

抗告訴訟としての差止訴訟と当事者訴訟としての 確認訴訟の関係について ——紛争解決の単位を中心として——

鷗 澤 剛

問題の所在

I 最判平成 24 年 2 月 9 日（民集 66 卷 2 号 183 頁）

II 近時の下級審裁判例

III 若干の考察

おわりに

問題の所在

平成 16 年の改正行政事件訴訟法（以下「行訴法」）は、救済範囲の拡大のための方策として、抗告訴訟としての差止訴訟を法定するとともに、当事者訴訟としての確認訴訟の存在を明示した。公法上の義務違反を理由として不利益処分等がされうるといふ仕組みがある場合、抗告訴訟としての差止訴訟によって不利益処分を予防することが想定される一方で、前提となる義務の不存在を確定する当事者訴訟としての確認訴訟によって、紛争を予防することも考えられるため、両者の関係をどのように理解するか、いいかえれば、両者を並行して提起することが可能か否かについては、改正当初から、議論のあったところであった¹⁾。

1) 橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004 年）81 頁、93-95 頁では、抗告訴訟と当事者訴訟とを相互排他的に取り扱うべきではない旨、両者の垣根を柔軟に取り扱うべき旨が繰り返し主張されている。後述の最判平成 24 年 2 月 9 日についても、橋本は、「行政処分等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まい」とする（「行政処分差止訴訟及び義務不存在確認訴訟の適法性」『平成 24 年度重要判例解説』（2013 年）52 頁）。

国旗国歌訴訟の一つである，最判平成 24 年 2 月 9 日（民集 66 卷 2 号 183 頁。以下「平成 24 年最判」）は，差止訴訟は行政処分の予防を目的とするものと，確認訴訟は行政処分以外の不利益の予防を目的とするものと位置づけ，この問題について一定の見解を示した。これにより，判決の内容自体に対する批判はおくとして，実務上は一応の決着が付いたようにも思われる。しかし，筆者の見るところでは，平成 24 年最判には，不明確なまま残されたある問題があり，まさにその問題をめぐって，その後の下級審裁判例において様々な考え方が示されている。その問題というのは，差止訴訟にせよ，確認訴訟にせよ，どの範囲の紛争を解決しようとしているのか，ということである。より敷衍して言えば，これらの訴訟の請求認容判決の効力は，翌年の入学式，卒業式等の式典に，さらに翌々年の式典にと，いわば半永久的に及ぶのだろうか，という問題である。

I 最判平成 24 年 2 月 9 日（民集 66 卷 2 号 183 頁）

まずは，平成 24 年最判の内容を確認しておきたい。後の論述との関係で，もともとの原告の請求内容から，煩を厭わず確認していくことにする。

原告は，差止請求として，教職員一般について，《都教委は，原告に対し，原告が勤務する学校の入学式，卒業式等の式典会場において，会場の指定された席で国旗に向かって起立しないこと及び国家を斉唱しないことを理由として，いかなる処分もしてはならないこと》，また，音楽教師について，《都教委は，原告に対し，原告が勤務する学校の入学式，卒業式等の式典の国歌斉唱の際に，ピアノ伴奏をしないことを理由として，いかなる処分もしてはならないこと》を求めた。その一方で，確認請求として，《原告が，被告（東京都）に対し，原告が勤務する学校の入学式，卒業式等の式典会場において，会場の指定された席で国旗に向かって起立し，国家を斉唱する義務のないことを確認すること》，また，音楽教師について，《原告が，被告（東京都）に対し，原告が勤務する学校の入学式，卒業式等の式典の国歌斉唱の際に，ピアノ伴奏義務のないことを確認すること》を求めた。

差止訴訟の適法性について，平成 24 年最判は，次のように述べて肯定する。ここでは，「重大な損害を生ずるおそれ」要件についてのみ取り上げる。

「……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上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。」[下線および傍点は筆者。以下同じ。]

次に確認訴訟の適法性であるが、まず、確認訴訟の位置づけについて次のように述べる。

「無名抗告訴訟としての被上告人らに対する本件確認の訴えは、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位置付けられるべきものと解するのが相当であり、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。」

「本件においては、前記2のとおり、法定抗告訴訟として本件職務命令の違反を理由としてされる蓋然性のある懲戒処分の差止めの訴えを適法に提起することができ、その本案において本件職務命令に基づく公的義務の存否が判断の対象となる以上、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、上記懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、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。」

「被上告人東京都に対する本件確認の訴えに関しては、行政処分に関する不服を内容とする訴訟として構成する場合には、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位置付けられるべきものであるが、本件通達を踏まえた本件職務命令に基づく公的義務の存在は、

抗告訴訟としての差止訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の関係について（鶴澤 剛）

その違反が懲戒処分 of 処分事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生する危険の観点からも、都立学校の教職員の法的地位に現実の危険を及ぼし得るものといえるので、このような行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成する場合には、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法4条）として位置付けることができると解される。」

このように確認訴訟を位置付けたうえで、即時確定の利益について、次のように述べる。

「……本件通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分 of 処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて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する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように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、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということができ、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。」

本稿冒頭でも触れたように、平成24年最判は、確認訴訟が何を目的とするかによって、その位置づけを区別し、行政処分の予防を目的とする場合には、無名抗告訴訟と位置付けたうえで、法定抗告訴訟である差止訴訟との関係で、無名抗告訴訟の訴訟要件としての補充性を充たさないとする一方で、行政処分

以外の不利益の予防を目的とする場合には、当事者訴訟としての確認訴訟と位置づけたうえで、確認の利益も認めている。平成24年最判が、一般論として、差止訴訟→行政処分の予防、確認訴訟→行政処分以外の不利益の予防という役割分担論を提示したのかについては、周知のとおり、議論のあるところであるが²⁾、しかし、本稿はそれと同等、あるいはそれ以上に、平成24年最判が、両訴訟について、どこまで先の紛争まで解決することを目的とするものと考えていたのか、という点に着目している。後の下級審裁判例においては、まさにこの点に様々な考え方が生まれる分岐点があったと考えられるためである。

II 近時の下級審裁判例

1 事例①名古屋地判平成25年5月31日判時2241号31頁

まず、名古屋地判平成25年5月31日(判時2241号31頁)をとり上げる³⁾。この事案は、要するに、タクシー事業者⁴⁾が、タクシーの乗務距離の最高限度の規制の違法性を争ったものである。

