

最高裁判所令和元年7月22日第一小法廷判決
 (民集73巻3号245頁)

差止めの訴えの訴訟要件である「行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があること」を満たさない場合における、将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟の適否

1 はじめに（本件事案と判決骨子）

本件は、陸上自衛官である原告が、我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律（平成27年法律第76号。以下「平和安全法制整備法」という。）により新設された自衛隊法第76条第1項第2号が、憲法第9条等に反し、違憲であるとして、同号に定める防衛出動の命令に服する義務のないことの確認を求めた事案である。

最高裁判所は、「将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟」は、差止めの訴えの訴訟要件である「行政庁によつ

て一定の処分がされる蓋然性があること」を満たさない場合には、不適法であると判示した。その上で、将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、蓋然性の要件を満たさない場合には不適法というべきであるとした。

原審は蓋然性の要件を満たすものか否かの点を検討することなく本件訴えを適法としたもので、原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法がある。よって、原判決は破棄を免れないが、右記の点等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。

2 第一審（原原審）・東京地方裁判所平成29年3月23日判決¹⁾・訴え却下

東京地方裁判所は、本件訴えは、確認の利益がないとして、訴えを却下した。

すなわち、確認の訴えは、現に、原告の有する権利又は法律的地位に危険や不安が存在し、これを解消するために確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限って認められる。ところで、本件訴えは、原告が、存立危機事態において防衛出動命令に服する義務のないことの確認を求めるものであるところ、本件全証拠によっても、現に存立危機事態が発生し、又は近い将来存立危機事態が発生する明白なおそれがあると認めるに足りないか

ら、原告が自衛隊法第76条第1項第2号による防衛出動命令が発令される事態に現実的に直面しているとは言えない。

また、原告は、入隊後、これまでの間に直接戦闘を行うことを主たる任務とする部隊に所属したことがなく、原告が現在所属する陸上自衛隊の部隊も戦闘部隊でもないことから、現時点において、原告又は原告が所属する部署に対し、自衛隊法第76条第1項第2号による防衛出動命令が発令される具体的・現実的可能性があるということはできない。

これらの点に照らせば、原告には、自衛隊法を始めとする法令で定められた自衛隊の様々な行動について、将来にわたり、上官の指揮監督を受けるなどして、その任務に就くという自衛官一般に認められる可能性以上に、自衛隊法第76条第1項第2号による防衛出動命令が発令され、その任務に就く蓋然性が存在するものとは認められないところである。そうすると、原告の生命等に重大な損害が生じたり、原告が同命令に従わないで刑事罰を科されたりするという、原告が主張する危険又は不安は不確定かつ抽象的なものにとどまると言わざるを得ないのであって、現に、原告の有する権利又は法的地位に危険や不安が存在するとは認められないから、本件訴えは、確認の利益を欠き、不合法といふべき

である、として訴えを却下した。

3 控訴審（原審）・東京高等裁判所平成30年1月31日判決・原判決取消し、差戻し

原告は、却下判決を不服として控訴した。東京高等裁判所は、原判決を取り消し、東京地方裁判所に差し戻した。

原告は、控訴審において、本件訴えについて、原告が存立危機事態における防衛出動命令に服従しなかった場合に受けることとなる懲戒処分予防を目的とする無名抗告訴訟であると釈明した上で、「その請求の趣旨は、存立危機事態における防衛出動命令に基づき控訴人に対して下される本件職務命令に服従する義務がないことの確認を求めると解することができ、実質的には、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令ひいては防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求めると訴えの形式に引き直したものである」とでき得る。そうすると、本件訴えが適法な無名抗告訴訟と認められるためには、本件職務命令に服従しないことやその不服従を理由とする懲戒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（重大な損害の要件）及びその損害を避けるため他に適当な方法がな

いこと（補充性の要件）の二つの要件を満たすことが必要である。」とした。

そして、「防衛出動命令に基づく本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分を受けることの予防を目的として、控訴人（原告）が自衛隊法76条1項2号による防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求めると本件訴え（無名抗告訴訟）は、存立危機事態における防衛出動命令に基づき控訴人に対して下される本件職務命令に服従する義務がないことの確認を求めるところ、控訴人に対して生じる重大な損害を避けるため他に適当な方法がないのであるから、適法な訴えであるといふことができる」、つまり、重大な損害要件及び補充性の要件はいずれも満たすとした。

