

改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会第10回会議 議事要旨

1. 日 時 平成24年1月20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) 被告適格・管轄・出訴期間・釈明処分の特則・教示・執行停止・仮の義務付け・仮の差止めについて

法務省から、被告適格、管轄、出訴期間、釈明処分の特則、教示、執行停止、仮の義務付け及び仮の差止めに関する当研究会における議論の概要に関し、配布資料9及び配布資料10に基づいて説明がされた。

- (2) 自由討議

自由討議における委員等の発言の要旨は、以下のとおり（なお、項目の表示がない論点については特に発言がなかった。）。

ア 管轄について

■ 配布資料9の第4の1に関して

- 地方に行くと、地元の地方裁判所に出訴できるように、あるいは地方裁判所の支部でも出訴できるようにして欲しいという要望が強い。

情報公開法の一部改正法案との違いについては、情報公開訴訟のような利益の希薄な訴訟でさえ原告の住所地の地方裁判所でできるとすれば、他の主観訴訟も当然にできるようにすべきではないか。一定の専門性が必要であるとの指摘については、同じ事件でも国家賠償訴訟であれば原告の住所地で争えることからして、専門性等の議論は必ずしも説得的ではなく、必ずしも一貫しない気もする。また、高裁支部に裁判管轄を認めるのが法技術的に難しいのであれば、支部も裁判所規則でなく、法で定めるように変更できないか。

- 情報公開訴訟については自己の利益に基づく主観訴訟としての性質が希薄であるから住所地の地方裁判所に出訴することができていい、という理屈については、ロジックとして関連性があるのか、疑問がある。一方、前回の行政訴訟検討会では、原告の住所に近い所で容易に訴えを提

起できるようにしたいという要請と、事件を集中させて専門性のある人材を作りたいという要請の妥協として、今の改正になったと理解しているので、管轄を拡大すると、結局、専門的知見をどこかに集めようとしていることと矛盾するというのは、ロジックとしてあると思う。

- 自己の利益に基づく主観訴訟としての性質が希薄であるという議論がされていたのか。
- 情報公開法の一部改正法案については、政府提出法案として既に国会に提出されているものの、審議入りしていない状況である。行政透明化検討チームにおいては、情報公開訴訟は余り件数も多くなく、件数が多くなっても実務上混乱することはないといった説明がされた程度であり、積極的な根拠については説明がされていない。ただ、行訴法の所管の側からすれば、客観訴訟的な側面、あるいは国民の知る権利と深い繋がりがあるといふ側面に着目した政策判断として拡大されたのだらうと認識している。
- 仮に、情報公開について、具体的な利益とかかわりなく申請を認めた趣旨が、広く国の行為について国民のチェックが行き届くようにしようとするものであるとすれば、訴訟の管轄についても広く認めた方が、よりチェックがうまく働くという判断がされたのではないかという推測はできるのではないか。

一般の行政訴訟の場合には、それぞれの具体的・主観的な利益を保護するために行われるという側面があり、情報公開の場合とは異なるものと考えられる。とはいえ、行訴法第12条第1項・第3項に基づいて処分行政庁の所在地とか下級行政機関の所在地にも管轄を広げているという部分があり、現行法における裁判所の専門性とアクセスの利便性のバランスのとり方には、合理性があるのではないか。資料や証拠は処分行政庁がある場所にあることが多いし、尋問をする場合のことを考えると、関係者も処分行政庁の近くにいることが想定される。その意味で、平成16年改正後の管轄の規定は、現時点においては1つのバランスがとれたものではないかと思う。

- 主観訴訟としての性質が希薄だと言われると、情報公開請求権を特に

付与した趣旨との関係でどうかという気がするので、少し表現ぶりを考える必要はあるかもしれない。地方公共団体の条例で各地の裁判所で経験が蓄積されているので、専門性からいっても矛盾がないというところはあったのではないかと思う。

- 行政訴訟全体で見て、国を相手方とする行政訴訟だけに残るような特殊な問題というのは、実はそれほどないのではないか。専門的な知見を集めるといふ趣旨は分かるが、それほど問題ではなくなっているのではないか。民事事件の件数はそれほど増えているわけではないので、それほど数はないけれども、重たい事件として、行政事件を各地裁に振り分けても悪くはないのではないか。
- 各地裁で処理し切れるかという消極的な発想というよりは、できるだけ事件を集めて行政訴訟の専門的な部分について通曉した裁判官による裁判が可能になるようにするという話ではなかったか。
- しかし、下級行政庁が処理すれば各地裁で訴訟をするし、ごく少数のものについてのみ霞が関のある東京で行うということになっていないか。
- 被告の住所地で訴えを提起するのが民事訴訟法で定められた趣旨はどういうことか。
- 訴えを提起する以上は、原告としては、訴えを提起される側のところまで出向いていくのが公平だという発想ではないか。
- そのロジックを前提とすると、行政訴訟の場合には、強く被告の住所地でという必要はないのではないか。行政訴訟については、侵害処分を典型として、おおむね行政の側がまず法律関係を変動させにかかっている場合が多い。また、年金などの給付型の処分については、持参債務であれば、債務の履行地が原告の住所地ということになる。その意味で、むしろ政策的な問題だという前提で考えた方がいいのではないか。情報公開訴訟は、文書はいろいろであるが、比較的定型性の高い類型であるし、それ以外でも、定型性が高く、地方でたまに行政訴訟が提起されても問題がないもの、建築関係事件や、民事の勘がききそうな事案について、管轄を順次動かすことは考えられるのではないか。

