

抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力再考

西 塾 章

は じ め に

抗告訴訟の本案において処分の適法性・違法性が確定した場合に、その既判力が後訴の国家賠償（国賠）請求訴訟に及ぶか否かについては、国賠法の施行後比較的早くから若干の論議がなされてはいた。最初は民事訴訟法研究者による論稿のほうが多く⁽¹⁾、行政法研究者によるものとしては、昭和40（1965）年の近藤昭三教授の論文「判決の効力」⁽²⁾が最初の頃のものである。しかし、この近藤論文は、形成力、拘束力と併せて既判力を論じたものであり、本稿の主題に関する限りでは既判力肯定説を簡単に説いただけであり、それほど意識的に掘り下げて論じたものではなかった⁽³⁾。昭和51（1976）年の古崎慶長博士の論文「行政訴訟と国家賠償」⁽⁴⁾によれば、「行政処分が対象となった国家賠償事件は多いが、行政訴訟がからんだ国家賠償事件は少ない。したがって、確立された判例法はなく、学説も十分論じ尽くされてはいない」「（この）問題について、学説の一致をみない」という状況であった。

本格的な論議は、遠藤博也博士が昭和56（1981）年の『国家補償法上巻』⁽⁵⁾において既判力肯定説を批判的に検討され、それに対して阿部泰隆教授が昭和59（1984）年の論文「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」⁽⁶⁾において反論され、これに対して遠藤博士がさらに昭和62（1987）年の『行政法スケッチ』⁽⁷⁾において反論されるという形で進行した。その後、森田寛二教授が、平成2（1990）年の論文「処分取消訴訟の訴訟物論と既判力論（一）（二）」⁽⁸⁾において、訴訟物の視点から遠藤説、阿部説等を批判的に

検討されて、現在に至っている。この論争は、水俣病認定遅延国賠訴訟判決(熊本地判昭和58・7・20訟月30巻1号53頁)が出された後は、その評釈等においても行われた。

それにもかかわらず、この問題については、依然としてまだ決着がつかない状況にある。現在のところ、既判力肯定説が大勢であると思われるが、既判力肯定説の中にあっても、その論拠や既判力の客観的範囲については必ずしも見解が一致しているわけではなく、種々の考え方が説かれている。これまでは取消訴訟の既判力を中心に論議されてきたが、取消訴訟、無効確認訴訟、不作為違法確認訴訟とで若干相違する面があるので⁽⁹⁾、分けて検討することにする。なお、義務付け訴訟や差止訴訟についても、確定判決の国賠訴訟に対する既判力が問題になり得るが、行政事件訴訟法の改正後日が浅く、学説・判例がまだ形成されていない段階であるので、本稿では取り上げないことにする⁽¹⁰⁾。

山下威士先生には、私が新潟大学法学部に在職中、20数年間にわたり親身なご指導をいただいた。在職中大過なくすごすことができたのは、ひとえに先生のご教導のお陰である。深謝の意を表するには、本稿はあまりにもささやかなものであるが、お許しいただきたいと思う。

I 取消訴訟の判決の既判力

1 学説の動向

学説は、既判力肯定説・既判力一部肯定説・既判力否定説に大別できる⁽¹¹⁾。既判力肯定説が支配的であるが、既判力否定説も有力である。

(1) 既判力肯定説

既判力肯定説は、原告が取消訴訟で勝訴したときは、被告の国または公

共団体は、取消判決の既判力に妨げられて、後訴の国賠訴訟で行政処分
の違法性を主張することができず、逆に、請求棄却判決が確定したときは、
原告は後訴の国賠訴訟で行政処分の違法性を主張できない、と主張する⁽¹²⁾。

既判力肯定説の論拠については、法秩序の統一性を挙げるものが多数で
あるが、「紛争の焦点的事項のむし返し防止」を中心に据える見解もある⁽¹³⁾。
後者の見解は森田教授の説かれるものであり、教授は、「取消訴訟の訴訟物」
という視点から既判力肯定説を支持されている⁽¹⁴⁾。教授は、通説的な
訴訟物・既判力論の骨子として、次のように説かれている。すなわち、「通
説にしたがえば、処分取消訴訟の訴訟物は、原則論の平面においては、“当
該処分の違法一般”、言葉をかえていうと、“当該処分が違法であること
そのこと自体”、更に言葉をかえていうと、“当該処分が単に違法である
こと”である。それ故に通説によると、違法事由の主張は、訴訟物につい
ての主張としての性格をもたず、攻撃防禦方法の平面における主張という
ことになる⁽¹⁵⁾。」「『具体的』違法の認定を基礎にもつ処分取消判決が確定
すると、『具体的』違法判断にふくまれ、そこから抽出されるところの当
該処分の『抽象』的違法判断（言葉をかえていうと、“当該処分が違法で
あることそのこと自体”）について既判力が生ずるとするのが、通説の議
論からの帰結ではあるまいか。⁽¹⁶⁾」「既判力は“紛争の焦点的事項のむし返
しを防止するため”にあること、それ故、本案判決の既判力の問題を考え
るに際しては当該判決にかかる訴訟の訴訟物との同一性が強く意識されて
しかるべきであること、……を強調しておきたいとおもう。⁽¹⁷⁾」

(2) 既判力否定説

これに対して、既判力否定説は、取消訴訟の請求棄却判決の既判力は後
訴の国賠訴訟には及ばない、と主張する⁽¹⁸⁾。その主たる論拠は、抗告訴訟に
おける違法と国賠請求訴訟における違法とは異なるということである。た
だ、この既判力否定説は、取消判決が確定した場合の既判力には言及して
おらず、次に紹介する既判力一部肯定説との差異は必ずしも明確ではない。

