

〈 論 説 〉

行政訴訟における排他性の論理と補充性の論理 —行政処分差止訴訟を中心とした準備的考察

高木 英行

第一章 はじめに

「行政処分（行政行為）の公定力」又は「取消訴訟の排他性」——若しくは「取消訴訟の排他的管轄」とも呼ばれる⁽¹⁾——という議論がある（行政事件訴訟法〔行訴法〕3条2項）。行政処分は仮に違法であっても、取消訴訟を通じ正式に取消されない限り⁽²⁾有効であり続ける⁽³⁾。裏返せば、違法な行政処分につき、その無効を前提に民事訴訟や当事者訴訟（行訴法4条）⁽⁴⁾を通じ争えないとの議論である（最判昭和30年12月26日：民集9巻14号2070頁）⁽⁵⁾。

この議論の正当化根拠として、「法律がせっかく取消訴訟制度を用意しているのは、この制度を使うのが便宜であるということにとどまらず、訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる」⁽⁶⁾との説明が挙げられてきた⁽⁷⁾。しかし、「重複訴訟禁止の原則からは当然」で、「奇妙な説明」などの批判⁽⁸⁾もある。

「排他性」が論じられるのは「取消訴訟」だけでない。行訴法は、「およそ『行政庁の公権力の行使に関する不服』については、すべて…抗告訴訟の形態によるべきものとし、これに、専ら人民の権利利益の救済制度としての意義をもたせようとした」との古典的見解⁽⁹⁾が示すように、取消訴訟を含む「抗告訴訟」（行訴法3条1項）に関してもそれが論じられてきた。

しかし「抗告訴訟の排他性」を理由に、行政処分が関わる不服を含む民事訴訟や当事者訴訟を不適法とする説明には、「意味不明」との批判も含め⁽¹⁰⁾多くの批判がある。とくに平成16年行訴法改正（以下単に「行訴法改正」）を通じ

当事者訴訟（とりわけ公法上の確認訴訟）の活用（行訴法4条）が促された経緯から、抗告訴訟の排他性への批判が強まっている。

とはいえ抗告訴訟の排他性が成り立つことを前提に、行訴法改正による抗告訴訟関係の改正を眺めてみよう。同改正により、取消訴訟・不作為違法確認訴訟・無効確認訴訟といった、従来からの法定抗告訴訟（同法3条2項～5項）に加え、それまで法定“外”抗告訴訟（別表現では無名抗告訴訟）とされてきた、「義務付け訴訟」や「差止訴訟」も、《法定》されることとなった（同3条6項・7項、37条の2～37条の4）。

「取消訴訟の排他性」や「抗告訴訟の排他性」から形式的に推論すれば、実質的に行政処分之差止めや義務付けを求める当事者訴訟や民事訴訟は、「差止訴訟の排他性」又は「義務付け訴訟の排他性」から不適法との命題が導かれうる。現に「差止訴訟の排他性」について⁽¹¹⁾、当事者訴訟との関係では「日の丸君が代訴訟」（最判平成24年2月9日：民集66巻2号183頁）が、民事訴訟との関係では第4次厚木基地訴訟（最判平成28年12月8日：民集70巻8号1833頁）が、それぞれ裏付けているように読める⁽¹²⁾。もっともこういった読み方に関し種々議論されてきたし、今後もされていくことだろう。

以上、行政訴訟をめぐる〈排他性の論理〉に関しては各問題次元で論じられてきた一方⁽¹³⁾、この論理そのものを一貫して考察した先行研究は（管見のかぎりでは）見受けられない。そこで本稿ではこれを対象に考察する。またこの考察に当たっては、同じく行政訴訟において頻出する〈補充性の論理〉をも併せて考察する。こうすることで両論理の関係を浮かび上がらせたいがためである。

とはいえ本稿は、関連判例⁽¹⁴⁾の詳細な検討を含め、総合的な考察をするものではない。むしろ本稿は、この種の考察に向けた《準備作業》として、関連学説の議論を整理し、基本動向を概観するに留める。以下、抗告訴訟の排他性、差止訴訟の排他性、日の丸君が代訴訟における《排他性》に係る判旨理解、また当事者訴訟の補充性、公法上の確認訴訟の補充性、同訴訟における《補充性》に係る判旨理解を通じて、両論理を考察していく。

第二章 抗告訴訟と当事者訴訟

本章は行政訴訟の基礎をなす民事訴訟法（行訴法7条）の理論を踏まえ、抗告訴訟の排他性や当事者訴訟の補充性をめぐる議論を検討する。

第一節 形成訴訟の排他性と確認訴訟の補充性

民事訴訟には給付・確認・形成の三つの訴えの種類がある⁽¹⁵⁾。形成訴訟は、一定の法律「要件に該当する事実が存在することを訴えをもって主張し、裁判所がその存在を認めて、法律関係の変動を判決で宣言し、その判決（形成判決）が確定してはじめて変動の効果が生じると取り扱う」訴訟形態で、その判決確定に至るまで「だれもその変動自体または変動があったことを前提にした法律関係の主張ができない」。

形成訴訟は、身分関係（婚姻の取消し等）や会社関係（会社解散の訴え等）など、「法律関係の安定を図る必要がある場合や多くの関係人に対して画一的な変動を必要とする場合」、個別の法律（人事訴訟法2条や会社法833条等）で規定され、判決の第三者効のほか、原告適格や出訴期間が設けられる⁽¹⁶⁾。形成訴訟に共通のメルクマールも、「形成判決の確定がないかぎり、訴えの目的たるその法律関係の変動を何人も主張し得ない（他の訴えの前提問題としても主張しえない）」点にある。「民訴法の世界では、“形成訴訟の排他性”とは呼ばれないようである。」⁽¹⁷⁾が、実質的に排他性に相当する議論である⁽¹⁸⁾。

取消訴訟は形成訴訟に属するとの通説⁽¹⁹⁾からすれば、取消訴訟の排他性は、「形成訴訟の排他性」に伝来する⁽²⁰⁾、又は、それと連動すると理解しえなくない⁽²¹⁾。他方で「抗告訴訟」には、形成訴訟たる性質をもつ取消訴訟のほか、確認訴訟たる性質をもつ不作為違法確認訴訟や無効確認訴訟、さらには給付訴訟又は形成訴訟たる性質を有する義務付け訴訟や差止訴訟⁽²²⁾も含まれる。したがって形成訴訟の排他性から直ちに抗告訴訟の排他性が認められることにはならないだろう。

しかし、「抗告訴訟」という名称で実質的に念頭に置かれてきたのが「取消

訴訟」だった沿革はともかく⁽²³⁾、「抗告訴訟」にも排他性が認められるとの議論も、第一章の古典的見解が示すように成り立ち得なくはない。もっとも排他性という、市民の「裁判を受ける権利」（憲法32条）を制約する論理を導き出すには、抗告訴訟という訴訟形態——さらには各抗告訴訟の訴訟形態⁽²⁴⁾——の理論的分析をも踏まえる必要もあろう⁽²⁵⁾。

ただその際には、「抗告訴訟」なる包括的な訴訟類型概念をどこまで重視すべきなのかも問題となる⁽²⁶⁾。なぜなら、義務付け訴訟や差止訴訟の法定化、公法上の確認訴訟の明記に伴う「救済の多様化」を通じた「抗告訴訟概念の空洞化」を踏まえ⁽²⁷⁾、「抗告訴訟という上位概念は、現段階では実務的には不要」⁽²⁸⁾との指摘もあるからである。

ところで、先の三つの訴えの種類のうち、「確認訴訟」に関しては、「確認の利益」の判断の中で、その補充性が注目されてきた⁽²⁹⁾。具体的には、「確認訴訟は、給付や形成という定型化された訴えにうまく載らない紛争について、いわばバスケットクローズ（包括条項）的な、不定形かつ最後の救済手段という機能を果たす（それゆえ、その補充性が言われる）。」ことから⁽³⁰⁾、給付訴訟や形成訴訟の提起が認められうる場合、確認訴訟の「確認の利益」は認められないといった議論である⁽³¹⁾。

行政訴訟ではこれが専ら無効確認訴訟（行訴法36条）をめぐり論じられてきた⁽³²⁾。しかし行訴法改正に伴う、公法上の確認訴訟の明文化（同法4条）を受け、新たな展開がみられる。「ある行政決定について、給付ないし形成の訴えを提起することができるのであれば（つまり、定型的な訴えの方法があるのであれば）、当該行政決定に関する確認の訴えを提起する必要はない」⁽³³⁾、又は、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益については、民事訴訟における確認の利益を基本としつつ、行政訴訟としての特性にも配慮して判断されるべき」⁽³⁴⁾という形で、注目されてきている⁽³⁵⁾。

第二節 抗告訴訟の排他性1：内容・性質

「抗告訴訟の排他性」を認めるとしても、その内容につき議論がある。例え

ば小早川光郎氏⁽³⁶⁾は、「公権力の行使たる行政庁の特定の行動・態度に関する不服」が、「ただか訴訟における請求のひとつの基礎をなしているにすぎない場合」抗告訴訟に当たらないが、「原告の請求の内容が行政庁の公権力の行使に関する不服の主張の直接の帰結にほかならないと解される場合」抗告訴訟に当たるとする⁽³⁷⁾。抗告訴訟の排他性を認めながらも、その排他性を限定する議論である⁽³⁸⁾。

また抗告訴訟の「排他性」と言っても、取消訴訟で言う「排他性」と同じ性質か、自明な事柄ではない。芝池義一氏は、行訴法上『公法上の法律関係に関する争い』であっても公権力の行使行為によって形成された法律関係に関するものは、抗告訴訟による」と解した上で、これを「抗告訴訟によるべき争いの範囲を当事者訴訟のそれに優先させている」と解しうることから、「抗告訴訟優先の原則」と呼ぶ⁽³⁹⁾。

