

## <判例研究>

# 再説：確認訴訟（当事者訴訟）と抗告訴訟の関係について —大阪地判平成 26 年 12 月 4 日判例集 未登載市道負担不存在確認請求事件—

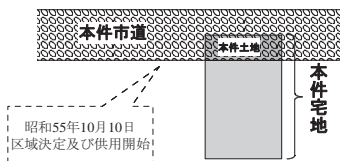
春 日 修

## 1 事実の概要

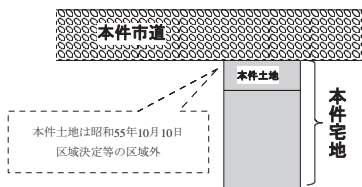
X（原告）が、その所有地（以下、「本件宅地」という。）の一部（以下、「本件土地」という。）にブロック塀（以下、「本件ブロック塀」という。）を設置したところ、寝屋川市（被告、以下「Y」という。）から、本件土地は昭和 55 年 10 月 10 日の区域決定及び供用開始行為（以下、「昭和 55 年供用開始行為」という。）による市道成田町 17 号線（以下、「本件市道」という。）の区域内であるとして、本件ブロック塀を撤去するように指導を受けた。そこで、X は、主位的に、(a) 本件土地は本件市道の区域には含まれていないとして、市道路線負担が存在しないことの確認（以下、「本件義務不存在確認訴訟」という。）を、予備的に、(b) 本件土地を本件市道の区域として供用する際に、本件土地の当時の所有者からの承諾を得ていないため、昭和 55 年供用開始行為のうち、本件土地にかかる部分（以下、「本件供用開始処分」という。）は違法かつ無効であって、本件土地は 20 年以上道路として利用されていないので、本件市道の本件土地部分は黙示的に廃止されており、供用開始処分は取り消されるべきであるにも関わらず、これがなされていないことに不作為の違法があるため、行政事件訴訟法 14 条 2 項ただし書にいう「正当な理由」があるとして、本件供用開始処分の

取消し（以下、「本件取消訴訟」という。）、又は、③本件供用開始処分の無効等確認（以下、「本件無効等確認訴訟」という。）を求めて出訴した。

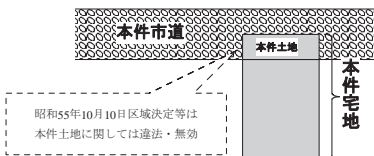
#### 市の主張



#### 原告の主張 (a)



#### 原告の主張 (b)



## 2 判旨

大阪地方裁判所は、以下のような理由で、本件義務不存在確認訴訟と本件取消訴訟を却下し、本件無効確認請求訴訟を棄却した。すなわち、（以下の記号は筆者による）

（1） 本件確認請求は「本件土地上の本件ブロック塀について、将来、道路法71条に基づく原状回復命令がされることを予防的に回避することを目的とし、その手段として、道路法の適用がないことの確認を求めて……訴えを提起したもの」と認められるから、かかる訴えは、無名抗告訴訟としての確認の訴えに当たる」が、これは「本件土地が本件市道の区域に含まれていることを理由とする原状回復命令の差止めの訴えを本件土地に係る市道路線負担の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したもの」であり、「法定抗告訴訟である差止めの訴え

との関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を満たす」必要があるところ、「原告がとり得る手段として、道路法 71 条の処分である原状回復命令の差止請求を提起するという方法があり得ることからすれば、主位的請求は補充性の要件を欠く」。

(2) なお、「未だ不利益処分の差止請求をなし得る程度の原状回復命令の蓋然性が存しないと解したとしても、……本件においては、原告が上記蓋然性が認められるに至った段階で原状回復命令の差止めを求め、あるいは、原状回復命令がされるのをまって、その取消しを求めるなどして本件土地が道路法にいう市道の区域の範囲に含まれるか否かを争ったのでは、重大な損害を被るおそれがあり、現段階で訴えを提起する緊急の必要性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、主位的請求は、無名抗告訴訟としてはいずれにせよ不適法である」。

(3) 「また、本件土地の所有者である原告が被り得る法律上の不利益として、処分性の認められる道路法上の監督処分や刑罰以外にこれを予防すべき不利益が存するものとも認められないことからすれば、主位的請求に係る訴えが本件土地に関する市道負担の有無の確認を求める行政事件訴訟法 4 条の当事者訴訟として適法なものとして解することもできない。」

