

差止め訴訟の訴訟要件

——判例を中心に——

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 判例の展開
- 三 重大な損害要件
- 四 補充性の要件
- 五 おわりに

一 はじめに

(一) 平成一六年の行訴法（行政事件訴訟法）の改正により、差止め訴訟が法定されることになった。^①同法三七条の四によれば、当該処分・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差止め訴訟を提起することができ（第一項）、重大な損害の判断基準として損害の回復の困難な程度を考慮するものと

し、この場合、損害の性質及び程度並びに当該処分・裁決の内容及び性質を勘案するものとする（第二項）。「重大な損害」要件については、執行停止の要件（行訴二五条二項・三項）や非申請型の義務付け訴訟の訴訟要件（行訴三七条の二第一項・二項）とほとんど同じ定めである。

行訴法三七条の四によれば、差止め訴訟は、「重大な損害」要件を充足するとともに、差止め訴訟を提起するほかその損害を避けるため「他に適当な方法」がないときに限られる（第一項ただし書）。後者の要件はいわゆる補充性の要件である。非申請型の義務付け訴訟の訴訟要件にも「他に適当な方法がないとき」という定めがあるが（三七条の二第一項）、文理上は重大な損害要件と並列的に置かれてこれに匹敵する地位が与えられている点で差止め訴訟の場合と異なる。

（二） 差止め訴訟の訴訟要件である重大な損害や補充性の解釈については、差止め訴訟や仮の差止め事案において一連の下級審判例が現れており、最高裁判例が待たれるところである。仮の差止め事案では、仮の申立てには本案訴訟である差止め訴訟の適法性を前提とするとの判断にたつて、差止め訴訟の訴訟要件である重大な損害や補充性の解釈が示されることがある。⁽²⁾⁽³⁾ 本稿は、この一連の下級審判例を中心に、非申請型の義務付け訴訟に関する判例等をも参考に、差止め訴訟の重大な損害や補充性の要件について検討を試みようと思図するものである。なお、差止め訴訟の訴訟要件には、広い意味では原告適格（行訴三七条の四第三項・四項）なども含まれるが、ここでは重大な損害や補充性の要件を中心に扱うことにする。

（一） 従前の差止め訴訟の許容性については、雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」（昭和四九・一九七四）同『行政争訟の理論』所収（有斐閣、昭和六一・一九八六）二五一頁以下、阿部泰隆「公権力の行使に対する差止訴訟」（昭和五九・一九八四）『行政訴訟改革論』所収（有斐閣、平成五・一九九三）三六五頁以下および同所に掲記の文献など。

(2) 仮の差止めの申立てには本案訴訟である差止め訴訟の適法性を前提とすると明示していても、処分性(介護保険法一〇三条三項に基づく業務停止命令の仮の差止めについて宇都宮地決平成一九・六・一八最高裁ウェブサイトに)、処分が「されようとしている場合」(介護保険法四一条一項に基づく指定居宅サービス事業者の指定取消処分等の仮の差止めについて佐賀地決平成二〇・一二・一最高裁ウェブサイトに)、原告適格(後掲注(4)の広島地決平成二〇・二・二九判時二〇四五号九八頁)の有無を審査して、少なくとも一部の原告についてはこれを否認して本案訴訟や仮の差止めの申立ては不適法とし、さらに本案訴訟の重大な損害要件よりもまず「償うことのできない損害」要件(行訴三七条の五第一項)の充足について判断するとしてこれを否認して、仮の差止めの申立てを却下する判例もある。

(3) ちなみに、仮の差止めの申立てには本案訴訟である差止め訴訟の適法性を前提とすると明示しないで、かつ、仮の差止めに固有の三要件のみを審査して申立てを却下する判例が多い。このなかでも、「償うことのできない損害」要件には該当せず、本件申立ては「その余の点について判断するまでもなく」失当などとして却下するものが多い(法人税の増額更正処分の仮の差止めについて東京地決平成一七・一二・二〇最高裁ウェブサイトに、風俗営業許可処分について大阪地決平成一八・八・一〇判タ一二二四号二二六頁、退去強制令書発付処分の仮の差止めについて大阪地決平成一八・一二・一二判タ一二三六号一四〇頁や大阪地決平成一九・二・一三最高裁ウェブサイトに、建築基準法五九条の二に基づく総合設計許可の差止めについて東京地決平成二〇・三・二七最高裁ウェブサイトに、同高決平成二〇・六・三最高裁ウェブサイトに、道路運送法一五条一項・八八条二項に所定の路線変更を内容とする事業計画の変更の認可の仮の差止めについて東京地決平成二〇・一一・二五最高裁ウェブサイトに、一般乗用旅客自動車運送事業の経営許可の仮の差止めについて札幌地決平成二二・二・二七最高裁ウェブサイトに。前掲注(2)の佐賀地決平成二〇・一二・一〇もこのような却下の仕方)。もっぱら「償うことのできない損害」要件のないことのみを判断して他の二要件には言

及しないで申立てを却下するものもある（前掲注（2）の広島地決平成二〇・二・二九。前掲注（2）の宇都宮地決平成一九・六・一八や第二審・東京高決平成一九・一一・一三最高裁ウェブサイトをこのような却下の仕方）。いずれも、仮の差止めには固有の三要件中、「償うことのできない損害」要件を重視する姿勢が現れているように解される。

「本案について理由がある」とみえるとき「要件を欠く」として他の二要件には言及しないで、仮の差止めの申立てを却下したこともある（特定商取引に関する法律二三条一項に基づく業務停止命令の仮の差止めについて名古屋地決平成一八・九・二五最高裁ウェブサイトを。市立保育所廃止条例の仮の差止めについて大阪高決平成一九・三・二七LEX/LDもこれに近いところがある）。地方自治法七六条三項に所定の解散の投票に関する投票事務の執行の仮の差止め事案では、水戸地決平成一八・八・一一最高裁ウェブサイトを、仮の差止めを求める対象の特定性や処分性を欠くとして却下している。

仮の差止めの申立てを認容した例は少ないが、この場合、仮の差止めには固有の三要件（市立保育所廃止条例の仮の差止めについて神戸地決平成一九・二・二七LEX/LD）、積極二要件（後掲の「11」）について判示するものがある。

二 判例の展開

一 不法占拠物の除却命令等の（仮の）差止め

次の判例は、不法占拠物の除却命令等の仮の差止め事案において、仮の申立てには本案訴訟である差止め訴訟の適法性を前提とするとの判断にたつて、差止め訴訟の重大な損害要件の充足を否認する。

大阪地決平成一八・一・一三判タ一二二一号二五六頁「1」

まず、差止め訴訟を法定した趣旨は、当該処分取消訴訟を提起して「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にかんがみ、処分又は裁決の取消しの訴えによる事後救済に加えて、「事前の救済方法として、一定の要件の下で行政庁が一定の処分又は裁決をすることを事前に差し止める訴訟類型を新たに法定することにより、国民の権利利益の救済の実効性を高めることにある」こと、「重大な損害」要件を定めた趣旨は、「事前救済を認めるにふさわしい救済の必要性を差止めの訴えの適法要件として規定することにより、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ることにある」、そうすると当該損害が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きは」重大な損害要件を充足しないことを判示する。ついで、都市公園法二七条に基づく除却命令の内容・性質からみてその執行により初めて具体的な損害が発生するのであり、申立人らは大阪城公園の一角を不法に占拠するテントの「除却命令によって居住の場所と生計の維持の道具を奪われ、厳寒の中、生活の本拠すら奪われることとなって、直ちにホームレス状態になり」と主張するが、このような損害は除却命令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」から重大な損害を欠き除却命令の差止め訴訟は不適法といい、申立人らの仮の差止めの申立ては「その余の点について判断するまでもなく」不適法として却下した。

差止め訴訟や重大な損害要件の趣旨については、以下に紹介の下級審判例も同旨の判示をするものが多い。判旨は、除却命令の発付後、所要の手続をへて直ちにその執行が行われるため除却命令の取消訴訟を提起してその執行停止を得るいとまがないという場合には、適切とはいえないであろう。⁽⁴⁾判旨は、申立人らが代執行は「除却命令から極めてわずかな時間の猶予しかないのが通常であるから」「重大な損害」要件を充足すると主張してい

ることを認定しながら、都市公園法の関係規定を概観するのみでこの主張に正面から答えているとはいえないように思われる。なお、補充性の要件や原告適格については明示していない。

横浜地判平成一九年（行ウ）八九号（控訴審判決の末尾に付加）〔2〕

県知事が河川法七五条一項に基づき不法係留船舶の撤去命令を行い、その後、行政代執行法に基づき代執行書を送付したものの、原告が当該船舶を移動させたので代執行自体は行われなかったが、原告は本件撤去命令の取消訴訟とともに代執行の差止め訴訟を提起した。判旨は、当該船舶の移動により撤去命令の法的効果は失われており本件取消訴訟は訴えの利益はないこと、このため「代執行処分がされようとしているとはいえないから（行政事件訴訟法三条七項）」本件差止め訴訟は不適法であること、原告は勤務先を退職後は「本件船舶を利用して船舶等の修理業で生計を立てようと考えていたが、実際にはほとんど行っておらず、その他には特に本件船舶を利用することはない」ことから「重大な損害」要件を欠き、本件両訴訟はいずれも不適法として却下した。

本件と類似の事案では、代執行による不法係留場所の移動後も原状復帰は可能であることを理由に不法係留船舶の撤去命令の取消訴訟の訴えの利益は失われな⁵⁾とする下級審判例もあり、本件でも撤去命令の法的効果は失われな⁵⁾いと理解すれば、差止め訴訟の訴えの利益も失われな⁵⁾い可能性がある。実際にも、原告は取消訴訟の判示にのみ不服であるとして控訴したが、東京高裁は、本件船舶の移動は「一時的、暫定的なものであって、容易に元の係留場所に戻り、占有を継続できる」から、「本件撤去命令の目的が達成されたものと評価することは相当でない」として、本件取消訴訟は訴えの利益がある⁶⁾とい⁶⁾い、原審に事案を差し戻した。ただ、「重大な損害」要件の充足を認めるのは、判旨もいうように難しいであろう。

(4) 須藤陽子「仮の権利保護の実効性」法時八二巻八号(平成二二・二〇一〇)三一頁。前掲注(2)の広島地決平成二〇・二・二九も、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるとは、差止め訴訟にいう「重大な損害」をも含むことを明示した後、「当該行政処分それ自体によって直接的に発生する損害」のほか、当該行政処分「に基づく執行によって発生する損害であっても、それが償うことのできない損害であり、かつ、当該行政処分がなされた以降間もない時期に同執行が着手されることが見込まれる等の事情から当該行政処分がなされた後直ちに取消訴訟を提起すると同時に執行停止を申し立てて執行停止の決定を受けたとしても、その損害の発生を防止できない場合もこれに当たる」という。ただ、本件埋立ての着工前に執行停止の申立てについて許否の決定を受けることが可能であるから、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」要件を満たさないとして他の二要件には言及しないで仮の差止めの申立てを却下した。

(5) 名古屋高判平成八・七・一八判タ九三三号一一七頁。

(6) 東京高判平成二二・七・八最高裁ウエブサイト。

二 産業廃棄物の処理施設の許可の差止め

次の二つの判例はいずれも、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたっており、廃棄物処理法一四条に基づく産業廃棄物処理施設の許可の差止め訴訟において、重大な損害要件の充足を否認する。

