

行政による制裁的公表の処分性に関わる法的問題に対する研究

天 本 哲 史

## 目 次

はじめに

1. 制裁的公表の法的性質と処分性判断の判例法理
  - (1) 制裁的公表の法的性質
  - (2) 処分性判断の判例法理
2. 制裁的公表の処分性に関わる学説と裁判例
  - (1) 学説
  - (2) 裁判例
3. 制裁的公表の処分性に関わる法的問題
  - (1) 制裁的公表の処分性の有無
  - (2) 制裁的公表に処分性が認められる例外的な場合
  - (3) 制裁的公表の前提となる行政指導の処分性の有無

むすびに

キーワード：制裁的公表，公表，抗告訴訟，処分性，  
行政上の実行性確保手段

## はじめに

行政上の義務不履行や行政指導不服従といった行政目的を達成するための公的規制に反する行為があった場合に、義務違反者や行政指導不服従者の氏名等を含む一定の事項を行政機関が公表する制度が、国や地方公共団体における様々な行政部面において法律・条例、要綱等により導入・実施される傾向にある<sup>(1)</sup>。

このような「公表」と呼称される行為は、不特定多数に一定の事項を発表する行為のことである<sup>(2)</sup>。そして、行政による公表の中で、国民や住民に利益となるのみの天気予報や緊急地震速報といった一定事項の予報や警報あるいは消費者保護に関わる第三者による不慮の損害を避けるための注意喚起のように情報提供だけを目的としたものというよりも、国民や住民に対して一定事項を公表するという情報提供としての外観を呈する行為に止まりながらも<sup>(3)</sup>、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勧告といった行政指導や措置命令等の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や、あるいは行政指導不服従事実や義務違反事実の公表に際し、公表を予定される者に対する弁明の機会の付与等の行政手続法（条例）その他の法律等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<sup>(4)</sup>、名誉・信用を害するおそれのある事実を公表するという形での制裁を予定することによって法的義務の遵守や行政指導への協力を確保しようとするものであること、また、不利益な公表によって名誉・信用を害するだけではなく、行政による公表が持つ社会的効果を利用し、世論に訴えることによって行政目的に反する者に不利益を与えるものであることから、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、もっぱら義務違反者や行政指導不服従者等に対する行政による制裁を目的とした公表（以下、「制裁的公

表」という。)と観念することができる。<sup>(8)</sup>また、このような公表される者にとって不利益となることを意図された公表は、国や地方公共団体などの公的機関によるだけではなく私人や本邦以外の政府機関によっても広く実施<sup>(9)</sup>されている。

行政による制裁的公表は、国や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り、かかる行政による公表は、法律や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公的規制に反することがあった場合などに、その氏名等の一定の事項を公表して公表される者の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や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。また、国や地方公共団体が国民や住民に対して一定の情報を提供する役割を果たすという意味でも、一般的な情報提供を目的とした公表と同様な役割を果たし得ると思われる。このような一方で、反社会的な印象を国民や住民に抱かせることを通じ、個人や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や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検討すべき法的問題としては、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。）<sup>(10)</sup>などに関わるものが挙げられる。

行政による制裁的公表は、精神的作用を伴うに止まる事実行為であって、直接的法効果を有しない表現行為である。しかしながら、当該手段に関して指摘されているのは、制裁としての機能を持ち、それによる侵害的效果を有していること、また、事実行為として法的効果は持たないような行為の違法性を、私人は争い得るのか、あるいはどのような方法によって救済されるのかという問題である。行政による制裁的公表によって個人や事

業者にとっては名誉・信用を毀損されることは、それだけに止まらずそれに伴う風評により経済的被害等の重大な損害を生ずる可能性は当然否定できない。このような行政による制裁的公表からの事前・事後的な司法救済手段の中で、抗告訴訟を利用することは、公表を取消しあるいは提訴のタイミングによっては公表による被害の発生や拡大を未然に防止することに資するものであり、個人や事業者が名誉・信用毀損や経済的利益の損失から自己の利益の救済を図る有効な選択肢の一つとして考えることができるように思われる。そして、抗告訴訟において当該行為に処分性が認められることは、処分性の存在が訴訟要件となる取消訴訟や差止訴訟といった抗告訴訟以外にも本案の審理が適法に係属していることが要件となる執行停止や仮の差止めといった仮の救済措置が利用できるか否か、つまりこれらの訴えや申立てが退けられるか否かの重要なメルクマールとなるものである。したがって、かかる行政による制裁的公表の処分性の有無を検討することは、学理上有益であるだけでなく実務上においても、制裁的公表の法的問題を研究する上で重要であるように思われる。

以上のような、行政による制裁的公表に対する筆者の認識から、本稿は、これまでの学説や裁判例を手掛かりにしながら、制裁的公表の処分性の有無とそれに関わる法的問題に焦点を絞って、法的考察を試みることを目的としたものである。

## 1. 制裁的公表の法的性質と処分性判断の判例法理

### (1) 制裁的公表の法的性質

行政による制裁的公表の類型整理を試みるならば、障害者の雇用の促進等に関する法律（以下、「障害者雇用促進法」という。）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、……勧告に従わないときは、その旨を公表することができる。」として、行政指導の不服従に関わる氏名等を含む一定事実の公表（以下、「行政指導不服従事実の公表」という。）

を規定し、また、小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例6条2項前段は、滞納処分手続着手後に行政サービス停止等と併せて「市長は、必要があると認めるときは、……滞納者の氏名、住所その他必要と認める事項……を公表することができる。」として、法律や条例による法的義務の違反に関わる氏名等を含む一定事実の公表（以下、「義務違反事実の公表」という。）を規定している。さらに、行政による制裁に含めるかはその定義如何であるが、過去に課された公的規制に反する者に対して不利益を科するだけではなく、公表によって喚起された世論による不利益の継続を避けるために公表にかかわる行為を中止させるという間接強制としての機能を有する公表として、<sup>(11)</sup> 特定商取引に関する法律8条2項は、販売業者又は役務提供事業者に対し、訪問販売に関する業務の全部又は一部を停止すべきことを命じた時に「主務大臣は、……命令をしたときは、その旨を公表しなければならない。」として、措置命令等といった不利益な行政処分をした事業者等の氏名等を含む一定事実の公表（以下、「行政処分事実の公表」という。）を規定し、<sup>(12)</sup> また、畜産物の価格安定に関する法律5条2項は、安定基準価格に達しない価格で原料乳を買い入れ、又は買い入れるおそれがある乳業者に対し、その原料乳の価格を少なくとも安定基準価格に達するまで引き上げるべき旨を勧告した場合には、「農林水産大臣又は都道府県知事は、……勧告をしたときは、その旨を公表することができる。」として、行政指導をした事業者等の氏名等を含む一定事実の公表（以下、「行政指導事実の公表」という。）を規定している。<sup>(13)</sup> また、このような法律や条例に規定されている公表以外にも、地方公共団体が策定した要綱等の法規範に基づかずに実施されている同旨の公表も多く存在している。<sup>(14)</sup>

上記のような法律や条例の規定、要綱に基づいている公表のように、かかる行政による制裁的公表は、国民や住民一般に対し、義務違反者や行政指導不服従者等の氏名を含めた一定事項を公表するに止まる非権力的事実行為である。したがって、その行為の法的性質は、行政作用法上の代表的な法概念である行政行為その他の権力的行為のそれとは異なる。かかる行

行政行為とは、論者によってその定義は若干異なるが、伝統的・通説的には「行政庁が、法に基き、公権力の行使として、人民に対し、具体的な事実に関し法律的規制をなす行為」であり<sup>(15)</sup>、また、即時強制や直接強制といった「行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」たる事実行為でもない<sup>(16)</sup>。これらのように表現される権力的行為と異なり、行政による制裁的公表は国民・住民一般に対する単なる行政情報の公表に止まる行為であって、公表される者を名あて人とした直接的な強制力をもつものでないこと、また、権利義務その他法的地位を具体的に変更するなどの法行為とは言えないことから、行政による制裁的公表の法的性質は非権力的事実行為と捉えることができる。

行政による事実行為の分類は論者によって異なると思われるが、一般的には物理的作用としてなされる公共土木工事、公共事業、即時強制、行政上の強制執行、行政調査等と、精神的作用としてなされる通知、勧告、訓告、勧奨、判定、注意、戒告、叱責、調査、指導、公証等に分類することができる<sup>(17)</sup>。行政による制裁的公表は、一定の行政情報を提供するに止まる行為であることから、後者の精神的作用としてなされる事実行為に属する行為である。しかして、これらの事実行為の法的性質が権力的行為であるか非権力的行為であるかは別として、事実状態の変動を内容とする行政の活動に過ぎず、一般的には「取消」されるべき法的効果が無いとして処分性を有しない行為とされるであろうが、行政不服審査法2条1項所定の公権力の行使に当たる継続的性質を有する事実行為、講学上の確認や公証などの準法律行為的行政行為、加えて後述するように通知や勧告などのように精神的作用に止まる事実行為に処分性を認める最高裁判決の存在が示すように、個々の事実行為の処分性の有無に対する検討の必要性が、皆無ではないことは言うまでもあるまい。

