

論 説

法律上の争訟からみた確認訴訟の可能性(7) ——台湾と日本との比較研究を通じて

林 孟 楠

目次

序章

第一部 台湾法

第一章 公法上の争訟と確認訴訟の登場 (以上 252 号)

第二章 請求権体系と確認訴訟の補充性原則 (以上 253 号)

第三章 確認訴訟の現状と問題点 (以上 256 号)

第二部 日本法

第四章 司法国家と確認訴訟の登場 (以上 257 号)

第五章 違法宣言訴訟と権利確認訴訟

第一節 最高裁判所における確認訴訟の軌跡

第二節 二つの確認訴訟観 (以上 259 号)

第三節 訴訟対象と訴えの利益

第一款 訴えの利益論の展開

第二款 行政実体法への転回

第三款 小括

第六章 確認訴訟の新展開

第一節 確認訴訟の明記

第一款 現代行政国家の変容と行政訴訟改革

第二款 行政訴訟のあり方と確認訴訟

第三款 確認訴訟の明記 (以上 261 号)

第四款 確認訴訟原型観の復権

第二節 裁判例の展開

第一款 最高裁判所における展開

第二款 下級審裁判所における展開 (以上本号)
第三部 総括

第六章 確認訴訟の新展開

第一節 確認訴訟の明記

第四款 確認訴訟原型観の復権

改正行訴法の下で、確認訴訟の明記による当事者訴訟の地位向上および抗告訴訟と当事者訴訟との被告適格の統一に伴い¹⁾、学者は、訴訟類型選択のリスクを国民に負わせないように訴訟類型間の融通性を強調することになる²⁾。この文脈において、抗告訴訟と当事者訴訟との共通項を見出すために、確認訴訟原型観が再び脚光を浴びている。以下にあげるドイツ法、アメリカ法、フランス法を比較法研究の基礎とする学者達は、理論構造や問題意識は異なっているが、確認訴訟を訴訟類型の原型と見ることができると指摘している。彼らの学説の特徴と問題を検討した上で、確認訴訟原型観の現代的意義を明らかにする。

一 法関係論における確認訴訟——山本説

行訴法の改正以前に法関係論を展開している山本説は、法関係を「諸主体間、就中諸行為（可能性）間の、法的に性質決定された関係」と定義し、そこには実体法上の権利義務関係に限らず、権利に至らない実体法関係や手続法上の法関係も含まれている³⁾。この法関係を取り扱う包括的抗告訴訟概念の下では、あらゆる行政決定を争うことのできることから、訴訟物を「私人の法的地位（義務、受給権、その前提要件等）に関する行政機関の判断の違法性」⁴⁾と措定している。そして、基本的に訴

1) 被告適格の統一について、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」（初出2004年）『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）269頁、黒川哲志「被告適格の統一と公法上の当事者訴訟の蘇生」早稲田法学 81 巻 3 号（2006年）31頁以下。

2) 例えば、橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂、2006年）138頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）135頁。

3) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）445-448頁、452頁。

4) 同上 483頁。

訟物、訴えの利益、原告適格等は共通の考え方に基いて判断すれば足り、訴訟類型毎に特別の許容性判断基準を立てる必要はないとする。そこで、行訴法3条1項の「行政庁の公権力の行使」を広く解して、それに「行政行為、即時強制、さらに他の給付決定や警告・公表など」を含めている⁵⁾。確認訴訟は、無名抗告訴訟として、「私人の法的地位（義務、受給権等）に関する行政機関等の判断の違法性の確認を求める訴え」であるとされた⁶⁾。

このように、山本説は改正行訴法以前に、法関係を通じて取消訴訟の特殊性を相対化し、抗告訴訟を法関係に共通の基準で把握していた。山本説は、改正行訴法の下では、民事訴訟ないし当事者訴訟に対する抗告訴訟の特殊性が縮小していることを指摘した上で、訴訟類型の二重構造を次のように指摘する。

「行政訴訟においては、行政活動の違法性、ないし私人の実体法上・手続法上の地位を判決により確認することが、いわばミニマムで基本的なサンクション・救済の形式である。法治国における行政機関は、段階的に法（律）を執行ないし具体化し私人の法的地位を明確化させる態様で行動すべきであり、また権力分立制度の下で、裁判所は行政機関が判決に従うことを前提にしてよい。法や法的地位を宣言する（に留める）確認判決は、こうした行政法関係の特質に対応する判決形式」である⁷⁾。

したがって、改正行訴法において確認訴訟が公法上の当事者訴訟として明記されたのも、この例証だと評価されている。このように、あらゆる訴訟類型は私人の法的地位に関する確認訴訟と読み替えることができ

5) 同上 480 頁。その意味で、当事者訴訟は実質的に抗告訴訟に吸収されると解されるだろう。この点について、同じドイツ法の影響を受けた高橋滋の立法論に類似した。高橋は当事者訴訟を「包括的行政訴訟」に改めて、それを「国民と行政主体（行政庁）との間の法律上の争訟に関する訴訟であって、民事訴訟（国賠訴訟を含む）及び法定抗告訴訟に該当しないもの」とする（高橋滋「訴訟類型論」ジュリスト 1234 号（2002 年）30 頁）。したがって、当事者訴訟が抗告訴訟に吸収され、概括条項として確立される（南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2004 年）52-55 頁（高橋滋執筆）。

6) 山本・前掲注（3）480 頁。

7) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 号 4・5 号（2004 年）661 頁。

ることから、当事者訴訟と抗告訴訟とは共通点を有することになる⁸⁾。ただ、山本説は確認訴訟を原型とする発想について特に展開していないが、実体法・手続法関係を統一的に把握した上で、各訴訟類型の共通点を確認訴訟として見出す点には注目すべきである。

二 救済法論における確認訴訟——中川説

中川説によれば、あらゆる行政活動の違法性は、法律上の争訟を広く捉えて争われるべきである⁹⁾。すなわち、法的利益を侵害された国民は、憲法上、「行政機関は法律の定めるとおり行動せよ」と裁判所に求めうる抽象的資格、つまり是正訴権を有している¹⁰⁾。是正訴権を実現する訴訟手続の構成について、行為糾弾型と実体的請求権型とがあり、これらは技術的に構成は違うが、適法性統制の点では本質的な違いがない¹¹⁾。したがって、抗告訴訟、当事者訴訟、民事訴訟は、本来、同じ性質を有するものである。法定訴訟類型は、実体的な請求権を正面から認めて、救済内容を具体的に規定するものにすぎない、と理解されるべきである。そして、中川説は確認訴訟について次のように述べる。

「『法的利益』が被告の『不適切な行為』によって『毀損』されたことまたはそのおそれがあることまでは認定されものの、これに対応する『裁判的救済』の内容が確立しておらず、実体的請求権がなお成立していない場面について、わが国では、原則として、裁判所が（法律を超えて）自ら積極的に被告に行動の是正を命ずる『裁判的救済』を創造するべきではないというのが伝統的な発想である（レメディ創造の否定）。しかしその一方で、原告が主張する『法的利益』にかかるなんらかの権利や法律関係を確認することで、被告の『不適切な行為』を防止し、『裁判的救済』の実をあげようと工夫することがなされている。それが確認の訴えである」¹²⁾。

8) 同上 665 頁。

9) 中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究 63 号（2001 年）130 頁以下。

10) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号（2004 年）1001 頁。

11) 中川・前掲注（9）135 頁、138 頁。

12) 中川・前掲注（10）999 頁。

したがって、法定訴訟類型にうまく載らない紛争について、確認訴訟は包括条項的な、不定形な救済手段という機能を果たすことができる¹³⁾。ここでも、法的地位を確認してから救済内容を決めるという二重構造を前提にして、確認訴訟を基本的訴訟形態と考えられている。さらに、中川は、行訴法の「法律関係」という文言に着目して、抗告訴訟を包括する当事者訴訟という図式を描いて、行政法上のさまざまな紛争を確認訴訟で捉え直している。

裁判所の法秩序形成機能を強調する中川説によると、法律上の争訟においては、個々の訴訟類型が総合的に観念されるのではなく、実定法に先行する救済法により把握されるべきである。すなわち、救済法において行政活動の違法性を是正する訴権が設けられ、抗告訴訟、当事者訴訟、民事訴訟はそれを実現する手続にすぎない、とされる。このような観点はつとに下山説が指摘したものであるが、改正行訴法に関する新たな理論化として注目される¹⁴⁾。

三 違法宣言訴訟——亘理・興津説

取消訴訟の適法性統制機能を重視して、処分性拡大を目指す亘理格と興津征雄は、次の通り抗告訴訟を確認訴訟として見直している。

1 訴えの利益——亘理説 法律上の争訟に着目すると¹⁵⁾、抗告訴訟における「広義の訴えの利益」と確認訴訟における「確認の利益」は、実質的に異なるものではない。すなわち、「原告が、違法な行政による権利利益の侵害であるとして是正を求めて提起する訴えの根底にある利益が、全体として『法的保護に値する利益』に該当するか否か」¹⁶⁾を判

13) 同上 969 頁。

14) なお、救済法に関する近年の研究として、曾和俊文「権利と救済（レメディ）——行政法における権利救済の特質」阿部泰隆古希『行政法学の未来にむけて』（有斐閣、2012 年）543 頁以下。

15) 亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、2008 年）25 頁以下。彼は適法性をめぐる具体的争訟性を基準として、行政法上の争訟を構築することを志向している。

16) 亘理格「行政訴訟の理論——学説的遺産の再評価という視点から」公法研究 71 号（2009 年）74-76 頁。なお、フランス法を比較法研究とする亘理は、そもそも違法宣言訴訟の発想に接近する傾向にある（「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト 1234 号（2002 年）9 頁以下、「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト 1310

断するものであり、この点で両者に違いはない。そして、白石説を援用した亘理説は、訴えの利益の共通性が、抗告訴訟の中核をなす確認訴訟に由来するものだと指摘している¹⁷⁾。

ここで留意すべきは、亘理説は、「法的保護に値する利益説」を通じて、抗告訴訟と当事者訴訟との通約可能性を強調する点である。処分性を訴えの利益に還元する学者は、常に法的保護に値する利益説を唱えている。そして、第五章で分析したように、法的保護に値する利益説は、民事訴訟における確認の利益を適法性統制のために改鑄したものと考えられる。当事者訴訟としての違法宣言訴訟の可能性を肯定することで、亘理説においても抗告訴訟と当事者訴訟に共通する訴えの利益が浮上することになる。さらに、亘理説は、両者の共通性を土台に行政訴訟に固有の訴訟物論を構築する必要があると指摘する。当事者訴訟においても違法性を含める訴訟物論が必要となるのである。次の興津説はこの訴訟物論に着眼している。

2 訴訟物——興津説 訴訟物・判決の効力に着目する興津説は、取消訴訟を始めとする抗告訴訟全体を「違法判断+是正措置（救済）」の二重構造で捉え直している。

「取消訴訟において処分の違法性が審判の対象となり、それが確定されると、是正措置（救済）としての取消し（のみ）が判決主文に宣言される」。「義務付け訴訟の訴訟物は、一定の事実関係を前提として一定の処分をしないことの違法性（の確認）を中核とした上で、……しかるべき是正措置（救済）をとるべき旨を行政庁に命じる」ものである。「差止訴訟の審理判断の対象は処分に先立ってなされる行政主体（機関）の判断の違法性の確定といいかえることができ、その判断に基づいて行政過程をそれ以上先に進めてはならないという効果（差止め）を救済として伴う訴訟類型である」¹⁸⁾。

