

平成28年(ヨ)第1号

石木ダム建設工事並びに県道等付替道路工事続行禁止仮処分命令申立事件

債権者 岩下和雄 外

債務者 長崎県 外1名

第1 準備書面

～行訴法44条について～

2016年(平成28年)7月9日

長崎地方裁判所佐世保支部 御中

債権者ら訴訟代理人弁護士 馬奈木 昭 雄

同 板 井 優

同 平 山 博 久

外

第1 はじめに

債務者長崎県は「債権者らは、事業認定の違法性を主張して争っているところ、それは本件申立ではなく、本件事業認定の取消訴訟等で主張すべきである。したがって、本件申立は、行訴法44条に反して不適法であるから、速やかに却下されるべきである」と主張し、債務者佐世保市は「債権者らが、先行する行政処分の違法性を主張して公共工事の差止めを求める場合には、仮処分の申請は不適法」とであると主張する。

しかし、そもそも債権者らは、事業認定の違法性を主張し、それを基礎に本件各工事の差止めを求めるものではない。仮に、事業認定が適法であったとして石木ダム工事が続行されることにより、債権者らの人格権が侵害されることを理由に差止めを求めるものである(事業認定の違法性は、本件各工事による人格権侵害が受忍限度を超えるものであることを基礎付ける事情の一つとして主張するものである)。

加えて、本件差止対象の各工事は行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為」にはあたらず、債務者らの主張には理由がない。

以下、本書面は、本件申立が行政訴訟法44条に抵触しないことを明らかにするものである。

第2 裁判例

1 まずは、裁判例を概観する。

2 認容例

(1) 福岡高裁平成17年5月16日決定（諫早湾干拓工事差止め仮処分事件 保全抗告審決定・判例タイムズ1183号211頁）

ア 事案

主位的に国営諫早湾土地改良事業の工事を続行してはならない旨の、また、予備的に潮受堤防の排水門の開門調査が行われ、本件事業と有明海の漁業不漁との関係が明らかにされるまでの間、本件事業の工事を続行してはならない旨の仮処分が求められた事案である。公有水面埋立法に基づく埋立工事が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するかが問題となった。

イ 裁判所の判断

行政事件訴訟法は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」については、その3条2項で同法が定める抗告訴訟の一つである「処分の取消しの訴え」が提起できる旨を規定する一方、その仮の救済措置として、25条以下に行政事件訴訟における執行停止制度を設けている反面、44条で民事保全法に規定する仮処分をすることができない旨を定めている。そうすると、同じ法律が定める『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』という概念については、特段の理由がない限り、同一内容に解するのが相当であるばかりでなく、行政庁の行為について、行政事件訴訟の対象となる場合には仮の救済措置として執行停止制度が、その対象とならない場合には民事保全法上の仮処分がそれぞれ適用されるものと解すべきことになる。したがって、同法44条が定める「その他公権力の行使に当たる行為」とは、3条2項と同様に、「行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」をいうと解するのが相当である。

ところで、本件事業は、公有水面埋立法に基づく埋立工事である。同法42条1項は、国が埋立行為を行おうとするときは、当該官庁に都道府県知事の承認を受けるべきことを規定しているが、これに関して、同法による都道府県知事の免許を受けた私人が行う埋立工事とは異なる公権力性をこの承認に付与する条項は、何ら定められていない。そうすると、この承認は、上記免許と同様に、単に埋立権限を付与する処分にすぎない反面、この承認

に基づく埋立行為そのものは、埋立権の作用として実施する事実行為にほかならないから、上記意味での権力的行為とは到底いいがたいことになる。また、都道府県知事の承認に当たっては、埋立行為が付近の環境に及ぼす影響についても審査事項とされるが、それは、公益保持という見地から一般的、抽象的に審査、認定するに止まり、環境被害を受ける個々の漁業者の漁業行使権に基づく差止請求権の存否といった点にまで立ち入って個別的、具体的に審査、認定することまで要求されていると解することはできない。しかも、上記承認によって、漁業者の漁業行使権に基づく差止請求権を剥奪したことをうかがわせるに足りる条項は、何ら定められていない。そうすると、上記承認は、漁業者の差止請求権を剥奪する効力を有するものではないと解される。そして、本件事業は、埋立工事後の土地を造成し、土地改良法 94 条の 8 に基づき、配分通知書の交付によって干拓地を配分することが予定されているが、それは、埋立行為の完成を前提とするものである。それ故、先行する埋立工事を差し止めることは、未だ現実化していない配分通知書の交付の効力を問題とするものではないから、必ずしもその行政処分を否定することにならないと考えられる。

したがって、本件事業は行政事件訴訟法 44 条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するものではないから、その差止めを求める本件申立ては、適法である。

