

規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済

Regulatory Activities and Remedy by Declaratory Judgment

春 日 修

目 次

- 1 はじめに
- 2 私人の行為の適法性にかかる確認訴訟が適法とされた事例
- 3 私人の行為の適法性にかかる確認訴訟が不適法とされた事例
- 4 原告の「権利」「法的地位」の問題
- 5 原告の「危険・不安」「不利益」の存在
- 6 横川川事件判決のとらえ方
- 7 差止訴訟との関係
- 8 「不安・危険の現実性」と後続の処分
- 9 おわりに

1 はじめに

2004年行政事件訴訟法改正において、行訴法4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が挿入された。これは当事者訴訟、とりわけ確認訴訟の活用をはかるべき旨の立法者の強いメッセージであり、その「立法意思は、抗告訴訟の直接の対象とならない行政の行為（通達や行政指導など）を契機として国民と行政主体との間で紛争が生じた場合を想定し、その法律関係・権利義務関係について、確認の利益が認められるよ

うな場合に、行政事件訴訟法上の当事者訴訟としての確認訴訟が活用できることを明らかにする」⁽¹⁾ ところにあるとされている。

ここで問題となるのが「その法律関係・権利義務関係について、確認の利益が認められるような場合に」というところである。どのような場合に、確認の利益が認められるのかについて、行政事件訴訟法はなにも規定していない。したがって、学説判例等の展開に委ねられたということになるのだろうが、このような立法者からの「丸投げ」については、立案当初から「少なくとも確認の利益は利害関係があれば認める。民事訴訟一般に丸投げしない、という立法政策が必要だったのではないか」⁽²⁾ とか、「法全体の仕組みをそのままにして、一片の確認規定を挿入することのみによって、新たな分野での積極的な活用に期待するといわれても、ある種の『戸惑い』を禁じえない」⁽³⁾ といった批判があった。他方、行訴法改正に携わった立法関係者が、実質的当事者訴訟の活性化のための法的装置を作らず、あるいは作ることができずに、その展開を判例学説に委ねるのは、立法関係者が責任を裁判実務に丸投げする責任転嫁であるとしつつも、活性化のための具体的法的装置に言及することなく、活性化を主張する行政法学者も、立法関係者と同罪である⁽⁴⁾ との意見もある。改正が決して十分なものとはいえない⁽⁵⁾ としても、立法化された以上、できるだけこれを生かして、権利救済の途を広げていくのが、研究者、実務法曹の果たすべき役割といえよう⁽⁶⁾。

(1) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（2004年）84～85頁。他に、小林久起『行政事件訴訟法』（2004年）203頁、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号（2004年）17頁も参照。

(2) 小早川光郎他「鼎談行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって」ジュリスト1263号（2004年）29頁〔阿部泰隆発言〕。

(3) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号（2005年）45頁。

(4) 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）30頁。

実際、行訴法改正以降、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いことの適否を確認訴訟で争うことを認め、次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の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平成17年9月14日判決（民集59巻7号2087頁）、さらに、外国人の母と日本人の父との間の子もで、出生後認知された者について日本国籍を有することを確認した最高裁平成20年6月4日判決（民集62巻6号1367頁）が下された。下級審レベルでの確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例も積み重ねられつつあり、これらを検討した論考も公にされている⁽⁷⁾。

ただし、確認訴訟（当事者訴訟）は、バスケットクローズ（包括条項）的、ラストリゾート（最後の手段）的な性格を有する⁽⁸⁾ため、その活用場面は多種多様である。それゆえ、裁判例を概観しても焦点を絞りきれない恨みがある。

(5) ただし、行訴法4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」との文言を挿入するというだけでも、相当の抵抗をはねのけることが必要だったようである。これについては、水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻8号（2009年）25～26頁。

(6) 公法上の当事者訴訟に否定的な立場をとっていた論者からも「どんな確認訴訟なら適法なのかについては当分不明確であり……法律の適用関係も曖昧であって、誠に無責任な立法であるが、解釈の現場では、確認訴訟の活用可能性を明らかにし、その隘路を除去するように工夫せざるをえない」（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（2009年）316頁）との見解が示されている。

(7) 2004年行訴法改正以降の裁判例を扱ったものとして、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、確井光明「公法上の当事者訴訟の動向(1)」自治研究85巻3号（2009年）17頁以下、「同（2・完）」自治研究85巻4号（2009年）3頁以下、行訴法改正以前からの裁判例にも目を向けるものとして、斎藤博『行政訴訟の実務と理論』（2007年）336～346頁があり、本稿もこれらの先行研究に多くを負っている。

そこで、本稿では、規制行政分野、とりわけ、私人の行為の適法性にかかる確認訴訟（当事者訴訟）に関する裁判例を主たる対象として、その種の事例で確認の利益（とりわけ、その中心である紛争の成熟性＝即時確定の利益）が認められるのは、どのような場合であるかについて、検討してみたいと思う。

民事訴訟において、確認の訴えが認められるためには、確認の利益が必要とされる。これは当事者訴訟としての確認訴訟においても同様であって、確認の利益の可否は、①紛争の成熟性（原告と被告の間の紛争が裁判的救済（確認判決）に馴染むほど成熟していること）、②確認訴訟の補充性（給付ないし形成の訴えによる救済が可能であれば、そちらによるべきこと）、③確認の対象の選び方（救済に適切な確認の対象を選択していること）の観点から検討されるべきものとされる⁹⁾。

このうち、最も判断が難しいのが、紛争の成熟性（即時確定の利益）である。裁判所は、私人の行為の適法性にかかる確認訴訟（当事者訴訟）において、どのような点に着目して、紛争の成熟性（即時確定の利益）の可

(8) 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 卷 6 号（2004 年）969～70 頁は、民事訴訟における確認訴訟のバスケットクローズ（包括条項）的、ラストリゾート（最後の手段）的な性格を、行政事件においても認めようとするところに「『確認訴訟活用』論のココロ」があるとする。

(9) 中川前掲注(8)・977～979 頁を参照。大阪地判平成 19 年 8 月 10 日判タ 1261 号 164 頁も、確認訴訟（当事者訴訟）の「確認の利益の有無を判断するに当たっては、〔1〕確認の対象の適否（確認の対象として選択した訴訟物が当事者間の具体的紛争の解決にとって有効、適切であるか否か）、〔2〕争訟の成熟性（即時確定の現実的必要性）の有無（原告の法律上の地位に現に不安、危険が存在し、それを除去するために確認判決をすることが必要かつ適切であるか否か）、及び〔3〕方法選択の適否（当事者の具体的紛争の解決にとって種々の訴訟類型のうちから確認の訴えを選択することが適切であるか否か）、の観点から検討することを要する」としている。

否を判断しているのでしょうか。行訴法改正後に出された5つの裁判例を素材として、検討してみよう。

2 私人の行為の適法性にかかる確認訴訟が適法とされた事例

I 風営法既存営業確認請求事件

東京地判平成19年3月26日判例集未登載

東京高裁平成21年1月28日判例集未登載

事案の概要

X（原告）は昭和59年11月より、東京都中央区a××番地14において、いわゆるファッションヘルス業を営んでいた。同営業は昭和59年風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、単に「法」という。）改正（昭和60年2月施行）により、規制対象である風俗関連営業（現行法では、店舗型性風俗特殊営業）に該当することとなったが、Xは同年3月に法27条1項に基づく営業届出をしたため、法28条3項により、同営業については同条1項の規定又は同条2項に基づく条例の規定による営業禁止区域の対象とはならないこととなった。

「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について」（平成14年1月22日付け警察庁丙生環発第4号、警察庁丙少発第3号）によれば、営業所の新築、移築、増築等をした場合には、その営業については法28条3項の適用はなくなること、「営業所の新築、移築、増築等」には、大規模の修繕若しくは大規模の模様替又はこれらに準ずる程度の間仕切り等の変更が含まれることとされており、「改築」「大規模な修繕」「大規模な模様替」についての定義も上記基準に定められていた。

Xは平成16年2月、同営業にかかる建物を耐火構造にするための工事を行ったところ、所轄警察署により、同工事は大規模な修繕等に当たるため、今後は法28条2項に基づく条例の適用を受けること、同営業の所在地

は条例による営業禁止区域にあたるため、今後は営業を継続できないこと、仮に営業をすれば取締りの対象となることを告げられた。Xはこれに対して、上記工事は大規模な修繕等に該当せず、同営業には同条3項が適用されることなどを理由に、既存営業者として、上記営業につき同条1項の規定又は同条2項に基づく条例の規定が適用されないことの確認を求めた。

