

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

春 日 修

目 次

- 1 はじめに
- 2 福岡高裁平成 22 年 3 月 25 日判決
- 3 将来の処分を制約することになる確認訴訟の可否
- 4 確認訴訟における紛争の成熟性（即時確定の利益）と「損害の重大性」
- 5 おわりに

1 はじめに

2004 年行政事件訴訟法改正は、行訴法 4 条に「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の」との文言を挿入して、確認訴訟（当事者訴訟）の活用を促した。これ以降、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 卷 7 号 2087 頁）、さらに、外国人の母と日本人の父との間の子どもで、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する最高裁平成 20 年 6 月 4 日判決（民集 62 卷 6 号 1367 頁）が出され、さらに、下級審レベルでの当事者訴訟（確認訴訟）裁判例も積み重ねられ、確認訴訟（当事者訴訟）に関する論考も出て、議論も深まりつ

つある⁽¹⁾。

筆者も先に公にした論考⁽²⁾において、規制行政分野、とりわけ、私人の行為の適法性が争点となった確認訴訟（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た。そして、私人の具体的行為の適法違法について、行政と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⁽³⁾ことを明らかにした。

その際、さらなる検討を要する問題として残されたのが、私人の行為の適法違法を争う確認訴訟と差止訴訟の関係である。これは、

- ①将来の処分を制約することになる確認訴訟は認められるのか（このような確認訴訟を認めても、行政事件訴訟法が抗告訴訟として差止訴訟

(1) 2004年行訴法改正以降の確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例とその意義や問題点について検討した論考としては、石井昇「行政事件訴訟法4条以上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）、野口貴公美「当事者訴訟の利用の可能性—確認の訴えをめぐる—」法学教室360号（2010年）、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）」85巻4号（2009年）3頁以下などがある。

(2) 春日修「規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済」法経論集186号（2009年）1頁以下。

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

を法定していることに矛盾しないか)、

- ②将来の処分を制約することになる確認訴訟が認められるとしても、その確認の利益の判断に際して、「重大な損害を生ずるおそれがある場合」という差止訴訟の要件を考慮する必要はないのか（損害の重大性が認められないのに、将来の処分を制約することになる確認訴訟を認めた場合、行政事件訴訟法が損害の重大性を差止訴訟の要件としていることと矛盾しないか）

という2つの問題に分けて考えることができる。

前稿では、裁判例の紹介と整理に重点を置いたため、以上の①②につき十分な検討を行うことができなかつた。本稿は、前稿の成果を踏まえた上で、これらの問題について理論的に検討することを意図したものである。

次節では、これらの問題を考える手がかりとなる福岡高裁平成22年3月25日判決（判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101004114947.pdf>。以下、「福岡高裁平成22年判決」という。）を紹介する。続いて、この判決と前稿で検討した判例を素材として、①②の問題に

-
- (3) このような流れに沿った裁判例として、①東京地判平成19年12月26日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080723135649.pdf>、及びその控訴審判決である東京高判平成21年1月28日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100218112219.pdf>、②名古屋地判平成21年2月19日判タ1313号148頁、及びその控訴審判決である名古屋高判平成21年10月23日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091127094318.pdf>、③福岡高判平成22年3月25日判決判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101004114947.pdf>、④東京地判平成22年3月30日判時2096号9頁、がある。反対に、このような流れと異なった判断をしたものとして、⑤東京高判平成19年4月25日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071017102146.pdf>。このうち、①②④⑤については、春日前掲注(2)で取り上げたので、詳細についてはそちらを参照されたい。③については、本稿で取り上げる。

アプローチしていきたい。

2 福岡高裁平成 22 年 3 月 25 日判決

事実の概要

建築会社 X (原告) は、訴外 P1 から、福岡市 $a \times$ 番の土地上に建築予定の新築建物 (以下、「本件建物」という。) の建築工事の業務を請け負った。P1 は、平成 19 年 (2007 年) 9 月 11 日に本件建物の建築確認申請をし、同月 27 日本件建物にかかる建築確認を得た。これをうけて、原告は平成 19 年 9 月 28 日及び同月 29 日に、作業員の手掘りにより、本件建物にかかる土地の一部を、長さ約 2.5m、幅約 30cm、深さ 15 ないし 20cm 掘削した (以下、「本件工事」という。)

同年 10 月 1 日、福岡市建築基準法施行条例 (以下、「本件条例」という。) が施行され、その 27 条によれば、延べ面積が 1000 平方 m を超える建築物の敷地は、幅員 6 m 以上の道路に 6 m 以上接し、かつ、その接する部分に主要な出入口を設けなければならないこととなった。しかし、本件建物は、幅員 4m の道路と 47.55m にわたり接しているが、上記の要件を満たすものではなく、本件条例の施行の際、工事中の建築物に当たるといえない限り、本件条例に抵触することになった。

福岡市 (被告 Y) の建築局指導部建築指導課長 P2 は、同年 10 月 31 日ころ、P1 に対して、「平成 19 年 9 月 28 日及び 29 日に行われた人力による掘削工事は、予定されている規模の建築物の完成を直接の目的とする工事としては極めて小規模な作業であり、また、工事監理者から市に提出された着工報告書によると、後日、重機による掘削が予定されていることから、先行して人力で掘削する工事上の必然性もないため、建築基準法第 3 条第 2 項の『条例の施行の際、現に工事中の建築物』に該当しないと本市は判断する」旨の「『工事中の建築物』に該当するかの判断について」と題する

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

通知（以下、「本件通知」という。）をした。

これに対し、原告は被告建築局指導部宛てに再考を求める書面を送付したが、P2は、平成20年2月13日付けで原告に「被告の本件通知における判断に変更がない」旨の書面を交付した。

そこで、原告は被告を相手どって、(1)本件通知の取消し、(2)P1が平成19年9月27日付けの建築確認に基づき本件建物の工事をする権利の確認、(3)建築基準法9条1項に基づく、本件建物建築工事停止命令の差止めを求めて出訴した。

地裁判決

福岡地裁は、(1)の取消訴訟については、「本件通知は、何ら建築基準法等の法令上の根拠を有するものではなく、およそ何らかの法的効果が付与されたものでもないのであって、これにより直接原告に何らかの権利を与え、又は義務を課すものでも、その範囲を確定するものでもない」などとして、本件通知の処分性を否定し、訴えを却下した。

さらに、(3)の差止訴訟についても、停止命令があっても、本件に関する事情を知っているP1が、原告に損害賠償請求をするか疑問であり、原告の信用失墜も考えがたいこと、本件建物の建築に要する費用、請負代金が多大（それぞれ、10億超、7億7700万円）であることは認められるが、中止命令による損害がそのような多額に及ぶということはできず、金銭的損害であるため事後の賠償により損害の回復が困難ともいえないことから、差止訴訟の訴訟要件である損害の重大性が認められないとして、訴えを却下した。

他方、(2)の確認訴訟（当事者訴訟）については、以下のように述べて、確認の利益を認めた。すなわち、「確認の利益は、原告の権利又は法的地位に危険、不安が現に存し、その危険、不安を除去するために確認の訴えが必要かつ有効、適切であるといえる場合には認められるべきである」が、

本件で「原告は、……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、福岡市長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の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うことが出来る。……本件確認請求の対象は、P1が本件建築確認に基づく工事をする権利であって、第三者の権利ではあるものの、原告の履行すべき本件建築確認に基づく本件建物の建築工事は、P1の上記権利を前提とするものであるから、その存否によって、原告自身の権利ないし法的地位が左右されるものであることは明らかであり、確認対象が第三者の権利であることによって、上記認定判断が左右されるものではなく、「確認請求が認容されれば、その判決の効果として、被告が原告との間で、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うべきである」から、「本件確認請求には、確認の利益が認められる」としたのである。

しかし、裁判所は、平成19年9月28日及び29日に行われた人力による掘削工事は、「真に本件建物の建築工事の一環として行われたものとは評価することができず、専ら、本件条例の適用時において、工事中の建築物として、被告に認められるだけのために、行われたものというべきであり、建築物の実現を直接の目的とする工事とはいいい難く、「本件建物について、本件条例施行日の時点で、いまだ建築物の実現を直接の目的とする工事が開始され、建築主の建築意思が外部から客観的に認識できる状態に達しており、かつ、その工事が継続して実施されたとはいふことはできず、本件建物は、工事中の建築物に当たらないというべきである」として、確認請求を棄却した。

高裁判決

第1審判決に対して、Xが控訴し、前記(1)～(3)に加え、(2)の予備的請求として、(2) 本件建築物にかかる建築工事につき、本件条例の適用がないことの確認を求める請求を追加した。