原告の請求は、①指定地域および常務距離の最高限度を定める公示の取消し、②最高限度を超えて運転者を事業用自動車に乗務させることができる地位の確認、③最高限度を超えたことを理由とする道路運送法40条に基づく処分の差止め、④最高限度を超えたことを理由として道路運送法40条に基づきされた処分の取消し、以上の4つである。このうち、①は、指定地域および常務距離の最高限度を定める公示は立法行為の性質を有するもので処分に当たらないとして、却下されている⁵⁾。一方で、④が適法な訴えであることは論を待たない。問題は②および③であり、これこそが本稿の関心事でもある。

2) たとえば、医薬品のネット販売訴訟における確認請求は、平成24年最判を前提とすると、無名抗告訴訟と捉えられる可能性があることは、すでに指摘のあるとおりである。北見宏介「判批」新・判例 Watch Vol. 14 (2014年) 59頁、村上裕章「判批」判評651号(判時2178号)(2013年)5頁。

3) なお、控訴審である名古屋高判平成26年5月30日(判時2241号24頁)も、④請求の一部を使用停止期間の経過により訴えの利益が消滅したとして却下したほか、おおむね第一審判決を維持している。また、上告受理申立ては却下され、②③請求を認容した控訴審判決が確定した。

4) タクシー事業をめぐる規制の変遷について、日野辰哉「タクシー事業規制における競争自由と公益」法教409号(2014年)49頁。

判決は、差止めの訴え（請求③）および確認の訴え（請求②）の適否について、それぞれ次のように述べる。

「差止めの訴えの訴訟要件については、一定の処分がされることにより『重大な損害を生ずるおそれ』があることが必要であり（行訴法 37 条の 4 第 1 項）、その有無の判断に当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとされている（同条 2 項）。そして、上記『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、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はなく、処分がされる前に差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ことを要すると解するのが相当である（最高裁平成 23 年（行ツ）第 177 号、同第 178 号、同年（行ヒ）第 182 号同 24 年 2 月 9 日第一小法廷判決・民集 66 卷 2 号 183 頁）。

本件についてこれをみるに、前記(1)で指摘した諸点に照らすと、原告には、本件乗務距離規制違反を理由として法 40 条に基づく処分（自動車等使用停止処分、事業停止処分又は許可取消処分）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というべきであり、日々運行している原告の事業用自動車の本件乗務距離規制違反を契機として、同条に基づく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というべきである。このような一連の累次の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出来るから、その回復の困難の程度に鑑み、本件差止めの訴えについては上記『重大な損害を生ずるおそれ』があるというべきである。」

5) この種の公示の処分性について、常岡孝好「判批」自治研究 90 卷 10 号（2014 年）127 頁以下、同「行政立法の法的性質と司法審査（1）～（4・完）」自治研究 90 卷 10 号 121 頁、90 卷 11 号 3 頁、90 卷 12 号 56 頁、91 卷 2 号 3 頁（2014～2015 年）。

「本件確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法4条の当事者訴訟）であるところ、原告は、本件公示前には、乗務距離を制約されることなく運転者を乗務させていたが、本件公示後は、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、前記2で説示したとおり、本件乗務距離規制違反を理由として法40条に基づく処分や警告を受ける蓋然性が高く、これが反復継続の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いうべきである。そして、本件確認の訴えは、単に抽象的、一般的な本件公示の違法性の確認を求めるものではなく、上述のような立場にある原告がその具体的な法的地位の確認を求めらるものであるから、具体的事件性（争訟性）を備えたものといえることができる。

そうすると、本件確認の訴えは、原告の不利益の予防を目的とする有効適切な争訟方法であり、確認の利益があるといえることができるから、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法といえるべきである。」

差止訴訟の「重大な損害」に関する同判決の内容は、平成24年最判に完全に沿ったものといえる。これに対し、確認訴訟の「確認の利益」については、「警告」を受ける蓋然性をあげてはいるものの、道路運送法40条に基づく不利益処分を考慮要素に含めており、行政処分の予防を目的とする確認訴訟は無名抗告訴訟であるという発想は見られない。結果として、「確認の利益」に関する判断は、差止訴訟における「重大な損害」要件の判断をほとんどスライドさせたものとなっている。

2 事例②大阪地判平成25年7月4日裁判所ウェブサイト

次に、大阪地判平成25年7月4日（裁判所ウェブサイト）をとり上げる⁶⁾。この事案も、タクシー事業者が、タクシーの乗務距離の最高限度の規制の違法性を争ったものである。そして、原告の請求も、①指定地域および常務距離の最高限度を定める公示の取消し、②最高限度を超えて運転者を事業用自動車に

6) 本判決は、結論的には、③④請求を認容し、確定している。

乗務させることができる地位の確認、③最高限度を超えたことを理由とする道路運送法 40 条に基づく処分の差止め、④最高限度を超えたことを理由として道路運送法 40 条に基づきされた処分の取消しの 4 つであり、①は処分性なしとして却下され、④の適法性に特に問題はない。

判決は、差止めの訴え（請求③）および確認の訴え（請求②）の適否について、次のように述べる。

「(ア) 行政事件訴訟法 37 条の 4 第 1 項の『重大な損害を生ずるおそれがある』との要件の趣旨

行政事件訴訟法 37 条の 4 第 1 項にいう『重大な損害を生ずるおそれがある』か否かについては、『損害の回復の困難の程度』を考慮し、『損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質』をも勘案すべきとされている（同条 2 項）。ここにいう損害の回復の困難の程度の判断に当たっては、原状回復が可能か否か、及び事後的な金銭賠償が実効性を有するか否かという観点から検討すべきであるところ、処分等によって生ずる損害が財産的利益に関するものである場合には、基本的には事後による金銭賠償による填補が可能であるから、そのような場合においても『重大な損害を生ずるおそれがある』といえるのは、事後の金銭賠償によっては損害の回復が困難であるか、又は、そのような救済をもって満足させることが社会通念上相当でないと認められるようなときに限られるというべきである。

(イ) 運輸規則 22 条 1 項違反により原告 A にされる可能性のある処分の内容

原告 A が運輸規則 22 条 1 項に違反した場合は、初違反が適用されるため、仮にその不遵守率が 50 パーセント以上の場合には個別基準公示によれば、その本来的な処分は 30 日車の自動車等の使用停止処分となる。本件加重規定の適法性は措いて、仮に本件加重規定の適用があったとした場合、処分時の車両数等によっては最大 4 倍に加重される可能性があり、これによれば 120 日車の自動車等の使用停止処分がされる可能性がある。

(ウ) 原告 A に対し自動車等の使用停止処分がされることにより、同原告に重大な損害を生ずるおそれがあるかについて

原告 A に対し最大 120 日車の自動車等の使用停止処分がされた場合、同原告の運送収入がその分減少することは当然に予想されるところである

が、その運送収入の減少によって、同原告の事業基盤に深刻な影響を及ぼすおそれがあることを認めるに足りる証拠はないから、同自動車等の使用停止処分につき金銭賠償によることが不相当とはいえない。

