

## 許認可の要否に関する 確認訴訟(当事者訴訟)の可否

——『当事者訴訟の機能と展開』補遺,  
東京地判平成29年6月1日判例集未登載・  
旅館業法に関する地位確認請求事件——

春日 修

### 1 事実の概要

X (原告) は, Airbnb (エアビーアンドビー) という宿泊施設の仲介ウェブサイトを<sup>(1)</sup>を通じて, 原告の所有する不動産 (以下, 「本件不動産」という。) において, 反復継続して宿泊場所を提供すること (以下, 「本件民泊提供行為」

(1) Airbnb (エアビーアンドビー) は, Airbnb, Inc により運営されている宿泊施設登録検索予約サイトであり, その宿泊利用者の数は世界65000都市で200万人, 予約可能なリスティング (宿泊施設) は191か国, 400万件以上に及ぶ (<https://www.airbnb.jp/trust> (2018年2月13日閲覧))。同社では宿泊利用者をゲスト, 宿泊提供者をホストと呼んでおり, いずれも同社への個人情報の登録が必要である。登録をすると, 宿泊提供物件と貸し出し条

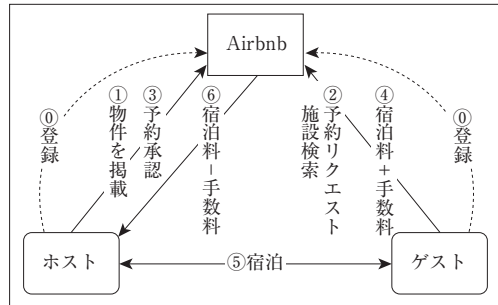


図1 Airbnbのシステム

同社への個人情報の登録が必要である。登録をすると, 宿泊提供物件と貸し出し条

という。)を検討していた。Xは、本件不動産の所在地である江東区(被告)保健所生活衛生課環境衛生係を訪れ、本件民泊提供行為について相談したところ、被告職員は、本件民泊提供行為をするなら旅館業法3条1項所定の許可(以下「営業許可」という。)を受けるように指導した。

Xは、本件民泊提供行為は旅館業法所定の「旅館業」に該当しないと主張し、本件不動産における本件民泊提供行為をするに際し、旅館業法3条1項所定の許可を受ける義務を負わないことの確認を求めて出訴した。

## 2 判旨

東京地方裁判所は、以下のような理由で、確認の利益を欠くものとして、本件訴えを却下した。(なお、(ア)~(エ)は筆者のつけた符号である。)

- (ア)「旅館業を営もうとする者が営業許可を受けなければならないとされるのは、旅館業法3条1項の定めによるものであり、都道府県ないし都道府県知事(本件においては特別区ないし区長)が、旅館業を営もうとする者に対して、営業許可を受けるべき義務を課しているわけではない。」
- (イ)「旅館業法10条1号は、同法3条1項の規定に違反して営業許可を受けないうで旅館業を営んだ者を6月以下の懲役又は3万円以下の罰金に処する旨規定するところ、このような無許可営業者を処罰するのは国であり……無許可営業者に対して、都道府県知事(本件においては区長)が処分その他公権力の行使に当たる行為を行うことを定めた規定は見当たらない。」
- (ウ)「原告が行う予定とする本件民泊提供行為が旅館業法2条1項にいう旅

---

件等をAirbnbに掲示(リスティング)すること、リスティングされた物件に宿泊を申し込むことが可能になる。ゲストはリスティングを検索して、Airbnbを通じて宿泊希望施設(ホスト)に予約のリクエストをする。ホストが予約を承諾する(問い合わせ、却下も可能)と予約が確定し、宿泊料と手数料(宿泊料の6~12%)がクレジットカード等で支払われ、施設の詳細な住所、双方のフルネーム等が明らかにされる。ゲストがチェックインすると、宿泊料から手数料(宿泊料の3%)を差し引いた額が、ホストの銀行口座等に振り込まれる仕組みとなっている。

## 許認可の要否に関する確認訴訟（当事者訴訟）の可否

館業に当たるか否かについて、原告と被告ないし江東区長との間で争いがあるということができる。しかし……本件訴えにおいて原告がその有無の確認を求める営業許可を受ける義務は、被告ないし江東区長に対して負う義務ではないし、また、被告が原告に対して処分その他公権力の行使に当たる行為を行うことも想定されない以上は、被告との間で同義務の有無を確認することが、原告の法的地位に係る危険を除去するために有効適切な争訟方法であるということとはできない。」

