

<判例研究>

栃木県知事から介護保険法
103条1項に基づく勧告を受けた
介護老人保健施設を営む抗告人が、
同法103条2項に基づく公表及び
3項に基づく措置命令・
業務停止命令の
仮の差止めを申し立てた抗告事件

天 本 哲 史

キーワード：制裁的公表，仮の差止め

東京高裁平成19年11月13日決定

仮の差止命令申立却下決定に対する抗告事件

平成19年（行ス）第35号

裁判所ウェブサイト

(<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080912094737.pdf>)

【事実の概要】

本件は、栃木県知事から介護保険法103条1項に基づく勧告（以下、「本

件勧告」という。)を受けた抗告人(原審の申立人と同じ。)が、本件勧告の取消し並びに法103条2項に基づく本件勧告に従わなかった旨の公表(以下、「本件公表」という。)及び同3項に基づく本件勧告に係る措置命令・業務停止命令(以下、「本件命令」という。)の差止めを求める本案訴訟を提起し、行政事件訴訟法(以下、「行訴法」という。)37条の5第2項に基づき、本件公表及び本件命令の仮の差止めを申し立てた事案である。

栃木県知事は、平成18年6月28日、県職員らをして、a介護老人保健施設(以下、「老健」という。)及びb老健に立ち入り、従業員に対して質問して報告させ、書類の写しを提出させて検査を行った。栃木県知事は、同月29日も県職員らをして、抗告人に対し、書類の写しを提出させるなどした。栃木県知事は、平成18年10月3日付けで、a老健につき、(1)看護・介護職員が入所者の数が3またはその端数を増すごとに1以上いなくてはならないという基準に適合していない、(2)介護支援専門員として専らその職務に従事する常勤の者がいると認められない、(3)常時身体的拘束を行っている、(4)身体的拘束等の記録がない、(5)従業者及び会計に関する諸記録の一部が整備されていないとして、2か月以内の改善及び報告並びに上記(1)ないし(5)に伴う介護報酬に関する過誤調整などを勧告し、勧告に従わなければ、従わなかった旨を公表することがあること、正当な理由なくして従わない場合には、措置命令・業務停止命令処分をすることがあることを告知した。抗告人と栃木県との間で、質問、回答、弁明等のやりとりがされ、同年12月27日、栃木県知事は、県職員らをしてa老健への立入検査を行い、平成19年2月9日、栃木県は、抗告人に対し、身体的拘束等についての改善は認められるものの、その余の改善、弁明は認められないとして、同月20日までに勧告に従うか否か回答するように伝えた。抗告人は、同月20日、宇都宮地裁に対し、抗告人を原告、栃木県を被告として、栃木県が抗告人に対してした本件勧告の取消し並びに栃木県知事が抗告人に対して行う予定の公表、措置命令及び業務停止命令の差止めを求めて訴えを提起した。⁽¹⁾更に、抗告人は、栃木県知事が、抗告人に対し、介護保険法103条2項に基づく公表をしてはならない、栃木県知事は、抗告人に対し、同条3項に

基づく措置命令及び業務停止命令処分をしてはならない、とする本件仮の差止め命令申立てを行った。⁽²⁾同年6月18日、原審・宇都宮地裁は、本件公表に対する申立ては不適法であり、また、本件命令に対する申立ては理由がないとして、いずれも却下した。抗告人は、原決定を不服として、東京高裁に本件抗告を提起した。

【決定要旨】 申立棄却決定

「抗告人は、本件公表は権力的事実行為に当たり、その処分性が肯定されると主張する。(改行)しかし、本件公表は、国民に対する情報の提供であって、これにより国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているとはいえないから、行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為(行政事件訴訟法3条2項)には当たらないというべきである。(改行)したがって、本件公表の差止めの訴えは不適法であり、本件公表の仮の差止めの申立ても不適法である。」

「抗告人は、本件命令により、抗告人につき償うことのできない損害を生じるおそれがあると主張する。(改行)ところで、「償うことのできない損害」(行政事件訴訟法37条の5第2)とは、金銭賠償が不可能な場合のほか、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合も含まれると解すべきところ、本件命令によって抗告人に生じる損害は、事業活動に伴う経済的損害であると認められ、これをもって抗告人に償うことのできない損害が生じるということとはできない。(改行)したがって、本件命令の仮の差止めは理由がない。」

よって、抗告人の申立てを却下した原決定は相当であり、本件抗告は理由がないからこれを棄却することとして、主文のとおり決定する。

【解説】

1 本決定の意義等

行政による制裁を目的とした公表及び行政処分をした事実の公表（以下、「処分事実公表」という。）の前提となる行政処分の仮の差止めが問題となった事例については、印刷公刊物に掲載されたものは少なく、しかも、行政による公表の処分性は否定され、また、処分事実公表の損害は行政処分による「償うことのできない損害」には当たらないとして、全て却下されている⁽³⁾。本決定の意義は、これらの先例を踏襲したところにある。

