

《 論 説 》

行政訴訟における排他性の論理と補充性の論理 (再考)

高木 英行

1. 問題意識

(1) 排他性の論理と補充性の論理

国や地方公共団体に関わる訴訟として「行政訴訟」がある⁽¹⁾。ひとくちに行政訴訟と言っても、多様な訴訟類型がある。参考までに、行政事件訴訟法(以下「行訴法」)が定める行政訴訟の中でも、市民の権利救済を目的とする行政訴訟(主観訴訟)の一覧を挙げる⁽²⁾。

【行政訴訟(主観訴訟)の訴訟類型一覧】

(X) 抗告訴訟(行訴法3条)

(a) 法定抗告訴訟

：取消訴訟、無効等確認訴訟、不作为違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟

(b) 無名抗告訴訟(or 法定外抗告訴訟)

(Y) 当事者訴訟(行訴法4条)

(c) 形式的当事者訴訟

(d) 実質的当事者訴訟

行政訴訟を提起する者は、時と場合に応じて、いずれの訴訟類型を選択すればよいか、判断が求められる⁽³⁾。この判断に当たっては、いずれの訴訟類型の選択が求められるか、あるいは、いずれの訴訟類型が選択できないかといった点の考慮も含まれる。

拙稿「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」洋法62巻1号(2018年)1頁以下(以下「前稿」)は、行政訴訟の訴訟類型の選択判断を規律する基底論理として、【排他性の論

理】と【補充性の論理】があるとの仮説のもと、これら二つの論理の交錯に着目し考察を行った。

【排他性の論理】とは、要するに、ある行政訴訟の訴訟類型に関して、「これがある以上これを使うべきで、これを無視してほかを使うべきではない。」という論理である⁽⁴⁾。取消訴訟の排他性（又は排他的管轄。以下同じ）⁽⁵⁾、抗告訴訟の排他性⁽⁶⁾、執行停止の排他性⁽⁷⁾、さらには——行政上の義務の司法的執行との関連で——行政代執行の排他性⁽⁸⁾などといった形で議論されてきた。

【補充性の論理】とは、要するに、ある行政訴訟の訴訟類型に関して、「ほかが使える以上ほかを使うべきで、ほかを無視してこれを使うべきではない。」という論理である⁽⁹⁾。無効等確認訴訟の補充性、無名抗告訴訟（あるいは別名称として、法定外抗告訴訟。以下同じ。）の補充性、義務付け訴訟又は差止訴訟の補充性⁽¹⁰⁾、実質的当事者訴訟なく公法上の確認訴訟の補充性などといった形で議論されてきた⁽¹¹⁾。

排他性の論理と補充性の論理は、行政訴訟の訴訟類型の選択判断を規制する〈表裏〉の論理として位置づけられうる。以下本稿では、これら二つの論理を併せて「両論理」と呼ぶことがある。

（２）日の丸君が代訴訟

両論理に関しては、従来、個別の訴訟類型をめぐる解釈論に伴って、そのつど議論されることが多かったように思う。言い換えれば、両論理に関して、それらの〈基底性〉及び〈表裏性〉に着目し、訴訟類型横断的に議論する試みは、管見の限りでは見当たらない。そこで前稿では、両論理に関する準備的な考察をした。

具体的には、従前の学説動向を振り返り、その中で折々に触れられている両論理を浮き彫りにした。その上で、両論理を踏まえ、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）に関して、以下の整理によって読み解いた。

(A) 当事者訴訟との関係での、抗告訴訟の排他性

懲戒処分に関しては抗告訴訟（差止訴訟）を通じ争うべきである一方、懲戒処分以外の処遇上の不利益に関してはその縛りが及ばない。

(B) 抗告訴訟との関係での、当事者訴訟の補充性

懲戒処分に関しては差止訴訟（抗告訴訟）を通じ争いするので、(実質的) 当事者訴訟の一種である公法上の確認訴訟を通じ争わせる必要がない（ゆえにこれを通じ争えない）一方、懲戒処分以外の処遇上の不利益に関しては差止訴訟の対象となしえない以上、公法上の確認訴訟を通じ争いうる。

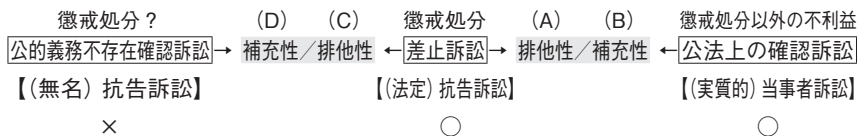
(C) 無名抗告訴訟との関係での、法定抗告訴訟の排他性

懲戒処分に関しては法定抗告訴訟（差止訴訟）を通じ争うべきで、懲戒処分に関して無名抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）を通じ争うべきではない。

(D) 法定抗告訴訟との関係での、無名抗告訴訟の補充性

懲戒処分に関しては無名抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）を通じ争わせずとも、法定抗告訴訟（懲戒処分差止訴訟）を通じ争いするので、懲戒処分に係る無名抗告訴訟は不適法である。

参考までに、上記の議論に関わって、前稿で示した《概念図》を下に再掲する。上記 (A) ~ (D) の四つの命題のうち、日の丸君が代訴訟では、【補充性の論理】—— (B) (D) ——が明示的に論じられている一方、【排他性の論理】—— (A) (C) ——に関しては、必ずしも明示的に論じられていない。しかし前稿では、日の丸君が代訴訟に関して、排他性の論理をも踏まえ理解する余地があるのではないかと論じた¹²⁾。



前稿ののち、平和安全法制整備法訴訟（最判令和元年7月22日：民集73巻3号

245頁。以下適宜「本判決」と言及）が出された。本判決では、法定抗告訴訟・無名抗告訴訟間での、排他性の論理⁽¹³⁾と補充性の論理——（C）（D）——の交錯に関わって、重要な判断が下されている。また本判決を契機に、前稿では検討しつくせなかった、日の丸君が代訴訟の〈趣旨〉があらためてクリアになってきた感もある。そこで本稿では、本判決を手掛りに、前稿に引き続き両論理の交錯に関し検討してみたい。

2. 平和安全法制整備法訴訟

（1）事案の概要

①存立危機事態

「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律（平成27年法律第76号）」（以下「平和安全法制整備法」）による改正後の自衛隊法76条1項は、「内閣総理大臣は、次に掲げる事態に際して、我が国を防衛するため必要があると認める場合には、自衛隊の全部又は一部の出動を命ずることができる。」として、防衛出動を命じうる事態を専ら二つに分けて定める⁽¹⁴⁾。

ひとつは「武力攻撃事態」⁽¹⁵⁾である。同項1号によれば、「我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態又は我が国に対する外部からの武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態」である。

もうひとつは「存立危機事態」⁽¹⁶⁾である。同項2号によれば、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」である⁽¹⁷⁾。

陸上自衛官 X（一審判決現在の所属は陸上自衛隊関東補給処総務部総務課運営係、原告・控訴人・被告人）は、自衛隊法76条1項2号につき、憲法9条等違反を主張⁽¹⁸⁾。国（被告・被控訴人・上诉人）を相手に、Xにおいて、同号による防衛出動の命令に服従する義務がないことの確認を求め、訴訟を提起した。

なお、防衛出動命令は、「組織としての自衛隊に対する命令であって、個々

の自衛官に対して発せられるものではない。」から、下記に紹介するように、原判決及び最高裁判決は、Xの請求の趣旨について、「本件防衛出動命令により防衛出動をすることとなった部隊又は機関における職務上の監督責任者が、当該部隊等に所属する個々の自衛官に対して発する当該防衛出動に係る具体的な職務上の命令（本件職務命令）にXが服従する義務がないことの確認を求めると「善解」して、判断している⁽¹⁹⁾。

また自衛隊法46条は、自衛隊法等に基づく命令に違反した場合の懲戒処分について定めている⁽²⁰⁾。加えて同法122条1項によれば、防衛出動命令に従わなかった者は、7年以下の懲役又は禁錮に処せられるおそれが出てくる⁽²¹⁾。

②第一審判決

第一審判決は、現に存立危機事態が発生する、あるいは、近い将来存立危機事態が発生する明白なおそれがあると認めるには足りず、Xにおいて自衛隊法76条1項2号による防衛出動命令が発令される事態に現実的に直面しているとは言えないこと、加えてXにおいてこれまで直接戦闘を行うことを主任務とする部隊に所属したことがなく、現所属も戦闘部隊ではないことに着目する。

これらのことから、X又はXの所属部署に対して、同号に基づく防衛出動命令が発令される具体的・現実的可能性はなく、またXにおいて同命令に基づく任務に就く蓋然性も認められないとする。