- 行政訴訟には処分性，原告適格，出訴期間といったテクニカルな問題が非常に多く，国家賠償訴訟とはかなり違う。行政事件の処理に慣れているとはいいい難い裁判所で審理する場合に，これらの点について適切でない判断がされると，控訴して上級審の判断を求めなければならなくなるということも，国民にとってのデメリットとして考慮する必要があるのではないか。年間2200～2300件ぐらい提起される行政訴訟のうち半分程度を東京，大阪で処理しているが，そういう集約されたところで判断をしていく方が，特に訴訟要件の部分で審理が長期化したり，訴訟が効率的に行われなかったりといったことが少ない可能性はある。地方においては，行政訴訟といっても，住民訴訟のほか，情報公開訴訟や固定資産税に関する訴訟が多く，処分性などの行訴法特有の訴訟要件が問題となることは少なく，裁判官の専門性を向上させにくいのが実情であるように思われる。
- 今後，行政法に習熟した裁判官がどれだけ増えてきて，地裁に配置されるのかという実態も多分あるのではないか。
- 地元自治体の事件は当該地裁にかかる筈であり一定の専門性があるのではないか。さらに，司法アクセスという観点もある。法科大学院でも行政法が必修化されているし，むしろそういう行政法に通暁した裁判官を増やしていく方向で考えるべきではないか。
- 弁護士の方が，遠くまで行かなければならぬと困ると思うのはどのような事件か。
- 特定の訴訟類型を念頭に置いた議論ではないと思う。年金の裁定などについては確かにそういう問題があったが，それはほぼ解決された。その意味で，一般論の世界の問題になっているのかなという気はする。

正直なところ，これはかなり政策的な問題である。要するに，国民にとって訴えやすくというのを最大限に見れば住所地で訴えを提起できるようにすればいいという議論になり，専門性を重視して適正な判断をとるのであれば現状でいいとなる。そこが最大の価値基準の分かれるところではないか。ただ，訴える側の弁護士とすれば，訴えやすくしてほしいという意見が強いのもご理解いただきたい。

- 例えば新石垣空港の事案は那覇地裁に管轄がないのではないか。高裁支部の置かれた地を管轄する地裁にも訴えを提起できるとすることが、実は落としどころとしていい案だと個人的に思っている。もし憲法論になるとすれば駄目かも知れないが、ユーザーの視点に立って司法アクセスを考えてもらいたい。
- 高裁の管轄は下級裁判所の設立及び管轄区域に関する法律の別表に規定があるが、行政事件訴訟法はどこに高裁があるかは関知しないまま、高裁の所在する地方裁判所に訴えてよいと書いている。そうすると、どこに高裁支部が所在するかはともかく、とにかく支部があるのであれば、そこの地方裁判所に訴えてもよいとしても、テクニカルに解きがたい問題は生じない気もする。
- 高等裁判所の設置場所も法律事項であり、下級裁判所の設立及び管轄区域に関する法律によって「東京都」などと定められている。
- 別の話になるが、地裁の本庁と支部の問題がある。現状では、行政訴訟は、地方裁判所の本庁でしか審理されないが、地方だと本庁と支部が離れているということで、支部でも審理ができるようにしてほしいという点を指摘していた。
- 想定しているのは、幾つかの特定の支部のことか。全支部ということになると、そもそも裁判官が常駐していない支部などもある。
- 地方によっては、被告側も原告側も裁判官も全員、本庁の方からその支部へ出て行って訴訟をするということにはならないか。
- まさになり得る。しかも、行政事件は通常合議事件になるので、裁判官は3人が行く必要があるが、それはなかなか難しい。

■ 配布資料9の第4の2に関して

- 配布資料9の10ページの当事者訴訟に関する記述について、確かに当事者訴訟が整理としては非権力的な作用を対象とするものであるとはいえ、処分性の拡大に伴い、その境界線が非常に相対化されている。物によっては非常に紙一重の判断になっていることもあり、それで管轄を違える必要があるのかと思う。個別事情に応じてということではあるが、決めてもらっておいた方がやりやすいので、弁護士会としては、当

事者訴訟にも特定管轄裁判所を入れてもらいたい。国家賠償について特例がないという指摘もあるが、これは不法行為地を原因とする管轄が認められているからではないかと思う。例えば、勧告の処分性の有無を判断するとき、あえて当事者訴訟について特定管轄を外さなければいけないということもないのではないか。

- 当事者訴訟について特定管轄を広げないということについて、議論はあったのか。
- 行政訴訟検討会で議論がされたわけではなかったと思うが、公法上の当事者訴訟一般に広げるわけにはいかないという認識はあったのではないか。行政関係だから法律関係の変動は被告側から生じさせているのが通常である、だから原告住所地を原則とするという理屈には頷ける部分がある。しかし、権力的な作用についてはそのように説明ができて、そうでないところまでそういえるのかという部分がある。それに、抗告訴訟も特定管轄は国とこれに準ずるものとされていて、地方公共団体等を相手方とする訴訟には、被告の負担能力などという議論があり、特定管轄は認められなかった。そうすると、結局、相手方が国ないしこれに準ずる団体であるから管轄を変えるという整理になってしまうが、それだと、民事訴訟も含め、基本的な訴訟のルールを変えることにつながる。しかし、そのようなことまでは広げないという理解だったのではないか。
- 当事者訴訟の類型自体も整理し切れないという状況だから、どういうものを代表例として典型的に想定すればいいのかも、行政訴訟検討会の当時でははっきりしなかったのではないか。
- こういう処理は、民訴法の移送の規定で柔軟に行えるのか。
- 確認訴訟単体でみると管轄はないけれども、類似の事件を例えば抗告訴訟で想定すると管轄がとれているのだから、審理して欲しいという上申書付きで提起してみるということはあるのではないか。当事者間の公平、あるいは証拠の所在などを考慮して、裁判所がこの裁判所で審理するのが事案の適切な解決からすれば適当だと判断し、民訴法第17条の裏返しの事例に当たるということで、仮に移送申立てがあってもこれ