ただし芝池氏は、この優先原則は、あくまでも「定義ないし概念のレベルの問題」で、「民事訴訟・当事者訴訟との関係において実際上認められている取消訴訟の排他性の原則とは別」とした上で、「排他性のない例えば無効確認訴訟を含む抗告訴訟全体が主観訴訟たる『行政事件訴訟』の枠内で当事者訴訟に対していわば概念上の優先性を与えられていること」が重要とも言う⁽⁴⁰⁾。また取消訴訟が問題となる場合、『抗告訴訟の優先』原則は、取消訴訟の排他性原則の下に埋もれてしまっている」と理解する⁽⁴¹⁾。

とはいえ芝池氏は、無効確認訴訟のみならず不作為違法確認訴訟や義務付け訴訟（法定外抗告訴訟）の対象となる事柄について、民事訴訟や当事者訴訟を通じて争えないことに関して、取消訴訟の排他性や出訴期間からでは説明できないとし、むしろ抗告訴訟の優先の原則によって始めて説明できるとする⁽⁴²⁾。

さらに平田和一氏⁽⁴³⁾は、「行政事件訴訟の排他的管轄」の一つとして⁽⁴⁴⁾、「民事訴訟および公法上の当事者訴訟に対する処分に関する抗告訴訟の排他的管轄」を挙げる。申請拒否処分や申請不作為につき法定抗告訴訟がない場合、当事者訴訟で争えるはずにもかかわらず、あえて法定外抗告訴訟の観念が持ち出されることから、「公権力の行使に関する抗告訴訟の排他的管轄」が前提とされて

いると言う⁽⁴⁵⁾。

その上で行訴法改正により、義務付け訴訟や差止訴訟の法定、公法上の確認訴訟が明記された一方、「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟という包括的な抗告訴訟の概念と、それを基準として行政訴訟の体系を組み立てるという制度構造」は一応そのまま維持されたことから⁽⁴⁶⁾、「行政庁の公権力の行使に関する不服」につき、抗告訴訟所管と当事者訴訟（又は当事者訴訟）所管とで区別する仕方が依然問題となると指摘する⁽⁴⁷⁾。とはいえ平田氏は、行訴法改正の趣旨につき「包括的抗告訴訟」観⁽⁴⁸⁾から「開放的抗告訴訟」観⁽⁴⁹⁾へと移行したとの認識に立ち、抗告訴訟の排他的管轄の緩和の余地を示唆する⁽⁵⁰⁾。

第三節 抗告訴訟の排他性2：批判的見解

抗告訴訟の排他性に対しては、取消訴訟の排他性以上に批判が強い。例えば行訴法改正前に、浜川清氏は、現行法が抗告訴訟に「分類概念」を越えた「独自の訴訟類型としての地位」を与えたかのようにもみえる一方⁽⁵¹⁾、「抗告訴訟の独自性や排他的管轄の根拠は、いわれるほど明確ではない。」⁽⁵²⁾、「比較法的にみても、わが国のような形で包括的概念として抗告訴訟を法定する国は見あたらない」⁽⁵³⁾と指摘していた⁽⁵⁴⁾。

また近年、中川丈久氏⁽⁵⁵⁾は、抗告訴訟と当事者訴訟の理論的な「同義性」⁽⁵⁶⁾を論証し、これを基礎に両訴訟の一体的ないし統合的な運用アプローチの必要性⁽⁵⁷⁾を論ずる中で⁽⁵⁸⁾、抗告訴訟の排他性——同氏の表現で言うと「抗告訴訟の排他的管轄」——に綿密な検討を加える⁽⁵⁹⁾。

まず中川氏は、「取消訴訟の排他性」に関して⁽⁶⁰⁾、「本案主張の制限を述べる法理」に過ぎず、『他の訴え』を却下するという帰結を生じさせるものではない。」との理解⁽⁶¹⁾の下、『取消訴訟の排他性』は、取消訴訟にのみ認められるのであって、他の抗告訴訟には認められない⁽⁶²⁾と主張する。取消訴訟以外の抗告訴訟で本案主張制限という運用が予定されていない例として、行訴法36条が、「無効確認等訴訟以外の『他の訴え』（処分の無効や存否を争点とする他の訴え）において、処分の無効事由という本案主張を制限しないことを明示して

いる」ことを挙げ、「無効確認訴訟に無効事由主張の排他性が認められないのは、行訴法36条の明文で明らか」という⁽⁶³⁾。

さらに中川氏は、「抗告訴訟の排他的管轄」と呼ぶべき法理、すなわち「行訴法3条が包括的な抗告訴訟概念を規定しているという解釈を前提に、抗告訴訟には固有の所管事項——民事訴訟や当事者訴訟では扱えない所管事項——があり、その所管事項を裁判所に持ち込もうとするときは抗告訴訟の利用が強制され、それ以外の訴えは却下されるという考え」⁽⁶⁴⁾が成り立つとすると、「およそ所管事項を誤って提起された訴えは却下されるべきだから」、「当事者訴訟と抗告訴訟の併用は認められない」と指摘し⁽⁶⁵⁾、次のように批判する。

「戦後すぐの行政法学説」が「行政裁判所の廃止に反撥して、訴訟の場における行政処分の特別扱いが必要であると強く主張し（いわゆる『司法権の限界』論）、行政処分を包括的に囲い込む場を設けようとしていた」、「抗告訴訟概念の包括化」の立場からは「抗告訴訟の排他的管轄」という解釈論が非常に重要だったとしても⁽⁶⁶⁾、その立場が「後の学説により様々に修正されているため、現在では『抗告訴訟の排他的管轄』の実益なり理論的根拠なりをどこに求めるべきかが、きわめて不明瞭である。」⁽⁶⁷⁾

また中川氏は、「最高裁判例も『抗告訴訟の排他的管轄』という取扱いを実践してきたとはいいがたい」⁽⁶⁸⁾とした上で、「『取消訴訟の排他性』のような取扱いであれば解釈論的に導出可能であるが、『抗告訴訟の排他的管轄』のごとき取扱いを解釈論的に導き出すのは相当に無理があり、その旨が法律上明示される必要がある」と指摘する⁽⁶⁹⁾。

かくして中川説は、歴史的観点⁽⁷⁰⁾並びに判例展開の観点⁽⁷¹⁾から、「抗告訴訟の排他的管轄」、またそれを通じた抗告訴訟・当事者訴訟間の相互排他的運用に対し批判する⁽⁷²⁾。

第四節 小括

本章では、『抗告訴訟の排他性』をめぐる学説を中心に論じてきた。抗告訴訟が存在する以上それを使うべきである、その存在を無視しあえて当事者訴訟

を使うべきでないとの議論である。この排他性論とともに、あるいはこの議論と裏腹に、《当事者訴訟の補充性》論も見られる⁽⁷³⁾。抗告訴訟を通じ救済が得られる以上わざわざ当事者訴訟を使うべきでないとの議論である。着眼点は異なるが、両議論とも〈抗告訴訟を適法とし当事者訴訟の不適法を導き出す〉帰結を生む。

もっとも当事者訴訟の補充性に関しては、抗告訴訟の排他性と比べると、さらには次章で紹介する、当事者訴訟の中でも「公法上の確認訴訟」に絞ったその補充性と比べると、そこまで独立した議論として明確に打ち出され、論じられてきた印象も受けない。

例えば、「抗告訴訟」概念に批判的に向き合う斎藤浩氏⁽⁷⁴⁾は、「当事者訴訟は抗告訴訟に対し補充性をもたされる」一方⁽⁷⁵⁾、行訴法36条で「抗告訴訟に位置づけられる無効確認訴訟が当事者訴訟に対し補充性をもたされることは矛盾」との「解決不能の無理」を指摘した上⁽⁷⁶⁾、無効確認訴訟を「抗告訴訟性の弱い（持たない）存在」と指摘する⁽⁷⁷⁾。当事者訴訟が無効確認訴訟を含め抗告訴訟に“劣後”する一方（当事者訴訟の補充性）、抗告訴訟の中でも無効確認訴訟が当事者訴訟に“劣後”する（抗告訴訟の補充性）矛盾を突く指摘と言えよう。

他方で斎藤氏は、「抗告訴訟の利用強制」の問題を含め「抗告訴訟中心主義」を論ずるとともに、「抗告訴訟中心主義をとれば当然当事者訴訟に抗告訴訟への補充性をもたせることになる。」とも指摘する⁽⁷⁸⁾。「当事者訴訟の補充性」を「抗告訴訟の排他性」の裏返しと捉えていると言えようか。またここで、先の「無効確認訴訟の補充性」を踏まえると、無効確認訴訟を含め抗告訴訟には排他性があり当事者訴訟に“優先”する一方、抗告訴訟の中でも無効確認訴訟には補充性があり当事者訴訟に“劣後”することになる⁽⁷⁹⁾。

とはいえ無効確認訴訟について、「抗告訴訟優先の原則によってその存在を認められた上で、行政事件訴訟法36条によって実際上は民事訴訟・当事者訴訟に一定の優先性が認められている。」⁽⁸⁰⁾との指摘を踏まえれば、無効確認訴訟の排他性とその補充性との間に必ずしも論理的な矛盾があるとまでは言えないだ

ろう⁽⁸¹⁾。

かくして、当事者訴訟と抗告訴訟との間の訴訟類型選択を考えるに当たっては、「当事者訴訟の補充性」と「抗告訴訟の排他性」という論理のみならず、《抗告訴訟の補充性》という論理をも併せて考える必要がある。

