

パンデミック対応施策をめぐる 訴訟にも狭い「処分性」

——行政裁判は実効的救済を極めよ！——

斎藤 浩*

目 次

- 第1 新型コロナパンデミックは世界と日本の風景を変えた
- 第2 緊迫の中で気の抜けた裁判所の判断
- 第3 本件事案に対する大阪地裁決定、大阪高裁決定、判例タイムズ解説
- 第4 両決定、解説の理論的、実務的問題点
- 第5 コロナ禍でも解釈は柔軟にならないのか

第1 新型コロナパンデミックは世界と日本の風景を変えた

2019年に発生した新型コロナ（COVID19）は、世界を席卷し、2022年5月13日現在、5億2100万人が罹患し、626万人の死者をだすパンデミックとなった¹⁾。

人類は生命身体の危機に見舞われ、経済活動、社会状況は大きな影響を受け続けている。

我が国においても、脆くも医療体制は何度も崩壊したし、積極施策は取られず、対策はコロナの勢いとシーソーゲームに陥っている²⁾。

* さいとう・ひろし 元立命館大学大学院法務研究科教授 弁護士

1) データは Our World in Data より。

2) 我が国の対策やそれが依って来るところの問題点につき、井上達夫「危機管理能力なき無法国家——コロナ危機で露呈する日本の病巣」（法律時報増刊「新型コロナウイルスと法学」6頁以下、2022年）参照。

事業者は大きな打撃を受けた。

日本商工会議所がまとめた「経済的苦境が続く事業者への支援に向けた緊急要望」（2021年3月18日）によると、「緊急事態宣言が再発令され、多くの事業者が支援策等を最大限活用し、事業継続・雇用維持に必死に取り組んでいるが、経済活動が抑制された状態が継続し、売上が回復せず、倒産、廃業が増加している。生産性向上や事業再構築等への中小企業の挑戦を支援する体制は講じられているが、宣言再発令により深刻な影響を受けている業種や企業に対して、生き残りのための時間的猶予が必要。迅速かつ簡便な手続きの下、資金繰り等への対応を強化すべき。感染予防の徹底の下、活動レベルを引き上げていくことがコロナ克服の最大の対策。変異株拡大の懸念が高まる中、ある程度の感染拡大が生じても経済活動を継続していけるよう、一層の地域医療連携による検査・医療提供体制の抜本的強化が必要」などとしている。

このような中で、2021年2月、新型インフルエンザ対策特別措置法（以下「措置法」「法」ともいう）が改正され、「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」が創設され、事業者及び地方公共団体に対する支援として、国及び地方公共団体は、新型インフルエンザ等及びまん延の防止に関する措置が事業者の経営及び国民生活に及ぼす影響を緩和し、国民生活及び国民経済の安定を図るため、当該影響を受けた事業者に対する支援に必要な財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする、などの方針を打ち出された。

内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律」及び「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備に関する政令」の公布について（令和3年2月12日 各都道府県知事、各指定公共機関宛事務連絡）は、「事業者に対する支援等（法第63条の2）」について次のように述べる。

事業者に対する支援（法第63条の2第1項）国及び地方公共団体は、新型コロナウイルス等及び新型コロナウイルス等のまん延の防止に関する措置が事業者の経営及び国民生活に及ぼす影響を緩和し、国民生活及び国民経済の安定を図るため、当該影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする。なお、以下の点に留意すること。ア）法第24条第9項、第31条の6第1項及び第45条第2項に係る営業時間の変更を含む施設の使用制限等の要請に応じた事業者に対する支援は確実にを行うものとする。なお、要請に応じたことのみならず、要請による経営への影響の度合い等を勘案し、公平性の観点や円滑な執行等が行われることにも配慮しつつ、要請に十分な理解と協力を得られるようにするため、必要な支援となるよう留意すること。イ）要請の対象となっていない事業者についても、例えば、要請の対象となる事業者の取引先である場合、特定都道府県における不要不急の外出・移動の自粛による直接的な影響を受ける場合などは、効果的な支援を行うよう努めることとする。ウ）なお、必要となる具体的な支援措置はその時々の新型コロナウイルス等のまん延状況や社会経済情勢などによって変わるため、要請内容や状況に応じて適時適切に対応することとする。

このような緊迫した事情のもとに、全国の地方公共団体で、法と政府の方針に基づき、さまざまな施策が講じられていく。

本稿で扱う大阪府営業時間短縮協力金支給制度もその一つである。

第2 緊迫の中で気の抜けた裁判所の判断

国民も経済も緊迫した中、いかにも気が抜けた裁判所の決定に目を奪われた。悲しくもなった。

それはパンデミック対応の営業時間短縮協力金に関する却下決定である（大阪地決令3.11.22判タ1491号123頁）。

この判例タイムズ2月号をみて、目が点になった。コロナ対策である大

阪府営業時間短縮協力金支給規則に基づく協力金の支給に係る決定の、仮の義務付け申立てに対する、裁判所の処分性なしとの理由による却下の決定文及びその解説である。

それなりに優れた判決を出している総括判事の裁判体³⁾が出した却下決定であった。同支給規則に基づく協力金の支給に係る決定には処分性がないと言う。飲食店経営者が行った支給申請につき、支給されるべきなのかの中身に入らずに、この制度に基づく申請、支給関係には、行政事件訴訟法の定める抗告訴訟は使えない、別な方法を取れ(民事訴訟や当事者訴訟を使え)と宣言をしたのである(以下、この事案のことを「本件事案」と述べることもある)。いかにも申立人の申立が悪い、もっと言えば申立代理人が悪いとも読める決定内容であった。

判例タイムズの解説は、上から目線で、申立人は申立内容を追加するだろうと余計なことまで書いている。

驚いて申立代理人に聞いてみると、抗告審も却下を維持していた⁴⁾。

橋にも棒にもかからない申立てであれば、訴訟要件却下もあり得ようが、これから検討していくことからわかるように、最高裁判決も含む同種判例で、裁判所は、抗告訴訟の使用を認めている例もあり、要綱や通達についての法的拘束性を認める学説が一般的であることに鑑みれば⁵⁾、担当裁判所は、現下のような緊迫した経済状態のもとで、困窮した飲食店が申し立てた本件仮の救済事案においては、中身に入って(実体判断として)その適否を早急に判断することが求められるのではないか。

3) 大阪地判令 2.10.2 判例地方自治476号82頁運転免許取消処分等取消請求事件、大阪地判令 2.11.25 判例地方自治476号89頁優良運転者免許証交付請求事件、大阪地判令 2.12.4 裁判所ウェブ発電所設置変更許可取消等請求事件、大阪地判令 3.2.10 判例地方自治480号31頁怠る事実の違法確認請求事件、大阪地判令 3.2.22 裁判所ウェブ生活保護基準引下げ違憲等請求事件、大阪地判令 3.5.17 裁判所ウェブ障害基礎年金支給停止を解除しない処分の取消等請求事件、大阪地判令 3.7.9 裁判所ウェブ表現の不自由展利用承認取消処分取消等請求事件、大阪地判令 3.10.13 金融・商事判例1631号42頁住民税不当利得返還等請求事件など。