号（2006年）7頁以下参照）。

17) 亘理・同上「行政訴訟の理論」78頁。

18) 興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）75頁、284頁、332頁。

このような訴訟技術上の構造的把握は、取消訴訟の特殊性を相対化する義務確認訴訟説を彷彿させるものである。そして、ここでも確認訴訟を共通項として、抗告訴訟における訴えの利益および当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益とは、理論的に一致することになる¹⁹⁾。訴訟類型が多様化した抗告訴訟の枠内において、興津説は、確認訴訟原型観を改正行訴法に対応するように再構築したものと評価することができよう。ただし、興津説の問題意識は、抗告訴訟と当事者訴訟との役割分担を前提に、義務付け訴訟・差止訴訟を含めて抗告訴訟の本質を統一的に把握することにある。そして、興津説は、なおも民事訴訟のドグマに依拠するため、当事者訴訟としての確認訴訟は、違法性を確認の対象とすることができないとなる²⁰⁾。この点で、興津説は、この種の他の学説とは異質である。

四 確認訴訟原型観の現代的意義

1 司法国家の実現という課題の克服 以上の学説をまとめると、包括的救済手法として位置づけられる確認訴訟の明記をきっかけに、確認訴訟を訴訟類型の原型として再認識した上で、抗告訴訟と当事者訴訟を統合的に把握する統合的行政訴訟観が浮かび上がっていることがわかる。このように再び確認訴訟原型観に接近すると、訴訟類型の割振りは、単なる「公権力および非公権力」という実体法の判断基準によるのではなく、むしろ紛争の実態に即して訴訟類型の特性や救済内容によって判断されることになるだろう²¹⁾。このような発想はいまだ通説とはいえないが、これからの行訴法の発展方向を示した点において重要である。

ただし、確認訴訟原型観の意義は、決して単純な訴訟類型・訴訟構造に関する問題解決だけにあるのではない。山田洋が指摘したように、法律上の争訟を処分性に矮小化した従来判例法理が「確認訴訟における確認の利益の判断にも引き継がれていくこととなるとすれば、今回の改

19) 同上 342 頁。

20) 同上 343 頁。

21) 民事訴訟においても、確認訴訟原型観によれば、権利保護形式の相互融通の可能性を認めやすくなるという指摘がある（川嶋四郎『民事訴訟法』（日本評論社、2013年）206頁）。

正の意義は極めて薄いものになってしまう』²²⁾。取消訴訟中心主義とその背後にある行政権優越の司法国家観を克服するという課題と向き合うならば、確認訴訟原型観の背後にある司法国家観が、最も重要な点となる。

確認訴訟の歴史からみると、行政裁判権の所管移転による司法国家への体制転換を正当化した兼子説は、確認訴訟原型観を通じて行政裁判権を法律上の争訟と位置づけた。そして、取消訴訟中心主義に対抗する白石説は、憲法上の司法の法判断権限に着目して、確認訴訟を法律上の争訟の中心に据えるべき司法権優越の司法国家観を提示した。司法は、違法の行政作用と私人の権利利益との関連性を広く法関係として把握した上で、訴えの利益を通じて法律上の争訟を自ら判断することができる考えたのである。この系譜の中で、行政の適法性統制を司法の固有の役割とする違法宣言訴訟説（高柳説、処分性拡大論）または基本的人権の権利保護を司法の本務とする権利確認訴訟説（下山説、当事者訴訟活用論）は、ウエートを置くところは異なるが、どちらも訴えの利益を通じて法律上の争訟に関する司法の判断権限を確保しようとするものであった。

したがって、改正行訴法による確認訴訟の明記を伴う確認訴訟原型観の再登場は、これまでの取消訴訟中心主義を否定した上で、確認訴訟を法律上の争訟の中心に据える司法国家観を再度、復権させるものと考えられる。日本の行政訴訟法史において、確認訴訟が明記されたことは、この点で、確かに「大変な転換」²³⁾といえよう。

2 現代的意義 以上の明らかとなったことから、確認訴訟原型観の現代的意義を指摘しておく。

訴訟類型の再編成という視角からみれば、確認訴訟が明記されたた意義は、一般的に、当事者訴訟の地位向上として把握されている²⁴⁾。しかし、これまで検討してきた確認訴訟原型観を通じた考察からこれをみるならば、確認訴訟は、法律上の争訟を土台にして、取消訴訟または抗告訴訟

22) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報 77 卷 3 号（2005 年）47 頁。

23) 「行政訴訟検討会（第 27 回）議事録」（塩野発言、市村発言）。

24) さしあたり、山田洋「在外邦人選挙権事件——実質的当事者訴訟の復権？」論究ジュリスト 3 号（2012 年）109 頁以下。

の特殊性を訴えの利益の次元において相対化することを通して、発展したものと位置づけることができる。そのため、確認訴訟の理論的意義については、当事者訴訟活用論に限定する必要はなく、複数の訴訟形式からなる一つの行訴法という構造にも変容をもたらす可能性の中にも見出すことができる。すなわち、取消訴訟中心主義を克服するために、法律上の争訟について、確認訴訟からこれを見直すと同時に、抗告訴訟と当事者訴訟との種差は訴えの利益の理論により止揚されており、行政の特殊権力性は、まずは訴えの利益の判断のレベルで排斥されるのである。そうすると、抗告訴訟と当事者訴訟との関係は、法律上の争訟を取消訴訟に押し込んでしまった取消訴訟中心主義の図式から、法律上の争訟を土台として並立する抗告訴訟と当事者訴訟とを具体的事案に即して有効に接合させる、トリアーデの図式へと変化する可能性が展望できる。

この可能性を具体的に敷衍すれば、まず、法律上の争訟について、取消訴訟中心主義からの離脱を図る確認訴訟原型観の下で、行政訴訟の対象は、処分性の公式によらず、訴えの利益(確認の利益)により判断されることになる。取消訴訟中心主義を前提にした従来の判例法理はそのまま使えなくなる²⁵⁾。抗告訴訟と当事者訴訟を共通の訴えの利益の理論から把握するならば、いかに「行政訴訟に特有の事情」²⁶⁾をそこに反映させるかが今後の課題といえよう。

次に、確認訴訟は訴訟類型の原型でありながら、最小限度の救済方法でもある。他の訴訟類型の運用または活用を排斥しないと解さねばならない。そのため、確認訴訟を土台にして、裁判所は紛争の主題やその実態に応じて訴訟類型の変更、追加あるいは併合について、動態的に促した上で、積極的に救済を与えるべきである²⁷⁾。その際に、確認訴訟は、

25) 例えば、長野勤評事件と横川川事件最高裁判決については、法律上の争訟を取消訴訟中心主義の考え方に基いて矮小化したことで、そのまま先例として適用できないだろう。この点について、中川・前掲注(75)982頁、村上裕章「多様な訴訟類型の活用と課題」法律時報82巻8号(2010年)22頁。

26) 小早川光郎『行政法講義 下Ⅲ』(弘文堂、2007年)341頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第4版〕行政救済法』(有斐閣、2013年)370頁。なお、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』(有斐閣、2010年)260頁も、「行政過程の特色を反映」すべきと主張している。

27) この方向を指摘したのは、小林久起「行政事件訴訟法の改正について」判例タイムズ1149号(2004年)7頁、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2004年)88頁。

法定抗告訴訟に対して必ずしも補充的である必要はない。むしろ法定抗告訴訟に対する確認訴訟の補充性は、法定抗告訴訟が確認訴訟より直接的な救済を与える場合だけに適用されるべきである²⁸⁾。このように訴訟類型の選択について確認訴訟を原型と位置づければ、現行法においても確認訴訟を是正訴訟のように運用することが可能となろう²⁹⁾。

最後に、今日の多様化した訴訟類型についてみると、兼子一の次の記述は現在なお示唆に富んでいる。

「訴訟制度の機能から見て、アクチオの抽象化一本化と確認訴訟の出現を全く異質的なものと見る必要はない」。「何れも判決の既判力によって、紛争の観念的解決を期する点では一致するのである。現在において訴の目的を訴訟制度の窓口の一番広いところで捕らえるとすれば、……確認訴訟こそ訴訟の基本的な類型」である³⁰⁾。

行政訴訟で言い換えれば、義務確認訴訟説から生まれた差止訴訟・義務付け訴訟を認める「開放的抗告訴訟観」³¹⁾と当事者訴訟としての確認訴訟の明記を全く異質的なものと見る必要はない。実効的な権利救済を全うするために、訴えの利益を最も広く把握すれば、確認訴訟こそ裁判所の救済の視野を広く確保するものとなろう。

以下では、法律上の争訟を確認訴訟で見直した近時の裁判例を分析する。

第二節 裁判例の展開

確認訴訟の要件論については、民事訴訟法理を参考しながら裁判例を中心に分析した先行業績は多くある³²⁾。一般的には、①確認対象の適否、

28) 同旨、斎藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命館法学 338号(2011年)44頁。

29) 同旨、高木光『行政訴訟論』(有斐閣、2005年)79頁。

30) 兼子一『実体法と訴訟法』(酒井書店、1957年)36-37頁。

31) 塩野・前掲注(1)267頁。

32) 碓井光明「公法上の当事者訴訟の動向(1)(2・完)——最近の裁判例を中心として」自治研究 85巻3号(2009年)17頁以下、4号3頁以下、野口貴公美「『確認の利益』に関する一分析」法学新報 116巻9・10号(2010年)1頁以下、春日修「規制行政と確認訴訟(当事者訴訟)による救済」愛知大学法学部法経論集 186号(2010年)1頁以下、春日修「確認訴訟(当事者訴訟)の利用場面と確認の利益」愛知大学法学部法経論集 199号(2014年)109頁以下、石井昇

②即時確定の利益の有無、③確認訴訟によることの適否、という要件を前提にして検討が行われている。また、抗告訴訟と当事者訴訟との役割分担の視点から、確認訴訟の運用場面に関する研究も少なくない³³⁾。本稿では、司法国家の実現という課題について、裁判所が法律上の争訟をいかに確認訴訟で見直すか、そして訴訟対象を訴えの利益に絞る際にどのような点に着目するかについて検討し、その意義と問題点を明らかにする。

第一款 最高裁判所における展開——法的地位と実効的な権利救済

一 法的地位と処分性の拡大

1 改正行訴法の趣旨によると、確認訴訟の明記は取消訴訟の対象拡大の代替案として理解されている。ところが、改正行訴法前後に、最高裁は取消訴訟の対象となる処分性を明らかに拡大している。そこで、確認訴訟に関する判決を分析する前に、確認訴訟との関係を念頭に置いて、処分性を拡大する次の判例の意義を簡潔に確認する。

①病院開設中止勧告事件：医療法に基づく病院開設中止の勧告は行政指導として定められているが、勧告に従わない者には「相当程度の

「行政事件訴訟法4条後段に定める当事者訴訟——確認訴訟を中心に」甲南法務研究7号(2011年)1頁以下、西村淑子「公法上の法律関係に関する確認訴訟の動向」判例タイムズ63巻3号(2012年)60頁以下、村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」前掲注(14)阿部古希所収733頁以下、山田健吾「行政関係紛争と確認訴訟」法律時報1064号(2013年)23頁以下。なお、確認対象について、山下義昭『行為の違法』確認の訴えについて」公法研究71号(2009年)227頁以下

33) 渡邊互「抗告訴訟と当事者訴訟の機能分配に関する一試論——行政訴訟における『処分性の拡大』と『確認訴訟の活用』の関係について」白鴉法学15巻2号(2008年)1頁以下、趙元済「実質的当事者訴訟の活路に関する一試論」駒澤法曹6号(2010年)17頁以下、芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(有斐閣、2008年)29頁以下、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」前掲注(14)阿部古希所収629頁以下。なお、差止訴訟と確認訴訟との役割分担について、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」水野武夫古希『行政と国民の権利』(法律文化社、2011年)113頁以下、春日修「確認訴訟(当事者訴訟)と差止訴訟(抗告訴訟)の関係について」愛知大学法学部法経論集191号(2012年)1頁以下、石井昇「処分差止訴訟(行訴法3条7項)の訴訟要件と本案要件、実質的当事者訴訟としての確認訴訟(行訴法4条後段)の訴訟要件(確認の利益)について」甲南法務研究9号(2013年)1頁以下、湊二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法律時報1064号(2013年)29頁以下。

