

## 改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第6回会議 議事要旨

1. 日 時 平成23年7月29日(金) 自 18時00分  
至 20時00分

2. 場 所 社団法人商事法務研究会会議室

### 3. 議事概要

#### (1) 差止訴訟及び仮の義務付けに関する裁判例の動向について

法務省から、差止訴訟及び仮の義務付けに関する裁判例の動向について、配布資料5及び配布資料6に基づいて説明がされた。

#### (2) 自由討議

自由討議における委員等の発言の要旨は、以下のとおり。

##### ア 差止訴訟について

- 差止訴訟については、判決の件数が比較的少ないと認識している。差止訴訟を提起しても、行政庁の処分がされてしまい、取消訴訟に切り替えざるを得ない実情がある。「処分がされることの蓋然性」の要件が問題になっている裁判例が少ないのは、蓋然性を云々する前に処分がされてしまうこともあるのではないか。
- 「重大な損害」の要件が厳格に過ぎるので緩和して欲しいというのが現場で苦労している弁護士側の希望である。一般的に、損害が取消訴訟と併せて執行停止を申し立てることによって避けられるようなものであれば、重大な損害の要件が認められず、差止訴訟ではなく取消訴訟によるべきと理解されており、裁判例7・8がそのような判断をしている。裁判例6は少し異なるが、これは珍しい例ではないかと思う。例えば、環境訴訟などをみると、処分がされて何か直ちに困ったことが起きているのかと問われると、なかなかクリアできないというのが現場の感覚である。
- 比較的訴訟要件をクリアしているものが多いという印象だ。
- 損害が重いかどうかという点よりも、いつ損害が現実化するのかという点が考慮されているのではないか。裁判例3の調髪処分の関係の事件も、調髪が実施されてしまえば直ちに損害が現実化するので差止めをす

る緊急性が認められている。他方、環境分野だと、許可だけされて、まだ建物の建築すら始まっていないという状況では、直ちに差止訴訟を認める緊急性はないと判断している。そこがどうかという問題ではないか。

- 環境事案の場合は、裁判例2の鞆の浦の事案でも仮の義務付けの方では、処分してから工事を始めるまで数か月はかかるといった指摘をしていることからすると、重大な損害の要件の中に、損害が発生するスピードのようなものを考慮している印象である。
- 裁判例7・8は、中間処理施設の事案でもあり、処分から実際にその問題のある行為が行われるところまでの時間がどの程度あるのかは、ある程度考慮するという事ではないか。民事保全の仮処分の感覚でも、およそ現場にまだ何もない段階でどこまで必要性を認めるかという問題があるのではないか。
- 差止訴訟が新たに創設され、双方が申請内容について違法か適法かという主張立証をしているときに、わざわざ裁判所の判断時期を遅らせて、処分がされてから争わせなければいけないという必要性はないと思われる。単に「重大な損害」と書いているだけなのにそこまでのことを要求する必要はないのではないか。
- それは行訴法が「重大な損害」という要件を設けたこと自体にかかわる問題である。裁判例1は、損害という事実上のものが生じるおそれがそれ自体として生じるというタイプであるのに対し、裁判例7・8のように、許可に基づいて作られる物的施設から被害が出るというときは、許可は観念的な存在でしかないのであるから、損害の発生時期を検討するという事になるのではないか。
- 施設ができ上がるまで待つて判断させる社会的な意味はないのではないか。審理がおよそできないような抽象的なものであればともかく、審理できるのであれば判断させればいいのではないか。民事訴訟では建設差止訴訟があるが、建設されてからゆっくり被害を見ましようなどとは言っていないし、取消訴訟でもその時点で損害が発生しているとは限らない。

