年7月15日「醫院設置終止勸告案²¹²」）；另一方面，若認為沒有影響到原告權利義務（亦即無處分性者）之行政指導，學說上便是如前所述，認為非課予他方義務，縱使未來有受不利處分之可能，也是循禁制訴訟救濟，而非確認訴訟。

就此而言，便可發現在行政指導的救濟方面，實務甚至尚無意識到給付訴訟（禁制訴訟）有優先性。雖然有學說認為應以給付訴訟為修先，但另有學說認為，或許不用過度僵硬化禁制訴訟與確認訴訟的區分，而是個案調整²¹³。

²¹¹ 大貫・本章前掲注（199）651頁。原田尚彥『行政法要論』205頁（学陽書房、7版、2012）。

²¹² 最2小判平成17年7月15日民集59卷第6号1661頁〔1661-1665頁〕（勸告取消等請求事件）。

²¹³ 中川・本章前掲注（83）980-985頁。山本・本章前掲注（145）112頁。



(三) 小結：仍受「包括性處分概念」支配

雖然，修法者將當事者訴訟之確認訴訟作為解消「包括性處分概念」之利器，從非行政處分之其他行政行為，尤其是事實行為，實務依舊沒有太大改變，仍是將非行政處分之行政行為，視為行政處分，進而以抗告訴訟的方式為之，尤其是以撤銷訴訟與確認無效訴訟為之。再者，縱使認為系爭行為非屬處分，法院多會認為此類案型實際上為爭執將來有受不利處分之可能，換言之，法院認為應屬禁制訴訟的範圍。就此而言，實務尚未特別意識到禁制訴訟與確認訴訟之緊張關係。



參、當事者訴訟之未來展望

以下扼要總結「當事者訴訟」之現今意涵，並提供未來接續觀察之方向：

首先，「形式」當事者訴訟應屬歷史制度轉化下之遺緒，在立法論上應加以檢討；解釋論上不應過度放大其中之要素²¹⁴。再者，「實質」當事者訴訟意外於2004年修法後，有了根本性本質上的變革。

原本意義下之實質當事者訴訟，多用於公務員地位確認訴訟、公務員薪資給付請求、補助金給付請求、社會保障關係請求、行政契約之請求…等等²¹⁵。從前揭各類型可以發現，其中交雜了基於各種不同觀點之案件類型，唯一的共通性，或許僅在屬「權利義務關係訴訟」。然而，2004年新增之確認訴訟，除了將訴訟標的放在向來處分性認定上有爭議者外（例如：行政立法、行政計畫、行政指導…等），實際上更是彰顯了「包括性權利救濟概念」。

但是，在2004年修法時，對於這種包括性訴訟類型究竟應明文在何處，有很大的爭議。之所以有所爭議，本文認為最大的原因在於前述之「檢討會」，不願積極面對抗告訴訟以及當事者訴訟間之關係，究竟應為何。修法之結果，正如現行條文所示，便以當事者訴訟為明文之處。以此為基礎為法律解釋時，本文認為應當將抗告訴訟限縮解釋為針對「行政處分」之訴訟，如果不如此解釋，將會使得抗告訴訟下之「確認無效訴訟」，與新增於當事者訴訟下之確認訴訟，難以區分，甚至將會使得當事者訴訟之修法意旨—權利救濟實效化—落空。

再者，縱使將抗告訴訟限縮解釋在行政處分之訴訟，實際上仍有疑義。最大的問題便在於：抗告訴訟下「禁制訴訟」，與當事者訴訟之確認訴訟，究竟應如何區分？由於日本學說上尚未有積極之討論，本文前段觀察了日本現行實務之操作，發現「視角之轉換」或許亦為本次修正之影響。申言之，有些個案的確直接針對行政立法（尤其是法規命令）爭執，有其本質上之意義。縱使原告嗣後將受有行政處分，但僅是從預防性之觀點「禁制」該行政處分之作出，並

²¹⁴ 例如向來部分論者，從形式當事者訴訟之訴訟審理程序，擴大論證其存在的意義，乃至於一般性適用。

²¹⁵ 南・本章前揭注（5）169-174頁〔碓井光明〕。



無法終局之解決紛爭。從而，禁制訴訟與新增之確認訴訟，兩者雖然都有「預防性」之功能；但本文認為，實際上，新增之確認訴訟毋寧是「即時性」之權利侵害，紛爭已然成熟，且有終局性紛爭解決之意義。接續此觀點，便亦可與暫時權利保護制度有所區隔，而新增之確認訴訟亦須有自己之暫時權利保護制度。

讓法官具體在個案中評斷紛爭是否成熟，透過確認利益之操作，修法後之當事者訴訟確實具有包括性之權利救濟機能。然而本文觀察日本實務發現，現今日本實務在行政整體過程之一階段中（如行政計畫），如有權利侵害之情事，實務仍將其多認屬處分，而扼殺了修法之美意。實際上，關於行政計畫之司法監督，必須兼顧的面向很多，確認訴訟在此之是否有所界線，仍有待將來探究²¹⁶。

因此，值得持續關注未來發展者，便是當事者訴訟與抗告訴訟間之關係。尤其是觀察「處分」之概念是朝向實體法理論之「行政處分」發展，抑或是延續向來之包括性處分概念？就本文前述所觀察之實務動向，於制度轉型期之現今，個案上多以「訴之客觀預備合併」來避免處分認定所造成之不利益。若實務未來持續累積見解，或許可以逐漸形構出稍微可測之規則。除此之外，許多「非行政處分」之給付訴訟，在日本行政訴訟法制中多以撤銷訴訟為之，然其性質是否真的適合？當事者訴訟本身之給付訴訟，除了金錢給付以外，未來的發展會是如何，亦值關注。

交代完新增之確認訴訟與抗告訴訟間之關係後，本文認為另一個值得未來關注之焦點，即「原有之當事者訴訟」與「新增之確認訴訟」間，又應有何關係？由此便可衍生出另一個值得觀察未來發展者，即屬「權利義務關係訴訟（法律關係訴訟）」與「行為訴訟」間之關係。因為，若明確將新增之確認訴訟定位成當事者訴訟內涵之一時，便可發現當事者訴訟在確實可做為「確認公法上法律關係」之訴訟，進而將日本法制上長久以來對於當事者訴訟之法條文字，正式成為當事者訴訟之內涵。

然此，亦必須與向來以「行為訴訟」為思考中心之訴訟制度有所對話。正如日本部分學說提及者，可發現「權利關係訴訟」與「行為訴訟」不是截然二

²¹⁶ 就此，詳參看：大橋洋一「都市計画の法的性格：行政法研究フォーラム－第二次行政訴訟制度改革の必要性（2）」自治研究 86 卷 8 号 3-30 頁（2011）。



分的關係，而僅是觀察角度之不同。所以，當 2004 年希望透過新增之確認訴訟達到「權利救濟實效化」之目標時，即應認知到以「行為訴訟」的確無法妥適提供原告權利救濟之途徑時，便應正視以確認「權利關係」作為救濟之途徑。

就日本而言，因其違憲審查制度屬分散、具體個案審查之模式。因此，法律乃至於行政立法，若有違憲之情事，當事者訴訟在修法後，悄然成為具體化憲法意識之訴訟途徑。當然，法院在進行司法審查時，本來就應參照憲法之意旨為裁判；但在爭執之權利義務關係係形成自法律乃至於行政立法時，日本最高法院便逐漸迫切要直接面對憲法議題，而無法迴避²¹⁷。本文認為，雖然我國違憲法審查制度與日本有所不同，但是此種個案具體化落實憲法意識之情形，亦值吾人關注。

²¹⁷ 近年，有論者直指，當事者訴訟下新增之確認訴訟，最大的意義應在於此種沒有行政處分介入（即直接來自於違憲法律或是行政立法）之權利義務紛爭。就此參看：橋本・本章前揭注（156）17 頁。本文認為這的確是意義之一，但是在此意義之下又如何與其他訴訟類型對話，該作者並未如本文所做之前述思考。



第四章 當事者訴訟對我國之啟示 — 代結論

本文已就日本行政訴訟法制中之「當事者訴訟」，從歷史脈絡之角度觀察，剖析當事者訴訟在日本的繼受、變遷與發展，並嘗試釐清當事者訴訟在日本行政訴訟法制中之地位¹。再者，從現行條文出發，以學理上已成定論之兩下位類型—「形式／實質」當事者訴訟作為基礎，分別考察其制度本質、修法意義，以及實務發展²。

就本文之研究動機而言，主要內容已於前兩章交代完成。本文希望透過忠實地探究日本行政訴訟法制中之當事者訴訟，讓時常參考日本法制之我國，得以一窺制度全貌，而避免「見樹不見林」之情形。

從當事者訴訟俯瞰整體日本行政訴訟制度後，本文從當事者訴訟之歷史變遷、發展過程之中，擷取若干心得啟示，以我國行政法學或行政訴訟法學中之幾個爭議問題，嘗試初步反思，作為本文之「代結論」，提供未來發展、觀察之可能性。

本文於此必須強調，所提出之爭議問題，本文用意「並不在於解決」各該爭議問題。從解決問題之觀點而言，各該爭議問題或有其他方式或研究路徑，更具解決實益。換言之，本文原意必非針對臺灣現行行政訴訟制度中所遇到之特定問題，為求解決之道，而以日本法作為比較法的考察對象³。

意即，本文之核心關懷與研究實益在於，透過考察當事者訴訟在日本行政訴訟制度之意義後，希冀可拋磚引玉，提供我國學界進一步理解日本行政訴訟制度之基礎，乃至於得以一窺整體日本公法學。立基於此，提供若干考察後之啟示，作為日後反思之始，便是本文之幸。

從而，當事者訴訟在日本行政訴訟法制中所呈現出的意義，本文以下便以相互接連之三點切入，希望提供若干啟示性見解，以就教於大方：

¹ 詳見本文「第二章」之說明。

² 詳見本文「第三章」之說明。

³ 就此，參看本文前述「第一章、第二節」之說明。



我國早年行政法院之實務，深受日本學理與實務見解之影響⁴。然而，千禧年左右，我國許多重要行政法規承襲德國制度建置完成，現行行政訴訟法制同時受到德國與日本之學理影響⁵。在此脈絡之下，撤銷訴訟的訴訟標的一「行政處分」，難自外於德國與日本學理之定義；然而，我國現行實務對於「行政處分」之認定，卻呈現出「擺盪」現象。