大阪地判平成一八・二・二二判タ一二二二号三三八頁〔3〕

大阪高判平成一九・一・二四最高裁ウエブサイト〔4〕

第一審は、その理由として、「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五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五名に生ずるおそれのある損害は、「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」として重大な損害要件の充足を否認、「その余の点について判断するまでもなく」本件差止め訴訟は不法として却下した。第二審も基本的に同旨である。

判旨は、原告ら五名は本件リサイクルセンターに隣接して居住する者やその従業員または五〇mのところ幅員九・五mの府道を隔てて居住する者であつて、「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直接的に受けるおそれのある者に当たる」として原告適格を承認するが、本件リサイクルセンターの近隣で食品加工業を営む会社については原告適格を否認した。そして、原告ら五名について、「著しい被害を受けるような事態は容易に想定し難い」ともいい重大な損害要件の充足を否認する。差止め訴訟の原告適格と重大な損害要件を同一に理解するのであれば、両者を別々に定めた意味が失われることになるから、判旨はほぼ同一の文言を使いながら、本件では差止め訴訟の原告適格よりも重大な損害要件についてより厳しい判断基準を適用したものと解されよう。「その余の点について判断するまでもなく」と判示するのは、補充性の要件については判断するまでもないという意味であると解される。

(7) 原告ら五名は本件許可の仮の差止めも申し立てているが、大阪地決平成一七・七・二五判タ一二二四号二二六頁は、原告ら五名の申立適格を承認したが、本件「許可処分がされることにより、その生命、身体の安全等に対し償うことができない損害が生じるものと認めることは困難」といい、本件申立ては「その余の点について判断するまでも

なく、失当」として仮の差止めの申立てを却下した。本案訴訟の重大な損害要件の充足が否認される場合には、それよりも厳しい「償うことができない損害」要件の充足も否認されるという意味では、適切な判示であろう。

三 保険医登録取消処分の（仮の）差止め

次の二つの判例は、診療報酬の過大請求を理由とする保険医登録取消処分に関して、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたつ点では共通するが、重大な損害要件の有無の判断については分かれ、「5」は仮の差止めの申立てで事案でこれを否認、「6」は差止め請求の事案でこれを肯定した。

大阪地決平成一八・五・二二判タ一二一六号一一五頁〔5〕

判旨は、重大な損害要件を具備しないため本案訴訟が適法に裁判所に係属しないとして、保険医登録取消処分について仮の差止めの申立てを却下した。その理由は、勤務先の保険医療機関において健康保険診療に従事できなくなることによる収入の低下、この保険医療機関を退職して他の保険医療機関に雇用されることや自ら歯科医業を営むこともできなくなるといふことは、いずれも「財産上のものであることにもかんがみると」、保険医登録取消処分について取消訴訟を提起して「執行停止を受けることができるような性質、程度のものである」こと、保険医登録が取り消された場合、地方社会保険事務局長は速やかにこの者の氏名等を地方社会保険事務局の掲示場に公示するほか、厚生労働省のホームページにも掲載されるが、これらによる「社会的評価ないし信用の低下に係る損害は、その性質上、必ずしも取消しの訴え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はないが、保険医登録取消処分が直ちに当該歯科医師の知識及び技能その他の適性の欠如に結び付くもの」ではないこと、申立人も含めて常勤の歯科医師一九名が保険医登録されていることなどから、申立人が「健康保険の診療に従事することができなくなること

により直ちに同医療法人にその経営上重大な損害が生ずるおそれがあるとは認め難く、当該医師の「診療を受けていた患者の生命、健康に直ちに重大な危険が生ずるおそれがあることについての疎明もない」ことなどにある。そして、本件差止め訴訟は不適法といい、申立人らの仮の差止めの申立ては「その余の点について判断するまでもなく」不適法として却下した。

大阪地判平成二〇・一・三一判タ一二六八号一五二頁〔6〕

「仮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、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る。そして、これにより原告らの患者らは、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」、「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」、「保険医療機関及び保険医療養担当規則」が定める「診療方針等に反する健康保険の診療等を行った保険医療機関及び保険医を排除することにより、健康保険事業の健全な運営及び適正な費用の請求等を確保し、もって国民の生活の安定と福祉の向上に寄与する」という行政目的は、「処分をすべきでないことがその根拠法令の規定から明らかであると認められるなど厳格な要件を満たす必要があるものであって、重大な損害について上記のように解することが……行政目的を軽視することにはならない」といい、重大な損害要件の充足を肯定した（差止め請求自体は棄却）。

社会的評価・信用の低下は、執行停止の要件である「重大な損害」にあたりうるが、この点、⁽⁸⁾⁽⁹⁾「5」の考え方は明確ではなく、差止め訴訟にいう重大な損害要件の充足を否認する理由も明確ではない。「6」は「執行停止決定までに一定の日数が必要」などとして差止め訴訟にいう重大な損害要件の充足を肯定したが、後記のように立法関係者の考え方にも沿うことになろう。「5」は当該医療法人の「経営上重大な損害」、当該医師の「診療を受けていた患者の生命、健康に直ちに重大な危険が生ずるおそれ」にも言及するが、少なくともこれにより原告自身にも重大な損害が波及することに結び付ける必要があるのではないか検討の余地がある。なお、補充性の要件や原告適格については、「5」、「6」ともに明示していない。

(8) 執行停止決定の理由としては、保険医登録取消処分により「経済的な破綻にまで至る場合には、事業の継続という独立した利益が失われることになり、これは金銭によっては完全には償うことは困難である」(大阪高決平成一八・一・二〇最高裁ウェブサイト)、処分の効力を停止しなければ「近い将来、本件診療所の経営が破たんし、現在雇用している看護師、保育士及び従業員も解雇せざるを得なくなる」(甲府地決平成一八・二・二一最高裁ウェブサイト)、取消判決の確定までの間に医師(X)の「生活が経済的にひっ迫してXの医業活動の存続自体が至難となり、ひいては、Xの医療活動や医療情報から疎遠となって、Xの医師としての知見、技術、能力等の低下を招くおそれがある」(岡山地決平成一八・一〇・二一最高裁ウェブサイト)など。なお、名古屋地決平成一九・三・二一最高裁ウェブサイトは、「経営が破綻する危険性がある」ことは、健康保険制度の適正な維持・運用という公益との比較において「一概に劣後すべきものと解することはできず」として「重大な損害」要件の充足を認めたが、「本案について理由がないとみえるとき」に当たるとして執行停止の申立ては却下した。

(9) 逆に、東京地決平成一七・四・二六最高裁ウェブサイト・同高決平成一七・七・一五最高裁ウェブサイトは、保険医登録取消処分の執行停止をしなかった。この事案では、同処分により申立人(抗告人)が開設した医療機関の経

宮上の破綻を招く場合であっても、申立人（抗告人）は手術の必要のない患者の子宮・卵巣の摘出手術を長年にわたりに継続したこと、別件訴訟において不法行為責任を認める判決が確定していることなど、執行停止を認めた判例とは事案を異にしていたことに留意すべきであり、執行停止決定をしなかった判旨は適切であると解される。

四 受刑者の調髪処分の差止め

次の判例は、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたつて、受刑者の調髪処分の差止め訴訟において重大な損害要件の充足を認めた。この判例を契機として、その後、以下にみるように重大な損害要件の充足を認める判例が続く。

名古屋地判平成一八・八・一〇判タ一二四〇号二〇三頁「7」

髪形の選択・決定は個人の尊厳に係る権利として尊重されるべきであり、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」三七条に基づく調髪処分は「一定範囲の髪形に調髪することを強制するものであり、その執行により従前保持してきた頭髪及び髪形は失われ、その後髪は伸びてくるとはいえ、従前の長髪等に回復するまでには相当の期間を要し、それまでの間の上記の利益は失われるのであるから」、「同処分の取消しの訴え及び執行停止による事後審査によっては、回復することが困難な重大な損害」に当たると判示する（差止め請求は棄却¹⁰）。

なお、判旨は、「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」と判示して、行政目的との比較衡量により差止め訴訟（および執行停止）にいう「重大な損害」要件の充足の有無を判断する

という方法を示し、「6」も同じである。なお、「7」は補充性の要件や原告適格については明示していない。

(10) 判旨賛成、越智敏裕・Lexis判例速報一七号。東京地判昭和三八・七・二九行集一四卷七号一三一六頁は、監獄法三六条・同法施行規則一〇三条に基づき刑務所長が受刑者に二〇日に一回の割合でその意に反して丸坊主刈りを実施してきた場合に、受刑者がその差止め訴訟を提起した事案において、刑務所長の第一次的判断権は行使されたに等しい状況にあること、丸坊主刈りが実施されれば原状回復は不可能であり、事前の差止めを認めなければ回復困難な損害に当たること、他に適切な救済方法も存在しないことなどを理由に本件差止め訴訟は適法とした(差止め請求は棄却)。

五 都立高校教師等に対する懲戒処分等の差止め

次の判例は、いわゆる長野勤評訴訟の最高裁判決に従うこと、行訴法三七条の四第一項・二項もこの最高裁判決と同旨であることを確認したのち、本件ではこの最高裁判決がいう「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」や行訴法三七条の四第一項・二項の「重大な損害」があるとし、差止め請求も認容した。

東京地判平成一八・九・二一判タ一二二八号八八頁「8」

都立高校等に在職中の原告らが本件通達に基づく校長の職務命令に違反した場合に懲戒処分等を受けることは確実であること、職務命令が違法であった場合に侵害を受ける権利は、思想・良心の自由等の精神的自由権にかかわる権利であって、事後的救済には馴染みにくい権利であること、入学式、卒業式等の式典が毎年繰り返されることに照らすと、その侵害の程度も看過し難いものがあること、原告らが受ける懲戒処分は戒告、減給、停職と回数を重ねる毎に重い処分となっており、回数を重ねた場合に懲戒免職処分となる可能性も否定することができないことなど、損害の回復の困難の程度、損害の性質・程度、処分の内容・性質に

照らし重大な損害を生ずるおそれがあると認められると判示した。そして、本案要件についても、「原告ら教職員は、思想・良心の自由に基づき、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを拒否する自由、ピアノ伴奏を有しているところ、違法な本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、上記行為を行う義務を負うことはない」、そうすると、被告都教委が「国歌を斉唱しないこと、ピアノ伴奏をしないことを理由として懲戒処分等を行うことは、その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用になると認められるから、在職中の原告らが上記行為を行う義務のないことの確認のほかに、被告都教委が上記懲戒処分等をしてはならない旨命ずるのが相当である（平成一六年法律第八四号による改正後の行政事件訴訟法三七条の四第五項参照）」と判示した。

精神的損害であつても賠償請求の対象になることは広く承認されているが、思想・良心の自由等の精神的自由権が基本的人権に属することを考えれば、取消訴訟と執行停止という事後的救済になじまないという判旨にも一理ある。なお、行訴法三七条の四第一項は長野勤評訴訟の最高裁判決と同旨であることを確認して、本件では、義務確認訴訟のような当事者訴訟の提起が可能であつても、この義務違反を理由とする懲戒処分等の差止め訴訟の提起は許されること、換言すれば、当事者訴訟は同項にいう「他に適当な方法」には当たらないことを示唆した点にも意義があろう。原告適格については明示していない。

(11) 最判昭和四七・一一・三〇民集二六巻九号一七四六頁は、勤務評定の自己表示義務等違反を理由とする懲戒処分等の発動を差し止めるために、この義務の存否の確定を求める訴えが許される要件として、「事後的に義務の存否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、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」を必要とするが、本件ではこのような事情は認められないと判示した。浜川清・ジュリ行百Ⅱ（第五版）

