

## 改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第2回会議 議事要旨

1. 日 時 平成23年1月21日（金） 自 18時00分  
至 21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) 執行停止に関する改正の概要等について

法務省から、執行停止に関する改正の概要、統計、執行停止に関する裁判例の動向等について、配布資料2に基づいて説明がされた。

#### (2) 日弁連によるアンケート結果について

日弁連から、「行政事件訴訟法の施行5年後見直しに向けたアンケート集計結果」について、日弁連資料に基づいて説明がされた。

#### (3) 自由討議

自由討議では、配布資料2の「第3 執行停止の要件に関する検討」を中心に検討が行われた。委員等の発言の要旨は、以下のとおり。

ア 重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき（第25条第2項）

○ 実際に事件を担当している弁護士の感覚からすると、「回復の困難な損害を避けるため」から「重大な損害を避けるため」に改正されたことにより、執行停止の申立てが認容される可能性が出てきたことは大きな成果である。しかし、弁護士の本音としては、処分が違法である可能性が高くても、損害が軽ければ執行停止の申立てはなかなか認容してもらえないというのが現状認識である。したがって、弁護士会としては、「重大な損害」という要件をさらに緩和すべきと考えている。

○ 平成16年改正後の裁判実務においては、執行停止の重大な損害の有無を判断するに際し、損害の性質のみならず、その程度、処分の内容及び性質がより適切に考慮されており、その結果、特に損害の性質が財産上のものである場合や、損害の内容が社会的信用の低下であるような事案についても、従来よりも相当柔軟に認められている。

○ 条文上は、「重大な損害」とは、申立人の損害に限定されていないため、申立人の利害関係人の損害も考慮することができれば、より柔軟な事案に即した決定を得られる可能性がある。弁護士サイドではこの点の要望が強い。実際、裁判例においても、申立人の利害関係人の損害を考慮しているのであれば、考慮すること

としても問題はなく、条文上、申立人の利害関係人の損害を考慮することができると明記すれば、より使い勝手が良くなるのではないか。

- 現行の行訴法は、主観訴訟を前提とし、申立人個人の権利、利益の救済を目的としている以上、第三者の被る不利益については、申立人の被る不利益と評価できる範囲で柔軟に考慮する裁判例が趨勢であると思われる。その上で、当該行政処分の行政目的を一時的に犠牲にしても守らなければならない「重大な損害」が生ずるか否かについて、いわば比較衡量のアプローチから判断する例が実務上は多いように思われる。裁判例27, 38, 43は、申立人の利害関係人の被る不利益を申立人の損害として適切に考慮しているのではないか。
- 申立人と何らかの関係がある第三者について、申立人がその者の被る不利益をも主張することができるかについて、裁判例を見ると、申立人以外の利益については考慮しないと明示しているものもある一方で、申立人の利益として読み込んでいるものもある。そうすると、第三者の利益を正面から考慮することを認めることとするのか、申立人の利益として読み込める範囲に留めるべきか、という問題になろう。正面から第三者の利益を考慮しても良いとも考えられるが、実務的な感覚としては、第三者の利益として様々なものが主張されることとなり、さばききれなくて困るということか。
- 執行停止の申立てには、公共施設の使用許可の取消処分の執行停止のように、緊急性を要する事案があるところ、争点が絞られている方が裁判所も迅速に判断できるのではないか。また、仮に第三者の利益を正面から考慮することを認める規定を設けたとしても、重大な損害の要件において、申立人と一定の関係にある第三者の利益をどの程度考慮するかは、結論においては、現在の裁判例とそれほど異ならないことになるのではないか。
- 弁護士としては、第三者が被るおそれのある不利益については、現在でも背景事情として主張しているはずであり、第三者が被るおそれのある不利益を考慮することができるという規定ができる結果、弁護士の主張内容が変わるということはないはずである。
- 申立人以外の第三者の利益を考慮することができるかどうかという点よりは、原告が主張している第三者の利益は、処分を停止しないと保護できないのかという点をテストすべきであり、実際にも裁判所は、この点をテストした上で重大な損害の有無を判断しているのではないか。例えば、裁判例23の保険医登録取消

