

〔論 説〕

第三者の生命・身体 of 安全等に関わる 行政処分 of 差止めの訴え of 運用に関する一試論 —— 行政事件訴訟法37条 of 4 第 1 項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」 ——

高 世 三 郎

はじめに

- 1 実務 of 運用上 of 工夫 of 提案 of 骨子
- 2 差止めの訴え of 訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」(行政事件訴訟法37条 of 4 第 1 項) of 系譜
- 3 差止めの訴え of 訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる場合
- 4 生命・身体 of 安全等に関わる処分がされることにより生命, 身体 of 安全等が損なわれるおそれがあること of 主張立証
おわりに

はじめに

21世紀 of 我が国は, 規制緩和などの改革により, 行政による「事前規制型」から明確なルールと自己責任原則に貫かれた司法を中心とする「事後監視・

救済型」に移行するなど, 社会 of 様々な変化に伴って司法 of 果たす役割がより一層重要なものになると考えられ, この見地から, 司法 of 機能を充実強化し, 社会 of 法的ニーズに的確にこたえることができる司法制度を構築する必要があるとの認識の下に, 司法制度改革が行われた。平成16年 of 行政事件訴訟法 of 改正も, 司法制度改革の一環として, 国民の権利利益 of より実効的な救済を図るため, その手続を整備するという考え方で行われたものであり(司法制度改革推進本部が設置した行政訴訟検討会が同1月6日に公表した「行政訴訟制度 of 見直しのための考え方」参照), 救済範囲を拡大する一環として, 改正後 of 行政事件訴訟法 3 条 6 項及び 7 項において義務付け of 訴えと差止めの訴えが法定されるに至っている。⁽¹⁾

(1) 平成16年改正前 of 行政事件訴訟法は, 3 条 2 項以下において法定抗告訴訟の類型として取消訴訟, 無効等確認 of 訴え, 不作為 of 違法確認 of 訴えのみを定めており, 義務付け訴訟や差止訴訟は無名抗告訴訟として位置付けられていた。裁判例及び学説 of 大勢においては, これらの無名抗告訴訟が許容されるためには, いわゆる「三要件」(①行政庁が当該行政処分をすべきこと又はすべきでないことについて法律上拘束されており, 行政庁に自由裁量 of 余地が全く残されていないため, 第一次的な判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要ではないと認められ, ②事前審査を認めないことによる損害が重大で, 事前 of 救済 of 必要性が顕著であり, ③他に適切な救済方法がないこと) of 充足が必要であるとされており, これらは一般に適法要件として論じられていた(南博方原編著高橋滋ほか編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』745～746頁等参照)。実際には, これらの要件を満たさないとして無名抗告訴訟は不適法であるとして取り扱われることが多かった。最判昭和47年11月30日民集26巻9号1746頁は, 長野県教育委員会教育長の通達により同通達 of 定める勤務評定書(いわゆる長野方式)に自己観察の結果を表示することを命ぜられた教職員が, その表示義務 of 不履行に対して懲戒その他の不利益処分を受けるのを防止するために, あらかじめ当該義務を負わないこと of 確認を求めて提起した訴えについて, この訴えは, 不利益処分を受けた後これに関する訴訟において義務 of 存否を争うことによって回復し難い重大な損害を被るおそれがあるなど, 事前 of 救済を認めないことを著しく不相当とする特段 of 事情がない限り, 訴え of 利益を欠き不適法であると判示していた(この最判をめぐって, 公法上 of 法律関係に関する当事者訴訟とみるか, 無名抗告訴訟としての公義務確認訴訟(一種 of 予防訴訟)とみるかが議論されていた。)

これからの行政訴訟制度の在り方について考えるならば、喫緊の課題は第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分の差止めの訴えであろう。近年、我が国は、東日本大震災のほか、甚大な被害を生じさせた、これまで経験したことのないような災害に度々見舞われている。今後、我が国においては、これまでの経験に基づく予測の範囲を超えたこのような大災害が、いつでもどこでも発生する危険を覚悟しなければならない。他方、我が国の根幹を支える各種の制度や組織は憂慮される状態にある。司法の役割として、国民の生命、身体の安全等にかかわる危険を念頭において差止めの訴えの審理判断に取り組む必要がある。国民の生命、身体の安全等にかかわる危険がある場合においてまで、かつての取消訴訟中心主義の枠の中に差止めの訴えをとどめようとすることは、果たして国民の権利救済の実効性を高め、国民の生命及び身体の安全等を確保するために真に責務を果たすことになるといえるであろうか。国民の生命、身体の安全等に関わる危険がある場合に、差止めの訴えに命を吹き込むことができるかどうか、司法は鼎の軽重を問われる時期を迎えている。