## (2) 処分性判断の判例法理

行政処分の取消訴訟は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行

為(……裁決, 決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。)の取消しを求める訴訟(行訴法3条2項)であることから, このような取消訴訟の対象となる行為には「処分」としての性格, いわゆる「処分性」を有さなければならないことになる。そして, 取消訴訟の対象となる行為の処分性の存否は, その他の抗告訴訟においても同様に重要な訴訟要件となっている(行訴法3条)。さらに, 本案の審理が適法に係属していることが要件となる執行停止や仮の差止めといった仮の救済措置を求める上でも処分性は重要な要件となることは同様である(行訴法25条2項等)。かかる抗告訴訟における処分性判断のリーディング・ケースたる昭和39年の「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決は, 処分性が認められる行政庁の処分とは「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」と解し, 抗告訴訟の対象を当該行為の公権力性と法的効果の直接具体性によって判断するという基準を提示したものであり, 「従来の公式」と称されることがある。実務上はこれに従がって個々の行政庁の行為の処分性が判断されるとされる。かかる従来の公式によって示された行政庁の「処分」の定義は, 伝統的・通説的な見解とされてきた行政行為の定義とは異なる表現ではあるが, その内容からして行政行為に該当する行為と同一のものを対象としていると思われる。このような「従来の公式」に依るならば, 個々の行政庁の行為に処分性が認められるか否かは, 公権力性と具体的法的効果の有無によって判断されることになる。私法上の行為, 行政立法, 行政計画, 行政指導その他の行政行為としての性質を有しない行為につき, 個々の行政庁の行為の作用に着目して処分性を否定する上では, 明快な判断基準となり得るものである。そして, 「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決後の最高裁判決の傾向としては, 行政庁の行為が一定の法的効果を発生させないような場合については, たとえ関係者に一定の事実上の不利益を及ぼすものであっても, 一般に行政の行為に処分性が否定される傾向にある。例えば, 海難審判庁による原因究明の裁決,<sup>(22)</sup> 都道府県知事による保険医に対する戒告,<sup>(23)</sup> 地代家



賃統制令に基づく家賃台帳の作成・登記行為<sup>(24)</sup>、公務員の採用内定通知の取消し<sup>(25)</sup>、交通反則金制度の通知<sup>(26)</sup>、都市計画法に基づく開発許可申請の過程における公共施設管理者の同意拒否<sup>(27)</sup>、市町村長が住民票に世帯主との続柄の記載行為などの行為については処分性を否定している<sup>(28)</sup>。このような「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決や上記の最高裁判決の傾向に倣うならば、行政による制裁的公表は、一定事項の情報を国民・住民一般に対して示すに止まる非権力的事実行為であり、当該行為の作用に具体的な法的効果は認められないことから、これまでは処分性が認められなかった上記の戒告や通知等の行為と同様に制裁的公表には処分性が認められないと解されることになると思われる。

一方で、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決で示された従来の公式による行政処分の定義が指向している行為は、いわゆる行政行為であると解されるが、行政による制裁的公表に処分性が存するか否かを検討する立場からは、抗告訴訟の対象として行政行為に加えて「処分」の概念をどこまで広げられるかが課題となる。判例上は、行政活動の処分性の判断枠組みとしては、この従来の公式を踏襲する傾向にあるところであるが<sup>(29)</sup>、しかしながら、一方では近時に至るまでの最高裁判決や下級審判決の中には、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決で示された従来の公式の適用を柔軟に解し、これに当てはまらない行政庁の精神的作用に止まるような事実行為にも処分性を認めるものも幾つか散見することができる。それらの中で主要なものを幾つか挙げるならば、①関税定率法に基づき税関長の行う輸入禁制品に該当する旨の通知を「観念の通知」であるとしつつも「貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすもの」として、当該通知の処分性が肯定されている<sup>(30)</sup>。②税務署長の行う納税の告知を「更生また決定のごとき課税処分たる性質を有しない」としつつも「国税徴収手続の第一段階をなすものとして要求され、滞納処分の不可欠の前提となるものであり、また、その性質は、税額の確定した国税債権につき、納期限を指定して納税義務者等に履行を請求する行為、すなわち徴収処分である<sup>(31)</sup>」として、当該告知の処分性が肯定されている。③食品衛生

法に基づき食品の輸入の届出をした者に対して検疫所長が行う同法違反の旨の通知ついて、同法は「厚生労働大臣に対し輸入届出に係る食品等が法に違反するかどうかを認定判断する権限を付与している」ものと解しつつも、「厚生労働大臣が、輸入届出をした者に対し、その認定判断の結果を告知し、これに応答すべきことを定めている」とした上で、当該通知により「通関実務の下で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなる」ことから、当該通知の処分性が肯定されている。<sup>(32)</sup>④医療法に基づく病院開設中止勧告についても「医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらす」とし、「国民皆保険制度が採用されている我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどなく、保険医療機関の指定を受けずに診療行為を行う病院がほとんど存在しないことは公知の事実であるから、保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」ということを勧告し、当該勧告の処分性が肯定されている。<sup>(33)</sup>これらの上記①ないし④の最高裁判決は、行政の行為を定める法令全体や関連法令を考慮に入れて全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかによって処分性を導く手法を採り、個々の行為の根拠規定を見たのみでは処分性を認められない行政庁による相手方への精神的作用に止まる事実行為であっても、それに処分性が認められる可能性を示すものである。<sup>(34)</sup>そして、このように解する場合には、法文の文言上は個々の行為としては非権力的事実行為であるとしても、論理的な法解釈により行政による制裁的公表に処分性が認められる場合もあることになると思われる。

このような上記①ないし④の最高裁判決の傾向は、行政法規の解釈に際し、当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体の条文についてどのような解釈方法をとるのが適格的であるかを考慮しつ

つ、法的仕組みを明らかにするというものであり、これを「仕組み解釈」と称されることがある<sup>(35)</sup>。このような仕組み解釈による処分性の判断基準の在り方の一つとしては、紛争の成熟性のアプローチがある<sup>(36)</sup>。これは、法の仕組みの上でどの段階で違法を争うことが適切であるかが問われており、後の処分を争ったのでは十分な救済が得られないような場合であれば、処分性が認められる可能性を示すものである<sup>(37)</sup>。このような行政の行為の処分性の判断につき、紛争の成熟性によって検討するアプローチは、精神的作用を伴うに止まる事実行為といえども処分等と組み合わせられた時に実質的に国民に法的不利益を及ぼす場合においては、上記①ないし④の最高裁判決のように、それに対する適切な司法的救済が保障される場合もあることになるから、原告適格の拡大、訴訟類型の拡充や仮の救済制度の充実等を内容するに止まり処分をめぐる規定の見直しや創設はなされなかったものの国民の権利利益のより実効的救済の確保を図るという平成16年の行訴法改正の趣旨に適合的であると考えられることができるように思われる<sup>(38)</sup>。

## 2. 制裁的公表の処分性に関わる学説と裁判例

### (1) 学説

いわゆる講学上の行政行為に処分性が認められることに異論はない。問題となるのは、非権力的事実行為の処分性の有無について如何ように捉えるかである。事実状態に変動を生ぜしめるのみの事実行為に処分性を認めることには、「取消」の観念を字義通りに解すことによって、疑問が呈されることがある一方で<sup>(39)</sup>、通説的には、行訴法3条2項が「行政庁の処分」のほかに「その他公権力の行使に当たる行為」を取消訴訟の対象としたのは、講学上の行政行為だけでなく「行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」も含む趣旨であると解されている<sup>(40)</sup>。したがって、これらから見れば、処分性が認められる行政の行為とは、講学上の行政行為たる権力的法行為及び権力的行為としての事実行為とな

る。そうであるならば、行政による制裁的公表の法的性質は一定の情報を公表するに止まる非権力的事実行為に止まるものであることから、いずれにも当て嵌まらない制裁的公表に処分性は認められないように思われる。一方で、形式的行政処分と称される「行政機関ないしそれに準ずる者の行為が、公定力ある法効果は有しないが、国民の法益に対して継続的かつ具体的に事実上の支配力を及ぼし、関係国民が取消争訟の対象とすることを合理的に意図しうるもの」にも処分性を認めるという立場からは、法的効果を有しない非権力的行為であっても、取消判決によって社会生活上の名誉・信用への侵害が防止救済できる場合や行政法規の違反者に対する警告のようなその後の制裁的行為を予防できるような場合には、処分性が認められ得ると解される。<sup>(42)</sup>したがって、名誉・信用を侵害する危険を有する制裁的公表や公表後に措置命令等の制裁が予定されているような制裁的公表にも処分性が認められる余地を生ずることになるように思われる。

このような行政による行為の処分性に対する一般的な理解からだけではなく、行政による制裁的公表の処分性について述べる見解を更に挙げるならば、制裁的公表の処分性の存在に否定的なものとしては、例えば、「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であり……、その前提としての行政指導も抗告訴訟の対象とはならないものと解するほかはなからう。<sup>(43)</sup>」、行政による制裁的公表は「勧告、公表制度の場合も、それ自体としては法効果を有しないし、事実上の強制力もないところから、取消訴訟を利用することはできない」とするものがある。<sup>(44)</sup>管見によるならば、行政による制裁的公表の処分性に対する見解は、このように制裁的公表の処分性を否定ないし処分性の存在に懐疑的なものが、有力であるように思われる。<sup>(45)</sup>これらの行政による制裁的公表の処分性を否定的に解する見解は、処分性の有無の判断につき法的効果が存することを基準とする通説的な理解を前提にしているように思われる（以下、「否定説」という）。このような行政による制裁的公表の存在について否定的な見解がある一方で、制裁的公表の処分性を肯定する旨の

