

平成 15 年 1 月 15 日

本資料は、「第 6 回行政訴訟検討会フリートーキング参考資料」の「第 5 執行停止・仮の救済」の記載について、検討の参考となると思われる法令・制度の説明とその資料・文献等を付記したものである。

第 5 執行停止・仮の救済

第 25 条ないし第 29 条は、執行停止について規定しており、このうち、第 25 条第 1 項は「処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。」と規定し、いわゆる執行不停止原則を定め、第 25 条第 2 項で「処分の取消しの訴えの提起があった場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止をすることができる。」と規定している。また、第 44 条は、「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、民事保全法に規定する仮処分をすることができない。」と定めている。

執行停止の制度について改正すべき点があるか。

いわゆる執行不停止原則を改め、処分の取消しの訴えの提起があったときは、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を停止することを原則とすべきであるとの考え方があるかどうか。

執行停止の要件を緩和すべきであるとの考え方があるかどうか。

執行停止については、第三者に法律上の利害のない不利益処分については現行制度を維持し、第三者の法律上の利害にかかわる処分の場合には、前者と区別して、第三者の利害も考慮した規定をおくべきであるとの考え方があるかどうか。

執行停止の期間について裁判所が裁量で判断できることを明示すべきであるとの考え方があるかどうか。

内閣総理大臣の異議（第 27 条）の制度を廃止すべきであるとの考え方があるかどうか。例えば、内閣総理大臣の異議に代えて、執行停止の決定に対する即時抗告の申立て（第 25 条第 6 項及び第 7 項参照）があった場合に、抗告裁判所又は原裁判所が、申立てにより、執行停止の決定の執行の停止を命ずることができることとするとの考え方についてはどうか（民事保全法第 27 条第 1 項、第 41 条第 4 項及び第 5 項参照）。

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、民事保全法に規定する仮処分をすることができない、と定める第 44 条の規定を削除すべきであるとの考え方があるかどうか。

執行停止の規定が準用される無効等確認の訴え（第 38 条第 3 項）のほかにも、取消訴訟以外の抗告訴訟について仮の救済の制度を設けるべきであるとの考え方があるかどうか。例えば、仮の権利保護として、義務づけ訴訟に対応して仮命令の制度を、差止め訴訟に対応して仮差止めの制度を新設し、仮の救済に関する規定を整備すべきであるとの考え方についてはどうか。なお、仮の地位を定める仮の救済制度については、司法と行政の役割分担との観点からどのように考えるか。

(参照条文) 行政事件訴訟法(昭和37年法律第139号)

(執行停止)

第二十五条 処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。

2 処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止(以下「執行停止」という。)をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない。

3 執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない。

4 第二項の決定は、疎明に基づいてする。

5 第二項の決定は、口頭弁論を経ないですることができる。ただし、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない。

6 第二項の申立てに対する決定に対しては、即時抗告をすることができる。

7 第二項の決定に対する即時抗告は、その決定の執行を停止する効力を有しない。

(事情変更による執行停止の取消し)

第二十六条 執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる。

2 前項の申立てに対する決定及びこれに対する不服については、前条第四項から第七項までの規定を準用する。

(内閣総理大臣の異議)

第二十七条 第二十五条第二項の申立てがあつた場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする。

2 前項の異議には、理由を附さなければならない。

3 前項の異議の理由においては、内閣総理大臣は、処分の効力を存続し、処分を執行し、又は手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある事情を示すものとする。

4 第一項の異議があつたときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない。

5 第一項後段の異議は、執行停止の決定をした裁判所に対して述べなければならない。ただし、その決定に対する抗告が抗告裁判所に係属しているときは、抗告裁判所に対して述べなければならない。

6 内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、第一項の異議を述べてはならず、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない。

(執行停止等の管轄裁判所)

第二十八条 執行停止又はその決定の取消しの申立ての管轄裁判所は、本案の係属する裁判所とする。

(執行停止に関する規定の準用)

第二十九条 前四条の規定は、裁決の取消しの訴えの提起があつた場合における執行停止に関する事項について準用する。

(取消訴訟に関する規定の準用)

第三十八条 第十一条から第十三条まで、第十六条から第十九条まで、第二十一条から第二十四条まで、第三十三条及び第三十五条の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟に準用する。

2 第十条第二項の規定は、処分の無効等確認の訴えとその処分についての審査請求を棄却した裁決に係る抗告訴訟とを提起することができる場合に、第二十条の規定は、処分の無効等確認の訴えをその処分についての審査請求を棄却した裁決に係る抗告訴訟に併合して提起する場合に準用する。

3 第二十五条から第二十九条まで及び第三十二条第二項の規定は、無効等確認の訴えに準用する。

4 第八条及び第十条第二項の規定は、不作為の違法確認の訴えに準用する。

(仮処分の排除)

第四十四条 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、民事保全法(平成元年法律第九十一号)に規定する仮処分をすることができない。

1. 執行停止等に関する立法経過とその趣旨

「日本国憲法および裁判所法の施行に伴い、裁判所は憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有することとなったので、いわゆる行政事件は裁判所の所管するところとなり、民事訴訟法の定める規定により審判されるに至った。したがって、民事訴訟法(注、現在は民事保全法)に定める仮処分に関する規定もまた原則として行政事

件に関する訴訟において適用されることとなったのである。しかしながら、行政事件は、行政処分に基いて生ずる権利関係に関する争いを内容とするものであり、その裁判は直接公共の福祉に重大な影響を及ぼすことが多いから、行政事件訴訟特例法（以下特例法と略称する）は、行政事件の訴訟手続に関する特則を定め、行政庁の処分については、仮処分に関する民事訴訟法の規定はこれを適用しないこととし、ただ本訴の提起があった場合に一定の条件の下に行政処分の執行を停止することができることを規定するに止めたのである。（特例法第10条）。そして、特例法は昭和23年7月15日から施行されたのであるが（同法附則第1項）この法律は、この法律施行前に生じた事項にも適用され、ただ民事訴訟法および昭和22年法律第75号によって生じた効力を妨げないものと規定しているのである（同法附則第2項）」（最高裁判所昭和24年6月15日大法廷判決・民集3巻7号265頁）。