差止めの訴えについては、後記のとおり、重要な意義を有する民集登載の判決が2本言い渡されている（最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁、最判平成28年12月8日民集70巻8号1833頁）。今後の行政事件訴訟実務に与える影響は大きく、実務は今ターニングポイントにあると考えられるだけに、タイミングを逸することがないように、行政事件訴訟実務の担い手に運用上工夫していただきたい試論を提案させていただくこととした。既に上記最判以前から、そしてその後も、差止訴訟について示唆に富む、優れた論稿が出されており、啓発を受ける点が

少なくない。⁽²⁾ 本稿は実務の運用上の工夫の提案（試論）の域を出るものではなく、上記の文献等を踏まえた差止めの訴えについての理論面に関する筆者自身の本格的検討は、他日を期することとした。

1 実務の運用上の工夫の提案の骨子

行政処分の差止めの訴え一般については格別、そのうち第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分の差止めの訴えについては、訴訟実務の運用の在り方として相当と考えられることは、次のとおりである。すなわち、行政処分により第三者の生命・身体の安全等が損なわれる蓋然性がある限り、①その差止めの訴えの訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」（行政事件訴訟法37条の4第1項）があると認めるべきであり、②同項ただし書にいう「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」とは、行政法規がより迅速簡便に目的を達成することができる手続を設けている場合を指すものとして取り扱うのが相当である。

上記①の運用は、同項本文及びただし書の文言に沿うものであり、同条2項の解釈指針に照らしても相当であると考えられるからである。確かに、後掲最判平成24年2月9日の民集登載のこの点に関する判示事項は「処分の差止めの訴えについて行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる場合」であり、判決要旨は「処分の差止めの訴えについて同項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、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又は無効確認訴訟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) 園部逸夫・芝池義一編集『改正行政事件訴訟法の理論と実務』185頁以下（高安秀明執筆 ぎょうせい 2006年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂 2004年）、改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書（法務省 2012年11月）、湊二郎「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—」立命館法学2012年第2号96頁以下、石崎誠也「行政処分差止訴訟についての若干の考察」法政理論第47巻第3・4号83頁以下（2015年）

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ことを要する」というものであるから、受訴裁判所がこの判決要旨に正面から抵触することはできず、尊重されなければならないが、後掲最判平成24年2月9日の上記判決要旨に係る判示は、後記のとおり、厳密に言えば先例としての価値はなく、あくまでも傍論であるにとどまる。上記の一般論の判示は一種の法制意見にとどまるものであり、実務における明確かつ実践的な判断基準としての意義は、当該事案の具体的事実関係を踏まえた場面以外では、容易に見だし難い。にもかかわらず、仮に下級審の裁判官が上記の一般論の判示をあたかも法律の条文であるかのように受け止めて差止めの訴えに取り組もうとすれば、上記の一般論の判示が、客観的意義及び相当な限度を超えて独り歩きすることになりかねず、国民の権利救済に立ちふさがる過大な障壁と化することになりかねないことが危惧される。そうなれば行政事件訴訟法37条の4第1項の本文及びただし書の構造とその文言を改変するに等しくなってしまう。国会の議決により成立した法律の規定の解釈は、客観的かつ合理的にされなければならないのであり、条文の文言に明記されていない考え方を解釈として持ち込むことは、そのことに合理性かつ相当性があることが確認できる場合に限るべきである。上記最判の上記判示の合理性・相当性は、当該事案の実質に即してとらえる限りにおいて肯定することができるのであり、この合理性・相当性の限度を超えて過大な障壁を設ける大義名分としてはならない。下級審の裁判官は、もとより民集登載の判決要旨は尊重しなければならないが、一般論はこれを引用することとしても、当該事案において問題となる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、事柄の実質を踏まえて法規を客観的かつ合理的に解釈して判断する必要がある。生命、身体の安全等というかけがえのない利益が侵害されるおそれがある場合につ

いては、上記試論の①及び②のとおりに取り扱うことが相当であり、そうすることが、第三者の原告適格をめぐる判例法理の展開、平成16年の行政事件訴訟法の改正の精神にもかなうと考える。第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分差止めの訴えの運用に当たっては、同改正が、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、その手続を整備するという考え方で行われたことを忘れてはならず、この考え方を基軸として速やかに本案の審理判断が行われるべきである。これが行政事件訴訟実務の担い手に留意し、検討していただきたい点である。

2 差止めの訴えの訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」（行政事件訴訟法37条の4第1項）の系譜

第三者の生命・身体の安全等の利益は、抗告訴訟の原告適格に関する判例法理の発展の原動力であった。第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分差止めの訴えについては、第三者の生命・身体の安全等が損なわれ、又は損なわれるおそれがある場合には、訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」がある場合（行政事件訴訟法37条の4第1項）に該当することになる。これは、第三者の原告適格を認める根拠となる法律上の利益の裏返しにほかならない。第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分について同条3項の「法律上の利益」を有する者が提起した差止めの訴えは、当該処分によりその者の当該利益が侵害される蓋然性があるといえる限り、行政処分差止めの訴えの訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」は認められることになる。当該処分により生命、身体の安全等というかけがえのない利益が侵害される蓋然性がある場合には、国民の権利利益の実効的な救済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といえるからである。上記1の①は、処分により生命、身体の安全等というかけがえのない利益が侵害されるおそれがある場合における抗告訴訟の原告適格に関す