見解も幾つか散見することができる。例えば、行政指導の実効性確保をするために、これに対する不服従の場合に行われる制裁的公表については「まさにサンクションとしての不利益公表と言ってよいであろう」として「処分」として考える余地が多分にある<sup>(46)</sup>、「制裁としての公表に対して、取消訴訟を提起することが認められると解することは可能であろうが、誤った公表がなされたことに起因する不利益は、公表の取消しによっても十分に解消されないことが多いと思われる<sup>(47)</sup>」、名誉信用等の侵害が社会的受忍限度を越える場合には、処分の直接の効果と考えるべきとして「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<sup>(48)</sup>」とするものがある。これらのように実質的な公表の侵害的な効果やもっぱら救済の観点から行政の行為に処分性を認めるといような、行政による制裁的公表に処分性を肯定する見解は少数であるが幾つか存在しているようである<sup>(49)</sup>。

このように、上記のような幾つかの研究者の見解を概観した上で考えるならば、行政による制裁的公表に処分性が認められるか否かは、制裁的公表により生ずる作用につき、その効果を法的なものとして理解するかあるいはそれに対する救済の見地から抗告訴訟の対象として認めるべきと考えるか否かであると思われる。行政による制裁的公表の侵害的作用が甚大になる可能性や一旦公表されてしまった後の名誉・信用等の事後的救済の難しさを鑑みれば、制裁的公表を抗告訴訟の対象とすべきと考える余地はあるように思われるが、そのみを以って制裁的公表の作用を法的なものとして認めることには抵抗がある。なぜならば、行政による公表が根拠規定等を含んだ法の仕組みからして法効果を付与されたと見える場合でもない限り<sup>(50)</sup>、一般的には制裁的公表は一定の情報を公表する行為に止まるものであり、根拠規定があり公表される者に対して侵害的であったとしても作為や不作為を命じて強いる具体的な法効果を伴っていないことからあくまでも非権力的事実行為としての性質を有するに止まる行為に他ならないと思われ、また、権利利益の実効的救済を図るという観点から見ても制裁的公表によって生ずる不利益は抗告訴訟以外の権利訴訟でも救済が可能であるよ

うに思われることから、行政による制裁的公表には処分性を認める必要性は低いように思われる。そうであることから、上記の否定説の立場が妥当であるように思われる。このような行政による制裁的公表の処分性の有無については、更に以下においても検討する。

## (2) 裁判例

行政による制裁的公表の処分性の有無が争点となった幾つかの下級審判決・決定を、ここでは紹介することとしたい。管見によるならば、最高裁で制裁的公表の違法性が争われたことはなく、また、これらは平成16年の行訴法改正後の制裁的公表に関わる取消訴訟ないし仮の差止め申立てに対する数少ない最近の裁判例である。したがって、これらを検討し、行政による制裁的公表の処分性の有無その他の法的問題に関わる裁判例の動向を探求することは、学理上だけではなく実務上においても、今後の制裁的公表の法的問題に対する法的研究にとって参考になるものであると思われる。

下記(i)と(ii)は行政指導不服従事実の公表の処分性の有無が争点となった事件であり、また、下記(iii)は義務違反者に対する行政処分事実の公表の処分性の有無が争点となった事件である。判決引用部の下線は筆者の加筆である。

- (i) 「紛争調整条例公表事件」東京高裁平成21年11月19日判決は、行政指導不服従事実の公表に対する取消訴訟が提起されたものである<sup>(51)</sup>。本件は、川崎市長が、控訴人に対し、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整等に関する条例（以下、「紛争調整条例」という。）に基づき、控訴人が同市長による調停受諾勧告に正当な理由なく応じないことを公表することなどを内容とする通知をしたところ、原審において、控訴人は、本件通知は違法であるとして取消しを求め訴えを提起したが、原審は、市長の本件通知は処分性がないとして、控訴人の訴えを却下した。控訴人は、これを不服として、上記判決を求めて控訴し、さらに本裁判において、市長がした紛争調整条



例22条1項に基づく公表の取消請求を追加したものである。

本判決は、行政による本件公表に処分性がないとして訴えを却下した。本判決が本件公表に対する訴えを不適法とした理由は、「控訴人は、本件通知及び本件公表は、制裁として、調停受諾を事実上強制する行為であるから処分性が認められ、さらに、本件公表は、事実上の事業計画の中止処分、営業計画不許可処分であると認められる旨主張する。……しかしながら、……、本件通知は、控訴人が川崎市長による付調停受諾勧告に正当な理由なく応じないことを公表する旨を控訴人に対して通知する行為であって、単なる事実行為に過ぎない。また、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。……控訴人は、本件通知及び本件公表は、事実上の調停受諾強制処分であり、さらに、本件公表は、事実上の事業計画の中止処分、営業計画不許可処分であると主張するが、紛争調整条例、その他の関係規定に照らしても、本件通知及び本件公表が、控訴人に対して、調停受諾を強制し、本件公表が、控訴人に対して、事業計画の中止や営業計画を不許可にする効果を伴う行為であるとは認められない。」とされた。

- (ii) 「介護保険法公表事件」東京高裁平成19年11月13日決定は、行政指導不服従事実の公表の仮の差止めが申立てられたものである。<sup>(32)</sup> 本件は、

栃木県知事から介護保険法103条1項に基づく勧告を受けた抗告人が、上記勧告の取消し並びに法103条2項に基づく勧告に従わなかった旨の公表及び同3項に基づく勧告に係る措置命令・業務停止命令の差止めを求める本案訴訟を提起し、行訴法37条の5第2項に基づき、栃木県に対し、公表及び命令の仮の差止めを申し立てた事案である。原審は、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。そこで、抗告人は上記決定を求めて抗告した。

本決定は、公表に処分性がないとして訴えを棄却した。本決定が公表に対する申立てを不適法とした理由は、「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。……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。……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。」とされた。

- (iii) 「特定商取引法公表事件」名古屋地裁平成18年9月25日決定は、行政処分事実の公表に対する仮の差止め申立てがされたものである<sup>(53)</sup>。本件は、特定商取引に関する法律（以下、「特定商取引法」という。）2条3項に規定された電話勧誘販売を行う申立人が、経済産業大臣から、申立人の電話勧誘販売の方法が特定商取引法に違反することを理由に、特定商取引法23条1項に基づく業務停止命令及び同条2項に基づく同命令の公表の措置を受けるおそれがあるとして、行訴法37条の5第2項に基づき、相手方に対し、本件処分等を仮に差し止めることを命じるよう求める事案である。

本決定は、公表に対する仮の差止め申立てを却下した。本決定が業務停止命令の公表の仮の差止めを求める申立てを不適法とした理由は、



「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こと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は不適法である。……したがって、本件仮の差止めの申立ての内、上記業務停止命令の公表の仮の差止めを求める部分は不適法である。」とされた。

上記(i)ないし(iii)の事件で問題となった、紛争調整条例22条1項(2)、介護保険法103条2項や特定商取引法23条2項の条文内容は、字義的にはいずれも行政指導不服従者や処分対象者に関わる氏名等を内容とする一定事実の公表を実施する旨を規定されているに止まり、行政行為と同様な権力的法行為を規定しているものではない故に、これら個々の公表に具体的な法的効果を見出すことはできない。そうであることから、上記(i)ないし(iii)のいずれの下級審判決・決定は、下線部分のように行政による制裁的公表の処分性を判断する基準として公権力性と具体的法的効果の有無を問題とする「従来の公式」による判断基準を踏襲しながら、それぞれの法律や条例の規定に公表に伴う法的効果の発生が予定されていないことを理由に、制裁的公表の処分性を否定したものであると見受けられる。否定説を支持する立場からは、上記(i)ないし(iii)の下級審判決・決定は妥当であるように思われる。

### 3. 制裁的公表の処分性に関わる法的問題

#### (1) 制裁的公表の処分性の有無

まず、本稿においてこれまで述べてきたことを纏めるならば、「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決により、行政庁の処分とは「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」と解されているところ<sup>(54)</sup>、行政による制裁的公表は、事実上の制裁的な性格があるとしても、一定事項の情報を公表するに止まる行為であり、それ自体によって直接的に国民の権利義務その他法的地位に直ちに影響を及ぼすとまでは言い難く、その法的性質は非権力的事実行為であることから、上記2(1)のようにこれまでの行政による制裁的公表の処分性に関する研究者の見解や、また上記2(2)における(i)ないし(ii)の処分性の有無を争点とする下級審判決・決定は、行政による制裁的公表の処分性を否定する傾向にある、と整理することができる。

そこで、次にこれらの上記の整理を踏まえながら、行政による制裁的公表の処分性の有無について、ここではこの点を検討することにした。例えば、障害者雇用促進法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、……勧告に従わないときは、その旨を公表することができる。」とし、また、小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例6条2項前段は、滞納処分手続着手後に行政サービス停止等と併せて「市長は、必要があると認めるときは、……滞納者の氏名、住所その他必要と認める事項……を公表することができる。」と規定しているが、これらの法律・条例の規定が示すように、行政による制裁的公表は、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ものではなく、また、行政により名誉や信用を毀損するような如何なる情報が流布されるとしても、その影響・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行政によるコントロールが効かない<sup>(55)</sup>。このように、行政による公表によって生ずる作用は情報提供に止まる抽象的かつ事実上の作用であり、公表によって特定の対象に対する直接具体的な法的効果を生じさせるものと解されるものではない。したがって、行政による制裁的公表は、それによって特定の者の社会的評価が低下をすとしても事実上の不利益であるからして、制裁的公表の処分性は認

められないと解される。そうであることから、行政による制裁的公表に制裁としての侵害的な作用が認められるとしても、その行為自体が非権力的事実行為として法的効果を有するものではない以上、公権力性と法的効果によって処分性を判断する「従来公式」からした場合には、制裁的公表が抗告訴訟の対象たる処分性を有するものと解するのは困難であるように思われる。よって、上記2(1)の否定説に与することに理があるように思われる。