4 上告審・最高裁判所令和元年7月22日判決・原判決破棄、差戻し

右東京高等裁判所判決に対し、国が上告受理の申立てをした。最高裁判所は、受理した上、原判決を破棄し、東京高等裁判所に差し戻した。その理由は次のとおりである。

「本件訴えは、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の予防を目的として、本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を

求める無名抗告訴訟であると解されるところ、このような将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止め訴えと目的が同じであり、請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるといっても、差止めの訴えと異ならない。また、差止めの訴えについては、行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること等が本案要件（本案の判断において請求が認容されるための要件をいう。以下同じ。）とされており（行政事件訴訟法37条の4第5項）、差止めの訴えに係る請求においては、当該処分の前提として公的義務の存否が問題となる場合には、その点も審理の対象となることからすれば、上記無名抗告訴訟は、確認の訴えの形式で、差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものといえることができる。そうすると、同法の下において、上記無名抗告訴訟につき、差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されない。そして、差止めの訴えの訴訟要件については、救済の必要性を基礎付ける前提として、一定の処分がされようとしていること（同法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との要件（以下「蓋然性の要件」という。）を満たすことが必要とされている。したがって、将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、蓋然性の要件を満たさない場合には不適法といふべきである。」

5 公的義務不存在確認訴訟の意義

本訴は、被告（国、被控訴人・申立人）を相手に、原告が自衛隊法第76条第1項第2号による防衛出動命令に服従する義務が存在しないことの確認を求めた事案である。このように公的義務の不存在確認という形で提訴された訴訟がいかなる法的性質、すなわち処分の差止めの訴えと同様に行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第3条第1項にいう抗告訴訟に当たり無名抗告訴訟と位置付けられるものか、それとも、同法第4条後段が定める「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」、すなわち、実質的当事者訴訟に当たるのが問題となる。この点について、本件第一審判決は、本訴が無名抗告訴訟か実質的当事者訴訟であるかについては判示せず、確認の利益がないとし

て、訴えを却下した。

これに対し、原審は、原告の「本件訴えは、原告が本件防衛出動命令に従わなかった場合に受けることとなる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟である」旨の釈明を受けた。その上で、「本件訴えは、実質的には、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令ひいては防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める訴えの形式に引き直したものであるから、本件訴えが適法な無名抗告訴訟と認められるためには、差止めの訴えの訴訟要件である重大な損害の要件及び補充性の要件を満たすことが必要である」とした。そして、本件訴えは、いずれの要件も満たすから適法な無名抗告訴訟であるとして、一審判決を取り消し、本件を一審に差し戻した。

このように、原判決は、処分の予防を目的として処分の前提となる公法上の法律関係の存否の確認を求める訴えと差止めの訴えを、求められる訴訟要件を別異に解すべき理由はないとして、蓋然性の要件を満たすものか否かの点を検討することなく、本件訴えは重大な損害の要件及び補充性の要件を満たすから適法であると判示した。

しかし、本判決は、本訴のように将来の不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟は、

当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであること、その効力についても、請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるという点では実質的に差止めの訴えと異ならないこと、確認の訴えの形式で差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものということができるところからすれば、行訴法の下において、差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されないとした。

つまり、本件公的義務を「防衛出動命令が発令された場合に、個別の自衛官に対して発令される職務命令によって課される義務」と整理し、本訴のように将来の不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであることの確認の訴えの形式で差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものということができるとしている。

6 蓋然性の要件

処分の差止めの訴えの訴訟要件について、行訴法第37条の4第1項は「重大な損害の要件」と「補充性の要件」を定めている。原審は、この二つの要件のみを検討し、適法な訴えとしたものと思われる。これに対して、本判決は、救済の必要性を基礎付ける前提とし

て、一定の処分がされようとしていること(同法第3条第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の要件を満たすことが必要である、とした。

処分の差止めの訴えは、行政庁が一定の処分をすべきでないのに「一定の処分がされようとしている」(同項)ことを差し止める訴訟であるから、「一定の処分がされようとしていること」、すなわち処分の蓋然性の存在が必要であることは言うまでもない。

問題は、蓋然性の要件を満たすのかどうかの判断である。この判断は実務家にとって難問である。ともあれ最高裁判所は、蓋然性の存否について審理すべきとして、原審に差し戻した。