福岡高等裁判所は、(1)通知の処分性につき、第1審判決の理由を引用した上で、最高裁平成17年10月25日判決(判時1920号32頁)に照らして、本件通知の処分性が認められるべきであるという控訴人の主張に対して、「本件通知は……法令上の根拠はないもので、建築基準法9条1項の是正措置の前提や条件としての効力はなく……仮に、控訴人が本件建物の工事につき福岡市長から建築基準法9条1項の是正措置を命じられたとしても、それは、本件通知に違反したことに基づくものではなく……本件通知の効力とは無関係であるから、本件通知は、これに違反したときに相当程度の確実さをもって工事停止命令等の是正措置が発令されるという事実上の効果を有するものとは認められない」として、通知の処分性を否定した。

さらに、(3)の建築停止命令差止についても、第1審判決の理由を引用した上で、本件事情の下で停止命令を受けても、それに対して取消訴訟を提起すれば「停止命令による工事の遅延は控訴人の責めに帰すべき事由によるものといえないことが明らかになるから、工事遅延による控訴人の信用毀損や経済的損害はその回復が可能である」から、損害の重大性を欠き、差止訴訟は不適法であるとした。

そして、(2)と(2) について、裁判所は「被控訴人は、本件通知を通して、P1に対し、本件建物は、本件条例の施行の際、『現に建築……工事中の建築物』に当たらず、本件条例が適用されると判断していることを明らかにしていることからすると……控訴人が請負人として本件建物の建築工事を施工した場合には、福岡市長から建築基準法9条1項に基づく是正措置を命じられる可能性が高く、このような是正措置を命じられることにより、控訴人は、その信用が毀損されたり、除却のための費用を支出するといっ

た損害を受けるおそれがある。……控訴人は、施主である P1 に対しては、本件建物の建築工事を施工すべき債務を負う一方で、同工事を施工すれば、福岡市長から建築基準法 9 条 1 項の是正措置を命じられる可能性が高いという立場にあり、その法的地位に、現実的かつ具体的な危険、不安が現に存在しているということができる」ところ、上記のように取消訴訟、差止訴訟による救済は求められないので、「本件建物に本件条例の適用がないことの確認を求める訴えが認められない以上は、控訴人としては、本件建物についての本件条例の適用の有無につき、その適用があるという被控訴人の見解を知りつつ、本件建物の建築工事を実施し、福岡市長から建築基準法 9 条 1 項の是正措置を命じられた上で、その是正措置が違法であるとしてその取消しを求める抗告訴訟を提起しなければならないこととなる」が、「上記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」ので、「控訴人において、本件建物について本件条例の適用があるか否かの確認を求めるについて、その必要性は高いものといえる」とした。その上で、「各確認請求において、確認の対象とされているものが、そのものとして適切か否かについて検討」し、(2)の P1 が建築確認に基づく工事を行う権利を有することの確認については、「第三者の権利であっても、控訴人と被控訴人との間で現在それを確定することが控訴人の法的地位の危険、不安を除去するのに適切であるときは確認の利益があるといえるが、建築確認は……施主や請負人に対し、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く、ただ、それを受けなければ工事をすることができないという法的効果があるにすぎない」ので、「控訴人と被控訴人との間で、P1 が本件建築確認に基づく権利を有していることを確認することにより、必ずしも、本件建物に本件条例の適用がないことが明らかにな

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

るとはいえず、控訴人の法律的地位の危険、不安を除去するのに適切であるとはいえないから、本件主位的確認請求についてはその確認の利益は認められない」とした。反面、(2)の本案建物にかかる建築工事につき、本件条例の適用がないことの確認については、「本案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、控訴人は、福岡市長から、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P1に対する建物建築義務を履行することができるから、……控訴人の危険、不安を除去するのに適切といえる」として、確認の利益を肯定した。

しかし、裁判所は、本件工事の実態から、「本案建物は、本件条例施行の際、『現に建築……工事中の建築物』（建築基準法3条2項）に当たらないから、本案建物の建築工事である本案建築確認に基づく工事につき、本件条例の適用がないということはできない」として、確認の請求を棄却した。

問題の所在

この判決において裁判所は、将来の不利益処分（建築基準法9条1項に基づく建築中止命令）を制約することとなる確認訴訟（当事者訴訟）である「P1の建築物にかかる建築工事につき、福岡市条例の適用がないこと」の確認の訴えにつき、確認の利益があるので適法であると認め、さらに、建築中止命令の差止めを求める訴えを損害の重大性を欠くことを理由に却下している。すなわち、この判決は、

- ①公法上の法律関係に関する確認訴訟⁽⁴⁾は、たとえ将来の処分を制約することになっても、確認の利益が認められる限り、適法である、
- ②原告が重大な損害を被るおそれが認められなくても、確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益は認められるという立場をとっていることになる。

このうち、①については、東京地裁平成 22 年 3 月 30 日判決（判時 2096

-
- (4) 「建築工事につき条例の適用がないこと」が、現在の法律関係の確認といえるのかという疑問を呈する向きもあろうが、確認訴訟において確認の対象となるものは、現在の法律関係に限定されるものではない。民事訴訟においても、かつては、確認の対象となるものは現在の法律関係に限られ、過去の法律関係、行為の違法、事実などは確認対象にならないとされてきたが、現在では、「確認の対象を現在の権利関係の存否のみに限定するのは相当でなく、過去の権利関係の存否、過去の法的行為の有効・無効、将来の法律関係の存否の確認であっても、あるいはさらに事実の確認であっても、(狭義の)確認の利益が認められる限り許される、と解すべきである」(兼子一他『条解民事訴訟法第 2 版』〔竹下守夫〕(2011 年、弘文堂) 776 頁)とされている。当事者訴訟における確認訴訟では、従来、確認の対象につき、行為の違法確認、例えば、行政指導、行政計画などの違法確認が認められるかどうかが問題とされてきた。これについては、直裁に行政立法や行政計画、行政指導などの行政がした過去の行為そのものの違法・無効の確認の訴えが認められることは 2004 年改正において射程におかれていたことであるといわれており(塩野宏「行政訴訟改革の動向」法曹時報 56 巻 3 号(2004 年) 12 頁)、学説の多くも紛争の成熟性(即時確定の利益)が認められるならば、行為の違法確認は認められるという立場を取っている。例えば、行為の違法確認の可否について詳しく論じた論考は「行為の違法確認訴訟において判決に求められているのは当該行為が適法か否かという法的な価値判断であって、生の事実の確認ではない。……、当該行為から生じた現在の紛争が存在し、現在の権利または法律関係の存在または不存在の確認よりも、『行為の違法』の確認が、現在の紛争の解決—原告の権利利益の救済—に有効適切であるという条件を充たす場合には、『行為の違法』の対象適格を一例外として—認めてよいはずである」(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) 231 頁)とする。このほか、行為の違法確認を肯定的に解する論考は枚挙に暇がないが、例えば、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009 年) 316 頁、南博方、高橋滋編『条解行政事件訴訟法第 3 版補訂』〔山田洋〕(弘文堂、2009 年) 127 頁、小早川光郎、高橋滋編『詳細改正行政事件訴訟法』〔黒川哲志〕(第一法規、2004 年) 110 頁、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト 1277 号(2004 年) 19 頁などがある。反対に、消極的に解するものとして、座談会「新行政事件訴訟法の解釈」判例タイムズ 1147 号(2004 年)〔市村陽典発言〕 38 頁。

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

号9頁，以下，「東京地裁平成22年判決」という。）においても認められている。この事件は，2009年薬事法施行規則改正により第1類医薬品，第2類医薬品の郵便等販売が禁止された（薬事法施行規則15条の4第1項第1号，同142条）ため，従来行ってきたインターネット販売ができなくなった原告が，郵便等販売を禁止した薬事法施行規則が違憲・違法であるとして，第1類医薬品等につき郵便等販売をすることができる権利（法的地位）確認等を求めたものである。裁判所はこの確認の訴えを適法と認めたが，郵便等販売の禁止規定に違反した場合，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ので，この判決も，将来の処分を制約することになる確認訴訟（当事者訴訟）を適法と認めたものといえる⁽⁵⁾。

では，このような立場は行政事件訴訟法が抗告訴訟として差止訴訟を法定していることと矛盾しないのであろうか。節を改めて検討してみよう。

3 将来の処分を制約することになる確認訴訟の可否

処分を制約する訴訟は抗告訴訟であるとする見解

(1)私人が現に行おうとしている行為の適法違法（当該行為をしようする法的地位，当該行為をしてはならない義務の存否……）につき，私人と行政との間で見解の相違があり，(2)私人が当該行為をすれば，不利益処分を受ける可能性がある（法に違反行為につき不利益処分を課すことができる規定が存在する）場合，私人が救済を求める方法としては

- (1) 当該行為をしようする法的地位の存在（それをしない義務の不存在……）の確認の訴え（当事者訴訟）

(5) この判決の詳細に関しては，春日前掲注(2)・10頁以下を参照。

(2) 当該行為をした場合に予定されている不利益処分の差止めの訴え
(抗告訴訟)

の2つが考えられる。

2004年行政事件訴訟法改正以前、行政法学においては、法的地位の存在・義務の不存在という公法上の法律関係の確認を求める訴えという形を取っていても、それが将来の処分を制約することになる以上、「公権力の行使に関する不服の訴訟」の性格を持ち、無名抗告訴訟にあたるものと解されるのが一般的だった。