ウ 小括

本例では、①国営諫早湾土地改良事業の根拠である公有水面埋立法に、国が埋立行為を行う場合と私人が都道府県知事の免許を得て埋立工事を行う場合とを比較し、殊さら国に対してのみ異なる公権力性を付与する条項は無いこと（従って、埋立行為は事実行為にすぎない）、②都道府県知事の承認に漁業者の差止請求権を剥奪することを窺わせる条項がないこと、③配分通知書の交付の効力を問題とするものではないから、必ずしもその行政処分を否定することにならないことを理由に行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

すなわち、①根拠法に私人と自治体とで異なる法体制となっているか、②根拠法が漁業者の差止請求権を剥奪しているか、③行政処分を否定することにならないかが「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

(2) 名古屋地裁決定平成16年10月18日（道路建設工事禁止仮処分申立事件・判例地方自治268号98頁）

ア 事案

愛知県内の道路の未開通部分（752メートル）の開通工事に対して工事

禁止仮処分が申し立てられた事案である。都市計画決定、事業認可、道路法上の路線認定・区域決定・変更を経て行われた道路の開通工事が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するかが問題となった。

イ 裁判所の判断

本件工事は、前記認定のとおり、債務者が愛知県知事の事業認可を受け、道路法に基づく路線認定・区域決定・変更を経て行うものではあるが、本件差止請求の対象である本件工事自体は、債務者が用地買収をした本件土地に、債務者が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づいて道路を設置するという事実行為であり、同工事の施工自体は公権力の行使という性質を有せず、同工事により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とはいえないから、本件工事は、行政事件訴訟法 44 条にいう『公権力の行使に当たる行為』に該当しない。したがって、本件申立ては適法である。

債務者は、道路区域の決定・変更から、必要な用地の買収、建設工事を経て供用までは不可分一体、一連の過程であるとして、本件工事の差止めが認められると、事実上、前記の道路区域決定の効力が無に帰することになるから、同差止めは行政事件訴訟法 44 条の趣旨に反すると主張するが、債権者らの主張は、前述のとおり本件工事の施工方法及び高架橋道路の設計由形態（原文ママ）を問題とするものであって、区域決定そのものを争うものではないし、工事の施工方法等が変更されたからといって、その変更が必ずしも道路区域決定の効力に影響を与えるという関係に立つものでもない。

したがって、本件申立てを不適法とする債務者の主張は採用できない。

ウ 小括

本例では、①本件工事自体は、債務者が用地買収をした本件土地に、債務者が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づいて道路を設置するという事実行為であること、②区域決定そのものを争うものではないし、工事の施工方法等が変更されたからといって、その変更が必ずしも道路区域決定の効力に影響を与えるという関係に立つものでもないことを理由に行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

すなわち、①問題とされる工事が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づく事実行為か否か、②行政処分の効力を否定することにならないかが「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

- (3) 大分地裁決定平成16年10月6日（工事着工禁止仮処分申立事件・判例地方自治268号104頁）

ア 事案

公有水面埋立法所定の免許に基づいてなされる埋立工事の差止を求めた事案である。判旨の中で、本件申立てを適法として債権者らの法的救済手段を認める必要性を考慮している点に特徴がある。

イ 裁判所の判断

行訴法 44 条は、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為を直接制約するような仮処分は、本案訴訟が抗告訴訟である場合はもとより、その形式のいかんを問わず、これを認めないという趣旨であり、「公権力の行使に当たる行為」には、行政処分に限らず、行政庁の行う一定の事実行為も含まれるものと解される。しかしながら、本件のような公有水面埋立法所定の埋立免許に基づいてなされる埋立工事については、免許の取得及び同免許に基づく埋立工事の主体について、地方公共団体等の公の機関と私人とは区別して取り扱われておらず、工事自体についても公権力性を付与する規定は存在しないから、同工事は純然たる事実行為にすぎないというべきであって、「公権力の行使に当たる行為」とみることはできない。また、埋立免許処分は、免許取得者に対して、一定の公有水面の埋立てを排他的に行って土地を造成すべき権利を付与する効力を有するが、埋立免許に基づいて埋立工事が行われる際、付近住民が工事によって私法上の権利が害されることを根拠として行使すべき差止請求権まで剥奪する効力を有するものではない。したがって、私法上の権利侵害を根拠として埋立工事の差止めを求めるのは、私人の行う工事に対して差止めを求めるのと変わりはなく、原則としてそのような仮処分の申立ては適法であると解するのが相当である。ただし、行政処分の違法を主張して埋立免許処分の効力そのものを争い、これに引き続いてなされる埋立工事の全面的な差止めを求めることは、実質的には行政処分の効力の停止を求めるものにほかならず、そのような仮処分の申立ては、行訴法 44 条の趣旨に抵触し、不適法であるというべきである。

そこで、本件についてこれをみるに、確かに、債権者らが主張する権利の存否は、行政事件である本件免許処分取消訴訟においても、原告適格の有無あるいは公有水面埋立法 5 条の『公有水面ニ関シ権利ヲ有スル者』にいう『権利』に該当するか否か（さらに、同法 4 条 3 項の『同意』が必要か否か）に関して問題となるところではあるけれども、債権者らは、本件申立てにおいては、本件埋立予定区域に関し、同所を漁場としてきた住民及び地縁団体として私法上の権利である『磯草の権利』を有し、本件各工事がこうした権利を侵害するおそれがあると主張しているものであって、本件申立ての中で直接埋立免許処分の違法性を主張してそれ自体の効力を争っているものではない。