(平成一八・二〇〇六)四二七頁によれば、行訴法三七条の四第一項・二項はこの最高裁が掲げる差止め訴訟の要件を大幅に緩和した。

六 一般労働者派遣事業の許可の取消処分之差止め

次の判例も、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたつて、重大な損害要件の充足を認めた。

東京地判平成一八・一〇・二〇最高裁ウエブサイト「9」

一般労働者派遣事業の許可を受けた者が一八歳未満の者を深夜業に使用したことにより罰金刑を受けたことが、「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」一四条に所定の許可の取消事由に相当するとして「許可取消処分が行われるならば、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、それによって有形・無形の損害を完全に填補した上、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」として、重大な損害要件の充足を認めた(差止め請求は棄却)。

判旨がいう「営業活動を再開・継続することそれ自体が不可能」は、前掲の保険医登録取消処分の仮の差止め事案の「5」がいう「経営上重大な損害」に匹敵するものと解される。なお、本判決は「一般労働者派遣事業を行えなくなるの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」とも判示する。当該処分の性質上、当然に生ずる不利益が「重大な損害」要件を充足するか否かについては、執行停止の場合についても肯定説・否定説があるが、本判決は差止め訴訟につ

いて肯定説をとるものと解される。なお、補充性の要件については明示していない。また、「一定の処分がされようとしている場合」(行訴三条七項)を訴えの利益の問題として捉えこの訴えの利益を認めるが、原告適格については明示していない。重大な損害要件の充足については、平成一九年に入ると否定例〔4〕が現れるが、次の判例のごとくまもなく肯定例が出てくる。

(12) 櫻井敬子||橋本博之『行政法』〔第二版〕(弘文堂、平成二・二〇〇九)三三三頁および同所に掲記の判例参照。

七 住民票の消除処分の仮の差止め

次の二つの判例は、特定の地番を住所として記載された住民票により住民基本台帳に記録されている者が三〇〇〇人を超えるなかで、大阪市の区長が住民基本台帳法八条に基づき職権で行おうとしている住民票の消除処分の仮の差止め事案において、仮の差止めの申立てには本案訴訟である差止め訴訟の適法性を前提とするとの判断のもとに、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたって、重大な損害要件の充足を認めた。

大阪地決平成一九・二・二〇 Lexis [10]

大阪高決平成一九・三・一最高裁ウェブサイトを [11]

第一審は、その理由として、本件住民票の消除処分によって侵害される権利(選挙権)は「これを行わせ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及び申立人について公職選挙法四八条の二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」と、本件消除処分の取消訴訟とその執行停止により避

けることができる性質の損害ではなく、「重大な損害」要件を満たすと判示した。なお、珍しく、補充性の要件についても明示して、選挙人の「市町村の選挙管理委員会に選挙人名簿の修正に関し調査の請求をする権利」（同二九条二項）、「選挙後の異議の申出、審査の申立てないし選挙訴訟の制度」（同二〇二条・二〇三条）、選挙人名簿への住所を有しなくなった旨の表示（同二七条一項）や選挙人名簿からの抹消（同二八条二号）はいずれも、「他に適当な方法」には当たらないとしている。以上の点については、第二審もほぼ同様である。¹³⁾

判旨が選挙権は「これを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」というのは、これより前に最高裁も判示するところである。¹⁴⁾ 選挙権という権利の性格からみて金銭賠償になじまず、本件消除処分¹⁵⁾の取消訴訟とその執行停止により避けることができる損害ではなく、差止め訴訟の「重大な損害」要件を満たすであろう。原告適格については、第一審・第二審ともに明示していない。

大阪地決平成一九・三・二八判タ一二七八号八〇頁〔12〕

本件判旨も「10」・「11」とほぼ同じく「重大な損害」要件を満たすと判示する。差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨には言及しないが、仮の差止めの趣旨には言及する。「他に適当な方法」には明示しない。仮の差止めの申立てを却下したが、その理由も「10」とほぼ同じである。

(13) 仮の差止めの申立てについては、第一審・第二審ともに、「重大な損害」要件の該当判断でみた事情によれば、行訴法三七条の五第二項にいう「償うことのできない損害」要件を満たすという。ただ、同項にいう「本案について理由があるとき」の要件を満たすか否かについては、判断が分かれる。第一審は、地方自治法一〇条一項に

いう住所とは客観的に生活の本拠としての実態を具備していることが必要であって、申立人の住民票上の住所は生活の本拠とはいえないとしてこの要件の充足を否認したのに対して、第二審は、本件住民票上の住所をもつ者の中には実際に同所に居住する者もあり本件抗告人もこれに該当するか、該当しなくても本件消除処分信義則違反を理由にこの要件の充足を肯定して、仮の差止め申立てを認容した。

(14) 最大判平成一七・九・一四民集五九巻七号二〇八七頁。同判決の解説等としては、越智敏裕・ジュリ行百Ⅱ(第五版)四二八頁および同所に掲記の文献。

八 運転免許停止処分の差止め

次の二つの判例はいずれも、「重大な損害」要件を充足しないといい、「その余の点について判断するまでもなく」運転免許停止処分の差止め訴訟は不適法として却下した。なお、「13」は、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について「1」と同旨の立場にたっている。原告適格については、いずれも明示していない。

大阪地判平成一九・一・二八判自三二五号七三頁 [13]

「重大な損害」要件を充足しない理由として、取消訴訟を提起して執行停止を求めることができることのほか、仮に執行停止が認められなくても、運転免許停止処分がその後に取り消された場合には、当該処分が「前歴として評価されることがなくなる上」、「別途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」、「短期間だけ他の仕事に就くことは」原告の年齢(五九歳)等に照らし必ずしも容易ではないにしても著しい損害を受けることにはならないことなどをあげる。

東京地判平成二〇・一・一八最高裁ウェブサイト [14]

まず、「重大な損害が生ずるおそれがある場合」とは、「当該処分の執行を受けることによって、原状回復

若しくは金銭賠償によるてん補が不能であるか、又は社会通念上、そのような原状回復、金銭賠償等で損害を回復させるのが容易でなく、若しくは相当でないとみられる程度に達しているというような損害を原告が被るおそれがある場合をいうと解するのが相当であり、その判断は、原告が処分の実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ぬ必要性があるか否かという観点からすべきものである」として、一般論を展開する。ついで、運転免許停止等の「行政処分手続が達成しようとしている行政目的は、道路交通法上危険のある運転者を一定期間道路交通の場から排除して、将来における道路交通上の危険を防止し、道路交通の安全と円滑を図ることであることを考慮すると、原告が本件免許処分を受けることにより、移動の自由や活動がある程度制限され、それに伴って、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」、このことは前記の「行政目的の実現のため、社会通念上、やむを得ない」。本件免許処分の対象に不起訴処分とされた道交法違反行為が含まれていることに不服であれば、「本件免許処分の取消訴訟を提起して、不起訴処分とされた二件の当該道交法違反の事実についての点数付加行為の適法性を争うことができるのであって、また、それで足りるといふべきである」といふ、重大な損害要件の充足を否認した¹⁵⁾。

両判決とも、取消判決の可能性を理由に「重大な損害」要件の充足を否認するが、一般的に取消判決の可能性が問題になるにしても、それは差止め訴訟の訴訟要件ではなく本案要件（行訴三七条の四第五項）との関係ではなかろうか。「13」が損害賠償訴訟の提起による損害回復の可能性を理由に差止め訴訟の提起要件である重大な損害要件を否認するのも疑問があり、あらかじめ損害の性質・程度等からみて金銭賠償による救済になじむこと

をいう必要がある。〔14〕は重大な損害要件の有無を当該処分が追求する行政目的との比較衡量により決めようとしており、このかぎりでは前掲の〔6〕・〔7〕と同旨である。執行停止要件である「重大な損害」要件の解釈をめぐっても、当該処分の性質上、当然に生ずる不利益であつてもこの要件を充足するという考え方もあり、差止め訴訟の訴訟要件である「重大な損害」について、〔9〕は肯定説、〔14〕は否定説に近いものと解される。

(15) 越智敏裕・Leis判例速報三三二号は、差止め訴訟の重大な損害要件では、司法審査のタイミングが考慮されており、必ずしも執行停止要件である重大な損害要件と同様に理解されるものではないが、執行停止に関する最高裁決定など判例の傾向を踏まえれば(後掲注(35)参照)、本件でも差止め訴訟にいう重大な損害を認める余地もあるという。なお、東京地決平成一九・一二・二八最高裁ウェブサイトに、「本件処分当時六九歳と高齢であることもあつて、求職活動をしているものの職が見つからない状況にある」、「タクシー運転手としての収入を失うと、直ちに生活の維持に困難を来す状況にある」として、重大な損害要件を充足するとして運転免許停止処分の執行停止の決定をした。

九 公有水面埋立て免許処分の差止め

次の判例は、差止め訴訟や「重大な損害」要件の趣旨について〔1〕と同旨の立場にたつて、重大な損害要件の充足を認めた。

広島地判平成二一・一〇・一判時二〇六〇号三頁〔15〕

瀬戸内海の湾内にあつて舳港に接する一部を埋め立てて駐車場・道路用地などに整備するとともに、湾内に橋梁を設置するために、広島県および福山市が事業者となつて、平成一九年五月、広島県知事に公有水面埋立て免許の申請を行い、本件公有水面への慣習排水権を有する者、同水面での漁業権を有する者、同水面を含む周辺地域の良好な景観の享受利益を有する者らが差止め訴訟を提起した事案である。「重大な損害」

要件の該当性については、代替の排水施設の設置が計画されていることなどを理由に慣習排水権者や漁業権者についてはこれを否認したが、景観利益を有する者については、「景観利益は、生命・身体等といった権利とはその性質を異にするものの、日々の生活に密接した利益といえること、景観利益は、一度損なわれたならば、金銭賠償によって回復することは困難な性質のものであることなどを総合考慮すれば」これに該当すると判示した。なお、補充性の要件については、簡単に「景観利益に関する損害の性質に照らせば」、他に適当な方法があるとはいえないと判示した(差止め請求も認容)⁽¹⁶⁾。

判旨によれば、埋立て免許後「事業者らは、遅くとも約三か月後には工事を開始すると予測され」、「本件埋立免許がなされた後、取消しの訴え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」ということであり、「重大な損害」要件に当たるとした判旨は適切であろう。なお、原告適格については、最高裁判決を援用して、慣習排水権者は公有水面埋立法五条にいう「公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者」にあたるとしてこれを認め、漁業権者も同条に該当するものの所屬する漁協が漁業権を放棄しているとしてこれを否認、景観利益を有する者については、同法や瀬戸内海環境保全特別措置法、景観法などの関係規定を考慮して原告適格を認めた。

- (16) 本判決の解説として、交告高史・法教三五四号(平成二二・二〇一〇)七頁以下。本件事案では仮の差止めの申立ては却下されたことについては、前掲注(4)参照。景観利益の概念および景観利益が「法律上保護に値する」とについては最判平成一八・三・三〇民集六〇巻三号九四八頁もあり、この最高裁判決の解説として、越智敏裕・Lexis判例速報九号(平成一八・二〇〇六)九五頁、大塚直・ジュリ一三三三三号(平成一八・二〇〇六)七五頁。
- (17) 最大判平成一七・二二・七判時一九二〇号一三三頁。同判決の解説等としては、横山信二・ジュリ行百Ⅱ(第五版)

