慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	行政処分とその執行停止 : 行政事件訴訟法綜合判例研究
Sub Title	Administrative act and its suspension of execution : case notes of "administrative litigation act"
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio) 野村, 文男(Nomura, Fumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.9 (1969. 9) ,p.93- 108
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690915-0093

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

行政処分とその執行停止

——行政事件訴訟法綜合判例研究——

金子芳雄
野村文男

一、はしがき
二、執行停止の意義・内容
三、執行停止の要件
四、内閣総理大臣の異議

一、はしがき

本稿は、行政訴訟における執行停止にかんする判例の綜合的研究である。

日本国憲法の下において、行政裁判所が廃止されて以来、行政事件は、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」(昭二二法七五)、行政事件訴訟特例法(昭二三法八一)等により民事訴訟法の一環として処理されてきた。殊に、行政事件訴訟特例法(以下、特例法と略称)は、僅か十二ヶ条の条文であり、一方、行政事件は農地関係をはじめとし非常に多くの事件が裁判所に提起された。このため、同法各条につき、多くの疑点ないし見解の対立がしめされるにいたつた。行政事件訴訟法(昭三七法一三九)は、特例法施行十数年の経験を基礎とし、しかも十分の時間をかけ慎重に制定された(入江俊郎・行政事件訴訟法立案の経過・法律時報三四巻一〇号二六頁)。このため、特例法下における問題点の多くは、行政事件訴訟法(以下、行訴法と略称)において立法的に解決された。しかし、特例法下の判例中に示された見解で、行訴法の条文を検討するにあたり、なお参考にすべきものが少くない。

このため、本稿は、行訴法二五条を中心として検討をおこなうが、特例法一〇条等をめぐる判例についても、適宜引用する。

さて、現行法制は、

㈠ 行政処分について公定力をみとめるが、執行力は、さらに特別の法律でこれをみとめられることをようする。換言すると、すべての行政処分に公定力は存するが、執行力は特別の場合に限定される。

㈡ 処分の取消しの訴え提起に、停止的効果（処分の効果、処分の執行、手続の続行についての）をみとめない。

㈢ 裁判所が執行停止の決定をなすために、積極的要件（回復の困難な損害を避けるため緊急の必要）と、消極的要件（公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ・本案について理由がないとみえる）を要求する。

㈣ さらに、公共の福祉に重大な影響を考え、内閣総理大臣の異議制度をみとめる。

右第一点における、すべての行政処分に公定力をみとめるべきかは、行政法の中心的重要問題である。そして、第二点の執行不停止原則をみとめるべきか、あるいは、執行停止原則をみとめるべきかは、第一点の行政処分の公定力に関連して論ぜられてきた。

すなわち、わが国の伝統的学説は、執行不停止原則の由来を行政行為の本質にもとめる。この説によると、統治権とは、相手方の同意すると否とを問わず、一方的に命令し強制しうる権能であり、行政行為は統治権に由来する。したがつて、行政行為がなされると、一方的に権利・義務の変動を生ずる。これを実体面についてみると「拘束力」であり、手続面において、この拘束力のあることの承認を要求するものが「公定力」である。一方、わが憲法は、権力分立の原則を採用するとともに、その具体化の一として、行政権の行使にたいし司法審査をみとめる。しかし、司法審査は、権力分立の原則の承認される限度における司法権の行使である。したがつて、違法行政行為を裁判所が判決で取消すことは、司法権の行使として権力分立上許されるとしても、本案審理をまたず仮処分によつて行政行為の執行を停止することは、裁判所が司法権の範囲をこえ行政権を代行するものであり、行政権の行使について内閣か国会に対し連帯責任を負う民主政治の原則に反する（田上穣治・行政行為の公定力・行政法講座二巻八七頁）。

このような伝統的学説にたいし、行政事件をまつたく民事事件と同様にみようとする説がある。この派に属し、しかも、最もその特色をよく打ちだした説は以下のごとくである。

憲法七六条二項が、「特別裁判所は、これを設置することができない。」と規定したことは、行政事件を通常の民事事件としてこれと同一に取扱うべきことを命じたものである。裁判所もまた手続も。

訴願手続の後に訴が提起されたならば、行政処分は、その訴が棄却されて初めて確定的な効力を持つ。それまでは行政処分の確定力は遮断される。それが訴提起の理論的効果である。……

それにも拘らず、特例法一〇条一項が、「……訴の提起は、処分の執行を停止しない。」と規定したことは、行政事件における訴提起の理論的効果を無視したものであり、上訴の提起により通常の民

事事件にあつて当然生ずる効果を行政事件に限つて減却しようとしたものであつて、誤りである。

未確定なる行政処分に確定せる行政処分のみが有する執行力を与えるというが如きことは、理論的には到底考えられない事柄である。

とし、さらに進んで三権分立と基本権の関係を論じて、

三権分立と基本権との関係をどのように見るかということは大切な事である。近時ややもすれば人々は三権分立と基本権とを二つの互に独立した制度と考えているが、これにもまして法治国の本質を忘れた危険はないのである。三権分立は基本権のためのものであり、従つて之に従属する。基本権を離れてそれ自体として意味のある制度ではないのである。

これ等は、まさにその通りであろう。しかし乍ら、これ等の結論的な部分において、

…行政権は裁判所の監督の下に立たなければならない。司法権が行政権の上にあつて行政権を監督することこそ法治国の眼目である。……この様にして司法権は行政権の上位にある。これが憲法七六条二項の二つの規定が定めるところである（高根義三郎・行政訴訟の研究九八頁以下）。

と論断する。ただし、もし司法権の絶対的支配に行政権がおかれるとしたら、第一説における責任行政と、この第二説における司法権の優位は、権力分立制をめぐり対立する。そして、このことは、国民主権と基本権、全体と個人という型で、対立の根源がさらに深まってゆく。