同命令が発令されることでXの生命等に重大な損害が生じる、あるいは、同命令に従わない場合に刑事罰が科されるといった危険又は不安があるとのX主張に対しても、不確定かつ抽象的な事柄にとどまるとした。

かくして第一審判決は、現にXの有する権利又は法律的地位に危険や不安が存在するとは言えないと判断し、本件訴えにつき確認の利益を欠くとして、不適法却下した。なお第一審判決では、本件訴えにつき、無名抗告訴訟であるか、実質的当事者訴訟であるかについては、判示していない⁽²²⁾。

③原判決1：無名抗告訴訟の訴訟要件をめぐる

控訴審の第2回口頭弁論期日において、Xは本件訴えにつき、存立危機事態における防衛出動命令に基づく職務命令（以下「本件職務命令」）に服従しなかった場合に受けることとなる「懲戒処分」の予防を目的とする無名抗告訴訟である旨の釈明をした⁽²³⁾。またXは、本件職務命令に不服従の場合には、懲戒処分のほか、7年以下の懲役又は禁錮に処せられるおそれがあること、また防衛出動命令が発令されてから懲戒処分差止訴訟（行訴法37条の4）を提起したのでは、懲戒処分の内容が減給や停職を内容とする場合、判決が下されるまで相当な期間の経過が見込まれ、その間、Xにおいて生活の困窮を余儀なくされることを主張する。

これらのことを踏まえ、Xは、懲戒処分差止訴訟をもってはXの権利利益の救済には不十分であり、自衛隊法76条1項2号による防衛出動命令に服従する義務のないことを確認する判決を通じた救済こそが、Xの危険及び不安を除去して紛争を抜本的に解決するために有効適切であると主張する。

これに対し国は、従来からの無名抗告訴訟に係る例外三要件（一義的明白性・緊急性・補充性）⁽²⁴⁾を引き合いに出す。その上で、（あ）存立危機事態が発生し防衛出動命令が発令されること、（い）同命令の発令を踏まえXに対し防衛出動に係る具体的な職務命令（本件職務命令）が発令されること、いずれも想定困難と指摘するとともに、（う）本件職務命令に従わないことを理由に懲戒処分がされる蓋然性も認められないことを論ずる。これらのことから、Xに重大な損害ないし危険が切迫しているとは言えず、よってXの訴えは例外三要件のうちの緊急性要件を欠くとして、訴えの不適法却下を求めた。

原判決は、防衛出動命令及びこれに基づく本件職務命令につき、いずれも処分性（抗告訴訟対象適格性）がないとする一方⁽²⁵⁾、本件職務命令に服従しなかった場合の懲戒処分については処分性があるとする。その上で本判決は、Xの訴えに関して、実質的には、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の《差止訴訟》を、本件職務命令ひいては防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める《無名抗告訴訟》へと引き直したものと性格づけた⁽²⁶⁾。また

こうした場合、後者の無名抗告訴訟に係る訴訟要件に関して、前者の差止訴訟の訴訟要件（重大な損害要件、補充性要件：行訴法37条の4第1項）と別異に解すべき理由はないとした。

平成16年改正前から挙げられてきた、例外三要件をもって無名抗告訴訟に係る訴訟要件を論ずる国の主張に対しては、（あ）平成16年改正による差止訴訟の法定化に伴い、一義的明白性要件が本案要件とされたこと（行訴法37条の4第5項）、（い）同改正により従来無名抗告訴訟とされてきた義務付け訴訟や差止訴訟が法定化されるとともに、それらに共通する訴訟要件として重大な損害要件及び補充性要件が定められたことからすると（行訴法37条の2第1項1、37条の4第1項）、引き続き提起の余地が認められる無名抗告訴訟についても、これら両要件よりも厳格な訴訟要件を求める理由はないという。またこのことを踏まえると、平成16年改正後においては、例外三要件に関してもはや無名抗告訴訟に係る訴訟要件と解すべき理由はないとした。

④原判決2：「重大な損害」要件・「補充性」要件をめぐって

以上を踏まえ原判決は、Xの訴え（無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟）につき、差止訴訟の「重大な損害」要件と「補充性」要件に照らして、判断を下していく。まず、Xにおいて、本件職務命令を受けながら服従しないと、（ア）極めて厳しい社会的非難を受けることに加えて、（イ）懲戒処分（免職を含む重大な処分）、さらには（ウ）刑事罰の対象となることを挙げる。

その上で、これらによる損害について、Xにおいて、懲戒処分後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることや、懲戒処分差止訴訟を提起しその判決を得ることによっても、容易に救済を受けることができないとして、「重大な損害」要件が満たされているとする。

なお、「重大な損害」要件の判断に関連して、原判決は、防衛出動命令が発令されると、Xを含む全ての現職の自衛官は、後方業務を担う部隊等に所属する者を含め、いずれも本件職務命令の対象となる可能性が非常に高いと判断している。

また原判決は、「補充性」要件に関して、日の丸君が代訴訟を引き合いに出して、法定抗告訴訟たる差止訴訟との関係で、事前救済の争訟方法として他に適当な方法があると言えるか否かについて問題とする。

この問題につき、原判決は、上記「重大な損害」要件の根拠論と重複した議論を展開して肯定する。すなわち、本件職務命令を受けながら服従しないと各種の重大な制裁——（ア）（イ）（ウ）——を受けること、またこれらによる損害については、懲戒処分後に取消訴訟又は無効確認訴訟（+執行停止決定）を提起してであれ、懲戒処分差止訴訟を提起してであれ、容易に救済を受けることができない（＝他に適当な方法があるわけではない）こと——裏を返せば本件職務命令に服従する義務の不存在を事前に確認する方法でなければ救済は困難であること——を判断する。

以上のことから、原判決は、Xの訴えに関して、「重大な損害」・「補充性」どちらの要件も満たされているので適法と判断し、本件訴えを不適法却下した第一審判決を取消し、差し戻した。

（2）判旨

しかし上告審は、原判決において、「蓋然性の要件」が審理されずに無名抗告訴訟としての本件訴えが適法とされたことが違法である旨の、国の上告受理申立て理由を踏まえ、下記のように、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻したのであった⁽²⁷⁾。

「本件訴えは、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の予防を目的として、本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟であると解されるところ、このような将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであり、請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるという点でも、差止めの訴えと異ならない。また、差止めの訴えについては、行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること等が本案

要件（本案の判断において請求が認容されるための要件をいう。以下同じ。）とされており（行政事件訴訟法37条の4第5項）、差止めの訴えに係る請求においては、当該処分的前提として公的義務の存否が問題となる場合には、その点も審理の対象となることからすれば、上記無名抗告訴訟は、確認の訴えの形式で、差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものということができる。そうすると、同法の下において、上記無名抗告訴訟につき、差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されない。そして、差止めの訴えの訴訟要件については、救済の必要性を基礎付ける前提として、一定の処分がされようとしていること（同法3条7項）、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることとの要件（以下「蓋然性の要件」という。）を満たすことが必要とされている。」

「したがって、将来の不利益処分を目的として当該処分的前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、蓋然性の要件を満たさない場合には不適法というべきである。」

「原審は蓋然性の要件を満たすものか否かの点を検討することなく本件訴えを適法としたものといわざるを得ない。」

「以上によれば、原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法がある。論旨は理由があり、その余の判断の当否を検討するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして、上記の点等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

（3）補足

本判決は、「蓋然性」要件に着目して、予防的無名抗告訴訟を不適法とする結論を導いた。もっとも日の丸君が代訴訟でも、「蓋然性」要件に基づき、〈免職処分〉に限っては、懲戒処分差止訴訟が不適法と判断された経緯がある⁽²⁸⁾。本判決のまずもっての意義は、この「蓋然性」要件の重要性を一般的に確認するとともに、同要件を差止訴訟に止まらず、予防的無名抗告訴訟にまで拡張して議論する必要性を明らかにした点にある。

また国は、上告受理申立て理由において、懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟について、差止訴訟との関係で補充性の要件を欠き不適法である旨判示した日の丸君が代訴訟を引き合いに出して、原判決を批判していた。しかしこの論旨については、上告受理決定において排除されたので⁽²⁹⁾、本判決は正面から扱っていない。

さらに、本判決に係る差戻し控訴審判決（東京高判令和2年2月13日：LEX/DB 25565322）についても紹介しておく。同判決は、無名抗告訴訟としての本件訴えにつき、「蓋然性」要件を満たしていないとして⁽³⁰⁾、「重大な損害」要件や「補充性」要件に関して検討するまでもなく、不適法却下すべきと判断した⁽³¹⁾。

またXは、差戻し後控訴審で、本件訴えが無名抗告訴訟として不適法だとしても、行政処分以外の不利益（刑事処分等）の防止を目的とする公法上の法律関係に関する確認訴訟（行訴法4条）として審理判断されるべきと主張していた⁽³²⁾。もっとも、差戻し控訴審判決は、この予備的主張を踏まえて、本件訴えを公法上の確認訴訟（実質的当事者訴訟）と構成したとしても、不適法になるとした。

