

取消訴訟(その7)

橋本 勇 弁護士

11 執行停止

行政処分には公定力があり、その実定法上の根拠が行政事件訴訟法(以下「行訴法」という)25条及び44条に求められることについては、本連載の第3回で述べた。すなわち、行訴法25条は、その1項で「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。」とし、同法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。」として、取消しの訴えの提起や民事上の手続によって処分の効力が妨げられることがないこととしているのである(民事事件においては、判決によって権利義務が確定し(民事訴訟法(以下「民訴法」という)250条)、確定判決等の債務名義がなければ強制執行することができない(民事執行法22条))。

しかし、いかなる事情があっても、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げないとするのは、あまりに行政庁の都合だけを優先するものであり、行き過ぎであることは明らかであることから、その不都合に対処するた

め、行訴法は、その25条2項で次のように定めている。

「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重大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。」

この条文における執行停止の要件である「重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」というのは、平成16年法律84号によって「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という表現が改められたものである。改正前の要件については、原状回復が困難なものや、金銭賠償が不可能なもののほか、金銭賠償が可能であっても、社会通念上その損害を受けると回復が容易ではないものがそれに該当すると解されていたが、その解釈では狭すぎるという批判があり、条文の表現を変更するとともに、その解釈の方

法について、行訴法25条3項として次の規定が置かれた。

「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。」

法律に当該法律の解釈の方法を定めるといふのは異例であるが、用語を変更しただけでは立法趣旨が明確にならないという判断がなされたものと考えられる。すなわち、従前は金銭賠償の可能性に重点が置かれていたのに対し、金銭賠償による損害の回復がある程度可能な場合であっても、損害の性質及び程度並びに具体的な処分内容及び性質を勘案して「重大な損害」の有無を判断すべしとするのである。この規定による判断をした代表的な判例に次のものがある(最高裁平成19年12月18日決定(判例時報1994号21頁))。

「相手方は、その所属する弁護士会から業務停止3月の懲戒処分を受けたが、当該業務停止期間中に期日が指定されているものだけで31件の訴訟案件を受任していたなど本件事実関係の下においては、行政事件訴訟法25条3項所定の事由を考慮し勘

案して、上記懲戒処分によって相手方に生ずる社会的信用の低下、業務上の信頼関係の毀損等の損害が同条2項に規定する『重大な損害』に当たると認められた原審の判断は、正当として是認することができる。」

この判断は弁護士業務の特性を考慮したものであるが、そのことについて田原睦夫裁判官は次のように説明する(同裁判官の補足意見)。

「弁護士業務は、その性質上、高い信用の保持と業務の継続性が求められるところ、多数の訴訟案件、交渉案件を受任している弁護士が数か月間にわたる業務停止処分を受けた場合、その間、法廷活動、交渉活動、弁護活動はもちろんのこと、顧問先に係る業務を始めとして一切の法律相談活動はできず、業務停止処分により、従前の依頼者は他の弁護士に法律業務を依頼せざるを得なくなるが、進行中の事件の引継ぎは容易ではない。また、懲戒を受けた弁護士の信用は大きく失墜する。そして、業務停止期間が終了しても、いったん他の弁護士に依頼した元の依頼者が再度依頼するとは限らず、また、失墜した信用の回復は容易ではない。」

業務停止処分を受けた弁護士が受ける上記の状況によって生ずる有形無形の損害は、後にその処分が取り消された場合に、金銭賠償によって容易に回復し得ないものである。」

また、鹿児島・種子島間の航路等で一般旅客定期航路事業を営む会社に対する事業停止命令による事業停止の期間が1か月程度で終了する蓋然性があること等を理由として、同命令による「重大な損害」が生ずるとした裁判例(福岡高裁平成17年5月31日決定(判例タイムズ1186号110頁))があるが、これは、同命令の内容や性質を勘案したものであろう。なお、弁護士に対す