しかし乍ら、現在の通説は、停止・不停止の原則のいずれを採用するかは立法政策の問題であるとみ、前記両説の対立の解消をはかる。この説によると、

いずれの原則を採用するか、さらには、停止・不停止の最終的決定権を誰に委ねるかは、理論必然的な決定を可能にするものではなく、その決定の根底にあるのは行政事件の審判機関に対する信頼の程度の問題であり、立法政策の問題であるといえよう。

とし、具体的に、停止・不停止のいずれの原則をとるかにつき、

要するに行政事件の裁判機関に行政活動の特有性に対する理解を期待しえ、その意味で信頼をおきうるところでは、執行停止を原則とし、その最終決定権を裁判機関に与えても公益性の考慮についての懸念をもつ必要なく、これに反し、必ずしも充分な信頼をおきえない所では、寧ろ原則としては執行停止とし、裁判所の決定をチェックするような形の制度をとることとなる。

右の意味では、新法も少なくとも理論的には、司法裁判所の行政権の特殊性に対する理解に対し、立法者が不信感をもつことを示すものといえよう。事実そのような経験がないわけでもなかつた（市原昌三郎・行政事件訴訟法を批判する・法律時報三四巻一〇号三九頁）。

と説明をくわえる。なお、この説明をさらに進めると、立法者が期待するごとき行政権の特殊性の理解を、司法裁判所に期待することは、甚だ困難であるから、司法裁判所が行政事件を処理するかぎ

り、執行不停止という法制度が多く現われる結果となるであろう。

執行停止をめぐり、考え方としては、右のごとき見解の対立がある。一方、法制度をみると、わが国の場合、行政裁判所の存在していた当時より、執行不停止を原則とし、例外的に執行停止をみとめる制度を採用していた。すなわち、

訴願法十二条　訴願ハ法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外行政処分ノ執行ヲ停止セス但行政庁ハ其職権ニ依リ又ハ訴願人ノ願ニ依リ必要ナリト認ムルトキハ其執行ヲ停止スルコトヲ得

行政裁判所法二十三条　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決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決ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

と規定する。そして、かかる制度の採用された理由とし、訴の提起により執行を停止すると、不当に行政の進行を妨げ、あるいは濫訴を導くおそれがある。したがつて、執行不停止を原則とする。しかし乍ら、この原則を貫徹すると、原告が勝訴の判決をえても、最早原告の権利を回復することが実際上不可能となり、行政訴訟が何等の実効のないものとなる場合がある。かかる場合には、行政上大なる支障のないかぎりは、行政訴訟の終局するまで其の執行を停止することが必要であると説明されていた（美濃部達吉・行政裁判法―現代法学全集―二四七頁）。

つぎに、現行憲法の施行にともない、行政裁判所が廃止され、その後しばらくの間、行政事件は、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」（昭二二・四・一九法七五）により処理された。この法律によると、

八条　行政庁の違法な処分の取消又は変更を求める訴は、他の法律（昭和二十二年三月一日前に制定されたものを除く。）に特別の定のあるものを除いて、当事者がその処分のあつたことを知つた日から六箇月以内に、これを提起しなければならない。但し、処分の日から三年を経過したときは、訴を提起することができない。

と規定し、この規定と民事訴訟法とを適用し行政事件を処理することとなつた。このため、訴提起にともなう執行停止にかんしては、民訴法の仮処分を適用しようとするのが、当時の裁判例の多くの見解であつた（学説はこれに反対するものもあり、結局、特例法一〇条七項となつた）（〔1〕）。

〔1〕民事訴訟法による行政処分禁止仮処分申請事件が上告審に係属中、行政事件訴訟特例法が施行されたときは、上告審は、原判決及び第一審判決を破棄し、仮処分申請を不適法として却下すべきものである（最高昭二四・六・一五民集三巻七号二六五頁）。

この事件において、特例法施行以前は、民訴法の仮処分が適用されるということを前提としている。なお、行政事件に民訴法の仮処分が適用されるとした、東京地昭二三・二・二（月報二号八三頁）、岡山地昭二三・二・一〇（月報二号一九頁）、東京高昭二三・六・三〇（月報四号三四頁）等多くの例がある。

法制度としては、このような変遷をへたのち、特例法一〇条、そして、さらに整備された行訴法二五乃至二九条となつた。

二、執行停止の意義・内容

行訴法二五条は、執行停止の内容として、「処分の効力」、「処分の執行」、「手続の続行」の三を明示する。これは、特例法の規定のみにては、文字通り処分の執行の停止をいうのか、広く効力の停止まで意味するのか、必ずしも明らかでなかつた。そして、初期においては、狭義の見解を採用したものも散見された。すなわち、下命行為のごとく執行力をゆうする行政行為のみが、執行停止の対象となり、許可の取消・撤回あるいは、地方議会議員の除名処分のごときは、いずれも、行為自体によつて、すでに、国家意思は実現され、更に進んで何人かに強制を施す必要はない。したがつて、執行停止とは、執行力をゆうする行政行為についてのみ、その執行力を停止するためにおこなわれる(大阪高昭二四・一二・二月報二号三九八頁)というがごときであつた。

しかし乍ら、その後の判決例は、概ね広義の見解を採用し、処分の効力の発生並びに発生以後の一切の手続およびこれ等個々の手続に基づく執行が含まれる(青森地昭二五・六・一五例集一巻二号二六一頁)といい、このような見解が支配的であつた。