- (エ) 「原告は、被告に対する本件請求が認容された場合、保健所による調査・指導、保健所から警察への情報提供という手続を被告が行うことはなくなる旨主張するが、これらの保健所による手続は、原告の法的地位に影響を与えるものではなく、原告がいうように、結果として、原告に対する警察による取締りという危険が解消されるというのも、事実上のことにすぎない。本件請求が認容されたとしても、それは訴訟の当事者の間でのみ効力を生じるにすぎないから、捜査機関が本件民泊提供行為を行った原告を逮捕・勾留・起訴することが妨げられるものではない。」

### 3 検討

筆者は判旨に反対であり、本件において確認の利益は認められるべきであると考える。

筆者はかつて、2014年行政事件訴訟法改正以降の確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例を概観した上で、

- (A) 原告がしようとしている行為が法令等により制限されているが、原告は当該法令等が違憲違法であるから当該行為は適法であると考えており、又は、  
(A') 原告がしようとしている行為が、法令で禁止されている行為に該当するにつぎ、原告と行政の間に見解の相違があつて  
(B) 原告が自らの見解に基づいて当該行為をすると、制裁（行政処分、刑罰……）の対象となることが予定されているため、当該行為を断念してそれによる不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ当該行為をす

るかというジレンマに立たされている場面において、このジレンマを打破するために提起される確認訴訟は適法であるというのが、わが国の裁判例の大勢であり、かつ、このような解釈は妥当である<sup>(2)</sup>。と結論づけた。

本件における原告は、〈本件民泊提供行為が、旅館業法で許可を必要とされる「旅館業」に該当せず、許可を要しない〉と主張しており、〈本件民泊提供行為が「旅館業」に該当するので許可を要する〉という被告の主張と対立している。すなわち、(A)にあたる争いが存在しており、このことは、(ウ)で裁判所も認めている。さらに、原告が自らの見解に基づいて本件民泊提供行為を行えば、旅館業法3条1項違反とみなされ、同法10条1号により「六月以下の懲役又は三万円以下の罰金」に処されることになっているため、本件民泊提供行為を断念してそれによる不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ当該行為をするかというジレンマに立たされている。すなわち、(B)も認められる。(A)→(B)の図式は成り立っているのだから、「裁判例の大勢」によれば、確認の利益が認められるはずである。

にもかかわらず、本件で裁判所は、確認の利益を否定している。以下、その妥当性について検討する。

#### (i) 行政処分権限の不存在

裁判所は、無許可営業者に対して、被告（の機関たる区長）が行政処分を行うことを定めた規定はなく、国により刑罰が課されるのみで、確認判決が下されても、捜査機関が被告を逮捕・勾留・起訴することが妨げられるものではないことを、確認の利益が否定される理由の1つとしているようである。

このような理由で確認の利益が否定されるなら、その射程はかなり広い。事

---

(2) 春日修『当事者訴訟の機能と展開』（晃洋書房、2017年）155～156頁。なお、(A)A)→(B)の図式が成り立つ事件で、確認の利益が認められたのは10件、認められなかったのは3件であり、この3件の論旨には妥当ではないところがある。これについては、前掲・91頁以下を参照。

## 許認可の要否に関する確認訴訟（当事者訴訟）の可否

業（営業）につき許可制を定める法令においては、(a)許可を得て事業を行っている許可事業者に対しては、監督行政庁が許可取消しや事業停止、改善命令・措置命令等の行政処分を行いうることとされているものの、(b)許可制の対象となっていない事業を許可を得ずに営んでいる無許可事業者は、刑罰の対象にはなっても、監督行政庁が無許可営業者に対して行政処分をする権限は認められていないのが通例だからである<sup>(3)</sup>。本判決の趣旨が、行政処分権限の不存在を理由に確認の利益を否定したものとすれば、私人がしようとしている事業（営業）が、法令に基づく許可を要するか否かについて、私人と行政の間で見解の相違がある場合、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求めることは、通常はできないということになる。