（注1） 行政事件訴訟特例法の規定と裁判所法の施行に伴い廃止された行政裁判法の規定

行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）第10条

「第十条 第二条の訴の提起は、処分の執行を停止しない。

第二条の訴えの提起があった場合において、処分の執行に因り生ずべき償ふことのできない損害を避けるため緊急の必要があると認めるときは、裁判所は、申立により又は職権で、決定を以って、処分の執行を停止すべきことを命ずることができる。但し、執行の停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞のあるとき及び内閣総理大臣が異議を述べたときは、この限りでない。

前項但書の異議は、その理由を明示してこれを述べなければならない。

第二項の決定は、口頭弁論を経ないでこれをすることができる。但し、予め当事者の意見を聴かなければならない。

第二項の決定に対しては、不服を申し立てることができない。

裁判所は、何時でも、第二項の決定を取り消すことができる。

行政庁の処分については、仮処分に関する民事訴訟法の規定は、これを適用しない。」

行政裁判法（明治23年法律第48号）第23条

「行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規程アルモノヲ除ク外行政庁ノ処分又ハ裁判ノ執行ヲ停止セス但行政庁及行政裁判所ハ其職権ニ依リ又ハ原告ノ願ニ依リ必要ト認ムルトキハ其処分又ハ裁判ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」

執行停止と仮処分に関する民事訴訟法の規定の不適用を規定した行政事件訴訟特例法第10条の趣旨は、立法を担当した法務庁の編纂による「行政事件訴訟特例法解説」（最高裁判所事務局行政部「行政裁判資料第1号（昭和23年7月）」33頁以下）によると、次のとおりである。

「一、（立法の趣旨） 本条（注、行政事件訴訟特例法第10条）は、行政処分の執行が、処分の取消し又は変更を求める訴訟の提起によって、当然には停止されないことを明らかにするとともに、裁判所は、法定の要件を充たす場合に限り、処分の執行の停止を命じ得ることを定めたものである。

二、（執行不停止の原則） 行政処分は、それを違法として取り消す判決があるまでは、一応適法なものとして取り扱われ、訴の提起によって当然には執行を停止されない。従って、例えば租税の課税処分を違法としてその取消又は変更の訴が提起されても、期日までに租税を納付しなければならないのは勿論であり、若し納付しないときは行政庁は、訴の提起にかかわらず、滞納処分を以て臨むことができる。

三、（処分の執行停止） しかしながら右の原則を貫くと、折角勝訴した者のため甚だ酷に過ぎる結果となることがあるので、一定の要件の下に裁判所が処分の執行停止を命じ得ることとしたのである。すなわち、処分の執行により金銭で償ふことのできない損害を避けるため緊急の必要がある場合に限り執行の停止が認められる。金銭で償ふことのできない損害

を避けるため緊急の必要がある場合に限られるから、例えば、租税の賦課処分の執行を停止するようなことは原則として、できないと考えられる。それは、多くの場合結局金銭によってその損害を賠償し得るからである。

四、（停止を命じ得ない場合） 処分の執行を停止することが公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞のあるときは、処分の執行を停止できない。行政処分が当事者の利害だけではなく、一般公共の利害に直接の関係をもつことからする当然のことというべきであろう。行政処分の取消又は変更に係る訴訟を裁判所の管轄とし、行政処分に対する司法的救済を認める以上、処分に対する執行停止権を裁判所に認めることは当然であるが、執行の停止は行政作用に相当の影響を及ぼすものであるから、能う限り慎重にこれを行行使するのが三権分立の精神に合うものである。この趣旨から、行政権の行使に関して国会に対して責任を負う内閣の首班である内閣総理大臣がその理由を明示して すなわち自らの責任において 執行停止に異議を述べたときは、裁判所はこれを尊重し、処分の執行を停止できないものとした。

ただ、この異議は執行停止前になされることを要し、執行を停止した後に異議がなされても、執行停止の効力に影響を及ぼすものではない。若し異議があれば事後においても取り消すべきものとすれば司法権に対する不当な干渉となる虞があるからである。

五、（執行停止の裁判） 処分の執行停止の裁判は、決定の形式を以てし、必ずしも口頭弁論を経ることを要しないが、裁判前当事者の意見を聴くことを要する。執行停止については、第二項において厳格な要件を定めてあり、いわゆる伝家の宝刀ともいうべく、必要やむを得ない場合に限り、これを命じ得るものであるから、裁判所に慎重に執行を停止すべきかどうかを勘案した上その裁判をすべきものである。しかして、この裁判は、本案の終局判決があるまでの一時的措置であり、裁判所は、この裁判をした後執行を停止することが適当でないと認めるときは何時でもこれを取り消すことができるのであるから、執行停止の裁判に対しては不服申立を認めないこととした。若し即時抗告のような停止の効力をもつ不服の申立を許すとすれば、これにより処分は再び停止を解除されて進行し、折角停止し得ることとした趣旨に反するし、また、停止の効力をもたない不服申立を許すことは、徒らに争を繁くするの難を免れない。むしろかように停止すべきかどうかについて争のあるような場合には、ともかく執行を停止しておいて後、最後の判断で、その当否を決するのが適当であると考えられる。

執行停止の決定について、その中で示された法律命令等が違憲であるかどうかの判断が不当であることを理由とする場合は最高裁判所に特別抗告ができることはいうまでもない。

六、（仮処分に関する民事訴訟法の規定の適用） 行政処分について仮処分に関する民事訴訟法の規定の適用があるかどうかについては説が分かれているが、いずれにしても、第二項の規定により本案の終局判決前行政処分の執行停止の制度を認める以上、更に仮処分に関する民事訴訟法の規定を適用する必要はないので明文を以てその趣旨を明らかにした。」

2. 行政事件訴訟法における改正とその趣旨

行政事件訴訟法における執行停止に関する制度の改正の内容とその趣旨は、立法担当者により、次のように説明されている(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」85頁以下)。