例えば、長野勤評事件（最高裁昭和47年11月30日判決・民集26巻9号1746頁）は、県立高校教員が、勤務評定表に自己観察の結果を記入する義務が存在しないことの確認を求めたものであるが、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」としている。そして、この訴訟について、学説の多くは、「不利益処分が行われるのを防止するため」というところを重視して、これを「無名抗告訴訟としての将来の不利益処分発動を防止するための予防的訴訟」⁽⁶⁾と位置づけていた。

さらに、処分に直接関わらなくても、規制対象になるかどうかについても、抗告訴訟の対象と解する見方すらあった。例えば、横川川事件（最高裁平成1年7月4日判決・判時1336号86頁）は、横川川の右岸に土地を所有していた原告が、当該土地に盛土をしたところ、河川管理者である高

(6) 原野翹「判批」別冊ジュリスト151号行政判例百選Ⅱ（1999年）483頁。

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

知事知事が、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、河川法上の河川区域ではないことの確認などを求めて出訴したものであるが、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と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と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ことはできない」として、上告を棄却した。これに付された伊藤正己裁判官の補足意見は、河川管理者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、河川法上の処分権限がないことの確認を無名抗告訴訟とみなしただけではなく、本件土地が河川法という河川区域でないことの確認についても、「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……無名抗告訴訟と解される」と性格付けている。

このような見方が、2004年行政事件訴訟法改正後も維持されるとするならば、公法上の法律関係に関する争いであっても、将来の処分を制約することになる場合には、新たに法定化された差止訴訟（抗告訴訟）で争うべきであって、確認訴訟（当事者訴訟）で、これを争うことはできないことになる。

2004年行訴法改正において、取消訴訟の出訴期間についての規定には変更がなく、差止訴訟や非申請型義務付け訴訟の訴訟要件として損害の重大性や補充性が規定されていることなどからすれば、「請求の形を法律関係の確認の形に引き直したとしても、これらの規定の趣旨を没却するような

結果になるような内容の確認の訴えは許容されないというべき」であろう⁽⁷⁾。さらに、「現在の法律関係の確認を求める訴えであっても、客観的に、将来に向けて行政庁の公権力行使としての行動を制約する可能性のあるものであれば、それは行訴法3条1項に該当するものとして抗告訴訟制度の所管に専属するのであって、当事者の判断によりそれ以外の訴訟方法を選択する余地は……原則的には存在しないとの解釈」は、行訴法「3条1項と4条とを突き合わせて読んだ場合の、むしろ自然な解釈ともいえる」⁽⁸⁾のである。

「行政上の義務に関する争い」と「処分に関する争い」

しかし、先に見たように、福岡高裁平成22年判決や、東京地裁平成22年判決は、処分を制約することになる確認訴訟（当事者訴訟）を適法であると認めている。これは行訴法が差止訴訟を法定化した趣旨と反しないのであろうか。

福岡高裁平成22年判決や、東京地裁平成22年判決で問題になった法令をみると、

(a) 行政上の義務を課す規定

福岡：福岡市建築基準法施行条例27条の接道要件に関する規定

東京：薬事法施行規則15条の4第1項第1号、同規則142条の郵便等販売禁止規定

(b) 法令違反を要件として、措置命令、許可取消等を行うことができる旨の規定

(7) 園部逸夫、芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』〔市村陽典〕（ぎょうせい、2006年）61頁。

(8) 小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』（弘文堂、2007年）335-36頁。ただし、同書は、2004年行訴法改正の趣旨からすれば、このような解釈は取るべきではないとしている。

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

福岡：建築基準法9条1項の措置命令

東京：薬事法72条の4第1項の改善命令，同75条1項の許可取消
し

が別個に存在している。このような規定の仕方は行政作用法の多くに見られるものである。

この場合、(a)によって課されている義務の履行は、確かに(b)に基づく処分により担保されているが、(a)の規定が処分の根拠規定とは別に置かれていること、(a)による義務が履行されている限り、(b)の処分規定の発動が問題にならないことなどを考えあわせれば、(a)の行政上の義務を課す規定は、(b)の法令違反（＝(a)が定める義務違反）を要件とする不利益処分の根拠規定に解消されない独自の法的意味を持っていると述べている。これは処分により課された義務（例：更正処分により課された具体的な納税の義務）が、当該義務履行を確保するための強制執行の仕組み（例：滞納処分により強制徴収）とは別個のものと考えられ、処分により課された義務（あるいは、義務を課す処分の根拠規定）が、強制執行の仕組みとは区別され、強制執行の仕組みに解消されない独自の法的意味を持っているのと類似する。

行政上の義務を課す規定が、法令違反（義務違反）を要件とする処分の根拠規定に解消されない独自の法的意味を持っているのであれば、行政上の義務にかかる争いは、義務違反を要件とする処分にかかる争いとは、区別して考えることができる。

もちろん、処分にかかる訴訟（抗告訴訟）である差止訴訟においても、行政上の義務違反の有無（原告の具体的な行為が法令で禁止されている行為に該当するかどうかだけではなく、原告の行為を禁止している法令が違憲違法かどうかという問題を含む。以下同じ）が争点になることがある。例えば、仮の差止めの事例ではあるが、司法書士である申立人が、司法書士法47条に基づく懲戒処分を受けることとなったため、同処分の仮の差止めを申し立てた事案において、当該処分の原因となった事実（依頼者であ

る A への金銭の支払い)につき、申立人が「A に支払った業務協力費は、A が申立人の業務について負担した費用を支払うものであり、いわゆるリベートではなく、司法書士法施行規則 26 条で禁止されている『不当な手段によつて依頼を誘致するような行為』にあたらぬ」旨の主張をしたもの⁽⁹⁾がある。

したがって、行政上の義務違反の有無について争いがあつても、処分に関する訴訟である差止訴訟においてこれを問題にすることができるのであれば、それで十分であるという考えも成り立ちうるところである。

「処分の蓋然性」と差止訴訟による救済の限界

しかし、現行の差止訴訟は「処分の蓋然性」を訴訟要件としており、これにより、行政上の義務違反についての争いを差止訴訟で問題とするについては、一定の制約がある。

行訴法 3 条 7 項は差止訴訟を「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟」と定義している。この「処分……がされようとしている場合」という文言により、差止訴訟は「処分の蓋然性」が認められる場合のみ提起することができることとされている。

「処分の蓋然性」が差止訴訟の訴訟要件とされているのは、差止の対象となる処分が行われる可能性が低い場合には、差止訴訟に適するほどの紛争の成熟性は認められない、すなわち、処分の差止めによる救済の必要性にも乏しいと考えられるからである⁽¹⁰⁾。

どのような場合に「処分の蓋然性」が認められ、どのような場合には認

(9) 東京地決平成 22 年 4 月 12 日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101105101826.pdf>。

められないのかについて確たる判例もなく、学説においても見解が分かれている⁽¹¹⁾。しかし、処分の原因となる行為を私人が未だに行っていない場合、処分の根拠条項の法律要件は充足されておらず、行政庁は処分を行うことはできない。少なくとも、このような場合は「処分の蓋然性」が認められないのではないだろうか。

福岡高裁平成 22 年判決の事例において、建築主たる P1 及び建築を請け負った原告 X は、当該建築物が福岡市条例の適用を受け、当該条例に違反する旨の通知を受けた後、当該建築を中止し、その上で、確認訴訟で建築物が条例の適用対象になっているかを争っている。また、東京地裁平成 22 年判決の事例においても、原告は改正薬事法施行規則によって第 1 類・第

(10) 園部逸夫、芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』〔高安秀明〕（ぎょうせい、2006 年）198 頁は、「差止対象の処分が行われる可能性が低い場合には、司法審査に適するほどの紛争の成熟性は認めがたく、原告の事前救済の必要性にも乏しい。本要件は、差止めの訴えが許容されるための当然の事理を規定したものと解される」とするが、ここでいう「司法審査」は「処分にかかる司法審査」、「原告の事前救済」は「処分の差止めによる原告の事前救済」の意味であろう。また、小早川、高橋編前掲注(4)〔山本隆司〕・79 頁も、「『処分又は裁決……がされようとしている場合』でなければ、即時確定の利益は認められない」とするが、ここでいう「即時確定の利益」は「差止訴訟における即時確定の利益」の意味にとるべきである。

(11) 例えば、処分の蓋然性は「不利益処分について弁明の機会の付与や告知・聴聞の手続がされようとしている場合であれば充足しやすいと考えられ」とする見解（福井秀夫他『新行政事件訴訟法—逐条解説と Q & A』（新日本法規、2004 年）379 頁）がある反面、「事前手続において事実問題や法律問題を争うことができるときには、その前の段階では、『一定の処分又は裁決』がされる蓋然性または確実性は必ずしも認められないだろう。しかし、例えば、事実問題がまったく争われておらず、適用法令の合憲性だけが争われているという場合には……事前手続の前の段階でも、『一定の処分又は裁決』がされる蓋然性または確実性が認められると解される」との見解（室井力他『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』〔深澤龍一郎〕（2006 年、日本評論社）414 頁）もある。

