

# 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

--- 執行停止との関係において ---

春 日 修

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 差止訴訟において「損害の重大性」を否定した裁判例
- 3 差止訴訟において「損害の重大性」を肯定した裁判例
- 4 差止訴訟における「損害の重大性」と執行停止における 損害の重大性
- 5 処分による社会的信用の毀損と差止訴訟
- 6 経済的不利益を理由とする執行停止
- 7 差止訴訟と時間の要素
- 8 おわりに

## 1 はじめに

2004年行政事件訴訟法改正において、抗告訴訟の1つとして、差止め  
の訴え（行政事件訴訟法3条7項、同37条の4）が法定された。これは、  
従来からの取消訴訟と執行停止という枠組みでは十分な救済を得られない  
場合があることから、処分が行われる前に、それをしてはならないことを  
命ずる制度を設けることで、国民の権利利益の救済を実行的なものにする  
必要がある<sup>(1)</sup>との認識によるものである。

---

(1) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務、2004年）13頁、福井秀夫他『新行政

差止訴訟の訴訟要件としては、処分の特定性、処分の蓋然性、損害の重大性、補充性、原告適格が必要であるとされ、このうち、損害の重大性の要件（「差止めの訴えは、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る」）は、補充性と共に、処分前という「先にずらされた取消訴訟」としての差止訴訟にプラスされた要件<sup>(2)</sup>であって、これにより「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もの」<sup>(3)</sup>であるといわれる。

1972年の長野勤評事件判決（最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁）で、最高裁は差止訴訟を「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」にのみ許容されるものとしていたので、2004年改正行訴法における「重大な損害」要件は、これを緩和したものということになる。

他方、改正行訴法で「損害の重大性」は執行停止、直接型（非申請型）義務付け訴訟の要件としても用いられており、損害の重大性の判断要素として、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の内容及び性質をも勘案するものとされていることも<sup>(4)</sup>、執行

---

事件訴訟法 逐条解説とQ&A』（新日本法規，2004年）26頁など。

(2) 阿部泰隆『行政法解釈学』（有斐閣，2009年）307頁。

(3) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂，2004年）78頁。南博方，高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第3版補訂版』（山崎栄一郎）（弘文堂，2009年）664頁も同旨。

(4) 執行停止については行訴法25条2項及び3項，直接型（非申請型）義務付け訴訟については，同37条の2第1項及び2項，差止訴訟については同37条の3

停止，直接型義務付け訴訟と同様である。

しかし，差止訴訟の場合，立法時から，処分後に取消訴訟を提起し，執行停止を申し立てれば，容易に救済になる場合には，「重大な損害」に該当しないとみなされていた<sup>(5)</sup>。そのため，同じ「損害の重大性」を要件としているにもかかわらず，執行停止が認められる場合であっても，差止訴訟が不適法とされる場合もありうることとなる。

改正行訴法施行後に，差止訴訟の訴訟要件について検討した論考は多く

---

第1項及び2項。なお，福井他前掲注(1)は，「損害の回復の困難の程度を考慮する」という規定は，「『回復が困難でない』程度に止まらず，それよりも『回復が容易』な損害についても『重大な損害』であると認定することが可能となった旨を明記した」ものであり(355頁)，「『損害の性質』とは，損害が，例えば不動産に関する財産権，営業上の利益，租税徴収による金銭的損害，身体的拘束，環境悪化等のいずれに関わるのかといった損害そのものの性質を……『損害の程度』とは，文字通り執行停止がなされないために処分の結果生じた損害がどの程度の被害をもたらすのかというその水準を……『処分の内容』とは，処分を行うことによって得られる利益がどのようなものであるのか，処分を行う緊急性・必要性がどの程度あるのかなども踏まえた処分の内容を……『処分の性質』とは，処分をその時点で行わなければ事後的に同様の効果を得ることが困難になるのかどうか，処分がどの程度多数の関係者に対して利益をもたらすものであるのかなどを踏まえた処分の性質を」意味するとしている(336～357頁)。

- (5) 小林前掲注(1)・189頁，福井他前掲注(1)・155頁，橋本前掲注(3)・78～79頁など。小早川光郎，高橋滋編『詳細改正行政事件訴訟法：[山本隆司]（第一法規，2004年）80頁は，このような考え方を前提にした上で，「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」して差止めの必要性を判断し，処分等の「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間的余裕がないかを判断し，が両方満たされる場合に，差止訴訟における「損害の重要性」が認められると考えるべきであるとする。

はなく<sup>(6)</sup>、差止訴訟の損害の重大性と執行停止の関係については、あまり明確になっていないように思われる。

筆者は、先に確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟の関係について扱った論考<sup>(7)</sup>を公にし、その中で、差止訴訟の「損害の重大性」についても言及したが、主に確認訴訟（当事者訴訟）の利用可能性という観点によるものであったため、差止訴訟についての検討は十分なものとはいえなかった。

折しも、最高裁判所は、差止訴訟における「損害の重大性」要件についての判示を含む判決（最判平成 24 年 2 月 9 日（国歌斉唱義務不存在確認等請求事件）<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120209175809.pdf>）を下した。本稿では、これを含め、差止訴訟における「損害の重大性」要件に関わる裁判例（仮の差止めにおいて「損害の重大性」について判断した裁判例を含む）を概観した後、執行停止の裁判例も参照しながら、差止訴訟における「損害の重大性」要件の問題について、検討していこうと思う。

- 
- (6) 改正行訴法施行後に、差止訴訟における損害の重大性について検討した論考として、乙部哲郎「差止め訴訟の訴訟要件 判例を中心に」神戸学院法学 40 巻 1 号（2010 年）1 頁以下（差止訴訟における裁判例を広く取り上げ、損害の重大性と補充性という要件一般を検討したもの）、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」自治研究 85 巻 10 号（2009 年）39 頁以下（差止訴訟一般の検討を踏まえた上で、土地収用における事業認定でそれを用いることができるかについて検討したもの）がある。
- (7) 春日修「確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟（抗告訴訟）の関係について」愛知大学法学部法経論集 191 号（2012 年）1 頁以下。

## 2 差止訴訟において「損害の重大性」を否定した裁判例

(A) 大阪地決平成 18 年 1 月 13 日判タ 1221 号 256 頁

この事件は、公園にテントをはって生活している者が、都市公園法 27 条 1 項に基づくブルーシート製テント除去命令をうけるおそれがあるとして、仮の差止めを申し立てたものである。

裁判所は「都市公園法 27 条 1 項に基づき同項 1 号に該当する者に対して工作物等の除却を命ずる除却命令は、当該命令を受ける者に対して当該工作物等を除却すべき行政上の義務を賦課することを法的効果とする処分にはすぎず、その内容、性質からして、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。そして、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、その処分又は裁決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のものであるということができから、同法 37 条の 4 第 1 項にいう『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』には該当しない」とした。

(B) 大阪地判平成 18 年 2 月 22 日判タ 1221 号 238 頁

大阪高判平成 19 年 1 月 24 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080206163525.pdf>

この事件は、訴外 A が産業廃棄物処理施設の設置許可申請をしたところ、当該施設の近隣住民らが、当該施設は廃棄物処理法及び都市計画法に違反するなど主張して、設置許可の差止めを求めたものである。

大阪地方裁判所は、「一定の処分又は裁決がされることにより損害を生ずるおそれがある場合であっても、当該損害がその処分又は裁決の取消し

の訴えを提起して同法 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きは，同法 37 条の 4 第 1 項にいう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は該当しないものと解すべきである」とした上で，産業廃棄物の処分業の用に供する施設の周辺において生活する者であって，当該施設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，悪臭の発散又は排ガス，排水，騒音，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の原告適格を認めつつ，許可にかかる施設において処理されることが予定されている産業廃棄物の種類は，廃プラスチック類，紙くず，木くず，繊維くず，ゴムくず，金属くず，ガラスくず及び陶磁器くず並びにがれき類の 8 種類であり，爆発性，毒性，感染性その他の人の健康又は生活環境に係る被害を生ずるおそれがある性状を有するものとして政令で定める特別管理産業廃棄物は含まれていないこと，処理の形態もいわゆる中間処理であり，焼却処理等は行われないこと，産業廃棄物の処分の中核部分を成す選別及び破碎作業が屋外作業として行われるものの，粉じん，汚水，騒音対策がとられていることから，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く，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して，重大な損害を生ずるおそれがある場合の要件を欠くものとした。