換言之，許多在行政實體法學理上難認屬行政處分之行政行為，多被實務擴大認定為行政處分。本文大膽猜測，或許受到日本行政訴訟法制之影響，而有此現象產生。故本文以下第一點便從實務對於行政處分定義之擺盪，對照日本當事者訴訟在日本行政訴訟法制中，所引發之「處分性認定爭議」，尤其是當事者訴訟與抗告訴訟間之關係，希望得以提供些許啟示。

第二點則是著眼於，現今日本行政訴訟法制之當事者訴訟，其所背負之「擴大權力救濟途徑」功能，修法過程中，尤其針對「法規命令」為司法審查之功能，特別為修法者所關注，亦為本文觀察的重點之一。我國現行法院實務與學說對於此類行政行為之訴訟救濟為何，似乎過於保守。故本文希望透過日本法制發展之反思，提供若干見解。

最後，延續第二點之啟示，針對法規命令之司法審查，在我國現行訴訟類型中應以何者作為適當？本文認為最可能的途徑，或許以我國現行行政訴訟法第 6 條第 1 項前段第 2 種類，即所謂之「確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟」為最可能之途徑。而此法條文義亦與日本當事者訴訟新增部分之文義，高度相近，若日後欲考察日本制度，是否有應加以留意之處？本文亦希望，從此定位的思考過程，能讓吾人關注到確認公法上法律關係訴訟之要件為何，以及其拘限性與發展性。

⁴ 翁岳生（2009），〈中華民國之訴願與行政訴訟制度〉，氏著，《法治國家之行政法與司法》，2 版，頁 231。台北：元照。

⁵ 林明昕（2006），〈論行政訴訟法上之訴訟類型〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 344。台北：元照。



第一節 混淆「行政處分之認定」與「訴訟權能」？

觀察日本行政訴訟中「當事者訴訟」之變遷，從戰前繼受到戰後發展，乃至於西元 2004 年（本章以下皆指「西元」年）行政事件訴訟法之修法，影響其內涵定義上最大者，即屬「處分與否」之認定。本文此處所稱之「處分」，係指同法中所規定之「處分」，也就是「爭訟意義」之處分，而非行政實體法上之行政處分（日文即：行政行為）⁶。

從而，若以是否屬「處分」，作為「抗告訴訟」與「當事者訴訟」之區分觀點時，當事者訴訟之內涵自然與「處分與否之認定」有很大的關係，已如前述。惟，日本行政訴訟制度非常特殊之發展在於，對公權力行為之適法性司法監督，長期以來其所謂的「公權力行為」認定上多以「處分」為論述發展重心。實際探究日本「行政訴訟法學」上所謂的「處分」前，必須清楚了解到，其與行政訴訟之「審判權」範圍大小，以及條文文義，有很深的關聯⁷。

正如本文前兩章所述，日本目前實務對於處分之認定，至今仍是延續 1964 年日本最高法院第 1 小法庭所做出之判示⁸：

「行政事件訴訟特例法第 1 條所稱之行政機關之處分，非指行政機關基於法規所為之所有行為，而係作為公權力主體之國家與地方自治團體，其所為之行為中，若直接形成人民之權利義務，或確認權利義務之範圍者。」

雖然是行政事件訴訟特例法（本章以下簡稱「特例法」）時期之見解，但日本最高法院至今仍舊維持此之⁹；此見解其實與特例法之「法條規定」有很大的

⁶ 本章以下中文稱「行政處分」即對應到日本行政實體法學理上之「行政行為」；反之，若以「處分」稱之，便是指日本行政訴訟法制意義之「处分」。

⁷ 詳見本文前述第二章、第二節「參」之說明。

⁸ 最 1 小判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁〔1810 頁〕（ごみ焼場設置条例無効確認等請求事件）。原文：「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうものであること」。

⁹ 有論者明確指出，日本最高法院對於「處分」之見解，自特例法時期以來，並未有改變。就此，參看：南博方編『條解 行政事件訴訟法』43 頁〔高木光〕（弘文堂、1987）。日本最高法院大法庭 2008 年 9 月 10 號之「撤銷行政處分案」仍是維持此項見解，參看：最大判平成 20 年 9 月

關係。因為當時僅於同法第 1 條規定：「撤銷與變更行政機關違法處分之訴及其他公法上權利關係之訴，除本法之規定外，適用民事訴訟法之規定¹⁰」，表面上看起來審判權的確很廣，不僅止於「處分」，亦包括「其他公法上權利關係之訴」。

然而，當時實務對於「其他公法上權利關係之訴」的運作相當陌生，學說上亦無就其內容有明確之定位，故多限縮在當事者訴訟的特別類型個案中，導致實務運作與學說討論幾乎聚焦於針對「處分」之爭訟。再者，特例法時期對於行政行為之形式，仍處於發展過程中，所以「處分」很容易與「公權力行為」畫上等號，使得特例法之適用範圍就以是否為「處分」來認定。進而，當行政訴訟制度作為權利救濟之途徑，「處分」 = 「權利侵害」之公式便成形。

所以，前述日本最高法院第 1 小法庭的見解，最明顯的問題在於，其將「處分」等同於「影響人民權利」。從其見解可發現，其所欲處理者為「訴訟權能¹¹」之問題，亦即其真義在於日本行政訴訟第 1 條所彰顯者，係權利受到侵害者得起訴請求。這觀點在特例法時期可以被理解，因為條文之規定很容易將訴訟權能與訴訟標的（處分與否）混為一談。

然而，不幸的是，行政事件訴訟法制定，乃至於實務運作，仍然延續將訴訟權能與訴訟標的一起討論。雖然自始抗告訴訟原是針對「行政處分」（日文即：

10 日民集 62 卷第 8 号 2029 頁〔2033-2034 頁〕（行政処分取消請求事件）。其主要是著眼於系爭行政行為有直接影響到人民之權利，故認為屬行政事件訴訟法第 3 條所稱之處分。此外併參看：最 1 小判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 卷第 9 号 2124 頁〔2129 頁〕（橫濱市立保育園廢止処分取消請求事件）。

¹⁰ 日本行政事件訴訟特例法第 1 條原文：「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」

¹¹ 關於訴訟權能，我國方面文獻參看：翁岳生（編）（2006），《行政訴訟法逐條釋義》，頁 70-84（盛子龍執筆部分）。台北：五南。翁岳生（2006），《行政法（下）》，3 版，頁 382-384（劉宗德、彭鳳至執筆部分）有論者提到，除了撤銷訴訟與課予義務訴訟外，在其他行政訴訟類型上，訴訟權能是否可以代替當事人適格概念中「積極訴訟實施權」之要件，而成為一般性實體裁判要件，仍有探究之餘地；就此參看：林明昕（2006），〈淺論行政訴訟法上之實體裁判要件〉，氏著，《公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 336。台北：自刊。關於此設問，亦有論者認為訴訟權能就是所有訴訟類型之實體裁判要件；就此參看：李建良（2013），《行政法基本十講》，4 版，頁 293。台北：元照。以及：陳敏（2013），《行政法總論》，8 版，頁 1382。台北：自刊。



行政行為)之訴訟，但隨著行政活動的類型、範圍逐漸多元化，行政之公權力行為與行政處分漸漸有不同內涵時，將對於公權力行為之行政訴訟途徑，僅限縮在抗告訴訟中以撤銷或變更的方式處理，自難以避免問題。縱使條文有所修正，但解釋觀點完全沒有改變。此觀點在日本行政訴訟制度發展史上，其實一點都不叫人感到意外。處分與公權力行為畫上等號，公權力行為即是影響人民權利義務之行為，故是否為處分即透過人民權利有無受到影響為判斷標準。而此觀點甚至反過頭來影響學理上對於行政處分之概念內容。

因此，本文認為最大的癥結點即在於，其將「行政處分」與否之認定基準與「訴訟實體裁判要件」¹²加以混淆，尤其訴訟權能的部分。從抗告訴訟與當事者訴訟之相互關係中可以發現，行政訴訟制度之主要功能在於權利救濟，但是當權利救濟與是否屬行政處分畫上等號時，實際上會大幅限縮行政訴訟的發展可能性，也造成了對於當事者訴訟的長期漠視。

有趣的是，上述發展也部分反映在我國目前實務見解中，尤其在於原告所爭執之行政行為是否屬於行政處分之認定上。例如：最高行政法院 102 年度裁字 558 號裁定：

「人民是否具有公法上權利或法律上利益之認定，參照司法院釋字第 469 號解釋，係採保護規範說為理論基礎，應指法律明確規定特定人得享有權利；或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求者；或是如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨者為判斷標準。**人民如無法律上之請求權**，其聲請（申請）、陳情或檢舉僅生促請主管機關考量是否為一定行為，行政機關對該聲請（申請）、陳情或檢舉之答覆自非行政處分」（粗體為本文所加，以下皆同）。

¹² 關於「訴訟實體裁判要件」與「訴訟要件」之爭議，參看：林明昕，本章前揭註 11，頁 326-329。以及：莊國榮（2013），《行政法》，頁 609-610。台北：元照。尤其是註 1 之說明，該文譯作「實體判決要件」。吳庚（2012），《行政爭訟法》，6 版，頁 141。台北：自刊。尤其是註 1 之說明，該文亦譯作「實體判決要件」。此外，翻譯上另有論者譯為「本案判決要件」，參看：陳敏，本章前揭註 11，頁 1380。

從上開法院見解可以發現，其將「有無權利」作為「是否屬行政處分」之認定標準。針對該函覆是否可以為行政訴訟，端視原告之權利有無侵害之「可能」，即透過我國通說實務所採之「保護規範理論」，判斷原告有無「訴訟權能」¹³；至於原告實際上究竟有沒有受到權利侵害，應屬訴訟實體部分「有無理由」之層次¹⁴。前述種種，皆與系爭行政行為是否屬行政處分無關，縱使透過保護規範理論判斷，原告並無公法上權利，自無權利侵害，也不等同於系爭行為非行政處分¹⁵。

這種將行政處分認定與訴訟權能混為一談者，除了函覆有爭議外，另一個類似案型就出現在於向來所謂的「特別權力關係」中，例如公務員、教師、學生等權利救濟案型上。如最高行政法院 102 年裁字 1387 號裁定：

「各大學校、院、系(所)教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，且因對教師升等通過與否之決定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，而認應屬行政處分」。

而此見解實際上是延續司法院大法官釋字第 462 號解釋之意旨¹⁶。另外，最高行政法院 102 年判字 564 號判決亦提到：

「『軍人為廣義之公務員，與國家間具有公法上之職務關係，現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，如對之有所爭執，既係影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程