2類医薬品の郵便等販売が禁止されて以降、第2類医薬品の郵便等販売を法令の認める例外を除いて中止している⁽¹²⁾。このような状況が継続している限り、建築基準法9条1項に基づく命令や薬事法72条の4第1項の改善命令・同75条1項の許可取消し命令の法律要件は充たされず、行政庁はこれらの命令を出すことはできない。

2004年行訴法改正当時は「不利益処分を受けるおそれがある行為自体を原告がまだしていない場合について、確認訴訟、差止訴訟のいずれによるべきなのかについては、確認の利益と蓋然性要件の考え方とも関連し、今後の判例学説にゆだねられている⁽¹³⁾」といわれていた。ただし、この時点でも「いまだされていない原告自身の行為（例えば自己観察表示義務の不履行や河川区域に該当するとされた土地における盛土など）に対する不利益処分の予防的差止を求めるような場合には、制裁の対象となる行為自体がされていないため差止訴訟の蓋然性が認められにくく、確認訴訟が活用されるべきであるとも考えられ⁽¹⁴⁾」との見解があった。

処分の蓋然性、すなわち「処分……がされようとしている場合」という文言を素直に解するのであれば、行政上の義務違反の有無について（私人の具体的行為が当該義務に違反するか・しないか、あるいは、当該義務を定めた法令が合憲適法か・違憲違法かといった）争いがあっても、私人が当該義務に反する行為を実際にはしておらず、当面はそれをする意思もない場合⁽¹⁵⁾は、原則として処分の蓋然性を欠き、差止訴訟では争えないものと解すべきであろう。福岡高裁平成22年判決は、損害の重大性の欠如を理由に、差止訴訟を不適法としているが、処分の蓋然性の観点からも不適法とされるべき事例だったのである。

(12) http://www.kenko.com/help/about_otc.html（2012年1月14日確認）。

(13) 福井他前掲注(11)・379頁。

(14) 福井他前掲注(11)・258-59頁。

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

このような解釈によれば、将来の処分を制約することになる確認訴訟（当事者訴訟）の可否については

(ア) 処分に関わる行政上の義務については、その蓋然性が認められた段階で、差止訴訟によって争わせれば十分であり、蓋然性が認められない段階で、処分にかかる行政上の義務について確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めることを、行政事件訴訟法は予定していない。

(イ) たとえ後続の処分にかかるものであっても、行政上の義務に関する争いについて確認の利益が認められるのであれば、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めることができる。したがって、処分の蓋然性が認められない段階でも確認の利益が認められるのであれば、行政上の義務に関する争いにつき、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めることができる。

という2つの考えが成り立ちうる。では、2つのうち、いずれの考えが妥当であろうか。

(ア)の考えによると、処分の蓋然性が認められない場合、禁止されている

(15) 他方、未だ処分がなされていないが一定の期日になれば処分が行われることが確実である場合（例えば、東京都銀行条例訴訟（東京地判平成14年3月26日判時1787号42頁、東京高判平成15年1月30日判時1814号44頁）のように、すでに制定された条例により課税されることが確実である場合）には、処分の蓋然性が認められ、差止訴訟による救済の可能性があるものと考えらるべきだろう。福井他前掲注(11)・379頁は、このような場合、処分の蓋然性と損害の重大性が認められることは明らかであるので、「差止訴訟が容認される典型的な事案の一つといえる」としている。また、私人に対して一定の期日にある行為をするように義務付け、当該行為をしない場合には重大な不利益処分がされる旨の法令が制定されたが、当該義務を課されている私人はこの法令を違憲であると考えており、当該行為をする意思がないというケースについても、期日の経過により処分がなされることは確実であるのだから、「処分……がされようとしている場合」にあたる可以考虑することができる。

行為を取えてするなどして、「処分……がされようとしている」状況を作り出さなければ、救済を求めることはできないことがありうることになる。これは、2004年行訴法改正前の「処分をされるのを待って取消訴訟を提起して救済を求めれば足りる」という発想と類似するものである。2004年行政事件訴訟法改正における差止訴訟の法定化、当事者訴訟活用論の趣旨は、このような取消訴訟中心主義が現実には適合しないことを認めて、実効的救済を可能にすることにあったはずである。東京地裁平成22年判決は「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」としており、福岡高裁平成22年判決も同様の趣旨をいうが、(ア)のような考え方についても、これと同じ批判が妥当する。すなわち、行政上の義務違反の有無について争うためには、当該行為を取えてして、行政庁が処分の準備に入り、「処分……がされようとしている場合」になるのを待って、処分の差止訴訟において行政上の義務違反を争点とすることも可能であるが、迂遠であるといわざるを得ず、このような方法によらなければ、裁判上争えないとするのは妥当ではないと考えられる。

紛争の性格

また、福岡高裁平成22年判決の事例、東京地裁平成22年判決の事例における紛争の実態、あるいは紛争の核心は、それぞれ「P1の建築物を建築することができるのか、できないのか」「郵便等販売をすることができるのか、できないのか」というもの、すなわち、行政上の義務（あるいは、そ

の裏返しである法的地位)の存否に関するものである、先に指摘したように、両事例とも行政上の義務に違反する行為を原告が未だしていないので、これらを建築基準法9条1項の措置命令や薬事法72条の4第1項の改善命令・同75条1項の許可取消しの可否をめぐる紛争と見るのには無理があるといわざるを得ない。

また、2004年行訴法改正において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のは、「行政立法、行政計画、通達、行政指導など様々な手法を用いて行政の活動が行われるようになってきてい」るにもかかわらず、「このような行政の活動については、抗告訴訟の対象となる行政庁の公権力の行使に当たらないとされる場合があり、……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」るところから、「抗告訴訟の対象とならない行政の行為を契機として争いが生じた場合であっても、公法上の法律関係に関して確認の利益が認められる場合には、当事者訴訟として確認の訴えを提起することが可能」とする⁽¹⁶⁾趣旨であるといわれている。

東京地裁平成22年判決の事例は行政立法を契機とした紛争である。福岡高裁平成22年判決の事例は条例の制定と、福岡市による「P1の建築物が条例の対象となる」旨の「通知」を契機としたものであるが、この「通知」を行政法学における行為形式論にあてはめれば「行政指導」に該当する⁽¹⁷⁾。これらの事例を行政立法や行政通達に起因する紛争とみれば、当事

(16) 小林久起『行政事件訴訟法』(商事法務, 2004年)202頁。他に、福井他前掲注(11)・31頁、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂, 2004年)84-85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頁なども参照。

(17) 例えば、警視庁保安課警部が玩具拳銃製造販売会社に対して行った「玩具拳銃(コンドルデリンジャー)が銃砲に該当するので、販売中止、回収等の措置をとるようにとの要請」は、行政指導とみなされてきた。古崎慶長「行政指導と国家賠償—コンドルデリンジャー事件—」昭和51年重要判例解説(1977年)46-48頁等を参照。

者訴訟活用論において、本来カバーされるべきことが予定されていたものであるといえるのである。

行政上の義務を担保する手段としての不利益処分と刑罰

民事訴訟において、確認訴訟には「当事者間の実体的権利関係を確定し、確定された実体的権利関係に適合した行動をとることを当事者に期待して、権利侵害ないし紛争の発生を防止するという予防的救済機能」⁽¹⁸⁾ があるといわれてきた。換言すれば、当事者間の法律関係について争いがあり、それが原告の法的地位に不安・危険を生じさせている場合に、その法律関係の存否について確認することで、このような危険・不安を除去して、紛争の具体化深刻化を防止することが、確認訴訟の機能なのである。

当事者訴訟としての確認訴訟においても、同様の予防的機能が認められる。その際、原告たる私人側に生ずる不安・危険は「ほとんどの場合、被告国・地方公共団体に属する行政機関がなんらかの不利益処分権限を有していることに由来する」⁽¹⁹⁾ といわれている。

しかし、行政上の義務の履行を担保するための手段としては、行政処分による場合の他、行政罰による場合もある。例えば、名古屋地裁平成 21 年 2 月 19 日判決（判タ 1313 号 148 頁）及びその控訴審である名古屋高裁平成 21 年 10 月 23 日判決（判例集未掲載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091127094318.pdf>）は、原告が成人用図書の販売に使用している商品交換機が、愛知県青少年健全育成条例上の自動販売機に該当し、同条例に定める有害図書類の収納禁止・撤去義務（同条例 11 条 1 項）等を負うかが争われた事件であるが、自動販売機へ有害図書類を収納した場合、同条例