第三章 差止訴訟と公法上の確認訴訟

本章では、抗告訴訟の中でも差止訴訟に着目し、差止訴訟があることにより、実質的当事者訴訟の一種である公法上の確認訴訟がいかに判断されるのかを検討する⁽⁸²⁾。

第一節 差止訴訟の排他性と公法上の確認訴訟の補充性

市村陽典氏⁽⁸³⁾は、行訴法改正で公法上の確認訴訟の活用を促す改正があった一方、出訴期間を伴う取消訴訟の仕組みは変更されなかったこと、差止訴訟や非申請型義務付け訴訟につき重大な損害・補充性といった訴訟要件規定が設けられたことなどからすれば、「請求の形を法律関係の確認の形に引き直したとしても、これらの規定の趣旨を没却する結果になるような内容の確認の訴えは許容されていない」と指摘する⁽⁸⁴⁾。〈排他性の論理〉である⁽⁸⁵⁾。

他方で山田洋氏⁽⁸⁶⁾は、「一定の不利益処分が当然に予測されるような場合」には差止訴訟、「どのような不利益処分がなされるかが予測しにくい場合や不利益処分以外にも不利益が予測される場合など」には確認訴訟がふさわしいとする一方⁽⁸⁷⁾、「給付訴訟である差止訴訟が可能であれば確認訴訟は許されないと考えるなど、両者を排他的なものにとらえ、一方が他方に優先すると考える必要もあるまい。」として⁽⁸⁸⁾、それぞれ訴訟要件が満たされていれば、原告の選択により片方又は両方の提起が認められてもよい旨主張する⁽⁸⁹⁾。差止訴訟の排他性に否定的な姿勢である⁽⁹⁰⁾。

差止訴訟に関わって排他性が論じられてきたのと裏腹に、公法上の確認訴訟に関しては、民事訴訟における確認訴訟の議論をも踏まえ、その補充性⁽⁹¹⁾が論じられてきた。例えば碓井光明氏⁽⁹²⁾は、「抗告訴訟の途があることを理由にし

て、確認訴訟の確認の利益が否定される場合」に関し、「他のより適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には確認の利益を欠き不適法であるという、『方法選択の適切性』、ないし『補充性』の考え方によるもの」と指摘する。もっとも同氏は、「ある権利を私人が訴訟において主張しようとするときに、差止め訴訟等の抗告訴訟の途があり得るといことのみをもって、当事者訴訟を不適法とすることはできず、個別具体の事案に即して確認の利益等が問題になるとどまる」⁽⁹³⁾と指摘する。

石井昇氏⁽⁹⁴⁾も、「将来の給付を求める訴えである義務付け訴訟・差止訴訟と現在の法律関係の確認を求める実質的当事者訴訟との対比において、給付の訴えである前者が常に優先すると解するのは硬直的に過ぎる」と指摘するとともに、「紛争の実態に照らして、現在の法律関係の確認を求める訴訟によることが、当該不安・危険を除去するために直截・適切であると判断される場合には、確認の利益は肯定される」と主張する⁽⁹⁵⁾。碓井・石井両説に共通するのは、公法上の確認訴訟の補充性を緩やかに解し⁽⁹⁶⁾、差止訴訟を用いうる場合でも、その確認訴訟の提起を妨げない姿勢である⁽⁹⁷⁾。

第二節 両訴訟の役割分担のあり方1：公法上の確認訴訟の活用

第一節・第二節の諸学説を通じて窺われることは、差止訴訟の排他性であり、公法上の確認訴訟の補充性であり、その性質から機械的に結論を導くのではなく、むしろ両訴訟間の適切な役割分担を目標としながら、それらの性質を限定的に解する志向である。以下この志向を浮き彫りにする比較的最近の学説⁽⁹⁸⁾を見よう⁽⁹⁹⁾。

例えば高安秀明氏⁽¹⁰⁰⁾は、「行政による権利侵害を未然に防止する事前訴訟」として、差止訴訟のみならず、「行政訴訟としての確認訴訟（公法上の実質的当事者訴訟としての確認訴訟、無名抗告訴訟としての予防的確認訴訟）」や「民事上の差止訴訟」が考えられるほか、「事後訴訟たる取消訴訟も、一定の範囲において事前救済機能を果たしうる。」⁽¹⁰¹⁾とする。その上で、「差止訴訟の本質的性格及び法定要件からすれば、差止訴訟の適用範囲は一定の限界に服さざ

るをえない。」「国民の権利利益の実効的救済という差止訴訟の趣旨を実現するためには、差止訴訟のみならず、事前救済機能を担うその他の訴訟類型との相互補完的な活用を図ることが重要」という⁽¹⁰²⁾。

とりわけ高安氏は、公法上の確認訴訟との関連で、「給付訴訟が常に直接『公権力の行使』を対象とするのに対し、確認訴訟は、不特定の『公権力の行使』に共通の適法要件、言い換えれば、様々な『公権力の行使』の前提となる法律関係を対象にすることができる点において、紛争の抜本的解決を図ることが可能」と指摘する⁽¹⁰³⁾。

濱和哲氏⁽¹⁰⁴⁾も、「不利益処分的前提となる義務不存在確認訴訟」に関し、「不利益処分により生ずる不利益や損害、又は法的地位の不安定といったことに焦点が当たりがちであり（これも抗告訴訟中心主義の一種の弊害か。）、義務や規制そのものから生ずる不利益を『確認の利益』を基礎付ける事情として十分に取り込めてこなかった」との認識を示した上で⁽¹⁰⁵⁾、「将来の不利益処分が予定されている事案」において、「不利益処分そのものから生ずる不利益とは区別された、義務や規制そのものから生ずる不利益を、積極的に『確認の利益』を基礎付ける事情として取り込むこと」が、「差止訴訟に解消されない当事者訴訟の活用法として有効」と主張する⁽¹⁰⁶⁾。

第三節 両訴訟の役割分担のあり方2：公法上の確認訴訟の活用の限界

行政処分が何らかの形で介在しうる場合でも、公法上の確認訴訟を活用しようとする動向がある一方、行政処分の効力をダイレクトに争う、換言すれば差止訴訟を完全に代替する公法上の確認訴訟までも認められるのかという問題がある。

この問題につき下井康史氏⁽¹⁰⁷⁾は、行訴法3条が同4条に包摂されると解釈する中川丈久説⁽¹⁰⁸⁾の論理的帰結に関して、行政処分でない行政活動を争う抗告訴訟も、裁判所は「抗告訴訟という別名が付されてはいない当事者訴訟」として適法と扱い⁽¹⁰⁹⁾、行政処分の法効果を争う当事者訴訟も、裁判所は「抗告訴訟という別名が付された当事者訴訟」として適法と扱うこととなると解説す

る⁽¹¹⁰⁾。こうした議論が成り立つ限りは、行政処分の効力をダイレクトに争う公法上の確認訴訟も、ある意味成立しうることとなろう。

しかし他方で、解釈論のレベルにおいて抗告訴訟と当事者訴訟の区別を基本とする現時点での学説の多数は、行政処分の効力をダイレクトに争うか否かでもって、差止訴訟と公法上の確認訴訟の棲み分けを図ろうとしている⁽¹¹¹⁾。

例えば藤田宙靖氏⁽¹¹²⁾は、「抗告訴訟を中核とする行政事件訴訟法全体の構造を前提とする限り、同法4条の規定に『公法上の法律関係の確認に関する訴え』の一句が挿入されたことから直ちに、『公権力の行使に関する不服の訴訟』においてまで、当事者訴訟としての確認訴訟が抗告訴訟に代わる、あるいはそれと同等の位置付けを与えられるようになったと見るのは、余りにも強引な法解釈」と批判した上で、行政処分により課された義務につき、抗告訴訟に代えて、当事者訴訟としての義務不存在確認訴訟を提起することは一般的には許されないと主張する⁽¹¹³⁾。

第四節 小括

抗告訴訟の排他性と当事者訴訟の補充性が論じられてきたのと相似に、また形成訴訟の排他性と確認訴訟の補充性の議論を踏まえ、差止訴訟の排他性と公法上の確認訴訟の補充性が論じられてきた⁽¹¹⁴⁾。問題整理として大貫裕之氏⁽¹¹⁵⁾の所説に依拠することが有益だろう。大貫氏は、差止訴訟選択のための、裏返せば公法上の確認訴訟不適法のための「交通整理の方法」として三つのアプローチを示す。

「①機能的アプローチ」：「行訴37条の5の仮の差止めを用いること、および、行訴37条の4第1、2項の要件で訴の可否を判断するのが適切な場合には差止訴訟のみ認める。」

「②確認の利益アプローチ」：「確認の利益の判断の枠組みで、(方法選択の適否の要件〔補充性の要件〕によって)、差止訴訟のみを認める。」

「③抗告訴訟優先アプローチ」：「当事者訴訟に対する関係で抗告訴訟は特別の訴訟形式であるから、双方提起できるときは抗告訴訟が優先する。」

②は「公法上の確認訴訟の補充性」——差止訴訟によって救済されうるならそれを使うべきでわざわざ公法上の確認訴訟を使うべきでない——から、③は「差止訴訟の排他性」——差止訴訟がある以上それを使うべきでその存在を無視してあえて公法上の確認訴訟は使うべきでない——から、それぞれ《差止訴訟適法／公法上の確認訴訟不適法》の帰結を導くものと言えよう。また①は、差止訴訟（並びに仮の差止め）の条文、とりわけ差止訴訟に関わって規定されている補充性——公法上の確認訴訟によって救済されうるならそれを使うべきでわざわざ差止訴訟を使うべきでない——を踏まえた上で、上記帰結を導くものと言えようか⁽¹¹⁶⁾。