確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなる」。そして、国民皆保険制度の下で、「保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」。よって、医療法及び健康保険法の仕組み解釈により、勧告の処分性を認めた事例である（最判平成 17 年 7 月 15 日判例時報 1905 号 49 頁）。

- ②土地区画整理事業計画決定事件：事業計画決定が施行地区内の宅地所有者の法的地位に及ぼす直接的な影響は、建築行為等の制限を伴う「土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということ」から、処分性が認められた上で、「実効的な権利救済を図るためには」、事業計画決定「を対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性がある」（最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 卷 8 号 2029 頁）。
- ③横浜市立保育所廃止条例事件：処分性の公式に照らして「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものということができる」（最判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 卷 9 号 2124 頁）。
- ④土壤汚染状況調査報告義務通知事件：土壤汚染対策法 3 条 2 項に基づく通知は、当該土地の所有者等に土壤汚染状況の調査及び報告の義務を生じさせることから、処分性に該当するものである。そして、報告義務に違反するものに対して、都道府県知事は「その報告を行うべきことを命ずることができ（同条 3 項）、その命令に違反した者については罰則が定められているが、……、早期にその命令を対象とする取消訴訟を提起することができるものではない。そうすると、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、同条 2 項による通知がされた段階で、これを対象とする取消訴訟の提起が制限されるべき理由はない」（最判平成 24 年 2 月 3 日判例地方自治 355 号

35 頁)。

2 違法宣言訴訟の復権? 以上の判例を分析すると、最高裁は、処分性の判断にあたっては、処分性の公式を柔軟に適用しながら、「実効的な権利救済」により私人の法的地位(①病院開設の権利、②土地所有権、③特定保育所で保育を受ける法的地位、④報告義務を負わない法的自由)に生じている危険・不安の早期除去をその判断要素として衡量しはじめていることがわかる。とりわけ、①について勧告が行政指導であることを指摘しその具体的法効果に触れていない点においては、周知の通り処分性の公式とは異なる。そうすると、かつて最高裁事務総局行政局が指摘した「違法宣言訴訟」および②の前身である青写真判決の入江反対意見の訴えの利益論が、この処分性の拡大傾向と確認訴訟の明記に伴い復権するだろうか。

最高裁のアプローチは、処分性の公式の枠内において一定の拡張を許すものである。従来から積み重ねてきた判例との整合性や判例法の安定性を配慮することで、最高裁は、特定の私人の法的地位が客観的かつ確実に拘束された場合に、処分性をカテゴリー的に認めている。しかし、処分性を完全に訴えの利益の次元で解体し、これを一気に拡大するアプローチは採用されたとはいいがたい³⁴⁾。そして、①②の事例については、係争行為の根拠となる関連法令の仕組み解釈により、後続の処分予定(または高い確実性)を前提として先行行為の処分性を認めたという論理であり³⁵⁾、④については具体的法効果を明確に認めた上で、下級審判決の姿勢を指導するものであり³⁶⁾、③については、条例の効果を処分性に準じて判断したものである。結局のところ、いずれにしても、訴訟対象には具体的法効果が想定されている。したがって、塩野宏が指摘した

34) 例えば、①の事例について、最高裁は、原告の投資リスクや経済的負担を訴えの利益として衡量していない。②の事例について、最高裁は青写真判決を変更したが、訴えの利益論に触れず取消訴訟を利用する「合理性」の基準を用いたので、訴えの利益論を用いたとはいいがたい。

35) 中川丈久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行・村田斉志編『行政争訟〔改訂版〕』(青林書院、2012年)143頁。

36) 下級審判決は後の処分で争えばよいとして、通知の処分性を否定した。しかし、すでに行政処分に該当する通知について、後続処分の存在によりこの処分性を否定することにはならない。

ように、処分性に関しては定型的行政処分および定型的実力行使を中核とし、仕組み解釈によりそこからの偏差を埋めるという思考方法は最高裁において変わっていないのである³⁷⁾。そうだとすれば、本稿は取消訴訟の対象拡大の可能性を否定するつもりはないが、法律上の争訟を処分性に矮小化することのないよう警戒すべきという点については改めて強調しなければならない。

一方、確認訴訟の明記は、処分性について、これを裁判所が訴えの利益の視点から見直す契機を与えていると考えられている³⁸⁾。最高裁が打ち出した「実効的な権利救済」という方向性は、個々の行為形式の有する効果にこだわらず、行政の法判断が具体的利益状況において私人の法的地位に及ぼす影響に着目し、その救済の要否を決める論理だと解されるべきである³⁹⁾。すなわち、①②④の事例について、行政が法律を段階的に執行する際に、様々な法判断を行い、様々な時点で行政過程において国民の法的地位の不安状態を作り出している。実効的な権利救済を図る裁判所は、救済のタイミングを決する際に、個々の行為形式（法判断）の効果を孤立的に判断せず、影響を受けた法的地位の内容とその程度を総合的に衡量している⁴⁰⁾。このように考えれば、処分性を拡大した最高裁判決には、訴えの利益論が底流しているといえよう⁴¹⁾。そして、訴えの利益論を通じて取消訴訟と確認訴訟との同質性・連続性が浮上している⁴²⁾。そうすると、処分性の公式に縛られず「実効的な権利救済」をもつばら確認の利益の視点から検討する確認訴訟は、このような方向に沿って紛争をより柔軟に解決できるだろう。そこで、以下では、確認訴訟に関する最高裁判決を検討する。

37) 塩野・前掲注(26)118頁。

38) 大門匡「改正行政事件訴訟法施行後1年の回顧と今後の課題」法律のひろば59巻5号(2005年)7頁。

39) この点を指摘したのは、稲葉一将「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報82巻8号(2010年)10頁以下。

40) 中川・前掲注(35)140頁。

41) 実際に、②の事例に関与した元最高裁判事である泉徳治は、法律上の争訟を訴えの利益の問題と解して、「抗告訴訟の範囲は法律上の争訟の舞台の上で捉えるべきものである」と指摘している(「私の最高裁判所論」(日本評論社、2013年)184-185頁、特に188頁)。

42) 同旨、越智敏裕「訴訟実務から見た「処分性」拡大の傾向——実効的な司法救済のタイミング」法律時報1064号(2013年)17頁。

二 在外邦人選挙権確認事件

1 事実概要と判例要旨 本件は、日本国外に居住する日本国民である X らが、在外居住者であることを理由に選挙権行使の機会を保障しないことは、憲法に違反すると主張し、平成 10 年改正前の公職選挙法が、X らに衆議院議員及び参議院議員の選挙権の行使を認めていない点において、違憲であることの確認等を求めた事案である。当事者訴訟として、三つの具体的な確認請求がある。それは、①衆参の比例代表制に限定して在外投票制を導入した平成 10 年公選法改正前において、在外選挙権の行使を認めていないことの違法確認、②平成 10 年改正後において、衆参の選挙区選挙についての在外選挙権の行使を認めていないことの違法確認、二審から追加された③直近の衆参の選挙において、あらかじめ当該選挙につき在外選挙権を行使する権利を有することの確認、である。

一審は①②について、具体的争訟を離れて抽象的な違憲判断を求めることは法律上の争訟に当たらないと判断した⁴³⁾。二審は①②について一審の判断に同調し、③について「一般的に権利を創設する判断を求める」ことが法律上の争訟に当たらないと判断した⁴⁴⁾。要するに、一審も二審も、法令の違憲・違法をめぐる権利確認を一般論として抽象的法律関係と解し、個別具体的な選挙につき抗告訴訟または国家賠償訴訟で争えばよいとする姿勢である。

これに対して、最高裁は、①について、過去の法律関係の確認を求めており、本件において確認の利益が認められないと判断し、②については、③がより適切な訴えとしてその確認の利益を否定するが、③については、それを当事者訴訟としての確認訴訟と解し、次の理由で確認の利益を認める⁴⁵⁾。

「選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行行使する権

43) 東京地判平成 11 年 10 月 28 日民集 59 卷 7 号 2216 頁。

44) 東京高判平成 12 年 11 月 8 日民集 59 卷 7 号 2231 頁。

45) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。

2 検討 第一に、最高裁判決の論旨は二審判決と極めて対照的なものである。二審判決は、本件確認請求を抽象的規範統制になりかねないものとして忌避したように、争訟性の有無を公選法という法律その自身の違憲性等の確認を求めているという形式論で判断して、在外選挙権の「創設」を回避した。これに対して、最高裁は、憲法によって保障されている選挙権について、端的にその行使をめぐる具体的紛争状況において確認の利益を判断した。その際に、最高裁は、選挙権の性質、現実の行使状況、立法不作為という侵害態様、現在の救済の必要性を具体的に利益衡量し、Xらが法律の不備により選挙権を現実に行使できない状況を放置すると、Xらの法的地位が侵害されることから、違憲審査権限を現時点で行使しその法的地位の侵害を防ぐことが必要であると判断する。要するに、少なくとも現行法のままで直近の選挙が行われると、Xらは選挙権を行使することが困難となり、その救済のために確認の利益を認めるべきであると判断したのである。また、確認の利益を認めれば、当然法律上の争訟に当たるといふ論法も、重要である。最高裁は、原告の選挙権という法的地位を具体的紛争状況に即して確認の利益の問題として解明し、本件違憲法律の争訟性を認めたものだろう。

形式的にみれば、法律の違憲性を直接争点とする訴訟について、これを訴えの利益の問題として検討する判断手法は、すでに白石説の影響を受けた薬局開設権利確認請求事件という先例があるが⁴⁶⁾、改正行訴法の下で、最高裁判決において採用されたことは、大きな意義がある。そして、この手法は多様な行政の行為形式を争う行政訴訟においても用いる

46) 最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁の一審判決、東京地判昭和37年10月24日行集13巻10号1858頁。

ことができるだろう。すなわち、行政立法や条例のように、抽象的一般的効力を有する法規範は、憲法論に即して、争われている規範について保障すべき権利・法的地位を確認することにより、その違法性を争うことができるようになる⁴⁷⁾。実際に、この最高裁判決後の下級審判決は、法令に関する紛争に関して「本件判決の直接間接の影響」⁴⁸⁾を受けており、そこには、確認の利益を柔軟に認める傾向がある。そうすると、確認訴訟は「顕在化しない規範統制訴訟」として発展する可能性が十分あると言っても過言ではないだろう。

第二に、②の違憲確認と③の権利確認とは表裏一体の関係にあり、最高裁は確認の利益の視点から、③のほうが本件の紛争解決に相応しいと判断した。すなわち、②の請求は法律上の争訟に当たらないと判断されているが、これは確認の利益が否定された後に、結果として判断されている。そうすると、仮に確認の利益があればと判断されたならば法律上の争訟についても認められることになるだろう⁴⁹⁾。本件において、確かに権利の確認は、法律が違憲であることを前提にして、その違憲原因となっている権利侵害を予防するものである⁵⁰⁾。ただし、客観的な違憲の確認だけでは、原告が次回の選挙において投票できるかどうかははっきりしないが、主観的な権利の確認は原告に対して直接に救済を与える救済方法である⁵¹⁾。つまり、権利の確認の判決は、立法裁量に対して、選挙権の行使に不可欠の範囲を確定することで、抽象的義務付け判決に近い性質を有するものである。