(18) 兼子一他掲注(4)・768 頁。

(19) 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）980 頁。

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

29条3項により6ヶ月以下の懲役又は50万円以下の罰金を科されることとなっているだけで、同義務の違反に対して行政処分を行いうる旨の規定は存在していない。

また、行政上の義務が行政処分と刑罰の両方により担保されている場合もある。東京地判平成19年12月26日判決（判例集未掲載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080723135649.pdf>）とその控訴審判決である東京高裁平成21年1月28日判決（判例集未掲載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100218112219.pdf>）は、条例により店舗型性風俗特殊営業が禁止されている地域に位置する店舗が、既存営業所として例外的に同営業を営む法的地位を有するかが争われた事件であるが、この店舗が既存営業者に該当しない場合、①当時の風営法30条2項により、営業廃止を命ずることもできる他、②営業禁止区域で性風俗特殊営業を営んだことになり、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それらが併科されることとなっていた。

行政上の義務違反に対して行政処分を介せずに直接刑罰が科せられる仕組みとなっている場合、差止訴訟の存在を理由に、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を否定することができないことはいままでもない。そうすると、「行政上の義務違反の有無が問題になる場合であっても、処分を制約することになる場合は抗告訴訟によるべきであって、確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めることはできない」という立場によれば、同じ行政上の義務に関する争いであっても、義務の履行を担保する手段が刑罰による場合は、確認の利益が認められれば、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求めることができるが、義務の履行を担保する手段が行政処分の場合は、確認の利益を問題にする余地もなく、確認訴訟（当事者訴訟）による救済は認められないということになる。

しかし、行政から「あなたの設置している『商品交換機』は条例上の自動販売機に該当し、有害図書類を収納すると、刑罰を科せられるおそれが

あります。撤去して下さい」という指導を受けた場合と、「あなたの建築しようとする建築物は、条例に違反するものです。建築を継続すると建築中止命令を受けることがあります」という指導を受けた場合を比べれば、どちらも私人の行動を抑制する点では違いはない。違いがあるとすれば、刑罰と不利益処分による抑制の程度の違いに過ぎない。そうであれば、確認訴訟（当事者訴訟）による救済の適否を、行政上の義務を担保する手段が刑罰か不利益処分かによって、一律に決めるのではなく、行政上の義務違反についての争いがある場合には、確認訴訟（当事者訴訟）による救済の対象となることを一応認めた上で、事例ごとに確認の利益が認められるかどうか（私人の現在の法的地位に危険・不安が存するか）で、救済の要否を判断する方が妥当なのではないだろうか。

小結

以上のように、(1)「処分の蓋然性」を訴訟要件とする現行の差止訴訟では、不利益処分担保された行政上の義務違反についての紛争のすべてを適切に救済することはできない、(2)処分により担保されている行政上の義務についての紛争には、処分に関する紛争ではなく、行政上の義務に関する紛争と見た方が妥当なものがある、(3)行政上の義務を担保する手段としては、不利益処分と刑罰があるが、不利益処分担保されている場合につき、一律に確認訴訟（当事者訴訟）による救済の対象外とするより、行政上の義務について争いがある場合は、確認訴訟（当事者訴訟）による救済の対象となることを一応認めた上で、事例ごとに確認の利益が認められるかどうかで、救済の要否を判断する方が妥当であるところから、行政上の義務（法的地位）についての争いについては、確認の利益が認められる限り、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めることができ、これは後続の処分を制約することになる場合であると否とに関わらないと解すべきであろう。

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

福岡高裁平成 22 年判決や東京地裁平成 22 年判決といった裁判例の存在に加え、行政上の義務等にかかる確認訴訟（当事者訴訟）は、将来の処分を制約することになる場合であっても、確認の利益が認められる限り、許容されると解するのが、学説の大勢ともなっている⁽²⁰⁾が、このような解釈は妥当なものであるといえる。

4 確認訴訟における紛争の成熟性（即時確定の利益）と「損害の重大性」

裁判例の状況

このように「行政活動の中に処分も含まれる可能性があることだけで、抗告訴訟が排他的に適用されると解するのは適切ではない」と「解した場合でも、確認の利益を判断するに際して、差止訴訟に求められる『重大な損害を受けるおそれがある場合』……という要件との関係をどう見るのかの問題が残る」⁽²¹⁾ことになる。

2004 年行政事件訴訟法改正以降の裁判例には、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益が認められる場合について、

- ・「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」を要するとするもの
- ・「損害の重大性」を要するとするもの

(20) 「確認訴訟の予防的機能は、今後展開するであろう行政過程の不透明な状況にあって、原告に不利益な行政の活動を防止することにあるのであるから、行政活動の中に処分も含まれる可能性があることだけで、抗告訴訟が排他的に適用されると解するのは適切ではない」塩野宏『行政法Ⅱ [第5版]』（有斐閣、2010年）264頁。他に、このような考えによるものとしては、南、高橋編前掲注(4)〔山田〕（2009年）128頁、小早川前掲注(8)・336頁、橋本前掲注(16)・83頁など。

(21) 塩野前掲注(20)・264-265頁。

・「損害の重大性」を要しないとするものがある。以下、それぞれについて紹介し、どの立場が妥当であるか検討してみよう。

「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」を要するとする裁判例

このような立場をとっているのは、東京高裁平成19年4月25日判決(判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071017102146.pdf>)であり、長野勤評事件、横川川事件の基準が2004年行政事件訴訟法改正後の今日でも、確認訴訟(当事者訴訟)の確認の利益についても妥当とするものである。これらの判決の示した「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」という基準は、無名抗告訴訟が許容される基準であるとの理解がある反面、長野勤評事件において、最高裁判所は、「おそらく、訴訟形式論にあまり拘泥することなく、その予防訴訟的実質にかんがみ、訴えの利益の有無によって決しようとしたものと推測される」⁽²²⁾との見方もある。このような見方によれば「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」という基準は、予防的訴訟である確認訴訟における確認の利益にも適用される基準ということになる。そして、差止訴訟については、2004年行訴法改正により、「重大な損害」が訴訟要件とされたことにより、訴えの利益を認める基準が緩和されたが、確認訴訟(当事者訴訟)については、何ら変更はなかったのであるから、以前と同様に「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」という基準が妥当する。この裁判例はこのように考えたのであろう。

このような立場によれば、確認訴訟(当事者訴訟)は、差止訴訟よりも

(22) 佐藤繁「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和47年度号364頁。

厳しい要件の下でしか利用できないことになり、無名抗告訴訟と同じように、これによる救済の可能性は否定されないものの、極めて例外的な救済方法に留まることになる⁽²³⁾。

しかし、このような立場が、確認訴訟の活用を促した2004年行訴法改正の趣旨に適合しないことは明らかである⁽²⁴⁾。また、現在の危険・不安の存在という民事訴訟における確認の利益の判断基準からかけ離れているものであって、妥当とは思われない。実際、他の裁判例で、「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」という基準を持ち出した裁判例や、このような言葉は用いないまでも、実質的にこの基準で確認の利益の有無を判断しているとみなしうる裁判例は、現時点（2012年1月14日）では、筆者の知る限り、存在しない。

「損害の重大性」を要するとする裁判例

この立場を取っているのは、大阪地裁平成19年8月10日判決（判タ1261号164頁）である。この事件で、裁判所は改正行訴法が、1号（直接型）義務付け訴訟と差止訴訟につき、損害の重大性と補充性を要件としていることなどを指摘して、「このような義務付けの訴え及び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義務付けの訴え及び差止めの訴えの要件は、行訴法3条6項1号の義務付けの訴えないし同条7項の差止めの訴えのようなタイプの訴訟について、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

(23) 浜川清「判批」別冊ジュリスト182号行政判例百選Ⅱ（2006年）427頁も、このように解される可能性を指摘していた（ただし、同稿はこのような立場に賛同していない）。

(24) このことについて詳しくは、春日前掲注(2)・23-26頁を参照。

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」とし、「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」と判示した。

この判決が、確認の利益についても「損害の重大性」を要するとしている理由付けには明確さを欠くところがあるが、「損害の重大性」を、予防的訴訟としての性格を有する確認訴訟と差止訴訟に共通する訴訟要件（確認訴訟においては即時確定の利益が認められるための条件）と捉えているように思われる（1号義務付け訴訟にも言及しているので、予防的訴訟を含む、裁判所が行政の一次的判断権にとらわれずに救済を与える場合の訴訟要件といった方が正確かも知れない）。

このような立場によれば、行政上の義務に関して争いがあり、私人が当該行為をした場合不利益処分を受けるおそれがある場合、確認訴訟でも差止訴訟でも、「重大な損害を生ずるおそれがある」ことを必要とする点では同じであることになる。このような立場によれば、確認訴訟の役割は、処分の蓋然性などが認められず、差止訴訟を利用できない場合にも利用可能な救済手段ということになる。さらに、刑事手続に付されることはそれだけで「重大な損害」と考えられる⁽²⁵⁾ので、行政上の義務の不履行について、不利益処分を経ずに刑罰が科せられる仕組み（直罰）となっている場合の救済手段ということになる。

