

改正行訴法施行状況検証研究会（第10回）

－執行停止・仮の義務付け・仮の差止め・公法上の法律関係に関する確認の訴え－

第1 執行停止について

1 「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における第三者の利益の取扱い

研究会においては、執行停止の「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件との関係で、第三者の損害も上記の「損害」に含まれるようにする必要があるとの指摘があった。

これに対しては、要件自体の理解としては、申立人本人の利益が損なわれたかが判断の対象となるといわざるを得ず、他方で、申立人と同居する家族など一定の関係にある者が不利益を被る場合には、それがひいては本人自身の損害といえないかについて検討するのが適切であるとの指摘があった。

上記のとおり、いずれの見解も「申立人本人と一定の関係にある第三者」の不利益を「損害」として考慮するという結論については異論はないところ、裁判例全体の傾向として、「申立人本人と一定の関係にある第三者」の不利益を本人の不利益として考慮するという立場であり、その限度ではあるものの、第三者の不利益も考慮するとの立場を採用しているとの指摘があった（裁判例27，裁判例38，裁判例43などは第三者の不利益も考慮している。）。

これに対しては、「第三者の不利益は考慮しない」旨を明示する裁判例があるとの指摘もされたものの、それは上記のような立場を採用したことを表明したにすぎないとみることができるとの指摘もされた。

以上によれば、「第三者の不利益」も取り込むべきであるとの指摘が、申立人と一定の関係にある者の不利益を取り込むようにすべきであるとの指摘であるとするれば、現状の裁判例の状況と大きな齟齬はなく、第三者の利益を本人の利益と同視することが可能か否かの判断が厳格に過ぎ、国民

の権利の実効的な救済が阻害されているといえるか否かが問題ということになるが、このような整理については、どのように考えるか。また、考慮すべき第三者の不利益として、運転免許取消処分の執行停止に関して申立人の母親の介護に支障を生ずることや、旧貸金業規制法（現行貸金業法）に基づく営業停止処分の執行停止に関して借り手たる中小企業者の不利益が例として指摘されていたが、どのように考えるか。

さらに、「第三者の不利益」を取り込むべきであるとの指摘が、「申立人と一定の関係にある者の不利益」を超え、全くの第三者の不利益（申立人本人の不利益とはおよそ引き直し得ない不利益）をも取り込むべきであるとのものであるとすれば（この点は第2回における議論においてははっきりとしなかった。）、仮の救済における「救済の必要性」の基本的な理解と大きく齟齬することになるのではないかと指摘もあり得るが、どのように考えるか。

2 「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における「重大」要件の緩和について

研究会においては、「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件における「重大な損害」の要件に関しては、「回復の困難な損害」とされていたのと比べて、損害が財産的なものである場合や社会的信用といったものに関係する場合についても執行停止の申立てが認容される可能性を高めたものとして評価できるとの指摘がされた。

もっとも、①処分が違法である可能性が高くとも、損害が軽ければ執行停止の申立てが認容されないという問題がある、②公共の福祉に特段影響を与えないような事案においては、損害が重大でなくとも執行停止の申立てが認容されるようにすべきであるといった指摘もされた。

これらの指摘は、いずれも「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件の判断過程において、「処分が違法である蓋然性」や「公共の福祉への影響の程度」を考慮すべきであるとの指摘であると解される所、上記①については裁判官も一応は考慮しており、その蓋然性が高ければ損害の重大性が乏しくても認容方向で検討しているとの指摘

や、処分が違法である蓋然性が多少低くとも損害が重大で回復が困難である場合にはやはり認容方向で検討しているとの指摘もあった。しかしながら、これらの判断が執行停止に関する決定例において示されることはなく、制度として両者を連動させる根拠とするのは困難であるとの指摘もあり得るところであり、また、両者を連動させた場合には逆に申立てを却下する方向に実務が動く危険があるのではないかといった指摘や、両者の要件は性質の異なるものであり、この要件を一体的に規定することは技術的に困難ではないかとの指摘もあった。また、そもそも、処分が違法であるとの具体的心証を得ているのに損害要件を充たさないために執行停止の申立てを却下せざるを得なかったとの実例があるのかどうかについては、判然としないとの指摘もあり得る。