本件抗告における仮の申立ての対象は、栃木県知事による介護事業者に対する介護保険法103条2項に基づく公表及び同3項に基づく措置命令・業務停止命令である。前者は行政指導不服従事実の公表に対するものであり、後者は処分事実公表の前提となる行政処分に対する仮の差止めを求めるものである。これらの公表は、いずれも国民に対して一定事実を公表する情報提供の外観を呈するに止まりながらも、行政指導や行政処分を受けた者の中でも行政指導不服従者や法的義務違反者に限って「その旨を公表することができる。」又は「その旨を公示しなければならない。」等と規定されていることや、法令条文の構造上で行政指導や不利益処分の根拠規定の次条ないし次項に公表の根拠規定を定めていることが多いこと⁽⁴⁾や、行政指導不服従事実の公表に際し、弁明の機会の付与等の行政手続法（条例）上の不利益処分手続類似の事前手続が定められていることなどから⁽⁵⁾、情報公開の一環とした情報提供だけを目的としたものというよりも⁽⁶⁾、その実質において、法的義務や行政指導の実効性を確保するために、法的義務違反者や行政指導不服従者に対する制裁を目的として行われる行政による公表と観念することができる⁽⁷⁾。

このような行政による制裁を目的とした公表は、国・地方公共団体が法律（条例）や行政指導による公的規制の実効性確保など行政目的達成のために用いる手段である。かかる行政による公表は、法律（条例）による義

務の不履行や行政指導に対する不服従など行政目的達成に反することがあった場合などに、その一定事実を公表して社会的評価を低下させるとともに、公表される者に対して経済上の不利益を含めた社会的制裁を国民・住民一般の反応に期待する手段として国・地方公共団体によって行なわれている。このような行政による公表を用いた制裁手段は、社会的評価を気に留めない者には効果を期待できないが、社会的評価を重んじ、社会的評価の失墜が大きな損害につながるような個人・事業者に対しては、有効な制裁手段になり得ると思われる。一方で、反社会的な印象を国民・住民に抱かせることを通じ、個人・事業者に対して侵害的な効果があることや、これに加えて風評被害によって他の個人・事業者に対しても深刻な影響があることなどから、制裁的公表に関わる法的問題としては、法律の根拠、手続保障、プライバシー・個人情報保護、情報公開、公務員法上の守秘義務、抗告訴訟、国家賠償（謝罪広告による原状回復も含む。）などに関わるものが挙げられるが、本件で問題となったのは、制裁的公表に関わる仮の差止めの可否の問題である。

かつて、本案判決前の仮の救済として処分の仮の差止めを求めることが実効的な救済を図るために必要となる場合として、「本案判決前に規制権限に基づく監督処分や営業停止等の処分がされて執行停止を受ける間もなのまま公表されるおそれがあり、いったん当該処分が公表されると名誉や信用等が著しく害され、生活や事業活動などに償うことができない損害が生ずる場合」⁽⁸⁾が挙げられていた。このような例示があるように、処分事実公表が予定された行政処分⁽⁸⁾に仮の差止めが認められることは、本案判決が確定するまでに行政処分及び処分事実公表をされてしまえば、後述するように、処分事実公表の前提となる行政処分に対する取消訴訟や執行停止によってその効力を停止しても、一旦公然とされた情報の伝播を阻むことはできず、金銭賠償等によって回復不可能ないし回復困難な程度の損害を負うと解されることから、事業者の社会的評価の低下とそれに伴う深刻な損害を防ぎ、事業者の仮の権利救済を図るために重要な意義を持つことになると思われる。⁽⁹⁾また、行政指導不服従事実の公表に仮の差止めが認められ

ることは、公表を差止める本案判決が確定するまでに公表されてしまうことを防ぎ、事業者の仮の権利救済を図るために重要な意義を持つことは同様である。

本決定では、抗告人が、栃木県知事は、抗告人に対し、介護保険法103条2項に基づく公表をしてはならないことを求めることから、本件公表に処分性が認められ、本案訴訟が適法に係属しているかが、争点1となる。また、抗告人が、栃木県知事は、抗告人に対し、同条3項に基づく本件命令をしてはならないことを求めることから、本件命令による「償うことのできない損害」が存在するかが、争点2となる。

本研究は、上記のような制裁的公表に関わる仮の差止めの意義を踏まえた上で、本件各争点に沿いながら、制裁的公表に対する私見を織り交ぜつつ本決定の位置付け等に関わる法的研究を目的とするものである。

2 本件公表の処分性の有無

ここでは、争点1の本件公表の処分性の有無を検討する。仮の差止めは、本案訴訟が「差止めの訴えの提起があつた場合」(行訴法37条の5第2項)における仮の権利保護手続である。そのため、仮の差止めが認められるためには、本案訴訟である差止め訴訟が適法に係属していることが手続的要件となる。

本案訴訟における差止めの対象であり、本件抗告における仮の申立ての対象は、栃木県知事による介護事業者に対する介護保険法103条2項に基づく本件公表及び同3項に基づく本件命令である。差止めの訴えの対象である「処分」(行訴法3条7項)とは、「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」(行訴法3条2項)であり、最高裁判例によって示された「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」に該当するような講学上の行政行為等と解される。⁽¹⁰⁾ 本件命令は「介護老人保健施設の開設者に対し、期限を定めて、その勧告に係る措置をとるべきことを命じ、又は期間を定めて、その業務の停止を