「損害の重大性」を要しないとする裁判例

先に紹介した①東京地裁平成19年12月26日判決、東京高裁平成21年

1月28日判決、②名古屋地裁平成21年2月19日判決、名古屋高裁平成21年10月23日判決、③東京地裁平成22年判決は、確認の利益と損害の重大性の関係に言及することなく、確認の利益を認めている。

これらの裁判例は「損害の重大性を要しない」という立場によるものとも思えるが、これらの事例において、原告が適法と主張している行為をし、それが違法であった場合、①は刑罰または営業廃止命令、②は刑罰、③は許可取消しに処されるおそれがある。刑罰や許可取消しは「重大な損害」と解することができる⁽²⁶⁾ので、これらが確認の利益について「損害の重大性を要しない」としているかについては、不明確なところが残っている。

確認の利益につき「損害の重大性を要しない」ことを明確にするものとしては、大阪地判平成21年10月2日（判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100506161838.pdf>）がある。この判決は違反点数の付加がないことの確認を求めたものであるが、裁判所は「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

(25) 小早川、高橋編前掲注(4)〔山本〕・82頁は、「刑事罰を科される明白なリスクも「重大な損害」に当たろう。……行政法規が定める構成要件の違憲性や、行政機関が示す行政法規の解釈の誤りを主張する者に、法規にあえて違反し、あるいは行政機関の解釈にあえて反して行動し、刑事訴追された後で争うリスクを強いるべきではなく、むしろ予防的訴訟を認めるべきではないか。もっとも、このような明白なリスクが存在しない状況で、ある行為が構成要件に該当するかを単に試すだけの予防的訴訟は、認められないであろう」という。

(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差止めの訴えにおいて、損害の重大性を認めた。また、東京地判平成18年10月20日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070718102800.pdf> は、一般労働者派遣事業許可取消処分差止めの訴えにおいて、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、保険医登録取消処分の仮の差止めにつき、損害の重大性を欠くという理由で申立てを却下している例もある。これらについては、春日前掲注(2)・36頁を参照。

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、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」としている。ただし、裁判所は「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」としており、さらに、この判決のいう「第一次的判断の明示」という理由付けが、違反点数の付加のように法的制度に基づく行政の意思表示ではないもの、例えば、法律に根拠のない行政指導についても妥当するかについては疑問が残る。

本稿で紹介した福岡高裁平成22年判決は、私人が自らの見解（P1の建築物は福岡市条例の適用を受けない）に従って当該建築物の工事を実施すれば、建築基準法9条1項の是正命令を受ける可能性があるという状況において、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益は認められるが、是正処分差止訴訟は損害の重大性を欠くので、不適法であるとしている。この判決が、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益については、「損害の重大性を要しない」という立場に立つものであることは明らかであるが、その理由について、この判決は何も述べていない。

「損害の重大性」の要否

そもそも、損害の重大性が差止訴訟の要件として定められた理由は何なのだろうか。損害の重大性は、差止訴訟が取消訴訟と異なり、処分がなされる前に、裁判所による事前救済を求めるものであることから、司法と行政の役割分担を踏まえ、事前救済にふさわしい事件に絞り込むために定められた要件である⁽²⁷⁾といわれている。損害の重大性が認められるケースとして想定されていたのは、行政の規制監督権限に基づく制裁処分が公表されると名誉や信用に重大な損害を生ずるおそれがある場合である⁽²⁸⁾。他方、処分後に取消訴訟を提起し、執行停止を求めることで、十分な救済が得られる場合には、損害の重大性に欠けるものと解されている⁽²⁹⁾が、これは損害の重大性を要件としている差止訴訟が、取消訴訟では救済困難な事例の救済のための手段であることからくるものである。

差止訴訟における「損害の重大性」が、同じ抗告訴訟である取消訴訟との関係で設けられたものである以上、これが当事者訴訟としての確認訴訟に適用されたり、影響を及ぼしたりするいわれはないということになるはずである⁽³⁰⁾。

このような解釈をとる場合、福岡高裁平成22年判決のように、損害の重大性を欠くことを理由に差止訴訟による救済を求めることができないにも

(27) 小林前掲注(16)・188頁、福井他前掲注(11)・378-79頁を参照。阿部前掲注(4)・307頁は、「違法な処分なら、それが行われれば、取消訴訟で取り消される。差止訴訟は、処分前なので、『先にずらされた取消訴訟』と言われる。……これは取消訴訟と性質を同じくし、ただ、処分前であるというだけである。そうすると、処分前の差止訴訟について、取消訴訟にプラスして、どのような要件を要求するかが課題になる」ところ、2004年改正行訴法はプラスの要件として、損害の重大性と補充性を定めたものであるとする。

(28) 橋本前掲注(16)・78頁、福井他前掲注(11)・378頁。

(29) 小林前掲注(16)・189頁、福井他前掲注(11)・155頁。

かわらず、確認訴訟(当事者訴訟)により救済を求めることができるケースが存在することになる。これは行政事件訴訟法が差止訴訟を法定したことと矛盾しないのであろうか。

抗告訴訟と当事者訴訟という位置づけや訴訟要件以外にも、確認訴訟(当事者訴訟)と差止訴訟には相違がある。その最も大きなものが仮の救済の可否である。差止訴訟では、仮の救済として行訴法 37 条の 5 第 2 項所定の仮の差止めを用いることができる。差止訴訟が提起されても、行政庁は処分を行うことは妨げられず、本案判決にはかなりの時間を要するため、処分前の救済が認められるかどうかは、仮の差止めが認められるか否かによるところが大きい。仮の差止めの要件は厳しく、容易には認められない⁽³¹⁾ものの、仮の救済の可能性があるというのは重要である。

他方、確認訴訟については、行訴法上に仮の救済の定めはない。仮の差止めは「差止めの訴えの提起があつた場合において」利用できるものであるから、将来不利益処分を受けるおそれがある場合でも、確認訴訟を本案訴訟として、仮の差止めの申立てをすることはできない。民事執行法による仮処分は可能であると考えられているが、どのような場合に、どのような仮処分が可能かは明らかではないし、行訴法 44 条で処分については民事執行法に基づく仮処分をすることができないと規定されており、将来の処分を差止めるような仮処分はできない。

さらに、本案で主張できる事柄についても相違がある。差止訴訟は未だ

(30) 中川前掲注(19)・981 頁。また、小早川前掲注(8)・342 頁も、「現在の一定の法律関係に焦点を当ててその存否の確認を求める場合の訴えの利益の判断基準と、将来の一定の処分を的絞ってその差止めを求める訴訟の許否の基準とは、必ずしも一致すべきものではなく……したがって、“重大な損害を生ずるおそれ”などの差止訴訟の要件が当事者訴訟の許否の問題にまで直接に影響する……と解すべきでもない」とする。石井前掲注(1)・6-8 頁も、これと同旨をいう。

なされていない処分の違法性を争うものであるから、原告は本案上の主張として、①処分要件の該当性が認められないという主張⁽³²⁾、②処分に効果裁量が認められる場合、特定の処分を行うことが裁量の踰越濫用にあたるという主張⁽³³⁾、③このまま処分が行われれば手続的瑕疵を生ずるという主張⁽³⁴⁾、④処分の根拠法令（根拠規定）が違憲違法であるという主張が可能である。

確認訴訟（当事者訴訟）において差止訴訟との関係が問題となる場合、すなわち、行政が、私人の現にしようとしている具体的行為は違法であり、当該行為をすれば不利益処分を受ける可能性があるとの意思を表明したが、私人が当該行為は適法であるとして、確認訴訟でこれを争う場合は、

(31) 仮の差止めが認容されるには、本案たる差止訴訟における「重大な損害を生ずるおそれ」よりもさらに厳しい「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」が求められ、これは、損害賠償や処分後の執行停止では実質的救済にならない場合をいうものと解されている。さらに、「本案について理由があるとみえるとき」という要件もある。「償うことのできない……」という要件により仮の差止めが認められなかった事例としては、例えば、東京地決平成 22 年 4 月 12 日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101105101826.pdf>、札幌地決平成 21 年 2 月 27 日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090901184127.pdf>、佐賀地決平成 20 年 12 月 1 日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090702164632.pdf> などがある。また、大阪地決平成 19 年 3 月 28 日判タ 1278 号 80 頁で、裁判所は住民基本台帳からの住民票消除処分により、申立人は次期市議会議員選挙で選挙権を行使することが極めて困難になるので、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」は認められるとしながら、「本案上理由があるとみえるとき」にあたらぬとして、申立てを却下した。また、名古屋地決平成 18 年 9 月 25 日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20061117092122.pdf> は、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」の有無について判断することなく、「本案上理由があるとみえるとき」にあたらぬとして、申立てを却下している。

(32) このような主張がされた例としては、前掲注(9)とそれに対応する本文を参照。

前記①にあたる①' 当該行為は違法行為に該当しない（原告は当該行為をすることができる法的地位を有する，当該行為をしてはならない義務を負わない……）という主張と，④にあたる④' 当該行為を違法としている法令（当該行為をすることができる法的地位を否定している法令，当該行為を禁止している法令）が違憲違法であるという主張が可能である⁽³⁵⁾。