この点について、遠藤博士は、次のように説かれている。「国家賠償法における違法性は、このように行為規範性を内容とするものである。しかしながら、この行為規範性は、処分ないし法的行為の効力発生要件に関する違法とは性質を異にすることに注意すべきである。やはり、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範性である。⁽¹⁹⁾」「以上いくつかの角度から、国家賠償請求における違法と行政処分取消訴訟その他抗告訴訟における違法とが異質のものであり、問題とされる次元にしたがって考慮に入れるべき事情を異にするものであることが明らかとされた。このことは国家賠償法1条にいう『公権力の行使』が行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』よりも格段と広いものであって、……両者の対象が偶然重なりうる場合についても、そこで問題とされる違法性は性格を異にするといわなくてはならない。⁽²⁰⁾」「右にのべるところ(通説的見解、筆者注)は極めて簡単明瞭である。いやしくも確定判決に既判力をみとめる以上は、その客観的範囲(行政処分の違法一般)と主観的範囲(実質的当事者である国または公共団体にも及ぶ)内にあるかぎり、これに矛盾する判断をなしえないことは自明のことだからである。しかしながら、賠償責任における違法と処分取消における違法とが異なるという基本的前提からみると、事は決して簡単ではない。簡単明瞭なのは、ただ、そのような簡単明瞭な説明が通用しうる単純な事例もないわけではないというだけの話である。右の説明(通説的見解、筆者注)がすべての場合に通用するわけではない。⁽²¹⁾」

(3) 既判力一部肯定説

既判力肯定説と既判力否定説の中間に既判力一部肯定説(既判力一部否定説)がある。既判力一部肯定説は、取消判決が確定した場合には、国賠訴訟においても違法と評価されるが、請求棄却判決が確定した場合には、国賠訴訟において違法性の主張が許される、と説く⁽²²⁾。その論拠は、取消

訴訟における違法性よりも国賠訴訟における違法性の方が広いということである。

2 判例の動向

裁判例は、既判力肯定説に立つものと既判力否定説に立つものに分かれている。既判力肯定説に立つものが優勢であるが、裁判例の理解の仕方自体をめぐって対立しているものもないわけではない⁽²³⁾。

(1) 既判力肯定説に立つ裁判例

既判力肯定説に立つ裁判例としては、行政事件訴訟特例法時代のものであるが、農地買収計画及びこれに対する訴願棄却裁決の違法が確定した後、損害賠償請求訴訟が提起された事案において、処分取消判決は取り消された処分が違法であることの確認をも含むから、判決の既判力はこの点にも生じ、被告はもはやいかなる訴訟においてもこれに反する主張をすることはできない、とされた事例(福島地判昭和29・10・5行集5巻6号1214頁)、課税処分の取消判決について、課税処分の取消請求認容判決の既判力は国賠訴訟に及ぶから、被告国は国賠訴訟において課税処分の適法性を主張することができないとして、公務員の故意・過失の有無が判断された事例(東京地判昭和39・3・11訟月10巻4号620頁。同旨、大阪地判昭和35・12・19訟月7巻2号447頁、大阪地判昭和40・11・30訟月12巻3号367頁、津地判昭和43・3・21訟月14巻7号753頁等)、公安委員会が精神薄弱者であるとの理由でなした運転免許の取消処分が取消訴訟で取り消され、その判決が確定した後に県に対して損害賠償請求がなされた事案において、公安委員会の運転免許取消処分が違法であったことは取消判決によって確定されたところであるとして、処分の違法性についてそれ以上に審理することなく、公安委員会の過失の有無が判断された事例(津地判昭和55・4・24判時994号94頁、その控訴審の名古屋高判昭和56・10・28判時1038号302頁)⁽²⁴⁾、

知事が医薬品一般販売業の許可申請に対して店舗の設置場所が配置の適正を欠くことを理由に不許可としたが、その不許可処分が違法であったとして取り消され、その判決が確定した後に大阪府に対して損害賠償請求がなされた事案において、取消判決が確定したという事実からすれば、特段の事情の認められない本件においては、不許可処分は違法であるとして、もっぱら知事らの過失の有無が判断された事例(大阪高判昭和55・1・31判時964号64頁)、退去強制令書発付処分が取消訴訟において取り消され、その判決が確定した後に国に対して損害賠償請求がなされた事案において、同処分を取り消す旨の前訴判決が確定した以上、同処分に係る事務の帰属する被告(国)もまた、その既判力の効果として同処分の違法性につき、後訴においてこれに反する主張をすることは許されない、とされた事例(横浜地判昭和58・10・17判時1109号121頁)等がある。

取消訴訟の請求棄却判決についての裁判例としては、労働基準監督署長の遺族補償申請棄却処分に対する審査請求棄却決定の取消訴訟で敗訴した後、国賠請求訴訟が提起された事案において、取消訴訟において原処分の違法が訴訟の対象とされ、請求棄却の判決が確定した以上、その既判力は原処分の違法性についても及ぶとして、後訴においてこれに反する主張をすることは許されない、とされた事例(札幌地判昭和45・4・17判時612号48頁)、中央労働委員会のした救済命令の取消訴訟の係属中に国賠請求訴訟が提起されたが、その後最高裁で取消訴訟の請求棄却判決が確定した事案において、取消訴訟において請求棄却の判決が確定すれば当該行政処分にはおよそ違法性がないという既判力が生じ、これが国賠請求訴訟に及ぼす客観的範囲は、取消訴訟において現に主張された個々の違法事由に限られないとして、それ以外の種々の違法事由の主張もまた取消請求を棄却した確定判決の既判力に抵触する、とされた事例(東京高判昭和62・8・31訟月34巻4号656頁)、税務署長のした相続税徴収差押処分の取消訴訟において請求棄却判決が確定した後、国賠請求訴訟が提起された事案において、原告が本訴において主張する違法と前訴の差押処分の取消訴訟におい

て主張した違法とは、その内容において異なるものではないから、前訴において差押処分につき取消原因となる違法の存在が否定された以上、その既判力により、本訴において差押処分が違法であるとの判断はできない、とされた事例（千葉地判昭和63・3・23判時1290号115頁）等がある。最高裁判決としては、換地処分の違法を理由とする国賠請求訴訟において、「本件土地に対する換地処分につき、上告人が、本件において主張する違法と、所論換地処分取消請求訴訟において主張した違法とは、その内容において異なるものではないことが記録上認められるから、右行政訴訟において上告人が請求棄却の確定判決を受け、本件換地処分につき取消原因となる違法の存在が否定された以上、その既判力により、本件においても、右換地処分が違法であるとの判断はできないものというべきである」とされた事例（最判昭和48・3・27裁判集民事108号529頁）がある。

