

本案判決前における仮の救済の主な論点

1 執行停止の要件

執行停止の要件として「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」(行政事件訴訟法第25条第2項本文)と定めていることにより不都合が生じているのは、どのような場合か。

(注1)「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」(行政事件訴訟法第25条第2項本文)との要件に関する裁判例につき、別紙1参照

(注2)なお、弁護士に対する戒告処分の公告は同処分の続行手続ではないとして、それにより生じる損害は行政事件訴訟法25条2項にいう回復の困難な損害に当たらないものとした最高裁判所の裁判例として、最高裁平成15年3月11日第三小法廷決定・裁判所時報1336号1頁(別紙2)参照

2 執行停止決定に対する不服申立ての在り方

執行停止決定に対する即時抗告(行政事件訴訟法第25条第6項)は、執行停止決定の執行を停止する効力を有しない(行政事件訴訟法第25条第7項)とされていることについて、どのように考えるか。

(参考)民事訴訟法第334条

(原裁判の執行停止)

第三百三十四条 抗告は、即時抗告に限り、執行停止の効力を有する。

2 抗告裁判所又は原裁判をした裁判所若しくは裁判官は、抗告について決定があるまで、原裁判の執行の停止その他必要な処分を命ずることができる。

(注)内閣総理大臣の異議の制度(行政事件訴訟法第27条)との関係についても検討する必要がある。

3 公権力の行使に当たる行為についての執行停止以外の仮の救済

(1) 係争物に関する仮処分に類する仮の救済が必要となるのはどのような場合か。例えば、農地買収処分の無効を前提として、当該農地の売渡しを受けた者を相手方とする当該農地の処分禁止の仮処分を求める場合につい

て、現在は行政事件訴訟法第 44 条により、民事保全法に規定する仮処分をすることができないと解されるが、この場合の仮の救済についてどのように考えるか。

- (2) 仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済が必要となるのはどのような場合か。行政の作為・不作為の給付を求める訴えによる救済の認められる範囲との関係はどうか。

(注 1) 許可申請に対する拒否処分の執行停止に関する裁判例につき、別紙 3 参照

(注 2) 行政事件訴訟法第 44 条により仮処分が許されないこととなるか否かが争われた裁判例につき、別紙 4 参照

- (3) 仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済の制度を設けるものとした場合の要件についてはどのように考えるか。

行政訴訟における仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済の必要性に関する要件として、どのような要件が必要と考えられるか。

(参考)

執行停止の積極要件：「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」(行政事件訴訟法第 25 条第 2 項本文)

仮の地位を定める仮処分における保全の必要性の要件：「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」(民事保全法第 23 条第 2 項)

行政訴訟における仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済についての本案に関する要件として、どのような要件が必要と考えられるか。

(参考)

執行停止における本案についての要件：「本案について理由がないと見えるときは、することができない」(行政事件訴訟法第 25 条第 3 項後段)

仮の地位を定める仮処分における保全すべき権利関係についての要件：「保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性は、疎明しなければならない。」(民事保全法第 13 条第 2 項)の要件

行政訴訟における仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済について、公共の福祉又は公益に配慮した要件を設ける必要性があるか。あるとする場合には、どのような要件が適当か。

(参考)

執行停止については「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」は執行停止をすることができないとされている（行政事件訴訟法第 25 条第 3 項前段）。

行政訴訟における仮の地位を定める仮処分に類する仮の救済について、本案の訴えの提起を要するか否かについて、どのように考えるか。

（参考）

執行停止については本案の訴えの提起が必要とされている（行政事件訴訟法第 25 条第 2 項本文）。

仮の地位を定める仮処分については、仮処分の申立ての時点で本案の訴えが提起されている必要はなく、仮処分命令を発した裁判所が債務者の申立てにより債権者に対して本案の訴えの提起を命ずる制度がある（民事保全法第 37 条第 1 項）。

(別紙1)

執行停止の要件である「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」(行政事件訴訟法第25条第2項本文)に関する裁判例

