



行政訴訟の諸類型と相互関係 : 最高裁判例にみる抗告訴訟と当事者訴訟の関係について

中川, 丈久

(Citation)

行政手続と行政救済:71-95

(Issue Date)

2015-07

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004146>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



I はじめに

1 抗告訴訟と当事者訴訟の区別への疑問

行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という）2条は、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟を総称して、「行政事件訴訟」と呼ぶ。このうち、高い汎用性をもつものが抗告訴訟と当事者訴訟である。以下、「行政訴訟」というときは、この二つに限定する。

行政訴訟として適切な訴えの方法を選び取るためには、抗告訴訟（行訴法3条）と当事者訴訟（行訴法4条）の区別を前提としたうえで、その相互関係をどう捉えるべきかを整理することが重要な出発点である——これが一般的な考え方である。わたし自身もかつてはそう考えていた。

しかし、2004年（平成16年）の行訴法改正（以下、「平成16年改正」という）後10年の経験を、それ以前の経緯とともに検討し直してみるに、現時点でわたしは、抗告訴訟と当事者訴訟を異なる訴訟類型として峻別すること自体に、根本的な疑問を抱いている。両者を区別することには、そもそも理論的根拠も解釈論の実益も認められないのではないかと考えているのである¹⁾。

簡単にわたしの見方を記しておく、まず理論的には、抗告訴訟とはつまるところ、「公権力の行使に関する不服」（行訴法3条1項）を取り扱う当事者訴訟であるというほかになく、当事者訴訟のうちのある場面のものを、抗告訴訟と呼ぶに過ぎないと考えている。なぜならば、抗告訴訟の法定類型（行訴法3条2項以下）は、いずれも、その請求の趣旨を実質的に維持したまま（つまりほぼ同じ判決主文のまま）、行訴法4条の定義どおりの当事者訴訟に変換することが可能であり、かつ、変換しても、なら

1) 詳細は、中川丈久「行政訴訟の基本構造(1)(2完)」民商法雑誌150巻1号〔2015年〕1頁、同2号〔2015年〕掲載予定を参照。

機能面での差異は生じないからである（第三者が訴えにくくなることも、本案審理が変わることもない）。このように、抗告訴訟であることの特徴が何もないのであれば、いわゆる「抗告訴訟の本質」（田中二郎および雄川一郎）²⁾は、結局のところ存在しないと言わざるを得ない。

次に、解釈論的には、こうした理論的立場をとることにより次のような影響が生じる。

第1に、抗告訴訟の訴訟要件——不服申立ての対象適格（処分性）、不服申立人適格（原告適格）その他申立ての利益（取消しの利益、無効確認の利益など）——と、当事者訴訟の訴訟要件——当事者適格および（狭義の）訴えの利益——は、体裁こそ違え、内容的には同一の判断であると解されるべきである。第2に、行政訴訟の判決手続に関する種々の規定（判決効、訴訟参加、訴えの併合など）や保全手続に関する規定（行訴法44条を含む）も、抗告訴訟と当事者訴訟の違いを過度に意識したものとならないように解釈上の工夫（ひいては立法的見直し）が必要となる。第3に、法定外（無名）抗告訴訟という概念が、もはや不要になる。抗告訴訟は、行訴法がそう呼ぶものだけであるというように列記主義的に解するほかないからである。また、いわゆる「抗告訴訟の排他的管轄」というルール——「取消訴訟の排他性」とは異なることに注意されたい³⁾——を、行訴法の解釈として導くこともできないと解することになる。

このような行訴法解釈のもとでは、抗告訴訟か当事者訴訟かの区別は、さしあたり行訴法の条文に即して結論を示すためになされてもよいという程度の、ごく形式的なものに止まる。これよりも重要なのは、法律でとくに定められた形成訴訟か（行訴法3条2項および3項の取消訴訟のみがこれにあたりと解される）、それとも、汎用的な給付・確認の訴えなのかの区別

2) 行政事件訴訟特例法における「抗告訴訟の本来の性質」を述べて、「行政権が優越的地位においてなす行政作用に対する不服の訴訟」（雄川一郎『行政争訟法』〔有斐閣、1957年〕51頁）と表現し、また、行政事件訴訟法における「抗告訴訟の抗告訴訟たるゆえん」を説明して、「行政庁の第一次的判断が明示的にしろ黙示的にしろ公権的に下されていることを前提として、これに抗議し、それによって生じた違法状態を排除する」訴え（田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第2版〕』〔弘文堂、1974年〕294頁）と表現するのが、本質論の例である。

3) 中川・前掲注1)「行政訴訟の基本構造（2完）」を参照。

のほうである。

以上のような理論的立場および行訴法解釈は、きわめて特異なものに映るかもしれない。しかしながら、戦後の行政法学説の動きを改めて辿ってみると、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を相対化する方向への作業は決して珍しいものではなかったといえることができる。しかも平成16年改正後になると、区別そのものへの懐疑が、立法論のみならず解釈論としても指摘されるようになった。とりわけ、差止訴訟（抗告訴訟）と義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の機能的重複は、平成16年改正直後から注目されていたところである。このような学説史の流れのなかでは、抗告訴訟を当事者訴訟から峻別しようとする見解（田中二郎および雄川一郎）のほうが、むしろ異例に属するとさえ思われるのである⁴⁾。

2 最高裁判例の動向

では、最高裁判例は、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をどうみてきたのだろうか。これが本稿のテーマである。

すぐに想起されるのは、いわゆる法定外（無名）抗告訴訟の許容性について判示したとされる（ことの多い）二つの最高裁判決、すなわち長野野動評事件の最一小判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁（被告は長野県）と、横川川事件の最三小判平成元・7・4判タ717号84頁（被告は高知県知事）である。実は両判決とも、抗告訴訟なのか当事者訴訟なのかを明らかにしないまま⁵⁾、訴えの利益の見地から、訴えを却下した。このような論法をとったことは、最高裁が抗告訴訟と当事者訴訟の区別に重要性を認めていないことを推測させる素材の一つである。

また、在外邦人が次回の選挙で投票することができる地位の確認訴訟を適法とした在外邦人選挙権訴訟の最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁に、判事として関わった藤田宙靖の次の発言も注目される。「〔こ

4) 行政法学説史については、中川丈久「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史——学説史の素描——」行政法研究9号〔2015年〕掲載予定で述べる。