る判例法理の当然の帰結である。

最高裁判所は、高速増殖炉（もんじゅ）の周辺住民が提起した原子炉設置許可の無効確認訴訟において、原子炉等規制法が許可条件として定める技術的基準は原子炉事故がもたらす災害による重大な被害の性質を考慮したものであるとし、原子炉施設周辺に居住し、事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体的安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと判断した（最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁）。この最判は、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益をそれが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むか否かは、当該行政法規の趣旨・目的、当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮して判断すべきである」との判示をしており、この判示は、先例として大きな役割を果たしてきている。原子炉事故の重大性を考えると、技術的基準を満たさないのに原子炉設置許可がされた場合に生命、身体等が害されることとなるおそれがあり、生命、身体等というかけがえのない、典型的な個別的利益が直接的に著しく侵害され、重大な被害を受けるおそれがあることを否定することはできず、これを一般的公益の中に吸収解消されてしまうとって済ますことはできないという考え方が示されている。処分の根拠法規は災害による被害の性質を考慮したうえで災害の防止のために安全性に関する基準等を定めていると解釈し、これを理由に、処分の根拠法規は周辺住民の生命、身体的安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むとする考え方は、がけ崩れのおそれが多い土地等を開発区域内に含む開発許可の取消訴訟における開発区域周辺住民の原告適格を肯定した最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁、林地開発許可の取消訴訟における開発区域の周辺住民の原告適格を肯定した最判平成13年3月13日民集55巻2号283頁、建築基準法

（平成4年法律第82号による改正前のもの）59条の2第1項に基づくいわゆる総合設計許可の取消訴訟における同許可に係る建築物の周辺地域に存する建築物に居住し又はこれを所有する者の原告適格を肯定した最判平成14年1月22日民集56巻1号46頁によって踏襲されていた。

平成16年の行政事件訴訟法の一部改正により、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、取消訴訟の原告適格を実質的に拡大する方向で、処分又は裁決の相手方以外の者について取消訴訟の原告適格の要件である法律上の利益の有無を判断するに当たって考慮すべき事項が法定された。これが行政事件訴訟法9条2項である。同項は、解釈指針として、当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとしている。そして、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとしている。ここに、もんじゅの最判が判示した「原子炉を設置しようとする者が原子炉の設置、運転につき所定の技術的能力を欠くとき、又は原子炉施設の安全性が確保されないときは、当該原子炉施設の従業員やその周辺住民等の生命、身体に重大な危害を及ぼし、周辺の環境を放射能によって汚染するなど、深刻な災害を引き起こすおそれがあること」という命題が結実している。同項において、前掲最判平成4年9月22日以来の生命、身体的安全等に関わる第三者の原告適格に関する判例の流れが確認され、考慮すべき事項として明確にされている。これらの事項を考慮することによって、表面的、形式的な文言解釈によって決するのではなく、紛争の実相にかなった解釈を行って、国民の権利利益の実効的救済がされることが期待されているが、その根幹をなすものは生命、身体的安全等である。この原点が忘れられてはならない。第三者の生命・身体的安全等に関わる行政処分の差止めの訴えの訴訟要件であ

る「重大な損害を生ずるおそれ」とは、第三者の原告適格を認める根拠となる法律上の利益の裏返しにほかならないから、当該処分により生命、身体の安全等というかけがえのない利益が侵害される蓋然性がある場合には、国民の権利利益の実効的な救済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といえるのである。

生命、身体の安全等というかけがえのない、典型的な個別的利益が直接的に侵害され、重大な被害を受けるおそれがある場合には、第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分の差止めの訴えの訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」（行政事件訴訟法37条の4第1項）があると考えて本案の審理を行うべきである。

3 差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる場合

(1) 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（行政事件訴訟法37条の4第1項）。差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、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する⁽³⁾のが判例の示す一般論である。

最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁は、「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。」と判示している。

行政事件訴訟の実務上注目すべき点を挙げてみよう。

⑦ まず、この最判が差止めの訴えの対象である処分がされる蓋然性の有無を審査している点が注目される。この最判は、「本件差止めの訴えに係る請求は、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めを求めるものであり、具体的には、免職、停職、減給又は戒告の各処分の差止めを求める請求を内容とするものである。そして、本件では、（中略）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