大阪高等裁判所もこの判断を支持した。

(C) 大阪地決平成 18 年 5 月 22 日判タ 1216 号 115 頁

この事件は，診療報酬不正請求により保険医登録取消処分を受けようと

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

している者が、仮の差止めの申立てをしたものである。

裁判所は、「一定の処分又は裁決がされることにより損害を生ずるおそれがある場合であっても、当該損害がその処分又は裁決の取消しの訴えを提起して同法 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きは、同法 37 条の 4 第 1 項にいう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は該当しないものと解すべきである」とした上で、登録取消しによって歯科医業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ず、処分が公表されることにより社会的信用の低下にかかる損害が生じるおそれがあるとしながらも、歯科医業を行うことにより収入を得るみちがもはや事実上絶たれるものとまで直ちに認めることはできず、申立人の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、社会的信用の毀損が生ずるとしても、それは歯科医師としての知識及び技能その他適性が欠如しているという評価に結び付くものではないことから「重大な損害を生ずるおそれがある」とは認められないとして、本案訴訟としての差止訴訟が不適法であることを理由に、仮の差止めの申立てを却下した。

### (D) 大阪地判平成 19 年 11 月 28 日判自 315 号 73 頁

この事件は、タクシー運転手が、信号無視を理由に運転免許停止処分を受けたことに対し、信号無視の事実はないとして、その取消しを求め、さらに、その後行った別の信号無視により再度の運転免許停止処分（以下、「第二処分」という。）を受けることになるとして、その差止めを求めたものである。

裁判所は、「一定の処分又は裁決がされることにより損害を生ずるおそれがある場合であっても、当該損害がその処分又は裁決の取消しの訴えを提起して同法 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きは、同法 37 条の 4 第 1 項にいう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は該当しないものと解すべきである」とした上で、「本件第二処分がされることになれば、原告は、一定の期間（120 日ないし 150 日間）自動車の運転を適法に行うことができなくなり、従前のようにタクシー乗務員として勤務することが不可能になるという直接的な損害を受けるほか、本件第二処分が前歴として残る結果、将来において大阪府公安委員会又は大阪府警察本部長から受ける運転免許の効力に係る処分が加重されるおそれが生じることになる」が、その場合、「本件第二処分の取消訴訟を提起するとともにその執行停止を申立てることは妨げられないのであり、仮に上記執行停止が認められなかったとしても、本件第二処分がその後に取り消された場合には、本件第二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、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が考えられる」こと、第二処分により原告の名誉や信用等にも一定の影響が及ぶがこれを重視すべきではないことを理由に、損害の重大性を否定した。

(E) 東京地判平成 20 年 1 月 18 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080804183330.pdf>

この事件は、踏切不停止を理由とする 3 件の違反により、30 日間の運転免許停止処分をされる状況になった者が、その後 2 年以上経過しても同処分がされず、他方、その後道交法違反行為を何らしていないにもかかわらず、近い将来同処分をされることになると重大な損害を被るおそれがあるなどとして、同処分の差止めを求めたものである。

裁判所は、自ら運転する自動車等を業務の際の移手段として活用しているのであれば、免停処分を受けることにより、業務の遂行上必要な移手段を奪われることになり、移動の自由や活動がある程度制限され、ある

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

程度の経済的損害が生じ、またこれに伴い精神的苦痛を被ることがあるが、これは運転免許停止処分により当然被るものであること、不起訴処分とされた2件の道交法違反の事実を対象に含む点において承服することができず、精神的苦痛が甚大であるとしても、当該道交法違反行為の事実関係を争いたいというのであれば、取消訴訟でも足りること、自動車等を運転することができなくなることにより被る損害は金銭賠償により回復可能な程度のものであることなどを理由に、損害の重大性を否定した。

(F) 福岡高判平成 22 年 3 月 25 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101004114947.pdf>

建設会社 X は、訴外 P1 建築予定の新築建物（以下、「本件建物」という。）の建築工事の業務を請け負った。P1 は平成 19 年（2007 年）9 月 11 日に本件建物の建築確認申請をし、同月 27 日本件建物にかかる建築確認を得た。これをうけて、X は平成 19 年 9 月 28 日及び同月 29 日に、作業員の手掘りにより、本件建物にかかる土地の一部を、長さ約 2.5 m、幅約 30 cm、深さ 15 ないし 20 cm 掘削した（以下、「本件工事」という。）。同年 10 月 1 日、福岡市建築基準法施行条例（以下、「本件条例」という。）が施行され、その 27 条によれば、延べ面積が 1000 m<sup>2</sup> を超える建築物の敷地は、幅員 6 m 以上の道路に 6 m 以上接し、かつ、その接する部分に主要な出入口を設けなければならないこととなった。しかし、本件建物は、幅員 4 m の道路と 47.55 m にわたり接しているが、上記の要件を満たすものではなく、本件条例の施行の際、工事中の建築物に当たるといえない限り、本件条例に抵触することになった。福岡市の建築局指導部建築指導課長 P2 は、同年 10 月 31 日ころ、P1 に対して、「平成 19 年 9 月 28 日及び 29 日に行われた人力による掘削工事は、予定されている規模の建築物の完成を直接の目的とする工事としては極めて小規模な作業であり、また、工事監理者から市に提出された着工報告書によると、後日、重機による掘

削が予定されていることから、先行して人力で掘削する工事上の必然性もないため、建築基準法第3条第2項の『条例の施行の際、現に工事中の建築物』に該当しないと本市は判断する」旨の「『工事中の建築物』に該当するかの判断について」と題する通知（以下、「本件通知」という。）をした。これに対し、Xは被告建築局指導部宛てに再考を求める書面を送付したが、P2は、平成20年2月13日付けで原告に「被告の本件通知における判断に変更がない」旨の書面を交付した。そこで、Xは福岡市を相手どって、本件通知の取消し、P1が平成19年9月27日付けの建築確認に基づき本件建物の工事をする権利の確認、建築基準法9条1項に基づく、本件建物建築工事停止命令の差止めを求めて出訴した。

福岡高等裁判所は、通知の処分性を否定した上で、の差止訴訟については、「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」とした上で、停止命令があっても、本件に関する事情を知っている建築主が、原告に損害賠償請求をするか疑問であり、原告の信用失墜も考えがたいこと、本件建物の建築に要する費用、請負代金が多大（それぞれ、10億超、7億7700万円）であることは認められるが、中止命令による損害がそのような多額に及ぶということではできず、金銭的損害であるため事後の賠償により損害の回復が困難ともいえないとした福岡地裁判決を引用した上で、本件事情の下で停止命令を受けても、それに対して取消訴訟を提起すれば「停止命令による工事の遅延は控訴人の責めに帰すべき事由によるものといえないことが明らかになるから、工事遅延による控訴人の信用毀損や経済的損害はその回復が可能である」ので、損害の重大性を欠くものとした。の確認訴訟については、確認の利益を認めたが、本件事実関係の下では、本件工事は実質的に建築の着手とはいえないので、本件建物は「条例の施行の際、現に工事中の建築物」とはいえないとして確認請求を棄却した。



### 3 差止訴訟において「損害の重大性」を肯定した裁判例

(H) 名古屋地判平成 18 年 8 月 10 日判タ 1240 号 203 頁

この事件は、窃盗の罪で実刑判決を受けて受刑することになった者が、生物学上及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、拘置所長により、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律 37 条に基づく男子受刑者としての調髪処分を受けることになれば、耐え難い精神的苦痛を被り、そのような処分は憲法上保障されている髪型を自由に決定する権利を侵害する違法な処分であるなどと主張して、その差止めを求めたものである。

裁判所は、「重大な損害が生ずるか否かの判断に当たっては……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」とした上で、「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」として損害の重大性を認めた。

しかし、社会的に女性として生活しており、ホルモン剤投与を受け、性同一性障害との診断を受けているものの、睾丸部分以外の男性器を残していることから男性としての処遇をすることにつき、拘置所長の裁量権を逸脱・濫用する違法な行為とはいえないとして、請求を棄却した。

差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

- (I) 東京地判平成 18 年 10 月 20 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070718102800.pdf>

この事件は、一般労働者派遣事業の許可を受け、同事業を営んでいた原告が、18 歳に満たない者を深夜業に使用したことで、罰金刑の判決を受けたところ、行政庁職員から罰金刑に処せられた場合、許可を取り消す旨を説明されたため、許可取消処分 of 差止めを求めて出訴したものである。

裁判所は、原告の社会的評価や信用は経営上の重要な前提となっているところ、許可取消処分を受ければ、その営業の基盤に甚大な影響が生じ、事後的な処分取消しや執行停止、あるいは金銭賠償によって有形・無形の損害を完全に填補した上、従前と同様に営業活動を行うことができないおそれが存在するのみならず、営業の再開・継続自体が不可能となるおそれも存在するとして、損害の重大性を認めた。

しかし、18 歳に満たない者を深夜業に使用したとの事実により、罰金刑の判決を言い渡されたこと、同様の違反を繰り返していたことなどから、原告の許可を取り消すことが裁量の踰越濫用にはあたらないなどとして、請求を棄却した。

- (J) 神戸地決平成 19 年 2 月 27 日賃金と社会保障 1442 号 57 頁

この事件は、神戸市が市立保育所の一部を民営化するため、市立保育所を廃止する条例改正を行ったところ、当該保育所に児童を通わせている保護者らが、条例をもってする公立保育所廃止の仮の差止めを申し立てたものである。