その理由として同判決は、現に存立危機事態が発生し、又は、同事態に近い将来発生する明白なおそれがあるとは認められないとする。このことから、Xの所属部隊への本件防衛出動命令であれ、Xに対する本件職務命令であれ、これらが出される具体的ないし現実的可能性もない——裏を返せばXが主張する危険又は不安は不確定かつ抽象的なものにとどまる——とする⁽³³⁾。それゆえ、現にXの有する権利又は法律的地位に危険や不安が存在するとは認められないことから、「確認の利益」（即時確定の利益）を欠くと判断するのである⁽³⁴⁾。

以上のことから、差戻し控訴審判決は、本案の争点（自衛隊法76条1項2号の違憲性の有無）について検討するまでもなく、訴えを不適法却下すべきと判断した（第一審判決の不適法却下判決が正当であり、Xの控訴に理由がないとして、主文は控訴棄却）。その後、この差戻し控訴審判決につき、Xは不服として、ふたたび、上告及び上告受理申立てをした。しかし最決令和2年12月9日におい

て、上告棄却、上告不受理決定となった⁽³⁵⁾。

3. 平和安全法制整備法訴訟をどう理解するか

（1）学説の戸惑い

平和安全法制整備法訴訟（本判決）は、懲戒処分予防を目的とする無名抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）について、カテゴリーカルに不適法とはしない（裏返せば適法とする余地を認める）旨の判断を下した。日の丸君が代訴訟、さらには排他性の論理や補充性の論理を貫く立場からすれば、このような“法定抗告訴訟（懲戒処分差止訴訟）の引き直し的な無名抗告訴訟”については、そもそも一律に適法たりえないとする結論も“論理的には”ありえたかと思われる。しかし本判決はこうした結論に至らなかった。

ただし本判決は、原審において蓋然性要件が検討されていなかったことを理由に、破棄差戻し判決を下したに過ぎない⁽³⁶⁾。換言すれば、本判決は、本件事案における【蓋然性要件】の充足の有無についてのみならず、その他の訴訟要件である、【重大な損害要件】や【補充性要件】の充足の有無についても、判断していない⁽³⁷⁾。よって、本判決が出された後も、どのような場合に懲戒処分予防を目的とする無名抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）が適法とされるのか、（最高裁が考える）その全体像は依然として不分明なままである⁽³⁸⁾。

学説においては、差止訴訟（法定抗告訴訟）を提起しうるにもかかわらず、同訴訟を提起せずに、むしろ同訴訟と潜在的に重複する公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）を適法と認める余地があるとする本判決の帰結につき、戸惑い（ともいうべき態度）も見受けられるように思われる。例えば、「本件のような予防目的無名抗告訴訟につき、法定抗告訴訟たる差止訴訟では賄えないような固有の意義が認められるとは、にわかに解し難いように思われる。」⁽³⁹⁾などの指摘である⁽⁴⁰⁾。

もっとも、次のように、本判決と日の丸君が代訴訟との〈事案の相違〉に着目する見解もある⁽⁴¹⁾。日の丸君が代訴訟は、その訴訟の実際において、懲戒処分差止訴訟（法定抗告訴訟）と公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）が併合

提起されている事案である。すなわち、懲戒処分差止訴訟が提起され、現に係属していることとの関係で、その差止訴訟と重複して提起されている公的義務不存在確認訴訟については、この確認訴訟の補充性要件の欠如を理由として、不適法としたものと理解しうる。

他方で本判決は、その訴訟の実際において、懲戒処分差止訴訟（法定抗告訴訟）と公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）とが併合提起されている事案ではない。むしろ公的義務不存在確認訴訟のみが提起され、かつ、この確認訴訟のみが現に係属している事案である。

それゆえ、たとえ後者の事案——公的義務不存在確認訴訟のみが提起され、現に係属している本判決の事案——において、その補充性要件の充足が〈ある〉——すなわち他に適当な方法がない——と判断されることになったとしても、このことから直ちに、前者の事案——公的義務不存在確認訴訟とともに懲戒処分差止訴訟についても併せて提起され、現に係属している事案——において、その補充性要件の充足が〈ない〉——すなわち他に適当な方法がある——と判断された日の丸君が代訴訟との間で、論理的に矛盾が生じているとは必ずしも言いえない。

要するに、上記見解は、それぞれの事案における《原告市民の訴訟提起・追行のしかた》に応じて、公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）の補充性要件の充足の有無——目先の当該事案において他に適当な方法がないかあるか——の判断が異なりうることを示唆するのである⁽⁴²⁾。

（２）二つの考え方

学説から戸惑いの声上がる一方、本判決の最高裁判所調査官解説は、以下のように《予防的無名抗告訴訟の活用》論を展開する⁽⁴³⁾。まず同解説は、本判決が本件訴えにつき、無名抗告訴訟と実質的当事者訴訟との区別に関する日の丸君が代訴訟の考え方——処分を予防する目的（←無名抗告訴訟）or 処分以外の不利益を予防する目的（←実質的当事者訴訟）——を前提として⁽⁴⁴⁾、かつ、原審において X が「懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟である旨釈明した

ことを踏まえ」、無名抗告訴訟と判断したと「推察」する⁽⁴⁵⁾。これは、訴訟類型の選択提起に当たっての原告市民の意思決定を尊重した議論、換言すれば「処分権主義」に配慮した議論と思われる⁽⁴⁶⁾。

また同解説⁽⁴⁷⁾では、制度構造上、予防的無名抗告訴訟と差止訴訟との間に機能的な等価性があることを、以下（A）（B）（C）の論拠を挙げて強調する。

（A）予防的無名抗告訴訟が、確認訴訟の形式で差止訴訟の本案要件の一つ（処分要件該当性）を争うものと言え、かつ、予防的無名抗告訴訟の勝訴判決の効力によって、行政庁は当該処分を行えなくなる（＝当該処分を差し止めることができる）。（B）差止訴訟の請求認容判決は、給付判決とはいえ、執行力が認められないので、判決の実効性の観点からしても、差止訴訟と予防的無名抗告訴訟とで違いはない。（C）行訴法38条は同32条を準用しないので、差止判決に対世効がない点からしても、差止訴訟と予防的無名抗告訴訟とで違いはない。

さらに同解説では、無名抗告訴訟の伝統的な例外三要件（一義的明白性・緊急性・補充性の三要件）⁽⁴⁸⁾や、予防的無名抗告訴訟をめぐる長野勤評事件（最判昭和47年11月30日：民集26巻9号1746頁）⁽⁴⁹⁾及び横川川事件（最判平成元年7月4日：判時1336号86頁）⁽⁵⁰⁾の判例法理が、平成16年改正を通じ差止訴訟や義務付け訴訟が明文規定化（法定化）されたことによって、もはや踏襲されていない（いわばリセットされた）との考え方⁽⁵¹⁾を重視している⁽⁵²⁾。

以上紹介してきた、《予防的無名抗告訴訟と差止訴訟との機能的等価性》の考え方と、《平成16年改正による無名抗告訴訟の訴訟要件のリセット》の考え方を併せ踏まえ、最高裁調査官解説は、「平成16年改正後においては、予防的無名抗告訴訟の適法性は、同じく処分の予防を目的とする抗告訴訟である差止めの訴えの訴訟要件との関係において検討すべき」⁽⁵³⁾、「差止めの訴えの適法要件が法定化されている以上、これと同様の要件の充足を要求するの否かを検討すべき」⁽⁵⁴⁾との規範命題（＝法理）を導き出している。

ひるがえって、日の丸君が代訴訟でも、無名抗告訴訟（公的義務不存在確認訴訟）が適法となるためには、差止訴訟と同様の補充性要件を満たす必要があ

るとして、〈行訴法37条4第1項ただし書〉が明示的に言及されていた⁽⁵⁵⁾。しかし、なぜここで、無名抗告訴訟の訴訟要件として、法定抗告訴訟たる差止訴訟の補充性要件の〈条文〉が明示的に言及されることになるのか⁽⁵⁶⁾、その論理的な必然性が⁽⁵⁷⁾、裏を返せば、なぜここで、伝統的な無名抗告訴訟の例外三要件（判例法理）のうちの、補充性要件の問題としては論じられないのか、その理由付けが不明確⁽⁵⁸⁾であったように思われる⁽⁵⁹⁾。

本判決の最高裁調査官解説は、こうした日の丸君が代訴訟における不明確な論理必然性ないし理由付けの一端について、《予防的無名抗告訴訟と差止訴訟との機能的等価性》と、《平成16年改正による無名抗告訴訟の訴訟要件のリセット》の両考え方をもとに明らかにした点で、一定の参考の価値がある⁽⁶⁰⁾。