- 1 原状回復又は金銭賠償が不能な場合だけではなく、たとえ終局的には金銭賠償が可能であっても、社会通念上、そのことだけではてん補されないと認められるような著しい損害を被ることが予想される場合も含まれるとしたもの

東京高裁昭和41年5月6日決定・行裁集17巻5号463頁

(公務員の免職処分の執行停止につき「回復の困難な損害」を肯定)

高知地裁昭和47年5月12日決定・訟務月報18巻9号1432頁

(農地の仮換地指定処分につき「回復の困難な損害」を否定)

名古屋地裁昭和50年6月25日決定・訟務月報21巻9号1843頁

(地下鉄路線がその地下を通ることとなる土地の所有者らの申し立てた地下鉄建設工事に関する事業認定及び土地収用採決の執行停止につき、一般的には金銭補償により満足すべきことなどを理由に「回復の困難な損害」を否定)

- 2 原状回復又は金銭賠償が不能であるとき、若しくは金銭賠償が一応可能であっても、損害の性質、態様にかんがみ、損害がなかった原状を回復させることは社会通念上容易でないと認められる場合であって、行政処分の相手方にその損害を受忍させることが社会通念上相当でないと認められる場合をいうとしたもの

神戸地裁昭和48年2月7日決定・判例タイムズ292号309頁

(公立高校の生徒に対する退学処分の執行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

札幌高裁昭和42年9月25日決定・行裁集18巻8・9号1211頁

(在日外国人の退去強制手続における収容の執行停止につき「回復の困難な損害」を肯定)

の抗告審高松高裁昭和47年8月21日決定・判例時報682号13頁

(農地の仮換地指定処分につき「回復の困難な損害」を否定)

札幌高裁昭和51年10月27日決定・行裁集27巻10号1649頁

(私立学校の校地の換地処分の執行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

大阪地裁平成2年12月25日決定・判例時報1382号21頁

(外国人の退去強制手続における送還の執行停止につき「回復の困難な損害」を肯定)

- 3 社会通念上手続の続行等の不停止によって維持される行政目的の達成とその停止によって申立人の免れる損害とを比較衡量して、前者を犠牲にしてもなお後者を救済しなければならないと考えられる程度の損害をいうとしたもの

岡山地裁昭和43年12月17日決定・行裁集19巻12号1940頁

(不動産業者の営業用の土地に対する滞納処分の続行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

熊本地裁昭和39年6月3日決定・行裁集15巻6号1044頁

(ダム建設反対闘争の拠点とする目的で築造した建物等の所有者が申し立てたダム建設事業にかかる土地収用裁決の執行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

熊本地裁昭和41年9月14日決定・訟務月報12巻12号1659頁

(ダム工事用仮設備事業に関する収用裁決により収用された土地上の配水管の移転義務の代執行に対する執行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

大津地裁昭和43年2月19日決定・訟務月報14巻4号386頁

(河川の敷地内から砂利等を無断採取した建設業者に対して砂利等を採取跡に戻すこと等を命ずる原状回復命令の執行停止につき「回復の困難な損害」を否定)

(別紙 2)

最高裁平成 15 年 3 月 11 日第三小法廷決定・懲戒処分執行停止に対する許可抗告事件 (裁判所時報 1336 号 1 頁)

「本件は、抗告人から平成 14 年 9 月 10 日付けで戒告する旨の処分 (以下「本件処分」という。)を受けた相手方が、本件処分の効力又はその手続の続行として日本弁護士連合会会則 (以下「会則」という。) 97 条の 3 第 1 項 5 号に基づく公告 (以下「本件公告」という。)が行われると、相手方の弁護士としての社会的信用等が低下するなどして回復し難い損害を被るとして、主位的に本件処分の効力の停止を、予備的に本件処分にに基づく手続の続行の停止を求める事件である。