三六二頁以下および同所に掲記の文献など。

三 重大な損害要件

一 差止め訴訟・重大な損害要件の趣旨

(一) 差止め訴訟やその訴訟要件として「重大な損害」要件を定めた趣旨については、立法関係者や前掲の一連の下級審判例〔2〕、〔8〕、〔12〕、〔14〕を除くにおいて、ほぼ一致した見解が示されている。差止め訴訟を法定した趣旨は、立法関係者によれば、当該処分「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、国民の権利益のより実効的な救済を可能にする」ことあり⁽¹⁸⁾、前掲の一連の下級審判例も同旨である(例、〔1〕)。

(二) 「重大な損害」要件を定めた趣旨は、立法関係者によれば、「国民の権利益の実効的な救済の観点から考慮するとともに、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」ことにある。前掲の一連の下級審判例〔2〕、〔8〕、〔12〕、〔14〕を除くも同旨である(例、〔1〕)。たとえば、主務大臣が一定の事業者の法律違反の行為を理由にこの事業者に対して業務停止等の処分をしたときは、その旨を公表しなければならぬが(特定商取引に関する法律八条二項・一五条三項・二三三条二項など)、この処分について取消訴訟を提起して執行停止決定を得るまでに事業者の名譽・信用に重大な損害が発生してしまう蓋然性があるために、差止め訴訟を提起する必要性があるという⁽¹⁹⁾。

差止め訴訟および重大な損害要件を定めた趣旨について、この立法関係者や一連の下級審判例は、かつて差止め訴訟の許容性に消極的な見解があったことを考慮に入れ、権力分立論や第一次的判断権論(前掲注(10)参照)

はもはや差止め訴訟の許容性を否認する論拠とはならないことを示すとともに、差止め訴訟を取消訴訟の補充的なものと位置づけているように解される。

(三) これに対して、非申請型の義務付け訴訟の訴訟要件として「重大な損害」要件を定めた趣旨は、立法関係者によれば、この種の義務付け訴訟を認めることは法令上の申請権がない者にあたかも申請権を認めることと同じような結果となることに求められる²⁰⁾。一連の下級審判例の中にも同旨のものがある。たとえば、建築基準法九条一項に所定の違反是正命令を求める義務付け訴訟において、「重大な損害」要件を定めた趣旨を「このような内容の義務付けの訴えを認めることは、法令上の申請権がない者にあたかも申請権を認めることと同じような結果となること」に求める（東京地判平成一七・一一・一六 Jcais・同高判平成一八・五・一一 最高裁ウェブサイトに。同旨、同様の事案で東京地判平成一九・九・七 最高裁ウェブサイト・同高判平成二〇・七・九 最高裁ウェブサイト、都市計画法八一条一項に所定の違反是正命令を求める事案で大阪地判平成一九・二・一五 判タ一二五三号一三四頁、旧独禁法七条の二第一項本文・四八条の二第一項本文に基づく公正取引委員会の課徴金の納付命令の撤回を求める事案で東京地判平成二二・四・二八 最高裁ウェブサイト）。

一連の下級審判例には国民の権利利益の実効的な救済とか司法と行政の役割分担などの視点には現れていないようであるが、この視点は、差止め訴訟と同様に非申請型の義務付け訴訟にも基本的にはあてはまるように思われる。²¹⁾

(18) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務、平成一六・二〇〇四）一八三頁以下、福井秀夫・村田齊志・越智敏裕『新行政事件訴訟法』（新日本法規、平成一六・二〇〇四）一五四頁以下。

(19) 小林・注(18)一八八頁以下、福井・村田・越智・注(18)一五五頁以下。小早川・高橋編『詳解改正行政事件

訴訟法』(第一法規、平成一六・二〇〇四) 八〇頁〔山本隆司〕によれば、具体例について、国会審議で政府参考人も同様の発言をするという。

(20) 小林・注(18) 一六一頁以下。

(21) 差止め訴訟と同様に司法と行政の適切な役割分担などを付加するものとして、橋本博之『要説行政訴訟』(弘文堂、平成一六・二〇〇四) 一一三頁以下、福井・村田・越智・注(18) 一三九頁。なお、申請権の有無を前提に「重大な損害」を定めることに疑問を示す阿部泰隆教授などの学説も含めて、松浦寛「環境訴訟と行政事件訴訟法三七条の二第一項の『損害の重大性』要件」(阪法五八巻三〇四号(平成二〇・二〇〇八) 七二四頁)。

二 「重大な損害」とは①

(一) 立法関係者および一連の下級審判例は、当該処分⁽²²⁾の取消訴訟を提起してその執行停止を得ることに十分な権利救済が得られる場合には、行訴法三七条の四第一項にいう「重大な損害」要件を充足しないとす。学説の中にも、同旨のものがある⁽²³⁾。学説の中にはこのような考え方を明示しないものもあるが、これも細かくみればいくつかに分かれる。第一に、塩野教授の説明からはこのような考え方はうかがわれない⁽²⁴⁾。第二に、芝池教授は、重大な損害のおそれがあるときは執行停止・差止め訴訟にいう重大な損害要件をもとに充足するといひ、取消訴訟と執行停止により「重大でない損害」にまで低減できる場合には差止め訴訟は許されないと解すべき必要はないと明言する⁽²⁵⁾。第三に、より積極的に立法関係者等に反対の理由を提示するものもある。山崎氏は、第三者に対する規制権限行使の義務付け訴訟に対する対抗策としてその規制権限行使の差止め訴訟を求め、両訴訟が同時審判(行訴七条・民訴四一条)される場合に、取消訴訟と執行停止による救済可能性を理由に重大な損害要件を充足しないと差止め訴訟のみが却下されるのは疑問があり、解釈の工夫が求められようという⁽²⁶⁾。高安氏

は、差止め訴訟の係属裁判所が執行停止決定の要件を充足すると判断しても、実際に取消訴訟の係属裁判所が執行停止決定をするという保証はないこと、立法関係者等はその根拠を取消訴訟（事後訴訟）中心主義に求めざるをえないが、平成一六年の行訴法の改正は取消訴訟中心主義からの脱却を意図していることを指摘する。²⁶⁾

山崎氏の指摘に関しては、非申請型の義務付け訴訟に対応する事後救済としての法定抗告訴訟なるものは考え難いのに比べて、差止め訴訟が却下されて当該処分が発せられた場合でも取消訴訟と執行停止により対応可能ということも考慮すべきであろう。高安氏による前者の指摘はそれとおりではあるが、ある法律問題について各地裁の判断が同じではなくその予測は容易ではないということは他にもみられるところである。なお、たとえば、保険医登録取消処分の取消訴訟が提起された事案において、同処分の執行停止を認めた判例も多く、その主な理由として当該医師の知識・技能などの適性の欠如や当該医療法人の経営上重大な損害などの事情をあげるものが多く（前掲注（8）掲記の判例参照）、保険医登録取消処分の差止め訴訟や仮の差止めの許否の判断において、取消訴訟の係属裁判所が執行停止決定をすかどうかの判断の目安となる場合もあろう。高安氏による後者の指摘に関しては、平成一六年の行訴法の改正は取消訴訟中心主義の脱却というよりもむしろその「緩和」を意図しているというのが適切であろう。立法関係者や一連の下級審判例がいう差止め訴訟の重大な損害要件の趣旨や補充性要件を考慮すれば、行訴法三七条の四第一項は取消訴訟（執行停止を含む）を第一次的、差止め訴訟を第二次的な救済方法と理解していることは否定できないからである。

（二）取消訴訟と執行停止の可能性があることを理由に「重大な損害」要件の充足を否認するのは、疑問の余地もないではない。執行停止の申立てが認容されるためには、仮に「重大な損害」要件を充足しても、さらに「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」や「本案について理由がないとみえるとき」ではないと

いう要件をも具備しなければならない。そうすると、文理上は行訴法三七条の四第一項の重大な損害要件の該当性の判断では、執行停止の場合とは違って余分の要件を加える結果となろう。ただ、仮の差止めに関する下級審判例の中には、「処分が後に取消判決によって取り消され、又は執行停止の決定により」損害が回復されるような場合は、「償うことのできない損害」(行訴三七条の五第二項)要件を充足しないと判示するものがある。⁽²⁷⁾ 取消訴訟と執行停止の可能性があることを「重大な損害」や「償うことのできない損害」の該当性の判断で考慮するのは、差止め訴訟や仮の差止めにと必然のことであるかもしれない。

非申請型の義務付け訴訟については、取消訴訟と執行停止の可能性があることを理由に「重大な損害」要件の充足を否認するという議論は行われていない。

(22) 橋本・注(21) 一二五頁、大沢光「保育所廃止における仮の差止めの可能性——神戸市立枝吉保育所廃止仮の差止め事件神戸地裁平成一九年二月二七日決定を考察して」名法二二五号(平成二〇・二〇〇八)二四八頁。

(23) 塩野宏『行政法Ⅱ(第五版)』(有斐閣、平成二二・二〇一〇)二四九頁。

(24) 芝池義一『行政救済法講義(第三版)』(有斐閣、平成一八・二〇〇六)一五四頁。

(25) 南Ⅱ高橋編『条解行政事件訴訟法(第三版)』(弘文堂、平成一八・二〇〇六)六三四～六三五頁(山崎栄一郎)。

(26) 園部Ⅱ芝池編『行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい、平成一八・二〇〇六)二〇二頁(高安秀明)。なお、高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部Ⅱ小早川Ⅱ芝池編『行政法の新構想Ⅱ——行政救済法』(有斐閣、平成二〇・二〇〇八)四八頁以下は、取消訴訟中心主義について「技術的側面」と「実践的側面」に分け、前者は認めつつも後者は克服すべきものであり、平成一六年改正法も同様の立場にたつとみる。高安氏がいう取消訴訟(事後訴訟)中心主義とは高木氏がいう「実践的側面」を指すようである。

(27) 前掲注(3)の大阪地決平成一八・八・一〇、同一八・一二・一二、札幌地決平成二二・二・二七。同旨、前掲

注(2)または(3)の東京地決平成一七・一二・二〇、同平成一九・二一・一三、佐賀地決平成二〇・二二・一。執行停止の決定により損害が回復されるような場合は「重大な損害」要件を満たさないとしたことになれば、「重大な損害」よりも厳しいはずの「償うことのできない損害」要件を充足しないのは当然であろう。

三 「重大な損害」とは②

(一) 前掲の運転免許停止事案の「14」は、行訴法三七条の四第一項にいう「重大な損害」要件について一般論を展開するが、平成一六年改正前の執行停止要件である「回復の困難な損害」についてのそれとして判示されるものと比べて、別段の差異もないように解される。今後、一般論としても、「重大な損害」要件は「回復の困難な損害」要件よりも緩和されたものであることを示す必要があるようにも思われる。重大な損害要件に該当するには、「14」もいうように金銭賠償によることが少なくとも不相当ということになるが、賠償要件として過失責任(国家賠償法一条)をとっている以上、一般論としては、金銭賠償によるのが相当として「重大な損害」要件に該当しないという判断を導くのは、かなり難しいようにも思われる。執行停止事案ではあるが、「理念的には金銭賠償が可能であるといえるとしても」、「国家賠償法は過失責任主義を取っていることからすれば、本件取消処分が違法であれば常に金銭賠償を得ることができる」とは一概にいえない」などといい、介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定等の取消処分の効力を本案判決が確定するまで停止した原決定は相当として、行政側からの抗告を棄却した判例もある。²⁸⁾

(二) 「重大な損害」にあたるかどうかは、行訴法三七条の四第二項に所定の判断基準に従って個別の事案に即して明らかになることが期待されよう。前掲の一連の下級審判例からも、このことはある程度はうかがわれるように思われる。いずれの場合も、取消訴訟と執行停止によっては救済できないということを前提にしてでは