(3) 岩井伸晃・須賀康太郎『最高裁判所判例解説平成24年度民事篇』133～134頁の説明は、小林・後掲も引用しているが、小林・後掲の説明とは必ずしも一致していないように思われる（183頁のQ20の説明は、差止めの訴えを法定した立法理由（必要性）を説明しているにすぎず、判断基準とは異なる。189頁下から6行目以降の記載は、191頁の説明と整合させるには、事後的な救済が容易であることが明らかな場合を、例外的に除外する趣旨であると解するほかはない。）。

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、不適法というべきである。」と判示している。これによれば、行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれがある場合」に該当するというためには、一定の処分又は裁決がされる蓋然性があることが必要であるが、同項に基づく差止めの訴えを提起する原告としては、処分等がされる蓋然性の存在を証明すれば足りることになる。

④ 次に、上記最判の判決要旨を構成する部分から損害の性質及び程度等を勘案してされた、当該事実の実相を踏まえた先例としての大きな価値を有する事例的判断が読み取れるのであり、これは行政事件訴訟の実務上重要な意義を有するに思われる。

この最判は、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（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いることから、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したものであり、通達を踏まえた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いうことができ、損害の性質及び程度、その回復の困難の程度等に鑑み、差止めの訴えについて「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるとしたものである。

上記最判から読み取れるのは、①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といえるだけの根拠が必要であり、そのような根拠がある場合に「重大な損害を生ずるおそれ」がある⁽⁴⁾と認められることである。この根拠の有無は、行政事件訴訟法37条の4第2項の解釈規定に従って判断されなければならない。②これを上記最判の事案に即して考察すれば、懲戒処分である停職処分（判文からは、停職処分を受けることによる損害に重点が置かれていることがうかがわれるが、これが減給処分であっても停職処分に準じて取り扱われる可能性はある。）がされる蓋然性がある場合には、同条2項にいう「損害の性質及び程度」としてこれを勘案し、損害の回復が困難であるとして、「重大な損害を生ずるおそれ」があるとする事例判断を示したものである。③上記最判の事案では、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（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いることに特色がある。当該事実関係の下では累積加重的に懲戒処分がされて行き、減給処分、さらには停職処分に至るという構造が存在するといえよう。このような構造と切り離して戒

(4) この点に関し、小林久起『行政事件訴訟法』83頁は、同条1項ただし書について、「例えば、差止めを求める処分の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して執行停止を得れば、後続する差止めを求める処分をすることが当然にできないことが法令上定められているような場合が考えられる」との説明をしている。同書188～190頁の説明も、上記説明を前提に理解する必要がある。

告処分だけを取り上げれば、戒告処分を受けてからその取消訴訟を提起して執行停止の申立てをすれば救済を受けられる可能性があるといえるとしても、それは当該戒告処分限りのことであって、上記の構造が存在する以上、その後に次々と懲戒処分が行われ、累積して加重されて行き、遂には停職処分を受けることとなり、これによる損害を受けることとなることを回避することはできない。このことは、同条2項にいう「処分又は裁決の内容及び性質」として勘案されたか又はこれに準じて勘案されたものとみることも可能であろうが、むしろ上記の構造により停職処分がされる蓋然性があることが損害の性質及び程度として勘案され、損害の回復が困難であるとして考慮されたものとみるのが相当である。^④上記のとおり当該事案の事実関係に即して停職処分を念頭において「損害の性質及び程度」が勘案され、通達に基づき反復継続的かつ累積加重的に懲戒処分がされていき、ついには停職処分を受けるに至るという構造が存在することを前提に、これを踏まえて、一連の累次の懲戒処分がされて停職処分を受けるに至ることにより生ずる損害を、その過程における一構成要素である戒告処分がされた時点で取消訴訟を提起して執行停止を申し立てることによって、上記構造が存在するがゆえに救済が困難であると判断され、同条2項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」があると判断されたものである。⁽⁵⁾このように理解するのが相当である。

上記最判の先例としての大きな価値を有する事例判断としての意義は、上記④のようにまとめることができる。上記構造により停職処分がされるに至る蓋然性があり、停職処分を受けることにより地方公

務員の職務上の地位、名誉、財産的利益が顕著に損なわれることになるという損害の性質及び程度が勘案され、損害の回復が困難であるとして考慮され、このことが根拠となって、戒告処分を受けてからその取消訴訟を提起して執行停止の申立てをするのでは、「重大な損害を生ずるおそれ」があると判断されたものと理解することができる。すなわち、「重大な損害を生ずるおそれ」があると判断するに当たっては、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判断すべきであり、当該処分により損害が生ずる蓋然性があり、その損害の性質上、処分を受けてからその取消訴訟を提起して執行停止の申立てをするのでは損害の発生を防止することができず、かつ、損害の程度も大きいものと認められる場合に、「重大な損害を生ずるおそれ」があると解するのが相当である。これが、上記最判の当該事案の実相を踏まえた、先例としての価値のある判断である。前記の構造により停職処分を受けることになる蓋然性があり、停職処分を受けることにより地方公務員の職務上の地位、名誉、財産的利益が損なわれることになるという損害の性質及び程度が勘案され、損害の回復が困難であることが考慮されて「重大な損害を生ずるおそれ」があると判断されたものと考えられるからである。これこそが、上記①で指摘した、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といえるだけの根拠

