

改正行訴法施行状況検証研究会（第6回） — 仮の義務付け —

第1 仮の義務付けに関する改正の概要

1 改正前の規律

改正前の行政事件訴訟法は、仮の義務付けについて、特段の規定を設けていなかった。

2 改正の概要

改正法は、新たな抗告訴訟の類型として義務付けの訴えを設けたことに伴い、国民の権利利益の実効的な救済手続の整備を図る観点から、本案判決前における仮の救済の制度として仮の義務付けを新設した。

仮の義務付けの要件としては、①義務付けの訴えの提起があった場合であることに加え、②「その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる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こと、③「本案について理由があるとみえる」ことのいずれにも該当することが必要である（行政事件訴訟法第37条の5第1項）。

他方で、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」とときには、仮の義務付けをすることはできないとされる（同条第3項）。

執行停止に比べて要件が加重されているのは、仮の義務付けが、行政庁が処分をしていないにもかかわらず、裁判所が、処分をすべき旨を直接命ずる裁判であり、しかも、本案判決において求める結果と同じ内容を本案判決前に仮に命ずる裁判であることから、そのような重大な効力を有する裁判をするに当たっては、それにふさわしい仮の救済の必要性が認められることを要件とする趣旨であるとされている。

第2 検討

- 1 改正後の裁判例の動向（改行することなく続けて掲げている裁判例は同一事件である。）

(1) 認容事例

- [1] 徳島地決平成17年6月7日最高裁判所HP（町立幼稚園長に対して二分脊椎の障害のある幼児の幼稚園への就園の許可を申請したところ、これを不許可とする決定がされた者が、就園を許可するように仮の義務付けを求めた事案につき、本案訴訟の判決を待っている幼稚園に正式入園して保育を受ける機会を喪失するなどとして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いえりとし、他方、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれは認められないなどとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- [2] 東京地決平成18年1月25日最高裁判所HP（市福祉事務所長に対してカニューレを装着した児童の普通保育園への入園の申請をしたところ、不承諾とされた者が、入園を承諾するように仮の義務付けを求めた事案につき、本案訴訟の判決を待っている保育園に入園して保育を受ける機会を喪失する可能性が高い、幼児期において子どもをどのような環境においてどのような生活を送らせるかは親権者の権利、義務にも影響するから、子どもの損害は親権者の損害でもあるなどとして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いえりとし、かつ、たん等の吸引と誤えんへの注意の点について格別の配慮を要するとしても、その程度に照らし、普通保育園での保育が可能であると認めるべきであり、市福祉事務所長の判断には裁量の逸脱・濫用があるなどとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- [3] 大阪高決平成20年3月28日最高裁判所HP（気管支ぜんそくに罹患するなどする子どもは学校教育法71条にいう病弱者に該当するとして、市教育委員会が同人を特別支援学校である特定の学校に就学させるべき旨の指定通知の仮の義務付けを求めた事案につき、指定をしないことは裁量権の逸脱・濫用に当たり、本案について理由があるとみえるときに該当し、かつ、今後とも不登校の状態が続く蓋然性が高いことは容易に推認され、同人の心身の健全な発達が一層阻害されることは明らかであることなどから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いえりとして、仮の義務付けの申立てを認容）、 [4] 大阪地決平成19年8月10日最高裁判所HP（同上）

※ ほぼ同旨の認容事案として大阪地決平成20年7月18日判例地方自治316号37頁（[5]）がある。

- 〔6〕奈良地決平成21年6月26日最高裁判所HP（四肢に障害があるものの学校教育法施行令第5条第1項第2号の認定就学者に該当するとして、申立人の就学すべき中学校として特定の中学校を指定するよう仮の義務付けを求めた事案につき、同人が認定就学者に該当しないと判断し、指定を行わなかった判断は著しく妥当性を欠き、特別支援教育の理念を没却するもので裁量を逸脱・濫用したものであり、本案について理由があるとみえるときに該当するとし、かつ、普通学級で他の生徒らと共に授業を受け、学校生活を送ることで、自己の障害を克服する等するための時間が刻々と失われている状況にあるなどとして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いえるとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔7〕岡山地決平成19年10月15日最高裁判所HP（歌劇団の公演を実施するため公の施設（シンフォニーホール）の使用許可の申請をしたところ当該施設の指定管理者たる財団法人が不許可処分をしたことから、許可処分の仮の義務付けを求めた事案につき、公演を通じて図ろうとした、民族教育を守り発展させる、在日朝鮮人社会の連携を深めるなどの目的が達せられないなどの精神的苦痛等の損害は金銭賠償のみによって甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価されるものであり、開催予定日までに本案訴訟の判決が確定しないことも明らかであるから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いえるとし、かつ、地方自治法又は条例の定める使用不許可事由は存在しないから本案について理由があるとみえるときに当たるとする一方、公演を実施しても警察の適切な警備等によって防止できない混乱が生ずるとは認めがたいから公共の福祉に重大な影響の及ぶおそれがあるとはいえないとして、仮の義務付けの申立てを認容）
- 〔8〕福岡地決平成22年5月12日最高裁判所HP（一般乗用旅客自動車運送事業の運賃及び料金の認可申請を却下された者が、申請の認可の仮の義務付けを求めた事案につき、認可がされなければ原認可に付された期限の経過をもってタクシー事業に係る営業を停止せざるを得ないこととなり、会社の人的基盤の喪失や顧客等との信頼関係の破壊を含む損害が発生し、これは金銭賠償のみによって甘受させることが社会通念上著しく不相当であり、原認可の期限も切迫しているから、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い