る戒告処分の公告によって社会的信用等が低下することは「回復の困難な損害」に該当しないとする判例(最高裁平成15年3月11日決定(判例時報1822号55頁))がある。これは、改正前の行訴法25条2項に基づくものであるが、前記の田原裁判官の補足意見からすると、戒告処分によって法廷活動、交渉活動、弁護活動等の法律相談活動ができなくなることはないので、同項が改正された後においてもそれが「回復の困難な損害」に該当することはないものと考えられる。

このように、行訴法25条2項は執行停止の積極的要件を定めるものであるが、その一方で同条4項は「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。」と執行停止の消極的要件を定める。当該処分がその対象者に重大な損害を生じさせ、それを避けるため緊急の必要があるときであっても、それが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いうことの意味は、「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」(民法1条1項)という精神と共通するものであろう。これは、事案ごとに個別に判断されるべきものであるが、都心から40～60km圏に位置する都市を相互に連携し、放射状の幹線道路と接続する圏央道(自動車専用道路である)のインターチェンジの用地についての土地収用法に基づく明渡裁決の執行停止を認めた地裁の決定を取り消した東京高裁平成15年12月25日決定(判例時報1842号19頁)は、その理由を次のように述べている。

「圏央道事業は通過交通の排除と分散導入による首都圏の交通混雑を緩和し、これによる大気汚染の削減等沿道環境を改善するとともに、中

核都市の連絡による業務機能の分散と地域開発の促進などの首都圏の更なる発展を目的としたものであり、その一環にある本件事業も日の出インターチェンジとは異なった交通対応をする独自の意義を有するもので、国道16号、国道411号の渋滞や交通量の減少を図ったり、年間37億円を超える経済的効果も期待できる上、沿線自治体等も圏央道事業そのものの必要性を前提として早期供用を求めているのであるから、いずれもその公共的必要性は極めて高い事業であると認められる。また、圏央道は、まず西側区間について緊急に整備を行い、早期に効果の実現を図るために、順次部分供用を行うこととされ、本件事業区間の圏央道路線のうち青梅インターチェンジから日の出インターチェンジまでの区間(約8.7km)は既に平成14年3月に供用が開始されており、日の出インターチェンジからあきる野インターチェンジまでの区間についても供用を開始することによる交通混雑の緩和等や経済的効果が見込まれるところ、これは様々な予測や推計によるものであるから必ずしもその見込み通りの結果が得られるとは限らないとはいえ、その予測や推計が事業推進のための宣伝本位の作為的な不合理なものであるとまでは認め難い。そうすると、この見込みを前提とする限り本件事業は極めて公共性の高い事業であるということができし、この交通混雑の緩和等や経済的効果は新滝山街道の開通以前においても認められているのであり、工事についても相手方らにより明渡しはされない約370mの区間を除いてはほぼ完了し、周辺においては市道や都道も整備が図られてきているのであるから、本件区間について早急に

工事を完了する必要性もあると認められる。さらに、あきる野インターチェンジから八王子ジャンクションまでの区間についても、平成16年度内の供用を目標として既に多くの構造物が完成するなど速やかな進捗が図られているところであるが、このことも考慮すると、本件区間について早急に工事を完了する必要性は一層高いことになる。

そうすると、本件明渡裁判の執行を停止することは、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあり、相手方が本件裁判の執行等によって被る前記(2)の損害と衡量しても無視できないものである。」

ところで、執行停止についての決定は「疎明に基づいて」(行訴法25条5項)、あらかじめ当事者の意見をきかなければならないものの、「口頭弁論を経ないですることができる。」(同条6項)とされている。通常、このような簡略化された手続で「本案について理由がないとみえるとき」(同条4項)に該当するか否かを判断することは容易ではない。そのため、実務的には、確たる心証が得られるまで取消訴訟の審理を先行させ、執行停止についての判断が本案の終局判決と同時になされることも珍しくない。