その他、執行停止の意義・内容をめぐり、以下のごとき問題がある。

①執行停止をもとめる以上、停止をもとめるべき処分の存在を前提とする(〔2〕)。

〔2〕町会議員が議員たるの地位を喪失したことを理由としてその町会議員の町議会出席禁止等を求める訴は、行政処分の執行停止の申請であると解すべきであるから、その執行を停止すべき行政処分の存在を主張しないかぎり、却下を免れない(岡山地昭二四・三・七月報一四号八四頁)。

しかし、具体的には、執行停止をもとめるものが果して行政処分といいうるや否やで問題になる。

②告示・代執行における戒告につき、執行停止をみとめた例がある(〔3〕)。これ等はいずれも将来において何等かの具体的な法的効果を発生させる。したがつて、将来における手続の続行を遮断するため、執行停止をみとめる意味がある。そして、旧法当時は、法文より手続の続行を停止しうるか否か判断しがたかつたため、とくに戒告等を正面からとりあげ論じなければならなかつたのであろう。

〔3〕地方自治法施行令第九八条、第一〇〇条による町議会解散賛否投票の請求の告示は、単に事実の公表にとどまらず、選挙管理委員会に右告示の日より六〇日以内に議会解散の投票の行うべき義務を課し、かつ、同委員会は右告示をしなければ解散投票に必要な告示以後の処分をすることができない効力をも有するから、右告示の執行停止を求める申立をもつて無意味であり却下さるべきであるということはできない(徳島地昭三三・一一・二一例集九巻二号二四九八頁)。

行政代執行法の戒告についても、同様の理由でこれをみとめている(広島地昭二五・七・一九例集一巻追録二〇三五頁)。

③内部の意思の決定。この種に属するものとし、地方議会の議決がしばしば問題となる。しかし、この問題は一律に取扱うことがで

きない。

議員の除名等の懲戒決議については、地方議会を行政庁と考え、その処分とみるのが、判例・学説における通説である（4）。

しかし、内部的意思決定全体よりみると、かかる例はむしろ例外に属し、通常の場合は、行政処分とみないゆえ、これの執行停止をすることはできないと考えるべきである（5）。

〔4〕 地方議会の議員の懲罰議決はこれを行政処分と、これを行う地方議会はこれを行政庁と解し、同法による懲罰議決の取消を求めることができる（最高昭二六・四・二八例集五巻五号三三六頁）。

行政事件訴訟特例法一〇条二項にいわゆる処分の執行停止は、町議会議員の除名決議のように行政上の意思表示の効力の発生を停止する必要のある場合を含む（釧路地昭二七・六・三〇例集三巻五号一〇三三頁）。

右のごとく、地方議会の議決であっても、それ自体が直ちに相手方にたいし効力を生ずるごとき場合、行政庁（地方議会）における行政処分（除名等の議決）とみることは、特例法時代よりみとめられてきたところである。

〔5〕 地方公共団体の議会の議員が地方自治法第九二条の二に該当する旨の議会の議決は、当該議員の地位身分になんら影響を及ぼすものでないから行政訴訟の対象となる行政処分に該当せず、したがってその取消ないし無効確認を求める本件の訴は不適法であり、したがって又右本案の保全的性格をもつ本件執行の申請も棄却を免れない（仙台地昭三五・一二・二〇例集一一巻一二号三三八二頁）。

この外、某町を廃止し某市に編入するとの町議会の決議執行停止申請が、当該決議が行政訴訟の対象とならないとし却下した例（宇都宮地昭三〇・三・七例集六巻三号六六二頁）等いずれもそれのみにては単なる内部的意思決定にとどまるとする例である。

④条例の執行停止の問題。一般的抽象的効力をゆうする法規（条例にかぎらず）につき、その抽象的効力を訴訟で争うことはできない。しかし、法規も例外的にそれのみにて個別的具体的な効力をゆうし、行政処分と同一視される場合がある。したがって、条例の執行停止は、条例が後者に属する場合にのみ問題となる（6）。

〔6〕 奈良県文化観光税条例は、それ自体により東大寺に文化観光税の特別徴収義務を課したものといえないから、直接に人の権利義務に変動をきたす具体的、処分的内容のものといえず、また右条例が拝観者に対し文化観光税を課することにより拝観者が減少し、それにより東大寺が不利益を被ることがあるとしても、それは単なる事実上の不利益にすぎず、……前記条例の無効確認の訴えは不適法であり、したがって右訴を本案とする前記条例の執行停止も不適法である（大阪高昭四一・八・五例集一七巻七・八号八九三頁）。

⑤申請拒否処分等と執行停止。処分の執行停止は当該処分により生ずるあらたな法律効果の発生・継続を遮断する。このため、当該処分が積極的内容をゆうさぬかぎり、処分の執行停止をもとめる意味がない。したがって、旅券発給拒否処分の執行停止（東京地昭二七・三・二四例集三巻二号四一五頁、東京高昭二七・四・八高裁民集五巻一三号六二二五頁）、職業紹介停止処分の執行停止（浦地昭二八・七・二四労働民集四巻四号三八八頁）は、いずれもみとめられない。

なお、これら諸例は、もし申請拒否処分にたいし執行停止をみと

めても、拒否処分のみが一時的にその効果を発生しえなくなるだけで、決して申請を認容する結果とならない。しかし、申請にたいする不許可処分の執行停止をみとめ、かかる場合は、申請どおりの行為をなすことができるとする異色ある例がある〔7〕。

〔7〕 東京都公安条例が集団行動を不許可としうる場合を厳格に制限して許可を義務づけることにより、事実において届出制と異るところがなく、それ故にこそ同条例を合憲と解しうるものであることからすれば、同条例による集団示威運動不許可処分の効力が停止された場合は、申請人らは平穏で秩序ある態様においてその申請どおりの集団示威運動をなしうるものと解する（東京地昭四二・一一・二七例集一八巻一一号一四八五頁）（傍点筆者）。