5) 詳細は、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号〔2004年〕963頁、971頁、および小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊〔2005年〕39-40頁〔中川丈久発言〕を参照。

の訴えを] 確認訴訟として認めるのだとすると、無理に無名抗告訴訟ということでもやる必要もないので、当事者訴訟で確認訴訟とできる。しかし、当事者訴訟として確認訴訟ができるということ自体は、前から当たり前。だったら、むしろ公法上の当事者訴訟というほうが通りがいいのではなからうか」という流れで、当事者訴訟としての判決になったというのである⁶⁾。ここにも、抗告訴訟と当事者訴訟を峻別することに、特段の意義を見出さないという思考が垣間見られるのではないだろうか。

このほかにも、最高裁が、抗告訴訟と当事者訴訟の関係をどう理解してきたのかを知る手掛かりとなる判決が、いくつかある。以下ではそれらを取り上げて、最高裁判決が、第1に、行政処分の法効果(名宛人に生じた個別具体的な法律関係)に関する当事者訴訟を適法としていること(Ⅱ)、第2に、義務不存在確認訴訟と、当該義務違反を理由とする不利益処分の差止訴訟を一体的に運用していること(Ⅲ)、第3に、同じ紛争に対して、取消訴訟と当事者訴訟の双方を利用可能とする余地さえ認めていること(Ⅳ)を指摘する。そして本稿の結論として、最高裁がこれまで一貫して——1948年(昭和23年)の行政事件訴訟特例法(以下、「行特法」という)の制定から、1962年(昭和37年)の行訴法の制定を経て、平成16年改正を経た現在に至るまで——抗告訴訟と当事者訴訟を、相互排他的な訴訟類型などとは理解してこなかったのではないかということを述べる。

行政法学説では、「抗告訴訟と民事訴訟・当事者訴訟とは相互に排他的な関係に立つのであって、要するに、本条〔=行訴法3条〕1項は、この両者それぞれの所管事項ないし対象領域を、『公権力の行使』の概念によって画している⁷⁾」と説明することが多い。しかし、最高裁判例には、およそこうした考え方——わたしが「抗告訴訟の排他的管轄」と呼ぶのはこうした考え方である——を見出すことはできないと思われるのである。

6) 「藤田宙靖先生と最高裁判所(3)」法学教室402号〔2014年〕35頁、38-39頁〔藤田宙靖発言〕。

7) 室井力編『基本法コンメンタル・行政救済法』別冊法学セミナー73号〔1968年〕196頁〔小早川光郎執筆〕。

II 行政処分に關する当事者訴訟の存在

1 行政処分に關する2種類の当事者訴訟

行政処分の法効果として、名宛人には個別具体的な法律關係が生じる(例えば、原子炉設置許可処分により、その名宛人たる電力会社に原子炉を設置することができる地位が生じ、業務改善命令により、その名宛人に改善義務が生じる)。まずは、こうした法効果に關して、私人が給付や確認の当事者訴訟を提起した事件をとりあげよう。最高裁は、そのような訴えを却下するのだろうか。

この問題に対する行政法学説の反応は、おしなべて、次のようなものである。「行政処分については取消訴訟を提起しなければならない。法律關係訴訟 [= 当事者訴訟と民事訴訟を指す言葉として用いられている(筆者注)] では、行政処分を争うことはできない(ただし、無効確認はできる)。したがって、行政処分については、取消訴訟と法律關係訴訟の選択問題は『解決済み』である」^{B)}。一見すると、あたかもそのような当事者訴訟は却下されるべきであると言っているかにもみえる記述である。

しかるに最高裁判例は、そのような給付・確認の当事者訴訟を却下するのではなく、本案審理に入って請求認容か請求棄却にしている。なぜ却下しないのかを、二つの場面に分けて説明してみよう。

2 債務不履行型：行政処分に満足する者が提起する当事者訴訟

第1の場面は、行政処分の法効果として生じているはずの個別具体的な法律關係を肯定する原告が提起する当事者訴訟である。すなわち、行政処分によって国や地方公共団体等に生じたはずの債務が不履行に陥っている

B) 芝池義一「抗告訴訟と法律關係訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想II』〔有斐閣、2008年〕29頁、42頁。この記述が、「取消訴訟の排他性」を述べたに止まるものなのか、それとも「抗告訴訟の排他的管轄」にも説き及んでいるのかは必ずしも明らかでない。前者であれば、本文で掲げた給付や確認の訴えが却下されるという結論は導かれぬが、後者であれば、却下されるという結論になるであろう。この点については前掲注3)も参照。

ので、その債務を履行せよという給付の訴え（または債務存在確認の訴え）である。このような当事者訴訟を本稿では、「債務不履行型」と呼ぶことにしよう。

いわゆる在外被爆者訴訟の最高裁判決は、健康管理手当支給認定という行政処分に基づく義務（健康管理手当の支給債務）を国は履行せよという給付の訴えについて、その請求を認容したものである（最三小判平成18・6・13民集60巻5号1910頁、および最三小判平成19・2・6・民集61巻1号122頁）。これは給付訴訟であるが、原告が出国する前の時点であれば、被告が出国後の自分に支給すべき額の確認を求める当事者訴訟を提起することが考えられ、これも適法たりうることを付言しておく⁹⁾。

ここで原告が抱えているのは、行政処分の法効果そのものへの不服ではなく、行政処分の法効果が履行されないことへの不満である。そう考えるならば、本件紛争は行訴法3条1項に該当しないので、同法4条の当事者訴訟によって解決するほかなく、それゆえこの訴えが却下されないことに驚きはないであろう。

同様の訴えは、金銭支給義務以外の場面でも想定することができる。例えば、情報公開請求に対して部分開示決定がされたところ、実際に開示された文書は、部分開示決定された範囲よりも狭い部分だけであったと開示請求者が主張し、残りの文書の開示を実施する義務を確認するよう求める当事者訴訟も、適法な訴えであると思われる（この開示義務が民事執行が可能な債務と解されるのであれば、当該義務を履行せよとの給付の訴えを提起することも考えられるが、ここでは立ち入らない）。

宝塚市バチンコ条例事件（最三小判平成14・7・9民集56巻6号1134頁）は、まさにこうした債務不履行型の当事者訴訟を、私人ではなく、地方公共団体の側が提起した例である。中止命令という行政処分によって名宛人に発生しているはずの建築中止義務が不履行に陥っているため、名宛人（私人）は当該債務を履行せよという給付の訴えが提起されたのである¹⁰⁾。

