

**不利益処分の予防を目的として公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟の適法性**

【文献種別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和1年7月22日

【事件番号】 平成30年(行ヒ)第195号

【事件名】 命令服従義務不存在確認請求事件

【裁判結果】 破棄差戻し

【参照法令】 自衛隊法76条1項2号、行政事件訴訟法3条7項・37条の4

【掲載誌】 裁時1728号4頁

LEX/DB 文献番号 25570367

**事実の概要**

本件は、陸上自衛官であるX(原告・控訴人・被上告人)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)による改正後の自衛隊法(以下単に「自衛隊法」という)76条1項2号が憲法に違反すると主張して、Y(国。被告・被控訴人・上告人)を相手に、同号による防衛出動命令(以下「本件防衛出動命令」という)に服従する義務がないことの確認請求に係る訴え(以下「本件訴え」という)を提起した事件である。自衛隊法76条1項2号は、内閣総理大臣が自衛隊の全部又は一部の出動を命ずることができる事態として、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」を掲げている。

東京地判平29・3・23(判例集未掲載〔LEX/DB25547730〕)は、本件訴えを却下した。同判決は、「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り認められる」との立場から、①現に存立危機事態(自衛隊法76条1項2号に係る事態)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、Xが本件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いえない、②Xは、入隊後、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、Xが現在所属する部署は戦闘部隊でもないというのであり、この点からも、現時

点において、X又はXが所属する部署に対し、本件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はいえない、③これらの点に照らせば、Xには、本件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述べ、「Xの生命等に重大な損害が生じたり、Xが同命令に従わないで刑事罰を科されたりするという、X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いわざるを得ないのであって、現に、Xの有する権利又は法律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、不適法というべきである」と判示した。

Xは控訴し、本件訴えは、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であると主張した。東京高判平30・1・31(裁判所ウェブサイト。以下「控訴審判決」という)は、本件訴えは適法であり、原判決を取り消し、本件を東京地裁に差し戻す旨判示した。控訴審判決は、「防衛出動命令及びこれに基づく本件職務命令〔職務上の監督責任を有する者による陸上自衛官に対する防衛出動に係る具体的な職務上の命令〕は、いずれも抗告訴訟の対象となる行政処分ではない」と判示したうえで、「将来の行政処分の差止めの訴えを、その前提となる公的義務の存否に係る確認の訴え(無名抗告訴訟)の形式に引き直すことができる場合には、……双方の訴えに求められる訴訟要件を別異に解すべき理由はない」、「本件訴えは、存立危機事態における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、Xが存立危機事態におけ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無名抗告訴訟であるところ、……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」と述べて、2つの要件の充足を肯定した。Yは上告受理申立てをした。

## 判決の要旨

本判決は控訴審判決を破棄し、本件を東京高裁に差し戻した。

### 1 防衛出動命令と職務命令

「本件防衛出動命令は、組織としての自衛隊に対する命令であって、個々の自衛官に対して発せられるものではなく、これにより防衛出動をすることとなった部隊又は機関における職務上の監督責任者が、当該部隊等に所属する個々の自衛官に対して当該防衛出動に係る具体的な職務上の命令（以下「本件職務命令」という。）をすることとなる。したがって、本件訴えは、Xが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ものと解される」。

### 2 無名抗告訴訟の訴訟要件

「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の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う点でも、差止めの訴えと異なる。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であることができる。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うべきである」。「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といわざるを得ない」。

## 判例の解説

### 一 公的義務の不存在確認訴訟

公的義務の不存在確認訴訟に関する先例として、最一小判平24・2・9（民集66巻2号183頁。以下「平成24年最判」という）が重要である。平成24年最判は、卒業式等の式典における起立斉唱義務及びピアノ伴奏義務の不存在確認訴訟を、①将来の懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟、②行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする当事者訴訟として構成している。①は、「懲戒処分の差止めの訴えを……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と評価され、差止訴訟について補充性の要件（行訴訟法37条の4第1項ただし書）が訴訟要件として定められていること等に鑑みると、「不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての……公的義務の不存在の確認を求める訴えについても、上記と同様に補充性の要件を満たすことが必要」となり、特に差止訴訟との関係で補充性の要件を満たすか否かが問題となると判示されている。平成