¹³ 就保護規範理論在訴訟權能上的扼要說明，參看：李建良，本章前揭註 11，頁 292-293。進一步分析、討論與建議，參看：陳柏霖（2011），《論行政訴訟中之「公法上權利」－從德國法與歐盟法影響下觀察》，頁 119-130，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴ 就此而言，亦有論者認為訴訟權能是否有作為訴訟合法性要件之必要，但就本文所欲探究的中心（有無權利與是否屬處分）而言，並無影響。關於「揚棄訴訟權能」參看：陳柏霖，本章前揭註 13，頁 45-46、129-130。

¹⁵ 相同見解參看：程明修（2005），〈行政機關函覆拒絕人民申請或舉發案件之法律性質〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2 版，頁 167-173。台北：自刊。

¹⁶ 參看：司法院釋字第 462 號解釋文：「各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，均應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分」。

序尋求救濟』司法院釋字第 430 號解釋在案，惟何者影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，參照司法院大法官歷次相關解釋，須足以改變軍人身分關係，或於軍人權利有重大影響之處分，或基於軍人身分所產生之公法上財產請求權，始為行政處分，得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟」。

這種透過糾爭行為或措施是否「重大影響其權利」來判斷其屬性是否為「行政處分」之手段，其實就是很明確的混淆訴訟權能與行政處分之認定。首先，無論是大法官解釋還是最高行政法院之見解，其實真正的目的在於判斷各該事項是否侵害到原告（公務員、教師、學生）之權利；至於該行為或措施是否屬行政處分對於原告可否尋求司法救濟，根本無涉。如果進一步推論下去，其實很容易變成糾爭行為或措施，僅能用撤銷處分訴訟、課予義務訴訟、確認處分無效訴訟等類關於「行政處分」之訴訟途徑。如此一來，對於原告在訴訟要件上之要求較為繁複，增加原告無謂之限制。所謂「無謂的限制」，係指糾爭行為或措施根本不是行政處分，但是實際上侵害到原告之權利，在混淆訴訟權能與行政處分認定之前提下，反將行政訴訟制度上對於行政處分之特別訴訟要件，強加在原告身上。

雖然司法院釋字 684 號解釋理由書提到：

「本院釋字第三八二號解釋就人民因學生身分受學校之處分得否提起行政爭訟之問題，認為應就其處分內容分別論斷，凡依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會時，因已對人民憲法上受教育之權利有重大影響，即應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，而得提起行政爭訟。至於學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者（例如記過、申誡等處分），則除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條之權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要」。

點出了雖非處分，只要有侵害權利即可救濟之意旨，但可惜的是，仍未能積極點出「重大權利影響」與「處分認定」見解之缺漏，以至於前開新進實務仍停留在原地。



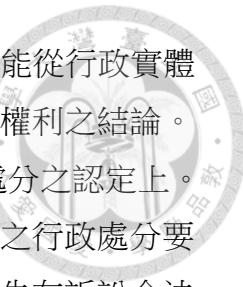
亦有實務見解較為清楚區分兩者層次上之不同，但結論上卻以「非行政處分」作結，甚為可惜，如最高行政法院 99 年度 6 月份庭長法官聯席會議（四），抑是涉及檢舉函覆是否屬於行政處分之認定，其認為：

「對檢舉人依法檢舉事件，主管機關依該檢舉進行調查後，所為不予處分之復函，僅在通知檢舉人，主管機關就其檢舉事項所為調查之結果，其結果因個案檢舉事項不同而有不同，法律並未規定發生如何之法律效果。縱使主管機關所為不予處分之復函，可能影響檢舉人其他權利之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。檢舉人如對該復函向行政法院提起撤銷訴訟，行政法院得以其並非行政處分，而以不合法裁定駁回其訴」。

本決議從行政實體法的角度¹⁷，將行政處分定義為直接對外產生法律效果之行為，並無疑義，系爭函覆非屬行政處分係撤銷處分訴訟之要件無誤；惟如此判斷下來，實際上仍會使得法院以非行政處分便不合法駁回原告之訴，喪失具體判斷原告到底有沒有權利受到侵害之機會。

綜上所言，本文認為，認定系爭行政行為是否為行政處分是一件事，原告是否具備訴訟權能則是另一件事。原告對於行政機關的任何行為、活動有所不服，只要有侵害其權利，本來就可起訴請求。但該行為、活動是不是行政處分則應回到行政實體法學理加以探究，縱使不屬於行政處分，亦有其他途徑可供救濟，自不待言。然而，我國現行實務卻從系爭行為是否屬行政處分進行判斷，再利用是否對原告之權利有（重大）影響作為判定標準。

¹⁷ 實際上，我國行政法學上關於行政處分概念之定義，仍有分歧，其中又以行政處分是否以法律行為為必要，亦即意思表示是否為要素之一，頗有爭議。早期見解參看：翁岳生（2009）。〈論行政處分〉，氏著，《法治國家之行政法與司法》，2 版，頁 3-5。台北：元照。該文作者並無強調行政處分須為法律行為。另外，有論者認為，行政處分之認定不須以主觀意思為限，換言之，有沒有意思表示之要件，並不重要；而應以客觀綜合情事判定有沒有發生法律效果。就此參看：翁岳生（2006），《行政法（上）》，3 版，頁 481-482（許宗力執筆部分）；尤其注意該文中註 24、25 之說明。關於此點，則有論者認為應該以行政機關之「意欲」為主，並以意思表示向外直接具有規制力；就此，參看：程明修（2005），〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2 版，頁 107-117。台北：自刊。晚近見解參看：陳敏，本章前揭註 11，頁 307-309。吳庚（2012），《行政之理論與實用》，12 版，頁 293-295。台北：自刊。莊國榮，本章前揭註 12，頁 123。



上開脈絡看似單向影響，但亦可能雙向影響。換言之，或可能從行政實體法之觀點認為糾爭行為非屬行政處分，逕行推導出未侵害到原告權利之結論。此觀點，也可能使得權利侵害有無之認定，被限縮在是否為行政處分之認定上。讓實際上受到權利侵害的原告，因為糾爭行為不符合行政實體法之行政處分要件，而被認定訴訟不合法，使得其權利究竟有無侵害之爭議，消失在訴訟合法性判斷階段上。

本文從日本制度之經驗上發現，「行政處分之認定」與「訴訟權能之有無」不容混淆。行政處分對於人民之權利義務產生規制作用，但並不代表只要有影響到人民權利義務者，就全屬是行政處分¹⁸。如此倒因為果，在現行制度下最可能造成之不良影響，即是原告之權利究竟有沒有受到侵害一事，將沒有機會被審視到；反之，縱或被審視到，卻是加諸原告關於行政處分之特殊訴訟要件，限制其權利救濟之可能，甚至可能反過來影響行政實體法上之概念定義。

¹⁸ 就此，另有論者從德國法制中行政處分概念之辨明，得出與本文相似之結論。就此，參看：程明修，本章前揭註 17，頁 146-147。



第二節 針對「法規命令」為爭訟之可能？

日本當事者訴訟在 2004 年的修正，正如本文前述¹⁹，係為了解決抗告訴訟中心主義所帶來的權利救濟缺漏。對日本而言，當事者訴訟之修正是否帶來大幅度的制度衝擊，修正至今近 10 年，尚未看到明顯的衝擊；但本文大膽認為，後續發展相當值得觀察²⁰。行政訴訟制度之重心放在行政處分之撤銷、課予義務，並不難想像，未能馬上衝擊原有制度，本屬正常之事；重要者應在於，如何妥適處理原告之權利救濟請求。換言之，關於非行政處分之其他救濟途徑，如何不因大量對於行政處分之爭訟，而受到影響。前段所述之訴訟權能有無與行政處分之判定，即是著眼於當吾人一味關注行政處分爭訟之同時，亦應注意到其他訴訟途徑之運作可能。

延續這樣的觀點，2004 年當事者訴訟修正後，本文發現到日本實務發展上，出現了為數不少的案型，其中一個便是透過當事者訴訟之確認訴訟，主張系爭法規命令²¹違反法律乃至於憲法，確認其無效之訴訟。正如本文於第三章所述，早期日本對於原告起訴主張法規命令違反法律、憲法的請求，大多認為其紛爭並不成熟²²。換言之，原告之權利現時點並沒有因為系爭法規命令本身而受有侵害。但從「紛爭成不成熟」之理由，就理論上而言，針對法規命令進行爭訟並非一律不可，只要紛爭成熟就可以提起。早期之途徑便將該法規命令視為處分，進而以抗告訴訟下之撤銷處分訴訟或是確認處分無效訴訟為爭訟。修法後則如同第三章所述，原告多以訴之客觀預備合併，先位主張抗告訴訟（無論是撤銷或確認），備位則主張請求確認系爭法規命令無效，從而原告有／無特定權力或義務。

¹⁹ 詳參本文「第三章、第二節」之說明。

²⁰ 詳參本文「第三章、第三節、參」之說明。

²¹ 本文在此為了限縮範圍，僅以行政立法行為中之法規命令為限，其他還有行政規則等行政立法行為暫且不論。實際上，行政立法行為中，屬法規命令之司法審查最具爭議性，也當然較富討論性質。

²² 詳參本文「第三章、第三節、貳、二、(一)」之說明。

除有系爭標的究竟屬一般處分或法規命令之爭議者外，事實上本文發現，縱使嗣後行政機關會有相關處分，但實際上系爭法規命令的存在的確有侵害原告權利之情形時，視角便脫離了「嗣後會不會有處分」以及「透過暫時權利保護制度處理」之層次，而必須直接面對系爭法規命令。



然而，要進一步討論日本法制發展對於我國之啟示，在我國法制下，必須先行釐清「可否」直接針對法規命令為行政爭訟？如果欲進一步探究在我國法制下，針對法規命令為爭執之行政訴訟類型究竟應定位於何處前，必須先行釐清在我國法制下，可否針對法規命令為爭訟。而在思考脈絡上，應有如下之爭議點²³：

第一個爭議點，由於我國在違憲審查上與日本有所不同。日本屬分散個案具體審查之模式²⁴，所以各級法院對於法規命令為適法性審查、合憲性審查，在我國則有爭議。因為依我國憲法第 78 條以及同法第 79 條第 2 項之規定，似乎僅指司法院大法官才有解釋憲法之權。然而，我國通說認為，依據司法院釋字第 38 號之反面解釋，亦肯定各級行政法院認為法規命令違反憲法，依據憲法 80 條規定，仍可逕自排除適用，而不須如同法律違法憲法般，依據司法院釋字第 371 號²⁵、第 572 號解釋，裁定停止訴訟程序聲請司法院大法官解釋²⁶。