4) 申立代理人から抗告審決定書をいただいた。記して謝意を表明する。

5) 山本隆司「判例から探求する行政法」(有斐閣、2012年) 316頁参照。

本件の決定と同じ年の憲法記念日に、大谷直人最高裁長官は新型コロナウイルス感染症と裁判所との関わりを次のように語っている⁶⁾。

「新型コロナウイルス感染症の世界的な流行は収まらず、国民生活に甚大な影響を与えています。社会経済活動を継続しつつ感染拡大を防止するため懸命の努力が続けられていますが、裁判所としても、このような状況にあつて、感染拡大防止の要請と、紛争解決を使命とする司法の役割とをいかに調和させていくかを最重要課題として、一体となって取り組んできました。」「感染拡大防止のための社会経済活動の制限によって、国民生活は多くの影響を受けており、そのような中で生じている葛藤が、今後法的紛争として現れてくる可能性もあると思われます。」「裁判所は、今日に至るまで、日本国憲法によって託された司法権を適切に行使し、社会に生起する紛争の解決を通じて、経済の発展や社会の安定に寄与するよう努めてきました。本年は司法制度改革審議会の最終意見が公表されてから20年の節目に当たりますが、制度の改革等を通じて培ってきた議論の蓄積を十分に生かし、我が国の司法がその役割を適切に果たしているかという広い視野の下に、これからも議論を重ねていくことが必要です。憲法記念日を迎えるに当たり、日本国憲法の下で法の支配を揺るぎないものにするという裁判所の使命の重さに改めて思いを致し、裁判所に寄せられる国民の期待に応えるために全力を尽くさなければならないと考えています」。

同長官のいう、コロナ下における「裁判所に寄せられる国民の期待」に、本件事案における決定は応えていないと筆者は考える。

筆者がそのように思う理由、本稿の結論を最初に述べておきたい。

2004年の行政事件訴訟法の改正により、当事者訴訟にスポットが当てられ、処分性がない事案なら当事者訴訟を使えば良いということが、実務でも学界でも語られるようになった⁷⁾。しかし、抗告訴訟という制度があ

6) 裁判所ホームページ。本稿では、このホームページに載せられた判例の引用では「裁判所ウェブ」と略称する。

7) 斎藤浩「行政訴訟の実務と理論 第2版」(三省堂, 2019年) 39頁以下の検討を参照。

り、処分概念がある以上、その該当非該当は実効的救済の観点から徹底して積極的に判断されなければならない。つまらないキャッチボールはやめてもらいたい。

また、処分性非該当も予測される場合には、予備的請求として当事者訴訟も申立てておけば良いということは、そのこと自体は法改正の効果として当たり前の言動であるが、本件事案のように仮の救済を求めている場合に、同じことを念仏のように言っては誤りに通じる。筆者は当事者訴訟に対応する仮の救済は民事保全法の仮処分であると考えて、そのこと自体が確立しているわけでもなく、実効的にするためには法改正も含めた様々な課題もある。

裁判所は、とりわけコロナ禍の仮の救済申請事案にあたっては、慎重かつスピード感をもって国民の立場に立った救済のための最大限の努力が求められよう。

以下順次これらの論点を述べる。

第3 本件事案に対する大阪地裁決定、大阪高裁決定、判例タイムズ解説

1 大阪地決令 3.11.22 判タ1491号123頁決定

(1) 概要

申立人は、大阪府知事が新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下「措置法」）に基づきなした要請に応じて、経営する飲食店店舗につき、営業時間の短縮をし、大阪府営業時間短縮協力金支給規則に依拠して協力金支給申請をしたが支給されないので、相手方大阪府に対し、行政事件訴訟法37条の5に基づき、大阪府知事において、仮に、申立人に対し協力金の支給決定をすることの義務付けを求めた事案。

↘されたい。

(2) 判 示 事 項

a 処分の定義

『『処分』とは、『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（行政事件訴訟法 3 条 1 項、2 項、6 項）であり、これは、公権力の主体たる国又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、又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（最高裁判所昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻 8 号1809頁参照）』。

「申立人が義務付けを求める本件支給規則に基づく協力金の支給に係る決定が『処分』に該当するか否か、すなわち当該決定の処分性の有無について検討するに、……協力金は、大阪府内に店舗を有して飲食店等を営業する事業者が知事の要請に応じたことに対して、法律や条例ではなく本件支給規則を直接の根拠として、申請に基づき支給されるものであるから、協力金の支給は、知事が、その優越的地位に基づき公権力を発動して私人の権利自由を制限し又はこれに義務を課するものではなく、資金の給付を求める私人の申込みに対する承諾という性質を有する非権力的な給付行政に属するものである。そして、非権力的な給付行政においては、その給付に係る決定に処分性は認められないことが原則となるが、法律上、所定の要件を充足したときに支給を受けることを公法上の権利として認め、その可否の判断を行政処分という形式で行うということが定められていると解される場合には、直接国民の権利義務を形成し、又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として処分性が肯定されるものと解される」。

b 協力金の支給の法律上の根拠

次のように処分性を否定した。

「本件支給規則に基づく協力金は、措置法63条の 2 第 1 項が『国及び地方公共団体は、新型インフルエンザ等及び新型インフルエンザ等のまん延の防止に関する措置が事業者の経営及び国民生活に及ぼす影響を緩和し、

国民生活及び国民経済の安定を図るため、当該影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする。』と定めており、また、内閣府が、新型コロナウイルス感染症の感染拡大防止とともに、感染拡大の影響を受けている地域経済や住民生活を支援し地方創生を図るため、『新型コロナウイルス感染症緊急経済対策(令和2年4月7日 閣議決定(4月20日変更))』及び『新型コロナウイルス感染症総合経済対策(令和2年12月8日閣議決定)』への対応として、地方公共団体が地域の実情に応じて、きめ細やかに必要な事業を実施できるよう、『新型コロナウイルス感染症対応地方創生臨時交付金』を創設していることを受けて、知事において、新たに本件支給規則及びその細則である『大阪府営業時間短縮協力金の支給に関する要綱』を定めて支給しているものと認められる。

「措置法63条の2第1項は、上記のとおり定めるのみであり、どのような事業者にどのような措置を講ずるべきかといった措置の具体的な内容についての定めはなく、また、当該措置として金銭を支給する場合の手続規定やそのような規定を定めることを地方公共団体に委ねる趣旨の定めもない。そうすると、措置法63条の2第1項は、当該地方公共団体がまん延防止措置により影響を受けた事業者を支援するためにいかなる施策を講ずるかについて、事業者に対する直接の補助・給付を行う事業を採用するのか、事業者が本来負担すべき費用等を減免する事業を採用するのかなどを含め、広範な裁量に委ねる趣旨のものであるというべきである。

そして、内閣府が創設した『新型コロナウイルス感染症対応地方創生臨時交付金』の制度趣旨は、上記のとおりであり、その交付金は、地方公共団体が実施する事業に要する費用に充てることができるように、国が当該地方公共団体に対し交付するものであるにとどまる。すなわちその交付金制度は、当該地方公共団体が上記のように広範な裁量により採用した施策を実行することができるように財政的な裏付けを付与するものであって、当該地方公共団体が一定の事業者に対し、その給付を受け得る事業者の地

位を具体的な公法上の権利として定める趣旨のものとはいえない……。

その上で本件支給規則は、知事の要請に応じた事業者に対し協力金を支給することとして、その支給を受けるための要件や申請のための手続等を定めるものであるが、上記のとおり、措置法には、事業者を支援するために必要な財政上の措置の具体的な内容の定めはなく、また、当該措置による協力金の支給につき知事へ委任することを定める法律や条例の定めもない。そうすると、本件支給規則における協力金の支給の定めは、事業者が所定の要件を充足したときに支給を受けることが公法上の権利として法律上認められていることに基づき、その委任を受けて支給要件等を具体化したものであるとは解されない。また、本件支給規則には、支給の申請に対して支給がされなかった場合の不服申立てに関する定めもない。そうすると、本件支給規則において、本件支給規則に基づく協力金が申請により審査の上で決定により支給されると規定されているのは（本件支給規則5条、6条1項）、支給の可否の判断を行政処分という形式で行うことを定めたものではなく、資金の給付を求める私人の申込みに対する承諾という性質を有する非権力的な給付行政の範囲内で、予算の執行の適正化を図るために、その事務執行上の基本的事項である支給のための手続等を規定するにすぎないものと解される。

