

# 琉球大学学術リポジトリ

## 当事者訴訟・争点訴訟と仮の救済

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 玉城, 勲, Tamaki, Isao メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1794">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1794</a>

## 当事者訴訟・争点訴訟と仮の救済

玉城 勲

### 一

行政事件訴訟法四四条は、「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」と規定しているが、これは訴訟の種類を問わず適用されるとされている。それゆえ、行政処分の有効、無効が争点となる実質的当事者訴訟、争点訴訟にも適用されることになる。ところが、他方では執行停止に関する二五条以下の規定はこれらの訴訟には準用されていない。それゆえ、文理解釈によれば、当事者訴訟、争点訴訟には仮の救済の制度は一切存しないことになる。しかし、それでは不当であるので、仮の救済を可能にする解釈が必要であり、さまざまな説が唱えられている。本稿は、この問題を従来議論とはやや異なる観点から論じるものである。この小論が議論の進展になにがしか寄与するところがあれば幸いである。

### 二

学説は、仮処分を全面的に認めるもの、仮処分を制限的に認めるもの、仮処分は認めず執行停止を認めるもの、その他に大別される。

まず、仮処分を全面的に認めるものとして、①争点訴訟には四四条は適用されず、それゆえ仮処分が認められる、とする説<sup>1)</sup>と、②重大かつ明白な瑕疵ある行政処分は行政処分としては「不存在」(当然無効)であり、四四条の「公権力の行使」には当たらないから、仮処分が認められる、とする説<sup>2)</sup>がある。

次に、四四条は仮処分をまったく禁じているのではなく、制限しているにすぎないとして、③執行停止を超えない程度の仮処分は認められるとする説<sup>3)</sup>、④行政処分により(表見的に)生じた法律効果の一部と抵触するにすぎない仮処分は認められるとする説<sup>4)</sup>がある。

次に、執行停止を認めるものとして、⑤争点となった行政処分に関して執行停止の規定の準用を解釈上認める説<sup>5)</sup>、⑥仮の救済の必要がある場合には、「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」(三六条)として無効確認訴訟が許容されるので、無効確認訴訟を提起し、執行停止を申立てることができる、とする説<sup>6)</sup>がある。

その他、⑦私人を被告とするものは仮処分を、行政庁の帰属する行政体を被告とするものは執行停止を認める説<sup>7)</sup>がある。

判例はどうかというと、その下では文理解釈によれば当事者訴訟、争点訴訟には仮の救済の制度は一切存しないことになる。ところの行政事件訴訟法が施行された後の判例としては、当事者訴訟では仮処分も執行停止も認められないから、仮の救済の必要がある場合には、「現在の法律関係に関する訴えによつて目的を達することができないもの」として無効確認訴訟が許容される、としたもの(甲府地判昭和三八年一月二八日行裁集一四卷一一号一六七頁)、当事者訴訟につき被保全権利の疎明なしとして仮処分の申請を却下したが、判決理由の末尾で、仮処分は四四条に抵触して許されず、二五条の類推適用による執行停止の方法によるべきであったと解する余地が多分にあ

る、と付加的にのべたもの（福岡地小倉支判昭和五一年三月二九日判時八二二号九五頁）、争点訴訟につき仮処分は許されないとしたもの（千葉地松戸支決昭和五一年一月五日判タ三五二号二五九頁）、当事者訴訟につき仮処分は許されないとしたもの（福岡高判昭和五五年三月二八日行裁集三一巻二号八〇二頁）、当事者訴訟につき無効確認訴訟に準じて執行停止が許されるが、本件では回復困難な損害が発生するおそれは認められない、としたもの（高知地決平成四年三月二三日）があるのみである。これらの判例は仮処分ではなく執行停止を認める傾向を示しているといえよう。

さて、学説においてさまざまな説が唱えられているが、本格的な論争はまだなされていない。それぞれの説に対し、次のような批判がある。①説に対しは、四四条が補則中に規定されているのは本案訴訟の種類を問わない趣旨である、という批判がある。②説に対しては、四四条は有効な行政処分と無効な行政処分を区別していない、という批判がある。③説に対しては、四四条の立法趣旨・経緯に反する、という批判がある。④説にはまだ批判は見られない。⑤説は、四四条の法意に適合しない、という批判がある。⑥説に対しては、本案である無効確認訴訟の許容性を付随的手続である仮の権利保護の必要性・可能性により判断することは本末転倒である、との批判がある。⑦説に対しては、私人を被告とするものは制限なしに仮処分が認められるというのも、行政庁の帰属する行政体を被告とするものは仮処分の余地がまったくないというのも、四四条の趣旨に合致しない、という批判がある。

さて、行政事件訴訟法の条文の文理解釈によれば、仮処分も執行停止も認められないことになるが、どうしてこのようになったのかにつき、「その場合の仮の救済措置というものをどう考えるかという問題は一応法制審議会の小委員会、あるいは幹事会の審議の過程において議論はされたのでありますが、その点を十分に突きつめることなく、このままの形で要綱案が作成される結果となった」、ということであり、決して仮の救済が必要でないとされ

たからではない。取消訴訟や無効確認訴訟においては執行停止が認められているのに、当事者訴訟、争点訴訟では執行停止も仮処分も認められないというのは明らかにバランスを欠くのであるから、この仮の救済の空白を解釈により埋めるべきことは当然のことであり、ただその方法をめぐって学説上、説が分かれているにすぎない。

このように執行停止か仮処分か、いずれかが認められなければならないのであるから、「十分に突きつめることなく」規定された条文の文理にかかずらうことなく、執行停止と仮処分のいずれを認めるのが實際上妥当か、また仮処分を認めるとすればそれは全面的に認められべきか制限的に認められべきか、を直截、論じるべきであると考ええる。以下では叙述の便宜上、仮に仮処分を認めるとすればそれは全面的に認められべきか制限的に認められるべきかを論じた後に、執行停止と仮処分のいずれを認めるのが妥当かについて論じることにする。

