

京都大学	博士（法学）	氏名	長谷川 佳彦
論文題目	行政訴訟における仮の権利保護の研究 ードイツ行政裁判所の仮命令制度を素材にしてー		
（論文内容の要旨） 長谷川佳彦『行政訴訟における仮の権利保護の研究ードイツ行政裁判所法の仮命令制度を素材にしてー』は、ドイツの「仮命令」制度に関する学説・裁判例を参照することによって、わが国の「仮の義務付け」「仮の差止め」制度の性質の解明を試みつつ、解釈・運用上の諸問題を検討したものである。 序論に続く本論は、二部構成となっており、ドイツの「仮命令」制度の紹介・分析を行う第1編の要旨は、以下のとおりである。 ① ドイツの「仮命令」制度は、ドイツ民事訴訟法の「仮処分」制度に大幅に依拠して構築されている。 ② 「仮命令」制度は、本案訴訟が取消訴訟と規範統制訴訟以外の訴訟形式であれば、行政行為が争いの対象とされているか否かにかかわらず、適用される。 ③ 「仮命令」の内容形成に関しては、裁判所に裁量が認められている。 ④ 「仮命令」を発するか否かを判断する際、本案勝訴の見込み、仮命令がない場合に生じる申立人の不利益、対立する公益ないし第三者の利益という要素が問題となる。 ⑤ 現在の学説・裁判例の多くは、最低限、本案勝訴の優勢な見込みが必要であるとしているが、これは仮処分制度における通説を継受したものである。 ⑥ 公益ないし第三者の利益は、申立人の利益と比較衡量されるのが通例であるが、事案によっては本案勝訴の見込みを評価するなかで考慮される場合がある。 ⑦ 公益ないし第三者の利益は、要件審理の段階で考慮されるのみならず、裁判所が内容形成に関する裁量を行使して仮命令に附款を付したり、あるいは、事情変更による取消手続を活用したりすることによって配慮される場合がある。 ⑧ 学説・裁判例は、仮命令決定までの一時的措置を、行政裁判所法に明文の規定がないにもかかわらず、容認しており、また、事案が緊急を要する場合には、本案勝訴の見込みを問うことなく、対立する利益の比較衡量によって仮命令を発するか否かを判断することを認めている。 ⑨ 裁量行為の発布を義務付ける仮命令については、裁量の収縮を要件とする伝統的通説に対して、裁量の瑕疵があれば、裁判所が仮命令の内容			

形成に関する裁量を行使して発布できるとする近時の有力説がある。

- ⑩ 規制権限の行使を仮に義務付ける仮命令においては、第三者の参加が必要的とされる場合があるものの、事案が緊急を要するときには、事後の参加手続を留保して仮命令を発することが許されている。
- ⑪ 本案判決が確定した場合の仮命令及びそれに従ってなされた行政行為の効力については、失効するかどうかやその時期について学説が分かれている。
- ⑫ 原告敗訴の判決が確定した場合に、仮命令とそれに従ってなされた行政行為が失効しても、行政行為によって生じた結果までが当然に除去されるわけではない。