「本条(注、行政事件訴訟法第25条)は、特例法第一〇条の定めるところを承継したものであるが、その基本的構造に多少の修正を加えている。

その一は、特例法においては、この制度を終始一貫本案訴訟の附随手続とし、執行停止決

定後も、本案訴訟の状況により、それとのならみ合せで職権によって右停止を取り消すことを建前とするものであったのに対し、本法は、後述のようにすべて職権による執行停止または取消しを廃止し、執行停止拒否の裁判については、独立した不服申立て方法を明定し、かつ、事情変更を理由とする停止取消の申立手続を設ける（第二六条参照）など、多少とも本案訴訟と分離して審理する建前を採用したことである。その申立ては、本案訴訟の提起を要件とし、管轄裁判所を本案係属の裁判所とする（第二八条参照）などの点において、本案と独立性をもつ民事訴訟法の仮処分制度とは、なお異なるけれども、ややこれに近似する構造をとるに至ったわけである。

その二は、従来、特例法において「執行停止」と称されていたものの内容は必ずしも明らかでなかったのに対し、執行停止を命じうる内容として、処分の効力の全部または一部の停止、処分の執行の全部または一部の停止、手続の続行の全部または一部の停止の諸形態のあることを明確にした点である（本条第二項）。

その三は、特例法においては内閣総理大臣の異議を執行停止の消極要件として規定していたのに対して、この制度は、司法権と行政権の調整の制度であって、単なる執行停止の消極要件にとどまるべきものではないとして、これを別条において規定（第二七条参照）ことにした点である。

その四は、特例法においては、処分の取消しの訴えと判決の取消しの訴えとを分けることなく、執行停止を規定していたのに対して、執行停止が積極的な処分の執行を停止することを原則とするものなることにかんがみ、まず、処分の取消しの訴えについてこれに関する規定を整備し、別条においてこれを判決の取消しの訴えに準用する（第二九条参照）ことにした点である。」

行政事件訴訟法における内閣総理大臣の異議の制度の改正とその趣旨については、立法担当者により、次のように説明されている（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」95頁以下）。

「本条（注、行政事件訴訟法第27条）は、特例法に比し、二つの点で修正を加えている。その一は、特例法が執行停止の消極要件として、「内閣総理大臣が異議を述べたときは、この限りでない。」（同法第一〇条第二項但書）としていたのに対し、執行停止の決定があった後においてもこの異議を述べることができるものなることを明らかにした点である（第一項後段）。特例法の下において停止決定後の異議が適法か否かにつき見解が分れていたが、裁判実務の取扱いとして、この異議のあった場合にこれを尊重して職権による取消し（同法第一〇条第六項参照）を行なった例は少なくなかったし、また、内閣総理大臣に異議権を与える既述の目的からいえば、これを決定前にのみその行使を限定する理由はなく、かつ、執行停止の影響をみきわめ慎重考慮の上これを行使することにするためにも、決定後の行使を許すのが適当と認められるので、右の修正を加えることにしたのである。

その二は、(1)内閣総理大臣は、やむをえない場合でなければ、異議を述べてはならない（第六項前段）。(2)異議を述べるときは、その異議の理由において、処分の効力を存続し、処分を執行し、または手続を続行しなければ、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある事情を具体的に示す（第三項）。(3)異議を述べたときは、これを次の通常国会に報告しなければならない（第六項後段）として、この制度が濫用にわたらないことを期した点である。すでに特例法の下においてもこの異議を抑制する実際上の措置（注二 行政事件訴訟特例法第十条の規定による内閣総理大臣の異議の陳述は、主管大臣が法務総裁と共同して、内閣総理大臣にこうものとする（昭和二十五年十一月三十日次官会議決定））がとられていたのであるが、なおこれが十全を期するため、これら異議行使の方法

手続等を本条で規制することにしたのである。既述のように執行停止決定に対し不服の申立ての途が拓かれたこととあいまって、執行停止の制度並びにこれに対するこの異議の制度は、妥当な運用が保障されたといえよう。」

行政事件訴訟法における仮処分の排除の制度とその趣旨については、立法担当者により、次のとおり説明されている(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」138頁以下)。

「(一)本条(注、行政事件訴訟法第44条)は、行政庁の公権力の行使に当たる行為については、民事訴訟法に規定する仮処分権の行使が制限せらるべきことを明らかにしたものである。

(二)このことはすでに大方の学説判例の認めているところであり、特例法第一〇条第七項もこの趣旨を規定したのであるが、それが執行停止の条下に設けられていたため、その趣旨が明確を欠くこととなって、取消訴訟におけるごとく執行停止が許されている場合にのみ仮処分を禁止したものと解する説が生じた。しかし、この規定の趣旨は、右のとおり、行政庁の公権力の行使を阻害するような措置は、本案訴訟が民事事件だと行政事件だとをまたその態様のいかに問わず、仮処分手続をもってすることはできないというにあるから、ひとり取消訴訟についてだけの問題ではない。そこで本法は、右のような疑義をなからしめるため、規定の位置を移し、これを補則のところ規定することにしたのである。

(三)本条は、民事訴訟法の仮処分の規定が適用されないというのではなく、その適用がある訴訟、たとえば、処分の無効を前提または理由とする現在の法律関係に係る訴訟(注二 この点につき、当事者訴訟(第四条)または民事訴訟(第四五条)について、本条の制約の結果、仮処分の許されない場合があるとすれば、他面かような訴えについては、本法は執行停止に関する規定を準用していない結果、仮処分も執行停止もいずれも許されないという不都合が生ずる、との説があり、このことは小委員会における立案の過程においても指摘されたところである。しかし本条は、これらの訴えについて仮処分の規定の適用そのものを排除したのではなく、仮処分権の限界を明らかにした当然の結果である。また本法は、無効等確認の訴えについて執行停止の規定を準用し、これらの訴えについては準用しないが、前者の訴えについては、これを予防訴訟的特殊な訴えとしてのみ認めためたために執行停止の規定を準用することにしたのであるから、このことの故に両訴の取扱い上に不均衡があるとはいえないであろう。)等について仮処分権の制限に関する規定である。したがって、本案訴訟が取消訴訟または無効等確認の訴えであるものについては、すでに述べたように執行停止の規定があるから、この問題を生ずる余地はない。」