- 違法かどうかを事前に判断するかどうかについては、例えば、ノー・アクション・レターのように、施設を作りたい、投資をしたいという側が早めに判断を確定してほしいという議論なら理解はできる。しかし、今の議論は環境の側に立ったものだが、作った施設を解体するリスクを負うものではなく、後で違法だということになったとしても、実際に操業されて周辺が汚染されない限り、環境側の第三者は別にコストを負担していないのではないか。
- 行政処分がまだされていない状況であることを踏まえ、司法と行政の役割分担という観点から、バランスをとるべく、差止訴訟についても重大な損害という要件が設けられたと理解している。そして、その役割分担を念頭に置きながら、差止めの判断をしなければ取り返しがつかない事案なのかどうかをみていっているのが、裁判例の主流である。そういう目でみた場合には、裁判例7・8は微妙であるが、建物がまだ建っていないから取り返しがつかないという状況ではないといわれると、確かにそういう見解もあり得ると思う。
- 差止訴訟については、行政過程がまだ完結していない段階で、しかし、それが完結して処分がされたときにはすぐに損害が生じてしまう可能性があるというときに、どのタイミングで訴訟を認めるかという観点から検討の必要がある。そのため、重大な損害の要件が設けられているのであり、その意味で執行停止等と連続していて、「重大な損害」という要件が置かれていることの意義は理解ができる。
- 差止訴訟では、重大な損害で争っているうちに処分が打たれ、なかなか判決まで行かない。そうすると、原告代理人の側からは、どうしてもここを緩和してくれという議論になる。
- 差止訴訟に加えて、仮の差止めも併せて申立てはされるのか。
- 仮の差止めの申立てがされる事例はそれほど多くないが、急いでいるものについては申立てがされる。その場合には、抗告審のことも考えつつ、いつ処分が出そうかということも勘案しながら調整をしてスケジュールを決めて判断がされている。
- 仮の差止めの判断が早いことは認めるが、そもそも、仮の差止めは

「償うことのできない損害」というハードルがあり，認められないので，申立てをしないというのが実情である。

- 差止訴訟の場合には，処分がされる前に裁判所は審理しなければならないから，重大な損害の要件が必要になるというのは分かるが，審理のしにくさという点では実際に取消訴訟とどれほど違うのか。
- 処分がいつされるのか分からず，どういう事案であっても審理は相当にタイトなものになる。また，処分がされるか否かが未確定な状況で，資料が行政庁にどれだけ十分にあるのか分からないところもあり，かなり窮屈な審理になるのは間違いない。
- 都市計画争訟研究会では，都市計画決定など事業認定の前に司法審査の機会を与えるべきだという議論があるが，現在，事業認定の差止訴訟を提起しても，事業認定が出てから取消訴訟を提起すればよいと判断されてしまう。しかし，実際に取消訴訟を提起して執行停止の申立てをしても執行停止の決定はされないと思うし，その例はない。処分が出てから取消訴訟で執行停止を求めたらいいのではないかと理論的にはいえるが，現場の感覚からは，執行停止決定は取れないという認識である。都市計画決定について司法審査の対象としようとの議論までされているときに，事業認定の差止訴訟を認めないのは，立法論としていかがなものかと思う。
- 都市計画関係のものについては，都市計画等の制度全体の設計の問題であり，単に差止訴訟の運用のレベルの話ではないのではないか。
- 裁判例5は，不正請求の場面における保険医療機関指定の取消処分及び保険医登録の取消処分の差止めに関し，重大な損害を認めている。しかし，これはむしろ否定されるのが通例ではないか。仮の差止めの前提の判断として，現に否定されている例がある。
- 実体法に照らすと適切であり，執行停止の判断との連続性も高いと思う。
- 裁判例5に関連していえば，評価とか信用といったものを考慮することにはほぼ争いが無いというのが潮流ではないか。
- 差止めの対象の特定の問題，「一定の処分」といえるかという問題があ

る。裁判例14では、5つばかりのものが処分として考えられると判示されているが、それでは、それらを対象として5つの差止めの請求の趣旨を立てれば、それだけで適法になるのか。100の可能性があれば、その100を請求の趣旨で対象とすれば明確といえるのかといった問題がある。処分の特定の議論は無用な議論であり、提訴段階では柔軟に解した上で、裁判所は審理の対象について行政側に釈明をし、特定をしていかなければいけないのではないかと思う。

- 裁判例14の事案では、可能性があるとされた5つ程度のものを対象とするよう請求の趣旨が変更されれば実体審理をしたのではないか。一定の効果を導くような行政処分は全部差止めの対象とするという形で請求の趣旨が構成されていたようであり、判決文からは明らかではないが、原告がそのことにこだわったため、請求の趣旨が変更されず、そのために特定性に欠けると判断されたのではないか。
- 裁判所はこういうものがあるのではないかと示したけれども、原告が特定しない、そのため却下した、ということか。
- やはり、どの処分を差し止めるのかが原告によって特定されないと、その後の各種の要件の審理が進まない。複数の是正措置が考えられるときに、例えば除却命令か工事の停止かというところまでの特定は求めているが、裁判例14はあまりにも漠たるものが対象とされており、一体何を判断していいのかがわからないという判断をされたのではないか。逆に、原告が特定をすれば、裁判所はすべて判断することになる。
- そのように考えることに何か意味があるのか。例えば、前提となる行政計画なりから派生して10種類の処分がされる可能性があったら、同一の行政計画の同一の違法を争う場合でも、形式的に10の請求の趣旨を立てなければならないのか。
- 判断の対象である以上、特定するのは当然ではないか。
- 過程を全体として訴訟の対象にするということがあり得るのか。結局、過程というのは行為の連鎖で成り立っているわけだから、そのどの行為を攻撃したいのかを特定する必要があるのではないか。