この判決の是非についてはここで論じない。ただ、この判決は、公安条例の許可制を実質的に届出制であると断定する。したがつて行政処分の効力が停止すると、届出の効力が発生するという論理を使う。このため、本例は、通常の許可処分の執行停止の例として取扱うことはできない。

観念的な法律状態の形成を目的とする行政処分については、処分の執行停止は考えられない〔8〕。

〔8〕 市庁舎使用許可取消処分のような観念的な法律状態の形成を目的とする行政処分については、処分の効力の停止は考えられても、処分の執行の停止はありえないから、その執行の停止もありえない（大阪高昭四〇・一〇・五例集一六巻一〇号一七五六頁）。

したがつて、本例のごとき考え方によると、使用許可取消処分、すなわち従来使用してきたところを取消される場合、取消処分の効力の停止をもとめることにより救済のみちがひらかれることになる。

三、執行停止の要件

執行停止をなすためには、積極的要件として、㈠適法な取消訴訟の提起、㈡回復困難な損害を避けるため緊急の必要、そして、消極的要件として、㈢公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ、㈣本案について理由がないとみえる、の四つの要件があげられる。さらに、内閣総理大臣の異議申述によつても、執行停止ができず、あるいは、執行停止を取り消さなければならない。

㈠ 適法な取消訴訟の係属

①出訴期間・審査請求前置と執行停止の関係、執行停止は、本案訴訟に附随する。したがつて、本案訴訟を提起せず執行停止をもとめることはできない。また、出訴期間経過後本案訴訟を提起し、あわせて執行停止をもとめることもみとめられない（甲府地昭二六・一一・三例集二巻一号一一五頁）。審査請求前置を要求されている場合（行訴法八条一項但書）、同条二項に該当しないかぎり、審査請求を経由しない訴につき、執行停止はみとめられない（長崎地昭二四・九・一四月報一八号九八頁）。

右の場合は、本案訴訟が不適法なものとし却下される場合であり、現行法下において「本案について理由がないとみえるとき」同様、執行停止をなす実益のない場合である。

②無効確認の訴と執行停止の関係

特例法は、執行停止にかんする同法十条に「第二条の訴……」という言葉を使う。そして、第二条にいう処分の取消しの訴と、無効確認の訴とは、別個なものと理解されていた。このため、無効確認の訴につき、執行停止の条項を適用すべきか、あるいは、十条七項の反対解釈として、民事訴訟法の仮処分に関する規定を適用すべきか、見解の対立がなかったわけではない。

判決例は、無効確認の訴につき、執行停止の規定を適用しえないから民訴法の仮処分の規定を適用するほかないという少数例（青森地昭二六・二・一四例集二巻一二号二一五一頁、岡山地昭二四・六・二〇月報二四号九六頁）を除き、多数は執行停止の規定を無効確認の場合に類推適用してきた（東京地昭三〇・一二・二六例集六巻一二号二八五五頁、青森地昭三五・七・一一例集一一巻七号二〇二六頁等）。そして、その理由は、無効行政処分にかんする仮処分の申請を拒否した最高裁判決の傍論がこれを代表しているごとくである（〔9〕）。

〔9〕　上告人は本件差押が無効であることを申請の理由として述べているけれども、かりに本件差押が無効であるとしても、いやしくも形式上行政庁の処分として存在する以上、同法二条の訴訟の結果取消されるか、或は裁判所の判決により無効とされるまでは、差押処分の効力は失われないのであつて同法一〇条七項の趣旨はこれらの判決確定前行政庁の処分の効力を停止するについては、同条二項による執行停止の方法によるべく民事訴訟法の仮処分に関する規定によることは許さない趣旨と解するを相当とする（最高昭二八・六・二六例集四巻六号一四六二頁）。

③時間的に前後する二つの処分のある場合、前行処分の取り消しをもとめる訴において、後続処分の執行停止をもとめることができるか。

特例法時代における多くの判決は、後続処分にたいする執行停止を広くみとめていた（〔10〕）。そして、学説の多くも、かかる判例傾向に同調していたが、続行処分が原処分の執行としての意味をもつ場合のみ執行停止をみとめるとする説もあつた（雄川一郎・行政争訟法二〇一頁）。

〔10〕　行政事件訴訟特例法第一〇条二項にいう処分の執行の停止とは、本案訴訟の目的たる当該行政処分の効力の発生を阻止するためにのみ限定して解すべきものではなく、同一行政庁が行う関連した一連の行政処分であつて、当該行政処分を前提とし、必然的に後続的になされるべき行政処分がある場合、その処分の効力の発生を阻止することを含むと解するのが相当である（徳島地昭三二・七・一五例集八巻七号一三一八頁）。

そして、本件は、直接請求の署名簿の署名の効力に関する訴訟において、この効力に関する証明書の交付に続く賛否投票の施行に関する告示の執行停止をみとめている。このように、同一手続を構成する各行為にとどまらず、後続の手続における各行為についても執行停止をみとめた例であり、かかる趣旨の例が多い。

現行法は、執行停止を、処分の効力、処分の執行および手続の続行の停止と規定している。このような現行法の規定は、たしかに、特例法下における多くの見解の対立を解消させた。しかし、現行法下においても、ある処分の取消の訴を提起した場合、執行停止の対象となる続行処分は如何なるものか、なお、問題が残っているよう

である。

たとえば、所得税課税処分の取消しの訴を提起した場合、当該課税処分に基づく滞納処分につき執行停止をみとめた例（神戸地昭四一・一二・二六例集一七巻一二号一四〇二頁、横浜地昭四三・一〇・四判例時報五三七号三四頁）は、既述〔10〕と同様の見解を採用している。