（2）既判力否定説に立つ裁判例

次に、既判力否定説に立つ裁判例であるが、明らかにこれに属すると思われるものは現在のところ見当たらない。文献の中には、既判力否定説に立つ裁判例として、東京地判昭和52・4・22（判時873号70頁）、東京高判昭和54・9・27（判時939号26頁）、東京地判平成元・3・29（判時1325号42頁）を挙げるものがある⁽²⁵⁾。東京地判昭和52年は、建築主事の建物敷地の重複使用に対する建築不適合処分が建築審査会の裁決により取り消された後、国賠請求がなされた事案において、建築不適合処分の違法性について事実関係に基づいて判断し、違法ではあるが建築主事に過失はないとしたものである。東京高判昭和54年は、その控訴審判決であるが、一審判決とは異なり、不適合処分の違法性を否定している。両判決は、既判力には触れていないが、既判力否定説に依拠しているように見えないでもない。また、東京地判平成元年は、運転免許取消処分の取消しと損害賠償を求めた事案におけるものであり、運転免許取消処分を瑕疵あるものとして取り消したが、国賠請求については、処分に取り消すべき瑕疵があるとしても、

このことから処分に関わる公務員の行為が国賠法上当然に違法となるものではないとして、国賠法上の違法性を否定している。この事案は、取消訴訟と国賠請求訴訟が関連請求として併合提起されたものであり、取消判決が確定していたものではないが、この判決の考え方からすれば、仮に先に取消判決が確定していたとしても、その既判力は国賠請求訴訟に及ばないとされることになるものと思われるから⁽²⁶⁾、既判力否定説に立っているものと理解できないでもない。なお、最高裁判例としては、更正処分の取消訴訟において取消判決が確定した後、更正処分の違法を理由として国賠請求訴訟が提起された事案において、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」とされた事例(最判平成5・3・11民集47巻4号2863頁)がある。この判決も既判力に触れておらず、既判力についてどのように考えているのかが明確ではないが、既判力否定説に立って判示したものと理解できないでもない。

3 学説・判例の検討

(1) 既判力否定説・既判力一部肯定説について

まず、既判力否定説について考えてみると、この説は、結局、国賠訴訟における違法性概念と行政訴訟における違法性概念が異なることをその主たる論拠としている。しかし、このような相対的違法性説に疑義が存することについては、これまでしばしば別稿⁽²⁷⁾において主張したとおりである。

既判力一部肯定説も、両訴訟における違法性概念が異なる(国賠請求訴訟における違法性の範囲の方が行政訴訟におけるそれよりも広い)とする

点では、既判力否定説と大同小異である。また、原告の勝敗によってその既判力が区々になるというのも疑問である⁽²⁸⁾。

(2) 既判力肯定説について

次に、既判力肯定説について考えてみると、既判力肯定説の総合的検討としては、森田論文が現時点での到達点である。森田論文は、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般であるとの通説的理解からすれば既判力も処分の違法性一般について生ずる、ということ論証したものである。

遠藤博士は、既判力の客観的範囲について、「手続上の違法を理由として免許拒否処分が取消された判決が確定した場合に、処分を違法とする既判力は、正当な手続をふまないことによって生じた損害の賠償を請求する訴訟にとっては意味があるが、拒否処分により営業できないことによって生じた損害の賠償を請求する訴訟にとっては必ずしも適切有効なものではない⁽²⁹⁾」と説かれた。この主張に対して、阿部教授は、「これは重要な指摘である。従来の既判力肯定説においては取消訴訟の本案判決の既判力は処分の違法性の有無一般に及ぶと単純に捉えられ、手続の瑕疵や国家賠償請求権の特質に合せた理論構成がなされてこなかった」としたうえで、「手続上の瑕疵を理由とする処分の取消判決が、右の意味での国家賠償訴訟に対して有効に働くはずはない」として、この点に関する限り、遠藤説の指摘を妥当とされている⁽³⁰⁾。しかし、遠藤・阿部説のこのような既判力の客観的範囲の把握の仕方に対して、森田教授は、「通説的な既判力論からの帰結にしたがえば、『手続上の違法を理由として免許拒否処分を取消した判決』において認定された判決の基礎におかれた『手続上の違法』判断そのものの、『正当な手続をふまない』でいたという判断そのものは、既判力を生じないことにも注意されたい。……阿部教授も、遠藤教授と同様、通説的な既判力論からの帰結にしたがえば、『手続上の違法を理由として免許拒否処分を取消した判決が確定した場合〔における〕、処分を違法とする既判力は』、『正当な手続をふまない』ということそれ自体が、“加害

行為”として主張されている『国家賠償訴訟に対して意味をもつ』ことになる、との見方を抱いているようである。しかし、こうした見方に私が反対であることは、上にのべたとおりである⁽³¹⁾と批判されている。取消訴訟の訴訟物を処分の違法性一般であるとする通説的理解からすれば、手続上の違法を理由とする取消判決が確定した場合には処分の違法性一般について既判力が生じ、逆に、手続上の違法がないとして請求棄却判決が確定した場合には処分を一般的に適法とする既判力が生ずるはずであるから⁽³²⁾、この点においては森田説の説くところが妥当ではないかと思われる。

(3) 既判力無関係説の提唱

既判力肯定説にあっても、既判力の客観的範囲については必ずしも意見が一致しているわけではない。意見が一致しているのは、国賠訴訟と行政訴訟における違法性概念は同じであるという点についてである。この点については筆者も同意見である。しかし、両訴訟における違法性概念が同一であるということが直ちに既判力肯定説に結びつくものであるかどうか、疑問がないわけではない。違法性概念が同一であるとはいっても、それと既判力とは別個の問題であるとも考えることもできるからである。違法性概念が同一であるということは、違法性の判断基準が同一であるということだけを指しているだけであって、既判力の問題については、別の検討が必要である。国賠訴訟と行政訴訟が別個の訴訟制度であり、制度目的を異にすることを考えれば⁽³³⁾、行政訴訟における判決の既判力を国賠訴訟に及ぼすには、違法性概念が同一であるということだけでは十分とはいえない。我が国の実定法は、行政訴訟判決の国賠訴訟に対する既判力について何らの定めも設けていないし、また、行政訴訟も通常裁判所で取り扱われるのであるから、この点で、スイス法やドイツ法と同様に論ずることはできないであろう⁽³⁴⁾。

このように、既判力肯定説を支持するにはやや躊躇せざるを得ないが、そうであるからといって、既判力否定説や既判力一部肯定説のように、両

訴訟における違法性概念が異なると考えることにも疑問を払拭できない。両訴訟における違法性概念が同一であると解する点では既判力肯定説と同じであるが、違法性概念の同一性は既判力肯定に直結するものではないと考えるべきであろう。ただ、両訴訟における違法性の判断基準は同じであるから、結果的には既判力が肯定されたのと同様なことになるかもしれない。しかし、これはあくまでも事実上そうなるだけのことであって、既判力が肯定されたからではない⁽³⁵⁾。

