

差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係

——救済ルート選択の問題を中心に——

湊 二郎*

目 次

はじめに

1 平成16年改正前

2 差止訴訟の法定とその要件

3 「重大な損害」要件に関する裁判例

おわりに

はじめに

平成16年の行政事件訴訟法改正（以下「平成16年改正」という）により、抗告訴訟の1類型として、差止訴訟が法定された。差止訴訟は、処分によって権利利益を害される者の救済手段という点では、取消訴訟と共通する性格を有している。他方で差止訴訟は、「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合」に限り提起することができ（同法37条の4第1項本文。以下これを「重大な損害」要件という）、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」には提起することができないものとされており（同項ただし書。補充性の要件）、取消訴訟と比較して訴えの提起が制限されている。また平成16年改正で、執行停止の要件が「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に改められたところ（同法25条2項）、学説・裁判例においては、処分がなされることにより生ずるおそれのある損害が、その処分の取消訴訟を提起して執行

* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科准教授

停止を受けることによって救済を受けられるものであるならば、「重大な損害」要件は充足されないという考え方がみられる（近時、最判平成24年2月9日裁時1549号4頁も、このような考え方をとることを明らかにした）。

差止訴訟を取消訴訟との関係で補充的なものとみる考え方は、平成16年改正前から有力に主張されていたものである。それに対して本稿は、平成16年改正後においては、取消訴訟・執行停止に対する差止訴訟の補充性を強調するべきではないという立場に立っている。近時においては、差止訴訟の提起を適法とする裁判例も少なくないが、その一方で、訴えの適法性を肯定することが可能と解される事案であるにもかかわらず、取消訴訟・執行停止による救済可能性を指摘して、差止訴訟を不適法とする裁判例も存在している。本稿は、法定された差止訴訟の活用を図る見地から、差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係を考察しようというものである。

以下ではまず、平成16年改正前における、差止訴訟（ないしは処分差止めを目的とする訴訟）の許容性に関する学説・裁判例の状況を概観する（本稿1）。次に、平成16年改正で法定された差止訴訟の要件について、立案担当官による解説を参考にして、差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係という観点から検討を加える（本稿2）。その上で、「重大な損害」要件に関する裁判例を取り上げ、具体的事案において救済ルート選択の問題をいかに解決すべきかを考察する（本稿3）。

1 平成16年改正前

(1) 差止訴訟が適法とされた例

平成16年改正前において、法定外抗告訴訟としての差止訴訟を適法とした例として、東京地判昭和38年7月29日行集14巻7号1316頁が著名である。原告は、「被告〔刑務所長〕は、原告の頭髪を、調髪の必要ある場合を除き、強制剪剃してはならない」との判決を求め、東京地裁は、原告の訴えを行政事件訴訟法3条1項にいう「行政庁の公権力の行使に関する不

服の訴訟」の一種として適法とした。訴えが適法とされる理由としては、原告の頭髮の翦剃を強制することが基本的人権の保障に関する憲法の規定に違反するかどうかという問題は、裁判所が第1次的に判断すべき事柄であって、行政庁の第1次的判断権は重視するに値しないこと、被告は、約20日間に1回の割合で原告の意に反して翦剃を実施して来ており、将来もこれを継続する意思であることは明らかであるから、被告の第1次的判断権はすでに行使されたに等しい状況にあること、そして「頭髮の翦剃は、いったん実施されれば、原状に回復することは不可能であり、その意味において、事前の差止めを認めないことによる損害は回復すべからざるものであり、現行法上、事前の差止めを訴求する方法以外に他に適切な救済方法も存在しない」ことが指摘されている。前半は行政庁の第1次的判断権に関する説示であり¹⁾、後半の引用部分は損害の回復不能性と補充性に関するものといえることができる。

差止訴訟が適法とされたもう1つの例として、名古屋地判昭和51年12月17日判時847号43頁を挙げることができる。本件の事案は次の通りである。刑事被告人として拘留所に収容されていたXは拘留所長より懲罰処分（軽屏禁）を受けたが、椎間板ヘルニアのため処分の執行を停止されていたところ、刑の確定により刑務所に移送収監された。その後Xの症状が回復し、刑務所長は処分の執行に着手したが、その2日後、Xが再び腰痛を訴えたため、執行が再度停止されていた。Xは、刑務所長が懲罰処分を執行することは違法であると主張して、「執行処分」の取消し、停止を求めて出訴した。名古屋地裁は、Xの本案訴訟を、刑務所長が懲罰処分を執行することを予め禁止することを目的とする法定外抗告訴訟と解した上で適法とした。その理由としては、「執行障害事由がなくなれば〔刑務所長が〕直ちに再度執行に着手することが容易に予想しうること、右処分が執行さ

1) 被侵害利益の性質および侵害行為がなされるおそれ（蓋然性）に言及しているとみることもできる。宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣，2011）337頁も参照。

ればその性質上原状回復は不可能であること、事前に救済を受ける以外に他に適切な救済方法がないこと等が認められ〔る〕」ことが指摘されている。① 執行行為がなされることの蓋然性、② 原状回復不能性、③ 補充性が考慮されているといえるが、①に関しては、前掲東京地判昭38年7月29日と同様に、行政庁の第1次的判断権が既に行使されたに等しいことが認定されたとみることもできる。

(2) 2つの最高裁判決

処分の差止めに関する過去の最高裁判決として重要であるのは、最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁である。本件では、教員である原告（上告人）らが勤務評定書に自己観察の結果を記入する義務を負うか否かが争われた。最高裁は、「本訴の趣旨とするところを実質的に考察すれば、……懲戒その他の不利益処分が行なわれるのを防止するために、その前提である上告人らの義務の不存在をあらかじめ確定しておくことにある」と述べ、「具体的・現実的な争訟の解決を目的とする現行訴訟制度のもとにおいては、義務違反の結果として将来なんらかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然許されるわけではなく、当該義務の履行によつて侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできない」と判示した。この判示によると、処分の差止めを目的とする確認訴訟の適法要件としての法律上の利益が肯定されるためには、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情が必要とされる。特段の事情の有無を判断する際には、被侵害利益の性質、侵害の

程度、不利益処分の実質性・内容・性質を考慮すべきであり、特段の事情がある場合の例として、処分を受けてから訴訟を提起したのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある場合がある、ということになる²⁾。本件について最高裁は、記載を求められる事項が内心的自由等に重大なかわりを有するものとは認められないこと（被侵害利益の性質ないし侵害の程度）、これを表示しなかったとしても、ただちに義務違反の責めを問われることが確実であるとは認められないこと（不利益処分の実質性）を指摘して、特段の事情の存在を否定した。

原告（上告人）の所有地が河川法にいう河川区域に該当するか否かが争われた事案で、最判平成元年7月4日判時1336号86頁は、前掲最判昭和47年11月30日を引用して、「上告人が、河川法75条に基づく監督処分その他の不利益処分をまわって、これに関する訴訟等において事後的に本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということではできないから、上告人は、あらかじめ河川管理者たる被上告人が河川法上の処分をしてはならない義務があることの確認（第1次的訴え）ないし河川法上の処分権限がないことの確認（第2次的訴え）及びこれらと同趣旨の本件土地が河川法にいう河川区域でないことの確認（第3次的訴え）を求める法律上の利益を有するということができない」と判示した。この点、控訴審の高松高判昭和63年3月23日行集39巻3＝4号181頁は、第1次的訴えおよび第2次的訴えを法定外抗告訴訟と解した上で、「行政庁の公権力の行使について予防的に行政庁の不作为義務の確認又は処分権限の不存在の確認を求める無名抗告訴訟が適法なものとして許容されるのは、当該行政処分について、三権分立の原則を考慮しても、行政庁の第1次的判断権を実質的に侵害することがなく、しかも、その処分がされ、又はされないこと

2) 南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009）111頁〔人見剛〕は、前掲最判昭和47年11月30日は「まず事後訴訟に対する補充性を立て、それを充足する下位の要件として損害の重大さと侵害の実質性を挙げている」と整理する。

によって発生する損害が重大であって、事前の救済を認めるべき差し迫った必要性があり、他に救済を求める手段がない場合に限られる」との一般論を展開し、公法上の法律関係の確認を求める当事者訴訟により適切な救済を求め得るとの理由で、第1次的訴えおよび第2次的訴えを不適法としていた。前掲最判平成元年7月4日の伊藤正己裁判官の補足意見は、上記の各訴えをいずれも法定外抗告訴訟に該当するものと解し、その許容要件に関する前掲高松高判昭和63年3月23日の一般論を正当として是認した上で、「本件の場合、上告人が、右の監督処分その他の不利益処分をまって、これに関する訴訟等において、事後的に、本件土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争ったのでは、重大な損害を被るおそれがあると認められず、したがって、事前の救済を認めるべき緊急の必要性があるとはいえない」と述べている。

前掲最判昭和47年11月30日および前掲最判平成元年7月4日（法廷意見）は、処分の差止めを目的とする確認訴訟について、それが法定外抗告訴訟に該当するか否かを判断することなく、法律上の利益の有無という観点で事案を処理したものである（このような考え方は、「訴えの利益説」と呼ばれることがある³⁾）。訴えの利益の判断に関する特色としては、処分を受けてからこれに関する訴訟を提起して争うこと（事後救済）が原則であり、処分の差止めを目的とする訴訟が認められるのは例外的な場合に限られるものとされていること、原告が被るおそれのある損害の大きさが重要な考慮要素とされていることを指摘することができる。他方、前掲高松高判昭和63年3月23日は、処分の差止めを目的とする法定外抗告訴訟の許容要件に言及しており、その内容は、① 行政庁の第1次的判断権を侵害しないこと、② 事前の救済を認めないと重大な損害が生ずること、③ 他に適切な救済方法がないこと、という3つの要件として整理することが