命ずる」(介護保険法103条3項)という事業者に対して作為・不作為を義務付ける典型的な行政行為である。そうであるならば、上記の最高裁判例で示された定式を機械的に当てはめたときに、本件命令は、行政処分に該当すると解されることから、本件命令に対する差止め訴訟は適法に係属していることになると思われ、本件命令の仮の差止めの可否については、争点2の「償うことのできない損害」の有無の検討に移行することになる。

一方で、過去の判決等の上で、制裁的公表を含めた行政による公表は、国民の権利義務への影響を及ぼす法的効果の存在を否定され、その処分性は否定される傾向にある。⁽¹¹⁾本決定が本件公表の処分性につき、「本件公表は、国民に対する情報の提供であって、これにより国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているとはいえないから、行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為(行政事件訴訟法3条2項)には当たらないというべきである。」とするが、これは最高裁判例で示された上記の従来からの定式を踏襲した上で本件公表の処分性を否定したものと位置付けられる。制裁的公表は、国民に一定事実を示すに止まり、事業者等に具体的に何らかの作為・不作為を命ずるような法的効果を伴うものではなく、また、行政による公表の影響・程度は、情報の「受け手」の国民・住民側の認識や判断如何によって左右されるものであると思われる。⁽¹²⁾したがって、行政による公表に処分性が認められるか否かは、行政による公表の「法的効果」の理解如何にあると思われるが、⁽¹³⁾前記の最高裁判例の定式によるならば、制裁的公表は、それによって特定の事業者の社会的評価が低下するとしても、事実上の不利益であって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する行為とまでは言えないことから、本件公表に処分性の存在は認められないと解されることになると思われる。⁽¹⁴⁾

以上のように、本件公表に処分性が認められないと解されることから、本件公表に対する差止め訴訟の提起は不適法なものとなる以上、本件公表に対する申立ては不適法なものとなると思われる。よって、本決定が、本件公表に関わる申立てを不適法として却下した判断は、妥当なものであ

たと思われる。

なお、「国民に対する情報の提供であって、これにより国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているとはいえないから」とする本決定の文言をみるならば、このような視点から見て公表の処分性を認めないとする立場は、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する性質を有しない行政による公表の全てに妥当するように解することができる。そのため、食品衛生法の違反事実の公表（食品衛生法63条）などの制裁的公表と種別されるような公表だけではなく、消費者事故等に関わる注意喚起（消費者安全法15条1項）などの情報提供を目的とした公表と種別されるようなものであったとしても、制裁的公表と同様に一定事実を公表するに止まる行為であることから、これらの行政による公表に処分性が否定されることになると思われる。そうであるならば、このような行政による公表による風評被害の防止等のためであっても、抗告訴訟を用いた公表の差止めの訴え及び仮の差止めは却下されることになると思われる。但し、介護保険法103条所定の「勧告→公表」といった行政指導後にその不服従事実を公表するという行政過程と異なり、容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律7条の7第3項のように、行政処分に至るまでに「勧告→公表→審議会等の意見聴取→行政処分」といった行政過程を経る場合には、公表が行政処分に前置される仕組みに注目し、紛争の成熟性を判断基準とした上で、行政による公表に処分性が認められ、差止めの訴え並びに仮の差止めが認容される余地があるように思われる⁽¹⁶⁾。また、行政による公表は、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定するものではないと解した場合には、それに対する仮の差止めは、行政庁の公権力の行使を阻害するような措置ではなく、抗告訴訟の対象たる「公権力の行使」（行訴法3条）には該当しないと解されることから、民事保全法に基づく仮処分を禁ずる行訴法44条との抵触を考慮する必要はないと思われる。そのため、これに対する仮の差止めによる仮の権利救済としては、保全の必要性が認められる限り、「公法上の法律関係」（行訴法4条）の理解如何であるが、民事訴訟又は行訴法4条後段の実質的当

事者訴訟を本案訴訟とした仮の地位を定める仮処分命令申立て（民事保全法23条2項、同24条）を利用することが可能であったと思われる。⁽¹⁷⁾なお、これらの点については、今後の検討課題としたい。

3 本件命令による「償うことのできない損害」の有無

次に、争点2の本件命令による「償うことのできない損害」の有無を検討する。仮の差止めには、「差止めの訴えに係る処分……がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」（行訴法37条の5第2項）が存することが実体的要件となっている。

仮の差止めは、本案訴訟と同じ目的を仮の裁判で実現することから、差止め訴訟の訴訟要件である「重大な損害」（行訴法37条の4第1項）を生ずるおそれよりも厳格な要件として、「償うことのできない損害」（行訴法37条の5第2項）が定められているところ、これには金銭賠償が不可能な場合のほか、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合も含まれると解されている。⁽¹⁸⁾本件は、処分事実公表の前提となる行政処分の仮の差止めが問題となったものであるから、争点2の問題は、(イ)本件命令による損害が措置命令・業務停止命令によるものだけではなく、処分事実公表による損害が本件命令による損害に含まれるか、また、(ロ)本件命令による損害が「償うことのできない損害」に該当するか、の2つの段階に分けて検討しなければならない。