(4) 本件市道にかかる図面、本件土地周辺の道路の管理実態等の証拠によれば、本件土地が本件市道の区域内にあると認められる。

(5) 本件「供用開始処分は昭和 55 年 10 月 10 日にされているところ……原告が、その取消しを求めたのは平成 25 年 4 月 24 日であって……出訴期間を経過して提起されたものである」から、本件取消訴訟は不適法である。

(6) 本件市道の前身である市道新成田枝線（以下、「旧市道」という。）が昭和 40 年に供用された際に、本件土地は既に市道の区域に含まれていたこと、昭和 40 年において各自治区の区長が当該自治区にかかる道路につき代表して承諾をする慣行があり、旧市道にかかる承諾書が提出されていること、原告が本件土地が含まれる宅地を購入するまで本件土地が市道に含まれていないと主張した者

はないこと、原告は本件土地にあるU字溝が市道区域に含まれないと主張するが、周辺土地所有者はU字溝が市道敷であると認識し、そのことを前提に建物の建築につき一定の配慮をしていることから「本件供用開始処分が本件土地の当時の所有者……からの同意ないし承諾を得られずにされたと認めることはでき」ず、「同処分に重大かつ明白な瑕疵がある旨の原告の主張は理由がない。」

### 3 検討

#### 本判決の評価・問題の所在

筆者は、上記(1)～(3)については、判旨に反対であり、本件義務不存在確認訴訟は、無名抗告訴訟ではなく、当事者訴訟と解すべきであって、さらに、本件事実の下では確認の利益も認められ、適法であると考ええる。他方、上記(4)～(6)については、判旨に賛成である。本稿では、本件義務確認訴訟の適否にかかる上記(1)～(3)について、他の確認訴訟（当事者訴訟）の裁判例との比較において検討する。

#### 義務不存在確認訴訟と当該義務違反を要件とする監督処分之差止訴訟

道路法（以下、「法」という。）上の道路（以下、〈道路〉と表記する。）は、国公有地に設置されるのが基本だが、私有地に設置されることもあり、法4条は、私有地に〈道路〉が設置される場合があることを前提とする規定である。

私有地を〈道路〉とするには、当該私有地を法18条1項に基づいて決定される〈道路〉区域に含め、当該私有地につき何らかの権限を取得した上で、必要な工事を行い、同条2項により供用する手続に及ぶことを要する。これにつき、最高裁判所は、「他人の土地について何らの権原を取得することなく供用を開始すること」は許されないが、「上記の手続を経て当初適法に供用開始行為がなされ、道路として使用が開始された以上、当該道路敷地については公物たる道路の構成部分として道路法所定……の制限が加えられることとなる。そして、そ

の制限は、当該道路敷地が公の用に供せられた結果発生するものであつて、道路敷地使用の権原に基づくものではない<sup>(1)</sup>としている。

最高裁判決のいう〈道路〉とされた私有地にかかる「道路法所定……の制約」には、法 4 条に基づく私権の制限<sup>(2)</sup>、法 43 条に基づく禁止行為に服すること<sup>(3)</sup>などがあり、これらによって、道路の区域とされた私有地については、たとえ、当該土地の所有者であっても、本件原告が行ったようなブロック塀の設置等は許されない。

本件義務不存在確認訴訟における紛争は、

被告：(a) 本件土地は本件市道の区域内である。

(b) 従って、本件土地は法 43 条等の義務に服する。

(c) 従って、本件ブロック塀は違法であり、撤去すべきである。

原告：(a)' 本件土地は本件市道の区域外である。

(b)' 従って、本件土地は法 43 条等の義務に服しない。

(c)' 従って、本件ブロック塀は適法であり、撤去する必要はない。

との対立により生じている。

原告は、(b)―(b)′に着目して、本件義務不存在確認の訴えを提起したところ、裁判所は、本件義務不存在確認訴訟を、法 72 条に基づく監督処分<sup>(4)</sup>の差止訴訟と同視し、本件義務確認訴訟は、「処分の差止め」を「義務不存在確認」に引き直したものであるから、「無名抗告訴訟」にあたると解した（判旨(1)）。