あるが、保険医登録の取消処分の（仮の）差止め事案にいう「経営上重大な損害」（〔5〕）、一般労働者派遣事業の許可の差止め事案にいう「営業の基盤に甚大な影響」（〔9〕）などはその他の事業経営一般に、保険医登録の取消処分の（仮の）差止め事案にいう知識・技能などの適性の欠如など（〔5〕・〔6〕）は専門的な資格・能力を必要とする職業に、それぞれ基本的に当てはまるであろう。公園の一角を不法に占拠するテントの除却命令の仮の差止め事案にいう「生計の維持の道具を奪われ」（〔1〕）というのも前者に匹敵するものと扱われうる。選挙権は「これを行使用することができなければ意味がな」（〔10〕・〔11〕）、個人の尊厳（〔7〕）や思想・良心の自由等の精神的自由権（〔8〕）、景観利益（〔15〕）に係る権利などは当該権利利益の性質からみて、その侵害は「重大な損害」にあたるとみるものであろう。

非申請型の義務付け訴訟にいう「重大な損害」要件について、出入国管理及び難民認定法（入管法）四九条一項に基づく異議の申し出に理由がない旨の裁決を受けて退去強制令書発付処分を受けた後に、日本人との婚姻の成立を理由に在留特別許可の付与について再度の審査を申し入れたが、上記の裁決を取り消す余地はない旨の通知を受けたので、この通知の取消訴訟のほか提起した在留特別許可を求める義務付け訴訟において、本国に送還された場合には退去後五年間は本邦への上陸は許されないことは（同五九条九号）、原告が現に婚姻していることにかんがみると「重大な損害」にあたるといえるものがあり（東京地判平成一七・一一・二五最高裁ウェブサイト）、同様の事案において、原告の子供が病気であつても本邦でなければ治療不可能とか中国には治療法がないなどの主張・立証もないことなどを理由に「重大な損害」にはあたらないとするものもある（東京地判平成一九・二・二三最高裁ウェブサイト）。都市計画法八一条一項に所定の違反是正命令を求める義務付け訴訟において、本件開発区域は自動車教習所の跡地を利用するものであり、従前に相当数の路上教習車が同時に本件通路部分を

通行したと考えられるが、これにより付近の交通や環境に大きな支障をきたしたことはないなどとして、「重大な損害」にはあたらないというものもある（前記二三頁の大阪地判平成一九・二・一五）。住民票の作成を求め、義務付け訴訟において、幼稚園・小中学校への就学、自動車運転免許証の取得、都営住宅の入居、選挙等の手続に原則的に住民票が必要であることなどは「重大な損害」にあたるもの（東京地判平成一九・五・三二判時一九八一号九頁。第二審・東京高判平成一九・一一・五判タ一二七七号一三三頁はこれを否定）。

このほか、「原告の企業としての資金繰りが破綻」を非申請型の義務付け訴訟という重大な損害の例としてあげるものもあり（前記二三頁の東京地判平成二二・四・二八）、執行停止について同様の判示をするものも多く（前掲注（8）掲記の判例参照）、仮の差止めという「償うことのできない損害」要件（行訴三七条の五第二項）についても、業務停止命令により「申立人の事業活動に深刻な影響を及ぼし、回復が著しく困難な状況を生じさせる」とまでは認められない」といいこの充足を否認する判例もある。⁽²⁹⁾

(三) 前掲の「5」は、勤務先の医療法人の「経営上重大な損害」や「当該医師の診察を受けていた患者の生命・健康に直ちに重大な危険が生ずるおそれがあること」を、重大な損害要件の充足の判断に取り入れるが、少なくともこれにより原告医師自身にも重大な損害が波及することに結び付ける必要があるように思われる。⁽³⁰⁾ この事案の場合でも、仮に原告が当該医療法人の実質的な経営に関与している場合には、「当該医療法人」の経営上重大な損害が生ずるおそれは認めがたいことをも理由に重大な損害要件の充足を否認するのは適切であろう。

この点に関して、非申請型の義務付け訴訟という「重大な損害」に関して、「原告自身に『重大な損害を生ずるおそれ』があることをいい、第三者に損害が生ずるおそれがある場合を含まない」と明言して、建築基準法九条一項の違反是正命令が発せられないことによる近隣地域の日照等の住環境への悪影響などは周辺住民など原告

以外の第三者に損害が生ずるおそれがあることを主張するものであって、行訴法三七条の二第一項の「重大な損害」にあたらないという判例も（前記二三頁の東京地判平成一七・一二・一六・同高判平成一八・五・一一。同旨、前記二三頁の東京地判平成一九・九・七・同高判平成二〇・七・九、東京地判平成二二・四・二八）、参考になる。執行停止の「重大な損害」要件や仮の差止めの「償うことのできない損害」要件⁽³¹⁾についても、同旨の解釈をとる判例もみられる。

(四) 行訴法は「重大な損害」の判断基準として「処分内容及び性質」をも勘案すべきことを定めることから（行訴二五条三項・三七条の二第二項・三七条の四第二項）、当該処分⁽³²⁾の性質上当然に生ずる不利益は「重大な損害」には当たらないと解すべきであろうか。前掲の一般労働者派遣事業の許可の取消の差止め事案の「9」は肯定説、運転免許停止処分の差止め事案の「14」は否定説に近いものと解される。一般的に否定説をとる場合には差止め訴訟等を法定した趣旨を失わせることから、当該処分の性質上、当然に生ずる不利益が重大な損害要件を充足するか否かは当該事案に即して具体的に判断すべきであろう⁽³³⁾。この問題については、執行停止の場合にも肯定説・否定説がある（前記一五頁参照）。

他方、相手方に生ずる不利益が当該処分の性質上当然に導かれる場合でないときは、この不利益はおよそ「重大な損害」には当たらないのであろうか。最高裁は、平成一五年、弁護士に対する戒告処分が公告されることによる社会的信用等の低下は戒告処分の法的効果でもその続行処分でもないとして、平成一六年改正前の執行停止の要件である「回復困難な損害」（行訴二五条二項）にはあたらない⁽³⁴⁾とい、当該弁護士からの処分の効力の停止（主位的請求）・手続の続行（予備的請求）の申立てを却下していたが、平成一九年、弁護士に対する三か月⁽³⁴⁾の業務停止処分によって生ずる社会的信用の低下や業務上の信頼関係の毀損等は改正後の執行停止の要件である

「重大な損害」にあたるとして、当該弁護士からの処分の効力の停止の申立てを認容した。⁽³⁵⁾ 行訴法が「処分の効力」の停止をいうかぎりでは、執行停止の要件である「重大な損害」はもっぱら法律上の利益の侵害を意味することになり、最高裁が平成一五年決定では社会的信用等の低下は戒告処分の法的効果ではないとして処分の効力の停止の申立てを却下したのは理解できるが、平成一九年決定では社会的信用の低下等が同処分の法的効果か否かを明確にしないままに処分の効力の停止の申立てを認容したのは曖昧さが残る。もともと、執行停止の対象には処分の効力以外のものもあり、差止め訴訟や仮の差止めの申立てには「処分の効力」の停止からくるこのような制限もないし、「重大な損害」の中には処分から派生する事実上の利益の侵害も含まれうるということになるうか。

仮の差止め請求の「償うことのできない損害」要件について、つぎの二つの判例はいずれも、本案訴訟にいう「重大な損害」要件よりも「損害の回復の困難の程度が著しい場合をいう」、「金銭賠償が不可能な損害が発生する場合のほか、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」をいうとする前提にたつたうえではあるが、相手方に生ずる不利益が当該処分の性質上当然に導かれる場合でないときは、この不利益は「償うことのできない損害」にはあたらないとするようにもみえる。まず、更正処分の法的効果として「当該事実を公表することではなく」、「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」ことなどを理由に、「償うことのできない損害」要件の充足を否定して更正処分の仮の差止めの申立てを却下した（他の二つの消極要件については判断するまでもないとする）⁽³⁶⁾。つぎに、保険医登録取消処分の仮の差止め事案において、「損害の性質、程度を考慮するとともに、処分の内容・性質をも勘案するのが相当」といい、「申立人の主張する名誉及び信用の低下は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いい難い」といい、「償うことのできない損害」要件の充足を否認して仮の差止めの申立てを却下した。⁽³⁷⁾

前掲の保険医登録の取消処分の差止め請求事案の「5」は、保険医登録が取り消された場合、厚生労働省のホームページへの掲載等による「社会的評価ないし信用の低下に係る損害は、その性質上、必ずしも取消しの訴え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はない」といい（かつこの判示部分は、仮の差止め事案の前掲注（2）の佐賀地決平成二〇・一一・一の判旨中にもみられる）、社会的信用等の低下は保険医登録の取消処分の法的効果や差止め訴訟にいう「重大な損害」にあたる趣旨であるかは明確ではない。これに対して、「6」はこれを執行停止や差止め訴訟にいう「重大な損害」にあたる判示したが、執行停止に関する最高裁の平成一九年決定には適合するが、仮の差止めに関する右の二判例には沿わないであらうか。

（五） 行訴法は「重大な損害」の判断基準として「処分内容及び性質」をも勘案すべきことを定めることから、「重大な損害」要件の判断は当該処分が追求する行政目的との比較衡量により決めるべきと解すべきであろう。前掲の「6」、調髪処分の差止め事案の「7」や自動車運転免許の停止処分の差止め事案の「14」は、いずれも同旨である。

行訴法二五条三項が「重大な損害」の判断基準として「処分内容及び性質」をも勘案すべきことを定める趣旨は、申立人に生ずる損害と公共の福祉や申立人以外の多数者の権利益とを比較衡量して重大な損害に該当するか否かを判断させようとするにあるとされる。⁽³⁸⁾ 下級審判例の中にも、執行停止決定の判断では、処分の「執行

等により維持される行政目的達成の必要性を一時的に犠牲にしてもなお救済しなければならぬ程度に重大な損害が生ずるか否かを裁判所が判断する」と明示するものがある。⁽³⁹⁾ 仮の差止め請求の要件である「償うことのできない損害」要件については、その判断基準として「処分内容及び性質」をも勘案すべきことを定める規定はないが、「仮の差止めは、処分がされた後の執行停止又は損害賠償等によるのでは救済の実を挙げることができない場合に」認められるといい、行訴法三七条の四第二項を援用して処分内容及び性質をも勘案して「行政目的の達成を一時的に犠牲にしてもなおこれを事前に差し止めて申立人らを救済」という判例もみられる。⁽⁴⁰⁾ 執行停止決定や仮の差止め決定の要件には、「重大な損害」要件のほか、「本案について理由がない（ある）」、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」がない（行訴二五条四項・三七条の五第一項・三項）という要件をも具備しなければならぬことを考えれば、行政目的との比較衡量は後二者の要件の判断のところで行われるべきという見解もある。⁽⁴¹⁾

(28) 広島高岡山支決平成二〇・四・二五最高裁ウェブサイトに。原決定は、岡山地決平成二〇・一・三〇最高裁ウェブサイトに。

(29) 前掲注(2)の宇都宮地決平成一九・六・一八。

(30) 反対、山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論(上)」自研八五卷二二号(平成二一・二二〇〇九)三七頁。

(31) たとえば、サービス改善命令違反を理由とするフェリー航路事業会社に対する海上運送法一六条に基づく一般旅客定期航路事業の一部停止命令の効力を停止した判例があるが、第一審は、申立人は「地域住民が公共交通機関を奪われ、その日常生活及び社会生活に重大な支障が生じるし、両島への観光客が半減し、地域に著しい経済的損失を与えるほか」、旅客船の乗務員の「従事する業務が失われる」と主張するが、これらはいずれも申立人の被る損害ではな