また、違法な行政による制裁的公表に対して、取消訴訟によって実効的救済が図れるか否かという視点から見れば、名誉、信用、プライバシー又は経済的利益を害する公表が、行政により為された後に、その取消訴訟を提起することは可能であるとしたとしても、公表の取消しは一度失われた名誉等の回復には繋がらず、それ故に訴えの利益はないと思われる<sup>(56)</sup>。そして、判例上では名誉や信用は、行訴法9条1項所定の「回復すべき法律上の利益」と解されていない<sup>(57)</sup>。更には、後述するように、損害賠償が取消訴訟を経ずとも直接に提起できるので、取消訴訟を提起することによる実益は乏しいものと思われる<sup>(58)</sup>。つまり、実効的救済の確保というような立場から見た場合からは、敢えて取消訴訟に固執するような形で行政による制裁的公表に処分性を認める必要性は、乏しいように思われる。また、このように、従来、名誉・信用を毀損する行政処分がなされた後にその取消訴訟を提起したとしても実効的救済が図れないという問題があったが、平成16年の行訴法改正において、差止訴訟や仮の差止め申立てが法定されたが、行政による制裁的公表が行政処分に当たるとすれば、それを事前的な司法的救済を図ることができる方法と解することもできるように思われるが、実質的当事者訴訟や民事訴訟の提起が許容されると解されることから、この点から見ても制裁的公表に処分性を認める実益は乏しい<sup>(59)</sup>。更に、行政による制裁的公表は、特別の法の仕組みに基づき一定関係者の法的地位に対する公権力の行使としての干渉を伴って行われるものではなく、制裁的公表は抗告訴訟の対象たる「公権力の行使」(行訴法3条, 同44条)には該当しないと解するのであれば、当該公権力の行使の作用を妨げることとな

るような行為ではないことから、制裁的公表に対する仮処分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、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ことから、保全の必要性が認められる限り、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ると思われる。このような観点から見ても行政による制裁的公表に処分性を認める実益は乏しい。このように、公表される者に対する司法的救済を図る方途としては、民事訴訟や実質的当事者訴訟ないしそれらを本案訴訟とした仮処分による事前救済あるいは国家賠償や名誉回復等措置による事後救済などの方途を採る方が、抗告訴訟による救済を求めるよりも妥当なように思われる。そうであるから、実効的救済の観点から見ても、制裁的公表に処分性を認める必要性は存在しないと解される。

なお、行政による制裁的公表だけではなく情報提供を目的とした公表の処分性の有無についても付言するとすれば、行政による制裁的公表が国民・住民一般に対して一定事項の情報を提供するに止まる行為であることから権利義務その他法的地位に影響を及ぼさない行為とし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ような法的効果を有しない行政による公表の全てに妥当するよう思われる。そうであることから、行政によって実施される公表の目的を制裁であるか情報提供であるかを明確に種別することは困難であろうが、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項を公表するに止まる行為であることから、後述のように公表後に行政処分が予定されているとかあるいは公表されると給付資格を失うというような実効的救済の観点からして処分性を認めるべきと解される場合でない限り、これらの行政による公表に対しても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、司法的救済の方法としては、抗告訴訟たる公表の取消しの訴えや差止めの訴え、その他仮の救済措置たる仮の差止め申立てなどは却下されることになると思われる。したがって、情報提供を目的とした公表につき、公表される者に対する司法的救済を図る方途としては、民事訴訟や実質的当事者訴訟ないしそれらを本案訴訟とした仮処分による事前救済あるいは国家賠償や名誉回復等措置による事後救済などの方途を採る方が、抗告訴訟による救済を求めるよりも妥当なように思われる。

## (2) 制裁的公表に処分性が認められる例外的な場合

上記3(1)のように、行政による制裁的公表に処分性が認められ難いといえども、公表される者（あるいは公表を予定されている者）に対する実効的救済の確保の観点からは、「勧告→勧告不服従事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」というように、行政による公表後に措置命令等の不利益な行政処分や罰則等が予定されているような場合であれば、制裁的公表が直接国民の権利義務その他法的地位に影響を与えると見て、例外的に抗告訴訟による救済が必要となり公表に処分性が認められる余地がある場合もあるように思われる。そこで、行政による制裁的公表に処分性が、例外的に認められる場合があるか否かについて、ここではこの点を検討する。

行政による制裁的公表には、当該行為が非権力的事実行為であり直接具体的な法的効果が存しないことから、当該行為に原則として処分性の存在は認められないと解されることは先に述べた。その一方で、行政による制裁的公表の処分性につき、上記1(2)で挙げたいわゆる「仕組み解釈」の一態様たる紛争の成熟性のアプローチによってその有無を判断するならば、上記2(2)における(i)の事件で問題となった紛争調整条例14条及び同22条所定の「勧告→公表理由の通知→勧告不服従事実の公表」といった行政指導及び通知の後にその事実を公表する、というような最終的に行政処分や罰則等々の公権力の行使に至らない行政過程と異なり、<sup>(60)</sup> 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（以下、「容器包装リサイクル法」

という。) 7条の7各項所定の場合のように、公表に後置された行政処分に至るまでに「勧告→勧告違反事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」といった行政過程<sup>(61)</sup>を採る場合には、最終的に不利益な行政処分のような公権力の行使に指向しながら個々の行政の行為が段階的に積み重ねられるという行政過程と見ることができる。そして、このような行政による制裁的公表が措置命令等の不利益な行政処分や罰則等に前置されている法の仕組みが採られているような場合に着目するならば、公表されることによって措置命令等といった不利益な行政処分や罰則等を受ける蓋然性が高いと推論することができると思われることから、公表された段階において直接国民の権利義務に影響があるとして紛争の成熟性を判断基準に行政による公表に処分性が認められ<sup>(62)</sup>、処分性の存在が訴訟要件となる取消訴訟や差止訴訟といった抗告訴訟以外にも本案の審理が適法に係属していることが要件となる執行停止や仮の差止めといった仮の救済措置が利用できる余地があるように思われる<sup>(63)</sup>。このように、行政による制裁的公表の実施後に措置命令等の不利益な行政処分、強制措置、罰則又は給付拒否等が予定されているような場合であれば、制裁的公表に処分性が認められる余地がある。しかしながら、多くの行政による制裁的公表を定める法律や条例の規定は、行政指導や不利益な行政処分の実施後にその事実の公表を定めるに止まっており、容器包装リサイクル法7条の7各項所定のような制裁的公表が不利益な行政処分や罰則等に前置されるような法の仕組みが採られている場合は例外的な存在であり、そのような法の仕組みは法律・条例上ほとんど採用されていないのが現状である<sup>(64)</sup>。なお、上記3(1)で挙げた行政による情報提供を目的とした公表の場合についても、公表後に行政処分が予定されているとかあるいは公表されると給付資格を失うというような実効的救済の観点からして処分性を認めるべきと解される場合には、これを含む全ての行政による公表に対しても処分性が認められることになると思われる。

行政による制裁的公表を行訴法3条2項にいう「処分」であるとして性格付けたとき、このような制裁的公表は本来公権力の行使ではないといえども、いわゆる公定力や不可争力を有することになり、抗告訴訟の方法に



よってしか、その適法性を争うことはできないのか、また、抗告訴訟の出訴期間を徒過した場合には、もはや出訴できなくなるのが問題となる。例えば、行政による制裁的公表それ自体を直接に争うことなく、出訴期間の徒過後に、この後の行政処分の効力を取消訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟においては、公表の違法性を主張することはできないのか、ということである。この行政による公表それ自体の性質が非権力的事実行為であり、そして、いわゆる講学上の行政行為ではない。そうであることから、もっぱら救済の見地から本来行政行為ではない行為に処分性を認めるという立場からは、そのような行為に公定力は存しないと解することもできるのであるが<sup>(66)</sup>、しかしながら、行訴法の定めるところの抗告訴訟の対象とするとした以上は、この行為を抗告訴訟外において争うことはできないものというべきである<sup>(67)</sup>。そうであるとするならば、このように、行政による制裁的公表を「処分」であると解した場合には、公表に不服のある者は取消訴訟の方法によらなければならないこととなり、公表の処分性の肯定は公表に不服のある者にとっては、むしろ権利利益の救済の観点からは負担となりうる可能性があることに注意する必要があると思われる。また、行政による制裁的公表に対して民事保全法上の仮処分の保全手続の利用可能性については、容器包装リサイクル法7条の7各項所定の行政過程のように「勧告→勧告不服従事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」といった法の仕組みを採る場合には、このような法の仕組みから見て当該公表は最終的な行政処分に至るまでの段階的な行政手続の過程途上に位置付けられることから、当該公表は特別の法の仕組みに基づき一定関係者の法的地位に対する公権力の行使としての干渉を伴って行われるものとして、このような場合には制裁的公表は「公権力の行使」(行訴法3条、同44条)に当たり、行訴法44条との抵触の問題が生じて、仮処分の保全手続を利用することはできないと思われる<sup>(68)</sup>。これは上記のような情報提供を目的とした公表の場合も同様である。

## (3) 制裁的公表の前提となる行政指導の処分性の有無

上記3(1)で指摘したように、行政による制裁的公表に処分性が認められ難いことと同様に行政指導も非権力的事実行為として処分性の存在は認められ難いと思われるが、行政指導が単独で完結するような場合と異なり、上記3(2)で取り上げた容器包装リサイクル法7条の7各項所定の「勧告→勧告不服従事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」というような、行政指導後に制裁的公表が実施され、更に制裁的公表後に行政処分の実施が組み合わされるような法の仕組みが採られているような場合には、制裁的公表に処分性が認められることと同様に、制裁的公表の前提となる行政指導を受けた者に対する実効的救済の観点から制裁的公表の前提となる行政指導にも処分性が認められるか否かについて、ここではこの点を検討する。