確かに、本件土地が〈道路〉区域に含まれない（＝法 43 条等に基づく義務の対象にならない）ということが確認されれば、法 72 条に基づく監督処分を出さ

---

(1) 最判昭和 44 年 12 月 4 日民集 23 卷 12 号 2407 頁。

(2) 所有権の移転、抵当権の設定・移転を除いて、私権行使が禁止される。

(3) みだりに道路を損傷し、又は汚損すること、みだりに道路に土石、竹木等の物件をたい積し、その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすることが禁止されており、違反者は、法 100 条 3 号により 1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処されることとされている。

(4) 道路管理者は、道路法・同法に基づく命令・同法等に基づく処分に違反した者等に対し、当該行為等の中止、道路に存する工作物等の改築・移転・除却、道路の原状回復を命ずることができる。

れることはない。このように、義務を担保する（義務違反を是正する）手段として行政処分が定められている（義務違反に対して行政処分が可能である）場合に、義務不存在確認請求を、後続の行政処分の差止請求とみなす（あるいは、同視する）見方は、横川川事件最高裁判決<sup>(5)</sup>の伊藤裁判官補足意見<sup>(6)</sup>などにみられるところである。

このような見方からは、

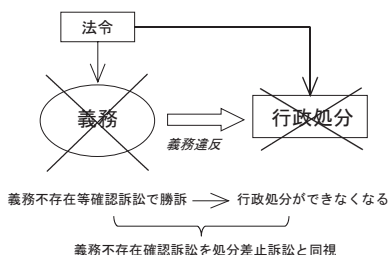
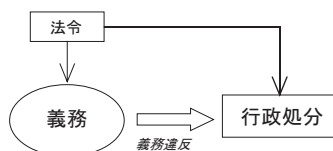
- (ア) 処分差止訴訟が法定されているので、処分を差し止める効果を持つ義務不存在等確認訴訟（当

事者訴訟）は、差止訴訟との関係で補充性を欠き、不適法である。

- (イ) 処分を差し止める効果を持つ義務不存在等確認訴訟（当事者訴訟）は、差止訴訟が法定されていることを理由に不適法とはならないとしても、差止訴訟が損害の重大性を要件としていることとの均衡上、前記確認訴訟も損害の重大性が認められる場合にのみ許される。

という解釈が導出される。

判旨の(1)は(ア)のような、判旨(2)は（本件義務不存在確認訴訟を無名抗



(5) 最判平成元年7月4日判時1336号86頁。この事件は、横川川の右岸に土地（以下、「本件土地」という。）を所有していたXが、本件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、本件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、Xが同知事を被告として、「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……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）」を求めて出訴したものである。

(6) 同意見は、「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。」としている。

告訴訟と解しているものの）（イ）に類する発想によるものと思われる。

では、このような解釈は妥当なのだろうか。

### 後続の処分の存在と確認訴訟（当事者訴訟）の可否

本件における紛争の本質は《本件土地が道路法 43 条等に基づく義務を課された土地に当たるか》というところにある。法 71 条に基づく監督処分は、土地が前記義務を課せられたものであるにもかかわらず、原告が当該義務に違反している場合に、当該義務の履行を図るために発せられるものに過ぎない。

法 43 条が定める《道路を損傷・汚損してはならない》《道路に土石等をたい積し、その他道路の構造や交通に支障を及ぼす虞のある行為をしてはならない》というのは、法 71 条に基づく処分の要件としてのみ存在するのではなく、法令が直接、私人に遵守を求めている一般的抽象的義務である。私人がこの義務を遵守している限り、法 71 条に基づく監督処分を発動する余地はない。したがって、法 43 条所定の義務は法 71 条所定の監督処分に解消されない独自の意義を持つ。それどころか、法 43 条所定の義務と法 71 条所定の監督処分は、《義務が主・処分が従》《義務が目的・処分がその履行を確保するための手段》という関係にあるといえる。