かくして、差止訴訟と公法上の確認訴訟の選択判断に当たっては、「差止訴訟の排他性」と「公法上の確認訴訟の補充性」のみならず、「差止訴訟の補充性」が介在してくる⁽¹¹⁷⁾。

第四章 日の丸君が代訴訟

日の丸君が代訴訟は、懲戒処分差止訴訟（法定抗告訴訟）を適法、懲戒処分を予防する目的での、職務命令に基づく公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）を「不適法」、懲戒処分以外の「処遇上の不利益」を予防する目的での、職務命令に基づく公的義務不存在確認訴訟（実質的当事者訴訟）を適法とした。

不適法の理由は、本来であれば法定抗告訴訟として争うべきところを、法定外抗告訴訟に引き直したにすぎず、法定外抗告訴訟の補充性要件を欠くとのことである。本判決では、抗告訴訟（差止訴訟）と当事者訴訟（公法上の確認訴訟）間での排他性と補充性と並んで、法定抗告訴訟と法定外抗告訴訟間での排他性と補充性も問題となる。以下前者の問題を第一節で、後者の問題を第二節・第三節でみていく。

第一節 差止訴訟の排他性と公法上の確認訴訟の補充性

山本隆司氏⁽¹¹⁸⁾は、抗告訴訟と当事者訴訟とを連続的に捉える理解を好意的

に受け止めつつも⁽¹¹⁹⁾、「改正行訴法が差止訴訟を特別に法定した以上、何らかの区別は必要」として⁽¹²⁰⁾、「懲戒処分 of 法効果にあたる法関係を対象にした訴訟であれば、当事者訴訟でなく抗告訴訟と解すべき」と指摘する⁽¹²¹⁾。この観点から、「例えば、停職処分差止訴訟の代わりに、本件職務命令に対する違反行為があった場合にも勤務を継続できる地位の確認を求める訴え」は許されないとする。

他方で日の丸君が代訴訟のように、「公的義務を訴訟物または訴訟要件のレベルで、一部分は抗告訴訟の対象になるものと分断し、実効的な権利保護および紛争解決の観点からデメリットを発生させることは、行訴法の趣旨に反するのみならず、理論上も不当」と指摘する⁽¹²²⁾。公法上の確認訴訟との関係で、「差止訴訟の排他性」の成立の余地を認めつつも、その排他性の行き過ぎを注意深く避けようとしている⁽¹²³⁾。

石田秀博氏⁽¹²⁴⁾によると、日の丸君が代訴訟の、「処分の予防を目的とする場合には、抗告訴訟によるべき」との考えも、「予防を求める対象が異なるという観点からは、それなりに理由がある」一方、「処分の予防に関しても確認訴訟の途を開いておくべき」と言う。その上で、「紛争の実態から見て、確認訴訟に差止め訴訟と重ならない独自の意義が認められる場合には、確認の利益が認められる余地を残しておく」ことを主張する⁽¹²⁵⁾。差止訴訟との関連で「公法上の確認訴訟の補充性」を緩める試みである⁽¹²⁶⁾。

第二節 法定抗告訴訟との関係での法定外抗告訴訟の補充性

法定外抗告訴訟も抗告訴訟だから、法定抗告訴訟と同様、当事者訴訟との関連で、「抗告訴訟の排他性」が論じられうる⁽¹²⁷⁾。現に日の丸君が代訴訟でも、懲戒処分を予防する目的での、職務命令に基づく公的義務不存在確認訴訟が、当事者訴訟としてではなく法定外抗告訴訟として受け止められている⁽¹²⁸⁾。

抗告訴訟（法定並びに法定外）と当事者訴訟の間でのみならず、《抗告訴訟内部》、すなわち法定抗告訴訟と法定外抗告訴訟の間でも排他性が論じられうる。他方で法定抗告訴訟が法定外抗告訴訟の「補充性」判断⁽¹²⁹⁾に与える影響

も論じられうる⁽¹³⁰⁾。後者からみていこう。

例えば宇賀克也氏⁽¹³¹⁾は、日の丸君が代訴訟に関して、「法定抗告訴訟と同じ目的を達することができる場合には、あえて法定外抗告訴訟を認める必要はないという理由」から⁽¹³²⁾、「法定外抗告訴訟の法定抗告訴訟に対する補充性」を認めたと解する⁽¹³³⁾。調査官解説⁽¹³⁴⁾も、職務命令違反を理由とする懲戒処分差止訴訟（法定抗告訴訟）の本案で、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、この差止訴訟との関係で公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）は補充性要件を欠き、不適法と解する⁽¹³⁵⁾。

同解説⁽¹³⁶⁾は、この補充性が「行訴法における法定抗告訴訟の定め趣旨及びその位置付け等から論理的に導かれる解釈上の要件」であるのみならず、本件公的義務不存在確認訴訟が実質的には懲戒処分差止訴訟に引き直したものであるから、その補充性判断に当たって、差止訴訟「との関係での補充性も実質的な考慮の対象に含まれる」と指摘する。

また同解説は、判決理由中の「行訴法37条の4第1項ただし書」への言及も、同ただし書の「趣旨」が法定外抗告訴訟としての「補充性に係る考慮の要素として言及されている」と説明する。公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）の補充性を、従来から論じられてきた法定外抗告訴訟の補充性（例外三要件の一つ）⁽¹³⁷⁾からだけでなく、行訴法改正により定められた、法定抗告訴訟たる差止訴訟の補充性との関係（類推関係）からも根拠づける⁽¹³⁸⁾。

人見剛氏⁽¹³⁹⁾も、日の丸君が代訴訟における公的義務不存在確認訴訟について、「従来の無名抗告訴訟の許容要件論…からすると法定抗告訴訟との関係で補充的なもの」と位置づける。その理由として、差止訴訟（法定抗告訴訟）には仮の救済として仮の差止め（行訴法37条の5）があるのに対し、公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）にはそれに類する仮の救済がないので、前者が後者より「実効的な権利救済手段たり得る」とする。

もっとも人見氏は、前者の仮の救済規定を後者にも「類推適用」しうるとし、「複数の公権力の行使に共通の実体法上の法律関係を対象としてその適否を争うことができる確認訴訟は、紛争の抜本的解決に資する利点が認められ

る」から、前者との関係で後者を「常に補充的なものと位置づけるべきではない」とも指摘する。法定外抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）の補充性を一般論としては認めながらも、法定抗告訴訟（差止訴訟）にはない法定外抗告訴訟の利点に着目し、その補充性を緩やかに解釈する試みである。

第三節 法定外抗告訴訟との関係での法定抗告訴訟の排他性

「法定外抗告訴訟の補充性」を超え、「法定抗告訴訟の排他性」を論ずる向きが従来からあった⁽¹⁴⁰⁾。例えば芝池義一氏⁽¹⁴¹⁾は、「行訴法3条2項以下の規定は、抗告訴訟の具体的な形態を明確化すると同時に、それを枠づけるという役割を持っている」とした上で、「学説・裁判例を見れば、さらに『法定外抗告訴訟に対する法定抗告訴訟の優先』ともいうべき現象が見られる」と指摘する（ただし同氏は、「法定外抗告訴訟の適用余地の限定は行政事件訴訟法の規定からの論理的な帰結ではない。」とも指摘する）。

また山本隆司氏⁽¹⁴²⁾は、法定外（無名）抗告訴訟としての確認訴訟よりも、給付訴訟である差止訴訟の方が有効適切であるという理由で確認の利益を否定する「確認訴訟の補充性」に基づく議論は、「通常の給付判決と異なり処分の差止判決には執行力がない」ことを踏まえると「形式論」に過ぎる一方、「行訴法が法定する差止訴訟の要件の適用を免れるために、訴えを無名抗告訴訟としての確認訴訟の形式に引き直すのは許されない」と言う⁽¹⁴³⁾。「確認訴訟（法定外抗告訴訟）の補充性」ではなく、「差止訴訟（法定抗告訴訟）の排他性」でもってその確認訴訟を不適法にする旨示唆する。

さらに日の丸君が代訴訟で、法定外抗告訴訟としての確認訴訟の訴訟要件として、行訴法37条の4第1項のただし書を「わざわざ援用する必要はなかった」、のみならず、本件は同ただし書が適用される場合——「差止訴訟とは別の権利保護の制度が差止訴訟と同等以上に実効性をもつと制度上カテゴリー的に評価できる場合」——ではないので⁽¹⁴⁴⁾、その援用は「不適切」とも指摘する⁽¹⁴⁵⁾。「差止訴訟（法定抗告訴訟）の補充性」からの類推をも論拠に、「公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）の補充性」を裏付けることへの批判で

ある。

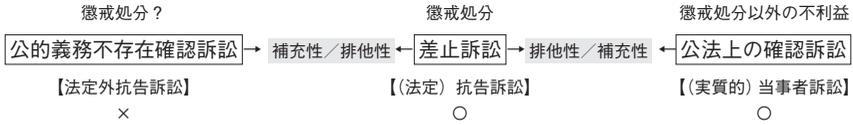
野呂充氏⁽¹⁴⁶⁾も、法定外（無名）抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟につき、「差止訴訟について定められた補充性の要件と同様の要件を無名抗告訴訟としての確認訴訟が充たす必要があるという説示はわかりにくい。」と批判し⁽¹⁴⁷⁾、「同一の機能を有する法定抗告訴訟が優先するという説明で足りる」と指摘する⁽¹⁴⁸⁾。ここで言う「説明」は、差止訴訟の排他性として論じてきた内容と実質的に同じ内容を意味しているように思われる。