原告Aは、上記自動車等の使用停止処分により、利用者からの配車依頼に対して円滑に対応できなくなり、利用者からの信頼を失う旨を主張する。しかし、同自動車等の使用停止処分によって、使用停止を余儀なくされるのは当該営業所の車両数の20パーセントにとどまり(……)、配車依頼に対する対応が阻害されるとい得るのも一時的な期間に過ぎないと推認されることに照らすと、今後同原告を利用しないというような利用者が多数生じるなどの信用失墜に至るとまでは認められず、仮に利用者の信頼が損なわれることがあったとしても、それについて金銭賠償によることが社会通念上不相当であるとまではいい難い。

また、原告Aは、自動車等の使用停止処分の公表により同原告の名誉や信用が失墜すると主張する。確かに、近畿運輸局長は、自動車等の使用停止処分以上の行政処分を受けた事業者について、事業者名や違反事実の内容をホームページ上で3年間公表しており(……)、自動車等の使用停止処分の公表によって同原告の名誉や信用が低下するおそれがあることは否定し難い。しかし、当該処分後の取消訴訟等において同原告の請求が認容され、当該処分の違法性が明らかになれば、同原告の名誉や信用も相当程度回復することが予想され、それでもなお回復しない部分については金銭賠償によることが十分に可能であり、また金銭賠償によることが社会通念上不相当であるとまではいいえない。

さらに、原告Aは、今後処分が繰り返されれば、事業停止処分や許可取消処分がされる蓋然性がある旨を主張する。しかし、今後同様の乗務距離の最高限度違反の指摘がされる可能性が存するとしても、その未遵守率がどの程度の割合となるのかは将来の全く不確かな事柄というほかに、更なる監査や告知聴聞を経た上で、事業停止処分や許可取消処分がなされる相当の蓋然性があるとは到底いえない。そもそも、同原告の主張する事業停止処分や許可取消処分は、自動車等の使用停止処分後に近畿運輸局長が行うことがあり得る別個の処分であって、これらによる損害が甚大であるとしても、これらの処分を対象とした抗告訴訟等において対処すべきものであり、これらの処分によって生ずる損害をもって上記自動車等の使

用停止処分により生ずる損害ということとはできない。

したがって、本件において、将来、事業停止処分や許可取消処分がされた場合の原告Aの損害をもって『重大な損害』要件を満たすとする原告Aの主張には理由がない。

このほか、原告Aは、時間をかけて教育をした運転者が退職ないし転職をすると重大な損害が発生すると主張する。しかし、予想される自動車等の使用停止処分により運転者の待遇の悪化等が生じるものとはいい難いから、同自動車等の使用停止処分によって同原告のタクシー運転者の相当数が退職し、あるいは転職するなどといった事態に陥るとは認められない。同原告は、本件公示の定める乗務距離の最高限度規制に従った場合の損害をも主張するが、これは上記自動車等の使用停止処分によって生じる損害ではなく、また、この点を措いても、金銭賠償によって回復をさせることが不相当というような重大な損害ということとはできない。

(エ) 小括

したがって、運輸規則 22 条 1 項に違反したことを理由になされる自動車等の使用停止処分により原告Aに重大な損害が生ずるおそれがあると認めることはできず、同原告による甲事件の請求のうち各不利益処分の差止めを求める部分は、不適法であって却下を免れない。」

「近畿運輸局長は運輸規則 22 条に基づき本件公示を定めており、被告は運輸規則 22 条及び本件公示が憲法に適合し、有効であることを前提として、本件指定地域内に営業所を有する原告らは運輸規則 22 条 1 項及び本件公示に基づき日勤勤務運転者に 1 乗務当たり 250 キロメートルを超えて乗車させてはならないとの義務がある旨主張するのに対し、原告らは、運輸規則 22 条は憲法に違反し、あるいは法の委任の範囲を逸脱し無効であり、また、本件公示も近畿運輸局長の裁量権の範囲の逸脱ないし濫用により違法であるとして、原告らは運輸規則 22 条 1 項及び本件公示に基づき日勤勤務運転者に 1 乗務当たり 250 キロメートルを超えて乗車させてはならないとの義務を負わない旨主張しており、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る。

そして、運輸規則 22 条 1 項及び本件公示によって、本件指定地域内に営業所を有する一般乗用旅客自動車運送事業者である原告らは、その運転

者に対し本件公示で定められた限度内でしか乗務をさせられなくなっているのであって、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、前記 1 のとおり本件公示の行政処分性が認められない以上、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として、確認の利益を肯定すべきである（なお、運輸規則 22 条 1 項及び本件公示の適法性・憲法適合性を争うためには、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、本件公示の適法性・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。）。

被告は、昭和 47 年最判及び平成元年最判を引用して、将来、不利益処分を受けてから、これに対する訴訟の中で事後的に争ったのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがあるなど、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合でなければ、確認訴訟は不適法である旨の主張をするが、これらの最高裁判決は本件とは事案を異にし、上記確認の利益の判断に消長を来すものではない。」

本判決の特徴は、第一に、差止訴訟に関しては、直近の不利益処分（最大で 120 日の自動車等の使用停止処分）についてのみ、処分がされる蓋然性を認め、差止めの対象を直近の不利益処分に限定している点である。そして、「重大な損害」要件も、直近の不利益処分がされることによる損害のみを考慮して、この要件の充足を否定している⁷⁾。

他方で、確認訴訟における「確認の利益」の判断に関しては、すでに他の文

7) なお、本判決の「重大な損害」要件に関する判断は、平成 24 年最判を引用しておらず、内容的にも平成 24 年最判に沿ったものとはなっていない。この点に対する批判として、朝田とも子「判批」法セミ 707 号（2013 年）113 頁。

献においても指摘されているように、「営業の自由」を正面に押し出して、「その権利の性質に鑑み」て、「確認の利益」を認めているという特徴がある⁸⁾。しかし、本稿の関心からすると、重要なのは、その直後に、括弧書きにおいて、不利益処分を受けた後で、これに対する抗告訴訟を提起するという方法に言及して、営業の自由の救済手段として迂遠であるとしている点であり、なぜなら、ここでは、確認訴訟も行政処分による不利益に対する救済手段であることを、暗に認めることになっているからである。本判決は、差止訴訟の対象を、直近の不利益処分に限定する一方で、それ以外の不利益は、行政処分による不利益も含め、確認訴訟の役割としているように思われる⁹⁾。