また、上記②の指摘については、「処分内容及び性質」を考慮するように規定した改正行訴法第25条第3項の趣旨に照らせば、一定程度、その指向する方向性は具現化されているものと解されるが、これを超えて「重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるとき」の要件も不要とするべき事案としては、どのようなものがあり得るか。

なお、執行停止のほか、仮の義務付け及び仮の差止めについても、上記と同様の指摘があるところ、これらはいずれも仮の救済の制度であるため、仮の救済全体を見通して検討する必要がある（第2の1，第3の3参照）。

3 本案訴訟の適法な係属について

執行停止に関しては、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、研究会においては、本案訴訟と執行停止とで同一の書面を提出する手間や本案訴訟を提起すれば印紙代や弁護士報酬が高くなるという問題があることや、執行停止の申立てが行政側に再考を促す機会にもなり、無用な本案訴訟の提起を回避できるというメリットがあることなどから、民事仮処分と同様に、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘がされた。

これに対しては、本案訴訟の適法な係属は平成16年改正前から変更はないものであるところ、これを不要とすることは行訴法のオーソドックス

な考え方から乖離するものではないか、印紙代については訴訟費用制度全般の中で検討されるべき問題ではないかといった指摘もされた。

また、本案訴訟の適法な係属を不要とすべきであるとの見解は、執行停止の判断において、処分の適否に関する一定の判断が示されることを前提とするものと理解されるところ（そうでなければ、本案訴訟の提起は早晚必要となり、上記の指摘が前提とするようなメリットは発生しない。）、執行停止においては「本案について理由がないとみえる」という限られた資料に基づく暫定的判断がされるにすぎず、処分の適否についての正面からの判断は必ずしも必要とされないし、実際にもこの点の判断が示されるケースは実務上まれであることと整合しないとの指摘もあり得る。

なお、執行停止のほか、仮の義務付け及び仮の差止めについても、同様に、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘もあるところ、これらはいずれも仮の救済の制度であるため、仮の救済全体を見通して検討する必要がある（第2の2、第3の4参照）。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

4 第三者が処分の執行停止の申立てをした場合における処分の名宛人の手続関与

研究会においては、第三者が処分の執行停止の申立てをした場合において、処分の名宛人の手続関与を認める必要があるとの指摘がされた。

もっとも、これに対しては処分の名宛人の手続を法律上保障することとすれば、裁判所における審尋期日の指定が必要となるなど相応の時間を要することになるため執行停止の手続の迅速性を害するのではないかと、第三者の手続保障が時間的に不可能な場合もあるのではないかとといった指摘がされた。

また、手続保障をすとして、その目的をどのようなものと理解するのか、すなわち、執行停止の各要件のうちどの要件について主張させることを念頭に置くのか、本案訴訟について第三者の関与が必要とされていないにもかかわらず、執行停止についてのみ関与を必要とする理論的根拠はあるのか、といった指摘があり得る。

なお、「処分の名宛人」との概念についてもどのような者をいうのか、必ずしも判然としないとの指摘もあり得る。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

5 仮の執行停止について

研究会においては、執行停止の申立てがされたにもかかわらず、行政側が処分を執行してしまい、本案訴訟の利益が失われる事案があることから、執行停止の申立てを受けた裁判所において、職権に基づいて、仮の執行停止の決定を行うことを可能とする制度を設けるべきであるとの指摘がされた。

この点、現在の実務においては処分の執行日が迫っている場合には、可及的に、執行日までの間に必要な審理を終えるように体制を組んで対処しているとの指摘があった。

また、裁判所がどのような要件に基づいて「仮の停止」の可否を判断することになるのかは不明であるものの、仮に、その要件審理を行うに当たり当事者双方の意見を聴取するのであれば仮の執行停止制度を設ける意味は乏しいのではないかといった指摘がされた。