したがって、協力金の支給について、法律上、所定の要件を充足したときに支給を受けることを公法上の権利として認め、その可否の判断を行政処分という形式で行うということが定められていると解することはできない」。

c 昭和54年の大阪高裁判決、平成15年の最高裁判決との関連

「申立人は、処分性について、市民の権利・利益保護の観点から広く解釈すべきである、本件支給規則は『支給するものとする。』と規定しており、支給要件を具備した事業者に対して支給を受ける権利を設定している、大阪高判昭和54年7月30日・判時948号44頁は、要綱に基づく給付で

あっても給付制度全体の趣旨・目的から受給申請について行政庁として応答すべきことが義務付けられていると解釈している、申立人の救済方法としては行政事件訴訟法が定める手続によるほかないなどと主張する。

……確かに、労働基準監督署長が、通達に直接の根拠を有する労働就学支援費の支給を行うことは行政処分に該当すると解されるが、これは、労働者災害補償保険法が労働福祉事業として遺族の就学の援護をすることができる旨及びその細則を省令で定める旨を規定していることから、同法において労働就学支援費支給制度が構築されることを予定していたといえるからであり(最判平成15年9月4日・判時1841号89頁)、上記大阪高裁判決もその文脈で理解すべきものである。これに対し、協力金の給付は、本件支給規則において初めて具体的な要件等の定めを有するに至ったもので、その根拠となるべき法令である措置法には協力金の給付を具体的に想定する規定が全く存在しないのであるから、本件とは事案を異にし、その論旨は本件に直ちに当てはまるものではない」。

d 当事者訴訟の可能性

「協力金の支給を求める申立人は、抗告訴訟によらずとも、協力金の支給の法的性質に従って民事訴訟あるいは公法上の法律関係に関する実質的当事者訴訟(行政事件訴訟法4条後段)によって協力金の給付につき争うことが否定されるわけではないから、救済に欠けることにもならない」(a～dの記号及び下線は筆者)。

2 抗告審決定の内容(大阪高判令4.2.2)

原決定に付けた記号をそのまま使用し、それぞれ2審の意味で便宜b2などとしておく。

b2 協力金の支給の法律上の根拠

原決定の筆者が入れた下線の最初の部分を次のように入れ替えている。

「その支援の対象は、まん延防止措置により影響を受けた、すなわち知事の自粛要請に従った事業者のみならず、新型インフルエンザ等により直接影響を受けた者も広く対象にしたものであり、また、どのような事業者にどのような措置を構わずべきかといった措置の具体的な内容についての定めはなく、講ずべき『財政上の措置その他の必要な措置』は多義的であって、当該措置として金銭を支給する場合の手續規定やそのような規定を定めることを地方公共団体に委ねる趣旨の定めもない。したがって、その規定の内容・体裁からは、事業者¹に個別に給付金を支給する施策を一義的に保障するという立法政策を採ったものと解することはできない。」

続いて、次のように述べる。

「国民の権利義務に関わる行政の民主的統制の見地からは国会の定める法律や地方議会の定める条例に根拠がない限り、地方公共団体の長たる知事が独自に権力的な性質を有する国民・住民の権利の付与・制限ができないことは論をまたない。憲法94条は、地方公共団体の権能を規定したものであって、地方公共団体の長に法令に根拠を有しない権力作用を有する法規の制定権を与えるものではない。したがって、知事の定める規則に基づいて、独自に権力作用を有する公法上の権利の設定をすることができるとの前提に立って、協力金の給付・不支給の決定を行政処分と解釈する原告人の主張は独自の見解であって採用することができない」。

「令和2年2月3日法律5号による改正後の措置法（同月13日施行）において、行政罰（特措法79条、80条）と支援策（同法63条の2）の規定が同時に置かれ、これらはまん延防止等重点措置や緊急事態宣言が発令された地域における感染対策措置を実効あらしめる趣旨を含む施策として、両者組み合わせて創設された規定と解されるが、一方の施策が権力作用を有するとしても、組み合わせされた他方の施策が常に当然に権力作用を有するという論理必然性はない。」

したがって、上記措置法上の行政罰と支援策が組み合わせられて創設されたとの一事をもって、本件規則に基づき定められた協力金が法令上の根拠を

有することになるものではなく、その支給・不支給の決定が権力的な行政処分となるものということとはできない」。

c2 昭和54年の大阪高裁判決、平成15年の最高裁判決との関連

「原告人は、自治体や行政庁が要綱で定めた給付につき行政処分性を認めた判例等（大阪高判昭和54年7月30日・判時948号44頁，最判平成15年9月4日・集民210号385頁）を自己に有利に援用するが、いずれも法の趣旨・根拠規定の構造等が本件と相違し、本件と事例を異にするものであって、適切ではない」。

d2 当事者訴訟の可能性

「原決定も指摘するように、協力金の支給の法的性質に従って、民事訴訟又は公法上の法律関係に関する実質的当事者訴訟として、承諾請求訴訟又は確認訴訟を提起するなど、協力金給付を争う方法は具体的に存在する。原告人は、上記訴訟に係る訴えが認められたとしても、相手方はこれに従わない可能性がある旨懸念するが、上記訴訟の判決が確定すれば一般的には相手方はこれに応じるものであり（現に、相手方は、別紙6の意見書においてその旨述べている。）、万一、相手方がこれに応じない場合は損害賠償請求をすることも可能であるから、救済手段がないということとはできない」。（記号及び下線は筆者）

3 判例タイムズ解説

地裁決定に付された判例タイムズの解説は、決定内容を紹介するとともに、処分性が否定されたら、民事訴訟か公法上の当事者訴訟を起こせば良いとの感想を書いている。

第 4 両決定、解説の理論的、実務的問題点

二つの点に問題がある。

第一は、後述するように最高裁判決が事案に即して柔軟に変えている処分性概念であるのに、牢固とした立場を固執している理論的な問題である。

第二は、当事者訴訟を誘導しながら仮の救済についてのフォローが欠けている実務的な問題である。

順次述べたい。

1 理論問題と実効的救済への道

我が国においては、抗告訴訟⁸⁾の訴訟要件としての処分性問題は、原告適格とともに、長らく行政訴訟を暗く陰鬱なものにしてきた⁹⁾。最高裁が、処分性拡大に重い腰を少し上げてからも、下級審の判決には後述する最高裁の過去の定義・定式を墨守する傾向がある¹⁰⁾。

しかし、今日では、原告適格は2004年の行政事件訴訟法改正もあり、処分性は改正には及ばなかったが、優れた論者を中心に精力的に解明され¹¹⁾、現在では要約次のようなものとして位置付けられる。

8) 抗告訴訟という制度とその用語法の不適切については、斎藤前掲書23頁以下で述べている通りであるが、ここでは法文の通り使用する。

9) 斎藤前掲書36頁参照。

10) その原因も含め斎藤前掲書38頁参照。

11) 筆者によれば、その代表は中川丈久教授による解明で、筆者が勝手に古稀三部作と呼ぶ論文に集約されている(阿部古稀、石川古稀、宮崎古稀)——斎藤前掲書38頁。内容は、行政処分の直接的効果と付随的效果とを区別し、処分性判定には直接効果のみを問題にすれば良いというものである。最高裁判例がそのようなものである例示として挙げられるのが、最判昭43.12.24 墓理法判決、最判平7.3.23 公共施設管理者の不同意判決、最判平15.9.4 労災修学援護費判決、最判平24.2.3 土壤汚染対策法の通知判決、最判平24.2.9 国歌斉唱命令判決。いずれも裁判所ウエブ。

すなわち、処分性の有無は、当事者訴訟と抗告訴訟の使い分け基準に過ぎず、処分性の判定は法令解釈だけで作業が完結する形式的訴訟要件である¹²⁾。これを本稿では「処分性本質論」ということがある。