### 三

仮に仮処分を認めるとすればそれは全面的に認められべきか制限的に認められるべきか。仮処分は制限的に認められるべきであるとする③説、④説が出発点としたのは、行政事件訴訟法の立案に携わった杉本良吉氏の次の叙述であつたと思われる。「行政庁に代わつて行政処分を行うことになる仮処分（たとえば行政庁の処分によつてのみ与えられるべき公法上の地位または権利等を仮に設定するような仮処分）、行政庁の権限行使を予め抑止するような仮処分（たとえば行政庁が特定の処分をしてはならない旨の不作為を命じる仮処分）、さらにまた行政庁のした処分の効力又は執行を停止する仮処分（たとえば行政庁の下命行為の効力を停止する仮処分）はできないことについては、異論がないと思われる。しかし、行政庁の処分によつて生じた法律効果と抵触するような内容の仮処分が

できるか否かは問題である。結局、右本条の趣旨に則して解釈によつて決められるべきである<sup>15</sup>。しかし、「本条の趣旨」とは何かは、本条は仮処分を排除したのではなく仮処分権の行使が制限されることを明らかにしたものである、というにすぎず、明らかでない<sup>16</sup>。

さて、③説は執行停止との均衡を言い、「仮処分権の限界とは、行政庁の第一次判断権をさきどりするような形の仮処分の方法の禁止を意味するものと解する……行政庁の第一次判断がまったくなされていない状態において、行政庁に代わつて新たな行政処分を行うことになるような仮処分、行政庁の権限を予め抑止するような仮処分はできないものと解することができよう。これに対して、行政庁の処分によつて表見的に形成された法律関係と抵触するような仮処分、あるいは、処分前の原状における法律状態にもとづく仮処分については、それはすでになされた行政庁の第一次判断のレビューの結果なされるものであつて、したがつてかかる意味での仮処分は現行法の下でも許されるのではないかと考えられる<sup>17</sup>」、とする。結局、③説は杉本氏のいう、「行政庁の処分によつて生じた法律効果と抵触するような内容の仮処分」はすべて禁じられていないとするのである。

なお、③説が杉本氏と同様、認められないとする、行政庁の第一次判断権をさきどりするような形での仮処分は、ドイツの仮命令のような制度を採用しなかつた行政事件訴訟法における解釈として当然であり、仮処分権の制限に言及しない①説、②説も当然、このことは承認するであろう。それゆえ、仮処分の内容面では①説、②説と③説では差異がないと思われる。ちなみに、杉本氏のいう、「行政庁のした処分の効力又は執行を停止する仮処分（たとえば行政庁の下行行為の効力を停止する仮処分）」については、③説はふれていないが、③説が認める、「行政庁の処分によつて表見的に形成された法律関係と抵触するような仮処分」と右のような仮処分は実質において違いはないので、③説が右のような仮処分を認めるか否かは重要でない。

この③説に対し、④説は認められる仮処分の内容を執行停止よりも制限する。すなわち、④説は杉本氏のいう、「行政庁の処分によって生じた法律効果と抵触するような内容の仮処分」を、「行政処分を全面的に覆すような仮処分」と、行政処分により（表見的に）生じた法律効果の一部と抵触するような仮処分に区別し、前者は認められないが後者は認められるとする。それでは、行政処分を全面的に覆すような仮処分が認められない理由は何であろうか。このようにわれわれにとつて関心のあるのは行政処分を全面的に覆すような仮処分が認められない理由であるが、④説の論者は四四条にもかかわらず行政処分により（表見的に）生じた法律効果の一部と抵触するような仮処分は認められる理由にも意を用い、自らの基準に対してさえ、「なお疑問が残る」<sup>19)</sup>、としたのであつて、行政処分を全面的に覆すような仮処分が認められない理由の探究に専念してないためであろう、その理由は明確ではなく、③説に対する次の批判から推測することができるだけである。

「仮にこの説が現になされた行政庁の第一次判断のレビューとしてなされるならば、当該行政処分の効力を全面的に覆すような仮処分—例えば農地売渡処分の無効を前提として所有権に基づく返還請求訴訟を本案として売渡しを受けた現所有者に対してする当該農地の明渡断行の仮処分、収用裁決の無効を前提として所有権に基づく返還請求訴訟を本案として企業者に対する被収用土地の明渡断行の仮処分など—も許容されるとする趣旨であるならば、右のような仮処分の効力を全面的に否定し、行政目的を疎外するところが大きいものであり、これを許容するのは行訴法四四条の立法趣旨・経緯（例えば平野事件の仮処分も許容されそうである）からして問題があるように思われる」<sup>20)</sup>

しかし、執行停止なら、「行政処分の効力を全面的に否定し、行政目的を阻害するところが大きい」執行停止も認められているのに、なぜ仮処分ではそれが認められないのであろうか。その行政事件訴訟法四四条の立法趣旨・

経緯とは何であろうか。

#### 四

平野事件とは、周知のように、昭和二十三年一月一四日に内閣総理大臣により公職追放覚書該当者として指定された衆議院議員平野力三氏の申請に基づき、同年二月二日、東京地方裁判所が右指定の効力発生を指定無効確認訴訟における判決確定にいたるまで停止する旨の仮処分命令を発したが、連合国最高司令官の指令等により、同年二月五日、東京地方裁判所は仮処分命令を取消し、申請を却下したものである。<sup>21</sup> 当時は行政事件訴訟特例法制定前であり、行政処分の効力や執行を停止するもの民事訴訟法上の仮処分によつていたのであるが、この平野事件は同年七月一日制定の行政事件訴訟特例法の内容に大きな影響を及ぼしたといわれる。