3 事例③福岡地判平成 28 年 9 月 27 日公刊物未登載

次に、福岡地判平成 28 年 9 月 27 日（公刊物未登載）をとり上げる¹⁰⁾。この事案は、「特定地域及び準特定地域における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」の定める公定幅運賃制度に関するものである。その概要は、特定地域あるいは準特定地域を指定した上で、当該地域における公定幅運賃の範囲を指定し、事業者から運賃の届出をさせた上で、公定幅運賃の範囲内にはないときは、運賃変更命令等をするというものである。原告は、公定幅運賃の下限を下回る運賃を届け出たため、指定期限までに指定範囲内の運賃への運賃変更届出を行うこと等の勧告を受け、原告はこれに応じなかったため、九州運輸局長は、予定される不利益処分を運賃変更命令とする弁明の機会の付与の通知をした。

原告の請求は、①平成 26 年 4 月 1 日付け届出運賃が公定幅運賃の範囲内に

8) 自由権の制約と確認訴訟の関係について、神橋一彦「許可事業者に対する監督処分をめぐる訴訟について——タクシー乗務距離制限をめぐる近時の判例を中心に」金井貴嗣・土井和博・東條吉純編『経済法の現代的課題——舟田正之先生古希祝賀』（有斐閣、2017 年）585 頁以下、また同「行政訴訟と基本権保護——「訴訟法の留保」は解消されるか」ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力 第 5 巻 憲法の規範力と行政』（信山社、2017 年）122 頁以下。自由権制約事例における確認訴訟の利用実態に関する分析として、鶴澤剛「自由権の制約と訴えの利益」立教法学 99 号（2018 年）69 頁以下。

9) 本判決と同様に、直近の不利益処分にのみ処分の蓋然性を認め、「重大な損害」要件を否定して差止訴訟を却下する一方で、確認請求の適法性を認めた事例として、札幌地判平成 26 年 2 月 3 日裁判所ウェブサイト、東京地判平成 26 年 3 月 28 日判時 2248 号 10 頁（控訴審である東京高判平成 27 年 2 月 12 日公刊物未登載）がある。

10) 本判決は、結論的には、①請求を認容したものである。

ないことを理由として、運賃変更命令を含むいかなる不利益処分もしてはならないこと(差止め請求)、②届出運賃によりタクシー事業を行うことができる地位にあることの確認、③公定幅運賃の範囲内の運賃を届け出ることなく、タクシー事業を行うことができる地位にあることの確認、④平成18年12月19日付け認可運賃により、タクシー事業を行うことができる地位にあることの確認の4つであった。

判決は、差止めの訴え(請求①)および確認の訴え(請求②③④)の適否について、次のように述べる。

〔1)本件各処分がされる蓋然性について

ア 差止めの訴えの訴訟要件については、まず、一定の処分が「されようとしている」こと(行訴法3条7項)、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることが必要である。以下、順に検討する。

イ 運賃変更命令及び運賃設定違反に対する使用停止処分

運賃変更命令公示及び処分基準公示によれば、九州運輸局長において、タクシー事業者が公定幅運賃の範囲外の運賃による運賃届出をし、指定範囲内の運賃への是正指導等に応じない場合、当該タクシー事業者を放任するとは考え難く(関係法令等の概要(5))、実際、運賃変更命令公示に従って、原告に対する運賃変更命令の発令手続を進めており(前提事実(4))、被告も、本件訴訟において、原告の弁明書(同(4)エ)は「運賃変更命令の原因となる事実を覆すものであるとは認められ」ず、「したがって、九州運輸局長は、今後、原告に対し、運賃変更命令を発令することとなる」旨明言していること(答弁書23頁)に照らせば、九州運輸局長によって上記各処分がされる蓋然性があることは明らかである。

ウ 運賃変更命令違反に対する使用停止処分及び事業許可取消処分

ところで、原告は、本件公示による公定幅運賃の範囲の下限割れ運賃の届出を行い(前提事実(3))、九州運輸局長から指定範囲内の運賃への変更届出を行うよう指導及び勧告を受けたものの、これに従わず(同(4)アないしウ)、九州運輸局長に対し、弁明書を提出し、公定幅運賃制度の違憲性及び本件公示の違法性を根拠として、指定範囲内の運賃設定は「到底受け入れられ」ない旨主張したこと(同(4)エ)、原告は、本件訴訟においても同旨の主張をするとともに、運賃変更命令がされてもこれに従わない意思

を明らかにしていること（原告第1準備書面8頁等）によれば、原告は、運賃変更命令を受けたとしても、指定範囲内への運賃変更届出を行う可能性は低く、本件届出運賃によって事業を継続する可能性が高いというべきであって、これは再度の運賃変更命令を受けたとしても同様であると認められる。

そして、処分基準公示（関係法令等の概要(5)イ）の内容からすれば、1回目の運賃変更命令、その命令違反（初違反）を理由とする使用停止処分、2回目の運賃変更命令及びその命令違反（再違反）を理由とする事業許可取消処分は、いずれもタクシー事業者に公定幅運賃を遵守させることを目的とする一連の処分と位置付けられており、その要件が満たされる場合には、原則として処分権者がこれらの処分を相次いですることが予定されているものと考えられる。

上記によれば、九州運輸局長は、上記イのとおり、運賃変更命令公示に基づき、運賃変更命令をした上で、原告が指定範囲内の運賃への変更届出をしないことから、処分基準公示に基づき、運賃変更命令違反を理由とする使用停止処分をし、更に再度の運賃変更命令をした上、これにも従わない原告に対してその運賃変更命令違反を理由として、事業許可取消処分に至る蓋然性があるというべきである。

エ 上記ウの各処分に関して、被告は、いずれも弁明の機会の付与を経てされることが予定され、原告において指定範囲内の運賃への変更届出を行うことが期待され、各手続の基礎となる事情変更があることも考えられ、さらに、いまだ運賃変更命令がされていない段階で、運賃変更命令違反に対する使用停止処分及び事業許可取消処分がされる蓋然性があるとはいえない旨主張する。

しかしながら、上記イ及びウの検討結果に照らせば、被告の上記主張を考慮しても、上記各処分がされる蓋然性は否定されるものではなく、被告の上記主張を採用することはできない。

オ 上記イないしエのとおりであるから、本件各処分がされる蓋然性があるといえる（なお、本件各証拠によっても、原告が、九州運輸局から、本件届出運賃が指定範囲外であることを理由として、本件各処分以外の処分を受ける蓋然性があるとは認められない。）。