なお、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部を停止する決定に対しては、即時抗告をすることができるが(行訴法25条7項)、その即時抗告は、決定の執行を停止する効力を有しない(同条8項)とされている。即時抗告は、口頭弁論を経ないでなされた決定について、その告知を受けた日から1週間以内になされなければならないとされる不服申立てであり、その決定の執行停止の効力を有するのが原則であるが(行訴法7条、民訴法332条)、処分の執行停止の決定について

はその効力を有しないものとされているのである。

執行停止の決定については、即時抗告をすることによってその効力を停止させることはできないが、内閣総理大臣は、執行停止の決定がなされる前であると後であるとを問わず、裁判所に異議を述べることができ、その異議があったときは、裁判所は、執行停止をすることができず、既に執行停止の決定をしているときは、それを取り消さなければならないとされている(行訴法27条)。これは、一見、司法に対する行政の介入のように見えるが、処分には公定力(これについては本連載第3回で詳しく説明した)や自力執行力(実定法に基づいて裁判所の判断を経ないで目的を実現すること)が認められるのであるから、処分の執行停止は行政処分としての性質を有するものであり、憲法76条1項の司法権には含まれないとする次の東京地裁昭和44年9月26日判決(判例時報568号14頁)があり、この考え方が一般に承認されている。

「行訴法第二十五条第二項ないし第五項に規定する行政処分の効力または執行の停止は、当該行政処分の適法、違法の確定的法律判断に基づくものではないから、行政処分の効力または執行を停止する権限は固有の司法作用を行う権限には含まれないのであるが、確定的法律判断に至るまでの当事者間の法的状態の暫定的安定を保持し、確定的法律判断の結果を有名無実のものとしなすための処分であるという点で、民事事件における保全処分の一つである仮の地位を定める仮処分に類似するものがある。しかし、行政処分はその適法性について争いがあつても、権限ある行政庁によつて取消され、あるいは固有の司法作用による確定的法律判断によつてその違法であることが

確定されるまでは、一応適法なものとして取扱われる、いわゆる公定力を有し、したがつて、行政庁はみづからその処分の執行をすることができる、いわゆる自力執行性を有するのであるから、行政処分の効力または執行の停止は行政処分たる性質を有するものである。これに対して、仮の地位を定める仮処分は、それが確定的法律判断に基くものでなく、確定的法律判断に至るまでの間の当事者間の法的状態の暫定的安定を保持するという目的を達成しようとするものであるという意味において、すなわち権利義務関係についての法律判断の結果自体ではなく、端的にある目的の実現をはかる行為であるという意味において、行政的な作用であるけれども、その対象となる法律関係が、国家、その他の公権力主体の目的達成とは直接には関係のない私人間の法律関係であるから、これには、行政処分という性質はなく、いわば行政的司法処分である。このように、行政処分の効力または執行の停止も民事事件についての仮の地位を定める仮処分も、ともに固有の司法作用の実効性を確保するため、本案の裁判の確定前において暫定的に法律状態を形成する処分であるという点においては同じであるが、その形成の対象となる法律関係の性質の相違から、処分としての性質に差異がある。したがつて、前記のとおり、民事事件についての保全処分を行う権限は憲法第七十六条第一項によつて直接に裁判所の権限とされる司法権に含まれると解すべきであるけれども、行政処分の効力または執行を停止する権限についても同様に解すべきであると断定できない。つまり、行政処分の効力または執行を停止する権限は、本来固有の意味

における司法権の範囲には属せず、いわば行政的作用であるが、国家は、立法政策上、司法機関たる裁判所に行わせるのが適当であると思つた結果、行訴法第二十五条においてこれを裁判所の権限とするに至つたものである。いわば、それは、本来的な行政作用の司法権への移譲にほかならない。したがつて、その権限移譲にあたり、どのような態様で移譲し、どのように司法機関に行わしめるかも、一つに立法政策の問題であつて、合憲違憲の問題は起らない。」