権利の確認の判決が違憲の確認の判決より直接救済に相応しいことを示す事例としては、非嫡出子国籍法違憲確認事件もある。最高裁は「日

47) 齊藤浩「行政訴訟の確認訴訟論」日弁連編『事例解説 行政関係事件訴訟』(青林書院、2009年) 128頁。

48) 山田・前掲注(22) 116頁。なお、本件最高裁判決の延長線上に位置づけられる判決としては、成年被後見人選挙権確認訴訟第一審判決(東京判平成25年3月14日判例時報2178号、請求認容)がある。

49) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣、2011年) 273頁。

50) 「違憲確認⇒権利確認という連鎖」について、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社、2013年) 361頁。

51) 判決の主文は「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることを確認する」というものである。

本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」と判示した⁵²⁾。すなわち、国籍（国民としての法的地位）の直接的な確認を通じて、原告が日本国民として享受すべき権利利益に関わる紛争は一挙に解決されたのである⁵³⁾。

したがって、違憲の確認も権利の確認も、原告をどのように救済すべきかという問題について、確認の利益の次元において判断すればよいということを示している。この点について、行訴法検討委員会においては、確認の対象について違法宣言訴訟説と権利確認訴訟説とが対立していたが、本稿では、問題は確認の利益に収斂することを前に指摘した。本件判決は、まさにそのような方向性を示したものといえよう。

第三に、③の請求は、一般的には、改正行訴法に従った当事者訴訟としての確認訴訟と解されているが、抗告訴訟としての確認訴訟も可能という指摘もある⁵⁴⁾。ただし、長野勤評事件および横川川事件最高裁判決は、訴訟形式を明言せずもっぱら訴えの利益に着目して判断したものであった。これに対して、本件判決は、確認の利益を認めた上で、「上記の内容に照ら」して当事者訴訟としての確認訴訟を選択している。この判断について、訴訟形式を選択する前に、確認の利益を先に判断する手法をとったと解せば、本件判決は、確認の利益を一元的に把握するものとして位置づけることができるだろう。このように解するならば、従来の最高裁判決との継続性や整合性を考えて、抗告訴訟と当事者訴訟との区別により訴えの利益判断が異なるべきだと考える必要はないだろう。

三 君が代斉唱義務不存在確認等請求事件

1 事実概要と判例要旨 東京都（以下、Yという）の教育長は、2003年に都立学校の校長に対し、入学式、卒業式等における日の丸掲

52) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

53) 棟居快行「基本権訴訟としての確認訴訟」（初出2009年）『憲法学の可能性』（信山社、2012年）165頁。

54) 本件判決に関与した元最高裁判事である藤田宙靖は、無名抗告訴訟としての予防的確認訴訟が可能だと指摘している（『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）94-95頁）。それは従来の最高裁判例において示めされた判断基準と関連付けてその整合性を図るべきという発想であろう。なお、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）402頁以下も参照。

揚及び君が代斉唱の実施を求める通達（以下「本件通達」という）を發して、違反者は服務上の責任を問われると周知した。各校長は、本件通達に基づいて職務命令（以下「本件職務命令」という）を發した。都立学校に勤務する教職員である X らは、日の丸起立及び君が代斉唱を強制されることが、X らの思想・良心の自由や教育の自由を侵害するものであると主張した。X らは Y を被告にして（改正行訴法以前は教育委員会）、①日の丸起立及び君が代斉唱の義務不存在、ピアノ伴奏義務の不存在の確認、②義務違反を理由とする懲戒処分 of 差止を求めた。

一審は、①を無名抗告訴訟と解し、長野勤評事件最高裁判決の判断基準を適用した上で、①②の適法性を認め、かつ請求を認容した⁵⁵⁾。確認の利益について、「懲戒処分を受け、再発防止研修の受講を命じられること、定年退職後に再雇用を希望しても拒否されることはいずれも確実であると推認することができる。そうだとすると、在職中の X らは、懲戒処分等の強制の下、自己の信念に従って……職務命令を拒否するか、自己の信念に反して上記職務命令に従うかの岐路に立たされることになる」、と判断した。二審は、本件通達を「特定の教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせる」処分と解し、取消訴訟で争うべきだと判断した上で、①②を却下した⁵⁶⁾。

最高裁判決（本判決）は、まず従来の公式に沿って本件通達・職務命令の処分性を否定し、差止訴訟・確認訴訟での救済方向を認めた⁵⁷⁾。次に、②の適法性を認めた上で、懲戒処分の予防を目的とする確認の訴えを無名抗告訴訟として位置づけ、その適法性を次の理由で否定した。

「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。……、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〔差止めの訴え〕と同様に補充性の要件を満たすことが必要となる。……本件確認の訴えは、上記懲戒処分の予防を目的とする無

55) 東京地判平成 18 年 9 月 21 日判例時報 1952 号 44 頁。

56) 東京高判平成 23 年 1 月 28 日判例時報 2113 号 30 頁。

57) 最判平成 24 年 2 月 9 日判例時報 2152 号 24 頁。

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。」

また、当事者訴訟としての確認訴訟の適法性を次の理由で認めた。

「本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分 of 処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記Xらの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、……本件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、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである。」

2 検討 (1) 本判決は、改正行訴法による訴訟類型の多様化を強く意識して、処分性を否定しても他の訴訟類型による救済可能性を探るべきだという方向性を明確に示した⁵⁸⁾。この点で、本判決は差止訴訟お

58) 櫻井補足意見は、「平成16年の行政事件訴訟法の改正は、……その中核に、行政訴訟の訴訟類型の多様化が置かれ[る]。……本件について、差止訴訟と当事者訴訟としてそれぞれが訴訟要件を満たし、訴えとしては適法であるとした理由は、……以上のような行政事件訴訟法の改正の趣旨を十分念頭に置き、従来の訴訟法理論、判例理論を踏まえつつも柔軟な解釈に努め、個人の権利救済の実効性を高めることに重点を置いた判断を行った」、と指摘した。
宮川反対意見は、処分性を拡大した二審判決が「差止訴訟を法定抗告訴訟とし、確認訴訟を活用する等、行政に対する司法のチェック機能を強化し、権利・自

よび行為の違法性を争点とする確認訴訟の適法性をはじめて認めた点で先例的意義を有している。ここでは、確認訴訟を中心に本件判決の意義と問題を明らかにする。

まず、本件通達・職務命令により脅かされたのは、Xらの精神の自由および教員の法的地位である。一審は精神の自由を中心に確認の利益を判断したが、最高裁は教員の法的地位を中心に判断した。両判決は教員の法的地位に生じうる不利益の予防を確認の利益として認めた点においては差がない。けれども、これまでの一連の最高裁判決の流れを考えると、最高裁は、本件通達および職務命令が精神の自由という法的地位に現実の危険を及ぼさないことを前提に判断していた。本件通達・職務命令は、本案判断において「個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」⁵⁹⁾ ことから、訴えの利益の問題においても精神的自由を脅かすものともいえないと判断していたのである⁶⁰⁾。したがって、最高裁は、本件においても、もっぱら教員の法的地位に生じる不利益を中心に判断したのである。

そのため、教員の法的地位に生じる不利益がなければ、たとえ通達が教員にとって直接遵守すべきものであったとしても、それを精神の自由に対する現実の危険としては考えられていない。しかし、不利益処分・処遇の回避は、確認の利益を判断するにあたって重要なものであるが、精神の自由の特殊性に鑑みれば、毎年繰り返して起立・斉唱を執拗に要求されることはそれ自体が精神の自由の不安状態を作るものである⁶¹⁾。そこで、精神の自由については、本案判断を含めてなお大きな課題であると言わなければならない。

由を実効的に保障しようとした改正法の趣旨にも沿わない」と批判した。

59) 最判平成23年6月6日民集65巻4号1855頁。

60) この点について、長野勤評事件最高裁判決も、訴えの利益の有無を判断する際に、通達が内心的自由を侵害することを否定しているため、本案判断を先取りした。

61) この点で、宮川反対意見は「本件職務命令自体は存在するのであるから、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」と指摘した。なお、石崎誠也「日の丸・君が代訴訟東京地裁平成18年9月20日判決の分析——行政法の視点から」法律時報79巻2号(2007年)67頁。

(2)ところで、本件判決の最大の特徴は、確認訴訟を抗告訴訟と当事者訴訟にわけて判断を行ったことである。長野勤評事件と横川川事件最高裁判決は、不利益処分の予防を目的とする義務不存在確認訴訟を当事者訴訟か抗告訴訟かのいずれかに割り振る議論を行わなかったが、本件判決は、抗告訴訟にも当事者訴訟にも確認訴訟が存在することを前提にして、その使い分けを予防の対象により決めると指摘した。

しかしながら、本件の争点を「本件通達を踏まえた本件職務命令に基づく公的義務の存否」に限定しており、それは義務の不存在確認を通じて通達をめぐる紛争を抜本的に解決するためである。なぜなら、法的地位に危険を及ぼす原因行為の違法性が明らかにされれば、違法則無効の通達・職務命令に違反する者は、不利益処分も処分外の不利益処遇も受けないことになるからである。包括的な義務不存在確認判決は、判決理由における本件通達・職務命令の違法・無効宣言により、これからの不利益措置を中止させる機能を有すると考えられる。しかし、予防の対象ごとに区別することは、包括的な確認判決により守られる法的地位を、さらに不利益処分および不利益処遇を受けない地位に細分化するという問題を生み出す。本来、不利益処分と不利益処遇をあわせて法的地位に生じる危険の例示的態様として理解し、これらを確認の利益を根拠付けるものと解するべきであった⁶²⁾。

なお、差止訴訟について、本判決は、戒告処分は適法な裁量判断であるとし、減給処分および停職処分は現時点では裁量の適法性が判断できないとし、本案においてそれぞれの差止を認めなかった。したがって、個別具体的事情がなければ、どのような不利益処分がなされるか予測しにくくなり、不利益処分に対する差止訴訟の本案判断が困難となるため、差止訴訟による救済は期待できないことになる。そうすると、将来ありうる個別的な懲戒処分の適法性を争わず、争点を通達の違法性に限定し、不利益処分のみを包括的な予防を目的とする確認訴訟は、なお「適当な争訟方法」として適用される余地があると解されている⁶³⁾。

要するに、本判決は、訴えを適法とし、取消訴訟、差止訴訟、確認訴

62) 同旨、山本隆司「日の丸・君が代事件——行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号(2012年)127頁。

63) 村上・前掲注(32)752頁。

訟の役割分担に係る判断を示した点においては評価できるが⁶⁴⁾、確認訴訟を予防の対象ごとに区別する点は、権力性を前提にする「古い単純な二分法」⁶⁵⁾にこだわりすぎたという問題がある。そこで、改正行訴法の趣旨に反しないために、本判決の射程を限定する必要があると考えられている⁶⁶⁾。

(3) この問題について、法律上の争訟と確認訴訟との関係から検討すると、差止訴訟を適法とし、不利益処遇の予防についても確認の利益として認めた本判決は、抗告訴訟と当事者訴訟との区別を厳格に行わず、長野勤評事件最高裁判決から新たな一歩を踏み出したものである⁶⁷⁾。

本件の争訟性については、本判決は、教員の法的地位が具体的状況において不利益措置全体の反復継続・累積過重性により深刻に脅かされることで、法的地位の不安を要件とする確認の利益を有すると同時に、訴えの利益がより厳しく要求される差止訴訟の要件である重大な損害をも満たすものであると判示した。したがって、重大な損害と確認の利益とは、訴えの利益の問題としてみれば、大は小を兼ねる関係にあり、いずれの要件においてもそれを充足すれば司法が介入すべき段階に達している。そして、本件判決において、重大な損害という要件は、実際の判断にあたって確認の利益によって相対化されたと指摘されている⁶⁸⁾。したがって、最高裁は、当事者訴訟としての確認訴訟において「重大な損害」を適用すべきと述べていないことから、「重大な損害」を確認の利益の判断枠組みに組み込む趣旨は読み取れないと解されるべきである⁶⁹⁾。