3) 南＝高橋編・前掲注(2)111頁〔人見〕。佐藤繁・最判解民事篇昭和47年度364頁は、前掲最判昭和47年11月30日は、義務確認訴訟の許否を「訴えの利益の有無によって決しようとしたもの」と述べている。

できる(3要件説)⁴⁾。訴えの利益説は、少なくとも表面的には、行政庁の第1次的判断権について言及していないが、上記の伊藤正己裁判官の補足意見は、訴えの利益説と3要件説は実質的に異ならないという前提に立っているようである⁵⁾。

(3) その後の下級審裁判例

その後の下級審裁判例においては、3要件説をとるものもあれば、訴えの利益説をとるものもみられる⁶⁾。前者の例としては、船舶移動の即時強制の差止めが求められた事案に関する横浜地判平成11年6月28日判自200号80頁が挙げられる。同判決は、差止訴訟は「〔1〕行政庁が当該行政処分をなすべきこと又はなすべきでないことが法律上覇権されており、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないために第1次判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要でない」と認められること、〔2〕事前審査を認めないことによる損害が大きく、事前の救済の必要が顕著であること、〔3〕他に適切な救済方法がないことの3要件が満たされるならば、可能である」と述べ、権限行使の有無・時期・態様等については被告(横浜市長)の裁量判断の下に置かれていること、即時強制に先行する指導・勧告を処分とみて取消訴訟を提起し、執行停止の申立てをする余地もあること、万一船舶が移動されたとしても財産的被害は決定的に回復困難とまではいえないことを指摘して、第1要件および第2要件の充足を否定した。

4) 大貫裕之「義務づけ訴訟・予防訴訟」芝池義一ほか編『行政法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 2004) 128頁, 南=高橋編・前掲注(2)110頁〔人見〕参照。

5) 佐藤・前掲注(3)364頁も参照。山本隆司「法定外抗告訴訟」法教263号(2002) 49頁は、訴えの利益は本来、事情を広い視野から柔軟に考慮して判断することが可能であるにもかかわらず、最高裁は、訴えの利益を硬直的かつ厳格に判断するため、下級審の判断基準を用いるのと大差ない結果になっていると指摘する。

6) 下級審裁判例の分類整理については、南=高橋編・前掲注(2)110頁以下〔人見〕のほか、小早川光郎=高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』(第一法規, 2004) 69頁以下〔山本隆司〕も参照。

後者の例としては、東京都外形標準課税条例の無効確認、同条例に基づく更正処分・決定処分の差止め、租税債務の不存在確認等が求められた事案に関する東京地判平成14年3月26日判時1787号42頁が挙げられる。同判決は、前掲最判昭和47年11月30日および前掲最判平成元年7月4日を引用して、「その訴訟形態が、法定の抗告訴訟、無名抗告訴訟、公法上の当事者訴訟、民事訴訟のいずれであるかを問わず、……処分権限の発動を差止めるため事前にその前提となる法令の効力の有無の確定を……求めることが当然に許されるわけではなく、……同処分を受けてからこれに関する訴訟の中で事後的に当該法令の効力を争ったのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでない限り、あらかじめ当該法令の効力の有無の確定を求める法律上の利益を認めることはできない」と述べる。その上で東京地裁は、原告らに同条例に基づく更正処分等がなされることが確実であるとはいえないこと、今後の事業年度についての申告納付による経済的不利益によって倒産の危機に直面するなど、不利益処分を待って同条例の効力を争い事後的に誤納金または過納金の返還および金銭賠償を求めたのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情の存在を見いだすことができないことを指摘して、上記の差止請求および確認請求に係る訴えを不適法とした。

(4) 学説の状況

当時においては、給付訴訟としての処分差止訴訟と処分権限の不存在確認訴訟を一括して、これを予防訴訟、予防的訴訟あるいは予防的不作為訴訟と呼び（以下単に予防訴訟という）、その許容性を論ずることが通例であった⁷⁾。学説においては、予防訴訟は、処分がなされた後の取消訴訟で

7) 常岡孝好「無名抗告訴訟」成田頼明編『行政法の争点〔新版〕』（有斐閣、1990）207頁、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、2000）138頁。

は原告の救済に欠けるときのみに認められるとする説（補充説）が有力であった⁸⁾。その論拠としては、司法権は行政権の第 1 次的判断を尊重すべきものであって、それが違法に行われた場合に、これを取消し変更またはその無効の確認をすることができるにとどまるのが原則でなければならないとするもの⁹⁾、行政事件訴訟法は公権力の行使に関する救済方法について取消訴訟中心主義をとっていると解するもの¹⁰⁾、予防訴訟は取消訴訟を時間的に早めたものにすぎないことを指摘するものがあった¹¹⁾。補充説をとる学説においても、予防訴訟の要件については様々な考え方があり、処分が違法に行われることが確実かつ明白に予見できるのみならず、その処分の行われることが目前に差し迫っているような場合で、しかも事前に抑制しなければ、相手方たる国民に回復することの困難な不利益を避けたいという場合であれば、予防訴訟を適法として認める余地があるとするもの¹²⁾、① 処分が行われることに蓋然性があること（または確実であること）、② 処分が違法であること（行政庁の不作为義務）が明白であること、③ 原告に回復し難い損害（または重大な損害）が生ずること、④ 他に適切な方法がないこと、という 4 要件を挙げるもの¹³⁾、上記の 3 要件説を基本的に支持するとみられるものもあった¹⁴⁾。

8) 補充説を明確に表現したものととして、雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」『行政争訟の理論』（有斐閣、1986）275頁（「取消訴訟との関係では、不作为請求訴訟は、取消訴訟に対して補充的ないし第 2 次的な関係に立つ訴訟形式と考えるべきである。即ち、行政行為がなされた後にその取消を求めるのでは権利の保護を全うし得ない場合に限って認められるべきであろう」）。

9) 田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第 2 版〕』（弘文堂、1974）296頁。原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」『訴えの利益』（弘文堂、1973）72頁も参照。

10) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第 3 版〕』（有斐閣、2004）203頁、小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎ほか編『現代行政法体系 4 行政争訟Ⅰ』（有斐閣、1983）160頁以下。

11) 芝池義一『行政救済法講義〔第 2 版補訂版〕』（有斐閣、2003）131頁。

12) 田中二郎「司法権の限界——特に行政権との関係」『司法権の限界』（弘文堂、1976）32頁。ほぼ同旨の裁判例として、東京地判昭和42年 2 月 7 日行集18巻 1 = 2号63頁。

13) 芝池・前掲注(11)131頁。

14) 原田・前掲注(9)73頁。ただし、行政庁の作為・不作为の義務が法律上一義的に明瞭

それに対して、予防訴訟の許容性は紛争の成熟性の有無によって判断すべきであり、回復困難な損害を要求することは厳格に失すると主張する説（独立説または成熟説）も存在した。この説によれば、特別に証拠だてられた行政庁の処分態度に照らして、近い将来になされる蓋然性の高い行政処分の適法・違法が事前に判定されうると見えるときには、既に紛争の成熟性があるものとして、予防訴訟を許容すべきものとされる¹⁵⁾。損害の回復困難性を要件とすることに対しては、「法益侵害の不可償性を要件にすると、人身の自由については認められても……，財産権その他に対する処分は可償的とされやすい」という点が指摘されているほか、「現行法制上行政処分は、ひとたびなされると違法であっても公定力と執行不停止原則を享有するので、国民の法益の事後的救済は一般に相当困難と目すべき」であることが主張されている¹⁶⁾。この説は、当然ながら、補充説を採用する学説から批判を受けた¹⁷⁾。また、独立説も補充説の要件を緩和したものにすぎず、取消訴訟の存在を前提とする限り、実際の救済という点で補充説が独立説に劣ることはないという評価もみられた¹⁸⁾。

以上の議論を前提に、差止訴訟の訴訟要件として最低限必要とされるものを考えてみると、まず、処分の適法・違法を事前に判断することができ

ㄨであることは本案の要件であるとする（同・75頁）。雄川・前掲注(8)280頁は、裁量の余地の有無は本案の問題であるとするともに、違法の明白性を要件とすることに対しても批判を加えている。

15) 杉村敏正＝兼子仁『行政手続・行政争訟法』（筑摩書房，1973）362頁以下〔兼子仁〕。兼子仁『行政法総論』（筑摩書房，1983）263頁は、予防訴訟の適法要件は、①違法処分に関し訴訟的保全に値するような国民の既存の法益に対して、②裁判所の適法性審査が可能なるほどに特定された不利益処分が近くなされる蓋然性が高いことであるとする。

16) 兼子・前掲注(15)263頁。

17) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」『行政過程とその統制』（有斐閣，1989）330頁注(41)。原田・前掲注(9)72頁も参照。

18) 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣，1989）49頁〔園部逸夫〕。阿部泰隆「公権力の行使に対する差止訴訟」『行政訴訟改革論』（有斐閣，1993）は、成熟説と補充説を妥協させ（384頁）、紛争が司法判断に適するほど成熟していることと、事前救済を認めないと救済が相当に困難になることの2つを相関的に判断すべきであると主張する（387頁）。

ることは、差止訴訟における本案判決をするために不可欠の要件であるといえる。また、処分がなされる可能性がなければ、差止判決をする必要がないため、差止訴訟は不適法となろう。さらに、差止訴訟を主観訴訟として構成する以上は、処分によって原告の権利利益が害されるおそれが必要である。これらの要件はいずれにしても必要であると考えられるが、上記の補充説の立場では、さらに訴訟要件を追加すべきものとされる。行政庁の第 1 次的判断権に関しては、本案審理の過程においてこれを考慮すれば足りると考えることもできるが¹⁹⁾、行政事件訴訟法が救済方法として取消訴訟中心主義を採用しているとの主張については、仮にこれが正しいとすると、差止訴訟の提起がある程度制限されてもやむを得ないことになろう。

