

## 令和4年度滝井繁男行政争訟奨励賞授賞式（2022年12月8日）受賞講演録

### ○ 研究部門受賞 長谷川佳彦氏（大阪大学大学院法学研究科准教授）

大阪大学大学院法学研究科准教授の長谷川佳彦と申します。この度は、令和4年度「滝井繁男行政争訟奨励賞」を賜りまして、誠にありがとうございます。受賞のご連絡を頂戴したときは非常に驚いたのですが、大変光栄なことであると思っております。私自身あまり褒められることに慣れていないということもありますし、受賞講演というのも当然人生初めての経験で、かなり緊張しておりますが、いただいた30分ほどのお時間の中で、私のこれまでの研究とこれからの研究課題について、少しお話をさせていただければと思います。

中川先生が受賞理由の中でおっしゃってくださったとおり、私の最初の研究のテーマは「行政訴訟における仮の救済」であります。2002年に学部を卒業して大学院に進学した当時、行政事件訴訟法の改正が司法制度改革推進本部行政訴訟検討会で議論されておりました。その後2004年に行政事件訴訟法の改正が行われたのですが、私の指導教授で、行政訴訟検討会の委員でもありました芝池義一先生の授業において、ドイツの行政訴訟法の教科書のうち仮の救済の箇所を読んだことが、最初の研究テーマを決めるきっかけになったように思います。

それで、ドイツの行政裁判所法、行政訴訟に関する一般的な法律ですが、その行政裁判所法が定める仮の救済制度は、大まかに申し上げますと、本案訴訟が行政処分に対する取消訴訟の場合に使われる執行停止制度と、それから、本案訴訟が今言った取消訴訟以外の訴訟の場合に用いられる仮命令制度から構成されているのですが、改正前の行政事件訴訟法にはなかった制度を調べてみようということで、仮命令制度について調べて書いたのが最初の論文であります。

その仮命令制度の特徴を日本の制度とも比較しながら幾つか挙げますと、まず、日本の行政事件訴訟法は、個人の権利保護を目的とする訴訟、これは主観訴訟と呼ばれていますが、それを、公権力の行使に関する不服の訴訟と定義されまして、主に行政処分がされた場合とか、されなかった場合、あるいはされそうな場合に提起される抗告訴訟と、それからそれ以外の訴訟であります当事者訴訟に区別をした上で、前者の抗告訴訟に属する訴訟形式として、行政処分がされた場合に提起される取消訴訟と無効確認訴訟、それから求めている行政処分がされない場合に提起される義務付け訴訟、あと行政処分がされそうな場合に提起される差止訴訟などを法定しております。

そして、抗告訴訟については、取消訴訟と無効確認訴訟の場合は執行停止制度、義務付け訴訟の場合は仮の義務付け制度、差止訴訟の場合は仮の差止め制度というように抗告訴訟に固有の仮の救済制度が設けられる一方、当事者訴訟については、少なくとも行政処分が関係しない限りは、仮の救済の手段として民事保全法の仮処分制度が使われることになっております。

それに対して、ドイツの行政裁判所法は抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていないのですけれども、日本の行政事件訴訟法に対応させて言えば、ドイツの仮命令制度は、取消訴訟以外の抗告訴訟と、それから当事者訴訟にまたがって使われるものになっております。

次に、ドイツの仮命令制度の特徴としては、ドイツの民事訴訟法の仮処分制度に大幅に依拠して作られている点を指摘することもできます。もともと日本の民事保全手続というのは、ドイツの民事訴訟法の影響を強く受けて作られたものであると言われておりますが、現在でも例えば、仮処分ないし仮命令の中心的な規定である日本の民事保全法 23 条 1 項と 2 項、それからドイツの民事訴訟法 935 条と 940 条、あとドイツの行政裁判所法 123 条 1 項の 1 文と 2 文のそれぞれを見比べると、いずれもよく似た規定であることが分かります。

ドイツの仮命令の実体的要件として、仮処分と言う被保全権利と保全の必要性に相当する要件が必要であるとする見解が多数を占めていること、それから、実体的要件を満たした場合の内容の形成、つまりどういう内容の仮命令を発するかという点に関して、裁判所に裁量があるとされていることなどは、ドイツの仮命令制度が民事訴訟法の仮処分制度にならってつくられている点が反映されていると考えられます。

