

○ 主文

当裁判所が昭和五一年七月二日右当事者間の当庁昭和五一年（行ク）第二四号行政処分執行停止申立事件についてした執行停止決定を取り消す。

申立費用は被申立人の負担とする。

○ 理由

第一 申立人の本件申立ての趣旨及び理由は、別紙一、三記載のとおりであり、これに対する被申立人の意見は別紙二記載のとおりである。

第二 当裁判所の判断

一 当裁判所が、昭和五一年七月二日、右当事者間の当庁昭和五一年（行ク）第二四号行政処分執行停止申立事件において、「被申立人（本件申立人）が申立人（本件被申立人）に対し昭和五一年三月四日付で発付した退去強制令書に基づく執行は、その送還の部分に限り、本案（当庁昭和五一年（行ウ）第二二号）判決が確定するまで、これを停止する。」との決定（以下、本件決定という）をしたこと、右本案訴訟につき、昭和五五年一二月一七日本件被申立人の請求を棄却する判決言渡しがなされたこと、以上のことは、当裁判所に顕著である。

二 ところで、申立人は、右判決の言渡しにより行訴法二六条一項所定の「事情の変更」が生じたから、本件決定が取り消されるべきであると主張するので、判断する。

行政処分の執行停止は、本案について理由がないとみえるときにはすることができない（行訴法二五条三項）のであるから、一旦、執行停止決定がなされても、本案訴訟において請求棄却の判決があつたときには、それが取り消されるおそれがないと判断された場合には、右判決の確定をまつまでもなく、「事情の変更」が生じたものとして、裁判所の自由裁量によつて、さきにした執行停止決定を取り消すことができるかと解するのが相当である。

三 そこで、この視点に立つて本件を検討する。

一 件記録によると、被申立人は、本案訴訟において、法務大臣が被申立人に在留特別許可を与えなかつたことにつき裁量権の逸脱ないし濫用の違法があり、これをうけてなされた申立人の被申立人に対する退去強制令書発付処分も違法であるから取り消されるべきである旨主張していたものであるが、第一審では、四年以上にわたる審理の結果、右請求が認容されなかつたものであり、その主張内容や立証の経過等からみて、上訴審において一審判決が取り消されるおそれのないことが明らかである。

そうすると、本件決定は、本案訴訟の請求棄却の判決言渡しにより、「事情の変更」が生じたものというべきであるから、その取消しを免れない。

四 なお、被申立人は、本件決定が取り消され、被申立人が送還されると、退去強制令書発付処分はその目的を達成して効力が終了するから、本案訴訟につき原則として訴の利益が消滅し、これにより裁判を受ける権利が侵害されることになる旨主張するが、行政処分につき執行停止が認められるのは、もともと行訴法二五条二項、三項の要件を具備する場合に限られるのであるから、訴訟係属中に行政処分の執行が行われ、その結果、訴訟の対象とされた行政処分の効力の消滅により訴の利益を欠くに至ることがあるとしても、それは法の許容するところであつて、やむを得ない。

五 むすび

本件決定は事情の変更が生じたことにより取り消すこととし、行訴法七条、民訴法八九条に従い、主文のとおり決定する。

（裁判官 古崎慶長 孕石孟則 浅香紀久雄）

別紙一

執行停止決定の取消申立書

第一 取消を求める決定の表示

事件番号 大阪地方裁判所昭和五一年（行ク）第二四号

事件名 行政処分執行停止申立事件

当事者 申立人A

被申立人 大阪入国管理事務所主任審査官

主 文 一 被申立人が申立人に対し昭和五一年三月四日付で発布した退去強制令書に基づく執行は、その送還の部分に限り、本案（当庁昭和五一年（行ウ）第二二号）判決が確定するまで、これを停止する。

二 申立人のその余の申立を却下する。

三 申立費用はこれを二分し、その一を申立人の、その余を被申立人の各負担とす

る。

決定年月日 昭和五一年七月二日

第二 申立の趣旨

昭和五一年七月二日付昭和五一年（行ク）第二四号事件の行政処分執行停止決定を取消す。

申立費用は被申立人の負担とする。

第三 申立の理由

一 本件申立により取消を求める決定の本案訴訟（御庁昭和五一年（行ウ）第二二二号退去強制令書発付処分等取消請求事件）においては、昭和五五年一二月一七日請求棄却の判決言渡しがなされた。よつて、右判決言渡しにより行政事件訴訟法二六条一項所定の「事情の変更」が生じたというべきであり右決定は取り消されるべきである。

二 すなわち、被申立人は右本案訴訟において、出入国管理令（以下「令」という。）四九条三項所定の法務大臣の裁決と同条五項所定の主任審査官の退去強制令書発付処分の取消を請求しているものであるが、その理由とするところは、令五〇条所定の法務大臣による在留特別許可（以下「特在許可」という。）の許否の裁量に瑕疵が存するとするものである。

