

行政法 予備試験分析ガイダンス レジュメ

文責：山田麻里子

1 平成 28 年 論文問題の分析

(1) 設問 1 について

- ・ 訴えの利益

事件名

審査請求棄却処分取消、運転免許停止処分取消

裁判年月日

昭和 55 年 11 月 25 日

法廷名

最高裁判所第三小法廷

原審が適法に確定したところによれば、福井県警察本部長は、昭和四八年一二月一七日被上告人に対し自動車運転免許の効力を三〇日間停止する旨の処分（以下「本件原処分」という。）をしたが、同日免許の効力停止期間を二九日短縮した、被上告人は、本件原処分の日から満一年間、無違反・無処分で経過した、というのである。右事実によると本件原処分の効果は右処分の日一日の期間の経過によりなくなったものであり、また、本件原処分の日から一年を経過した日の翌日以降、被上告人が本件原処分を理由に道路交通法上不利益を受ける虞がなくなったことはもとより、他に本件原処分を理由に被上告人を不利益に取り扱いうることを認めた法令の規定はないから、行政事件訴訟法九条の規定の適用上、被上告人は、本件原処分及び本件判決の取消によって回復すべき法律上の利益を有しないというべきである。

平成19年第34問ア

運転免許効力停止処分についてその効力停止期間が経過したときは、当該処分が前歴となって道路交通法上不利益を受けるおそれがあるとしても、処分の取消しを求める訴えの利益は失われる。(×)

平成28年第19問ア

道路交通法に基づき、自動車運転免許の効力停止処分を受けた者は、無違反、無処分で法定の期間を経過し、以後、前歴のない者として取り扱われるに至ったとしても、当該処分の記載のある免許証を所持することにより、名誉、信用等を損なう可能性が継続して存在し、その程度は重大なものであって、それを排除することは法の保護に値する利益であるといえるから、当該処分の取消しにつき、訴えの利益を有する。(×)

・ 差止訴訟における「重大な損害」

事件名

国歌斉唱義務不存在確認等請求事件

裁判年月日

平成 24 年 2 月 9 日

法廷名

最高裁判所第一小法廷

イ そこで、本件差止めの訴えのうち、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）の差止めを求める訴えの適法性について検討するに、差止めの訴えの訴訟要件については、当該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）。

行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要するものと解される。したがって、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。

本件においては、前記第 1 の 2 (3) のとおり、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、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね 4 回で（他の懲戒処分歴があれば 3 回以内に）停職処分に至るものとされている。このように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、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。

平成25年第34問

最高裁判所平成24年2月9日第一小法廷判決（民集66巻2号183頁）は、次のような事案における教職員からの訴えについて判断を示しているが、次のアからエまでの各記述について、同判決の判示内容として、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。

- (1) 教育委員会は、公立高等学校等の各校長に対し、卒業式等の式典の実施に当たっては国歌斉唱の際に教職員は会場に掲揚された国旗に向かって起立して斉唱するなど所定の実施指針のとおり行うものとする等を示達する通達を発し、各校長は、同通達を踏まえ、毎年度、卒業式や入学式等の式典に際し、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（以下「本件職務命令」という。）を発している。
 - (2) 本件職務命令に従わない教職員については、過去の懲戒処分の対象と同様の非違行為を再び行った場合には処分を加重するという方針の下に、おおむね、その違反が1回目は戒告、2、3回目は減給、4回目以降は停職という処分量定がされ、懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険があり、また、その違反及びその累積が懲戒処分の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反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険がある。
- イ. 教職員が本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めを求める訴えについては、処分の取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることにより容易に救済を受けることができるから、前記(1)、(2)などの事情があるからといって、行政事件訴訟法第37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があるということとはできない。 [No.76]

・ 行政規則の自己拘束論

行政規則は国民の権利義務に直接影響を与えるものではない。あくまでも行政内部における基準であり、行政内部における拘束力しか有しない。

もっとも、この内部基準を国民に向けて公開した場合、国民は「行政はこの基準に従って動くのだ」という信頼が生じる。特別な事情もないのに基準に従わず動き、この信頼を裏切るとは原則許されない。

また、基準を作り、恣意的な行政活動を抑制し、適正な手続きのもとで行政活動を行うとしたことからしても、特別な事情もないのに基準に従わない行政活動を行うのは控えるべきである。

このように、自ら設定した基準に基本的には拘束されるという現象をさして、行政規則の自己拘束論という。

事件名

営業停止処分取消請求事件

裁判年月日

平成 27 年 3 月 3 日

法廷名

最高裁判所第三小法廷

判示事項

行政手続法 1 2 条 1 項により定められ公にされている処分基準に先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の定めがある場合における先行の処分の取消しを求める訴えの利益