他方、ドイツの仮命令制度が民事訴訟法の仮処分制度にならって作られていると言いましても、仮処分制度にはない独自性も存在いたします。例えば、本案判決の内容を実現する仮命令、これは民事の仮処分制度では満足的仮処分と呼ばれているものでありますが、ドイツの裁判例や学説を見ますと、民事の仮処分制度よりも仮命令制度の場合には、満足的な仮命令が緩やかに認められていると思われれます。むしろ、民事訴訟法の仮処分制度においては、満足的仮処分は原則禁止されるということがなお説かれているようなのですが、行政訴訟の仮命令制度の場合には、本案判決までの間、その内容を一時的に実現する仮命令というのは普通の形態であり、満足的な仮命令が原則禁止されるという命題は成り立たないという見解も有力に説かれているところであります。

また、仮命令の申立てが行われた場合、裁判所が迅速に審理をして決定を出してくれればいいのですが、事案によっては仮命令の申立ての審理に時間がかかってしまって、その間に申立人に不利益が生ずる状況も考えられるところであります。そういった状況に対して、ドイツの裁判例や学説は、行政裁判所法に明文の規定がないにもかかわらず、仮命令の申立てから決定までの間、申立人の権利利益を保全するために、言ってみれば暫定的な仮命令、これは直訳すると経過規律と呼ばれているものなのですが、そういった暫定的な仮命令を発することを認めております。

以上、仮命令の独自性として指摘した二つのことについては、実効的な権利保護を要請するものと解されている憲法の規定、正確に言えばドイツ連邦共和国基本法 19 条 4 項が背景にあると考えられます。とりわけ、二つ目に指摘をした暫定的な仮命令ですが、これは、法律の規定がないにもかかわらず、ドイツ連邦共和国基本法 19 条 4 項に依拠して、裁判所が積極的に法創造を行っていると評価することもできるところであります。ちなみに、今申し上げたドイツ連邦共和国基本法 19 条 4 項というのは、日本の学説でも、裁判を受ける権利

を保障している日本国憲法 32 条の解釈に当たって参照されることがあるものであります。

そういうふうにドイツの行政裁判所法の仮命令制度を調べた後、次に研究上問題になってくるのが、仮命令制度の研究によって得られた知見を踏まえたと、日本の行政事件訴訟法の仮の救済制度、特に先ほど申し上げた抗告訴訟に固有の仮の救済制度がどう見えるかということであります。

抗告訴訟に固有の仮の救済制度のうち、ドイツの仮命令制度に対応するものは、本案訴訟が義務付け訴訟の場合に使われる仮の義務付け制度と、それから本案訴訟が差止訴訟の場合に使われる仮の差止め制度であります。それらの制度は、2004 年の行政事件訴訟法の改正で新たに設けられたものでありますが、その仮の義務付けと仮の差止めの実体的要件というのは、相当に厳格なものになっております。具体的には、行政事件訴訟法の 37 条の 5 第 1 項から第 3 項を見ますと、仮の義務付けと仮の差止めのいずれにおいても、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こと、それから、本案について理由があるとみえることの二つが積極要件になっておりまして、あと公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあることが消極要件になっております。

比較のために、本案訴訟が取消訴訟と無効確認訴訟の場合に使われる執行停止制度の実体的要件にちょっと触れておきますと、行政事件訴訟法の 25 条 2 項と 4 項によれば、重大な損害を避けるため緊急の必要があることが積極要件になっており、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあること、または、本案について理由がないと見えることが消極要件になっておりまして、言ってみれば執行停止の実体的要件のほうが、仮の義務付け・仮の差止めの実体的要件よりも緩やかになっていることが分かります。

仮の義務付け・仮の差止めについて、そうした厳格な実体的要件が定められている一つの理由として、改正行政事件訴訟法の立案関係者が書かれたものを見ますと、仮の義務付けと仮の差止めというのは、本案判決、つまりは行政処分の義務付け判決と差止判決、それらと同じ内容を本案判決前に仮に命ずる裁判であるということを挙げています。ですけれども、取消訴訟の場合の執行停止制度でも、少なくとも行政処分の効力を停止することは、取消判決と同じ内容を本案判決前に仮に命じる裁判にあたりますから、今紹介した理由は成り立たないということが分かります。