(33) このような主張がされた例としては，一般労働者派遣事業の許可を受けた原告が，18歳に満たない者を深夜業に使用したとの事実により，罰金刑の判決を言い渡されたことから，厚生労働大臣が労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律（労働者派遣法）14条に基づき，前記許可の取消処分を行おうとしているとして，同取消処分の差止めを求めた事案がある。この事案で原告は，労働者派遣法14条が「厚生労働大臣は，一般派遣元事業主が次の各号のいずれかに該当するときは，第五条第一項の許可を取り消すことができる」と規定しているのは，大臣に許可を取り消すか否かの裁量を認めたものであり，(ア)原告の犯罪事実は深夜労働をわずか1日のみ行ったものであること，(イ)深夜業に使用された未成年者の父が原告及び関係者を宥恕していること，(ウ)犯罪事実が判明した後，各営業所に対し，再発防止の周知徹底を図ると共に，関係者の懲戒を実施したことなどの事情を上げて，許可取消処分にするのは裁量の踰越濫用にあたることを主張した（東京地判平成18年10月20日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanreilpdf/20070718102800.pdf>）。

(34) このような主張がされた例としては，特定商取引法2条3項に規定する電話勧誘販売を行っていた者が，その電話勧誘販売の方法が特定商取引法に違反することを理由に，業務停止命令等を受けるおそれがあるとして，仮の差止めを申し立てた事案がある。この事案において，申立人は処分の前提となる弁明の機会の付与手続の通知に記載された各事実は，その時期を特定していないばかりか，架電先や，被害者とされる者の氏名，申立人側の販売員の氏名のほか，セールストークで使用した事業者名さえ明らかになっておらず，実質的な弁明の機会が付与されたとはいえないと主張した（名古屋地決平成18年9月25日判例集未登載 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20061117092122.pdf>）。

(35) 福岡高裁平成22年判決の原告は①' の，東京地裁平成22年判決の原告は①' と④' の主張をしている。

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

すなわち、(1)「損害の重大性」が認められる場合には、(処分の蓋然性が認められた段階で) 差止訴訟による救済を求めることができ、この場合、仮の差止めが利用可能であり、処分の効果裁量の違法などの主張もできるのに対し、(2)「損害の重大性」が認められない場合には、(例え、処分の蓋然性が認められる段階に至ったとしても) 確認訴訟（当事者訴訟）でしか救済を求めることはできず、このため、仮の差止めの利用はできないし、行為の適法性、根拠法令の違憲性違法性しか主張できないという違いがある。

このような相違があることから、「損害の重大性」を欠き、差止訴訟で救済を求めることができない場合であっても、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求めることができると解しても、行訴法が差止訴訟を法定し、その要件として「損害の重大性」を定めたことに矛盾することにはならないと考えてよいのではないだろうか。

「確認の利益」の観点からの検証

以上のように、差止訴訟における「損害の重大性」という要件が、確認訴訟に影響を及ぼすいわれはなく、このように解しても行訴法と矛盾するところはないとしても、このことが直ちに、「損害の重大性」を欠く場合でも、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求めうることを意味しない。

確認訴訟による救済を求めるためには、確認の利益が認められる必要がある。確認の利益の判断は、差止訴訟の要件に影響を受けることがないとしても、損害の重大性が認められない場合、確認の利益がないとされるのであれば、結局のところ、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めるには、「損害の重大性」を要するということになってしまうからである。

確認訴訟（当事者訴訟）の訴訟要件は、行訴法に規定がなく、民事訴訟法の確認の利益と同じく、①確認の対象の適否、②紛争の成熟性（即時確定の利益）の有無、③方法選択の適否から判断されるものと考えられてお

り、その中心をなすのは、紛争の成熟性（即時確定の利益）である。そして、紛争の成熟性（即時確定の利益）の有無は、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という問題であり、民事訴訟においては、(a)原告の法的地位に対する不安・危険は、被告が原告の法的地位を否認したり、原告の地位と相容れない地位を主張したりする場合に生じ、(b)確認判決により不安が除去されるべき原告の利益ないし地位は具体的・現実的なものでなければならないとされている⁽³⁶⁾。

当事者訴訟としての確認訴訟においては、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い）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ものと考えられる⁽³⁷⁾ ことについては、前稿で述べたところである。問題は、行政上の義務を担保しているのが刑罰や重大な不利益処分以外の不利益処分であっても、私人の側に現実の危険・不安が生じるかというところである。

福岡高裁平成 22 年判決の場合、原告が自らの見解（P1 の建築物は条例の適用外であり、建築基準法令に適合するものである）に従って建築を行った場合、これと異なる見解（P1 の建築物には条例が適用され、建築基準法令に適合しないものである）によっている福岡市長により、建設途中で中

(36) 新堂幸司『新民事訴訟法第 5 版』（弘文堂、2011 年）277-278 頁。

(37) 春日前掲注(2)・40-41 頁。

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

止命令が出るおそれがある。命令があれば建築を中止しなければならず（中止しなければ、建築基準法 98 条 1 号により三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処せられるおそれがあり）、この場合、建設会社たる原告は建築代金の全額の支払いを受けられないだろう。原告はこのような状況に陥ることを覚悟して工事を実施するか、行政の見解を受け入れて工事を断念するか（この場合、工事代金支払は受けられない）という状況に追い込まれており、現実の危険・不安が生じており、紛争の成熟性（即時確定の利益）が認められてしかるべき事例であるといえる。

では、行政が違法とみなしている行為を実行（継続）した場合、中止命令ではなく、改善命令等を受けるに留まるケースについては、どのように考えるべきであろうか。予想される改善命令等の内容、改善命令等に従わなかった場合の制裁（刑罰か、さらなる不利益処分か）、改善命令を受けてからそれを争った場合に私人が被る損害の程度などの要素も勘案しなければならないが、(1)私人が現にしようとしている行為の適法違法について、私人と行政との間の見解の対立が明確になっているのであれば、取消訴訟まで待っても、これに関する争点の判断がより容易になるというわけではないこと、(2)改善命令等に従えば、私人が当初意図していたとおりの行為を完遂することができなくなることから、改善命令等を受けるに留まる場合も、基本的に確認の利益が肯定されると解してよいのではないだろうか。

5 おわりに

以上、確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟の関係について検討してきたが、その結果

- (1) 法令が、行政上の義務について規定し、当該義務に違反した場合に不利益処分をすることができるという規定になっている場合、①当該義務にかかる争い（私人の具体的行為が当該義務に違反するものか、

あるいは、当該義務の根拠法令の違憲違法ではないのか)は、②後続の不利益処分にかかる争いに解消されない独自の意味を持ち、①について確認訴訟(当事者訴訟)により救済を求めることができると考えても、行政事件訴訟法が差止訴訟を法定していることと抵触するものではない。

(2) 確認訴訟(当事者訴訟)における確認の利益の判断に際し、差止訴訟の訴訟要件である「損害の重大性」を考慮する必要はない。このように考えても、行政事件訴訟法が差止訴訟を法定化し、その要件として損害の重大性を規定していることと矛盾するものではない。

(3) 私人の具体的行為の適法違法(当該行為をすることができる法的地位や当該行為をしてはならないという義務の存否)について、行政と私人の間で見解の相違があり、私人が当該行為をした場合不利益処分を受けるおそれがある場合、当該不利益処分が中止命令や改善命令といった、相手方に「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」ものにあたらぬ場合であっても、基本的に確認訴訟(当事者訴訟)における確認の利益を肯定することができる。

という結論をえることができた。

最後に、少し別の角度から、確認訴訟(当事者訴訟)と差止訴訟、さらには確認訴訟(当事者訴訟)と取消訴訟の関係について、若干の検討をして本稿の結びとしたい。

2004年行訴法改正まで、「学説は、法定外抗告訴訟を論じるとき、予防的不作為訴訟としての給付の訴えと確認の訴えをとくに区別してこなかった」が、「改正法のもとでは、給付の訴えであることが明らかな差止訴訟……と、確認訴訟とに分けて考察することが有用ではないかと考えられる」⁽³⁸⁾といわれている。

差止訴訟も、確認訴訟(当事者訴訟)と同じく「予防的救済機能」を有するものである。しかし、確認訴訟(当事者訴訟)は、公法上の法律関係

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

に焦点を絞り、私人がある行為をしうる法的地位を有する（当該行為をしてはならない義務がない）を確定することで、私人を救済しようとするものであるのに対し、抗告訴訟である差止訴訟は、処分に焦点を絞り、未だなされていない処分を事前に排斥することで、私人を救済しようとするものであるという違いがある。