えるとし、かつ、不許可処分は裁量権を逸脱・濫用したものと一応認められるから本案について理由があるとみえるときに当たるとする一方、認可を仮に義務付けても直ちに運賃認可制度の運用に重大な混乱が生じるとは認め難いなどとして公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとはいえないとし、仮の義務付けの申立てを認容)

※ 上記決定においては、仮の義務付け命令の効力の終期を定めており、特定の日又は第一審判決の言渡しの日いずれか早い日とした。

- [9] 福岡高裁那覇支部決定平成22年3月19日最高裁判所HP（生活保護の開始の申請を却下された者が、生活保護を開始して生活扶助等を支給することの仮の義務付けを求めた事案につき、本件申請時において、必要な生活費、家賃及び医療費等に著しく不足する困窮状態にあり、生活扶助等が支給されなければ、申立人が健康で文化的な最低限度の生活水準を維持することができないという損害を被るおそれがあったなどとして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いえとし、かつ、生活保護を開始しないことが裁量の範囲を超えるものと一応認められ、本案について理由があるとみえるときに該当するとし、仮の義務付けの申立ての申立てを認容）、[10] 那覇地決平成21年12月22日最高裁判所HP（同上）

(2) 却下事例

- [11] 東京地決平成18年10月20日最高裁判所HP（出入国管理及び難民認定法第61条の2の4第1項に基づく仮滞在の許可の仮の義務付けを求めた事案につき、①上陸防止施設（エアポートレストハウス）に留め置かれること、②退去強制令書が発付されること、③退去強制手続において、身体が拘束されること、④入国管理局収容場等に収容されたままの状態での難民認定手続が進行することが損害として主張されたところ、社会通念上金銭賠償による回復をもって甘受することもやむを得ない等の理由により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はいえないとして、仮の義務付けの申立てを却下)
- [12] 名古屋地決平成22年11月19日最高裁判所HP（市議会の解散請求をするための署名簿を区選挙管理委員会に提出し、署名簿に署名した者が選挙人名簿に登録された者であることの証明を求めたのに対し、各区選挙管理委員会

が、地方自治法所定の審査期間を延長し、いまだ署名の効力の決定等を行って
いなかったところ、①署名の効力の決定及び証明をすること、②署名簿の関係
人に対する縦覧をすること、及び③署名簿の縦覧の期間及び場所について予め
これを告示し、かつ、公衆の見やすい方法によりこれを公表することの仮の義
務付けを求めた事案につき、上記延長は適法であると認められるので、本案に
ついて理由があるとみえるときに当たるとは認められないとして、仮の義務付
けの申立てを却下)

- 〔13〕名古屋地決平成19年9月28日最高裁判所HP（養育している実子が退
去強制令書発付処分後に日本人男性により認知を受けたことから在留特別許
可が認められるべきであるとして退去強制令書発付処分の撤回及び在留特別
許可の付与の仮の義務付けを求めた事案につき、認知の事実は実質的な父子関
係の形成とは無関係なものであるなどの理由により、裁量権の逸脱・濫用はな
く、本案について理由があるとみえるときに当たるとは認められないとして、
仮の義務付けの申立てを却下)
- 〔14〕大阪地決平成19年8月10日最高裁判所HP（住民異動届を提出したと
ころ居住の実態がないとして不受理処分をされた者が、当該異動届に基づく住
民登録の仮の義務付けを求めた事案につき、不受理処分の住所地の判断に不合
理な点はなく、他に不受理処分が違法であることをうかがわせる事情もないと
して、不受理処分の取消しを求める請求を認容する余地はなく、そのため、義
務付けの訴えが適法に係属しているということはず、本案について理由が
あるとみえるときにも該当しないとして、仮の義務付けの申立てを却下)

2 検討

仮の義務付けに関する改正の意義及び運用状況について、改正後の上
記裁判例の動向等を踏まえ、どのように分析・評価すべきか。