原告が、〈処分〉に解消されず、主あるいは目的たる意味を持つ〈義務〉の存否を争っているのに、それを従あるいは手段たる意味しか持たない〈処分〉にかかる争いとみなすのは、主従・目的手段を転倒させるもので妥当とはいえない。にもかかわらず、このような発想が出てくるのは、《行政活動により被った不利益を、行政訴訟で争う場合、当該活動中の〈処分〉を捉えて、その取消しを求めるという方法によることを原則とし、未だ〈処分〉がなされていない場合には、〈処分〉を待って、その取消しを求めるべきである》という《悪しき取消訴訟中心主義》の残滓のように思われる。

2004 年行訴法改正における当事者訴訟活用論は、このような《悪しき取消訴訟中心主義》の克服を目的としたものであり、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」<sup>(7)</sup>とあるといわれていた。

本件は、ブロック塀撤去を求めた行政指導を契機に、原告と被告の間で紛争が生じており、これにより、原告は本件ブロック塀を放置していると、法 71 条に基づく監督処分や法 100 条 3 号に基づく刑罰（1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金）を受けるおそれがあるため、自らの主張に反してブロック塀を撤去するか、これらの制裁にさらされるリスクを甘受して、ブロック塀設置を継続するかというジレンマにさらされている。

このように、(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、原告が、このようなジレンマを打破するために提起した確認訴訟（当事者訴訟）は、以下のように、多くの裁判例において、確認の利益が認められている<sup>(8)</sup>。

---

(7) 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。

(8) (A)(B)に該当するにもかかわらず、確認の利益が認められなかった事例としては、東京高判平成 19 年 4 月 25 日判決 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071017102146.pdf> があるものの、その判決理由は妥当とはいえない（この判決に対する問題点については、春日修「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」愛知大学法経論集 203 号 50～51 頁を参照）。この判決については、『改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書』<http://www.moj.go.jp/content/000104296.pdf> も「確認の利益を厳格に解しすぎている面があるのではないかとの意見が大勢を占めた」（40 頁）としている。



再説：確認訴訟（当事者訴訟）と抗告訴訟の関係について

番号	事件	原告の行為の適否にかかる見解の相違	制裁
[1]	東京高判 H21・1・28 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
[2]	名古屋高判 H21・10・23 判時 2241・24	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
[3]	福岡高判 H22・3・25 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いえるか？	行政処分
[4]	東京高判 H25・2・14 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
[5]	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

とりわけ、【5】の事例は、道路法上の〈道路〉と建築基準法上の現存道路の違いはあるものの、本件と極めて近い事例について、「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」という理由で、確認の利益を認めている。

さらに、法令の適用ではなく、法令そのものにより私人の行為が制約を受けている場合、すなわち、(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)前記のような〈原告のジレンマ〉が生ずる場合に、確認の利益が認められるとされた裁判例としては、以下のものがある。

番号	事件	規制	制裁
【6】	最判 H25・1・11 民集 67・1・1	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
【7】	名古屋高判 H26・5・30 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
【8】	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
【9】	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
【10】	大阪高判 H27・2・20 判例集未登載	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

これに対して、(A)'→(B)が認められるにもかかわらず、確認の利益が認められなかった事例は、筆者の調べた限りでは、存在しない。

このことも考慮に入れば、(A)(A)'→(B)のような場面、換言すれば、私人のしようとしている具体的行為の適法違法につき私人と行政の間で見解の相違があり、私人が当該行為を断念するか、制裁のリスクを甘受して当該行為をするかというジレンマに立たされている場合、当該行為（をしうる法的地位の確認等の形で、その）の適否を争う確認訴訟（当事者訴訟）は、確認の利益が認められるというのが、裁判例の大勢といえよう。

ただし、最高裁判所は、いわゆる教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上告審判決<sup>(9)</sup>において、前記（ア）のような解釈によったとも思われる判示をしている。すなわち、最高裁判所は、式典における不起立不斉唱等を理由とする懲戒処分の差止訴訟を適法と認めた上で、

(9) 最判平成 24 年 2 月 9 日民集 66 巻 2 号 183 頁。

①起立義務等不存在確認訴訟を「将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として」捉えると、「実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したものである……法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法というべきである」

としつつ、

②「行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては……確認の利益を肯定することができる」

とした。これは、①→規制に従わなかった場合の制裁が行政処分である場合、差止訴訟によるべき（このような場合の確認訴訟は無名抗告訴訟であって、差止訴訟との関係で不適法）であり、②→確認訴訟（当事者訴訟）は規制に従わなかった場合の制裁が行政処分以外の不利益である場合にしか認められないとも読むことができる。