仲野武志氏⁽¹⁴⁹⁾は、「行訴法を制定した積極の意味は、（抗告訴訟全体を通じてでなくその主たる類型ごとであるが）特に訴訟要件を設けて各種の法定抗告訴訟（無効確認訴訟を除く。以下同じ。）を規定した点にこそある」とした上で、「特に訴訟要件を設けて法定抗告訴訟が規定された結果、法定抗告訴訟と不服を同じくする別種の訴え（以下『重複訴訟』という。）を提起することは禁じられる。」と指摘する。またこの文脈で日の丸君が代訴訟も理解する⁽¹⁵⁰⁾。法定抗告訴訟の排他性ではなく、重複訴訟の禁止（第一章で紹介した所説も参照）から、同様の帰結を導いていると言えようか⁽¹⁵¹⁾。

第四節 小括

本章では、日の丸君が代訴訟をめぐる学説を手掛かりに、行政訴訟における排他性の論理と補充性の論理の展開を見てきた。差止訴訟（抗告訴訟）の排他性と公法上の確認訴訟（当事者訴訟）の補充性との間で論理的交錯があった。また、差止訴訟（法定抗告訴訟）の排他性と公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）の補充性との間でも論理的交錯があった。それゆえ同訴訟は、《二重の》論理的交錯の下、訴訟類型の選択判断がされたと理解せねばならない。参考までに差止訴訟を中心にこの交錯を図式化する。

〈日の丸君が代訴訟の構図〉



日の丸君が代訴訟を受け、学説では、差止訴訟の排他性により公法上の確認訴訟が不適法になるのは、行政処分の直接の法的効果に関わって確認を求めるような場合へ厳格に解釈する一方、処分差止請求では救済にならない不利益を防ぐ救済手段として公法上の確認訴訟を活用するため、その確認訴訟の補充性を柔軟に解釈する動向にある。他方学説では、処分を実質的に差し止めるような、法定外抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟に関し、法定外抗告訴訟の補充性の文脈でその不適法を論ずることに限界を感じ、むしろ法定抗告訴訟の排他性の文脈でその不適法を論じていく端緒が認められる⁽¹⁵²⁾。

かくして日の丸君が代訴訟は、差止訴訟（抗告訴訟）との関係で公法上の確認訴訟（当事者訴訟）の余地を認めた、また差止訴訟（法定抗告訴訟）との関係で公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）を不適法としたというその表面上の解釈論的な意義を超えて、それらの背景にある《排他性と補充性の論理的交錯》に関する理解の必要性和、それを通じ訴訟類型間の役割分担を考える必要性和を浮き彫りにしたという、行政訴訟に係る法的規律をめぐるより一般的な理論的意義もあるのではないと思われる。

第五章 むすびにかえて

本稿は、形成訴訟の排他性や確認訴訟の補充性といった民事訴訟法における議論を踏まえつつ、抗告訴訟の排他性、なかでも差止訴訟の排他性を、また当事者訴訟の補充性、なかでも公法上の確認訴訟の補充性を中心に扱い、日の丸君が代訴訟を素材に、これら排他性と補充性間での論理的交錯を浮き彫りにしてきた。ここで急いで確認すべきことは、差止訴訟を含め抗告訴訟にのみ排他性が認められるのでも、公法上の確認訴訟も含め当事者訴訟にのみ補充性が認められるのでもないことである。

むしろ、法定抗告訴訟につき「補充性」が論じられる場合も、また逆に（本稿では検討できなかったが）当事者訴訟⁽¹⁵³⁾につき「排他性」が論じられる場合もある⁽¹⁵⁴⁾。したがって、《抗告訴訟・当事者訴訟》と《排他性・補充性》は、それぞれ交差し議論されうる。さらに本稿では、法定抗告訴訟と同様、「法定外」抗告訴訟においても、当事者訴訟との関係で排他性が論じられうる点言及したが、これと裏腹に、当事者訴訟との関係で法定外抗告訴訟の「補充性」が論じられる場合もある⁽¹⁵⁵⁾。加えて本稿は、法定抗告訴訟と法定外抗告訴訟との間でも、《補充性と排他性の論理的交錯》が論じられうることを確認した⁽¹⁵⁶⁾。

また、差止訴訟における「重大な損害」要件が「取消訴訟」との関係で「隠れた補充性機能」を果たすことが広く指摘され⁽¹⁵⁷⁾、日の丸君が代訴訟でも論じられている⁽¹⁵⁸⁾。その限りで重大な損害要件も補充性要件も、広い意味での「補充性」の論理として整理する余地がある。さらに主観訴訟（抗告訴訟・当事者訴訟）のみならず⁽¹⁵⁹⁾客観訴訟（機関訴訟・民衆訴訟）でも⁽¹⁶⁰⁾、また行訴法のみならず個別法の争訟手続（更正の請求等）でも⁽¹⁶¹⁾、排他性が論じられうる。

かくして、行政訴訟における排他性の論理（使わせる論理）と補充性の論理（使わせない論理）は、行政訴訟の提起を規整・誘導する立法ないし解釈技術として、様々な訴訟類型の区別次元で問題となる⁽¹⁶²⁾。むろん、両論理を媒介とした訴訟類型選択判断を批判し、解釈論や立法論を展開する余地はある⁽¹⁶³⁾。もっとも日の丸君が代訴訟を踏まえるならば、この種の選択判断に関する分かりやすい「交通整理」が求められていると言えようか⁽¹⁶⁴⁾。

以上本稿は、学説を中心に両論理をめぐる問題状況を整理するにとどまった。考察結果も抽象論の域を出ていない。判例分析を含む本格的な研究は、今後の研究課題としたい。

注

（1）「取消訴訟の利用強制」と呼ぶ場合もある。橋本博之『現代行政法』（岩波書店、2017

- 年) 158頁参照。同156頁の「抗告訴訟の利用強制」も参照。
- (2) 処分庁による職権取消しや不服申立てに基づく取消しもあるので、「取消制度の排他性」とも言われる。藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）220頁等参照。
- (3) また取消訴訟には6ヶ月の出訴期間（行訴法14条）があり、この期間を徒過した場合、行政処分に「不可争力」が生じる。塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2015年）171頁以下等参照。
- (4) 全般的に春日修『当事者訴訟の機能と展開』（晃洋書房、2017年）参照。
- (5) ただし行政処分が「無効」ならば、それを前提に民事訴訟や当事者訴訟を通じて争いうる。司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）31頁、室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2006年）75頁（浜川清）等参照。
- (6) 塩野・前掲注（3）161頁。
- (7) 室井力編『基本法コンメンタール 行政救済法』（日本評論社、1986年）199頁以下（小早川光郎）、小早川光郎「行政訴訟の課題と展望」司研111号（2003年）38頁以下も参照。関連して室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2006年）30頁以下（岡村周一）参照。
- (8) 阿部泰隆『行政法再入門（上）〔第2版〕』（信山社、2016年）80頁参照。浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正編『行政救済法Ⅰ』（有斐閣、1990年）64頁以下等も参照。
- (9) 田中二郎『司法権の限界』（弘文堂、1976年）77頁。
- (10) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）78頁、136等参照。
- (11) 「義務付け訴訟の排他性」に関して本稿では取り上げない。
- (12) 「民事訴訟」との関係での排他性に関して本稿では取り上げない。
- (13) 殊に公定力批判の文脈で古くから議論されてきた。宮崎良夫『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂、2004年）197頁以下等参照。
- (14) 長野勤評事件（最判昭和47年11月30日：民集26巻9号1746頁）、横川川事件（平成元年7月4日：判時1336号86頁）、在外邦人選挙権訴訟（最判平成17年9月14日：民集59巻7号2087頁）、旧高根町給水条例事件（最判平成18年7月14日：民集60巻6号2369

- 頁)、医薬品ネット販売訴訟（最判平成25年1月11日：民集67巻1号1頁）等参照。
- (15) 以下説明は新堂幸司『新民事訴訟法 [第5版]』（弘文堂、2011年）207頁以下参照。
- (16) 確認訴訟でも、判決の第三者効、原告適格、出訴期間といった「立法技術」が用いられる場合もある（会社法829条、830条、838条等）。新堂・前掲注（15）208頁参照。
- (17) 中川丈久「行政訴訟の基本構造（一）」民商150巻1号（2014年）16頁。
- (18) 関連して中川・前掲注（17）35頁以下、中川丈久「行政訴訟の基本構造（二・完）」民商150巻2号（2014年）187頁、189頁参照。
- (19) 渡部吉隆ほか編『行政事件訴訟法体系』（西神田編集室、1985年）23頁以下（園部逸夫）等参照。取消訴訟を確認訴訟と理解する説もある。白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」岩松裁判官還暦記念論集『訴訟と裁判』（有斐閣、1956年）437頁以下等参照。
- (20) 山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法時76巻1号（2004年）113頁は、「取消訴訟の排他的管轄」の効果を「形成訴訟の通性」と指摘する。
- (21) 芝池義一「行政訴訟制度改革に関する覚え書」原野翹ほか編『民営化と公共性の確保』（法律文化社、2003年）74頁以下は、「取消訴訟の積極的機能」として、「適法制統制機能」、「早期権利保護機能・既成事実発生予防機能」、「紛争の一挙解決機能」、「第三者救済機能」を挙げる。高橋滋「法曹実務のための行政法入門（5）」判時2335号（2017年）128頁等も参照。
- (22) 高安秀明「差止訴訟」園部逸夫ほか編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、2006年）193頁以下、高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）59頁以下、湊二郎「義務付け訴訟・差止訴訟の法定と発展可能性」芝池義一先生古稀記念論文集『行政法理論の探究』（有斐閣、2016年）548頁以下等参照。
- (23) 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論文集『法治国家と行政訴訟』（有斐閣、2004年）58頁以下等参照。
- (24) 高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）178頁以下等参照。
- (25) 浜川・前掲注（8）64頁は、「抗告訴訟の内在的な構造を明らかにしないで、対象事件や管轄の優劣を確定することはできない」という。芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴

- 「礎部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）36頁以下等も参照。比較法的状況並びに歴史的沿革につき、小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第4巻』（有斐閣、1983年）137頁以下、小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（弘文堂、2005年）135頁以下等参照。
- (26) 高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）143頁以下等参照。中川・前掲注（17）4頁、中川・前掲注（18）204頁は、包括的抗告訴訟概念とともに法定外抗告訴訟概念も否定する。
- (27) 塩野宏『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）291頁参照。
- (28) 塩野・前掲注（27）295頁参照。西鳥羽和明「抗告訴訟の訴訟類型改正の論点」法時77巻3号（2005年）42頁も参照。
- (29) 新堂・前掲注（15）270頁以下等参照。
- (30) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商130巻6号（2004年）969頁。
- (31) 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論文集『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）645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論文集『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）746頁、浜川・前掲注（5）80頁等参照。
- (32) 浜川・前掲注（8）49頁、碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向（二・完）」自研85巻4号（2009年）14頁等参照。ただし法定外抗告訴訟としての「確認訴訟」につき同5頁以下、斎藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命338号（2011年）9頁以下も参照。
- (33) 中川・前掲注（30）979頁。
- (34) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2018年）377頁。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」法時85巻10号（2013年）38頁も参照。
- (35) 村上裕章「多様な訴訟類型の活用と課題」法時82巻2号（2010年）22頁、野口貴久美「『確認の利益』に関する一分析」新報116巻9・10号（2010年）15頁以下、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016年）411頁以下等も参照。
- (36) 小早川「体系」・前掲注（25）156頁参照。
- (37) また小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』（弘文堂、2007年）335頁は、「現在の法律関係の

確認を求める訴えであっても、客観的に、将来に向けて行政庁の公権力行使としての行動を制約する可能性のあるものであれば、それは行訴法3条1項に該当するものとして抗告訴訟制度の所管に専属する」と言い、またこれは行訴法「3条1項と4条とを突き合わせて読んだ場合の、むしろ自然な解釈」と言う。小早川『下Ⅱ』・前掲注（25）142頁以下、小早川「コンメ」・前掲注（7）196頁以下も参照。

他方で小早川『下Ⅲ』・前掲注（37）336頁は、行訴法改正の趣旨を踏まえると、「ある権利主張について抗告訴訟（差止訴訟等）として提起・処理される余地があるからといって当事者訴訟の所管事項から外れることにはならないと解するのが妥当」とも指摘する。小早川「展望」・前掲注（7）44頁以下も参照。

- (38) 関連して高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法 [第4版]』（弘文堂、2014年）33頁以下（高橋滋）の小早川説への論評参照。
- (39) 芝池・前掲注（23）75頁参照。
- (40) 芝池・前掲注（23）頁参照。
- (41) 芝池・前掲注（23）77頁参照。
- (42) 芝池・前掲注（23）77頁参照。これに対し中川・前掲注（18）202頁脚注（139）参照。
- (43) 平田和一「新たな法定抗告訴訟と『確認訴訟』の明示」行財政59号（2005年）34頁参照。
- (44) 平田・前掲注（43）35頁はもう一つとして、民事訴訟に対する当事者訴訟の排他的管轄を挙げる。同旨、小早川『下Ⅲ』・前掲注（37）331頁以下参照。
- (45) 平田・前掲注（43）34頁参照。
- (46) 太田匡彦「判批」行政百選Ⅱ [第7版]（2017年）327頁も参照。
- (47) 平田・前掲注（43）35頁参照。
- (48) 「包括的抗告訴訟」観に関する分析として、小早川「体系」・前掲注（25）148頁以下等参照。
- (49) 塩野・前掲注（27）265頁以下も参照。
- (50) 平田・前掲注（43）35頁以下参照。亘理格「行政訴訟の理論」公法71号（2009年）76頁以下も、「抗告訴訟の排他的管轄」を「処分性が認められた場合に通常生じる制度的効果」としつつも、「通常人たる当該私人が置かれた客観的状況への配慮という現実的

配慮によりその適用を免れしめること」、とりわけ抗告訴訟と当事者訴訟とで選択誤りが生じた場合に、その負担を訴訟当事者に負担させない扱いを主張する。

- (51) 浜川・前掲注（8）55頁参照。
- (52) 浜川・前掲注（8）64頁。同49頁、同79頁も参照。
- (53) 浜川・前掲注（8）70頁以下脚注（1）。比較法的知見につき塩野・前掲注（27）178頁以下等参照。
- (54) 関連して浜川清「司法裁判制度下の行政訴訟改革」法時76巻1号（2004年）105頁参照。
- (55) 中川丈久「行政訴訟の基本構造（一）（二・完）」民商150巻1号、2号（2014年）参照。
- (56) 中川・前掲注（17）56頁は、「行政処分を争う方法」として抗告訴訟と当事者訴訟が「完全に同義」と指摘し、この「同義」とは、「行政処分に関する当事者訴訟を構築すると行訴法3条2項以下に列挙された抗告訴訟が出来上がる」との意味と解説する（原文中の傍点省略）。下井康史「抗告訴訟と当事者訴訟の関係について」判時2308号（2016年）26頁は、中川説につき、「行訴法3条2項以下における抗告訴訟の列挙を、『処分を争う当事者訴訟』の例示（メニューの提示）と整理するもの」と理解する。
- (57) 関連して、行訴法改正により抗告訴訟の被告適格が「行政庁」から「行政主体」へ変更され、当事者訴訟の被告適格と統一されたことの重要性に着目する、黒川哲志「被告適格の統一と公法上の当事者訴訟の蘇生」早法81巻3号（2006年）31頁以下参照。
- (58) これに対し仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂、2018年）237頁以下も参照。
- (59) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』（ジュリ増刊、2005年）89頁以下の、中川丈久氏の一連の発言も参照。関連して中川・前掲注（18）199頁脚注（119）参照。
- (60) 中川氏は、「取消訴訟」に関しては「排他性」、「抗告訴訟」に関しては「排他的管轄」と区別して論ずる。というのも、本案主張制限は裁判機会の限定ではある（訴え却下を導かない）が、いかなる意味でも管轄の問題（訴え却下を導く）ではないからという。中川・前掲注（18）189頁参照。同192頁以下も参照。
- (61) 中川・前掲注（18）186頁参照（原文中の傍点省略）。行政訴訟実務研究会編『行政訴

訟の実務』（第一法規、加除版）162頁以下（中川丈久）も参照。

- (62) 中川・前掲注（18）189頁以下。
- (63) 中川・前掲注（18）202頁脚注（139）参照。
- (64) 中川・前掲注（18）190頁（傍点は原文による）。
- (65) 中川・前掲注（18）191頁参照。
- (66) 行政裁判所が戦後廃止される一方、行政裁判所の背景にあった、行政訴訟における司法審査の抑制という考え方が、戦後の学説判例においては「司法権の限界」論として変容された形で受け継がれるとともに、こうした「行政権の発動」に関わる訴訟を囲い込むため、抗告訴訟（取消訴訟）という場が築かれていった経緯に関して、中川丈久「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史」行政法研究9号（2015年）11頁以下も参照。
- (67) 中川・前掲注（18）192頁参照。中川・前掲注（66）25頁以下も参照。
- (68) 中川・前掲注（18）192頁。中川丈久「行政訴訟の諸類型と相互関係」現代行政法講座編集委員会ほか編『現代行政法講座2巻』（日本評論社、2015年）73頁以下も参照。
- (69) 中川・前掲注（18）194頁参照。
- (70) 中川・前掲注（66）16頁以下も、「包括的抗告訴訟概念」が歴史に深く根付いたものではなく、むしろ戦後一部学説により作られた新たな概念に過ぎないことを指摘し、「抗告訴訟の排他的管轄」が採られていない論拠を以下三点挙げる（同20頁以下参照）。
- ①行訴法制定時、抗告訴訟として無効等確認訴訟と不作為違法確認訴訟しか法定しなかった（義務付け訴訟や差止訴訟を法定しなかった）ことから、抗告訴訟を包括化する目的が曖昧になってしまったこと。②行訴法36条により、当事者訴訟や民事訴訟を通じ処分の無効事由を主張・審理することを積極的に認めたことから、抗告訴訟と当事者訴訟・民事訴訟との峻別とともに、抗告訴訟の排他的管轄を認める方針が大きく逸脱してしまったこと。③素直な文理解釈からすれば、「公法上の法律関係」（行訴法3条）に関する紛争の一つに、「公権力の行使に関する不服」（同4条）の紛争も位置付けられ、3条と4条との間では重複が生じていることになるから、抗告訴訟に排他的管轄を認める前提を欠くこと。
- (71) 中川・前掲注（68）80頁も参照。
- (72) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法教370号（2011年）69頁以下、中川・

前掲注(61) 183頁以下も参照。類似の批判として、櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第5版〕』（弘文堂、2016年）343頁、353頁以下、小早川光郎ほか編『詳解 改正行政事件訴訟法』（第一法規、2004年）112頁以下（黒川哲志）、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）90頁、92頁も参照。

他方で、「義務付け・差止訴訟の法定は、取消訴訟の当事者・民事訴訟に対する優先と同様の序列を、義務付け・差止訴訟のために法定したことを意味する。」などと指摘する、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）5頁も参照（これに対し高木・前掲注(22) 65頁も参照）。