処分については、患者は他の病院へ通院することができるので、患者の被る不利益は考慮しないが、患者が減少することにより解雇されるおそれのある従業員の不利益は考慮している。裁判例37、38の介護保険法に基づくサービス事業者の指定取消処分について、違法事由が過大請求のような利用者に対して直接の害を与えないタイプのものであれば、指定取消処分により利用登録者の被る不利益について考慮するが、裁判例39、40の無料又は低額で利用できる宿泊所を提供する第二種社会福祉事業の停止命令について、違法事由が宿泊所の利用者の生活を脅かすものである場合には、利用者が宿泊所を利用できないことによる不利益は考慮していない。第三者の不利益を考慮すべき旨の規定を設けたとしても、処分の執行停止を認めることにより保護されることとなる利益と無関係なものが主張されることになるのでは意味がない。

- 現在の裁判例において、第三者の被る不利益であって、本来、重大な損害として考慮されるべきであるのに考慮されておらず不適切であると考えられるものとして、どのようなものがあるのか。法改正が必要であるというならば、現状では不適切と考えられる事例が具体的に指摘されるべきであり、そうでない限り、法改正が必要ということにはならないのではないか。
- 例えば、運転免許取消処分の執行停止について、母親の介護に支障を生じることが申立人の不利益として適切に考慮されなかった事案がある。逆に、申立人と関係のある第三者の被る不利益を重大な損害として考慮することで何か問題になる事案が具体的に想定されないのであれば、裁判体により異なる判断がされるのを避けるため、第三者の被る不利益を重大な損害として考慮できる旨の規定を設けるべきである。
- 抽象的に申立人の不利益に限定すべきか、第三者の不利益をも考慮すべきかという議論をするのではなく、具体的な事案について、申立人とどのような関係を有する者の不利益が考慮されるべきなのか、考慮されるべきではないのかという点を議論すべきではないか。
- 原告適格が極めて限定されている結果、申立人と関係のある第三者が独自に取消訴訟を提起することは不可能に近い。執行停止は、本案について審理をしてみなければ違法性の有無がわからない事案について、本案判決までは現状を維持して良いという過渡的な制度であるから、申立人とその関係人で保護すべき利益を有する者については、その者の意見を聴くという制度があっても良いはずである。

- 第三者の利益を考慮することを認める規定を設けるとすると、利益状況について濃淡のある第三者について、申立人との関連性や法的保護に値する利益の有無を検討して、考慮できない第三者を排除するという作業になるが、現在のように、申立人の利益を中心とし、事案の実情に即して、申立人と関連性のある第三者の利益を考慮するという方が、制度としては運用しやすいと思う。また、第三者の利益を考慮することを正面から制度として認めるとすると、裁判所の負担が増えるというよりは、申立人側の主張に対する相手方の反論、再反論の負担が増えるために、執行停止の判断の迅速性が妨げられるおそれがあるということであろう。
- 仮に、条文を作るとすれば、行訴法第10条第1項の損害版のようなものを作ることになるのではないか。すなわち、自己の法律上の利益に関係のない損害について主張することができないというような条文を想定している。
- イ 本案について理由がないとみえること（第25条第4項）
- 文献には、重大な損害の有無の判断が、本案の理由の有無についての心証の程度に影響を受けるという記載があるが、裁判実務の運用において、どの程度関連しているのか。重大な損害の要件を緩和したとしても、本案について理由がないのであれば、執行停止を認めることはできないのではないか。現に、重大な損害の発生が認められる事案であっても、本案に理由がないとして執行停止を認めていない裁判例もあるようである。本案について理由がなさそうであれば、重大な損害の有無について重視しないのか、重大な損害が生ずるおそれがあれば、多少、本案についての理由があるかどうかははっきりしなくても、何とか救おうとしているのか。
- 現場の感覚としては、文献に書いてあるよりも相互の要件は連動しているという感じである。ただし、重大な損害と本案についての理由のどちらかの要件に全く該当しないのであれば救いようがない。なお、事実関係に争いがある事案について、執行停止の段階で事実認定をした上で本案に理由がないという判断をするということはほとんどないが、事実関係の評価や法律解釈のみに争いのある事案であれば、執行停止と本案訴訟とでは、検討できる期間に違いがあるにすぎないため、本案の理由の有無の要件の判断において、本案についての結論を示すことはあると考えている。
- 裁判官の深層心理としては、重大な損害の要件と本案の理由の要件とは連動させて検討しており、本案に理由があることが明らかであれば、多少損害の内容自