今申し上げたことは、ドイツにおいて、本案判決の内容を一時的に実現する満足的仮命令、これが原則禁止されるという命題は成り立たないとする見解が有力だということを先ほど指摘しましたが、その根拠としまして、取消訴訟の場合も執行停止というのは取消判決を先取りするものでありますけれども、執行停止の場合に執行停止が原則禁止されるということは、おおよそ言われていないということが挙げられている点に対応するものと言えます。

仮の義務付けと仮の差止めの実体的要件が厳格なことに対しては、例えば以上のような疑問を投げかけることができますが、既に法定されてしまった以上、実効的な権利利益の救済のためには、解釈論上の工夫を行って柔軟に運用することが求められます。

ドイツの行政裁判所法の仮命令制度に少し話を戻しますと、実体的要件を満たした場合

に、どのような内容の仮命令を発するかという点に関しては、裁判所に裁量があるということ为先ほど紹介いたしました。その際には、仮命令制度が民事訴訟法の仮処分制度にならって作られた点が反映されていると申し上げましたが、そうした内容形成に関する裁量が認められている結果、仮命令の内容を通じて、申立人の利益と対立する公益とか第三者利益に配慮する可能性が開かれていると、そう説かれることがあります。実際、ドイツの裁判例の中には、申立人に飲食店の経営許可を与えるように義務付ける仮命令を発するにあたりまして、その仮命令を発した場合に害されるおそれがある公益に配慮するために、裁判所が内容形成に関する裁量を行使しまして、経営の適格性を欠く申立人の夫が店舗に立ち入ることを禁止する条件を付したものがあるところであります。

日本の行政事件訴訟法の仮の義務付け制度と仮の差止め制度についても、仮の義務付け決定とか仮の差止め決定の内容を多様なものにすることができれば、申立人の利益とぶつかり合う公益とか第三者利益に配慮する可能性が広がってくると考えられます。仮の義務付け制度と仮の差止め制度の実体的要件のうち、先ほど申し上げた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かどうかというのは、申立人の損害ないし不利益と、それから仮の義務付け決定とか仮の差止め決定が行われた場合に生ずるおそれがある公益上の支障、さらには第三者の損害ないし不利益を比較衡量して判断すると解されておりますが、例えば、仮の義務付け決定とか仮の差止め決定に一定の条件を付けることによって、公益上の支障ですとか第三者の損害ないし不利益に配慮することができれば、その分だけ要件を緩やかに認めるという余地も出てくるだろうと考えられます。

また、ドイツの裁判例を見ますと、仮命令の申立てを認容するに当たって、仮命令によって公益上の支障が生ずるおそれがあるとしても、それは仮命令の変更手続で対応することができるかと述べている裁判例があります。今申し上げた変更手続というのは、日本の民事保全法の仮処分制度で言えば、38条の事情変更による保全の取消しの手続に相当するものであります。行政事件訴訟法の仮の義務付け制度と仮の差止め制度の場合にも、37条の5第4項が準用する27条によりまして、事情変更による仮の義務付け決定とか仮の差止め決定の取消しの手続が設けられております。ドイツの裁判例を参考にしますと、公益上の支障とか第三者の損害ないし不利益について、事情変更による取消しの手続で対処できる場合には、これまたその分だけ先ほど申し上げた実体的要件であります、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ことという要件を、緩やかに認めることもできるのではないかと思います。

以上が、解釈論上の指摘でありましたけれども、もちろん、立法論的な検討も忘れてはいけないところであります。

先ほど、仮の義務付け制度と仮の差止め制度、それから執行停止制度の実体的要件を紹介いたしました。仮の義務付けと仮の差止め制度については、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こと、執行停止制度については、重大な損害を避けるため緊急の必要があることといったように、どちらも申立人に一定水準以上の損害が生ずるおそれが