ごみ焼却場設置行為の取消訴訟について、そのような行政処分はない

という理由で却下した訴訟（最判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁）と類似するのではないか。差止訴訟に特有の問題ではなく、抗告訴訟の訴えの特定の問題ではないか。

- 裁決主義あるいは不服申立前置主義との関係であるが、裁判例12・13では裁決主義が採られていると差止訴訟が提起できないこととされているが、これについては弁護士の中にはけしからんという人がいる。また、一般的に、不服申立前置主義が採られている処分について、差止訴訟を提起しても、建築確認あるいは開発許可などがされると、再度審査請求をした上で、取消訴訟を提起しなければならないという裁判例があるが、これはいかがなものかという疑問があり、この際、立法で整理してはどうか。
- 裁決主義をとる処分はそれほど多くないので、メインに議論する必要はないと思うが、実際にこのケースで差止めまで認める必要があったかどうかはともかく、裁決主義をとると直ちに差止めができなくなるというのは、一般論としては少し考える余地があるように思われる。不服審査前置の規定があるといった程度では、差止訴訟が優先し得るという議論がされている。
- 裁決主義がとられているものの中にも、差止めが認められてしかるべきものが恐らくあるのではないか。ただ、裁決主義の要請がどこまで強いかという問題もあり、差止訴訟を許容すべきかについては、個別の法領域ごとに判断が異なる可能性があると思う。行訴法の問題としてどうなのかは、判断を留保せざるを得ないところだが、個別に穴をあけてもいいものはあるのではないか。
- 実質的証拠法則であるとか、一審代替といったものがついてくるのは極めて特殊な領域であるので、これらが揃うものについては、裁判例12・13のように、基本的には差止訴訟は難しいという判断になるのではないか。
- 裁決主義はともかくとしても、不服申立前置主義については、差止訴訟の審理をきちんとしていたのだから、取消訴訟を提起した際、行訴法の第8条第2項第3号の正当な理由に当たると整理できればいいが、そ

れは明確にだめだといっている裁判例もあるので、整理が必要ではないかと思う。

- そこは差止訴訟で実体判断を行ったかどうかも絡んでくるのではないか。もし、重大な損害の要件で却下されていたら、やはり、実体の判断はされていないのであり、前置を経なければいけないように思う。他方で、実質的な判断がされているのであれば、正当な理由があるという判断もあるのではないか。

正当な理由を例外規定として定めた趣旨が、行政庁に対して異議を申し立てても判断が変更される可能性がない場合等に不服申立前置を緩和することにあることを厳格に考えていけば、正当な理由がないということになるかもしれない。しかし、もっと高度な裁判所の判断があることを捉えて、正当な理由ありという判断もなくはない気がする。ただ、やはり、不服申立前置が必要という判断がオーソドックスであるという気はする。

- 差止訴訟の要件としての重大な損害が認められる事例を想定すれば、行訴法第8条第2項第2号の「処分の執行又は手続の続行により生ずる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき」とはかなりの部分が重なるので、この要件に入る場合がかなりあるのではないか。

#### イ 仮の義務付けについて

- 仮の義務付けについては、申請型義務付けの場合には活用され始めている。しかし、ハードルが高く、いわゆる非申請型義務付けの三面関係の場面での認容例はない。
- 現場の声として、生活保護の事案などで当然認められるべき事案なのに、不服申立てを前置し、さらに、仮の義務付けのほか、本案訴訟を提起するのは負担が大きいのので、せめて本案訴訟の提起を要しないようにできないかという要望がある。不服申立前置については行訴法第8条第2項第2号で前置を要しないことになりそうであるが、本案訴訟の資料をコピーするといった手間がある。
- 幼稚園の入園の義務付け訴訟に関わる事件で、本案判決の理由と仮の

差止めの理由がほとんど同じものを見たことがあるが、幼稚園や保育所への入所・入園のように法的安定性がある程度要求されるものについては、本案先取りの審理を仮の義務付けで行っているのか。事案の内容によっては、一般的にいうと、法的安定性の問題と審理の密度の問題は何らかの関連があるのだろうかという疑問をもった。

