

行政処分差止訴訟についての若干の考察

石 崎 誠 也

1、はじめに

東京都立学校教職員が提起した日の丸掲揚時の起立義務及び君が代斉唱義務の不存在確認並びにこれらの不実施に対する懲戒処分の差止めを求める訴訟（いわゆる予防訴訟であるが、以下「日の丸君が代予防訴訟」という）の最高裁平成24年2月9日判決は¹、結論において上告を棄却し、懲戒処分差止訴訟と義務不存在確認訴訟を却下した原審判決（東京高裁平成23年1月28判決）を維持したが²、その判決において差止訴訟の要件につき重要な判示をしている。筆者は、本件最判につき2回ほどコメントの機会を得たが³、字数の関係等で十分に議論できなかったので、差止訴訟要件及び差止訴訟判決の効力について、若干の検討を加えたいと考える。

-
- 1 民集66巻2号183頁、判例時報2152号24頁、LEX/DB 25444215、裁判所webサイト。なお、判例の検索及び引用にはTKC社のデータベースLEX/DBを利用した。原告等の表記もLEX/DBのままとした。また、LEX/DBの判決文中の「」は『』とした。
 - 2 LEX/DB 25470458、判例時報2113号30頁、民集66巻2号587頁、裁判所webサイト。
 - 3 別冊ジュリスト212号〔行政判例百選Ⅱ 第6版〕440頁（2012年）、新・判例解説 Watch12号（法学セミナー増刊・2013年）41頁。

2、2004年行政事件訴訟法改正後の差止訴訟の状況

抗告訴訟における差止訴訟は2004年行政事件訴訟法改正によって明文化されたものであるが、それ以降の裁判例としては次のものがある（仮の救済に関する決定を除く）。各判決の最初に差止請求に係る処分（以下、「差止対象処分」という）を、末尾に差止請求に関する部分の結果を簡潔に記した（同一事件については、上訴審と同一番号で記した）。なお、却下事例につき「重損否定」とは訴訟要件の「重大な損害のおそれ」を否定していることを示す。

- ①産廃処理業許可処分 大阪地裁平成18年2月22日判決（却下・重損否定）⁴
大阪高裁平成19年1月24日判決（控訴棄却）⁵
- ②拘置所調髪処分 名古屋地裁平成18年8月10日判決（請求棄却）⁶
- ③公務員懲戒処分 東京地裁平成18年9月21日判決（請求認容）⁷
東京高裁平成23年1月28日判決（原判決取消・訴え却下）⁸
最高裁平成24年2月9日判決（上告棄却）⁹
- ④型式指定・許可処分 東京地裁平成19年5月25日判決（却下）¹⁰

4 LEX/DB 28112364、判例タイムズ1221号238頁、裁判所webサイト。

5 LEX/DB 25420838、裁判所webサイト。

6 LEX/DB 28112198、判例タイムズ1240号203頁、裁判所webサイト。

7 LEX/DB 28112109、民集66巻2号522頁、判例時報1952号44頁、裁判所webサイト。

8 前掲注2。却下理由は、東京都教育委員会の通達の処分性を認め、その取消等を求めるべきとするものであったが、それは最高裁判決で否定された。

9 前掲注1。最高裁判決は、差止請求は棄却されるべきものであるが、不利益変更禁止原則により、原審の却下判決を維持するとするものである。

10 LEX/DB 28140059、訟務月報53巻8号2424頁、裁判所webサイト。本判決が訴えを却下した理由は、電波法にもとづく処分につき、異議申立前置主

- 東京高裁平成19年12月05日判決（控訴棄却）¹¹
- ⑤運転免許取消処分 大阪地裁平成19年11月28日判決（却下・重損否定）¹²
- ⑥建築確認処分 大阪地裁平成19年12月6日判決（却下・原告適格否定）¹³
- 大阪高裁平成20年7月31日判決（原判決取消・差戻し）¹⁴
- ⑦保険医指定取消処分 大阪地裁平成20年1月31日判決（請求棄却）¹⁵
- ⑧運転免許停止処分 東京地裁平成20年1月18日判決（却下・重損否定）¹⁶
- ⑨建築確認処分 那覇地裁平成21年1月20日判決（一部却下・一部棄却）¹⁷
- ⑩公有水面埋立免許処分 広島地裁平成21年10月1日判決（請求認容）¹⁸
- ⑪道路占用許可処分 大阪地裁平成22年8月27日判決（却下・重損否定）¹⁹

義と裁決主義が採用されていることを理由とするものであって、裁決主義が採用されている場合の差止訴訟の可否を検討する上で重要な論点を提示している。

- 11 LEX/DB 25421183、裁判所webサイト。
- 12 LEX/DB 25421179、判例地方自治315号73頁、裁判所webサイト。
- 13 LEX/DB 25421411、判例時報2059号36頁。
- 14 LEX/DB 25420387、判例時報2059号26頁。
- 15 LEX/DB 28141488、判例タイムズ1268号152頁、裁判所webサイト。
- 16 LEX/DB 25421199、裁判所webサイト。
- 17 LEX/DB 25470175、判例タイムズ1337号131頁。
- 18 LEX/DB 25451539、判例時報2060号3頁、裁判所webサイト。
- 19 LEX/DB 25472745、判例地方自治347号84頁。

- ⑫土地収用事業認定処分 福岡地裁平成23年9月29日判決（却下・重損否定）²⁰
福岡高裁平成24年9月11日判決（控訴棄却）²¹
- ⑬分限免職処分 秋田地裁平成23年3月11日判決（請求棄却）²²
- ⑭タクシー自動車使用停止処分等 名古屋地裁平成25年5月31日判決（請求認容）²³
名古屋高裁平成26年5月30日判決（差止請求につき原判決を維持）^{23a}

3、重大損害について

①差止訴訟は処分がなされることによって重大な損害が生じるおそれのあるときに限り提起できる（以下、この要件を「重損要件」という）。この重損要件につき、日の丸君が代予防訴訟最高裁判決は、「差止めの訴えの訴訟要件としての上記『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」と解した²⁴。「…を要する」という表現から分かるように、最高裁は「処分がされる前に差止めを命ずる方法によ