弁護士に対する戒告処分は、それが当該弁護士に告知された時にその効力が生じ、告知によって完結する。その後会則 97 条の 3 第 1 項に基づいて行われる公告は、処分があった事実を一般に周知させるための手続であって、処分の効力として行われるものでも、処分の続行手続として行われるものでもないというべきである。そうすると、本件処分の効力又はその手続の続行を停止することによって本件公告が行われることを法的に阻止することはできないし、本件処分が本件公告を介して第三者の知るところとなり、相手方の弁護士としての社会的信用等が低下するなどの事態を生ずるとしても、それは本件処分によるものではないから、これをもって本件処分により生ずる回復困難な損害に当たるものということとはできない。これと異なる原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原決定は破棄を免れない。論旨は理由がある。そして、以上によれば、本件申立ては、却下すべきものである。」

(別紙3)

許可申請に対する拒否処分の執行停止に関する裁判例

- 1 許可申請に対する拒否処分については、その執行を停止してみても、当該拒否処分がされる前の状態を回復するだけで、何ら積極的な効果が生ずるものではないから、その執行停止を求める申立ては申立ての利益を欠くとの観点から、執行停止の申立てを不適法としたもの

旅券発給拒否処分につき、東京地裁昭和27年3月24日決定・行裁集3巻2号415頁、その抗告審東京高裁昭和27年4月8日決定・行裁集3巻3号602頁)

刑務所長が受刑者の私本の購入願及び下付願に対してした各不許可処分(東京地裁昭和41年3月28日決定・訟務月報12巻5号664頁)

河川法に基づく工作物設置許可申請に対する不許可処分(東京地裁昭和44年6月14日決定・行裁集20巻5・6号740頁)

ぱちんこ営業不許可処分(大阪地裁昭和44年10月21日決定・行裁集20巻12号1553頁)

国税通則法84条1項所定の補佐人帯同不許可処分(長崎地裁昭和45年11月4日決定・訟務月報17巻6号1003頁)

生活保護法に基づく保護開始申請に対する却下処分(東京地裁昭和45年12月24日決定・判例時報618号19頁)

町立小学校の体育館等の使用不許可処分(福島地裁昭和46年7月20日決定・判例時報656号34頁。広島地裁昭和49年6月14日決定・ジュリスト577号6頁497も同旨)

監獄法に基づく信書の発信許可願に対する不許可処分(広島地裁昭和46年12月10日決定・訟務月報18巻3号405頁)

国立大学大学院在学期間延長申請に対する不許可処分(高松高裁昭和47年9月7日決定・行裁集23巻8・9号665頁。その原審徳島地裁昭和47年5月11日決定・訟務月報18巻8号1278頁も同旨)

仮処分登記囑託却下処分(広島地裁昭和48年6月30日決定・訟務月報19巻12号115頁)

みこし行列を行うことを目的としてされた道路交通法77条1項に基づく道路使用許可申請に対する不許可処分(大阪地裁昭和50年8月12日決定・訟務月報21巻10号2079頁)

出入国管理令（昭和56年法律第86号により出入国管理及び難民認定法と題名改正）54条に基づく仮放免の期間延長申請に対する不許可処分（神戸地裁昭和51年8月6日決定・訟務月報22巻9号2205頁）

消防法11条1項に基づく給油取扱所の設備、構造の変更許可申請に対する不許可処分及び同条5項に基づく完成検査済証を交付しない処分（長崎地裁昭和54年4月16日決定・行裁集30巻4号753頁）

公立学校教員採用選考試験に関する願書受理拒否処分（名古屋地裁昭和56年7月18日決定・労働判例374号付録23頁、その抗告審名古屋高裁昭和56年7月20日決定・判例時報1015号51頁）

公立高校の校長がした受験者の身体障害を理由とする入学不許可処分（神戸地裁平成3年7月22日決定・行裁集42巻6・7号1193頁、その抗告審大阪高裁平成3年11月15日決定・行裁集42巻11・12号1788頁）