9) 遺留分減殺請求を受けた原告が、目的物返還請求も価額弁償請求もされていない時点で、判決で額が確定されれば支払う意思を表明して提起した、弁償すべき額の確認を求める訴えの利益を認めた最二小判平成21・12・18民集63巻10号2900頁を参照。

いうまでもなく、宝塚市パチンコ条例事件の原告と被告は、在外被爆者訴訟のそれとは真逆である。このことを重視した最高裁は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める」べく提訴するという構図の訴えが「法律上の争訟」にあたらないこと、そのため法律上特別の根拠がなければ適法な訴えとはいえないことを指摘して、宝塚市の訴えを却下した。この「法律上の争訟」論の当否はともかくとして、訴え自体は、被告の債務不履行を理由とするごく普通の給付訴訟なのである。

なお念のため付言すると、同じく国や地方公共団体等の行政が原告となる当事者訴訟として、上記のような給付・確認の訴え以外に、形成の訴えも考えることができる。こちらは、行政処分を裁判手続化したものにあたり、宝塚市パチンコ条例事件の訴えとはまったく異なるので、区別が必要である¹¹⁾。

3 取消訴訟類似型：行政処分に不服な者が提起する当事者訴訟

第2の場面は、行政処分の法効果として生じた個別具体的な法律関係を否定する原告が、当該法律関係の不存在確認を求めて提起し、または、当該法律関係をまったく無視しつつ本来自分が得られるはずだと主張する利得の給付を求めて提起する当事者訴訟である。これは行政処分についての不服を内容とする訴えであるから、取消訴訟が使われる典型的場面である（行訴法3条2項）。そこでこれらの訴えを、「取消訴訟類似型」の給付または確認の当事者訴訟と呼ぶことができよう。

前出1で引用した叙述に照らすと、行政法学説においては、こうした取消訴訟類似型の当事者訴訟は不適法却下されるべきであるとする見解があるかもしれない。あるいはまた、この給付や確認の訴えが行政処分に関する不服を内容とすることから、法定外（無名）抗告訴訟に位置付けられる

10) 宝塚市パチンコ条例事件において、このような給付訴訟が提起された経緯については、中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法学教室375号〔2011年〕92頁、94-98頁で述べたところを参照。

11) 形成の当事者訴訟について、詳細は、中川・前掲注1)「行政訴訟の基本構造（1）」26-28頁を参照。

としたうえで（行訴法3条1項参照）、法定された取消訴訟との関係で却下されるべきだとする見解もあるかもしれない。

しかるに、そうした給付または確認の訴えを扱った最高裁判決がすくなくとも2件あり、いずれも訴えを却下せずに本案審理をしている。最高裁のみならず、原審、原原審も同様である。なぜそのような取扱いがなされるのだろうか。

2件の最高裁判決のうち、一つは、労働者災害補償保険法に基づく申請を拒否する行政処分（不給付決定）を受けた者が提起した給付の訴えについてのものである。原告は自分が法令上の要件を客観的に充足しているから、保険給付金を受け取る権利があるはずだと主張し、国を被告として、訴状記載額の金額を支払えという給付の訴えを提起したのである。

最高裁は、「労働者災害補償保険法による保険給付は、同法所定の手続により行政機関が保険給付の決定をすることによつて給付の内容が具体的に定まり、受給者は、これによつて、始めて政府に対し、その保険給付を請求する具体的権利を取得するのであり、従つて、それ以前においては、具体的な、一定の保険金給付請求権を有しないとした原判決の解釈は正当」として、請求を棄却した原審の判断を支持した（最二小判昭和29・11・26民集8巻11号2075頁）。

もう一つの最高裁判決は、不納付加算税の賦課決定処分を受けた者が、「不納付加算税359万3000円の納税義務が存在しないことを確認する」ことを求める訴えについてのものである。第一審も控訴審も、これが「実質的当事者訴訟である」と位置付けたうえで請求棄却とした。最高裁も、不納付加算税に関する上告人の「請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認すること」ができるとした（最二小判平成23・1・14民集65巻1号1頁。源泉所得税ではなく、不納付加算税の判示箇所）。

最高裁判決はなにも理由を付していないが、おそらく、「取消訴訟の排他性」——「抗告訴訟の排他的管轄」ではないことに注意——ゆえに、この確認訴訟の本案審理において、原告は賦課決定処分の違法を主張することができず（主張しても審理対象から外される）、その結果、当該処分の法効果も否定されないから、不納付加算税の納付義務は存続すると考えたの

であろう。そうするとたしかに、納税義務不存在確認請求は棄却されるほかない。

この納税義務不存在確認の訴えで、原告が本案勝訴する可能性はほぼない（後述するように、賦課決定処分¹の当然無効が認められたときは勝訴することができる）。その意味では、この確認訴訟を提起する実益は低く、賦課決定処分²の取消訴訟を提起するほうが賢いやり方である。しかし、そのことは、納税義務不存在確認の訴えを却下する理由にはならないことに注意する必要がある。

付言すると、以上のことから、供託金取戻請求却下事件の最大判昭和45・7・15民集24巻7号771頁について、次のような考察をすることができる。

その法廷意見は、供託金取戻請求の却下行為に処分性を認め、原告が提起した取消訴訟を適法とした。では、もしもこの事件で、原告が国に対して供託金の返還を求める民事訴訟を提起していたならば、どのような結論になっていただろうか。却下であろうか、それとも棄却であろうか。

入江俊郎ほかの反対意見は、「多数意見が、本件訴訟は専ら行政訴訟たる抗告訴訟（取消訴訟）によるべきであり、民事訴訟によるべきではないとし、民事訴訟の形式による訴は不適法としてこれを却下すべきであると³する点には、同調することができ〔ない〕」とする。しかし法廷意見は、そのようなことは何も述べていないように思われる。本稿で述べてきたことによれば、そのような民事訴訟が提起された場合、供託物取戻請求を認める処分がされていない以上は取戻請求権はまだ生じておらず、法廷意見のいう「民法上の寄託関係」としても国の債務不履行は生じていないから、請求を棄却するという取り扱いをしたであろうと推測される。