20 LEX/DB 25482703。

21 LEX/DB 25482702。

22 LEX/DB 25501539。なお控訴審（仙台高裁秋田支部平成25年7月31日判決）では処分取消請求に変更されたとのこと（LEX/DB 25501538）。

23 LEX/DB 25500949、判例時報2241号31頁、裁判所webサイト。

23a LEX/DB 25504170、判例時報2241号24頁、裁判所webサイト。

24 前掲注1（民集196頁）。

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」ことを必要条件と解している。

しかしながら、この重損要件は、法文上、執行停止にかかる「重大な損害」及び非申請型義務付け訴訟要件にかかる「重大な損害」と表現は同じであり、その解釈基準も同じである（行訴法25条3項、同37条の2第2項及び同37条の4第2項参照）。そのため、差止訴訟に限って、訴訟上の救済困難性に限定することに合理的な根拠があるのかが問題となる。

②重損要件の上記のような理解について、改正法の立法作業に携わった小林久起判事は、「行政庁の違法な処分に対しては、取消訴訟を提起し併せて執行停止の申立てをして執行停止決定を受けることも可能です。しかし、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などに重大な損害を生ずるおそれがある場合などで、執行停止決定を受ける機会もないまま重大な損害を生ずるおそれがあるときには、事前の差止めの訴えにより、処分をしてはならない旨を命ずることを求める必要性が認められる場合も考えられます」とし、続けて「他方で、行政庁が処分又は裁決をする前に、裁判所が事前にその違法性を判断して差止めを命ずるには、そのための要件は、国民の権利利益の実効的な救済の観点を考慮するとともに、司法と行政の役割分担の在り方を踏まえた適切なものとする必要があります」と述べて、「差止めの訴えが認められる場合は、裁判所が行政の違法性の判断を事前にしなければならないだけの必要性がある場合、これを当事者の観点から言い換えれば、事前救済を求めるにふさわしい救済の必要性がある場合に限ることが適当であると考えられるからです」と述べる。これは「重大な損害が生じるおそれ」の必要性について述べるもので、「重大な損害」の内容についてはまだ述べていない。しかし、小林判事は、その次のパラグラフで、「重大な損害を生ずるおそれがある場合」の判断については「個別の事案に応じて裁判所において判断されることとなります」としたうえで、「ただし、この要件の有無を判断する際に考慮されるべき損害とは、それを避けるために事前救済である差止めを

命ずる方法による救済が必要な損害を意味します。したがって、一定の処分又は裁決がされることにより生ずるおそれのある損害が、その処分又は裁決の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けられるような性質の損害である場合には、そのような損害は、差止め of 訴えによる救済の必要性を判断するに当たって考慮される損害には当たらないものと考えられます」と述べる。この最後のところで「重大な損害」を執行停止の容易さと関連づける議論がなされることになるのである²⁵。

また、山本隆司教授も日の丸君が代予防訴訟最高裁判決の評釈に関連して、「判旨が示す『重大な損害』の定式は、取消訴訟および執行停止の可能性を考慮して差止訴訟の要件を加重するもので、立案担当者の説明と符合する」と述べたうえで、このような考え方につき、「通常の行政処分を想定すると、取消訴訟も処分が執行ないし実現される前に提起でき、執行停止により処分の執行ないし実現を阻止できるという意味で、差止機能を持つ。それよりも前に差止訴訟の提起を認めるために、取消訴訟・執行停止によるのでは権利保護が困難になることを要件にする考え方には、理由があると思われる」と述べている²⁶。

③しかし、分限免職処分を差止対象処分とする前掲の秋田地裁平成23年3月31日判決は訴訟要件充足性については特に論じることなく本案審理をしている。分限免職処分が原告にとって重大な損害を生じさせるおそれの

25 小林久起『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』商事法務（2004年）189頁。この考え方は、裁判官の編集執筆した解説書にも見られるところである。例えば、西川知一郎編著『リーガル・プログレッシブ・シリーズ6 行政関係訴訟』青林書院（2009年）170頁（和久一彦執筆部分）。また、学説でもこの見解を紹介するものが少なくない。例えば、神橋一彦『行政救済法』信山社（2012年）257頁。差止訴訟及び仮の差止めに関する判決または決定でも、同様の見解をとるものは少なくない。例えば、前掲注4の大阪地裁平成18年2月22日判決など。しかし、大阪地裁平成22年8月27日判決（前掲注19）はやや異なった見解をとっているように思われる。

26 山本隆司「日の丸・君が代事件」論究ジュリスト3号（2012年）121頁。

あるものであることを当然に肯定したものと推測する。とはいえ、免職処分には通常の取消訴訟と執行停止による救済に訴訟手続上の特段の困難性があるとはいえない。たしかに地方公務員の不利益処分については人事委員会又は公平委員会に対する審査請求前置が定められており、かつまた地方公務員法は不利益処分に対する審査請求において行政不服審査法第2章の適用を排除しているため、その限りでは審査請求時の執行停止が不可能である。しかし、このような場合には行訴法8条2項2号により直ちに取消訴訟を提起し、そこで執行停止を求めるという方法が従前よりとられてきた。前掲秋田地裁判決において、地公法の規定により公務員不利益処分では執行停止が困難であるから差止訴訟が認められるという理由が重損要件について採られているとは考えられない。もしそうであれば、公務員の不利益処分は当然に差止訴訟要件である重損要件が肯定されることになり、日の丸君が代予防訴訟にあっても、反復継続・累積加重という議論は不要であろう。むしろ、免職処分が被処分者にとって重大な損害を生じさせるおそれがあることから差止訴訟の重損要件を満たすと考える方が素直であるように思われる。すなわち重大な損害かどうかは、まずは予想される損害の実体的評価で判断されるべきものとする。当該処分をめぐる社会生活関係において、実体的に重大な損害が生じるおそれがあると判断されれば、これで重損要件が満たされていると解するのに十分である。

④立法者は、仮の差止めの要件にかかる損害を「償うことのできない損害」とし、差止訴訟の訴訟要件及び取消訴訟の執行停止の認容要件を「重大な損害」としている。差止訴訟で仮の差止めを申立ててもそれが認容されないならば、処分がなされる可能性があるが、処分により重大な損害が生ずる場合、当該処分の取消訴訟を提起すれば、執行停止が認容される可能性がある。立法者は、処分により「償うことのできない損害」とはいえないが、重大な損害の生じるおそれがある場合は、行政庁が処分をすることまでは認めるが、一定の要件のもとに必要な限りでの執行停止を認めるというラインを選択した、ということも可能だろう。差止訴訟が提起された場