- 2 執行停止により拒否処分がされる前の状態を回復することに何らかの法的利益が認められるとして、申立ての利益を肯定し、拒否処分の執行停止を適法であるとしたもの

鉱業法18条2項に基づく試掘権存続期間延長申請に対する不許可処分の効力停止を求める申立てにつき、同法20条によれば、延長申請があったときは、試掘権の存続期間の満了の後でも、申請が拒否されるまで、又は延長の登録があるまでは、試掘権は存続するものとみなされるから、処分の効力停止により試掘権者はその権利を行うことができることになるとして、申立てを適法としたもの（札幌地裁昭和34年5月11日決定・行裁集10巻5号1016頁）

集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例（昭和25年東京都条例第44号）1条に基づく集団示威運動の許可申請に対する不許可処分の効力停止を求める申立てにつき、条例は、集団行動について文面上は許可制を採っているが、不許可とし得る場合を厳格に制限して許可を義務付けており、実質において届出制と異なるから、処分の効力が停止されることによって適法な集団示威運動をし得ることになるとして、申立てを適法としたもの（東京地裁昭和42年11月27日決定・行裁集18巻11号1485頁）

集団示威運動、集団行進及び集会に関する条例（昭和36年広島県条例第13号）に基づく集団示威運動の許可申請に対する不許可処分の効力停止を求める申立てにつき、同条例8条2項によれば、不許可処分がない場合には許可したもの

とみなされるから、処分の効力停止により適法な集団運動をし得ることになるとして、申立てを適法としたもの（広島地裁昭和46年4月15日決定・行裁集22巻4号516頁）

在留期間更新不許可処分の効力停止を求める申立てにつき、許否いずれかの処分がされるまでは、旅券に記載された在留期間が徒過した後においても、不法残留者としての責任を問えないという意味において本邦に在留することができるのであるから、処分の効力停止を認める利益があるとして、申立てを適法としたもの（東京地裁昭和45年9月14日決定・行裁集21巻9号1113頁、神戸地裁昭和49年1月14日決定・訟務月報20巻5号143頁、その抗告審大阪高裁昭和49年10月24日決定・訟務月報20巻13号102頁、大阪地裁昭和55年9月19日決定・訟務月報27巻1号179頁）

(別紙 4)

行政事件訴訟法第 44 条により仮処分が許されないこととなるか否かが争われた裁判例

1 現業国家公務員に対する不利益処分に関するもの

(いずれも仮処分による救済を否定したもの)

現業国家公務員の配置換え(配転命令)につき、国家公務員法及び人事院規則 8 - 1 2 (職員の任免)は、現業国家公務員の任用については、非現業国家公務員の場合と同じく、行政庁の処分であることを前提として規定しているところ、配置換えも任用処分の一方法である以上、公権力の行使たる行政処分に当たるとして、仮処分による救済を否定したもの(福島地裁昭和 4 3 年 3 月 1 2 日判決・訟務月報 1 4 卷 3 号 3 1 5 頁、その控訴審仙台高裁昭和 4 4 年 4 月 7 日判決・行裁集 2 0 卷 5 ・ 6 号 5 9 9 頁、京都地裁昭和 4 6 年 3 月 2 6 日判決・労民集 2 2 卷 2 号 3 4 3 頁、その控訴審大阪高裁昭和 4 7 年 9 月 8 日判決・労民集 2 3 卷 5 ・ 6 号 5 6 3 頁、東京地裁昭和 4 6 年 4 月 6 日判決・労民集 2 2 卷 2 号 4 1 8 頁、その控訴審東京高裁昭和 4 8 年 1 月 2 3 日判決・訟務月報 1 9 卷 3 号 3 2 頁、東京高裁昭和 4 7 年 3 月 2 4 日判決・労民集 2 3 卷 2 号 9 7 頁、名古屋地裁昭和 4 7 年 9 月 2 7 日決定・訟務月報 1 8 卷 1 2 号 1 8 3 1 頁)

現業国家公務員に対する懲戒免職処分につき、同処分は国家公務員法 8 2 条に基づいてされた処分であって、いわゆる法定処分として行政事件訴訟法 4 4 条にいう行政庁の処分に当たるとは明らかであるとして、仮処分による救済を否定したもの(名古屋地裁昭和 4 7 年 9 月 2 7 日決定・判例タイムズ 2 8 5 号 2 1 6 頁)