差し戻後の東京高等裁判所令和2年2月13日判決(最高裁判所ホームページ)は、最高裁判所の判決を受けて「将来の不利益処分の予防を目的としての当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されないから、行政庁によって一定の処分がされることの要件(蓋然性の要件)を満たさない場合には不適法といふべきである。」として、蓋然性の存否について検討している。その上で、本件懲戒処分がされる蓋然性があると言えるか否かについて「現に存

立危機状態が発生し、又は近い将来存立危機状態が発生する明白なおそれがあると認められるに足りないから、控訴人が所属する部隊に対し、本件防衛出動命令が発令される具体的な現実的可能性があるといふことはできない。控訴人が本件職務命令を受ける具体的ないし現実的可能性があるといふこともできない。そうすると、現時点において控訴人が職務命令への不服従を理由として、本件懲戒処分を受ける蓋然性があるといふこともできない。」と判示し、訴えを却下している。

差止め訴訟の要件としての蓋然性が問題となったものとして、最高裁判所平成24年2月9日判決(民集66巻2号183頁)がある。

この判決は国旗国歌訴訟と呼ばれている。都立学校の教職員として勤務する在職者及び勤務していた退職者である原告らのうち、在職者である原告らが、①各所属校の卒業式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱する義務のないこと及びピアノ伴奏をする義務のないことの確認を求め、②上記国歌斉唱の際に国旗に向かって起立しないこと若しくは斉唱しないこと又はピアノ伴奏をしないことを理由とする懲戒処分の差止めを求めた事案であった。

最高裁判所は、免職処分の差止めを求める訴えは処分の蓋然性を欠き不適法であるが、

免職以外の懲戒処分（戒告、減給又は停職の各処分）の差止めを求める訴えは、行訴法第37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」の要件その他の訴訟要件を満たしており適法であるとした。

なお、本件職務命令に基づく公的義務が存在であるとは言えず（その前提となる憲法判断は、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分のうち、戒告処分が裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難く、減給又は停職の処分が個々の当事者についてこれに当たるか否かの判断を可能とするような個別具体的な事情の特定及び主張立証はされていないとし）、また、本件確認の訴えは、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な訴えであるが、

東京都に対す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当事者訴訟（公法上の法律関係に関する確認の訴え）としては、確認の利益が認められる適法な訴えである、と判示している。

このように国旗国歌訴訟の最高裁判所判決は、補充性の要件を満たさない場合には不適法である旨の判断を示していたが、本判決は、蓋然性の要件を満たさない場合にも不適法で

あることを明らかにしたものである。

7 当事者訴訟と考えることばでないか

本件では、本訴が「防衛出動をすることになった部隊等に所属する個々の自衛官に対して発せられる当該防衛出動に係る具体的な職務上の命令への不服従を理由とする懲戒処分を受けることの予防を目的とする無名抗告訴訟である」と整理されたので、本訴において無名抗告訴訟として取り扱われたことは致し方ないところであろう。

しかしながら、前記国旗国歌訴訟の最高裁判所判決が、「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当事者訴訟（公法上の法律関係に関する確認の訴え）としては、確認の利益が認められる適法な訴えである。」と判示しているところからも、実質的当事者訴訟を觀念できるのではないかと考える余地がありそうである。例えば、原告が本件防衛出動命令に基づく本件職務命令に服従しなかった場合に受けることとなる行政処分以外の不利益の予防を目的とする訴訟と構成すれば、実質的当事者訴訟と理解できるのではないか。

もっとも、確認の訴えは、現に原告の有する権利又は法的地位に危険や不安が存在

し、これを解消するために確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限って認められるものであるから、確認の訴えが認容される可能性は限定的かもしれない。どのような場合に確認の訴えが認容されるかについて検討していきたい。

00 やさしい

本訴は、予防的無名抗告訴訟は、差止めの訴えの訴訟要件の一つである蓋然性の要件（行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があること）を満たさない場合にも不適法となることを明らかにしたもので、予防的無名抗告訴訟に関し、理論的にも実務的にも重要な意義を有するものと思われる。

- 注
- (1) 民集73巻3号267頁。
 - (2) 民集73巻3号275頁。

【本件の評釈等】

- 高木 光「ジュリスト」1544号46頁
- 中島 崇「ジュリスト」1547号46頁
- 児玉 弘「法学セミナー」782号125頁
- 原田 一明「法学教室」470号133頁
- 神橋 一彦「法学教室」470号134頁
- 湊 二郎「法学セミナー増刊（新判例解説 Watch）」26号67頁