裁判要旨

行政手続法 1 2 条 1 項により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分を受けた者は、将来において上記後行の処分の対象となり得るときは、上記先行の処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する。

- 1 本件は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「法」という。）2 条 1 項 7 号のぱちんこ屋の営業に該当する風俗営業を営む上告人が、北海道函館方面公安委員会から法 2 6 条 1 項に基づく営業停止処分を受けたため、同委員会の所属する被上告人を相手に、同処分は違法であると主張して、その取消しを求める事案である。

(中略)

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

行政手続法は、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することをその目的とし（1条1項）、行政庁は、不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である処分基準（2条8号ハ）を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならないものと規定している（12条1項）。

上記のような行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものといえることができる。

以上に鑑みると、行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合には、上記先行の処分に当たる処分を受けた者は、将来において上記後行の処分に当たる処分の対象となり得るときは、上記先行の処分に当たる処分の効果が期間の経過によりなくなった後においても、当該処分基準の定めにより上記の不利益な取扱いを受けるべき期間内はなお当該処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものと解するのが相当である。

そうすると、本件において、上告人は、行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準である本件規程の定めにより将来の営業停止命令における停止期間の量定が加重されるべき本件処分後3年の期間内は、なお本件処分の取消しによって回復すべき法律上の利益を有するものというべきである。

平成28年論文出題後、予備試験平成29年択一第15問ウの肢として出題される

〔第15問〕（配点：3）

ウ．行政手続法の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合であっても、処分基準は行政機関の内部的な指針を定めた内規の性質を有するにとどまるものであるから、当該行政庁が処分基準に定めのない事項に係る事情を考慮して後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは、当該処分基準の定め拘束されるべき特段の事情のない限り、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法となるものではない。（×）

(2) 設問 2 手続上の瑕疵について

・ 理由附記の不備

事件名

一級建築士免許取消処分等取消請求事件

裁判年月日

平成 23 年 6 月 7 日

法廷名

最高裁判所第三小法廷

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

行政手続法 14 条 1 項本文が、不利益処分をする場合に同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは、名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される。そして、同項本文に基づいてどの程度の理由を提示すべきかは、上記のような同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきである。

この見地に立って建築士法 10 条 1 項 2 号又は 3 号による建築士に対する懲戒処分について見ると、同項 2 号及び 3 号の定める処分要件はいずれも抽象的である上、これらに該当する場合に同項所定の戒告、1 年以内の業務停止又は免許取消しのいずれの処分を選択するかも処分行政庁の裁量に委ねられている。そして、建築士に対する上記懲戒処分については、処分内容の決定に関し、本件処分基準が定められているところ、本件処分基準は、意見公募の手続を経るなど適正を担保すべき手厚い手続を経た上で定められて公にされており、しかも、その内容は、前記 2 (4) のとおりであって、多様な事例に対応すべくかなり複雑なものとなっている。

そうすると、建築士に対する上記懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては、処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて、本件処分基準の適用関係が示されなければ、処分の名宛人において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例であると考えられる。これを本件について見ると、本件の実事関係等は前記 2 のとおりであり、本件免許取消処分は上告人 X 1 の一級建築士としての資格を直接にはく奪する重大な不利益処分であるところ、その処分の理由として、上告人 X 1 が、札幌市内の複数の土地を敷地とする建築物の設計者として、建築基準法令に定める構造基準に適合しない設計を行い、

それにより耐震性等の不足する構造上危険な建築物を現出させ、又は構造計算書に偽装が見られる不適切な設計を行ったという処分の原因となる事実と、建築士法10条1項2号及び3号という処分の根拠法条とが示されているのみで、本件処分基準の適用関係が全く示されておらず、その複雑な基準の下では、上告人X1において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は相応に知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって免許取消処分が選択されたのかを知ることはできないものといわざるを得ない。このような本件の事情の下においては、行政手続法14条1項本文の趣旨に照らし、同項本文の要求する理由提示としては十分でないといわなければならない。本件免許取消処分は、同項本文の定める理由提示の要件を欠いた違法な処分であるというべきであって、取消しを免れないものというべきである。

そして、上記のとおり本件免許取消処分が違法な処分として取消しを免れないものである以上、これを前提とする本件登録取消処分もまた違法な処分として取消しを免れないものというべきである。