2 差止訴訟の法定とその要件

(1) 差止訴訟の法定

平成16年改正により、抗告訴訟の 1 類型として、差止訴訟が法定された。立案担当官の解説では、差止訴訟を法定した理由については、制裁処分が公表されると名誉や信用に重大な損害を生ずるおそれがある場合等、取消訴訟を提起し、執行停止を受けたとしても、それだけでは十分な救済を得られない場合があることから、国民の権利利益のより実効的な救済を可能にする観点から、差止訴訟が事案に応じて活用されるようにするためであると説明されている²⁰⁾。学説においては、差止訴訟（および義務付け訴訟）の法定は、従前の取消訴訟中心主義から脱却するものであるとの評価もあるが²¹⁾、以下にもみられるように、立案担当官の解説には、取

19) 小早川＝高橋編・前掲注(6)66頁〔山本〕参照。

20) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務，2004）183頁。

21) 塩野宏参考人発言（第159回国会衆議院法務委員会議録第23号）、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学——訴訟類型論から見た」『行政法概念の諸相』（有斐閣，2011）266頁。

消訴訟中心主義から脱却したとはいえない部分がある²²⁾。

(2) 差止訴訟の要件

差止訴訟は、「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟」と定義された（行政事件訴訟法3条7項）。ここでいう「一定の処分」の意義について、立案担当官は、一定程度を超える騒音を発生させてはならないことを求める訴えのように、処分によってもたらされる結果だけを特定し、具体的にどの処分の差止めを求める訴えであるかが特定できないような訴えは不適法であるが、差止めを求める処分が、その根拠法令等に照らして差止訴訟の要件についての裁判所の判断が可能な程度に特定されていると解することができるときは、適法な訴えとして認められると説明している²³⁾。また立案担当官は、同項が「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において」と定めているのは、一定の処分または裁決がされようとしていること、すなわち行政庁が一定の処分または裁決をする蓋然性があることも、救済の必要性の前提として、差止訴訟の要件となるという趣旨であると説明している²⁴⁾。処分等がなされる蓋然性が必要であるとすると、蓋然性の有無をどのように判断すべきかが

22) 乙部哲郎「差止訴訟の訴訟要件——判例を中心に」神院40巻1号（2010）25頁は、平成16年改正は取消訴訟中心主義からの脱却というよりもその緩和を意図していると述べる。

23) 小林・前掲注(20)185頁以下。「小田急小田原線の世田谷代田駅と喜多見駅との間の線増連続立体交差化事業により建設される高架複々線の鉄道線路に、小田急電鉄株式会社が鉄道を複々線で走行させることを許す一切の処分」の差止めが求められた事案で、東京地判平成20年1月29日判時2000号27頁は、差止めの対象が特定していないものとして訴えを不適法とした。

24) 小林・前掲注(20)187頁。前掲最判平成24年2月9日は、「差止めの訴えの訴訟要件については、まず、一定の処分がされようとしていること（行訴法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が、救済の必要性を基礎付ける前提として必要となる」と判示している。

問題となる²⁵⁾。

同法37条の4第1項および第3項は、差止訴訟の訴訟要件を定めている。同条1項本文は「重大な損害」要件、同項ただし書は補充性の要件を規定しており、これらは救済の必要性に関する要件とされる²⁶⁾。この要件については別に論じる。

同条3項は、差止訴訟を提起しうる者として、「行政庁が一定の処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」と規定し、同条4項は、その判断について同法9条2項の規定を準用する。立案担当官は、差止訴訟の原告適格は取消訴訟の原告適格を同様に考えることができるとし、その理由として、差止訴訟は、事前救済であるか事後救済であるかという点では取消訴訟と異なるものの、いずれも処分または裁決の効力によって生ずる不利益の排除を求める訴えであるという点で共通性を有すると述べている²⁷⁾。差止訴訟が係属している間に、差止めの対象となっている処分がなされてしまった場合には、その処分の差止めを求める訴えの利益は消滅する。この場合、取消訴訟への訴えの変更が認められるべきであるが、不服申立前置主義がとられているときには問題が生じうる²⁸⁾。

同法37条の4第5項は、差止判決をするための要件として、同条1項および同条3項の要件が充足されることを前提に、①「行政庁がその処分若

25) 南＝高橋編・前掲注(2)662頁以下〔山崎栄一郎〕は、行政庁が処分要件の外形的充足を認識しているという程度でよく、処分をするための告知聴聞等の行政手続が履践されていることは必要ではないとする。小早川＝高橋編・前掲注(6)86頁〔山本〕は、行政主体が処分に関して、何らかの形で原告私人の見解と対立する判断を表明していることが必要であるとする。

26) 小林・前掲注(20)187頁。

27) 小林・前掲注(20)188頁。取消しの理由の制限に関する同法10条1項は差止訴訟に準用されていないが(同法38条)、差止訴訟が取消訴訟と共通の性格を有していることからすれば、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由に差止めを求めることはできないとする見解もある。南＝高橋編・前掲注(2)669頁〔山崎〕参照。

28) 室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』

しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」るとき、または②「行政庁がその処分若しくは裁決をすることがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるとき」と規定する。従前においては、行政庁が当該処分をなすべきでないことが法律上覇束されており、行政庁に裁量の余地が残されていないことを、差止訴訟の訴訟要件として要求する考え方もみられたが、同条5項は、これを本案勝訴要件として位置付けている。立案担当官の解説では、①は、差止めを求められている処分について行政庁の裁量の余地がないため、法令の規定に事実をあてはめることによって明白かつ当然に処分をしてはならないと認められる場合であり、②は、差止めを求められている処分について、法令によって行政庁に裁量が認められている場合で、事案ごとの具体的な事実関係の下で、その処分をすることが裁量権の逸脱濫用となると認められるときであるとされている²⁹⁾。

(3) 救済の必要性に関する要件

ア 「重大な損害」要件

「重大な損害」要件が法定された理由について、立案担当官の解説では、「行政庁が処分又は裁決をする前に、裁判所が事前にその違法性を判断して差止めを命ずるには、そのための要件は、国民の権利利益の実効的な救

↘(日本評論社、2006) 416頁〔深澤龍一郎〕は、同法8条2項3号によりただちに取消訴訟を提起することが認められるとする。行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート 行政訴訟の実務』（第一法規、2009〔追録17号〕）1018頁〔山本隆司〕は、同項2号に該当する場合があることを示唆する。

29) 小林・前掲注(20)192頁。電波法は、同法または同法に基づく命令の規定による総務大臣の処分に対する取消訴訟について、裁決主義および実質的証拠法則を採用しているが、東京地判平成19年5月25日訟月53巻8号2424頁は、仮に総務大臣の上記処分に対する差止めの訴えが適法であるとする、行政事件訴訟法37条の4第5項に基づき、総務大臣が上記処分をすることがその裁量の範囲を超え、またはその濫用となるか否かが、電波監理審議会の審理を経ることなく、裁判所において直ちに審理されることになり、実質的証拠法則を定めた規定の趣旨を没却することになる旨述べ、差止訴訟を不適法とした。

済の観点を考慮するとともに、司法と行政の役割分担の在り方を踏まえた適切なものとする必要がある」、この観点からは、差止訴訟が認められる場合は、裁判所が行政の違法性の判断を事前にしなければならないだけの必要性がある場合、言い換えれば、「事前救済を求めるにふさわしい救済の必要性がある場合に限ることが適当である」と説明されている³⁰⁾。ここでいう「司法と行政の役割分担の在り方」の内容は必ずしも明らかではないが、立案担当官の上記解説は、事後救済を原則とする立場に立つものということができる³¹⁾。学説の中には、民事訴訟においても、差止訴訟は例外的な事前救済の方法であり、損害の重大性・回復の困難性が要件とされていることを指摘して、差止訴訟は、事前に救済すべき必要性が認められる場合に限ってこれを認めることが合理的であると主張する説もある³²⁾。

「重大な損害」要件の充足性を判断するにあたっては、裁判所は、「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又は裁決の内容及び性質をも勘案する」ものとされている（行政事件訴訟法37条の4第2項³³⁾）。損害の回復の困難の程度は考慮事項の1つである

30) 小林・前掲注(20)189頁。それに対して、司法制度改革推進本部が平成16年1月6日に公表した「行政訴訟制度の見直しのための考え方」には、重大な損害を生ずるおそれなどの過重な要件を課すべきではなく、仮に重大とはいえない損害ではあっても、行えば違法となるような処分をすることを漫然と原告に甘受せしめるべき理由は見当たらないとの意見（福井秀夫委員）、「救済の必要性」などの厳格な本案判決要件を設けることは、その利用が制約されることになりかねず、審理の結果、処分をすべきこと（義務付け）、してはならないこと（差止め）が明らかになった場合には、その旨の判決を下すことができることで十分であるとの意見（水野武夫委員）も記載されていた。

31) 市村陽典ほか「座談会 新行政事件訴訟法の解釈」判タ1147号（2004）32頁〔市村発言〕、小早川光郎ほか「研究会 改正行政事件訴訟法」小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』（有斐閣、2005）142頁〔中川丈久発言〕参照。

32) 行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（ぎょうせい、2007）109頁。それに対して、行政処分の差止めを出版の事前差止めや公共事業の差止めと同列に論じることに疑問を呈する説もある。山本弘「民事訴訟法学の見地からみた行政事件訴訟法改正」民商130巻6号（2004）67頁以下参照。