まず、上記(イ)の処分事実公表による損害が、本件命令による損害に含まれるかを検討する。過去の仮の差止めに関わる下級審決定は、処分事実公表の規定がない場合に、処分事実を公表する実態があるとしても、処分事実公表による損害を行政処分による損害に含むことを否定している。⁽¹⁹⁾一方で、過去の差止訴訟や仮の差止めに関わる下級審判決・決定の中には、処分事実公表の規定がある場合に、行政処分後に時として公表されているという実態や処分事実の公表義務が定められていることも含めて勘案し、処分事実公表による損害を行政処分の損害に含むことを認める傾向にある。⁽²⁰⁾これらの傾向が指し示すように、処分事実公表の規定の有無や公表の実態

等を総合的に勘案して、行政処分と処分事実公表との間に密接な関連性が認められる場合には、処分事実公表による損害を行政処分による損害に含むと評価することができるように思われる。行政機関自ら管理するウェブサイトや報道機関によって処分事実が公表されている例外的な実態があるとしても、監督処分や営業停止等の多くの処分事実は公表されていない。そのため、前者のように処分事実公表の規定がない場合には、行政処分があったから処分事実公表がされるということまでは認められないと思われ、この場合の処分事実公表の損害を行政処分に起因する損害に含まれないと解されることには、理があるように思われる。一方で、行政処分後に「その旨を公示しなければならぬ。」等の処分事実公表の規定が法令文言中に散見されるところ、この場合には、処分事実公表が必ずしも実施されるということまでは言えないまでも⁽²¹⁾、行政処分と処分事実公表との間には関連性が認められ、ここでの処分事実公表による損害は、行政処分による損害に含むと解される余地があるように思われる。本決定の文言からは、処分事実公表による損害を行政処分による損害に含むか否かについて、本決定がいずれの立場であるかは不明であるが、本件公表の処分事実公表が「命令をした場合においては、その旨を公示しなければならぬ。」(介護保険法103条4項)とした処分事実を公表する旨の規定に則ってされる行為であることに加えて、当該規定の文言は文理的に実施に関わる裁量余地の無い羈束的な行政活動であることから、本件命令それ自体からの損害ではなくても、本件命令に基づく処分事実公表によって発生する損害は、本件命令に起因する損害に含まれる場合に当たると思われる。

次に、上記(ロ)の本件命令による損害が「償うことのできない損害」に該当するかを検討する。行政処分及び処分事実公表によって生ずる損害の全てが「償うことのできない損害」に該当するわけではなく、個々具体的な状況を総合的に勘案して判断されることになると思われる⁽²³⁾。本件命令は、業務停止等を内容とする行政行為として作為・不作為を命ずる法的効果を生ずるだけでなく、処分事実公表によって発生すると思われる損害には、社会的評価が重視されると思われる介護事業者の社会的評価の著しい低下

による名誉・信用毀損に加えて営業上の逸失利益等の倒産等に至る深刻な経済的損害が含まれると思われる。何となれば、一般的に名誉・信用が毀損された場合、生じた損害を金銭に評価して賠償することが困難であることや、また、国等の行政機関により一旦公然とされた情報による社会的評価の低下からの事後的救済には、金銭賠償以外に国家賠償法4条・民法723条による謝罪広告という原状回復の手段も用いることもできると思われるが、これによる誤った風評の打ち消しは困難であると思われることから、これらに拠ったとしても事業者の権利・利益の満足な回復ができるかには疑問があり、加えて、職業上、社会的評価が重んじられる事業においては、行政による公表により社会的評価が低下するだけでは止まらず、情報の「受け手」の国民・住民の過敏な反応の結果として、事業者等が倒産等に至る回復困難な程度の経済的損害を負うことを予想することは難しい。以上のように、本案判決によって差止めが認められる前に行政処分がなされた場合には、その処分事実公表を止めることはできず、これらの損害は、事後的な取消訴訟や執行停止では権利救済が図れないことや、金銭賠償が不可能あるいは社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当なものと解される。本決定は、本件命令により生ずる損害を「事業活動に伴う経済的損害であると認められ、これをもって原告人に償うことのできない損害が生じるということとはできない。」とする。しかしながら、介護保険法の違反事実に関わる情報を流布するものとして社会的評価の低下による著しい名誉・信用毀損の損害を生じ、また、それに伴う倒産等に至る深刻な経済的損害を生ずる行為であり、事業継続が困難となることが予想されることから、本決定が「償うことのできない損害」を認めなかったのは、妥当な評価ではなかったと思われる。

以上のように、本決定が本件命令による「償うことのできない損害」を認めなかったことは妥当ではないと思われることから、本件命令の仮の差止めの可否は「本案について理由があるとみえる」等のその他の仮の差止めの要件についても検討した上で判断されるべきであったと思われる。