24年最判は、当該事件においては、差止訴訟を適法に提起することができ、その本案において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、無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟は差止訴訟との関係で補充性の要件を欠くものとした。処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟がそもそも許されないという判示ではなく、当該事件では差止訴訟が適当とするものである。

他方で平成24年最判は、前記②については確認の利益を肯定し、訴えを適法とした。本件の第一審においてXは、防衛出動命令が出された場合にはXの生命等に重大な損害が生ずるおそれがある、Xが防衛出動命令に従わなかった場合には自衛隊法122条1項により懲役又は禁錮に処せられるおそれがあると主張していた。したがってXは当初、本件訴えを、懲戒処分の予防ではなく、懲戒処分以外の不利益の予防を目的とする訴訟として構成していた。第一審においてYは本件訴えを当事者訴訟と解しており、前掲東京地判も同様の立場に立っているのではないと思われる。それに対してXは、控訴審においては、本件訴えは無名抗告訴訟であると主張し、当事者訴訟としての構成をしなかった。

## 二 本判決の判断

### 1 防衛出動命令と職務命令

控訴審判決は、①自衛隊法76条1項に基づく防衛出動命令の処分性と、②これに基づく本件職務命令の処分性を検討し、それらをいずれも否定している。①に関しては、防衛出動命令は上級行政機関である内閣総理大臣の下級行政機関である自衛隊に対する命令であるという点が指摘されており、②に関しては、本件職務命令は、仮に自衛官の生命及び身体に危険を及ぼすものであったとしても、そのことから直ちに、個々の自衛官の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものとはいえないという点が指摘されている<sup>1)</sup>。本判決は、本件防衛出動命令及び本件職務命令の処分性については直接言及していないが、いずれにしても、本判決がそれらの処分性を肯定しているとは思われない。本判決は、本件防衛出動命令は組織としての自衛隊に対する命令であることを指摘しており、控訴審判決と同様に、本件防衛出動命令が行政機関相互間の行為であるという立場

に立っているといえる。

Xの確認請求は、Xが本件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ものであったが、本判決は、本件訴えを、Xが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ものとして構成している。Xが本件職務命令に服従する義務を負う可能性はあるものの、本件防衛出動命令によってX個人に義務が課されることはないという前提に立つものである。その結果、本件訴えは、平成24年最判における確認訴訟と同様に、職務命令に基づく公的義務の不存在確認訴訟として把握される。

### 2 無名抗告訴訟の訴訟要件

本判決は、控訴審判決と同様に、本件訴えを、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（以下「予防的無名抗告訴訟」という）であると解している。そこで、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件が問題となる。本判決は、行訴法の下において「上記の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」と判示し、その理由に関しては、両訴訟の目的が同じであること、請求が認容されたときの効果や、本案における審理の対象に共通性があることを指摘している。本判決は、平成24年最判と同様に、予防的無名抗告訴訟がそもそも許されないという立場はとっていない。しかし、予防的無名抗告訴訟を提起するためには差止訴訟の訴訟要件が充足されることが前提になるとすると、そのような場合には差止訴訟を提起することができるので、予防的無名抗告訴訟を選択する意味があるのか、疑問が生ずる<sup>2)</sup>。

本判決は、差止訴訟の訴訟要件については、蓋然性の要件を満たすことが必要であることを指摘して、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件についても、蓋然性の要件を満たすことが必要である旨述べている。差止訴訟の訴訟要件について、蓋然性の要件を満たすことが必要であることは、平成24年最判によって判示されていた。控訴審判決は、両訴訟に求められる訴訟要件を別異に解すべき理由はないと述べる一方、蓋然性の要件には言及しなかった<sup>3)</sup>。その点で、控訴審判決の判示には問題があったといわざるをえない。処分の予防を目的とする確認訴訟については、当該処分がなされる

蓋然性がない場合には、確認判決をする必要性が認められず、確認の利益が認められないと解することもできる。このような観点からも、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件として、当該処分がなされる蓋然性が必要であると解することが可能である。