体が軽くても執行停止を認めるだろうし、逆に、本案の理由がかなり弱い場合であっても、重大な損害が明らかに認められる場合であれば執行停止を認めるだろう。ただし、条文上は、独立した要件として規定されているので、判文上は相關的に考慮したことは示されないことが多い。

- 実務家の深層心理がそのようなものであるならば、第25条の第2項と第4項とを分けずに一体として条文で規定して欲しいということにはならないのか。
- 実務上、重大な損害の内容が非常に重く、損害の性質上回復が困難であるような場合には、本案の理由が多少弱くても執行停止を認めるなど、相関関係は、執行停止を認める方向で働いているように思われるが、条文上、重大な損害の有無と本案の理由の有無とを完全な相関関係としてしまうと、かえって、本案の理由が弱い場合には、執行停止を認めにくくなってしまうおそれがあるのではないのか。
- 本案の理由の有無と重大な損害の有無とは、性質の異なる要件であるので、一つの条文において本文とただし書のような形で規定することは不適切であり、別個の条項とせざるを得ないのではないのか。
- 裁判例1から4までのように、退去強制令書に基づく收容処分について、特別の事情がない限り、重大な損害には当たらないと判示する裁判例が多いようだが、行政実体法の定め方が関係しているのか。
- 收容処分による不利益は、社会通念上、重大な不利益に当たると考えられるが、入管法自体が退去強制令書に基づき收容することを予定している。したがって、条文でいえば行訴法第9条第2項の処分の目的又は性質の解釈によるということになるが、強制收容の不利益を理由に直ちに重大な損害に当たるとすると、入管法の趣旨を損なうことになってしまうのではないのか。すなわち、收容処分についても、通常生ずる損害説によっているのではなく、処分の目的又は性質が勘案された結果と理解している。
- 退去強制制度は、在留資格を有しない外国人を本邦内で活動させてはならないという目的を有しており、強制收容は、その目的を確保するための制度である。したがって、收容処分自体が重大な損害に当たるとして執行停止を認めると、在留資格のない外国人が何の制限も受けずに社会に出て活動してしまうことになり不当であるから、收容処分については、処分の性質が持つ意味は大きいと思われる。また、入管法上の仮放免の制度は、收容による不利益を考慮して運用されていることもあり、收容部分についての執行停止は基本的には認められない結果に