- 裁判体の考え方次第ではあるが、本案よりはやや緩やかではないか。
- 入園・入学に関して法的安定性を考慮するのはそのとおりではないか。また、仮の義務付けの申立てを認容しようとする裁判体としては、仮の義務付けでしっかりとした審理・判断をして、決着をつけてしまいたいと考えているのではないか。
- 理念的にはハードルは本案より低いはずである。しかし、事案によっては、仮の義務付けの決定を出す以上は、1回で決めてしまっただけで、被告が本案でなお争うといったことをなくしたいというマインドが働くこともあると思う。生活保護の関係では比較的簡単に認められているとみえるものがあるが、生活保護は最低限の生活を保障するものであり、必要であればその時点で決定しないと取り返しのつかない結果になってしまう。そこでは、まさに本案そのものではないという考慮が働いているのではないか。
- 生活保護の例のように、スピード感が必要となる事案では、当事者としても主張立証の限界があり、裁判所が判断に用いる資料も限られてくる。これに対して、裁判例8は、裁判所の決定を待つために処分庁が運賃認可期限を延長した事案であり、このようなスピード感が必ずしも必要とされない類型の処分に関する事案では、実質的に本案と同程度の主張立証が行われて、いわば主戦場になることも多い。その意味で、要求されるスピードと判断の正確性とのバランスが考慮されているのではないか。
- 確かにそういう現象が生ずる事案もあるかもしれないが、それは本来の姿ではないのではないか。民事保全の本案化などは一時問題になったが、あまり望ましいことではないのではないかと思う。
- 確かに民事保全の本案化が生じていることを考えると、民事訴訟のよ



うに仮の救済と本案とを切り離しても仮の救済は本案化するので、どちらがより本案化しやすいのかという問題か。

- そこはあまり関係がないのではないか。行訴法の仮の救済は、訴訟提起を前提に、訴訟の判断が出るまでの間の暫定的な判断を求める制度であるから、民事保全のように、民事保全だけ単体で申し立てられるというのは不自然なように感じる。

本案化というのはどうしても訴訟の審理の仕方に絡むところで、実際に民事保全法ができる前は保全の本案化が甚だしいところがあったが、民事保全法ができるときに、暫定的なものだからもっと速やかに判断をすべきということがいわれた。行政訴訟において、仮の義務付けや仮の差止めが本案のようになっていくのは、制度の理念として望ましくないと思う。

- 執行停止でもそうだが、本案に理由があるとみえるかどうかといった要件と損害要件とは、實際上相関的に運用されているし、本案に理由があると判断しているのに損害要件で却下するのは不合理である。そこで、弁護士会では両者をもう少し総合的に考えるべきではないかと問題提起している。
- 理由があるとまで判断すれば速やかに本案判決をすることになるから、本案について理由があるとみえるけれども、損害要件をクリアできなくて救済が滞るといった事態が生じているとは考え難いのではないか。理由の問題と損害の問題とを総合的に判断した方がいいのはどういう事案か。
- 現在の裁判所では、とりあえず仮の義務付けについては判断せず留保するか、一たん取り下げてくださいというか、どちらかをしておいて、その代わり早めに判決をするという運用をしているのではないか。
- 裁判例12や裁判例13は、「本案について理由があるとみえるとき」という要件で判断をしているが、これは、償うことのできない損害で却下するのは難しいという判断ではないか。償うことのできない損害の要件はハードルが高いと指摘されているが、考慮要素としては信頼関係なども含めて考えていくし、唯一無二の金銭賠償では償い切れないような

もの、それから、金銭賠償で償うことができるとしても、当該その処分を今ただちにしてもらうこと自体に意味があるという場合には、償うことのできない損害の要件での却下はできるだけ避けているように思われる。

- そういう観点からは、裁判例11は、昔の固い最高裁の考え方の引き写しのようと思われるが、改正直後の過渡的なものと理解すべきものか。
- 外国人の出入国関係事件の場合には、そもそも入国・在留する権利がないという根本的な理解があるので、裁判例11のような判断を導く素地がある。そういった意味で、判断は分かれるのではないか。
- 執行停止においては発生したものの自体をみれば重大な損害けれども、それで停止してしまっただけでは処分の目的が全く失われるので、却下の判断も仕方がない部分もあるのかという議論があったが、同様の議論があると理解するのか。
- 執行停止の場合と基本的には同じなのではないか。