64) 高橋滋「判批」法学セミナー 688号(2012年)131頁。

65) 斎藤浩ほか「行政事件訴訟法第二次改正シンポジウム」判例時報 2159号(2012年)26頁(小早川光郎発言)。

66) 山本・前掲注(62)127頁、橋本博之「判批」ジュリスト 1453号(2013年)52頁。

67) 斎藤ほか・前掲注(130)25頁、27頁(中川丈久発言、ただしこの方向性は指摘されたが、詳しく論じられていない)。

68) 山本・前掲注(62)122-123頁。

69) 宮本反対意見は、「Xらの権利又は法的地位に不安が現に存在するとみて、Xらの訴えはその除去を包括的に行うことを目的とするものであると考えれば、『公法上の法律関係に関する訴訟』として位置付けることができるであろう。本件では、反復継続性及び不利益取扱いの確実性という類例をみない特殊性があるのであるから、事後的では『回復しがた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』といえる」と指摘した。確認の利益を認めてから先例の最高裁判決の基準をも満た

法律上の争訟である以上、訴えの選択は、各訴訟類型の要件により判断される。まず、本件において、職務命令の違反を理由とする懲戒処分の不作為を争点とする差止訴訟が認められたことで、共通の争点だけで争う確認訴訟を単独で認めるのは、訴えの利益について補充性に欠けることになる。この結果、抗告訴訟と当事者訴訟という二元的構造において、抗告訴訟としての確認訴訟は不適法とされたのであった。

次に、差止訴訟において通達の違法性が前提問題として審査されることで、通達の違法性を争点とする確認訴訟を単独に認めるためには、独自の確認の利益が求められる。その利益は、差止訴訟の予防対象とならない不利益処遇を包括的に予防するものだとして解されている。当事者訴訟としての確認訴訟の適法性も認められた結果、差止訴訟および確認訴訟は、本件において、ともに原告の法的地位に対する実効的な権利救済を果たすものとなった。そして、特に、確認訴訟は訴えの利益を最も広く包括することができるものだからこそ、最後の受け皿として用いられるものとなった。

このように、最高裁は法律上の争訟を前提にして各訴訟類型の役割分担を訴えの利益の次元で接合し判断した。法定抗告訴訟を優先的に適用するが、それによっては法律上の争訟をなおカバーしない部分があり、それは確認訴訟を受け皿として活用することを認めるのである。その意味で、抗告訴訟と当事者訴訟とは、訴えの利益の次元で接合する関係にありながら、それぞれ訴訟類型の特性および要件に即して、活用されている。そうすると、重大な損害を満たさない場合であって、確認訴訟は単独に認められる可能性があることになる⁷⁰⁾。

すという論理の順番には注意すべきところである。なお、確認の利益の判断にあたって、重大な損害という差止訴訟の要件を要するかような判決の表現について、村上是「本件事案に関する認定判断にすぎず、一般論は慎重に回避したと見るべき」だと指摘した(前掲注(32)751頁。その他同旨文献は多数である。例えば、山本・前掲注(62)127頁、山田・前掲注(32)28頁、野呂充「判批」民商法雑誌148号(2013年)94頁。

70) なお、比較対象となるのは、神奈川県君が代斉唱義務不存在確認事件である。神奈川県事例では、懲戒処分の発動が県教委の通達に記載されておらず、これまで各校長が職務命令を発したことはないし、不起立行為を理由に懲戒処分をした事例はなく、訓告等の行政上の措置も取られていない。ただし、各校長は不起立者に対して個別指導を行い、その氏名を収集して県教委に報告している。この結果、毎年、氏名収集に関わる個人情報利用の紛争が生じている。一審判決(横浜地判平成21年7月16日判例集未登載)は当事者訴訟としての確

ちなみに、労働法上では業務命令の無効確認訴訟が認められている⁷¹⁾。業務命令違反を理由とする懲戒処分無効確認訴訟や給与支払の給付訴訟で、それを争えばよいとする事後的訴訟中心主義の発想は、民事訴訟においてさえ存在しない⁷²⁾。そこでは、確認の利益について、重大な損害が求められていない。この点に着目すれば、行政訴訟においては、取消訴訟中心主義からの離脱を目指すならば、参考になる例だろう。

四 小括

以上の判例をまとめると、最高裁は、取消訴訟においても確認訴訟においても、違法の行政作用または違憲の法律が私人の法的地位にどのような不利益・危険を及ぼすか、そして現にその不利益・危険を除去する必要があるか、ということ柔軟に検討しその救済の必要性を判断する傾向にある。そして、実効的な権利救済という考え方に立つことにより、訴えの利益、すなわち救済のタイミングを緩やかに認めている。ただし、取消訴訟の対象となる処分性は、早期救済の必要性を加味することにより拡大される傾向にあるが、現時点ではやはり具体的法効果を有するものが対象であると想定されている。

一方、確認訴訟に関する最高裁判例は三件しかないが、法律の違憲性または通達・職務命令の違法性を確認訴訟で争うことを認めた点において注目に値する。すなわち、ここには法律上の争訟を確認訴訟を通して検討した上で、確認の利益があれば出訴を認めるべきだという「最高裁判所の姿勢」⁷³⁾がある。その特徴は以下の三点にまとめることができる。

認訴訟の射程を広く認めたものである。しかし、二審判決(東京高判平成22年3月17日判例集未登載)は、通達を「教職員との間に何ら具体的な権利義務ないし法律関係を生じさせているものではない」として、法律上の争訟を否定した。

71) 最判平成19年7月13日判例時報1982号152頁(本件は、大学教授が、教育諸活動の自粛を求めた学校法人の行為について、無効確認を求めた事案である。最高裁は、学校法人の一連の要請を業務命令としてその無効確認を求める訴えを適法とした)。

72) 民事訴訟法学者によると、即時確定の利益について、事後的救済の可能性はそもそも次元を異にするものである(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」法律時報1064号(2013年)39頁)。

73) 在外邦人選挙権を積極的に保障する最高裁の姿勢について、杉原則彦「在外邦人選挙権確認事件調査解説」法曹時報58巻2号(2006年)704頁。

第一に、最高裁は、法律関係の具体性を実体法の側面から厳密に要求せず、違憲の法律または違法の通達・職務命令が、具体的状況において私人の法的地位にどのような影響を及ぼすか、ということを訴えの利益の次元で判断している。その際に、行為形式の性質ないし法効果をそれぞれ単独で判断せず、行政過程において影響を受ける私人の法的地位の内容とその影響の程度を総合的に衡量している。第二に、現実の危険の除去について、不利益処分の可能性だけでなく、不利益処遇の可能性または権利行使の困難性もが現実の危険の一態様として認められている。第三に、法律上の争訟を認めた上で、確認の対象または訴訟類型の役割分担は訴えの利益の問題として調整されている。そして、訴えの利益が最も広く認められる確認訴訟は抗告訴訟が用いることができないときの受け皿として機能している。

ただし、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、依然として困難な問題であり、確認の利益の断について果たして取消訴訟中心主義から完全に離脱できるかという問題も現段階においては明確に解決されているわけではない⁷⁴⁾。今後の最高裁判例の展開に注目すべきであるが、以下では、下級審判決を検討することを通して、今後の確認訴訟の発展方向性を明らかにすることにしよう。

第二款 下級審裁判所における展開

一 取消訴訟中心主義への経路依存性

1 下級審判決の一部は、確認訴訟における法律関係の存否や法的地位の不安を取消訴訟における原告適格や処分性の法効果に準じて判断する傾向にある⁷⁵⁾。その原因としては、訴訟要件と本案とを混同するという問題もあるが⁷⁶⁾、裁判所が取消訴訟中心主義および行為形式の思考様

74) 例えば、確認の利益の判断について、在外邦人選挙権確認事件最高裁判決は権利の重要性および事後的回復の不可能性を指摘しており、君が代斉唱義務不存確認等請求事件最高裁判決は重大な損害という差止訴訟の要件を適用している。このような判断は当該事案の紛争の実態に即したものであるが、事後的訴訟中心主義を前提とするもののようにもみられる。

75) 例えば、柔道整復師教員資格確認について、東京地判平成17年3月25日判例集未登載、東京高判平成17年11月29日判例集未登載。

76) 碓井・前掲注(32) 動向(1) 23頁、村上・前掲注(32) 743-744頁。

式を離脱できないでいるという問題としても考えることができる⁷⁷⁾。以下の事例を簡単に紹介し、その問題点を指摘する。

- ① 条例に定めた外来魚を再放流してはならない義務の不存在確認事件において、特定の場所で特定の魚類を再放流することは、法令に守られた具体的な権利または法的利益であるとはいえないことから、不適法とされている⁷⁸⁾。裁判所は、条例が国民の具体的な権利義務を定めるものではないことから、争訟性をもつばら条例という行為形式から判断した。しかし、本案の争点は外来魚の再放流の禁止を定めた条例の違憲・違法であり、条例がいままで再放流をしていた原告の法的自由をどのように制約するかという視点から、確認の利益を判断すべきであった。本件において、条例には違反者に対して罰則が定められず、その他の不利益措置も行われないことから、即時に除去すべき不安が存在しないと判断したほうが妥当であろう⁷⁹⁾。
- ② 特定土地にある産業廃棄物処理施設の使用について、廃掃法上の許可を要しない地位の確認事件において、二審判決は、「廃掃法その他の関係法令において、当該既設ミニ処分場を設置利用している者に対し何らの公法上の権利が付与されて」いないことから、「具体的な公法上の地位、ないし具体的な公法上の権利義務を対象とするものではない」として、訴えを却下した⁸⁰⁾。これは取消訴訟における原告適格の判断手法を用いたものだろう。しかし、本件の争点は、廃掃法施行令の改正により、既設ミニ処分場が許可の対象とならない産廃施設に当たるかどうかである。そこで、原告は許可という公法上の制約を負わずに営業を行う法的地位を保全するために、訴訟を起こした。したがって、確認の利益はその法的地位において不安

77) 弁護士の経験について、橋本博之ほか「行政事件訴訟法改正五年後見直しの課題」自治研究 86 卷 10 号 (2010 年) 13 頁 (斎藤浩発言)

78) 大津地判平成 17 年 2 月 7 日判例地方自治 267 号 67 頁、大阪高判平成 17 年 11 月 24 日判例地方自治 279 号 74 頁。なお、取消訴訟については、条例の制定行為が国民の具体的な権利に直接的な影響を及ぼすものではなく、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらないとして、却下された。

79) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』(商事法務、2013 年) 19 頁 (太田匡彦発言、山本隆司発言)。

80) 東京高判平成 19 年 4 月 25 日判例集未登載。

が生じるかどうかにより判断されるべきだろう。この点、一審判決は事実上の使用不可や刑罰の回避を確認の利益と認めて、訴えを適法としている⁸¹⁾。

- ③第1種市街地再開発事業に関する都市計画決定取消等請求事件において、裁判所は決定の法効果の不存在を理由として処分性を否定すると同時に、法的地位に係る不安の存在も一般論として否定した⁸²⁾。本判決において、処分性の法効果の有無と法的地位の不安は、処分性の枠組みで判断されている⁸³⁾。すなわち、計画決定は確定的な権利制限の内容を定めたものでなく、後続の行政処分を取消訴訟で争えばよいということである。本件で、裁判所は、改正法の趣旨に沿わず本件事案の争訟性を訴えの利益の視点から見直していない⁸⁴⁾。