なっているのではないか。

- 理論的には、通常生ずる損害であるという理由のみで、重大な損害に当たらないと判断するのはおかしいと思うが、いわゆる処分の当然の結果として生ずる損害説の考え方は、処分により一般的に生ずる通常の損害とそれに対立する公益とを比較衡量すると、一般的には公益の方が重いので、それだけでは執行停止を認められないという一般的な利益衡量の結果を示したものではないか。
- 第三者が申し立てる執行停止について、重大な損害として考慮される不利益は、取消訴訟の原告適格を基礎付けるものに限られるのか。裁判例13を見ると、建物が建築されることにより生ずる圧迫感やプライバシー侵害のような不利益は、そもそも、カテゴリーカルに重大な損害に入らないといっているようにも読めるし、そうではないようにも読める。
- 理論上、申立人適格を基礎付ける利益に関する損害に限定されるということでは必ずしもないように思われるが、裁判例においては、申立人適格を基礎付けるような利益に関係のない損害であれば、重大な損害としてほとんど考慮されていないのではないか。
- 裁判例13では、プライバシー侵害や日照侵害については、具体的な不利益が主張されれば考慮されたのではないか。
- 本案である取消訴訟では、損害の程度は勝訴要件とはなっていないが、仮の救済において、本案勝訴要件ではないものをかなり具体的に疎明させるということになると、これでよいのかと思う。もう少し形式的に、どのような損害が想定できて、その性質がどのようなものかという判断で足りるようにすべきという感覚はないのか。
- 重大な損害は仮の救済のみの要件であるので、それなりに審理しなければならないという感覚を持っている。ただし、必要となる疎明の内容・程度は、行政処分の種類や個別の事情によっても変わってくるのではないか。運転免許取消処分について、都市部の居住者については通常は重大な損害が生ずるとは考えにくいですが、地方の居住者であれば重大な損害が生ずる事案もあり得る。処分ごと、事案ごとに疎明の仕方は変わってくるのではないか。
- 執行停止は仮の救済であるため、本案判決が出るまでにどれだけの損害が生ずるかという要件は、本案判決の要件とは少し離れざるを得ない点がある。重大な損害に当たるというためには、原告適格と同様に、申立人の権利又は利益と関わ

るものであることが必要であるが、本案判決が出るまでの間にどれだけの具体的な損害が生ずるのかという損害の内容については、本案判決と少しずれる可能性があるということかもしれない。

ウ 公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること（第25条第4項）

○ 公共の福祉に特段影響のない事案、行政目的に支障を生じない事案については、重大な損害の要件を満たさなくとも執行停止を認めて欲しいという意見が弁護士サイドからは出ている。

○ 公共の福祉の要件は、ブラックボックスのような要件であり、現在はほとんど使われておらず、どこまで有意な要件かと思うが、あっても困らないという要件かもしれない。

○ 処分の性質又は内容という考慮要素でとらえ切れない公益を公共の福祉の要件で考慮するということはあり得るのかもしれない。

エ 本案訴訟である取消訴訟が適法に係属していること（第25条第2項）

○ 執行停止の申立ての際、本案訴訟の提起まで強制する必要はないという意見がある。実務的には、執行停止と本案訴訟とで同一の証拠を提出し、同一内容の申立書・訴状を作成するのは手間であり、印紙代も高くなるという問題点がある。民事保全では本案訴訟の提起は強制されておらず、取扱いに差があるが、当事者訴訟も視野に入れると、バランスを考える必要がある。

○ 執行停止の申立てについて、一定の判断が示されれば、紛争自体が解決できる事案についてまで本案訴訟の提起を強制すると、執行停止の申立てについて判断が示されて、紛争自体は解決したにもかかわらず、本案訴訟だけが係属し続けるという事態が生ずる。執行停止の申立てについて判断が示されれば、行政も考え直すので、執行停止の申立てについて、裁判所にまず迅速に判断してもらい、その判断を前提に本案訴訟を提起するかどうかを考える仕組みの方が合理的ではないか。

○ 裁判官としては、執行停止は、あくまでも本案訴訟までの暫定的措置であり、本案訴訟が本体という感覚である。民事保全の仮処分などの場合は、密行性の観点からも本案訴訟前に申し立てる必要性が高いものもあると思うが、執行停止の申立てについては、特段の支障がないのであれば、あくまでも本案訴訟で勝訴するまでの暫定措置であるから、本案訴訟も同時に提起すべきではないか。

