

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における 《司法審査に適したタイミング》について

春 日 修

目 次

- 1 はじめに
- 2 処分性拡大による《司法審査に適したタイミング》の前倒し
- 3 確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》
- 4 両訴訟における《司法審査に適したタイミング》の異同
- 5 おわりに

1 はじめに

2004年（平成16年）の行政事件訴訟法改正において、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が、この「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⁾とこころにあった。2005年4月1日の施行から、半年も経ない9月に、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

(1) 橋本博之『解説改正事件訴訟法』（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『行政訴訟論』（2005年）79頁なども参照。

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）が出され、その後、最高裁や下級審で、確認訴訟（当事者訴訟）にかかる裁判例が少なからず積み重ねられてきた⁽²⁾。

他方、2004年行訴法改正の前から、最高裁判所は、従来であれば抗告訴訟の対象となる行政処分とはみなされなかったような行為につき、その実質的効果に着目して処分性を認める一連の判決を下していた。2004年以降も、

- ・最高裁平成16年4月26日判決（民集58巻4号989頁）：輸入届出にかかる食品等が食品衛生法に違反する旨の通知
- ・最高裁平成17年4月14日判決（民集59巻3号491頁）：過誤納免許登録税につき税務署長に通知すべき旨の請求に対する拒否通知
- ・最高裁平成17年7月15日判決（民集59巻6号1661頁）：病院開設中止勧告
- ・最高裁平成17年10月25日判決（集民218号91頁）：病床数削減勧告
- ・最高裁平成20年9月10日判決（民集62巻8号2029頁）：土地区画整理事業計画
- ・最高裁平成21年11月26日判決（民集63巻9号2124頁）：公立保育所廃止条例
- ・最高裁平成24年2月3日判決（民集66巻2号148頁）：廃止された有害物質使用特定施設にかかる土地所有者等で、当該施設設置者以外の者に対する通知

など、処分性拡大の傾向は続いている⁽³⁾。

(2) 確認訴訟（当事者訴訟）の活用例については、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頁以下を参照。

(3) ただし、最高裁判所は闇雲に処分性を拡大しているわけではない。2004年以

このように、処分性拡大論と当事者訴訟活用論が併存しているため、処分性が認められる典型的行為に該当しない行為や決定により利益を侵害された私人が裁判所の救済を求める場合に、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれによるべきかが不明確であり、このような状況においては、処分性の有無に疑義が残る行為・決定により不利益を被った場合、当該行為につき処分性が認められる旨を主張して抗告訴訟を提起する一方で、処分性が否定される場合に備えて予備的に当事者訴訟も提起しておくといった方法によるのが無難であるといわれている⁽⁴⁾。

もとより、裁判所による救済が認められるか、その前提として抗告訴訟なり当事者訴訟なりの訴訟要件をクリアして訴えが適法なもののみなされるかということがより重要な問題であって、これに比べれば、救済手段が抗告訴訟か当事者訴訟かということは二義的問題に過ぎない。

筆者は、ここ数年、当事者訴訟の活用による救済の拡充を念頭に、いくつかの論考を公にしてきた⁽⁵⁾。その中で、確認訴訟（当事者訴訟）にかかる裁判例が確認の利益を認めるのに依拠した「危険・不安の現実性」と、最高裁判例が処分性を拡充する際に依拠した当該行為の「実質的效果」との間にある程度共通するものがあると感じるようになった。「抗告訴訟は

降に最高裁判所が処分性を否定した判決としては、①最判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁（水道料金改訂条例の処分性を否定）、②最判平成21年4月17日民集63巻4号638頁（出生した子につき住民票の記載を求める親からの申出に対し特別区の区長がした上記記載をしない旨の応答の処分性を否定）、③最判平成23年6月14日集民237号21頁（私営老人福祉施設民営化の相手方事業者として選定しない旨の通知の処分性を否定）などがある。

(4) 下井康史『「処分性」拡張と処分性概念の変容』法律時報85巻10号（2013年）16頁は、「処分または非処分の典型と思われる……例についてさえ、下級審と上告審で判断が分かれたことを想起すれば、……当面の間、典型的な処分または非処分と思われるものでも、却下のリスクを避けるため、処分性を前提とした抗告訴訟を主位的とし、否定された場合に備えた当事者訴訟・民事訴訟を予備的とする訴えを提起すべきことになろう」とまでいう。

(5) 春日・前掲注(2)の他、春日修「確認訴訟（当事者訴訟）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、同「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、同「土地利用規制と司法救済—取消訴訟か確認訴訟か」愛知大学法学部法経論集182号（2009年）1頁以下。

処分性の概念に、当事者訴訟は訴えの利益（紛争の成熟性）の概念に、それぞれ司法介入のタイミングの正当性を説明する役割を担わせ⁽⁶⁾ているのであるから、これらに共通性があるのは当然のことだろう。つまり、行政訴訟において保護されるべき権利利益が侵害されていると認められる状況（＝司法審査に適したタイミング）と至った場合、取消訴訟（抗告訴訟）であれば、行政機関の行為・決定がそのような状況を生じさせたという「実質的効果」をもって、当該行為・決定に（拡張された）処分性が認められ、確認訴訟（当事者訴訟）であれば、そのような状況に至っていることに「危険・不安の現実性」が見いだされ、確認の利益が認められるということなのである。

行政法学において処分性拡大論は長く大きな論点であり続けてきたし、これについての論考も少なくない⁽⁷⁾が、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益との関係で、処分性の拡大を検討したものは、あまり多くないように思われる⁽⁸⁾。

本稿は、以上のような認識に基づき、『司法審査に適したタイミング』の観点から処分性を拡大した最高裁判決と、確認訴訟（当事者訴訟）において確認の利益を認めた裁判例で、このような最高裁判決と対照しうるものを比較検討することにより、取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）におけ

(6) 中川文久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山正行、村田斉志編『新・裁判実務大系 25 行政争訟 [改訂版]』（2012年）140頁

(7) 例えば、2012年から2014年にかけて公刊されたこのテーマの論考（判例評釈等を除く）としては、佐藤由佳「処分性拡大に関する一考察」志學館法学 15号（2014年）115頁以下、趙元済「処分性論としての争訟開始タイミングの適否に関する一考察」駒澤法曹 10号（2014年）49頁以下、周作彩「処分性の拡大と行政行為概念の今日的存在意義」法学教室 401号（2014年）25頁以下、下井前掲注（3）、越智敏裕「訴訟実務から見た『処分性』拡大の傾向」法律時報 85巻 10号（2013年）17頁以下、高木英行「処分性拡大論に関する一考察—形式的行政処分論と相対的行政処分論を中心に」東洋法学 56巻 3号（2013年）1頁以下、同「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄—仕組み解釈に対する均衡解釈論」東洋法学 57巻 1号（2013年）51頁以下、同「処分性拡大判例の系譜—土地利用計画関係の判例を中心に」東洋法学 56巻 2号（2013年）25頁以下がある。

(8) もとより皆無というわけではなく、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（2008年）25頁以下などがある。また、趙前掲注（7）は、処分性論を中心にして、確認訴訟（当事者訴訟）との対比も視野に入れている。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

る《司法審査に適したタイミング》に、どのような異同が見られるかを探求することを意図したものである。

2 処分性拡大による《司法審査に適したタイミング》の前倒し

本節では、処分性を拡大した最高裁判所判決で、2004年以降に下されたもののうち、主として《司法審査に適したタイミング》の観点から処分性を肯定したと考えられる⁽⁹⁾

【A】最高裁平成16年4月26日判決（以下、「食品衛生法違反通知判決」という。）

【B】最高裁平成17年7月15日判決（以下、「病院開設中止勧告判決」という。）

【C】最高裁平成17年10月25日判決（以下、「病床削減勧告判決」という。）

【D】最高裁平成20年9月10日判決（以下、「土地区画整理事業計画判決」という。）

を主たる対象として、これらの判決が、どのような場合に、どのような理由で《司法審査に適したタイミング》を見いだしているかについて検討する。

(9) 処分性の可否については、「A 抗告訴訟として争うのが適切・合目的か否か」という訴訟類型配分論（訴訟類型配分型の解釈論）と、B 行政過程のどの段階で争いの成熟性が認められるかというタイミング論（成熟性判定型の解釈論）、という2つの思考軸」（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（2009年）17頁）によることが有用であるとされる。本稿で取り扱うのは、主としてBの観点から処分性を肯定した判例である。なお、橋本前掲24～33頁は、このような判例として、【A】【B】【D】をあげている。

2 - 1 食品衛生法違反通知判決

食品衛生法違反通知判決の概要

X（原告）は、「フローズン・スモークド・ツナ・フィレ」（以下、「本件食品」という。）を輸入するため、Y（成田空港検疫所長）に対して、食品衛生法（以下、「法」という。）16条（現行法27条）及び同法施行規則15条（現行法32条）に基づき、輸入届出をしたが、Yは本件食品1kg当たり2370mgの一酸化炭素を検出したとの検査結果を理由に、本件食品は法6条（現行法10条）の規定に違反するから積戻し又は廃棄されたいとの記載のある食品衛生法違反通知（以下、「本件通知」という。）を交付した。関税法70条2項は「他の法令の規定により……輸入に関して検査又は条件の具備を必要とする貨物については、……輸入申告に係る税関の審査の際、当該法令の規定による検査の完了又は条件の具備を税関に証明し、その確認を受けなければならない」と定めており、通関実務においては、検疫所長が食品等を輸入しようとする者に対し食品衛生法違反通知書を交付した場合には、同人に対し食品等輸入届出済証（食品等輸入届出書の副本に「輸入食品等届出済」等の印を押なつたもの）を交付せず、税関では関税法基本通達に基づき食品等輸入届出済証等の添付がない輸入申告書は受理しない取扱いが行われていたため、Xは本件通知の取消しを求めて出訴したが、第1審、控訴審とも通知の処分性を否定し、訴えを却下したため、Xが上告した。

最高裁判所は、以下のように判示し、原判決を取り消して、事件を地方裁判所に差し戻した。すなわち、「食品衛生法違反……通知は、法16条に根拠を置くものであり、厚生労働大臣の委任を受けた被上告人が、上告人に対し、本件食品について、法6条の規定に違反すると認定し、したがって輸入届出の手續が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のもの」であり、「本件通知により、上

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

告人は、本件食品について、関税法 70 条 2 項の『検査の完了又は条件の具備』を税関に証明し、その確認を受けることができなくなり、その結果、同条 3 項により輸入の許可も受けられなくなるのであり、上記関税法基本通達に基づく通関実務の下で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなる」といった「法的効力を有するものであって、取消訴訟の対象となると解するのが相当である」。