を却下するという事は、一般的には、あり得るのではないか。

- そういう可能性が法的にあるのは認識しているが、実態はどうか。
- 当事者訴訟の事案や、当事者の状況などによってしまうと思う。ただ、当事者の置かれた事情や争う利益の多寡、その他の事情を考慮して、ということはある話ではある。
- 今議論しているような、処分性があるのかどうかよくわからないようなものについて、取消訴訟に加えて関連請求として確認訴訟を併合提起するというケースは実務的には少なくないが、こういった実務的に多い事案を前提とする限り、もし仮に取消訴訟について処分性なしとされて却下となっても、関連請求部分は管轄がないから移送するといったことはあり得ないと思われる。確認訴訟について特定管轄をもうけなくても、実務的にそれで本当に困るだろうという感覚はない。
- 確かに、取消訴訟をくっつけて当事者訴訟を提起するケースが多いのは事実である。ただ、判例が割と固まっていて、ある勧告について処分性がない方向で来ているのに、あえて取消訴訟を提起してみるといったことはやりにくい。それに、管轄がないところに提起しても、大体移送の申立てをされてしまう。制度として、当事者訴訟も抗告訴訟などと同じように扱っていても、よいのではないかと思う。
- どのような事件が具体的に困るのか。
- 例えば、指示とか公表とか勧告が考えられる。
- 大臣が法律の根拠に基づいてする勧告は実際は聞いたことがない。
- 説得的な実例が出てくれば議論がしやすい。

イ 出訴期間

- 出訴期間については、そもそも外すべきであるとの強い意見があるので、改めて指摘する。
- 出訴期間そのものではないが、上訴等に関する期間制限についても意見がある。例えば、控訴をするかどうかを決めるに当たっては、2週間の控訴期間内に印紙代を払うかどうかを決めなければならない。即時抗告や特別抗告となると更に期間制限が短くて対応に困る。特に年末など

に決定があると年末がつぶれて困るという意見もある。行政訴訟が難しい、専門性が必要だということであれば、当事者にも時間をもらいたいという意見である。

- 控訴に関しては問題を感じないが、抗告に関してはそのとおりである。ただ、負担は、原告、被告共に似たようなものではないか。
- 双方とも延ばすことが考えられる。
- 執行停止などの仮の手続については、手続の迅速性の観点から難しいかもしれない。ただ、年末・年始は、確かに、原・被告共につらいのではないか。
- 大きな事件であれば、原告からも、被告からも、この時期は避けて欲しいといった上申がされることがあるが、そういった場合には、裁判所としても期日指定に際してある程度配慮しているのではないか。

ウ 教示

- 教示というよりも、不服申立前置の問題ではあるが、配布資料9の11頁にケース・バイ・ケースの判断という記載がされており、それがいいのかもしれないが、やはり、正当な理由の解釈次第で決まるということになると、弁護過誤を避けるために、念のため一からやり直さなければいけないということになり、つらいところがある。その意味で、例えば、差止訴訟から取消訴訟に変更するような場合には不服申立前置は不要であるとか、途中で処分が何度も変更されるような場合には、正当な理由に当たるという形で明示されれば使いやすと思う。
- この話は、行政救済制度検討チームによる行政不服審査法の改正法案が通って、不服審査前置主義について合理化が図られればかなり改善するのではないか。
- 確かに、特殊なもの以外は審査請求に戻る必要はなくなる。
- 残るものは必ずあるわけであるが、仮に残るものが本当に精査されているとすれば、中抜きを正当化するのがなかなか難しくなるだろう。それから、差止訴訟をやっているうちに処分がされたので、取消訴訟に交換的に変更しようとしたら審査請求前置主義の対象となっていたという

とき、裁判所は通常どう対応するのか。

- ありそうな対応としては、原告はすぐに審査請求を出す、それで、3か月以内に裁決が出ればよし、裁決がされなければ裁決がないということになるので、通常の期日間に淡々と処理が終わってしまうかもしれない。
- 実際にそのような事件があったが、裁判所は待っていた。
- さすがに、その局面で差止訴訟を却下はしないのではないか。実際には、一たん取り下げて、審査請求をした上で提訴される事案が多いように思われるが、もし、連続で交換的に変更ということになる場合には、さすがに待つのではないか。
- 待つのは待ってくれると思うが、また委任状を取り直して一から審査請求をするのは無駄である。
- 委任状なしで、本人の名義で審査請求すれば、それで終わりといえれば終わりではないか。審査請求には申立手数料もかからない。
- 行政事件は割とボランティアワークでやっている。特に生活保護の関係がそうで、なるべく無駄な手間暇をユーザーにかけさせないで欲しいというニーズである。

エ 執行停止

■ 配布資料10の第1の1に関して

- 第三者の利益の取扱いについては、重大な損害要件が緩和されれば、ぎりぎり言う必要はない。「一定の関係」にある者の不利益が考慮されるべきである。全く無関係の第三者の利益が考慮されるべきでないのは争いがないが、問題なのは「一定の関係」とは何かである、現在の運用ではそれが狭すぎるのではないか。挙げられている裁判例 27 は田舎で車がなければ生活できない事案だが、同居の家族であり、別居していればどうなるのか。裁判例 38 は「介護サービスを受けることができなくなる登録利用者の日常生活や健康状態に悪影響が及ぶことは容易に推測し得る」としているが、このように考慮してもいいのか、そうであればよいが、そうではないのではないか。裁判例 43 は自宅の公売。柔軟な

部類の決定だがどこまで一般化できるか疑問である。裁判例 26, 裁判例 41 は、仮の差止めの事案だが例えば東京地決 H19.2.13 などは考慮しておらず、保険医登録取消処分の執行停止を却下したものだが、「申立人と本件医院、その職員及び患者とを同一視することはできない」として、その損害を考慮していない。結論として、関係する事実上の影響を正面から考慮すべきである。例えば、介護保険施設の利用者などは、実際路頭に迷う可能性もあるので、そういう利益を正面から考慮しないでもいいのかという問題がある。