整理された達見である。

しかし、注意しなければならないのは、仮にそのように言うことで、実際の訴訟における処分性問題を軽く捉えてはならないことを肝に銘じなければならぬ。

それは第一に処分性本質論における実効的救済法令解釈の柔軟さの努力をいささかも放棄することは許されないからである¹³⁾。

また第二に処分性を上述のように考えて、主的に処分性ありと主張しつつも、当該裁判体がそのように考えない時のために予備的に当事者訴訟も選択しておけば、行政訴訟の遂行に支障はない、本案に入れるなどと考えるのは考慮が足りないと言わざるを得ない。なぜなら、本訴だけを考えればそれで良いかもしれないが¹⁴⁾、仮の救済を合わせ考えると、全くそのような軽い判断では足りないからである。当事者訴訟と仮処分の関係、仮処分要件の問題は、重要問題として横たわっている。本件事案の地裁、その判タ解説、高裁が、処分性がない本件事案では当事者訴訟を起こせば良いなどとする口吻を述べていることを見ると、処分性問題を上記達見が到達した深い立場から詰めきれていないことに加え、仮の救済のことを実効的に考察していないことが明白である。本件事案は仮の救済の事案であるのである。

12) 中川丈久・笠井正俊・下井康史・山本隆司「行政訴訟における訴えの利益(二)」(自治研究97巻12号, 2022年) 5頁, 11頁参照。

13) 阿部泰隆「処分性・原告適格・訴えの利益の消滅」(信山社, 2021年) 94頁は、当事者間の権利なり法律関係に還元しにくい場合には、処分=抗告訴訟という構成をとるべきであろう、と述べる。なお、選択について、角松生史「病院開設中止勧告」行政判例百選7版II, 2017年, 332頁も参照のこと。

14) そのような例として、大阪地判平29.1.26, 控訴審の大阪高裁平30.3.20 いずれも裁判所ウェブ, 上告審の最判平30.11.28TKC 文献番号25562423。

2 処分性本質論から見た本件事案に関する判断の検討

(1) 処分性の定義・定式

原決定は上記のように判示したが、最近の実証的研究¹⁵⁾によれば、原決定が引用する昭和39年最高裁判決は、その後の最高裁判例が処分性の先例として引用したことは一件しかなく、判断基準としたことは一件もないというものであり¹⁶⁾、確立した判例でもリーディングケースでもない¹⁷⁾。最高裁の確立した判例として引用されるようになるのは第二種市街地再開発事業に関する最判平4.11.26(裁判所ウエブ)に関する調査官解説からとのことであり、その後学説でも同様の評価となった¹⁸⁾。調査官解説が、最高裁判決そのものが言ってもいないことを付加したり、解釈を展開する例は、筆者の実証研究でもある¹⁹⁾。

定義・定式について言えば、筆者は、昭和39年最高裁判決は最判昭30.2.24裁判所ウエブを確認したものとの立場であり²⁰⁾、その上で、興津前掲論文でも引用していただいているように、最高裁は処分性の定義を微

15) 興津征雄「処分性の定式に関する疑問——最高裁昭和39年10月29日判決はリーディングケースか」(自治研究98巻2号78頁, 2022年)。

16) 前注興津論文79頁参照。

17) 前注興津論文83～84頁参照。

18) 前注興津論文86頁参照。

19) それは、原発訴訟における「判断代置」批判問題である。伊方上告審判決(最判平4.10.29裁判所ウエブ)が、裁判所が行政の判断代置することを戒めたとの判示をしたと読める調査官解説があり、一部の学者たちが、それをそのまま、最高裁判決がそう言っているかのように使うことが横行したのである(斎藤浩「原発訴訟と裁判官の営為について(一)」自治研究92巻2号96頁, 2016年)。なお、従来から言われてきた調査官解説の問題点を解明するために、立命館大学の研究会で集中した検討を行い、滝井繁男弁護士、大久保史郎教授、山村恒年弁護士、松宮孝明教授、淵野貴生教授が、自らの最高裁判事としての経験や、各法分野で検討を加えている(市川正人・大久保史郎・斎藤浩・渡辺千原編「日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察」日本評論社, 2015年)。さらに筆者は、現在代表をつとめる「ぎょうべんネット」(行政関係事件専門弁護士ネットワーク)で、最近の行政法関連最高裁判決の調査官解説の点検作業をおこなっている。現在、ホームページに9人の弁護士による点検論稿を掲載しているので参照されたい(<http://www.gyouben.net/index.html>)。

20) 斎藤前掲書37頁。

妙に変化させていると分析している²¹⁾。筆者の分析では、平成20年の区画整理大法廷判決がその典型であるが、その最高裁大法廷判決が柔軟に「実効的な権利救済を図るという観点から見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である」などというのに対し、下級審は昭和39年最高裁判例を墨守し極端化することが多い²²⁾。本件の原決定も墨守の例に入るであろう。

そもそも注11で引用している最高裁判例や、それと一部重なるが(2)で検討する2判例は、処分性の定義などにこだわらず、主として行政の決定が直接的な法的効果を生み出すかどうかで判断しているのである。

(2) 優れた2判例

過去の判例が到達している実効的救済の観点からの判断方法と本件事案での両決定の対比が便宜なものとおもわれる。

申立人(抗告申立人)代理人が挙げている大阪高判昭54.7.30と最判平15.9.4は、給付行政分野における処分性を論じたものとして、筆者も最適判例であると考え²³⁾。

昭和54年大阪高判の事例は要綱で法からの明示的委任はないものの手続・要件を定め、平成15年最判の事例は法は施行規則に事務の所管しか定めず、通達・要綱で給付の手続・要件を定めているのであるが、両判決とも各法関係を、法を根拠とする優越的地位に基づいて行政が一方的に行う公権力の行使であることを行政処分性の根拠としている。両判決とも、申請書を行政に対して提出することにより、行政の優越的地位が発動される点は本件と同じである²⁴⁾。

21) 斎藤前掲書39～40頁。変化の例として、最判平4.11.26裁判所ウェブ、最大判平20.9.10裁判所ウェブを挙げている。

22) その原因も斎藤前掲書38頁注6で分析している。

23) 斎藤前掲書44～46頁参照。

24) もちろん、給付行政分野のことであるから、本来的には公権力性などは不要だとする立場も有力である。後述する。

この2判例の処分性判断内容は、本件を考察する上で非常に重要であるので、それらの判断方法を少し詳しくみておきたい。

① 昭和54年大阪高裁判決（大阪高判昭 54.7.30 裁判所ウェブ）

この判決とその後の最高裁関与和解には筆者が代理人として関与した²⁵⁾。

判決は、「行訴法3条5項にいわゆる『法令に基づく申請』とされるためには、その申請権が法令の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上、申請につき、申請をした者が行政庁から何らかの応答を受け得る利益を、法律上保障されている場合をも含む」としたうえで、「申請制度を含めた本件給付制度の総体について、その制度の趣旨、目的を探り、そこから申請に対し、行政庁として応答をなすべきことが一般法理上義務付けられると認められる場合においては、申請（制度）は、行訴法3条5項にいう『法令に基づく申請（制度）』となり、これに対する応答（支給・不支給の決定）は自ずと処分性を具備するものと解するのが相当である」と総論的に述べ、本件要綱に基づく申請に対する応答に処分性があることを認めた。要点は次のとおりである。