先行判例としての輸入禁制品該当通知判決 I・II

最高裁判所は、食品衛生法違反通知判決以前に、税関における輸入許可に先行する通知につき、その処分性を肯定した最高裁昭和 54 年 12 月 25 日判決（民集 33 卷 7 号 753 頁。以下、「輸入禁制品該当通知判決 I」という。）を下していた。

この事件における事実の概要は以下の通りである。X（原告）は、Y（横浜税関長）に、書籍『サン・ワームド・ヌード』の輸入申告をしたが、Y は関税定率法 21 条 1 項 3 号（現在の関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号）に定める「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」に該当する旨の同条 3 項（現在の関税法 69 条の 11 第 3 項）に基づく通知をした。X は同条 4 項の規定による異議の申出をしたが、Y は同条 5 項に基づき異議の申出を棄却する旨の決定をし、それを X に通知したので、X は上記 3 項所定の通知、5 項所定の決定及び通知の取消しを求めて出訴した。第 1 審は通知の処分性を肯定しつつ、前記書籍は風俗を害すべき書籍に該当するとして X の請求を棄却したが、控訴審は通知の処分性を否定したため、X が上告した。

最高裁判所は、以下のように判示し、原判決を取り消して、事件を高等裁判所に差し戻した。すなわち、当時の関税定率法 21 条 3 項の通知、同 5 項の決定及び通知は、「行政庁のいわゆる観念の通知とみるべきものである」が、これにより「当該貨物につき輸入の許可の得られるべくもない

ことが明らかとな」り、これらの貨物につき「税関長が同条三項及び五項に定める措置をとる以外に当該輸入申告に対し何らかの応答的行政処分をすることは、およそ期待され得ないところであ」って、通知等により「申告にかかる本件貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすものというべきである」から処分性を有する。

輸入禁制品該当通知判決Ⅰに対しては、「論理構成がやや不明解ではあるが、本件通知等を抗告訴訟の対象として認めるという妥当な結論を導いている」⁽¹⁰⁾ という評価が一般的であると思われる。換言すれば、『司法審査に適したタイミング』については妥当であるが、取消訴訟の対象とするために「通知」を処分とみなした理由付けについては、難があるということであろう。

つまり、「本件の紛争は成熟しており、また税関検査が憲法の禁止する検閲にあたるかどうか、実体判断をすべき時期でもあり、現実に本件原告は取消訴訟を選択していた」という事情の下で、「本判決は、妥当と思われる結論にあわせて、むしろ通知を不許可と同様の法的効果を有するものと解釈する道を選んだ」のであり、「『処分なければ救済なし』という思考から脱却しないかぎり理論的にすっきりした解決はできなかった事例」⁽¹¹⁾ ということになる。

後に同じく輸入禁制品該当通知が争われた最高裁昭和 59 年 12 月 12 日判決(民集 38 卷 12 号 1308 頁。以下「輸入禁制品該当通知判決Ⅱ」という。)では、通知の処分性が肯定される理由を「輸入手続において、貨物の輸入

(10) 小幡純子「判批」法学協会雑誌 99 卷 2 号 (1982 年) 364 頁。同趣旨を言うものとして、例えば、山村恒年「判批」民商法雑誌 83 卷 1 号 (1980 年) 137 頁は、「形式的には、従来の処分性に関する判例の理論によりながら、実質的には、より紛争の実態に即した判断をした点において評価できるが、その理由づけにはすっきりしないものがある」と、原田尚彦「判批」判例評論 256 号 (1980 年) 18～19 頁は、「多数意見の説明は、あまりに概念的議論で、説得的ではない」が、「税関長の通知の処分性……を認めて抗告訴訟の道を開いたのは、もとより適切な措置であった」とする。

(11) 高木光「判批」行政判例百選Ⅱ〔第 3 版〕別冊ジュリスト 123 号 (1993 年) 381 頁。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

申告に対し許可が与えられない場合にも、不許可処分がされることはない（3号物件につき税関長の通知がされた場合にも、その後改めて不許可処分がされることはない）というのが確立した実務の取扱いであり、通知は「当該物件につき輸入が許されないとする税関長の意見が初めて公にされるもので……輸入申告に対する行政庁側の最終的な拒否の態度を表明するもの」であるから「実質的な拒否処分（不許可処分）として機能している」と説明しているが、この判決についても、「『確立した実務』を援用するなど、依然として事実から規範を説明しているくらいがある」⁽¹²⁾との批判がある。

輸入禁制品該当通知と食品衛生法違反通知の異同

輸入禁制品該当通知と、食品衛生法違反通知を比べてみると、いくつかの違いがある。

まず、輸入禁制品該当通知は、当時の関税定率法（現在の関税法）に規定されている通知であるのに対して、食品衛生法違反通知は、法令に根拠はなく、行政規則である輸入食品等監視指導業務基準に基づくものに過ぎない。輸入禁制品該当通知に処分性が認められた理由として、当該「通知が法律で定められていることが重要な要因を成している」⁽¹³⁾との指摘があるが、この点を重視すると、輸入禁制品該当通知の処分性は肯定できるが、食品衛生法違反通知の処分性は肯定できないという結論に至ることもありうる。実際、食品衛生法違反通知判決の横尾裁判官反対意見（以下、「横尾反対意見」という。）は、食品衛生法違反通知の処分性を否定すべき理由の1つとして、それが「法令の委任によるものではない『輸入食品等監視指導業務基準』に基づくものであるにすぎず、国民の権利義務に直接影

(12) 高木前掲・381頁。

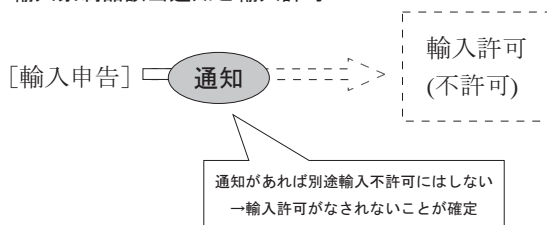
(13) 小幡前掲注(10)・363頁。山村前掲注(10)・133頁も「一般に、法規に基づかない通知は処分性を有しない」とする。

響するものではないと解すべきである」と述べている。

次に、輸入禁制品該当通知をした機関は、輸入許可をする権限を有する税関長であり、税関長は「通知」をしたときは、別途、輸入不許可処分をしないという実務上の取扱いをしていた。そのため、輸入禁制品該当通知判決Ⅱは、この通知をもって「実質的な拒否処分（不許可処分）として機能している」といい得た。これに対して食品衛生法違反通知では、「通知の主体が輸入許可権者である税関長ではなく、厚生労働大臣の委任を受けた検疫所長となっている」ため、「昭和 59 年最高裁大法廷判決のごとく通知を実質的な拒否処分と解釈しなかった」⁽¹⁴⁾。しなかったのではなく、できなかったといった方が適切かも知れない。

このような違いがあるとはいえ、2つの通知には、共通点の方が多い。輸入禁制品該当通知の処分性が認められたのは、通知がなされた場合、実務上の扱いとして、税関長は改めて輸入申告拒否処分（不許可処分）を行わなかったため、通知を実質的拒否処分とみなし得たためである。

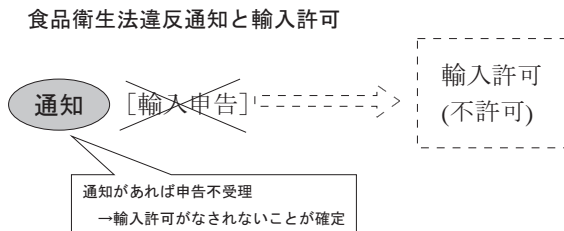
輸入禁制品該当通知と輸入許可



食品衛生法違反通知も同様に、この通知がなされた場合には、実務上の扱いとして、輸入申告が受理されず、したがって、輸入申告拒否処分が行われることもない。2つの通知は《実務上、輸入許可にかかる行政過程を打ち切って、当該貨物が輸入できないことを確定するもの》という点では

(14) 川内 嘉「判批」行政判例百選Ⅱ〔第5版〕別冊ジュリスト182号（2006年）341頁。

同じ性質を持っている。



輸入禁制品該当通知判決Ⅰが、この通知を「観念の通知」と呼んでいることに象徴されるように、これらの「通知」が典型的な行政処分⁽¹⁵⁾に該当しないことは、十分に認識されていた。食品衛生法違反通知判決が、食品衛生法違反通知と輸入許可との実務上の関係を縷々述べた上で、これをいささか強引に「法 16 条に根拠を置く」ものと位置づけているのも、輸入届出こそ食品衛生法 16 条に規定されているが、その応答としての「通知」は内部規則である「輸入食品等監視指導業務基準」に根拠を置くものに過ぎず、処分性を肯定する上でここが難点になることを十分に認識し、それを乗り越えるために、いささか強引な理屈をつけたものと考えられる。

整理すると、輸入禁制品該当通知判決Ⅰ・Ⅱと食品衛生法違反通知判決は、これらの通知が《当該貨物等が輸入できないことを確定するもの＝実質的な輸入不許可処分》であることを重視し、《それは実務上の扱いに過ぎないので、通知を行政処分とみなすには法律上の根拠の点で難があること》には目をつぶって、処分性を肯定したものといえる。

(15) 塩野宏『行政法Ⅱ 第5版補訂版』（有斐閣、2013年）103頁は、「最高裁判所の定式が当然に当てはまるものとして処分性が承認されている」定型的処分として、①「規制行政にかかる命令と強制」、②「規制行政における許可、免許（取消し・撤回を含む）等の行為」をあげる。また、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 第4版』（2013年）156頁は、「処分性が認められる典型的行為」として、①②に加え、③「給付行政においても、受給資格の取得確認（健康保険法39条1項）、給付決定（国家公務員共済組合法41条1項）を行政処分により行う例」を挙げる。私見によれば、④申請拒否も、わが国の裁判所が一貫してこれを取消訴訟の対象となる「行政庁の処分」として扱ってきたということで、典型的な行政処分に含まれるものと考えられる。

両通知の処分性否定論とそれに対する検討

ただし、これらの通知が《実質的な輸入不許可処分》とみなしうるかについては、異論がありうる。輸入禁制品該当通知判決Ⅰにおける横井裁判官反対意見（以下、「横井反対意見」という。）は、私人が通知に応じない場合、「関税法の原則にもどり、通関手続に関する規定の適用を認め、右物品に関する輸入申告は、税関長の最終的な応答のないまま、適法に税関に係属しているものと解せざるを得ない」としており、横井反対意見も「食品等を輸入しようとする者は、科学的な検査結果等をもって当該食品等が法6条の規定する添加物含有食品等に該当しないことを証明し、税関長の確認を得ることができる⁽¹⁶⁾」としており、それぞれの通知が《実質的な輸入不許可処分》とはいえないとしている。