村上義弘教授は、「私は、抗告訴訟を権利主体間関係の訴訟である民事訴訟ないし当事者訴訟と本質的に異なる訴訟と考えるので、前判決の効力が既判力として国家賠償請求事件に及ぶとは考えないが、さりとて、両訴訟における行政処分の違法性と異質とも考えないので、この問題に関しては通説と私の考え方との間に通常はそれほど差異は生じない⁽³⁶⁾」と説かれている。また、訟務検事による「訟務座談会—昭和62年の回顧—」においても、次のような発言、すなわち「国家賠償の場合には個々の違法性というのが確かに要件にされているけれども、取消判決で取り消されたという結果が要件になっているわけではなく、たまたま同じ言葉が使われているかもしれないけれども、違法性、瑕疵の存在が国家賠償における要件なのであって、ただそれだけの関連性があるにすぎないのです。したがって、取消訴訟において認容されても棄却されても、訴訟上の問題として既判力という形で効力を及ぼすということはおよそあり得ないのではなかろうかと思います。ただ、争点効とか判決理由中の拘束力とか、そういうものを持ち出してきた場合には、そういう理論が成り立つことを前提にした場合にはその限度で影響を与えるということかもしれませんけれども、それは既判力とは別の問題であろうかと思われまます。⁽³⁷⁾」、「蒸し返し訴訟を許さないとか同じような訴訟を許さないというのは、確かに訴訟経済上必要なことで、そのような結論を何らかの理論を立てて広く認めていくべきだという考え方はあると思うのですけれども、それは既判力の拡張理論とは別な議論と思われまます。また、仮にそういう結論を認めなくても、現実には、

同じような訴訟においては、同一の訴訟資料が提出されるため、同じ結論を得ることは、困難ではないと思われます。かえって、既判力の理論を用いると、硬直的な結果を導くことが考えられます。⁽³⁸⁾」と発言されている。さらに、裁判例の中には、法廷等の秩序維持に関する法律に基づき拘束され、過料の決定を受けた弁護士が高裁に抗告の申立てをしたが棄却決定され、最高裁に特別抗告をしたがこれも棄却決定されて、過料の決定が確定した後に、地裁の裁判官のした過料の決定等の措置を違法として国賠請求訴訟を提起した事案において、被告国の既判力の主張に対して、「裁判官による権限の行使を違法として同法に基づく国家賠償請求の訴えがあったときは受訴裁判所は当然これについて審判すべき権限と義務を有するものというべきである。この場合当該裁判官のした権限の行使が裁判そのものであり、右裁判が当該手続において確定し、もはやこれを争うべからざるものとなったとしても、右裁判を違法として国家賠償法にもとづく訴を提起することは、これにつきなんら実定法上の制限をもたないわが法制の下では、あえてこれを禁止すべき理由はないと解するのが相当である。けだしさきに確定した裁判と後の訴によって求められた裁判とは、両者全くその目的を異にし、その対象を異にするのであり、さきの裁判において確定したところと後の裁判において確定すべきところとは全く次元を異にするものというべきであるからである。……もちろん一般に裁判権の行使、及び裁判作用の特殊性は国家賠償の審判にあたり十分に考慮されるべきこと、後の裁判においてさきの裁判において確定したところと別異の判断をするにはとくに慎重たるべきことが要求されることは、これを肯定すべきものであるが、これ事実上の問題たるに過ぎず、そのために右の結論を左右しない。原告の本訴請求においてその主張の制裁裁判が違法であるか否かは、本件訴訟のいわゆる先決問題たる判断事項に属するものであり、前記確定裁判はなんら内容的に本訴を拘束するものではなく、本件訴訟において当裁判所は独立にこれを判断しなければならないと解すべきである。被告国の右抗弁は採用することができない」としたうえで具体的に検討し、同裁

判官の措置は違法ではないとされた事例（東京地判昭和40・1・29下民集16巻1号154頁）がある。違法性の判断基準が同じであるとはいっても、具体的事件における裁判官の判断が異なるということは、当然予想されるところである。

このような見解にどのような学説名を与えるべきかは一つの問題であるが、ここでは仮に「既判力無関係説」と呼んでおくことにしよう。この意味での既判力無関係説は、結果的には既判力を否定するから、既判力の肯定か否定かと問われれば、既判力否定説に属することになる。しかし、上述の理由からすれば、これではかえって誤解されるおそれがあるから、既判力肯定説・否定説から区別する意味で、既判力無関係説と称することにする。

森田論文は、既判力肯定説の妥当性を理論的精緻さをもって論証したものである。しかし、私見は、違法性概念の同一性は既判力肯定説に直結するものではないと考えるものであるから、既判力肯定・否定の対立とは次元を異にするものである。森田説はむし返し防止のために既判力肯定説を支持するが、むし返し防止は違法性概念が同じであることの結果であって、制度としてそうなるのではないから、既判力を論ずる必要性は乏しいのではないかと思われる。

この意味において、遠藤博士が次のように主張されていることに注目すべきである。すなわち、「国賠訴訟に対する抗告訴訟判決の既判力を一般的には否定すべきだとしたとき、そもそも抗告訴訟とりわけ取消訴訟判決について既判力を論ずることの実益ある場合が他にどのくらいあるであろうか。そもそも、これについて既判力をいういみがあったのであろうかとの疑問が生じてくる。これもまた将来の課題としておこう。⁽³⁹⁾」遠藤博士の相対的違法性説には賛成できないが、この主張には私見と軌を一にするものがある。

(4) 判例について

判例は、下級審のものを見る限り、既判力肯定説に立つものが大半である。しかし、最判昭和48年が既判力肯定説に立っているにもかかわらず⁽⁴⁰⁾、その後の裁判例の中には既判力について触れていないものも少なくないものであり、最高裁判例としてはあまり指導性を発揮してこなかった⁽⁴¹⁾。