あることを積極要件にしております。しかしながら、少なくとも執行停止制度に関しては、利害関係のある第三者がいないケースを念頭に置きますと、執行停止の申立てがあった場合に、行政処分の執行停止をしても一定水準以上の公益上の支障が生ずるおそれがないければ、申立人を認容して執行停止決定を行う、そういった選択肢もあるのではないかと思います。もちろん、申立人ないしは原告の実効的な権利利益の救済の見地からすれば、取消訴訟の提起があれば自動的に行政処分の執行が停止されるという、執行停止原則を採用するに越したことはありません。実際、ドイツの行政裁判所法はそういった執行停止原則を採用していますが、執行停止制度、さらには仮の義務付け制度や仮の差止め制度の要件については、現行の行政事件訴訟法が定めるもの以外にも、理論的に見れば様々なバリエーションがあるということは、認識しておいてもよいだろうと思います。

さて、再びドイツの制度に話を戻しますと、先ほど少し申し上げましたように、日本の行政事件訴訟法であれば抗告訴訟に属する義務付け訴訟や差止訴訟についても、民事訴訟法の仮処分制度に大幅に依拠した仮命令制度が適用されるという点は、立法論的にも目を引くところであります。と言いますのも、繰り返し申し上げていますように、日本の行政事件訴訟法というのは、抗告訴訟では執行停止制度、仮の義務付け制度、仮の差止め制度という固有の仮の救済制度を設けているのですが、その反面として44条によって、少なくとも抗告訴訟については、民事保全法の仮処分制度の適用が排除されているからであります。

もっとも、そういった点に関しては、ドイツの行政裁判所法は抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていないということも先ほど少し申し上げましたが、そうであれば義務付け訴訟とか差止訴訟についても、仮命令制度が適用されるのは当たり前ではないと思われるかもしれません。しかしながら、第2次世界大戦後、現在のドイツの行政裁判所法が1960年に連邦で統一的に制定されるまでは、ドイツの行政訴訟に関する法律は、州ないしラントごとに制定されておりました。例えば、バイエルン州などのドイツの南部の州で制定された行政訴訟に関する法律は、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を明確に定めておりました。それで、ドイツの南部の州で制定された行政訴訟に関する法律は、当時は仮命令制度を設けていなかったのですけれども、裁判例の中には、抗告訴訟に位置付けられた義務付け訴訟に関しても、民事訴訟法の規定を準用して仮処分を発することを認めたものがありまして、そういった裁判例は学説でも多くの支持を得ていたところであります。

今申し上げた裁判例とか学説の展開が、1960年に制定された現行の行政裁判所法の仮命令制度のあり方に影響を及ぼしたと考えられますが、ただそれでも日本の行政事件訴訟法を踏まえますと、抗告訴訟と当事者訴訟の区別が定められていたドイツの南部の方の州などにおいて、抗告訴訟に属する義務付け訴訟でも民事訴訟法の仮処分制度がなぜ準用されたのか、そこには何か理論的な障壁がなかったのかという疑問が残るところであります。

ただ、そういった疑問に対して、仮処分を発することを認めた裁判例とか学説は、義務付け訴訟というのは行政処分が行われる前の段階で提起されるものであり、執行停止の対象になる行政処分は未だなく、執行停止制度は機能しないから、もし仮処分を認めないと仮の

救済に欠缺が生じるといった説明がある程度でありまして、それ以上に立ち入った理論的な説明は残念ながら見当たらないところであります。

ただ、現在のドイツの行政裁判所法が、先ほど少し申し上げましたように、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をもちや行っていないことから予想ができるかと思いますが、ドイツの南部の州の行政訴訟に関する法律などが、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をしていたことに対しては、当時から懐疑的な見解、もうちょっと言えば、抗告訴訟と当事者訴訟の区別というのはもう意味がないから破棄すべきだといった見解がかなりの数を占めていたという状況がありました。そうしますと、当時の当事者訴訟の場合には、これは民事訴訟と同じ性質を持っているということから、民事訴訟法の仮処分制度が準用できるということと争いがなかったのですけれども、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に意味がないと考えるのであれば、当事者訴訟で仮処分制度の準用が認められるのであれば、抗告訴訟でも同じように認めていいのではないかと、そういった考えに至るだろうということは推論ができるのかもしれない。