從而，通說之見解使我國各級行政法院，皆可對法規命令之適法性與合憲性進行審查。惟，必須注意者，當各級行政法院認為法規命令之違法或違憲時，

²³ 本文以下僅就法院「可否」對法規命令做直接的司法審查，而不涉及「如何」審查的問題。因為關於如何審查的部分，涉及到對於行政機關基於法律授權，而裁量做出法規命令，就裁量部分司法機關的審查基準與審查密度究竟為何的問題。就此，參看：翁岳生，本章前揭註 17，頁 463-466（葉俊榮執筆部分）。黃舒苑（2011），《行政命令》，頁 98-99。台北：三民。

²⁴ 日本部分參看：長谷部恭男『憲法』406-407 頁（新世社、5 版、2012）。

²⁵ 本文認為，司法院釋字第 371 號解釋所稱之法律，應指形式意義之法律，而不包括法規命令。相同見解，參看：翁岳生（1995），〈論法官之法規審查權〉，《臺大法學論叢》，24 卷 2 期，頁 108。

²⁶ 翁岳生（1979），〈論命令違法之審查〉，氏著，《行政法與現代法治國家》，3 版，頁 123-125。台北：自刊。翁岳生，本章前揭註 17，頁 471-472（葉俊榮執筆部分）。吳庚、陳淳文（2013），《憲法理論與政府體制》，頁 616。台北：自刊。吳庚，本章前揭註 17，頁 284。陳敏，本章前揭註 11，頁 540-541。黃舒苑，本章前揭註 23，頁 100-101。莊國榮，本章前揭註 12，頁 210-211。



法院僅能排除適用，而無如同司法院大法官有一般性的廢棄權²⁷。換言之，各級行政法院若欲使系爭法規命令受到一般性宣告無效，仍僅能循釋憲途徑²⁸。

無論如何，從上述討論可知，各級行政法院在法規命令之適法性與合憲性審查上，都可以透過逕自排除適用的方式，換言之，就是附帶審查的方式，來做為個案中具體解決紛爭之方式。然而，本文所關心者，並不是透過排除適用就可以解決的問題，而是必須透過「直接」爭執法規命令之合法性（甚至合憲性）來獲得解決。換言之，就是必須跳脫「附帶審查」的思維，於是真正的問題點便在於：為何不可以直接針對法規命令為行政爭訟？

一般來說，針對法規命令進行爭訟時，原告甚至連處分都沒有，何以判斷其權利是否有受到侵害？但是本文討論了日本當事者訴訟的發展後，發現此設問似有盲點；換言之，法規命令不是不可能侵害權利，如果一味認為法規命令是一般性的適用，而不進一步探究原告是否確受權利侵害，從行政訴訟權利救濟的觀點而言，或許有些「形式主義」。從日本法的發展來看，2004年當事者訴訟之修正便是凸顯了「視角轉移」之意義，意即，有些時候系爭法規命令無待行政處分之作出，便明顯直接限制或侵害了原告之權利，此時在制度上應該要給予此種請求相應的爭訟途徑。

然而，重要者其實是何謂「直接限制或侵害了原告權利」？實際上大部分之情形是，行政機關依據法規命令作出處分，在處分尚未作出時，一般性適用的法規命令，很難說對於原告之權利有任何即時性之影響乃至於侵害。此種情形可以說是「紛爭尚未成熟」，原告根本沒有受到直接的權利侵害。實際上，真正會讓吾人有疑義者，便是系爭法規命令的確對於原告之權利有所影響，但此情況反而很可能會讓吾人進一步思考，此時是否為「一般處分」？從而，爭議點便轉向討論：系爭行政行為究竟屬法規命令，還是一般處分？

例如最高行政法院 102 年度裁字 1129 號裁定謂：

²⁷ 實際上，有論者提到，我國大法官時常將法規命令違法之問題，晉升成為違反法律保留之違憲問題，成為司法院大法官之專責。就此參看：黃舒芃，本章前揭註 23，頁 102-103。

²⁸ 就此，涉及到我國大法官是否有法規命令之違法審查權？相關爭議討論參看：黃舒芃，本章前揭註 23，頁 99（尤其是註 28 的整理）。



「系爭公告係針對多數不特定之再生能源發電設備設置者，所為一般性的抽象規範。又相對人依系爭條例第9條第1項之規定，就再生能源發電設備生產電能之躉購費率及其計算公式，以公告方式為之，乃係主管機關視各類別再生能源發電技術進步、成本變動、目標達成及相關因素，每年檢討或修正之，故系爭公告具有法規命令之反覆適用特性，應非屬行政處分…原裁定以抗告人對於非屬行政處分之系爭公告提起撤銷訴訟，其起訴即欠缺訴訟要件，依行政訴訟法第107條第1項第10款所規定不備其他要件而不能補正，以裁定駁回其訴，並無違誤」（粗體為本文所加）。

本案中最高行政法院僅將焦點放在系爭公告到底是不是一般處分，實際上是維持原審（臺北高等行政法院100年度訴字1788號裁定）之見解：

「綜上所述，系爭公告非一般行政處分。訴願決定以系爭公告非屬行政處分，不予受理，並無不合。原告對於非屬行政處分之系爭公告提起本件撤銷訴訟，其起訴即屬欠缺訴訟要件，且無從補正，應予駁回。基於先程序後實體之訴訟原則，本件起訴既為不合法，實體部分自無審究之必要」。

本文並非認為，法規命令與一般處分沒有區分之必要；而是認為，在行為定位有所爭議時，應該要進一步探究，為何法規命令不可爭訟？而非上述實務見解逕行認為系爭公告屬法規命令而非一般處分，直接以原告提起撤銷之訴屬訴訟不合法，為無法補正之情事？在日本法制之發展上，雖然針對法規命令之爭訟，早期是被歸類於「確認處分無效訴訟」下，此乃是擴大處分概念後，將行政實體法學理之法規命令也視為訴訟法上之「處分」；2004年修正後成為當事者訴訟下新增之確認訴訟之範疇。從我國的觀點上來看或許有所「奇異」，但是從這種混淆訴訟權能以及處分認定之間問題點上，反過來思考，正可發現日本法制認為針對法規命令爭訟，其實是有訴訟權能。

正如前述，法規命令在我國行政訴訟上，通說實務認為人民不可提起訴願、行政訴訟，請求抽象之法規審查，僅限於「附隨審查」，意即透過審查處分之適法性時，附帶審查系爭處分所依據的法規命令²⁹。實際上，細究上開見解，可以

²⁹ 翁岳生，本章前揭註25，頁108。翁岳生，本章前揭註11，頁472（劉宗德、彭鳳至執筆部分）。陳敏，本章前揭註11，頁540-541。黃舒凡，本章前揭註23，頁99。莊國榮，本章前揭註12，頁211。



發現，其僅是提到各級行政法院不能為「抽象」之法規審查，意即法院不能針對糾爭法規命令做出一般性宣告法規命令無效，而僅得於個案中具體排除適用。基於法安定性，各級行政法院不應有一般性廢棄法規命令之權，而應該成為釋憲客體，不是只讓法官在個案中排除適用³⁰。

由上述可知，最主要的原因或在於「法安定性」的考量，故認為無法向各級行政法院爭訟。因此，為了維護「法安定性」，通說與實務不太願意承認各級行政法院有廢棄權，僅有排除適用，進而認為一般性廢棄權之舵手，應由司法院大法官為之。總而言之，為了法安定性，法規命令不宜由各級法院一般性廢棄。

然而，本文從日本法制中發想到之啟示，發現或許重點「不再於廢棄」。換言之，本文無欲追求糾爭法規命令，是否能夠由各級行政法院一般性宣告廢棄，抑或是各級行政法院聲請司法院大法官解釋請求廢棄。反而是希望透過具體個案的個別認定，各級法院在個案中認定糾爭法規命令無效，藉以以救濟原告之權利。也許會認為，此見解或許有損及法安定性；但本文認為，如果是各級行政法院在個案中宣示糾爭法規命令無效，即僅於個案中無效，仍有審級制度把關。縱使，我國最高行政法院各庭對於糾爭法規命令違法無效，在認定上有所出入，雖然會造成個案間不公平之現象³¹；然而本文認為，法規命令（行政立法）的性質本身，運用司法權加以一般性廢棄，可能不是最好的方法。

³⁰ 有論者認為，為了要達到一般性宣告無效，其實應該要開放法規命令成為釋憲客體，而不是逕自排除適用即可。就此，參看：司法院釋字第 636 號解釋抄本（附件二：錢建榮法官釋憲聲請之補充說明書），頁 97-98。尤其注意補充說明書中「壹、一、（六）以及（七）」之部分。

³¹ 然而，我國早期學說上則有學者認為，行政確認訴訟之判決效力原則上在原告勝訴之時，有對世效，但依信賴保護原則及利益衡量原則，若反而有保護善意第三人較符合一般社會通念者，該第三人在此情形下例外不受判決效力拘束（即相對效）；就此，參看：曾華松（1997），〈行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究（下）〉，《法令月刊》，48 卷 6 期，頁 4。

本文認為，此見解似值商榷。細究該論者之論據，係受到日本「確認處分無效」訴訟，其判決效力屬對世效之影響。然本文已於「第二章、第二節、貳、二」部分說明過，日本確認處分無效訴訟與當事者訴訟之關係。



一來，透過釋憲制度可能造成釋憲機關負擔過重³²，甚至緩不濟急；二來，各級行政法院得以抽象一般性的宣告違法而無效，從功能最適以及專業性的觀點而言，行政機關乃至於立法機關可能更合適。

本文認為，以個案權利救濟的觀點出發，本是司法權之職司，各級法院在具體個案中宣告系爭法規命令違法而無效，雖然會損及個案間不平等；但是透過審級制度，作為行政訴訟終審法院之最高行政法院，依循尊重前例的精神，法安定性上真有如此大的波動？何況，法規命令多是處理行政專業性事務，常會依據社會現時點背景之不同，而變動性極大，一般性的宣告無效之意義反而不大。透過司法權在具體個案之審查，一步步與行政機關互動，在法安定性與個案權利救濟之平衡上，或許更具實益。