裁判所は、移管をスムーズにするための公立保育所職員と私立保育所職員による共同保育の期間がわずか 5 日程度しか設けられていなかったといった状況で、公立保育所の廃止と民営化を行うことは、児童の生命・身体等に重大な危険が生ずるばかりか、保護者及び児童の保育所選択に関する法的利益も侵害するものであって、仮の差止めの要件である「償うことので

きない損害を避けるための緊急の必要」があるものと認められるものとした。

(K) 大阪地決平成 19 年 2 月 20 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070919203746.pdf>

大阪高決平成 19 年 3 月 1 日賃金と社会保障 1448 号 58 頁

大阪地決平成 19 年 3 月 28 日判タ 1278 号 80 頁

これらの事件は、大阪市のいわゆる釜ヶ崎地区の簡易宿泊所で生活し、継続的かつ安定的な住居を持たないため、釜ヶ崎解放会館の所在地を住所として住民登録をしていた者が、解放会館に生活の本拠がないことを理由とする住民登録消除処分の仮の差止めを申し立てたものである。

大阪地方裁判所は、平成 19 年 2 月 20 日決定および平成 19 年 3 月 28 日決定において「消除処分がされた場合、申立人は少なくとも大阪市議会議員の一般選挙において選挙権を行使することが極めて困難になるといわざるを得ないのであり……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かんがみると、本件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いうべきである。また、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、本件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、本件消除処分の取消しの訴えを提起して同法 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のものであるということとはできない」ので、本案訴訟としての差止訴訟における「損害の重大性」が認められるとした。

さらに、これは仮の差止めの要件である「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」の要件も満たすが、事実関係に照らすと、解放会館の所在地を住民基本台帳法にいう住所と認めることができず、生活の本拠

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

たる実体を欠く住所が記載された住民票の消除をすることが違法になると解することはできないというべきであるなどとして、申立てを却下した。

しかし、平成 19 年 2 月 20 日決定の抗告審である大阪高決平成 19 年 3 月 1 日において、大阪高等裁判所は、抗告人が住所としての実体を有する簡易宿泊所を、支障なく住所として届出することができるとの保証が得られているとはいえない現状において、解放会館が本来の住所でないとして、相手方が本件消除処分を行うことは、信義則に反して許されないとし、原決定を取り消し、申立てを認容した。

### (L) 大阪地判平成 20 年 1 月 31 日判タ 1268 号 152 頁

この事件は、診療報酬不正請求により、自らが開設した医院の保険医療機関指定取消処分及び自らの保険医登録取消処分を受けようとしている者が、両処分の差止めを求めたものである。

裁判所は、「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』には該当しないと解すべきである」とした上で、上記取消処分を受けても保険診療以外の診療に従事することはできるものの、国民皆保険制度が採用されている我が国において保険診療ができなくなれば、来院する患者の数は激減し、その経営する歯科医院を現状のまま維持することは不可能であること、処分後に執行停止を申し立てることはできるが、執行停止決定までに一定の日数が必要であり、その間保険診療はできず、さらに、その間、来院した患者に保険診療ができない旨を説明しなければならないところ、これにより処分の事実が広まり、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、処分の公示により社会的評価や信用は大きく毀損され、処分後に執行停止が認められたとしても、それらが直ちに回復することは考えにくいことを理由に、処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれがある」ことを認めた。

しかし、保険医療機関の指定取消し及び保険医の登録取消事由が存するとし、その他手続上の違法もないとして、原告らの請求を棄却した。

(M) 那覇地判平成 21 年 1 月 20 日判タ 1337 号 131 頁

この事件は、訴外 A が 7 階建ての賃貸マンションの建築を計画し、建築確認申請をしたところ、当該敷地の近隣住民らが、建築計画は建築基準法に違反するとして、建築確認の差止めを求めたものである。

裁判所は、建築処分に係る当該建築物により日照等を阻害されたり、当該建築物の倒壊、炎上等による被害が直接に及ぶことが想定される周辺の一定地域に存する住民の原告適格を認めた上で、原告のうち、本件敷地のほぼ西側に隣接する土地上の建物に居住し、本件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り、本件マンションが災害により倒壊する等した場合には、生命、身体及び財産が侵害される可能性があるものについては、損害の重大性を認めたが、単に良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受しており、本件マンションが建築されると、景観利益が侵害されると主張するものについては、損害の重大性は認められないとした。

その上で、本件建築は建築基準法等に違反するものではないとして、請求を棄却した。

(N) 広島地判平成 21 年 10 月 1 日判時 2060 号 3 頁

この事件は、広島県福山市の鞆地区住民らが、県及び市からの同地区における公有水面の埋立免許付与申請に対して、当該免許は公有水面埋立法に違反し、又は裁量の踰越濫用になるとして、その差止めを求めたものである。

裁判所は、慣習排水権者に当たるとされた者、景観による恵沢を日常的に享受している者の原告適格を認めた上で、事業者らは、代替の排水施設

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

の設置を計画しているものであり、排水手段の確保のための措置が講じられているので、慣習排水権者に当たるとされた原告らの慣習排水権については、「重大な損害を生ずるおそれ」は認められないが、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、日々の生活に密接に関連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、本件埋立免許がなされたならば、事業者らは、遅くとも約3か月後には工事を開始すると予測されるが、本件は争点が多岐にわたり、その判断は容易でなく、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く、処分の取消しの訴えを提起し、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いえることなどを総合考慮すれば、景観利益については、本件埋立免許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認められるとした。

その上で、鞆の浦の景観は行政上保護すべき利益であり、これを侵害することとなる埋立免許にかかる判断は慎重に行われるべきものであるにもかかわらず、本件免許についての調査検討が不十分であり、裁量の踰越濫用にあたるとして、請求を認容した。

(O) 最判平成24年2月9日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120209175809.pdf>

この事件は、東京都立の高等学校等に勤務する教職員等が、東京都等を相手に、各所属校の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱する義務のないこと及びピアノ伴奏をする義務のないことの確認を求め、上記国歌斉唱の際に国旗に向かって起立しないこと若しくは斉唱しないこと又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を求めるとともに、上記の起立斉唱及びピアノ伴奏に関する都教委の通達

及び各所属校の校長の職務命令は違憲、違法であって上記通達及び職務命令等により精神的損害を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料等の損害賠償を求めたものである。

第1審判決（東京地判平成18年9月21日判時1952号44頁）は、を無名抗告訴訟たる「公的義務の不存在確認請求」、を無名抗告訴訟たる「予防的不作為請求」であるとした上で、これらの訴えの利益を認め、さらに、教職員は、思想・良心の自由に基づき、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等の自由を有しており、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として、起立・斉唱及びピアノ伴奏の義務がないことを確認し、起立・斉唱及びピアノ伴奏をしないことを理由とする懲戒処分を差止め、損害賠償の請求を認容した。

控訴審（東京高判平成23年1月28日判時2113号30頁）は、本件通達は国歌斉唱等を求める職務命令と事実上不可分一体のものであり、職務命令に違反した者には懲戒処分の実施を確実に予定していることなどから、通達は処分性を有するとした上で、の無名抗告訴訟たる公的義務不存在確認訴訟は、通達の取消訴訟の方が適切な救済方法である等の理由で、その訴えの利益を欠き、の差止訴訟についても、通達の取消訴訟の方が適切な救済方法であるから、補充性を欠き、不適法であるとした。さらに、本件通達は、教育の自由、思想・良心の自由等を侵害するものではなく、旧教基法10条1項、新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たるものでもないので、公的義務不存在確認訴訟、差止訴訟は却下し、損害賠償請求は棄却すべきものとした。

最高裁判所は、本件通達を踏まえて職務命令が出され、職務命令違反により懲戒処分が出されたときに初めて教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼす行政処分がされるものであるから、本件通達や職務命令は処分性を欠くとした。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

そして、 の懲戒処分差止めの訴えは、「改正法の施行に伴い、改正法附則 2 条、3 条により、被上告人都教委を相手方当事者としたまま行訴法上の法定抗告訴訟たる差止めの訴えに転化した」が、「本件通達の発出後、都立学校の教職員が本件職務命令に違反した場合の都教委の懲戒処分の内容は、おおむね、1 回目は戒告、2 回目及び 3 回目は減給、4 回目以降は停職となっており、過去に他の懲戒処分歴のある教職員に対してはより重い処分量定がされているが、免職処分はされていないというのであり、従来の処分の程度を超えて更に重い処分量定がされる可能性をうかがわせる事情は存しない以上、都立学校の教職員について本件通達を踏まえた本件職務命令の違反に対しては、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）がされる蓋然性があると認められる一方で、免職処分がされる蓋然性があるとは認められない。そうすると、本件差止めの訴えのうち免職処分の差止めを求める訴えは、当該処分がされる蓋然性を欠き、不合法というべきである」とした。