（3）予防的無名抗告訴訟の活用論

また最高裁調査官解説⁽⁶¹⁾は、上に述べたように、予防的無名抗告訴訟と差止訴訟との間において、本案で審理される事柄に共通項があるとともに、勝訴判決の効力の面でも両者に変わりがないことを挙げた上で、次のように主張する（下線部は本稿筆者（高木）による）。「行訴法が上記確認の訴えについて差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により提起を認めることを予定しているとは考え難い。仮に、上記のような確認の訴えを差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件で提起することができるとすれば、行訴法が差止めの訴えにつき訴訟要件を規定している趣旨が損なわれることにもなりかねない。」

この引用文章を、こころみに、純粹な法定抗告訴訟の排他性の論理に基づくものにするためには、さしあたり、一番目と二番目の下線部の文言を「の替わりに」に差し替えるとともに、三番目の下線部の文言を「削除」すればよいだろう⁽⁶²⁾。

他方で、無名抗告訴訟の補充性の論理の観点からは、最高裁調査官解説の次の指摘が興味深い⁽⁶³⁾。やや長くなるが適宜引用しよう。いわく。

予防的無名抗告訴訟につき差止訴訟よりも緩やかな訴訟要件により許容されているとは解されないとの「見解に立ち、かつ、差止めの訴えを提起すること

が可能である場合には、実際に差止めの訴えを併合提起しているか否かにかかわらず、予防的無名抗告訴訟は補充性の要件を欠き不適法であるとの見解に立つと、予防的無名抗告訴訟を適法に提起することができる余地はおよそないことになると思われる。これに対し、予防的無名抗告訴訟を差止めの訴えに併合提起するのではなく単独で提起している場合には、差止めの訴えを提起することが可能であるとしても、当該予防的無名抗告訴訟は補充性の要件を欠くものではなく適法であるとの見解に立てば、差止めの訴えの訴訟要件を充足する限り、予防的無名抗告訴訟を適法に提起することができる余地があるということになると思われる。」

ここでは、たとえ潜在的には差止訴訟を提起する余地がある——にもかかわらず現実的にはそれを併合提起していない——場合であったとしても、このことから直ちに、予防的無名抗告訴訟の補充性要件が充たされないとして不適法としてしまう議論に対し疑問を呈するとともに、こうした議論の背景として、予防的無名抗告訴訟をできるだけ柔軟に活用しようとする問題意識が窺われる⁽⁶⁴⁾。

4. 若干の検討

（1）排他性の論理の曖昧化

本判決は、法定抗告訴訟と潜在的に重複する無名抗告訴訟、具体的には、懲戒処分差止訴訟と潜在的に重複する、懲戒処分の予防を目的とする公的義務不存確認訴訟に関して、その重複することを理由としてカテゴリーカルに不適法としない旨の判断を示したと言えそうである。その限りでは、無名抗告訴訟との関係での、法定抗告訴訟の排他性の論理を否定したものと理解できる。

また最高裁調査官解説を手掛りとする、本判決は、《予防的無名抗告訴訟と差止訴訟との機能的等価性》と、《平成16年改正による無名抗告訴訟の訴訟要件のリセット》という二つの考え方を併せ踏まえることを通じて、無名抗告訴訟の訴訟要件として、法定抗告訴訟の訴訟要件を〈類推解釈〉する議論を採用し、日の丸君が代訴訟の同様の判旨部分の趣旨を〈遡って〉明確化しているとも理解できる⁽⁶⁵⁾。

しかし見方を変えるならば、以上のような形で、法定抗告訴訟の訴訟要件の《類推解釈》を、無名抗告訴訟の訴訟要件として規範的に求めているということをもって、法定抗告訴訟の存在（つまり制度として存在していること）が、間接的ながらも、無名抗告訴訟の訴訟要件の判断に影響（規制？）を及ぼしているとも言える。ただし、こうした類推解釈が規範的に求められる現象を指して、法定抗告訴訟の排他性の希釈化された論理がその背景にあると理解すべきであるのか、あるいは、こうした現象についてはもはや法定抗告訴訟の排他性とは質的に異なる論理が背景にあるものとして理解すべきであるのかは、今後、理論的に検討していかねばならないだろう。

（２）補充性の論理の曖昧化１：類推解釈を通じた内在化？

本判決は、無名抗告訴訟の例外三要件や長野勤評事件・横川川事件の判例法理の放棄を通じて（ただし本判決の最高裁調査官解説の理解による）、法定抗告訴訟との関係での、無名抗告訴訟の補充性の論理を否定しているかのようにも読める。もっとも、繰り返しになるが、少なくとも本判決（←差戻し控訴審判決ではない）は、単に原審において蓋然性要件が検討されていなかったことを理由に破棄差戻しをただけである。重大な損害要件や補充性要件の充足の有無に関しては——また蓋然性要件の充足の有無に関してすらも——全く判断を下していない。

例えば、予防的無名抗告訴訟の「補充性」要件（ただし法定抗告訴訟の補充性要件から類推解釈されたバージョンのもの）の解釈のなかで、当該事案において、別途、法定抗告訴訟としての差止訴訟（以下「法定差止訴訟」と表現することもある）が提起・追行可能な状況であることが、当該予防的無名抗告訴訟の「補充性」要件充足の有無の判断にあたっての〈ひとつの考慮要素〉として、どのように考慮されることになるのかという点⁽⁶⁶⁾については、少なくとも「本判決」からだけでは不明確である⁽⁶⁷⁾。

言い換えれば、本判決は、個別事案における事実や状況との相関的判断の下で、法定差止訴訟を提起する余地のあることが、無名抗告訴訟（公的義務不存

在確認訴訟）の「補充性」要件の充足にとって、一定の障害となる可能性を完全に排除しているとまでは言えないように思われる。その限りで、法定抗告訴訟（差止訴訟）との関係での、無名抗告訴訟の補充性の論理に関しては、法定差止訴訟の補充性要件が無名抗告訴訟の訴訟要件として類推解釈されるという一定の論理的媒介（内在化）を経ながらも、なおも生き残っているとの見方も成り立ちえなくもない。

先に紹介した、同じく無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟が提起された、日の丸君が代訴訟と本判決との間での、〈懲戒処分差止訴訟の併合提起の有無〉にかかわる、補充性要件の解釈の整合的な理解の試みについても、こうした文脈で改めて理解できるのではないかと思われる。

（3）補充性の論理の曖昧化2：訴訟要件解釈の厳格さの程度

もともと、以上のごとく、本判決によっても、なお無名抗告訴訟の補充性の論理を見出す余地があると理解できる一方で、本判決は、差止訴訟（法定抗告訴訟）・公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）、それぞれの「補充性」要件規定の解釈（又は類推解釈）問題として議論しているのであって、無名抗告訴訟の、法定抗告訴訟への劣後関係——裏を返せば、法定抗告訴訟の、無名抗告訴訟への優先関係——をカテゴリカルに想定する論理、すなわち“無名抗告訴訟の補充性”という大上段の議論については、やはり暗黙裡に否定していると理解すべきではないかとの見方もありうる⁽⁶⁸⁾。

とはいえ、差止訴訟（法定抗告訴訟）と公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）との間で、訴訟要件の構成内容が共通し（蓋然性要件、重大な損害要件、補充性要件）、かつ、それぞれ構成する訴訟要件のハードルも両訴訟類型間で同程度の厳格さで解釈運用されていくのか否かの点については、少なくとも「本判決」のみからでは不分明である。なぜなら、繰り返し指摘するが、あくまでも本判決は、蓋然性要件の有無に関して判断することが、法定差止訴訟のみならず、公的義務不存在確認訴訟においても求められる旨を判示するに過ぎないからである。

裏を返せば、本判決は、公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）の訴訟要件について、差止訴訟（法定抗告訴訟）所定の訴訟要件のほか、プラスアルファの訴訟要件の具備が求められる可能性を完全に否定するものではない⁽⁶⁹⁾。また、たとえ公的義務不存在確認訴訟（無名抗告訴訟）と差止訴訟（法定抗告訴訟）とで、同じ訴訟要件内容（蓋然性、重大な損害、補充性）であったとしても、前者の内容が後者の内容よりも厳格に解釈運用される可能性を完全に否定するものでもない。

もし仮に、これらの可能性が肯定されるとするならば、無名抗告訴訟が法定抗告訴訟に劣後する旨の、無名抗告訴訟の補充性と少なくとも〈同根〉の考え方が背景にあると論ずる余地も出てこよう。しかし他方で、こうした余地についても、もはや「補充性」という概念でもっては論じきれない、もっと別の概念から論じていかねばならないとの見方も成り立つかもしれない。