3. 執行停止制度の意義及び要件

行政事件訴訟法における執行停止制度の意義及び要件は、立法担当者により、次のように説明されている(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」86頁以下)。

「二 (執行停止制度の意義)

(一)この制度は、訴訟による事件の終局的解決に至るまでの間の当事者間の法的状態の暫時的な安全を保持しつつ、かつ、訴訟の結果の価値および効果を失わせないことを目的とするものである。

(二)この制度は、その目的において民事訴訟における仮処分の制度に類似するものであるが、それが行政庁の公権力の行使に当たる行為の効果を停止あるいは阻止するという行政権の作用に強い影響を与えるものである関係上、特殊の配慮を必要とし、民事訴訟法の仮処分の制度には親しまないので、右の目的を達するため、特に別個の制度として設けたものであり、したがって、この制度は、ただに取消訴訟のみならず、処分その他公権力の行使に当

たる行為を対象とする無効等確認の訴えその他に準用されること（第三十八条第三項、第四三条第一項第二項参照）他面、行政庁の公権力の行使に当たる行為に関しては、その本案訴訟が行政事件訴訟であれ、民事訴訟であれ、民事訴訟法における仮処分は許されないことが前提にされている（第四四条参照）。

（三）この執行停止は、本来行政作用に属し、法律によって特に裁判所に付与された権限にすぎないものである。この意味において、この執行停止の裁判は、本案訴訟における終局判決と異なる。

三（一） 執行不停止の原則（第一項）

特例法第一〇条第一項と同様、訴えの提起は、行政庁の処分の執行を妨げないとするいわゆる執行不停止の原則を宣言している。執行不停止の原則の採用は、行政処分に公定力のあることの当然の結果というよりはむしろ立法政策の問題であり、現に西独に行政裁判所法のごとき、出訴があれば当然処分の執行は停止されることを原則とする建前をとるものも存する（同法第八〇条）。しかし、かかる執行停止の原則の採用は、執行すべき緊急の必要がある場合には、行政庁が執行命令を発することを前提とするものであり、かような建前に改めることは、わが国の実情に即したものとはいえないので、執行不停止の原則を維持するのを相当としたのである。（中略）

（二） 執行停止の要件（第二項、第三項）

右のように、処分の取消しの訴えの提起は、原則として、その処分の執行を停止するものではないが、(1)右の訴えの提起があった場合において、(2)その処分、処分の執行または手続の続行によって生ずる回復困難な損害を避けるための緊急の必要があるときは（積極的要件）裁判所は、申立てにより、その処分の執行を停止することができる。ただし、執行停止が(3)公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのあるとき、および(4)本案訴訟が理由がないとみえるとき（消極的要件）は、執行停止をすることができない。

（1）執行停止をするためには、本案訴訟たる処分の取消しの訴えが裁判所に提起されたことを必要とすることは、特例法第一〇条の場合と同様である。仮処分のようにその申請を本案訴訟に先立ってもすることのできるものとしなかったのは、保全のために密行性を要することがほとんど考えられないばかりでなく、本案の係属する裁判所がそれとのみらみ合せの上で執行停止をすべきか否かを決めるのが適当であるとしたためである（三項後段参照。なお、審査請求等の前置を法定している場合においても、既述のように処分、処分の執行または手続の続行によって著しい損害を避けるため緊急の必要のあるときは、その前審を省略することができる（第八条第二項第二号参照）から、その原告の権利利益の保全にさしたる不都合はないと考えられる。）。その本案訴訟は、当事者適格その他訴訟要件を具備する適法な訴えとして係属することを要するものであることはいうまでもない。けだし、そうでなければ、原告の勝訴を予想しての被保全権利は認めがたいからである。

（2）係争処分に基づく損害に関し、特例法第一〇条の「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き」という用語を改めて「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」とした。ここに「償うことのできない損害」の意義については、従来種々の解釈が行なわれ、これをあまり厳に解するときは、制度の利用価値を減殺するおそれがあるので、緩和した表現に変更したのである。すなわち、処分を受けることによって被る損害が金銭賠償不能あるいは原状回復不能のもの、もしくは「著しい損害」でなくても、社会通念上それを被ったときはその回復は容易でないと思われる程度のものであれば足りるとする

趣旨である。もっとも、この損害は、ひっきょう裁判所において執行停止の許否を判断するにあたって、停止によって原告の受くべき利益（免れる損害）として、当該処分の不停止によって維持される公共の福祉と比較衡量されるところのものと考えられるから、具体的事情の下において、後者とにらみ合わせて、それを犠牲としてもなお救済に値する程度の損害かどうか相対的にきまる性格のものといえよう。（中略）

（３）執行停止の消極的要件として、特例法と同様、執行停止が「公共の福祉に、重大な影響を及ぼすおそれがある」を掲げている。この趣旨は、本案前の暫定的措置としてなされる執行停止をなすべきか否かについては、単に申立人の処分によって受けた損害のみならず、公共の福祉に及ぼす影響をも考慮してなさるべきことを明らかにしたものである。したがって、その影響が重大かどうかは、絶対的基準によるべきではなく、処分の執行により申請人の受ける損害との関係において、その損害を看過してまでもなお公共の福祉に対する影響をより重大としてこれを守るほどの必要があるかどうかという見地から相対的に判断すべきものと解すべきことは前述したとおりである。