判旨

東京地方裁判所は、確認の利益などの問題に触れることなく、本案に立ちいり、「禁止区域において風俗関連営業を営むことは、本来許されないことであって、昭和59年法律……施行時に現に風俗関連営業を営んでいる者であっても、禁止区域にある限りその営業は当然禁止されるべきものである。もっとも、風俗関連営業は、昭和59年……改正前は規制されておらず、それまで適法に営業されてきたことから、経過規定として、昭和59年風営法28条3項は、施行の際、現に同法27条1項の届出書を提出して風俗関連営業を営んでいる者の当該風俗関連営業について、例外的に、禁止区域における営業の継続を認めたものであり、……かかる法の趣旨に鑑みれば、同法28条3項が適用されるのは、あくまでも昭和59年風営法施行の際に営業しており、同法27条1項の届出をした風俗関連営業と同一の営業の場合に限られるべきであって、当該営業が、営業所の建物の新築、増改築、大規模な修繕や模様替え等を行ったことによって、以前の営業所における営業との同一性が失われるような場合には、もはや従前より営んでいたことによる例外的な保護を与える必要は毫も存しないのであるから、同法28条3項の適用が除外されると解すべきである」とした上で、工事の実態に即し、「本件工事がされた後の本件営業所における営業は、もはや従前の営業との同一性が失われたというべきである」として、請求を棄却した。

なお、控訴審も、原審の判断を維持し、控訴を棄却している。

II 撤去義務等不存在確認請求事件

名古屋地判平成 21 年 2 月 19 日判自 330 号 53 頁

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091127094513-1.pdf>

名古屋高判平成 21 年 10 月 23 日判例集未登載

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091127094318.pdf>

事案の概要

愛知県青少年保護育成条例（以下、「本件条例」という）は、成人向け図書
の自動販売機による販売を規制するため、有害図書類の指定等（6 条）、
図書類の自動販売機の届出制（8 条、違反に対しては 29 条 7 項により刑罰
が科される）、自動販売機への有害図書類の収納禁止、撤去義務（11 条、違
反に対しては 29 条 3 項により刑罰が科される）といった諸規定を設けて
いた。

A 社は、東京に本社を置く会社であり、事業の一つとして、「A 式通信制
御販売システム」を使用した成人向け図書等の受託販売業務を行っていた。
このシステムは、天井と四方の壁で囲まれ、センサーの設置された入り口
のほかに進入口のない簡易店舗の中に、センサー、コパートカメラ、「商品
交換機」（以下、「本件販売機」という）等の機器を設置し、店舗に人が進
入する度にセンサーが感知してコパートカメラが作動して、遠隔地にいる
集中販売センターの販売員が、モニターを通じて購入希望者の年齢等を確
認し、購入希望者が適格者であると判断した場合には、本件販売機を稼動
状態にして販売し、購入希望者が非適格者であると判断した場合には、本
件販売機を販売休止状態のままとし、退出のアナウンスを流すなどして販
売しないという方式で、年齢制限その他購入者の属性を確認・記録する必
要のある商品等を販売するものである。

X（原告）は、A 社と販売業務委託契約を締結した。この契約によれば、
A 社は、本件システムを備えた店舗に進入する者を判別し、その年齢が満
18 歳以上である場合にのみ、本件販売機の電源を入れ、商品を販売し、満

18歳未満である場合には、本件販売機の電源を入れず、商品を販売しないことといった業務を行い、XはA社に対して、業務委託料金、手数料を支払うこととされていた。

愛知県の県民生活部社会活動推進課職員らは、平成19年4月26日、「図書類の自動販売機に関する法令講習会」を開催し、「遠隔監視装置付き自動販売機」も本件条例にいう「自動販売機」に該当し、これに有害図書類を収納する行為が本件条例の自動販売機収納罪（29条3項、11条1項）に該当することなどを説明した。

これに対して、Xは愛知県を被告として、①Xの設置する本件販売機に収納された図書につき本件条例11条2項に定める撤去義務を負わないことの確認、②Xの設置する本件販売機につき本件条例8条1項に定める届出義務を負わないことの確認を求める訴えを提起した。

判旨

名古屋地方裁判所は、「愛知県知事と原告との間に、原告が現に愛知県内に設置して有害図書類を収納・販売している各本件販売機について、原告が本件条例8条1項の届出義務を負うのか否か、本件条例11条1項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つて、これにより、原告が本件販売機ごとにあらかじめ愛知県知事に本件条例8条1項の届出をしなくても別紙機械目録2記載の各本件販売機により図書類を販売することができるのか否か（……）、また、原告が別紙機械目録1及び2記載の各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原告と愛知県知事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。（*控訴審判決はこの部分に後述の理由を追加）そして、原告が被告との間の本件訴訟において勝訴すれば、その判決の拘束力（行政事件訴訟法41条1項、33条1項）により、愛知県知事は判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断にわたり判決に拘束されることになり、原告と愛

知県知事との間の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、愛知県知事と原告との間で原告に本件販売機につき本件条例 8 条 1 項の届出義務も本件条例 11 条 1 項の有害図書類を収納してはならない義務も負わないことが確定されれば、その義務の不履行ということはある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。）」として、既に届出をした販売機につき届出をしなくても図書類を販売することができることの確認を求める部分を除き、確認の利益があり適法なもの認められるとした。

しかし、裁判所は、①「本件販売機による図書類の販売について、A 社の従業員と客とが直接に対面しているものということができないことは明らかであるから……本件販売機は、本件定義規定にいう『物品を販売するための機器で、物品の販売に従事する者と客とが直接に対面（電気通信設備を用いて送信された画像によりモニターの画面を通して行うものを除く。）をする方法によらずに、当該機器に収納された物品を販売することができるもの』に当たるものと認められ」、②「有害図書類の自動販売機への収納の禁止は、有害図書類の販売という職業活動の自由を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要かつ合理的な制約と認められるから、憲法 22 条 1 項に違反するものではなく」、③本件システム「のような方法をもって青少年の有害図書類の購入を十分に阻止することができるものでないことは、経験則上明らかというべきであり、販売機を簡易店舗内に設置することなどにより、客が心理的に購入しやすい雰囲気を作られていること、24 時間購入可能であること、簡易店舗や販売機に客の購買欲を刺激する表示等がなされていることから「本件システムを利用した本件販売機による有害図書類の販売が書店等における販売に比べてその弊害が一段と大きいものであることは、一般の自動販売機による販売の場合と何ら変わりがないと

いべきである」として、請求を棄却した。

控訴審は、第1審の理由をほぼそのまま引用して控訴を棄却したが、確認の利益が認められる理由として、第1審判決の理由の*部分に、「すなわち、控訴人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。」という一文を追加した。

Ⅲ 医薬品ネット販売の権利確認等請求事件

東京地判平成22年3月30日判例集未登載

事案の概要

2006年改正薬事法の施行に伴い、2009年に薬事法施行規則が改正され、薬局開設者又は店舗販売業者が当該薬局又は店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与を行う場合は第一類医薬品及び第二類医薬品の販売又は授与は行わない旨の規定（薬局開設者につき薬事法施行規則15条の4第1項第1号、同規則142条において店舗販売者に準用）等が設けられた。従来、医薬品のインターネットによる通信販売を行ってきたXら（原告）は、国を被告として、①原告らが第一類・第二類医薬品につき郵便等販売をすることができる権利（地位）の確認、②改正省令中の薬事法施行規則に本件各規定を加える改正規定が無効であることの確認を求めるとともに、予備的に、③本件改正規定の取消しを求めて、出訴した。

判旨

東京地方裁判所は、②③の請求は行訴法3条4項、同2項に基づくものであり、その対象は処分に限られるところ、「本件改正規定は、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といべきであり、当該省令

の規定の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないので、改正省令中の本件改正規定の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない」として、②③の訴えを却下した。

他方、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売をすることができる権利（地位）の確認の訴えは、「公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ、原告らは、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、この規制は営業の自由に係る事業者の権利の制限であって、その権利の性質等にかんがみると、原告らが、本件各規定にかかわらず、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売の方法による販売をすることができる地位の確認を求める訴えについては、……本件改正規定の行政処分性が認められない以上、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、単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、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」と解するのが相当である（なお、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ず、本件改正規定の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことがで

きないとするのは相当ではないと解される。）」とした。

しかし、裁判所は、本件諸規定の委任立法としての適法性について、薬事法 36 条の 5 は「一般用医薬品の販売（……）における販売の方法・態様について」、同 36 条の 6 は「一般用医薬品の販売又は相談応需における情報提供（……）の方法・態様についての定めを有資格者（……）の関与の在り方を含めて厚生労働省令に委任したものと解するのが相当であ」って、本件諸規定は、この委任に基づくものであり、「一般用医薬品のリスク分類並びにその区分に応じた販売及び情報提供の方法・態様の在り方については、医学的・科学的な知見・検証等に基づく専門的・技術的な検討を必要とし、新たな知見や副作用の発生状況等の事情の変化に柔軟に対応する必要もあることから、……その定めを厚生労働省令に委任したもの」であるところ、「第一類・第二類医薬品についての薬剤師又は登録販売者による情報提供は対面で行うべきこと等……一般用医薬品についての薬剤師又は登録販売者による販売は第三類医薬品を郵便等販売する場合を除き対面で行うべきこと等……一般用医薬品の郵便等販売を行う場合は、第一類・第二類医薬品の販売を行わないこと等を定めていることについては、……当該法律の委任の範囲に包含されており、……本件各規定のいずれの定めも、その委任の範囲を超えるものではないというべきである」と判示した。さらに、裁判所は、本件規制の合憲性について、規制の目的や性質、原告のさまざまな主張を検討した上で、「本件規制は、……規制目的（一般用医薬品の適切な選択及び適正な使用を確保し、一般用医薬品の副作用による健康被害を防止すること）を達成するための規制手段としての必要性と合理性を認めることができ、医薬品の副作用（副作用に関する消費者一般の意識・認識等を含む。）及び情報通信技術等をめぐる本邦の現状の下において、営業活動の態様に対するより緩やかな制限を内容とする規制手段によっては上記の規制目的を十分に達成することができないと認められる以上、立法機関（立法府の制定した法律により行政立法の権能の委任を受けた行政