さらに、仮の執行停止の制度を設けたとしても、公共の福祉の観点から処分を実施する余地は認めざるを得ないところ、早期に処分を実施する客観的な必要性が乏しいにもかかわらず、執行停止の判断前に処分が執行され、原告の権利が侵害されたという事例がどの程度存在するのか判然としないとの指摘もあり得る（なお、旧貸金業規制法（現行貸金業法）に基づく営業停止処分の執行停止が紹介されていたが、この事案について、仮の執行停止を認めるべきかについて、どのように考えるか。）。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

第2 仮の義務付けについて

1 「本案について理由があるとみえる」として損害要件との総合的判断について

仮の義務付けにおいては、本案について理由があるとみえることが要件

とされているところ、研究会においては、実際上は「本案について理由があるとみえる」との要件と損害要件とは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として、これらを総合的に判断するようにすべきであるとの指摘があった。これに対しては、仮に本案に理由があると判断しているのであれば、速やかに本案の認容判決をすることになることなどから、実務上はあまり問題にならないのではないかとの指摘もあった。

この点については、執行停止においても同様の指摘があったところであるが、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、執行停止に関する上記第1の2参照。

2 本案訴訟の適法な係属について

研究会においては、仮の義務付けについても、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、執行停止と同様、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘がされた。

この点については、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、執行停止に関する第1の3参照。

第3 仮の差止めについて

1 「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」との要件の緩和について

(1) 研究会においては、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があ」との要件に関し、実際に処分がなされた後に、その取消しの訴えを提起するとともにその執行停止を求めるといった方法によっても損害の発生を避ける上で時機を失するというとはいえない場合には、要件該当性がないとの判断が示されているところ、このように判断されては仮の差止めの制度を設けた意味がなく、特に処分の名宛人以外の第三者が申立てをする事案においては常に却下されることになるから、要

件を緩和すべきであるとの指摘がされた。

もっとも、これに対しては、現実的損害だけを見るのか、処分が引き起こす観念的な不利益、将来巻き起こしかねない不利益まで見るのかの態度の問題であり、「償うことのできない」という部分の問題ではないのではないかとといった指摘や、むしろ、「緊急の必要」という要件との兼ね合いで現実には生じ、又は生じようとしている損害のみをみることとされているが、これは現実には生ずべき損害から国民を仮に救済するという仮の救済制度の目的に沿っているのではないかとといった指摘がされた。

また、仮の差止めは、行政庁がまだ処分をしていない段階で裁判所が判断することであり、かつ、裁判所が処分の差止めという満足的な判断を示すものであることから、法律は、償うことのできない損害というハードルを要求しているものであり、処分の名宛人以外の第三者が申立てをする事案についてのみ特に要件を加重していることはないとの指摘がされた。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

(2) また、「償うことのできない損害」との要件に関して、裁判例10（健康保険法第81条に基づく保険医登録の取消処分の仮の差止めを求めた事案）、裁判例11（介護保険法に基づき介護老人保健施設を開設している医療法人社団が、知事が行おうとしている同法に基づく業務停止命令等の仮の差止めを求めた事案）、裁判例13（司法書士が、3か月の業務停止処分がされようとしているとして、その仮の差止めを求めた事案）等について、これらの事案において上記の要件を具備しないと判断されるのであれば、厳格に過ぎるとの指摘がされた。

これに対しては、裁判例10については申立人が勤務医であって直ちに失職するおそれがあるわけではなかったことが考慮されたのではないかと指摘や、裁判例13について、司法書士の業務内容に関し弁護士とは相当に違うとの理解が前提になったのではないかと指摘もされたが、厳格に過ぎるとの指摘が大勢を占めた。

もっとも、これが裁判例のスタンダードとまではいえず、この裁判例

を前提に要件自体が厳格に過ぎるとは即断できないとの指摘や、それぞれの裁判例における具体的な主張立証の内容の巧拙によって結論が左右された可能性があるのではないかとの指摘もされた。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

2 処分の内容及び性質を「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」との要件において考慮することの適否

研究会においては、仮の差止めを認めることで公共の福祉に影響を与えるような場合に、仮の差止めを認めないようにすることは当然であるが、その判断が上記の要件の中でされるのは適切ではなく、消極的要件である「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」との要件（あるいはこれを緩和した要件）の下で判断すべきではないかとの指摘がされた。