(5) この点に関し、石崎・前掲86～91頁参照。「差止訴訟にあっては、同一理由でなされる複数回の処分に対して一括型の差止めを請求することも可能であるからである。差止訴訟のこの特質から、差止訴訟における重損要件には、実体的な意味での重大な損害とならんで、取消訴訟と執行停止によるのでは救済が困難場合も含まれると解すべきではなかろうか。本件のように、取消訴訟と執行停止による救済では、原告に複数回の訴訟を余儀なくさせる状況が予想される場合はそれに該当する一例であると考ええる。つまり、筆者は、実体的重大損害も、取消訴訟及び執行停止による救済困難も、重損要件を満たす十分条件であると解するものである」とする。

に当たるのであり、それゆえに「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められたものと考えられる。上記最判が判示する一般論（差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、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）は、当該処分により損害が生ずる蓋然性があり、その損害の性質上、処分を受けてからその取消訴訟を提起して執行停止の申立てをするのでは損害の発生を防止することができず、かつ、損害の程度も大きいものと認められる場合に限り、妥当するものであり、それ以外の場合に妥当するかどうかは、当該事案の実相を踏まえて改めて検討されなければならない。

上記最判が判断を示したのは、不利益処分がされることにより当該処分の名宛人に損害が生ずる場合についてであるが、二重効果的処分の場合はどうであろうか。二重効果的処分のうちには、処分の名宛人以外の者の生命・身体の安全等を侵害するおそれのあるものがある。一定の処分がされることにより一定の範囲の者の生命・身体の安全等が損なわれるおそれがあるという場合には、現実に生命・身体の安全等が損なわれてからでは生ずる損害を事後的に回復することは不可能又は著しく困難であるといえる不可逆性があるから、生命・身体の安全等に関わる処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止の申立てをするのでは、救済を受けることが困難であり、「重大な損害を生ずるおそれ」があると認めるに足りる根拠があるといえよう。そうすると、生命・身体の安全等に関わる処分がされることにより、生命、身体の安全等というかけがえのない利益が損なわれるおそれがある場合には、差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」

があると認めることができると考えられる。行政事件訴訟法37条の4第2項は、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、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する。」という解釈の指針を定めているところ、上記のように解することは同項の定める解釈の指針にも沿うものであるといえよう。

(2) この点に関し、最判平成28年12月8日民集70巻8号1833頁は、自衛隊が設置し、海上自衛隊及びアメリカ合衆国海軍が使用する飛行場の周辺住民が、当該飛行場における航空機の運航による騒音被害を理由として自衛隊の使用する航空機の運航の差止めを求める訴えについて、前掲最判平成24年2月9日を引用した上で、次のとおり判示して、行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるとしている。

「2 前記事実関係等によれば、第1審原告らは、本件飛行場に係る第一種区域内に居住しており、本件飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害や、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けており、その程度は軽視し難いものというべきであるところ、このような被害の発生に自衛隊機の運航が一定程度寄与していることは否定し難い。また、上記騒音は、本件飛行場において内外の情勢等に応じて配備され運航される航空機の離着陸が行われる度に発生するものであり、上記被害もそれに応じてその都度発生し、これを反復継続的に受けることにより蓄積していくおそれのあるものであるから、このような被害は、事後的にその違法性を争う取消訴訟等による救済になじまない性質のものといえることができる。

3 以上によれば、第1審原告らの主張する前記第1の3(2)①から③までの自衛隊機の運航〔編注 第1審原告らは、①毎日午後8時から午前8時まで

の間の自衛隊機の運航、②訓練のための自衛隊機の運航、③第1審原告らの居住地におけるそれまでの1年間の一切の航空機騒音がW値で75を超えることとなる場合の当該自衛隊機の運航の差止めを求めている。」により生ずるおそれのある損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起す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とはいえず、本件飛行場における自衛隊機の運航の内容、性質を勘案しても、第1審原告らの自衛隊機に関する主位的請求（運航差止請求）に係る訴えについては、上記の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる。」

そして、上記最判は、自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使が、同条5項の差止めの要件である、行政庁がその処分をすることがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときに当たるか否かについては、同権限の行使が、防衛大臣の裁量権の行使としてされることを前提として、それが社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められるか否かという観点から審査を行うのが相当であるとして検討し、当該飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使が、同項の行政庁がその処分をすることがその裁量権の範囲を超え又はその濫用となると認められるときに当たるということはできないと判示している。