ともあれ、無名抗告訴訟の補充性に関しても、今後さらに同種の裁判例の蓄積を注視しながら、検討をしていく必要がある。

（４）小括

以上の検討から、行政訴訟「理論」の見地からみた本判決の意義を挙げるならば、少なくとも、法定抗告訴訟・無名抗告訴訟間での、排他性の論理と補充性の論理について、〈曖昧化〉したと言えるのではないか。その意味で本判決は、両論理の延長線上で読解された限りでの、日の丸君が代訴訟の射程、具体的には、無名抗告訴訟の不適法論をめぐるその判断の射程を狭めたものとも解しうる。

こうした曖昧化は、「1. 問題意識」に照らして言えば、法定抗告訴訟・無名抗告訴訟間での両論理——（A）（B）——に相応の影響を与えたものと評価できるわけであるが、こうした曖昧化が、抗告訴訟・当事者訴訟間での両論理——（C）（D）——へ与える影響いかに⁽⁷⁰⁾が今後理論的に問題となってくるのではないかと思われる⁽⁷¹⁾。

5. 残された課題

本稿の考察とは直接関係ないが、本稿筆者（高木）は、処分性の有無の不明確さが原因となって、原告市民に訴訟類型の選択「誤り」が生じる場合の対応策に関して、【現に提起されている訴え（訴訟類型）をできるだけ適法と判断し、本案審理をし、本案判決を下すべきという結論】が妥当である旨の議論をしてきた。処分権主義を重視する姿勢も含め、本判決の考え方に関しては、本稿筆者（高木）のこれまでの基本的な考え方（ポリシー）と必ずしも矛盾するものではない⁽⁷²⁾。それゆえ、本稿筆者（高木）は、本判決の考え方に対して、その結論において、必ずしも後ろ向きに捉える必要はないものと考えている⁽⁷³⁾。

ただし本稿筆者（高木）の場合、こうした柔軟な解釈の前提として、まがりなりにも、例外的な場面（処分性の不明確な場面）を想定するとともに、既存の理論体系との整合性をそれなりに踏まえた、法原理論的かつ法解釈論的な構成（均衡解釈）を明示していく必要性を論じてきた⁽⁷⁴⁾。本判決は、事案の処理に必要な範囲内での法的判断を示すという裁判所なりの抑制的態度からして、やむを得ないかもしれないが、そうした射程範囲や理論的検討が割愛されて、結論としての規範命題のみが提示されており、分かりづらい。

しかし他方で、最高裁調査官解説では、【無名抗告訴訟の活用】という問題意識が浮き彫りとなっており、そのぶん分かりやすい面がある。しかし、ここで開陳されている考え方が今後どこまで裁判実務に影響力を及ぼしうるものなのか、学説の戸惑いを踏まえても、にわかには判断しかねるところである⁽⁷⁵⁾。

もっとも、振り返るなら、第四次厚木地訴訟（最判平成28年12月8日：民集70巻8号1833頁）も、その理論構成（受忍義務構成）が不明確なまま、【法定差止訴訟の活用】を図っているので⁽⁷⁶⁾、本判決（及び最高裁調査官解説）は、こうした最高裁の姿勢と連続的に捉えられるかもしれない。さらにはこうした理論構成の不明確さ⁽⁷⁷⁾は、少し遡って平成16年行訴法改正前後から本格化した、専ら【取消訴訟の活用】を図る「処分性拡大判例」⁽⁷⁸⁾に関しても、多かれ少なかれ言えることではある⁽⁷⁹⁾。

うがった見方をするならば、行政訴訟の訴訟類型をめぐる論点をめぐっては、結論ありき（＝とにかく裁判の受け皿を確保すればよい）のプラグマティックな姿勢こそが、実効的な権利救済並びに実効的な紛争解決を使命とする裁判所の第一義的な姿勢であって、伝統的な考え方との整合性の付け方など、しよせん、学説において後付的に検討すべき課題であるのかもしれない⁽⁸⁰⁾。

しかしながら他方で、こうした裁判所の姿勢は、大阪国際空港訴訟（昭和56年12月16日：民集35巻10号1369頁）や第一次厚木基地訴訟（最判平成5年2月25日：民集47巻2号643頁）の、結論ありき（＝受け皿の提示についてはごまかす）の裁判所の姿勢と《裏返し》に見えなくもない。本判決——さらには処分性拡大判例や第四次厚木基地訴訟にも少なからず当てはまるが——に対する目下の学説の戸惑いの原因は、こうしたところにもあるのではないか。

ともあれ、本判決の意義に関しては、（法定差止訴訟代替的な）無名抗告訴訟の解釈論として、かつ、単なる《事例判決》として理解して済ますべきではなく、むしろ排他性の論理と補充性の論理との交錯の観点を含め、行政訴訟の訴訟類型をめぐる近年の一連の最高裁判例の動向を踏まえて、また、大域のかつ理論的な見地から、再検討する必要性があるのではないかと思われる⁽⁸¹⁾。

注

- (1) ここで言う「行政訴訟」は、行政事件訴訟法上、厳密には「行政事件訴訟」（同法2条）である。もっとも本稿では、「行政訴訟」という用語でもって論じていく。
- (2) これに対して客観訴訟は、客観的な法秩序の維持を目的とする行政訴訟とされ、民衆訴訟（住民訴訟等）と機関訴訟（国地方係争処理等）からなる。原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』（学陽書房、2012年）364頁等参照。
- (3) 本稿は《行政訴訟間での》選択問題に焦点を絞る。裏返せば本稿は、《行政訴訟と民事訴訟間での》選択問題について正面から取り上げない。大阪国際空港訴訟（昭和56年12月16日：民集35巻10号1369頁）、第一次厚木基地訴訟（最判平成5年2月25日：民集47巻2号643頁）、第四次厚木基地訴訟（最判平成28年12月8日：民集70巻8号1833頁）等参照。また拙稿「事実行為の処分性に関する一考察」洋法64巻3号（2021年）1頁以

下等も参照。

- (4) 排他性の論理全般について着目する先行研究として、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。
- (5) 宇賀克也『行政法概説I [第7版]』（有斐閣、2020年）365頁以下等参照。
- (6) 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頁以下や、西田幸介「法定抗告訴訟と無名抗告訴訟の選択基準」西田幸介編著『行政課題の変容と権利救済』（法政大学出版局、2019年）72頁等参照。抗告訴訟の排他的管轄に対する批判として、中川丈久「行政訴訟の基本構造（二・完）」民商150巻2号（2014年）190頁以下等も参照。
- (7) 中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法教375号（2011年）104頁参照。関連して拙稿「処分性の拡大と仮の救済」洋法60巻1号（2016年）257頁以下等参照。
- (8) 関連して、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 [第2版]』（日本評論社、2019年）12頁や、拙稿「行政執行と遮断効」洋法58巻3号（2015年）1頁以下等参照。
- (9) 補充性の論理全般につき着目する先行研究として、斎藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命338号（2011年）1頁以下等参照。
- (10) 義務付け訴訟及び差止訴訟における訴訟要件として、「補充性」要件のみならず、「重大な損害」要件もある（行訴法37条の2第1項、37条の4第1項）。後者の要件についても、『補充性の論理』に属するものと理解しうる。斎藤・前掲注（9）37頁、43頁以下等参照。
- (11) 排他性の論理又は補充性の論理に係る、本稿で挙げた議論以外のものについては、さしあたり拙稿「行政訴訟における排他性の論理と補充性の論理」洋法62巻1号（2018年）18頁以下等参照。
- (12) 拙稿・前掲注（11）17頁以下参照。関連する近年の議論として、原田大樹『公共紛争解決の基礎理論』（弘文堂、2021年）177頁以下、中川丈久ほか「行政訴訟における訴えの利益（三・完）」自研98巻1号（2022年）7頁以下、山本隆司「改正行訴法下の無名抗告訴訟」曹時74巻2号（2022年）7頁以下、中島崇「判解」最判解説民平成31年・令和元年度165頁以下等も参照。