- 結局、裁判所の判断のばらつきの範囲内の問題ではないかとも思えるが、どうか。
- 困った方にばらついている例もある。
- 実務においては、本案について違法ではないかという可能性があれば、重大な損害を緩やかに考えていくという傾向があるのではないか。その一環として、第三者の損害の部分も本人との関係性を認めていって、重大な損害の要件をクリアさせていくという思考ではないかと思われる。

裁判例41・42は、海上運送法に基づく一般旅客定期航路事業についての事業停止処分の事案において、運航の停止により影響を受ける予約客が相当多数存在することなどから、申立人が多大な経済的損害を被り、また社会的信用が大きく毀損され、その回復はその性質上容易でないものであるとしており、正面から予約客の利益を考慮しているわけではないが、それを本人の利益に引き直して考慮している。ただ単に第三者の利益を広く考慮すればよいというものではなく、その考慮の質の問題なのではないか。

- 究極的にはやはり申立人を見るということなのかどうかというのが、理屈の問題としてはある。例えば、介護保険施設の従業員であるとか、あるいは弁護士会からの指摘としては、貸金業者の営業停止の事例で借り手となる中小企業者への影響といったものが第三者の例として出ているが、そういったものまで広げるのが本当にいいのかという点は、どうか。

- 介護保険施設の従業員なども、間違った行政処分で被害が及ぶということも言えてもいいのではないかと思う。ちょっと微妙なところだとは思いますが。
- 介護保険施設や貸金業者の例を見ると、悪い業者が人質をとりやすくなるという懸念がありそうである。悪質な貧困ビジネスの利用者を解放するために業者に対する行政処分が必要だということで処分をしようというときに、利用者を人質にとるという理屈を認めるべきなのか、よく分からない。
- 確かに、実際本人の利益以外のものを考えているということがあって、ただ、それを一般的に規定に書くとする、その書き方は難しい感じがする。逆に言うと、行訴法第25条も、重大な損害は自分のものだけに限るということが明確に書いてあるわけではない。基本的には本人の利益を中心に考えてとしても、例えば同条第3項の重大な損害の認定のときの考慮要素などを判断する中で、第三者の利益も考慮している。ただ、それも多分ケースによっていろいろで、執行停止をしないと人質が危ないというケースと、執行停止してしまうと本当に人質が困ってしまうというケースがあり、それを一般論で書くのはなかなか難しい。
- そのとおりで、何がしかの言葉を足すということがあり得るという話が抽象的にはあっても、どういう人の利益を入れるためにそれを足したのかという説明は難しい。貸金業者の事案を含めて、そういう規制権限発動型の事案で、どういう事案は入れた方がいいということになるのか。
- 企業が業務停止を受ける場合に、従業員、取引先、グループ企業とか、そういったものは事実上大きな影響を受けるが、申立人とは一応峻別して考えられるとすると、実態に合わない判断になってしまう。

全然関係のない人、例えば、ある施設が業務停止になって、そこに弁当を売りに来ていた個人とか、そういう人たちまでは確かに保護しなくてもいいだろう。申立人の損害に結びつける形で一生懸命第三者の損害を取り込む裁判所もあるとは思いますが、そうしなくても判断できるように

した方がいい。

- 企業と従業員の関係も、どういうタイプの処分かによると思う。労働法規違反での処分であれば、企業が重大な損害の局面で従業員の利益を主張できるとすることは適当でないのではないか。申立人とその周りの関連利益の関係だけで決まるのではなくて、処分の根拠法規、処分の目的の方まで考えないといけないのではないか。そのときに、現行法の第25条以上に何か意味のある書き方ができるのか。損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質を勘案するという以上に何が書けるのか。
- 今回のこの議論が、裁判実務における検討で役に立つのかもしれない。
- 今回、このような裁判例があつて、必ずしも厳格に本人だけに限定して重大な損害を判断しているわけではないということを示して、こういうものがあると示すことが意味を持つ気がする。
- それほど楽観はできないと思う。

■ 配布資料10の第1の2に関して

- 例えば裁判例39や裁判例31のように重たい判断がある。裁判例39のように、申立人が主張する損害は金銭的損害であるから、社会通念上、金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないとして原審の判断を覆されるようでは、重大な損害の要件は重い。

裁判例31は、パチンコ店の風営法の営業停止処分の執行停止の事案であるが、重大な損害を認めた[32]をひっくり返し、申立人1社ではなく、グループ企業全体を考慮すれば重大な損害に当たらないとしている。実質に着目して、グループ全体への影響を考慮して判断すべきであるとしている。大企業であればそう簡単につぶれないとすると、常に重大な損害はないとなる。ドイツでは執行停止原則をとっていることとの対比からも考えても厳し過ぎるのではないか。

あと、土地収用法に基づく事業認定や都市計画事業の認可については執行停止が認められることはないのも問題である。二風谷ダム事件は事情判決になったが、結論は平成16年改正で果たして変わるのか。都市計画事業認可も無理ではないか。処分が違法であるとの具体的認識があ

っても、理論上、法律に従えば、重大な損害がなければ却下せざるを得ないことになるが、それも問題である。

- 裁判例31のように、第三者の利益の考慮が逆に申立人にとって不利益に働くとなると、法文には書きにくくなるのではないか。
- これは反則ではないかと思っている。すべての場合にうまくいくような条文の書き方はないので、それはある程度書いた上で立法趣旨を伝えて、あとは運用の中でやっていくしかない。
- 裁判例31は、指揮命令系統や資金の流れなどを考慮すると、法人格は形骸化し、経済的な実態としてはグループ会社全体が1つの会社であるという認定をしている。グループ会社全体の規模の大きさに照らして、この程度では重大な損害に当たらないとしたにすぎず、必ずしも第三者との関係を申立人にとって不利益に考慮したわけではないのではないか。
- 大企業である日立とか松下では、執行停止は認められないということにならないか。
- ケース・バイ・ケースであるとは思いますが、グループや会社全体が破綻するわけではないとしても、例えば事業部門単位でみれば甚大な影響があるというような場合には、そのことが考慮され得るであろうし、もちろん、重要な経営上の影響とか信用上の影響があるということであれば、重損要件は認められるのではないか。