指示、指導、勧告その他の行政指導は、行政目的の実現のための手段であるが、講学上の行政行為と異なり法的効果を有さず、相手方に一方的に義務を課するものではなく、特定の行為について任意的な協力を求めるに止まる行為である。<sup>(69)</sup>しかしながら、行政指導は、相手方の任意性を前提とした非権力的事実行為と一応位置付けられたとしても、公的規制権限を有する行政側とその客体である国民・住民とでは実質的に彼我对等の関係でないことを考慮すれば、実際には相手方の任意性を実質的に失わせ、何らかの行為を強要する結果につながることもあるように思われる。<sup>(70)</sup>公権力性と法的効果を問題とする「従来の公式」からした場合には、一般的には、行政指導は非権力的事実行為であるからして、当該行為には公権力性と法的効果を否定されることから、それが行政指導を受けた者の任意性を奪い特定の行為を強制するような違法な行為として評価されるものであったとしても抗告訴訟によって争うことは困難であると思われる。<sup>(71)</sup>その一方で、例外的に、行政指導不服従者に対して制裁が予定されているような規制的な法効果がかかるような場合も考えられるが、その場合においては当該行政指導に処分性を認められる余地がある。<sup>(72)</sup>ところで、最高裁判決の動向としては、上記①ないし④の最高裁判決が示すように、精神的作用を有する



に止まる事実行為であっても処分性が認められる余地が示されている。特に、行政指導の処分性が例外的に認められる場合を考える上で参考となると思われる上記④の医療法に基づく勧告の処分性の有無が争点となった事件の最高裁判決は、医療法に基づく勧告がなされると、保険医療機関の指定拒否処分がされる取扱いがされていたこと等を理由として、当該勧告に処分性を認めたものである<sup>(73)</sup>。したがって、「行政指導→行政処分」というような行政過程を採る場合には、全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかの観点から処分性を検討することによって行政指導の処分性の存在を認めたものと位置付けることができる<sup>(74)</sup>。そして、当該判決と同様に、行政処分に前置される行政指導に処分性の存在が認められた下級審判決が存在している<sup>(75)</sup>。

そこで、行政による制裁的公表の前提となる行政指導の処分性の存否に関わる見解を幾つか概観するならば、「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であり……、その前提としての行政指導も抗告訴訟の対象とはならないものと解するほかはなかるう。」というものがあり、制裁的公表に前置される行政指導の処分性の存在に否定的な見解がある<sup>(76)</sup>。その一方で、行政による制裁的公表の前提となる行政指導については、その行政指導に処分性が存在するという旨の見解が幾つか存在しており、例えば法律上の下命権限等の権力的制度とは関わらない「独立的行政指導のうち、その実効性を担保するため、不服従の事実の公表という制度が設けられているものについては、これを取消訴訟の対象にしてしかるべきものであろう。けだし、不服従者として氏名が公表されると、相手方は、回復すべからざる損失を被ることになる場合があるからである<sup>(77)</sup>」、「行政指導のうち、それに対する不服従に対し制裁が予定されているような強い規制的な力をもったものについては、救済の機会を保障するため取消訴訟を許容する必要がある<sup>(78)</sup>」とするものがあるが、制裁的公表に前置される行政指導を行政処分に準じて扱い、それに対する抗告訴訟の提起も可能と示唆する旨の見解が参考になる。このよう<sup>(79)</sup>

に、行政による制裁的公表の前提となる行政指導に処分性を認めるか否かの問題は、行政庁の行為の法的効果の有無ともっぱら救済の観点から抗告訴訟とすべきか否かとする、制裁的公表に処分性を認めるか否かの問題と基本的な構造を一にしていると思われる。

そこで、行政による制裁的公表の前提となる行政指導の処分性の有無を、上記3(2)と同様にいわゆる「仕組み解釈」により全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかの観点から処分性を検討するという立場から当該行為の処分性の有無を考察する。障害者雇用促進法47条所定の「勧告→勧告不服従事実の公表」といった、行政指導後にそれに従わない旨を公表することが法律・条例に法定されているような法の仕組みが存する場合において、公表を予定される者にとっての行政指導は、その内容に従った行動を採らなければ相当程度の確度をもって法律・条例に基づく制裁的公表を受けることを予告ないし決定するものである。そうであるならば、行政指導それ自体は法的効果を持たない行為であるとしても、それに続く行政による制裁的公表に法的効果が存在するのであれば、そのような法の仕組みを手掛かりに、行政指導にも処分性を認める余地はあるように思われる。しかしながら、例えば、上記2(2)における(i)の事件で問題となった紛争調整条例14条及び同22条所定の「勧告→公表理由の通知→勧告不服従事実の公表」といった行政指導及び通知の後にその事実を公表する、というような最終的に行政処分や罰則等々の公権力の行使に至らない行政過程である場合には、上記3(1)で指摘したように、行政による制裁的公表は一定事項の情報を国民・住民一般に対して提供するに止まり、権利義務などに影響を及ぼさない行為であると考えられることから、制裁的公表自体には法的効果は存在しないと解される。したがって、行政指導が制裁的公表に前置される法の仕組みに着目し、全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかの観点から処分性を検討するという立場からであったとしても、制裁的公表の前提となる行政指導に処分性を認めることは、困難であるように思われる。

そして、このように考えられる一方で、行政による制裁的公表の前提と

なる行政指導に処分性が認められる例外的な場合はあるのか。例えば、上記3(2)で取り上げた容器包装リサイクル法7条の7各項所定の行政過程は「勧告→勧告不服従事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」といった法の仕組みを採られており、勧告といった行政指導に続く行政による制裁的公表の実施後に措置命令等の不利益な行政処分が予定されている。このような行政指導及び制裁的公表の後に行政処分その他の公権力行使が実施されるという法の仕組みに着目した場合には、行政指導の内容として示された措置は、結果的には行政指導不服従事実の公表後に行政処分等の内容となる蓋然性が高いと推論される。したがって、行政指導が実施された段階において直接国民の権利義務に影響があると見るならば、紛争の成熟性を判断基準に行政指導に処分性が認められることになるとと思われる。しかしながら、「勧告→勧告不服従事実の公表→勧告内容と同一内容の措置命令」といった、制裁的公表及び行政指導が行政処分に前置される法の仕組みを採るような容器包装リサイクル法7条の7各項所定の行政過程のような法の仕組みは例外的な存在であることは先にも述べた。

行政による制裁的公表に前置される行政指導を行訴法3条2項にいう「処分」であるとして性格付けたときには、このような行政指導は、上記3(2)の処分性が認められる制裁的公表の場合と同様に、行訴法の規定にしたがって抗告訴訟の方法によってしか、その適法性を争うことはできなくなるという懸念がある。また、上記3(2)で指摘したのと同様に、行政による制裁的公表に前置される行政指導を「処分」であるとした場合には、同行為が行訴法44条に抵触すると解され、当該行政指導に対する仮処分は利用することはできないと思われる。これらのように、行政による制裁的公表の処分性の肯定は公表に不服のある者にとっては、むしろ権利利益の救済の観点からは負担となりうる可能性があることに注意する必要があるように思われる。

## む す び に

本稿は、従前の学説や裁判例を手掛かりにしながら、制裁的公表の処分性の有無とそれに関わる法的問題に焦点を絞って、法的考察を試みることを目的としたものである。

本稿の考察の成果としては、次の通りである。行政による制裁的公表は、国民・住民一般に対して、義務違反者や行政指導不服従者等の氏名等を含んだ一定事項を公表するに止まる行為であることから、その法的性質は精神的作用を伴うに止まる非権力的事実行為である。したがって、行政による制裁的行為には法的効果を認められないと解されることから、原則として当該行為に処分性は認められ難いと思われる。更に、違法な行政による制裁的公表からの実効的救済の確保の観点からは、民事訴訟や実質的当事者訴訟その他の方法によることが適切であり当該行為に処分性を認める実益は乏しいように思われることから、制裁的公表に処分性を認める必要性はないように思われる。その一方で、行政による制裁的公表に処分性が認められ難いといえども、公表後に措置命令等の不利益な行政処分や罰則等の公権力の行使が予定されているような場合であれば、全体の法の仕組みや行政過程の中での作用を如何に捉えるかの観点から処分性を検討した上で実効的救済の観点から例外的に抗告訴訟による救済が必要となり制裁的公表に処分性が認められる余地がある場合もあるように思われる。これと同様に、行政指導不服従事実の公表後に措置命令等の不利益な行政処分や罰則等が予定されるような法の仕組みがある場合には、それらの前提となる行政指導にも処分性が認められる余地が存する場合もあると思われる。

行政による制裁的公表に対する筆者の雑感を、ここで付言することにした。行政による制裁的公表は、国又は地方公共団体における様々な行政部面において導入される傾向にあるが、制裁的公表が持つ世論を喚起して国民・住民一般による社会的制裁を促す作用は社会的評価が重大な影響を持つ個人・事業者には効果的であり、今後はこれを積極的に活用するよう