- (13) 関連して、重複訴訟の禁止という観点から、仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂、2018年）238頁を参照（後掲注（42）も参照）。また、当該無名抗告訴訟と同一の機能を有する法定抗告訴訟が優先するという観点から、野呂充「判批」民商148巻1号（2013年）91頁以下も参照。そのほか、芝池義一「抗告訴訟の可能性」自研80巻6号（2004年）6頁以下や、西田・前掲注（6）73頁等も参照。
- (14) 平和安全法制整備法全般に関して、田村重信『新・防衛法制』（内外出版、2018年）87頁以下参照。防衛出動に関しては同153頁以下参照。
- (15) 「武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律」（平成15年法律第79号）2条2号。
- (16) 前掲注（15）の法律2条4号。
- (17) 「武力攻撃事態」と「存立危機事態」の相違も含め、田村・前掲注（14）308頁以下等参照。
- (18) 関連して原田一明「判批」法教470号（2019年）133頁も参照。
- (19) 中島・前掲注（12）164頁、177頁（注4）、178頁（注6）参照。防衛出動命令が発令された場合に想定される、陸上自衛隊における手続過程は、原判決で解説されている。大まかに整理すると、①内閣総理大臣による防衛出動命令→②防衛大臣による自衛隊行動命令→③統合幕僚長指令及び統合幕僚長後方業務指示→④陸上幕僚長措置指令→⑤上級部隊の長による隷下部隊等が防衛出動する旨の職務上の命令→⑥隷下部隊等における職務上の監督責任者による防衛出動に係る具体的な職務上の命令といった流れである。さらに、⑦自衛隊員に関わっては、自衛隊法52条で服務の本旨、同56条で職務遂行義務、同57条で上官命令への服従義務が定められている（ここで言う、自衛隊の「隊員」は「自衛官」のみを指すものではない。詳しくは田村・前掲注（14）648頁以下参照）。ともあれ、内閣総理大臣が防衛出動命令を発した事例は、少なくとも第一審判決から遡って過去に1件もないため、このときまでに⑥の職務命令への不服従を理由として懲戒処分又は刑事罰を受けた自衛官は存在しない。民集73巻3号275頁以下参照。
- (20) 田村・前掲注（14）657頁以下参照。
- (21) 田村・前掲注（14）679頁以下参照。
- (22) 中島・前掲注（12）159頁参照。ただし、湊二郎「判批」WATCH 26巻（2020年）39頁

- は、Xも第一審判決も当事者訴訟の立場を採っていたのではないかと指摘する。山本・前掲注（12）17頁も参照。
- (23) 中島・前掲注（12）159頁参照。
- (24) 司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）138頁以下等参照。
- (25) 関連して新井吐夢「判批」『平成31年・令和元年行政関係判例解説』（ぎょうせい、2021年）92頁注3も参照。
- (26) もっとも、山本・前掲注（12）23頁以下は、原判決の「重大な損害」要件の判示内容を分析した上で、原判決の議論が無名抗告訴訟よりも当事者訴訟に適合する旨論ずる。その上で、原判決が無名抗告訴訟の訴訟要件に関して法定差止訴訟と別異に解さないとしながらも、（法定差止訴訟で訴訟要件とされる）処分の蓋然性要件に触れなかったのは、ここに原因があるのではないかと示唆する。
- (27) 原審でも、「重大な損害」要件についての判断の補足として、「蓋然性」に関わる事柄が判断されていた（関連して奥野恒久「判批」WATCH 23巻（2018年）29頁も参照）。しかし、この判示でもっては不足があると上告審が判断したと指摘する、中島・前掲注（12）183頁（注32）参照。
- (28) 中島・前掲注（12）175頁以下、新井・前掲注（25）89頁、高木光「判批」令和元年度重判解47頁、岩井伸晃＝須賀康太郎「判解」最判解説民平成24年度（上）131頁以下等参照。
- (29) 中島・前掲注（12）177頁以下（注5）参照。
- (30) これに対しては、石崎誠也『『平和安全法制整備法』による命令服従義務不存在確認訴訟上告審における意見書』高岡38号（2019年）256頁以下の議論も参照。
- (31) 防衛作用の分野において、処分の「蓋然性」要件を論じることの難しさにつき、神橋一彦「判批」法教470号（2019年）134頁参照。
- (32) 芝池義一『行政救済法』（有斐閣、2022年）221頁は、公的義務不存在確認訴訟が無名抗告訴訟とされることに理論的に疑問があるとして、むしろこの種の訴訟は当事者訴訟と見るのが素直ではないかと指摘する。関連して稲葉馨ほか『行政法 [第5版]』（有斐閣、2023年）295頁【村上裕章執筆部分】等も参照。

- (33) なお、福岡地判令和3年6月9日（LEX/DB 25590489）は、自衛隊法76条1項2号に基づく内閣総理大臣による存立危機出動命令について、処分性を否定する判断を下している。
- (34) ここでは、さしあたり、「蓋然性」要件（無名抗告訴訟）と「確認の利益」要件（実質的当事者訴訟）との間で、考慮要素上の共通点が見出されうる。関連して新井・前掲注（25）91頁も参照。
- もっとも、高木・前掲注（28）47頁は、「事案によっては、差止訴訟は『蓋然性要件』を満たさないために不適法であるが、当事者訴訟は『確認の利益』が認められ適法である、という結論になっても背理ではない。」とした上で、本判決において、刑事罰が科せられうることを前提とすれば、当事者訴訟としての公的義務不存在確認訴訟も適法と解する余地は十分にありと指摘する。関連して宇賀克也『判例で学ぶ行政法』（第一法規、2015年）242頁以下等も参照。ただし、山本・前掲注（12）40頁以下等も参照。
- (35) 中島・前掲注（12）184頁（注33）参照。
- (36) 中島・前掲注（12）176頁は、本判決について、端的に、「予防的無名抗告訴訟については、国旗国歌訴訟最判が、補充性の要件を満たさない場合には不適法である旨の判断を示していたが、本判決は、蓋然性の要件を満たさない場合にも不適法であることを明らかにしたものであり、重要な意義を有するものと思われる。」と位置付けている。同169頁以下も参照。
- (37) 中島・前掲注（12）176頁参照。
- (38) 新井・前掲注（25）90頁によると、「平成24年最高裁判決が予防目的無名抗告訴訟につき差止訴訟との関係で補充性を満たす必要がある旨判示しているところ、本件のような自衛隊の職務命令に係る予防目的無名抗告訴訟につき、平成24年最高裁判決とは逆に補充性が肯定され、無名抗告訴訟として適法とされる余地があるのかは、一応今後に残された課題である」とする。
- (39) 新井・前掲注（25）93頁注6。
- (40) 湊・前掲注（22）39頁は、「本判決は、平成24年最判と同様に、予防的無名抗告訴訟がそもそも許されないと述べていない。」とした上で、「しかし、予防的無名抗告訴訟を提起するためには差止訴訟の訴訟要件が充足されることが前提となるとすると、その

ような場合には差止訴訟を提起することができるので、予防的無名抗告訴訟を選択する意味があるのか、疑問が生ずる。」と指摘する。児玉弘「判批」法セ65巻3号(2020年)125頁も、両最判(日の丸君が代最判・本最判)とも、「公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟はそもそも許されないとはいしていないが、両最判を前提とする限り、こうした無名抗告訴訟が差止め訴訟とは別に許容されるのかを説明することはなかなか難しい。」と指摘する。関連して長谷川佳彦「判批」行政百選[第8版](2022年)415頁や、神橋一彦『行政救済法[第3版]』(信山社、2023年)268頁以下も参照。

- (41) 高木・前掲注(28)46頁以下、春日修「法定外抗告訴訟の現在」法教482号(2020年)28頁、下井康史「公務員法」現代行政法講座編集委員会ほか編『現代行政法講座 第3巻』(日本評論社、2022年)297頁以下参照。
- (42) 関連して、「重複訴訟の禁止」からの議論として、山本・前掲注(12)33頁以下や、行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート 行政訴訟の実務』(加除版)259頁以下(山本隆司執筆部分)も参照。

なお、これら山本両文献で論じられている〈重複訴訟の禁止〉と、仲野・前掲注(13)238頁で論じられている〈重複訴訟の禁止〉——「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。」——とは、その性質が違うように思われる。

さしあたり、後者が本稿でも扱っている排他性の論理の延長線上での議論(法制度次元での問題)、前者が民事訴訟法の〈重複訴訟の禁止〉の延長線上での議論(個々の訴訟提起・追行次元での問題)というように、である。ちなみに、山本・前掲注(12)8頁、34頁、41頁では、みづからが論じている〈重複訴訟〉を「狭義の重複訴訟」とも言及している。後掲注(57)も参照。

また、仲野・前掲注(13)237頁以下の論説全体の考察趣旨は、「取消訴訟の存在理由」を見出すために、「思考実験」(同241頁注(8)参照)として取消訴訟を廃止するとともに、同訴訟と同じ目的を達成するための訴訟(重複訴訟)を色々和頭の中で構成してみて、そうした重複訴訟でもって十分な救済結果が達成できないこと、したがって別途、取消訴訟が法制度として存在することが求められることを論証するというものである。