33) 同項と前掲最判昭和47年11月30日の判示の類似性を指摘するものとして、小早川＝高ノ

が、損害の回復が困難であることが必須の要件とされているわけではない。「重大な損害」要件は、前掲最判昭和47年11月30日が用いていた「回復しがたい重大な損害」という表現に比較すると、緩和されたものであると評価されている³⁴⁾。前掲最判昭和47年11月30日も、「回復しがたい重大な損害」を必須の要件としていたわけではないが、前掲東京地判平成14年3月26日は、原告らが倒産の危機に直面する等の事情がないことを理由に差止訴訟を不適法としており、かなり厳しい判断を行っていた。現行法の下では、倒産のおそれがないことを理由に「重大な損害」要件の充足を否定することは許されないであろう³⁵⁾。学説の中には、処分の違法性を確実に認識できる場合には差止訴訟を制限すべき理由は乏しいから、この場合には「重大な損害」要件を緩やかに解釈すべきであると主張する説もある³⁶⁾。

「重大な損害」要件の判断に関して、立案担当官は、制裁処分が公表されると名誉や信用などに重大な損害を生ずる場合などで、執行停止決定を受ける機会もないまま重大な損害を生ずるおそれがあるときには、差止訴訟による救済の必要性が認められる場合も考えられるとするが、他方で、この要件の有無を判断する際に考慮されるべき損害とは、それを避けるために事前救済である差止めを命ずる方法による救済が必要な損害を意味するから、「一定の処分又は裁決がされることにより生ずるおそれのある損害が、その処分又は裁決の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けられるような性質の損害である場合には、そのような損害は、差止めの訴えによる救済の必要性を判断するに当たって考慮され

↘橋編・前掲注(6)73頁〔山本〕、園部逸夫＝芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、2006）202頁〔高安秀明〕。

34) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004）79頁、小早川＝高橋編・前掲注(6)73頁〔山本〕。

35) 園部＝芝池編・前掲注(33)203頁〔高安〕、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005）78頁参照。

36) 芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』（有斐閣、2006）154頁、実務公法学会編『実務行政訴訟法講義』（民事法研究会、2007）203頁〔村本道夫〕。

る損害には当たらない」と述べている³⁷⁾。後半部分に関しては、「道路の区域の決定若しくは変更，土地の収用裁決等について，処分後に取消訴訟を提起して執行停止を求める機会があると裁判所が認めるときは，そのような処分の執行停止による救済の可能性を考慮した上でも，なお，処分を事前に差し止めなければ重大な損害を生ずるおそれがあるような場合を除き，差止めが認められることにはならない」とも説明されている³⁸⁾。

上記の説明は，処分がなされることにより直ちに重大な損害が生ずる場合を除いて，通常は，取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けることができるという前提に立つものであり，差止訴訟と取消訴訟との関係について，取消訴訟中心主義的な立場をとるものということもできる³⁹⁾。学説においても，「行政処分がなされる前に差止訴訟を提起するのか，具体的な処分が行われた後に取消訴訟等を提起して執行停止をかけるのか，というルート選択が問題になるとき，後者が原則的（優先的）であるという整理がされた」との理解に基づいて，「事後的な処分取消訴訟⇒執行停止，という救済ルートでは救いきれないような『重大な損害を生ずるおそれ』が要求される」と主張するものがある⁴⁰⁾。「取消訴訟・執行停止の制度も，処分の執行を未然に防止する機能をもつので，さらに前の時点で差止訴訟を認めるには，取消訴訟・執行停止の制度と整合性を保ち，取消訴訟・執行停止では権利保護に欠ける事情がなければならぬ」との立場から，①「損害の回復の困難の程度を考慮」し，「損害の性質及び程度並びに処分又は裁決の内容及び性質をも勘案」して，執行停止の必要性と同様に差止めの必要性を判断し，さらに②「処分又は裁決の性質を勘案」して，処分後に執行停止決定を得て損害の発生を予防する時

37) 小林・前掲注(20)189頁。

38) 小林・前掲注(20)190頁注(2)。

39) 仮の差止めと執行停止の関係につき，須藤陽子「仮の権利保護の実効性」法時82巻8号(2010)31頁以下参照。

40) 橋本・前掲注(34)78頁以下。南＝高橋編・前掲注(2)604頁〔山崎〕，大浜啓吉『行政裁判法 行政法講義Ⅱ』（岩波書店，2011）279頁も参照。

間的余裕がないかを判断して、①②両方の要件が満たされる場合に「重大な損害」要件が充足されると主張する説もある⁴¹⁾。

平成16年改正で、執行停止の要件も「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に変更されており、「重大な損害」は執行停止によっても回避される仕組みになっているということもできる⁴²⁾。しかしながら、執行停止を受けることにより救済を受けられるような性質の損害は、差止訴訟の要件としての「重大な損害」には該当しないという解釈は、行政事件訴訟法37条の4第1項・2項の文面から当然に導き出されるとまではいえない⁴³⁾。学説においては、執行停止による救済可能性を理由として「重大な損害」要件の充足を否定するような考え方は採用すべきではないと主張する説もある。その理由としては、① 執行停止による救済が可能な場合には差止訴訟は認められないとの考え方をとると、差止訴訟が認められるのは、処分がなされると直ちに損害が生じるために執行停止を待っていたのでは手遅れになるような場合に限定され、差止訴訟の適用範囲をいわずに狭めることになりかねないこと、② 執行停止が行われるか否かは取消訴訟の係属裁判所の判断にかかっている以上、差止訴訟の係属裁判所が執行停止要件を充足すると判断したからといって、現実に執行停止がなされるわけではないことが指摘されている⁴⁴⁾。

後述する通り、取消訴訟を提起することにより自動的に執行停止の効果

41) 小早川＝高橋編・前掲注(6)80頁〔山本〕。他方で、現実に損害が発生している場合、私人がいつ不利益処分を受けるかわからない不安定な状態に置かれている場合、行政機関が一定の方針に基づいて複数の処分を継続的に行う場合には、差止訴訟を認めるべきであるとされている（同・81頁以下）。

42) 芝池・前掲注(36)154頁。

43) 斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂、2007）287頁は、「執行停止の要件と同じ要件にして、どちらの選択も同等としたとみるのが自然」とする。他方で、村上裕章「多様な訴訟類型の活用と課題」法時82巻8号（2010）22頁は、「執行停止等との関係を考慮する必要があることは確かであるが、この点は条文からはわかりにくい」とする。

44) 園部＝芝池編・前掲注(33)201頁以下〔高安〕。芝池・前掲注(36)154頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009）308頁も参照。

が生ずるものとされている場合には、「他に適当な方法がある」ものとして差止訴訟は不適法となると考えられている。この点に鑑みると、法令に特別の定めがない場合であっても、損害が発生する前に執行停止の決定を確実に受けられるような事情があるときには、差止訴訟の提起は制限されるという考え方も成り立ち得る⁴⁵⁾。他方でそれ以外の場合には、執行停止による救済可能性は、仮にこれを考慮するとしても、あくまでも考慮事項の1つとして位置付けられるべきである。例えば、原告の受ける損害が処分の執行によって初めて生ずる性質のものであるとしても、そのことのみを理由として差止訴訟を不適法とするべきではない。この点、立案担当官の説明の中には、執行停止を求める機会がある場合には原則的に差止訴訟は認められないという趣旨に解される部分があるが、このような考え方は差止訴訟の提起を過度に制約するおそれがある。原則的に差止訴訟ではなく執行停止による救済を求めるべきであるというためには、執行停止の申立てをすれば申立てが認容される可能性が高いといった事情を要すると解すべきである。

(イ) 補充性の要件

行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書は、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」には、差止訴訟を提起することができない旨定めている（補充性の要件）⁴⁶⁾。非申請型義務付け訴訟の場合（同法37条の2第1項）とは異なって、この補充性の要件は、消極要件として規定されている。その理由について、立案担当官は、同法37条の4第1項本文にいう「重大な損害」とは、その処分または裁決がされることによって生ずる損害を指しているから、この場合においては、その処分または裁決を差し

45) 阿部・前掲注(44)308頁は、「処分がなされてから執行停止を求めても救済されることがほぼ確実」である場合には、「重大な損害」要件の充足が否定される余地を認める。

46) 前掲最判平成24年2月9日は、不利益処分の予防を目的とする法定外抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟についても、差止訴訟と同様に補充性の要件を満たすことが必要であるとし、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旨述べている。

止めることによる救済方法が一般的には最も直接的かつ実効的な救済方法であると説明している⁴⁷⁾。ここでいう「他に適当な方法があるとき」の例としては、差止めを求める処分的前提となる処分があって、その前提となる処分の取消訴訟を提起すれば、当然に後続する差止めを求める処分をすることができないことが法令上定められている場合（国税徴収法90条3項）や、取消訴訟を提起することができる期間内および取消訴訟が裁判所に係属する間は、処分の効力が生じないものとされている場合（国家公務員法108条の3第8項）が挙げられている⁴⁸⁾。立案担当官のとする立場では、差止訴訟と取消訴訟のいずれの救済ルートを選択すべきであるかという問題の中には、「重大な損害」要件において検討されるべきものと、補充性の要件の対象となるものがあることになる⁴⁹⁾。

法案審議過程における政府参考人の答弁では、第三者に対して直接民事上の請求が可能であるからといって、直ちに他に適当な方法があるとして差止めができないということにはならないとされている⁵⁰⁾。前掲高松高判昭和63年3月23日は、公法上の法律関係の確認を求める当事者訴訟により適切な救済を求め得るとの理由で、処分の差止めを目的とする法定外抗告訴訟を不適法としていたが、当事者訴訟による救済を求め得ることが、

47) 小林・前掲注(20)190頁以下。非申請型義務付け訴訟の場合は、重大な損害が生ずる直接の原因が行政庁以外の第三者の行為にあると解される局面がある。しかしながら、その第三者に対して民事上の請求をすることが可能であるというだけで、他に適当な方法があるということにはならないとの立場に立つのであれば（同・163頁）、非申請型義務付け訴訟について補充性の要件を積極要件として位置付ける必要はなかったのではないかと。立案担当官の解説に対する疑問として、南＝高橋編・前掲注(2)664頁以下〔山崎〕も参照。