他方、免職処分以外の懲戒処分（停職、減給又は戒告の各処分）の差止めを求める訴えについては、「本件通達を踏まえ、毎年度 2 回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね 4 回で（他の懲戒処分歴があれば 3 回以内に）停職処分に至るものとされて」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あれば救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められるというべきであ」り、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」にも当たらないから、「差止めの訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えは、いずれも適法というべきである」とした。

しかし、戒告処分が裁量の踰越濫用として違法になるとは解しがたいので本案要件を満たしていないし、減給処分または停職処分が裁量の踰越濫用に該当するかは、個別的事例の検討が必要であり、これについての主張立証がなされていないので、本案要件を満たしているとはいえないとして、請求を棄却した。

さらに、この公的義務確認訴訟は、これを無名抗告訴訟としてみれば、「職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したものと」いうことができ、本件では差止訴訟で救済を求めることができるので、上記無名抗告訴訟は補充性を欠き、不適法であり、公的義務確認訴訟を、当事者訴訟としてみれば、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の確認訴訟としては確認の利益を肯定できるが、「職務命令が違憲無効であってこれに基づく公的義務が存在するとはいえないから、上記訴えに係る請求は理由がない」として、上告を棄却した。

#### 4 差止訴訟における「損害の重大性」と 執行停止における 損害の重大性

先にも述べたように、差止訴訟は処分等により「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る（行訴法 37 条の 4 第 1 項）。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

執行停止も処分等により生ずる「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に認められる（同法 25 条 2 項）とされており、重大な損害を生ずるか否かの判断に当たっての考慮要素も同一である（同法 37 条の 4 第 2 項及び同法 25 条 3 項）。

しかし、差止訴訟における損害の重大性については、立法時から「取消訴訟と執行停止により容易に救済が得られる場合は、差止訴訟における『損害の重大性』は充足されない」と解釈されていた。

しかし、このような趣旨が、行訴法に明記されているわけではなく、単なる解釈に過ぎない。このような解釈は取消訴訟（事後訴訟）中心主義のドグマに過ぎないとの指摘がある<sup>(8)</sup>。さらに、取消訴訟と執行停止優先原則は疑問であって、「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であり、実践的であり、かつ取消訴訟中心主義からの少しでも脱却という精神からしても当然のことと思われる」<sup>(9)</sup>とか、取消訴訟と執行停止により救済が可能な場合は、差止訴訟の「損害の重大性」を欠くとの解釈は、「差止めの訴えが認められるのは、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、差止めの訴えの適用範囲をいたずらに狭めることになりかね」ず、また、「現実に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とは限らない」のに、「差止訴訟の係属裁判所として、現実に処分が

---

(8) 小早川光郎他「研究会 改正行政事件訴訟法」[中川丈久発言] 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊（2005 年）142 頁。園部逸夫、芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』[高安秀明]（ぎょうせい、2006 年）202 頁。

(9) 齊藤浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂、2007 年）287 頁。

行われれば重大な損害が発生するとの心証を得ながら、差止訴訟の本案審理に入ることを控えなければならないとの結論は、国民の権利救済という見地からは甚だ疑問であって、「執行停止による救済可能性を理由として本要件を否定するような考え方は、採用すべきではない」とする見解もある<sup>(10)</sup>。

また、「重大な損害要件について確立されつつある現在の解釈は、取消訴訟及び執行停止との役割分担の観点から考えても厳格に過ぎ、差止訴訟の有効活用の障害になっていると考えられる。取消訴訟の段階で救済される可能性があるから、差止訴訟を却下するのではなく、取消訴訟の段階で救済されるのであれば、成熟性があれば事前に差し止めることが合理的な救済制度であるとの観点から、重大な損害要件の削除を含め、より活用されるよう、訴訟要件の緩和をすべきである<sup>(11)</sup>」とする意見もある。

しかし、(A)(B)(C)(D)(F)(H)(I)(K)(L)(N)といった下級審における裁判例の大半は、取消訴訟と執行停止により救済が可能である場合、差止訴訟は損害の重大性を欠き、不適法であるとの解釈によっており、最高裁判所も(O)で、損害の重大性の判断に際し「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」かどうかを考慮している。したがって、差止訴訟の「損害の重大性」が認められるのは、執行停止が認められるレベルの損害の重大性が認められ、

---

(10) 園部前掲注(8) [高安]・201～202頁。このような見解につき、乙部前掲注(6)・25頁は、「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り、「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」おり、行訴法は「取消訴訟(執行停止を含む)を第一次的、差し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」とする。

(11) 齊藤浩「行政事件訴訟法改正五年見直しの課題 行政法研究フォーラム 第二次行政訴訟制度改革の必要性(1)」自治研究 86巻7号(2010年)12頁。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

かつ、執行停止では容易に救済が得られない場合に限られるというのが、現時点におけるわが国の法であるといえよう。

先にみた(A)～(O)の多くは、とを明確に分けて論じているわけではないし、すべての事例で必ずしもを分けて考えることができるわけでもないが、

(B)：差止めを求めた許可にかかる産業廃棄物処理施設で処理される廃棄物の種類、処理形態などにより生命、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考えられないと判示

(D)：運転免許停止処分で一定期間運転ができなくなっても金銭賠償が可能であり、処分歴による不利益も取消訴訟で救済可能と判示

(E)：運転免許停止処分による移動の制約、経済的損失、精神的苦痛などは取消訴訟や金銭賠償による救済で足りるレベルのものであると判示

(F)：建築停止命令により工事ができなくなっても、社会的信用の毀損が生じるとは考えづらく、建築主から損害賠償を求められる可能性も少ないので、金銭的損失も多くないと判示

(G)：原告の主張するガス管の事故などが生ずる可能性は低いと判示  
の事例は、主としてのレベル、すなわち、執行停止が認められるような損害の重大性も欠いていることを理由に、差止訴訟の「損害の重大性」を否定したものであるように思われる。

これに対して、(A)では申立人の「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、また、唯一の生活手段を失うことによってホームレスになる危険が生ずる」という主張に対して、「損害は、いずれも、本件各除却命令が執行されて初めて生ずる性質のものというべきであって、一件記録に照らしても、他に本件各除却命令によりその執行を待たずに直ちに申立人らに何らかの具体的な損害を生ずるおそれがあると認める

ことはできない」としているので、主として のレベル、すなわち、取消訴訟と執行停止で救済可能であるという理由で、差止訴訟における「損害の重大性」を否定したものと思われる。(A)の場合、除却命令から代執行に至るまでかなりの時間を要すると予想されることや、本家で勝訴することが難しいと思われることから、結論としては妥当であると思われる。しかし、 を過度に厳格に適用し、違法な処分がなされようとしていることが明らかであるにもかかわらず、処分が行われてから取消訴訟を提起して執行停止を申し立てれば救済可能であることを理由に、差止訴訟を却下することは問題があり、このような場合、 については柔軟に解すべきものと思われる<sup>(12)</sup>。

最高裁判所は、(O)の判決で、懲戒処分の差止訴訟を適法であるとしているが、個々の懲戒処分（1回目戒告，2・3回目減給，4回目停職……）を個別的に捉えるのであれば、これらひとつひとつは「重大な損害」とはいえず、そのたびに取消訴訟を提起し、執行停止の申立てをすることで、あるいは、事後的にこれらを取り消したり、損害賠償を求めることで救済可能であるとも考えられる。しかし、1年に2回ずつ取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てることは、私人にとって相当の負担であるし、戒告や減給をそれぞれ個別のもののみた場合、「重大な損害」とはいえないとして執行停止が認められず、処分が積み重なっていくとも考えられる。判決が「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になる」としているのは、このようなことも考慮した

---

(12) 芝池義一『行政救済法講義 第3版』（有斐閣，2006年）154頁。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

ためであろう。

最高裁判所は、「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ないことを、損害の重大性判断の要素として用いているが、「容易に」という言葉にも現れているように、この要素を比較的柔軟に解しており、これは妥当であるように思われる。

### 5 処分による社会的信用の毀損と差止訴訟

先にみた事例の中で、(C)は歯科医師として収入が得るみちが絶たれる具体的おそれや社会的信用が毀損するおそれがあることを認めながらも、差止訴訟における損害の重大性を否定している。しかし、この決定は、差止訴訟における「損害の重大性」を過度に厳格に解しすぎており、保険医療機関指定取消処分と保険医登録取消処分の差止訴訟につき、収入の激減による経営危機の可能性や、処分の公表等による社会的信用の毀損を理由に、「損害の重大性」を認めた(L)の方が妥当であると考えられる。

そもそも、処分の公表による社会的信用の毀損は、国会審議における政府委員の答弁においても、差止訴訟が許容される例として上げられ<sup>(13)</sup>、立法後も、差止訴訟が認められる典型的事例として語られてきたものである<sup>(14)</sup>。