なお、処分事実公表によって発生する損害を「事業活動に伴う経済的損

害であると認められ、これをもって抗告人に償うことのできない損害が生じるということはできない」とする本決定の文言をみるならば、介護事業のように社会的評価が重視されると思われる事業においてできえ、制裁的公表に伴うことが当然と思われる損害を行政処分による「償うことのできない損害」には該当しないとしたものであり、このように解するならば、介護保険法に基づく本件命令だけではなく、多くの処分事実公表が予定された行政処分の場合においても同様に、行政処分による「償うことのできない損害」に含まれないと解され、処分事実公表の前提となる行政処分の仮の差止めは、認容されない可能性が高いと思われる。そうであるならば、事業者の仮の権利救済を図る役割を期待されている仮の義務付けが有効に活用されないことになる。

4 本決定の評価

以上のような本決定に対する検討から、本決定に対する評価としては、行政による公表は処分性を持たない行為であると解されることから、本決定が本件公表の差止め訴訟の提起を不合法とし、適法な本案訴訟が提起されていない以上、本件公表に対する仮の申立ても不合法としたことは妥当な判断であったと思われる。この一方で、本件命令により「償うことのできない損害」が発生しないとして理由がないとした部分については、処分事実公表の前提となる行政処分によって回復不可能ないし回復困難な程度の損害を負うと解されることから、本件命令は「本案について理由があるとみえる」その他の仮の差止めの要件が検討された上で、本件命令に対する仮の差止めが認容される可能性があったと思われる。

本件は、制裁を目的とした公表に関わる仮の差止めが問題となったものであり、制裁的公表の処分性の有無や処分事実公表の前提となる行政処分による損害が「償うことのできない損害」に含まれるか否かといった各論点を考える上でのリーディング・ケースとまでは位置付けられないまでも、法的考究が未だ乏しい制裁的公表に関わる法的問題の中で、過去の制裁的公表に関わる仮の差止め申立てが問題となった下級審決定と併せ、公表に

よる社会的評価の低下等からの仮の権利救済の可否を考える上で参考になるものであったと評価することができる。

注

- (1) 本件の本案訴訟は、宇都宮地判平成21年3月31日判例集未登載。その控訴審は、東京高判平成22年2月10日判例集未登載である。
- (2) 本件の原審は、宇都宮地決平成19年6月18日裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080325100532.pdf>) 参照。
- (3) 行政による制裁を目的とした公表及び処分事実公表の前提となる行政処分の仮の差止めが問題となった事例において、公表の処分性が否定された下級審決定としては、名古屋地決平成18年9月25日 D1-Law 28112501 が存在する。また、公表による社会的評価の低下の損害を「償うことのできない損害」には当たらないとした下級審決定としては、東京地決平成17年12月20日税務訴訟資料255号順号10246、東京地決平成19年2月13日裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070824102542.pdf>)、東京地決平成22年4月12日裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101105101826.pdf>) 参照。
- (4) 制裁的公表が法令上に規定されているものとしては、例えば、障害者の雇用の促進等に関する法律47条は、同法46条1項所定の障害者雇入れ計画につき「厚生労働大臣は、前条第一項の計画を作成した事業主が、正当な理由がなく、同条第五項又は第六項の勧告に従わないときは、その旨を公表することができる。」と規定されている。
- (5) 制裁的公表の実施に際する事前手続が法令上に規定されているものとしては、例えば、小田原州市税の滞納に対する特別措置に関する条例10条1項は、「市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等の公表が必要であると認めるときは、あらかじめその予定する措置の内容を滞納者に通知し、弁明の機会を付与しなければならない。」と規定されている。
- (6) 情報公開制度の体系から「情報提供」を定義付けるものとしては、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説』（有斐閣、第5版、2010）2頁を参照のこと。
- (7) 行政による制裁を目的とした公表に対する法的研究としては、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008）598頁以下、川神裕「法律の留保」藤山雅行編『新・裁判実務大系25行政争訟』（青林書院、2004）3頁以下、北村喜宣『行政法の実効性確保』（有斐閣、2008）73頁以下、拙稿

「行政による制裁的公表の法的問題に関する一考察」東海法学40号(2008)75頁以下, 拙稿「判批」桃山法学15号(2010)361頁以下, 拙稿『行政による制裁的公表に関わる公務員法上の守秘義務違反の法的問題に対する一考察』桃山法学16号(2010)29頁以下などが存在する。