- (73) 斎藤・前掲注(32) 2頁参照。西村淑子「公法上の法律関係に関する確認訴訟の動向」判タ1360号（2012年）66頁も参照。
- (74) 斎藤浩「抗告訴訟物語」水野武夫先生古稀記念論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011年）52頁以下等参照。
- (75) 斎藤・前掲注(32) 15頁は、「行訴法4条の明文には補充性文言はない。しかし補充性が定着している。」と指摘する。
- (76) 斎藤・前掲注(32) 4頁以下参照。
- (77) 斎藤・前掲注(32) 7頁以下参照。同8頁は、「抗告訴訟」が行政庁の公権力の行使の適否を直接争う「行為訴訟」、「当事者訴訟」が権利の有無を直接争う「権利訴訟」との伝統的理解の下、無効確認訴訟が両訴訟の側面を持つと指摘する。また行政事件訴訟特例法以前に、判例によって生み出された無効確認訴訟について抗告訴訟か当事者訴訟かの性質論争があり、その後、行訴法制定に伴い無効確認訴訟が「抗告訴訟」として法定化された立法経緯を振り返った上で、しかし「当事者訴訟的母斑も色濃く残っている」とも分析する。関連して高橋・前掲注(38) 34頁参照。
- (78) 斎藤・前掲注(32) 15頁参照。
- (79) 芝池・前掲注(23) 78頁以下も参照。
- (80) 芝池・前掲注(23) 76頁。
- (81) 敷衍すると、《無効確認訴訟の排他性》は、係争活動の性質、その処分性の有無に応じカテゴリーカルに判断される一方、《無効確認訴訟の補充性》は、処分性がある（ゆえに排他性もあり無効確認訴訟の対象になる）活動でも、原告市民の権利救済から当事者

訴訟や民事訴訟を通じ争わせるのが妥当ならそれらを選択せよと、個別事案に応じて判断される。いわば排他性と補充性をめぐる判断は性質を異にする。

- (82) 差止訴訟と当事者訴訟の関係が行訴法改正時に明瞭に整理されなかった事情につき、小早川光郎ほか編『詳解 改正行政事件訴訟法』（第一法規、2004年）72頁（山本隆司）、行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（第一法規、加除版）247頁（山本隆司）等参照。
- (83) 市村陽典「訴訟類型」園部逸夫ほか編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、2006年）51頁参照。
- (84) ただし大貫・前掲注（31）647頁は、「差止訴訟の訴訟提起の要件を没却しないように、確認の利益の判断の枠組みの適切な調整が必要になる場合もある」と指摘する。小早川『下Ⅲ』・前掲注（37）342頁も参照。
- (85) 西川知一郎編『行政関係訴訟』（青林書院、2009年）208頁（岡田幸人）も同旨。関連して趙元済「実質的当事者訴訟の活路に関する一試論」駒澤ロー6号（2010年）40頁以下参照。
- (86) 山田洋「確認訴訟の行方」法時77巻3号（2005年）47頁以下参照。
- (87) 高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法 [第4版]』（弘文堂、2014年）130頁（山田洋）も参照。
- (88) 塩野宏『行政法Ⅱ [第5版補訂版]』（有斐閣、2013年）264頁も参照。
- (89) 関連して塩野・前掲注（27）326頁以下、亘理格ほか編『Law & Practice 行政法』（商事法務、2015年）214頁以下（日野辰哉）参照。
- (90) 山田洋「実質的当事者訴訟の復権？」論ジュリ3号（2012年）115頁、山田・前掲注（87）130頁以下も参照。また山本『詳解』・前掲注（82）78頁以下も参照。
- (91) 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）340頁も参照。
- (92) 碓井・前掲注（32）3頁参照。
- (93) 碓井・前掲注（32）5頁参照。
- (94) 石井昇「行政事件訴訟法4条後段に定める当事者訴訟」甲南ロー7号（2011年）10頁参照。
- (95) 村上・前掲注（31）748頁以下も参照。

- (96) 櫻井＝橋本・前掲注(72)355頁は、「個別の紛争状況に照らし、原告の権利利益の実効的救済を図る必要性が真に認められるケースであれば、確認の利益は柔軟に解釈されるべき」と指摘する。徳地淳「差止めの訴え」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系25巻行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）258頁以下も参照。
- (97) 山田健吾「行政関係紛争と確認訴訟」法時85巻10号（2013年）26頁も参照。
- (98) 比較的早い段階での議論として、中川・前掲注(30)980頁以下、『改正行訴研究』・前掲注(59)158頁（小早川光郎発言）等参照。
- (99) 山本『実務』・前掲注(82)256頁以下は、「法関係・処分重複型」予防訴訟と「法関係・処分並行型」予防訴訟との区別を立て、差止訴訟と公法上の確認訴訟の役割分担を論ずる。行政処分が介在しうる場合のみならず、より広い範囲の問題として両訴訟の役割分担を論ずる、櫻井＝橋本・前掲注(72)355頁も参照。関連して藤田・前掲注(2)401頁、岡田・前掲注(85)211頁以下、橋本・前掲注(1)229頁等も参照。
- (100) 高安・前掲注(22)215頁以下参照。
- (101) 具体的には、執行停止が得られそのまま請求も認められ取消判決が出される場合、先行処分が取消訴訟を通じ取消されることにより後行処分を防止できる場合、同一処分が反復継続する場合は、既になされた処分の取消判決に働く拘束力を通じてその後の処分を予防しようと言う。高安・前掲注(22)215頁以下参照。
- (102) 高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2014年）791頁以下（川神裕）も参照。
- (103) 長野勤評事件（最判昭和47年11月30日：民集26巻9号1746頁）で言えば、確認訴訟を通じ自己観察表示義務の不存在が確認されれば、同義務の存在を前提とする一切の不利益処分の発動を予防しようとする。高安・前掲注(22)218頁参照。
- (104) 濱和哲「処分差止訴訟との交錯が生じう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論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011年）126頁以下参照。斎藤・前掲注(32)18頁以下等も参照。
- (105) 濱・前掲注(104)122頁以下は、「義務や規制そのものから生ずる不利益」の例として、タクシー事業者に対する乗務距離規制を挙げる。個々のタクシー運転者としては、乗務距離規制に違反したら、将来そのことを理由に法人としてのタクシー事業者が不利

益処分を受ける可能性があるから困るのではなく、むしろ当該規制があること自体で運転者にとって相当のストレスになるという。

- (106) 関連して日の丸君が代訴訟の宮川光治裁判官反対意見も、職務命令違反を理由とする懲戒処分が差止められるとしても、その命令自体は存在するから、その遵守に係る行動監視を受けて違反事実が東京都に報告されるのであり、上告人らの精神的不安状態は払拭されないことも踏まえ、公法上の確認訴訟の提起を認めるべきとする。徳地・前掲注（96）248頁以下、山本隆司「判批」論ジュリ3号（2012年）122頁以下等も参照。
- (107) 下井・前掲注（56）26頁参照。
- (108) 中川・前掲注（30）1010頁以下、同「行政訴訟の基本構造（一）（二・完）」民商150巻1号、2号（2015年）等参照。黒川哲志「公法上の当事者訴訟の守備範囲」芝池義一先生古稀記念論文集『行政法理論の探究』（有斐閣、2016年）415頁以下等も参照。
- (109) 「質疑応答」判時2308号（2016年）37頁の中川丈久発言も参照。
- (110) 前掲注（56）も参照。立法論の文脈での山本隆司「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題」論ジュリ8号（2014年）79頁以下とも比較参照。
- (111) ただし石田・前掲注（34）39頁以下も参照。
- (112) 藤田・前掲注（2）402頁以下参照。
- (113) 野口貴久美「当事者訴訟の利用の可能性」法教360号（2010年）34頁、湊二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法時85巻10号（2013年）34頁、黒川・前掲注（72）111頁、山田・前掲注（90）115頁、高橋・前掲注（38）34頁、69頁以下、櫻井＝橋本・前掲注（72）355頁等も参照。
- (114) 関連して中川・前掲注（66）42頁も参照。
- (115) 大貫・前掲注（31）648頁以下参照。
- (116) 碓井・前掲注（32）4頁は、「民事訴訟や公法上の当事者訴訟の提起が可能な場合であるからといって、直ちに差止めの訴えの補充性の要件を満たさなくなるものではない」と指摘する。関連して山本『詳解』・前掲注（82）87頁参照。
- (117) 高木・前掲注（26）80頁、91頁、高安・前掲注（22）204頁以下、斎藤・前掲注（32）36頁以下も参照。義務付け訴訟をめぐるのは、芝池・前掲注（23）77頁以下、斎藤・前掲注（32）2頁、24頁以下等参照。

- (118) 山本・前掲注(106) 126頁以下参照。
- (119) 立法論の文脈で山本・前掲注(110) 72頁以下も参照。
- (120) 関連して高橋・前掲注(38) 35頁以下参照。
- (121) 高橋・前掲注(35) 413頁も、「処分差止訴訟を適法なものとする以上は、同一の紛争について、当事者訴訟との役割分担を明確にする必要がある。」と指摘する。これに対し中川・前掲注(68) 82頁以下は、日の丸君が代訴訟について、「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」、むしろ懲戒処分差止訴訟(抗告訴訟)と公的義務不存在確認訴訟(実質的当事者訴訟)につき「重複関係にある」ことを示唆する判例と位置付け直す。関連して阿部泰隆ほか『行政訴訟第2次改革の論点』(信山社、2013年) 267頁以下参照。
- (122) 山本『実務』・前掲注(82) 257頁以下や山本・前掲注(110) 77頁以下のほか、稲葉馨ほか『行政法[第3版]』(有斐閣、2015年) 276頁(村上市裕章)の批判も参照。
- (123) 宇賀克也『判例で学ぶ行政法』(第一法規、2015年) 249頁も参照。
- (124) 石田・前掲注(34) 39頁以下参照。
- (125) そうすると「確認の利益」の判断基準が問題となるが、岩井伸晃＝須賀康太郎「判批」最判解説民平成24年度(上) 137頁は、行訴法「改正の趣旨を踏まえた上での個々の事案の性質や諸事情に即した個別具体的な判断による事例の集積を待つ」という。同146頁以下(注14)も参照。
- (126) もっとも橋本博之「判批」平成24年度重判解(2013年) 52頁は、日の丸君が代訴訟は、「『行政処分以外の処遇上の不利益』につき確認訴訟を肯定しているが、これは、本件事案において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、という自明の事柄の説示」をしたもので、「本件事案の典型的特色を超えて、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。
- 関連して橋本博之『行政判例ノート[第3版]』313頁、櫻井＝橋本・前掲注(72) 340頁参照。日の丸君が代訴訟の射程がそれほど広くはないとする、杉原丈史「当事者訴訟」岡田正則ほか編『判例から考える行政救済法』(日本評論社、2014年) 166頁以下も参照。