また、《実務上の扱いに過ぎない通知を、行政処分とみなすには法律上の根拠の点で難があり、これを見過ぐすことはできない》という立場もありうる。横井反対意見は、「行政処分とは趣を異にする……行為であつても、その行為に対して、法律が特に一定の法律効果を付与している場合……は、これに対する司法的救済の面で、その法律効果の発生を意図した行政処分と同様に取り扱つても差しつかえない」が、「本件通知については、法律は、そのような法律効果の付与につき全く想定するところがない」ので、「このような税関長の通知に対し、行政事件訴訟法上の抗告訴訟の対象たる適格性を付与することはできない」としている。

ただし、これらの反対意見は、通知の時点における司法救済を全面的に

(16) このような見解に対し、山本隆司『判例から探求する行政法』（2012年）335頁は、「輸入者は、厚生労働大臣の認定判断の結果、届出済証を得られず食品衛生法違反通知を受けた場合も、届出の事実および食品衛生法6条適合性を、税関に対し証明して税関の確認を得ることを法的に妨げられない。それでも、こうした場合に、税関が検疫所の判断に反して食品衛生法適合性を確認できるとは、基本的に考えられない。それは、行政機関相互の事務分担と協力の原則に反する。確かに、食品衛生法違反通知が私人を規律する効力がない以上、税関は検疫所に再度の判断を求めるべきである。しかし、検疫所が食品衛生法違反の判断を覆さなければ、形式的に言い換えるなら、届出済証を交付しなければ、税関は食品衛生法適合性を確認しないことになる」とする。

否定しているわけではない。横井反対意見は「もし税関長が輸入申告に対する許否の応答をしないときは、輸入申告をした者より税関長の不作為の違法確認を求める等の方法により司法的救済を求めることができるものと解する」という。また、横尾反対意見も「食品等輸入届出済証の添付がないことをもって輸入申告を不受理とされた場合には、これを税関長の拒否処分として争えば足りる」としている。

しかし、輸入許可申告にかかる不作為の違法確認の訴えでは、横井反対意見の《相手方が通知に従うことを拒否した場合、輸入申告は継続している》という見解によれば、不作為の違法確認判決は得られるだろうが、《当該貨物が輸入できないものにあたる》という行政の判断を争うことはできない。同じく輸入申告不受理＝拒否処分取消しの訴えにおいても、横尾反対意見の「食品等を輸入しようとする者は、科学的な検査結果等をもって当該食品等が法6条の規定する添加物含有食品等に該当しないことを証明し、税関長の確認を得ることができる」という見解を前提にすれば、不受理はこのような証明の機会を与えることなくされた拒否処分としてこれだけで違法となるが、原告がこのような理由で勝訴しても、その判決の拘束力は、適切な証明の機会を与えて処分をやり直せという形でしか働かないので、その実質は不作為の違法確認判決と変わらないことになり、適切な救済にはならない⁽¹⁷⁾。

すなわち、輸入禁制品該当通知判決Ⅰ・Ⅱと食品衛生法違反通知判決は、《通知を行政処分とみなすには法律上の根拠の点で難がある》ことは承知

(17) これにつき、西田幸介「判批」平成16年度重要判例解説ジュリスト1291号(2005年)45頁は、食品衛生法違反「通知の取消訴訟が具体的な事案の下で救済のために便宜なものであるかは検討の余地がある」とした上で、輸入申告の不受理を拒否処分とみでの取消訴訟、不受理についての不作為の違法確認訴訟、厚生労働大臣から後に出される可能性のある廃棄命令等に対する取消訴訟は、「救済の観点から見ると迂遠であるとの批判を免れない」としつつ、民事訴訟による引渡請求、輸入申告を前提とした輸入許可を求める義務付け訴訟や、当事者訴訟としての確認訴訟の可否も検討すべきであり、「本件のような事案では、民事訴訟を認める余地も残されており、また新しい行政事件訴訟法の下で取消訴訟以外の選択肢が拡大されたことに伴い、争い方に変化が見られる可能性があるだろう」という。

の上で、《当該貨物が輸入できないものにあたる》という行政の判断が公式に表示された「通知」の時点で、このような「通知」の内容の適否について《司法審査に適したタイミング》に至ったと判断して、これを取消訴訟の俎上に乗せるために、処分性を肯定したものといえよう⁽¹⁸⁾。

2-2 病院開設中止勧告判決・病床削減勧告判決

病院開設中止勧告判決の概要

病院を開設しようとしたXは、富山県知事(Y)に対し、医療法(改正前のもの。以下同じ。)7条1項の許可の申請をしたところ、Yは医療法30条の7の規定に基づき、「高岡医療圏における病院の病床数が、富山県地域医療計画に定める当該医療圏の必要病床数に達しているため」という理由で、本件申請に係る病院の開設を中止するよう勧告した。Xは本件勧告を拒否し、速やかに本件申請に対する許可をするよう求めたため、Yは許可をしたが、同時に「中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には、厚生省通知(昭和62年9月21日付け保発第69号厚生省保険局長通知)において、保険医療機関の指定の拒否をすることとされているので、念のため申し添える。」との記載がされた文書を送付したため、Xは本件勧告の取消し等を求めて出訴した。第1審、控訴審共に、当該勧告は行政処分には該当しないとして、訴えを却下したため、Xが上告した。

最高裁判所は、以下のような理由で、勧告の処分性を肯定した。すなわち、本件「勧告に従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可

(18) 中川前掲注(6)・141頁は、「処分性を拡大したとされる最高裁判決の多くは、譬えていえば、個別行政法に“バグ”が発見されたので、裁判所が“修正パッチ”を当てている……すなわち、法効果を持たないものとして立法されたはずの行為であるが、元々の法令の欠陥や、法執行を担当する行政機関が事実上作り出した新たな法環境にかんがみると、現在ではもはや、行政処分へと位置付けを変えるべきであるという決断を、司法があえて行う」ものであると表現しているが、基本的認識は本稿におけるそれと同一であるように思う。

等の不利益処分がされることはない」が、「健康保険法（平成 10 年法律第 109 号による改正前のもの）43 条ノ 3 第 2 項は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときは、その指定を拒むことができると規定して」おり、「昭和 62 年保険局長通知において、『医療法第三十条の七の規定に基づき、都道府県知事が医療計画達成の推進のため特に必要があるものとして勧告を行ったにもかかわらず、病院開設が行われ、当該病院から保険医療機関の指定申請があった場合にあっては……地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと』とされて」いるため、「病院開設中止の勧告は、医療法上は……行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、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という結果をもたらすもの」であり、「国民皆保険制度が採用されている我が国においては……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」ので、「病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法 3 条 2 項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」

「法的効果」の問題

先に見た輸入禁制品該当通知判決 I は、税関長の通知を「貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果」があるものとし、食品衛生法違反通知判決もその「法的効果」に言及している。これに対し、病院開設中止勧告判決は、勧告の「法的効果」に言及しないままで、その処分性を肯定している点に、特徴がある⁽¹⁹⁾。

(19) この点を指摘するものとして、角松生史「判批」行政判例百選Ⅱ [第 6 版] 別冊ジュリスト 212 号 (2012 年) 347 頁、大久保規子「行政指導と処分の複合的行為」

それゆえ、輸入禁制品該当通知判決などが「従来の最高裁の判定基準に従うもの、一般論として処分性につき新たな基準を採用したものとみることはできない」⁽²⁰⁾ という見方も成り立ち得たのに対し、病院開設中止勧告判決については『従来の公式』を用いない判断とも考えられる⁽²¹⁾ といわれている。

最高裁判所が、「法的効果」を認定しなかったのは、病院開設中止勧告があった場合、自動的に保険医療機関指定が拒否されるわけではなく、「通達は行政庁による『著シク不適切』の1つの解釈として出されていたものにすぎないし、しかも、この通知は、『指定を拒否せよ』というものではなく、『地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否の諮問を行うこと』とされているだけであること、また、この地方社会保険医療協議会は、各地方社会保険事務局に置かれ（社会保険医療協議会法1条2項）、都道府県知事又は厚生労働大臣からは独立した組織となっていること」から、「勧告と……指定拒否処分」の間に法的直結性を認めることはできなかったからである⁽²²⁾。これは、輸入禁制品該当通知や食品衛生法違反通知の場合、これらの通知があれば、（別途輸入不許可処分はされないものの、実務上は）当該貨物につき輸入許可が得られない＝当該貨物を輸入できないものであることが確定したのと異なるところであり、本件「勧告は、『効果の確定性・確実性』が低く、最終決定性・処分性を認めにくい」⁽²³⁾ ところがあるのは確かだろう。

にもかかわらず、病院開設中止勧告の処分性が認められたのは、①「相当程度の確実さ」という不指定の蓋然性であれば認められることに加え、

論究ジュリスト3号（2012年）23頁、橋本前掲注（9）・73頁、下井康史「判批」平成17年度重要判例解説ジュリスト1313号（2006年）49頁など多数。

(20) 川内劔「判批」行政判例百選Ⅱ〔第6版〕別冊ジュリスト212号（2012年）345頁。

(21) 下井前掲注（19）・49頁。

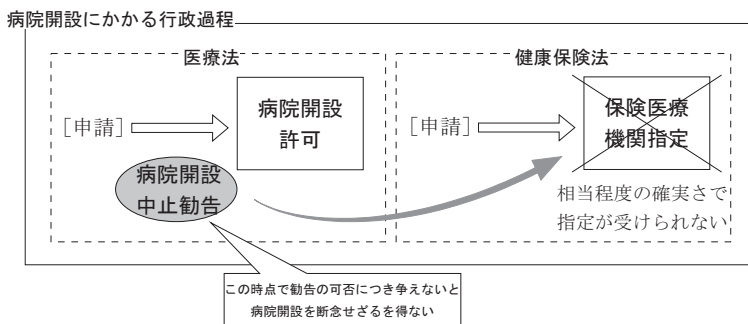
(22) 杉原則彦「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度』（2008年）445頁。

(23) 山本前掲注（16）・353頁。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

②国民皆保険制度の下で、保険医療機関の指定を受けられないことは病院開設を断念せざるを得なくなるという重大な不利益をもたらすからであり、判決は「直接的な法的効果に固執せずに、事実上の効果をも考慮して処分性を認めたもの」⁽²⁴⁾ということになる。

病院開設中止勧告にかかる行政過程



病床削減勧告判決と不利益の程度

病院開設中止勧告判決のほぼ3ヶ月後、最高裁判所は、医療法30条の7の規定に基づいて出された病床数削減勧告に処分性を認める判決を下した。その理由付けは、病院開設中止勧告判決とほぼ同様だが、以下のような違いがあることには着目すべきものと思われる。