本件で注意すべきは、通常、課税処分と滞納処分とは、別個の手続と解されている。同一手続内における各個の処分の場合、前行処分の取消しの訴につき後行処分の執行停止を求めることは、続行停止の典型的場合であろう。しかし、右例のごとく、二個の手続の場合には、前行手続の違法性が、一切の後行手続に承継されるかどうか。この点は、行政行為の瑕疵論においても、違法性の承継の問題とし多いに論ぜられるところである。そして、執行停止の場合にも、右におけると同様の配慮をなすべきか、あるいは、執行停止のはたす保全的役割を重視し、特定行為を前提として必然的に後続する一切の行為を含むと解すべきか、なお検討をようする点である。

④処分の執行完了と執行停止の関係

特例法下において、国立療養所の入所患者にたいする退所命令の執行停止は、患者が退所してしまつてからではみとめられないとする例（大阪地昭二四・五・二八月報二三号三五六頁）をはじめ数例が報告されている（〔11〕）。そして、これ等はすべて処分の執行完了後は、執行停止をもとめえないとする。

学説的には、前記国立療養所の判決を契機とし、処分の執行完了後において執行停止をする意義はないとする多数説と、執行完了後においてもこれをみとめようとする反対説がそんした。

行訴法が適用されてから、この例を正面からとりあげた事件は報告されていない。学説としては、旧法と異り、現行法の「処分の効力の停止」という明文に着目し、処分執行完了後においても、執行停止をみとめなければならない場合もあることを示すものもある。すなわち、処分の効力停止は、法律関係を処分以前の状態に戻すことであるが、その結果として、事実状態を旧状に復することができる場合には、執行停止は可能であるといつてよい。しかし、たとえば、取りこわしが完了した後における、建築物の除却命令の執行停止の如きは、許されぬであろう（今村前掲三一〇頁）。

おもうに、通常の執行停止は、本件処分以前の、すなわち従来の法律状態を存続しようとする。これにたいし、本件処分に基づく執行完了は、従来の法律状態に変更が生じ、そこに新らたな法律状態が発生する。したがつて、処分執行完了後において執行停止をみとめることは、この新らたな法律状態をくつがえし旧に復することとなる。しかるとき、暫定的であるべき執行停止に、かかる積極的な力をみとめうるかどうか。具体的例でみると、解職処分後新任者を任命した場合等は、建物移転命令執行後と同様、事実状態を旧に復せない場合とみるか、あるいは、解職処分の執行停止をみとめ新任者を除き申請者を旧に復させるのか。さらには、新任者が任命されていない場合にのみ執行停止をみとめるか。処分執行完了後において執行停止をみとめるとしても、みとめうる場合につき、多くの問題点がのこる。

〔11〕（建物移転命令に基づき申請人が建物の移転を完了したのち、この命令の執行停止を申請したことにたいし）目的物件移転により、移転命令は最早執行の必要がなくなつたものと謂うべく同申請人は現在では本移転命令の執行停止を申請する利益を有しないからその申請は不適法として却下すべきものである（岡山地二九・八・二例集五巻八号一八七四頁）

物件の除去行為終了後、原状に回復することは、執行停止命令の目的とするところでないから、原状回復を求める執行停止申請は、許されないものと解すべきである（大阪地昭三一・八・二一例集七巻一二号三二〇三頁）。

㈡　回復困難な損害を避けるため緊急の必要

この点は、執行停止がみとめられるための中心的要件である。このため、これをめぐる裁判例は極めて多い。

①特例法は、この点につき「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」と規定していた。そして、償うことのできない損害につき、原状回復不能の損害のみを指すものではなく、金銭賠償不能の損害をも含むという最高裁の判決（昭二七・一〇・一五例集三巻一〇号一九四二頁）がある。そして、下級審の多数の判決例もまた一貫してこの見解を採用していた。なお、さらに、金銭をもつて償うことのできない損害にたいし〔12〕のごとき註釈をした例がある。

〔12〕被申立人は「償うことのできない損害」を金銭を以て補償することのできない損害の意というが、財産権のうち金銭で補償できないものは絶えて存しないから、この意を採用すれば執行停止が殆んどみとめられず、この法条の設けられた精神に反するとし（以上筆者要約）、「金銭を以て補償することのできない損害」とは「社会常識上一般に通常人の通常の手段によつては到底回復至難の打撃」あるいは又その回復は「物理上必ずしも困難ではないが経済上、異常の犠牲を払わなければ回復又は補償をすることができない損害」をいう（青森地昭二六・四・四・二六例集二巻五号七四〇頁）。

②行訴法は、特例法にいう「償うことのできない」を、「回復困難な」と改めた。この表現の変更は、旧法において要件認定が極めて限定されていたことにたいする緩和と説明されている（〔13〕）。

〔13〕「回復困難な損害」とは、原状回復または金銭賠償が不能な場合ばかりでなく、たとえ終局的には金銭賠償が可能であつても、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蒙ることが予想される場合をも包含する（東京高昭四一・五・六例集一七巻五号四六三頁）。これは、旧法における「原状回復ならびに金銭賠償不能」を執行停止のための要件にしていたことにたいし、原状回復不可能、金銭賠償可能な場合においても、執行停止のなしうることを示す例である。

行訴法の「回復困難な損害」の解釈にかんする基本的態度は、右にしめされたごとくである。勿論、具体的に執行停止の決定をなすにあたり、数多き裁判例のうちには、旧法時代と同様のごとき態度を維持するものもある。しかし、個別具体的事件についても、特例法と行訴法を比較すると、要件認定にあたり、「緩和」の傾向をみいだす（〔14〕）。