- (43) 学説では、平成16年改正による義務付け訴訟・差止訴訟の法定化に伴い、無名抗告訴訟の活用の余地について、消極的な意識があったことに関して、中島・前掲注（12）178頁（注8）参照。関連して春日・前掲注（41）26頁以下も参照。
- (44) ただし、中島・前掲注（12）179頁（注11）において指摘されている、形式論（対象）と実質論（主題）の強調についても参照。
- (45) 中島・前掲注（12）167頁参照。
- (46) 関連して、中島・前掲注（12）180頁（注14）は、Xが原審において、懲戒処分を受けるおそれのほか、社会的非難を受けるおそれ及び刑罰に処せられるおそれがある旨をも主張していたことを受け、「Xとしては、本件訴えを処分以外の不利益の予防を目的とする実質の当事者訴訟と構成することも可能であったように思われる。しかしながら、前述のとおり、Xが、原審において、本件訴えは無名抗告訴訟である旨明示的に積明している。」と指摘する。

また、石崎・前掲注（30）246頁及び258頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2021年）399頁、大橋洋一『行政法Ⅱ〔第4版〕』（有斐閣、2021年）264頁脚注（17）、橋本博之『行政判例ノート〔第5版〕』（弘文堂、2023年）251頁等も参照。

- (47) 中島・前掲注（12）172頁以下参照。
- (48) 例外三要件は最高裁判例として明確に定式化されていたわけでもなければ、下級審裁判例として確立してきたわけでもないことにつき、中島・前掲注（12）170頁以下参照。関連して同175頁も参照。
- (49) 被告長野県の教育委員会教育長が、その通達により、原告ら高等学校教員に対して、同通達の定める勤務評定書に自己観察の結果を表示することを命じたことに対して、原告らが、違憲違法を理由に、その表示義務のないことの確認を求め提訴した事案である。
- 最高裁は、原告ら（上告人ら）の訴えの性質につき、「上告人らの過去もしくは将来における右義務の不履行に対し懲戒その他の不利益処分が行なわれるのを防止するために、その前提である上告人らの義務の不存在をあらかじめ確定しておくことにあるもの」と理解し、次のように論ずる。

「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処

分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然許されるわけではなく、当該義務の履行によつて侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の実質性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しがい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである。」

その上で、本件通達により原告らが記載を求められる事項が内心の自由等に重大な関わりをもつと認める合理的根拠はなく、また表示しなかったからといって、直ちに義務違反を理由に責任追及されることが確実であるとも認められず、その他、原告らにおいて不利益処分をまけて義務の存否を争つたのでは回復しがい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情の存在は、いまだこれを見出すことができないとして、原告らの訴えを上記説示に照らし不適法と判断した。

佐藤繁「判解」最判解説民昭和47年度363頁は、本訴につき、「公義務確認訴訟」として、「予防的確認訴訟たる性質をもつもの」として理解している。その上で同364頁は、本判決につき、「訴訟形式論にあまり拘泥することなく、その予防訴訟的実質にかんがみ、訴えの利益の有無によって決しようとしたものと推測される。」と指摘する。また同365頁以下は、上記説示部分に関して、「『事前の救済を認めないことを著しく不相当とする』かどうかという総合的判断」にあつての「重要なチェックポイント」であると指摘する。

- (50) 原告は、自己の所有土地が河川法上の河川区域に当たらないとして、河川管理者（高知県知事）を被告として、①被告において、将来、当該土地につき河川法上の処分を行つてはならない義務があることの確認、②被告において当該土地につき、河川法上の処分権限がないことの確認、③当該土地が河川法上の河川区域でないことの確認を求め、提訴した。

最高裁は、長野勤評事件を明示的に参照した上で、次のように判示し、原告のいずれの訴えも不適法とした。「上告人の主張するところによつても、上告人が、河川法七五条に基づく監督処分その他の不利益処分をまけて、これに関する訴訟等において事後的

に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということではできないから、原告人は、あらかじめ河川管理者たる被告原告人が河川法上の処分をしてはならない義務があることの確認（第一次的訴え）ないし河川法上の処分権限がないことの確認（第二次的訴え）及びこれらと同趣旨の本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認（第三次的訴え）を求める法律上の利益を有するということができない」。

最高裁判所の調査官による解説、増井和男「判解」ジュリ953号（1990年）86頁は、本件各訴えを無名抗告訴訟ととらえている。

- (51) こうした考え方を最高裁として念頭に置いている（かもしれない）ことは、日の丸君が代訴訟の最高裁調査官解説、岩井＝須賀・前掲注（28）134頁以下の説明からは、専ら本稿筆者（高木）の読解力の限界により、読み取ることができなかった。もっとも、司法研修所編・前掲注（24）139頁以下は、無名抗告訴訟の適法要件として例外三要件が「一般に指摘されている」としてこれら要件を論じながらも、これら要件を含め無名抗告訴訟の適法要件に関して一般論を述べた最高裁判例はないこと、また長野勤評事件や横川川事件の判示内容を振り返った上で、次のように論じていたことにも留意が必要である。「最高裁判決は、あえて無名抗告訴訟について特別な適法要件を定立するのではなく、行政庁の第一次判断権留保の原則の下で、事前の司法審査を求めるに足る訴えの成熟性の有無という観点から、無名抗告訴訟の適法性を審査しているようにも思われる。」

- (52) 中島・前掲注（12）174頁参照。

- (53) 中島・前掲注（12）174頁。

- (54) 中島・前掲注（12）183頁（注31）参照。

- (55) 念のため、日の丸君が代訴訟の関連判示部分を引用しておく（【 】内が引用部分）。

【無名抗告訴訟は行政処分に関する不服を内容とする訴訟であって、前記1（2）のとおり本件通達及び本件職務命令のいずれも抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない以上、無名抗告訴訟としての被告原告人らに対する本件確認の訴えは、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。抗告訴訟については、行訴法において、法定抗告訴訟の諸類型が定められ、改正法により、従来は個別の訴訟類型として法定されていなかった義務付けの訴えと差止めの訴えが法定抗告訴訟の新たな類型として創設され、将来の不利益処分を予防を目的とする事前救済の争訟方法として法定された差止めの訴えについて「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと、すなわち補充性の要件が訴訟要件として定められていること（37条の4第1項ただし書）等に鑑みると、職務命令の違反を理由とする不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての当該職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める訴えについても、上記と同様に補充性の要件を満たすことが必要となり、特に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満たすか否かが問題となるものと解するのが相当である。

本件においては、前記2のとおり、法定抗告訴訟として本件職務命令の違反を理由としてされる蓋然性のある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、上記懲戒処分の予防を目的とする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、不適法というべきである。】

(56) 例えば宇賀・前掲注（34）242頁注（17）等参照。

(57) 関連して、山本・前掲注（12）8頁は、「同じ訴訟を『引き直し』た関係にある訴訟は、補充性の関係に立つものとは捉えられない」、行訴法37条の4第1項ただし書の文言に即して言えば、「『他』の争訟方法に当たらない」と述べる。その上で、日の丸君が代訴訟において、法定差止訴訟を引き直した関係にある無名抗告訴訟の補充性要件として適用されている——ただし明確に適用ないし準用されるとは述べられてはいないが——行訴法37条の4第1項ただし書で言う「他に適当な方法」には、法定差止訴訟は該当しない旨を論じている（本文後掲の、本稿筆者（高木）の〈言い回し〉で言い換えれば、法定差止訴訟の補充性要件が「類推適用」された、無名抗告訴訟の補充性要件の解

釈において、法定差止訴訟は「他に適当な方法」とみなされえないと言えようか。

このことから、山本氏は、法定差止訴訟と無名抗告訴訟が併合提起されている日の丸君が代訴訟の事案では、補充性を理由に無名抗告訴訟不適法の結論を導き出すのではなく、むしろ「狭義の重複訴訟」（行訴法7条、民訴法142条）を理由にその結論を導き出すべきことを主張している（山本・前掲注（42）259頁も同旨）。もっとも同氏は、日の丸君が代訴訟では、法定差止訴訟との関係で無名抗告訴訟を不適法とする点で、「本判決の論理も本稿に示した論理も共通となり、本事案を解決する上で、それ以上細かく議論する実益はない。」（ここで言う「本判決」は日の丸君が代訴訟、「本稿」は上記の山本説）とも指摘する。前掲注（42）も参照。