4 検討：抗告訴訟と当事者訴訟は峻別されているか

前項3で検討した2件の最高裁判決（昭和29年最判と平成23年最判）は、その給付や確認の訴えが当事者訴訟であるのか、それとも法定外（無名）抗告訴訟に当たるのかについて、何も言及していない。法定外（無名）抗告訴訟にしか当たらないと考えたのであればそれなりの言及や検討

がなされたであろうことに鑑みると、上記訴えを当事者訴訟と考えたか、またはどちらに位置付けても結論に違いはないと考えたのか、いずれかであろうと推測することができる。

そのいずれの場合であっても共通しているのは、最高裁が取消訴訟類似の給付又は確認の当事者訴訟でありうる訴えを却下していないこと、つまり行政処分に関する不服の当事者訴訟を、少なくとも給付や確認の訴えのときは却下しないことである。これは、「抗告訴訟の排他的管轄」という運用を、およそ採用していないことを意味すると考えられる。

最高裁はまた、抗告訴訟としての処分無効等確認訴訟（行訴法3条4項）と、処分の法効果たる法律関係の不存在確認訴訟（上述のとおり、当事者訴訟である可能性は否定されていない訴え）の区別にも頓着していないようである。すなわち、不納付加算税の賦課決定処分がされた場合の納税義務不存在確認訴訟においては、平成23年最判に関して上述したとおり、「取消訴訟の排他性」ゆえに本案主張が制限されるので、請求棄却判決がなされる公算が高いが、もしも賦課決定処分の当然無効が主張され、それが奏功していたならば、請求は認容されたはずであった。ということは、納税義務不存在の確認判決を求める訴え（当事者訴訟である可能性が否定されていない訴え）と、法定抗告訴訟としての賦課決定処分無効確認訴訟（行訴法3条4項）は、区別されていないことになる。最高裁は、そのような区別をそもそも重要な問題であるとは考えていないようであり、ここでも、「抗告訴訟の排他的管轄」という運用がまったくなされていないことがうかがわれるのである。

抗告訴訟と当事者訴訟を峻別すべきだという考え方を、以上みた二つの最高裁判決から読み取ることは極めて困難であると言わざるを得ないであろう。

Ⅲ 差止訴訟と当事者訴訟の重複

1 東京都国歌斉唱等職務命令事件

(1) 最高裁判決の概要

東京都国歌斉唱等職務命令事件の最一小判平成 24・2・9 民集 66 卷 2 号 183 頁は、平成 16 年改正によって導入された差止訴訟（行訴法 3 条 7 項）を最高裁がはじめて取り扱ったものである。この判決は、公務員懲戒処分の差止訴訟（抗告訴訟）と国歌斉唱義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の関係について興味深い素材を提供している。

本件は、都教委の教育長の通達を踏まえ、都立学校の各校長が多数の教職員に対して、入学式等の式典における国歌斉唱等を求める職務命令を出したところ、職務命令違反を理由に懲戒処分を受けた教職員らが、今後の同様の懲戒処分の差止訴訟（抗告訴訟）を提起したというものである。最高裁は、この処分の差止訴訟が行訴法 3 条 7 項及び 37 条の 4 の訴訟要件に適合する適法な訴えであることを認めた。

続いて最高裁は、この差止訴訟とともに提起された、東京都を被告とする国歌斉唱義務不存在確認訴訟を取り上げ、(i)これを「行政処分に関する不服を内容とする訴訟として構成する場合には、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置付けられるべきものである」としつつ、(ii)「昇給等に係る不利益という……行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成する場合には、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法 4 条）として位置付けることができる」ことを指摘した。そして、この訴えにつき、(i)「懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟」（法定外抗告訴訟）としては却下するが、(ii)「行政処分以外の処遇上の不利益〔＝昇給等に係る不利益（筆者注）〕の予防を目的とする……公法上の当事者訴訟」としては、「確認の利益を肯定することができる」ので「適法というべきである」とした。

(2) 検討：抗告訴訟と当事者訴訟は峻別されているか

この最判は、一見すると、抗告訴訟と当事者訴訟を峻別し、懲戒処分差止訴訟（抗告訴訟）と、「行政処分以外の処遇上の不利益」を予防するための国歌斉唱義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）を、うまく使い分けているようにみえる。他方、平成16年改正後の行政法学説では、差止訴訟（抗告訴訟）と義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の機能的重複にかんがみ、両者を峻別することには否定的な論調が多い¹²⁾。はたして平成24年最判は、抗告訴訟と当事者訴訟の関係をどう捉えたのであろうか¹³⁾。

結論からいうと、平成24年最判は、その外見とは異なり、むしろ抗告訴訟と当事者訴訟を区別する実益がゼロであることをよく示す例であり、最高裁自身もそのことをなんら否定してはいないと思われる。次の3点に着目してみよう。

第1に、本件の二つの訴えは、本案審理において重複している。懲戒処

12) 小早川光郎＝高橋滋編『詳解説行政事件訴訟法』〔第一法規、2004年〕77頁、84頁〔山本隆司執筆〕、山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号〔2005年〕45頁、47-48頁、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕〕〔弘文堂、2009年〕122頁、128頁〔山田洋執筆〕、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕〕〔有斐閣、2013年〕264頁（「行政活動の中に処分も含まれる可能性があるというだけで、抗告訴訟が排他的に適用されると解するのは適切ではない）、神橋一彦『行政争訟法』〔信山社、2012年〕287頁、292頁、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』〔有斐閣、2013年〕629頁、646-649頁など。

わたし自身も、平成16年改正直後に、両者の機能的重複を指摘し、原告が処分内容を具体的に予想してそれへの不服を申し立てたのであれば差止訴訟を、そうではなく、そもそも処分事由に該当しないことだけを争いたいのであれば確認訴訟を提起することを認めるというように、機能的に使い分けるべきではないかと述べた。中川・前掲注5)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」980-982頁。

13) 判旨が抗告訴訟と当事者訴訟の関係をどう捉えているのかについて、学説は様々な理解を示している。次注以下の本件各評釈のほか、「行政事件訴訟法第2次改正シンポジウム」判例時報2159号〔2012年〕3頁、25-27頁〔斎藤浩、阿部泰隆、小早川光郎、中川丈久の各発言〕、山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号〔2012年〕117頁、126-127頁、村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』〔有斐閣、2013年〕733頁、751-752頁などを参照。