合も、「償うことのできない損害」にはいたらないが「重大な損害」の生じるおそれがある場合は、仮の差止めは認めないで、処分をする可能性を残しつつ、一旦処分がなされれば重大な損害に本案の理由の有無等を勘案して執行を停止させ、処分がなされなければ差止訴訟の本案判断によって処分をさせないというラインをとった。つまり、重大な損害の場合は、一旦処分をさせることをその可能性として容認しつつ、本案要件の存否によって処分させない又はその執行をさせないというラインを想定したものとイえるであろう。そのため、「重損要件」については、（その実体的損害に関して）差止訴訟と執行停止で基本的に同様に解して良いのではないかと考えるものである²⁷。逆に言えば、償うことのできない損害が生じる場合には、差止め訴訟本案判決前にそもそも処分をさせないことができるというライン設定をしたというべきである。さらに言えば、立法者は、重大な損害に至らないときは、処分を執行させつつも、その後の遡及的取消で十分であると判断したことになる。

小林判事があげた例（名誉毀損等）は差止訴訟の提起だけでは救済し得ない。差止訴訟を提起しても、処分を行うことは可能だからである。むしろ、差止訴訟中に処分がなされ、執行停止によっても不可避免的に損害が生じるとすれば、それは仮の差止めによって救済されるべき問題であろう。仮の差止めは処分がされることにより償うことのできない損害が要件となっており、これは重大な損害よりさらに程度の高い損害というべきであろうが、この要件の考察に当たってまさに処分がなされたら執行停止によっても救済が困難になるという事情が考慮されてよいのではないかと考

27 差止訴訟における「重損要件」をこのように執行停止の困難性と関連づけることを批判するものに高安秀明弁護士の見解がある（園部逸夫・芝池義一編『改正 行政事件訴訟法の理論と実務』ぎょうせい（2006年）202頁。また、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』有斐閣（2009年）308頁は、判例の立場につき「事後救済を原則とするとの考え方に固執しすぎではなかろうか」と述べている。

える。

⑤さて、日の丸君が代予防訴訟に関していえば、予想される処分の多くが戒告処分であった。戒告処分が実体的な意味での「重大な損害」に当たるかといえば、それは困難である。しかしながら、本件における処分の特徴は、最高裁判決も認めているように、入学式・卒業式における日の丸掲揚時の起立及び君が代斉唱の職務命令がなされる限り、それを拒否した公務員に、懲戒処分が反復継続して、かつ累積加重的になされるおそれのあるものであった。そのため、これらの職務命令の根拠となる通達に基づく懲戒処分の一括した差止めを求めない限り、原告らは毎年取消訴訟及び執行停止の申立てをしなければならない状況にあった。まさしく最高裁判決の述べる「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」という状況であったのである。このような場合もまた、まさに差止訴訟の要件としての「重大な損害」に当たると考えるべきであろう。それは、まさしく差止訴訟のもつ固有の機能に着目したものである。なぜなら、差止訴訟にあっては、同一理由でなされる複数回の処分に対して一括型の差止めを請求することも可能であるからである。差止訴訟のこの特質から、差止訴訟における重損要件には、実体的な意味での重大な損害とならんで、取消訴訟と執行停止によるのでは救済が困難な場合も含まれると解すべきではなかろうか。本件のように、取消訴訟と執行停止による救済では、原告に複数回の訴訟を余儀なくさせる状況が予想される場合はそれに該当する一例であると考え。つまり、筆者は、実体的重大損害も、取消訴訟及び執行停止による救済困難も、重損要件を満たす十分条件であると解するものである。

4、差止訴訟の訴訟物について

(1) 差止訴訟で本案審理をした裁判例

この問題の手がかりをうるために、本案審理がなされた差止訴訟での請求の趣旨等を概観しておきたい。

①名古屋地裁平成18年8月10日判決（在監者調髪処分差止訴訟）²⁸

本件で裁判所が審理の対象としたものは、窃盗罪で起訴された原告が、刑事被告人として名古屋拘置所に入所中に提起した調髪処分の差止訴訟である（仮の差止めも申立てたが却下された）。請求の趣旨は、「名古屋拘置所長は、原告の意思に反して原告の頭髪を強制調髪してはならない」というものである。本判決は、本件差止訴訟の適法性を認めているが、対象となる行為は権力的事実行為である。すなわち拘置所入所により一定の蓋然性をもって予想される権力的事実行為である。なお、判決書によれば、提訴後に、最高裁判所で有罪が確定したこと（平成18年3月20日）をうけ、名古屋拘置所長が「平成18年3月30日から同年4月7日までの間、3回にわたって原告と面談し、法令に基づく調髪に応ずるよう指導したが、原告は、肩までの長さ程度の調髪には応じるとするものの、社会復帰後の就職などを理由に、それより短い調髪には応じないとの意向を表明している」とのことである。

判決は、「名古屋拘置所長が、原告を基本的に男性受刑者として処遇することとしても、それ自体を裁量権の逸脱・濫用ということはできない。」として原告の請求を棄却した。

28 前掲注6。

②東京地裁平成18年9月21日判決及び最高裁平成24年2月9日判決（日の丸君が代予防訴訟）²⁹

本訴訟は2004年改正行訴法の施行（2005年4月）を挟んで数回に分けて提訴された訴訟の併合訴訟であるが、最高裁は改正行訴法施行前に無名抗告訴訟として提起された懲戒処分の差止めを求める訴訟も改正行訴法の差止訴訟に転化したとした。法改正後の訴訟は当初より東京都を被告とする差止訴訟として提起されている。その請求の趣旨は、「都教委は、……上記原告ら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歌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」とするものであって、当該請求に対する東京地裁判決の判決主文も同じである。つまり、請求の趣旨及び判決主文に、処分理由となる（将来の）事実が明記され、それによって差止めの対象となる処分が限定されている。他方で、本件差止訴訟は各原告にとっても、一回の懲戒処分ではなく、複数年度にわたり予想される複数回の処分が対象となる。しかし、差止訴訟としては、その審理の対象は、入学式・卒業式における不起立・不斉唱を理由とする懲戒処分の可否である。東京地裁判決は懲戒処分の差止請求を認容したが、その主な争点は都教委通達の違憲性・違法性である。本件控訴審は特異な理由で本件訴えを不適法なものとして、第一審判決を取消して本件訴えを却下したが、最高裁は免職処分の差止請求を除き本件訴えを適法なもの認め、さらに本件通達についてはその適法性を前提に、戒告処分は裁量濫用とならないこと、減給処分・停職処分は裁量濫用の可能性があるとしつつも、それについて原告の主張立証がないとして、本件請求を本来ならば棄却すべきものとした（不利益変更禁止原則に基づき、原審の却下判決を維持した）。本件訴訟では不起立・不斉唱を理由とする懲戒処分が違法（または裁量濫用）となるかどうか一般的に審理の対象となっている。本件通達