要綱に基づく本施策は、市民にも対象地区の住民にも周知されていること、要件を充たした申請に対しては例外なく支給決定されてきたことを前提にして、「本件給付は、同対法第4条、第8条（その準用する第6条）の趣旨を受けて、大阪市が地方公共団体の権能に基づき行う『同和对策事業』（それは、一般公共事務に属すると考えられる）の執行として大阪市長が行っているものであり（地方自治法第2条第2項、第148条）、財務上は地方自治法232条の2に基づき、議会の議決を受けた予算の執行たる性質を有し、その給付を実施する具体的制度（以下これを本件給付制度という）を定立するものとして本件要綱が定められたものとみることができる」。「本件

25) この判決が得られた原動力は当事者の運動だが、訴えを却下した地裁判決を徹底批判した室井力「判批」（判時922号140頁、1979年）の存在が大きい。

要綱に具体化された本件給付制度の総体は、大阪市が同対法の要請を具体化するためにしているもので、その存在が同法によって裏付けられた一つの法制度ということが出来る」とする。

そして、同対法が、「対象地域において行なわれる同和対策事業の内容を具体的には直接法定していないのは、国又は地方公共団体が、その事業の実施に当り、各地域が置かれている現実に即して、法6条各号に定めるような事業を任意に選択して弾力的に実施できるようにして置くことが、より効果的であると考えたためと解される」とする。「一旦、地方公共団体が同法の掲げる同和対策の実施としての具体的施策を、たとえ要綱……によってではあれ、対象地域の住民に対し宣明しこれを制度化したときは、同制度は、同対法に基づく制度として機能し、且つ機能さすべきものと解するのが相当である。しかして本件給付がこれを受けようとする者の申請があって始めて大阪市長がその応答（支給・不支給の決定）をなす制度として定着していることは明らかである」とする。

そして「その支給・不支給が大阪市長の権限にあるとはいえ、それが絶対的な自由裁量に委せられて、要綱の定める受給要件を充たす者についても、支給しないこととする恣意的自由を有するものとは到底考えられず、本件要綱に定められた受給要件を充たした者からの受給申請に対しては、これを拒否するにつき合理的な事由の存しない限り、大阪市長は本件要綱の定める給付をなすべき義務が生ずるものと解すべきである」とする。

このような検討を経て、要綱に基づく申請に対し、その応答を処分性ありと結論づける。「本件給付制度が同対法に基づく同和対策事業の具体化された施策の一つであること、同法の立法趣旨等に鑑みれば、本件給付の実施に当り、その受給資格者の間における恣意的選択が許されないことなど、叙上の諸点を総合して勘案すれば、本件給付制度によってその受給有資格者が享受する受給付利益は、法律上の保護に値いする一個の法的利益と認められるのである。

しかして、本件給付制度の仕組の下においては、法的利益の実現は、受

給を希望する者の申請に基づいてする大阪市長の支給決定によってはじめて遂げられるのであり、且つその支給要件の存否については、推せんの要否を含め、受給資格の具備されているかどうか、更には、それが具備されているときでもなお支給しないこととし得る特段の正当事由が存するかどうかの第一次判断権が大阪市長に留保されているものとみななければならない。してみると、大阪市長のする支給・不支給の決定は、受給申請者の法的利益を具現すると否との法的効果を直接且つ一方的に生ぜしめる効力を有するものであるとともに、大阪市長は受給申請者の持つ法的利益に対応して、これを具現することができるかと否との応答義務を負うものとしなければならない。しかして、それらの点と同対法の要請に基づき実施される同和対策事業の帯有する公益性と鑑みれば、応答（支給・不支給の決定）は、もはや単なる給付の申込に対する承諾・不承諾の意思表示に止まらず、一個の公権的行為として、行政処分性をも具有するものと解すべきである」。

この判決は、大阪市長によって上告されたが、最高裁は受理の上（事件番号昭和54年(行ツ)第139号）、大阪高裁での和解を勧誘し、原審大阪高裁同一部に関与させ、昭和55年12月10日和解を成立させた（和解調書には大阪高裁の次のような事件番号が付されている——昭和55年民訟日記第570号）。その内容は、利害関係人地方自治体に不作為の違法確認の対象となっていた「なされるべき処分」の申請方式につき運用面の整備の努力義務を認めさせ（この点の具体化について別に当事者間で裁判外文書の取交わしが行われた）、それまでの不支給相当金の支払義務を認めさせ、原告側が訴えを取り下げるという内容である²⁶⁾。この上告審関与和解からも、要綱に基づく申請に対する応答を行政処分とした上記大阪高裁判決が前提になっていることは明らかである。

② 平成15年最判（最判平 15.9.4 裁判所ウエブ）

労働者災害補償保険法「23条1項2号は、政府は、労働福祉事業とし

26) 斎藤前掲書4頁参照。

て、遺族の就学の援護等、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができると規定し、同条2項は、労働福祉事業の実施に関して必要な基準は労働省令で定めると規定している。これを受けて、労働省令である労働者災害補償保険法施行規則(平成12年労働省令第2号による改正前のもの)1条3項は、労災就学援護費の支給に関する事務は、事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長が行うと規定している。そして、『労災就学援護費の支給について』と題する労働省労働基準局長通達(昭和45年10月27日基発第774号)は、労災就学援護費は法23条の労働福祉事業として設けられたものであることを明らかにした上、その別添『労災就学等援護費支給要綱』において、労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を業務災害に係る事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長に提出しなければならず、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている。

このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第3章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているものと解するのが相当である。そして、被災労働者又はその遺族は、上記のとおり、所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられているが、具体的に支給を受けるためには、労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備していることの確認を受けなければならない、労働基準監督署長の支給決定によって初めて具体的な労災就学援護費の支給請求権を取得するものといわなければならない。

そうすると、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給

の決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものと解するのが相当である」。

③ 両判決がとっている共通認識

当該行政決定が処分かどうかについて、明文の規定ない場合にも、法の体系的解釈により認められる場合も含まれるということである。

(3) 本件事案に関する両決定の処分性判断についての具体的検討

① 昭和39年最高裁判決の引用～処分性判断の3要素

(2)で見た2判例はいずれもこの最高裁判例を引用せず、要綱、通達に基づく支給が、相手方である国民に直接的な法的効果を与えるかどうかで処分性判断をしている。

筆者は、上述したように、処分性の定義、定式については昭和39年最高裁判決よりも、同判決も引用する昭和30年最高裁判決の方を重視するが、内容的にはどちらでも大差はない。

要するにこれらの判決が述べることは、次の3要素を備えることである、

- i 公権力の行使であること
- ii 国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定すること
- iii そのことが法律上認められること

これらの含意は次のような内容であろう。

i は、本件事案のような申請型の給付行政においては、申請に対し行政決定で応えるという面を見れば、両者の合意、契約と解釈することもできなくはないが、国民の申請につき、満額回答をするか一部切り下げるか拒絶するかが行政に委ねられ、その結果を申請者たる国民と合意することを

必要としない制度体系であるということである。本来的公権力の行使ではなく、公権力性の化体である²⁷⁾。

ii は、行政の決定が、国民に直接、法的効果を与えることである。

iii は、i 及び ii の解釈が、当該行政分野を規律する法律または法律の解釈上、成り立ちうるという意味である。

処分性を定義している最高裁判例のこの3要素を、本件両決定も(2)で見た両判決も、個別に分説しているわけではない。

② 本件事案の地裁、高裁決定と(2)で見た両判決との対比等

(あ) 協力金の支給の法律上の根拠 (b の論点中の委任、不服申立規定以外の点)

地裁決定は、措置法63条の2第1項は、事業者に対する補助・給付事業にするか事業者の負担すべき費用等を減免する事業にするかなどを、地方公共団体の広範な裁量に委ねて、その費用を交付金として充てているだけであるから、事業者の給付を受ける地位を公法上の権利として定める趣旨でないとする。