しかし、①は単に「本件事案において差止訴訟が適法とされる争点につき確認判決により紛争解決を図る必要はない、という自明の事柄の説示と解すべきであ」って、「行政処分の法的効果を予防的に争う場合全般に確認の利益が否定されるという、公法上の確認訴訟の補充性に係る一般的命題を示したものは言」えない<sup>(10)</sup>と解することも可能である。最高裁判所は、【6】で、高等裁判所が第1類医薬品等を郵便等販売することのできる地位の確認訴訟を当事者訴訟として適法とし、確認請求を認容したことを支持している。郵便等販売禁止規定に従わなかった場合の制裁は、行政処分（薬事法72条の4第1項に基づく措置命令、同法75条1項に基づく許可取消し）のみであるから、この事件においては（ア）のような解釈はとられていない。さらに、下級裁判所の裁判例でも、

---

(10) 橋本博之「判批」ジュリスト臨時増刊1453号（2013年）52頁。

(ア) のような解釈によったものはない。これらを考えあわせると、義務違反に対する制裁あるいは義務履行確保の手段として行政処分をすることが可能であるとしても、そのことを理由に、当該義務不存在確認訴訟が不適法とされることはないというのが、わが国の法であるといえよう。加えて、上記【1】～【10】によれば、このような確認訴訟は無名抗告訴訟ではなく、当事者訴訟と解すべきことになる<sup>(11)</sup>。

### 差止訴訟の提起が可能である場合の確認訴訟（当事者訴訟）の可否

ただし、【6】の事例で、原告は第1類医薬品等の販売を一旦中止してから、訴訟を提起しており<sup>(12)</sup>、違法とされた行為を現に行ってはいないので、措置命令や許可取消し処分の差止訴訟を提起しても、処分の蓋然性を欠くという理由で不適法とされる可能性がかなり高い<sup>(13)</sup>。これに対して、本件の場合、原告は既にブロック塀を設置し、その撤去を求める行政指導も受けており、監督処分がなされる蓋然性は認められるように思われる。

では、処分の蓋然性や損害の重大性などが認められ、差止訴訟の提起が可能である場合、これによって救済を求めるべきであって、確認訴訟は差止訴訟と

---

(11) 【6】の事例では「一般用医薬品の郵便等販売を行った場合、医薬品販売業等の許可取消しや業務停止処分等を受ける可能性があるが、直ちに刑事罰を科せられるわけではない」、教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上告審「判決の考え方からすれば、【6】は「無名抗告訴訟としての確認の訴えとして位置付けられることになるであろう」（村上裕章「判批」判例評論 651 号（2013 年）5 頁）との見方もある。理論的にそのように解する余地がないことはないが、【6】の第1審判決、控訴審判決がこの事例を無名抗告訴訟ではなく当事者訴訟と解していたこと、【6】の最高裁判決が無名抗告訴訟としての確認訴訟を認めたものであるとすれば、無名抗告訴訟を限定的に解していた過去の最高裁判決や多くの先行裁判例と矛盾することから、【6】において最高裁は、当事者訴訟として本案上の判断を行ったものと解すべきだろう。

(12) 筆者が 2012 年 1 月 14 日に [http://www.kenko.com/help/about\\_etc.html](http://www.kenko.com/help/about_etc.html) で確認（ただし、同頁には 2015 年 6 月 13 日現在、別の情報が記載されている）。

(13) 最高裁判所は、教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上告審判決で、通達発出後の懲戒処分が厳しいものでも停職に止まり、免職処分はされていないこと、「従来の処分の程度を超えて更に重い処分量定がされる可能性をうかがわせる事情は存しない」ことから、「差止めの訴えのうち免職処分の差止めを求める訴えは、当該処分がされる蓋然性を欠き、不適法というべきである」と判示している。このような考え方の当否はさておき、これに照らせば、違反行為をしていない場合、その制裁あるいは義務履行確保のためになされる行政処分の蓋然性は認められないように思われる。