しかし、原告が紛争対象行為をした場合、刑罰が科されることとなっているのみで、被告（の機関）が行政処分権限を有していないにも関わらず、確認の利益が認められた事例もある。原告が成人用図書を受納販売している「商品交換機」が、愛知県青少年健全育成条例で有害図書類の受納販売が禁止されている「自動販売機」にあたるかが争われた事件が、それである。同条例では有害図書類の自動販売機への受納等は刑罰の対象とされている（29条3項3号）ものの、被告の機関（県知事等）が受納等をした者に対して撤去命令を発するなどの権限は規定されていなかった。しかし、名古屋地判平成21年2月19日判タ1313号148頁は、「原告が現に……設置して有害図書類を受納・販売して

---

(3) 監督行政庁が無許可営業者に対して行政処分をする権限を認めた法律としては、例えば、採石法33条の13第2項などがある。また、改正旅館業法（平成29年法律第84号、平成29年12月15日公布、平成30年6月15日施行）により、旅館業法7条の2第3項に「都道府県知事は、この法律の規定に違反して旅館業が営まれている場合であって、当該旅館業が営まれることによる公衆衛生上の重大な危害の発生若しくは拡大又は著しく善良の風俗を害する行為の助長若しくは誘発を防止するため緊急に措置をとる必要があると認めるときは、当該旅館業を営む者（営業者を除く。）に対し、当該旅館業の停止その他公衆衛生上又は善良の風俗の保持上必要な措置をとるべきことを命ずることができる」という規定が新設された。しかし、このような規定はあくまで例外に留まる。

いる各本件販売機について、原告が……本件条例……により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って……本件販売機に有害図書類を収納することができるのか否かという原告の現在の公法上の法律関係について……現実かつ具体的な紛争が生じて」おり、「原告が……本件訴訟において勝訴すれば、その判決の拘束力……により……紛争が終局的に解決されることとなる」し「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」として確認の利益を認めている。控訴審判決（名古屋高判平成21年10月23日判時2241号24頁）も上記部分を引用した上で原告が「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」と付言して、やはり確認の利益を認めている。

本判決は「本件請求が認容されたとしても、訴訟の当事者の間でのみ効力を生じるにすぎない」としており、当事者訴訟における請求認容判決が拘束力を有し、それが行政主体を異にする関係行政庁にも及ぶ<sup>(4)</sup>と解されていることを看過しているようである。

本判決は、義務不存確認判決により「捜査機関が本件民泊提供行為を行った原告を逮捕・勾留・起訴することが妨げられるものではない」ともいうが、本件民泊提供行為が旅館業法の許可を要しないとして、請求が認容されれば、その拘束力により、関係行政庁たる警察・検察が逮捕・勾留・起訴してはならない義務を負うと考えられ、前記名古屋地裁判決、名古屋高裁判決は、この趣旨をいったものとも解される。

もっとも、拘束力は、取消訴訟においても、その「具体的な作用として、どのような効果が生ずるかについても、学説は一致せず、錯綜した状況にある」<sup>(5)</sup>

---

(4) 例えば、福岡高判昭和29年2月26日行集5巻2号403頁は、市町村の機関である消防長の不同意の違法を理由に知事のした建築不許可処分を取り消す判決が出た場合、その拘束力により、消防長は同意をすべき義務を負うとする。

(5) 南博方他編『条解行政事件訴訟法 第4版』〔興津征雄〕（弘文堂、2014年）664頁。

といわれており、まして、当事者訴訟における拘束力の具体的内容については、議論の積み重ねがあるとはいえない。衆議院議員選挙小選挙区等において、在外邦人に選挙権行使が認められなかったことの適否を確認訴訟で争うことを認め、次回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き小選挙区等における投票をすることができる地位にあることを確認した最高裁判決<sup>(6)</sup>につき、その拘束力が国会に及ぶのかについても、否定説<sup>(7)</sup>と肯定説<sup>(8)</sup>があるが、肯定説の立場から、本件について考えると、国会にすら拘束力が及ぶのだから、行政機関である警察・検察に拘束力が及ぶのは当然であるということになる。また、否定説を前提にしても、その論拠が「違憲確認判決に『拘束力』を付与することは、国会単独立法の原則（憲法41条）との関係で問題がある」<sup>(9)</sup>といったようなものであるなら、本件のような事例において、行政機関である警察・検察に対する拘束力を認める妨げとはならない。