2 以上の事例について、裁判所は依然として確認の利益を行為形式に即して形式的抽象的に判断しており、具体的事案における原告の利益状況を吟味していない。そのため、処分性が法律上の争訟性に先行する図式がなお克服されていないことがわかる。そして、取消訴訟中心主義を前提に確認訴訟を運用すると、次の問題が生じている。

第一に、原告適格についてである。①②の事例は、確認の利益の問題が取消訴訟の原告適格の問題と同様の論理を用いて判断された。しかし、取消訴訟においては、原告適格について行政処分の根拠法規が判断基準となるが、確認訴訟においては、確認の利益を認められた者が原告適格を有することになる。すなわち、確認の利益は特定の根拠法規により保護されたものでなくても、広く一般的な法秩序において保護されたものと解することができれば認められる。したがって、村上裕章が指摘した

81) 千葉地判平成18年9月29日判例集未登載。

82) 東京地判平成20年12月19日判例タイムズ1296号155頁。

83) 第一種市街地再開発計画決定の処分性を否定した最判昭和59年7月16日判例地方自治9号53頁。

84) 同旨、高橋編・前掲注(79)208頁。なお、大和都市計画道路変更決定取消事件において、大阪高判平成24年9月28日判例集未登載は、計画変更の処分性を否定したと同時に、計画変更の違法確認訴訟の確認の利益を処分性に準じて判断した。この判決に関する批判として、春日修「道路にかかる都市計画決定に対する救済方法」愛知大学法学部法経論集196号(2013年)55頁以下。

ように、根拠法規を持たない行政の行為によって原告の利益が侵害された場合には、取消訴訟における原告適格のように、根拠法規によって保護された利益という意味における「法律上の利益」を要求すべきではないのである⁸⁵⁾。

第二に、確認の対象についてである。行為の無効・違法確認は、学説上確認の利益があれば認められており⁸⁶⁾、最高裁もこれを確認の利益の問題として判断する可能性を示している。しかし、行政法令の内容自体が抽象的で、私人の具体的権利義務に直接影響を及ぼすものではない、というもっぱら行為形式のあり方に関する一般論が、なお裁判例の一部を強く支配している⁸⁷⁾。また、古い民事訴訟法ドグマにより、事実行為または行政計画は過去の事実または法律関係を形成するものとして、確認訴訟を不適法としている⁸⁸⁾。このような事例においては、裁判所がすでに処分性を前提にした法律上の争訟に当たらないと判断した場合、たとえ事実行為または行政計画を法律関係に引き直しても、具体的な権利義務に欠けるものとして、確認訴訟の適法性を認めないだろう。

第三に、予防的訴訟に関する、改正行訴法以前の二件の最高裁判決の判断基準は、改正行訴法の下でなお適用できるかどうかという問題がある。君が代斉唱義務不存在確認事件最高裁判決においても明確に判断されていないが、少なくとも一律に適用されるべきという趣旨はそこには読み取れない。ところが、下級審判決の一部は、紛争状況を詳しく検討せず、これをなお機械的に適用している⁸⁹⁾。

以上みてきたように、取消訴訟中心主義を前提に確認訴訟を運用すると、改正行訴法の趣旨に反することになろう。しかし、下級審判決の中

85) 村上・前掲注(32) 745頁。なお、高橋編・前掲注(79) 210頁、神橋一彦『行政救済法』(信山社、2012年) 292頁も同旨。

86) 詳しくは村上・前掲注(32) 735頁注11に掲げてある文献一覧。

87) 例えば、モーターボート競走法施行細則の違法確認(東京地判平成18年12月20日、東京高判平成20年4月17日判例集未登載)、居宅生活支援費支給要綱の違法確認(東京地判平成18年11月29日質社1439号55頁)、いずれも一般論として不適法とされる。

88) 自衛隊イラク派遣の違憲確認(名古屋地判平成18年4月14日判例集未登載、名古屋高判平成20年4月17日判例時報2056号74頁)、第一種市街地再開発計画決定(東京地判平成20年12月19日判例タイムズ1296号155頁)。

89) 東京高判平成19年4月25日判例集未登載。

には、法律関係の具体性を厳密に要求せず、行政の法判断が私人の法的地位に及ぼす影響から確認の利益を判断しているものもある。以下では、これに属する判決について紛争の状態と特色に即して、便宜上の分類を行って検討を加える。

二 法令の適用有無に係る紛争

1 法的根拠の違法性 行訴法の改正以前、行政立法や条例について直接争う訴訟は、法律上の争訟または処分性に当たらないとされるのが通例であった⁹⁰⁾。改正行訴法以降、保育所廃止条例最高裁判決が、条例を対象とする取消訴訟の可能性を示したが、最高裁は、なお処分性の判断枠組みを維持している。しかし、行政立法や条例を行政処分と同一視することが困難な事例もあるが、私人の利益状況を衡量した上で、なおそれが法律上の争訟であれば、確認訴訟が適用できよう。以下、行政立法の違法・違憲について直接争う事例として、最も注目を集めた医薬品ネット販売の権利確認事件を検討する。

(1) 事件および判決の概要 薬事法施行規則等の一部を改正する省令により、第一類・第二類医薬品のインターネットによる通信販売が禁じられることになった。本件は、医薬品のネット販売を行う事業者である X らが、改正省令は、薬事法の委任の範囲外の規制を定めるものであって違法であり、過大な規制を定めるものであるから憲法 22 条 1 項に違反して違憲無効だと主張して、①通信販売をすることができる権利を有することの確認と、②本件改正規定が無効であることの確認と、③本件改正規定の取消しを求めている。

一審は、まず②③について、保育所廃止条例事件最高裁判決の基準により、本件省令の制定行為を「処分と実質的に同視することはできない」と解し、「限られた特定の者に対してのみ適用される規定ではない」ことから処分性を否定する⁹¹⁾。本件においては、特定の規制対象に対する

90) 最判平成 14 年 4 月 25 日（永田町小学校廃止条例取消事件）、最判平成 18 年 7 月 14 日（高根町水道基本料金増額条例取消事件）。東京地判平成 14 年 3 月 26 日判例時報 1787 号 42 頁（東京都外形標課税条例無効確認等請求事件）。

91) 横浜市保育所廃止条例事件最高裁判決との比較分析として、小谷真理「医薬品ネット販売を禁止する省令とその処分性」同志社法学 63 巻 6 号（2011 年）

具体的な法効果を見出すことができないと考えるからである。しかし、なお法律上の争訟であることから、①について次のように判示した⁹²⁾。

「Xらは、改正省令の施行前は、一般販売業の許可を受けた者として、郵便等販売の方法の一態様としてのインターネット販売により一般用医薬品の販売を行うことができ、現にこれを行っていたが、改正省令の施行後は、本件各規定の適用を受ける結果として、第一類・第二類医薬品についてはこれを行うことができなくなったものであり、……、本件規制をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきであり、また、……、省令の個別的な適用対象とされる原告らの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができる」。

「本件改正規定の適法性・憲法適合性を争うためには、本件各規定に違反する態様での事業活動を行い、業務停止処分や許可取消処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ない」。

二審は一審判決の確認訴訟の適法性に関する見解を維持した上で、さらに次の判旨を付き加える⁹³⁾。

「本件改正規定がXらに適用されるとすると、営業活動の制限を受け、その営業活動によって得ていた利益を得ることができなくなり、継続的に損害が拡大していくこととなるから、本件確認の訴えは、その不利益を排除しかつ予防することを目的とする……訴えとして、……、その確認の利益を肯定することができるというべきである」。

「本件規定の効力を争う方法としては、その規制に違反した営業活動を行うことによって課される行政処分に対する抗告訴訟を提起

123 頁以下。

92) 東京地判平成 22 年 3 月 30 日判例時報 2096 号 9 頁。

93) 東京高判平成 24 年 4 月 26 日判例タイムズ 1381 号 105 頁。

することが可能であるが、そのような行政処分を受けることによる経済的、社会的不利益を回避する必要が認められる本件のような事案においては、行政処分を受けない段階における公法上の法律関係に関する確認の訴えである当事者訴訟による争訟が認められるべきということになる」。

なお、最高裁は、訴訟要件については問題にせず、直接、本案審理を行っている⁹⁴⁾。

(2) 検討 一審も二審も在外邦人選挙権確認事件最高裁判決の判断手法に依拠し、法令の違法性を直接争点とする訴訟について、確認の利益があれば、これを法律上の争訟と認めている。

Xらは「改正省令の施行前は一般販売業の許可を受けた者」である。このため、裁判所が着目する利益状況は、本件省令がXらの営業許可に基づく薬品販売の自由を現実には制約していることである⁹⁵⁾。もしXらが本件省令の違法性を現時点で直接争わない場合、業務停止や許可取消しの処分を受けるリスクを負ってネット販売を敢行するか、それとも不利益処分を回避するためにネット販売を即時に中止するか、というジレンマに陥る状況にあった。いずれにしても、Xらの営業の活動には重大な支障が生じており、二審判決が指摘したように、時間の経過とともに予想される収入の減少や投資リスクを含めて社会的経済的不利益が拡大しつつある。したがって、確認訴訟は将来の不利益処分を防ぐだけでな

94) 最判平成25年1月11日判例時報2177号35頁。

95) この判断手法について、名古屋地判平成25年5月31日判例集未登載にもみられる。この判決は、一般乗用旅客自動車運送事業の乗務距離の最高限度を定める公示について、まず、これを行政立法の性質を有するものと判断し、公示に対する取消訴訟を却下した。次に、確認訴訟を認めた理由について、「原告は、本件公示前には、乗務距離を制約されることなく運転者を乗務させていたが、本件公示後は、本件乗務距離規制が設けられたために、乗務距離の最高限度を超えた乗務による営業を行うことができなくなったものであり、……、乗務距離規制によって、原告の法的地位に現実の危険ないし不安が生じており、事後的な損害の回復が著しく困難な状況にあるというべきである。そして、本件確認の訴えは、……、上述のような立場にある原告がその具体的な法的地位の確認を求めるものであるから、具体的事件性（争訟性）を備えたものということが出来る」、と判示した。同様の事例として、大阪地判平成25年7月4日判例集未登載も参照。

く、すでに生じた現実の不利益または不安を除去することができるものである。裁判所はこのような利益状況を衡量して確認の利益を認めたのであった⁹⁶⁾。

かくして、裁判所は、確認の利益の判断を通じて、具体的権利行使を妨げる本件省令を適用しないことを求める X らの請求が、法律上の争訟に該当すると判断しており、「特段の事情」がなければ、司法審査を遅らせる理由はないとする積極的姿勢がここには伺える。改正行訴法の趣旨を踏まえた判断として評価できる本件判決は、法律上の争訟を確認訴訟から見直し、法律上の争訟であれば、不利益処分に対する取消訴訟を待たず法規命令の違法性を直接争点とする確認訴訟を認めたのであった。

その上で、本件判決が、確認訴訟が将来の不利益を予防するだけでなく、現在の不利益の除去にも資すると指摘した点は、重要である。同様の判旨を示した判決はほかにもある。例えば、行政規則の違法無効を前提にする自己申告票提出義務不存在確認事件において、裁判所は、自己申告票提出義務による教育の自由における不安状態および未提出者に対する給与上の不利益を除去するための確認訴訟について、確認の利益を認めている⁹⁷⁾。また、条例の無効を前提にする市のごみ収集義務確認事件では、私人は、ゴミの無料収集サービスを受ける法的地位を有するにも関わらず、条例の改正により、指定の有料収集袋を使わないと、その法的地位が現実に維持できなくなった⁹⁸⁾。このような金銭的負担を回避しかつ法的地位の維持を目的とする確認訴訟について、裁判所は確認の訴えを適法としている。