■ 配布資料10の第1の3に関して

- 行訴法の「オーソドックスな考え方」とは何かよく分からず、ドイツのように不停止原則さえとっている国もあるので、単に制度をどうするかという問題ではないか。緊急に簡単な書面でとりあえず執行停止を認め、本案審理の途中でそれを取り消すという運用もあっていいのではないか。
- ドイツでも、執行停止原則の対象とされているものについては、本案の適法な係属があつて初めて執行が止まるのではないか。ここで、ドイツの法制に言及するのはおかしいのではないか。
- 配布資料10の4ページの二つめの段落で、本案について理由がないと

みえるというところに関し、「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」との指摘がある。しかし、本案要件で却下している例は多く、まれとはいえないのではないか。

- むしろ、原告側から、仮処分で決着をつけたいと考えるということは、仮処分段階で自分たちの言うことが通り、行政がそれに従うということを考えているはずである。つまり、本案まで審理をしなくても、仮の救済だけで決着がつき、だから印紙代が安くて済むという発想であると理解している。ただ、却下をするというときには、確かに、訴訟要件の欠缺が明らかであるなどとして、執行停止の申立ても却下するという例はあるが、逆に、本案について理由がどの程度あると思っても、その点ははっきりさせず、あくまでも本案について理由がないとはみえないという限度での説示しかしないのではないか。したがって、仮の救済だけで本当に民事の仮処分のようにいくのかという問題意識である。
- しかし、勝ち目もないのに執行停止決定が出ることはほぼないはずである。執行停止が認められれば、かなりいい線を行っていると、原告側は考えている。
- 執行停止で本案の関係についてもある程度勝負が決まるとは、ちょっと考えにくいのではないか。裁判所は、例えば、公売処分の執行停止の申立てなどで、事案として、これは売られたら大変なことになるという事情があれば止める。本案で最終的な判断をするということを意識しつつも、それまでに取り返しのつかないことになる、あるいは、筋がよいと思われる事件では、ある程度の損害が出るということであれば、執行停止を認める、こういう感覚ではないか。
- 弁護士の間には、民事仮処分の独立性というのが定着していて、どうして行政訴訟だけは本案の提起が必要になるのか、という感覚がすごくある。それが根本的な発想である。
- 執行停止の決定の中で、本案に理由があるか否かの判断が明確に示されることは少ないという認識だが、仮に示されたとして、国を含めて被告側が、そういった仮処分的な仮の判断という枠組みの中で示された判断を受けて、どれだけ公権力の行使を転換できるかということ、なかなか

難しいのではないか。

- 確かに、全部の行政訴訟について導入できるかどうかは疑問を留保するところがある。ただ、例えば、入管関係の事件はそれでもよいのではないか。
- 執行停止だけ認めても処分は残るが、宙ぶらりんにならないか。
- そこは、民事保全の起訴命令のような制度を作ることになる。
- 併せて提起するのと何が違うのか。
- やはり、印紙代がかかるし、不要な手間もかかる。国が本格的に争うのであれば、起訴命令を申し立てて争うことにすればよい。
- 配布資料 10 の 4 ページの上のあたりに、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う指摘があるとのことであるが、訴訟費用全般の議論となると、行政訴訟に詳しい人はそこに入れない。本案訴訟提起の強制は訴訟費用負担・事務負担が大きいところ、訴訟費用全般の検討が必要ということでは、結局、誰も検討しないし、まさにこの研究会から発信をすべきではないか。特に人格権が問題となる事案だと 160 万円×人数分と言う訴学になるのは厳しく、印紙代を負担できないため訴訟を断念し、チャンピオン方式という、原告を絞り込む形で提訴せざるを得ないケースも実際にあるが、これは裁判を受ける権利の侵害ではないか。実際に印紙代で断念し、審査請求までというケースもあるが、それでよいのか、本案訴訟を提起させない場合に何か問題があるのか。
- しかし、国は最初に行政処分を打っている。日本の行政のスタイルからして、執行を停止すると言われただけで見直すものなのか。
- 地方公共団体の代理人をした感覚で言えば、地方公共団体は、大半のところは裁判所から言われれば見直すのではないかと思う。本案に理由がないとみえるという要件も、微妙なところで判断されていると思っており、完全にないというケースではもちろん却下されるし、どちらかといえばないところでも却下されると認識している。
- 国については、事件類型もあるかもしれないが、地方公共団体とは少し判断が違うと思われる。

また、執行停止については、確かによほど理由がないものは却下されるが、本案で審理してみないと分からないといった感覚で認容されるものが結構あり、被告側も、執行停止なので、まだ本案で争う余地があるという形で、割と緩やかに見る例は多いと思う。それが、執行停止で勝負をつけるといった形になると、多分審理の形がかなり変わってきて、重くなってしまわないか。