執行停止においても、処分による社会的信用の毀損は、重大な損害と認められるようになってきている。行訴法改正後に、弁護士に対する3ヶ月業務停止処分の執行停止が求められた事例において、処分により「依

---

(13) 第159回国会衆議院法務委員会会議録第20号（平成16年4月27日）

[http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index\\_kaigiroku.htm](http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kaigiroku.htm) より参照可能。

(14) 小林前掲注(1)・189頁、福井他前掲注(1)・154～155頁など。

頼者が委任契約等の継続を求めている場合であっても、依頼者との委任契約の解除、訴訟代理人等の辞任手続、顧問契約の解除を行わなければならないのであって、これにより、申立人の弁護士としての社会的信用が低下し、それまでに培われた依頼者との業務上の信頼関係も損なわれる事態が生じると認められる。そして、このような依頼者との委任契約の解除等によって生じる弁護士としての社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損は、業務停止という本件懲戒処分によって生じる申立人自身の被る損害であり、その損害の性質から、本案で勝訴しても完全に回復することは困難であり、また、損害を金銭賠償によって完全に補填することも困難である」とし、「業務停止期間中に期日が指定されているものだけで 31 件の訴訟案件を受任していると認められることから推認できる申立人が被る損害の程度を勘案すれば、一旦生じた損害の回復は困難で、本件懲戒処分によって申立人に重大な損害が生じると認められる」とした高等裁判所の決定<sup>(15)</sup>につき、最高裁判所は「懲戒処分によって相手方に生ずる社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等の損害が同条 2 項に規定する『重大な損害』に当たるものと認めた原審の判断は、正当として是認することができる」とした<sup>(16)</sup>。

また、他の事業・業務の例としては、サービス基準を満たしていないことを理由とする定期航路事業停止命令の執行停止が求められた事例において、福岡地方裁判所は、定期航路運行停止により 1 億 5000 万円程度の収入減がある他、事業停止に伴う他の航路の乗客減少も見込まれること、約 5 万人の予約客へ影響を与え、これが社会的信用の低下をもたらすことから、重大な損害を避けるため緊急の必要がある」といえるとしてお

---

(15) 東京高決平成 19 年 7 月 19 日判時 1994 号 25 頁。

(16) 最決平成 19 年 12 月 18 日判時 1994 号 21 頁。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

り<sup>(17)</sup>、抗告審である福岡高等裁判所も、この判断を支持している<sup>(18)</sup>。

行訴法改正前は、業務停止処分による損害を、主として金銭的損害と捉え、「回復の困難な損害」にあたらぬとする傾向が顕著であった<sup>(19)</sup>。例えば、弁護士業務停止処分につき、執行停止で考慮される損害は申立人の損害に限られるため、依頼者の被る不利益の主張は失当であり、弁護士専業で他に職や収入の途は全くないので、本件判決により申立人自身に回復困難な損害が生ずる旨の主張について、申立人が既に処理した数件の事件の報酬を受領することは差し支えなく、現受任事件の依頼者と申立人と

---

(17) 福岡地決平成 17 年 5 月 12 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/274B1E01110511AF492570DF001C1A63.pdf>。

(18) 福岡高決平成 17 年 5 月 31 日判タ 1186 号 110 頁。

(19) ただし、行訴法改正前でも、業務停止処分等により、経営状態の悪化を理由に執行停止を容認した事例はあった。例えば、建築基準法に基づく指定確認検査機関への確認検査業務停止命令の執行停止につき、「申立人らが業務停止期間中に新たな確認検査業務を受注することができなければ、その間に他の業者等に奪われてしまう可能性があることは容易に予測しうるところ、仮に、後日、本件業務停止処分 1 及び 2 が取り消されたとしても、いったん低下した業務占有率を回復することは、相当な困難を伴うことが予想され、かかる業務上の地位を事後的な金銭賠償で填補することは社会通念上容易でないから、回復困難な損害を避けるための緊急の必要があるものと認めるのが相当である」とした、大阪地決平成 14 年 10 月 24 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/473F8E6AC63B1AE649256F390018DC57.pdf>。医師に対する医業停止命令の執行停止につき、「申立人は本件処分により医業を停止されると、看護婦等の従業員の解雇或いは診療所施設等の処分を余儀なくされる状況に陥る可能性があるものと推認されるが、かくては仮に本案において本件処分が取消されたとしても従前どおり診療所を再開することは困難であると認めるべく、かかる損害の発生は行政事件訴訟法第 25 条第 2 項にいう『回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき』に該当するものと解するのが相当である」とした東京地決昭和 54 年 7 月 3 日判時 930 号 26 頁など。

の信頼関係は厚く、仮に申立人が現受任事件を一旦辞任したとしても、前記業務停止期間満了後、再び依頼者から受任を受けうる蓋然性が高いことから、「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要」があるとまでいうことはできないとした裁判例があった<sup>(20)</sup>。他の事業・業務についても、営業上重要な時期の業務停止は経済的に重大な損失を受けるばかりでなく、顧客に対する信用を失うという回復困難な損害を被るとする申立人の主張は、「顧客に対する信用を失うという損害も含めて、経済的な損失であり、それについては、もとより金銭賠償により回復が可能であって、それが社会通念上困難であると認めるに足りる事情の存在の疎明もない」として、回復困難な損害があるとは認められないとされた<sup>(21)</sup>。

行訴法改正による執行停止要件の緩和により、社会的信用の毀損は、執行停止における 重大な損害 にあたると解されるようになったのである。

ところで、処分公表は執行停止により阻止することができないというのが、最高裁判所の判例である。すなわち、最高裁判所は、弁護士の戒告処分の執行停止につき「弁護士に対する戒告処分は、それが当該弁護士に告知された時にその効力が生じ、告知によって完結する。その後会則 97 条の 3 第 1 項に基づいて行われる公告は、処分があった事実を一般に周知させるための手続であって、処分の効力として行われるものでも、処分の続行手続として行われるものでもないというべきである。そうすると、本件処分の効力又はその手続の続行を停止することによって本件公告が行われることを法的に阻止することはできない」と判示している<sup>(22)</sup>。

---

(20) 東京高決昭和 60 年 1 月 25 日行集 36 卷 1 号 26 頁。なお、東京高決昭和 55 年 2 月 5 日行集 31 卷 2 号 113 頁も同様の理由で、「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要がある」とまでいうことはできないとしている。

(21) 新潟地決平成 5 年 12 月 24 日判自 124 号 80 頁。

(22) 最決平成 15 年 3 月 11 日判時 1822 号 55 頁。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

したがって、処分が公表されることにより社会的信用が毀損されるとすれば、それは 執行停止が認められるような 重大な損害 であり、執行停止により避けることができないのであるから、差止訴訟の提起が認められなければならないことになるはずであり、(C)ではなく、(L)の方が妥当であることになる。

## 6 経済的不利益を理由とする執行停止

(L)は、「損害の重大性」が認められる根拠として、社会的信用の毀損その他、収入の減少による経済的不利益についても言及している。

2004 年行訴法改正以前は、「土地収用、営業禁止、生活保護費減額などの処分については、執行停止がなされないことによって生じる被害が金銭的な損害であるとされがちであって、そのために『回復の困難な損害』には当たらないなどという判断が導かれがちであった<sup>(23)</sup>」といわれている。

しかし、執行停止の要件が「回復困難な損害」から「重大な損害」に改められたことにより、金銭賠償の可能性も考えると損害の回復の困難の程度が必ずしも著しいとまでは認められない場合であっても、具体的な処分内容及び性質や、損害の程度を勘案して「重大な損害」を認められる場合には、執行停止が可能となり、例えば、営業が完全に破綻するという場合でなくとも、営業を悪化させる重大な影響が生ずるおそれがあり、通常の営業に回復するまでに重大な損害が起こり得るという場合などにおいては、このような損害の回復の困難の程度や損害の程度をも考慮に入れ、事案の実情に即して執行停止が認められるべきである<sup>(24)</sup>といわれている。

許可取消しや業務停止命令を受けると、業務ができなくなり、経済的不

---

(23) 福井前掲注(6)・41 頁。

(24) 小林前掲注(1)・281～282 頁，福井他前掲注(1)・115 頁。

利益が生ずる。行訴法改正前は、処分により企業の経営が破綻し倒産する蓋然性がある場合や、個人の生活が成り立たなくなる場合にしか、執行停止が認められない傾向があった。企業の例としては、一般乗用旅客自動車運送事業免許取消処分の執行停止につき、「取消処分の執行が停止されなければ、申立人はタクシー業を営むことができず、その収入の殆んどが断たれ、他方そのための資産と従業員とは無用に帰することは明らかである。その結果、申立人は、資産状態を悪化させて倒産し、回復困難な損害を受けるであろうことは容易に予測できるところである」として執行停止を容認した事例<sup>(25)</sup>がある。