分差止訴訟（抗告訴訟）の本案審理（そのうちの懲戒事由の有無を取り上げた箇所）は、処遇上の不利益を避けるための国歌斉唱義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の本案審理と、まったく同じである。どちらにおいても判決理由は、「本件職務命令が違憲無効であってこれに基づく公的義務が不存在であるとはいえない」と述べている。

第2に、懲戒処分差止訴訟（抗告訴訟）の訴訟要件と、国歌斉唱義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益も、同じ具体的事実を用いて判定されている。判断枠組みが同じものなのである¹⁴⁾。

行訴法が定める差止訴訟（抗告訴訟）の訴訟要件は、処分性や原告適格を別とすると、「処分がされようとしている」要件、「重大な損害」要件、補充性要件の3つである（行訴法3条7項、37条の4第1項）。判決理由は、(1)「処分がされようとしている」要件について、教育委員会による懲戒処分歴をもとに、免職処分以外の懲戒処分がなされる蓋然性を認め、(2)「重大な損害」要件については、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になること」を指摘して、差止訴訟という方法の有効適切性を肯定している。そして、(3)補充性要件については、「懲戒処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として他に適当な方法があるとは解されない」と述べる¹⁵⁾。

では、確認訴訟（当事者訴訟）の訴訟要件、すなわち確認の利益のほうはどうだろうか。民事訴訟を参考にすると、(ア)即時解決の必要性（紛争の

14) このことを指摘するものに、山本・前掲注13)「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」121-123頁、橋本博之「判批」『平成24年度重要判例解説』ジュリスト1453号51頁、52頁（「実質的に、本判決における差止訴訟の訴訟要件の解釈とパラレルな判断がなされている」）がある。

15) 付言すると、(3)の補充性要件について、「本件では懲戒処分の取消訴訟等及び執行停止との関係でも補充性の要件を欠くものではないと解される」とする判示は、不要であったと思われる。補充性という以上、同じ時点で使える他の争訟方法、つまり判旨のいう「事前救済の争訟方法」の間でのみ比較すれば十分だからである。このことを指摘するものに、野呂充「判批」民商法雑誌148巻1号72頁、88頁（「差止訴訟と同じ時点において用いることができる手段に限ってもよいのではないか」）、村上裕章「判批」判例評論651号2頁2178頁（「懲戒処分取消訴訟等については、重大な損害要件で考慮しているので、再びこの点を問題とすることには疑問がある」）がある。

現実性)と、(イ)当該確認訴訟の有効適切性(確認対象の適格性および確認判決をすることが有効適切な紛争解決方法になっているか)という二つの判断要素に分けて、確認の利益を理解することができる¹⁶⁾。そして、平成24年最判の判旨も、ちょうどこの二つの塊に分けられる。

すなわち、(ア)即時解決の必要性について、「本件職務命令……に基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分 of 処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、……昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼす」ことを認定した。そして、(イ)当該確認訴訟の有効適切性については、「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、……処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、……本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法である」と述べた。

以上のように、差止訴訟(抗告訴訟)においても、義務不存在確認訴訟(当事者訴訟)においても、その訴訟要件の判定には同じ判断枠組みが使われている。差止訴訟の(1)が義務不存在確認訴訟の(ア)に、そして(2)が(イ)にそれぞれ対応しているのである。唯一の違いは、差止訴訟の(3)、つまり補充性要件に対応する判示が、義務不存在確認訴訟には見られないことであるが、補充性は、(イ)の確認訴訟の有効適切性のなかに当然に含まれている(特段指摘すべき事情もないのであえて言及しなかった)と考えてよいであろう。

第3の着眼点は、判旨が、法定外(無名)抗告訴訟を取り上げたことの

16) 民事訴訟における「確認の訴えの利益は、原告の権利または法的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に、認められる」(新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』[弘文堂、2011年]270頁)とされている。当事者訴訟の確認の利益を、民事訴訟のそれと別異に解すべき事情は見当たらないことについて、中川・前掲注5)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」976-980頁を参照。

意図である。最高裁調査官解説によると、判旨は、平成16年改正に伴い新たに規定された法定抗告訴訟（差止訴訟など）と、従来からあった法定外（無名）抗告訴訟概念の関係について述べようとしたものだという¹⁷⁾。たしかに判決理由には、「法定」と「無名」のどちらが優先するかについての判示がみられる。しかし判旨が、「本件確認の訴えは、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置付けられるべきものと解するのが相当であり、実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したものである」（下線は筆者）と分析したくだけると、むしろ着目すべきは「実質的には」以下の判示部分である。ここでは、端的に両者の機能的重複にかんがみて、不要な訴えを却下しただけだという考えが示されているからである。

ここでいう「引き直したもの」の意味が問題であるが、懲戒処分の予防だけを視野に入れる限り、懲戒処分差止訴訟＝国歌斉唱義務不存在確認訴訟という関係ではなく、懲戒処分差止訴訟＞国歌斉唱義務不存在確認訴訟という関係で捉えられるべきである。なぜならば、懲戒処分の差止訴訟の本案審理では、懲戒事由の有無（それはさらに、国歌斉唱義務の存否や、義務違反の有無などに分かれる）のみならず、懲戒処分の選択の妥当性（処分事由に該当するとしても、なお処分選択の裁量判断が合理性を欠くか）も争点となりうるのに対して、国歌斉唱義務不存在確認訴訟の本案審理では、国歌斉唱義務の存否だけが争われるからである。義務不存在確認訴訟では、懲戒処分をするかしないか（するならばどの処分を選ぶか）、すなわち「国歌斉唱義務違反に対する懲戒処分は、最大限、戒告処分までしか認められないか」などといった争点を取り扱うことはできないのである。それゆえ、国歌斉唱義務不存在確認訴訟は、懲戒処分差止訴訟に完全に代替するわけではないが、部分的には重なる関係にある。懲戒処分の選び方まで争いたい者は差止訴訟を提起するであろうし、懲戒事由の存否だけを争点にしたい（それで紛争は解決される）と考える者にとっては、義務不存在確認