既判力肯定説に立ったうえで公務員の過失を否定している前掲東京地判昭和39年、大阪地判昭和40年、津地判昭和55年等は、「違法性に関しては結果違法説をとるものであるものの、しかし、過失論に関しては、むしろ職務行為基準説的な発想に立つもの⁽⁴²⁾」である。違法性と故意・過失を峻別し、故意・過失については職務行為基準説的な発想によりその有無を判断しているものといってよい⁽⁴³⁾。職務行為基準説は、一般に、違法性の判断と過失の判断を統合しているものと理解されているが、既判力に関する上記裁判例においては、違法性ではなくて、過失の判断においてその考え方が採用されている。職務行為基準説自体には同調できないが⁽⁴⁴⁾、過失の判断において職務行為基準説的な発想をすることには賛意が表されてよい。

前掲最判平成5年は、相対的違法性説、職務行為基準説に立って国賠法上の違法性を否定しているが、既判力の問題には触れていない⁽⁴⁵⁾。同判決は、既判力否定説に立って判示したものと一応理解できるが、既判力の問題は直接関係しないと考えているのではないかとも思われる。もしそうであるとすれば、相対的違法性説、職務行為基準説については賛成できないが、既判力の問題については私見と軌を一にするものとして、それなりに評価することができる。

Ⅱ 無効確認訴訟の判決の既判力

1 学説の動向

無効確認訴訟の判決の既判力に触れた文献は少ないが、これに触れた文

献は、既判力肯定説に立脚しているものと思われる。

(1) 請求棄却判決の既判力は取消原因に及ばないとする見解

古崎博士は、「無効確認訴訟の判決の既判力は、無効として争われている処分の違法性一般に関する判断について生じることは、取消訴訟の判決の既判力と同じである。……処分の無効確認訴訟で敗訴した原告が、国家賠償訴訟を提起し、処分に取消原因に当たる違法があったとして争えるかという問題がある。たとえば、無効確認訴訟で、重大な瑕疵があるが、それが明白でないことを理由に請求棄却された原告が、処分に重大な瑕疵があり違法であると後訴である国家賠償訴訟で主張できるかということである。この場合、国家賠償訴訟で主張できるとしないことには、被害者救済にならないといえる。つまり、無効確認訴訟で無効でないことが確認されても、その判決の既判力は、取消原因にまで及ばないと解するのが正当である⁽⁴⁶⁾」と説かれている。

阿部教授も、「無効は違法より狭いから、無効でないことが確定しても違法でないとはいえないから、買収処分無効確認訴訟の請求棄却確定判決は買収処分の違法を理由とする国家賠償訴訟に既判力を及ぼすことはありえない」と説かれて、その事例として本稿で次の「判例の動向」で掲記する裁判例のうちの高松地判昭和50年を挙げられ、「反対の判例（大阪地判昭和50年）は誤りと思う」と説かれている⁽⁴⁷⁾。

(2) 請求棄却判決の既判力は取消原因に及ぶとする見解

これに対して、白井皓喜弁護士は、「具体的な紛争の場面として考察すると、取消訴訟の出訴期間を徒過しているため、明白な瑕疵しか主張できないので、取消訴訟を提起して原状回復を求めることができないうちに、金銭賠償を求めて、国家賠償訴訟を提起した場合には、重大でない違法性を主張できるとすることは、両者が均衡を失することは明らかである。そこで、無効確認訴訟で敗訴した者は、国家賠償訴訟において、処分の違法

性を主張することができないというべきである⁽⁴⁸⁾」と説かれている。

2 判例の動向

(1) 請求認容判決に関する裁判例

無効確認訴訟の請求認容判決に関するものとしては、道路の位置指定処分が土地所有者の提起した訴訟において無効とされた後に、国賠請求訴訟が提起された事案において、無効確認請求を認容した確定判決が存在することは当事者間に争いが無いとして、直ちに公務員に故意・過失があったかどうかの審理に入った事例（神戸地判昭和52・1・17判時863号86頁）がある。

(2) 請求棄却判決の既判力は取消原因に及ばないとする裁判例

請求棄却判決に関するものとしては、エアー・タクシーの免許申請不許可処分について、無効確認訴訟を提起した後に国賠請求訴訟を提起し、国賠訴訟が一審に係属中に、無効確認訴訟で請求棄却判決が確定した事案において、「行政処分の無効確認訴訟においては、行政処分が無効であるというためには、当該処分が違法であることのほかに、その違法が重大かつ明白であることが必要とされているから、請求棄却の判決が確定したからといって、直ちに当該処分が適法であることについて既判力が生じるとはいえない」としたうえで、請求棄却の判決のなされた理由が、処分に違法はない、すなわち処分が適法であることにある場合には、請求棄却の判決は、取消訴訟の場合と同視できるものとして既判力に準ずる効力を生ずるから、原告は国に対し再び処分の違法を主張することは許されない、とされた事例（那覇地判昭和61・10・28訟月33巻10号2445頁。控訴審の福岡高那覇支判昭和62・3・24訟月33巻10号2440頁もほぼ同趣旨）がある。そのほか、農地買収処分の無効確認訴訟において請求棄却判決が確定している事案において、取消訴訟における違法性と国賠訴訟における違法性とは同

一、同質なものであるかについて疑いがないわけではないとしたうえで、「仮りに行政処分に瑕疵が存在し、違法であるとしても、その違法が重大かつ明白でない限り、行政処分無効確認の請求は棄却を免れないのであるから、行政処分無効確認訴訟において、請求棄却の判決があり、これが確定したとしても、当該行政処分が違法でないことまでが、公権的に確定されたものと速断することはできない。……結局、抗告訴訟における本案判決において請求棄却の確定判決が存在することは、後訴における国家賠償訴訟において、当該行政処分の違法性を主張する妨げとはならないものと解する」とされた事例（高松地判昭和50・3・31訟月21巻6号1239頁）もある。

（3）請求棄却判決の既判力は取消原因に及ぶとする裁判例

これに対して、農地買収処分の無効確認訴訟の請求棄却判決が確定した後、国賠請求訴訟が提起された事案において、買収処分の無効確認訴訟について請求棄却の判決が確定しており、買収処分が適法であったことについて既判力が生じているから、後に提起した本訴において買収処分が違法であると主張することは許されない、とされた事例（大阪地判昭和50・5・19訟月21巻7号1425号）がある。

（4）その他の裁判例

そのほか、換地処分の無効確認訴訟の請求棄却判決が確定した後、国賠請求訴訟が提起された事案において、行政処分の無効確認訴訟について無効原因として主張された違法が認められないとして請求棄却の判決がされ、それが確定した場合には、その後に提起された国賠訴訟において同一の違法を主張することは、無効確認訴訟の確定判決の既判力に抵触するものとして許されない、とされた事例（東京地判昭和61・7・30判時1232号127頁）がある。