機関を含む。)の合理的裁量の範囲……を超えるものではないというべきであり、本件規制及びこれを定める本件各規定を薬事法施行規則に加える改正省令中の本件改正規定は、憲法 22 条 1 項に違反するものということはできない」とした。さらに、省令制定手続にも違法な点はなかったとして、地位確認の訴えにかかる請求を棄却した。

3 私人の行為の適法性にかかる確認訴訟が不適法とされた事例

IV 再放流禁止義務不存在確認請求事件

大津地判平成 17 年 2 月 7 日判時 1921 号 45 頁

大阪高判平成 17 年 11 月 24 日判自 279 号 74 頁

事案の概要

滋賀県琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例 18 条は、琵琶湖におけるレジャー活動として魚類を採捕する者は、外来魚（ブルーギル、オオクチバスその他規則で定める魚類をいう。）を採捕したときは、これを琵琶湖に放流してはならないと定めている。この事件は、琵琶湖でキャッチ・アンド・リリースによる釣りを行っていた X らが、滋賀県を被告として、X らが行ったオオクチバスの再放流行為について、オオクチバスを再放流してはならないとの義務がないことの確認などを求めたものである。

判旨

大津地方裁判所は、確認の訴えは「現在本件規定による禁止義務がないことの確認を求めるものとも解することができ、その確認の利益の有無については、通常の民事訴訟と同様、本件規定により原告らのどのような権利や法的利益がどの程度制約され、その危険・不安を排除する必要があるのかによって、判断されることになる」とした上で、「個人のレジャー活動という私的領域に関する事柄一般について、憲法 13 条の基本的人権と

して保障される場合があり、魚釣りを楽しむことがこれに含まれると解する余地があるとしても、それ以上に、特定の公共用物において特定の魚類を採捕して放流するということまでをも含むものではないし、また、同様に原告らの主張する憲法 19 条及び 20 条によって保障される具体的な権利又は法的利益であるということもできず、原告らの主張する不安や危険は、事実上の影響にすぎず、法律上のそれであるとは認められない」と判示した。

さらに、控訴審は「過去の再放流行為について本件規定に基づく禁止義務が存するか否かの確定は、ただ単に、その時点における上記義務違反の存否を事実上確定するだけにすぎず、また、本件規定には罰則がないことを考え併せると、上記確定により、本件規定を巡る現在の紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならないというべきであるから、控訴人には、その確認を求める法的利益があるとはいえないといわねばならない」し、「一般に、一般私人が琵琶湖のような公共用物（自然公物）を使用することによって享受する利益（いわゆる自由使用）は、特定人の公共用物の使用が特定の権利又は法律上の利益に基づくものであることを認めるべき特段の事情がない限り、公共用物が一般私人の使用に供されていることによる反射的利益にすぎず、当該私人が公法上の権利として当該公共用物を使用する権利ないし法律上の利益を有するものではない。本件においては、控訴人のような一般私人（釣り人）がレジャー活動として琵琶湖でオオクチバスを採捕し、これを生きたまま琵琶湖に再放流（キャッチ・アンド・リリース）することにつき、上記のような特段の事情があると認めるに足りる証拠はないから、特定の個人が、上記オオクチバスを生きたまま琵琶湖に再放流する権利ないし法律上の利益を有しているとはいえない……そうすると、本件規定は、特定の個人の具体的な権利ないし法律上の利益に影響を及ぼすものではないから、控訴人には、本件規定に基づく禁止義務のないことの確認を求める法律上の利益を肯定することはできない」として、

控訴を棄却した。

V 使用権確認請求控訴事件，同附帯控訴事件

東京高判平成 19 年 4 月 25 日判例集未登載

事案の概要

X（原告）は，その前所有者が平成 9 年廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下，「廃掃法」という）施行令改正前にその当時廃掃法 15 条 1 項に基づく許可が不要とされていた小規模の産業廃棄物処理施設（ミニ処分場）を設置利用していた土地（以下，「本件土地」という。）を賃借し，産廃施設である本件施設を利用する旨の承諾を得たと主張して，平成 15 年 11 月 5 日付けで，千葉県に対し，既設の産廃施設として使用再開する旨を記載した「届出書」と題する書面を送付した。これに対し，千葉県は同月 26 日付けで，X に，本件土地上に許可不要とされる既設処分場の存在が確認できないため，本件土地を産廃施設として使用することはできない旨を通知し，また，銚子警察署等と連名で，「本件土地に，産業廃棄物を投棄した場合は廃掃法 16 条に違反することになる」などと記載した「警告書」を掲示した。そこで，X は，廃掃法 15 条 1 項に係る千葉県知事の許可を要しない地位にあることの確認を求める訴えなどを提起した。

千葉地方裁判所は，確認の訴えにつき，確認の利益を認めつつ，本件土地にミニ処分場が存在したとは認められないとして，確認の訴えを棄却したため，X が控訴し，千葉県も附帯控訴をした。

判旨

東京高等裁判所は，「ある者が土地を産業廃棄物の処分場として使用する権利自体は，土地の所有権その他の私法上の土地使用権を権原としたものであって，仮に，平成 9 年改正令の施行前に既設ミニ処分場を設置している者があったとしても，平成 9 年改正令が何らの経過措置を設けていないことに照らすと，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るわけでないことは明らかである。そうすると、本件において既設ミニ処分場が上記改正令の施行前に設置されていたとして、本件施設につき許可を得ずに使用できる公法上の権利を有していると主張して提起した控訴人の本件地位確認請求は、控訴人の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いうべきであるから、これをもって行訴法4条所定の公法上の法律関係に関する確認の訴えに当たると解することはできない。したがって、控訴人の本件地位確認請求は、不適法なものとして却下を免れない」とした。

さらに「仮に控訴人の本件地位確認請求が公法上の法律関係に関する確認の訴えに当たると解する余地があるとしても、このような訴えについて確認の利益があるというためには、控訴人に対して予想される刑事処分その他の不利益処分をまっぴら、これに関する訴訟等において事後的に本件許可の取得の可否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情が存在しなければならない（最高裁平成元年7月4日判決、裁判集民事157号361頁参照）。本件において、既設ミニ処分場が存在するか否かについて、控訴人と行政当局ないし捜査機関との見解が対立し、最終的に控訴人が刑事処分等の手続に付せられることになったとしても、それらの手続において上記の点を争うことができるのであって、予め本件許可の可否を確認しなければ回復しがたい重大な損害を被るおそれがあるということとはできず、他に上記の特段の事情が存在することを認めるに足りる証拠はない」として、控訴を棄却するとともに、千葉県の前控訴に基づき、第1審の請求棄却判決を取消し、訴えを却下した。

4 原告の「権利」「法的地位」の問題

上記裁判例のうち、IVは「権利」「法的利益」が存在しないので、確認の

利益を欠くものとしており、Vは公法上の「権利」「法的地位」が存在しない以上、公法上の「法律関係に関する……訴え」にあたらぬものとして、公法上の「権利」「法的利益」「法的地位」の欠如を理由に、確認訴訟を不適法としている点で共通している。

しかし、Vの事例では、原告がその存在を主張するミニ処分場で産業廃棄物を処理することができる（「権利」とはいえないまでも）「法的地位」を認めることができるのではないだろうか。Vの事件で裁判所は、「ある者が土地を産業廃棄物の処分場として使用する権利自体は、土地の所有権その他の私法上の土地使用权を権原としたもの」としているが、私法上の土地使用权などの権原があっても、「許可」を得ずに産業廃棄物処分場として利用することは、廃掃法で禁止されており、許可を得て初めて土地を産業廃棄物の処分場として適法に使用することができるようになるのである。すなわち、許可は、「当該施設において適法に産業廃棄物を処理することができる法的地位」を設定するものであるということができる。この「法的地位」は、処分により付与されることから、私法上のものではなく、「公法上の」法的地位である。原告はミニ処分場の存在を理由に許可を得なくても、「当該施設において適法に産業廃棄物を処理することができる法的地位」を有すると主張しているのだから、「権利」とはいえないとしても、「法的地位」にかかる紛争としての性格を持ち、したがって、これは「公法上の法律関係に関する……訴え」にあたるといえよう⁽¹⁰⁾。