個人の生活破綻については、公務員の懲戒免職処分につき、給与を受け取ることができないため生活が成り立たなくなるとして執行停止を認める例<sup>(26)</sup>がある反面、組合からの救援金を受けており、それにより生活が成り立っていること<sup>(27)</sup>や、妻の収入のほか申立人本人が自ら収入を得るための努力をする余地がある<sup>(28)</sup>といった理由で、執行停止の申立てを却下する例も少なからずあり、生活破綻の可能性を基準としながら、かなり厳しい

---

(25) 大阪地決昭和 54 年 1 月 26 日判タ 387 号 108 頁（大阪高決昭和 54 年 5 月 7 日判タ 395 号 110 頁も、原決定を支持した）。他には、東京地決昭和 43 年 8 月 9 日判時 526 号 21 頁（超短波放送を行なう実用化試験局の再免許拒否通知の執行停止を容認）、広島高決昭和 42 年 11 月 21 日行集 18 巻 11 号 1456 頁及び広島地決昭和 42 年 10 月 18 日行集 18 巻 10 号 1326 頁（一般乗用旅客自動車運送事業免許取消処分の執行停止を容認）などがある。

(26) 例えば、福岡高決昭和 53 年 10 月 3 日判タ 378 号 134 頁、青森地決昭和 43 年 5 月 31 日行集 19 巻 5 号 975 頁、東京高決昭和 41 年 5 月 6 日行集 17 巻 5 号 463 頁など。

(27) 福岡高決昭和 56 年 9 月 29 日行集 32 巻 9 号 1698 頁、札幌地決昭和 45 年 3 月 12 日判時 594 号 94 頁、大阪高決昭和 43 年 6 月 15 日行集 19 巻 6 号 1099 頁など。

(28) 札幌高決昭和 54 年 10 月 9 日判タ 401 号 120 頁。

態度がとられていたといえよう。

行訴法改正以降も、事業が破綻する可能性が認められる場合に、執行停止が認容される<sup>(29)</sup>ことについては変わりがないが、さらに進んで、事業破綻の可能性に触れることなく、事業の状態への悪影響を理由に執行停止を容認している例もある。例えば、介護保険における指定居宅サービス事業者等取消処分の執行停止につき、裁判所は、介護サービス事業は利用者との信頼関係に基づいて成り立つものであり、その信頼関係を維持するには、継続的にサービスの提供を行うことが重要であるところ、処分に伴い、いったん両事業所が閉鎖されることとなれば、利用者は当然にほ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ること、申立人の経営に少なからぬ影響を及ぼすばかりでなく、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から、「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」と認められるとして、執行停止を認容した<sup>(30)</sup>。

---

(29) このような例としては、保険医療機関指定取消処分・保険医登録取消処分の執行停止を認めた甲府地決平成 18 年 2 月 2 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/0C2095AE5D6DD7134925710D001FF5AB.pdf>、介護保険指定サービス事業者指定取消しの執行停止を認めた宇都宮地判平成 21 年 1 月 5 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090804151623.pdf>、佐賀地決平成 21 年 1 月 19 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090210102645.pdf> などがある。また、仮の義務付けの事例であるが、タクシー運賃の認可がされないと、営業を停止せざるを得ず、これにより倒産の可能性や、従業員への悪影響が生ずるので、「償うことのできない損害」が認められるとして、タクシー運賃認可仮の義務付けの申立てを認容した名古屋地決平成 22 年 11 月 8 日判タ 1358 号 94 頁もある。

(30) 岡山地決平成 20 年 1 月 30 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20081105093755.pdf>。抗告審である広島高決平成 20 年 4 月 25 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20081105091915.pdf> も原決定を支持した。また、仮の義務付け

営業停止処分につき、損害の重大性が認められた裁判例としては、ばちんこ店の営業停止処分の執行停止につき、これがなされれば、申立人は、80日の営業停止期間中、本件店舗からの売上げが得られなくなり、一方で、設備投資資金の返済も含めた店舗維持の経費を負担せざるを得ず、遊技客を集客するというばちんこ店の営業形態や、80日の営業停止期間に照らすと、いったん営業を停止すれば、その後営業を再開しても、客足が遠のく等により本件店舗の営業が著しく悪化することも十分に考えられるところ、これらに加えて、申立人の売上総利益に占める本件店舗の売上の比率を総合すると、申立人は、本件処分による営業停止によって、経営状態が著しく悪化し、倒産する可能性も否定できないから、このような有形無形の損害は、金銭賠償によっては容易に回復することは困難なものであり、「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に当たるといえるとした事例<sup>(31)</sup>がある。この決定は倒産の可能性に言及しているものの、

---

の事例であるが、タクシー運賃の認可がされないと、営業を停止せざるを得ず、これにより営業収入が失われ、固定経費の支出が続くとすれば、申立人の経営自体に重大な影響が及ぶ可能性があり、会社の人的基盤の喪失や顧客等との信頼関係の破壊という損害も生ずるので、「償うことのできない損害」が認められるとして、タクシー運賃認可仮の義務付けの申立てを認容した福岡地決平成22年5月12日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101202125846.pdf> と、その決定を支持した福岡高決平成22年7月20日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110204095254.pdf> もある。

(31) 広島地決平成20年11月21日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090703090611.pdf>。なお、広島地方裁判所は、申立人が企業グループに属する一企業であり、資金も同グループ内で流動的に動いているから、「重大な損害」の発生の判断において、形式的に申立人に属する店舗にだけ着目すべきではない旨の主張につき、申立人は一個の営利法人であるから、その経営の維持は法人ごとに検討されるべき事項であり、本件店舗の営業停止に伴う申立人の上記損害を軽視することはできないから、上記の相手方が指摘する点によって上記結論を覆すこと

80 日間の営業停止という処分内容から考えると実質的には経営状態悪化を理由に執行停止が認容されたともみなしうる事例である。

個人の生活破綻・経済的悪影響を理由に執行停止が認容された例としては、例えば、タクシー運転手の運転免許取消処分の執行停止につき、申立人は、借金の返済があるために、年金収入のみによって生活することは到底できず、貯金や他の資産もないので、タクシー運転手としての収入があって初めて生活を営むことができる状況であり、本件処分により運転免許が取り消されたため、タクシー運転手として勤務することができなくなったのみならず、本件処分当時 69 歳と高齢であることもあって、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ことが認められるのであって、申立人は、本件処分によって、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認められるとして、「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」として、執行停止が容認された事例<sup>(32)</sup>がある。

---

はできないとした。しかし、抗告審である広島高決平成 21 年 2 月 12 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20090907085310.pdf> は、ばちんこ店の営業停止につき、処分の対象となった法人は、形式的には一つの独立した会社という形態をとっているものの、その実体は企業グループの 1 社であって、その指揮命令系統や資金の流れなどを考慮すれば、その法人格はほとんど形骸化しており、経済的な実態としては、当該グループという一つの会社の一部門と同視し得るものであり、当該グループは、本件店舗以外にも多数のばちんこ店やラブホテルを営んでいることが認められるものの、その全容は明らかでなく、本件店舗における営業が 80 日間停止された場合に、当該グループの営業を悪化させる重大な影響が生ずるおそれがあり、通常の営業に回復するまでに重大な損害が起こり得るかどうかは明らかでないから、本件においては損害の重大性の疎明はないとして、原決定を取り消し、申立てを却下している。

(32) 東京地決平成 19 年 12 月 28 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080725133546.pdf>。ほぼ同様の理由で、個人タクシーの免許更新拒否処分（横浜地決

他方、医師免許取消処分の執行停止につき、患者3名に対し、手術適応となるような病態がないにもかかわらず子宮及び両側付属器の摘出手術等を行ったこと等を非違行為とする医師免許取消処分の執行停止につき、非違行為が事実であれば医師としての適格性に重大な疑問があること、年金受給により診療を停止しても最低限の生活を営むことができること、クリニックの経営そのものは、他の医師の協力を得ることなどによって再開することも可能であり、クリニックが倒産の危機に瀕するとまではいえないこと（また、クリニックの土地建物は、申立人の親族の所有であり、クリニック再開が困難ともいえないこと）、申立人自身が医療に従事することによって得られるはずの充実感などといった人格的利益が損なわれるという点は、主観性の高い利益であって、重大な損害という評価に値するかどうか疑問の余地があることなどから、処分の効力停止を正当化するほどの「重大な損害」の疎明がされているものということは困難であるとした事例<sup>(33)</sup>もある。

---

平成22年10月29日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110519190713.pdf>、柔道整復師免許取消処分（東京地決平成22年6月1日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110106091452.pdf>）、地方競馬のきゅう務員設置認定取消処分（東京地決平成22年12月22日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110706153548.pdf>）の執行停止が、それぞれ認められた事例もある。