なお、埋立免許に先立ち、利害関係人には意見を述べる機会が与えられているが、行政庁に応答義務があるわけではないし、行政訴訟における債権者らの原告適格が否定される可能性もあり、本件申立てを適法として債権者らの法的救済手段を認める必要性もある。

以上に照らせば、本件仮処分の申立てが行訴法 44 条に抵触するということはできず、本件申立ては適法であるというべきである。

ウ 小括

本例でも、福岡高裁平成 17 年 5 月 16 日決定（諫早湾干拓工事差止め仮処分事件保全抗告審決定と同様に①免許の取得及び同免許に基づく埋立工事の主体について地方公共団体等の公の機関と私人とで区別していないこと（従って、埋立行為は事実行為である）、②根拠法が付近住民の差止請求権を剥奪していないこと、③本件申立ての中で直接埋立免許処分の違法性を主張してそれ自体の効力を争っているものではないことを理由とする。また、本例では、④申立てを適法として債権者らの法的救済手段を認める必要性についても言及されている。①～④が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

(4) 京都地方裁判所平成 5 年 9 月 16 日決定（判例時報 1488 号 129 頁）

ア 事案

下水道中継ポンプ場の建設工事に対して、臭気、騒音防止対策について不完全な設備のものであるとして近隣住民が建設工事続行禁止等の仮処分を求めた事案である。

イ 裁判所の判断

本件ポンプ場の建設事業は、都市計画事業として都市計画法の手續に従い、また下水道法に基づく流域下水道として、それぞれ建設大臣の認可を経て行なうものではあるが、本件差止請求の対象である本件ポンプ場の建設工事自体は、債務者が先に債権者から買収した本件土地に、債務者が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づいてポンプ場を設置するという事実行為であり、右工事の施工自体は公権力の行使という性質を有せず、右工事により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とはいえないから、本件ポンプ場の建築工事は、行政事件訴訟法 44 条にいう『公権力の行使にあたる行為』に該当せず、本件申立ては適法である。」

ウ 小括

本例でも、本件工事自体は、債務者が先に債権者から買収した本件土地に、債務者が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づいてポンプ場を設置するという事実行為であることを理由に行訴法 44 条の「行政庁

の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

すなわち、ここでも問題とされる工事が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づく事実行為か否かが「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

(5) 和歌山地裁昭和57年11月11日（訟務月報29巻6号1042頁）

ア 事案

道路建設事業計画に基づいて国の行う橋梁架設工事の差止を求めた事案である。

イ 判旨抜粋

本件仮処分申請の適法性について判断するに、本件道路建設工事は、行政法規上道路建設工事が公権力を有すると認められるような規定が置かれていないから、公権力の行使に当たる行為とはいえない事実行為であり、民事訴訟による差止め請求の対象とできると解すべく、しかも本件において債権者が本件橋梁架設工事の差止を求める理由は、本件橋梁の水面上の高さが低いため債権者の荷役用船舶の航行が不可能となるというにあり、結局は本件橋梁の水面上の高さの変更を求めるものであつて、債務者国において決定した本件道路建設工事の事業計画（道路の変更・区域決定、事業認定）そのものの適否を争い、変更を求めるものでないことはその主張自体から明らかであるから仮に本件仮処分申請が認容されたとしても、既存の行政処分の効力を否定することにはならないというべきである。従つて、本件仮処分申請は適法といわざるを得ない。」

ウ 本例でも、①行政法規上、本件道路建設工事が公権力を有すると認められるような規定が置かれていないことを理由に公権力の行使に当たる行為とはいえない事実行為とし、また、②事業計画（道路の変更・区域決定、事業認定）そのものの適否を争い、変更を求めるものでないことから既存の行政処分の効力を否定することにはならないことを理由に行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

問題とされる工事に対して、①法制度上、公権力を有すると認められる規定の有無や、②行政処分そのものの適否を争うものかが「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

(6) 熊本地裁昭和55年4月16日判決（水俣湾へドロ浚渫工事差止仮処分申請事件：判例時報965号28頁）

ア 事案

チッソ水俣工場がメチル水銀化合物を水俣湾及び周辺海域に排出させたため、メチル水銀化合物が水俣湾の堆積汚泥中に大量に蓄積されたままにされていた。そこで、熊本県は、水銀へドロの浚渫処理をすべく公害防止事業

として処理工事（埋立）を計画したところ、沿岸住民や漁民が、処理工事には安全性に疑問があり、むしろ八代海一帯に二次被害を惹起するおそれがあるとして、工事の差止めを求めた事案である。