48) 小林・前掲注(20)191頁。小早川ほか・前掲注(31)145頁〔村田齊志発言〕も参照。

49) それに対して、差止訴訟と取消訴訟の救済ルート選択の問題を補充性の要件に関するものと解する立場もあり得ないではない。小早川ほか・前掲注(31)145頁〔鶴岡稔彦発言〕参照。

50) 辻恵委員の質問に対する山崎潮政府参考人の答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第24号）。行政訴訟実務研究会編・前掲注(28)1016頁以下〔山本〕は、処分の名宛人の行為を阻止する民事訴訟が認められるからという理由で、処分が適法になるわけでも、処分の第三者が処分の差止めを求める訴訟が不適法になるわけでもないとして述べる。

ここでいう「他に適当な方法があるとき」に該当するか否かという問題がある。学説においては、当事者訴訟が有効に機能する場合があることを認めつつも⁵¹⁾、実効的な権利救済の観点から、当事者訴訟による救済を求め得ることは「他に適当な方法があるとき」には該当しないと主張する説が有力である⁵²⁾。結論として、ここでいう「他に適当な方法があるとき」とは、個別の法律において権利救済の制度が定められている場合に限定されると主張する説も少なくない⁵³⁾。

3 「重大な損害」要件に関する裁判例

(1) 一般論

前掲最判平成24年2月9日は、「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

51) 橋本・前掲注(34)81頁は、行政処分の要件裁量の部分について裁判所が事前審査を及ぼすことは一般的には困難であり、当事者訴訟を活用するルートが相対的に使いやすいと述べる。園部=芝池編・前掲注(33)218頁〔高安〕は、処分の前提となる法律関係が争点となっている場合には、給付訴訟より確認訴訟のほうが有効な事前救済手段であるとする。

52) 橋本・前掲注(34)81頁、小早川=高橋編・前掲注(6)87頁〔山本〕、園部=芝池編・前掲注(33)204頁以下〔高安〕。前掲最判平成24年2月9日は、職務命令に基づく公的義務の不存在確認訴訟については、これを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みて適法としている。同判決は、差止訴訟と当事者訴訟にそれぞれ異なる役割を配分する考え方をとっているようである。

53) 小早川=高橋編・前掲注(6)88頁〔山本〕。園部=芝池編・前掲注(33)205頁〔高安〕、大貫裕之=土田伸也『行政法 事案解析の作法』(日本評論社、2010)279頁。他方で、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版〕』(有斐閣、2010)249頁は、段階的行政処分であって、先行処分がなされているときは、まず取消訴訟を提起すべきであると述べているが、これを補充性の要件に関する問題として位置付けている。

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」と判示した。上記判示の前半部分にいう「司法と行政の権能の適切な均衡」がいかなる状態を指すのかは明らかでないが、差止めを命ずるには事前の「救済の必要性がある場合であることを要する」という表現は、立案担当官の解説と同様のものといえることができる。上記判示の後半部分では、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により容易に救済を受けることができる場合には「重大な損害」要件は充足されることが明言されている。したがって、「重大な損害」要件の判断にあたり、執行停止による救済可能性をそもそも考慮すべきでないとする説は否定されたことになる。ただし、執行停止の決定を受けること等により「容易に」救済を受けられるかどうかという論点が残されており、この点の判断によっては差止訴訟が広い範囲で認められる可能性もある。差止訴訟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」という部分は、前掲最判昭和47年11月30日を用いていた「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合」という表現に比較すると緩和されたものであるが、その内容の解釈によっては、差止訴訟の提起を制限する方向にも作用する。

下級審裁判例においては、立案担当官の解説に従った一般論を展開するものが少なくない。一例のみを挙げると、大阪地判平成20年1月31日判自311号69頁は、「重大な損害」要件が法定された趣旨は「事前救済を認めるにふさわしい救済の必要性を要件とすることにより、司法と行政の適切な役割分担を踏まえつつ行政に対する司法審査の機能を強化し国民の権利利益の実効的な救済を図ろうとした点にある」と述べ、このような趣旨に照らせば「『重大な損害』とは、それを避けるために事前救済を認める必要

がある損害をいうと解すべきであり、当該損害がその処分後に執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであるときは、『重大な損害』には該当しない」と判示している。

「重大な損害」要件の判断方法に関して、やや独特な判示をする裁判例もみられる。名古屋地判平成18年8月10日判タ1240号203頁は、「重大な損害」要件の判断に当たっては、「原告の権利利益やこれに対する侵害の性質及び程度、当該処分によって達成すべき行政目的の緊急性、即時性の内容及び程度等を比較衡量し、当該処分によって原告に生じる損害が、当該処分の取消しの訴え及び執行停止によっては回復することが困難であるか否かという観点から判断すべきである」と述べている。この判示は、損害の回復困難性を決定的な基準として用いているようにみえるため、その点で問題があると思われる。また、東京地判平成20年1月18日 LEX/DB25421199 は、「重大な損害」要件の判断は、「原告が処分の執行によって被る損害が、その性質、内容、程度等に照らし、行政目的を達成する必要性との関連において、やむを得ないものと評価することができず、行政目的の実現を一時的に犠牲にしてもなお原告を救済しなければならない必要性があるか否かという観点からすべきものである」と述べている。この判示は、処分がなされることによって直ちに損害が生ずる事態を想定していない点で問題があり、差止訴訟の提起が適法とされたとしてもそのことのみによって行政目的の実現が犠牲にされることはないのではないかという疑問もある⁵⁴⁾。

(2) 「重大な損害」要件の充足が肯定された例

多くの裁判例は、処分がなされることにより生ずる損害が、その処分の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものである場合には、「重大な損害」要件は充足されないという

54) これらの裁判例に対する疑問として、行政訴訟実務研究会編・前掲注(28)1006頁〔山本〕参照。

立場に立っており、これに明示的に反対する裁判例は見当たらない。しかしながら、以下に見るように、「重大な損害」要件の充足を肯定し、差止訴訟を適法とした裁判例も少なくない。

(ア) 調髪処分

前掲名古屋地判平成18年8月10日は、受刑者である原告が、生物学上および戸籍上は男性であるものの、性同一性障害のため、心理的、社会的には女性として生活してきたことを理由に、男子受刑者としての調髪処分の差止めを求めた事案で、訴えを適法とした。その理由としては、「髪型を自己の意思や好みに従って選択し、決定することは、個々人の自己表現の一態様として基本的に各自が自由に決することができるのであって、個人の尊厳に係る権利として尊重されるべきものと解されるところ、刑事施設法37条に基づく調髪処分は、受刑者個人の意思に反しても、一定範囲の髪型に調髪することを強制するものであり、その執行によって従前保持してきた頭髪及び髪型は失われ、その後髪は伸びてくるとはいえ、従前の長髪等に復するまでには相当の期間を要し、それまでの間の上記利益は失われるのであるから、同処分による損害は、その性質上回復の困難な損害というべきである」という点が指摘されている。従前においても受刑者の頭髪剪剃の差止訴訟が適法とされた例があり、名古屋地裁が訴えの適法性を認めた点は支持される。

(イ) 一般労働者派遣事業許可の取消処分

東京地判平成18年10月20日 LEX/DB25420806 は、一般労働者派遣事業の許可を受けている原告が、18歳未満の者を深夜業に使用したとの事実により、家庭裁判所において罰金刑を言い渡されたことから、処分行政庁が労働者派遣法に基づき上記許可の取消処分を行おうとしているところ、許可取消処分の差止めを求めた事案に関するものである。同判決は、「重大な損害」要件の充足を肯定しており、その理由としては、原告は平成9年ころから一般労働者派遣事業を中心に営んでおり、社会的評価や信用がその重要な経営上の前提となっているから、許可取消処分が行われると、そ

の営業の基盤に甚大な影響が生じ、事後的に、処分が取り消され、あるいは、その執行停止が認められたとしても、さらには、金銭賠償が行われたとしても、従前と同じ規模・態様で営業活動を行うことができないおそれが存在するだけでなく、営業活動を再開・継続することそれ自体が不可能となるおそれも存在することが指摘されている。被告は、① 原告が一般労働者派遣事業を行えなくなるのは許可取消処分に伴う当然の結果であって、法律が予定している範囲内の損害であること、② 原告の社会的評価および信用の失墜は、本件犯罪事実に対し刑事罰が科されたことにより生ずるもので、許可取消処分により生ずるものではないことを主張した。それに対して同判決は、①については、たとえ一般労働者派遣事業を行えなくなることが許可取消処分に伴う当然の結果であるとしても、そのことから重大な損害を生ずる場合であることが否定できるものではないこと、②については、原告における社会的評価および信用の失墜は、許可取消処分を受けて一般労働者派遣事業を行うことが不可能となり、取引先・派遣労働者等との間で契約関係を維持できなくなることによって生じ得ることを指摘して、被告の主張を退けた。処分に伴う「当然の結果」が行政事件訴訟法37条の4第1項にいう「重大な損害」に含まれないとする主張に法律上の根拠はないこと⁵⁵⁾、労働者派遣法は刑事罰を科された者について必ず許可取消処分を行うものとはしていないことに鑑みれば、同判決の判示は支持される。

(ウ) 住民票の消除処分

大阪地決平成19年2月20日 LEX/DB28132115 は、大阪市西成区長が作成する住民基本台帳に住民として記録されているXが、区長が職権により行おうとしている自己の住民票の消除処分の差止訴訟を提起するととも

55) 平成16年改正前において、処分によって通常生ずる損害は執行停止の要件である「回復の困難な損害」には当たらないとする説（通常生ずる損害説）を批判的に検討したものとして、出口尚明「執行停止」藤山雅行編『新・裁判実務体系25 行政争訟』（青林書院、2004）343頁以下参照。