い」から「重大な損害」にはあたらないといひ（福岡地決平成一七・五・一二判タ一一八六号一一五頁）、第二番は、同命令により「相手方には大幅な売り上げの減少が見込まれるのみならず、顧客や地域住民等第三者ないし公共的利益の損害は相手方の信用失墜に直結しかねない極めて甚大なものがある」から「重大な損害」にあたるという（福岡高決平成一七・五・三一判タ一一八六号一一〇頁）。前掲注（28）の岡山地決平成二〇・一・三〇が取消処分に伴い「いったん両事業所が閉鎖されることになれば、利用者は当然にはかの施設に移動することとなり、仮に本案判決によって本件各処分が取り消されたとしても、申立人が再び利用者の信頼を回復し、利用登録者を再び獲得することが困難となることが予想され」（同旨、前掲注（28）の広島高岡山支決平成二〇・四・二五）、「申立人の経営に少なからぬ影響を及ぼす」と判示するのも同旨と解されるが、続けて「介護サービスを受けることができなくなる登録利用者の日常生活や健康状態に悪影響が及ぶことは容易に推測し得る」というのは、少なくともこれにより申立人自身にも重大な損害が波及することに結び付ける必要があるように思われる。

(32) 前掲注（2）の宇都宮地決平成一九・六・一八は、「申立人は、業務停止命令処分がされると入所者及びその家族に多大な負担がかかる旨主張するが、上記入所者等の被る損害は、申立人の被る損害とは異なる」、行訴法三七条の五第二項にいう「償うことのできない損害」とは「当該申立人において生ずる損害のみをいう」と判示する。

(33) 同旨、山本・注（30）三七頁。

(34) 最決平成一五・三・一一判タ一一一九号一五六頁。この判決の解説等として、橋本博之・民商一二九卷四〇五号（平成一六・二〇〇四）二六三頁、宮武康・判タ一一五四号（平成一六・二〇〇四）二七六頁。最高裁は、保険医戒告処分（最判昭和三八・六・四民集一七卷五号六七〇頁）、保険医指定取消処分（最判昭和四一・一一・一五民集二〇卷九号一七九二頁）、運転免許停止処分（最判昭和五五・一一・二五民集三四卷六号七八一頁）などにより相手方に生ずる名誉・信用等の侵害は、これらの処分の法律上の効果（法的効果）ではなく、取消訴訟による救済に値しないと判示してきた。

(35) 最決平成一九・一二・一八判時一九九四号二頁。この判決の解説等として、高橋滋・法七六四〇号(平成二〇・二〇〇八)一三四頁、野呂充・民商一三八卷六号(平成二〇・二〇〇八)七九八頁。なお、この最高裁決定以前にも、下級審判例の中には、申立人の「社会的信用」の「回復は、その性質上、容易でない」などとして行訴法二五条二項にいう「重大な損害」にあたるかと判示するものがある(前掲注(31)の福岡地決平成一七・五・一二。同旨、前掲注(31)の福岡高決平成一七・五・三一)。

(36) 前掲注(3)の東京地決平成一七・一二・二〇。

(37) 前掲注(3)の東京地決平成一九・二・一三。

(38) 野呂・注(35)七九八頁、山本・注(30)三七頁。

(39) 前掲注(9)の東京地決成一七・四・二六。同旨、前掲注(8)の名古屋地決平成一九・三・二一。

(40) 前掲注(3)の東京地決平成二〇・一一・二五。

(41) 南Ⅱ高橋編・注(25)四七四頁〔金子正史〕。

四 「重大な損害」要件と訴えの利益等

(一) 行訴法三七条の四第一項は一定の処分・裁決により重大な損害を生ずるおそれがあることを訴訟要件としているから、実体法上この処分・裁決をすべき場合に当たらないときは重大な損害の発生源を欠くことになるため、重大な損害要件を満たさないことになるのではない。建築基準法九条一項に所定の違反是正命令を求め非申請型の義務付け訴訟において、本件建築物は接道義務を果たしているから同法四二条一項五号や東京都建築安全条例四条・一〇条の二に違反せず、このため違反是正命令を発することはできないから、同命令が発せられることによる「重大な損害」が生ずるおそれもないとい(前記二三頁の東京地判平成一九・九・七・同高判平成二〇・七・九)、行訴法三七条の二第一項にいう重大な損害の判断基準として具体的に当該処分をすべき場

合に当たるかどうかを重視するものもある。ただ、この問題は「重大な損害」要件（行訴三七条の二第一項）というよりも、本案要件（同条五項）の該当性の問題であるように思われる。

差止め訴訟の場合は、この問題は、次の判例にみられるように、「重大な損害」要件というよりも、一定の処分・裁決が「されようとしている場合」（行訴三条七号）という訴訟要件〔2〕や〔9〕は訴えの利益の問題として捉える）の該当性の問題として扱われることになろうか。原告の所有地においてA社およびその他の者による砂利採取計画の認可の差止め訴訟において、従前のA社に対する認可はA社の偽造に係る採石権設定契約書に基づくものであり、このことは原告がこの認可の取消訴訟を提起したことに伴い県知事より認可権限を委任された県民局長が認識するところであり、同局長があえて再びA社に同様の認可を与える蓋然性がないから一定の処分が「されようとしている場合」という訴訟要件を欠くとして差止め訴訟を却下した判例がある（青森地判平成一九・六・一 Lexis。同旨、前掲注〔2〕の佐賀地決平成二〇・一一・一）。

（二）差止め訴訟の提起が許されるためには、原告適格の要件である「法律上の利益」を具備しなければならぬ（行訴三七条の四第三項・四項）。「法律上の利益」と「重大な損害」との関連は、それほど明確ではないように思われる。たとえば、社会的評価・信用は取消訴訟にいう「法律上の利益」（行訴九条）に含めないのが支配的見解であり、差止め訴訟でいう「法律上の利益」についても同様にみるべきことになろう。⁽⁴²⁾

前掲の判例は、「重大な損害」については判示しながら原告適格については明示しないものが多い。この中にあって、前掲の産業廃棄物の処理施設の許可の差止め事案の〔3〕は、まず原告適格の有無を判断、原告適格が認められる者についてのみ重大な損害の有無を判断しようとする姿勢であり、その控訴審である〔4〕も同様であるように解される。そして、〔3〕・〔4〕は、産業廃棄物の飛散等による生命・健康等の被害という点で、損

害の性質面では差止め訴訟の原告適格も重大な損害要件も充足しうるが、損害の量的側面において「重大な損害」の程度には達しないとして、原告適格を認めながらも重大な損害要件を否認した結果、差止め訴訟の提起は許されないとしたものと解されようか。保険医登録の取消処分⁴³の差止め請求事案の「6」によれば、当該医師の社会的評価や信用の低下等については重大な損害要件を充足するとするが、原告適格とは異なるものも含まれうると捉えるのであろうか。原告適格は認められるのかどうかは明示しない。もともと、この事案では保険診療ができないことによる財産上の不利益も主張されているようであるから原告適格も認められ、重大な損害要件も充足するために差止め訴訟の提起は許されよう。ただ、行訴法一〇条一項の準用規定はないが主観訴訟である以上、差止め訴訟でも「自己の法律上の利益に関係のない違法」を主張することはできず、この場合の「法律上の利益」も原告適格にいうそれと同一に捉えるときは、本案においては社会的信用等の低下に係る違法を主張できないことになる。

(三) 非申請型の義務付け訴訟にも、原告適格の要件として「法律上の利益」が定められているが(行訴三七条の二第三項・四項)、下級審判例は、取消訴訟にいう「法律上の利益」と同様の扱いをするようである(例、前記二九頁の東京地判平成一九・五・三一・同高判平成一九・一一・五)。そして、建築基準法九条一項に所定の違反是正命令を求める義務付け訴訟において、建築基準法は「景観利益を住民個々人の個別的な利益として保護している」と解することは困難である⁴⁴、そうすると「景観利益の侵害が本件除却命令がなされないことにより生ずる重大な損害である」とは認めがたく、また、原告らが本件除却命令を求めるにつき法律上の利益を有するとも認めがたい」と判示して(京都地判平成一九・一一・七判タ一二八二号七五頁)、「重大な損害」を「法律上の利益」の侵害と同質のものと捉えるものもある。

仮の差止め請求の要件である「償うことのできない損害」要件についても、原告適格の要件と同質のものと考えられる。たとえば、この要件は本案訴訟や執行停止の「重大な損害」要件よりも加重されていることを前提にしたうえで、償うことのできない損害」要件の充足のためには「違法な処分がされてしまえば、当該私人の法律上保護された利益が侵害され、その侵害を回復するに後の金銭賠償によることが不可能であるか、これよることが著しく不相当と認められることが必要」と判示するものがある。⁽⁴¹⁾

(42) 小早川Ⅱ高橋編・注(19)八八頁(山本)、南Ⅱ高橋編・注(29)六三五頁(山崎)。

(43) 前記二三頁の東京地判平成一九・九・七・同高判平成二〇・七・九は、本件条例二七条四号違反の主張は「自己の法律上の利益に関係のない違法をいうものであるから、行政事件訴訟法一〇条一項の準用により主張自体失当といふべきである」という。また、原告Aらは本件義務付け訴訟の原告適格を有しないから訴えは不適法であり、原告適格が認められるその余の原告について「重大な損害」要件の有無を判断するといひ、本件建築物は都市計画法二九条一項に違反して近隣地域の住環境に悪影響を及ぼすことをも主張しているが、このことは「原告らの法律上の利益と直接的には関係しない事柄」であるから、「重大な損害」が生ずるとの原告らの主張は理由がないという。

(44) 前掲注(3)の大阪地決平成一八・八・一〇、前掲注(2)の佐賀地決平成二〇・一一・一。前掲注(3)の大阪地決平成一八・一一・一二も「申立人の法的利益」の侵害回復をいひ、神戸地決平成一九・二・二七も「保育の実施を受ける法的利益があるとは認められず、単に償うことのできない損害がないのみならず、そもそも申立ての利益がない」という。

四 補充性の要件

一 補充性要件の趣旨等

(一) 行訴法三七条の四第一項は、ただし書のところで差止め訴訟の補充性の要件を定める。補充性の要件を定めた趣旨については、立法関係者によれば、「重大な損害」要件を充足する場合の一般的な救済方法は差止め訴訟であることから、「他に適当な方法」は例外的な救済方法としたことにあり、その説明例では、滞納処分⁽⁴⁵⁾の取消訴訟の係属中は滞納処分に基づく財産の換価ができないため（国税徴収法九〇条三項）、「他に適当な方法」として滞納処分⁽⁴⁵⁾の取消訴訟を提起すべきであつて、公売処分⁽⁴⁵⁾の差止め訴訟の提起は許されないことになる。取消訴訟では権利保護が十分にはできないかどうかは重大な損害要件の該当性の問題として処理されるから、取消訴訟は「他に適当な方法」の中には含まれないという見解もあるが、上記の立法関係者の説明例からすれば取消訴訟もこの中に含まれることになる。この場合、補充性要件の該当の判断基準を取消訴訟中心主義から導くように思われる。取消訴訟中心主義という言葉に代えて、「実効的な救済」方法という視点からも、このことは説明できるように思われる。