病院開設中止勧告判決

「国民皆保険制度が採用されている我が国においては……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」

病床削減勧告判決

「国民皆保険制度が採用されている我が国においては……削減を勧

(24) 大久保前掲注(19)・98頁。

告された病床を除いてしか保険医療機関の指定を受けることができない場合には、実際上当該病床を設けることができない不利益を受けることになる」

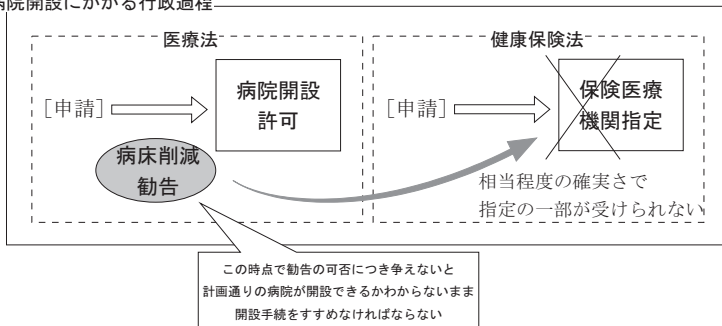
病床削減勧告判決の事例では、病床数を 308 床とする病院の開設に係る申請に対して、病床数を 308 床から 60 床に削減するよう勧告がなされており、このレベルの削減では、病院の設置を断念させる（あるいは、規模的に全く異なる病院に変更を強いられる）に等しい。

しかし、病床削減勧告判決は、処分性を肯定した理由付けの部分において、このような事情にまったくふれていない。削減数が比較的少ない場合であっても「当該病床を設けることができない不利益を受けることになる」ことには違いはないし、病床削減数の大小で処分性の有無に違いが生ずるという理由も、特に考えられないので、削減数が少ない場合であっても、病床削減勧告の処分性は認められると解すべきだろう。

そうすると、（病院開設中止・病床削減）勧告の処分性は「實際上病院の開設自体を断念せざるを得ない」という事情に至らなくても、「申請通りの病床数の病院を開設できない」という事情だけで認められることになる。すなわち、病院開設中止勧告判決より、病床削減勧告判決の方が、緩やかに処分性を認めたものと考えられるのである。

病床削減勧告にかかる行政過程

病院開設にかかる行政過程



取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

訴訟選択についての議論と《司法審査に適したタイミング》

ところで、病院開設中止「勧告に病院開設を中止させる実際上の効果があることは、原告の出訴権の根拠にはなるとしても、それだけで即、勧告を処分として勧告取消訴訟という形式の訴訟を認める理由にはならない」⁽²⁵⁾。すなわち、指定拒否ではなく、勧告という「先行行政作用の段階で救済の対象とするというのが本判決の趣旨」⁽²⁶⁾としても、それが勧告取消訴訟である必要はない。

最高裁判所が「勧告」を処分と解したことについては「本件は、被告が行政庁のままなので（行訴法改正法附則3条）、処分性否定は訴え不適法を導く。このことの回避が最高裁の真意かもしれない……。過渡期における一時的な処分性拡張論と見ることも可能だろう」として、「医療法の勧告を争う手段は、勧告の違法確認訴訟や、勧告を拒否しても不利益を受けないことの確認訴訟が適切である」⁽²⁷⁾との見解がある反面、本判決における勧告の処分性肯定が「確認訴訟が予備的請求とされなかったことによる偶然の産物であったとも思えない。最高裁は、（当該手続を構成する各行為の効果を度外視して）アモルフな法律関係そのものを狙上に載せる当事者訴訟ではなく、行為によって分節された限りでの法律状態を審理の対象とする抗告訴訟を愛好していると考えられる」⁽²⁸⁾との見解もある。

訴訟選択の問題に関しては、「本判決が訴訟の成熟性を認めた論理は首肯できても、当事者訴訟でなく取消訴訟を選択した論理が定かでない以上、

(25) 山本前掲注 (16)・353頁。

(26) 角松前掲注 (19)・347頁。

(27) 下井前掲注 (19)・49頁。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頁以下も、病院設置中止勧告の救済手段として、確認訴訟（当事者訴訟）がふさわしいとする。

(28) 仲野武志「判批」自治研究82巻12号(2009年)146頁。また、「裁判所における処分性の拡大論は、まず、取消訴訟と、公法上の確認訴訟のいずれの訴訟形態がより有効かつ適切かという訴訟類型間の訴訟選択論において、取消訴訟が公法上の確認訴訟に比して有効かつ適切な訴訟選択である場合に行なわれるという前提に立つものであろう」との見解（趙前掲注(6)・51頁）によれば、病院設置中止勧告判決において、裁判所は当事者訴訟ではなく、取消訴訟を有効かつ適切な訴訟として選択したということになる。

本判決の射程も明確でなく、その理解は平成16年行訴法改正の持つ、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の活用というメッセージに対する論者の立場に依存する⁽²⁹⁾ という見方が妥当であるように思われる。

整理すると、「勧告」を行政処分とみなして取消訴訟の対象とすることについては異論があるものの、《保険医療機関指定拒否（あるいは、削減された病床数による保険医療機関指定）により、申請通りの病院開設ができなくなることが、相当程度の確実さを持って明らかになった》段階で、このような不利益を招来する「勧告」の内容の適否にかかる《司法審査に適したタイミング》に至ったとの判断の妥当性については、多くの論者の賛同が得られているということになる。

2-3 土地区画整理事業計画判決

判決の概要

浜松市（Y）は、西遠広域都市計画事業上島駅周辺土地区画整理事業（以下、「本件土地区画整理事業」という。）を計画し、土地区画整理法（平成17年改正前のもの）52条1項の規定に基づき、静岡県知事から本件土地区画整理事業の事業計画において定める設計の概要について認可を受けた後、同項の規定により、本件土地区画整理事業の事業計画を決定・公告した。これに対して、本件土地区画整理事業の施行地区内に土地を所有しているXら（原告）は本件土地区画整理事業は公共施設の整備改善及び宅地の利用増進という法所定の事業目的を欠くものであるなどと主張して、本件事業計画決定の取消しを求めて、出訴した。第1審、控訴審とも、土地区画整理事業計画

(29) 太田匡彦「判批」社会保障判例百選〔第4版〕別冊ジュリスト191号（2008年）49頁。例えば、この判決が取消訴訟を選択したことを積極的に評価する仲野前掲注（24）・146頁は、同時に「新行政事件訴訟法が適用される今後の事件についても、裁判所が行政行為以外の行為に対する不服の訴訟を抗告訴訟ではなく当事者訴訟として審理することはあまり望めないかもしれない」とする。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

は行政処分当たらないとして、訴えを却下したため、Xらが上告した。

最高裁判所は、以下のように判示して、土地区画整理事業計画の処分性を認め、事件を地方裁判所に差し戻した。すなわち、「土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。……そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、……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ができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということではできない」。「換地処分を受けた宅地所有者等……は、当該換地処分等を対象として取消訴訟を提起することができるが、……換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、……事情判決……がされる可能性が相当程度あるのであり……宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいいい難く、「事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これ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」。すなわち、「市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものということができ、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。」

「法的効果」と「実効的な権利救済」

判決は、事業計画の抗告により生ずる土地の形質の変更や建築物等の新築等の制限（土地区画整理法76条1項所定）にも言及するが、これを処

分性肯定の直接の根拠としているのではないことは「かかる制限効果をもって処分性を認めるべしとする涌井意見の存在によって明確である」⁽³⁰⁾との見解が一般的である⁽³¹⁾。

したがって、最高裁判所が、土地区画整理事業計画に処分性を肯定した理由は、①計画により土地所有者等が「換地処分を受けるべき地位」に立たされるといふ「法的効果」があること、②換地処分の段階では十分な救済にならないため、「実効的な権利救済」を図る必要性があることの2点ということになる。

このうち、①については、「複数の行為が連鎖して行政過程が進行する場合の中間的行為の処分性の問題について、後続する換地処分等をされる地位に立たされる点をとらえ、実効的権利救済を図る上での合理性という要素を加味した上で、法的規律の個別具体性を認めた」⁽³²⁾ものと解されるが、「『法的地位（への直接的影響）』は、権利侵害（換地処分）の蓋然性も含む広い概念であり、伝統的な処分概念に包摂されうるか疑問が残る」⁽³³⁾ところがある。なぜなら、この判決がいうところの「換地処分を受けるべき地位」といふのは「権利変動の内容が『具体的に予測できる』としているにすぎず、権利変動の内容が具体的であるといっているわけではない」⁽³⁴⁾からである。

(30) 人見剛「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号（2009年）53頁。

(31) 山村恒年「判批」判例地方自治312号（2009年）70頁は、建築制限等の効果を理由に処分性を認めるべきであったとする。また、《換地処分を受けるべき地位に立たされる》ことにより処分性を認める「論理は、収用あるいは換地処分より早い段階で処分性を認めるという機能を持つが、どの段階まで遡れるかという問題が当然生じる（例えば、土地区画整理事業については、事業計画の設計の概要の認可にも処分性が認められるかという問題）。したがって、このような遡及を制限する論理が別途必要となる（山下竜一「判批」民商法雑誌140巻3号（2009年）351頁）とした上で、「ここで付随的効果が機能する可能性がある（つまり、付随的効果が生じる段階までしか遡れないという論理）」（前掲353頁）とする見方もある。

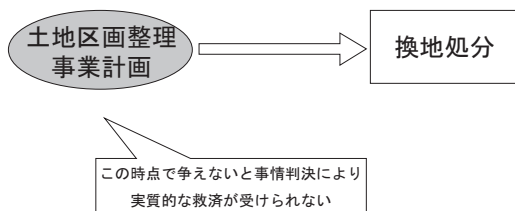
(32) 橋本博之「判批」環境法判例百選〔第2版〕別冊ジュリスト206号（2011年）217頁。

(33) 山下竜一「判批」行政判例百選Ⅱ〔第6版〕別冊ジュリスト212号（2012年）331頁。

(34) 藤巻秀夫「判批」札幌法学20巻1＝2号（2008年）131頁。ただし、渡邊互「判

①の「法的効果」という理由付けに疑問があるとすると、この判決において処分性が肯定された理由も、②の「実効的な権利救済の必要性」、本稿でいう《司法審査に適したタイミング》にあるということになる⁽³⁵⁾。すなわち、本判決は「処分性の解釈において『実効的な権利救済を図る』ことに着目し、事業計画決定の段階でこれを争うことが『合理的』とするもの」⁽³⁶⁾であり、別の見方をすれば、「後続の処分を待ってしては実効的な権利救済の機会が失われてしまう事案だからこそ、事業計画の処分性を認めざるをえなかった」⁽³⁷⁾ともいえる。