- 実際は、執行停止手続の審査密度はかなり粗いので、もし被告側が裁判所の判断に従って行政処分を見直す程度に十分な審理をして判断を示せということになったら、本案に理由がないとみえるときという要件が重いものになり、それが仮の救済の本案化と長期化を招くのは間違いないのではないか。
- とりあえず執行停止事件だけ裁判所に係属するということをもし真剣に検討するなら、行政行為の方も仮に行政行為をするということ正面から認めないといけないのではないか。出訴期間をどうするかという問題もある。
- 執行停止の申立てをした段階で出訴期間は止まるというのでもよいのではないか。
- ドイツでも、例外的に不停止の場合もあり、その場合には、執行停止の判断がされるが、たしかドイツでは不服申立てまたは本案訴訟の提起が要件になっていた（反対説もある）。ただ、ドイツの場合は、仮の義務付けや仮の差止めについては民事訴訟法の方の規律によっているので、本案訴訟の提起は要件にならない。執行停止原則がとられている場合も、ドイツは原則として不服申立前置になるが、その場合は不服申立てにより執行が停止される。そこが微妙に日本とは違う。
- 確かに仮の義務付けや仮の差止めは別ルールというのは非常に違和感がある。
- そのとおりで、逆に言うと、よほどのことがない限りは仮の義務付けなどは出さないということかもしれないが、よく分からない。
- 日本の執行停止はかなり慎重なので、本案と切り離しても全然問題は起こらないと思うが。

- おそらく、裁判所の側からすると、特に本案について理由がないとみえるかどうかという点については、明らかに仮の判断として行っている。
- 本案訴訟化したいわけではないが、本案訴訟までいかななくてもいいものはあるのではないかと考えている。本案訴訟の提起はやはり重たくて、例えば、労働審判のようにぱっと判断してもらえるものがあれば、行政訴訟でも、そういうものを作って、後でゆっくり本案訴訟をやってもいいのではないか。
- 労働審判のように手軽なものというのは、行政法の立場からすれば、それは行政不服審査であるということではないか。
- そこは、やはり、裁判所だからという観点がある。行政不服審査に対しては、ある種の不信感が漂っている。
- 本案を提起する際の負担が大きいという話であるが、行政過程を経過する中で、事案はもまれていくような気がする。訴訟を起こすのが大変だという事案はどのようなものなのか。
- 例えば、住民が突然集まってきて環境訴訟を起こそうという軀の浦のケースを想定している。不利益処分でもないし、説明会すら開かれないというケースがある。何をしようかというところで右往左往し、なおかつ、印紙代を集めるとかしているうちに時間がたってしまう。やはり、二重に書類を作るのが負担だという事例があるのは間違いない。
- 本案訴訟を提起しないでいいメリットは原告側にもあるが、被告にも裁判所にもある。執行停止をとれなければ会社はつぶれるので、もういいとか、いろいろあり得る。自治体レベルだったら、場合によっては執行停止を踏まえて、その執行停止で事実上和解を試みることもあるかもしれない。デメリットとしては、原告側には、印紙代の問題もあるし、本当に手間暇がかかる。
- 行政側はフォーマルな決定をしていて、それにもかかわらず、本案の提起もなく、不透明な状態でその事務が処理されるのは、恐らく行政活動として望ましくないと思う。

■ 配布資料10の第1の4に関して

- 名宛人の手続関与については、必要的に関与させろということまでは求めている。関与がしたければできるようにした方がいいということである。本案訴訟では訴訟参加ができるが、執行停止の段階ではできないので、できた方がいいということである。
- 確認であるが、現状では参加ができないというのを、新たに参加ができるようにして欲しいというそういう議論なのか。
- 本案の方は訴訟参加ができる。これに対し、執行停止については、事実上、執行停止も本案と同一の裁判所が審理するので本案について提出された書面は読まれているかもしれないが、第三者の主張を反映させる制度がないという認識である。
- 補助参加等は執行停止の手続についてはできないと認識しているということか。本案はともかく、執行停止でどうなるのかという話か。
- そのとおりである。
- その点は、確認した上でもう一度取り上げることにする。
- 配布資料10の第1の5に関して
- 仮の執行停止については、必ず双方の意見を聴取せよというつもりはない。本当に暫定的に停止するという趣旨である。「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」との指摘があるが、保険医の登録の取消しなどで例があると聞いている。5ページの第2段落に、「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」とあるが、第一審で終わるとは限らず、上級審が間に合うのかというケースがあり得ると思われる。裁判所の判断で、とりあえずちょっとだけ待って、執行停止を判断するまで待つという制度があってもいいのではないかという提案である。
- 上級審のことであるが、即時抗告には執行停止決定の執行停止効はない。したがって、第一審で執行停止がされれば、一応、上級審でも止まっているということなので、上級審との関係は除外してよいのではないか。また、執行停止はいわば仮の取消しのようなものだと考えると、仮の取消しの仮を考えるのかという感じがする。執行停止原則へ切り替え

るという議論をした方が、よほど筋がいいのではないか。

- それが主位的な請求なのかもしれないが、大きな変化になるので、とりあえず執行停止の判断をするまでの間、裁判所に時間をあげてほしいということである。
- ちなみに、裁判所がどのような要件で仮の停止を判断する仕組みを考えているのか。
- 裁判所が必要と認めるときという程度である。本当に数日とか、そういうレベルの話である。
- それに対する不服申立てはあるのか。仮の停止の要件があるのであれば、その要件充足性の判断を争う道は設けないと困るのではないか。
- 無要件という案もある。
- 要件がないのは困るのではないか。そうであれば、まだ、自動停止をするかどうかで検討した方が筋はいいと思う。

オ 仮の義務付け

- 以前の議論では指摘していなかったために資料にあげられてはいないが、仮の義務付けについても、仮の差止めと同様に、償うことのできない損害要件が重過ぎるということと、本案の適法提訴が要るために義務付け訴訟の重大な損害の要件まで満たさなければいけないことは、問題であると考えている。仮に本案に理由があると見れば、速やかに本案の判断をしてくれると書いてあるが、本当にそうか疑問である。本案提訴については、審査請求前置の問題もあるが、手弁当のボランティア弁護士の現場の生の声として、何本も手間を掛けさせるのは勘弁してくれと言う声がある。執行停止では本案の判断を余りしないので本案訴訟が必要と言う議論だったが、要件が異なり、執行停止とは別に考える余地もあるのではないか。
- 行政庁がまだ処分していないときに、行政庁に対して直接処分をすべきことを命ずるということからすると、本案について認容判決を出すのと同じであり、償うことのできない損害の要件というのは一定程度必要なのではないか。本案について理由があるとみえるときという要件も同