3 学説・判例の検討

無効確認訴訟の訴訟物が何であるかについては、文献においても裁判例においても、これを詳細に論じたものは見当たらない⁽⁴⁹⁾。訴訟物を明確にしなければ先に進めないというものではないので、ここではとりあえず、重大明白な瑕疵一般が訴訟物であると捉えておくことにする。

学説は、ほぼ一致して、無効確認訴訟で請求棄却判決が確定しても、無効でないことが確定しただけで違法でないことまで確定したわけではないことを論拠にして、請求棄却判決の既判力は処分が違法であることを理由とする国賠訴訟には及ばない、と解している。逆に、請求認容判決が確定すれば、処分が違法であることが確定し、その既判力は後の国賠訴訟に及ぶ、と解することになる。基本的には、取消訴訟の判決についての既判力肯定説とほぼ同じ考え方に立つものである。

判例も、既判力肯定説的発想に立つものが優勢である。大阪地判昭和50年については、阿部教授が批判されているように、無効確認訴訟で請求棄却の判決が確定していても、それは無効ではないことが確定しただけであり、適法であることまで確定したわけではないから、疑問を払拭できない。高松地判昭和50年は、請求棄却判決が確定したとしても処分が違法でないことまで確定するわけではない、としている点では通説と同じであるが、全体的には既判力否定説に立つものと理解すべきであろう⁽⁵⁰⁾。東京地判昭和61年は、無効原因として主張された違法と「同一の違法」を主張することは既判力に抵触するとするものであるが、逆にいえば、同一の違法でなければ既判力は国賠訴訟に及ばないと解しているものと推測できる。

結論からいえば、ここでも既判力無関係説が妥当する。取消原因が無効原因よりも広いという差異があるだけで、基本的には取消訴訟の確定判決についてと同じである。無効確認訴訟で請求認容判決が確定すれば、国賠訴訟においても処分は違法と判断されるであろうが、これは違法性概念が同一であることからの結果であり、既判力の結果ではない。逆に、請求棄

却判決が確定した場合は、無効ではないことが確定しただけであって、違法ではないことまで確定したわけではなく、処分の違法を理由にあらためて国賠訴訟を提起することができるが、これもまた既判力肯定・否定の問題とは無関係である。

この既判力無関係説に立てば、瑕疵はあるが重大明白ではないとして請求棄却判決が確定した場合の後訴の国賠訴訟について、より適切に説明できる。この場合には、瑕疵が重大明白でないことに既判力が生ずるとしても、瑕疵（重大明白でない瑕疵）があることにまで既判力が生ずるかどうかが疑問となるところであるが⁽⁵¹⁾、いずれにしても、この説に立てば、このような疑問は生じないことになる。

Ⅲ 不作為違法確認訴訟の判決の既判力

1 学説の動向

不作為違法確認訴訟については、認容判決の既判力がどの時点まで及ぶか（基準時以降にも及ぶか否か。既判力の範囲）についても論争されているが、ここではこの問題に立ち入らずに、既判力肯定・否定の問題に限定しておくことにする。

(1) 既判力肯定説

阿部教授は、「不作為の違法に関する定義は抗告訴訟においても国家賠償訴訟においてもいずれも大同小異であり、一般論としては両者を同視しても差しつかえないものと考えられる⁽⁵²⁾」と説かれている。そして、遠藤説を検討されたうえで、「結局、不作為の違法確認訴訟と国家賠償訴訟で不作為の違法性の判断が異なるという立証はできていない。訴訟法的に見ても、同一事件で不作為の違法確認判決が確定したにもかかわらず、被告

庁が不作為状態を継続して、国家賠償訴訟を提起されるや、不作為はいぜん適法であるなどと主張することを許すべきであろうか。……不作為の違法確認判決は訴訟法的な執行方法を有さず、たんなる拘束力によりその履行を期待しているにすぎないのであるから、被告庁がこの判決を無視する場合にはせめて国家賠償訴訟による制裁が必要と思われる⁽⁵³⁾」と批判されている。

宇賀克也教授も、「不作為の違法確認訴訟における違法と異なる違法概念を国家賠償請求訴訟において用いなければならない論理的必然性はないことに帰着する。したがって、不作為の違法確認判決が確定している場合には、国家賠償請求訴訟にもその既判力が及ぶと解してさしつかえないであろう⁽⁵⁴⁾」と説かれている。

(2) 既判力否定説

これに対して、遠藤博士は、ここでも相対的違法性説に立たれている。金沢大学医学部事件を取り上げて、その不作為の違法確認一審判決と国賠請求訴訟一審判決を比較し、「法技術的には不作為の違法に関する判断対象を異にするものであって、単純な比較はできないものの、実質的には試験をしなかったことが違法かどうか判断され、前者ではこれが肯定され、後者ではこれが否定されている。……両者のちがいがよくあらわれているのであって、後者では、損害の公平な負担を目的とするものであるため、違法性判断にあたって被害者側の事情を考慮に入れることができるのである⁽⁵⁵⁾」と説かれている。

上野至検事（当時）も、「不作為判決における違法判断は、主として行政処分ができるか否かという点から形式的に行政庁に処分を急がせる方向でなされがちであり、国賠法上の違法判断における被害者側の事情等は考慮されないのであるから、やはり違法性の判断内容が同一とはいえない。したがって、不作為判決の場合も既判力は国賠訴訟に及ばないと解さざるを得ないのである⁽⁵⁶⁾」と説かれている。

2 判例の動向

(1) 既判力肯定説に立つ裁判例

裁判例はきわめて少ない。水俣病認定業務の遅延について不作為の違法確認判決が確定した後に、認定業務の遅延により精神的苦痛を被ったとして国と熊本県を被告にして損害賠償請求がなされた事案において、「被告らは、国賠法1条1項の違法は行訴法3条5項の違法よりも幅が狭いとして、不作為判決の既判力は本訴に及ばないと主張するが、国賠法1条1項の違法と行訴法3条5項の違法とを別異に解すべき理由を見出し得ず、まして本件国家賠償請求における違法は、原告らの主張からも明らかのように不作為判決の違法と全く重なり合っているといえることができるから、被告らの右主張は到底採用することができない」として、不作為の違法確認判決についても既判力肯定説が妥当するとされた事例（熊本地判昭和58・7・20訟月30巻1号53頁。その控訴審の福岡高判昭和60・11・29判時1174号21頁も基本的には同趣旨）がある。