土地区画整理事業



そして、このような解釈の背景に「行政事件訴訟法改正の理念でもあった実効的な権利救済の実現に対する最高裁の積極的姿勢」⁽³⁸⁾を見いだすのであれば、土地区画整理事業計画に処分性を認めるという方向性ではなく、

批」白鷗法学 15 巻 2 号（2008 年）185 頁は、この判決を「処分概念が拡大された結果、ある行政活動が新たに処分に含まれるようになった」ものではなく、「処分概念は維持されているが、ある行政活動をそれに該当しないと判断が修正された」ものに該当するとする。

(35) 調査官解説も「本判決と 41 年大法廷判決とで判断を異にすることになった最も大きな理由は、……実効的な権利救済の必要性にかかわる評価判断の違いにあるのではないかと思われる」（増田稔「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成 20 年度』（2011 年）456 頁）とする。ただし、「多数意見は『換地処分を受けるべき地位に立たされる』ことや実効的権利救済等を総合考慮して処分性を肯定しているが、『換地処分を受けるべき地位に立たされる』ことが最も重視されているようである」（山下前掲注（31）・350 頁）として、①の「法的効果」論により着目すべきであるとする見解もある。

(36) 橋本前掲注（32）・217 頁。

(37) 藤巻前掲注（34）・138 頁。

(38) 山下前掲注（33）・331 頁。

確認訴訟（当事者訴訟）による救済という方向性もあり得たのではないかとと思われるところである。

2-4 小結

以上、2004年行訴法改正以降に、主として《司法審査に適したタイミング》という観点から処分性を認めたと思われる諸判決について検討してきたが、それぞれ、食品衛生法違反通知、病院開設中止勧告、病床削減勧告、土地地区画整理事業計画の《法的効果》については本来的な行政処分との間にかかなりの性格の相違があり、処分性を認めるために必要と考えられる要素を欠いているなど、その性格付けに疑義が残る。その反面、これらの行為の時点で、行政の判断の適否について《司法審査に適したタイミング》に至っているということができ、ここに、4つの判決が処分性拡大論をとった実質的理由があるのではないかと考えられる。

なお、輸入禁制品該当通知判決を含め、それぞれの行為の時点で、《司法審査に適したタイミング》に至っているということができる理由を整理すると、以下の通りである。

行為	当該行為の時点で《司法審査に適したタイミング》に至る理由
輸入禁制品該当通知	通知があれば別途輸入不許可処分は行われず、通知により輸入できないことが確定する。
食品衛生法違反通知	通知があれば輸入申告は受理されず、通知により輸入できないことが確定する。
病院開設中止勧告	勧告により、保険医療機関の指定が受けられず、事実上病院の開設が不可能になることが、相当程度確実になる。
病床削減勧告	勧告により、申請通りの規模で保険医療機関指定が受けられず、申請通りの規模の病院が事実上設置できなくなることが、相当程度確実になる。
土地地区画整理事業計画	自己の所有地等がどのように換地されるかがほぼ明らかになるとともに、換地処分取消訴訟で計画の違法が認められても事情判決により実効的救済が受けられない。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

3 確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》

確認訴訟には、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）的な性格が認められる⁽³⁹⁾ので、その利用場面は多種多様であるが、2004年行訴法改正以降の裁判例を概観すると、確認訴訟の主たる利用場面として、《規制の排除》《申請拒否等の予防的排除》《受給の確保》《権限行使の要求》の4つが認められる⁽⁴⁰⁾。このうち、前節で取り上げた最高裁判例と対照することが可能なのは、《規制の排除》《申請拒否等の予防的排除》である。

このうち、《規制の排除》場面における確認訴訟（当事者訴訟）の利用は、《法令による制限の排除」と、《法令適用による制限の排除》に細分することが可能である。

3-1 法令による制限の排除

《法令による制限の排除》とは、(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、原告が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、(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、制裁を課され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、確認訴訟が利用される場合である。

これに属する裁判例のうち、最終的に確認の利益が肯定された事件と、その規制内容、制裁は、以下の通りである。

(39) 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) 969～970 頁。

(40) 詳しくは、春日・前掲注 (2) を参照。なお、本稿で取り上げた判決のうち、[2] (a)、[4]、[5]、[11] (a) 以外の判決は、春日・前掲注 (2) でも取り上げたので、本稿ではできるだけコンパクトに紹介することを心掛けた。これら事例についての詳細は、春日・前掲注 (2) を参照いただきたい。

番号	事件	規制	制裁
【1】	(a) 最判 H25・1・11 民集 67・1・1 (b) 東京高判 H24・4・26 民集 67・1・221 (c) 東京地判 H22・3・30 民集 67・1・45	薬事法施行規則による第一類医薬品等の郵便等販売禁止	行政処分
【2】	(a) 名古屋高判 H26・5・30 裁判所ウェブサイト (b) 名古屋地判 H25・5・31 裁判所ウェブサイト	名古屋交通圏を一般乗用旅客自動車運送事業者の乗務距離の最高限度の規制地域に指定し、1乗務当たりの乗務距離の最高限度を定める規制	行政処分
【3】	大阪地判 H25・7・4 裁判所ウェブサイト	大阪市交通圏等を一般乗用旅客自動車運送事業者の乗務距離の最高限度の規制地域に指定し、1乗務当たりの乗務距離の最高限度を定める規制	行政処分
【4】	札幌地判 H26・2・3 裁判所ウェブサイト	札幌交通圏等を一般乗用旅客自動車運送事業者の乗務距離の最高限度の規制地域に指定し、1乗務当たりの乗務距離の最高限度を定める規制	行政処分
【5】	(a) 大阪高判 H27・2・20 判例集未登載 LEX/DB 文献番号 25506058 (b) 京都地判 H26・2・25 裁判所ウェブサイト	風俗案内所規制条例に基づく禁止区域で風俗案内所を営むことの禁止	行政処分 刑罰

これらの事件は、（【5】以外は許認可を得て）事業を営んでいた者が、新たな規制により従来の方法による事業（医薬品の郵便等販売・最高限度を越えての業務、風俗案内所の運営）ができなくなったため、当該規制は違法であると主張して、従来の方法により事業をすることができる法的地位の確認を求めたものであり、これら判決において、確認の利益が認められるべき理由とされているところは、以下の通りである。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

番号	確認の利益が認められた理由
【1】	(c) は、原告が薬事法上の一般販売業者として、郵便等販売を行ってきたところ、改正省令により第一類医薬品等については郵便等販売ができなくなったことが、「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」、確認訴訟は「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」であるとする。(b) は、これに加え、原告が「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」という「不利益を排除しかつ予防する……目的に即した有効適切な争訟方法である」とする。最高裁は確認の利益については言及せず、本案についての控訴審の判断を是認した。
【2】	(b) は、原告は「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、……本件乗務距離規制違反を理由として……処分や警告を受ける蓋然性が高く、これが反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在するのであるから、本件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」とし、(a) はこれを引用する。
【3】	公示の適法違法とその義務の存否につき「原告らと被告との間には現実的かつ実際の紛争が生じているものと認められ……運輸規則 22 条 1 項及び本件公示は営業の自由に係る事業者の権利の制限に当たるといえることができ、その権利の性質に鑑みると、原告らが本件公示にかかわらず、日勤勤務運転者につき 1 乗務当たり 250 キロメートルを超えて乗務をさせることができる地位の確認を求める本件確認の訴えについては……本件公示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」であるとした上で、「本件公示に違反する態様で事業活動を行い、各不利益処分を受けた上で、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……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」と付言。
【4】	「不利益処分を受けた上で、その処分の抗告訴訟を提起することも可能であるが、……本件公示によって日々営業の自由の制約を受けていることが明らかな場合に、そのような不利益処分がなければ本件公示の違法性を争うことができるとするのは、事業者の早期救済という観点からみて妥当でなく、「本件公示により、原告は、運転者に当該乗務距離制限内でしか乗務をさせることができなくなっており、日々営業の自由の制約を受けているといえ……確認の訴えは、本件公示に関する法的な紛争を解決するのに、有効かつ適切な手段である」
【5】	(b) は「営業禁止区域における風俗案内所の営業を一律に禁止する一方、その余の区域においては、その営業を無制限に許す」条例において、「営業に先立ってあらかじめその適法性を確認するためには……実質的当事者訴訟としての確認の訴えによるほかはな」く、「営業禁止区域における風俗案内所の営業を望む者に対して、事前にその適法性を確認することを認めず、実際に同営業を開始し、事業停止命令を受けたたり、起訴されたりした後、専ら事業停止命令の取消訴訟や刑事訴訟の中で」その「合憲性を争うことを求めるのは、あまりに酷であり、紛争解決の方法として極めて迂遠である」とする。(a) はそれを引用する。

これらの裁判例が考慮している要素や表現にはそれぞれ違いはあるが、概して

・省令等による規制により、原告の営業の自由が制約を受けていることが確認の利益を認める基本的根拠とされ、

・規制に反する様態での事業活動により、不利益処分を受けた上で、抗告訴訟でこれを争うのは、早期救済という観点から適切でないことも考慮する判決が多いといえよう⁽⁴¹⁾。

したがって、《法令等により原告が行ってきた方法による営業が禁止され、それに違反した場合に行政処分等による制裁が予定されている》場合、当該法令の合憲性適法性につき《司法審査に適したタイミング》に至ったとするのが、裁判例の大勢であり、最高裁判所も【1】(a)において黙示的にはこれを認めているといえよう。

3-2 法令適用による制限の排除

《法令適用による制限の排除》とは、(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かにつき、原告と行政の間に見解の対立があり、(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、制裁を課され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、確認訴訟が利用される場合である。

(41) なお、《法令による制限の排除》のための確認訴訟（当事者訴訟）において、確認の利益が認められなかったものとしては、琵琶湖におけるブラックバスの放流を禁止した条例にかかる大阪高判平成17年11月24日判自279号74頁（及び、その第1審である津地判平成17年2月7日判時1921号45頁）がある。この事件で問題となった条例は、放流禁止規定に違反した場合の制裁（不利益処分、刑罰等）を定めておらず、確認の利益が否定されても仕方のない事例であったといえるが、判決が確認の利益を否定した理由には大きな疑問がある。詳しくは、春日前掲注(2)・112～126頁を参照。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