（４）「本案について理由がないとみえる」ことは、本条によって新たに加えられた消極的要件である。特例法の下においても解釈上、本案について一応理由があるとみえることを執行停止の要件として必要とすると解されていたが、本項は、この当然のことを明文で規定したにすぎないものである。けだし、本案についてすでに理由がなく、勝訴の見込みが認められないような場合にまで、執行停止をなすがごときは、執行停止制度の趣旨とするところではないからである。ただ、これを消極的要件の形で規定したのは、申立人としては、この段階においては、係争処分が違法であること（停止の公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないことはもちろん）までも疎明する必要がないことを示す趣旨である。したがって、申立人の主張どおりとしても、係争処分に取消事由を認めがたいような明白な場合は論外として、相手方において係争処分の適法要件の具備を疎明しなければ、本案訴訟について理由がないとはみとめられないことになるう。」

（注２） 執行停止制度の仕組みにつき、別紙１「執行停止制度の仕組みの概要」[13頁]参照

4. 諸外国における仮の救済の制度

アメリカとイギリスにおいては、行政訴訟における仮の救済は、民事訴訟一般における仮の救済と同じ手続が利用される。

ドイツにおいては、行政裁判所法に執行停止制度と仮命令制度が規定されているが、執行停止制度が行政行為の取消訴訟の場合に関する特別法、仮命令制度が他の場合を全て捕捉する一般法であり、仮命令は、民事訴訟法に対応する形で、訴訟対象に関する仮の命令（わが国の民事保全法第23条第1項に規定する「係争物に関する仮処分命令」にほぼ相当する。）と、争われている法律関係に関して仮の状態を規律するための仮の命令（わが国の民事保全法第23条第2項に規定する「仮の地位を定める仮処分命令」にほぼ相当する。）に分けて規定されている（ドイツ行政裁判所法第123条。なお、仮差押えは規定されていない。）。

EUにおいては、「裁判所は、提訴された事件について、必要な仮の措置を命ずることができる」（EC条約第243条）と規定されている。

フランスでは、執行停止について、行政決定につき取消又は変更の請求がなされた場合に、緊急審理裁判官が、申立てにより、当該決定の執行又はその効果の一部の停止を命ずることができるほか、明白に違法でかつ重大な基本的人権の侵害を行った公法上の法人又は公役務

管理を負託された私法上の組織体に対して、基本的人権を保護するために必要なあらゆる措置を命ずることができ、さらに、緊急審理裁判官は、行政決定の前においても、申立てにより、行政決定の執行を妨げない限りで、有効なあらゆる措置を命じることができる（フランス行政訴訟法典 L521-1 条から L521-3 条）。

（注 3） 民事保全法（平成元年法律第 91 号）

「（仮処分命令の必要性等）

第二十三条 係争物に関する仮処分命令は、その現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるときに発することができる。

2 仮の地位を定める仮処分命令は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするときに発することができる。

3 第二十条第二項の規定は、仮処分命令について準用する。

4 第二項の仮処分命令は、口頭弁論又は債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、これを発することができない。ただし、その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。

（仮処分の方法）

第二十四条 裁判所は、仮処分命令の申立ての目的を達するため、債務者に対し一定の行為を命じ、若しくは禁止し、若しくは給付を命じ、又は保管人に目的物を保管させる処分その他の必要な処分をすることができる。」

（注 4） ドイツ行政裁判所法第 123 条

「行政裁判所法 123 条 1 項 裁判所は、現在の状態が変化することによって、申立人の権利の実現ができなくなり、あるいは本質的に困難になるおそれがあるという危険が存在する場合、訴訟提起前であっても、申立てに基づき、訴訟対象に関する仮の命令をすることができる。争われている法律関係に関して仮の状態を規律するための仮の命令も、この規律が、とりわけ継続する法関係において、本質的な不利益を避けるため、あるいは切迫している権力行使を阻止するため、もしくは他の理由により必要と考えられる場合に許される。

2 項 仮の命令の発布は本案裁判所が管轄する。それは、一審裁判所、および本案が控訴手続に係属している場合は控訴審裁判所である。80 条 8 項が準用される。

3 項 仮の命令の発布については、民事訴訟法 920 条、921 条、923 条、926 条、928 条から 932 条、938 条、939 条、941 条および 945 条が準用される。

4 項 裁判所は決定により判断を下す。

5 項 1 項から 3 項の規定は 80 条および 80a 条（注、執行停止）の場合には適用されない。」

（注 5） フランス行政訴訟法典

「L521-1 拒否決定を含む行政決定につき取消又は変更の請求がなされた場合に、申立てを受けた急速審理裁判官は、緊急性が認められ、かつ、審理において当該決定の適法性につき重大な疑義を生じさせる攻撃方法があると判断される場合に、当該決定の執行又はその効果の一部の停止を命じることができる。

執行停止が宣言された場合、適切な期間内に、当該決定の取消又は変更の請求につき裁断されるものとする。執行停止は、遅くとも、当該決定の取消又は変更の請求につき裁断される前に、終了するものとする。

L521-2 前条に言う緊急性が認められる申立てを受けた場合に、急速審理裁判官は、その権限行使において明白に違法でかつ重大な基本的人権の侵害を行った公法上の法人又は公役務管理を負託された私法上の組織体に対して、右の基本的人権を保護するために必要なあらゆる措置を命じることができる。急速審理裁判官は、48 時間以内に、右の命令を行うものとする。

L521-3 緊急の場合に、急速審理裁判官は、予先行政決定を欠いても受理される申立てについて、行政決定の執行を妨げない限りで、有効なあらゆる措置を命じることができる。」

（注 6） 仮の救済に関する諸外国の法制につき、第 7 回行政訴訟検討会の資料 1 の 15 頁以下（アメリカ）資料 2 の 8 頁以下（フランス）資料 3 の 6 頁以下（ドイツ）資料 8 の 5 頁（韓国行政訴訟法第 23 条、第 24 条）第 8 回行政訴訟検討会の資料 1 の 8 頁以下（イギリス）資料 2 の 7 頁以下（EU）参照。

5. 執行停止と仮処分の排除の制度に関する検討の視点

執行停止と仮処分の排除の制度について検討するに当たっては、「公権力の行使に関する不服の訴訟」を広く「抗告訴訟」と定義して（行政事件訴訟法第 3 条第 1 項）行政庁の違法処分取消変更の訴えに限らず、「処分の効果としての個々の法律関係を対象とするも