田中二郎博士はこれにつき次のようにのべている。「この事件に関連し、司法権と行政権との関係について、司法権が、最終的に行政事件について判断をなすべきことは当然として、その本来の法適用の判断を超えて、みだりに行政権の分野に立ち入ることを抑制し、行政については、一応、行政権の責任ある判断に委ねるべきものとする考え方をとつたものと想像される。この考え方の転換が、特例法の制定を促進したのみならず、内容的にも行政権の判断を尊重する新たな考慮に基き、さきの特例法案には見られなかつた新しい規定を挿入させることになった。それは特に、二つの点において顕著である。その一つは、特例法第二条における訴願前置主義の採用であり、他の一つは、特例法第一〇条の執行停止命令の制限及び内閣総理大臣の異議権並びに仮処分に関する規定の不適用の規定である。法律上の争訟については、憲法の要請に基き、最終的には、常に裁判所の裁判に俟つべきものとしなが



ら、訴願等の手続が認められているときは、まずこの手続をとるべきものとし、また、裁判所の執行停止命令を著しく制限するとともに、これに対しては、内閣総理大臣から異議を述べることができることにすることによって、行政の責任者の立場を尊重し、司法と行政との関係の円滑な調整を行おうとしたのである。<sup>24)</sup>

なるほど、この「司法と行政との関係の円滑な調整」は、現行の行政事件訴訟法では、審査請求前置の原則は採られず（八条一項）、執行停止の要件は、「償うことのできない損害」から「回復の困難な損害」へと緩和され（二五条二項）、内閣総理大臣の異議は、「やむをえない場合でなければ……異議を述べてはならず、また、異議を述べたときは、次の常会において国会にこれを報告しなければならない。」（二七条六項）とされ、行政事件訴訟特例法におけるよりは司法権を尊重するものとなつたが、内閣総理大臣の異議の制度自体は法制審議会における議論の末、右のような制約の下ではあるが存続が決まり、<sup>25)</sup> また仮処分に関する規定の不適用の規定は、「仮処分をすることができない」という表現に改められたが、民事訴訟であつても適用されることを明確にするために、規定の位置が第五章補則に移された（四四條）。

このように平野事件が執行停止における内閣総理大臣の異議の制度と仮処分の排除の制度の機縁となつたのであるから、<sup>26)</sup> ④説の論者のいうように、平野事件のような仮処分も禁じられないとすることは、行政事件訴訟法四四條、というよりも行政事件訴訟法における仮の救済制度の立法趣旨・経緯からして問題である。

## 五

このように行政事件訴訟法における仮の救済制度の立法趣旨・経緯からして、たとえ当事者訴訟、争点訴訟にお

いて仮処分を認めるとしても、内閣総理大臣の異議の制度がない仮処分においては平野事件のような仮処分は許されないとするのは、むしろ当然であろう。③説は仮処分と執行停止の均衡を言い、仮処分においても執行停止において可能な仮の救済を得ることができるとするが、ここには執行停止には内閣総理大臣の異議の制度が存するといことが考慮されていない。仮処分には内閣総理大臣の異議の制度がないにもかかわらず、執行停止において可能な仮の救済を得ることができるとするのでは均衡が取れない。

このように仮処分の内容を執行停止よりも制限するとすれば、その理由は仮処分には内閣総理大臣の異議の制度がないことに存するというべきである。それゆえ、仮処分の内容の制限の基準も内閣総理大臣の異議との関係で設定されなければならない。そうすると行政処分といっても多種多様であるし、取り巻く事情も様々であるので、④説のように行政処分の効力を全面的に覆すか、一部抵触するかで区別することは適当でない。そうではなく、執行停止であっても内閣総理大臣の異議が出されるおそれがない仮処分か、それとも執行停止であれば内閣総理大臣の異議が出されるおそれがないとはいえない仮処分かという基準が、基準として明確ではあっても、採られなければならない。<sup>(28)</sup>

もつとも、これについては次の二つの理由により、当事者訴訟、争点訴訟では常に内閣総理大臣が異議をのべるおそれはないのではないか、という疑問が生じ得る。一つは、当事者訴訟、争点訴訟では行政処分は終了しており、仮処分は行政処分によって（表見的に）生じた法律関係と抵触するにすぎないから、それに対し、内閣総理大臣が、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」（二七条二項）があり、「やむをえない」（同条六項）として異議をのべるおそれはないのではないか、というものである。<sup>(29)</sup>しかし、平野事件でも行政処分は終了していたし、また、例えば、「収用裁決の無効を前提として所有権に基づく返還請求訴訟を本案としてする企業者に対する被収用土地の明

渡断行の仮処分」も、行政目的を阻害するところが大きいために「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」があり、「やむをえない」と内閣総理大臣が考えることがまったくないとは断定できないであろう。

もう一つは、当事者訴訟、争点訴訟における仮処分では行政処分の無効、すなわち重大かつ明白な違法の疎明が必要であり、その疎明がなされるような場合は、それにもかかわらず内閣総理大臣が異議をのべることは考えられないのではないか、というものである<sup>28)</sup>。しかし、仮の救済の時点では重大かつ明白な違法の存在が確定しているわけではなく、<sup>29)</sup> 行政庁は有効を主張しているのであるから、内閣総理大臣が異議をのべることはまったく考えられないとはいえないであろう。無効確認訴訟における執行停止にも内閣総理大臣の異議の規定は適用されるのである(二八条三項)。もつとも、当事者訴訟、争点訴訟における行政処分の無効について違法の明白性を強調し<sup>30)</sup>、さらには行政庁も行政処分の違法性を争わないということを要件とするならば、<sup>31)</sup> 内閣総理大臣が異議をのべることはまったく考えられないといってもよさそうであるが、当事者訴訟、争点訴訟の許容性をそこまで狭くすることは問題であろう。<sup>32)</sup>