重大な損害要件を充足するときは、例外的に法令で定めるカテゴリーカルな場合に限って補充性要件を充足するとみる見解もあり、⁽⁴⁷⁾右のケースもこの場合に相当するであろう。このほか、電波法八三条以下の規定によれば、総務大臣の処分については異議申立てができ、この場合、異議申立てについての決定に対してのみ取消訴訟を提起できるという裁決主義がとられ、かつ、取消訴訟については第一審級が省略されて東京高裁の専属管轄とされ、実質的証拠法則が採用されていることなどをあげて、東京地裁は、行訴法三七条の四第五項の規定に基づき総務

大臣の処分が裁量の踰越濫用となるかどうかを「電波監理審議会の審理を経ることなく、地方裁判所において直ちに審理」するのは電波法八三条以下の規定の趣旨を没却するとして、総務大臣の処分に対する差止め訴訟の提起は許されないと判示する（東京地判平成一九・五・二五訟月五三卷八号二四二四頁。第二審・東京高判平成一九・一二・五最高裁ウェブサイトも同旨であるが、その理由として、行訴法三七条の四第一項や電波法の規定において特段の手当てがされなかったことなどもあげる）。東京地裁は明言しないが、その根拠は「他に適当な方法」として取消訴訟があることに求めようにも思われる。⁽⁴⁸⁾ そうすると、法定の不服申立て・取消訴訟（地方教育行政法三五条・地公五一一条の二）があるにもかかわらず、前掲の「8」が差止め訴訟の提起も許されると判示するのは検討の余地もあろう。⁽⁴⁹⁾

なお、差止め訴訟は、その対象である行政処分の前提条件となる権利義務の有無についての確認訴訟との並行的な訴えの提起が可能かが問題となる。前掲の「8」は、国歌斉唱等の義務の不存在を求める当事者訴訟での勝訴判決の拘束力（行訴四一条・三三条一項）をつうじて懲戒処分の発動を阻止できる場合には懲戒処分の差止め訴訟の提起は許されないのではないかどうかを検討するまでもなく、この両者の訴え提起の許容性を認めている。一般に、取消訴訟（抗告訴訟）中心主義という視点からは、「他に適当な方法」の中には公法上の当事者訴訟⁽⁵⁰⁾、民事訴訟上の差止め請求⁽⁵¹⁾は含まれないであろう。

（二）非申請型の義務付け訴訟における「他に適当な方法」（行訴三七条の二第一項）の例として、第一に、法令で定めるカテゴリカルな場合をあげる見解もある。立法関係者によれば、国税通則法二三条一項一号等に基づき減額の更正の請求をすることができ、その後に審査請求を経て取消訴訟をすることができ、減額更正処分を求める非申請型の義務付け訴訟は許されないとされ、⁽⁵²⁾ 下級審判例にも、同様の事案において同旨の判示を

して、「本件義務付けの訴えは、その余の点を判断するまでもなく、不適法」と判示するものがある（広島地判平成一九・一〇・二六最高裁ウェブサイト・同高判平成二〇・六・二〇訟月五五卷七号二六四二頁）。また、地方税法四三二条・四三四条によれば、固定資産の登録価格に不満のある納税者は審査委員会に審査の申し出をして、委員会の決定に不服があるときは取消訴訟のみにより争うことができるため、固定資産の登録価格を修正してこれを固定資産課税台帳に登録することを求める非申請型の義務付け訴訟は許されないと、直ちに却下して「重大な損害」要件には言及しないものがある（横浜地判平成一八・七・一九 Lexis）。ただ、これらの判例は更正請求等が「他に適当な方法」にあたると明言するわけではないが、後者の控訴審判決は本件「審査請求制度は正に上記『適当な方法』というべき」という（東京高判平成一八・一一・一五最高裁ウェブサイト）。また、旧独禁法七条の二第一項本文・四八条の二第一項本文に基づく公正取引委員会の課徴金の納付命令の撤回を求める義務付け訴訟において、東京地裁は、同法は前記の電波法八三条以下の規定と同様の仕組みを採っていることなどをあげて、このような「特別の不服申立手続」は「他に適当な方法」（行訴三七条の二第一項）にあたると明示して、訴えを却下した（前記二三頁の東京地判平成二二・四・二八）。

これらの場合、減額の更正請求制度や不服申立制度そのものを「他に適当な方法」にあたるとする見方もあるようである。しかし、行訴三七条の二第一項や三七条の四第一項にいう「他に適当な方法」とは、行政手続や不服申立て自体をいうのではなく少なくとも訴訟手続を含むものと解すべきではなからうか。たとえば、国税通則法二三条一項一号等に基づく更正請求に理由がないとする通知については審査請求を経てその取消訴訟を提起できることを「他に適当な方法」とみるべきであるように思われる。右の東京地裁判決も、取消訴訟を提起できるということまでも含めて「特別の不服申立手続」といい、これは「他に適当な方法」にあたると判示しているよ

うにも解される。

第二に、非申請型の義務付け訴訟では、「他に適当な方法」がないときと文理は同じであっても、重大な損害要件と並列的に定められており、差止め訴訟のそれよりも広くその該当性が認められうるようにも思われる。差止め訴訟では法令で定めるカテゴリカルな場合に限るとしても、非申請型の義務付け訴訟ではこの場合に限る必要はない。たとえば、在留特別許可を求める義務付けの訴えは、入管法四九条一項に基づく異議の申し出に理由がない旨の裁決の取消訴訟において、在留特別許可をしないことが裁量の踰越濫用に当たるとして取消判決がされれば、その拘束力により改めて裁決が行われて在留資格を得ることにより目的を達成できることなどを理由に、「他に適当な方法」があるとするのが下級審判例の傾向である。

このような前提にたつて、裁決後の事情変更により在留特別許可をすべき事情が生じた場合には、取消訴訟等の提起によつては重大な損害を避けることができなから「他に適当な方法」もないといい、ついで「重大な損害」要件も充足するとしたもの（前記二八頁の東京地判平成一七・一一・二二五〔義務付け請求自体は棄却〕。仮の義務付け事案において、結論的に事情変更を理由に在留特別許可を求める非申請型の義務付け訴訟の提起は許されるといふものもある。名古屋地決平成一九・九・二八最高裁ウエブサイト）、取消判決の拘束力により改めて裁決が行われて在留資格を得ることにより目的を達成できることなどを理由に、義務付け訴訟を直ちに却下して「重大な損害」要件には言及しないもの（東京地判平成一九・五・二五最高裁ウエブサイト）、同様の事案において同旨の判示をした後、特に「他に適当な方法」に限定せずに行訴法三七条の二第一項を充足しないとしたものがある（東京高判平成二一・三・五最高裁ウエブサイト）。また、「重大な損害」要件の充足を認めた後、住民基本台帳法は「出生届とは別個に住民票の記載のみを市町村長に対して求める申請手続を法定しておらず」、

住民票の記載をしない処分の取消判決によっても原告子の重大な損害は回復されないから他に適当な方法もないと判示するもの（前記二九頁の東京地判平成一九・五・三一〔義務付け請求自体も認容〕、土地区画整理組合が仮換地を従前のA区画地からB区画地に変更することを求める仮換地処分の義務付け訴訟において、従前の仮換地処分の取消判決とその拘束力により目的を達成できることなどを理由に「他に適当な方法」があるといい、「重大な損害」要件の存否には言及しないで訴えを不適法とした例もある（名古屋地判平成二一・一・二九最高裁ウェブサイト）。

非申請型の義務付け訴訟では、その対象である処分の発付を申請してその拒否処分の取消訴訟を提起するといふ発想になじみにくいことなどから、右記の判例理論を一般化することはできない。申請型の義務付け訴訟の場合でも、取消判決とその拘束力により目的を達成できることなどを理由に無名抗告訴訟である義務付け訴訟を否定するのはかつての考え方であり、平成一六年の行訴法改正による義務付け訴訟の法定はこの考え方を緩和するものであることから、右記の判例理論の一般化には問題がある⁽⁵³⁾。

(45) 小林・注(18)一九〇～一九一頁、福井∥村田∥越智・注(18)一五五～一五六頁〔村田〕。

(46) 小早川∥高橋編・注(19)八七頁〔山本〕。

(47) 小早川∥高橋編・注(19)八七頁〔山本〕、小早川編『ジュリ増刊改正行政事件訴訟法研究』（平成一七・二〇〇五）一四四頁〔村田斉志〕。

(48) この問題は、一般に義務付け訴訟・差止め訴訟と行政手続の履践の問題の一つとして議論されるようである。小早川編・注(47)一四六～一四七頁、最高裁判政局編『改正行政事件訴訟法執務資料』（法曹会、平成一七・二〇〇五）三六頁以下。

(49) 須藤・注(6)二八頁。

(50) 小早川∥高橋編・注(19)八七頁〔山本〕。なお、大沢・注(22)二三四頁は、逆に、差止め訴訟の提起が許されるからといって公法上の当事者訴訟の提起が許されないわけでもないといい、村上裕章「多様な訴訟類型の活用と課題」法時八二巻八号(平成二二・二〇一〇)一二三頁は、抗告訴訟等で争いうる場合は基本的に公法上の当事者訴訟の確認の利益を欠くことになろうという。

(51) 福井∥村田∥越智・注(18)一四〇頁〔村田〕、橋本・注(21)一二六頁、園部∥芝池編・注(26)一七一頁〔高橋滋〕。

(52) 小林・注(18)一六一～一六二頁、福井∥村田∥越智・注(18)一三九頁〔村田〕。

(53) なお、園部∥芝池編・注(26)三八頁以下〔市村陽典〕。

二 判示の仕方

(一) 前掲の一連の下級審判例では、差止め訴訟における「重大な損害」要件の充足の有無の判断は相半ばする。この充足を肯定するものは、補充性の要件には該当しないことを示唆〔6〕～〔9〕、〔12〕または明示〔10〕・〔11〕、〔15〕するものに分かれ、前者は重大な損害要件を充足する以上、特段の事情がない限り補充性の要件に該当しないとする趣旨がうかがわれ、後者の中でも〔15〕はこれに近いように思われる。いずれの判例からも、補充性の要件よりも重大な損害要件の方に重きを置く趣旨がうかがわれる。

これに対して、「重大な損害」要件の充足を否定するものの中には、「その余の点について判断するまでもなく」差止め訴訟は不適法として却下するものがある〔3〕・〔4〕、〔13〕・〔14〕。「その余の点」の中に補充性の要件も含むとする趣旨であろう。その他の判例も重大な損害要件を欠くから差止め訴訟は不適法といい〔1〕・〔2〕、

「5」、これに近い。いずれも補充性の要件については明示せず重大な損害要件の方に重きを置いて、行訴法三七条の四第一項の本文とただし書との関係について忠実な解釈を示すように解される。

(二) 非申請型の義務付け訴訟に関する下級審判例中、「重大な損害」要件の充足を否定するものは、「他に適当な方法」要件についてはどのように扱っているであろうか。銀行法二四一条一項に基づき内閣総理大臣が銀行に対して報告・資料の提出要請等することを求める事案において、報告・資料の提出がされないことにより原告に具体的にどのような損害が生ずるか主張されていないとして重大な損害要件の充足を否定するとともに、原告適格を否定して、「他に適当な方法」要件には一切言及することなく、訴えを不適法却下するもの（東京地判平成一七・七・二二最高裁ウェブサイト）、建築基準法九一条一項に基づく違法建築物の是正命令を求める義務付け訴訟において、重大な損害要件の充足を否定して「その余の点について判断するまでもなく」不適法と判示するもの（前記二三頁の東京地判平成一七・一二・一六・同高判平成一八・五・一一や東京地判平成一九・一・三一、大阪地判平成一九・二・一五、前記二八頁の東京地判平成一九・二・二三）、重大な損害要件の充足を否定して直ちに訴えは不適法と判示するものがある（前記二九頁の東京高判平成一九・一一・五、前記三七頁の京都地判平成一九・一一・七。被疑者を検察官に送致することを求める義務付け訴訟において、同旨、横浜地判平成二二・五・二七Lexis）。