臨時雇の現業国家公務員に対する再任用の拒否処分につき、現業国家公務員である臨時雇の公務員たる地位は再任用されない限り予定雇用期間の満了によって当然に終了すると解されるから、地位保全仮処分申請は、行政庁に代わって再任用という行政処分を仮にすべきことを求めるものにほかならないが、そのような仮処分は行政事件訴訟法 4 4 条の趣旨にかんがみ許されないとして、同申請を却下したもの(福井地裁昭和 5 1 年 3 月 1 9 日判決・訟務月報 2 2 卷 4 号 9 9 5 頁)

2 公共施設等の建設等公共工事に関するもの

(仮処分による救済を否定したもの)

市道建設工事の続行禁止を求める仮処分申請につき、当該仮処分申請は、当該道路の配置計画自体の瑕疵を主張しその建設工事の続行禁止を求めるものであるが、このような仮処分は結局道路の区域決定ないし区域変更という行政処分の実効性を失わせ、実質上その効力を停止する作用を営むことになるとして、行政事件訴訟法 44 条により許されないとしたもの (広島地裁昭和 53 年 12 月 5 日決定・判例タイムズ 373 号 115 頁。その抗告審広島高裁昭和 54 年 3 月 3 日決定・判例タイムズ 382 号 105 頁も結論同旨)

道路建設予定地又はその周辺に居住する住民がした、同予定地の売買契約及び道路建設工事の禁止を求める仮処分申請につき、行政事件訴訟法 44 条の立法趣旨は、行政の目的の適正、迅速かつ確実な実現を確保するために、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、仮処分をもって直接その行政権の作用を阻止することを認めないとするものと解されるところ、道路建設という行政目的実現のために不可分一体と認められる一連の過程の一部である前記売買契約及び道路建設工事について仮処分を認めると、当該仮処分は、先行の行政処分たる道路区域決定 (区域変更) の効力を無に帰するから、前記仮処分申請は、同条の立法趣旨に照らし、不適法であるとしたもの (広島高裁平成 4 年 9 月 9 日決定・訟務月報 39 巻 8 号 1389 頁)

(仮処分による救済を一部認めたもの)

高速道路建設工事につき、同工事は建設大臣が計画決定をした都市計画に基づく事業であることや道路法の規定等にかんがみて、公権力の行使に当たる行為に該当するから、同工事を全面的かつ長期間にわたって停止するような同道路建設 (公権力の行使) を不可能にする仮処分は許されないとした上で、本案訴訟が適法である以上、それに付随する仮処分を許すべきことは当然の法理であるといえるから、行政事件訴訟法 44 条の規定は、正当な公権力の行使を妨げることのない仮処分、たとえばその行使方法の是正を求め、あるいはそれが正当に行使されるべきことの保障を求め、若しくはごく短期間に限ってその行使を停止するなどの仮処分を禁止する趣旨ではないとして、仮処分申請を一部認容したもの (神戸地裁尼崎支部昭和 48 年 5 月 11 日決定・訟務月報 19 巻 12 号 33 頁)

(仮処分申請を適法としたもの)

市道改良工事は、公共用施設の設置行為のうちのその設置のための決定では

なく、その建築のための事実行為であり、これは地方公共団体の公権力の行使という性質を有するものではなく、また、個人の権利の制限、義務の受忍を当然に予想するものでもないから、行政事件訴訟法44条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には該当せず、民事訴訟法上の仮処分の対象となるとしたもの（静岡地裁沼津支部昭和53年5月29日決定・訟務月報24巻7号1456頁）

都市計画道路である市道の整備工事の一環として市が施行する橋りょう工事の差止めを求める仮処分の申請につき、前記橋りょう工事自体は、市が私人と対等の立場に立って締結する私法上の請負契約により私有地外の河川及び市道上に前記橋りょうを設置するという事実行為であって、前記橋りょう工事の施行それ自体は公権力の行使という性質を有するものではなく、まして、市が公権力の行使により直接住民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するものではないから、行政事件訴訟法44条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には該当しないとして、前記仮処分申請は適法であるとしたもの（神戸地裁尼崎支部昭和53年10月27日判決・判例タイムズ374号139頁）