以上により、仮処分の内容を執行停止よりも制限するとすれば、執行停止であつても内閣総理大臣の異議が出されるおそれがない仮処分は認められるが、執行停止であれば内閣総理大臣の異議が出されるおそれがないとはいえない仮処分は認められない、としなければならぬ。それゆえ、それによれば、例えば行政主体を相手取る免職処分の無効を理由とする賃金仮払いの仮処分は賃金を仮に支払うだけのことであるし、また企業者を相手取る収用採決の無効を理由とする処分禁止の仮処分は企業者の土地の利用を妨げるものではないので、行政目的を阻害するところが大きいために「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」があり、「やむをえない」と内閣総理大臣が考えることはまったくないといつてよいので、当然、認められよう。<sup>33)</sup>

## 六

しかし、このような仮処分と執行停止の均衡の取り方には問題がある。なぜなら、執行停止において実際に内閣総理大臣の異議が出されるのはかなりの例外であり、近年では適用例をみないのに、執行停止であれば内閣総理大臣の異議が出されるおそれがないとはいえない仮処分は最初から許さないとするのは、仮処分権の制限のしすぎであり、逆の意味で均衡が取れないからである。<sup>35)</sup>

もつとも、執行停止において実際に内閣総理大臣の異議が出されるのはかなりの例外であることから、ほとんどの仮処分は執行停止であつても内閣総理大臣の異議が出されるおそれはない、と考えることもできないではない。しかし、そうすると今度は、内閣総理大臣の異議が出されるおそれはないという基準が基準として不明確であることも関連して、仮処分を許すべきでないのに許したとして、裁判所と行政府とで紛議が生じないと言いつけることはできない。

このように内閣総理大臣の異議の制度がないことから仮処分の内容を執行停止よりも制限することにより執行停止との均衡を取る、ということとはあまり合理的ではない。それではどのようにして均衡を取るべきであろうか。これは、仮処分の内容を執行停止より制限することはせず、しかし、仮処分に内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するのが適当であると考ええる。

③説は仮処分の内容を執行停止に揃えるほか、仮処分の発令要件についても、「行政処分の効力が問題となつて」という意味で、通常の民事事件における仮処分とは異なつた運用が必要とされる<sup>36)</sup>、「たとえば民訴法上の一般の仮処分における、保全の必要の要件を、そのままここに適用することは、実質的にも妥当でなく、また、行訴法

四四条の仮処分限界の規定の趣旨の一つもそこにあると解することができる。したがって、要件の認定については、行訴法二五条の執行停止の要件の趣旨に従った運用がなされるべきであると思われる<sup>37)</sup>、とのべている。このように、仮処分の内容を執行停止並みにすると同時に、要件の認定についても運用においてではあるが一般の仮処分とは異なった運用を主張している。

私見も執行停止の制度が作られた趣旨からしてこの主張に賛成である。しかし、さらに一歩進めて、行政処分の効力と抵触する仮処分には一般の仮処分とは異なり、内閣総理大臣の異議の規定(二七条)が類推適用されるとすべきである。

仮処分と執行停止の均衡といっても、仮処分をすべての点で執行停止に同じにすることは(それではまさに執行停止なので)、できない。しかし、当事者訴訟、争点訴訟における仮の救済につき仮処分説を採るのであれば、その仮処分は行政事件訴訟法における仮の救済制度の基本的な立法趣旨に反してはならない。要件の認定における運用もそうだが、今の内閣総理大臣の異議の制度もまさに行政事件訴訟法における仮の救済制度の基本的な立法趣旨にかかわる。③説の論者はその認められるとする仮処分を「形式仮処分・実質執行停止<sup>38)</sup>」と表現しており、そのように「実質執行停止」であれば内閣総理大臣の異議の規定が類推適用されるのは当然であると思われる。たとえ内閣総理大臣の異議の制度が「伝家の宝刀<sup>39)</sup>」であるとしても、それがあるとないのとでは違いがある。

行政処分の効力と抵触する仮処分には内閣総理大臣の異議の規定が類推適用されるとすべきである。仮処分権の制限といってもそれは仮処分の内容においてではなく、要件の認定における運用と内閣総理大臣の異議の規定の類推適用において制限されべきである。

この私見に対しては、次のような批判が予想される。それは内閣総理大臣の異議の規定はただでさえ合憲性に疑問があるのであるから、それをわざわざ仮処分に関推適用すべきではない、というものである。しかし、仮処分の内容を内閣総理大臣の異議の規定の類推適用なしに執行停止並みに認めることは行政事件訴訟法における仮の救済制度の基本的な立法趣旨に反するし、また仮処分の内容を執行停止よりも制限することもあまり合理的ではない以上、仮処分に内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するか、さもなければ仮処分説ではなく執行停止説を採るかであるが、執行停止説に立てばむしろ内閣総理大臣の異議の規定が適用されるのであるから、仮処分に内閣総理大臣の異議の規定を類推適用してもそれによって合憲性に疑問が生じる場合が実質的に増えるわけではない。

なお、合憲性に対する疑問から、内閣総理大臣の異議の規定を類推適用する仮処分の範囲を制限するという考えもありえよう。例えば、執行停止でも内閣総理大臣の異議が出されるおそれなくないような内容の仮処分については二七条を類推適用せず、執行停止だと内閣総理大臣の異議が出されるおそれなくないような内容の仮処分についてはのみ二七条を類推適用する、というような。しかし、仮処分の内容を制限するという場合とは異なって、このような制限はそもそも意味がない。なぜなら、執行停止でも内閣総理大臣の異議が出されるおそれがまったくないような内容の仮処分であるといっても、後に内閣総理大臣の異議が出されれば、異議が出されるおそれがまったくないとしたのは見込み違いだったことになるだけであって、それゆえ執行停止でも内閣総理大臣の異議が出されるおそれがまったくないような内容の仮処分については内閣総理大臣の異議の規定を類推適用しないという命題は無内容だからである。

それゆえ、内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するなら、行政処分効力に抵触するような仮処分にはすべて内閣総理大臣の異議の規定を類推適用しなければならない。それは執行停止にはすべて内閣総理大臣の異議の規定が適用されるのと同じことである。むしろ、そうはいつても、実際に内閣総理大臣の異議が出されるのはかなりの例外であるので、類推適用するといつても多くの事件において、それは実際上は意味をもたない。