のではなく、行政庁を被告としてその権限の行使、不行使を争う訴訟形態であり(第一条、第三八条参照) その公権力性の排除によって原告の権利、利益の保護救済を図ることを目的とする一切の訴訟を含む」(杉本良吉「行政事件訴訟法の解説」9 頁) ものとする趣旨で包括的な救済手段とする一方で、それにもかかわらず、仮の救済としては、実情に応じた多様な救済方法が可能な仮処分を排除し、救済方法が「処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止」(行政事件訴訟法第 25 条第 2 項) のみに限定される執行停止だけを定めることが、救済方法の点で国民の権利救済にとって十分であるといえるかどうか、また、執行停止をすることができる場合は、処分の取消しの訴え又は無効等確認の訴えの提起があった場合に限られ(行政事件訴訟法第 25 条第 2 項、第 38 条第 3 項) その他の抗告訴訟や当事者訴訟あるいは民事訴訟を提起した場合には、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の仮の救済であるという理由で仮処分も執行停止もできないこととなることをどのように考えるか、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に対する仮の救済について、一律に民事保全法に規定する仮処分をすることができないとして仮処分を排除する行政事件訴訟法第 44 条の規定の根拠をどのように考えるか、他方で、仮の救済の手続として仮処分を認め、裁判所が行政庁の処分があったのと同じような仮の地位を定めることができることとすると、このようなことは司法権と行政権の役割分担の観点から問題はないのかどうか、執行停止の他に新たな仮の救済制度を設けるとした場合には、執行停止と同様に訴えの提起後に限るか、それとも仮処分と同様に訴えの提起前における仮の救済を認めるべきかどうか、などの問題点について検討する必要がある。

(注 7) 執行停止の期間について、「行政事件訴訟法に基づく執行停止をめぐる実務上の諸問題」(司法研修所編) 71 頁以下は、「執行停止の効力は、特に主文でその時期を定めなかったときは、決定後、本案判決の確定に至るまで存続するものと解される。しかし、この点は、主文でその時期を明確にしておくことが望ましいが、その場合、必ずしも本案判決確定時まで停止しなければならないわけではなく、裁判所は、事案に応じて、その裁量により執行停止の期間を自由に定めることができると解される。」としている。

(注 8) 執行停止と仮処分の排除に関する本検討会での意見の概要につき、第 6 回行政訴訟検討会の資料 2「行政訴訟検討会における意見の概要(第 5 回検討会まで)」12 頁【執行停止】、【仮処分】参照

6. 執行不停止の原則についての検討の視点

「行政事件訴訟法が採用する「執行不停止の原則」の長所としては抗告訴訟の提起により行政の円滑な運営が不当に阻害されることがないこと、濫訴の誘発を予防することができることが、短所としては執行停止を得るために抗告訴訟の提起とは別個の手続を執る負担を原告に課することが挙げられる。」(参議院議員福山哲郎君提出土地収用法等に関する質問に対する答弁書(平成 12 年 12 月 19 日内閣参質 150 第 13 号))

諸外国の法制をみると、アメリカ、フランス、ドイツ、イギリス、EU、韓国のうちでは、ドイツを除き執行不停止の原則が採用されている(諸外国の法制につき(注 6)【9 頁】参照)、また、一般法である行政裁判所法において執行停止原則を採っているドイツでも、公課及び公の費用の賦課徴収、警察執行官吏による延期不能な命令及び措置に関しては、執行不停止が原則となる他、近年、「政治的衝撃力のある分野」で、執行停止原則の例外を定める個別法律が増えている(建築監督上の建築許可に対する第三者の取消訴訟、交通網整備に関する計画確定決定等)。

執行不停止の原則について検討するには、前記の長所、短所を踏まえて、行政の円滑な運営と実効的な国民の権利利益の救済との調和等について検討する必要がある。

7. 内閣総理大臣の異議についての検討の視点

内閣総理大臣が異議を述べたときは処分の執行を停止すべきことを命ずることができない旨を定めた行政事件訴訟特例法第 10 条第 2 項但書の規定については、日本国憲法の三権分立の原則に違反し無効であるという見解もあった(最高裁判所昭和 28 年 1 月 16 日大法廷決定(民集 7 卷 1 号 12 頁)における真野毅裁判官の意見(別紙 2)[14 頁]参照)。

内閣総理大臣の異議の制度の合憲性について直接判断した最高裁判所の判例はない。政府の見解(参議院議員福山哲郎君提出土地収用法等に関する質問に対する答弁書(平成 12 年 12 月 19 日内閣参質 150 第 13 号))は、次のとおりである。

「行政事件訴訟法第 27 条の内閣総理大臣の異議の制度が違憲であるとする説は、執行停止が司法作用に属する事柄であるとの見解を前提とした上で、内閣総理大臣が執行停止の手に介入することは司法権を侵害するものであること等をその理由としているものと承知している。

しかしながら、執行停止は、本案の訴訟における終局判決と異なり、判決前の暫定措置としてされる行政作用に属する事柄であり、行政事件訴訟法においては、このような行政作用に属する執行停止の許否の判断権を立法政策上裁判所にゆだねたにすぎず、したがって、裁判所による執行停止の決定を覆す権限を内閣総理大臣に認めたとしても、司法権を侵害することにはならず、内閣総理大臣の異議の制度が憲法に違反することにはならない。」

内閣総理大臣の異議が述べられた事例は、行政事件訴訟法の制定後現在までの間に全部で 9 例である。すべて集団示威運動に関する処分の執行停止に関してされたもので、最近では、昭和 46 年 4 月 15 日に異議が述べられて以来、内閣総理大臣の異議が述べられた事例はない。