17) 岩井伸晃＝須賀康太郎「時の判例」『ジュリスト1452号』
〔2013年〕98頁、105頁。

訴訟で十分である（もちろん差止訴訟を提起してもよい）。

そうすると、懲戒処分を予防しようとしてより広汎な争点を設定できる差止訴訟がすでに提起されているときに、やはり懲戒処分を予防する目的の国歌斉唱義務不存在確認の訴えを認めて、屋上屋を架す必要はない（大が小を兼ねるから）という本判決の結論は、きわめて自然に導かれる¹⁸⁾。法定抗告訴訟か法定外（無名）抗告訴訟か、さらには当事者訴訟かなどという線引きは、なんら結論を決めているわけではないのである。そう考えれば、抗告訴訟と当事者訴訟を峻別しようとする意図をことさらに見いだす必要のない判旨であるというべきではなかろうか。

判決理由は、「法定抗告訴訟として……懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起することができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、……無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法」という、非常にまわりくどい判示をしているが、真意は、上記のように「実質的には」の判断にあると理解すればよいと考えられる。なお、この観点からすれば、判決理由が行訴法 37 条の 4 第 1 項のただし書（差止訴訟そのものの補充性要件）に言及していることへの批判があることも、首肯できる¹⁹⁾。

以上の 3 つの着目点から推測されることは、懲戒処分差止訴訟（抗告訴訟）と、国歌斉唱義務不存在確認訴訟（当事者訴訟）が重複関係にあることを、本最高裁判決はなんら否定する意図をもつものではないであろうこ

18) 橋本・前掲注 14)「判批」52 頁は、「差止訴訟が適法とされる争点につき確認判決により紛争解決を図る必要はない、という自明の事柄」であって、本件判旨が、「行政処分の法的効果を予防的に争う場合全般に確認の利益が否定されるという、公法上の確認訴訟の補充性に係る一般的命題を示したものとは言えまい」とする。
19) 行訴法 37 条の 4 第 1 項ただし書に依拠することを批判するものに、山本・前掲注 13)「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」125 頁、野呂・前掲注 15)「判批」92 頁（「同一の機能を有する法定抗告訴訟が優先するという説明で足りるのではないか」）、村上・前掲注 15)「判批」6 頁がある。これに対して、最高裁調査官の説明は、岩井＝須賀・前掲注 17)「時の判例」107 頁注 4)に示されている。

とである。処分差止訴訟と国歌斉唱義務不存在確認訴訟は、上述のとおり本案審理も訴訟要件も共通なのであるから、抗告訴訟か当事者訴訟かという区別をしてみてもなら解釈論上の実益が見出されないことを、この判決はよく示しているのではないかと思われる。判旨は、ただ単純に、行訴法の条文にあわせて抗告訴訟と当事者訴訟を使い分けただけであり、それ以上の意図はない——抗告訴訟と当事者訴訟は異質の訴訟類型であり、注意深く峻別されるべきであるなどとは考えていない——と解するのが、自然ではないかと思われる。

では、もしも本件で懲戒処分差止訴訟が提起されずに、国歌斉唱義務の不存在確認訴訟だけが提起されていたならば、どうであったらうか。

国歌斉唱義務が存在しないことを確認するという判決主文があれば、被告東京都はもはや（事情変更がない限り）、原告らに国歌斉唱義務があるという主張をすることができない。そうすると被告東京都は、国歌不斉唱を理由とする「行政処分以外の処遇上の不利益」を与えることができなくなるのみならず、懲戒処分という行政処分をすることもまた、許されないと考えられる。義務不存在確認判決は、その判決主文にかんがみると、懲戒処分を差し止める役割も果たすはずである²⁰⁾。

そうするとこのような義務不存在確認訴訟を、(i)法定外（無名）抗告訴訟や、(ii)「行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする……公法上の当事者訴訟」であるなどと、まわりくどい理解をする実益は見当たらない。国歌斉唱義務不存在確認訴訟は、懲戒処分差止訴訟の一部と重なる当事者訴訟であると同時に、「行政処分以外の処遇上の不利益」を予防することもできる当事者訴訟であると解すれば十分である。

2 医薬品インターネット販売禁止事件

(1) 最高裁判決の概要

その後、医薬品インターネット販売の是非に関して、最二小判平成25・1・11民集67巻1号1頁が出た。この最高裁判決は、委任の趣旨逸

20) 差止訴訟と義務不存在確認訴訟をどう使い分けるかについて、前掲注12)を参照。また、本件判旨について野呂・前掲注15)「判批」93頁を参照。

脱の審査方法ばかりが注目されているが、訴訟方法の点でも、大いに注目されるべきである²¹⁾。

本件第一審原告らは、医薬品販売業許可を得た事業者であり、インターネットを通じて一般用医薬品の郵便等販売を行っていた。しかし、新施行規則（省令）の施行後は、第1類および第2類医薬品についてこれを行うことができなくなったため、国を被告に、「〔薬事法の〕新施行規則の規定にかかわらず郵便等販売をすることができる権利ないし地位を有することの確認」を求める訴えを提起した。この訴えの適法性は、第一審、控訴審で認められ、最高裁では、特段の検討さえされずに認められている。

本判決が訴訟方法の点でも注目されるのは次の理由による。もしも原告らが、新施行規則に違反してインターネット販売をしていたならば、薬事法75条に基づき、知事から販売業許可の取消しや業務停止が命じられるところであった。その場合は、都道府県を被告にして当該処分差止訴訟を提起することが原告らの視野に入ったであろう。都道府県を相手にする処分差止訴訟であっても、新施行規則が薬事法の委任の趣旨に反し違法無効であるという主張をもちだすことができることは、言うまでもない。

しかし原告らは新施行規則違反の販売をしておらず、したがって知事が不利益処分をしようとしていたわけではない。そのことが理由であったかどうか定かではないが、原告は、都道府県を被告とする処分差止訴訟を提起しなかった。

このような状況のなかで最高裁判決は、国に対する当事者訴訟について確認の利益を認めている。原告らが新施行規則違反の行為をしていなくても（ただし、原告らが、新施行規則で禁止された薬品の郵便等販売をおこないたいという希望を確定的に有するという事実は必要であろう）、ただちに委任立法の違法無効を争う訴えの適法性を認めたわけである。

21) 委任立法を争うこのような当事者訴訟が認められるべきことについて、中川・前掲注5)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」991-992頁を参照。この最判の評釈で、訴訟方法に関する意義に触れるものはほとんどなく、野口貴公美「判批」法学教室394号〔2013年〕36頁、41頁が言及する程度である。なお、同「判批」は「ダイレクトアタック」に言及するが、この言葉の使い方には注意を要する。中川・前掲注1)「行政訴訟の基本構造（1）」7頁注(2)を参照。