さらに、日本のことに話を戻しますと、日本の行政事件訴訟法が採り入れた抗告訴訟と当事者訴訟という概念は、もともとは美濃部達吉博士がドイツの制度とか理論を参考にして形成したものという経緯があります。ですけれども、現在のドイツの行政裁判所法は抗告訴訟と当事者訴訟の概念をもちや破棄している一方、日本の行政事件訴訟法は抗告訴訟と当事者訴訟の概念を維持しているという、言ってみれば別々の道を歩んでいるという点も関心を引くところであります。

そういうふうにいるいろいろ考えました結果、日本の行政事件訴訟法の抗告訴訟に固有の仮の救済制度についてひとまず検討を終えた後で、今度は、ドイツでは抗告訴訟と当事者訴訟の概念がどういうふう理解されてきたのか、あるいは、抗告訴訟と当事者訴訟の関係がどのように考えられてきたのかという点について、19世紀後半ぐらいに遡って調べることにいたしました。そういった問題を明らかにすることは、日本の行政事件訴訟法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を維持していることをどう評価するのかといった問題を考える際にも、役に立つところがあるだろうと思います。それから、行政事件訴訟法が抗告訴訟について、44条によって民事保全法の仮処分制度の適用を排除していることをどう考えるのかという問題を検討するにあたって、これまた役に立つところがあるのかなと思います。

ただ、ドイツにおける抗告訴訟と当事者訴訟の概念、それから両者の関係を歴史的に考察するという課題は、非常に大きなものであります。しかも、私の能力不足もありまして、なかなか思うように研究が進まないところであります。そこで、言ってみれば中間報告もしくはスピノフという形で、義務付け訴訟ですとか確認訴訟といった個々の訴訟類型がドイツではどう拡大、整備されていったのかということを経史的に後づける論文を発表いたしました。

その論文で明らかにしたことを少し紹介いたしますと、まず、行政訴訟の訴訟類型は、もともとは行政処分の取消訴訟に限られていたといってもよいところであります。例えば

確認訴訟についていえば、民事訴訟固有のものであるといった理由から、個別の法律が明確に認めない限りは提起できないと従来はされておりました。ですけれども、確認訴訟が権利利益の救済にとって有効なものであるといったことから、一般的に確認訴訟の提起が認められるようになったといった経緯があったところであります。それから、行政訴訟の訴訟類型が行政処分の取消訴訟に限られていた頃は、例えば行政庁が行政処分の権限を行使しないといった場合、つまり不作為の場合に、不作為に対して取消訴訟の提起を認めた裁判例があるなど、理論的な整合性に目をつぶって、救済の見地からやや無理をして取消訴訟が使われる状況があったと言えます。ですけれども、義務付け訴訟が認められるようになれば、行政庁が行政処分の権限を行使しない場合は、義務付け訴訟で争われることになるわけでありまして、訴訟類型の拡大・整備ということによって、理論的な整合性を確保されるということが言えるのかなと思います。

そういった個々の訴訟類型の拡大・整備の過程を後づける論文を発表した後、ドイツにおける抗告訴訟と当事者訴訟の概念、それから両者の関係を歴史的に考察するという、本来の研究課題の方も、ようやくその成果が形として見えてきたところがありますので、できる限り早く論文として公表したいと思います。それと並んで、そのような論文として公表して得た知見を踏まえながら、日本における同様の問題、つまり抗告訴訟と当事者訴訟の関係の問題について、分析とか考察を進めていければと考えております。

冒頭で、今回の受賞は大変光栄なことであると申し上げましたけれども、実際のところ申し上げますれば、受賞のご連絡を頂戴してから時間が経つと、だんだん身の引き締まるような思いがいたしました。昨年までこの賞を受賞された先生方と比べますと、私の場合は、おい、もっと頑張れといった意味合いが強いように思います。関係の先生方には、これからも様々な機会にご指導・ご鞭撻を賜ることができれば幸いに存じます。つたない話でしたけれども、私の講演は以上とさせていただきたいと思います。どうもありがとうございました。