- (58) 岩井＝須賀・前掲注（28）134頁以下等参照。例えば同146頁（注13）の説明によると、無名抗告訴訟における補充性の要件自体は、「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といえる」が、本件（日の丸君が代訴訟の事案）では無名抗告訴訟（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を「引き直したものとといえるので、その補充性の判断に当たっては上記差止めの訴え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解されることから、本判決の判示では、行訴法37条の4第1項ただし書の趣旨も、その限りにおいて無名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ものと思われる。」（ここで言う「本判決」は日の丸君が代訴訟）
- (59) 関連して、拙稿・前掲注（11）14頁以下等参照。
- (60) 関連して新井・前掲注（25）88頁以下も参照。
- (61) 中島・前掲注（12）173頁参照。
- (62) あるいは、法定されている差止訴訟の「訴訟要件」を潜脱するような訴訟の提起を妨げるという意味では、ここは削除しなくてもよいかもしれない。
- (63) 中島・前掲注（12）182頁（注29）参照。
- (64) なお、こうした最高裁調査官解説における活用論と、春日・前掲注（41）29頁とを比較参照。
- (65) 西川知一郎編著『行政関係訴訟〔改訂版〕』（青林書院、2021年）22頁以下（徳地淳執筆部分）において、「地方裁判所判事」の肩書を有する論者が、日の丸君が代訴訟及び

平和安全法制整備法訴訟の射程について次のように指摘していることも注目される。「いずれも無名抗告訴訟の適法性につき差止めの訴えの訴訟要件との関係が問題とされたものであるが、義務付けの訴えと目的を同じくする無名抗告訴訟（例えば、一定の処分を行わないことが違法であることの確認の訴え）についても、おそらく上記と同様に、その要件として、少なくとも義務付けの訴えの訴訟要件をすべて満たさなければならぬと解することになる。」

- (66) ただし、山本・前掲注 (12) 22頁は、法定差止訴訟と無名抗告訴訟間での、行訴法37条の4第1項ただし書にある「他に適当な方法」の解釈に関わって、「両者の訴訟が厳密に『引き直し』の関係にあるとすれば、そもそも相互に他の訴訟と言えないのではないかという疑問」を示している。
- (67) 「重大な損害」要件との関連で、中島・前掲注 (12) 176頁も参照。
- (68) 関連して、中川丈久ほか「行政訴訟における訴えの利益 (一)」自研97巻11号 (2021年) 30頁 (山本隆司発言) は、本判決につき、「要するに、形は法定抗告訴訟と違うけれども、中身は法定抗告訴訟と同じで、法定抗告訴訟を無名抗告訴訟の形にしたにすぎない、と最高裁がみたのではないかと指摘するとともに、「無名抗告訴訟は結局法定抗告訴訟を言い換えたものという意味しかない」とすれば、それはそれでよい」と指摘する。
- (69) 湊・前掲注 (22) 40頁は、本判決につき例外三要件の充足は求めている一方で、「予防的無名抗告訴訟の訴訟要件と差止訴訟の訴訟要件が同一であると述べているわけではなく、前者が後者よりも厳格であると解される余地もある。」と指摘する。他方で、山本・前掲注 (42) 260頁は、「法定抗告訴訟を『引き直した』無名抗告訴訟について、法定抗告訴訟の訴訟要件では足りないとして、さらに他の訴訟要件を加える必要性は、にわかには想定できない。」と指摘する。山本・前掲注 (12) 35頁も同旨。
- (70) 関連して、中川ほか・前掲注 (68) 25頁以下 (中川丈久発言) は、抗告訴訟と当事者訴訟を統合的に運用しようとの一般的な問題意識を踏まえた上で、本判決の判示について、「無名抗告訴訟」という言葉が登場したが、これは「行訴法の条文に抗告訴訟があるから付き合っているだけであって、紛争解決手続を進めるために必要な概念として機能させているわけではないようにみえます。」と指摘する。

- (71) 前掲注（70）の中川発言に対して、中川ほか・前掲注（68）28頁以下（下井康史発言）は、本判決の一審段階では、当事者訴訟（確認訴訟）で争っていたところ、控訴審段階での裁判所の釈明を通じて法定外抗告訴訟に変更されたとの前提理解を踏まえて、「これはやはり将来の懲戒処分を問題にするからやはりそれは処分についての争いであり、したがって当事者訴訟の守備範囲内ではない」との「発想」があるのではないかと、そうであるとすると「抗告訴訟と当事者訴訟の間の垣根を重視している」との見方を示している。関連して同31頁以下（下井康史発言）も参照。
- (72) 拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法57巻1号（2013年）51頁以下、拙稿・前掲注（7）247頁以下、拙稿・前掲注（3）1頁以下等参照。
- (73) 拙稿「処分性の拡大と行政庁の理由提示義務」洋法66巻2号（2022年）93頁以下等参照。
- (74) 比較的最近で言えば、芝池・前掲注（32）38頁以下が、「もう少し柔軟に考えるべきではないか。少なくとも政省令や条例に処分性を認めても、その実質的な性格が変わるはずはあるまい。行政指導についても同様ではないか。」として、処分性を拡大しても、取消訴訟の排他性や出訴期間の制限等がかかってこない旨を示唆している。
- しかし、少なくとも近年の【処分性拡大判例】をかえりみると、条例であれ、行政指導であれ、通常のとらえとは「実質的な性格」が変わってしまっていると裁判所により判断されたからこそ、（通常のとらえとは異なって）処分性が認められているのではないか（後掲注（78）の、とくに保育所廃止条例事件、病院開設中止勧告事件、病院病床数削減勧告事件参照）。
- 「もう少し柔軟に考えるべき」との問題意識（ないし結論）については十分了解できるが、上記議論をもって取消訴訟の排他性や出訴期間の制限等を適用しないことを論理的に正当化するに足る、十分な理由付けになっているのかについては、疑問がある。後掲注（80）も参照。
- (75) 例えば、西川編著・前掲注（65）196頁以下（和久一彦執筆部分）において、「最高裁判所調査官」の肩書を有する論者が、行訴「法3条は、抗告訴訟を法定抗告訴訟に限定する趣旨ではないものの、法定抗告訴訟と同様の救済を求める無名抗告訴訟については、原則として法定抗告訴訟によるべきであるから不適法であり、少なくとも法定抗告

訴訟よりも厳格な訴訟要件が求められると考えられる。」として、排他性の論理及び補充性の論理と親和的な指摘をしている。

- (76) 関連して拙稿・前掲注（3）1頁以下等参照。
- (77) 例えば、労災就学援護費不支給決定事件（後掲注（78）参照）につき、その判決の論証の大雑把さを指摘する、太田匡彦「判批」行政百選 [第8版]（2022年）317頁等参照。
- (78) 二項道路一括指定事件（最判平成14年1月17日：民集56巻1号1頁）、労災就学援護費不支給決定事件（最判平成15年9月4日：判時1841号89頁）、食品衛生法違反通知事件（最判平成16年4月26日：民集58巻4号989頁）、登録免許税拒否通知事件（最判平成17年4月14日：民集59巻3号491頁）、病院開設中止勧告事件（最判平成17年7月15日：民集59巻6号1661頁）、病院病床数削減勧告事件（最判平成17年10月25日：判時1920号32頁）、土地区画整理事業計画決定事件（最判平成20年9月10日：民集62巻8号2029頁）、保育所廃止条例事件（最判平成21年11月26日：民集63巻9号2124頁）、有害物質使用特定施設廃止通知事件（最判平成24年2月3日：民集66巻2号148頁）、被扶養者非該当通知事件（最判令和4年12月13日：判タ1507号33頁）。
- (79) 関連して、拙稿「処分性判断における仕組み解釈」法時90巻8号（2018年）48頁以下等参照。
- (80) なお、杉原則彦「実務家の法解釈の方法論——主に公法について」民商158巻2号（2022年）339頁は、病院開設中止勧告事件及び病院病床数削減勧告事件（いずれも前掲注（78）参照）に関して、みずからが最高裁調査官として関わった経験を踏まえた上で、両判決の「位置付けや派生する問題点」に関して、「抗告訴訟の本質論や抗告訴訟の更なる活用の可能性などをめぐって」、研究者からの更なる議論や検討を求めている。関連して同「判解」最判解説民平成17年度440頁以下も参照。
- もともと、あわせて、本注上掲「民商」同頁注6（及び本注上掲「判解」447頁以下）を読むと、論者は、処分性を拡大しても取消訴訟の出訴期間などの制限はかかってこない旨の、従来から学説で有力に提唱されてきた「形式的行政処分」論に対して、好意的な評価を持っているようである（この議論に関しては、芝池・前掲注（32）36頁以下等参照。関連して正木宏長「処分性」法教501号（2022年）74頁以下等も参照）。
- (81) 最判令和4年5月25日（判時2536号44頁）では、最高裁判官の国民審査に際して、

在外国民に対しては審査権の行使が全く認められていないことが違憲であることを理由として、国が原告在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求める訴えが提起された。公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法4条）である。最高裁は適法な訴えであると判断した（請求も認容）。本判決に付されている宇賀克也裁判官補足意見の中で改めて論じられている〈実質的当事者訴訟の活用〉論を含め、本文で述べた問題意識からの再検討の必要性があるものと考ええる。

—たかぎ ひでゆき・東洋大学法学部教授—