(2) 検討：抗告訴訟と当事者訴訟は峻別されているか

ではもしも本件で、都道府県に対する処分差止訴訟が提起されていたならば、最高裁はその訴えの適法性を認めていただろうか。それとも、原告事業者がまだ新施行規則に違反していないことを理由に、「処分がされようとしている」(行訴法3条7項)にあたらないうとして訴えを却下していたであろうか。また、都道府県を被告に、郵便販売等を行うことができる権利ないし地位を有することの確認訴訟を提起していたならばどうだったであろうか。

処分権限をもたない国を被告とすると確認の利益が認められるのに、処分権限をもつ都道府県を被告とすると、まだ法令違反をしていないがゆえに訴えることができないという矛盾した事態を避けるためには、都道府県に対する差止訴訟を認めるか、確認の利益を認めるかしかないであろう。このように本件事案においては、国を被告とする地位確認訴訟だけではなく、都道府県を被告とする差止訴訟と地位確認訴訟の少なくともいずれかの適法性が認められることが予想される。どのような結論になるかは、「処分がされようとしている」要件をどう解するか次第である。

以上の推論が正しいのであれば、ここでもまた、最高裁が、抗告訴訟と当事者訴訟を異質で相互排他的なルートとして峻別するべきだという発想を持ち合わせてはいないことがうかがわれるのではないだろうか。

IV 抗告訴訟と当事者訴訟の併用

1 公立保育所廃止条例事件

一つの紛争について、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれを用いて解決してもよいという結論を示す最高裁判決が、少なくとも二つある。ここにもまた、抗告訴訟と当事者訴訟を峻別しない思考を見出すことができる。

まず、公立保育所廃止条例の制定行為に処分性を認めた最一小判平成21・11・26民集63巻9号2124頁をとりあげよう。公立保育所の一部を廃止することを定める条例(地方自治法244条の2第1項によって、公の施

設の設置及びその管理に関する事項は条例で定めることが義務付けられている)の制定行為に処分性を認め、その取消訴訟を適法とした判決である。原告は、条例で廃止される予定の公立保育所で保育を受けてきた児童とその保護者である。公立保育所が廃止されて社会福祉法人に引き継がれることに対する不満を持っており、上記条例の制定行為に対する取消訴訟を提起したのである²²⁾。

判決理由は、「特定の保育所で現に保育を受けている児童及びその保護者は、保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る法的地位を有する」と述べる。そして、「市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が、当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来す」(下線は筆者)と述べる。

このくだりから推測するに、そのような「当事者訴訟ないし民事訴訟」が不適法であるという趣旨ではなさそうである²³⁾。保育所の廃止が予告されるなどして保育が受けられなくなるおそれが生じた時点で、児童および保護者は、当該の「法的地位」を引き続き有することの確認を求める訴えを適法に提起しようという理解が、判旨の前提にあると考えられる。

そうであるならば、あえて条例の制定行為に処分性を認めなければ原告の権利救済の余地がないなどといった、切羽詰まった状態がここにあるわけではない。その点で、医療法の中止勧告や、税関通知などに処分性を認めた最高裁判決とは、まったく事情を異にするのである²⁴⁾。

22) 条例制定行為以外に、取消訴訟の対象とすべき適切な行為はなかったのかについて、中川文久「判批」『地方自治判例百選〔第4版〕』〔2013年〕66頁を参照。

23) 本件最高裁判決が、このような当事者訴訟の余地を残していると解するものに、前田雅子「判批」民商法雑誌143巻1号〔2010年〕91頁、104頁、石塚武志「判批」法学論叢168巻5号〔2011年〕85頁、95頁、高橋滋「判批」自治研究87巻2号〔2011年〕143頁、155頁がある。また、山本隆司「判例から探求する行政法」〔有斐閣、2012年〕422頁も参照。

ではなぜ、この平成 21 年最判は、わざわざ公の施設の廃止を定める条例の制定行為に処分性を認め、取消訴訟による救済の途を開こうとしたのであろうか。判旨は、取消判決の第三者効に着目して、「当事者訴訟ないし民事訴訟」の請求認容判決（おそらくは確認判決）よりも、取消判決のほうが魅力的であると説明する。すなわち、「処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法 32 条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある」と述べるのである。

その一方で、本件条例の制定行為が処分性の定義に該当するかどうかの判定作業は、他の最高裁判決と比べると、かなり雑ばくである。判決理由は、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るもの」だというに止めるのである。

「行政庁の処分と実質的に同視し得る」という、もってまわった表現が示唆するとおり、判旨は、本件条例の制定行為が行政処分の定義にどう該当するのかを明確にしていない。一般に最高裁判例は、処分性の判定にあたって、①個別具体的な法律関係を直接発生させる行為であること（法効果性）、および、②その行為が法律または自主条例によって特定の者ない

24) 最高裁判決はこれまでに、医療法に基づく中止勧告、土地区画整理法の事業計画決定、税関通知など、個別法の立法者が処分性を認めていなかったであろう行為にも、あえて処分性を認めたことがある。いずれの判決も、そこに処分性を認めないと原告の権利利益救済の余地がなくなるという切羽詰まった状態の中で下されており、裁判所が関係法令を、処分性の定義にあてはまるように再解釈するというきわめて高度なテクニックを用いたものであった。

これに対して、本文でとりあげた保育所廃止条例事件や、後述する登録免許税事件には、そのような事情がおよそ見られないので、はっきりとタイプを異にしている。こうした違いについて、中川文久「処分性をめぐる最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務大系 25 行政訴訟〔改訂版〕』（菁林書院、2012 年）139 頁で述べたところを参照。

し機関とくに付与された判断権限の行使としておこなわれるものであること（権力性）の二つの要件を充足することを求めている²⁵⁾。そうすると、第1に、保育所を廃止する条例の制定行為が、廃止予定の保育所に通う児童や保護者を名宛人として、直接的に、その「法的地位を奪う」（事実上の影響関係に止まるのではなく）かどうかの判定をすることが必要なはずである。判旨は特定の児童や保護者に対して「直接」にそのような「結果を生じさせる」と言うが、公の施設の廃止条例が当該施設について締結されている様々な契約（保守契約など）上の「地位を奪う結果を生じさせる」ことと、どう違うのかという疑問が残る。第2に、判断権限が付与されていることを示す根拠規定が必要であるが、それがどれなのか、判旨は明らかにしていない²⁶⁾。