平成25年第24問

行政手続法第14条第1項本文は、不利益処分をする場合には同時にその理由を名宛人に示さなければならない旨を定めているが、次のアからウまでの各記述について、同項の理由の提示に関する最高裁判所平成23年6月7日第三小法廷判決（民集65巻4号2081頁）の多数意見の判示内容として、正しいものに○、誤っているものに×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。

ア. 行政手続法第14条第1項本文が理由の提示を要求しているのは、不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものである。

イ. 建築士法による一級建築士に対する懲戒処分の場合、処分基準が定められているとしても、行政手続法第14条第1項本文が理由の提示を要求している趣旨は、当該処分の根拠である建築士法の法条及びその法条の要件に該当する具体的な事実関係が明らかにされることで十分に達成できるというべきであり、更に進んで、処分基準の内容及び適用関係についてまで明らかにすることを要するものではない。

ウ. 建築士法による一級建築士に対する懲戒処分について、公にされている処分基準は、複数の懲戒処分の中から処分内容を選択するための基準として、多様な事例に対応すべくかなり複雑な内容を定めていたのであり、処分の原因となる事実と処分の根拠法条とが示されているだけでは、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることはできないから、処分基準の適用関係が全く示されていない理由提示は、行政手続法第14条第1項本文の要求する理由提示としては十分でない。(ア○ イ× ウ○)

(3) 設問2 実体法上の瑕疵

・ 処分基準(裁量基準)と裁量審査

まず、当該裁量基準が条文解釈にてらし合理的なものといえるかを審査する。

次に、裁量基準に照らしてされたと認められるかについて判断する。

裁量基準に照らしてされたといえない場合には、「他に同様の処分を受けたものとの間に合理的な差異がないのに不合理な差別を受けた」として平等原則違反を主張することが考えられる。

また、前述の自己拘束論に基づき、公開された処分基準にもとづいて審査されるという信頼を害されたとして信義則違反を主張することも考えられる。

事件名

損害賠償請求控訴、同附帯控訴事件

裁判年月日

平成11年7月19日

法廷名

最高裁判所第一小法廷

1 法は、タクシー事業を含む一般旅客自動車運送事業につき、四条ないし七条において、その事業の経営についての免許制を規定するとともに、九条一項において、一般旅客自動車運送事業者は、運賃を定め、又はこれを変更しようとするときは、運輸大臣の認可を受けなければならないとし、同条二項において、その認可基準を定めている（なお、一般乗用旅客自動車運送事業に係る運輸大臣の右権限は、法八八条一項一号、道路運送法施行令一条二項により、地方運輸局長に委任されている。）。そして、法九条二項一号は、運賃の設定及び変更の認可基準の一として前記基準を定めているが、その趣旨は、一般旅客自動車運送事業の有する公共性ないし公益性にかんがみ、安定した事業経営の確立を図るとともに、利用者に対するサービスの低下を防止することを目的としたものと解するのが相当である。

右のような同号の趣旨にかんがみると、運賃の値上げを内容とする運賃変更の認可申請がされた場合において、変更に係る運賃の額が能率的な経営の下における適正な原価を償うことができないときは、たとい右値上げにより一定の利潤を得ることができるとしても、同号の基準に適合しないものと解すべきである。そして、同号の基準は抽象的、概括的なものであり、右基準に適合するか否かは、行政庁の専門技術的な知識経験と公益上の判断を必要とし、ある程度の裁量的要素があることを否定することはできない。

2 ところで、本件申請がされた当時、タクシー事業の運賃変更の認可について、「一般乗用旅客自動車運送事業の運賃改定要否の検討基準及び運賃原価算定基準について」（昭和四八年七月二六日付け自旅第二七三号自動車局長から各陸運局長あて依命通達。以下

「本件通達」という。)が定められており、各地方運輸局においては、本件通達に定められた方式に従った事務処理が行われていた。その概要は、地方運輸局長は、同一運賃を適用する事業区域を定め、当該区域の事業者の中から不適当な者を除外して標準能率事業者を選定し、さらに、標準能率事業者の中からその実績加重平均収支率が標準能率事業者のそれを下回らないように原価計算対象事業者を選定し、右事業者について本件通達別紙(2)の「一般乗用旅客自動車運送事業の運賃原価算定基準」(以下「運賃原価算定基準」という。)に従って適正利潤を含む運賃原価を人件費等の原価要素の分類に従って算定した上、その平均値を基に運賃の値上げ率を算定する(この算定方式を「平均原価方式」という。)、というものである。