(2) 既判力否定説に立つ裁判例

これに対して、既判力に直接関係したものではないが、廃棄物の処理及び清掃に関する法律に基づく産業廃棄物処理業の許可申請の後相当な期間を経過しても何ら処分をしないのは違法であるとして不作為の違法の確認請求が認容された事案において、「本件は、不作為の違法確認の訴えにおける違法性が問題となっているのに対し、60年最判は、国家賠償請求において、行政指導を理由とする処分の留保の違法性が問題となった事案であるところ、国家賠償請求における不作為の違法と、不作為の違法確認訴訟における不作為の違法とでは質的に相違があるというべきである（最高裁平成3年4月26日第二小法廷判決、民集45巻4号653頁）。ことに、不作為の違法確認訴訟は、違法な不作為状態を解消し、最終的な救済に向けて中間的な解決を図るための訴訟であり、その性質上迅速な解決が要求される

のであるから、その争点は、法令に基づく申請の有無と、相当期間の経過の点に絞られるというべきであって、右相当期間の経過につき、それを正当とする事情の存否が問題になる場合があり、その中には行政指導の継続を理由とする場合が含まれるとしても、それは申請者が行政指導に従う意思を示していたか否か等、行政指導の必要性やそれに対する申請者の対応等に立ち入るまでもなく、容易に判断が可能な事柄に限られるというべきである」とされた事例(仙台地判平成10・1・27判時1676号43頁)がある。

上記仙台地判平成10年が引用している最判平成3・4・26(民集45巻4号653頁)は、熊本水俣病認定業務遅延国賠訴訟上告審判決である。同判決は、「水俣病不作為の違法確認請求事件の確定判決があることは、原審の認定するところであるが、この訴訟の性質からすれば、その違法であることの確認の趣旨は、右訴訟の弁論終結時点において、知事が処分をすべき行政手続上の作為義務に違反していることを確認することにあるから、これが直ちに認定申請者の右の法的利益に向けられた作為義務を認定し、その利益侵害という意味での不作為の違法性を確認するものではないと解すべきである」と判示している。

3 学説・判例の検討

一元的違法性説によれば、不作為違法確認訴訟においても取消訴訟と別異に解すべき理由はなく、既判力肯定に結びつくことになる。これに対して、相対的違法性説に立てば、ここでもまた既判力否定につながることになる。そのことは、前掲仙台地判平成10年で見ると明瞭である。同判決は、相対的違法性説に基づくものであり、この考え方によれば、おそらく不作為の違法確認判決の既判力を否定するのがその帰結であろう。同判決が引用している最判平成3年は、既判力に触れているわけではないが、少なくとも既判力否定説に近いものということはいえるであろう。熊本地判昭和58年については、相対的違法性説の立場から、「不作為の違法確認判決が

判示する違法と国家賠償訴訟の違法は全く重なり合うものではない⁽⁵⁷⁾」として、これを批判する評釈がある。

しかし、ここでもまた既判力無関係説的発想が妥当である。違法性概念が同一であれば、不作為違法確認訴訟で違法とされれば、国賠訴訟においても結果的には同じく違法の判断がなされるであろうが、それは既判力が及ぶからではないと解すべきであろう⁽⁵⁸⁾。最判平成3年が既判力に触れていないということは、既判力とは直接関係しないと解しているのではないかとも考えられる。

-
- (1) 初期のものとして、兼子一「行政処分取消判決の効力」同『民事法研究Ⅱ』101頁以下（1969年、初出1951年）、滝川毅一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座〔第5巻〕』142頁以下（1956年）、鈴木正裕「形成判決の効力」法學論叢67巻6号27頁以下（1960年）等がある。
 - (2) 近藤昭三「判決の効力」田中二郎ほか編『行政法講座〔第3巻〕』331頁以下（1965年）。
 - (3) 今村成和『国家補償法』111頁（1957年）には、違法性概念についての有倉説に対する批判はあるものの、本稿の主題については直接触れられていない。また、雄川一郎『行政争訟法』221頁（1957年）においても、既判力の項目はあるが、本稿の主題に関しては格別の論述はなされていない。古崎慶長『国家賠償法』182頁（1971年）も、既判力肯定説を簡単に説いただけである。
 - (4) 古崎慶長「行政訴訟と国家賠償」同『国家賠償法の理論』277頁（1980年、初出1976年）。
 - (5) 遠藤博也『国家補償法上巻』166頁以下（1981年）。
 - (6) 阿部泰隆「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」判タ525号15頁以下（1984年）。本稿では、阿部教授のこの論文名を借用させていただいた。
 - (7) 遠藤博也『行政法スケッチ』125頁以下（1987年）。
 - (8) 森田寛二「処分取消訴訟の訴訟物論と既判力論（一）（二）」法學54巻1号33頁以下（1990年）、54巻2号77頁以下（1990年）。
 - (9) 阿部・前掲注（6）15頁以下、秋山義昭「抗告訴訟との関係」ジュリスト