また、(A)X(A)′→(B)の図式が成り立ち、確認の利益が認められた裁判例が、確認の利益を認めた理由付けは様々であるが、このような図式が成り立つことにより、①原告が後の制裁をおそれて、自分では適法と考えている行為を差し控えることにより不利益を被り、②原告が自らの見解に従って、適法と考えている行為をすれば、当該行為を違法とみなしている行政によって制裁を課せられることになり、③取消訴訟や刑事訴訟によることは原告にとって酷、あるいは、迂遠であることに集約される<sup>(10)</sup>。本件においても、仮に、本件民泊提供行為が適法であった場合、①′原告が刑事罰を科されることをおそれて、本件民

---

(6) 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

(7) 長谷部恭男他「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト1303号（2005年）〔小幡純子発言〕11頁、赤坂正浩「判批」判例評論572号（2006年）175頁、木村草太「判批」法律協会雑誌124巻6号（2007年）1497頁。

(8) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・2012年）494頁、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009年）192頁、興津征雄「違憲審査における確認訴訟の意義」法学セミナー674号（2011年）25頁。

(9) 木村前掲注(7)・1497頁。

(10) 春日前掲注(2)・148～151頁を参照。

泊提供行為を取りやめれば、経済的損失を被り、②原告が自らの見解に従って、本件民泊提供行為をすれば、刑罰を科されるおそれがあり、③行政が違法とみなしている本件民泊提供行為を取って、刑事手続でこれを争うことを原告に求めるのは、原告にとって、酷であり、迂遠であるという事情が認められる。

さらに、(a)本件のように、原告が紛争の対象となっている行為をした場合、直ちに刑罰を科しうることとされている場合と、(β)紛争対象行為をした場合、改善命令等が出され、その命令に反した場合に、刑罰が科される場合を比べてみると、①の威嚇効果、②の実害ともに、行政処分が介在する(β)よりも、直罰である(a)の方が強い。③についても、(β)であれば、行政処分がなされた段階で、当該行為を中止し、刑事罰を回避しつつ、取消訴訟で紛争対象行為の適否を争うことが可能であるが、(a)の場合、刑事手続で敗訴すれば(執行猶予がつくとしても)刑罰を科されるわけであるから、確認訴訟以外によることは、(a)の方が(β)より酷である。にもかかわらず、処分権限がないことを理由に、確認の利益＝確認訴訟(当事者訴訟)による救済が認められないと解することは、〈処分なければ、行政訴訟なし〉という《悪しき取消訴訟(抗告訴訟)中心主義》の残滓であるように思われる。

以上のように考えれば、本判決が、被告の機関が原告に対する行政処分の権限を有さないことを理由に、確認の利益を否定したとするならば、このような判断は妥当ではないということになる。

## (ii) 被告選択の適否

裁判所は、「無許可営業者を処罰するのは国」「営業許可を受ける義務は、被告ないし江東区長に対して負う義務ではない」と述べた上で、「被告との間で同義務の有無を確認することが、原告の法的地位に係る危険を除去するために有効適切な争訟方法であるということとはできない」としている。これらから、裁判所は「訴訟物たる権利または法律関係について確認判決による紛争の解決



## 許認可の要否に関する確認訴訟（当事者訴訟）の可否

を図るのに有効適切な被告を選んでいるか（被告選択の適否）」<sup>(11)</sup>の観点から、確認の利益を否定したとも考えられる。すなわち、裁判所は、原告が江東区を被告として出訴したから、確認の利益を認めなかったのであって、他の適切な被告を選べば、確認の利益を認めたはずだとも考えられる。

その場合、適切な被告として考えられるのは、旅館業法を制定することで、営業許可を受ける一般的抽象的な義務を創設し、さらに、本判決で無許可営業者への処罰の主体として名指しされている「国」だろう。

実際、薬事法施行規則の改正により、第一類医薬品等の郵便等販売が禁止され、医薬品のインターネット販売事業ができなくなった店舗販売業者たる原告が、確認訴訟（当事者訴訟）等により救済を求め、確認の利益が認められた事例<sup>(12)</sup>において、被告とされたのは国である。