これに属する裁判例のうち、確認の利益が肯定された事件と、見解の相違、制裁は、以下の通りである。

番号	事件	原告の行為の適否にかかる見解の相違	制裁
【6】	(a) 東京高判 H21・1・28 裁判所ウェブサイト (b) 東京地判 H19・12・26 裁判所ウェブサイト	原告の風俗関連営業店舗が、既存営業として、条例による営業禁止区域の対象外となるか？	行政処分 刑罰
【7】	(a) 名古屋高判 H21・10・23 判時 2241・24 (b) 名古屋地判 H21・2・19 判自 330・53	原告の「商品交換機」が、青少年健全育成条例所定の有害図書類の収納が禁止される「自動販売機」にあたるか？	刑罰
【8】	(a) 福岡高判 H22・3・25 裁判所ウェブサイト (b) 福岡地判 H21・7・17 裁判所ウェブサイト	原告が建築を請け負った建築物が、建築基準法施行条例の適用を受ける建築物として、同条例に違反したものと見えるか？	行政処分
【9】	(a) 東京高判 H25・2・14 裁判所ウェブサイト (b) 甲府地判 H24・7・17 裁判所ウェブサイト	原告が、地下水資源保全条例上のみなし許可を有する者として、第三者から譲受した井戸から飲料水販売目的での地下水採取ができるか？	行政処分 刑罰
【10】	札幌地判 H25・4・15 裁判所ウェブサイト	原告の所有地の一部が、建築基準法上の現存道路に該当し、建築制限等に服するか？	行政処分

さらに、これらの判決が確認の利益を認めた理由は、以下の通りである。

番号	確認の利益が認められた理由
【6】	確認の利益を認めた理由についての説明なし。
【7】	(b) は、「原告が現に……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……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……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」とする。(a) はこれを引用した上で、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のが明らかであり、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。

【8】	(b) は「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、……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できる」し、確認を求めているのが原告ではなく建築主の権利であっても「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い」とする。(a) は、原告は「請負人として本件建物の建築工事を施工した場合には、……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、……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り、さらに「施工主……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、……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」し、あえて工事をして、是正命令を待って、取消訴訟でこれを争うのは「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」とする。
【9】	確認の利益を認めた理由についての説明なし。
【10】	「本件土地が現存道路に該当するとされることにより、本件土地を一般交通の用に供する義務を負担し、建築制限……など所有権に基づく土地利用を現に制約されるなど、まさにその財産権に制約を受けるに至っている」とする。

これらの裁判例とは反対に、《法令適用による制限の排除》を目的とした確認訴訟（当事者訴訟）が不適法とされた事例としては、東京高裁平成19年4月25日判決⁽⁴²⁾がある。この事件は、1997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。）改正前に同法による許可を要しないとされていた小規模の産業廃棄物処理施設（ミニ処分場）が設置されていた土地を賃借し、施設利用の承諾を受けたとする原告に対し、千葉県が当該施設の存在を否定し、当該土地において産業廃棄物を処理することができないと通知したため、原告が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ものである。東京高等裁判所は、

(a)「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……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

(42) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071017102146.pdf>.

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」から、この訴えは「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」

（β）「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」ところ、本件ではそのような事情は認められない。

として、訴えを却下した。

しかし、この理由付けは妥当ではない。廃掃法は、土地使用权を有する土地でも、そこで産業廃棄物処分施設設置許可なしに産業廃棄物を処分することを禁じている（自分の所有地でも許可なしに産業廃棄物の処理を行えば、不法投棄とみなされる）。廃掃法上の施設設置許可は《当該施設で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。この事件の原告は、ミニ処分場を保有しており、これにより許可を得なくても《当該施設で適法に産業廃棄物を処理することができる法的地位》を有していると主張しているのであって、私法上の土地使用权を権原とする《土地を産業廃棄物処分場として使用する権利》を問題にしているのではない。上記（α）はこの点を見誤っている⁽⁴³⁾。

また、（β）についても、本稿で上げた【1】～【10】のいずれも、確認の利益につき「刑事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」などは求めている。以上のようなことから、この判決は先例的価値を持たないものというべきである。

(43) これについての詳細は、春日前掲注(2)・122～128頁を参照。

そうすると、《公法上の義務や規制対象性などにつき、行政と私人との間に対立があつて、私人が行政の見解に従わないと制裁（不利益処分、刑罰）を課される可能性がある》場合、確認訴訟（当事者訴訟）による《司法審査に適したタイミング》に至ったとするのが、裁判例の大勢であるといえよう。

3-3 申請拒否等の予防的排除

《申請拒否等の予防的排除》とは、(A)行政による処分以外の行為や判断により、(B)原告が将来行う申請が拒否されることが見込まれるといった不利益が生じ、現時点でそれを排除しておく必要が認められる場面において、この不利益を排除するため確認訴訟（当事者訴訟）が用いられる場合である。

これに属する裁判例のうち、確認の利益が肯定された事件と、問題となった行政の処分以外の行為や判断、それにより生ずる不利益は、以下の通りである。

番号	事件	処分以外の行為や判断	それにより原告に生ずる不利益
【11】	(a) 東京高判 H26・1・23 判時 2220・3 (b) 東京地判 H25・6・27 判時 2220・10 * 上告申立て不受理（最終 H26・7・3 判例集未登載 LEX/DB 文献番号 25504411）	一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法 3 条に基づく特定地域指定	タクシーの増車に国土交通大臣の許可を要する（特定地域以外は届出だけで増車可能）
【12】	大阪地判 H21・10・2 裁判所ウェブサイト	交通違反による違反点数 2 点	将来の個人タクシー事業の不許可
【13】	さいたま地判 H23・2・23 裁判所ウェブサイト	交通違反による違反点数 11 点	次回免許証更新時に「優良運転者又は一般運転者」の区分により免許証の更新を受けられない

さらに、これらの判決が確認の利益を認めた理由は、以下の通りである。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

番号	確認の利益が認められた理由
【11】	(b) は「本件指定が違法無効である場合には、……原告は、道路運送法 15 条 3 項に基づき、事前に届出をするのみで増車をすることができることになる」ので、「本件確認の訴えについては、原告は確認の利益を有するということができる」とした。(a) は地裁の判断をそのまま是認。
【12】	個人タクシー事業許可申請拒否処分がなされることを承知の上で申請をし、拒否処分の取消訴訟で争うのは迂遠であること、違反点数の判断は公安委員会であるのに対し、事業許可権者は地方運輸局長なので、申請拒否処分取消しの訴えで違反点数を争おうとすると、公安委員会の訴訟参加を求めなければならず、紛争の実体に照らして、申請拒否処分取消訴訟が適切な訴訟とは言えないこと、違反により個人タクシー事業が不許可とされるのは地方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
【13】	原告が免許停止処分後に取消訴訟を提起し、審理中に期間の経過により、当該取消訴訟が訴えの利益を欠くことになったこと、原告は本件処分を違法としているが、埼玉県公安委員会が処分を適法としていることから、免許更新時に「原告は『優良運転者及び一般運転者』に該当しないと判断されることになる可能性が極めて高いといえ……このような審理経過に照らし、また再度の訴訟の提起及び審理を当事者等に負担させることは妥当でないことを考慮すると、このような事情は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にあたるというべきである」

交通違反による違反点数にかかる事件としては、【12】【13】の他に、大阪高裁平成 20 年 2 月 14 日判決⁽⁴⁴⁾、東京高裁平成 24 年 6 月 27 日判決⁽⁴⁵⁾があり、確認の利益が否定されているが、これらは違反点数が累積点数に加算されることはなくなっているなど、当該違反点数による後続の法的不利益がない事例であり、《申請拒否等の予防的排除》の場面にあたらぬ。

むしろ問題であると思われるのは、大阪高裁平成 24 年 9 月 28 日判決⁽⁴⁶⁾である。この事件は、道路にかかる都市計画変更決定につき、道路の区域内に位置する肩書地に居住し、かつ、土地建物を所有する者が（ア）主的に本件計画変更の取消しを、（イ）予備的に本件計画の違法確認を求めたものであり、奈良地方裁判所は、計画変更の処分性を認めた上で、計画変更違法

(44) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080911102256.pdf>。

(45) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20121217145958.pdf>。

(46) 判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 25483128)。なお、この事件についての詳細は、春日修「判批」愛知大学法学部法経論集 196 号 (2013 年) 55 頁以下を参照。

なところはないとして請求を棄却した⁽⁴⁷⁾ため、原告が控訴した。

大阪高等裁判所は、(ア) 本件計画変更の処分性を否定した上で、(イ) 本件計画変更は直接何人かの権利義務を具体的に形成し又はその範囲を確定するものではなく、本件都市計画によって建築制限を受けた者は、建築制限に抵触するとして建築等を不許可とする知事の判断を待って、その取消し等を訴求することで、現在の違法な不利益を回避することができ、本件計画変更の違法性に関する控訴人らと被控訴人との見解の相違は、確認の利益を認めるに足りるだけの紛争の成熟性を欠いているとして、原判決を破棄し、訴えを却下した。

しかし、この判決は妥当とは思えない。裁判所は、知事による建築不許可処分に対する取消訴訟で不利益を回避することができるとするが、都市計画決定が違法・無効であれば、そもそも知事による建築許可(都市計画法53条1項)を受ける必要がないはずなので、建築不許可処分取消訴訟は救済手段となりえない。他の救済方法としては、許可のないままで建築確認申請をして、(知事による建築許可がないので当然になされる)申請拒否処分につき、取消訴訟を提起し、この中で、都市計画決定が違法なので建築許可が不要であるという主張をすることも考えられるが、【12】【13】がいうように、このような訴訟は迂遠であって、適切な救済手段とはいえないように思われる。本件計画変更がなされた時点で、本件計画変更の違法を主張して、(【11】と同じように)《建築許可を要しないことの確認》、あるいは(【12】【13】のように)《本件計画変更による建築制限を受けないことの確認》の訴えを認めるべきではあるまいか。

このように考えると《行政による処分以外の行為や判断により、私人が将来行う申請が拒否されることが見込まれるといった不利益が生じ、現時点でそれを排除しておく必要が認められる》場合、確認訴訟(当事者訴訟)

(47) 判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 25482877)。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

による《司法審査に適したタイミング》に至ったとみなしうる裁判例が存在し、その方向性は妥当であるとは考えられるが、この方向が定着するかは、未だ明らかではないといえよう。