- 993号154頁以下(1992年)、宇賀克也『国家補償法』385～386頁(1997年)参照。
- (10) 大分以前のもではあるが、古崎博士は、「無名抗告訴訟の一類型として義務づけ訴訟を認めるとして、その訴訟では、行政庁の義務の存否が既判力をもって確定されることになる。したがって、後訴の国家賠償訴訟では、行政庁の義務の存否についての前訴の判断に妨げられ、これと異なった判断ができなくなる」と説かれていた(古崎・前掲注(4)286頁)。これは、義務付け判決についても、既判力肯定説に立つものである。
- (11) 学説の分類については、室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』356～357頁(山下竜一執筆。2006年)参照。
- (12) 滝川・前掲注(1)1456頁、古崎・前掲注(4)281頁、阿部・前掲注(6)25頁、同「国家賠償訴訟における違法と抗告訴訟における違法」成田頼明編『行政法の争点(新版)』177頁(1990年)、近藤・前掲注(2)334頁、大坪憲三『国家賠償法詳解』108頁(1957年)、兼子仁『行政法総論』309頁(1983年)、滝沢正「判批」判評301号30頁(1984年)、古賀寛「国家賠償法における違法性」判タ600号22頁(1986年)、白井皓喜『行政訴訟と国家賠償』204頁(1989年)、秋山・前掲注(9)155頁、森田・前掲注(8)法學54巻1号33頁以下、54巻2号77頁以下、同「処分取消訴訟の訴訟物との同一性」雄川先生献呈論集『行政法の諸問題中』531頁以下(1990年)、塩野宏『行政法Ⅱ〔第4版〕』296頁(2005年)、宇賀・前掲注(9)385頁等。
- (13) 既判力の論拠・機能については、遠藤・前掲注(7)136～137頁参照。
- (14) 森田・前掲注(8)法學54巻1号33頁以下。
- (15) 森田・前掲注(8)法學54巻1号36頁。
- (16) 森田・前掲注(8)法學54巻1号55頁。
- (17) 森田・前掲注(8)法學54巻2号302頁、同・前掲注(12)『行政法の諸問題中』547頁。
- (18) 鈴木・前掲注(1)44頁、遠藤・前掲注(5)177頁、同・前掲注(7)125頁以下、木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力(2)」民商72巻3号437頁(1975年)、上野至「判批」『昭和58年行政関係判例解説』634頁(1985年)、前田順司「国家賠償訴訟と行政訴訟の関係」村重慶一編『現代裁判法大系27〔国家賠償〕』287頁以下(1998年)等。
- (19) 遠藤・前掲注(5)166頁。
- (20) 遠藤・前掲注(5)176頁。
- (21) 遠藤・前掲注(5)177頁。なお、遠藤・前掲注(7)120頁以下、同『実定行政法』383頁以下(1989年)参照。
- (22) 村重慶一『国家賠償研究ノート』196頁(1996年)、下山瑛二『国家補償法』136頁(1973年)、松本博之「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴

- えの利益」法學雑誌19巻3 = 4号255頁（1973年）、芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』275頁（2006年）等。
- (23) 遠藤・前掲注（7）127頁以下参照。
- (24) いずれも既判力に触れているわけではないが、既判力肯定説に立って判示しているものといってよい。
- (25) 前田・前掲注（18）280頁。
- (26) 宇賀・前掲注（9）385頁参照。
- (27) 西埜『国家賠償責任と違法性』75頁以下（1987年）、『国家賠償法〔注解法律学全集7〕』60頁以下（1997年）等。最近のものとしては、「職務行為基準説の批判的検討」明治大学法科大学院開設記念論文集『暁（あけ）の鐘ふたたび』169頁以下（2005年）。
- (28) 古崎・前掲注（4）284頁、渡邊等「行政処分取消請求訴訟の判決の国家賠償請求訴訟に対する既判力」『昭和62年行政関係判例解説』439頁（1989年）参照。
- (29) 遠藤・前掲注（5）177頁。
- (30) 阿部・前掲注（6）22頁。
- (31) 森田・前掲注（12）『行政法の諸問題中』536～537頁。
- (32) 渡邊・前掲注（28）440頁、白井・前掲注（12）206頁以下参照。
- (33) この点では、既判力否定説＝相対的違法性説の説くところが妥当である。遠藤・前掲注（7）125頁参照。
- (34) この点については、すでに別稿（西埜・前掲注（27）『国家賠償責任と違法性』97頁以下）において述べたところである。
- (35) 木村・前掲注（18）437頁は、既判力否定説に立ちながらも、「行政事件において確認される違法性は、後行の賠償訴訟法において『事実上の証明力』をもつにすぎない、といて差しつかえない」と説いている。
- (36) 村上義弘「行政の不作為と国家賠償」ジュリスト802号31頁（1983年）。
- (37) 訟月34巻1号別冊108頁（1988年）におけるH氏の発言。
- (38) 訟月34巻1号別冊109頁（1988年）におけるH氏の発言。
- (39) 遠藤・前掲注（7）138頁。
- (40) ただし、遠藤・前掲注（7）128～129頁は、この最高裁判決を既判力肯定説の例として挙げるのは適切ではない、としている。遠藤説のこの理解に対する批判として、森田・前掲注（12）『行政法の諸問題中』550頁参照。
- (41) 前田・前掲注（18）280頁参照。
- (42) 遠藤・前掲注（7）131頁。
- (43) 遠藤・前掲注（7）132頁。
- (44) 拙稿・前掲注（27）明治大学法科大学院開設記念論文集169頁以下参照。
- (45) 調査官解説『最高裁判所判例解説民事篇〔平成5年度(上)〕』368頁以下

- (井上繁規執筆。1996年)も、既判力には触れていない。
- (46) 古崎・前掲注(4)286頁。なお、同「判批」判評345号38頁以下(1987年)参照。
- (47) 阿部・前掲注(6)18頁。そのほか、同旨、上野「行政判例研究」法律のひろば28巻6号74頁(1975年)、白井・前掲注(12)132頁、渡邊・前掲注(28)438頁、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』413~414頁(村上敬一執筆。1989年)、秋山・前掲注(9)157頁、宇賀・前掲注(9)386頁、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』542~543頁(東亜由美執筆。2006年)、前田・前掲注(17)289頁等。
- (48) 白井・前掲注(12)206頁。
- (49) このような中で、「訟務座談会—昭和62年の回顧—」訟月34巻1号別冊(1988年)94頁以下では、無効確認訴訟の訴訟物をめぐって討論されているのが注目される。
- (50) 遠藤・前掲注(7)134頁参照。
- (51) 「訟務座談会—昭和62年の回顧—」訟月34巻1号別冊115頁以下(1988年)参照。
- (52) 阿部・前掲注(6)28頁。
- (53) 阿部・前掲注(6)29頁。同旨、秋山・前掲注(9)157頁、渡邊・前掲注(28)438頁。
- (54) 宇賀・前掲注(9)187頁。
- (55) 遠藤・前掲注(5)178頁。
- (56) 上野・前掲注(18)636頁。なお、同「行政訴訟と国家賠償訴訟との関係」村重慶一編『国家賠償訴訟〔裁判実務大系第18巻〕』129頁(1987年)参照。
- (57) 上野・前掲注(56)村重編『国家賠償訴訟〔裁判実務大系18巻〕』131頁。
- (58) この見解にやや近いのは、「訟務座談会—昭和58年の回顧—」訟月30巻1号別冊140頁以下(1984年)の並木、小川氏の発言である。