に、仮の差止めの申立てをした事案に関するものである。同決定は、仮の差止めの申立ては、本案の差止訴訟が適法な訴えとして提起されていることをその適法要件とするとの立場から、差止訴訟の適法性を検討し、「重大な損害」要件の充足を認めた。同決定は、① Xについて住民票の消除処分がされた場合、住民基本台帳法15条2項等に基づく市町村長からの住民票の消除の通知に基づいて大阪市選挙管理委員会により選挙人名簿に公職選挙法27条1項の規定による住所を有しなくなった旨の表示がされることとなつて、Xは、当該表示が誤っていることなどを明らかにする資料の提示等があることによってその住所要件の存在を確認し得るといふような特別の事情がない限り、大阪市議会議員の一般選挙に投票することができなくなること、② 選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであることに鑑みると、消除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旨述べている。さらに同決定は、一定の処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであるときは、「重大な損害」要件は充足されないと述べながらも、① 消除処分は、早ければ平成19年3月上旬ころにはされる可能性が認められ、遅くとも大阪市議会議員の一般選挙の告示日までに行われる蓋然性が高いと認められるものの、その具体的な時期は定かではないこと、② 選挙権は、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであること、③ 公職選挙法48条の2の規定による期日前投票を行う機会の確保の必要性をも考えると、消除処分がされることにより生ずるおそれがあるXの選挙権の行使の制限は、執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであるということとはできないと判示している⁵⁶⁾。

56) 同決定は、補充性の要件に関し、公職選挙法24条および25条の規定による選挙人名簿

上記 X とは別の申立人が、大阪市西成区長による自己の住民票の消除処分
の差止めを求めた事案で、大阪地決平成19年3月28日判タ1278号80頁
は、「重大な損害」要件の充足を認めた。相手方大阪市は、平成19年3月
30日に告示される予定の大阪市議会議員の一般選挙にあたっては、期日前
投票および投票日における投票について、住民票の消除処分前からの居住
の事実を証明する書類があれば投票を受け付ける等の対応をしている旨主
張したが、同決定は、相手方の主張するような期日前投票および投票日に
おける対応が予定されていることをもって、申立人が大阪市議会議員の一
般選挙等において選挙権を行使することが十分可能であることの根拠とす
ることはできないとした。その上で同決定は、選挙権は、侵害を受けた後
に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のも
のであることにかんがみると、消除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と述べている。さらに、大阪市議会議員の一般選挙の
告示日が平成19年3月30日に予定されていることにかんがみると、消除処
分がされることにより生ずるおそれがある申立人の選挙権の行使の制限
は、執行停止を受けることにより避けることができるような性質のもので
あるということとはできないことが指摘されている。

上記の2決定は、選挙権が侵害される点で重大な損害を生ずるおそれが
あることを一旦認めた上で、さらにそれが執行停止を受けることにより避
けることのできるものであるかを検討している点で特色がある。告示日に
近接して住民票の消除処分がなされた場合には、当該処分の取消訴訟を提
起して執行停止の申立てをしたとしても、期日前投票の機会を確保するこ
とは困難であるから、処分の差止めの必要性は高いといえよう。

ㄨの登録に関し不服がある選挙人についての異議の申出および訴訟の制度、同法29条2項の
規定による選挙人名簿の修正に関する調査の請求制度、同法202条および203条の規定によ
る選挙の効力に関する異議の申出・審査の申立ておよび訴訟の制度をもって、行政事件訴
訟法37条の4第1項ただし書にいう「他に適当な方法があるとき」に当たるといことは
できないと判示している。

(エ) 保険医療機関指定取消処分・保険医登録取消処分

前掲大阪地判平成20年1月31日は、健康保険法に基づき保険医療機関の指定を受けた歯科医院の開設者であり、かつ保険医の登録を受けた歯科医師である原告らが、保険医療機関指定取消処分および保険医登録取消処分の差止めを求めた事案で、「重大な損害」要件の充足を肯定した。その理由としては、① 本件各処分に伴い保険診療を行うことができなくなれば、患者数が大幅に減少することが予想され、その場合、原告らがその開設する歯科医院を現状の形態のまま維持することは不可能であり、経営が破綻するおそれもあること、② 本件各処分後に執行停止がされたとしても、執行停止決定までに一定の日数が必要であるから、原告らは、その間における保険診療はできず、患者に対し、保険診療ができないことを説明し、他の歯科医院を紹介したりする必要が生じ、これにより、患者らは、原告らが保険診療に関し、何らかの不正を行い、処分を受けたことを知ることになり、その情報は、口伝てにその知人や付近住民に広まる可能性が高く、これにより原告らの歯科医師としての評価や信用が損なわれることになること、③ 本件各処分がされた場合、そのことが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ほか、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のであり、上記評価および信用毀損の程度は大きいことが指摘されている。処分が公表されることにより信用が損なわれるケースは、立案担当官の解説においても処分の差止めが必要とされる典型的な例として挙げられていたものである。

(オ) 建築確認

那覇地判平成21年1月20日判タ1337号131頁は、マンションの建築を目的とする建築確認申請がなされたところ、近隣住民である原告らが、建築確認の差止訴訟を提起した事案に関するものである。同判決は、原告らのうち、マンションの建設予定地の隣接地に居住するX1については、マンションが建築されることにより日照等を阻害されるおそれがあること、マ

ンションが災害により倒壊する等した場合には、X1 の生命、身体および財産が侵害される可能性があることから、「これらの利益が重大なものであることは明らかである」と述べ、「重大な損害」要件の充足を認めた。被告は、建築確認がされたとしても、マンションの建築工事に着手することが可能となるにすぎず、重大な損害が生ずるおそれがあるわけではない旨主張したが、同判決は、建築確認がされた場合、建築主は建築工事に速やかに着工するのが通常であること、仮に建築主が速やかに建築工事に着手しなかったとしても、X1 に上記損害を生ずるおそれが処分前より飛躍的に高まることを指摘して、被告の主張を退けた。建築確認については、執行停止の申立てが認容されると、建築工事がストップするため、それによって重大な損害を避けることができるとの考え方もあり得るところであるが、同判決は執行停止には言及していない。一般的には、建築確認の執行停止の申立てが認容されるかどうかは不確実であるから⁵⁷⁾、執行停止による救済可能性があることを強調することは妥当でない。このような見地からは、被害利益の重要性や損害発生の可能性の高さを考慮ないし勘案して「重大な損害」要件の充足を肯定した上記判示は支持される。他方で本件では、建設予定地から約 200 m～約 700 m のところに居住する原告 X2～X6 が景観利益の侵害を主張していたが、同判決は、景観利益が一定程度制限される可能性があることは認められるものの、それが具体的にどの程度侵害されるものであるかは明らかではなく、原告 X2～X6 に重大な損害が生ずるおそれがあると認めることは困難であると述べている。しかし、景観利益が一定程度制限される可能性があることに加えて、侵害された景観の回復が困難であることに鑑みれば、景観利益との関係で「重大な損害」要件の充足を認めることもできたのではないか。

57) 建築確認の執行停止（効力の停止）の申立てを認容した最近の例として、東京高決平成 21 年 2 月 6 日判自 327 号 81 頁および抗告審の最決平成 21 年 7 月 2 日判自 327 号 79 頁。却下例として、仙台地決平成 23 年 3 月 23 日 LEX/DB25443301。

(カ) 公有水面埋立免許

広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁は、広島県および福山市が公有水面埋立免許を出願したことに対して、当該公有水面への慣習排水権を有していると主張する者や、当該公有水面を含む周辺地域の良好な景観の恵沢を享受する利益を有すると主張する者らが、公有水面埋立免許の差止めを求めた事案に関するものである。同判決は、艸の景観を享受する利益を有すると認められる者については、「重大な損害」要件の充足を肯定した。同判決は、① 本件事業における中仕切護岸の本体コンクリート工は、艸港の景観を変化させ得ることに加えて、施工完成後は、その復旧は容易でないこと、② 本件埋立免許がなされると、遅くとも約3か月後には工事が開始されると予測され、第1工区における中仕切護岸の本体コンクリート工は、そのさらに約5か月後に完成するものと計画されていること、③ 本件は争点が多岐にわたりその判断は容易でないこと、第1審の口頭弁論が既に終結した段階であることなどからすれば、本件埋立免許がなされた後、取消訴訟を提起した上で執行停止の申立てをしたとしても、直ちに執行停止の判断がなされるとは考え難いことを指摘して、以上の点からすれば、景観利益に関する損害については、取消訴訟を提起し、執行停止を受けることによっても、その救済を図ることが困難な損害であると述べている。①および②においては、中仕切護岸の本体コンクリート工の完成が問題になっているから、それまでに執行停止の判断がなされるかどうかを検討すべきではないかという意見もあり得なくはない⁵⁸⁾。もっとも本件では、既に埋立免許の適法性を判断できる状態になっているため（実際にも差止判決がなされている）、訴えを不適法として却下する必要性は乏しい⁵⁹⁾。同判決はさらに、景観利益は日々の生活に密接に関連した

58) 日置雅晴「講演録——原告代理人が語る勝訴判決への道のり」Law & Practice 4号(2010)71頁は、処分後に原告が新たに別訴として取消訴訟を提起するとすると、心証をとるまでに1年かかるとする。

59) 交告尚史「判批」法教354号(2010)12頁注(11)は、本件では既に知事が免許をす

利益であること、一度損なわれたならば回復困難な性質のものであることを指摘しており、景観利益について「重大な損害」要件の充足を肯定したその結論は支持される。他方で本件では、慣習排水権者に該当する原告らが、高潮や台風の際の内陸部への浸水被害や海水が排水管を通して逆流するおそれがあることを主張していたが、同判決は、そのような可能性が高いことを裏付ける証拠はないこと、本件埋立免許に続く工事によって直ちに原告らの主張する事態が生じるものでもないことを指摘して、慣習排水権については「重大な損害」要件の充足を否定している。