(2)本件各処分により重大な損害を生ずるおそれの有無について

ア 次に、差止めの訴えの訴訟要件については、一定の処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれ」があることが必要であり（行訴法37条の4第1項）、その有無の判断に当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとされている（同条2項）。そして、上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、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はなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのであれば救済を受けることが困難なものであることを要すると解するのが相当である（最高裁平成23年（行ツ）第177号、同第178号、同年（行ヒ）第182号同24年2月9日第一小法廷判決・民集66巻2号183頁参照）。以下、順に検討する。

イ 運賃変更命令並びに運賃変更命令違反に対する使用停止処分及び事業許可取消処分

運賃変更命令公示（……）及び処分基準公示（……）によれば、タクシー事業者が運賃変更命令を受けると、所定の期間（15日程度）内に指定範囲内の運賃の届出をしない限り、運賃変更命令違反（初違反）として60日車の自動車等の使用停止処分を受け、再度の運賃変更命令を受けると、所定の期間（15日程度）内に指定範囲内の運賃の届出をしなければ、運賃変更命令違反（再違反）として事業許可取消処分を受けることが予定されており、さらに、運賃変更命令に反する運賃を収受すれば罰金刑が科されることになる（……）。

そして、前記(1)ウのとおり、上記各行政処分は、タクシー事業者に公定幅運賃を遵守させることを目的とする一連の処分と位置付けられ、その要件が満たされる場合には、原則として九州運輸局長がこれらの処分を相次いですることが予定されているものと考えられる。そうすると、前記(1)イ及びウの事実関係の下では、1回目の運賃変更命令がされた後、早ければ2か月程度の間〔1〕運賃変更届出期限15日程度、〔2〕2回目の運賃変更命令の発令のため、弁明書の提出期限である「相当な期間」（行政手続法30条）として2週間程度、〔3〕2回目の運賃変更命令による運賃変更届出期限15日程度の各経過を要する。）に、運賃変更命令違反に対する自

自動車等の使用停止処分とともに、2回目の運賃変更命令を経て、運賃変更命令違反に対する事業許可取消処分の手続が開始され、その後間もなく事業許可取消処分がされるものと認められ、事業許可取消処分に至った場合には、タクシー事業の遂行自体が不可能となり、原告の事業基盤に重大な影響を及ぼすことになるものと認められる。

このように、上記各処分が短期間の間に反復継続的かつ累積加重的にされることになると、事後的な損害の回復が著しく困難となるというべきであって、上記各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、上記各処分によって原告に「重大な損害を生ずるおそれ」があるものと認められる。」

〔1〕本件各確認の訴えは、実質的当事者訴訟としての公法上の法律関係に関する確認の訴えであるところ、実質的当事者訴訟としての確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成されるものと解される。したがって、上記確認の訴えに係る確認の利益の有無の判断に当たっては、行政処分以外の処遇上の不利益の性質や事後の回復の困難性等に照らして、上記不利益の予防のために、当該確認の訴えが有効適切な争訟方法といえるか否かについて検討を要する。

(2)ア この点について、原告は、まず、運賃の設定違反に関して九州運輸局長から指導等を受けたことが報道された結果、福岡県から自動車借上契約の継続を拒絶され、福岡市ホームページバナー広告等の掲載等が中止されたことについて（認定事実(2)オ及びカ）、重大な経済的不利益を被っており、このような不利益は、原告の営業が適法であるとの確認がされない限り継続するものであって、事後的な損害の回復は困難であることから、確認の利益がある旨主張する。

しかしながら、上記契約の継続拒絶及び上記広告等の掲載中止等並びにこれらによる経済的不利益は、既に発生しているものである。また、原告主張に係る経済的不利益については、その性質及び具体的内容が必ずしも明らかではなく、事後的な損害の回復が困難なものであると認めることも

困難である。そして、そもそも上記契約の締結及び上記広告等の掲載等は、被告又は九州運輸局長が判断する事柄ではなく、福岡県や福岡市が判断するものである。したがって、原告の上記主張を採用することは困難である。

イ また、原告は、仮に、運賃変更命令の差止めが認められたとしても、公定幅運賃制度が違法である旨の判断がされなければ、原告は指定範囲外の運賃で営業を継続することになり、自動車等の使用停止処分を受け、違反点数が累積すれば、事業停止処分や事業許可取消処分がされるおそれもある旨主張する。

しかしながら、上記各処分は行政処分そのものであって、行政処分以外の処遇上の不利益ではなく、上記各処分について差止めの訴えによって争うことができ、他に適切な争訟方法があるといえるのであって、このような争訟方法に加えて、確認の訴えを認める必要があるとは認め難い。」

本判決は、差止訴訟における処分の蓋然性要件および「重大な損害」要件については、「一連の処分」が反復継続的かつ累積加重的に行われることに着目する一方で、確認訴訟はあくまでも行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とするものとし（この点では平成24年最判に忠実に沿ったものである）、これを「確認の利益」の判断にも徹底して、行政処分による不利益を明示的に除外して行政処分以外の不利益に限定している点に特徴がある。その結果として、「確認の利益」の判断における考慮要素は非常に限定的なものとなっている（結論としても否定されている）。

もっとも、本判決のように、「一連の処分」の予防を専ら差止訴訟に委ね、確認訴訟における「確認の利益」の考慮要素から除外するとしても、本判決の具体的帰結には異論の余地がないではない。まず、行政処分による不利益といっても、「一連の処分」以外の行政処分による不利益、たとえば将来のタクシー事業の許可の更新申請の際に、法令遵守基準との関係で、不許可処分を受けるおそれがある等の事情は、確認の利益において考慮されてよいように思われる¹¹⁾。

さらに、運賃の設定違反に関して九州運輸局長から指導等を受けたことが報道された結果、福岡県から自動車借上契約の継続を拒絶され、福岡市ホームページパナー広告等の掲載等が中止されたことによる経済的不利益や、法令上の

義務違反について刑事罰が予定されていることなどは、確認の利益を基礎づけないか。一般に、確認訴訟は判決の既判力によって当事者間における紛争を解決する手段であることから、確認の利益を基礎づける利益は、単なる経済上の利益等では足りず、法律上の利益でなければならないというのが基本とされる¹²⁾。しかし、判決の事実上の効果、とりわけ第三者に対するそれをも、考慮に入れる裁判例の存在も指摘されており、これを支持する学説もある¹³⁾。これに従うならば、経済的不利益も考慮要素も全く考慮要素とならないとはいえない。