〔14〕　a　自動車運転免許停止処分につき、停止期間中運転ができず、

収入の低下をきたし、生活に影響をおよぼすことが、回復困難な損害にあたるとした例（和歌山地昭四一・六・一四、例集一七巻六号六七八頁）。これは、旧法下における、停止期間中自動車運転者として得らるべき収入を得られず、そのために生活に困窮する事情があつても、執行停止の要件としての「償うことのできない損害」が生ずる場合ということはできないとする多数例（広島高昭三〇・五・九、例集六巻五号二二五九頁等）と較べ明確な差異をみいだしうる。

b　市職員の懲戒免職処分の執行停止申立につき、申立人の現在の生活の維持がほとんど労働組合の救援金によるもので、もし右救援がないとすれば生活に困窮することが明らかで・・とし執行停止をみとめた例（大阪地昭四三・一・一八、例集一九巻一・二号一八頁）

c　公立大学学生の退学処分につき、これにともない通常生ずる経済的負担や精神的苦痛にもとづく不利益は、当該処分に当然にともなうものであるが、申請人にかんし、特に「経済的困窮がはなはだしく、就学の機会を失うおそれなどの不利益のある場合」に執行停止をみとめた例（甲府地昭四一・五・一八、例集一七巻五号五三七頁）等、右b、cの例はいずれも申請人の従来からの生活状態に著しい影響をあたえるとし執行停止をみとめたもので、旧法と異つた見地にたつ。

d　申請人会社にたいし、執行停止をみとめないと、本案判決以前において会社倒産のおそれありとし執行停止をみとめた例（広島地昭四二・一〇・一八、例集一〇号一三二六頁、広島地昭四二・一一・一、例集一八巻一号一四二九頁）

e　市立大学助教授の懲戒免職処分の効力停止申立につき、俸給をうけないことによる経済的破たん、学問研究続行の不可能を「回復困難な損害」と認定した例（甲府地昭四一・一・二八、例集一七巻一号二八頁、東京高昭四一・五・六、例集一七巻五号四六三頁・）等も旧法にみられない例であろう。

③損害とは、申立人本人につき生ずるもので、第三者や一般公衆につき生ずるものでない（15）。

（15）消防団長解職処分の執行により消防団の活動が阻害され損害が発生してもそれは市民又は消防団の損害で団長の被る損害でない。したがつて、法にいう「損害」でない（仙台高昭三五・八・八、例集一一巻八号二三八八頁）。その他（東京高昭三一・七・一八、例集七巻七号一八八一頁、東京地昭三〇・一二・一九、例集六巻一二号二九六一頁等）いずれも、旧法下のものであるが、判決例は初期における若干の例外（金沢地昭二四・一・二八、月報追録、大津地昭二七・一二・四、例集三巻一一号二一二頁）を除き、損害を本人に限定している。学説も判例傾向を支持するし、現行法下においても、この点は変りないものとおもう。

④緊急の必要とは、損害の発生がさし迫つているとか、継続中であるとかで、要するに、本案判決をまつ余裕のないことを示す。たとえば、市立大学教授の懲戒免職処分は、学問研究のみちが閉される結果、同人の学者としての将来に影響を及ぼすおそれがあるとし、同人の執行停止申立をみとめるごとき（東京高昭四一・五・六、例集一七巻五号四六九頁、甲府地昭四一・一・二八、例集一七巻一号二八頁）は、緊急の必要性を示す具体例であろう。

㈢　公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ

特例法にも、行訴法と同旨規定が存在していた。なお、公共の福祉に重大な影響とは、申立人の利益を侵害しても処分を執行しなければならない公益上の必要、換言すれば私益と公益の比較衡量の問題であり、この点、多数の判例、学説のみとめるところである（16）。

〔16〕 わずか一、二名の者に対する仮換地指定処分の効力の停止により、駅前広場道路拡張工事が停滞して、現在急務とされている同地域の都市計画事業が長く完成しない結果となることは、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれに該当する（東京高昭三八・三・二五例集一四巻三号六六四頁）。

なお、公共の福祉を引用するにあたり、相当数の裁判例は、当該法令の一般的目的のうちに公共の福祉をもとめる（〔17〕）。

しかし、公共の福祉は個々具体的な処分ごとに検討せらるべきで、当該処分を含む制度一般の遂行が公共の福祉に重大な影響をもつから、当該処分の遂行も当然に公共の福祉に重大なる影響をもつとの考え方には疑問がある（〔18〕）。

〔17〕 比較的初期の判例は、個別的な処分が、とくに公共の福祉に影響をおよぼすか否かにつき、深く検討を加えていない。

①買収未墾地上の立木収去の代執行処分について執行停止をすることは、未墾地開発計画の喫緊事であるにかんがみ、行政事件訴訟特例法一〇条二項但書にいう公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞がある場合に該当する（徳島地昭二五・三・二八例集一巻三号四一〇頁）。

②所得税に関する滞納処分を停止することは、公共の福祉に重大な影響があるから許容すべきでない（徳島地昭二五・五・三〇例集一巻追録六七六頁）。

③行政代執行処分が特別都市計画の一環としてなされ、公共の安寧を維持し、福利を増進するため重要、かつ緊功と認められるときは、行政事件訴訟特例法一〇条二項但書にいう公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞がある場合に該当する（前橋地昭二六・二・一三例集二巻二号二八三頁）。

〔18〕 これ等にたいし最近の例は、いずれも個別具体的な処分が、公共の福祉に如何なる影響をあたえるかを判断している。

④道路運送法三六条一項違反の事実ある一般自動車運送事業の免許取消処分は、申請人会社の道路運送上の安全、管理の面における瑕疵を直接問うものでなく、法三六条一項の名義貸しの責任を問うものであつてみれば、右違反の事実のある申請人会社の営業の継続により公共の福祉に及ぼす影響が重大であるとはいいがたい（広島地昭四二・一〇・一八例集一八巻一〇号一三二六頁）。