また、わが国の「仮の義務付け」「仮の差止め」制度を扱う第2編の要旨は、以下のとおりである。

- ① わが国の「仮の義務付け」「仮の差止め」制度は、民事保全法の仮処分になぞらえたものではなく、「義務付け訴訟」「差止訴訟」の法定に対応して仮の権利保護を認めるという考え方によるものである。
- ② 「仮の義務付け」「仮の差止め」制度の特質は、本案判決の先取りや現状を変更する裁判という点ではなく、争いの対象となっている処分の権限を行政庁が行使する前の段階で仮の権利保護が行われるという点にある。
- ③ 「仮の義務付け」「仮の差止め」制度においては、ドイツの「仮命令」制度と比較して、公益上の支障に対してより手厚い予防装置を設けているが、それは付加的な属性に過ぎない。
- ④ 「仮の義務付け」「仮の差止め」制度は、ドイツの仮命令制度とは異なり、現時点では、請求権の保全をその目的として挙げることができないものである。
- ⑤ 「仮の義務付け」制度においては、裁判所が発布を命じることができるのは、実体法規に基づく行政処分にとどまると考えられる。
- ⑥ 「仮の義務付け」決定に従って行われた行政処分は、原告敗訴の判決が確定したときにも、自動的に効力を失うわけではないと考えられる。
- ⑦ 処分の名あて人となった第三者が取消訴訟を提起できるかどうかは、当該第三者に取消訴訟以外の争訟手段が保障されているかどうかによって左右される。
- ⑧ 「仮の義務付け」に従って行政処分が行われたこと自体は義務付け訴訟の審理に影響を与えないと考えられるが、なされた処分によって生じた結果が審理に影響を与えると考えるべきか否かは、抽象的な一般論ではなく、入学許可や生活保護の支給決定など個別の事案に即して具体的に判断せざるを得ない。
- ⑨ 義務付け訴訟において原告敗訴の判決が確定した場合、「仮の義務付け」に従って発布された行政処分によって生じた結果がどのように扱われるかについても、抽象的な一般論ではなく、具体的事例に即した個別

的検討が必要である。

結びにおいては、ドイツの「仮命令」制度が、本案訴訟が行政行為を争いの対象とするか否かにかかわらず包括的に適用されるものとして構築された理由の探求と、日独両国の「執行停止」制度の比較検討が今後の課題であることが指摘されている。

(論文審査の結果の要旨)

長谷川佳彦の論文『行政訴訟における仮の権利保護の研究—ドイツ行政裁判所法の仮命令制度を素材にして—』は、2004年の行政事件訴訟法改正によって新設された「仮の義務付け」「仮の差止め」制度の性質の解明及び解釈・運用上の諸問題の検討を、ドイツで1960年の行政裁判所法制定以来蓄積された「仮命令」制度に関する学説・裁判例を参照しつつ行ったものである。

本論文は、二部構成となっており、第1編では、ドイツの「仮命令」制度に関する学説・裁判例が詳細に紹介・分析されている。長谷川は、広岡隆、東條武治、植村栄治らの主として1970年代の先行研究を踏まえつつ、ドイツの主要文献を現在に至るまで丹念に検討している。その結果、先行研究が触れていない論点についても紹介がなされ(論文内容の要旨第1編⑦⑧)、あるいは先行研究では通説的な考え方の紹介にとどまっていた論点に関して、有力な批判説があることが指摘される(同⑨)など、第1編において既に独創性が発揮されている。また、近年の学界における「仮命令」制度に関するまとまった他の研究は、山本隆司のそれに限られる。したがって、さまざまな論点を体系的に整理して示した本論文は、今後、この分野で必ず参照されるものとなると思われる。

第2編では、わが国の「仮の義務付け」「仮の差止め」制度の性質の解明がめざされ、また解釈・運用上の諸問題が取り扱われている。ここで、長谷川は、わが国における先行研究がまだ少なく、裁判例もそれほど多くないという不利な条件のもとで、第1編の検討を踏まえることによって、さまざまな論点をきめ細かく、体系的な位置づけを明らかにしつつ、取り扱うことに成功している。個々の論点については、自己の立場を明確に打ち出すことをせず、問題点の指摘にとどめているものもみられるが、「仮の義務付け」決定の内容に関する裁判所の裁量の有無(論文内容の要旨第2編⑤)や処分の名あて人となった第三者が取消訴訟を提起できる理由(同⑦)などについては、山本隆司と異なる見解を、十分な説得力をもって提示している。

以上、本論文を全体としてみると、テーマが時宜にかなったものであること、比較法的な分析として堅実かつバランスのとれたものであることの2点から、実定法学として完成度の高いものであり、博士(法学)の学位を授与するに相応しいものと認められる。

なお、平成22年2月22日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。