(10) ミニ処分場が存在したという事実が認められない（これは第1審の認定した事実である）とか、ミニ処分場が存在したとしても法令上原告は当該ミニ処分場で産業廃棄物を処理することが認められないといったことは本案で判断すべき事項であると思われる。小山正善「判批」岡山大学法学会雑誌59巻2号（2009年）249頁以下や、碓井前掲注(1)自治研究85巻3号・28頁も、この判決は本案判断事項を訴訟要件に前倒ししているのではないかと疑問を呈している。

確認訴訟が適法であると認めたⅢにおいて、裁判所は、一般販売業の許可を受けた者が、郵便等販売の一種であるインターネット販売により一般用医薬品の販売を行っていたところ、法令改正によりこれができなくなったことを「営業の自由に係る事業者の権利の制限」と捉えている。医薬品の販売は許可制なので、この「事業者の権利」とは、許可により付与された「医薬品を適法に販売しうる法的地位」を意味する。Ⅰの事件では、法令（条例）により、当該場所では風俗関連営業をなしえないにもかかわらず、規制導入前から営業していたことをもって、営業禁止区域による規制の対象となっていなかった。これは風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律 28 条 3 項により認められた「既存営業として営業禁止区域の規制を受けない法的地位（法的利益）」ということになるのだろうか。

しかし、Ⅱの事件の場合、法令が何らかの法的地位を付与している（いた）とか、法的利益を認めている（いた）といった事情は認められない。要するに、青少年保護育成条例がなかったときは、規制を受けずに、自由に自動販売機により図書を販売することができたというだけのことである。Ⅱの事件でも「自動販売機で図書販売する法的地位（法的利益）」を措定することはできるが、このような法的地位は実定法に明確な根拠があるわけではない。この事件で原告が「法的地位」が存在することの確認ではなく、「義務」不存在の確認を求めたのも、そのためだろう。

これは、Ⅳの事件も同様で、法令が何らかの法的地位を付与していたとかいった事情はなく、琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例がなかったときには、規制を受けずに、自由にキャッチ・アンド・リリースができたということにすぎず、「琵琶湖でブラック・バス等をキャッチ・アンド・リリースできる法的地位」を措定しても、実定法上明確な根拠はあるわけではない。

Ⅱの事例とⅣの事例に違いがあるとすれば、図書の販売が、憲法上の経済活動の自由による保障の範囲内であることが明確であるのに対し、

キャッチ・アンド・リリースについては、他のさまざまな「私的領域に関する事柄」と並んで、憲法上の幸福追求権等を引き合いに出すことができるに留まることである。

Ⅳの判決のように、当事者訴訟＝確認訴訟で救済を求めるためには、公法上の（＝実定法を根拠とする）「権利」「法的利益」「法的地位」が必要であるというのであれば、Ⅰ・Ⅲ・ⅤとⅡ・Ⅳの間に一線が引かれることになる。

また、公法上の「権利」「法的利益」「法的地位」が認められる場合の他、憲法上の自由権の保障の範囲にある場合でも足りると考えるのであれば、Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ・Ⅴについては確認訴訟で争うことができるが、Ⅳはできないことになりそうである。このような考えも全く妥当しないわけではない。

しかし、公法上の（実定法を根拠とする・憲法上保護された）「権利」「法的利益」「法的地位」の有無にこだわるのが、本当に必要なのだろうか。従来「行政法規は、多くの場合、国民の権利利益を直接画定するよりは、むしろ行政機関の権限行使に対する法的拘束を定めることにより間接的に国民の権利利益の尊重をはかるという形式をとっている。……実体法理の解明に努力してもなお、国民の具体的な請求権という形で『実体権』があるとはいいたいがたい場面がかなり残ることもやむをえない。このようなときに、民事訴訟における確認訴訟の観念にはなじみがたいものであっても、紛争が成熟している限りにおいて、行政機関による行政法規の解釈適用の適法違法について裁判所が有権的な確認判断を示すことが有意義であると考えて、『公法上の当事者訴訟』を適法とみることができる場合があるように思われる」⁽¹¹⁾ とか、「行政実体法は全体として、民事実体法と異なり、権利主体相互間の請求権を直接定める体裁をとっていない……。むしろ、行

(11) 高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川一郎献呈論文集『行政法の諸問題（中）』（1990年）366～67頁。

政機関がどのように社会秩序を維持・形成すべきかを定める体裁をとる。したがって、行政実体法を、裁判所が原告の権利利益を保護するために行政機関の行為を統制する局面に接合させるには、民事実体法・民事訴訟法の場合とは異なる法規定や法理を工夫する必要がある⁽¹²⁾ といった指摘がなされてきた。

さらに、民事訴訟においては、紛争の成熟性（即時確定の利益）は、①原告の地位に対する危険・不安の存在と、②この危険・不安の現実性というものに分けて論ぜられ、このうちの、①では確認請求をすることによって、原告が得られる実益の存在が問題になるが、この実益とは事実上の利益ないし期待でも足りるというのが最近の学説の一般的な理解であり、これを行政指導にあてはめれば、行政指導が当然には法律上の効力を持たないというような場合であっても、原告に事実上の不利益を与える蓋然性があれば、民事訴訟的にはその行政指導を争う利益というものが認められる余地があるといわれている⁽¹³⁾。

このような見解によれば、確認の利益の有無を判断する際に目を向けるべきものは、公法上の「権利」「法的地位」ではなく、原告の「危険・不安」「不利益」ということになる。

5 原告の「危険・不安」「不利益」の存在

上記 I～V の事例において、原告が被っていると主張している「危険・

(12) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 巻 4・5 号（2004 年）644 頁。

(13) 司法制度改革推進本部「行政訴訟検討会（第 19 回）議事録」（山本和彦発言）
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoshou/dai19/19gijiroku.html>

不安」「不利益」については、次のような観点で整理することができる。

- ①原告がある行為をしている（現にしようとしている）。
- ②(a)行政は当該行為を法令で禁止されていると判断している。あるいは、(b)法令・通達などの文面から、当該行為が禁止されていることが明らかである。
- ③原告は、(1)行政の上記判断は事実認定若しくは法令解釈を誤ったものである。あるいは、(2)原告の行為を制約している法令・通達等が違憲、違法である、と考えている。
- ④原告が上記行為を（継続）した場合、制裁（刑罰、不利益処分など）を受けるおそれがある。

I～V（さらに、参考として、最高裁判所が確認訴訟を認めたとされる⁽¹⁴⁾「薬事法第五条の規定による薬剤師の薬局開設許可または許可更新義務不存在確認請求事件」）につき、①～④の観点からまとめたのが次頁の表である。

①の欄でわかるように、これらの事例は全て、原告の具体的行為にかかるものである。そして、①の欄の行為は、②の欄の法令あるいは行政機関の法令適用（法解釈、事実認定）によって違法とされている。しかし、原告は③の欄のような主張に基づき、①の行為は適法であると考えている。すなわち、①の具体的行為をしてはならないという「義務」があるのかどうかにつき、原告と被告たる国・公共団体の間に紛争（②と③の対立）があり、これは法令の適用（②、③のいずれの主張が妥当かを裁判所が判定すること）により解決可能である。すなわち、これらは「法律上の争訟」にあたるものであって、Ⅲ、Ⅴのように（条例を含む）法令を直接攻撃し

(14) 正確には、確認訴訟が適法であると判示したのは、第1審（東京地判昭和37年10月24日民集20巻6号1227頁）であり、最高裁判所はそれを受けて本案について判断しているのみである（最判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁）。

ているようにみえるものであっても、一般的抽象的な規範統制訴訟ではない。

さらに、④の不利益の存在により、原告は①の行為をすることができない状態にある。ここに「危険・不安の存在」があると考えられるのではないか。

	①	②	③	④
I	東京都中央区a××番地14におけるファッションヘルスの営業	当該店舗は大規模な修繕等を行ったため、営業禁止区域において営業することはできなくなった	当該改修は大規模な修繕等にはあたらない、など	刑罰 不利益処分
II	A式通信制御販売システムを使用した有害図書類の販売	A式通信制御販売システムの商品交換機は、条例の自動販売機に該当し、有害図書類を収納することはできない	商品交換機は、条例の自動販売機に該当しない 商品交換機が条例の自動販売機に該当するなら、本件条例は違憲、など	刑罰
III	第1種医薬品等の郵送販売（インターネット販売）	薬事法施行規則により第1種医薬品等の郵送販売を禁止	薬事法施行規則の当該部分は違憲・違法	不利益処分
IV	琵琶湖におけるブラック・バス等のキャッチ・アンド・リリース	条例によりブラック・バス等のキャッチ・アンド・リリースは禁止	条例の当該部分は違憲・違法	なし
V	原告が使用権を獲得したミニ処分場の産業廃棄物の処理	原告が使用権を獲得したと主張するミニ処分場は存在しない	原告が使用権を獲得したミニ処分場は存在する	刑罰
参考	薬局開設許可・許可更新を得ないでの薬局経営	改正薬事法により昭和38年以降は許可等が必要	改正薬事法の当該部分は違憲	刑罰 不利益処分