96) この点について、薬剤師の薬局開設許可制度を新たに設ける改正薬事法を違憲として、同法上の許可を受けず「薬局を開設しうる権利を有すること」の確認を求めた事例（東京地判昭和 37 年 10 月 24 日行集 13 卷 10 号 1858 頁）は、営業の自由に対する制約とその回復を争点とするについて、同じ利益状況を有する先例だろう。なお、稲葉一将「一番判批」ジュリスト 1440 号（2012 年）51 頁もこの判決との関係を指摘している。

97) 大阪地判平成 20 年 12 月 25 日判例タイムズ 1302 号 116 頁。

98) 横浜地方裁判所平成 21 年 10 月 14 日判例集未登載、東京高判平成 22 年 4 月 27 日判例集未登載、最決平成 23 年 3 月 15 日判例集未登載。また、手数料の支払う義務不存在確認訴訟も可能であろう。

2 法解釈をめぐる紛争 法令の適用について、行政機関は通達⁹⁹⁾や行政指導を通じて一般的な法解釈を行なっている。行政の法解釈に係る紛争において、法律または法規命令が違憲・違法となる場合とは別に、具体的な事件において法令の適用の有無または適用範囲について、行政機関の法解釈が、法令の趣旨に正しく沿わないことで国民の法的地位に影響を及ぼす場合がある。

(1) 事件および判決の概要 原告であるXは「遠隔監視装置付き自動販売機」を設けて図書を販売している。被告であるYは、行政指導や講習会において、「遠隔監視装置付き自動販売機」も青少年保護育成条例4条2号にいう「自動販売機」に該当し、有害図書類の収納が禁止されている、という法解釈を示している。したがって、XはYの法解釈を否認し、また仮に該当するとすれば条例が違憲無効であるから、本件条例の義務不存在確認訴訟を提起した。

一審判決は法律上の争訟と確認の利益を合わせて次のように判示した¹⁰⁰⁾。

「YとXとの間に、Xが現に……有害図書類を収納してはならない義務を負うのか否かという点に見解の相違があつて、……現在の公法上の法律関係についてXとYとの間に現実かつ具体的な紛争が生じていることが認められる[A]。そして、Xが……勝訴すれば、その判決の拘束力により、……上記公法上の義務をめぐる紛争が終局的に解決されることとなるものと考えられる（なお、……確定されれば、その義務の不履行ということとはあり得ないこととなるから、行政上の義務の履行確保の手段である行政罰を科せられることもなくなるものと考えられる。）」

また二審判決ではやや限定的意味合いを含めて[A]のところに次の

99) 課税対象についてのパチンコ球遊器に関する通達（最判昭和33年3月28日民集12巻4号624頁、課税処分に対する取消訴訟）、墓地理葬法事件（最判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁、通達に対する取消訴訟）、計量法12条の適用対象についての通達（東京地判昭和46年11月8日行集22巻11・12号1785号、通達に対する取消訴訟）。

100) 名古屋地判平成21年2月19日判例タイムズ1313号148頁。

段落が加えられた¹⁰¹⁾。

「すなわち、Xとしては上記各義務を履行することにより本件販売機を利用した有害図書類の販売そのものができなくなることが明らかであり、また上記各義務の違反に対しては、行政罰を科されたり、撤去義務等の履行を強制される現実的で具体的な可能性があるといえるのである。」

(2) 検討 本件はXの経済的自由に係る事例である。一審判決は、条例上の義務の存否をめぐる意見対立があれば、確認訴訟の適法性を認めるべきと判断したが、二審判決は、紛争の現実性、すなわち経済的自由に対する危険性を現に除去する必要性を強調している。いずれにしても、裁判所が注目するのは、行政の法解釈により条例がXの行動を現実的に制約するかどうかということであり、将来の不利益の可能性は現実性を判断する衡量要素である。

なお、本件においては、争われた行為として行政指導および条例があるが、義務不存在確認訴訟という形態で、法解釈の違法性および条例の違法性を争点としてそれぞれの違法性の審査が行われている。そして、訴えの利益は、行為の性質ないし法効果を問わず、義務の存否を中心に判断されている。

3 具体的法判断 行政機関は具体的事実関係において法令の適用の有無を明確に判断したが、その判断が処分性を有しない場合には、確認の利益があれば確認訴訟が活用できる¹⁰²⁾。このような判断は警告¹⁰³⁾や通知¹⁰⁴⁾で示されるが、外形的行為を有しない場合もある¹⁰⁵⁾。改正行訴法

101) 名古屋高判平成21年10月23日裁判所ウェブサイト。

102) 確認訴訟を解釈訴訟として運用する可能性について、山岸敬子『行政権の法解釈と司法統制』(勁草書房、1994年)142頁以下、同『客観訴訟の法理』(勁草書房、2004年)163頁。

103) 鹿児島地判昭和38年8月8日行集14巻8号1423頁(無許可営業者に対する営業禁止警告)。兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)291頁において、予防的確認としての取消訴訟の可能性が指摘されている。

104) 浦和地裁昭和63年12月12日判例時報1314号50頁(ラブホテル建築規制条例に基づいてラブホテルに該当するとの通知)。高木光「判批」判例地方自治66号(1990年)40頁においては、確認訴訟の可能性が論じられている。

105) 最判平成1年7月4日判時1336号86頁(横川川事件)。

以降、その争訟性は確認訴訟により見直されている。

(1) 事件および判決の概要 本件は、訴外のPから建物の建築工事を請け負った原告であるXが、被告であるYに対し、同建物は、市の建築基準法施行条例の規定の施行の際「現に建築の工事中の建築物」(建築基準法3条2項)に当たらない旨の通知があったが、上記建物はこれに当たると主張した事例である。訴えの請求は、①本件通知の取消し、②Pは建築確認に基づき建築工事をする権利を有することの確認、③YがXに対し、本件条例違反を理由に、建築基準法9条1項に基づく停止命令を行うことの差止めである。なお、二審において、②の予備的請求として、④本件建築工事について本件条例の適用がないことの確認が求められた。

一審判決は①について通知の処分性を否定し、③について経済的損害が重大な損害の要件を満たさないことで、それぞれ却下した。②について、以下の判断により適法とした¹⁰⁶⁾。

「Xは、本件建築確認に基づく本件建物の建築工事を実施すべき義務を負うものの、同工事を実施すれば、Yからその停止を命ぜられる蓋然性が高いという不安定な立場に立たされており、同工事を断念するか、停止命令及びこれに伴う不利益の危険を冒して、あえて同工事を実行するか二者択一を迫られている状況にあり、その権利ないし法的地位に危険、不安が現に存在しているといえる。確認請求が認容されれば、その判決の効果として、YがXとの間で、本件建物が工事中の建築物に当たらないとして、これに本件条例が適用されると判断することは許されなくなると考えられ、同請求は有効適切な手段といふべきである」。

二審判決は一審判決を踏まえて、即時確定の利益および確認の対象を次の通り判断する¹⁰⁷⁾。

「是正措置を命じられる可能性が高いことを考慮すると、上記適用の有無を確定しないまま、あえて建築工事を行うべきであるとす

106) 福岡地判平成21年7月17日判例集未登載。

107) 福岡高判平成22年3月25日判例集未登載。

るのは、その手段として迂遠であるばかりか、建築工事の材料及び労力を無駄に費やすこととなり、社会経済的な損失を生じさせることになる。」

「建築確認は……、当該建築物の計画に基づき工事をする権利を付与する効果を有するものではないことから、③の請求について確認の利益は認められない。他方、④の請求は、「本件建築確認に基づく工事について本件条例の適用がないことの確認を求める請求であるところ、これが明らかになれば、Xは、Yから、本件条例に違反する建築物であるとの理由で建築基準法9条1項に基づく是正措置を命じられる危険、不安がなくなり、本件請負契約に基づくPに対する建物建築義務を履行することができるから」、Xの危険不安を除去するのに適切といえる。

(2) 検討 本件の特徴は、Xの契約上の債務を履行する地位についての「経済的ないし信用上の損害」(一審判決)または「社会経済的な損失」(二審判決)の回避が確認の利益として認められたことである。契約上の利益を訴えの利益として認められた取消訴訟事件があるが¹⁰⁸⁾、「社会経済的な損失」として把握された点においては、薬品ネット販売事例に共通している。そして、取消訴訟および差止訴訟がそれぞれの訴訟要件を満たさない場合で、このような損失の回避は確認訴訟の固有な機能として認められた。

類似事例として、店舗型風俗特殊営業についての風営法に基づく条例の不適用確認事件¹⁰⁹⁾、特定土地にある産業廃棄物処理施設の使用について廃掃法上の許可を要しない地位の確認事件¹¹⁰⁾、水産業協同組合法の当然解散事由に該当しない解散届提出義務不存在確認事件¹¹¹⁾、実地指導に

108) 契約の解除により生じうる経済的損害を訴えの利益と認めた先例として、東京地判昭和46年11月8日行集22巻11・12号1785頁(函数尺通達事件)。

109) 東京地判平成19年12月26日判例集未登載、東京高判平成21年1月28日判例集未登載(確認利益について明示的に論ぜず本案審理に入った)。

110) 千葉地判平成18年9月29日判例集未登載。「原告は、被告県からの本件通知及び本件警告等の強い行政指導を受け、……、事実上、本件土地を既設ミニ処分場として使用することができない状態となっており、……最終的には刑罰を科せられるおそれがある。」

111) 福岡地判平成20年4月25日判例集未登載、福岡高判平成21年9月11日判例集未登載。「原告が解散届を提出しないことを理由に、被告知事から行政指

従う義務不存在確認請求事件¹¹²⁾が存在する。これらの事例では、行政が通知や行政指導を行ったが、争点となるのは通知や行政指導において示された法令適用に関する法判断である。すなわち、具体的な事実に対して、係争法令の適用有無をめぐる紛争である。したがって、裁判所は、通知や行政指導といった行為形式の性質ないし法効果を問わず、不利益処分・刑罰の可能性または現在の不利益があれば、確認の利益を認めている。

4 点数付加行為

(1) 事件および判決の概要 タクシー運転手であるXは、接触事故に関し、道路交通法38条に違反して、道路交通法施行令の定める違反行為に付する点数2点が大阪府公安委員会であるYによって付されている(以下「本件点数付加」という)。そして、Xが訴外の近畿運輸局長であるPに個人タクシーの事業許可の申請を予定していた。Pの審査基準(以下「本件基準」という)として、〔1〕申請日現在の年齢が65歳未満であること(以下「年齢基準」という)、および〔2〕申請日を含み申請日前3年間及び申請の処分日までに、道交法の違反による処分(点数付加行為を含む。)を受けていないこと(以下「法令遵守基準」という)等が定められていた。Xは点数付加により法令遵守基準を満たさないこととなり、申請を行っていないが、本件違反行為の事実はなく、①抗告訴訟として、本件点数付加処分の取消しを求めるとともに、②当事者訴訟として、本件点数付加がないことの確認を求めた。

裁判所は①について、点数付加が法効果を有しないことから行政処分には該当しないと解し、取消訴訟を却下した。②について、次のように確認の利益を認めた¹¹³⁾。

導や過料通知を受けるなど、現に当事者間に水協法上の解散届提出義務の存否という法律関係に関して争いがあるのである」。

112) 長野地判平成23年4月1日判例集未登載。「原告には、本件実地指導に应诉することを拒絶したことにより、……介護福祉施設の指定の取消等を受ける可能性があるといえ、上記取消等によって原告が受ける不利益の程度及び上記取消等について都道府県知事の行為裁量性があり原告が不安定な状況におかれることからすれば、……、現在、本件実地指導に应诉すべき義務についての確認の訴えを認めることが当事者間の紛争の抜本的な解決に資し有効適切といえるべきである」。