- (127) 浜川・前掲注（8）54頁等参照。ただし同60頁も参照。
- (128) もっとも、将来の不利益処分の予防を目的とする確認訴訟を法定外抗告訴訟と解することへの疑問として、石井昇「判批」甲南ロー9号（2013年）6頁参照。村上裕章「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法77号（2015年）31頁以下も、日の丸君が代訴訟による「無名抗告訴訟の復権」がもたらす弊害を論ずる。
- (129) 法定外抗告訴訟の訴訟要件として、通説・判例上、「明白性」要件と「緊急性」要件に加えて「補充性」要件が挙げられてきた。南博方ほか編『条解 行政事件訴訟法 [第3版補正版]』（弘文堂、2009年）98頁以下（人見剛）等参照。
- (130) 藤田・前掲注（2）397頁、神橋一彦『行政救済法 [第二版]』（信山社、2016年）263頁、石崎誠也「判批」Watch12号（2013年）43頁等参照。
- (131) 宇賀・前掲注（123）241頁以下参照。
- (132) 原田尚彦『行政法要論：全訂第7版 [補訂2版]』（学陽書房、2012年）376頁以下も参照。
- (133) 石崎誠也「判批」行政百選 [第7版]（2017年）427頁、黒川・前掲注（108）434頁も参照。
- (134) 岩井＝須賀・前掲注（125）135頁参照。
- (135) また同解説は、法定外抗告訴訟について、法定抗告訴訟との関係で補充性が訴訟要件となることは、従来から下級審裁判例や学説で一般に解されてきたが、今回、最高裁として初めてその判断を示したと強調する。
- (136) 岩井＝須賀・前掲注（125）146頁（注13）参照。
- (137) 前掲注（129）参照。
- (138) なお、法定抗告訴訟たる差止訴訟との関係での、公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）の補充性という見地からすれば、前者の訴訟要件（重大な損害要件）が欠ける場合、前者は適法に提起し得ないとしても、後者の訴訟要件（補充性要件）を充足し、後者を適法に提起しうるとする、石井・前掲注（128）6頁参照。野呂充「判批」民商148巻1号（2013年）92頁も参照。ただし村上裕章「判批」判評651号（2013年）144頁も参照。
- (139) 高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法 [第4版]』（弘文堂、2014年）113頁以下（人見

剛) 参照。

- (140) 行訴法改正前、「抗告訴訟の体系」内における「取消訴訟中心主義」から、取消訴訟が他の法定抗告訴訟（不作為違法確認訴訟と無効確認訴訟）のほか、法定外抗告訴訟（義務付け訴訟や差止訴訟）との関係でも優先するとの解釈論が成り立ちうるとした、小早川「体系」・前掲注（25）160頁以下、人見・前掲注（129）104頁以下も参照。ただし塩野・前掲注（27）309頁以下は、「取消訴訟中心主義」という用語の曖昧さを指摘する。
- (141) 芝池義一「抗告訴訟の可能性」自研80巻6号（2004年）6頁以下参照。
- (142) 山本・前掲注（106）125頁参照。
- (143) 関連して大貫・前掲注（31）643頁以下も参照。
- (144) 山本・前掲注（106）125頁以下は、最高裁が公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）と懲戒処分差止訴訟とを實質的に同一の訴えと評価する以上、これら訴訟間の関係は、別の訴訟間の補充性を定める同ただし書が適用される場面とは異なるという。
- (145) 村上・前掲注（138）144頁もこの点「疑問」を呈する。
- (146) 野呂・前掲注（138）92頁参照。
- (147) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』（商事法務、2013年）310頁以下も参照。
- (148) 室井敬司「判批」法教389号（2013年）143頁も参照。
- (149) 仲野・前掲注（58）238頁参照（傍点は原文のママ）。
- (150) ただし黒川・前掲注（108）433頁以下によると、日の丸君が代訴訟は、「懲戒処分差止めの結果を招く義務不存在確認の訴えであっても、懲戒処分差止めそのものを目的とするのでなければ、処分差止訴訟の優先を理由に確認の訴えを排除しない」とするとともに、本判決が補充性要件を理由に公的義務不存在確認訴訟（法定外抗告訴訟）を不適法としたのは、「同一の請求の趣旨を有する処遇上の不利益予防目的の義務不存在確認の訴えを意識して、当該請求に確認の利益がないと宣言することを避けたのかもしれない。」と指摘する。
- (151) 仲野・前掲注（58）238頁は、日の丸君が代訴訟とともに、第一章でも紹介した、「取消訴訟の排他性」（行政行為の公定力）に関するリーディング・ケース、最判昭和30年12月26日（民集9巻14号2070頁）を重複訴訟禁止の問題例として挙げる。

- (152) 法定外抗告訴訟と実質的当事者訴訟の「振り分け」問題につき、司研・前掲注（5）317頁以下、山田・前掲注（87）131頁以下、水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自正60巻8号（2009年）31頁等参照。日の丸君が代訴訟との関連で、川神・前掲注（102）799頁以下、行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（第一法規、加除版）272頁以下（黒川哲志）等も参照。斎藤・前掲注（32）24頁は、「どちらも強い補充性と言うくびきのもとに置かれている無名抗告訴訟としての確認訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の区別がつきづらいことを考えれば、行訴法3条と4条の抜本的見直しの発火点ともいえる」と指摘する。
- (153) 実質的当事者訴訟の中でも、給付訴訟が確認訴訟に優先するとの議論もある。芝池義一『行政法読本〔第4版〕』（有斐閣、2016年）362頁参照。
- (154) 形式的当事者訴訟との関係で、浜川・前掲注（8）80頁脚注（3）、小早川『下Ⅲ』・前掲注（37）327頁、黒川・前掲注（152）263頁以下等参照。実質的当事者訴訟との関係で、小早川『下Ⅲ』・前掲注（37）336頁以下、大貫・前掲注（31）649頁等参照。
- (155) 黒川・前掲注（72）100頁参照。
- (156) 取消訴訟が他の法定抗告訴訟に優先するとの議論は、前掲注（140）参照。
- (157) 斎藤・前掲注（32）43頁以下参照（37頁以下も参照）。また乙部哲郎「差止訴訟の訴訟要件」神院40巻1号（2010年）39頁以下、湊二郎「差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係」立命342号（2012年）96頁以下、石崎誠也「行政処分差止訴訟についての若干の考察」新潟47巻3・4号（2015年）91頁等も参照。ただし石井・前掲注（128）4頁や山本『実務』・前掲注（82）1022頁も参照。
- (158) 日の丸君が代訴訟は、通達に基づく職務命令に違反したことを理由に、懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされることを踏まえ、取消訴訟などでは容易に救済を受けられない、差止訴訟によらねば救済困難として、「重大な損害」要件を肯定した。岩井＝須賀・前掲注（125）133頁以下参照。
- (159) 仮の救済の場面での排他性（執行停止の排他性等）につき、拙稿「処分性の拡大と仮の救済」洋法60巻1号（2016年）247頁以下参照。
- (160) 関連して小早川「コンメ」・前掲注（7）197頁参照。
- (161) 浜川・前掲注（5）76頁以下や岡田春男『行政法理の研究』（大学教育出版、2008年）

175頁以下等参照。行政訴訟との関連での「刑事訴訟の排他的管轄論」として、宇賀・前掲注（123）246頁以下も参照。

- (162) 争訟以外でも問題となる。「行政代執行の排他性」につき、拙稿「法律上の争訟」岡田正則ほか編『判例から考える行政救済法』（日本評論社、2014年）3頁以下、拙稿「行政執行と遮断効」洋法58巻3号（2015年）1頁以下参照。「行政代執行の補充性」につき、北村喜宣ほか『行政代執行の理論と実践』（ぎょうせい、2015年）34頁以下（中原茂樹）等参照。
- (163) 高安・前掲注（22）219頁以下は、差止訴訟と公法上の確認訴訟間で「権利救済の隙間を生じさせるような解釈は、厳に慎まれるべき」と主張する（高橋・前掲注（38）71頁も参照）。また、「補充性なしの羅列主義」という形で行訴法改正を提案する斎藤・前掲注（32）44頁以下は、訴訟類型は当事者国民の選択に任せ、裁判所はその選択で救済できれば救済し、他の方がより当事者の求める救済になるならそちらを選択して救済すべきとする、「逆補充性」を主張する。山本・前掲注（110）79頁以下や下井・前掲注（56）28頁以下等も参照。
- (164) もっとも中川・前掲注（17）55頁は、「処分内容を具体的に予想してその処分選択をも争点として争いたいのであれば」、懲戒処分差止訴訟や公的義務不存在確認訴訟を提起し、「そもそも処分事由の有無をめぐって、それを理由とするあらゆる不利益を予防したいのであれば」、処分事由該当性に関する確認訴訟を提起するというように、「機能的な役割分担が自ずと生じる」と指摘する。

—たかぎ ひでゆき・法学部教授—