本判決の判示からすれば、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件については、蓋然性の要件のほか、重大な損害の要件、補充性の要件、さらには「一定の処分」の要件を満たすことも必要とされることになる<sup>4)</sup>。控訴審においてYは、無名抗告訴訟の訴訟要件として一義的明白性の要件、緊急性の要件及び補充性の要件が必要であると主張したが(いわゆる三要件説)<sup>5)</sup>、控訴審判決はYの主張を退けた。本判決は、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件と差止訴訟の訴訟要件が同一であると述べているわけではなく、前者が後者よりも厳格であると解される余地もある。しかしながら本判決が、予防的無名抗告訴訟の訴訟要件として、上記の三要件の充足を要求する立場であるとは思われない。

### 三 差戻し後の論点

差戻し後においては、当然ながら、蓋然性の要件が満たされているかどうかの問題となる。控訴審においてYは、存立危機事態が生じること、防衛出動命令が発令されること及びXに対して本件職務命令が発令されることはいずれも想定困難であって、Xに対して懲戒処分がなされる蓋然性は認められないと主張していた。それに対して控訴審判決は、重大な損害の要件を検討する中で、存立危機事態が生じることや防衛出動命令が発令されることが想定できないというYの主張は採用することができないこと、防衛出動命令が発令された場合にはXを含むすべての現職の自衛官は本件職務命令の対象となる可能性が非常に高いことを指摘している。他方で控訴審判決は、内閣総理大臣が防衛出動命令を発した事例は過去に1件もなく、これまでに本件職務命令への不服従を理由として懲戒処分を受けた自衛官は存在しないことも認めている。これらの事実、懲戒処分がなされる蓋然性を否定する方向に作用しうる<sup>6)</sup>。

控訴審判決は、重大な損害の要件の充足を肯定するに当たって、本件職務命令に服従しない自衛官が社会的非難を受けることや刑事罰を受けることも考慮している。これらは懲戒処分がなされる

ことにより生ずる損害ではなく、懲戒処分以外の不利益であるように思われるが、これらを考慮することが許されるかという問題がある。補充性の要件に関しても、控訴審判決は、本件職務命令に服従しない自衛官が社会的非難を受けることを指摘して、懲戒処分の差止判決によっても容易に救済を受けることができない旨述べている。このような判示をみると、本件訴えは社会的非難を受けることの予防を主たる目的としているのではないか、本件訴えが懲戒処分の予防を目的とするという前提と両立しないのではないかという疑問が生ずる。これらの2つの要件に関する控訴審判決の判断は、本判決によって是認されたわけではない。

#### ●注

- 1) 平成24年最判は、起立斉唱・ピアノ伴奏を命ずる旨の職務命令につき、教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと判示している。職務命令の処分性が肯定される場合がありうることを主張する説として、野呂充「判批」民商148巻1号(2013年)84頁。
- 2) ドイツでは、行政行為の不作为を求める給付訴訟を提起することができる場合に、当該行政行為の予防を目的とする確認訴訟を選択することも許されるというのが判例である(湊二郎「ドイツ行政裁判所法における不作为訴訟に関する一考察」立命351号(2013年)11頁以下参照)。もっとも平成24年最判は、このような立場を採用しなかった。
- 3) 控訴審判決は処分の蓋然性を前提していると主張する説として、奥野恒久「判批」新・判例解説 Watch (法七増刊)23号(2018年)29頁。
- 4) 横浜地判平26・5・21民集70巻8号1886頁は、自衛隊機運航処分について「一定の処分」を観念することは困難であると述べ、無名抗告訴訟としての自衛隊機運航処分の差止訴訟を適法としたが、本判決後は、「一定の処分」の要件が充足されないにもかかわらず予防的無名抗告訴訟の適法性を認めることはできないことになるように思われる。
- 5) 三要件説については、司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究〔改訂版〕』(法曹会、2000年)138頁以下参照。
- 6) 平成24年最判は、免職処分がされていないことのほか、免職処分がされる可能性をうかがわせる事情が存在しないことを指摘して、免職処分がされる蓋然性を否定している。