<sup>(33)</sup> 東京地決平成17年4月26日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/A3A013C678644601492570DE001BDE1D.pdf>。また、抗告審である東京高決平成17年7月15日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/FECDC8ED2BD778F492571290007C61D.pdf>も、原決定を支持した。同様の事例として、個人タクシー免許の更新拒否処分の執行停止につき、当該処分は申立人自身による個人タクシー事業経営の許可の期限を更新しないとしているにすぎず、申立人が法人タクシーの従業員として勤務するなどして、タクシーを運転することまで禁止するものではなく、申立人の収入が減少することはあっても、直ちに収入の途を全面的に失うとまではいい難いこと、申立人において個人タクシー事業の経営以外の労働が不可

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

上記のような事例もあるものの、行訴法改正以降、個人についても、生活破綻には至らないレベルの経済的あるいは生活上の悪影響を理由に、執行停止が認められるようになってきているように思われる。それが明確に現れているのが、職業に直接用いているのではない運転免許の取消処分執行停止が認容された事例である。例えば、仙台地方裁判所は、運転免許取消処分の執行停止につき、処分により申立人の勤務先への通勤手段としては自家用車を用いるほかなくなるところ、申立人の長女に送迎を期待することは現実的に困難とみられることから、申立人の免許が取り消されている現状においては、申立人の実母が申立人の送迎を毎日行わざるを得ない状況にあること、申立人の実母が申立人の祖母の介助を行いながら日常生活を送っており、65歳という年齢に加え、高血圧で通院中であること、申立人の実母が加齢に伴う運転技能の低下がみられ、特に冬場の運転は避けるようになっていたことなどから、同人が申立人の送迎を継続することとなれば、疲労の蓄積により、高血圧を原因とする脳疾患や心疾患等に罹患するなど健康への悪影響を生じる相当程度の可能性があり、本件処分により、勤務先での勤務を断念するか申立人の実母の生命身体への悪影響を受忍するかの二者択一を迫られている状況にあるといえるのであって、い

---

能であるという事情を疎明する資料もなく、本件処分によって申立人に生ずる損害については金銭的な賠償によって事後的に回復することが可能であるということができるところから、重大な損害があると認めることはできないものとした事例（横浜地決平成19年7月2日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080207173037.pdf>）がある。この事例において、申立人は個人タクシー事業経営のために購入した営業用自動車に関して国民生活金融公庫から265万3400円の融資を受け、上記融資金を分割して返済していかなければならないこと、申立人の家庭が母子家庭であることや知的障害の姉を扶養していることなども主張しており、このような事実が認められるのであれば、他の事例に比して、執行停止を制限的に捉えすぎているのではないかと思われる。

ずれを選択するにしても、申立人にとって金銭による事後的回復が困難な損害を生じ得るものと認められるとして、重大な損害を避けるため緊急の必要があるものとし、「本案について理由がないとみえるとき」に当たらないとして、執行停止を容認している<sup>(34)</sup>。

また、京都地方裁判所も、申立人の住所地は、周囲を山と田畑に囲まれた地域であり、公共交通機関や買い物の便がよくないこと、申立人は祖母、母と同居しており、祖母は寝たきり状態で、母は運転免許を持っているが整形外科や眼科に通院していることから、自動車の利用は、申立人の日常生活にとって必須ともいい得るものであり、本件処分により、日用品や食料品等の購入、病気や怪我の際の通院等、申立人の日常生活に重大な支障をきたすことになることは明らかであり、処分の原因となった刑事事件において申立人の救護義務違反について無罪の判決が確定しているという事情があることをも併せ考慮すれば、上記損害は、運転免許取消処分の行政目的を達成すべき必要性を勘案してもなおその効力の存続を是認することができない程度の損害に当たるといふべきであって、重大な損害にあたるものとし、本案上理由がないとみえる時に当たらず、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとも言えないとして、執行停止を容認している<sup>(35)</sup>。

## 7 差止訴訟と時間の要素

では、前節に上げたような事例において、処分が行われる前に差止訴訟を提起した場合、(処分の蓋然性などは欠くところがないと仮定して)、経

---

(34) 仙台地判平成 22 年 5 月 14 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101202140824.pdf>。

(35) 京都地判平成 21 年 4 月 28 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091105163436.pdf>。

済的不利益を理由に「損害の重大性」は認められるのであろうか。

先にも述べたが、差止訴訟の「損害の重大性」が認められるのは、執行停止が認められるレベルの損害の重大性が認められ、かつ、執行停止では容易に救済が得られない場合に限られるというのが、現時点におけるわが国の法である。

ここで問題となるのは、通常の企業や家庭の場合、許可取消処分などにより業務ができなくなり、収入が絶たれたとしても、即座に事業や生活が破綻したり、深刻な悪影響が生ずることはないとも考えられるということである。

定期航路事業などは、短期間であっても業務を行えなくなることによって、重要な損害といえる程度に、社会的信用が毀損すると考えられる。弁護士の場合も、同じように考える余地があろう。この場合、社会的信用の毀損のみを理由に、差止訴訟の提起が認められるべきであると考えうる。しかし、処分の公表による社会的信用毀損の度合いは、業種や処分の内容によってかなり異なる。業務停止程度では、重大な損害にあたる程度にまで社会的信用が毀損されるとはいえない場合もある。

また、経済上の不利益であっても、生活保護の廃止や変更のように、処分の発効によりかなり早期に生活が困窮することが予想される場合、差止訴訟による救済が認められるべきであろう<sup>(36)</sup>。

---

(36) 生活保護廃止決定の執行停止が認められた那覇地決平成20年6月25日賃金と社会保障1519・1520号94頁の事例では、平成20年5月19日付けで、同年6月1日をもって生活保護全般を廃止するという決定がなされ、同年5月28日に生活保護法64条に基づく審査請求に対する判決を経ることなく、取消訴訟が提起され、同年6月25日に執行停止を認容する決定が出ているが、ほぼ1ヶ月無収入であることは、生活保護を受けている者の生活に重大な損害をもたらすことが予想されるので、取消訴訟と執行停止では十分な救済にならず、差止訴訟や仮の差止めによる救済を認めるべきであろう。

しかし、処分の公表や業務が行えなくなることにより直ちに社会的信用が毀損するわけでもなく、生活や経営が直ちに破綻したり深刻な悪影響を被るわけでもない場合、処分を受けてから取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てても、十分な救済になり、それゆえに、差止訴訟は「損害の重大性」を欠き、不適法であるとも解される。

この場合、差止訴訟における「損害の重大性」の可否は、処分がなされてから執行停止の申立てに対する決定が出るまでの期間<sup>(37)</sup>を、どれぐらいと見積もるかということが関わってくる。執行停止の申立てをしてから決定までの時間が長く見積もられるのであれば、その間に、事業や生活が破綻したり、「重大な損害」といえる程度の悪影響が及ぶ可能性は高くなるので、差止訴訟が認められる余地は広くなる。反対に、短く見積もられるのであれば、取消訴訟と執行停止でも十分な救済が可能であるとみなされることが多くなる。

執行停止の決定までに要する時間は、事案によって異なるであろうが、比較的早期の判断が可能な、個人に対する免許等の取消しの場合、柔道整復師の免許取消処分の執行停止が認められた事例<sup>(38)</sup>では、平成 22 年 5 月

---

<sup>(37)</sup> 処分によっては、処分の日から一定期間経過後に処分が発効するものとされることがある。例えば、福岡地決平成 17 年 5 月 12 日の事例における一般旅客定期航路事業停止命令は、平成 17 年 4 月 25 日に出されたが、事業を停止すべき日は、同年 5 月 25 日とされた。差止訴訟の場合、処分前に提訴するのであるから、処分の日から発効までの期間を知ることはできないので、原則として、処分の日に効力を発するものとして、その日から執行停止の申立てに対する決定が出ると予想される日の間に、どの程度の悪影響を生ずるかを考えるべきであろう。ただし、行政機関情報公開法 13 条 3 項のように、処分の日とそれが効力を有する日（執行される日）の間に一定の期間を置かなければならない旨が規定されている場合などは、処分発効の日を基準に考えるべきである。

<sup>(38)</sup> 前掲注<sup>(32)</sup>を参照。

## 差止訴訟（抗告訴訟）における「損害の重大性」

20日に、6月3日をもって免許を取り消すという処分がなされ、訴訟の提起と執行停止の申立てがなされたのは同年5月28日、執行停止決定ができたのが同年6月1日である。ただし、これは申立てがかなり迅速に処理された例で、これを標準と見ることはできない。タクシー運転手の運転免許取消処分の執行停止が認められた東京地決平成19年12月28日の場合、平成19年10月12日付けで処分がなされ、平成19年12月28日に執行停止が認容されている。

これらの日時をみると、処分の日から執行停止が認容されるまでに経済的破綻やそれに準ずる悪影響が生ずるおそれは少ないようにも思える。このような場合、処分の公表や業務ができなくなることによる社会的信用の毀損や、数ヶ月でも業務ができなくなることにより、生活が破綻するおそれがあるといった事情がない限り、処分があってから取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てることにより、救済が可能であるとみることもできる。