このように、行政処分効力に抵触するような仮処分に内閣総理大臣の異議の規定を類推適用することによって、仮処分の内容を執行停止よりも制限しようとすることによって生じる問題を回避することができる。すなわち、当事者訴訟、争点訴訟では常に内閣総理大臣が異議をのべるおそれはないのか、という問題に対しては、異議をのべるおそれがあるとすれば内閣総理大臣の異議の規定を類推適用すべきであるが、異議をのべるおそれがないとしても内閣総理大臣の異議の規定を類推適用して実際上何か不都合があるわけではないから、単に内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するとすればよく、異議をのべるおそれがあるか否かを議論する必要はない、といえることになる。また、仮処分の内容を執行停止よりも制限しようとする、具体的な場合に内閣総理大臣が異議をのべるおそれがあるか否か、それゆえ仮処分が許されるか否かをめぐって訴訟当事者間で争いが生じるが、内閣総理大臣の異議の規定を類推適用すればそのような紛争にかかる当事者と裁判所の負担を避けることができる。

行政事件訴訟法における仮の救済制度の基本的な立法趣旨に反することなく仮処分を認めるためには、行政処分効力に抵触するような仮処分は、要件の認定において一般の仮処分とは異なった運用をするとともに、内閣総理大臣の異議の規定を類推適用することが必要であり、このような執行停止的仮処分ともいふべき仮処分を解釈上認めることが、実務において仮処分説に道を開くものであると思われる。

しかし、このような解釈論はむしろ当事者訴訟、争点訴訟における仮の救済は執行停止ではなく仮処分であるべ

きであるということが前提である。そこで、次にこの問題を論じることしよう。

## 八

当事者訴訟、争点訴訟における仮の救済は執行停止と仮処分*の*いずれとするのが實際上、妥当であろうか。ところが、従来、このようにいずれが實際上、妥当かということについてはほとんど論じられてこなかった。わずかに、③説の論者が仮処分を認めるべき理由として、「私人間の権利義務関係における保全の態様は、執行停止よりもより多様性に富むであろう」<sup>(40)</sup>ことを挙げ、また⑦説の論者が私人を被告とする争点訴訟につき、執行停止は「手続的にも困難」<sup>(41)</sup>として見られるだけである。そこで、これらの叙述を参考にしつつ、当事者訴訟、争点訴訟における仮の救済は執行停止と仮処分のいずれが實際上、妥当かについて、⑦説に倣って、私人を被告とする場合と行政庁の帰属する行政体を被告とする場合に区別して考察することにす。

私人を被告とする場合、執行停止と仮処分のいずれが實際上、妥当であろうか。私人を相手方とする争点訴訟、例えば、収用裁決の無効を前提とする所有権に基づく返還請求訴訟において、国の行政処分はすでに終了しており、仮の救済としては、占有移転禁止や建築禁止や立入禁止や仮の明渡しのような私人の行為の規制が問題となつていゝる。そして、これらの私人の行為は「執行」ではないので、執行停止によることはできない。それゆゑ、執行停止説によるときは、仮の救済により私人の行為を規制するためには、行政庁を相手方とする執行停止により行政処分の効力を停止するだけでなく、それを前提にしてさらに私人を相手方とする仮処分が必要である。すなわち、執行停止説といつても司法的手段により目的とする仮の救済を得るためには効力停止のほか仮処分が必要である。<sup>(42)</sup>



に対し、仮処分説は仮処分だけで足りるとするものであるということになる。その仮処分は私人の行為を規制するものではあるが、それはその限りにおいての行政処分の効力の停止を含んでおり、だからこそ仮処分ではあつても執行停止の内閣総理大臣の異議の規定を類推適用することが考えられなければならないのである。それゆえ両説の違いは、効力停止と仮処分の二段構えにするか、それとも効力停止を含んだ仮処分としてひとつにまとめるか、にあるということが出来る。執行停止説は正確には執行停止プラス仮処分説である。

このように執行停止説では効力停止と仮処分の二段構えになることから次のような問題が生じる。(1) まず、申請人が建築禁止の仮処分を求める場合、その前提として効力停止を得なければならないが、その内容は建築禁止の仮処分を可能にするものであれば必要かつ十分である。収用裁決の効力を全面的に停止することは、明渡断行の仮処分の前提としても十分であるので、それが認容されるためには、全面的に停止するだけの必要性を疎明しなればならないことになるが、申請人が求めているのは建築禁止の仮処分であるから、効力停止もそれを可能にする制限的なもので足り、そしてそのような制限的な効力停止の必要性を疎明すれば足りる。そうすると、効力停止の内容は、例えば、「申請人に対する収用採決は、起業者の建築が許容される部分に限り、その効力を停止する」といったものになるが、一部停止としてそのような効力停止が可能か、という問題が生じる。(2) 次に、全面的な効力停止か制限的な効力停止かにかかわらず、効力停止が認容された後、しかし、仮処分申請は却下されたとする、効力停止決定は行政処分の違法性の存在について既判力で確定するわけでもなく、それゆえ効力停止の手続は無意味だったことになる。(3) また、効力停止決定がなされてから仮処分を申請しなければならぬとするのは間に合わないこともあり、同時期に申請することを認めなければならないが、効力停止の申請が却下されると仮処分の審理が無駄だったことになる。(4) 効力停止も仮処分も認容されたとしても、その後、効力停止の決定が

即時抗告により取消されると、仮処分も前提を欠くにいたるため取消されなければならない、煩雑である。(5) そもそも、仮の救済が必要である緊急な状況において二段構えは不合理である。