同最判により、自衛隊が設置し、海上自衛隊及びアメリカ合衆国海軍が使用する飛行場の周辺住民が、行政事件訴訟法37条の4に基づき、抗告訴訟である差止めの訴えとして、当該飛行場における航空機の運航による騒音被害を理由として自衛隊の使用航空機の運航の差止めを求める訴えを提起することができることが明らかになった。この結論は明らかであるが、その理由付けは、判文においては必ずしも明らかにはされていない。

㊦ 上記最判平成28年12月8日は、前掲最判平成24年2月9日のように不利益処分がされることにより

当該処分の名宛人に損害が生ずる場合について判断したものではない。上記最判平成28年12月8日は、「自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使」が一定範囲の者の睡眠を妨害し、聴取を妨害し、精神的作業を妨害し、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に惹起するという場合について判断したものであるから、この事案の特質に鑑みて上記の場合についてどのような理論構成によって行政事件訴訟法37条の4所定の訴訟要件が満たされると判断したのかが明らかにされなければならないのであり、まずは、同条1項所定の「一定の処分」に該当すると判断した根拠について検討する必要がある。

平成16年改正前に最判平成5年2月25日民集47卷2号643頁は、「防衛庁長官は、自衛隊に課せられた我が国の防衛等の任務の遂行のため自衛隊機の運航を統括し、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限を有するものとされているのであって、自衛隊機の運航は、このような防衛庁長官の権限の下において行われるものである。そして、自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うものであり、防衛庁長官は、右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し、統括すべきものである。しかし、自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務付けるものといわなければならない。そうすると、右権限の行使は、右騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において、公権力の行使に当たる行為というべきである。（中略）上告人らの本件自衛隊機の差止請求は、（中略）必然的に防衛庁長官にゆだねられた前記のような自衛隊機の運航に関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものといわなければならないから、行政訴訟としてどのような要件の下

にどのような請求をすることができるかはともかくとして、右差止請求は不適法であるというべきである。」と判示していた。しかし、行政機関内部における指揮命令（職務命令）は内部的行為であり、これをもって名宛人（自衛隊員）以外の一定範囲の者（周辺住民）に不利益を与える二重効果の処分としてとらえて抗告訴訟の対象とするという考え方に対しては、批判があった⁽⁶⁾。平成16年改正により差止め⁽⁶⁾の訴えが法定された（行政事件訴訟法37条の4）が、同条1項は「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」と定めているので、同条1項所定の「一定の処分」に該当すると判断した根拠が明らかにされなければならない。

①自衛隊法8条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところに従い、自衛隊の隊務を統括する。ただし、陸上自衛隊、海上自衛隊又は航空自衛隊の部隊及び機関（中略）に対する防衛大臣の指揮監督は、次の各号に掲げる隊務の区分に応じ、当該各号に定める者を通じて行うものとする。（以下引用略）」と定める。上記最判平成28年12月8日は、「自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使」に言及しており、このことからすると、行政事件訴訟法37条の4第1項にいう「一定の処分」として、自衛隊法8条に基づく防衛大臣の隊務を統括する権限又は同条各号所定の者を通じて行う指揮監督の権限の行使に基づく指揮命令（職務命令）が上記の「一定の処分」に当たるものとしてとらえ、当該処分が名宛人以外の一定範囲の者の睡眠を妨害し、聴取を妨害し、精神的作業を妨害し、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に惹起するという二重効果の処分の場合としてとらえた可能性がないとはいえない。しかし、仮にこれを同運航に係る防衛大臣の上記の権限の行使としての行政処分ととらえるとして

も、自衛隊機の離着陸に係る運航がされてからでは、その都度当該処分は完了することになることから、取消訴訟の対象とならない（小池裁判官の補足意見参照）のみならず、行政機関内部における指揮命令（職務命令）を取り上げて当該処分をもって名宛人以外の一定範囲の者に不利益を与える二重効果の処分としてとらえて抗告訴訟の対象とするということは、従来されてこなかったことである。最高裁判所は、これまで行政処分とは「公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。」（最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁）との判示を繰り返してきているのであり、法が認めた優越的な地位に基づき個人の身体的自由及び財産を直接的に侵害する権力的事実行為（行政代執行、都道府県知事による入院措置、外国人の送還前の収容等）は、「その他公権力の行使に当たる行為」（同法3条2項）として取消訴訟の対象に含まれるが、これらの権力的事実行為は、当該行為の相手方に対してその身体的自由及び財産を直接的に侵害する行為であり、それゆえに公権力の行使に当たる行為に該当するものとして考えられているのであり、行政庁の公権力の行使に当たる行為に対する不服の訴訟の提起が考えられているのである。これに対し、指揮監督の権限の行使に基づく指揮命令（職務命令）が、名宛人以外の一定範囲の者の睡眠を妨害し、聴取を妨害し、精神的作業を妨害し、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に惹起するという二重効果の処分として行政処分に当たるとしてとらえることは、他の場面ではなかったことであり、これを正面から肯定すれば、行政処分を定義する上記の判示自体を見直さざるを得ないことにつながる可能性がある。さすがに上記最判平成28年12月8日がそこまで視野に入れているとは考