しかし、果たしてこのような論理は成り立つのか。

法が、地裁決定がいうように地方公共団体に選択を委ねたとして、委ねられた地方公共団体が給付事業または減免事業としての制度を整えて実施すれば、それは給付を受ける権利または減免を受ける権利が公法上の権利として具体化するのではないか。しかも、2021年の改正で新設された特措法63条の2は、努力義務ではなく義務規定だと国会審議で明言されている²⁸⁾。

対比判決中の昭和54年大阪高裁判決の事例でも、同和対策事業特別措置

27) 阿部前掲「処分性・原告適格・訴えの利益の消滅」161頁は、給付行政には公権力性は適用しないと述べる。

28) 第204回国会内閣委員会(令和3年2月1日)における西村国務大臣の答弁(同日の衆議院内閣委員会議事録)。

法には同和対策事業の具体的内容は全く規定になく、各地方公共団体に任せている。そして判決では取り上げられていないが、地方公共団体が制度を具体化したら、特別の助成が国からなされる仕組みであった。

また対比判例の平成15年最判も、労働者災害補償保険法には労働福祉事業として様々な施策を挙げるが、その具体化は労働省令に任せられている。しかし、労働省令は、労災就学援護費の支給に関する事務を労働基準監督署長が行うというだけで、給付のための一連の手續・要件は、通達により定められている²⁹⁾。

地裁決定が、法が権利を定めていないとの論点では、このように、法を受けて、地方公共団体や各省が、具体的な制度を整えれば、その制度下での行政の決定は処分性を認めて良いというのが対比判例の立場であり、上記処分性の3要件の i iii iii をいずれも備えていることとなろう。地裁決定のこの点の消極判断は、平成15年最判の地裁判決、高裁判決が述べていることに依拠しているようにも見受けられるが、最高裁がそれらの論理を採用せず処分性を認めていることが重要である。

(イ) 大阪府の規則は、法からの委任もなく、条例でもなく、不服申立規定もないとの論点 (b の論点の一部)

決定は、措置法には、事業者を支援するために必要な財政上の措置の具体的な内容の定めはなく、また、法から知事へ委任する規定もなく、条例もないから公法上の権利として具体化されていないし、支給がされなかった場合の不服申立てに関する定めもないとする。

国の財政負担について、決定が述べる「新型コロナウイルス感染症対応地方創生臨時交付金」についての「その交付金は、地方公共団体が実施す

29) なお誤解されてはならないことは、平成15年最判も通達に処分性があると言っているのではないことである。一連の法の仕組みから生み出される支給・不支給の決定に処分性があると述べている。その点で、のちの最判平 24.2.9 裁判所ウェブにおける通達の処分性否定結論と矛盾するものではない。

る事業に要する費用に充てることができるように、国が当該地方公共団体に対し交付するものであるにとどまる」との下りは理解不能である。

法は70条で、国が「地方公共団体が支弁する費用に対し、必要な財政上の措置を講ずるものとする」とする規定を持ち、大阪府のこの制度については、国からの費用支弁は確実である。具体的には、地裁決定もいうように、大阪府は、内閣府の「新型コロナウイルス感染症対応地方創生臨時交付金」を活用している。内閣府のホームページのこの交付金の説明³⁰⁾によれば、「地方創生臨時交付金は、コロナ対応のための取組である限り、原則、地方公共団体が自由にお使いいただくことができます。また、感染拡大に対する都道府県による営業時間短縮要請やそれに伴う協力金の支払い等の機動的な対応を支援するため、令和2年11月に、『協力要請推進枠』を創設しています」となっており、現に大阪府は、これを使ってこの制度を運用している³¹⁾。

この点で、対比判決の各法律は、給付主体と受給主体との間の法律関係に係るものであるのに対して、特措法の定める国の財政上の措置は、国と地方公共団体との間のものであって、地方公共団体(大阪府)と事業者との法律関係には触れるものではないことが決定的な違いだとする声を聞くことがある。しかし、その感想は、2021年の特措法改正前には当てはまるかもしれないが、同法63条の2が新設され、それとの関係で法70条などを読めば、事業者という受給主体との関係で、地方公共団体が財政支出すれば、国が財政上の措置をとるものであることが明らかである。

次に、法からの委任もなく、条例でもなく、不服申立規定もないという点については、それらが処分性なしの結論に直ちに結びつくものでないことは、対比判決から明らかであろう。

30) <https://www.chisou.go.jp/tiiki/rinjikoufukin/index.html>

31) 新型コロナ対策の給付金等の全般につき、碓井光明「新型コロナウイルス感染症に伴う給付金給付事業の法的分析」(行政法研究36, 119頁, 2020年)参照。特に、新型コロナウイルス感染症対応地方創生臨時交付金については126頁参照。

すなわち、法からの明示的な委任がない点、不服申立規定がない点については、昭和54年大阪高判も平成15年最判も同様な事例であり³²⁾、条例がない点については昭和54年大阪高判と同様である。

(あ)でも述べたように、委任、不服申立規定のなさについては、前者は平成15年最判の地裁判決、後者は高裁判決が消極理由に挙げていたものであるが、最高裁がこれを消極にとらえなかったことを重視すべきである。

なお、昭和54年大阪高判、平成15年最判について、本件地裁決定は、平成15年最判の事例においては、労働者災害補償保険法において「労働就学支援費支給制度が構築されることを予定していたといえる」とし、昭和54年大阪高判もその文脈で理解すべきものとしているが、意味不明である。予定していたなどと情緒的な言葉を使って、厳密な法解釈を免れることはできないし、その文脈で理解というのは輪をかけた情緒表明である。高裁決定は、「いずれも法の趣旨・根拠規定の構造等が本件と相違し、本件と事例を異にするものであって、適切ではない」と問答無用の切り方をしている。高裁決定のようにいうなら、全ての判例を参考にしたりできないのではないか。恥ずかしい判断といえよう。

(ウ) 抗告審決定の極論

< i > b2 部分

高裁決定は、地裁決定が法63条の2第1項が「どのような事業者にどのような措置を講ずるべきかどうかといった措置の具体的内容についての定めはなく」としていた点を言い換えて、「知事の自粛要請に従った事業者のみならず、新型インフルエンザ等により直接影響を受けた者も広く対象にしたものであり」などとまで述べる。

しかし、法63条の2が「事業者に対する支援等」として、法改正により追加されたのは令和3年2月3日公布同月13日施行であり、改正法に基づ

32) 不服申立規定があれば、処分性は明らかである(例えば、土地改良事業計画決定判決最判昭61.2.13裁判所ウエブ)。

く本件事案における申立人の第1期申請が同月22日である。この改正法の規定は高裁決定のように読むことはできない。明白な読み違いというべきである。

< ii > 法律, 条例がない限り, 法規制定権は出てこないというくだりは, 法律, 条例, 規則の体系的解釈により法律, 条例が法規の制定を認めているのかどうかという作業を放棄している点において, 判例, 学説からかけ離れている。原告人の主張を独自の見解と非難しているが, むしろ高裁決定のこの部分の方が独自の見解ではないかと思える。また本件規則5条6条7条に定める申請——決定——通知の規定は, 内部規定との本件地裁, 高裁の速断とは異なり, 外部法規範のニュアンスを備えている。加えて, 本件規則は, 2条は非常に詳細な時期区分した「支給要件」を定め, 3条4条は営業実態に応じた「協力金の額」とその「支給単価」を定めており, 一義的に明白な規定ぶりで, 裁量が入り込む余地がない。その点は, 10条の「決定の取消し」, 11条の「協力金の返還」, 12条の「違約金及び延滞金」などの規定を加えると, 昭和54年大阪高裁判決のいう「絶対的な自由裁量に委せられて, 要綱の定める受給要件を充たす者についても, 支給しないこととする恣意的自由を有するものとは到底考えられず, 本件要綱に定められた受給要件を充たした者からの受給申請に対しては, これを拒否するにつき合理的な事由の存しない限り, ……本件要綱の定める給付をなすべき義務が生ずるものと解すべきである」と同様の「一つの法制度」となっている。