○ 印紙代は、本案訴訟の原告が数百人になると100万円台になるが、民事保全

の仮処分であれば2000円で足りる。執行停止についても2000円で足りるはずなので、印紙代は、行政訴訟の提起を抑制する効果がある。

- 印紙代についての指摘は、執行停止の制度の在り方の中で議論されるべきものではなく、裁判の手数料一般に関するものというべきであろう。
- 本案訴訟だけが残ってしまうというのはどのような事案か。
- 懲戒免職処分の執行停止などの労働行政関係の事案では、執行停止の判断において示された理由により、本案訴訟の見込みが立つことが多いが、本案訴訟だけを取り下げずに係属させることがある。裁判所も取下げを勧告するが、それに応じない原告も多い。本案訴訟の同時提起の強制をやめれば、勝訴の見込みのない本案訴訟を誘発することはなくなるという点で意義がある。
- 本案訴訟の同時提起の強制がなくなれば、弁護士報酬は安くなるのか。
- 現在は、執行停止と本案訴訟とを一体として受任しているが、本案訴訟は別に提起できるのであれば、事件にどの程度弁護士が拘束されるのかにもよるので、報酬は変わる可能性がある。本案訴訟の提起が強制されることは、国民側の訴訟戦略が制限されることであり、現実問題として司法アクセスも一定程度制約されているという認識である。
- 仮に、執行停止の申立ての際に本案訴訟の提起が要求されているために、本案訴訟の提起が制約されるというようなことがあるとすれば、今の議論からすると、むしろ弁護士報酬の在り方を含めた検討がされるべきであろう。
- 現在の行政訴訟の勝訴率などを考えると、執行停止の申立ては、とりあえずトライしてみるという性格があり、そのハードルを下げるのが本案訴訟の活性化につながる。執行停止の申立てで認容決定を得れば、本案訴訟を提起してみようという国民も増えるのではないか。逆に言えば、現在は、決心して初期投資をするので、最後の本案訴訟まで意味がなくてもやろうとする人がかなり多い気がする。
- 伝統的には、執行停止については、行政側も行政処分としてフォーマルに決定しているのであるから、国民側もフォーマルに争って欲しいということではないのか。
- ドイツでは本案訴訟の提起は要件とされていないので、理論的に、現在の行訴法のシステムが絶対というわけではない。また、当事者訴訟と抗告訴訟との間で、救済内容が全く異なる可能性があるという問題はある。全体として救済システム

をどうするかということ再度検討した方が良いのではないか。

オ その他の論点について

- 当事者訴訟について、執行停止には限られないが、民事仮処分その他何らかの形で仮の救済が認められる必要がある。また、第三者が申し立てた執行停止の申立てについて、処分の名宛人を執行停止の手續に関与させる仕組みが必要と考えている。この点は、行政訴訟検討会でも指摘されていた。さらに、仮の執行停止制度を設けて欲しいという意見もあり、内閣総理大臣の異議については廃止すべきという議論がある。
- 処分の名宛人の手續保障については、現行法の下でも、処分の性質又は内容を考慮する中で、裁判所は実質的に考慮しているのではないか。第三者の手續保障に関する明文を置くべきであるという考え方もあろうが、仮に名宛人に対する手續保障を行うとすると、第三者に対する申立書の送達や意見書の提出のために一定の期間を要することになり、特に処分の名宛人が多数である場合には手續が重くなるため、執行停止の迅速性を害するおそれがあることに留意すべきであろう。また、予定されている処分までの期間が短い場合には、第三者の手續保障のための時間的余裕がない事案も想定されるのではないか。
- 第三者からの意見聴取については、裁判所の職権で行えるようにすることでもよいのではないか。
- 処分までの期間が極めて短い場合などには、実際に第三者から意見を聴取する時間的余裕はないと思われるため、裁判所の裁量で必要だと思われる場合には意見を聴取することとし、時間的余裕がなければ、当事者に陳述書の提出を求めるなどするしかないのではないか。
- 第三者が執行停止を申し立てた処分の名宛人としては、執行停止の認容決定に対して、相手方側に補助参加するとともに即時抗告の申立てをするという方法が考えられるが、その方法では満足できないのか。
- 第三者が執行停止の申立てをする場合、一番影響を受けるのは処分の名宛人であるが、最も利害関係を有する名宛人に対して何も知らせずに執行停止の決定が出るということであれば、よく分からない。
- 建築確認処分の執行停止であれば、通常、第三者を巻き込んだ社会的な紛争が生じているため、執行停止の申立てがあれば、行政側の代理人は、建設会社又は施主には必ず連絡する。その上で、時間的な余裕があれば、建設会社等の意見書