ところで右の特在許可は外国人の処遇に関する国際法上の原則並びに令の規定の体裁自体からして法務大臣の自由裁量によりその許否が決められるものであり、この理は最高裁判所において繰り返し判示されているごとく既に確定した判例となつてゐる（最高裁昭和三二年六月一九日判決、刑集一一卷六号一、六六三頁、同昭和三四年一月一〇日判決、民集一三卷一十二号一、四九三頁）。更に、自由裁量処分については、その当・不当を問題とする余地はあつても、原則としてその違法の問題を生ずる余地はなく、ただ、裁量権の濫用又はその範囲の逸脱があつたときのみ、部外的に違法であるとの評価を受けるものであり、かつ、それが令上の処分のごとく国益等の政治的判断をもふまえてなされる場合には、その違法となるべき具体的違法事由も極めて制限されたもの、すなわち、その判断が全く事実の基礎を欠いている場合又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限られるのである（最高裁昭和五三年一〇月四日大法廷判決、民集三二卷七号一、二二三頁）。

したがつて、特在許可が自由裁量処分であり、かつ、その許否の裁量が違法となる場合は極めて例外的な場合に制限されるとする右と同様のことを判示し、特在許可の許否の裁量に瑕疵が存することを前提とする請求を棄却する旨の本案判決の言渡しがなされた現在、たとえ右判決に対する上訴がなされたとしても当該各判決はその判示内容からして上級審において取消される蓋然性は無いと思料されるから、右判決が言渡された時点で既に当該請求が理由のないものであることが明らかとなつたとみることができ。

三 しかし、本件申立により取消を求める決定は、その理由中において、「……現段階における疎明資料によつて、本案について理由がないとみえるときにあたると即断することはできないし、……」と判示しているのであるから、本案についての理由の有無の判断において、請求を棄却する旨の本案判決の言渡しにより、行政事件訴訟法二六条一項所定の「事情の変更」となるべき事情が生じたものであつて、本件行政処分執行停止決定は取消しを免れない。

別紙二

意見書

（意見の趣旨）

本件取消の申立はこれを却下する。

申立費用は申立人の負担とする。

との決定を求める。

（意見の理由）

一 退去取消訴訟は一審制なのか。

本件申立は、第一審で請求棄却判決がなされたことを理由として、第一審裁判所に判断を求めるものである。

相手方は、右第一審判決に対して本日大阪高等裁判所に控訴を提起したが、本件申立によつて、執行停止が取り消されるならば、相手方は上級審において裁判を受けることが不可能となつてしまう。

執行停止の取消によつて相手方が送還されてしまえば、退去強制令書はその目的を達成して効力は終了し、同じ令書によつて再び退去強制の執行が行われることはあ

り得ないのであるから、原則として訴の利益が消滅し、退去強制の違法性について裁判所の判断をもとめることはできないこととなる。（東京地裁昭和三八年五月二十九日判決・行集一四・五・一一一七）

執行停止の有無は別にして本案訴訟の維持が可能であり、本案訴訟での勝訴によつて目的を達しようとするような事件であればともかく、退去強制事件においては、執行停止の拒否が、「実質的にはいわば流刑判決の宣告にも比すべき機能をもつ」（原田尚彦・「訴の利益」三五頁）のであるから、第一審において判決がなされたことを理由として執行停止の取消を認めるとすれば、およそ、退去強制令書の効力を争う訴訟は、一審限りにおいてしか認められないこととなる。

右の結果を招来することは、相手方の裁判を受ける権利を侵害するものであり、到底許されないものと言わねばならない。

二 本件判決は、その理由において、「法務大臣が、令五〇条による特在許可を与えるかどうかは、法務大臣の広い自由裁量に属する……もつとも、この自由裁量の範囲は広いものであるといつても無制限ではなく、その裁量が甚しく人道に反するとか、著しく正義の観念にもとるといつた例外的な場合には、自由裁量権の濫用ないしは逸脱があつたものとして、裁決の取消事由になると解するのが相当である」とする。

申立人は、右の趣旨の判決の言渡しがなされた以上、上訴がなされても、「上級審において取消される蓋然性は無い」と主張する。

しかし、右判示部分の当否は別として、「裁量が甚しく人道に反するとか、著しく正義の観念にもとるといつた例外的な場合」に該当する事例が、退去強制事件の具体例に即して、本当に乏しいと言い切れる訳ではない。

言葉の上での原則、例外が、具体的な事例では逆転していることは、令五〇条の特別在留許可の運用にみられるとおり（本案訴訟で立証したとおり、七割以上に特在許可が与えられている）、珍しいことではない。