さらに、旅館業の許可の要否について、旅館業法の所管省庁である厚生労働省は、以下のような見解をとっている<sup>(13)</sup>。

---

(11) 新堂幸司『新民事訴訟法 第5版』（弘文堂、2011年）270頁。なお、同書は確認の利益の判断につき、①「原告・被告間の具体的紛争の解決にとって、確認訴訟→確認判決という手段が有効・適切であるか（方法選択の適否……）」、②「確認対象として選んだ訴訟物が、原被告間の紛争解決にとって有効・適切か（対象選択の適否）」、③「原被告間の紛争が確認判決によって即時に解決しなければならないほど切迫した成熟したものか（紛争の成熟性……）」、④本文で述べた被告選択の適否の各視点から行われるものとしている。

(12) 第1審判決（東京地判平成22年3月30日民集67巻1号45頁）、控訴審判決（東京高判平成24年4月26日民集67巻1号221頁）は、明確に確認の利益を認めている。最高裁判所（最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁）は、確認の利益に触れることなく、本案上の判断をし、第一類医薬品等の郵便等販売をしよう法的地位を確認した控訴審判決を是認している。

(13) 「民泊サービスと旅館業法に関するQ & A」<http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000111008.html#HID4>（2018年1月30日閲覧）。

このような見解は平成27年11月27日（生食衛発1127第1号）の各都道府県等衛生主管部（局）長宛て「旅館業法の遵守の徹底について」（<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10900000-Kenkoukyoku/0000105703.pdf>（2018年1月30日閲覧））において既に述べられているところである。

Q 5 知人・友人を宿泊させる場合でも旅館業法上の許可は必要ですか。

A 5 旅館業に該当する「営業」とは、「社会性をもって継続反復されているもの」となります。ここでいう「社会性をもって」とは、社会通念上、個人生活上の行為として行われる範囲を超える行為として行われるものであり、一般的には、知人・友人を宿泊させる場合は、「社会性をもって」には当たらず、旅館業法上の許可は不要と考えられます。

Q 6 インターネットを介して知り合った外国の方が来日した際に、自宅の空き部屋に泊まってもらいました。その際、お礼としてお金をもらいましたが、問題ないでしょうか。

A 6 日頃から交友関係にある外国の方を泊められる場合は、Q 5 の場合と同様と考えられます。ただし、インターネットサイト等を利用して、不特定多数の方を対象とした宿泊者の募集を行い、繰り返し人を宿泊させる場合は、「社会性をもって継続反復されているもの」に当たるため、宿泊料と見なされるものを受け取る場合は、旅館業の許可を受ける必要があります。

本件における江東区の見解も、このような厚生労働省の解釈に基づくものと考えられる<sup>(14)</sup>。これに、「無許可営業者を処罰するのは国」、旅館業法を制定することで、営業許可を受ける一般的抽象的な義務を創設したのは国ということを考え併せると、被告とすべきは国であったと考えることもできそうである。

しかし、そのように考えるのは、妥当ではない。医薬品の郵便等販売の事例が、国（厚生労働省、厚生労働大臣）が薬事法施行規則を制定し、その中で、明確に郵便等販売を禁止したことにより発生した紛争であるのに対して、本件

---

(14) なお、厚生労働省は、平成27年10月5日（月）の第49回規制改革会議ヒアリングへの提出資料（<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kaigi/meeting/2013/committee4/151005/item1-3.pdf>（2018年1月30日閲覧））において、「Airbnb（エアビーアンドビー）社が、空き室を短期で貸したい人と旅行者や観光客をインターネットで仲介するサイトによるビジネスを世界各国で展開しており、同社によると日本でも約1万6千件の登録物件がある」との認識を示した上で、「空き室を旅行者に対して仲介する行為自体は、旅館業法の規制対象ではないが、こうしたサイトを通じて、反復継続して有償で部屋を提供する者は、旅館業法の許可が必要」であるとしている。