(キ) 公務員に対する懲戒処分

前掲最判平成24年2月9日は、都立学校の教職員である原告（上告人）らが、各所属校の卒業式や入学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ないこともしくは斉唱しないことまた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等を求めた事案に関するものである。本判決は、免職処分の差止訴訟については当該処分がされる蓋然性を欠くとの理由でこれを不合法としたが、免職処分以外の懲戒処分の差止訴訟についてはその適法性を認めた⁶⁰⁾。「重大な損害」要件の充足が肯定される理由としては、本件においては通達を踏まえ、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回で停職処分に至るものとされており、「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

ゝるのが相当であると判断していることから、「重大な損害」要件の判断に際して差止訴訟と取消訴訟の関係を検討することに疑問を呈している。

60) 控訴審の東京高判平成23年1月28日判時2113号30頁は、通達の取消訴訟または無効確認訴訟を提起すれば損害を避けることができることを指摘して、行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書にいう「他に適当な方法があるとき」に該当する旨判示していたが、本判決は、通達および職務命令の処分性を否定し、免職処分以外の懲戒処分の差止訴訟は補充性の要件を満たすものとした。

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ず、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」と判示されている⁶¹⁾。櫻井龍子裁判官の補足意見は、「懲戒処分の有効性を争う場合には、事後的に当該処分の取消訴訟をもって行うのが通常の形であり、それで足りるのが通例と思われる」とするが、「単なる不起立行為等に対するこのような反復継続的かつ累積加重的な懲戒処分の課し方は、これまでの他の地方自治体や他の職務命令違反等の場合には例を見ないものであり、その点で極めて特殊な例である」と述べ、このような特殊性から差止訴訟が適法とされたものと述べている。

(3) 「重大な損害」要件の充足が否定された例

次に、取消訴訟または執行停止により救済を受けられることを理由として、「重大な損害」要件の充足を否定した裁判例を取り上げる⁶²⁾。

(ア) 除却命令

大阪地決平成18年1月13日判タ1221号256頁は、大阪城公園内にテントを設置して、これを起居の場所とし、日常生活を営んでいる申立人らが、予定される不利益処分を都市公園法27条1項に基づく除却命令とする弁明

61) 第1審の東京地判平成18年9月21日判時1952号44頁は、侵害を受ける思想・良心の自由等の精神的自由権にかかわる権利は、事後的救済になじみにくい権利であること、原告らが受ける懲戒処分は回数を重ねる毎に重い処分となり、懲戒免職処分となる可能性も否定できないことを指摘して、「重大な損害」要件の充足を肯定していた。

62) 取消訴訟・執行停止との関係には言及せず、生命・身体の安全等に対する危険が具体的にでないことから「重大な損害」要件の充足を否定した例として、大阪地判平成22年8月27日判自347号84頁、東京高判平成22年2月18日 LEX/DB25442565。

の機会の付与の通知を受けたため、除却命令の差止訴訟を提起するとともに、仮の差止めの申立てをした事案に関するものである。同決定は、本案の差止訴訟について「重大な損害」要件の充足を否定した。その理由としては、① 除却命令によりその執行を待たずに直ちにこれを受ける者に何らかの具体的な損害が発生するとは考え難いこと、② 除却命令が執行されることによりこれを受けた者に損害を生ずるおそれがあるとしても、そのような損害は、その処分の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであることが挙げられている。申立人らは、除却命令によって生活の本拠が奪われ、ホームレスになる危険が生ずると主張したが、同決定は、そのような危険も除却命令が執行されて初めて生ずる性質のものである旨述べている。通常代執行は、戒告、代執行令書による通知の手続を経て行われるため、除却命令の執行停止の申立てをすることにより代執行を回避できる可能性はある。しかしながら本件においては、申立人らの生活の本拠が奪われるという事情も十分に考慮されるべきであろう。上記判示は、申立人の受ける損害が処分の執行により初めて生ずる性質のものであることを決定的に重視している点で問題がある⁶³⁾。

(イ) 産業廃棄物処分業の許可

大阪地判平成18年2月22日判タ1221号238頁は、産業廃棄物運搬業の許可を有している会社が、リサイクルセンターを設置して建設廃材の中間処理業を営むこととして、産業廃棄物処分業の許可申請をしたところ、近隣で居住する者ないし事業を営む者が、当該申請に対する許可処分の差止めを求めた事案に関するものである。同判決は、原告らのうち、リサイクルセンターにおいて産業廃棄物が適正に処理されない場合に生じる産業廃棄物の飛散、流出、地下への浸透、悪臭の発散または排ガス、排水、騒音お

63) 平成18年1月13日に除却命令がなされたため、申立人らが訴えの変更をするとともに、執行停止の申立てをしたところ、大阪地決平成18年1月25日判タ1221号229頁は、「本案について理由がないとみえるとき」に該当するとの理由で申立てを却下した。

よび振動等により生命、健康または生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者については、差止訴訟の原告適格を肯定したものの、「重大な損害」要件の充足は否定した。その理由としては、「本件リサイクルセンターにおける産業廃棄物の処理により生じる産業廃棄物の粉じんの飛散、汚水の流出や地下への浸透、騒音及び振動等に起因する生命、健康又は生活環境に係る被害は、本件リサイクルセンターの周辺地域において生活し続け、これを反復、継続して受けるに従って、その程度及び態様が徐々に増大、深刻化等する性質のものである」ことに鑑みると、「本件許可処分がされ、本件リサイクルセンターにおいて産業廃棄物の処理が開始されることによって直ちに原告ら5名が産業廃棄物の飛散、流出、地下への浸透、悪臭の発散又は排ガス、排水、騒音及び振動等により生命、健康又は生活環境に係る著しい被害を受けるような事態は容易に想定し難いものというべきであり、本件許可処分がされることにより原告ら5名に生ずるおそれのある損害は、本件許可処分の取消しの訴えを提起して行政事件訴訟法25条2項に基づく執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであるといわざるを得ない」という点が指摘されている。同判決は、リサイクルセンターにおいて産業廃棄物の処理が行われることにより住民が受ける被害の程度は、それが累積した場合はともかく、それ自体としては小さいとみているようである。しかしながら、被害を反復継続して受けることが予測される者については、「重大な損害」要件の充足を肯定することもできるのではないか。

(ウ) 保険医登録取消処分

大阪地決平成18年5月22日判タ1216号115頁は、保険医の登録を受けている歯科医師である申立人が、保険医登録取消処分の差止訴訟を提起するとともに、仮の差止めの申立てをした事案に関するものである。同決定は、本案の差止訴訟につき「重大な損害」要件の充足を否定した。その理由としては、① 本件登録取消処分がされることにより申立人に生じるおそれのある主たる損害が歯科医業による収入の減少ないし喪失という財産

上のものであることにもかんがみると、当該損害は、本件登録取消処分の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであること、② 本件登録取消処分がされることにより申立人に生じるおそれのある社会的評価ないし信用の低下に係る損害は、必ずしも取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより避けることができるような性質のものであると断ずることはできないが、保険医登録取消処分が直ちに当該歯科医師の歯科医師としての適性の欠如に結び付くものではないことが指摘されている。しかしながら、①に関しては、同決定も「〔申立人が〕 歯科医業を行うことにより収入を得るみちが絶たれる具体的なおそれがないとはいえないのであって、申立人に生ずる損害の程度は決して小さくはない」ことを認めており、損害が財産上のものであることを強調することは妥当でない。②に関しては、損害が執行停止により避けられる性質のものであると断ずることができないのであれば、差止訴訟の提起を認めるべきではないかと思われる⁶⁴⁾。

(エ) 運転免許停止処分

大阪地判平成19年11月28日判自315号73頁は、タクシー乗務員である原告が、平成18年5月30日から90日間の運転免許停止処分（第1処分）を受け、同年9月22日に行った信号無視に基づく再度の運転免許停止処分（第2処分）が差し迫っているところ、第1処分が取り消されれば前歴および累積点数の計算上第2処分はその要件を欠くと主張して、第1処分の取消しおよび第2処分の差止めを求めた事案に関するものである。同判決は、① 第2処分がされることによって、原告がその運転免許の効力を一定期間（120日～150日間）停止されたとしても、原告が他の業務に一時的に就くことは禁じられていないこと、② 第2処分の取消訴訟を提起してその執行停止を申立てることは妨げられないこと、③ 仮に執行停止が認めら

64) 村上・前掲注(43)24頁注(54)は、前掲大阪地判平成20年1月31日の原告は開業医、本件の原告は勤務医という相違はあるが、勤務医であっても処分によって被る不利益は大きい旨述べ、「重大な損害」要件の充足を否定した判示に疑問を呈している。

れなかったとしても、第2処分がその後に取り消された場合には、第2処分が前歴として評価されることがなくなる上、運転免許の効力が違法に停止されたことによる損害についても、損害賠償訴訟を提起するなどの方法で事後的に回復を図ることができること、④原告の名誉や信用等に一定の影響が及ぶことは否定できないが、原告が平成17年に2度の運転免許停止処分を受けていること等にかんがみると、当該影響を過度に重視することはできないことを指摘して、第2処分がされることにより原告に生ずるおそれのある損害は、執行停止を受けることにより避けることができるような性質、程度のものであると述べ、「重大な損害」要件の充足を否定した。同判決は第1処分を適法として取消請求を棄却しているため、その判断が正しいとすると、原告の上記主張には結局理由がないことになる。ただし一般論としては、処分後に執行停止の申立てをすることができること自体を考慮要素とすること（上記②）は、差止訴訟の提起を過度に制約するおそれがあり適切ではないと思われる。また①もかなり厳しい判断であり、120日～150日間の免許停止処分を受けることによる不利益は小さいとはいえないであろう。