の関係で補充性を欠き、不適法となると解すべきなのだろうか。民事訴訟では、「請求権につき給付の訴えが可能であるのに、その請求権自体の確認の利益は原則として認められない」といわれているが、同時に「実体関係を前提としてそこから派生する給付請求権について給付訴訟が可能な場合でも、基本関係の確認を求める利益は認められる」<sup>(14)</sup>ものとされ、明渡しないしは登記請求ができる場合であっても、その先決問題に当たる所有権確認の利益はあるとされている<sup>(15)</sup>。先に述べたように、本件土地が道路法に基づく義務に服するかどうかは、当該義務違反を理由になされる監督処分や義務違反を理由に科される刑罰の「基本関係」にあたると解することができるので、差止訴訟が可能であれば、それによるべきであって、確認訴訟は不適法であるというのは妥当ではない。

そもそも、差止訴訟と確認訴訟（当事者訴訟）の関係については、これらを「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」<sup>(16)</sup>とする見解が一般的である<sup>(17)</sup>。

したがって、処分の蓋然性が認められる可能性の高い本件のような場合でも、確認訴訟（当事者訴訟）は妨げられない。義務不存在確認請求をあえて無名抗告訴訟と解して、差止訴訟との関係で補充性を欠くとした判旨（1）は妥当ではない。また、差止訴訟が可能である場合、当該処分の要件となる義務確認訴訟は無名抗告訴訟であるから、「特段の事情がある」場合以外は許容されないとする判旨（2）も妥当ではない。

---

(14) 新堂幸司『新民事訴訟法 第5版』（2011年）272頁。

(15) 最判昭和29年12月16日民集8巻12号2158頁。

(16) 南博方他編『条解行政事件訴訟法 第4版』（山田洋）（2014年）130～131頁。

(17) この趣旨をいうものとして、塩野宏『行政法Ⅱ 第5版補訂版』（2013年）264頁、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）981頁など。

### 確認訴訟（当事者訴訟）における「損害の重大性」の要否

ただし、判旨（2）は、本件義務不存在確認訴訟を無名抗告訴訟とはしているものの、「重大な損害を被るおそれがあり、現段階で訴えを提起する緊急の必要性がある等の特段の事情がある」場合は、このような訴訟が許容されるものとしているようにも読める。そうすると、前記（イ）のように、処分を差し止める効果を持つ義務不存在等確認訴訟は、差止訴訟が損害の重大性を要件としていることとの均衡上、前記確認訴訟も損害の重大性が認められる場合にのみ許されるとする趣旨をいうものと解することもできる。

（イ）のような解釈については、明確にこの趣旨をいう裁判例<sup>（18）</sup>がある上に、教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）判決も、差止訴訟の訴訟要件につき、

- ①「本件通達を踏まえて懲戒処分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状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差し止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては……『重大な損害を生

---

（18）例えば、大阪地判平成19年8月10日判タ1261号164頁は、差止訴訟等の訴訟要件として損害の重大性が定められていることを理由に「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」とする。他に、確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益につき、損害の重大性を要するとした判決として、さいたま地判平成23年2月23日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120308215206.pdf> がある。

ずるおそれ』があると認められるというべきである」

とし、確認訴訟の確認の利益についても

②「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在的の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては……確認の利益を肯定することができるものというべきである」  
としており、差止訴訟における損害の重大性と、確認訴訟における確認の利益を同じようなレベルで判断しているようにも解しうる。

しかし、上記②は、十分条件（重大な損害が認められれば、当然に確認の利益が認められる）をいうものであって、必要条件（重大な損害が認められなければ、確認の利益は認められない）をいっているのではないと解することでもできる。実際に、【3】【8】で、原告は確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟の両方を提起しているが、裁判所は確認訴訟（当事者訴訟）を適法としつつ、差止訴訟については、損害の重大性を欠くとして訴えを却下している。

さらに、【1】～【10】の裁判例（及び、この下級審判決）が、確認の利益を肯定した理由を概観する<sup>(19)</sup>と、損害の重大性に触れているものも、原告にそれと同レベルの損害が生ずることを確認の利益が認められる要件としているものも、ないように思われる。