この点については、仮の差止めについては、執行停止についての行訴法第25条第3項に相当する規定は置かれなかったものの、実務上は、当然に「処分の内容及び性質」をも含めて総合考慮すべきものと理解されているとの指摘がされた。

その上で、執行停止と仮の差止めとで、「損害を避けるため緊急の必要がある」との要件の判断に当たり考慮すべき要素に差を設ける合理的理由はあるのかという指摘があり得る上、むしろ、このような総合的な判断を可能にする方が全体として柔軟な判断が可能になるとの行訴法第25条第3項の立法趣旨は適切ではないかとの指摘がされた。

また、処分の内容及び性質をも考慮することの具体的な問題として、償うことのできない損害という原告側に立証責任のある要件の中に、消極的要件であるはずの公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるという要件にかかわる内容が入り込むと、結局、その不存在を原告側が主張立証する必要が出てくるという不都合があるとの指摘がされたが、これに対しては、仮に要件事実論に基づいて立証責任を分配すれば、処分の内容及び性質に関する事項は、「損害を避けるため緊急の必要がある」ことという規範的要件の評価障害事実と分類され、相手方が主張立証責任を負うのではないかとの指摘がされた。

さらに、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」との要件については、実務上、当該処分自体の行政目的に止まらないものと理解されており、この要件あるいはこの要件を緩和した要件の下で、当該処分自体の行政目的などを勘案することには問題があるのではないかとの指摘もあった。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

3 「本案について理由があるとみえる」とことと損害要件との総合的判断について

仮の差止めにおいては、本案について理由があるとみえることが要件とされているところ、研究会においては、実際上は「本案について理由があるとみえる」との要件と損害要件とは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として、これらを総合的に判断するようにすべきであるとの指摘があった。これに対しては、仮に本案に理由があると判断しているのであれば、速やかに本案の認容判決をすることになることなどから、実務上はあまり問題にならないのではないかとの指摘もあった。

この点については、執行停止においても同様の指摘があったところであるが、仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、執行停止に関する上記第1の2参照。

4 本案訴訟の適法な係属について

研究会においては、仮の差止めについても、本案訴訟の適法な係属が要件と解されているところ、執行停止と同様、本案訴訟の適法な係属を要件としないようにすべきであるとの指摘がされた。

この点については、執行停止を含めた仮の救済全般で統一的な結論となるべきものと解される。

具体的には、執行停止に関する第1の3参照。

第4 公法上の法律関係に関する確認の訴えについて

1 公法上の法律関係に関する確認の訴えの利用状況について

公法上の法律関係に関する確認の訴えに関しては、直ちに抗告訴訟の対象とはならないような公法上の法律関係に関する紛争において活用されているとの指摘が大勢を占め、特に行政立法に関する紛争については確認訴訟がよく機能しているとの指摘があった。ただ、個別的には、例えば、裁判例12・13（琵琶湖において、レジャー活動としてオオクチバス、ブルーギル等の外来魚を採捕した場合には、これを再び琵琶湖に放流してはならない旨を規定する県条例の規定は、立法事実が存在せず、釣り人である原告らの権利を侵害する違憲・違法なものであると主張して、県条例に基づく上記の義務がないことを確認する訴えを提起した事例）や裁判例16（廃棄物処理施設を使用しようとする者が、同施設は産業廃棄物処理施設の設置に係る知事の許可が必要でないものであるとして、その許可を要しない地位にあることの確認を求める訴えを提起した事例）については、確認の利益を厳格に解し過ぎるなどしているのではないかとの点で意見が一致した。

他方で、裁判例19（都市計画法に基づく地区計画の変更決定及び第1種市街地再開発事業の都市計画の決定の違法確認を求める訴えを当該地区計画の区域内に不動産を所有する者が提起した事例）をはじめとした行政計画の分野では必ずしも利用が進んでいないのではないかとの指摘がされたが、これは行政計画に固有の問題を多く含んでいるので、都市計画に関する特別な訴訟制度の創設を含め、別途検討する必要があるとの指摘があった。