現行法では、執行停止の申立てに対して行政側が争う方法としては、内閣総理大臣の異議のほかに、行政事件訴訟法第 25 条第 6 項に基づいて執行停止の決定に対して即時抗告の申立てをすることができるが、執行停止決定に対する即時抗告は、執行停止決定の執行を停止する効力を有しないため(行政事件訴訟法第 25 条第 7 項)、即時抗告により執行停止決定に不服申立てをしても、即時抗告に対する決定がされるまでの間に執行停止決定の目的が達せられてしまい、不服申立てが無意味になる場合が生じる。参考に、民事保全法による保全命令に対しては、保全異議又は保全抗告による不服申立てがあった場合には、保全命令の取消しの原因となることが明らかな事情及び保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることにつき疎明があったときに限り、裁判所は、申立てにより、不服申立てについての裁判をするまでの間、担保を立てさせて、又は担保を立てることを条件として保全執行の停止又は既にした執行処分の取消しを命ずることができると規定している(民事保全法第 27 条第 1 項、第 41 条第 4 項)。

諸外国の制度では、アメリカ、フランス、ドイツ、イギリス、EU、韓国のいずれの国についても、仮の救済の最終的判断を裁判機関とは別の行政機関に留保している制度はない(諸外国の法制につき(注 6)[9 頁]参照)。

内閣総理大臣の異議の制度について検討するに当たっては、国民の権利救済における司法権の役割や執行停止制度の重要性を考慮したときに、処分の執行停止を行政作用に属するものとし、取消訴訟における仮の救済の最終的判断を行政権に留保することが、適当であるかどうか、内閣総理大臣の異議に代わる他の制度、例えば、「執行停止決定に対して即時抗告の申立てをした場合に、抗告裁判所又は原裁判所が、申立てにより、執行停止の決定の

執行の停止を命ずることができるものとする」など、最終的な判断を司法権に留保しながら、行政の側からの不服申立てをより実効的にする方法で代替することの当否、などの点について検討する必要がある。

(注9) 民事保全法(平成元年法律第91号)

「(保全執行の停止の裁判等)

第二十七条 保全異議の申立てがあった場合において、保全命令の取消しの原因となることが明らかな事情及び保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることにつき疎明があったときに限り、裁判所は、申立てにより、保全異議の申立てについての決定において第三項の規定による裁判をするまでの間、担保を立てさせて、又は担保を立てることを条件として保全執行の停止又は既にした執行処分取消しを命ずることができる。

2 抗告裁判所が保全命令を発した場合において、事件の記録が原裁判所に存するときは、その裁判所も、前項の規定による裁判をすることができる。

3 裁判所は、保全異議の申立てについての決定において、既にした第一項の規定による裁判を取り消し、変更し、又は認可しなければならない。

4 第一項及び前項の規定による裁判に対しては、不服を申し立てることができない。

5 第十五条の規定は、第一項の規定による裁判について準用する。

(保全抗告)

第四十一条 保全異議又は保全取消しの申立てについての裁判(第三十三条(前条第一項において準用する場合を含む。)の規定による裁判を含む。)に対しては、その送達を受けた日から二週間の不変期間内に、保全抗告をすることができる。ただし、抗告裁判所が発した保全命令に対する保全異議の申立てについての裁判に対しては、この限りでない。