を提出し、時間的な余裕がなければ、行政側だけで意見書を提出することもある。建築確認処分の執行停止については、比較的時間的な余裕はあるが、公共施設の利用許可の取消処分などの事案は、時間的にタイトなものが多い。行政側の代理人としては、事前にスケジュールを空けて対応している。第三者から事実上意見を聴取するだけであればそれほど時間はかからないが、正式な審尋期日を開いて第三者に出頭してもらって意見を聴取することを考えれば、1か月くらいは必要になると思われる。

- そうすると、迅速性を重視し、實際上、行政側が第三者の意見をくみ取って主張しているから、手続保障は足りているという考え方もあり得るが、他方で、実情がそのようなものであれば、手続保障の機会を与えてもそれほど迅速性を損なうことにはならないとも思える。
- 執行停止の判断に迅速性が強く求められる事案であって、第三者により申立てがされる事案というのがよく分からない。公共施設の利用許可の取消処分などについては、第三者は想定しにくいのではないか。逆に、建築確認処分であれば、執行停止の判断に迅速性が強く求められるということも想定しにくい。第三者による執行停止の申立てについて、処分の名宛人に対する手続保障の機会を設けることの是非については、申立人の仮の救済に不利にならないかどうか、事案の整理をすべきではないか。
- 重大な損害の要件を緩和すると、執行停止のハードルが下がることになるが、処分の名宛人について手続保障を手厚くすると、逆に、執行停止の手続が煩雑になり、簡易迅速性が損なわれるのではないか。
- 仮の執行停止については、どのような制度を考えているのか。行訴法上は執行不停止の原則だが、個別法において、ある特定の処分については執行停止にするということか。
- また、仮の執行停止の場合には、相手方から意見を聴取するのか。意見を聴取するのであれば、現在の制度とあまり変わらないのではないか。実務的には、処分の執行日が間近に迫っている場合には、裁判所は、執行前に抗告審の決定が出るようなスケジュールを組んで事案処理に当たっている。例えば、週末を挟むような場合であっても、裁判所の訟廷部門を通じて高裁と連絡を取り、待機などの必要な体制をとってもらい、処分の執行日を見据えて計画的に審理している。
- 相手方の意見を聴かずに、申立てがあった場合に自動的に執行停止をしてしま

うと、処分の性質によっては相当でない場面が出てくるのではないか。例えば、医師免許の取消処分などについては、医師としての適正を欠くという理由で取消処分がされているにもかかわらず、決定まで医師としての活動を認めるというのは必ずしも適切でない場合があるから、処分の内容によって個別に考える必要があるのではないか。

- 仮の執行停止の制度とは、執行停止の申立てと別に仮の執行停止の申立てをするのではなく、執行停止の申立てがあれば、裁判所は、必要があれば、仮の執行停止の決定をすることができるという提案である。執行停止の申立てがされているにもかかわらず、本案訴訟の利益を失わせるような形で行政庁が処理する事案がないわけではないため、この制度があれば救済されるという趣旨である。
- ドイツでは、判例上、中間決定的なことが認められており、それを念頭に置いての提案ではないかと思っている。行政訴訟検討会では、裁判所は、タイミングを見て、早期に決定を出すべき事案については速やかに対応しており、わざわざ仮の執行停止の制度を作るまでもないという意見が出ていたと記憶している。実際上は、タイミングを見計らって執行停止の可否を検討すれば足りる場合がほとんどなのではないか。