- (8) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「執行停止以外の仮の救済〔仮の義務付け・仮の差止め〕(検討参考資料)第26回資料2」(平成16年5月7日)。
- (9) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会・前掲注(8)の指摘と異口同音に, 処分事実公表の前提となる行政処分の仮の差止めの必要性を言及するものとして, 深澤龍一郎「第37条の5(仮の義務付け及び仮の差止め)」室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』(日本評論社, 第2版, 2006)419頁は, 「国民が, 行政庁から制裁処分を受けたという事実が公表されると, 名誉や信用に重大な損害が生じる場合に, 裁判において実効的な権利救済を得るためには, 行政庁がその制裁処分をしてはならない旨を命ずることを求める差止訴訟が許容されることに加え, 差止判決までの間, 仮に権利保護を受けられるよう, 仮の差止めが認められる必要がある。」とし, また, 第159回国会衆議院法務委員会会議録第24号(平成16年5月12日)[山崎潮政府参考人答弁]は, 「本案判決前に, 例えば営業停止などの制裁処分が公表されたりして, そうして名誉や信用が害される場合, ……もう職業として成り立たないという場合もあり得る……。そういう場合には, もう償うことができない損害, 取り返しがつかない損害ということになる……。これはそういう場合には差しとめをすることができる……。ことをうたっている」とする。
- (10) 最判昭和39年10月19日民集18巻8号1809頁[1810頁]。
- (11) 最判平成10年12月18日D1-Law28051228は, 公正取引委員会の「消費税導入に伴う再販売価格維持制度の運用について」と題する公表文につき, 「本件公表文の公表が抗告訴訟の対象となる処分に該当しないとして被上告人公正取引委員会に対する訴えをいずれも不適法とした原審の判断は, 正当として是認することができる。」とする。名古屋地決平成18年9月25日・前掲中(3)は, 電話勧誘販売の事業者の業務停止命令の公表の差止めを求める「行政事件訴訟法37条の5第2項の仮の差止めの申立てが適法であるためには, 同条の4の差止めの訴えが適法に提起されることが必要であるところ, 申立人が本案訴訟で差止めを求める請求の内, 上記業務停止命令の公表の差止めを求める部分は, 特定商取引

法23条1項の業務停止命令がなされた場合、これに付随してなされるものが定められている事実行為であって、それ自体は行政処分性を有するものではないから、その差止めを求める請求部分是不適法である。」とする。東京高判平成21年11月19日 D1-Law28162417 は、川崎市中高層建築物等の建築及び開発行為に係る紛争の調停等に関する条例22条1項に基づく「本件公表は、川崎市長による調停受諾勧告を受けた者が、同勧告に正当な理由なく応じなかったことを一般的に知らせる行為であって、国民に対する情報提供としての側面を有する非権力的な事実行為であり、それ自体によって、直接国民の権利義務に影響を及ぼすとはいえず、控訴人に対し、事実上調停受諾を促す制裁的な側面が認められるとしても、それ自体が直接法律効果を生じさせるものでない以上、処分性があるとはいえない。仮に本件公表により控訴人の権利が違法に侵害されている場合には、不法行為を理由として法的救済を求めることができるのであって、何らの法的効果を伴わない事実行為としての「公表」に対する法的救済手段としては、そのような方法によるべきであり、取消訴訟によることはできないというべきである。」とする。川神・前掲注(7)15頁は、「制裁的公表に制裁的機能・侵害的性格が認められるとしても、それ自体が直接法律効果を有するものではない以上、制裁的公表が抗告訴訟の対象となると解するのは困難」とする。

- (12) 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣, 2009) 14頁は、制裁的公表による「制裁的效果が、社会の人々の反応という行政の側でコントロールすることができない事情」があるとして、制裁的公表の影響・程度が「受け手」の反応に依拠することを指摘する。
- (13) 行政による公表に処分性が認められるか否かは、公表による「法的効果」の理解如何にあると思われる。この点につき、山村恒年「総則」南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣, 復刻版, 2000) 27頁は、知事が「社会保険医療担当者監査要綱」(昭28.06.10保発46号厚生省保険局長の都道府県知事あて通達)に定めた戒告事由に当たるとして保険医に対してなした戒告は何らの法律上の効果を生じないから行政処分でないとする最高裁判決(最判昭和38年6月4日民集17巻5号670頁)につき、この戒告が県公報に公表され、医師の名誉・営業上の信用を侵害する点から、法律の根拠を必要とし、かつ、法規の根拠がないということだけで何らの法的効果が生じないとして行政処分性を否定すべきではないとする批評が、公表の処分性の有無を考える上でも参考になるとと思われる。また、高野修「履行済ポスト・ノーティス命令に対する取消の訴えの利

益」[人間・文化・社会]編集委員会編『人間・文化・社会』(岩手大学人文社会科学部地域文化基礎研究講座, 1997) 509頁は, 名誉信用等の侵害は, 社会的受忍限度を越える場合, 処分の直接の効果と考えるべきとし, 「公表の結果社会的心理的に当然生ずるであろう不利益の受忍義務を考えれば公表にも法効果があることになる」として, 公表の処分性を認めている。