③ 当事者訴訟, 民事訴訟との関係, 判決の執行力の問題にも関連して

地裁, 高裁両決定, 判夕解説とも, 処分性を認めなくても, 民事訴訟, 当事者訴訟を起こせば救済される方法があるからという論理運びをとっている。本案訴訟だけに着目すれば, そのようにも言えようが, 本件事案は仮の救済事案であるので, 別異の解釈をしなければならず, この論理運びだけに終始することは, 誤りに通ずる。この点はのちの5で述べるが, 関

連して抗告審決定のもう一つの極論に触れておきたい。

すなわち、それは当事者訴訟等の判決が確定すれば、「一般的には相手方はこれに応じるもの」とのくだりである。その意味は、行政を相手の訴訟では、確定すれば行政はそれに従うとの認識の表明であるが、この問題は行政訴訟の判決の執行力問題にかかわる。

行政が、抗告訴訟、とりわけ取消訴訟の判決に従わない場合の、判決の執行力については、これまで論じられてこなかった。

しかし、近年、行政が裁判所の次のような判決・決定に従わない事例が積み重ねられている。

豊郷小学校事件 天津地決平 14.12.19 判タ1153号133頁

阿久根市長事件 鹿児島地判平 22.4.9 TKC文献番号25464214 など一連の事件

東京拘置所事件 東京地決平 28.12.14 判時2329号22頁³³⁾

そこで、いま、行政裁判の執行力の議論が注目を集めているのである³⁴⁾。本件抗告審決定のように、行政は裁判所の判断が確定すればそれに従うなどという、夢想の表明をおこなうべきではない。

3 処分制度がある以上、処分性積極解釈幅は最大限のものとするべきである

我が国の行政事件訴訟法には抗告訴訟という体系が構築され、処分制度がその中核的位置を占める³⁵⁾。しかしその意味は、前述したように、最新

33) 斎藤前掲書377頁以下参照。阿部泰隆「行政訴訟の理論的・実務的課題——行政訴訟の最前線」(信山社、2021年)144頁以下参照。

34) のちに注39で取り上げる、行政訴訟抜本改革研究会ではドイツ法なども参考に議論が続いている。

35) 筆者は抗告訴訟のネーミングそのものから異議を述べている者であり、またネーミングだけでなく、その本質論においても是正訴訟の考え方で対処すべきと考えている。その場合の行政の行為は行政決定として包括的に扱えば良いのである(斎藤前掲書22頁以下、➤

の研究成果による整理によれば、当事者訴訟と抗告訴訟の使い分け基準に過ぎず、処分性の判定は法令解釈だけで作業が完結する形式的訴訟要件ということになっている。

そうであれば、抗告訴訟が選択された場合には、処分概念が存在する以上、実効的救済の立場から、できる限り処分性を広く解釈することが重要である³⁶⁾。つまり却下する方でなく、本案審理する方で「選択」問題は発想すべきなのである。

処分性を否定するのであれば、当事者訴訟と解釈して、本案審理をおこなうべきであった³⁷⁾。実効的救済に資する解釈である³⁸⁾。

4 公法上の権利を否定しておきながら、公法上の当事者訴訟を薦める矛盾に無自覚

地裁決定の決定的誤りは、処分性否定の結論として、「給付を受け得る

↘斎藤浩「抗告訴訟物語」水野武夫先生古稀記念論文集52頁、2011年参照。

36) 阿部前掲「処分性・原告適格・訴えの利益の消滅」16頁は、処分概念にこだわらず、法律上の争訟であれば救済すべきとする。

37) 山本前掲書326頁参照。

38) 公法上の当事者訴訟・民事訴訟か抗告訴訟かの、裁判所によるキャッチボールの最大の例は大阪空港訴訟大法廷判決(最大判昭56.12.16裁判所ウエブ)であった。同判決は、周知のように民事訴訟による差止めを認めない理由を、次のように言った。すなわち、空港という営造物の管理権は非権力的な機能で私法的規制に親しむものがあることを認めつつ、航空行政全般にわたる政策的判断を不可欠とする国営空港の特質から、大阪空港の供用が、運輸大臣の有する公権力の行使をその本質的内容としない空港管理権と、公権力の行使を本質的内容とする航空行政権という二重の権限総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとして、住民は行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして、民事訴訟の差止めはできない、と。しかし、団藤重光裁判官の「百歩を譲つて、かりに行政訴訟の途がないとはいえないとしても、本件のように被上告人らが民事訴訟の途を選んで訴求して来ている以上、その適法性をなるべく肯定する方向にむかつて、解釈上、できるだけの考慮をするのが本来ではないかとおもう」との反対意見は、国民の裁判を受ける権利の立場から、非常に説得力がある。本件事例と大阪空港大法廷判決の事例とは、処分か民事訴訟・当事者訴訟かという意味では、ちょうど逆のケースだが、本質は同じである。斎藤前掲書9頁参照。なお、キャッチボール論については、原田尚彦「行政判例の役割」(弘文堂、1991年)103頁を参照されたい。

事業者の地位を具体的な公法上の権利として定める趣旨のものとはいえない』としながら、公法上の当事者訴訟が使えるなどという点にも集中的に表れている。

5 両決定は仮の救済の存在意義を無視

すでに述べてきたように、本件事案の両決定が根本的に誤った理由の大きな一つが、本件事案が仮の救済申立てであることの無視、見逃しにあった。

処分性が認められない時のためには、当事者訴訟を起こしておけばいいのではないかと考えがちになるし、両決定、判タ解説はそのようなことを言っている。

この部分の両決定が、仮の義務付けをしなくても当事者訴訟で救済されようと言っていることを漫然とみると、両裁判体が、仮の救済など申立てなくても当事者訴訟本訴でいけると述べているとも読めるが、まさかそんなことを言っていると読むのは言語道断であるから、単に、処分性の点で抗告訴訟を活用できなくても当事者訴訟があるよと述べていると善解することとする。

しかし、仮の義務付け申立ての予備的手段として、当事者訴訟を本訴とする仮処分申請をしておくことは、しかく容易なことではない。

2004年行訴法改正により、被告適格が原則国または地方公共団体になったので、抗告訴訟と当事者訴訟は同じ訴状で主位予備の関係で提訴することができる。

仮の救済申立も同じ申立書で、主位予備関係にすれば、仮の義務付け申請と仮処分申請は、実際の申立事例を筆者は経験上も文献上も知らないが、理論的にはできるものと考えられる³⁹⁾。

39) この部分の記述は、筆者もその一員である行政訴訟抜本改革研究会(中川文久教授、山本隆司教授、笠井正俊教授、下井康史教授、水野武夫弁護士、岩本安昭弁護士、湯川二期弁護士、筆者)における議論及び、その成果に基づき笠井教授が公表した「公法上の当事者訴訟を本案訴訟とする民事保全について」(民商法雑誌154巻4号709頁, 2018年)に大きく依拠している。

ただ、行訴法44条との関係で、当事者訴訟の仮の救済は仮処分あるのかについては、筆者はそう確信しているが⁴⁰⁾、実務を踏まえた上での議論は注36の笠井論文より以前には本格的にはなされてこなかった⁴¹⁾。

次のような問題がある。

- ① 本件事案と同様の金員支払請求にかかる当事者訴訟の例は、所得税の還付金の充当が発生しないことを前提とする還付金請求(最判平6.4.19 裁判所ウエブ)などがある。仮差押であれば、行政を債務者とする申立は、必要性を欠くであろうが、仮払仮処分については、債権者の窮状があれば必要性を充すであろう。
- ② 主位、予備の関係にある申立の各必要性の要件は、行訴法と民事保全法の各文言によれば良いと考えるが、立法論としてはどちらかに統一することも考えられる。
- ③ 立担保との関係を考察しなければならない。担保の意義が、債務者の