また、刑事罰については、公的義務の不存在を確認することにより、その義務違反により行政罰を科せられることもなくなるとして、確認の利益の根拠とすることを肯定する裁判例¹⁴⁾もあれば、警察の取締りの危険が解消されるとしても事実上のことにすぎず、判決は当事者間でのみ効力を生ずるにすぎないから、捜査機関が逮捕・勾留・起訴することは妨げられないとする裁判例とがある¹⁵⁾。肯定例が、刑事罰の危険の解消を、判決の事実上の効果と捉えているのかは定かでないが、事実上の効果にすぎないとしても、上記のように、これを確認の利益の考慮要素とすることを肯定する学説もある。また、当事者訴訟においては、行訴法 41 条 1 項によって準用される取消判決の拘束力（行訴法 33 条 1 項）を考慮に入れる必要がある。判決の拘束力は、警察官による捜査

11) 道交法違反による違反点数の付加に関する事例であるが、大阪地判平成 21 年 10 月 2 日公刊物未登載は、個人タクシー事業の許可申請予定者が、違反事実の存否を争って、違反点数付加がないことの確認を求めた事案について、法令遵守基準との関係で、事業許可の申請に対して拒否処分を受けるおそれがあることから、確認の利益を認めている。もっとも、同事案では、違反点数の付加は都道府県公安委員会がした行為であるのに対し、許可更新は地方運輸局長の権限であり、地方運輸局長のした不許可処分取消訴訟において、公安委員会がした違反点数付加の違法を争うのは、紛争の実体に即していないという事情がある。同判決については、鶴澤・前掲注 8) 118 頁。

12) 伊藤真「確認訴訟の機能」判タ 339 号（1976 年）31 頁。

13) 伊藤・前掲注 12) 38 頁は、「即時確定の利益——法律上の利益と言っても、既判力によって直接紛争が解決される場合にとどまらず、波及効果を利用して紛争が解決される場合も含まれている」と指摘する。ここでいう「波及効果」については、「判決の持つ訴訟制度上の効果（執行力、既判力、形成力）を判決の直接効果と考え、それらの直接効果を基礎として当事者が紛争解決に向けて行動する際に役立つ判決の事実上の効果を波及効果と考える。波及効果は、当然のことながら、直接効果の対象となる者に限定されず、それ以外の第三者にも及ぶ。」と概念規定されている（32 頁）。

14) 名古屋地判平成 21 年 2 月 19 日判タ 1313 号 148 頁。

15) 東京地判平成 29 年 6 月 1 日判タ 1461 号 100 頁。

や、検察官による公訴を禁止する効力を有するか、警察官や検察官は行訴法33条1項にいう「関係行政庁」に含まれるか、といったことを検討する必要がある。

Ⅲ 若干の考察

1 近時の裁判例の整理

以上、差止訴訟と確認訴訟の関係、両者のそれぞれの守備範囲をめぐる、平成24年最判以後の下級審裁判例を紹介してきた。具体的な考察に先立ち、まず、これらの裁判例を整理しておこう。

まず、抗告訴訟としての差止訴訟における差止めの対象をどのように把握しているかであるが、事例①および事例③は、「義務」違反を理由としてなされる「一連の処分」を差止めの対象としているのに対し、事例②は直近の不利益処分のみを差止めの対象としている。

次に、確認の利益の判断において、何を考慮要素としているか、とりわけ行政処分による不利益を考慮に入れるかどうかについて見ておく。事例③は、明確に、行政処分以外の不利益に考慮要素を限定する一方で、前述のとおり、「一連の処分」を差止めの対象としているため、確認の利益における考慮要素が非常に限定されている。対照的に、事例①は、「一連の処分」を差止めの対象とする一方で、行政処分による不利益も確認の利益の考慮要素に含めている。そもそも、ここでは、差止訴訟と確認訴訟の機能分担という問題意識そのものが希薄であるように思われる。これに対し、事例②は、直近の行政処分のみを差止めの対象とする一方で、直近の行政処分以外の行政処分による不利益も、確認の利益における考慮要素に含めている。

以上のことから、差止訴訟と確認訴訟の機能分担に関する各裁判例の考え方は、以下のように整理することができるであろう。

事例①は、機能分担に関する問題意識自体が希薄であるように感じられ、立場は明確でない。確認の利益の判断において差止訴訟の対象でもある行政処分による不利益を考慮していることを考えると、両者の機能は重複していてもよいという考え方にも思われる¹⁶⁾。

事例②は、直近の行政処分のみを差止訴訟の対象とし、それ以外の不利益の予防はすべて確認訴訟の守備範囲としている。直近の行政処分以外の不利益に

は、その後に行われる可能性のある行政処分によるものも含まれていると思われる。

逆に、事例③は、行政処分の予防はすべて差止めの対象とし、確認訴訟の守備範囲を行政処分以外の不利益に限定している。差止めの対象を「一連の処分」として広くとる一方で、確認の利益を基礎づける利益が相当に限定されている点に特徴がある。

事例②と事例③は見事な対称をなしており、差止訴訟の役割を限定すれば、その分確認訴訟に期待される役割が増大する（②の路線）し、その逆もまた然り（③の路線）というのがわかる。この違いは、どちらにせよ救済手段が確保されているという点では、死活問題というほどのものではないということもできるが、無視できない差異もある。

まず、抗告訴訟としての差止訴訟においては、「重大な損害」のような厳格な訴訟要件が要求されるということがあるため、この点では、差止訴訟の守備範囲をできるだけ限定し、確認訴訟の領域を広げた方が有利ともいえる。もっとも、確認訴訟における確認の利益について、差止訴訟と同程度の厳格性を要求する裁判例もある。

他方で、差止訴訟については、仮の差止めという仮の救済手段が用意されているのに対し、確認訴訟においては、一般的には民事保全法による仮処分が借用可能なものの、行訴法44条により、行政庁の公権力の行使に当たる行為については仮処分が排除されているため、確認訴訟では、行政処分による不利益を仮に予防することはできないことになる。もっとも、差止訴訟を並行提起し、少なくとも直近の不利益処分を仮に差し止めることができれば、さらなる不利益処分も自動的に回避できることになるので、それほど問題にはならぬであろう。

以上に検討してきたところからすれば、事例①のように、差止訴訟と確認訴訟の機能分担を厳格に考えない立場をとるのでないならば、差止訴訟の守備範囲は直近の不利益処分の予防に限定し、その他の不利益の予防は、行政処分による不利益も含め、確認訴訟の守備範囲とする、すなわち事例②の方向性が、いくらかではあるが原告に有利であるといえそうである。もっとも、差止訴訟

16) 湊二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法時85巻10号（2013年）34頁注32）は、「処分の予防をも目的とする当事者訴訟を認めたようにみえる」と評する。