は、江東区（の職員）が、旅館業の許可なしに本件民泊提供行為をすれば、旅館業法違反となるとの見解を原告に示したことにより発生した紛争である。原告に生じている危険・不安（自らの見解に従って、許可を得ずに本件民泊提供行為をすれば、刑罰を科されるおそれがある）は、旅館業法そのものというより、その適用をめぐる前記見解により生じている。旅館業法は、その執行を都道府県知事（本件では特別区長）に委ねており、許可が必要な事業を無許可で行っている者（無許可事業者）に対する取締りに当たっているのは、都道府県等に設置される保健所である<sup>(15)</sup>。旅館業法の執行過程での紛争は、執行を担当する都道府県（本件では江東区）と私人の間で生ずるのが通例であり、その場合、紛争の解決を図るのに有効適切な被告は、都道府県（本件では江東区）である。

原告が負っている（と江東区が主張している）許可を受ける義務が国に対するものであったとしても、本件において江東区を被告として出訴する妨げにはならない。民事訴訟においては、「原告の主張する権利が第三者に属すると主張し、それによって原告の権利者としての地位に危険を及ぼすおそれが現に存する場合にも、即時確定の利益が認められる」<sup>(16)</sup>と解されている。本件では、江東区が〈本件民泊提供行為は、旅館業の許可を得る義務のある行為に当たる〉と主張しており、これが原告において本件民泊提供行為をすることの障害になっているので、当該義務が国という第三者に対して負っている義務であっ

---

(15) 「旅館業法の遵守の徹底について」前掲注(13)に示されている無許可事業取締り事例において、調査や指導に当たっているのは保健所である。住民からの通報により、警察が旅館業法違反で逮捕した事例においても、警察は「保健所に照会の上」逮捕している。

(16) 兼子一他『条解民事訴訟法第2版』（2011年、弘文堂）〔竹下守夫〕779頁。例えば、最判昭和40年9月17日判時422号30頁において、前主Aから贈与により建築物の所有権を取得したとして所有権確認を求めた原告に対し、被告Bが〈建築許可がBの名義で与えられたため、B名義で保存登記がなされ、協同組合たる被告Cに移転登記がなされた〉と主張しているときは、原告の権利の行使に障害となることが明らかであり、被告Bに対しても権利の確認を求める利益があるとされている。

たとしても、原告は江東区を被告として義務の不存在確認を求める利益があると考えられる。

例えば、法令の所管省庁が、処理基準や地方公共団体（の機関）宛の通知などで、原告が適法であると考えて現にしている行為は違法であって、処罰の対象になると断定した場合は、原告とは相容れない見解を表明し、これによって原告の法的地位に危険・不安を生じさせたのは、国であるということになるので、薬事法施行規則の事例と同様、国を被告として出訴すべきであろう。要するに、原告の危険・不安を生じさせた行政主体を被告とすればよい<sup>(17)</sup>のであって、本件における事実関係によれば、事前相談を受け、許可が必要であると指導した江東区を被告とすることが適切といえよう。

厚生労働省は旅館業法の所管省庁として、それが適切に執行されることに責任を持っているし、本件民泊提供行為が旅館業の許可を要するものとされたのが、厚生労働省の法解釈による場合、厚生労働省が確認訴訟に関与することで、訴訟資料が豊富になり、適正な審理・裁判が実現するかも知れない。そうであったとしても、行訴法41条により準用される同法23条により厚生労働大臣を訴訟参加させれば足り<sup>(18)</sup>、国を被告としなければならないわけではない。

---

(17) 国の発した処理基準等により、原告のしている行為が違法とされ、その執行に当たっている地方公共団体の機関から当該行為を止めるように指導を受けたという場合、危険・不安は国の処理基準等により作り出されているとも、地方公共団体の行政指導により作り出されているともいいうるので、国と地方公共団体の両方、または、そのいずれかを被告として、当該行為をしようする法的地位の確認訴訟等を提起しようと解するべきだろう。なお、薬事法施行規則の事例で、店舗販売業の許可（当時の薬事法26条）、改善命令（同72条）、業務停止・許可取消し（同75条）等の権限を有していたのは、都道府県知事（保健所設置市区にあってはその長）であったが、原告は、郵便等販売を禁止した省令が施行される前に出訴しており、判決をみる限り都道府県等から指導を受けたという事実のみあたらぬので、紛争は専ら国との間に生じたものと考えられる。