綜上所述，本文透過日本法制對於法規命令之爭訟討論發現，其實對於法規命令只有有侵害到人民的權利，該人民就具有訴訟權能。換言之，法規命令不是必然不能直接爭訟，真正要去探究的應該是系爭法規命令有沒有侵害到人民權利，而不是認為法規命令不能爭訟。然而，我國通說與實務皆認為法規命令只能附帶審查，本文認為便是「視角」仍停留在行政處分上。意即，除了紛爭不成熟的狀況外，例如其實侵害原告權利者為未來的處分，或許可以透過預防性不作為訴訟（給付訴訟），甚至是暫時權利保護來達到目的，也就是視角仍在處分的思考。在此之外，法規命令不是不可能侵害到人民權利，所以法規命令應可作為直接爭訟的標的。跳脫了附隨審查的其中一個框架後，便進入思考另一個框架，也就是各級行政法院不能為一般性宣告法規命令無效。本文並不認為針對法規命令一般性宣告無效是最具實效的，因為循釋憲途徑除了使釋憲機關負擔過重外，也緩不濟急。更何況，法規命令往往必須與時俱進，變動性很大，透過法院之終審確定判決與行政機關互動、對話，行政機關並適時調整違法之法規命令，或許才是最符合個案權利救濟與權力分立的意旨。最後，也就只剩下終審各庭見解不一的情形，本文認為，理想上，或許透過司法權尊重前例的模式，可以適度化解裁判見解不一所導致的個案不公平現象。

³² 王必芳（2012），〈法規命令的抽象司法審查－以法國法為中心〉，《中研院法學期刊》，11期，頁196。

第三節 確認公法上法律關係訴訟： 作為法規命令爭訟途徑之可能？



本章第一節，本文透過日本當事者訴訟在其行政訴訟制度中之定位變遷，討論了我國法院實務在行政處分認定與訴訟權能之爭議；進而於第二節中，再以日本當事者訴訟下修法新增之確認訴訟，其新進發展之一條多用於「法規命令」之司法審查。本文發現，我國行政訴訟制度上，對於法規命令之司法審查過於保守，不是囿於一般處分與法規命令之區分，就是漠視針對法規命令之爭訟可能，便逕行駁回訴訟。進而從日本法制反思我國制度，認為對於法規命令在我國法制下原告本來就可能直接提起行政訴訟，法院應該積極進一步探究原告到底有沒有訴訟權能，而不是遇到法規命令就程序駁回。

從日本法制的發展反思，延續前兩段之論點，最後本文認為應可進一步思考者，便是這種針對法規命令的訴訟，在我國法制下應該被放置在哪一個「訴訟類型」下？簡單來說，本文前述已經提及，重點不在一般性廢棄權，所以撤銷（形成）訴訟不是選項。一般給付訴訟，則屬於行政機關就系爭法規命令之不作為，或是做不好要調整或修訂。但這並不是日本法制中有的發展，至於可不可能，牽涉到的議題過廣，本文於此並不欲加以處理³³。

於是乎，就僅剩「確認訴訟」之途徑。除了與行政處分相關之確認訴訟外，似乎僅剩我國行政訴訟法第 6 條第 1 項前段第 2 種類之訴訟規定：「確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟」。所謂「公法上法律關係」，我國一般學理上多認為：

「係指具體生活事實之存在，因公法法規之規範效果，於兩以上法主體間（通常為權利義務主體）或於人與物間所生之權利義務關係。公法上法律關係之發生，可能直接基於法規，或行政處分、行政契約等法律行為或事實行為而發生者，惟無論法規、行政行為等法律行為或事實行為，均僅為法律關係發

³³ 就此，相關論述參看：程明修（2005），〈請求行政機關訂定法規命令之行政訴訟〉，司法院（編），《行政訴訟制度相關論文彙編（第 5 輯）》，頁 130。



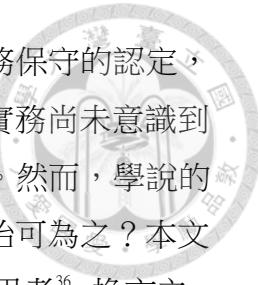
生之原因，並非法律關係本身，除別有規定外（如撤銷訴訟、處分無效確認訴訟等）外，原則上不得作為確認訴訟之確認對象³⁴」。

就本文所關注的部分，也就是直接爭對法規命令提起爭訟時，便因通說認為「無論法規、行政行為等法律行為或事實行為，均僅為法律關係發生之原因，並非法律關係本身」，而在訴訟類型的定位上遭遇到難題。雖然實際上，前揭通說見解中最後運用了「原則上不得作為…」，換言之，其實學說上並沒有說死。但實務上卻相當保守的認定，例如最高行政法院 102 年裁字 382 號裁定：

「相對人訂頒之優惠存款要點係主管機關對多數不特定人就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，既非對於特定事件之處分，其對象又非特定或可得確定之個人，自非行政處分，尚難對之提起確認無效訴訟；又所謂法律關係乃指特定生活事實之存在，因法規、行政處分或契約之規範效果，在兩個以上權利主體間所產生之權利義務關係，或產生人對權利客體間之利用關係而言，法規僅係法律關係發生的直接或間接原因之一，並非法律關係之本身，其是否有效或失效，屬於法律問題，亦不得以其存否作為確認訴訟標的；且系爭優惠存款要點是否有效係在客觀上影響不特定多數人的利益，並非直接攸關抗告人主觀的法律上利益，故抗告人以優惠存款要點無效或失效為確認訴訟標的，自非法之所許」³⁵

³⁴ 吳庚，本章前揭註 12，頁 182。翁岳生，本章前揭註 11，頁 447（劉宗德、彭鳳至執筆部分）。陳敏，本章前揭註 11，頁 1407-1408。德國法制之介紹，參看：林三欽（2012），〈行政法律關係確認訴訟之研究（研究報告）〉，行政訴訟研究會《行政訴訟之研討（二）》，頁 6-17。台北：台灣法學。葉百修、吳綺雲（1991），《德日行政確認訴訟之研究》，頁 6-19（葉百修執筆部分）。台北：司法院秘書處。Erich Eyermann, Ludwig Fröhler（著），陳敏等（譯）（2002），《德國行政法院法逐條釋義》，頁 428-436（邊碼 11-25）。台北：司法院。

³⁵ 他例：最高行政法院 99 年度裁字 3542 號裁定：「行政、教育、公營事業人員相互轉任採計年資提敘官職等級辦法係依公務人員任用法第 16 條授權訂定之抽象法規命令，抗告人稱該辦法係一般行政處分，已有誤解。抗告人援引行政訴訟法第 6 條規定，請求確認該辦法應依法執行，而「依法執行」法規命令並非所謂法律關係，故非屬得依行政訴訟法第 6 條規定「確認公法上法律關係成立或不成立」訴訟類型之對象」。同院 92 年度裁字 209 號裁定：「本件之優惠存款要點並非行政處分，已如前述；又所謂法律關係乃指特定生活事實之存在，因法規之規範效果，在兩個以上權利主體間所產生之權利義務關係，或產生人對權利客體間之利用關係而言，法規並非法律關係之本身，自不得以其存否為確認訴訟標的；故原告以優惠存款要點為確認訴訟標的，亦非法之所許，認本件抗告人之訴顯不合法為由，而裁定駁回抗告人在原審之訴」。實際上因為法規命令非法律關係本身而程序駁回之實務個案並不多，最直接的原因當然是實務運作上



便是直接以法規命令並非法律關係本身，而駁回上訴。實務保守的認定，除了因為上開原因，另一個重要原因就正如本文前一節所述，實務尚未意識到法規命令可以做為訴訟之標的，而僅停留於附帶審查之觀點下。然而，學說的「原則上…」之意，其實將爭點指向了：為何僅於例外情形時始可為之？本文與學說見解相同，認為係基於權利救濟有效性和訴訟經濟的角度思考³⁶。換言之，訴訟類型的途徑先後順序，大多時候是代表利用特定訴訟類型其實對於原告才是最具有效益的。例如基於行政處分所發生之法律關係，之所以原則上認為不依確認公法上法律關係訴訟，最重要的原因當然在於撤銷行政處分大多時候對於原告的請求才是最具有效益的，課予義務訴訟亦復如此³⁷。更何況，針對法規命令為爭訟，似乎沒有撤銷訴訟與給付訴訟之途徑可能³⁸，

實際上，本文所謂的「直接針對」法規命令，或許不夠精確；但本文使用「直接針對」僅是針對「附隨審查」之學理或實務見解而為之，本意是在於凸顯吾人實在不應該再將視角盲目地聚焦在行政處分上，法規命令也有自身成為訴訟標的之意義。本文不得不使用「直接針對」一詞，其實也會使人在閱讀上產生另一個誤解。誤認為是直接針對法規命令爭執其違法甚至違憲，而有「規範審查」之意。本文必須在此強調，自上一節本文便一直將視角放在法規命令侵害到原告權利的觀點上，意即焦點一直都在「主觀訴訟」上，而非脫離個案的抽象法規命令審查（即客觀訴訟）上。

仍難意識到法規命令可以直接進行爭訟。其他因為提起確認公法上法律關係訴訟，而因為被法院認定非屬法律關係本身的個案，除了本來就應該循其他各具效益之訴訟類型者外，實際上可能可運用確認公法上法律關係訴訟者，而須進一步探究者，便屬「事實行為」了。我國亦有論者從德國法的觀點討論此一問題，參看：林三欽，本章前揭註 34，頁 14-17。其實在日本也有相同之發展，但限於本文欲聚焦法規命令之部分，故暫且不論。

³⁶ 李建良（2011），〈環評法所稱「目的事業主管機關」的意涵與一般確認訴訟的制度本質：中科院三期確認訴訟案（下）〉，《台灣法學雜誌》，180 期，頁 20。彭鳳至（2002），〈行政訴訟種類理論與適用問題之研究〉，收於：台灣行政法學會（編），《行政命令、行政處罰、行政爭訟之比較研究》，頁 293-294。劉淑範（2003）。〈論確認訴訟之備位功能：行政訴訟法第 6 條第 3 項之意涵與本質〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 1 期，頁 63-64。

³⁷ 我國學說上似有爭議，但與本文採相同見解者，參看：彭鳳至，本章前揭註 36，頁 295。尤其注意註 42 部分之整理。

³⁸ 因為撤銷與給付訴訟之方式，本文認為應該多屬於客觀訴訟之範疇。



在日本，就本文之所見，透過當事者訴訟下新增之確認訴訟爭執系爭法規命令違法，從「請求」中便可以清楚的看到，原告皆是透過請求法院確認系爭法規命令違反法律（或憲法），進而主張其有（或無）特定之權利或義務。申言之，原告真正關心的其實在於其有（或無）特定之權利或義務³⁹。從而，雖然爭訟的標的，看起來是直接針對法規命令，但實際上是基於法規命令所形成的公法上法律關係，對於原告而言有權利侵害，故主張確認其有（或無）特定之權利或義務⁴⁰。從此觀點便可進一步說明，此確認訴訟之判決效力與一般性廢棄權力之差別。我國行政訴訟法第 216 條第 4 項準用同條第 1 項之規定，彰顯了「就其事件」有拘束各關係機關之效力；更何況確認訴訟並無同法第 215 條之適用，在確認訴訟之判決效力上，自應依循民事訴訟之法理為原則⁴¹，從而判決效力之主觀範圍即非對世效，客觀範圍也不會成為一般性廢棄。