にすべきであると思われる。<sup>(80)</sup>また、2008（平成20）年度の新司法試験公法系第2問において介護保険法100条各号所定の勧告、勧告の不服従事実の公表及び勧告後の措置命令に関わる問題が出題されたことから、制裁的公表に対する社会的認知の向上を実感させられた。<sup>(81)</sup>しかしながら、行政による制裁的公表は、かつての中世において広く用いられたが少なくとも本邦では既に廃止された名誉刑の一種であるいわゆる「恥辱刑」や「晒し刑」を連想させるような行為であり、<sup>(82)</sup>さらに公表の制裁的効果の影響・程度の如何は情報の受け手の国民・住民の反応に期待することになるから、公表される者に対する社会構成員による村八分や人民裁判のようなあるいは深刻な風評被害を生じる社会的排除による権利・利益の過度な侵害を誘発する危険性を有するものであり、その実施には慎重であるべきである。また、<sup>(83)</sup>近年、欧州で議論となっている、サーバーの管理者や検索サービス会社に対して個人が自分の情報を削除させる「忘れられる権利」(right to be forgotten)は、制裁的公表によって氏名等の情報が一旦公表されてしまったことにつき、情報による終身刑というような過度な権利侵害からの救済の方途を新たな視点から考える上で参考になるように思われる。<sup>(84)</sup>

これまでの行政による制裁的公表に対する研究は、制裁的公表が公表される者に対して重大な侵害的効果を有すると思われることに比べて、当該行為に対する法的考察はあまりにも少なかったように思われる。そのため、本稿における行政による制裁的公表の処分性及びそれ関わる法的問題の研究が、行政による制裁的公表に関わる法的問題に対する法的考察の一助となることを願いたい。

## 注

- (1) 法律上の公表の規定につき、国民生活安定緊急措置法6条3項、石油需給適正化法6条4項、国土利用計画法26条などに存在する。条例上の公表の規定につき、神奈川県行政手続条例30条2項、堺市景観条例18条2項、茨城県消費生活条例9条2項、東京都都民の健康と安全を確保する環境に関する条例156条1項などに存在する。また、地方公共団体が策定した要綱に基づく公表として、例えば、岡山県が策定した「産業廃

棄物処理業者等に対する行政処分等の公表要領について」や、高知県が策定した「農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律に基づく飲食物品の品質表示基準の違反に係る指示及び指導並びに公表の指針」に基づく公表が存在している。

- (2) 「公表」の定義としては、例えば、吉田一郎ほか編『法令用語辞典』（学陽書房、第9次改訂版、2009）266頁は、「一般国民若しくは一定地域の住民又は少なくとも不特定多数の人々が知ることのできるように、一定の事項を発表することをいう。」とする。
- (3) 行政上の公表活動は多岐に渡っており、その目的別に、①不正・不当な行為の事前防止（例としては、政治資金の公表など）、②行政の透明化・オープン化（例としては、監査結果の公表など）、③公的な認知（例としては、PFI事業の実施方針の公表など）、④被害の拡大防止・警告（例としては、悪徳リフォーム業者名の公表など）、⑤住民参加の前提（例としては、パブリック・コメントを求める際の公表など）、⑥行政機関の関係の公正性・オープン化（例としては、都道府県知事が行なう市町村の適正規模の勧告の公表など）、⑦義務履行の手段（例としては、指定物資の販売価格を標準価格以下とするようにとの指示に正当な理由なく従わなかった場合にその旨の公表など）、⑧行政指導の実効性確保など義務履行以外を目的とした手段（例としては、土地の利用目的の変更の勧告に従わない場合に行なわれる勧告内容などの公表など）、と8つに分類することができる（当該分類については、平谷英明「「公表」についての一考察」地方自治695号（2005）111～112頁を参考とした。）。よって、本稿で言うところの制裁的公表とは、前記⑦及び⑧の目的の公表を指すものである。
- (4) 情報提供を目的とした公表としては、気象業務法13条1項及び同2項、消費者安全法15条1項のそれぞれを参照。宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第4版、2011）177頁は、国や地方公共団体による情報公開制度を、①裁量により行われる（狭義の）情報提供制度、②私人の開示請求権の行使を前提とせずに情報公表が義務づけられている情報公表義務制度（①と②を併せて広義の情報提供制度と呼ぶことがある。）、③開示請求権の行使に応じて行われる情報開示請求制度、と分類する。本稿における「情報提供」の意味としては開示請求を前提としない行政による自発的な公表活動であると位置付けて、これら①と②を合わせた「広義の情報提供制度」の概念と同義のものとして検討を進めることとしたい。
- (5) 行政による公表活動を「制裁」ないし「情報提供」といった目的ごと



に明確に区分することは難しい。その理由として、①行政機関が公表する行為として、目的を異にしたとしても外観上同様であること、②制裁を目的とした公表であっても、制裁としての機能を有するだけでなく、情報提供としての機能も併有していること、③情報提供を目的とした公表であっても、違反事実・不服従事実等を公表される者にとっては、制裁を目的とした公表と同様に社会的制裁を受けることに変わらないこと、④同一の公表活動の中に、制裁としての目的と情報提供としての目的の2つが同時に存在することもあり得ること、以上の4点を挙げることができる。なお、制裁か情報提供であるかについて区分することが困難である旨を指摘するものとして、加藤幸嗣「行政上の情報提供・公表」芝池義一ほか編『行政法の争点』（有斐閣，第3版，2004）41頁，紙野健二「行政指導」室井力ほか編『行政手続法・行政不服審査法』コンメンタール行政法Ⅰ（日本評論社，第2版，2008）240～241頁，南博方＝高橋滋編『注釈行政手続法』（第一法規出版，2000）317頁のそれぞれを参照のこと。情報提供の意味合いと義務履行の機能を併せもつ場合があるとする旨のもととして、櫻井敬子＝橋本博之『行政法』（弘文堂，第3版，2011）190頁参照。

- (6) 法律・条例の条文の構造上，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場合がある。例としては，障害者自立支援法49条3項及び同5項，介護保険法76条の2第2項及び同4項，特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律9条2項のそれぞれを参照。
- (7) 行政による制裁的公表の事前手続が，法律・条例上に規定されている場合がある。例としては，小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例10条1項，群馬県人にやさしい福祉のまちづくり条例31条2項，神奈川県行政手続条例30条2項のそれぞれを参照。
- (8) 行政上の制裁の概念は，直接の名あて人に義務を課したり，その権利を制限するものに限定する考え方や，義務違反を理由とせずに行われる不利益な措置を制裁には含めないとする考え方もある（制裁概念の多義性については，宇賀・前掲注(4)235～237頁以下，田中成明『法的空間』（東京大学出版会，1993）137頁以下のそれぞれを参照。）。このように，行政上の制裁の範囲は，その定義如何によるところであるが，本稿においては，日常的に用いられる制裁の語の意味と同様に，社会的規範に背いた名あて人を非難し懲らしめることを直接の目的とするものとして，この「制裁」という語を広い意味に捉えて用いることにしたい。

- (9) 私人における制裁的公表が名誉毀損の不法行為に当たるかが問題となったものとして、東京地判平成11年12月24日判時1712号159頁参照。また、我が国だけではなく、米国においても行政による「制裁」(Sanction)としての「不利な公表」(Adverse Publicity)が用いられることがあり、行政による制裁的公表が導入・実施されていることは、我が国に限ったことではない。そのため、我が国における制裁的公表に対する法的研究を深める上では、比較法的研究が参考になるものと思われるが、今後の検討課題としたい。なお、米国における先行研究としては、Ernest Gellhorn, Adverse Publicity By Administrative Agencies, 86 HARV. L. REV. 1380 (1973) 参照。
- (10) 行政による制裁的公表に対する法的研究が幾つか存在している。例えば、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=村田斉志編『行政争訟』新・裁判実務大系第25巻(青林書院, 改訂版, 2012) 7頁以下, 北村喜宣『行政法の実効性確保』(有斐閣, 2008) 73頁以下のそれぞれを参照。また、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, 拙稿「判批」桃山法学18号(2011) 77頁以下, 拙稿「判批」桃山法学19号(2012) 105頁以下のそれぞれを参照。
- (11) 小早川光郎『行政法上』(弘文堂, 1999) 252頁は、違反者に不利益となることを意図された違反事実の公表には「違反者がそのような不利益の継続を避けるために当該違反行為それ自体を中止することを期待するという、間接強制の趣旨が含まれることもありうる」とする。
- (12) 不利益な処分をした事実の公表とは異なり、介護保険法69条の14第1項及び同3項のように、許認可や登録等の利益的処分や届出があったことを公示するものもある。
- (13) その他の行政指導事実の公表の例としては、労働関係調整法26条1項、農産物価格安定法8条の2第2項が存在する。これらは行政指導不服従事実の公表とはほぼ同様なねらいを持つものである(山内一夫『行政指導の理論と実際』(ぎょうせい, 1984) 72頁参照。)。したがって、行政指導不服従事実の公表と同様に、国民・住民の権利利益に対して危険な存在であり、それに関わる法的問題についても検討する必要がある。
- (14) 地方公共団体が策定した要綱に基づく公表として、前掲注(1)参照。