29 前掲注7及び注1。

の違法性及び停職処分・減給処分の裁量濫用の有無は、理由中の判断であると考ええる。

③大阪地裁平成20年1月31日判決（保険医療機関指定取消処分差止等請求事件）³⁰

判決書によれば事案の概要は次のとおりである。

「本件は、京都社会保険事務局長（以下『処分庁』という。）から健康保険法に基づき保険医療機関の指定を受けた歯科医院の開設者であり、かつ保険医の登録を受けた歯科医師である原告らが、処分庁が同法80条及び81条に基づき原告らに対して行おうとしている保険医療機関指定取消処分及び保険医登録取消処分（以下、併せて『本件各処分』という。）は、実体的又は手続的に違法であるなどと主張して、行政事件訴訟法37条の4第1項に基づき、処分庁は本件各処分をしてはならない旨を命ずることを求める抗告訴訟（差止めの訴え）である。」

本訴訟の請求の趣旨は、「京都社会保険事務局長は、原告らに対し、保険医療機関指定取消処分及び保険医登録取消処分をしてはならない。」というものであって、処分の理由となる事実を記載するものではない。しかし、本件で差止め対象となる処分は、原告らが、処分庁（京都社会保険事務所長）によって三回設定された監査の出頭要請を拒否したことを理由とするものである（平成18年10月3日及び4日の第一回目、同月12日の第二回目、同月19日の第三回目）。判決書によれば、原告は翌年の平成19年9月13日に本件訴訟を提起している。

本件では聴聞手続の瑕疵の有無が争点となっている。処分庁はこれらの出頭拒否を理由に保険医指定取消処分を行うための聴聞を平成19年7月11日（水）に設定し、原告らに通知したが（同年6月19日）、原告らの期

30 前掲注15。

日変更の申し出により、聴聞期日を同年10月11日に変更して聴聞を実施した。聴聞は同日中に終了しなかったため、継続されることとなったが、「処分庁は、平成20年1月8日を続行期日として指定した後、日下部弁護士から都合がつかないとの申出があったことから続行期日の日程調整を行っている」とのことである。

判決は、監査出頭拒否に正当な理由はなく、監査に出頭しないことを理由とする保険医療機関指定処分及び保険医登録取消処分に理由があるとし、また第一回聴聞手続及び継続聴聞期日の指定について裁量権の濫用はないとして、請求を棄却した。なお、本件の口頭弁論終結日は、平成19年12月25日である。

この事例で審理の対象となるのは、原告が摘示した処分理由となる事実（監査出頭拒否）を理由としてなされる処分が適法なものかどうかであり、当該事実を理由とする処分の実体上及び手続上の違法性が全面的に論じられている。差止訴訟であるから処分が存在しない時点での審査であることはいうまでもないが、このような不利益処分の差止訴訟では、原告が摘示する事実を理由とする差止対象処分の違法性が一般的に争われる。この場合、個々の違法事由は理由中の判断ということになる。

④那覇地裁平成21年1月20日判決（建築確認処分差止請求事件）³¹

本件は、石垣市におけるマンション建築確認申請に対し、当該申請に対し建築確認をすることの差止めを隣接地住民等が請求した事件である。請求の趣旨は、「処分庁は、甲野太郎（以下『甲野』という。）に対し、別紙建築計画につき建築基準法6条1項に基づく建築確認処分をしてはならない」とするものである。裁判所は、これら原告の原告適格を認めた上

31 前掲注17。判決は、原告適格につき、マンション倒壊により生命・身体・財産に被害を受けるおそれのある者及び良好な景観を享受する者について肯定している。

で、生命・身体・財産に被害を受けるおそれのある一部の原告について重損要件の充足性を肯定して本案審査をしたが（景観利益侵害の重損性は否定した）、本件の争点である建築基準法19条4項（「建築物ががけ崩れ等による被害を受けるおそれのある場合においては、擁壁の設置その他安全上適当な措置を講じなければならない。」）適合性につき、「本件建築計画に係る建物（本件マンション）に「がけ崩れ等による被害を受けるおそれ」があるとし、また本件建築計画が本件敷地の安全性を確保する措置を講じていないことを認めるに足りる証拠はない」としたうえで、その他に本件建築計画が建築基準関係法規に違反しているところはないとして、請求を棄却した。その際、判決は、上記引用部分に続けて括弧書きで、「（処分行政庁は、甲野に対し、『構造計算書において、告示規定に適合しているか判定できない。』として、構造計算に関する資料の追加提出を指示しており、甲野が上記資料の追加提出をするまで本件建築確認処分はされないことになっている。）」と付記している。このような判断は取消訴訟には見られない差止訴訟に固有のものであろうが、判決時において、本件建築計画につき建築確認をすることが直ちに違法（判決は建築確認は羈束行為であるとして裁量濫用については判断していない）とはいえないとしても（従って差止請求を認めることはできないとしても）、差止請求棄却後になされた建築確認につき、追加資料の内容によっては当該建築確認が違法となる可能性又は仮に追加資料を出さないまま建築確認をした場合にそれが違法となる可能性は否定できないであろう。つまり、判決は、差止対象処分が違法とはいえないとして請求を棄却したが、だからといって判決後になされるであろう処分が適法であるとまでは述べていないのである。

⑤広島地裁平成21年10月1日判決（鞆の浦埋立て免許差止請求事件）³²

本件の概要は、「原告ら（……）は、広島県知事が被告及び補助参加人

32 前掲注18。

からの『第1 請求』記載の各公有水面（以下、併せて『本件公有水面』という。）の埋立免許の出願について公有水面埋立法（以下『公水法』という。）2条所定の免許をすべきでないことは、公水法の規定から明らかであると認められ、又は、広島県知事が上記各免許をすることは、その裁量権の範囲を超え、若しくは、その濫用となると認められるとして、行政事件訴訟法（以下『行訴法』という。）37条の4第5項に基づき、上記各免許処分の差止めを求めた」ものである（判決書）。訴訟の対象となる処分は、広島県及び補助参加人（福山市）が広島県知事に対して申請した公有水面埋立て免許である。