ここで問題となるのが、IVの場合である。滋賀県琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例18条では、ブラック・バス等の再放流を禁じてはいるが、これに違反した場合の処罰規定もなく、不利益処分も予定されていない。

ない。義務の性格上、強制執行も考えられない。このような場合にまで、確認の利益（即時確定の利益）を認めるには無理があり⁽¹⁵⁾、Ⅳの判決は結論において妥当である⁽¹⁶⁾ことになる。

6 横川川事件判決のとらえ方

ただし、①につき、②③のような紛争があり、④のような不利益が存在する場合には、紛争の成熟性（即時確定の利益）が認められると考えるためには、Ⅴの事件で裁判所が指摘した、最高裁平成元年7月4日判決（判時1336号86頁、いわゆる横川川事件判決）の存在をどう考えるかという問題をクリアしておかなければならない。Ⅴの判決が言うように、確認の利益が認められるためには、原告「に対して予想される刑事処分その他の不利益処分をまっけて、これに関する訴訟等において事後的に本件許可の取得の可否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情が存在しなければならない」とすれば、④のような不利益では、紛争の成熟性（即時確定の利益）は認められないことになる。

(15) このような場合については、「難しいなと思うのは条例などで、命令権限の規定があるけれども、違反者に対して行政上の強制執行はできなさそうだ、刑罰規定もないという場合、確認の利益があるのか。義務は命令で発生し得るけれども、履行確保手段が無さそうな条例の場合に、確認の利益があるのかという問題です。そんな命令は無視したらいいのではないかという考え方もできそうで、そこら辺は難しいと思うのです」（「(研究会)改正行政事件訴訟法」ジュリスト増刊『改正行政事件訴訟法研究』（2005年）155頁 [中川丈久発言]）との指摘がある。

(16) もっとも大阪高裁は「上記義務違反の存否を事実上確定するだけにすぎず、また、本件規定には罰則がないことを考え併せると、上記確定により、本件規定を巡る現在の紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならないというべきである」と述べている（強調春日）。

横川川事件は、横川川の右岸に土地を所有していた X が、当該土地に盛土をしたところ、河川管理者である高知県知事が、土地の一部が河川法 6 条 1 項 1 号の河川区域に該当すると判定して盛土を行政代執行により除去したため、同知事を被告として、当該土地が河川法上の河川区域ではないことの確認を求めて出訴したものである。第 1 審、控訴審ともに X が敗訴したため、X が上告したところ、最高裁判所は、「上告人が、河川法七五条に基づく監督処分その他の不利益処分をまって、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということとはできないから、上告人は、あらかじめ河川管理者たる被上告人が河川法上の処分をしてはならない義務があることの確認（第一次的訴え）ないし河川法上の処分権限がないことの確認（第二次的訴え）及びこれらと同趣旨の本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認（第三次的訴え）を求める法律上の利益を有するというとはできない」として、上告を棄却したものである。

伊藤正己裁判官の補足意見によれば、「第一次的訴え及び第二次的訴えは、講学上いわゆる『無名抗告訴訟』に当たるものと考えられ」、「第三次的訴えは、訴えそのものの趣旨とするところに上告人の主張の仕方をも併せ考えると、本件土地が河川法上の規制を負わないことの確認を求めていることが明らかであるから、結局、右の第一次的訴えないし第二次的訴えと同趣旨の無名抗告訴訟と解される。……（仮に、右の第三次的訴えが行政事件訴訟法四条にいう『当事者訴訟』に当たるとしても、その場合、右の第三次的訴えは、本件河川の管理主体である国を被告として提起し追行すべきものであって（……）。その機関である被上告人を被告として提起すべきものではないから、この点において不適法である。）」とされている。

このような見方によれば、横川川事件は無名抗告訴訟であり、「不利益処分をまって、これに関する訴訟等において事後的に……争ったのでは回復

しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情が存在しなければならぬ」のは、無名抗告訴訟であって、当事者訴訟としての確認訴訟の場合は、このような制約は及ばないと解することができる。

もっとも、「法廷意見は無名抗告訴訟であることを明確にしていなかったため、当事者訴訟の扱いとして述べていたと解することもできないわけではない」⁽¹⁷⁾ し、無名抗告訴訟・当事者訴訟を問わずに、確認の利益（紛争の成熟性＝即時確定の利益）を否定しているのだと解することも可能である。

しかし、「当事者の合理的な訴訟行動の確保という観点から、提訴のタイミングを遅らせると原告が負担に耐えかねて提訴そのものを諦める（泣き寝入りする）ことがないかという視点が重要で」あって、「最高裁が横川川事件や長野勤評事件において示す（行政訴訟における）確認の利益の考え方は、ヘラクレス的不屈の人物を想定しているようであり、現実性に欠ける」⁽¹⁸⁾ という見解は妥当であり、そのためには横川川事件等における「『事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合』にのみ確認の利益を認めるという判例理論も、この際、御破算にされなければならない」⁽¹⁹⁾ と思われる。

そのためには、行訴法改正による差止訴訟の法定化、当事者訴訟への確認訴訟の明記とその活用論などにより、横川川事件の「不利益処分をまつて、これに関する訴訟等において事後的に争ったのでは、回復しがたい重

(17) 確井前掲注(1)自治研究 85 巻 3 号・28 頁。

(18) 中川前掲注(8)・978 頁。また、「紛争というのは、後に行けば行くほど訴える側の敗訴のリスクが大きくなったり、既成事実化したりして、結局、原告の側の泣き寝入りになりやすいし、そこはもう、紛争が、成熟どころか腐っている状態です。そこまで待てというのは、裁判制度の自己否定でしょう」(「(研究会) 改正行政事件訴訟法」前掲注(15)・157 頁 [中川丈久発言]) ともいう。

(19) 山田前掲注(3)・47 頁。

大な損害を被るおそれがある等の特段の事情がある」場合にのみ許容されるという部分は、先例的価値を失ったと解するべきなのではないか。

あるいは、横川川事件はあくまで無名抗告訴訟に関する先例であって、当事者訴訟に関する先例ではないと解することも考えられる。実際、横浜地方裁判所は、県立高校職員が国旗に向かって起立して国歌を斉唱することを強制されることは、原告らの思想・良心の自由を侵害し、教育に対する不当な支配の禁止に反するなど主張して、原告らが被告に対し、県立学校の入学式、卒業式の式典において、国旗に向かって起立し国歌を斉唱する義務のないことの確認を求めた事案において、当事者訴訟としての確認の利益を肯定したが、その際、長野勤評事件判決⁽²⁰⁾との関係につき、「長野勤評事件判決は、教員らの自己観察表示義務の不存在確認請求について実質的には懲戒処分等の差止めを求めるものであり、予防的な無名抗告訴訟と解した上で、それが許容される要件を示した事案と解するのが相当であるところ、本件は、当事者訴訟としての公法上の法律関係に関する確認の訴えであり、その訴訟類型を異にする。また、長野勤評事件判決においては、実質的には将来の不利益処分の差止めを求める訴えと理解することが相当な事案であったのに対して、本件は、現に教育長通知に起因する職務命令により課されている国歌斉唱時の起立斉唱義務自体から生じる法的地位の不安並びに現在及び将来にわたって生じる昇格・給与上の不利益、懲戒処分等のおそれをそれぞれ除去するために国歌斉唱時の起立斉唱義務の不存在確認を求めた事案であり、長野勤評事件判決とは事案を異にする。そうすると、長野勤評事件判決の射程は本件には及ばないと解するのが相当である」⁽²¹⁾と判示している。横川川事件についても、このような理解をすることで、その射程を狭く解し、当事者訴訟＝確認訴訟の途を開くことこそが、2004年行政事件訴訟法改正の趣旨目的に適合するものではないだろうか。

7 差止訴訟との関係

確認訴訟における紛争の成熟性（即時確定の利益）の判断に際しては、さらに、差止訴訟との関係を検討する必要がある。確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟については「排他的なものと捉え、一方が他方に優先すると考える必要も」なく、「要は、個々の訴訟の要件が満たされていれば良いわけ

20) 県立高校教職員の勤務評定の実施にあたり、教職員自身がその職務、勤務、研修等の事項につき自己観察結果を記載することとされたため、勤務評定表への表示義務は内心的自由や学問の自由を侵害するとして、表示義務を負わないことの確認を求めた事例である。この事件で最高裁判所は「所論の表示義務なるものは、それ自体その履行を直接強制されるような義務ではなく、その違反が懲戒その他の不利益処分の原因となるにすぎないものであるから、本訴の趣旨とするところを実質的に考察すれば、上告人らの過去もしくは将来における右義務の不履行に対し懲戒その他の不利益処分が行なわれるのを防止するために、その前提である上告人らの義務の不存在をあらかじめ確定しておくことにあるものと解せられる」とした上で、「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然許されるわけではなく、当該義務の履行によつて侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しが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当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである」ところ、「上告人らにおいて不利益処分をまつて義務の存否を争つたのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情の存在は、いまだこれを見出すことができないのである」とした。