これらの判示の仕方は差止め訴訟の場合に似ているように思われるが、国税通則法二三一条一項一号等に基づく更正請求の制度、地方税法四三二条・四三四条に基づく固定資産の登録価格について審査申出の場合では、非申請型の義務付け訴訟を直ちに却下して「重大な損害」要件には言及しない判例がある（前記四一頁参照）。これらの判示の仕方は差止め訴訟の場合とは逆の方向を示すように思われるが、「他に適当な方法」要件の

充足を否認したのち重大な損害要件の判断に入ってこれも否認するものもある（前記二三頁の東京地判平成二二・四・二八⁵⁴⁾。

逆に、「重大な損害」要件の充足を肯定するものは、まず「他に適当な方法」もないといい、ついで「重大な損害」要件も充足するとしたもの（前記二八頁の東京地判平成一七・一一・二五）、まず「重大な損害」要件を充足するといひ、ついで「他に適当な方法」もないと判示するものがある（前記二九頁の東京地判平成一九・五・三二）。建築基準法六条の二第一項に基づく建築確認の取消命令を求める義務付け訴訟について、「重大な損害」要件や原告適格を認めるが、「他に適当な方法」要件には言及しないで本案審理に入るものもある（前記二三頁の東京地判平成一九・九・七）。

(54) 在留特別許可を求める義務付けの訴えは、入管法四九条一項に基づく異議の申し出に理由がない旨の裁決の取消または無効等が認められない以上、不適法とするものもある（東京地判平成一九・二・二三最高裁ウェブサイト、同平成二〇・八・二二最高裁ウェブサイト）。

五 おわりに

(一) 行訴法において「重大な損害」要件は、執行停止の要件（二五条二項・三項）、非申請型の義務付け訴訟の訴訟要件（三七条の二第一項・二項）および差止め訴訟の訴訟要件（三七条の四第一項・二項）にほぼ共通の定めであり、とりわけ重大な損害の判断基準は同一の文言から成る。ただ、執行停止の場合は「重大な損害」に「緊急の必要」が加わっていて、非申請型の義務付け訴訟や差止め訴訟の訴訟要件にはみられないが、仮の義務付け・仮の差止めの要件としては「緊急の必要」があるから（三七条の五第一項・二項。なお、旧行政裁判法

二三条・旧行特法一〇条二項参照)、行政訴訟上の仮の救済の性質からくるものであろう。もともと、「重大な損害」要件の意味内容は三者三様である。執行停止の場合には「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるために緊急の必要があるとき」であり、差止め訴訟の場合には、義務付け訴訟の場合と異なり、執行停止によつては十分な救済を得られない場合に重大な損害に当たることになる。このほかの点では、一連の下級審判例によれば、重大な損害の具体例として「経営上の破綻」など三者に共通するものも多い。

これに対して、「他に適当な方法」要件は非申請型の義務付け訴訟と差止め訴訟の訴訟要件に共通するが、「重大な損害」要件との関係に差異がある。ただ、立法関係者や一連の下級審判例によれば、少なくとも法令で定めるカテゴリーカルな場合における取消訴訟が「他に適当な方法」にあたりとされる点では共通する。執行停止にはこの要件は存しないが、この点にも取消訴訟中心主義の一端がうかがわれよう。

(二) 旧行特法は、執行停止の要件(同一〇条二項)として「償うことのできない損害」を定めていたが、行訴法は、これを「回復の困難な損害」に緩和した。平成一六年の改正では、さらに「重大な損害」に緩和したがその趣旨は、「執行停止の要件に該当するか否かを判断するに当たつて、損害の回復の困難性のみによつて判断するのではなく、損害の程度や処分内容及び性質も考慮される」ようにするためであり、いわば損害の「性質」から損害の「程度」・「量」に着目することにより柔軟な解釈をすることにあるとされる⁽⁵⁵⁾。

平成一六年の行訴法の改正では、仮の義務付け・仮の差止めを新設した(後者の趣旨については前掲〔12〕)。そしてその最重要の要件として「償うことのできない損害」を定めたが(三七条の五第一項・二二項)、その趣旨は、立法関係者によれば、本案判決の前に「本案訴訟の結果と同じ内容を仮の裁判で実現するもの」であることから、「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」⁽⁵⁶⁾。下級審判例の中にも、仮の

差止めの要件として「償うことのできない損害」を定めた趣旨は、「処分の仮の差止めが、具体的な行政処分がされる前にされるものであり、しかも、処分の差止めの訴えに係る本案判決の前に、裁判所が仮に行政庁が具体的な処分をすべきでないことを命ずる裁判であり、本案訴訟の結果と同じ内容を仮の裁判で実現するものであることから、そのような救済に相応しい高度の緊急性を要求したものである」と判示するものがある。⁽⁵⁷⁾

そして、これらの下級審判例によれば、仮の差止めという「償うことのできない損害」要件は差止め訴訟の訴訟要件である「重大な損害」要件よりも加重されている。⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾ 差止め訴訟の「重大な損害」要件を充足してその提起が許されたとしても、本案の審理中にその対象である処分が発せられる可能性が大きく、これを防止するために仮の差止め依存せざるをえない。この場合に、仮の差止めの認容の要件の一つとして「償うことのできない損害」を求めその基準は「重大な損害」要件よりも厳しいと理解するのは、一般論としては本案訴訟の提起は許されても仮の差止めは却下されて原告・申立人の権利救済に欠けることになるという危惧もあるう。「償うことのできない」損害要件には、「重大な損害」要件にみられるような判断基準の定めもない。仮の差止めに関する上記の判例は、「金銭賠償が不可能な損害が発生する場合のほか、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を指す」(例、前記三二頁参照)などと続けるものが多いが、この判示部分は、本案訴訟における「重大な損害」要件について下級審判例が示す一般的基準と比べて、特に違いはうかがわれないように思われる。⁽⁶⁰⁾ 今後、一般論としても、両者の損害要件の差異について提示する必要があるう。「処分が後に取消判決によって取り消され、又は執行停止の決定により」損害が回復されるような場合は、この要件を充足しないと判示するものもある(前記二六頁参照)⁽⁶¹⁾。

なお、仮の差止め要件である「償うことのできない損害」は執行停止要件である「重大な損害」要件よりも厳

しいことは、判例においても実証されているようにみえる。たとえば、退去強制令書発付処分⁽⁶²⁾の執行のうち収容により生ずる不利益は行訴法二五条二項にいう「回復の困難な損害」に当たらないが送還により生ずる不利益はこれに相当するとして執行停止申立てを認容してきたが、平成一六年の行訴法の改正後において、退去強制令書の送還部分の執行によって被る不利益は、取消訴訟を提起して執行停止の決定を得ることにより回避することができ、「収容部分について執行停止が認められないとすれば…これより要件が厳格である仮の差止めを発令する根拠とはなり得ない」といい、退去強制令書の執行の収容・送還の双方について、「償うことのできない損害」には当たらないとして、仮の差止めの申立てを却下する判例もある⁽⁶³⁾。また、介護保険法に基づく指定居宅サービスマス事業者の指定取消処分等のそう多くもない事案をみても、現在までのところ執行停止の申立ては認容するが仮の差止めの申立ては却下するというのが判例の傾向である（前掲注（2）・（28）掲記の判例参照）。

(55) 橋本・注（21）一二七頁、松浦・注（21）七一四頁。前掲注（36）に掲記の最決平成一九・一二・一八判時一九四号二一頁における田原陸夫補足意見は、弁護士が業務停止四か月の懲戒処分を受けた場合に平成一六年改正前の「回復の困難な損害」を否認する二判例（東京高決昭和五五・二・五行集三二巻二号一一三頁、同六〇・一・二五行集三六巻一号二六頁）は、平成一六年改正後の「重大な損害」要件のもとでは採りえないという。このほか、執行停止決定をした判例として、前掲注（31）、後掲注（62）に掲記の判例がある。

(56) 小林・注（18）二九〇頁以下。

(57) 前掲の「12」のほか、前掲注（3）の大阪地決平成一八・八・一〇。同旨、大阪地決平成一八・一二・一二、東京地決平成一九・二・一三、東京地決平成二〇・三・二七・同高決平成二〇・六・三、東京地決平成二〇・一一・二五、札幌地決平成二一・二・二七、前掲注（2）の佐賀地決平成二〇・一一・二一。

(58) なお同旨、前掲注(3)の東京地決平成一七・二二・二〇、神戸地決平成一九・二・二七。

(59) 同様の指摘は、仮の義務付け要件である「償うことのできない損害」(行訴三七条の五第一項)についても、妥当するであろう(小林・注(18)二九〇頁以下)。学校教育法七一条にいう「病弱者」にあたるとして、市教育委員会は市立養護学校に就学させるように仮に義務付けた事案において、「償うことのできない損害」を「満たすといふべきであり、したがって、本案事件について同法三七条の二第一項にいう「重大な損害」要件を満たすことも明らかである」という(大阪地決判平成一九・八・一〇最高裁ウェブサイト・同高決平成二〇・三・二八最高裁ウェブサイト。同旨、同様の事案において大阪地決平成二〇・七・一八判自三二六号三七頁)。公の施設の使用許可を仮に義務付けた事案において、「償うことのできない損害」要件は、執行停止の要件である「重大な損害」よりも「損害の性質及び程度が著しい損害をいう」というものもある(岡山地決平成一九・一〇・二五判タ二二五九号一八二頁)。仮の義務付け要件は、執行停止決定の要件と同様に「重大な損害」要件とすべきとする見解もある(興津征雄・ジュリ平成二一年度重判解〔平成二一・二〇〇九〕五七頁参照)。

(60) 同様の指摘は、仮の義務付け要件である「償うことのできない損害」についても、妥当するであろう。たとえば、東京地決平成一八・一・二五判タ二二一八号九五頁は、気管支切開手術を受けて喉に障害のある児童について、普通保育園に入園することを仮に承諾することを義務付けた事案において、「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とき」とは、「原状回復ないし金銭賠償による填補が不能であるか、又は社会通念上相当に困難であるとみられる程度に達していて、そのような損害の発生が切迫しており、社会通念上、これを避けなければならない緊急の必要性が存在することをいう」といい、前掲注(59)の岡山地決平成一九・一〇・一五も、「金銭賠償ができない損害に限らず、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価される損害を含む」と判示する。

(61) これに対して、「償うことのできない損害」要件について、異なる理解を示すものもある。前掲注(44)に掲記

の判例は、「償うことのできない損害」を「法律上の利益」の侵害と同質のように捉えるようにもみえ、前掲注(2)の広島地決平成二〇・二・二九は、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるとは、差止め訴訟にいう「重大な損害」をも含むことを明示する。

(62) 大阪地決平成一九・三・三〇判タ一二五六号五八頁は、「收容令書又は退去強制令書発付処分うちの收容部分の執行により被收容者が受ける損害は、その内容、性質、程度に照らして、特段の事情がない限り、行訴法二五条二項にいう『重大な損害』には当たらない」としながらも、本件收容により大学文学部英文学科の履修登録が認められないため同学科を除籍されるという「その性質上回復困難な著しい不利益」は「重大な損害」にあたるとして、第一審判決の言渡しの日から三〇日を経過するまでの間、收容・送還の双方についての執行停止の申立てを認容した。

(63) 前掲注(3)の大阪地決平成一八・一二・一二、同平成一九・一一・一。