裁判所は、埋立予定地の「景観は行政上も保護すべき利益であり、その価値は高く、広島県知事は、上記景観を侵害する結果となる本件埋立免許の判断をするについて、十分な調査、検討をした上慎重に行われなければならない、これについての政策判断の拠り所とした調査及び検討が不十分なものであったり、その判断内容が不合理なものである場合には、本件埋立免許は、合理性を欠くものとして、行訴法37条の4第5項にいう裁量権の範囲を超えた場合に当たる。」としたうえで、「本件埋立及び架橋を含む本件事業の必要性、公共性の根拠とする各点は、……本件埋立それ自体の必要性を肯定することの合理性を欠くものである。……したがって、広島県知事が本件埋立免許を行うことは、原告らのその余の主張について判断するまでもなく、行訴法37条の4第5項所定の裁量権の範囲を超えた場合に当たるといふべきである。」とした。

⑥秋田地裁平成23年3月11日判決（分限免職処分差止請求事件）³³

本件事案は、判決書によると、「北秋田市及び上小阿仁村の二つの地方公共団体から組織される一部事務組合である被告の管理者は、被告の解散を理由として、被告職員全員を平成23年3月31日付けで分限免職処分す

33 前掲注22。

る予定であるところ、本件は、被告職員である原告らが、被告に対して、同日付け分限免職処分が被告管理者の裁量権の濫用であり、当該処分が行われることによって原告らの地方公務員の職員の地位が失われるという重大な損害が生じるおそれがあるとして、同日付け分限免職処分の差止めを求めるとともに、これに加えて、原告らのうち、任用期間の定めのある職員であるC事件原告P1、同事件原告P2、同事件原告P3（以下、この3名を併せて『原告P1ら』という。）の3名が、平成23年3月30日の任用期間の終了時に被告管理者が雇用期間の更新を拒否することも裁量権の濫用であるとして、雇用期間更新拒否の差止めを求める事案である。」

裁判所は、P1らの雇用期間更新拒否処分差止請求については、処分の蓋然性を欠くとして却下し、その他の原告の請求は棄却した。P1ら3名を除く原告らの差止めにかかる請求は、「北秋田市上小阿仁村病院組合管理者は、原告らを平成23年3月31日付けで分限免職してはならない」というものである。裁判所は、病院の統廃合がなされたとしても、雇用の当然継承が認められない限り、分限免職処分が裁量権の濫用となることはないとした。本事件で対象となった処分は、平成23年3月31日に予定されている被告（一部事務組合）の解散という確実に到来するであろう将来の事実を理由とする分限免職処分である。いうまでもなく、それ以外の理由による分限免職処分は審理の対象とはなっていない。

⑦名古屋地裁平成25年5月31日判決（MKタクシー使用停止処分差止請求事件）³⁴

本件の事案は、「名古屋交通圏及び知多交通圏において道路運送法（以下『法』という。）に基づく一般乗用旅客自動車運送事業（タクシー事業）を営む原告が、(1) 甲事件においては、中部運輸局長が平成21年10月28日付けでした一般乗用旅客自動車運送事業における指定地域及び乗務距離

34 前掲注23。

の最高限度を別紙1記載のとおり定める公示（中運局公示第98号。以下『本件公示』という。）が違法である旨主張して、〔1〕主位的に本件公示の取消し、予備的に本件公示に係る乗務距離の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を求める（以下、この確認の訴えを『本件確認の訴え』という。）とともに、〔2〕本件公示に係る乗務距離の最高限度を超えたことを理由とする法40条に基づく処分の差止めを求め……る事案である。」

差止訴訟に係る請求の趣旨は、「中部運輸局長は、原告に対し、その営業所に属する隔日勤務運転者については、1乗務当たりの乗務距離が360kmを超えて事業用自動車に乗務させたことを理由として、日勤勤務運転者については、1乗務当たりの乗務距離が270kmを超えて事業用自動車に乗務させたことを理由として、道路運送法40条に基づく自動車その他の輸送施設の当該事業のための使用の停止、事業の停止又は許可の取消しの各処分をしてはならない。」とするものであって、判決も当該請求については全部認容している。

判決は、中部運輸局長のした公示に基づく乗務距離規制が違法であると判断し、それを理由に差止請求を認容した。差止請求に係る原告の主張もその一点であり、裁判所もその点だけを判断して差止請求を認容しているが、本件公示の違法性は訴訟物ではなく理由中の判断である。本件差止請求の対象となる一定の処分は乗務距離が本件公示にかかる最高限度を超えたことを理由とする処分であって、訴訟物は「乗務距離が本件公示にかかる最高限度を超える」という仮定的事実を理由とする差止対象処分の違法性というべきである。

（2）差止対象処分と審理事項

①差止めの訴えは「行政庁が一定の処分または裁決をすべきでないにも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」である（行訴法3条7項）。また、その本案要件は「行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分若しくは裁決をすることがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」（行訴法37条の4第5項）である（以下、本稿においてこれらの本案要件を差止めにかかる「違法性」という）³⁵。また、差止訴訟の訴訟要件として、差止めに係る処分（差止対象処分）がなされる蓋然性の高いことが求められる。

②この差止対象処分は、それが申請に対する処分である場合は、差止対象処分の申請によって特定される。通常は具体的な申請がなされて、差止訴訟が提起されるであろうが、申請がなされる蓋然性が高いときは、申請前でも提訴可能であろう^{35a}。審査の内容の多くは処分が違法となる実体要件（積極要件の欠如または消極要件の存在）であろうが、手続的違法も審査されうる。なお、申請に対する処分に対する差止訴訟は第三者の申請に対する処分に対し、処分の相手方ではない原告がその差止めを求めることが通例であろう。

③申請に基づかない処分（非申請型処分）に対する差止訴訟の場合、その多くは、原告を相手方とする不利益処分である。これらの処分は、ある事実を理由としてなされるものであり、処分要件となる事実が根幹的要件である。そして、原告は処分理由となる一定の事実を摘示して処分の差止め

35 この点につき、石田明彦判事は、差止訴訟を「行政事件訴訟法の差止訴訟の規定を実定法上の根拠として、差止めの対象となる一定の処分をすることの違法」を形成原因とする形成訴訟と理解し、差止訴訟の訴訟物を「上記各形成要件の存否である」と述べている（西田・前掲注25・111頁）。また、差止訴訟の訴訟物については、高橋滋・市村陽典・山本隆司編集『条解行政事件訴訟法（第4版）』弘文堂（2014年）220頁（人見剛執筆）も重要である。