イ 裁判所の判断

ところで、水俣湾事業についての本件仮処分が行訴法44条で排除されるべき仮処分に該当するか否かを判断するには、債務者らの主張通り、第1に埋立工事自体が同条所定の「公権力の行使にあたる行為」に該当するか否かの問題、第2に本件仮処分が認容された場合埋立免許処分という行政処分の効力を否定することになるか否かの問題をそれぞれ検討すべきであると考えられる。

まず、第1の問題について検討するに、行訴法44条所定の「公権力の行使にあたる行為」と同法3条2項所定の「公権力の行使にあたる行為」とは同意義であって、「公権力の行使にあたる行為」には法律行為あるいは準法律行為たる性質をもつ行政処分に限らず行政庁の行う一定の事実行為も含まれることについてはほぼ異論のないところであるが、その事実行為が「公権力の行使にあたる行為」に該当するためには、当該事実行為が行政庁の一方的な意思決定に基づき特定の行政目的達成のために国民の権利自由に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為といえるものでなければならぬと解すべきである。したがって、行政庁が行う事実行為であっても、単に行政庁が主体となって行う行為であるとか、あるいは予め行政庁が決定した計画に基づいて行われる行為であるというだけでは、直ちに当該行為が「公権力の行使にあたる行為」に該当するということとはできない。

そこで本件についてみるに、前記のとおり、水俣湾事業は公有水面埋立法の埋立免許に基づいてなされる埋立工事であるところ、同法では、右免許の取得及び同免許に基づく埋立工事の主体につき地方公共団体等公の機関と私人とを何ら区別して取り扱っておらず、また、地方公共団体等公の機関が行う埋立工事自体についても、特に私人が行う埋立工事とは異なった公権力性を付与する条項も設けられていないことから、水俣湾事業に基づく工事を『公権力の行使にあたる行為』とみることはできないといわなければならない。なお、債務者らは、本件埋立工事が県の公害防止事業としてなされるものであるから公権力性を有する旨主張するので、付言するに、公害防止事業としてなされる埋立工事であっても、その工事の施工自体について公権力性を付与する実定法上の根拠規定を見出しがたいのであるから、埋立工事そのものについて、公害防止事業であるが故に公権力の行使にあたる事実行為であるとすることはできない。

次に、第2の問題について検討するに、行訴法44条の趣旨が、行政処分
の効力を否定することになるような民事訴訟法上の仮処分を許さないとい
うことにあることは明らかであり、しからば公有水面埋立法所定の埋立工事
差止仮処分が許されるか否かは、同法に定められた埋立免許処分の効力にか
かっていると考えられる。すなわち、同法の解釈上、埋立免許処分には、例
えば、埋立地付近住民の人格的利益等に基づく埋立工事の差止請求権を剥奪
してまで埋立工事の施工を許すという効力が付与されていると解されれば、
右のごとき差止請求権を根拠として埋立工事差止の仮処分を命ずることは
埋立免許処分の効力を否定することになるから許されないことになり、これ
に反し、埋立免許は免許取得者に公有水面の埋立権限を付与したに止まり、
付近住民の右差止請求権を剥奪したものではないと解されれば、右差止請求
権を根拠として埋立免許処分の効力を否定することにはならないと考えら
れるからである。そこで、右のごとき見地から同法の各条項をみるに、同法
4条1項2号によれば、埋立免許事項として「其ノ埋立ガ環境保全及災害防
止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」が挙げられていることから、免許
の許否を決するに当たっては、一応当該埋立が付近環境に及ぼす影響等も審
査事項とされているものと思われる。しかしながら、同法の解釈上、右「当
該埋立が付近環境に及ぼす影響」についての審査及び認定業務は、埋立の付
近環境に及ぼす影響を一種の公益保持という見地から一般的、抽象的に審査、
認定するに止まり、環境被害を受ける個々の住民の差止請求権の存否といっ
た点にまで立入って個別的、具体的に審査、認定することまで要求されてい
ると解することはできず、他に同法には付近住民の右差止請求権を剥奪した
こと窺わせるに足る条項は設けられていない。しからば、同法所定の埋立免
許は、免許取得者に公有水面の埋立権限を付与する効力を有するに止まり、
付近住民の右差止請求権を剥奪する効力を有するものではないと解され、か
つ、本件債権者らの主張する各差止請求権が、いずれも公有水面埋立法に基
づく免許によって剥奪される権利に含まれるものでないことは、その主張自
体から明らかである。したがって、仮に、本件債権者らの主張する各差止請
求権に基づく埋立工事禁止の仮処分を命じても、埋立免許処分の効力を否定
することにはならないといわなければならない。

ウ 小括

本例では、①埋立工事の主体につき地方公共団体等公の機関と私人とを何
ら区別して取り扱っておらず、また、地方公共団体等公の機関が行う埋立工
事自体についても、特に私人が行う埋立工事とは異なった公権力性を付与す
る条項も設けられていないこと、②埋立免許は、免許取得者に公有水面の埋
立権限を付与する効力を有するに止まり、付近住民の右差止請求権を剥奪す