このように執行停止説には難点があり、仮処分説が實際上、妥当である。

ところで、このような難点は実は行政処分<sup>(4)</sup>の瑕疵が取消原因にとどまる場合に生じる。なぜなら、その場合は、取消裁決の取消訴訟を本案とする執行停止と起業者に対する所有権に基づく返還請求訴訟を本案とする仮処分が必要であると一般には解されるであろうからである。しかし、その場合も執行停止と仮処分の二段構えではなく、効力停止を含んだ仮処分としてひとつにまとめることができる。このような難点を避けることができる。ただ、そのためには仮処分の要件の審理において前提問題として取消採決の効力を争うことになるが、それは公定力に反しないとしなければならず、困難を伴う<sup>(5)</sup>。しかし、今の争点訴訟においてはそのような問題は存しないので、仮処分説を採ることができる。

## 九

それでは行政庁の帰属する行政体を被告とする場合はどうであろうか。この場合は私人を被告とする場合と異なり、執行停止説を採っても執行停止と仮処分の二段構えは必要でない。例えば、免職処分の効力の停止のほか、公務員たる地位を仮に定める仮処分は必要ない。それゆえ、仮処分の要件の認定において一般の仮処分とは異なった運用をし、また内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するというように仮処分権を制限しつつ仮処分説を採るといふ回りくどいことをする必要はなく、端的に執行停止説を採るべきである。

もつとも、執行停止説を採るとした場合に問題となるのは、私人を被告とする場合についても触れたが、執行停止の内容が仮処分のように多様性に富むものかという点である。例えば、執行停止は将来に向かって行政処分の効力を停止するのみであつて処分時に遡つて効力を停止することはできないというのが通説・判例である。<sup>(45)</sup>しかし、例えば、一般の労働関係においてはバックペイの仮処分も認められる余地があるのに、公務員の場合にはその余地がないというのは不合理である。また、無効確認確認訴訟における執行停止の事件で、「免職処分の執行停止において給与相当額の仮払いを求めるが如きは、行政処分について民事訴訟法上の仮処分を禁じた行政事件訴訟法第四四条に反し許されない」とした判例があるが、民事訴訟法上の仮処分が禁じられているのなら、なおのこと執行停止が仮処分に代わつて機能しなければならぬ。例えば、議員の除名処分に対する効力停止の申請を賃金仮払いの限度で認容することはできないというのでは不合理である。

権利関係が明らかになつていない状態において、双方の利益を考慮して暫定的に規律する仮の救済にとつて、内容の多様性は重要なことである。それゆえ、「申請人に対する免職処分は、賃金不支給の部分に限り、処分時に遡り、その効力を停止する」とか、「申請人に対する免職処分は、賃金の内、月〇〇万円の不支給の部分に限り、その効力を停止する」とか、「申請人に対する懲戒免職処分は、退職金の内、〇〇〇万円不支給の部分に限り、その効力を停止する」とか、「申請人に対する買収処分は、申請人の当該土地へのこれこれの態様および日時の立入を禁じる部分に限り、その効力を停止する」というような執行停止も認められるとしなければならぬ。<sup>(46)(47)</sup>

このように、執行停止の内容に多様性を認めなければならないが、このことを前提に、筋としては、行政庁の帰属する行政体を被告とする場合は執行停止説を採るべきである、と考える。<sup>(48)</sup>しかしながら、当事者訴訟、争点訴訟における仮の救済について「十分に突きつめることなく」立法されたため、執行停止によるべきか、仮処分による

べきか規定の上ではまったく明らかでない現行法の下で、国民が仮処分を申請したのに対し執行停止であるべきであるとして却下するのはいかにも不親切である。仮処分の要件の認定において一般の仮処分とは異なつた運用をし、また内閣総理大臣の異議の規定を類推適用するのであれば、仮処分を認めても実質的にはほとんど不都合はないのであるし、また執行停止の内容に多様性を認めることが実務に容易に受け入れられるとは断定できないことから、現行法の下では仮処分も認められると解する。

## 注

- (1) 村田哲夫「仮処分禁止」山田幸夫ほか編・演習行政法(下)(一九七八年)一四八頁以下(二五四頁)、白井皓喜「争点訴訟」雄川一郎ほか編・現代行政法体系五卷(一九八四年)二七七頁以下(二九〇頁、二九二頁)。なお、村田一五四頁は、実質的当事者訴訟については、後述の⑥説を採るか、行政処分の効力の停止の解釈を狭くするべきである、とする。
- (2) 兼子仁「無効等確認訴訟の範囲」公法研究二六号(一九六四年)一六九頁以下(二七一頁、一七二頁)
- (3) 塩野宏「無効確認訴訟における訴えの利益」鈴木忠一「三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座8(一九六九年)九五頁以下(一一九頁以下)、南博方編・注釈行政事件訴訟法(一九七二年)三四一頁(増田幸次郎)。
- (4) 満田明彦「争点訴訟の諸問題」鈴木忠一「三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座10(一九八一年)一六三頁以下(一八〇頁以下)、遠藤博也・行政法スケッチ(一九八七年)三八二頁。
- (5) 原田尚彦「取消訴訟の原告適格」自由と正義二二卷二号(一九七一年)一四頁以下(一九頁)、山村恒年「阿部泰隆編判例コンメンタール行政事件訴訟法(一九八四年)二五〇頁(仲江利政)。
- (6) 越山安久「行政事件と仮処分」判例タイムズ一九七号(一九六六年)一〇八頁以下(二〇九頁)、仲江利政「公権力の行使と仮の救済」鈴木忠一「三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座10(一九八一年)二七頁以下(五一頁)。
- (7) 藤田耕三「執行停止および仮処分」渡部吉隆「國部逸夫編・行政事件訴訟法体系(一九八五年)四一七頁以下(四五九