特に、退去強制という、それまで日本で生きてきた生活基盤のすべてを奪い、家族・近親者とも離ればなれにするという苛酷な結果をもたらす処分においては、その処分の正当性が結果に相応するだけの重みを欠くときには、甚しく人道に反し、著しく正義の観念にもとることになる。

令二四条四号ルに該当するとして退去発付をうけたケースで、札幌地裁昭和四九年三月一八日判決（行集二五巻三号一五八頁）は、「原告……に対して退去強制処分をもつてのぞむことは、原告の右違反行為によつて侵犯された法益が甚しく重大なものでなく、また今後、原告によつて同種の行為が反復されるおそれがあるわけではないのに比し原告に対しては、長期間にわたつて築き上げてきた日本における安定した生活をいつきよに奪うものであつて、極めて苛酷な措置であり、甚しく正義の観念にもとり、人道にも反する」としたが、この事案は、あまりにも典型的ともいふべきものであり、これについて、被告は、「上級審において取消される蓋然性は無いと思料」したものと思われるが、控訴することなく確定した。

また、昭和一六年から一九年の出生直後の三年を日本で過ごし、その後は朝鮮で母、兄弟とともに育つて大学を卒業した者が、日本で他の女性と家庭をもっている父のもとに不法入国したというケースについて、特別在留許可を与えなかつたのが裁量権の濫用ないし逸脱があつたとして処分を取り消した判決、（横浜地裁昭和四一年（行ウ）第二二号昭和四九年五月七日判決一——ただし、この判決は控訴審で取り消された、東高昭和五〇年一〇月二九日判決、判時八〇一—号一八頁）をみても、送還によつて、被送還者のうける被害についてみれば、本件相手方にも、また、他の多くの事例についてもいえるように、誠に深刻なものである。出稼ぎ目的で来日し、発覚して送還されるまでに稼げるだけ稼げばよいと考えている者は論外として、日本に永住する家族とともに日本に永住することを切望し、そのために生活基盤を築きつつ十数年をすごしてきた相手方のような存在にとつて、退去強制はあまりにも苛酷である。

相手方に対する裁決のなされた昭和五〇年には、七五・五パーセントの者に特在許可が与えられ、この中に、離散家族集合の事案は比較的少なく、出稼ぎ目的の者すら相当数含まれていただろうことは、本案訴訟の証拠調べであきらかになつたとおりである。

出稼ぎ目的の者は除いて、前述したような永住希望者の大部分に苛酷な結果をもたらす退去強制が、甚しく人道に反することなく、著しく正義の観念にもとることなく、是認されるとすれば、それは、送還されるのは、送還されるべきもの、即ち、特在許可を与えざるべきものであり、送還されないのは、送還されざるべきもの、

即ち、特在許可を与えるべきものであるということが公正に、正に令一条にいう、「出入国の公正な管理」が行われているとすることである。

毎年五〇〇件内外にのぼる、韓国・朝鮮籍であつて不法入国・上陸を理由とする者に対する裁決で、七割をこえる者に特在許可が与えられているという事実には眼をそらすことはできない。

昭和五〇年に裁決をうけた、五七六人のうち、四三五人に特在許可が与えられた—特在許可を与えるべきものとされた—にもかかわらず、相手方には何故与えられなかつたのか。相手方は、何故、与えられなかつた—四一人に含まれることになつたのか。

これが公正になされてこそ、相手方に対する送還を強いることが、人道・正義に反することなしと言ひするのであつて、相手方が、四三五人の中の一人から、一四一人の中の一人へたまたま、まぎれこんだということであれば、そのような退去強制が甚しく人道に反し、著しく正義の観念にもとることは言うまでもあるまい。

ところが、本案訴訟の審理を通じて、申立人側は、特在許可の可否について、個別的事情がどのように作用するののかの問いに対しても、過去の特在許可例の提示についてもまた、統計的な数字についてすらも、明らかにすることを拒み、類似例の調査記録、相手方自身が裁決をうけるについて特在許可の可否の要素たるべき事項を抜き出して記載した申立人作成の概要書、については裁判所から送付嘱託をうけたのにもかかわらず、これを拒否してきたのである。

結局、本件判決にも摘示されているような、特在許可を与えるについて有利な諸事情（なお、判決書一二枚目裏に不利な事情として記載されていることのうち、二回目の不法入国であることは、B証言でも不利な事情とされておらず、相手方が日本語よりも韓国語に精通しているとの認定は、入国直後ならともかく、現在ではむしろ逆であり、事実誤認である）、あるいは、相手方と共通な事情をもつにもかかわらず特在許可を得た事例は、すべて、相手方が、全く手がかりのないところから、かろうじてある程度の範囲で、申立人側における裁決の実情—裁量権行使の態様ということになる—を明らかにしたものである。