4 両訴訟における《司法審査に適したタイミング》の異同

後続の申請拒否処分による《司法審査に適したタイミング》

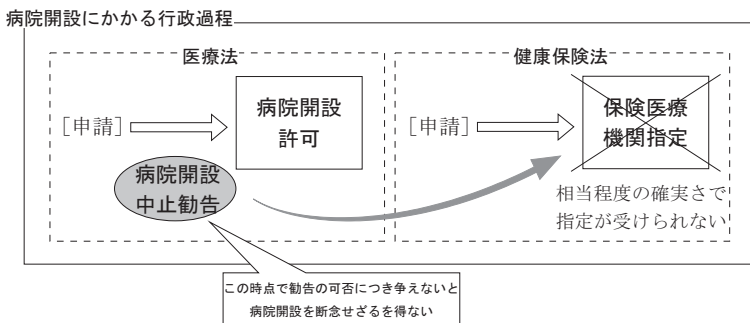
【A】～【D】最高裁判決と、【1】～【13】の裁判例を比較した場合、最も類似性が高いのは、【B】病院開設中止勧告判決・【C】病床削減勧告判決と、後に個人タクシー事業許可申請が拒否されることを理由に、確認訴訟（当事者訴訟）で違反点数付加の適否を争うことを認めた【12】の裁判例である。これらの事例は

(α)先行する行政の意思表示（病院開設中止勧告・病床削減勧告／違反点数付加、以下、「先行行為」という。）により、原告が後にしようとしている申請が（部分的にせよ）拒否される蓋然性が高い

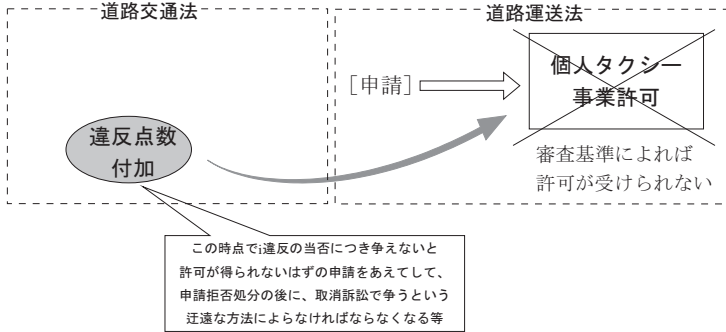
(β)先行行為の時点で、それを争うという形で、後行の申請拒否の当否につきあらかじめ決着をつけておかないと、原告に一定程度の不利が生ずる

という点で、共通している。これらを図示すると、以下ようになる。

病院開設中止と保険医療機関指定拒否



違反点数付加と個人タクシー事業許可申請拒否



(β) について敷衍すると、病床開設中止勧告の場合、保険医療機関指定を受けるためには、必要な人員と施設を確保しておかなければならないので、勧告の時点で、将来の保険医療機関指定の適否を争えなければ、指定拒否の蓋然性が高い状況で巨額の投資を迫られることになる。個人タクシーの場合も、病院開設に比べれば低額ではあるものの、申請に際して一定の資金や施設を要するものとされている⁽⁴⁸⁾。病院開設中止勧告や違反点数付与が後の許認可の要素とされているので、勧告や点数付与の時点でその当否を争えないと、《(保険医療機関指定を受けられないため、事実上)病院を開設できない蓋然性が高い》《個人タクシー事業許可が得られない蓋然性が高い》状況の中、開設・開業の準備を進めなければならず、これは原告にとって酷である。裁判所が勧告や点数付与の時点で、《司法審査に適したタイミング》を見いだした所以は、ここにあるといえよう。

これは、土地区画整理事業計画が違法であっても、換地処分取消訴訟の

(48) 一般財団法人全国個人タクシー協会のホームページ (<http://www.kojin-taxi.or.jp/taxi/jigyohnushi.html>, 2015年3月20日閲覧)によれば、個人タクシーの許可に際して、資金計画(設備資金として原則70万円以上、運転資金として原則70万円以上、自動車車庫に要する資金、保険料からなる資金の100%以上の自己資金(自己名義の預貯金等)が、申請日以降常時確保されていること)、営業所(原則として自宅兼用)と自動車車庫等が必要とされる。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

時点では事情判決の蓋然性が高く、実効的な権利救済にならないことを理由に、土地区画整理事業計画決定の時点で、《司法審査に適したタイミング》にあることを認めた【D】に通じるものがある。

ここで問題となるのは、(β)の不利益がどの程度のものであれば、先行行為の時点で、《司法審査に適したタイミング》を認めることができるのか、ということである。先に見たように、病床削減勧告判決の場合、当該判決の事実関係（病床数を308床から60床に削減するよう勧告）では、原告に病院設置中止勧告に近い不利益を生じさせるものであるが、判決ではこのような不利益の大きさは処分性を認める特段の理由とされておらず、「実際上当該病床を設けることができない不利益」を指摘するのみである。ただし、削減数が少なくても（例：308床から288床に削減するよう勧告）、勧告の時点ではなく、保険医療機関指定申請の一部拒否に対する取消訴訟によりこれを争う場合、敗訴すれば無駄になることを承知の上で削減勧告対象分（例：20床分）の設備等を整えなければならないので、相応の不利益は生ずることになる。

他方、【13】の事例では、次の回の免許更新時において「優良運転者又は一般運転者」の区分により免許証の更新を受けられなかった際に、取消訴訟によりこれを争っても、特段の不利益はない。【13】では、確認の利益が認められる理由として、当該訴訟の経緯（免許停止処分後に取消訴訟を提起し、審理中に期間の経過により、当該取消訴訟が訴えの利益を欠くことになったこと）が上げられており、このような事情がない場合でも、違反点数付加の時点で、確認の利益が認められるのかは、必ずしも明らかではない。

このように不利益の程度の点で不確定なところはあるものの、処分性拡大論に立つ最高裁判決と確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例は、上記（α）（β）のような状況が成り立つ場合に、先行行為についての《司法審査に適したタイミング》に至ったものとみなされるといって共通するところがある

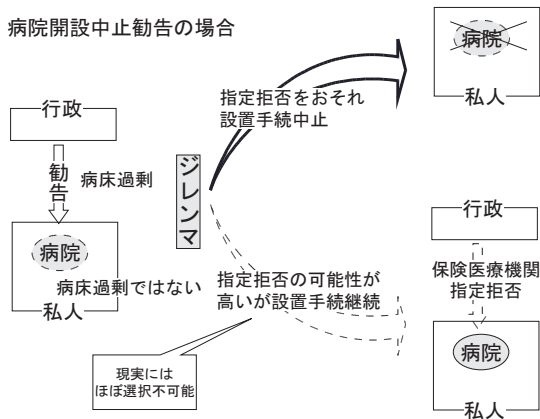
ものといえよう。

ジレンマによる《司法審査に適したタイミング》

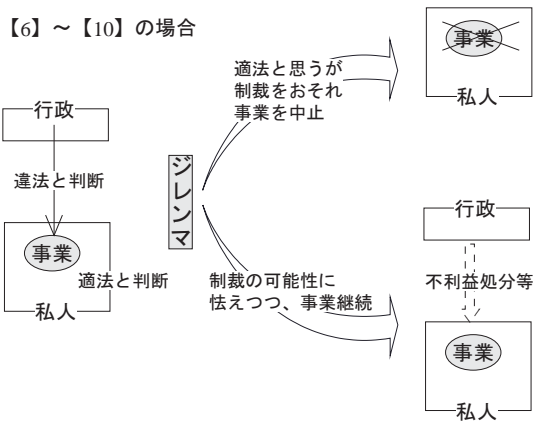
病院開設中止勧告判決（病床削減勧告判決）における状況は、

- (A) 勧告の適否につき、原告と行政の間に見解の対立（原告は勧告は違法と考えており、行政の側は勧告は適法と考えている）があり、
- (B) 原告が自らの見解に基づいて病院開設手続を進行させると、保険医療機関指定を拒否される蓋然性が高いため、病院開設（計画通りの病床による病院開設）を断念してそれによる不利益を甘受するか、拒否処分を受けるリスクを負いつつ病院開設手続を進めるかというジレンマに立たされている

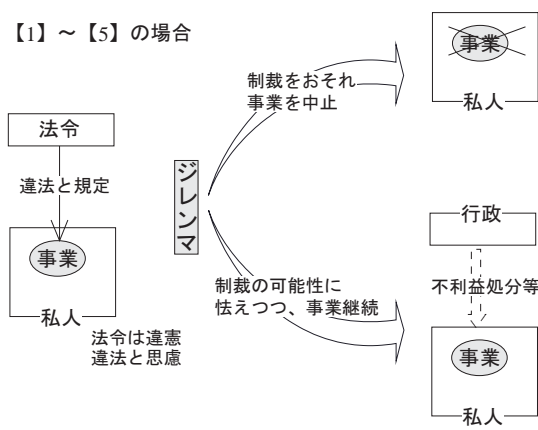
と表現することもできる。これは確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例のうち、【6】～【10】の事例と類似しているといえる。これらを図示すると以下のようなになる。



取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について



また、【1】～【5】の事例も、同種のジレンマが、原告（私人）と行政との見解の対立ではなく（行政による個別具体的な意思表示等を介さずに）法令そのものによって、（原告は法令が違憲違法であるから自らの行為は適法であると考えているのに対し、行政は法令は合憲適法であるから、原告の行為は違法と考えているという形で）生じている点では、異なるものの、それ以外については同じ図式となる。



このようなジレンマは、後行の処分（あるいは刑罰）によって生じているが、病院設置中止勧告と【1】～【10】の確認訴訟（当事者訴訟）では、程度に違いがある。病院開設中止勧告の場合、病院開設手続を進行させるためには巨額の投資が必要であり、保険医療機関指定を拒否される蓋然性が高い中で、このような投資を行うのは、現実的には不可能に近い。保険医療機関指定拒否処分取消訴訟・同指定義務付け訴訟において敗訴した場合、この投資は全くの無駄になってしまうし、仮に、勝訴できたとしても、仮の義務付けが認められない限り、判決確定までは通常の病院としての経営は成り立たず、投資は塩漬けになってしまうからである。病院開設中止勧告判決において、輸入禁制品該当通知や食品衛生法違反通知のように《輸入ができないことが確定する》わけではなく、《保険医療機関指定が受けられない蓋然性がある》に過ぎないのに、（処分性が認められ）《司法審査に適したタイミング》に至ったと判断されたのは、このような事情があったからであると思われる⁽⁴⁹⁾。

病床削減勧告の場合も、病院そのものが事実上開設できなくなるというわけではないが、削減勧告分の施設にかかる投資をしなければならず、それが無駄になる可能性があったり、塩漬けになったりするという点では、同様である。

これに対して、確認訴訟（当事者訴訟）のうち、例えば、【1】の事例は、2009年薬事法施行規則改正により、薬局開設者又は店舗販売業者が第一類医薬品及び第二類医薬品の郵便等販売をしてはならない旨の規定が設けられたため、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業者（原告ら）が、前記規則が違憲違法であると主張して、訴えを提起し