る効力を有するものではないこと、③債権者らの主張する差止請求権が、いずれも公有水面埋立法に基づく免許によって剥奪される権利に含まれるものでないことを理由に行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

すなわち、①根拠法に私人と自治体とで異なる法体制となっているか、②根拠法が付近住民の差止請求権を剥奪しているか、③差止請求権が行政処分と抵触するか否か、が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」該当性を判断する要素とされている。

(7) 札幌地裁昭和50年3月19日決定（判例タイムス325号262頁）

ア 事案

北海道電力が、発電所新設に伴う外郭施設を海面を埋め立てて建設することを計画し公有水面埋立の免許を得て建設準備中であつたところ、付近海域の漁業者らが、漁業権等に基づき外郭施設建築工事等の禁止を求める仮処分を申請した事案である。

イ 裁判所の判断

公有水面埋立の免許は、講学上の特許に該当し、被免許者に埋立の権限を付与する処分であつて、その免許に基づく埋立工事自体は、被免許者が埋立権の行使として実施する事実行為にほかならず、行政機関による公権力の作用としてなされるものではない。もっとも埋立権者は、独占的かつ排他的にその権能を行使しうる立場に立つとともに、一定の期間内において埋立工事を完成させる義務を負うものであり、かようにして実施された埋立工事により埋立免許処分の窮極的な目的が実現されるものであるから、これを行政処分の執行と同様の権力的な行為と考える余地があるようにもみえるが、埋立権は、その行使につき公益上の観点から制約を受けるものの、結局財産的な価値を有する私権にすぎないものと解され、埋立の実施はかかる私権の行使であつて権力的な作用には該当しないものと解するのが相当である。

ウ 小括

本例でも、埋立工事自体は、被免許者が埋立権の行使として実施する事実行為にすぎないとして行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

(8) 鹿児島地方裁判所判決昭和47年5月19日（判例タイムズ282号210頁）

ア 事案

既存のし尿処理施設の増設工事禁止の仮処分申請がなされた事案である。「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」に基づいて行なわれた増設行為が行訴法44条に該当するのかが争われた。

イ 裁判所の判断

被申請人は国分市外三町がその処理すべき公共事務に属するし尿処理に関する事務を共同で処理するために、地方自治法に基づいて組織した特別地方公共団体であり、本件増設工事は被申請人がその行政目的を達成するために「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」（昭和45年法律第137号、右法律による改正前は「清掃法」昭和29年法律第72号）に基いて行なう事実行為であるということが出来るが、し尿処理ということの性質からみて、地方公共団体としての公権力の行使という性質を有するものではなく、また個人の権利の制限、義務の受忍を当然に予想するものでもないから、行政事件訴訟法第44条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には該当しないものであり、したがって本件増設工事の差止請求の可否は、民事訴訟法上の仮処分の対象となるものというべきである。

ウ 小括

本例では、①し尿処理施設の増設工事は事実行為にすぎないこと、②し尿処理ということの性質からみて、地方公共団体としての公権力の行使という性質を有するものではないことを理由に行訴法44条の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当しない旨判断している。

3 却下例

- (1) 津地裁昭和44年9月18日判決・名古屋高裁昭和45年1月22日判決（判例時報601号81頁）

ア 事案

三重県鳥羽湾を望む旅館が、公有水面中の一定水域につき埋立のための一切の工事をしてはならないとの判決を求める訴えを提起した事案である。

イ 裁判所の判断

公有水面埋立法に基いて発せられる地方長官の埋立免許は、被申請人ら所論のとおりいわゆる特許に属する行政処分であって、それはこれを受ける者に対し特定の公有水面をすべての者に対抗して排他的に埋め立てることにより土地を造成し、竣功認可を条件にその竣功認可の日に埋立地の所有権を取得させる権利を設定するものである。

そうして、埋立を希望する者に対して、法が当該公有水面の管理者の長をしてかかる権利の創設、授与を許容したのは、公有水面の埋立は元来国土の狭小な我国において土地を造成するのであるから、これが公共の福祉に寄与するものであること勿論であるけれども、反面当該水面に権利を有する者（法第5条）や施設を有する者（法第10条）に対して少なからず被害を与え、更には対象が自然の公物であるだけに地元住民などその他の利害関係人に及ぼす影響も少なくないために、激しい利害の対立を招き、もし工事施工者においてそのすべ

ての利害関係者の同意承認を得なければ工事に着手できないとするならば、事実上この種工事は実施不可能となるところから、法は公共の福祉増進の見地から国の公権力をもって一定の要件と手続のもとに多数の権利者の意思如何に拘らず埋立に関する法律関係を一律に形成させ、その形成された法律関係を実現する埋立工事自体に対してはなんびとも直接これを阻止し得ないものとし、もって当該水面の埋立工事の遂行を容易ならしめようとしたものと解される。このことは、公有水面埋立法第3条ないし第11条等の規定と同法の立法趣旨に徴して明らかである。（…もつとも、このような法律関係を形成する免許処分が違法である場合に利害関係人が行政訴訟をもって処分の取消、ときにはその効力の一時停止を求めることがはできる）。