本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は、法九条二項一号の基準に適合するか否かの具体的判断基準として合理性を有するといえる。そして、タクシー事業は運賃原価を構成する要素がほぼ共通と考えられる上、その中でも人件費が原価の相当部分を占めるものであり、また、同じ地域では賃金水準や一般物価水準といった経済情勢はほぼ同じであると考えられるから、当該同一地域内では、同号にいう「能率的な経営の下における適正な原価」は各事業者にとってほぼ同じようなものになると考えられる。したがって、平均原価方式に従って算定された額をもって当該同一地域内のタクシー事業者に対する運賃の設定又は変更の認可の基準とし、右の額を変更後の運賃の額とする運賃変更の認可申請については、特段の事情のない限り同号の基準に適合しているものと判断することも、地方運輸局長の前記裁量権の行使として是認し得るところである。もっとも、タクシー事業者が平均原価方式により算定された額と異なる運賃額を内容とする運賃の設定又は変更の認可申請をし、右運賃額が同号の基準に適合することを明らかにするため道路運送法施行規則(平成七年運輸省令第一四号による改正前のもの)一〇条二項所定の原価計算書その他運賃の額の算出の基礎を記載した書類を提出した場合には、地方運輸局長は、当該申請について法九条二項一号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきであることはいうまでもない。

平成 21 年 23 問エ

A市では、職員の非違行為の類型とそれに対して課されるべき懲戒処分の種別及び程度を規定した内部基準(地方公務員法第29条第1項第1号にいう条例,規則又は規程のいずれにも該当しないもの。以下「本件基準」という。)を定めているが、A市市長は、職員Xに対し、本件基準よりも厳しい懲戒処分(以下「本件処分」という。)を行った。そこで、Xは、本件処分の取消訴訟を提起した。

(参照条文) 地方公務員法

第29条 職員が次の各号の一に該当する場合には、これに対し懲戒処分として戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。

- 一 この法律若しくは第57条に規定する特例を定めた法律又はこれに基く条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程に違反した場合
 - 二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合
 - 三 全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合
- 2～4 (略)

エ. 裁判所は行政規則には拘束されないとの見解を採ると、本件処分が本件基準よりも厳しいものであるという事情は、本件処分の違法性に関する受訴裁判所の判断に影響することはない。(×)

平成28年15問ウ

申請に対する裁量処分を行うかどうかを判断するための審査基準となる通達があるときは、行政庁は、当該通達に拘束されるから、事案の性質に応じて当該通達の定めと異なる内容の処分をすることは許されない。(×)

2 平成 29 年択一分析

・ 処分基準と審査基準について問うた設問 15

- 平成 28 年の論文で出題された内容が聞かれているア・ウの肢について間違えてないか？
- 原告適格の「関係法令」の定義を聞いたエの肢は間違えなかったか？

・ 行政裁量について問うた設問 16

- 肢イのずらし方は典型(現在の価額水準に照らして)
- 肢ウの許可されないのが原則というところは注意

・ 行政上の義務履行確保手段について問うた設問 17

- 全問合わせたいところ。

・ 処分性について問うた設問 19

- 対物処分であっても処分性が肯定されるというイの肢に注意

・ 義務付けの訴えと差止めの訴えについて問うた設問 21

- どういう判決がでるかについての肢アは少し難しいかも(条文を確認)
- 肢イは重要判例なので、押さえておきたい。
- 肢エは初めて見た人が多いと思われる、答えられなくても OK

最判平 24・2・9

当該差止請求は理由がなく棄却を免れないものである以上、不利益変更禁止(行訴法 7 条, 民訴法 3 1 3 条, 3 0 4 条参照。以下同じ。)の原則により, 上記訴えについても上告を棄却するにとどめるほかなく, 原判決の上記違法は結論に影響を及ぼすものではない。

3(1) 次に, 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の適法性について検討する。無名抗告訴訟は行政処分に関する不服を内容とする訴訟であって, 前記 1(2)のとおり本件通達及び本件職務命令のいずれも抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない以上, 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ことができる。抗告訴訟については, 行訴法において, 法定抗告訴訟の諸類型が定められ, 改正法により, 従来は個別の訴訟類型として法定されていなかった義務付けの訴えと差止めの訴えが法定抗告訴訟の新たな類型として創設され, 将来の不利益処分の予防を目的とする事前救済の争訟方法として法定された差止めの訴えについて「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」ではないこと, すなわち補充性の要件が訴訟要件として

定められていること（37条の4第1項ただし書）等に鑑みると、職務命令の違反を理由とする不利益処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としての当該職務命令に基づく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か否かが問題となるものと解するのが相当である。

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。