綜上三節所述，本文從日本法制之當事者訴訟中所發現，能夠提供我國若干啟示者，正如本章代結論三節之節名所示，首先是從日本制度已存在之錯誤，揭示我國實無須走日本的後路；再者，以日本 2004 年新增當事者訴訟之確認訴訟，本文認為應值得我國進一步觀察其未來發展。然本文必須再次強調，他國法制的觀察，不應過於點狀，而應體認到整體面的脈絡；尤其對於在行政訴訟法制上與我國有所歧異之日本法制而言，更值得注意。

進而，本文便以當事者訴訟下新增之確認訴訟，修法後多用於法規命令之爭訟出發，思考在我國是否能有所啟示。本文發現，我國對於法規命令所直接造成原告權利侵害之情形，法院往往不積極進一步探究原告是否確有權利侵害，而多以程序不合法加以駁回。其背後的原因，本文認為或許在囿於「附隨

³⁹ 就此而言，早於 1991 年，便有論者整理德國法當時之發展，提出相同的觀察觀點。就此，參看：葉百修、吳綺雲，本章前揭註 34，頁 12-13（葉百修執筆部分）。

⁴⁰ 從德國法的觀點觀察，有學者主張相同見解。就此，參看：林三欽，本章前揭註 34，頁 12。另有論者認為，行政行為往往就是公法上法律關係之展現。並以行政處分為例，認為行政處分本身雖然非法律關係，但行政處分所形成的權利義務關係，即行政處分所生之權利義務得喪變更，乃至於作成行政處分之法規依據所產生之基礎法律關係，包括行政機關作成處分之權限或義務，以及人民請求作成處分之權利等，亦均屬法律關係。進而再以確認訴訟的備位性作為篩漏機制，認為如果沒有備位之必要，是不可能提起一般確認訴訟。就此，參看：李建良，本章前揭註 36，頁 19-21。

⁴¹ 吳庚，本章前揭註 12，頁 287。



審查」之觀點下；於是本文嘗試突破附隨審查，主張應積極將「視角轉換、擴大」。除此之外，法規命令的一般性效力，或許也是阻力之一。但本文認為，透過具體個案確認系爭法規命令違法無效，一方面，對於個案權利救濟有所助益；二方面，法規命令之與時俱進，變動性很大，一般性宣告廢棄可能緩不濟急，透過個案相對性宣告無效，行政與司法之密切互動、微調，可能更具實益，更貼合權力分立之意旨。至於因此而產生個案裁判間見解不一之問題，透過審級制度應可適度緩解。至於訴訟類型上，本文認為應屬我國行政訴訟法第 6 條第 1 項前段第 2 種類之「確認公法上法律關係訴訟」。部分學說與實務提到，法規命令非屬法律關係之本身，進而不符合本訴訟類型之規定。本文認為，實際上原告所主張者應為系爭法規命令所衍生之權利義務關係，其實仍屬法律關係之一環。

行政訴訟制度之意義，正如我國行政訴訟法第 1 條所示「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使」。行政活動所帶來的權利侵害，無論其行政手法為何，重心在於原告「有無權利受損」。行政訴訟類型毋寧僅是將原告權利救濟最具效益之方式，預先設計出來。訴訟類型本身並非目的，在行政活動越來越多元化的未來，吾人或許應將視野擴大，期待訴訟類型更多的可能。

參考文獻

中文部分（著者筆畫順）

一、專書

Erich Eyermann, Ludwig Fröhler (著), 陳敏等 (譯) (2002)。《德國行政法院法逐條釋義》。台北：司法院。

司法院編印 (1985-1993)。《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編（一）～（六）》，台北：司法院秘書處。

吳 庚 (2012)。《行政爭訟法》，6 版。台北：自刊。

吳 庚 (2013)。《行政之理論與實用》，12 版。台北：自刊。

吳 庚、陳淳文。《憲法理論與政府體制》。台北：自刊。

李建良 (2013)。《行政法基本十講》，4 版。台北：元照。

邱聯恭口述、許士宦整理 (2012)。《口述民事訴訟法講義（二）》。台北：自刊。

翁岳生 (2006)。《行政法（上）》，3 版。台北：元照。

翁岳生 (2006)。《行政法（下）》，3 版。台北：元照。

翁岳生（編）(2006)。《行政訴訟法逐條釋義》。台北：五南。

莊國榮 (2013)。《行政法》。台北：元照。

陳 敏 (2013)。《行政法總論》，8 版。台北：自刊。

陳榮宗、林慶苗 (2010)。《民事訴訟法（上）》，7 版。台北：三民。

黃舒芃 (2011)。《行政命令》。台北：三民。

張永健 (2013)。《土地徵收補償：理論、實證、實務》。台北：元照。

葉百修、吳綺雲 (1991)。《德日行政確認訴訟之研究》。台北：司法院秘書處。

闕銘富 (2012)。《行政訴訟權保障之現代意義：以 2004 年日本行政事件訴訟法修正為中心》。台北：台灣法學。





二、期刊論文與專書論文

王必芳（2012）。〈法規命令的抽象司法審查 — 以法國法為中心〉，《中研院法學期刊》，11期，頁 129-220。

王泰升（2010）。〈法學研究為何需要歷史思維〉，氏著，《具有歷史思維之法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁 1-38。台北：元照。

李建良（2011）。〈環評法所稱「目的事業主管機關」的意涵與一般確認訴訟的制度本質：中科三期確認訴訟案（下）〉，《台灣法學雜誌》，180期，頁 9-23。

林三欽（2012）。〈行政法律關係確認訴訟之研究（研究報告）〉，行政訴訟研究會《行政訴訟之研討（二）》，頁 5-39。台北：台灣法學。

林明昕（2006）。〈行政處分之「撤銷」〉，氏著，《公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 131-152。台北：自刊。

林明昕（2006）。〈淺論行政訴訟法上之實體裁判要件〉，氏著，《公法學之開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 319-337。台北：自刊。

林明昕（2006）。〈論行政訴訟法上之訴訟類型〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 339-377。台北：元照。

林明昕（2009）。〈論行政訴訟法第四十一條訴訟參加類型之適用範圍與功能〉，《臺大法學論叢》，38卷3期，頁 73-108。

林素鳳（2000）。〈情況判決制度〉，氏著，《行政爭訟與行政法學》，頁 123-157。桃園：中央警察大學。

林素鳳（2002）。〈日本損失補償之研究〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會（編），《當代公法新論（下）— 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 329-351。台北：元照。

林素鳳（2007）。〈情況判決制度之研究〉，《東吳公法論叢》，1卷，頁 33-48。

林素鳳（2011）。〈日本行政訴訟法制之特色與實務現況：併觀察我國十年來之實務統計〉，《警大法學論集》，21期，頁 181-210。

翁岳生（1979）。〈論命令違法之審查〉，氏著，《行政法與現代法治國家》，3版，頁 109-129。台北：自刊。

翁岳生（1995）。〈論法官之法規審查權〉，《臺大法學論叢》，24卷2期，頁 87-109。

翁岳生（2009）。〈論行政處分〉，氏著，《法治國家之行政法與司法》，2版，頁

- 1-29。台北：元照。
- 翁岳生（2009）。〈中華民國之訴願與行政訴訟制度〉，氏著，《法治國家之行政法與司法》，2版，頁229-261。台北：元照。
- 陳立夫（2005）。〈日本土地徵收制度之研究 — 以二〇〇一年修正之土地收用法為中心（國科會專題研究計畫成果報告）〉，頁1-5。
- 陳立夫（2007）。〈我國土地徵收制度上若干爭議問題之探討〉，氏著《土地法研究》，頁213-243。台北：新學林。
- 陳立夫（2007）。〈土地徵收與損失補償 — 我國土地徵收制度之現況與重要課題一〉，氏著《土地法研究》，頁245-290。台北：新學林。
- 陳立夫（2011）。〈我國土地徵收制度相關爭議問題之探討 — 以近年行政法院裁判為中心素材一〉，氏著，《土地法研究（二）》，頁195-242。台北：新學林。
- 陳立夫（2013）。〈評二〇一二年土地徵收條例修正條文〉，《月旦法學雜誌》，212期，頁82-102。
- 張惠東（2012年11月）。〈法國公私協力契約之紛爭解決〉，收錄於：《行政管制與行政爭訟學術研討會論文集》，頁4-29。
- 曾華松（1997）。〈行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究（下）〉，《法令月刊》，48卷6期，頁3-7。
- 葉俊榮、張文貞（2002）。〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查之積極趨勢〉，《人文與社會科學集刊》，14卷4期，頁515-559。
- 彭鳳至（2002）。〈行政訴訟種類理論與適用問題之研究〉，收於：台灣行政法學會（編），《行政命令、行政處罰、行政爭訟之比較研究》，頁279-318。
- 程明修（2005）。〈雙階理論之虛擬與實際〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2版，頁43-82。台北：自刊。
- 程明修（2005）。〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2版，頁83-147。台北：自刊。
- 程明修（2005）。〈行政機關函覆拒絕人民申請或舉發案件之法律性質〉，氏著，《行政法之行為與法律關係理論》，2版，頁149-175。台北：自刊。
- 程明修（2005）。〈請求行政機關訂定法規命令之行政訴訟〉，司法院（編），《行政訴訟制度相關論文彙編（第5輯）》，頁125-174。
- 程明修（2013）。〈國家賠償回歸行政訴訟審判權之日本法制經驗：原則性問題〉，

發表於：《國家賠償訴訟變革研討會》。東吳大學法律學系公法研究中心（主辦），東吳大學城中校區。頁 1-16。

黃舒菴（2009）。〈比較法作為法學方法〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 245-279。台北：元照。

黃舒菴（2009）。〈法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在台灣之繼受〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 281-305。台北：元照。

劉淑範（2003）。〈論確認訴訟之備位功能：行政訴訟法第 6 條第 3 項之意涵與本質〉，《人文及社會科學集刊》，15 卷 1 期，頁 59-112。

劉宗德（2009）。〈行政訴訟法第 12 條、第 177 條解說〉，氏著，《制度設計型行政法學》，頁 465-466。台北：元照。

三、學位論文

林明侖（2011）。《論行政指導》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

呂緯武（2010）。《行政訴訟原告適格之研究：以美國法之比較為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