様ではないかと考える。

- この要件については、行政訴訟検討会するときにはどんな議論だったのか。
- 結局、本案訴訟の方には重大な損害の要件が置かれることになった。それと同じというわけにはいかない。そうすると、それよりも1ランク重いものになるだろう。それで、こういう書き方になっている。
- 「回復の困難な損害」という表現でなく、「償うことのできない損害」という表現を選んだということについてはどういう検討があったのか。
- 回復の困難な損害というのは、取消しの場合は表現としてびたっとくるんだけど、義務付けとかの場合に、必ずしもその表現がびたっとこないことがあるということで、避けられたと思う。
- 単純に言葉の問題ということか。
- 「回復の困難な損害」という要件については、執行停止に関して、単純に重いということだけでなく、文言としても適切でない部分があるということで改正をしている。そのときに、別の改正事項では、その不適切とされた文言と同一の文言を持ってくるのはどうかということもあったのではないかと。確かに、「償うことのできない損害」は、行政事件訴訟特例法時代の表現でかなり厳しいという見方もあるのかもしれないが、文言は同じでもその読み方、趣旨については国会答弁などで明らかになっていると思われる。
- 仮の義務付けについていえば、認容事例も相応にある。
- 償うことのできない損害に関しては、例えば、何らかの許可の仮の義務付けを求めるといった場面では、かなり重い要件でないと難しいだろうと思う。他方で、今、認められているような生活保護の事案とか保育園の入所事案などでは、認められるべきだし、現に認められている。文言の「償うことのできない」ということにそれほどこだわらずに、裁判所は適切に判断をしていると評価してもいいのではないかと。
- 「償うことのできない損害」が厳し過ぎるという指摘は、本案における重大な損害という話があったことから明らかのように、要するに三面

関係になるような非申請型の義務付け訴訟を念頭に置いた議論だと思われる。しかし、そこは、本案要件をどうするかということと連動する問題ではないかと思う。申請型では動いていると思うので、うまくやっていると見ていいのではないかと思う。

- 本案について理由があるとみえるのに、さらに要件を課さなければいけないのか。
- 「みえる」というのは、あくまでもみえるレベルだという認識だからこそ、あの要件は置かれている。仮の義務付けの命令を出したから、本案でも必ず義務付け判決が出るということまでは求めていないという建前であり、具体的な証拠調べを十分に行った後の結論と同じような堅さの結論ではないというのが理論的な整理である。実務的にもそうなのではないか。
- 仮の義務付けの審理と本案の審理とでは、レベルはかなり差があると思う。
- 裁判例2は、仮の義務付けと本案とでほとんど同じ判断をしているのではないか。
- 裁判例2の事案は初めてに近い事例であったので、裁判所もかなり慎重になったのだろう。それに、具体的な事案としても、多少決定のタイミングを引っ張ることができる事案であったはずである。その点で、可能な限り早く、しかし、本案判断と比べれば乱暴に、ということが要請されてしかるべき事案はあるのだろうと思う。
- 申請型についてはそれなりに実例があって、文言にもかかわらず柔軟に判断されている例もある、非申請型についてはいろいろと議論がある、というところではないか。

カ 仮の差止め

■ 配布資料10の第3の1に関して

- 配布資料10の第3の1(1)の冒頭の説明についての確認であるが、償うことのできない損害の要件においては、取消訴訟プラス執行停止で救済されるような損害は該当しないと判断されているとあるが、この点は、

本案訴訟である差止訴訟の重大な損害の要件の中で判断されているのではないか。裁判例 10 も、同様であるが、この点はどのように考えるのか。

- むしろ、裁判例10だけは差止めの要件がないとして却下し、残りの裁判例はいずれも取消訴訟プラス執行停止で救済されるようなものについては仮の差止めの要件がないとして却下していた。裁判例10のような処理が特殊なのではないか。
- そうすると、一般的な理解としては、償うことのできない損害の要件の中で、取消訴訟プラス執行停止で救済されるのであれば損害がないと判断されているという理解か。つまり、その判断構造は、差止訴訟の重大な損害の要件と同じ理解ということか。
- より軽い本案の損害要件でそう判断する以上、より重い仮の差止めの損害要件では当然ということではないか。
- そうすると、重大な損害とどう違うのか。
- 救済の必要性という部分で必要性の要件が加重されている。つまり、軽い本案の方で要求している水準は当然クリアし、かつ、さらに上乘せが必要ということではないか。
- そういう理解ではないか。
- 裁判例10は、本案に関する重大な損害の要件で判断をしなくてもいいのに、わざわざ踏み込んで判断をし、いわば申立人にとどめを刺したというケースのように思われる。ただ、そこまで踏み込む必要があったか、また、重大な損害すらないという評価がこれでいいのかについては、色々と意見が分かれるのかもしれない。
- 配布資料10の 8 ページの上の方で、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指摘があるが、半分以上が本人訴訟で、弁護士をつける余裕もない方もいるので、巧拙で結論が左右されないように何かできないかと考えている。
- 仮の義務付けと仮の差止めとで、要件が同じであることについてはどうか。
- 学者の中には不満を漏らす人はいる。