の利点だが、仮の差止めという仮の救済制度を利用でき、直近の不利益処分を仮に差し止めることにより、将来のより重い不利益処分をも予防する点にあることからすれば、「重大な損害」要件の判断においては、事例②の判決とは異なり、将来より重い処分がされる可能性があることを考慮要素としてよいように思われる。

2 紛争解決の単位

差止訴訟の守備範囲を広くとるのがよいか、それとも確認訴訟の守備範囲を広くとるのがよいかはともかく、事例①や事例③のように、差止めの対象を「一連の処分」として広くとる立場は、どのような考え方に基づいているのだろうか。反復継続的かつ累積加重的にされる処分を「一連の処分」として一括して捉えることが可能なのは、処分原因となる義務（被処分者が違反したとされる義務）を紛争解決の単位として捉えているからである。原因となる義務を紛争解決の単位と捉えるのは、事例②のように、差止めの対象は直近の不利益処分のみとし、それ以外の不利益の予防はすべて確認訴訟に担わせる立場においても同様で、まさにこの義務の不存在が確認の対象に据えられるのである。

このような紛争解決の単位の捉え方も、元はといえば、平成24年最判に遡る。同最判は、一方で、差止訴訟の対象を「本件職務命令」違反を理由とする懲戒処分と、その一方で、確認訴訟の対象を「本件職務命令」に基づく公的義務の不存在と構成した。「本件職務命令」とは何か。

教職員に対し、国歌の規律斉唱を命じる、あるいは国歌の伴奏を命じる職務命令は、本来、入学式や卒業式といった式典の度に行われるものである。したがって、国歌の規律斉唱義務あるいは伴奏義務も、各式典の度に発生し消滅していくはずである。しかし、平成24年最判は、明らかにそのようには捉えていない。

平成24年最判は、「都立学校の各校長は、本件通達を踏まえ、その発出後に行われた平成16年3月以降の卒業式や入学式等の式典に際し、その都度、多数の教職員に対し、国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の職務命令を発し、相当数の音楽科担当の教職員に対し、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを命ずる旨の職務命令を発した（以下、将来発せられるものを含め、このような職務命令を併せて「本件職務命令」という。）」と述べている。つまり、平成24年最判は、職務命令が式典の度に発せられるものであ

ることを肯定しつつ、将来発せられるものも含めた同種の職務命令を、一括して、「本件職務命令」と捉えているのである。平成24年最判は、そのような意味における「本件職務命令」の違反を理由とする懲戒処分¹⁷⁾の差止め、あるいは「本件職務命令」に基づく公的義務の不存在の確認を語っている¹⁷⁾。要するに、この事案における差止訴訟・確認訴訟は、将来行われる入学式・卒業式等における（将来発せられることになる職務命令に基づく）公的義務の存否をも確定しようとしているし、公的義務違反を理由とする懲戒処分の予防も目的としていたのである。

このような「本件職務命令」の捉え方は訴訟当事者の認識にも合致していたようである。たとえば、第一審判決の事実認定においては、教職員組合が、都教委に対し、「個別的職務命令をあいまいな包括的職務命令に変更するよう」働きかけていたという事実や、都教委は「包括的職務命令に加え、個別的職務命令を发出するよう校長を指導して」きたといった事実が認定されている。このことは、当事者双方に、式典の度に発せられる「個別（的）職務命令」とは別に、「包括的職務命令」が存在するという認識があったことをうかがわせる。

式典の度に繰り返し発せられる個別の職務命令を「本件職務命令」と一括りにし、また「本件職務命令」に基づく公的義務と一括りにすることができるのは、職務命令が通達に従ったにすぎないものであり、紛争の根幹が通達にあるからであろう。第一審判決から上告審判決に至るまで、「本件通達を踏まえて発せられる本件職務命令」とか、「本件通達を踏まえた本件職務命令」といった言い回しが見受けられるところである。結局、この事案では、裁判所も、両訴訟当事者も、本件通達の適否に紛争の核心を見て、本件通達をめぐって（将来まで含めて）生じうる一連の紛争を一挙的に解決しようとしていたとみることができよう。

事例①②③のタクシー事業に対する規制においても、その根拠は法令の規定にあり、その法令上の義務の存否が紛争の根幹であった¹⁸⁾。差止訴訟の守備範囲を広くとるか、確認訴訟の守備範囲を広くとるかという違いはあっても、その法令上の義務違反から生じうる一連の紛争の一挙的解決が目指されていた

17) 第一審、控訴審における用法も同様である。

18) 行政法における法律関係形成の諸相と訴訟類型の関係について、神橋一彦「法律関係形成の諸相と行政訴訟」法教369号（2011年）96頁以下、同『行政救済法〔第2版〕』（信山社、2016年）252頁以下。

わけである。法令上の義務は一個であるにしても、不利益の原因となる義務違反行為はそれぞれ別々の行為である。その意味では、この事案では、裁判所も訴訟当事者も、訴訟の目的を、将来の同種の義務違反を原因とする不利益の予防に見ていたということができよう。

しかし、このように将来の同種の義務違反を原因とする不利益の予防を、一回の訴訟に期待することは果たして妥当なのであろうか。以下では、この点を、判決の効力論の観点から、検討してみたい。

3 判決の効力論

行訴法33条1項は、「処分……を取り消す判決は、その事件について、処分……をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する」と規定する。この規定は、差止訴訟にも(38条1項)、当事者訴訟にも(41条1項)準用される。差止訴訟や当事者訴訟における請求認容判決が、将来の同種事件について行政庁を拘束するような効力を有するかがここでの問題である。ここで鍵となるのが行訴法33条1項にいう「その事件について」とは何を指すか、ということである。

一般に、「その事件」とは、取り消された処分の対象であった法律関係を指すと理解されている。しかし、これだけでは、具体的にどのような帰結が導かれるのかは、必ずしも明らかでない。従来論じられてきた問題は、以下のようなものである。

- ・ある年度におけるメーデーのための皇居外苑使用不許可処分が取り消された場合、翌年度以降の使用許可申請についても、行政庁は取消判決の拘束力を受けて許可しなければならない義務を負うか(否定説が圧倒的)。
- ・ある年分の課税処分の取消判決の拘束力が、後続年分に及ぶか(及ばないとする見解と、判決理由中の判断の内容によっては及ぶ場合があるとする見解¹⁹⁾とがある)。
- ・鉄道の連続立体交差化を内容とする都市計画事業認可の取消判決の拘束力

19) 南博方・高橋滋『条解 行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』(弘文堂, 2009年)593頁(東亜由美)。具体例としては、前年度の課税処分が納税者たる団体が法人格なき社団に当たらないとして取り消されたとすれば、事情変更がない限り、再びこれに対して課税処分を行うことは拘束力に触れるとする。なお、取り消された処分の対象であった法律関係と、拘束力が及ぶかが問題とされる法律関係は同一でないことは前提とされている。