もとより、不利益処分の基礎となっている行為をすることができる法的地位が確認されれば、その行為が違法であることを前提とした不利益処分はできなくなるので、確認訴訟（当事者訴訟）には、後続の処分を差止める効果がある。反対に、差止訴訟において当該処分の原因となる行為が適法である（原告の具体的行為が法令で定める違法行為に該当しない、あるいは、当該行為を違法としている法令の規定が違憲違法である……）ことを理由に、処分の差止めが認められれば、差止判決の拘束力により当該行為をすることが適法であることが確定し、私人は危険・不安にさらされることなく当該行為をすることができるようになる。このような場合、確認訴訟（当事者訴訟）も差止訴訟も機能を同じくするようにみえる。

しかし、(a)私人甲は、自らが既にした a という行為を適法と考えているが、行政は違法と考えてそれを理由に不利益処分をしようとしており、その不利益処分により甲が重大な損害を被る可能性があるが、(b)甲が今後 a を行う意思がない場合、 a が1度限りのことで2度と行うことができない場合、法令改正により現在では a が適法であることが明らかになっている場合などは、(A)差止訴訟による救済を求めることはできるが、(B)確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求めることができないと解すべきではなかろうか。なぜなら、訴訟の時点で、甲は a を行うことにつき現実かつ具体的な危険・不安にさらされているとはいえない（甲が a を行いうる法的地位

(38) 中川前掲注(19)・982頁。他に、同様の指摘をするものとして、福井他前掲注(11)・258頁など。

について現実の紛争が存在しない) ので、確認の利益がないものと考えられるからである。過去において甲が a を行う法的地位を有していたかについての争いはあるが、これは不利益処分をすることができるかどうかという意味でしか問題にならないため、差止訴訟における争点にはなっても、確認の利益を基礎付けるものたり得ないように思う。

他方、(a) 甲が既にした a という行為につき、甲は適法と考えているが、行政は違法と考え、これを理由とする不利益処分をしようとしており、その不利益処分により甲が重大な損害を被るおそれがある、(b) 甲は a が適法なのだからこれを継続したい (今後も行いたい) と考えている場合は、(A) 差止訴訟の訴訟要件も、(B) 確認訴訟 (当事者訴訟) の訴訟要件も、「補充性」を除き、充たされることになる。このような場合、給付訴訟である差止訴訟が可能であることを理由に、確認訴訟 (当事者訴訟) は「補充性」を欠くことになるのであろうか。

民事訴訟において、請求権につき給付訴訟が可能であれば、請求権自体の確認の利益は認められないとされている。このような場合には、給付判決がより端的な救済手段だからである。このような考え方によれば、給付訴訟である差止訴訟が可能なら、確認訴訟は補充性を欠くものとして不適法となるとも考えられる。しかし、わが国では「権力の行使に関して強制執行の制度が用意されておらず、……差止訴訟の請求認容判決は、民事訴訟の場合と異なり執行力をもたない。……間接強制の制度が用意されているドイツでも、行政機関は判決に従うと期待してよいとして、民事訴訟の場合と異なり、給付訴訟としての差止訴訟に対する確認訴訟の補充性が否定されて」いる⁽³⁹⁾ ことを考えれば、少なくとも、確認訴訟 (当事者訴訟) しか提起されていない場合は、差止訴訟が可能であることを理由に、確認

(39) 小早川、高橋編前掲注(4)〔山本〕・74-75頁。

訴訟を却下する必要はないだろう。

では、(a) (b) のような場合に、確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟の両方が提起されている場合（損害の重大性が認められるか明確でない場合など、現実に両方の訴えを提起する必要がある）は、どのように考えるべきだろうか。おおよそ

①確認訴訟（当事者訴訟）の争点となる「 a を行いうる法的地位の存否」は、「処分要件の充足性」という形で必然的に差止訴訟の争点にもなり、これにつき裁判所の判断も下される。反対に、差止訴訟では、処分の効果裁量の適否や処分の手続上の瑕疵が争点となることがあるが、これらは確認訴訟（当事者訴訟）では争点にならない。以上のように、差止訴訟は確認訴訟（当事者訴訟）の争点を包含し、より適切な救済方法であり、差止訴訟が提起されている場合、確認訴訟（当事者訴訟）は補充性を欠くものとして却下される。

②確認訴訟（当事者訴訟）は、 a を行いうる法的地位を確認し、現在において a を行いうることを確定するための訴訟である。差止訴訟は甲が過去に a を行ったことを理由として、不利益処分を受けることが法令に適合するか（あるいは、裁量の踰越濫用にならないか）の判断をするもので、目的を異にするので、差止訴訟が提起されていることを理由に、確認訴訟（当事者訴訟）が補充性を欠くことにはならない。という2つの考えがあり得るように思う。このいずれによるべきかについては、さらなる検討を要するところである。

さらに、確認訴訟（当事者訴訟）と抗告訴訟については、差止訴訟との関係だけでなく、取消訴訟との関係も検討を要するところである。すなわち、(a) 甲は自らがした a という行為が違法行為であるとして、行政から不利益処分を受けたが、甲は a を適法と考えており、(b) 甲は a が適法なのだからこれを継続したい（今後も行いたい）という場合は、(A) 甲は取消訴訟により救済を求めることになろうが、(B) 確認訴訟（当事者訴訟）の訴

訟要件も、「補充性」を除き、充足していることになるのではないか。

もとより、処分の効力を争うことは、取消訴訟の排他的管轄により、確認訴訟（当事者訴訟）ではできない。しかし、取消訴訟の排他的管轄は、処分の効力に影響を与える場合に限られる。違法な処分に起因する国家賠償訴訟は取消訴訟を経ずに提起することができるが、これは国家賠償は処分の効力を否定するものではないからである⁽⁴⁰⁾。本稿で検討してきたような確認訴訟（当事者訴訟）は、ある行為をしようする法的地位の確定を求めるものであって、処分の効力をターゲットにしているわけではない。

例えば、 a という行為が違法であることを前提とした不利益処分が改善命令などである場合、一応命令に従っておいて、 a を行うことができる法的地位の確認を求める訴えを提起して救済を求めることは、取消訴訟の排他的管轄には触れないように思われる。もちろん、このような場合、改善命令取消しの訴えにより救済を求めることが可能であるが、このことを理由に、確認訴訟（当事者訴訟）は「補充性」を欠くことになるのだろうか。

また、 a という行為が違法であることを前提とした不利益処分が業務停止命令である場合、取消訴訟を提起しても、訴訟中に業務停止期間が経過し、訴えの利益が失われ、取消訴訟は却下されることが予想される。取消訴訟がこのような理由で却下されたが、なお原告が a を適法であると考え、今後もこれを行いたいと考えている場合、確認訴訟（当事者訴訟）に訴えを変更できるものと解すべきであろう⁽⁴¹⁾。さらに、このような場合、訴訟中に業務停止期間が経過することを見越して、最初から取消訴訟ではなく、確認訴訟（当事者訴訟）で救済を求めるという選択肢が認められて

(40) 課税処分の場合、取消訴訟の出訴期間経過後に国家賠償を認めると、取消訴訟の排他的管轄を潜脱することになるのではないかという見解があり、このような考えによる裁判例もあったが、最判平成 22 年 6 月 3 日判時 2083 号 71 頁は、課税処分についても、取消訴訟を経ずに、国家賠償で救済を求めることを認めた。

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

もよいとも考えられる。

さらに、 a という行為が違法であることを前提とした不利益処分を受けたが、出訴期間の経過により、取消訴訟による救済を求めることができなくなった場合、原告が a を適法であると考え、今後もこれを行いたいと考えているのであれば、確認訴訟（当事者訴訟）により救済を求めることが認められるべきだろう。

このような場合について、行訴法 41 条 1 項が、同 33 条 1 項の取消判決の拘束力の規定を、当事者訴訟に準用していることに注意が必要である。取消判決の拘束力ですら、その内容や射程について、学説における見解の相違がみられる。ましてや、確認訴訟（当事者訴訟）における確認判決の拘束力について、どのように考えるべきかは今後の議論を待たなければならない。ただ 1 つ、ここで指摘しておきたいのは、 a が違法であることを原因とする処分 a があり、その取消訴訟の出訴期間経過後に、確認訴訟（当事者訴訟）を提起して a が違法ではないことを理由に勝訴した場合、確認判決の拘束力により、処分 a を取り消す義務を負うと解すると、取消訴訟の出訴期間の規定を潜脱することになってしまうということである。拘束力は「その事件について」生ずるものであり、このような確認訴訟（当事者訴訟）における事件とは、現在において a をする法的地位を有するかということなので、拘束力により過去の処分を取り消す義務まで生じるものではないと解することができる。しかし、取消判決の拘束力につき、不整合処分の取消義務が論じられ、その範囲については争い

(41) 小早川、高橋編前掲注(4)〔山本〕・89 頁は、河川法上の監督処分により工作物の除却を命令された者が、工作物を設置した自己の土地が河川区域でないことを主張して取消訴訟を提起したが、訴訟係属中に行政代執行が行われて訴えの利益が消滅した場合、自己の土地が河川区域でないことの確認を求める公法上の当事者訴訟に訴えを変更できるものと解している。

があるので、現時点では断言しかねるところであり、これについての検討は後日の課題としたい。