(6) 須藤陽子「航空基地の使用差止め」別冊ジュリスト236号行政判例百選Ⅱ〔第7版〕312～313頁及びその引用する文献参照

え難い。上記最判平成28年12月8日では、「自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使」に関する取消訴訟の提起は事柄の性質上不可能であるとともに、当該行為の相手方以外の一定範囲の者の睡眠を妨害し、聴取を妨害し、精神的作業を妨害し、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に惹起するものである。これは、法が認めた優越的な地位に基づき個人の身体的自由及び財産を直接的に侵害する行為とは異なる類型のものであるといわざるを得ない。上記最判平成28年12月8日は、従来「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（同法3条2項）に該当するものとして考えられてきたものとは異なる類型の行為が差止めの訴えの対象となることを肯定している。②そうであるとすれば、むしろ、上記最判平成28年12月8日は、行政庁の権限の行使が取消訴訟の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たらない場合であっても、抗告訴訟のうち少なくとも差止めの訴えに関する限りは、同法3条1項にいう「公権力の行使に関する不服の訴訟」として、当該権限の行使が一定範囲の者の睡眠を妨害し、聴取を妨害し、精神的作業を妨害し、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に惹起するものであるとき等には、同法37条の4第1項に準じて無名抗告訴訟として差止めの訴えを提起することができることを明らかにしたものであると理解するのが相当なのではないだろうか。もとより上記最判平成28年12月8日は、判決文中において同項に準じて無名抗告訴訟として差止めの訴えを提起することができる旨を明言しているわけではなく、「第1審原告らの主張する前記第1の3(2)①から③までの自衛隊機の運航により生ずるおそれのある損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起す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とはいえず、本件飛行場における自衛隊機の運航の内容、性質を勘案しても、第1審原告らの自衛隊機に関する

主位的請求（運航差止請求）に係る訴えについては、上記の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる」と大卒ないし結論を判示しているにとどまるが、上記のように理解することを妨げるような判示部分は判決文中に存在しない。そして、上記のように理解することが国民の権利利益の実効的な救済に資することは、疑いがない。今後更に慎重な検討を要するが、民集登載の重要な判例であることを考えれば、上記のように理解することが相当である。

④ 次に、原告適格（同法37条の4第3項所定の「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につき法律上の利益を有する者」）についてであるが、上記のように同項に準じて無名抗告訴訟として差止めの訴えを提起することができるという理解することが可能であるとすれば、権限の行使により睡眠を妨害され、聴取を妨害され、精神的作業を妨害され、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けるおそれのある一定範囲の者であれば無名抗告訴訟として差止めの訴えを提起する原告適格を有すると解することができる。

⑦ そこで、さらに、同条1項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」についてであるが、上記最判平成28年12月8日は、飛行場の周辺住民らが、飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害や、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受け、その程度が軽視し難いものであることを考慮しており、このような損害の性質及び程度をも勘案して損害の回復の困難の程度を考慮しているものといえることができる。飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、飛行場の周辺住民らが睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けることになるという損害の性質、その程度が軽視し難いものであるという程度が、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いえるだけの積極的な根拠とされている。差止めの訴えの訴訟要件の一つである「重大な損害を生ずるおそれ」があることを肯定しなければ、損害を受けた周辺住民は損害賠償請求をするしかみちがなくなってしまうことになる。上記の損害の性質及び程度が、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いえるだけの根拠の根幹をなすものといえよう。「本件においては、その損害がそもそも取消訴訟による救済になじまない性質のものであって、自衛隊機の運航が反復継続的に行われることによって、その都度損害が人の心身に蓄積される。本件事案の特質として、損害の質的側面に着目し、人の心身に対する損害の蓄積と訴訟要件の問題として整理すべきである。」とする指摘⁽⁷⁾には理由があると考えられる。

(3) 同項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」についていうならば、前掲最判平成24年2月9日及び上記最判平成28年12月8日に照らして考えても、生命・身体の安全等に関わる処分がされることにより、生命、身体の安全等というかけがえのない利益が損なわれるおそれがある場合に差止めの訴えの訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認めることができるということが出来る。第三者の生命・身体の安全等に関わる行政処分の差止めの訴えについて重要な意義を有することになる。

4 生命・身体の安全等に関わる処分がされることにより生命、身体の安全等が損なわれるおそれがあることの主張立証

(1) 上記最判平成28年12月8日の事案では現に自衛隊機の運航による健康等の被害が発生していたが、生命・身体の安全等に関わる処分の差止めの訴えの

訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」があると認める上で、現に生命・身体の安全等が損なわれていることが前提として必要であるわけではない（行政事件訴訟法37条の4第1項参照）。