頁以下)、南博方編・条解行政事件訴訟法(一九九二年)九〇五頁(横山匡輝)。

- (8) 満田・前掲一八二頁
- (9) 越山・前掲一〇九頁
- (10) 満田・前掲一八四頁
- (11) 芝池義一・行政救済法講義(一九九五年)一三三頁
- (12) 雄川一郎「行政行為の無効確認訴訟に関する若干の問題」菊井猷呈論集裁判と法上(一九六七年)二二三頁以下(二三三頁)
- (13) 芝池・前掲二三三頁
- (14) 行政裁判資料二九号一四三頁の当時法制審議会行政訴訟部会小委員会幹事であった最高裁中村行政局長発言。
- (15) 杉本良吉・行政事件訴訟法の解説(一九六三年)一三九頁
- (16) 杉本・前掲一三八頁
- (17) 塩野・前掲二二二頁
- (18) 例えば、公務員の免職処分は無効を前提とする職員たる地位を有することを仮に認める仮処分は実質において退職処分の効力を停止することにはかならないし、賃金仮払いの仮処分も退職処分の効力の一部である給与請求権消滅という効果の発生を停止するものであり、実質において退職処分の効力の一部を停止するものである。本文中、当事者訴訟につき仮処分は許されないとした判例として挙げた、福岡高判昭和五年三月二八日行裁集三一巻三号八〇二頁はこの理由によりこれらの仮処分は四四条に抵触して許されないとしたものである。行政事件訴訟特例法当時の判例であるが、高松高判昭和三十六年一月一七日行裁集一二巻一号一六九頁も、この理由により賃金仮払いの仮処分は行政事件訴訟特例法一〇条七項により許されないとした。
- (19) 満田・前掲一八七頁。行政処分により(表見的に)生じた法律効果の一部と抵触するような仮処分は認められるとする。このことは、賃金仮払いの仮処分は認められないとする前述注(18)掲記の判例と整合しないことがその理由である。

- (20) 満田・前掲一八四頁
- (21) 平野事件については、新村義廣「平野追放停止仮処分事件の概要」法曹時報一卷一号（一九四九年）三三三頁以下参照。
- (22) 田中二郎「行政処分執行停止と内閣総理大臣の異議」行政訴訟の法理（一九五四年）一八七頁以下（一九四頁、一九五頁）
- (23) 入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過」法律時報三四卷二〇号（一九六二年）二六頁以下（二八頁、二九頁）
- (24) 杉本・前掲一三八頁
- (25) 田中・前掲のほか、雄川一郎ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究（一九五七年）三三九頁の豊水道佑氏発言、南博方編・注釈行政事件訴訟法（一九七二年）二四四頁（藤井俊彦）、南博方編・条解行政事件訴訟法（一九九二年）六四四頁（田中信義）など。
- (26) 本文の基準は、異議理由の当否について裁判所には実質的審査権はないという通説の立場に立った場合である。実質的審査権を肯定する少数説の立場では、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」（二七条二項）があり、「やむをえない」（同条六項）か否かが基準になろう。この通説と少数説の対立については、南博方編・条解行政事件訴訟法（一九九二年）六五〇頁（田中信義）参照。
- (27) 特に私人を相手方とする争点訴訟においては、仮処分は公権力の発動を阻止することはないので四四条により仮処分は禁じられない、という考えもある。矢代利則「公法上の債権と仮処分に関する研究（司法研究報告書一七巻七号）（一九七〇年）九五頁。また、行政事件訴訟特例法に關してであるが、雄川一郎ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究（一九五七年）四〇〇頁の兼子一博士発言。しかし、それでは一貫しない。濱秀和「行政訴訟に対する仮処分の排除」鈴木忠一「三ヶ月章監修・実務民事訴訟講座8（一九六九年）三二五頁以下（三二八頁注（13））。争点訴訟につき仮処分は許されないとした前出の千葉地松戸支決昭和五一年一月五日判タ三五二号二五九頁は私人を相手取ったものである。しかし、それも、公権力に対する影響は常に小さいといえるのであれば、本文のような疑問も生じ得るであろう。
- (28) 重大かつ明白な瑕疵ある行政処分は行政処分として不存（当然無効）であり、四四条の「公権力の行使」に当たらず

ないとする②説に対しては、四四条は有効な行政処分と無効な行政処分を区別していないという批判があるが、行政処分としては不存在という見方からは本文のような疑問も生じ得るであろう。

(29) 雄川一郎・行政争訟法(一九五七年)二一〇頁、越山・前掲一〇九頁。

(30) 行政裁判資料二九号一八六頁、一八七頁に、「争点訴訟における当然無効という場合の無効原因としては、明白性を非常に強調した形で考えていつてその場合には、一般民事事件と全然同じように扱っていい、したがって仮処分も当然許される」との白石判事の発言がある。

(31) 岡田雅夫「公権力の行使と仮処分の排除」岡山山大学法学会雑誌四五卷三号(一九九六年)八一五頁以下(八三五頁)は、争点訴訟における無効とは処分の適法・違法をめぐって行政庁と処分の名宛人との間に紛争が存在しないことを意味する、とし、仮処分の適用を認めてもなんの不都合もないことは明らかである、とする。

(32) 白井・前掲二八二頁

(33) 満田・前掲一八七頁が賃金仮払いの仮処分は認められないとする判例との整合性から、行政処分により(表見的に)生じた法律効果の一部と抵触するような仮処分は認められることについても、「なお疑問が残る」としたのは残念である。

なお、公権力の発動を阻止することはない仮処分は許されるとする、前述注(27)掲記の矢代氏の叙述や兼子博士の発言は、処分禁止の仮処分について論じたものである。

(34) 塩野宏・行政法Ⅱ(第二版(一九九四年)一六五頁、山村恒年「行政事件訴訟法の改正」自由と正義一九九九年五月号六〇頁以下(六八頁)。かつての異議申述の状況については、南博方編・条解行政事件訴訟法(一九九二年)六五二頁(田中信義)参照。

(35) もっとも、執行停止は常に認められるが、執行停止であっても内閣総理大臣の異議が出されるおそれがない場合には仮処分も認められる、というのであればこのような不均衡は生じない。ただし、そのように解するとしても、認められる仮処分と認められない仮処分の線引きの問題はある。

(36) 塩野・前掲二二二頁

(37) 塩野・前掲二二六頁注(10)