(18) このような事例としては、固定資産税における固定資産登録価格についての争いにおいて、原告が総務大臣の作成にかかる固定資産評価基準の合理性を争点としており、被告（市）が評価基準の基礎となる調査、検討資料等を保有しておらず、当

## 許認可の要否に関する確認訴訟（当事者訴訟）の可否

以上のようなことから、本判決が、江東区ではなく、国を被告とすべきであるという被告選択の適否の視点から、確認の利益を否定したとしても、このような判断は妥当ではないということになる。

### 4 おわりに

本判決において、裁判所が確認の利益を否定した理由は、必ずしも明確とはいえない。そこで本稿では、確認の利益を否定した理由として、(i)被告（の機関たる江東区長）が、原告に対する行政処分の権限を有しない、(ii)本件事情の下で、確認訴訟（当事者訴訟）を提起するのであれば、江東区を被告とすることは適切ではない（国を被告とすべきである）、という2つの理由を措定して、その当否を検討し、いずれも、確認の利益を否定する理由たり得ないという結論を得た。

なお、本件で被告である江東区は、本案前の主張として、①本件民泊提供行為の旅業業該当性につき所管行政庁との間で見解の相違があるに過ぎず、原告は現に本件民泊提供行為を行っているわけではなく、行う見込みがあるかどうかも定かでないので、危険・不安は現に存在しない、②本件訴えは、旅業業法が許可制を採用していること自体を争うものであるから、原告被告間の争いというよりも、原告と国（厚生労働省）との間の争いというべきものである、③原告被告間で本件訴えの対象が確認されたとしても、原告被告間でのみ効力を生ずるにすぎず、捜査機関が本件民泊提供行為を取り締まることを防ぐことはできないことから、確認の利益は存在しない旨を主張している。

しかし、①については、原告の代理人が江東区保健所生活衛生課環境衛生係を訪れ、本件民泊提供行為について相談しているところから、原告には、少な

---

該調査、検討に関する詳細な事情を明らかにすることができない場合、評価基準を定めた行政庁である総務大臣を被告のために本案事件に参加させることが、その事情に通じた行政庁を訴訟に参加させ、訴訟資料を豊富にすることになるとして、原告側からの参加申立てを認めたもの（大阪地決平成26年1月27日判時2316号60頁）がある。

くとも、本件民泊事業を行う意図があったとみるべきであり、このことは本件訴訟を提起したことから裏付けられている。②についても、原告は本件民泊提供行為が旅館業法で許可対象となっている旅館業に該当しないと主張しており、許可制を採用していること自体を争っているのではない。また、③については、先に述べたように、確認訴訟（当事者訴訟）における請求認容判決には関係行政庁への拘束力が認められているにもかかわらず、これを看過したものであり、①～③のどれも妥当な主張だとは思えない。

そもそも、被告が確認の利益について争うことが必要だったのだろうか。本件訴訟だけをみれば、訴えは却下されたので、被告は勝訴したといえよう。しかし、本件民泊提供行為が旅館業法の許可を要するかどうかにつき、裁判所の判断があったわけではないので、原告は本件民泊提供行為は適法であるとして、これを断行するかも知れない。また、江東区内で他の私人がこれと同様の行為をする可能性もある<sup>19)</sup>。その際、その取締りにあたるのは、被告（の職員）なのである。当時の旅館業法においては無許可営業者に対する行政処分の権限もないので、行政指導によって当該行為を中止するように求めていくことになるが、本件のような民泊提供には旅館業法の許可が必要であるとした判決があれば、指導に際してかなり役に立つはずである。

明らかに訴訟要件が欠けているのであればともかく、行政が自らの法解釈・法適用に自信を持っているのであれば、訴訟要件に関して《怪しい》主張をして却下判決を拾いに行くよりも、堂々と本案の主張を展開して、本案勝訴判決を獲得するという戦略をとる方が、長い目で見て、妥当かつ有益ではないだろうか。

---

19) 「旅館業法の遵守の徹底について」前掲注13に掲載されている全国都道府県及び保健所設置市区に対する調査によると、無許可営業の把握件数は、平成25年度62件、平成26年度が131件であり、平成26年度の指導状況（前年度からの継続分を含む133件）の内訳は、許可取得25件（19%）、営業取りやめ73件（55%）、指導継続中11件（8%）、その他24件（18%）である。