例えば、安定型最終処分場である産業廃棄物処分場の設置を目的として、廃棄物の処理及び清掃に関する法律14条1項に基づき産業廃棄物の収集・運搬業の許可及び同条6項に基づき産業廃棄物の処分業の許可がそれぞれ申請されるとともに、同法15条1項の産業廃棄物処理施設設置の許可を受けるため、処分場予定地を管轄する県知事に対し、同条3項所定の書類を添付し、同条2項所定の事項を記載した申請書を提出して、産業廃棄物処理施設設置許可処分の申請がされたという場合には、産業廃棄物処理施設設置許可処分がされれば、産業廃棄物処理施設の規模、当該施設が設置される場所及び周辺一帯の地形、地下水脈の存在、河川の存在、河川との位置関係、高低差その他の地理的状況等を明らかにして、当該河川が飲料水に供されているときには、法令に違反して有害物質が投棄されることにより当該河川に汚染水が流入する蓋然性があることを証明すれば、行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められることになる可能性が相当程度あるといえる。なお、建設廃材の中間処理業の許可の差止請求に係る事案について、大阪地判平成18年2月22日判例タイムズ1221号238頁は、「重大な損害を生ずるおそれ」があることを否定する判断を示したが、同種の事案についても今後再検討を要しよう。

(2) 上記処分場の周辺住民のうち、上水道が敷設されていないため、上記河川の源流から直接配水管で水を引き、飲料水、生活用水に使用している一定の範囲のものや、井戸水を飲料水及び生活水として利用しているものは、上記処分場において産業廃棄物処理基準に適合しない産業廃棄物の処分が行われ

(7) 須藤陽子・前掲313頁

ば有害物質で汚染された水流が上記河川の源流に流入したり、有害物質で汚染された地下水が井戸水に流入したりするおそれがあり、自分たちをはじめ、本件処分場の周辺住民の生命、健康に損害を生ずるおそれがあることを主張立証することにより、原告適格も肯定されることになる。

この点に関し、最判平成26年7月29日民集68巻6号620頁は、「① 産業廃棄物の最終処分場の周辺に居住する住民のうち、当該最終処分場から有害な物質が排出された場合にこれに起因する大気や土壌の汚染、水質の汚濁、悪臭等による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は、当該最終処分場を事業の用に供する施設としてされた産業廃棄物処分業及び特別管理産業廃棄物処分業の許可処分及び許可更新処分の取消訴訟及び無効確認訴訟につき、これらの取消し及び無効確認を求める法律上の利益を有する者として原告適格を有する。」、「② 産業廃棄物の最終処分場の周辺に居住する住民は、約3万平方メートルの埋立地を有する管理型最終処分場である当該最終処分場の中心地点から約1.8キロメートルの範囲内の地域に居住する者であって、当該最終処分場の設置の許可に際して生活環境に及ぼす影響についての調査の対象とされた地域にその居住地が含まれているなどの判示の事情の下では、当該最終処分場を事業の用に供する施設としてされた産業廃棄物処分業及び特別管理産業廃棄物処分業の許可処分の無効確認訴訟並びに上記各処分業の許可更新処分の取消訴訟及びにつき、これらの無効確認及び取消しを求める法律上の利益を有する者として原告適格を有する。」と判示している。

(3) なお、上記の者らは、人格権に基づく妨害排除請求訴訟を提起することができると考えられるが、そのことをもって、行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書にいう「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」に当たるとすることはできない。

(4) 第三者の生命・身体等の安全等に関わる行政処分

の差止めの訴えの訴訟要件としての同項にいう「重大な損害を生ずるおそれ」については、生命・身体等の安全等がかけがえのない利益であり、侵害されてからでは回復が不可能な著しく困難であることに鑑みれば、行政処分により第三者の生命・身体等の安全等が損なわれる蓋然性がある限り、「重大な損害を生ずるおそれ」があることを肯定して差し支えなく、このような運用がされることが相当であると考ええる。このように解釈運用することは、同条2項の解釈規定の趣旨に沿うものであり、文言上「重大な損害を生ずるおそれ」があることを訴訟要件と定める同条1項の趣旨を没却することにはならないと考える。

後は、同条5項所定の原告本案勝訴要件を満たすかどうかの問題である。第三者の生命・身体等の安全等に関わる行政処分差止めの訴えの審理の重点は、本案審理にあるといえよう。

おわりに

以上、行政事件訴訟実務の担い手に運用上工夫していただきたい試論を提案させていただいた。第三者の生命・身体等の安全等に関わる行政処分差止めの訴えの今後の展開を注目したい。

（後注）

前掲最判平成28年12月8日の評釈等として神橋一彦「自衛隊飛行差止めと行政訴訟—第4次厚木基地訴訟上告審判決」法学教室438号135頁、精松晴子・最高裁時の判例ジュリスト1506号81頁、村上裕章「厚木基地第4次訴訟（行政訴訟）上告審判決」ジュリスト1518号44頁等がある。