は、付属街路の設置を内容とする都市計画事業認可にも及ぶか（肯定する最大判平成17・12・7の今井功補足意見と、否定する同最判の横尾・滝井・泉・島田反対意見）。

興津征雄は、「その事件」の意義について、「取消判決の結果として行政庁が判断をやり直すことが必要な事案ないし案件」言い換えれば「当該処分の規律対象であった法律関係」とする。そして、個々の具体例について「当該処分の規律対象であった法律関係」が何かの説明はないが、上記問題は、すべて「同一の法律関係」「同一事件」とはいえないとする²⁰⁾。

平成24年最判のような懲戒処分事案を取消訴訟に置き換えて考えてみよう。すなわち、ある入学式における起立斉唱義務違反を理由とする懲戒処分について、起立斉唱義務違反は懲戒事由とはなりえないという理由で取消判決がされ、それが確定した場合に、その後の卒業式における起立斉唱義務違反を理由として懲戒処分をすることは、拘束力に反するか、という問題である²¹⁾。

興津説で考えるならば、懲戒処分の規律する法律関係とは何かということが問題となる。明示的な説明を見出すことはできないが、懲戒事由となる事実（起立斉唱義務違反の行為）は（同種の事実ではあるが）異なる事実であるから、異なる法律関係と理解せざるを得ないのではないかと思われる。

私見としても、懲戒処分が、公務員としてふさわしくない非行をした者に対して、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するために科される制裁という性質を有する以上、懲戒処分の同一性は懲戒事由とされた非行の同一性によって画されるべきであり²²⁾、そうであるからには、別の式典における起立斉唱義務違反は、取り消された懲戒処分における義務違反とは別の行為であるから、別事件と言わざるを得ないように思われる。

以上に見てきたように、従来の拘束力論からすると、起立斉唱義務違反を理由とする懲戒処分の取消判決は、将来の起立斉唱義務違反を理由とする懲戒処分を禁止する効力をもたないのではないかと思われる。そして、取消訴訟と差

20) 南博方はか編『条解 行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2014年）692頁（興津征雄）。

21) 先の入学式における起立斉唱義務違反を理由とする懲戒処分がされていることを理由に、懲戒処分を加重することは、先の懲戒処分が取り消され外形的に消滅している以上、許されないと解される。

22) 申請に対する処分における事件の単位は、申請ごとに区切られることになると解される。

止訴訟とが機能的に競合する関係にあることからすれば、差止訴訟についても、直近の予想される懲戒処分のみならず、同種の義務違反を理由とする後の懲戒処分を含め「一連の処分」として(重大な損害要件における考慮事項とするのはともかく)差止めの対象とし、将来の同種の義務違反を理由とする懲戒処分を予防する機能を持たせるのは、行き過ぎではないかという疑問が生ずる。将来の同種の紛争を予防する機能は、判決の事実上の効果に委ねるべきではないだろうか。

他方で、確認訴訟については、タクシー事業規制においては法令上の義務の不存在(を前提とする権利の存在)が確認対象であり、これを確認する判決の拘束力は、原告の救済に必要な限りで²³⁾、将来の同じ義務違反を前提とする紛争に及ぶことになると解する余地がある。取消訴訟においても、処分の違法が根拠法令の違憲・違法に由来する場合には、原告の救済に必要な限りで、当該法令の改正等の措置を義務づけられることになるという見解があるからである²⁴⁾。国旗国歌訴訟についても、実質的には通達という一般的規範に義務の根拠があるという事案であることからすれば、同じである。差止訴訟と確認訴訟のこのような違いは、確認訴訟の紛争解決方式としての「根本性(基本的法律関係を主たる対象とすること)」に求められるだろう²⁵⁾。

23) ここでいう「原告の救済」を、義務違反による不利益からの回避に見出すならば、当面の不利益を予防できれば、原告の救済は果たされ、立法措置は必要ないということになる。これに対し、義務それ自体からの回避、すなわち義務の不存在=自由の状態の回復に見出すのであれば、立法措置が必要ということになる。注8)でもみたところであるが、確認訴訟は、義務の不存在としての自由という法的地位そのものを保護するための手段であり、それは義務違反を理由とする不利益処分に対する具体的請求権とは別のものである(参照、鶴澤・前掲注8)133頁)。その意味では、差止訴訟と確認訴訟とでは、保護しようとしている実体法・実体権が異なるのである。山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論ジュリ3号(2012年)127頁は、「理論的に総括していえば、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、処分の法効果となる法関係を訴訟の対象にすべきか否かによっておこなうべきである」とし、「こうした法関係から区別できる法関係ないし法状態にまで、処分の1つの要件になるからという理由で、抗告訴訟の対象を拡張すべきではない」という。

24) 確認判決の理由中で法令の違憲・違法が判示された場合に、その判断の拘束力が国会に及ぶか否かについては、議論のあるところである。参照、南ほか編・前掲20)698頁(興津征雄)。興津説は肯定説である(興津征雄「違憲審査における確認訴訟の意義」法セミ674号(2011年)25頁)。

25) 伊藤・前掲注12)30頁。

4 小 括

以上に検討してきたところをまとめると、以下のように言うことができる。抗告訴訟としての差止訴訟の対象は、直近の不利益処分に限定すべきであり、また、それで充分である。ただし、「重大な損害」要件においては、反復継続的、累積加重的に不利益処分がされる可能性を考慮に入れるべきである。それ以外の不利益の予防は、確認訴訟の守備範囲であり、そこには行政処分の予防も含まれていてよい。

おわりに

以上、本稿では、抗告訴訟としての差止訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の相互関係について、好対照を示す諸判決を取り上げ、これらを紛争解決の単位という観点から、さらには判決の効力論の観点から、分析・検討してきた。しかし、判決の拘束力、とりわけ「その事件」とは何を意味するのかという根本問題については、従前の議論の結論を前提とした考察にとどまり、議論の理論的深化に寄与するような考察をすることまではできなかった。

判決の拘束力が及ぶ範囲は、最終的には後訴裁判所が判断するものであり、究極的にはその時になるまで誰にもわからないものである。それだけに、それは、可能な限り明確な基準に基づいたもの、あらかじめ予測可能なものである必要がある。「その事件」の範囲について、たとえば、申請に対する処分や不利益処分といった分類や、法令上の義務の存否は争われる場合はどうかなど、それぞれ問題となる場面ごとに、実体法的な検討が必要となると思われる。このことを筆者の今後の課題として自覚しつつ、ひとまず筆をおくことにしたい。