⑤集団示威運動許可申請につきなされた条件附許可の執行停止を求めたことにつき、…本件において申請人の申請どおりの進路による集団示威運動が、外交関係に関するウイーン条約（昭三九・六・二六条約一四号）二二条二項にいう「公館の安寧の妨害又は公館の威厳の侵害」を生じ行訴法二五条三項にいう「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」ものとみられない（東京地昭四二・一一・二三例集一八巻一一号一四六五頁）。

㈣ 本案について理由がないとみえるとき

行訴法は、執行停止の消極的要件として、「本案について理由がないとみえるとき」という規定を設けた。特例法時代に、かかる規定は、明文上存在しなかつた。このためか、本案請求自体の理由の有無は本案訴訟において判断すべき事由であり、執行停止申請については、本案訴訟の理由の有無とは切離して判断すべしとの例もあつた（広島地昭二五・七・一九例集一巻追録二〇三五頁、大阪高昭三二・四・二三例集八巻四号二五八頁）。しかし、多くの判例は、執行停止のもつ本案判決までの保全的役割より考え、本案に理由のない場合は、あえて本案判決まで執行を停止する必要がないとす

る。ただし、基本的にはかかる考え方を承認しても、各判例の間には考え方に若干の差異があり、ことに、特例法下の判例と行訴法下のそれとの差異は、比較的明瞭である。

まず、特例法下における多くの例は、本案訴訟における主張が法律上理由ありとみえ、かつ、事実上の点につき疏明を必要とするという（東京高昭二八・七・一八例集四巻七号一六二六頁、大阪高昭三〇・一二・二一例集六巻一二号二九六三頁等）。これは、本案につき一応理由ありとみとめられること、換言すれば、執行停止の積極的要件として、本案につき理由ありということを要求している。

しかし、行訴法は、従来の表現とは逆に、執行停止の消極的要件として本案における理由の有無をあげる。そして、この本案について理由がないとみえるから執行停止をしないという現行法の具体例と、本案につき一応理由のあることを要求した特例法下における具体例とでは、執行停止の許容される範囲に相当広狭の差のあることがうかがえる（〔19〕〔20〕）。

〔19〕 道路運送法四三条によれば、右違反事実に対する処分の選択は、行政庁の判断に委ねてある。したがって右処分は行政庁の裁量処分であり、行訴法三〇条により右処分は裁量権の範囲をこえた場合違法となるが……処分の選択が裁量権を踰越するか否かは、違反行為の態様、公益上の取締りの必要性、違反者の私権の保護等の見地から、本案において審理を尽した上で決せらるべきことで、現段階ではにわかにその帰すうを判定しがたい……とし執行停止をみとめる（広島地昭四二・一〇・一八例集一八巻一〇号一三二六頁）。

〔20〕 町長のした町職員免職処分が、いわゆる選挙人事のためにし意的になされた疑いがないとはいえない……（松山地昭三九・八・一五例集一五巻八号一二三頁）や免職というような重い処分をするに至った主たる原因は、申立人が組合幹部として日常活発な組合活動をしていたことにあるのではないかと一応認められる……（大阪地昭四三・一・一八例集一九巻一・二号一八頁）とし、いずれも、本案につき理由がないに当らないとしている。

右例において、〔19〕は裁量権の限界にかんする問題であり、その論旨にしたがうかぎり、明白な例外を除き裁量権の限界にかんする申立ては、本案について理由がないとはいえないであろう。

〔20〕はいわゆる処分の動機の問題である。そして、この場合も、申請人の主張にたいし、被申請人は、簡単に、処分の動機につき違法性のなきことをあきらかにしうるであろうか。処分の動機のごとき心理的な問題も、十分審査をくわえなければ判断を下しえない。しかるとき、やはり、本案につき理由がないと簡単にはいいえないとなる。

なお、「本案についての理由」をめぐり、行訴法は申立人にたいし処分が違法であるから執行停止をもとめるという場合、処分の違法性の疏明を要求しない（〔21〕）。

したがって、「本案についての理由」にかんしても、特例法に較べ執行停止のみとめられる場合が容易になったといいうる。

〔21〕 行政処分執行停止申立人には、相手方において係争処分が適法要件を具備することを疏明しないかぎり、右処分が違法であり、取り消されるべきことの疏明を要求されているものでないから、その

点の疏明が欠けていても、「本案について理由がない」と即断することはできない（神戸地昭三九・三・三〇例集一五巻三号一六二頁）。

四、内閣総理大臣の異議

特例法は、裁判所の執行停止にたいする内閣総理大臣の異議制度をみとめていた。しかし、これを示す条文が、「内閣総理大臣が異議を述べたときは、この限りでない。」と表現するにとどまった。このため、当時において、この制度の存在理由につき種々の批判があったにとどまらず、この制度を運用する場合においても、本条の解釈適用に疑問があり、これ等の問題は、いわゆる米内山事件（最高昭二八・一・一六例集四巻一号一四六頁）を契機として活発なる議論をよぶにいたった。