- 言葉は確かに同じなのだけれど、結局、そこに盛り込むものが、事案が違えば当然違ってくるということなのではないか。利害状況は異なっている。立案担当者は書きようがないとしきりに説明している。言葉をこれ以上盛りようがないということである。
- 仮の義務付けも仮の差止めも、裁判例の積み重ねにより、それぞれについてどのような要素を考慮すべきなのかという解釈の方向性が示されている状況にあると思われる。個別の事案における判断の当否に関する学者等の議論が深化することにより、裁判官の判断のばらつきも徐々に修正され、適正な方向に収斂していくのではないかと。
- 端的に言うと、「重大な」の中にもうちょっとクリアに分別できるような概念があれば、それが一番合理的なのだろうと思う。
- 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う要件をワンセットにしておいて、しかも損害の性質でかなり議論をしているのが現状である。今となっては難しいかもしれないが、損害の方は「重大な」損害にしておいて、あとは緊急の必要性、要するにタイミング論の方にシフトするという考え方はなかったのか。必要性のところ、著しく緊急の必要があるとか、差し迫ったとか、そちらを細分化して、損害の方は重大な損害で、執行停止と揃えてしまうという手もあったのではないかという気がする。執行停止の方では、全体が一体化していて、損害の性格を見たら、いや、まだこれは待てる、それほど大したことはないといって損害要件を充足していないなどとは言わないのがいいとされているので、緊急の必要性のところを変えると波及する範囲が広いかもしれない。
- 実際に、裁判官が決定をする中では、そういう考慮をしている気がする。非常に差し迫っていて、今のタイミングで止めないと後戻りできない、取り返しがつかないということがあると、やっぱり償うことのできない損害を避けるための緊急の必要があるとして認める方向に行くと思う。だから、たまたま仮の義務付けと同じ文言にはなっているけれども、仮の差止めにおいて、時系列で見てどれくらい切迫しているのかというのは、考慮しているのではないかと。

○ 義務付けや差止めが法定される前は、理論的には、義務付けの方が難しく、他方で、差止めというのにはあり得るという論調だった。けれども、実際には、差止めの事案というのには、取消訴訟による救済の可能性があり、他方で、義務付けの事案は、それを認めないと、およそ何も救済がないという場合があり得るので、全体的には、義務付けの方が認めやすいものが出てくるというのは自然な気がする。

■ 配布資料10の第3の2に関して

○ 公共の福祉の要件に関する判断が損害要件の中に紛れ込むということについては、配布資料10の8ページで、評価障害事実と分類され、相手方が主張立証責任を負うから大丈夫ではないかと記載されている。しかし、裁判所は頭の中では理解しているとしても、ユーザーである国民にとっては分かりにくい状況だと思う。

○ これは、仮の義務付けも仮の差止めも両方が入ってくると思うが、公共の福祉という概念がそもそもどういう意味で使われているのか。当該処分の目的として得られる行政目的そのもので、さしあたりの公益のようなものを公共の福祉というのか。あるいは、行訴法第31条の事情判決の規定などのように、それを越えた公益も私益も調整した最終的な状態のことをいうのか。どういう使い方なのか。

○ 解釈的には両方あり得るのではないか。以前の会議で、裁判所は公共の福祉の要件をランクが高いものとして運用しているとの指摘があったが、そちらに近いものとして捉えているのは間違いがないと思う。つまり、単純な行政目的を超えているとみている。

○ これが単に行政目的という程度であれば、損害要件などで出てきてもおかしくはないという気がする。

○ 執行停止においても、処分の目的については公共の福祉の要件ではなくて重大な損害の要件で議論しているということであった。なるほどそうだったかと初めて意識した覚えがある。

○ 感覚的にはそうだろうと思う。

○ もちろん、解説書によっては単なる「行政目的」としているものもあると思うが、裁判実務では、多分、かなりたいそうなものと認識してい

るのではないか。これを普通の行政目的と同列と捉えると、この要件でばさばさと却下することになるはずだが、まず聞かない。

- 公共の福祉を目指して行政処分は打たれるのであるから、やはり、違
うのだろう。
- 公共の福祉は行訴法の色々なところから出てくるが、ちょっとずつニュ
アンスが違ふ。仮の義務付け、仮の差止め、執行停止の公共の福祉は、
ほぼ同一レベルの概念だろうと思うが。

■ 配布資料10の第3の3に関して

- カニューレの仮の義務付けではあるが、実際、その後、本案訴訟でま
だ審理をすることがあり、速やかに本案の認容判決ができるかという
と、必ずしもそうではないケースもあるのではないかと思う。
- むしろ、認容判断については、本案の口頭弁論による審理をしないで
間違いなく違法だといえるのはまれであるのは間違いがない。ただ、も
し、例外的にそういえるのであれば、判決に熟している以上、判決は可
能である。ただ、そういった例はかなり特殊なケースだろう。

■ 配布資料10の第3の4に関して

- 処分を義務付けたり、差し止めるということは、それに対してのアク
ションをもう起こさせないようにするという事だから、フォーマルな
ものには、やはりある程度フォーマルに対応してもら方がいいという
私の基本的立場からは、やはり、これも本案係属が必要だということに
なる。しかし、そこは民事実務に慣れた人とは大分違うのだろう。
- ドイツの経緯を調べるとおもしろいかもしれない。
- もっと詳しく見れば分かるのかもしれないが、あまり文献には書かれ
ていない。起訴命令等との関係で、實際上どう運用しているのか。その
辺はよくわからない。
- あと、本案の適法な係属という要件で、原告適格などの訴訟要件の具
備を読み込んでいるのが実務であるので、単純に廃止ということにはで
きないのではないか。
- 確かにそうである。本案がおよそ不適法なのに仮の義務付けを認める
というのは恐らくあり得ないだろう。

- そうすると、書面を2部作るのは大変かもしれないが、主張すべきことには変わりはないのではないか。
- それは恐らく大して変わらないだろう。
- 全く一緒だからこそ二度手間をかけさせないで欲しいということである。証拠番号がずれるだけで、ものすごく分かりにくい。
- 証拠番号の問題であれば、医療過誤訴訟などのように、「甲A号証」、「甲B号証」などと付け方を工夫すればいい。
- 印紙代の問題もある。