113) 大阪地判平成21年10月2日判例集未登載。

「本件点数付加が存在する限り、Xが法令遵守基準を満たさないことは明白であり、そうである以上、本件点数付加の後3年間は、原告の申請が許可されないことは明らかである。また、本件点数付加後の3年間でさらに点数が付加されたり、年齢制限にかかるなどして本件基準を満たさないこととなる場合も考えられ、Xは個人タクシー事業許可を受ける機会を永久に失うことにもなりかねない。……確認の訴えを認めるのでなければ、Xは、……却下されることを承知の上であえて申請を行わなければ本件点数付加の違法性を争えないとすることに合理性を見出すことは困難であり、迂遠でもある。しかも、事業許可の処分行政庁であるPは、本件点数付加に係る判断を行っておらず、その資料も有していないから、上記申請却下処分の取消訴訟においては、行訴法23条によりYを参加させた上で本件点数付加の適法性を審理、判断しなければならないのであり、その訴訟の形式自体が紛争の実体に照らし必ずしも適切なものではなく、さらに、法令遵守基準はYが主張するとおり道路運送法6条に関してPが定めた審査基準にすぎず、法律上の処分要件とされているものではないから、本件点数付加が違法であることによって直ちに申請拒否処分が違法になるという保障もない」。

(2) 検討 点数制度とは、過去3年間の違反や事故に一定の点数を付して、その合計点数が一定の基準に該当した時に、免許の停止や取消し又は免許の保留や拒否の行政処分を行うという制度である。点数付加は後の不利益処分の可能性を累進的に高めるものであるが、違反行為を制裁するものではない。したがって、点数付加は、免許所持者の法的地位を直接制限するものではなく、処分性に該当しないと、本判決は判示した¹¹⁴⁾。

本判決は、点数付加に対する出訴の一般的可能性を否定したが、Xの具体的利益状況を衡量した上で救済を認めた。本判決は、点数付加の法効果にばかり着目せず、Xの個人タクシー事業許可を受ける機会、すなわち営業の自由に対する一般的禁止の解除を求める法的地位に及ぼす影

114) 大阪地判平成14年12月26日裁判所ウェブサイト、東京地判平成23年12月27日裁判所ウェブサイト。

響を訴えの利益の問題として判断した。これは、裁判所が、道路交通法における点数制度および道路運送法における事業許可制度を全体的に把握することにより、点数付加が行政過程における私人の法的地位に与える不利益を見出す手法である。

訴えの利益について、本判決が特に強調したのは、59歳のXが点数付加により年齢基準を永遠に満たさないリスク、および訴訟手続においてYを被告とし本件点数付加を現時点で直接争う必要性である。あくまでもXの主観的利益状況からその法的地位に生じる不安およびその不安を除去する必要性を判断する手法である。したがって、点数付加の争訟性について本判決の射程は決して広くはない。

一方、本件においては問題とされていないが、点数付加は不利益処分の可能性を累進的に高める点において、免許所持者の法的地位に対して不安定な状態を常に作り出すことになる。確認訴訟において、その不安を除去する訴えの利益も検討されるべきだろう。別の事例であるが、裁判所は、「法令により免許の効力の停止の要件として規定された累積点数に達する」場合、および「今後免許証の更新を受ける地位（優良運転者、一般運転者又は違反運転者等の区分）に直ちに影響を及ぼす」¹¹⁵⁾場合に、その救済を許す方向性を示した¹¹⁶⁾。この判決は、争いのある点数付加は常に法律上の争訟を満たしているが、差止訴訟の要件との均衡を図るために、確認の利益判断にあたって重大な損害という差止訴訟の要件を適用した。ただし、この判決は、必ずしも重大な損害を厳しく解してはおらず、それが点数付加の一般的な出訴の可能性を否定するための論法だとも考えられる¹¹⁷⁾。本判決は重大な損害という要件を適用しないが、確認の利益において点数付加に対する救済のタイミングを調節した点では大差がない。

結局のところ、判例法理によると、点数付加制度については、「誰が争うか、争う理由は何かという紛争の利益状況次第で」、その付加行為についての争訟性が事案ごとに判断されることになる。この手法は、問

115) 最判平成21年2月27日民集63巻2号299頁（優良運転免許証交付等請求事件）も参照。

116) 大阪地判平成19年8月10日判例タイムズ1261号164頁。

117) この判決は重大な損害という差止訴訟の要件を適用しているが、非常に注意深く確認の利益を過度に限定しないように強調している。

題意識は異なるが、阿部の相対的処分論を彷彿させるものである¹¹⁸⁾。というのは、点数付加がそれ自身としては何の法効果も有しないことを前提にして¹¹⁹⁾、訴えの利益について常に私人の具体的な利益状況に依存して判断されているからである。確かに免許所持者の法的地位に対する不安を広く捉えれば、争いのある点数付加は常に確認の利益を満たすことになるが、「免停処分等につながるかなお不透明な場合にまで被告に应诉（裁判所には審理）の負担を負わせるべきかという価値判断の差にあると解される」¹²⁰⁾。ここには司法の利益衡量をする空間が生まれているようにみえる。

この事例において注目すべきは、訴訟対象の問題を訴えの利益の問題に絞る際に、裁判所が行政過程において国民の法的地位およびその不安の態様を多方面から衡量する姿勢である。そこでは、行為の性質ないし法効果は、訴えの利益の問題を判断する際に、必ずしも決定的な判断要素ではないのである。

三 利益確保に係る紛争

私人の法的地位が行政により実現又は維持される場合、通常その法的地位が行政により否定されると、確認の利益が認められる。

1 混合診療健康保険受給権確認事件

(1) 事件および判決の概要 本件は原告である X が、健康保険法による保険診療の対象となる A 療法に加えて、自由診療である B 療法を併用する診療（いわゆる混合診療）を受けたところ、A 療法に要した費用についても全額を自己負担すべきものとされたことから、A 療法については同法に基づく療養の給付を受けることができる権利を有するこ

118) 阿部泰隆「相対的行政処分概念の提唱」(初出 1982 年)『行政訴訟改革論』(有斐閣、1993 年) 89 頁。なお、今日において、「相対的行政処分」論の問題意識は当事者訴訟としての確認訴訟によって受け止めるべきであると指摘されている(大貫・前掲注(32) 652 頁、山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣、2012 年) 381 頁)。

119) とはいえ、点数付加が人格権に基づく名誉や信用に対する影響も検討されるべきだろう。

120) 西川知一郎編『行政関係訴訟』(青林書院、2009 年) 210 頁注 22 (岡田幸人執筆、執筆時の肩書きは最高裁調査官であり、裁判官の問題意識が注目に値する)。

との確認を求めた事例である。争点は、混合診療が健康保険法 63 条 1 項の「療養の給付」に該当する診療行為であるかどうかである。一審判決は確認の利益について次の通り判示した¹²¹⁾。

「X は、その主治医から、その腎臓がんの治療のため、A 療法と B 療法を併用する療養が医学的に有用なものとして勧められ、この療養を受けていたものであり、X は、今後とも、A 療法と B 療法を併用する療養を受ける可能性は高いと認められるところ、仮に、原告が今後とも B 療法を受けようとするれば、A 療法に要する費用についても全額自己負担とされ、多額の医療費の負担を余儀なくされるおそれがあることに照らすと」、確認の利益も十分に肯認することができる。

高裁も最高裁も確認訴訟の適法性を問題視せず、本案審理を行った¹²²⁾。

(2) 検討 本件は、混合診療を明確に否定した外形的行為がなく、もっぱら行政機関の法解釈をめぐる原告被告の見解が対立している事例である¹²³⁾。

確認訴訟を提起する場合には、行政の争う態度（または X の権利を否定した法判断）があれば、原告の法的地位が置かれている利益状況から確認の利益の有無が判断される。すなわち、X は被保険者として具体的な事実関係において行政の態度（法判断）により混合診療健康保険の給付を現実に受給することはできないが、行政の法解釈とは異なる法律の解釈をすれば、これから混合診療健康保険の給付を受給する法的地位を有するようになる。なお、不当利得返還請求訴訟に比べれば、混合診療保険受給権の確認はより直接に紛争を解決し X の法的地位を明確にするものである。そして、判決が経済上の費用負担軽減についても、こ

121) 東京地判平成 19 年 11 月 7 日判例時報 1996 号 3 頁。

122) 東京高判平成 21 年 9 月 29 日賃金と社会保障 1507 号 46 頁、最判平成 23 年 10 月 25 日賃金と社会保障 1557 号 19 頁。

123) 改正行訴法以前、このような事例は、後に支払った料金に対する不当利得返還請求訴訟で争われたことがある。歯科の事例であるが、東京地判平成 1 年 2 月 23 日訟務月報 36 卷 12 号 2179 頁。

れを確認の利益として認めた点において注目されるのである。

なお、もし本件において行政の法判断を表明する通達や行政指導があれば、通達や行政指導を対象とする違法確認訴訟も考えられるが、争点が変わらない限り、行為形式ごとに訴えの利益を別に判断する必要はないだろう。

2 適正な配慮を必要とする法的地位

(1) 事件および判決の概要 本件は、中小企業基盤人材確保助成金の支給申請をした原告である X が、本件助成金を支給しない旨の決定を受けたことから、①決定の取消、②本件助成金の支給を受けられる地位を有することの確認を求める事案である。一審判決は①について決定の権力性を否定しその処分性を認めないとし、②について次のように言い渡した¹²⁴⁾。

「本件助成金支給のような行為は、契約という形式で行われるものであるとしても、行政目的を実現するために行われるものであって、公益的性格を有していることは明らかなのであるから、純然たる私法上の契約とは異なり、契約自由の原則について一定の制約が課されるのである」。「例えば、……平等取扱いの要請は、究極的には憲法 14 条に基づくものであるということも可能であることを考慮すると、これによる平等取扱いの利益は、国民である申請者の利益としても保護されたものと解すべきである。そして、本件確認訴訟を提起し、本件助成金支給の可否について裁判所の公権的判断を求めることは、助成金支給の要否をめぐる問題を解決するための適切な手段であるといえる一方、他に適切な解決手段も存在しないことからすれば、上記の確認訴訟については、確認の利益を肯定することもできるものと解される」。

(2) 検討

本判決は、確認の利益について、平等取扱い原則から私人の法的地位を導き出す点において注目される。すなわち、裁判所は、明確な行為規

124) 東京地裁平成 18 年 9 月 12 日判例集未登載。

範がなくても、憲法および行政法の一般原則から私人の法的地位を確認しているのである。このような事例において、今後、憲法上の平等取扱い原則が行政の行動を拘束するようになるだろう。

なお、公営福祉施設の民間移管に係る事業者選考応募者に対する「決定に至らなかった」旨の通知取消事件において、最高裁は通知の権力性を否定しその処分性を認めないが¹²⁵⁾、確認訴訟としての「通知の違法確認」または「契約候補者たる地位の確認訴訟」の可能性が指摘されている¹²⁶⁾。その可能性を探究する際に、本判決は、適正な配慮を必要とする（実体的も手続的も）法的地位の確認を通じて、非権力行政の統制法理を形成する契機になろう。

125) 最判平成 23 年 6 月 14 日裁判所時報 1533 号 24 頁。

126) 戸部真澄「判批」新・判例解説 10 号 (2012 年) 38 頁。平等取扱い原則から私人の法的地位を導き出すのは、交告尚史「判批」ジュリスト 1440 号 (2012 年) 45 頁。