35a 前掲注20の事件（東九州自動車道事業認定差止請求事件）は、土地収用法上の事業認定申請前に提起され、裁判所も処分の蓋然性は否定できないとしている。

を求めるものである（差止訴訟の性質上、その事実は既に発生した事実であることもあり、あるいは強い蓋然性をもって発生するであろう仮定的事実もある）。かかる不利益処分に対する差止訴訟の審理は、原告の摘示する処分理由たる事実について差止対象処分の違法性が審査されるものである。すなわち、その事実が審理の範囲を画すものであろう。その際、当該事実につき処分を行うことの違法性が全面的に審査される。例えば、日の丸君が代予防訴訟であれば、都教委通達の違法性も問われるであろうし、最高裁判決が述べるように、裁量濫用となる理由の存否も審査される。当然、手続的適法性も審査されるであろう。MKタクシー事件でいえば、公示の適法・有効性が審査されたが、これが唯一の審理事項であるとしても、それが理由中の判断であることは否定できない。

ところで、ある事実につき、処分根拠法条の異なる複数の処分が存在している場合は、これら複数の処分の差止めを請求するとすれば、差止対象処分も異なるので訴訟物も異なる考える。ある公務員の行動が公務員の非違行為として懲戒処分の対象となる場合と公務員としての適格性を欠くことを示すものとして分限処分の理由とされる場合が予想される。この場合に、原告が分限処分と懲戒処分の差止めを請求したとすれば、異なる二個の処分の差止めを請求しているので、訴訟物も異なるものであろう。従って、原告は差止対象処分がどの法条に基づくものであるかを特定する必要がある。他方、日の丸君が代予防訴訟は、日時は異なるが不起立・不斉唱という同種の事実（仮定的事実）に対し反復継続的・累積加重的に懲戒処分が予想される場合の差止訴訟（いわゆる一括型差止訴訟）であるが、その訴訟物は不起立・不斉唱を理由とする懲戒処分の違法性が審査の対象となるのであって、1人の原告についてみれば、訴訟物は一個と考えられる。しかし、後述するように、仮に差止請求棄却後に懲戒処分が複数回なされ、それに対する取消訴訟が提起されるとすれば、取消訴訟の訴訟物は係争処分の違法性であるので、その訴訟物は処分ごとに異なる考える。

関連して、あるひとつの法条が例えば許可の取消と許可の一定期間の効

力停止を定めているときに、当該根拠法上に基づく不利益処分の全ての差止めを求めている場合は、訴訟物は一個であり、許可取消だけを差止める判決は一部認容判決ということになると考える。

また、ある事実を理由として行われる不利益処分につき、差止請求が認容されたとしても、原告が摘示しなかった事実を理由として同一法条に基づく処分がなされた場合は、それは差止対象処分とは異なるものと考えられる。

④なお、非申請型処分の場合、ある事実を理由としてなされる処分の他に、ある政策的目的のために実施される処分もある。保育所廃止条例による保育所廃止の差止めを求めるとすれば、その例であろう³⁶。このような処分の差止訴訟においては、特定の事実が処分要件ではないので、判決時における事実関係の下で差止対象処分の違法性が一般的に審査されるものと考えられる。

(3) 取消訴訟との関係

差止認容判決は、判決時において差止対象処分の違法性を確定するものであるから、事実関係に本質的な変更がない限り、当該処分をすることは判決に違反するものとなる。当該処分を行ったとして、その適法性を主張することは既判力に反し許されないであろう。

他方、差止請求棄却判決は、適法な差止対象処分が存在するというものを意味するものであって、棄却判決後になされる処分が当然に適法であるということを論理必然的に導くものではない。従って、棄却判決後に差止対象処分がなされたときは、その違法性が個別に改めて審査されるべきものであろう。

36 保育所廃止条例による保育所廃止の仮の差止めが認められた事例として、神戸地裁平成19年2月27日決定（裁判所ウェブサイト、LEX/DB 28130777）。

この点について、若干補足したい。差止訴訟の訴訟物を差止対象処分の処分要件の存否または処分権限の存否と捉えたと、請求棄却判決によって、処分要件の存在が確定し、差止対象処分がなされたときに当該処分に対する取消訴訟を提起しても、棄却判決の既判力により、原告は処分要件の存在を否定できないとの結論が出される可能性がある。

しかし、差止訴訟判決の時点では、未だ処分がなされておらず、差止訴訟請求棄却後になされる処分が適法であることが保証されるものでもない。請求認容判決は差止対象処分が違法であること（適法な処分が存在しないこと）を意味するが、その否定である請求棄却判決は適法な処分が存在するということの意味するだけである。この点が既になされた処分の取消訴訟と異なる点である。既になされた処分は適法か適法でないかであり、いわば命題論理で考察することが可能である。従って、取消請求棄却判決は、事情判決を除き、原則として係争処分の適法性を既判力をもって確定するものといえるであろう（但し、行訴法10条1項により、原告の法律上の利益に関係のない違法の主張制限があるので、厳密にはこの論理はなりたない）。それに対し、差止訴訟は述語論理で考えるべきであって³⁷、差止対象処分を違法とする請求認容判決の否定である請求棄却判決は適法な処分の存在可能性を意味するが、判決後になされる具体的な処分の適法性については判断していないと解すべきである。蓋然性の段階で語

37 山本隆司教授はこのような指摘を前掲注26・124頁で既に行っている。また、日の丸・君が代予防訴訟最高裁判決に関して、村上裕章・判例時報2178号140頁（2013年）及び宇賀克也「判例で学ぶ行政法（第26回）国歌斉唱義務不存在確認等請求事件」自治実務セミナー52巻12号44頁（2013年）が、請求棄却判決と取消訴訟の関係について論じている。なお、川神裕判事は、一般論として「差止めの訴えの訴訟物について、……当該処分の違法性一般と解するとすると、……請求棄却判決の確定後に、差止めを求めていた当該処分がされ、……取消しの訴えを提起した場合、前訴の既判力により、……一切の違法事由を主張することはできないことになる」と述べているが（高橋他・前掲注35・760頁）、論理必然的にそうなるか疑問である。

られる差止対象処分の適法可能性と、後に実際になされる処分の適法性とは別物である。建築確認にかかる那覇地裁平成21年1月20日判決が示すように、請求棄却判決は、差止対象処分が違法とはいえないというだけのものであって、処分要件が充足していることを言明するものではないといえよう。つまり、差止請求棄却判決によって、処分要件の充足性が確定していること（あるいは処分権限が存在していること）が既判力をもって確定したとは断定できないと理解する可能性があるように思われる。そのために、筆者は、差止訴訟の訴訟物につき、「処分要件の存否」あるいは「処分権限の存否」という表現を避けて、「差止対象処分の違法性」と表現した。