そうとすれば、被申請人らの本件水面の埋立工事は三重県知事のなした埋立免許処分によって形成された法律関係を免許権者において実現する事実行為にすぎないけれども、被申請人らのかかる工事を全面的に禁止することは、実質上三重県知事のなした免許処分の効力を停止する作用を営むことになるから、そのような内容の本件仮処分は、たといそれが私人間の権利関係の訴訟を本案訴訟とするものであっても、行政事件訴訟法44条の制定趣旨に鑑み許容されないものといわなければならない。」

ウ 小括

本例でも、①埋立工事は事実行為にすぎない旨判断している。その上で、②被申請人らのかかる工事を全面的に禁止することは、実質上三重県知事のなした免許処分の効力を停止する作用を営むことになるとして行訴法44条の趣旨に鑑み許容されないとしている。

しかし、三重県知事のなした免許処分は、債権者らの差止請求権を剥奪する効力を有するものではないから、工事を禁止する仮処分は免許処分の効力を否定するものではない。

なお、公有水面埋立法に基づく埋立工事に対して仮処分が認められることは、本例後の裁判例により確立されている（前記2(1)、(3)、(6)、(7)の各裁判例参照）

(2) 広島地裁昭和53年12月5日（判例タイムズ373号・115頁）

ア 事案

市道配置計画自体の瑕疵を主張してその建設工事の続行禁止を求める仮処分を申請した事案である。

イ 裁判所の判断

(1) 本件道路工事は広島市長による道路認定およびこれに続く区域決定ないし区域変更および道路敷地に対する権原の取得に基づいて広島市長が建設業者と工事請負契約を締結しこれにより施工されているものである。（本件にお

いては権原の取得および工事の施工が区域決定ないし区域変更に先行しているが差支えない。)

ところで、道路の区域とは道路を構成する土地の幅員および延長（長さ）によつて示される敷地の範囲であり、道路の区域決定とは新たに路線認定がなされた場合に道路の区域を決めることをいい、道路の区域変更とは従来の道路の区域に新たな区域を追加し、または従来の道路の区域の一部を廃止してこれに代るべき新たな道路の区域を決定することをいい、幅員を拡げて道路の改築工事を行うことは区域変更に該当する。

しかして、道路の区域決定（区域変更の場合も同様と解される。）がなされると、その後供用が開始されるまでの間は、道路管理者がその敷地の権原を取得する以前においても、何人も、道路管理者の許可を受けなければその敷地の形態を変更し、工作物を新築し、改築し、増築し、もしくは大修繕をなし、または物件を付加増置することはできなくなるし（道路法91条1項）、また、道路の区域決定がなされると、その後道路の供用が開始されるまでの間においても、道路管理者がその敷地について権限を取得した後においては、その敷地またはその敷地に設置された道路の付属物となるべきものは、道路予定地と称され、供用開始後の道路に準じた法的取扱を受ける（道路法91条2項）というように、道路の区域決定がなされるとその敷地に関する権利に対し制限が課され（なお、別紙（二）物件目録記載土地は債務者が既に権原を取得しているため右の道路予定地に該当する。）、また、区域決定による制限により損失を受けた者がある場合においては、道路管理者はその者に対し、通常受けるべき損失を補償すべきものとしている（道路法91条3項）。

右によると、道路の区域決定ないし区域変更は国民の権利義務に直接影響を及ぼす行政庁の権力的行為であるから抗告訴訟の対象となる行政庁の処分に該当するというべきである（東京高等裁判所昭和42年7月26日判決、行政事件裁判例集18巻7号1064頁）。

(2) 本件仮処分申請は本件道路の配置計画自体の瑕疵を主張してその建設工事の続行禁止を求めるものであるが、このような仮処分は結局道路の区域決定ないし区域変更という行政処分の実効性を失わせ実質上その効力を停止する作用を営むこととなる。従つて、このような仮処分は行政処分に対する仮処分を禁じた行政事件訴訟法44条により許されないものといわなければならない。

ウ 小括

本例は、道路の配置計画自体の瑕疵を主張してその建設工事の続行禁止を求めるものとして行訴法44条により許されないと判断している。「配置計画」と区域決定等との関係は明らかでないが、道路の配置計画自体の瑕疵が、区域

決定の違法性に直結するのであれば行訴法44条により許されないとする判旨は理解できるものである。なお、「申請の理由」をみる限り本申立の法律構成は不明瞭であるが、区域決定とその後の建設工事は別であり建設工事は事実行為に過ぎないことから建設工事に伴う人格権侵害の主張であれば行訴法44条による排斥はなされなかったのではないかと思われる。

なお、本裁判例後に都市計画決定、事業認可、道路法上の路線認定・区域決定・変更を経て行われた道路の開通工事に対する仮処分も許される旨の裁判例が出されている（前記2（2））