- (14) なお, 行政による公表の取消訴訟の可能性を認めるものとして, 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』(有斐閣, 第4版, 2011) 259頁参照。
- (15) 公表の後に行政処分が行われるものとして, 例えば, 容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律7条の7第3項は, 同1項所定の容器包装の使用の合理化による容器包装廃棄物の排出の抑制の促進に関し必要な措置をとるべき旨の勧告後の同2項所定の公表後に, 「主務大臣は, 第一項に規定する勧告を受けた容器包装多量利用事業者が, 前項の規定によりその勧告に従わなかった旨を公表された後において, なお, 正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかった場合において, 容器包装の使用の合理化による容器包装廃棄物の排出の抑制の促進を著しく害すると認めるときは, 審議会等……で政令で定めるものの意見を聴いて, 当該容器包装多量利用事業者に対し, その勧告に係る措置をとるべきことを命ずることができる。」と規定されている。なお, 塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣, 第5版, 2010) 248頁は, 差止訴訟は, 法治国原理に結合が容易であることと, 処分に先行して, 制定法上に公表, 回答などの法的仕組みが活用されていること, 現代の情報化社会の下では規制処分の波及的效果が大きいことから, その必要性が増していることと指摘していることが参考になる。
- (16) 処分性の有無の判断において紛争の成熟性を考慮することにつき, 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂, 2009) 24~33・64頁を参照のこと。
- (17) 櫻井敬子=橋本博之『行政法』(弘文堂, 第3版, 2011) 183頁は, 「公表により自己の権利益が侵害されると考える者には, ……人格権を根拠に公表の差止請求をすることなどの対抗手段があり得る。」とする。加藤幸嗣「行政法の情報提供・公表」芝池義一ほか編『行政法の争点』(有斐閣, 第3版, 2004) 41頁は, 公表に対する「予防的救済方法としては, 例えば, 勧告措置が発せられこれに係る公表措置の執られるべきことが予測される場合に, その事前差止めが考えられよう(公法上の当事者訴訟として審理されうると解する……)」とする。原田尚彦

『行政法要論』（学陽書房，全訂第7版補訂版，2011）238頁は、「公表が予定できれば，損害を受ける相手方は（民事）訴訟などを提起してその差止めを求めることができる。」とする。宮田三郎『行政訴訟法』（信山社，第2版，2007）197頁は，実質的当事者訴訟における公法上の差止めを求める請求（消極的な一般的給付訴訟）として，「行政庁による名誉・信用毀損の発言の撤回を求める請求」を挙げている。

- (18) 行訴法37条の5第2項所定の「償うことのできない損害」について，第159回国会衆議院法務委員会会議録第22号（平成16年5月7日）〔山崎潮政府参考人答弁〕は，「この償うことのできない損害が生ずるおそれといった場合につきましても，重大な損害が生ずるおそれといった場合よりも，損害の回復の困難の程度が比較的著しい場合ということになるわけですけれども，償うことのできない損害といましても，およそ金銭賠償が可能なものはすべて除かれるというふうに解釈されるものではないというふうに考えておりました，むしろ，社会通念に照らして，金銭賠償のみによることが著しくやはり不相当と認められるような場合も含むものでございまして，これは個別の事案によって，裁判所の方でその運用のよろしきを得てやっていくことになろうかというふうに考えております。」とする。
- (19) 東京地決平成17年12月20日・前掲注(3)は，法人税の更正処分は「業務停止等の命令などとは異なり，更正処分が行われた場合に，税務職員が当該事実を新聞各紙に公表する旨の規定は存しない。……したがって，新聞報道によって，仮に申立人の信用が失墜すると仮定したとしても，当該損害は本件更正処分による損害とはいえないものといわざるを得ない。」とする。東京地決平成19年2月13日・前掲注(3)は，健康保険法に基づき「処分行政庁が保険医の登録医の登録取消処分をした場合に，当該処分の事実を厚生労働省のホームページ上で公表することが例となっていることが一応認められ，その結果，保険医の登録医の取消処分が行われた場合に，事実上，申立人の名誉及び信用が低下することは否めない。（改行）しかしながら，処分行政庁が保険医の登録取消処分をした場合に，当該事実をマスメディアを通じて公表する旨の規定は存在せず，申立人の主張する名誉及び信用の低下は，上記ホームページ上での公表やマスメディアの報道によって生じるものであって，本件本案である差止めの訴えに係る処分がされることにより直接生じる損害とはいえない。」とする。
- (20) 大阪地判平成20年1月31日判タ1268号152頁〔161頁〕は，健康保険法

に基づき「本件各処分がされた場合、そのことは、地方社会保険事務局の掲示場に掲示する方法で公示される（保険医療機関及び保険薬局の指定並びに保険医及び保険薬剤師の登録に関する政令2条、9条、同省令1条の2、13条）ほか、報道機関にも発表され、厚生労働省のホームページにも、当該保険医療機関の名称、当該保険医の名前等が公表される（弁論の全趣旨）のであり、上記評価及び信用毀損の程度は大きい。そして、本件各処分後に執行停止がされたとしても、本件各処分によって低下、失墜した原告らの歯科医師としての社会的評価や信用が直ちに回復することは考えにくく、他の歯科医院に転院した患者が、再び原告らの歯科医院に戻る可能性は低いことはもとより、新規の患者が増える可能性も低いと解される。」とする。東京高判平成22年2月10日・前掲注(1)は、「本件業務停止命令に着目した場合、同命令の効果は控訴人のa老健の業務に直ちに影響し、本件業務停止命令の公示（法103条4項）がされたときは直ちに信用の毀損が生じ、また、本件業務停止命令が取り消されたとしても、原状回復には相応の支障が生ずるものと推測され、これによる損害は後の損害賠償請求のみで回復することが困難と推測されるから、本件業務停止命令がされるときは、控訴人に重大な損害が生ずるおそれがあるといえる。」とする（宇都宮地判平成21年3月31日・前掲注(1)も同旨）。東京地決平成22年4月12日・前掲注(3)は、「司法書士法51条が司法書士に対する懲戒処分をした場合に処分行政庁にその旨を官報をもって公告するよう義務付けていることによれば、申立人が本件処分を受けることにより、3か月間司法書士業務をすることができなくなり、また、本件処分をした旨の処分行政庁による官報公告がされることによって、申立人の社会的評価・信用が一定程度低下することは否めないというべきであり……、これらの結果、申立人が業務停止期間に応じた一定の経済的損失を被り、また、相応の精神的損害を受けるであろうことは十分に想定できるところである。」とする。