(49)ただし、病院開設中止勧告判決が、不利益の重大性として、このような投資リスクまで考慮していたかについては、議論がある。杉原前掲注(22)・445～446頁や、下井前掲注(19)・48頁は、判決はこのようなリスクも考慮に入れていると解するが、仲野前掲注(28)・147頁や、太田前掲注(29)・49頁は、裁判所は投資リスクに着目しているとは言えないとする。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）における《司法審査に適したタイミング》について

たものである。この場合、原告らが確認訴訟（当事者訴訟）等によらず、そのまま販売を継続した上で、是正命令等を待って、その取消訴訟で規則の合憲性適法性を争うという方法をとることは、病院開設中止勧告の場合に比べれば、できないことではない。そのような方法で規則の適否を争うのは、仮に敗訴した場合の社会的影響の観点などからすれば、望ましくはないものの、原告らは、既にインターネット販売のシステムを構築し、それを運用しており、新たな投資は要しないので、販売継続→措置命令→取消訴訟という戦略をとることが事実上不可能であるとまではいえない。

すなわち、病院設置中止勧告判決や病床削減勧告判決における原告と【1】の事例における原告とを比べれば、前者の方がより厳しい立場に置かれていたといえる。反対にいえば、【1】の判決の方が、より緩やかに《司法審査に適したタイミング》に至ったことを認めたものであるということができよう。

5 おわりに

以上、《司法審査に適したタイミング》の観点から処分性を拡大したと見られる最高裁判決と、確認訴訟（当事者訴訟）で確認の利益が認められた裁判例を比較し、その異同を探ってきた。その結果

- ・《司法審査に適したタイミング》の観点から処分性を拡大したと見られる最高裁判決、とりわけ、病院開設中止勧告判決・病床削減勧告判決と、確認訴訟（当事者訴訟）で確認の利益が認められた裁判例のうち、《規制の排除》《申請拒否等の予防的排除》に分類される事例は、《司法審査に適したタイミング》認定の根拠につき、共通点が見られること
- ・病院開設中止勧告判決・病床削減勧告判決と、確認訴訟（当事者訴訟）で確認の利益が認められた裁判例を比べると、後者の方がより緩やかに《司法審査に適したタイミング》を認めているといいうること

が明らかになった。最後に、以上の検討を踏まえて、処分性拡大論と当事者訴訟活用論の棲み分けの問題につき、若干の検討を加えて、本稿の結びとしたい。

最初に述べたように、裁判所による救済が認められるか、その前提として抗告訴訟なり当事者訴訟なりのそれぞれの訴訟要件をクリアして訴えが適法なもののみなされるかということがより重要な問題であって、これに比べれば、救済手段が抗告訴訟か当事者訴訟かということは二義の問題に過ぎない。さらに、処分性の有無に疑義が残る行為・決定により不利益を被った場合、実務的には、当該行為につき処分性が認められる旨を主張して抗告訴訟を提起する一方で、処分性が否定される場合に備えて予備的に当事者訴訟も提起しておくという方法をとればよく、当該事案が《司法審査に適したタイミング》に至っているのであれば、裁判所がいずれかの訴訟によるべきかを判断してくれるはずである。

このように考えると、取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）のいずれによるべきかは、理論的問題という色彩が強い。実務的意義を有するとすれば、裁判所が今後、どのような場合に、どのような理由で、取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）のいずれを選択するかについての予測としてだろう。

取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）の棲み分けについて検討する前提として、処分性拡大論とは、「行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」という処分性の「定式自体を改めるのではなく、基本的にはそれを前提とした上で、具体的な法的仕組みの解釈からして、そこからの偏差を正当化するという試み」⁽⁵⁰⁾であることを確認しておきたい。その上で、本稿でもみたよ

(50) 塩野前掲注(15)・118頁。

うに、当事者訴訟活用論がかなりの成果を上げているのであるから、従来の定式とかけ離れたものを、救済の必要性を理由に、無理矢理、行政処分
の枠組みに落とし込む必要はなくなっているといえよう。したがって、従
来の定式と完全には適合しない行為の処分性が認められることはあつて
も、従来の定式とは全く異なる行為に処分性を認める必要はないし、裁判
所がそのような判断をする可能性も少ないものと思われる。

処分性を有する行為の典型例は、規制行政における命令強制、許認可な
ど、《法令に基づき、特定の私人を名宛人として、その具体的な権利（法
的地位）義務を設定変更する行為》である。これに対して、法的効力を有
するものであっても《一般的抽象的》な性格を有するものは、行政処分と
は解されない。その典型例が法令である。

反面、【1】～【5】で取り上げた事例のように、《法令により、従来私人
がしていた行為が禁止され、私人はこの法令を違憲違法と考えているが、
私人が自らの見解により従来してきた行為を継続すれば、制裁（不利益処
分、刑罰等）を課されることとされているため、私人は行政の見解に従っ
て当該行為を中止し、その不利益を甘受するか、自らの見解に従って制裁
を課されるリスクを負いつつ当該行為を継続するかというジレンマに立た
されている》のであれば、当該法令の合憲性違法性についての《司法審査
に適したタイミング》が到達したと考えられる。

この場合、法令は《一般的抽象的》なものであつて、処分性を有しない
ので、このような司法審査は確認訴訟（当事者訴訟）によることになる。実
際、本稿で取り上げた【1】～【5】の事例のうち、【1】～【4】において、
原告は確認訴訟に併せて、省令等を処分と解した上で、その取消しも請求
しているが、いずれも処分性を欠くものとして却下されている。

これについては、特定の公立保育所を一定期日をもって廃止する条例に
ついて、処分性を認めた最高裁平成21年11月26日判決（民集63巻9号
2124頁）があるため、疑義が残っているとみる向きもあるようだが、処

分性が認められた条例は、「公の施設の設置管理に関する基本的事項について、議会の統制をきかせるため」のものであって、「規範定立のための条例」ではなく、この判決は「条例制定行為に処分性を認めた事例というよりは、公の施設の廃止行為を抗告訴訟の対象にすべきとしたものと捉える」べきものであろう⁽⁵¹⁾。実際、最高裁判所は、最高裁平成18年7月14日判決（民集60巻6号2369頁）において、町営水道事業の水道料金改正条例の処分性を否定しており、法令により直接かつ具体的な不利益を被った場合の救済手段は、最高裁平成21年11月26日判決のような例外的な場合を除き、取消訴訟ではなく、確認訴訟（当事者訴訟）と考えるべきであろう。

さらに、【A】～【C】において、最高裁判所は処分性の定式に必ずしも当てはまらない「通知」や「勧告」（行政指導）に処分性を認めている。ただし、これらは法令に根拠を有する「通知」「勧告」であって、法令に根拠のない「通知」「勧告」には【A】～【C】の射程は及ばず、処分性は認められないものと考えられている⁽⁵²⁾。

しかし、法令の根拠のない「通知」「指導」であっても、これにより、《私人の行為の適否につき、私人と行政との間で見解の相違があることが明らかになり、私人が自らの見解により従来してきた行為を継続すれば、制裁（不利益処分、刑罰等）を課されることとされているため、私人は行政の見解に従って当該行為を中止し、その不利益を甘受するか、自らの見解に従って制裁を課されるリスクを負いつつ当該行為を継続するかというジレンマに立たされている》のであれば、当該行為の適否につき《司法審査に適したタイミング》が到達したと考えられる。

この場合、「通知」等に法律の根拠はないので、処分性を認めることは

(51) 中川丈久「判批」地方自治判例百選〔第4版〕別冊ジュリスト215号（2013年）67頁。

(52) 小幡前掲注（10）・363頁、山村前掲注（10）・133頁、仲野前掲注（28）・149頁などを参照。

できず、このような司法審査は確認訴訟（当事者訴訟）によることになろう。本稿で取り上げた【6】～【10】は、まさにこのような事例であったといえる。

ただし、「通知」等に関する法令の根拠については、【A】の食品衛生法違反通知のように、届出は法令に根拠規定があるが、それに対する応答たる「通知」については、行政規則に規定されているに留まるといったように、法令の根拠の有無が明らかではないこともあり、このような場合で確固たる先例がない「通知」等については、取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）を併合提起するしかないだろう。

ここで問題となるのが、取消訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）それぞれにはメリット・デメリットがあることである。取消訴訟のメリットは、①取消判決に第三者効が認められること、②執行停止が行訴法に法定され、裁判例の蓄積もあって、仮の救済の可否につき予測が可能であることなどであり⁽⁵³⁾、反対に③出訴期間の制限があり、④それを理由に違法性の承継が制限される⁽⁵⁴⁾というデメリットがある。これを逆にしたものが、確認訴訟（当事者訴訟）のデメリット（①'第三者効が認められず、②'当事者

(53) 趙前掲注(7)・66頁は、「当事者訴訟への抗告訴訟に関する規定の準用を定める行訴法41条によると、釈明処分の特則を定める行訴法23条の2の規定は当事者訴訟における処分又は裁決の理由を明らかにする資料の提出について準用すると定められて」おり、「確認訴訟の場合には処分がなされる前の段階、あるいは全く処分を介在しない法律関係をめぐっての訴訟提起が一般的であるため、同準用規定の通りに釈明処分の特則が使われる場面はない」として、「釈明処分の特則が使われる場面の違い」も取消訴訟のメリットであるという。

(54) これにつき「処分性の承認と取消訴訟の排他性及び出訴期間の制限の適用とを切り離す」べきであるという見解（巨理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号（2006年）9頁）もあるが、最判平成17年10月25日集民218号91頁における藤田宙靖裁判官補足意見は「行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、こうした取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は（これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく）否定できないものというべきである」とする。私見によれば、取消訴訟の出訴期間は行訴法に規定されているもので、処分性が認められる行為を取消訴訟で争う場合には、出訴期間の規定が適用されるとせざるを得ないが、違法性の承継の制限は出訴期間に由来するものの、明文で規定されているわけでもなく、例外が認められないというわけでもないので、別途検討する余地があるのではないだろうか。

訴訟における仮の救済については裁判例の蓄積も少なく、仮の救済が得られるかどうか、不確定性が極めて大きい⁽⁵⁵⁾と、メリット(③)出訴期間の制限に服さず、④)違法性の承継の制約がない)ということになる。このような違いがあるので、抗告訴訟によるべきか、当事者訴訟によるべきかについては、決して看過できる問題ではない。

取消訴訟と確認訴訟(当事者訴訟)の選択=処分性の有無の認定に際して、これらのメリット・デメリットをどのように考慮すべきか、そもそも考慮することが許されるのか、ということについても検討の必要があるように思われるが、これらは今後の課題としたい。

(55)ただし、下井前掲注(19)・49頁は、仮の救済が制限されることを、取消訴訟のデメリットとして挙げている。