行訴法は、内閣総理大臣の異議制度自体はこれを肯定しながら、従来の経験にかんがみ問題点の立法による解決につとめた。なお、行訴法の制定にあたり、立法趣旨としてのべられたところは以下のごとくである。

a　執行停止は、本来、行政権の作用である。したがつて、法がこれを裁判所に委任するにあたり、国民の権利の救済と公共の福祉とが調和せらるべきことを要求し、かつ、処分を早急に実現しなければ公共の福祉に重大なる影響を及ぼす事態においては、行政庁の首長たる内閣総理大臣において、その政治的行政的責任にかんがみ、これに異議を述ぶべきことを留保するも、司法権を侵すものでないこと。

b　処分の適否の最終的判定は、もとより司法権の権限に属し、行政権もこの裁判所の判決に拘束されることはいうまでもないが、それ以前の過程において、簡易な手続によつて処分の執行の当否を判断し、急速、かつ、暫定的措置としてなされる執行停止の判決については、必ずしも終局判決と全く同様の尊重が要請される要はないこと。

c　執行停止の裁判は、ひっきょう処分によつて被る個人の損害と執行の停止による公共の福祉に及ぼす不利益の較量の下に決せらるわけであるが、それが簡易な手続によつて処分の執行の当否を判断し、急速にかつ暫定的処置としてなされるために、その公共の福祉に及ぼす影響が著大かどうかに関して裁判所と行政府との見るところが一致しないことがあることが考えられる。のみならず、公共の福祉に重大な影響を及ぼすことが執行停止の裁判後になつて明らかになる事態も考えられないことではない。かかる場合に、その処置について政治的責任を問う途のない裁判所の判断を常に終局的のものとすることは、責任行政の見地からも必ずしも妥当といえないこと、これらの諸点を考慮し、この制度によつて国民の権利の救済がいやしくも不当に阻害されることがないよう、後述のように特段の配慮をすべきはもとよりであるが、なお、この制度は、これを存続し、あわせてその趣旨が明らかにされるよう規定を整備すべきであるという（杉本良吉・行政訴訟法の解説・法曹時報一五巻四号五一七頁）。

このような立法趣旨の下に、法二七条が設けられた。そして、現行法下において、いわゆる東京都公安条例に基づく集団示威運動の

許可に付された条件（進路の変更）をめぐり、本制度が適用された（東京地昭四二・六・一〇例集一八巻五・六号七三七頁、東京地昭四二・七・一〇例集一八巻七号八五五頁、東京地昭四三・二・二例集一九巻一・二号一四一頁）。なお、これ等、内閣総理大臣の異議をめぐり、多くの批判が公にされている。しかし、これ等は、法条の解釈をめぐる問題でなく、むしろ本条の立法論・制度論としての論議である。このため、現行法下における本条の判例研究としては、その材料があまりみいだせない。

さて、同条一項は、裁判所の執行停止決定の前後を問わず、内閣総理大臣が異議を述べうる旨規定する。特例法下においては、条文上より、内閣総理大臣の異議を述べる時期を明らかにすることができなかった。上述、米内山事件の最高裁決定は、執行停止決定前にかぎり異議を述べることができるという。しかし、執行停止決定以前（すなわち申立より決定までの間）に異議を述べることが、時間的に不可能な場合があり、また、執行停止の決定がなされてから公共の福祉に重大な影響をおよぼすことを知る場合もあり、最高裁の見解にしたがうかぎり、本制度の目的の大半は達成できないとし、異議は決定の前後を問わずなすことができるという有力な学説も存した。一方、裁判所における実務上の取扱いとしては、執行停止を命じたのち内閣総理大臣から異議が述べられたときは、裁判所は、特例法一〇条六項の規定により、職権でさきの執行停止決定を取り消していた（行政訴訟十年史一七四頁）。

二項は、異議に理由を附すること、そして、三項は、その理由において示すべき内容を規定している。この二つの項につき、理由を附さない異議は効力を発生しない。しかし、理由の名の下に、全く理由とならないことが述べられているときはともかく、一応理由の附されている場合には、裁判所にこの理由を審査する権能がないとするのが、通説である。そして、一般論として、この通説は妥当なものとおもう。しかし、個別具体的な問題につき、抽象的一般的理由であっても、やはり一応の理由とみるべきか、この点疑問が残る。なお、上述米内山事件における下級審は、現行法下においても参考となりうる見解を表明している（〔22〕）。

〔22〕「議員に対する懲罰の議決は全く議会内部の紀律を維持するための自律作用として地方自治法上認められているものであるから懲罰議決の執行が（最終判決に基かないで）決定をもって停止されるということになれば地方議会の自主的運営は著しく且つ不当に阻害される結果となり延いては地方自治の本旨を害するに至る虞れなしとしない」という内閣総理大臣の異議理由に対して、

「この理由によれば、事情の如何を問わず如何なる場合でも議員に対する懲罰議決の執行を停止することは地方議会の自主的運営を阻害するから不当であるという結論になる。……執行停止の結果はその効果として必然的に或る程度地方自治体の自治の運営に影響を及ぼす結果を生ずることは当然であり執行停止を認めている以上右の結果は当然法の予定認容するものといわなければならない。本件異議の理由は、執行停止によって当然生ずべき効果が生ずるから該決定は不当で取消さるべきであると云うに帰し、執行停止が何故に不当であるかにつきその理由を明示したものということはできない」（青森地昭二七・五・二七決定裁判所時報一〇七号一〇頁）。

要するに、具体的事件につき、執行停止をおこなつたら、具体的に公共の福祉に如何なる影響をおよぼすかを、理由として明示することが、現行法下においても要求されていると解すべきであろう。そして、具体的理由がのべられているかぎり、その理由の適否を裁判所は判断しない。

つぎに、異議が述べられ、それが有効なものであれば、裁判所は当該処分についての執行停止の権限を喪失する。したがつて、執行停止の決定以前にあつては、裁判所は決定をなすことができず、決定後にあつては、これを取り消さねばならない（同条四項）。さらに、このような取消しにたいして不服の申立ができないと解されている。

つぎに、同条六項は、内閣総理大臣の異議申述権乱用を防止するための規定である。ただ、これは訓示的規定であるから、これをめぐり裁判上は問題となりえないであろう。