(3) 広島高等裁判所平成4年9月9日決定（判例時報1436号38頁）

ア 事案

国を事業主体として国道の改良工事が計画され、道路の区域変更決定がなされた段階において、周辺住民らが、騒音・振動による被害等を主張して人格権に基づき、建設用地の売買契約あるいは道路建設工事禁止の仮処分申請をした事案である。

イ 裁判所の判断

右道路区域決定（区域変更）により、道路の建設予定地が客観的に特定されるばかりでなく、道路法91条には、道路の区域決定（区域変更）がなされると、その後道路の供用が開始されるまでの間は何人も道路管理者の許可を受けなければ、当該土地の形質を変更し、工作物を新築し、改築し、増築し若しくは大修繕し、または物件を付加増加してはならない旨の定めがあり、…右道路区域決定（区域変更）は具体的な行政処分としての成熟性を備え、国民の権利義務に直接影響を及ぼすものであって、公権力の行使にあたる行政処分にあたることは明らかなものであるといわなければならない。

ところで、原告人らの本件仮処分申請は本件バイパス道路予定地の売買契約及び道路建設工事の禁止を求めるものであるが、本件国道一九一号線バイパス道路の建設事業は、右道路区域決定（区域変更）、建設用地の取得、建設工事、供用開始等の手続を経て行われるものであって、これら一連の過程は不可分一体のものであるから、もし右売買契約或いは道路建設工事を禁止する仮処分を認めるときは、右道路区域決定（区域変更）を有効なものとして道路用地の取得あるいは建設工事等の手続を進行することかできなくなり、事実上行政権の作用を阻止する結果となり、右仮処分により右道路区域決定（区域変更）の効力が無に帰することは明らかである。

しかるところ、行政事件訴訟法44条は、『行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない』旨規定している。右立法の趣旨は、行政の目的の適正、迅速かつ確実な実現を確保するために、行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為について、

仮処分をもって直接その行政権の作用を阻止することを認めない趣旨と解される。

同条の趣旨に鑑みれば、本件バイパス道路の建設事業の如く、その行政目的の実現のために不可分一体と認められる一連の過程を個々に分断して仮処分の可否を考察することは相当でなく、その一部について差止めの仮処分を認めることにより、事実上行政権の作用が阻止され、その結果、先行の公権力性を有する行政処分の効力を無に帰するような場合には、原則として右差止めの仮処分は許さないものと解するのが相当である。

そうすると、本件バイパス道路の予定地の売買契約及び道路建設工事には公権力性がないとして、その差止めを求める仮処分は許されず、原告人らの本件仮処分申請は、前記行政事件訴訟法44条の立法趣旨等に照らし、不適法といわざるを得ない。

ウ 小括

本例は、仮処分を認めることは、「事実上行政処分たる道路の区域変更の効力を無に帰することになる」ことを理由に行訴法44条の趣旨に鑑み不適法としている。

また、「不可分一体と認められる一連の過程を個々に分断して仮処分の可否を考察することは相当でなく、その一部について差止めの仮処分を認めることにより、事実上行政権の作用が阻止され、その結果、先行の公権力性を有する行政処分の効力を無に帰するような場合には、原則として右差止めの仮処分は許さないものと解するのが相当」とも判断している。

しかし、道路建設工事はあくまで事実行為にすぎず、「公権力の行使に当たる行為」には該当しないし、一連の過程の一部について差止仮処分が許されることは、本例後の裁判例により確立されている（前記2(1)～(8)の各裁判例参照）

第3 行訴法44条該当性の考え方

1 行訴法44条の趣旨は、行政庁の公権力の行使を阻害するような仮処分は、本案訴訟が民事事件か行政事件かを問わず、また、その訴訟類型を問わず、許されないとする点にあると解されている（条解行政事件訴訟法第4版・910頁）。

そして、このような趣旨に鑑みるとある仮処分が同条に違反するかどうかは、①仮処分によって排除する行政庁の行為が公権力の行使に該当するか、②仮処分は先行する行政処分の効力を否定する内容を含むか、という2点から判断される（熊本地裁昭和55年4月16日判決・条解行政事件訴訟法第4版・911頁参考）。

- 2 ①仮処分によって排除する行政庁の行為が公権力の行使に該当するか
行政事件訴訟法44条の「公権力の行使にあたる行為」とは、一般に同法3条2項にいう「公権力の行使にあたる行為」と同義と解されており、「行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」をいうとされている（福岡高裁平成17年5月16日決定参照）。

そうすると、自治体が私人と同様の立場で行う公共工事の場合、その工事は私人でも行えるのであるから同行為が「公権力の行使に当たる行為」に該当すると考えるのは無理である。

なお、上記裁判例においては(1)主体が地方公共団体等の公の機関の場合と私人の場合とで根拠法令が異なる扱いをしているか、(2)問題となっている行為は、国又は公共団体が私人としての立場において行うものであるかなどが①の要件を検討する上で考慮されている。

- 3 ②仮処分は先行する行政処分の効力を否定する内容を含むか

仮処分は先行する行政処分の効力を否定する内容を含むかは、行政処分そのものの違法性を争う仮処分か否か、行政処分の根拠法令が私人による差止請求権を剥奪しているか否かなどから判断される（第2・2(1), (2), (3), (5), (6), 3(2)の各裁判例参照）。