国道改築工事及びこれに伴う県道、農業用水路及び農業用道路付替工事の起業者である建設大臣の行う橋りょう架設工事の差止めを求める仮処分の申請につき、行政法規上道路建設工事が公権力性を有すると認められるような規定は置かれていないから、道路建設工事は公権力の行使に当たる行為とはいえない事実行為であって、民事訴訟による差止請求の対象にすることができると解すべきであり、しかも、前記差止めを求める理由は橋りょうの水面上の高さが低いため申請者の荷役用船舶の航行が不可能となるというにあって、道路建設工事の事業計画（都市計画道路の変更、道路区域の決定、土地収用法上の事業認定）そのものの適否を争い、変更を求めるものではないから、仮に前記仮処分申請が認容されたとしても既存の行政処分の効力を否定することにはならないとして、前記仮処分申請は適法であるとしたもの（和歌山地裁昭和57年11月11日決定・訟務月報29巻6号1042頁）

3 公立学校に関係するもの

（仮処分による救済を否定したもの）

県公立学校教員採用選考試験を受けるべき地位にあることを仮に定めること

及び同試験を受けることの妨害禁止を求める仮処分の申請につき、県教育委員会のした同試験願書の返戻行為は、単なる事実行為ではなく、受験申請を拒否し願書を受理しない旨の意思を表示したものであって、願書提出者に試験を受ける機会を失わせる効果をもたらすものであるから、行政庁の処分に当たるところ、前記仮処分申請は、同行政処分の効力を否定し、これを直接阻害することを内容とするものであることが明らかであり、行政事件訴訟法44条により許されないとしたもの（名古屋地裁昭和56年7月18日決定・行裁集32巻7号1234頁、その抗告審名古屋高裁昭和56年7月20日決定・労働判例387号付録37頁）

市立養護学校高等部の入学者の応募資格を有する地位にあることを仮に定める旨の仮処分申請が、公立学校の在学関係は、契約関係ではなく、いわゆる公法上の特別権力関係に属するものであるとして、許されないとしたもの（京都地裁平成元年1月11日決定・判例地方自治56号40頁）

（仮処分申請を適法としたもの）

町立小学校の旧校舎の取壊しの差止めを求める仮処分申請につき、同取壊しには、道路工事のように住民に対する受忍を強制する効果等は認められないし、他に公権力の行使としての効果を認めることもできないから、同取壊しは単なる事実行為にすぎないとして、前記仮処分申請を適法としたもの（東京高裁昭和52年11月16日判決・行裁集28巻11号1226頁。その原審浦和地裁昭和52年1月28日判決・判例時報843号29頁も結論同旨）

停職処分を受けた県立高校教諭が、教職員組合の組合活動をするため、学校施設内に立ち入ることの妨害禁止を求める仮処分申請につき、行政事件訴訟法44条は、行政庁のする行為の全般にわたって全面的に仮処分を禁止するものではなく、行政庁の行為であっても、私法上ないし労働法上の規律を受ける行為については仮処分の目的とすることも許されると解すべきであるとした上、当該申請においては、教職員組合の組合員たる地位に基づく立入りといういわば使用者と被用者間の労働法上の権利義務の存否が問題となっているところ、学校管理権の名において全面的に組合活動上の権利を否定し去ることは許されないとして、前記仮処分申請は適法であるとしたもの（静岡地裁昭和39年11月30日判決・行裁集15巻11号2158頁）

国立大学の学舎移転に伴い受教育地の変更通知を受けた学生らが国を相手として申請した旧学舎において教育を受ける地位を有することを仮に定める旨の

仮処分申請につき、国立大学学生の在学関係は私法上の契約関係であるとして、
前記仮処分申請は適法であるとしたもの（大阪地裁昭和55年3月14日決定
・訟務月報26巻6号920頁）