さらに、取消訴訟とのアナロジーで考えると、取消訴訟の訴訟物は係争処分の違法性であるので、日の丸君が代予防訴訟のような事例で、反復的に処分がなされたとき、処分ごとに取消訴訟を提起できるし、原告は各訴訟で処分の違法性を全面的に主張することができる。「最初の処分取消訴訟で請求が棄却された原告は、二回目以降の処分取消訴訟で処分権限の存在を否定する主張はできず、係争処分の固有の違法（手続違法・裁量濫用）しか主張できない」とは、実務通説の立場では論じないであろう。勿論、このようなアナロジーから、差止訴訟の請求棄却判決の既判力の内容が論理的に導かれるものではないが、差止訴訟の訴訟物につき、上記のように理解する可能性があるとするれば、取消訴訟との平仄を合わせるうえでも、請求棄却判決後に処分がなされたとき、当該処分に対する取消訴訟で、原告は係争処分の違法性の主張を全面的に争うことができ、差止請求棄却判決の既判力で違法性の主張が制限されることはないとの解釈をとりたい³⁸。なお、信義則等による主張制限はここでは論じない。

38 この点について、取消訴訟の訴訟物を係争処分から切り離して、処分時における処分権限の存否一般とすると、別様の理解が（すなわち、請求棄却判決後に差止対象処分がなされて、それに対して取消訴訟を提起したときに、

したがって、例えば日の丸君が代予防訴訟で、都教委通達が適法有効であるとして、仮に差止請求が棄却されたとしても、事後の取消訴訟で改めて通達の違法性を主張することは、それが差止請求棄却判決の既判力によって妨げられることはないと考え。この点につき、かつて筆者は、日の丸君が代予防訴訟第一審東京地裁判決を検討した際に「仮に、本訴訟敗訴後に懲戒処分がなされた場合も、懲戒処分には固有の違法（事実誤認・裁量権の濫用・手続違法等）が存在しうるので、その取消をもとめることは可能である。但し、通達およびそれに基づく職務命令が違法であるとの主張は制限されることとなろう。」と論じたが³⁹、その「但し」以下の部分は上記の趣旨で修正が必要であるので、改説させていただきたい。

（4）権力的事実行為の差止訴訟について

行訴法4条7項は、差止訴訟につき、「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」と定義しているので、その対象は処分又は裁決である。ここでいう処分とは「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」であり（但し、同条3項の「裁決」を除く）、同条3項は「裁決」を「審査請求その他の不服申立て（……）に対する行政庁の裁決、決定その他の行為」をいうものとしている（2014年改正法による）。

係争処分につきそもそも処分要件を満たすものではないと主張することが差止請求棄却判決の既判力によって遮断されるという理解が導かれる可能性が高くなる。なお、取消訴訟の訴訟物に関するこのような理解については、高橋・市村・山本編・前掲注35・211頁以下の人見剛「特殊問題1 訴訟物」の紹介が有益であるが、筆者もこの点につき学説の状況を考察した（拙稿「義務付け訴訟の訴訟物について」法政理論44巻2・3号106頁、特に116頁以下（2012年））。

39 拙稿「日の丸・君が代訴訟東京地裁平成18年9月21日判決の分析」法律時報79巻2号（2007年2月）70頁。なお、当初タイトルの判決日が間違っていたので、上記のように訂正させていただいた（法律時報79巻3号159頁）。

なお、本稿では、同条2項と3号が包括的に使っている「処分」と「裁決」を合わせて「行政処分」と呼ぶことにしたい。

行政処分について、従前の議論では、2014年改正前の行政不服審査法2条1項の規定も参照しながら、取消訴訟の対象となる処分には継続的性質を持つ権力的事実行為が含まれるものと解してきた。しかし、継続的性質を持たない権力的事実行為も、たしかに取消訴訟による救済ができないとしても、差止訴訟及び義務付け訴訟にあっては、これらの訴訟による救済が可能であり且つ必要な場合が存在する。改正行訴法の施行された2005年に提起された拘置施設における調髪処分の差止めを求める訴訟の対象は、継続的性質を持たない権力的事実行為である。

そのため、筆者は、抗告訴訟の対象となる「処分」には、その継続的性質の有無に拘わらず、権力的事実行為が含まれるものと考えたい。ここで「権力的事実行為」とは、相手方の同意をうることなく、国民の身体及び財産に対し直接実力を行使する行為としておく。取消訴訟にあっては、継続的性質を有しない権力的事実行為は、その性質上対象とならない（すでに取消の対象となる処分が存在しないものとなっている）と考えればすむことである。なお、個別具体的な権力的事実行為の義務付け及び差止めは抗告訴訟の対象であり、同法がこれらの訴訟につき特別の要件を定めていることから、他の訴訟（当事者訴訟または民事訴訟）で請求することはできないものとする。むしろ、原告が権力的事実行為の義務付けまたは差止めを請求している場合は、裁判所はそれを抗告訴訟としての義務付け訴訟ないし差止訴訟として、その訴訟要件及び本案要件の審理をすればよいだけの話である。

5、差止訴訟の性質について

差止訴訟の性質については、いくつかの説が錯綜している⁴⁰。

①差止訴訟の判決主文は不作為を命じる給付訴訟の形になる。そのため、塩野教授は給付訴訟説を主張する。訴訟物は差止請求権であるとする。

②それに対し、裁判官その他の訴訟実務家からは形成訴訟説が出されている。例えば、石田判事は「差止訴訟の法的性質については、立法の経緯に照らしても明らかではないが、形成の訴えと解すべきであり、また、その形成原因は、行政事件訴訟法の差止訴訟の規定を実定法上の根拠として、差止めの対象となる一定の処分をすることの違法（当該処分の根拠法規において規定された処分要件の一つまたは複数が充足されていないこと、ないし、これに加え、当該処分をすることが裁量権の逸脱濫用に当たること）であると解され、差止訴訟の訴訟物は上記各形成要件の存否であると考えることができよう」と述べている⁴¹。また、高安弁護士も「現段階における行政実体法のあり方にかんがみれば、実体法上の請求権を基本として差止めの訴えを構成することは困難と解される。かかる意味において、差止めの訴えについては、給付訴訟としての形式が採用されていることとは別に、本質的性格は形成訴訟であるとかんがえることができる」としている⁴²。