前掲東京地判平成20年1月18日は、行政書士事務所を1人で経営している原告が、道路交通法施行令所定の違反点数が累積6点になり、30日間の運転免許停止処分をされる状況になったため、同処分の差止めを求めた事案に関するものである。原告は、①自動車およびバイクの運転が業務に必要不可欠であるところ、免許停止処分を受けることは死活問題である、②3件の道路交通法違反行為のうち2件は不起訴処分を受けたものであるから、免許停止処分を受けることは、筋が通らないものであり、精神的苦痛が甚大であると主張した。それに対して同判決は、①については、原告が免許停止処分を受けることに伴って、経済的あるいは精神的苦痛等の不利益が生ずることは当然に予定されているというべきであり、そのような損害を被ることは、道路交通上の安全と円滑を図るという行政目的の実現のため、社会通念上やむを得ないことといい得る旨判示した。②について

ては、不起訴処分とされた道路交通法違反行為の事実関係を争いたいというのであれば、免許停止処分がされたときに、取消訴訟を提起して、点数付加行為の適法性を争えば足りる旨述べ、結論として「重大な損害」要件の充足を否定した。しかしながら、①に関しては、処分が適法である場合はともかく、そうでない場合には、そのような処分に伴う不利益を甘受しなければならない理由はないであろう。②に関しては、不起訴処分とされた2件の違反行為についての点数付加行為の適法性は、既に裁判所による審理判断が可能であると考えられる。免許停止処分がなされた後に取消訴訟を提起しても、訴訟係属中に訴えの利益が消滅する可能性があることに鑑みると、そのような処分の性質をも勘案して「重大な損害」要件の充足を認めることもできたのではないか⁶⁵⁾。

(オ) 建築工事施工停止命令

福岡地判平成21年7月17日 LEX/DB25471401 は、建築確認を得たAから建物の建築工事を請け負った原告が、被告福岡市から、当該建物は福岡市建築基準法施行条例の規定の施行の際、建築基準法3条2項にいう「現に建築の工事中の建築物」に該当しない旨の通知を受けたため、Aが上記建築確認に基づく建築工事をする権利を有していることの確認、福岡市長が原告に対して当該条例違反を理由に建築基準法9条1項に基づく建築工事施工停止命令をすることの差止め等を求めた事案に関するものである。同判決は、「重大な損害」要件については、「当該処分によって原告に生じる損害が、当該処分の取消しの訴え及び執行停止によっては回復することが困難であるか否かという観点から判断すべきである」と述べ、結論として「重大な損害」要件の充足を否定した。その理由としては、① 本件建物の建築に要する費用や請負代金が多額であるとしても、停止命令による損害がそのような多額のものになると直ちにいうことはできず、事後の賠

65) 平成16年改正前において、塩野・前掲注(17)330頁は、行政行為の効果が短期におわり、取消訴訟が機能を発揮しない場合には、差止訴訟を認める余地があると述べていた。行政訴訟実務研究会編・前掲注(28)1007頁〔山本〕も参照。

償による損害の回復が困難であると認めるべき事情もないこと、② 停止命令の取消訴訟等で原告が勝訴すれば、Aに対する信用喪失についても事後的に回復可能であることが指摘されている。以上の判示は、「重大な損害」要件の判断にあたり、損害が回復困難であるか否かを決定的な基準として用いている点で、前掲名古屋地判平成18年8月10日と同様に問題がある。他方で福岡地裁は、上記の確認請求に係る訴えにつき、「原告は、本件建築確認に基づく本件建物の建築工事を実施すべき義務を負うものの、同工事を実施すれば、福岡市長からその停止を命ぜられる蓋然性が高いという不安定な立場に立たされており、同工事を断念するか、停止命令及びこれに伴う不利益の危険を冒して、あえて同工事を実行するかの二者択一を迫られている状況にあり、その権利ないし法的地位に危険、不安が現に存在している」と述べ、確認の利益を認めている⁶⁶⁾。

(4) まとめと若干の検討

前掲最判平成24年2月9日は、「重大な損害」要件が充足されるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、①「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、②「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判示している。本稿の立場からすると、①に関しては、損害が発生する前に執行停止の決定を確実に受けられるような場合が、ここでいう「容易に救済を受けることのできる」場合に当たると解される。②に関しては、処分がなされることによって直ちに損害が発生するような場合は当然これに該当すると考えられるが、それ以外の場合であっても「重大な損害」要件が充足される可能性はある。

66) 控訴審の福岡高判平成22年3月25日 LEX/DB25442690 は、「重大な損害」要件の充足を否定して差止訴訟を不適法とするとともに、福岡市建築基準法施行条例の適用がないことの確認を求める訴えを適法とした。

「重大な損害」要件の充足が肯定された例のうち、処分が即時に執行される場合（前掲名古屋地判平成18年 8 月10日）、処分がなされることによって社会的評価や信用が害されるおそれのある場合（前掲東京地判平成18年10月20日、前掲大阪地判平成20年 1 月31日）、近日告示される選挙について期日前投票の機会を確保する必要がある場合（前掲大阪地決平成19年 2 月20日、前掲大阪地決平成19年 3 月28日）、反復継続的・累積加重的に懲戒処分が課される場合（前掲最判平成24年 2 月 9 日）は、いずれも取消訴訟ないし執行停止によって実効的な救済が受けられるとはいえないケースであり、差止訴訟を認める必要性が高いといえよう。

他方で注目されるのは、建築確認、公有水面埋立免許の差止訴訟が適法とされた例である（前掲那覇地判平成21年 1 月20日、前掲広島地判平成21年10月 1 日）。これらの処分については、仮に処分がなされることによって重大な損害が生ずるおそれがあるとしても、それは処分後に工事が実施されることで初めて生ずる性質のものであるから、その救済は執行停止によるべきであるという考え方もあり得るところである。しかしながらいずれの判決も、そのような損害の性質を決定的に重視するのではなく、被侵害利益の重要性や損害発生の可能性の高さをも考慮・勘案して「重大な損害」要件の充足を判断している。原告の受ける損害が処分の執行によって初めて生ずる性質のものであるとしても、執行停止の決定を受けられるかどうかが不確実である場合には、差止訴訟が適法とされる余地が認められるべきであり、このような見地からは両判決の判示は支持される。また前掲広島地判平成21年10月 1 日は、「重大な損害」要件の充足を肯定するにあたって、本案の争点について判断することができることをも考慮ないし勘案しているのではないと思われる。処分がなされる前であっても、その処分の適法・違法について判断することができるのであれば、差止訴訟を不適法として却下する必要性は高くない。もちろん、本案の争点について判断することができるということのみを理由として「重大な損害」要件の充足を肯定することは困難であるが、例えばこれを行政事件訴訟法37条

の4第2項にいう「処分又は裁決の内容及び性質」の一部とみて、勘案事項の1つとして位置付けることは可能ではないか⁶⁷⁾。

損害が処分の執行によって初めて生ずる性質のものであるということを決定的に重視するのではなく、被侵害利益の重要性や損害発生の可能性の高さ、さらに本案の争点について判断することができるかどうか等の事情をも考慮・勘案すべきであるという本稿の立場からすると、除却命令（前掲大阪地決平成18年1月13日）や産業廃棄物処分業の許可（前掲大阪地判平成18年2月22日）についても、事案に応じて「重大な損害」要件の充足を肯定することができるかと解される。運転免許停止処分（前掲大阪地判平成19年11月28日、前掲東京地判平成20年1月18日）等、許認可の効力を一定期間停止する処分については、取消訴訟係属中に訴えの利益が消滅するおそれがあり、処分後に取消訴訟を提起してこれを争うことが原則であるとは言い難い。停止処分により相手方が受ける不利益は、取消処分の場合に比較すると必ずしも大きいとはいえないが、上記のような事情をも勘案して、差止訴訟の提起を可能な限り認めるべきであろう。

おわりに

前掲最判平成24年2月9日は、「重大な損害」要件の充足が肯定されるためには、「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」と判示した。今後における差止訴訟と取消訴訟・執行停止の救済ルート選択の問題は、この判示を前提にして議論されることになる

67) 処分の適否を判断できることを重視する見解として、福井秀夫「行政事件訴訟法37条の4による差止めの訴えの要件——土地収用法による事業認定を素材として」自研85巻10号(2009)55頁参照。

う。本稿の立場では、損害が発生する前に執行停止の決定を確実に受けられるような事情がある場合には、執行停止制度により容易に救済を受けることができるといえるものの、それ以外の場合には、被侵害利益の重要性や損害発生の可能性の高さ、さらに処分前であっても本案の争点について判断することができるかどうか等の事情をも考慮・勘案した上で「重大な損害」要件の充足を判断すべきであると解される。

本稿では検討対象とはしなかったが、差止訴訟の活用を図るという観点からは、仮の差止めも重要である。仮の差止めについては、「差止めの訴えの提起があつた場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決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があり、かつ、本案について理由があるとみえる」ことが要件とされており（行政事件訴訟法37条の5第2項）、立案担当官の解説では、「償うことのできない損害」とは、同法37条の4第1項にいう「重大な損害」よりも損害の回復の困難の程度が比較的著しい場合をいうものであるとされている⁶⁸⁾。しかしながら、そのような意味の「償うことのできない損害」が生ずるおそれがある場合には、本案について理由がないことが明らかなきを除いて、仮の差止めが認められなければならないのではないか。反対に「本案について理由があるとみえる」ことが要件となるのであれば、損害に関する要件を厳格に解する必要はないであろう⁶⁹⁾。この点、前掲大阪地決平成19年2月20日および前掲大阪地決平成19年3月28日は、「重大な損害」要件の充足が肯定されることから「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があることを認めており、参考になる。

68) 小林・前掲注(20)290頁。

69) 園部=芝池編・前掲注(33)259頁以下〔野呂充〕参照。仮の差止めの要件の厳格さに対する批判として、小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』（弘文堂、2007）324頁、村上裕章「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007）326頁参照。