2 原裁判所は、保全抗告を受けた場合には、保全抗告の理由の有無につき判断しないで、事件を抗告裁判所に送付しなければならない。

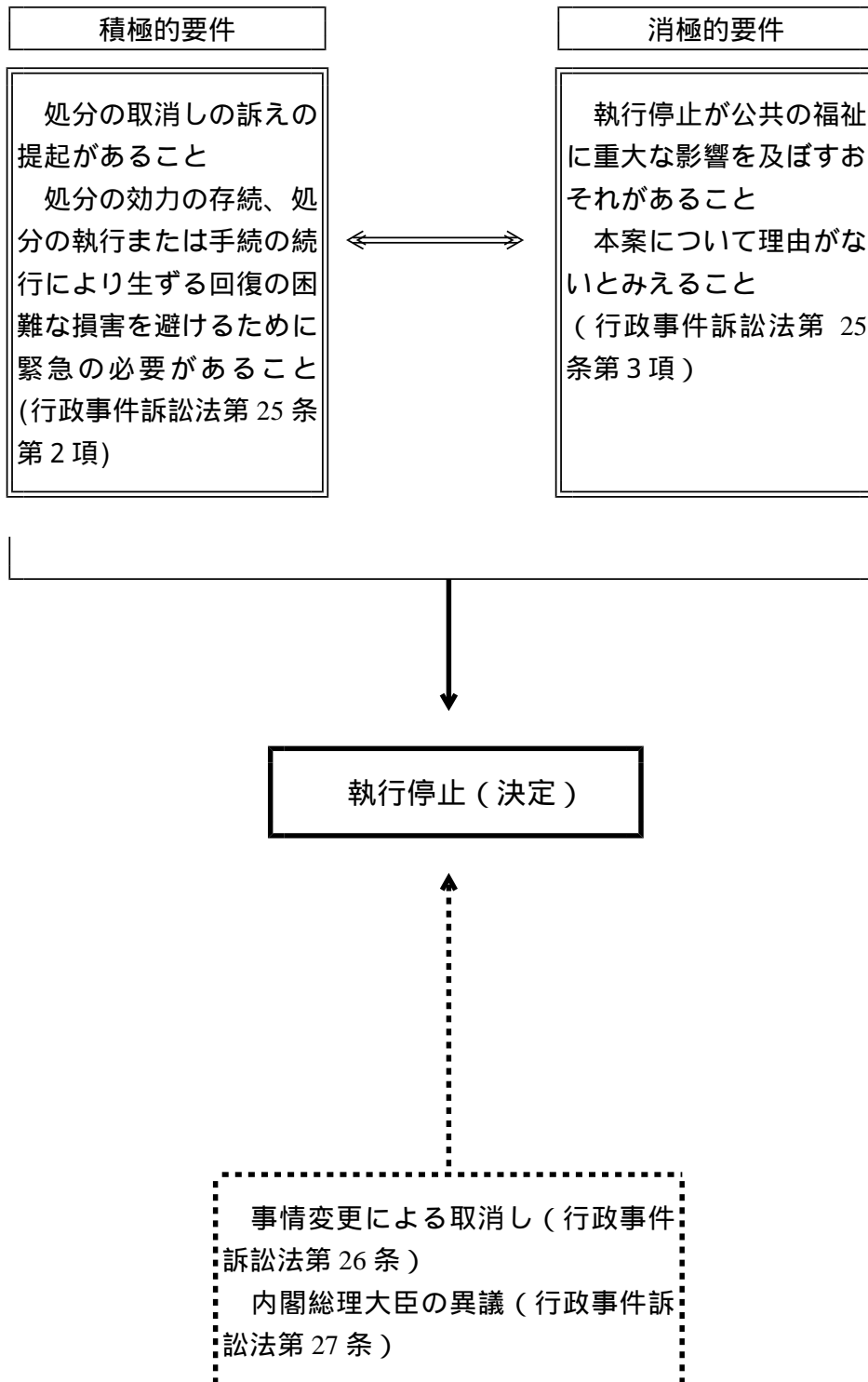
3 保全抗告についての裁判に対しては、更に抗告をすることができない。

4 第十六条本文、第十七条並びに第三十二条第二項及び第三項の規定は保全抗告についての決定について、第二十七条第一項、第四項及び第五項、第二十九条、第三十一条並びに第三十三条の規定は保全抗告に関する裁判について、民事訴訟法第三百四十九条の規定は保全抗告をすることができる裁判が確定した場合について準用する。

5 前項において準用する第二十七条第一項の規定による裁判は、事件の記録が原裁判所に存するときは、その裁判所も、これをすることができる。」

(注10) 内閣総理大臣の異議に関する本検討会での意見の概要につき、第6回行政訴訟検討会の資料2「行政訴訟検討会における意見の概要(第5回検討会まで)」12頁【内閣総理大臣の異議】参照

執行停止制度の仕組みの概要



別紙 2 最高裁判所昭和 28 年 1 月 16 日大法廷決定（民集 7 卷 1 号 12 頁）における真野毅裁判官の意見

「行政事件訴訟特例法一〇条一項においては、行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟の提起は処分の執行を停止しない旨を規定し、同二項本文においては、右訴の提起があった場合において「処分の執行に因り生ずべき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認めるときは、裁判所は、申立に因り又は職権で、決定を以て、処分の執行を停止すべきことを命ずることができる」旨を規定し、同項但書においては「但し、執行の停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞のあるとき及び内閣総理大臣が異議を述べたときはこの限りでない」と定めている。しかし、わたくしの考によれば、この但書中の「内閣総理大臣が異議を述べたとき」は処分の執行を停止すべきことを命ずることができない旨を定めた規定は、憲法三権分立の原則に違反し無効であると言わなければならぬ。行政庁の違法な処分によって権利を侵害され法律上の争訟が生じたときは、当事者はその救済を求めするために違法な処分取消又は変更等の訴訟を裁判所に提起することを得るのは当然であり、これは憲法上裁判所の権限であり司法権に属することは疑いのないところである。そして、この種の訴の提起があった場合に、前記一〇条二項本文により処分の執行停止を命ずると否とは、同様に司法権に属する司法的処理であることもまた明らかである。しかるに、同項但書において内閣総理大臣が異議を述べたときには、処分の施行停止を命ずる司法的処置を採ることを禁止しているのは、内閣総理大臣という行政機関が司法権の領域を侵犯して処分の執行停止を命ずるか否かという司法的処置に干渉するものであるから、三権分立の原則に違反するわけである。（中略）違法な行政処分（裁量が不当だというのではなく）によって権利を侵害されたものがその救済のために処分取消又は変更の訴を裁判所に提起し、裁判所がこれに対し裁判をすることは本質上司法権に属すると共に、この訴訟に関連して仮の処置として違法と認められる行政処分の法律効果を判決まで一時的に停止することは、司法権に固有な司法的処置であってその以外の何物でもない。行政訴訟だからといって、裁判所は行政府の代行で行政的処置をするわけではないことは、天日のごとく明らかである。司法権の領域において「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律のみに拘束される」（憲法七六条）。立法者は、法律を制定して裁判官がその職務を行うに必要な規準を定めた場合には、裁判官は法を解釈適用する者としてその法律に従わなければならないことは言うをまたぬところである。そこで、前記一〇条二項但書には「内閣総理大臣が異議を述べたときは」処分の執行停止を命ずることを禁止しているから、一応裁判所はこの法律規定のために処分の執行を停止することを命ずることができないように見える。しかし、法律だからといって男を女にし女を男にすること以外のことは何でも規定できるという万能効は認められない。裁判官がその職務を行う規準として制定される法律は、一般的・抽象的な内容を有する法規であるべきであり、裁判官はこれを個別的・具体的の事件に適用して司法的処置をしてゆくのである。これに反し、法律の内容が抽象的でなく、具体的事件についてする裁判所の司法的処置に当り個別的に内閣総理大臣が異議を挟んで具体的な司法的処置に介入するを許すことを規定するにおいては、異議のあった場合にはそれはもはや実質的には司法的処置ではなく行政処分と変質するに至るであろう。別の言葉でいえば、行政府の干渉によって、裁判所は執行停止の司法的処置を禁止されることになり、行政府が具体的事件において裁判所の司法的処置を指揮する結果となる。平たく言っても裁判所が司法的処置をしようとしているときに、内閣総理大臣から異議が出され、この異議に従わなければならぬものとするれば、そのどこに司法権の独立があるのであろうか。これをしも行政・司法両権の混淆とよぶことが許されないであろうか。わたくしは、寡聞短見にして未だかつてかかる類型の立法例の存在することを見聞した経験と記憶がない。憲法の大原則である三権分立が、混迷し、紛々として乱れゆくところに、専制政治や全体主義政治やシーザリズムが頭をもたげる危険が伏在することは、あえて識者の言を待つまでもない。これ、わたくしが、内閣総理大臣の異議に関する前記規定をもって、違憲無効であると判断するゆえんである。」