40) 斎藤前掲「行政訴訟の実務と理論 第2版」541頁以下参照。なお、高木光「仮処分の排除」(ジュリスト増刊「行政法の争点」140頁, 2014年)が、行訴法改正の前後の議論状況を明瞭かつ簡潔に整理した基本文献である。執行停止説、仮処分説が整理され、自身は仮処分説を支持する。さらに、塩野宏「行政法Ⅱ第六版」(有斐閣, 2019年)236~230頁も参照のこと。行訴法改正後5年見直しのために、ずいぶん遅れたが開かれた改正行政事件訴訟法検証委員会の検討でも、当然仮処分ができるという説と立法で明記した方が良いとの意見がまとめられている(高橋滋編「改正行訴法の施行状況の検証」(商事法務, 2013年)301頁, 402頁)。

41) 高木教授の前注文献のほか、筆者の前掲「行政訴訟の実務と理論 第2版」が相当ページをこれに充てているほかで探せば、次のような文献がある。宇賀克也教授は、裁判を受ける権利、実効的救済の視点から、学説のこれまでの検討経緯を整理した上で、当事者訴訟に対応する仮処分説を支持している(「当事者訴訟における仮処分について」行政法研究28号巻頭言, 2019年)。阿部泰隆教授は、医薬品ネット販売禁止訴訟で自ら代理人を務め当事者訴訟として勝訴した東京高判平24.4.26 裁判所ウエブ(のちに最判平25.1.11 裁判所ウエブでも勝訴)にもかかわらず、東京高決平24.7.25 裁判所ウエブが仮処分を認めなかったことを、裁判を受ける権利の侵害であると述べる(「公法上の当事者訴訟における仮処分禁止の違憲性」自治研究96巻12号, 3頁, 2020年)。大橋洋一教授は、上記高木文献と同様、処分の無効を前提とする当事者訴訟には、第一は無効確認訴訟、それに対応して執行停止、第二は仮処分、処分以外の行政活動を争う当事者訴訟には仮処分と述べている(「行政法Ⅱ第4版」300頁, 有斐閣, 2021年)。

損害担保であることを考えれば、裁判所の仮処分の判断に従うことで第三者が損害を被ったとしても、申立人には過失はないであろうし、本件事例では第三者は考えにくいので、無担保の可能性も十分にある。

- ④ 仮に制度に不服申立前置があったとしても、仮の義務付け決定はできるし⁴²⁾、仮処分もそのように扱うべきである。

これらを全て申立人の利益のために積極解釈して、無担保で仮処分決定を発出すべきと筆者は考えるが、このような論点の検討もなく、安易に、当事者訴訟でやれば良いとの趣旨の本件両決定などの立場は無責任と言うべきであり、結果としては誤りであった。許可抗告が、当該高裁によって退けられているが、筆者は最高裁の判断を求めたいところである。

6 判例タイムズの解説(コメント)

上述したように、上から目線で、申立人は申立内容を追加するだろうなどと書いている。

最高裁以下の判決、決定などは、判例集等に搭載するかしないかは、最高裁と各高裁の判例委員会で決められるのであるが⁴³⁾、実際に決めているのは最高裁については最高裁調査官である⁴⁴⁾。最高裁の判決・決定の解説は法曹時報、判例時報、判例タイムズ、ジュリストに最高裁調査官が書いている。下級審の判決・決定については各高裁の判例委員会の裁判官が選り、判例時報、判例タイムズ、ジュリストの解説は、裁判官、元裁判官が

42) 山本前掲書322頁参照。なお、小早川光郎編「研究会改正行政事件訴訟法」ジュリスト増刊(2005年)、145～149頁の筆者の発言も参照されたい。

43) 昭和22年12月25日最高裁判所規程第7号(判例委員会規程)の2条。判例集、判例時報、判例タイムズ、ジュリスト、訟務月報、判例地方自治、賃金と社会保障、金融法務事情、NBLなどに優先順位を決め割り振っている。裁判所のウェブページに載せるかどうかも別途決めている。これらの事情につき、斎藤浩「永住外国人の生活保護に関する最判平26.7.18のレベルと誤り」(立命館法学2015年3号126頁)参照。

44) 同規程6条2項参照。滝井繁男「最高裁判所と調査官」(注19の「日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察」)234頁参照。

書いていることが多い⁴⁵⁾。周知のように、法曹時報の解説は通称調査官解説と言われ、担当調査官の記名のもとに発表され、その他の解説は無記名である。

本件事案の解説(コメント)は、上述2～5で述べた誤りが、簡単な中に凝縮して現れている。

第5 コロナ禍でも解釈は柔軟にならないのか

ここで記述することは、危機や災害に際しては裁判所の判断を変えよ、柔軟にせよということではない。本件事案における両決定のような、処分性概念墨守判断はそもそも間違いなのであるから、せめてコロナパンデミック対策のような行政施策についての判断から出発して、理論的、実践的に実効的救済に向けて歩みを始めてほしいと願うのである⁴⁶⁾。

ただ、裁判所の悠長な、緊張感に欠ける本件事案に対する判断の背景には、学説、とりわけ公法分野の学説の影響もあるのかもしれない。

2 論客の論述に気になる点がある。

第一は、大橋洋一教授の論文⁴⁷⁾は、2021年3月の特措法改正前のものがあるが、教授はこの中で、同法24条9項に基づく要請や45条に基づく要請や指示が実効的になるよう提言されており、時宜にかなない、その後の改正にも通ずるものである。しかし、本稿で扱ってきた協力金については、法に一定額の補償規定を法定すること、国が協力金を負担することが必要と述べるにとどまっている。法改正前にも70条1項は存在し、それが前述⁴⁸⁾の交付金に具体化する制度体系で運用されているのであるから、さらに適正にすることの必要性の提起であればともかく、協力金の現存制度を過小

45) 塩崎勤「異色裁判官の OJT (1)」ロースクール研究 No. 7 (2007年) 参照。

46) 阿部前掲「処分性・原告適格・訴えの利益の消滅」(34頁)の解釈論も参照すべきである。

47) 大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」論究ジュリスト No 35, 47頁, 2020年。

48) 2(3)②(イ)。

評価する記述には疑問を呈しておきたい。

第二は、阿部泰隆教授の著作⁴⁹⁾では、時短協力金の現実は無駄遣い、ばらまきであると位置付けられている⁵⁰⁾。この著作の各種提言は、極めて貴重なものばかりである。ただ、仮にばらまき施策と評価されるにしても、当該制度を利用する者の権利関係の探索は必要ではないかと考える。

なお進行中のパンデミックであるから、窮状にある生活者、事業者に寄り添う議論を創意したいと祈念する。その大きな社会的環境が、裁判所に影響を及ぼすと思われる⁵¹⁾。

49) 阿部泰隆「新型コロナ対策の法政策的処方せん」(信山社、2022年)。

50) 前注書199頁参照。

51) なお、新型コロナ対策給付金などの不正受給や詐欺受給が横行した。残念なことであり、とりわけ制度立案に近い立場のキャリア官僚や、制度運用に関連する税務当局の公務員などの犯行は許し難い。また本件大阪府の営業時間短縮協力金についても、一つの店舗施設を複数店舗として利用するやり方の「不正受給」などが行われたと報道されている(京阪神エルマガジン社の2021年9月23日付記事 <https://www.lmaga.jp/news/2021/09/334572/>)。本件事案もそのような案件として大阪府は認識したのかもしれない。本稿の主題は本文で述べたように、裁判所は事案を訴訟要件による却下をするのではなく、本案に入って審理すべきであるということにある。