陳柏霖（2011）。《論行政訴訟中之「公法上權利」— 從德國法與歐盟法影響下觀察》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

蕭于哲（2009）。《論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護：以暫時課予義務與暫時禁制為中心》，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文。

劉國讚（2008）。《專利舉發之行政程序與訴訟制度研究》，國立政治大學法學院碩士論文。



日文部分（五十音順）

一、単行本

(一) 単独著書

- 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、4版、2007）。
- 今村成和『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣 1972）。
- 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）。
- 宇賀克也『改正行政事件訴訟法：改正法の要点と逐条解説』（青林書院、2006）。
- 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』（有斐閣、3版、2009）。
- 宇賀克也『行政法概説 II 行政救済法』（有斐閣、2版、2009）。
- 遠藤博也『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011）。
- 大渕哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』（有斐閣 2003）。
- 雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、2版、1968）。
- 織田 萬『日本行政法論』（六石書房、1895）。
- 兼子 一『新憲法と司法』（国立書院、1948）。
- 小早川光郎『行政訴訟の構造』（東京大学出版会、1983）。
- 小早川光郎『行政法講義〔下Ⅱ〕』（弘文堂、2007）。
- 小早川光郎『行政法講義〔下Ⅲ〕』（弘文堂、2007）。
- 小林久起『司法制度改革概説3：行政事件訴訟法』（商事法務、2004）。
- 齋藤 浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂、2007）。
- 佐藤幸治『憲法』（青林書店、3版、1999）。
- 塙野 宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962）。
- 塙野 宏『行政法 I 行政法総論』（有斐閣、5版、2009）。
- 塙野 宏『行政法 II 行政救済法』（有斐閣、5版、2011）。
- 芝池義一『行政争訟法』（有斐閣、3版、2006）。

芝池義一『行政法總論講義』(有斐閣、4版、2007)。

新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、5版、2011)。

高木 光『事實行為と行政訴訟』(有斐閣、2001)。

高木 光『行政訴訟論』(有斐閣、2005)。

高橋宏志『重點講義 民事訴訟法 上』(有斐閣、2版、2012)。

田中二郎『新版 行政法 上巻』(弘文堂、2版、1998)。

内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過：一事務当局者の立場から 第4巻』(司法研修所、1960)。

仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007)。

園部 敏『行政法概論：特に臺灣行政法規を顧慮して』(有斐閣、1940)。

園部 敏『続行政法の諸問題』(有信堂、1955)。

橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2005)。

長谷部恭男『憲法』(新世社、5版、2012)。

原田尚彦『行政法要論』(学陽書房、7版、2012)。

人見 剛『近代法治国家の行政法学：ヴァルター・イエリネック行政法学の研究』(成文堂、1993)。

穂積八束『行政法大意』(八尾書店、1896)。

松永邦男『司法制度改革概説 1：司法制度改革推進法／裁判の迅速化に関する法律』(商事法務、2004)。

南 博方『行政裁判制度：ドイツにおける成立と発展』(有斐閣、1960)。

美濃部達吉『日本行政法：第一巻』(有斐閣、1909)。

美濃部達吉『日本行政法：第二巻』(有斐閣、1910)。

美濃部達吉『日本行政法総論』(有斐閣、1919)。

美濃部達吉『行政裁判法』(千倉書房、1929)。

美濃部達吉『公用取用法原理』(有斐閣、1936)。

美濃部達吉『行政法撮要 上巻』(有斐閣、5版、1938)。

美濃部達吉『日本行政法 上巻』(有斐閣、3版、1941)。





(二) 共著書

- 小早川光郎編『ジュリスト増刊 改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、2005)。
- 佐藤幸治ほか『司法制度改革』(有斐閣、2002)。
- 櫻井敬子、橋本博之『現代行政法』(有斐閣、2版、2006)。
- 塩野 宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(1) 日本立法資料全集5 別冊付録』(信山社、1992)。
- 塩野 宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(2) 日本立法資料全集6』(信山社、1992)。
- 塩野 宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(3) 日本立法資料全集37』(信山社、1994)。
- 塩野 宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(4) 日本立法資料全集38』(信山社、1994)。
- 塩野 宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕(5) 日本立法資料全集39』(信山社、1994)。
- 司法制度改革審議会編『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』(未出版、2001)。
- 杉村敏正、兼子 仁『現代法学全集11: 行政手続法・行政争訟法』(有斐閣、1984)。
- 田中二郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、1957)。
- 日弁連司法改革実現本部編『司法改革: 市民のための司法をめざす』(日本評論社、2005)。
- 南 博方編『条解 行政事件訴訟法』(弘文堂、1987)。
- 南 博方、高橋 滋編『条解 行政事件訴訟法』(弘文堂、3版、2009)。
- 室井 力ほか編『コンメンタール行政法II 行政事件訴訟法・国家賠償法』(日本評論社、2版、2006)。

二、論文

(一) 雜誌論文

阿部泰隆「日本行政法の最近の発展（実は滯留？）と大改革の必要性について」
自治研究 87 卷 3 号 3-23 頁 (2011)。

飯考 行「行政事件訴訟法改正過程の法社会学的分析」早稲田大学教育学部学
術研究 54 号 11-30 頁 (2006)。

石田秀博「民事訴訟法研究者からみた公法紛争における確認訴訟」法律時報
85 卷 10 号 35-40 頁 (2013)。

猪股弘貴「公法上の当事者訴訟 —『人権救済訴訟』研究序説 —」明治大学社
会科学研究所紀要 49 卷 2 号 265-305 頁 (2011)。

今村成和「事実行為の取消訴訟」北大法学論集 16 卷 2・3 号 322 頁 (1966)。

今村成和「現代の行政と行政法の理論」公法研究 30 号 116-134 頁 (1968)。

入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過：法制審議会の論議を顧みて」法律時報
34 卷 10 号 26-30 頁 (1962)。

碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（一）：最近の裁判例を中心として」自
治研究 85 卷 3 号 17-37 頁 (2009)。

碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（二）：最近の裁判例を中心として」自
治研究 85 卷 4 号 3-31 頁 (2009)。

大田匡彦「行政行為：古いからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」
公法研究 67 号 237-251 頁 (2005)。

雄川一郎「新憲法関係法令の解説（一）行政事件訴訟特例法」國家協會雑誌
62 卷 8 号 45-64 頁 (1948)。

雄川一郎「行政救済制度の基本原理」國家協會雑誌 63 卷 6 号 40-69 頁 (1949)。

雄川一郎「行政争訟制度の改革に関する諸問題」公法研究 45 号 90-113 頁 (1958)。

雄川一郎「行政訴訟の形態」ジュリスト 527 号 44-49 頁 (1973)。

雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」公法研究 45 号 121-144 頁 (1983)。

大橋洋一「都市計画の法的性格：行政法研究フォーラム— 第二次行政訴訟制
度改革の必要性（2）」自治研究 86 卷 8 号 3-30 頁 (2011)。



角松生史「行政事件訴訟法見直しにあたっての視点」自由と正義 60 卷 8 号 36-43 頁 (2009)。

齋藤 浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」自由と正義 60 卷 8 号 9-15 頁 (2009)。

齋藤 浩「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題：行政法研究フォーラム－第二次行政訴訟制度改革の必要性（1）」自治研究 86 卷 7 号 3-27 頁 (2010)。

榎原秀則「行政訴訟に関する外国法制調査：イギリス（上）」ジュリスト 1244 号 238-251 頁 (2003)。

榎原秀則「行政訴訟に関する外国法制調査：イギリス（下）」ジュリスト 1245 号 168-180 頁 (2003)。

櫻井敬子「行訴法改正について」学習院大学法学会雑誌 40 卷 2 号 347-356 頁 (2005)。

塩野 宏「行政事件訴訟法改正と行政法学：訴訟類型論から見た」民商法雑誌 130 卷 4・5 号 599-613 頁 (2004)。

芝池義一「抗告訴訟の可能性」自治研究 80 卷 6 号 3-15 頁 (2004)。

ジュリスト編集部「行政訴訟に関する外国法制調査：調査結果一覧表」ジュリスト 1250 号 144-189 頁 (2003)。

白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究 11 号 46-55 頁 (1954)。

杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報 15 卷 3 号 27-102 頁 (1963)。

杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（二）」法曹時報 15 卷 4 号 10-86 頁 (1963)。

鈴木眞澄「公法上の当事者訴訟の展開：憲法訴訟への架橋として」龍谷法学 45 卷 4 号 453-480 頁 (2013)。

田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報 34 卷 10 号 4-14 頁 (1962)。

中川丈久「行政事件訴訟法の改正：その前提となる公法学的営為」公法研究 63 号 124-142 頁 (2001)。

中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（上）」ジュリスト 1240 号 90-106 頁 (2003)。

中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（中）」ジュリスト 1241 号 78-85 頁 (2003)。

- 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-1」*ジュリスト* 1242号 90-102頁（2003）。
- 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-2」*ジュリスト* 1243号 80-112頁（2003）。
- 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査：アメリカ（下）-3」*ジュリスト* 1248号 80-90頁（2003）。
- 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」*民商法雑誌* 130卷6号 963-1017頁（2004）。
- 中村民雄「行政訴訟に関する外国法制調査：EU」*ジュリスト* 1247号 136-147頁（2003）。
- 橋本博之「平成十六年行政事件訴訟法改正後の課題：行政法研究フォーラム－第二次行政訴訟制度改革の必要性（3）」*自治研究* 86卷9号 3-21頁（2010）。
- 橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査：フランス（上）」*ジュリスト* 1236号 85-92頁（2002）。
- 橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査：フランス（下）」*ジュリスト* 1237号 226-232頁（2003）。
- 橋本博之ほか「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（上）：第二回行政法研究フォーラム」*自治研究* 79卷5号 3-26頁（2003）。
- 橋本博之ほか「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）：第二回行政法研究フォーラム」*自治研究* 79卷6号 3-49頁（2003）。
- 原田尚彦「行政法における公権論の再検討：公権を論ずる意義に関連して」*民商法雑誌* 58卷2号 3-34頁（1968）。
- 原田尚彦「抗告訴訟の対象について：処分性の拡大要因と縮小要因」*判例タイムズ* 263号 2-13頁（1971）。
- 原田尚彦「行政事件訴訟における訴えの利益」*公法研究* 37号 79-112頁（1975）。
- 藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について（1）*六甲台論集* 15卷2号 1-11頁（1968）。
- 藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について（2）*六甲台論集* 15卷3号 25-35頁（1968）。
- 藤原淳一郎「公法上の当事者訴訟」について（3）*六甲台論集* 15卷4号 124-131頁（1968）。