しかし、本件判決は、それらだけでは、にわかに断定することはできない、とするものであつたが、相手方としては、控訴審において、更に、申立人側の裁決の実情、および、相手方よりも不利な事情のもとにある者についても多数特在許可がなされていること（立証予定としては、密入国の船中で捕まつた者、入国後まもなく捕まつた者、いずれも独身者について特在許可が得られたケースを具体的に把握している）を立証してゆく予定である。

申立人は、結局、本件訴訟において何一つ明らかにすることなく、逆に、裁決の実情を明らかにしないことによつて、本件請求棄却の判決を得たのであつて、それを明らかにして、相手方に対する特在不許可の正当性を根拠づけた訳ではない。

申立人の主張する、「上級審において取消される蓋然性は無い」というが如き事態は、元来上級審の判断を先取りして原審がするものであつて極めて慎重たるべきことはもちろんであるが、ありうるとすれば、全ての判断材料が解明し尽くされ、その上にたつて正しい判断がなされた場合にいうことであつて、本件がそのような場合に該当しないことは、本件訴訟の審理過程の上で明らかである。

「入管行政の実務において、特在許可の行政実例が集積されつつある以上、これらの実例は、行政庁の判断を規制する基準として司法判断の対象となりつつあるといえるのではなからうか。」と指摘されたのは、一〇年ほど前のことである（山下 薫、判例時報六一一八頁）が、そのような形で、実例の集積を明らかにして司法判断をおおぐことこそが、公正な入管行政を任務とする者の本来なすべきことであらう。

別紙三

反論書

申立人は、被申立人の昭和五五年一二月二二日付意見書に対し、次のとおり反論する。

被申立人の右意見書による意見を考慮しても、なお、昭和五五年一二月一七日付判決の言渡しにより、「本案について理由がないと見えるとき」に当たるに至つたものであることは明らかであるが、その後、被申立人は右判決に対し昭和五五年一二月二二日付で大阪高等裁判所に控訴を提起し、その事実を前提に、もし、被申立人が送還されてしまえば上級審で裁判を受ける権利が侵害される旨主張しているの

で、その失当である旨を述べる。すなわち、

一 被申立人は被申立人が送還されてしまえば、退去強制令書（以下「退令」とい

う。)はその目的を達成して効力は終了するので原則として訴えの利益は消滅し、これによつて被申立人の本案訴訟についての「裁判を受ける権利」が侵害されることとなると主張する。

二 しかし、行政処分に対する抗告訴訟の提起のみによつては、当該処分の執行は停止されないことは「執行不停止の原則」として明文で定められているところであり(行政事件訴訟法二五条一項)、これに対し執行停止が認められるのは、そのための積極、消極の両要件が具備されたときに限られているのである(同法同条二項、三項)。したがつて、執行停止のための要件を欠いている場合は、抗告訴訟が係属中であつても、処分の執行はなされるのであつて、その結果として、本案訴訟たる抗告訴訟が、その対象たる行政処分の効力の消滅により、訴えの利益を欠くに至つたとしても、それは当然のことであつて法の許容するところと言わなければならず、右訴えの利益の喪失をもつて「裁判を受ける権利」が侵害されたものと言えるものでないこと明らかである。

三 また、第一審判決の言渡しにより執行停止決定の取消を認めることは、執行停止決定を本案判決の言渡しまで認めることと何ら異なるものではないが、このような決定例として本件同様の本案訴訟にかかるものとしては神戸地方裁判所昭和四九年六月二一日付の決定がある(疎甲一号証)。この決定に対して申立人側は本件申立の被申立人の意見とほぼ同様の理由で抗告を申し立てたが、大阪高等裁判所は昭和五一年二月一〇日付決定で、抗告人敗訴の本案判決があれば原則として執行停止自体を云々することは極めて困難である旨を理由として右抗告を棄却している(疎甲二号証)。これに対し抗告人は更に憲法三二条違反を理由として最高裁判所に特別抗告を申し立てているが、最高裁判所第三小法廷は昭和五二年三月一〇日付の決定で、訴訟代理人によつて訴訟を迫行することは可能である旨等を理由として特別抗告を却下しているのである(疎甲三号証)。したがつて、右各決定に照らしても被申立人の「裁判を受ける権利」が侵害される旨の主張が理由のないものであること明らかである(なお、東京地方裁判所昭和五五年六月二七日決定参照、疎甲四号証)。

なお、請求を棄却する旨の本案判決言渡しがあり、これに対する控訴がなされ、控訴審の係属中退令の執行停止の申立がなされた事例が存するが、これについても「本案について理由がないとみえるとき」に当たる旨を理由とし右申立は却下されているのであつて、したがつて、現実に上訴提起中であつても執行停止を認めるべき要件が欠缺している場合には当然に行政処分の執行は認められるべきものである(大阪高等裁判所昭和五五年一一月一三日決定、疎甲五号証)。