特に、本件と類似する【5】の事例では、「現存道路に該当するとされることにより、土地を一般交通の用に供する義務を負担し、建築制限や私道の変更又は廃止の制限を受けるなど所有権に基づく土地利用を現に制約されていること」を理由に、確認の利益が認められている（さらに、判決は、このような制限の存在だけで十分であり、「制約に抵触する内容の利用を行う具体的意図ないし予定を有しているかといった主観的な事情に左右されるものではない」ことを付

---

(19) 春日前掲注（8）・47頁、49～50頁を参照。

言している)。

また、差止訴訟は、

- ①処分がある程度差し迫った（蓋然性が認められる）場合に、当該処分に焦点を絞って、その差止めを求めるものであり、
- ②仮の救済として（償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があれば）仮の差止めを利用でき、
- ③本案において、処分を違法たらしめるすべての要因を主張することができる、すなわち、要件の前提となる行政上の義務の存否（＝規制の適否＝当該規制を定める法令等が違憲違法ではないか、原告の行為が当該法令の禁止している行為にあたるか）のみならず、手続的違法性や効果裁量の踰越濫用をも主張できる

のに対して、確認訴訟は

- ①'処分とは切り離して行政上の義務の存否（＝規制の適否）を争うものであり、従って、後続の制裁が処分である場合でも処分の蓋然性など要求されないし、後続の制裁が刑罰など行政処分以外の制裁でもよく（**【2】**がそれにあたる。）、
- ②'（後続の制裁が処分であっても）仮の差止めを利用することはできず、
- ③' 本案において主張できるのは、当然ながら争いの対象である行政上の義務の適否のみである

点で異なるものである。換言すれば、処分の蓋然性が認められる状況で、処分による不利益を避けるために提起するのが差止訴訟であり、蓋然性が認められるから、仮の差止めも必要になる。このように処分に焦点を当て、仮の差止めを用いることができる（その点では優越した）訴訟手続が、損害の重大性を要件としているからといって、規制の適否（＝行政上の義務の存否）に焦点を当て、仮の差止めを用いることができない（その点では劣後する）確認訴訟までもが、損害の重大性を要件にしていると解する必要はないと考えるべきだろう。



### 直罰規定と確認の利益

加えて、判旨（3）は、刑罰を予防する目的での確認訴訟（当事者訴訟）も確認の利益を欠くとするが、刑罰を科される可能性があることをもって、教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上告審判決のいう「行政処分以外の……不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとして」、確認の利益が肯定されるべきだろう。本件ブロック塀が〈道路〉上に設置されたものであれば、法43条に違反することになり、行政処分を介在することなく、法100条3号により刑罰を科される現実の可能性がある。この点で、【2】の事例に類似する。刑罰を科される可能性があることは、それだけで「重大な損害」に該当すると考えられる<sup>(20)</sup>ので、判旨（2）や前記（イ）のように、確認の利益が認められるためには損害の重大性を要するとする解釈によったとしても、違反に対して刑罰を科される可能性があることを理由に、確認訴訟（当事者訴訟）の確認の利益が認められることになるはずである。したがって、判旨（3）のように、「原告が被り得る法律上の不利益として、……刑罰以外にこれを予防すべき不利益が存するものとも認められないことからすれば、……当事者訴訟として適法なものとして解することもできない」と切って捨てるのは、妥当ではない。

### おわりに

この判決が出るまで、【1】～【10】の裁判例が示すように、

- （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、あるいは
- （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

---

(20) 例えば、小早川光郎、高橋滋編『詳細改正行政事件訴訟法』〔山本隆司〕（2004年）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」としている。本件においては、ブロック塀が既に設置されているので、「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」（前掲）ことにはならないが、原告が自らの見解に従ってブロック塀を放置していれば、行政処分を経ずに、刑事訴追され、刑罰を科されるリスクがあることには変わりない。

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、

原告が、このようなジレンマを打破するために提起した確認訴訟（当事者訴訟）は、確認の利益が認められるという裁判例の大勢が定着しつつあった。

この判決は、このような裁判例を参照することなく、同種の確認訴訟を、上記のように、不適切な理由で不適法としており、妥当とは言い難い。加えて、裁判所は判旨（4）において、本件義務不存在確認請求につき、本案上の判断をしているので、不適切な理屈を付けてまで、本件義務不存在確認請求を却下する必要はなかったように思われるのである。