- (15) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣, 1957) 262頁。杉村敏正「行政行為」杉村敏正編『行政法概説総論』(有斐閣, 3訂版, 1988) 95頁, 田中二郎『新版行政法上巻』(弘文堂, 全訂第2版, 1974) 104頁のそれぞれを参照。
- (16) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会, 1963) 12頁。同書は、権力的行為としての事実行為のことを「事実行為的処分」という。
- (17) 高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣, 1988) 6・293頁参照。また、塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣, 第5版, 2010) 110~117頁は、外部に対する行動ではあるが、直接法効果を有しない表現行為を「精神的表示行為」、公権力の行使たる事実行為を「物理的行為」と表現する。
- (18) 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁 [1810頁]。
- (19) 本稿における「従来の公式」という表現は、最判平成17年10月25日判時1920号32頁 [34頁] の藤田宙靖裁判官の補足意見での「……これまで当審の先例が示して来た一般的な考え方, すなわち, 「行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく, 公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち, その行為によって, 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」であって「正当な権限を有する機関により取り消されるまでは, 一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるもの」でなければならず, 「その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合」でなければならぬとする考え方(参照, 最高裁昭和三七年(オ)第二九六号同三九年一〇月二九日第一小法廷判決・民集一八巻八号一八〇九頁他。以下この考え方を, 「従来の公式」と称する。)とすることに倣ったものである。
- (20) 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会, 改訂版, 2000) 14頁参照。
- (21) 田中・前掲注(15)『行政法総論』262頁参照。
- (22) 最判昭和36年3月15日民集15巻3号467頁参照。
- (23) 最判昭和38年6月4日民集17巻5号670頁参照。
- (24) 最判昭和39年1月24日民集18巻1号113頁参照。
- (25) 最判昭和57年5月27日民集36巻5号777頁参照。
- (26) 最判昭和57年7月15日民集36巻6号1169頁参照。
- (27) 最判平成7年3月23日民集49巻3号1006頁参照。
- (28) 最判平成11年1月21日判時1675号48頁参照。
- (29) 最高裁判決上で精神的作用を伴う事実行為の処分性を否定した例と

しては、前掲注(22)～(28)で挙げた最高裁判決のそれぞれを参照。

- (30) 最判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁〔757頁〕。
- (31) 最判昭和45年12月24日判時616号28頁〔30～31頁〕。
- (32) 最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁〔996～997頁〕。
- (33) 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁〔1664～1665頁〕。また、最判平成17年10月25日・前掲注(19)参照。
- (34) これらの最高裁判決については、大浜啓吉『行政裁判法』(岩波書店、2011)106～110頁、高橋滋「第3条 抗告訴訟—1項2項」南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、第3版補正版、2009)48～65頁のそれぞれを参照。また、最近の最高裁判決としては、最判平成24年2月3日判自355号35頁は、土壤汚染対策法3条2項による土地の所有者等に対する通知は抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとした。
- (35) 仕組み解釈については、塩野宏『行政法Ⅰ』(有斐閣、第5版、2010)57～59頁、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009)5頁のそれぞれを参照。
- (36) 橋本・前掲注(35)17・24～33・64頁参照。同書23頁は、処分性の判断基準として、紛争の成熟性のアプローチ以外に、行政活動につき、抗告訴訟による救済が意図されているかあるいは合目的であるかという訴訟類型配分のアプローチがあるとする。
- (37) なお、橋本・前掲注(35)32頁は、紛争の成熟性による処分性の判断について、法的仕組みの解釈から処分性を認めると、「立法者が予定していない場面で処分を認めるのですから、司法解釈による事後的な法的仕組みの訂正・作り直しという性格が強くなります。」とする。
- (38) 橋本・前掲注(35)32頁参照。
- (39) 柳瀬良幹「事実行為の取消訴訟」自治研究39巻8号(1964)3頁以下及び同9号3頁以下を参照。
- (40) 「処分」には権力的事実行為も含むという旨のものとして、杉本・前掲注(16)9・11～12頁参照。塩野・前掲注(17)『行政法Ⅱ』114頁、塩野宏編著『行政事件訴訟法(5)』日本立法資料全集39(信山社、1994)44頁、芝池義一『行政救済法講義』(有斐閣、第3版、2006)28頁、田中・前掲注(15)『新版行政法上巻』326頁のそれぞれを参照。
- (41) 兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、1983)229頁。
- (42) 兼子・前掲注(41)235頁参照。
- (43) 川神・前掲注(10)20～21頁。
- (44) 塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣、第4版、2005)104頁。

- (45) 池村正道『行政法』(弘文堂, 2012) 197頁は、「公表措置によって権利利益を侵害される,あるいはされたとする相手方,関係当事者は,公表は公権力の行使には当たらぬ事実上の行為であり,そこに処分性は認められないので,争訟手段としての取消訴訟は制度上許されない。」とする。原田尚彦『行政法要論』(学陽書房,全訂第7版補訂2版,2012) 240頁は,制裁的意味を持っているが情報開示の一環であり不利益処分ではないから,「公表に対し行政訴訟を提起して争うことも容易でない」とする。また,山村恒年「§3 [抗告訴訟]」南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣,復刊版,2000) 27頁は,「知事が社会保険医療費担当者監査要綱(通達)に定めた戒告事由にあたるとして保険医に対してなした戒告は何ら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(昭38・6・4民集17・5・670……)がある。しかし,この戒告は県公報に公表されるのであり,医師の名誉,営業上の信用を侵害する点から考えて法の根拠を必要とすると解すべきであろうし,それを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処分性を否定すべきではあるまい」とする。
- (46) 雄川一郎『行政の法理』(有斐閣,1986) 230頁。
- (47) 宇賀・前掲注(4)259頁。
- (48) 高野修「履行済ポスト・ノータイ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。
- (49) 行政による制裁的公表に対して取消訴訟の提起が可能であるとする見解として,稲葉馨ほか著『行政法』(有斐閣,2007) 118頁,雄川一郎ほか著『行政強制』ジュリ増刊(有斐閣,1977) 114~115頁[雄川発言]・116頁[塩野発言],畠山武道「サンクションの現代的形態」六本佳平ほか著『紛争』岩波講座基本法学8(岩波書店,1983) 385頁のそれぞれを参照。
- (50) 東京地決昭和40年4月22日訟月11巻4号603頁は健康保険法43条の9第2項の規定に基づく告示は,立法行為としての性質を有するとはいえ,健康保険組合に対して直接法律上の不利益を与えるものであるから,取消訴訟の対象となる行政処分と解すべきであるとした。
- (51) 東京高判平成21年11月19日 D1-Law 28162417 参照。本判決に対する判例研究としては,拙稿「判批」・前掲注(10)桃山法学19号105頁以下がある。
- (52) 東京高決平成19年11月13日裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go>).

jp/hanrei/pdf/20080912094737.pdf) (平成24年5月1日確認) 参照。当該判決に対する判例研究としては、拙稿「判批」・前掲注(10)桃山法学18号77頁以下参照。

- (53) 名古屋地決平成18年9月25日 D1-Law 28112501。
- (54) 最判昭和39年10月29日・前掲注(18)〔1810頁〕。
- (55) 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣, 2009) 14頁は、行政による制裁的公表による「制裁効果が、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のできない事情に依存している」として、行政による制裁的公表の影響・程度が「受け手」の反応に依拠することを指摘する。北村喜宣『行政法の実効性確保』(有斐閣, 2008) 76~77頁, 北村喜宣『自治体環境行政法』(第一法規, 第5版, 2009) 196頁のそれぞれを参照。
- (56) 宇賀・前掲注(4)259頁参照。
- (57) 自動車運転免許の効力停止処分につき、最判昭和55年11月25日民集34巻6号781頁が示すように、最高裁は名誉・信用を取消訴訟によって「回復すべき法律上の利益」とは解していない。名誉・信用の人格的利益を「回復すべき法律上の利益」とするか否かについての裁判例を整理するものとして、栗本雅和「運転免許停止処分と訴えの利益」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅱ』別冊ジュリ182号(有斐閣, 第5版, 2006) 368~369頁を参照。大浜・前掲注(34)『行政裁判法』154頁は、人格的利益の救済を図るために訴えの利益を認めるべきとする。
- (58) 行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ当該処分について取消・無効の判決を得なければならぬわけではないとしたものとして、最判昭和36年4月21日民集15巻4号850頁参照。当該判決については、磯部力「賠償請求の前提としての無効確認請求と訴えの利益」・前掲注(57)476~477頁参照。
- (59) 碓井光明「行政上の義務履行確保」公法58号(1996) 159頁は、「公表についても、それが違法な権利侵害にあたる場合は、名誉毀損またはそれに準ずる行為として、損害の回復および差止めが認められるべきである」とする。加藤・前掲注(5)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(私見))」とする。大浜啓吉『行政法総論』(岩波書店, 第3版, 2012) 396頁は「公表に対する救済手段としては、国家賠償の請求が可能である。事前救済の必要性が強い場合には、当事者訴訟を利用して、公表の事前差止めないし、先行する

行政指導の違法性確認訴訟も可能であろう。人格権に基づく差止め請求ができる場合もあり得よう」。川神・前掲注(10)23頁は、「後に予定される不利益が処分として行われる場合については、差止訴訟が法定されたが、少なくとも行政事件訴訟法三七条の四が定めるものと同様の事前救済の必要性ないし訴えの利益が認められるならば、予定される不利益が処分に当たらない場合であっても、確認訴訟等の当事者訴訟による救済を肯定することが可能である」とする。櫻井＝橋本・前掲注(5)190頁は、「公表により自己の権利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。原田・前掲注(45)240～241頁は、「公表が予知できれば、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。

- (60) 紛争調整条例14条2項は「市長は、紛争当事者の一方から調停の申出があった場合において、相当な理由があると認めるときは、他の紛争当事者に対し、相当の期限を定めて調停に付することを受諾するよう勧告するものとする。」とし、同22条1項(2)は「第14条第2項の規定による勧告に正当な理由なく応じないとき。」は公表する旨を規定している。また、同3項は「市長は、前2項の規定により公表しようとするときは、あらかじめ当該公表される者にその理由を通知し、その者が意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない。」とする。
- (61) 容器包装リサイクル法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項所定の勧告不服従事実の公表後に、「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。
- (62) 稲葉・前掲注(49)162頁は、このような行政過程を「「公表」制度を、命令によって課されることとなるはずの義務の履行を先取的に確保す