また、この判決は、内閣総理大臣の異議があつたときは、既になされている執行停止の決定を取り消さなければならぬとされていることについて、「執行停止決定の失効を明確にさせるためであつて、この取消決定は、執行停止の権限を有する裁判所がその権限の行使として行う、行訴法第二十六条第一項に基づいてなされる執行停止決定の取消決定とはその性質を異にするものと解される。」と述べ、裁判官の良心（憲法76条3項）とは関係がないとしている。

この判決が総理大臣の異議による執行停止の取消しとは性質を異にするという行訴法26条1項は、「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。」と定めている。これは、本案判決において執行を停止された処分が適法であると判断されたり（本案について理由がないとみえるときに該当することになる）、重大な損害が生ずるおそれが消滅したとき等に、執行停止の決定の効力を失わせるものであり、本案の係属する裁判所が行うことになっている（行訴法28条）。

近時、アメリカにおいて特定の国の

国民の入国を制限する大統領令の執行停止が話題になっている。我が国においては、行政府の長が法律の委任を受けない命令（「独立命令」と称される）を発することはできないが（憲法41条）、大統領令を処分であると観念するときは、裁判所はその執行停止をすることができるものの、当該処分をした行政庁が誰であるかに関係なく（上記に引用する事案の処分庁は東京都公安委員会である）、内閣総理大臣が異議を述べることによってその執行停止の決定が取り消されることになるわけである。行政法という確立したカテゴリーを有する国と、法は普遍的なものであり、行政といえども特別ではないとする国の違いであろうか（閑話休題）。

12 口頭弁論

民訴法87条1項は、「当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない。ただし、決定で完結すべき事件については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める。」としている。ここでの口頭弁論というのは、訴訟当事者が受訴裁判所の面前で、申立てを行い、攻撃防御方法（証拠・証人申請等）を提出することを意味するが、「判決は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官がする。」（民訴法249条1項）という直接主義との関係では、証人尋問も含まれる（同条3項参照）。ただ、大規模訴訟に係る事件について、当事者に異議がないときは受命裁判官に裁判所内で証人又は本人の尋問をさせることができ（民訴法268条）、証人が正当な理由により裁判所に出頭できないとき等は裁判所外で受命裁判官又は受託裁判官に証人の尋問を行わせることができる（民訴法195条）ほか、証拠調べ一般（当事者尋問、鑑定人尋問等を含む）について、

裁判所が相当と認めるときは裁判所外で行うことができ、この場合は合議体の構成員又は地方裁判所若しくは簡易裁判所に囑託して行うこともできるとされている（民訴法185条）。なお、訴訟指揮や判決の言渡しを含めて口頭弁論ということもあり（期日ごとに作成される口頭弁論調書には、訴訟手続のほとんど全てが記載される。民訴法160条、民事訴訟規則66条・67条）、現実に行われる口頭弁論の語の用法は多義的である。

このように、口頭弁論は裁判における中核的な役割を担うものであり、「裁判の対審及び判決は、公開法廷で行ふ。」という日本国憲法82条及び「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」という同32条の趣旨を現実化したものと理解される。そのため、「訴えの提起があつたときは、裁判長は、口頭弁論の期日を指定し、当事者を呼び出さなければならない」（民訴法139条）とされ、原告又は被告の一方が最初の口頭弁論の期日に出頭しないときは、裁判所は、その者が提出した訴状又は答弁書その他の準備書面に記載した事項を陳述したものとみなすこと（これを「擬制陳述」という）ができるほか、公示送達（民訴法110条～113条）による呼び出しを受けた当事者以外のものが口頭弁論に出頭せず、答弁書その他の準備書面を提出しないときは、相手方の主張した事実を自白（民訴法179条）したものとみなすとされている（民訴法159条）。

このように、口頭弁論は民事訴訟における基本的な手続であり、行政事件訴訟においてもその例によることとされている（行訴法7条）。なお、訴えが不適法でその不備を補正することができないとき等、口頭弁論を開かないで判決をすることができる場合があることについては次回に述べる。☹