しかし、事業や生活の破綻、あるいはそれに準ずる悪影響が予想される場合に、取消訴訟と執行停止で十分な救済が得られるという理由で、差止訴訟を却下するのは、過度に硬直的な運用であると思われる。執行停止の申立てから決定までの期間も、場合によって変わってくるし、遠くない将来において事業や生活が破綻する状態に置かれることだけでも、相当の苦痛であると考えられる。これはもはや「取消訴訟と執行停止で『容易に』救済が得られる」ものとはいえないのではないか。許可取消し処分や業務停止命令等の執行により、深刻な悪影響を被る場合、たとえその悪影響が即時あるいは短期間で生ずるものでなくても、差止訴訟の提起が認められるべきであろう。

差止訴訟が認められた例のうち、Mの建築確認の差止めや、Nの埋立免許の差止めは、建築確認や埋立免許が下りてから、工事が実施され、損害が生ずるまで一定の期間があるはずなので、その間に、取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てても救済されるのではないかと考えうる。Mの事件

における裁判所は、これにつき特に何も触れるところはないが、(N)の事件における裁判所は、本件埋立免許がなされたならば、事業者らは、遅くとも約3か月後には工事を開始すると予測され、本件は争点が多岐にわたり、その判断は容易でないことなどをあげて、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く、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いえと判示している。

建築確認につき、近隣住民らが執行停止を申し立てた事例をみると、平成18年7月27日付けでされた建築確認の執行停止の認容決定が出たのが平成19年1月24日<sup>(39)</sup>、平成22年9月30日付けでされた建築確認の執行停止の却下決定が出たのが平成23年3月23日<sup>(40)</sup>である。これぐらいの期間があれば、小規模なビルディングであれば完成してしまうし、大規模な建築物でもかなり工事が進み、日照被害などもかなり顕在化してくることが予想される。そうであれば、取消訴訟を提起して、執行停止を申し立てても十分な救済は得られないと考えることができる。

また、既に申請がなされており、建築確認が出される蓋然性も認められるような事情の下で、差止訴訟が提起された場合、建築確認が出るまで待つて取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てれば、十分な救済が得られるという理由で、差止訴訟を却下するのは、あまりに形式的に過ぎ、実際にその通りにすれば、原告が二度手間になるだけで、裁判所にとっても、被告の行政主体にとっても、これといったメリットがあるわけではない。このようなことを考慮すれば、(M)や(N)の事例で差止訴訟が認められた

---

(39) 東京地決平成19年1月24日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070919175932.pdf>

(40) 仙台地決平成23年3月23日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110412181410.pdf>

のは妥当であり、同種の事例でも、同様の扱いがなされるべきであろう。

## 8 おわりに

以上、差止訴訟における「損害の重大性」につき、執行停止との対比を交えて検討してきた。その結果、

- (1) 差止訴訟における損害の重大性は、立法時から、執行停止が認められるレベルの損害の重大性に加え、取消訴訟と執行停止により容易に救済が得られないことを要すると解されており、現在の判例もそのような解釈によっている。
- (2) 2004年行訴法改正により、執行停止の要件が「回復の困難な損害」から「重大な損害」に変更されたことで、社会的信用の毀損や（経営破綻や生活破綻には至らないレベルの）経済的不利益や生活上の不利益などを理由に執行停止が認められるケースが増えている。
- (3) このような執行停止における成果を、差止訴訟に援用するためには、取消訴訟と執行停止により容易に救済が得られる場合には、差止訴訟における「損害の重大性」を欠くという解釈がネックになりうる。
- (4) そのため、「容易に救済が得られる場合」を限定的に解することが、救済の実効性確保や訴訟経済の観点から望ましく、最高裁判所や下級審における裁判例の多くもそのような態度をとっているように思われる。という結論を得た。

本稿は、差止訴訟における「損害の重大性」を中心としたため、執行停止については、それと関係する限りでしか触れることができなかったので、最後に、執行停止の要件緩和につき、若干の意見を述べて、本稿の結びとしたい。

執行停止は、事案毎の事実関係に依拠するところがあるため、要件の緩和による変化を明確に述べることはできない。弁護士業務停止処分に対

する執行停止を認めた最高裁決定にしても、従来の最高裁の立場を変更したわけではなく、高裁レベルの裁判例を変更した高裁決定を支持したに過ぎない。しかし、ここにはやはり変化を読み取ることができるように思う。

同じく、執行停止に関する変化を感じるのは、退去強制令書の収容部分に関する執行停止についてである。これについては、行訴法改正前にも、収容の初期から心身に異常を来しており、統合失調症との診断を受けていた者につき、執行停止を容認した事例もあった<sup>(41)</sup>が、収容部分の執行停止も認容していた原決定を取り消し、送還部分のみ認容した例<sup>(42)</sup>もあり、さらに、最高裁判所は、ソウル大学への推薦入学が決まっており、その実現のためには日本において高校を卒業しなければならないこと、申立人が高校を卒業すれば申立人らは帰国する意思であるという事情の下で、収容部分及び送還部分の執行停止を認めた高裁決定<sup>(43)</sup>につき、「退去強制令書の収容部分の執行により被収容者が受ける損害は、当然には行政事件訴訟法 25 条 2 項に規定する回復の困難な損害に当たるとはいえないところ、相手方らの主張するところによっても、本件各令書の収容部分の執行により相手方らが受ける損害は、いずれも社会通念上金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないものというべきであり、上記の回復の困難な損害に当たるといえることはできず、本件各令書の収容部分の執行を停止すべき緊急の必要があるとはいえない」とした<sup>(44)</sup>。

---

(41) 東京地決平成 15 年 6 月 11 日判時 1831 号 96 頁。他に、札幌高決昭和 45 年 12 月 28 日行集 21 卷 11・12 号 1508 頁も収容部分の執行停止を容認した。

(42) 東京高決平成 16 年 11 月 26 日訟月 51 卷 9 号 2385 頁、東京高決平成 14 年 6 月 10 日判時 1803 号 15 頁、東京高決平成 14 年 4 月 3 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/1932E9BBCC1FD4E349256F390018DD08.pdf> など

(43) 東京高決平成 16 年 3 月 19 日判例集未登載。

(44) 最決平成 16 年 5 月 31 日判時 1868 号 24 頁。また、最決平成 14 年 4 月 26 日訟月 49 卷 12 号 3080 頁も収容部分の執行停止を認めなかった。

しかし、2004年の行訴法改正後には、収容されること自体は重大な損害に当たらないが、申立人が収容生活のストレスから食事ができず、嘔吐を繰り返し、持病の痛風が悪化し、歩行も困難な状況にある等、体力が低下し、内臓疾患を発症している可能性があることに加え、内科医から精神科の受診を勧められており、精神科の受診が必要な状況にあるにもかかわらず、その診察を受けられない状況にある場合、このまま収容を継続させた場合には申立人の適切な診療を受ける機会を失い、精神的、肉体的打撃を受けるおそれがあるものというべきであり、これは、身柄の拘束に伴う通常の損害を超えた特別の損害、すなわち重大な損害に当たるものとして執行停止決定から約3か月後の日までの間（ただし、本案事件の第1審判決の言渡し時が先に到来した場合は、第1審判決言渡しまでの間）の限度でこれを認容した決定<sup>(45)</sup>、申立人が大学に在学中であり、欠席もなく成績も良好であったところ、退去強制令書による収容が継続すれば授業への出席や試験の受験ができなくなること、申立人も反省しており学費のめども立っているため、違法就労を繰り返す可能性が低いことから、収容による不利益は回復が容易ではなく重大なものといえることができ、他の要件にも欠けるところはないとして、退去強制令書の収容部分についての執行停止を認めた決定<sup>(46)</sup>、収容されること自体や、その結果として、申立人が所属大学に通学できないことは、重大な損害に当たらないが、収容により次年度の履修登録ができないと、単位が修得できず、結果として除籍される蓋然性が高いことを理由に、重大な損害を避けるため緊急の必要がある

---

(45) 東京地決平成 17 年 11 月 25 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060606201328.pdf>。

(46) 東京地決平成 17 年 9 月 29 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060511192545.pdf>。抗告審の東京高決平成 17 年 12 月 13 日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060613185646.pdf> もこの判断を支持した。

と認められるものとして、退去強制令書の執行停止を認容した決定<sup>(47)</sup>がみられるようになった。これは改正行訴法の効果であると思われる。

このように「損害の重大性」につき、事例に応じて柔軟に解釈適用する傾向が他の領域にも及び、さらに、定着することで、実効的な救済がより進むことを祈念して結びの言葉としたい。

---

(47) 大阪地決平成 19 年 3 月 30 日判夕 1256 号 58 頁。