以上のように、本件最判の処分性の認め方には、疑問が残る。しかしその引き金となったのは、この最高裁判決が、判決手続上のメリット（取消判決の第三者効）に着目して、当事者訴訟という方法のほかに、取消訴訟という方法も許容しようとしたことである。ここにはおよそ、抗告訴訟と当事者訴訟の相互排他性とか、固有の所管事項などという発想は見出されない。救済機能上のメリットがあるならば、抗告訴訟と当事者訴訟の垣根を越えて、適切な訴えの方法を利用しようという発想のほうが際立っているのである。

25) 詳細は、中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』〔有斐閣、2012年〕59頁、79-84頁を参照。

26) 地方自治法14条1項（条例制定権）や同法244の2（公の施設の条例主義）をもって、本件の条例制定行為に処分性を認める根拠規定と解することはできない。あらゆる条例の制定行為が処分とされてしまい、最高裁判例に反するからである。

残る選択肢は、児童福祉法35条3項（市町村による児童福祉施設の設置）であろう。そのうちの廃止行為のみが、行政処分ということなのかもしれない。前田・前掲注23）「判批」100頁は、「保育所廃止条例の制定行為がその実質において公用廃止行為に類するという視点が有益」と指摘する。もっとも、児童福祉法35条3項の規定振りをもって、私人の権利義務や地位についての判断権限の授権規定といえるかという、やはり違和感を否むことができない。

2 登録免許税事件

抗告訴訟と当事者訴訟の併用を認めるもう一つの最高裁判決として、登録免許税の還付拒否通知に処分性を認めた最一小判平成17・4・14民集59巻3号491頁がある。判旨は、登録免許税の過大納付分につき、国税通則法56条に基づく還付請求訴訟（当事者訴訟）と、登録免許税法31条2項に基づく還付通知請求（過大納付税額を所轄税務署長へ通知するよう納税者が登記機関に請求する手続）に対する拒否通知の取消訴訟（抗告訴訟）のいずれをも提起可能としたのである。

この事件は、登録免許税法が、自動確定する税として登録免許税を定めておきながら、同時に、登記機関に還付の要否を判断するよう求める還付通知請求手続も定めたことを、どう理解するべきかが問題となったものである²⁷⁾。最高裁は、私人に最大限に争訟機会を認めようとする考えにたつて、過大納付税額の還付請求訴訟（当事者訴訟）のほかにも、法が上記のような還付通知請求規定をおいた以上、私人はそれを契機とした訴訟（拒否通知の取消訴訟）をも提起できてしかるべきであると考えたものと思われる。判旨は、還付請求訴訟と拒否通知取消訴訟の両立を可能とするべく、「拒否通知は、登記等を受けた者に対して上記の手続上の地位を否定する法的効果を有するものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解するのが相当である」（下線は筆者）という処分性の判定をおこなったが、これも、最高裁判例における一般的な処分性の認め方からはかなり外れた判示であると言うべきであろう²⁸⁾。

ここにもまた、保育所廃止条例事件の平成21年最判と共通する発想を見て取ることができるのではないだろうか。抗告訴訟であれ当事者訴訟で

27) 本判決に反対意見が付されているように、両者の関係をどう処理するかは様々に考えられる。太田幸夫「判批」『平成17年度主要民事判例解説』（2006年）256頁、首藤重幸『平成17年度重要判例解説』（2006年）39頁、斎藤誠『租税判例百選〔第5版〕』（2011年）167頁、高木英行「処分性と税務行政」東洋法学55巻2号〔2011年〕73頁、84頁、仲野武志「判批」法学70巻2号〔2006年〕336頁、342頁、奥谷健・判例評論565号〔2006年〕169頁、172頁の指摘を参照。また、類似事件の下級審判決についての佐藤英明・判例評論451号26頁、渋谷雅弘・判例評論548号8頁も参照。

あれ、救済上のメリットがあるならば、どちらで争ってもよいとしているからである。

V おわりに

以上取り上げた最高裁判決からうかがわれることは、行政訴訟として適切な訴えの方法を選び取るときに、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれであるかにこだわることなく、機能的に有意義であればどちらであれ用いるというスタンスである。最高裁は、「抗告訴訟と当事者訴訟それぞれに固有の所管事項があり、両者は峻別されるべきである」という考えを持ってはいないというほかないと思われる。これは、平成16年改正のはるか以前の行特法時代からみられた傾向である。

そうであれば、本稿の冒頭(12)で取り上げた長野勤評事件の昭和47年最判や横川川事件の平成元年最判が、抗告訴訟としての差止訴訟の先例なのか、それとも当事者訴訟としての先例なのかを問うこと自体が無意味である。これら二つの最判に見られる訴えの利益の判定基準が、東京都国歌斉唱等職務命令事件の平成24年最判によって変更されたと考えられることだけが重要である²⁹⁾。

戦後のほぼ全ての行政法学説は、抗告訴訟の特殊性を肯定し、当事者訴訟からの峻別を出発点として議論を展開してきた。これに比べると、両者の区別にさして意義を認めない最高裁の姿勢はきわめて対照的である。最

28) 橋本博行『行政判例と仕組み解釈』[弘文堂、2009年] 19-20頁は、この最判における処分性の概念が、従前のものと異なり、「取消訴訟の排他的管轄、という古典的ドグマが薄められている」と指摘する。山本・前掲注23)『判例から探求する行政法』370頁も、従前の処分性の定義との距離を指摘する。中川文久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室370号〔2011年〕60頁、71頁(「従来の実体法的な処分性概念の枠を大きく超えている」)も参照。
29) 平成16年改正自体が、長野勤評事件の昭和47年最判等の変更を要求するものであることについては、中川・前掲注5)「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」982-985頁、山田・前掲注12)「確認訴訟の行方」47頁を参照。国歌斉唱職務命令事件の平成24年最大判が事実上判例変更しているとみるべきことについては、山本・前掲注13)「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」123-124頁を参照。

高裁判例は、行特法の時代からすでに、行政法学説とは異なる出発点に立っていたのではないかとと思われるのである。