頁（1969）。

水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60卷8号25-35頁（2009）。

湊 二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法律時報85卷10号29-34頁（2013）。

美濃部達吉「行政上の争訟」國家協會雜誌62卷7号1-6頁（1948）。

美濃部達吉「新憲法に於ける行政と司法」法律時報20卷4号3-4頁（1948）。

美濃部達吉「憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ9號、12頁（1948）。

村上裕章「行政事件訴訟法の改正と外国法制調査」法律時報77卷3号34-38頁（2005）。

村上義弘「抗告訴訟と民事訴訟（当事者訴訟）の区別に関する一考察」公法研究45号201-219頁（1983）。

山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報76卷1号108-114頁（2004）。

山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査：ドイツ（上）」ジュリスト1238号86-106頁（2003）。

山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査：ドイツ（下）」ジュリスト1239号108-128頁（2003）。

山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雜誌130卷4・5号640-675頁（2004）。

亘理 格「行政訴訟の理論：学説的遺産の再評価という視点から」公法研究71号65-87頁（2009）。

（二）単行本／共著書の論文

阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』234-260頁（弘文堂、2003）。

阿部泰隆「公法上の実質当事者訴訟と予防接種禍訴訟」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』283-315頁（弘文堂、2003）。

阿部泰隆「公法上の当事者訴訟のあり方：法律・判例の不合理性の狭間で解釈学はどう対応すべきか」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』261-282頁（弘文堂、2003）。

阿部泰隆「形式的当事者訴訟制度の検討：土地収用法一三三条の定める損失補償請求について」『行政訴訟要件論：包括的・実効的行政救済のための解釈論』316-348頁（弘文堂、2003）。

遠藤博也「なぜか行政行為の諸分類」『行政法スケッチ』139-162頁（有斐閣、1987）。

遠藤博也「取消訴訟の原告適格」『行政訴訟法』103-126頁（信山社、2011）。

大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点 覚書」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』629-654頁（有斐閣、2012）。

大橋洋一「行政法総論から見た行政訴訟改革」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』1-24頁（有斐閣、2004）。

加藤幸嗣「公権力の行使と当事者訴訟」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題 下』177-205頁（有斐閣、1990）。

小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか『現代行政法第4巻：行政争訟I』135-167頁（有斐閣、1989）。

小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』217-245頁（有斐閣、2004）。

塩野 宏「行政過程総説」『行政過程とその統制』3-34頁（有斐閣、1989）。

塩野 宏「法治主義の諸相」『法治主義の諸相』112-140頁（有斐閣、2001）。

塩野 宏「行政裁判の課題」『法治主義の諸相』298-307頁（有斐閣、2001）。

塩野 宏「行政事件訴訟法改正論議管見」『法治主義の諸相』308-327頁（有斐閣、2001）。

芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救済法』29-46頁（有斐閣、2008）。

芝池義一「抗告訴訟に関する若干の考察」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』55-81頁（有斐閣、2004）。

鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎ほか『現代行政法大系第5巻：行政争訟』77-106頁（有斐閣、1989）。

園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」鈴木忠一、三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座9：行政訴訟1』3-26頁（日本評論社、1983）。

高木 光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか『行政法の新構想III行政救済

- 法』47-65 頁（有斐閣、2008）。
- 高柳信一「公法と私法：わが国行政法諸原理の批判的考察」高橋勇治、高柳信一編『政治と公法の諸問題』3-42 頁（東京大学出版会、1963）。
- 高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所戦後改革研修会編『戦後改革 4 司法改革』291-358 頁（東京大学出版会、1975）。
- 高柳信一「行政国家より司法国家へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論（下 II）』2193-2348 頁（有斐閣、1977）。
- 田中二郎「行政争訟の法理」『行政争訟の法理』1-127 頁（有斐閣、1969）。
- 田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限 — 司法権の限界について」『行政争訟の法理』129-150 頁（有斐閣、1969）。
- 田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」『行政争訟の法理』151-169 頁（有斐閣、1969）。
- 田中二郎「行政裁判制度改正に関する諸論点」『行政争訟の法理』371-388 頁（有斐閣、1969）。
- 田中二郎「行政裁判制度の改正案及改正意見」『行政争訟の法理』389-499 頁（有斐閣、1969）。
- 中川丈久「議会と行政、法的支配と民主制；権力の抑制から質の確保へ」磯部力ほか『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』115-166 頁（有斐閣、2011）。
- 濱 和哲「処分差止訴訟との交錯が生じ得る場面における当事者訴訟（確認訴訟）の活用について」水野武夫先生古稀記念『行政と国民の権利』113-129 頁（法律文化社、2011）。
- 原田尚彦「行政訴訟総説」雄川一郎ほか『現代行政法第4巻：行政争訟 I』103-134 頁（有斐閣、1989）。
- 人見 剛「ドイツ「行政行為」概念の日本行政法学への影響について — 第二次大戦前まで — 」高橋滋、只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』65-91 頁（国際書院、2012）。
- 宮崎良夫「行政行為の公定力（その一）：戦前における形成と展開」『行政争訟と行政法学』197-250 頁（弘文堂、1991）。
- 宮崎良夫「行政行為の公定力（その二）：戦後における展開」『行政争訟と行政法学』251-321 頁（弘文堂、1991）。

村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件：裁判例を手がかりとして」阿部泰隆
先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』733-752 頁（有斐閣、2012）。

南 博方「無効確認訴訟の訴えの利益」鈴木忠一、三ヶ月章監『新・実務民事
訴訟講座 9：行政訴訟 1』151-166 頁（日本評論社、1983）。

山田 洋「プロイセン型行政裁判制度の継承？— 明治期日本における継承と
受容」高橋滋、只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そ
して未来』93-103 頁（国際書院、2012）。

山本隆司「差止めの訴えの法定」小早川光郎、高橋滋編『詳解 改正行政事件
訴訟法』59-91 頁（第一法規、2004）。

亘理 格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか『行政法の新構想Ⅲ行政
救済法』1-27 頁（有斐閣、2008）。

三、座談会等

橋本博之ほか「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題：行政法研究フォーラム
一 第二次行政訴訟制度改革の必要性（4）」自治研究 86 卷 10 号 3-37
頁（2010）。

齋藤 浩ほか「行政事件訴訟法第二次改正シンポジウム」判例時報 2159 号 3-42
頁（2012）。

兼子一ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究 第二回」ジュリスト 67 号 25-31
頁（1954）。

四、判決例

（一）最高裁判所

最大判昭和 27 年 10 月 8 日行集 3 卷 10 号 2061 頁。

最 2 小判昭和 29 年 1 月 22 日民集 8 卷 1 号 153 頁。

最 1 小判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁。

最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 卷 6 号 1217 頁。

最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷第 12 号 1402 頁。

最 1 小判昭和 47 年 11 月 30 日民集 26 卷 9 号 1746 頁。

最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷第 10 号 1369 頁。

最 2 小判平成元年 9 月 8 日民集 43 卷 8 号 889 頁。

最 2 小判平成 3 年 4 月 19 日民集 45 卷 4 号 518 頁。

最 3 小判平成 4 年 4 月 28 日民集 46 卷 4 号 245 頁。

最 3 小判平成 9 年 1 月 28 日民集 51 卷 1 号 147 頁。

最 2 小判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷第 6 号 1661 頁。

最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷第 7 号 2087 頁。

最 2 小判平成 18 年 7 月 14 日民集 60 卷 6 号 2369 頁。

最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 卷第 8 号 2029 頁。

最 1 小判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 卷第 9 号 2124 頁。

最 1 小判平成 24 年 2 月 9 日判夕 1371 号 99 頁。

(二) 高等裁判所

東京高判昭和 29 年 3 月 10 日行集 5 卷 3 号 632 頁。

東京高判昭和 41 年 2 月 7 日民集 26 卷 9 号 1787 頁。

高松高判昭和 59 年 12 月 24 日行集 35 卷 12 号 2333 頁。

東京高判平成 15 年 1 月 30 日判夕 1124 号 103 頁。

東京高判平成 17 年 12 月 19 日判時 1927 号 27 頁。

名古屋高判平成 21 年 10 月 23 日 Lexis AS ONE。

東京高判平成 25 年 2 月 14 日 Lexis AS ONE。

(三) 地方裁判所

長野地判昭和 39 年 6 月 2 日行集 15 卷 6 号 1107 頁。

高松地判昭和 59 年 4 月 10 日判夕 521 号 264 頁。

東京地判昭和 59 年 5 月 18 日判夕 527 号 165 頁。

東京地判平成 2 年 3 月 7 日行集 41 卷 3 号 379 頁。



大阪地判平成 4 年 6 月 26 日行集 43 卷 6、7 合併号 847 頁。

東京地判平成 14 年 2 月 14 日判タ 1273 号 159 頁。

東京地判平成 14 年 3 月 26 日判タ 1099 号 103 頁。

大阪地判平成 19 年 10 月 18 日判タ 1273 号 159 頁。

大阪地判平成 20 年 1 月 16 日労判第 958 号 21 頁。

名古屋地判平成 21 年 2 月 19 日判タ 1313 号 148 頁。

東京地判平成 22 年 3 月 30 日判タ 1366 号 112 頁。

東京地判平成 23 年 11 月 18 日判地 366 号 94 頁。

東京地判平成 24 年 9 月 5 日 Lexis AS ONE。

名古屋地判平成 25 年 5 月 31 日 Lexis AS ONE。

大阪地判平成 25 年 7 月 4 日 Lexis AS ONE。

五、統計資料

最高裁判所事務総局行政局「平成 2 年度行政事件の概況」法曹時報 43 卷 8 号 145-164 頁 (1991)。

最高裁判所事務総局行政局「平成 12 年度行政事件の概況」法曹時報 53 卷 9 号 53-72 頁 (2001)。

最高裁判所事務総局行政局「平成 16 年度行政事件の概況」法曹時報 57 卷 9 号 101-123 頁 (2005)。

最高裁判所事務総局行政局「平成 17 年度行政事件の概況」法曹時報 58 卷 9 号 111-133 頁 (2006)。

最高裁判所事務総局行政局「平成 24 年度行政事件の概況」法曹時報 65 卷 9 号 39-61 頁 (2013)。

六、インターネット

司法制度改革審議会議事録：

<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/gijiroku-dex.html>。

司法制度改革審議会意見書：

<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-2.pdf>。



行政訴訟制度の見直しのための考え方：

[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangae_kata.html。](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyou/siryou/040106kangae_kata.html)

行政訴訟検討会（議事概要、議事録、配布資料）：

[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosyou.html。](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisosyou.html)