なお、上記各裁判例においては(1)根拠法令に私人の差止請求権を剥奪する規定があるか。(2)行政処分そのものの違法性を争う仮処分か否か、(3)当該行為の仮処分を認めることが、先行する（前提となる）行政処分の効力を無に帰すか、(4)法的救済手段を認める必要性があるかなどが②の要件を検討する上で考慮されている。

第4 本件における検討

- 1 ダム建設、道路建設の根拠法令

まず、本件は「石木ダム建設工事」及び「県道等付替道路工事」の差止めを求めているため、まず、ダム建設の根拠法令、道路建設の根拠法令が何かを確認しておく。

- (1) ダムは、河川管理施設（河川法3条2項）として、または、許可工作物（河川法26条1項）として建築される。建設されたダムが河川管理施設なのか、許可工作物なのかの区別は、河川管理者が設置したものか、河川管理者以外の者が設置したものかによる（ただし、河川管理者以外の者が設置した施設については、当該施設を河川管理施設とすることについて河川管理者が権原に基づき当該施設を管理する者の同意を得た場合は河川管理施設となる（河川法3条2項但書））。

そして、川棚川は2級河川であるから河川管理者は長崎県知事となる（河川法7条，10条1項）。したがって、石木ダムは河川管理者である長崎県知事が設置しようとする施設であるから河川管理施設ということになる。

そして、ダムのような河川管理施設の設置は、河川管理者による河川管理の一環として行われるものである。

(2) 道路工事の根拠法令

さらに、道路工事は、県道は長崎県の管理行為として、町道は川棚町の管理行為として行われる（道路法7条，8条，15条，16条）。

2 ①仮処分によって排除する行政庁の行為が公権力の行使に該当するか

ダム建設工事は河川法26条で河川管理者の許可を得れば、私人でもダム建設は可能である。そして、実際に私企業が所有するダムも多数ある（千歳第1～第4ダム，幌満川第3発電所ダム，旭ダム，赤芝ダム，宮中ダム，浅河原ダム，雨畑ダム，柿元ダム，神岳ダム，別子ダム，星山ダム，芋洗谷ダム等）

建設については、求められる構造や基準に河川管理施設であるか、許可工作物であるかで違いはない（河川法13条）。また、設置後の維持又は修繕についても同様である（河川法15条の2）。

河川法44条～51条において「ダムに関する特則」として許可工作物におけるダムについての特則を設けているが、その内容は河川の機能維持や適正管理，危機管理のためのものであり，ことさら河川管理施設のダムと許可工作物のダムとを区別するものではない。

その他，許可工作物の設置主体が地方公共団体等の公の機関の場合と私人の場合とで異なる扱いはしていない。したがって，ダム建設工事自体は，起業者が私人と同じ立場で行う事実行為に過ぎない。

また，道路工事自体も，債務者が用地買収をした本件土地上に，債務者が私人と対等の立場に立って締結する私法上の契約に基づいて道路を設置するという事実行為（第2・2(2)裁判例参照）であり，道路工事が公権力を有すると認められるような規定も置かれていない。

したがって，いずれの工事も「行政庁の一方的意思決定に基づき，特定の行政目的のために国民の身体，財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」とはいえず，「公権力の行使にあたる行為」には当たらない。

3 ②仮処分は先行する行政処分の効力を否定する内容を含むか

また，本件仮処分は，石木ダムの事業認定が有効であったとしても，その事業に伴う工事が続行されると債権者らの人格権等が侵害されることとなるため，その差止めを求めるものであり，事業認定が違法であるからそれに

伴う各工事も違法であるという主張はしていない。したがって、本件仮処分は行政処分そのものの違法性を争うものではないし、先行する行政処分（事業認定ないし収用裁決）の効力が否定されるものではない。

すなわち、工事の差止め如何によって事業認定の効果が覆るわけではない（したがって、起業者としては収用裁決の申請も可能である）、また収用裁決についても効果は所有権取得であり、工事が差し止められたとしても所有権取得の効果に影響を与えるものではない。

また、河川法には、河川管理施設（ダム等）の設置に対する不服申立手段は規定されておらず、私人による差止め請求権を剥奪する規定もない。

道路法上も、道路建設工事（事実行為）に対する不服申立手段は規定されておらず、私人による差止め請求権を剥奪する規定もない。

さらに、債権者らのほとんどは原告適格の関係で事業認定に対する審査請求も取消訴訟も提起できない人々であり、権利救済手段を認める必要性も高い。

- 4 以上のとおり、本件仮処分は①仮処分によって排除する行政庁の行為は公権力の行使に該当せず、また、②仮処分が先行する行政処分の効力を否定するものでもないから、行訴法44条の「公権力の行使にあたる行為」には該当しない。

第5 結語

以上より、本件申立は行訴法44条により排斥されない。

以 上