るものとみなすこともできよう。」とする。

- (63) 但し、処分を受ける蓋然性が高くなったというだけでは、行政処分的前提となる行為に処分性は生じないとする旨の下級審判決として、東京高判昭和60年6月24日訟月32卷3号626頁は、大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律7条に基づく変更勧告につき、「変更勧告を受けたことによつて、相手方の地位に生ずる変化は、これを受ける以前に比し変更命令を受ける蓋然性がより大きくなつたということとどまるものであつて、このような地位の変化をもつて、法律上の地位に変動が生じたということではできず、右の変化は、未だ事実上の影響にとどまるものというべきである。」として、当該勧告の抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないとした。
- (64) 行政による制裁的公表に対して法の仕組みの観点から処分性が認められる余地を指摘するものとして、川神・前掲注(10)21頁は「法律上の根拠のある勧告・指導や公表も、事実行為であるが、それらを受けたことがないことが法律上の資格要件とされていたり、勧告に従わなかった場合には一定の不利益処分をすることが法定されていたり、勧告や公表をされたことが給付等の欠格事由とされていたりするような制度が採られたとすれば、その場合には、その勧告・指導や公表は直接法的地位に変動を生じさせるものと認めることができるから、抗告訴訟の対象となる行為に当たるものと解することができる。」とする。
- (65) 前掲注(61)の容器包装リサイクル法7条の7各項所定の法の仕組み以外に、行政による制裁的公表が行政処分に前置されているような法の仕組みが採られている例としては、東京都暴力団排除条例27条、同29条1項2号及び同30条5項は「勧告→勧告不服従事実の公表→措置命令」、小売商業調整特別措置法16条の3第1項、同4項及び同16条の5第1項は「勧告→勧告不服従事実公表→措置命令」、石油需給適正化法10条2項、同3項及び同4項は「売渡指示→指示違反事実の公表→公表後にも売渡指示に従わない場合の売渡命令」、名古屋市廃棄物の減量及び適正処理に関する条例27条、同28条及び同29条は「勧告→勧告の不服従事実公表→公表後にも勧告に従わない場合の事業系廃棄物の処理施設への受入拒否」というような法の仕組みが予定されている。
- (66) 本来であれば行政処分とは解されない行為に対し、形式的行政行為と解した場合には、当該行為に公定力を認めなくてもよいとする旨のものとして、兼子・前掲注(41)229頁、原田・前掲注(45)387頁のそれぞれを参照。



- (67) 事実行為が「処分」に該当する場合には、当該行為の違法は取消訴訟以外では争えないとする旨のものとして、最判平成17年10月25日・前掲注(19)〔35頁〕の藤田宙靖裁判官の補足意見参照。また、芝池・前掲注(40)『行政救済法講義』31頁参照。
- (68) 司法研修所・前掲注(20) 1～2頁は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、仮処分をすることができない。」とする。
- (69) 行政指導の定義としては、山内・前掲注(13) 4頁は「一定の行政上の目的を実現するために、行政機関が国民に対して行う指導であって、事実上の強制を伴うものをいう。」とし、行政手続法2条1項6号は「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう。」とする。
- (70) 行政指導が実質的に国民の任意性を損ねる可能性を述べる見解として、田中二郎『司法権の限界』(弘文堂、1976) 289頁、山内・前掲注(13) 112～113頁のそれぞれを参照。
- (71) 行政指導に処分性を認めないとする見解として、杉本・前掲注(16) 12頁は、行訴訟3条2項の「処分その他の公権力の行使に当たる行為」には「単なる事実上の通知、勧告等の行為または行政機関内部もしくは相互間の承認等の行為を含まないことはいうまでもない」とする。
- (72) 行政指導に処分性が認められる余地があるとの旨のものとして、大浜・前掲注(34)『行政裁判法』103頁、佐藤英善『行政法総論』(日本評論社、1984) 283・288頁、芝池義一『行政法総論講義』(有斐閣、第4版補訂版、2006) 262頁、原田・前掲注(45) 204～205頁のそれぞれを参照。逆に、山内・前掲注(13) 105頁は、事前勧告及び申請者に対する勧告については後続する下命又は申請に対する拒否処分段階で取消訴訟で争えばよく、また、是正勧告については起訴は過去の行為について行われるもので是正勧告それ自体に対する不服従について行われるものではないから是正勧告を取消訴訟の対象にすることはないとする。
- (73) 最判平成17年7月15日・前掲注(33)、最判平成17年10月25日・前掲注(19)のそれぞれを参照。
- (74) 行政処分に前置される行政指導に処分性が認められる旨の見解としては、塩野・前掲注(17)『行政法Ⅱ』113頁は、「行政指導に対する不服従が次の侵害的処分の要件として法律上組み込まれている場合には、一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてもよいと思われる」とする。

- (75) 秋田地判平成5年4月23日訟月40巻2号332頁は、生活保護法27条1項による指導指示は、その内容を強制的に実現する手段が予定されているので、被保護者に一般的抽象的努力義務を課すにとどまらない指導指示は、抗告訴訟の対象となる行政処分であるとした。
- (76) 川神・前掲注(10)20～21頁。
- (77) 山内・前掲注(13)104～105頁。
- (78) 芝池・前掲注(72)『行政法総論講義』262頁。また、同252頁は、「制裁を予定されているものについていえば、これを行政指導の一種として理解するとしても、機能的には行政行為に近い役割を果たすものであり、手続法上あるいは争訟法上は、これに準じて扱うことが考えられる」とする。
- (79) 行政による制裁的公表の前提となる行政指導に処分性が認められる可能性を説くものとして、大橋洋一『行政法Ⅰ』（有斐閣，2009）415頁の注(60)，雄川ほか・前掲注(49)114～115頁〔雄川発言〕，神橋一彦『行政救済法』（信山社，2012）84頁，原田・前掲注(45)204～205頁，村上博「行政指導」室井力編『新現代行政法入門（1）』（法律文化社，補訂版，2005）219頁のそれぞれを参照のこと。
- (80) 近年，法律によって導入されたものとして，東京電力福島原子力発電所事故による原子力損害を受けて制定された原子力損害賠償支援機構法38条4項には，原子力事業者等が原子力賠償支援機構の業務に要する費用に充てるための負担金を納付しない場合には，主務大臣がその旨を公表することが規定されている。また，平成二十三年三月十一日に発生した東北地方太平洋沖地震に伴う原子力発電所の事故により放出された放射性物質による環境の汚染への対処に関する特別措置法10条5項には，専門的知識及び技術を有する者の派遣等を講ずるように要請したことに応じない原子力事業者に対する勧告をし，その勧告に従わない場合には，その旨を公表することが規定されている。また，地方公共団体の条例によって導入されたものとして，暴力団と市民との関わりを制限することを定める内容を含む条例として近年注目されているいわゆる「暴排条例」と称されるものの一つの東京都暴力団排除条例29条1項や，多くの地方公共団体によって導入が進みつつある都市計画やまちづくりに住民参加等を進める「まちづくり条例」の一つの国分寺市まちづくり条例95条1項各号を参照。
- (81) 法務省ウェブサイト「平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」(<http://www.moj.go.jp/content/000006426.pdf>)（平成24年5月26日確認）



参照。

- (82) 森本益之ほか著『刑事政策講義』（有斐閣，第3版，1999）84頁によれば，刑罰の一種たる名誉刑は，「犯罪者の名誉あるいは社会的地位を一時的または永久的に奪うことによって，本人に苦痛を与え，また一般・特別予防を狙った刑罰」とされるが，選挙権などの市民権の剥奪・制限，謝罪広告の義務付けなどを除き，「晒し」「入墨」「烙印」などは，人権の尊重から姿を消したとされる。
- (83) 斎藤誠「自治体立法」の臨界論理」公法57号（1995）195頁は，誤った公表に晒された者は，寺社権門によってされた「名字を籠める罪」を課された者に比肩すべき位置に置かれることになる」とする。芝池・前掲注(72)『行政法総論講義』220頁は，「公表は，その実効性を国民による批判・非難に期待するという点で，適切な手段とはいいい難い」とする。曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」公法65号（2003）224～225頁は，「私人に対するインパクトが時として度はずれに大きくなること，相手方の対応によってその効果が異なることなどの問題もあるので，その妥当性を改めて再検討すべきである。」とする。畠山・前掲注(49)374頁は，「……行政庁の安易で軽率な氏名公表によって業者がとり返しのつかない信用失墜を被るなどの弊害にも結びつきやすく，運用にあたって注意すべき点も多い」とする。広岡隆『行政法総論』（ミネルヴァ書房，5版，2005）172頁は，「〈江戸市中引き回しのうえ磔獄門〉という江戸時代の刑罰を連想させるもので，近代的な強制手段といえないから，一般化すべきものではなく，多くの国民に多大の迷惑をかけている者についてのみ限定して用いられねばならない」とする。山内・前掲注(13)72頁は，「世論は，感情に流されやすいから，不服従を非難する世論は，いわゆる人民裁判に発展するおそれがある一方，相手方に対しては，聴問等その言い分をきくための慎重な事前手続が保障されていないから，この制度は，基本的人権にとってかなり危険な制度である」とする。
- (84) 伊藤英一「情報社会と忘却権—忘れることを忘れたネット上の記憶—」法学研究84巻6号（2011）161頁以下参照。