(21) 横浜地判平成 21 年 7 月 16 日判例集未登載

であって、両者の要件を満たすのであれば、原告の選択により、どちらか片方または両方の提起が認められて差し支えあるまい⁽²²⁾といわれていた。訴訟要件に関しては、「後に不利益処分が予想されるのであれば一律に、確認訴訟ではなく行政処分差止訴訟が提起されるべきではないか、その結果、改正法 37 条の 4 が差止訴訟の要件として定めるところ（一定の処分または裁決がされることにより重大な損害を生じるおそれがある場合に限り、提起することができる）が適用されるのではないかという問題」が指摘されており、これに関しては、両訴訟は「それぞれ固有の領域を持って役割分担をする関係にあり、その限りでは、差止訴訟の要件規定が確認訴訟に影響を及ぼすことはないと考えるのが、改正法の適切な解釈である⁽²³⁾」という見解があった。

しかし、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益の判断につき、差止訴訟の訴訟要件である「重大な損害」を考慮に入れている、次のような裁判例がある。

VI 基礎点数無効確認等請求事件

大阪地判平成 19 年 8 月 10 日判タ 1261 号 164 頁

大阪高判平成 20 年 2 月 14 日判例集未登載

事案の概要

この事件は、平成 18 年 5 月 27 日に座席ベルトを装着しないで普通乗用自動車を運転していたとして違反を告知され、大阪府公安委員会から道路交通法 71 条の 3 第 1 項、同法施行令別表第二に基づいて基礎点数 1 点を付された X が、上記告知は取締りに当たった警察官の明白な誤認による

⁽²²⁾ 南博方、高橋滋『条解行政事件訴訟法第 3 版補訂』（2009 年）128 頁 [山田洋執筆部分]。

⁽²³⁾ 中川前掲注(8)・981 頁。

ものであるとして、これによって付加された点数が無効であることの確認などを求めたものである。

判旨

大阪地方裁判所は、「自動車の運転免許の所持者と公安委員会等（の帰属する権利主体）との間における当該所持者に係る座席ベルト装着義務違反の不存在を前提とする現在の累積点数を対象とする確認訴訟は、法律上の争訟（裁判所法3条1項）に該当することが明らかである」としつつ、確認訴訟には確認の利益が必要であり、それは①確認対象の適否、②紛争の成熟性（即時確定の現実的必要性）③方法の選択の適否の観点から検討すべきであるところ、改正行訴法が、「差止めの訴えについて『処分又は裁決がされることにより重大な損害が生ずるおそれがある場合に限り、』提起することができ、『損害を避けるため他に適当な方法があるときは、この限りでない』としている趣旨は、差止めの訴えが、取消訴訟と異なり、処分又は裁決がされる前に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を裁判所が命ずることを求める事前救済のための訴訟であることから、事前救済を求めるにふさわしい救済の必要性の存在を要件として規定したものであると解される。このような……差止めの訴えの規定の文言及び趣旨からすれば、改正行訴法が規定する……差止めの訴えの要件は、……差止めの訴えのような類型の訴訟について、争訟の成熟性、すなわち、そのような訴訟類型による救済を認める現実的必要性等が存在するものとして、訴訟制度に必然的に内在する要請としての（広義の）訴えの利益を肯定することができるための要件を当該訴訟類型に即して具体的に明らかにしたものと解されるのであり……そうであるとすれば、公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても、確認の利益を肯定するためには、行政の活動、作用等（不作為を含む。）により国民の法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、少なくとも、行政の活動、作用等により国民に重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な

方法がないことが必要であると解すべきである」とした。そして、「違法な点数付加行為によって免許の所持者が被る不利益自体を重大な損害と評価することは、その性質や程度に照らして困難というべきであるうえ、違法な点数付加行為を受けた免許の所持者の法的地位は、当該点数付加行為に係る違反行為によってその累積点数が直ちに処分の基準となる点数に達するような場合を除けば、なお浮動的というべきであって、訴訟制度を通じて当該法的地位に生じている不安、危険を除去すべき現実的必要性は一般的には認め難いというべきである」として、確認の訴えを却下した。

Xは直近の違反の日である平成18年8月20日から1年以上無事故、無違反であったため、本件における座席ベルト装着義務違反により付された基礎点数1点が累積点数から除外されたことから、控訴審における請求を、平成18年5月27日の座席ベルト装着義務違反により付された基礎点数1点が無効であることの確認に変更したが、大阪高等裁判所は、「控訴人は、本件違反に基づく点数付加行為の無効確認によって回復すべき法律上の利益を有しないというべきであるところ……控訴人は平成19年10月9日、本件違反により付された基礎点数1点が控訴人主張のとおり累積点数から除外されたことが認められ、これによると、なおさら無効確認を求める利益はないといわなければならない」として、訴えの変更後の無効確認請求に係る訴えは、確認の利益を欠き、不適法であるとした。

以上のように、Ⅵの第1審判決は、(上記の引用では省略したが、1号義務付け訴訟と)差止訴訟との均衡から、確認訴訟(当事者訴訟)についても、確認の利益の要件として、損害の重大性、補充性が必要であると解している。ところが、Ⅵと同じ違反点数に関する事例で、確認訴訟は必ずしも差止訴訟と平仄を合わせる必要はないと解している、次のような裁判例もある。

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、上記申請却下処分取消訴訟においては、行訴法 23 条により大阪府公安委員会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いこと、「法令遵守基準は被告が主張するとおり道路運送法 6 条に関して近畿運輸局長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」ことを理由に、確認訴訟につき、確認の利益を認めた。

さらに、裁判所は、確認の利益が認められるためには損害の重大性が必要かという点につき、「違反点数の付加は処分の前段階としての内部的行為として位置づけられているものと解さざるを得ないものの、通常の行政処分と同様、行政庁の第一次的判断は明確に示されているのであるから、司法と行政の役割分担を考慮するに当たり、行政庁の第一次的判断が示されているとは限らない義務付けの訴えや差止めの訴えと平仄を合わせる必要は必ずしもなく、重大な損害等の厳格な訴訟要件は要しないというべきである。さらに、平成 16 年行訴法改正において、行政需要の増大と行政作用の多様化が進展する中で、取消訴訟などの抗告訴訟のみでは、国民の権利利益の実効的な救済を図ることが困難な場合が生じているとの認識の下、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じて実効的な権利救済を図るため、確認訴訟の積極的な活用を意図して、行訴法 4 条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」を例示として付加挿入された趣旨も考慮すれば、実質的当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益をことさら制限的に解する必要はない。しかも、本件点数付加後 3 年間にわたり個人タクシーの事業許可が得られないという不利益は、社会通念上、重大な損害ということも可能である」とした。

しかし、裁判所は、平成▲年▲月▲日、タクシーを運転中に横断歩道上

で本件被害者と接触したという事実が認められ、本件被害者が「横断歩道等によりその進路の前方を横断し、又は横断しようとする歩行者等」に該当するので、原告は本件違反行為をしたと認められるとして、確認の訴えを棄却した。

以上の2つの裁判例を踏まえ、改めて、差止訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）の関係について考えてみよう。Ⅶの裁判例のいうように、差止訴訟の存在を理由に、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益につき、ことさら制限的に解する必要はないであろう。他方、具体的事実関係の下で、将来の処分差止訴訟が損害の重大性を欠くという理由で認められないにもかかわらず、確認訴訟によれば、当該処分を差し止めるのと同様の救済が得られるということになると、差止訴訟がその要件として損害の重大性を定めたことを無にするように思われる。このような場合は、差止訴訟と確認訴訟の均衡を考慮する必要があると考えられる。

では、本稿で取り上げたⅠ、Ⅱ、Ⅲ、Ⅴの事例は、差止訴訟との均衡を考慮しなければならない場合に当たるだろうか。Ⅱ、Ⅴの事例のように、行政が原告の具体的行為につき、それが法令違反であるという見解を確定的に表明しており、原告が当該行為を継続すれば、行政処分を経ることなく刑罰を科せられることとなっている場合⁽²⁴⁾は、そもそも差止訴訟による救済を求めることができないのであるから、差止訴訟と平仄を合わせる

(24) Ⅱの事例では、自動販売機へ有害図書類を収納した場合、愛知県青少年保護育成条例11条1項、同29条3項により6ヶ月以下の懲役又は50万円以下の罰金。同条例には、自動販売機に有害図書類を収納した場合に適用可能な行政処分の規定（撤去命令など）はなく、上記直罰のみである。Ⅴの事例では、産業廃棄物処理施設以外で産業廃棄物を処理した場合、廃掃法16条の不法投棄とみなされ、同法25条8号（当時、現在は同法25条14号）により、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はこの併科に処されることとなっている。