- (21) 例えば、計量法159条、消費者契約法34条5項、盲導犬の訓練を目的とする法人の指定に関する規則8条2項などのように、現行の法令上に、処分事実公表の規定が、数多く存在している。
- (22) 処分事実公表をする旨の規定が存在する場合に、制裁的公表が積極的に活用されている例としては、障害者の雇用の促進等に関する法律47条に基づく行政指導不服従事実の公表がある（近時の例として、厚生労働省ウェブサイト「障害者の雇用状況に改善が見られない6社（うち再公表2社）を公表します」（平成23年5月13日）(<http://www.mhlw>).

go.jp/stf/houdou/2r985200001byvt.html) 参照。)。但し、このように制裁的公表が活用されることは例外的であり、多くの行政による公表は法令上の規定に存在していても、活用されていないように思われる。このような行政による公表の不作為の状況について指摘するものとして、阿部・前掲注(7)『行政法解釈学Ⅰ』599頁は、制裁的公表が「実際にはそれほど活用されず、せいぜいは脅しに使うだけで、床の間に飾っておくだけの張り子の虎の感がないではない。」とすることが参考となる。また、条例に基づく公表制度がほとんど用いられないことがない旨の指摘として、三辺夏雄「自治体行政の実効性の確保手法」公法58号(1996)249頁を参照のこと。

- (23) 処分事実公表の前提となる行政処分に対する仮の差止めが認められなかった下級審決定として、東京地決平成22年4月12日・前掲注(3)は、「償うことのできない損害」要件の判断につき、司法書士の処分事実公表の前提となる「懲戒処分を受けることに伴う社会的評価・信用の低下それ自体については、本案について理由があることが一見明白であるような場合や当該具体的事案の内容からみて社会的評価・信用の低下が極めて著しいような場合はともかく、……一般的にあって当然に償うことのできない損害に当たるとみることはできないし、本件処分がされた後においても、その取消しの訴え等をもって本件処分の違法を争い、勝訴判決を得ることができれば、そのことを関係先に周知することで相当程度回復可能であるというべきである。」とする。なお、当該決定は「本案について理由がある」という文理上別の要件を「償うことのできない損害」判断に容喙させている点に疑問がある。
- (24) 行訴法37条の5第2項所定の「償うことのできない損害」要件の該当性判断の考慮要素として、永谷典雄「仮の義務付け及び仮の差止め」南博方＝高橋滋編著『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、第3版補正版、2009)676頁は、「本案訴訟による救済の可能性の有無及び程度、財産的なものか非財産的なものかなどといった損害の性質および程度ならびに対象となる処分の内容および性質をも勘案して判断される」とすることが参考となる。
- (25) 誤った公表の救済としての謝罪広告につき、阿部泰隆「違反企業の公表」山田幸男ほか編『演習行政法(上)』(青林書院新社、1979)367頁、石森久広「行政の実行性の確保手段」村上武則編『基本行政法』(有信堂、第3版、2006)218～219頁、川神・前掲注(7)20頁のそれぞれを参照のこと。

- (26) 升田純『風評損害・経済的損害の法理と実務』（民事法研究会，2009）91頁は，国等の行政機関によって提供された情報による悪影響は，真実でないことや合理的根拠がないことが判明した後にも悪影響が持続していることが少なくないとする。また，櫻井＝橋本・前掲注(17)183頁は，「公表は，義務履行確保の手段として高い効果が期待される反面，氏名を公表される当該個人ないし企業に深刻な不利益を与える可能性があり，また，いったん誤った情報が公にされると原状回復が事実上困難となる。」とする。
- (27) 介護事業と同様に，身体や健康に深く関係わり，社会的評価とりわけ信用が重要となる事業として食品関連事業がある。1996年に発生して大阪府堺市で学校給食へのO-157汚染による食中毒事件につき，厚生省（現，厚生労働省。）による疫学原因調査でカイワレダイコンが感染源の可能性が高いと報道され，その結果としての風評被害で打撃を受け，倒産・破産，自殺してしまうカイワレ農家が出る事態となったと報道されている（「平成15年5月21日朝日新聞東京本社夕刊第4版1・15頁」）。

謝辞

本稿は，関西行政法研究会3月例会（於 大阪学院大学）(2011年3月)で報告した内容に加筆・修正をしたものである。研究会報告の際，本稿作成の参考となる御意見を頂いた先生方にこの場を借りて御礼を申し上げたい。