(38) 塩野・前掲行政法Ⅱ一八〇頁注(1)

(39) 行政事件訴訟法立案の過程で内閣総理大臣の異議の制度の存廃が議論されたが、存続を主張する側もこの制度は伝家の宝刀として濫用はつしむべきである、としていた。村田哲夫「行政処分の執行停止 第三 内閣総理大臣の異議」判タ

三二〇号（一九七五年）四八頁以下（四八頁）参照。

(40) 塩野・前掲二二六頁注(9)

(41) 藤田・前掲四六一頁

(42) 濱秀和・前掲三三六頁は執行停止説のひとつである⑥説につき、「この場合処分の効力停止を求める相手方は、収用委員会あるいは知事であつて、起業者や買受人ではないから、土地所有者は効力停止を求めると同時に、起業者や買受人を相手方として処分禁止、現状変更禁止等の仮処分を求めなければ目的を達しないであろう」とのべている。

(43) 本案に関しては、取消訴訟とあわせて取消しを条件とする返還請求の訴訟を提起できる、とするのが判例である。最判昭和四七年二月二日民集二六卷一〇号一八五〇頁。

(44) もっとも、返還請求権は処分の取消しを条件とする権利であり、そのような停止条件付の権利を被保全権利として仮処分を求めることができるのであるから、前提問題として収用裁決の効力を争う必要はない、との考えもあろう。阿部泰隆・行政救済の実効性（一九八五年）二七二頁参照。しかし、そのように解するとしても停止条件付の権利を被保全権利として仮の地位を定める仮処分を求めることはできないし、係争物仮処分でも求めることができないものもある。柳川眞佐夫・保全訴訟（補訂版）（一九七六年）七三頁―七五頁。

なお、立法論として、「違法と無効の区別をなくして、この場合も初めから、現在の法律関係に関する訴え、すなわち、現在の所有者に対して行政処分の違法を理由とする民事訴訟を認めたい」（阿部泰隆・行政訴訟改革論（一九九三年）三〇頁）という主張があり、賛成である。これによれば、仮の救済においても仮処分のみで足りる。



(45) 仮処分要件の審理において前提問題として行政処分の効力を争うことは公定力に反して許されないか。本文でのべたように仮の救済においては二段構えは不合理であるので、取消訴訟も出訴期間内に提起されているのであれば、仮処分の要件の審理において前提問題として行政処分の効力を争っても公定力に反しないという解釈を採りたいところであるが、本稿ではこの点は留保する。

なお、公定力とは取消訴訟の排他的管轄のことであるといわれるが、それは前提問題として行政処分の効力を争うことはできないという意味であって、行政処分の効力を取消訴訟ならぬ仮処分で停止することはできないということまでは意味しない。さもなければ、行政処分の効力を取消訴訟ならぬ執行停止で停止することもできないことになる。行政処分の効力を仮処分で停止することはできないのは執行停止という特別の制度を設け、それによらせるとしたためである。行政事件訴訟特例法制定前は行政処分の効力や執行を停止するの民事訴訟法上の仮処分によっていたが、それは公定力に反することが行われていたわけではない。この点で、岡田・前掲八二七頁の立論には問題があるように思われる。

(46) これについては、例えば、南博方編・条解行政事件訴訟法(一九九二年)六三一頁(金子正史)参照。

(47) 塩野宏・前掲行政法Ⅱ一六二頁

(48) 広島地決昭和四一年二月一四日行裁集一七卷二号九四頁

(49) 行政事件訴訟法二五条二項但書は、「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って目的を達することができるときは、することができない」と規定しているが、これは、「執行停止は、申立人の権利・利益の保全目的のため必要最小限度に限られなければならない」からである。南博方編・前掲条解行政事件訴訟法六三二頁(金子正史)。そして、この必要最小限度に限るとい趣旨からすると、効力停止もさらに必要最小限度に限らなければならない。そのためには執行停止の内容に多様性を認めなければならない。必要最小限度を超える執行停止は、「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要がある」(同項本文)とは認められない。

(50) 植村栄治「行政訴訟における仮の救済」(4・完)〔法学協会雑誌九四卷二号(一九七七年)二四六頁注(3)〕は、「処分内容が可分のときには、その一部だけの停止をすることができると解されているが、特に可分と言えなくても特定が可

能な部分については停止が可能と解してよいのではないかと思われる。例えば、国公立学生の退学処分等の執行停止につき、「所定の単位の取得により卒業の認定を受けることができる部分を除いて退学処分等の執行を停止する」という形でとりあえず聴講や単位取得を認めることが理論上可能ではなからうか」という。なお、住吉博「学生・生徒懲戒処分と仮救済」鈴木忠一―三ヶ月章監修・新・実務民事訴訟講座14（一九八一年）三七九頁以下（三九八頁）参照。

(51) このように内容に多様性を認めるのであれば、立法論としては、「執行停止」の名称を、例えば「行政事件訴訟法上の仮処分」に変えるのが望ましい。それにより、「停止」と「取消し」の用語の区別（例えば、民事執行法三六条一項）による、処分時に遡って効力を停止することに対する疑義（藤田・前掲四四七頁参照。藤田氏自身は処分時に遡って効力を停止する余地を認める）をなからしめ、また、本文に挙げた例のような、まどろっこい決定本文にしないで済む。

(52) その場合、⑥説のように無効確認訴訟を提起して執行停止を申し立てるのではなく、当事者訴訟、争点訴訟において執行停止を申し立てることができるかという判断は必ずしも一致しないという問題点のほか、無効確認訴訟を提起して執行停止を申立てさえすればよいのか、それとも執行停止が認容されることが必要かという問題が生じる。前者には、執行停止を申立てさえすれば無効確認訴訟が常に許されるという不合理があり、後者には、執行停止の申立てが却下されたり、執行停止決定が後に取消された場合は無効確認訴訟は不適法として却下されなければならないという不合理がある。