このほか、裁判例5（潮受堤防の締切後に赤潮による漁業被害が発生したことから、被害の原因について、潮受堤防の各排水門を開門して、潮汐、潮流、水質、底質等の調査を行う義務が国に発生したとして、付近沿岸の海について漁業権を有する漁業組合連合会が、上記の調査義務を国が負うことの確認を求める訴えを提起した事例）や裁判例25（横浜地判平成19年9月5日・判例地方自治303号51頁。県が設置するごみ焼却施設の稼働停止及び新たなごみ焼却施設の建設を内容とする事業の実施に先立って県環境影響評価条例に基づく環境アセスメントの実施等を求めた事案。なお、本件では、確認の訴えではなく、給付の訴えとして提起されたものである。）については、確認の利益の存否について踏み込んだ検討がされていないが、

原告適格におけるような法律上保護された利益が存するか否かの検討をするのが裁判例の基本的な方向性であり、この点の検討をしないこれらの裁判例は突出しているのではないかと指摘がされた。これに対しては、裁判例25については環境アセスメントに参加する利益は広く一般に付与されており、法律上の争訟に当たらないとの指摘もあり得るが、そのような点を除けば、特に抗告訴訟の原告適格についてと同様に根拠法令の保護範囲といったものを議論する必要まではないのではないかと指摘や、確認訴訟については、取消訴訟などと異なり、訴訟物についてそのタイミングで判断をしないと実効的な権利救済が図られないのか否かの観点から成熟性の要件で確認の利益の存否を検討しており、その視点からは裁判例5などについて直ちに違和感があるものではないといった指摘があった。

以上を踏まえ、どのように考えるか。

2 公法上の当事者訴訟と民事仮処分について

(1) 両者の関係について

研究会においては、公法上の当事者訴訟と仮の救済との関係がはっきりしないので、公法上の当事者訴訟を本案として民事仮処分の申立てをすることができるのであればそのことを明記すべきであるとの意見があるとの指摘があった。

これは、公法上の法律関係に関する確認の訴えに止まらず、それ以外の類型の当事者訴訟を含めた問題であるところ、研究会においては、公法上の法律関係に関する争いについては、公権力の行使に当たる行為であれば執行停止等の仮の救済を利用することになり、他方で、それ以外のものについては行訴法第7条により民事仮処分を利用することとされており、これ以上に位置付けを明確にする必要はないのではないかと指摘がされた。

また、具体的な事案において、公権力の行使に当たるものとみるべきか、公法上の当事者訴訟とみるべきか分かりにくいものがあるのは確かであるが、ここまで明示しようとするれば、結局、個別にすべての行政の行為等について公権力の行使に当たるのか否かを規定するほかなく、そ

これは現実的には不可能ではないかとの指摘がされた。

(2) 立担保規定について

研究会においては、公法上の当事者訴訟を本案とする仮処分については、民事保全の命令は、担保を立てさせること等を条件として、又は担保を立てさせないで発することができるとする民事保全法第14条は適用しないことにする必要があるとの指摘がされた。

これに対しては、すべての公法上の当事者訴訟について立担保を命ずる必要がないとは言い切れないのではないかとの指摘がされたが、違法な行政がされているかもしれないとしてその是正を求めているときに、担保を積まなければ仮処分による仮の救済も得られないのは不合理ではないかとの指摘もあった。

そもそも、民事保全の担保は誤った保全命令を行った場合における将来の損害賠償の担保として位置付けられるものであるところ、仮に経済的な利益を目的としない事件であれば、将来の損害が考えにくい、あるいは金銭的に見積もり難く、高額な担保を積みという話にはなりにくいのではないかとの指摘もあったが、例えば、公務員の懲戒解雇の事案で、賃金の仮払いに加えて、退職金の支払まで仮払いが認められるとなると、影響は大きく、そういったケースでは立担保を命ずることに意味があるのではないかとの指摘もあった。

このほか、立担保を命ずる余地を認めないこととした場合には、裁判所が保全命令を発令することをむしろ抑制する影響を生じかねないのではないかとの指摘もあり得る。

以上を踏まえ、どのように考えるか。