必要はないように思われる。このような場合、原告が当該行為を適法であると考えていても、確認訴訟を用いることができなければ、①敢えて当該行為を継続し、起訴されるのを待って刑事訴訟で当該行為の適法性を争うか、②自らの考えを曲げて、行政の見解に従うか、のいずれかを選ばなければならなくなる。私人が自らを刑罰の脅威にさらさなければ、行政の事実認定や法解釈を争うことができないというのは衡平を欠くし、このようなことを私人に期待するのは酷である。これを考慮するならば、ⅡやⅤのような場合に、確認の利益を認めても、差止訴訟が重大な損害を要件としていることと、均衡を欠くとはいえないように思われる。

同様に、Ⅰの事例も、不利益処分の可能性はあるものの、処分を経ることなしに刑罰を科されるおそれがある⁽²⁵⁾。これも、Ⅱ、Ⅴと同様の理由で、確認の利益を認めても差止訴訟と均衡を失することはないのであろう。

Ⅲの場合は、郵送販売を禁止するという省令が制定されており、この省令に従えば、原告が今まで行ってきた郵送販売ができなくなり、省令に従わなければ、郵送販売禁止の措置命令（薬事法72条の4第1項）の他、薬局開設許可等の取消処分（同法75条1項）を受けるおそれがある。Ⅰ、Ⅱ、Ⅴとは異なり、郵送販売禁止義務違反行為は直罰の対象にはなっていないが、違反行為を理由に、許可取消し処分を受けるおそれがあるという点に着目すべきである。差止訴訟においても、許可取消し処分を受けるおそれがある場合、損害の重大性が認められるというのが裁判例の大勢であるよ

(25) 営業禁止区域で風俗関連営業（現在の店舗型性風俗特殊営業）を営んだ場合、当時の風管法30条2項により、営業廃止を命ずることもできるとされているが、命令違反の処罰（同49条1項4号により1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金又はその併科）の他、営業禁止区域で性風俗特殊営業を営むこと自体も処罰（同49条3項8号により、6ヶ月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこの併科）されることとなっている。

うに思われる⁽²⁶⁾。したがって、Ⅲの場合に、確認の利益を認めても、差止訴訟との均衡を失することにはならないだろう。

本稿のテーマである規制行政との関係で、差止訴訟と確認訴訟の均衡が特に問題となるのは、①行政が私人の具体的行為を法令違反であるとの行政指導をしたが、私人は当該行為を適法であると考えており、②当該法令違反を理由に措置命令などを受けるおそれはあるが、直ちに刑罰や許可取消など重大な不利益処分を受けることはない、という場合である。このような場合、措置命令差止訴訟を提起しても、損害の重大性を欠くことを理由に、訴えが却下される可能性が高い。では、このような事例で私人が差止訴訟ではなく、当該行為を行いうる法的地位の確認（あるいは、当該行為を行ってはならない義務が存在しないことの確認など）を求める当事者訴訟を提起した場合、差止訴訟の可否を考慮することなく、確認の利益の有無を考えてよいのであろうか。また、このような場合に確認の利益が認められるとすれば、差止訴訟において損害の重大性という要件が法定されていることとの均衡をどのように考えればよいのだろうか。

このような場合、損害の重大性を欠いていることを理由に、確認訴訟における確認の利益も認められないと解するのもひとつの考え方である。そうすると、当該行為の適否に関する見解の相違を、裁判で争うには、私人が当該行為を継続した上で、措置命令を待って、その取消訴訟を提起するしかないことになる。私人が措置命令によって重大な損害を被るおそれがないのであれば、取消訴訟で十分な救済手段たり得るのだから、それ以前に確認訴訟による救済が認められなくても問題ないようにも思われる。

他方、処分を受けることを覚悟して（あるいは処分を受けることを意図して）、行政から違法とみなされた行為を継続しなければ、行政の事実認定や法解釈を裁判で争うことができないのは、やはり問題であるという見方も成り立つ。私人が違法性を指摘された行為を中止すれば、措置命令を受ける蓋然性はなくなり、差止訴訟（や取消訴訟）で当該行為の適法性を争

26) 大阪地判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1268 号 152 頁は、保険医療機関指定取消処分及び保険医登録取消処分の差止訴訟において、①上記指定取消処分を受けても保険診療以外の診療に従事することはできるものの、国民皆保険制度が採用されている我が国において保険診療ができなくなれば、来院する患者の数は激減し、その経営する歯科医院を現状のまま維持することは不可能であること、②処分後に執行停止を申し立てることはできるが、執行停止決定までに一定の日数が必要であり、その間保険診療はできず、さらに、その間、来院した患者に保険診療ができない旨を説明しなければならぬところ、これにより処分の事実が広まり、歯科医師としての評価や信用が損なわれることになること、処分の公示により社会的評価や信用が大きく毀損され、処分後に執行停止がされたとしても、それらが直ちに回復することは考えにくいことを理由に、処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれがある」ことを認めた。また、東京地判平成 18 年 10 月 20 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070718102800.pdf> は、一般労働者派遣事業許可業者が、自社に対する許可取消処分の差止を求めた事例であるが、裁判所は許可取消処分により、その重要な経営上の前提となっている社会的評価等が失墜し、事後的な処分取消処分や執行停止、あるいは、金銭賠償によっても、有形、無形の損害を完全に填補した上、従前と同じ規模、態様で営業活動を行うことができないおそれがあるだけでなく、営業活動を再開、継続することそれ自体が不可能となるおそれも存在するとして、損害の重大性を認めた。ただし、大阪地決平成 18 年 5 月 22 日判タ 1216 号 115 頁のように、①保険医登録取消処分がなされても、保険医登録取消処分を受けた歯科医師が健康保険の診療以外の診療に従事すること自体は、何ら法令上禁止されていないこと、②同処分により、申立人が勤務している医療法人からの退職を余儀なくされ、歯科医として収入を得る途も閉ざされ、社会的信用も失墜するおそれはあるものの、保険医登録取消処分が直ちに当該歯科医師の歯科医師としての知識及び技能その他適性の欠如に結び付くものではないこと、退職等を余儀なくされたり、収入を得る途が閉ざされると直ちに認めることはできないこと、③処分がされることにより申立人に生じるおそれのある主たる損害が歯科業による収入の減少ないし喪失という財産上のものであることから、「重大な損害を生ずるおそれがある」とは認められないとするものもある。この判決は「重大な損害」の要件を余りに厳しく捉えており、営業許可や資格の取消処分については、原則として「重大な損害」が認められるべきではないだろうか。

うことはできなくなる。そのような場合であれば、確認の利益を認める余地があるのではないかと考えられる。このような考えによれば、後続の不利益処分が予定されているが、不利益処分により重大な損害を被るとまではいえないような場合、①違法とされた行為を継続し、措置命令があればその取消訴訟で当該行為の適法性を主張するか、②当該行為を一旦中止した上で、確認訴訟（当事者訴訟）を提起し、当該行為の適法性を主張するか、のいずれかを選択することができるということになる。

このような場合の確認の利益については、さらなる検討を要すると思われるが、差止訴訟で損害の重大性が訴訟要件とされていることをもって、確認訴訟による救済の範囲が不必要に狭まるような解釈はとるべきではないだろう。

8 「不安・危険の現実性」と後続の処分

Ⅵの裁判例は「重大な損害」の不存在に言及して、確認の利益の存在を否定したが、差止訴訟の訴訟要件を参照せずとも、民事訴訟においても紛争の成熟性（即時確定の利益）の要素とされている「不安・危険の現実性」という点だけで、確認の利益を否定し得た事例であると思われる。

民事訴訟では「紛争が現実化したときに提訴すれば原告の権利保護に十分であり、「事件が予想していたのとは別の展開をすることによって、せっかく確認判決をしたのに、その判決がむだになる恐れがある」⁽²⁷⁾ ため、将来の法的地位に関する確認の利益は原則として否定される。交通違反にかかる点数は、一定期間無事故、無違反で経過すれば、累積点数から除外され、いわばなかったことになるのであるから、処分に至る前にその存否に

(27) 司法制度改革推進本部前掲注(13) [山本和彦発言]。

かかる確認をしても判決が無駄になるおそれがあるし、累積点数が処分の基準となる点数に達して、処分がなされる（＝紛争が現実化する）ときに争えば、権利保護に十分であると考えられる。

「不安・危険の現実性」という観点から、より注目すべきなのは、Ⅶの判決が、違反点数により個人タクシー事業許可を受けられなくなることを理由に確認の利益を認め、「法令遵守基準を満たさないことを理由として申請却下処分が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」と判示している点である。しかも、違反点数により個人タクシー事業許可を受けられなくなるのは「近畿運輸局長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」のであるから、免許を受けられなくなる蓋然性は認められるものの、免許を受けられなくなることが確実とはいえない。これを一般化すると、