③それに対し、学説ではその本質を確認訴訟であると捉える見解もある。例えば、大浜啓吉教授は「確かに『処分又は裁決をしてはならない旨を命ずる』ことから、給付訴訟のようにもみえるが、差止訴訟の認容判決には執行力を伴わないので、実効性はあるとはいえない。むしろ理論的には、

40 これについては、前掲注35・211頁以下の人見剛「特殊問題1 訴訟物」参照。

41 西川・前掲注25・111頁（石田明彦執筆部分）。

42 園部・芝池・前掲注27・194頁（高安秀明執筆部分）。

『具体的権限の存否』訴訟物とする確認訴訟と解すべきであろう。」と述べる⁴³。

④筆者としては、大浜教授の確認訴訟説に賛意を表したい。筆者は、抗告訴訟は行政処分にかかる行政庁の権限行使ないし不行使の適法性を審査することを特質とする訴訟であると考えている。その際、取消訴訟は権利関係訴訟（当事者訴訟）ではなく、行政庁の行為の効力を争う訴訟として構成されていることも重視したい。取消訴訟の訴訟物は、係争処分の違法性一般であると考えてるのが実務通説であり、また学説上の有力説として係争処分にかかる処分時の処分権限の存否と捉える見解もあるが、いずれも取消請求権説とは異なるものとして、それを捉えている。そこでは、取消訴訟の持つ違法排除機能が、すなわち客観的に違法な処分の効力を排除する機能が重視されているわけである。その根本において、「法律による行政」の要請に応える行政訴訟の機能への着目がある。筆者は、取消訴訟においては、取消請求権という概念を必須の要素とせず、取消訴訟は端的に行政処分の違法性を審判し、違法であればその効力を除去するという性質のものと捉えることが重要であると考えている。また、現行法制度上は、行政処分の取消権者が制限されており、違法な行政処分であっても、それが無効でない限りは、正式に取消されるまでは有効なものとして通用するものとされており、取消訴訟における裁判所も正式の取消権者であるので、取消判決は効力の除去という形成的効果を持つとされているが、取消訴訟の審理の本質的対象は行政処分の違法性の有無であり、その確定にあるといえるであろう。

このように行政処分にかかる行政庁の権限行使ないし不行使の違法性の確定が取消訴訟の本質的対象であるという考え方は、義務付け訴訟や差止訴訟等、その他の抗告訴訟においても通用するのではないかというのが筆者の立場である。義務付け訴訟は、行政庁が処分をしないことが処分根拠

43 大浜啓吉『行政裁判法』岩波書店（2011年）278頁。

法規に照らして違法となる（処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となる場合を含む）ことの確認が審理の本質的对象であり、その違法性の確定と併せて処分を行うことを義務付ける判決を裁判所に認めていると解したい。それはちょうど取消訴訟において係争処分の違法の確認の結果、処分を取消す判決を裁判所に認めていることと同様である⁴⁴。

同様に、差止訴訟も行政庁が行おうとしている行政処分が処分根拠法規に照らして違法であること（処分を行うことが裁量権の逸脱濫用となる場合を含む）の確認が審理の本質的对象であり、その確認の結果、裁判所に行政庁が当該処分を行うことを禁止する判決を出すことを併せ認めているということであろう。

その意味で、義務付け訴訟ないし差止訴訟の訴訟物については、請求権の存否としない限りで、形成訴訟説が述べるところの、処分の義務付け要件の存否あるいは差止め要件の存否であるとする見解に近いものであるが、それらの作為義務・不作為義務は一定の事実関係の下で処分根拠法規から確定するもの（裁判所はそれを確認するもの）と考える。そのため、形成訴訟説の見解、すなわち裁判所がその作為義務ないし不作為義務を形成するという考え方には違和感を禁じえない。なお、筆者も、公法関係において、行政団体（行政主体）と国民との間で具体的な権利義務関係が生じ、国民が行政団体に対して作為・不作為の実体的請求権を有することがあることを否定するものではない。生活保護であれ、情報公開であれ、そのような実体的請求権を構成すべき場合は少なくない（というより個別行政領域の実定法ないし特殊法の研究はその実体的権利関係の確定が主要なテーマである）。また、実体的請求権が存在しているのであれば、行政庁の作為義務ないし不作為義務はそれに基づき確定するものであろう。しかし、国民の行政団体に対する具体的請求権が存在していないとしても、行政庁の行為（作為・不作為）が裁量濫用による違法ないし客観違法となる

44 この点については大浜・前掲注43・267頁の指摘が重要である。

ことはありうるのであって、またそのような違法を排除することも有意義なことである。拙稿で述べたように、行政団体に対する具体的請求権を侵害する行為は行政庁の行為（作為・不作為）の違法性を根拠づける十分条件であるが、それが必要条件であるとはいえないと考える⁴⁵。抗告訴訟は行政団体に対する具体的請求権の実現のためだけでなく、行政庁の行為の違法性を審査する機能を併せ持ちうることを重視したいのである⁴⁶。

（謝辞） 本稿は、日本学術振興会平成24年度～26年度科学研究費補助金（基盤C）「抗告訴訟の性質及び訴訟物の再検討—確認訴訟説に立脚した統一的把握の試み」の成果の一部である。

また、本稿作成にあたり、牧野利秋元東京高裁判事（現ユアサハラ法律特許事務所パートナー弁護士）より貴重な意見をいただいた。記して謝意を表したい。

なお、LEX/DBの引用を快諾していただいた株式会社TKCリーガルデータベース営業本部にもお礼を申し上げる。

45 拙稿・前掲注38・114頁。

46 本研究に関連して、ドイツの行政法研究者（ミュンスター大学エーラー教授、シュパイヤー行政大学院チーコー教授など）及び行政裁判官（コブレンツ行政裁判所等）にインタビューをすることができた。その際、差止訴訟敗訴後に係争行政行為がなされたときに、当該行政行為に対する取消訴訟は可能かと質問したところ、全員から訴訟物が異なるので可能であるとの回答があった。しかし、そのことを明記した文献を見いだすことはできなかった。なお、周知のように、ドイツにおける差止訴訟はそれを定める明文規定はなく、一般給付訴訟の一つとして認められているものであるが、行政行為に対する差止訴訟の数は必ずしも多くはないとのことであり、その主な理由として取消訴訟に自動的停止効が認められることがあげられていた。