- ・ 行政の意思表示で処分に該当しないものにより、原告がこれから行おうとしている許認可等の申請が拒否される蓋然性（確実である必要はない）が認められる場合には、当該意思表示を確認訴訟で争うことができる。

ということになる。

最高裁判所は、最高裁昭和 57 年 4 月 22 日判決（民集 36 卷 4 号 705 頁）において、用途地域指定（都市計画法 8 条 1 項に基づくもので、これにより建築可能な建築物の用途、容積率、建ぺい率等が定められる）につき、①それが「当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとし

て、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない」とした上で、②「右地域内の土地上に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をしようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているということができ、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じないというべきである」と判示した。

この判決については批判も多く、用途地域指定の段階で訴訟を認める必要があるとの見解が有力である⁽²⁸⁾。前記最高裁判例は、①用途地域指定の処分性を否定したものに過ぎず、②は2004年行訴法改正により先例的価値を失い、Ⅶの判決のような考え方が妥当するようになったと解するならば、用途地域指定を、建築確認申請前に、確認訴訟で争う途が開かれることになる⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。用途地域指定による建築物の用途については、定められた用途外でも例外的許可が認められることがあるが、Ⅶの考え方によれば、このような制度があっても確認の利益が認められる余地がある。

(28) これについては、春日修「土地利用規制と司法救済」愛知大学法学部法経論集182号13～18頁以下を参照。

(29) 処分性拡大により救済の途を開くという考え方もあろうが、確認訴訟を用いる方が適切であると思われる。これについては春日前掲注(28)・18～33頁。

(30) 用途地域指定を確認訴訟で争おうとする場合、「3階建て以上は駄目だとなっている。自分としてはそうは思わないよというだけでは多分駄目なのだろうと。では、それに、実際に建物を建てようとしているのだけれどもという要件が加わったらどうなのですかとか、いろいろなことを考えていくのかなという気はしているのです」(「研究会」改正行政事件訴訟法」前掲注(15)・158頁【鶴岡稔彦発言】)との見解があり、さらに、どのような事情が認められれば、確認の利益が肯定されるのかという問題は別途検討する必要がある。

また、最高裁判所が、最高裁平成7年3月23日判決（民集49巻3号1006頁）で処分性を否定した公共施設管理者の同意についても、同意を欠いた状況で、開発許可の申請をしても、申請拒否を受けるだけなので、同様の考え方が及ぶところである。

また、Ⅶの判決は、個人タクシーの免許にかかる行政庁が近畿運輸局長であり、点数付加を行ったのが大阪府公安委員会であるため、個人タクシー事業許可申請却下処分取消しの訴えで、反則点数の有無を争うとすれば、国を被告とする取消訴訟に、「大阪府公安委員会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い」としている。用途地域指定権者と建築確認を行う行政庁、公共施設管理者と開発許可権者が異なる行政主体に属する場合もあり、このような場合も、用途地域指定や同意を確認訴訟等で直接争う方が、紛争の実体に適するといえるだろう。

9 おわりに

以上、2004年行政事件訴訟法改正以降の、確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例のうち、規制行政分野にかかるものを検討してきた。その結果、

- (1) 私人が現にしようとしている具体的行為の違法性について、行政と当該私人の間で見解の相違があり（あるいは、法令により当該行為が違法とみなされることが明確であって）、私人がその行為をすれば、刑罰又は重大な不利益処分（許可取消し・事業廃止処分）などを受けるおそれがある場合で、刑事訴訟や重大な不利益処分の取消訴訟でしかこれを争うことができない（これを争うためには私人が刑罰や重大な不利益処分を受けるリスクをとらなければならなくなる）ときは、確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めることができるという裁判例の

流れが形成されつつあること

(2)このような裁判例は、横川川事件、長野勤評事件などの最高裁判例や、差止訴訟が「重大な損害」を訴訟要件としていることとは抵触しないと考えられること

(3)処分以外の行政意思により、後続の申請が拒否される蓋然性が認められる場合、当該行政意思を確認訴訟により争うことができる旨の裁判例が存在すること

が明らかとなった。本稿で検討したⅠ～Ⅶの裁判例のうち、訴訟要件についての妥当性に大きな疑問があるのは1例（Ⅴの控訴審判決）のみであり、2004年の行政事件訴訟法による確認訴訟活用論は、少なくとも規制行政の分野においては有効に機能しているといえよう。本案で原告が勝訴した裁判例がないことが気になるところであるが、従来、訴訟の俎上にも乗らなかったものが、乗るようになったというだけでも、一定の評価ができる。今後、このような傾向が定着していくことを、強く期待したい。

最後に、規制行政の分野における確認訴訟（当事者訴訟）の活用につき、今後に残された問題を指摘して、本稿の結びとしたい。それは、直接の規制対象者以外の第三者が確認訴訟で救済を求めることができるか、という問題である。

例えば、Ⅱの事例で、A式通信制御販売システムを製造し、販売受託契約を締結しているA社も、「同システムの販売機は自動販売機に該当する」という県の判断により、経済的不利益（受託販売契約の解約、商品交換機販売・リース等の減少）を受けることになる。この場合、A社は確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めることができるのであろうか。

このような事例として思い浮かぶのは、計量法違反通達事件（東京地判昭和46年11月8日行集22巻11・12号1785頁）である。この事例は、通商産業省重工業局長が各都道府県知事宛てに発した「函数尺 α が計量法に違反する」旨の通達に基づき、各関係機関において函数尺 α の販売取扱業

者らに対し販売中止勧告等の行政措置がなされたため、販売取扱業者から買入れを解約されるに至った函数尺 α 製造業者Xが、当該通達の取消しを求めたところ、東京地方裁判所は、「通達が右函数尺の製造業者である原告の権利・利益に重大な影響を及ぼすものであることは明らかであり、かつ、右のような解約という事態を防止しうる措置として原告のなしうる最も適切な法的手段としては、右業者らに対する行政措置の根拠とされた右通達そのものの取消を求めるほかはないといわなければならない。しかも、本件においては、原告は計量器の製造事業の許可を受けた計量器製造業者ではないから、原告が右通達に基づいて許可の取消、事業の停止等の具体的な行政処分を受けることはなく、……右函数尺の製造業者である原告としては実際に右通達による不利益を受けながらそれを争う方法がないということでは甚だ不合理な結果をきたすといわざるを得ない」として、当該通達が、例外的に取消訴訟の対象となることを認めたというものである。

処分性が厳格に判断された時代において、下級審とはいえ例外的に救済を認めた事例があることから、このような場合の救済の必要性は高いものと考えられる。このような事例を確認訴訟（当事者訴訟）で救済しようとする場合⁽³¹⁾、問題となるのが、確認の対象の選択である。販売業者が出訴するのであれば、「販売できる法的地位」「販売しない義務がないこと」といったように、法的地位や義務に還元できるが、製造業者のXの場合、その不利益を法的地位や義務に還元しにくい。「函数尺 α が計量法に違反しないこと」あるいは「通達が違法であること」の確認を求めるのが適切と思われるが、この場合、確認の対象が、権利義務や法的地位の存否ではなくってしまうという問題が生ずる。

(31) 碓井前掲注(7)自治研究 85 卷 4 号・11 頁は、このような場合、通達の撤廃を命ずる判決（義務付け判決）を求める給付請求訴訟を提起すべきものとする。

しかし、「民間の紛争とは異なり、行政に対する市民の地位は権利義務の還元しにくい場合が少なくないため、確認の対象としては、原告の権利義務等の確認だけではなく、行政活動の違法の確認といった形態も排除されないと解すべき」⁽³²⁾ であるとか、「民事訴訟でも例外的に過去の法律関係や事実の確認が認められていること、公法の世界では当事者自治の原則が妥当せず、確認の利益をより広く認めるべきであることから、行為の違法確認も可能である」⁽³³⁾ といった見解も有力であり⁽³⁴⁾、行為の違法確認訴訟が認められるべきであろう。

さらに、規制により利益を受ける第三者から、規制対象者の行為が違法である旨の確認を求める訴訟が提起される場合も考えられる。例えば、建築制限を緩和する方向で行われた用途地域指定替えが違法であるとする当該地域住民が、指定替えが違法である旨の確認を求める訴え（当事者訴訟）により救済を求めた場合、確認の利益は認められるのであろうか。これはより難しい問題であり、その検討は、今後の課題としたい。

(32) 山田前掲注(3)・47頁。

(33) 高木前掲注(1)・18頁。

(34) 多くの論者が行為の違法確認を認めるべきであるとする見解をとっている。本稿で既に引用した文献に限っても、水野前掲注(5)・34頁、阿部前掲注(6)・316頁、中川前掲注(8)・979頁など。ただし、当事者訴訟として違法確認は難しいとする見解（市村陽典、越智敏裕、福井秀夫、深山卓也、阿部泰隆「座談会・新行政事件訴訟法の解釈」判例タイムズ1147号（2004年）38頁 [市村陽典発言]）もある。